הלכה · שולחן ערוך · מפרשים

קונטרס הספקות

רבי י־הודה הלר

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

קונטרס הספקות

רבי י־הודה הלר

מקור הטקסט: דיקטה · רישיון: CC BY-SA 4.0

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/קונטרס-הספקות/
הקובץ נוצר ב־20 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611162349 של הספרייה.

תוכן העניינים

כלל א 5
א 5
ב 6
ג 7
ד 8
ה 9
ו 11
ז 12
ח 13
ט 14
כלל ב 16
א 16
ב 18
ג 19
ד 20
ה 21
ו 22
ז 23
ח 25
ט 26
י 27
יא 28
יב 29
כלל ג 29
א 30
ב 31
ג 32
ד 33
ה 34
ו 36
ז 38
כלל ד 39
א 39
ב 40
ג 41
ד 43
ה 43
ו 45
ז 47
ח 48
ט 49
י 50
יא 51
יב 52
יג 53
כלל ה 54
א 54
ב 56
ג 57
ד 58
ה 59
ו 61
ז 62
ח 64
ט 66
כלל ו 67
א 68
ב 69
ג 70
ד 72
ה 74
ו 75

ז 77
ח 79
ט 80
י 82
יא 84
יב 84
יג 86
יד 88
טו 89
כלל ז 92
א 92
ב 93
ג 96
ד 97
ה 99
ו 101
ז 102
ח 103
ט 104
י 105
כלל ח 107
א 107
ב 108
ג 110
ד 111
ה 112
ו 113
ז 114
כלל ט 115
א 115
ב 116
ג 116

קונטרס הספיקות

אמר יהודה הכהן אחי המחבר נ"י (הוא הגאון בעל קצה"ח) כאשר באתי להתלמד. בדיני ספיק' דממונ'. ופלוגת' דרבוות' וספיק' דדינא ראיתי אותם מופרדים ומפוזרים. בפניני לשונות הראשונים מאירים כספירים ונושאי כלי החושן לא שמו לבותם הפתוחות לאספם במקום מיוחד זולת הנשר הגדול שבצל כנפיו נחסה הרב הש"ך ז"ל שחיבר בהו ספר מיוחד. והוא יקר ונפלא שמו נאה לו תקפו כהן. ולי מה יקרו אמרותיו הטהורות ומה עצמו ראשיהן. בו אסף כל לשונות הראשונים והאחרונים ממה שדברו בהאי ענינא כמעט שלא העלים לשון א' מהמחברים שקדמוהו שלא הביאו או רמו עליו בטביעת עינא ובחכמתו הנפלאה וסברתו הישרה מסיר מהם כל מכשול וסתירה. ומי אני לספר הודו הלא כל הארץ האירה מכבודו אבל עדיין השאיר אחריו פרט ועוללות כאשר בעיני ראיתי ומצאתי שבח לשמו נורא תהילות. ואמרתי להעלות פה הדברים אשר חנני הש"י ויתעל' בהאי מילתא להעיר לב המעיין לבד ולא לפסוקי הלכתא וקראתיו **קונטרס הספיקות** ע"ש ענינו וגם להיות שרואה אני שהרב ז"ל מאלים כח התפיסה בכל כוחו ואונו ובעניותי איפכ' מיסתברא וכסייעת' דר"ח הספיקות כו' ואי ס"ד כו' בממונו של כהן פוטר ממונו. וחלקתיו לכללים וגם לסעיפים ולא אכפיל בהעתקת לשונות המחברים אשר כבר הם מובאים בת"כ ערוכים ושמורים. ומהעוזר כל נעזר אבקש סיוע ועזר:

כלל א

בו יבואר דכל ספק ממון קולא לנתבע ואפילו הוא טוען שמא ותובע ברי ואפילו קיימא באגם אלא דאיתא לנתבע חזקת מרא קמא. ובו יבואר דין המקדש אשה בספק ממון מהו דין הקידושין הללו ודין ספק ממון עניים אימת דינו לחומרא ואימת דינו לקולא:

א

נקטינן ספק ממון לקולא לנתבע דקי"ל כחכמי' דסומכוס דאמרי זה כלל גדול בדין המע"ה, והלכך כל תיקו דממונ' או בעיא דלא איפשט' קולא לנתבע עבדינן, כן הסכימו רוב גדולי הראשונים ז"ל וכל האחרונים ז"ל, ובהגהת אשר"י פ"ב דב"מ (סי' ח) כתב בשם ר"ח ורי"ף דכל תיקו דממונ' חולקין ע"כ. ואינהו סברי הלכת' כסומכוס דממון המוטל בספ' חולקין וכ"כ הרשב"ם בב"ב דהלכת' כסומכוס אבל אנן לא קי"ל כך אנא כרבנן וכ"כ הרי"ף בפר' הפרה וגם בכל תיקו ובעי' דלא איפשט' פסק דהמע"ה עד שבקצת מקומו' סתם לפטור כאלו איפשט' לקול' כמו שיתבאר להלן ומ"ש הג"א בשם הרי"ף דחולקים על הרי"ף דשערים נתכוין (שער כ דין כה) כמ"ש הרב ז"ל בסימן י'. ובסמ"ג עשין ע' כתב

ז"ל, ושוין ר"ת (כצ"ל, וכן הגיה הרב ז"ל) ורבי משה ורש"י בתיקו דאיסור' לחמר' מכל וכל כך תיקו דממונ' לקול' מכל וכל ולא כדברי רב לאי גאון שפירש יחלוקו שאין הלכה כסומכוס ועוד כי אף סומכוס אינו אומר דבריו כי אם בספ' שראוי להסתפ' כהאי דשור שנגח את הפרה ונמצ' עוברה בצדה ואינו ידוע אם קודם שנגחה או אחר שנגחה שאף לבעלי דינין הדבר בספ' ע"כ. ומדבריו למדין דבספיק' דדינא סומכוס נמי מודה דהמע"ה. וכ"כ התוספות בבכורות (מ"ח (ע"א, ד"ה דאמר)) דאפילו לסומכוס לא מסתבר לומר שחולקין בספ' זה שחכמים מסופקין בהוראה. וכ"כ הרשב"ם בפ' ג"פ (קס"ו (ע"ב ד"ה תיקו) ז"ל, תיקו והמע"ה דכיון דמסתפ' דינא לב"ד האיך יוציאו מיד המוחזק ולא דמי לממון המוטל בספ' דחולקין דהתם עיקר המעשה אינו ידוע לנו איך היה הלכך פוסקין להן ב"ד את הדין שיחלוקו אבל כ"מ שעלתה ההלכה בתיקו הואיל ואין הדיינים יודעין לפסו' הדין היו שותקין והמחזי' יחזי' במה שבידו עכ"ל וכ"כ בתשובת הגהת מיימון לס' נזיקין סימן ו' ע"ש. וברור שגם הסמ"ג נתכוין להאי טעמ' דהרשב"ם ור"ל דלא אמר סומכוס חולקין אלא לספק שראוי להסתפ' גם לבעלי דינין והיינו ספ' בגוף המעשה אבל ספ' דדינא לאו שמיה ספ' שיפסו' הדיין ע"פ שיחלוקו והרב ז"ל בסימן ו' פירש בדעת הסמ"ג ע"פ שיטתו שהעלה דס"ד מיקרי טענת ברי. ומש"ה בספיק' דדינא גם סומכוס מודה דהמע"ה שהמוחזק יכול לומר אין הדבר ס' אצלי אלא הסבר' נוטה לי בבירור שהדין עמי ע"כ. ולא נהירא ואפילו לשיטתו לא תועיל שהרי לרבה בר רב הונא אפילו בברי ממש סובר סומכוס חולקין כדאיתא בריש מציע' והרשב"ם דפוס' כסומכוס אפילו, בברי ממש סובר הכי כנראה מדבריו בב"ב:

ב

ולדידי קשי' עלוהי דהרשב"ם וסיעתו דסברי דבס"ד גם סומכוס מודה דהמע"ה מהאי דשלהי השואל בב"מ דסבר רב נחמן דאפילו בא בסוף החודש כולו למשכיר ובודאי אינו חולק על מתניתין דתני התם להדיא דמעשה בא לפני רשב"ג ור"י ואמרו יחלוקו את חודש העיבור. אלא דר"נ סובר דאינהו כסומכוס ואיהו כרבנן דהמע"ה וקרקע בחזקת בעלים עומדת וכ"כ שם הר"ן והריטב"א וכ"כ התוס' בחזקת הבתים (ל"ה) והאי דהמשכיר ספוקי הוא דמספקא אי תפס לשון ראשון או לשון אחרון ואפ"ה סברי רשב"ג ור"י דקאי כסומכוס דיחלוקו:

הן אמת שלפי מ"ש המשנה למלך ז"ל בפ"ו משכירות דהאי דשלהי השואל לא דמיא לס"ד משום דכי אמרינן תפס ל"ר אמרינן דלא מיהדר קא הדר ביה וכי אמרינן תפס לא אמרינן מיהדר קהדר ביה וא"כ הספ' הוא דלא ידעינן המציאות היכי הוי ומש"ה

לא מדמינן אלא לספ' דתרי ותרי עכ"ד. ולפי דבריו אתי שפיר וגם נוכל להשוות דברי התו' דחזקת הבתים הנ"ל לדבריהם דבכורות שהבאתי בסעיף העבר משום דהאי דשלהי השואל לאו ס"ד הוא. אלא שדברי המש"ל אין נוחין לי בזה דמה בכך שהס' יש לו ענין במציאות מ"מ עיקרו בדינא תליא וס"ד מיקרי ובפרט לפי טעמם דבס"ד כל שאין הדיין יודע הדין על בוריו ישתו' וימשוך ידו הימנו ויחזי' המחזי' וזה שייך גם בהאי ס' דתפס ל"ר או ל"א. וגם אני רואה שהרב המש"ל בעצמו מיהדר קהדר ביה בפ' ט"ו מטוען ודן להאי דשלהי השואל בס"ד ע"ש. והנראה בעיני בזה ע"פ מ"ש התו' בב"ב (ק"ה) דר"י מספקא ליה התם אם תפס ל"ר או ל"א. ובתמורה ובמרובה אמר ר"י תמורת עולה ותמורת שלמים דבריו קיימין. ובזבחים ובמנחות קאמר ר"י בגמר דבריו אדם נתפס ותירצו בכולהי הוי לר"י כאלו הוציא שניהן ביחד ולהכי הוי ס' שהרי סותר זא"ז וא"א לומר כאן שדעתו על שניהן. ובמרובה להכי קאמר ר"י תפס לשון שניהן שאין סותר זא"ז והאי דזבחים ומנחות דמפרש דבריו קאמר בגמר דבריו נתפס עכ"ל. ולפ"ז אפילו אי נאמר דהוי ס"ד מ"מ ספיקא מעליא הוא לדון ע"פ יחלוקו לפי שאין חסרון בחיק הדיין. כיון דהוי כאלו הוציא שניהן בבת אחת ואין שום דיין בעולם שיכול להכריע משא"כ שאר ס"ד שאין החסרון בחיק הנדון אלא בחיק הדיין שאינו יודע הדין על בוריו ימשוך ידו וידין מי שלבו שלם בדבר. ועפ"ז יכולין אנו ג"כ להשוות שני דיבורי תוס' הנז' אהדדי אלא שמדבריהם בב"ב (ס"ב) משמע ג"כ דלסומכוס אפילו בס"ד חולקין ע"ש ד"ה איתמר וכן דעת הר"ח והרי"ף שבהג"א שהבאתי בסעיף א' ואין להאריך בפלוגתא זו דלדידן דלא קי"ל כסומכוס אין נ"מ בדבר:

ג

כשם דבס' ממון שהאחד מוחז' בו עבדינן קולא לנתבע והמע"ה ה"נ בדבר שאין שניהן מוחזקין בו וכגון דקיימא באגם או בר"ה ויש לא' בו חזקת מ"ק ר"ל שמתחלה היה שלו ההוא ג"כ נקרא נתבע וקולא לדידיה עבדינן דכמו דאזלינן בתר חזקת המוחז' ממש והיא הנקראת חזקת ממון ממש ה"נ אזלינן בתר חזקה קמיית' בממונ' והיא הנקראת חזקת מ"ק ובב"מ (ק) בהמחליף פרה בחמור דמקשה ולחזי ברשותא דמאן קיימא ומשני דקיימא באגם מקשה תו ולוקמה אחזקת מ"ק ומשני הא מני סומכוס הוא אלמא דלרבנן דקי"ל כוותייהו אפי' קיימא באגם מוקמינן לה בחזקה מ"ק ועל אידך לאתויי ראי'. והרמב"ם בפכ"ב ממכירה פסק גבי מחליף פרה בחמור ושניהן טוענין שמא דיחלוקו ועיין ב"ח ח"מ סי' רכ"ג שהאריך לבאר טעמו ומכריח שגם דעת הרי"ף כן ועיקר דבריו דאינהו סברי דלא מוקמינן בחזקת מ"ק אלא בברי וברי ואפי' בשמא ושמא ומוחז' ממש

אבל שמא ושמא בחזקת מ"ק לחוד לא וע"ש וכבר רמז הה"מ לאותה שיטה. ועפ"ז יש ליישב דברי הרי"ף בפ' המפקיד גבי בעיא דאמר הריני משלם וחזר ואמר איני משלם ואינך הבעיות דקבעו התם אי מקני לי' כפילא או לא וסיים הרי"ף דכל אלו עלו בתיקו וחולקין והרא"ש ז"ל תמה שם עליו דבפ' הפרה פסקה כרבנן דהמע"ה ואפשר דגבי כפל ליכא חזקה הלכך לכ"ע חולקין אבל אין לשונו משמע כן מדקאמר דקי"ל משמע דאיכא פלוגתא ועוד דודאי איכא חזקה כיון דמספקא לן אי אקני בהמה לכפלה אוקי בהמה בחזקת בעלים ולא אקני לי' וכן פסקו התוס' דהלכתא כרבנן אלו דבריו ז"ל. והנה הקושיא הראשונה לאו קושיא כ"כ דר"ל דהלכה רווחת כך היא וכ"כ הב"ח בסי' רצ"א אבל הקושיא שני' של הרא"ש לא הביא הב"ח כלל ומש"ה כתב שם דגם התו' לא פסקו כרבנן אלא כשאחד מוחזק בו ובכפל זה אין שום א' מוחזק בו. ותמהני מדוע לא זכר הב"ח מ"ש הרא"ש דה"נ איכא חזקה ור"ל חזקת מ"ק ולדעת התוס' דפסקו הלכתא כרבנן ואפי' בחזקת מ"ק ושניהם טוענין שמא כנראה מדבריהם בסוגיא דהמחלי' ובשאר מקומות מהש"ס ומ"מ דברי הרי"ף מיהו מתיישבין לפי דעת הב"ח דהרי"ף לשיטתו דס"ל דלא אזלינן בתר חזקת מ"ק בשמא וס"ד שמא ושמא הוא וגם באורו"ת תירץ דברי הרי"ף דהמפקיד ע"ד הנז' ועיין בט"ז סי' רכ"ג שהאריך ג"כ בביאור דעת הרמב"ם הנז' ויש נפקותא בין פירושא דידי' לפירושו דהב"ח ולא הארכתי בזה לפי שאין נ"מ לדידן דנקטינן כדעת התוס' והרא"ש דלעולם מוקמינן אחזקת מ"ק וכמ"ש בטור וש"ע בסי' הנז' ומ"מ דברי הרי"ף מתיישבין היטב מקושי' הרא"ש ועיין בכלל תיקו כתבנו יישוב אחר לקושי' הנזכר':

אמנם דברי הרי"ף קשין בעיני מצד אחר במ"ש דחולקין הכפל. ולמה לא יוכל הגנב לדחות לכל א' ולומר לא שלך נגנב אלא של חבירך דומיא דפ' יש בכור שני אנשים שלא ביכרו נשותיהם וילדו שני זכרים ונתנו לכהן א' ומת א' מהן בתוך שלשים דכל שלא באו בהרשאה זה מזה מצי הכהן לדחותו ולומר לא שלך מת אלא של חברך כדאמרינן התם. והכא ל"ל דאיירי בבא בהרשאה משום דאין הרשאה מועלת לקנסות. ובפרט לפי דעת הרי"ף דפוסק במרובה דלא כתבינן אורכתא אמטלטלי דכפרי' ע"ש. וכעת לא מצאתי ישוב לזה:

ד

ודע שהרב ז"ל דעתו בש"ך סי' צ"א דלא מוקמינן אחזקת מ"ק אלא בדבר שאין שניהן מוחזקין בו אבל אם שניהן אדוקין כו או דקיימא ברשות של שניהם לא. ורב אחי ומורי ש"ן האריך בזה והעלה דלעולם מוקמינן אחזקת מ"ק. ולדעתי נראה להכריע דבשניהן

אדוקין בו לא אזלינן בתר חזקת מ"ק משום דלא עדיפא חזקת מ"ק לאפוקי מחזקת ממון דאידך. וכבר כתבנו דזהו טעמא דסומכוס דלא ס"ל ח' מ"ק משום דסובר דממון המוטל בספ' חשיב כאלו שניהן מוחזקין בו וכמ"ש התו' בפ' השואל. אבל בחצר של שניהן נראה דלא כש"ך ואזלינן בו בתר ח' מ"ק. וכדמוכח בסוגיא דהמחלי' דאחר דאוקמה דקיימא באגם וסימטא מקשה תו ולוקמה אחזקת מ"ק ואגם וסימטא חצר של שניהן הוא. וההפרש בין חצר של שניהן או שניהן אדוקין בו הוא משום דחצר של שניהן כל א' מהן שבא להשתמש בו כתחלה המקום ההוא שלו וכמ"ש תוס' בפ' הספינה ובקידושין בשם ר' חיים דמש"ה מסירה אינו קונה בסימטא ובחצר של שניהן ע"ש והלכך כשהספ' נופל על דבר הנדון שפיר מוקמינן בח' מ"ק לומר ששלו הוא ולא מיקרי מוציא מח' ממון דאידך דגם המקום נגרר אחרי מי שהחפץ שלו:

ודע דכמו דאזלינן בתר ח' מרא קמא לבד הכי נמי אזלינן בתר חזקת ממון לבד כלומר שאין עמה חזקת מרא קמא וכמ"ש הרמב"ן בדיני תפיסה דבס' ממון שאין שום א' מוחזק בו וגם אין לאחד בו חזקת מ"ק ותפס א' מהן מהני תפיסתו. וזהו לדעתי טעמא דמילתא דהפקיד טלה אצל בעה"ב והניחה עם שלו ומת אחד מהן ואינו ידוע איזהו המע"ה כדאיתא בבכורות (י"ח) ונתבאר בטור וש"ע יו"ד סימן שי"ז. והתם ליכא ח' מ"ק לבעה"ב שהרי אנו מסופקין בטלה הנשאר דלמא מעולם של המפקיד הוא מ"מ ח"מ לחודא מיהו איכא לבעה"ב ואיהי למי מהני היכי דליכא לאידך ח' מרא קמא המנגדתה. ובתוס' דהמחליף בד"ה ולחזי אחר שכתבו דאם היה הלוקח טוען שמא לא היתה מועלת תפיסתו מספ' כתבו ז"ל ולא דמי לאחד שהפקיד טלה אצל בעה"ב וכו' דהמפקיד הוי המע"ה ומועלת ח' בעה"ב אף שטוען ס' דהתם ודאי הי' מוחזק בטלה חי מעיקרא אבל כאן לא הוחזק הלוקח מעולם בולד זה ע"כ ולא ידעתי מי הכניסם לדוחק הזה דבשלמא ח"מ הלוקח בהאי דהמחליף דין הוא שלא תהני נגד ח' מ"ק של המוכר כמו ת"כ דמוציאין מידו. אבל גבי המפקיד טלה אצל בעה"ב דליכא ח' מ"ק כלל לא לזה ולא לזה ובכה"ג הדבר פשוט דח"מ לחודא נמי מהני:

ה

וראוי להתבונן חזקת מ"ק בממונא מנלן דאזלינן בתרה בשלמא חזקת ממון מהסברא שמיע להו כדאמרי בריש הפרה סברא הוא וכו'. אבל חזקת מ"ק שאין שום אחד מוחז' בו שיד שניהן שוה בו מנלן דלוקמא בחזקת מ"ק ועל אידך שדינן לאתוי ראי'. ואפשר לומר דחזקת מ"ק בממון מכח חזקה קמייתא דאיסורא הוא דאתיא. וכמו דבכל ס' איסורא מעמידין הדבר בחזקת מה שהי' מתחלה קודם שנולד הספ' בין להיתרא בין לאיסורא

כדיליף בפ"ק דחולין. ה"נ בממון כשנולד בו ס' אם הוא של ראובן או של שמעון מעמידין אותו בחזק' מי שהי' מתחלה. אבל קשה דא"כ מ"ט דסומכוס דפליג על חזקת מ"ק בממון וכי ס"ד לומר דאיהו יפלוג נמי על ח"ק באיסור' ואפשר לומר דטעמא דסומכוס משום דסובר דכל ממון המוטל חשוב כאלו שניהן מוחזקין כמ"ש התוס' בפר' השואל דחשוב אליבי' כאלו מוחז' במחצה ומש"ה לא אזלינן בי' בתר מ"ק נגד חזקת ממון. אבל לרבנן לא מיחשיב כאלו כ"א מוחז' במחצה וכיון דאין כאן חזקת ממון אזלינן בתר חזקת מ"ק כמו באיסורי בתר ח"ק. ואפשר עוד, לומר דחזקת מ"ק בממון לא מח"ק דבאיסורי אתיא דממונ' מאיסורי לא ילפינן בכה"ג. וחזקת מ"ק מעין חזקת ממון ממש הוא דכמו דבחזקת ממון הסברא נותנת שאין להוציא הימנו בלי ראי'. ה"נ אין להוציא מחזקת מ"ק בלי ראיי' דכל שידוע שהיתה שלו מתחלה אף שהוא עומד ברה"ר או באגם בי גזא דבעלים איתא וחשבינן לי כאלו עדיין הוא מוחז' דדל ספיקא מהכא תשאר ביד הבעלי' הראשוני' **והנה** הרמב"ן ז"ל בכללי תפיסה אשר לו העתיקו מוהרב"א בשיטתו לב"מ בסוגיא דת"כ עמד שם על מה שהקשו הראשונים ז"ל בהאי דפ"ב דכתובות דקאמרי התם לא מגבי גבינן לי' ולא מקרע קרעינן ליה ופרש"י דאי תפס לא מפקינן מיני'. ואלמא דמהני תפיסה לספיקא ובתקפו כהן מסקינן דמפקינן מיני' ותירץ ז"ל אבל יש לומר דכל תרי ותרי לא אמרינן אוקי ממונא אחזקת מרי' אלא מאן דתפס תפס ובמטלטלי דספיקא דאורייתא הוא וכל ספ' דאורייתא אפילו באיסורא נמי לא אמרינן, אוקמא אחזקה כדפרישית בקידושין בפר' האומר עכ"ל. ומדבריו נראה דחזקת מ"ק בממונא מכח ח"ק דבאיסורי אתיא ומש"ה דן דבתרי ותרי דבאיסורי לא מוקמינן אח"ק גם בממון לא מוקמינן אחזקת מ"ק. ויש לדחות ולומר דזהו טעמא דהרמב"ן משום דהא דלא מהני תפיסה בספיקא הוא משום דדיינינן להתופס בגזלן דאלו הוי אתי לבי דינא בעוד שלא תפס הי' הדין עם הנתבע דהמע"ה השתא דתפס אידך מפקינן מיני' ודיינינן לי' בגזלנותא וזהו טעם הדבר דלא מהני תפיסה וכמו שיתבאר בכללים הבאים ולפ"ז ה"ק הרמב"ן כמו דבס' איסורא היכי דיש חזקה לאיסורא דיינינן לעובר עליו כעובר על ודאי איסור וסוקלין ושורפין על החזקות ואפ"ה בס' דתרי ותרי לא דיינינן לי' כעובר על ודאי איסור. ה"נ בספ' ממון אף דבכל ספ' דיינינן להתופס בגזלנותא ומפקינן מיני' בספ' דתרי ותרי לא דיינינן לי' בגזלנותא ולא מפקינן מיני' והכי משמע לי לישנא דהרמב"ן שכתב ואפי' באיסורי וכו' אלמא דחזקת מרא קמא לאו ח"ק דאיסורא הוא:

וראיתי להרב ז"ל בפ"ק דב"מ שדעתו דחזקת מרא קמא בממון חזקה מעלי' היא ומכח חזקה דאיסור' אתיא והיא חשיב' אפי' להכריע בענין איסור'. וראייתו מהמקדיש בהמתו

לא הקדיש את הכוי והיינו משום חזקת ממון. וגם זה לדעתי אינה ראיה דהתם טעמא אוחרא משום דלא מעייל אינש ממונא לספיקא וכדאיתא בפר' ב' דנדרים:

1

והוי יודע שהרב כנה"ג בכללי קים לי הביא בשם הרב מהור"ר יחיאל באסן ז"ל שהי' שואל מ"ט אומרים קי"ל בממונא ולא באיסורי. והרי בממון אם אין הלכה כן הוי לי' גזל ביד המוחזק וגזל נמי איסורא הוא. והשיב דבשלמא גבי איסורא אי אזלינן לחומרא יצאנו מידי איסור. אבל כששנים חלוקים על ממון אפי' אי לא אמרינן קולא לנתבע אין אנו יוצאין מידי איסור גזל שהרי אם הדין הוא כדברי האומרים להחזיק הוי לי' גזל ביד המוציא ולכן היכי דקיימא ממונא תיקום ע"כ. ושמעתי מחכמי דורנו שיחיו שתמהו על דבריו באמרם שהקושיא מעיקרא ליתא משום דבספ' איסורא נמי אזלינן בתר חזקה הן לאסור הן להתיר. וה"נ איכא חזקה להיתרא והיא חזקת ממון או ח"ק. ובעניותי לא נכנסו דבריהם באזני דאפי' אי נימא דחזקת מ"ק היא חזקה המכרעת כדרך שמכרעת חזקה קמייתא בס' איסור. חזקת ממון לחוד בלי חזקת מ"ק ודאי חזקה שאינה מכרעת היא דלאו מקרא ילפינן לה ואין לה ענין לחזקה קמייתא דבאיסורי. וטענת קי"ל מהני אפי' בתפיסת השני שאין לו חזקת מ"ק ועיקר דגזל קי"ל הוקם בשביל תפיסת השני כמו שיתבאר להלן ושפיר הקשה מוהרי"ב ז"ל דאיך מהני תפיסת השני בטענת קים לי והרי ספ' איסורא דגזל הוא ובאיסורי לא מהני קים לי:

אך גם בדברי מוהרי"ב ז"ל לא נתקררה דעתי העני' שהרי לדידן דקי"ל כשמואל דאין הולכין בממון אחר הרוב ואפי' רובא מסייע להמוצי' לא מפקינן מהמוחז' ומה יענה התם נהי דמתורת ממונא לא מצינו לאתויי עלי' ניתי עלי' מתורת איסור' שהרי כשהב"ד רואין בא' שעובר על ס' איסור כופין אותו ומפרישין הימנו וגזל נמי איסור' והתם יצאנו ידי איסור מכל וכל שביד המוציא לא יהיה איסור כיון דרוב' מסייע ליה ורובא מהני באיסור' ויראה לי דפירוק' דהאי מילת' כך הוא שלא אסרה התורה את הגזל אלא מה שהוא של חבירו מצד הדין אבל מה שהוא שלא מצד הדין לא אסרתה עליו התורה והלכך ס' ממון שהדין בו המע"ה גם דררה דאיסור' לית בה כשאינה מחזירה. וגם הרב האורו"ת כתב מעין זה דהתורה לא אסרה אלא ודאי גזל והוי כעשירי ודאי ולא עשירי ס'. ואחי אלופי מוהר"ר חיים הכהן נר"ו הקשה אותי לשיטתי דגם חזקת מ"ק לאו חזקה המכרעת היא אלא דהתורה התירה ספיקו א"כ ספיקות אמאי נכנסין לדיר להתעשר נהי דת"כ מוציאין מידו מ"מ מידי ספיקו לא נפיק אלא שהתורה זכתה לו בספ' ולא עדיף מלקוח דפטור מן המעשר ואף דס' הוא דלמא אינו בכור ושלו הוא ס' לא בעי

עישורי דעשירי ודאי אמר רחמנא ולא עשירי ספ' אלא ע"כ דחזקת מ"ק בממון חזקה המכרעת היא ודיינין ליה כודאי שלו ומש"ה חייב במעשר ושפיר נכנס לדיר להתעשר. ועפ"ז פירש הא דמייתי התם סיוע דת"כ מוציאין מידו דאי ס"ד אין מוציאין ספיקות אמאי נכנסין לדיר נמצא זה פוטר ממונו של כהן ומאי ראיה דלמא לעולם אין מוציאין ואפ"ה מצי פטור בי' משום דכל זמן שלא תפס הכהן הרי הוא של הבעלים. וכבר כתב הכ"מ בהלכות בכורות דבשביל זה לא חש הרמב"ם להאי סייעתא ע"ש. וע"פ הנזכר אתי שפיר דה"ק דבשלמא אי ת"כ מ"מ שפיר אמרינן דבשביל חזקת מ"ק של הבעלים חשיב כאלו הוא ודאי שלו והויא עשירי ודאי אלא א"א דת"כ א"מ אלמא דחזקת מ"ק אינה מהני להחשיבו כודאי שלו מדמהני תפיסת הכהן נהי דכל זמן שהוא ביד הבעלים זכתה התורה להן לא עדיף מלקוח ואיך פטור נפשי' בי' ע"כ דפח"ח:

ודעתי יותר מסכמת דחזקת מ"ק אינה חזקה המכרעת כמו ח"ק באיסורי אלא מעין חזקת ממון דמסברא ידעינן לה וכמ"ש למעלה. ועיין בעור ח"מ סימן ר"מ מ"ש בשם הרמ"ה בענין שני שטרות היוצאין ביום אחד מה שנתנו זה לזה והשתמש שם ג"כ בחזקת מ"ק ואם נאמר דחזקת מ"ק חזקה המכרעת מעין ח"ק דאיסור' לא נוכל לכלכל דבריו במשפט ודו"ק:

ז

ובריש פ' הפרה אמר ר"י אמר שמואל זו דברי סומכוס אבל חכמים אומרים זה כלל גדול בדין המע"ה ל"ל למימר זכג"ב דאפי' ניזק אומר ברי ומזיק שמא א"נ לכי הא דאיתמר המוכר שור לחבירו ונמצא נגחן כו' ושמואל אמר יכול לומר לשחיטה מכרתיו לך כי אזלינן בתר רובא באיסור' בממונ' לא ושמעינן דחזקת ממון אלימא כ"כ דאפי' ברי ושמא א"נ רובא לא מהני לאפוקי מיני' אבל יש לעיין לפי מ"ש בסמוך לחל' בין החזקות אי הני כללי שייכי נמי בחזקת מ"ק לחוד ואיהו נמי אלימ' טפי ואפי' בברי ושמא או רובא לא מפקינן מיניה או דלמא חזקת מ"ק לחודא לא אלימ' כ"כ וברי ושמא או רובא מפקי מינה. ואין להוכיח ממימר' דשמואל דקאמר זו דברי סומכוס וכו' ולפי דעת התוס' סומכוס לא פליג אלא על חזקת מ"ק לחוד אבל בחזקת ממון איהו נמי מודה דהמע"ה וכמ"ש ש התוס' שם ובפ' השואל ואפ"ה קאמרי רבנן דאפי' ניזק אומר ברי ומזיק שמא דהמע"ה דיש לדחות דלעולם איירי שהמזי' מוחז' ממש ואפ"ה סובר סומכוס דחולקין כיון דאיהו טוען שמא דבטוען שמא אפי' ח"מ ממש לא מהני אליב' דסומכוס כמ"ש התוס' שם ובטור ח"מ סי' רכ"ג בהמחליף פרה בחמור כתוב בפשיטות דאפי' עומדת באגם והמוכר טוען שמא והלוקח ברי לא מהני ומוקמינן לה בחזקת מ"ק וכ"כ תוס'

בסי' שצ"ט אבל לא ידעתי מנין הוציא כן הטור. ומצאתי להראב"ד ז"ל בחידושיו להיפוך העתיקו מוהרב"א בשיטתו בסוגי' דהמחליף וז"ל ואם ישאל השואל למה לא הקשו לר"נ מהא מתניתין דהי' לו שני עבדים ושתי שדות וכמו שהקשו למעלה וכשהלוקח אומר גדול והמוכר א"י אמאי זכה בגדול נימא אע"ג דברי ושמא הוא אוקי ממונא בחזקת מרי' ומאי ניהו מוכר אי בעית אימא הא אוקימנ' בעומדת באגם ובסימט' ואע"ג דאיכ' למימר אוקמינהו בחזקת מרא קמא כיון דברי ושמא נינהו לא אמרינן ובין לרבנן ובין לסומכוס לברי יהבינן לי' ולא לשמא ואבע"א כו' ע"ש הרי דהראב"ד סובר דברי ושמא עדיף מן חזקת מ"ק לחודא. שוב מצאתי ברמב"ן בחידושיו לב"ב בפ' ח"ה דף ל"ד שכתב כדברים האלה ובכל הנך דיני בין בדינ' שיחלוקו בשבועה בין בד"ג אי נמי ביהא מונח הני מילי בברי וברי אבל בברי ושמא בכולהו ברי עדיף דהא ליכא לחד מינייהו חזקה דממונ' בין דאיתי' השתא ברשותי' בין דמוקמינן לה אחזקה דמ"ק כגון המחליף פרה בחמור לרבנן אפי' בברי ושמא דלא קי"ל כסומכוס כלל אלא כרבנן דאמרי זכג"ב המע"ה ואפי' ניזק אומר ברי ומזיק שמא עכ"ל וזו כדעת הטור ונראה דסברי דלרבנן חזקת מ"ק אלים כחה כמו ח"מ. ועדיין איכא למיד' בחזקת ממון לחוד בלא חזקת מ"ק והמחזי' טוען שמא ואידך ברי אם בכה"ג אמרינן ג"כ ח"מ עדיף או לא ודבר זה לא מצאתי לו ראי' אך דעתי נוטה דבכה"ג ג"כ ח"מ עדיפ' ולענין רובא בהא דקי"ל אין הולכין בממון אחר הרוב אי נגד ח"מ לחוד או מ"ק לחוד אזלינן יתבאר לקמן בס"ד בכלל רובא:

ח

וראיתי לחקור בכל ס' ממונא דקי"ל קולא לנתבע והמע"ה אם קידש הנתבע אשה בהאי ספ' ממונ' או כשתפס התובע וקידש בו מהו דין הקידושין הללו. ולא מצאתי דין זה מפורש אבל כך דעתי נוטה דלהסוברים דלא מהני תפיסה בספיק' קידושין של הבעלים המה קידושי ודאי כיון דהתורה לא חייבתו להחזירו כשלו הוא ממש והשני שתפס אין בקידושיו חשש קידושין כלל. דאף שהספ' במקומו עומד ודלמא שלו הוא מה בכך כיון דמפקינן מיני' נמצא דלא יהיב לה מדעת ולהסוברים דמהני תפיסה בספיק' או בגוונא דמהני וכמו שיתבאר בס"ד קידושי שניהן קידושי ספ' נינהו אלא דאיכ' למיד' מהא דכתב הרא"ש בפר' מרובה דיאוש אי קונה מדרבנן או לא נידון בספיקא דדינא וקונה יאוש לחומרא. ואם קידש אשה בגזילה דלאחר יאוש צריכה הימנו גט ע"ש משמע דאינו קונה אלא לחומרא לענין אי קידש בו אשה. אבל לענין החזרה לבעלים מחויב הוא להחזיר וכ"כ להדיא בטור ח"מ סי' שס"א ואע"ג דסברי דספיקא דדינא הוא ודלמא קונה מדרבנן ואינו חייב להחזיר אינהו לשיטתייהו אזלי דסברי דלא מהני תפיסה לספקא

דדינא וכמו שיתבאר להלן. וכן פירש הרב מגיני שלמה ז"ל ויפה פירש. ושמעינן מיני' דאע"פ דמפקינן מיני' אפ"ה אם קדש בו את האשה הרי זו מקודשת מספק וזה נגד דברינו. ויש לומר דהתם שאני שהאשה ודאי קונה הדבר הגזול ההוא דע"כ איירי דקדשה בגזל דאחרים וכמ"ש הט"ז באבן העזר סי' כ"ח וכיון דקדשה בגזל דאחרים איהי ודאי קונה אותו. דיאוש ושנוי רשות הוא אלא דספיקא דהרא"ש ז"ל הוא דאת"ל יאוש לחוד' אינו קונה אף היא אינה מקודשת דבענין שהבעל יקדש אותו משלו דוקא והכא לאו משלו קיהיב לה. דיאוש לחודא אינה קונה. ומש"ה שפיר דן הרא"ש שתהא מקודשת מספק שהרי הספק שקול דלמא יאוש לחודא נמי קונה ושפיר קיהיב לה משלו. אבל בשאר ספקא דממונא דלא מהני תפיסה השני אין חוששין לקידושין שאפי' אם תאמר שבאמת הוא של התופס השני מה בכך למחר יבאו הבעלים ויוציאו מידה ואין האשה מתקדשת בלא כלום. ועיין בתוס' רי"ד בקידושין דף מ"ח שכתב ראיתי למפרש אחד שפירש בשט"ח שיש לו על אחרים וכו' ומשמע מדבריו ג"כ דאם תפס השני בספקא דדינא וקדש בו האשה הרי זה קידושי ספק אבל י"ל דהמפר' ההוא סובר דמהני תפיסה בספקא דדינ' או בפלוגת' דרבוותא. אבל שמעינן מיהת מיני' דבגוונא דמהני תפיסה קידושי ספק הם וכמ"ש:

ט

ובענין ספק ממון עניים מצינו מבוכה בין הראשונים והפוסקים ז"ל פעם נראה מדבריהם דאמרינן בי' ג"כ ספקו לקולא לנתבע ככל ס' ממון ופעם לא נראה כן עיין בחידושי הרשב"א בפ"ק דנדרי' גבי בעי' דיש יד לצדקה ובר"ן שם. ובתשובת הרשב"א סי' תרנ"ו ובהגהת מרדכי בפ"ק דב"ב. והש"ך ביו"ד סי' רנ"ט עמד על סתירת דבריהם והניחם בצ"ע ע"ש. וכבר קדמו בזה מוהר"ש חיון ז"ל בתשובותיו סי' ל"א והאריך בזה להשוות דבריהם. ומוהרי"ט ז"ל בח"ב מביאו עיין עליו והמתבאר מתוך דברי מוהרש"ח כך הוא דהיכי דשייך בי' ח' מ"ק לקולא עבדינן ואף שהוא ס' מת"ע אבל היכי דלא שייך בו ח' מ"ק אלא ח"מ לחודא אף דבשאר ממון עבדינן בי' ג"כ קולא לנתבע במת"ע עבדינן לחומרא ובכה"ג הוא דילפינן בפ' הזרוע דס' לקט לקט מעני ורש הצדיקו צדק משלך ותן לו ומש"ה הא דפסק הגה"מ בפ"ק דב"ב דמי שיש בידו מעות ומסופק אם הם משלו או משל מעשר דחייב ליתן אותן לעניים וכ"כ בש"ע יו"ד סי' הנז' דהתם נמי ליכא ח' מ"ק לבעה"ב באותו מעות שהספק הוא דלמא משל מעשר הם. אך כל זה כשהספק נופל מצד עצמו ולא קדם נדר להקדשו אבל אם הס' תלוי בנדרו ר"ל ס' נדר בכך או לא והדומה אף דאיכא נמי ח' מ"ק אפ"ה לחומרא עבדינן דכל דלא מקיים נדרו עובר בבל

יחל ובל תאחר ואיסור' הוא וספקו לחומרא זהו שורש דבריו ועמו הולך וסובב להשוות כל לשונות המפרשים ז"ל ומוהרי"ט ז"ל בסי' הנז' פקפק על מה שרצונו להשוות כל לשונות המפרשים עם דבריו ע"ש פקפוקיו. ואני מתיירא להכניס ראשי ביניהם אבל אומר אף אם נודה למוהרי"ט ז"ל שא"א להעמיס דברי מוהרש"ח בכל לשונות המפרשים מ"מ ברובן מיהת איתנהו ע"ש. ולהלכה ודאי יפה כיון והכרעה נכונה היא שהרי האי דקאמר בש"ס קמה בח' חיובא ודאי לא ח' חיובא ממש קאמר שהרי אנו מסופקין על דגן זה הנמצא אם משל לקט הוא או של בעה"ב ומה ח' חיוב לה אלא ר"ל דלא בח' פטורה קיימא כמו פרה משום דקמה לכך עומדת וכל דלא קיימא בח' פטור' מרבינן מעני ורש הצדיקו שיהא ספקו לחומרא זולת היכי דקיימא בחזקת פטורה והיינו ח' מ"ק:

איברא שיש לעיין בפ"ק דבכורות גבי מתניתין רחל שילד' שני זכרים וכו' מת א' מהן ר"ט אומר יחלוקו ור"ע אומר הממע"ה. וקאמר בש"ס התם הכל מודים במפקיד אצל רועה שמניח רועה ביניהם ומסתלק. ובמניח אצל בעה"ב שהממע"ה והכא בחצר בעה"ב ורועה כהן ר"ט סבר אקני מקני ליה מקום בחצירו וה"ל כשני' שהפקידו אצל רועה. ור"ע סבר כיון דאית ליה פסידא לא מקני לי' והרי התם נמי אין לבעה"ב בולד הנשאר ח' מ"ק שהרי אנו מסופקין דלמא בוכרא הוא ולאו משל בעה"ב ואפ"ה אמרינן בי' המע"ה ואף דמתנות כהונה דין לקט להן לענין צדק משלך ותן לו כדמוכח התם בפ' הזרוע. וכבר הרגיש בזה מוהרי"ט שם בסי' הנז' גם בח"א סי' ל"ט הקשה מהאי דבכורות על הגה"מ פ"ק דב"ב שהבאתי ולא תירץ כלום. ול"נ לומר דהתם נמי איכא ח' מ"ק לבעה"ב. והוא שהי' מוחזק בטלה חי וכמ"ש התו' בב"מ דף ק' הבאתי דבריהם לעיל משא"כ בנדון דמרדכי אין לו לבעה"ב שום ח' מ"ק שאם תאמר שהמעות הללו שבידו של מעשר הם אין אתה מוציא כלום מחזקתו:

ודע שבמרדכי פ' הזרוע מביא שרבינו משולם הקשה לר"ב מ"ט בחורי הנמלים הכל לעניים ואמאי לא ניזל בתר רובא ורובא לאו של לקט הוא והשיב לו משום דכתיב עני ורש הצדיקו צדק משלך ותן לו ע"ש ותמיה לי והא אפי' היכי דאי' חזקה לפטורא פטור כדקאמרי' פרה בחזקת פטורה קיימא. מכ"ש רובא דרובא עדיף מחזקה ולא איתרבי מהאי קרא אלא ס' השקול וצ"ע:

גם מ"ש מוהרש"ח ז"ל דאם ספיקו תלי' בנדרו לא שייך בו ס' ממון לקולא משום דאיסורא ספקו לחומרא. הוא ג"כ טעמא דמיסתבר ואף שלעיל כתבנו בכל ס' ממון ס' איסור' הוא מדררא דגזל ואפ"ה התירתה התורה. התם שאני דלית בי' אלא דררא דממונא לחוד וכל שמן הדין אינו מחויב לאהדורי לחברי' איהי נמי לאו איסורא קעביד. דלאו ממונא

דחברי' קמעכב בידי'. אבל הכא שהאי מצד אחר הוא שהתורה אמרה ככל היוצא מפיו יעשה בל יחל דברו כל שאינו מקיים נדרו הרי הוא בס' בל יחל. ועם היות שמדברי הר"ן בריש נדרים משמע דאינו מחלק בכך וס"ל דאף שהס' תולה בנדרו אפ"ה אמרינן בי' ס' לקולא כמו בממון בעלמא הרי הרמב"ן והרשב"א לא סברי הכי התם ע"ש וקצת ראי' נראה להבי' לדבריהם מפ"ק דחולין (דף) דבעי ר' זירא האומר הרי עלי לחמי תודה מהחמץ או מן המצה והביא שיאור מהו ס' הוי ונפטר ממ"נ. או דלמא בריא הוא ולא נפיק ולדעת הר"ן הוי מצי למבעי באומר הרי עלי עולה מהחמץ לחוד דאי ספק הוא נפטר ידי נדרו משום דס' ממונא לקולא ואי אמרת בריא הוא לא יצא ולדבריהם ניחא דכל דהספק תליא בנדר לא אמרינן ספקו לקולא ומש"ה בעי היכי דאמר מחמץ או ממצה והביא שיאור דבכה"ג אי ספקא הוא יצא מכח ממ"נ כיון דהתנה בא' משניהן:

כלל ב

יבאר דת"כ מוציאין מידו וה"ה כל ספקא במציאות ואפי' ס' דתרי ותרי אם לא שטוען ברי ובו יבואר דבתיקו גם כן מהני תפיסה בטו"ב ובקנסות לא מהני תפיסה אפילו בטו"ב:

א

מסקינן בפ"ק דב"מ דף ו' ע"ב דספק בכור תקפו כהן מוציאין מידו וכדמייתי ר' חנינא סייעתא לרבה מדתניא הספיקות נכנסין לדיר להתעשר ואי ס"ד תקפו כהן אין מוציאין נמצא זה פוטר ממונו בממון של כהן והכי פסקו כל הראשונים והאחרוני' נוחי נפש, והגדול שבכהונה ז"ל מונה אותן בת"כ בסי' א' ולא מצינו מי שיחלוק בדבר זולת הרמב"ם ז"ל שפסק בהלכות בכורות דת"כ אין מוציאין מידו. וגם הראב"ד ז"ל דשתיק לי'. והסמ"ג שכתב בעשין רי"א כל בהמה שהיא ספק בכור דינה שתרעה עד שתפול בה מום. ותאכל לבעלי' ואם תפס אותה הכהן אין מוציאין מידו כרבה דתניא כוותי' בפ"ק דב"מ ופשוט שתיבת אין ט"ס וצ"ל מוציאין שהרי כתב כרבה דתניא כוותי' ורבה מוציאין קאמר וכ"כ הסמ"ג גופי' בעשין צ"ה דספק בכורות ת"כ מוציאין מידו כרבה דתני' כוותי' והרב ז"ל הניח דבריו בצ"ע ולא הונח לו שט"ס הוא ע"ש אחר זמן רב מצאתי בתשובת לחם רב שכתב ג"כ שט"ס בסמ"ג וצ"ל מוציאין ונהניתי. והב"י סי' שט"ו פסק להרמב"ם דת"כ א"מ ויפה אמר הרב ז"ל שלא ראה הב"י שדעת כל המפרשים דלא כהרמב"ם שהרי לא הביא כב"י אלא דעת הרא"ש דפליג על הרמב"ם ואלו הוי חזי כל הנך רבוותא דרב גובריהו ונפישי טובא לא הוי פסק הכי ובפרט שמסקנת הש"ס כדבריהם. ואעפ"י שהרבה תירוצים נאמרו בישוב דעת הרמב"ם ז"ל מהסוגיא הנז' וגם הרב ז"ל תירץ ע"ז

בסי' א' כולהו שינויי דחיקי נינהו ולא סמכינן עלייהו והכי פסק הרמ"א ביורה דעה בסי' הנז' ואחריו נמשכו כל האחרונים והכי נקטינן:

ודע כי ספק בכור הוא בנין אב לכל הספקות ומיני' אנו לומדין לכולן דכל היכי דקי"ל המע"ה אי תפס אידך מפקינן מיני' כמ"ש הסמ"ג בעשין צ"ה ע"ש וכ"כ כל המפרשים ז"ל. וקשי' להו לרבנן קמאי ז"ל מהא דפ"ב דכתובות (דף כ') דתני התם שנים החותמין על השטר ובאו שנים מן השוק ואמרו ידענו שכתב ידם הוא זה אבל אנוסים היו הרי אלו נאמנים ואם כתב ידם יוצא ממקום אחר אין נאמנים. ופריך ומגבינן בי' תרי ותרי נינהו וכו' אלא אמר רב נחמן אוקי תרי להדי תרי ואוקי ממונא אחזקת מרי' ופרש"י ודקתני בברייתא אין נאמנין לא דלהוי שטרא למגבי' בי' אלא דלא קרעינן לי' ואי תפס מידו והדר אתו האי ותבע מיני' לא מפקינן מיני' דאמרינן אוקי תרי להדי תרי וממונא בחזקת מרי' היכי דקאי ע"כ. והרי הכא נמי הלוה מוחזק מתחלה וכיון דספקא דתרי ותרי המע"ה ראוי שלא תועיל תפיסת המלוה כדרך דלא מהני תפיסת הכהן בספק בכור. ובעיני נראה שקושיא זו היא שעמדה להרמב"ם ז"ל שפסק דת"כ א"מ ודלא כמסקנא דב"מ משום דהאי שמעתתא דפ"ב דכתובות בהכי אזלא וכ"כ הרב הלח"מ בפ"ב מבכורות ע"ש. אך שאר רבותינו הראשונים ז"ל פירשו דהני שתי סוגיות לא פליגי אהדדי אלא דהאי דכתובות שניא וכמו שפירשו כל א' לפי דרכו. והרמב"ן ז"ל תירץ דשאני האי דפ"ב דכתובות דכל תרי ותרי ספקא דאורייתא ולא אמרינן אוקי ממונא אחזקת מרי' אלא מאן דתפס תפס ובמטלטלי דספקא דאורייתא וכל ספקא דאורייתא אפי' גבי איסור' לא אמרינן אוקמה אחזקה כדפרישי' בקידושין בפ' האומר וגם שאר המפרשים ז"ל הביאו האי תירוצא וכ"כ הנ"י בריש ב"מ ע"ש שהאריך וכל דבריו דברי הרמב"ן הם. ועיין מ"ש בכלל א' סעיף ז'. ומ"ש הרמב"ן ובמטלטלי משמע דבקרקעי לא מהני תפיסה אפי' בספקא דתרי ותרי ולשיטתו דסובר דתרי ותרי ספקא דאורייתא דבר זה קשה בעיני טובא שהרי ביבמות פ' ד' אחין (ל"א) מוכיח הש"ס דתרי ותרי ספקא דרבנן מנכסי דבר שטיא דזבין נכסי' אתי תרי, ואמרו כשהוא חלים זבין ואתי תרי ואמרו כשהוא שוטה זבין ואמר רב אשי אוקי תרי להדי תרי ואוקי ארעא בחזקת בר שטיא ע"ש אלמא דאי הוי ספקא דאורייתא לא היו מוציאין מיד הלוקח אף שהוא מקרקעי והכי משמע ג"כ בתו' פרק ח"ה דף ל"ה ע"ב ד"ה והלכתא:

ולא מצאתי מי שיתעורר בזה וגם לא מצאתי לו ישוב:

ב

אמנם רבותינו בעלי התוס' ז"ל כתבו שם דשאני גבי בכור שהכהן תפס מספ' דאין יודע שבכור הוא אבל הכא שטוען בריא מהני תפיסה ועי"ל דהכא מיירי כשתפס קודם שנולד הספ' ע"כ ע"ש בפ"ב דכתובות וכן כתב הרא"ש ז"ל הני שני תירוצים והנה מדברי הרמב"ן ויתר רבוותא הנז' בסמוך משמע דאין מחלקין בכך ואפי' בשטוען ברי ותפס קודם שנולד הס' ג"כ לא מהני וכן נראה להוכיח מתשובת הרשב"א שהביא הב"י בסי' מ"ב בענין שטר שבו שני לשונות דסתרי אהדדי כגון איסתרא מאה מעי אי מטלטלי נינהו ותפס מדעת בעלים מהני ע"ש אלמ' דלא מהני תפיס' אלא מדעת בעלים דוקא שהוא תפיסה ברשות דכ"ע מודי בה כמו שיבואר אבל שלא ברשות לא מהני ואף דהתם טוען ברי אבל בתפס קודם שנולד הס' לא מצאתי להדיא היאך דעתו נוטה אבל יותר מיסתבר בעיני שהרשב"א ז"ל קאי לגמרי בשיטת רבו הרמב"ן דאין מחלק בכך ובכל גוונא לא מהני אבל דעת הסמ"ג נראה כן דס"ל כהתוס' בחדא והוא בתקש"ה דמהני ופליג עלייהו בחדא דבתפס לאחר שנולד הס' לא מהני אפי' בטענת ברי שכתב בעשין צ"ה ז"ל כל דבר שתחלת דינו המע"ה אין מועלת תקיפה שאח"כ כדמסי' רבה בפ"ק דב"מ גבי ספק בכורות ותניא כוותי' אבל תקף קודם הספק לא מפקינן מיניה וכן פירש רבינו שלמה בפ"ב דכתובות גבי אוקי תרי להדי תרי ואוקי ממונא אחזקתו. ומדהוכיח מדעת רש"י דסובר דתפיסה קודם שנולד הספק מהני ע"כ לומר דסובר דאין לחלק בין ברי לשמא דאל"כ מנא ליה למידק מרש"י דיסבור דיהני קודם שנולד הספק דלמא רש"י איירי בטוען ברי וכ"כ מוהרי"ק בשורש קס"א דלכאורה משמע מדברי הסמ"ג הנז' דסובר דלא מהני תפיסה אפי' בטו"ב כל שתפס אש"ה ומכח הראי' הנזכרת ולדעתי היא ראיה גמורה. והרב ז"ל בסי' נ"ד הביא דברי מוהרי"ק הללו והשיג עליהם וכתב דמשום הכי לא מוכח מידי די"ל דהסמ"ג משמע ליה דהך דפ"ב דכתובות מסתמא משמע בכל ענין ואפי בשטוען המלוה שמא וכמ"ש בחידושי הריטב"א בפ"ק דב"מ בשם הר"א אב"ד והר"ן בפ"ב דכתובות בשם איכא מ"ד דמפרשים הך דפ"ב דכתובות שהמלוה טוען שמצא שטר בין שטרותיו ואינו יודע עה טיבו ע"ש. ולענ"ד לא מן השם הוא זה דהם שפירשו כך לשיטת הר"א אב"ד משום דאליבי' א"א לאוקמי באופן אחר כמ"ש שם אבל הסמ"ג אי יסבור דבטו"ב מהני יותר הי' ראוי לו להעמיס בלשון רש"י ז"ל דאיירי בטו"ב וכסתם מוצא שטר מלהעמיס בו דאיירי תקש"ה וכ"כ הת"ה בסי' שכ"א דיותר שפיר לאוקמי בטוען ברי מלאוקמי בתפס קודם הספק עוד מביא שם הר"ב ז"ל ראי' לדבריו דהסמ"ג סובר דבשטוען ברי מהני תפיסה ג"כ מדסובר הסמ"ג דבתיקו מהני תפיסה והיינו מטעם

דתיקו חשיב ג"כ כטענת ברי שהוא אומר ברי שכך הדין כמו שאני אומר וא"כ מכ"ש בטענת ברי ממש. ואני אומר ערבי' ערבא צריך ואם שהר"ב ז"ל כתב כן בטעמא דהסמ"ג. לדעתי לא מן השם הוא זה וכמו שיתבאר לקמן בכלל תיקו. ע"כ יותר מיסתבר כדעת מוהרי"ק בדעת הסמ"ג ז"ל דס"ל דכל שתפס קודם שנולד הספק לא מהני אפי' בשטוען ברי:

ג

וכן דעת הר"ר יונה והר"ר מאיר ז"ל שהביא הרא"ש בפרק ב' דכתובות ואינהו סברי ממש כהרמב"ן ז"ל וסיעתו דאפי' תרתי לא מהני דהיינו תקש"ה וטוען ברי וכ"כ מוהר"ר דוד בן לב ז"ל בספר א' ז"ל הסברא הראשונה סברת הרמ"ה והרב רבינו יונה ז"ל דאפי' איכא תרתי לטיבותא טו"ב ותקש"ה לא מפקינן מחזקת מרי' קמא ע"ש. ולדעתי הענין יש מקום עיון בדעת הרמ"ה ז"ל ממה שמביא בטור ח"מ סי' ר"מ משמו בענין שודא דהיכי דהקנה ראובן כל נכסיו לשמעון וחזר שמעון והקנה כל נכסיו לראובן בו ביום וא"י מי הוא האחרון שזוכה בכל הנכסים דאי מטלטלי נינהו וקיימי ברשותא דחד מינייהו לא מפקינן מיני' אלמא דסובר דמהני תפיסה לאפוקי מחזקת מארי' קמא בטו"ב דאל"כ אפי' אי קיימי מטלטלי ברשותי' דחד מיניהו ראוי למיקי' לנכסי דכל חד אחזקת מ"ק. כדרך שדן שם הרמ"ה היכי דלא קיימא ברשותא דחד מיניהו. ולא מצאתי מי שיתעורר בו. ונראה בעיני לומר דהרמ"ה ז"ל בהאי דסי' ר"מ לאו מתורת תפיסה בספקא סובר דאי קיימי מטלטלי ברשותי' דחד מינייהו לא מפקינן מיני'. אלא משום טענת לקוח במטלטלין קאתי עלה. שהרי קי"ל דבדברים שאינן עשוין להשאיל ולהשכיר מהימן המוחזק בהן לטעון לקוח הן בידי ואף שראו עתה בידו וגם ידועין שהיו של פלוני בגוונא דלית לי' מגו והיינו מטעם דחזקה שלקחן דאל"כ מאי בעי גבי' וה"נ זה שמטלטלין קיימי ברשותי' וטוען שהוא נתן תחלה לחבירו ואח"כ נתן חבירו לו הוא מהימן מהאי טעמא דמאי בעי גבי'. וכן נראה בעיני לפרש בהאי דהמחליף בב"מ דמקשה הש"ס ולחזי ברשותא דמאן קיימא וליהוי אידך המע"ה והנה לדעת רבותינו התו' והרא"ש ז"ל דסברי דבטו"ב מהני תפיסה מקשה הש"ס שפיר דאפי' אי קיימא ברשות הלוקח לא מפקינן מיני' כיון שטו"ב אבל לדעת הרמב"ן ז"ל וסיעתו דסברי דלעולם לא מהני תפיסה אפי' בטו"ב מאי פריך לוקמה דקיימא ברשות לוקח ולפי האמור ניחא דפריך נמי מכח טענת לקוח דאי קיימא ברשות לוקח מהימן בדבריו מטעמא דמאי בעי גבי' וכן נראה מלשון הר"ן והריטב"א בחידושיו שם העתיקם מוהרב"א בשיטתו שהקשו והא גודרות אין להם חזקה ותירצו דפרה באתרא דמסירי לרועה ועבד המוטל בעריסה אלמא שפירשו מכח

טענת לקוח דאי מתורת תפיסה מאי ענין גודרות אין להם חזקה לתפיסה דגודרת אין להם חזקה בענין טענת לקוח נאמ' דלא מהימן אלא משום מאי בעי גבי ובגודרות אין מזה ראי' דמעצמן הולכין אבל בענין תפיסה דזוכה משום תפיסתו דהממע"ה מה לי גודרות מה לי דבר אחר:

ד

ואם נעמוד למנין במחלוקת הזאת אי מהני תפיסה כשטוען ברי או לא נמצא שרוב הסוברים דלא מהני מהסוברים דמהני וכ"כ מוהר"י בן לב ז"ל בספר א' סי' מ"ו דתלש"ה לא מהני לפי דברי רוב הפוסקים אפי' בטו"ב ע"כ והרב ז"ל בסי' נ"ד מביאו ומשיג עליו וז"ל ונ"ל דלא דק או אשתמיטתי' כל הנך פוסקים שהבאתי וכ"כ מוהר"ר חיים בונבשתי בתשובה שבתשובות מוהרי"ט סי' קנ"א שרוב הפוסקים הסכימו דתפיסה שלא ברשות לא מהני אלא בטוען ברי ע"כ. ואחרי רואי כל הפוסקים שהביא הרב ז"ל נ"ל כדברי מוה"רי בן לב ז"ל שהרי הר"א אב"ד והרמב"ן והרשב"א והרא"ה והריטב"א והסמ"ג והר"ן והנ"י זכר כולם לברכה סברי דאפי' בשטוען ברי לא מהניא תפיסה וכמו שנתבאר מדבריהם בפ"ב דכתובות וגם דעת התו' עצמן לא ברירא לי כ"כ שהרי ברישׁ ב"מ דף ו' ובפ' בית כור דף ק"ה לא חילקו בין טוען ברי לטוען שמא אלא בין תקש"ה לתפס אח"כ ע"ש. אבל לענין דינא איני מהרהר ח"ו על הכרעתו של הרב ז"ל שהכריע דבטו"ב מהני תפיסה ובפרט שכן הסכימו שני גדולי האחרונים. אשר כל בית ישראל עליהם נשענים. הת"ה ז"ל בסי' שכ"א ומוהרי"ק ז"ל בשורש קס"א ע"ש ולולי דמסתפינא הוי אמינא ג"כ טעמא חדתא דבשטוען ברי ראוי להיות תפיסה מועלת וזהו. כבר הראית לדעת מתוך דברי הרמב"ן במה שתירץ על האי דפ"ב דכתובות דהיכי שהס' בממונא הוא בענין שאם הי' ס' כמוהו באיסורי לא הוי אזלינן בתר חזקה קמייתא. בהאי ספקא גם בממונא מהני תפיסה לאפוקי מחזקת מרא קמא והבאתי לשונו לעיל בסעיף ב'. ואני אומר דכ"ע מודי לי' בהאי מילתא והא דהתו' והרא"ש ז"ל תירצו בפ"ב דכתובות משום דטו"ב או שתקש"ה והרי התם ספיקא דתרי ותרי נינהו היינו משום דאינהו ז"ל לשיטתם אזלי דסברי תרי ותרי ספקא דרבנן ומדאורייתא שפיר מוקמינן אחזקה קמייתא גם באיסורי. וכמ"ש התוס' בכתובות דף כ"ב ד"ה הבא עלי' ובקדושין בהאומר דף ס"ו ד"ה מאי חזית ובחזקת הבתים (ל"ב) ד"ה אנן אחתינן לי' וכן דעת הרא"ש בפ"ב דכתובות דהלכתא דתרי ותרי ספקא דרבנן וע"ש גם יש לדעת מ"ש הרשב"א בחידושיו לקידושין בפ' האומר דבאומר ברי לי להיתרא אפי' היכי דאיכא חזקה קמייתא לאיסורא לא מהני החזקה לפי שלא ציותה התורה לילך אחר חזקה אלא למי שמסופק בדבר ורז זה גילה

לנו הרב בעל פני יהושע ז"ל בפ"ב דכתובות ע"ש שהרחיב ביאור דעת הרשב"א ז"ל והדברים עתיקים. והלכך איכא למימר דכל שהתופס טוען ברי מהני תפיסתו לאפוקי מחזקת מרא קמא משום דבכה"ג כלומר באומר ברי גם באיסורי לא אזלינן בתר חזקה קמייתא. והרשב"א ז"ל דאיהו מרא דהאי שמעתת' דבאומר ברי לי לא מוקמינן אחזקה קמיית' באיסורי ואפ"ה סובר דלא מהני תפיסה אפי' בטוען ברי אפשר שהוא מחלק דדוקא באיסורא שאין הדבר נוגע אלא לו לבדו כל שאומר ברי לי לא מזדקקינן לי' אבל בממונא שהוא בינו לחבירו מזדקקינן לי' ומפקינן מיני' ויהבינן לחברי'. אבל לולי דבריו יש לומר דאפי' בממונא שייך האי מילתא כיון שהוא תפוס בו לא מצינו למיפוק מיני' מכח חזקת מ"ק כל שאומר ברי דכנגד ברי לא מהני חזקה קמייתא:

ה

והא דמהני תפיסה בטענת ברי היינו דוקא היכא דאיכא ספיקא לפנינו אלא דיש לאידך חזקת מ"ק בכה"ג לא מפקינן מיני' דהתופס בשטוען ברי כגון כל ס' לשון שבשטר או שאר ספיקא דמציאות או ספיקא דתרי ותרי כהאי דפ"ב דכתובות שבכל אלו הס' שקול לפנינו ואפילו להסוברים תרי ותרי ספיקא דרבנן ומדאו' סלק עדותן כמאן דליתא ואוקמה אחזקה אין הכוונה סלק אותן לגמרי וכאלו לא העידו לא אלו ולא אלו אלא הכוונה בו דכח של עדותן לא אלים משאר ספיקא וכמו שבשאר ספיקא מוקמינן אחזקה קמייתא באיסורי ה"נ בס' עדות דתרי ותרי וזו שאמרו סלק עדותן ר"ל כח של עדות אבל היכא שאין ספק לפנינו לעולם מפקינן מיד התופס ואפי' שטו"ב דאטו התופס חפץ מחבירו בפני עדים לא מפקינן מיני' ואפי' טו"ב וזה פשוט מאוד דדיינין לי' כגזלן ממש ונסכא דר"א יוכיח וכבר האריך בזה הרב ז"ל בסי' קי"ד ע"ש ולדעתי באיסורי נמי הכי הוא ואפי' הרשב"א ז"ל דסובר דבאומר ברי לא מוקמינן אחזקה קמייתא היינו דווקא היכי שהס' מיהת לפנינו וכמו שנים אומרי' מת ושנים אומרים לא מת שעלי' אמר הרשב"א ז"ל למילתי' אבל כל שאין ס' כלל לפנינו הדבר פשוט בעיני דהרשב"א ז"ל מודה דלא מהני ברי דידי' ובודאי הבא על אשת איש אף שאומר ברי לי שבעלה גירשה לא מהני מטעמא דאמרן דכל שאין ס' לפנינו לא משגחינן בברי דידי' וזה דלא כדברי הרב פ"י ז"ל שלא ירד לחלק בכך והדבר ברור כמ"ש:

ודע עוד דלפי מה דקיי"ל כשנויי דהתוס' והרא"ש דפ"ב דכתובות דמחלקי' דהתם טוען המלוה ברי או שתפס קודם שנולד הספק ממילא שמעינן דבטוען שמא ותפס אחר הס' לא מהני אפי' בספק דתרי ותרי דהרי האי דפ"ב דכתובות תרי ותרי נינהו ואפ"ה הוצרכו לתירוצם הנז' והרב ז"ל בסי' ט"ז כתב דבתרי ותרי אפי' טוען שמא מיחשיב כטו"ב דומיא

דטענו ע"פ העד דמיחשיב לטענת ברי והא דכתבו התוס' דהתם טוען המלוה ברי היינו משום דאלו לא טען ברי תו ליכא תרי ותרי שיכול להיות אמת שהעדי' החתומי' קטנים היו ותמהני עליו שהרי עדים החתומין על השטר כמי שנחקר' עדותן בב"ד דמי ומה"ט הוא דמשוינן לי' כתרי ותרי לא בשביל ברי דידי' גם מה שנסתייע הרב מדברי הנימו"קי שנראה ג"כ מדבריו אפי' בטוען שמא מהני לאו ראי' הוא כלל דאיהו מטעם אחר אתי עלה משום דתרי ותרי ס' דאוריית' והוא לקוח מדברי הרמב"ן שהבאתי לעיל אבל התוס' והרא"ש דסברי תרי ותרי ס' דרבנן כמ"ש לעיל לא עדיף ספקא דידהו משאר ספק שבעינן שיטעון ברי ממש כמו בשאר ספקא וכ"ז פשוט וראיתי שגם האורו"ת טען עליו מעין זה.

1

והרב ז"ל בסי' ט"ו וט"ז נושא ונותן באמונה בדברי הטור שהוא דרך ממש בשיטת אביו הרא"ש ז"ל דלא מהני תפיסה בתיקו ובטוען ברי מהני ובס"ס שפ"ח כתב וז"ל אבל טוענו בדבר שאינו רגיל כגון שטוען שזרק לו סל מלא מעות לים ואין דרך ליתן בו מעות מיבעיא לן ולא איפשטא אי נאמן בשבועתו וכתב הרמב"ם אי תפס אין מוציאין מידו אלא נשבע ומחזיק. וא"א הרא"ש ז"ל כתב כיון דספיקא דדינא הוא אין מועיל בו תפיסה ע"כ וכ"כ אח"כ שם גבי מסור ז"ל מסור מיבעיא לן אי נשבע ונוטל ולא איפשטא וכתב הרמב"ם ז"ל שאם תפס הנמסר א"מ מידו אלא נשבע ומחזיק מה שבידו ולדעת א"א הרא"ש ז"ל כיון דספיקא דדינא הוא אין מועיל בו תפיסה עכ"ל. והרי התם טוען הניזק והנמסר ברי וראוי שיהני תפיס' לדעת הרא"ש ז"ל. ובשלמא גבי ניזק כו'. אבל במסור אם הי' ידוע בבירור כמה הפסידו הי' מחויב לשלם מדיני דגרמי נראה דהרא"ש נמי מודה דמהני תפיס' כיון שהנמסר טוען ברי. אבל פירוקא דהאי מילתא כך הוא דהא פשיטא דכל היכי שאין ספק לפנינו לא מהני תפיסה אפי' בטו"ב ולא שייך תפיסה אלא בספקא דש"ס או בספק שבשטר א"כ ה"נ גבי מסור כיון דע"כ איירי שתפס בעדים דאל"כ בלי ספקא דדינא נמי פשיטא דמהני תפיסה לכ"ע כיון דאית לי' מגו. וא"כ טו"ב דהנמסר לא מעלה ולא מוריד אלו דברי הרב ז"ל בקיצור ונאותין הן ראוין למי שאמרן:

אך מה שאני מסתפק בהו כאשר אומר היכי דאיכא ספקא דדינא בטענת ברי שהדין מסופק עלינו אי מהימן התובע או הנתבע מי אמרינן דהאי נמי להאי דמסור דמיא שהרי אין התובע יוכל לומר, ברי לי שהדין הוא כמו שאני אומר שאף אם תמצא לומר שהוא אומר אמת מ"מ יכול להיות שהדין עם הנתבע דבשביל שהתובע הזה אומר אמת לא נפשטה האבעיא או תיקו שבש"ס ולא מהני ברי דידי' או דלמא שלא אמר הרב למילת' אלא בהאי דנמסר דהתם אפי' צד המסייעו לא יהבה לי' נאמנות לגמרי שודאי מן הדין

לא מהימן בתפיסתו לטעון כך וכך מסרתני אלא שבעיא דבש"ס דלמא חכמים תקנו בכה"ג שיהי' נשבע ונוטל וכיון שהוא אינו לטו"ב שחכמים תקנו כך מש"ה לא מהני ברי דידי' אבל היכי דצד המסייע יהבה לי' נאמנות גמורה אפשר דבכה"ג מהני ברי דידי' אף בס' דדינא שוב ראיתי שיש לפשוט הדבר הזה מדברי הרב עצמו ז"ל שכתב בסי' צ"ה לענין פלוגתא דרבה ורב יוסף דחזקת הבתים (ל"ב) בהאי דאמר אין שטרא זייפא הוא ומיהו שטרא מעליא הוי לי ואירכס דרבה סובר דמהימן הוא במגו ורב יוסף סובר דלא מהימן דזה לא מיחשיב לטענת ברי דאלו הי' הדין כרב יוסף לא היה מועיל טענת ברי דידי' ובכה"ג חשיבא טענת ברי דידי' כטענת שמא ודמיא למסור ע"ש בדברי הרב והתם לרבה מהימן הוא לגמרי אבל לדעתי העני' אין זה דומה למסור מטעמא דאמרן: וזה. נראה בעיני בישוב דברי מוהר"י ן' לב ז"ל שלא יסתרו אהדדי שבספר א' פסק דאפי' בפלוגתא דרבוותא לא מהני תפיסה ובספר ג' מבואר מדברי דאפי' בתיקו מהני תפיסה ותמה עליו הרב ז"ל בזה בסי' פ"ו אבל האי דכ' בספר ג' קאי בענין תבעו לאחר זמנו ואמר פרעתיך בגו זמני' דבעיא הוא אי אמרינן מגו במקום חזקה והתם איירי שהמלוה טוען ברי וראוי שיהני תפיסתו:

ז

ודע שיש מקום עיון להסוברים דמהני תפיסה בטו"ב מהאי דס"פ המניח דמקשה הש"ס לרבה בר נתן דטענו חיטין והודה בשעורין פטור. מהיו הניזקין שנים והמזיקין שנים א' גדול וא' קטן כו' הא לא מייתי ראי' שקיל כדאמר מזיק וחיטין ושעורין נינהו ומשני ראוי ליטול ואין לו והתניא ה"ז משתלם לגדול מן הקטן ולקטן מן הגדול. בשתפס. ומקשה תו בכה"ג מהיו א' תם וא' מועד ומשני ג"כ בשתפס והשתא להסוברים דמהני תפיסה בטו"ב אי בשתפס לישלם לגמרי כדאמר ניזק לגדול מהגדול או מהמועד ולקטן מהקטן או מהתם. דכיון דהניזק טוען ברי וכדמוכח התם ואפי' לפי המבואר דלא מהני תפיסה בטו"ב אלא כשנופל ס' לפנינו אבל התופס מחבירו במקום שאין לפנינו ס' כלל פשיטא דמפקינן מיני' וכמ"ש לעיל מ"מ התם ג"כ הספק נופל לפנינו דהא אוקימנא התם מתניתין דלא כסומכוס ואיהו נמי מודה היכי דליכא דררא דממונא וכמ"ש התוס' שם ופ' השואל דמקשה הש"ס ונחזי ברשותא דמאן קיימא פירשו שם התו' דאי' דררא דממונא ויש ס' בלא טענותיהן כשטוען הלוקח ברי אם הוא ברשותו אין להוציא ממנו. וכ"כ הרא"ש בחידושין הביאו מוהרב"א בשיטתו ומ"ש האי דהמניח דלא יהני תפיסתו דהניזק והתם נמי איכא דררא דממונא מדחולקין אליבא דסומכוס. וכבר עמדו על הקושיא הזאת הרב האורו"ת ז"ל ורב אחי ומורי ש"ן בחיבורו זה בסי' פ"ח. וזה ימים רבים שעמדתי

ג"כ על הקושיא הנז' בעוד שלא ראיתי דבריהם. ותרצתי ע"פ דיבור התוס' דריש ב"ב ד"ה לפיכך שאחר שכתבו שם דאפילו לא היו בונין את הכותל לאמצע בע"כ הי' הדין שיחלוקו ואפי' נפל לרשותא דחד מינייהו כתבו תו והא דאמרינן בהשואל גבי מחליף פרה בחמור וכן בריש הבית ועלי' ולחזי ברשותא דמאן קיימא וליהוי אידך הממע"ה. דהתם מתחילה מבורר הי' הדבר וברשות א' מהן נולד הספק אבל הכא מעיקרא נולד הספק ואם הי' באין לחלוק בעוד שהכותל קיים היו חולקין בשוה מס' וכו' הלכך אפי' נפל לרשותא דחד מינייהו לא הפסיד האחר כחו עכ"ל ובזה ניחא דבהא דהמניח הס' נולד בעת הנגיחה ובאותה הפעם מוקמינן בחזקת המזיק ומש"ה אף שתפס הניזק אח"כ לא הפסיד המזיק כחו:

אבל התבוננתי בדבר וראיתי שאין דברי התוס' מעלין ארוכה לזה לפי שדבריהם צריכין ביאור לדעתי ואם שלא מצאתי מי שיתעורר בהו. שלפי מה שנראה מהם הא דמקשה הש"ס בב"מ ולחזי ברשותא דמאן קיימא מתורי' תפיסה בס' הוא דמקשה. ולפי"ז סברי דבטו"ב מהני תפיסה שהרי לדעת הסוברים דלא מהני תפיסה בטו"ב ליכא לפרושי מתורת תפיסה בס' וכמש"ל. ומש"ה הריטב"א והר"ן שהם אנשי שלומו של של הרמב"ן בזה דלא מהני תפיסה אף בטו"ב הוצרכו לפרש דמאי דפריך ברשות' דמאן קיימא מתורת טענת לקוח הוא דמאי בעי גבי' כמו שהבאתי לעיל בשמם וא"כ מה זה שכתבו דהכא מעיקרא נולד הס' ובשביל שנפל לרשותא דחד לא הורע כח האחר. והרי בהך דפ"ב דכתובות גבי שנים החתומין על השטר פירשו דמהני תפיסת המלוה לפי שטו"ב ותק"כ הכהן תופס מספק אלמא דלעולם מהני תפיסה בטו"ב אף שמעיקרא נולד הס'. ונ"ל שהתו' דריש בתרא סברי דלא מהני תפיסה אפי' טו"ב אלא דסברי דתקש"ה הוא דמהני וכדעת הסמ"ג דאינו מחלק אלא בין תקש"ה לתפס אחר הס' ואפ"ה פירשו בהנך דב"מ דמתור' תפיסה פריך דסברי דדוקא לאחר הס' הוא דלא מהני אבל תפיסה דבשעת הספק ג"כ מהני ודבר זה יתבאר לקמן בכלל הסמוך והנך דב"מ נמי תפיסה דשעת הס' מיהת הויא כיון דמתחילה מבורר הי' הדבר. ואחי אלופי מוהר"ח הכהן ש"ן השיב לי שהתו' מחלקים בדרך זה דהיכי דתחלת הדין הממע"ה אזי מהני תפיסה אפי' אחר שנולד הספק כל שטו"ב. דכיון דאלו היו באין תחילה לדין הי' ג"כ הדין המע"ה אלא שמתחילה הי' הראשון מוחזק ועכשיו השני ואין הדין משתנה. אבל היכי שתחלת הדין ביניהן יחלוקו כהאי דריש בתרא אפי' תפס א' אח"כ מפקינן מיני' להעמיד הדין בחזקתו. ומש"ה קשיא להו דבהנך דב"מ נמי הי' תחילת הדין יחלוקו ואפ"ה מקשה הש"ס ולחזי ברשותא דמאן קיימא. ואמרי דהתם הי' מבורר מתחילה ומעולם לא חל ביניהן הדין שיחלוקו אלו דבריו

ודפח"ח אלא שיצטרך לומר שהתו' אזלי בתר איפכא מיני' דהרמב"ן ז"ל דאיהו ז"ל סובר דלעולם לא מהני תפיסה אפי' בטו"ב אבל בדבר שתחילת דינו יחלוקו אי תפס א' מהן לא מפקינן מיני' וכמ"ש לעיל בכלל א' בשמו. מ"מ בין לפירושא דמר אחי נר"ו בין לפירושא דידי אין דבריהם מעלין לקושיתן שקושיתינו להסוברים דמהני תפיסה בטו"ב ולדידהו ודאי מהני תפיסה אפי' כשתפס אח"כ ובהאי דשלהי המניח כיון דהניזק טו"ב מדוע לא יטול כדקאמר איהו לגמרי:

ח

והנה עיינתי בדבריהם במה שכתבו הם בתירוצא דהאי מילתא ולא ישרו בעיני מכמה פנים ובעיקר דבריהם שאומרים דדוקא בהאי דהמחליף מהני תפיסת הלוקח לפי שיש לו טענה בגוף הולד כו' אבל בא' תם וא' מועד לא מהני תפיסתו להשתל' כדבריו דאין לו טענה על גוף השור וזה ליתא שכבר הכרי' הרב ז"ל בסי' קי"ב דלא כהרש"ל דמחלק בכך אלא דלעולם מהני תפיסה בכל דבר וראיותיו מוכרחות ואם שהם מחלקים דבספקא דדינא לחוד מהני תפיסה בכל דבר לא שמיעא לי ותו דהרי האי דפ"ב דכתובות בשנים החתומים על השטר דלאו ספקא דדינא הוא ואפ"ה פירשו כל המפרשים דמהני תפיסה והתם אין להמלוה טענה בגוף הדבר שתופס אלא שעבודא בעלמא כמו במועד. גם מה שרצה האורו"ת לומר דמש"ה לא מהני תפיסה בהאי דשלהי המניח משום דגודרות אין להם חזקה תמהני עליו איך שכח ת"כ שהוא אב לכל התפיסות וס' בכור גודרות הוא אלא ודאי אין ענין לגודרות אלא בטענת לקוח דלית בהו למימר מאי בעו גבי' אבל תפיסה מיהת הוו ומה שרצה להסתייע לזה מדברי התוס' בהמחליף שתפסו בלשונם והא גודרות אין להם חזקה ע"ש ה"פ דאין לומר שקושית הש"ס היא לאו מתור' תפיסה אלא מתורת לקוח וכמו שפירשו באמת הריטב"א והר"ן וכמ"ש לעיל בשמם ומיירי שהעדים מסהדי שפרה זו ילדה הולד הזה ואינן יודעין אם ברשות הלוקח או ברשות המוכר ובזה סרו כל פקפוקיו של האורו"ת ע"ש אבל דע שלפי שיטת הרשב"א שם בהמניח הקושיא ההיא מעיקרא ליתא דאיהו מוקי לה דליכא עדים על הנגיחה כלל וכמ"ד פ"נ ממונא דס"ל דאלו היו עדים על הנגיח' אלא דלא ידעו איזה הזיק לא הוי מיפטר מכח טענו חטין והודה בשעורין וכן פירשו הרבה מהראשונים והדברים עתיקין. ואלייהו צריך לומר דהא דמוקי מתניתין דלא כסומכוס והרי בליכא דרא דממונא סומכוס נמי מודה דהממע"ה והיינו משום דרישא דמתניתין דשור שהיה רודף וכו' ע"כ איירי בדאיכא עדים על הרדיפה דאל"כ מה לו להמזיק להשיב בסלע לקה וכי מראה מקום הוא לו. ובברישא כיון דאיכא עדים על הרדיפ' מקרי דרא דממונא וכיון דאינך בבות מיירי בדליכא עדים

ראוי שלא יהני תפיסתו אפילו בטו"ב דבלא טענותיהם אין ס' לב"ד. אבל הדבר הקשה שהרא"ש מפרש להסוגיא למ"ד פ"נ קנסא ובדאיכא עדים על הנגיחה אלא דלא ידעו איזה הזיק ועליו תסער הקושיא ההיא דאיהו סובר ג"כ דמהני תפיסה בטו"ב ותו דכתב שם כדברים האלה הלכך לא מהני תפיס' אלא בניזקין ב' ומזיקין ב' ומשתלם כדאמר מזיק אבל כדאמר ניזק לא כיון דתפס בסהדי ומה בכך שתפס בסהדי כיון דאיכא עדים שב' אלו נגחו ב' אלו אלא דלא ידעי לברר ולומ' זה הזיק את זה ודררא דממונא מיהו הוי ובהמחליף גבי זה אומר עבד גדול וזה אומר עבד קטן דחולקין אליבא דסומכוס ומוקי לה בש"ס בדמי עבד גדול ודמי עבד קטן ופירשו התוס' דאיירי דעדים מסהדי דאמר לו עבד גדול בכך ועבד קטן בכך וקבל) הימנו המעות ולא ידעי מה קיבל ומש"ה הוי דררא דממונא ע"ש והאי דהמניח ממש דכוותי' הוא בלי הפרש לשיטת הרא"ש ז"ל דמיירי באיכא עדי' על הנגיחה:

ט

הן אמת שראיתי בב"ח סימן ת' שדעתו לומר דהרא"ש לא מצריך להיות עדי' על הנגיח' אלא בבבא זו דמזיקין שנים וניזק א' אבל באינך בבות דמזיקין שנים וניזקין שנים לא בעינן שיהיו עדי' על הנגיח' וראייתו מדלא הזכיר הרא"ש עדי' אלא גבי בבא דמזיקין שנים וניזק א' ובאינך בבות תו לא הזכיר מעדים מידי. ולפי דבריו גם לשיטת הרא"ש אתיא שפיר כיון דהנך בבות מיירי) בדליכא סהדי וכל דליכא דררא דממונא ודאי לא מהני טו"ב אבל דברי הב"ח תמוהין בעיני דכיון דפ"נ קנסא היכי מצי לאשתלומי בלא עדים:

איברא אם נקבל ראייתו של הב"ח יש לנו לומר' דהרא"ש סובר כדעת הראב"ד דפ"נ שניא משאר קנסא דקרנא אית לי' גבי' וכל שתפס הניזק תו אין הודאתו של המזיק פוטרתו ובענייי הבאתי סמך לדבריו מגירסת הר"ח דקדם בע"ד ותפסי' והוזכר בסימן א' סק"ח וכבר הסכים הה"מ בפ"ט מנ"מ גם דעת הרמב"ם לזה. ולפ"ז יפה עשה הרא"ש שלא הזכיר בהיו הניזקין ג"כ שנים דמיירי באיכא עדים דכיון דהתם לא משכחת לה שישלם המזיק כלל אלא בדתפס דאל"כ ה"ל טענו חטין והודה בשעורין ומאחר דתפס תו לא צרכינן לסהדי דבהודאתו ג"כ מחייב בפ"נ כל שהניזק תפס משא"כ בבבא ראשונה דמזיקין שנים וניזק א' דלא איירי בדתפסו אלא בניזק אומר שמא ומזיק ברי כדמוקי לה בש"ס ע"כ איירי בדאיכא סהדי דאל"כ ה"ל מודה בקנס ולא משלם ע"פ עצמו כל דלא תפס אידך ועפ"ז, ניחא נמי מאי דהוי קשיא לי בדברי הרא"ש דהתם שכתוב בלשונו דתפס קודם שעמ' בדין. ולא ידעתי. למה הוצרך לזה דנהי דאיכא מרבוותא דסברי הכי

דלא מהני התם תפיסה אלא בתפס קודם שעמ' בדין היינו משום דסברי דטוענו חטין והודה בשעורין דפטור הוא, משום מחילה דכיון דלא תבעו השעורין מחלן לו וכשתפס בשעת העמדה בדין אמרינן דמשום דתפס בהן לא תבע אותן אבל הרא"ש דאיהו פליג שם על האי טעמא ופירש שם דמשום הודא' היא דהוי כמודה שאין בידו שעורין ולשיטה זו אין טעם לחלק בין תפס בשעת העמד' בדין לתפס אח"כ ועיין במ"ש ר"א ומורי בסימן פ"ח ולפי האמור ניחא דמאחר דהרא"ש מוקי להנך בבות בדליכא עדים על הנגיחה כלל ובכה"ג ודאי בעינן שיתפוס קודם העמדה בדין דבתפס אח"כ כבר פטרתו הודאתו של המזיק ותו לא מהני תפיסת הניזק דגם הראב"ד לא קאמר אלא כשתפס מקמי הודאה וכל זה נכון ומוכרח לפי שיטת הב"ח ואף שהראב"ד ז"ל מוקי להך בבא דמזיקין שנים וניזק א' ג"כ בדליכא סהדי ואם דהך בבא לא איירי בדתפס היינו דאיהו סובר ג"כ דפ"נ אפילו לא תפס אידך ב"ד זיל שלים אמרי לי' אלא דלא כייפינן לי' וכמ"ש הרשב"א בשלהי המניח בשמו והרא"ש ז"ל דמוקי לבבא זו בדאיכא סהדי דוקא פליג עלי' בהא אבל בשתפס סובר כוותי' דמהני דלא מיפטר תו ע"י הודאתו:

ו

ועדיין רחוק בעיני להעמי' דבר זה בכוונתו של הרא"ש להסכים אותו בשיטת הראב"ד הנז' לפי שהוא יחידאה בהאי מילתא והבאים אחריו תמהו עליו טובא בזה וגם הישׁ"ש כתב שאינו אלא דברי נביאות וגם בעניותי קשיא עלוהי מפ' דו"ה דאמר ר"א כך אני בעיניך אין דיני אלא בשהמית ע"פ ע"א או ע"פ בעלים ומקשה ע"פ בעלים מודה בקנס הוא ולדברי הראב"ד מאי קושיא הא משכחת לה בשתפס אידך דתו פטרתו הודאתו להכי כתב רחמנא ובעל השור נקי לקי מחצי כופר. וראיתי להפ"י ז"ל בחידושיו לב"ק שמקשה שם כיוצא בזה בשם בנו הרב הגאון מוהר"ר בעריש ז"ל להסוברים דמהני מגו בקנס דלישני דתפס אידך בלי סהדי ובפ"י מתרץ לה דכיון דתם אינו משלם אלא מגופו לא משכחת בי' מגו דגודרות אין להם חזקה ותמהני נהי דלא משכחת בהו מגו דלקוח וכי לא משכחת בהו מגו דלהד"מ או החזרתי. אבל לענ"ד קושיתו ל"ק דאי בגוונא דאית לי' מגו מאי ע"פ בעלים דקאמר דהרי להסוברים דמהני מגו בקנסות אפי' כשהמתחייב כופר בהן חייב בהו מכח מגו דאידך וכן משמע להדיא מדברי הרמב"ן בספר הזכות ע"ש ואינהו ז"ל לא ראו ספר הזכות ומש"ה כתב שם הפ"י ז"ל עוד דברים שאינם ברורין ע"ש. אבל הראב"ד דסובר דפ"נ מהני תפיסה ואפילו בסהדי והיינו ודאי כל שהמתחייב מודה דמי עדיף מן ממונא דלא מהני תפיסה בסהדי כל שהלה כופר בחובו ודאי קשיא דלוקי

ע"פ בעלים ובדתפס אידך ואפילו בלא תפס לפי דרכו דלעולם זיל שלים אמרי לי' להכי כתב בעל השור נקי לפוטרו דלא נימא זיל שלים.

ובלעדי זאת יראה בעיני דהנך שני דינין שחידש הראב"ד בפ"נ בשנותו משאר קנסות דלעולם זיל שלים אמרי לי' ובדתפס לא מפקינן מיני' חדא מישך שייך בחברתה דכיון דסובר דלעולם זיל שלים אמרי לי' כלומר דחייב לציי"ש אלא דהב"ד לא כייפי' ומש"ה בשתפס לא מפקינן משום דכל דחייב לציי"ש אי תפס לא מפקינן מיני' כמו בכל קים לי' בדרבה מינה וכדעת רש"י שם והתם נמי קאמרי האי לישנא דאלו אתי קמן לבי דינא מי לא אמרינן לי' זיל שלים וכיון דהרא"ש ע"כ לא ס"ל בזה כהראב"ד דבלי תפיסה נימא לי' זיל שלים דא"כ לא הי' יכול להוכיח דהסוגיא איירי בדאיכא עדים דמצינו לפרש ע"ד שפירש הראב"ד משום דזיל שלים אמרי ליה וכיון דפליג עלי' בהא תו ליכא למימר דבתפס יסבור כוותי' דלא יהני תו הודאתו דאין טעם בכך. וראייתו של הב"ח מדלא הזכיר באינך בבות דאיירי באיכא עדים לאו ראי' דסמך על מ"ש לעיל מינה בסמוך גם הא דכתב שתפס קודם שעמ' בדין יש לומר דטעמו כיון שיצא זכאי בדין תו אין ראוי שיהני תפיסת אידך לחייבו וכ"כ מהרש"ל ביש"ש שם ולי נראה בטעמא שכל שנפסק הדין תו אסח לדעתו מיני' ולא מהני לי' תו תפיסה דאפי' אם חייב לו שעורין כבר נתייאש מהם דומיא דמ"ש הת"ה בסימן ש"י דבנפסק הדין תו לא מצי לבא מכח ממ"נ ויתבאר עוד להלן אי"ה באופן שאין הכרח מכאן להסכים דעת הרא"ש כהראב"ד:

יא

והנראה בעיני בישוב דברי הרא"ש מקושיא הנז' הוא משום דכיון דהדבר ס' אם הגדול הזיק הגדול או קטן היזיק הגדול ואם האמת שהגדול לא הזיק הגדול ממילא העדים מוכחשין מפי הניזק שהודה שהגדול לא הזיק את הקטן מכיון שהם מוכחשין מפי התובע בטלה עדותן לגמרי ותו לא הוי דררא דממונא כיון דליכא סהדי כלל דהני סהדי שקרי נינהו שהרי הניזק פוסלתן משא"כ בהאי דהשואל בדמי עבד גדול ודמי עבד קטן שפיר הויא דררא דממונא דאף אי נימא שלא קבל המוכר דמי גדול מ"מ לא הוכחשו העדים מפי הלוקח שתובע דמי גדול משום דיש בכלל מאתים מנה משא"כ בין חיטין ושעורין דהויא הכחשה וכדאיתא בסי' ל' ע"ש בסמ"ע ותירוצא ברירא הוא בסייעתא דשמיא ותדע שהרי כל שלא תפס אינו משלם אפי' על הקטן מהקטן וכו' ואמאי והרי עדי' לפנינו המעידין שמגיע לו חיטין או שעורין ובמה יפטור אלא ע"כ דמש"ה הוא דכיון דאנו מסופקין דלמא אינו מגיע לו חיטין ותו שעורין ג"כ אינו מגיע דהודאתו יותר ממאה עדים שהוד' שאין בידו שעורין ומקבלין פיסול העדות הימנו לריעותא דידי'

להכחיש העדות על השעורין וטענת הנתבע מקבלין ג"כ להכחיש החיטין ודנין כאלו לא העידו כלל. וה"נ בענין תפיסה דבעינן דררא דממונא מקבלין טענת הנתבע להכחיש החיטין והודאת התובע להכחיש השעורין והוי כלא העידו כלל וכל דליכא עדים לא מהני תפיסה כמו שכתבתי בסמוך:

יב

ולפי דברי ברישא דמתניתין דזה אומר שורך ש הזיק וזה אומר לא כי אלא בסלע לקה אי תפס הניזק וטו"ב מהני תפיסתו. כל שראו עדים רדיפתו אבל באינך בבא דזה אומר גדול הזיק וזה אומר קטן הזיק לא ואף דעדים מעידים שודאי א' משוריו נגחוהו אלא שלא ראו איזהו לא מהני תפיסתו בטו"ב ואף דלכאו' נרא' להיפוך מ"מ טעמא דמסתבר הוא משום דברישא ליכא חשש הכחש' כלל בין העדים להניזק אבל באידך ס' הכחש' ביניהם דאם הגדול לא הזיקו אזי העדים מוכחשין מפיו שהוא אומר שהקטן לא הזיקו ודו"ק:

אמנם דע שזה שכתבנו דברישא דמתניתין דמהני תפיסת הניזק בשטוען ברי היינו דוקא בשהי' שור הרודף מועד דממונא הוא אבל אם הי' תם לא מהני דכיון דפ"נ קנסא הוא מסתברא לי דלא מהני בקנסא טו"ב ואפילו לפי דעת הרמב"ם דסובר דבקנסא מהני ג"כ תפיס' היינו לשיטתו דלא בעי שיהא טו"ב ות"כ גופו פסק דא"מ אבל להסוברים דבספיקא לא מהני תפיס' אלא בטו"ב דוקא בקנסות דמסירי לב"ד דוקא דאשר ירשיעון אלקים בעינן טענת ברי דידי' אינה מעלה ואינה מורדת כלל ובפרט לפי מ"ש לעיל בטעמא דמהני תפיס' בטו"ב משום דכל שטו"ב אין הב"ד נזקקין לו בשביל חזקת מרא קמא דאידך כדרך שאין נזקקין באיסורי באומר ברי להפרישו בשביל חזק' קמייתא לאיסורא דאיהו בדידי' קעבי' וזה שייך בממון דוקא דלא איברי בי' סהדי ודייני אלא לשקרי אבל בקנסות דבעינן ב"ד דוקא וכל שלא חייבוהו הב"ד איהו אינו מיחייב כלל אפילו לצי"ש כדאיתא בירושלמי הובא בסימן א' ע"ש לא שייך לומר דאיהו בדידי' קעבי' דכיון דהב"ד אינן יכולין לחייבו אף אם האמת עם התופס מיחייב לאהדורי כיון דהב"ד לא מחייבי לי':

כלל ג

יבאר דתפיסה קודם שנולד הספק מהני אפילו בטוען שמא ובו יבואר דאין הפרש בין תיקו לפלוגתא דרבוותא בענין זה ולעולם מקרי לידת הספק בשעה שנתהווה המעשה אשר עליו מתעורר הספק והתופס קודם לכן מקרי תפס קודם שנולד הספק והתופס אחר כך מקרי תפס אחר הספק. ובו יבואר דלא מהני תפס קודם שנולד הספק אלא היכי

דהספק נולד לגריעותא דהתופס דוקא ואפילו אם תפס קודם שנולד הספק אי הדר בעל הבית ותפס מיניה מהני גם כן:

א

כבר העתקנו לעיל בכלל הסמוך דברי התוס' דפ"ב דכתובות שכתבו דמש"ה מהני התם תפיסה ולא דמי לת"כ משום דהכהן תפס מספק אבי זה טוען ברי ועי"ל ואיירי בתפס קודם שנולד הספק והרב הת"ה בסי' שכ"א כתב ז"ל אמנם י"ל דכל חד שינויי טעמא קאמר ולא פליגי אהדדי וכה"ג איתא באשר"י פ' הפרה אהא דנזקקין לתובע תחילה ותו דהכא איכא למימר דלעולם דתפיסה דקודם הספק מהני והא דלא מחלקינן הכי אינך שינויי יש לומר משום דאין נראה להם שפיר לאוקמה הא דתרי בהדי תרי שתפס מקודם הספק ולכן מתרצינן דאפי' תפס אחר הספק הואיל וטוען ברי ולשון קושית התוס' משמע) הכי דקאמרי אלמא תפיסה לאחר הספק לאו כלוה הוא משמע הא דקודם מהני עכ"ל. ולפי פירושו, פשיטא להתוס' דתפיסה דקודם הספק מהני אלא) שהיה דוחק בעיניהם להעמידה בתקש"ה וחדשו דבטוען ברי לעולם מהני או שנעמידה בתפס קודם שנולד הספק ודבריו אין צריכין חיזוק שכן משמע מלשון קושית התו' דלשם וכמ"ש הת"ה וכן משמע מדבריהם דריש מציעא שכתבו בהאי דפ"ב דכתובו' צ"ל דאיירי בתקש"ה ע"כ וכן דעת הסמ"ג בעשין צ"ה שהעתקתי לעיל בכלל ב' ומ"מ מדברי שאר מפורשים נראה דסבירא, להו דלא מהני עד שכמעט בין גדולי הראשונים ז"ל לא מצינו להם חבר מפורש זולת הסמ"ג והנה דעת הר"ר יונה והר"ר מאיר הלוי ז"ל שהביא הרא"ש בפ"ר דכתובות סברי להדיא דלא כתו' וס"ל דלעולם לא מהני ואפי' איכא תרתי לטיבותא שטוען ברי וגם תקש"ה וז"ל הרא"ש שם ומצאתי בשם הר"ר יונה ז"ל כתב דתפיסה לא מהני מדאמר לקמן בפ' אלמנה גבי אלמנה שתפסה דאמרי' לה מאן שם לך ולא מהני תפיסה אלא מיירי הכא כשהתפיסוהו הב"ד או שהתפיס הלוה קודם שבאו עדים. והר"ר מאיר הלוי כתב דאף תפיסת ב"ד לא מהני דאף אם התפיסוה הב"ד קודם הספק כשיבואו העדים האחרוני' מוציאין מידו כדאמרינן בחזקת הבתים אנן אחתינן לי' ואנן מסקינן לי' לזילותא דבי דינא לא חיישינן וכ"ת ה"מ מקרקעי משום דקרקע בחזקת בעלים עומד' אבל במטלטלי לא הא אשכחן בב"ק (קי"ב) דאפי' במטלטלי אמרינן הכי דאינה מועלת התפסת ב"ד דאמרינן התם לא שנא הכי ולא שנא הכי אדרכתא במטלטלין לא כתבינן דילמא משתדפי מקרקעי דמלוה ומייתי הך סהדי ומרע לי' לשטרא וליכ' לאשתלומי מיני' משמע הא איכא לאשתלומי מיני' אע"פ שכבר הורידוהו ב"ד חוזרין ומוציאין ממנו אפי' במטלטלין ע"כ. והנה הר"ר יונה כתב להדיא דאפי' התפיסוהו ב"ד קודם הספק

לא מהני וגם מדברי הרמ"ה משמע כן להדיא שהרי בהאי דחזקת הבתים נמי תקש"ה הוא וגם האי דב"ק תפיסה דקודם הספק הוא והכי נראה להדיא דעת הרמב"ן ז"ל בדיני תפיסה שלו שפירש שם בהאי דהאומנין אם נתן לא יטול משום דתפיסה ברשות הוא והתם נמי תקש"ה היא ואפ"ה שלא ברשות לא מהני אליבי' וכן הוכיח הרב ז"ל בסי' ס"ח מדברי הרמב"ן שהביא הרא"ש ז"ל ס"פ קמא דבכורות ע"ש והכי משמע לי ג"כ דעת אינך מפרשים הראשוני' ז"ל הרשב"א והרא"ה והריטב"א שהבאתי לעיל בכלל ב' ממה שדברו בענין תפיסה ואף שמן מה שלא תירצו בהאי דפ"ב דכתובות דאיירי בתפס קודם הספק אין להוכיח דסברי דבכה"ג לא מהני שאפשר דלא ניחא להו לאוקמה הברייתא בכה"ג מ"מ משמע לי הכי מדלא אשתמיט חד מינייהו להזכיר דקודם הספק מהני. וא"ל שבשביל שהדבר הי' פשוט בעיניהם דמהני מש"ה לא הזכירוהו שהרי רבן הרמב"ן סובר דלא מהני וכמ"ש:

ב

ובדעת הרא"ש ז"ל אי סובר דמהני תפיסה קודם הספק או לא מצינו מחלוקת בין גדולי האחרונים ז"ל הרב הת"ה ז"ל בסימן הנזכר אחר שהניח שם בדעת התוספות דסברי דתפיסה דקודם הספק לעולם מהני וכמו שכתבתי לעיל משמו כתב תו ז"ל אמנם באשר"י פ"ק דבבא מציעא כתב בההיא שמעתא דתקפו כהן דכל התופס מספק שלא יוכל לטעון ברי מפקינן מיניה ומוקמינן לה בחזקת מרא קמא ורוצה לומר על כרחך אפילו אם תפס קודם שנול' הספק מדמייתי ראיה מחודש העיבור דלמשכיר הוא אליבא דך נחמן ואף על גב דהשוכר תפס מקודם ובהיתר ע"כ (והרב ז"ל העתיק כל לשונו של הת"ה בתשובה ההיא ממ"ש בהאי ענינא בסימן נ"ז אלא שנפל שם טעות בדפוס ודילג הרבה תיבות באופן שאין הבנה לדבריו) וכ"כ הרב מוהר"ר דוד בן לב ז"ל לתירוצא קמא דתירץ הרא"ש בפרק האשה שנתארמלה דמיירי בתפס קודם שנול' הספק נראה דהוא ז"ל סובר דתרתי טיבותא בעינן ולמאי שתירץ א"נ שטוען ברי למדנו מדבריו דבחדא לטיבותא דהיינו בטענת ברי אע"ג דתפס לאחר הס' סגי אבל היכ' דאיכ' חדא לטיבות' דתקש"ה מההוא דכתב הכא לא נדע סברתו ז"ל אם לא שנלמד מההי' דפ"ק דמציע' דכתב וז"ל כללא דמילת' לטענת ברי מהני תפיסה אבל מי שהוא מסופ' לא מהני תפיסתו לאפוקי מחזקת מרא קמא נראה מדבריו דלא סגי בטענת שמא אף אם תפס קודם שנולד הספק עכ"ל וכ"כ עוד בשאר מקומות כמו שמונה הרב והולך בסי' ס"ח:

ואולם הרב ז"ל נחלק עליהם ועל ראיותיהם ועל ראיות הת"ה מדמייתי ראי' מחודש העיבור כתב שאינו הוכחה כלל דהא הרא"ש בס"פ השואל כתב ז"ל ורב נחמן אמר

קרקע בחזקת בעליה קיימא ואע"ג דאתא בסוף החודש כולו למשכיר כיון שנולד הספק מתחלת החודש ולאו דוקא מתחלת החודש אלא ה"ה בתחלת השנה מיד נולד הספ' בלשון של י"ב דינרין לשנה דינר זהב לחודש ומ"ש בתחלת החודש היינו משום שאין מחולקין אלא בשכר החודש. א"כ לא מבעי' דאין הוכחה מדברי הרא"ש אלא אדרבה לכאורה משמע מדברי הרא"ש להיפוך מדהוצרך לטעמ' כיון שנולד הספ' מתחלת החודש אלמא דאי הוי תפס קודם שנולד הספ' לא מפקינן מיני'. אך אם מה שהשיב על הת"ה יפה השיב דהאי דחודש העיבור תפיסה דלאחר שנולד הספק הוא וכן מוכח בהדיא בתוס' פ"ק דמציע' ופ' בית כור שהתם לא תירצו בהאי דפ"ב דכתובות אלא דאיירי בתקש"ה ואפ"ה בהאי דשמואל דסובר דבא בסוף החודש כולו לשוכר הוצרכו לומר משום אודיי אודי או משום דתפס בהיתר ע"ש ואי ס"ד דהאי דחודש העיבור נמי תפס דקודם הספק הוא מאי קשיא להו תו מהאי דשמואל וגם הרב ז"ל רמז לראיות אלו. אבל מ"ש דלכאורה משמע מדברי הרא"ש להיפוך נ"ל דלאו ראי' הוא דאם לא הי' מיקרי נולד הספק בתחלת חודש אלא אחר כלות החודש א"כ תו אין הספק נופל אלא בחיוב השוכר אם חייב לשלם לו עבור החודש העיבור או לא בכה"ג לא הוי מפקינן מיני' דהשוכר משום דאיהו מקרי מוחזק לגמרי וגם חזקת מ"ק לומר כמו שמתחלה לא הי' חייב כך הוא עכשיו אלא לפי שבתחלת החודש נופל הספק ומוקמינן לה בחזקת בעלים ממילא זה השוכר שדר בה חייב לשלם לו וזה ברור:

איברא אף שמהאי דהמשכיר אין ראי' לא לדברי הת"ה ולא לדברי הרב ז"ל מ"מ יותר מסתבר בעיני לומר בדעת הרא"ש כדעת הת"ה שהרי הרא"ש ז"ל לא ביאר בשום מקום דתפיסה קודם הספ' יהני זולת בפ"ב דכתובות שכתב הני שני תירוצים הנזכרים שתירצו שם התו' והרי גם שם כתב ודיני תפיסה כתבתי בריש מציעא ובב"מ לא חילק כלל בין תפס אח"כ לתפס קודם אלא בין טענת ברי לשמא משמע דבשמא לעולם לא מהני אפי' תפס קודם הספ' וגם בספ"ב דבכורות מביא הרא"ש דברי הרמב"ן שכתב דבהאי דמת ביום שלשים אם נתן לא יטול וכן האי דר' נתן בפ' האומנין משום דתפס ברשות הוא והעתיק הרב ז"ל לשונו בסימן נ' והני תרתי תפיס' דקודם הס' הוא ומ"ש הרב ז"ל בזה בסי' ס"ח הוא דוחק ע"ש:

ג

והנה הרב בסימן כ"ט מביא בשם המעד"מ בפ"ק דב"מ שכתב בפשיטות דלדעת הרא"ש בתפס מקודם שנולד הספ' מהני וגם בתשובת המבי"ט כתב דמ"ש הרא"ש פ"ק דב"מ דלא מהני תפיסה מספ' היינו כשתפס בזמן הספ'. אבל אם תפס קודם שנולד הספק

לא מפקינן מיני'. מדכתב הרא"ש אבל מי שהוא מסופק בדבר אם הוא שלו אם לאו לא מהניא תפיסתו משמע משום דתפס בזמן הספק אבל תפס קודם מהני תפיסתו עכ"ל ושוב כתב המבי"ט שכתב לו חכם אחד מחשובי המעיינים וז"ל דברים שאמר מר דברים שנאמרו למשה מסיני ומורינו רצה להסכים דברי הרא"ש עם דברי הסמ"ג וכ"כ מסברת דעתו הרחבה. ולסתום פיהם של החולקים מצאתי להרא"ש שכ"כ בפירוש בפ"ב דכתובות וז"ל והא דמהני תפיסה מספק כתבתי בפ"ק דב"מ גבי ת"כ מוציאין מידו. ומיירי בדתפס קודם שנולד הספק א"נ שאני הכא שטו"ב ע"כ וכולם תמכו יסודותם בדבריו דפ"ב דכתובות. ובעניותי יראה לי מדבריו דלשם להיפוך שאחר שהביא שם דברי הר"ר יונה והרמ"ה ז"ל כמו שהעתקתי דבריו לעיל בסעיף א'. כתב ז"ל ואין ממש בדברים אלו וכו' והאי דאדרכת' דקאמר אי מרע לשטרא ואיכא לאשתלומי מיני' מפקינן מיני' מיירי דמרע לשטר בעדי פרעון אבל אי הי' מביא עדים להכחיש השטר כיון שתפס לא מפקינן מיני' כיון שטוען ברי עכ"ל הרא"ש והרי האי דאדרכתא כשהתפיסוהו ב"ד קודם שבאו עדים האחרונים התפיסוהו והוי תפיסה קודם הספ' ודמיא ממש להאי דשנים החתומין על השטר וכו' ואפ"ה סיים דלא מפקינן מיני' כיון שטוען ברי אלמא דאי הוי טען שמא הוי מפקינן מיני' ולא מהני מה שתפס קודם שנולד הספק. וע"כ צ"ל כמ"ש מוהר"ד בן לב ז"ל דמ"ש הרא"ש מתחלה דאירי בתפס קודם שנולד הספק היינו נמי בדטוען ג"כ ברי. או יש לומר דהרא"ש ז"ל תופס לתירוץ אחרון לעיקר. והכי משמע מקיצור פסקי הרא"ש ז"ל דלשם ע"ש וגם ראייתו של המבי"ט ז"ל מלשון הרא"ש דפ"ק דב"מ לענ"ד לאו ראי' היא כלל דמה דקאמר הרא"ש לא מהני תפיסתו ר"ל מה שמחזי' במה שתפס דזהו נמי מקרי תפיסה תדע שהרי הרמב"ן ז"ל בדיני תפיסה בריש ב"מ כתב נמי לשון ההוא כמה פעמים ואיהו ודאי סובר דאפי' תקש"ה לא מהני וכמ"ש לעיל ומ"מ לענין דינא נקטינן כדעת הרב דתפיסה דקודם הספ' מהני אפי' בטוען שמא שהרי הרב ז"ל אומר בסימן ע' דאפי' אי תימא כמ"ש הת"ה לדעתו מ"מ לענין דינא ודאי נראה להורות דתפיסה קודם שנולד הספק מהני כמ"ש הת"ה לדעת התו' ע"כ:

ד

וכיון דתקש"ה מהני ראוי לידע אי שאלה ופקדון מקרי ג"כ תפיסה דקודם הספק או לא. הנה הת"ה בסי' שכ"א כתב בפשיטות דשאלה ופקדון לא הוי תקש"ה. וז"ל ונראה דאפי' אם שאל ראובן הספרים והביאו לרשותו קודם שמתה אשתו והחזיק בתורת שאלה בידו עד לאחר מיתת הבת. ושוב אומר שרוצה לתפוס בהן בשביל חובת הנדוניא אפי' כה"ג מקרי תפס לאחר שנולד הספק ותפיסה קמיית' בתורת שאילה היתה ובחזקת שמעון

הוה בכל אתרי' דהוי קיימי ע"כ. והרב ז"ל הביאו ולא הרהר אחריו בזה כלום וגם הרב בית הלל באה"ע ס' נ"ב מביא ג"כ דברי הת"ה הללו והביא ראי' מהאי דהכותב בעובדא דהאי איתתא דאפקידו גבה מלוגמא דשטרא ואמרה מחיים תפסינא. ואמר רב נחמן אי אית לך סהדי דתבעינהו מינך מחיים ולא יהבית הוי תפיסה מחיים ואי לא הוי תפיסה דלאחר מיתה וה"נ כל שלא תבע אותו אידך להחזיר שאלתו קודם שנולד הספק ולא רצה לחזור באומרו שהוא תופס אותו הוי תפיסה דלאחר הספק וזו פשוט עכ"ד וע"ש עוד בבית הילל מ"ש מזה בענין תקנת בורח ודבריו נכוחים

ולדידי איכא למידק בהאי מילתא דת"ה מתוך דברי הסמ"ג דעשין צ"ה שהוכיח דתקש"ה מהני מפ' יש בכור דמת ביום שלשים דאמר ר"ע התם אם נתן לא יטול ואם לא נתן לא יתן ע"ש והרי התם בפודה בתוך שלשים יום אין הפדיון חל מיד אלא בזמנו דוקא ומש"ה סובר שמואל התם בפ' יש בכור דאם נתעכלו המעות אין בנו פדוי ולפי"ז המעות האלו בתוך השלשים יום פקדון בעלמא ביד הכהן וכן כתבו התו' בב"ק דף ע' דמש"ה יכול להרשות עליהן דפקדון בעלמא נינהו ע"ש ואפ"ה מקרי הכהן תקש"ה אלמא דכל שהוא בידו בתורת פקדון או שאלה מקרי נמי תקש"ה ודוחק לחלק וניחא לי דהסמ"ג ז"ל לשיטתו דאיהו פוסק בעשין קמ"ד כרב דהפוד' בנו בתוך שלשים לאחר שלשים יום בנו פדוי ואפי' נתעכלו המעות ולפי"ז זכה הכהן בהאי חמש סלעים מיד לגמרי והלכך שפיר תקש"ה הוי וזהו בעיני בכוונת התו' דבכורות דף מ"ח שכתבו שם בד"ה ואם לשני כהנים דטעמא דר"ע דאמר אם נתן לא יטול משום דנתן לו מתחלה מתורת מתנות כהונה והיינו מתורת תפיסה ברשות. ובפ"ב דכתובו' משמע דפשיטא להו דתפיסה דקודם שנולד הספק מהני וכמ"ש הת"ה וא"כ הכא מדוע לא פירשו כהסמ"ג משום דהוי תקש"ה ודוח' לומר דהתם פשיטא להו להך גיסא דמהני והכא לאידך גיסא דלא מהני אבל ע"פ האמור ניחא דהתו' ז"ל לשיטתייהו דאינהו סברי דהלכתא כוותי' דשמואל בהאי ואם נתעכלו המעות אינו פדוי וכ"כ הרב הת"ה בשמם בסימן רס"ד ע"ש וא"כ לדידהו הוי לי' כפקדון ביד כהן ולא מקרי תפיסה דקודם הספק משא"כ הסמ"ג דפוס' כרב וכמ"ש ועיין תשובת רש"ל סימן ז' ובש"ך יו"ד סימן ש"ה ס"ק י"ט ודו"ק:

ה

כתב הר"ב ז"ל בסימן ע' וז"ל מיהו גבי תיקו ובעיא דלא איפשטא אין לחלק בין תקש"ה או אח"כ דמיד בשעת חתימת הש"ס נולד הספ' וכל מי שיתפוס אח"כ מיקרי תפס אחר שנולד הספק ולא נפקא מינה בכל זה אלא בספ' שבשטר או בעדות דתרי ותרי וכן שאר ספיקות בכה"ג או אפילו בפלוגתא דרבוותא וכו דבפלוגת' דרבוותא מקרי לעולם

תקש"ה ע"כ ובסימן א ביאר דבריו יותר והוא דבתיקו כיון שא"א להתברר לעולם שאין שום אדם יכול לפשטו שכבר עלה בתיקו מזמן חתימת הש"ס א"כ מיד בשע' חתימ' הש"ס נולד הספק וכל תפיסה נקרא' תפיס' לאחר שנול' הס' אבל בפלוגתא דרבוותא שהרי יש ביד הדיין להכריע מן הש"ס או מהפוסקים אפי' מסברא כחד מינייהו ואפי' אירע דין זה פעם אחת ולא היו הדיינים יכולין להכריע אם יבא עתה לפני דיין אחר יכול להכריע א"כ כל היכא דתפס מקרי תקש"ה שהרי אם היה הדיין מכריע כחד מינייהו הי' יכולת בידו להורות כן נמצא שלא נולד הספ' עד עת שבא המשפט לפני הדיין ואין בידו להכריע וחילוק זה נ"ל ברור ואמיתי עכ"ל. ולענ"ד יש לפקפ' טובא בהאי חילוקא כי מ"ש דבתיקו מיד נולד הספ' וכל אימת דתפס מיקרי אחר הספ' לא ידענא מה בכך שהתיקו נולד קודם תפיסתו כיון דהדבר אשר הספ' נופל עליו נולד אחר התפיסה. גם מ"ש דבפלוגתא דרבוותא כל אימת שתפס מקרי תפס קודם שנולד הספ' משום שהדיין יכול להכריע א"כ לא נולד הספ' אלא בעת בואו לפני הדיין ואינו מכריע גם זה לא נהירא דמ"מ מיד שנתהוה אותו הענין אשר הפלוגתא דרבוותא מתעורר עליו מיד נופל הספ' דאף שיש ביד הדיין להכריע מי יודע לאיזה אופן יכריע אם לזכותא דהתופס או לזכותא דאידך ובזה השיגו גם האורו"ת. והנה הסמ"ג ז"ל בעשין צ"ה כתב דמת ביום שלשים דאמר ר"ע אם נתן לא יטול הוא משום דתקש"ה והרי התם נמי כספיק' דתיקו הוא שהרי ר"ע מסתפק ביום שלשים אי כלפניו או כלאחריו אלא שבזה יש להרב ז"ל לומר דר"ע אמר כן בימיו שעדיין לא נחתם הש"ס והרב ז"ל לא אמר אלא שמשעת חתימת הש"ס נולד הספ' אלא שא"כ תקשי בהאי דהשואל דקאמר רב נחמן דכולו למשכיר אפילו בא בסוף החדש והרי בימי חכמי הש"ס כל ספיקא דדינא הוי שוה בזה לפלוגתא דרבוותא שיכולת הי' ביד הדיין להכריע וא"כ מדוע מפקינן מיניה והרי השוכר תקש"ה דאף שהס' נולד מקודם מתחלת השנה מ"מ הרי בימי רב נחמן הי' יכולת ביד הדיין להכריע ולפסוק תפס לשון ראשון או לשון אחרון ואפי' לפי מ"ש הרב המ"ל ז"ל בפ"ו משכירות דהאי דהמשכיר לא מיחשב לספיקא דדינא אלא לספיקא דמציאות מ"מ יקשה סוף סוף הרי יכולת ביד הדיין להכריע בהאי ספק כיון דבפלוגתא דרבוותא תליא והן אמת שיש לי לתרץ הקושיא הזאת על דברי הרב ז"ל באופן נאות ע"פ מה שהקשו התוס' בב"ב (ק"ה) הבאתי דבריהם לעיל בכלל א' דר' יוסי מספקא לי' התם אי תפס ל' ראשון או ל' אחרון ובתמור' ובמרוב' אמר ר"י תמורת עולה ותמורת שלמים דבריו קיימין ובזבחים ובמנחות קאמר ר"י בגמר דבריו אדם נתפס ותירצו ז"ל דבכולהי לר"י כאלו הוציא שניהן יחד ולהכי הוי הכא ספקא שהרי סותר זה את זה וא"א לומר כאן שדעתו על שניהן ובמרוב'

להכי קאמר ר"י תפס לשון שניהן שאין סותר זא"ז והאי דזבחים ומנחות דמפרש דבריו קאמר דבגמר דבריו אדם נתפס עכ"ל וא"כ אף אנו נאמר דרב נחמן ס"ל לגמרי כר"י ואליבי' אפי' בימי חכמי הש"ס אין יכולת ביד הדיין להכריע משום דהוי כאלו הוציא שניהן בבת אחת ואף דאיכא תנאי דסברי תפס לשון ראשון ותנאי דסברי תפס לשון אחרון אין אנו אחראין שבזה הכריע רב נחמן דלא כוותייהו אלא דהוי כאלו הוציא שניהן בבת אחת ואלו הוציא שניהן בבת אחת הוי ספיקא שאין ביד הדיין להכריע וזה ברור:

איברא שמדברי הרב הת"ה בסימן שכ"א נראה להדיא דסובר דאפי' בפלוגתא דרבוותא יש הפרש בין תקש"ה לתפס אחר כך שהרי נידון דידי' הוא בפלוגתא של רבוותא פלוגתתן של רש"י ור"ת בנדונית חתנים וע"ז קאמר הרב הת"ה דשאלה ופקדון לא הוי תפיסה דקודם הספ' וגם הרב ז"ל ידע מזה אלא דאיהו ז"ל מפליג פליג על הת"ה. ולענ"ד אין בסברתו כדי לחלוק עליו בלי ראי' ומה שהביא הרב ז"ל בסימן פ"ז מדברי מוהר"י בן לב אינה ראי' כלל כמו שיראה המעיין:

וראיתי להרב בית הילל באה"ע בסימן נ"ב שכתב שהוא הי' בעסק ישיבת דין זה אשר הרב ז"ל פעל בשבילו חיבור זה ת"כ והוא זוכר המשא ומתן ופסקו דמהני תפיסה אף בפלוגתא דרבוותא שהיו קודם התפיס' דכל מה שכתוב בפוסקים ראשונים ואחרונים מיקרי קודם התפיס' נולד הספ' ואעפ"כ המנהג לפסו' דמהני תפיס' וזה דלא כת"ה עכ"ד ומדבריו למדנו דסברו דאפילו בפלוגתא דרבוותא כל אימת דתפס מקרי תפס אחר שנול' כיון דהפלוגתא דרבוותא כבר נולד. וע"ז ודאי מדברי הסמ"ג ראי' שלא כדבריהם שהרי בהאי דר"ע ג"כ נולד הספ' קודם תפיסת הכהן הזה וכמ"ש לעיל בסעיף הסמוך ואפ"ה משוי לי' הסמ"ג לתפיסה קודם שנול' הספ'. ע"כ נראה לי בעניותי כיון דבפלוגתא דרבוותא שייך תפיס' דקודם הספ' ה"ה בתיקו וחילוקא דהרב ז"ל לא מסתבר בזה כמ"ש לעיל דמה בכך שהדיין יכול להכריע מי יודע האיך יכריע ולעולם לא מקרי נולד הספ' אלא בעת שנתהוה המעשה אשר הספ' מתעורר עליו כמו בתיקו דיש שינוי לצרורות לרביע נזק בעת ההיזק מקרי לידת הספ' וכן כיוצא בו וכדעת הרב הת"ה:

1

אמנם לענ"ד נראה דתקש"ה לא מהני אלא היכי שהלידת הספ' היא לגריעותא דהתופס ולמעליותא דאידך כעין האי דפ"ב דכתובות גבי שנים החתומין על השטר ובאו שנים אחרים ואומרים כתב ידם הוא זה אבל אנוסים היו וכו' דאי כתב ידם יוצא ממקום אחר אין נאמנים שפירשו הראשונים דאיירי בתקש"ה דהתם כל שתפס המלוה טרם שבאו אלו העדים ואומרים אנוסים היו הי' תפיסתו מהני שכיון שכ"י יוצא ממקום אחר הי'

השטר בחזקת כשר ועכשיו שבאו אלו העדים ואומרים אנוסים היו נולד הספ' לריעותא דהמלוה ולטיבותא של הלוה ואלו לא נולד הספ' הזה לא הוי מפקינן מיני' דהמלוה מש"ה גם האידנא לא מפקינן מיני' כיון דספיקא הוא והמלוה תקש"ה משא"כ להיפוך דהספ' נולד לטיבותא דהתופס ולגריעותא דאידך כגון בעיא דיש שינוי לצרורות לרביע נזק ותפס הניזק קודם שעשתה הבהמה ההיזק ההוא בכה"ג אין תפיסתו מועלת כלום דמה בכך שתפס קודם הנזק בהאי שעתא ודאי הוי דיינין לי' כגזל שתפס בלא טענה ומאי תועיל לו תפיסה זו והוא פשוט לדעתי אבל מה אעשה שמכל גדולי האחרונים שדיברו בענין זה משמע שלא כדברי שהרי הרב שארית יוסף ז"ל מפרש למ"ש הטור בסי' צ' בשם הרמב"ם ז"ל גבי עשו תקנת נגזל בניזק דאם טענו בדבר שאין דרכו לאנוחי שם ותפס הניז' אין מוציאין מידו ולא הביא דעת אביו הרא"ש דסובר דלא מהני תפיסה בתיקו משום דהטור איירי בתקש"ה והרי התם נולד הספ' למעליותא דהתופס וקודם שהזיקו זה לא הי' להתופס במידי דתפס שום דררא דממונא ואפ"ה דן לה הרב בתפיסה דקודם הס'. והרב ז"ל מביא אותו בסימן ס"ה ומשיג עליו מפנים אחרים ומזה לא השיגו וכן משמע מדברי הרב עצמו בסימן ו' ע"ש וכ"מ מהרבה מקומות בחבורו זה וכן משמע מדברי מוהר"ד בן לב ז"ל בסימן פ"ג ע"ש וכ"מ מדברי שאר המחברים האחרונים במקומות שדיברו בהאי ענינא וכולם לא ירדו לחלק) בדרך שחלקתי. ובעניותי לא מצאתי להראשונים ז"ל שישתמשו בהאי מילתא זולת באופן שכתבתי שהתוספות והרא"ש ז"ל לא הזכירו להאי דתפס קודם שנולד הספק לבד בהאי דפרק ב' דכתובות גבי שנים החתומין על השטר ושם קודם שנול' הספק הי' הדבר שתפס בחזקתו המלוה קודם שתפס והסמ"ג ז"ל הזכירו עוד בעשין צ"ה בהאי דמת ביום שלשים שם בתוך שלשים הי' מעות הפדיון בחזקת הכהן. ואלו לא מת הילד היו לחלוטין של הכהן ועכשיו שמת ביום שלשים נולד הספק אם הוא מחויב להחזיר. וגם בנידון הת"ה דסי' שכ"א. דלולי שבאו לידו הספרים מאת חמיו בשאלה ובשאלה לא הוי תפיסה דקודם הספק הוי דן בהו תפיסה דקודם הס' התם נמי בעוד שלא נולד הס' כל זמן שלא מתה הבר היו בחזקת התופס כיון שיש לו שטר על חמיו והס' במיתת הבת נולד לגריעותא דהתופס ולמעליותא דאידך. אבל איפכא היכא שהלידת הס' למעליותא דהתופס ובלעדיו היו מוציאין הימנו מה יועיל מה שתפס מקודם ובאותו זמן לא הוי לי' בגוי' שום דררא דממונא. ויראה בעיני בטעמייהו של האחרונים ז"ל. דאינהו סברי דתפיסה דקודם הספק אינה מועלת כלום. אלא שתפיסה דבשעת הס' היא העיקר ואותה אנו מבקשי' ומש"ה כשתפס אחר שנולד הס' לא מהני דבשעת הס' הי' הנתבע מוחזק ותיכף קם דינא

דהממע"ה. אבל כשתקש"ה אף שבעוד שלא נולד הספק לא הי' לו להתופס בו שום זכות מ"מ בשעה שנולד הספק אהני לי' תפיסתו וקם דינא דלא מפקינן מיני' וגם הרב האורו"ת כ"כ כמה פעמים דתפיסה דבשעת הספק נמי מהני. ודעתי העני' לא כך תדמה אלא דתפיסה דקודם הספק היא שגורמת דמוקמינן הדבר בחזקת מי שהי' מתחלה וכל דבלא הלדת הספק הוי מוקמינן בחזקת התופס לא מפקינן מיני' בספקא וכבר מצינו כיוצא בזה אפי' באיסורי לדעת רבינו יצחק בר ברוך שהביאו התו' בפ"פ דכתובות דף כ"ו ע"ב ע"ש ואף שידעתי מיעוט ערכי נגד רבוותא הנז' וכל חד מנהון עדיף מאלף דכוותי מ"מ תורה היא וכו' ובפרט שלפי דעתי לא מצינו חבר להתוס' בהאי דתפיסה קודם הספק זולת הסמ"ג וכמ"ש לעיל וכל שאר המפרשים אין מחלקים בכך והלכך מה שנוכל למעט המחלוקת ראוי מעט ולומר שגם התוס' והסמ"ג אין דעתן אלא באופן שדיברו בו דהיינו שקודם שנולד הספק הי' הדבר אשר תפס בחזקתו וכמ"ש כנ"ל:

ז

ודע שאני מסתפק היכי דתפס קודם שנולד הספק ובגוונא דמהני כמו שנתבאר בסמוך אי הדר אידך ותפס מיני' דהתופס אי מפקינן מיני' או לא מי אמרינן כיון דתפס קודם שנולד הספק ואז הי' בחזקתו וכמ"ש הדר הוי לי' איהו בעלים ולא מהני תפיסת אידך או דלמא די לתפיסה דקודם הספק דלא מפקינן מיני דידי' אבל דלהוי כבעלים ולא יהני תפיסת אידך זה לא אמרינן והנה הרב ז"ל בסי' י"ט כתב ז"ל כל היכא דקי"ל תפסו א"מ מידו ה"ה אם חזר ותפסוהו בעלים הראשונים דא"מ מידן. ואם חזר ותפסו מבעלים הראשונים נמי אין מוציאין מידו וזה נ"ל ברור ע"כ אבל אין למדין מן הכללות שהרי בתפיסה ברשות דמהני לא מהני תו תפיסת הבעלים מיני' דהתופס וכמ"ש הרמב"ן להדיא בדיני תפיסה שלו והנה גבי תפיסה בטענת ברי או בפלוגתא דרבוותא להסוברים דמהני תפיסה דברי הרב ז"ל נכונין וגדולה מזו נראה בעיני דכל שהניח התופס הדבר שתפס מרשותו בר"ה ואתא אידך ותבע לי' לקמן לדינא יהבינן לי' לאידך שהוא יש לו חזקת מ"ק וכבר נתבאר דבדבר שאין א' מוחזק בו מוקמינן אחזקת מ"ק אלא דכל זמן שהלה תפוס לא מפקינן מיני' ואין כוחו בתפיסתו אלא בזמן תפיסתו. אבל בהאי דתפס קודם שנולד הספק אני מסתפק מטעמא דאמרן דאפשר דאיהו נקרא בעלים כיון שבלעדי הספק היה הדבר ההוא בחזקתו. ולא מצאתי ראי' לאחד מהצדדים ויותר מסתבר לי כפי צד האחרון דבכה"ג נמי מהני תפיסת הבעלים מיני' דהתופס:

כלל ד

יבאר טעם מה שיש לחלק בין ס' דדינא לת"כ ולענין דינא טפי מסתבר דגם בתיקו לא מהני תפיסה ובו יבואר שאין לחלק בזה בין ממונא לקנסא:

א

בענין תיקו או בעיא דלא איפשטא דקולא לנתבע אי מהני בי' תפיסה או לא נחלקו הרמב"ן והרא"ש ז"ל בדעת הרי"ף שהרא"ש הכריח מיני' דסובר דמהני בהו תפיסה וז"ל בפ"ב דב"ק מיהו תימה למה לא הביא רב אלפס הך בעיא דרב אשי אם יש שינוי לצרורות לרביע נזק ואפשר דסובר דאין נפקותא בבעיא זו משום דלא מצינו בבבל צרורות דביעוט דהוי משונה וקנסא הוא אא"כ תפס לא מפקינן מיני' עד דמשלם ח"נ. מיהו תימה כיון דס' דדינא הוא מאי מהני תפיסה כיון דלא איפשטא הבעיא אוקי ממונא בחזקת מרי' ושלא כדין תפס ודמיא להא דפ"ק דב"מ גבי ס' בכור דאם ת"כ מוציאין מידו כו' וכן נוטה דעת רבינו יצחק בעל התו' בפ"ב דכתובות הלכך נראה דאפילו תפס לא גבי אלא רביע נזק ע"כ. ובסמוך שם גבי בעיא דהיתה מהלכת כו' כתב הרא"ש תו דלדברי האומר דבכל תיקו מהני תפיסה ואח"כ כתב ג"כ ולרבותינו האומרים דכל תיקו אי תפס לא מפקינן מיני' וכל זה על הרי"ף כיון ומזה נראה שהחליט דהרי"ף סובר דמהני תפיסה בתיקו ואף שמתחלה כתב בל' אפשר אבל הרמב"ן סובר בדעתו דלא מהני תפיסה בתיקו שבפ"ב דב"ק גבי זרק כלי מראש הגג כתב וז"ל ומי שתמה עליו (ר"ל על הרי"ף) מפני שכתב בפשיטות מימרא דרבה יפקח עיניו ויראה כמה בעיות אחרות שעלו בש"ס בתיקו וכתבן הרב כאלו נפשטו לקולא לפטור מפני שהדין בשניהם שוה ע"כ. והרב ז"ל נוטה אחר הרא"ש ובסי' ט' כתב על לשון הרמב"ן הנז' וז"ל ואני בעניי חפשתי בכל המקומות דאבעיא בש"ס ולא ראיתי שכתבן הרי"ף כאלו נפשטו לקולא ואפשר שהוא סמך על מ"ש הרי"ף בפ' הפועלים גבי בעיא דרועה ואין מזה ראי' ע"כ וע"ש בדברי הרב שהולך ומונה בעיות רבות שכתב הרי"ף בהן בפירוש תיקו או לא איפשטא והנה מ"ש שסמך על בעיא דרועה דבר ה' אמת בפיו שכ"כ להדיא בדיני תפיסה אלא שגם שם כתב ורבים אחרים יש ולא הזכירן. ובעניותי אחר החיפוש מצאתי עוד להרמב"ן בס' המלחמות ס"פ המוכר את הספינה על מה שנראה שם מהרי"ף דכליו של לוקח ברשות מוכר וכן להיפוך אידי ואידי לא קני כתב הרמב"ן ז"ל ואפשר שהוא מסתפק ומפני כך כתב דלא קני ויש בעיות בתלמוד שכתבן רבינו כאלו נפשטו לקולא משום שאמרו הממע"ה וא' מהן בשלהי הפועלים בב"מ ולענין הגט אחרת בתחילת פ' התקבל ורבות אחרות ע"כ והנה הזכיר הרמב"ן עוד אחרת לבד מהאי דרועה מזוין אבל לא יכולתי לכוין דעתו בהך דהתקבל

שבעיני נראה שנתכוין על האי מילתא דמספקא לי' התם לרב אי הולך כזכי ואפ"ה קאמר רב דהולך מנה שאני חייב לו א"י לחזור בו משום דס' ממונא לקולא כדאמרינן התם אלמא אף דמספקא לרב קאמר בסתם אינו יכול לחזור בו משום דהממע"ה אבל מלשון הרמב"ן נראה שעל הרי"ף נתכוין ואיהו ז"ל פסק שם דלא כרב וע"ש בחידושי רשב"א שיש לו שטה אחרת בהולך כזכי ולשיטתו הי' עולה ראיות הרמב"ן כהוגן אבל אין זה שיטת הרי"ף ז"ל. וזולת הך דהולך כזכי לא מצאתי שם בעיא אחרת שיסמוך בו הרמב"ן דבריו. והרב האורו"ת טרח ואסף בעיות רבות לעמוד מהן על דעתו של הרי"ף ובכולן לא העלה דבר ברור זולת בהאי דשלהי הפועלים דכתב הרי"ף בסתם דפועל העושה בגפן זה אינו אוכל בגפן אחרת. ובש"ס הוא בעיא דלא איפשטא. וגם אני מצאתי עוד אחת בפר' הכותב דכתב הרי"ף שם וז"ל איבעיא להו הפוגמת כתובתה בעדים מהו כו' ומסקנא בין בעדים בין שלא בעדים לא תפרע אלא בשבוע' עכ"ל והך בעיא לא איפשטה בש"ס ואפ"ה כתב הרי"ף ומסקנא דלא תפרע אלא בשבוע' משום דכיון דלא איפשטא קולא לנתבע:

ב

אך גם אם ימצא בהרי"ף באיז' מקומות שסתם בתיקו לקולא עדיין אין להוכיח שיסבור כן בכל תיקו דל"מ תפיס' דאפשר דבהנך מקומות לחוד סובר דל"מ תפיסה ומש"ה סתם בהו. שהרי הרמב"ם דסובר דמהני ואפ"ה סתם בקצת מקומות לקולא וכמ"ש הה"מ בפ"א מנ"מ ז"ל ופסק שאם תפס א"מ מידו וכן דרכו בכל תיקו דממונא מלבד קצת מקומות שיש טעם למה לא כ"כ ע"כ ודבר זה השיב הרב על הרמב"ן ויפה השיב. ובהנך שתי בעיות שהבאתי בסעיף הסמוך גם הרמב"ם סתם בהן לקולא שבפט"ז מאישות כתב בסתם דאפילו פוגמת כתובתה בעדים לא תפרע אלא בשבוע' ובפי"ב משכירות סתם דעושה בגפן זה אינו אוכל בגפן אחרת אבל מה שהרב ז"ל הוסיף להכריח שדעת הרי"ף דמהני תפיסה מדלא הביא בעיא דרב אשי וכמו שתמה הרא"ש אין בזה כדי הכרעה וכמה בעיות מצינו בש"ס שהרי"ף השמיטן ולא נודע לנו טעמו. ובהך בעי' דרב אשי לדעתי טעם נכון משום דקאמרי עלה ותפשוט מדרבא דבעי רבא יש העדאה לצרורות או לא ומשני רבה את"ל קאמר את"ל אין שינוי יש העדאה או אין העדאה ודרכן של הרי"ף והרמב"ם ז"ל לפסוק בכ"מ כאת"ל. ואף דהר"ן בפ"ק דקידושין כתב דהאי כללא לא אמרינן אלא היכי דאת"ל מפורש בש"ס אבל כשאינו מפורש אע"פ שאנן מפרשינן בדרך את"ל לא אזלינן בתרי' ע"ש. התם טעמא אוחרא הוא דכל שאינו מפורש בש"ס אפשר שאין הבעיא מתפרשת בדרך האת"ל הזה ואין אנו סומכין על פירושינו בזה. אבל

כל שהאת"ל מפורש בש"ס שפיר אזלינן בתרי' אעפ"י שאינו מפורש בתוך הבעיא תדע דבפ"ק דנדרים בעי תלמודא יש יד לצדקה והדר בעי יש יד להפקר ומקשה היינו צדקה ומשני את"ל קאמר את"ל יש יד לצדקה יש יד להפקר וכתב שם הר"ן דלדרך הרמב"ם שפוסק כאת"ל בכל מקום קי"ל יש יד לצדקה. והתם לא איתפריש האת"ל בתוך הבעיא אלא דש"ס מפרש דא"א לאוקמ' הבעיא דיש יד להפקר אלא באת"ל דיש יד לצדק' וה"נ כיון דהש"ס קאמר דא"א לאוקמ' בעיא דרבא אלא באת"ל אין שינוי לצרורות והשתא דאת"ל דרבא פשיטותא הוא ורב אשי מספקא לי' אין ספקו של רב אשי מוציא מידי ודאי של רבא וכמ"ש הרא"ש בהאי פירק' גבי בעי' דרבא בדרס' על הכלי ע"ש. ולדעתי יש לדקדק בזה על הרמב"ם שבפ"ב מנ"מ דן לבעיא דר"א לספיקא בכל צדדיו ואיהו ז"ל דרכו לפסוק בכ"מ כאת"ל וה"נ רבא את"ל אין שינוי קאמר ואע"פ שהלח"מ בפ"ט מטוען ונטען כתב דאפילו לדרך הרמב"ם שתופס כאת"ל מ"מ מידי ספקו לא נפיק ומהני בי' תפיסה ע"ש דבריו תמוהין בעיני שהרי מוציאין מהמוחזק הראשון באת"ל וכמ"ש בהאי דיש יד לצדקה ובטור ח"מ סי' שמ"ו ושצ"ה ג"כ מוכח דמוציאין ממון עם האת"ל אלמא דפשיטותא לגמרי הוי:

ולפ"ז אפשר לומר דמה"ט הוא דכתב הרי"ף בפ"ב דב"ק ברייתא דתרנגול שהושיט ראשו לאויר כלי זכוכית ותקע בו ושברו משלם נזק שלם והוא דאית בי' בזרוני אבל לית בי' בזרוני משונה הוא ופ"נ משלם והדבר קשה נהי דהא דהביא ברייתא זו אף דאתיא כסומכוס ולרבנן לעולם לא משלם אלא פ"נ דצרורות הלא כבר כתב הרא"ש ז"ל דסמך על מ"ש בסמוך ברייתא דסוס שצנף וחמור שנער משלם ח"נ אבל מה דמסיים דאי לית ביה בזרונא משלם חצי נזק אמאי הא ס' הוא דלמא יש שנוי לצרורות לרביע נזק וכבר הקשה זה הב"ח ז"ל ע"ש ולפי דברי שהרי"ף פסק כאת"ל דרבא א"ש ומיהו אין מכאן ראי' דלשיטת הרא"ש ז"ל ג"כ א"ש דסובר בדעתו דמהני תפיסה בתיקו וכיון דמשונ' הוא לא דיינין בבבל אא"כ תפס וכי תפס לא בעי לאהדורי עד דמשתל' פ"נ:

ג

ויש להתבונן לפי שיטת הרא"ש בדעת הרי"ף דסובר דמהני תפיסה בתיקו אם נאמר ג"כ דהרי"ף סובר דבת"כ נמי א"מ וכדרך הרמב"ם או נימא דבת"כ מודה דמוציאין אלא שהוא מחלק תיקו מת"כ. והנה הרד"ך ז"ל כתב שדעת הרי"ף דת"כ א"מ והרב ז"ל חישב זאת לדוחק שיסבור דת"כ א"מ ולפיכך טרח למצוא טעם לחלק ביניהם וגם בעיני רחוק ליחס לדעת הרי"ף שיסבור ת"כ א"מ מה שהוא היפך הסוגיא ועל הרמב"ם אנו מצטערין וכמ"ש לעיל בכלל א' והנה הרב ז"ל חידש שני טעמים לחלק ביניהן. האחד דדוקא

בס' בכור כיון שקודם שתקפו אפי' הי' ודאי בכור יכולין הבעלים ליתנהו למי שירצו דאפי' לפי מ"ש התו' דמיירי במכירי כהונ' לא מהני אלא בדיעבד אם תפס ודאי בכור אבל לכתחיל' פשיטא דאם הבעלי' אין רוצין ליתן למכירי כהונ' אין כופין אותן אבל בתיקו אם הדין כדברי התופס אז אפי' קודם תפיסתו יכול הי' לכופו להחזיר את שלו. ונסתייע לזה מדברי הר"ן דפ' הזרוע שיש לחלק בכך. והשני משום דס' בכור לא תליא בסברא ואי אפשר לכהן בשום פנים לומר שהוא ודאי בכור מה שאין כן בתיקו דתליא בסברא ואלו היו חכמי הש"ס לפנינו והיו אומרים שהדין כן שומעין להן א"כ כל שתפס יכול הוא לומר לאידך אייתי ראי' להוציא כי אמינא שהסבר' אמת כמו שאני אומר וכתב שבכה"ג מחלק הרשב"א במ"ה להדיא ע"ש ולדעתי העני' אין בשניהם כדי חלוקה והראשון שאמר משום דקודם שתקפו הי' יכולין ליתנהו למי שירצו איני יודע מאי בזה דהוה קודם תפיסה השתא מיהו דתפס הכהן הזה ואילו הי' ודאי בכור לא הי' מוציאין הימינו איך יוציאו הימינו בספקא כיון דמהני ת' בספקא ומה שנסתייע מדברי הר"ן לא די שאינו מסייעו אלא דתיובתא דידי' הוא שאיהו ז"ל אחר שהעלה שם דכהן שחטף מתנות מלוי מוציאין מידו אי מקרי עם ות"כ מוציאין וה"ה בתופס ממון שהוא מסופק מצד הדין כתב הר"ן תו ז"ל ועוד דגבי מתנות כהונה נתינה כתיב בהו ויש בהו טובת הנאה לבעלי' ומשמע דכל שיש בהו טוב' הנאה לבעלים בא כהן ונטל מוציאין מידו דהא ודאי אפי' מידי דלית בי' ט"ה לבעלים כלקט שכחה ופאה כדאיתא בש"ס אם בא עני ושאל רצה אינו נותן לו אלא שאם בא ולקחו א"מ מידו וממילא במידי דאית בי' ט"ה לבעלים אפי' לקחו מ"מ עכ"ד. ואי ס"ד כדברי הרב למה לי' למימר דבמתנות נתינה כתיב והרי אפי' אי הי' דינן כלקט וכו' הי' ג"כ הדין נותן שיוציאו מידו משום דקודם שתפס רשות ביד הבעלים ליתן למי שירצו ודאי אין בזה כדי לחלק ועיקר דברי הר"ן משום דאף לאחר שתפס יכולין להוציא מידו לומר ליתנו לכהן אחר אפי' הוא ודאי בר חיובא ונמצא שאין תפיסת הכהן פועל כלום דהדר הוי להו הבעלים המוחזקין והמע"ה ודבר זה נאה להר"ן לדרשה. אבל לפי דמוקי לה רבותינו התו' במכירי כהונה ואילו הי' ודאי בכור לא הי' מוציאין הימינו ואפ"ה אסיק הש"ס דס' בכור ת"כ מוציאין תו אין לחלק בזה בין ס' בכור לשאר ס' ממון וזו פשוט. גם הטעם השני שאמר הרב ז"ל דמש"ה ראוי שיהני בתיקו תפיסה משום דיכול התופס לומר שהסברא אמת כמו שאני אומר טעמא קלישא הוא ומי ישמע לו בשביל תפיסתו להכריע בדבר שחכמי הש"ס העלו הדבר בתיקו וכבר השיגו האורו"ת בזה ומ"ש שבכה"ג מחלק הרשב"א להדיא במ"ה תמהני עליו שסתר משנתו ששנה לנו בש"ך בי"ד סי' ס"א ע"ש:

ד

ולדעתי העני' מצאתי טעם אחר לחלק ביניהן והוא ע"פ מה שהעלו האחרונים ז"ל דבס' דדינא באיסורי לא אמרינן אוקמה אחזקה קמייתא משום דבשביל ח"ק לא נפשטה הבעיא ולא שייך חזקה קמייתא אלא בס' במציאות דוקא. וכבר כתבתי למעלה בכלל ב' משמי' דהרמב"ן דכתב דמש"ה בס' דתרי ותרי מהני ת' משום דכל תרי ותרי ס' דאורייתא ואפי' באיסורי לא מוקמינן בכה"ג אחזקה קמייתא ושם העליתי דכ"ע מודי לי' בהאי מילתא דכל ס' דבאיסורי לא הוי מוקמינין על ח"ק בממונא בכה"ג מהני ת' ולפי"ז יש לנו טעם נכון דבס' בכור דהוא ס' דמציאות ובכה"ג באיסורי מוקמינין אחזק' ק' גם בממונ' לא מהני ת' לאפוקי מחזקת מ"ק משא"כ בתיקו ובעיא דלא איפשטא דבאיסורי בכה"ג לא מהני ח"ק בממונא שפיר מהני ת' ולא מהני חזקת מ"ק דאידך לאפוקי מיני' דהתופס וזהו נראה בעיני בטעמייהו דהתו' בחזקת הבתים (ל"ב) וז"ל והלכתא כרבה בארעא ר"ש פירש דמספקא לן כמאן הלכתא וצריך לדחוק ולחלק בין ס' דתרי ותרי לס' דדינא. דהא דלא אוקמ' בחזק' מ"ק כמו בנכסי דבר שטיא דאמרי' אוקי תרי בהדי תרי ואוקי נכסי' בחזקת בר שטיא התם הוי תרי ותרי כמאן דליתנהו דמי ואוקי ארעא בחזקת מ"ק אבל הכא דמספקא לן דינא כמאן לא שייך למימר כולי האי אוקי אחזקת מ"ק ונוציא מיד המוחזק ע"כ. וביאור דבריה' לפי דבפד"א אסיק הש"ס דתרי ותרי ס' דרבנן ומדאוריית' מוקמינין גם בכה"ג אחזקה קמייתא. ומוכיח כן מבר שטיא דזבין נכסי' כמו שהבאתי בכלל ב' אלמא דאי הוי ס' דאוריית' אפי' בקרקע הוי מוקמינן לה בחזקת המוחזק עכשיו ולא בחזקת מ"ק. והטעם כיון דליכא ח' מ"ק אין במה להוציא מהמוחזק ואפי' היא מקרקעי והלכך גם בס' דדינא אי נימא דלא שייך בה אוקי אחזקת מ"ק א"מ מיד המוחזק בה. והנה הרב ז"ל בסי' ו' מביא דברי התו' הללו והשיא אותן לכוונה אחרת באמרו משום דבס' דדינא מצי למימר שהסברא הזאת אמת כמו שאומר וזה כטעם השני שהבאתי בשמו. ותמה אני דאפי' לשיטתו זה לא מהני אלא במטלטלי דשם מהני ת' בטו"ב ומצי למימר דכל התופס בתיקו כטו"ב הוא אבל במקרקעי דאפי' טוען ברי להדיא לא מהני ובנכסי דבר שטיא אפי' בשטוען הלוקח ברי דכשהוא חלים זבין מפקינין מיני' וכ"ש בתיקו שאינו טו"ב ממש אלא סברא נוטה והאי דרבה מקרקעי היא ומה שפירשתי בדבריהם הוא ברור:

ה

ודבר זה למדתי מתורתו של הר"ן בפ"ק דקידושין דקאמרי' התם נתן הוא ואמר' היא ספקא הוא וחיישינן מדרבנן וכתב הר"ן ז"ל ומספקא לי טובא דכיון דספקא הוי ה"ל

ספקא דאורייתא איכא והיכא קאמר חיישינן מדרבנן והא מדאורייתא איכא למיחש. והרב אלפסי כתב בלשון הזה בהלכות ואם נתן הוא ואמרה היא חיישינן מדרבנן וצריכה גט ולא כתב ספקא הוא. ונראה שהוא סובר דכי אמרינן ספקא הוא לאו דוקא דמדינא פשיטא לן דלא הוי קידושין כיון דאמרה היא אלא שחכמים החמירו בדבר ועשאוהו כספק ולישנא דס' הוא לפי"ז לא אתי שפיר וכו' ולפיכך אני מסתפק בכל ס' קידושין אי צריכה גט מדאוריית' או לא דאפשר מדאוריית' שרי משום דאי' למימר העמד אשה על חזקתה דמאי שנא מכל תיקו דממונא דאמרינן בי' העמד ממון על חזקתו והסכימו בו כל גדולי האחרונים ז"ל שאפי' תקפו תובע מוציאין אותו מידו ה"נ מדינא אית לן למימר הכי שתהא מותרת להנשא אלא שמפני חומר ערוה אחמירוהו חכמים ומש"ה אמרינן הכא דס' הוא וחיישינן מדרבנן אבל הרב אלפסי ז"ל כתב לקמן בפירקין שבעיא דרב מרי בכלב הרץ אחרי' דסלקא בתיקו דהוי לי ס' דאוריית' ולחומרא וצ"ע עכ"ל הר"ן. ולכאורה קשה טובא במה שנסתפק הר"ן בכל ס' קידושין אי מוקמינן מדאורייתא אחזקה קמייתא ולמה לא ומ"ש משאר חזקה וגם ראיותו מתיקו דממונא אין לו ביאור. והנה הפר"ח בי"ד סי' ק"י פירש יפה במה שמצא הר"ן להסתפק בזה לפי שכל החזקות שמצינו בש"ס המה בספקא דמציאות אבל בס' דדינא אפשר דלא מוקמינן אחזק' וכן פירש הרב מוהר"מ חביב ז"ל בסוף ספרו שמות בארץ ע"ש אבל על ראיותו של הר"ן מתיקו דממונא לא פירשו מידי ומוהרי"ט ז"ל נדחק בזה טובא בח"א סי' קל"ח ע"ש ולפי הדבר הנ"ל א"ש שמביא ראי' דאף בספקא דדינא מוקמינן אחזקה קמייתא ממה שהסכימו דלא מהני תפיסה בתיקו ואם לא הוי מוקמינן בכה"ג אחזק' קמייתא באיסורי גם בממונא ראוי שיהני תפיסה ולא מפקינן מיד התופס משום דזה בזה תליא וכדמוכח מנכסי דבר שטיא וכמ"ש בכלל ב' וזו ראי' ברורה ראוי' למי שאמרה אלא שאיהו ז"ל מצא מקום לספק גם לאידך גיסא ממ"ש הרי"ף גבי בעיא דרב מרי דהוי ס' דאוריית' ולחומרא ומשמע דמדאורייתא צריכה גט ולא מוקמינן בס' דדינא אחזקה קמייתא ולפיכך הניח האי מילתא בצ"ע:

ולפי שיטת הרא"ש אליבי' דהרי"ף דסובר באמת דבתיקו מהני תפיסה. דברי הרי"ף עולין כהוגן במ"ש בבעיא דרב מרי דספקא דאורייתא לחומרא דמשמע מדאורייתא צריכה גט דכיון דאיהו ס"ל דבתיקו מהני תפיסה והוא מחלק בינו לת"כ דקי"ל דמוציאין מידו. משום דספקא דדינא לא אמרינן בי' אוקמה אחזקה קמייתא באיסורי וכמ"ש מש"ה גם בספקא דדינא בקידושין אליבי' צריכה גט מדאוריית' ולא מוקמינין לה אחזקת פנוי'. ומש"ה גם בהאי דנתן הוא ואמרה היא כתב סתם וחיישינן מדרבנן. ולא כתב ספקא הוא

משום דאליבי' אילו הוי ספקא הוי צריכה גט מדאורייתא ולכן פירש דזה דקאמר בש"ס ספקא הוא לאו דוקא וכמ"ש הר"ן אליבי' ועפי"ז יש לתרץ נמי קושית הרא"ש ז"ל מה שהקש' על הרי"ף בר"פ המפקיד בהנך בעיות דכפל דהבעלי' חולקין עם השומר. ואמאי ולוקמה אחזקת מרא קמא של הבעלים לומר דלא אקני וכמו שהבאתי דבריו לעיל בכלל א' ולפי דרכינו ניחא טובא משו' דבספקא דדינא לא מוקמינין אחזקת מ"ק כדרך שלא מוקמינין על חזקה קמיית' באיסורי ואף דקי"ל כרבנן דסומכוס דאזלי בתר חזקת מ"ק היינו בספקא דמציאות דבכה"ג באיסורי אזלינין בתר חזקה קמייתא אבל לא בס' דדינא וכל זה כפתור ופרח:

ומיהו מכל זה אין להכריע כשיטת הרא"ש ז"ל בדעת הרי"ף דאפשר לעולם בדעת הרי"ף כהרמב"ן דלא מהני תפיסה בתיקו ואיסורי נמי מוקמינן בספקא דדינא אחזקה קמייתא. והא דכתב גבי בעיא דרב מרי דספקא דאורייתא לחומר' פירושו דספקא דאוריית' הוא ומדרבנן לחומרא וע"ד שפירש הרמב"ם לשיטתו דאיהו סובר דכל ספק' מותר מן התורה הר דקאמרינן ספקא דאורייתא לחומרא וכ"כ הפר"ח והרמ"ר ז"ל במקומות הנז'. ומה שלא כתב גבי הא דנתן הוא ואמר' היא ספקא הוא היינו משום דלישנא דהש"ס הכי משמע לי' דלאו מתורת ספקא הוא דקאמרי חיישינן מדרבנן דא"כ לימא ספקא הוא לחוד וממילא דמדרבנן הוא לחומרא דמדאורייתא מוקמינין לה אחזקה קמייתא אלא שבאו לומר דמדרבנן בעלמא הוא דחיישינן ולא מתורת ספקא וכן נרא' מחידושי הריטב"א דלשם ע"ש וגם בהנך בעיות דריש המפקיד כבר כתבתי טעמא אחרינא בטעמא דהרי"ף ז"ל במה דלא פסק לאוקמינהו אחזקת מ"ק לעיל בכלל א' סעיף ג' ע"ש וגם הוא נכון ועיין לקמן בכלל תפיסה ברשות הבאתי הכרע מדברי הרי"ף לשיטת הרמב"ן אליבי' דלא מהני תפיסה בתיקו:

1

וכל זה כתבנו לפי דרך הרא"ש בדעת הרי"ף אבל זולתו לא מצינו בדברי הראשונים מי שיסבור לחלק בין תיקו לת"כ כי הרמב"ם דסובר דמהני תפיסה בתיקו איהו סובר דת"כ א"מ וגם הראב"ד שנראה מדבריו בפ"ב דגניבה דבממונא מהני תפיסה בתיקו מיסתבר' לי דאיהו סובר ג"כ בת"כ דא"מ שהרי בהל' בכורות שכתב הרמב"ם כמה פעמים דת"כ א"מ ובכולן שתיק לי' הראב"ד ז"ל. ובדברי הסמ"ג יש שום עיון שאיהו סובר דת"כ מוציאין וכמו שנתבאר לעיל בכלל ב' ובעשין ע' גבי מזיק ממון חבירו בדבר שאין דרכו להניחו בכלי כתב דבעיא זו לא איפשטא הלכך אם תפס אין מוציאין מידו וכ"כ שם אח"כ גבי מסור וכ"כ בעשין פ"ב גבי הקנה שדה לא' ומטלטלין לאחר וז"ל ואם תפסן

האחר אחר שקנה חבירו הקרקע א"מ מידו ומכל זה הכריח הרב ז"ל בסי' ו' דהסמ"ג מחלק בין תיקו לת"כ (סובר דבתיקו מהני תפיסה ובאמת שכל אלו ראיות צודקות שדוחק לומר דבכל הני איירי בתפס קודם הספק דבכה"ג מהני לשיטת הסמ"ג ותו שהרי בהקנה שדה לא' כו' כתב בפירוש ואם תפסן האחר אחר שקנה חבירו ואף שהאורו"ת רצה לרפאות הדבר ההוא על נקל ואמר שאפי' תפס אחר שקלה חבירו הקרקע מ"מ כל זמן שלא חזר בו מקרי קודם הספק ע"ש ואין דבר זה נכון דמה לנו בחזירתו ואין לספיקא שייכות בחזרה מידי אלא מיד שהקנה הקרקע לזה ואגבו מטלטלין לאחר נולד הס' מיד אם קנה זה המטלטלין בשעה שקנה הלה השדה ושוב לא יכול לחזור בו ג"כ או לא קנה ואז אפי' אם לא יחזור בו אין בקנינו כלום וזה פשוט:

אך שמדברי הסמ"ג בעשין צ"ה נראה דסובר דבס' דדינא נמי לא מהני תפיסה ששם מוכיח דתפיסה קודם הספק מהני מדר"ע שחושב מת ביום שלשים ספק ואמר אם נתן לא יטול ע"ש והרי התם ס' דדינא הוא ואפ"ה לא אתי עלה הסמ"ג אלא משום ת' דקודם הס' ותמהני מהרב ז"ל שהניח בדעת הסמ"ג דמחל' בין ס' דדינא לת"כ ובס' דדינא סובר דמהני ת' ולא הרגיש בזה. והרב האורו"ת עמד בזה ולכן הניח בדעתו דסובר דבתיקו ג"כ לא מהני ת' ובהנך מקומות שכתב דמהני מיירי בתפס קודם הס' וכבר כתבתי דזה ליתא:

ובעיני קרוב לומר בישוב דברי הסמ"ג שלא יסתרו אהדדי דאיהו ז"ל ס"ל דבס' דדינא לא נולד הספק אלא משעת העמדה בדין ואילך משום דס' דדינא לא תליא אלא בבי דינא וכבר מצינו לדבר הזה בשיטתו של מוהרב"א לב"מ שכ"כ בשם תלמיד הר"פ ע"ש בפ' השואל על הא דכור בשלשים סאה בסלע ראשון ראשון קנה והקשה ואיך מהני ת' לספקא ותירץ דאימת הוי ס' כשבאו לדין לפנינו וכבר הוי תפוס עכ"ל וכ"כ מוהרש"א ז"ל בפר' בית כור משמי' דנפשי' ע"ש ואף שבאורו"ת פירש בכוונתם ע"פ דרכו שהבאתי בסמוך בשמו לא נהירא ודברים כמשמען דס"ל דלא מקרי לידת הס' בשעה שנולד המעשה אשר הס' מתעורר עליו אלא בס' דמציאות שצדדי ספקו נופלים אצל כל העולם אבל בס' דדינא טרם בואן לדין לא מקרי נולד הס' דכ"ע לאו דינא גמירי וחסרון ידיעה דידהו לאו שמי' ספק. וכשעמדו בדין ואמרו הב"ד שהאי מילתא ס' דדינא הוא מאז הוא דנקרא נולד הספק ואע"פ שבכלל הסמוך העליתי דאפי' בס' דדינא מיד נקרא נולד הס' כמו, בס' דמציאות היינו לפי שיטת רוב המפרשים אבל תלמיד הר"פ לא סבר הכי ומעתה אם הסמ"ג סובר ג"כ כוותי' עולין כל לשונותיו של הסמ"ג כהוגן דבהנך מקומות דכתב דמהני ת' בתיקו הוא מטעמא דאמרן דהוי תקש"ה ובעשין צ"ה שכתב להביא

ראיה מהאי דר"ע דאם נתן לא יחזור ראייתו נכונה דאי תקש"ה לא מהני אין לחלק תו בין ס' דדינא לת"כ ולולי זה לא מצאתי מקום לישב דברי הסמ"ג ועדיין צ"ע:

ז

ולענין דינא מיסתבר טפי דלא מהני תפיסה בס' דדינא לפי דהסוברים דלא מהני הם רוב בנין ורוב מנין כמו שמתבאר מתוך מ"ש לפנינו ולא אכפול למנותן וגם הר"ן בפ"ק דקידושין כתב שכן הסכימו כל גדולי האחרונים כמ"ש לעיל בשמו בסעיף ה' ודבריו אין צריכין חיזוק ובאמת שלא מצינו מפורש משום א' מהראשונים שיאמר לחלק בין ת"כ לתיקו וגם לא מצינו מי שיסבור להדי' דמהני ת' בתיקו זולת הרי"ף אליבי' דהרא"ש ואפשר דלדעתי' סובר ג"כ ת"כ א"מ וכמש"כ מוהרד"ך. והסמ"ג דנראה מדבריו דבתיקו מהני ת' אף דבת"כ מודה דלא מהני דבריו תמוהין וסתרי אהדדי וכמש"כ בסמוך. והרב ז"ל בסי' ע"א טרח לאסור דעת הסוברים דמהני ת' בתיקו. ובעניותי יש לערער הרבה על מנינו בפרט מ"ש שכ"כ המ"ע שכן קבל מרבותיו ומעול' לא שמע חולק בדבר תמהני שישען על משענת קנה רצוץ כנודע ואף שהרב ז"ל אמר שאם חשוד לקלקל אינו חשוד להחליף הנה בכאן החליף עדותו לפנינו שהרי הרמב" וכל תלמודיו ז"ל אשר דבריהם רגילים על לשונו דהמ"ע סברי דלא מהני ואיהו אומר דלא שמע חולק מי יחלוק עוד והרי הר"ן העיד להיפוך דכולם הסכימו דלא מהני אלא שלשון הר"ן נעלם מעיני הרב ז"ל מדלא הביאו בכל הקונט' הזה ואפשר אלו הוי חזי סהדותי' דהר"ן הי' מכריע כוותי' אבל מה אעשה שכל זה לא יועיל לפי מה שהשרישונו רבותינו דבממון אין הולכין במחלוקת הפוסקים אחר הרוב להוציא מהמוחזק ואם שני פוסקים יעמדו לכף זכות של המוחזק אפי' כל חכמי ישראל בכף שני' הני תרי יכריעו את כולם כמ"ש בכלל פלוגתא דרבוותא וא"כ בנ"ד כל שמצינו שני פוסקים דסברי דמהני ת' בתיקו אפילו אם נרבה לאסוף כל המחברים אשר היו לפנינו לחלוק לא נועיל. הן אמת שלפי דעת מוהרי"ט דסובר דכל שהמחלוקת היא בעיקר התפיסה בזה לא אמרינן אוקי ממונא בחזקתי' אלא בתר רובא ניזול אם כן הכא נמי כיון שמחלוקת היא בעיקר התפיסה וזה ודאי ברור דרובא דרובא סברי דלא מהני אלא שהרב ז"ל נחלק על מוהרי"ט בזה ויתבאר להלן אלא שלדעתי יש טעם אחר להכריע דלא יהני ת' בתיקו היות שמה דקי"ל דמצי למימר קי"ל כשנים אף שכל חכמי ישראל חולקים עליו הוא משום דאין הולכין בממון אחר הרוב וכבר מתבאר אצלנו להלן דלא אמרינן להאי כללא דאין הולכין בממון אחר הרוב אלא להוציא מחזקת מ"ק דוקא אבל בחזקת ממון לחוד שפיר אזלינן בתר רובא וה"נ כיון דהתופס אין לו אלא חזקת ממון ורוב הפוסקים סוברים דלא מהני תפיסה בתיקו בזה שפיר אזלינן בתר רובא

ומפקינן מיני' דהתופס כן דעתי העני' נוטה ואף שהרב ז"ל לא הכריע כן אבל מסר הדבר להדיינים שיעשו כפי ענין הטענות והתביעות ע"ש נ"ל שבא לידי מדה זו לפי שחישב שגם דעת הרא"ש והטור פ

ור"י דבממונא מהני תפיסה אבל לפי מה שיתבאר בסמוך דזה ליתא תו לא נשאר יתד נאמן לתקוע בו דיהני ת' בתיקו ובפרט שגדול האחרונים מוהרא"י ז"ל הכריע דלא מהני והרב ז"ל בעצמו אמר שקשה לחלוק עליו אלא שגם בעיני קשה לחלוק על הרב ז"ל ויכריע מי שלבו שלם בדבר:

ח

והוי יודע שהרב ז"ל יצא לידון בדבר החדש דאפי' הרא"ש והטור לא אמרו דל"מ ת' בתיקו אלא בקנסא אבל בממונ' מודי' דמהני. והטעם דבקנס אפי' לא היה הדבר ס' לא היה כח ביד הב"ד לכופו כיון דלי' האידנא סמוכין ודמיא ממש לת"כ שאפי' ודאי בכור אין כח ביד הכהן התופס לכוף אותו ליתנהו לו. אבל בממון שאלו הוא ודאי יש כח ביד ב"ד לכופו שפיר מהני ת' והאריך בפלפול עצום ורב להעמיד דבריו בראיות מדברי הטור ור"י וגם מלשונות הרא"ש בכמה בעיות. ולפי שלדעתי עני' וקלישא לית בהאי חילוקא ממשא אביא דבריו בדרך קצרה הרא"ש גבי' בעיא דיש שינוי לצרורות ובעיא דהתיזה במקום שא"א שלא תתיז וגבי בעיא דכשכשה באמתה ביאר בהדיא דאפי' תפס מפקינן מיני'. וגבי בעיא דמתגלגל כתב ולא איפשטא ואזלינן לקולא ותו לא ובהמניח גבי בעיא דקנסו גופן אטו שבחן כתב תו דלא מהני ת' בתיקו ובפ' הפרה בבעיא דבור ט' ומהן טפח מים ובור ז' ומהן ג' מים לא כתב אלא ומס' לא מחייבינן ממונא ותו לא. ואח"כ בפ' מרובה גבי בעיא דגובה וקטע' וכו' ביאר הרא"ש תו דאפי' תפס מפקינן מיני'. ובפ' הגוזל גבי בעיא דהשביחה עכו"ם ובעיא דיש שבח סימנין ע"ג צמר לא כ"כ וכל זה צריך טעם ומקומות מקומות יש בו ומה ראה על ככה ותו דבפרק הפועלים בב"מ גבי בעיא דעושה בגפן זה אוכל בגפן אחרת כתב הרא"ש הלכך לא יאכל ואי אכיל לא מפקינן מיני' הרי שכתב בפירוש דבתיקו מהני ת' וגם הטור מצינו בשמונה מקומות שסתם דבתיקו מהני ת' ולא זכר דעת אביו הרא"ש:

וכן הרב רבינו ירוחם סתם כן בששה מקומות ולא הביא דעת רבו מכל הלין מוכח דבממונא גם הרא"ש מודה דמהני זהו שורש דברי הרב ז"ל וראיותיו:

ואולם כבר השיבותי למעלה במה שמחלק בזה הטעם בין ת"כ לתיקו ואמרתי דבשביל מה שקודם תפיסתו לא היו כופין אותו ליתנהו לו אין זה מרע תפיסתו מידו דמאחר דאלו הי' ודאי לא הוי מפקינן מיני' גם בס' ראוי שיהני תפיסתו אי נימא דבעלמא מהני ת' והוא

ברור ולפי"ז אין לחלק בין קנסא לממונא ואם שמצינו להראב"ד בפ"ב מגניבה דס"ל לחלק דבממונא. מהני ת' ובקנסא ל"מ לאו מטעמא דהרב ז"ל אתי עלה וז"ל הראב"ד בפ"ב מגניבא א"א לא מיחוורא לי דתפיסה תיהני בהא כיון דיותר ממה שהזיק הוא אין כח לחייבו אלא בב"ד ובדין פסיק בלי ס' וזה כיון שס' הוא אצלם איך גמרו את הדין עכ"ל:

והנה הראב"ד ז"ל ביאר טעמו כיון דקנסא לא מיחייב אלא בב"ד וזה שס' אצלם איך מחייבי לי' וה"ט לא שייך אלא בקנסא דאוריית' דבעינן בהו אשר ירשיעון אלקים והמודה בהו פטור אבל קנסות דרבנן דלא בעינן בהו ב"ד על עיקר החיוב ואפי' ע"י הודאת עצמו מתחייב בהו. גם הראב"ד מודה דמהני והרב ז"ל ס"ל לחלק דאפי' מידי דאינו קנסא כלל אלא דבעי ב"ד משום דהוא מילת' דלא שכיחי לא יהני בו ג"כ ת' מה"ט וזה לא אמר אדם מעולם תדע שהראב"ד ז"ל לא מטעמא דהרב אתי עלה שהרי בת"כ גופי' נראה דאיהו סובר דמהני:

ט

ודע שבפ"ב מעבדים שכתב שם הרמב"ם במכרו לל' יום וכו' דאם תפס העבד כדי דמי' יוצא בהן לחירות והראב"ד השיגו ג"כ בשיטתו וז"ל א"א אין תפיסה מועלת בקנסות אלא במי שחסרו ממון ע"כ. וכתב עליו הכ"מ ז"ל ואין בדבריו הכרע ואפי' לפי דבריו מה שהפקיעו מן המצות אין לך חסרון גדול מזה. ועוד שירדה בו בפרך עכ"ד וכ"כ המ"ע. והרב ז"ל כתב עליהם בסי' ל"ט שלא ירדו לסוף דעת הראב"ד דודאי אין כוונת הראב"ד דזה לא הוי חסרון ממון רק גורם ממון אלא כוונתו שאין ת' בספקא דדינא מועלת בקנסות כ שהקנס אין אדם זוכה בו אלא משעת העמדה בדין כמ"ש הרמב"ם גופי' דקנס זה אין דנין אותו אלא בב"ד מומחין א"כ כיון שספק הוא לא היו הב"ד יכולין לגמור דינו ואין מועיל ת' בס' רק במי שחסרו ממון ולא קנס דאז זוכה בו אפי' בלא ב"ד. משא"כ שאפי' הי' ודאי לא הי' רק קנס וכ"כ הראב"ד להדיא בפ"ב מגניבה עכ"ד. ואני אומר אלו לא השיג הרב רק על המ"ע החרשתי אלא שכלל גם למרן הכ"מ עמו ובעבורו דקדקתי ומצאתי שדקדק הכ"מ היטב בלשונו וירד לעומק כוונתו ואיהו סובר שהראב"ד בקנסות גופייהו מחלק דבהני דמחסרי ממון כמו פ"נ דקרן תמה איהו נמי מודה דמהני ת' ומ"ש הראב"ד אלא במי שחסרו ממון קאי אירישא כלומר דבהני קנסות דחסרו ממון הוא דמהני. וכן משמע לי לשונו דפ"ב דגניבה שהעתקתי בסמוך שכתב לא מיחוורא לי דת' מהני בהא כיון דיותר ממה שהזיק הוא אין כח כו' ובודאי לא הוצרך הראב"ד להשמיענו דזה הוי קנסא מדמשלם יותר ממה שהזיק אלא כוונתו דבהאי קנסא ר"ל

דו"ה לא מהני כיון דהאי קנסא יותר ממה שהזיק הוא. וראי' ברורה לדברי שהרי בפ"א מנ"מ כתב הרמב"ם כשכשה כו' והזיקה בר"ה פטור ואם תפס הניזק. גובה ח"נ ממה שתפס שזה הדבר ס' אם אלו תולדת הקרן שחייב עלי' בר"ה או תולדות הרגל שפטור עלי' בר"ה ע"כ ומדוע לא השיגו שם הראב"ד דלא מיחוורא דתיהני ת' בקנסות אלא ע"כ דפ"נ כיון דלאו טפי ממה שהזיק הוא גם הראב"ד מודה דמהני. ונראה לי טעמא דהראב"ד דאיהו סובר דפ"נ כיון דקרנא הוא לעולם זיל שלים אמרי לי' ובשתפס הניזק תו הוי ממון מעליא ואין הודאתו של המזיק פוטרתו כמו שנתבאר לעיל בכלל ב' וכבר הסכים הה"מ בפ"ט מנ"מ גם דעת הרמב"ם לזה ע"ש ומש"ה בכל קנסות דלאו יתרין ממה שהזיק כל שתפס אידך ממונא הוא וכמ"ש הראב"ד גבי פ"נ דקרנא אית לי' גבי' וכמ"ש הרשב"א בשמו בפ"ג דב"ק כן נראה לי ברור בהתכת לשונו וכוונתו של הראב"ד והוא כפתור ופרח:

ו

נקטינן מיהת שאין דברי הראב"ד ענין לדברי הרב שהרי הרב ז"ל אפילו בקנסות דרבנן שהמוד' בהן מתחייב הוא אומר דל"מ תפיסה עד שהעלה דאפי' בדיני בור ל"מ ת' בס' לפי שאין דנין בור ואש בבבל כמ"ש מוהרש"ל וכיון דקודם ת' לא היו יכולין הב"ד לכופו אפי' בוודאי בזה ל"מ ת' וזו סברא מחודשת לא מצינו לו חבר ואפי' אם נקבל כל דברי הרב ז"ל וחילוקיו כמו שאמרן לא יושיעו אותנו לכלכל עמהם כל לשונות הרא"ש והטור והר"י ז"ל שהרי בסי' שפ"ח כתב הטור גבי ניזק שטוען סל מלא מעות שאין דרך להניח כו' דלדעת הרא"ש ל"מ ת' וכ"כ שם אח"כ בבעיא דעשו תקנת נגזל במסור והנך תרי מילי ממון מעליא הוא וגם דיינין בבבל כמבואר בח"מ סי' א' וחזי' דאפ"ה ל"מ ת' לדעת הרא"ש ואף שהרב עומד בזה וכת' דבהני אפי' עשו בהו תקנת נגזל לא כייפי להו הב"ד לשלם ע"פ שבועת הניזק והנמסר כיון דמדרבנן הוא ודמיא למציאת חש"ו והב"ד פוסקין לו אבל אלו לא רצה לקיים לא נחתינן לנכסי' ואף לא משמתינן לי' ע"כ דבריו תמוהין דא"כ בכל הנשבעין ונוטלין יאמר כך וזה ודאי ליתא וכבר הושג לעיל בסי' פ"ט בזה מר"א ומורי ש"ן ע"ש שהביא ראיה להשגתו וגם לדידי יש ראיה משבועות העדות דהכל מודים בע"א שכנגדו חשוד על השבועה אלא שלדעתי אין לזה צורך לראי' דכל דתיקון רבנן כעין דאורייתא ואין לך אלא מה שאמרו חז"ל. גם בעיקר דבריו שרצה ליחס להטור דאש ובור אין דנין בבבל לא נהירא שאף שמוהרש"ל דעתו כן הטור ודאי לא ס"ל הכי שהרי בסי' ת"י כתב דשור תם שדחף האידנא לבור אף דאין דנין שור תם האידנא אין בעל הבור משלם בשבילו אלמא דבור דנין האידנא ג"כ ועם זה תמה אני על מוהרש"ל

שבפ' החובל דעתו דאש ובור אין דנין האידנא ובפ' הפרה גבי שור תם שדחף חבירו לבור כתב כמו הטור וקרוב בעיני שגם מוהרי"ח שכתב שיש להסתפק אי דנין האידנא אש ובור לענין הלכתא סובר דדנין שאיהו ז"ל כתב להאי דשור תם שדחף חבירו לבור כמו הטור וכמ"ש מוהרש"ל שם בשמו ע"ש:

יא

ותו איך יאמר הרב ז"ל דבממון מעליא מודין דמהני ת' והא גבי בעיא דהלכה במקום שא"א לה שלא תתיז כתב הרא"ש דלמאי דפירש דל"מ ת' בתיקו אם התיזה בחצר הניזק ותפס מגבי' לי' רביע נזק ע"ש ואמאי והרי התם את"ל דהלכה במקום שא"א שלא תתיז אורחה ממון מעליא הוא דצרורות דיינין בבבל וגם יורדין לנכסי' אם אינו רוצה ואפ"ה ל"מ תפיסתו למגבי ח"נ. והרב ז"ל בסימן מ"א כתב וז"ל דסמך עמ"ש קודם לכן דביעוט הוי משונה וקנסא הוא א"כ ממ"נ מפקינן דאם הוי קרן אין גובין בבבל כיון דאין מועד מתחלתו ואי הוי רגל הוי משונה והוי נמי קנסא ולכן מפקינן מיני' והא דבעי הש"ס אי הוי קרן או רגל לאו למימרא דאי הוי רגל הוי משלם נ"ש מתחלתו דאפילו הוי רגל הוי משונה ולא משלם לעולם אלא ח"נ אלא דמבעיא לי' אי הוי קרן וחייב בר"ה או שן ורגל ופטור בר"ה וכן מוכח מדברי הטור שהביא בשם הרמב"ם דאיהו סובר דמהני ת' בתיקו ברשות הניזק אי תפס מגבי' לי' חצי נזק וכ"כ הרא"ש לדברי האומרים דמהני ת' בתיקו ותפס הניזק לא מגבי' לי' אלא ח"נ ולהסוברים דמהני תפיס' כשתפס אמאי לא מגבינן לי' נ"ש אלא ודאי הכא לעולם אינו גובה אלא ח"נ דמשונה הוא אלו דבריו. ותמהני פה קדוש יאמר זה דודאי שפיר כתבו הרא"ש והטור דאפילו להאומרים דמהני ת' לעולם לא גבי אלא ח"ל ומשום דצרורות נינהו ואפי' כאורחייהו לא משלמי יותר מח"נ וזה פשוט מאד דאטו בשביל דא"א לה ואורחה היא עדיפא טפי מצרורות דאורחייהו ונראה בעיני שלשון ר"י ז"ל גרם לו לבא לידי שגיאה זו דאיהו כתב שם בנתיב ל"א ח"א באותה בעי' דלהאומרים דמהני ת' ברשות הניזק אי תפס מטלטלין גובה נ"ש העתיק הרב לשונו בסימן מ"ב וראה בו שכתב דלהסוברים דמהני ת' גובה נ"ש ודן מיניה דלאותה הצד דאורחה היא תו אינה צרורות. ולכן חישב הרב דמ"ש הרא"ש והטור דלכ"ע לא גובה טפי מח"נ היינו משום דמשונ' הוא אבל הדבר ברור כמ"ש ואולי ט"ס הוא בר"י וצ"ל ח"נ ואין חילוק בין ר"ה לרשות הניזק אלא דבר"ה בעינן שיתפוס גוף הבהמה כיון דלא מצי אתי אלא מתורת קרן וברשות הניזק דמצי אתי עלי' מתורת שן ורגל אפילו תפס שאר מטלטלין גובה ח"נ וכבר העיד הש"ך בח"מ סימן של"ב שספר הוא מלא טעיות ע"ש:

וגם מאותה בעיא דכשכשה באמתה יראה ג"כ להדיא דאפילו בממון מעליא סובר הרא"ש דלא מהני ת' שהרי כתבו שם דלמאי דפירש דל"מ ת' בחצר הניזק אי תפס גוף הבהמה מגבי לי' ח"נ והתם ממון מעליא אי נימא דמשלם נ"ש ככל שן ורגל ואפ"ה סובר דל"מ והרב ז"ל בסימן מ"ג תירץ בזה מה שתירץ אבל איני יודע כלל מהו שח והוא עצמו הרגיש שם בחולשת דבריו ולא אזכיר אותו מפני כבוד הרב ומה"ט אשים מחסום לפי מלדבר בשאר דבריו מה שהאריך והחריז בהאי ענינא:

יב

ואחר שביארנו דלדעת הרא"ש וסיעתו אין לחלק בין ממונא לקנסא חל עלינו לבאר הספיקות והקושיות שהעיר הרב ז"ל בדברי הרא"ש והטור הובאו לעיל בסעיף ח'. וזה יצא ראשונה מה שהקשה בדעת הטור שסתם בהרבה מקומות כדעת הרמב"ם דמהני ת' וכבר הביא הרב ז"ל שראה שני דפים כ"י והוגד לו שהם מהסמ"ע ז"ל ועמד שם בזה והעלה לחלק דבהני מקומות גם הרא"ש מודה דמהני אלא שהרב ז"ל השיב על דבריו ועל חילוקיו ואמר שאינן מהסמ"ע ולא משום חכם והרב האורו"ת קיים דברי האומר שהם מהסמ"ע. ובבית הילל באה"ע ראיתי ג"כ שמביא שראה העתק כ"י זה ומייחס אותו להסמ"ע. ולדעתי ג"כ אין להרחיק שלא יצאו הדברים האלה מפי הסמ"ע ואם שהם חילוקים קלושים ודקים ומה"ט נלאתי להעתיקם מ"מ מדחזינן להרמב"ם דסובר דמהני תפיס' בתיקו ואפ"ה בכמה מקומות סתם לפטור והשמיענו הה"מ שיש טעם בדבר כמ"ש בשמו בסעיף ב' אלמא דבטעם כל דהו מכריע דלא מהני ה"נ יש לומר לאידך גיסא אליבא דהרא"ש זה נ"ל להלין עבור העתק הזה. אבל לענ"ד הדרך היותר נכון בזה לומר דבכל המקומות שסתם הטור כדעת הרמב"ם הכל הוא מפני שסמך על מה שביאר בסימן ש"ן וש"ץ מחלוקת הרא"ש עם הרמב"ם דלהרמב"ם לעולם מהני ואפילו בקנסא ולהרא"ש לעולם ל"מ ואפילו בממונא. תדע שהרי הרב רבינו ירוחם ז"ל סתם ג"כ בכמה מקומות דמהני תפיס' ומהם מתחלפים מהני מקומות שסתם בהו הטור ובמקום שסתם הטור לא סתם איהו וכמו שנתבאר בדברי הרב ואין הדעת סובלת לעשות מחלוקת חדשה בין הטור ור"י וע"כ במקומות הללו שסתמו כדעת הרמב"ם לא לכוונה ידועה היתה לסתום בהני מזולתן אלא דסמכו על מה שביארו במקומות אחרות מחלוקת הזו ביותר ביאור ואני רואה שגם הרב ז"ל חזר בו בש"ך מדרכו שאחז פה וס"ל תו דאין לחלק להרא"ש בין ממון לקנס ובמקומות שסתם הטור דמהני הוא כדעת הרמב"ם וסמך על מ"ש במקום אחר מחלוקת זו והוא הנכון. ומה שהקש' הרב ז"ל תו בדברי הרא"ש דב"ק ולשונותיו שלפעמים לא כתב אלא ומספקא לא מפקינן ולפעמים ביאר דאפילו תפס מפקינן מיני'

עם שנוכל לומ' ג"כ שאיהו ז"ל לאו במתכוין אמר כך מצאתי עוד כוונה מיוחדת בדבר והוא דבכל מילתא שדנין האידנ' ואיכא נפקותא באותה בעיא אפילו אי לא תפס אידך בזה לא כתב הרא"ש אלא דמספיקא לא מפקינן ממונא אבל במילתא דאין דנין האידנא דבהאי ליכא נ"מ באותה בעיא אלא בדתפס דבלי תפיס' אפילו ודאי אין דנין האידנ' הוסיף הרא"ש לבאר דאפילו אי תפס מפקינן מיני' משום דעיקר הנפקות' היא בשתפס. ועפ"ז עולין כהוגן כל לשונות הרא"ש שהבאתי לעיל דוק ותמצא ומש"ה נמי בפרק הכונס גבי בעיא דהך דטען עליו מרגניתא בכספתא וגם בבעיא דעשו תקנת נגזל במסור כתב בהו דמס' לא מפקינן ותו לא והטור כתב בהו בסימן שפ"ח דאפילו תפס אידך מפקינן מיני' ולשיטת הרב יקשה מאחר דלדעת הטור ל"מ בהו תפיס' מטעם שהבאתי לעיל בשמו מדוע לא השמיענו הרא"ש האי מילתא וכן בפרק הפר' בבעיא דבור תשע' ומהן טפח מים וכו' לא כתב הרא"ש ג"כ אלא ומס' לא מפקינן ממונא ותו לא ומדברי הטור נראה דאפילו תפס אידך לא מהני ומ"ט הרא"ש לא השמיענו הכי ולפי דרכי א"ש כיון דמזיק ומסור וגם בור דנין האידנ' ג"כ וכמש"ל ואיכ' נ"מ בהו אף בלי ת' לא איכפיל הרא"ש להשמיענו דל"מ ת' שכבר ביאר דעתו בזה כפ"ב זולת בהנך דאין דנין האידנ' דליכ' בהו נ"מ אלא דתפס בהו הוצרך להשמיענו דאפילו בדתפס ל"מ תפיס'. ומה"ט גם בהך בעיא דקנסו גופן אטו שבחן כתב הרא"ש דאפי' תפס מפקינן מיני' דהתם נמי ליכא נפקותא כל שלא תפס אידך והוא כוונה נכונה ראוי' ליחס' אל הרא"ש ז"ל:

יג

ועל השלישית לבי עלי' אשית. מה שהקשה בדברי הרא"ש גבי בעיא דעושה בגפן זה אי אוכל בגפן אחרת כתב דלא איפשטא והלכך לא יאכל ואי אכל לא מפקינן מיני' ואמאי והרי לדעת הרא"ש לא מהני ת' בס' דדינא וקושי' זו באמת צריכה לפנים וכבר כתב הרב ז"ל בסי' מ"ג שקושיא זו עמדה להטור ור"י לומר בדעת הרא"ש דבממונא מודה דמהני ת' בתיקו. ואני אומר מלבד ממה שהראית לדעת מתוך מ"ש בסמוך דהאי מילתא ודאי ליתא אלא לשיטתו ג"כ לא הועיל שהרי הרא"ש סיים שם ואך לא מנכינן מאגרי' דכל סלוקי בלא זוזי אפוקי מיני' הוא וכיון דבממונא מהני ת' במה אלים ת' הפועל מת' בעה"ב והרב ז"ל כתב משום דכובש ש"ש עובר בחמש' לאוין ואין בזה טעם דכל ס' ממון לאו דלא תגזול הוא ואפ"ה מהני בי' תפיס'. וכבר כתבתי בכלל א' טעמא דמילתא דכל דתליא בממונא לא אסרה התורה אלא ודאי ממונא דחברי' ולא ס' ותו אין לחלק בין לאו א' לכמה לאוין ובאורו"ת האריך בתירוצא דהאי מילתא ואין דבריו ברורין ע"ש:

ואשר אחזה לי בטעמא דהרא"ש ז"ל דסובר דהתם לא שייך לומר אוקי ממונא בח' מ"ק דהיינו הבעה"ב לפי שאין אנו מוציאין כלום מחזקתו כיון דהלכתא משל שמים הוא אוכל ואינו רשאי ליתן לאשתו ולבניו דלדידי' זכי לי' רחמנא ויש סוברים דאפי' לקח הפועל בידו לאכול אינו רשאי ליתנהו לאשתו ולבניו משום דלא זכתה לו התורה אלא מה שלועס בפיו וכ"כ בטור סי' של"ז ובש"ג פ' הפועלי' ונמצ' דאפי' דעוש' בגפן זה אוכל בגפן אחרת עדיין הגפן הזה של בעה"ב הוא ואין לו לפועל בו כלום אלא שיאכל ויפטור מלשלם וכיון דאין הס' נופל אלא אם יפטור הפועל מלשלם או יתחייב כשיאכל בגפן הזה ובזה שפיר דלא מפקינן מיני' דהפועל דזה דומה לשאר ס' בענין הזיקות כענין יש שינוי לצרורות לרביע נזק או לא והדומה דלא מפקינן ממונא מס' דהמזיק נקרא מוחזק ראשון וה"נ הפועל מוחזק ראשון הוא וח' מ"ק דידי' מסייע לי' כיון דאין הספק נופל אלא עליו אי מתחייב לשלם או לא והבן זה. והא דלא מהני ת' בעה"ב באגרי' דידי' משו' דסובר דל"מ ת' בס' דדינא משום דהלואה לא הוי ת' ברשות וכמו שיתבאר בכלל ת' ברשות והאי נמי דכוותה היא וכמ"ש דמשל שמים הוא אוכל ואין הספק נופל על גוף הגפן מידי:

והנה הרב ז"ל כתב דמדברי הרא"ש הללו למדו הטור ור"י דבממון מודה דמהני ת' ולפי מ"ש נהפוך הוא ומוכח דלא מהני דהרי הלואה לא גרע מיהת מת' שלא ברשות ואי ס"ד דבממון מהני א"כ מדוע לא ינכה לו משכרו. ומה שהשיא הרב ז"ל גם דעת הב"י והד"מ והסמ"ע והב"ח לשיטתו דמחלקים בשיטת הרא"ש והטור בין ממון לקנס דבריו זרים מאוד ולדעתי אין מהצורך להשיב עליה' ומ"ש דא"כ משוית להו טועין אני אומר מוטב שנתלה בהן שגיאה אחת משגיאו' רבות כי יסתער עליהם כל הקושיות והפקפוקים הנ"ל ומה שכלל לד"מ עמהם לא ידעתי שבד"מ שלפני בסי' שנ"א לא כתב דבר וכבר כתבתי שהרב עצמו ז"ל תבר לגזיזי' בחיבורו ש"ך:

כלל ה

יבאר ויכריע דפלוגתא דרבוותא שאחר חתימת הש"ס וה"ה לספקא דדינא שלא נזכר בש"ם מהני בהו תפיס' אבל פלוגתא דרבוותא שנז' בש"ם דינו כדין תיקו ולא מהני בה ת':

א

הנה הרב ז"ל יצא לחלק פלוגתא דרבוותא מתיקו לומר דאפי' הסוברי' דבתיקו לא מהני תפיסה מודי' דבפ"ד מהני ואמר בזה שלשה טעמים הראשון משום דבתיקו כיון דאין

שום אדם בעולם דפשיטא לי' א"כ לא יוכל לטעון שום טענת ברי לא ע"פ עצמו ולא ע"פ אחרים אבל בפ"ד הוי כמו טענת ברי מדחזינן דע"פ ע"א משביעין אפי' בטוען שמא אלמא דע"פ עדים חשיב כטענת ברי ה"נ בטוען קים לי כהאי פוסק הוי כטוען ברי ע"פ פוסקי' וכ"כ מוהרי"ק דקי"ל חשיב כטוען ברי והשני דבפ"ד כיון שיש ביד הדיין להכריע כחד מינייהו א"כ כל אימת דתפס מקרי תפס קודם הספק ותקש"ה מהני משא"כ בתיקו שאין ביד הדיין להכריע הוי תפיסה דלאחר הס'. והשלישי דבתיקו אי טעה הדיין ופסק לשלם הוי טועה בדבר משנה וחוזר וכ"כ הנ"י בפאד"מ ובפלוגתא דרבוותא אי עבד הדיין כחד מנייהו קם דינא דאפי' טעה בשיקול הדעת כלומר דסוגי' דעלמא כאידך קם דינא וכיון דאלו עביד הדיין מה שעשוי עשוי תפיסתו ג"כ מהני מטעם דעביד אינש דינא לנפשי' דמצי למימר אני הדיין ועושה דין לעצמו. והנה מ"ש דבפ"ד כל אימת שתפס מקרי תפס קודם הס' כבר השיבותי על זה לעיל בכלל ג' סעיף ה' ולכן לא אדבר בו פה זולת באינך שני טעמים.

ודע שהרב ז"ל בסי' צ' כתב דאיכ' נ"מ בהנך טעמי והוא ס' דדינא שבא לפני הדיין שלא נזכר בש"ס דלטעם דקי"ל חשיב כטו"ב בכה"ג ל"מ תפיסה דלא מצי למימר קים לי' כפלוני המזכהו כיון שאין שם מזכה בבירור ולטעם השני דכיון דהדיין יכול להכריע כחד מינייהו איהו נמי כח דיין לו דעביד אינש דינא לנפשי' ול"נ דהרב לשיטתו דפירש בטעמ' דקי"ל משום דהוי כטוען ע"פ עדים דפוסקים כעדים דמי ולפ"ז בעינן דוקא שיהא פוסק עומד לזכותו לטעון ע"פ אבל לא נהירין לענ"ד דבריו בזה לפי שע"פ עדים נמי לא חשיב טענת ברי לענין זה שיהני בו ת' כאלו טוען ברי ולא דמי לשבועה דאפי' ברגלים לדבר משביעין אבל בת' בעינן ברי דוקא וכמ"ש לעיל בכלל ב' סעיף ה' ע"ש והא דמהני קי"ל למהוי כמו טו"ב כמ"ש מוהרי"ק היינו לפי שהוא דבר התולה בסברא יכול למימר ברי לי שהסברא כך הוא לזכותי וכן נראה מדברי מוהרי"ק ואח"ז נמשכים כל התופסי' דגל קי"ל ובתשובת מוהרי"ט ז"ל ח"א סי' ע"ב מדמה טענת קי"ל להא דכתב רש"י בפ"ב דכתובות (כ"ב) באומר' ברי לי אין לבי נוקפי ע"ש ולדעתי יש לחלק דהתם אין להכריע מצד הסברא איזה כת מהן אמיתית אבל בפ"ד דבדינא תליא מילתא ובסברא תליא כל שאומר קי"ל הוי כמו ברי ולפ"ז אפי' בספקא שלא נזכר בש"ס כיון דבסבר' תליא ויכולת ביד' הדיין להכריע איהו נמי מצי אמר קי"ל כך וז"ב. אלא שלדעתי העני' נראה נפקותא אחרת דמטעמא דעביד ע אינש דינא לנפשי' לא בעינן שיאמ' התופס קי"ל אלא.] כל דתפס לא מפקינן מיני' אבל לטעמא דקי"ל הוי כמו טו"ב בעינן שיאמר התופס קי"ל דאי לא יאמר כך אלא שהספק שקול בעיניו מוציאין מידו דהרי בעינן שיטעון ברי ולפיכך

אני מסתפק טובא במ"ש הכנה"ג בכללי קים לי דטענינן ליתומים קי"ל וגם שלא בפניו ע"ש ולדידי הדבר צ"ע כיון דבעינן שיטעון ברי ממש וא"כ איך אנו טוענין ליתומים או שלא בפניו ואע"פ דקיי"ל דטענינן ליורשין כל מה דמצי אביהן למיטען היינו דוקא בדבר שאין הספק נופל לפנינו אבל בדבר שהספק נופל לפנינו כגון ספקא דמציאות או ס' דדינא דמן הדין כל שטוען שמא מוקמינן אחזקת מרא קמא אין טוענין להיורשים כל שטוענין שמא ומפקינן מינייהו::

ב

ויש לדעתי שום עיון להסוברים דקי"ל חשיב כטו"ב מהא דכתבו התוס' בפ' המדיר (ע"ו) גבי האי דשמואל המחליף פרה בחמור וז"ל ונראה לריב"א דדוקא שהמחזיק עצמו מסופק בפרה ואין לו טענה ברורה הוי חזקתו כמאן דליתא ואזלינן בתר חזקת מ"ק דדמי לתקפו כהן דמוציאין אבל מוכר כו' וכן האי דכור בשלשים סאה בסלע יש לו לטעון לכך אמרת לי בשתי הלשונות שבאיזה שארצה אתפוס וכיון שהוא מוחזק אין להוציא הממון מחזקתו כיון שיש לו טענה עכ"ל ולהסוברים דקי"ל חשוב כטו"ב למה להו למימר משום דטוען לכך אמרת לי בשתי הלשונות שאתפוס איזה שארצה תיפוק לי' דהרי הא מילתא אי תפס לשון ראשון או ל"א פלוגתא דתנאי הוא ונימא דשמואל דמספקא לי' הלכת' כמאן מש"ה אמר ראשון ראשון קנה משום דקי"ל חשוב כטו"ב. ומהרי"ק ז"ל מרא דהאי שמעתתא דבפ"ד לא מפקינין מהתופס דקי"ל הוי כמו טו"ב כמו שהביא הרב ז"ל בשמו איהו ז"ל מביא ראי' לסברתו זאת בשרש קס"א מדיבור התוס' הנז' להוכיח דלא בעינן ברי ממש אלא דכל שבא בטענה אפי' רעועה מהני ג"כ עם התפיסה כהאי דמוכר שור לחבירו דכל שיש לו לבוא באיזו' טענה אפי' רעועה תו לא דמיא לת"כ וע"ש שהאריך בזה ולכאורה היא ראי' לסתור דמוכח דקי"ל לא מהני ואינה טענה כלל דאל"כ למה להו למימר בטעמא דשמואל דיש לו לטעון להכי אמרת לי שתי הלשונות תיפוק לי' דפלוגת' דתנאי' היא וכמש"כ:

הן אמת שבשרש צ"ד כתב דלא מהני קי"ל אלא בנדונית חתנים דוקא משום דמיסתבר טעמא דרש"י או משום דהתם כבר עמדו הנכסים בחזקתו משעה שנשאה ע"ש והביאו דבריו אלו הד"מ והסמ"ע בסי' כ"ה אלא שהרב ז"ל נחלק עליהם והניח בדעתו דלעולם מהני קי"ל וכן דעת כל האחרונים ז"ל וא"כ קשיא. וניחא לי משוה דהא דמהני בפ"ד טענ' קי"ל בעינן שיטעון התופס להדיא ויאמר קים לי כהאי כמ"ש לעיל וכן משמע לשון הר"ש ב"ר ברוך שהביא מוהרי"ק שכתב ואם יתפוס החתן ויאמר קי"ל ומש"ה לא מצא לאתוי עלה דשמואל משום קי"ל כמ"ד תפס ל"א דהרי שמואל סתמא קאמר ראשון

ראשון קנה ומשמע דאפי' לא טען הכי. ועי"ל דגם מוהרי"ק לא אמר אלא במחלוקת רש"י ור"ת אבל במה שנחלקו חכמי הש"ס אפי' בזמנם ל"מ התופס להכניס ראש ביניהם ולומר קי"ל כפלוני:

ג

ובטעמא דעבי' אינש דינא לנפשי' הרחיב הרב ז"ל דברות קדשו דבפ"ד כיון דאי הוה עביד הדיין כחד מינהון לא הוי מהדרינן עובדא גם התופס מצי למימר הדין עמי ואנא הדיין דעבידנא דינא לנפשאי ובאורו"ת הקש' עליו דא"כ גם בשיקול הדע' יהני ת' ויאמר התופס הדין עמי ואני הדיין ומה בכך ששיקול הדעת עומד למולי הלא קיימא לן דטעה בשיקול הדעת מה שעשה עשוי ע"ש והא לא קשיא דלא אמר הרב כן אלא בפ"ד היכי שהס' שקול לגמרי דבכה"ג אפי' לכתחילה יכול הדיין לפסוק כפי הכרעתו אבל בשיקול הדעת שכל ב"ד שבישראל מחויבין ליזול בתר סוגיא דעלמא לא מצי התופס למימר אנא הדיין ועבידנ' דינא לנפשאי דלא כשיקול הדעת דהאי לאו דינא הוא כיון דכל ב"ד לא קיימי כוותי' וזה פשוט אלא שלענ"ד איכא למשדי נרגא בסברא זו מצד אחר שהרי הרא"ש כתב בסנהדרין פאד"מ ז"ל והיכי שנחלקו שני גדולים בפסק הלכה לא יאמר הדיין אפסוק הדין כמי שארצה. ואם עשה כן הוי דין שקר אלא אם חכם גדול הוא גמיר וסביר ויודע להכריע כדברי אחד בראיות ברורות ונכוחות הרשות בידו וכ"כ הטור בסי' כ"ה והנך רואה שצריך שיהי' חכם גדול וגמיר וסביר ואז יוכל להכריע ואי לאו בר הכי הוא הוי דין שקר כשפוסק כאחד מהם. וכן נראה מדברי התו' דב"ב (ס"ב) וז"ל והיכי דלא איתמר הלכתא לא כמר ולא כמר וסבירא לי' לדיין כחד מינייהו ועבד מה דעבד עבד דהכי אמר בפ' כל הנשבעין השתא דלא איתמ' הלכתא לא כמר ולא כמר דעבד כמר עבד ודעבד כמר עבד ואי מספקא לי' הלכתא כמאן המע"ה ע"כ וכ"כ הנימוק"י בריש פ' המוכר את הבית בשם רבינו יונה ע"ש ר"י הזקן דהיכי דאיכא פלוגתא דתנאי או דאמוראי ולא אשכחן סוגיא דעלמא כחד יש לדיין לדון כפי מה שדעתו נוטה ואי מסתפקא לי' המע"ה ע"ש אלמא דאין רשות ביד הדיין לפסוק בפ"ד כמי שירצה אלא דוקא אי ס"ל הכי כלומר שסברתו נוטה לזה. אלא שמדברי התו' והנימוק"י משמע דבסברתו נוטה לחוד נמי סגי ומדברי הרא"ש משמע דלא סגי בהכי עד שיכריע בראיות ובכנה"ג בח"מ סי' ח"י עמד בזה ותי' וז"ל אפשר דהרא"ש איירי שהדין ההוא יש מקום להכריעו מן הגמרא והפוסקים אלא שהדיין אינו בר הכי ורוצה לדין כפי סברת האחד מהן אבל הנימוק"י איירי בדיין יודע ובקי וכבר חקר בגמרא ופוסקים ולא מצא הכרעה לצד זה יותר מלצד זה אז יכול לדון כפי מה שדעתו נוטה ע"כ. ול"נ לומר דהתו' והנ"י

מיירי מפלוגתא דתנאי ואמוראי כמו שתפסו בלשונם ובהאי לא צריך הדיין לטרוח ולחפש אחר הראיות המכריחות שדבר זה מן הנמנעות להשיג על איזה תנא או אמורא בראי' מוכרחת כי רוח הקודש נוססה בהם וכבר אמרו חז"ל אלו ואלו דברי אלקים חיים הלכך אין לו לדיין בזה אלא מה שעיניו רואות לפי סברתו אבל הרא"ש כתב היכי שנחלקו שני גדולים בדבר ובהאי ודאי יש לו לחפש אחר ראיות כי מיום שנסתם התלמוד נסתמו מעינות חכמה ורשות ביד כל אדם לחלוק על מי שקדמו בראיות וכמ"ש הרא"ש וגם הוא בחק האפשרי להביא ראי' מכרעת לסבר' הא' כדרך שמצינו בחיבורי האחרונים שסותרין דברי מי שקדמן בראיות ברורות וזה נכון:

ד

נקטינן מיהו מדבריהם דלכתחילה אינו רשאי לפסוק כפי רצונו לבד בלי סברא נוטה ובאורו"ת סי' כ"ה הפריז על המדה דאפי' אי מכריע בסברתו כחד מינייהו אפ"ה אינו רשאי לפסוק לכתחילה, ע"פ הכרעתו אלא דבדיעבד דוקא כל שמכריעו בסברתו דינו דין ונסתייע לזה מלשון התו' שכתבו דאי ס"ל כחד מינייהו ועבד מה דעבד עבד אלמא דוקא דיעבד ולא לכתחילה ע"כ וע"ש שהאריך בזה וכל דבריו בזה ליתנהו דודאי כל שסברתו מכרעת כחד מינייהו רשאי לכתחילה ג"כ לפסוק כמותו וכמ"ש הנימוק"י להדיא שהבאתי בסמוך והתו' ז"ל לשון הגמרא תפסו בלשונם דעבד כמר עבד והיינו אפי' לכתחלה וה"נ אמרי' בפ' ת"ה לענין פלוגתא דר"י ורבנן בפלג המנחה דהשתא דלא איתמר הלכתא לא כמר ולא כמר דעבד כמר עבד כו' והיכי שפוסק מרצונו כחד מינייהו ולא ע"פ סברתו בדיעבד דינו דין אלא דלכתחלה מיהו אינו רשאי למיעבד הכי וכל זה פשוט. וא"כ כל שהתופס אינו חכם גדול שיודע להכריע איך יוכל לומר אנא הדיין ועבידנא דינא לנפשאי והרי דינא דשקרא הוא שהרי גם דיין שאיל פוסק בכה"ג ע"פ הכרעת סברתו לאו דינא דקשוט הוא ואי משום דבדיעבד דינו דין אפילו בכה"ג א"כ אפי' בשיקול הדעת תיהני ת' וזה לא אמרה אדם מעולם ואפי' התופס חכם גדול היודע להכריע תמהני איך שייך בו עביד אינש דינא לנפשי' כיון שהדבר ההוא צריך לסברת הדיין ולהכרעתו איך יהי' התופס הבע"ד והוא הדיין ואוהבו פסול לדין ואם הוא שושבינו וריעו אפי' בדיעבד אין דינו דין כמו שנתבאר בהל' דיינים סי' ז' ואלו דן אוהבו להכריעו בפלוגתא דרבוותא הוי הדר דינא והבע"ד עצמו מה דעבד קם דינא בתמי' וחז"ל אמרו עביד אינש דינא לנפשי' ולא דיינא ועוד אני מוסיף להקשו' על דברי הרב דאמר דבכה"ג נמי עביד אינש דינא לנפשי' והרי אפי' בפלוגת' דרבוותא דיכול הדיין להכריע כחד מינייהו היינו דוקא הדיין הראשון שבא לפניו האי דינא בתחילה אבל אם דן הוא

כסברת האחד תו אין ביד הדיין השני להכריע כסברת אידך דכבר קם דינא דהראשון דאפי' טעה בשיקול הדעת קם דינא וא"כ ה"נ הרי המוחזק הראשון כבר עביד דינא לנפשי' כפי סברת אידך המחייב להתופס ומ"ט תיהני תו ת' השני משום עביד אינש דינא לנפשי' וכבר קם דינא דהראשון וכל זה ברור

ואולם הרב תמך יסודתו בהררי קודש בטעם הזה דבפ' כל הנשבעין פליגי רב ושמואל ור"א דרב ושמואל ס"ל דמת לוה בחיי מלוה ואח"כ מת מלוה אין יורשיו נשבעין ונוטלין דאין אדם מוריש שבועה לבניו ור"א ס"ל יורשיו נשבעין ונוטלין ומסקינן התם דעבי' כרב ושמואל עבי' וכתב בעה"ת שער י"ד ח"ב וז"ל ומסתבר' דאי קדמי יתמי המלוה ותפסי מנכסי דיתמי דלוה אע"ג דמת לוה בחיי מלוה כיון דתפס לא מפקינן מינייהו מידי דכיון דאסיקנ' דדיינ' דעב' כר"א לא מהדרינן לעובדי' מיניה וקי"ל בעלמא דעב' אינש דינא לנפשיה ה"ל כמאן דאזיל לב"ד ודנו לי' כר"א וכיון דתפס תפס עכ"ל וכ"כ כל המפרשים דאי תפסי יתומים א"מ מידן ע"ש בדברי הרב בסי' פ"ח שפורט בשמותם ז"ל אלמ' דכ"ע ס"ל דבפ"ד מהני ת' מטעמ' דעביד אינש דינא לנפשי' ובסי' פ"ט כתב וזה ראיה ברורה ותשובה נצחת נגד מי שרוצה לומר דל"מ ואני מצאתי בראי' זו ג"כ בט"ז בח"מ סימן ד' ובאה"ע בט"ז סי' צ"ז רמז עלי' ג"כ ע"ש:

ה

הן אמת שכל המפרשים אם שהסכימו דאם תפסו יתמי המלו' מיתמי הלו' לא מפקינן מינייהו לא הזכירו טעם הדבר מתור' עביד אינש דינא לנפשי' ואפשר שטעם אחר להם ובעיני אפשר לומר בטעמייהו דהתם לא שייך ליתמי דלוה ח' מ"ק כיון שאנו מסופקין דלמ' לא פרע אביהן וכל דלא פרע יתמי המלו' משלהם תפסו וכיוצא בזה מצינו בחידושי הרשב"א בריש פ' התקבל דקאמ' התם דבחוב הילך כזכי משום דס' ממונא לקולא ופי' בו משום דהלוה לאו מדידי' יהיב וממאי דנקי' בידי' מהדר לי' ע"ש וכיון דליכא התם ח' מ"ק שפיר מהני ת' ככל ספקא כמו שהראית לדעת ובאורו"ת כ' בטעמייהו משום דבש"ס קאמר דלב"ש דאמ' שטר העומד לגבות כגבוי לא אמרי' אאמש"ל והכא כיון דתפס לכ"ע כגבוי דמי ולא נהירא דלא שייך זה אלא כשהוא כגבוי בחיי מלוה משום דבשבועה דלהחזיק לא אמרינן אאמש"ל. אבל הכא שתפסו היתומים אחר מיתת אביהם המלוה כבר פקע חובם בעת מות אביהם דאאמש"ל ומה יהני מה שתפסו אח"כ. אמנם ראוי לשום עיון בדברי בעה"ת דאתי עלה מתור' עביד אינש דינא לנפשיה. ובעניותי נראה ברור דלא שייך עביד אינש דינא לנפשיה אלא בדין הברור דכ"ע הכי דיינא ולא אטריחוהו למיזיל בתר דיינא אבל בפ"ד דצריך הכרע' הדיין מי ישמע להכרעת הבע"ד.

ומי שם אותו לשופט ודיין להכריע והרי אפי' אוהבו פסול לדונו וכמ"ש בסמוך והוא ברור:

והנראה בעיני בטעמו ונימוקו דהבע"ת לפי דהתם במחלוקת דרו"ש עם ר"א בענין אאמש"ל. אנן לאו בפ"ד דיינין להא מילתא שהרי בפוגם שטרן ומת קיי"ל דיורשיו נשבעין ונוטלין ואפי' אי דן בי' דיינא כרו"ש שלא יגבו היורשין מהדרינן לעובדיה אלמא דעיקר הלכתא ס"ל כר"א דאמש"ל אלא דבמת לוה בחיי מלוה עבדינן מילתא יתירתא כרו"ש לכתחיל' משום יקרא דידהו הואיל ונפיק מפומייהו בהאי מילתא כמ"ש הרמב"ן בס' המלחמו' בסוף מסכת שבועות או כמ"ש התו' בב"מ צ"ח שמשום עלילה מועטת יש לנו להקל שלא להוציא מן היתומים:

והני טעמי לא מיסתגי לן אלא לענין לכתחילה לחוד לדון כמותם מהני טעמי אבל בדיעבד כלומר אי דן דיין כר"א לא מהדרינן עובדא בשביל האי מילתא יתירתא:

וזה אמרתי בטעמא דמילתא במה דקי"ל בהא דמת לוה בחיי מלוה דאי דן דיין הראשון כרו"ש ואחריו בא דיין השני ודן כר"א קם דינא דהשני אבל אם דן הראשון כר"א ואחריו דן השני כרו"ש אין במעשה השני כלום שהוכיח הרב מוהר"י באסן מלשונו' הפוסקים והיא בתשובת מוהרי"ט ח"מ סי' י' והרבנים הללו ז"ל נתקשו בטעם הדבר ולדידי הטעם משום דעיקר הלכת כר"א נקטינן אלא דמילתא בעלמא עבדינן לכתחילה כרו"ש ולא עבדינן כן אלא לכתחילה אבל לא למיהדר עובד' משום האי מילתא. ומש"ה כשדיין א' דן כרו"ש ודיין שני דן כר"א לעולם קם דינא דהדיין שדן כר"א בין שיהיה הדיין הראשון או השני משום דהוא אמר כהלכה דעיקר הילכתא כך הוא ולעולם לא מהדרינן עובדא שכבר נידון בי' כר"א. והרבנים הנז' ז"ל כתבו שם טעמים דחוקים בטעמא דהאי ולענ"ד נראה כמ"ש ולפי הצעה זו יפה אמר בעה"ת דאי תפסי יתמי המלו' מיתמי הלוה לא מפקינין מינייהו דכיון דעביד אינש דינא לנפשי' הוי כאלו אזלו לבי דינא ופסקו להן כר"א ולא מהדרינן עובדא כלומר דמשום מילתא בעלמא לא מהדרינן עובדא אשר כבר הורה דיין כר"א וה"נ אי אמרינן מפקינן מינייהו הוי כמהדרינן עובדא משום דעבי' אינש דינא לנפשי' בדין הברור והאי דין ברור הוא ג"כ דעיקר הלכת' כר"א הוא ואי משום דיתמי הלוה שהיו תפוסין תחילה המה חשיבי ג"כ כאלו דנו כרו"ש הרי קיי"ל דאפי' דן הראשון כרו"ש ואחריו בא השני ודן כר"א קם דינא דהשני משא"כ בשאר פלוגתא דרבוותא שהספק שקול וצריך הכרעת דיין לא שייך בזה עביד אינש דינא לנפשי' כי דינא לנפשי' אמרו ולא דיינא וז"ב:

1

ולענ"ד אי בעינן לחלק בין תיקו לפלוגת' דרבוותא יש לחלק בהכי דבתיקו מוקמינן אחזק' מ"ק משו' דהוי ככת א' אומר' ס' קרוב לו ס' קרוב לה דבאיסו' כה"ג מוקמינן אחזקה קמייתא אבל בפ"ד הוי כשני כתות עדי' דכת א' אומרת קרוב לו וכת אחת אומרת קרוב לה דלמ"ד תרי ותרי ס' דאורייתא לא מוקמינן בכה"ג אחזקה קמייתא ואפי' לפי מה דקי"ל תרי ותרי ס' דרבנן וכמ"ש לעיל יש לומר דס' פ"ד אלים טפי לאפוקי מח"ק וכבר הראית לדעת דכל ס' דבאיסורי בכה"ג לא מוקמינן אחזקה קמייתא גם בממונא מהני ת' וכמ"ש למעלה זה פעמיים ודבר זה למדתי מדיבור התו' דפח"ה (ל"ב) ד"ה הלכתא וז"ל הלכתא כרבה בארעא פי' ר"ש דמספקא לן הלכתא כמאן וצריך לדחוק ולחלק בין ס' דתרי ותרי לס' דדינ' דהא דלא אוקמה בחזקת מ"ק כנכסי דבר שטיא דאמרינן אוקי תרי בהדי תרי ואוקי נכסי בח' בר שטיא התם הוי תרי ותרי כמאן דליתנהו אבל הכא דמספק' לן דינ' כמאן לא שייך כולי האי למימר אוקמה אח' מ"ק ונוציא מיד המוחזק ע"כ וכבר הכריע הרב מוהרא"ש ז"ל בתשובה דהתו' לא אמרו כך אלא בפ"ד אבל בס' דדינא בלי פ"ד אינהו נמי מודי דאמרינן אוקי ארעת' אחז' מ"ק ע"ש שלמד כן ממשמעות לשון התו' דסיימי אבל הכא דמספקא לן הלכתא כמאן אלמא דוקא בכה"ג כלומר פ"ד דמספקא הלכתא כמאן ויפה דקדק מדבריהם וכבר הביא המשנ' למלך ז"ל בפ"ז משכירות מחכמים שנסתפקו בדבר הזה אלא שנראה שם מדברי הרב מוהר"י כולי ז"ל שטעם חילוקם הוא משום דבפ"ד שייך לומר קי"ל משא"כ בס' דדינא ולדעתי לא מן השם הוא זה אלא משום דפ"ד הוי כשני כתות עדים וסתם ס' דדינא הוי ככת אחת והכי משמע לי לשון התו' דמשום תרי ותרי ס' דאורייתא אתי עלה כלומר דפ"ד אלימי טפי לאפוקי מחזקה קמייתא מס' דתרי ותרי ועמ"ש לעיל בכלל ד' סעיף ד':

ודע שיש מקום עיון בדיבור התו' הנז' מהא דבפ' השואל בב"מ דס"ל לרב נחמן דאפי' בא בסוף החדש כולו למשכיר משום דקרקע בחזקת בעליה עומדת והרי התם נמי ס' דדינא היא אי תפס לשון ראשון או לשון אחרון ואפ"ה מוקמינן לארעא בח' מ"ק וקושיא זו כתובה בספר מעשה חייא ותירוצו דחוק ע"ש והרב המש"ל בפ' הנז' אחר שנשא ונתן בסברת הרשב"ם כתב כדברים האלה ומהודענא דאף דנימא דהיכי דהדין מסופק מדמינן לי' לפ"ד מ"מ שניא האי דהשכיר לו לחודש ולשנה דהס' הוא דלא ידעינן המציאות היכי הוי משום דכי אמרינן תפס לשון אחרון טעמי' משום דמיהדר הדר בו וא"כ הס' הוא דלא ידעינן המציאות היכי הוי וע"כ מדמינן לי' לתרי ותרי ע"כ. ומחשבתו ניכרת מתוך לשונו שדעתו לישב עם זה הקושי' הנזכר אבל כבר השיבותי על דבריו אלו לעיל

בכלל ב' סעיף ב' דמה בכך שהס' יש לו ענין במציאות מ"מ עיקרו בדינא תליא ע"ש תדע שהרי בהאי פלוגתא דרבה ורב יוסף בהאי דחזקת הבתים יש לו יותר ענין במציאות שהתם הספק הוא בטענותיהם אם המחזיק אומר אמת או המערער ואפ"ה כיון דעיקרו בדינא תליא בספקא דדינא דיינין לה וז"ב. ובפט"ו מטוען ראיתיו שעמד שם על קושיא הנז' ותירץ דשאני גבי שכירותו דכיון דסוף סוף עומד לחזור הרי הוא כמוחזר וכל ס' דאתיילד בח' המשכיר הוא ואע"פ שבא בסוף החדש דהשוכר מוחזק בחדש העיבור ע"כ וגם זה אינו נוח לי אע"פ שאני רואה שזהו ג"כ דעת מהר"ש יפה בתשובה כ"י שהבי' הכנה"ג בסי' ק"מ שכת' דבפ"ד לא אמרינן קרקע בחזקת בעלי' עומדת אלא המחזיק ידו על העליונ' ומיהו כשהמחלוקת היא בשכירות בהא אמרינן קרקע בחזקת בעלים הראשונים עומד' ע"כ מ"מ לא מצאתי טעם לחלק בכך דאע"פ שמצינו בפ' המוכר (ס"ב) שכתבו שם התו' דבשואל כיון שסופו לחזור הוי משאיל מוחזק ע"ש ד"ה ארעתא היינו שדעתם דכל שסופו לחזור אפי' מטלטלי דין מקרקעי להם דליקמונהו אחזק' מ"ק אבל לעשותן בשביל זה טפי ממקרקעי לא אמרו וכיון דבספקא דדינא גם במקרקעי לא מוקמינן אחזק' מ"ק פשיטא דגם במטלטלין לא מוקמינן אחזק' מ"ק אע"פ שסופן לחזור וגם ז"ב. אבל לפי מ"ש בשם מוהרא"ש לחלק דבסתם ס' דדינא בלי פ"ד גם הרשב"ם מודה דמוקמינן לארעא בחזקת מ"ק יש לומר דר"נ דמספקא לי' וקאמר דאפי' בא בסוף החדש כולו למשכיר היינו משום דאיהו לאו משום דמספקא לי' בהני תנאי דפליגי אי תפס לשון ראשון או לשון אחרון הלכתא כמאן אלא דאיהו סובר כר"י ואיהו סובר לא כמ"ד תפס ל"ר ולא כמ"ד תפס ל"א אלא דהוי כאלו הוציא שניהן ביחד וכמ"ש התו' בפ' בית כור (ק"ה) הבאתי דבריהם לעיל וכיון דלאו פ"ד הוא שפיר יהבינן כולה למשכיר דמוקמינן אחזקת מרא קמא:

ז

ולפי שביארנו הטעמים שיש לחלק בהן בין תיקו לפ"ד ראו לעמוד על הדבר מי ומי המחלקים וסוברים דבפ"ד מהני ת' ומי החולק בדבר. דע שגדול שבאחרונים הרב הת"ה בסימן שכ"א נראה מדבריו להדיא דאפילו בפ"ד ל"מ תפיסה לדידן דקי"ל דבתיקו ל"מ ת' והרב ז"ל בסימן פ' מביא אותו אבל בוחר יותר בדעת מוהרי"ק דמחלק בין תיקו לפ"ד ולפי דעת הרב יש הרבה ראיות דבפ"ד מהני ת' ואני בעניותי כאשר בינותי בדבר הזה לא מצאתי מי שקדם למוהרי"ק שיחלק בין תיקו לפ"ד וגם מוהרי"ק גופי' בשרש צ"ד כתב דאין לומר קי"ל אלא במחלוקת פסקי' שפסקו בתראי או בנדונית חתנים משום דמיסתבר טעמא דרש"י או משום דמעיקרא הי' בחזק' החתן ע"ש. והד"מ והסמ"ע הביאו

לשון זה בח"מ סימן כ"ה וכבר עמד הרב משפטי שמואל על סתירת דברי מוהרי"ק דשרש צ"ד ושרש קס"א והרב ז"ל בסימן פ"ב כתב דמ"ש בשרש צ"ד לא כ"כ אלא לפלפולא בעלמא והוא דחוק. ומה שהביא הרב ז"ל בסימן הנז' ראי' לדבריו דבפ"ד מהני ת' מדברי מהר"מ שמביא המרדכי בשמו בהגהות פ"ה דכתובות וז"ל ומצאתי מהר"מ רגיל לפסוק היכא שגדולים חולקים בדבר אי תפס אידך לא מצי מפיק מיני' דא"ל האי אייתי ראי' שהלכה כזה הרב שפסק כן עכ"ל. אבל אני בעניי מצאתי תשובת מהר"מ להיפך שכתב על אלמנה שנתנה ספרים של בעלה להקדש ולא נשבעה על כתובתה ומתה ואיכא פ"ד יש מן הגדולים שפסקו כר"א דיורשין נשבעין ויש שפסקו כרב ושמואל דאאמש"ל וכתב מהר"ם ז"ל ונראה בעיני דאפילו תפס מפקינן מיני' ודלא כמקצת רבותינו דלא מפקינן וקיימא לן דכל תפיסה שהיא ספק דאינו יודע בעצמו על הבירור אם בדין הוא תופס לא מהני כדאמרינן גבי האי דת"כ מוציאין מידו עכ"ל מהר"ם ז"ל. הביאו הרב פמ"א בסימן י"א הרי להדיא דמהר"מ סובר דתפיסה לא מהני אפילו בפלוגתא דרבוותא ואפילו במת לוה בחיי מלוה דרוב הפוסקים סוברים דמהני וכמש"ל. ומדמהו לגמרי לת"כ. ולולי דמסתפינא הייתי אומר שזה שכתב המרדכי בשם מהר"מ ז"ל דהיכי שהגדולים חולקים בדבר אי תפס אידך לא מצי מפיק מיני' ר"ל שהאחד תפס מעיקרא ולא איירי התם מתפיסת השני אלא מתפיסת הראשון איירי וקמש"ל דאין לדיין לפסוק כמי שירצה אלא המע"ה. וע"ד שפירש הרב בסי' צ"ה לקבלת הרא"ש מן מהר"מ אבל מתפיסת השני לא איירי ובאמת סובר דלא מהני וכמ"ש בתשוב' שהבאתי ואם שהוא דחוק קצת מוטב שנסבול קצת דוחק משנסבול סתירה ושבקי' ואיהו ז"ל מוקי אנפשי':

ומה שהביא ראי' מהא דקי"ל במת לוה בחיי מלו' דאם תפסי יתמי מלוה מיתמי לוה לא מפקינן מינייהו כמבוא' בסי' ק"ח כבר כתבתי למעלה בסעיף ד' טעמא דהאי מילתא והוא נכון גם מה שהביא להכריח כן מדברי הרא"ש ז"ל שכתב בתשובה סוף כלל א' כך קבלתי מפי רבינו מאיר ז"ל היכי דאיכא פלוגתא דרבוותא לא מפקינן מספק ואוקי ממונ' אחזקתי'. והכי אמרינן בחזקת הבתים הלכת' כוותי' דרבה בארעא וכותי' דרב יוסף בזוזי עכ"ל. ויש לדקדק מה צריך לקבלתו של רבינו מאיר פשיטא דכיון דספקא הוא הממע"ה וכל הש"ס מלא מזה וכבר נתקשו בזה מוהר"י בן לב ומוהר"ש ז"ל אלא צ"ל שקבלת הרא"ש דאפילו תפס חד מינייהו ואמר קי"ל כחד מרבוותא לא מפקינן מיניה זהו ראייתו ואין מזה ראיה מידי שכבר הקשה שם הרב ז"ל מדברי הרא"ש דאיך מביא מהא דהלכתא כרבה בארעא וכו' שהרי הרא"ש ז"ל בפסקיו בחזקת הבתים נראה דאיהו סובר כפירוש ר"י דמפרש דהלכתא כרבה בארעא דהוי מגו לאוקמה ממונא וכר"י

בזוזי דהוי לאפוקי ממונא ותירץ דלא נדחה פי' רשב"ם אלא משום דבקרקעו' לא מהני תפיסה אפי' בפלוגתא דרבוותא אבל במטלטלין מודה אלו דבריו א"כ אף אנו נאמר דלא נדחה פי' רשב"ם אלא משום דתפיסה לא מהני כלל ואפי' במטלטלי אבל במוחזק מעיקרא מיהו כ"ע מודים דאין רשות ביד הדיין לפסוק כמי שירצה וזהו עיקר קבלתו של הרא"ש מיני' דמהר"ם כמו שפירש הרב עצמו ודע שמה שהקשה הרב דברי הרא"ש מדידי' אדידי' כבר הוקשה כך לרבנן קמאי הובאו במשנה למלך בפ"ו משכירות ע"ש והדרך הזה יותר נכון. ומה שהביא בסי' ק"ב ראיה מדברי הרשב"א דסובר ג"כ דבפ"ד מהני תפיסה שכתב בתשובה סי' שי"א בטעמא דהרמב"ם דפסק ת"כ א"מ משום דפסק כרב המנונא אע"ג דרב חנינא ודאי ס"ל דת"כ מוציאין מידו כל היכא דפליגי תרי תנאי או תרי אמוראי ולא איפסקא הלכתא מספקא לא מפקינן ממונא אלמא דשובר דבפלוגתא דאמוראי מהני תפיסה תמהני עליו בראיה זו דשניא האי דהרשב"א דהאי מילתא גופי' מסופק ועומד אי ת"כ מוציאין מידו או לא הילכך אין מוציאין. אבל לדידן דקי"ל ת"כ מוציאין מאן לימא דפ"ד שאני משאר ספיקא ות"כ וזה פשוט וכבר השיגו האורו"ת ג"כ בזה:

ח

ולדעתי מדברי הרשב"א והר"ן בפ' מי שאחזו ראי' וגדולה הוא אלי דס"ל דל"מ תפיסה בפ"ד דז"ל הר"ן שם נמצאת למד שהאומ' לאשה הרי את מקודש' לי ע"מ שאתן לך מאתי' זוז ונתנם לה בע"כ אינה מקודשת וכן לענין דיני ממונו' נתן לו בית נתן לה שדה ע"מ שיתן לו מאתים זוז ונתנם לו בע"כ זכה ואחרים אומרים שהדבר ס' בהני לישני הלכתא כמאן ולפיכך בגיטין וכו' ובדיני ממונות במטלטלין שמסרן ליד המקבל מספ' לא מפקינן מיני' ובקרקעות הרי הן בחזקת בעלים הראשונים דלעולם ארעא בח' מרי' קיימ' עכ"ל וכ"כ הרשב"א בחידושיו והה"מ פ"ח מגירושין ע"ש ואי תפיסה מהני בפ"ד למה כתבו ומסרן ליד המקבל דהיינו תפיסה ברשות דמהני אפי' בתיקו וכמו שיתבאר להלן אי"ה תיפוק לי' דאפי' תפס אותן המקבל מתנה לא מפקינן מיני' כיון דתפיסה מהני בפ"ד. ואף שהרב ז"ל לא נעלם מעינו דבר זה והביא לשון הר"ן והרה"מ וכתב דאין מכאן ראי' דלשון ומסרן דנקטו מילתא פסיקא נקטו ולא נחתו השתא לדיני תפיסה ונסתייע לזה שהרי דעת הה"מ דאפי' בתיקו מהני ת'. אבל באמת בתלתא הוי חזקה וכיון שכולן תפסו בלשונם ומסרן לאו באקראי הוא אלא דסברי דתפיסה ל"מ בהו ודרך הראשונים לשמור המלות. ובלעדי זאת לא ידעתי איך יפרנס לשונם בשיטתו שהרי הרב ז"ל מתלתא טעמי אתא עלה דתיהני ת' בפ"ד כמ"ש בסעי' א' והנה הנך טעמי דקי"ל חשיב כטו"ב או כתפס

קודם הספ' לא מיסתגי אליבייהו דאינהו אין מחלקים בכך וכמ"ש בכלל ב' וג' וע"כ לומר שהוא מהטעם השלישי דעבד אינש דינא לנפשי' וא"כ גם בקרקעות ראוי שתיהני דעביד אינש דינא לנפשי' שייך בקרקעות כמו במטלטלין ומדוע כתבו דבמקרקעי הרי הן בחזק' בעלים הראשונים אלא ע"כ דתפיסה ל"מ אפי' בפ"ד ובמטלטלין שמסרן דהוי תפיסה ברשות מהני ובקרקעות ל"מ דאפי' תפיס' ברשות לא מהני בהו וזה ברור. ועוד נראה בעיני להביא ראי' מחידושיו בר"פ התקבל שמפרש שם דהא דקאמר אביי שליח מתנה הרי הוא כשליח הגט להולך לאו כזכי היינו משום דמספ' לי' אי הולך כזכי כרבי או לאו כזכי וכר' נתן ומש"ה במתנה לאו כזכי דמוקמינן אחזקת מ"ק ע"ש מה שהביאו לידי מדה זו וכבר רמזתי לשיטה זו לעיל בכלל ד' סעי' א'. ומדקאמר אביי סתם הולך לאו כזכי משמע דאפי' תפס המקבל מתנה מפקינן מיני'. וע"ד שהוכיח הרמב"ן מדברי הרי"ף דלא מהני ת' בתיקו מדסתם בהך דרועה מזוין לפטורא וכמ"ש בשמו בכלל הנז'. והרי הולך אי כזכי או לאו פלוגתא דתנאי הוא ואפ"ה לא מהני בי' ת'. אלא שיש לדחוק ולדחות ראי' זו אבל הראי' הראשונה היא ראי' שאין עלי' תשובה:

הן אמת שראיתי בכמה תשובת מחכמי ספרד שהם ז"ל ג"כ מסכימי' בדעת הרשב"א ז"ל דיסבו' דמהני והרב מוהר"י כולי ז"ל מביאם בפ"ז משכירות וחילייהו ממ"ש בתשוב' ז"ל כבר ראית שדעתי נוטה לדעת רבינו יעקב דכל ניזוקים כאלו שהם נזיקי הגוף יכול לומר סבור הייתי לקבל ואיני יכול מ"מ רוב חכמי ישראל וגם רבותינו נ"ע לא הסכימו בכך לפיכך אני אומר שאם כבר פתח חלונותיו או סמך קוטרא ובה"כ אין מחייבין אותו לסותמן או לסלק. ואם בא לפתוח אין מניחין לפתוח ולסמוך לכתחילה דומה למה שאמרו ארעא היכי דתיקום ליקום זוזי היכי דקיימי לוקמו עכ"ל הרשב"א הביאו הב"י בח"מ סי' קנ"ה ובשטה זו נמשך גם המשנה למלך בהלכו' שכירות בפ' הנז' ובזה מיישב שם מה ששאל הרב מוהר"ח אלפנדרי להרב בעל מעש' חייא בסי' א' על דברי תשובת הרשב"א שכתב ועוד דאפוקי ממונא הוא ולראשוני' שאמרו שנתעברה לשוכר ואין מוציאין מידו שומעין והקשה דאדרבה נימא אוקי קרקע בח' בעלי'. והרב המש"ל תירץ דהרשב"א קאי בשיטת הרשב"ם דבפ"ד אפילו בקרקע סובר דמהני תפיסה. ובאמת לכאורה מהנך תרתי תשובות הרשב"א משמע דסובר דבפ"ד מהני תפיסה ואפי' בקרקעות אבל לא ידעתי א"כ איך יתפרנסו דבריו דפ' מי שאחזו שעכ"פ מוכח משם דבקרקע ל"מ מיהו תפיסה בפ"ד. איברא שבמוהרי"ט ח"א סי' ע"ה ראיתי שהניח בדעת הרשב"א דבפ"ד ל"מ תפיסה בקרקעות ואף שהרשב"א נראה שמפרש ג"כ כמו הרשב"ם דהלכתא כרבה בארעא משום דספקא הוא התם משום דאיתרע ח' מ"ק דהבעלים דמיד

שאמר המחזיק שטרא מעליא הוא זכה המחזיק בקרקעו המוחזקת ת"י וכן האי דהביא הב"י בסי' קנ"ה בשמו הוא ג"כ מה"ט דמיד שמכר ניזקים אלו בשטר איתרע ח' מ"ק אלא דר"ת סובר דיכול למיהדר בי' אבל כל כמה דלא הדר בי' שמה מכירה ומש"ה מדמהו להא דהלכתא כרבה בארעא ע"כ ודבריו נאותין. אבל לא יושיענו מוהרי"ט בדבריו לפרש אידך תשובתו של הרשב"א שהביא הב"י בסי' שי"ב דהתם לא איתרע ח' מ"ק כלל וע"כ יצטרך מוהרי"ט לפרש ע"ד שפירש בו הרב מ"ח ע"ש דהרשב"א חשיב לו' כודאי של השוכר שכן דעת הראשונים ע"ש:

ט

ולענין דינא בפ"ד אי מהני ת' או לא נראה בעניותי להכריע דבפ"ד של תנאי או אמוראי ל"מ ח' ובפ"ד שאחר חתימת הש"ס כגון שני גאונים או שאר פוסקים בכה"ג מהני ת' ולא שאני בא לאלומי פלוגתא דבתראי מפלוגתא דקמאי לומר דפ"ד דבתראי אלימי לאפוקי מחזקת מ"ק ופ"ד דקמאי לא אלא דטעמא קאמינא כבר הבאתי לעיל בריש כלל א' דעת הרשב"ם דאעפ"י שפוסק כסומכוס דממון המוטל בספק חולקין אפ"ה בספקא דתיקו סובר דהמע"ה וביאר טעמו כיון דמיסתפק הדבר לבי דינא ואין יודעין לפסוק הדין יהיו שותקין ויחזיק המחזיק ע"ש וקרוב בעיני לומר דזהו נמי טעמו בזה שפירש בהא דהלכתא כרבה בארעא משום דמספקא לי' הלכתא כמ"ש בשמו בסעיף ו' והיינו דאף דבספקא דמציאות לעולם מוקמינן לקרקעות בח' בעליהן ומפקינן מהמוחזק כמו בנכסי דבר שטיא. בס' דדינא לא עבדינן הכי אלא גם ארעא היכי דקיימי תיקום דכמו שמחלק בזה לענין ממון המוטל בס' דבס' דמציאות מפקינן המחצה מן המוחזק לאידך ואפ"ה בס' דדינא אין יכולין להוציא הימינו כלום מטעם האמור ה"נ אף דבס' במציאות מוקמינין בח' מ"ק ומפקי' הב"ד מהמוחזק ואפ"ה בספקא דדינא אין יכולין להוציא הימינו מטעם האמור דכל שאין יודעין לפסוק הדין ישתוקו וממילא יחזיק המחזיק וזה נכון אעפ"י שמדברי התו' דשם שהבאתי לעיל משמע שלא פירשו בו באופן שפירשתי וגם נדו מפירושו לגמרי ופירשו דהלכתא כרבה בארעא משום דהוי מגו להחזיק ע"ש היינו משום דאינהו סברי דבתיקו ג"כ חולקין אליבא דסומכוס וכמ"ש בכלל א' והלכך אני אומר דגם התו' ז"ל לא אמרו למילתייהו אלא בתיקו או פ"ד שנז' בש"ס דאיהו שמי' ספק דהאי ס' לאו מחמ' חסרון ידיעה הוא ח"ו כי כלום הי' חסר מחכמי הש"ס. אבל פ"ד שאחר חתימת הש"ס כ"ע מודי דבזה מהני תפיס' ואפי' בקרקעות משום דבכה"ג ראוי להדיין להכריע בדבר וכמ"ש בשם הרא"ש בסעיף ג' וכל שאינו יכול להכריע בדבר לאו דיין הוא בדבר הזה וימשוך ידו הימינו עד שידון מי שלבו שלם בדבר ויודע להכריע

ולא שידון ע"פ חסרון ידיעה דידי' לשווי' ספקא ולוקמה אח' מ"ק כדרך שמעמידין בס' דמציאות דס' דדינא שלא נז' בש"ס לאו שמי' ס' כמ"ש ובלעדי זאת הנך רואה כמה כרכורים כרכר מוהרי"ק ז"ל בשרש קס"א לומר קי"ל כרש"י דלא כר"ת לפי שכב' אמר מהר"מ בדורו שאין מי שיכריע בין רש"י לר"ת וכ"ש אנן יתמי דיתמי. ומה"ט כתב בשרש צ"ד שאין לומר קי"ל אלא במחלוקת שבפסקים שפסקו האחרונים ע"ש. ואם דהאחרונים ז"ל תפסו דלעולם מצי אמר קי"ל וכן משמע מדברי בית הילל בא"ה סי' נ"ב שכן פשט המנהג מ"מ די לנו בזה שנאמר כך במחלוקת שאחר חתימת הש"ס. אבל במחלוקת שנז' בש"ס יראה בעיני ברור שגם מוהרי"ק מודה דאין לומר קי"ל דודאי אין בדורינו מי שיכריע בין רבינא לרב אשי ולפי מ"ש לעיל בסעי' ב' בסופו גם בימי חכמי הש"ס לא הי' מהני קי"ל בפלוגתא דידהו וכ"ש האידנא:

ובהאי מילתא ארווח לן שמעתתא טובא ויכולין אנחנו להשוות כל הפוסקים שיהיו כולם שפה אחת להכרעה זו שמה שנראה משני תשוב' הרשב"א דבפ"ד מהני תפיסה וכמ"ש בסעי' ח' משום דאינהו תרוויהו פ"ד דאחר חתימת הש"ס הוא אבל האי דמי שאחזו בנתינה בע"כ והאי דתחילת פ' התקבל בהולך כזכי פ"ד שנז' בש"ס הוא ומש"ה לא מהני ואתיא נמי שפיר דברי מהר"מ שלא יסתרו אהדדי וכמו שהקשיתי לעיל בסעי' ז' משום דמה שהביא המרדכי משמו בפ"ה דכתובות קאמר היכי ששני גדולים חולקים והיינו מחלוקת שאחר חתימת הש"ס ואותה תשובה שהבאתי היא מחלוקת דרב ושמואל במת לוה בחיי מלוה ומש"ה דן בה דל"מ תפיסה. וכן מה שמביא הרב ז"ל בשם תשובת הגאונים דמהני תפיסה בפ"ד איירי נמי מפ"ד דאחר שנחתם הש"ס כמ"ש להדיא היכי דאיכא שני תשובות לשני גאונים וא"ש נמי דברי המרדכי דבתיקו פסק דל"מ תפיסה ובנידונית חתנים מביא בשם הר"ש בר ברוך דאי תפס החתן מצי אמר קי"ל כרש"י ובשביל זה הגיע להתופסי' דגל קי"ל לחלק בין תיקו לפ"ד אבל לפי דברי אין הפרש בזה כלל אלא במה שנז' בש"ס אפי' בפ"ד ל"מ ת' ומה שלא נז' בש"ס אפי' בס' דמציאות נמי מהני תפיסה ומטעם האמור דכל מי שאינו יודע להכריע בס' או בפ"ד שאחר שנחתם הש"ס ימשוך ידו הימינו ואולי מקום הניחו לי להתגדר:

כלל ו

ישא מדברותיו בענין אין הולכין בממון אחר הרוב ומה"ט לעולם מצי המוחזק למימר קים לי אפי' כמיעוט נגד רבים ובו יבואר עוד איזה כללים נאותים בדיני קי"ל:

א

נקטינן דאין הולכין בממון אחר הרוב דאיתמר בריש המוכר פירות (צ"ב) המוכר שור לחבירו ונמצא נגחן רב אמר ה"ז מקח טעות ושמואל אומר יוכל לומ' לשחיט' מכרתיו לך רב אמר ה"ז מקח טעות דרובא לרדי' זבני ושמואל אמר לך כי אזלינן בתר רובא באיסורא אבל בממונא לא וקי"ל הלכתא כשמואל בדינא וכ"פ כל הפוסקי' אבל דע שהתו' בריש סנהדרין כתבו דגם שמואל לא פליג אלא ברובא לרדיא דלאו רוב מעליא אבל בתר רוב מעליא גם שמואל מודה דאזלינן בתרה. דעל מה דמשני הש"ס התם דר' יאשי' מייתי בק"ו דניזל בדיינים בדיני ממונות בתר רובא דמה דיני נפשות דחמיר אמרה רחמנא זיל בתר רובא ד"מ לא כ"ש כתבו ז"ל ותימה דבריש המוכר פירות קאמר שמואל דאין הולכין בממון אחר הרוב ואמאי לא יליף בק"ו מד"נ כדאמר הכא. וא"ל דד"נ גופייהו לא אזלינן רובא ברובא דליתא קמן דהא בריש פ' בן סורר ומורה משמע דבכל דוכתא אזלינן בתר רובא בד"נ כגון רוב נשים ילדין לט' ורובא דאינשי טעו בעיבורא דירחא וצ"ל דרובא לרדיא זבני לא חשיב כהנך רובא עכ"ד. מיהו דבריהם קשין בעניותי לשמוע שכתבו דרובא דרדיא לא חשיב כאינך רובא ולא השמיעונו ריעותא דהאי רובא מההוא ונמצא דנפל האי כללא דשמואל דאמר א"ה במא"ה בבירא:

וראיתי בב"ח לח"מ סי' רל"ב שהביא שם דברי תו' הללו וביאר דבריהם דמש"ה רובא לרדיא לאו רוב מעליא לפי שכנגד אדם א' שקונה מאה שורים לרדיא יש מאה בני אדם שקונין עשרה שורים לשחיטה וכן פירש עד"ז האי דזרעוני פשתן דמדמה להו התם בש"ס אהדדי משום דהתם נמי כנגד אדם א' שקונה עשרה סאין לזריעה יש מאה בני אדם שקונים מיהת סאה א' לאכילה ע"ש. ודבריו אלה תמוהין בעיני שהרי בש"ס פריך התם על רב מהאשה שנתארמלה דנימא הלך אחר רוב נשים ורוב נשים בתולות נשאת ומשור שנגח את הפרה נימא הלך אחר רוב פרות ורוב פרות מתעברות ויולדת ובהנך רובא ליכא ליפרושי ע"ד שפירש הב"ח. ותו שהרי התם בשלהי האי שמעתא דמוקי מילתא דשמואל ורב כתנאי קאמר הש"ס התם מאן תנאי אילימא ר' יוסי ואמרו לו תרוייהו בתר רובא אזלי מר אזיל בתר רובא דאינשי ומר אזיל בתר רובא דזריעה ולדברי הב"ח הרי בהאי טעמא גופא קמפלגי רב ושמואל וטעמי' דשמואל הוא דאזיל בתר רובא דאינשי. אלא ע"כ הא דקרו התו' לרובא דלרדיא רוב גרוע לאו מטעם הב"ח הוא וגם לאו מטעם רובא דליתא קמן שהרי התו' הוכיחו דבד"נ אזלינן אפי' ברובא דליתא קמן והלכך לא ידעתי ריעותא דידי' במה תליא ומה היא וע"כ אפי' רובא דמהני באיסורי לא

מהני בממונא דהא אמרינן בריש המוכר פירות ושמואל אמר לך כי אזלינן בתר רובא באיסורא בממונא לא

ב

אמנם דע שבריש המניח תירצו התוס' לקושיא הנז' באופן אחר אבל גם הוא קושי הבנה וז"ל שם וי"ל דהתם גבי דיינים שאני דחשיב מיעוט דידהו כמי שאינו וליכא למימר התם אוקי ממונא בחזקת מרי' דהא ב"ד מפקי' מיני' אבל גבי שאר רובא דאיכא מיעוטא וחזקה לא אזלינן בתר רובא עכ"ל. ודבריהם סתומין דמ"ש דגבי דייני' חשיב מיעוט דידהו כמי שאינו צריך טעם מ"ט האי מיעוטא גרע משאר מיעוטא גם מ"ש וליכא למימר התם אוקי ממונא בחזקת מרי' דהא ב"ד מפקי' מיני' דבר זה לא נתבאר מידי ותו נהי דתירצו דגבי דיינים ראוי דניזול בתר רובא מטעם שאמרו עדיין לא תירצו על האי דפ' בן סורר ומורה דמשמע שם דאפי' ברובא דליתא קמן אזלינן בד"נ ולילף בק"ו לדיני ממונת כמו שהתחילו קושיתם בזה וכבר נתחבט בדיבור זה מוהרא"ש ז"ל בתשובותיו סי' ר"ז והתחיל לפרק ולא פירק והניח בצ"ע:

ומצאתי את שאהבה נפשי בסוף ספר ג"פ למוהר"מ חביב ז"ל שהאריך בביאור דבריה' וז"ל ויש להתבונן מהו כוונתם במ"ש דגבי דיינים חשיב מיעוט דידהו כמי שאינו ויראה דה"ק כיון שאמרה התורה אחרי רבים להטות מיעוט הדיינים מבטלין דעתן מפני סברת הרוב ואין יכולין להורות אלא כסברת הרבים כדאיתא בהנחנקים גבי זקן ממרא ואף בב"ד של שלשה אם רבו המזכים על המחייבים או איפכא ודאי אין ה"נ מי שלא הסכים עם הרוב אינו יכול להורות כסברתו נגד חבריו הרבים וכו' וזהו כוונת התו' דגבי דיינים לא שייך למימר א"ה במא"ה ויאמר המוחזק קים לי כמיעוט הדיינים דאותו המיעוט כיון שנחלקו עליהם הרבים הוי לי' כמאן דליתא והיינו דסיימי דהא ב"ד מפקי' מיני' כלומר כל כללות ב"ד והמיעוט שהי' מסייעין אותו מבטלין דעתן ומצטרפין עם הרוב להוציא הממון מידו משא"כ במוכר שור לחבירו ונמצא נגחן א"מ מהמוחזק כיון דיש לו מיעוט על מה לסמוך ובהאי תירוצא תירצו נמי להאי דבן סורר ומורה באחד אומר בשנים בחודש ואחד אומר בשלש' עדותן קיימת ותלינן דביום א' קמסהדי משום דרובא דאינשי טעו בעיבורא דירחא והורגין או מחייבין ממון ע"פ עדותן דאזלינן בתר רובא ה"נ טעמא דהתם דלא מצי הנידון להציל עצמו ולומר קי"ל בהני עדות שהם מהמיעוט דלא טעו בעיבור' דירחא ודוקא קמסהדי ואכחושי מכחשי אהדדי משום דהרי העדי' העומדין לפנינו שמעידין עליו אומרים דביום א' קמסהדי והם מרובא דעלמא דטעו בעיבורא דירחא ונמצא דאין כאן מיעוט שיסמוך עלין הנידון וע"ד דברי התוס' הללו יתבארו ג"כ

דברי התוס' דריש סנהדרין שתירצו וצ"ל דרובא לרדיא לא חשיב כהנך רובא ר"ל דברובא לרדיא איכא מיהת מיעוט דזבני לנכסתא משא"כ בהנך ליכא מיעוט' כלל וכמ"ש עכ"ל בשינוי קצת לאהבת הקיצור. ודבריו אהובים וחביבים אבל עדיין צריכין נגר להולמן דנהי דבהאי דרובא דאינשי טעו בעיבורא דירחא כתב דליכא מיעוטא שיסמוך בו הנידון לפי שהעדים מעידין על יום א' אבל מה יענה באותה סוגיא דפ"ק דחולין (י"א) דיליף התם דאזלינן בתר רובא ממכה אביו ואמו דדלמא לאו אביו הוא ומרוצח דלמא טרפה הוא והרי התם איכא שפיר מיעוטא שיסמוך בו הנידון ולומר דלמא טרפה הוא או לאו אביו הוא ואפ"ה אזלינן בתר רובא ונילף מהתם ק"ו לדיני ממונות דניזל בתר רובא אפי' היכי דאיכ' מיעוטא כמו במוכר שור לחבירו ונמצא נגחן ודבר זה שאלתי מאת רב אחי ומורי ש"ן והשיב לי דיש לחלק בין היכא דבא הרוב קודם המעשה ובין שבא בשעת מעשה דהיכי דבא קודם המעשה כיון דהוקבע האיסור ע"י הרוב הוקבע ואע"פ שיש אח"כ נפקותא לענין ד"נ לית לן בה וכיוצא בזה כתב הרמב"ם לענין ע"א בפט"ז מעדות וז"ל א"צ שני עדים למלקות אלא בשעת מעשה אבל האיסור עצמו בע"א יוחזק כיצד אמר ע"א חלב כליות הוא זה וכו' גרושה או זונה אשה זו ואכל או בעל בעדי' אחר שהתרה בו ה"ז לוקה אע"פ שעיקר האיסור בע"א ע"כ ומש"ה לא הוי קשה להו אלא מרובא דאינשי טעו בעיבורא דירחא דהתם לא בא הרוב קודם המעשה ואפ"ה אזלינן בתרי' בד"נ וע"ז פירש מוהרמ"ח ז"ל הטעם דליכא מיעוטא להנידון שיסמוך עליו אבל בהאי דפ"ק דחולין מעיקרא ל"ק דהתם כבר הוחזק האיסור ע"י הרוב קודם המעשה שזה הוחזק לאביו וזה לשלם ולא לטרפה מש"ה אזלינן בתרי' אף שיש אח"כ נפקותא בד"נ. וש"י משיב דברים נכוחים:

ג

ואכתי איני מתחוור בדברי מוהרמ"ח ז"ל שלשיטתו לעולם לא ניזול בד"נ בתר רובא א"כ בפ"ק דכתובות (ט"ו) דילפינן קבוע כמחצה על מחצה לרבנן מוארב לו וקם לו פרט לזורק אבן לגו ומנה דקבוע הוא כמע"מ דלמא משום דאין הולכין בד"נ בתר רובא והתם ליכא למימר דהרוב בא קודם המעשר שהרי קודם המעשה היו הישראלים והנכרי נכרין כל א' בפני עצמו תו קשיא לי על דבריו במ"ש דברובא דאינשי טעו בעיבורא דירחא ליכא מיעוטא שיסמוך הנידון משום דשניהן מעידין על יום א' ומה בכך והרי אלו היינו יודעין שהם מהמיעוט היודעין בעיבורא דירחא לא הי' בעדותן כלום אעפ"י דמסהדי על יום א' משו' דהוי כחוזרין ומגידין וכמ"ש התו' שם בסנהדרי' (מ"א) ד"ה שזה יודע ע"ש וא"כ מדוע לא יוכל הנידון להציל עצמו ולומר קי"ל שהם מהמיעוט ואין בעדותן ממש

ותו דלדבריו מדוע פירשו התו' בטעמא דמיעוט הדיינים חשיב כמי שאינו כמו שפירש משום דהב"ד מפקי' מיני' ועל מיעוטא דעדים היודעים בעיבורא דירחא לא פירשו מידי ע"כ יראה לענ"ד דהתו' ז"ל בהמניח סבירא להו דאין למילף דיני ממונות בק"ו מד"נ משום בד"מ איכא למימר העמד ממון בחזקת מרי' משא"כ בד"נ שהוא עצמו נידון אלא דקשיא להו שהרי רובא דדיינים ילפינן ד"מ מד"נ ולא חיישינן להאי פירכא לזה פירשו דגבי דיינים שאני ר"ל דלגבי דיינים לחוד לא חיישינן להאי פירכא משום דלגבי דיינים חשיב, מיעוט דידהו כמי שאינו וליכא לחלק גבייהו בין ד"מ לד"נ משא"כ בשאר רובא דאיכא מיעוטא וחזקה יש לחלק דגבי ממונא דאיכא מיעוטא וחזקה לא אזלינן בתר:

רובא אבל בד"נ דליכא חזקה אזלינן זהו שיטתם בהמניח, ובריש סנהדרין דעתן דלעולם אין לחלק בין ד"נ לד"מ אלא דרובא לרדיא לאו רוב חשיב ואפי' בד"נ לא אזלינן בכה"ג ומש"ה יליף רובא בדיינים לד"מ בק"ו מד"נ משום דכל רובא דאזלינן בי' בד"נ אזלינן גם בד"מ כן נ"ל ברור:

גם מה שפירש מוהרמ"ח בכוונת דבריהם במ"ש דגבי דיינים חשיב מיעוט דידהו כמי שאינו משום דהמיעוט מבטלין דעתן מפני סברת הרבים ואינם יכולין להורות כסברתם כדאית' בהנחנקין גבי זקן ממרא עם היות שהיא סברא חביבה מאוד לבי מסופק בה דאפשר דזה לא נאמר אלא בב"ד הגדול של ע"א אבל בשאר בתי דינין שבישראל מאן לימא לן שלא יוכל המיעוט להורות כפי סברתם ותו אפילו לפי דבריו קשיא שהרי בפ"ק דחולין קבעו לילף מאחרי רבים להטות דניזול בתר רובא אלא דלא מצי יליף מינה אלא רובא דאיתא קמן כגון ט' חניות כדאיתא התם והיכי יליף מינה דלמא התם שאני דליכא מיעוט כלל משא"כ בט' חניות דאיכא מיעוטא ע"כ לומר דאי לא הוי אזלינן בתר רובא בסנהדר' נמי לא הוי המיעוט צריכין לבטל דעתן מפני סברת הרוב. ע"כ נ"ל לפרש דמ"ש התוספות דגבי דיינים חשיב מיעוט דידהו כמי שאינו וליכא למימר אוקי ממונא בחזקת מריה דהא ב"ד מפקי' מיני' ה"פ דודאי היכי דליכא חזקת ממון כגון שאין שום א' מהן מוחזק גם שמואל מודה דאזלינן בממונא בתר רובא וכמו שיתבאר לקמן ועיקר טעמא דשמואל דא"ה במא"ה הוא משום דסמוך מיעוטא לחזקת ממון וה"ל פלגא ופלגא וחדשו התוספות דגבי דיינים לא שייך לומר אוקמה בחזקת מרי' דהב"ד מפקיע מיני' כלומר דכח ב"ד אלים לאפוקי מחזקת מרי' וכדרך שמצינו בס' דתרי ותרי למ"ד ס' דאורייתא משום דעדים מפקיע מחזקה קמייתא וכן תפסו שם המפרשים בפירוש האי לישנא עיין פ' בכל מערבין ברש"י ותוספות וכיון דכח ב"ד מפקי' מחזקת מרי' דאידך

תו הוי כדבר שאין בו חזקת ממון לשום א' מהן דבכה"ג אין לחלק בין ממונא לאיסור' כנ"ל והרואה יבחר:

ד

העולה מדברינו דלשיטת התו' בהמניח לא מדמינן דיני ממונות לד"נ ובד"נ לעולם אזלינן בתר רובא ובד"מ לא אזלינן לאפוקי מחזקת מ"ק דאידך. ולשיטתם דריש סנהדרין אין הפרש כלל בין ד"מ לד"נ ובתר רוב חשוב אזלינן בתרוייהו ובתר רוב דלא חשוב כמו רובא דלרדיא בתרוייהו לא אזלינן והנה כבר כתבתי לעיל בסעיף א' דאפילו רובא דמהני באיסורי מצינו דלא הוי חשוב לענין ד"מ וד"נ לשיטתם דסנהדרין שהרי בריש המוכר פירות קאמר ושמואל אמר לך כי אזלינן בתר רובא באיסורי בממונא לא אלמא דאותו רוב דמהני באיסורי ל"מ בממונא וכן נראה דיוק לשונם שכתבו דרובא דלרדיא לא חשיב כהנך רובא משמע דרוב מיהת הויא אלא דלא חשיב כהנך ור"ל הני דפ' בן סורר ומורה ורובא של דיינים וקרוב בעיני לומר שאפי' רובא דאית' קמן אפשר דלא חשיב כהנך דפ' בן סורר ומורה אף דהנך רובא דליתא קמן הם אפשר דהנך מיעוטא הם מיעוט שאין מצוין לגמרי תדע שהרמב"ם בפט"ז מאיסורי ביאה כתב וז"ל יראה לי שכל מדינה שיש בה שפחה או עכו"ם הראוי' לילד הואיל והאסופי הנמצא שם ס' עכו"ם או ס' עבד כשישא הגיורת כמו שבארנו ה"ז ס' אשת איש והבא עלי' פטור והראב"ד הגיה עליו וז"ל במסכת סנהדרין מצאנו שהולכין בד"נ אחר הרוב וכתב הה"מ ע"ז וז"ל ודעת רבינו דלא אמרינן אם רוב ישראל ישראל ליהרג על קידושין שאפי' לענין נזקין לא חשבינן לי' כודאי ישראל לשלם לו נזק כ"ש ליהרג עליו או על קידושי' ולא מצינו רוב כה"ג בד"נ עכ"ל והרי האי דרוב ישראל הוא רובא דאיתא קמן ואפ"ה סברי הרמב"ם וההה"מ דלא אזלינן בתרי' בד"מ ובד"נ והרי בפרק בן סורר ומורה אזלינן בד"נ בתר רובא דאינשי דטעו בעיבורא דירחא אף דהוא רובא דליתא קמן וע"כ סברי דהאי רובא עדיפא מהך רובא דאיתא קמן ואיהו ע"כ קאי בשיטת התו' דריש סנהדרין. ולפי"ז ניחא נמי האי דפסקינן בש"ע ח"מ סי' ל' דאחד אומר בשנים בחד וא' אומר בשלשה בחדש עדותן קיימת לענין ממון ואף דקי"ל אין הולכין בממון אחר הרוב ואפי' ברובא דאיתא קמן וכמו שיתבאר בסמוך היינו משום דהאי רובא דאינשי טעו בעבורא דירחא עדיפא אפי' מרובא דאיתא קמן וכמ"ש משא"כ לפי שיטת התו' דריש המניח דלפי מה שפרשתי בדבריהם שהם מחלקים בין ד"מ לד"נ א' אומר בשנים ואחד אומר בשלשה עדותן בטלה לענין ממון משום דא"ה במא"ה:

והוי יודע שהרב הת"ה בסי' שי"ד מביא בשם גליון תו' דהמוכר פירות דברובא דאיתא קמן גם שמואל מוד' דהולכין במא"ה ומייחס שם גם דעת הרשב"ם והריצב"א לזה אבל לענין דינא הכריע דאפי' ברובא דאיתא קמן א"ה במא"ה וראיותו מדברי התו' והמרדכי שילהי פ"ק דכתובות דעל מאי דקאמר בש"ס דאם רוב ישראל ישראל להחזיר לו אבדה פירשו דאפי' לשמואל דסובר א"ה במא"ה היינו דוקא במוכר שור לחבירו ונמצא נגחן שמדעת בעלי' בא המעות ליד המוכר אבל באבדה דשלא מדעת בעל האבדה בא לידו מודה דאזלינן והרי התם רובא דאיתא קמן הוא ובאמת שכן נראה מדבריהם וכן משמע מדברי הרשב"א והרא"ה בחידושיהם לשם שכתבו דברוב ישראל ונגח תורא דידן לתורא דידי' אין משלמין לו משום דא"ה במא"ה וכ"כ הה"מ כמ"ש בסמוך בשמו אלמא דכולהי סברי דאפי' ברובא דאיתא קמן א"ה במא"ה וכן משמע מדברי התו' דפ"ב דב"ב (כ"ג) ד"ה חוץ לחמשים אמה ע"ש. אבל יש לי מקום עיון בדבריהם ביומא (פ"ה) שכתבו שם בד"ה ל"צ דנגח תורא דידי' לתורא דידן תימא לי דהוי מצי למימר כולהו לניזקין אם רוב ישראל ישראל דנגחי תורא דידן לתורא דידי' מע"מ ישראל דמנגח תורא דידי' לתורא דידן ולא משלם אלא פלגא אם רוב עכו"ם עכו"ם ומשלם נ"ש עכ"ד:

וקשיא לי תרתי דאם רוב ישראל אמאי משלמין לו והא א"ה במא"ה וכן ברוב עכו"ם לא ישלם הוא יותר מח"נ מה"ט ונהי דברוב עכו"ם מצינו לומר דמשלם נ"ש אף דא"ה במא"ה כיון שהוא עצמו מסופק אם הוא עכו"ם או ישראל וכמ"ש ה"ה בפט"ז מאיסורי ביאה ע"ש אלא שדבריו סתומין דמה בכך שהוא עצמו מסופק והרי בהאי דהמוכר שור לחבירו ונמצא נגחן ג"כ אין המוכר טוען ברי שהלוקח לקחו לנכסתא אבל מצאתי לסברת הה"מ בדברי הרשב"א והרא"ה בשלהי פ"ק דכתובות ביותר ביאור באמרם משום דאלו הוא עכו"ם שוב אין לו חזקת ממון הלכך כיון דרוב עכו"ם דיינין לי' כעכו"ם ע"כ וטעמייהו לא ידענא מדוע לא יהי' לעכו"ם חזקת ממון. מ"מ יכולין אנו לומר שגם דעת התו' ביומא הכי הוא אבל מ"ש דברוב ישראל משלמין לי' ודאי קשיא דהא א"ה במא"ה. וא"ל דסברי דברובא דאיתא קמן אזלינן שהרי לעיל מינה בד"ה להחזיר אבדתו כתבו דאף דא"ה במא"ה הכא שאני שלא בא לידו מדעת בעלים כדרך שכתבו בשלהי פ"ק דכתובות אלמא דס"ל דאפי' ברובא דאיתא קמן לא אזלינן בממונא וראיתי להב"ש בא"ה סי' ד' שכתב בטעמייהו דהתו' דיומא דסברי דברוב ישראל משלמין לו נ"ש משום דלא איתמר האי כללא דא"ה במא"ה אלא במי שבא המעות לידו בהיתר דוקא ע"ש ודבריו תמוהין דאין לך תופס בהיתר גדול מהמוחזק הראשון והמפרשים הוא שחדשו דתופס בהיתר חשיב נמי כמוחזק הראשון כמו שיתבאר בעז"ה בכלל השביעי והוא פשוט וא"צ לראי' וראיתי

לרב אחי ומורי שי' שהשיג עליו ג"כ בזה. והנראה בעיני בישוב דבריהם דאינהו סברי דר"ל דמוקי מע"מ ישראל ובנגח תורא דידי' לתורא דידן ע"כ סובר כרב דהולכין במא"ה דאל"כ מדוע מע"מ ישראל אפי' רוב עכו"ם הוא ישראל לענין זה משום דא"ה במא"ה ולית להו כסברת הרשב"א והרא"ה שהבאתי בסמוך ומש"ה הוקשה להם כיון דהולכין במא"ה לוקמה כולה לענין נזקין ולעיל בד"ה דלהחזיר לו אבדתו שהוא אליבא דשמואל וכמ"ש שם הוצרכו לומר דאבדה שלא בא לידו מדעת בעלים גם שמואל מודה דהולכין וכו' ומעולם אין חילוק בין רובא דאיתא קמן לליתא קמן:

ה

וכן משמע מדברי הרמ"א בח"מ סי' רצ"ב דא"ה במא"ה לאפוקי ממונא מחזקת מארי' ואפי' ברובא דאיתא קמן וע"ש בש"ך ס"ק כ"ו וזהו ג"כ דעת הרב צמח צדק בסי' קכ"ה שנשאל באשה אחת שבקטנותה נמלטה מחרב רעה בארץ רוסיא ויודעת מקום מולדתה ושמות אבי' ואמה רק שאינה יודעת אם אבי' היה כהן או לוי או ישראל ונשאת לאיש והמליטה זכר שהוא פטר רחם לה אי חייבין לפדותו או לא לפי שאשה אחת מארחי ופרחי הגידה לה שאביה הי' לוי והשיב דסהדותא דאשה לאו כלום היא היכא דצריכין לעדות אבל הכא אפי' בלתי עדותה אין חייבין לפדותו דמשנה שלמה שנינו ספק בכורות א' בכור אדם וא' בכור בהמה בין טהורה בין טמאה המע"ה ואעפ"י דרובא דעלמא ישראלים נינהו ולא כהנים או לוים מ"מ לא אזלינן בתר רובא להוציא ממון מהמוחזק דהלכתא כשמואל בדינא דס"ל א"ה במא"ה עכ"ד והך רובא דאיתא קמן הוא ואפ"ה פסק דאין חייבין לפדותו:

אמנם אם שהטיב לראות בזה דאפי' רובא דאיתא קמן ל"מ בממונא מ"מ בעיקר דינו אין דעתי העני' נוחה הימינו ואני אומר אילו הואי התם הייתי כהנא מסייע כהנא ומחייבינא לפדותו לפי שנ"ל דהאי כללא דא"ה במא"ה לא איתמר אלא בממון דעלמא אבל בממון עניים שפיר אזלינן בתר רובא. וראייתי מפ' הזרוע (קל"ד) דרמינן התם על מתניתין דס' לקט לקט כדרשינין התם מקרא עני ורש הצדיקו צדק משלך ותן לו ממתניתין דהתם וכן גר שהי' לו בהמה ס' נשחטה קודם שנתגייר ס' אחר שנתגייר פטורה ומשני קמה בחזק' חיוב' בהמה בח' פטורה אלמא היכא דאיכ' חזקה לחיובא מיחייב בממון עניים כ"ש היכא דאיכא רובא לחיובא דרובא וחזק' רובא עדיף כדאית' בריש האשה בתרא ועיין מ"ש לעיל בכלל א' סעי' ט' דעת מוהרש"ח ז"ל דבס' מתנות עניים אפילו היכי דליכא חזקה לא לחיובא ולא לפטורא מיחייב ג"כ ע"ש ודין מתנות כהונה דין מתנות עניים להם לענין זה מדרמינן מתניתין דגר שנתגייר על מתניתין דס' לקט ואפי' לפי החולקים

שם וסוברים דלא אמרינן ס' לקט לקט אלא היכא דאיכא חזקה לחיובא דוקא וכמ"ש שם מ"מ היכי דאיכא רובא לחיובא כ"ע מודה משום דרובא עדיפא מחזקה והוא ברור ועפ"ז ניחא מה דהוי קשיא לי טובא במה שהסכימו כל האחרונים ז"ל דאין מוציאין ממון בס"ס וכמו שיתבאר להלן ותמהתי שהרי הרמב"ם בשלהי פי"א מביכורים כתב וז"ל ילדה שני זכרים ונקבה זה שלא ביכרה אשתו נותן חמש סלעים שלא נפטר אלא בשתי ספיקות אם אשתו ילדה זכר בלבד חייב ואם היא ילדה הזכר והנקבה חייב אא"כ ילדה נקבה תחילה והואיל והדבר רחוק יתן פדיונו ע"כ הרי הדבר מפורש דמוציאין ממון בס"ס ואף שהטור י"ד סי' ש"ה השיג על הרמב"ם בזה לא השיגו אלא מטעם שאמר שם דגם אינו מיתחייב אלא בס"ס דאם ילדה נקבה פטור ואם ילדה זכר ונקבה ג"כ אינו מתחייב אלא אם ילד' זכר תחילה משמע דאם הי' ס"ס מעליא גם הטור היא מודה דמיחייב ולא מצאתי מי שיתעורר בזה. אבל ע"פ האמור ניחא כי יתבאר לפנינו דהא דאין מוציאין ממון בס"ס הוא מטעם דא"ה במא"ה וכיון דבמתנות כהונה הולכין אחר הרוב להוציא מהמוחזק גם בתר ס"ס אזלינן ומוציאין ע"י ועמ"ש לקמן בסעיף ז' וזה כפתור ופרח:

1

וכיון דא"ה במא"ה שמעינן דה"ה בפ"ד בענין ממון נמי לא אזלינן בתר רוב הפוסקים המחייבים וז"ש כל התופסים דגל קי"ל דלעולם מצי אמר קי"ל אפי' כמיעוט הפוסקי' נגד הרוב ואעפ"י שהרב מוהרא"ש ז"ל בסי' ר"ז פקפק על האי כללא מדיבור התו' דהמניח שהבאתי לעיל שכתבו דגבי דיינים חשיב מיעוט דידהו כמי שאינו אבל אין הנדון דומה לראי' דלא מיבעיא לפי מה שפירש מוהרמ"ח ז"ל בכוונתם דמש"ה חשיב התם מיעוט דידהו כמי שאינו לפי שהמיעוט מבטלין דעתן וסברתן ואינם יכולין להורות אלא כסברת הרבים וזה לא שייך אלא כשמתווכחים ביחד מפיהם ולא מפי כתבם במה שנחלקו בספריהם שזה כותב כך וזה כך ולא שמע א' מהן סברת חבירו אלא אפי' לפירושא דידי שפרשתי בטעמייהו משום דגבי דיינים ליכא כי אם מיעוטא לבד ולא שייך גבה חזקה להצטרף בהדה משום דכח ב"ד מפקי מחזקה זה נמי לא שייך אלא בדיינים שהם דנין בדבר הנידון דאלימי ספקייהו טובא להפקיע מחזקה אבל בפ"ד שאין הדבר הזה נידון לפניהם לא אלימי כולי האי ושפיר שייך לוקמה בס' דידהו על חזקה קמייתא תדע שהרי דעת התו' בחזקת הבתים (ל"ב) דפ"ד דין תרי ותרי להם וס' דרבנן הוא ועל פירשב"ם כתבו שם שהוא דחוק ע"ש:

ודע שהסכימו כל גדולי וחכמי ספרד דאין לומר קי"ל כחד פוסק אפי' היכי שהחולקין עליו אינם אלא שנים אבל כל ששנים מסייעין המוחזק אפי' כל חכמי ישראל בכף שני' שפיר מצי אמר קי"ל כנגדן והרב ז"ל בסי' קכ"ד מביא דבריהם ומהסס בהו דכיון דא"ה במא"ה ה"ה בחד גבי תרי מצי אמר קי"ל ולפיכך העלה דהכל לפי ראות עיני הדיין שאם הפוסקים החולקים הרבה מאוד יכול להיות שאפי' הרבה שיהיו נקראים יחידים ולא מצי טעין קי"ל כמותם ואם אינן הרבה כ"כ יכול להיות שאפי' אחד נקרא מועט בכה"ג ומצי אמר קי"ל כוותי' אמנם חזינן לרבותינו האחרונים שתפסו כולם כך לחלק בין יחיד לשנים וכמ"ש בשמם ועיין בכנה"ג בכללי קי"ל שהאריך בהאי מילתא. אבל ראוי לשום עיון בקושיתו של הרב ז"ל כיון דא"ה במא"ה מה לי א מה לי שנים וראיתי להרב מוהרמ"ח ז"ל שכתב בטעמא דהאי מילתא משום דאחד אפילו נגד שנים הויא מיעוטא דמיעוטא ובכה"ג גם בממון אזלינן בתר הרוב אבל שנים אפי' נגד כל העולם הוי מיעוטא מעליא וסמוך מיעוטא לחזק' ממון והמוציא מחבירו עליו הראיה וע"ש שהאריך והביא סמך נאה לדבריו ממה שנתבאר בש"ע א"ח סי' תרי"ח לענין חולה בי"ה ע"ש אבל לענ"ד יש לפקפק בזה דלדבריו דחד נגד שנים הוי מיעוטא דמיעוטא ואפי' בממונא הולכין בכה"ג אחר הרוב א"כ מאי דוחקייהו דהתו' בהמניח ליישב הא דגבי דיינים הולכין אחר הרוב בממון וכמה נתחבטנו ונתלבטנו בזה כמ"ש לעיל הא בב"ד של שלש' לא משכחת רובא אלא כששנים אומרים חייב ואחד אומר זכאי ואז הוי האחד מיעוטא דמיעוטא ובכה"ג מהני רובא גם בממון ותו שהסכימו כל האחרונים דא"מ ממון בס"ס וטעמייהו משום דא"ה במא"ה והרי בכל ס"ס דאיכ' תלתא צדדי ספק וב' צדדים לחובתו וצד אחד לזכותו הוי כחד נגד שנים. ול"נ בטעמ' דהאי מילתא ע"פ מ"ש הרדב"ז דלא מהני קי"ל אלא היכי שלא קבלו עליהם לדון כפי פוסק ההוא אבל במקומות שנהגו לפסוק כהרמב"ם או הרא"ש אין לומר קי"ל כנגדם ולפי"ז אפשר דבחד אפי' נגד שנים נהגו שלא לפסוק כוותי' מש"ה המוחזק א"י לומר קי"ל כוותי'. והכי משמע מלשון מוהרי"ק בשרש קמ"ט שכתב וז"ל ופשיטא דבכה"ג אפי' בממון לא הוי מצי למימר קי"ל כדברי היחיד ודלא ככל חכמי ישראל ואפי' תפס הוי מפקינן מיני' וזה פשוט לכל מאן דנחית לעומקא דדינא דלא גרע מהיכי דסוגיא דעלמא כחד דאזלינן בתרי' ע"כ:

ודע שהרב האורו"ת צווח ככרוכיא על האי כללא דכיילי דמצי אמר קי"ל כמיעוט נגד רבים ואמר אם הדבר כן בואו ונצווח על מרן הב"י שפסק ברוב ש"ע ח"מ ע"פ הרוב ונשען ע"פ מה שכתב בהקדמתו ואיך לא חש לזה שהמוחזק יכול לומר קי"ל כמיעוט. ותו א"כ לחנם טרחו הפוסקים המחזקים דעותיהם בראיות שונות ולשוא עמלו בהם

ולעולם יאמר המוחזק קי"ל דלא כוותיהו ובפרט שאין להפוסקים שהמציאו האי כללא מקום לסמוך אלו דבריו ואין בהן כדי לחלוק על האי כללא שהסכימו בו פמליא של רבותינו האחרונים נ"נ ומ"ש ממרן הב"י לק"מ לפי שבנה ספרו ע"פ שלשה עמודי הוראה אלו הרי"ף והרמב"ם והרא"ש וכשנחלקו בדבר לא ימלט שלא יהא א' נגד שנים. ובכה"ג לא מצי אמר קי"ל וכמ"ש בסמוך ואם לפעמים ימצא להצטרף עוד איזה פוסק אפשר דבהני מקומות הכריע הב"י מסברתו למה שפסק במחלוקת ההיא. גם מ"ש דא"כ לחנם טרחו ועמלו הפוסקים המחזקים דעותיהם שהמוחזק יאמר קי"ל נגדם ח"ו לא לחנם הוא שבודאי האי כללא דקי"ל לא נאמר אלא כשהדיין אשר הדין ההוא בא לפניו אינו מכריע מסברתו לחד מנהון אבל כשהוא מכריע מסברתו יכול להכריע אפי' כיחיד נגד רבים ואפי' להוציא מהמוחזק וכדתנן ברישׁ עדיות למה מזכירין דברי היחיד בין המרובין כו' שאם יראה ב"ד דברי היחיד יסמוך עליו ופירש הראב"ד ז"ל שאם יראה לב"ד שהלכה כדברי היחיד יקבע הלכה כמותו והלכך כ"א מחויב להרחיב דעתו ולחזק בראיות שהראיות יתנו עדיהן ויצדקו ואם נכוחות וישרות הן יעוררו לב הדיין המשכיל ע"ד אמת להכריע כמותו. גם מ"ש בפרט שאין להם מקום לסמוך תמהני הלא קבעו יתד במקום נאמן דא"ה במא"ה. ואיהו ז"ל לשיטתו שפירש בטעמא דגבי דיינים שנים אומרים חייב וא' אומר זכאי חייב והולכין א"ה משום דבשאר רובא ומיעוטא שניהם אמת כמו מוכר שור לחבירו ונמצא נגחן שניהן אמת הרוב קונים לרדיא והמיעוט לנכסתא אבל גבי' סברת הדייני' אחת מהצדדי' שקר דאם הוא חייב אינו זכאי וכן להיפוך ויותר מסתבר לתלות הטעות במיעוט מלתלות ברוב ולפי"ז גם בפ"ד בענין ממון הולכין ג"כ אחר הרוב מה"ט אבל טעמא קלישא הוא תדע שבפ"ק דחולין ילפינן רובא דאיתא קמן מאחרי רבים להטות דכתיב גבי סנהדרין ולדבריו היכי יליף לימא דהתם טעמא משום שיותר יש לתלות הטעות במיעוט מברוב משא"כ בט' חניות דרובא ומיעוטא שניהם אמיתיים אבל מ"ש האורו"ת דקבלה בידו שאין לומר קי"ל כאותו פוסק אשר הרב המחב' והרמ"א לא הזכירו דעתו בש"ע יפה אמר וכן שמעתי שאין לומר קי"ל נגד הכרעת רמ"א וכל זה לדעתי מטעם קבלה נהגו בי' לפי שאנחנו נגררין אחר הכרעת רמ"א וע"ד שהבאתי בסמוך בשם הרדב"ז ודלא כאורו"ת שכתב בזה טעם רחוק ע"ש:

ז

בענין ס"ס הסכימו כל האחרונים ז"ל שאין להוציא ע"י ממון מהמוחזק וטעמייהו דס"ס לא עדיף מרובא וגם הוא לא מהני להוציא מהמוחזק כמו שנתבאר. והרב מוהר"י בן לב דעתו להוצי' ממון בס"ס וראיותו מדברי התוס' דפ"ק דכתובות (ט') ד"ה אי

למיתב לה כתובה והבאים אחריו השיבו עליו ועל ראיותו ודיבור התוס' הנ"ל שנראה הימנו שמוציאין הקיפוהו בחבילות תשובות החפץ יעיין אחריהם בתשובת מוהרי"ט ובחידושיו פרק המדיר ובפ"י ובתשובות שב יעקב ורב אחי ומורי האריך הרבה בזה בקונטרס ש"ש אשר לו וגם הרב ז"ל נחלק על מוהר"י בן לב ז"ל בזה והבי' ראי' מפורשת מדברי הרא"ש שכתב בפרק ב' וז"ל ולדברי האומר דכל תיקו דתפס לא מפקינן מיני' הכי נמי אם תפס הבהמה משתלם ממנה חצי נזק ואף על גב דיש ספק ספיק' לחצי נזק דדילמ' אורחה היא ופטור לגמרי ואת"ל השת' מחמת ביעוט קאתי דילמ' יש שינוי בצרורות לרביע נזק ע"כ ואני בעניותי מצאתי כן להדי' ברא"ה בחידושיו בפרק קמ' דכתובות דף י' על הא דאמר רב יהוד' אמר שמואל האומר פתח פתוח מצאתי נאמן להפסידה כתובתה עלה בתחלה בדעתו לומר דלמ"ד כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה יש לה מנה לא תפסיד אלא מנה דעל אידך מנה איכ' ס"ס דילמ' קודם שנתארסה ואת"ל אחר שנתארסה דילמ' באונס ולבסוף כתב ומסתבר' שלא נאמרו שני ספיקות להקל אלא באיסורין אבל בממון הממע"ה ע"כ והלכך נ"ל שבחנם נדחקו האחרונים ז"ל בדיבור התוספות דלשם כי אין לרחק שהתוספות יסברו דמוציאין ממון בס"ס כיון דחזינן דכך עלה גם כן על דעת הרא"ה ואפשר דסברי דס"ס הוי רוב חשוב וע"ד שמחלקין בריש סנהדרין גם לפי מה ששמעתי דס"ס הויא רובא דאיתא קמן שתלתא צדדי הספק לפנינו י"ל דסברי כדעת גליון תוספות שהבאתי לעיל דרובא דאיתא קמן מהני בממונא אבל לדינא נקטינן כדעת הרא"ש ומסקנת הרא"ה דל"מ ספק ספיקא בממון וכן נראה בעיני להביא ראי' מדברי הרמב"ם שבפרק ב' מנזקי ממון כתב ז"ל בעטה בארץ ברשות הניזק והתיזה צרורות מחמת הבעיטה והזיקו שם חייב לשלם רביע נזק שזה שינוי הוא בהתזת צרורות ואם תפס הניזק ח"נ א"מ מידו ואפי' היתה מהלכת במקום שא"א לה שלא תתיז ובעטה והתיזה משלם רביע נזק עכ"ל. והנה הבבא הראשונה היא בעיא דיש שינוי לצרורות לרביע נזק והבבא השני' היא בעיא האחרת דהלכה במקום שא"א כו' אי נימא כיון דלא אפשר לה אורחה היא או דילמא השתא מיהת מחמת ביעוט קאתי. והנה גבי בבא השני' הזאת איכא ס"ס לשלם ח"נ הספק א' דלמא אין שינוי לצרורות לרביע נזק ואת"ל יש שינוי בצרורות דלמא האי כיון דא"א לה אורחה היא ואפ"ה לא מחייב לי' הרמב"ם יותר מרביע נזק. והיא ראי' ברורה. ומ"ש הרמב"ם בפי"א מהלכות ביכורים לענין פדיון בכור שלפי שאינו נפטר אלא בשתי ספקות חייב ליתן פדיונו הטבתי אשר דברתי בזה לעיל בסעיף ה' דבממון עניים שאני דהולכין בי' אחר הרוב ומש"ה מהני בי' ג"כ ס"ס שהוא ג"כ מטעם רוב לפי מה שהשרישונו רבותינו האחרונים ז"ל ע"ש:

ח

והוי יודע שמדברי התו' בשלהי פ"ק דכתובות שהבאתי לעיל בסעיף ד' שכתבו דברוב ישראל מחזירין אבדתו אפי' לשמואל דסובר א"ה במא"ה משום דבמוכר שור לחבירו ונמצא נגחן בא המעו' לידו בהית' משא"כ באבדה שלא מדעת הבעלים באה האבדה הזאת ליד המוצאה וכ"כ ביומ' דף פ"ה והכי מתבאר בחידושי הרשב"א והרא"ה דלשם כתבו דלא איתמר א"ה במא"ה אלא להוציא דבר מחזקת מרי' אבל מוצא זה לאו מרי' דאבידה הוא ע"ש ויש להוכיח לכאורה מדבריהם דלא אמרינן א"ה במא"ה אלא היכי דחזקת מ"ק ג"כ מסייע להמוחזק כמו מוכר שור לחבירו ונמצא נגחן דכיון דבא המעות בהיתר לידו איהו מקרי חזקת מרא קמא כמו שיתבאר בכלל הסמוך דכל תפיסה ברשות מיקרי ג"כ חזקת מרא קמא אלא שיש להתבונן בדברי הת"ה בסימן שי"ד שפסק במי שהפקיד אצל חבירו מרגליות או טבעות והי' להנפקד ג"כ טבעות ומרגליות כמו אלו ונאבד מהם סך מה וא"י מאיזה מהם שיכול הנפקד לומר להמפקיד שלך נאבד דאע"פ דרוב המרגליות או הטבעות היו של הנפקד ואיכא למימר כל דפריש מרובא פריש א"ה במא"ה ואפילו ברובא דאיתא קמן כדמוכח מדברי התו' והמרדכי בשלהי פ"ק דכתובות דאם רוב ישראל מחזירין לו אבדתו הוצרכו לומר משום שלא באתה האבידה לידו מדעת בעלים אזלינן בי' בתר רובא זהו דברי הת"ה ולפי דברינו הוא מביא ראיה לסתור דלפי מה שנראה מדבריהם דלא אמרינן א"ה במא"ה להוציא מהמוחזק אלא היכי דחזקת מ"ק נמי מסייע להמוחזק בנדון דת"ה אין חזקת מ"ק מסייע להמוחזק מידי שהרי אנו מסופקין במרגליות וטבעות הנשארות דלמא מעולם המה של המפקיד ואין אנו מוציאין מחזקת מ"ק כלום והנה בזה יש לומר דס"ל לת"ה דבכה"ג נמי מקרי חזקת מ"ק לגבי הנפקד שהיה מוחזק מעיקרא בכך וכך מרגליות או טבעות דומיא דמ"ש התו' בהמחליף דבמפקיד טלה אצל בעל הבית ונתנו עם שלו ומת א' מהם דבעה"ב מקרי חזקת מ"ק לפי שהיה מוחזק מעיקרא בטלה חי הבאתי דבריהם לכלל א' סעיף ד' אבל עדיין יקשה על מה שהביא שם הת"ה מתשובת הריצב"א וז"ל ששאלת על ד' וה' כיסים אשר בתיבתך משלך ומשל אחרים ולקחה בתך דינר מהם ואין יודע מאיזה לקחה כך נראה בעיני כיון שלקחה מן הקבוע כמחצה על מחצה דמי ולא אזלינן בתר רובא וכו' כיון דהוי פלגא ופלגא דמי לאחד שהפקיד טלה אצל בע"ה דאמרינן המע"ה ע"כ. והקשה עלה הת"ה דתיפוק ל' דא"ה במא"ה ותי' דהריצב"א ס"ל דרובא דאית' קמן מהני בממונא אבל אנן קי"ל דאפי' רובא דאיתא קמן לא מהני ולפי דברינו לא היה צריך לזה שהרי התם דאי אין ח' מסייע לבעה"ב שהרי לא נאבד מידי אלא שבתו לקחתו וא"י מאיזה

ובכה"ג ראוי לילך אחר הרוב אפי' לדעת התו' דהוי דומיא דרוב ישראל דליכא להמוציא ח' מ"ק משא"כ בנדון הת"ה דנאבד מהן ובכה"ג נקרא ח' מ"ק. ונראה בעיני דת"ה ז"ל ס"ל דלעולם לא מהני רובא להוציא מהמוחזק אלא היכי דח' מ"ק נמי מנגדתו להמוחזק ומסייע להרוב כמו באבדה דלהמוציא ליכא אלא חזקת ממון לחוד ולהבעלים איכא רובא וגם ח' מ"ק ובנידון דהריצב"א נהי דח' מ"ק אינו מסייע להמוחזק והוא בעה"ב מ"מ גם אינה עומדת כנגדו:

שוב ראיתי בתשובת מוהרי"ט ח"מ שעמד על תשובת הריצב"א הנ"ל במה שעמד בה הת"ה דתיפוק ליה דא"ה במא"ה ותירץ לה ע"פ דברי התו' דבאבדה שלא מדעת בעלים באתה לידו לא מהני רובא ונעלם הימנו תשובת הת"ה הנ"ל שכבר עמד בקושיא זו והנך רואה אם שהת"ה ראה דברי תו' אלו אפ"ה לא רצה לרפאות הקושיא ההיא ע"פ דבריהם מטעמא דכתיבנא:

ט

אבל שמעינן מיהת מדברי התו' וחידושי הרשב"א והרא"ה דשלהי פ"ק דכתובות דהיכא דח' מ"ק מסייע להרוב ולאידך לית לי' אלא ח' ממון לבד בכה"ג מוציאין הימינו כדרך שמוציאין אבדתו ברוב ישראל לפי שלא באה לידו מדעת בעלים ורובא וגם ח' מ"ק מסייעו להבעלים. ועם זה אני תמה על הרב בסי' קכ"ג דבהאי כללא דבפ"ד מצי אמר קי"ל אפי' במיעוט נגד הרוב כתב וז"ל ואין לומר דהיינו דוקא בהי' מוחזק מעיקרא אבל לא כשתפס דאין טעם לחלק דכיון דאמרינן דמהני תפיסתו א"כ הוי לי' כמוחזק מעיקרא ועוד דכיון דאמרינן דטעמא הוא דא"ה במא"ה א"כ משמע דאין לחלק ע"כ והנך רואה שהיא הנותנת דלפי דטעמא הוא דא"ה במא"ה והאי כללא לא אמרינן אלא במוחזק מעיקרא אבל לא בשתפס דח' מ"ק דאידך ורובא מצטרפי להוציא מהמוחזק:

איברא שמכל דברי התופסים דגל קי"ל יראה להדיא שאין מחלקים בכך ואפי' התופס מצי אמר קי"ל כמיעוט נגד רבים ומהרשד"ם בסי' כ' סובר דהאי כללא לא איתמר אלא גבי התופס אבל המוחזק מעיקרא מצי אמר קי"ל אפילו כיחיד נגד כל חכמי ישראל ואף שמהרשד"ם יחיד בהאי מילתא וגם הרב ז"ל בסי' הנז' השיג עליו וסובר דאפי' המוחזק מעיקרא אין לומר קי"ל כיחיד נגד רבים מ"מ במה שסובר מהרשד"ם דהתופס מצי אמר קי"ל כמיעוט נגד רבים לא מצינו מי שיחלוק בדבר וראוי לשום לב מה יענו בהאי דלהחזיר לו אבדתו וראיתי לרב אחי ומורי ש"ן בקונטרס ש"ש שגם היא העיר עליהם קושיא זאת:

והנראה בעיני בישוב דבריהם ע"פ מ"ש התו' בריש המניח בשם ר"ח דאפי' רב דפליג על שמואל וסובר הולכין במא"ה היינו דוקא היכי שהמוחזק טוען שמא כמו במוכר שור לחבירו ונמצא נגחן דלא מצי המוכר למיטען ברי דלנכסתא לקח אותו הלוקח אבל היכי שהמוחזק טוען ברי גם רב מודה דא"ה במא"ה ולכן גם אנו נאמר דאפי' לפי מ"ש התו' דהיכי שחזקת מ"ק ג"כ מנגדת להמוחזק שמואל ג"כ מוד' דהולכין במא"ה היינו דוקא היכי שהמוחזק טוען שמא כמו גבי אבידה דהמוצא א"י אם בעל אבדה נכרי או ישראל אבל כשהמוחזק טוען ברי גם בכה"ג א"ה במא"ה והתופסים דגל קי"ל סברי דקי"ל מיחשיב כטענת ברי שאומר ברי לי כאותו פוסק המזכה אותי וכמ"ש לעיל בכלל א' סעי' ב' בשם מוהרי"ק הלכך סברי נמי דהתופס מצי ג"כ למיטען קי"ל כמיעוט נגד רבים ועיין בכלל ז' סעיף ז':

ועדיין איכא למידק ממ"ש הרא"ש בפ"ב דב"ק הבאתי לשונו לעיל דלדברי האומר דמהני תפיסה בתיקו אם בעטה בר"ה במקום שא"א לה אא"כ תתיז והתיזה והזיקה אי תפס הבהמה מישתלם הימנה ח"נ ואע"ג דיש ס"ס לח"נ דלמא אורחה היא ופטור לגמרי ואת"ל שינוי דלמא יש שינוי לצרורות לרביע נזק ע"ש והרי התם ס"ס הוי כמו רוב לפי מה שהשרישונו ונמצא דרובא וגם ח' מ"ק מסייעי להמזיק ואפ"ה לא מפקינן מיד הניזק התופס והתם לא הוי כטו"ב דתיקו ודאי לא הוי כטו"ב וכמ"ש בכלל ד' סעי' ג' לכן נראה בעיני דבאמת הרא"ש סובר דלעולם א"מ מהמוחזק בגוונא דמהני תפיסתו אפי' היכי דרובא וחזקת מ"ק מסייעו להראשון והא דברוב ישראל מחזירין אבדתו היינו טעמא דהתם אין להמוצא קודם שהגביה אותה שום זכי' בגוה דאפי' את"ל דנכרי הוא עדיין לא זכה בה המוצא זה עד שיגביהנה מש"ה כיון דרובא מכריע שהאובד ההוא ישראל הוא גם המוצא מחייב להגבי' אותה ע"מ להחזירנה לו משא"כ בשאר רובא וכנידון דהרא"ש דאף קודם שתפס השני אית לי' בי' דררא דממונא שהרי ס' אחד מסייע לו כל דתפס תפס אחר זמן רב מצאתי בהרא"ש במסכת מכשירין בפירושיו שכתב כדברים האלה אם רוב ישראל להחזיר לו אבדה ואע"ג דקי"ל כשמואל דא"ה במא"ה הני מילי כשיש להמוחזק טענה לומר שהוא שלו אבל הכא אזלינן בתר רובא ובכלל דבריו דברי אמנם מלשון התו' דכתובות שהבאתי נראה להדיא דכל דח' מ"ק מסייע להרוב מפקינן מהמוחזק שהרי הוצרכו לומר דבמוכר שור לחבירו ונמצא נגחן בא המעות לידו בהיתר והרי התם נמי אי' לי' טענה לומר שהמעות שלו ואפ"ה אי לאו דתפס בהיתר הוי מפקינן מיני' משו דרובא וח' מ"ק מסייע לאידך. גם מדברי הרשב"א והרא"ה ז"ל שהבאתי לעיל

משמ' להדיא דלא אמרינן א"ה במא"ה אלא לאפוקי מח' מ"ק אבל היכי דחזקת מ"ק עומד לנגדו ג"כ אז הולכין אחר הרוב באופן שדעת הרא"ש יחידאה בהאי מילתא:

ו

אך דע שמ"ש הרא"ש לדברי האומר דמהני ת בתיקו אי תפס הבהמה משתלם ח"נ אף דאיכא ס"ס לא מטובו הוא אומר כך ומילתא יתירתא אבל דבריו מוכרחין מדברי הרי"ף שלפי מה שהניח הרא"ש בדעתו דמש"ה לא הביא הך בעיא דיש שנוי לצרורות לרביע נזק משום דאין נפקותא בבעיא זו דלא דיינין האידנא דבר שנוי משום דקרן הוא אלא בדתפס ואז משתלם ח"נ משום דמהני ת' בתיקו וכמ"ש דבריו בריש כלל ד' והרי הך בעיא דהלכה במקום שא"א שלא תתי' הביא הרי"ף דסלקא בתיקו וכיון דלדעתו מהני תפיס' בתיקו ע"כ לומר דאי תפס גובה הימנו ח"נ ואף דאיכא ס"ס שלא להשתלם אלא רביע נזק לא מפקינן מיני' וזהו שכתב הרא"ש ולדברי כו' אע"ג דאיכא ס"ס כו' וז"ב בכוונת הרא"ש ז"ל:

אמנם לדעתי העני' נראה דאפילו לפי דרך הרא"ש בדעת הרי"ף אין מזה הכרח לומר דהרי"ף יסבור דאפילו היכי דח' מ"ק מצטרף בהדי רובא דלא יוציא מהמוחזק שלפי מ"ש בכלל ד' סעיף ד' ה' דטעמא דהרי"ף לפי דרך זה מה דמחלק בין תיקו לת"כ משום דס"ל דבס' דדינא לא מוקמינן באיסורי על חזקה קמייתא משום דבשביל ח"ק לא אשתני הדין וכל דבאיסורי ליכא ח"ק גם בממונא ליכא ח' מ"ק ע"ש שהארכתי בזה וכיון דבס' דדינא ס"ל להרי"ף דליכא ח' מ"ק שפיר לא מפקינן בס' דדינא מהתופס אפילו היכי דאיכא לאידך ס"ס משום דרובא בלי ח' מ"ק ל"מ לאפוקי מהמוחזק אפילו היכי דגם להמוחזק ליכא ח' מ"ק כמ"ש בסעי' ח' אליבא דהת"ה והוא נכון. ולפ"ז נרא' לומר לדעת הרמב"ם דאיהו סובר ג"כ דמהני תפי' בתיקו וכמו שנתבאר למעלה ומיני' אין הכרח שיסבור דלא מוקמינן אחזקה קמייתא באיסורי בס"ד שהרי איהו אף בספיקא דמציאות דודאי מהני בי' ח"ק סובר דמהני תפי' שהרי בת"כ פסק ג"כ דא"מ וא"כ איכא למימר דאע"ג דלדעת הרמב"ן מהני ת' בס' דדינא היינו דוקא בחד ס' אבל היכא דס"ס מסייע להבעלים תו לא מהני תפי' אידך כיון דרובא וח' מ"ק מסייעי להבעלים ועם זה ראיתי לתרץ דקדוק נאות בלשון הרמב"ם בפ"ב מנ"מ וז"ל היתה מהלכת בר"ה ובעטה והתיזה צרורות והזיקו בר"ה פטור ואם תפס הניזק רביע נזק א"מ מידו שהדבר ספק שמא שינוי הוא ואינה תולד' דרגל שהרי בעטה:

בעטה בארץ ברשות הניזק והתיזה צרורות מחמת בעיטה והזיקו שם חייב לשלם רביע נזק שזה שינוי הוא בהתזת צרורות ואם תפס הניזק ח"נ א"מ מידו ואפילו הית' מהלכת

במקום שא"א לה שלא תתיז ובעט' והתיז' משלם רביע נזק ואם תפס הניזק ח"נ א"מ מידו וכבר הבאתי רוב לשונו לעיל ומפני שאני רואה מה שיש לדקדק בו הוצרכתי להביא לשונו עוד פה. הנה זקן ביתו הוא הה"מ ביאר שיטתו באמרי נועם ואמר שהרמב"ם ז"ל סובר דבעיא דיש שינוי לצרורות לרביע נזק היא להקל ולהחמיר דאם נאמר יש שינוי לצרורות דיינין לי' כקרן ממש ובין ברשות הניזק ובין בר"ה חייב רביע נזק ואם נאמר אין שינוי לצרורות דינו כרגל ממש וברשות הניזק משלם ח"ל דהלכה למשה מסיני הוא ובר"ה פטור לגמרי כרגל ועפ"ז כלכל הרמב"ם דבריו במשפט בכל חילוקיו זהו תורף דבריו:

והן אמת שמדברי הרא"ש דפ"ב דב"ק שהבאתי לעיל יש ללמוד דלא סבר הכי שהרי כתב דבהלכ' בר"ה כמקום שא"א שלא תתיז ובעט' והתיז' והזיק' דלדברי האומר דמהני תפיס' בתיקו אי תפס משתלם ח"ל ולדעת הרמב"ם בכה"ג לא משתלם יותר מרביע נזק דממ"נ אי יש שינוי לצרורות לרביע נזק לא משלם יותר מרביע ואי אין שינוי דינו כרגל ואינו משלם כלל אלא ע"כ דס"ל להרא"ש דאי אפילו אין שינוי לצרורות לרביע נזק אפ"ה שינוי מיהו הויא ומיחייב בר"ה ח"נ וזהו נמי שיטת הראב"ד בהשגות שם וכ"כ הלח"מ שם ויפה פירש. מ"מ דברי הה"מ מאד נאמנו לדעת הרמב"ם ז"ל והוא כוונתו באמת אבל יש לדקדק מדוע לא כתב הרמב"ם גבי בבא הראשונ' דהית' מהלכת בר"ה כו' שכתב דאם תפס הניזק רביע נזק א"מ מידו הוי לי' למימר דאפילו הית' מהלכת במקום שא"א שלא תתיז ובעטה והתיזה ותפס הניזק רביע נזק א"מ מידו כדרך שהשמיענו האי מילתא לענין רשות הניזק לאשמעינן רבותא בפטורא דהמזיק דכל שלא תפס הניזק אינו משלם יותר מרביע ה"נ הוי לי' לאשמעינן ברישא רבותא בתפיסת הניזק דהיכי דתפס א"מ מידו אפילו בהיתה מהלכת במקום שא"א שלא תתיז וע"פ האמור ניחא דבר"ה בהלכה כמקום שא"א שלא תתיז אפילו אי תפס לא משתלם לדעת הרמב"ם כלל משום דאיכא ס"ס להמזיק להצטרף רובא בהדה ח' מ"ק דידי' חדא דלמא אין שינוי לצרורות ולעולם דינה כרגל ופטור לגמרי בר"ה ואת"ל יש שינוי דילמא האי כיון דא"א לה אורחה היא ובכה"ג ל"מ תפיס' השני משא"כ בסיפא לענין רשות הניזק שפיר מהני תפיסתו דהתם אדרבה הס"ס שהוא הרוב מסייעא להתופס כמ"ש לעיל אלא דאפ"ה בלי תפיסה לא מפקינן מיני' דהמזיק משום דא"ה במא"ה ובזה שפיר מהני תפיסה דאפי' בס' השקול מהני תפיסה לדעתו ובאו דברי הרמב"ם ז"ל בדקדוק גדול כראוי לו:

יא

הנה ביארנו דלגבי חז' ממון ולאידך איכא ח' מ"ק מהני רובא להוציא מהמוחזק ועדיין יש לחקור אי נגד ח' מ"ק לחוד מהני ג"כ רובא או לא ויש מקום לומר דנגד ח' מ"ק לחוד מהני רובא לפי מה שנתבאר למעלה דח' מ"ק בממונא הוי כמו חזקה קמייתא באיסורי ובאיסורי רובא וחזקה רובא עדיף. אבל יש לדחות ולומר דבממונא כל דאיכא אפי' ח' מ"ק לחוד וכגון שהאידנא אין שום א' מוחזק בו ההוא דאית לי' ח"ק מקרי גבי' ג"כ חזקת ממון דכל דידוע שהיתה שלו מתחילה אפי' עומד אח"כ בר"ה או באגם כל היכא דאיתא בי גזא דבעלים איתא וכמ"ש בכלל א' סעיף ה' ע"ש ולכאורה יש להביא ראי' לזה מהש"ס דפ' המוכר פירות דמקשה התם על רב דסובר הולכין במא"ה ממתניתין דשור שנגח את הפרה ונמצא עוברה בצידה וא"י אם עד שלא נגחה ילדה או משנגחה משלם ח"נ לפרה ורביע נזק לולד ואמאי הלך אחר רוב פרות ורוב מתעברות ויולדות והתו' פירשו בפ' השואל בב"מ (ק) דבחזקת ממון לא פליג סומכוס ומודה דהמע"ה ולא פליג אלא בח' מ"ק לחוד וכיון דאיירי מתניתין אלייבייהו בעומדת באגם א"כ גם לשמואל תקשה אלא ע"כ דאפי' נגד ח' מ"ק לחוד סובר דא"ה במא"ה. אלא שיש לדחות דבטוען שמא סברי התו' דאפי' מוחזק ממש פליג סומכוס וסובר דיחלוקו ואיכא למימר דמש"ה לא מקשה לשמואל דמיירי במוחזק ממש אלא שטוען שמא תדע דע"כ האי מקשה סובר דאיירי בטוען שמא דאי בטוען ברי גם לרב לא הוי קשה שהרי כתבו התו' בריש המניח בשם הר"ת דהיכי דטוען המוחזק ברי גם רב מודה דא"ה אחר הרוב לאפוקי מיני' הבאתי דבריהם לעיל ולפיכך אני מסתפק בהאי מילתא טובא ולא מצאתי ראי' כדי הכרעה. אבל דעתי יותר נוטה דגם נגד ח' מ"ק לחוד לא מהני רובא וקצת ראי' לדבר ממ"ש בריש שור שנגח את הפרה ל"ל למימר זה כלל גדול בדין דאפי' ניזק אומר ברי ומזיק שמא אי נמי לכי הא דאמר שמואל המוכר שור לחבירו ונמצא נגחן כו' ולפום רהיטא הני תרי מילי. ברי ושמא ורובא בחדא מיתקלא מיתקלין וברי ושמא לא מהני אפי' נגד ח' מ"ק לחוד כמ"ש בכלל א' סעיף ז' ע"ש:

יב

כתב הת"ה סי' ש"י בענין פלוגתא דרא"בן וראבי' במי שקנה סחורה בזול בחצירו של חבירו אי חצר אידך זוכה לו ואיתרחיש שקנה שמעון סחורה בחצירו של ראובן ואח"כ נזדמן שקנה ראובן בחצירו של שמעון ולא הספיק ראובן ליטול הסחורה לביתו וסגר שמעון דלתות ביתו ואמר שחצירו זכתה לו וטען ראובן עליו ממה נפשך אי חצירך זכתה לך גם חצירי זכתה לי ותן לי הריוח שהרווחת מהסחורה שקנית בחצירי. ופסק שדין זה

נחלק על שני דרכים שאם לא תבע ראובן את שמעון לדין עד עכשיו שבא מכח ממ"נ ודאי צריך שמעון לתת הריוח מועט שבשתי סחורות האלו דממ"נ ריוח אחד שלו. אבל אם תבע ראובן את שמעון לדין תחילה ונפסק הדין דשמעון יחזיק דהממע"ה א"כ הוי המעשה שני לחוד והממע"ה דמשעה שעמד ראובן עם שמעון בתחילה וזכה שמעון כבר אסח לראובן דעתי' מיני' ונתייאש מאותו ריוח ונעשה כממונו של שמעון ותו לא יוכל לחזור עליו מכח ממ"נ ע"כ והביאו הרמ"א להלכה בח"מ סי' רס"ח. והנה הת"ה מביא ראי' להאי חילוקא מהאי דאמרינן בפ' החולץ (ל"ז) ספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי יבם בתר דפליג יבם בהדי ספק בנכסי מיתנא דקאתי ספק בהדייהו דבני יבם ממ"נ דאי בר יבם הוא א"כ אית לי' מנא בהדייכו ואי בר מיתנא א"כ האי פלגא דשקיל יבם כבר בנכסי' דמיתנא דילי' דהספק הוא וליתבי לי' הפחות שבשני חלקים האלו ממ"נ ופליגי בה התם אמוראי ר' אבא סבר קם דינא פי' שאין הס' יכול לחזור ולבוא מכח ממ"נ ור' ירמי' סבר הדר דינא וכתבו שם התו' דהא דסבר ר"א קם דינא דוקא לבתר דפליג יבם כבר בנכסי מיתנא אבל אי לא פליג עדיין מודה דשקיל ספק ממ"נ ופסקו רוב הפוסקים כר"א. ונראה הטעם דודאי סברא הוא דלעולם ישקול ספק אמ"נ אלא היכי דפליג כבר ע"פ הדין אסח דעתי' ונתייאש מאותו חלק דשקיל יבם בהדי' עכ"ד הת"ה ז"ל ואולם הרב ז"ל בסיום ספרו הזה נחלק עליו ועל ראיותו דלא דמי כלל להך דפ' החולץ ואדרבה משמע שם איפכ' דע"כ התם לא הוי טעמא משום שכבר נפסק הדין ואסח דעתי' מיני' דהא קאמר עלה בש"ס התם לימא בפלוגתא דאדמון ורבנן קמפלגי דתנן מי שהלך למדינת הים ואבדה לו דרך שדהו אדמון אומר ילך בקצרה וחכמים אומרים יקח לו דרך במאה מנה או יפרח באויר ואוקימנא דפליגי בחד דאתי מכח ד' אדמון סבר מצי אמר לי' דרכי גבך ורבנן סברי דא"ל אי שתקית שתקית ואי לא מהדרנא שטר' למרייהו ולא מצית לאשתועי דינא בהדייהו לימא ר"א דאמר כרבנן ור' ירמי' כאדמון אמר לך ר"א כו' ואי איתא לדברי ת"ה מאי מייתי מהך דאדמון והרי לא דמי כלל להך דר"א דבהך דאדמון לא איפסק הדין בינתיי' ובפרט דפשט' דמתני' דאדמון משמע להדי' דהלך למד"ה ואח"כ בא ונמצ' שאבד דרכו וכשבא כבר מצא ד' שדות הללו ביד זה האחד ולא שייך כלל דנפסק הדין בתחלה ביניהם אלא ודאי הך דר"א אפי' לא נפסק הדין ביניהם בתחילה כגון שחלקו הספק עם היבם בנכסי מיתנא מעצמן בלא ב"ד נמי דינא הכי וקם דינא אין פירושו דין ב"ד אלא דין חלוקה ולא כתבו התו' אלא דבעי חלוקה מתחילה אבל ב"ד לא בעינן וכן כל הפוסקים לא הזכירו בהאי מילתא דר"א ב"ד. וטעמא דר"א הוא דס"ל דלעולם אין אומרין בממ"נ על הנכסים אלא היכי שהם של איש אחד משא"כ הכא שכבר

זכה היבם בנכסים ואח"כ הם ביד איש אחר אע"ג דהאי בתרא קאתי מכח ראשון אפ"ה א"א ממ"נ כיון דתרי גברי נינהו ור' ירמי' סובר כיון דמ"מ נכסים מכח חד אתי שפיר אמרינן בממ"נ על הנכסים זהו דבריו וטעמו והועד בבעליו מהרב עצמו ז"ל שהוא ענין נפלא. ודבר אמת בפיו דהתם ע"כ לאו מטעם דנפסק הדין ביניהם בתחילה הוא שהרי בהאי דאדמון לא נפסק הדין כלל וע"כ דהתם משום דבתרי גברי לא מהני בממ"נ וכמ"ש הרב ז"ל והרב האורו"ת החזיק בדעת הת"ה וכתב קושיות הרב מהאי דאדמון כבר הקשה הרשב"א בחידושיו ליבמות כך על דעת התו' דסברי דבעינן דוקא חלוקה בחיי היבם ותי' ז"ל הואיל והשדות מוחלטין ביד בעלים ומוחזקין בהם בודאי הוי לי' כאלו כבר עמד בדין וזכו בהן משא"כ בנכסי היבם דהם מופקדין בידו עד עת חלוקה ולכך בעי חלוקה ע"כ. ואני אומר שמדברי הרשב"א אלה ראי' לדעת הרב ז"ל שהרי בנידון דהת"ה נמי הסחורה אשר קנה שמעון מוחזקת ומוחלטת בידו ותו דסיים ולכך בעי חלוקה משמע דביבם וספק חלוקה לחודי' בעי ולא העמדה בדין אלמא דהרשב"א נמי סובר דלא בעי העמדה בדין אלא דחלוקה לחוד בעי משום דבלא חלוקה כלל לא חשיב כבא מכח תרי גברי שהרי היבם עדיין לא החזיק כלל בנכסים משא"כ בהאי דאדמון דכבר הוחזקו אותן השדו' ביד ארבעתן טרם בואן ליד זה הבא מכוחן תו לא אמרינן בממ"נ נגד תרי גברי וז"ב בכוונת הרשב"א ז"ל:

יג

וכן נראה בעיני להביא ראיה מדברי טור ח"מ סימן ר' בענין כליו של לוקח ברשות מוכר וכן להיפוך דתרווייהו ספיקי הוי אי כליו מיבטלין גבי רשות או רשות מיבטל גבי כלי וכתב הטור וז"ל וכתב הרמ"ה כיון דתרווייהו ספקי נינהו אי איתרמי תרווייהו גבי חד לוקח וחד מוכר חד כליו של לוקח ברשות מוכר וחד כליו של מוכר ברשות לוקח דינ' הוא דאתי לוקח עליו ממ"נ ומפיק מיניה חד מינייהו כו' וה"ה נמי בתרי תובעין וחד נתבע היכי דכתבו הרשאה זה לזה גבי חד מינייהו ממ"נ עכ"ל ומדלא חילק הטור דהיכא דעמד בדין במכירה הראשונה תו לא מצי ליתי עליו מכח ממ"נ משמע דאין לחלק בכך ע"כ נראה בעיני עיקר לדינא כדעת הרב ז"ל ודלא כת"ה:

ועוד נראה בעיני דגם הת"ה לא אמר למילתי' אלא משום דאיהו ז"ל ס"ל דלא מהני תפיסה בפ"ד וכמ"ש בכלל ה' משמו מש"ה מדמה לנדון דידיה להאי דספק ובני יבם אבל לפי מה דאנן קי"ל דבפ"ד מהני ת' וכמו שנתבאר לעיל ראוי דלעולם יוכל לחזור ולבא עליו מכח ממ"נ אפילו אם נאמר דר' אבא משום יאוש בעלים נגע ביה זה לא שייך אלא התם דלכתחלה כשחלק היבם עם הספק בנכסי מיתנא נתייאש מהמחצה דהתם

ודאי לא מהני תפיסה אבל בפ"ד דמהני ת' אפילו עמד בדין לא מתייאש דמימר אמר למחר אתפוס הימנו ולא יכול להוציא מידי כיון דמהני ת' ואם שזו סברא ישרה מצד עצמה עוד יש להביא ראיה ממ"ש הרא"ש בפ"ב דב"מ והטור ח"מ סי' שס"ב גבי ראה סלע שנפל משנים דחייב להחזיר כתבו משום דמימר אמר אינש אחריני לא הוי בהדאי היום וליומא אוחרא אתפוס הימנו ולא מצי מפיק מינאי אלמא דהיכי דמצי זכי ע"י תפיסה לא מייאש מיניה מיהו לפ"ז לא אתי שפיר מ"ש בכלל ב' בישוב דברי הרא"ש דס"פ המניח וכל זה כתבתי לפי מי שירצה להחזיק בדעת הת"ה וטעמו דבהא דר' אבא משום יאוש בעלים הוא אבל לדעתי העיקר בזה דלא כטעמא דת"ה אלא כדעת הרב וראייתו ברורה דבהאי דאדמון לא שייכא כלל תורת יאוש ותו דהא לא עדיפא מיאוש שלא מדעת דקיי"ל דלא מהני:

ועדיין צריכין אנו למודעי בטעמא דמילתא דר"א דסובר קם דינא וטעמו מאי כיון דאנן שהדי דיש לו להאי ספק ממונא גבי' בני יבם במאי פקע כיון דלאו משום יאוש הוא. והנה הרב ז"ל כתב בטעמ' דהאי מילתא שהוא ע"פ מה דאיתא בפ' יש בכור אמר ר' ירמיה זאת אומרת שני יוסף בן שמעון הדרים בעיר אחת ולקח א' מהן שדה מחברו בע"ח גובה ממנו דאמר לי' אי בדידך מסיקנא מנתא דידך קשקילנא ואי בחברך מסיקנ' משתעבד' לי' מקמי דידך אמר רבא מכדי נכסוהי דבר אינש אינון ערבין ביה ותנן המלוה את חבירו ע"י ערב לא יפרע מן הערב תחלה וקיי"ל דלא יתבע מן הערב תחלה ע"ש בדף מ"ח וקיי"ל כרבא אלמ' דכל דאתי מכח תרי גברי לא אמרי' בממ"נ ומש"ה פסקו רוב הפוסקים בהאי דפ' החולץ כר"א דקם דינא ולא כר' ירמי' דהדר דינא משום דר' ירמי' לשיטתו דסובר דבתרי גברי נמי אמרינן בממ"נ ומש"ה בשני יב"ש שמכר א' מהן שדהו לחבירו בע"ח אתי עלה בממ"נ אבל אנן קי"ל כרבא אלו דבריו. ותמוהין הן שהרי התם מפרש רבא להדיא טעמא דידי' משום דנכסוהי דאינש ערבין בי' ואין נפרעין מהערב תחלה והלכך לא שייך התם בממ"נ כלל דמצי אומר אני איני חייב לך וחבירי הוא דחייב לך ואני נפטר מהערבות כיון שאינך יכול להשתלם בתחלה הימינו וזה לא שייך אלא בבע"ח דנכסי' דידי' לא משתעבדי להמלוה אלא משום ערבות אבל בהאי דסקפ ובני יבם לא שייך לומר כן שהתם אומר שיש לו חלק בגוף הנכסים בממ"נ והרי הרב אומר כך בעצמו שיב"ש שגזל שדה מאחר ויש עדים בדבר אלא שאינן יודעין איזהו ואח"כ מכר יב"ש כל שדותיו ליב"ש חבירו דהדר הנגזל וטורף הימינו שדה אחת בממ"נ ולפיכך לא יכולתי לירד לסוף דעת הרב ז"ל בזה:

יד

ע"כ נראה בעיני דטעמא דר"א דסובר קם דינא הוא משום דסובר דכל בתרי גברי לעולם לא מצי לאתוי מכח ממ"נ משום דמצי אמר לי' אתינא ממאן דלא מצית לאשתועי דינא בהדי' ומה מכר ראשון לשני כל זכות שיש בידו. וכן נראה להדיא מלשון הר"ן בפרק החולץ שפוסק שם כר"א דקם דינא ואח"כ כתב שם בטעמייהו דרבנן דאדמון דמצי למימר אי שתקית שתקית ואי לא מהדרנא שטרא למרייהו וה"ק דכיון שאתי מכח ד' שהפסיד זכותו עמהם כדאמרן הרי הוא נכנס במקומן לגמרי וכאלו החזיר להם שטרותיהם ודן זה עמהם וזכו בדין דמה מכר לו ראשון כל זכות שתבוא לידי' בין מה שהוא שלו ודאי בין מה שזכה בו מחמת ספק ע"כ. ולדעתי האי טעמא מפורש בש"ס שם במקומו שהרי התם כדבעי לאוקמא פלוגתא דר"א ור"י כתנאי בפלוגתא דאדמון ורבנן קמפרש הש"ס תחילה פלוגתייהו משמי' דרבא דבחד דאתי מכח ד' דאדמון סבר מצי אמר לי' מ"מ דרכי גבך ורבנן סברי דא"ל אי שתקת שתקת ואי לא מהדרנא שטרא למרייהו ולא מצית לאשתעויי דינא בהדייהו והדר אמר לימא ר"א דאמר כרבנן ור"י כאדמון הרי דאפי' למאי דאוקמהו ר"א כרבנן מפרשינן טעמייהו משו' דא"ל אי שתקית וכו' וע"כ משום דהיינו נמי דר"א דבני יבם אומרים אתינן ממאן דלא מצית לאשתועי דינא בהדי והר אנחנו במקומו וכמ"ש הר"ן והתרצן השיב דר"י נמי מצי סובר כרבנן דהתם האי טעמא דמהדירנא שטרא למרי' טענה מעליא היא טפי. ומעיקרא ס"ד דהאי דא"ל אי שתקת אינו אלא כמראה מקום להם דאתינא מכח מאן דלא מצית לאשתועי דינא בהדי' וכטעמא דר' אבא. והיא ראי' גדולה להאי מילתא ואף שהרב האורו"ת עמד ג"כ בזה במה דתפס הש"ס בדס"ד דר"א כרבנן האי טעמא ברבנן אי שתקית והפליג בזה לדרך אחר האמת יורה דרכו ואשתמיטתי' להאורו"ת לשון הר"ן הנ"ל דאיהו ג"כ פוסק כר"א ומפרש דרבנן נמי מטעמא דקם דינא הוא והא דקאמרי אי שתקית כו' שייכא ג"כ בדר"א וכמ"ש. וזהו נמי דעת הרמב"ם דבפ"ה מנחלות פוסק כר"א דקם דינא ובפט"ו מטוען ונטען בהאי דאבדה לו דרך שדהו בחד דאתי מכח ד, כתב טעמא דאי שתקית אלמא דחד טעמא מישך בחברי' וכן נראה להדיא מלשונו בהלכות טוען ונטען שכתב ז"ל שהרי אומר לו עתה אם אחזיר לכל אחד שטרו אין אתה יכול לעבור על אחד מהן ואני קניתי מכל אחד מהן כל זכות שיש לו בו ומכל זה ראיות ברורות דטעמא דר"א לאו משום יאוש בעלים הוא אלא מטעמא דאמרן ובתרי גברי דוקא וכמ"ש הרב ז"ל. ולפי"ז אין הפרש בנידון דהת"ה בין נפסק הדין מתחילה או לא אבל יש הפרש בין אדם א' לשני בני אדם דבאדם א' לעולם יכול לחזור עליו מכח ממ"נ אבל בשני בני אדם לעולם לא

יוכל לבוא מכח ממ"נ ואם זכה שמעון מכח קי"ל ומת ואח"כ איתרחיש להיפוך בין יורש שמעון לראובן ויורש שמעון מוחזק מצי למימר תו קים לי להיפוך ואין ראובן יכול לבוא על יורש שמעון מכח ממ"נ דאביו דכל בתרי גברי קם דינא דהראשון ובאורו"ת משיג על הרב ז"ל בזה ממ"ש הטור ח"מ סי' ר' בשם הרמ"ה בכליו של לוקח ברשות מוכר דאי מיתרמי בחד לוקח ומוכ' פעם כליו ש לוקח ברשות מוכר ופעם כליו של מוכר ברשות לוקח דאתי לוקח ומפיק חד בממ"נ אבל בשנים תובעין וחד נתבע צריכין לכתוב הרשאה זה לזה ע"כ אלמא דאפי' הרשאה מהני לטעון עליו ממ"נ ומכ"ש לוקח או יורש גופי' דאין לך הרשאה יותר מזה ולכן דבריו דחוים ואין להם שחר עכ"ד האורו"ת ותמהני עליו דבשני תובעין ונתבע אחד למה הוצרך ללמוד מדברי הרמ"ה והוא ש"ס ערוך בפ' יש בכור וכ"כ בטור וש"ע ח"מ סי' מ"ט. אבל באמת דברי הרב ז"ל בהאי מילתא כשחר נכון מוצאו ודברי האורו"ת דחוים דמה ענין שני תובעין ונתבע אחד לשני נתבעים ותובע א' דבשני נתבעים ותובע א' שפיר אמרינן דאפי' היכי דירש נתבע אחד נכסי נתבע חבירו אפ"ה לא מצינן לאתוי עלי' מכח ממ"נ מטעם האמור לפי שאומר אני עומד במקום נתבע הראשון וכל זכות שיש לו בו מכר או הוריש אבל בשני תובעין ונתבע אחד כל שתובע אחד נתן כח והרשאה לתובע השני או הוריש כוחו לו תו אין לנתבע זה מקום לסמוך ולדחותו וזו פשוט באופן שדברי הרב ז"ל הם יתד בל תמוט דלא שייך קם דינא אלא בתרי גברי ואף אם שנראה מדברי המפרשים הראשונים ומלשונותם בהאי ענינא דאפי' בחד גבר' שייך קם דינא כבר כתב הרב שלא כתבו כן אלא לפום רהיטא ולא לקושטא דמילתא. ואני מוסיף עוד דאפי' סברו כן לקושטא דמילתא מ"מ כך היא בירורא דמלה כמו שאמר הרב ז"ל והאמת יורה דרכו ובפרט שמצאתי לו רב קדמון הר"ן שכן דעתו ג"כ וכמ"ש והכי נקטינן:

טו

איברא יש לעיין בהאי דפ' יש בכור דקאמר רבא מכדי נכסוהי דאינש אינון ערבין בי' ותנן המלוה ע"י ערב לא יפרע מהערב תחלה וכמו שהבאתי למעלה ולמה לי' האי טעמא תיפוק לי' דבתרי גברי לא מהני בממ"נ ואין לומר דרבא לא ס"ל כר"א דקם דינא דא"כ לא הוי להו לראשונים לפסוקי הלכתא כר"א דרבא ור"י רבים נינהו נגד ר"א ועוד דרבא מרא דשמעתתא טפי והרב ז"ל הקשה כמו כן דה"ל לרבא למימ' טעמא דאי שתקית וכרבנן דאדמון ותירץ דנ"מ בהאי טעמא דאפי' בירש יב"ש מיב"ש דודו א"נ מת יב"ש המוכר דבה"ג לא מצי אמר מהדרינא שטרא למרי' ואפ"ה פטור מטעם דנכסוהי ערבין וכו' והאי תירוצא מספיק לקושיא דידי' ולא לקושיא דידי דהרי התם נמי מת היבם ואפ"ה לא מצי

הספק מפיק מבני היבם. משום דקם דינא אלא דהרב ז"ל סובר דהא דנכסוהי ערבין וכו' והא דר"א דקם דינא חד טעמא הוא וכמ"ש לעיל בשמו אבל באמת שגג בזה דתרי טעמא נינהו ואין ענין זה לזה וכמו שנתבא':

הן אמת דיש לתרץ ולחלק בין האי דר"א דקם דינא להאי דפ' יש בכור ע"ד שמחלק הש"ס התם בהחולץ בהאי דאדמון דמצי' סבר קם דינא ואפ"ה ילך בקצרה משום דאמר מ"מ דרכי גבך ופרש"י דטענת בריא הוא דיודע מה קתבע אבל בהך דר"א ליכא למימר הכי דלא ידע מאי קתבע מיני' אי פלגא דנכסי מיתנא אי פלגא מנתא בנכסי יבם ומכח שתי טענות בא עליהם בכל אחת ואחת אומ' לו הבא ראי' ולפי"ז מצינו לומר דר"א לא קאמר קם דינא אלא בספק ובני יבם דלא ידע מה קתבע אבל היכי דידע מה קתבע כהאי דדרכי גבך איהו נמי מודה דהדר דינא ואתי מכח ממ"נ ואף דאנן קי"ל כרבנן דאדמון היינו מטעמא דאי שתקית שתקית וכן נראה להדיא מדברי הרב שפסק כאן במי שאבדה לו דרך שדהו דאם מתו בעליהן ילך בקצרה דתו ליכא למימר מהדרינא שטרא למרייהו והרי אנן נקטינן הלכתא כר"א דקם דינא וא"כ אפי' ליכא למימר מהדרינא שטרא לא מצי לאתוי מכח ממ"נ אלא דס"ל דהתם ר"א מודה משום דאמר לי' מ"מ דרכי גבך ולפי"ז ניחא דהאי דפ' יש בכור נמי ידע מה קתבע ואומר מ"מ מנה אית לי גבך מנכסייך וז"ב ולכן לא מצי רבא למימר טעמא דר"א דקם דינא והוצרך לטעמא דנכסוהי דאינש ערבין כו' אבל דע דמה שפסק הרה בהאי דאבדה לו דרך שדהו דאם מתו בעליהם ילך בקצרה אין נוחין בעיני ואם שחזרו ונישנית בחיבורו הש"ך בסי' קמ"ח לפי שאני רואה מדברי גדולי הראשונים ז"ל שאין מחלקים לר"א בין ידע טענתי' ללא ידע שהרי רב אלפס ז"ל כתב בהחולץ דהלכתא כר"א משום דקים לי' כרבנן דאדמון ופירש בו הרמב"ן ז"ל דאף דבגמרא משני לה דר' ירמי' נמי מצי סבר כרבנן ור"א כאדמון שינוייא היא ולא סמכינן עלה כי דרך הגמרא לדחות כסברא מועטת ועיקר נקטינן דר"א כרבנן ור"י כאדמון כמ"ש הרא"ש שם בשמו אלמא דאנן נקטינן בטעמייהו דרבנן דקם דינא וכר"א אפי' דידע טענתי' ואומ' מ"מ דרכי גבך וא"כ אפי' מתו בעליהן סברי, רבנן דיקח לו דרך במאה מנה או יפרח באויר והוא ברור וכן נראה להדיא מלשון הר"ן דפ' החולץ שאחר שביאר שם לטעמייהו דרבנן דאדמון שהוא משום דמה מכר לו ראשון כל זכות שתבא לידו כתב וז"ל וה"נ קי"ל כר"א דאע"ג דבני יבם באים עליהם מכח ממ"נ משא"כ ליבם אמרינן קם לי' דינא וכ"ש הוא דהתם בריא הוא בתביעתו דודאי יש לו דרך גבי' וכמו שתובע לחבירו מנה שני נתערב במעותיך אבל הכא נהי דאתי עלייהו בממ"נ אינו ברי בתביעתו מאיזה כח הוא בא אם מכח מיתנא מכח יבם ובכל טענה מאלו אמרינן לי' אייתי ראי' הלכך

אי אמרינן התם הלכתא כרבנן כ"ש דפסקינן הכא כר"א וקם דינא עכ"ל אלמא דלדידן דקי"ל כר"א דקם דינא לא מחלקינן כלל בין ידע טענתי' ללא ידע ובטעמייהו דרבנן נקטינן נמי שהוא מטעמ' דר"א דקם דינא והרב ז"ל אגב חורפי' לא עיין בה א"כ הדרא קוש' דידי לדוכתא דל"ל לרבא טעמא דנכסוהי ערבין ואיהו ז"ל למדה מהא דפ"ק דב"ק מכרן לאחד דקאמר הש"ס התם וכו' ולא מצי אמר מהדרינא שטרא למרי' ולא דמי דהתם לא מצי אמר אתינא מכח גברא דלא מצית לאשתועי דינא בהדי' שהרי כשנשאר העדית אצל המוכר לא הי' יכול לדחותו מהן אבל הכא כשהיו השדות ביד בעליהן היו יכולין לדחותו השתא נמי מצי אמר אתינא מכח גברא דלא מצית לאשתועי דינא בהדי' כו' ומטעמא דר"א דקם דינא. ויש לומר דרבא בפר' יש בכור מהדר לר' ירמי' לפום שיטתי' דר"י פליג על ר"א בהחולץ וס"ל הדר דינא וקאמר רבא דאפי' לשיטתי' נמי א"י להפרע הימינו משום דנכסוהי ערבין כו':

ובעיני קרוב לומר שזהו טעמ' דהרמב"ם דהשמיט הך דינא דרבא דפ' יש בכור וטעמו ולא הזכירו בשום מקום וכבר עמד על זה הרב גידולי תרומה ז"ל ולפי האמור ניחא דרבא גופי' לא הוצרך אלא לפום שיטתי' דר"י דס"ל הדר דינא אבל לפי מה דקי"ל כר"א דקם דינא וכמ"ש הרמב"ם בפ"ה מנחלות פשיטא שאינו יכול לבוא על יב"ש הלוקח מכח ממ"נ משום דאמרינן מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו וכמ"ש הר"ן וכמו שנראה להדיא מלשון הרמב"ם דפט"ו מטוען ונטען שהבאתי לעיל מש"ה לא הוזקק הרמב"ם להביא הך דינא דרבא וטעמו והוא נכון:

העולה מזה דבחד גברא וכנדון דת"ה לעולם מצי לחזור עלי' מכח ממ"נ ואפי' נפסק הדין ביניהם ובתרי גברי לעולם לא מצי לחזו' עליו מכח ממ"נ משום דכל זכות שיש להבעלי' הראשוני' מכרו או הורישו לזה ולכן אפי' היכי דאיכ' עדים שיב"ש אחד גזל שדה מראובן אבל אין הערים יודעין איזהו יב"ש ואח"כ מכר יב"ש אחד כל שדותיו ליב"ש חבירו אפ"ה לא מצי ראובן לחזור על יוסף ב"ש הלוקח ולומר שדה שלי גבך משום דכל בתרי גברי לא אמרינן בממ"נ והרב ז"ל פסק בזה דטענת ראובן טענה ואיהו סובר ע"כ דכל דידע טענתי' מאי קטען מודה ר"א דהדר דינא אבל עדיין קשה גם לשיטתו הי' לו לבאר דמת המוכר דאל"כ מצי אמר אי שתקית שתקית ואי לאו מהדרנא שטרא למרי' אבל לפי מה שביארתי אפי' היכי דמת המוכר אפ"ה לא מצי לחזור על הלוקח וכן במי שאבדה לו דרך שדה בחד דאתי מכח ארבע' אפי' מתו המוכרים יקנה לו דרך במאה מנה או יפרח באויר ודלא כהרב ז"ל והדברי' ברורים בסייעתא דשמיא:

כלל ז

יבאר דתפיסה ברשות מהני לכ"ע ומהו תפיסה ברשות וה"מ במטלטלין אבל בקרקעות לעולם לא מהני אלא היכי שהמכירה ודאית וספק בקיום התנאי וע"ד שיתבאר:

א

תפיסה ברשות נראה מדברי המפורשים הראשונים ז"ל דלכ"ע מהני שהרי הרמב"ן מרא דהאי שמעתתא דס"ל דל"מ תפיסה בספקא ואחריו נמשכו סיעת מרחמוהי הרשב"א והרא"ה והריטב"א והר"ן והנ"י ז"ל ואיהו עצמו ז"ל כתב בחידושיו בריש ב"מ דתפיסה ברשות מהני ופירש עפ"ז דמ"ש רב אלפסי בפ' השואל גבי איסתרי מאה מעי דאי תפס לא מפקינן מיני' היינו היכי דתפס ברשות ע"ש וגם בתשובת הרשב"א שהביא הב"י בסי' מ"ב כתב להדיא דאי מטלטלי נינהו ותפס מדעת בעלי' קנינהו הבאתי' לעיל בכלל ב' סעיף ב' והכי מבואר להדיא מדברי הרשב"א והר"ן בפ' מי שאחזו שהבאתי לעיל בכלל ה' סעיף ח' וכ"כ הנ"י בריש ב"מ להדיא וכן דעת התו' ולא מצאתי מי שיחלוק ע"ז זולת הסמ"ג שיש להוכיח דסובר דאפי' תפיסה ברשות לא מהני מדכתב בהאי דמת ביום שלשי' מש"ה מהני תפיסת הכהן ואם נתן לא יטול משום דתפס קודם הספק והוא בעשין צ"ה והרי התם הויא ת"ב שהרי הבעלים נתנו לכהן מדעתן וכמו שבאמת שאר המפרשים כתבו לשם האי טעמא אבל הסמ"ג יחידאה הוא בדבר הזה ולא מצינו לו חבר:

ומהו התפיסה ברשות הרב הת"ה בסי' שכ"א כתב דבעינן שהבעלים הראשונים יתפיסהו מדעתן לאותן שהן מוחזקין עתה אדעתא שיהא שלהם בכה"ג הוא דמהני משא"כ לתופס דבר שבידו כתורת שאלה או פקדון או אפי' אם בא לידו מאליו הואיל ולא התפיסוהו הבעלים אדעתא דיהא שלו זה לא הויא ת"ב עכ"ד ובתשובת מוהר"י בן לב ז"ל בספר ראשון כתב דהאי מילתא דהת"ה לא נמצא בשום פוסק ואם איתא דסבירא להו הכי הוי להו לפרושי דכגון האי ודאי צריך לאדועי ע"כ. ובעל גידולי תרומה ז"ל הוסיף על דברי מוהר"י בן לב וכתב להוכיח דהנ"י לא ס"ל האי דת"ה מדכתב בריש ב"מ דכור בשלשי' סאה בסלע וכן המשכיר בית לחבירו בי"ב זהובים לשנה מדינר זהב לחדש הוי ת"ב והרי התם לא יהיב לי' אדעתא דיהא שלו שהרי אמר כור בשלשים ומצי למימר שהוא נותן לו ע"ד שיוכל לחזור בו עד סאה אחרונ' וכן בהאי דמשכיר בית לא יהיב לי' אדעתא דיהא שלו ואפ"ה דן לי' הנ"י בת"ב אלמא דכל שלא בא לידו בדרך תפיסה ותקיפה הויא ת"ב. והרב ז"ל בסי' נ"ט הכריע כדעת הת"ה ועל דברי הנ"י כתב דהתם שאני כיון שאם יהי' הדין ברור שחדש העיבור יהי' לשוכר א"כ תפס ברשות שהרי הניחו לדור בו והיינו אדעתא שיהא שלו גם החדש הי"ג וכן אם יהי' הדין ברור דראשון ראשון

קנה יזכה בו הלוקח שהרי נתנו לו אדעת' שיהא שלו אלא שיש ספק מצד הדין אי חדש העיבור לשוכר וכן אי ראשון ראשון קנה הלכך כיון דת"ב מהני משא"כ כשבא לידו בתורת שאלה או פקדון שאפי' הדין ברור מ"מ זה שבידו לא בא לידו ברשות שיהא שלו שהרי מתחילה בא לידו בתורת שאלה או פקדון או מאליו בלא דעת בעלים עכ"ל. ודבריו אלה נאמנו מאוד ואם שבעיקר ראיותיו שהביא לדעת הת"ה לדעתי יש להשיב עליהן. אבל לא אכפיל לפי שלדעת העני' אפי' הלואה לא הויא ת"ב כמו שיתבאר הסמוך בס"ד ומכ"ש שאלה ופקדון דלא הוי ת"ב אבל יש לכאור' שום עיון בזה מהא דכתב הרא"ש בסוף פ"ק דבכורו' משמי' דהרמב"ן דמש"ה במת ביום שלשי' לר"ע אם נתן לא יטול משו דהכהן ת"ב והעתיק הרב לשונו בסי' ל' וכ"כ התו' בפ' יש בכור (מ"ח) הבאתי דבריה' לעיל בכלל ג' סעיף ד' והרי רוב הפוסקים פסקו התם כשמואל דהפודה בנו בתוך שלשים יום ונתעכלו המעות אין בנו פדוי כשמואל ואליבי' מוקמינן להאי מתניתין התם (מ"ט) דאיירי באיתנהו למעות בעינייהו וכן דעת התוספות דהלכתא כשמואל ובמרובה (ע) כתבו דמה"ט מהני התם הרשאה בנתן פדיונו בתוך שלשים משום דאליבי' דשמואל לא מצי יהיב ליה ע"מ להוציאן אלא בתורת פקדון דוקא ובפקדון לכ"ע מהני הרשאה ע"ש וכיון דבתורת פקדון הוי ביד הכהן מדוע תקרא ת"ב כיון דפקדון לא הוי ת"ב ויש לומר דהתם שאני שאף שבעינן שלא יתעכלו המעות ובתורת פקדון הם ביד הכהן היינו דוק' עד הגיע עת הפדיון ובהגיע הזמן תו הם שלו לחלוטין והוי כאלו אמרו להם הבעלים יהיו חמש סלעין הללו בפקדון בידך עד עת שיגיע זמן הפדיון ובהגיע הזמן היו שלך בפדיון בני מש"ה במת בתוך שלשים יוכל להרשות עליהן דהאי שעתא פקדון נינהו אבל במת ביום שלשים דהוא ספקא אם הוא זמן הפדיון או לא שפיר הוי ת"ב שהרי אם הדין שזמן הפדיון הוא תו הוה הכהן ת"ב דשוב יצא מתורת פקדון שהרי הבעלים נתנו לו אדעת' שיהיו של הכהן אם הדין עמו אבל שאר שאלה ופקדון אפילו אם הדין עם התופס מ"מ לא הוי ת"ב לפי שהבעלים לא התפיסוהו אדעתא דהכי וע"ד שחילק הרב ז"ל והוא נכון:

ב

מיהו כתב הרב ז"ל בסימן ס"א דהיכא דהלוה א' לחבירו מעות ורוצ' הלוה לתפוס המעות מכח ספקא דדינא מהני תפיסה אפילו לדעת הת"ה דע"כ לא קאמר אלא בשאלה ופקדון דכיון דהדר בעיני' א"כ לא ה"ל התופס בעלים דפקדון כל היכא דאית' ברשותי' דמרי' אית' אבל הלואה כיון דלהוצאה ניתנה א"כ ה"ל התופס בעלי' דהא ודאי במעות לא שייך לומר אוקי ממונ' ח' מ"ק דאין לו בעלים ידועים כיון דלהוצאה ניתנה ע"כ.

ובעניותי נראה דגם הלואה לאו ת"ב הוא. כיון לאו אדעתי' שיהא שלו יהיב לי' אלא אדעתי' דלישתלים מיני' וראי' ברורה לזה מתשובת הרשב"א סי' תקע"א באשה שמסרה את בעלה וא"י כמה דהשיב וז"ל בפ' הכונס איבעי' לן אי עשו תקנת נגזל במסור ולא איפשטא וכיון דלא איפשטא מספיקא לא מפקינן ממונא ומה שראיתי למקצת הרבנים דהכא תפס דהיינו הכתובה שהוא חייב לה אינו נ"ל כלל דלא אמרינן הכי אלא כשלא תפס בעדים אבל הכא דתפס בעדים דשטר כתובה בידה לא עכ"ל ואי ס"ד דהלואה הוי ת"ב ראוי הי' שיהני תפיסת הבעל בדמי כתובתה וראי' זו מביא באורו"ת ג"כ וברורה היא ואם שלפי מ"ש הרב ז"ל בסימן ק"ל דהיכי דיש לאידך שטר לא מהני לזה תפיסה במעות שחייב לו ע"ש יש להשיב על ראי' זו ולומר דהרב לא קאמר דהלואה הוי ת"ב ומהני אלא כשאין ביד אידך שטר אבל באידך נקיט שטר' לא. גם דבר זה לא נהיר בעיני דמה בכך דאידך נקט שטר' כיון דשטר העומ' לגבות לאו כגבוי דמי ומה שנסתייע לסברתו זאת מדברי הרי"ף בפ' יש נוחלין גבי בעי' דבעי רבא בבריא האיך תיקו הלכך מוקמינן כתובה אחזקתה ועל הבעל להבי' ראי' דמחלה אלמ' דלא מהני תפיסה כיון שיש לאידך שטרא לדעתי העני' לא מן השם הוא זה אלא מטעמ' דידי משום דהלואה נמי הוי תפיסה שלא ברשות ודעת הרי"ף אליבי' דהרמב"ן דל"מ תפיסה בתיקו. ויש לי להביא ראי' דאפילו היכי דנקט אידך שטרא מקרי הלוה תפס והיא מדברי הרמב"ן והר"ן בפר' איזהו נשך שהשיבו על הראב"ד במה דסובר דאפילו אבק ריבי' דאינ' יוצאה בדייני' אי תפס הלו' מיני' דהמלוה לא מפקינן מיני' והשיב הרמב"ן עליו ממה שאמרו בש"ס בענין האוכל פירות משכנתא בגוונא שהיא א"ר דלא מחשבינן משטרא לשטרא ולדעת הראב"ד הא תפס הלוה ואיך מפקינן מיני' ומי עדיף ממאן דתפס מיני' בע"כ ואי משום שטרא הא קי"ל שטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי עכ"ל הרמב"ן וכ"כ הר"ן הביאם מוהרב"א בשיטתו לשם הרי לך בפירוש דהיכי דמהני תפיס' מהני תפיסת הלוה אף דנקט אידך שטרא וא"כ הא דכתב הרשב"א דלא מהני תפיסת הבעל בדמי כתובתה ע"כ הוא משום דתפיסה שלא ברשות הוא וז"ב:

ובזה נ"ל ליישב דעת הרמ"א בח"מ סימן ס"ה שמחלק שם דדוקא בשטר א' פרוע הגדול פרוע אבל אומר שטר א' מחול לך הקטן מחול והוא מתשובת מוהרד"ך ומטי בה משמי' דהרשב"א ז"ל ורבנן בתר' ז"ל מקהי בה אקהותייהו כמ"ש הש"ך שם דמהרד"ך מדמה לאומר שדה אחת מכור לך המבואר בח"מ סימן ריי"ח ולא דמי דהתם המוכר מוחזק בשדהו אבל הכא המקבל מוחזק במעות ודמי לפרוע ומה"ט אמרינן בסימן מ"ב דאף בשובר יד בעל השובר על העליונה נגד השטר ואף שכתב בו לשון מחילה וכדאיתא

בסימן מ"ג וצ"ע עכ"ל הש"ך. וגם הרב הכנה"ג מהסס שם טובא בהאי מילתא עד שהעל' דהרשב"א ס"ל דלא אמרינן אי תפס לא מפקינן מיני' אלא בדתפס שלא מדעת המלוה אבל הכא דתפס מדעת המלוה אע"פ שהוא תפוס מפקינן מיני' ואע"ג דכתב בעל התרומות משמי' דהרמב"ן ז"ל דהא דכתב הרי"ף גבי איסתרי מאה מעי דאי תפס ל"מ מיני' פירוש לפירושו אם נתן לו מאה מעי ברשותו או שנתן לו המטלטלין כיון דברשותיה יהיב ברשותיה קיימי והממע"ה הרשב"א ז"ל לא ס"ל הכי עכ"ל. ובעיני יפלא על הרב הכנה"ג שערב לו לומר דהרשב"א יסבור דתפיסה שלא ברשות מהני ות"ב לא מהני מה שההיפוך מבואר בפי כל הראשונים ז"ל כמו שהראת לדעת בסעיף א' ותו איך נעלם הימנו דברי תשובת הרשב"א שהביא הב"י סימן מ"ב שכ' להדיא דאי מטלטלי נינהו ותפס מדעת בעלי' קנינהו הרי דאיהו ז"ל קאי בשיטת רבו הרמב"ן דת"ב מהני ושלא ברשות לא מהני:

אמנם בעניותי הקושיא ההוא מעיקרא ל"ק לפי דהלואה נמי תפיסה דלא כרשות היא וכמ"ש משום דהמלוה לאו אדעת' דהכי יהיב לי' אלא אדעתי' דלישתלים מיני' ות"ב בעינן שהבעלים ימסרהו להתופ' אדעת' שיהא שלו וכמ"ש הת"ה ומש"ה בשטר א' מחול לך שהספק אם הגדול מחול או הקטן מוקמינן להחוב בח' מ"ק עד שיתבאר שנמחל וכדרך שכתב הרי"ף בפ' יש נוחלין דמוקמינן לכתובה אחזקת' ותפיסת הלוה בדמי חובו לא מהני משום דהוא תפיסה שלא ברשות משא"כ בשטר א' פרוע לא שייך לוקמה החוב בחזקת מ"ק שהרי אין אנו מפקינן כלום מחזקתי' דאפשר דהגדול נפרע ושילם לו הלואתו והחזיר להמלוה את שלו. והגע בעצמך מי שהפקיד אצל חבירו ואח"כ נולד ספק בחזרה שנים אומרים החזיר ושנים אומרים לא החזיר דודאי אין מחייבין את הנפקד ואף דפקדון לא הוי ת"ב. משום דאין רצון הנפקד להוציא מידי מחזקת המפקיד אלא דמסתפקא לן דלמא כבר החזיר לו את שלו ומה שנתבאר בסימן מ"ב דאפילו נכתב בשובר לשון מחילה ידו על העליונה אייריי בשטוען ברי ומש"ה שפיר מהני תפיסת הלוה בדמי החוב דלא גרע מיהת מתפיסה שלא ברשות דמהני בטוען ברי כמו שנתבאר בכלל ב'. אך לפי"ז קשיא לשיטת הרא"ש דסובר דאליבי' דהרי"ף מהני ת' בתיקו א"כ למה כתב בהך בעיא דאוקמה כתובה אחזקתה ולא מחלה ואמאי נהי דהוי תפיסה שלא ברשות מ"מ מהני בתיקו אליבי' תו קשיא לי שהרא"ש ז"ל פסק שם דמספקא לא מפקינן מיתמי ואמאי והרי איהו לעצמו סובר דל"מ ת' בתיקו וכמו שנתבאר למעלה וכיון דבס' מחילה דיינינן להלוה כתפס שלא ברשות א"כ מדוע מהני התם תפיסת היתומים. ומצאתי לאא"ז בפ"ח שם על מה שתמה הב"י בא"ה סימן ק"ו שלא הביא הרא"ש דעת

הרי"ף כתב איהו ז"ל שבספרי הרי"ף שבידי הרא"ש לא היה כתב כך ולפי"ז מיתרצי קושיא קמייתא ובתרייתא עדיין קשיא ויש ליישב בדוחק ועיין בא"ה סימן ק"ו:

ג

ובחידושי הר"ן לב"מ בפ' השואל בהא דאמר רב נחמן דאפילו בא בסוף החדש כולו למשכיר כתב וז"ל וא"ת היכי אמר כולו למשכיר דמשמע אפילו לא פרע השכירות עדיין ואמאי כי היכי דהמשכיר מוחזק בקרקע שוכר מוחזק בשכירות ואיך מפקינן מיני' וי"ל משום דחיובו של שוכר ברור שהוא חייב לו ליתן י"ב זהובים לשנה שאפילו את"ל חדש העיבור דשוכר הוי מ"מ אם ירצה המשכיר שידור י"ב חדש א"א לו שיפטור מחובו דהיינו י"ב זהובים משא"כ חיובו של משכיר שהרי יש ספק בעיקר חיובו דשמא אין עיבור בכלל הלכך מחייבין לפרוע למשכיר ששכרו ברור ולא מפקינן מחזקתו מספק עכ"ל העתיקו מוהרב"א בשיטתו שם והנה קושיתו זאת דהר"ן ז"ל צריכה לפנים ואפילו לפי מה שהוכחנו דהלואה הויא תפיסה שלא ברשות היינו דוקא היכי דחוב הלואה ברור כמו ראובן החייב לשמעון מנה ואח"כ הזיקה בהמתו של שמעון לראובן בצרורות ע"י שינוי דשמעון לא מחייב לשלם יותר מרביע נזק כיון דספק' הוא ולא מהני תפיסת ראובן בדמי חובו משום דהלואה הוי תפיסת שלא ברשות א"נ בספק מחיל' וכנידון דמהרד"ך שנתבאר כיון דכל כמה דלא נולד ספק מתחילתו הי' ברור בחובו ולא מפקינן מחזקתו אבל בהאי דשוכר מרחץ בי"ב זהובי' לשנה מדינר זהב לחדש הספק נופל בחיובו של השוכר אם י"ב חדש עבור י"ב זהובי' נמצא מגיע עבור חד א' זהוב שלם ואם י"ב זהובי' לשנה עולה שכר חדש זהוב פחות חצי מעה ועוד מעט והיכי דלא נתן לו השכירות והמשכיר בא בתחילת החדש איך מחייבין אותו ליתן י"ב זהובים שלמים עבור י"ב חדש כיון דאנו מסופקים דלמ' תפס לשון אחרון ומעולם לא נתחייב לו י"ב זהובים שלמים. והרב האורו"ת ז"ל עמד בזה ואמר משום דלעולם אינו יוצא מידי חובת י"ב זהובים שלמים די"ב חדשים לעולם שנה רק חז"ל אמרו דאדר שני תוספות הוא ומחויב המשכיר להניחו לדור בחנם אבל מ"מ כל החוב י"ב זהובים נגמר ונשלם בכלות הי"ב חדש וכתב שיש להמתיק דבר זה בדבריו של הר"ן ולשונו בתירוצו לקושיא ההיא ע"ש. ופטומי מילי נינהו ומה יענה במשנה ערוכה בפרק קונם יין (ס"ג) קונם יין שאני טועם לשנה נתעברה השנה אסור בה ובעיבור' האם יאמר שם ג"כ שבכלות הי"ב חדש כלה נדרו אלא ודאי הדברים כהווייתן דבנדרים הולכין אחר לשון בני אדם ובאומר שנה כוונתו על שנה תמימה והעיבור בכלל וכן בשכירות שנדרים ושכירות שוין הן בענין

זה כמבואר ומה שרצה להתלות באילן גדול הר"ן ז"ל הרואה יראה שאין לו בו אף כדי אחיזה כל שהו:

והנראה בעיני בתירוצא דהאי מילתא היינו שאפי' את"ל דלשנה השכירו מ"מ חיובו של השוכר זה ברור סך י"ב זהובי' שלמים שהרי ביד המשכיר להניחו לדור בו עוד החדש העיבור ג"כ ואז לא יוכל לגרוע מחובו מידי הלכך אין הספק נופל אלא בקרקעו של המשכיר אם החדש העיבור עדיין משועבד להשוכר או לא ומוקמינן לה בחזקת בעלים ודמיא להא דאמרינן בפ"ב דב"ב (כ"ד) גבי אילן ספק זה קדם ספק זה קדם קוצץ ואינו נותן דמים מ"ט אילן למיקץ קיימא ואי משום דמי אייתא ראי' ושקיל. וברור בעיני שהר"ן ז"ל נתכוין ג"כ להאי טעמא אלא שט"ס בלשונו שנתחלף ב' בג' וצ"ל שאם ירצה המשכיר שידור בתוכו י"ג חדש א"א לו שיפטור מחובו וכיון דחיובו דשוכר ברור מש"ה לא מהני לי' תפיסה בגוה דהלואה לאו ת"ב הוא וכמ"ש:

ומצאתי ממש כיוצא בזה בדברי הה"מ בפ' כ"ח ממכירה היות שכתב שם הרמב"ם ז"ל האומר לחבירו בית כור עפר אני מוכר לך בין חסר בין יתר מדה בחבל הלך אחר פחות שבלשונו' ואין לו אלא כדין אם חסר או יתר ע"כ והראב"ד הגיה עליו ז"ל א"א מהו זה כי הפחות שבלשונות קולא היא לנתבע ואם נתן מעו' הלוקח הוא התובע ואם לא נתן מעות והלוק' מוחזק והמוכ' תובע מעות יתרי' הוא התובע ופעמים שחסר קולא או חומרא לנתבע וכן היתר ע"כ וזה"מ ז"ל אחר שהביא השגות הראב"ד מביא שהרב מיג"ש ז"ל פירש דיד בעל השטר על התחתונה ורשב"ם ז"ל פירוש דיד המוכר שהוא מוחזק בקרקע על העליונה הלכך אם פיחת להכי אמר לי' הן חסר הן יתר אם הותיר להכי אמר לי' מדה בחבל ע"כ וזה דעת המחבר וכן נ"ל ואפי' בא מוכר ליקח מעות כופין את הלוקח ליתן בשהותיר לפי שהקרקע בחזקת בעלי' עומדת וכן אמרו לענין שכירות בב' לשונות סותרים כמו שיתבאר בפ"ז משכירות עכ"ד הרי דס"ל דאפי' לא נתן הלוקח מעות כופין את הלוקח ליתן ואין לו בקרקע אלא הפחות שבלשונות ובשהותיר המותר להמוכר והוא מטעם האמור לפי שחזקת הלוקח במעות לא חשיבא לפי שחיובו ברור שהרי אם ירצה המוכר ליתן לו המותר לא יפטור מחובו:

ד

הן אמת שראיתי להש"ך בסי' רי"ח שפירש בדברי הה"מ דאם הלוקח אינו רוצה ליתן מעות עד שיתן לו המוכר המותר אין כופין אותו ליתן אלא שה"ה איירי שהלוקח חפץ בהקרקע אבל רוצה שיתן לו גם המותר כופין אותו ליתן המעות וכל זמן שאינו נותן הקרקע של המוכר ע"ש שהאריך בזה וכתב דגבי שכירות ג"כ לא אמרינן אלא שצריך

לשלם בעד החדש י"ג כשכבר דר בו ע"ש ולפי דעתו בהאי דשכירות אם בא השוכר בתחילת השנה ואמר אין רצוני שאדור בו אלא אם תתנהו לי בעד י"ב זהובי' לשנה שומעין לו וכן במדה בחבל הן חסר הן יתר ואינו רוצה ליתן דמים אלא כפי המעולה שבלשונות הדין עמו וליכא מעליותא למוכ' לגבי הלוקח שכשם שאין הלוקח יכול לכוף את המוכר ליתן לו המותר כך אין המוכר יכול לכוף את הלוקח ליתן לו הדמים בלעדי המותר. ולא כן נראה מלשון הה"מ דלהאי מילתא לא הי' צריך הה"מ לראי' מענין ב' לשונות הסותרים בשכירות דמהיכי תיתי נכוף המוכר והוא מוחזק וגם הראב"ד ז"ל ודאי לא עלה על דעתו שבשלא נתן המעות נכוף המוכר ליתן קרקעו אם אינו חפץ ליתן אלא כהפחות שבלשונות הגם שהש"ך ז"ל כתב שבאמת לא נתכוין הה"מ לחלוק על דעת הראב"ד לא משמע כן ממ"ש וזה דעת רבינו וכן נראה לי אלא ודאי דהה"מ סובר בדעת הרמב"ם דפליג על הראב"ד וס"ל דאפי' לא נתן הלוקח הדמים ואומר שאינו רוצה ליתן עד שיתן לו המותר ואם לאו אינו חפץ במקח כלל אפ"ה כופין אותו ליתן והמותר להמוכר וכן בשכירות אפי' בשאומר השוכר איני רוצה לדור בו אלא בי"ב זהובים לשנה אין בדבריו כלום ודיינין לי' כאלו שכרו מדינר זהוב לחדש והכל מטעמא שאין חזקת הלוקח והשוכר חשיבא כלום לפי שביד המוכר והמשכיר להעמיד מקחן בידן כפי המעולה שבלשונות והוי כחוב ברור:

ועדיין יש לשאול בדברי הרמב"ם הנ"ל תינח בשהותיר שפיר דיינינן לחוב הלוקח בחוב ברור לפי שחיובו ברור שביד המוכר ליתן לו המותר ואז א"א לו ליפטור מחובו אבל בחסר דאת"ל תפס מדה בחבל נמצא דאין הלוקח מתחייב לו כל מה שקצץ לו שהרי לא הי' למוכר מקרקעי נגד כל הדמים שקצץ לו וכיון שהדבר ספק אם נתחייב לו הלוקח או לא מה בכך שהקרקע בחזקת בעלים הרי מעותיו של הלוקח בחזקתו עומדין וכל שספק בחיוב לא מפקינן מיני' הן אמת שהה"מ לא אמר למילתי' להדיא דאפי' היכי דלא נתן הלוקח הדמים שכופין אותו אלא בשהותיר כמו שהעתקתי לשונו בסעיף הסמוך ואולי דמה"ט הוא דבחסר לא פסיקא לי' דבלא נתן הדמים נהי דאין כופין המוכר ליתן קרקעו ושינכה מהדמים גם הלוקח אין כופין שיתן כל הדמים במילואן כיון שאין חובו במילואו ברור אבל מאחר שהרמב"ם ז"ל כלל לתרוייהו בחדא בבא דהולכין אחר פחות אם חסר אם יתר ולפי מה שפירשו בו המפרשים והוא ג"כ שיטת ה"ה האי אם פירושו בין כלומר בין חסר בין יתר הולכין אחר הפחות שבלשונות ועיין ב"ח בסי' הנז' משמע דבתרוייהו קולא למוכר וכופין הלוקח ליתן דמי' משלם. ונראה לומר דהרמב"ם לשיטתו דכתב בפכ"ד ממכירה דהאומר לחבירו קרקע ודקלי אני מוכר לך אפי' לא הי' לו דקלי

אם רצה לקנות לו ב' דקלים ה"ז נקנה המקח ע"ש וא"כ גם באומר בית כור עפר מדה בחבל אני מוכר לך ונמצא חסר כל שהמוכר קונה לו ממקום אחר למלאות הבית כור שיהי' שלם מחויב הלה ליתן מעותיו משלם והלכך אפי' בחסר חיוב של הלוקח ברור כפי כל הסך שקצב לפי שביד המוכר למלא לו הבית כור ממקום אחר ולא יפטור הלוקח מחובו אבל הה"מ לא ברירא לי' שם דעת הרמב"ם כמו שהביא שם דעת החולקים ע"ש אפשר דמש"ה לא תפס בדבריו בלשונו אלא בשהותיר דכה"ג הויא חיובו של הלוקח ברור משא"כ בחסר דלא פסיקא לי' דתליא במחלוקת ראשונים:

ה

איברא שיש לחלק שכירות בב' לשונות דסתרי ממכירה בכה"ג משום דבמקח כל שנגמר המקח ביניהן בקנין או בדרך אחר מדרכי הקנאה מאז נתחייב הלוקח בכל דמי המכירה ואם בא המוכר לטרוף ממשעבדי טורף מזמן ההוא ולכן כל שנולד ספק בשיעור המכירה כמה מכר אין הלוקח נקרא מוחזק במעותיו לפי שנתחייב בדמי המכירה הזאת בהחלט כל שביד המוכר לקיים מקחו בכל אופן וע"ד שכתבתי וה"ל כאלו הי' להמוכר ביד הלוקח הלואה מיוחדת דלא הוי ת"ב. אבל בשכירות כיון דקי"ל דישנה לשכירות מתחילה ועד סוף נמצא דחיוב השכירות לא חל מיד משע' שנגמר השכירות ביניהן אלא כל שעתא ושעתא זימני' דחיובא הוא ובפרט למ"ד אין לשכירות אלא לבסוף דלא חל החיוב כלל אלא בסוף ותשלום כל משך זמן השכירות כדאיתא בקידושין (ס"ג) ולפי"ז נמצא דאין חיובו של שוכר ברור וחיובא דידי' ג"כ בספקא דאם י"ב זהובים לשנה נמצא בכלות י"ב חדשים עדיין לא נתחייב בי"ב זהו' שלמים אלא לפי חשבון ואפשר לומר דאפ"ה כיון שביד המשכיר לכוף להשוכר שיתחייב לו י"ב זהובים אם יניח אותו לדור עוד החדש הי"ג אבל אין ביד השוכר לכוף את המשכיר שיניחו לדור בחצרו אם מדינר זהוב לחדש אפי' אם יאמר מעלינא לך בנכסי דבר מריון מש"ה חזקת קרקע דהמשכיר אלימא טפי אבל יותר נראה בעיני לומר דהאי פלוגתא דשכירות בישנה לשכירות מתחילה ועד סוף או אינה אלא לבסוף לא שייכא אלא בשכירות פועל כהאי דקידושין בשכר שאעשה עמך וכעין שכר כיפה דפ"ק דע"ז אבל שכירות קרקעות ומטלטלין מיד שנגמר השכירות וקנאה השוכר להדבר ההוא נתחייב בכל השכירות דשכירות ליומא ממכר הוא ומה לי שקנאן לחלוטין או קנאן לשנה משא"כ בפועל דיוכל לחזור אפי' בחצי היום והלכך לא שייך לומר גבי' שנתחייב בכל השכירות מיד וראי' לזה מתשובת הרשב"א שהביא הב"י ח"מ סי' שי"ב שנשאל על ראובן שהשכיר בית לשמעון לשנה או יותר ומת שמעון אחר שנים או שלשה חדשים שדר בו אם בנו יכול לומר ביתך איני רוצה

ושכירות איני משלם לך אלא לפי חשבון והשיב שאינו יכול דשכירות ליומא ממכר הוא בין ידור או לא ידור ע"כ ומשמע להדיא דס"ל דמיד מתחייב בכל השכירות מטעם דשכירות ליומא ממכר דאל"כ אין טעם לחייב את בנו ואפי' החולקים על הרשב"א כמו שהביא הרמ"א בסי' של"ד הוא מטעם אחר דה"ל להמשכיר להתנות וכמ"ש הש"ך שם בדרך השני ולא כמו שפירש מתחילה דשכירות ליומא ממכר הוא היינו דכל יומא ויומא בפני עצמו ממכר:

ולפי"ז נ"ל דבשוכר פועל לשנה ומת בעה"ב בתוך השנה גם הרשב"א מודה דיוכל בנו לומר איני חפץ בך ואשלם לך לפי החשבון משום דבפועל ודאי ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף מיהו ולא נתחייב אביו מיד בדמי כל השכירות דמשך שנה. העולה לנו מזה דהמוכר דבר לחבירו וקנה הלוקח הדבר ההוא באחד מדרכי הקנאה אבל לא משך ונולד ספק בכמות המכירה כמה מכר לו שאפי' לא נתן הלוקח הדמים כופין אותו ליתן כל הסך שקצב במילואו והמוכר א"צ למיתיב לי' אלא כפי שיעור הפחות שהוא מוחזק בשלו אבל חזקת הלוקח בדמים לא חשיבא לפי שעכ"פ אם יתן לו המוכר כפי שיעור הגדול לא יפטור מחובו ונמצא דהלוקח נתחייב מיד בכל הדמים אלא דבהלואה נינהו גבי' והלואה לא הוי ת"ב וכן להיפוך כשאין הספק בדבר הנמכר אלא בדמי המקח כמה הן כגון שקנה הימינו חפץ באיסתרי מאה מעי וקנה אותו בק"ס אפי' שהמוכר מוחזק עדיין בחפץ שלו כופין אותו ליתן והלוקח אינו חייב לתת לו אלא כפי שיעור הפחות דהיינו איסתרי דמיד שקנה להמקח ההוא בקנין נעשה החפץ ההוא כפקדון ביד מוכר שאפי' את"ל תפס ל"א מ"מ נקנה החפץ להלוקח ונתחייב לו מאה מעי וכיון דנקנה לחלוטין להלוקח ואינה ביד המוכר אלא פקדון ופקדון הויא תפיסה שלא ברשות וכן נראה לי להדיא מלשון הרמב"ן בדיני תפיסה ע"ש. וא"ת והרי כתב הטור בסי' ר' בשם הרמ"ה דאם הלוקח לא נתן דמים עדיין ואמר כור בשלשים סאה בסלע אפי' במה שתפס בו יכול הלוקח לחזור בו כיון שהוא מוחזק עדיין במעו' אוקי ממולא בחזקת מארי' ומה יהני חזקת הלוקח במעות כיון דדיני' כהלואה וכמ"ש יש לומר דהיינו דוק' היכי שהמקח נגמר לחלוטין באחד מדרכי הקנאה והספק נופל על שיעור כמות המכירה וע"ד שכתבתי. אבל בנדון דהרמ"ה אם נתפוס כור בשלשים עדיין לא נגמר המקח כלל ועד שימדוד סאה אחרונה יכול כ"א לחזור בו והספק נופל על חיובו דהלוקח אי נגמר המקח ונתחייב או לא נגמר ולא נתחייב ובאורו"ת ראיתי שמביא ראי' דהלואה הויא תפיסה שלא ברשות מדהשמיט המחבר דעת הרמ"ה הנז' ע"כ דלא ס"ל וטעמו משו' דכיון דנגמר המקח נתחייב הלוקח בדמים ואף דתפס הלואה הויא תפיסה שלא ברשות

ולדבריו יצטרך לומ' דהרמ"ה יסבור דהלואה הוי ת"ב וליתי' דע"כ לא דיינין הלואה לתפס שלא ברשות אלא היכי דודאי נתחייב ובהני גווני שהבאתי למעלה אלא שהוא רוצה לתפסם בשביל הספק זה לא מהני אבל בנדון דהרמ"ה הספק ההוא דלמא לא נתחייב עדיין בכה"ג ודאי דלא מפקינן מיני' וממה שהשמיטו המחבר אין ראי' שיחלוק עליו וזה פשוט:

1

והנה אחי אלופי מוה"ר חיים הכהן ש"ן השיב על דברי אלה מדיבור התו' דריש המניח שכתבו שם דאפי' היכי דרובא קרי לחביתא חביתא ולכדא כדא ומיעוט קרי לחביתא כדא והקנה בק"ס לתת לו כדא ונתחייב הלוקח לתת לו דמי' יכול הלוקח לומר לא אתן לך דמים אם לא תתן לי חביות דקרי לחביתא כדא לפי שהוא מוחזק ולא אזלינן בתר רובא בממונא ע"כ ולדברי אפי' אי לא הי' הרוב מסייע להמוכר אלא הי' פלגא ופלגא נמי הדין נותן שיכוף הלוקח ליתן כל הדמים ולא יקבל אלא כדא שהרי ביד המוכר ליתן לו חביות ונמצא דחיובו של הלוקח ברור וכהלואה בידי' דמיא עכ"ד והשבתי שדבר זה לא שויא לנפשאי הדרנא לפי דהתם מיקרי טענת הלוקח טענת ברי שהוא אומר קים לי בנפשאי שאני מהמיעוט שקורין לחביתא כדא ולא נתכוונתי אלא על החביות וכמ"ש התו' האי טעמא בשם ר"ת דאפי' רב דסובר א"ה במא"ה מודה בהאי דכד וחביות שהמוחזק יאמר להמוציא אעפ"י שהרוב מסייעו לא תוציא ממני דקים לי בנפשאי שאני מהמיעוט וכיון דהתם מיקרי טענת ברי שפיר מהני תפיסת הלוקח בדמים אעפ"י שהם נידונים בהלואה וכמ"ש מ"מ הלואה לא גרע מתפיסה שלא ברשות וכבר ידעת שדעת התו' דבטוען ברי מהני תפיסה אפי' שלא ברשות וכמו שנתבאר בכלל ב' אבל לידון את הלוקח כתפס ברשות זה לא מצינו והודה אחי אלופי לדברי:

ודע שלפי מה שפרשתי כאן בכוונת דבריהן יש ראי' וגדולה היא למ"ש בכלל ו' דאפי' לדעת התו' לפי מה שביארתי שם דסברי דהיכי דחזקת מ"ק מצטרף בהדה רובא מוציאין ע"י מהמוחזק ממון לחוד היינו דוקא היכי שהמוחזק טוען שמא אבל בטוען ברי לעולם א"מ הימינו ע"ש שהרי בהאי דחביות וכד נמי דכוותי' הוא דכיון שהלוקח ודאי מתחייב בדמים תו לא חשיבי חזקתו בגוייהו אלא חזקת ממון לחוד ואפ"ה א"מ מהלוקח עד שיתן לו חביות ואף דרובא מסייע להמוכר והארכתי בהאי מילתא לפי שדעת הרב ז"ל דהלואה הויא ת"ב ויש לו על מי להשען הרב מוהר"י בן לב וגי"ת ז"ל ומתוך מ"ש ראיות ברורות יש דהלואה נמי לא הוי ת"ב לפי דלא מיקרי ת"ב אלא כשמסרן לו מתחילה אדעתא דהכי שיהיו של זה שנמסר לו עכ"פ אם יהי' הדין עמו ואז מיעקר ח' מ"ק

דאידך כיון דברשותי' יהיב ברשותי' קיימא ועל אידך לאתוי ראי' אבל הלואה אדעתא דלישתלים מיני' קאי וברשות בעלים קיימא וכן עיקר:

ז

ודע דת"ב לא מהני אלא במטלטלי אבל במקרקעי לא מהני אם לא במילתא דעבידא לאגלוי וע"ד שנתבאר בח"מ סי' שי"ז ע"ש ומש"ה אמר רב נחמן בפ' השואל דאפי' בא בסוף החדש כולו למשכיר ואף דהתם מיקרי ת"ב וכמו שנתבאר משום דבקרקעות לעולם לא מהני תפיסה. ודן מינה דבשכירות מטלטלי בכה"ג בשני לשונות הסותרים לא מפקינן מהשוכר כיון דתפס ברשות וכ"כ הרב ז"ל בסי' מ"ו איברא שמדברי התוס' בריש המוכר את הבית (סא) משמע דסברי דבשכירות גם במטלטלין לעולם מוקמינן בחזקת המשכיר מטעם כיון דסופו לחזור אליו חשיב איהו מוחזק ע"ש בד"ה ארעת' ומיהו לענין דינ' דברי הרב נכונים שמדברי שאר כל המפרשי' דלשם משמע דאין מחלקים בין סופו לחזור או לא ובמטלטלין לעולם א"מ מהמוחזק. אך יש לעיין בשכירות מטלטלין מאימת נקרא השוכר ת"ב אי נימא מיד שקנה שכירות המטלטלין במשיכה בחזקת השוכר נינהו ואפי' בא בתחילת החדש כולו לשוכר או דלמא לא מקרי ת"ב אלא כשכבר השתמש בהו החדש העיבור והנה הרב ז"ל כתב בפשיטות בסי' הנז' דבשכירו' מטלטלין בא בתחילת החדש כולו למשכיר בסוף החדש כולו לשוכר באמצע החדש חולקין וכן מצאתי להדיא בא"ז בשם חידושי הר"ן וצריך לתת טעם מדוע לא נימא דמיד שמסר לו המטלטלין יקרא ת"ב לכל ספק אשר יולד בו כמו במת ביום שלשים והאי דספינה אם נתן לא יטול דהתם נמי בשעה שהתפיסום הבעלים עדיין לא נולד הספק. ויש לחלק דהתם הספק הוא על גוף המעות אי הם של הנותן או המקבל ושפיר אמרינן כיון שהוא תפוס במעות הללו ברשות מהני לכל ספק שיולד בו אח"כ אבל הכא גוף המטלטלין של המשכיר הם ואין לו לשוכר בהן אלא הפירות ולא מהני תפיסת הגוף על הפירות עד שיתפוס הפירות ופירות הספק שהם החדש י"ג א"א לו לתפוס אלא בחדש י"ג וזה נכון. אלא שנלע"ד להוכיח מדברי התוס' והרא"ש דס"פ השואל דסברי דגם בכה"ג הויא ת"ב מיד שמסרן לידו של זה דאיתא התם האי דאמר לחברי' אושלן מרא למירפק בה פרדיסי רפק בה כל פרדיסי דאית לי' ומהדר לי' קתא הקשו שם מהאי דארעתא דבי חייא מזבנינא דמיעוט ארעתא שנים ותירצו דהתם במכר יד מוכר על העליונה שהוא המוחזק וע"ש והתם המשאיל יש לו חזקת מ"ק אלא משום הכי מהני חזקת השואל דהוי ת"ב וכמ"ש בספר מוהר"י בן לב וגי"ת והרב ז"ל בסי' מ"ה והתם ודאי אפי' בא המשאיל בעוד שלא רפק בה יותר משני פרדסות נמי אין בכחו להוציא מהשואל עד דרפק בה כל פרדיסי דאית לי'

אלמא דמיד שמסר לו מקרי תפס ברשות ולא צריך למיהדר לי' עד דרפק בי' כל פרדיסי ה"נ מיד שמסר לו המטלטלין נקרא ת"ב ואפי' בא בתחילת החדש כולו לשוכר וזהו נראה בעיני בטעמייהו דהתוס' בפ"ב דכתובות ובפ' בית כור שכתבו בטעמא דשמואל דסובר בהאי דמרחץ דבא בתחילת החדש כולו לשוכר בסוף החדש כולו למשכיר כו' היינו משום דאדוי אודי לי' מדלא בא עד סוף החדש דאל"כ לא הי' מהני תפיסת השוכר כיון דטוען שמא וכ"כ הרא"ש בפ"ק דב"מ ומדוע לא פירשו דטעמא דשמואל דלית לי' קרקע בחזקת בעלי' עומדת וא"כ שפיר מהני תפיסתו דהוי ת"ב דהאי דמרחץ ת"ב הוא וכמו שנתבאר למעלה וכן נראה מתוך דברי הנ"י בריש ב"מ דזהו טעמא דשמואל אלא דאנן קי"ל כרב נחמן דבקרקע לא מהני ת"ב ע"ש אלא משום דאינהו ר"ל התוס' והרא"ש ס"ל דהיכי דמהני ת"ב מהני גם תפיסת גוף הדבר להפירות שיולדו מש"ה לא מצי לפרש הכי דא"כ תקשה דאפי' בא בתחילת החדש יהי' כולו לשוכר כמו האי דאושלן מרא. אך ראיתי בנ"י בפ' השואל שכתב ג"כ בטעמ' דרפק בה כל פרדיסי דאית לי' משום דהשואל מוחזק ובעניותי לא מצאתי לחלק בין שוכר לשואל וצ"ע לדינא:

ח

ודע שמדברי הרשב"א בתשובה יראה לכאורה דסובר דת"ב מהני גם בקרקעות הביאה הב"י בח"מ סי' כ"ט וס"ס מ"ו ולפי שהתשובה ההיא כולה צריכה ביאור לדעתי העני' מוכרח אני להעתיקה ככתבה ולשונה. שנשאל על מי שהוציא שטר קניית כרם מחבירו והמוכר טוען כי לא מכרו לו אלא על תנאי שאם יפרע לו ש' דינרין שהלוה לזמן פלוני יחזיר לו השטר ויבטל המכר והביא עדים שהעידו כדבריו והשיב רואה אני שהב"ד דימו דין זה לאותה שאמרו בפ"ב דכתובו' שנים החתומין על השטר כו' דמגבינן בי' תרי ותרי נינהו ואוקי ממונא בחזקת מארי' וע"כ אמרו שהקרקע בחזקת המוכר ואין דמיונם עולה יפה ושא"ה דלדברי כולם לוקח זה כדין ירד לכרמו והחזיק בו כמו שכתוב בשטר המכירה אלא שהתנה עמו לפי דבריו שאם יתן לו מעותיו תוך זמן שתתבטל המכירה וכיון שהחזיק בו זה כדין לדברי כולם אלא שזה טוען שיש לו להסתלק מחמת תנאי' ומביא עדים וזה טוען שאין מכירתו מתבטלת ומביא עדים העמד בחזקת זה שהוא מוחזק עכשיו וכדין וא"א בכיוצא בזה אוקי בח' מ"ק כמו שאמרו במוכר שפחה וילדה דהתם המוכר הוחזק בשפחה מעוברת והלוקח לא נתברר שהוחזק בה בעודה מעוברת ובולד שנחלקו לא הוחזק וכ"ש לדעת ר"ח שפסק דהלכה כמ"ד בפד"א תרי ותרי ספקא דאורייתא ולא אמרינן אוקי מילתא בחזקתיה כו' ונ"מ למי שתפס אפי' בעדי' ואעפ"י שאין הקרקע נתפס מ"מ נפ"מ לזה שירד לתוכה ברשות הבעלים מעיקרא עכ"ד ומסיום

תשובתו יראה לכאורה דת"ב מהני בקרקעי והא ודאי ליתא כדמוכח ממה דקי"ל כר"נ דאפי' בא בסוף החדש כולו למשכיר וזה ודאי הוי ת"ב וכמו שנתבאר בסעיף הסמוך וגם מדברי הרשב"א עצמו בחידושיו לגיטין שהבאתי בכלל ה' סעי' ח' ומדבריו בתשובה שהביא הב"י בסי' מ"ב מבואר להדיא דאיהו ג"כ סובר דבקרקעות ל"מ ת"ב ע"ש והדבר הזה הקשה הרב ז"ל בסי' נ"ח ונדחק טובא בישובו עד שסיים שאפי' את"ל שהרשב"א ס"ל דמהני ת"ב בקרקעות אנן לא קי"ל הכי ע"ש. ולדעתי העני' גם בתשובה ההוא מוכח מיני' דסובר דל"מ דאלת"ה מדוע הצריך לומר וכ"ש לדעת ר"ח דפסק דתרי ותרי ספקא דאורייתא שהרי ת"ב בכל ספקא מהני כמבואר אלא דהרשב"א ז"ל סובר דאפי' למ"ד תרי ותרי ספקא דאורייתא ל"מ תפיסה בקרקעות משום דקרקע אינה נתפסת והא דמשמע בנכסי דבר שטיא דאי הוי אמרינן תרי ותרי ס' דאורייתא לא הוי מפקינן מיני' דהלוקח היינו משום דסובר דהתם מקרי ת"ב ולהסובר תרי ותרי ס' דאורייתא מהני ת"ב בקרקעו' וכן משמע לי מחידושיו שם בפ"ב דכתובות שכתב שם בהאי דבר שטיא דבמטלטלי בכה"ג לא הוי מפקינן מהלוקח ע"ש והרי הרשב"א ז"ל מהסוברים דל"מ תפיסה אפי' בטו"ב ע"כ דמשום ת"ב נגע בי' ואם שיש לדון בזה ובזה ניחא מה דהוי קשיא לי טובא לעיל בכלל ב' סעיף א' על דברי הרמב"ן במ"ש דתרי ותרי ס' דאוריית' ואפ"ה ל"מ תפיסה אלא במטלטלי ולא בקרקעות ואלו בפד"א מסקינן להוכיח מנכסי דבר שטיא מדמוקמינן להו בחזקת בר שטיא דתרי ותרי ס' דרבנן אלמא דאי דאורייתא הי' מהני תפיסת הלוקח אפי' בקרקעות והנחתי' בקושיא ולפי הנז' א"ש דסובר ג"כ דהאי דבר שטיא מקרי ת"ב ובכה"ג דוקא הוא דמהני בקרקעות למ"ד ס' דאורייתא אבל שלא ברשות לא משכחת דמהני תפיסה בקרקעות משום דאין הקרקע נתפסת וזהו שכתב הרשב"א לדעת ר"ח דלהסובר ס' דרבנן אין הפרש בין ספקא דתרי ותרי לשאר ספקא ול"מ ברשות בקרקעות וזה נכון:

ט

ועדיין איכא לברורי טעמא הראשון דהרשב"א דלפי הנראה אין זה עיקר טעמו משום דתרי ותרי ס' דאורייתא ולא כתב כן אלא בדרך כ"ש. אבל איהו לעצמו סובר דאפי' להסובר תרי ותרי ס' דרבנן לא מפקינן מהלוקח הזה משום דא"א בכיוצא בזה אוקי ממונא בח' מ"ק כמו שאמרו בהמוכר שפחה כו' וכמו שהעתקתי לשונו בסמוך. ויש להתבונן במה גרע חזקת מ"ק דהמוכ' הזה משאר ח' מ"ק ומ"ש הרשב"א דהתם במוכר שפחה לא הוחזק הלוקח בה בעודה מעוברת ובנידון דידי' הוחזק הלוקח בכרם הזה לפי הנראה לא הוי הלוקח הזה אלא כתופס קודם שנולד הספק והרי דעת הרשב"א דל"מ

תפיסה אפי' תקש"ה וכמ"ש בכלל ג' סעי' א' וכ"ש בקרקעות דלכ"ע ל"מ בהו תפיסה אפי' תקש"ה. ואי משום דתפס ברשות הרי ת"ב ג"כ ל"מ בקרקעות:

הן אמת שלפי מה שפירש הרב ז"ל בסי' נ"ח דבנדון דהרשב"א איירי שלדברי כולם התנה עמו שעד זמן שלש שנים יהי' הכרם של הלוקח אלא שלאחר הזמן ההוא יחזיר לו. ולפי"ז כיון דעד שלש שנים ודאי מכור הוא לו ואין ביטול המכירה למפרע אלא מכאן ולהבא א"ש דמש"ה מוקמינן לי' בחזקת הלוקח דאיהו נקרא מ"ק דמשל המוכר כבר יצא ודאי הכרם ההוא אלא שדברי הרשב"א שכתב שיהי' המכר בטל משמ' דיהא בטל למפרע כשיסלק לו בתוך שלש שנים ונראה לומר דטעמא דהרשב"א הוא דכיון שיש מכר ודאי כבר איתרע חזקת מ"ק דהמוכר ואף שיש ספק דלמא הי' תנאי ולכשיתקיים התנאי נמצא דהמכר בטל למפרע אין זה מרע להמכר ודאי משום דתנאי מילתא אחריתי הוא וכה"ג אמרינן בפ"ב דכתובות דתנאי הי' דברינו נאמנים משום דלא מיעקרא לשטר דתנאי מילתא אחריתי ופרש"י דמודים הם שהשטר אמת אלא שתנאי הי' ביניהם וזו עדות אחרת היא ושטרא ממילא מיעקר לאחר זמן ביום שלא קיים התנאי עכ"ל אלמא אע"ג דתנאי עוקר המעשה למפרע אפ"ה אינו עושהו כאלו לא הי' כלל אלא דהא והא איתא ומשום דתנאי מילתא אחריתי הוא ולולי כן לא היו נאמנין אף באין כ"י יוצא ממקום אחר משום דהוי חוזרין ומגידין ואין אדם משים עצמו רשע וכמ"ש הר"ן שם וכיון דתנאי אינו עוקר המעשה לגמרי להחשיבו כלא הי' מש"ה איתרע לי' חזקת מ"ק דהמוכר ולא מפקינן מהלוקח. והכי משמע מדברי הריטב"א שהביא הב"י בסי' מ"ו שכתב ג"כ בדרך הרשב"א דכל שהמכיר' ודאית ותנאה ספק מוקמי בח' הלוקח וז"ל דליכא למימר הכא אוקי סהדותא לגבי סהדות' ואוקי ממונא אחזקת מ"ק כדאמרינן בעובדא דבר שטיא כו' דהתם הוא שמכחישין בדבר המכר אבל הכא מודים במכר וכשירצה זה לסתמו מילתא אחריתי הוא כו' ע"ש:

ו

איברא שקשיא לי על האי כללא מתוך דברי הרשב"א והר"ן דפרק התקבל שאחר שהעלו שם דנתינ' בע"כ ספיקא דדינא הוא אי שמה נתינ' או לא כתבו הלכך הנותן מתנה לחבירו ע"מ שתתן לו מאתים זוז ונתן לו בע"כ אי מטלטלי נינהו ומסרן ליד המקבל לא מפקינן מיני' ובקרקע לעולם מוקמינן בחזקת מ"ק וכ"כ הה"מ בפ"ח מגירושין הבאתי דבריהם לעיל בכלל ה' סעיף ח' ע"ש והרי התם נמי הנתינ' היתי' ודאית וספק בתנאו ואפ"ה מוקמינן בחזקת מרא קמא דהנותן ולא מצאתי מי שיתעורר בזה וראיתי להרב המש"ל ז"ל בפרק ט"ו מטוען ונטען שנשא ונתן בהאי כללא והעיר בו נכבדות וצדד

לומר דהרשב"א לא אמר למילתי' אלא בספיקא דתרי ותרי משום דחשבינן לתרווייהו כתות כמאן דליתנהו ונשאר המכר בתקפו. אבל בספיקא דדינא דלעולם הספק לפנינו מי מוציאנו מידי ספיקא דדינא אפילו כשהספק בתנאי מוקמינן בחזקת מרא קמא ע"ש ולפ"ז ל"ק האי דהתקבל דהתם ספיקא דדינא הוא אלא שהמש"ל עצמו שם תבר לגזיזי' מחמת שראה לגדולי האחרונים שהשתמשו בהאי כללא אפילו בספיקא דדינא ע"ש והדין עמהם לפי הטעם שביארתי בסמוך בהאי כללא. ובלעדי זאת דבריו תמוהין בעיני בהאי חילוקא לפי שגם בתרי ותרי לא אמרינן סלק עדותן לגמרי וכאלו אין ספיקא לפנינו דזה ודאי ליתא שהרי בשנים אומרים על שטר שהוא פרוע ושנים אומרים לא פרע בודאי לא מפקינן מהלוה והממע"ה אלמא דתרי ותרי לא מסלקינן לסהדותייהו לגמרי וכאלו לא העידו ואפילו למ"ד תרי ותרי ספיק' דרבנן ומדאוריית' שפיר מוקמינן אחזקה קמייתא ופירשו הראשונים משום דאוקי תרי להדי תרי וסלק עדותן כמאן דליתא אין כוונתם דליסלקנוהו לגמרי כאלו לא העידו אלא דכחן של עדות מסלקינן ודנין כמו שאר ספיקא דלא בא מכח עדות דמוקמינן אחזקה קמייתא וז"ב. וכבר ראיתי לרבים וגדולים שנכשלו בזה ואמרו דסלק עדותן לגמרי וכאלו לא העידו ולא נולד הספק מידי וזה ליתי':

עוד העלה שם הרב המש"ל דהרשב"א לא אמר למלתי' אלא כשנפל הספק בעיקר התנאי אם הי' תנאי או לא אבל אם נפל הספק בקיום התנאי ששנים אומרים שנתקיים התנאי ושנים אומרים לא נתקיים שפיר מוקמינן בחזקת מ"ק דכמו שיש ודאי מכירה ה"נ יש ודאי תנאי ע"ש שהאריך ולפי הנחה זו א"ש משום דהתם גבי נתינה בע"כ נמי אין הספק בתנאי שהרי התנה עמו שיתן לו מאתים זוז אלא שהספק הוא בקיום התנאי אם נתינה בע"כ שמה נתינה ונתקיים התנאי או לאו. אלא שלדעתי העני' גם האי חילוק' לא מיסתבר' דלפי מה שביארתי בסעיף הסמוך טעמי' דהרשב"א משום דתנאי מילת' אחריתי ולא מרע להמכירה תו אין טעם לחלוק בין כשהספק הוא בעיקר התנאי או בקיומו דכל תנאי מרע לחזקת מ"ק וכמ"ש והנרא' בעיני לחלק בין נידון דהרשב"א בתשוב' להא דנתינה בע"כ משום דהתם בתשובה החזיק המוכר להלוקח בכרמו בעוד שלא נולד הספק אבל בהאי דנתינ' בע"כ לא החזיקו אלא אחר שנולד הספק ואע"פ שהרשב"א אינו מחלק בענין תפיסה בספיקא בין תקש"ה בין אחר שנולד הספק היינו דוקא כשהספק הוא בעיקר המכירה דחזקת מ"ק דידי' אלים טובה ולא מיתעקר' כלל אפילו בתקש"ה אבל כל שמכירה ודאית וספק בתנאי דאיתרע חזקת מ"ק וכמ"ש כל מי שבידו מוקמינן לי' בחזקתי' ודוק. ולפ"ז בהאי דנתינ' בע"כ אלו נתן להמקבל קודם

שנתן לו המאתים זוז בע"כ תו מוקמינן בחזקת המקבל משום דהויא נתינה ודאית וספק בתנאי:

כלל ח

יבאר דהזוכה בהפקר ויש ספקא דדינא בקנייתו אם תפס אחר הימנו והחזיק בו לא מפקינן מיני' ובו יבואר דבדבר שאין לשום אחד מהן חזקת מ"ק מהני תפיסה לכ"ע:

א

כתב הרא"ש בפ"ק דב"מ גבי בעי' דמשוך בהמה זו וקני כלים שעלי' וז"ל ובעיא זו לא איפשט' הלכך אם אמר לו משוך בהמה זו וקני כלים שעלי' לא קני הכלים במשיכת הבהמה ואפילו בכפותה כיון דבעי' לא איפשטא אוקי ממונא בחזקת מרי' קמא אבל במציאה והפקר אם אמר אני מושך בהמה זו לקנותה ואת הכלים שעלי' קנה כיון דמספקא לן הרי הוא מוחזק מספק ואם תפס אחר מוקמינן לה בחזקת מ"ק שהוא מוחזק בה מספק ותפיסת ספק מקרי תפיס' כנגד אחר שאין לו בה שום טענ' דע"כ לא קאמר תפיסה מספק מוציאין אותו מידו אלא היכא דאיכ' לאוקמה בחזקת מ"ק אבל הפקר שיצא מחזקת מ"ק תפיסת ספק מקריא תפיס' ואין מוציא אחר מידו עכ"ל וכה"ג כתב גבי גמל בהנהג' וחמור במשיכה דאיכ' חד צד דלא קני וגבי זרק ארנקי בפתח זה ויצא בפתח אחר והוא אויר שאין סופו לנוח דספיקא הוא אי הוי כמונח דבמכר ומתנה לא קני משום דמוקמינן בחזקת מ"ק ובמציאה והפקר דליכא חזקת מ"ק קני ובש"ע ח"מ סימן ר"ב ורמ"ג כתוב גם כן הכי לחלק בין מכר ומתנה למציאה והפקר:

איברא שהאחרונים ז"ל הקשו בדברי הרא"ש האלה מדבריו דפרק חזקת הבתים סימן ס' דהתם גבי בעיות בנכסי הגר דהחזיק באחת מהן לקנותה ואת המצר ואת חברתה או החזיק במיצר לקנות שתיהן כתב הרא"ש ז"ל ויראה לי הואיל דסלקו הנך בעיות בתיקו אם בא אחד והחזיק קנה כיון דמספקא לן אי קנה קמא או לא נשאר הקרקע כמו שהי' ולא מחזקינן לי' ברשות קמא מספק ואחר שקנאה בחזקת בריאה מוקמינן לי' בידי' ע"כ אלמא דבכה"ג תפיסת ספק לא מקריא תפיסה. והרב ז"ל בסימן י"ט כתב דלק"מ דהתם גבי שדות הגר שאני שהרי הראשון לא הי' מוחזק מעולם רק שהחזיק באחת מהן לקנות את חברתה או שהחזיק במיצר לקנות את שתיהן והלכך כיון שהראשון לא הוחזק כלל שהרי מספקא לן אי חזקה של זו מועיל לגבי חברתה לא מחזקינן לי' ברשות קמא מספק עכ"ד. ובעניותי קושיא זו צריכה לפנים לפי שלדעתי גם בהנך דפ"ק דב"מ לא מקרי קמא מוחזק ותפס משום דתפיס' שאין עמה קנין לאו שמה תפיסה וכמו שנראה מדברי

התוס' והרא"ש בפ' הכותב גבי ההוא איתתא דהוו מיפקדי גבה מלוגא דשטרי והריב"ש ז"ל בסימן קס"ד כתב כדברים האלה ודע כי הנכסים שהם בבית הבעל בידה ואוהלים כאשר היו בתחלה אין זו תפיסה של כלום לפי שכל תופס צריך תפיסה גמורה שיקנ' הדבר באח' מדרכי הקנאה ע"כ. ולענ"ד כללא הוא דכל תפיסה שהיא קונה בגזילה להתחייב באונסין על ידה מקרי תפיסה וכל שאינה קונה בגזילה להתחייב באונסין על ידה לאו שמה תפיסה בהאי והייתי סבור לומר דזהו טעמא דלא מהני תפיס' בקרקעות כמו שנתבאר משום דקרקע אינה נגזלת ואפילו החזיק בה הגזלן באח' מדרכי הקני' לעולם ברשות בעלים עומדת ואין הגזלן חייב על אונסים כדתנן הגוזל שדה ושטפה נהר אומר לו הרי שלך לפניך. ואין דבר נעתק מרשות לרשות בלעדי קנין אלא שבמכר ומתנה בעינן שיהי' הקנין מדעת בעלים ובגזל או תפיסה בגוונא דמהני לא בעינן דעת בעלים אבל קנין מיהו בעי אבל קשה לזה דא"כ גם בעבדים ראוי שלא יהני תפיסה דעבדים הוקשו לקרקעות וגזל עבדים והזקינו אומר הרי שלך לפניך ובפ' השואל משמע דבעבדים מהני תפיסה דפריך התם ולחזי ברשותא דמאן קיימא ומשני פרה דקיימ' באגם ושפחה דקיימא בסימט' אלמא דבעבדים מהני תפיסה וע"כ לומר דהא דבקרקעות ל"מ הוא משום דקרקע אינה נתפסת הואיל וא"א לשומטה ושוב מצאתי ברשב"ם במס' ב"ב ק"ה שכתב הכי בהא דר"כ דאמר קרקע בחזקת בעלי' עומדת ול"מ בה תפיסה משום דקרקע אינה נגזלת וקשיא לי מה יענה בעבדים ואולי יפרש דהתם בהשואל בעי לאוקמ' מתני' אפילו כר"מ דסתם מתניתין כוותי' ואיהו סובר דעבדא כמטלטלי דמי א"נ שאיהו מפרש דהתם פריך מתורת טענת לקוח בעבד קטן המוטל בעריסה וע"ד שפירשתי בכלל ב' סעיף ג' מ"מ שמעינן מיהא דבתפיסה בעינן קנין אשר יועיל במכר ומתנה ואי לאו הכי לאו שמה תפיסה:

ב

וראיתי להרב מוהרב"א בשיטתו לב"מ בפ"ק שם שכתב בשם הר"ן ז"ל דגבי בעיא דמשוך בהמה וקלי כלים שעלי' במכר ומתנה אי משך בכה"ג לא מפקינן מיני' משום דהוי תפיסה ברשות דומיא דכור בשלשים סאה בסלע וכ"כ הנ"י בשמו אלא שקיצר בלשונו וז"ל הר"ן שם וראיתי מחלקי' ביניהם דהתם בכור בשלשים משיכה גמורה עבד אבל הכא דספקא בגופא דקני' ודלמא לא קניא כלל מפקינן ואין זה כלום אצלי דהתם נמי איכא לספוקי דלמא מוכר לא נתכוין להקנות עד שימשוך כל הכור וכלישנא קמא דאמר כור בשלשים ומשיכה דלא קניא הוא ע"כ ובעניותי לא יכולתי לירד לסוף דעתו הרחבה של הר"ן בזה דלפי מה דנקטינן תפיסה שאין עמה קנין לאו שמה תפיסה חילוקא דהיש

מחלקים ברור וגלוי הוא דהתם בכור בשלשים סאה בסלע נהי דהקני' היא מסופקת התפיס' מיהת ודאי דאפי' את"ל דלא קנה שהמוכר לא נתכוין אלא על כור שלם וכלשון ראשון מ"מ הלוקח מיהו הוי תפס ודאי כיון דמשך ראשון ראשון ובתפיסה לא בעינן דעת בעלים. משא"כ בהך בעיא דמשוך בהמה וקני כלים שעלי' התפיסה ג"כ מסופקת דאת"ל דלא קנה גם הוא לא תפס כלל דתפיסה שאין עמה קנין הוא אפי' בגזלה לא הי' מתחייב באונסין בכה"ג אי לא קנה וכיון דהדבר ספק הדרינן לחזקת מ"ק ותחזור לבעלים הראשונים ואעפ"י דתפיסה ברשות לעולם בעינן מדעת בעלים וכמו שנתבאר לעיל היינו דוקא שלא יתפוס התופס מעצמו אבל כל שהתפיסוהו הבעלים אדעתי' שאם הדין הוא עם המקבל תהי' שלו סגי וכמו שכתוב שם אבל גבי התופס בעינן שתהי' על כל פנים תפיס' ודאית מצד עצמו וכמו בכור בשלשים דראשון ראשון שמשך תפס בי' דמשיכה בפני עצמה תפיסה ודאית היא אבל כשמושך הבהמה לקנות כלים לא תפיסה ודאית היא דאם אינה קונה לאו שמה תפיסה וע"כ לומר דהר"ן סובר דבכל מקום דמהני תפיסה אז אף כשהדבר ספק אם הוא תפס או לא נמי מהני אבל לא ידעתי מנא לי' הא ומהא דראשון ראשון קנה אין ראי' דהתם אין ספקא בתפיסה וכמ"ש ותו שהרי בהך בעיא דאויר שאין סופו לנוח כתב הנ"י בשם הר"ן ז"ל והוי ספק ממון ויש לחלק בין מתנה להפקר דבמתנה לעולם לא נפקא מרשות נותן עד דאתי' לרשות מקבל בודאי ומפקינן מכל אדם להחזירו לנותן דאוקמא ממונא בחזקת מארי' דהיינו הנותן אבל הפקר מעידן דאפקרי' נפקא לי' מרשותי' הלכך כל הקודם זוכה בו כו' וכ"כ הרנב"ד ז"ל ע"כ הרי לפניך דהר"ן גופי' ס"ל דתפיסת ספק לאו שמה תפיסה ומי יתן ואדע מה בין הך בעיא דאויר שאין סופו לנוח להך בעיא דמשוך בהמה וקני כלים שעלי'. וכן נראה בעיני להביא ראי' מדברי הרמב"ן בספר המלחמות בפ' המוכר את הספינ' שפירש בטעמא דהרי"ף דכליו של לוקח ברשות מוכר או להיפוך אידי ואידי לא קני משום דס"ל דספקא הוא ומוקמינן לזביני בחזקת מ"ק אלמא אף דאת"ל דקנה מקרי תפס ברשות אפ"ה כיון דספקא הוא דאי לא קנה לא הוי תפס לא מהני והאי נמי ממש דכוותי' וכן נראה מדברי הרא"ש שפסק גבי בעיא דמשוך וכו' דבמכר ומתנה לא קני ואף דאיהו ג"כ מודה דתפיסה ברשות מהני והוא מטעמא דאמרן דעכ"פ בעינן שתהי' התפיס' ודאית ודברי הר"ן ז"ל צריכין עיון:

ולפי הצעה דתפיסה שאין עמה קנין לאו שמה תפיסה יש להשיב על תירוצא דהרב ז"ל דגם בהנך בעיות דב"מ אין הקמא מיקרי תפס דאת"ל דלא קנה תו אינו תפוס מידי ואין לומר דאפ"ה שאני הנך מהנך דחזקת הבתים בשדות הגר משום דבהנך דב"מ עכ"פ את"ל

דקנה הוי תפיס' מיהת משא"כ בהנך דשדות הגר אפילו את"ל דקנה קמא לא הוי תפס שהרי לא החזיק בשדות אלו כלל אלא במיצר הוא דהחזיק או בחברתה ליתא דודאי אי קנה קיימי ברשותי' לגמרי ואין לך תופס כמוהו ואפילו בקרקעות דלא מהני תפיסה היינו דוקא לתופס מחברי' אבל בדרך זכי' וקני' ודאי קיימא ברשותי' וכחו עליהן יותר מתפיסת מטלטלין ויראה לומר דהרא"ש סובר דאף דתפיסה שאין עמה קנין לאו שמה תפיסה וכמ"ש דאל"כ גם במכר ומתנה הי' לו לפסוק דא"מ מהמקבל משום דברשות הוא אלא דס"ל דלא בעינן שיהי' עמה קנין אלא נגד חזקת מ"ק אבל בהפקר ת' כל דהו שמא ת' משום דהבטה בהפקר קניא וע"ד שפירש מוהר"מ מינץ הביאו הרב ז"ל ומש"ה בהנך דב"מ אפילו את"ל דלא קנה הוי תפס מיהת כל דהו דמהני בהפקר אבל בהנך דחזקת הבתים את"ל לא קנה לא הוי תפס מאומה מש"ה אם זכה בהו אחר לא מפקינן מיני':

ג

ויראה לי דהרא"ש לא קאמר בהנך בעיות דב"מ דאי תפס אחר מפקינן מיני' אלא אם תפס השני מיד הראשון כשעדיין הי' תפוס בהן כך בדרך שקנה אותן כמו מושך בחמור ומנהיג בגמל ובא אחר ותפס הימינו בעוד שהי' הראשון מושך ומנהיג בה דבזה מפקינן מהתופס ויהבינן לראשון דכל זמן שהוא תפוס בה אף שאין עמה קנין מהני בהפקרא וכחו ורשותו עלי'. אבל אי הראשון הי' מושך בחמור ומנהיג בגמל לזכות בו ושוב הניחה מידו ובא השני ותפס מר"ה או מסימטא וזכה בו לא מפקינן מיני' ואע"ג דבעלמא בגוונא דלא מתני תפיסת השני אזי אפי' היכי שתפס מר"ה או מסימטא ל"מ היינו דוקא היכי שיש להראשון חזקת מ"ק ומתחילה היתה שלו בתורת ודאי ולכן אפי' הניחה בר"ה ובסימטא לא פקע כחו ורשותו הימינה משא"כ כאן דזה הראשון אין חזקתו ברורה ואין כחו אלא בתפיסה מה שהוא תופס בה כל שהניחה מתחת ידו פקע כחו ושוב א"מ מהתופס השני ודמיא להנך דחזקת הבתים דאף התם הדבר ספק דאם הראשון קנה לא מהני תפיסת השני ואפ"ה אמרינן כיון דאי לא קנה גם תפוס לא הוי וזה נמי דכוותי' דאי לא קנה גם תפוס תו לא הוי ותפיסתו דהוי לי' בי' מעיקרא פקע. ואם שמתוך דברי הרב ז"ל בסי' ל"ז לא נראה כך לדעתי העני' האי חילוקא מיסתבר:

ונראה בעיני להעמיד דבר זה בכוונת הטור בסי' רמ"ג וז"ל הזורק ארנקי לבית בפתח זה ויצא דרך פתח אחרת ונתנו לבעה"ב במתנה וחזר בו בעודו באויר הבית מבעיא כו' ולא איפשטא לפיכך אם חזר בו אין בעה"ב יכול להוציא מידו. אבל אם הפקירו וזכה בו אחר בעודו באויר מוציאין אותו מידו ונותנין לבעה"ב עכ"ל ולשונו צריך ביאור למה הוצרך שיזכה בו האחר בעודו באויר וכן ברישא וחזר בו בעודו באויר למה לי אפי' אם

חזר בו אח"כ נמי הדין כך וכבר עמדו על זה נושאי כליו וכתבו דלרבותא כ"כ ע"ש והרב האורו"ת ז"ל פירש דהטור מפרש דהארנקי כשיצא דרך פתחים נח ברשות בעה"ב ולכן אלו לא זכה בו אחר בעודו בבית או שחזר בעודו באויר הבית אז בודאי דבעה"ב דדל אויר חצירו מהכא הא נח ברשותו וע"ש שהאריך בזה וקרא אחר המפרשים שלא ירדו לשרש הדבר. ותמהני דאם אחורי החצר ג"כ הי' של הבעה"ב הדר ה"ל אויר שסופו לנוח ואויר שסופו לנוח לא קמבעיא לי' ופשיטא דכמונח דמי וקונה כמ"ש הטור שם להדיא. אבל לפי דרכי הוכרח לומר שזכה בו בעודו באויר דע"כ איירי שאחורי הפתח שיצא בו לא הי' חצרו של בעה"ב וכמ"ש וא"כ אלו זכה בו השני לאחר שיצא מאויר הבית תו לא הוי מפקינן מיני' ליתנהו לבעה"ב כיון דבשעה שתפס כבר פקע תפיסת הראשון וכמ"ש. ולכן כתב גם ברישא דחזר בו בעודו באויר משום דעיקר הנפקותא שבין מכר ומתנה למציאה והפקר הוא כל זמן שהוא באויר הבית ולאחר שיצא מאויר הבית גם בהפקר לא זכה הבעה"ב כי אם השני והרי זה נכון:

ד

ולענין דינא בהנך בעיות העלה הרב ז"ל בסי' י"ט דאין להוציא מהשני ודלא כהרא"ש ז"ל. וז"ל דהא פשיטא דהרא"ש לא כ"כ אלא לפי שיטתו דבספיקא דדינא מוציאין מיד התוקף והרבה פוסקים סבירא להו דבספיקא דדינא א"מ מהתוקף אפי' הוי מ"ק ממש וא"כ הכא כיון דנ"ל דלכ"ע א"מ מיד האחרון מטעמא דהראשון לא הוי מ"ק בודאי. ודאי אין להוצי' מיד האחרון כשזכה בזכי' ברורה עכ"ל. ול"נ דמשום הא לא איריא שהרי הב"י ז"ל סובר דמהני תפיסה בספיק' דדינא וכמו שנראה מדבריו בש"ע ח"מ בהרבה מקומו' ואפ"ה בסי' רמ"ג כתב כמו הרא"ש גבי בעיא דאויר שאין סופו לנוח דבהפקר מוציאין מהאחרון ונותנין להראשון אלמא מה דפשיט' לי' להרב ז"ל להאי גיסא פשיט' לי' להב"י ז"ל לאידך גיסא אבל באמת יש שום עיון בזה דאטו הראשון מה שהוא מוחזק מספק יהא עדיף ממי שיש לו חזקת מ"ק ממש בתורת ודאי ואפ"ה לשיט' הב"י הרי מהני בי' תפיסה וכבר עמד בזה הרב ז"ל בסי' ע"ו ומה שאמר בו הוא דחוק מאוד לפיכך לא אזכירו אבל מ"מ אפי' לדבריו מיהו אין ראי' שהסוברי' דמהני תפיסה יחלוקו על הרא"ש בהאי מילתא ול"נ מה שיש לחלק בזה משאר ספיקא דדינא דמהני בי' תפיסה ואף שהראשון תפס כודאי וגם יש לו חזקת מ"ק הוא משום דבשאר ספקא דדינא גם בעוד שלא תפס השני יש לו בגוה דהאי דררא דממונא ודלמא הדין עמו ושלו ביד חבירו אבל בהנך בעיות דב"מ בעוד שלא תפס השני לא הי' לו בגוה שום דררא דממונא דאפי' את"ל דהראשון לא קנה זה השני מה לי' בגוה כל שעדיין לא זכה בו. וכבר חלקתי

בכיוצא בזה למעל' בכלל רובא סי' ט' ע"ש והוא חילוק נכון אלא שעדיין איכא למידק ממ"ש בש"ע בס"ס רמ"ה ז"ל זיכה לו ע"י אחר וכששמע המקבל שתק ואח"כ צווח ואמר איני מקבלה ה"ז ספק אם זה ששתק כבר רצה וזה שצווח חזר בו או ששתק מפני שעדיין לא הגיע לידו כלום וזה שצווח הוכיח סופו על תחילתו לפיכך אם קדם אחר וזכה בה לעצמו א"מ מידו שמא המקבל זכה וכיון שאמר איני רוצה בה הרי הפקירה וזה שקדם ולקחה מהפקר זכה ע"כ והרי התם נמי בעוד שלא קדם זה השני ותפס בה לא הי' בו בגוה דררא דממונא דאפי' את"ל זה ששתק כבר רצה וזה שצווח חזר בו זה השני מה לו בגוה כל שלא זכה בו ואפ"ה פוסק בו דלא מפקינן מיני' וי"ל דהתם הראשון איננו תפוס בה כלל אבל בהך בעיא דאויר שאין סופו לנוח הראשון שהוא בעה"ב תפוס בה ואם שאינה תפיסה מעליא מ"מ תפיסה מיהת הויא וכמ"ש לדעת הרא"ש וזה השני בעוד שלא תפוס לית לי' בי' דררא דממונא מש"ה לא מהניא התם תפיסת השני באופן שמהסוברים דמהני תפיסה בספקא דדינא אין ראי' שיחלוקו על זה ומ"מ נ"ל להכריע כדעת הרב בזה ודלא כהרא"ש ז"ל ואם שהמחבר והרמ"א סתמו כדבריו משום דלא ידעו שיש חולק בדבר אבל בענייי מצאתי שהרמב"ן והר"ן והנ"י סברי דלא כוותי' שהרמב"ן ז"ל כתב בהך בעיא דאויר שאין סופו לנוח וז"ל וכיון דבגמרא לא איפשטא להדיא דינו כדין תיקו דממונא ובהפקר כל הקודם וזכה בו א"מ מידו אבל במתנה מוציאין ממקבל לנותן אבל לא מנותן למקבל עכ"ל וכ"כ הנ"י שם בשם הר"ן ז"ל הבאתי דבריו בסעיף ב' הנך רואה דהנך רבוותא סברי דבמציא' והפקר לא מפקינן מהשני ליתן להראשון דלא כהרא"ש וכ"כ שם מוהר"מ מטיקטין דהנ"י פליג על הרא"ש בזה. והנה הרב ז"ל כמה כרכר בדעת הרא"ש אלא שלא מצא אילן להשען בו ואמר שאינו כדאי לחלוק עליו ואין מהתימה שלא ראה דברי הרמב"ן והר"ן שבימיו לא באו עדיין בדפוס הביאם מוהרב"א בשיטתו אבל לא ידעתי איך נעלם מעיניו דברי הנ"י בהך מילתא:

ה

אמנם אם חזר הראשון ותפס מהשני יראה דמהני תפיסה דכללא הוא דבכל דבר שאין לאחד בו חזקת מ"ק יותר מחבירו מהני תפיסה ואי הדר אידך ותפס מיני' ג"כ לא מפקינן מיני' והכי נ"ל בכל דבר שדינו יחלוקו דבכה"ג לכ"ע מהני תפיסה וכמ"ש הרב ז"ל בסי' קכ"ה וכ"כ הרמב"ן להדיא בדיני תפיסה ע"ש ואי חזר אידך ותפס מהתופס ג"כ לא מפקינן מיני' ולפי"ז גם בהך בעיא דחזקת הבתים בשדות הגר אי חזר המחזיק הראשון ותפס מהשני מהני תפיסתו ואעפ"י דקי"ל דבקרקעות לא מהני תפיסה היינו דוקא נגד חזקת מ"ק אבל היכא דליכא חזקת מ"ק ודינו יחלוקו מהני תפיסה גם בקרקעות הן אמת

שראיתי להמש"ל בפט"ו מטוען ונטען שכתב הפך מזה דבקרקעות אף שתחילת דינן יחלוקו לא מהני בו תפיסה כלל אלא חולקין דקרקע כל היכי דאיתא ברשות בעלים איתה. ולדעתי נראה כמ"ש דלא איתמר האי כללא דאין תפיסה בקרקעות אלא נגד חזקת מ"ק דוקא והכי משמע להדיא מתוך לשון הרמב"ן בדיני תפיסה שאחר שהעלה שם דל"מ תפיסה בתיקו כתב וז"ל אבל בממון המוטל בספק שאין לומר בו אוקי ממונא אחזקת מארי' כגון שני שטרות היוצאין ביום אחד וכיוצא בו אם קדם אחד מהן ותפס א"מ מידו שאין לאחד מהן חזקה יותר מחבירו ע"כ והלא שני שטרות היוצאין ביום אחד מקרקעי הוא וכן משמע עוד שם להמסתכל בלשונו שבמקום אשר דין קרקעות חלוק ממטלטלין נשמר לפרש מטלטלין ע"ש וזה ברור אלא שמצד אחר יש לומר דלא יהני בהנך בעיות דב"מ ודח"ה תפיסת הראשון מיני' דהשני דכיון שקניית השני ודאי וקנית הראשון ספק נימא דאין ספק מוציא מידי ודאי. ואף שצד זכיותו של הספק מספק את הודאי דאת"ל דהראשון קנה תו אין לשני בגוה כלום אפ"ה כיון דבלעדי זה הראשון הי' זה השני ודאי ובלעדי השני עדיין הי' הראשון ספק אמרינן ג"כ אין ספק מוציא מידי ודאי כמו שהסכימו האחרונים ז"ל. ועוד יש לעיין לפי מ"ש לעיל דח' מ"ק בממון מעין ח"ק באיסורי הוא דמוקמינן הדבר בחזקת מה שהי'. ובאיסורי קי"ל דאפי' היכי דאיתרע החזקה לפנינו אפ"ה מוקמינין אח"ק לאחר ההשתנות בכל האפשרי וכמו בגבינות שנעשו מבהמה שנמצאת טרפה דאמרינן השתא הוא דנטרפה א"כ ה"נ בהפקר יש לאוקמה אחזקת הפקר ולומר דהפקר הי' עד שזכה זה השני. והלכך אני מסתפק בהאי מילתא ולא מצאתי הכרע מדברי הראשונים:

1

ודע דכמו דבדבר שדינו יחלוקו מהני תפיס' לכ"ע וכמ"ש בסמוך ה"נ בדבר שדינו יחלוקו אזלינן בכה"ג בתר רובא לכ"ע דאפילו שמואל דסובר אין הולכין בממון אחר הרוב היינו דוקא להוציא מחזקתו דאידך אבל כל שתחלת דינו יחלוקו דאין א' מוחזק בו יותר מחבירו איהו ג"כ מוד' דאזלינן בתר רובא. כ"כ הרב ז"ל בסימן קכ"ה והביא ראי' מת"ה סימן שנ"ב ולדעתי דבר מפורש בש"ס הוא בפ' לא יחפור (כ"ג) דמוקי התם מתניתין דתנן קרוב לזה שלו קרוב לזה שלו מחצה על מחצה שניהן יחלוקו בשוין אבל אי חד מנייהו נפיש אזלינן בתר רובא וכ"כ כל הפוסקים וכן הוא בש"ע ח"מ סימן ר"ס ע"ש הרי להדיא דבדבר ששניהן שוין בו ואין לא' בו חזקה יותר מחבירו אזלינן בתר רובא ואפילו בתר קרוב אזלינן בכה"ג וקרוב לא עדיף כרובא. וה"נ בענין ברי ושמא דלא קי"ל כרב יהודא דאית לי' ברי ושמא ברי עדיף היינו נמי דוקא כשהטוען שמא מוחזק בהאי

מילתא אבל בדבר שאין שום א' מוחזק. בכה"ג גם רב נחמן מודה דברי עדיף וכבר כתב כן הרמב"ן להדיא בחידושיו לב"ב בפ' ח"ה (ל"ד) הבאתי לשונו למעלה בכלל א' סעיף ז' ע"ש. אבל תמהני מדברי הרמב"ן ז"ל במ"ש לעיל מינה בהאי פירקא גבי קריבי' דרב אידי בר רבין ז"ל ומאי דגרסי' במקצת נוסחי אוקמה רב חסדא בידי' דהאי גברא איני יודע היאך אפשר שכיון ששניהן אין מודין זה לזה ממון המוטל בספק הוא וחולקין אפילו טעין האי גברא אנא קריבנא טפי מרב אידי' ורב אידי לא קטעין דאיהו מקרב טפי כו' ע"ש ואמאי כיון דהתם לא היה שום א' מהן מוחזק לא רב אידי ולא ההוא גברא כל דהאי גברא טוען ברי דאיהו קרוב טפי ורב אידי טוען שמא ואינו יודע אם הוא קרוב טפי או האי גברא קרוב טפי בכה"ג הוי אמרינן ברי ושמא ברי עדיף וכמו שהבאתי משמי' דהרמב"ן עצמו ז"ל וצ"ע:

ז

ומ"מ לדינא מיהו נקטינן דהיכי שאין שום א' מוחזק אמרינן ברי ושמא ברי עדיף דרב נחמן לא קאמר אלא משום דאוקמה ממונא בחזקת מרי' וגם בתר רובא אזלינן בכה"ג וכמו שמוכח להדיא בפ"ב דב"ב וכמ"ש בסמוך אלא שיש לי שום עיון בהא מילת' מהא דכתבו התוספות בפ' השואל (צ"ז) דלסומכוס דס"ל ממון המוטל בס' חולקין חשיב ליה כאלו שניהן מוחזקין ומש"ה לרב נחמן דסבירא ליה דלא אמרינן ברי ושמא ברי עדיף דאוקי ממונא בחזקת מאריה סובר כן אפילו אליב' דסומכוס דאית ליה ממון המוטל בספק חולקין וכדמוכח שם בפ' השואל ע"ש וא"כ לפי"ז אפי' לרבנן דפליגי על סומכוס היינו דוק' היכי דאיכא חזקת מ"ק או חזקת ממון. אבל היכי שאין שום א' מוחזק בו כלל דאינהו ג"כ מודין לסומכוס דיחלוקו ראוי להיות נידון ג"כ כאלו שניהן מוחזקין בו כמו לסומכוס וא"כ אפילו בדבר שאין שום אחד מוחזק בו ראוי שלא יהני רובא או ברי להוציא מחצית אידך מחזקתו דחשיב כאלו הוא מוחזק בו. ויש לומר דדוקא לסומכוס דס"ל ממון המוטל בספק לעולם חולקין אפילו שיש לא' מהן חזקת ממון או מ"ק ע"כ דסובר דכל ספק שיש בו דררא דממונא חשיב כאלו שניהן מוחזקין בו וכל א' מוחזק במחציתו אבל לרבנן אע"פ דמודים לסומכוס דבכה"ג חולקין מ"מ לא מטעמי' הוא דאליבי' דסומכוס חשיב כאלו שניהן מוחזקין בו ולרבנן שניהם אין מוחזקין בו ולפי שאין לומר בו אוקי ממונא בחזקת מאריה מש"ה חולקין ולפי"ז יש לתרץ קושית תוספות דפ"ב דב"ב דף הנ"ל ד"ה מצאו בין שני שובכין ולא צרכינן למ"ש התוספות שם דהוי מ"ל ולטעמיך ע"ש ודו"ק:

כלל ט

יבאר דתפיסה מהני בכל דבר כשתופס עבור חוב אבל לתפוס חפץ עבור חפץ אחר אשר נידונין עליו לא מהני:

א

דע שהרב ז"ל העלה דבגוונא דמהני תפיסה אז מהני בכל דבר והאריך הרבה בראיות מדברי תשובות האחרונים ז"ל ודלא כמהרש"ל ז"ל. ואני מצאתי חבר למוהרש"ל ז"ל ה"ה מוהרי"ט בח"א סי' ע"ב דס"ל ג"כ דלא מהני תפיסה אלא במחליף פרה בחמור דטוען ברי על גוף הולד ע"ש. ומ"מ לענין דינא מיסתבר כדעת הרב ז"ל שכן להקת כל האחרונים ז"ל וכן נ"ל ראי' מדברי הרא"ש בפ"ב דכתובות גבי' שנים החתומין על השטר וע"ש שכתב ואי תפס מטלטלין לא מפקינן מיני' והתם אין לו טענה על גוף המטלטלין אלא ממונא קתבע לי' גם ראיות הרב מדברי הרא"ש דפ"ב דב"ק שכתב ולרבותינו האומרים דבכל תיקו אי תפס לא מפקינן מיני' בחצר הניזק אי תפס מגבי' לי' נזק שלם ובר"ה אי תפס הבהמה מגבי' לי' ח"נ ומדכתב ברישא סתמא אי תפס ואח"כ כתב אי תפס הבהמה אלמא דברישא אפי' תופס מטלטלין מהני אלמא דמהני תפיסה בכל דבר והיא ראי' שאין עלי' תשובה אלא שלענ"ד קשיא בדברי הרא"ש הללו במה שכתב דבר"ה ותפס הבהמה כו' ולמה הצריך שיתפוס גוף הבהמה. ואי משום דקרן אינה משלם אלא מגופו כיון דדעת הרא"ש דאף דלא דיינין האידנא קרן אלא בתפס מהני בי' תפיסה בכל דבר וכמ"ש בשלהי פ"ק וכיון דבודאי מהני בכל דבר מ"ש דבספקו לא יהני כיון דכל היכי דמהני תפיסה בספקא מהני בכל דבר. ונראה לומר דלא מהני ת' בכל דבר אלא דוקא כשהספק נופל על איזה חוב כמו שור המועד והאי דפ"ב דכתובות שנים החתומין על השטר דבכה"ג אפי' תפס מטלטלין ל"מ מיני' דכולי נכסי' משתעבדי לזה עד שיפרענו אבל כשהספק נפל על איזה חפץ ששנים אומרי' שראובן מכרו לשמעון ושני' מכחישין אז לא מהני אלא כשיתפו' זה החפץ עצמו דבמטלטלין אין לו בהם שום דררא דממונא ואף לא שעבוד ולכן ברשות הניזק דאתי עלי' מתור' רגל כתב הרא"ש סתם אי תפס דאז מהני תפיסה בכל דבר אבל בר"ה דלא מצי אתי עלה אלא מתורת קרן דשן ורגל פטור בר"ה וכיון דמכח קרן אתי דמשלם מגופו ל"מ עד שיתפוס גוף הבהמה דאעפ"י דדעת הרא"ש דבקרן מהני תפיסה בכל דבר היינו היכי שהחוב הוא ברור ודאי אלא שאין לו ב"ד מומחין לדונו אבל היכי שהחוב עצמו מסופק ל"מ עד שיתפוס גוף הבהמ' דעל שאר מטלטלין אין לו שום טענה וכמ"ש וזה נכון:

ב

ועדיין לא יושיענו דבר זה לפרנס עמו כל דברי הרא"ש הנאמרים שם דהתם גבי בעי' דכשכשה באמתה כתב וז"ל ולמאי דפרישית דכל תיקו אי תפס מפקינן מיני' בחצר הניזק אי תפ' גוף הבהמ' מגבינן לי' ח"נ ממ"נ כו' והתם מדוע לא יועיל שיתפו' גם שאר מטלטלין מאותו ממ"נ עצמו דאם רגל הוא שפיר תפס שאר מטלטלין ואי קרן הוא נמי הא הרא"ש סובר דבפ"נ מהני ת' בכל דבר כל שהחוב מיהת ברור וה"נ החוב ברור שהרי ח"נ מיהת מגיע לו ממ"נ. ובעניותי לא יכולתי לפרש לשון הרא"ש הלז אלא לפי שיטת ר"ת דסובר דבפ"נ בעינן שיתפוס גוף המזיק:

אבל תמהני שבשלהי פ"ק מסיק דלא כר"ת ע"ש ולא מצאתי להמפרשי' שיתעוררו בזה וראיתי בב"ח לח"מ סי' ש"ץ על מ"ש שם הטור ג"כ כלשון אביו הרא"ש כתב וז"ל ומ"ש ואם תפס גוף המזיק היינו משום דתם אינו משלם אלא מגופו והלכך אם תפס דבר אחר אינו גובה וכמו שנתבאר לעיל סי' א' סעיף ו' כו' וכ"כ בסי' שצ"א בדין לחם בסל עכ"ל ונהניתי שמצאתי לי רב שמפרש שדברים אלו לפי שיטת ר"ת אמורין אבל תמהני במ"ש הב"ח וכמו שנתבאר בסי' א' והרי שם הביא הטור דעת אביו במסקנא דמהני ת' בכל דבר. אך בסי' שצ"א באמת משמע כן מדברי הטור דבעינן שיתפוס גוף הבהמה וצ"ע בכל זה:

אמנם עם היות שלפי הנחה זו שדברי הרא"ש הללו איתאמרו אליבא דר"ת אין הכרח להאי חילוקא שחילקתי בין תופס עבור חוב לתופס עבור חפץ מ"מ מסתברא לי הכי מטעם שכתבתי:

ואכתי איכא לעיונא בחוב דמהני ת' בכל דבר אי רשאי לאתפוסי' לכתחילה בחוב הלואה או לא משום לאו דלא תבא אל ביתו לעבוט עבוטו וכבר העיר הרב ז"ל בהאי מילת' והעלה לומר דבמקו' דאיכ' פסידא אפשר דאין בו משום איסור דמשכנו שלא ברשותו אבל לא ברירא לי' האי מילתא. ורב אחי מורי נ"י בסי' ד' ובסי' צ"ז כתב להחמיר בדבר:

ג

והוי יודע שהרב ז"ל בש"ך לח"מ סי' מ"ב ס"ק ט"ז כתב על מ"ש שם בענין שתי לשונות דסתרי שבשטר דאי תפס מטלטלין לא מפקינן מיני' כתב איהו ז"ל אבל קרקע ואפי' פירות קרקע לא מהני תפיסה אפי' טוען התופס ברי מטעם קרקע בחזקת בעלי' עומדת כדלקמן סי' שי"ב סעי' ט"ו ובסי' שי"ז סוף ס"ג ע"כ ובעניותי תמיהא לי האי מילת' דכיון דת' מהני בכל דבר למה ישתני פירות מקרקעי דלא יהני בה תפיס' והרי בקרקע גופה נמי הי' ראוי שתהני תפיס' אלא משום דקרקע אינה נתפסת שאי אפשר לשומטה

ומש"ה בעבדים אף דלכל מילי הוקשו לקרקעות אפ"ה לענין ת' שאני ומהני בהו כמו שנתבאר למעלה. וא"כ פירות מקרקעי נמי כיון דנשמטין מדוע לא תהני בהו ת'. והא דמביא ראי' מסי' שי"ב ושי"ז לאו ראי' היא דהתם שאני דכל הספק עיקרו נופל על הקרקע דהתם איירי מענין ספק בשכירו' מקרקע כמו משנים עשר זהובי' לשנה דינר זהב לחדש או שטרא דכתיב בי' שנין סתמא מלוה אומר שלש ולוה אומר שתים דכיון דעיקר הספק נופל על הקרקע ומוקמינן לה בחזקת בעלי' והיא אלימ' טובא ולא מהני נגדה תפיסת השני אפי' ת' שאר מטלטלין וכן משמע להדיא מדברי התו' בשלהי פ' השואל שכתבו שם דלא אזלינן בתר מאן דתפס השתא אלא בדליכא חזקה חזקת קרקע כנגדה ע"ש אלמא דעיקר טעמא הוא משום דהספק על הקרקע נופל וחזקת קרקע אלים טובא. אבל בהאי דסי' מ"ב דאין הספק נופל בקרקע כל דתפס אידך אפילו פירות מקרקע נמי מהני ואין הפרש כלל בין תופס פירות מקרקעי לתופס שאר מטלטלין. ויראה דהש"ך הביאו להאי חילוקא מה שהקשה כאן בסי' מ"ד על הרא"ש דפ"ק דב"מ ולפי מה שאמר בתירוצא דהאי מילתא הגיעו לומר כך אמנם אם שקושיתו זאת באמת חמורה מאוד וכמו שאמר הרב שהרצה אותה לפני כמה גדולים וקולם לא נכנסו באזניו וגם בעניותי מצאתי בתשובת לחם רב שהניחה בצ"ע מ"מ גם בתירוצא דהש"ך לא נתקררה דעתי העני' והקרוב בעיני מ"ש הרב האורו"ת בזה ע"ש מ"מ דבר ברור בעיני דבגוונא דמהני תפיסה מהני גם בפירות מקרקעי זהו מה שמצאה ידי הכהה לדבר בענין ספקא דממונא ואם שגיתי לא במרד ובמעל:

השם הטוב יכפר ממעל:

תם

ונשלם שבח לאל בורא עולם: