

הקדמת המחבר אברהם אלהי השמים והארץ אשר העיר את רוחי ונתן דעת בלב שפל אנשים פמוני לחבר חבור זה לזכות את הרבים על ידי מעשה אשר אירע פה בק"ק ווילנא יע"א בתחלת חודש טב"ת לפ"ק בענין הגדון אשר נשאלנו עליו ואני בענייני תפילות את לבי וכאשר בינתי פבר מתוך הספרים היה פשוט בעיני שיעיל תפילות בענין כזה אף לאשר כי נפלה מחלוקת גדולה לשם שמים בדבר נתי אלו לבי לדרוש ולתור בתקנה של תורה ויהי בחפשי באמתחת ספרי הפוסקים לברר דין זה ראיתי דברי תורה עניים במקום אחד ועשירים במקום אחר כי אף שדין זה שנופלה המחלוקת עליו פשוט בעיני יותר מהיעתא בכותחא עם כל זה באשר יגעתי ומצאתי טעמן של דברים ראיתי הדברים עתיקים ומתוקים ורחבים מני ים, משאר דינים המסתעפים מזה ואמרתי אני עם לבי אשר באו להראשונים ולא ביארו"ם ואין זכרון לראשונים עם האחרונים שגם המה לא עלו על לבם לבאר כל הספיקות הנופלים בדינים אלו אולי מקום הניחו לי מן השמים להתגדר ולפקוח עיני העברים ולהאיר לתם מזה דרך ישפון אור בדיני ספיקות של ממון: וקראתי שם חבורי זה תקפו פהו כי מקור דינים אלו הוא מן הסוגיא דתקפו פהו שבש"ס וגם כי תקפה יד הפהו בעזרת האל כי מורעא דאהרן קאתינא אוהב שלום ואמת בתורת אמת.

ובכן אל אמת ינחני בדרך אמת ויזכני לעשות ספרים עד אין קץ אמת כאשר עם לכבי באמת בך ח' בטחתי ולא אבול לעולם ועד: נאום שפתי בן לאדוני אבי הגאון מוהר"ר מאיר פץ ז"ל ספר תקפו פהו שאלה ראובן שלמה מעות משמעון ואח"כ פשתובע ממנו המעות הוא אומר עשיתי עמך שותפות לפני איזה שנים קודם ההלואה וידוע לי שהרנוחת בכן אני תופס המעות מתמת הרנוח ההוא.

והשותפות ההוא שנעשה בתחלה יש בו מחלוקת הפוסקים אם השותפות נגמר בזה והוא שני הדעות בשלחן ערוך סימן קע"ו מועיל תפיסה בכה"ג או לא פינן דהוי פלוגתא דרבנותא: תשובה אף שבגדון זה פשיטא דמועיל תפיסה מהרבה טעמים וכמו שכתב ארן צנרף להאריף בזה.

אף לפי שראיתי דינים וענינים רבים בתפיסה דספיקא דדינא בפוסקים ראשונים ואחרונים וצריך לעמוד על אמתת דבריה' ולהכריע כל דבר על מכונו איזה דרך ישפון אור בתפיסה דספיקא דדינא ע"כ מוכרח אני להאריף: סימן א הנה בריש פרק שנים אוחזין (דף ו' ע"ב) שקיל וטרי ש"ס גבי ספק בכורות דתנן המע"ה אם תקפו פהו אי מוציאם מידו או לא.

וכ' התוס' שם דמסקנא הוי תקפו פהו מוציאם מידו ואחריהו נמשכו הרא"ש והגמוקי יוסף שם והריטב"א בחדושיהו הם ושאר כל הפוסקים בכמה דוכתי וכמו שיתבאר. אבל הרמב"ם פסק בפ' ב' מה' בכורות תקפו פהו אן מוציאין מידו.

ובתשובת רשב"א סימן שי"א ובכ"מ. ובב"י בי"ד ר"ס שט"ו פתבו טעם לדבריו דרב המנונא מצי למדחי סייעתא דרב חנניא ע"ש והוא דחוק דבש"ס משמע דרב המנונא קבל סייעתא דרב חנניא וליכא למדחי' כלל (נ"ל ישוב לדעת הרמב"ם שפסק תקפו פהו אין מוציאין מידו שאינו נגד מסקנת הש"ס).

אָלאַ נ"ל דעת הרמב"ם משום דבתשובת הרשב"א סימן ש"י הקשה השואל להרשב"א קושיא מגופו דש"ס מאי סייעתא מייתי רב חננאי לספק בכורות מספק פטר תמור דהתם שאני דמזון גמור דישאל הוא פדאמר רב נחמן מפריש עליהו עשרה שיין ומעשרון והו שילו אבל בספק בכורות לאו ממונו נינהו דהא אסירי בגיזי ועבודה ונהו לן למימר תקפו פהו אין מוציאים מידו כו': הג"ה נפקא מינה לענין דינא דספק פטר תמור אי תקפו פהו לתרוץ הרשב"א והגאון אמ"ו ז"ל ברמב"ם מוציאים מיד הפהו ולב"י ולתרוצי ברמב"ם אין מוציאים מיד פהו ולדידהו קשה אמאי לא הביא הרמב"ם דין דספק פטר תמור דמוציאים ולדין ניחא משום דסמיה על מ"ש גבי ספק בכור דאין מוציאים וה"נ ל"ש: ולפעד"נ דהרמב"ם מפרש הגמרא דמתחלה הא דקאמר ר"ח תנאי דמסייע לרבא הטעם דספיקות נכנסין לדיר משום דילדה פרתו והעמד הולד בחזקת ישראל וא תקפו פהו מוציאים ניחא דמעשרין אבל אי אין מוציאים נמצא זה פוטר בממונו של פהו וקשה אף דמעמידין הספק בחזקת ישראל היינו לענין גוף השא אבל לענין מעשר אמאי פטורים האחרים דילמא הוא נדאי פטר תמור דהא גבי בכור אם מוציאים מיד פהו אפ"ה אסורים בגיזה ועבודה וה"נ אף דמוציאים תחייבו אחרים במעשר דלמא הוא נדאי פטר תמור אלא נדאי ר"ח סובר דמעשרים מספק וא"ל אבני לדידהו דסובר דמעשרים כו' משפחת כו' דמעשרים מספק כגון כו' הדר אמר אבני לאו מלתא דאמרינן קאי על שניהם על ר"ח ועל עצמו ר"ל דמאי דאמרינן דמעשרים מספק ליתא וא"כ אינו יכול לעשר מספק וא"כ הא דקתני הספיקות נכנסין לדיר ע"כ צריף לומר טעם אחר והטעם הוא משום כל היכא דאית לה נלד הרי הוא אלא ביד הפהו הכי היא מזון גמור של פהו פינן דספק הוא רחמנא קזכי ליה להיות שלו לגמרי ואם הוא ביד ישראל הרי הוא מזון גמור של ישראל לגמרי כחולין ולעולם קזכי רחמנא להמחזיק ולא הנה אבני צ"ל בפ"י טעם זה משום דהנה פשיטא להם הפעם זה רק מתחלה הנה נראה להם יותר לומר טעם הראשון משום דדקדקו דהל"ל הספיקות הרי הוא כחולין ביד ישראל (כמ"ש ברמב"ם פ' י"ב מה' בכורות ע"ש ומשמע ג"כ שם פדברי ע"ש) ותו לא מ"ה פרושו דברייתא באה לומר רבותא להורות דמעשרין מספק ובזה ניחא נמי הלשון דקאמר בגמרא מאי אית לך למימר הלא אבני אמר לעצמו לאו מלתא דאמרינן כו' ולדידי ניחא דאמר לרב חננאי דסבירא להו דמעשרין כנ"ל דא"כ למסקנא תקפו פהו אין מוציאים ואפשר שלזה פינן ב"י בסימן שפ"ו שכתב דכיון דבר כו' עד יכול לפטור עצמו ע"ש ודו"ק עכ"ה: והרשב"א יישוב לו שם לפי שטתו והוא נראה דחזק ע"ש אבל נראה דהרמב"ם ס"ל פינן דבתר הך שקל' וטרני' דר"ח ורב המנונא אמרינן בש"ס אמר ליה רב אחא מדפתי לרבינא מאי ספיקות אילימא ספק בכורות יהיה קודש אמר רחמנא ולא שפבר קדוש אנא ספק פדיון פטר תמור כו' א"כ משמע ליה להרמב"ם ודאי דכי מוקמינן לה בספק פטר תמור ליכא לאתווי ראיה לספק בכורות דמוציאים מידו ורב חננאי והנה אמוראי דהני בעי לאתווי ראיה הנה ס"ל דמיירי בס' בכורות ולא הנה ס"ל הך דיהנה קדוש ולא שכב' קדוש לפירכ' וא"ל רב אחא מדפתי לרבינא דליכא לפרושי בס' בכורות אלא בספק פדיון פטר תמור וא"כ לרב אחא ורבינא ליכא לאתווי ראיה א"כ אדרבה מסקנא דש"ס דספק בכורות אין מוציאים מידו כן נ"ל לדעת הרמב"ם א"כ זכיננו דאין מן הש"ס סתירה לדעת הרמב"ם או מטעם שכתב הרשב"א וב"י או מטעמא דידי.

(דעת הרמב"ם וש"ע גבי ס' בכור תקפו פהן אין מוציאין מידו וגם הרשב"א נר' דס"ל פן למעשה) וכן פסק הב"י בש"ע בי"ד ר"ס שע"ו פהרמב"ם וכן הרשב"א אע"ג דמשמע מדבריו דס"ל תקפו פהן מוציאין מידו וכמו שכתבתי לקמן סי' ע"ג משמו דס"ל בתיקו לא מהני תפיסה וא"כ כ"ש בספק בכור וכמו שיתבאר מ"מ בספרו משמרת הבית דף מ"ו ע"א פתב דאפשר דקי"ל פהרמב"ם דאין מוציאין מידו ע"ש.

גם בתשו' סי' שי"א פתב ליישב דברי הרמב"ם משמע אע"ג דס"ל להלכה דמוציאין מידו מ"מ למעשה אפשר דס"ל פהרמב"ם: מיהו (דעת הרבה פוסקים מאד תקפו פהן מוציאין מידו) דעת כל הפוסקים ראשונים ואחרונים דתקפו פהן מוציאין מידו הלא הקמה התוס' רפ"ק דמציעא והרא"ש והריטב"א והנ"י והאגודה שם בתוס' דמציעא בפ"ק (כתובות דף ד' ע"א) והרח"ש והמרדכי והאגודה פ"ב דכתובות ותוס' פרק בית פור דף ק"ם ע"א וכ"כ עוד הרא"ש בפ' פיצד הרגל ובספ"ק דבכורות והביא שם דברי הרמב"ן דמשמע שם בפשיטות מדבריו דקי"ל הכי והבאתי לשונו לקמן סי' נ' וכן דעת הרא"ה בס' בדיק הבית דף ס"ו ע"א וכן דעת הר"ן פ' הזרוע והבאתי לשונו לקמן סי' ע"ב וכ"כ בפסקי מהרא"י סי' קס"ו ובתשו' מהרי"ל סי' ר"ה דף ס' ע"ב בדפוס (הענאווי) בפשיטות והבאתי דבריהם לקמן סי' ס"ב וכן נראה בפשיטות מדברי מהרי"ק שורש קס"ח והבאתי לשונו לקמן סי' ע' וכ"כ בפשיטות בתשובת מהר"מ מינץ סי' ע"ה דף ק"ח ע"ג ד' וכן בסי' ע"ז פשיט פן להשואל ולמהר"מ מינץ ע"ש וכ"כ מהר"ר דוד בתשובתו ל' לב ספר א' דף נ"ג ונ"ב וכ"כ מהר"ר יוסף ו' לב ספר א' סי' ס"ז דף צ"ד ע"ד דלא קי"ל פהרמב"ם בספק בכור והבאתי לשונו לקמן סי' קי"ח וכן מבו' בפשיטות בתשו' מהר"ר יוסף טראני סי' ע"ב דף צ"א ע"ב וכ"כ מהרש"ל פ"ב דב"ק סי' ה' וכ"פ חמי זקני הר"מ איסרלש בי"ד ר"ס שט"ו ואחריו נמשך מהר"מ יפה שם וכ"פ הב"ח שם.

(דין הלכתא ספק בכור תקפו פהן מוציאין מידו ולא כמ"ש ב"י בש"ע בי"ד ר"ס שט"ו שהב"י לא ראה כל הפוסקי' שפסקו פן) ולפי אומר לי שהב"י שפסק בש"ע שם פהרמב"ם לא ראה כל הפוסקים האלו שהבאתי שהרי לא הביאם הב"י שם כלל רק הביא דברי הרא"ש לבד ואי הוי חזי לכל הנהך רבנותא דרב גוברייהו ונפיש טובי לא הוי פסק הכי ובפרט שפשיט הש"ס משמע כדבריהם: סימן ב (גם הסמ"ג פסק בעשין רי"א בספק בכור אין מוציאין מידו) והסמ"ג כתב בה' בכור בהמה עשין רי"א דף רכ"ד ע"ב ונ"ל כל בהמה שהיא ספק בכור דינה שתראה עד שיפול בה מום ותאכל לבצעלים ואם תפס אותה הפהן אין מוציאין אותה מידו כרבה דתניא פותיה בפ"ק דב"מ ואוכל אותה במומה אבלאינו מקריבה שאין מקריב לעולם אלא בכור ודאי שפא ישחוט חולין בעזרה עכ"ל והנה דבריו אלו מועתקין אות באות מדברי הרמב"ם רק שהוסיף כרבה דתניא פותיה בפ"ק דב"מ.

והנה משמע שהסמ"ג פוסק פהרמב"ם בספק בכור דתקפו פהן אין מוציאין מידו. (דברי הסמ"ג עשין רי"א צ"ע גם סותר לדבריו שבעשין צ"ה) אלא שדבריו צריכין עיון שבה' תובע ונתבע עשין צ"ה דף קס"ג ע"ג פסק דמוציאין מידו.

ועוד קשה שהרי באמת רבה ס"ל בפ"ק דב"מ דמוציאין מידו וא"ל רב תניא לרבה תניא דמסייע לך כו' א"כ תני' פותיה דמוציאין מידו ונהי דבתשובת רשב"א סי' שי"א

ובב"י פתבו דרבה דחויא קמדחי מ"מ פשיט' דלא תניא פותיה לענין דאין מוציאין מידו וכ"כ הסמ"ג גופיה בעשין צ"ה שם וז"ל כל דבר שתחלת דינו המע"ה אין מועלת תקיפה שאח"כ מוציאין אותו מיד התקף כדמסיק רבה בפ"ק דב"מ גבי ספק בכורות ותניא פותיה אבל תקף קודם שנולד הספק לא מפיקי מיניה וכן פ"י רבינו שלמה בפ"ב דכתובות גבי אוקי תרי להדי תרי ואוקי ממונ' אחזקתו מדע שהרי במסכת בכורות (דף מ"ם) לרבי עקיבא שחושב מת ביום שלשים ספק אומר שם אם נתן לפהו פדיונו לא יחזיר ואם לא נתן לא יתן אלמא פנין דתפיס קודם שנולד הספק לא מפיקינן מיניה עכ"ל (וכ"כ בהגה' מי"א ספ"ט מה' טוען וכ"כ בתשו' מי"א לספר משפטים סימן מ"ט) ודוחק לומר שט"ס הוא בעשין, הג"ה לפעד"נ דל"ק דמחלק בין החזיק קודם שנולד הספק ובין החזיק לאחר שנולד הספק א"כ בעשין רי"א מייירי קודם שנולד הספק מ"ה קאמר הלשון תפיס דתפיסה שייך לקודם שנולד הספק ובא לידו ואח"כ תופס בו ותקיפה שייך לאחר שנולד הספק וגבה יד חבירו ותקף ובעשין נ"ה מייירי לאחר שנולד הספק וכתב הלשון תקפה והא דכתב בשניהם כרבה היינו משום דמפרש פ"י הש"ס הא דקאמר רבה לעולם מוציאין מידו וכו' א"כ קשה על לשון הברייתא דקתני המוציא מחבירו עליו להביא ראיה הל"ל על הפהו להביא ראיה ולא היה נוחא להסמ"ג פ"י רש"י דלעולם פהו קרוי מוציא משום דסמ"ג סובר כל מקום דקתני סתם המוציא הוא מאן דמוציא דמאן פסקה פסברת רשב"א בתשו' שי"א הנ"ל אלא: דרב המנונא רצה להביא סיועה על הוקדשה בלא תקפה מפת אי תקפה פהו אין מוציאין מידו ר"ל שתקף לאחר שנולד הספק דומיא דשנים אוחזין דמייירי לאחר שנולד הספק וקאמר רבא לעולם בתקפה מוציאין מיד הפהו משום הכי דייק רבא הלשון לעולם תקפה והברייתא דבכור מייירי בסתמא דתפיס קודם שנולד הספק והמוציא הוא קאי על שניהם מאן דמוציא וא"כ הברייתא כרבה וא"ל ר"ח תני' דמסייע לך בתקפה מוציאין וא"כ דבכור מייירי בלא תקפה דהיינו שתפיס קודם שנולד הספק אין מוציאין כפי' רבה וברייתא דספיקו מוציאין ג"כ כרבה וא"כ נוחא הא דכת הסמ"ג בעשין רי"א כרבה ובעשין צ"ה כרבה ודוק: עד כאן הג"ה: רי"א וצ"ל מוציאין דא"כ האריך קאמר אח"כ ואוכל אותה במומ' דאם ר"ל שהבעל אוכל אותה במומ' הרי כבר כתב זה לפני זה ועוד דמאי איצטרי' למימר אבל אינה מקריבה כו' שפא ישחוט חולין בעזרה מהיכי תיתי יקריבו והלא לפהו שום צד זכיה בו שהרי מוציאין אותו מידו ונותנין אותה לבעה"ב.

ועוד שנראה שדבריו מועתקים מהרמב"ם. ועוד שבדקתי בכל ספרי הסמ"ג חדשים וגם ישנים פתוב בהם כו'.

וצ"ע (שוב מצאתי בתשובת מהר"ר דוד פהו בית ב' סי' ט' פתב ג"כ ז"ל וכן בההוא דפ"ק דמציעא בספק שתקפו פהו פסק הרמב"ם בפ' ב' דה' בכורות שאין מוציאין מידו ולא מצינו שהראב"ד ז"ל יחלוק עליו וכ"כ בעל הסמ"ג ולא פההו רבבי דסברי דמוציאין ודקדקו דכל שתחלת דינו המע"ה ותפש חבירו דמוציאין מידו עכ"ל.

הרי שכתב בפשיטות בשם הסמ"ג בס' בכור אין מוציאין מידו אלמא דאין כאן טעות בדברי הסמ"ג בה' בכורות וא"כ קשה הא דאמרן. גם קשה על מהרד"ך הרי הסמ"ג גופי' בעשין צ"ה למד מהו דספק בכור דכל שתחלת דינו המע"ה ותפיס חבירו מוציאין

מידו וכמו שהבאתי דבריו בסמוך (אישתמיטת' למהר"ר דוד פהן בית ב' סי' ס' דברי הסמ"ג שבעשין צ"ה) ונראה דאישתמיטתיה למהרד"ך דברי הסמ"ג שבעשין צ"ה וצ"ע.

(מה שנתראה מדברי מהרד"ך בס' בכור תקפו פהן אין מוציאין מידו אין נ"ל) גם מה שנתראה מדברי מהרד"ך בספק בכור להורות הלכה למעשה אין מוציאין מידו אין נ"ל אלא נקטי' ככל הנהגה רבנותא שהבאתי לעיל סי' א': סימן ג והנה אחר שנהגה הקדמה זו ונתר קנימא מספק בכור דמוציאים מידו הלכה למעשה נחקור בדין ספיקא דדינא פגון בעיא דסלקא בש"ס בתיקו או דלא איפשטא אי דמי לספק בכור או לא: והנה הרא"ש פתב פ' פיצד הרגל וז"ל ומיהו תימה למה לא הביא רב אלפס הך בעיא דרב אשי אם יש שינוי לצורו' לרביע נזק וסלקא בתיקו ואפשר דסבר דאין נפקות' בהך בעיא משום דלא מצינו בבבלי צורות דביעוט הוי משונה וקנסא הוא אא"כ תפס וכי תפס לא מפקי' מיניה עד דמשלם חצי נזק כיון שעלתה בתיקו והוא מוחזק הלכך אין נפקותא בבעיא זו דבלא תפיס' לא דייגי' וכי תפס גובה חצי נזק (מתחלקת הרי"ף והרא"ש בתיקו אי מהני תפיסה) מיהו תימא כיון דספיקא דדינא הוא מאי מהני תפיס' כיון דלא איפשט הבעיא אוקי ממונ' בחזקת מריה ושללא כדן תפס'.

ודמיא לההיא דפ"ק דב"מ גבי ספק בכור דאם תקפו פהן מוציאין מידו כיון דאין לו אלא טענת ספק לא מהני תפיס' וכן נוטה דעת רבינו יצחק בעל התוספות ז"ל בפ"ב דכתובות הלכך נראה דאם בעטה והתיזה אפילו תפס לא גבי אלא רביע נזק ואידך מפקי' מיני' עכ"ל עוד פתב אח"כ וז"ל היתה מהלכת במקום שאי אפשר לה אא"כ מנתות ובעטה והתיזה מהו דכיון דלא אפשר לה אורחא וה"ל צורות כי אורחיהו ופטור כר"ה או דלמא השתא מיהת מחמת ביעוט קאתי וה"ל קרן ומשלם חצי נזק אם אין שינוי לצורות ברביע נזק וסלקא בתיקו ולדברי האומר דכל תיקו דתפוס לא מפקי' מיניה ה"נ אי תפס הבהמה משתלם ממנה חצי נזק ואע"ג דיש ספק ספיקא לחצי נזק דדילמא אורח' הוא ופטור לגמרי ואת"ל השתא מיהת מחמת ביעו' קאתי דילמא יש שינוי בצורות לרביע נזק ולמאי דפרישית דכל תיקו אי תפס מפקי' מיניה אין נפקותא בבעיא זו אם התיזה בר"ה אבל אם התיזה בחצר הנזק אי תפס מגבינן ליה רביע נזק עכ"ל.

עוד פתב שם אח"כ וז"ל כשפשה באמתה מהו מבעיא ליה אי חשיב שינוי דל"ו אורחיה בכך אלא לפעמים לכשיצרו תקפו או דלמא כיון דאין פנונתו להזיק לא דמי לקרן הלכך הוי פרגל דכיון דאין פנונתו להזיק א"כ למה תעשה כשפוש זה אנא דאורחא בכך ועלתה בתיקו ולרבותינו האומרים דכל תיקו אי תפס לא מפקי' מיניה בחצר הנזק אי תפס מגבינן ליה נזק שלם ובר"ה אי תפס הבהמה מגבינן ליה חצי נזק ולמאי דפרישי' דבתיקו אי תפס מפקי' מיניה בחצר הנזק אי תפס גוף הבהמה מגבינן ליה חצי נזק ממ"נ ובר"ה פטור לגמרי עכ"ל הרא"ש: סימן ד הנה הרא"ש מדמי ספיקא דדינא דסלקא בתיקו לספק בכור וכתב שלזה נוטה דעת ר"י בעל התוס' ז"ל בפ"ב דכתובות ואחריו נמשך הטור ח"מ סי' ש"צ (ומהרש"ל פ"ב דב"ק סי' ה') שכתב בפשיטות דר"י פירש דלא מהני תפיס' בתיקו.

(מה שאמר הטור ח"מ סימן ש"ץ שר"י פ"י דלא מהני תפיסה בתיקו ואינו מבואר פן בדברי ר"י רק שהרא"ש כ' שנוטה פן דעת ר"י) ואני בעניי עיינתי בתוס' פ"ב דכתובות

ובשאר מקומות ולא מצאתי בשום מקום שסובר ר"י בפירושו דבתיקו לא מהני תפיס' (וגם לא מצאתי בשום מקום שסובר ר"י בפירושו דבתיקו לא מהני תפיסה) וגם לא מצאתי בשום פוסק שכתב פן בשם ר"י גם הרא"ש גופי' לא כתב שפן פי' ר"י וכמ"ש הטור שר"י פירש פן רק הרא"ש כתב וכן נוטה דעת ר"י.

ר"ל מדברי ר"י שבתוספות פ"ב דכתובות נוטה פן והוא לפי שענה על דעת הר"ש דיש לחנך בין ספק בכור לספיקא דדינא דדוקא בספק בכור פיון שיש בו ג"כ טובת הנאה לבעלים שיכול ליתנו לאיזה פהו שירצה וכמ"ש לקמן סי"ה באמת לדעת הרבה פוס' שמשלקין בכדי והרא"ש לא ניחא ליה לחלק בכך דס"ל כמ"ש התוס' פ"ק דמציעא דף ו' ריש ע"ב וז"ל וא"ת אמאי אין מוציאין מידו (פי' התוס' מקשו פן למ"ד ספק בכור אין מוציאין מידו אבל למסקנא לק"מ וק"ל) והלא הבעלים יאמרו ניתן לכהן אחר וי"ל במפרי פהונה א"כ אינו יכול לתובע' רק טובת הנאה שיש לו בו למ"ד טובת הנאה ממון עכ"ל א"כ למאי דמסקינו דמוציאין מידו אין לחלק ולומר דשאני התם דיכול ליתנו לאיזה פהו שירצה דהא איירי במפרי פהונה או מפני שאין לו בו רק טובת הנאה ועל פן כתב הרא"ש וכן נוטה דעת ר"י ז"ל בפ"ב דכתובות (פי' על מה שאמר הרא"ש וכן נוטה דעת ר"י ולא כתב לכן פירושו ר"י) ר"ל מדהקשה שם מספק בכור לספק דעדות דתרי ותרי וכן לספק די"ב זהו לשנה דינר זהב לחדש אלמא דאי אפשר לחלק בין ספק בכור משום מתנות פהונה לשאר ספק ממון.

כך נראה דעת הרא"ש לדעת ר"י וא"כ לא היה לו להטור לכתוב בפשיטות דר"י פירש דלא מהני תפיסה בתיקו פיון שאין מבואר פן בפירושו מדבריו רק שנוטה פן דעתו ובפרט למה שאכתוב לקמן ס"ס דאין מוכח מדברי ר"י פלום: סימן ה ומ"מ אין מספק בכור קושיא על הרי"ף ורבותינו הסוברים דמהני תפיסה בתיקו (ישוּב נכון על תמיה' הרא"ש בפ' פיצד הרגל על הרי"ף שסובר בתיקו מהני תפיסה) ונתנישב ת"ל ברווח' תמיהת הרא"ש על הרי"ף (שוב ראיתי בתשו' מהרד"ך בית ב' סי' ט' כתב שדעת הרי"ף פהרמב"ם דבספק בכור אין מוציאין מידו ובחנם דחק) דנדאי נוכל לומר דדוקא במתנות פהונה פגון בספק בכור וכה ג מוציאין מידו משום דהבעלים יאמרו ליתן לכהן אחר ולא מיירי במפרי פהונה כמ"ש התו' שהבאתי בסמוך ואין להקשות א"כ מ"ט דמ"ד אין מוציאין י"ל דלא אמרי' שהבעלים יכולים ליתנו למי שירצו אלא פל זמן שהוא ביד בעלים אבל פל שתקפו פהו מידו שוב אינו יכול ליתנו למי שירצה.

א"נ מיירי במפרי פהונה כמ"ש התוס' ואפ"ה אין ראיה משם לתיקו דדוקא התם פיון שקוד' שתקפו אפי' היה נדאי בכור היה הבעל יכול ליתנו לאיזה פהו שירצה לכך פי תקפו פהו מספק מוציאין מידו משא"כ הכא ולא אמרי' במפרי פהונה אלא שרגיל ליתנו לו וראוי ליתנו למפרי פהונה אבל פשיטא שאם הבעל אינו רוצה ליתן למפריו ששרשות בידו (ראיה לזה מהר"ן ר"פ הירווע וממהר"מ יפה בי"ד ר"ס שט"ו) וכן משמע להדיא בהר"ן ריש פרק הירווע גבי שהוא לינאה דחטף מתנתא דיש לחלק בכך והבאתי לשונו לקמן סי' ע"ג ע"ש וכן כתב מהר"ר מרדכי יפה בלבוש עטרת זהב בי"ד ר"ס שט"ו להדיא הטעם דקי"ל בתקפו פהו מוציאין מידו שפיון שהישראל יש לו עכ"פ חזקה

דטובת הנאה ליתנו למי שירצה בכל מקום שהלא הוא בחזקתו והפקו לעולם מוציא ועליו להביא ראיה עכ"ל.

וגם אני נמשכתי אחריו בספרי שפתי פהו שם ס"ק ג' וכתבתי כדבריו ואע"ג דמדברי התוס' רפ"ק דמציעא ופ"ב דכתובות והרא"ש והמרדכי והאגודה שם ושאר פוסקים משמע להדיא דלא ס"ל טעם זה מדהקשו מספק בכור לשאר ספק ממון וכמ"ש למעלה מ"מ אפשר דדברי מהר"מ יפה נכונים ומתיישב קושית התוס' והפוסקים הנ"ל שפיר בזה (ולא קשה מספק בכור להפוסקים בתיקו מהני תפיסה ויכול להיות פן דעת הרי"ף ושאר הרבה פוסקים שאביא לקמן סי' ע"א דס"ב בתיקו מהני תפיס' דלא תיקשי עליוהו מהו דספק בכור דמשמע עיקר בסוגיא דש"ס פ"ק דמציעא דמוציאים מידו אל נדאי כדאמרן: ונראה (ראיה לדברי ממהרמ"א ומהר"מ יפה וב"ח) שגה דעת חמי זקני מהר"מ איסרלש ומהר"מ יפה ומהר"י בב"ח שבח"מ סי' ר"ב וסי' שפ"ח ס"א וסי' ש"ץ ס"ב וסי' שצ"א וסי' ת"י סי' ב"ב וסי' ת"ד ס"א הביא מהרמ"א דעת היש חולקין דלא מהני תפיסה בתיקו ולא כתב בשום מקום דהכי הילכתא וגם במקצת מקומות סתם כדברי הש"ע דמהני תפיסה בתיקו ולא כתב בשום מקום דהילכתא וגם במקצת מקומות סתם כדברי הש"ע דמהני תפיסה בבעיא דלא איפשט' וגם במקום אחד כ' הש"ע דמהני תפיסה וסתם מהרמ"א פנותיה וחזר והוסיף משה מדעתו דמהני תפיסה בתיקו וכמ"ש לקמן סי' ע"ה ובי"ד בסי' שט"ו ס"א גבי ספק בכור כתב מהרמ"א דהכי הילכתא דמוציאין מידו וכן בסעיף ו' שם כתב דהכי נקטינו וכן בס"ס שי"ח שם כתב דהכי קי"ל וגם בי"ד גופי' סי' רס"ז ס"ל ט גבי בעיא דהפיל שן עבדו וסימא עינו שכתב הש"ע כדברי הרמב"ם דאינו נותן דמי עינו ואם תפס אין מוציאין סתם מהרמ"א כהש"ע ולא הגיה דבר וכ"כ עוד מהרמ"א גופיה שם בי"ד סי' רס"ז ס"ס פ' בכל הגי' אבעיות דפ' השולח ונ"ל מכרו על תנאי שיחזירנו לו לאחר זמן או חוץ ממלאכתו או חוץ מהמצות או במקרו לצדוקי ולמומר ה"ז ספק אם יוצא לחירות וי"א דמהני ביה תפיסה דאם תפס משל רבו כדי דמיו לצאת בו לחירות מיד העכו"ם מוציאים מידו עכ"ל.

וכן מהר"מ יפה נמשך אחריו בכל המקומות בורה דעה ובחשן משפט וכן הב"ח בי"ד רס"י שט"ו פסק פן הילכתא דבספק בכור לא מהני תפיסה ובח"מ לא כתב בשום מקום מקום דכו הילכתא דבתיקו לא מהני תפיסה ואדרבה בא"ע סי' ס"א ספוקי מספקא ליה להב"ח אי מהני תפיסה בתיקו והבאתי לשונו לקמן סוף סי' י"ד ע"ש וכן בכמה מקומות בח"מ שכתב הטור דמהני תפיסה בתיקו סתם הב"ח פנותיה ולא כתב דבר וכמו שיתבאר לקמן סי' י"ט וסוף סי' כ' ע"ש אלא נדאי יש חלוק בין ספק בכור לתיקו או מטעם הנ"ל או מטעם שאזכיר למטה בסמוך: סימן ו (עוד תירוץ על הפוסקים הנ"ל דס"ל בתיקו מהני תפיסה) ועוד נראה בעיני לחלק בין ספק בכור לתיקו דבשלמא בספק בכור לא תני בסברא כלל ואי אפשר בשום פנים בעולם לומר שהוא בכור נדאי ואפילו יהיו כל החכמים שבעולם לפנינו לא יוכלו לומר שהוא בכור נדאי לכה מוציאים מידו משא"כ בתיקו דתלמי בסברא ואלו היו חכמי הש"ס לפנינו והיו אמרים שהדין פן היינו שומעים להם רק שמפני שהעלו בתיקו אין אנו רשאין לחלוק על דבריהם ולפסוק דין ברור מה שישאר אצלם בספק ואפילו הסברא שלנו נוטה לפסוק דין ברור אין אנו רשאין לחלוק על דבריהם א"כ כל שתפס יכול הוא לומר לאידך אייתי את ראיה להוציא פי אמינא

הסבֵּרָא אַמַּת כְּמוֹ שְׂאֵנֵי סוּבֵר וְאֶפְשֵׁר שֶׁל סִתְמוֹ מִתְחַלֵּה חֲכָמֵי הַש"ס דְּבִרְיָהֶם וְהַעֲלוּ בְּתִיקוֹ לֹמֵר שְׂמֻסְנֻפֶּק לָהֶם הָעֲנִינָן כְּדֵי שְׂאֵם יִתְפָּס הָאֲחֵר אֵין מוֹצִיאִין מִיָּדוֹ מִשָּׂא"כ בְּסֻפֶּק הַנּוֹלֵד בְּבִכּוּר מִצַּד עֲצָמוֹ (רֵאזִי לְחֻלּוֹק זֶה מִהֶרְשֵׁב"א).

וכה"ג מְחַלֵּק הֶרְשֵׁב"א לְהִדְיָא בְּמִשְׁמֶרֶת כְּבִית דָּף ס"ו ע"א ע"ש (וְאֵין לְהַקְשׁוֹת דְּהָא בְּש"ס פ"ק דְּמִצִּיעָא מִיִּיתֵי רֵאזִי מְסַפֵּק בְּכּוּר לְשַׁאֲר סֻפֶּק דְּמִיִּיתֵי רֵאזִי מִפְּתַח כ"ש לְמֵאֵי דְהָוָה ס"ד אֶסְפֵּק בְּכּוּר אֵין מוֹצִיאִים א"כ כ"ש בְּשַׁאֲר סֻפֶּק וק"ל).

וְחֻלּוֹק (תִּירוּץ זֶה מְוֹכֵרַח לְדַעַת הַסֵּמ"ג וְהֶגְהָ' מִיִּימָן) זֶה מְוֹכֵרַח לְדַעַת הַסֵּמ"ג שְׂהָרֵי גַם הוּא פֶּסֶק בְּעֵשִׂין ע' דָּף קמ"ו ריש ע"ב גְּבִי מִזִּיק מְמוֹן חֲבִירוֹ בְּדָבָר שְׂאֵין דָּרְפוֹ לְהַנִּיחוֹ בְּכָלִי וּבְעֵי' זוֹ לֹא אֵיפְשֵׁטְהֶלְכָּהּ אִם תְּפִס אֵין מוֹצִיאִין אוֹתוֹ מִיָּדוֹ עכ"ל וְכֵן כָּתַב אַח"כ שֶׁם גְּבִי מְסוּר בְּרִיש עֲמוּד ג' אִם תְּפִס הַנְּמָסֵר אֵין מוֹצִיאִים מִיָּדוֹ כו' שְׂהָרֵי בַּפ' הַכּוֹנֵס בְּעֵי אֲמִימָר אִם עָשׂוֹ תִקְנ' נִגְזַל בְּמְסוּר וְסֻלַּק בְּתִיקוֹ כו' וְכ"כ עוֹד בְּעֵשִׂין פ"ב דָּף קנ"ז ע"ג גְּבִי הַקְּנָה הַשְּׂדָה לְאַחֵר וּמִטְלֻטְלֵי לְאַחֵר כו' וְז"ל וְאִם תְּפִסֵּן הָאֲחֵר אַחֵר שְׂקָנָה חֲבִירוֹ הַקְּרַקַע אֵין מוֹצִיאִים מִיָּדוֹ שְׂהָרֵי בְּעֵיָא הֵיא שֶׁם וְלֹא אֵיפְשֵׁט' עכ"ל וְכ"כ עוֹד שֶׁם בְּעֵשִׂין פ"ב דָּף קס"ג ע"ב.

וּבְעֵשִׂין צ"ה דָּף קפ"ג ע"ג כָּתַב דְּבִסְפֵּק בְּכּוּר דְּמוֹצִיאִין מִיָּדוֹ (הַג"ה וּלְפִי מִש"ל ס' ב' תִּירוּץ עַל הַסֵּמ"ג א"כ הֵכָא נְמִי מִיִּירֵי בְּכַה"ג וְלִק"מ ע"ש ודו"ק) וְאֵי אֶפְשֵׁר לֹמֵר לְדַעַתוֹ הַחֻלּוֹק הֶרְאִישׁוֹן שְׂכַתְבָּתִי בְּסוּמוֹף ס' ה' שְׂהָרֵי הוּא לְמַד כֵּן מְסַפֵּק בְּכּוּר לְשַׁאֲר סֻפֶּק מְמוֹן וְגַם הֵבִיא דְּבָרֵי רַש"י גְּבִי תְרֵי וְתֵרֵי וְכִמוֹ שְׂהֵבֵאתִי לְשׁוֹן הַסֵּמ"ג לְמַעְלָה ס' ב' אֶלֶא וְדֵאֵי צָרִיף לְתַרְץ כְּמוֹ שְׂכַתְבָּתִי עֲתָה דִישׁ חֻלּוֹק בֵּין סֻפֶּק בְּכּוּר דְּלֵא תִלִּי בְּסֻבֵּרָא כָּלֵל מִשָּׂא"כ בְּתִיקוֹ.

וְכֵן מְוֹכֵרַח בְּהֶגְהָ' מִיִּימוֹנֵי לְפִי מ"ש לְקַמָּן ס' י"ד דס"ל בְּתִיקוֹ מְהַנִּי תְפִיסָה וּבִסְפ"ט מַה טוֹעֵן כְּתָבוֹ כְּהַסֵּמ"ג בְּעֵשִׂין צ"ה וְכִמ"ש לְעֵיל ס' ב' אֶלֶא וְדֵאֵי כְּמוֹ שְׂכַתְבָּתִי (עוֹד הוֹכַחָה בְּדָבָרֵי הַסֵּמ"ג גּוֹפִיָה מִיִּנְיָה וּבִי בְּעֵשִׂין ע' דָּף קמ"ח ע"ג לְתִירוּץ זֶה) וְכֵן מְוֹכֵרַח בְּדָבָרֵי הַסֵּמ"ג גּוֹפִיָה מִיִּנְיָה וּבְעֵשִׂין ע' גְּבִי מְסוּר דִישׁ לְחַלֵּק בְּכָהּ שְׂכַתְב' וְז"ל אִם תְּפִס הַנְּמָסֵר אֵין מוֹצִיאִין אוֹתוֹ מִיָּדוֹ אֶלֶא נִשְׁבַּע בְּנִק"ח וְנִזְכָּה בְּמָה שְׂתִפֵּס וְאִם לֹא תְפִס אֵין מוֹצִיאִין מִיָּד הַמְּסוּר אֶלֶא בְּרֵאזִיָה בְּרוּרָה שְׂהָרֵי בַּפ' הַכּוֹנֵס בְּעֵי אֲמִימָר אִם עָשׂוֹ תִקְנָת נִגְזַל בְּמְסוּר לִישְׁב' וְלִיטוֹל אִם לֹא וְנִשְׁאֲר בְּתִיקוֹ וְשׁוֹיִן ר"ח ור' מִשָּׁה וְרַש"י שְׂכָמוֹ דְּתִיקוֹ דְּאִיסוּרָא לְחוּמְרָא מְכָל וְכָל כָּהּ תִיקוֹ דְּמִמוֹנ' לְקוֹלָא מְכָל וְכָל וְלֹא כְּדָבָרֵי רַב הֵאֵי גָאוֹן שְׂפִירָשׁ יְחַלּוֹקוּ וְעוֹד שְׂאֵין הִלְכָה כְּסוּמְכוּס וְעוֹד כִּי אִף סוּמְכוּס אֵינוֹ אוֹמֵר דְּבָרֵי כִי אִם בְּסֻפֶּק שְׂרָאוֹי לְהִסְתַּפֵּק כִּי הֵיא דְשׁוֹר שְׂנַגַּח אֶת הַפְּרָה וְנִמְצָא עוֹבֵר' בְּצִדָּה וְאֵינוֹ יָדוּעַ אִם קוֹנְדָם שְׂנַגַּחָה יְלָדָה אוֹ לְאַחֵר שְׂנַגַּחָה יְלָדָה שְׂאֵרָה לְבַעֲלֵי דִינֵין הַדְּבָר בְּסֻפֶּק עכ"ל.

הָרֵי לְהִדְיָא דְרוּצָה לְחַלֵּק דְאַפִּילוֹ אֵי הָוֵי קִי"ל כְּסוּמְכוּס ל"ד לְתִיקוֹ וְהֵינּוּ ע"כ מְטַעַם שְׂכַתְבָּתִי דְגְבִי תִיקוֹ יוֹכֵל הַבַּעַל דְּבָר לֹמֵר אֵין הַדְּבָר סֻפֶּק אֶצְלֵי אֶלֶא הַסֻּבֵּרָא נוֹטָה לִי כְּבִירוֹר שְׂהֵדִין עֲמִי (עוֹד יֵשׁ רֵאזִי לְחֻלּוֹק זֶה מִרְשֵׁב"ם וְתו' פ' חֲזַקַת הַבְּתִים וְכַה"ג מְמַשׁ מְחַלְקִין הַתּוֹס' פ' חֲזַקַת הַבְּתִים דָּף ל"ב ע"ב ד"ה וְהִלְכָתָא בֵּין סֻפֶּק דְתֵרֵי וְתֵרֵי וּבֵין סֻפִיקָא דְדִינָא ע"ש וְעוֹד אוֹכִיחַ לְקַמָּן בְּסִימָן ל"ד וְכִסִּי' צ"ו מְדַעַת רַשֵׁב"ם וְהֵרַמ"ה לְחַלֵּק בְּכָהּ וְאֶפְשֵׁר שְׂמֻטַעַם זֶה ג"כ לֹא כְּתָבוֹ מִהֶרְמ"א וּמִהֶר"מ יָפָה וּבִית חֲדַשׁ בְּחוֹשֵׁן מְשַׁפֵּט

בשום מקום דקי"ל בתיקו לא מהני תפיסה פמו שפתבו בי"ד גבי ספק בכור דקי"ל הלכה דמוציאים מידו וכמו שהבאתי דבריהם למעלה ס"ק ה': סימן ז ואין לומר דמ"ש הסמ"ג גבי מזיק ומוסר דאם תפס אין מוציאין מידו היינו בתפס קודם שנולד הספק וכמו שמשלק הסמ"ג בעשין צ"ה דף קפ"ג ע"ג והבאתי לשונו לעיל סי' ב' (דין בתיקו אין חילוק בין תפס קודם שנולד הספ' או אח"כ) דנדאי אינו עולה על הדעת כלל לחלק בתיקו או בעיני דלא נפשטה בין קודם שנולד הספק או אחר שנולד הספק דהא מיד בשעת חתימו הש"ס נולד הס' ונדוקא בעדות דתרי ותרי וכה"ג פתבו התו' ופוסקים לחלק בין קודם שנולד הספק או לא משום דהספק נולד מיד בשעת הגדת העדות דתרי ותרי אבל בספיקא דבעיני הספק נולד מיד בשעת חתימת הש"ס ומה בכך שהמעשה לא אינרע ליה עד עתה הרי במעשה אין כאן ספק רק בדין וספק של הדין נולד כבר א"כ כל היכא דתפס מיקרי תפס אחר שנולד הספק ועוד אכתוב בזה סוף סימן ס"ה ע"ש.

(וגם בסמ"ג מוכח דמהני תפיס' בתיקו אפי תפסה אחר שנולד הספק) וגם מלשון הסמ"ג שכתב בסתם אה תפס אין מוציאין מידו משמע אפי' תפס אחר שמסרו או הזיקו מהני תפיסה.

וגם ממ"ש הסמ"ג דתפיסה מהני בתיקו וכמו שנראה מדעת הסמ"ג ואילו הנה ר"י מזכיר בשום מקום בפירוש דתפיסה לא מהני בתיקו לא הנה נמנע הסמ"ג או שאר פוסקים להביאו ומדלא הביא שום פוסק פן בשם ר"י ש"מ דלא אמר ר"י פן רק הרא"ש כתב שפן נוטה דעת ר"י וכבר הוכחתי דאינו מוכרח: וכן (גם דעת מהר"מ רגנטי פהסמ"ג) אם תפס הנמסר אין מוציאין מידו ונכה במה שתפס ואם לא תפס אין מוציאין מיד המוסר כו' משמע דבתפס הנמסר יתנה באינה זמן שיהיה אין מוציאין מידו דאל"כ אדכתב ואם לא תפס אין מוציאין מיד המוסר ה"ל לאפלוגי מיניה וביה וה"ל אשמעינן רבותא יותר דאפי' תפס הנמסר אחר שמסרו מוציאין מהנמסר וממילא הנה שמעינן דאין מוציאין מהמוסר דהא אפי' מהנמסר מוציאין כל שתפס אחר שמסר וכל שפן שאין מוציאין מהמוסר אחר שמסרו שהרי הוא מוחזק ועומד אחר שמסרו אלא נדאי אין מוציאין מהנמסר בכל ענין אפי' תפס אחר שמסרו (עוד ראיה ברורה מהסמ"ג נרמב"ם ובתיקו מהני תפיסה אפי' אחר שנולד הספק) ועוד ראיה ברורה לזה דהא גבי הקנה השדה לאחר והמטלטלין לאחר בעשין פ"ב דף קנ"ז ע"ג כתב הסמ"ג להדיא ואם תפסן האחר אחר שקנה חברו הקרקע שהקנה אלו על גבן אין מוציאין מידו שהרי בעיני היא שם ולא איפשטה עכ"ל הרי שכתב בפירוש (וכ"כ הרמב"ם בפ"ג מה' מכירה) שתפסן האחר אחר שקנ' חברו הקרקע ואפ"ה אין מוציאין מידו אלמא דבעיני דלא נפשט' תפס באיזו זמן שיהיה אין מוציאין מידו וכ"כ מהרש"ל פ"ב דב"ק סי' ה' בהדיא דרי"ף נרמב"ם וסמ"ג פסקו דגבי תיקו מהני תפיסה ור"י בעל התוס' והרא"ש ס"ל דלעולם אין מועיל תפיסה בספיקא דדינא כו' משמע להדיא מדבריו דהסמ"ג סובר פהרי"ף והרי"ף ע"כ ס"ל דמהני תפיס' בתיקו אפילו אחר שנולד הספק וכמ"ש לקמן סי' ס"ח א"כ ה"ה דגם הסמ"ג ס"ל ה"כ ואחרי אשר הוכחנו דיש חילוק בין ספק דלא תלי' בסברא לספק דתיקו דתלי' בסברא א"כ אין ראיה מדברי התוס' דכתובות דבתיקו לא מהני תפיס' דכל הפלפול שבתוספות שם הוא בספק דלא תלי' בסברא כלל א"כ (גם ר"י בעל התוס') יכול לסבור דבתיקו מהני תפיסה) יכול להיות שגם דעת ר"י בעל התוספות פהרי"ף מוכח

דעת מהר"מ רקנטטי ממש פדעת הסמ"ג וכמ"ש שבפסקיו סי' תט"ו פתב וז"ל כל דבר שתחלת דינו המע"ה אם ראינו שתקף בו אחר אין מועיל תקיפה שלאח"כ ומוציאין מיד התוקף אבל אם תקף שלא בפנינו (לאו דוקא אלא ר"ל קודם שנולד הספק לפני הבית דין אפילו תפס בעדים וכמ"ש לקמן סי' ק"ל) קודם שנולד הספק לא מפקינן מיניה עכ"ל ובסי' תמ"א פתב וז"ל פסקו רב אלפס ור"ח דכל תיקו דממונא חולקין ורשב"ם פירש המע"ה והרמב"ם ז"ל פתב גבי פשפשה בזנבה דמספקא לש"ס אם היא תולדה דרגל ופטור בר"ה או תולדה דקרן וחיוב' חצי נזק פתב דפטור ואם תפס הנזק גובה חצי נזק ממה שתפס דזה הדבר ספק הוא וכו' זהו לשונו נראה דס"ל דהמע"ה ואם תפס לא מפקי' מיניה עכ"ל ומדלא הביא דברי הרמב"ם לעיל סי' תט"ו משמע דס"ל לחלק כמ"ש לדעת הסמ"ג וגם משמע מכאן דגם דעת מהר"מ רקנטטי פהרמב"ם וסייעתו דבתיקו אי תפס לא מפקי' מיניה שפיר פ' דברי הרמב"ם ולא חלק עליו וגם לא הביא שום חולק עליו סימן ח והנה אחרי אשר ביררנו דכחול להיות הדין אמת דבתיקו מהני תפיסה ולא דמי לספק בכור משני טעמים שאמרנו: נעמוד לענין ונראה מחלוקת הפוס' אם האומרים דמהני תפיסה בתיקו הם הרבים או האומ' דלא מהני תפיסה הם הרבים: והנה דעת הרמב"ם בהרבה מקומות דבתיקו מהני תפיסה) דעת הרמב"ם ספ"א ופ"ב ופ"ג ופ"ד ופ"ה מה' נזקי ממונ' ופ"ב ופ"ד מה' גנב ופ"ד וספ"ח מה' חובל ומזיק ופ"ג ופ"ח מה' מכירה וסוף ה' שאלה וכן בשאר דוכתי טובי דבבעי' דלא איפשט'א או סלקא בתיקו אין מוציאין מספק ואם תפס זה שפנגדו אין מוציאין מידו.

וכבר ביררנו שגם דעת הסמ"ג פן ולקמן סי' י"ד נזכר שגם דעת הגה' מיי' פהסמ"ג. וגם דעת הרי"ף פן וכמ"ש הרא"ש לדעתו והרבה אחרונים כ' שדעת הרי"ף דבתיקו מהני תפיסה כמ"ש הרא"ש לדעתו) (וגם בתרומת הדשן סי' שכ"א כ"כ בפשיטות לדעת הרי"ף וכ"כ מהר"ר דוד ו' לב ספר א' דנ"ד ע"א וע"ב בפשיטות שפן דעת הרי"ף וכ"כ בשלטי הגבורים פ' פיצד הרגל ד"ח סוף ע"ב שדעת הרי"ף פהרמב"ם וכ"כ מהר"ש"ל שם לדעת הרי"ף והבאתי לשונו לק' סי' ע"ד (וכ"כ בתשו' מהר"ר שלמה פהן ספ"ב ס"ס קנ"ד בשם הרי"ף והבאתי לשונו לקמן סי' צ"ז) וגם כ' שם מהר"ר דוד ו' לב שפן דעת רבינו שמואל ב"ר ברוך פ' נערה שנתפתתה וכ"כ עוד מהר"ר דוד בתשו' ו' לב בספר שני סי' ס"ז דפ"ב ע"ב שפן דעת הרי"ף ורשב"ב ואביא לשונו לקמן סי' פ"ג וגם בתרומת הדשן שם כ' שר' שמואל ב"ר ברוך ס"ל פהרי"ף בזה אלא שכ' בת"ה שם דאנן לא קי"ל פהרי"ף ורשב"ב בהא אלא קי"ל כשינויי התוס' פ"ק דב"מ ופ"ב דכתובות דלא מהני תפיסה אחר שנולד הספק ומפקי' מיניה פההיא דתקפו פהן מוציאין מידו כו' עכ"ל ואני (קוש' על הת"ה סי' שכ"א שכ"א שכ"ב בפשיטות דקי"ל בתיקו לא מהני תפיסה דמנ"ל הא) בעניי לא ידעתי היכא פשיטא ליה דלא קי"ל פהרי"ף ורשב"ב בהא ואי משום שנוי' דהתוס' פבר הוכחתי לעיל סי' ז' דאין מדברייהם ראיה ואי משום שהרא"ש הוא חולק על הרי"ף הרי הרמב"ם והסמ"ג והג"מ ור"ש בר ברוך סוכרים פנותיה ופשיטא דלא שבקינן רבים ועבדינן פניחיד (קרוב אצלי שת"ה הלא ראה דברי הרמב"ם והסמ"ג והגהת מיי') וקרוב אצלי שלא ידע בעל ת"ה שהרמב"ם והסמ"ג והגהת מיי' סוכרים פהרי"ף ורשב"ב שאילו ידע מהם הנה לו לכל הפחות להביאם.

וגם אילו ראה דברי הסמ"ג לא היה כותב בפשיטות ואנן קי"ל פשיטות התוס' פ"ק דב"מ
ופ"ב דכתובות כו' דהא הסמ"ג גופיה כ' בדרף קפ"ג ע"ג פשיטות התוס' ואפ"ה פסק בתיקו
דמהני תפיסה (פלפול בדעת ת"ה) ואפשר הנה פשיטא ליה נבעל ת"ה דלא קי"ל פהרי"ף
ורשב"ב בהא פיון דהמרדכי פתב בפשיטות דכתובות דלא מהני תפיסה דתיקו שבש"ס.

ואע"ג דלא הביא בת"ה דברי המרדכי דפ"ב דכתובות מ"מ אפשר דהנה ידע דברי
המרדכי מבחוץ ומ"מ לא ה"ל לכתוב פן בפשיטות. דלא יתכן לדחות דברי הרי"ף
ורשב"ב ורמב"ם וסמ"ג ונהגה' מי' מקמן הרא"ש ומרדכי ובפרט להוציא ממו מהמנוח
בו אלא נדאי לא ראה בעל ת"ה דברי הרמב"ם והסמ"ג כלל ונהנה פשיטא ליה דתיקו
דמי לספק בכור וכיון דבספק בכור הלכה רוחת בישראל דמוציא מידו וכמ"ש למע'
בסי' א' א"כ ה"ה בתיקו וכבר פתבתי דז"א דתיקו לא דמי לס' בכור ועוד אכתוב לקמן
סי' ע"ד דיותר נראה פהאומר בתיקו מהני תפיסה.

ואנ"ל דהבעל ת"ה ידע שהרמב"ן בהרב המגיד והריטב"א והר"ן ושאר רבנות שאביא
לקמן סי' ע"ג ס"ל דלא מהני תפיסה בתיקו שהרי הדבר פשוט שהבעל ת"ה לא ראה
המתברים אלו כלל שהרי אינו מביא אותם בשום מקום ואף אם תאמר שראה אותם
א"כ אף אנו נקשה עליו מדברי הראב"ד ובעל מגדול עוז ורבותיו ורבינו מנחם רקנטי
ושאר רבנות שאביא לקמן סי' ע"א דס"ל דבתיקו מהני תפיס' א"ו הבעל ת"ה לא ראה
המתברים אלו כלל ומחננותא פדאמרן דגם דברי הרמב"ם וסמ"ג ונהגה' מי' לא ראה
ואף שמיביא פמה פעמים בספרו ת"ה דברי הרמב"ם וסמ"ג ונהגה' מי' באותה תשובה
לא היה לפניו או לא עיין בהם ואפשר דאלו היה עיין בהם הנה הדר ביה (גם מהשמדמה
בת"ה שם בפשיטות פלוגתא דרבנותא לתיקו יתב' לקמן סי' ע"ט ופ"ח דליתא ע"ש):
סימן ט מיהו בנמוקי יוסף ר"פ שנים אוחזין כ' שדעת הרי"ף דבתיקו לא מהני תפיסה
ז"ל דמסקי' דאם תקף פהו בהמה שהיתה ס' בכור בבית ישראל מוציאין אותה מידו
שמעינן מהא דק"ל ס' ממונא דק"ל חומרא לתובע וקולא לנתבע אי תקפה תובע בפנינו
או בפני עדים.

(נ"ל דלאו דוקא אלא ה"ה אם מודה אע"ג דאית ליה מיגו ולא נקט בפנינו או בפני עדים
אלא לאפוקי אם כופר שלא תפס וכ"כ גם הנ"י אח"כ בסוף דבריו דבתיקו וספיקא דדינא
אין חילוק בין תפס בעדים או לא (והבאתי לשונו לקמן סי' ל"ג) וכן פתבתי לק' סי' ק"ל
בשם הה"מ ובשם הריב"ש והוכחתי שם פן ע"ש) מפקינו מיניה דאוקי ממו' בחזקת
מארי' ותקיפה בכה"ג לא מהני הלפך בכל תיקו שבש"ס ובכל ספק ממונא תקפו תובע
מפקי' מיניה וכ"נ דברי הרי"ף ז"ל שכתב בהלכותיו בההיא בעיא דאבעיא לן בסוף
השוכר את הפועלי' לסטים מזוין פנגד רועה מזוין מאי וסלקא בתיקו וכ' הרי"ף ז"ל
בהלכותיו ואפי' רועה מזוין פטור מפלל דס"ל בדינו כאילו נפשט ממש לקולא ואפי'
תפיס תובע מפקי' מיניה שאל"כ לא ה"ל לכתוב פטור עכ"ל (מ"ש הנ"י דהרי"ף סובר
דבתיקו לא מהני תפיסה אינה ראיה כלל) ואין מזה ראיה דהא הרמב"ם ס"ל בתיקו מהני
תפיסה ואפ"ה כ' בסתם בפ"ג מה' שכירות ואפי' רועה מזוין פטור ולא הזכיר כלל שהוא
ספק ושם תפס בכל הבהמה אין מוציאין מידו וכמו שדרכו לכתוב פן בכל אבעיות
שבש"ס א"ו ס"ל להרי"ף ונהרמב"ם דבעיא זו איפשטא וכ"ה להדיא בכל ספרי הש"ס

שְׁלֹפְנֵינוּ רוּעָה מְזוּנֵן מֵהוּ מִי אָמְרִי אוֹקִי גִבְרָא לְהַדִּי גִבְרָא א"ד הַאי מָסַר נְפִשְׁיָי וְהַאי לָא מָסַר נְפִשְׁיָי מִסְתַּבְרָא דְהַאי מָסַר נְפִשְׁיָי וְהַאי לָא מָסַר נְפִשְׁיָה ע"כ (תְּיַמָּה גְדוּלָה עַל הַנ"י אִיךָ לֹא רָאָה פְּשִׁיטוֹת הַש"ס פֶּרְק הַפּוֹעֲלִים בְּעֵינֵי דְרוּעָה) וְלְכַאוּרָה יֵשׁ פְּאֵן תְּיַמָּה גְדוּלָה עַל הַנ"י אִיךָ לֹא רָאָה פְּשִׁיטוֹת הַש"ס אָבֵל בְּאַמְת צ"ל שְׁהֵי לֵהנ"י גִּי אַחֲרַת בְּש"ס דְלֹא אִיפְשָׁטָא הֵךְ בְּעִי וְכֵן מְוַכְרַח לֹמַר שְׁהֵי גוֹרַם הַה"מ שְׂכ' עַל דְבָרֵי הַרְמָב"ם וְז"ל וְאַפְיָ הֵיךְ הַרוּעָה מְזוּנֵן כּו' זֹו בְּעִי דְלֹא אִיפְשָׁט' שָׁם וּלְפִיכָךְ כ' ה"ז אֲוֹנָס לְהַקֵּל עַל הַשׁוֹמֵר וְכֵן בְּהִלְכוֹת עכ"ל ומ"מ אֵין גִּי זֹו עֵיקָר וְהַעֵיקָר פְּגִיר' הַסְפָּרִים שְׁלָנוּ וְכֵן בְּב"י וּבב"ח בח"מ ס'י ש"ג פְּתַבּוּ עַל דִּין זֶה דְרוּעָה שֶׁהוּא בְּעֵינֵי דְאִיפְשָׁט בִּפ' הַפּוֹעֲלִים וְכֵן עֵיקָר דְאִי לֹא אִיפְשָׁטָא הַנ"ל תִּיקוּ וְלֹא מְצִינוּ בְּכָל הַש"ס בְּעֵינֵי דְלֹא אִיפְשָׁט' דְלֹא קֵא' בְּתַר הֵכִי תִיקוּ אֵלָא כְּשֶׁרוּעָה לְמַפְשָׁט הַבְּעִי' וְדַחֵי לֵה וּשְׁקִיל לְטָרִי אֵלִיבָא דְהַבְּעִי' (סוֹגֵינָא בְּש"ס כָּל הֵיכָא דְלִיכָא אֵלָא אֲבַעֵינָא לְחוּד וְתוּ לֹא מִיָּדִי קְאָמַר ש"ס תִּיקוּ) אָבֵל כָּל הֵיכָא דְלִיכָא אֵלָא בְּעֵינֵי לְחוּד וְתוּ לֹא מִיָּדִי קְאָמַר בְּש"ס תִּיקוּ וְזֶה סוֹגֵינָא בְּש"ס בְּכַמְהָ דְוַכְתִּי דוּק וְתַשְׁכַּח.

וְאַפְשָׁר דֵּהנ"י הֵיךְ גוֹרַם נְמִי בְּהֵךְ בְּעֵינֵי דְרוּעָה תִיקוּ וְכִמוּ שְׁמַשְׁמַע קֶצֶת מְלִשׁוֹנוּ אָבֵל מִדְבָרֵי הַמְּגִיד לֹא מְשַׁמַּע כֵּן שְׁדַרְכוּ לְכַתּוּב בְּבְעֵינֵי דְסִלְקָא בְּתִיקוּ סִלְקָא בְּתִיקוּ וּבְבְעֵינֵי דְלֹא אִיפְשָׁטָא בְּעֵינֵי דְלֹא אִיפְשָׁטָא וּמְדַכְתַּב הֵכָא בְּעֵינֵי דְלֹא אִיפְשָׁטָא מְשַׁמַּע שְׁלֹא הֵיךְ גוֹרַם תִּיקוּ (בְּש"ס כ"י עַל קֶלְף יֵשׁן נוֹשֵׁן נְמָצָא גִיר' אַחֲרַת דְסִלְקָא בְּתִיקוּ בְּעֵינֵי דְרוּעָה) שׁוּב רְאִיתִי בְּש"ס כ"י עַל קֶלְף יֵשׁן נוֹשֵׁן אִי לְהַדִּיא בְּהֵךְ בְּעֵינֵי דְרוּעָה תִיקוּ: וְכַגִּיר' הַנ"י.

ומ"מ הַדְּבָר בְּרוּר דְגִירַסְתָּ הַרִי"ף הֵיךְ כְּמוֹ גִיר' כָּל הַסְפָּרִים שְׁלֹפְנֵינוּ וְדִלָּא כַּנ"י וְכֵן הֵיךְ גוֹרַם הַרְמָב"ם וְדִלָּא כַּה"מ: וְגַם בְּרִי"ף מוּכַח שְׁהֵי גוֹרַם כֵּן דְאִי הֵיךְ גוֹרַם כַּה"מ וּבָא לְהוֹרוֹת דְלֹא מְהַנִּי תְּפִיסָה בְּבְעֵינֵי דְלֹא אִיפְשָׁטָא וְכִמוּ שְׁהַבִּין הַנ"י מִדְבָרֵי א"כ קֶשֶׁה לְמָה הוֹרָה לָנוּ כֵּן דְוַקָּא בְּבְעֵינֵי זֹו יוֹתֵר מְכָל אֲבַעֲיוֹת שְׁבִש"ס וְלֹא אִינְשְׁתַּמִּיט חַד דְוַכְתָּ' שְׁהוֹרָה לָנוּ הַרִי"ף כֵּן בְּשָׂאָר אֲבַעֲיוֹת א"ו כְּדַפְּי' (הוֹכַחָה חֲדַשָּׁה דְהַרִי"ף ס"ל דְתְּפִיסָה מְהַנִּי בְּתִיקוּ) וְאַדְרָב' יֵשׁ לְהוֹכִיחַ קֶצֶת מִדְבָרֵי הַרִי"ף דְפֶרְק הַפּוֹעֲלִים דְס"ל דְבְּבְעֵינֵי דְלֹא אִיפְשָׁטָא מְהַנִּי תְּפִיסָה דְמִדְחֻזִּין דְכ' בְּהֵךְ בְּעֵינֵי דַפ' הַפּוֹעֲלִים סְתַמָּא פְּטוּר מַה שְׁלֹא כ' כֵּן בְּשָׂאָר אֲבַעֲיוֹת אֵלָא דְוַקָּא בְּהֵךְ דְהַפּוֹעֲלִים דְאִיפְשָׁט כ' סְתַמָּא פְּטוּר דְלֹא נ"מ מִיָּדִי אָבֵל בְּשָׂאָר אֲבַעֲיוֹת לֹא כ' רַק וְלֹא אִיפְשָׁטָא וּמַמִּילָא קו"ל קוֹלָא לְנַתְבַּע וְכַמ"ש הַרִי"ף בִּפ' כָּל הַנְּשַׁבְּעִין דְכָל בְּעֵינֵי דְלֹא אִיפְשָׁט' קו"ל קוֹלָא לְנַתְבַּע כְּדִי לְהוֹרוֹת דְאִי תְּפִיס אִידָךְ לֹא מְפָקִי מִיָּנִיָּה וְכַמ"ש הַרִי"ף בִּפ' הַשׁוֹאֵל דְאִי תְּפִיס לֹא מְפָקִי מִיָּנִיָּה דַּה"ל לְאַחַר תְּפִיסָה נַתְבַּע וְהַבְּאֵתִי לְשׁוֹנוּ לְקַמֵּן ר"ס מ"ו אַע"ג שְׁהַרִי"ף בִּפ' הַשׁוֹאֵל כ' שָׁם כֵּן מְעַנְּנֵן אַחַר מ"מ נְשַׁמַּע מִדְבָרֵי דַּע"ג דְקו"ל קוֹלָא לְנַתְבַּע מ"מ אִי תְּפִיס לֹא מְפָקִי מִיָּנִיָּה כִּיּוֹן דַּה"ל לְאַחַר תְּפִיסָה נַתְבַּע.

א"כ מְמִילָא נְשַׁמַּע בְּכ"מ שְׁכַתְּבַת הַרִי"ף גְּבִי בְּעִי דְלֹא אִיפְשָׁט' וְקו"ל קוֹלָא לְנַתְבַּע וְלֹא כְּתַב סְתַמָּא פְּטוּר וְכַמ"ש בְּפֶרְק הַפּוֹעֲלִים א"ו בָּא לְהוֹרוֹת דְאִי תְּפִיס לֹא מְפָקִי מִיָּנִיָּה דַּה"ל לְאַחַר תְּפִיסָה נַתְבַּע.

כַּנ"ל בְּרוּר לְדַעַת הַרִי"ף שׁוּב רְאִיתִי בְּס' הַמְּלַחְמוֹת לְהַרְמָב"ן פ' פִּיצַד הַרְגֵּל גְּבִי זָרַק כְּלִי מְרַאשׁ הֶגֶג כּו' וְז"ל וְיָמִי שְׁתַּפְּסֵ עֲלִיו (כְּלו' עַל הַרִי"ף) מְפָנִי שְׁכַתְּבַת בְּפִשְׁטוֹ מִמְרָא דְרַבָּה יִפְקַח עֵינָיו וְיִרְאֶה כְּמָה בְּעֵינֵי אַחֲרוֹת שְׁעָלוּ בְּש"ס בְּתִיקוּ וְכ' הֶרַב כְּאֵלוּ נְפִשְׁטוּ

לפטור מפני שיהדין בשניהם שנה עכ"ל (מ"ש הרמב"ן בספר המלחמות שדעת הרב אלפסי בתיקו לא מהני תפיסה לא עמדתו על סוף דעתו) ואני בעניי חפשי בכל המקומות דאבעיא בש"ס ולא ראיתי שפתבן הרי"ף פאלו נפשטו ממש לפטור (ומ"ש הרי"ף בפשיטות מימרא דרבא הוא מטעם אחר וכמ"ש בס' המלחמות שם ע"ש) ואדרב' בסוף פרק הכונס כתב תיקו וכל תיקו דממונא לקולא וכן בבבבא דשבח סימנים בפרק הגזל קמא כתב ולא אפשר וכן בבבבא דהנח סתמא בפרק האומנים כ' אבעיא להו הנח סתמא מאי ולא אפשר לקולא עבדינו ופטור עכ"ל וכן בפרק הפועלים גבי פועל מהו שיהבהב באור ויאכל כתב ולא אפשר לקולא לא יבהבה לו עכ"ל וכן בפרק השואל כ' שאל מן השותפים ונשאל לו א' מהן השותפים ששאלו ונשאל לאי מהן אבעיא לן אי הוי שאילה בבבבא או לא ולא אפשר עכ"ל וכן בפ' יש נוחלין בעי רבא בברייתא היאך פי קאמר רבי יוחנן בן ברוקא כו' כתב הרי"ף ולא אפשר ולא עבדי עובדא בברייתא כו' ועוד שם בפרק יש נוחלין פמה טעמים וכן בס"פ יש נוחלין כתב ולא אפשר בענין הלכה מלנה ע"פ לא גבי מיניה דבעל כו' וכן בר"פ מי שמת והנה פולהו לא אפשר ולקולא עבדינו כו' ועוד שם בפרק מי שמת הקדיש נכסיו מהו הפקיר פל נכסיו מהו חילק פל נכסיו מהו תיקו עוד שם אבע"ל ינהה בהן מהו יראה בהן מהו יעמוד בהן מהו ישען בהן מהו תיקו וכן בשאר כמה דוכתי טובי ואפשר שהרמב"ן סמך על מ"ש הרי"ף בפרק הפועלים גבי בעיא דרועה אבל כבר כתבתי דאין מזה ראיה כלל ועוד דאפי' מצא בשום מקום בפירוש בהרי"ף גבי בעיא דלא אפשר שכתב הרי"ף סתמא לפטור אין ראיה מזה דס"ל דלא מהני תפיסה אלא דלא איירי מדין תפיסה או טעם אחר ונא איכ' התם תדע דהא הרמב"ם כתב בכל המקומות גבי בעיא דלא אפשר אם תפס לא מפקי מיניה וברפ"ו מה' זכי' גבי בעיא ובריא היאך כתב בפשיטות דלא קנה וכן ברפ"ט מה' זכי' גבי בעיא דינהה בהן יעמוד בהן כו' כתב סתמא דלא קנה פאלו נפשט ממש לקולא וכ"כ עוד שם גבי בעיא דשכיב מרע שהקדיש פל נכסיו או הפקיר פל נכסיו או חלקן לעניים סתמא דאם עמד חוזר בפל פאלו נפשטו ממש לקולא ולא כתב דאם תפסו עניים או הקדיש לא מפקי מיניהו וכ"כ ברפ"ו מה' גלות בבבבא דבריא היאך דבר' יש נוחלין בסתמ' דאם הנה בריא אינו יכול להוסיף ולא לגרוע כו' וכה"ג כתב סתמא לפטור בפ"ט מה' אישות בבבבא דסלקא בש"ס בתיקו א"ו פדאמרן וכ"כ לקמן סי' י"ט אות ב' בשם הר"ן והה"מ שכתב דגם הרמב"ם ס"ל לבקצת תיקו דלא מהני תפיסה ויש טעם בדבר ע"ש.

ואדרבה נלפע"ד עיקר שדעת הרי"ף דבתיקו מהני תפיסה מדהשמיט הך בעיא דפ' ביצד הרגל וכמ"ש הרא"ש שם ובלי ס' דגם הרמב"ם הבין פן מדעתו שהרי דרכו לימשך אחר שטת הרי"ף ואי הוי חזי ליה להרי"ף דלא מהני תפיס' בתיקו הנה פסק בנתיחה.

ויש עוד ראיה לזה ממ"ש הרי"ף בפ' השואל גבי אסתרא מאה מעי דאי תפס לא מפקי מיניה והא פשיט' דספק שבשטר לא עדיף מתיקו. ועוד דלקמן סי' נ"ד יתבאר דיש פוסקים סוברים דבתיקו מהני תפיסי ובס' שבשטר לא מהני תפיס' אלמא דתיקו עדיף מספק שבשטר.

ונאמת שהרמב"ן פי' דברי הרי"ף דפ' השואל פשתפס ברשות וכמו שהביא בעה"ת שער ס"ח על שמו ונאביא לשונו לקמן סי' מ"ז אבל באמת פשט דברי הרי"ף לא משמע כן קדא דה"ל לפרושי דתפס ברשות ועוד דתלי טעמא דה"ל לאחר תפיסה נתבע והאי טעמא שינוי נמי בתפס שלא ברשות וגם בסוף ה' מלנה ולנה גבי ספק בשטר כתב הרמב"ם בסתם ואם תפס במרובה אין מוציאין מידו (ואחריו נמשך הסמ"ג סוף עשין צ"ד ומהר"מ רקנטי סי' תכ"ד) שוב ראיתי בתש' מהר"ר דוד פהן כ' ג"כ שדעת הרב אלפסי דמהני תפיסה בתיקו והשיג על הנ"י וכתב דלא מסתבר לומר דהרב אלפסי בפ' השואל מייירי בתפ' ברשו' ונהגתי שפוננתי לדעת הגדול.

ואע"פ שגראה מדבריו שם שלא ראה דברי הרמב"ן בס' המלחמות ולא דברי הרמב"ן שבבעה"ת שהבאתי עכ"ז דבריו נכונים ואפשר דאפי' הוי חזי לדברי הרמב"ן הנה פליג עליה שוב ראיתי בתשו' מהר"ר יוסף טראני סי' קכ"ז מסתפק בדע' הרי"ף ונמשך אחר הנ"י ולא הרגיש בכל מ"ש: סימן י ומ"מ זכינו לדין דאין מדברי הרי"ף דפרק הפועלים ראי' קלל וא"כ הדרינו לדברי הרי"ף דפ' פיצד הרגל דאיכא מנהון ראי' דתפיסה מהני בתיקו וכמ"ש הרא"ש שם לדעתו והבאתי לשונו לעיל סי' ג' וכמ"ש הת"ה סי' שכ"א ומהר"ר דוד בת' ו' לב ומתקן ש"ל פ"ק דב"ק סי' ד' וה' ושאר אחרונים לדעת הרי"ף דפרק פיצד ומסתמא נמי הרמב"ם בשטת הרי"ף רביה אמרה וגם אני פבר הוכחתי מדברי הרי"ף בשאר מקומות דס"ל דתפיסה מהני בתיקו.

וגם מד' המגדול עוז שאביא לקמן סי' י"ב מבואר דס"ל דדעת הרי"ף דבתיקו מהני תפיסה מטעם שאמרנו וכמו שאכתוב שם. ובהגה' אשרי פרק אלו מציאות כתב שהרי"ף סובר גבי בעיא דתקנת מסור דחולקין משום דכל תיקו חולקין וכ"כ במרדכי ר"פ המפקיד בשם הרי"ף וכ"כ בפסקי מהר"מ רקנטי סי' תמ"א בשם הרי"ף דכל תיקו חולקין ותימה דאדרבה הרי"ף כתב שם בס"פ הכונס סתם ותיקו לקולא וגם מדברי התוס' ר"פ הכונס מוכח דדעת הרי"ף דתיקו לקולא לגמרי וגם בפרק פל הנשבעין גבי ב' לזין ומלנה א' השיג הרי"ף על רב האי גאון שפסק בתיקו חולקין ופסק דהמע"ה ע"ש.

(מ"ש הגה"א ומרדכי ומהר"מ רקנטי בשם ר' אלפס דס"ל דתיקו חולקין לא פונונו לרב אלפסי שחבר ההל' רק לר"א שחבר השערי') ונ"ל דגם ההגה"א ומר' ומהר"מ רקנטי לא פונונו להרי"ף שחבר ההלכות רק להרי"ף שחבר השערים וכ"ה בהדיא בשערי דהרי"ף שער כ' דין כ"ה וכ"ו דכל תיקו חולקין וכמ"ש רב האי גאון וכבר נודע שזה שחבר השערים הוא רי"ף אחר או שהוא הרי"ף גופא שחבר ההלכות והשערים חבר ביגלותו וההלכות בזקנותו וכדאיתא בתחלת שערי הרי"ף דפוס קראקא וכ"ה בתשו' מי"י לה' הלנאה פ"ב דף תשכ"ט ע"ב תשו' מהר"מ ונ"ל כמו שפי' רבינו האלפסי זצ"ל פרק מי שהיה נשוי ולא אמרי' כל חד שקיל לפי חשבון מעות כמ"ש בשערים שלו בשער י"ט פי נראה לי דמאי שפי' ש"ס דאחריתא הוא וקדר ביה ממאי דפי' בשערים כו' עכ"ל ובהג"ה שם כתב ונ"ל שוב קבלנו שאותו שייסד השערים היה שמו ר' יצחק ב"ר ראובן ור' האלפסי שעשה החבור היה שמו ר' יצחק ב"ר יעקב והיה אבי אביו של בעל השערים עכ"ל.

ובמקרה כפי פירוק הכותב כתב פדברי מהר"מ וז"ל וכן דין הר"ם הלכה למעשה ולא כמו שפיר"י בשערים בשער י"ט דב"ח ואשה חולקין בשנה כל א' לפי חובו שהרי פסק זה הפסק באחרונה שהרי בפירוק מי שהיה נשוי הביא דברי האומר חולקים בשנה וסותר דברי האומרים חולקים לפי חוב עכ"ל.

א"כ ה"נ קי"ל פהרי"ף בהלכות: סימן יא הנה נתבאר בהכרח שדעת הרי"ף והרמב"ם וסמ"ג דבתיקון מהני תפיסה בכל ענין. ועתה נבוא לחקור אם יש עוד מהפול' הראשונים או האחרונים שסוברים פן והנה בדקתי בהשגות הראב"ד וראיתי שלא השיג בשום מקום על הרמב"ם בזה אף שהרמב"ם כתב הרבה פעמים בספרו דתפיסה מהני בתיקון לא השיגו כלל ואדרבה מדבריו בהשגות פ"ג מה' גזקי ממון השגה ראשונה (וגם דעת הראב"ד דמהני תפיסה בתיקון) וכן מדבריו פ"ג מה' גזלה השגה שנייה משמע דבהא מודה להרמב"ם דמהני תפיסה בתיקון וכן מוכח ג"כ להדיא מדבריו ובהשגות פ"ב מה' גנבה השגה ג' והבאתי לשונו לקמן סי' כ"ג וכ"כ מה"מ שם לדעתו וז"ל ומדברי ההשגות אתה למד שדעת הר"א ז"ל.

ג"כ בתיקון דממון באינו ענין קנס שאם תפס התובע אין מוציאין מידו והרמב"ן ז"ל חולק ואומר שכל תיקון האמור בממון בש"ס כל שהנתבע מוחזק בדבר המע"ה וכיון שאינו יכול להביא ראיה העמד ממון אחזקתו ואפ"י תפס התובע שלא בעדים מוציאין אותו מידו כיון שמודה שתפס והדין ספק אצלנו ולא מחמת דבריהם אלא מחמת הדין עצמו הרי האבעיות כאלו נפשטו לקולא לנתבע והביא ראיות לזה ואינו מכריחות עכ"ל הנה נתבאר מזה דעת הראב"ד פדעת הרמב"ם דמהני תפיסה בתיקון (שוב מצאתי בתשו' מהרד"ך בית ב' סי' ט' כתב ג"כ שדעת הראב"ד כמ"ש המגיד בשמו ע"ש) ונראה מזה שגם דעת מה"מ פן ועוד נבאר לק' סי' י"ג שפן דעת מה"מ וכן מוכח עוד להדיא דעת הראב"ד בהשגות פ"ח מה' עבדים השגה א' ויתבאר לק' סי' ל"ט.

וכ"כ עוד הראב"ד להדיא בהשגות פ"ו מה' זכי דין ד' וז"ל ואי בשהו קיימין בעיני ולא איפשטא היא הלכך ין נגבין בב"ד אלא אם תפס לא מפקי' אין נגבין בב"ד אלא אם תפס מפקי' מיניה כו': סימן יב (גם דעת המגדול עוז דמהני תפיסה בתיקון) והמגדול עוז כתב בפ"ב מה' גנבה על השגו' הראב"ד ז"ל ואני אומר תמה אני אם דבר זה יצא מפיו שהרי כולן בעיות דר' ירמיה ורב ספרא פ' מרובה ש"ס מתני' דמכרו חוץ מא' ממאה כו' וסלקא בתיקון וקי"ל בכולה ש"ס כל תיקון דממונא חומרא לתובע וקולא לנתבע המע"ה ואי תפס לא מפקי' מיניה וכ"כ ר"י אלפס בכ"מ וכן קבלנו מרבותינו ג"ע לא ראינו ולא שמענו חולק בזה לעולם לכן אמרתי אחד מן התלמידים כתבו על שמו עכ"ל (ואף המגדול עוז מבלבל דבריו ברוב המקומות שלא במשפט) ואף שידוע שהבעל מגדול עוז מבלבל דבריו ברוב המקומות שלא במשפט וכ"כ עליו מהרש"ל פירק החובל סי' ט' ומהר"ל נ' חביב בתשובה בפירושו לה' מאכלות אסורות דף קי"ג סוף ע"ב (גם בכאן כתב שלא בהשגחה) וגם בכאן נראה לעין שכתב דבריו שלא בהשגחה ולא הבין דברי הראב"ד דפשיטא דגם הראב"ד מודה להרב אלפסי ורמב"ם דתפיסה מהני בתיקון אלא שחולק בכאן על הרמב"ם דכיון דאינו זוכה בו אלא מצד קנס הקנס אין אדם זוכה בו אלא משעת העמדה בדין א"כ היאך יועיל תפיסתו כיון שלא עמד בדין וכן ביאר דבריו

הה"מ והוא פשוט (מ"מ אע"פ שהמ"ע חשוד לקלקל אינו חשוד להחליף) אע"פ שבהפעל מגדול עוז חשוד לקלקל אינו חשוד להחליף וכ' להעיד עדות שקר ח"ו וכלי ספק מ"ש וכן קבלנו מרבנותינו הוא אמת ונהרי הרא"ש פתב ג"כ בפסק פיצד הרגל ולרבנותינו האומרים דכל תיקו אי תפס לא מפקי מיניה והבאתי לשונו לעיל סי' ג'.

וכ"כ ר' ירוחם נל"א ח"א גבי בעיא דעמוד המתגלגל מרשות הניזק לר"ה בשם הגאונים וגם מ"ס המע"ש וכ"כ רי"ף בכ"מ הוא אמת שאע"פ שלא פתב הרי"ף בפירושו בכל מקום דבתיקו אי תפס לא מפקי מ"מ פ"ן דכתב בכל מקנה דתיקו קולא לנתבע ובכל בעיא דלא איפשטא פתב דלא איפשט או תיקו וברוב המקומות פתב וקי"ל קולא לנתבע ובפסק השואל פתב גבי קולא לנתבע דאי תפס לא מפקי מיניה דה"ל לאחר תפיסה נתבע א"כ ממילא נשמט דבכל בעיא דלא איפשטא או דסקלא בתיקו ס"ל להרי"ף דאי תפס לא מפקינן מיניה וכמ"ש למעלה סי' ט': סימן יג (הוכחות שגם דעת הה"מ דתפיס' מהני בתיקו) ודעת הה"מ נראה ג"כ דס"ל דמהני תפיס' בתיקו דמדכ' בפ"ב מה' גנבה שמד' הראב"ד נלמד בהא פהרמב"ם דמהני תפיסה בתיקו משמע דבא לומר דה"ל הרמב"ן יחידי לגבייהו ועוד מדכתב על דברי הרמב"ן והביא ראיו' לזה ואינן מכריחות משמע דבא לומר פ"ן דאין דבריו מוכרחי' אין לזוז מד' הרמב"ם ובפרט דלא נוציא ממון מספק ומכ"ש למאי שאכתוב לקמן סי' קכ"ג דהיכא דאיכא פלוגתא דרבנותא מצי התופס לומר קים לי כהאי אפילו ביחיד נגד רבים ואפ"ל היכא דפליגי בתפיסה עצמה אי מהני וכמ"ש לקמן סי' ק"ב א"כ נראה מדברי הה"מ פ"ב מה' גנבה (והבאתי לשונו לעיל סי' י"א דאין להוציא ממון ואין לזוז מדברי הרמב"ם ונהראב"ד וגם מדלא הביא הה"מ דברי הרמב"ן בשאר מקומות שכתב הרמב"ם דבתיקו מהני תפיסה אלמא דס"ל דהלכה פהרמב"ם רק הביא דברי הרמב"ן בפעם הראשון ס"פ א' מה' נזקי ממון וגם שם פתב אחר שהביא דברי הרמב"ן זהו דעתו דלאיזה צורך הנצרך לחזור ולכתוב בסוף זהו דעתו אלמא משמע דבא לומר זהו דעתו ואין דעתו מוכרח וגם מדהנצרך לחזור ולכתוב ד' הרמב"ן בספ"ב מה' גנבה והלא כבר הביא סברתו לעי' סי' מה' מכ' נז"מ א"ו משום שראה הה"מ בסי' פ"ב מה' גנ' שגם הראב"ד מספ"י להרמב"ם בזה לכך הביא דב' הרמב"ן להורות שאין דברי הרמב"ן מוכרחים וכמ"ש בסוף ואינן מכריחות פדי שלא לזוז מד' הרמב"ם פ"ן שגם הראב"ד מודה לו פנ"ל ברור דעת הה"מ: סימן יד ודעת הרמ"ה פתב בטור ח"מ ס"ס תי"ד וז"ל אבל אם זכה בהן קודם שהשפיתן מבעיא ולא איפשטא וכתב הרמ"ה שאין מוציאים מידו וא"א ז"ל פתב דמוציאים מידו עכ"ל (לכאורה נראה שגם דעת הרמ"ה דתפיס' מהני בספיקא דדינ') הנה נראה דעת הרמ"ה דס"ל ג"כ דבתיקו ובעי' דלא נפשטה מהני תפיסה וכ"כ הב"י והב"ח שם שטעם הרמ"ה דס"ל פהרמב"ם דבספיק' דדינא גמי אם תפס אין מוציאים מידו וכ"כ בשלטי הגבורים פ"ק המניח סוף דף י"ז וז"ל ומימיו פ' ג' מה' נ"מ פתב דלא מפקי מיניה וכ"כ הרמ"ה והביא הטור ח"מ סי' תי"ד דבריהם עכ"ל הגם שמהר"ר דוד ו' לב ספר א' דף נ"ד ע"א פתב וז"ל הסברא הראשונה סברת הרמ"ה והרב ר' יונה (שהביא הרא"ש פ"ב דכתובות והטוח"מ סי' מ"ו גבי עדות דתרי ותרי) דאפ"ל איכא תרתי לטיבות' טענת פרי ותפיסה קודם שנולד הספק לא מפקי מחזקת מאר' קמא ולפי דבריהם ז"ל היכא דאיכא פלוגתא דרבנותא לא מצי המחזיק לומר קים לי כהני רבנותא אלא דוקא פשהוא מאר' קמא עכ"ל וכ"כ עוד מהר"ר

דוד בתשׁו' ן' לב ספֿר שׁני סי' ס"ז דף פ"ב ע"ב (מ"ש מהר"ר דוד ן' לב בתשׁוב' ן' לב ספֿר א' דה"ר יונה והרמ"ה ס"ל דלא מהני תפיסה בספיק' דדינא אינו מןכרח) ואין דבריו מןכרחים לפענ"ד דשאני עדות דתרי ותרי מפלוגתא דרבנותא וכמ"ש התוס' פֿרק חזקת הַבְּתִים דף ל"ב ע"ב לדעת רש"ב"ם דמחלק בְּכָה דאע"ג דבתרי ותרי אוקי בחזקת מאר' קמ' בפלוגתא דרבנותא לא אמרי' הָכִי וכן פתבתי לקין סי' צ"ו וכן פתבתי לעיל סי' ו' לדעת הסמ"ג והגה' מי"י דמחלקי' בְּכָה דבעדות תרי וְהָרִי לֹא מְהַנִּי תפיסה אחר שְׁנוּלֵד הספֿק ובספיקא דדינא מְהַנִּי תפיסה אפילו אחר שְׁנוּלֵד הספֿק ע"ש (קושיא על דברי מהר"ר ד' הַנְּ"ל מְסוּר ח"מ ס"ס תי"ד בשם הרמ"ה) ולכאורה יש פֿאן מדברי הטור ס"ס תי"ד סתירה על דברי מהר"ר ד' ן' לב שְׁהָרִי פתב הטור בשם הרמ"ה דכבועיא דלא איפשט' מְהַנִּי תפיסה ופשיט' דפלוגתא דרבנות' לא גרע מבועיא דלא איפשט' וכמו שפשוט בכל הפוסקים ראשונים ואחרונים בכמה דוכתי וכמו שיתבאר לקמן סי' ע"ט ופ"ה ופ"ז (וכמ"ש גם מהר' ד' לב גופיה שם) ואפֿשר דמהר"ד ן' לב הִיָּה גורס בטור ס"ס תי"ד הַרְמַב"ם בְּמִקּוּם הרמ"ה (וכן הוא באמת להדיא בהַרְמַב"ם פי"ג מה' גזקי ממון) אף על פי שְׁבָכֵל ספרי הטור שְׁלִפְנֵינוּ איתא הַרְמַ"א אפֿשר דטעות נפל בספריים וצ"ל הַרְמַב"ם וכה"ג אשכחן כְּמָה פְּעָמִים בטור הרמ"ה שְׁהוּא טעות בספרי' וצ"ל הַרְמַב"ם וגם בְּכָאן מוכח לכאורה שְׁהוּא טעות וצ"ל הַרְמַב"ם דאם לא פֿן קשה לְמָה פתב הטור בסימן שפ"ח וש"ץ כְּמָה פְּעָמִי בְּשֵׁם הַרְמַב"ם דכבועיא דלא איפשטא מְהַנִּי תפיסה ולא הזכיר סבר' הרמ"ה פֿלֵל וְכָאן פתב פֿן בְּשֵׁם הרמ"ה ולא הזכיר.

את הַרְמַב"ם פֿלֵל (שוב מצאתי פֿן בטור פתוב על קלף ישן פושן איתא שם הַרְמַב"ם בְּמִקּוּם הרמ"ה) או אפֿשר דס"ל למהר"ד ן' לב דשאני הָתָם פֿינן שְׁהִיָּה מוֹנַח בְּרִשׁוּת הַרְבִּים א"כ פֿינן שְׁלֵא תפס מרשות שְׁכַנְגָדוּ עֲצָמוּ רק מר"ה ס"ל להרמ"ה דמהני תפיסה משא"כ בְּשָׂאָר בעיא דלא איפשט'.

פֿךְ נ"ל לדעת מהר"ד ן' לב שאין מדברי הטור ס"ס תי"ד סתירה על דבריו: ומיהו (עוד קושיא על דברי מהר"ד הַנְּ"ל מְטוּר סי' רמ"ב בשם הרמ"ם) קשה על דברי מהר"ד ן' לב ממ"ש הטור בסי' רמ"ב וז"ל וכתב הרמ"ה נֶאֱמַר לֹא פתבו העדים שאמר להם פֿן (כלו' פתבוהו בשוקא ובבֿרא) והחזיק בהם המקבל וטוען במתנה גְּמוּרָה יְהִיָּה נִיְהִלְיָה לֹא מִפְּקִי' מִיְנִיָּה דספיקא הוא וְכֵל הִיכָא דְקִיָּמָא מְמוּנָא תִּיקוּם עכ"ל וְהָא הָתָם פ"כ לאו מטעמא דמספיקא לבי דינא אם המקבל אומר אמת דְהָא בכה"ג ס"ל להרמ"ה דלא מְהַנִּי תפיסה גבי עדות דתרי ותרי אלא ודאי הָתָם ה"ט פֿינן דבששֵׁה סדרים פֿרק חזקת הַבְּתִים (ריש דף מ"א) קְאָמְרִינן אבְּעִיא לְהוּ סתמא מאי רבינא אָמַר לֹא חִיָּשִׁינן רב אָשִׁי אָמַר חִיָּשִׁינן וְהִלְכְתָא חִיָּשִׁינן ע"כ א"כ ס"ל להרמ"ה פֿינן דפלוגתא דרבנותא היא א"כ נְהִי דפסקינו חִיָּשִׁינן הִיָּנוּ דלא למיגבי בִּיָּה לֹאפּוּקִי מ"ד דלא חִיָּשִׁינן ומגבינן בִּיָּה אָבֵל מ"מ אי תפס לא מִפְּקִי' מִיְנִיָּה בפלוגתא דרבנותא דְמַצִּי לְמִיָּמַר קִים לִי כמ"ד לא חִיָּשִׁינן.

(תירוץ על דברי מהר"ד הַנְּ"ל) ויש לתרץ דווקא הָתָם פֿינן דחזינו דרב אָשִׁי גופיה קְאָמַר חִיָּשִׁי וְלֹא קְאָמַר פְּסוּלָה מְשַׁמַּע דְאַפִּילוּ: רב אָשִׁי גופיה ס"ל דטעמא דחִיָּשִׁינן משום דמוקמי' ליה בחזקת' וכן משמע מפ'י רש"ב"ם שְׁפָתֵב על דברי רב אָשִׁי וז"ל חִיָּשִׁינן לְטְמִירַת' וְלֹא מְגַבִּי בִּיָּה וְאִי מְגַבִּי לֹא מְהַדְרִי' עוֹבְדָא וְהִיָּנוּ דלא קְאָמַר רב אָשִׁי

דלא מגבי' אלא תי'שינו דספק הוא והיכא דמנימא ארעא תיקום ע"כ לשונו הרי להדיא דרב אשי גופיה משמע ליה הכי אבל בעלמא היכא דאיכא פלוגתא דרבנותא ממש אפשור דמודה הרמ"ה דאפילו תפס מפקי' מיגיה ודחוק.

פל זה נ"ל ברור לדעת מהר"ד ו' לב אבל (ומ"מ אין דברי מהר"ד הנ"ל מוכרחים ויותר נראה דהרמ"ה ס"ל דמהני תפיסה בתיקו) מכל מקום אין דבריו מוכרחים דיכול להיות מבחוץ דהרמ"ה. מחלק בין עדות דתרי ותרי לספיקא דדינא וכמ"ש בסמוך.

וגם לפי דמשמע מדברי השלטי גבורים פרק המניח והבית יוסף והבית חדש ס"ס תי"ד דהרמ"ה קאי בשטת הרמב"ם דמהני תפיסה בספיקא דדינא בעל כרחך מוכח לחלק בכך דלא תיקשי דברי הרמ"ה שבוטור ח"מ סימן ס"ו אדברי הרמ"ה שבעה"מ ס"ס תי"ד.

ועוד דלקמן סימן פ"ח אוכיח מדברי הרמ"ה שפריב"ש סי' ע"ח ושבתשו' מהר"ר שלמה פהן ספר ב' סימן ל"ז דס"ל דמהני תפיסה בפלוגתא דרבנותאוא"כ נצטרף לדחוק דהרמ"ה שפריב"ש הוא הרמ"ה אחר מה שאינו נוח לומר פן או שנצטרף לומר דפלוגתא דרבנותא היא אליבא דהרמ"ה דהריב"ש פליג אהרא"ש אסור בשם הרמ"ה וכל זה איננו שנה לי אלא נראה עיקר כדפי' דגם הרמ"ה מודה דבתיקו ובפלוגתא דרבנותא מהני תפיסה: בהגהת מי"א (גם דעת הגה' מי"א דמהני תפיסה בתיקו) כתבו בפ"ח מה' חובל ומזיק אדברי הרמב"ם דכתב אם תפס הנמסר אין מוציאים מידו ונ"ל ובפרק הפונס בעי אמרימר כו' וראב"ג"ה כתב דאי תפיס וכיון דאין התפיסה ברורה לא מהני אבל בס"ה כתב ככל דברי המחבר ולשונו עד כאן לשונו הנה נראה מזה שגם דעת הגה' מי"א פהרמב"ם וסמ"ג מדהביאו דברי הסמ"ג במסקנתם ועוד כיון דכתבו אבל ס"ה כתב דברי המחבר כו' א"כ משמע דרצונם לומר דראב"ג"ה ה"ל יחידא לגבי הרמב"ם וסמ"ג ועיין מ"ש לקמן סי' ע"ב: והשלטי גבורים (גם דעת השלטי גבורים דמהני תפיסה בתיקו) כתב בפרק נערה שנתפתתה דף תפ"ט ע"ב גבי בעיא דבת יבמה וכת שנים וכת ארוסה דסלקי בתיקו ונ"ל נסתפקו חכמים בבנותיהם אם יש להם מזונות כו' ולפיכך אין להם מזונות מספק ואם תפסו אין מוציאים מידם מספק עד כאן לשונו עוד כתב בשלטי גבורים ר"פ אף על פי גבי בעיא דנכנס לחופה ולא נבעלה דסלקא בתיקו ונ"ל ה"ז ספק בששה סדרים ומספק אינה גובה תוספ' ואם תפסה אין מוציאים מידם כמו שבארנו למעלה בדין הספק עכ"ל ובב"ח באבן עזר סי' ס"א כתב על דברי הש"ג אלו וזה לשונו וצ"ע אם הדין הוא כך גבי תיקו שבששה סדרים ע"כ.

(ועמ"ש בשם הב"ח לקמן סי' י"ח) ואף על גב דבפרק פיצד הרגל ופרק המניח כתב הש"ג דהוי מחלוקת הרי"ף והרמב"ם עם ר"י והרא"ש וכ"כ עוד הש"ג סוף פרק שנים אוחזין דף ס"ו ע"א וכן בסוף פרק המפקיד וכן בסוף פרק הבית והעלייה דף קל"ח סוף ע"א מ"מ פשיטא כיון דכתב בפ' נערה ובפרק אף על פי בסתמא דמהני תפיסה ולשונו שם כתב מעצמו ולא הועתק משום פוסק אלמא סבירא ליה עיקר פהרי"ף ורמב"ם וסייעתם: סימן טו ועתה (ביאור דברי הטור סי' שפ"ח וש"ץ) אבוא לבאר דעת הטור.

הנה בס"ס שפ"ח גבי נזק כתב ונ"ל אבל טוענו בדבר שאינו רגיל כגון שטוען שזרק לו סל מלא מפות לים ואין דרך ליתן בו מעות מבעיא לו ולא איפשט אי נאמן בשבועתו וכתב הרמב"ם אם תפס אין מוציאים מידו אלא נשבע ומחזיק וא"א הרא"ש ז"ל כתב

כיון דספיקא דדינא הוא אין מועיל בו תפיסה עכ"ל וכ"כ אח"כ שם ס"ד גבי מסור ונ"ל מסור מבעיא לן אם נשבע ונוטל ולא איפשט וכתב הרמב"ם ז"ל שאם תפס הנמסר אין מוציאים מידו אלא נשבע ומחזיק מה שבידו ולדעת א"א הרא"ש ז"ל כיון דספיקא דדינא הוא לא מהני תפיסה עכ"ל ובסי' ש"ץ סוף סעי' א' פתב ונ"ל פשקשה באמתה מבעיא ולא איפשטא וכתב הרמב"ם אם פשקשה באמתה בר"ה פטור שמה רגל הוא ואם תפס הנזק גובה חצי נזק דשמה קרן הוא ותייב בר"ה חצי נזק ואם הלכה ברשות הנזק והזיקה גובה נזק שלם אם תפס ור"י פירש כיון דספיקא דדינא הוא לא מהניא ביה תפיסה ואפילו תפס מפקי' מיניה ואם הזיק בר"ה שמה רגל הוא וברשות הנזק אם תפס גוף המזיק מגבי' לו ממנו חצי נזק עכ"ל וכ"כ שם אחר פה בסעיף ב' ונ"ל הלכה ברשות הנזק ובעטה ברגליה ומפח הביעוט נתזו צרורות ושבר פלים מבעיא לן אם יש שינוי לצרורות ואינו משלם אלא רביע נזק ולא איפשטא וכתב הרמב"ם חייב רביע ואי תפס חצי נזק לא מפקי' מיניה כו' ולדעת רב"י שאין מועיל תפיס לספיק' דדינא אפשר אם תפס אינו גובה אלא הרביע ואם הלכה במקום שאי אפשר לה שלא תתיז וביעטה והתיזה מבעיא אי אורחא היא ומשלם פלגא אי לא אורחא ויש שינוי לצרורות ואינו משלם אלא רביע ולא איפשטא וכתב הרמב"ם שאם הוא ברשות הנזק חייב רביע ואי תפס חצי נזק אין מוציאים מידו ואם בר"ה פטור דשמה רגל הוא ואי תפס רביע נזק אין מוציאים מידו דשמה שינוי הוא ואינו תולדה דרגל אלא צרורו' בשינוי ולדעת ר"י דלא מהני תפיסה אם תפס גוף המזיק גובה לו ממנו רביע עכ"ל: סימן טז הנה הטור דרף ממש בנתיב הרא"ש ובלשונו שהבאתי למעלה סימן ג' רק שהוסיף דגם גבי נזק שטוען שזרק סל מלא מעות לים כו' וכן גבי מסור דלא מהני תפיסה לדעת הרא"ש (לכאורה קשה על הטור מנ"ל הא דלהרא"ש לא מהני תפיסה במסור ואדרב' בהרא"ש משמע לכאורה איפכא) אף שלכאורה קשה מנ"ל להטור הא ואדרב' בהרא"ש משמע להדיא דדוקא משום שהתופס אינו טוען ברי לא מהני תפיסה אבל פשטוען ברי מהני תפיסה אפילו תפס בעדים וכמו שמוכח גם כן עוד לקמן סי' נ"א מדברי הרא"ש ובשולחן ערוך נזק שטוען שזרק לו סל מעות לים כו' לק"מ על הטור די"ל דהתם מבעיא לן דאפ"ל נאמינהו בשבועתו מכל מקום כיון דאין דרף ליתן מעות בסל יהא פטור אפילו הנה ידוע בבירור שנתן בו מעות איהו דאפסיד אנפשי' שהניח מעות בסל וכמו שאכתוב לקמן סי' כ"ח דיש מפרשים הבעיא פה וגם בטור גופיה סי' צ' ס"ז משמע לכאורה כן בלשון הרמב"ם שהביא שם והלכה כיון דאפילו ידוע בבירור שהנזק אומר אמת מבעיא לששה סדרים אם כן הוי שפיר ספיקא דדינא לדעת הרא"ש.

אבל במסור דאם הנה ידוע בבירור כמה הפסידו הנה מחוייב לשלם מדינא דגרמי אם כן נראה דהרא"ש מודה בזה דבכה"ג מהני תפיסה דנהי בספיקא דדינא הוא אם הנמסר נשבע ונוטל מכל מקום השתא דתפיס נמסר וטוען ברי שהפסידו פה וכך מהני תפיסה כיון שאומר ברי לי שכף וכה הפסדתני ונשבע ונוטל: (אחרי העיון לק"מ על הטור) אבל כד נעניין שפיר במלתא תתברר דדברי הטור סלקא שפיר וכהוגן דהא פשיטא דבכל דוקתא דלית ליה לתופס מגו לא מהני תפיסתו פלוגא אם לא בספיק' דש"ס להרי"ף והרמב"ם וסייעתיהו או בספק שבשטר דעדות שעל השטר דתרי ותרי וכמ"ש הרא"ש פ"ב דכתובות דאל"כ לא שבקת חיי לכל בריה דכל אדם יתפוס משל חבירו בעדים

ויאמר שלי הוא וזה דבר פשוט מאד וכמו שנכתוב לקמן סי' קי"ד אם פן הכי נמי גבי מסור פנין דע"כ מיירי שתפס בעדים דאל"כ בלא ספיקא דדינא נמי פשיטא דמהני תפיסה' לכ"ע פנין דאית ליה מגו דאי בעי אומר לא תפסתי ואם פן מן הדין הרי הוא מחוייב להחזיר מה שתפס בעדים ותפיסתו כמאן דליתא דמי אם פן טענת ברי דידיה לא מעלה ולא מורדת דדוקא בספק שבשטר או בעדות שעל השטר דתרי ותרי מהני טענת ברי דידיה אף על גב דתפס בעדים וכמ"ש לקמן סימן ל"ד ומ"ח ונ"ג פנין שיש שטר בידו והוא טוען ברי על ספק שבשטר גופיה אבל לא בתפס בלא שטר.

ולהכי נמי כתבו הטור סימן ל"א ושאר מחברים גבי שתי פתי עדים המכחישות זו את זו דעדות שניהם בטלים ולא אשתמיט חד מנייהו דכתוב דמהני עדותן אי תפס חד מנייהו בעדים אלא ודאי כמ"ש דדוקא פשיטא שטר ביד המלוה אז אמרינן אוקי תרי להדי תרי ומשונין לשטרא נמי בחזקתיה ולא מפקי' מיד המלוה שתפס משא"כ בלא שטר והלכך פנין דטענת ברי דידיה לאו פלוג' הוא דתפס בעדים בלא שטר והרי הוא מחוייב מן הדין להחזיר מה שתפס והרי הוא כאלו ביד הראשון רק שבא לזכות בו מפס ספיקא דדינא דמבעיא לן אם נמסר נשבע ונוטל וכבר ס"ל להרא"ש דבספיקא דדינא לא מהני תפיסה א"כ שפיר כתב הטור גבי מסור דלדעת הרא"ש לא מהני תפיסה בספיקא דדינא ודו"ק ועיין לקמן סימן מ"ה: ועוד (דין עדות דתרי ותרי בלא שטר נמי מהני תפיסה היכא שטוען ברי) נראה והוא העיקר דאפי' בעדות דתרי ותרי בלא שטר מהני תפיסה וכן משמע להדיא בגמרא יוסף פ"ק דמציעא והבאתי לשונו לקמן סימן נ"ג ואף על גב שכתבתי בסימן נ"ד דבמה דס"ל להנ"י דבעלמא בטוען ברי לא מהני תפיסה פליגי הפוסקים עליה מכל מקום בהא לא אנשכחן דפליגי עליה נאדרבה י"ל דכיון דאפילו במאי דס"ל לנ"י דלא מהני תפיסה ס"ל להפוסקים דמהני מכ"ש במאי דהנ"י גופיה ס"ל דמהני דגם הפוסקים מודים לו והא דלא כתבו הפוסקים פן גבי שתי פתי עדים המכחישות זו את זו היינו משום דהתם עיקר דנכתא דדינא הוא אם העדי' פשרים לעדות אחרת ולא מיירי התם מדיני תפיסה אבל אה"נ דלענין תפיסה מהני עדות דתרי אף על פי שיש ב' עדים אחרים המכחישים אותו וכן משמע להדיא מדברי תשובת הרשב"א סי' תתקע"ב שהבאתי לקמן סי' נ"ח ע"ש ומ"מ לא דמי לספיקא דדינא דנמסר דלא מהני תפיסה משום דשפיר יש לחלק בין עדות דתרי ותרי ובין ספיקא דדינא אף שטוען ברי משים דבכל תרי סמכי' בודאי ואינו בדין שנוציא ממון מרשות התופס וכמו שמחלק הנ"י פן (עיין בסי' נ"ג) משא"כ בספיקא דדינא דנמסר דאע"ג דטוען ברי מכל מקום על טענת ברי דיליה אין פאן עדים.

דין קרוב לומר דבעדות דתרי ותרי אפילו אינו טוען ברי רק ע"פ ב' עדים מהני תפיסה) ועוד קרוב אצלי לומר דבעדות דתרי ותרי אפי' אינו טוען ברי מהני תפיסה דהא קי"ל בע"פ עדים חשוב כטענת ברי וכמו שמוסכם מכל הפוסקים בטח"מ ס"ס ע"ה וכן משמע מדברי הנ"י שהבאתי לקמן סימן נ"ג שהרי אינו מחלק שם בין טוען ברי או לא רק בין עדות דתרי ותרי ע"ש ודו"ק ומה שכתב הרא"ש פ"ב דכתובות והבאתי לשונו לקמן סי' ל"ד והנמשכים אחריו דמהני תפיסה משום דטוען ברי דמשמע הא אי לא טעין ברי לא הוי מהני תפיסה היינו משום דהתם אי לא טעין ברי א"כ ליכא פאן עדות דתרי ותרי שהרי יכול להיות אמת שאלו החתומים קטנים או אנוסים היו משא"כ היכא דיש לפנינו

עדות לשניים אומרים כף ושניים אומרים כף אפילו הבע"ד עצמו אין טוען כרי מהני תפיסה כשאומר אני סומך שעדים אלו אומרים אמת ודו"ק: סימן יז ועתה (צריף לבאר מ"ש הטור ס"ס שצ"א גבי מתגלגל אם תפס אין מוציאים מידו) אבוא לבאר הטור במקומות אחרים.

הנה בס"ס שנ"א פתב הטור וז"ל מתגלגל מיבעיא לן אי חשיב פתב הניזק ולא איפשטא ואם תפס אין מוציאים מידו עכ"ל וכ"הב"י וד"מ שם דהיינו דוקא לדעת הרמב"ם אבל לדעת ר"ו בספיקא דדינא לא מהני תפיסה וכן פתב מהרמ"א בהגהת שלחן ערוך.

והסמ"ע פתב שם מדלא פתב הטור שם דעת אביו הרא"ש שחולק בזה משמע דס"ל דלא פליג פאן עכ"ל וכ"הב"ח שם (מ"ש הב"י וד"מ שם דהיינו דוקא לדעת הרמב"ם הוא דוחק) ובאמת כן נראין הדברים דדוחק לומר דסמך עצמו אמה שהביא דברי הרא"ש בסי' ש"ץ דא"כ לא ה"ל לכתוב כלל ואם תפס אין מוציאים מידו והיה לו לסמוך גם בזה אמ"ש בסי' ש"ץ דבספיקא דדינא מהני תפיסה להרמב"ם ועוד דכיון דידוע שהטור נמשך בקל מקום אחר הרא"ש א"כ איפקא ה"ל למיעבד דה"ל לכתוב ואפילו תפס מוציאים מידו וממילא הנה שמעינן דהיינו בפשטת הרא"ש שהביא בסימן ש"ץ ועוד יתבאר לקמן סי' כ' שדוחק לומר שהטור פתב כן לדעת הרמב"ם ולזה לא סבירא ליה ע"ש: סימן יח והנה בסמ"ע שם תירץ מ"ל מדלא פתב הטור פאן דעת אביו הרא"ש שחולק בזה משמע דס"ל דלא פליג פאן דכיון דעכ"פ תפיס ברשות נגד מה שנהגית מהני התפיסה גם לשאר עד פאן לשונו ובב"ח שם השיג עליו וז"ל והא ליתא דהא בסי' ש"ץ ס"ב גבי בעטה פתב דלר"י לא מהני תפיסה אלא לרביע נזק ולא אמר דמהני גם לשאר עד פאן לשונו אין מזה (מה שהקשה הב"ח על הסמ"ע ס"ס שצ"א אינו כלום) קושיא וכמדומה שלא דקדק בלשון הסמ"ע שפתב דכיון דעכ"פ תפיס ברשות נגד מה שנהגית כו' דה"ל פיון דעכ"פ מהני תפיסתו נגד מה שנהגית כו' אלא ודאי ה"ק דל"ד לסימן ש"ץ ס"ב דהתם אף במה שתפס תפס שלא ברשות שהרי הב"ד לא היו פוסקים לו שהרי אין דנין דיני קנסות בבבל אבל הכא דמייירי בשן דמועד מתחלתו א"כ הב"ד פוסקים לו לשלם מה שנהגית אפי' בלא תפיסה א"כ תפס ברשות נגד מה שנהגית ולכך מהני תפיסתו גם לשאר וכן אוכיח לקמן סי' כ' דבתפס ברשות מהני תפיסתו בתיקו לכולי עלמא: מיהו לפע"ד דברי הסמ"ע דחוקי מטעם אחר לומר פיון דתפס ברשות נגד מה שנהגית מהני תפיסה גם לשאר.

ועוד דמי לא עסקינו נמי ששלם לו כפר מה שנהגית ואפ"ה אם תפס אין מוציאים מידו שהרי סתמא פתב הטור ואם תפס אין מוציאים מידו ואם פדברי הסמ"ע ה"ל לבאר דהיינו דוקא בשלא שלם לו כפר בעד מה שנהגית (לקמן סי' ל"ה יתבאר ישוב דברי הסמ"ע בזה).

מיהו לקמן סימן ל"ה אכתוב ישוב דברי הסמ"ע בזה: והב"ח תירץ שם וז"ל דכאן ס"ל להטור דאף ר"י והרא"ש מודה דמהני תפיסה דדוקא בדוקתא דקאמר ש"ס תיקו דאין לה פשיטותא לא מהני תפיסה אבל הך בעיא אף על גב דלא נפשט' לא אמרו בה תיקו ויש פח לגדול הדור להביא ראיה ממשנה או מברייתא ולפשוט הבעי' הלכך מהני לה התפיסה ומצי לומר קים לי בסברא האמת שהדין עמי.

אחר כך מצאתי שמהרש"ל כתב חילוק זה בפ"ב דב"ק סי' ה' והאריך בזה ע"ש ולפעד"נ דכאן מוכח מדברי הטור שחילוק זה אמת עכ"ל (קושניא על מ"ש הב"ח דהרא"ש וטור דס"ל דבתיקו לא מהני תפיסה מודים דבבעיא דלא איפשט' מהני תפיסה) וקשה לי על זה דהרי הטור כתב ס"ס תי"ד גבי בעיא דקנסו גופן אטו שבחן וא"א הרא"ש ז"ל כתב דמוציאין מידו עכ"ל וכך הוא באמת פירק המניח וז"ל ולא איפשטא הלכך לא מפקי' ממונא מחזקת מארי קמא ותפיסה לא מהניא בספיקא דדינא כדפי' לעיל עכ"ל והא התם לא סלקא בתיקו רק הוא בעיא דלא איפשט' בש"ס שם ע"ש.

ויותר קשה על הב"ח דאיהו גופיה כתב בס"ס תי"ד וז"ל והרא"ש אזיל לטעמיה דבספיקא דדינא מוציאין מידו כו' וע"ל בס"ס שצ"א כתבתי לדעת רבינו דמחלק בין בעיא דלא איפשטא ובין בעיא דאסקינו בתיקו עכ"ל ונהרי בהך דקנסו גופן אטו שבחן לא סלקא בתיקו אלא הוא.

בעיא דלא איפשטא ואפשר ס"ל להב"ח דשאני התם פיון דלא זכה בהן מדינא אלא מקנסא דרבנן מוציאין מידו להרא"ש אף בבעיא דלא איפשטא אבל מדברי הרא"ש שכתב כדפי' לעיל (ר"ל לעיל פירק פיצד הרגל) לא משמע פן ודו"ק.

ואף על גב דמהרש"ל ודאי מחלק בין תיקו לאבעיא דלא איפשטא היינו שהוא מסבירתו מכריע בתיקו פהרא"ש ובבעיא דלא איפשטא פהרמב"ם וסייעתו וכדמשמע להדיא מדבריו דפירק פיצד הרגל סי' ה' ופירק המניח סימן ט"ז דלהרא"ש אפילו בבעיא לא מהני תפיס' אלא שהוא מכריע מעצמו דבבעיא מהני תפיסה ע"ש אבל הב"ח שרוצה לומר דגם הרא"ש וטור מודים דבבעיא מהני תפיסה קשה וכן מוכח עוד מדברי הרא"ש ספ"ק דבכורות והבאתי לשונו לקמן סימן נ' דלא מהני תפיסה אפילו אבעיא דלא איפשטא רק בתפס ברשות ועוד נדבר בזה לקמן סי' כ' דלדעת הרא"ש וטור אין חילוק בין תיקו לבעיא: סימן יט אמנם מלבד הקושניא הנ"ל צריכי' אנחנו להתעורר בדברי הרא"ש והטור ומתוכן נבוא לבאר ג"כ דברי הטור אלו ואעתיק מתחלה פל לשונות הטור ור' ירוחם ושאר אחרונים השניכים לענינים אלו ומקורן בדברי הרא"ש ונבארם ומתוכן תלבנו ויתבררו הדברים: א בסמן קצ"ז ס"ד (מפאן עד סוף סי' י"ט הוא לשונות הטור וירור' ירוחם ושאר אחרונים וביאור דבריהם) כתב הטור ז"ל גמל בהנהגה ותמור במשיכ' איפא חד מנייהו דלא קני ולא ידעין הי מנייהו קני והי לא קני הלכך במקר ומתנה לא קנה חד מנייהו דאוקי ממונא בחזקת מארי ובמציאה והפקר קנו שניהם עכ"ל וכ"כ ר' ירוחם במשורים נתיב י' ח"ד וז"ל גמל במשיכה ותמור בהנהגה או בהפקד חד מנייהו קני ומספקא בש"ס הי קני והי לא קני הלכך במקר או במתנה לא קני חד מנייהו ואוקי ממונא בחזקת מארי קמא ובמציאה והפקר קנו שניהם עכ"ל והוא מדברי הרא"ש פירק שנים אוחזין סימן י"ז ח"ל אבל גמל בהנהגה ותמור במשיכה חד מנייהו קני לרבנן דפליגי אר' יהודה ולא ידעי' (הכי איתא בש"ס שם דף ט' ע"א דאיפא חד צד דלא קני איפא דאמרי משיכה בתמור וא"ד הנהגה בגמל) הי קני הלכך אי במקר או במתנה לא קני חד מנייהו פיון דמספקא לן אוקי ממונא בחזקת מארי קמא ובמציאה והפקר קנו שניהם דהזוכה הוא המוחזק ואין להוציא ממנו בספק עכ"ל (ועיין בטור סימן ק"ץ סי"ג הביא לשון הרמב"ם דמהני תפיסה בתיקו וכן בש"ע שם סי"ג וסי"ד העתיק לשון

הַרְמַב"ם ע"ש): ב בסי' ר"ב סעיף ד' פתב הטור ונ"ל הקנה הקרקע לאחד ולשני מטלטלים אגביו מבעיא אם קונה אם לאו ולא איפשי' נכתב הרמב"ם לא קנה ואם תפס אחר שחזר בו המקנה אין מוציאים מידו עכ"ל ור' ירוחם פתב בנתיב ו' סוף ח"ב ונ"ל וקרע לא ומטלטלים לא' בעיא ולא איפשיטא שם ואוקי ממון בחזקתו' עכ"ל.

והרא"ש פ"ק דקדושין לא פתב דבר מזה. ובש"ע סי' ר"ב סעיף ג' העתיק ל' הרמב"ם דפ"ג מה' מכיר' שאם תפסן אחר שחזר בו המקנה אין מוציאין מידו ומהרמ"א הגיה שם ויש חולקין וס"ל דמוציאין מיד התופס פדין כל ספק ממון עכ"ל וכן פתב מהר"מ יפה שם.

והוא ממ"ש הר"ן פ"ק דקדושין ונ"ל בעינין לא איפשיטא ופסק בה הרמב"ם פ"ג מה' מכירה פדרכו ברוב (הא שכתב כיון דבעיא לא איפשיטא אוקי ממונא בחזקת ברוב היינו משום שבקצת תיקו לא פסק פן ויש טעם לדבר וכ"כ ה' המגיד ספ"א מה' נזקי ממון ונ"ל פסק שאם תפס אין מוציאין מידו וכן דרכו בכל תיקו דמונא מלבד קצת מקומות שיש טעם למה לא פתב פן עכ"ל ועמ"ש לעיל סי' ט' ולקמן סי' ע"ז) תיקו האמורים בש"ס בממונא דאי תפס לא מפקי מיניה אכל דעת הרמב"ן והרשב"א דכל כה"ג מפקי מיניה עכ"ל ומבואר בד"מ בקצרה.

וכ"כ המגיד בפ"ג מה' מכירה בשם הרשב"א וישן דע' העיטור: ג ובס"ס ר"ב פתב הטור ונ"ל אמר לו משוה בהמה זו ובמשיכתה קני פלים שעליה כו' לא קנה פלים שעליה כו' בד"א בלוקח אבל במציאה שאמר אני מושוה בהמה זו לקנותה ואת הפלים שעליה קנאם עד כאן לשונו.

וכן פתב ר' ירוחם נתיב י' ח"ד דלא קנה הפלים במשיכת הבהמה פי היא בעיא ולא איפשיטא ואוקי ממונא בחזקת מארי' קמא עד כאן לשונו. והוא מדברי הרא"ש פרק שנים אוחזין סי' כ"ד שכתב וזה לשונו ובעיא זו לא איפשיטא הלכך אם א"ל משוה בהמה זו וקני פלים שעליה לא קני הפלים במשיכת הבהמה ואפילו בכפותה מארי קמא אבל במציאה והפקר אם אמר אני מושוה בהמה זו לקנותה ואת הפלים שעליה קנה כיון דמספקא לו הרי הוא מוחזק מספק ואם תפסה אחר מוקמי' לה בחזקת מרא קמא שהוא מוחזק בה מספק ותפיסת ספק מיקרי תפיסה כנגד אחר שאין לו בה שום טעם דעד כאן לא קאמרה תפסה בהו מספק מוציאין אותו מידו אלא היכא דאיכא לאוקמי בחזקת מארי קמא אבל הפקר שיצא מחזקת מרי קמא תפיסת ספק מיקרי תפיסה ואין מוציא אחר מידו עד כאן לשונו ובש"ע העתיק ל' הרמב"ם דפ"ג מה' מכירה ע"ש ובס' מעדני מלך פרק שנים אוחזין הקשה אדברי הרא"ש הנ"ל ובדברי הרא"ש דגבי הזורק ארנקי שבהבאתי לקמן סי' זה אות ה' ונ"ל וצ"ע בפרק חזקת גבי שדות שגל הגר דבעיותשלו בתיקו ומסיק דבתרא קני ואין לחלק דהכא במטלטלים שאני דמכל מקום אין קמא מוחזק אלא מספק עד כאן לשונו (מה שהקשה בס' מעד"מ פ"ק דמציעא אהרא"ש שם מהרא"ש פרק חזקת לק"מ) ולפי עניות דעתי לא קשה מידי דשם באשרי פרק חזקת סימן ס' (ונתבאר בטור וש"ע סי' ער"ה ס"ט) גבי שדות הגר שאני שהרי הראשון לא היה מוחזק מעולם רק שהחזיק בא' מהן לקנות את חברתה או שהחזיק במצור לקנות שתייהן דאלו החזיק מתחלה בכולן פשיטא לו דראשון קנה ולא מספקא לש"ס פלל והלכך כיון

שְׁהֲרָאוֹן לֹא הִחְזִיק בָּהּ כָּלֵל שְׁהָרִי מְסַפֵּק לָן אִם חֲזָקָה שֶׁל זֶה מוֹעִיל לְחִבְרָתָהּ ג"כ לֹא מְחַזְקִינוּ לִיה בְּרִשׁוֹת קָמָא מְסַפֵּק וְאַחַר שֶׁקָּנְאוּ בְּחֻזְקוֹ בְּרִיאוֹה מוֹקְמִי לִיה בִּידְוָה וְעֵינֵינוּ בְּאַשְׁרֵי שֵׁם וְתִרְאוֹה שְׁזָה בְּרוּר שׁוֹב מְצִאתִי בְּתִשׁוּבָה מוֹהֲרִי מְשֵׁה מֵינֵן סִי ע"ז שְׁהִקְשָׁה לֹו הַשׁוֹאֵל כֵּן נִכְתַּב הַשׁוֹאֵל וְנ"ל וְהָיָה נ"ל לְיִשְׁבַּב וְלִחְלַק בֵּין תְּפִיסָה מְטַלְטְלִי לְמִקְרָעִי וְדָחָה מֵהֲר"מ מֵינֵץ דְּבָרָיו וְתִירֵץ כִּמ"ש וְאַבִּיָּא דְּבָרָיו לְקַמְן בְּסִמּוֹ (אִישְׁתְּמִיטְתִּי לְבַעַל מִמ"מ תְּשׁוּבַת מֵהֲר"מ מֵינֵץ סִי ע"ז) וְאִישְׁתְּמִיטְתִּי לְבַעַל מִמ"מ פִּשׁוּ מֵהֲר"מ מֵינֵץ הַנָּ"ל (שׁוֹב רְאִיתִי בְּתִשׁוּבָה מֵהֲר"מ יוֹסֵף טְרַאנִי סִי קכ"ו שְׁהִקְשָׁה קְוִשְׁיָא זֶה שְׁהִקְשָׁה הַמַּע"מ וְהֵנִיחַ בְּקוֹשְׁיָא וְלִפְעֻ"ד לִק"מ וְכִמ"ש): ד וּמִיָּהוּ קוֹשְׁיָא עַל דְּבָרֵי הָרָא"ש וְהַנְּמַשְׁכִּים אַחֲרָיו דְּסִבְרָא לְהוּ גַבֵּי הַפְּקָר אִם יֵשׁ סֵפֶק בְּדָבָר אִי קוֹנְהָ זָכָה קָמָא שְׁהוּא מְחַזְקֵה מְסַפֵּק וְאַמְאִי נָהִי דְּבִסְפִיקָא דְּדִינָא לֹא מְהַנִּי תְּפִיסָה הֵינְנוּ דְּנִקָּא כְּשֶׁהָיָה הָרָאוֹן פִּעַם א' מְחַזְקֵה בָּהּ בְּנֻדָּאִי דְּאַמְרִינוּ אוֹקִי מְמוֹנָא בְּחֻזְקַת מְאַרְנִי אֲבָל הִכָּא שְׁהֲרָאוֹן לֹא הָיָה מְחַזְקֵה בָּהּ רַק מְסַפֵּק אִם לֹא מְסַתְּבָרָא כָּלֵל לְהוֹצִיא מִיַּד הָאֲחֵרוֹן כְּשֶׁזָּכָה בּוֹ בְּדִין בְּרוּר דֹּאע"ג דְּהִכָּא דְּהָאֲחֵרוֹן לֹא זָכָה בּוֹ גַם כֵּן רַק מְסַפֵּק פְּשִׁיטָא דְּמוֹצִיאִי מִיָּדוּ מִמ"מ דְּאִי לֹא הָיָה חֲזָקָה א"כ גַּם הוּא לֹא זָכָה בּוֹ וְאִם הָיָה חֲזָקָה אִם כֵּן קָמָא זָכָה מְכַל מְקוֹם הִכָּא דְּקָמָא לֹא זָכָה בּוֹ רַק מְסַפֵּקָא כְּגוֹן שְׁאוֹמֵר אֲנִי מוֹשֵׁף בְּהֵמָה זֶה לְקִנּוּת כְּלִים שְׁעָלֶיהָ וְנָדָא נִרְאוֹה דְּהָאֲחֵרוֹן שְׁתַּפְּסִי וְזָכָה בְּזָכִיָּה בְּרוּרָה קִנִּי דְּמַצִּי לְמִימַר לְקָמָא אִישְׁתִּי רְאוּהָ דְּהֵדִין עֲמָה וְלֹא שְׁנִיף בְּכַה"ג לְזוּמַר אוֹקִי מְמוֹנָא בְּחֻזְקַת מְאַרִי קָמָא שְׁהָרִי זֶה יֹאמַר לֹו מֵאֵן לִימָא שְׁהֵייתְ מְאַרִי קָמָא מְעוּלָם.

וְאַף ע"פ שֶׁאֵין אֲנִי כְּדָאִי לְחַלּוֹק עַל הָרָא"ש וְהַנְּמַשְׁכִּים אַחֲרָיו מְכַל מְקוֹם תּוֹרָה הִיא וּמְכַרְחֵה אֲנִי לְדַבֵּר אֶת אֲשֶׁר בְּלִבִּי (נ"ל לְדִינָא כְּאֵן דְּלֹא כְּהָרָא"ש וְסִינְעֵתוֹ) וְעַל כָּל פְּנִיִּים נ"ל לְדִינָא דְּאֵין לְהוֹצִיא מִיַּד הָאֲחֵרוֹן.

דְּהָא פְּשִׁיטָא דְּהָרָא"ש לֹא כְּתַב כֵּן אֲלָא לְפִי שְׁתָּתוּ דְּבִסְפִיקָא דְּדִינָא מוֹצִיאִים מִיַּד הַתּוֹקֵף וְכִבְרַתְתִּי לְעֵיל סִי ח' נְעוּד אֲכַתְּוֹב כֵּן לְקַמְן סִי ע"א דְּהִרְבָּה פּוֹסְקִים ס"ל דְּבִסְפִיקָא דְּדִינָא אֵין מוֹצִיאִים מִיַּד הַתּוֹקֵף אֲפִילוּ הָיָה מְאַרִי קָמָא מְשֵׁה וְא"כ הִכָּא כֵּין דְּנ"ל דְּלִכ"ע אֵין מוֹצִיאִים מִיַּד הָאֲחֵרוֹן מְטַעְמָא דְּפְרִישִׁית הָרָאוֹן לֹא הָיָה מְרָא קָמָא בְּנֻדָּאִי וְנָדָא אֵין לְהוֹצִיא מִיַּד הָאֲחֵרוֹן כְּשֶׁזָּכָה בְּהַפְּקָר בְּזָכִיָּה בְּרוּרָה כֵּן נ"ל ה' (דִּין הִכָּא דְּיֵשׁ סֵפֶק בְּדִין אִם קוֹנְהָ בְּהַפְּקָר וְקָנָה, א' בְּהַפְּקָר בְּסֵפֶק זֶה וְאַח"כּ זָכָה אַחַר זָכִיָּה בְּרוּרָה אֵין מוֹצִיאִים מִיָּדוּ) וְאַפְשָׁר ס"ל לְהָרָא"ש וְהַנְּמַשְׁכִּים אַחֲרָיו דְּבְהַפְּקָר כֵּין דְּסִגִּי בְּעֵלְמָא בְּחֻזְקָה כָּל דְּהוּא אִם כֵּן אֲפִילוּ הָרָאוֹן מְחַזְקֵה בָּהּ מְסַפֵּק מ"מ מִיְקָרִי מְאַרִי קָמָא וְקִצַּת מְשַׁמַּע כֵּן בְּתִשׁוּבָה מֵהֲר"מ מֵינֵץ סִי ע"ז בְּדַעַת הָרָא"ש אֲבָל מְכַל מְקוֹם נ"ל לְדִינָא כְּמוֹ שְׁכַתְּבִיתִי וְזֶה לְשׁוֹנוֹ מֵהֲר"מ מֵינֵץ שֵׁם.

אֲךָ עֵיקַר קוֹשְׁלִי דִּידָךְ הִיא הָא דְּאִיתָא בְּאַשְׁרֵי וְנ"ל גַּבֵּי גַמְלָה בְּהִנְהָגָה וְחִמּוֹר בְּמִשְׁיכָה וְכֵן גַּבֵּי מְשׁוּף חִמּוֹר וְקִנִּי כְּלִים שְׁעָלֶיהָ גַּבֵּי מְצִיאָה וְהַפְּקָר קִנִּי דְּתְּפִיסָה מְסַפֵּק מְהַנִּי נֶגֶד אַחַר שֶׁאֵין לֹו בָּהּ שׁוּם טַעֲנָה וּבְאַשְׁרֵי פָּרַק חֻזְקַת הַבְּתִים כְּתַב בְּהַדְּיָא דְּלֹא מוֹקְמִי בְּרִשׁוֹת מְר' קָמָא מְסַפֵּק עַד כְּאֵן לְשׁוֹנוֹ וְזֶהוּ קוֹשְׁיָא דִּידָךְ אֵלוֹ שְׁנַיִם מִיְרִי בְּהַפְּקָר מ"ש הָא דְּפָרַק קָמָא דְּבָבָא מְצִיעָא דְּמְהַנִּי תְּפִיסָה (כְּלוּמַר תְּפִיסָה הָרָאוֹן) וּמוֹקְמִי בְּרִשׁוֹת מְרָא קָמָא וּמ"ש הָא דְּחֻזְקַת הַבְּתִים דְּנָא מוֹקְמִינוּ בְּרִשׁוֹת מְרָאקָמָא נ"ל דְּלֹא קוֹשְׁיָא כָּלֵל דְּהִיָּא

דב"מ גבי גמל ונחמור הלא תפס בה אמנם (פלומר אף) אם תפס בה שלא פדרה מפל מקום מוחזק בה למה יתפוס אחר או מה יטעון בשלמא במקר לא קנה דלא אחזי' פדרה והמוכר א"ל קנה פדרה שבני אדם קונים וכן איתא (פ"ק דב"מ דף ט' סוף ע"א) בש"ס בהקדא א"ל רב אשי אלא מעתה הגביה ארנקי בשבת שאין זרפן של בני אדם כו' אלא מאי דעבד עבד כו' אלא במקח וממכר עסקינו דאמר ליה קני פדרה שבני אדם קונין ש"מ דתפיסה מיה' הני פ"א גבי שבת אף על גב דהוי שלא פדרה כן איתא בס"א נמי וזה לשונו המוכר בהמה לחבירו ואמר ליה קני פדרה וכו' בשדה וסמט' קנה במציאה ובהפקר בכל ענין קנה עכ"ל וכן גבי משוה בהמה וקני פלים שעליה וכו' גם כן דינא דקמא קני דבעיא בש"ס אי מהני משיכת בהמה לפלים ונשאר בתיקו וכל תיקו המע"ה פדפסקו רוב דיעות ודלא פרב האי גאון דפסק כל תיקו חולקין פדאיתא בתוס' ספ"ק דגטין ובשאר דוכתי לכה לא קנה במקר להוציא מרשות מרא קמא אבל בהפקר ומציא' קנה פנין דתפס בה למה יתפוס אחר דבתפיסה או בקנין כל דהו קונין מן ההפקר פדאית' בפ"ק בתרא דב"מ הבטה בהפקר קנס והתוס' בפ"ק דב"מ מיייתי לה וכן איתא בפ"ק המניח אבל ההיא דחזק' הבתים גם כן הוא בעי' דבעי' ר' זירא החזיק בא' מהן לקנות אותה ואת חבירתה בו' בעי' ר' אלעזר החזיק במצור לקנות שניהן כו' ונשאר בתיקו לכה בתרא קנה דקמא אינו מוחזק רק באותו קרקע שהחזיק בה ואידך לא בא לידו מעולם אף אבעיא אם מועיל חזקה בקרק' זו לאידך קרקע וזה נשאר בתיקו לכן הבתרא המחזיק בה הוא מוחזק בה תחלה ואין לקמא שום חזקה להוציא מידו פנין דנשאר בתיקו ואמרין בזה המע"ה כו' נאשר חלקת בין מקרקעי למטלטלי אמת הוא חילוק זה פי כן איתא בכמה דוכתי דיש חילוק בין מקרקעי ומטלטלי אף אין כאן מקומו ע"כ לשונו מהר"מ מינץ.

הרי שכתב מהר"מ מינץ לחלק דבהפקר פנין דסגי בחזקה כל דהו פגון בהבטה בהפקר כו' דלכאורה קשה למה ליה הא אלא ודאי בא לומר דלא תיקשי למה לא יהא האחרון מוחזק בהפקר שהרי הראשון לא הנה מרא קמא בנדאי לכה קאמר דבהפקר בחזקה כל דהוא סגי ונהה הראשון כמו ודאי מרא קמא.

ומפל מקום קשה לי על מהר"מ מינץ לאיזה צורך פי' דגבי הנהגה בגמל ומשוה בהמה לקנו' פלים מייירי דאמר ליה המוכר קני פדרה שבני אדם קונין ואדרב' בש"ס ואשר"י לא משמע כן רק גבי רכוב בעיר קאמר התם דמייירי בהכי מה שאין כן הךא וטעמא דבמוכר לא קני פנין דלא תפס אלא מספקא אם כן מוקמי' לה בחזקת מרא קמא שהוא המוכר שהוא מרא קמא בנדאי ומייירי שהמוכר חזר בו קודם שהחזיק בו התופס החזקה פריאה וק"ל.

ואפשר שחסרון יש בתשובת מהר"מ מינץ ור"ל פנין דאשכחן דיש חילוק בעלמא בין מקר להפקר לענין קני פדרה שבני אדם קונין אם כן ה"ה לענין מוחזק מספק יש לחלק בהכי דבמכר לא הוי התופס רק מוחזק מספק ובהפקר כוי כמו ודאי ודוחק וצ"ע.

ומפל מקום לענין דינא נראה לי כמו שכתבתי למענה בסימן זה אות ד': ו בסימן רמ"ב סעיף ד' כתב הטור זה לשונו אפילו אמר סתם כתבו לו אינו פלום אלא אם כן אמר להם כתבוהו בשוק' ונתמוהו בכרא וכיוצא בזה וכתב הרמ"ה ואם לא כתבו העדים שאמר

להם פן והחזיק בהם המקבל [כו'] וטוען דבמתנה גמורה יחבי ניהליה לא מפקי מינה דספקא הוא וכל היכא דקנימא ממונא תיקום אבל א"א הרא"ש ז"ל פתב דמפקי מינה עכ"ל.

וכה"ג פתב רבי ירוחם במשרים נט"ו ח"ב וז"ל ואם תפס מוציאין מידו ותפיסת ספק לא מהני עד כאן לשונו והוא מדברי הרא"ש פ"ק חזקת הבתים סי' ל"ג שכתב וז"ל אמר רב יודא האי מתנת' טמירת' לא מגבינן בה ואפילו אם תפס מפקי מיניה שאנו אומדים דעתו שלא גמר לתת בנפש חפצה אלא שהוצרך לפנים לתת לו הלכך לא קנה ולא שיהיה הדבר מסופק אם קנה אי לא קנה ואפילו אי הוי ספיקא דדינא לא מהניא תפיסה דתפיסת ספק לאו תפיסה היא דאוקי ממונא בחזקת מארי' כדאמרינן בפ"ק דמציעא תקפו פהו מוציאין מידו עכ"ל ואע"ג דהרא"ש לא פתב פן אלא בדברי רב יוד' במתנתא טמירת' ודאי אבל לא בסתמא מ"מ סבירא ליה להטור דגם בסתמא דמבעיא לש"ס ס"ל להרא"ש הכי ומפקי מיניה וכן פתוב להדיא ברמזים דאם לא פן למה ליה להרא"ש לכתוב ואפילו אי הוי ספיקא דדינא אלא ודאי בא לומר דאפילו בסתמא דמסקי חיישינן והיינו מטעם דהוי ספיקא דדינא אפ"ה מפקי'.

וכ"כ הב"י וד"מ והב"ח סי' רמ"ב דכן דעת הרא"ש וטור ע"ש: ז בס"ס רמ"ג פתב הטור וזה לשונו הזורק ארנקי לבית בפתח זה ויצא דרוך פתח אחר ונתנו לבעה"ב במתנ' וחזר בו בעודו באויר הבית מבעי' אי הוי פמונח ויזקה לו אויר ביתו או לא ויכול לחזור בו ולא איפשט' לפיכך אם חזר בו אין בעה"ב יכול להוציא מידו אבל אם הפקירו וזכה [בו] אחר בעודו באויר מוציאין אותו מידו ונותנים לבעל הבית עכ"ל והוא מדברי הרא"ש פ' שנים אוחזין סימן ל"ב שכתב וז"ל ולא איפשטא הלכך במתנה יכול לחזור בו דאוקי ממונא בחזקת מארי קמא אבל בהפקר הואיל ונסתלקו הבעלים אם החזיק בה אחר מוציאין מידו דבע"ה מוחזק מספק תחלה עכ"ל ובש"ע שם פתב פדברי הטור וסתמו כל האחרונים פן ולקמן סי' ע"ז נדבר מזה: ח בדין שתק ולבסוף צונח שבס"ס רמ"ה אם חזר זה שקדם וזכה ותקפו מיד הבעלים אין מוציאין מידו) בס"ס רמ"ה פתב הטור וז"ל ואם זיכה לו ע"י אחר בפניו ושתק ואח"כ אמר אי אפשי בה פתב הרמב"ם שהוא ספק לפיכך אם קדם אחר וזכה בהו לעצמו אין מוציאין מידו דשמא המקבל זכה וכיון שאמר איני רוצה בה הרי הפקירה וזה שקדם זכה בה ואין מוציאין מידו ואם חזרו הבעלים הראשונים ותפסוה מיד זה שזכה בה אין מוציאין מידו דשמא המקבל הוכיח סופו על תחלתו שלא זכה בה וברשות הבעלים הראשונים קנימא ע"כ ומדברי א"א הרא"ש ז"ל יראה שזכה בה המקבל עכ"ל והיינו משום דמשמע ליה להטור דהרא"ש פסק כת"ק וכדאימא בב"י ובש"ע העתיק לשון הרמב"ם ומהרמ"א הגיה דעת הרא"ש דזכה המקבל בכל ענין.

וכ"כ מהר"מ יפה שם ורבי' ירוחם נתיב כ"ד ח"א פתב פהרמב"ם וכתב בסוף וכ"כ הרמב"ם וכן רב אלפסי עכ"ל (לפי דברי ר' ירוחם גם הרא"ש יכול לסבור שזכה לו ושתק ולבסוף צונח דהוי ספק ולא פהטור סימן רמ"ה לדעת הרא"ש) ולפי דבריו גם הרא"ש יוכל לסבור דהוי ספק וכדעת הרמב"ם.

ובסמ"ע שם ס"ק כ"א פתב אמ"ש המחבר ואם חזרו הבעלים הראשונים ותפסוהו כו' ול"ד לשאר ספיקא דממונא דקי"ל דמאחר שתפס הא' אין השני יכול לחזור ולהוציא מידו וכמ"ש ג"כ המחבר בר"ס קל"ט בדין ארב' שחולקים עליה ב' תרי דשאני הקא דידוע הוא מבעליו הראשונים וה"נ לאחר שחזרו ותפסוהו הבעלים הראשונים מיד זה שקדם ונזכה שוב אין שום אדם יכול להוציא מידו ואפילו אם אותו שקדם ונזכה חזר ומוציאו מיד בעלים הראשונים אין מניחין אותו בידו עכ"ל (מ"ש הסמ"ע סי' מ"א ס"ק כ"א אין נלענ"ד) ואין דבריו נ"ל דהא בתיקו ושאר ספיקא דדינא ס"ל להרמב"ם והמחבר בכמה דוכתי דמהני תפיסה שתפסו מיד בעלים הראשונים אע"פ שידוע מי הוא הבעלים הראשונים א"כ למה יגרע זה שקדם ונזכה כשחזר ותפסו מיד בעלים הראשונים ול"ד לארבא דריש סימן קל"ט (מיהו גם גבי ארבא גופא העליתי לקמן באות זה דאם חזר ותפסו אין מוציאין מידו ע"ש) דהתם כיון שמתחל' כשפאו לב"ד היו הב"ד פוסקים כל דאלים גבר וכל א' מהן טוען פרי א"כ אמרינן ודאי זה שגבר תחלה אומר אמה דאללא הנה חברו מניחו לגבור עליו אלא ודאי אדויי אודי ליה וכן משמע לשון הרא"ש דגבי ארבא ומביאו הסמ"ע גופיה שם ר"ס קל"ט ס"ק ב' וכיון דאנו סהדי דאודי ליה פשיטא דלא מהני תו תפיסה מה שאין כן הכא דכל א' תופס מספיקא דדינא ולא שנייך אודויי אודי ליה (גם דברי הב"ח ס"ס רמ"ה מעוררבים בזה) שוב ראיתי בב"ח ס"ס רמ"ה דארבא אתרי ריקשי דמתחלה כתב לחלק כמו שכתבתי ואחר כך פתב כמ"ש הסמ"ע וז"ל וי"ל דהתם גבי ארבא כל א' טוען פרי ולפיכך כיון שגבר יד א' והחזיק בה חשבי ליה פאלו נתברר בב"ד שהוא שלו דהא טוען ודאי ומחזיק בה עכשיו ושוב אין חברו יכול להוציאה מידו בגבורת יד אלא בראיה אבל הכא שזה לא החזיק בה אלא מספק דשמא הוא הפקר ולפיכך אם חזרו הבעלים הראשונים ותפסוהו מיד זה אין מוציאין מידם דבספק כי הא ביד בעלים הראשונים קיימא ומשמע דאם אחר כך חזר וגברה יד האחר לותפס מיד בעלים הראשונים מוציאין אותו מידו דמיד שפאת ליד בעלים הראשונים שוב אין מוציאין אותו מידן מספק דברשות בעלים הראשונים קיימא וה"ט דבספק בכור תקפו פהן מוציאין אותו מידו דתפיסה מספק לא הני תפיסה עכ"ל הרי שערבב הדברים והסכים ג"כ בזה להסמ"ע דאם חזר ותפסו מיד בעלים הראשונים מוציאין אותו מידו ולפענ"ד זה אינו וכמ"ש ומ"ש וה"ט דבספק בכור כו' תמהני עליו שדרי כל זה הוא מהרמב"ם ונהרי הרמב"ם ס"ל בספק בכור גופיה דאין מוציאין מידו וכמ"ש לעיל סי' א' משמו וכן הש"ע בי"ד ר"ס שט"ו.

ואפילו להפוסקים שהסכימו בספק בכור מוציאין הא בספיקא דדינא ס"ל אין מוציאין אפי' תפסו מיד בעלים הראשונים וכמ"ש לעיל הבית חדש גופיה לחלק בכך וכמ"ש בשמו לעיל סוף סימן ה' וכל שכן הכא דאיכא פלוגתא דתנאי וכמ"ש הבית חדש גופיה דהיכא דאיכא פלוגתא דתנאי לא דמי לספק בכור והבאתי לשונו לקמן סימן צ"ח אלא ודאי כדפרישית.

ולפ"ז (דין כל היכא דקי"ל בספיקא דדינא תפסו אין מוציאין מידו אפי' חזר ותפסו פמה פעמים מבעלים הראשונים אין מוציאין מידו) כל היכא דקיימא לן תפסו אין מוציאין מידו ה"ה אם חזר ותפסוהו בעלים הראשונים אין מוציאין מידו ואם חזר ותפסו מיד בעלים הראשונים נמי אין מוציאין מידו.

ונה נראה לי ברור ב (ראיה לדברי מדברי מהרש"ל פ"ק דב"ק ס"ס מ"ג) שוב מצאתי במהרש"ל פ"ק קמא דבבא קמא סוף סימן מ"ג וזה לשונו ונראה דכאן שייך פל דאלים גבר ואפילו בכח יכול לתפוס ממנו אם יש לו עדים על הנזק אבל זה לא יכול לחזור ולתפוס מידו אם הוא אדם מאחר שבא ליד הנזק כבר אם פן זכה בה פדין מה שאין פן בשאר תפיסה כמו שאפרש בפ"ק פיצד הרגל לענין ספיקא דדינא סי' ה' עד כאן לשונו הרי להדיא דס"ל בספיקא דדינא דאם חזר הראשון ותפסו מהני וסבירא ליה דל"ד לכל דאלי' גבר ומזה ראיה ברורה למה שכתבתי.

(עוד ראיה לדברי מתשובת מבי"ט) ועוד מצאתי ראיה ברורה לדברי דבספיקא דדינא אי חזר הראשון ותפסו אין מוציאין מידו מתשו' מבי"ט חלק א' סימן קמ"ג והבאתי לשונו לקמן סוף סימן צ' ע"ש.

הלפ"ד נראה ברור לענין דינא דאפילו היכא דמהני תפיסה אי חזר הראשון ותקפו לא מפקי מיניה. (דין נ"ל באר"ב דאם חזר ותקפו אין מוציאין מידו ולא כמו שכתב בש"ע ריש סי' קל"ט) ועוד דבה"ד דאר"ב גופיה דפסק בש"ע גופיה דאם חזר ותקפו מוציאין ממנו לא נ"ל פנתיה משום דבספרו ב"י לא הביא שום חולק על הרא"ש פ"ק חזקת הבתים וטור.

(אישתמיטתי להב"י שם הרבה פוסקים דס"ל הכי) ואישתמיטתי דרבים פליגי עליה הלא המה התוס' פ"ק דמציעא (דף ו' ע"א) ד"ה והא ה"א כו'. (ואף על גב דמצאתי ברבי רבנחם שכ"כבנתיב י"א ח"ב ופירשו התוס' וכל דאלים גבר היינו מי שיתגבר ביה ראשונה כו' ואם נתאלם אחר כ"ד השני מחזירה לו כו' בלי ספק שלא פינו לתוספות שלפנינו רק לתוספות הרא"ש וכן דרכו בכמה מקומות) והגה' אשרי והאגודה שם בשם ר"י מבאר מדבריהם להדיא דאם חזר ותקפו ממנו זוכה ע"ש וכן הוא בהגהת מיי"ס"פ י' דטוען והובאה בתשובת מבי"ט ח"א בשאלות השניות סימן ל"א דף י"ג ריש ע"ג וכן הוא בהגהת מיי"ס פ"ו מה' ערכין (ואע"ג שראיתי בגמרא יוסף פ"ק חזקת הבתים שכתב גם כן פ"ק הרא"ש מ"פ מקום הנה פוסקים רבים ניהו) ואף על גב דבתשובת מבי"ט שם כתב דבתיקו לא מהני תפיסה פינו שתחלת דינו המע"ה אין תקיפתו פלום ומפקינו מיניה כו' ואין זה דין דכל דאלים גבר דכשחזר ותקפו אין מוציאין מידו כו' עיין שם היינו משום דסבירא ליה פדעת הפוסקים דבתיקו לא מהני תפיסה א"כ אפי' התפיסה הראשונה לאו פלום היא פינו שתופס מספק ול"ד לאר"ב אבל פשיט' היכא דמהני תפיסה פגון למ"ד בתיקו מהני תפיסה או בפלוגתא דרבנותא או בשאר דוכתי דקי"ל דתפיסה מהני אם חזר הראשון ותקפו אין מוציאין מידו וכמו שהוכחתי ובסמוך מדברי התשובת מבי"ט גופיה ח"א סימן קמ"ג.

ואם לא תאמר פן יהיו דברי המבי"ט סותרים זא"ז אלא נדאי כמו שכתבתי והוא פשוט לדעתי: ט בס"מ רמ"ח ס"ו כתב הטור אבל ספר תורה מיבעיא ולא איפשטא לפיכך אם תפסו אין מוציאין מידו עכ"ל וכ"כ הש"ע שם סעיף י"א ולשון הש"ע הוא לשון הרמב"ם פי"א מה' זכיה דין י"ד וגם מהרמ"א בהגהת ש"ע שם סעיף י"ב אמ"ש הש"ע וכל מה ששמו נכסי' לא קנה לא קרקעות כו' ולא ספר תורה הגיה מהרמ"א וז"ל מיהו

בספר תורה אם תפס אין מוציאין מידו עכ"ל וכ"כ מהר"מ יפה שם בסעיף י"א פדברי הש"ע ובסעיף י"ב פדברי מהרמ"א ע"ש ובענין זה איתא בש"ס בבא בתרא פ"ק מי שמת (דף קנ"א ע"א) וסלקא בתיקו והובא ברב אלפסי ורא"ש שם פלשון הש"ס ול' רבינו ירוחם נתיב כ"ד חלק א' וספר תורה בענין ולא איפשטא ומספיקא לא מפקי' ממונא ע"כ: י בסימן שמ"ו סי"ב פתב הטור וז"ל שאל פרה לרבעה או ליראות בה או לעשות בה פחות משנה פרוטה או ששאל ב' פרו' לעשות בהן שנה פרוטה מבעי' לן אם יש לו דין שואל [או לא] ולא איפשטא לן וכתב א"א [כו'] דלא מחייב בדין שואל אבל אי איפא ש"פ לשואל חייב בגנבה ואבדה פדין ש"ש הואיל ונהנה וכ"כ הרמ"ה שחייב בגנבה ואבדה כל היכא דאיפא ש"פ לשואל אף על גב דלגבי פרה ליכא ש"פ ואף לענין אונסים אי תפס לא מפקי' מיניה עכ"ל עוד פתב הטור שם סעיף י"ג שאל משגי שותפים ונשאל לו אחד מהם מבעי' לן אי הנה בחלק של אותו שנשאל לו שאל' בבבלי' או לא [כו'] ולא איפשט' לפיכך אין מוציאין מספק ואם תפס לא מפקינן מיניה עכ"ל וכ"כ בש"ע שם סעיף י"א ומהרמ"א לא הגיה דבר גם מהר"מ יפה סתם פדברי הש"ע עוד פתב העור שם סעיף י"ז אבל שאלה בבבלי' ואחר כך קודם שהחזירה שפחה שלא בבבלי' וחרז ושאלה שלא בבבלי' ומתה בימי שאלה אחרונה או ששפחה בבבלי' ואחר כך שאלה שלב בבבלי' וחרז ושפחה שלא בבבלי' ונגנב בימי שכירות אחרונה מבעי' ולא איפשט ואי תפס לא מפקי' מיניה עכ"ל ובקצת ספרים היה פתוב ואי תפס מפקינן מיניה וכתב ב"י וד"מ ובית חדש שט"ס הוא וצ"ל לא מפקי' מיניה וכן הוא באמת בכל ספרי הטור חדשים וגם ישנים (שוב ראיתי בטור פתוב על קלף ישן נושן איתא גם כן לא מפקי') והרא"ש בפ"ק השואל ורבי' ירוחם נתיב ל' ח"ג כתבו בהנה בעיות דשאלה ולא איפשטא ומספיקא לא מפקינן ממונא משואל: יא בסימן שס"ב [ס"ה] פתב הטור וז"ל מקרה הגזלן לעכ"פ אע"פ שהעכו"ם שהשביחה השבח לבבלי' ואם מקרה העכו"ם לישראל אחר שהשביחה מבעי' אם אותו השבח של הגזלן או לא ולא איפשטא לפיכך אין מוציאין מיד הלוקח ואי תפס [נגזל] לא מפקי' מיניה עכ"ל וכן פתב הרמב"ם בפ' ב' מה' גזלה וכן פתב בש"ע שם סעיף ו' ומהרמ"א לא הגיה שם דבר גם מהר"מ יפה פתב דהואיל ונשאר בש"ס בתיקו אם תפס הנגזל אין מוציאין מידו עכ"ל וכן פתב רבי' ירוחם גל"א ח"ד וזה לשונו ועלתה בתיקו ולא מפקי' מיניה מלוקח ישראל ואם תפס השבח הנגזל כמו כן לא מפקי' מיניה עכ"ל והרא"ש פתב בפ"ק הגזל קמא ועלתה בתיקו ותו לא פתב מיד: יב בסוף סימן שס"ג פתב הטור מי שהיה לו צמר וסמנים שרויים ובא א' ונגזל וצבע הצמר בסמנין והוזלה צמר הצבוע בענין שאינו שנה אלא כמו שהיה שנה בהיותו קודם לכן ושואל הנגזל הסמנין מבעי' אם חייב לשלם או לא ולא איפשטא ואין מוציאין מהגזלן ואם תפס הנגזל אין מוציאין מידו עד פאן לשונו וכתב ב"י ומ"ש ואין מוציאין מהגזלן ואם תפס הנגזל לא מפקי' מיניה פשוט שזהו דין ספיקא דמונא עד פאן לשונו וכן פתב בש"ע שם דאם תפס הנגזל אין מוציאין מידו ומהרמ"א לא הגיה דבר גם מהר"מ יפה פתב שם ולא איפשטא לפיכך אין מוציאין מן הגזלן מספק ואם תפס הנגזל לא מפקי' מיניה הספק דהמע"ה ע"ש: סימן כ' והנה אחרי שהעסקתי לשונות הטור ורבי' ירוחם וש"ע ושאר אחרוני' ומקורן וביארתי דבריה' נבוא לעורר על מה שהקשינו לעיל סימן י"ז פדברי הטור ועוד נתעורר בקושיות אחרות פדברי הטור ורבי' ירוחם

למען נבוא אל אמתת הדברים פבר הקשינו לעיל אמ"ש הטור בס"ס שצ"א גבי בעינא דמתגלגל אי תפס אין מוציאין מידו.

והנה גם רבי ירוחם במשורים נל"א ח"ג פתב גבי בעינא דמתגלגל וז"ל ולא איפשטא ואזלי לקולא ואם תפס הנזק מה שהזיק אין מוציאין מידו פסברת הגאונים עכ"ל ויש להקשות ג"כ על רבי ירוחם כמו שהקשינו לעיל על דברי הטור (קושיות על הטור ור' ירוחם בדין תיקו) ועוד קשה על הטור ורבי ירוחם היאך פתב הטור בסימן ר"ב גבי בעינא דשדה לא ומטלטלים לא בסתם דברי הרמב"ם דאם תפס אחר שחזר בו המקנה אין מוציאין מידו והבאתי לשונו לעיל סי' י"ט אות ב' וכן בס"ס רמ"ה גבי זפה לו ע"י אחר הביא ל' הרמב"ם בסתם והבאתי לשונו שם אות ח' וכן בס"ס רמ"ח גבי ספר תורה פתב בסתם אי תפס לא מפקי מיניה והבאתי לשונו שם אות ט' וכן בסימן שמ"ו פתב פן שלשה פעמים והבאתי לשונו שם אות י' וכן בסימן שס"ב פתב בסתם אי תפס לא מפקינן מיניה.

(אמת שמהרש"ל פתב בפרק הגזול קמא סימן ו' דהטור בסימן שס"ב פתב לפום ריהט' דעת הרמב"ם ולא דק כו' אבל חלילה לומר פן על רבינו הגדול בעל הטור שלא דק ועוד דמה נעשה עוד בשבעה מקומות הנשארים שהבאתי שפתב דמהני תפיס' ונדאי דאינו עולה על הדעת לומר בכלם לא דק ועוד שגם רבי ירוחם פתב בששה מקומות בדברי הטור וכמ"ש לקמן ושוב מצאתי בשלטי גבורים סוף פרק שנים אוחזין שהניח דברי הטור דסימן שס"ב בצ"ע מפת דברי הטור דסימן שפ"ח וש"ץ ולא הרגיש בשאר מקומות של הטור שהבאתי לעיל שפתב בסתם דלא מפקי מיניה) וכן בסי' שס"ג והבאתי לשונו בסמוך (קושיות על הטור שפתב בשמנ' מקומות בתיקו ובעינא דלא איפשטא מהני תפיסה ולא זכר דעת הרא"ש פלל) הרי שפתב הטור בשמנה מקומות גבי תיקו ובעינא דלא איפשטא דאם תפס אין מוציאין מידו ולא זכר דעת הרא"ש פלל.

ונדאי דאינו עולה על הדעת לומר דכל מקום שפתב דמהני תפיס' היינו דוקא לדעת הרמב"ם דאיפקא ה"ל למיעבד לכתוב דלא מהני תפיסה דעת הרא"ש ועכ"פ ה"ל לכל הפחות להזכיר שהרא"ש חולק בדבר ולא ה"ל למסתם בשמנה מקומות דלא כנתיב ואם נאמר שנ"ל להטור עיקר פהרמב"ם גם זה דוסק שהרי בכל מקום דרפו למשון אחר דברי הרא"ש אביו.

ועוד דבסימן שפ"ח וש"ץ שהביא דעת הרמב"ם וברא"ש וה"ל לכתוב שנ"ל עיקר פהרמב"ם או גם שם לא הנה לו להזכיר דברי הרא"ש: ואף אם נודה להב"ח דדעת הרא"ש והטור לחלק בין תיקו לבעינא דלא איפשטא מה שלפע"ד אינו אמת בדעתם וכמ"ש לעיל סימן י"ח מ"מ עדיין לא יצאנו ידי חובתנו שהרי בסימן רמ"ח ובסימן שס"ב הוא תיקו ואפ"ה פתב הטור דאם תפס אין מוציאין מידו וגם בסימן שמ"ו סע"ף י"ז הוא תיקו וכתב הטור דאם תפס לא מפקי מיניה ובקצת ספרי' שהיה פתוב מפקי מיניה הגיהו הב"י וד"מ וגם הב"ח גופיה שצ"ל לא מפקי מיניה והבאתי לשונם בסימן י"ט אות י' (לכאורה תימה גדולה על הב"י וד"מ וב"ח שמ"ו) וזה נדאי לכאורה תימה גדולה איך הגיהו לא מפקי מיניה ולא הרגישו במה דס"ל להרא"ש וטור בכמה מקומות דלא מהני תפיסה בספיקא דדינא הגם שבאמת מוכרח להגיה פן בטור מפת שפתב הטור

גופיה שם כן כמה פעמים לפני זה וכן היא באמת בכל ספרי הטור מפל מקום גם על הטור גופי קשה כן וכ"ש שקש עליהם שהחזיקו דבריו ולא נתנו לב אל זה כלל סימן כא (נמצא כתוב על שם בעל הסמ"ע ובאמת אינו מבעל הסמ"ע ולא משום חכם) והנה הראה לי חכם א' שני דפין כתובים ואמר לי שהוגד לו שהוא מועתק מכתבת יד בעל הסמ"ע שהרגיש בקצת מקומות של דברי הטור הנ"ל ותיגר בדרכי דחוקי ורחוקים מן הדעת ולפענ"ד אינו מדברי בעל הסמ"ע כלל ולא מדברי שום חכם או שכתב בלי עיון כלל ואעפ"כ הנני מעתי דבריו כאן שלא יאמר איזה חולק כה וכך שמעתי.

ונ"ל ומ"ש רבינו בסימן שס"ב י"ל דס"ל לרבינו פיין דעכ"פ צריף להחזיר לנגזל גזלתו שהרי מייירי שם דלא אישתני מחמת שבת תקנו שיהיה השבח של גזלן ומ"ש רי בסימן ר"ב לק"מ דהא ע"כ זה המוכר דעתו הנה מתחילה שיקנה זה קרקע וזה מטלטלים והוציא מטלטלים מרשותו ולא רצה בהם כלל אי הנה זה קונה תופס אותה קודם שחזר המקנה בודאי פשוט הנה ששוב אין זה המוכר יכול לחזור בו דקני ליה זה בתור' משיכה או תפיסה לרשותיה להכי השתא נמי נהי שעשה כבר חזר בו זה המקנה מפל מקום פיין שמתחלה דעתו הנה להקנות לזה כל זה דעתו הנה לקנותה ע"י ואג"ק אלא שמספקא לו אי קנייה כה"ג הוי קנייה להכי מהני תפיסתו של זה להקנותו בתפיסתו כדין קניית מטלטלים אף שזה כבר חזר ביה הא אפשר דאף אם רצה לחזור אין עוד ברשותו פיין שפבר הקנה לו אג"ק וק"ל ומ"ש רבינו בסימן רמ"ח לק"מ דהכא פיין שזה הש"מ הוציא כל המטלטלי מרשותו ונתנה לזה שיתפוס בהן אלא שבאו שאר היורשים ואמרים שאין זה בכלל מהני תפיסתו דהא גם שאר היורשים אינם מוחזקים בממון זה וה"ל כאלו אין שום א' מוחזק בדבר וכל א' אומר שלי דאמרינו כל דקד' ותפס מהני תפיסתו מיהו ז"א דהא דין זה כתבו הטור גם במתנת ברי בקנין נהרי הנותן עצמו עומד ואומר עדיין לא יצא ס"ת מרשותי ולא נתתי לה וצ"ל דכיון שנתן הכל והרשה לו לקחת ויש להסתפק אי ס"ת בכלל מ"ה אי קדם ותפס המקבל ה"ל כאלו תפסה ברשו' עכ"ל.

והנה כל מעיין רק בעיון קל ישפוט בצדק שדבריו אלו דחוקים ורחוקים מן הדעת וגם לא מסתבר כלל לומר בבבב' זו יש סברא זו ובבבב' זו יש סברא זו דאם כן נפל פנותי בבב' ומאן תפיס שאם כן בכל אבטיות נוכל לומר בכאן יש סברא כנה וכו' לפסוק אי תפס לא מפקי מיניה ואם כן איבטל ליה האי כללא שכתבו הרא"ש וטור דבספיק' דדינא לא מהני תפיסה אלא מחנוורתא שדברים אלו לא אמרם בעל הסמ"ע מעול'.

וגם ממה שאכתוב לקמן סימן ל"ד בשם בעל הסמ"ע מוכח להדיא שלא כדברים אלווא"כ הדרן דבסימן רמ"ח ובסי' שס"ב לדוכתא וגם משאר מקומות בטור ש שהבאנו לעיל. סימן כב (וכן קשה על ר' ירוחם שסתם בששה מקומות דמהני תפיסה בתיקו ולא זכר דעת הרא"ש רבו כלל) וכן קשה על רבי ירוחם שכתב בנתיב כ"ד ח"א גבי זפה לו על ידי אחר והבאתי לשונו לעיל סי' י"ט אות ח' ובנל"א ח"ג גבי מתגלגל והבאתי לשונו בריש סי' ד' ובנל"א ח"ד גבי שבח גזלה והבאתי לשונו בסימן ו"ח אות י"א עוד כתב בנל"א ח"א אכל בור ט' ומהם טפח מים או בור ז' ומהם ג' טפחים בעיא ולא איפשטא ואי תפיס לא מפקי מיניה עד כאן לשונו עוד כתב בנל"א, ח"ב גבי גיזק וזה לשונו אם הפלי שהמזיק השליף אין דרף בני אדם להניח דברים כאלו שהוא טוען בכלי כנה כגון

מרגליות בסלים או בתחת ספק כי היא בעיני דלא איפשיטא בש"ס ואם תפס אין מוציאין מידו אלא ישבע כמה הנה וגובה ממה שתפס עד פאן לשונו וכ"כ עוד בנתיב י"ג והבאתי לשונו לקמן ריש סי' ל"ט.

הרי שפתב בששה מקומות בסתם בתפיסה מהני בתיקו ובעיני דלא איפשיטא ולא זכר דעת הרא"ש רבו פלל וכבר נודע שרבי' ירוקם חבר ספרו ע"פ שיטת הרא"ש רבו רק בנתיב ל"א ח"א גבי בעיני דבעטה והתיזה צורות מחמת ביעוט וכן גבי בעיני דביעטה והתיזה במקום שאי אפשר לה אא"כ תתיז וכן גבי בעיני דכשפשה באמת' הביא דעת הסוברים דמהני תפיסה בתיקו ודעת החולקים.

וזולת זה לא הזכיר בשום מקום דעת החולקין פלל. וכל זה צריך עיון גדול וביאור נכון מה ראו הטור ורבי' ירוקם על פכה ומה הגיע אליהם לעשות פו: סימן כג ואען ואומר לתרץ את כל הנ"ל אחרי אשר נביא עוד מ"ש הרא"ש בפ' הפועלים דף צ"א ע"ב ונ"ל אבעיני להו עושה בגפן זה מהו שייאכל בגפן ואחר ולא איפשיטא הלכך לא אכיל ואי אכיל ולא מפקי מיניה ולא מנכי ליה מאגריה דהיינו אפוקי כדאמר לעיל גבי משפנתא עד פאן לשונו וכן פתב הטור ח"מ סי' של"ז ורבי' ירוקם נתיב כ"ט ח"ב וכן פתב בש"ע שם סעיף י'.

(יש לתמונה אהרא"ש וטור ור' ירוקם שפסקו בפרק הפועלים גבי בעיני דעושה בגפן זה דאי תפיס לא מפקי מיניה) והנה יש לתמן' למה פסקו הרא"ש וטור ורבי' ירוקם פאן דאי אכיל לא מפקי מיניה הלא סבירא להו דבעיני דלא איפשיטא לא מהני תפיסה וכמ"ש לעיל סימן י"ח ובסימן כ' ודחוק לומר דשאני הכא פיון דהיה לו רשות לאכול מגפן אחר א"כ לא הפסיד הבע"ה מידי דמי לא עסקינו נמי שהגפן שאכל היה שנה יותר מהגפן שהוא עושה בו מלאכה וגם דחוק לומר דהתם מיקרי תפיס ברשות דהא נדאי פיון דלא היה לו רשות לאכול כי אם בגפן שהוא עושה ה"ל כתפס שלא ברשות: ונראה שפכאן למדו הטור ורבי' ירוקם כפי דבריהם וכמו שאבאר.

ואחרי שאקדים עוד מ"ש הטור בסי' ש"ן [ס"ט] ונ"ל גנב שלמה וקטע ממנה אבר ומכרה או שמכרה חוץ מל' יום או חוץ ממלאכתה מבעיני אי חייב ד' וה' ולא איפשיטא וכתב הרמב"ם ונ"ל ואי תפס אין מוציאין מידו וא"א הרא"ש ונ"ל פתב דמוציאין מידו עכ"ל: וקשה אמאי נטר הטור עד השתא ולא הביא דברי הרא"ש בסימן רמ"ח ושמו"ו וכן בסימן שס"ב ושס"ג וכמ"ש למעלה אלא כתב בסתם אין מוציאין מידו ולא הזכיר דעת הרא"ש פלל ואי משום שהרא"ש כתב בפרק מרוב' אהו דינ' דגנבה כו' ואפי' תפס מפקי מיניה הלא פשיטא לפי טעמו דתפיסה לא מהניא בספיקא דדינא וכמ"ש לעיל סי' ג' וסימן י"ח וי"ט א"כ אין חילוק: ויותר (תימה על הב"י סי' ש"ן בדעת הרא"ש פרק מרוב') יש לתמונה על מ"ש הבית יוסף בסי' ש"ן ונ"ל ומ"ש בשם הרא"ש דאפי' תפס מוציאין מידו כ"כ בפרק מרובה ולא נתן טעם לדבריו ואפשר שטעמו כמו שכתוב שהבגו' על דברי הרמב"ם לא מיחנור' לי דתפיסה מהניא בהא דכיון דיותר ממה שהזיק הוא אין פת לחייבו אלא בב"ד ובדין פסוק בלי ספק וזה פיון שפסק הוא אצלם איך גמרו את הדין וכתב ה' המגיד ביאור דבריו שהקנס אין אדם זוכה בו עד שעת העמדה בדין עכ"ל ב"י והרי

הרא"ש פתב לפרק פיצד הרגל ובפרק המניח וכן בשאר מקומות דלא מהני תפיסה בספיקא דדינא אפילו בדבר שהוא ממון ולא קנס וכמ"ש למעלה.

וכן הטור גופים פתב סימן שפ"ח גבי מסור וניזק שהוא ממון דלדעת הרא"ש לא מהני תפיסה. ואם נאמר שהב"י שכח דברי הרא"ש וטור זה נדאי תימה לומר שפענין גדול פמוהו יתא נעלם ממנו דברי הרא"ש וטור בכמה וכמה מקומות.

(וכן קשה על הד"מ סי' ש"ן) וכן קשה על הדרכי משה בסימן ש"ן שפתב גם כו כמ"ש הב"י שם ע"ש: סימן פד וכן קשה על הב"ח סימן ש"ן שהביא דברי ב"י והקשה עליו קושיא אחרת ולא הרגיש במה שפתבתי וז"ל הב"ח אבל דעת הרא"ש פדעת הראב"ד דקנס שאני דאין אדם זוכה בו עד שעת העמדה [בדין] כ"כ ב"י וצל"ע דא"כ אפילו ליפא ספק לא ליהני תפיסה בקנס פינו דלא זכה בו אלא בשעת העמדה בדין וכינון דלהרא"ש מהני תפיסה בקנס כמ"ש הטור בס"ס שמ"ט א"כ לפ"ז גם בספק נימא דאי תפס לא מפקי מיניה עכ"ל (דברי הב"ח בסי' ש"ן תמוהים בקושיא אחרת שהקשה על הב"י וכמזונה שלא הבין דברי הראב"ד) הגם שדברי הב"ח אלה תמוהים בעיני וכמזונה שלא הבין דברי הראב"ד דפשיטא דגם הראב"ד מודה דבנדאי קנס אי תפס לא מפקינן מיניה פינו שהב"ד הנה מחייבו בנדאי אלו היו רשאים לדון דיני קנסות אם פן הוא יכול לתפוס לעצמו ולמיעבד דינא לנפשיה ונהו פאלו עמד בדין במקום שרשאים לדון דיני קנסות רק דבספק קנס פינו שגם הב"ד לא היו יכולים לחייבו שהרי לא היו יכולים לגמור הדיו ולחייבו פינו שהוא ספק אצלם א"כ הא"י נפה הוא בקנס והרי הקנס אין אדם זוכה בו אלא כשעמד בדין וא"כ פינו שספק הוא אצלם לא הנה אפשר לזכות בו פלל אפי' הנה עומד בדין וזה ברור ומדוקדק בל' הראב"ד וה' המגיד למענין שם פן נ"ל ברור: מ"מ קשה מאוד לומר שגם הב"ח שכח פל הנה דברי הרא"ש וטור שהבאנו לעיל ובנדאי פדי שלא לתלות בוקי סריקי בהנה שילשה עמודי עולם הב"י וד"מ וב"ח לומר שנעלם מהם פל דברי הרא"ש ועוד דלעיל צריכים אנחנו לתת לב ולעמוד על סוף דעתם: סימן כה ועל פן נ"ל להקדים הקדמה אחת אשר בה יתורץ פל מה שהקשינו לעול סי' י"ז וי"ח וי"ט וד' על הטור ור' ירוחם וכן פל מה שהקשינו פאן בסמוך על שאר האחרונים והוא שנדקדק עוד בלשון הבית יוסף סימן ש"ן שפתב ואפשר שטעמו כמ"ש בהשגות כו' למה פתב בלשון ואפשר כו'.

לכה נ"ל לפי מה שפתבנו לעיל פמה פעמים דהטור ור' ירוחם פתבו בהרבה מקומות בסתם אי תפס לא מפקי מיניה (דקדוקים בדברי הרא"ש) והינו משום דקשיא להו בדברי הרא"ש דפרק פיצד הרגל גבי בעיא דשינוי לצרורות וגבי בעיא דהתיז' במקום שא"א לה אא"כ התיז' וכן גבי בעיא דכשפש' באמתה ביאר הרא"ש בהד"א דלא מהני תפיס' והבאתי לשונו לעיל סימן ג' ואחר פה בבעיא דמתגלגל פתב הרא"ש ולא איפשטא ואזלי' לקולא ולמה לא פתב הרא"ש גם פאן דאפילו תפס מפקינן מיניה ואם נאמר שסמוך עצמו אמ"ש בראש ק הפרק אם פן גם בבעיא דהתיז' במקום שא"א לה כו' וכן בבעיא דכשפש' באמתה לא הנה ליה לכתוב דבר וה"ל לסמוך אמ"ש שם קודם לכן ועוד דאם פן למה הוצרך לכתוב בפרק המניח גבי בעיא דקנסו גופן והבאתי לשונו לעיל סי' י"ח דלא מהני תפיסה בספיקא דדינא הנה ליה לסמוך גם בזה אמ"ש לעיל ודחוק לומר דבחד

פִּירְקָ'סְמָה אַמ"ש קוֹנְדֵם לְכֵן וְלֹא בַתְּרֵי פִּירְקֵי וְעוֹד דְּמַכְּל מְקוֹם תִּיקְשֵׁי דַבְּפ' הַפֶּרָה שְׁהוּא פֶּרֶק חֲמִישֵׁי דַב"ק גְּבִי בְּעֵינֵי דְבוּר ט' וּמְהֵן טַפְח מִיִּם וּבְבוּר ז' וּמְהֵן ג' מִיִּם פֶּתַב וְלֹא אִיפְשָׁטָא וּמִסְפִּיק' לֹא מְחִיבֵי עַכ"ל אַמְאֵי לֹא בִינְרָה הָרֵא"ש דְּאִפִּילוּ תַפְס מִפְקִינְוּ מִיְגִיָה.

וּכְשָׁבֵא הָרֵא"ש בְּפֶרֶק מְרוּבָה לְבַעֲיָא דְגִנְבָה וּקְטֻטָה כּו' בִּינְרָה הָרֵא"ש דְּאִפִּילוּ תַפְס מִפְקִינְוּ מִיְגִיָה וּבְפֶרֶק הַגּוֹזֵל קָמָא גְּבִי בְּעֵינֵי דְהַשְׁבִּיחָה עַפְו"ם וְכֵן גְּבִי בְּעֵינֵי דְשִׁבְחַ סְמָנִין לֹא פֶתַב הָרֵא"ש כּו'.

וּבְנֻדַּי פֶּל זֶה צְרִיף טַעַם שְׁהֵרֵי מְקוֹמוֹת מְקוֹמוֹת יֵשׁ שְׁכַתְּבַ בְּהֵן הָרֵא"ש דְּתַפְיֶסָה לֹא מְהַנְיָא וְיֵשׁ מְקוֹמוֹת שְׁלֵא פֶתַב בְּהֵן כֵּן וּמָה רָאָה עַל פְּכָה לְעִשׂוֹת כֵּן: סִימָן כּו' וְעוֹד הֵנָּה קִשְׁיָא לְהוּ לְהַטוּר וּר' יִרְנֹחַם דְּבַרֵי הָרֵא"ש דְּפֶרֶק הַפּוֹעֲלִים שְׁהַבְּאֵתִי לְעִיל סִימָן כ"ג שְׁכַתְּבַ גְּבִי בְּעֵינֵי דְעוֹשָׂה בְּגִפְוּן זֶה וְלֹא אִיפְשָׁטָא הַלְפָּה לֹא אָכִיל וְאֵי אָכִיל לֹא מִפְקִינְוּ מִיְגִיָה.

וְעַל כֵּן נִרְאָה דְּנֻדַּי לֹא בָּא הָרֵא"ש לְהַשִּׁיג עַל דְּבַרֵי הַסּוֹבְרִים בְּכָל תִּיקוּ שְׁבַשְׁשָׁה סְדָרִים אֵי תַפְס לֹא מִפְקִי' מִיְגִיָה דָאָם כֵּן אַמְאֵי קְבַע הָרֵא"ש דְּבַרֵי דְּוִקָא בְּפֶרֶק פִּיצַד הַרְגֵל בְּהַף בְּעֵינֵי דְצִרְרוֹת וְלֹא אִיפְשָׁתְמִיט לִיה לְהָרֵא"ש לְכַתּוּב כּ בְּשׁוּם מְקוֹם אַחַר וְאֵין לֹאמֵר מְשׁוּם דְּבְפֶרֶק פִּיצַד הַרְגֵל מוּכַח מְהֵרִי"ף דְּסְבִירָא לִיה הֵכִי פֶתַב כֵּן לְהַשִּׁיג עֲלֵיו דְּהָא פֶתַב הָרֵא"ש שְׁם אַחַר כְּף וּלְרַבּוּתֵינוּ הָאוּמְרִים דְּכָל תִּיקוּ אֵי תַפְס לֹא מִפְקִי' מִיְגִיָה כּו' מִשְׁמַע דִּישׁ רַבּוּתֵינוּ בְּלֹא הֵרִי"ף דַּס"ל בְּהַדְיָא הֵכִי בְּכָל תִּיקוּ וַא"כ הֵנָּה לִיה לְהַבִּיא דְּבַרֵיהֶם בְּאִיזָה מְקוֹם אַחַר וּלְהַשִּׁיג עֲלֵיהֶם אֶלָּא וְדַאי נִרְאָה מְשׁוּם דַּס"ל לְהֵרִי"ף וְרַבּוּתֵינוּ בְּכָל תִּיקוּ שְׁבַשְׁשָׁה סְדָרִים אֵי תַפְס לֹא מִפְקִינְוּ מִיְגִיָה וְהָרֵא"ש לֹא הֵנָּה בְּכַחוּ לְהַשִּׁיג עֲלֵיהֶם זוּלַתִּי בְּהַף דְּפֶרֶק פִּיצַד הַרְגֵל שְׁהַזְפִּיר שְׁם וְלֹא בְּשָׂאָר מְקוֹמוֹת לְפִי שְׁיָדוּעַ שְׁפַל פּוֹסֵק אַחֲרוֹן שְׁרוּצָה לְהַשִּׁיג עַל קַדְמוֹן מְוַכְרַח לְהַשִּׁיג עֲלֵיו בְּרֵאָה מְוַכְרַחַת שְׁאֵין לְהַשִּׁיב עֲלֵי וּבְפֶרֶט כְּשֶׁהָאֲחֲרוֹן בָּא לְהוֹצִיא מְמוֹן שְׁאֵז פְּשִׁטָא שְׁאֵין יְכוּלַת ק בִּידוּ לְהַשִּׁיג עַל הַקּוֹדֵם לוֹ אִם לֹא בְּרֵאָה בְּרוּרָה וּבְפֶרֶט עַל הֵרִי"ף וְרַבּוּתֵינוּ לְכֵן לֹא הֵנָּה בְּאֶפְשָׁרֵי לְהָרֵא"ש לְהַשִּׁיג עַל הֵרִי"ף וְרַבּוּתֵינוּ בְּשׁוּם מְקוֹם אַחַר לֹאמֵר דְּלֹא יוֹעִיל תַּפְיֶסָה בְּתִיקוּ דְּהָא רֵאָיִתוּ הִיא מְסַפֵּק בְּכוּר דְּתַקְפוּ כֵּהֵן מוֹצִיאֵין מִידוּ וְזוֹ אֵינָה רֵאָה מְוַכְרַחַת דְּהָא טַעָה גְּדוּל יֵשׁ לְחַלֵּק בְּדָבָר וְלֹאמֵר דְּוִקָא בְּסַפֵּק בְּכוּר כֵּינּוּ דְּאֶפִּי הֵנָּה וְדַאי בְּכוּר לֹא הֵנָּה יְכוּלַת בִּיד לְחַלֵּק לְכּוּפּוֹ לִיתְנוּ לוֹ שְׁהֵרֵי רְשׁוּת בִּיד הַבְּעֲלִים לִיתְנוּ לְכָל כֵּהֵן שְׁיָרְצָה וְהַלְפָּה אֵינוּ יְכוּל לְתַפְנוֹס מְסַפֵּק דְּפְשִׁטָא אֵלוּ הֵנָּה הַב"ד כּוּפִי לִיתְנוּ לוֹ אֵלוּ לֹא הֵנָּה סַפֵּק בְּדָבָר יֵשׁ סְבָרָא לֹאמֵר דְּמוֹעִיל תַּפְיֶסָה מְסַפֵּק דִּיכוּל לֹאמֵר קִים לִי שְׁהַדִּין עֲמִי וְעַבִּיד אֵינְשׁ דִּינָא לְנַפְשִׁיהָ אֶבֶל כְּשֶׁאִפִּילוּ הֵנָּה הַדְּבָר וְדַאי לֹא הֵנָּה בִּיד ב"ד פַּח לְכּוּפּוֹ לִיתְנוּ לֹא מְסַתְבֵּר שְׁיֹעִיל תַּפְיֶסָה וּלְכָף לֹא מְהַנְיָ תַּפְיֶסָה בְּסַפֵּק בְּכוּר אֶבֶל בְּתִיקוּ מְהַנְיָ תַּפְיֶסָה דְּהָא אֵילוּ לֹא הֵנָּה הַדְּבָר סַפֵּק הֵנָּה הַב"ד כּוּפִין לִיתְנוּ לוֹ (הָרֵא"ש אֵינוּ חוֹלֵק עַל רַבּוּתֵינוּ הַסּוֹבְרִים בְּתִיקוּ מְהַנְיָ תַּפְיֶסָה רַק הֵיכָא שְׁאֶפִּי הֵנָּה הַדִּין בְּרוּר לֹא הֵנָּה פַּח בִּיד ב"ד לְכּוּפּוֹ לִיתְנוּ לְזָה) וְעַל כֵּן לֹא הַשִּׁיג הָרֵא"ש בְּשׁוּם מְקוֹם אַחַר עַל הַרַבּוּתֵינוּ דַּס"ל בְּתִיקוּ מְהַנְיָ תַּפְיֶסָה רַק בְּפֶרֶק פִּיצַד הַרְגֵל גְּבִי יֵשׁ שְׁיָנוּי לְצִרְרוֹת דַּס"ל לְהֵרִי"ף דְּמְהַנְיָ תַּפְיֶסָה וְהֵתָם אַע"ג דְּהֵנָּה הַדִּין בְּרוּר לֹא הֵנָּה יְכוּלַת בִּיד ב"ד לְכּוּפּוֹ לִיתְנוּ לוֹ וְכֵמוּ שְׁכַתְּבַ הָרֵא"ש לְהַדְיָא שְׁם דְּבִלֵּא תַּפְיֶסָה לֹא דִּינִין לִיה כֵּינּוּ דְּבִיעוּט הָנִי מְשׁוּנָה וּקְנָסָא הוּא וְכֵן בְּהַף בְּעֵינֵי דְהִיתָה מְהַלְכַת

במקום שא"א לה אא"כ התיז' למאי דס"ל להרי"ף דביעוט הוי משונ' וקנסא הוא אם פן אפי' הנה הדין ברור לא הנה הב"ד כופי' אותו ליתן לו וכן בהה' בעי'א דבשכש'ה באמתה פיון דאפילו הנה הדין (שהוא) ברור לא היו הבית דין כופין ליתן לו כשהזיקה בר"ה חצי נזק דהא פלגא נזקא קנסא וכל קנס אין דנין בזמן הנה וכן בהה' בעי'א דהמניח בקנסו גופן פיון דאפילו הנה ברור שקנסו מיד לא היו הבית דין כופין ליתן לאיש ידוע כשהנה רובעהזבלים, רק שהדין הוא כל הקודם זכה.

אבל אם לא קדם וזכה ותובע ליתן לו פשיטא שאין הב"ד יכולים לכוף לבעל הזבל ליתגם לו וכן בהה' בעי'א בפרק מרובה שהוא רק קנס כתב הרא"ש וטור דאפילו תפס מפקי' מיניה (ואין להקשות אמאי כתב הטור בסיון שנ"ב גבי פל בסתם פלשון הרמב"ם דאין מוציאין מידו באמת הב"ח שם מניח בצ"ע אבל באמת לק"מ שסמך אמ"ש בסיון ש"ן שהרי המעיין בטור יראה ש'ה שדין זה שבסיון ש"ן ושנ"ב סמוכים זה לזה ואין ביניהם הפסק כל פה בדברים אחרים ופשיטא דבכה"ג שהדברים סמוכים זה לזה ודאי שפיר י"ל שסמך עצמו אמ"ש לעיל מיניה בסמוך וק"ל) דכל הנהו דמיין ממש לספק בכור דאין לחלק דהתם לא היו הב"ד כופי' ליתן לו דהא בהנה' גמי אין הבית דין יכולין לכוף ליתן לו ואדרבה כל שפן הוא מהתם ומה התם שעכ"פ יכולין הב"ד לכוף ליתנו לשום פהן אלו הנה ודאי בכור אפילו הכי אי תפס מפקינן מיניה קל וחומר פאן שלא היו יכולין הבית דין לכוף לכל ליתנו לש'ם אדם הלכה' אינו יכול לתפוס מספק דכל מקום שאפי' הנה הדבר ודאי לא הנה הב"ד יכולים לכוף ליתנו לו לא מהני תפיסה מספק דלא עדיף תפיסת עצמו בספק מבית דין בודאי.

ולכה' נמשכו הפור ורבי רוחם אחר הרא"ש ונהיאו סברת החולקים דלא מהני תפיסה בכל הנה' בעיות דלעיל: סימן כז (ביאור דברי הטור ורבינו ר'רוחם גבי בעי'א דניזק שטוען שזרק לו סל מרגליות לים) ולכה' במסור וניזק שטוען שזרק לו סל מלא מעות לים דכתב הטור דלדעת הרא"ש לא מהני תפיסה ובהאתי לשונו לעיל רס"י ט"ו היינו משום דמשמע ליה להטור דזה דמי לקנס וכה"ג לא הנה ביד ב"ד לכוף ליתן לו אפי' הנה הדין ברור דהא לא מבעי'א בש"ש רק אי עשו תקנת גגול במסור וניזק אם פן ודאי מדאורייתא לא מחייב לשלם ע"פ שבועת הניזק והנמסר רק דמבעי'א אם תקנו בהה' תקנת גגול (וכן אביא לקמן סי' כ"ט בשם ה' המגיד פיון דלא מחייב אלא מן התקנה לא מהני תפיסה בתיקו אף להרמב"ם ע"ש) א"כ אפילו הנה פשיטא דתקנו בהה' תקנת גגול לא היו הב"ד יכולים לכוף לשלם ע"פ שבועת הנמסר והניזק דכל מידי דלא מחייב אלא מדרבנן לא פייפי' ליה ליתן ודמי למציאת חרש שוטה וקטן שהוא גגול מדבריהם ואין מוציאין אותו בדניינים רק שהב"ד פוסקים לו לשלם אבל אי לא רצה לקיים דברי הב"ד לא נחתי' לנכסיה ולא משמתינן ליה פיון דלא מחייב אלא מדרבנן.

ורבינו ר'רוחם שכתב גבי ניזק בסתמא דאם תפס לא מפקי' מיניה ובהאתי לשונו לעיל ריש סי' כ' פליג בהה' על הטור והיינו משום דס"ל דזה לא דמי למציאת חרש'ו דהתם לא מחויב מדאורייתא לכל אבל הכא אי הוי ידוע בעדים הנה חייב רק שחכמי' האמינוהו בשבועתו לכה' מהני תפיסתו ועוד י"ל דדוקא התם דליכא גגול גמור אפילו מדרבנן רק מפני דרכי שלום אבל בגגול גמור מדרבנן מוציאים מידם וכן משמע בשפשה סדרים פ"ד

דשבועות דף מ"א שהבאתי לקמן סימן ל' דאי הוי מציאת חש"ו גזל גמור הוי מוציאים בדדיינים לכ"ע אף על גב דאינו אלא מדרבנן מיהו הטור ס"ל כיון דליכא אלא תקנתא דרבנן דמי למציאת חש"ו ועיין מ"ש לקמן סי' ל': סימן כח (הטור ורבינו ירוחם לא פליגי לענין דינא מבעיא דניזק שטוען מרגליות בסל אי מהני תפיסה) ועוד אפשר לומר דמר אמר תדא ומר אמר תדא ולא פליגי רבינו ירוחם והטור אהדדי והוא משום דניקדים דיש פירושים חלוקים בהך אבעיא דס"פ הכונס.

דאיתא התם בששה סדרים ההוא גברא דבטש בכספתא דחבריה שדייה בנהרא אתי מריה ואמר הכי והכי הוי לי בגונה יתיב רב אשי וקא מעיין ביה פי האי גוונא מאי א"ל רבינא לרב אחא בריה דרבא לאו היינו מתני' דתנן ומוזדים חכמים לר' יודא במדליק את הבירה שמשלם כל מה שכתוכו שפן דרף בני אדם להניח בבתים מיל א"ל אי דקא טעין זויזי ה"נ הב"ע דקטעין מרגניתא [מאי] מי מנחי אינשי מרגנית' בכספת' או לא תיקו וכתבו התוס' והגהת אשר"י שם דאפי' יש עדים שהיה בו מרגניתא מבעיא ליה דשמא לא איבעי ליה לאסוקי אדעתיה וכתבו התו' שם דאין לפרש דלענין שבועה מבעיא ליה אי עשו תקנת גזל ויהא נאמן לומר שהיה בו מרגניתא דא"כ מה היה אומר [לר"א] לאו היינו מתניתין מה ענין זה למשנתינו עכ"ל והרמב"ם ספ"ח מה' חובל ומזיק נראה דמפר' הבעיא לענין שבועה וכן פי' ראב"ה פדאיתא בהגהת מיי' שם וכ"כ ה' המגיד שם שהבעיא היא לענין שבועה אבל אם יש עדים שאותו דבר שהוא טוען היה שם אע"פ שאין דרף להניחו שם גובין מן המזיק ונותנים לניזק בלא שבועה כף העלה הרשב"א ושלא כדברי התוס' עכ"ל וכן הסכים מהרש"ל פ"ק הכונס סי' ל"ב אלא שלא מצאתי בדבריהם ישוב ברור למה שהקשו התוס' מה היה אומר לאו היינו מתני' (ישוב נכון על קושיות התוס' ס"פ הכונס) ולפעד"נ דסבירא ליה להפשטן פהירושילמי שהביא הרא"ש ס"פ הכונס דביש עדים לא פליגי ר' יוד' ורבנן במתניתין ואלא פליגי באין עדים אי עשו תקנת גזל ע"ש.

א"כ ע"כ ומוזדים חכמים דקתני היינו פשהו דרף להניח שם מודו דעשו תקנת גזל ודו"ק פי זה נראה לי ברור (אחר זמן מצאתי כדברי בספר המלחמות להרמב"ם ס"פ הכונס ונהגתי): ואפשר שזהו דאיתא בששה סדרים התם לר' יודא דמחייב על נזקי טמון באש עשו תקנת גזל באשו שכתבו התו' דלאו דוקא קאמר לר' יודא דלרבנן נמי הנה מצי למימר כן בדבר שדרכו ע"ש (גם מ"ש התוס' שם דלאו דוקא קאמר לר' יודא כו' י"ל דדוקא קאמר) ולפי מ"ש י"ל דדוקא נקט לר' יודא אבל לא לרבנן וכהירושילמי דפליגי ר' יודא ורבנן בהא.

אף מדברי כל הפוסקים לא משמע לכאורה כן שפסקו דעשו תקנת גזל באשו ואי הנה ס"ל הכי א"כ היאך פסקו כר' יודא ולא כרבנן ואפשר דכיון דשקיל וטרי ש"ס טובא אליבא דר' יודא וגם מדבעי אמימר אי עשו תקנת גזל במסור משמע דפשיטא ליה דעשו תקנת גזל באשו ע"כ פסקו הפוסקים כן: סימן כט וכיון שפן נחזור לעניינינו דהטור ור' ירוחם אפשר דלא פליגי דהטור י"ל דמפרש אי תקנו שניאמינהו בשבועתו אי עשו תקנה כזה כמו בגזל וכן משמע להדיא ממ"ש הטור מבעית לן ולא איפשטא אי נאמן בשבועתו וכתב הרמב"ם אם תפס אין מוציאין מידו אלא נשבע ומחזיק כו' וע"כ ס"ל להטור

דלהרא"ש לא מהני תפיסה בְּהָא פִּינּוֹן דְּמִדְּאוֹרְיִיתָא לֹא הֵיזָה מְחִיב רַק מִתְקַנְתָּא דְרַבְּנָן א"כ אִין פַּח בְּיַד ב"ד לְכוּפּוֹ לְשִׁלְמִי דְהוּי כְּמוֹ מְצִיאַת חַשׁ"ו שְׂיֵישׁ בּוֹ גְזֵל מִדְּבְרֵיהֶם דְּאִין מוֹצִיאִים אוֹתוֹ בְּדִינֵיהֶם וְהִלְכָה פִּינּוֹן דְּאִפִּי פְּשִׁיט דְּעָשׂוּ תְקַנְתָּא נִגְזֵל לֹא הֵנָּה פְּיִיפִי לִיה לֹא מְהַנִּי תְפִיסָה מִסְפָּל וְכַה"ג פְּתַב ה' הַמְּגִיד פ"ד מַה' גְּזֵלָה גְּבִי מ"ש הַרְמַב"ם שְׂשִׁכִירוֹ וְלִקְיִטּוֹ שֶׁל נִגְזֵל אִין נִשְׁבָּעִים וְנוֹטְלִים וְז"ל לְפִיכָה פְּתַב אִין אֵלּוּ נִשְׁבָּעִים וְלֹא פִּסְקָא שְׂאָם תְּפַס הַנִּגְזֵל אִין מוֹצִיאִים מִיְדוֹ כְּדַרְכּוֹ בְּרוּב תִּיקוּ הָאֻמוֹרִים בְּש"ס לְפִי שְׂפַל זֶה הוּא מִן הַתְּקִנָּה וּבְמַה שְׂלֹא הִתְקִינוּ בְּפִירוֹ אִפִּי תְּפַס מוֹצִיאִים מִיְדוֹ עַכ"ל וְאַף (שְׂיֵישׁ קֶןֶשׁ) עַל דְּבָרֵי ה' הַמְּגִיד פ"ד מַה' גְּזֵל) שְׂיֵישׁ לְהַקְשׁוֹת עַל זֶה שְׂהָרֵי פְּתַב הַרְמַב"ם פ"ח מַה' חוּבַל גְּבִי נְמַסֵּר שְׂאָם תְּפַס אִין מוֹצִיאִים מִיְדוֹ וְהֵתָם אִפִּי בְּנִגְזֵל לִיכָּא אֵלּא תְּקִנָּה וּמִבְּעִיא אִי עָשׂוּ תְּקַנְתָּא נִגְזֵל בְּמַסּוֹר (יִשׁוּב עַל דְּבָרֵי ה"ה הַנִּי"ל) וְיֵישׁ לִינְשֵׁב דְּשִׂאֲנֵי הֵתָם דְּמִבְּעִיא לֹן אִי מוֹסֵר כְּגִזְלָן הוּא א"כ הוּי אוֹתָהּ תְּקִנָּה עֲצָמָה מִשָּׂא"כ גְּבִי שְׂכִירוֹ וְלִקְיִטּוֹ וְדו"ק וְעַכ"פּ בְּדַעַת הַטּוֹר שְׂפִיר יִכְלִנָּא לֹמַר כֵּן וְכַמ"ש: וְרַבֵּי יְרֻחִם יֵישׁ לֹמַר דְּמִפְּרָשׁ הַבְּעִיא אִפִּי יֵישׁ עֲדִים אֲבָל הָא פְּשִׁיטָא לְשִׁשָּׁה סְדָרִים דְּעָשׂוּ תְּקַנְתָּא נִגְזֵל בְּזָה) אִם חִיב פִּינּוֹן שְׂאִין דְּרַכּוֹ לְהַנִּיחוֹ שֶׁם לְכָה"ס"ל דְּגַם לְהָרָא"ש בְּכַה"ג מְהַנִּי תְּפִיסָה פִּינּוֹן דְּאִי הֵנָּה פְּשִׁיטָא לֹן דְּחִיב הֵנָּה פְּיִיפִי לִיה וְהֵנָּה נִחְתִּינּוּ לְנִכְסֵיהּ מִדִּין דְּאוֹרְיִיתָא וּמ"ש ר' יְרֻחִם אִין מוֹצִיאִין מִיְדוֹ אֵלּא נִשְׁבָּע כְּמָה הֵיזָה בּוֹ וְגוֹבָה מְמָה שְׂתַּפְּס כּו' לֹא לְמִימָרָא דְּהַבְּעִיא מִיְרֵי אִי יְהָא נֶאֱמַן בְּשִׁבּוּעָה אֵלּא הִכִּי קְאָמַר אִין מוֹצִיאִין מִיְדוֹ מְשׁוּם בְּעִיא דְּלֹא אִיפְּשִׁטָּא וּמִמִּלְּ נִשְׁבָּע כְּמָה הֵיזָה כּו' אִפִּי בְּדָבָר שְׂדַרְכּוֹ לְהַנִּיחוֹ צְרִיף שְׂבֻעָה.

וְאִם כֵּן לְעַנְנִי דִּינָא הַעוֹר וּר' יְרֻחִם לֹא פְּלִיגִי: סִימָן ל' וְעוֹד י"ל דְּאִפִּילוּ תִימָא דְר' יְרֻחִם מְפָרֵשׁ נְמִי הַבְּעִיא אִי נֶאֱמַן בְּשִׁבּוּעָתוֹ מ"מ לֹא פְּלִיג עַל הַטּוֹר בְּזָה דְּהִיכָא דְּלֹא הֵיזָה כּוֹפִין הַב"ד לִיתָן בְּדִין בְּרוּר לֹא מְהַנִּי תְּפִיסָתוֹ מִסְפָּק רַק דְּאִזְזִיל לְטַעְמָה דַּס"ל בְּמְצִיאַת חַשׁ"ו גּוֹפִיָּה דְּמוֹצִיאִין אוֹתוֹ בְּדִינֵים (דְּהֵינּוּ דְּמִנְדִּינּוּ לִיה עַד שְׂיַחְזִיר רַק דְּלֹא נִחְתִּי לְנִכְסֵי וְא"כ הוּי כְּפִיָּה דְּנִיְדוּי הוּי כְּפִיָּה כַּמ"ש הָרָא"ש סַפ"ק דְּב"ק וּמְבִיאֵי הַטּוֹר ח"מ ס"ס א' דְּנִיְדוּי אִין לָהּ כְּפִיָּה גְּדוּלָּה מְזוֹ דְּלִנְקֻטִי בְּכּוֹבְסֵי עַד דְּשִׁבְקִיָּה לְגַלְמִי) וְכַמוֹ שְׂאֲבָאָר וְהַטּוֹר אִזְזִיל לְטַעְמִי דַּס"ל בְּמְצִיאַת חַשׁ"ו אִין מוֹצִיאִים אוֹתוֹ בְּדִינֵים כְּלָל וְכַמוֹ שְׂאֲבָאָר וְז"ל ר' יְרֻחִם בְּמִשְׁרִים רִישׁ נְתִיב כ' מְצִיאַת חַשׁ"ו יֵישׁ בְּהֵן מְשׁוּם גְּזֵל מְפָנִי דְּרַכִּי שְׁלוֹם וְלְפִיכָה אִם עֶבֶר וְגִזְלוּ אִינוּ מוֹצִיאֵי בְּדִינֵים גִּטִּין עַכ"ל וְז"ל בְּנְתִיב א' מ"ה מִי שְׂחִיב שְׂבֻעָה מְשׁוּם דְּבָר דְּמִדְּבְרֵיהֶם כְּגוֹן מְצִיאַת חַשׁ"ו דִּישׁ בְּהֵן גְּזֵל מְפָנִי דְּרַכִּי שְׁלוֹם וְאִינוּ רוּצָה לִישְׁבַּע אִין מוֹצִיאִין בְּדִינֵים וְאִין יוֹרְדִין לְנִכְסֵי אֵלּא מְנַדִּין אוֹתוֹ עַד ל' יוֹם וּמִלְקִין אוֹתוֹ אַחַר ל' יוֹם פ"ד דְּשִׁבּוּעוֹת עַכ"ל וּמְבִיאֵי ב"י בְּסִי פ"ז נְתִיב כ"ז הָרֵי דַּס"ל דְּבִגְזֵל דְּדְּבְרֵיהֶם אַע"ג דְּאִין מוֹצִיאִין אוֹתוֹ בְּדִינֵים הֵינּוּ דְּלֹא נִחְתִּי לְנִכְסֵי אֲבָל מ"מ מְנַדִּינּוּ לִיה (צ"ט עַל ר' יְרֻחִם שְׂפַסְק דָּאִם אִינוּ רוּצָה לִישְׁבַּע שְׂלֹא גְזֵל מְצִיאַת חַשׁ"ו מְנַדִּינּוּ לִיה) הַגַּם שְׂדַבְּרִיו אֵלּא שְׂפַתְבּ בְּנְתִיב א' ח"ה צ"ע דְּז"ל הַשְּׁשָׁה סְדָרִים פ"ו דְּשִׁבּוּעוֹת דָּף מ"א ע"א אִיכָּא בִּינְיָהוּ מִיחַת לְנִכְסֵי בְּדְאוֹרְיִיתָא נִחְתִּי לְנִכְסֵי בְּדַרְבְּנָן לֹא נִחְתִּי לְנִכְסֵי וְלִר' יוֹסִי דְּאָמַר בְּדַרְבְּנָן נְמִי (לֹא) נִחְתִּי לְנִכְסֵי דְּתַנּוּ מְצִיאַת חַשׁ"ו יֵישׁ בְּהֵן מְשׁוּם גְּזֵל מְפָנִי דְּרַכִּי שְׁלוֹם ר' יוֹסִי אוֹמַר גְּזֵל גְּמוֹר מְדְבְרֵיהֶם לְמֵאִי נ"מ לְהוֹצִיאֵי בְּדִינֵים מֵאִי אִיכָּא בִּין דְּאוֹרְיִיתָא לְדַרְבְּנָן אִיכָּא בִּינְיָהוּ שְׂפַנְגָּדוֹ חָשׁוּד עַל הַשְּׁבֻעָה בְּדְאוֹרְיִיתָא שְׂפַנְגָּדוֹ חָשׁוּד עַל הַשְּׁבֻעָה אֲפִכִּינּוּ לִיה שְׂבֻעָה וְשָׂמוּ אִיזְדָּף בְּדַרְבְּנָן תְּקַנְתָּא הִיא וְתְּקַנְתָּא לְתְּקַנְתָּא

לא עבדי ולרבנו דפליגי עליה דר' יוסי דאמרו בדרבנו לא נחתי לנכסי מאי עבדינו לי משמתי לים כו' עכ"ל הששה סדרים ונראה שפי' ר' ירוחם דהא דבעי ששה סדרים ולרבנו דפליגי עליה דר' יוסי מאי עבדינו ליה קאי אמציעת חש"ו מאי עבדינו ליה אם אינו רוצה לישיבע שלא גזל מציאת חש"ו ונה תמוה דלמה ישבע הא אפי' מודה שגזל לא הוי אלא גזל מדרבנו ואין מוציאין אותו מידו והוי פתקנתא לתקנתא וכ"ש שאין לנדותו על פה שישבע: (דין נ"ל דאפי' מודה שגזל מציא' חש"ו לא מנדינו ליה שישחזיר ולא כר' ירוחם) ועוד נראה דאפילו מודה שגזל לא מנדינו ליה שישחזיר ומאי דבעי ששה סדרים ולרבנו דפליגי עליה דר' יוסי כו' קאי אלעיל וה"פ לרבנו דפליגי עליה דר' יוסי ואמרי בדרבנו לא נחתי לנכסי א"כ בשבועה דרבנו ואינו רוצה לישיבע לא נחתי לנכסי מאי עבדי ליה למחויב שבועה דרבנו ואינו רוצה לישיבע אבל הא לא בעי ששה סדרים מאי עבדי ליה לגזל מציאת חש"ו ואינו רוצה להחזיר דא"כ ה"ל לששה סדרים למיבעי הכי בפ' הניזקין אגופא דמתני' דפליגי ר' יוסי ורבנו ודוחק לומר דבגזל דרבנו הנה פשיט' לששה סדרים דמנדינו ליה ל' יום אבל בשבועה דרבנו הנה ס"ד דמנדי' ליה לעולם עד שישבע אלא נראה דפשיטא לששה סדרים דהתם לא עבדינו ליה מידי רק שהב"ד פוסקי' לו להחזיר או אפשר דאמרינו ליה נמי אם לא תחזיר אתה עובר על דברי חכמים ושרי למקרי' עברי' ודמי לכל הנה.

שאמרו בששה סדרים ויציא ויתן פתובה דלא פייפי' ליה וגם לא מנדינו ליה רק אמרי' ליה חכמים חייבוה להוציא ואם לא תוציא מותר לקרותה עברי'. וכמ"ש הפוסקים בשם ר"ח ונתבאר בטור א"ע סי' קנ"ד בש"ע שם.

רק גבי שבועה דרבנו מבעי' לש"ס דאי לא עבדינו ליה מידי א"כ כל מחויב שבועה דרבנו לא ירצה לישיבע ומיעקרא שבועה דרבנו וא"כ מה הועילו חכמים בתקנתו שתקנו שבועה.

ונה ברור לפע"ד. וכן נראה דעת הרי"ף והרא"ש שכ' בשבועות הך סוגיא ובפרק הניזקין פתבו בסתמא דרבנו אין מוציאין בדיינים וכן הלכתא ותו לא פתבו מידי וכן נראה ברמזי הרא"ש בשבועות שלא כתב דמנדין רק באינו רוצה לישיבע שבועה דרבנו ולא הזכיר דבר מגזל דרבנו ובפרק הניזקין כתב בסתם דאין מוציאין מידו אלמא דהא אין מנדין ולא הזכיר גזל דרבנו ברי"ף ורא"ש דשבועות אלא לאורווי' דרבנו דר' יוסי כמו דלא נחתי לנכסי בגזל דרבנו ה"ה דלא נחתי לנכסי בשבוע' דרבנו והכי הלכת' פרבנו וכן נרא' דעת כל הפוסקי' והרמב"ם והטור וש"ע ר"ס ע"ר שכתבו בסתמא מציאת חש"ו אין מוציאין ולא הזכירו שמנדין אותו ל' יום ומלקין אותו א"ו כדפי' סימן לא ולפי מ"ש בסמ"ע סימן פ"ב סע"ק כ"ב וסי' פ"ז סע"ק ה"כ ב דאפילו בגושבע ונוטל אי תפס לא משמתינו ליה א"כ פשיטא דבגזל דרבנו לא משמתינו ליה דבהדיא מדמי לה ה"ר"ן בפ' הפותח להדדי וז"ל ואע"פ שיש לחלק ולומר דדוקא בשבועות הגושבעים ולא משלמים דעלה קיימי' בההיא שמעתא אבל בגושבעים ונוטלים שתפסו ולא רצו לישיבע מוציאין מידם פנין שתפסו שלא כדין אפ"ה פנין דבשמעתא דהתם סמכי לה אפלוגא דר' יוסי ורבנו בגזל מציאת חש"ו דאע"ג דגזל מנייהו בנדים פנין דמדרבנו הוא לא מפקינו מיניה פה יש לומר ג"כ באותן גושבעים ונוטלים שדין ליטול בלא שבועה שאם תפסו ואין

רוצים ליִשְׁבַע לֹא נִחְתִּי לְנִכְסֶיהָ אֲלֵא מְשַׁמְתִּי לֵהוּ כְדַעְבְּדִינוּ בְּגִזְל דְּרַבְּנָן עכ"ל (דין דְּכָרִי הסמ"ע סי' פ"ב ס"ק כ"ב ופי' פ"ז ס"ק כ"ב אינֶם נִרְאִין בּמ"ש דְּמִי שְׁחֵיב שְׁבוּעָה דְּרַבְּנָן לִיטּוֹל וְתַפְס וְאִינוּ רוֹצֵה לִישְׁבַע דְּלֹא מְנַדִּין לִיהָ עַד שְׁיִשְׁבַע אֲלֵא מְנַדִּין לִיהָ אֲבָל לֹא נִחְתִּי לְנִכְסֶיהָ) הַגֵּם שְׁדַבְּרֵי הַסְּמ"ע אֵלּוּ אֵינֶן נ"ל אֲלֵא נ"ל דְּבִשְׁבוּעָה דְּרַבְּנָן אִם קָדָם וְתַפְס וְאִינוּ רוֹצֵה לִישְׁבַע מְנַדִּינוּ לִיהָ לִכ"ע וּכמ"ש הַר"ן וּכְמוֹ שְׁאַבְאָר וְז"ל הַסְּמ"ע בְּסִימָן ע"ב ס"ק כ"ב עֵינֵן בְּטוֹר ס"ג שְׁפָתָב פֶּן גַּם וְאִינֶשׁ דְּעֵלְמָא דְּלֹא רָצָה לִישְׁבַע וְתַפְס מְנַכְסֵי לָהּ לֹא מִפְקִי מִינְיָה וְכֵן נִרְאֵה מְדַבְּרֵי בַע"ת שְׁעַר כ"א וְגַם הַב"י פָּתַב שְׁיִכּוֹל לְהִיּוֹת שְׁפֹן הוּא דַעַת הָרֵא"ש וְאִנִּי פְתַבְתִּי בְּדַרְיִשָׁה וּפְרִישָׁה בְּהוֹכְחוֹת שְׁהַטּוֹר ס"ל לְסַבְּרָא פְּשוּטָה שְׁהַדִּין פֶּן גַּם בְּאִינֶשׁ דְּעֵלְמָא שְׁלֵא מְנַדִּינוּ לְמִי שְׁתַּפְּס וְאִין חִילּוּק בְּזָה בֵּין תַּלְמִיד חֹכֵם לְאַחַר אֲלֵא שְׁאִינֶשׁ דְּעֵלְמָא אִם פִּקַּח הוּא הַלְלוּהָ וְטוֹעֵן עַל הַמְּלוּנָה שְׁיִשְׁבַע וְיִטּוֹל אוֹ יַחְזוֹר לוֹ שְׁטָרוֹ כְּדִי שְׁלֵא יִתְפַּנֵּס מִשְׁלוֹ הַיּוֹם אוֹ מְחַר שׁוֹמְעִים לְטַעֲנַת הַלְלוּהָ אֲבָל בַּת"ח לֹא מוֹדְקִינוּ לִיהָ כּו' עכ"ל.

ומ"ש וְגַם הַב"י פָּתַב שְׁיִכּוֹל לְהִיּוֹת שְׁפֹן דַעַת הָרֵא"ש אֲמַת הוּא גַם בְּדַרְכֵי מִשָּׁה פְתַב שֶׁהַב"י דָּחַק לוֹמַר שְׁגַם דַעַת הָרֵא"ש פֶּן (אֲשַׁתְּמִיט לַב"י וּד"מ וּסְמ"ע סי' פ"ב וּשְׁאָר אַחֲרוֹנִים דְּבָרֵי הָרֵא"ש דְּפָרַק חֲזַקַת הַבְּתִים סִי' י"ח) אֲבָל בְּאֲמַת אֲשַׁתְּמִיט לַהַב"י וּד"מ וּסְמ"ע וּשְׁאָר אַחֲרוֹנִים דְּבָרֵי הָרֵא"ש דְּפָרַק חֲזַקַת הַבְּתִים סִימָן י"ח דְּכַתַּב לְהַדְיָא פֶּן דְּלֹא מִפְקִינוּ מִינְיָה גַם דְּבָרֵי הָרֵא"ש פָּרַק הַפּוֹתַב גְּבִי אִי פִקַּח הוּא מִיִּתִּי לִיהָ לִידֵי ש"ד מוֹכִיחִים פֶּן.

ומ"ש הַסְּמ"ע וְלֹא מְנַדִּינוּ לְמִי שְׁתַּפְּס כּו' אֲלֵא שְׁאִינֶשׁ דְּעֵלְמָא אִם פִּקַּח הוּא הַלְלוּהָ כּו' זֶה אִינוּ נִרְאֵה וְגַם בַּע"ת רִישׁ שְׁעַר כ"א מוֹכַח לְהַדְיָא דְאִין לְחַלֵּק בְּכַף ע"ש וְגַם בְּהַר"ן פָּרַק הַפּוֹתַב פְּתַב לְהַדְיָא בְּקַדְמָה וְתַפְסָה אַע"ג דְּלֹא מִפְקִינוּ מִינְיָה מ"מ מְשַׁמְתִּי לִיהָ וְגַם בְּדַעַת הַטּוֹר נִרְאֵה פֶּן עֵינֵי וּכמ"ש בַב"י וּבב"ח דס"ל לְהַטּוֹר דְּבְאִינֶשׁ דְּעֵלְמָא מְשַׁמְתִּי לִיהָ וּכמ"ש הַטּוֹר בְּסִי' פ"ז ס' ט"ז וְזַבְּהָדְיָא פֶּן אֲפִילוּ גְּבִי שְׁבוּעַת הַיִּסְת שְׁנֹשְׁבָעִים לְפִטּוֹר אִם אִינוּ רוֹצֵה לִישְׁבַע מְנַדִּינוּ לִיהָ וְכֵן בְּסִימָן ק"ח ס"ו פְּתַב הַטּוֹר אִפִּי תַפְּס מְשַׁלְּהֵם מְשַׁבְּעֵי לִיהָ וּמִיהוּ אִי לֹא בְּעֵי לְאֲשַׁתְּבוּעֵי לֹא מִפְקִי מִינְיָה אֲלֵא מְשַׁמְתִּינוּ לִיהָ עַד דְּאֲשַׁתְּבַע כְּדִין מִי שְׁהוּא חֵיב לִישְׁבַע שְׁבוּעַת הַיִּסְת ע"כ: סִימָן לַב וּמ"מ אִפִּי לְמָה שְׁהַעֲלִיתִי דְּמְשַׁמְתִּינוּ לִיהָ בְּנֹשְׁבָעִים וְנוֹטְלִים וּכמ"ש הַר"ן הֵינּוּ דוֹקָא בְּשְׁבוּעָה כִּי הִיכִי דְלַקְיִים תַּקְנֵתָא דְּרַבְּנָן שְׁתַּקְּנוּ שְׁבוּעָה אֲבָל בְּגִזְל דְּרַבְּנָן מוֹדָה הַר"ן דְּלֹא מְשַׁמְתִּינוּ לִיהָ וּמ"ש הַר"ן כְּדַעְבְּדִינוּ בְּגִזְל דְּרַבְּנָן לֹא קָאִי אֲלֵא אַמ"ש דְּלֹא נִחְתִּינוּ לְנִכְסֵי (וּבְר"ן פָּרַק שְׁבוּעַת הַדְּיָנִים פֶּסֶק דְּנֹשְׁבָעִים וְנוֹטְלִים מִפְקִינוּ מִינְיָה פִּינוּ שְׁתַּפְּס שְׁלֵא בְּרִשׁוֹת א"כ בַּע"כ ס"ל הֵתֵם דְּגִזְל דְּרַבְּנָן קִיל טְפִי וְצ"ל דְּבַהַכּוֹתַב פְּתַב פֶּן לְדַבְּרֵי הָרֵי"ף וְלִיָּה לֹא ס"ל וְדוּק) וְאִפִּי תֹאמַר דְּדַעַת הַר"ן דְּמְשַׁמְתִּי לִיהָ בְּגִזְל דְּרַבְּנָן אִין הַהֲלֵכ' כֶּף וּכְמוֹ שְׁהוֹכַחְתִּי לְמַעְלָה אֲבָל מ"ש ר' יְרוּחֵם שֵׁישׁ לְהַשְׁבִּיעוּ עַל גִּזְל דְּרַבְּנָן לֹא נ"ל פֶּלֶל וּכמ"ש לַמַּע' וְגַם הַר"ן פְּשִׁטָא דְּמוֹדָה לָזָה דְאִין לְהַשְׁבִּיעוּ וְדו"ק: סִימָן לַג וְנִמְצָא עֲלָהּ בְּיַדֵּינוּ שְׁדַבְּרֵי ר' יְרוּחֵם נ"א ח"ה צ"ע מ"מ נוֹכַח לוֹמַר לְסַבְּרָתוֹ דס"ל דְּבַגְזָל דְּרַבְּנָן מוֹדִים לִיהָ א"כ ה"ה בְּתַקְנַת גִּיזָק שְׁטוּעֵן מְרַגְלִיּוֹת הִנֵּה בּוֹ אַע"ג דְּלֹא הָוִי אֲלֵא תַקְנֵתָא דְּרַבְּנָן הָיוּ הַב"ד כּוֹלִים לְכוּפּוֹ עַל יְדֵי גִידוּי לְשִׁלֵּם לְהַנִּיזָק וּלְכַף בְּסַפִּיקָא דְּדִינָא מְהַנִּי תַפִּיסָה אֲבָל בְּעֵלְמָא מוֹדָה רַבִּי יְרוּחֵם דְּלֹא מְהַנִּי תַפִּיסָה בְּסַפִּיקָא דְּדִינָא פִּינוּ שְׁאִפִּי הִנֵּה הַדִּין בְּרוּר לֹא הִנֵּה פַח בְּיַד

ב"ד לכופו לשלם מטעם דאין דנין דיני קנסות בבבלי וכמו שפירשתי למעלה סימן כ"ו לדעת הרא"ש שטור ולכה בשאר מקומות כתבו הטור ורבי ירוחם בסתמא דאי תפיס לא מפקי מיניה (היתר הקושיות שהקשינו לעיל שי' כ' וכ"ב) וכמו שהבאתי לעיל סימן כ' לשונות הטור שכ' פו בשמנה מקומות דאי תפיס לא מפקי מיניה וכן הבאתי לעיל סימן כ"כ לשונות ר' ירוחם שכתב פו בששה מקומות ולפי מאי דפרישית אתי הכל שפיר דכל הנה מקומות שכתבו הטור ור' ירוחם דאי תפיס לא מפקי מיניה פולה מיירי להדיא בחיוב ממון ולא מצד קנס דבהנה אלו הנה הדין ברור הנה הב"ד כופין לשלם ולכה מהני תפיסה מספק כמו ודאי הב"ד והשתא ניחא נמי מ"ש לעיל סוף סימן כ' על הב"י וד"מ וב"ח שהגיהו בטור לא מפקי מיניה משום דהתם הני ממון (היתר קושיות שהקשינו לעיל סי' כ"ג) והשתא אתי נמי שפיר מ"ש הרא"ש פרק הפועלים (ור' ירוחם והטור סימן של"ז) בבעיא דעושה בגפן זה דאי אכיל לא מפקי מיניה דהתם נמי מיירי בממון ואלו הנה הדין ברור הנה הב"ד כופין לבע"ה ליתן לפועלים שלו לאכול מאיזה גפן שירצה ואפי' הנה הבעה"ב רוצה לעכב ע"י הפועל לא הנה שפקי ליה (היתר הקושיות שהקשינו בסימן כ"ה והשתא אתי נמי שפיר פל לשונות הרא"ש שהבאתי לעיל סימן כ"ה שבמקצתן כתב דלא מהני תפיסה ובמקצתן לא כתב פו ולפי מאי דפרישית ניחא דבהנה דלא היו הב"ד כופי ליתן לזה כתב דלא מהני תפיס' ובאידיך דהיו הב"ד כופין לא כתב פו דוק בכל המקומות ותשפח שפן הוא והשתא (היתר הקושיות שהקשינו בסי' כ"ג וכ"ד) נמצאו דברי הב"י וד"מ והב"ח שהבאתי לעיל סימן כ"ג וכ"ד נכונים במה שכתבו שטעם הרא"ש כמ"ש הראב"ד בהשגות דלא מהני תפיסה גבי בעי' דקנס פיון דאין פח לחייבו בב"ד וניחא נמי מה שדקדקתי לעיל סימן כ"ה בלשון הב"י שכתב ואפשר שטעמו של הרא"ש כמ"ש בהשגות כו' למה כתב בלשון ואפשר כו' ולפי מ"ש ניחא משום דסברת הרא"ש אינה ממש פסברת הראב"ד דסברת הראב"ד היא פיון דהקנס אין אדם זוכה בה אלא משעת העמדה בדין לא מהני תפיסה מספק שהרי הב"ד לא היו יכולים נגמור דינו וסברת הרא"ש היא פיון דלא היו הב"ד יכולים לכופו ליתן אפי' בדין ברור לא מהני תפיסה בספקא דדינא (היתר קושיות שהקשינו בריש סימן י"ז) והשתא ניחא נמי מה שהקשינו לעיל סימן י"ז על מ"ש הטור בסוף סי' שצ"א גבי בעיא דמתגלגל בסתם דאי תפיס לא מפקי מיניה משום דהתם נמי ממונא הוא ואין לו הנה הדין ברור היו הב"ד כופין אותו לשלם: סימן לד (ישוב נכון לדברי הסמ"ע סימן שס"ב ס"ק י"ג וסי' שס"ג ס"ק כ"ז שכתב דהרא"ש טור מודים דבספיקא דש"ס מהני תפיסה שבראה לכאורה שדבריו תמוהין מאד) וניחא נמי השתא מ"ש הסמ"ע בסימן שס"ב ס"ק י"ג וז"ל ואם תפיס הנגזל אין מוציאין מידו וכ"כ הרא"ש והטור ובדרישה פתבתי דאף דבספיקא ס"ל דלא מהני תפיסה מ"מ בספיקא דששה סדרים מודים דמהני בהו תפיסה ועמ"ש שם עוד ודוק עכ"ל וכ"כ עוד בסמ"ע סימן שס"ג ס"ק כ"ו וז"ל אבעי' דלא אפשרא הוא בש"ס אי חזותא מילתא היא ועי' מ"ש בסי' שלפני זה בפרישה ובסמ"ע שבכה"ג דהוא ספיקת ששה סדרים גם הרא"ש מודה דאין מוציאין מיד התופס עכ"ל.

ולכאורה דברים אלו מרפסן איגרא דהא בהדיא ס"ל להרא"ש בפרק פיצד הרגל ובשאר מקומות שהבאתי לעיל סימן י"ט דלא מהני תפיסה בספיקא דש"ס אבל לפי מה שהוכחתי דבספיקא דש"ס שהוא ממון גמור והיו הב"ד כופין לשלם אלו הנה הדין בדור מהני

תפיסה מספיקא אם פן צדקו דברי הסמ"ע בסימן שס"ב ושס"ג נמי היו הב"ד כופי' אנו
היה הדין ברור.

ומ"ש הסמ"ע בסי' שס"ב ס"ק י"ג וכ"כ ה"ר"ש ונהטור אע"ג ש"ה"ר"ש נח פתב פן
בהדיא מ"מ משמע מדבריו פן מדלא פתב גם אי תפיס מפקי' מיניה ויותר נראה
שט"ס הוא וצ"ל ד' במקום כ' וצ"ל וכו"ד ה"ר"ש וטור פלומר מדלא פתב ה"ר"ש גם
שם דלא מהני תפיסה אלמא שפן דעת ה"ר"ש וכמ"ש הטור להדיא דאי תפיס לא מפקי'
מיניה.

ומ"ש הסמ"ע דבספקא בלא ש"ס ס"ל לה"ר"ש וטור דלא מהני תפיסה פיון למ"ש
ה"ר"ש בפ"ק דמציעא ופ"ב דכתובות וטור סי' ת"ו ונ"ל ה"ר"ש פ"ק דמציעא לעולם
אימא לך תקפו פהו הו מוציאין אותו מידו דתפיסה לא מהני אלא למי שטוען ברי אבל
הפהו הזה אפי' אחר שתפיס אין לו אלא טענת שפא הלכך מפקי' מיניה דמוקמי' ליה
בחזקת מאר' קמא הכי אמר רב נחמן בפרק בית פור גבי מרחץ ששכרו בי"ב זהו' לשנה
מדינר זהב לחודש ונתעברה השנה ומספקא ליה אי תפיס לשון ראשון וחודש העיבור
לשוכר אי תפיס לשון אחרון וחודש העיבור למשפיר ואמר רב נחמן קרקע בחזקת בעלים
עומדת ואפילו בא בסוף החודש פולו למשפיר ואע"ג דתפיס השוכר לא מהני תפיסתו
מספיקא ומא"ד התם בא בסוף החודש לשוכר לא משום דמהני תפיסה מספיקא אלא סבר
מדלא בא עד סוף החודש ודאי אודויי אודי ליה שלשנה השפירו ולא לתדשים פללא
דמילתא לטענת ברי מהני' תפיסה דכיון שהו טוען ברי ומחזק בה אין לנו פח להוציא
מידו אבל מי שהו מסופק בדבר אם הוא שלו ואם לאו לא מהני תפיסה לאפוקי מחזקת
מרא קמא עכ"ל וכו"כ ה"ר"ש בפ"ב דכתובות גבי ב' שהיו חתומים על השטר ובאו ב'
עדים ואמרו קטנים היו דאמרינו בש"ס אוקי תרי להדי תרי ואוקי ממונא בחזקת מאר'
ופי' רש"י ואי תפיס מלוה לח מפקי' מיניה וכתב ה"ר"ש וז"ל והא דמהני תפיסה מספק
פתבתי בפר קמא דב"מ גבי תקפו פהו מוציאין מידו ומיירי בדתפיס קודם שנולד הספק
א"נ שאני הקא שטוען ברי ומצאתי כתוב בשם ה"ר יונה דתפיסה לא מהני כו' והרמ"ה
כתב דאף תפיסת ב"ר לא מהני דאף אם התפיסוהו ב"ד קודם הספק כשיבואו עדים
האחרונים מידו כו' ואין בהם ממש בכל אלו הדברים כו' דלא אשפחן דלא מהני
תפיסה אלא בספק בכור וכן בבא בסוף החודש בכלולו למשפיר דבהני אין לתופס טענת
ברי אבל פל היכא שהמחזק במטלטלי טוען ברי אין פח ביד ב"ד להוציא מידו עכ"ל
והביא הטור בסי' פ"ו דברים אלו בקצרה (וגם ר' ירוחם סוף גתיב י' פתבכדברי ה"ר"ש
דפ"ק דמציעא ופ"ב דכתובות והבאתי לשונו לקמן סי' נ"ב) הרי להדיא דבשאר ספיקי
שאיןם ספיקי דששה סדרים ס"ל לה"ר"ש וטור דלא מהני תפיסה מספקא אפי' היו
הב"ד כופי' לשלם אלו היה הדין ברור וכן פתבתי לעיל סימן ו' וסימן י"ד שדעת רש"ב"ם
ושאר רבנותא לחלק בין ספיקא דעלמא לספיקא דדינא עיין שם.

ועוד אכתוב בזה לקמן סימן צ"ו עיין שם ומ"ש ר' ירוחם בגתיב ו' ח"ה גבי תפיסה מפת
שטר בעדות דתרי ותרי צל"ע ונראה שדבריו מוטעים ואבארם לקמן סימן כ"א ונ"ב.
גם מה שיש לפלפל בדברי ה"ר"ש הנ"ל דפ"ק דמציעא ופ"ב דכתובות אבאר לקמן
סימן מ"ד וסי' מ"ז ע"ש: סימן לה ואין להקשות לפי מ"ש לדעת הסמ"ע בדעת ה"ר"ש

וטור דבתיקו של ממון פינון דהנה הב"ד כופין לשלם אלו הנה הדין ברור מהני תפיסה מספיקא א"כ לאינה צורך דחק בסמ"ע ס"ס שצ"א לומר פינון דעכ"פ תפיס ברשות והבאתי לשונו לעיל סימן י"ח ה"ל לשנויי דשאני התם בבעי' דמתגלגל דהוי ממון.

זה אינו קשה לפי פירושי ואדרבה בלא פירושי קשה ולפי מה שפירשתי ניקח דאם לא תאמר כמו שפירשתי תיקשי דברי הסמ"ע דסימן שס"ב ושס"ג לס"ס שצ"א אהדדי ולית נגר ובר נגר דיפרקינהו (ישוב דלא תיקשי דברי הסמ"ע דסי' שס"ב ושס"ג לס"ס שצ"א אהדדי) אבל למאי דפירשתי ניקח דה"נ קאמר בס"ס שצ"א פינון דעכ"פ תפיס ברשו' נגד מה שנהגית מהני התפיסה גם לשאר כלומר פינון דהוא ממון ולהכי עכ"פ מהני תפיסה נגד מה שנהגית שיקרי תפיס ברשות ב"ד שיקרי חייב ממון והב"ד כופין אותו לשלם א"כ להכי מהני תפיסה גם לשאר פינון שהוא ממון ואלו הנה הדין ברור הים הב"ד כופין אותו לשלם.

ובהכי ניקח מה שהקשיתי לעיל סי' י"ח על הסמ"ע דדוחק לומר פינון דתפיס ברשות נגד מה שנהגית מהני תפיסה גם לשאר. ועוד דמי לא עסקי' נמי ששלם לו כפר מה שנהגית ואפ"ה אם תפיס אין מוציאין מידו.

ולמאי דפירשית השתא ניקח הפל דווקא ואין להקשות ל"ל להסמ"ע לומר פינון דעכ"פ תפיס ברשות נגד מה שנהגית כו' ה"ל בקצור פינון דיש בינד ב"ד לכופו לשלם מהני תפיסתו נגד מה שהזיקה ולמה לו להזכיר מה שנהגית כלל יש לומר דבא להטעים הדבר ולומר דהא פשיטא דמהני תפיסה נגד מה שנהגית משום דבכה"ג חייב ממון גמור וא"כ נגד מה שהזיקה נמי פינון דהוא ממון גמור מהני תפיסתו.

אף דברי הב"ח בס"ס שצ"א לא ידעתי ליישב אם נאמר דס"ל ג"כ דבתיקו של ממון מודים הרא"ש וטור דמהני תפיסה וכמ"ש לעיל סימן ל"ג לדעת הב"ח א"כ לאינה צורך הוצרה לדחוק בס"ס שצ"א דשאני התם פינון דלא סלקא בתיקו מהני תפיסה ה"ל לשנויי דשאני התם פינון דהוי ממון ולא קנס.

ומיהו בלאו הכי הקשיתי לשאול לעיל סי' י"ח וסי' ד' על הב"ח במה שמחלק בין תיקו לבעיא דלא אפשיטא לדעת הרא"ש וטור ואולי לא ירד הב"ח לחלוק זה שפכתתי. וא"כ לא ידעתי איך יתנישבו דברי הטור ור' ירוחם וב"י וינצלו מכל אותן התמיהות והקושיות שהקשיתי עליהן למעלה בהרבה מקומות גם בדברי הב"י ומהרמ"א ס"ס שצ"א קשה שכתב בב"י שם דלדעת ר"י לא מהני תפיסה וכן כתוב בד"מ שם דלדעת ר"י והרא"ש לא מהני תפיסה וכ"כ בהג"ה שם דיש חולקין.

ואפשר סבירא להו להב"י וד"מ עיקר דהרא"ש פליג בכל דנכתא אפילו בתיקו של ממון ולא קנס ומ"ש בסימן ש"ן כתבו פן לדעת הטור דכתב בכמה דוכתי בסתמא דמהני תפיסה ובסימן ש"ן הביא דעת הרא"ש אלא ודאי ס"ל לחלק בין ממון לקנס אבל הב"י ומהרמ"א גופייהו לא ס"ל הכי בדעת הרא"ש אלא ס"ל דהרא"ש פליג בכל תיקו אפילו של ממון וכמו שמשמע באמת מפשט דברי הרא"ש בכמה מקומות וכמ"ש לקמן סימן מ"ג וס"ס נ"ט.

מיהו דעת מהרמ"א להל' בתיקו מהני תפיסה וכמ"ש לקמנסי' ע"ה וע"ח ע"ש: סימן לו ואין להקשות לפי מאי דפרישית בדעת הטור ור' ירוחם וקרא"ש דבתיקו של ממון שהיה הב"ד כופין אלו היה הדין ברור מהני תפיסה דא"כ גבי גמל בהנהגה ונחמור במשיכה שכתבו קרא"ש וטור ור' ירוחם דבמתנה ומכר לא קנה והבאתי לשונם לעיל סימן י"ט אות אי וכן גבי משנה בהמה זו וקנה פלים שעליה והבאתי דבריהם שם אות ג' וכן גבי זרק ארנקי בפתח והבאתי דבריהם שם אות ז' י"ל דהרי לא כתבו קרא"ש ועור ור' ירוחם בשום הנהגה מקומות שאפ"י תפסו לא מפקי' מנייהו רק כתבו דלא קנה ואוקי בחזקת מארז' קמא ויש לפרש דבריהם דמייירי כשלא תפס לרשותו ואע"ג דמשנה מ"מ השתא אינו ברשותו ואתא לאשמעינן לאפוקי בהפקר זכה בו אף שאינו ברשותו כיון שהיה מוחזק בה מתחלה מספק.

וכן מדוקדק ל' הטור ס"ס רמ"ג והבאתי לשונו שם אות ז' שכתב לפיכך אם חזר בו אין בעה"ב יכול להוציאו מידו ואם איתא עדיפא ה"ל לאשמעינן דאפ"י תפס בעה"ב מוציא הנותן מידו. הן אמת שראיתי בבידק הבית להרב ב"י שכתב על הטור וז"ל ומ"ש רבינו אין בעה"ב יכול להוציא מידו אינו מדוקדק דמשמע דדוקא כשהוא ביד הנותן אבל אם הוא ביד הבעה"ב אין הנותן יכול להוציא מידו והא לימא דאפ"י אם הוא ביד הבעל הבית מוציאין מידו ונותנים לנותן דמוקמי' נה בחזק' מר' קמא עכ"ל (מ"ש בב"ה סי' רמ"ג דדברי הטור אינם מדוקדקים לפע"ד הם מדוקדקים) אבל לפי מ"ש דברי הטור מדוקדקים היטב ומוכרח לומר כן מפל הנהגה קושיות שהקשתי לעיל סימן י"ז וי"ח וכ' ושאר מקומות.

ואפשר הרב בב"ה אגיל ולטעמיה מ"ש בב"י ס"ס שצ"א לדעת הר"י וקרא"ש וכמ"ש לדעתו בסמוך ס"ס ל"ה בדעת קרא"ש סימן לו (ביאור דברי הש"ע ס"ס רמ"ג) וע"כ מוכרח לפרש דבריו בש"ע ס"ס רמ"ג כמו שפירשתי לדברי הטור דס"ס רמ"ג דאע"פ שכתב שם בש"ע וז"ל הזורק ארנקי לבית בפתח זה ויצא בפתח אחר נתנו לבעה"ב בפתח' וחזר בו בעודו באויר הבית הוי ספקא ולא זכה בה משום דמוקמי' לה בחזקת מאר' קמא אבל אם הפקירו וזכה בו אחר מוציאין מידו ונותנין לבעה"ב עכ"ל.

והנה לכאורה נראה ממה שחיסר לשון הטור שכתב אין בעה"ב יכול להוציאו מידו וגם ששינה וכ' ולא זכה בה וגם ממה שהוסיף וכתב משום דמוקמינן לה בחזקת מאר' קמא מפל זה נראה שכתב כן בש"ע ע"פ מ"ש בב"ה דאפ"י הוא ביד בעה"ב מוציאין מידו ונותנין לנותן דמוקמי' ליה בחזקת מאר' קמא.

(תימה על הש"ע ס"ס רמ"ז) אבל תימה ע"ז דהרי אפילו את"ל שדעת קרא"ש דאפ"י תפס בעה"ב מוציאין מידו היינו לסברתו דלא מהני תפיסה בתיקו אבל הש"ע דאגיל בכ"מ בשטת הרמב"ם דתפיסה מהני בתיקו וכמ"ש בש"פ בדוכתי טובי והבאתי קצת לשונותיו לעיל סימן י"ט א"כ פשיטא דמהני כאן אם תפסו בעה"ב (צ"ל דמ"ש הש"ע ס"ס רמ"ג מייירי שלא תפס הבעה"ב) וע"כ צ"ל דמ"ש בש"ע ולא זכה בו היינו כשלא תפס הבע"ה וכמו שפירשתי לדברי הטור.

ואין להקשות מ"מ בהפקר אמאי מוציאין מהאחר הרי הש"ע ס"ל דמהני תפיסה בתיקו זה יתבאר לקמן סי' ע"ז. ואין להקשות מ"ש קרא"ש שפרק חזקת הבתים גבי אם לא

אמר להם פתבוהו בשוקא והטור סימן רמ"ב דלא מהני תפיסה מספיקא והבאתי לשונם לעיל סי' י"ט אות ו' והתם הוי ממון לק"מ דהתם לא הוי ספיקא דש"ס רק שפתב הרא"ש ואפילו הוי ספיקא דדינא פלומר שמסנפק לנו הדין ולא הנה שום סבר פלל לנטות לכאן או לכאן וכן לשאר ספק שבשטר וכמ"ש לעיל סוף סימן נ"ד ע"ש: סימן לח ואין להקשות לפי מ"ש לדעת הטור ורבי' ירוחם והרא"ש דתפיסה מהני בתיקו בדבר שהוא ממון א"כ אמאי כתב הרא"ש וטור ורבי' ירוחם גבי בעיא דעושה בגפן זה והבאתי לשונם לעיל סימן כ"ג ולא מנכי' ליה מאגר' אמאי לא מנכי' ליה מאגר' הא פשיטא בבעיא דלא איפשטא ותפס אם חזר חבירו ותפס ממנו מהני תפיסה וכמ"ש לעיל סימן י"ט אות ח'.

ועוד דהא הקא הבעה"ב מוחזק באגריה פבר ואמאי לא יועיל תפיס' בעה"ב לנפות לו מאגריה בבעיא דלא איפשטא אלא ודאי התם טעמא אחריןא איכא דמהני תפיסת הפועל ולא משום בעיא דלא איפשטא הא לא קשיא (וגם מדברי מהר"מ יפה שהביא בסמוך מוכח דהטעם דלא מפקינן מיניה הוא משום בעיא דלא איפשטא וכמו שכתבתי) דהא בלאו הכי איכא לאקשוני דהא בתפס ברשות כ"ע מודים דמהני תפיסה בבעיא דלא איפשטא וכמ"ש לקמן סימן נ' ונהרי פאן שהבע"ה מוחזק בשכרו אין לה תפס ברשות יותר מזה ועוד דבלאו הכי יש להקשות על דברי הרא"ש אלו דמ"ש בס' מעד"מ שם על מ"ש הרא"ש ולא מנכי' ליה מאגר' כדאמר לעיל גבי משפנת' ז"ל ותמיה' דהא הרא"ש מסיק התם במשפנתא בפרק איזהו נשך פרינו אפרים דדוקא משפנתא לפי שברשותו היא אבל כי לא משפן גביה סלוקי בלא זוזי לא הוי אפוקי וצ"ע עכ"ל.

(ישוב דברי הרא"ש דפרק הפועלים גבי בעיא דעושה בגפן ומתריץ גם כן קושיות המע"מ שם) ונ"ל ליישב כל זה בדרך אחד והוא דודאי הפועל שתפס גוף הדבר שהספק עליו לא מפקי' מיניה אבל הבעה"ב שחייב לו ממון בודאי ממקום אחר ועל ממון זה שביד בעה"ב לא נפל בו ספק רק על הענבים שאכל הפועל לקח לא מנכי' ליה מאגריה וכן משמע במהר"מ יפה סי' של"ז שם ונ"ל ואי אכיל לא מפקי' מיניה שנהרי ספיקא דדינא הוא והמע"ה מיהו אע"ג שהבעה"ב עדיין לא נתן שכרו והוא מוחזק בשכרו צריך לשלם לו ואינו מנכה בשכרו דקי"ל כל סלוקי בלא זוזי אפוקי ממונא הוא ה"נ פיון שהבעה"ב ודאי חייב לו שכרו אלא שיש לו ספק תביע' על הפועל אם חייב להחזיר לו מה שאכל אם לא ואי הוי מסלקי' ליה בלא תשלום ודאי שכרו הוי פאלו היינו מוציאין ממנו מה שאכל וכבר אמדנו דהמע"ה עד כאן לשונו והשתא מייתי הרא"ש שפיר ראנה ממשפנתא כי היכי דהתם בלא משפנתא מנכי' ליה ובמשפנתא לא מנכי' ליה משום דבלא משפנתא אם כן אנו דנין על גוף הממון שביד המלנה לקח מנכי' ליה אבל במשפנתא' שהוא ביד המלנה שאין דנין על גוף המשפנתא רק על החוב לא מנכי' ליה להוציא המשפנתא מתחת ידו ה"נ הקא פיון שחייב לו שכירות בודאי ואין הספק בגוף השכירות רק בענבים שאכל לא מנכי' ליה.

ואין להקשות דהא כתבתי לקמן סימן ק"ח דאפי' תפס דבר אחר מהני תפיסה למאן דס"ל דמהני תפיס' בספיקא דדינא ועוד דהקא פיון שחייב לו ממון כ"ע מודו דמהני תפיסה וכמים מהרש"ל פ"ק פיצד הרגל סימן ה' והבאתי לשונו לקמן סימן ק"ח י"ל דשאני הקא פיון דהפובש שוכר שכיר עובר בחמשה לאוין וגם בעשה וכמ"ש הטור ח"מ ר"ס

של"ט אם כן לא מהני תפיסה מכת ספק ממקום אחר ודוק: סימן לט ואין להקשות לפי מ"ש לדעת הטור ורבי' ירוחם דבקנס לא מהני תפיסה בבעיא דלא איפשטא שיהי פתב רבי' ירוחם בנתיב י"ג מ'כרו לעכו"ם לל' יום או חוץ ממלאכתו או חוץ משבתות וי"ט או לגר תושב ולכותי ולישראל מומר או חוץ המצות כל אלו בעיא ולא איפשטא ואם תפס העבד פדי דמיו אין מוציאין מידו עכ"ל וכן פתב הטור בי"ד ס"ם רמ"ז בסתם בשם הרמב"ם והוא ברמב"ם פ"ח מה' עבדים והא התם קנס הוא שקנסו חכמים שהמוכר עבדו יצא לחרות וכדאיתא להדיא בש"ס פ'רק השולח ובטור ורבי' ירוחם שם וכמ"ש גם הרמב"ם שם.

ונראה שטעם זה השיג הראב"ד על הרמב"ם שם ונ"ל א"א אין תפיסה מועלת בקנסות אלא במי שחסרו ממון עכ"ל והמגדול עוז שם פתב על השגת הראב"ד ונ"ל ואני אומר סברא זו מחלוקת ישנה בנזקין פ'רק המניח את הפד גבי מזיק שעבודו של חבירו ש"ס מתני' דכור מנה שנגח לשור שנה מאתים כו' ופ'רק הגוזל קמא שורף שטרות של חבירו ועיקר זאת ההלכה פ'רק השולח אבל אפילו לאותו דרף איני רואה מוסר ממון פנה בעולם והוא נראה לעין שהעכו"ם אין לו רחמנות ומשתעבד בו בפ'רף ומייגעו ומכחישו בגופו ובממונו וכ"ש המצות שהם יותר מן הממון תדע כי מפני זה שהפקיעוהו מן המצות קנסוהו עד כאן לשונו גם בפ'רף משנה שם פתב על דברי הראב"ד ונ"ל ואין בדבריו הכרע ואפ' לפי דבריו מה שהפקיעו מן המצות אין לה חסרון גדול מנה ועוד שי'רדה בו בפ'רף וכמ"ש בעל מ"ע עד כאן לשונו (סמ"ע והכ"מ פ"ח מה' עבדי' לא ירדו לסוף דעת הראב"ד שם) ונראה שלא ירדו לסוף דעת הראב"ד דנזאי לא הוי חסרון ממון רק גורם לממון אלא כנזנתו שאין תפיסה בספיקא דדינא מועלת בקנסות פינן שהקנס אין אדם זוכה בו עד שעת העמדה בדין וכמ"ש גם הרמב"ם גופיה שם שקנס זה דעבד אין גובין אותו ודנין אותו אלא בב"ד מןמחין אם כן פינן שפסק הוא לא הוי הב"ד יכולים לגמור דינו ואין מועיל תפיסה בספיקא רק במי שחסרו ממון ולא קנס דאז זוכה בו אפילו בלא ב"ד משא"כ הכא שאפילו הנה נזאי לא הנה רק קנס וכ"כ הראב"ד להדיא בהשגות פ"ב מה' גנבה והבאתי דבריו לעיל סימן י"א וסי' כ"ג.

(ואם כן מוכח להדיא גם מדברי הראב"ד אלו שבפ"ח מה' עבדים שפדבר שהוא ממון ולא קנס מהני תפיסה בבעיא דלא איפשטא וכמ"ש לעיל סי' י"א בשמו עיין שם) ואם כן הדר' קוש'יא לדוקתיה דהיאך פתבו הטור ורבי' ירוחם גבי מוכר עבדו לכותי דמהני תפיסה שהרי התם קנס הוא.

אבל באמת ל"ק מידי בזה על הטור ורבי' ירוחם לפי פירושי ואדרבא בלא פירושי קשה דהא תצטרף לומר דאפילו בממון ס"ל להטור ורבי' ירוחם דנא מהני תפיסה בספיקא דדינא וא"כ היאך פתבו אפי' גבי קנס דמהני תפיסה אבל לפי דפ'ר'ישית דגבי ממון ס"ל דמהני תפיסה רק גבי קנס ס"ל דלא מהני תפיסה אתי שפיר דאף על גב דהראב"ד משיג על הרמב"ם פ"ח מה' עבדים מטעמי דלא מהני תפיסה בקנס וכמ"ש היינו לפי מה דס"ל להרמב"ם והראב"ד דקנס זה אין גובין אותו ודנין אותו אלא בב"ד מןמחין והיא מד' הרב אלפס פ'רק השולח בשם גאון דלא מגבי' האי קנסא אלא בא"י אבל הרא"ש שם

השיג על דברי הגאון בזה ומביאו הטור בי"ד ס"ס רס"ז אם פן לפי זה שפיר הו"ב ד' כולים לכופו לכה מהני תפיסה בספיקא דדינא.

ואין להקשות דמ"מ לא הוי רק תקנ' חכמים וכמ"ש למעלה סימן כ"ז גבי מסור לדעת הטור לדעת הרא"ש פ"ן דלא מחייב אלא מתקנתא דרבנן לא מהני תפיסה וכן גבי נזק שטוען שהיו מרגליות בסל שפתבתי שם לדעת רבי' ירוחם דלא מהני תפיסה בכה"ג פ"ן דלא מחייב אלא מתקנתא דרבנן י"ל דשאני הכא פ"ן שעשו חכמים סיג לתורה שלא למפור עבדו לעכו"ם וקנסו אותו בכך לפדותו עד פדי דמיו אם פן פשיטא דתקנת חכמים הוא לכופו ע"י ב"ד דאל"כ מה הועילו חכמים בתקנתן דכל אחד ימפור עבדו לכותי ואי משום שיהא מותר לקרותו עברין שפבר על דברי חכמים הא בלאו הכי עבר על דברי תורה מה שפבר עבדו לכותי ונמצא זה אינו חושש לאיסור זה משא"כ התם.

ועוד י"ל דהתם במסור ונזק ונזק איך לכופו משום דכ"ן דאין ברור כמה הזיקו רק על ידי שבווע' הנמסר והנזק ויכול להיות שהנמסר והנזק משקר משא"כ הכא ועוד יש לחלק בכמה גונוי ודוק: סימן מ ואין להקשות לפי מ"ש לעיל דהיכא דאי הדין ברור הנה חייב ממונ' והנה הבית דין כופין אותו לשלם סבירא ליה להרא"ש וטור דמהני תפיסה שיהי פתב הטור בסימן ת"י ס"ח ואם סתם אחר כך הטפח או הסיר האבנים שהוסיף מבעיא אם פבר נסתלק מעשה הראשון ונפטר או לאו ולא איפשטא לן ושניהם פטורים מספק ולדברי האומר דמהני תפיסה לספיקא דדינא מאיזה מהם שתפס לא מפקי מיניה עכ"ל.

והא התם ממונא הוא וגובי' אותו בבבל והיו הבית דין כופין לשלם אלו הנה הדין ברור ולמה פתב הטור ולדברי האומר כו' הא בכה"ג אף להרא"ש מהני תפיסה. נראה דלא קשה מידי מפאן מב' טעמים.

נדא דאדרבה מפאן ראיה מדשינה לשונו וכתב ולדברי האומר כו' ולא פתב ולדעת הרמב"ם כמ"ש בשאר מקומות פן בשם הרמב"ם ועוד דאם איתא דלא ס"ל הכי למה פתב ולדברי האומר כו' מפדי דהרמב"ם לא סבירא ליה משפוני נפשיה אליבא דהרמב"ם למה ליה.

אלא ודאי ס"ל הכי וס"ל דגם הרא"ש ס"ל דהכא מהני תפיסה ולא פתב הטור ולדברי האומר כו' אלא משום דידע דאיפא מאן דס"ל דאפי' בממונ' לא מהני תפיסה פגון הר"מ פן נחמן וסייעתו (דין דנזקי אש ובור אין גובי' אותו בבבל דלא שכיח ולכך בתיקו ובעיא דלא איפשט' באש ובור לא מהני תפיסה) ועוד דהרי פתב בהגה' אשרי פרק החובל דמספקא ליה למהרי"ח אי אש ובור גובי' בבבל וכ"פ מהר"ש"ל פרק החובל סי' ה' דאין גובי' נזקי אש ובור בבבל פ"ן דלא שכיחא א"כ גם הטור ס"ל הכי ולכך פתב גבי בור ולדברי האומר כו' לאפוקי לדעת הרא"ש וטור דס"ל דבבור מפקי מיניה פ"ן דלא הוי הבית דין כולים לכופו לשלם.

ורבי' ירוחם שפתב בנתיב ל"א ח"א גבי בור אי ותפס לא מפקי מיניה. והבאתי לשונו בסי' כ"ב ס"ל כמ"ש המרדכי ר"פ החובל בשם ראב"ה וכו' בהגה' אשרי שם בשם א"ז דאש ובור גובין בבבל: סימן מא קושיא בדברי הרא"ש וטור בבעיא דכשכשה

באמתה) אף קשה לפי מ"ש דבדבר של ממון אי הנה הדין ברור הנה הבית דין כופים לשלם מודים הרא"ש וטור ורבי ירוחם בספיקא דדינא ואי תפס לא מפקי מיניה הא פתב הרא"ש גבי בעיא דכשפש' באמתה והבאתי לשונו לעיל סימן ג' ונ"ל ולרבותינו האומרים דכל תיקו אי תפס לא מפקינן מיניה בתצאר הנזק אי תפס מגבי' ליה נזק שלם ובר"ה אי תפס הבהמה מגבי' ליה חצי נזק ולמאי דפרי' דבתיקו אי תפס מפקי' מיניה בתצאר הנזק אי תפס גוף הבהמה מגבי' ליה חצי נזק ממ"נ ובר"ה פטור לגמרי עד פאן לשונו ואמאי לא יועיל תפיסתו בתצאר הנזק לגבות נזק שלם דהא ודאי אלו הנה הדין ברור דהוי פרגל דהוי הבית דין כופי' לשלם דשן ורגל ממון גמור הוא וגובי' בבבל פיון דמועדים מתחלתו וכדאיתא להדיא בש"ס פ"ק החובל ובכל הפוסקים.

מיהו ממ"ש הרא"ש שם לעיל מיניה גבי בעיא דבעטה והתינה במקום שא"א לה אא"כ מנתות ולמאי דפרישית דכל תיקו אי תפס מפקי' מיניה אין נפקותא בבעיא זו אם התינה בר"ה אבל אם התינה כצאר הנזק אי תפס מגבי' ליה רביע נזק עד פאן לשונו.

לא קשיא דסמיה אמ"ש שם קודם לכן דביעוט הוי משונ' וקנסא הוא אם פן ממ"נ מפקי' דאי הנה קרו אין גובי' בבבל פיון דאין מועד מתחלתו ואי הוי רגל הוי משוונה והוי גמי קנסא ולכך מפקי' מיניה ואם התינה בתצאר הנזק אינו גובה אלא רביע נזק והא דבעי ש"ס אי הוי קרו או רגל לאו למימרא דאי הוי רגל הוי משלם נזק שלם מתחלתו דאפילו הוי רגל הוי משוונה ולא משלם לעולם אלא חצי נזק אלא דמבעיא ליה אי הנה קרו וחיבי בר"ה אי הוי רגל ופטור בר"ה וכן מוכח להדיא בטור סימן ש"ץ שפכתב ח"ל ואם הלכה במקום שאי אפשר לה שלא תתיז וביעטה והתינה מבעיא אי אורחא הוא ומשלם פלג' אי לאו אורחא הוא ויש שינוי לצרורות ואינו משלם אלא רביע ולא איפשט' וכתב הרמב"ם שאם היא ברשות הנזק חייב רביע ואי תפס חצי נזק אין מוציא' מידו ואם ברשות הרבים פטור דשמא רגל הוא ואי תפס רביע נזק אין מוציא' מידי דשמא שינוי הוא ואינו תולדה דרגל אנא צרורות בשינוי ולדעת ר"י דלא מהני תפיסה אם תפס בר"ה מפקי' מיניה וברשות הנזק אי תפס גוף המזיק גובי' לו ממנו רביע עד פאן לשונו הרי להדיא דאפילו הוי אורחא לא משלם אלא פלגא וכן יש לדקדק לכאורה מדברי הרא"ש שפכתב פאן גבי בעיא דביעטה והתינה במקום שא"א לה אא"כ מנתות ולדברי האומרים דכל תיקו אי תפס לא מפקי' מיניה ה"נ אי תפס גוף הבהמה משתל' ממנה ח"נ כו' ואמאי לא כ' גמי דלדברי האומרים דמהני תפיסה גובה נזק שלם אי התיקה בתצאר הנזק וכמ"ש מיד אחר כך גבי בעיא דכשפש' באמת' אלא ודאי הכא לעולם אינו גובה אלא ח"נ.

ואם פן לא קשיא בהא מידי אהרא"ש וטור אבל הך בעיא דכשפש' באמתה קשיא וכמו שפכתבתי: סימן מב (דין ר' ירוחם חולק אהטור סי' ש"ץ גבי בעיא דהתינה במקום שאי אפשר לה אא"כ תתיז וס"ל דאי הוי פשיטא לן דהוי תולדה דרגל וצרורות פי אורחא הוי משלם נזק שלם).

מיהו על רבי ירוחם קשה גם בכך דביעטה והתינה במקום שא"א לה אא"כ התיז שפכתב בנתיב ל"א ח"א ונ"ל ביעטה והתינה במקום שא"א לה אא"כ תתיז בעיא ולא איפשטא אם הם צרורות ופטור בר"ה או קרו וחיבי ח"נ ולמי שפסק דכל תיקו לא מפקי' מיניה אי תפס פמו כן בכאן אם תפס הבהמה עצמה גובה ח"נ ואם ברשות הנזק אפי' שאם

תפס מטלטלים גובה נזק שלם וילאוטן שכתבו דמפקי מינייה כמ"ש למעלה אם הוא בר"ה אינו גובה כלל אפילו תפס ואם ברשות הגניק אפי' תפס גובה רביע נזק שמא שינוי לצרורות ואם התינוה בר"ה דתולד דרגל הוא ופטור בר"ה עד פאן לשונו הרי דס"ל דאי הוי פשיטא לן דהוי תולדה דרגל וצרורות כי אורחא הוי משלם נזק שלם שהרי כתב ואם ברשות הגניק אפילו תפס שאר מטלטלים גובה נזק שלם וא"כ קשה אמאי לא מהני תפיסה לאוטן שכתבו דמפקינ' מינייה הא הכא לא הוי קנס רק ממון שהרי הנה משלם נזק שלם אלו הנה הדין ברור: סימן מג ונראה ליישב כל זה דהרא"ש פליג על רבותינו גם במאי דס"ל דכשפשה באמתה לא הוי שינוי אלא ס"ל דהוי שינוי ולעולם לא גבי אלא חצי נזק וכו' צריף ליישב דברי רבי ירוחם דאוטן שכתבו דמפקי מינייה ס"ל דביעוט לעולם הוי משונה וכן כשפשה באמת' ואף על פי שזה דוחק קצת מפל מקום יותר טוב לסבול דוחק אחד משנסבול הרבה דוחקים ועוד דאל"כ תיקשי כל הנה ק שיות שהקשיתי לעיל סי' י"ז וסי' כ' וכ"ב וגם נצטרף לעשות להב"י וד"מ וב"ח בסי' ש"ץ טועי' ושפחני' שלא זכרו דברי הרא"ש וטור בהרבה מקומות (ע"ל סימן כ"ג וכ"ד) וגם נצטרף לומר שהסמ"ע בסימן שס"ג ושע"ג טעה ושכח דברי הרא"ש וטור (ע"ל סי' ל"ד) וזה נדאי אי עולה על דעת לתלות בוקי סריקי בכל הנה אשלי רבבי שהם עמודי ההוראה וכל בית ישראל נשען עליהם הלכך פשיטא ופשיטא דפשיט' שיותר טוב לסבול דוחק אחד שנמצא בזה אתי שפיר כל הנה קושיו' דלעיל ודברי הב"י וד"מ וב"ח נכונים ואפילו אם ירצה איזה בעל דין לחלוק ולומר שאין הדבר כן אלא דעת הרא"ש דאפי' בדבר של ממון לא מהני תפיס' וכן כתוב בשלטי הגבורים פרק פיצד הרגל סוף ד' י"ח ונ"ל ונראה דאפילו בזמן שדנין דיני קנסות דלהרא"ש ור"י לא מהני תפיסת התופס לעשות שזה המזיק ישלם לו ח"נ פיון שהדבר הוא ספיקא דדינא עד פאן לשונו מפל מקום ודאי נראה דהטור ורבי ירוחם לא ס"ל הכי דאל"כ לא הוי הטור כותב בשמנה מקומות ורבי ירוחם בששה מקומות דמהני תפיסה וכמש"ל סימן כ' א"כ ודאי דהעיקר בדעת הכור ורבי ירוחם דמהני תפיסה או שתאמר שהם מחלקין בין ממון וקנס וכה"ג וכמש"ל סימן כ"ו או שתאמר שהם ס"ל עיקר להלכ' כהרמב"ם וסייעתו דאל"כ ודאי לא הוי שתקי מלהזכיר דעת הרא"ש בשום א' מהמקומות הנ"ל ובפרט רבי ירוחם דאפי' במקום שהביא דעת החולקים דלא מהני תפיס' בתיקו לא הזכיר שפך דעת הרא"ש רק כתב כן בשם יש אמרים א"כ פשיטא פיון דבשאר הרבה מקומות כתב בסתם דמהני תפיסה אלמא דס"ל כן עיקר להלכה וקרוב אצלי לומר דגם הרא"ש אף על פי שתמה על הרב אלפסי לענין מעשה הנה חושש לדברי הרב אלפסי שלא להוציא ממון.

עוד נראה לומר והוא העיקר דנדאי גבי קנס וכה"ג לא ס"ל להרא"ש כהרב אלפסי כלל אבל בדבר של ממון אע"ג דסברתו נראה דלא מהני תפיסה מפל מקום למעשה לא ס"ל כן לפי שאין ראיה מספק בכור לממון וכמ"ש למעל' ויש פנים לומר כן כי מאחר שמתחלה תמה על הרב אלפסי דס"ל דמהני תפיסה מפל ספק בכור לאיזה צורך לכתוב אח"כ גבי שאר אבעות ורבותינו האומרים דמהני תפיסה בתיקו כו' אלא ודאי לא תעה אלא גבי קנס אבל במאי דס"ל לרבותינו הדין בשניהם שונה ומפל מקום לענין מעשה אפשר דלא סמך בעצמו ס"ל מסברתו דהדין בשניהם שונה ומפל מקום לענין מעשה אפשר דלא סמך מסברתו להוציא ממון נגד דעת רבותינו ואולי כף הנה מקובל להטור ורבי ירוחם

מִהָרָא"ש וּלְכֹהֵן פְּתוּבֵי בְּרוּב הַמְקוֹמוֹת דְּמַהֲנֵי תְּפִיסָה וְכַה"ג כְּתַבְתִּי לְקַמְן סִי' ע"ד דְּאָפִי
הַפּוֹסְקִים דְּפִלְיָגִי אַהֲרִי"ף י"ל דְּלַעֲנִין מַעֲשֵׂה ס"ל כְּנוֹתִיָּה וְהַבְּאִתִּי רְאֵיָה מִדְּבַרֵי הַרְשָׁבָא
ע"ש (נִרְאֵה עֵינְקָר בְּדַעַת הַטּוֹר וְרַבֵּי יְרוּחָם דְּמַהֲנֵי תְּפִיסָה בְּתִיקוֹ) מ"מ יְהִיָּה אִיָּה שְׂיִהְיֶה
הָעֵינְקָר נִרְאֵה בְּדַעַת הַטּוֹר וְרַבֵּי יְרוּחָם דְּמַהֲנֵי תְּפִיסָה בְּתִיקוֹ וְכִמּוֹ שְׂכַתְבְתִּי: סִימָן מִד
וְהִנֵּה אַחֲרֵי אֲשֶׁר בְּאַרְנוֹ דַּעַת הָרָא"ש וְטוֹר וְרַבֵּי יְרוּחָם וְהַנְּמַשְׁכִּים אַחֲרֵיהֶם בְּעֵנִין סְפִיקָא
דְּש"ס נְבָאָר דַּעַתְם בְּסַפְקָא שְׂאִינוּ מַחְמַת שְׁנִסְתַּפְקוּ בְּהֶם חֲכָמֵי הַש"ס אַף עַל פִּי שְׂאִין כְּאִן
מְקוֹמוֹ עִם כָּל זֶה יַעַן שְׂאֲנַחְנוּ עֲסוּקִים בְּדְבַרֵי הָרָא"ש וְטוֹר וְרַבֵּי יְרוּחָם לֹא נִזְוִז
מִדְּבַרֵיהֶם: וְהִנֵּה כְּבָר הַבְּאִתִּי לַעֲיִל סִי' ל"ד דְּבַרֵי הָרָא"ש דַּפ"ק דְּמַצִּיעָא וּפ"ב דְּכַתְּנֻבוֹת
דְּבַתְּקַפּוֹ כְּהֵן מוֹצִיאִין מִיָּדוֹ דְּלֹא מַהֲנֵי תְּפִיסָה אֲלֵא לְמִי שְׂטוּעֵן בְּרִי אֲבָל הַפְּהוּ הַזֶּה אֲפִילוּ
אַחַר שְׂתַּפְסֵי אִין לוֹ אֲלֵא טַעֲנַת שְׂמָא הַלְכָּהּ מִפְּקִינוּ מִיְּנִיָּה דְּמוֹקְמִי' לֵה בְּחֻזְקַת מֵאָר' קַמָּא
וְהָכִי אָמַר רַב נַחְמָן בְּפֶרֶק בֵּית כּוֹר גַּבֵּי מְרַחֵץ כּוֹ: וְהִנֵּה (קוֹשְׂיָא עַל דְּבַרֵי הָרָא"ש פ"ק
דְּמַצִּיעָא מֵאִי רְאֵיָה מִיְּתִי מֵרַב נַחְמָן דְּלֹא מַהֲנֵי תְּפִיסָה בְּטַעֲנֵי' סַפְקָא) קֶשֶׁה לִי עַל דְּבַרֵי
הָרָא"ש אֵלוּ מֵאִי רְאֵיָה מִיְּתִי מֵרַב נַחְמָן דְּאָמַר כְּוָלוֹ לְמַשְׁכִּיר דְּתַמִּיָּה לֹא מַהֲנֵי בְּטַעֲנַת
סַפְקָא הָא ע"כ הֵתֵם לֹא מִטַּעֲמָא דַּה"ל טַעֲנַת סַפְקָא לֹא מַהֲנֵי תְּפִיסָה אֲלֵא מִטַּעֲם קַרְקַע
בְּחֻזְקַת בְּעֻלְיָה קִיָּמָא וְכַמ"ש הָרִי"ף בְּפֶרֶק הַשְׁוֹאֵל דַּה"מ בְּמַקְרַקְעֵי אֲבָל בְּמַטְלִטְלֵי מַהֲנֵי
תְּפִיסָה וּמִיְּתִי לֵה הָרָא"ש גּוֹפִיָּה הֵתֵם בְּפֶרֶק הַשְׁוֹאֵל וְאָפִי' אִי הָוֵי טוּעֵנִי' הַשְׁוֹכֵר
וְהַמְשַׁכִּיר בְּרִי הָוֵי דִּינָא הָכִי וְאָף עַל גַּב דְּפִשְׁיָטָא דְּרַב נַחְמָן מִיְּרִי נְמִי בְּטַעֲנַת סַפְקָא וְכַמ"ש
לְקַמְן מְפַל מְקוֹם ה"ה אִי הָוֵי טוּעֵנִין בְּרִי נְמִי הָוֵי דִּינָא הָכִי כְּדַמּוּכַח בְּפֶרֶק הַמְקַבֵּל (דָּף
ק"י ע"א) דְּאֶמְרִינוּ הֵתֵם הַהוּא שְׂטָרָא (כְּלו' שְׂטָר מְשַׁכְּנָתָא שְׂאֲכַל הַמְלִנָּה הַפִּירוֹת) דְּהִנֵּה
כְּתִיב בֵּיה שְׁנִין סַתְּמָא מְלִנָּה אָמַר ג' וְלִנָּה אָמַר ב' קִדָּם מְלִנָּה וְאֲכַלִּינָּהוּ לְפִיָּרִי מִי נְאֻמָּן
רַב יוֹדָא אָמַר קַרְקַע בְּחֻזְקַת בְּעֻלְיָה קִיָּמָא הַב כְּהִנָּא אֹמַר פִּירוֹת בְּחֻזְקַת אוֹכְלִיָּהוּ קִיָּמָא
וְהַלְכָתָא פְּנוּתִיָּה דְּרַב כְּהִנָּא וְהָא קו"ל הַלְכָתָא פְּנוּתִיָּה דְּרַב נַחְמָן דְּאָמַר קַרְקַע בְּחֻזְקַת בְּעֻלְיָה
עוֹמְדַת הֵתֵם מִקְלָתָא דְּנָא עֵבִיד' לֵאגְלוּנֵי הָכָא מִקְלָתָא דְּעֵבִידָא לֵאגְלוּנֵי וְאֶטְרוּחֵי בִי דִּינָא
תְּרִי זִימְנֵי לֹא מִטְּרַחֲנִין וּמִיְּתִי לֵה הָרַב אֶלְפָּסִי וְהָרָא"ש הֵתֵם אֶלְמָא דְּרַב נַחְמָן אָמַר
לְמַלְתִּיָּה אֲפִילוּ בְּטַעֲנַת בְּרִי דַּה"ל לֹא הָוֵי פְּרִיָּה בִּש"ס מִיָּדִי לְרַב כְּהִנָּא וְעוֹד מְדַמְשְׁנֵי
הָכָא מִקְלָתָא דְּעֵבִיד' לֵאגְלוּנֵי כּו' אֶלְמָא דָּאִי הָוֵי מִקְלָתָא דְּלֵא עֵבִיד' לֵאגְלוּנֵי הָוֵי מְפָקִי'
מִהַמְלִנָּה וְאָף עַל גַּב דְּטוּעֵן בְּרִי וְכֵן כְּתַב הָרָא"ש גּוֹפִי' שֵׁם וְז"ל וְיִרְאֵה כִּינּוּן דְּקו"ל קַרְקַע
בְּחֻזְקַת בְּעֻלְיָה עוֹמְדַת וְאִין אָנוּ מִיְּחִין הַפִּירוֹתְבִּיד הַמְלִנָּה אֲלֵא מְפָנֵי חֲשֵׁשׁ טְנַרְח ב"ד אִם
מִתּוּ הַעֲדִים וְנִשְׁתַּקַּע הַדְּבָר מִפִּי אַחֲרֵי וְיִרְאֵה לַב"ד שְׂלֵא יוֹכַל הַמְלִנָּה לְבָרַר דְּבַרֵי
מוֹצִיאִין הַפִּירוֹת מִיַּד הַמְלִנָּה לְלִנָּה עַכ"ל אִם כֵּן ע"כ הֵתֵם טַעֲמָא הוּא מְשוּם דְּקַרְקַע
בְּחֻזְקַת בְּעֻלְיָה קִיָּמָא אֲפִילוּ טוּעֵן בְּרִי.

וְהַרְצִיתִי קוֹשְׂיָא זֹו לְפָנֵי הַרְבֵּה לוֹמְדִים וְזֶה אֹמַר בְּכַה וְזֶה אֹמַר בְּכַה וְכֹלָם פּוֹתְרִים הָיוּ
וְאִין קוֹלָם נִכְנָס בְּאַזְנֵי. וְגַם אַחַר כֵּף מְצִאתִי בְּסַפְרָא גְּדוּלֵי תְּרוּמָה שְׁעַר ס"ח דָּף ש"ס ב'
ע"ד שְׂהַרְגִישׁ בְּהָד דְּהַמְקַבֵּל אֲבָל לֹא הַבְּנֵתִי מִש"ש וְלַעֲנִי"ד יֵשׁ לְדַחּוּק דְּחֻזְקַת קַרְקַע
אַהֲנֵי' לֵאחֲשׁוּבֵי סַפְקָא אֲצַל הַשְׁוֹכֵר עַל דְּרָף שְׂכַתְבוּ הַתּו' בְּסוּף הַשְׁוֹאֵל דְּלֵא אֲזִלִּי' בְּתַר
מֵאֵן דְּתַפִּיס הַשְׂתָּא אֲלֵא בְּדִלִּכָּא חֻזְקַת קַרְקַע כְּנִגְדָּה וְדו"ק עַד כְּאִן לְשׁוֹנוֹ דְּמְפַל מְקוֹם
קוֹשְׂיָא כִּינּוּן דְּחֻזְקַת קַרְקַע אַהֲנֵי' אִם כֵּן מֵאִי רְאֵיָה מִיְּתִי מִהֵתֵם לְמַטְלִטְלִים הָא הֵתֵם שְׂאִנֵּי
דְּאֶפִילוּ הָוֵי טוּעֵן בְּרִי דִּינָא הָכִי וְכַמ"ש: הַג"ה וְלִי נִרְאֵה דְּהָרָא"ש מְפָרֵשׁ הַבְּרִיָּתָא מִיְּרִי

דווקא בברי ר"ל שאמרו סתם י"ב דינרין לשנה דינר זהב לחודש ומשפיר טוען ברי בשע' ששכרתי הנה פנונתי ונדעתי על דינר זהו לחודש דווקא ושוכר אומר שדעתי וכוונתי הנה לי"ב דינרין לשנה תמימה וגם חודש העיבור ואילו לא הנה הטעם דרב נחמן דקרק' בחזקת בעליה לא היינו יכולים להוציא מיד השוכר דשוכר אומר אילו הייפי יודע שדעתה וכוונתה לדינר זהב לחודש לא הייתי שוכר מאתה המרחץ ולא איפכת ליה במה שאתה אומר עתה שפך הנה פנונתי וגם גבי איסתר' מאה מעי ה"נ כיון שהוא מטלטלים אי תפס הלוקח וטוען שפנונתי הנה פך על הפחות אין מוציאין מיד הלוקח ויכול לומר למוכר לא איפכת לי במה שאתה אומר עתה שפך הנה פנונתה בשעת מכירה וא"כ לר"ן כשטוען ברי לא מפקי' רק בקרקע משום דמוקמינן בחזקת מרא קמא כיון דיכול להיות ששניהם אומרי' אמת שפל אחד ואחד הנה פנונתו כמו טוען עתה (וא"כ מר"ן נשמע דליתא לרב דסוב' דתפי' לשון אחרון וזהו שדקדק הרא"ש בפרק השואל וקי"ל כר"ן ושמעי' מיניה דליתא ולר"ן וכו' ע"ש) אבל פששניהם טוענין ספק ר"ל שלא טוענין בברי פך הנה בדעתם אף במטלטלים מוקמי' ליה בחזקת מרא קמא וא"כ שמעי' מרב נחמן דבברי הוא חילוק בין קרקע למטלטלים אבל בשמא לעולם מוקמי' בחזקת מרא קמא (וגם י"ל דהרא"ש הוכיח דלא תיקשי ספק בכור דמוציאין מידו והכא סובר ר"ן דאין מוציאין וקשיא הלכתא אהלכתא מ"ה סובר הרא"ש דר"ן מיירי דוקא בברי פנ"ל) ואם כן ניחא נמי דמבי' הרא"ש בפרק קמא דמציעא הא דר"ן להורות דר"ן מחלק בין קרקע למטלטלין ובסוף פתב הרא"ש פלגא כל שפרי כו' ובדבר שהוא מסופ' כו' קאי הפל אמטלטלים וא"כ נימא נמי הא דמקשה הששה סדרים בפרק המקבל משום דגם כאן מוקמי' ליה בחזקת המשפיר משום דקרקע בחזקת בעליה קיימא וס"פ אמאי לא נימא גם גבי מלוג אומר שלש וקמתרץ התם לא עביד' לאגלויי ששניהם מודים שלא אמרו בפירוש ואינם מכחישים זא"ז מה שאין כן גבי שטר מכחישים זא"ז כן נ"ל ברור לפרש דברי הרא"ש ונפקא מינה לדינא להגאון מ"ו ז"ל לעולם מיקרי שמא עד שיכחישו בפירוש ולדידי כשטוען שפך הנה פנונתו מיקרי ברי ולא מפקי' ממונא מיניה ושאני גבי בכור דא"י הפהן לומר שהוא בכור ודו"ק היטב כי זהו נכון ע"כ הג"ה: סימן מה (תירוץ ברור על דברי הרא"ש הנ"ל) אבל הנראה לי בזה דנדאי לא אמרינן התם גבי שוכר דכולו למשפיר אלא משום דהשוכר אינו טוען ברי אבל אי הוי טוען ברי לי שאמרתי לי בפירוש בי"ב דינרין לשנה (דין שוכר אומר ברי לי שהשפרתי לי בי"ב דינרין לשנה אף ע"פ שהשנה היא מעוברת ודר בו כפר י"ג חדש לא מפקי' מיניה שכר של חדש הי"ג ונאמן בהיסת) אע"פ שהשנה היא מעוברת ל מפקי' מהשוכר ואע"ג דמוכח בפרק המקבל דאפי' המלוג טוען ברי מפקינן מיניה שאני התם שידוע שהפירות שאכל המלוג כמה הם רק שפא לזכות מפת שטוען ברי שהשפירו לג' שנים אם כן אמרי' קרקע בחזקת בעליה קיימא וה"ל כאלו הפירות עדיין ברשות הלוג כיון שהפירות באים מגוף הקרקע וידועי' כמה היו ולא מהני טענת ברי של המלוג כיון דלית ליה מגו משא"כ הכא כשטוען השוכר ברי אם כן מעולם לא הנה בקרקע זו פירות י"ג דינרין ולא שייך כאן כלל לומר קרקע בחזקת בעליה קיימא דנהי דהקרקע הוא של משפיר מכל מקום אפשר דמתחלה לא הנה בה פירות רק דינרין ואם כן השוכר שטוען ברי הוא מוחזק וא"כ שפיר מוכיח הרא"ש פ"ק דמציעא מהו דרב נחמן דלא מהני תפיסה מספיקא אלא דפריה בששה

סדרים בפרק המקבל מרב נחמן דאמר בספיקא קרקע בחזקה בעליה קנימא ונהו ליה כתפס אחר שנולד הספק אם פן ה"ל הפירות פאלו הן ברשות המשפיר (דין דמלנה שיש לו שטר משכונה על שנין סתמא ואכל פירות שלש שנים אם הוא לא עביד לגלויי פגון שמתו העדים או הלכו למ"ה מפקי מיניה הפירו' של שנה ג' אף שטוען פרי פינן שיודעים הפירות שאכל וקרקע בחזקת בעלי עומד) ואם פן ה"ה במלנה אף שטוען פרי פינן שהפירות ידועים ה"ל הפירות פאלו הן ברשות הלנה פינן דהפירות פאים מהקרקע וקרקע בחזקת בעליה קנימא ופשיטא דכינן דנהו ליה פאלו תופס המלנה עכשיו הפירות דלא מהני טענת פרי דיליה דפשיטא דאם יתפוס א' משל חבירו בעדים לא מהני אפילו יטעון הרי פן נראה לי ברור ודוק היטב: ולפי (בחנם דחק בסמ"ע סימן שי"ז ס"ק ה') מה שכתבתי נמצא מ"ש בסמ"ע סימן שי"ז ס"ק ה' וזה לשונו או ישבע השוכר כו' ול"ד למ"ש העור והמחבר בסימן שי"ב בהזכיר לו בשכירותו חדש ושנה דאפ' כבר דר שם צריך ליתן לו השכירות מחדש הי"ג דהא כתבתי שם הטעם דהספק שהוא בין ב' הלשונות גם מתחלת החדש הנה מה שאין פן בזה דלא הנה הספק עד השתא דנדאי הנה חייב לו אלא שטוען עתה פרעתיך ואמרין הממון היכא דקאי תיקום עד פאן לשונו דבחנם דחק דבלאו הכי לא דמי דגבי חדש ושנה אינו טוען פרי מה שאין פן בפרעתיך שטוען פרי וכמו שכתב הרא"ש להדיא פרק קמא דמציעא ופרק ב' דכתובות לחלק בכך: סימן מז ואין להקשות דא"כ היאך הביא הרא"ש בפרק השואל ל' הרי"ף דה"מ במקרקעי אבל במטלטלי מהני תפיסה וז"ל ורב נחמן אמר קרקע בחזקת בעליה קנימ' כו' וקי"ל פותי' ושמע' מינה דלית' להא דאמר רב איסתר' מאה מעי מאה מעי מאה מעי אסתר' איסתר' אלא פשמואל דאמר הלך אחר הפחות שבלשונות דמספקא לן אי תפס לשון ראשון או לשון אחרון הלכך הלך אחר פחות שבלשונות כדקי"ל דמספיקא לא מפקי' ממונא אבל אי תפיס לא מפקי' מיניה דה"ל לאחר תפיסה נתבע וה"מ במטלטלי אבל במקרקעי קי"ל פרב נחמן דאמר קרקע בחזקת בעליה עומד' עכ"ל.

הא לפי מ"ש אף במטלטלי לא מהני תפיסה מספיקא לדעת הרא"ש. ואין להקשות דהא בלא פירושו נמי תיקשי הכי דהא בהדיא כתב הרא"ש פ"ק דמציעא ופ"ב דכתובות דלא מהני תפיסה אף במטלטלים בטענת שפא דבלא פירושי יש לדחוק דמ"ש בפרק השואל וה"ה במטלטלי כו' מיירי בטוען פרי אבל לפי מ"ש דבטוען פרי אף בהך דרב נחמן לא מפקי' מהשוכר א"כ היאך קאמר אבל במקרקעי קי"ל פרב נחמן כו' אלא ע"כ מיירי בטענת ספק ואם פן הדר' קושיא לדוכתא.

אבל באמת לק"מ משלשה טעמים הטעם הא' יכילנ' לשנויי (דרך הרא"ש לכתוב בסתם פלשון הרי"ף אע"ג דלא ס"ל הכי) שפן דרך הרא"ש להעתיק ל' הרי"ף אף על גב דלא ס"ל הכי עיין בס"פ אלו טרפות גבי אפרוחים שלא נתפתחו עיניהם כתב הרא"ש פלשון הרי"ף ורבנן סברי פינן שיצא לאויר העולם שרי וכן הלכתא בפ"ק דביצה פסק הרא"ש כר' אליעזר בן יעקב ודלא כרבנן וכ"כ הטור י"ד סימן ט"ו ופסק רב אלפס כת"ק דשרי וא"א ז"ל פסק כר' אליעזר עכ"ל.

א"כ בע"כ צ"ל דמה שכתב הרא"ש פרק אלו טרפות העתיק ל' הרי"ף ולי' לא ס"ל (מה שהקש' בטורי זקב סי' ט"ו דברי הרא"ש אהדדי לק"מ) ובזה ניחא דל"ק מה שהקש'

בס' ט"ז סימן ט"ו דברי הרא"ש אהדדי וכבר השגתי עליו בספרי נקודת הפסוק אשר
חברתי עליו השגות וכן משמע להקדיא מדברי הבעל מעדני מלך (דף קע"ט ע"ב) כמו
שפתי.

ע"ן בס"פ גט פשוט פתב הרא"ש כלשון הרי"ף דקי"ל שעבוד' דאורייתא ובפ"ק דב"ק
פתב הרא"ש ונ"ל ב"ח אינו גובה חובו מן היתומים מעבדי' שהניח להם אביהם דהלכה
כרב נחמן בדיני דאמר עבדא פמטלטלי דמי בכל מילי דרבנן לגבות מן היתומים כו'
עכ"ל והיינו כמ"ש התוס' שם והרא"ש פ"ק הגזול קמא דטעמא דרב נחמן דלא גבי
מעבדי דיתמי דהוי מידי דרבנן דשעבודא לאו דאורייתא עד כאן לשונו (מה שהקשה
בתשובת מהר"א ו' ששון ס"ס רי"ח דברי הרא"ש אהדדי בענין שעבוד' דאורייתא
לק"מ) ושוב מצאתי בתשובת מהר"ר אהרן בן ששון ס"ס רי"ח שהקשה דברי הרא"ש
אלו אהדדי והניח בצריף עיון (ע"ן שם ולפי עניות דעתי נראה ברור כמ"ש) ואף על פי
שיש לגמגם על זה ממה שפתב הטור חושן משפט סוף סימן ח' והרא"ש פ"ק דמציע'
גבי מתניתין דמצא שטרי חוב כו' וכן ממה שפתב הרא"ש ריש פ"ק הנזקין ואף על גב
דקי"מא לן שעבודא דאורייתא כו' והארכתי בזה פספרי (נרא' עיקר בדעת הרא"ש
דשעבוד' לאו דאורייתא וכן דעת התוס' ומרדכי ובעה"ת בשם הראב"ד) מפל מקום
העליתי שם דהעיקר דהרא"ש סבירא ליה להלכה פדעת התוספ' פ"ק קמא דקדושין דף
י"ג ע"ב ופ"ק גט פשוט ריש דף קע"ו וכן פתב המרדכי שם דשעבוד' לאו דאורייתא וכן
בתוס' רי"ד בקדושין דף י"ג ע"ב הוכיחו דקי"מא לן שעבוד' לאו דאורייתא והשיגו על
הרי"ף ע"ש שהארכו בזה וכן פתב הבעל התרומות שער ס"א בשם הראב"ד דשעבודא
לאו דאורייתא ומביאו ב"י בח"מ סי' ק"ד סט"ו ע"ן שם ועוד ע"ן בפ"ק קמא דמציעא
סימן ט"ז פתב הרא"ש כלשון הרי"ף ופריק רב זביד כו' וכן נמי מתנת בריא אף על פי
ששניהם מודים לא יחזיר לא לזה ולא לזה דדילמא כתבו להאי מעיקר' כו' ובסוף הפ"ק
שם פתב דקי"מא לן פאפיי דעדיו בכתומיו זכין לו ואף על פי שהבית חדש בס"מ ס"ה
דחק בזה (מ"ש הפ"ח בח"מ ס"מ סימן ס"ה לדעת הרא"ש לא נהירא) כל מעיין ישפוט בצדק
שדבריו שם לא נהירין כלל וכמו שהארכתי בספרי והעליתי דהעיקר דהרא"ש מתחלה
לא העתיק רק לשון הרי"ף ולזה לא סבירא ליה ולפי אומר לי שהרא"ש כשעשה חבורו
מתחלה עשהו סביב הרי"ף כמו פירוש על דברי הרי"ף וכמו שעשה הר"ן רק אחר כך
עשה מן חבור הרי"ף ומן חבורו הפל חבור אהד ונראה פן בהלכות קטנות שמקצתן
נדפסים הרי"ף ופירוש הרא"ש סביב הרי"ף ומקצתן נדפסים הפל חבור אהד כשאר
מסכתות הרא"ש.

הרי נתבאר טעם אהד דאין קושיא ממ"ש הרא"ש פ"ק השואל כלשון הרי"ף דה"מ
במקרקעי אבל במטלטלי מהני תפיסה: סימן מז הטעם השני אפילו סבירא ליה להרא"ש
פן מכל מקום אתי שפיר דדומי' דקרק' דלא מהני תפיסה קאמר דבמטלטלים מהני תפיסה
דהיינו במקרקעי פיון דבחזקת בעליה קניימא אם פן כל היכא שתפס מיקרי תפס אחר
שנולד הספק אבל במטלטלי אי תפס קודם שנולד הספק מהני אף בטענת ספק לדעת
הרא"ש וכמו שפתוב לקמן סימן ס"ו וה"ה בהד' דהשוכר גופיה (דין השוכר מטלטלים
בי"ב דינרי' לשנה דינר זהב לחודש והשנ' מעונבת אף שאינו טוען ברי לא מפקי'
מהשוכר אם בא המשפ"י בסוף חודש י"ג) אי שוכר מטלטלים ובא בסוף החודש הני פולו

לשׁוֹכֵר וְלֹא הָיָה מִפְּקִי מִיָּגִיה אַע"פ שֶׁהָיָה תְּפֹס בְּעֵדִים כְּגוֹן שִׁדְדוּע שֶׁעָשָׂה בּו מְלֵאכָה י"ג חֲדָשׁ וְלֹא פָּרְשָׁעוּ בְּעַד הַחֲדָשׁ הַי"ג לֹא הָיָה מִפְּקִי מִיָּגִיה כִּינּוּן שֶׁהוּא תְּפֹס וְעוֹמֵד כְּבָר בְּמַעֲוֹת הַשְּׂכִירוֹת אִף דָּאִינוּ טוֹעֵן בְּרִי דְלֹא שִׁינָה בְּמַטְלָטְלִים לֹא מֵר בְּחֻזְקָת בְּעֵלְיָה עוֹמְדָת וְהָיָה לִיה פְּאֵלו תְּפֹס אַחַר שְׁנוֹלֵד הַסְּפֵק אֲלֵא כִּינּוּן שֶׁתְּפֹס כְּבָר לֹא מִפְּקִי מִיָּגִיה הַטַּעַם הַשְּׁלִישִׁי שֶׁהָרֵא"ש הָיָה מְפָרֵשׁ דְּהָרִי"ף מִיָּגִיה בְּתְּפֹס בְּרִשׁוֹת וְכֵן פָּתַב הַבַּעַה"ת שֶׁעַר ס"ח בְּשֵׁם הַרְמַב"ן לְהַדְיָא דְמְפָרֵשׁ דְּבָרֵי הָרִי"ף כֵּן וְזֶה לְשׁוֹנוּ שֵׁם אַחַר שֶׁהִבִּיא פֶל דְּבָרֵי הָרִי"ף דְּפָרְק הַשׁוֹאֵל שֶׁהִבֵּאתִי בְּסִמּוֹן מ"ו וְכַתֵּב הַרְמַב"ן ז"ל מֵה דְכַתֵּב הָרִי"ף בְּפָרְק הַשׁוֹאֵל גְּבִי אֶסְתֵּר דָּאִי תְּפִיס לֹא מִפְּקִי מִיָּגִיה פְּרִוּשׁ לְפִירוּשׁוֹ אִם גַּתָּן לֹא מֵאָה מְעִי בְּרִשׁוֹתֵיאוּ שְׁנָתָן לֹא זֶה הַמַּטְלָטְלִים כִּינּוּן דְּבָרִשׁוֹתֵיהָ יִהִיב בְּרִשׁוֹתֵיהָ קְנִימִי וְהַמַּע"ה ע"כ עַד פֶּאֵן לְשׁוֹן בַּעַה"ת.

וְאִף עַל פִּי שֶׁפָּתַבְתִּי לְעִיל סִימָן י' דָּאִין נִרְאָה כֵּן עֵינָר בְּדַעַת הָרִי"ף מְכַל מְקוֹם כִּינּוּן דְּחֻזְיָנוּ דְּהַרְמַב"ן וְבַעַה"ת מְפָרֵשִׁים דְּבָרֵיו כֵּן שֶׁפִּיר נוֹכַל לֹאמֵר דְּגַם הָרֵא"ש מְפָרֵשׁ כֵּן וְגַם בְּסוֹף פָּרְק קָמָא דְּבַכּוֹרוֹת הִבִּיא הָרֵא"ש דְּבָרֵי הַרְמַב"ן גְּבִי סְפֵק בְּכוֹר גּוֹפִיָה דְּמַהֲנִי כְּשֶׁתְּפֹס בְּרִשׁוֹת וְהִבֵּאתִי לְשׁוֹנוּ לְקָמָן סִימָן נ' (יִשׁוּב דְּבָרֵי הָרֵא"ש ס"פ הַשׁוֹאֵל גְּבִי אוֹשְׁלָן מְרָא לְמַרְפֵּק פְּרִדִּיסִי) וּבְהַכִּי נִיחָא מֵה שֶׁאָמַר הָרֵא"ש בְּסוֹף פָּרְק הַשׁוֹאֵל גְּבִי אוֹשְׁלָן מְרָא לְמַרְפֵּק בִּיָּה פְּרִדִּיסִי רְפִיק בִּיָּה פֶל פְּרִדִּיסִי דָּאִית לִיָּה וּמַהֲדַר לִיָּה קַתִּי וּל"ד לְהָא דְאָמַר בַּפ' הַמוֹכֵר אֶת הַבֵּית גְּבִי הַהוּא דָּא"ל אַרְעָת' דְּבִי חֵיָּא מִזְבֵּנָ' לָהּ דְּמִיעוּט אַרְעָת' שְׁתִּי כו' א"נ יֵד הַלּוֹקֵחַ עַל הַתַּחְתּוֹנָה כִּי הַמוֹכֵר מִןחֻזְק בְּנֻכְסִים אֲבָל הֵכָא יֵד הַמְשַׁאֵל עַל הַתַּחְתּוֹנָה כִּי הַשׁוֹאֵל מִןחֻזְק וְלֹא חֲשִׁיב מְשַׁאֵל מִןחֻזְק כִּינּוּן שֶׁסּוֹפוּ לְחֻזְרָן לֹא כְּדָאֵר לְעִיל קַרְקַע בְּחֻזְקָת בְּעֵלְיָה עוֹמְד' וְאֶפְּלוּ בָּא בְּסוֹף הַחֲדָשׁ דְּהֵינּוּ דְּנֻקָּא קַרְקַע שֶׁאִין יְכוֹל לְהַצְנִיעַ וְלִשְׁנוֹמְטוּ מִיַּד בְּעֵלְיוּ הַלְכָּהּ אֲזַלְיָנוּ בְּתַר חֻזְקָת מְאָרָא קָמָא אֲבָל בְּמַטְלָטְלִים אֲזַלְיָנוּ בְּתַר מֵאֵן דְּתְּפִיס עַד פֶּאֵן לְשׁוֹן הָרֵא"ש וְהוּא מְדַבְּרִי הַתּוֹס' (שֵׁם וְלֹא כְּהַתּוֹס' ר"פ הַמוֹכֵר אֶת הַבֵּית סוֹף דָּף מ"א בְּשֵׁם ר"י ע"ש) וְלִכְאוּרָה קִשָּׁה שֶׁדְּבָרִים אֵלוּ סוֹתְרִים לַמ"ש פ"ק דְּמִצִּיעָא דָּאִף גְּבִי מְטַלְטְלִים לֹא מְהַנִּי תְּפִיסָה מְסַפִּיק' וּמְפַקִּינוּ מִיָּגִיה וְנוֹתְנִים לֵיד מֵאֵר' קָמָא וְהִבֵּאתִי לְשׁוֹנוּ לְעִיל סִימָן ל"ד אֲבָל לְפִי מ"ש נִיחָא דְּבַתְּפֹס בְּרִשׁוֹת מוֹדָה הָרֵא"ש דְּמַהֲנִי תְּפִיסָה וְהֵתָּם גְּבִי אוֹשְׁלָן מֵר' הָיָה תְּפֹס בְּרִשׁוֹת וְכֵן מְשַׁמַּע לְהַדְיָא בְּתַשׁוּבַת מַהֲר"ר דְּוֹד ו' לַב סְפָר א' דָּף כ"ג דְּמַתְרַץ דְּבָרֵי הָרֵא"ש דְּגְּבִי אוֹשְׁלָן מֵר' כו' כֵּן.

ע"ש בְּמֵה שֶׁפָּתַב וּלְתַרְץ זֹאת הַקּוֹשֵׁיָא צְרִיף אֲנִי לְהַתְלַמֵּד וְלְכַתּוּב פֶּל דִּינִי תְּפִיסָה כְּפִי מֵה שֶׁשְׁמַעְתִּי וְלְמַדְתִּי מֵאֲדוֹנֵי אֲבִי כו' וְכֵן פָּתוּב בְּסִפְר גְּדוּלֵי תְּרוּמָה שֶׁעַר ס"ח דָּף ש"ס"ד ע"ד שֶׁכָּהּ פְּנוּנַת מַהֲר"ד ו' לַב בְּתַשׁוּבָה שָׁם.

וּבְסִפְר גְּדוּלֵי תְּרוּמָה הַקּוֹשֵׁה עַל תַּשׁוּבַת ו' לַב וּמְשַׁמַּע מְדַבְּרֵיו דְּמַתְרַץ דְּהָךְ דְּאוֹשְׁלָן מְרָה הָיָה טַעֲנַת בַּר וְכֵן הָךְ שֶׁפָּתַב הָרֵא"ש כְּהַרְב אֶלְפֵס דְּמַהֲנִי תְּפִיסָה בְּמַטְלָטְלִי וְכֵן בְּאַסְתֵּרִי מֵאָה מְעִי.

(דְּבָרֵי הַסְּפָר גְּדוּלֵי תְּרוּמָה לֹא נִהִירִין בְּזָה) וְכַל דְּבָרֵיו לֹא נִהִירִין לִי פֶלֶל וּפְשִׁיטָא דְּהָךְ דְּאוֹשְׁלָן מֵר' לֹא הָיָה אֲלֵא טַעֲנ' סְפֵק וְכֵן הָךְ דַּל' הַרְב אֶלְפֵס לֹא אִיָּרִי אֲלֵא בְּטַעֲנַת סְפֵק דָּאִי הָיָה טַעֲנִין בְּרִי אֶפְּלוּ בְּהָךְ דְּרַבִּי נַחְמָן הָיָה הַשׁוֹכֵר נֶאֱמָן וּכְמוֹ שֶׁפָּתַבְתִּי לְמַעַל' סִימָן מ"ה.

אַלָּא הָעֵינְקֵר כַּמ"ש וְאִין פֿאַן מְקוּם לְהַאַרְיֵה גַם מ"ש בְּתַשׁוּבַת מַהֲר"ד ו' לֵב שֵׁם וּבִשְׁלֵמָא לְתוֹסְפוֹת אַף עַל פִּי דְאִינְהוּ נְמִי בְּהֵיא דְמַר' תִּיְרָצוּ הָאִי תִירוּצָא דְתִיְרָץ הָרָא"ש לֹא קִשְׁיָא לִי מִיָּדִי מַהֲהִיא דְתַקְפּוּ פִּהוּ מְשׁוּם דְאִיפֵא לְשִׁנּוּיִי שְׂאֵנִי דְתַקְפּוּ פִּהוּ דְהוּי תְּפּוּס אַחַר שְׁנוּלַד הַסְּפֵק וְהוּי תְּרַתִּי לְרִיעוּתָא דְלֹא מְצִי טְעִין נְמִי אַלָּא טְעַנְתּוּ סְפֵק אַבְּל בְּהֵיא דְמַר' אַף עַל גַּב דְלֹא מְצִי טְעִין אַלָּא טְעַנְתּוּ שְׂמָא מְכַל מְקוּם לֹא הוּי הַתְּפִיסָה לְאַחַר שְׁנוּלַד הַסְּפֵק אַבְּל הָרָא"ש לֹא חֵלֵק בְּזַה כְּלָל אַדְרַבָּא תְּלֵה הַדְּבָר בְּדִטְעִין טְעַנְתּוּ בְּרִי אוּ טְעַנְתּוּ שְׂמָא וְלֹא חֵלֵק כְּלָל בֵּין תְּפִיסָה דְקוֹדֵם שְׁנוּלַד הַסְּפֵק אוּ אַחַר שְׁנוּלַד הַסְּפֵק עַכ"ל וְכוּ כְּתַב עוּ מַהֲר"ד ו' לֵב סְפָר ב' סִימָן ס"ז דָּף פ"ב ע"ב וְז"ל וְכ"ש שְׂיֵשׁ לְהַסְתַּפֵּק דְדִלְמָא ס"ל לְהָרָא"ש דְהִיכָא דְתַפְס קוֹדֵם שְׁנוּלַד הַסְּפֵק דְמַהֲנִי טְעַנְתּוּ סְפֵק מִמָּאִי דְכְּתַב בְּפִרְקָה הַשְׂוֹאֵל בְּהֵיא גְבָרָא דְאָמַר לְחַבְרִיָּה אוּשְׁלֵן מַר' כו' אִיבְר' מַפ"ק דְמְצִיעָא וּמְפָרְקָא אִשְׁהָ שְׁנַתְּאַרְמְלָה לֹא מְשַׁמַּע הָכִי אַלָּא נִרְאָה מְדַבְּרִי דְבַתְּפִיסָה קוֹדֵם שְׁנוּלַד הַסְּפֵק לֹא מְהַנִּי טְעַנְתּוּ שְׂמָא עַכ"ל וְהַבְּאִתִּי לְשׁוֹנוֹ לֵק' ס' ס"ג (גַּם דְבָרֵי מַהֲר"ד ו' לֵב לֹא נִהֲרִין בְּזַה וְלֹא נִהֲרִיא דְפְּשִׁיטָא דְהָדָּ (שְׂמָא עַכ"ל וְהַבְּאִתִּי לְשׁוֹנוֹ לְקַמְן סִימָן פ"ג וְלֹא נִהֲרִיא דְפְּשִׁיטָא דְהָדָּ) דְאוּשְׁלֵן מְאָרָה נְמִי הוּי תְּפִיסָה אַחַר שְׁנוּלַד הַסְּפֵק דְהָא מִיָּד כְּשִׂאוּמֵר אוּשְׁלֵן מְרָה לְמִיְרַפֵּק פְּרִדִּיסִי נוֹלַד הַסְּפֵק בְּפִירוּשׁ לְשׁוֹן פְּרִדִּיסִי וְדָמִי לְמַשְׁפִּיר בִּי"ב זְהוּבִים לְשׁוֹנָה דִּינַר זְהוּב לְחֻדָּשׁ דְמִיָּד נוֹלַד הַסְּפֵק וְכִמּוֹ שְׂכַתְּבוּ לְקַמְן סִימָן ס"ו גַּם מַה שְׂכַתְּבוּ אַבְּל הָרָא"ש לֹא חֵלֵק בְּזַה כְּלָל כו' אֲזִיל לְשִׁיטְתִּיהָ וְכִמּוֹ שְׂכַתְּבוּ לְקַמְן סִימָן ס"ח מְשַׁמוּ אַבְּל לְפִי עֲנִיּוֹת דְעִתִּי הָרָא"ש מְחַלֵּק בֵּין קוֹדֵם שְׁנוּלַד הַסְּפֵק אוּ אַחַר כְּדָּ וְכִמּוֹ שְׂכַתְּבוּ לְקַמְן סִימָן ס"ו ס"ז וְס"ט ע"ש: סִימָן מַח אָדָּ דְבָרֵי הַטּוֹר ס' מ"ב אִי אֶפְשָׁר לְפָרֵשׁ כְּטַעַם הַשְּׁלִישִׁי וְע"כ צָרִיף לְפָרֵשׁ דְבָרֵי כְּטַעַם הָא' אוּ הַשְּׁנִי שְׂכַתְּבוּ בְּסִימָן מ"ב ס' וְז"ל הוֹלְכִים אַחַר הַפְּחוֹת כְּגוֹן פְּלוֹנִי לְזַה מְפְלוֹנִי ק' זוּזִי דְאִינוֹן ד' סְלַעִין אִין לוֹ אַלָּא ד' סְלַעִים כו' דִּינַד בְּעַל הַשְּׁטֵר עַל הַתַּחְתּוֹנָה וְאִי תַפְס מְטַלְטְלִין מִיָּנִיָּה לֹא מְפָקִי מִיָּנִיָּה עַכ"ל וְלְשׁוֹן דְאִי תַפְס מְטַלְטְלִין כו' מְשַׁמַּע דְהִיָּנוּ שְׁלֵא בְרִישׁוֹת.

וְעוֹד דְל' מִיָּנִיָּה מְשַׁמַּע שְׂתַפְס מְמַנּוּ בְּעַל כְּרַחוּ וְכ"כ בַּסְּפ' גְּדוּלִי תְרוּמָה שְׁם דְל' תַפְס מְטַלְטְלִים מִיָּנִיָּה שְׂכַתְּבוּ הַטּוֹר מְשַׁמַּע שְׁלֵא בְרִישׁוֹת וְגַם בַּסְּמ"ע ס' מ"ב ס"ק כ"ג מְפָרֵשׁ בְּפִשְׁטוֹת דְבָרֵי הַטּוֹר וְש"ע דְתַפְס בְּעֵדִים שְׁלֵא בְרִישׁוֹת וְהַבְּאִתִּי לְשׁוֹנוֹ לְקַמְן ס' נ"ד.

וּא"כ קִשְׁיָא אִמָּאִי מוֹעִיל תְּפִיסָה הָא פְּשִׁיטָא דְתְּפִיסָה שְׁלֵא בְרִישׁוֹת לֹא מְהַנִּי בְּטְעַנְתּוּ סְפֵק לְדַעַת הָרָא"ש וְטוֹר וְכִמּוֹ שְׁנַתְּבָאָר לְעִיל טוֹבִי זִימְנִי וְאַפִּילוּ לְמֵאֵן דְאָמַר בְּתִיקוּ מְהַנִּי תְּפִיסָה מוֹדָה בְּסְפֵק שְׂבִשְׁטֵר וְכַמְש"ל ס' ל"ד לְדַעַת כְּרָא"ש וְטוֹר וְלִיכָּא לְמִימַר דְהַטּוֹר מְפָרֵשׁ דְבָרֵי הָרִי"ף שְׂהִבִּיא הָרָא"ש בְּפִרְקָה הַשְׂוֹאֵל בְּטְעַנְתּוּ בְּרִי דְהָא כְּבָר הוֹכַחְתִּי דְזַה אִינוּ דַּא"כ אִמָּאִי כְּתַב וְה"מ בְּמְטַלְטְלִי אַבְּל בְּמִקְרָקְעִי קִי"ל כְּרַב נַחְמָן כו' וְאִי מִיָּרִי בְּטְעַנְתּוּ בְּרִי דוֹקָא פְּשִׁיטָא דְאָף בְּהוּן דְרַב נַחְמָן אִין מוֹצִיאִין מִהַשׁוֹכֵר שְׂהָרִי הוּא אוּמַר שְׁלֵא הִנֵּה מְעוֹלָם פִּירוֹת י"ג דִּינָרִין בְּקִרְקַע וְכַמְש"ש לְעִיל ס' ע"ה: וְנ"ל (בְּיָאוּר דְבָרֵי הַטּוֹר ס' מ"ב ס"ב) דְהַטּוֹר ס"ל כְּטַעַם הָרִישׁוֹן שְׂכַתְּבִתִּי בְּסוּמָא סִימָן מ"ו דְהָרָא"ש הַעֲתִיק לְהָרִי"ף וְלִיָּה לֹא ס"ל וְס"ל דְהָרִי"ף מִיָּרִי בְּתַפְס שְׁלֵא בְרִישׁוֹ וְכַמְש"ש הַטּוֹר וְאִי תַפְס מְטַלְטְלִים מִיָּנִיָּה לֹא מְפָקִי מִיָּנִיָּה מִיָּרִי כְּשִׁטּוֹעוֹן בַּר וְאֵע"ג דְהָרִי"ף מִיָּרִי נְמִי בְּטְעַנְתּוּ שְׂמָא מ"מ הָעוֹר הוֹצִיא דְבָרֵי מְהָרִי"ף לְעִנְיָן טְעַנְתּוּ בְּרִי.

וכן משמע בב"י סי' מ"ב שהטור הוציא דבריו מדברי הרי"ף דפרק השואל. או שס"ל להטור כטעם השני שכתבתי בסימן מ"ז שהרא"ש הנה מפרש דברי הרי"ף בתפס קודם שנולד הספק.

אבל הטעם השלישי ע"כ לא ס"ל להטור דאי הנה ס"ל להטור דהרי"ף וקרא"ש מייבני ברשות ה"ל לכתוב עיקר הדין שכתבו הרי"ף וקרא"ש דתפיסה ברשות מהני בספק שבשטר אפי' בשמא אלא נדאי דעת הטור כמ"ש ודוחק סימן מט (ביאור דברי ר' ירוחם נתיב ו' ח"ד) אבל ר' ירוחם על פרקו מפרש דברי הרי"ף וקרא"ש דפ' השואל כטעם השני או השלישי שכתבתי בסמוך ולא כטעם הראשון שכתב בנתיב ו' ח"ד ונ"ל שטר שכתבו בו ספק כו' כי מספק לא מקינן ממונא ואי תפס לא מפקי מיניה אלא בראיה ברורה וכל זה במטלטלין אבל בקרקע בחזקת בעליה עומד' ודוקא בדבר דלא עביד' לגלויי כ"כ התוס' וכן הרא"ש ויש מי שכתב דאי תפס מפקי מיניה בשטר שכתוב בו ספק וראשון עיקר וכ"כ רב אלפס עכ"ל הרי להדיא דס"ל דהרא"ש ס"ל כהרי"ף דבספק שבשטר מהני תפיסה ומחלק בין טלטל וקרקע והיינו ע"כ כטעם השני והשלישי שכתבתי ולא כטעם הראשון דהרא"ש העתיק דברי הרי"ף וליה לא ס"ל אלא ס"ל כהרי"ף ודוק: סימן נ (דין ספק שבשטר אם טוען התופס ברי מהני תפיסה אפילו שלא ברשות אפילו אחר שנולד הספק ואם טוען שמא לא מהני תפיסה אלא ברשות או קודם שנולד הספק וכן בתיקו ושאר ספיקא דדינא מהני תפיסה ברשות לכ"ע) ומ"מ לענין דינא לא פליגי ר' ירוחם והטור דלכ"ע בספק שבשטר וטוען ספק לא מהני תפיסה אחר שנולד הספק ובטוען ברי מהני תפיסה אף שלא ברשות אבל ברשות מהני תפיסה אפילו בטענת ספק לכולי עלמא ואפילו הרמב"ן והריטב"א והג"ה וסייעתם דס"ל דתפיסה לא מהני בתיקו וכה"ג וכמ"ש בשמם בסימן ע"ג מודים דתפיס' ברשות מהני וכמו שיתבאר וכ"כ הנמוקי יוסף פ"ק דמציעא להדיא דבין בספיקא דדינא או בשאר ספק אי תפס ברשות מהני והבאתי לשונו לקמן סימן נ"ג וכן הוא בחדושי הריטב"א פ"ק דמציעא וכן הר"ן דס"ל בבבבא דלא איפשטא לא מהני תפיסה ס"ל דתפס ברשות מהני וכמ"ש הנמוקי יוסף בשמו פ"ק דמציעא גבי בעיא דא"ל משנה בהמה זו וקני כלי' שעליה פיון דבעי' לא איפשטא אי משיך בכה"ג לא מפקי מיניה דה"ל תופס ברשות וכ"כ הב"י בשם הר"ן בס"ס ר"ב והבאתי לשונו לק' סי' נ"ט וכן נראה מבואר מלשון הרמב"ן שהביא הרא"ש בפרק החולץ וז"ל והשיב הרמב"ן ז"ל פיון דלכאורה נראה לבני הישיב' דר' אבא פרבנן כו' ועוד דלא תהא אלא ספיקא והיבם תפוס ברשות והנכסים ביד בניו ועל הספק להביא ראיה קדין כל ספק ותיקו שבדיני ממונות עכ"ל וא"כ ה"ה בספק שבשטר דאע"ג דהיכא דטוען ספק לא מהני תפיסה מ"מ בתפס ברשות מהני תפיסה אף בטענת ספק ואף ט"ג דכתבתי לעיל סי' ל"ד דספק שבשטר גרע מספיקא דש"ס לדעת הרא"ש וטור היינו בתפס שלא ברשות אבל בתפס ברשות אינו נראה לחלק בכך דהא טעמא דתפס ברשו' מהני פיון דנתנו לו ברשות ה"ל איהו בעלים ואיך המע"ה וכמו שאכתוב בסמוך לשון הרמב"ן וקרא"ש ספ"ק דבכורות ואם פן אין חילוק וכ"כ גם פן הבעה"ת שער ס"ח בשם הרמב"ן גבי ספק שבשטר גופיה דתפיסה ברשות מהני והבאתי לשונו לעיל סי' מ"ז וכן הביא הבית יוסף סימן מ"ב מחו' ה' תשובת הרשב"א גבי ספק שבשטר שכתב ומיהו אי מטלטלים גינהו ותפס מדעת הבעלים קנינהו כו' ע"ש.

ועוד דברי כל עיקר ראיות הפוסקים האומרים דתפיסת ספק לא מהני הוא מספק בכור דתקפו פהן מוציאין מידו כדאיתא בהרא"ש ושאר פוסקים פרק קמא דמציעא ופרק בא דכתובות והא בהה דספק בכור גופיה כתב הרא"ש והרמב"ן סוף פרק קמא דבכורות דמהני תפיסה ברשות וז"ל הרא"ש שם אבע"ל להו מהו לפדות בנדמה כו' ולא איפשטא הלכה אין פודין בו ואם פדה בו ולא נתנו לכהן עד שמת פטר חמור יהנה הישראל בטלה ופטר חמור יקבר ואם אחר שנתנו לכהן מת פטר חמור יקבר והטלה לפהן דלא אמרינו תקפו פהן מוציאין אותו מידו אלא פשתקפו אבל נתנוהו לו בעלים הדר הוי ליה פהן בעלים והוי ליה בעלים המע"ה פדתנו בפרק יש בכור לנחלה ר' עקיבא אומר אם נתן לא יטול ואם לא נתן לא יתן והכי אומר גבי כל ספק דממונ' גבי כור בני סאה בסלע אני מוכר לך ראשון ראשון קנה דמספקא לן אי תפס לשון ראשון אי תפס לשון אחרון משום דתפיס קנה וכן בפי השוכר את האומנין השוכר את הספינה וטבעה לה בתצי הדרה ר' נתן אומר אם נתן לא יטול ואם לא נתן לא יתן משום דספיקא הוא ולא מפיקין ממונא ממאן דתפיס הואיל ותפיס ברשות אבל תקיפה לא מהני.

הרמב"ן ז"ל עד כאן לשון הרא"ש. וכו כתב התוס' פרק יש בכור (דף מ"ח) ריש ע"ב וזה לשונו אבל לקמן קשה גבי מת ביום שלשים דקאמר ר' עקיבא אם נתן לא יטול ואם לא נתן לא יתן דכיון דאם לא נתן לא יתן השתא נמי כשנתנו ליהוי כתקפו פהן דמוציאין מידו כדאמרינו בפרק שנים או חזין וי"ל פיון דמתחלה נותן לו בתורת מתנות פהנה אע"פ שלאחר כך נתגלה שאם לא נטל לא היה ראוי ליטלו מספק לא אמרינו מוציאין מידו וכן ההוא דבא באמצע חדש בסוף השואל דאף על גב דבתחלת החדש פולו למשכיר לא מדמינו ליה לתקפו פהן עד כאן לשונו וכן מוכח להדיא מדברי הסמ"ע סוף סימן שצ"א שהבאתי לעיל סי' י"ח דבתפס ברשות פולו עלמ' מודו דמהני בתיקו ע"ש: הנה בארנו דעת הרא"ש וטור דיני ספק שבשטר וכה"ג: סימן נא ועתה אבוא לבאר דברי ר' ירוחם שכתב בנתיב ו' ח"ה גבי עדות דתרי ותרי דפרק ב' דכתובות וז"ל וכתב רש"י ומה שאמרנו אין נאמנים אף על גב דלא מגבי ביה לא קרעינו ליה ואי תפס מלוה לא מפיקין מיניה מגו דאי בעי אומר לא תפסתי וכן כתבתי בתפיסת הדיינים ובחזקת המטלטלי מאחר שנולד הספק קודם התפיסה מהני מספק ולא מפיקין מיניה וגם שטוען ברי לא מהני תפיסה אלא אם כן התפיסוהו ב"ד או התפיסוהו הלנה קודם שבאו העדים אפילו טוען ברי וה"ר יונה כתב אפילו התפיסוהו בית דין אפילו מטלטלי קודם שנולד הספק פשיבואו העדים האחרונים מוציאין מידו והרא"ש כתב פי מהניא תפ סה בכל ענין מאחר שטוען ברי אפילו קודם שנולד הספק ודוקא במטלטלים עד כאן לשונו ובדקתי בר' ירוחם דפוס קוסטנטיני ובדפוס וינצ' ונמצא בשני הדפוסים כן (דברי ר' ירוחם נתיב ז' ח"ה תמוהים) ודברים אלו תמוהים ואי אפשר ליישבם אם לא ע"פ ההג"ה שכתב לא מפיקין מיניה מגו דאי בעי אומר לא תפסתי כו' ופשיטא דמאן דס"ל דמהני תפיסה היינו אפי' בתפס בעדים דאי בלא עדים פשיטא דאפי' בלא שטר כלל ואפי' בלא עדות כלל נאמן במגו וגם לא היה ה"ר יונה ולא שום אדם חולק בזה דכל הש"ס מלא בזה בפרק המקבל ובפרק חזקת הבתים ובמסכת שבועות ובשאר הרבה מקומות דתפיסה בלא עדים מהני היכא דאית ליה מגו ועוד דאי הוי רש"י מיירי דוקא דנאמן משום מגו

א"כ מאי נ"מ דלא קרעינן ליה הא אפי' קרעינ' ליה יהא נאמן כשיתפוס שלא בעדים אם יהיה לו מגו.

ועוד דא"כ מה נתחבטו התוס' פ"ב דכתובות וקרא"ש שם ושאר כל הפוסקים ליישב דנא דמי לספק בכור ושוכר ומשכיר הא פשיטא דבלאו הכי לא דמי פיון דאית ליה מגו (דין בספק שבשטר מהני תפיסה אפילו בעדים דלית ליה מגו) אלא פשיטא דלרש"י וקרא"ש והפוסקים העומדים בשטתו מהני תפיסה אפילו בעדים וכן הוא להדיא בתשו' הרשב"ם סימן תקע"ב שהבאתי לקמן סימן ר"ם וכן מבואר להדיא בדברי הרב המגיד סוף ה' מלנה ולנה וז"ל אבל מה שכתב ואם תפס בעליונה אין מוציאין מידו י"ל דדוקא בתפס שלא בעדים אבל מתוך מה שאמרו אוקי תרי להדי תרי ואוקי ממונא בחזקת מארי' ואי תפס לא מפקי' מיניה ופירשו דאפילו דבתפיס בעדים משמע דה"ה לכל ספק שטר עכ"ל וכ"כ הנ"י פ"ק קמא דמציעא להדיא דאין חילוק בזה בין תפס בעדים או שלא בעדים וכן כתב הר"ן פ"ב דכתובות דאפילו תפס בסהדי לא מפקינן מיניה דכל תרי ותרי אמרינן זוזי היכא דקיימי תיקום כו' ואפילו למאי דכתב הר"ן שם מתחלה דאיכא מ"ד דדוקא תפס שלפי בעדים אבל תפס בעדים מוציאין מידו כו' אין הטעם משום מגו וכמ"ש רבינו ירוחם דהא כתב שם וז"ל וכי תימא אי הכי תיפוק ליה משום מגו דאי בעי אמר לא תפיסנ' י"ל דאי קאמר ידענא בהני סהדי דמהימני אה"נ כו' אלא ה"ט דאי תפס בעדים קאי ברשות' דמרא קמא.

ומ"מ לענגן דינא ודאי קי"ל דאפי' תפס בעדים מהני וכמ"ש וכן יתבאר עוד לקמן סימן ק"ל: סימן נב (נ"ל שיש טעות בדברי רבינו ירוחם) ונראה שיש טעות בדברי ר' ירוחם וכו' צ"ל דאי תפס מלנה לא מפקינן מיניה אפילו תפס בעדים בענגן דלית ליה מגו דאי בעי אמר לא תפסתי כו' וכן מוכח ממ"ש וכן כתבתי בתפיסת הדיינים ובחזקת המטלטלים כו' ואעתי' לשונו בסמוך מ"ש בתפיסת הדיינים ומ"ש בחזקת המטלטלים (כו' ואעתיק לשונו בסמוך מ"ש בתפיסת הדיינים ומ"ש בחזקת המטלטלים) ושם לא הוזכר דבר דמהני תפיסה משום מגו ואדרבה משמע משם איפכא וכמו שיתבאר וגם ל' ר' ירוחם זה מוכח מיניה וביה שיש טעות בדבריו שכתב וכן כתבתי כו' מאחר שנולד הספק קודם התפיסה כו' ול' זה הוא מוטע' דהאאי נולד הספק אחר התפיסה פשיטא דמכ"ש הוי מהניא תפיסה וקאמר מאחר שנולד הספק קודם התפיסה כו' ועוד שכתב וגם שטוען ברי לא מהני תפיס' כו' ודברים אלו אין להם הבנה כלל.

ועוד שכתב וקרא"ש כתב כו' אחר שטוען ברי אפילו קודם שנולד הספק כו' וקרי להרא"ש מהני תפיסה כשטוען ברי אפי' לאחר שנולד הספק אלא ודאי כל דברים אלו מוטעים וצ"ל כמו שכתב בנתיב תפיסת המטלטלים סוף נתיב י' וז"ל כל מי שמוחזק בדבר ותופס וטוען ברי מהני תפיסה ולא מפקינן מיניה ואם טען ספק לא מהני תפיסה לאפוקי מחזקת מארי קמא כף הוא דעת התו' ויש מי שכתב כי אפי' טוען ודאי לא מהני תפיסה אחר שנולד הספק אא"כ תפס קודם שנולד הספק ורבי' יונה כתב דלא מהני תפיסה אלא כשהתפיסוהו בית דין או הלנה קודם שפאו עדים כגון שהיא דאנוסים היו פסולים היו דתרי ותרי ניהו ור"מ כתב דאף התפיסוהו ב"ד קודם הספק כשיבואו עדים

האחרונים מוציאים מידו בין בקרקע בין במטלטלים והרא"ש כ' כי כל זמן שטוען ברי מהגני תפיסתו ואין מוציאים ממנו במטלטלים אבל בטוען שפא לא מהגני תפיסה עכ"ל.

ודברים אלו נכונים ומסונדרי עפ"י דברי הרא"ש פ"ק דמציע' ופ"ב דכתובות שהבאתי לעיל סימן ל"ד גם בדין תפיסת הדיינים בנתיב א' ח"ה לא הזכיר מתפיסה מגו רק ו"ל שם שנים שנתעצמו על דבר אחד ולא נתברר ואמר האחד תפסוהו בית דין עד דמייתי ראיה לא תפסי' וכל דאלים גבר ואי תפסי לא מפקינן מיד ב"ד כו' וע"ש: סימן נג הנה נתבאר שדעת הרא"ש והטור ור' ירוחם דבכל ספק בשטר היכא טוען התופס ברי מהגני תפיסה אפילו שלא ברשות ואע"ג דדעת הנ"י פ"ק דמציעא אינו נראה פן אלא משמע מדבריו דווקא כהה דפ"ב דכתובות דתרי ותרי מהגני תפיסה הא בשאר ספק שבשטר לא מהגני תפיסה אפילו טוען ברי אא"כ אית ליה מגו שכתב ו"ל וא"ת היכי אמרי' דכל ספק דממונא אי תפס תובע מפקי' מיניה והא אמרינן בפ"ק האשה שנתארמלה וימנן דתפסה מאתים ואמרה אנא בתולה הנאי והא דלא אעברי קמאי איתנוסי הוא דאיתנוס אלא דתפיסה בספיקא דממונא מהגניא ולא אמרינן אוקי ממונא בחזקת מארני' י"ל התם טעמא דמילתא משום דמילתא דעבידא לאגלוני הוא דרוב הנשאות פשהן בתולות יש להן קול ובמילתא דעבידא לאגלוני לא מפקי' ממונא מרשות התופס כדי להעמידו אחזקה דמרני' קמא וראיה לדבר מדאמרינן בפ"ק המקבל שהוא שטרא דהיה פתוב ביה שנין סתמ' מלנה אומר חמש ולנה אומר ג' מי מהימן פי' כגון שקדם מלנה ואכלינהו לפירות ואסיקנא פירות בחזקת אוכליהן הן עומדים ומקשינן והא קי"ל הלכתא פותיה דרב נחמן דאמר קרקע בחזקת בעליה עומדת ומפקינן התם לאו מילתא דעביד' לאגלוני הוא אבל הכא מלתא דעבידא לאגלוני היא ואטרוחי בי דינא תרי זימני לא מטרחינן אלמא דבמילתא דעבידא לאגלוני שבקינן ממונא ברשות דמאן דתפיס ולא מהדרינן ליה למרני' קמא.

וא"ת דהא אמרינן בפ"ק האשה שנתארמלה פנים החתומים על השטר ובאו שנים אחרים ואמרו פתב ידן הוא זה אבל אנוסים היו קטנים היו נאמנים ואם היה פתב ידן יוצא ממקום אחר אין נאמנים ומקשינן ומגבינן ביה תרי ותרי גינהו ואסיקנא דלא מיקרע קרעינן ליה ולא אגבוני מגבי' ביה אלא אי תפסי לא מפקי' מיניה ואמאי והא התם לאו מילתא דעביד' לאגלוני הוא דתרי ותרי גינהו ותרי פמאה גינהו ונהו לן למימר אוקי ממונא בחזקת מרי' ולא מהגני ליה תפיסה י"ל דכל תרי ותרי לא אמרינן אוקי ממונא אחזק מ"ק משום דבכל תרי ותרי סמכי בנדאי ואינו בדין שנוציא ממון מרשות התופס פיון ששני עדים מעידים כדבריו.

ואף לעגנן איסור הדין פן דלא אמרינן היכא דאיכא תרי ותרי לא אמרינן אוקי מילתא אחזקתהפדמוכח ההיא דינאי המלך פ"ק האומר בקי ושין אבל כל ספיקא דממונא דלאו מפח חרי ותרי אתי ונאי מילתא דעבידא לאגלוני היא אפילו תפס תובע מפקינן מיניה.

ומיהו ה"מ דתפיס שלא ברשות אבל תפיס ברשות אפילו בכה"ג לא מפקינן מיניה ראיה לדבר מדאמרינן בסוף פ"ק השואל פ"ר בשלשים סאה בסלע אני מוכר לך ראשון ראשון קנה פלוני דאף על גב דאיכא לספוקי משום לשון ראשון שאמר פ"ר בשלשים שלא היה דעתו שיקנה אלא אחר שימשיך כל הכור ולא ראשון ראשון פיון דמספקא מילתא משום לשון אחרון שאמר סאה בסלע אמרינן דראשון ראשון קנה וטעמא דמילתא משום

דברשות תפיס וזה שפירשו שם בששה סדרים התם מטעמא מאי משום דתפיס הכי נמי
הא תפיס פלומר שתפס ברשות.

והיינו נמי דגרסינו בפרק השוכר את האומנים השוכר את הספינה וטבעה לו בתצי הדרד
רבי נתן אומר אם נתן לא יטול אלמא דאם נתן ברצונו אין מוציאין מידו. (דין בקרקע
לא מהני תפיסה אפי' ברשות) ומיהו כי אמרי' דבספיקא דממונא תפיסה ברשות מהני
הני מילי במטלטלי אבל במקרקעי אפילו ברשות לא מהניא וראיה לדבר דקי"ל כרב
נחמן דאמר בסוף השואל דפלוגתיהו דשוכר ומשכיר בחדש העבור פלו למשכיר משום
דקרקע בחזקת בעלים עומדת והא התם ברשות תפיס דהתם נמי בששה סדרים מדמינן
לה לכור בל' סאה בסלע שהוא תופס ברשות וכמו שכתבנו ואפילו הכי אמרינן דקרקע
בחזקת בעליה עומדת ולא מהני בה תפיסה ובזה יפה כח הקרקעות מפח המטלטלין אבל
לענין תפיסה שלא ברשות כי היכי דלא מהני בקרקעות פה לא מהניא במטלטלים.

ומיהו היכא דספיקא דממונא איתיה מחמת טענותיהן של בעלי דבר שהם מכחישים זה
את זה ולא נתברר לנו האמת בכה"ג אי תפס שלא בעדים מהני ליה תפיסתו מגו דאי
בעי אמר להד"מ אבל היכא שהספק הוא מחמת הדין בעצמו לא מהני תפיסה אפילו שלא
בעדים דהא ליכא למימר מגו ובכל הני גוונני דאמרינן דלא מהני' תפיסה הני מילי בספקא
דממונא שדינו לנתבע לקולא דאיכא למימר אוקי ממונא בחזקת מריה אבל תיקו שדינו
שיחלוקו שאין אחד מוחזק יותר מחברו אם תפס אחד מהם אין מוציאין מידו וכן כתב
הרי"ף ו"ל בהנהגה בעיא דבריש פרק המפקיד שעלו בתיקו ופסק בהם הרב ז"ל דחולקין
משום דקיימא לן דכל ממון המוטל בספק דליכא לאוקמיה אחזקת דמריה קמא חולקים
דאם קדם חד מנייהו ותפס לא מפקינן מיניה: אמר המחבר פללא דספיקא דממונא.

בספיקא דממונא יש שני מינין הא' היכא שמוחזק הא' יותר מחברו דקיימא לן קולא
לנתבע הוא המין האחד והשני היכא שהאחד אין מוחזק יותר מחברו. במין שא' מוחזק
מחברו יש שני חלקים הא' כשהספק הוא מחמת הדין דעצמו פגון ספק בכור או כור בל'
וכינצא בהם והשני הוא שהספק הוא מחמת טענותיהם פגון זה אומר שלי וזה אומר שלי
בחלוק שהספק הוא מחמת הדין בעצמו והתובע תפס אי מפקינן מיניה או לא תלוי הדין
כד' תנאים במילתא דלא עבידא לאגלויי ושללא? הא תרי ותרי ושללא? הא ברשות ושיהיו
מטלטלים שאם איכא תרי ותרי ואי עבידא לאגלויי לא מפקינן וכן אם הוא ברשות
ובמטלטלי אבל במקרקעי אפי' ברשות מפקי' אבל אין חילוק בין אי תפס בפני עדים או
שלא בפני עדים והשני שספק מחמת טענותיה' יש חילוק בדין בין תפס בפני עדים או
תפס שלא בפני עדים משום דשלא בפני עדים איכא מגו.

במין שאין הא' מוחזק יותר מחברו יש חילוק בדין בין אין שום אחד תופס בו דאז קדם
הא' ותפס בין בפני עדים בין שלא בפני עדים לא מפקינן מיניה ובין אם שניהם תופסים
בו דאז קדם האחד ותקפו מחברו והנה צונח מעיקרא מפקינן מיניה והכל מפנין בפני
ע"כ עכ"ל נ"י: סימן נד מפל מקום נקטינן בהא ככראיספהרא"ש וטור ורבי' ירוחם דבכל
ספק שבשטר וטוען התופס ברי מהניא תפיס' אף שתפס בעדים ושללא ברשות שפן נראה
גם כן להדיא דעת התוס' (דף כ' ע"א) והמרדכי פרק ב' דכתובות ותשובת מימוני דספר

משפטים סימן ל"ט וכן בתוס' פ'רק בית כור דף ק"ה סוף ע"א וכן מוכח להדיא מדברי ה' המגיד שהבאתי לעיל סימן נ"א וכן דעת מהרי"ק שורש קס"א.

רק שכתב שם מהרי"ק דמדברי הסמ"ג עשין צ"ה שהבאתי לעיל סימן ב' משמע לכאורה דאפי' היכא שהמחזק טוען ברי לא מהניא תפיסה מדהבי' ראיה מפ"ק דכתובות א"כ משמע דלא מחלק בין טוען התוקף ברי או לא דא"כ מאי ראיה מיימי ניםא דשאני התם דהלנה טוען ברי ומנ"ל דיש לחלק בין תפס קודם שנולד הספק או אח"כ כו' והבאתי לשונו לקמן סע"ה (מ"ש מהרי"ק שורש קס"א דמדברי הסמ"ג מוכח דאפילו טוען המחזק ברי לא מהני אחר שנולד הספק לפע"ד לא מוכח מידי) ולפי עניות דעתי משום הא לא מוכח מידי די"ל דהסמ"ג מודה מבחין דבברי מהני תפיסה בכל ענין אפילו תפס אחר שנולד הספק וכמו שכתבו התוספות אלא דמשמע ליה דהך דפ'רק ב' דכתובות מסתמא משמע בכל גונוי אפילו טוען המלנה שמה וקמו שכתוב בחדושי ריטב"א פ"ק דמציעא בשם הראב"ד והר"ן פ'רק ב' דכתובות בשם איפא מ"ד דמפרשים הך דפ'רק ב' דכתובות שהמלנה טוען שמה כגון שמצא שטר זה בין שטרותיו ואינו ידוע מה טיבו כו' ע"ש.

ועי"ל שהרי הסמ"ג לא הביא ראיה מפ"ב דכתובות רק שכתב וכן פירש"י פ"ב דכתובות כו' ור"ל דלפי מ"ש קודם לכן דתפיסה קודם שנולד הספק מהניא יש לפרש גם דברי רש"י כן ועיקר ראיתו הוא ממסכת בכורות לר"ע כו' תד שהרי בראי' זו שהביא ממסכת בכורות כ' תדע שהרי במסכת בכורות כו' ובהך דפ"ב דכתובות לא כתב לשון תדע או לשון ראיה אלא משמע כוונתו כדפי'.

תדע דע"כ הסמ"ג גופי' מודה דבברי מהני תפיסה דהא מהרי"ק גופיה כתב שם דלא רוקא בטענת ברי אלא אפינו טענת קים לי דחשיב' כטענת ברי והבאתי לשונו לקמן סימן ע"ט אלמא דמאן דס"ל דבפלוגתא דרבנותא מהני תפיסה כ"ש דס"ל דבטענת ברי ממש מהני תפיסה והוא פשוט ומבואר ג"כ מעצמו (וכן משמע להדיא במהרי"ק גופיה שם דלהסמ"ג לא מהני תפיסה בפלוגתא דרבנותא ע"ש) וכיון שהוכחתי לעיל סימן ז' דס"ל להסמ"ג דאפי' בתיקו מהני תפיסה אפי' אחר שנולד הספק כ"ש בפלוגתא דרבנותא וכמ"ש לקמן סימן ע"ט דאפילו מאן דס"ל בתיקו לא מהני תפיסה מודה בפלוגתא דרבנותא מהני תפיסה א"כ כיון דס"ל להסמ"ג דבתיקו מהני תפיסה פשיטא דפשיטא דבטענת ברי ממש סבירא ליה דמהני תפיסה וזה נראה לי ברור ודלא כמהרי"ק לדעת הסמ"ג.

ומכל מקום לענין דינא גם מהרי"ק גופיה כתב שם דסמכינו אשנויא קמא דתוס' דתפיסה בטענת ברי מהני בכל גונוי וע"ש. וכן נראה להדיא דעת הת"ה סימן שכ"א וכן נראה מדברי שאר פל הפוסקים ומהר"ר יוסף ו' לב כתב בספר א' סימן מ"ו דף ע"ו ע"א וסימן ס"ז דף צ"ד ע"ד דתפיסה אחר שנולד הספק לא מהני לפי דברי רוב הפוסקים אפילו כשטוען ברי והבאתי לשונו לקמן סימן קי"ח (מהר"י ו' לב לא דק במ"ש דאף כטוען ברי לא מהני תפיסה לרוב הפוסקים) ונ"ל דלא דק או אישתמיטתיה כל הנה פוסקים שהבאתי וכ"ה ר' חיים בגבשתי בתשוב' שכתבתי מהר"ר יוסף טראני סימן קנ"א דף ר"ב ע"ב שרוב הפוסקים הסכימו דתפיסה שלא ברשות לא מהני אלא כטוען ברי וכמו

שָׁבָא הַדָּבָר מְבוֹאֵר בְּתַשׁוּבָה לְרַב מְהָרֵ"ש חַיִּין וְ"ל סִימָן ל"ג עכ"ל אֵלְמָא דְבִטּוּעַן בְּרִי פְּשִׁיטָא דְמִהְיֵי תְּפִיסָה לְכָל הַפּוֹסְקִים וּמִשְׁמַע שְׁם בְּפִשְׁטוּת שְׁגָם מְהָרֵ"י מְטָרְאָנִי מְסָקִים עֵמוּ בְּזָה וּכ"כ עוֹד מְהָרֵ"י מְטָרְאָנִי בְּפִשְׁטוּת בְּתַשׁוּבוֹת בְּסִימָן ע' דָּף צ"א ע"ב ע"ש (דִּין כָּל סָפֵק שֶׁבִּשְׁטָר אִם תְּפֹס הַמְלִנָּה וְטוּעַן בְּרִי אִפִּי' תְּפֹס בְּעֵדִים שְׁלֵא בְּרִשׁוֹת לֹא מִפְּקִינָן מִיְּגִיָּה) וּכ"כ הַבֵּית יוֹסֵף בִּש"ע בְּסִימָן מ"ב סְעִיף ח' וְז"ל בְּכָל הַגִּי דְאֶמְרִינָן לְעִיל שְׂיַד בְּעַל הַשְּׁטָר עַל הַתְּחַתּוּנָה אִי תְּפֹס מְטַלְטְלִים לֹא מִפְּקִי' מִיְּגִיָּה עכ"ל (וּפְּשִׁיטָא דְמִיְּרִי הֶתֶם אֶפְּיָלוּ תְּפֹס בְּעֵדִים דֹּאל"כ פְּשִׁיטָא דְאֶפִּי' בְּלֹא שְׁטָר נְאָמָן מִשׁוּם מָגוּ וְכֵן פִּי' הַסֵּמ"ע שְׁם ס"ק כ"ב דְּמִיְּרִי אֶפְּיָלוּ תְּפֹס בְּעֵדִים שְׁלֵא בְּרִכּוֹת וְהוּא פְּשׁוּט) גַּם מְהָרֵ"א הוֹסִיף וְהִגִּיד שְׁם וְז"ל וְכָל שְׁפָן שְׁאוּמְרִים בְּשׁוֹבֵר יַד בְּעַל הַשְּׁטָר עַל הַעֲלִיּוּנָה הוֹאִיל וְהוּא מְוַחֲזָק דְלֹא כִּינֵשׁ חוֹלְקִים וְאוּמְרִים דְאֶפְּיָלוּ בְּשׁוֹבֵר אֶמְרִינָן יָדוּ עַל הַתְּחַתּוּנָה עכ"ל וּבַסֵּמ"ע שְׁם ס"ק כ"ג וְז"ל וְהָא דְכָתַב דְכ"ש הוּא ר"ל מֵאַחַר דְּבִתְפֹס שְׁלֵא בְּרִשׁוֹת מְרִשׁוֹת בְּעֵלִים לְאַחַר שְׁנוּלֵד הַסָּפֵק מִהְיֵי כָּל שְׁפָן בְּשׁוֹבֵר שְׁמֻחֲזָק וְעוֹמֵד בְּשִׁלּוֹ הוּא דְאִין מוֹצִיאִין מִיָּדוּ וְכֵן הוּא דַּעַת מוֹר"מ וְז"ל אֲבָל קִשָּׁה דִּי"ל דְלֹא מִהְיֵי שׁוֹבֵר שְׁלִשׁוֹנוֹ מְסוּפָ' נֶגֶד שֵׁט"ח מְבוֹנָר שְׁהוּא בְּיַד הַמְלָנָה וַיֵּשׁ לוֹ בְּשְׁטָר שְׁעַבּוּד קַרְקָעוֹת וְכֵן מוֹכַח דֹּאל"כ קִשָּׁה דְדָבְרִי הֶרַב אֶלְפֵס וְטוֹר שְׁבִסִּי זֶה יִסְתְּרוּ לִמ"ש הָרִי"ף וְטוֹר לְקַמָּן סִימָן ע"א סְעִיף ל"ד בְּדִין מְלָנָה שְׁהָאִמִּין לְלָנָה שְׁצָרִיף הַלָּנָה לִישְׁבַע שְׁפָרַע מִשׁוּם דִּיַד בְּעַל הַשְּׁטָר עַל הַתְּחַתּוּנָה וְאֶמְרִינָן דְלֹא הִימְנִי' אֵלָּא לְבַטֵּל הַשְּׁטָר דְמְלָנָה וְלַעֲשׂוֹת כְּמְלָנָה ע"פ וְהִינּוּ מִטַּעַם כִּינּוּן שְׁהַחֻב בְּרוֹר בְּשְׁטָר שְׁבִיד הַמְלָנָה וּכְמ"ש שְׁם בְּדִרְיָשָׁה וּמִזָּה קִשָּׁה גַּם עַל ב"י שְׁכָתַב בְּסוּף סְעִיף י' גְּבִי סָפֵל וְקָפֵל וְז"ל וְנִרְאָה שְׁאִם הוּא שְׁטָר מְחִילָה לֹא תְּלִינָן בְּזָבוּב דְהַמַּע"ה עכ"ל וְדו"ק עַד כָּאֵן לְשׁוֹן הַסֵּמ"ע (הַשְּׁאֲרוֹת עַל דְּבָרֵי הַסֵּמ"ע ס' מ"ב ס"ק כ"ג) וּלְפַע"ד דְּבָרֵי מְהָרֵ"א בְּהַג"ה וְדָבְרֵי הַב"י נְכוּנִים וּבְרוּרֵי' בְּטַעַמָּם דְכ"ש בְּשׁוֹבֵר אֶמְרִינָן יַד בְּעַל הַשׁוֹבֵר עַל הַעֲלִיּוּנָה וּמ"ש הַסֵּמ"ע דֹּאל"כ קִשָּׁה דְדָבְרֵי הָרִי"ף וְהַטּוֹר יִסְתְּרוּ כו' לְק"מ דְלַכְּוֹלָם אֶמְרִינָן יַד בְּעַל הַשׁוֹבֵר עַל הַעֲלִיּוּנָה לְבַטֵּל הַשְּׁטָר שְׁפָן דְרָף לְכַתּוּב שׁוֹבֵר לְבַטֵּל הַשְּׁטָר וְאִם כֵּן יַד בְּעַל הַשְּׁטָר עַל הַתְּחַתּוּנָה נֶגֶד הַשׁוֹבֵר מְמִילָא יַד בְּעַל הַשׁוֹבֵר עַל הַעֲלִיּוּנָה נֶגֶד הַשְּׁטָר אֲבָל אַחַר שְׁנִתְּבַטֵּל הַשְּׁטָר א"כ ה"ע לְבַטֵּל הַשׁוֹבֵר לְעַנְיָן תְּבִיעַת בְּעַל פֶּה בְּעַל הַשְּׁטָר וְשִׁפִּיר אֶמְרִינָן גְּבִי' יַד בְּעַל הַשְּׁטָר עַל הַתְּחַתּוּנָה לְעַנְיָן דְצָרִיף לִישְׁבַע תַּדַּע דַּע"כ בְּסִימָן ע"א אִין הַטַּעַם כְּמ"ש בַּסֵּמ"ע כִּינּוּן שְׁהַחֻב בְּרוֹר בְּשְׁטָר שְׁבִיד הַמְלָנָה דְהָא מוֹעִיל הַשׁוֹבֵר לְבַטֵּל הַשְּׁטָר וּפְּשִׁיטָא דְקָרְעִינָן לִיהַ לְשְׁטָרָא מִיָּד שְׁאוּמֵר פְּרוּעַ אֵלָּא הַטַּעַם כְּמוֹ שְׁכָתַבְתִּי וְגַם בְּהַדָּ דְסִימָן מ"ב פְּשִׁיטָא דְצָרִיף הַלָּנָה לִישְׁבַע הַיִּסְתָּה כְּתַבִּיעַ' בְּעַל פֶּה וּמ"ש מְהָרֵ"א יַד בְּעַל הַשׁוֹבֵר עַל הַעֲלִיּוּנָה הִינּוּ לְבַטֵּל הַשְּׁטָר גַּם בְּדִין אִי תְּפֹס לֹא מִפְּקִי' מִיְּגִיָּה שְׁכָתַבוּ הַטּוֹר וּש"ע וְהַפּוֹסְקִים שְׁם אִם תּוֹבַע לְמְלָנָה יְכוֹל לְהַשְׁבִּיעוֹ הַיִּסְתָּה וּכְמ"ש הַטּוֹר וּש"ע שְׁם ס'ב גְּבִי כְּתוּב בְּשְׁטָר סְלָעִים מְלָנָה אוֹמֵר ה' וְלָנָה אֹמֵר ב' נוֹתֵן לוֹ ב' וְנִשְׁבַּע הַיִּסְתָּה עַל הַשְּׁאָר עכ"ל וּכ"ש בְּאִם תְּפֹס מְלָנָה דְצָרִיף לִישְׁבַע הַיִּסְתָּה.

(עוֹד הַשְּׁגָה עַל דְּבָרֵי הַסֵּמ"ע הַנֶּ"ל) גַּם מ"ש הַסֵּמ"ע וּמִזָּה קִשָּׁה גַּם עַל הַב"י שְׁכָתַב בְּסוּף סְעִיף י' כו' לֹא קִשָּׁה מִיָּדִי מִטַּעַמָּא דְאֶמְרוּן וְדָבְרֵי הַב"י נְכוּנִים וְכֵן מְבוֹאֵר בְּתַשׁוּבוֹת הָרֵא"ש בְּכַמָּה תַּשׁוּבוֹת וּמְבִיאָם ב"י בַּס"ס מ"ג וְכֵן בִּש"ע ס' מ"ג סכ"ה וּכ"ו וּכ"ז דְאֶמְרִינָן בְּשׁוּבֵי יַד בְּעַל הַשׁוֹבֵר עַל הַעֲלִיּוּנָה ע"ש (הַשְּׁגָה עַל דְּבָרֵי ד"מ סִימָן מ"ב) גַּם בַּד"מ ס' מ"ב רְאִיתִי שְׁכָתַב עַל דְּבָרֵי ב"י דְגְּבִי סָפֵל וְז"ל וַע' בְּסִמּוּף בְּדָבְרֵי מְהָרִי"ק

דלא משמע כן עכ"ל ולפי מ"ש לקמן סי' נ"ח גם מהרי"ק מודה ודו"ק: סימן נה ומ"ש מהרמ"א דלא כגיש חולקי' ואומרים דאפי' בשובר אמרינן ידו על התחתונה היינו משום שכתב בד"מ שם ונ"ל כתב מהרי"ק שורש ז' אפי' כשהוא מוחזק אם בא להפקיע בשטר מה שהוא מחויב בדין אמרינן יד בעל השטר על התחתונה עכ"ל וכו"כ נמוקי יוסף פ' גט פשוט בשם הריטב"א אמנם כתב שם דהרא"ה חולק וס"ל דאם בעל השטר הוחזק כגון בשובר ידו על העליונה עכ"ל ד"מ.

(עוד השגה על ד"מ סי' מ"ב ובדק הבית שם) גם הב"י בספרו בדק הבית סימן מ"ב תמה על מהרי"ק שורש ז' איך חולק על הפוסקים דאי תפס לא מפקי מיניה. ולפע"ד ליכא פאן פלוגתא כלל בין הפוסקים דמהרי"ק קאי שם על מי שהיה חייב בלא השטר לפרוע לצדקה לפי ממונו ועתה טוען שאין לו לפרוע להוצאות פדיון שבויים רק שנה בשנה מחמת שהזכר בשטר שביניהם דבהוצאת צדקה יפרע כל א' בשנה וע"ז כתב מהרי"ק שם דאין פ"ש בכלל לשון צדקה ואמרי' יד בעל השטר על התחתונה ואף על גב דהוא מוחזק שהרי אין חזקתו כלום מאחר שמפח הדין מתחייב לפי ממונו אלא שמפח השטר בא להפקיע דין תורה עכ"ל ר"ל כיון דבלא השטר הוא חייב בנדאי לפי ממונו שהרי אינו טוען שאתם עשית' עמי בפ"י ולפרוע שנה בשנה גם בפדיון שבויים רק שאומר כיון שעשיתם עמי שטר לפרוע שנה בשנה לצורך צדקה גם פ"ש בכלל א"כ מה יועיל לו תפיסתו הרי הוא חייב בנדאי בלא שטר ואיך יפקיע עצמו מפח ספק שבשטר אין ספק יוציא מידי נדאי אבל הך דסי' מ"ב שפטור ופוסקים שהמלוה טוען ברי וכמ"ש לעיל סימן מ"ח ובסמוך סימן נ"ד ואומר שחייב לו בנדאי אם כן גם בלא שטר חייב לו לדברי המלוה פשיטא דאי תפס אפילו בעדים לא מפקי מיניה כיון שטוען ברי וכן בשובר שהלוה אומר אפילו בלא שובר אינו חייב לו אמרינן יד בעל השובר על העליונה כיון שהוא מוחזק.

וכן מ"ש הרא"ש בתשובה והש"ע בסיומן מ"ג סכ"ז דאם היה כתוב בשובר ששחל לו כל תביעות שהיו לו עד עכשיו הוי ספק ומספיק' לא מפקינן ממונא היינו גם כן שבעל השובר טוען ששחל לו בפירוש גם שטר זה וכן הריטב"א בנמוקי יוסף פ' גט פשוט מודה דאמרינן בשובר ידו על העליונה כיון שהוא מוחזק.

(השגה על מהרמ"א מה שהבין מנ"י פ' גט פשוט בשם הריטב"א) ולא כמו שהבין מהרמ"א מדעתו ולא פליג הריטב"א התם אלא בכתוב בו דינרין דל דינרין דינרין טובא משו' דלשון דינרין משמע רק שנים וכן כתב הרב המגיד סוף ה' מלנה והש"ע גופיה בסיומן מ"ב סעיף י"ב גם בשטר שכתב בו דינרין ותפס יותר מב' דינרין דינרין תדע דאל"כ למה הביא הנ"י שם פלוגתיהו דהרא"ה והריטב"א בברייתא דינרין ה"ל לכתוב כן מיד לעיל מיניה במתני' דזווי ק' דאינון ל' סלעים אלא נדאי כמ"ש ע"ש ודוק וזה ברור: ואין (דין שטר שכתוב בו סלעין דינרין ותפס המלוה יותר מב' דינרין דינרין תדע) להקשות בשטר גופיה שכתב בו דינרין אמאי מפקי מיניה דינרין יותר מטעמא דשטרא מסייע ליה ללנה הא הוי מקלתא דעבידא לאגלוני ונדמאי לשטר משפנתא דכתוב ביה שניו סתמא דאמרי' בש"ס פ' גט המקבל הבאתיה לעיל סימן מ"ד ונתבאר בכל הפוסקים ובטור וש"ע סי' שי"ז דלא מפקינן מהמלוה שאכל ג' וכן נתבאר לעיל

סימן נ"ג ומאי הא מסייע ליה שטר' ללנה (ודוסק לומר דהא דמפקינן מהמלנה מייירי כגון שמתו העדים או הלכו למ"ה דבכה"ג מפקינן גם גבי שטר משכנתא מהמלנה וכמ"ש לעיל סימן מ"ד בשם הרא"ש דפשט דברי ה' המגיד והפוסקים לא משמע פון) באמת בספר גדולי תרומה סוף שער ס"ח הקשה על ה' המגיד בזה והניח בקושא (מה שהקשה מהספר גדולי תרומה סוף שער ס"ח על ה' המגיד לא קשה מידי ואשתמיטתיה דברי הנ"י פ"ק המקבל) אבל באמת לק"מ ואישתמיטתיה דברי הנ"י פ' המקבל שהביא הוא עצמו לשם בדין הקודם ונ"ל והא דלא מסייעינן ללנה מלישנא דשטרא דמשמע שתיים דכתוב ביה שגין סתמא כדאמרינן פ"ק גבי סלעין דינרין משום דכיון דהניחו לנה למלנה לאכול פירות של שנה שלישית איתרע ליה סהדותא דשטר זה הרנב"ר ו"ל עכ"ל וכה"ג כתב בחידושי הריטב"א פ"ק דמציעא.

ולפ"ז הנה נראה לפסוק להלכה בשובר שכתוב שפרע לו דינרין כהריטב"א שבנ"י פ"ק גט פשוט ולא כהרא"ה שם כיון דגבי שטר פסקו ה' המגיד והש"ע דאם תפס יותר מפקינן מיניה וכן נראה מדברי הב"ח סימן מ"בסי"ו לדעת ה' המגיד והש"ע אבל באמת זה אינו דהא הש"ע כתב בס"ס נ"ד (דין בשובר שכתוב בו שפרע לו דינרין מבטל כל שטר שיש לו עליו אפילו הרבה לכ"ע ודלא כהב"ח סי' מ"ב סי"ג) דבשובר שכתוב בו דינרין מבטל כל שטר שיש עליו וכן כתב גם פון ה' המגיד פט"ז מה' מלנה אם פון בע"כ צריך לחלק והיינו כמ"ש הבעה"ת שער נ"ג בשם הרמב"ן והביאו ב"י בסימן נ"ד ונ"ל ואע"ג דבפ"ק דמציעא משמע דסתם דינרין לא הוי אלא שנים שהוא בשטרי הלואה דאמרי' פיון דינעי עדים דיד בעל השטר על התחבונה אלו הנה יותר משנים היו כותבין בפירוש אבל בשובר אדרבא אמרינן איפקא דילמא לא ידעי סכום ממון השטר וכתבו סתם דכל מאי דמפיק לורעיה עד כאן לשונו.

ולפ"ז גם הרא"ה אפשר דמודה בשטר שכתוב בו דינרין דאע"ג דתפיס יותר מפקינן מיניה וק"ל. מיהו נראה דהא דכתב הבעה"ת בשם הרמב"ן דבשובר שכתוב בו דינרין מבטל כל שטר שעליו היינו מטעמא דכיון שהוא מוחזק אמרי' בים יד בעל השטר על העליונה ומ"מ מיד ספיקא לא נפקא אלא דמספיקא לא מפקי' ממונ' ולאפוקי דלא תימא דלשון דינרין מסייע למלנה דלא הוי בבירור רק שתיים כדאמרי' גבי שטר לכך כתב דלא דמי לשטר דהתם ברור דלא הוי רק שתיים אבל בשובר הוי ספיקא דילמא העדים לא ידעי סכום ממון השטר וכתבו סתם דכל מאי דליפוק לורעיה והיינו שכתב הרמב"ן אמרינן איפקא דילמא לא ידעי סכום ממון השטר כו' ואם איתא דמדין ברור אמרי' פון הל"ל אמרי' איפקא דהעדים לא ידעי כו' ולא הל"ל ל' דילמא העדים כו' ועוד וכי הרמב"ן נביא הוא שיודע מה בלב העדים שהרי בשטר אמרינן שלשון דינרין משמע בבירור רק שנים ודילמא גם בשובר הנה פנונת העדים כך אלא ודאי לא קאמר הרמב"ן אלא בשובר פיון דנוכל לומר איפקא לא מפקי' ממונא (דין דשובר שכתוב בו שפרע דינרין ותפס המלנה המותר מהב' דינרין בהנהגה גוני דמהני תפיסה לא מפקי' מיניה) ולפ"ז אי הדר מלנה ותפס המותר מב' דינרין בגוני דמהני תפיסה ע"פ הדרכים שבארתי למעל' מהני תפיסה בשובר שכתוב בו דינרין וכן כתב ב"י ריש סימן נ"ד בשם תשובת הרשב"א ונ"ל וכתב הרשב"א ששאל על ראובן שהוציא שט"ח ושמעון טוען שפרעו כולו והוציא שובר וכתוב בו פי ראובן מודה שפרע לו דינרין וטוען ראובן שלא פרע לו פי אם שני

דינרין וְהַעֲרִיף בְּתִשׁוּבָה וּבִסּוּף הַעֲלָה יֵשׁ לִב־ד' לְחַקֵּר הַדְּבָר הַרְבֵּה וְאִם לֹא יוּכְלוּ לְהַעֲמִי הַדְּבָר עַל בְּנֵי הַיָּמִים שֶׁטֶר' בְּיַד מַלְנֵה וּמַעוֹת הַיָּכָא דְקִיָּמוּ לִוְקָמוּ עַד שְׂיִתְגַּלֶּה הַדְּבָר וְאִי תִפְסֵי לֹא מִפְּקִינֵי מִיָּנֵה עַכ"ל (מ"ש בְּסִפְרֵי גְדוּלֵי תְרוּמָה סוּף שַׁעַר נ"ג דְּהַרְמָב"ן וְהַרְשֵׁב"א פְּלִיגֵי לִיתָא לִפְעֻנ"ד) וּמִדְּבָרֵי בְּעַל גְּדוּלֵי תְרוּמָה סוּף שַׁעַר נ"ג נִרְאֶה שְׁהַרְמָב"ן חוֹלֵק אֶתְשׁוּי רִשְׁבֵּ"א וְהַרְמָב"ן אִפִּי תִפְסֵי מַלְנֵה מִפְּקִי מִיָּנֵה מִטַּעַם דְּהַעֲדִים כְּתָבוּ סָתָם דְּכָל מַאי דְלִיפּוּק לִוְרַעֲיָה וּלְפַעַד"נ כַּמ"ש.

וְכַתֵּב בַּסַּמ"ע סִימָן מ"ב ס"ק ל"ב דְּדוֹקָא בְּשִׁטְרָא שְׂפָתוֹב בּוּ דִינָרִין לֹא מְהַנִּי תְפִיסָה מִטַּעַמָא דְלִשׁוֹן הַשִּׁטְרָא מְסִייעַ לְלִנְה דְסָתָם דִּינָרִין אֵינּוּ מִשְׁמַע יוֹתֵר מִשְׁנֵי אֲבָל בְּנִכְתָּב בְּשִׁטְרָא דֵּאֵינּוּ וְנִמְחַק הַסְּכּוּם דֵּאֵין לֹא אֲלָא שְׁנַיִם מְסַתְבָּר דְּמַהַנִּי תְפִיסָה אַף בְּעֵדִים.

(דִּין בְּשִׁטְרָא שְׂפָתוֹב בּוּ דֵּאֵינּוּ וְנִמְחַק הַסְּכּוּם לֹא מְהַנִּי תְפִיסָה וְלֹא כַּסַּמ"ע ס"ב ס"ק ל"ב) וְלֹא נִהֲרִיא דְבְּנִמְחַק הַסְּכּוּם פְּשִׁיטָא דְלֹא מְהַנִּי תְפִיסָה לַכ"ע דָּאֵם לֹא כֵּן כָּל מִי שְׂיִישׁ לֹא שִׁטְרָא וְיִמְחֹק הַסְּכּוּם וְיִתְפֹּס הַרְבֵּה אֲלָא וְדָאֵי אֵין דְּנִין מְחַק אֲלָא לְהוֹרַע' פָּחוּ שֶׁל מוֹצִיא כ"כ הַטּוֹר וְשִׁלְחָן עֲרוּף בְּסוּף סִימָן נ"ד גְּבִי שׁוֹבֵר שֶׁכ' דֵּאֵינּוּ וְנִמְחַק הַסְּכּוּם דֵּאֵין דְּנִין אֲלָא בְּפָחוֹת שְׂבִילִשׁוֹנוֹת (וְאֵין לָהּ תְפִיסָה יוֹתֵר מִבְּשׁוֹבֵר שְׁהָרִי הוּא: תְּפִיסָה וְעוֹמֵד) וְהוּא מִטַּעַם הַנֵּ"ל וְכַמ"ש הַבַּעַה"ת שַׁעַר נ"ג בְּשֵׁם הַרְמָב"ן וּמְבִיאֵו ב"י בַּר"ס נ"ד עֵינֵן שָׁם: סִימָן נו מ"מ עָלָה בְּנִדְיָנוּ דְמַהֲרִי"ק שְׁוֹרֵשׁ ז' אֵינּוּ חוֹלֵק עַל הַפּוֹסְקִים דְּמַהַנִּי תְפִיסָה בַּסַּפ' שְׂבִשְׁטְרָא דֵּאֵינּוּ מִיָּנֵה בְּטוֹעֵן בְּרִי אַף בְּלֹא שִׁטְרָא וּמַהֲרִי"ק אֵינּוּ בְּבִיא לְזִכּוֹת מִכַּח הַשִּׁטְרָא וְכַמּוֹ שְׂפָתָבְתִּי.

וְכֵן בְּמַהֲרִי"ק שְׁוֹרֵשׁ צ"ד מִשְׁמַע לְהַדְּיָא לְחַלְקָא כְּמוֹ שְׂפָתָבְתִּי דְכַתֵּב שָׁם בַּל' הַנְּחָה שְׂבִשְׁטְרָא הַצּוֹנָה דֵּאֵיפָא פְּלוּגָתָא דְרַבְּנוֹתָא אֵי הוּי לְשׁוֹן מִתְּנָה אֶמְרִי' יַד בְּעַל הַשִּׁטְרָא עַל הַתְּחַתּוֹנָה וְלֹא מְהַנִּי תְפִיסָה אֲלָא הַיָּכָא דְתִפְסֵי קוֹדֵם שְׁנוּלֵד הַסְּפָק לְצַד אַחַר מִהַתּוֹס' אוֹ הַיָּכָא שְׁהַתּוֹפ' בָּא מְחַמַּת טַעֲנַת בְּרִי לְצַד אַחַר מִהַתּוֹסְפוֹת כו' ע"ש.

(קוֹשֵׁיָא בְּמַהֲרִי"ק שְׁוֹרֵשׁ ז') אַף קָשָׁה דְהָא בְּנִדּוֹן דְבְּשׁוֹרֵשׁ ז' תִּפְסֵי קוֹדֵם שְׁנוּלֵד הַסְּפָק. וְאֶפְשָׁר דְלִדְיָנָא ס"ל לְמַהֲרִי"ק דֵּאֵין חִילּוּק בֵּין תִּפְסֵי קוֹדֵם שְׁנוּלֵד הַסְּפָק אוֹ נָא רַק בֵּין טַעֲנַת בְּרִי אוֹ שְׂמָא וּמ"ש בְּשׁוֹרֵשׁ צ"ד הֵינּוּ לְצַד אֶחָד מִהַתּוֹס' שְׂמַחְלָקִים בְּכַף אֲבָל לְדִינָא לֹא סְבִירָא לִיָּה הִכִּי אוֹ אֶפְשָׁר דְסְבִירָא לִיָּה דְלֹא שְׂיִיף לְחַלְקָא בְּנָה אֲלָא לְעַנְיָן דְמַצִּי לְמִימַר קִים לִי כְּחַד מְרַבְּנוֹת' אֲבָל לְעַנְיָן סְפָק שְׂבִגוּף הַשִּׁטְרָא אֵין חִילּוּק אֲלָא אֶפְיָלוּ תִפְסֵי קוֹדֵם שְׁנוּלֵד הַסַּפ' לֹא מְהַנִּי רַק בְּטוֹעֵן בְּרִי וְיֵישׁ טַעַם לְחַלְקָא בֵּינֵיהֶם מִשׁוּם דְבְּפְלוּגָתָא דְרַבְּנוֹתָא מְצִי לְמִימַר קִים לִי כְּהָאֵי וְאִם כֵּן בְּרוּר לִי שְׁהִדִּין עִמִּי וְאַתָּה שְׂרוּצָה לְהוֹצִיא עָלֶיךָ לְהַבִּיא רָאִיָּה דְקִיָּמָא לֵן כְּאִידָךְ וּמ"מ לֹא הוּי טַעֲנַת בְּרִי מְעַלְיָא שְׂיִוְעִיל אַף לְאַחַר שְׁנוּלֵד הַסְּפָק לְדַעַת מַהֲרִי"ק אוֹ אֶפְשָׁר דְחַשִּׁי' לִיָּה לְמַהֲרִי"ק טַעֲנַת בְּרִי מְעַלְיָא וְהָא דְכַתֵּב בְּשׁוֹרֵשׁ צ"ד דְלֹא מְהַנִּי תְפִיסָה הֵינּוּ לְדַעַת ר"י דְלֹא מְהַנִּי תְפִיסָה וְכַמּוֹ שְׂמַסִּיָּים שָׁם מַהֲרִי"ק בְּסוּף.

וְכָל אֲשֶׁר כְּתָבְתִי דִּי בְּעַל הַשִּׁטְרָא עַל הַתְּחַתּוֹנָה זֶהוּ לְפִי שִׁטַּת ר"י וְהַנְּמַשְׁכִּים אַחֲרָיו וְכַדְפִּירֵשׁ לְעִיל וּמִכַּח זֶה כְּתָבְתִי שֶׁאֵע"ג שְׁהַמְקַבְּלֵי מִתְּנּוֹת בָּאִים מִכַּח שִׁטְרָא מְכָל מְקוֹם יַד בְּעַל הַשִּׁטְרָא עַל הַתְּחַתּוֹנָה כִּינּוּ דְלֹא מְהַנִּי תְפִיסָה לְדַעַת ר"י כו' עכ"ל.

(דין ש"מ שאמר ל' מניח ותפסו מקבלי המתנה שלא ברשות אפי' אחר שנולד הספק לא מפקי מיניה דמצי למימר קים לי פהרא"ש דמניח הוי לשון מתנה) ואה"נ דלדין מצי המקבל מתנה למימר קים לי פהרא"ש דמניח הוי לשון מתנה אפי' תפסו אחר שנולד הספק כתב שם בשורש צ"ד דאפשר דלא מצי למימר קים לי רק בנדוניה חתני אבל נראה דלא כתב שם פן להלכה רק לפלפולא בעלמא ונראה לזה שהרי בשורש קס"א כתב מהרי"ק להדיא דטענת קים לי הוי כמו טענת ברי ומהני' אפילו אחר שנולד הספק ע"ש וכן כתב בשורש קמ"ט ועוד אכתוב בזה לקמן סי' פ"ב.

אלא ודאי כמו שכתבתי. אבל בספק שבגוף השטר דלא מצי למימר ברי לי שהדין עמי אם פן מה בכך שהוא מוחזק הלא ע"פ דין תורה חייב לפרוע לפי ממונו ואיך בא לזכות מפת ספק שבשטר אין ספק מוציא מידי ודאי.

פן נראה לי לדעת מהרי"ק ודוק. ועי"ל והוא העיקר פיון דמהרי"ק שם בשורש ז' מסיק ומוכיח דבל' צדקה אין פדיון שבונים בכלל מדין ברור ולא מפת ספיקא לא נחית מעיקרא לדקדק כל כך בתפס קודם שנולד הספק או אחר כך.

וכן העליתי לקמן סימן ע' לדינא דתפס קודם שנולד הספק מהני אפי' אינו טוען ברי. (דין בשובר אמר ידו על העליונה אפילו אינו טוען ברי פיון שתפס קודם שנולד הספק ועוד שתפס ברשות) ולפי זה אין צריך לפרש דברי תשובת הרא"ם ושאר פוסקים ושלחן ערוך בסי' מ"ג גבי שובר דמיירי שטוען ברי אלא אפילו אינו טוען ברי פיון שבעל השובר מוחזק קודם שנולד הספק מהני וכן לפי מה שכתבתי לעיל סימן ג' דתפיסה ברשות מהני לכ"ע אפילו בטענת ספק גם פן אין צריך לפרש דברי תשו' הרא"ש ופוסקים וש"ע גבי שובר בטוען ברי אלא אפילו אינו טוען ברי פיון דתפיסה ברשות וכמו שכתוב לקמן סימן ס"א דבכהאי גוונא מיקרי תפס ברשות עיין שם ודוק: סימן נז ואחרי אשר בארנו דתפס ברשות מהני לכולי עלמא בין בדין תיקו ובעיא דלא איפשטא בין בספק בכור ובין בספק שבשטר ושאר כל ספיקות חל עלינו חובת ביאור איזו מיקרי תפיסה ברשות.

הנה בתרומת הדשן סימן שכ"א כתב וזה לשונו אמנם יש לומר דכל חד שנויא דתוס' טעמא קאמר וכולהו מסתברי ולא פליגי אהדדי וכה"ג איתא באשרי פ' הפרה אהא דנזקקין לתובע תחלה ותו דהכא איכא למימר דלעולם תפיס' קודם שנולד הספק מהני לכ"ע אפילו בספיקא דדינא והא דלא מחלקינן הכי אינך שינוי' יש לומר משום דאין נראה להם שפיר לאוקמי שהיא דתרי בהדי שתפס מקודם ולכך מתרצים דאפילו תפס לאחר הספק הואיל וטוען ברי מהני ולשון קושית התוס' משמע בהדיא בההיא שמעתתא דתקפו פהן דכל התופס מספק שלא יכול לטעון ברי מפקי מיניה ומוקמי' לה בחזקת מרא קמא ורוצה לומר ע"כ אפילו אם תפס קודם שנולד הספק מדמייתי ראי' מחדש העיבור דלמשפיר הוא אליבא דרב נחמן ואע"ג דהשובר תפיס מקודם ובהיתר (הג"ה ובהג"ה באשרי פ' רק יש נוחלין בשם מהרי"ח כתב וז"ל דתפיסה לא מהני בספיקא אא"כ תפיס בעוד הנה הדבר ודאי קודם שנולד הספק או שטוען ברי שהוא חייב ליה ע"כ) וצריך להתנישב בהא דכתב אשרי סוף פ"ק דבכורות בשם הרמב"ם (צ"ל הרמב"ן) דכל היכא דתפס ברשות מהני תפיסה אפילו בדבר ספק פההוא דשה נדמה פדה בו פטר חמור

וּנְתַנּוּ לַפֶּה וְכֵן בְּפֶרֶק יֵשׁ בְּכוֹר אִם מֵת הֵבֵן בְּתוֹךְ ל' אָמַר רַבִּי עֲקִיבָא אִם נָתַן לֹא יִחְזִיר וְהָיָה דְפֶרֶק הַסְפִּינָה כּוֹר בַּל' סָאָה בְּסֻלַּע רֵאשׁוֹן רֵאשׁוֹן קִנְיָה וְכֵן הֵיכָא דְפֶרֶק הָאֲנָמִינִים בְּסֻפִּינָה שְׁטַבְעָה בַּחֲצֵי הַדֶּרֶךְ אֲמַרִי נָמִי אִם נָתַן לֹא יִחְזִיר וְטַעְמָא דְכִנְיָה מִשּׁוּם דְּמִסְפָּקָא לֵן בְּהוּ וְכִינּוֹן דְּתַפְסִים לֹא מִפְּקִי מִינְיָה הֵכִי מְפָרֵשׁ לָהּ הֵתָם וַיֵּשׁ לְחַלֵּק דְּהִנְהוּ כְּוָלְהוּ הַבְּעָלִים הָרֵאשׁוֹנִים הַתְּפִיסוּ מִדְּעַתָּם לְאוֹתָן שְׁהֵם מְוַחֲזָקִים וְתוֹפְסִים עֵתָה וְהַתְּפִיסוּ לָהֶם אֲדַעְתָּ דְּהֵכִי דִּיהָא שְׁלָהֶם מִשָּׂא"כ לְתוֹפְסֵי דְבָר שְׁבִידוֹ בְּתוֹרַת שְׁאֵלָה אוּ פְקֻדוֹן אוּ אִפִּי אִם בָּא לְיָדוֹ מֵאֵלִיו הוּאִיל וְלֹא הַתְּפִיסוּ הַבְּעָלִים אֲדַעְתָּ דִּיהָא שְׁלֹו אוֹת' תְּפִיסָה לֹא מְהִנִּי בְּסֻפִּיקָא דְּדִינָא פֶּה נִרְאָה דַּעַת הַרְמַב"ם (צ"ל הַרְמַב"ן) בְּאַשְׁרֵי בְּבִכּוֹרוֹת עַכ"ל ת"ה שְׁם (עֵינּוֹן ל' הַרְמַב"ן בְּאַשְׁרֵי פ"ק דְּבִכּוֹרוֹת לְעִיל סִימָן נ' כִּי שְׁם הַבְּאֵתִי לְשׁוֹנוֹ): סִימָן נח (דְּבָרֵי ת"ה סִי' שַׁכ"א גְּבִי תַפְסֵי בְּרִשׁוֹת צָרִיכֵי בִּיאור) וְלִכְאוּרָה נִרְאָה מְדַהֲבִיא הַת"ה בְּתַחֲלָה הֵךְ דְּחֻדְשׁ הָעֵיבוֹר דְּכָלוֹ לְמַשְׁפִּיר מִטַּעְמָא דְּתַפְסִים מְקוּדָם וּבְהִיתָר וּכ' אַח"כ וְצָרִיךְ לְהַתְּיַשְׁבֵּב בְּהָא דְּכָתַב אֲשֶׁר"י ספ"ק דְּבִכּוֹרוֹת בְּשֵׁם הַרְמַב"ן כו' וְכָתַב אַח"כ וַיֵּשׁ לְחַלֵּק כו' מִשְׁמַע דְּבָא לְוֹמַר דְּלֹא תִיקְשִׁי אֵהָךְ דַּכ' אֲשֶׁר"י פ"ק דְּבִכּוֹרוֹת דְּתַפְסִיהַּ בְּרִשׁוֹת מְהִנִּי מֵהָךְ דְּחֻדְשׁ הָעֵיבוֹר דְּכָלוֹ לְמַשְׁפִּיר וְהָא הֵתָם תְּפִיסָה בְּהִיתָר לְכָךְ כְּתַב וַיֵּשׁ לְחַלֵּק דְּהִנְהוּ כְּוָלְהוּ כו' וְאִם כֵּן בְּהָךְ דְּחֻדְשׁ הָעֵיבוֹר מִיקַרֵי תְּפִיסָה שֶׁל בְּרִשׁוֹת כֵּינּוֹן דְּלֹא הַתְּפִיסוּ אֲדַעְתָּא דִּיהָא הַבֵּית שְׁלֹו וְאִם לְזַה נִתְּפִינּוּ בַעַל ת"ה אִין דְּבָרֵי מְוַחֲזָקִים וְאֲדַרְבֵּה הֵךְ דְּחֻדְשׁ הָעֵיבוֹר מִיקַרֵי תְּפִיסֵי בְּרִשׁוֹת (וְכֵן מְבֹאָר לְהִדְיָא בְּתוֹס' פ' יֵשׁ בְּכוֹר דָּף מ"ח רִישׁ ע"ב דְּהָךְ דְּחֻדְשׁ הָעֵיבוֹר מִיקַרֵי תַפְסֵי בְּרִשׁוֹת כְּמוֹ הֵךְ דַּר"ע דָּאָם נָתַן לֹא יִטוּל וְהַבְּאֵתִי לְשׁוֹנָם לְעִיל סִי' נ' ע"ש) וְאַפ"ה לֹא מְהִנִּי תְּפִיסָה לְרַב גַּחְמָן דְּקו"ל כְּנִתְיָה מִטַּעַם דְּקַרְקַע שְׁאֵנִי דְּבַחְזָקַת בְּעָלִים קִיָּיָא וְכִמוֹ שְׁהַבְּאֵתִי לְעִיל סִי' נ"ג ל' הַנ"י שְׁעוּמַד בְּשֵׁטַת הַרְמַב"ן וּמְחַלֵּק לְהִדְיָא בְּכָךְ וְקָרוֹב אֵלֵי שְׁפַל דְּבָרֵי נ"י שְׁהַבְּאֵתִי לְעִיל מְוַחֲזָקִים מְחֻדְשֵׁי הַרְמַב"ן דְּמַצִּיעָא שַׁבב"ב פ' בֵּית כּוֹר כְּתַב הַרְמַב"ן בְּחֻדְשֵׁי שְׁבִפְרָק שְׁנַיִם אוּחְזִין פִּירֵשׁ עֵינּוֹן זֶה בְּאַרְנוֹפָה ע"ש וְכֵן רַגִּיל הַנ"י לְמַשְׁנֵה אַחַר דְּבָרֵי הַרְמַב"ן וְכֵן מוֹכַח נָמִי לְהִדְיָא מְדַבְרֵי הַרְמַב"ן שְׁהַבִּיא בַעַה"ת שְׁעַר ס"ח שְׁפִירֵשׁ דְּבָרֵי הַרִי"ף דְּפֶרֶק הַשּׁוֹאֵל בְּתַפְסֵי בְּרִשׁוֹת וְהַבְּאֵתִי לְשׁוֹנוֹ בְּסִימָן מ"ג וְהָא הַרִי"ף כְּתַב הֵתָם לְהִדְיָא וְה"מ בְּמַטְלָטְלֵי אֲבָל בְּמַקְרָקְעֵי קו"ל כְּרַב גַּחְמָן דָּאָמַר קַרְקַע בְּחֻזְקַת בְּעָלִים קִיָּיָא וְהַבְּאֵתִי לְשׁוֹנוֹ לְעִיל סִי' מ"ב וּמְבִיאֵו בַעַל הַתְּרוּמוֹת גּוֹפִיָה שְׁם מִיָּד לְעִיל מִינְיָה קוּדָם דְּבָרֵי הַרְמַב"ן הַרִי לְהִדְיָא דָּאָף בְּתַפְסֵי בְּרִשׁוֹת יֵשׁ חִילּוֹק בֵּין מַטְלָטְלֵים וְקַרְקַע וְחֻדְשׁ הָעֵיבוֹר מִיקַרֵי מְטָא בְּרִשׁוֹת וְאַפ"ה לֹא מְהִנִּי מִטַּעַם קַרְקַע בְּשֵׁהֶם בְּבָצִיר קִיָּיָא וְכַמ"ש הַנ"י וְכֵן מוֹכַח מוֹכְרֵי הַר"ן פֶּרֶק מִי שְׁאַחְזוֹ וְהַ"מ פ"ח מְגִירוּשֵׁין שְׁהַבְּאֵתִי לְקַמְן סִימָן צ"ב דָּאָף בְּתַפְסֵי בְּרִשׁוֹת יֵשׁ חִילּוֹק בֵּין מַטְלָטְלֵים לְקַרְקַע דְּבַקְרָקַע לֹא מְהִנִּי ע"ש, וְאַע"ג דְּהַרְשֵׁב"א כְּתַב בְּתַשׁוּבָה סִימָן תַתְּקַע"ב בַּא' שְׁמַכְר קַרְקַע לְחַבִּירוֹ וּבְאוֹ ב' וְאַמְרוּ כִּי תִנְאִי הִיָּה בְּשַׁעַת הַמְּכִירָה וְקִנְיָן שְׁאָם יִחְזִיר לוֹ הַמְּעוֹת מְכָאן וְעַד ג' שְׁנַיִם שְׁיָהָא הַמְּכָר בְּטַל וְהִלָּה מְבִיא עֲדִים שְׁמַכְרָה בְּלֹא תִנְאִי שְׁאִין בְּזַה דְּמִיּוֹן לְהָא דְּאֲמַרִינוּ בְּכַתְּנֻבוֹת פֶּרֶק הָאֲשָׁה אִין נְאֻמְנִין וְלֹא מְגַבִּי בִיָּה דְּתַרִי וְתַרִי נִינְהוּ וְאוֹקִי מְמוֹנָא בְּחֻזְקַת מְאָרְז' דְּשְׁאֵנִי הֵכָא שְׁלִדְבָרֵי כְּוָלָם לֹקְחָם זֶה כְּדִין יָרַד וְהַמְּוֹכֵר הַחֻזְקָא בְּכֹסֶף וּשְׁטַר וְחֻזְקָה אֵלָא שְׁזַה מְבִיא עֲדִים שְׁיֵשׁ לוֹ לְהַסְתַּלֵּק מִחֻזְמַת תִּנְאִי וְזֶה מְבִיא עֲדִים שְׁהַמְּכִירָה לְחֻלוּטֵי הַרִי קַרְקַע בְּחֻזְקַת לֹקְחָם זֶה שְׁהוּא עַכְשָׁיו בְּיָדוֹ וְאִין אוֹמְרִים בְּזַה אוֹקִי מְמוֹנָא בְּחֻזְקַת מ"ק כו' וְכ"ש לְדַעַת ר"ח ז"ל שְׁפָסַק כַּמ"ד בִּיבְמוֹת

תרי ותרי ספיקא דאורייתא ולא אמרינן אוקי מילתא אחזקתיה ונ"מ למי שתפס ואפ"י בעדים וכדמשמע בהדיא בפרק האשה שנתארמלה ואע"פ שאין הקרקע נתפס מ"מ נ"מ לזה שירד לתוכה ברשות הבעלים עכ"ל וכן הביא הב"י ס"ס מ"ו תשובת רשב"א שכתב פן וגם בתשוב' מה"ר יעקב לבית לוי הביא דברי רשב"א אלו לפסק הלכה משמע דהרשב"א ס"ל דאפ"י בקרקע מהני תפיס' ברשות.

אבל אחר העיון נראה דלא פליג על הפוסקים פנ"ל וגם מדברי תשובת הרשב"א שבב"י סימן מ"ב מחי' ה' שכתב ומיהו אי מטלטלי נינהו ותפס מדעת הבעלים קנינהו כו' והבאתיה לעיל סימן נ' משמע דבקרקע לא מהני תפיסה אפילו בתפס מדעת הבעלים (דין אחד שמכר קרקע לחברו ובאו שנים ואמרו שתנאי היה ביניהם בפשעת המכירה שאם יחזיר לו המעות אחר ג' שנים שיהא המכר בטל ושנים אומרים לא היה תנאי זכה הלוקח דתפיסה ברשות כה"ג מהני כיון שהלוקח הוא עכ"פ בעל הקרקע לזמן).

לכן נראה דאי דתשובת רשב"א סימן החקע"ב ששי כיון שלדברי פולם ירד בו ברשות להיות שלו עכ"פ לזמן שלש שנים אלא שאחר הזמן יחזור לו המכר א"כ עכ"פ הוא בעליו עליו עד אותו זמן שהרי ירדה ברשות להיות שלו לזמן ג' שנים וגם אפ"י לחלוטין כשלא יביא מעות לסוף ג' שנים א"כ ככה"ג לא שייך לומר אוקי בחזקת מאר' קמא שאדרכה הלוקח הוא נקרא בעל הקרקע ובפרט שהיה הזמן ג' שנים פדין שני חזקה ודו"ק.

ולפ"ז צ"ל דמ"ש הרשב"א בתשו' שהיה תנאי שאם יחזיר לו המעות מכאן ועד שלש שנים כו' אין פירושו שיקול לסלקו תוך הג' שנים באיזו זמן שירצה דא"כ לא היה בעליו עליו לזמן אלא פירושו שמכאן ואחר ג' שנים יסלקו ואפ"י תאמר דתשו' הרשב"א מייירי כפשוטו מ"מ לענין דינא לא קי"ל הכי אלא כרוב הפוסקים דתפיסה לא מהני בקרקע אף ברשות רק שאם הם בעליו עליו לזמן וכמ"ש דבאה יכול להיות שכל הפוסקים מודים ויהי' איך שיהיה מ"מ נתבאר דס"ל להרמב"ן דהך דחדש העיבור מיקרי תפס ברשות ואפ"ה לא מהני בקרקע מטעם קרקע בחזקת בעליה עומדת לכן נ"ל דלא נתפסו בעל ת"ה לזה דהא בלא הכי נמי אין טעם לחלק דפשיטא כי היכי דכור בל' סאה בסלע מיקרי תפס ברשות לדעת הרמב"ן ה"ה חדש העיבור כשאמר ב"ב דינרי' לשנה דינר זהב לחדש מיקרי חדש העיבור תפס ברשות לדעת רמב"ן ולא מסתבר פלל וגם אין טעם פלל לחלק ביניהן אלא נראה ששון הרמב"ן שפאשרי וטעמו הכריחו לבעל ת"ה לחלק פה בדעתו מדכתב הרמב"ן אבל נתנוהו לו בעלים כו' ל' נתינה וגם מדינהיב טעמא דהדר הנה ליה פהו בעלים כו' משמע נע דוקא היכא שכתבו לו אדעת' דיהא שלו דאז הדר הנה ליה פהו בעלים וה"ל בעלים המע"ה אבל כל שבא לידו מאליו או בתורת שאלה וכה"ג כיון דליכא למימר בכה"ג הדר כ"גפהו בעלים דהא אינו בעליו שהרי הוא אצלו בתורת שאל' ופקדון וכה"ג הלכך ה"ל תפיסה שלא ברשות סימן נט ובתשו' פן לב ס' ראשון דנ"ד סוף ע"א כתב וז"ל אבל אם התפיסו המלנה בתורת שאלה או פקדון האי התפסה לדעת הרב בעל ת"ה ה"ל כמאן דליתא איברא דהאי מילתא לא נמצא בשום פוסק ואם איתא דס"ל הכי ה"ל לפרושי דכגון האי ודאי צריך לאודועי עכ"ל (מה שהשיג בתשו' ודו"ק).

בן לב אדברי ת"ה בענין תפיסה ברשות נלענ"ד ד' הת"ה נכונים) ולענ"ד ד' הת"ה נכונים בזה ומן כרחים מתוך דברי הרמב"ן שבהרא"ש דלעיל וכמ"ש.

ועוד נ"ל להביא ראיה ממ"ש הב"י ס"ס ר"ב בשם הר"ן גבי בעיא דמשוה בהמה זו וקני פלים שעליה דפ"ק דמציעא ונ"ל הר"ן פתב פיון דבענין לא איפשטא נ"ל דאי משוה. בכה"ג לא מפקינן מיניה דה"ל תופס ברשות דומיא דכור בשלשים סאה בסלע וראיתי מחלקים ביניה דהתם משיכה גמורה הנה עבד אבל הכא דספיקא בגופא דקניין ודילמא לא קנו פלל מפקי' מיניה ואין זה פלום אצלי דהתם נמי איכא לספוקי דילמא מוכר לא נתפונן עד שימשוה לוקח כל הפור וכלישיגיה קמא דאמר פור בשלשים ומשיכה דלא מהני היא עכ"ל הר"ן (ראי' מדברי הר"ן שהביא הב"י בס"ס ר"ב לדברי ח"ה דלא מיקרי תפיס ברשות אלא כשתפסו אדעתא שיהיה שלו) הרי דלדעת ה"ש מחלקים לא מהני תפיסה אע"ג דברשות בא לידו דהא א"ל משוה בהמה זו וקני פלים שעליה א"ו פיון דלא התפסו אדעתא דיהא שלו בבירור לא מהני תפיסה ואפילו להר"ן דפליג עליוהו היינו פיון דספיקא הוא די"ל דקנה ממש וברשות באו לידו קני דמדמי ליה לכור בשלשים סאה בסלע אבל כל שברור שלא קנה פגון שהשאילו לו או הפקידו אצלו משמע דמודה דה"ל תפס שלא ברשות (עוד ראיה מהרא"ש פ"ק דמציעא לדברי ת"ה) ועוד נ"ל ראיה לדברי ת"ה ממ"ש הרא"ש פ"ק דמציעא גבי הך בעיא דמשוה בהמה וקני פלים שעליה ונ"ל הלכך אי א"ל משוה בהמה זו וקני פלים שעליה לא קנה הפלים במשיכת הבהמה ואפי' בכפותה דכיון דבעיני' לא איפשטא אוקי ממונא בחזקת מ"ק עכ"ל הרי פ"כ דס"ל להרא"ש דעת ה"ש מחלקין שבר"ן וצ"ל לסברתם דלא דמי לכור בל סאה בסלע דהתם הספק מצד אחד אם נתפונן לקנות ראשון ראשון אבל עכ"פ משיכה גמורה היא משא"כ הכא א"כ ש"מ מדברי הרא"ש דאע"ג דתפיס ברשות בעל הפלים שהרי א"ל משוה בהמה זו וקני פלים לא קני פיון שלא התפסו אדעתא דיהא שלו וא"כ ה"ה כשתפסו בידו בתורת שאילה או פקדון ואע"ג דכתבתי לעיל סימן ל"ו דיש לפרש דברי הרא"ש אלו כשלא תפס לרשותו היינו לדעת הטור ור' ירוחם אבל פשט דברי הרא"ש לא משמע כן וכמ"ש בסוף סי' מ"ג וא"כ לפי פשט דברי הרא"ש שפיר יש ראי' מדברי לדברי ת"ה ואף שאפשר לדחוק ולדחות שאין מדברי הר"ן והרא"ש אלו ראיה לדברי ת"ה מ"מ האמת יורה דרפו שיש להבי' ראיה מדבריהם לדברי ת"ה ודו"ק: סימן ס וראיתי בס' גד"ת שער ס"ח הקשה על דברי ת"ה מדכתב הרא"ש בשם הרמב"ן אבל תקיפה לא מהניא נראה דמחלק בין ל' תפיסה לל' תקיפה דבתפיסה שייך נתינה מיד בעלים שהם התפסו לו ותקיפה לא מיקריא אלא כשנה תקף וחרטף שלא מדעת הבעלים ואם איתא לפלוג פולה בתפיסה גופ' ולימא אבל תפס שלא ברשות דהיינו בשאלה או פקדון וכיוצא לא מהני אלא נראה דכל שאינה תקיפה מעצמו אלא שנתנו הבעלים מדעתם לעולם הני ברשות אפי' בדרף שאלה עכ"ל (מה שהקשה בס' גד"ת על הת"ה ל"ק מידי) ולפענ"ד משום הא לק"מ דהרמב"ן לישנא דש"ס פ"ק דמציעא נקט תקפו פהו מוציאין מידו ובא לפרש דתקפו היינו שלא ברשות וה"ה שאלה או פקדון מיקרי שלא ברשות ואדרבה דברי הרמב"ן מדוקדקים כמ"ש בעל ת"ה וכמ"ש בסמוך ס"ח נ"ח. עוד כתב בעל גדולי תרומה שם ונ"ל ובתשו' ו' לב פתב דהך מילתא דת"ה לא נמצא בשום פוסק נראה שאינו מסכים עמו ולענ"ד עדיפא מיניה איכא דנמצא פוסק דסבר

דלא פותיה והוא הרב הנ"י ז"ל בשנים אחרונים שכתב ומיהו כי אמרינו דבספיקא דממונא תפיסה ברשות מהני ה"מ במטלטלי אבל במקרקעי אפי' ברשות לא מהני וראיה לדבר דקי"ל כרב נחמן דאמר בסוף השואל דפלוגתיהו דשוכר ומשפיר בחדש העיבור פלו למשפיר משום דקרקע בחזקת בעליה עומדת והא התם ברשות תפס דהתם נמי בש"ס מדמינו לה לכור בל' סאה בסלע שהוא תופס וכו' הרי בהדיא דחדש העיבור חשיב ליה תופס ברשו' ואי לאו משום קרקע אהני ליה והא התם המשפיר לא יהיב מידי לשוכר וליפא למימר ביה דאדעתא דהכי נתנה לו שיהא שלו לגמרי דאפילו נימא מדשתיק אודוני אודי ליה אין זו נתיב' ממש לומר דמעיקרא יהיב ליה בתחלת החדש שיהא שלו אלא דבסוף החדש אמרי' מדלא תבע עד השתא אודוני אודי ליה והו' הוי מילתא שבאה גידו מאליה ומזה הצד קרי ליה ברשות שלא תקף זה שלא מדעת הבעלים וק"ל גם בהיא דכור בשלשי גופיה לא ידענא מאין לנו דאדעתא דהכי יהיב ליה שיהא שלו דכינן דקאמר פור בשלשים יש מקום לומר דכשנותן אחת אחת נתינה מדעת איפא שיהי הוא נותן מרצונו ואין האחר תוקף וחוטף שלא מדעתו אבל נתינה אדעתא דהכי שיהא שלו בהפכת ליפא דמצי למימר שהוא נותן והולך על דעת שהוא יכול לחזור בו עד הסאה האחרונה ולא דמי ליהו דהספיני' והנה דמיימי התם דנדאי הנהו כולה תחלת נתינתם היתה אדעתא שיהא שלהם לחלוטין עכ"ל הג"ת.

ולפע"ד לק"מ (גם מ"ש הג"ת שהנ"י חלוק על הת"ה ליתא) מדברי הנ"י על ד' הת"ה ונהרי הת"ה גופי' כ' דבהך דכור בנ' מיקרי תפס ברשות וה"ה בהך דחדש העיבור דחד טעמא אית להו א"ו שאני התם פנין דאם יהיה הדין ברור שחדש העיבור לשוכר א"כ תפס ברשות שיהי הניח ברשות לדור בו והיינו אדעת' שיהא שלו גם החדש הי"ג וכן אם יהיה הדין ברור דראשון ראשון קנה ינפה בו הלוקח שיהי נתנו לו אדעתא שיהא שלו אלא שיש ספק מצד הדין אי חדש העיבור לשוכר וכן אי ראשון ראשון קנס הלכך פנין דתפיס ברשות מהניא תפיסה מספיקא משא"כ כשבא לידו בתורת שאלה או פקדון שאפי' היה הדין ברור מ"מ זה שבידו לא בא בידו ברשות שיהא שלו שיהי מתחלה בא לידו בתורת שאלה או פקדון או מאליו בלא דעת הבעלים.

ע"כ נ"ל דברי הת"ה שרירין וקיימין בזה: סי' סא (דין דהיכא דחייב לו מעות יכול לתפוס בתיקו או שאר ספיקא דדינא או ס' שבשטר דזה מיקרי תפיס ברשות דכינן דהלואה להוצאה ניתנה ה"ל כנתנו לו אדעתא דיהא שלו) מיהו נ"ל דהיכא דהלואה אהד לחבירו מעות ורוצה הלואה לתפוס המעות מפח ספיקא דדינא מהני תפיסה אף לדברי ת"ה דעד כאן נא קאמר הת"ה אלא בשאלה או פקדון דכינן דהדר' בעיניה א"כ לא ה"ל התופס בעלים אלא קאי בחזקת מאר' קמא דפקדון כל היכא דאית' ברשות' דמאר' אית' אבל הלואה פנין דלהוצאה ניתנה ח"כ ה"ל התופס בעלים דהא ודאי במעות לא שייך לומר אוקי ממונא בחזקת מ"ק דאין לו בעצים ידועי' פנין דלהוצאה ניתנה וביד מי שהוא המעות הוא מיקרי מ"ק הלכך בכה"ג שפיר שייך טעמא דהרמב"ן שכתבתי לעיל סוף סימן נ"ח דה"ל איהו בעלים ובעלים ה"ל המע"ה ולפ"ז בכל ספיקות וכן בתיקו דמהני תפס ברשות וכמ"ש למעלה סי' נ' אם חייב לו מעות מחמת הלואה ורוצה לתפוס המעות מחמת ספיקא דדינא ממקום אחר מהני תפיסה ואע"ג דדעת מהר"ש"ל פרק פיצד הרגל סימן ה' אינו פן מדכתב שם גפי' פלוגתא דרבנותא דמהני כשתפס מעות משמע

דבתיקו לא דהא מחלקשם בין תיקו לפלוגתא דרבננותא ע"ש מ"מ אין נ"ל פן וגם לקמן סימן ק"ט וק"י"ב וק"י"ג אכתוב באריכות להשיג על דברי מהרש"ל שם.

ועוד נראה מטעם אחר דבגדון זה מהני תפיסה דכיון דדעת הן לב ובעל גדולי תרומה דאפילו בא לידו בתורת שאלה או פקדון יכול לתפסו מפת ספיקא דדינא נהי דבזה לא נ"ל פנותיהו אלא כמ"ש הת"ה וכמ"ש בסמוך מ"מ ודאי דבהלואה מצי התופס לומר קים לי פנותיהו ובפרט דגם הת"ה לא פליג עלליהו בהדיא.

פן נ"ל: סי' סב ומורי חמי זקני מהרמ"א כתב בי"ד ר"ס שט"ו גבי הא דקי"ל ס' בכור מוציאין מידו ונ"ל ואפ"ן אם נתנו לו הישראל בטעות שהיה סבור שצריך ליתנו לו ואח"כ נודע לו צריך הפהו להחזיר לו עכ"ל.

והוא מפסקי מהרא"י סי' קס"ו תשו' מהר"י הלוי וכן הוא בתשוב' מהרי"ל סי' ר"ה. (קושניא על פסקי מהרא"י סי' קס"ו ומהרמ"א בי"ד ר"ס שט"ז) ויש להקשות דהא בתפס ברשות לכ"ע אין מוציאין מידו וכ"ש דנתנו לו אדעת' דיהא שלו ודמי למ"ש הרמב"ן והרא"ש ספ"ק דבכור גבי נדמה דאם כבר נתנו לפהו אין מוציא מידו והבאתי לשונו לעיל סי' נ' (תירוצ' על דבריהם) וי"ל דלא אמרינן דתפיסה ברשות מהני אלא כשנתנו לו שלא בטעות רק שנתנו לו לגמרי (דין נתינה בטעות אפי' ברשות ה"ל כתופס שלא ברשות) משא"כ הכא דאי הוי ידע שא"צ ליתנו לו לא היה נותנו לו ומה שנתנו לו היה מחמת שהיה סבור שהדין כן שצריך ליתנו ס' בכור לכהן א"כ האי נתינה מעיקרא ליתא ולכך צריך להחזירו לו ודו"ק: סי' סג ואין להקשות כיון דתפיסה ברשות מהני לכ"ע א"כ מנ"ל להוכיח מדברי הסמ"ג והטור ור' ירוחם ושאר פוסקים דס"ל דתפיסה מהני בספיקא דדינא דילמא לא היא אלא פוליהו מיירי בתפס ברשות (מיהו הרי"ף לדעת הרא"ש ע"כ בלאו הכי מיירי בתפס שלא ברשות דאל"כ מ"מ תיקשי קושניא הרא"ש דה"ל להרי"ף לאתויי הך בעיא דהא איכא נ"מ אי תפס שלא ברשות דמשום תיקו לא מהני תפיסה ומשום לא מגבי' בבבל מהני תפיסה ועוד דא"כ מאי פריך הרא"ש על הרי"ף מס' בכור הא התם תפיס שלא ברשות וכמ"ש הרא"ש גופיה ספ"ק דבכורות א"ו דבתיקו מהני תפיסה בכל ענין להרי"ף לדעת הרא"ש.

ועוד הארכתי בזה לעיל סימן ט' שכן דעת הרי"ף ע"ש) מיהו בסמ"ג בלאו הכי לק"מ דע"כ הסמ"ג אינו מחלק בין תפס ברשות או לא שהרי מחלק בין תפס קודם שנוולד הספק או אח"כ ומייתי ראיה מר"ע שחושב מת ביום ל' ספק ואם נתן לפהו לא יחזיר אלמא כיון דתפיס קודם שנוולד הספק לא מפיקי מיניה עכ"ל והבאתי לשונו לעיל סימן ב' ואם איתא מאי ראי' מייתי מר"ע הא התם תפס ברשות וכמ"ש הרמב"ן והרא"ש ושאר פוסקים שהבאתי לעיל סימן נ' והוא פשוט אבל שלא ברשות לעולם אימא לך דלא מהני אפי' תפס קודם שנוולד הספק א"ו הסמ"ג אינו מחלק דין תפס ברשות ועוד מדס"ל דגבי הך דר"ע טעמא הוא כיון שתפס קודם שנוולד הספק אלמא אי הוי תפיס לאחר שנוולד הספק לא הוי מהני תפיסה אע"ג דתפיס ברשות אלמא דלהסמ"ג אין חילוק בין תפס ברשות או לא רק בין תפס קודם שנוולד הס' או אח"כ: סי' סד אבל בטור ור' ירוחם ושאר פוס' שהבאתי לעיל ולקמן יש להקשות לכאורה מנ"ל לאוכוחי מדבריהם דתפיסה מהניא בספיקא דדינא דילמא מיירי בתפיס' ברשות.

ועוד דהרי אותן הפוסקים שכתבו בתיקו מהני תפיסה כגון הרמב"ם וסייעתו לא חילקו בשום מקום בין תפס קודם שנולד הס' או לא. (וכ"כ מהר"ר שלמה פהן ספר ג' סי' פ"ז להדיא דהרמב"ם ס"ל דתפיסה לאחר שנולד הס' מהני אפי' בטענת שמא ע"ש) וגם הסמ"ע שחולק בכך היינו דוקא בשאר ספיקות ולא בתיקו וכמו שהוכחתי לעיל סימן ז' (דס"ל להרמב"ם והסמ"ג דתפיס' מהני בתיקו אפי' תפס אחר שנולד הספק וגם בס' שארית יוסף דף כ"ו ע"ב מוכח דהרמב"ם ס"ל דתפיסה מהני בתיקו אפי' תפס אחר שנולד הספק שכתב שם על מה שהביא הטור בס' צ' דברי הרמב"ם בסתם ואם תפס אין מוציאין מידו וז"ל וקשה שבסימן שפ"ח כתב שהרא"ש פליג וסובר דלא מהני תפיסה וקשה למה אינו מביא ג"כ הרא"ש בכאן ונ"ל דהכא מייירי שתפס ר"ל שהיה ביזו קודם לכך הניזק ישבע ונוטל וכו' וזה מודה גם הרא"ש הואיל והיה ביזו קודם שנולד הס' לב"ד אבל בס' שפ"ח מייירי שתפס אח"כ לכך לא מהני עכ"ל הגם שדבריו אלו אין מחוברים לפע"ד דהא דברי הרמב"ם שהביא הטור בס' צ' הן דברי הרמב"ם עצמן שהביא בס' שפ"ח והעיקר נראה שהטור לא מייירי בס' צ' מדינאי אלו וסמך בזה אמ"ש לקמן סי' שפ"ח וכמ"ש הב"ח והשיג על השארית יוסף שבדף כ"ו ע"ד שחלק בין סל לכיס ומלבד זה נראה ד' שארית יוסף פסותרים דבעמוד ב' (בין) תיגרז לחלק בין קודם שנולד הספק ובעמוד ד' מחלק בין סל לפיס ונראין הדברים שדברים האחרונים אינם מדברי בעל שארית יוסף ומדברי הב"ח נראה שלא ראה דברי שארית יוסף הראשונים מ"מ מה שנתראה להדיא מדברי בעל שארית יוסף הראשונים דלהרמב"ם שהביא הטור בס' שפ"ח דמהני תפיסה בתיקו היינו אפי' אחר שנולד הס' בזה דבריו נכונים וכמ"ש) ועוד דא"כ לא ה"ל להטור ושאר הרבה פוסקים ואחרונים לעשות מחלוקת בין הרא"ש והרמב"ם ועוד דא"כ הדרא קושית הרא"ש בפירק פיצד הרגל על הרי"ף לדוכתא דה"ל לאתוויי הך בעינא דרב אשי דהא נ"מ אם תפס אחר שנולד הס' ועוד דא"כ מאי מקשה הרא"ש על הרי"ף מספק בכור הא התם תפס אחר שנולד הס' ועוד דפשיטא דאינו עולה על הדעת לחלק כלל בתיקו או בעינא בין קודם שנולד הספק או אח"כ דהא מיד בשעת חתימת הש"ס נולד הספק וכמ"ש לעיל סימן ז' ודוקא בעדות דתרי ותרי וכה"ג כ' התוספות והפוס' לחלק בין קודם שנולד הס' או לא משום דהס' נולד בשעת הגדת העדות אבל בספיק' דבעי' הספק נולד מיד בשעת חתימת הש"ס ומה בכך שהמעשה לא אירע לזה עד עתה הרי במעשה אין כאן ס' רק בדין וספק של הדין נולד כבר א"כ כל היכא דתפס מיקרי תפס אחר שנולד הס' ולכך לא מצינו לשום פוסק שיחלק בתיקו בין תפס קודם שנולד הס' או אח"כ רק בהך דפ"ב דכתובות בעדות דתרי ותרי וכה"ג מחלקים בכך ולא בתיקו ואמת שבת"ה סי' שכ"א מחלק גם בספיקא דדינא בין תפס קודם שנולד הס' או אח"כ (דברי הת"ה סי' שכ"א דמחלק בספיקא דדינא בין תפס קודם שנולד הס' או אח"כ ע"ע) אבל דבריו צ"ע ועוד דמכ"ש מוכח מדבריו שם דלהרי"ף וסייעתו מהני תפיסה בספיקא דדינא אפי' אחר שנולד הס' דהא הוצרך שם לפסוק דלא מהני תפיסה מטעם דקי"ל כשינויי דהתוס' דתפיסה לאחר שנולד הס' בספיקא דדינא לא מהני ודלא כהרי"ף כו' יעו"ש אלמא דלהרי"ף וסייעתו בכל גונוי מהני: סי' סו נמצא עלה בידינו דדברי הת"ה שהבאתי לעיל סימן נ"ז בענין תפס ברשות נכונים.

אף מ"ש בת"ה שם דבאשרי פ"ק דב"מ מוכח דאפי' תפס קודם שנולד הספק לא מהני מדמייתי ראי' מחדש העבור דכולה למשפיר כו' והבאתי לשונו לעיל סימן נ"ו (מ"ש בת"ה דלהרא"ש לא מהני תפיסה קודם שנולד הספק אין נ"ל לפע"ד) אין נלפע"ד דכיון דמוכח להקדיא מדברי התוס' דפ"ק דמציעא דף ו' ע"ב ובפרק האשה שנתארמלה דף כ' ע"א ופרק בית כור דף ק"ה ע"א דתפיסה קודם שנולד הספק מהני אפי' בתופס מפת טענת ספק אמאי נימא דפליג עלליהו הרא"ש הא פל כמה דמציינו להשוות דברי הפוסקים אהדדי עבדין ובפרט שהרא"ש על הרוב נמשך לשטת התוס' ואדרבה נ"ל דהרא"ש פ"ק דמציעא לא קאמר דלא מהני תפיסה אלא דומיא דספק בכור שהביא דמיירי שתפס אחר שנולד הספק (הוכח' הת"ה מהרא"ש פ"ק דמציעא אינו פלוג) ומה שהוכיח הת"ה דמייתי הרא"ש ראי' מחדש דכולו למשפיר כו' לפע"ד אינו הוכחה כלל דהא פתבו רש"י והרא"ש בס"פ השואל גבי הך דחדש העבור דכולו למשפיר וז"ל ורב נחמן אמר קרקע בכותקת בעליה קיימא ואע"ג דאת' בסוף חודש פלו' למשפיר כיון שנולד הספק מתחלת החדש עכ"ל (ולאו דווקא מתחלת החדש אלא ה"ה בתחלת השנה מיד נולד הספק בלשון של י"ב דינרין לשנה דינר זהב לחדש ומ"ש בתחלת החדש היינו משום שאינו מחולקין אלא בשכר החדש) א"כ לא מבעיא דליכא הוכחה מדברי הרא"ש דפ"ק דמציעא דר"ל אפי' תפס קודם שנולד הספק אלא אפי' משמע אדרבא ואדרבה משמע לכאורה מדברי הרא"ש שם להפך לכאורה מדברי הרא"ש להפך נידרצרו מדהוצרו לטעמא כיון שנולד הספק מתחלת החדש אלמא דאי אי הוי תפיס קודם שנולד הספק לא הוי מפקינן מיניה (וכן לפי מה שתמצית לעיל סימן מ"ה ומ"ז שלא תיקשי דברי הרא"ש דפ"ק דמציעא מהו דהמקבל ופרק השואל מוכח להקדיא דס"ל להרא"ש דמהני תפיסה קודם שנולד הספק ע"ש וכן משמע להקדיא בתוס' פ"ק דמציעא ופ"ב דכתובות ופ' בית כור דהך דהמשפיר הוי תופס אחר שנולד הספק ע"ש: סי' סז (עוד ראיה לדברי מהרא"ש פ"ב דכתובות) ועוד מצאתי ראיה לדברי בדברי הרא"ש פ"ב דכתובות שכתב שם וז"ל והא דמהני תפיסה כתבתי בפ"ק דב"מ גבי תקפו פהו מוציאין מידו ומיירי הכא בתפס קודם שנולד הספק א"נ שאני הכא שטוען ברי עכ"ל והבאתי לשונו לעיל סי' ל"ד משמע להקדיא כמ"ש ודוחק לומר דמ"ש הרא"ש מתחלה ומיירי הכא בתפס קודם שנולד הספק היינו נמי דוקא שטוען ברי ועוד דכיון דמעיקרא לא הוי ס"ד לחלק בין טוען ברי או שפא רק הנה ס"ל לחלק בין תפס קודם שנולד הספק או אח"כ א"כ ש"מ דאע"ג דבעלמא לא מהני תפיסה מ"מ בתפס קודם שנולד הספק מהני א"כ אף למאי דכ' הרא"ש א"נ שאני הכא שטוען ברי מ"מ נשמע דבעלמא היכא דלא מהני תפיסה מ"מ בתפס קודם שנולד הספק מהני וא"כ אפי' בטענת שפא מהני דהא הוי בעי למימר דלא דמי לספק בכור מטעמא דמיירי שתפס קודם שנולד הס' וספק בכור לא תפיס אלא בטענת שפא ועוד דכי היכי דבדברי התוס' פתב התרומות הדשן דהנה שנויי לא פליגי ולדינא קושטא הוא דתפס קודם שנולד הספק מהני והבאתי לשונו לעיל סימן נ"ז ה"נ י"ל כן דברי הרא"ש לכו' נראה דעת הרא"ש כמ"ש (לפע"ד אישתמיטי' להת"ה דברי הרא"ש דפ"ב דכתובות ודפ' השואל) שהבאתי לעיל דאל"כ לא הוי שתיק מלהביאם ולפלפל עכ"פ בדבריהם כיון שמשמע שם שלא כדבריו וכמ"ש: סי' סח אמת שראיתי בתשו' מהר' דוד נ' לב סי' ראשון סוף דף נ"ג שכתב וז"ל לתירוץ קמא דתירץ הרא"ש בפ' האשה

שְׁנֵתֶּיךָ מְלֵא דְמִיּוּרֵי בְּתַפְּסֵי קוֹדֶם שְׁנוּלֵד הַסְּפֵק נִרְאֶה דְּהוּא ו"ל סוֹבֵר דְּתַרְתִּי לְטִיבוּתָא בְּעֵינֵי וּלְמֵאֵי דְּתִירָץ א"נ שְׁאֵנִי הֵכָא שְׁטוּעֵן בְּרִי לְמַדְנֵוּ מְדַבְּרִי דְּבַחְדָּא לְטִיבוּתָא דְּהֵינֵנוּ בְּטַעֲנַת בְּרִי אַע"ג דְּתַפְּסֵי אַחַר שְׁנוּלֵד הַסְּפֵק סְגִי אֶכְל הֵיכָא דְּאִיכָא חֲדָא לְטִיבוּתָא דְּתַפְּסֵי קוֹדֶם שְׁנוּלֵד הַסְּפֵק מְהֵיכָא דְּכַתְּבֵי הֵכָא לֹא גִדַע סְבָרְתוֹ ו"ל אִם לֹא שְׁנַלְמוּד מְהֵיכָא דְּפ"ק דְּמַצִּיעָא דְּכַתְּבֵי ו"ל כְּלָלָא דְּמִלְתָּא לְטַעֲנַת בְּרִי מְהֵיכָא תַּפְּסֵי אֶבְל מִי שְׁהוּא מְסוּפֵק לֹא מְהֵיכָא תַּפְּסֵי לְטַעֲנַתוֹ לְאִפּוּקֵי מְחֻזְקַת מֵאֵר' קָמָא נִרְאֶה מְדַבְּרִי דְּלֹא סְגִי בְּטַעֲנַת שְׁמָא אַף אִם תַּפְּסֵי קוֹדֶם שְׁנוּלֵד הַסְּפֵק עַכ"ל וְכֵה"ג פְּתַב עוֹד מֵהֵר"ד ו' לֵב בִּס' שְׁנֵי סִי' ס"ז דָּף פ"ב ע"ב וְהִבְאֵתִי לְשׁוֹנוֹ לְעֵיל סִי' מ"ז וְכ"כ עוֹד מֵהֵר"ד שְׁם ו"ל אֶבְל בְּנִידוֹן דִּידֵן דְּתַפְּסֵי קוֹדֶם שְׁנוּלֵד הַסְּפֵק דִּילְמָא לֹא פְּלִיג הֵרָא"ש עֲלֵיהּ דְּרַב אֶלְפִּס הָא וְדָאִי לִיתָא דְּהָרִי פְּתַב הֵרָא"ש בְּפ"ק דְּמַצִּיעָא ו"ל כְּלָלָא דְּמִלְתָּא לְטַעֲנַת בְּרִי מְהֵיכָא תַּפְּסֵי אֶבְל מִי שְׁהוּא מְסוּפֵק לֹא מְהֵיכָא תַּפְּסֵי לְאִפּוּקֵי מְחֻזְקַת מֵאֵר' קָמָא ע"כ מְשַׁמַּע דְּבַכְל תַּפְּסֵי קָאֵמֵר דְּנַח מְהֵיכָא וְאֶפְּלוֹ בְּתַפְּסֵי דְּקוֹדֶם שְׁנוּלֵד הַסְּפֵק עַכ"ל מֵהֵר"ד וְהִבְאֵתִי לְשׁוֹנוֹ לְקַמְּן סִי' פ"ג (גַּם מֵהֵר"ר דָּוִד בְּתַשׁוּ' ו' לֵב פְּתַב כֵּה"ה אֶבְל אֵין דְּבַרְיוֹ נִלְפַע"ד) אֶבְל בְּאֵמַת אֵין דְּבַרְיוֹ נ"ל וְכַמ"ש בְּסוּמָה סִי' ס"ו וְס"ז וּבְפֶרֶט מ"ש דְּלְתִירוּצָא קָמָא דְּתִירָץ הֵרָא"ש נִרְאֶה דְּסוֹבֵר דְּתַרְתִּי לְטִיבוּתָא בְּעֵינֵי דְּהָא וְדָאִי לִיתָא דְּהָא הֵרָא"ש פְּתַב כֵּן כִּי הֵיכָא דְּלֹא תִּיקְשִׁי מְסַפֵּק בְּכוֹר וְהָא הֵתֵם שְׁמָא הוּא אֶלָּא דְּלְתִירוּצָא קָמָא בְּתַפְּסֵי קוֹדֶם שְׁנוּלֵד הַסְּפֵק לְחוּד סְגִי.

וְאוּלַי דְּחָקוּ לְמֵהֵר"ד ו' לֵב מְשׁוּם דְּגַבֵּי תַרְי וְתַרֵי מְסַתְּמָא הַמְּלוּה טוּעֵן בְּרִי אֶבְל אֵי מְשׁוּם הָא לֹא אִירָאִי דְּהָא הֵרָא"ש. פ" דְּכַתְּבוֹת פְּתַב דִּי"מ דְּמִיּוּרֵי שְׁטוּעֵן שְׁמָא וְכָא לְזַכּוֹת מִפְּחַ הַשְּׁטֵר וְא"כ ה"ה לְתִירָוֹ קָמָא דְּהֵרָא"ש י"ל כֵּן.

וְעוֹד דְּאֶפְּלוֹ תִּימָא דְּמְסַתְּמָא טוּעֵן בְּרִי מ"מ לְתִירוּצָא קָמָא לֹא אִיכְפַתְלֵן בְּהָא וְטַעֲנַת בְּרִי דִּילְיָה לֹא מַעְלָה וְלֹא מוֹרִיד. אֶלָּא נ"ל כַּמ"ש דְּבַתְּפֵס קוֹדֶם שְׁנוּלֵד הַסְּפֵק מְהֵיכָא לְהֵרָא"ש אַף בְּטַעֲנַת סְפֵק וְאֵע"ג דְּמַדְּבַרֵי הֵרָמְב"ן שְׁהִבִּיא הֵרָא"ש סְפ"ק דְּבַכּוֹרוֹת מְשַׁמַּע דְּלֹא מְהֵיכָא תַּפְּסֵי אֶפְּלוֹ קוֹדֶם שְׁנוּלֵד הַסְּפֵק מְדַכְּתַב דְּהָא דְּנִתְּנוּ לְכַהֵן וְהָא דְּהָא וְנִתְּנוּ טַעֲמָא הוּא מְשׁוּם דְּתַפְּסֵי בְּרִשׁוֹת וְהִבְאֵתִי לְשׁוֹנוֹ לְעֵיל סִי' נ' וְהָא הֵתֵם תַּפְּסֵי קוֹדֶם שְׁנוּלֵד הַסְּפֵק וְאֶפְּ"ה לֹא מְהֵיכָא אֶלָּא מְטַעֲמָא שְׁתַּפְּסֵי בְּרִשׁוֹת מ"מ נִרְאֶה דְּהֵרָא"ש לֹא ס"ל כְּהֵרָמְב"ן בְּהָא וְנִרְאֶה שְׁלִזָּה פְּתַב הֵרָא"ש סְפ"ק דְּבַכּוֹרוֹת בְּסוּף דְּבַרְיוֹ הֵרָמְב"ן ו"ל ר"ל שְׁפַל זֶה הוּא לְשׁוֹן הֵרָמְב"ן ו"ל אֶבְל אֵיהוּ לֹא ס"ל כְּנִתְּיָה לְגַמְרֵי וְלֹא הִב"א דְּבַרֵי הֵרָמְב"ן אֶלָּא לְלַמּוּד מִהֵן עֵיקַר הַדִּין שְׁפַתְּבֵי הֵרָמְב"ן דְּאֶפְּלוֹ הֵיכָא דְּלֹא מְהֵיכָא תַּפְּסֵי אִם תַּפְּסֵי בְּרִשׁוֹת מְהֵיכָא מִפְּחַ שְׁאָר הֵרָאִיוֹת שְׁהִבִּיא כְּגוֹן כּוֹר בְּשַׁלְשִׁים סָאָה בְּסַלְעַ וְדַכּוּתִיָּה וְנ"מ לְהֵרָא"ש בְּתַפְּסֵי אַחַר שְׁנוּלֵד הַסְּפֵק בְּטַעֲנַת שְׁמָא דְּאִם תַּפְּסֵי בְּרִשׁוֹת מְהֵיכָא כְּמוֹ בְּהָא דְּכוֹר בֵּל' סָאָה בְּסַלְעַ כֵּן נ"ל: סִי' סֵט שׁוֹב רְאִיתִי בִּס' מַעַד"מ פ"ק דְּמַצִּיעָא פְּתַב בְּפִשְׁטוּת לְדַעַת הֵרָא"ש דְּתַפְּסֵי קוֹדֶם שְׁנוּלֵד הַסְּפֵק מְהֵיכָא וְכַמ"ש בְּפ"ב דְּכַתְּבוֹת ע"ש.

שׁוֹב מְצַאֲתִי ת"ל בְּהֵדִיא כְּדַבְּרֵי בֵּת' מִבֵּי"ט ח"א שְׁאֵלָה ק"ח דָּף ק"ו שְׁפַתְּבֵי דְּמ"ש הֵרָא"ש פ"ק דְּמַצִּיעָא דְּלֹא מְהֵיכָא תַּפְּסֵי מְסַפֵּק הֵינֵנוּ כְּשִׁתְּפֵס בְּזִמְן הַסְּפֵק אֶבְל תַּפְּסֵי קוֹדֶם שְׁנוּלֵד הַסְּפֵק לֹא מְפַקִּינֵן מִיְנִיָּה מְדַכְּתַב הֵרָא"ש אֶבְל מִי שְׁהוּא מְסוּפֵק בְּדַבְּרֵי אִם הוּא שְׁלוֹ אִם לֹא לֹא מְהֵיכָא תַּפְּסֵי לְטַעֲנַתוֹ מְשַׁמַּע מְשׁוּם דְּתַפְּסֵי בְּזִמְן הַסְּפֵק אֶבְל תַּפְּסֵי קוֹדֶם מְהֵיכָא תַּפְּסֵי לְטַעֲנַתוֹ.

עכ"ל ועוד כתב שם בסוף התשובה וז"ל על מ"ש למעלה פי גם מדברי הרא"ש ז"ל משמע שפשתפס קודם שנולד הספק שאין מוציאין מידו ומנהי תפיסתו והוכחתי פן מלשונו כתב לי חכם א' מחשובי המעיינים וז"ל דברים שאמר מר דברים שנאמרו למשה בסיני ומורינו רצה להספיק דברי הרא"ש עם דברי הסמ"ג וכתב פן מסכרת דעתו הרחבה ולסתום פיהם של החולקים מצאתי להרא"ש ז"ל שכ"כ בפירושו בפ"ב דכתובות אהיה דאוקי תרי להדי תרי וכו' שכתב וז"ל והא דמהני תפיסה מספק כתבתי בפ"ק דמציעא גבי תקפו פהן מוציאין מידו ומיירי בדתפיס קודם שנולד הספק א"נ שאני הכא שטוען ברי ע"כ פלומר ההיא דתקפו פהן התם תקף אחר הספק דהיינו לשון תקף ולפיכך מוציאין מידו והכא מיירי דתפיס קודם שנולד הספק א"נ שאני הכא שטוען ברי א"כ אף לפי תירוץ השני לא בטל התירוץ הראשון ולעולם סבור שפשתפס קודם שנולד הספק מהני תפיסה אלא שפא ליישב דאפילו תימא דמיירי התם פשתפס אחר הספק שאני הכא כו' עכ"ל החכם יצ"ו דברי פי חכם חן תשואות חן חן לו המבי"ט עכ"ל.

ונתתי שמחה ומצאתי ראיה משלשה גדולי האחרונים לדברי הרא"ש דמהני תפיסה קודם שנולד הספק) בלבי ת"ל שפשתפס דעת שלשה גדולי אחרונים שלא פדעת הת"ה פי אף שלא הנה נראין לי דברי הת"ה לא מלאני לבי לחלוק עליו הגם שהשלשה גדולים אלו לא הביאו דברי הת"ה כב"ר נודע מ"ש מהרי"ק בשורש צ"ד ומהרמ"א בח"מ סימן כ"ה ס"ב בהג"ה דכ"מ שדברי הראשונים כתובים על ספר והם מפוסקים והפוסקים האחרונים חולקים עליהם הולכים אחר האחרונים דמסתמא ראו דברי הראשונים ואעפ"כ חולקים עליהם כו' ע"ש.

וכ"ש פאן שיש מקום לחלוק בראיות ברורות על הת"ה כמ"ש למע'. (שוב ראיתי בתשו' מהר"ר יוסף ו' לב ספר א' פלל י"ז סי' צ"ז דעתו ג"כ דתפיסה קודם שנולד הספק מהני לכ"ע וז"ל ואם לחשד אדם לומר דהני תפיסה לאחר שנולד הספק ולא מהני ולא מידי פדמוכח פ"ק דמציעא גבי תקפו פהן ובפרק בית פור ובתשובת קולון סימן קס"א ובת"ה סימן שכ"א נתבררו ונתלבנו הדברים האלה והרוצה לעמוד על שרשם יעיין בתשובותיהם הא נמי לימא דנידון דידן לא מיקרי תפיסה לאחר שנולד הספק אדרבא נולד הספק אחר התפיסה ואחר נתינת המעות מיד שמעון לראובן אם זכה באותן המעות כפי דעת ראב"ה ומהר"מ דעביד אינש דגזים ולא עביד או אם לא זכה בהם פדעת רבינו חננאל גאון ופשיטא דכיוצא בזה יוכל ראובן לומר קים לי כמהר"ם וראב"ה עכ"ל והבאתי לשונו לקמן סימן פ"ו הרי גם דעת מהר"י ו' לב אביו של מהר"ד ו' לב מספמת דתפיסה קודם שנולד הספק מהני וכמ"ש ובכי הא ודאי יפה פח האב מסח הבן): סי' ע באפי' תימא דדעת הרא"ש כמ"ש הת"ה לדעתו מה שלפע"ד אינו מ"מ לענין דינא ודאי נראה להורות דתפיסה קודם שנולד הספק מהני כמ"ש הת"ה לדעת בתוס' (מ"ש בת' מהר"ד בתשו' ו' לב ס' א' דף נ"ד דלא נמצא בשום פוסק דתפיסה קודם שנולד הספק מהני לא דק ואישתמיטת' הרבה פוסקים) ודלא כמ"ש מהר"ד בת' ו' לב ס' א' דנ"ד ע"ד דתפיסה קודם שנולד הס' ל"מ דלא נמצא בשום פוסק שיאמר בפירושו דתפיסה קודם שנולד הספק מהני עכ"ל ולא דק ואישתמיטת' דברי הת"ה סי' שכ"א שהבאתי לעיל סימן נ"ז שכתב דלדעת התוס' מהני וכן משמע באמת בתוס' פ"ק דמציעא ופ"ב דכתובות ופ' בית פור וכן הביא בת"ה שם הגה' אשר"י פ"ק יש נוהלין וגם דעת הת"ה נראה פן

להלכה והבאתי לשונו לקמן סימן ק"ט וגם אישתימיטתי הרבה פוסקים הלא המה הסמ"ג
עשין צ"ה דף קפ"ג ע"ג והגה' מי"ט ספ"ט מה' טוען ותשו' מי"ד דספר משפטים סימן ל"ט
דכתב להדיא דמהני והבאתי לשונם לעיל סי' ב' וכן פסקו מהר"מ רקנטי סימן תט"ו
והבאתי לשונו לעיל סימן ז' וכן האגודה פ"ב דכתובות פתב וז"ל והא דאמרין פ"ק
דב"מ תקפו פהן מוציאין שאני התם דתופס מספק אבל הכא מלוה אומר ברי א"נ הכא
תפס קודם שנולד הס' מייגרי עכ"ל וכן משמע להדיא במהרי"ק שורש קס"א ושורש צ"ד
דבתפס קודם שנולד הספק מהני אפילו בשמא וכ"ע מודו בהא רק שמפלפל שם בתפס
לאחר שנולד הספק אי נימא דמהני תפיסה בטענת ברי או בטענת קים לי פחד מרבנותא
דהוי כמו טענת ברי אבל בתפס קודם שנולד הספק משמע התם בשורש קס"א ובשורש
צ"ד דפשיטא ליה דמהני תפיסה אפ"ל בטענת שמא פחד תירוץ דהתוס' וכהסמ"ג ע"ש
במהרי"ק מנפת פן להדיא והבאתי לשונו בשורש קס"א לקמן סי' ע"ט וב"י פתב בסוף
סי"ד וז"ל תפיסה קודם שנולד הספק מהני אפילו אין לו טענ' ברורה אלא שאומר קים
לי פריש"י וכיוצא בו ול"ד לתקפו פהן מהרי"ק שורש קס"א עכ"ל (דברי ב"י ס"ס ד'
בשם מהרי"ק הם שלא בדקדוק) ונ"ל שדבריו הם שלא בדקדוק דבתפיסה קודם שנולד
הספק משמע במהרי"ק שם דאפילו בטענת שמא גמור מהני תפיסה רק דכ' שם דאפ"ל
תפס לאחר שנולד הספק אי הנה טוען ברי מהני תפיסה ולא מבטיח בטענת ברי ממש
אלא אפ"ל בטענת קים לי פריש"י וכה"ג כו' דהא לא דמי לתקפו פהן דהתם אין לו אמתלא
משום טענ' שיוכל להסמך עליה אבל היכא דאית ליה טענת פל דהו אפ"ל תהיה רעוע' כי
היא דקים לי פריש"י כדפ"י מ"מ מהניא עם התפיסה עכ"ל הרי בהדיא כמ"ש דהא תקפו
בהן הני לאחר שנולד הספק (דין העולה בתפיסה קודם שנולד הספק מהני אפ"ל בטענת
שמא כגון בספק שבשטר או בעדות דתרי ותרי או בפלוגתא דרבנותא או בשאר ספיקות
כה"ג אבל בתיקו או בעניא דלא איפשטא אין לחלק בכה"ג) הלכך נקטינו דתפיסה קודם
שנולד הספק מהני אפ"ל אטענת שמא וכ"פ בתשו' מבי"ט שם וכן משמע בפשיטות בתשו'
מהר"א מינץ סימן ע"ד דף ק"ח ע"ד ור"ם ע"ו ע"ש.

וכן משמע בתשו' מהר"ר בצלאל אשכנזי סימן ל"ח דף ק"ו ע"א בפשיטות דמהני תפיסה
קודם שנולד הספק לכ"ע ע"ש. מיהו גבי תיקו ובעניא דלא איפשטא אין לחלק כגון תפס
קודם שנולד הספק או אח"כ דמיד בשעת חתימת הש"ס נולד הספק וכל מי שתופס
אח"כ מיקרי תופס אחר שנולד הספק וכמ"ש לעיל סי' ז' וסימן ס"ה ולא נ"מ בכל זה
אנא בספק שבשטר או בעדות דתרי ותרי וכן שאר ספיקות כה"ג או אפילו בפלוגתא
דרבנותא וכדמוכח מתשובת מהר"ר יוסף ו' לב סי' א' סימן ס"ז שהבאתי לקמן סימן
קי"ח וסימן צ"ז שהבאתי בסי' ס"ס בסופו וכמו שאכתוב לקמן סימן פ"ה דפלוגתא
דרבנותא מיקרי לעולם תפס קודם שנולד הספק ע"ש: סי' עא (מנין הפוסקים דס"ל
בתיקו מהני תפיסה) ועתה נחזור לעניינינו אשר התחלנו בסימן לעמוד למנין במחלוקת
הפוסקים בדין ספיקא דש"ס שהוא תיקו ואבעניא דלא איפשטא והנה כבר הבאתי בס"ז
דברי הסמ"ג דס"ל בתיקו מהני תפיסה וכן דעת הרמב"ם וכמ"ש בסימן ח' וכ"כ הרא"ש
פרק פיצד הרגל בשם רבותינו והבאתי לשונו בסימן ג' וכ"כ ר' ירוחם בשם הגאונים
והבאתי לשונו בסימן ד' וכן דעת הרי"ף לדעת הרא"ש ולדעת כת"ה סי' שכ"א ולדעת
מהר"ר דוד ו' לב ולדעת השלטי גבורים ודעת מהר"ר שלמה פהן ולדעת מהרש"ל

וכמ"ש בסי"ח וכן נ"ל עיקר בְּדַעַת הָרִי"ף וְלֹא כַהֲנִי שִׁפְתַּב לְהִקְפֹּד לְדַעַת הָרִי"ף וְכֵן
נִרְאֶה מִהֶרְמַב"ן בְּסֵפֶר הַמְּלַחְמוֹת כַּהֲנִי וְגַם מֵהֶר"ר יוֹסֵף טְרַאנִי בְּתַשׁוּ' סִי' קכ"ו
כְּמִסְתַּפֵּק בְּדַעַת הָרִי"ף וּלְפַעַד"נ כַּמ"ש וְגַם דַּעַת מֵהֶר"ד בֵּית ב' בְּסִימָן ס' נִרְאֶה בְּדַעַת
הָרִי"ף כַּמ"ש וְכִבֵּר בְּרִתִּי כָּל זֶה בְּסִימָן ט' וְגַם הַמְּגִדוֹל עוֹז בְּתַב כֵּן בְּשֵׁם הָרִי"ף וְהִבְאֵתוּ
בְּסִימָן י"ב וְגַם דַּעַת הָרַאָב"ד דְּמַהֲנֵי תְּפִיסָה בְּתִיקוֹ וְכַמ"ש בְּסִי' י"א וְסִימָן ל"ט וְכֵן דַּעַת
הַה"מ וְכַמ"ש בְּסִימָן י' וּי"ג וְכֵן דַּעַת הַמְּגִדוֹל עוֹז וְכ' שִׁכּוֹן קִבֵּל מִרְבוּתוֹ וְלֹא שָׁמַע שׁוֹם
חוֹלֵק בְּדָבָר וְכֵן דַּעַת הַגַּה"מ וְהַש"ג וְכַמ"ש בְּסִי' י"ד וְכֵן דַּעַת מֵהֶר"ר מְנַחֵם רִקְנֵטִי
וְכַמ"ש בְּסִימָן ז' וְכֵן דַּעַת הָרַאָב"ש וְטוֹר וּר' יִרְחוּם וְכַמ"ש בְּאַרְיֵכוֹת מִסִּי' י"ז עַד סִי' ד'
וּנ"ד זִילְתִּי בְּתִיקוֹ דְקָנְס וְכַה"ג שְׁאַפְנִי הִיָּה הַדִּין בְּרוּר לֹא הִיָּה כֹחַ בְּיַד ב"ד לְכוּפּוֹ לְשִׁלְמָ
בְּכַה"ג ס"ל לְהָרַאָב"ד וְהָרַאָב"ש וְטוֹר וּר' יִרְחוּם דְּבְתִיקוֹ (דִּין בְּתִיקוֹ דְקָנְס וְכַה"ג) אִפִּי
תְּפַס מִפְקִי מִיָּנִיָּה וְכַמ"ש בְּסִי' כ"ו (וְכֵן נ"ל עִיקָר לְדִינָא בְּזֵה דְבְתִיקוֹ דְקָנְס וְכַה"ג לֹא
מַהֲנֵי תְּפִיסָה וְעוֹד דְמֵאֵן דַּס"ל בְּכָל תִּיקוֹ לֹא מַהֲנֵי תְּפִיסָה פְּשִׁיטָא דַּכ"ש דַּס"ל בְּתִיקוֹ
דְקָנְס לֹא מַהֲנֵי תְּפִיסָה וְא"כ אִפִּי הַפּוֹסְקִים דַּס"ל דְּמַהֲנֵי תְּפִיסָה בְּתִיקוֹ לֹא אֲשַׁפְחוּ לְהוּ
הִכִּי בְּתִיקוֹ דְקָנְס וְא"כ בְּתִיקוֹ דְקָנְס ה"ל הֶרְמַב"ם יַחֲדָה לְגַבְיֵיהוּ וְקִי"ל כְּהָרַאָב"ד כֵּן
נ"ל): וְאַפְנִי תִימָא דְהָרַאָב"ש ס"ל בְּכָל תִּיקוֹ אִי תְּפַס מִפְקִי מִיָּנִיָּה מ"מ דַּעַת הַטוֹר וּר'
יִרְחוּם לֹא נִרְאֶה כֵּן וְכַמ"ש כַּסִּי' מ"ג וְאַפְנִי אִם יִרְצָה אִיזָה בְּעַל דִּין לְפַקְפֵּק שְׂאִין כֵּן דַּעַת
הַטוֹר מ"מ דַּעַת ר' יִרְחוּם וְדַאי נִרְאֶה כֵּן וְכַמ"ש שָׁם.

וְכֵן דַּעַת מֵהֶר"ד דְּשָׁם וְהִבְאֵתִי לְשׁוֹנוֹ לְקַמֵּן סִי' ק"ג וְגַם הַב"י פָּסַק כֵּן בְּפְשִׁיטוֹת בְּהֶרְבָּה
מְקוֹמוֹת בַּש"ע וְהִבְאֵתִי לְשׁוֹנוֹתָיו לְעֵיל סִי' י"ט וְגַם דַּעַת מֵהֶרְמ"א הוּא כֵּן וְכַמּוֹ שְׁאַבְאָר
בְּסִימָן ע"ה, (וְכֵן דַּעַת מֵהֶר"ר יוֹסֵף ו' לֵב שִׁפְתַּב בְּסֵפֶר שְׁלִישֵׁי דָף פ"ב ע"ג בְּקוֹנֵי דִינֵי
מִיָּגוֹ גַּבִּי מְגוֹ בְּמָקוֹם חֲזָקָה וְנ"ל וְלֹא אִיפְשָׁטָא הַבְּעִיָּא וְלֹא מִפְקִי מְמוּנָא אֲלֵא מִשְׁתַּבַּע
הִסְתָּה וּמִיָּפְטוֹר דְתִיקוֹ דְמְמוּנָא לְקוֹלָא דְנִתְבָּע וּמִיָּהוּ אִי תְּפַס לֹא מִפְקִינֵן מִיָּנִיָּה דְדִילְמָא
מְגוֹ בְּמָקוֹם חֲזָקָה לֹא אֲמַרִי עַכ"ל) וְכֵן נִרְאֶה דַּעַת מֵהֶר"ר מְשֵׁה אֲלִישֵׁי בְתַשׁוּ' סִימָן י"ן
דָּף ל"ב ע"ב שִׁפְתַּב וְנ"ל וּמֵאִי דְאַצְטְרִיכִינֵן לְהִכִּי הִיָּינוּ לְמֵאִי דְלֹא תְּפִיס מְשַׁל בַּעַה"ב
אַבְל בְּמֵאִי דְתְּפִיס מְשַׁל בְּעַל גַּבְיָה מִיָּנִיָּה דַּע"כ לֹא קְאָמְרִינֵן בְּלוֹתָהּ וְאַכְלָה דְלוֹקֵחַ הָנִי
אֲלֵא מְשׁוֹם סְפִיקָא דְלֹא אִיפְשָׁטָא בַּעִי' כְּדִקְאָמַר הָרִי"ף בְּפִירוּשׁ וְא"כ כִּי תְּפִיס לֹא מִפְקִי
נְמִי מִיָּנִיָּה עַכ"ל מִיָּהוּ מ"ש מֵהֶר"ד דְּשָׁם וְנ"ל וְכֵן בְּסֵמ"ג בְּעֵשָׂה סִימָן ע' כְּתַב שַׁר"ח
וְרַש"י ס"ל כְּהֶרְמַב"ם בְּכָל תִּיקוֹ שְׁבַש"ס כו' וְהִבְאֵתִי לְשׁוֹנוֹ לְקַמֵּן סִימָן ק"ג נ"ל (מ"ש
מֵהֶר"ד דְּבִיָּם ב' סִימָן ט' בְּשֵׁם רַש"י וּר"ח בְּתִיקוֹ לֹא כִינֵן יָפָה) דְלֹא כִינֵן יָפָה דְנָא כְּתַב
הַסֵּמ"ג שָׁם רַק דְרַש"י וּר"ח וּר' מְשֵׁה שְׁוִין בְּדָבָר דְכָל תִּיקוֹ דְמְמוּנָא לְקוֹלָא לְגַמְרִי
וְלֹאפּוֹקִי מְרַב כְּאִי גְאוֹן דַּס"ל דְחוֹלְקִים אַבְל הָא דְתְּפַס לֹא מִפְקִינֵן מִיָּנִיָּה כְּתַב הַסֵּמ"ג
מְעַצְמוֹכֵן ע"פ שְׁנַמְשֵׁף אַחַר דְבָרֵי הֶרְמַב"ם וְלֹא אֲשַׁפְחוּ לְרַש"י וּר"ח בְּשׁוֹם מְקוֹה
בְּפִירוּשׁ דְבְתִיקוֹ מַהֲנֵי תְּפִיסָה גַם מ"ש מֵהֶר"ד דְּשַׁר"ח כו' נ"ל דְלִיתָא שְׁבַפְסֵמ"ג כְּתַב ר"ח
וְנ"ל דַּצ"ל ר"ת וְהִיָּינוּ רַבִּינוּ תָּם וְכֵן מְשַׁמַּע בְּתוֹס' ס"פ הַכּוֹנֵס דְדַעַת רַבִּינוּ תָּם אַבְל ר"ח
הָא כְּתַבּוּ בַּהֲגַה"א פ' אֵלוּ מְצִיאוֹת וּבְמֶרְדְּכִי ר"פ הַמְּפָקִיד דַּס"ל דְכָל תִּיקוֹ דְמְמוּנָא חוֹלְקִין
וְכ"כ בְּפִסְקֵי מֵהֶר"מ רִקְנֵטִי סִימָן תַּמ"א בְּשֵׁם ר"ח וְע' לְעֵיל סִימָן ז' הִבְאֵתִי לְשׁוֹן הַסֵּמ"ג
וְלְשׁוֹן מֵהֶר"מ רִקְנֵטִי: סִי' עַב וּבַהֲגַה' אֲשַׁרִי פָּרַק יֵשׁ נוֹחַלִין גַּבִּי הַף בְּעִיָּא דְבְּבָרִיא הִיאָדָּ
אִי אֲמַרִי בְּבָרִי נְמִי הִלְכָה כַּר' יוֹחֲנָן בֵּן בְּרוּקָא דָּאֵם אָמַר עַל מִי שְׂרַאוּי לְיִוְרְשׁוֹ שְׁהוּא

יירש הפל דבריו קיימים או לא דהסכים הרא"ש שם דבעיא לא איפשטא וכתב בהג"ה שם ונ"ל וכו' פתב בא"ז דמי שתפס תפס עכ"ל והנה משמע דעת הא"ז ג"כ פדעת הפוסקים דמהני תפיסה בספיקא דדינא וליכא למימר דהתם אין שום א' מהם מוחזק דהא פשיטא דהיורשים נקראו מוחזקים כדאיתא בכמה דוכתי בפוסקים וכו' בהך בעיא גופא הרי הרמב"ם רפ"ו מה' נחלות והטור וש"ע סי' רפ"א ושאר פוסקים פסקו דאוקמי נכסים בחזקת יורשים וכ"כ בני"י שם וכתב דאפי' תפס מפקי' מינייה דלאו דידיה שקל דכינן דדבריו בטלים נמצא שהיורשים אחרים מוחזקים בנכסיהם עכ"ל והיינו לשטתו דס"ל בפ"ק דמצינא דבעיא דלא איפשטא לא מהני תפישה וכמו שהבאתי לשונו לעיל ריש סי' ט' א"כ הא"ז דכתב דמי שתפס תפס ע"כ משום דס"ל דבעיא דלא איפשטא מהני תפיסה דאל"כ לא הנה מועיל תפיסה דהיורשים מיקרי מוחזקים.

ואין להקשות ממ"ש בהגה"א פ"ק יש נוחלין בשם א"ז אפי' תפס לא מפקינן מינייה דתפיסה מספיק' לא מהניא כו' דהתם קאי אס' בכור שתופס חלק הבכורה דלא מהניא תפיסה וכבר כתבתי לעיל סי' ה' ו' שיש פוס' מחלקים בין ס' שאינו תלוי בסברא ובין ס' דדינא: מיהו (דעת הא"ז וראב"ה ז"ע) צ"ע שמצאתי בהגה"מ רפ"ו מה' נחלות ונ"ל בעי רבא בבריא האיהו פי קאמר ר"י בן ברוקה בש"מ אבל בבריא לא או דילמא אפי' בבריא נמי כו' ע"ש וכתב רבינו שמואל השתא דלא איפשטא לן אי א"ר יוחנן בבריא או לא הלכך מספקא לן ומי שתפס תפס עכ"ל וכ"כ ראב"ה בא"א עכ"ל הגה"מ והובאה בתשו' מבי"ט ח"מ בשאלו' שניות שאלה ב' דף ק"ד ע"ג וא"כ נצטרך לומר דגם ראב"ה ס"ל בספיק' דדינא מהני תפיסה וכבר הבאתי בסי' י"ד דבריי הגה"מ פ"ח מה' חובל שכ' דראב"ה ס"ל בתיקו לא מהני תפיסה (וכ"כ המרדכי פ"ק הכונס בשם ראב"ה ובהבאתי דבריו לקמן ר"ס ע"ג) א"כ יהיו ד' ראב"ה שבהגה"מ סותרים זא"ז אלא בע"כ צ"ל דס"ל דהיורשים לא נקראו מוחזקים ואפשר דס"ל לראב"ה לחלק בין תיקו לבעי' דלא איפשטא וכדעת מהרש"ל שהבאתי בסי' פ"ד דהך דפ"ח מה' חובל הוא חיקו והך דבפ"ט"ו מה' נחלות הוא בעיא דלא איפשטא וזה נ"ל יותר משנאמר דס"ל לראב"ה דהיורשים לא נקראו מוחזקים שיחלוק על כל הפוסקים דס"ל ונקראו מוחזקים אף שלא מצאתי בשום פוסק קדמון שיחלק בין תיקו לבעיא וע"כ דעת האו"ז וראב"ה בזה צריך לי עיון ומ"מ לענין דינא (דין בעיא דבריא שאמר על מי שראוי לנרש שירש הפל אי תפס מי שנתן לו במתנה לא מפקי' מינייה) נ"ל ברה בעיא דבריא היא אי תפס מי שנתן לו במתנה לא מפקי' בין דהאו"ז ור' שמואל וראב"ה נמי ס"ל הכי ואע"ג דלא אתפרש לן טעמייהו מאי מ"מ פנין דבלאו הכי הרבה פוסקים דבתיקו מהני תפיסה וכמ"ש בסי' ע"א א"כ בכה"ג נדאי לא מפקינן מינייה דנהי דראב"ה ור' שמואל ואור זרוע אית להו טעמא אחרניא הא פתב מהרי"ק שורש מ"א ומהרמ"א בח"מ סימן כ"ה ס"ב דאפי' אין הרבים מסכימים מטעם אחד אנא פל א' יש לו טעם בפני עצמו הואיל והם מסכימים לענין הדין מיקרי רבים ואזלינן בתרייהו עכ"ל.

ואע"ג דבספר שפתיפהו בי"ד ס"ס רמ"ב פתבתי דז"א אלא באיסור דרבנן אבל לא באיסורא דאורייתא מ"מ נ"ל דדיני ממונות דמי בזה לאיסורא דרבנן דהא כ' מהרי"ק בסוף שורש קמ"ט ח"ל ועוד דאפי' הנה זה תלוי בפלוגתא דרבנותא מי היא שיורה להקל ומקלו יגיד לו הלא דבר פשוט הוא דבשל תורה הלך אחר המחמיר ומה מאד היתה שגגה

גדולה ומכשלה תחת יד מי שאמר דמצי בעל הקאפ"א למימר קים לי כר' שמחה דבעלת
ה' פטורה מציצית מההיא שכתב המרדכי בפ' נערה תפס היתן ואמר היתן קים לי
כרש"י דמהני ליה תפיסתו דאנן מי מדמינן איסור' לממונא והלא הלכה רוחת היא
בישראל עד כי תינוקות של בית רבן יודעין אותם דספק איסורא לחומרא וס' ממונא
לקולא ומה עננו זה לזה ודאי גבי ממונא מצי למימר המוחזק קים לי פחד מרבנותא
ואע"ג דכשפנגדו חלוק עליו פי התם דר"ת פליג עליה דרש"י דא"ל המוחזק למוציא
אייתי ראיה דלית הלכתא כרש"י אלא כר"ת ושקול דהמע"ה אבל הכא גבי איסורא מי
יקל ראשו כנגד תורתנו להתיר איסור מספק חלילה לא תהא פזאת בישראל וכ"ש בספק
זה כי כל הפוס' אשר כל ישראל שותים מימיהם כמו פמליא של רבותינו בעלי התוס'
ורב אלפסי והרמב"ם והבאים אחריהם כולם פסקו שבעלת ה' חייבת בארבע מהם
ופשיטא דבכה"ג אפי' בענין ממונא לא הוי מצי למימר קים לי כדברי היחיד ודלא ככל
חכמי ישראל ואפי' תפס הנה מפקי מיניה וזה פשוט לכל מאן דנחית לעומקא דדינא דלא
גרע מהיכא דסוגיא דעלמא פחד דאזלינן בתריה עכ"ל מהרי"ק הרי אע"ג דס"ל דבאיסור
תורה לא מצי למימר קים לי א"כ הכא נמי פיון דבדבר דרבנן הולכים אחר המיקל וכמו
שפשוט בכמה דוכתי א"כ פשיטא פיון דבדרבנן פשיטניהם מספימים לדעת א' אע"פ
שאין טעמם שנה מיקרי רוב ה"נ לענין ממונא וכמ"ש וכ"ש פאן שיש רוב פוסקים
מספימים בטעם א' וכמ"ש בסי' ע"ד ועוד דבממונא מצי למימר קים לי אפילו פהמיעוט
וכמו שמשמע מדברי מהרי"ק הנ"ל וכ"כ בסי' קכ"ג בשם הרבה אחרונים משא"כ
באיסור דרבנן דפשיטא דאזלינן בתר רובא וכמו שנתבאר בח"מ סימן כ"ה ס"ב בהג"ה
ובספר ש"ך בי"ד ס"ס רמ"ב ובשאר דוכתי טובא אלמא דחזקת ממונא עדיפא מאיסור
דרבנן א"כ פיון דבאיסור דרבנן אזלינן בתר רבים אפי' אין טעמם שנה כ"ש בחזקת
ממונא דמצי המוחזק לומר קים לי פותייהו.

וגדולה מזו כתב מהר"ר יוסף ו' לב בס' א' סימן נ"ט דף פ"ז ע"א וז"ל ואין מקום לחולק
לחלוק ולמו' לדעת הרמב"ם אם הצנאה אמת היא בטלה מטעם שהוא סובר דהוי דבר
שלא בא לעולם הרי היא קיימת מטעם שהוא מחלק בין הדיוט לעניים משום דמסתבר
שיוכל המוחזק לומר קים לי כהרמב"ם במ"ש דשכר הבית הוי דבר שלא בא לעולם
ולא קים לי פותיה במה שחילק בין הדיוט לעניים עכ"ל: (דיון דבפלוג' דרבנותא מצי
למימר קים לי בהא פהאי פוסק ולא קים ני פנותיה בהא) וכ"כ מהר"ר אהרן ו' ששון
בתשובה ס"ס ר"ז דמצי למימר קים לי פהפוסק בהא ולא בהא רק קים לי בהא פהפוסק
האחר.

ובתשו' מהר"ר יעקב לבית לוי סי' כ"ז דף קמ"ז כתב וז"ל אפי' ע"כ צריך ראובן לומר
תרי קים לי כדי לזכות בדינו דהיינו קים לי פההוא מ"ד דדוקא היכא שהקנהו בכתיבה
ומסירה וקים לי פהנהו דסברי דאף במי שאין לו לפרוע לקונה דיכול לחנותל ובנדאי
דבנדון פהאי דהמוחזק צריך לאסתייע בתרי קים לי מפנין מידי המוחזק וכמו שלמדנו
זה מדברי מהר"י ו' לב בחלק ג' סימן כ"א וס"א ולמד דין זה ממ"ש התוס' בפ"ק דכתובות
גבי סוגיא פתח פתוח מצאתי בד"ה אי למיתב לה כתובה וכו' איברא די"ל בדברי הרב
מהר"י ו' לב ז"ל דיראה מדבריו דהו' ולא רפא בידיה דבסימן מ"ב וסי' נ"ב יראה
דמחלק בין פלוגתא דרבנותא לספק ספיקא והביא ראיה מדברי התוס' שכתבו דשם אונס

חד הוא והוא סותר למאי דכתב בסימן כ"א וס"א כו' עכ"ל וכ"כ עוד מהר"י לילבית לוי בסי' כ"ח דף קנ"ב וכה"ג פתב מהר"ר שלמה פהן בתשובותיו השייכים לס' שני בסי' כ"ד (ועמ"ש לקמן סי' ק"ך וקכ"א) ואינשתימיט להו דברי מהר"י ו' לב ספר א' סי' נ"ט שהבאתיו (אינשתימיטתי' למהר"ר שלמה פהן ולמהר"ר יעקב לבית לוי דברי מהר"י בן לב ספר א' סימן נ"ט) דכתב להדיא בפשיטות דמצי למימר קים לי פהפוסק בהא ולא בהא ולפמ"ש לקמן סימן ק"ך וקכ"א דאפי' בספק ספיקא מצי למימר קים לי א"כ פשיטא דה"ה דמצי למימר קים לי פהפוסק בהא ולא בהא.

וא"כ כ"ש בההו בעיא דבבריא היא דמהני תפיסה וכמו שכתבתי. פו נראה לי הלכה למעשה: סי' עג הנה בארתי דעת הפוסקים דס"ל בתיקו מהני תפיסה (מגן הפוסקים בחיקו לא מהני תפיסה) ועתה אבאר דעת הפוסקים דס"ל דלא מהני תפיסה והרא"ש מהן הוא הרמב"ן כמו שכתב ה' המגיד בשמו והבאתי לשונו לעיל סימן י"א וכ"כ המרדכי פ"ב דכתובות (ומ"מ דעת המרדכי צל"ע דבפרק הפונס הביא דבר ראב"ה דבתיקו לא מהני תפיסה ומביא דברי הסמ"ג במסקנא דמהני תפיסה ע"ש וכן מביא עוד שם אה"כ בסוף הפרק דברי הרמב"ם ואם תפס אין מוציאין מידו ע"ש) וכ"כ הריטב"א בחדושי ויהנ"י פ"ק דמצינא והבאתי לשונו לעיל סי' ט' וכ"כ עוד הנ"י פרק יש נוהלין גבי בעיא דבבריא היא והבאתי לשונו לעיל סי' ע"ב וכן דעת הריב"ש סי' ק"ס וכ"כ הר"ן פ"ק דקדושין בשם הרמב"ן והרשב"א גבי בעי' דהקנה קרקע לא' והמטלטלים לא' והבאתי לשונו לעיל סימן י"ט אות ב' משמע שם שגם הוא מסכים לדעתם וכ"נ מדברי הר"ן שהביא ב"י ס"ס ר"ב והבאתי לשונו בסי' פ"ט וכ"נ מד' הר"ן דחולין פרק הדרוע וז"ל הלכתא פותיה דרב דמספקא ליה לויים אי מיקרי עם או לא ולא שקלינן מינייהו מתנות ומשמע ליה פיון דספיקא הוא אפי' נטל הפהן יחזיר ללוי דהא מסקי' בפ"ק דב"מ גבי ספק בכורות דתנו בהו המע"ה דאפי' תקפו פהן מוציאין מידו שפך הדין בתופס ממון שהוא מסופק מצד הדין מוציאין מידו כמ"ש שם בחדושי והכא נמי דכונתה לפיכך לא נתחנור לי מ"ש הרמב"ם ז"ל בפ"ט מה' בפורים שאם נטל הפהן מתנות מלוי לא יחזיר ואמאי מ"ש מספק בכורות ועוד דבמתנות נתינה פתיבה בהו ויש בהו טובת הנאה לבעלים ומשמע דכל שיש טובת הנאה לבעלים בא פהן ונטל מוציאין מידו דהא ודאי אפי' מידי דלית להו טובת הנאה לבעלים פלקט שכחה ופאה פדאיתא בש"ס אם בא עני ושאל ממנו אם רצה אינו נותן לו דאי אמרת דכל שאין בו טובת הנאה נותן על פרחו למי שתובע ראשון מאי פרכי' לרב חסדא מבעה"ב העובר ממקום למקום דלקט שכחה ופאה אין בהם טובת הנאה ואם הוא מחוייב ליתנו למי שתובע ראשון ה"ל ממון שיש לו תובעים א"ו אפי' בדבר שאין בו ט"ה לבעלים אינו מחוייב ליתן אלא למי שהוא רוצה אלא שאם בא ולקחו אין מוציאין מידו וממילא במידי דאית ביה טו"ה אפי' לקחו מוציאין מידו וכן פתבו בתוס' ולמאן דאמר טובת הנאה ממון ודאי הכי הוא ומתנות יש בהן טובת הנאה דנתינה פתיבה בהן ולפיכך נראה שאפי' נטל פהן מתנות מלוי יחזיר הלוי והלוי מעבב לעצמו דספיקא דממונא הוא עכ"ל הר"ן: הגם שאין מספק בכור קושיא על הרמב"ם לפי שהרמב"ם בספק בכור גופיה פסק דאין מוציאין מידו והבאתי לשונו לעיל סימן א' מפל מקום נשמע מדברי הר"ן אלו דדעתו דתפיסה לא מהניא בספיקא דדינא וכ"כ ה' המגיד בפ"ג מה' מכירה בשם הרשב"א והעיסור גבי הו בעיא דפ"ק דקדושין

שְׁהִבְאֵתִי בְּסִמוּךְ דְאֶפִּילוּ תַפְסֵי מִפְקִי מִיְיָ וְכ"כ בְּתְרוּמַת הַדְּשָׁן סִי שְׁכ"א בְּפִשְׁטוּת דְקו"ל בְּסִפְיָא דְדִינָא לָא מְהַי תְּפִיסָה וְהִבְאֵתִי דְבְרִי לְעֵיל סִי ח' אָךְ צ"ע אִם יֵשׁ לְצַרְפוּ לְמַנְנוּ לְרֹב דְעוֹת פִּינוּ דְכָבֵר תְּמַהֲתִי עָלְיוּ לְעֵיל סִי ח' אֲמַאי פְּשִׁיטָא לְנָה וְכַתְבְּתִי שְׁנֹרְאָה דְאִשְׁתְּמִטְתִּיה דְבְרִי הֶרְמֵב"ם וְסִמְ"ג וְהִגְהַת מִי"י וְשִׁאָר פּוֹסְקִים שְׁהִבְאֵתִי לְעֵיל: סִי עַד וּמְהִרְש"ל פְּתַב בְּפָרְק פִּיצַד הֶרְגֵל סִי ה' וְז"ל בְּתִיקוּ וּבְעֵינָא דְלָא אִיפְשָׁטָא נְפִלָה מִחֲלֻנְקַת בֵּין הַגְּאוּנִים כִּי רִי"ף וְרִמְב"ם וְסִמְ"ג פְּסָקוּ גְבִי סְפִיָא מְהַי תְּפִיסָה וְר"י בְּעַל הַתּוֹס' וְהָרָא"ש וְרֹב בְּתֵרָאֵי סְבָרֵי דְלַעוּלָם אֵין מוֹעִיל תְּפִיסָה בְּסִפְיָא דְדִינָא וְאָף שְׁאֵין הַתְּלִמוּד מְכָרִיעַ אָנִי בְּאֵתִי לְהַכְרִיעַ דְבַנְדָּאֵי דְבְרִי הַתּוֹס' עֵינְקָר בְּדִין תִּיקוּ שְׁנֹסְתָמ' הַבְּעֵינָא בְּש"ס וְלָא נְפִשְׁטָה וְאֵין רְשׁוּת לְשׁוּם גְּאוּן בְּעוֹלָם לְפִשְׁטָה מִמְתְּנִיתִין אוּ מְבַרְיָתָא אוּ מְסַבְרָא דְהוּי פְּחוּלָק עַל ש"ס דְרַבִּינָא וְרַב אִשִּׁי כְּמוֹ שְׁאֵין לְיִשְׁבַּב הַתְּיֹבְכְתָא שְׁנֹאֲמָרָה בְּש"ס אָבֵל כְּמָה בְּעִוֹת שְׁנֹאֲמָרוּ בְּשִׁשָּׁה סְדָרִים וְלָא לְפִשְׁטָה אִם הָיָה חָכֵם אֶחָד אִפִּי בְּזַמְנֵינוּ מְבִיא רְאֵיָה לְפִשְׁטָה הֶרְשׁוּת בְּיָדוֹ וְאֶזְלִינוּ בְּתֵרָיָה כו' עַד וַא"כ בְּבְעֵינָא שְׁלָא נְפִשְׁטָה יְכִילָנ' לֹמַר דְמְהַי תְּפִיסָתוֹ עַכ"ל וּלְפַע"ד אֵין הַכְרַעְתּוֹ מְוַכְרַחַת דְנָהִי דְבְתִיקוּ אֵין שׁוּם אָדָם יְכוֹל לְפִשְׁטָה מְכָל מְקוּם מִיְדֵי סְפִיָא לָא נְפִקָא וְיְכוֹל הַתּוֹפְסֵי לֹמַר שְׁמָא כְּדִין עָמִי וּמֵאן לִימָא לָן דְאֵין הַהֲלָכָה כְּהַפּוֹסְקִים דְמְהַי תְּפִיסָה מְסַפֵּק דְהָא מְסַפֵּק בְּכוּר אֵין רְאֵיָה כָּלֵל וְכַמ"ש לְמַעְלָה סִי ה' ו' (יֵשׁ לְכַאוּרָה רְאֵיָה מְסוּגֵיָא דְסַפֵּק בְּכוּר דְמְהַי תְּפִיסָה בְּסִפְיָא דְדִינָא) וְאֶדְרַבָּה יֵשׁ לְכַאוּרָה מְהַתֵּם רְאֵיָה דְמְהַי תְּפִיסָה בְּסִפְיָא דְדִינָא דְהָא אִיכָא אֲמוּרָאֵי דְהָהָה ס"ל הַתֵּם תְּקַפּוּ פְהֵן אֵין מוֹצִיָאֵין מִיָּדוֹ אֲלֵמָא דְמְהַי תְּפִיסָה מְסַפֵּק וְאִפִּי מֵאן דַּס"ל הַתֵּם תְּקַפּוּ פְהֵן מוֹצִיָאֵין מִיָּדוֹ י"ל דְדוּקָא בְּסַפֵּק בְּכוּר פְּלִיג וּמְהַי טַעְמִי שְׁפַתְבְּתִי שְׁם אָבֵל בְּשִׁאָר סַפֵּק מוֹדָה דְהָא וְדָאֵי מֵאן דַּס"ל תְּקַפּוּ פְהֵן אֵין מוֹצִיָאֵין מִיָּדוֹ פְּשִׁיטָא נְמִי דַּס"ל דְמְהַי תְּפִיסָה בְּסִפְיָא דְדִינָא וַא"כ אֲמַאי נִימָא דְמֵאן דְפְּלִיג פְּלִיג בְּתֵרָתִי הָא בְּכָל דְנוֹכְתָא כָּל כְּמָה דְמַצִּינוּ לְמִיַּעֲבַד הַשְׁנוּנָאָה בֵּין הָאֲמוּרָאִים וְהַפּוֹסְקִים עֲבַדְיָנוּ הֵכָא נְמִי נִימָא דְלָא פְּלִיגִי רַק בְּסַפֵּק בְּכוּר אָבֵל לָא בְּשִׁאָר סַפֵּק מְמוֹן וּמְהִרְש"ל לָא יָרַד לְחַלְק בֵּין סַפֵּק בְּכוּר לְשִׁאָר סַפֵּק מְמוֹן וְאוּלַי אֵי הָנָה שְׁמִיעַ לֵיה דִּישׁ לְחַלְק בְּדָבָר וְכַמ"ש לְעֵיל סִי ה' ו' לָא הָנָה פְּסַק כֵּן אוּ אוּנֵי לָא יָדַע מְהִרְש"ל דְכָל הֵנָּה רַבּוּנְתָא טוֹב' שְׁהִבְאֵתִי בְּסִימֵן ע"א ס"ל הֵכִי וְהָנָה סְבַר דְהָאוּמְרִין דְלָא מְהַי תְּפִיסָה בְּסִפְיָא דְדִינָא רַבָּא נִינְהוּ וְכֵן מְשַׁמַּע לְכַאוּרָה מְלִשׁוֹנוֹ שְׁכַתְב וְר"י וְהָרָא"ש וְרֹב בְּתֵרָאֵי ס"ל דְלַעוּלָם אֵין מוֹעִיל תְּפִיסָה כו' אָבֵל לְפִי מ"ש בְּסִימֵן ע"א דְהָאוּמְרִי דְמְהַי תְּפִיסָה הֵם רַבָּא וְגַם הֵם בְּתֵרָאֵי טְפִי הֵלָא הֵמָּה הַגְּאוּנִים וְהָרִי"ף וְהֶרְמֵב"ם וְסִמְ"ג וְהֶרְאָב"ד וְהָ הַמַּגִּיד וּבְעַל מְגִדוּל עוֹז וְרַבּוּתִיו וְהִגְהַת מִי"י וּמְהַר"ם רַקְנֵטִי וְטוֹר וְר' רַבּוּחָם וְשִׁלְטִי גְבוּרִים וְגַם דַּעַת הָרָא"ש יְכוֹל לְהִיּוֹת כֵּן וְגַם ר"י בְּעַל הַתּוֹס' לָא אָמַר דְבַר בְּנָה וְכַמּוֹ שְׁפַתְבְּתִי לְמַעְלָה סִי ד' דִּיכוֹל לְהִיּוֹת דְגַם ר"י ס"ל דְמְהַי תְּפִיסָה בְּתִיקוּ וְדָלָא כַּמ"ש מְהִרְש"ל בְּפִשְׁטוּת בְּשֵׁם ר"י דְלָא מְהַי תְּפִיסָה וְאוּלַי אֵי הָנָה יָרַד לְחַלְק מְהִרְש"ל בְּכַף בְּאוּפּוֹן דְאֵין מְדַבְּרִי ר"י רְאֵיָה לָא הָנָה פְּסַק כֵּן וְגַם הִבְאֵתִי בְּסִימֵן ע"א תְּשׁוּ מְהַר"ם אֲלִישִׁיף דַּס"ל נְמִי הֵכִי וְגַם הַבֵּית יוֹסֵף בְּשִׁלְחוֹן עָרוּף סְבִירָא לֵיה הֵכִי בְּכַמָּה דְוָכְתִי וְכֵן דַּעַת מְהַר"ד וְיֵשׁ פְּאֵן יוֹתֵר מְעַשְׂר' שְׁלִיטִי גְדוּלֵי הַמּוֹרִים דַּס"ל הֵכִי וְאֶפִּילוּ אִם תְּרַצָּה לְפַקְפֵּק עַל מְקַצְתָּן מ"מ יֵשׁ פְּאֵן עַל כָּל פְּנִים עֲשֻׂרָה בָּהֶם עֲדָה שְׁלֵמָה וְקַדְוִשָּׁה הַמְּסַפִּימִים לְנָה וְכָל בִּי עֲשֻׂרָה וְדָאֵי שְׁכִינְתָא שְׁרָיָא.

וע"כ צ"ע גדול אם יש להוציא ממון מיד התופס משום תיקו ובפרט שגם דעת הגאונים
פן וכמ"ש בסימן כ' בשם ר' ירוחם וכבר ידוע שקשה לחלוק על קבלת הגאונים שסתם
דבריהם הם קבלה מחכמי השו"ע ודברים ולפי דעתי שהיה להרמב"ם דין זה קבלה משם
הגאונים דאם לא פן לא היה נזהר פל פה לכתוב בכל תיקו שבששו"ע סדרים ה"ז ספק
ואם תפס אין מוציאין מידו והיה לו לכתוב סתם ה"ז ספק.

ובפרט שגם דעת מהרמ"א נראה פן וכמו שאבאר בסי' ע"ה וכבר נהגינו שלא להיות
נגד מהרמ"א במקום שאין ראיה ברורה לסתור דבריו וכמ"ש בתשו'משאת בנימין סימן
כ"ז דף מ"א סוף ע"ב ושאר הגאון התסיד הגדול מהר"ר ישעיה הורוין סג"ל ז"ל
בספרו שני לוחות הברית בדרך ע"ד שנהיגין כמהרמ"א בכל דוכתא פי פה קבלנו על
עצמינו ע"ש באריכות.

וכ"ש להחמיר דהקא חומרא היא להוציא מיד התופס דבכל דוכתא קי"ל בממונא קולא
לנתבע: אף מפל מקום קשה עלי מאוד להורות שלא להוציא מיד התופס בספיקא דדינא
פניו דהרמב"ן והרשב"א והעשור והריטב"א והר"ן והנ"י והריב"ש ס"ל דלא מהני
תפיס' בספיקא דדינא וכמ"ש בסימן ע"ג וכן דעת הת"ה סימן שכ"א וכמ"ש שם אף
שפתבתי שם דהת"ה פסק פן משום דאישתמיטתיה הרבה פוסקים מפל מקום קשה הדבר
לחלוק עליו (ועמש"ל סימן פ' בשם תשובת מהר"ר בצלאל דלא ברורה ליה הך
דתרומות הדשון) גם בתשובת מבי"ט ח"א דף קי"ג סוף ע"ב משמע דקיימא לן דבתיקו
לא מהני התפיסה.

ודברי התשו' מבי"ט ח"א דף קי"ג סוף ע"ב הם שלא בדקדוק) אף נראה לפי עניות דעתי
דכתב דבריו שלא בדקדוק שהוציא פן מדברי הגהות מיימוני ותשובת מיי' שהבאתי
לעיל סי' ב' ואין מדבריהם שם ראיה פלל דיש חילוק בין ספק דעלמא לספיקא דדינא
וכמ"ש לעיל סימן ו' שהגמ"י גופייהו ס"ל דבתיקו מהני תפיסה ובספ"ט מטוען לא
העתיקו רק דברי הסמ"ג דעשין צ"ה שהבאתי לעיל סימן ב' והנה בעל פרח דהסמ"ג
מחלק בהכי וכמ"ש לעיל סימן ו' ואם פן פשיטא דגם דעת הגהמ"י ותשובת מיי' הוא
פן ונראה שזאת היתה דעת אותו גדול בר פלוגתיה דהמבי"ט שם שכ' פניו דסלק' בתיקו
הוי ליה למימר פל דאלים גבר כו' ושא לא פדת השיג עליו המבי"ט שם בזה מההגה' מיי'
ותשובת מיי' דלעי' דס"ל לאותו גדול פהרמב"ם וסמ"ג ושאר הנהו רב רבי שהבאתי
בסי' ע"א ובסמוך דס"ל דבתיקו מהני תפיסה.

ואין מהגהת מיי' ותשובות מיי' ראיה פלל וכמ"ש. ועוד שגם המבי"ט עצמו כתב בח"א
בדרך קל"ט ע"א ז"ל דאם לא אמדו כמו אם לא היו רופאים מצוים דהוי ספיקא ואי
תפסי בעלי המתנה לא מפקינו מנייהו כו' וכ"כ עוד שם בריש עמוד ג' ואפילו נאמר דהוי
ספק כמו שפתבתי אי תפס אחר פה לא מפקי' מיניה מטעמא דפרישי' כו' גם בתשובת
מהר"ר דוד ו' לב ספר שני סימן מ"ז שהבאתי בסימן פ"ג מבואר דלא מהני תפיסה
בתיקו אף פתבתי שם בסימן פ"ד דאין לבנות יסוד על תשובתו זו ע"ש גם בתשובת
מהר"ר יוסף ו' לב אביו של מהרד"ן לב בספר סימן ס"ז דף צ"ד ע"ד משמע בפשיטות
דלא קי"ל פהרמב"ם דה"ל יחידאה אבל כבר השיגתי עליו לקמן סימן קי"ט ע"ש.

(י"ל דאפילו הפוסקים דס"ל דלא מהני תפיסה בתיקו מ"מ למעשה מודים דאין להוציא מיד התופס) גם י"ל דאפילו הני רבנותא דס"ל לא מהני תפיסה מכל מקום לענין מעשה פשר דמודים להנהיג רבנותא שלא להוציא מיד התופס פי היכי דחזינו להרשב"א דאיהו מספיק לבעלי הסברא הזאת דלא מהני תפיסה ואפ"ה נראה מדבריו דלענין מעשה ואין להוציא מיד התופס וכמ"ש לעיל סימן א' דאפילו בספק בכור גופיה חושש לסברת הרמב"ם דאין מוציאין מידו כ"ש בספיקא דדינא אם פן יש לומר דה"ה שאר רבנותא סבירא להו הכי על פן אגני חוכה מאד בדין זה ואין לי הכרע לכאן או לכאן: סי' עה ובפרט שגרא דעת הרב מהרמ"א דס"ל דמהני תפיסה בתיקו שהרי בכל מקום שהביא סברת ה"ש חולקים דס"ל דלא מהני תפיסה בתיקו או בבעיא דלא איפשטא לא כתב בשום מקום ונהכי הלכתא או ונהכי נקטי' או ונהכי קי"ל רק כתב סתם ויש חולקים אבל בספ' בכור כתב ב"ד ונהכי נקטי' ועוד כתב ונהכי קי"ל ועוד כתב ונהכי הלכתא אלמא דס"ל נחלק בין ספק בכור לספיקא דדינא וכמ"ש לדעתו למעלה סי' ה' ומדלא כתב בשום מקום דקי"ל כה"ש חולקים משמע דס"ל דלא מפקי' ממונא מיד התופס.

ועוד ראיה שפכמה מקומות סתם בהש"ע דמהני תפיסה בספיקא דדינא פגון בסי' שמ"ו וסי' שס"ב וסי' שס"ג וכמו שנתבאר לעיל סימן י"ט אות י' י"א י"ב (גם דעת מהרמ"א ומהר"ם יפה נראה דבתיקו מהני תפיסה) וכן מהר"ם יפה נמשך אחריו בכל המקומות הנ"ל והוסיף קצת בלשונו בענין שמשמע מדבריו דמהני תפיסה.

וכן בש"ע סי' רמ"ח סעיף י"א סתם מהרמ"א כהש"ע ועוד הוסיף מהרמ"א הג"ה מיוחד' שם בסעיף י"ב דאי תפס לא מפקינן מיניה וכן מהר"ם יפה שם וכן ב"ד סי' רס"ז סעיף ל"ט סתם מהרמ"א כהש"ע דאם תפס אין מוציאין מידו וכ"כ מהר"ם יפה שם וכ"כ עוד מהרמ"א בהגהתו ב"ד שם סוף הסימן ויש אומרים דמהני ביה תפיסה כו' וכן מהר"ם יפה שם.

והא דכתב שם וי"א היינו משום דהראב"ד בהשגות פליג שם והיינו דוקא בקנס אבל במקום משמע דמודה דמהני תפיסה וכמ"ש בסימן ל"ט מפל זה נראה ברור שדעת מהרמ"א ומהר"ם יפה דבספיקא דדינא פגון בתיקו או בעיא דלא איפשטא לא עבדינן עובדא להוציא מיד התופס: סי' עו ואל תקשה דא"ר למה כתב מהרמ"א פלל על דברי הש"ע בקצ' מקומו' דיש חולקים אמ"ש דמהני תפיסה פנין דדעתו דמהני תפיס'.

הא ודאי לאו קושיא היא דהאיך ישמיט דעת החולקים ולא יזכיר דעתם פלל הלא ינהיג לבעל דין מקום לחלוק ולומר אי הנה ידע דיש חולקין לא הנה סתם כהש"ע וכדת' בריש עדיות למה מזכירי' דברי היחיד בין המרובים שאם יאמר אדם פה אני מקובל אמרינו לו כדברי פלוני שמעת' ועוד תנו התם שאם יראה ב"ד דברי היחיד ויסמוך עליו כו' ופי' הראב"ד לומר שאם יראה לב"ד האחרון שהלכה כדברי היחיד הראשון ויסמוך עניו פלוני ויקבע הלכה פמותו כמו שמצינו באמוראים שקבעו הלכה פייחידים הראשונים בכמה מקומות ואף ע"פ שהמרובי' חולקים עליהם ואם לא שמצאו דברי היחיד הראשון לא היו האחרונים יכולים לדחות דברי הראשונים כו' עד כאן לשונו ועוד שבאוילי יש קצת מקומות דנהגים כה"ש חולקים שיש להם על מה שייסמכו וכמ"ש בתשובת מנחם

עזריה ריש סימן צ"ו ועוד כתבתי בזה בספרי ש"ך בסי' רמ"ב טעם על מה שכתבתי
מקומות כתבו הפוסקים או מהרמ"א יי פן ויש חולקין או וי"א אע"פ דלא ס"ל הכי פ"ש.

ועוד ראיה ממ"ש מהרמ"א בתשובותיו דס"ל דמהני תפיסה בתיקו וז"ל שם סי' פ"ו דף
קע"ה ע"א ואע"ג דלדברי ר"י וקרא"ש ומהר"מ בתשו' המרדכי ס"ל דאפ"י אם המוסר
מודה שמסרו אין הנמסר נשבע ונוטל מ"מ נראה מאחר דשמעי' הוא מוחזק נשבע ונוטל
כמו שכתב הרמב"ם פ"ה מה' חובל ומזיק ואף על גב דקרא"ש כתב סוף פ"ק הכונס
דכל ספיקא דדינא לא מהני תפיסה וקאן גם כן הוא ספיקא דדינא דנשאר בתיקו אם עשו
תקנת נגזל במסור וכמו שכתב הטור סימן שפ"ח מכל מקום נראה דקאן אין מוציאין נגד
דעת הרמב"ם דהא הנ"י פ"ק דמציעא כתב בדברי הרמב"ם וכן המרדכי פ"ב דכתובות
והגהת מרדכי דב"מ וכן נראה מסקנ' מהרא"י בת"ה סימן שכ"א ומהרי"ק שורש קס"א
עד פאן לשונו הרי להדיא דעת הרב דאין מוציאין נגד דעת הרמב"ם (דברי תשוב'
מהרמ"א סימן ע"ו דף קע"ד צ"ע) הגם שדבריו אלו צ"ל ע גדול שכתב דהא הנ"י כו'
והרי אדרבה דעת הנ"י פ"ק דמציעא והמרדכי פ"ב דכתובות ומהרא"י בת"ה סימן שכ"א
הוא דלא פהרמב"ם.

גם בהגהת מרדכי דמציעא לא נמצא דבר. ואין לומר דמ"ש מהרמ"א דקאן אין מוציאין
נגד דעת הרמב"ם ר"ל פיון דהנמסר טוען ברי וע"ז כתב דהא הנ"י כו' משום דמשמע
מדברי הנ"י ומרדכי ומהרא"י ומהרי"ק דבטענת ברי מהני תפיסה דז"א דאם כן גם
קרא"ש מודה שיהי לא כתב קרא"ש גבי בעיא דמסור דלא מהני תפיסה ואם כן אמאי
כתב דאין מוציאין נגד דעת הרמב"ם כו' ודוחק לומר דה"נ קאמר אין מוציאין נגד דעת
הרמב"ם שגם קרא"ש מודה לו בזה דאם כן אמאי כתב דהא הנ"י כו' דה"ל למימר
דקרא"ש גופיה כתב פ"ק דמציעא בה הרמב"ם דבטענת ברי מהני תפיסה ועוד שיהי
בסי' שפ"ח כתב הטור ומהרמ"א גופיה דיש חולקים וס"ל דלא מהני תפיסה במסור
והיינו דעת קרא"ש אלא ודאי צ"ל דזה לא חשיב טענת ברי וכמ"ש לקמן סימן צ"ה.

ואם כן נמי אפילו תימא דהנ"י ומרדכי ומהרא"י ומהרי"ק ס"ל דבטענת ברי מהני תפיסה
מכל מקום זה לא חשיב כטענת ברי. ומ"ש מהרמ"א בתשובות נראה דקאן אין מוציאין
נגד דעת הרמב"ם כו' כפונתו לומר דאף על גב דבעלמא היכא דהרמב"ם וקרא"ש פליגי
אנו בני אשכנז רגילין לפסוק פהרא"ש מכל מקום פאן אין מוציאין נגד דעת הרמב"ם
פיון דהרבה פוסקים מסכימים עמו דהא הנ"י כו' ואם כן הדרא קושיא לדוכתא דהא
הנ"י והנה פוסקים שהביא כתבו להדיא דלא פהרמב"ם ואולי יש איזה חסרון בתשובות
הרב מהרמ"א שה"ל לכתוב ואף על גב דהנ"י כו' כתבו שלא בדברי הרמב"ם מכל מקום
רבים מסכימים עמו כו' וכמו שהבאתי לעיל סימן ע"א הרבה פוסקים שמסכימים
להרמב"ם.

גם מ"ש מהרמ"א בתשובה ואף על גב דקרא"ש כתב בפ"ק הכונס כו' ליתא דאינו
בהרא"ש ס"פ הכונס רק בר"פ פיצד הרגל כתב דלא מהני תפיסה בתיקו ונראה שגמ' שך
מהרמ"א בתשו' אחר מ"ש הב"י בח"מ סימן שפ"ח על מ"ש הטור גבי מסור וילדעת א"א
קרא"ש ז"ל פיון דספיקא דדינא הוא לא מהני תפיסה וזה לשון ב"י בס"פ הכונס כתבו
כן בתוס' וקרא"ש ודלא כרב האי שכתב כל תיקו דממונא חולקים כו' אבל אין פוננת

הב"י לומר דהרא"ש כתב שם דלא מהני תפיסה רק פנונתו לאפוקי מרב האי דחולקין בפאשר הוא באמת שם בתוספות וקרא"ש דברי רב האי וחלקו עליו ע"ש אבל בזה דלא מהני תפיסה סמך עצמו אמ"ש בסי' ש"ץ שהוא בפרק פיצד הרגל.

מכל זה נראה שדברי מהרמ"א בתשוב' צ"ע. מ"מ למדנו מדברי מהרמ"א בתשובה דס"ל דאין מוציאין בתיקו נגד דעת הרמב"ם וסייעתו: סי' עז (אין להקשות מדברי מהרמ"א סי' ר"ן ס"ג) ומה שפכתבו מהרמ"א ומהר"ם יפה בח"מ סימן ר"ן ס"ג גבי בעיא דהקדיש כל נכסיו או חלקן לעניי' דאפילו תפסו עניים מפקינן מיניה לאו משום דס"ל דלא מהני תפיסה בכל תיקו או בעיא דלא איפשטא וכדמשמע בריב"ש סימן ק"ס להדיא שפסק פן בבעיא זו משום דס"ל דל מהני תפיסה בכל ספיקא דדינא.

דאם פן יהיו מדברי מהרמ"א ומהר"ם יפה סותרים זא"ז, אלא דוקא בהך בעיא דחלקו לעניים פכתבו פן משום דמשמע להו דגם הרמב"ם וסמ"ג דס"ל בכל תיקו דלא מהני תפיסה מודים בהא (דין בבעיא דש"מ שהקדיש נכסיו או חלקו או הפקירן בח"מ סימן ר"ן לא מהני תפיסה לכ"ע) דהא פכתב הרמב"ם פ"ט מה' זכיה דין י"ט שכיב מרע שהקדיש כל נכסיו ולא שייר פלום או הפקיר או חלקו לעניים אם עמד חוזר בפל עכ"ל וכ"כ הסמ"ג בה' מתנה סוף דף קס"ב וכ"כ הב"י בש"ע סימן ר"ן שם אלא מדכתבו בפשיטות דאם עמד חוזר בפל דאפי' תפסו עניים מפקי' מניהו דאל"כ ה"ל לכתוב כמו שפכתבו בכל תיקו שבש"ס ה"ז ספק ואם תפס אין מוציאין מידו.

ואע"ג שפכתתי לעיל סימן ט' דאשכחן בכמה דוכתי ברמב"ם וסמ"ג שפכתבו פן בתיקו או בעיא הדין בסתם פאלו נפשט ממש לקולא מ"מ ודאי דבכל מקום יש טעם בדבר ולא משום דס"ל דבכל תיקו לא מהני תפיסה שהרי פכתבו בהרבה מקומות עצמו מספר דמהני תפיסה בתיקו אלא ודאי שאני בהך בעיא דחלקו לעניים פינו דאפילו הוי מתנה גמורה אין לו בעלים ידועים ויכול לחלקו לאיזו עניים שירצו לא מהני תפיסת עניי' דכיון דאפילו הנה הדין ברור לא היו הב"ד יכולים לכופו ליתנו לעניים אלו אלא הנה רשות בידו ליתנו לעניי' דעלמא בכה"ג מפקי' מניהו דלא מהני תפיסתו לאחשוביניהו מוחזקין דכה"ג וכן חלקתי לעיל סי' כ"ו ול"ד ול"ה לדעת הרא"ש וטור ורבי' ירוחם ושאר אחרונים וראיה לזה שהרי הב"י פסק בש"ע בכל המקומות בתיקו ובעיא דלא איפשטא דמהני תפיסה דין גם בבעיא דהפקיר ארנקי ויצא דרוך פתח הבית בח"מ ס"ס דמ"ג לא מהני תפיסה ובח"מ סי' רמ"ג סכ"ד כ' אבל אם הפקירו וזכה בו אחר מוציאין מידו ונותנים לבעל הבית והבאתי לשונו לעיל סי' ל"ז והא הך דינא הוא בעיא דלא איפשטא בש"ס וכדמוכח בש"ע גופיה שם וכמ"ש שם ואמאי מוציאין מידו וקרא"ש שפכתב פן היינו משום דאזיל לטעמיה דסבירא ליה בבעיא לא מהני תפיסה אבל השולחן ערוך שפסק בכל המקומות פהרמב"ם אמאי פכתב פאן דמוציאין מידו אלא ודאי (ביאור דברי הש"ע בח"מ ס"ס רמ"ג) שאני התם פינו דאין לו בעלים מיוחדים ואי הנה תבע ליה לבעה"ב לקמן שיתנו לו לזכות בו מדין הפקר לא הנה פפינו ליה א"כ בכה"ג לא מהני תפיסה.

ואין להקשות דהא אפילו בספק בכור גופיה ס"ל להרמב"ם וסמ"ג וב"י דתקפו פהן אין מוציאין מידו וכמ"ש לעיל סימן א' אף על גב דהתם נמי אין לו בעלים מיוחדים וכן גבי

בְּעִוֹת דְּקָנָס כְּתִבּוּ נְמִי בְּכַמָּה מְקוֹמוֹת דְּאִין מוֹצִיאִין מִיָּדוֹ וְכֵן גַּבֵּי בְּעֵינֵי דְגָלְלִי שְׁהִבְאִתִּי בְּסִימָן י"ד אֶלְמָא דְלֵא סְבִירָא לִיהָ לְהַרְמַב"ם וְסִמָּ"ג וְשִׁלְחֹן עָרוּף לְחֵלֶק בְּכָף וְאֵע"ג שְׁפִתְבְּתִי לְעִיל סִימָן כ"ו וּל"ד וּל"ה דְּהַטּוֹר וְרַבֵּי יְרֻחֵם וְשִׁאָר אַחְרוּנִים מְחֻלְקִים בְּכָף מְפָל מְקוֹם הַרְמַב"ם וְסִמָּ"ג וְשִׁלְחֹן עָרוּף לֵא סְבִירָא לְהוּ הֵכָא מְדַכְתְּבוּ גַם כֵּן סָפֵק בְּכוֹר וּבְעִוֹת דְּקָנָס וּבְעֵינֵי דְגָלְלִי דְמַהֲנֵי תְּפִיסָה.

י"ל דְּשִׁאֲנֵי הֵתָם בְּסָפֵק בְּכוֹר דְּרַחֲמֵנָא זְכִיָּה לִיהָ לִכְהֵן וְכֵן גַּבֵּי בְּעִוֹת דְּקָנָס הַזֹּפָה מִדִּין תּוֹרָה אוֹ מְדַרְבְּנָן בְּקָנָס זֶה אֲבָל בְּהַקְדִּישׁ אוֹ הַפְּקִיר פִּינּוֹן דְּלֵא זְכָה בְּהוּ אֶלְא מִצַּד הַנּוֹתָן שְׁהַקְדִּישׁ אוֹ הַפְּקִיר מִדְּעַת עֲצָמוֹ מַה שְּׁלֵא הָיָה מְחֻנְיָב לַעֲשׂוֹת כֵּן לֵא מִן הַתּוֹרָה וְלֵא מְדַרְבְּנָן בְּכַהֲנֵי גִוּוֹנָא וְדֵאִי לֵא מַהֲנֵי תְּפִיסָה פִּינּוֹן דְּאִין לוֹ בְּעֵלִים יְדוּעִים כֵּן נִרְאָה לִי: סִי עַח (דִּין תְּפִיסָה בְּתִיקוֹ הַדְּבָר מְסוּר לְדִיִּינִים לְהוֹצִיא מִיַּד הַתּוֹפֵס אוֹ לֵא) עַל כֵּן אִין בְּיָדִי לְהַכְרִיעַ בְּדִין תִּיקוֹ אוֹ בְּעֵינֵי דְלֵא אִיפְשָׁטָא רַק הַנְּנִי אוֹמֵר בְּתִיקוֹ הַדְּבָר מְסוּר לְדִיִּינִים יַעֲשׂוּ כְּטוֹב בְּעֵינֵיהֶם לְפִי עֲנִין הַטְּעֵנוֹת וְתַבִּיעוֹת כְּגוֹן שְׁיַצְרְפוּ עוֹד צְדָדִים לְהוֹצִיא אוֹ לְהַחֲזִיק וְכַה"ג לְפִי רְאוּת עֵינֵיהֶם וְכַעֲיִן מ"ש הַרִיב"ש ס"ס ש"ד גַּבֵּי אֶלְמָנָה שְׁתַּפְּסָה דִּישׁ פּוֹסְקִים דְּמַפְקִי מִיְּנֵיהָ וְיֵשׁ פּוֹסְקִים דְּלֵא מַפְקִי מִיְּנֵיהָ וְז"ל שֵׁם וְכָל אֶלְהָ הַפּוֹסְקִים מִרְאִי פְּנִים לְדַבְּרֵיהֶם זֶה נוֹתֵן טַעַם לְדַבְּרֵי וְזֶה נוֹתֵן טַעַם לְדַבְּרֵי וְאִין בְּיָדִי הַכְרִיעַ וְלַהֲכַנֵּי רֵאשֵׁי בֵּין הַהָרִים גְּדוֹלִים אֲבָל הַדִּיִּין יַעֲשֶׂה מַה שְּׁעֵינֵינוּ רּוֹאוֹת עַכ"ל הָרִי שְׁהַרִיב"ש מְשׁוּם שְׁלֵא יָדַע לְהַכְרִיעַ מְסוּר הַדְּבָר לְדִיִּינִים כֵּן אֲנִי אוֹמֵר בְּנִדּוֹן זֶה, גַּם הַב"ח בַּא"ע סִימָן ס"א כְּתִב דַּצ"ע בְּדִין תִּיקוֹ שְׁבַש"ס אִי מַהֲנֵי תְּפִיסָה וְהִבְאִתִּי לְשׁוֹנוֹ לְעִיל סוּף סִימָן י"ד.

(דִּין תְּפִיסָה בְּבְעֵינֵי אִם הוּא ת"ח וּמְבַרֵר לְפָנֵי הַדִּיִּינִים לְפָשׁוּט הַבְּעֵינֵי אִין יְכוֹלֵת בְּיָד הַדִּיִּינִים לְהוֹצִיא מִמֶּנּוּ) אִיךָ בְּזֶה נ"ל לְחֵלֶק בֵּין תִּיקוֹ אוֹ בְּעֵינֵי דְלֵא אִיפְשָׁטָא דְבְּתִיקוֹ לֵא מַהֲנֵי שׁוּם פְּשִׁיטוֹת אֲבָל בְּבְעֵינֵי יֵאמֵר הַתּוֹפֵס שְׁיֵשׁ לוֹ מְקוֹם לְפָשׁוּט הַבְּעֵינֵי מִן הַמְּשֻׁנָּה אוֹ מְבַרֵייתָא אוֹ מִן הַש"ס וּיְבַרֵר לְפָנֵי הַדִּיִּינִים דְּבַרֵּי וְיִרְאוּ הַדִּיִּינִים שְׁיֵשׁ טַעַם בְּדַבְּרֵי אַע"פ שְׁלֵא נִפְשָׁטָה הַבְּעֵינֵי בַש"ס מוֹעִיל תְּפִיסָתוֹ וְכַמ"ש מְהַרְש"ל.

אִיךָ מ"ש מְהַרְש"ל דְּאֶפִּילוֹ אִינוּ ת"ח שְׁיֵשׁ בְּיָדוֹ לְהַכְרִיעַ אוֹ אֶפִּילוֹ טַעַם וְסְבָרָא וְלֵא יְכוֹל לְהַצִּיעַ לְפָנֵינוּ מ"מ מֵאֲחַר שְׁאֵם ת"ח מְנֻפֶּלֶג שְׁהֵיָה יְכוֹל לְהַכְרִיעַ וּלְפָשׁוּט הַבְּעֵינֵי הַרְשׁוֹ נְתוּנָה לוֹ אִם כֵּן עַכְשָׁיו אֶפִּילוֹ שְׁהוּא ע"ה מְפָל מְקוֹם יְכוֹל לוֹמֵר קִים לִי כְּדַעָה אַחַת עַד כָּאֵן לְשׁוֹנוֹ בְּזֶה לֵא נ"ל כְּנֻתִיָּה דְכִינּוֹן דְּלֵא נִפְשָׁט הַבְּעֵינֵי לְחַכְמֵי הַש"ס וְנִשְׁאָר הַדְּבָר לְהֵם בְּסָפֵק אִיךָ יֵאמֵר מִי שְׁהוּא ע"ה קִים לִי כְּסְבָרָא זֶה בְּלֵא טַעַם וְרֵאָנִי וְכֵן מוֹכַח מְפָל הַפּוֹסְקִים דְּאִין לְחֵלֶק בֵּין תִּיקוֹ לְבְעֵינֵי וְאִיךָ ע"פ שְׁפִתְבְּתִי לְקָמֵן סִימָן צ"ב דְּבַפְּלוּגְתָא דְּרַבְּנוֹתָא אִין ע"ה יוֹכְלִלוֹמֵר קִים לִי כְּפּוֹסֵק זֶה הֵינּוּ מְשׁוּם דְּכִינּוֹן דְּלֵאֲתוּ פּוֹסֵק בְּרוּר לִיהָ הַדִּין כְּפִי יְכוֹל לוֹמֵר אֲנֵא סְבִירָא לִיהָ כְּהֵאִי פּוֹסֵק אוֹ מְשׁוּם טַעַמָא דְּעַבִּיד אִינְשׁ דִּינָא לְנִפְשֵׁיהָ וְכַמוֹ שְׁאֲכַתּוּב בְּסִי"פ אֲבָל בְּבְעֵינֵי דְלֵא נִפְשָׁטָה פִּינּוֹן דְּעַד הַיּוֹם לֵא נִתְבָּרַר הַדִּין לְשׁוּם אַחַד מִחַכְמֵי הַש"ס אוֹ לְשׁוּם פּוֹסֵק אוֹ גְּדוֹל אִיךָ יֵאמֵר מִי שְׁהוּא ע"ה קִים לִי כְּסְבָרָא זֶה בְּלֵא טַעַם כָּלֵל.

אֲבָל אִם הוּא ת"ח וּמִרְאָה פְּנִים לְפָשׁוּט הַבְּעֵינֵי יְכוֹל לְהִיֹּת שְׁפָל הַפּוֹסְקִים מוֹדִים דְּמַהֲנֵי תְּפִיסָה דְלֵא מִיִּרֵי אֶלְא כְּשִׁאִין כָּאֵן לְפָנֵינוּ שׁוּם פְּשִׁיטוֹת מִשֵּׂא"כ בְּכַה"ג כֵּן נ"ל: סִי עַט

דין בפלוגתא דרבננותא נ"ל להכריע דאפ"ל מאן דס"ל בתיקו לא מהני תפיסה מודים
דבפלוגתא דרבננותא מהני תפיסה מג' טעמים) אבל בפלוגתא דרבננותא נ"ל ברור
להכריע דאפילו הנה דס"ל דבתיקו או בעיא דלא איפשטא דלא מהני תפיסה מודים
דבפלוגתא דרבננותא מהני תפיסה.

ושלשה טעמים נכונים יש לחלק ביניהם: הראשון משום דבתיקו פינון דאין שום אדם
בעולם דפשיטא ליה אם פן לא יוכל לטעון שום טענת ברי לא ע"פ עצמו ולא ע"פ אחרים
(הטעם הראשון דפלוגתא דרבננותא הוי כמו טענת ברי) אבל בפלוגתא דרבננותא הוי כמו
טענת ברי וכדי שלא יחלק המתעקש על טעם זה לומר היאך יחשב ברי פינון שהוא אינו
יודע אסברה ליה בדדמי.

דקא פשיטא דסמכינן אפוסק היכא דליכא מאן דפליג עליה אפילו להוציא ממון כמו
שמוציאין ממון ע"פ ש"ה עדים והא פשיטא דאם מביא שני עדים שלקח משלו מוציאין
ממנו דאפ"ל אינו טוען ברי וכן משביעין ע"פ עד א' אפילו אינו טוען ברי כמו שנתבאר
בחושן משפט סוף סימן ע"ה אלמא דע"פ עדים או ע"פ ע"א חשיב' כטענת ברי דקא
קיימא לן אין נשבעין על טענת ש"ה אם פן פינון דהפוסק חשוב כעדים או על כל פנים
כע"א אם פן הנה ליה פטוען ברי ע"פ העד או ע"פ עדים במה שאומר קים לי כהאי פוסק
וכן בתשובת מהר"ר אהרן בן ששון סי' מ"ד האריף אם יכול לישבע בערפאות של
עכו"ם בסתם שחייב לו ע"פ טענת קים לי ואף שהניח שם בצ"ע וגם לפעד"נ לכאורה
דאינו יכול לישבע וכדעת אותו גדול שהביא שם בתשובתו מכל מקום בזה נ"ל כדבריו
דהוי כמו טענת ברי ע"פ העד או ע"פ ב' עדים דפשיטא דהתם נמי אינו יכול לישבע
ואפ"ה פשיטא דיוכל לתפוס על סמך שני עדים שאמרין בפני ב"ד שחייב לו כף וכף
(ראיה לזה מתשובת מהר"מ ו' ששון סימן מ"ד) וכן משמע להדיא בתשו' מהר"א ו'
ששון שם דטענת קים לי הוי פטוען ברי ע"פ העד ע"ש ומכל שכן לפי מ"ש לעיל סוף
סימן ע"ז דנראה דבעדות תרי ותרי אפילו אינו טוען ברי מהני תפיסה ושכן משמע
מדברי הנ"ל פ"ק דמציעא ע"ש אם פן ה"ה הקא (עוד ראי' לזה ממהרי"ק שורש קע"א)
וכן כתב מהרי"ק שורש קס"א גבי תפיסה שתפסו הקהל ממכר יואב קים לי הוי כמו
טענת ברי וז"ל ואם באנו ליפות כח בט' יואב מפני שהיו הנכסים בתזקתו מאחר שהוא
יורש את אחיו ואם הינה הדין במסנפק נימא המע"ה ואף על פי שהקהל תפסו הלא כתב
בסמ"ג וזה לשונו כל שתחלת דינו המע"ה אין מועלת תקיפה שאחר כף ומוציאין אותו
מיד התוקף פדמסיק רבה בפ"ק דב"מ גבי ספק בכורות עד כאן לשונו ולכאורה משמע
שר"ל אפילו היכא שטוען המחזיק ברי (כבר השגתי לעיל סימן נ"ד אמהרי"ק בזה
והוכחתי שם דגם הסמ"ג מודה דמהני תפיסה פשטוען ברי אפילו אחר שנולד הספק רק
הסמ"ג מייירי הקא בתופס מספק שא"י תלוי בסברא פלל ע"ש ודוק) מדהביא ראיה אחר
כף אם תפס קודם שנולד הספק דמהני תפיסה מההיא דפרק שני דכתובות דף ד' קאמר
אוקי תרי לבהדי תרי ואוקי ממונא כו' ושם פירש"י דאם תפס לא מפקי' מיניה אם פן
משמע דלא מחלק בין טוען התוקף ברי ללא טוען ברי דאם פן מאי מייתי ראיה נימא
שאני התם דהמלוה טוען ברי ומנא ליה דיש לחלק בין תפס קודם שנולד הספק ובילאחר
שנולד והיינו כחזד שנוי' דהתוס' פ"ב דכתובות גבי ההיא דאוקי תרי לבהדי תרי שם
כתבו וזה לשונו ואוקי ממונ' בתוק' מרי' פי' הקונטרס ונ"מ דאי תפיס לא מפקינן מיניה

וְקָשָׁה דְאָמְרִינוּ בַּפ"ק דב"מ דף ו' גְּבִי סֶפֶק בְּכוֹר תִּקְפוּ כֹהֵן מוֹצִיאִין מִיָּדוֹ אֶלְמָא תְּפִיסָה דְלֵאחַר סְפִיקָא לֹא פְלוּם הִיא כּו' עַד וי"ל דְשִׂאנִי גְּבִי בְּכוֹר שֶׁהִפְהֵן תּוֹפְס מִסְפֵּק דְאִינוּ יוֹדְעֵ אַם בְּכוֹר הוּא כּו' עַד ועי"ל דְהֵכָא מִיָּגְרִי בְּשִׁתְּפֵס קוֹדֵם שְׁנוּלֵד הַסְפֵּק עַד כָּאן לְשׁוֹנוֹ.

וּמְכַל מְקוּם לְאִידָהּ שְׁנוּיָא מִשְׁמַע דְאֶפִּילוּ תְּפֵס לֵאחַר שְׁנוּלֵד הַסְפֵּק אִי הָיִ טוֹעֵן בְּרִי דְמַהְגֵי תְּפִיסָה מְדַהֲקָשׁוּ מַהֵהִיא דְתִפְסוּ כֹהֵן דְהָיִ לֵאחַר שְׁנוּלֵד הַסְפֵּק וְכִי תִימָא מְכַל מְקוּם רְאוּי לְפִסְוִק פְּאִידָהּ שְׁנוּיָא דְבַתּוֹסְפוֹת פִּינּוּ דְלְכְאוּרָה הַסְמ"ג ס"ל פְּנוּתִיהּ וְכִדְפִי לְעֵיל הָרִי תְּשׁוּבְתָהּ בְּצַדָּה דְמֵאִי חֲזִית דְסִמְכַת אֶסְמ"ג וְאִשְׁנוּיָא בְּתֵרָא אֲדַרְבָּא נְסִמּוּהּ אַהֲר"ר שְׁמוּאֵל בֶּן רַבִּי בְרוּךְ (וּלְפַע"ד גַּם הַסְמ"ג מוֹדָה לַהֲר"ר שְׁמוּאֵל ב"ב וְכִמּוֹ שֶׁהוֹכַחְתִּי לְעֵיל סִימָן נ"ד וְאוּלַי גַּם מַהֲרִי"ק לֹא קֵאָמַר אֶלְא לְפִי מַה דְמִשְׁמַע לְכְאוּרָה מִהַסְמ"ג אֲבָל לֹא לְפִי הַאֲמַת וְדוֹק) דְסִבִּירָא לִיָּה כְּשִׁנּוּיָא קָמָא דְמַהְגֵי תְּפִיסָה וְלֹא מְבַעֲיָא בְּטַעֲנַת בְּרִי מִמֶּשׁ אֶלְא בְּטַעֲנַת דְקִים לִי דְלֵא בְּרִי לִיָּה מְכַל מְקוּם פִּינּוּ דְמִצִּי לְמִימַר קִים לִי הֵכִי מְהֵגִי תְּפִיסָה כַּמ"ש הַמְרָדְכִי בְּשִׁמּוֹ בְּכַתְּנֻבוֹת פֶּרֶק נְעֵרָה גְּבִי כְּתַב לָהּ פְּסוּת אוֹ פְּלִים כּו' דְאֶפְלָגוּ בָּהּ רַש"י וּר"ת וְרַש"י מְפָרֵשׁ לָהּ בְּמֵן הָאִירוּסִין דְנוֹקָא אֲבָל מֵן הַנְּשׁוּאִין גּוֹבָה הַפֵּל וּר"ת מְפָרֵשׁ לָהּ בְּמֵן הַנְּשׁוּאִין פְּדֵאִיתָא הֵתָם בְּמְרָדְכִי וּבַתּוֹסְפוֹת עַל זֶה כְּתַב וְזֶה לְשׁוֹנוֹ וְאוֹמַר הַר"ר שְׁמוּאֵל בֶּן רַבִּי בְרוּךְ דָּאֵם יִתְּפוּס הַחֲתָן הַמַּע"ה שִׁיאֲמַר קִים לִיָּה פְּרַש"י וְכו' וְהָרִי לָהּ דְאֶפִּילוּ בְּמִילִי דְלֵא מִצִּי לְמַטְעֵן בְּרִי לִי פִי הֵכָא דְמִי יוֹכַל לְטַעֵן בְּרִי לִי שֶׁהִדִּין הוּא פְּרַש"י וְלֹא כַּר"ת דְמִי יִכְנִיס רֵאשׁוֹ בֵּין הַהָרִים הַגְּדוּלִים וְהֵלֵא אֲנִי סִהְדִי דְלִיכָא אִינְשׁ בְּדוֹר הַזֶּה שְׁיִוְכַל לְהַכְרִיעַ בִּינֵיהֶם וְאֶפִּילוּ בִּימֵי רַבִּינוּ מֵאִיר הָיָה פּוֹסֵק דְהִיכָא דְאִיכָא פְּלוּגְתָא דְרַבְּנוֹתָא פְּגוֹן רַש"י וּר"ת הַמַּע"ה מִשׁוּם דְהָוָה מְסַפְקָא לִיָּה מִיִּלְתָּא דְהִלְכְתָּא כְּמֵאן כ"ש וְכו"ש בְּדוֹר הַזֶּה יִתְּמִי דִּיתְמִי וְעֵנְיִי הַדְּעַת דְאִין לְנוּ לְטַעֵן בְּרִי לִי פְּרַש"י אוֹ כַּר"ת אֶלְא וְדֵאִי צ"ל דְסִבִּירָא לִיָּה לַהֲר"ר שְׁמוּאֵל דְכִינּוּ דְבָא מְחַמַת טַעֲנַת דְמִצִּי אוֹמַר סְבָרָא דִידִי פְּרַש"י מְכַל מְקוּם מְהֵגֵיָא תְּפִיסָה דְהָא לֹא דְמִי לְתִפְסוּ כֹהֵן דְהֵתָם אִין לוֹ אֲמַתְלָא וְשׁוּם טַעֲנָה שְׁיִוְכַל לְהַסְמִיָּה עֲלֵיהָ אֲבָל הִיכָא דְאִית לִיָּה טַעֲנָה עַל דְהוּ אִפִּי תְּהֵיָה רְעוּע' כִּי הֵהִיא דְקִים לִי פְּרַש"י כִּדְפִי מְכַל מְקוּם מְהֵגֵיָא עִם הַתְּפִיס' וְכִיּוֹצֵא בְּזֶה כְּתַבוּ הַתּוֹס' בְּפֶרֶק הַמְדִיר דָּף ע"ו כּו' עַד וְאֵם כּוּן דְבָר פְּשׁוּט הוּא שְׁיֵשׁ לִק"ק בְּלִלְוִיָּא כְּמַה טַעֲנוֹת וְאֲמַתְלָאוֹת לְטַעֵן טַעֲנַת בְּרִי בְּאוֹתָהּ פְּלִי הַקּוֹדֵשׁ אֲשֶׁר תִּפְסוּ בְּדָרָה שְׁתוֹעִיל תְּפִיסְתֶּם עַכ"ל מַהֲרִי"ק: וְגַם (גַּם מַהֲר"ד עֲבָדִי טְפוּרְנוּ בְּתִשׁוּ' מְנַחֵם עֲזַרְיָ' סִימָן פ"ט הַסְפִים לְדַבְרֵי מַהֲרִי"ק) מַהֲר"ר עֲבָדִיָּה סְפוּרְנוּ בְּתִשׁוּ' מְנַחֵם עֲזַרְיָ' סִימָן פ"ט דָּף פ"א כ' וְזֶה לְשׁוֹנוֹ ה"נ מְהֵגֵיָא תְּפִיסָה וְיִכּוֹל לֹאֲמַר קִים לִי כְּפִלוּנִי כַּמ"ש מַהֲרִי"ק שְׁוֹרֵשׁ קַס"א עַכ"ל מִשְׁמַע דְמְסַפִּים לְדַבְרֵי מַהֲרִי"ק וּמ"ש בְּתִשׁוּ' מ"ט ס' נ' דָּף נ' ע"א וְזֶה לְשׁוֹנוֹ וּמַהֲפַח גָּמַר בְּעַל הָעֵיטוֹר הִלְכָה לְמַעֲשֵׂה בְּרַבִּיעִי מִשְׁעָרֵי הַתְּנָאִים שְׁלוֹ דְבַעֲיָנָן תְּנָאִי קוֹדֵם לְמַעֲשֵׂה בְּמוֹנָא נְמִי פְּדַעַת גְּדוּלִי הַגְּאוּנִים הֵרֵאשׁוּנִים וְהַר"ם וּר"ת וּר"י וְהָרֵא"ש וְסִמְ"ג וְה"ה וְאָף ע"פ שֶׁהֲרַב הֵתָם בְּפֶרֶק מִי שְׁמַת פִּירֵשׁ בָּהּ לְפִי שְׁתָּתוּ דְלִית לִיָּה גְּדַרִי הַתְּנָאִי בְּמִזְמוֹן מְכַל מְקוּם הִלְכָה רוֹנַחַת בְּיִשְׂרָאֵל בְּהֵדָא מִיִּלְתָּא דְנָא פְּנוּתִיהּ וְאִין לְאֶפְטְרוּפֵס לְטַעֵן קוּם לִי פְּדַעַת הָרַב שֶׁהָרִי תְּפֵס אַחַר שְׁנוּלֵד הַסְפֵּק וְעוֹד דְכִי תְּפֵס לְשֵׁם הַבַּת תְּפֵס וּמַעֲשֵׂה בֵּית דִּין יוֹכִיחַ וְעוֹד שֶׁהָרִי כְּתַב הַטּוֹר כּו' עַד כָּאן לְשׁוֹנוֹ לֹא לְמִימָרָא דְפְּלוּגְתָא דְרַבְּנוֹתָא בְּעֵינָן תְּפֵס קוֹדֵם שְׁנוּלֵד הַסְפֵּק דְפְּשִׁיטָא דְכִינּוּ דְהִלְכָה רוֹנַח' בְּיִשְׂרָאֵל שְׁלֵא פְּדַעַת הָרַב דְלֵא מְהֵגִי טַעֲנַת קִים לִי בְּשׁוּם עֵנְיָן וְכַמ"ש לְעֵיל סִימָן ע"ב בְּשֵׁם מַהֲרִי"ק וְלִקְמָן סִימָן

קכ"ג והוא פשוט מאד אלא ודאי לרנוח' דמילתא פתב דאפילוואם ירצה האפטרופוס לומר שזה דמי לשאר ספק ולא לספיקא דרבנותא מ"מ הוי תפס אחר שנוולד הספק ודוק: סי' פ (מ"ש בת"ה דפלוגתא דרבנותא דמי לספק בכור ליתא לפע"ד) הגם שבת"ה סי' שכ"א משמע להדיא דפלוגתא דרבנותא דמי לספק בכור ותיקו וכ"כ בשלטי גבורים פ' הבית והעלייה דף קל"ח סוף ע"א דפלוגתא דרבנותא דמי לתיקו ותלוי במחלוקת הרי"ף והרא"ש.

מ"מ ודאי דברי מהרי"ק נכונים בזה מפמה הוכחות שאכתוב לקמן סימן פ"ח וצ"ע, וגם לא מסתבר כלל דהמרדכי פ"ב דכתובות יכתוב בסתמא דתפיסה לא מהני בספק בכור או בתיקו ואחר כך בפ"ד דכתובות יכתוב סתמא דברי הר"ש ב"ר ברוך דתפיסה מהני בפלוגתא דרבנותא.

ודוחק גדול לומר דבפרק ד' דכתובות מייירי בתפס קודם שנוולד הספק דפשוט דברי המרדכי שכתב אם יתפוס היתן לא משמע פן וכן משמע בפשיטות בתשו' ר' אלי' מזרחי סימן ט"ז דף י"ח ע"א דרשב"ב מייירי אפילו בתפס אחר שנוולד הספק דהיינו אחר שמת' אשתו עיין שם.

גם בתרומות הדשן גופיה שם מסיק דרשב"ב ר"ל אפילו יתפוס לאחר שנוולד הספק דהיינו לאחר שמתה הבת. גם מהרמ"א בא"ע ס"ס נ"ב כ' אבל אם תפס היתן לא מפקינו מיניה דיוכל לומר קים לי כסברא הראשונה עד כאן לשונו ומדלא חילק בין תפס קודם שמתה הבת או אחר כך וכמ"ש בד"מ ובתשובותיו סימן פ"ט דף קפ"ג ריש ע"ו שבת"ה מחלק פן משמע דאזיל לטעמיה שכתב בד"מ שם וע"ש בתרומות הדשן סי' האריף בדינים אלו משמע דר"ל דמסקנת ת"ה גופיה דרשב"ב מייירי אפילו תפס אחר מיתת הבת וכמו שכתבתי גם מתשובות מיי' דספר נשים סי' ל"ה גבי הך פלוגתא דרש"י ור"ת בנדונת חתנים בפלוגתא דרבנותא לא מפקינו ממונא כו' יש להוכיח שם דאף על גב דתפס אחר מיתת הבת לא מפקינו מיניה ע"ש ודוק היטב רק שכתב בת"ה שם דמפל מקום י"ל דרשב"ב סובר פיש מרבנותא וקרי"ף פ' פיצד הרגל דסבירא ליה דתפיסה מהני בספיקא דדינא אפילו אחר שנוולד הספק כו' אבל זה אינו נ"ל וכמ"ש דאם פן יהיו דברי המרדכי סותרים זה את זה אלא נראה בזה כמהרי"ק: וגם (גם בתשובת מהר"ר בצלאל סימן ל"ח משמע דלא בריר' להך דת"ה) פתשובת מהר"ר בצלאל אשפנזי סי' ל"ח משמע דלא ברירה ליה דברי ת"ה עיין שם דף ק"ו ריש ע"ב שכתב שזכה יעקב בתפיסתו מפח הספק דאמרינו דה"ל פלוגתא דרבנותא ודמי נמי לטענת ברי ולא דמי לההיא דספק בכור דהא מצי למימר קים לי כבעלי התוס' וכולהו אינן רבנותא דלאו קטלי קני באגמ' הוי ואם יבוא שוב ראובן ויתפוס בשפחה לא מהניא ליה תפיסתו דהיינו ממקום שבא בעל הקונטרסים דהנה ליה תפיסה לאחר שנוולד הספק ומיהו יש מרבנותא דסברי דתפיסה לאחר שנוולד הספק מהני ומ"ש בעל ת"ה ז"ל באותה תשובה עצמה שהביא החכם בעל הקונ' ואין להאריך עכ"ל וע"ש עוד: (גם בתשובת מהר"ר יעקב לבית לוי סי' ג' פתב דברי מהרי"ק) וכ"כ בתשובת מהר"ר יעקב לבית לוי סימן ג' וז"ל ובנדאי אין שום סתירה לדברי מהרי"ק שורש קס"א ממאי דכתב הרא"ש ז"ל בפסקיו בפרק פיצד הרגל דבעלי' דסלקא בתיקו לא מהני תפיסה דהתם ודאי התופס עצמו אחינו בא בשום טענה

שְׁהָרִי לֹא פֹרֵשׁ הַדִּין לְשׁוּם אֶחָד מֵהַצְדִּדִים מִשָּׂא"כ בְּנִדּוֹן פְּלוֹגְתָא דְרַבְּנָנֹתָא דִּאֵע"ג דְּלֹא אֶתְבַּרְר לְנָא הַלְכְתָא כְּמֵאן וּמִי יִכְנִיס רֵאשׁוּ בֵּין הָהָרִים הַגְּדוּלִים לְהַכְרִיעַ וְא"כ הַדְּבָר הוּא שְׁקוּל מ"מ הַמְּוַחֵק יֵשׁ לוֹ אִיזָה הַסְתַּבְּכוֹת לְטַעוֹן סְבָרְתִי הִיא כְּפִלוֹנִי כִּינּוֹן שֶׁהוּא מוֹצֵא בְּפִי סְבָרָא אַחַת שֶׁהִיא כְּסְבָרְתוֹ לְעִזְרוֹ וְזֶה בְּרוּר וּפְשׁוּט עַד כָּאן לְשׁוֹנוֹ וְלֹא הִבִּיא שׁוּם חוֹלֵק עַל זֶה וְאֶדְרָבָה מִשְׁמַע לְמַעֲיָיִן שֶׁם בִּתְשׁוּבָתוֹ דְּסְבִירָא לִיהּ בְּפִשְׁטוֹת הָכִי וְעֵינָיו שֶׁם.

וְעוֹד לְמִי לְקַמְּוִסִימָן ק"ד דְּנִרְאָה מִדְּבָרֵי מְהֵרָמ"א דְּסְבִירָא לִיהּ דְּמַהְגִּי תְּפִיסָה בְּפִלוֹגְתָא דְרַבְּנָנֹתָא ע"ש: ס' פא (גם מְהֵרָש"ל פֶּרֶק פִּיצַד הַרְגָל ס' ה' הַסְפִּים לְדְבָרֵי מַהֲרִי"ק וְדִלֹא כַת"ה) וְכוּ כְּתַב מְהֵרָש"ל פֶּרֶק פִּיצַד הַרְגָל סִימָן ה' פְּדָבְרֵי מַהֲרִי"ק וְדִלֹא כַת"ה וְ"ל שֶׁם אֶפְיָלוֹ הוּא ע"ה מְכַל מְקוּם יָכוֹל לֹמַר קִים לִי פְדַעָה אַחַת וְאַף עַל פִּי שֶׁכְּתַב הָרֵא"ש בְּפ"ק דְּב"מ דְּלֹא מְהַנִּיא תְּפִיס' אֲלֵא בְּטוּעוֹן בְּרִי לֹא בָּא לְמַעַט רַק דְּבִסְפִיקָא לֹא מְהַנִּי תְּפִיסָה כְּדִמְשַׁמַּע לִי הָרֵא"ש פ"ב דְּכַתּוּבוֹת וְ"ל דְּלֹא אֲשַׁכְּחֵן דְּלֹא מְהַנִּי תְּפִיסָה אֶל בְּסַפֵּק כו' אִם כֵּן כָּל מַה דְּלֹא דְמִי לְסַפֵּק בְּכוּר מְהַנִּי תְּפִיסָה וּבְנִדּוֹן דִּידֵן הָנִי כְּמוֹ בְּרִי וְ"ל דְּלִפְהֵן שְׂאִין בּוֹ טַעְנָה וְאִמְתְּלָא שְׁשִׁינָה לֹמַר בְּרִי אֲבָל בְּטַעְנַת קִים לִי פְדַעָה אַחַת מֵאַחַר דְּשִׁינָה בְּזֶה הָנִי כְּטַעְנַת בְּרִי מִמֶּשׁ וְתַדַּע דְּהָא מְסִיק בְּמֶרְדְּכִי פֶּרֶק נַעֲרָה וְ"ל אֹמֵר ה"ר שְׁמוּאֵל ב"ר בְּרוּךְ דָּאִם יִתְּפֹס הַחֲתָן הַנְּדוּנָא יָכוֹל לֹמַר קִים לִי כְּרִש"י שְׁסָבֵר מִן הַנְּשׂוֹאִין אִם מִתָּה זָכָה בָּהֵן וְהַמַּע"ה וּמְסַתְּמָא רֵשֵׁב"ב לֹא פְּלִיג אֶדְבָרֵי תוּס' דְּגַבִּי תִיקוּ לֹא מְהַנִּי תְּפִיסָה וְכוּ הַמְּרָדְכִי הִבִּיאָה גַם כֵּן לְפִסֵּק הַלְכָה בְּפ"ב דְּכַתּוּבוֹת בְּלִי חֲלֻקָה עֲלֵיהֶם וְגַם בְּכָאן לֹא הִבִּיא הַמְּרָדְכִי שׁוּם דַּעָה שְׁחֹלֵק עַל רֵשֵׁב"ב לְעַנְיֵן תְּפִיסַת הַחֲתָן אִם מוֹעִיל תְּפִיסָה בְּסְפִיקָא אֲלֵא ע"כ מֵאַחַר דְּלֹא הָיָה בִּיד רֵשֵׁב"ב לְהַכְרִיעַ בְּנִדּוּנָא חֲתָנִים לְכֵן פִּסֵּק דְּמַהְגִּי תְּפִיסָה בְּטַעְנַת קִים לִי כְּרִש"י מֵאַחַר דְּשִׁינָה בְּזֶה טַעְנַת בְּרִי שְׂאִם הָיָה גְדוֹל וְהָיָה מְכָרִיעַ וְאִין לֹמַר מֵאַחַר דְּהַגְּדוּלִים לֹא הַכְרִיעוּ אִם כֵּן וְכִי הִבְּאִים אַחֲרֵיהֶם יִכְרִיעוּ בְּנִדְאֵי יָכוֹל לְהַכְרִיעַ דְּלֹא עַדִּפִּי אוֹתָם הַגְּאוּנִים מִן הַש"ס דְּתַלְמִיָא וּקְיָמָא כְּדָפְנִי לְעִיל גַּבִּי קְשִׁיא וְכוּ גַבִּי בְּעֵינָא דְּלֹא נִפְשָׁטָא א"כ מֵאַחַר דִּישׁ צַד לְהַכְרִיעַ וּלְהוֹכִיחַ כְּחַד מִרַבְּנָנֹתָא אִף מִי דְּלֹא יָדַע יָכוֹל לְתַפְּסֵן וְלֹמַר קִים לִי כְּרִש"י וּמַהְגִּי תְּפִיסָתוֹ וְאִינוּ דוֹמָה לְסַפֵּק בְּכוּר וְכוּ בְּנִדּוֹן דִּידֵן אִף שְׁמַהֲרֵא"י בִּתְשׁוּבָה הַשְּׁנָה דִּין שְׁלַל גְּדוּנָתֵי חֲתָנִים לְסְפִיקָא דְּדִינָא הִינּוּ שְׁלֵא יָרַד לְחִילוּק שְׁחֻלְקָתִי בֵּן דְּבָר שְׁאֶפְשָׁר לְהַכְרִיעַ וּבֵין דְּבָר שְׂאִי אֶפְשָׁר לְהַכְרִיעַ כְּמוֹ תִיקוּ אֲבָל כְּפִי מַה שֶׁכְּתַבְתִּי וְחֻלְקָתִי הוּא דְּבָר נְאוֹת וּמְוַכְרַע בְּעֵינֵי בְּלִי גְמָגוּם וְכוּ פִּסֵּק מַהֲרִי"ק שְׁנֵרֵשׁ קס"א עַד כָּאן לְשׁוֹן מְהֵרָש"ל וְהַעֲתִיק דְּבָרֵיו שְׂאֵרֵי הַגְּאוּן הַחֲסִיד הַגְּדוֹל מַהֲר"ר יִשְׁעִיָה סג"ל בְּסַפְרוֹ שְׁנֵי לַחֹת הַבְּרִית שְׁנַדְפֵּס מְקָרוֹב בְּק"ק אִמְשִׁטְרָדָם בְּדַף תי"ד: ס' פב (מ"ש מְהֵר"י כְּהֵן מְקָרָאק' וד"מ וסמ"ע בְּשֵׁם מַהֲרִי"ק דְּלֹא אֶמְרִינָן קִים לִי רַק בְּנִדּוּנָא חֲתָנֵי לַפַּע"ד לִיתָא דְאִין כֵּן דַּעַת מַהֲרִי"ק לְהַלְכָה) וְרֵאִיתִי בִּתְשׁוּבַת מַהֲר"ר יוֹסֵף כְּהֵן מְקָרָאקָא ס"ס נ"ב שֶׁכְּתַב וְ"ל וְאַף כִּי מַהֲרִי"ק פִּסֵּק בְּשְׁנֵרֵשׁ צ"ד שְׂאִין בְּרוּר דְּתִיקָהְנִי תְּפִיסָה בְּסְפִיקָא דְּדִינָא הָלֹא כְּתַב הַטַּעַם שְׁפִסֵּק רֵשֵׁב"ב דְּהוֹאִיל וְתַפְּסֵן יָכוֹל לֹמַר קִים לִי כְּרִש"י מִשׁוּם דְּלְכַאוּרָה נִרְאָה כְּרִש"י וְכו' אִם כֵּן נֹאמֵר נְמִי הוֹאִיל וְהַדַּעַת מְכַרְעַת כְּנ"ל אִין לְהוֹצִיא מִיּוֹרְשֵׁי הָאִשָּׁה עַד כָּאן לְשׁוֹנוֹ וְכוּ כְּתוּב בְּדְרָכֵי מִשָּׁה ס' כ"ה וּבְסַמ"ע שֶׁם ס"ק י"ז בְּשֵׁם מַהֲרִי"ק שְׁנֵרֵשׁ צ"ד וְלֹא הָיָה לָהֶם לְהַחֲלִיט הַדְּבָר לְמַהֲרִי"ק דְּפְשִׁטָא דְּמַהֲרִי"ק שֶׁם לֹא אִמְר' אֲלֵא לְפִלְפוּלָא בְּעֻלְמָא לְדַחֲוֹת דְּבָרֵי הַשְּׂאוֹל דְאִין מִדְּבָרֵי הַרֵשֵׁב"ב קוֹשְׁיָא עָלָיו אֲבָל וְדֹאֵי לְהַלְכָה לֹא ס"ל לְמַהֲרִי"ק הָכִי אֲלֵא דס"ל דַּה"ה בְּעֻלְמָא מְצִי

למימר קים לי וכמ"ש בשו"ק קס"א והבאתי לשונו בסמוך סימן ע"ט וכן מוכח להדיא מדברי מהרי"ק שו"ק קמ"ט שהבאתי בסימן פ"ב וכן כתב עוד מהרי"ק בשו"ק צ"ב גבי פרובול ה"ה לי ואבד דאיכא פלוגתא דרבנונתא אי המלנה נאמן בלא שבועה וכתב וז"ל שאין בידינו לכוף להמלנה עד שישבע דהמע"ה אמן אי הוי תופס מלנה ואומר קים לי פהני רבנונתא דאמרי המלנה נאמן בלא שבועה נלע"ד שלא ה"ה כח בידינו להוציא מיד המלנה כמ"ש המרדכי בפ' נערה גבי נדונית חתנים בשם הר"ר שמואל מבונברק דאי תופס חתן ואמר קים לי פרש"י דלא ה"ה מפקינן מיניה ואף על גב דלר"ת לא זכה וה"נ לא שנא עד פאן לשון מהרי"ק שם.

וכן כתוב בשו"ק משפטי שמואל סימן קכ"ו דף קע"ב ע"א וזה לשונו ואף על גב דבשו"ק צ"ד כתב מהרי"ק ז"ל דדוקא גבי נדונית חתנים קאמר רבינו שמואל דמצי למימר קים בפלוני כמבואר שם מכל מקום אמינא דלא מבעיא למה דפסק הוא ז"ל בפוסקים אחרים באופן אחר וכמעט דבריו סותרין אהדדי וצריף ליישבם המעיין וכעת אקצר כו' עד פאן לשונו: והנה עיניתי והם מיושבים באופן שכתבתי דמ"ש בשו"ק צ"ד לא כתב רק לפלוני בלמא לומר שלא להכריח פן מדברי רשב"ב אבל לקושט' דמילתא לא ס"ל ה"כ.

ונמצאו לא סתרו דברי מהרי"ק אהדדי ואפילו את"ל דסתרי אהדדי ודאי דאזלי בטר רובא שהרי רק בתשובה א' כתב דדוקא בנדונית חתנים קאמר ה"ר שמואל ה"כ ובש"ש תשובות כתב דלא שנא אם פן פשיטא דאזלי בטר רוב תשובותיו ובפרט שלא להוציא מהמוחזק ואם פן פשיטא דיותר מסתבר לומר דדעת מהרי"ק דה"ה בכל דוכתי מצי התופס לומר קים לי וכן מבואר בתשובת מהרשד"ם שהבאתי לקמן סימן צ"ז דדעת מהרי"ק דמצי התופס לומר קים לי בכל דוכתי וכן מבואר בכמה תשובות ו' לב ושאר הרבה תשובות האחרונים בשם מהרי"ק.

ואפ"י תאמר דמהרי"ק ס"ל דלא מצי התופס לומר קים לי רק בנדונית חתנים מכל מקום ודאי לא קי"ל ה"כ. דהא בסמ"ע סימן כ"ה שם כתב וזה לשונו והמרדכי סוף פתובות פליג וס"ל דיכול לומר קים לי בכל מקום וכן הוא בדרכי משה שם בשם המרדכי סוף פתובות שמצא פן שמהר"מ רגיל לפסוק פן.

(גם מהר"מ מרוטנבורג רגיל לפסוק בפלוגתא דרבנונתא לא מפקינן מהתופס) ומצאתיו בהגה' מרדכי פ"ה דכתובות וזה לשונו ומצאתי מהר"מ רגיל לפסוק היכא שגדולים חולקים בדבר אי תפס אידך לא מצי מפיק מיניה דא"ל האי אייתי ראיה שהלכה כזה הרב שפסק פן עד פאן לשונו ומביאו מהר"ר לוי ו' חביב בתשובה סימן ל"ז והבאתי לשונו לקמן סימן צ"ז וכן מוכח בפשיטות בתשובת מהר"ר אלי' מנרתי סימן ט"ז דה"ה בכל דוכתי מצי למימר קים לי ויליף לה מדברי רבינו שמואל ב"ר ברוך ה"ל ע"ש ועוד מצאתי בתשו' הגאונים (פן) וכן מצאתי בתשובת הגאונים דפוס פראג סי' כ"ג וזה לשונו שאלת היכא דאיכא שתי תשובות לשני גאונים חלוקים זה על זה וכל א' מבעלי הדינים או הדיינים נקט חד מנייהו היכי עבדינן.

תשובה יכריע הדיין הנמצא גדול כפי הזמן הדעת מהאחד שיראה בעיניו ומה שהוא מכריע בלבבו אם נתלה הבעל דין הא' בדברי הגאון האחר אין משגיחין בו ואם שני

דַּיְוָנִים חוֹלְקִים וְאֵין א' גְּדוֹל מִחֲבָרוֹ אֲלֵא שְׁנֵיהֶם שְׁוִים אִם הוּא דָּבָר אִסּוּר תּוֹרָה מִחֲמִירִים וְאִם הוּא דָּבָר מְמוֹן מְעַמִּידִים הַדְּבָר הַהוּא בְּחֻזְקוֹ וְאֵין מוֹצִיאִין אוֹתוֹ מִיַּד הַנִּתְבַּע אוֹ הַתּוֹפֵס עַכ"ל.

וְעוֹד אוֹכִיחַ לְקַמֵּן סִי פ"ח וּסִי צ"ז מִהֲרַבָּה פּוֹסְקִים דְּתַפְיֶסָה מְהֵנִי בְּפִלּוּגְתָא דְּרַבְּנִין אִפִּי אוֹתָן דַּס"ל דְּלֵא מְהֵנִי תַּפְיֶסָה בְּתִיקוֹ: סִי פג וְהִנֵּה רְאִיתִי בְּתַשׁוּבַת מַהֲר"ר דְּוֹד ן' לֵב סִפְר שְׁנֵי סִימָן ס"ז פְּתַב וְזֶה לְשׁוֹנוֹ וְעוֹד אֲנִי אוֹמֵר דְּאֶפִּילוּ שְׁהֵי הַשְּׁלִישׁ יוֹרֵשׁ הַבַּת אִפ"ה לֵא הוּי מְהֵנִי לְגַם הַתַּפְיֶסָה וְאֶף עַל גַּב דְּהוּי תַּפְיֶסָה דְּקוֹדֵם שְׁנוּלֵד הַסִּפְק וְכַמ"ש הֲרֵא"שׁ שְׁנִירָא מְדַבְּרֵי הָרַב הַאֲלֶפְסִי בְּפָרְק פִּיצַד הַרְגַּל דְּמְהֵנִי תַּפְיֶסָה בְּתִיקוֹ וְהַקְּשָׁה עָלָיו פִּינּוֹן דְּסִפְיָא דְּדִינָא הוּא מֵאִי מְהֵנִי תַּפְיֶסָה כּו' וְאִם נִפְשָׁךְ לּוֹמֵר דְּעַד כָּאֵן לֵא פְּלִיג הֲרֵא"שׁ עָלֶיהָ דְּרַב אֲלֶפְס ו"ל אֲלֵא מְשׁוּם דְּתַפְס אַחַר שְׁנוּלֵד הַסִּפְק אֲבָל בְּגִדּוֹן דִּינּוֹ דְּתַפְס קוֹדֵם שְׁנוּלֵד הַסִּפְק דִּילְמָא לֵא פְּלִיג הֲרֵא"שׁ עָלֶיהָ.

הָא וְדֵאִי לִיתָא דְּהָרִי פְּתַב הֲרֵא"שׁ בַּפ"ק דְּמְצִיעָא וְזֶה לְשׁוֹנוֹ כְּלָלָא דְּמִילְתָא לְטַעֲנַת בְּרִי מְהֵנִי תַּפְיֶסָה אֲבָל מִי שְׁהוּא מְסוּפֵק לֵא מְהֵנִי תַּפְיֶסָתוֹ לְאֶפּוֹקִי מְחֻזְקַת מְרָא קָמָא ע"כ מְשַׁמַּע דְּבְכָל תַּפְיֶסָה קְאָמֵר דְּלֵא מְהֵנִי אֶפִּילוּ בְּתַפְיֶסָה דְּקוֹדֵם שְׁנוּלֵד הַסִּפְק) כְּבָר הַשְּׁגַתִּי עַל זֶה לְעֵיל סִי ס"ח וְהִבְאִתִּירָאִיּוֹת בְּרוּרוֹת לְדְבָרֵי בְּסִימָן ס"ו וּס"ז וּס"ט ע"ש) וּמְסַתְּבָרָא דְּטַעֲנַת קִים לִי לֵא הוּ טַעֲנַת בְּרִי אֲלֵא טַעֲנַת שְׁמָא אֵיבְרָא דְּמַהֲרִי"ק פְּתַב בְּסִי קַס"א דְּקִים לִי כְּהֵנִי רַבְּנִין הוּי כְּעִין טַעֲנַת בְּרִי וְאֶף הֲרַמ"א וְרַבִּינוֹ יוֹנָה פְּלִיגֵי עָלֶיהָ דְּרַב אֲלֶפְסִי כְּפִי מַה שְׁפַתְבַּת הֲרֵא"שׁ ו"ל דְּבַרְיָהֶם בְּפָרְק הָאֲשָׁה שְׁנִתְאַרְמְלָה כּו' וְאֶף עַל גַּב דְּהֲרֵא"שׁ דְּחָה דְּבַרְיָהֶם דְּכַתְבַּת דְּכָל הֵיכָא דְּטוֹעֵן טַעֲנַת בְּרִי הַמְּחֻזֵּק בְּמַטְלָטְלִים אֵין פַּח בְּיַד ב"ד לְהוֹצִיאֵהוּ מִתַּחַת יָדוֹ מִכָּל מְקוֹם זְכִינוּ לְדִין דְּבַנ"ד הִנֵּה מְקוֹם לּוֹמֵר דְּאֶפִּילוּ שְׁהֵי הַשְּׁלִישׁ הַיּוֹרֵשׁ מִהַבַּת אִפ"ה פִּינּוֹן דְּטוֹעֵן טַעֲנַת שְׁמָא דְּדִילְמָא הַלְכָה כְּרַאבְּנֵי"ה ו"ל דְּמַסְתְּבָרָא דְּלֵא חֲשַׁבִּינוּ לְטַעֲנַת וְדֵאִי מֵאִי דְּקְאָמֵר מְחֻזֵּק קִים לִי כְּהֵנִי רַבְּנִין וּמֵאִי דְּקְאָמֵר מַהֲרִי"ק דְּהוּי כְּעִין טַעֲנַת בְּרִי סְבָרַת יַחֲדִיד הִיא שְׁלֵא מְצִינוּ כְּתוּב דְּבָר זֶה לְזוּלְתוֹ אֵיבְרָא דְּלְדַעַת הָרַב אֲלֶפְסִי אֶפִּילוּ בְּטַעֲנַת סִפְק מְהֵנִי הַתַּפְיֶסָה וְאֶפִּי שְׁתַּפְס אַחַר שְׁנוּלֵד הַסִּפְק וּלְפִי סְבָרַתוֹ הִנֵּה יָכוֹל הַשְּׁלִישׁ (לְתַפְּוֹ) אִם הִנֵּה יוֹרֵשׁ הַבַּת מִכָּל מְקוֹם לֵא שְׁבָקִינוּ כְּוִלְהוּ רַבְּנִין וְעַבְדִּינוּ כְּרַב הַאֲלֶפְסִי וְאֶף עַל גַּב דִּישׁ מְקִים לְחַלּוֹק לּוֹמֵר דְּסְבָרַת הָרַב הַאֲלֶפְסִי ו"ל לָאו סְבָרַת יַחֲדִיד דְּמְשַׁמַּע מְדַבְּרֵי בְּעַל תְּרוּמַת הַדָּשָׁן דְּרַבִּינוֹ שְׁמוּאֵל בְּרַבִּי בְּרוּךְ ס"ל כְּוִנְתִּיהָ וְכִינוּ דְּכֵן הוּא אִמְרֵי לֵא אֲמַרִינוּ דְּמְצִי הַמְּחֻזֵּק לּוֹמֵר קִים לִי כְּהֵרַב הַאֲלֶפְסִי וְקִים לִי כְּרַאבְּנֵי"ה וְכ"ש שְׁיֵשׁ לְהַסְתַּפֵּק דְּדִילְמָא סְבִירָא לִיהָ לְהֲרֵא"שׁ דְּהֵיכָא דְּתַפְס קוֹדֵם שְׁנוּלֵד הַסִּפְק דְּמְהֵנִי טַעֲנַת סִפְק מֵמֵאִי דְּכַתְבַּת בְּפָרְק הַשְּׁוֹאֵל בְּהוּא גְּבָרָא דְּקְאָמֵר לְחַבְרִיהָ אוֹשְׁלָן לִי מְרָא כּו' (כְּבָר הַשְּׁגַתִּי לְעֵיל סִימָן מ"ז עַל זֶה דְּבַהֲךָ דְּאוֹשְׁלָן מְרָא אֵין הַטַּעַם מְשׁוּם תַּפְס קוֹדֵם שְׁנוּלֵד הַסִּפְק אֲלֵא מְשׁוּם שְׁתַּפְס בְּרִשׁוֹת ע"ש) אֵיבְרָא מַפ"ק דְּמְצִיעָא וּמְפָרְק הָאֲשָׁה שְׁנִתְאַרְמְלָה לֵא מְשַׁמַּע הֵכִי אֲלֵא נְרָאָה מְדַבְּרִיו דְּבַתְּפַס קוֹדֵם שְׁנוּלֵד הַסִּפְק לֵא מְהֵנִי טַעֲנַת שְׁמָא (כְּבָר הַשְּׁגַתִּי עַל זֶה לְעֵיל סִי ס"ח) וְגִדּוֹן דִּינּוֹ אַע"ג דְּהוּי טַעֲנַת (שְׁמָא) הוּי תַּפְיֶסָה דְּקוֹדֵם שְׁנוּלֵד הַסִּפְק אִפ"ה נְרָאָה לִי דְּכִינוּ דְּדַבְּרֵי הַר' חֲיִים כְּהֵן נְרָאִין יוֹמֵר מְפָקִי מְמוֹנָא מִיַּד הַשְּׁלִישׁ הַיּוֹרֵשׁ עַכ"ל מַהֲר"ר דְּוֹד ן' לֵב: סִי פד וְהִנֵּה מְבִנְיָא מְבִנְיָא בְּתַשׁוּבָה זֹו דְּלֵא מְהֵנִי תַּפְיֶסָה בְּפִלּוּגְתָא דְּרַבְּנִין.

אף לפע"ד אין לבנות יסוד על דבריו שבתשובה זו נקרא דמשמע מדבריו דפסק פן משום דס"ל דפלוגתא דרבנותא דמי לתיקו ולא שבקינן פוליהו רבנותא ועבדינן פהרב אלפסי (אישתמיטתי' למהר"ר לי'ן' לב ספר שני סימן ס"ז פל הנה פוסקים שהבאתי לעיל סימן ע"א) ואישתמיטתיה פל הנה פוסקים שהבאתי לעיל סימן ע"א דס"ל פהרב אלפסי יותר מעשרה גדולי המורי' ובלי ספק אי הנה ידע דכל הנה אשלי רב רבבי מסכימים לדברי הרי"ף לא הנה פתב דסברת הרי"ף סברת יחיד הוא ואפילו בתיקו גופא הנה פסק דמהני תפיסה ומפל שפן לפי מ"ש לעיל סימן ע"ג דהפוסקים וס"ל דמהני תפיסה בתיקו רנפא גינהו ועוד שגראה מדברי מהר"ר דוד גופיה בתשובה זו דלא פשיטא ליה פולי האי לדחות דברי מהרי"ק.

גם בספר הראשון דף נ"ד ע"ב פתב מהר"ר דוד ו' לב להדיא פן ונה לשונו ואף על גב דכתב הרא"ש בזהיא אבעי' דכיצד הרגל דסלקא בתיקו דאם תפס מוציאין מידו משום דהוי ספיקא מקל מקום אפשר לחלק דדוקא היכא דסלקא בתיקו קאמר הרא"ש דהוי ספיקא ולא מצי למימר פשיטא לי מאי דסלקא בתיקו לש"ס אבל בפלוגתא דרבנותא אפשר דס"ל להרא"ש פסברת מהר"ר קולון דבטוען המוחזק קים לי הוי פעין טענת ברי עד פאן לשונו וכן פתב עוד מהר"ר דוד ו' לב להדיא בספרנו סימן נ"ה גבי אלמנה שתפסה מטלטלים למזונותיה יותר משלשים יום וז"ל ואית לן למיעבד עובדא דאפילו תפס' לאחר מיתה מה שתפסה תפסה דאפילו דנימ' דהוי פלוגתא אי תפיסה דלאחר מיתה הוי תפיסה פנין דהיא תפוס' ומוחז' לא מפקי' מינה דמצי אמרה קים לי פהני רבנותא דקאמרי דתפיסה דלאחר מיתה הוי תפיסה וכן נמי מצי למימר קים לי פהני רבנותא דקאמרי דא"צ תפיסה מסומט' ומר"ה כדפני' רש"י ז"ל אלא דסגי אפילו מרשות היורש כדמשמע מתוך תשוב' הריב"ש ומתוך תשוב' ריצב"א שנוחלק על אחיו ר' שמשון ז"ל ולית לן למימר דמאי דאמרינו דמצי המוחז' למימר קים לי פהני היינו בשאר הוכתי אבל היכא דהפלוגתא הוי אי החזקה והתפיסה הוי' חזקה ותפיסה לא מצי למימר קים לי פהני דכינן דסוף סוף תפסה והיא מוחזקת היא מפקינן מינה מצי אמרה קים לי פמאן דאמר דהו דאנא תפיסנ' דהוי תפיסה עד פאן לשונו מהר"ר דוד ו' לב הרי להדיא דמהני תפיסה בפלוגתא דרבנותא: סי' פה הנה נתבאר טעם אחד דלא דמי פלוגתא דרבנותא לתיקו מטעם דתיקו הוי טענת ספק משא"כ פלוגתא דרבנותא דהוי כמו טענת ברי וכמ"ש מהרי"ק ומרה"ש"ל ושאר אחרונים שהבאתי לעיל: ועתה אבאר מה שגראה לי מסברתי לחלק עוד שני טעמים דלא דמי פלוגתא דרבנותא לתיקו (הטעם השני דבפלוגתא דרבנותא הוי כתופס קודם שנולד הספק) והוא פנין שפבר הוכחתי לעיל סימן ס"ו וס"ז ס"ח ס"ט דאפילו הרא"ש וסייעתו דס"ל דלא מהני תפיסה בתיקו מודי' דבשא' ספיקות מהני תפיסה קודם שנולד הספק והבאתי ראיות ברורות לזה שם אם פן ודאי יש חילוק גדול ביניהם.

והוא דבתיקו פנין שאי אפשר להתברר לעולם שאין שום אדם יכול לפשטו פנין שפבר עלה בתיקו מזמן חתימת הש"ס א"כ מיד בשעת חתימת הש"ס נולד הספק וכל תפיסה מיקרי תפיס' שלאחר שנולד הספק וכמ"ש לעיל סימן ז' (דין בפלוגתא דרבנותא יכול הדיין להכריע פחד מנייהו אפי' בא פבר דין זה לפני דינים אחרים או אפילו לפני אותו דיין עצמו ולא היה יכול להכריע) אבל בפלוגתא דרבנותא שהרי יש בינן הדיין להכריע

מן הש"ס או הפוסקים אפי' מסברתו פחד מנייהו ואפילו איירע דין זה פעם אחת ולא היו הדיינים יכולים להכריע אם יבוא עתה לפני דין אחר יכול להכריע דהפל תלוי בדין שפא הדין לפניו וכמ"ש מהרש"ל פ"ר פיצד הרגל סי' א' וכמ"ש לעיל סימן פ"ב בשם תשובת הגאונים והוא פשוט מאד ואפ"ל אותו דין עצמו יכול להכריע אחר כך אם פל היכא דתפס מיקרי תפס קודם שנולד הספק שהרי אם הנה הדין מכריע פחד מנייהו הנה יכולת בידו להורות פן נמצא שלא נולד הספק עד עת שפא המשפט לפני הדין ואין בידו להכריע וחלוק זה נראה לי ברור ואמתי: סי' פו (ראיה לטעם זה מתשובת מהר"ר יוסף ו' לב) ונ"ל להביא ראיה לחלוק זה שפתיבתי מדברי מהר"ר יוסף ו' לב שפתיב בתשובותיו ספר א' סימן צ"ז במעשה שראובן גזם ואיים על שמעון שיביאו לפני ערכותיהם מחמת הגנבה ומחמת זה הוצרך לפשר עמו ונתן לו ב' אלפי' ות"ק לבנים ועתה טוען שמעון שהנה אנוס ורוצה שיחזיר לו מעותיו וכתב שם וז"ל פינו שראובן"ה ומהר"ם ס"ל דעביד אינש דגזים לא הנה הגזומים והאיומים אונס ואע"ג דר"ח חלוק עליהם מצי אמר ראובן קים לי פראובן"ה ומהר"ם פינו שיהו מוחזק והמעות תחת ידו וכדאמרינו ארעא היכא דקיימ' תיקום זוזי היכא דקיימי לוקמו ואם לחשף אדם לומר דהני' תפיסה לאחר שנולד הס' ול"מ ולא מידי כדמוכח פ"ק דמציעא גבי תקפו פהן ובפ' בית פור ובתשו' קולון סי' קס"א ובתה"ד סימן שכ"א נתבררו ונתלבנו הדברים האלה והרוצה לעמוד על שרשם יענין בתשובותיהם הא נמי ליתא דנדון דידן לא מיקרי תפיסה לאחר שנולד הספק אדרבה נולד הספק אחר התפיסה ואחר גתינת מעות מיד שמעון לראובן אם זכה באותם מעות פפי דעת ראובן"ה ומהר"ם דעביד אינש דגזים ולא עביד או אם לא זכה בהם פדעת ר"ח גאון ופשיטא דבכיוצא בזה יוכל לומר ראובן קים קים לי כמהר"ם מןראובן"ה עכ"ל מהר"ר יוסף ו' לב.

והא התם נתן לו המעות אחר שגזם ואיים אותו מ"כ נולד הספק דפלוגתא דראובן"ה ומהר"ם קודם שתפס ואפ"ה ס"ל דמיקרי תפס קודם שנולד הספק והיינו ע"כ מטעמא דפרישית דכיון דאלו הנה הדין מכריע עכשיו פראובן"ה ומהר"ם או כר"ח לא הוי ספיקא בדבר א"כ בתר השתא אזלינו והוי תפס קודם שנולד הספק: אף (קושףא מדברי מהר"ם ו' לב ספר א' סימן מ"ז סותרים לדבריו סם סי' צ"ז) קשה שבספר א' סי' ס"ז גבי מעשה דייעקב שנותן נכסיו לאשתי כתב מהר"ר יוסף בן לב דלא מהני תפיסה דאלמנה דנולד הספק קודם התפיסה אם הלכה כדברי בעל המאור או כדברי החולקים עליו כו' והבאתי לשונו לקמן סי' קי"ח.

הרי דבריו סותרים זא"ז וצ"ע. ומ"מ לענין דינא נ"ל עיקר כמ"ש למעלה דבפלוגתא דרבנותא מהני תפיסה בכל ענין מפל הנה טעמי שפתיבתי למעלה ושפתיבתי לקמן.

דהא מדברי מהר"ם בן לב אין ראיה פינו דבריו סותרים זא"ז וגם מדברי מהר"ם טראני סימן קכ"א נראה להדיא דלדעת מהר"ם ו' לב מהני תפיס' בפלוגתא דרבנותא וכמ"ש לקמן סי' ק' וע"ש.

ועוד שמדברי מהר"ם ו' לב ספר ג' דף פ"ב ע"ג מבואר דאפילו בתיקו מהני תפיסה והבאתי לשונו לעיל סי' ע"א וכמ"ש בפלוגתא דרבנותא ועוד שמדברי מהר"ם דוד ו' לב בנו של מהר"ם ו' לב יש ראיה דתפיסה מהני בפלוגתא דרבנותא וכמ"ש לעיל סי' פ"ד

והוא בתראת טפי מאביו ואפ"ל תימא דדעת מהר"י בן לב דלא מהני תפיסה בפלוגתא דרבננותא מ"מ פ"ג דכבר הוכחתי ועוד אוכיח לקמן דמהני בכי הא ודאי יפה פ"ח הבן מפ"ח האב: סי' פז (הטעם השלישי דבפלוגתא דרבננותא פ"ג דאי עביד הדין פ"ח מ"ג ויהו ק"מ דינא מ"צ למימר עבדינא דינא לנפשי) הטעם השלישי נ"ל דיש חילוק גדול בין תיקו לפלוגתא דרבננותא משום דבתיקו לדעת האומר פ"ג דלא מהני תפיסה ודאי אי טעה הדין ופסק לשלם בדין דסלקא בתיקו הוי טעה בדבר משנה וחוזר פ"ג דסלק' בש"ס בתיקו והוא פסק נגד הש"ס ל"ך מפקינן מיניה וכ"כ הנ"ל פ"ק א' דיני ממונות להדיא ונ"ל טעה בדבר שנשא ב"ש"ס פ"ג ונהו בעיא דקיימי' בתיקו דהוי חומרא לתובע וקולא לנתבע ולא עבד הכי, טעה בדבר משנה הוא שפ"ק נפסק הדין לפי הכללות המסורים בידינו עכ"ל משא"כ בפלוגתא דרבננותא אי עביד הדין פ"ח מ"ג ויהו ק"מ דינא וכמבואר לקמן סי' פ"ח מן הש"ס פ"ק כל הנשבעים וכל הפוסקים ועוד דאפי טעה בשקול הדעת דהיינו שיש מחלוקת תנאים ואמוראים ולא נפסק הלכה פ"ח מהם והוא פ"ק כ"א מהם וסוגיא דעלמא אולה פ"ק א"ד מה שעשה עשוי וכמו שנתבאר בפוסקים פ"א ד"מ ובטור וש"ע ר"ס כ"ה ואע"ג דאיתא התם כ"ה ג"כ חז"ל חז"ל בשקול הדעת לדעת הרמב"ם וסייעתו היינו בטעה בשקול הדעת דהיינו דסוגיא דעלמא אולה פ"ק א"ד הל"כ הדין חז"ל אבל היכא דאין סוגיא דעלמא פ"ק א"ד רק שניהם שקולים פשיטא ופשיטא דפשיטא דק"מ דינא לכ"ע וכמ"ש הר"א ש"פ א"ד מ"ה טוח"מ סי' כ"ה ונ"ל ואם לא ידע הפוסק במחלוקת הגדולים ואח"כ נודע לו ואינו בר הכי שיוכל להכריע או שא"י להכריע אם נראין פ"דברי האחד לרוב החכמים והוא עבד פ"ק א"ד היינו שקול הדעת ואם א"א לעמוד על הדבר אין פ"ג טעות ומה שפסק פ"ק עכ"ל וכ"כ התוס' פ"ק המוכר את הבית ד"ס"ב ע"ב וליכא מאן דפליג בהא והוא דבר פשוט ומבואר מעצמו א"כ פ"ג דאלו עבד הדין פ"ג מה שעשה עשוי ואין פ"ג טעות א"כ פשיטא דמהני תפיסה מטעם עבד דינא לנפשי' דמ"צ למימר הדין עמי ואני הוא הדין ועושה דין לעצמי דהא ק"ל בפ"ה המניח דאפי' היכא דליכא פ"ק א"ד איניש דינא לנפשיה כ"ש במקום פ"ק א"ד דהא בלא תפיסתו לא ה"ה יכול הדין להגבותו וליתנו לו לכתחלה: סי' פ"ח (ראיה ברורה לנה מהר"ן וריב"ש ובעל התרומות ושאר הרבה פוסקים ורא"ל ברורה לנה דהא אפי' הר"ן והריב"ש דס"ל דלא מהני תפיסה בתיקו וכמ"ש לעיל סי' ע"ג משמ"מ בפלוגתא דרבננותא ס"ל דמהני תפיסה מהו טעמא וכן הבעל התרומות מסתמא קאי בשטת הרמב"ן ש"הרי הוא תלמיד חבר של הרמב"ן ובכל מקום נמשך אחרי שטתו ונהרי הרמב"ן ס"ל בתיקו לא מהני תפיסה וכמ"ש ל"סי' ע"ג ואפ"ה ס"ל דבפלוגתא דרבננותא מהני תפיסה מהאי טעמא.

ואף אם נאמר דהבעה"ת לא דבר שום דבר בתיקו מ"מ מוכח מדבריו דמהני תפיסה בפלוגתא דרבננותא מטעם זה וכמו שאבאר. דבפ"ק כל הנשבעים פ"ג רב ושמואל ור' אלעזר דרב ושמואל ס"ל מת לנה בחיי מלנה ואח"כ מת מלנה אין יורשיו נשבעין ונוטלין דאין אדם מוריש שבועה לבניו ור"א ס"ל יורשיו נשבעין (שבועת היורשים דהיינו שלא פקדנו אבא כו') ונוטלין ומסקי' התם בש"ס דעבד כ"ב ושמואל עבד דעבד כ"א עבד וכ' הרי"ף והרא"ש שם דמוכח בש"ס דלכתחלה עבדי' כ"ב ושמואל וכן דעת הרמב"ם פי"ד מה' מלנה וכ"כ הבעה"ת שער י"ד ח"ב וכ"כ כל הפוסקים וכמו שנתבאר בח"מ סי' ק"ס ונהר"ן פ"ח ש"הר"ר יוסף הלוי פ"ח בשם רב האי גאון שמונהג ראשונים לדון

כָּרַב וּשְׂמוּאֵל וְהָא דְאִמְרִינּוּ דִּינּוּ דְעֵבֵד כַּר"א עֵבֵד לִיתָא וְתַמָּה עֲצִיּוּ הֲר"ן וְכַתְּבֵי וְלֹא יִדְעֵתִי לְמָה.

וְכַתְּבֵי הַבְּעָה"ת שְׁעָר י"ד ח"ב וְנ"ל וּמִסְתַּבְּרָא דְאִי קְדָמִי יִתְמִי הַמְּלִנְה וְתַפְסִי מְנַכְסֵי דִּינְתִּמִּי דְלִנְה אַע"ג דְּמַת לִנְה בְּחַיִּי מְלִנְה בִּינּוּ דְתַפְסִי לֹא מִפְקִינּוּ מִיְּמֵי דְכִינּוּ דְאִסְיִקְנָא דְדִינָא דְעֵבֵד כַּר"א לֹא מְהַדְרִינּוּ עֲוֹבְדָא מִיְּמֵי וְקִי"ל בְּעֵלְמָא דְעֵבֵד אִינְשׁ דִּינָא לְנַפְשִׁיהָ ה"ל כְּמָאן דְאִזְוִיל לְבִי דִינָא וְדָנוּ לוֹ כַּר"א וְכִינּוּ דְתַפְסִי תַפְסִי עַכ"ל וְכ"כ הֲר"ן פֶּרֶק פֶּל הַנְּשַׁבְּעִים בְּחֻדוּשֵׁי וּבְפִירוּשֵׁי לְהַרְי"ף שֵׁם וְנ"ל הָאִי דִּינָא דְעֵבֵד כַּר"א עֵבֵד מִיָּהָ שְׁמַעִינּוּ שְׂאָם קְדָמוּ הִיתּוּמִים וְתַפְסוּ אִין מוֹצִיאִין מִיָּדָם וְכ"כ קֶצֶת מְרַבּוּתֵינוּ הִצְרַפְתִּי וְנ"ל עַכ"ל וְכ"כ הַרְיב"ש סִימָן ע"ח וְנ"ל וְעוֹד דְּהָא דְרַב וּשְׂמוּאֵל פְּלִיג עַלִּיהוּ ר"א הֵתָם וְאָמַר יוֹרְשֵׁי נְשַׁבְּעִין שְׁבוּעָה הַיּוֹרְשִׁים וְנוֹטְלִים וְאִסְיִק ש"ס הֵתָם דְּדִינָא דְעֵבֵד כָּרַב וּשְׂמוּאֵל עֵבֵד דְעֵבֵד כַּר"א עֵבֵד אֱלָא דְלַכְתַּחְלָה דִּינָיִם כָּרַב וּשְׂמוּאֵל וּבְנִדּוֹן זֶה שִׁיּוֹרְשֵׁי מְלִנְה מְוֹחֲזִקִין בְּחֻצָר הַמְּוֹשְׁפָנָת בִּיָּדָם אִפִּי לְכַתְּחֻלָּה מְגַבִּינוּ לְהוּ הִחְצָר.

וְגַם הַרמ"ה וְנ"ל פְּתַב שְׂאָם קְדָמוּ יוֹרְשֵׁי הַמְּלִנְה וְתַפְסוּ מְנַכְסֵי הַלְּנָה אַע"פ שְׁמַת לִנְה בְּחַיִּי מְלִנְה אִין מוֹצִיאִין מִיָּדָם כ"ש בְּכָאן שְׁהַלְּנָה עֲצָמוּ הַחֲזִיק אֶת הַמְּלִנְה בְּחֻצָר שְׁהִדִּין נוֹתֵן שְׁיִגְבוּהוּ לוֹ לְכַתְּחֻלָּה עַכ"ל (וְכ"כ בְּתַשׁוּבַת מֵהַר"ר שְׁלֵמָה פֶּהוּ סֶפֶר שְׁנֵי סִימָן ל"ז בְּשֵׁם הַרמ"ה נוֹטָר ע"ש) וְכ"כ הַטוֹר ח"מ סִימָן ק"ח וְש"ע שֵׁם דְּלַכְתַּחְלָה דִּינָיִם כָּרַב וּשְׂמוּאֵל וְאִי עֵבֵד כַּר"א עֵבֵד וְכֵן אִם קְדָמוּ יוֹרְשֵׁי הַמְּלִנְה וְתַפְסוּ מְנַכְסֵי הַלְּנָה אַע"פ שְׁמַת לִנְה בְּחַיִּי מְלִנְה אִין מוֹצִיאִים מִיָּדָם עַכ"ל וְכ"כ הַב"ח בְּסִימָן ק"ח סכ"ח וְנ"ל קְדָמוּ יוֹרְשֵׁי הַמְּלִנְה וְתַפְסוּ כו' נִרְאָה דִּין זֶה נִלְמַד מֵהָא דְעֵבֵד כַּר"א עֵבֵד.

אַלְמָא דְמִסְפָּקָא לָן הַלְּכַתָּא וְלִפְיָךְ אִם תַּפְסוּ אִין מוֹצִיאִין מִיָּדָם דְּדִילְמָא הַלְּכַתָּא כַּר"א וְהָא דְכַתְּבֵי רַבִּינוּ הַלְּפָךְ אִין קוֹרְעִין שְׂמָא יִמְצָא ב"ד שְׁיִגְבוּהוּ לְהֵן הַמ"ל נְמִי שְׂמָא יִקְדָּמוּ וְיִתַּפְסוּ מְנַכְסֵי הַלְּנָה אֱלָא לִישְׁנָא דְש"ס נִקְט דְקָאָמַר רַב פֶּפְא לֹא מְקַרְעִינּוּ לִיהָ דְהָא דִּינָא דְעֵבֵד כַּר"א עֵבֵד מִיְּמֵי לְמַדִּין דִּין תַּפְסִיָּה עַכ"ל: סִי' פֶּט וְהַשְׁתָּא ק"ו בְּנֵו שָׁל ק"ו הוּא וְמָה הֵתָם דְרַב וּשְׂמוּאֵל ה"ל רַבִּים לְגַבִּי ר"א וְגַם רַבִּינוּ הָאִי גָאֹן וְה"ר יוֹסֵף הַלּוֹי ס"ל דְּלִיתָא לְדַרְבֵּי אֱלַעְזָר כָּלָל וְאִנּוּ נְמִי לְכַתְּחֻלָּה מוֹרִינּוּ כָּרַב וּשְׂמוּאֵל וְאִפִּי"ה מְהַנִּי תַפְסִיָּה יוֹרְשֵׁי הַמְּלִנְה שְׁטוּעֵנִים סֶפֶק דְּהָא וְדָאִי אִינּוּ טוּעֵנִים בְּרִי שְׁיָדוּעַ לְהֵם שְׁשֻׁטָר זֶה אִינּוּ פְּרוּעַ וְאִפִּי"ה מְהַנִּי תַפְסִיָּה לְמִיָּדָם קִים לִי כַּר"א מְטַעַם עֵבֵד דִּינָא לְנַפְשִׁיהָ עַכ"ל וּבְפִלּוּגְתָא דְרַבּוּנָתָא דְאִפִּילוּ לְכַתְּחֻלָּה מְצִינּוּ לְמִיָּעֵבֵד כְּחַד מְנִיָּהוּ וְכ"ש דְּאִי עֵבֵד כְּחַד מְנִיָּהוּ דְלֹא מְהַדְרִינּוּ עֲוֹבְדָא לְכ"ע פְּשִׁיטָא וּפְשִׁיטָא דְפְשִׁיטָא דְמְהַנִּי תַפְסִיָּה מֵהָ טַעְמָא דְעֵבֵד דִּינָא לְנַפְשִׁיהָ דֵּה"ל כְּאֵלוּ דָנוּ לוֹ הַדִּינָיִם כֵּן.

וְזֶה רְאִיָּה בְּרוּרָה וְתַשׁוּבָה נִצְחָת נִגְדַּד מִי שְׁרוּצָה לֹמַר דְּלֹא מְהַנִּי תַפְסִיָּה בְּפִלּוּגְתָא דְרַבּוּנָתָא מְשׁוּם דְּדָמִי לְס' בְּכוֹר. וְהִנֵּה מְלַבֵּד כָּל הַנֶּהָרָאִיוֹת בְּרוּרוֹת שְׁכַתְּבִתִּי לְמַעְלָה בְּאִרְיִכוֹת דְל"ד כָּלָל לְסֶפֶק בְּכוֹר יֵשׁ כְּאֵן רְאִיָּה בְּרוּרָה כְּשִׁמְשׁ בְּצַהָרִים.

וכמ"ש.

וּמוֹכַח נְמִי מְפָל הַנֶּהָרָא פּוֹסְקִים דְּמְהַנִּי תַפְסִיָּה בְּפִלּוּגְתָא דְרַבּוּנָתָא בְּכָל גְּוֹנֵי בֵּין בְּרִשׁוֹת בֵּין שְׁלֹא בְּרִשׁוֹת בֵּין קוֹדָם שְׁנוּלֵד הַסְּפֶק אוֹ אַח"כ בֵּין תַּפְסִי אוֹתוֹ דְבָר אוֹ דְבָר אַחַר דְּהָא

טעמא הוא דמהני תפיסה דכיון דעביד אינש דינא לנפשיה ה"ל פאלו דנו לו פן דה"ל פאלו הוא עצמו הדיין ופשיטא דלפי טעם זה בכל ענין מהני תפיסה דהא כמו שאלו הנה הדיין עושה פן הנה מועיל בכל ענין ה"ה אם תפס דה"ל פאלו עבד הדיין הכי וכמו שנתבאר.

ואל תשיבני דהא יש פוסקים דאפילו תפסה האלמנה אמרי' אין אדם מורי' שבועה לבניו וכדאיתא בת"ה סימן ש"ל ובדברי מהרמ"א בהג"ה ר"ס צ"ו. י"ל דהיינו משום דס"ל כהר"י הלוי ורב האי גאון שהבאתי דהך דר"א ליתא פלל א אפשר דכיון דלכתחלה מןכרחים אנוחנו להורות פרב ושמואל ס"ל דלא מהני תפיס' פיון דהדיין צריף להכריע פרב ושמואל אבל ודאי כל הפוסקים מודים בהא דהיכא דאיפא פלוגתא דרבנותא ואין פאן הכרעה פלל מהני תפיסה סי' צ (עוד ראי' לזה בתשובת מבי"ט סימן קמ"ג) וכן ראייתי בתשו' מבי"ט ח"א סימן קמ"ג סוף דף ס"ט וריש דף ע' דתפיסה אפי' שלא כרשות ואפי' אחר שנולד הספק אפי' תפס דבר אחר מהני בפלוגתא דרבנותא מהך טעמא שפכתתי שכ' שם גבי מי שתפס משל אחותו שתחזיר לו מה שנתנה לו אמו וז"ל שם אלא דאנהני ליה לאחי' מה דתפיס משלה ויכול לומר קים לי פנהני רבנו אחרני דבקנין סגי דמשעת קנין זכה ולא תימא פיון דזכתה היא מפח קים לי פנהני"ף ה' קם דינא ואין האחר יכול לתפוס משלה ואי תפיס מפקינו מיניה דהא לא זכתה מפח ב"ד אדרבה ב"ד הוי דייני פנהני רבנו רב רבי אלא משום דהיא תפסה מהני' לה פדאמרה קים לי ולהכי אם תפס הוא משלה אח"כ הדר דינא פמה דהוי דייני דייני ודמי למי שפפר בחבירו ונשבע דאם אח"כ תפס חבירו משלו ונשבע שהוא חייב לו ונשבע לשקר מהניא ליה כמ"ש המפרשים ז"ל וכן דמי למת לנה בחיי מלוה ואח"כ מת מנה דדיינינו פרב ושמואל דאין אדם מורי' שבועה לבניו ומאן דעבד כר"א עבד ואפ"ה כ' המפרשים דאי תפס הוי תפיסה עכ"ל.

(דין נ"ל עיקר לדין' דבשטרי אקנייתא קנה מיום הקנין אפי' לא מטא שטרא לידן' ולא מהני תפיסה בכה"ג לומר קים לי פנהני"ף ודלא כמו שפסק בתשו' מבי"ט) ואע"ג דלענין דינא נ"ל עיקר שלא פדעת תשובת הרי"ף בזה וכמו שהעליתי בספרי בח"מ סי' ל"ט דהעיקר פרום הפוסקים דבשטרי אקנייתא לא בעינן דמטא שטר לידן' וכן הספימו רש"י ומהר"י ו' מג'ש והרמב"ן והרשב"א והרא"ה והריטב"א והרבה גדולים פדאיתא בנ"י פ"ק דמציעא ובהה"מ פי"ח מה' גזילה ובריב"ש סי' קס"א ובתשובת ריטב"א שהביא ב"י בח"מ סי' רמ"ג.

וכן מוכח להדיא דעת התוס' פרק שנים אוחזין סוף דף י"ט גבי מצא שובר כו' ופ' גט פשוט דף קס"ז סוף ע"א גבי פותבין שובר לאשה ע"ש. (וכ"פ הפעל העיטור סוף דף ז' וכתב שכ"כ רב האי ז"ל וכן הוא להדין' דעת הרא"ש בתשו' פלל ס"ו סימן ג' ומביאו הטח"מ בקצרה בס"ס ר"ן ובסי' רמ"ג סי"ו ע"ש) (וכ"כ ב"י בח"מ סוף סימן ל"ט) וא"כ בכה"ג נא מצוי למימר קים לי פנהני"ף פיון דכל חכמי ישראל חלוקים עליו וכמ"ש בסי' ע"ב וגם דבריהם עיקר ודלא כהמבי"ט שכתב דמצוי למימר בכה"ג קום לי פנהני"ף (נראה לפענ"ד דדאי שתמיטתני' להמבי"ט מהרבה פוס') ולפע"ד אישתמיטתני' פל הנה פוס' שהרי לא הביא המבי"ט שם רק מ"ש הב"י בס"ס רמ"ג בשם תשובת הריטב"א ולא זכר

כָּלֵל שְׁאֵר פּוֹסְקִים הֵנּוּ ל' וְלֹא דִבְרֵי ב"י דס"ס ל"ט ולפעד"נ אִי הָיָה יָדַע דְּכָל הֵנּוּ רִבּוֹנוֹתָא טוֹבֵי פְּלִיגֵי עֲלֵיהּ דְּהַר"ף לֹא הָיָה פֶּסֶק כּוֹן דְּוִדָּאֵי הִלְכָה רּוֹנַחַת בִּישְׂרָאֵל דְּלֹא מְצִי הַמּוֹחֲזֵק לּוֹמֵר קִיָּם לִי הִיכָא דְּכָל חֲכָמֵי יִשְׂרָאֵל חֲלוּקִין עֲלָיו וְכַמ"ש לְעֵיל סִי' ע"ב וְלַקְמָן סִי' קכ"ג וּבִפְרָט שְׁדִבְרֵיהֶם עֵינָר בִּש"ס.

מ"מ שְׁפִיר יִלְפִינן מִדְּבַרֵי הַמְּבִי"ט דְּמַהְנֵי תְּפִיסָה בְּפִלּוּגְתָא דְּרִבּוֹנוֹתָא וְאַפְּי' תְּפִס אַחַר שְׁנוּלַד הַסְּפֶק מֵהֵךְ טַעְמָא שְׁפַתְבְּתֵי מִפְּח טַעֲנַת קִיָּם לִי (דִּין סְפִיקָא דְּדִינָא שְׁלֵא הַוּוֹפֵר בִּש"ס וּבִשְׁוֹם פּוֹסֵק מַהְנֵי תְּפִיסָה כְּמוֹ.

פְּלוּגְתָא דְּרִבּוֹנוֹתָא). וּמִפְּח טַעֲם הַשְּׁנֵי שְׁפַתְבְּתֵי בְּסִימָן פ"ה וְטַעֲם הַשְּׁלִישִׁי שְׁפַתְבְּתֵי בְּסִי' פ"ז וּפ"ח מוֹכַח דְּסְפִיקָא דְּדִינָא שְׁבָא לְפָנֵי הַדִּינָן שְׁלֵא גִזְרָא בִּש"ס וּבִשְׁוֹם פּוֹסֵק מַהְנֵי נְמִי תְּפִיסָה כְּמוֹ בְּפִלּוּגְתָא דְּרִבּוֹנוֹתָא וְדוּק: סִי' צֹא (עוֹד רְאָיָה דְּאַפִּילוּ מֵאֵן דַּס"ל בְּתִיקוּ לֹא מַהְנֵי תְּפִיסָה מוֹדָה בְּפִלּוּגְתָא דְּרִבּוֹנוֹתָא מִבְּעַל הָעֵיטוֹר וְהַרְמַב"ן) וְעוֹד רְאָיָה דְּאַפִּי' מֵאֵן דַּס"ל בְּתִיקוּ לֹא מַהְנֵי תְּפִיסָה מוֹדָה דְּבְּפִלּוּגְתָא דְּרִבּוֹנוֹתָא מַהְנֵי תְּפִיסָה דְּהֵא הַרְמַב"ן וּבְעַל הָעֵיטוֹר סִימָן ל"ו דָּף נ"ו ע"א הִבִּיא לְשׁוֹן הַרְמַב"ן בְּפָרְק הַחוּלְצִין וְז"ל וּבְעַל הָעֵיטוֹר וְז"ל פְּתַב הֵכִי וְכִי אָמַר לֹא גִיחָא לִי בְּיָבָם לִית לָהּ כְּתוּבָה דְּכִי אָמְרוּ רִבְּנָן אֵית לָהּ כְּתוּבָה ה"מ כִּי נִפְלָה קָמִי מוֹנְפָה שְׁחִין דְּלֹא חֲסָמִינן לָהּ אַבְּל לֹא מוֹנְפָה שְׁחִין הוּא חֲסָמִינן לָהּ וְאִי לֹא מוֹנְפָה פְּקַעָה כְּתוּבָתָה וְאִית רִבְּנָן דְּפִלִּיגֵי וְאַמְרֵי מ"מ בְּעֵי לְמִיתָן לָהּ כְּתוּבָתָה בֵּין דְּנִפְלָה מִקָּמִי מוֹנְפָה שְׁחִין בֵּין דְּלֹא נִפְלָה קָמִי מוֹנְפָה שְׁחִין וְשִׁדְרוּ מִמֵּתִיבְתָא דְּסוּרָא דְּלִיתָא וְעַבְדִּינָא לָהּ כְּכִלְתִּי דְּרַב זְבִיד כִּי תְּפִסָה לֹא מִפְּקִי' מִיָּנָה וְכִי לֹא תְּפִסָה לֹא יִהְיִינן לָהּ ע"כ וְזוֹ הִיא מִחְלוּקְתוֹן שְׁל ב' יְשִׁיבוֹת דְּכוּתְבֵי' אֲגָרַת מְרַד כַּמ"ש הָרַב הַגְּדוֹל בְּכְתוּבוֹת ע"כ הַרְמַב"ן וְז"ל.

מִשְׁמַע לְהַדְיָא דְּכִינּוֹן דְּהוּי פְּלוּגְתָא דְּרִבּוֹנוֹתָ' לְהַנֵּי אִי תְּפִסָה לֹא מִפְּקִינן מִיָּנָה וְכ"כ בְּתִשׁוּ' מְהַר"ל וְ' חֲבִיב שָׁם. הוּן אֲמַת שְׁהִיָּה אֲפִשְׁר לְהַבִּיא רְאָיָה מִן הַש"ס, גּוּפָא דְּפָרְק אַע"פ (דָּף ס"ד ע"א) גְּבִי כְּלִתִּיהָ דְּרַב זְבִיד דְּאַמְרִינן הֵתָם הַשְׁתָּא דְּלֹא אִיתָמַר לֹא הֵכִי וְלֹא הֵכִי תְּפִסָה לֹא מִפְּקִי' מִיָּנָה לֹא תְּפִסָה לֹא יִהְיִינן לָהּ אִדְּ שְׁהִיָּה אֲפִשְׁר לְבַעַל דִּין לְחֻלּוֹק וְלְדַחוֹת מִשְׁוֹם דְּבִש"ס קָאִי הֵתָם אֲפִלּוּגְתָא דְּהַפְּסִידָה בְּלֹאוֹתִיהָ קִיָּיִמִין.

וּי"ל דְּנוֹקָא הֵתָם כִּינּוֹן דְּבְּלֹאוֹתִיהָ מִתְּחִלָּה שְׁלוֹ הָיוּ מַהְנֵי תְּפִיסָה מִשְׁא"כ בְּעֵלְמָא דְּלֹא מַהְנֵי תְּפִיסָה לְאַפּוֹקִי מִחְזוּקְתוֹ מ"מ גַּם הִנֵּה אֲפִשְׁר לּוֹמֵר דְּדוּקָא הֵתָם דְּקָאֵמַר בִּש"ס בְּהַדְיָא הַשְׁתָּא דְּלֹא אִיתָמַר לֹא הֵכִי וְלֹא הֵכִי תְּפִסָה לֹא מִפְּקִי' מִיָּנָה כו' דִּינָא הֵכִי אַבְּל לֹא בְּעֵלְמָא וְכַדְאַמְרִינן בְּעִירוּבִין פָּרְק מִי שְׁהוּצִיאָוּהוּ הִיכָא דְּאִיתָמַר אִיתָמַר הִיכָא דְּלֹא אִיתָמַר לֹא אִיתָמַר.

אַבְּל הַרְאָיָה שְׁהַבְּאֵתִי מִדְּבַרֵי הַרְמַב"ן וּבְעַל הָעֵיטוֹר שְׁהַבִּיא מְהַר"ל וְ' חֲבִיב אִינן לְדַחוֹת כּוֹן דְּהֵא לְמִדּוּ מֵהֵךְ דְּכְּלִתִּיהָ דְּרַב זְבִיד דְּאַפִּי' בְּכְתוּבָ' שְׁהִיָּה בְּחֻזְקָת הַבְּעַל אִי תְּפִס לֹא מִפְּקִי' מִיָּנָה כִּינּוֹן דְּהוּי פְּלוּגְתָא דְּרִבּוֹנוֹתָא אֲלֵמָא דַּס"ל דְּבְּכָל פְּלוּגְתָא דְּרִבּוֹנוֹתָא הַדִּין כְּוֹ אִי תְּפִס לֹא מִפְּקִי' מִיָּנָה: סִי' צֹב וְאִינן לְהַקְשׁוֹת לְפִי מַה שְׁפַתְבְּתֵי דְּאַפִּילוּ מֵאֵן דַּס"ל בְּתִיקוּ לֹא מַהְנֵי תְּפִיסָה מוֹדָה דְּבְּפִלּוּגְתָא דְּרִבּוֹנוֹתָא מַהְנֵי תְּפִיסָה דְּהֵא כַּת' הַר"ן פָּרְק מִי שְׁאַחְזוּ וְז"ל וְנִמְצְאָתָ לְמַד שְׁהַאֲמַר לְאַשְׁהָ הַרִי אֶתְּ מְקוּדְשֵׁת לִי ע"מ שְׁאַתָּן לְוֹ מְאַתִּימִם וְזוֹ וְנִתְּנָה

לה בעל פְּרָחָה מְקוֹדֶשֶׁת וְכוּן לְעִנְיָן דִּינֵי מְמוֹנוֹת נָתַן לוֹ בֵּית גָּמֵן לוֹ שְׁדָה ע"מ שְׁיִתֵּן לוֹ
מְאֵתִים זֶוּז וְנִתְּנָה לוֹ עַל פְּרָחוֹ זָכָה וְאַחֲרֵים אוֹמְרִים שְׁהַדְבָּר סָפֵק בְּהֵנִי לִישְׁנֵי הַלְכָתָא
כְּמֵאן וּלְפִיכָּה בְּגִטִּין וְקִדּוּשֵׁין הָרִי הִיא סָפֵק מְגוֹרְשָׁת וְסָפֵק מְקוֹדֶשֶׁת (דִּין גָּמֵן לוֹ דְּבָר
ע"מ שְׁיִתֵּן לוֹר' זֶוּז נִתְּנָה לוֹ בְּעַל פְּרָחוֹ ה"ז סָפֵק אִם קָנָה בְּמִטְלָטְלִים אִי תַּפְס הַמְקַבֵּל לֹא
מִפְּקִי עֵינֵיהָ וּבְבֵית אוֹ שְׁדָה לֹא מְהֵנִי תַּפְסִיָּה) וּבְדִינֵי מְמוֹנוֹת בְּמִטְלָטְלִים שְׁמֻסְרָן לִיד
הַמְקַבֵּל מְסַפְקִי לֹא מִפְּקִי מִיָּנִיָּה וּבִקְרָקְעוֹת הָרִי הֵן בְּחֻזְקָת בְּעָלִים הָרְאוּשֵׁנִים דְּלַעוֹלָם
אַרְעָא בְּחֻזְקָת מַר' קִינְמָא עכ"ל וְכ"כ ה' הַמְגִיד פ"ח מַה' גִּירוּשֵׁין דִּין כ"א וְנ"ל וַיֵּשׁ מִי
שְׁאַמֵּר שְׁהַדְבָּר סָפֵק הַלְכָתָא כְּמֵאן מִתְרִי לִישְׁנֵי וּבְגִטִּין וְקִדּוּשֵׁין הָרִי סָפֵק מְגוֹרְשָׁת וְסָפֵק
מְקוֹדֶשֶׁת וּבְמִמוֹנָא אִי אַרְעָא הִיא קִינְמָ' בְּחֻזְקָת מַר' קִמָּא וְאִי מְטְלָטְלִים גִּינְהוּ וּמְסָרָה לִיד
הַמְקַבֵּל מְסַפְקִיא לֹא מִפְּקִינָן לְהוּ מִיָּנִיָּה עכ"ל וְאִם אֵיתָא דְּמְהֵנִי תַּפְסִיָּה אִמְאִי פְתַבּוּ וּמְסָרָה
לִיד הַמְקַבֵּל הַל"ל וְתַפְסָה הַמְקַבֵּל דְּלִשׁוֹן וּמְסָרָה מְשַׁמַּע דְּהֵינּוּ בְּרִשׁוֹת הָא לִיתָא דְּהָא
ע"כ דַּעַת ה' הַמְגִיד דְּאַפִּי' בְּתִיקוֹ מְהֵנִי תַּפְסִיָּה וְכַמ"ש לְעֵיל סִימָן י"ג (וְכוּן דַּעַת הָר"ן
דְּבַפְלוֹגְתָא דְּרַבְּנוֹתָא מְהֵנִי תַּפְסִיָּה וְכַמ"ש לְעֵיל סִימָן י"ג) וְכוּן דַּעַת הָר"ן דְּבַפְלוֹגְתָא
דְּרַבְּנוֹתָא מְהֵנִי תַּפְסִיָּה וְכַמּוֹ שְׁהוֹכַחְתִּי לְעֵיל סִימָן פ"ח אֶלָּא וְדַאי מ"ש פֶּאן דְּמַסְר' לִיד
הַמְקַבֵּל מִלְתָּא פְּסִיקָתָא נְקֻטוּ וְלֹא נִחְתִּי הַשְׁתָּא לְדִינֵי תַּפְסִיָּה בְּסַפְקִיא דְּדִינָא אֶבֶל לְפּוּם
קוּשְׁטָא דְּמִלְתָּא לְפִי מַה שְׁהוֹכַחְתִּי לְעֵיל דְּמְהֵנִי תַּפְסִיָּה בְּפְלוֹגְתָא דְּרַבְּנוֹתָא ה"ה בְּהָד
דִּינָא דְּנִתְּנָה בְּעַל פְּרָחוֹ אֶפִּילוּ תַּפְסִיָּה שְׁלֵא בְּרִשׁוֹת לֹא מִפְּקִינָן מִיָּנִיָּה: הַגַּם שְׁהֵיָּה אֶפְשָׁר
לְוֹמֵר דְּדוֹקָא בְּפְלוֹגְתָא דְּרַבְּנוֹתָא בֵּין הַפּוֹסְקִים מְהֵנִי תַּפְסִיָּה בֵּינוּ דְּלֵאוֹתוֹ פּוֹסֵק הַדִּין בְּרוּר
הוּא כֵּן מִשְׁא"כ בְּאִפְּא דְּאִמְרֵי בְּש"ס אוֹ הִיכָא דְּפִלְגִי הָרִי אִמּוֹרָאִי בְּש"ס וְלֹא אִיפְסָקָא
הַלְכָתָא פְּחַד מִיָּנִיָּהוּ בֵּינוּ דְּהַשְׁתָּא אִין לְשׁוּם פּוֹסֵק הַדִּין בְּרוּר בֵּינוּ שְׁבַש"ס לֹא הִכְרִיעוּ
מִי יִכְרִיעַ מ"מ אִין נ"ל לְחַלְקָ וְעוֹד דְּמַדְבְּרֵי בַּעַה"ת וְרִיב"ש וְר"ן וְשְׁאָר פּוֹסְקִים שְׁהַבְּאֵתִי
לְמַעְלָה סִי' פ"ח מוֹכַח דְּאַפִּילוּ בְּפְלוֹגְתָא דְּאִמּוֹרָאִי מְהֵנִי תַּפְסִיָּה ע"ש וְגַם בֵּינוּ דְּבָלָאוּ הִכִּי
הַבְּאֵתִי בְּסִי' פ"א הִרְבֵּה פּוֹסְקִים דַּס"ל בְּתִיקוֹ מְהֵנִי תַּפְסִיָּה וְכַתְּבֵתִי בְּסִי' ע"ח דְּאִין בְּיַדִּי
לְהַכְרִיעַ בְּדִין תִּיקוֹ ע"ש וְגַם הַבְּאֵתִי בְּסִימָן ע"ד דְּבָרֵי מְהַרְשֵׁ"ל דְּהַכְרִיעַ דְּבַבְעִיא מְהֵנִי
תַּפְסִיָּה בֵּינוּ שְׁאֵם הֵיָּה ת"ח הֵיָּה יְכוֹלֵת בְּיָדוֹ לְהַכְרִיעַ (דִּין הִיכָא דְּאִיכָּא תְּרִי לִישְׁנֵי בְּש"ס
אוֹ תְּרִי אִמּוֹרָאִי וְלֹא אִיפְסָקָא הַלְכָתָא פְּחַד מִיָּנִיָּהוּ מְהֵנִי תַּפְסִיָּה כְּמוֹ דְּמְהֵנִי בְּפְלוֹגְתָא
דְּרַבְּנוֹתָא בֵּין הַפּוֹסְקִים) א"כ נ"ל עכ"פ דְּהִיכָא דְּאִיכָּא תְּרִי לִישְׁנֵי בְּש"ס אוֹ תְּרִי אִמּוֹרָאִי
אִי תַּפְסִיָּה לֹא מִפְּקִי מִיָּנִיָּה דְּלֹא דְּמִי לְאַבְעִיא דְּלֹא אִיפְשָׁטָא דְּלֹא בְּרוּרָה מִלְתָּא לְשׁוּם אֶדָם
מִשְׁא"כ הִכָּא דְּלִישְׁנָא אוֹ לְהָד אִמּוֹרָא הַדִּין בְּרוּר כֵּן (דִּין בְּפְלוֹגְתָא דְּרַבְּנוֹתָא אוֹ
אִמּוֹרָאִי אִפִּי' הוּא עִם הָאָרֶץ מְהֵנִי תַּפְסִיָּה) וּלְכָּה אִפִּי' הוּא ע"ה מְהֵנִי תַּפְסִיָּתוֹ כְּמוֹ דְּמְהֵנִי
תַּפְסִיָּתוֹ בְּפְלוֹגְתָא דְּרַבְּנוֹתָא אִפִּי' הוּא ע"ה פְּדֻמוֹכַח מְפָל הֵנָּה רְאִיוֹת וּפּוֹסְקִים שְׁהַבְּאֵתִי
לְמַעְלָה סִי' פ"א וּפ"ה וּפ"ח וְשְׁאֲבִיא לִק' בְּסִי' צ"ה וּצ"ז וּצ"ח וּק' וּק"ב וְהִכִּי מוֹכַח גְּמִי
לִק' סִי' צ"ה וּצ"ח (וּבְדְבָרֵי מְהַר"ר בִּנְיָמִין שְׁהַבְּאֵתִי בְּרִישׁ סִימָן ק') וּבְסִימָן ק"ב דְּאַפִּילוּ
בְּפְלוֹגְתָא דְּאִמּוֹרָאִי מְהֵנִי תַּפְסִיָּה: סִי' צג (עוֹד יֵשׁ לְהוֹכִיחַ מְהַרָּא"ש גּוּפִין דְּמְהֵנִי תַּפְסִיָּה
בְּפְלוֹגְתָא דְּרַבְּנוֹתָא) וְעוֹד יֵשׁ לְהוֹכִיחַ מְדְבָרֵי הָרָא"ש גּוּפִיָּה דְּתַפְסִיָּה מְסֻנֵּי בְּפְלוֹגְתָא
דְּרַבְּנוֹתָא שְׁפַתְבַּת בְּתִשְׁבּוֹת סוּף כָּלֵל א' וְנ"ל וְאַף אִם נִחְלְקוּ רַבִּינוּ שְׁמוּאֵל וּר"י וּבְעַל
הָעֵיטוֹר עַל שְׁאָר רַבּוֹתֵינוּ בְּנִתְּנָת קֶטֶן פְּחוֹת מִכֵּן י"ג בְּנִתְּנָת נְכֻסִים שְׁלוֹ כָּהֵן קַבְּלֵתִי מִפִּי
רַבִּינוּ מֵאִיר ו"ל הִיכָא דְּאִיכָּא פְּלוֹגְתָא דְּרַבְּנוֹתָא לֹא מִפְּקִי מְסַפֵּק וְאוֹקִי מְמוֹנָא אַחְזָקְתִּיָּה

והכי אמרי' בְּחֻזְקַת הַבְּתִים הַלְכְּתָא פְּוֹתִיָּה דְרַבָּה בְּאַרְעָא וּכְוֹתִיָּה דְרַב יוֹסֵף בְּזוּזֵי עַכ"ל (יש לְדַקְדָּק מֵה צָרִיף הָרָא"ש לְקַבְּלַת רַבּוּ וּלְרֵאָיָה מִפ' חֻזְקַת) וַיֵּשׁ לְדַקְדָּק מֵה צָרִיף לְקַבְּלַתוֹ שֶׁל רַבֵּינוּ מֵאִיר אוֹ לְרֵאָיָה מִפ' חֻזְקַת הַבְּתִים פְּשִׁיטָא דְכִינּוּן דְסַפִּיקָא הוּא אֵין לְהוֹצִיא מִיַּד הַמְּוֹחָזֵק דְּהָא כָּל הַש"ס מְלֵא מִזֵּה הַמַּע"ה וּרְאֵיתוּ בְּתִשׁוּ' מֵהֶר"ר יוֹסֵף ו' לֵב סֵפֶר שְׁלִישֵׁי ס"ס ק' נִתְקַשָּׁה בְּזֵה וְכַתֵּב וְנ"ל צָרִיף לְעֵינֵי בְּמָה שֶׁקַּבֵּל הָרָא"ש מִרַבּוּ מֵהֶר"מ דְּמַצִּי הַמְּוֹחָזֵק לֹמֵר קִים לִי פְּהֵגִי.

בְּמֵאֵי קַמְיִירֵי אֵי מִיִּירֵי מְחַצָּה בְּמַחְצָה אַמְאֵי אַצְטְרִיף לְקַבְּלַת מֵהֶר"מ פִּינּוּן דְנִתְיָקוּ דְמְמוֹנָא אֲזִלִּי לְקוֹלָא דְנִתְבַּע וְלֹא עֲבַדִּינוּ פְּסוּמְכוּס דְקֶאֱמֵר מְמוֹן הַמְּוֹטֵל בְּסַפֵּק חוֹלְקִין אִפִּי דְתַרְנוּוֹיָהוּ שְׁמָא לֹא גִרַע סַפִּיקָא דְרַבְּנוֹתָא מִתִּיקוּ דְש"ס וְאֵי אֲמַרִי דְמֵאֵי דְקַבֵּל מִמְהֶר"ם הֵינּוּ דְאִפִּי דְהוּי מִיעוּטָא דְרַבְּנוֹתָא דְמַצִּי לְמִימֵר הַמְּוֹחָזֵק קִים לִי פְּהֵגִי א"כ מֵאֵי רֵאָיָה מִיִּיתִי מֵהֵיָא דְרַבָּה וְרַב יוֹסֵף דְהֵתָם הוּי מְחַצָּה בְּמַחְצָה וְעָנָה בְּדַעְתִּי לֹמֵר דְכִינּוּן דְבְּכַוְלָה ש"ס הִלְכָה כְּרַבָּה וְהֵכָא מְשׁוּם חֻזְקָה פְּסֻקִינוּ כְּרַב יוֹסֵף הֵיכָא דְקִינְמוּ זוּזֵי לֹקְמֵי ה"ל כְּמִיעוּט לְגַבֵּי רַבָּא אֲבָל מִדְּבָרֵי רֶשֶׁב"ם לֹא מְשַׁמַּע הֵכִי שְׁהָרֵי הוּא ו"ל פֶּתַב וְאָף ע"ג דְּפֻסְקֵי הִלְכָה כְּרַב יוֹסֵף בְּשֻׁדָּה כו' מְפָלֵל דְּבְּכוּלֵי ש"ס הִלְכָה כְּרַבָּה כו' יַעֲוִינּוּ שֵׁם עַד כָּאֵן לְשׁוֹנוֹ וְכֵן פֶּתַב בְּתִשׁוּ' מֵהֶר"ר אֶהְרֹן ו' שְׁשׁוֹן סִי' ר"ז דָּף רִי"א רִישׁ ע"ב וְנ"ל עוֹד יֵשׁ לְהַתִּישֵׁב בְּדְּבָרֵי הָרָא"ש ו"ל שְׁהָרֵי גִרָאָה מִתּוֹךְ דְּבָרֵי דְאָף עַל פִּי שְׁהַחֹלְקִים הֵם מִיעוּט נֶגֶד רַבִּים נֶאֱמֵר קִים לִי כְּמִיעוּט וְעוֹד שְׁהוּא מְוֹכֵר דָּאֵם אֵינוּ אֲלֵא בְּשׁוּיִם אִם כֵּן תִּיפּוֹק לִיָּה דְהוּי סַפֵּק וְהוּי קוֹלָא לְנִתְבַּע וְעוֹד אֲנִי רֹאָה שְׁכֵן אֲנוּ נוֹהֲגִין עִתָּה שְׁאֲנוּ אוֹמְרִים קִים לִי כְּפִלוּנֵי אָף עַל פִּי שְׁהוּא הַמִּיעוּט וַיֵּשׁ לְדַקְדָּק דְמַנ"ל הָא הָרֵי הֵתָם כְּרַבָּה וְרַב יוֹסֵף לֹא הֵיָה כ"א מְחַצָּה עַל מְחַצָּה וְכִבֵּר עָמַד עַל הַקּוֹשֵׁיָא הֶרַב מְהֶר"י ו' לֵב וְהַתִּירוּץ הַנָּלִל בְּזֵה הוּא דְכִינּוּן שְׁבָכֵל מְקוּם הִלְכָה כְּרַבָּה לְגַבֵּי ר"י לְבַד מְקַצֵּת הִלְכוֹת דְּהַלְכְּתָא כְּרַב יוֹסֵף לְגַבֵּי דְרַבָּה אִם כֵּן נִמְצָא שֵׁשׁ כָּאֵן רַב הִלְכוֹת כְּרַבָּה וּמִיעוּט כְּרַב יוֹסֵף וְעַכ"ז אֲנוּ פּוֹסְקִים וְאוֹמְרִים כֵּן שְׁאָף עַל פִּי שְׁזָאֵת הַהִלְכָה הֵיָה מִהֲדִין לֹמֵר שְׁהוּא מְהָרֹב דְּהַלְכְּתָא כְּרַבָּה עַכ"ז אֲנוּ אוֹמְרִים שְׁהוּא מֵאוֹתוֹ הַמִּיעוּט דְּהַלְכְּתָא כְּרַב יוֹסֵף מְשׁוּם שְׁהוּא מְוֹחָזֵק כֵּן גִּרָאָה לִי.

וּבְנֻדָּי שְׁזָאֵת הֵיא פְּוֹנֹת הֶרַב הַגְּדוֹל מְהֶר"י ו' לֵב וְעוֹד כ' הֶרַב ו"ל שֵׁם אֲבָל מִדְּבָרֵי רֶשֶׁב"ם ו"ל לֹא מְשַׁמַּע הֵכִי כו' וְהֵיָה הֶרַב ו"ל לֹא בִּיָּאֵר פְּוֹנֹתוֹ אֲבָל נ"ל שְׁכַוְוֹנֹתוֹ ו"ל הֵיא זֹאת דְּמִדְּקֶאֱמֵר רֶשֶׁב"ם ו"ל לֹא קֹשֵׁיָא דְהָא בְּהָא פְּלוּגְתָּא נְמִי פּוֹסְקִים כְּרַבָּה ע"כ מְשַׁמַּע דְּלֹא ס"ל דְּהֵכָא הוּא מְטַעַם דְּאֲזִלִּינוּ בְּתַר מִיעוּט' פִּינּוּן שְׁהוּא מְוֹחָזֵק דָּאֵם אֵיתָא דְהוּא ס"ל הֵכִי מֵאֵי מְקַשָּׁה וּמֵאֵי מְתַרְץ הָרֵי אַע"ג דְּהוּי מִיעוּטָא נְקֻטִינוּ בְּמִיעוּטָא אֲלֵא וְדָאֵי דְמְשַׁמַּע דַּס"ל ו"ל דְּלֹא אֲזִלִּינוּ בְּתַר מִיעוּטָא אֲלֵא דְטַעַמָּא דְּפֻסְקֵי הֵכָא כְּרַב יוֹסֵף בְּהָא הֵינּוּ מְשׁוּם דְסוּף סוּף בְּהָא פְּלוּגְתָּא נְמִי פְּסֻקִינוּ כְּרַבָּה הָא לֹא הֵכִי לֹא פְּסֻקִינוּ וְאַע"ג דְּמֵאֵי דְקֶאֱמֵר דְּבְּהָא פְּלוּגְתָּא (נְמִי פְּלוּגְתָּא) נְמִי פְּסֻקִינוּ כְּרַבָּה הֵם דְּבָרִים סְתוּמִים וּבִלְתִּי מִיְּוֹשְׁבִים בְּטוֹב מ"מ פְּוֹנֹתוֹ נְגִלִית לְמַעֲיָין בְּאֹפֶן שְׁנִרָאָה מִדְּבָרֵי רֶשֶׁב"ם דְּלֹא ס"ל דְּאֲזִלִּינוּ בְּתַר מִיעוּטָא אֲפִילוּ הֵיכָא שְׁהוּא מְוֹחָזֵק עַד כָּאֵן לְשׁוֹט מֵהֶר"א ו' שְׁשׁוֹן.

וּלפ"ז נִתְיָשֵׁב הָא דְאַצְטְרִיף הָרָא"ש לְקַבְּלַת מֵהֶר"מ רַבּוּ וּמְרֵאָיָה דְּפָרְק חֻזְקַת: סִי' צַד (הֶרַבָּה קוֹשֵׁיָת עַל דְּבָרֵי מֵהֶר"מ ו' לֵב וּמֵהֶר"א ו' שְׁשׁוֹן בְּדַעְתָּ תְּשׁוּבַת הָרָא"ש סוּף כָּלֵל

א) אָבֶל בְּאַמֶּת כָּל דְּבָרֵי מַהֲרָ"מ ו' לֵב וּמַהֲרָ"א ו' שְׁשׁוֹן אֵינָם שְׁוִים לִי בְּזֶה מִלְּבַד הַדּוֹחֵק שְׁנֵצְטֵרֶךְ לֹמֵר דְּהָרָא"ש הוּא נֶגֶד הַרְשָׁפָ"ם וּכְמ"ש הֵם עֲצָמָם.

וְעוֹד דְּמַאי רְאִיָּה מֵיִתִּי הָרָא"ש הָא י"ל כְּמ"ש רְשָׁפָ"ם. וְעוֹד דְּבִפְרָק מִי שְׁאַחְזוּ דָּף ע"ד ע"ב אֲמַרְיֵנן הֵהוּא גְבֵרָא דַּא"ל לְאַרְיִסְיָה כ"ע דְּלוּ תְּלַת דְּלִיּוּתָא וְאַכְלִי רִיבְעָא אֶת דְּלִי אַרְבְּעָה וְאַכּוֹל תִּילְתִּי לְסוּף אֶתָּא מִיִּטְרָא אֲמַר רַב יוֹסֵף הָא לֹא דְלָה רַבָּה אֲמַר הָא לֹא אִינְצֵטְרִיכָא לִימָא רַב יוֹסֵף דְּאֲמַר כְּרַבְנֵן וְרַבָּה דְּאֲמַר כְּרַבְנֵן ג' וְתִיִּסְבְּרָא וְהָא קו"ל הִלְכְתָּא כְּנֻתְיָה דְּרַבָּה וּבָהָא אֵין הִלְכָה כְּרַבְנֵן ג' כו' וְאֵם אֵיתָא מַאי פְּרִיָּה הָא הֵתָּם מוֹקְמִי בְּחֻזְקָתָא בְּעַל הַקְּרָקַע שֶׁהוּא מְוַחֵזֵק וְלֹא יִהְיֶה לְאַרְיִסְיָה אֶלָּא רִיבְעָ' וְלִכְךָ לֹא קו"ל כְּרַבָּה בָּהָא וְלִיכָּא לְמִימַר דְּגֵרְסִי הֵתָּם וְהָא קו"ל כְּרַבָּה בָּהָא וּכְמ"ש הַתּוֹסֵף פ"ק דְּקִדּוּשֵׁין דָּף ט' ע"א דִּישׁ סְפָרִי דְּגוֹרְסִי בְּפָרָק מִי שְׁאַחְזוּ וְהָא קו"ל כְּרַבָּה וְהָא הָרָא"ש גּוֹפְלִי פ"ק דְּקִדּוּשֵׁין וּכְפָרָק אֲנוּ מְצִיאוֹת פֶּסֶק דְּמִדְּפָרִיָּה בְּפָרָק מִי שְׁאַחְזוּ וְהָא קו"ל הִלְכָה כְּרַבָּה וְלֹא קָאֲמַר הִלְכָה כְּרַבָּה בָּהָא מוֹכַח דְּבִכּוּלָּהּ ש"ם קו"ל הִלְכָה כְּרַבָּה ע"ש וְכַה"ג אֲשַׁפְּחֵן טוֹבֵי בְּהָרָא"ש וּפּוֹסְקִים שְׁפִסְקוּ הִלְכָה כְּרַבָּה אִפִּי' לְהוֹצִיא מְמוֹן.

וְעוֹד דְּהָרִי לֹא הִזְכִּיר הָרָא"ש בְּדְבָרָיו כָּלֵל דִּיכּוֹל הַמְּוַחֵזֵק לֹמֵר קִים לִי כְּהַמְיַעוּט שְׁנֵאֲמַר שְׁנֵתְפֻנוּן לְזָה. אִף שְׁבִאֲמַת נִרְאָה דְּאֶפִּילוּ בְּמִיעוּט מְצִי לְמִימַר קִים לִי מִשּׁוּם דְּאֵין הוֹלְכִין בְּמִמּוֹן אַחַר הָרוֹב וּכְמ"ש לְקַמְן ס' קכ"ג מ"מ הָרָא"ש בְּתַשׁוּבָה וְדַאי דְּלֹא נִתְפְּנוּן לְזָה שְׁהָרִי לֹא הִזְכִּיר כּוּ בְּדְבָרָיו כָּלֵל וְעִיקָר חֶסֶר מִן הַסְּפָר.

וְעוֹד שְׁהָרִי בְּפִסְקֵי פָּרָק אֶחָד דִּינֵי מְמוֹנוֹת כְּתִב הָרָא"ש ו'ז"ל וְהִיכָא שְׁנֵתְחַלְקוּ שְׁנֵי גְדוּלִים בְּפִסְק הִלְכָה וְאֵין הַדְּיִין יוֹדֵעַ לְהַכְרִיעַ לֹא יוֹצִיא מְמוֹן מִסְּפֵק מְדַאֲמַר בְּפ' חֻזְקַת הַבְּתִימִים הִלְכְתָּא כְּרַבָּה בְּאַרְעָא וְהִלְכְתָּא כְּרַב יוֹסֵף בְּזוּזֵי הִיכָא דְּקִיָּמָא אַרְעָא תִּיקוּם וְהִיכָא דְּקִיָּמוּ זוּזֵי לּוֹקְמֵי אֶלְמָא כָּל סְפִיקָא דְּדִינָא אֵין מוֹצִיאֵין מִיַּד הַמְּוַחֵזֵק עכ"ל.

הָרִי שְׁכ' וְהִיכָא שְׁנֵתְחַלְקוּ שְׁנֵי גְדוּלִים כו' וְהִיא רְאִיָּה מִפְּרָק חֻזְקַת כו' וַא"כ אֵי אֶפְשָׁר לֹמֵר שְׁכּוֹנוֹת הָרָא"ש לְהַבִּיא רְאִיָּה מִפְּרָק חֻזְקַת דְּמְצִי לְמִימַר קִים לִי אֶפִּילוּ כְּהַמְיַעוּט שְׁהָרִי אֶפִּילוּ בְּמַחְלֻקַת שְׁנֵי גְדוּלִים לְבַד הַצָּרִף לְהַבִּיא רְאִיָּה מִפְּרָק חֻזְקַת.

וַא"כ הִדְרָא קוּשְׁיָא לְדוֹכְתָא דְּמַאי אֲצֵטְרִיָּה הַר"ש לְקַבְּלַת מַהֲרָ"מ רַבּוּ וְלִרְאִיָּה דְּפ' חֻזְקַת דְּבִפְלוּגְתָּא דְּרַבְּנוּתָא אֵין מוֹצִיאֵין מְמוֹן מִיַּד הַמְּוַחֵזֵק פְּשִׁטָּא דְּהָא בְּלָאוּ הָכִי קו"ל בְּכָל דְּוֹכְת' קוּלָא לְנִתְבַּע וְהַמְע"ה: ס' צח (ע"י כְּנֻנַת הָרָא"ש סוּף כָּלֵל א') אֶלָּא נ"ל שֶׁקַּבְּלַת הָרָא"ש מִרַבּוּ מַהֲרָ"מ הִיָּה דְּאֶפִּי' תְּפִס חַד מְנִיָּהּ וְאֲמַר קִים לִי כְּחַד מִרַבְּנוּתָא לֹא מִפְּקִינֵן מְנִיָּהּ וְכֵן הַבְּאֲתִי לְעִיל ס' פ"ב דְּבָרֵי מַהֲרָ"מ שְׁרַגִּיל לְפִסְקוֹן דְּהִיכָא שְׁגָדוּלִים חוֹלְקִים בְּדָבָר אֵי תְּפִס אֵינְדָּךְ לֹא מְצִי מִפִּיק מִיָּנִיָּה כו' וְכְנֻנַת הָרָא"ש לֹמֵר דְּהַדְּיִין לֹא יוֹצִיא מְמוֹן מִסְּפֵק אֶלָּא יִשְׁאַר בְּיַד מִי שֶׁהוּא מְוַחֵזֵק בּוֹ עַכְשָׁיו בֵּין מְוַחֵזֵק בּוֹ כְּבָר בֵּין מְוַחֵזֵק בּוֹ מִחֻמַּת תְּפִיסָה וּמֵיִתִּי שְׁפִיר רְאִיָּה מִפְּרָק חֻזְקַת דְּהָא הֵתָּם מְשִׁים דְּמִסְּפֵקָא לְש"ס הִלְכְתָּא כְּרַב' אוֹ כְּרַב יוֹסֵף פֶּסֶק הִלְכְתָּא כְּנֻתְיָה דְּרַבָּה בְּאַרְעָא וְהָא הֵתָּם אֵינּוּ מְוַחֵזֵק בְּקַרְקַע כְּבָר וְלֹא הַחֻזְקָא בָּהּ ג' שְׁנִים רַק הַתּוֹבֵעַ הִיָּה מְוַחֵזֵק בָּהּ וְזֶה דָּר בָּהּ שְׁלֹא בְּרִשׁוֹת דַּל"כ פְּשִׁטָּא דְּאֶפִּילוּ רַב יוֹסֵף מוֹדָה דְּבַעַל הַשְּׁטֵר נֶאֱמָן בְּמַגּוֹ דְּאֵי בְּעֵי אֲמַר לֹא הִיָּתָה שְׁלָךְ מְעוֹלָם אוֹ מִיָּנִיָּה זְבִינְתָּא כְּשֶׁהַחֻזְקָא בָּהּ ג' שְׁנִים וְכֵן מוֹכַח הֵתָּם בְּסוּגְיָא וּבְפִירְשׁב"ם וְתוֹסְפוֹת וְהָרָא"ש לְהַדְּיָא דִּידוּעַ שְׁהִיָּתָה קַרְקַע זוֹ שֶׁל הַתּוֹבֵעַ וְלֹא הַחֻזְקָא בָּהּ בְּעַל שְׁטֵר שְׁנֵי חֻזְקָה וְהַשְּׁתָּא

מוכח שפיר מדברי הרא"ש דמהני תפיסה בפלוגתא דרבנותא ועוד נראה דמעיקרא לא קשׁי מידי ותמהני על מהר"י ן' לב ומהר"א ן' ששון שהרעישו בזה בחנם דשפיר איצטריד הרא"ש בתשובת ובפסקו פ' אד"מ לקבלת רבו מהר"מ ולראיה מפרק חזקת משום דנהי דקי"ל בכל דונקתא וכן בתיקו המע"ה היינו משום דהתם פשיטא דאפילו אי עבד הדיין ופסק לשלם במקום דסלקא בתיקו או במקום דהני המע"ה מהדרי' עובדא לפי סברתו דלא מהני תפיסה בתיקו כמ"ש לעיל סימן פ"ז בשם הנמוקי יוסף והלכך אין יכולת בידי הדיין לפסוק לכתחלה לשלם דמהיכי תיתי יהיה לדיין ברור יותר מהש"ס אבל היכא דאיכא פלוגתא דאמוראי או דרבנותא הוה אמינא דשפיר מצי הדיין למפסק פחד מנייהו אפי' בלא ראיה ובלא סברא דנימ' דהני כמו שוד' דדייני דהא אי עבד הדיין פחד מנייהו קם דינא וכמש"ל סי' פ"ז א"כ ה"א דה"ה לכתחלה יכול הדיין לפסוק פאיזה מהם שינרצה כי יאמר קים לי פהאי מ"ד לכה אשמועינן הרא"ש שהדיין לא יוציא ממון מספק ומביא ראיה מפרק חזקת וזה ברור.

(עוד ישוב ברור לדברי הרא"ש בתשו' סוף פלל א' ושלם כמהרי"ק ן' לב ומהר"א ן' ששון) ומ"מ אפילו לפירושי זה או אפילו יהיה פוננת הרא"ש בתשובה פדברי מהר"י ן' לב ומהר"א ן' ששון מ"מ מוכח פן מדברי הרא"ש דמהני תפיסה בפלוגתא דרבנותא דכינן דמייתי ראיה מפרק חזקת אלמא דס"ל כפירשב"ם מדכתב שם דמספקא ליה לרב אידי בר אבין טעם של מי משניהם נראה יותר הלכך פוסק בראשון כרבה דאמרינן מה לו לשקר ויעמוד על מקחו דכינן דלא אתברר טעמיהם של רבה ורב יוסף המע"ה כו' וכן זווי היכא דקיימי ליקום כו' ** (הגה"ה ן' וז"ל הש"ס שם בפ' חזקת דל"ב ע"ב ההוא דא"ל לחבריה מאי בעית בהאי ארעא א"ל מינך זבינתא והא שטרא א"ל שטרא זייפא הוא (גחין לחיש ליה לרבה אין שטרא זייפא הוא) מיהו שטרא מעליא הוה לי ואירכס ואמינא אינקט האי בידיאי פל דהו אמר רבה מה לו לשקר אי בעי א"ל שטרא מעליא הוא א"ל רב יוסף אמאי סמכת אהאי שטרא האי שטרא חספא בעלמא הוא.

ההוא דא"ל לחבריה הב לי מאה זווי דמסיקנא בך והא שטרא א"ל שטרא זייפא הוא גחין לחיש ליה לרבה אין שטרא זייפא מיהו שטרא מעליא הוה לי ואירכס ואמינא אינקט האי בידיאי פל דהו אמר רבה מה לו לשקר אי בעי א"ל שטרא מעליא הוא א"ל רב יוסף אמאי קסמכת אהאי שטרא האי שטרא חספא בעלמא הוא א"ר אידי בר אבין הלכתא פנותיה דרבה בארעא והלכה פנותיה דרב יוסף בזווי הלכתא פנותיה דרבה בארעא היכא דקיימא ארעא תיקום והלכתא פנותיה דרב יוסף בזווי דהיכא דקיימו זווי לוקמו עכ"ל הש"ס:**) א"כ הא התם בעל השטר תפס ואינו מוחזק כפר שהרי הקרקע ע"כ ידועה היתה להתובע תחלה וזה לא תחזיק בה ג' שנים ואפ"ה מוקמינן לה בחזקת של בעל השטר מחמת פלוגתא דרבנותא וליכא למימר דשאני התם פיון שבעל השטר טוען פרי זבינתא מינך דהא פיון דאלו הנה הדין ברור פרב יוסף לא הנה מועיל טענת פרי דיליה א"כ אינו יכול לזכות בה אלא מפח פלוגתא דרבנותא וא"כ בכה"ג טענת פרי שלו חשיב' פטענת ספק שהרי מוכרח לומר קים לי פרב יוסף וא"כ בע"כ דבפלוגתא דרבנותא מצי התופס לומר קים לי אפי' אינו טוען פרי.

תדע דאל"כ תיקשי ממ"ש טור סי' שפ"ח גבי מסור דלדעת ה"ר"א ש"ז דס"ל דבתיקו לא מהני תפיסה לא מהני תפיסה בתיקו דגבי מסור והא התם הנמסר טוען ברי א"ו פיון שלא יוכל לזכות בו אלא מפח ספיקא דדינא טענת ברי דיליה לא מעלה ולא מוריד וכמ"ש לעיל סי' ט"ז א"כ ה"ה ה"ה קא ועוד דכיון דקרקע בחזקת בעליה קיימא וידוע שהקרקע היה שלו לא איכפת לן בטענת ברי דיליה וכמו שהוכחתי לעיל סי' מ"ה: סי' צו ואין להקשות דהא ס"ל לה"ר"א ש"ז בפרק קמא דמצינא ובפ"ב דכתובות דבטענת ספק לא מהני תפיסה אפילו בספק שאינו מחמת תיקו רק בשאר ספיקות וכמו שהבאתי לשונו לעיל סימן ל"ד הא לא קשה מידי דפלוגתא דרבנותא שאני מפמה טעמים וכמו שפכתתי לעיל סימן ע"ט וסימן פ"ה ופ"ו ועוד שכתב התוספות פרק חזקת הבתים שם ונ"ל והלכתא פותיה דרבה בארעא רבינו שמואל פירש (וגם בני"י כתב בפירוש"ם) דמספקא ליה כמאן הלכתא וצריף לדחוק ולפרש ולחלק בין ספיקא דתרי ותרי לספיקא דדינא דהא דלא אוקמא בחזקת מרא קמא בנכסי בר שטי' דאמרינון (פ"ב דכתובות דף כ' ע"א) אוקי תרי בהדי תרי ואוקי נכסי בחזקת בר שטי' התם הווי תרי ותרי כמאן דליתנהו דמי ואוקי ארעא בחזקת מרא קמא אבל ה"ה דמספק' לן דינא כמאן התם לא שייך פולי האי למימר אוקי בחזקת מארי קמא ונוציא מיד הפונדק עכ"ל (קושפיא על תשו' ה"ר"א ש"ז סוף פלל ר' ובפסקיו פרק אחד דיני ממונות ממ"ש בפרק חזקת הבתים) ואין להקשות דהא כתבו התוס' על זה ונ"ל ודוחק הוא כו' ונראה לר"י דה"ט דהלכתא בארעא פרבה וכרב יוסף ביוזי משום דאמרינון מגו לאוקמי ממונא ואית לן לאוקמי ארעא בחזקת מרא דקיימא השתא עכ"ל ובה"ר"א ש"ז משמע דמפרש כפי ר"י.

קושפיא זו אינה תלויה במאי דפרישית דהא בלאו הכי נמי יש להקשות מאי ראיה מיייתי ה"ר"א ש"ז בתשובה סוף פלל א' ובפסקיו פרק אחד דיני ממונות מפרק חזקת דבפלוגתא דרבנותא לא מפקי' ממונא מספיקא הא לפי מה דמשמע מדברי ה"ר"א ש"ז דבפרק חזקת דמפרש כפי ר"י אין ראיה פלל (תירוץ על קושפיא זו) אלא נדאיצ"ל דנהי דבעיקר פירושי' משמע דס"ל כפי ר"י מפל מקום מיייתי ראי' מפירוש"ם דהא לא נדחה פירוש"ם אלא מפח קושפי' התוס' אבל בעלמא משמע דסברת רש"ב"ם קושפיא היא דבפלוגתא דרבנותא לא מפקי' מיד הפונדק (דיו בקרקע לא מהני תפיסה בפלוגתא דרבנותא אפילו תפס ברשות אפילו טוען ג"כ ברי דקרקע בחזקת בעליה קיימא וע"ל סימן צ"ב) ועוד די"ל דגם התוס' לא הקשו על פירוש"ם אלא בקרקע ומפח קושפי' דנכסי דבר שטי' משום דבקרקע לא שייך תפיסה וכמ"ש לעיל סימן נ"ח בשם הרבה פוסקים וכן בסימן צ"ב בשם הר"ן וה' המגיד אבל במטלטלין י"ל דמודו בזה לסברת רש"ב"ם דבפלוגתא דרבנותא לא מפקי' מיד התופס.

ואין להקשות דהא הר"ן וה' המגיד כתבו דבקרקע לא מהני תפיסה בפלוגתא דאמוראי והבאתי דבריהם לעיל סימן צ"ב י"ל דהם מפרשים הש"ס דפרק חזקת פהתו' ורש"ב"ם פליג עלליהו וה"ר"א ש"ז שמבי' ראיה מפרק חזקת נמי יכול לסבור כה"ר"ן והרב המגיד פי כו נראה עיקר רק דמביא ראיה מפ"י רש"ב"ם לענין מטלטלין וכמו שפכתתי ודוק סי' צו (עוד ראיה מתשובת הרש"ב"א דמהני תפיסה בפלוגתא דרבנות' ועוד ראיה מהרש"ב"א דס"ל בתיקו לא מהני תפיסה וכמ"ש לעיל סימן ע"ג משמו ובפלוגתא דרבנותא סבירא ליה דמהני תפיסה וכמו שאכתוב בסמוך לקמן סי' ק"ב: וכן דעת מהר"ר דוד פהן דמהני

תפיס' בפלוגתא דרבנותא והבאתי לשונו לקמן סימן ק"ג) וכן דעת מהר"ר שמואל די מודינא וכן מבואר להדיא בתשובות מו"ה שמואל די מודינא דמהני תפיסה בפלוגתא דרבנותא וזה לשונו בסימן כ"ד דף כ"ז סוף ע"א ואם פן פיון דהוי פלוגתא דרבנותא לא מפקי ממונא וכמ"ש הרא"ש ז"ל בתשובותיו.

וגדולה מזו נראה ממהרי"ק ז"ל שןרש קמ"ט וזה לשונו ודאי גבי ממונא מצי למימר המוןזק קים לי פחד מרבנותא ואעפ"י דכשנגדו חלוק עליו פי הת' דר"ת פליג עליה דרש"י ז"ל כו' עד ופשיטא דבכה"ג אפי' בענין ממון לא המ"ל קים לי פדכרי ודלא פכל חכמי ישראל ואפילו תפס הנה מפקי מיניה משמע מיה' דדוקא היכא דכל חכמי ישראל חולקים על היחיד ליפא למימר קים לי הא לא הוי יחיד אפי' הוי רופא לצד א' יכול למימר קים לי פהאי דנ"ד דאיכא גאונים דסברי כר"ת והדין נותן פן לע"ד משום דהלכה דאין הולכים בממון אחר הרוב.

תו נראה לדקדק בלשון הרב הנזכר שהיה לו לומר ואפי' מוןזק מפקי מיניה דהנה משמע בין מוןזק מעיקרו ובין תפס ומדקאמר ואפילו תפס הוא דמפקי מיניה ביחיד נגד רבים הא היכא דלא תפס אלא שהיה מוןזק מעיקרו אפילו סברת יחיד מןמחה כר"ת לא מפקינן מיניה עכ"ל עוד כתב מהרשד"ם בסימן ל"ח דף כ"ג ע"ד וז"ל אם היה בא מעשה לפני הייתי סומך על הפלל הגדול שמסר לנו מהר"מ והביאו הרא"ש בתשובותיו דכל היכא דאיכא פלוגתא דרבנותא לא מפקי ממונא ואם המוכר היה תובע מעות המכר מן הקונה והיה קונה אומר אי נתנו ביותר מחצה או חצי הייתי פוסק הדין עם הקונה ואם נתן כפר הקונה המעות למוכר או שתפס אותם ממנו מצד אחר והקונה תובע למוכר שישחזיר לו מעותיו הייתי פוסק שהדין עם המוכר לפי שהיה יכול לומר קים לי פהרי"ף והנמשכים אחריו כו' עכ"ל מבואר מדבריו אלו דמהני תפיסה בפלוגתא דרבנותא וכ"כ עוד מהרשד"ם סימן רע"ח דף ר"א סוף ע"ג משמע בהא דפליגי הראב"ד והרא"ש באבק רבית אי תפס לנה משל מלנה דדוקא תפס ע"י כותים אבל אי תפס לנה משל מלנה שלא ע"י כותים לא הנה מפקינן מיניה פיון דהנה פלוגתא דרבנותא ע"כ: וכן משמע מדברי תשו' מהר"ר שלמה פהן ספר שני סי' ר"י ז"ל סוף דבר הך מילתא דמלבושים הוי פלוגתא דרבנותא ואם תפסה האשה במלבושי בגדי שבת וי"ט וה"ה מהתכשיטי שעשה לה הבעל וזכתה בהם האשה אין בע"ח גובה מהם שיכולה לומר קים לי פהנה רבנותא דס"ל דל"ש בגדי שבת לבגדי חול עכ"ל מיהו י"ל דשאני התם שלא היה הבע"ח מרא קמא.

ודןסק (וכן דעת מהר"ר שלמה פהן סי' ר"י וקמ"ד וקצ"ו) ועוד מצאתי פן להדיא בתשובת מהר"ר שלמה פהן ספר שני ס"ס קצ"ד וסי' קצ"ו וז"ל וא"כ יראה לענין פסק' דדינא דנכסי צאן ברזל דשומרת יבם שמתה פיון דהנה פלוגתא דרבנותא אי יחלוקו או הפל בחזקת יורשי הבעל הכי נקטינן דאם תפס היבם ואפילו לאחר מיתת היבמה זכה בכל הגדוניה שלה ואין מוציאין פלל מידו שיכול לומר קים לי פהני רבנותא דס"ל דכל נכסי צ"ב הם בחזקת היבם ואיכא מרבנותא דס"ל דתפיסה לאחר שנולד הספק מהני אפילו שתפס הוא בעצמו דס"ל דספיקא דדינא ובפלוגתא דרבנותא הוי חשיב פטוען פרי ואפילו את"ל דחשיב פטוען שמא מ"מ אפשר לזכותו לפי סברת הרי"ף וה"ר שמואל

ב"ר ברוך דס"ל דאפילו היכא דאיכא תרתין לריעותא תפיס' לאחר שנולד הספק וטענת
שפא אין מוציאין מיד התופס וא"כ לפי סברת' יכול היבם ומצי למטען קים לי פהגי
רבנותא אפילו שתפס לאחר שנולד הספק ונכה בכל גזונא ונצ"ב פיון שתפס ואי יורשי
היבמה תפסו יכולים לטעון ולומר קים לן פהגהו רבנותא דס"ל יחלקו ויזכו במחצה
הגזונא ולא יזכה היבם כי אם במחצית הגזונא עכ"ל: וכן (וכן דעת מהר"ר לוי ו' חביב
סי' ל"ו מוכח להדיא מדברי מהר"ר לוי ו' חביב סי' ל"ו) דתפיסה מהגני' בפלוגת'
דרבנותא בכל ענין שפתב שם בראש התשובה דף מ"ב ע"ב וז"נ ראוי לדעת אם נאמר
שזוכה בהם מעתה לפרעון פתובה' פיון שתפסה אותם לדעת האומר מצו' חליצה קודמת
ואולי יש ראיה לזה ממ"ש בהגהת מרדכי ונ"ל מהר"מ הנה רגיל לפסוק היכא שגדולים
חלוקים בדבר אי תפס אידך לא מצי מפיק מיניה דא"ל האי אייתי ראיה שהלכה כזה
הרב שפסק כן הרי כפי הנראה הדין עם האלמנה מזה הצד עכ"ל ועוד פתב שם בחלק
הד' דף נ"ז ע"ד ונ"ל האם תועיל להיות הנכסים בידיה ושללא להוציא מתחת רשותה פיון
דחפסה אותם כבר כתבתי למעלה דלכ"ע אין ליבמה כלל מפתובה ותוס' ונדוניא עד
שתחלוץ ואפילו לדעת רש"י וא"כ בשביל שתפסה הנכסים אין לדון שתטול מה שאינו
ראוי לה עדיין מן הדין ושתזכה בכתובה מעתה קודם חליצה ובשלבא אם לדעת קצת
הפוסקים הנה הדין נותן שיש ליבמה בכתובה מעתה קודם חליצה אף בנא תפיסה אף דלדעת
רוב הפוסקים אין לה פתובה נחא לומר דאם תפסה לא מפקינן מיניה על פי אותו הלשון
שכתבתי למעלה שפתוב בהגת' מרדכי ונ"ל מהר"מ הנה רגיל לפסוק היכא שגדולים
חלוקים בדבר אי תפס אידך לא מצי מפיק מיניה כו' אבל פיון שלדעת הכל אין לה
פתובה עד שתחלוץ אם כן התפיסה אינה פלוס עד כאן לשונו ודוחק לומר דהתם מייירי
שתפס קודם המיתה א"כ הוי תפיס קודם שנולד הספק דהא כבר כתבתי לעיל סימן פ"ו
דבפלוגתא דרבנותא אין לחלק בין תפס קודם שנולד הספק או אח"כ: (וכן נראה דעת
מהר"א ו' ששון) וכן משמע בתשוב' מהר"א ו' ששון סי' מ"ב דף ס"ג סוף ע"ב שפתב
שם ונ"ל א"כ נמצא דשפיר מצי למימר הך מקבל מתנה קים לי כפלוגי ופלוגי ובפרט
בבתים שהרי הנה דר בתוכם בזמן הצואה ואחר מיתתה ג"כ וגם בקובירטור"יש יש
מקום לומר שאם תפסה הרי הם שלו אפילו שהיתה תפיסה לאחר מיתה ואף אחר שנולד
הספק ואע"פ שבזה יש להאריך הרבה והנה מקום לומר ג"כ דאי תפס לא תפס כמו
שכתבתי במקום אחר מ"מ אפשר דזכה אפי' בקובירטורי"ש לדעת קצת הרבנותא וכמו
שברור למעיין בדברי הפוסקים ז"ל עכ"ל.

א"כ משמע דס"ל עיקר דמהגני תפיסה בפלוגתא דרבנותא אפילו לאחר שנולד הספק וכן
משמע עוד מדברי מהר"א ו' ששון סוף סי' צ"ו דאם הנה טוען שטר זה מכר גי בכתיבה
ומסירה הוי מצי למימר יעקב קים לי כו' ע"ש ואף על גב דהשטר הנה מתחלה בחזקת
ראובן דהוא מארי קמא וע"ש נדוק.

וכן משמע עוד מדברי מהר"א ו' ששון סימן ק"א דף ק"ד ע"ג דכתב דלא אמרינן מגו
דהוי מצי למימר קים לי משום דקים לי טענ' רעועה היא כו' משמע דאי הוי טעין קים
לי גופא הוי מהגני' אף על גב דהתם בגדון דידיה הוי תפיס לאחר שנולד הספק ולא הוי
תפיס גוף הדבר וגם תפס שלא ברשות שהרי לאה מסרם בידי שיתגם ליורשי ראובן

עיינו שם ודוק אלא משמע דס"ל דבפלוגתא דרבנותא מהניא תפיסה בכל ענין וכן משמע עוד ממה שפכתתי לעיל סימן ע"ט בשם מהר"א ו' ששון ע"ש.

ואינו להקשות דהא פתב מהר"א ו' ששון בס"ס ס"ז והיה נראה לכאורה דדמי לתפיסה אחר שנולד הספק הא נמי לאו מילתא היא שהרי התפיסה שפסם זבולן היתה מוקדם כו' לק"מ דהתם לא קאי אפלוגתא שדה דרבנותא ע"ש ודוק: סי' צח (עוד ראיה ברורה מהב"ח ב'ורה דעה סי' מ"א סעיף י"ז) ועוד ראיה ברורה מדברי הב"ח בי"ד סימן מ"א סעיף י"ז דבפלוגתא דרבנותא מהני תפיסה בכל ענין.

שכתב שם על מ"ש הטור שם אבל אי נטל פהו מתנות מלוי א"צ להחזירם לו כו' ונ"ל כ"כ הרשב"א בת"ה וכ"כ הרמב"ם והר"ן ז"ל תמה עליו דהא קי"ל בפ"ק דב"מ תקפו פהו מוציאין אותו מידו וכ"כ הר"א"ה בס' ב"ק הבית ולפענ"ד דאין הגדון דומה לראיה דהתם בספק בכור ספק הוא לכל העולם אבל הכא הספק הוא אי פהאי תנא (כלו' דאמרינו התם בחולין פ"ק ה"רוע דף קל"א ע"ב דתנאי היא ורב מספקא ליה אי פהאי תנא אי פהאי תנא ומביאו הב"ח שם) יכול פהו לומר קים לי פהאי תנא והרב במשקמת הבית תירץ ב"ד אחר עיינו עליו ומ"מ איכא למידק מנ"ל להרמב"ם לחלק ב"ק ונראה בעיני שדקדק פ"ה הרב מההוא עובדא דהוה ליואה דהוה חטיף מתנת' אתו אמרו ליה לרב א"ל לא מסתגי' דלא שקלינו מיניה אלא מיחטף נמי חטף בתמיה ומדלא אשפחן בש"ס דאצטריכיני' למיהדר מה שחטף אלמא דס"ל דלא מפקינן מיניה אלא תמה על שושא לבו לחטוף ולא מסתגי' דלא שקלינו מיניה כו' והכי נקטי' עכ"ל הב"ח.

הגם שמה שהקשה דברי הרמב"ם אהדדי לא פינון יפה וכמ"ש בספרי ש"ף ובי"ד סי' ס"א ס"ק י"א דהא הרמב"ם בספק בכור גופיה ס"ל דאין מוציאין מידו וכדלעיל סימן א' (מ"ש הב"ח בי"ד סי' מ"א ס"ז דהרמב"ם דקדק פ"ה מההוא ליואה לא דק) והם במ"ש דהרמב"ם דקדק פ"ה מעובד' דההוא ליואה דחטף מתנת' כו' נראה דלא דק ואזיל לטעמיה שכתב שם בסוף סעיף י"ז וזה לשונו ומ"ש ואין נותני' ללוי כו' פן פתב הרשב"א בת"ה ונראה דהוצרך לכותבו דלא תימא יכול לומר קים לי פהאי תנא דלוי לא איקרי עם וקמ"ל דליתא דדוקא לענין שא"צ להחזירם מצי למימר קים לי אבל לא ליתנם לכתחלה ללוי עד כאן לשונו אבל לפענ"ד נשגהו שגגה דלא אשפחן שום תנא דסבר דנותנים מתנות ללוי והא קרא פתיב וזה יהיה משפט הפהנים גו' ונתן לפהו ה"רוע והלחיים והקוב' גו' רק דפליגי אם הלוי' חייבים ליתן מתנות אם הם בכלל עם משום דכתיב מאת העם וכבר השגתי עליו בספרי שפתי פהו שם ס"ק י"א וא"כ פשיטא דבהו עובדא דההוא ליואה הנה רב מחייבי' למיהדר ולא הוצרך בש"ס נפרשו דפשוט הוא.

ואל תשגיח במ"ש התוס' בפ"ק קמא דמציעא דף ו' ריש ע"ב וזה לשונו ומפ"ק ה"רוע דאמר בן לוי דחט' מתנתה פריצותא הוא משמע דאיסי חייב לשלם אין ראיה דשמא מיירי בשאכלו כדאמר התם המזיק מתנות פהו או אכל פטור עד כאן לשונו.

משמע דס"ל דנא מחייב למהד' ולכ"ף רנו מתחלה להביא ראיה התם דאין מוציאין מידו (ב"אור דברי התוספות פ"ק דמציעא דף ו' ריש ע"ב) דהתוס' לא פנונו להו עובדא דרב אנא פנונתם למאי דאיתא בש"ס התם ב"ד קל"ג ע"א ההוא כהנ' דחטיף מתנת' זלוזלי

זלזול במצוה דכתיב ונתן ונא שיטול מעצמו ולישנא דבן לוי שנקטו התוס' סירכ' דלישנא הוא.

תדע דהא בההו עובדא דבן לוי דרב נושא בש"ס פריצותא הוא וכלישנא דהתוס' אלא כווננו למה שפתיבתי: סי' צט מפל מקום מבואר מדברי הב"ח דבפלוגתא דרבנותא מהני תפיסה בכל ענין מפח טענת קים לי דהא פתב דל"ד לספק בכור מההו טעמא דקי' לי והא בספק בכור הוי תפיס שלא ברשות ואחר שנולד הספק וא"כ משמע דבכל הנה גוני דלא מהני בספק בכור מהני בפלוגתא דרבנותא ואף (ביאור דברי בשפתי פהו בי"ד סימן מ"א ס"ק י"ב) על גב דבספרי שפתי פהו בי"ד שם ס"ק י"ב פתיבתי וזה לשונו ואין לתרץ כמ"ש הב"ח דהתם הספק הוא לכל העולם משא"כ ה"כא דהספק הוא אי קיימא לו כההו תנא דאיקרו עם או לא דבפרק בית כור ובפרק השואל גבי מרחץ ששכרו בדינר זהב לחדש מוכח דא"א לחלק בהכי ע"ש וכן משמע בהדיא באשרי פרק קמא דמציעא גבי הא דמדמה התם דין מרחץ לתקפו פהו דבתרנוייהו לא מהני תפיסה ע"ש לשוני שם לא כוונתי בזה להשיג על הב"ח ולומר דתפיסה לא מהני בפלוגתא דרבנותא דנדאי פשיטא דתפיסה מהני בפלוגתא דרבנותא וכמו שהוכחתי למעלה בהרבה ראיות ברורות ועוד אוכיח פן לקמן בכמה ראיות (דין היכא דאיתא בש"ס דמספקא להני אמוראי אי פהאי תנא אי פהאי תנא לא הוי כמו פלוגתא דרבנותא רק כמו בעיא דלא איפשטא) אלא משום דמשמע לי דההו לא מיקרי פלוגתא דרבנותא דכיון דאמרינו בש"ס דרב גופיה מספקא ליה הלכתא כמאן אם פן מי יוכל לומר קים לי בשלמא היכא דאיכא תרי תנאי או אמוראי בש"ס ואנן מספקינו הלכתא כמאן אם פן יכול לומר קים לי די"ל דבעלי הש"ס גופייהו הנהו ס"ל פהאי תנא או אמורא משא"כ היכא דקאמר בש"ס דלהאי אמורא מספקא ליה פהאי תנא או פהאי תנא הוי כמו בעיא דלא איפשטא ואם פן נצטרף לומר דכיון דתלוי בסברא יוכל לומר קים לי בסברא של האי תנא משא"כ בספק בכור דלא תלי בסברא כלל ושפיר פתיבתי על זה דמוכח בפרק בית כור ובפרק השואל ובהרא"ש פ"ק דמציעא דא"א לחלק בהכי ע"ש (הוכחה לדברי מהר"ן) וכן מוכרח בהר"ן דהא הוכחתי לעיל סימן פ"ח דס"ל להר"ן דמהני תפיסה בפלוגתא דאמוראי ובההו דמתנות פסק הר דלא מהני תפיסה והבאתי לשונו לעיל סימן ע"ג ודוחק לומר דשאני מתנות דנתינה פתיב' בהו וכמ"ש הר"ן שם דהא הר"ן שם פסק פן משני ראיות א' שפיר הדין בתופס ממון שהוא מסופק בו מצד הדין דמוציאין מידו.

ב' דמתנות פהוזה נתינה פתיבה בהו וגם משמע מדבריו שם להדיא דעיקר ראיתו היא הראיה הראשונה ע"ש בסיון מ"ג ואם איתא הא ה"כא לא מיקרי ספיקא דדינא פינו דהוי פלוגתא דתנאי אלא ודאי כמו שפתיבתי פינו דלרב גופא מספקא ליה לא מצי התופס לומר קים לי פהאי.

מ"מ למדתי מדברי הב"ח דלית ליה האי סברא וס"ל דזה הוי פלוגתא דתנאי ומצי למימר קים לי א"כ פשיטא דבפלוגתא דרבנותא מצי התופס לומר קים לי: ועוד ראיה מדברי הב"ח בח"מ סימן מ"ח שהבאתי לעיל סימן פ"ח דמהני תפיסה בפלוגתא דרבנותא וכמ"ש שם ע"ש (וכן משמע בב"ח בסיון צ"ז ס"ס מ"א ע"ש) ועוד יש להביא ראיה מדברי הב"ח בח"מ ס"ס ש"ג דכתב שם ונראה לי דבפלוגתא דרבנותא המע"ה ואם

הָדָר בּוֹ מִןחֶזֶק מְצִי לְמִימַר קִיָּם לִי פֶרֶשׁבִּי"ן דְּדוֹר בְּחֻצְרֵי חֲנָם קְאָמַר וּפְטוֹר מִלְתָּת שְׂכִירוֹת וְאִם בַּעַ"ב מִןחֶזֶק מְצִי לְמִימַר קִיָּם לִי כַמְהַרִּי"ח וּמַהֲרֵי"ח וְכִי הַעֲלִיתִי בְּתִשְׁבָּה הַלְכָה לְמַעֲשֵׂה עַכ"ל וְדוֹחֵק לֹאמַר דְּשִׂאֲנֵי הֵתָם דְּדָר בּוֹ בְּרִשׁוֹת דְּהָא דְשְׂכִירוֹת קַרְקַע לֹא שְׂיִיף תְּפִיסָה פְּרִשׁוֹת וּכְמ"ש לְעִיל סִימָן נ"ח בְּשֵׁם בַּעַ"ת וְהַרְמַב"ן וְהַנְּמוּקֵי יוֹסֵף ע"ש וְעוֹד דְּמִשְׁמַע מִדְּבַרֵי הַב"ח דְּתַפְּנִי תְּפִס הַבַּעַ"ב מִשְׁלֹו בְּעַד מַה שְׂפַכְר דָּר בּוֹ לֹא מִפְּקִי מִיְנִיָּה דְּאִי ר"ל וְאִם הַבַּעַ"ב מִןחֶזֶק שֶׁהַבַּעַ"ב דָּר בּוֹ וְאִינוֹ רוֹצֵה לְהַנִּיחוֹ לְדוֹר בּוֹ פְּשִׁטָּא דַּבְכָּה"ג לַכ"ע אִינוֹ יָכוֹל לְדוֹר בּוֹ בְּחֲנָם דַּע"כ לֹא פְּלִיגֵי אֲלָא שְׂפַכְר דָּר בּוֹ אִם פְּטוֹר מִשְׂכִּירוֹת אֲבָל לֹא שְׂדִדוֹר בּוֹ לְכַתְּחִלָּה בְּחֲנָם וְע"ש וְדוּק ס' ק (עוֹד רְאֵיהּ מִדְּבַרֵי מַהֲרַמָּ"א וּמַהֲרַמ"מ יָפָה וְשִׂאֲר הַרְבֵּה אֲחֵרוֹנִים דְּמַהֲנֵי תְּפִיסָה בְּפִלּוּגְתָּא דְּרַבְּנֹתָא) וְעוֹד רְאֵיהּ מִדְּבַרֵי מְהַרְמ"א וּמַהֲרַמ"מ יָפָה דְּמַהֲנֵי תְּפִיסָה בְּפִלּוּגְתָּא דְּרַבְּנֹתָא בְּכָל עַנְיָן וּכְמ"ש לְקַמָּן ס' ק"ד.

וְכֵן פָּתַב מַהֲרַ"ר מְשֵׁה אִישׁ חַי בְּתִשְׁבֹּת מִשְׁאֵת בְּנִימִין ס"ס י"ד עַל מ"ש מְהַרְמ"א בַּא"ע ס"ס קי"ח וְזֶה לְשׁוֹנוֹ וּמ"ש מְהַרְמ"א ב' דַּעוֹת וְכַתְּב דַּעַת הַקְּהִלוֹת לֹא דַק בְּמִןחֶזֶק וּמִאֲחוֹר וְלֹא הִיָּה פְּנוּנְתוֹ לְהוֹרוֹת פְּדַעַת הָאֲחֵרוֹן דַּא"כ הַל"ל וְכֵן עֵיקַר אוֹ וְכֵן רְאוּי לְהוֹרוֹת פְּדַרְכוֹ אִיף גְּלַה לְנוֹ שְׁנֵי דַּעוֹת וְלֹא הִכְרִיעַ בְּאִנְפוֹן שְׁפַל מִי שְׂיִתְּפֹס אִין מִפְּקִינֵן מִיְנִיָּה דְּנוֹכַל לֹאמַר קִיָּם לִי פְּהֵאֵי פְּמוֹ שְׂפַתְב הַר"ר שְׂמוּאֵל מְבוּנְבַעְרַג דִּיכּוֹל לֹאמַר קִיָּם לִי פְּהֵאֵי הִבִּיאֵו הַמְּרַדְכֵי פְּרַק נַעֲרָה וּמַהֲרֵי"ק בְּסִימָן נ"א עַד פְּאֵן לְשׁוֹנוֹ וְגַם מִדְּבַרֵי מַהֲרַ"ר בְּנִימִין בְּתִשְׁבֹּת שְׁם סִימָן ט"ו מִשְׁמַע שְׂמִסְפִּים עֲמוֹ בְּזֶה רַק שְׂהַשִּׁיג עָלָיו וְזֶה לְשׁוֹנוֹ דְּלֹא מִסְתַּבֵּר פְּלַל לֹאמַר הִיכָא דְּבַרוֹר לָן הַלְכְּתָא פְּחַד תְּנָא שְׂיִתְּפֹס בַּעַל דִּין וְיִאמַר אֲנָא קִיָּם לִי פְּאִידָף תְּנָא דַּא"כ אִין לְדַבֵּר סוֹף דְּבְּכָל ש"ס וּבְפִסְקֵי הַגְּאוֹנִים הִיכָא דְּאִיכָא פְּלוּגְתָּא וְאִיפְסָקָא הַלְכְּתָא פְּחַד מְנִיָּהוּ לֹא יוֹעִיל הַלְכְּתָא רַק בְּמִקּוּם שְׂלֹא יִתְּפֹס אִידָף אֲבָל אִי תְּפִס לֹא מִפְּקִינֵן מִיְנִיָּה וְזֶהוּ דְּבַר שְׂאִי אֲפִשֵׁר וְאִין הַדַּעַת סוֹבְלָתוֹ כּו' מִשְׁמַע לְהַדִּיקָא דְּהִיכָא דְּלֹא אִיפְסָקָא הַלְכְּתָא פְּחַד מְנִיָּהוּ מְהַנֵּי תְּפִיסָה: וְגַם (מַה שְׂהַבִּיא מַהֲרַ"ר חֲזִיִּים בְּנִבְנִשְׁתִּי מִדְּבַרֵי מְהַר"י ו' לַב גְּבִי פְּלוּגְתָּא דְּהַרְמ"ה וְרַמְבַּ"ם גְּבִי מַצְרָן כּו' דְּתְּפִיסָה לֹא מְהַנֵּי בְּפִלּוּגְתָּא דְּרַבְּנֹתָא הִיכָא דְּפְּלִיגֵי בְּתְּפִיסָה עֲצָמוֹ וְלֹא פִּינוֹן יָפָה) מִדְּבַרֵי מַהֲרַ"ר חֲזִיִּים בְּנִבְנִשְׁתִּי בְּתִשְׁבֹּב' שְׂבִתְּשׁוּבַת מַהֲרַ"ר יוֹסֵף טְרַאנִי סִימָן קנ"א וּמִדְּבַרֵי תְּשׁוּבַת מַהֲרֵי"ק שְׁם מוֹכַח בְּפִשְׁיטוֹת דְּמַהֲנֵי תְּפִיסָה בְּפִלּוּגְתָּא דְּרַבְּנֹתָא רַק שְׂמִפְּלִפְלִין שְׁם אִי מוֹעִיל תְּפִיסָה הִיכָא דְּפְּלִיגֵי בְּתְּפִיסָה עֲצָמָה אִי מְהַנֵּי אוֹ לֹא וְכִמוֹ שְׂיִתְּבָאָר וּמ"ש מַהֲרַ"ר חֲזִיִּים בְּנִבְנִשְׁתִּי שְׁם בְּדָר ר"ב סוֹף ע"ב וְזֶה לְשׁוֹנוֹ אִיף יִטְעוֹן הַתּוֹפְס קִיָּם לִי דְּתְּפִיסָה מְהַנֵּי וּבְהֵא פְּלִיגֵי אִם הַתּוֹפְס מִיְקַרֵי מִןחֶזֶק אוֹ בְּעָלָיו הֵרֵאשׁוֹנִים וּבְהֵא לִית לְנוֹ לִילָף אֲלָא אַחַר הֵרֹב וְכִמוֹ שְׂפַתְב הֵרֵב הַגְּדוֹל מוֹהַר"ר יוֹסֵף ו' לַב ז"ל בְּחֻלְק שְׁנֵי מִפְּסָקֵי גְּבִי פְּלוּגְתָּא דְּהַרְמ"ה וְשִׂאֲר רַבְּנֹתָא אִם הַלּוֹקֵס הוּא מִןחֶזֶק אוֹ הַמְּצָרוֹ יַעֲוִיָּין שְׁם עַד פְּאֵן לְשׁוֹנוֹ.

וְלֹא נִהִירָא דְּפְּשִׁיט' דְּגַם בְּכַה"ג מְהַנֵּי תְּפִיסָה וְכִמוֹ שְׂהוֹכְחָתִי בְּסִימָן ק"ב ק"ג ק"ד וְכִמוֹ שְׂמוֹכַח גַּם פֶּן לְהַדִּיקָא מִדְּבַרֵי מַהֲרַ"ר יוֹסֵף ו' לַב גּוֹפִיָּה בְּסַפֵּר א' סִימָן ס"ז וְזֶה לְשׁוֹנוֹ וּבְנִדּוֹן דִּינֵן פֶּל אֲפִי שְׁוִין זוּלַת הַרְמַב"ם ז"ל עַל הֵהִיא דְּתַקְפוֹ פְּהֵן בַּפ"ק דְּמַצִּיעָא וְכַבֵּר פָּתַב מַהֲרֵי"ק דְּאִין לֹאמַר קִיָּם לִי פְּפִלוּנֵי הַגְּאוֹן הִיכָא דְּכָל חֲכָמֵי יִשְׂרָאֵל חֲלוּקִים עָלָיו עַכ"ל וְהַבֵּאתִי לְשׁוֹנוֹ לְקַמָּן בְּסִימָן קי"ח אֲלֵמָא דְּאִי הִיָּה הַמְּחַלְוֹקֵת שְׂקוּל לֹא הִנֵּה מִפְּקִינֵן מִיְנִיָּה אֲפִי בְּהֵף דְּסַפֵּק בְּכוֹר גּוֹפִיָּה וְהָא הֵתָם פְּלִיגֵי בְּתְּפִיסָה עֲצָמָה אִי מְהַנֵּי (וְכֵן פְּתוּב

בתשובת מהרי"ט שם בשם מהר"ש פיון דמוכח מדברי מהר"ר יוסף ו' לב בתשובה זו דס"ל דאפילו היכא דפליגי בתפיסה עצמה מהני תפיסה היכא דמצוי למימר קים לי ואביא דבריו בסמוך: ומה שהביא מהר"ח בנבנבשתי ראיה מדברי מהר"ר יוסף ו' לב גבי מצרן נ"ל דלא דק ואדרב' משם ראיה לכאורה להפך.

דזה לשון מהר"ר יוסף ו' לב בחלק שני סימן מ"א דף צ"ז ע"ג הא קמן דכולהו רבנותא סבירא להו דהלוקח הוא המוחזק והמצרן הוא המוציא זולתי הרמ"ה נאפי' הוא ו"ל לא פסק אלא דוקא גבי למפנר ברחוק ולגאול בקרוב ברע ולגאול בפיפה ולכרנא ולמזוני ולקבורה דלית בהו דינא דבר מצר' ובכי הני הוא דכתב הרמ"ה ו"ל דהמצרן הוא המוחזק אבל גבי ההוא דזבן במאה ושוה מאתן פבר הודה ו"ל דהלוקח הוא המוחזק מטעמא דחלק ונדכתבינו ובגדון דידן אפילו דנימא דהרמ"ה ו"ל הוא סבור דלגבי פלוגתא דרבנותא דהמצרן הוא המוחזק מפל מקום הני יחידא וליית הלכתא פנותיה וכבר כתב מהרי"ק דאפילו המוחזק אינו יכול לומר קים לי בפלוגי היכא שכל חכמי ישראל חלוקים עליו וכ"ש בגדון דידן דליכא מוחזק דהא ביהא פליגי אם הלוקח הוא המוחזק או המצרן וכיון דכן הוא דהרמ"ה הוא יחידא ביה דניא לא עבדינו פנותיה ואף על גב דלא יחידא הנה לן למיזל בתר רובא ביה דניא פיון דליכא מוחזק דהא ביהא פליגי ונדכתבינו עכ"ל ופשיטא דאין ראיה מדברי מהר"ר יוסף ו' לב אלו דהא התם אין בידי המצרן פלום דנימא דמקרי מוחזק והלפך פיון דביהא פליגי אי מקרי מוחזק הדרי לכללא דייחיד ורבים הלכה פריים והלוקח נקרא מוחזק.

ואדרבה משמע לכאורה מדברי מהר"י ו' לב להפך מדכתב דאית לן למיזל בתר רובא פיון דליכא מוחזק משמע אי הנה הלוקח מוחזק ממש אף על גב דהנה פליגי אי מהני תפיסתו לא הנה מפקינו מיניה ודוק.

ושוב ראיתי בתשובת מהר"ר יוסף טראני שם שפירש שם פן דברי מהרי"ן לב דגבי מצרן כמו שכתבתי ומשמע גם פן מדבריו דסבירא ליה למהר"י ו' לב דאפילו היכא דפליגי בתפיסה עצמה מצוי למימר קים לי וזה לשון מהרי"ט שם דף ר"ג ע"א וראיתי למהר"ש פיון ו"ל בסוף תשובתו בעניני תפיסה סימן ל"ז דלא דייני' בענין זה שיוכל לומר קים לי בפלוגי דמהני תפיסה דביהא גופיה פליגי אי התופס מיקרי מוחזק וכמ"ש מהר"י ו' לב בח"ב מפסקיו גבי פלוגתא דהרמ"ה והרמב"ם ו"ל גבי מצרן אם הוא נקרא מוחזק או הלוקח כו' ואמר שדברי טעם הם אבל לא ידעתי איך פתב בפסקיו הראשונים ביהא דתקפו פהו שהזכרתי דטעמא משום דהרמב"ם ו"ל יחיד הוא לא הני יכול התופס לומר קים לי פהני וקשיא לי מדבריו אל דבריו ולדידי מדבריו אל דבריו לא קשיא דהתם גבי מצרן הלוקח עומד בשטרי והוא הקונה מן הדיו והמצרן אין ביזו פלום אלא דמצרן הוא ואינו בא אלא בטענת שהוא מוחזק מתקנת החכמים ומאחר דלהנהו רבנותא לא מיקרי מוחזק היאך יוציא מיד הלוקח והלא ביהא פליגי אם נקרא מוחזק אף על פי שאין ביזו פלום והנה ליה ספק ונדאי ואין ספק מוציא מידי ודאי אבל הכא שנה התופס תפוס בחפץ מאן מרמי ליה מידי' הואיל ופלוגתא היא עד כאן לשון מהר"ר יוסף טראני.

הרי להדיא כמו שפתיבתי: סי' קא רק שפתיב מהרי"ט שם וזה לשונו אבל אני הבאתי ראיה בתופס בידו הואיל ומחלוק' היא בתפיסה עצמה אי חשיב' תפיסה או לא דלא הוי מדאמרין בס"פ הכותב (נ"ד פ"ד ע"ב) קריב' דרבי יוחנן תפס פרה דיתמי מסימט' אתו לקמין דרבי יוחנן אמר ליה שפיר תפסתי אתו לקמין דרשב"ל אמר ליה זילו אהדור אתו לקמיה דרבי יוחנן אמר ליה מה אעשה שפנגדי חלוק עלי ופירש"י ז"ל שקול כמותי ולא יהא אלא שקול פיון דפלוגתא היא יעמדו בתפיסתן אלא מאחר שעיקר פלונגתא בהכי הוא אי מהניא תפיס' לא מיקרי תפיסה דאין לדחות דשאני התם דאפילו לרבי יוחנן הטין איתמר שפן הקשו התוס' לרבי יוחנן דאמר שפיר תפסתי דהא מטין איתמר משמע דלכתחלה עבדינן כר"ע ושמא זה חשוב כמו דיעבד פיון שפבר תפסיה מכל מקום אפילו ניקא שפחלוק' ר"ע ור"ט מחלוקת שקול תהני ליה תפיסה בתפיסת ספק אלא משום דבהא מילתא גופי' פליגי אי מהני ליה תפיסה או לא מפקין מנייהו ואין לדחות עוד דהני קריב' דרבי יוחנן הווי ופסיל להו רבי יוחנן לדינא להכי אמר להו מה אעשה מ"מ מאחר שפבר נחלקו בהדיא ר"י ורשב"ל בהכי כדאמרין לעיל כי אתי לקמין דרשב"ל אמאי אמר להו זילו אהדורו מאחר שיודע שר"י חלוק בדבר אם לא שנאמר שרשב"ל באו לפניו בתורת בית דין ואין לדיין אלאמה בעיניו רואות ומכל מקום לא משמע הכי שהלשון שאמרו ברשב"ל כאן אמר בדבר יוחנן אתו לקמי דרבי יוחנן ואחר כך אתו לקמין דרשב"ל ואם איתא הל"ל אמר ליה רבי יוחנן שפיר תפסתי אלא משמע שפברך שאלה בא לפני שניהם עד כאן לשונו.

ולפע"ד (מה שהביא מהר"ר יוסף טראני בתשובה סימן קנ"א ראיה מפרק הכותב דהיכא דפליגי בתפיסה עצמה לא מהני תפיסה אינה ראיה כלל מד' טעמים כמו שפברך והולך) ראיה זו אין בה ממש מד' טעמים: א דכיון דרבי יוחנן גופיה נא ברירה ליה דהלכה כרבי טרפון דאל"כ היאך פסקו כל הפוסקים פריש לקיש ונא כרבי יוחנן אלא ודאי סבירא להו דכיון דרבי יוחנן אמר מה אעשה שפנגדי חלוק עלי משמע דר' יוחנן גופיה לא ברירה ליה הכי.

תדע דע"כ גם מהר"י טראני מודה דלא ברירא ליה לרבי יוחנן הכי דאל"כ פשיטא דהנה מועיל תפיסתו דהא לפי דברי רבי יוחנן הדין ברור דמהני תפיסתו ומה בכך שרשב"ל חולק עליו פיון דלדידה גופיה ברור דלא כרשב"ל אלא ודאי רבי יוחנן לא הנה בריר' ליה דהלכה כר' טרפון אלא חטין איתמר וא"כ פשיטא דאין להביא ראיה משם דהיכא דפליגי בתפיסה עצמה דלא מהני תפיסה דהא התם ליכא פלוגתא אלא לרשב"ל פשיטא ליה דלא מהני תפיסה ולר' יוחנן מספקא ליה ובכה"ג פשיטא דלא שפקין מאי דפשיטא להאי ואזליה בתר ספיקא דאידיך כדאשפתן בכמה דוכתי בש"ס ופוסקים כה"ג ועוד דהא ודאי התם לא מצוי למימר קים לי כרבי יוחנן דהא רבי יוחנן גופיה לא בריר' ליה דמהני תפיסה אבל בעלמא היכא דאיכא פלוגתא דרבנותא ממש דהאי פוסק סבירא ליה פדיון ברור דמהני תפיסה בכהאי גוונא ואידיך סבירא ליה דלא מהני ודאי מצוי למימר קים לי כהאי פוסק דסבירא ליה דתפיסתו מהני: ב דוניה דהתם רבי יוחנן גופיה הדר ביה וס"ל כרשב"ל וכמ"ש מהר"י טראני גופיה שם שהבני חבור' נר"ו השיבו עליו בזה דמדברי הרא"ש ז"ל לא משמע הכי שפתיב שפתיב כר"ע דרבי טרפון חברו הנה ואמרי' דון דיני כרבי טרפון ואהדר' רשב"ל לעובד' מנייהו וגם ר"י אמר מס אעשה שפנגדי חלוק עלי

משמע בעי למימר דרבי יוחנן גופיה הדר ביה משמעתייה עכ"ל בְּנֵי הַחֲבוּרָה וְאִם עַל גַּב דְּמֵהָר"י טְרָאנִי פֶתַב שָׁם שְׁהַשִּׁיב לְבָנֵי הַחֲבוּרָה וְז"ל לֹא כְמוֹ שְׁאַתֶּם סְבוּרִים דַּס"ל לְהָרָא"ש דְּרַבִּי יוֹחָנָן הָדַר בֵּיהּ מִשְׁמַעְתֵּיהּ דְּאִם כּוֹן לֹא ה"ל לְמִימַר שְׁפַנְגְּדֵי חֲלוּק עָלֵי כְּדַפְּנֵי רַש"י ז"ל אֲנוּשׁ כְּעַרְפֵי וְרֵאוּי לְחֲלוּק עָלֵי דְּמִשְׁמַע דְּעַדְיִין הַמְּחַלְוֹקַת בְּמַקּוּמָה עוֹמֵד הַל"ל הָדַרִי בֵּי אֵלָא בָּא לְלַמּוּד הָרָא"ש ז"ל הִלְכָה לְמַעֲשֵׂה דְּמַפְקִינָן מִיְנֵיהּ אַהֲדַר עֲוֹבְדָא מִיְנֵיהּ וְאִם ר' יוֹחָנָן דְּפָלִיג אָמַר מָה אַעֲשֵׂה שְׁפַנְגְּדֵי חֲלוּק עָלֵי כְּלוּמַר הוּאִיל וְיִשׁ מְחַלְוֹקַת שְׁקוּל בְּעִיקַר הַתְּפִיסָה לֹא עָלְתָה תְּפִיסָה דְּשָׁלָא בְּרִשׁוֹת תְּפִיסוּ וְצָרִיכִים אַתֶּם לְהַחֲזִיר לְבַעֲלֵיהֶן דַּה"ל תְּפִיסָה בְּסַפְק אִם אָנוּ נֹאמַר דְּלֹא מְהַנִּי תְּפִיסָה עַכ"ל.

מ"מ דְּבָרֵיו אֵלּוּ אֵינָם מְוַכְרְעִים דְּשִׁפִּיר י"ל דַּר' יוֹחָנָן גּוֹפִיָה הָדַר בֵּיהּ הַגִּס שְׁאַפְשֵׁר לְדַחֲוֹק וְלוּמַר דַּר' יוֹחָנָן לֹא הָדַר בֵּיהּ מְכָל מְקוּם מִנֵּי לְאַתּוּנֵי רְאֵיהּ וּבְפָרְט שְׁפִשְׁט לְשׁוֹן הָרָא"ש מִשְׁמַע דְּהָדַר בֵּיהּ וּכְדַעַת בְּנֵי הַחֲבוּרָה וְעַכ"פ מִיְדֵי סְפִיקָא לֹא נִפְקָא דַּע"כ לְרַבִּי יוֹחָנָן סְפוּקֵי מְסַפְקָא לִיהּ דְּאִם לֹא כּוֹן לֹא הָנִי פָּסַק הָרָא"ש כְּרַשְׁב"ל וְלֹא כַר' יוֹחָנָן כִּינּוּן דַּר' יוֹחָנָן בְּרוּר דְּמַהֲנֵי תְּפִיסָה וַא"כ אֵין רְאֵיהּ מְהַתֵּם ג דְּפִשְׁט' דְּמִילְתָא דְּהַד עֲוֹבְדָא דַּר"י מִשְׁמַע דַּר' יוֹחָנָן הָיָה פְּסוּל לְדוֹן לְקַרְיָבֵי דְּהָא לֹא אֲשַׁפְחוּן בְּשַׁאֲר מְקוּמוֹת בְּש"ס כַּה"ג דְּאִתּוּ לְקַמְלֵי דַּר' יוֹחָנָן וְאִתּוּ לְקַמְלֵי דְּרַשְׁב"ל וַא"ל ר' יוֹחָנָן בְּכַנְגְּדֵי חֲלוּק עָלֵי וְכַה"ג רַק הָכָא דְּהָנִי קַרְיָבֵי דַּר' יוֹחָנָן דְּהָנִי ר' יוֹחָנָן פְּסוּל לִיהּ לְדִינָא וַא"כ הָיָה בְּהַכְרַח שְׁיָבוֹא הַדִּין לְפָנֵי רַשְׁב"ל וַא"כ כִּינּוּן דְּרַשְׁב"ל הָנִי פְּשִׁיטָא לִיהּ דְּלֹא מְהַנִּי תְּפִיסָה וַא"כ שִׁפִּיר קָאמַר ר' יוֹחָנָן מָה אַעֲשֵׂה שְׁפַנְגְּדֵי שְׁקוּל כְּמוֹתֵי חֲלוּק פְּלִי וְאֵין כּוֹן לְכֶם גְּבַטַל דְּבָרֵיו מֵאַחַר שְׁאַנִּי פְּסוּל לְדִין וְהוּא הַדִּינּוּ וְיִכּוּל לְהוֹצִיאֵו וְיִשׁ רִשׁוֹת בְּיָדוֹ לְוַמְרַשְׁאַנִּי חוֹלַק עַל ר' יוֹחָנָן שְׁהָרִי הוּא שְׁקוּל כְּמוֹתֵי.

ומה שְׁנֵאמַר בְּש"ס הַלְשׁוֹן בְּשִׁנְיָהֶם וְשׁוּנָה אֵין קַפִּידָא בְּכַד וְלֹא לְחַנּוּם קָאמַר בְּש"ס קַרְיָבֵי דַּר' יוֹחָנָן אֵלָא לְהוֹרוֹת דַּר' יוֹחָנָן הָיָה פְּסוּל לְדוֹנּוּ. גַּם מ"ש מְהָר"י טְרָאנִי כִּי אִתּוּ לְקַמְלֵיהּ דְּרַשְׁב"ל אֵמַר לְהוּ זִילוּ אַהֲדוּרוּ מֵאַחַר שְׁיִוְדַע שַׁר' יוֹחָנָן חוֹלַק בְּדָבָר כּוֹ דְּבָרֵיו תְּמוּוּהִים דְּדַבְּרֵי רַבִּי יוֹחָנָן הָיוּ כְּאֵין נְחָשְׁבוּ בְּעֵינֵי רַשְׁב"ל וְהָנִי בְּרִירָא לִיהּ לְרַשְׁב"ל דְּלֹא כַר' יוֹחָנָן וּלְכַד אָמַר לְהוּ אַהֲדוּרוּ דְּשִׁפִּיר עֲבַד אִפִּי לֹא הָיוּ בָּאִים לְפָנָיו בְּתוֹרַת דִּין וּמְכָל שְׁכֹן לְפִי מַה שְׁכַתְּבֵתִי שְׁבָאוּ לְפָנָיו בְּתוֹרַת דִּין דְּהוֹכַר' גְּפִסּוּק לְהֵם לְפִי רְאוּת עֵינָיו: ד שְׁהָרִי ר' יוֹחָנָן לֹא אָמַר לְהֵם שְׁיַעֲשׂוּ כְּרַשְׁב"ל רַק כְּשִׁחְזָרוּ וּבָאוּ לְפָנָיו אָמַר מַה אַעֲשֵׂה אֵינִי יְכוּל לְהוֹשִׁיעַ לְכֶם שְׁפַנְגְּדֵי חֲלוּק עָנִי וְאִם דַּעֲתִי נוֹטָה דְּשִׁפִּיר תְּפִיסָתוּ מַה אַעֲשֵׂה שְׁפַנְגְּדֵי חֲלוּק עָלֵי וְהוּא שְׁקוּל כְּמוֹתֵי לְעִשׂוֹת מַעֲשֵׂה בְּדָבָר זֶה כְּמוֹ שְׁיַרְצָה: וְגַם בְּתִשׁוּ' סִימָן ע' כְּתַב מְהָר"י טְרָאנִי דְּתְּפִיסָה לֹא מְהַנִּי בְּפִלּוּגְתָא דְּרַבּוֹנָתָא הִכָּא דְּפָלִיגֵי בְּתְּפִיסָה עֲצָמָה וְעִיקַר רַא תּוּ שָׁם מְהַד דְּפָרַק הַכּוֹתֵב דְּלַעֲיִל וְכִינּוּן שְׁפָרַב בְּרִרְתִּי דַּאֵין מִשְׁם רְאֵיהּ כְּלָל אֵין צוּרָף לְהַשִּׁיב עַל יְתַר דְּבָרֵיו שְׁכַתְּבֵתִי שָׁם בְּסִימָן ע' כִּי נִרְאָה לְכָל מְבִין וּמַעֲיִין שָׁם בְּדַבְּרֵיו שְׁאֵין בְּהֵם מִשְׁמַע מְכַח חֲדָרִים מַעֲצָמָם מִיְנֵיהּ וּבִיהּ עֵינָן שָׁם שְׁכַתְּבֵתִי בְּדָף צ"א סוּף ע"ב וְז"ל וְכֹן מוֹכַח מְהֵהִיא שְׁמַעְתָּתָא דְּרִישׁ מְצִיעָא דְּתַקְפוּ כְּהֵן כּוֹ' וְלֹא תִימָא כִּי אֲמַרִינָן דְּהָנִי תְּפִיסָה סְפַק דּוּמִיָּא דְּתַקְפוּ כְּהֵן שְׁהוּא סְפַק שַׁא"א לְעַמּוּד עָנִי אֲבָל בְּפִלּוּגְתָא דְּרַבּוֹנָתָא אָמַר קִים לִי אֲנָא כְּהֵנִי מְסַתְּבַר' טַעמָא בְּתְּפִיסָה וְדַאי מְחַשְׁבָּה אֵין טַעַם לְוַמַר כּוֹן דְּלֹאוּ כְּל מְיִנְיָה שְׁיִאמַר כּוֹן הוּאִיל וְאָנוּ אֵין בְּיָדֵינוּ לְהַכְרִיעַ בֵּין שְׁנֵיהֶם מַאי מְהַנִּיָּא שְׁיִאמַר לְדִידִי בְּרִירָא לִי הַד סְבָרָא עַכ"ל וְדַבְּרֵיו אֵלּוּ תְּמוּוּהִין כִּינּוּן דַּאִיהוּ גּוֹפִי' מוֹדָה הִכָּא דְּלֹא

פליגי בתפיסה עצמ' אי מהנני תפיסתו וכדכתב שם להדיא פמה פעמים אלמא דבע"כ צריף לומר דפלוגתא דרבננותא לא דמי לספק בכור מה"ט דפלוגתא דרובותא חשיב טענת ברי וכמ"ש מהרי"ק שו"ת קס"א והבאתי לשונו לעיל סימן ע"ט או מאינך טעמי שפתייתי לעיל סימן פ"ה ופ"ז אם כן הוא הדין היכא דפליגי בתפיסה עצמה ודאי מצי למימר ברירה לי הך סברא: סי' קב והנה אחר שבררתי ודחיתי כל דברי מהר"י טראני באופן שאין ראיה דלא מהני תפיסה היכא דפליגי בתפיסה עצמה מתעורר להביא ראיות דמהא תפיסה אפינו היכא דפליגי אמוראי או רבנותא בתפיסה עצמה אי מהנני (דין ראיה דמהני תפיסה בפלוגתא דרבננותא אפילו היכא דפליגי בתפיסה עצמה אי מהנני מדברי מהר"י ו' לב ספר א' סימן פ"ז) והנה כבר כתבתי לעיל סי' ק' דמדברי מהר"ר יוסף בן לב ספר א' סימן פ"ז מוכח דאפי' היכא דפליגי בתפיסה עצמה אי מהנני או לא מצי התופס אר קים לי פהך פוסק דס"ל דמהני.

ואע"ג דמהר"י ו' לב שם חשיב פלוגתא דרבננותא טענת שמה מפל מקום נשמע מדבריו דהיכא דמהני תפיסה מהני אפילו היכא דפליגי בתפיסה עצמה וא"כ לפי מה שהעליתי בסימן ע"ט ופ"א דבפלוגתא דרבננותא מהני תפיסה דהוי טענת ברי או משחר טעמים שפתייתי בסימן פ"ה ופ"ו ואם כן ה"ה אפינו היכא דפליגי בתפיסה עצמה דינא הכי תדע שהרי גם מהר"י טראני הבין מדברי מהר"י בר לב כן וכמו שפתייתי לשונו למעלה סוף סימן ק' (עוד ראיה מדברי מהר"ר דוד ו' לב ספר שני סימן נ"ה) ועוד דראיה מדברי מהר"ר דוד ו' לב ספר שני סימן נ"ה שכתב כן להדיא גבי אלמנה שתפסה למזונותיה יתר משלשים יום וזה לשונו ואית לן למיעבד עובדא כו' עד דהך דאינך תפיסנ' הוי תפיסה עכ"ל והבאתי לשונו לעיל סימן פ"ד (עוד ראיה מתשובת רשב"א סימן שי"א) ועוד ראיה מתשובת הרשב"א סי' שי"א שכתב שטעמו של הרמב"ם שפסק בספק בכור תקפו פהן אין מוציאין מידו משום דפסק כרב המנונא אף על גב דרב חנני' ודאי ס"ל דתקפו פהן מוציאין מידו דכל היכא דפליגי תרי אמוראי ולא איפסקא הלכתא כחז מנייהו מספקא לא מפקינן ממונא ממאן דתפיס אלא ממונא היכא דקאי ליקום עכ"ל אלמא אפי' היכא דפליגי בתפיסה עצמה לא מפקינן ממאן דתפיס ואף על גב ששאר כל הפוסקים ס"ל גבי ספק בכור תקפו פהן מוציאין מידו וכמו שכתבו התוס' ושאר פוסקים וכמו שמשמע באמת פשט הסוגיא בפ"ק דמציעא אבל מ"מ ילפינן שפיר מתשו' הרשב"א דבעלמא היכא דקי"ל דמהני תפיסה בפלוגתא דאמוראי או דרבננותא אפילו היכא דפליגי בתפיסה עצמה דינא הכי וספק בכור שאני מפמה טעמים וכמו שחלקתי לעיל סימן ה' וסימן ו' לדעת הרבה פוסקים דדוקא בספק בכור לא מהני תפיסה מטעם דאפילו הנה ודאי בכור יכול בעליו ליתנו לכהן אחר או מטעם דהתם הוי ספק שאי אפשר להתברר לעולם ולא תליא בסברא פלל משא"כ בשאר ספיק' דדינא ועיין שם בסימן ה' ו' ובסימן ע"ד.

ומכאן נמי ראיה דס"ל להרשב"א עצמו דמהני תפיסה בפלוגתא דרבננותא דהא כתב דטעמא הוא דתקפו פהן דאין מוציאין מידו משום דהוי פלוגתא דאמוראי ואם כן נהי דבספק בכור לא ס"ל פהרמב"ם הנינו מהך טעמי שפתייתי אבל בעלמא לא חזינן דפליגי עליה ומשמע דמודה דבפלוגתא דרבננותא מהני תפיסה ודוק וכ"ש לפי מ"ש לעיל סי' א' דלענין מעשה גם הרשב"א חושש לסברת הרמב"ם גבי ספק בכור ע"ש: סי' קג (עוד

רְאִיָּה מִתְּשׁוּבַת מַהֲרַד"ך) וְעוֹד רְאִיָּה מִתְּשׁוּבַת מַהֲרַר דְּוֹד פֶּהוּ דְאָפְנִי הֵיכָא דְפְּלִיגִי בְּתַפְסָה עֲצָמָה לָא מְפָקִינָן מִיְּנִיָּה שְׂפִתָּב בְּבֵית ב' סִי' ט' וְזֶה לְשׁוֹנוֹ אֵלָא שְׂאֲנִי אוֹמֵר דְּהוּאִיל וְהַגְּבֵרַת הַזֹּאת תְּפָסָה שְׂאִין לְהוּצִיא מִיָּדָה לְדַעְתּוֹ שֶׁל מַהֲרַמ"מ וְ"ל דְּהוּאִיל וְאֲנִי מְסַן פְּקִין בְּדַבְּרִיו אִם הוּא וְ"ל בְּכ"מ שֶׁהוּא חֲזִיב לְהוּצִיא וְלִיתָן כְּתוּבָה סֶבֶר פֶּן אוּ דוּקָא בְּמָקוֹם שְׂאֲמָרוּ בְּהַדְּלִי יוּצִיא וְיִתָּן כְּתִיבָה אִין לְנוּ לְהוּצִיא מִיָּדָה מְסַפְקָא אֵלִיבָא דְּהַרְמְב"ם וְ"ל דְּסֶבֶר בְּכָל תִּיקוּ שְׂבִש"ס אֲפִילוּ הֵיכָא שְׁהַנְתַּבַּע מְוַחֲזָק אִם תְּפַס הַתּוֹבַע אִין מוּצִיאִין מִיָּדוּ וְאֲפִילוּ הֵיכָא שְׁהַסְפַק הוּא מַצַּד הַדִּין בְּעֲצָמוֹ וְנָא מְצִי נְתַבַּע לְטַעוֹן בְּהָא (נ"ל שְׂצ"ל בְּרִיא) שְׁהָרִי בְּהִנְהוּ בְּעִיָּא דְרַבִּי יְרֵמְיָה דְּפָרַק מְרֻבָּה סוּף מַתְנִי' דְּמַכְרוּ חוּץ מֵא' מֵמֵא' שְׂבִי פְּסָק הוּא וְ"ל בְּפָרַק שְׂנֵי דְהִלְכוֹת גְּבֻבָה שְׂאִם תְּפַס הַנִּיזָק תְּשַׁלּוּמִין ד' וְה' שְׂאִין מוּצִיאִין מִיָּדוּ וְאָפְנִי לְהַרְאָב"ד וְ"ל שְׁהַשִּׁיג עַל דְּבַרְיוֹ מוּדָה הוּא בְּכַנְדוֹן דִּידָן שְׂאִין מוּצִיאִין מִיָּד הַתּוֹפֵס דְּעַד כָּאֵן לָא פְּלִיג אֵלָא מְטַעֲמָא דְּהוּי קִנְס אֲבָל הֵיכָא דְּלָאו קִנְס הוּא דְּבַנְדוֹן דִּידָן מוּדָה הוּא שְׂאִין מוּצִיאִין מִיָּד הַתּוֹבַע שְׁתַּפְּס וְכַתְּב הָרַב בְּמ"מ מְשִׁמוּ וְכֵן בְּהִהוּא דְּפ"ק דְּמַצִּיעָא בְּסַפְק בְּכוֹר שְׁתַּקְּפוּ כִּהֵן פְּסָק הַרְמְב"ם בְּפ"ב מֵה' בְּכוֹרוֹת שְׂאִין מוּצִיאִין מִיָּדוּ וְלֹא מְצָאנוּ שְׁהַרְאָב"ד וְ"ל יַחְלֹק עָלָיו וְכֵן פְּסָק בְּעַל הַסְּמ"ג וְ"ל וְלֹא כִּהִנְהוּ רַבְרַבִּי דְּסַבְרִי דְּמוּצִיאִין וְדַקְדְּקוּ מְזָה דְּכָל שְׁתַּחֲלַת דִּינוֹ הַמַּע"ה וְתַפְּס חֲבָרוּ דְּמוּצִיאִין מִיָּדוּ וְכֵן בְּסַמ"ג בְּעִשָּׂה סִי' ע' כְּתַב שְׂרַבְיָנוּ חֲנֻנְאֵל וְרַש"י וְ"ל סַבְרִי כִּהַרְמְב"ם בְּכָל תִּיקוּ שְׂבִש"ס עַכ"ל אֵלְמָא דְאָפְנִי הֵיכָא פְּלִיגִי בְּתַפְסָה עֲצָמָה מְהִי תַפְסָה.

וְאֵע"ג שְׂפִתְבִּתִּי לְעֵיל סִי' א' וּב' דְּלָא קִי"ל כִּהַרְמְב"ם וּמַהֲרַד"ך בְּהַךְ דְּסַפְק בְּכוֹר הַיְיָנוּ דוּקָא בְּסַפְק בְּכוֹר וּמְפָל הַנֶּה טַעֲמֵי שְׂפִתְבִּתִּי שְׂמ וְכַמ"ש בְּסַמוּף סִי' קַד (גַּם מִדְּבַרִּי מְהַרְמ"א וּמַהֲר"מ יָפָה בַּא"ע סִי' צ"ג וְהַגְּהַת דְּרִישָׁה שְׂמ וְ"ל לְהוֹכִיחַ פֶּן) וְגַם מִדְּבַרִּי מְהַרְמ"א בַּא"ע סִימָן צ"ג סְעִיף כ"ב וּמַהֲר"מ יָפָה וְהַגְּהַת דְּרִישָׁה שְׂמ יֵשׁ לְהוֹכִיחַ דְּמַהֲנֵי תַפְסָה בְּפִלּוּגְתָא דְּרַבְּנוֹתָא אִפִּי הֵיכָא דְּפְּלִיגִי בְּתַפְסָה עֲצָמָה.

שְׂפִתָּב שְׂמ מַהֲרַמ"א יִגְבִּי אֵלְמָנָה שְׁתַּפְּסָה מְטַלְטְלִים כְּדִי שְׁתַּזוֹן מֵהֵם בֵּין שְׁתַּפְּסָה מְחִיִּים בֵּין שְׁתַּפְּסָה אַחַר מוֹת בְּעֵלָה אִין מוּצִיאִין מִיָּדָה. וְ"ל י"א דְּלָא הוּי תַפְסָה אֵלָא כְּשְׁתַּפְּסָה מַרְה"ר אוּ מְסַמְטָא אֲבָל נָא מְרִשׁוֹת יוֹרֵשׁ וְיֵשׁ חוֹלְקִין עַכ"ל וְאִי לָאו דַּס"ל עֵינְקָר לְדִינָא דְּמַהֲנֵי תַפְסָה לְאִיוֹם צְוֹרָף הַבִּיא דַּעַת הִי"ח אֵלָא וְדַאי ס"ל דְּכִינֹן דְּפִלּוּגְתָא דְּרַבְּנוֹתָא הִיא לָא מְפָקִי מִיְּנִיָּה לְכַף הַבִּיא דַּעַת הִי"ש חוֹלְקִים לְהוֹרוֹת דְּהוּי פִּלּוּגְתָא דְּרַבְּנוֹתָא וְלֹא מְפָקִי מִיְּנִיָּה אֵלְמָא אִפִּי הֵיכָא דְּפְּלִיגִי בְּתַפְסָה עֲצָמָה לָא מְפָקִי מִיְּנִיָּה (וְאִין לְהַקְשׁוֹת א"כ ה"ל לְכַתּוּב בְּסַתֵּם דְּמַהֲנֵי תַפְסָה אִפִּי מְרִשׁוֹת יוֹרֵשׁ הָא לְק"מ כַּמ"ש לְעֵיל רִישׁ סִי' ע"ו ע"ש) וְכֵן מְשַׁמַּע מְהַגָּה דְּרִישָׁה בַּא"ע שְׂמ סִי' נ"ב סִל"ה מֵה שְׂפִתָּב אָבִיו בְּדְרִישָׁה שְׂמ פִּי מַר"ת אוּ מְסַמְט' כְּתַב בְּהַגְּהַת דְּרִישָׁה וְ"ל אֲמָנָם בְּרִיב"ש סִימָן ש"ד מְשַׁמַּע דְּאָפְנִי מְבֵית יוֹרֵשִׁים מְהִנֵּי תַפְסָה וְכ"כ מְהַרְמ"א עַכ"ל וְיִמְנָא לִיָּה דְּדַעַת מְהַרְמ"א הוּא פֶּן הָא מְהַרְמ"א הַבִּיא ב' דַּעוֹת וְלֹא הַכְרִיעַ וְדוּחַק לֹא מְרַשׁ דַּמ"ש בְּהַגְּהַת דְּרִישָׁה וְכ"כ מְהַרְמ"א ר"ל וְכ"כ מְהַרְמ"א דְּבַרִּיב"ש סִי' ש"ד מְשַׁמַּע פֶּן אֵלָא וְדַאי דַּס"ל לְהַגְּהַת דְּרִישָׁה כְּדָפְנִי בְּמַדְהִבִּיא מְהַרְמ"א ב' הַדַּעוֹת ס"ל דְּלָא מְפָקִי בְּפִלּוּגְתָא דְּרַבְּנוֹתָא דַּא"כ לָא ה"ל לְהַבִּיא דַּעַת הִי"ש חוֹלְקִים פְּלִל.

וכן מוכח במהר"מ יפה בא"ע שם שהשמיט הגהת מהרמ"א רבו הנ"ל ופשוט דבריו שם משמע להדיא דמהני תפיסה אפילו מרשות יורש מדכתב סוף דברי הגהת מהרמ"א רבו דאם לא תפסה רק מפתחות החדרים לא מיקרי תפיסה והיגונו ע"כ פדעת היש חולקים וכדאיתא בהגהת מהרמ"א שם להדיא ע"ש ועוד מדהוסיף מהר"מ יפה שם בטעמא דהחדרים ברשות יורשים קיימי והכל ברשותם כ' משמע אלו הנה ברשות האלמנה אע"פ שתפסה מרשות היורש הנה מועיל והיאף פסק מהר"מ יפה בפשיטות פדעת היש חולקים וגם היאף השמיט הגהת מהרמ"א רבו א"ו ס"ל דכיון דהוי פלוגתא דרבנותא מהני תפיסה לכך פתב בקצור דדוקא משום דתפסה המפתחות לא מהני תפיסה אבל אם היתה תפסה גוף הדברים שבחדרים אפי' מרשות יורש מהני וס"ל דגם דעת מהרמ"א פו להלכה וכמ"ש.

(עוד נ"ל להוכיח מדברי מהרמ"א ומהר"מ יפה בא"ע סי' צ"ו) ועוד יש להוכיח פו מדברי מהרמ"א ומהר"מ יפה בא"ע ריש סי' צ"ו שכתבו שם גבי אלמנה שלא נשבעה על כתיבתה דאין יורשי' יורשים כתובתה מספק דשמא נתפרעה וזה לשונם י"א הא דאין יורשיה יורשים כתובתה היגונו בדלא תפסה דמספק אין מוציאין מיד היורשים שמא נתפרעה אבל אם תפסה יורשי' יורשים כתובתה הואיל והו מוחזקין ג"כ אין מוציאין מידם מספק ויש חולקים ועי' בחו"מ סימן ק"ח עכ"ל.

והכא נמי יש לדקדק לאיזה צורך הביאו ב' הסברות א"ו כמ"ש פסמוף. ודוחק לומר דשאני הכא כיון דתפסה בחייה חשיבה גבי יורשיה פטענת ברי וכדקי"ל בחו"מ ס"ס ע"ה דאמר לי אבא שאמה חייב לו מנה או מצאתי בפנקסו שאמה חייב לו מנה ה"ל טענת ברי ומשביעי' אותו על פיו וה"נ כיון דתפסה בחייה לא גרע ממצאו פתוב בפנקסו.

ועוד דכיון דהוכחתי לעיל סימן ט"ז לדעת הטור דטענת ברי בכה"ג לא מעלה ולא מוריד א"כ בע"כ גם דעת מהרמ"א ומהר"מ יפה פו שהרי גם הם כתבו בח"מ סי' שפ"ח ס"ז גבי נמסר שתפס די"א דלא מהני תפיסה בספיקא דדינא וכמ"ש הטור שם ועור דמ"מ יש להוכיח מדברי מהרמ"א ומהר"מ יפה פו דכיון דכתבו בא"ע שם גבי תפסה האלמנה דיש חולקין אלמא דאם תפסו יורשיה אחר מותה מיורשי בעלה פשיטא דיש חולקים דלא מהני תפיסה וא"כ אמאי בח"מ סימן ק"ח סי' א"א גבי מת לנה בחיי מלנה וקדמו יורשי המלנה ותפסו מנכסי יורשי הלנה שכתב בש"ע שם בסתם דאין מוציאין מידם ולא הביא שום חולק בדבר וגם מהרמ"א סתם פותיה וכ"כ מהר"מ יפה שם בפירושו.

ואין לסלק בין כתובה למלנה כדמוכח להדיא בש"ס סוף פרק פל הנשבעין ובכל הפוסקים דחד דינא אית להו וא"כ לכל הפחות הנה להם למהרמ"א ולמהר"מ יפה להזכיר בח"מ דיש חולקין א"ו ס"ל נהי דיש חולקין מ"מ כיון דבפלוגת' דרבנותא היא לא מפקינן מיד התופס ולכך הניחו בח"מ דברי הש"ע פהווייתו.

וכאן אין לדחות אפי' בדוחק דהיורשים טוענים ברי דהא היורשים תפסו והם ודאי אינם טוענים. ברי.

ואין להקשות א"כ גם באה"ע ר"ס צ"ו ה"ל למהרמ"א ומהר"מ יפה לכתוב בסתם דמהני תפיסה הא לק"מ דהשלמא בח"מ שכתב הש"ע שם פו בסתם הניחו דבריו אבל בא"ע

שלא כתב הש"ע כלום ונדאי הן כרחו להביא ב' דעות ומטעם שפתיבתי לעיל ר"ס ע"ו ע"ש: סי' קה ובנה נתפרר בהרבה ראיות ברורות דמהני תפיסה בפלוגתא דרבננותא (אף שזה פשוט הארכתתי הרבה להוציא מלב החולק עלי שאומר דלא מהני תפיסה בפלוגתא דרבננותא כמו דלא מהני בתיקו) ואף שהדבר פשוט בעיני לא הוצרכתי להאריך אלא להוציא מלב החולק עלי שר"ל דלא מהני תפיסה בפלוגתא דרבננותא כמו דלא מהני בתיקו ולכך רצה להורות בנדון השאלה שלפנינו שהתחלנו בה דלא מהני התפיסה שתפס ראונו מתמת עסק השותפות וכבר הארכתתי דגם בתיקו יש פנים וקרוב לומר דמהני תפיסה ואפילו מאן דס"ל בתיקו לא מהני תפיסה מודה בפלוגתא דרבננותא והחולק רצה להביא ראיה ממ"ש הרא"ש וטור וש"ע בח"מ ר"ס קל"ט גבי ארבא דאם תפס א' מהן וחזר חברו ותפסו ממנו מוציאין מידו ואין זו ראיה כלל.

וכמ"ש למעלה סי' י"ט אות ח'. ותו דגבי ארבא גופיה העליתי שם לדינא דאם חזר ותקפו אין מוציאין מידו ע"ש.

(עוד הביא ראיה מי"ד ר"ם שט"ו וגם זה אינו ראיה משלש טעמים) עוד רצה להביא ראיה ממ"ש מהרמ"א בי"ד ר"ס שט"ו גבי ספק בכור דהלקתא דמוציאין מידו עוד כתב הש"ע שם אנדרוגינוס הוא ספק בכור כו' עוד כתב הש"ע שם סעיף ו' פרה שילדה כמין חמור כו' ילדה מין סוס או גמל ה"ז ספק בכור ואם תפסי פהן אין מוציאין מידו וכתב מהרמ"א וכבר נתבאר דנקטינו דאם תקפו פהן מוציאין מידו עכ"ל ומדכתב מהרמ"א וכבר נתבאר כו' משמע דקאי נמי אאנדרוגינוס שהזכיר הש"ע בסעיף ד' דהוי ספק דנקטי בי' נמי דאם תפסו פהן מוציאין מידו ובאנדרוגינוס לא כוי ספק בכור אלא מכח פלוגתא דרבננותא וכדאיתא בהרא"ש.

אלה הם דבריו ואין בראיה זו ממש משלשה טעמים: א דמידי איריא הא כדאיתא והא כדאיתא בילדה כמין סוס או גמל פיון דבעיא ולא איפשטא היא מוציאין מידו אבל באנדרוגינוס פיון דלא הי אלא פלוגתא דרבננותא אין מוציאין מידו וע"כ לא ביאר מהרמ"א גם בס"ד דמוציאין מידו: ב דהא הרמב"ם והרבה פוסקים פסקו דאנדרוגינוס הוי חולין גמורים ורא"ש משפע דמכח חומרא הוא דכתב דהוי ספק בכור דזה לשון הרא"ש וכינון דפליגי בהאי פיקא רבננותא טוב להחמיר ובכור מספק הוי כו'.

והלכך פיון דלענין דינא נראה עיקר פהרמב"ם וסייעתו רק מכח חומרא יש להחמיר לענין איסורא אבל פשיטא דאי תפס מפקינו מיניה. וזה נראה דעת הש"ע שבסעיף א' וסעיף ו' גבי ספק בכור כתב דאם תקפו פהן אין מוציאין מידו ומה נשתנה הך דינא דס"ד דלא כתב הש"ע פן א"ו גם הש"ע מודה בכאן דמוציאין מידו ותדע שהרי הש"ע דרכו לקמשך בכ"מ אחר דעת הרשב"ם ולמה כתב פהן כדברי הרא"ש א"ו משום חומרא דאיסורא כתב כדברי הר"ז ש"כוי ספק בכור אבל לענין דינא ס"ל עיקר פהרמב"ם דאנדרוגינוס הוא חולין גמורים ואפילו תקפו פהן מוציאין מידו וא"כ פיון דאפילו הש"ע גופיה מודה בהא פשיטא דאין משם ראיה דבפלוגתא דרבננותא לא מהני תפיסה: ג דספק בכור שאני דיש בו תורת הנאה לבעלים לכך מוציאין מידו וכמו שמוכרת לחלק פן לדעת הרבה פוסקים וכמ"ש לעיל סי' ה' ו': סי' קו (עוד מביא ראיה מתשובת דברי ריבות סימן שט"ו וג"ז אינו ראיה כלל) עוד רצה להביא ראיה מתשו' דברי ריבות סימן שט"ו

דכתב שם גבי ראובן שהניח אלמנה וכן וכת ונתנה האלמנה הרבה מנכסי ראובן וגם בית א' להבת והשיב דאמר שמואל בפרק מציאת האשה לפרנסה שמיין באב ונתלקו הפוסקים אי אמרינו דעתיה דאב בין לאוסופי על עישור נכסי ובין לפחות או דוקא לפחות מעישור נכסי אבל לאוסופי לא וק"ל הכריח פדברי ר"מ דלא אזלין בטר אומדנא דאב אלא לפחות מעישור נכסי אבל להוסיף לא וכ"פ הרא"ש כמ"ש הטור סימן קי"ג וכ"פ מהרי"ק שורש ע"ח וכינון שמת ראובן הנזכר הנכסים עומדים בחזקת היתום וכינון שכן חי נתן רשות לאמו להוציא הנכסים מחזקת היתום וליתן לבתה יותר מעישור נכסי במקום דאיכא פלוגתא דרבנותא כ"ש דבגדון דידן מעולם לא אמדוהו לראובן לתת הסף שנתנה לבתה ונמצא שכל מה שנתנה יותר מעישור נכסי הנה גזל גמור שגזלה מעולה ליתום כו' ולענין הבית הנזכר אם הי' ידוע שהיתה של ראובן אביו אפי' התיקו בה כמה שנים אין מועיל להם חזקת כו' עכ"ל הרי שכתב דהוי פלוגתא דרבנותא ואפ"ה פסק דהוי גזל גמור וצריכ' הבת להחזיר הכל אלה הם דבריו.

וגם בראיה זו אין ממש מג' טעמים א שהרי כתב וק"ל הכריח פדברי ר"ת כו' ול' הכריח משמע שכן הוא עיקר פינון שהכריח פו וגם מדכתב וכו פסק הרא"ש וטור ומהרי"ק כו' משמע דס"ל דכו עיקר.

ומ"ש אכ"פ מי נתן רשות כו' במקום דאיכא פלוגתא דרבנותא כו' ר"ל פינון דאיכא פלוגתא דרבנותא והעיקר בהנהג' רבנותא דלא אמרינו דעתיה דאב להוסיף א"כ מי נתן לה רשות כו': ב שהרי לא כתב רק מי נתן רשות לאמו כו' ואתמוהי קמתמיה מאמו שעשתה שלא פדין דכינון דהוא פלוגתא דרבנותא לא הנה לתת יותר מעישור נכסי אבל לא הזכיר פלוגתא צריכה להחזיר הכל רק בבית כתב שאין מועיל חזקתה וקרקע שאני דלא מהני בה תפיסה וכמ"ש לעיל סימן נ"ח וסימן צ"ב וצ"ו.

ומ"ש שכל מה שנתנה יותר מעישור נכסי הנה גזל גמור שגזלה ליתום כו' ר"ל גזל גמור ביז אמו אבל אצל בתו אה"נ דלא הוי גזל גמור: ג שהרי לא כתב דהוי גזל גמור כו' רק אחר מ"ש כ"ש דבגדון דידן מעולם לא אמדוהו לראובן כו'.

א"כ פינון שמעולם לא אמדוהו לראובן כו' ליכא פלוגתא דרבנותא פלל וא"כ פשיטא דהוי גזל גמור ונה ברור: סי' קז עוד רצה להביא ראיה דלא מהני תפיסה בפלוגתא דרבנותא מתשו' מהרי"ן לב ס' א' סי' ס"ז שהבאתי לקמן סי' קי"ח וכבר כתבתי לעיל סימן פ"ו דאין מדברי מהרי"ן לב אלו ראיה ושאפילו הנה דעתו כה פינון דבנו מהר"ר דוד ו' לב דהוא בתראה פליג עליה נקטינו פותיה.

ועוד שפבר הוכחתי בהרבה ראיות ברורות מדברי הרבה פוסקים מאד ומדברי הרבה אחרונים דמהני תפיסה בפלוגתא דרבנותא בכל ענין זולתי הת"ה סימן שכ"א דס"ל דפלוגתא דרבנותא הוי כמו תיקו וכבר השיג עליו מהר"ש"ל פרק פיצד הרגל סי' ה' והבאתי לשונו לעיל סימן פ"א והבאתי הרבה ראיות לדבריו וגם כסי' ע"א הבאתי יותר מעשרה פוסקים גדולים ומפורסמים דס"ל אפי' בתיקו גופא דמהני תפיסה אין כאן שום פוסק גדול או קטן שייסבור דתפיסה לא מהני בפלוגתא דרבנותא זולתי הת"ה וגם בת"ה גופא ס"ם שנ"ב מחלק דבתיקו לא אמרינו כל דאלים גבר ובפלוגתא דרבנותא אמרינו כל דאלים גבר אלמא דיש לחלק בין תיקו לפלוגתא דרבנותא ואע"ג דמסקנת ת"ה שם

אינו כף הדינו מפת דברי רש"ם שהביא שם אבל אין דבריו מוכרחים וכמ"ש לקמן סי' קכ"ה ע"ש ואפי' ימצא מי שיסבור כן בטל הוא ברובא דרובא ובפרט בענין הנדון שנסאלנו עליו שהתחלנו בו שראובן היה חייב מעות לשמעון דהוי כמו תפס ברשות וכמ"ש למעלה סימן ס"א דאף הת"ה מודה דבכה"ג אין מוציאין מידו ע"ש: (יש פאן יותר מארבעים פוסקים דס"ל דמהני תפיסה בפלוגתא דרבנותא: ועל כל פנים יש פאן יותר מארבעים פוסקים דס"ל דתפיסה מהני בפלוגתא דרבנותא דהא בסי' ע"א וע"ד הבאתי דברי הגאונים והרי"ף והרמב"ם וסמ"ג והראב"ד והה"מ והמגדול עוזו ורבנותיו והגהת מי"א והה"ר"ם רקנטי וטור ור' ירוחם וש"ג ומהר"ד פהן ומהר"ר משה אלשיך וב"י והה"ר"א והה"ר"ם יפה דס"ל דבתיקו מהני תפיסה וא"כ כ"ש בפלוגתא דרבנותא ובסימן פ"ח הכרחתי דאפי' מאן דס"ל בתיקו לא מהני תפיסה מודה בפלוגתא דרבנותא וכדעת מהר"מ מרוטנבורג ור' שמואל ב"ר ברוך ובסי' ע"ט הבאתי דברי מהרי"ק ודברי עובדיה ספורנו בתשו' מנחם עזריה דבפלוגתא דרבנותא מהני תפיסה וכן דעת מהרש"ל ושאר הגאון החסיד מהר"ר ישעיה הורוויץ סג"ל ז"ל והבאתי לשונו בסי' ע"א וכן דעת מהר"ר דוד ו' לב והבאתי לשונו בסי' פ"ד וכן דעת מהר"א ו' ששון.

וכן הוכחתי בסי' פ"ט שפן דעת הבעה"ת (וכן הוכחתי בסי' צ"ג שפן דעת הרא"ש) והר"ן ורבנותיו הצרפתים והרמ"ה והריב"ש והטור וש"ע וב"ח ושאר אחרונים וכ"כ מהר"ר משה מטראני והבאתי לשונו בסי' צ' וכן הוכחתי בסי' צ"א שפן דעת בעל העיטור והרמב"ן וכן בסי' צ"ז שפן דעת הרשב"א ומהר"ר דוד פהן ומהר"ר שמואל די מוזינא ומהר"ר שלמה פהן ומהר"ר לוי ו' חביב ומהר"ר יעקב לבית לוי וכן בסימן צ"ח שפן דעת הב"ח וכן בסי' ק' וק"ד שפן דעת מהר"מ איסרלש ומהר"מ יפה ומהר"ר משה איש חי ומהר"ר בנימין בתשו' משאת בנימין ומהר"ר חיים בנבשתי ומהר"ר יוסף טראני הרי פאן יותר מארבעים פוסקים גדולים ומפורסמים שסוברים דמהני תפיסה בפלוגתא דרבנותא ואין לה עין יפה יותר מזה התורם מארבעים.

ואפילו לא יהיה ראיה ברורה מקצת אינה מהפוסקים הנזכרים באופן שיהיו ארבעים חסר אחת או שתים ושלש וארבע וישארו שלשים וששה צדיקים יסודי עולם שהעולם עומד עליהם כדברי אב"י במסכת סנפה או אם יחסרו עוד חמשה וששה התשחית בעבור החמשה כשיאמרו שלשים צדיקים כדברי המדרש רבה מי יערב לבו לגשת ולעשות מעשה נגד הנה שלשים גדולי הדור להוציא ממון ומי יכניס ראשו בין הרים גדולים אלו. ובפרט שדבריהם נכונים וברורים וכמו שהוכחתי למעלה. סי' קח ואחרי אשר נתבררו ונתחננו הדברים כשמלה דמהני תפיסה שלא ברשות בפלוגתא דרבנותא אפי' אחר שנוולד הספק חל עלינו חובת ביאור מהו הדבר שיתפוס שיועיל תפיסה.

(דעת מהרש"ל דלא מהני תפיסה בפלוגתא דרבנותא רק בגוף הדבר שנתלקו עליו או שתפס החוב מעות שהיה חייב לו) והנה מהרש"ל פרק פיצד הרגל סימן ה' אחר שהכריע דבפלוגתא דרבנותא מהני תפיסה כמ"ש מהרי"ק שורש קס"א ודלא כת"ה סימן שכ"א כתב וז"ל הלכך נקוט האי פללא בידך לכל דבר ספיקא דדינא שאין בידי הדיון להכריע בין מחלוקת שנופלה בש"ס בין שנופלה בין הגאונים מהני תפיסה מאחר שהיה יכול להכריע אבל אם הדיון מכריע בין שהדיון מכריע שרבי' הם החולקים על היחיד בין

מחמת שמסתבר להדיין פסקתו דחד מראיות ברורות אפי' הרבה הם החולקים על היחיד לא יכול התופס לומר קים לי פאיךד אלא הדיין מוציא מידו והא דמהני תפיסה לאו דוקא שיכול לילה וליקח משלו דא"כ הוי פגזלו ולכתחלה נזקקין לזה להחזיר ט גזלתו וכן אפילו השאיל לו פלי אַחַד וְאַחַכ תופס השואל בכלי המשאיל גם בזה לא מהני תפיסה דאם השאיל לו לזמן קצוב הלא צריך להחזיר לו לזמן הקצוב והוי בידו פועין גזלה וכן אם השאיל לו בסתם סתם שאלה ל' יום והוי פזמן קצוב ואע"ג דגבי תצי נזקא קנסא פסקינו בספ"ק דבכל דבר מהני תפיסה שאני התם דבדין ובבירור קתפסי מפני חובו רק שאין יכולת ביד הדיין לגבות בבבל א"כ הוא עביד דינא לנפשיה בדבר הפרור לכל ולכן פתבנו לעיל שאם תפס הנזק פעם א' שוב לא יכול זה לתפוס ממנו מהאי טעמא אבל בנדון דיק דאין ברר לנו הדין אם היה יכול לתפוס בכל דבר א"כ הוי עביד דינא לנפשיה בדבר אי, מבנרר לנו וזה אפי' כ"ע מודו דלא יכול כמו שמ שמוכח בהמניח סי' ד' אלא דוקאבכה"ג בגוף הדבר שנפל בו הספיקא זה לא נקרא דינא אלא נקרא תפיסה בכל הש"ס וכן גבי נדונת שפתב רשב"ב שאם יתפוס החתן כו' זהו ג"כ על גף הדבר שנפל בו המחלוקת והספיקא אבל לא ממון אחר וכן חי ק מהרי"ק בשורש קס"א ונ"ל ה"ה אפי' בהלואה מועיל תפיסה פגון שראובן היה חייב מעות לשמעון שאז מועיל תפיסה לגבי ראובן לעכב המעות ביזן מחמת ספיקא דדינא ממקום אחר ולא אמרינו מתחל' אתה מוכרח לשלם החוב לשמעון מאחר דהלואה להוצאה ניתנה ויכול לסלקו אפי' בסובין א"כ מועיל תפיסה לעכב המעות ביזן ולומר אותו גוף הממון שיש לי אצלה ממקום אחר בספיקא דדינא תקח מחמת חובה אע"ג דפסקינו פיון דאית ליה זויי לב"ח לא יכול לסלקו אלא בזויי מ"מ במקום פסידא לא אמרינו פדאיתא בפ' מי שהיה נשוי סימן י"א ובפרק כל שעה והכא אי לא ישלם אלא בזויי יגיע לו פסידא שלא יכול לתפוס (חילוק זה מגומגם בעיני דע"כ לא אמרינו אלא דבמקום פסידא יכול לסלקו בכל דבר אבל סלוקי בלא זויי מי שמעת ליה) ועוד חילוק גדול יש בין הלואה לשאלה או לחטוף שום דבר מממנו שהוא פועין גזלה דהא גזל הכותים אסיר והפקעת הלואות שר לכ"ע אלמא דקילא הפקעת הלואה א"כ היכא דמעכב ההלואה בעבור התפיסה אין זה פגזלה שנדון להחזיר לו קודם החוב שחייב לו אלא פדין תפס ואם חזר זה ותפס ממנו גוף הממון שנפלה עליו הטענות או הלואה ג"כ לא מפקינו מניה עכ"ל מהרש"ל: סי' קט ואע"פ שאין אני פדאי לחלוק על דברי מהרש"ל מ"מ ראיות ברורות יתנו עדיהן ויצדקו (דין ולפע"ד דמהני תפיסה בכל דבר) ונלפע"ד דכיון דקי"ל דמהני תפיסה גבי קנסא בכל דבר וכמ"ש מהרש"ל גופיה וכמ"ש בסמ"ע בח"מ סי' א' ס"ק י"ח ונ"ל וגם קי"ל פהרא"ש דבין תפס בשעת הנזק או לאחר הנזק בין אותו דבר המזיק עצמו בין דבר אחר תפיסתו תפיסה כו' למה לא יועיל גם בכאן תפיסתו בכל דבר.

וגם במהרש"ל גופיה משמע די"ל פן אלא שפתב דא"כ הוי עביד דינא לנפשיה וזה יתבאר למזן סימן קי"א דליתא וא"כ הדרינו לדינא דמהני תפיסה בכל דבר. (ראיה לדברי מת"ה סי' שכ"א) וכן בתה"ד סימן שכ"א משמע להדיא דהיכא דמהני תפיסה מהני אפי' בדבר אחר שכתב במי שרצה לתפוס ספרים שאולים של חמיו מחמת נדונת חתנים דלא מהני תפיסה אחר שנולד הספק דאע"ג דר' שמואל ב"ר ברוך כתב דמהני תפיסה היינו משום דאיהו ס"ל דמהני תפיסה בספיקא דדינא ונאן קי"ל דלא מהני תפיסה

ומפקי' מיגיה פהיא דתקפו פהן מוציאים מידו כו' וכ"כ עוד בת"ה שם בסוף התשובה דצריד להחזיר לחמיו את הספרים דתפיסה לאחר שנולד הספק בספיקא דדינא לא מהני כמו שבארנו לעיל עכ"ל משמע להדיא דלמאן דאמר דמהני תפיסה בספיקא דדינא מהני אפי' בדבר שבידו בתורת שאלה וא"כ פיון שפכר העליתי לעיל סי' ע"ח דאפשר דמהני תפיסה בספיקא דדינא אפי' בתיקו וגם בסמוך סימן ק"ז העליתי דבפלוגתא דרבננותא מהני תפיסה לכ"ע ול"ד לתיקו וכמ"ש מהר"ש"ל נופיה א"כ פשיטא דאין לחלק בין הנה בידו בתורת שאלה או תפס גוף הדבר (מזה ראיה לדברי מתשו' מהר"ר דוד ו' לב ומספר גדולי תרומה) ועוד ראיה מדברי תשו' מהר"ד ו' לב וספר גדולי תרומ' גבי מאי דפליגי על הת"ה וס"ל דשאלה ופקדון מיקרי תופס ברשות והבאתי דבריהם בסימן פ' הרי דלא כמהר"ש"ל דפשיטא דתפיסה ברשות הג"ה נ"ל דאגב ריקטא לא דק שזיהו סברת יחיד וסברת ר"ת דס"ל פי היכי דסתם הלואה ל' יום ה"ה סתם שאלה אבל רש"י בשבת פ"ק שואל והרמב"ם בפ"א מה' שאלה ס"ל דוקא בהלואה אבל סתם שאלה תובעו בכל עת שירצה וכן הכריע הרא"ש ספ"ק דמכופות וכ"כ ה' המגיד שם שפן הכריחו הרמב"ן והרשב"א כפיר"י ושפן עיקר וכ"פ הר"ן בשבת פ' שואל וכ"ע ושאר פל האחרונים בח"מ ר"ס ס"א ע"ש: מהני אפי' בתיקו לכ"ע וכמ"ש בסי' נ' ואף שפכתתי בסי' ס' דלא נ"ל כמהר"ר דוד ו' לב וס' גדולי תרומה היינו בתיקו ומטעם דה"ל תופס שלא ברשות אבל מ"מ שמעינו שפיר דבפלוגתא דרבננותא דמהני אפי' תופס שלא ברשות וכמו שנתבאר בהרבה ראיות א"כ פשיטא דאפילו בא לידו בתורת שאלה או פקדון יכול לתפוס ודוק היטב: סי' קי ואפילו הדין הראשון שכתב מהר"ש"ל דאם לקח דבר אחר משלו דהוי פגזון ולכתחילה נזקקין לו להחזיר מזולתו ולא מהני תפיסה כו'.

נ"ל דליתא מטעם שאמרנו וכמו שאבאר וכ"ש הדין האחרון בבא לידו בתורת שאלה דמהני תפיסה (ומ"ש מהר"ש"ל וכן חילק מהרי"ק ליתא לפענ"ד) ומ"ש מהר"ש"ל וכן חילק מהרי"ק בשורש קס"א כו' ליתא דהמענין במהרי"ק שם יראה דלא חילק בכך אלא לענין דאסור לעשות פן לכתחילה משום עביד דינא לנפשיה אבל נדאי לענין דיעבד פשיטא דמועיל תפיסתו לענין דליהוי מוחזק בספיקא דדינא וליהוי אינדי המע"ה.

(עוד ראיה לדברי הת"ה סי' שנ"א) וראיה לזה במ"ש בת"ה ס"ס שכ"א ונ"ל אבל טעמא דתקנת העיקול לא שייך הכא אפילו במקום שנהגו שלא לעקל הספרים השואלים עבור שום תביע' כדאיתא במרדכי שלהי המקבל דר"ת מפרש התם דתקנת העיקול ליתא אלא בהדר וקים עליה בדינא אבל אהדריה לא הפסיד מיגו שלו וא"כ לא הפסיד נמי מוחזקו' שלו דאי אמר' הפסיד מוחזקו' שלו הפסיד נמי המגו דמגו להוציא לא אמרי' עכ"ל וא"כ ה"ה הכא פשיטא דהיכא דליכא עדים וטוען ברי לא הפסיד מגו שלו וכמ"ש מהר"ש"ל גופי' בפ"ק המניח סי' ה' וא"כ ה"ה השתא אע"ג דלית ליה מגו לא הפסיד נמי מוחזקות שלו וא"כ אפי' תפס נמי דבר אחר יתיה מה שיהיה מהני תפיסתו דלא יתא אלא תפס ממנו דברים של אוקל נפש אע"ג דחייב להחזיר מפל מקום לא אבד מגו שלו וכדאיתא בש"ס בסוף פ"ק המקבל ונתבאר בטור ח"מ סימן ע"ב ובהגהת ש"ע שם סי"ז וכן בטור וש"ע סימן צ"ו סי"ד ואם פן ה"ה דלא אבד מוחזקות שלו.

עוד ראיה דמהני תפיסה בפלוגתא דרבננותא בכל דבר) ועוד דהיינו דוקא במשפנו דברים שהוא חייב להחזיר פגון אנכל נפש וכסות יום ביום וכסות לילה בלילה ובגד אלמנה או ספרים מחמת תקנת העיקול וכו"ג אבל שאר דברים ודאי אפילו משפנו בעצמו א"צ להחזיר וכדמוכח בפרק המקבל ובפוסקים וש"ע בסי' צ"ז סעיף ט"ז אלמא דאר על גב דלכתחלה אסור למשפנו מקל מקום אם עבר ומשפנו אינו חייב להחזיר אלא אותן הדברים הצריכים לו אם פן פשיטא דמהני תפיסתו לענן שיהא מוחזק והא דאמרין דלא עביד דינא לנפשיה היינו לכתחלה או לענן שיהא חייב אם הזיקו או הפהו מחמת זה וגם בזה דוקא בהלואה וכמ"ש לקמן סימן קט"ו וקט"ז אבל לא לענן דיעבד.

ועוד דע"כ לא אסרי' למשפן לכתחלה אלא משום דיכול להשפין ע"י הדיינים אבל הכא כינון דאיכא פלוגתא דרבננותא אם פן אפשר דהדיין לא יפסוק לו לכתחלה פהו פוסק אם פן אי לא יתפנס ה"ל פסידא וכמו שכתב מהרש"ל גופיה בסוף דבריו דהכא הוי מגו במקום פסיד ובמקום פסידא אפי' רב יהודה מודה דעביד איני' דינא לנפשי' וכדאימתא בפרק המניח אם פן ה"ה בפלוגתא דרבננותא אפילו היכא שפא החוב מחמת הלואה מותר למשפנו שלא ברשות אפילו לכתחלה אבל כל שאינו החוב הלוא' בענן דליכא איסור משום משפנו שלא ברשות נ"ל ברור דמותר למשפנו אפי' לכתחלה בפלוגתא דרבננותא.

ועוד אכתוב בזה לקמן סימן קט"ו וקט"ז וממ"ש הרא"ש פרק המניח וטור ח"מ סימן ד' דהיכא דלא מצי לברר שגוף החפץ הוא שלו לא מצי למיעבד דינא לנפשיה וחיוב להחזיר ואין להביא ראיה פלל דהתם מייירי שהוא שלו ממש וזה מכחישו משא"כ בספיקא דדינא בפלוגתא דרבננותא וכו"ג וק"ל: סי' קיא (ראיה לדברי מהריב"ש סי' שצ"ו) וראיה ברורה לדברי מדברי הריב"ש סי' שצ"ו שכתב שם פל הנהו חלוקים שכתב הרא"ש פרק המניח וטור דלא מצי למיעבד דינא לנפשי' רק בדבר המבורר שהוא שלו והעתיק שם גם פן כל דברי הטור דסימן ד' וכתב וזה לשונו וכן נשתמשו הגאונים ז"ל מדין זה בענן התפיסות שיוכל אדם לעכב פקדון שבידו ולטעון עליו אם הוא חייב לו מצד אחר שהיה אפשר לומר יתן לו הוא את שלו ואחר כך יתרעם ממנו בב"ד על מה שחייב אלא שפטעם עביד אינש דינא לנפשיה הוא יכול לעכבו כדי להציל את שלו ואף על פי שהיה יכול להציל בב"ד פגון דאיכא עדים וליכא פסיד' או אפילו לתפנס מטלטליו כל שמצאום ברשות אחרים או אפילו ליקח מידו ומביתו כל שהחוב אינו הלואה ממש אבל בהלואה ודאי אין לו ליפנס לביתו למשפנו ולא לחטוף מידו אלא דאי עבד מהני ואפילו לרבא דאמר פל מילי דאמר רחמנא לא תעביד אי עבד לא מהני הכא שאני דכתיב השב תשיב לו את העבוט פבוא השמש מעיקר' לא פדאימתא בפ"ק דתמורה וכבר הסכימ' דעתה דעתו בזה עד כאן לשונו פרי להדיא פדברי דכל שאינו החוב הלואה מותר לעשות דין לנפשיה וכן אפי' הלואה אי עבד מהני ולפי מ"ש לקמן סימן קט"ו דהיכא דליכא משום איסור דלא תבוא אל ביתו לעבנט מותר אפי' לכתחלה למשפנו לעשות דין לנפשיה אפילו בחפץ אחר פשיטא דליתנהו לדברי מהרש"ל אלא אפילו לכתחלה מותר לתפנס בכה"ג דספיקא דדינא או בספק שבשטר או בעדות דתרי ותרי וכהאי גוונא או היכא דאית ליה מגו ודוק ועמ"ש לקמן סימן קי"ד: סי' קיב (עוד ראיה ברורה לדברי דמהני תפיסה בפלוגתא דרבננותא בכל דבר מהרא"ש ורבי ירוחם) ועוד ראיה ברורה לדברי דמהני תפיסה בפלוגתא דרבננותא בכל דבר מדברי הרא"ש ור' ירוחם שכתב הרא"ש

בְּפָרֶק פִּיצַד הַרְגָל וְהִבֵּאתִי לְשׁוֹנוֹ לְעֵיל סִי' ג' וְנִ"ל וּלְרִבּוֹתֵינוּ הָאוֹמְרִין דְּבָכָל תִּיקוּ אִי תִפְס לֹא מִפְקִינן מִיְנִיָּה בְּחֶצֶר הַנִּינְזָק אִי תִפְס מִגְבִּי' לִיָּה נִזְק שְׁלָם וּבִר"ה אִי תִפְס הִבְהֵמָה מִגְבִּי' לִיָּה חֲצִי נִזְק כּו' מִדְּכָתֵב בְּרִישָׁא סְתָמָא אִי תִפְס כּו' וְאַחַר כֵּן פָּתַב אִי תִפְס הִבְהֵמָה מִשְׁמַע לְהִדְיָא דְבְרִישָׁא אִפִּי' תִפְס מִטְלָטְלִים לֹא מִפְקִי' מִיְנִיָּה רַק דְּבִסְיָפָא פִּינּוֹ דְּהִזִּיק' בִּר"ה אִינוּ מְשַׁלְּמִים אֱלָא מִגּוֹפּוֹ וְכֵן מִשְׁמַע בְּקִצּוֹר פְּסְקִי הָרָא"ש שְׁם שְׁחָבֵר בְּעַל הַטּוֹרִים וְכֵן פָּתַב רַבִּי יְרוּחָם לְהִדְיָא בְּנִל"א ח"א וְזֶה לְשׁוֹנוֹ בְּעֵטָה וְהִתִּיז' בְּמִקּוּם שְׂאִי אֶפְשָׁר לָהּ אִא"כ הִתִּיז' בְּעֵינָא וְלֹא אִיפְשָׁטָא אִם הֵם צְרוּרוֹת וּפְטוֹר בִּר"ה אוֹ קָרָן וְחִיב ח"נ וְלִמִּי שְׁפִסְק דְּכָל תִּיקוּ לֹא מִפְקִינן מִיְנִיָּה אִם תִּפְס פָּמוֹ כֵּן בְּכָאן אִם תִּפְס הִבְהֵמָה עֲצָמָה גּוֹבָה חֲצִי נִזְק וְאִם בְּרִשׁוֹת הַנִּינְזָק אֶפְיָלוֹ תִפְס שְׂאֵר מִטְלָטְלִים גּוֹבָה נִזְק שְׁלָם עַד כָּאן לְשׁוֹנוֹ עוֹד פָּתַב שְׁם וְזֶה לְשׁוֹנוֹ פִּשְׁפִּשָׁה בְּאַמְת' סְפָק אִם רְגַל אוֹ קָרָן כִּי הוּא בְּעֵינָא דְלֹא אִיפְשָׁטָא וְלֹאֲתָם שְׁפִסְקוּ דְכָל תִּיקוּ אִי תִפְס לֹא מִפְקִי' מִיְנִיָּה אִם הִזִּיק' בִּר"ה וְתִפְס גּוֹף הִבְהֵמָה גּוֹבָה ח"נ וּבְרִשׁוֹת נִינְזָק אִם תִּפְס אִפִּי' שְׂאֵר מִטְלָטְלִים גּוֹבָה נִזְק שְׁלָם עַד כָּאן לְשׁוֹנוֹ.

הָרִי לְהִדְיָא דְלִמָּאן דְּמַהֲנִי תִפְסִסָּה בְּתִיקוּ מְהִנִּי אֶפְיָלוֹ תִפְס שְׂאֵר דְּבָר אֲלִמָּא דְלֹא שְׁיִינְדָּ בְּכַה"ג לִזְמַר דְלֹא עֵבִיד אִינְשׁ דִּינָא לְנַפְשִׁיהָ. וְאִם כֵּן נָהִי דְהָרָא"ש פְּלִיג אַרְבּוֹתֵינוּ בְּתִיקוּ מ"מ בְּפִלּוֹגְתָא דְרַבְּנוֹתָא דְהוֹכַחְנוּ לְעֵיל סִימֵן נ"ג דְּגַם הָרָא"ש מוֹדָה דְמַהֲנִי תִפְסִסָּה דִל"ד לְתִיקוּ וְכִמוֹ שְׁהַכְרִיעַ מְהִרְשָׁ"ל גּוֹפִיָּה בְּפָרֶק פִּיצַד הַרְגָל וְהִבֵּאתִי לְשׁוֹנוֹ לְעֵיל סִימֵן פ"א דְּפִלּוֹגְתָא דְרַבְּנוֹתָא לֹא דְמִי לְתִיקוּ וְשָׁגַם הָרָא"ש מוֹדָה א"כ פִּשְׁיָטָא דְמַהֲנִי תִפְסִסָּה בְּכָל דְּבָר.

(עוֹד רְאִיָּה מְהָרָא"ש) וְהָכִי מוֹכַח נְמִי מִדְּבָרֵי הָרָא"ש שְׁהִבֵּאתִי לְעֵיל רִישׁ סִימֵן ג' שְׁפָתֵב דְלִכְּוֹ לֹא הִבִּיא הָרִי"ף בְּעֵינָא דְרַב אֲשֵׁי מְשׁוּם דִּס"ל דְּמַהֲנִי תִפְסִסָּה בְּתִיקוּ וְאִם כֵּן לֹא נ"מ בְּהָדָּ בְּעֵינָא. וְאִם אִיתָא דְלֹא מְהִנִּי תִפְסִסָּה בְּתִיקוּ בְּשְׂאֵר דְּבָר אִם כֵּן ה"ל לְהִבִּיא אָף בְּעֵינָא דִנ"מ טוֹבִי אִם תִּפְס שְׂאֵר דְּבָרִים וּבְשׁוּם קִנְסָא מְהִנִּי תִפְסִסָּה בְּכָל דְּבָר וְכִמ"ש הָרָא"ש סִפ"ק וְדו"ק מְשׁוּם תִּיקוּ לֹא מְהִנִּירַק בְּתִפְס גּוֹף הַדְּבָר אֱלָא וְדָאִי בְּתִיקוּ נְמִי מְהִנִּי תִפְסִסָּה בְּכָל דְּבָר שְׁבַעֲוָלָם וְא"כ ה"ה בְּפִלּוֹגְתָא דְרַבְּנוֹתָא לְהָרָא"ש וְשְׂאֵר פּוֹסְקִים דְּפִשְׁיָטָא דְדִין פְּלּוֹגְתָא דְרַבְּנוֹתָא וְהָרָא"ש וְסִינְעֵתוֹ כְּדִין תִּיקוּ לְהָרִי"ף וְסִינְעֵתוֹ: סִי' קִיג (עוֹד רְאִיָּה בְּרוּר' דְמַהֲנִי תִפְסִסָּה בְּפִלּוֹגְתָא דְרַבְּנוֹתָא בְּכָל דְּבָר מִבְּעַה"ת וְהָר"ן וְהָרִיב"ש וְתִשׁוּ' מִבִּי"ט וְשְׂאֵר אַחֲרוֹנִים) וְעוֹד רְאִיָּה בְּרוּרָה דְמַהֲנִי תִפְסִסָּה בְּפִלּוֹגְתָא דְרַבְּנוֹתָא בְּכָל דְּבָר.

מִדְּבָרֵי בְּעַה"ת וְהָר"ן וְרִבּוֹתֵינוּ הִצְרָפְתִּים וְהִרְמ"ה וְהָרִיב"ש וְהַטּוֹר ח"מ סִי' ק"ח וְהַש"ע וְשְׂאֵר אַחֲרוֹנִים שְׁהִבֵּאתִי לְעֵיל סִי' פ"ח דְּמַהֲנִי תִפְסִסָּה בְּפִלּוֹגְתָא דְרַבְּנוֹתָא אִפִּי' בְּכָל דְּבָר דְּהָא מוֹכַח שְׁם דְּטַעֲמִיָּהּ הוּא מְשׁוּם דְּכִינּוֹן דְּאִמְרִי' דָּאִי עֵבֵד דְּיִינְדָּ פְּהָאִי עֵבֵד א"כ מְהִנִּי תִפְסִסָּה דְה"ל כְּעֵבִיד דִּינָא לְנַפְשִׁיהָ דְמוֹת' וְכִמוֹ שְׁהִבֵּאתִי שְׁם לְשׁוֹן בְּעַל הַתְּרוּמוֹת שְׁפָתֵב לְהִדְיָא כֵּן א"כ פִּשְׁיָטָא דְמַהֲנִי תִפְסִסָּה בְּכָל דְּבָר דְּהָא כִּי הִיכָא דְמַהֲנִי אִי עֵבֵד הַדְּיָאן פְּחוֹד מְנִיָּהּ וְהַתְּפִסוּהוּ בְּכָל דְּבָר יְהִיָּה מַה שְׁיִהְיָה ה"ה אִם תִּפְס מְעַצְמוֹ פִּינּוֹ דְּמִדְּמִינְן תִּפְסִסָּתוֹ לְתִפְסִסָּת הַדְּיָאן.

וְעוֹד רְאִיָּה בְּרוּר' מִדְּבָרֵי הַתְּשׁוּבָת מִבִּי"ט שְׁהִבֵּאתִי בְּסִי' צ'. וְעוֹד רְאִיָּה מִדְּבָרֵי מְהִרְמָא"י וּמְהִר"מ יָפָה וְהִגָּה' דְרִיש' שְׁהִבֵּאתִי לְעֵיל סִימֵן ק"ד גְּבִי אֲלִמָּנָה שְׁתִּפְסָה מִטְלָטְלִי' וְכִמ"ש שְׁם וְכֵן מִדְּבָרֵי תְשׁוּבָת מְהִר"ד בְּן לֵב שְׁהִבֵּאתִי בְּס"ס פ"ג.

וְדוֹחַק לומר דְּשֵׁאנִי הוּא דְּאֵלְמִנָּה שְׁתַּפְּסָה מִטְּלָטְלִי דְּכִינּוֹן דְּלַדְעַת קַצַּת מִרְבּוֹנוֹתָא יְכוּלָּה לְתַפְּסוֹם אִם כּוֹן הוּי כְּתַפְּסָה גּוּף הַדְּבָר שְׁנַחֲלָקוּ עָלָיו. דְּזֵה דוֹחַק.

וְיִהְיֶה אִיךָ שְׁיִהְיֶה מְפָל מְקוֹם מְפָל הַנֶּה פּוֹסְקִים נִרְאָה מְבּוֹאָר דְּמַהְיֵי תַפְּסָה בְּפִלּוּגְתָּא דְּרַבְּנוֹתָא בְּכָל דְּבָר שְׁיִתְּפּוֹס וְכּוֹן עֵינְקָר. סִי' קִיד (מָה שְׁהֶאָרִיךְ מְהַרְש"ל פֶּרֶק הַמְּנִיחַ סִי' ה' לְחֻלּוֹק אַמְהַרִּי"ק נ"ל כֹּל דְּבָרֵי מַהֲרִי"ק נְכוּנִים) גַּם בְּמָה שְׁהֶאָרִיךְ מְהַרְש"ל פֶּרֶק הַמְּנִיחַ סִי' ה' וְהִבִּיא דְּבָרֵי הָרֵא"ש דְּפֶרֶק הַמְּנִיחַ וּבִטּוֹר סִימָן ד' וְדְבָרֵי מַהֲרִי"ק שׁוֹרְשׁ ק"ס"א וְהֶאָרִיךְ מְאֹד לְחֻנֵּק עַל מַהֲרִי"ק נִלְפַע"ד דְּבָרֵי מַהֲרִי"ק נְכוּנִים וְאִין שׁוּם הַשְּׂגָה עֲנִיּוֹ וְעֵינֵן שָׁם בְּמַהֲרִי"ק דּוּק בְּאַמְצַע הַתְּשׁוּבָ' וּבְסוּפָה וְתִרְאָה שְׁיִהְיֶה בְּעֵנֵן שְׁהֶקְהַל הוּי זֹכִים בְּמָה שְׁתַּפְּסוּ דְּהֵינּוּ שְׁהֵי לָהֶם כְּתָב שְׁכַמ"ר שְׁלֵמָה הַקִּדִּישׁ אוֹתָן הַכְּלִי קִדְשׁ וְע"כ תַּפְּסוּ הַכְּלִי קִדְשׁ רַק שְׁכַמ"ר יוֹאֵב רָצָה לְפָסוֹל אֶת הַשְּׁטֵר וְע"ז הֶאָרִיךְ מַהֲרִי"ק שָׁם בְּסוּף הַתְּשׁוּבָה שְׁיֵשׁ לְזַכּוֹת אֶת הַקְּהָל מַחֲמַת כְּמָה טְעָמִים וְגַם אִפִּי' יֵהָא סְפִיקָא דְּדִינָא הָא כִּינּוֹן שְׁהֶקְהַל טוֹעֲנִים בְּרִי מְהֵי תַפְּסוֹתָן בְּסְפִיקָא דְּדִינָא וְכַמ"ש הַמְּרַדְכֵי בְּפֶרֶק נְעִרָה שְׁנַתְּפַתְתָּה בְּשֵׁם הַר"ר שְׁמוּאֵל בֵּר רַבִּי בְּרוּךְ דְּמָצִי לְמִימַר הַתּוֹפְסִים לִי כְּרִש"י כו' כּוֹן כְּתָב מַהֲרִי"ק שָׁם.

עֵינֵן שָׁם דּוּק וְתִשְׁכַּח דְּמִינְרֵי בְּעֵנֵן שְׁהֵי מוֹעִיל תַּפְּסוֹתָם בְּלֹא הֶכִי אִפִּילוּ תַפְּסוּ בְּעֵדִים כְּגוֹן סְפִק שְׁבַשְׁטֵר דְּלַעִיל סִי' מ"ח דְּאַמְרִינּוּ יָד בַּעַל הַשְּׁטֵר עַל הַתְּחֻתוֹנָ' וְאִי תַפְּסִים אִפִּי' בְּעֵדֵי מְהֵי תַפְּסוֹתוֹ וְלֹא מְפִקִינוּ מִינְיָה.

וְע"ז הוֹלֵךְ וְסוֹבֵב כֹּל תְּשׁוּבַת מַהֲרִי"ק. וְע"כ כְּתָב מִתְּחִלָּה לְהַשׁוּאֵל שְׁאַתָּה מְחַשֵּׁב זֵה שְׁתַּפְּסוּ הַקְּהָל כְּעֵבִיד דִּינָא לְנַפְשֵׁי' וּלְפִי דַעְתִּי אִינוּ דְּהָא לֹא מִיְקָרֵי עֵבִיד דִּינָא אֲלֵא הֵיכָא שְׁמַכְהוּ אוּ מְזִיקוּ לְגַבּוֹת מְמַנּוּ מְמוֹן אֲבָל בְּכַה"ג לֹא מִיְקָרֵי אֲלֵא תוֹפְסִים בְּכּוֹלוֹ ש"ס וּלְפִי דְּבָרֵיךָ שְׁאַתָּה מְחַשֵּׁב זֵה לְעֵבִיד דִּינָא לְנַפְשֵׁי' נִבְהַלְתִּי שְׁהֵי בְּמְרַדְכֵי פֶּרֶק הַמְּנִיחַ לֹא קָאָמַר דְּלֹא מְצִי לְמַעֲבַד דִּינָא לְנַפְשֵׁיהָ רַק בְּחַפְזֵי שְׁאִינוּ שְׁלוֹ אֲבָל כְּשִׂדּוּעֵי לוֹ שְׁהוּא שְׁלוֹ אַע"פ שְׁאִין יָדוּעֵי לִב"ד שְׁזָה לֹא דְּבַר בְּמְרַדְכֵי שָׁם וְאַמַּת שְׁהֶסְבְּרָא מִבְּחוּץ דְּכָל הֵיכָא דְּאִינוּ יְכוּל לְבַרֵּר בְּפִנֵּי בֵּית דִּין מְחֻנְיָב לְהַחֲזִיר וְלֹא מְהֵי תַפְּסָה בְּעֵדִים (וְאִין צָרִיךְ רִאָּה לְזֵה כִּי כֹל הַש"ס מְלֵא מְזָה וְכַמ"ש לְקַמֵּן גַּם דַּל"כ לֹא שְׁבַקְתָּ חַיִּי לְכָל בְּרִיָּה דַא"כ כֹּל אֶחָד יִתְּפּוֹס מְשָׁל חֲבָרוֹ) מְפָל מְקוֹם מְצַד עֵבִיד דִּינָא לְנַפְשֵׁיהָ לִיכָא כָּאֵן דְּהָא לֹא מִינְרֵי בְּמְרַדְכֵי שָׁם שְׁיִהָא אֲסוּר לְמַעַב' דִּינָא לְנַפְשֵׁי' רַק כְּשִׁאִין יָדוּעֵי לוֹ שְׁהוּא שְׁלוֹ וְנַפְקָא מִינְיָה דְּהֵיכָא דְּמוֹעִיל תַּפְּסוֹתוֹ אִפִּי' אִי מְבַרֵּר דְּבָרֵי כְּגוֹן עֵדוֹת דְּתָרֵי וְתָרֵי דְּלַעִיל סִי' ט"ז אוּ סְפִק שְׁבַשְׁטֵר דְּלַעִיל סִי' מ"ח חו"ד אוּ סְפִיקָא דְּדִינָא בְּגוֹנֵי דְּמַהְיֵי מְצִי לְמַעֲבַד דִּינָא לְנַפְשֵׁי' (וְכַמ"ש לַעִיל סִימָן פ"ה לְשׁוֹן בַּעַה"ת שְׁכַתְּבָה לְהַדְּיָא כּוֹן) וְאַמַּת שְׁבְּמְרַדְכֵי פ' הַגּוֹזֵל בְּתֵרָא גְבִי הֵהוּא שׁוֹתָא מְשַׁמַּע דְּאַפִּילוּ יָדוּעֵי לוֹ שְׁהוּא שְׁלוֹ לֹא מְצִי לְמַעֲבַד דִּינָא לְנַפְשֵׁיהָ אִפִּילוּ הֵיךָ מוֹעִיל תַּפְּסוֹתוֹ דְּהָא בְּהֵהוּא שׁוֹתָא אֵלוּ הֵנָּה תְּקַפָּה א' שְׁלֵא ע"י עֲכו"ם לֹא הֵנָּה מְפִקֵי מִינְיָה כִּינּוֹן שְׁלֵא הֵיךָ שׁוּם א' מְהֵן מְחֻזְקִים בּוֹ וְאַפִּילוּ הֵכִי מְשַׁמַּע בְּמְרַדְכֵי שָׁם דְּלֹא מְצִי לְמַעֲבַד דִּינָא לְנַפְשֵׁי' כְּגוֹן לְמַסְנֵר הֵהוּא שׁוֹתָא לְעֲכו"ם שְׁיִתְּנוּהוּ לוֹ: (דִּין תַּפְּסָה עַל יְדֵי כּוֹתֵי לֹא מְהֵי לְעֵנֵן סְפִיקָא דְּדִינָא) וּמִיָּהוּ אִין רִאָּה לְנִדּוֹן דִּינּוֹן דְּנִדְּאִי לְמַסְרֵי לְעֲכו"ם אוּ לְהַזִּיקוּ אוּ לְהַכּוֹתוּ עַד שְׁיִתְּנוּ לוֹ אִין לוֹ רְשׁוּת (הַג"ה וְכַה"ג כְּתַבְתִּי לַעִיל סִימָן צ"ז בְּשֵׁם תְּשׁוּבַת מַהֲר"ר שְׁמוּאֵל דִּי מוֹדִינָא דַע"י כּוֹתֵי א מְהֵי תַפְּסָה בְּפִלּוּגְתָּא דְּרַבְּנוֹתָא).

ואף על גו דהמרדכי כתב בפרק קמא דמציעא ונ"ל ומי שמוחזק בדבר ידו על העליונה ואם זה שכנגדו יוציא מחזקתו ע"י כותי בפני עדים כדי שיהא הוא מוחזק לאו כל מנייה ואם שלא בפני עדים מתוך שיכול לומר לא עשיתי יכול לומר עשיתי וכדין עשיתי עכ"ל (דין לענין מגו נהי דלכתחלה אסור לתפוס ע"י עפוי"מ מ"מ מהני תפיסה ע"י כותי היכא דאית ליה מיגו) אלמא דהיכא דאית ליה מגו מהני תפיס' אף ע"י עפוי"מ יש לחלק בין תפיסה דבא מפח טענת מגו ובין תפיסה דבאה מפח פלוגתא דרבנותא ואע"ג שבשאר מקלי דמנין להדדי מפל מקום בזה שפיר יש לחלק ביניהו משום דהיכא דאית ליה מגו שפיר מגו דאי בעי מצי למימר לא תפסתי כלל ואם פן לא עשה שלא כדין כלל לכה מצי למימר השתא שתפסתי וכדין עשיתי אבל בספיקא דדינא כשתפס ע"י כותי פיון דעכ"פ עבד שלא כדין מה שתפס ע"י כותי א"כ בכה"ג לא מצי לתפוס.

פן נ"ל.

ואע"פ שאפשר עוד לחלק בין לכתחלה לדיעבד וכדאיתא בהגהת אשרי פרק המניח באחד שעשה דין לנפשו ע"י עפוי"מ ולא היה אפשר בע"א ופטרוהו וכן נראה שמחלק מהר"מ איסור' בהג"ה סימן ד' לענין לכתחילה ודיעבד מ"מ נראה לענין ספיקא דדינא אף בדיעבד לא מהני תפיסה ע"י עפוי"מ מטעם שכתבתי דיוק ע"כ הג"ה) אם לא פשיכול לברר דבריו בפני בית דין דוקא שהוא שלו דאם לא פן חייב על ההפאה או על ההיזק אבל לענין להחזיק בגוף הדבר יכול ליקח ממנו אפילו אינו יכול לברר בפני בית דין רק שהוא בענין שמועיל תפיסתו כגון שהוא ספק מחמת שטר כהה עובדא דהקהל שתפסו מפמר יואב או שאר ספיקא דדינא וכה"ג.

כל זה נ"ל בכוננת דברי מהרי"ק ובהמשך לשונו ועיין שם ואם פן אזד' לה כל תמיהות מהרש"ל שם בפרק המניח עליו. וגם מהרש"ל גופיה שם פסק פן בספיקא דדינא או ספיקא דרבנותא מהני תפיסה אפילו בעדים אלא שהבין דמהרי"ק ר"ל דכל א' יוכל לתפוס מחברו שום דבר אפילו בעדים ויאמר שלי הוא פשוטען ברי אפילו הוא בענין שמכחישין זה את זה ועל פן האריף לחלוק עליו.

וחלילה זה לא עלה. על דעת מהרי"ק ונהלא כל הש"ס ופוסקים מלאים מזה בפ' המקבל ובפרק חזקת הבתים ובפרק כל הנשבעין והרבה מקומות עצמו מספר דהיכא דאיכא הכחשה לא מהני תפיסה בלא מגו היכא דאיכא עדים וראיה כמבואר גם פן בפוסקים ובטור ח"מ וש"ע סימן ע"ב וקל"ג ורצ"ז ושאר דוכתי טובי.

וגם אינו עולה על דעת שום בר דעת לומר שיועיל תפיסה בכה"ג דא"כ נא שבקת חיי לכל בריה דכל א' יתפוס משל חברו ויאמר שלי הוא ואפי' בר בי רב דחד יומא לא יטעה בזה הלא מהרי"ק מייירי כדפיר'.

עיין שם בתשו' דיוק ותשפח דכן הוא (ולפ"ז גם מ"ש מהר"י ו' לב ספר א' סימן מ"ו דף ע"ו ע"א דלא זכה מפח תפיסת ספק לחנם דחק דבנדון דידיה שם פשיטא דלכ"ע לא מהני תפיסה דעד כאן לא מהני תפיסה אלא בספיקא דדינא אבל במי שרוצה לזכות בחברו וטוען ברי פשיטא דלכ"ע לאו פלום הוא) וגם בדרכי משה ובסמ"ע סימן ד' ס"ק ד' משמע להדיא דמהרי"ק.

מוֹדָה דְהִיכָא דְלִית לִיהּ מַגּוּ לָא מְהַנִּי תְּפִיסָהּ. וְגַם בְּבֵית חֻדָּשׁ סוּף סִימָן ד' פֶּתַב פֶּן אֱלָא שְׁמִפְרָשׁ דְּמַהֲרִי"ק מִיַּיְרִי שְׁבָא בְּהִיתָר לִיד הַקְהָל.

וְלֹא נְהִירָא דְבַמְהֲרִי"ק שְׁם לָא מְשַׁמַּע פֶּן שְׁהִירִי מְפֻלְפֵל שְׁם בְּכָל הַתְּשׁוּבָה אִי מְצִי הַקְהָל לְמַעְבַּד דִּינָא לְנַפְשֵׁיהּ וְלַתְּפִיסָה עֵינֵן שְׁם. וְעוֹד מְשַׁמַּע שְׁם פֶּן כְּמָה פְּעָמִים בְּמַהֲרִי"ק שְׁהִקְהָל תְּפִיסוּ מִן כְּמַר יוֹאֵב ע"ש.

(דִּין הִיכָא דְלִית לִיהּ מַגּוּ וְנִישׁ הַכְּחָשָׁה בִּינֵיהֶם אֲפִילָּא בְּהִיתָר בְּיָדוֹ לָא מְהַנִּי תְּפִיסָה אֲפִילָּא קְהָל תְּפִיסוּ) גַּם דִּינֵוֹ שֶׁל הַבֵּית חֻדָּשׁ לִיתָא לְפִי עֲנִיּוֹת דְּעֵתִי דְּכִינֵן דָּאִין לֹא מַגּוּ אִם פֶּן מַה בְּכֹף שְׁבָהִיתָר בְּאִי לִינֵן ס"ס מְחֻנְיָב לְהַחְזִיר מַה מִּתְּחַת יָדוֹ אֱלָא פְּנוּנַת מַהֲרִי"ק כְּדִפְרִישׁ שְׁהִיגָה לְהַקְהָל טַעֲנָה מִחֻמַּת שְׁטַר הַצְּנוּאָ' שֶׁל הַקְּדוּשׁ דְּבַכָּה"ג מוֹעִיל תְּפִיסָה אֲפִילוּ בְּעֵדִים כְּדִלְעִיל סִי' מ"ח וּנ"ד ע"ש אוֹ שְׁהִיגָה לְהַקְהָל טַעֲנוֹת לְזִכּוֹת מִצַּד הַדִּין וְהִיגָה סְפִיקָא דְּדִינָא (וְעַ' לְעִיל סִי' ע"ט הַבְּאֲתִי קֶצֶת לְשׁוֹן מַהֲרִי"ק) פֶּן נ"ל בְּרוּר סִי' קִטּוֹ עוֹד פֶּתַב מְהֻרָשׁ"ל בְּפִרְק הַמְּנִיחַ שְׁם דְּאֲפִילָּא בְּרוּר לֹא שְׁהוּא שְׁלֹו כָּל הִיכָא שְׁאִין יְדוּעַ לְכָל שְׁהוּא שְׁלֹו אֲסוּר לֹא לְתַפְּסָה וְלֹא תִימָא ס"ס מְאַחַר דְּבְרִירָא לִיגָה דְּבָדִין הוֹצִיא אֶת שְׁלֹו לָא הִנָּה עוֹן מְמַשׁ דְּהָא אֲמַרִּינוּ בְּפִרְק שְׁבוּעַת הָעֵדוּת מְנִין שְׁלֵשָׁה שְׁלֹו מְנָה בֵּא' שְׁלֵא יְהֵא א' תּוֹבַע וְשְׁנַיִם מְעִידִים ת"ל מְדַבֵּר שְׁקַר תְּרַחֵק אֱלָמָא אַע"ג דְּבְרִירָה לִיגָה דְּבָדִין עֲבָדִי מ"מ אֲסוּר דָּאִין הַדְּבַר תְּלוּי בְּמַה שְׁבְרוּר ט מְאַחַר דָּאִין מוֹצִיא מְמַנּוּ הַמְּנָה בְּדִין כּו' וְדִלָּא כְּמַהֲרִי"ק כּו' וּמְזָה נְמַשֵּׁף לְמַהֲרָשׁ"ל שְׁם שְׁפִסְק דְּאֲפִילוּ הִיכָא דָּאִית לִיגָה מַגּוּ לָא יוֹכֵל לְתַפְּסָה לְכַתְּחִלָּה אֲפִילוּ בְּחֻפְזָא שְׁלֹו אֱלָא דִּיעְבַּד דּוֹקָא אִם לָא בְּחֻפְזָא הַמְּבֹרָר לְכָל שְׁהוּא שְׁלֹו ע"ש (דִּין הִיכָא דָּאִית לִיגָה מְנוּ אוֹ בְּפִלּוּגְתָא דְּרַבּוֹנָתָא וְכַה"ג מוֹתָר לְתַפְּסִי אֲפִילָּא לְכַתְּחִלָּה אֲפִילָּא דְּבַר אַחַר וְלִית בֵּיהּ מְשׁוּם עֲבִיד דִּינָא לְנַפְשֵׁיהּ הִיכָא דָּאִין בּוֹ אֲיִסוּר מְשׁוּם מְמַשְׁפְּנוּ שְׁלֵא בְּרִשׁוֹת) וּלְפִי עֲנִיּוֹת דְּעֵתִי נִרְאָה כְּדַבְּרִי מַהֲרִי"ק דְּלָמָּה יְהֵא אֲסוּר לְתַפְּסָה פְּדִי לְהַצִּיל אֶת שְׁלֹו הֵלֵא מַהֲר"מ) בְּמִדְּכִי פִּרְק הַמְּנִיחַ וּבַתְּשׁוּבָת מִי' לְסַפֵּר גְּזִיקִין סִימָן י"ב וּבַתְּשׁוּבָת מַהֲר"מ דְּפִיס פְּרָא"ג סִי' תַתְּק"ן) וְהֵרָא"ש פ' הַמְּנִיחַ שְׁכַתְּבוּ דִּהִינּוּ דּוֹקָא בְּחֻפְזָא הַמְּבֹרָר הִינּוּ מְשׁוּם דְּלֹא תִיקְשִׁי מְפָרְק הַמְּקַבֵּל דְּאֲסוּר לְמַשְׁכֵּן שְׁלֵא בְּרִשׁוֹת וְהִינּוּ דּוֹקָא בְּמַשְׁכֵּן בְּעַד הַלְוָאָה אֲבָל כְּשֶׁנּוֹטֵל חֻפְזָא שְׁלֹו וְהוּא יוֹדַע בְּנֻדָּאִי שְׁאִינוּ עוֹשֵׂה שׁוּם אֲיִסוּר פְּשִׁטָּא דְּשָׂרִי וּמַאֲיָנָה טַעַם נִימָא דְּאֲסוּר.

וּמ"ש מַהֲר"מ וְהֵרָא"ש וְטוֹר סִימָן ד' (דִּין הִיכָא שְׁיִישׁ בְּטַעֲנוֹתֵיהֶם הַכְּחָשָׁה לָא עֲבִיד דִּינָא לְנַפְשֵׁיהּ אִם אִינוּ יְכוֹל לְבָרַר שְׁגוּף הַחֻפְזָא הוּא שְׁלֹו וְאִז מְחֻנְיָב לְהַחְזִיר אֲפִילָּא גּוּף הַחֻפְזָא וְחֵיבֵב ג"כ עַל הַהִיזְק שְׁהִיזְקוּ אוֹ מַה שְׁהִפְּהוּ מִחֻמַּת הַתְּפִיסָה מִיְהוּ בְּחוּב שֶׁל הַלְוָאָה אַע"פ שְׁיְכוֹל לְבָרַר שְׁחֵיב לֹא אֲסוּר לְמַשְׁכֵּנוּ בְּעֻצְמוֹ וְאִם תְּפִיסוּ שְׁלֵא בְּרִשׁוֹת חֵיבֵב עַל הַהִיזְק וְהַפָּאָה שְׁעֲשֵׂה לֹא מִחֻמַּת זֶה אֲבָל מ"מ אִינוּ חֵיבֵב לְהַחְזִיר אֱלָא אוֹתָן דְּבָרִים שְׁחֵיבֵב לְהַחְזִיר פְּגוּן פְּסוּת יוֹם בְּיוֹם וְכִסּוֹת לִילָה בְּלִילָה וְכִיּוֹצֵא בְּזֶה וְכָל זֶה מְתַבָּרַר וְהוֹלָד) דְּבַעֲיָנָן שְׁיְבָרַר שְׁהַחֻפְזָא הוּא שְׁלֹו הִינּוּ מְשׁוּם דְּהִיכָא דָּאִינוּ יְכוֹל לְבָרַר שְׁהוּא שֶׁל וְתַפְּסָה בְּעֵדִים מְחֻנְיָב לְהַחְזִירוֹ מְשׁוּם שְׁהִבִּיא דִּין פּוֹסְקִים לְפִי רְאוּת עֵינֵיהֶם שְׁמֻחְוִיב לְהַחְזִיר כִּינּוּ שְׁתַּפְּסָה בְּעֵדִים דָּאִם לָא פֶּן לָא שְׁבַקְתָּ חֵי לְכָל בְּרִיָּה וְא"כ חֵיבֵב נְמִי עַל הַהַפָּאָה אוֹ הַהִיזְק שְׁעֲשֵׂה דִּין לְנַפְשֵׁיהּ וְאִינוּ יְכוֹל לְבָרַר שְׁהִדִּין עֻמּוֹ אֲבָל אִם הוּא יוֹדַע שְׁהוּא שְׁלֹו וְיְכוֹל לְזַכֵּי בּוֹ פְּגוּן לְתַפְּסָה שְׁלֵא בְּעֵדִים אוֹ בְּסְפִיקָא דְּדִינָא וְאוּמַר קִים לִי אוֹ בְּשָׂאָר סְפֵק שְׁבַשְׁטָר

כְּשִׁידוּעַ שֶׁהָדִין עִמּוֹ וּבִכְהֵאֵי גִּוּוֹנָא פְּשִׁיטָא דְמוֹתֵר לְתַפְּנוֹס אֶפְּיֵלוּ לְכַתְּחִלָּה בְּחַפְּזֵי הַיְדוּעַ לֹא שֶׁהוּא שָׁלוֹ אַעפ"י שְׁאִין יְדוּעַ לָנוּ דְהָא בְּכַה"ג לֹא שְׁיִיף אִיסוּר דְמִמְשַׁכְּנוּ שְׁלֹא בְּרִשׁוּת וְכֵן אִם הַחֹב שְׁחֵיב לֹא אֵינֹ דְרָף הַלְוָאָה רַק דְרָף שְׁכִירוּת וְכַה"ג דְלִיכָא בְּיָה מְשׁוּם אִיסוּר דְמִשְׁכְּנוּ שְׁלֹא בְּרִשׁוּת בְּכַה"ג מְשַׁמַּע דְמוֹתֵר לְמִשְׁכְּנוּ אֶפְּיֵלוּ לְכַתְּחִלָּה שְׁלֹא בְּרִשׁוּת וְכַדְאִיתָא בְּש"ס פֶּרֶק הַמְקַבֵּל וּמְוִסְפֵם מְפַל הַפּוֹסְקִים נִתְבָּאָר בְּטוּר ח"מ וּש"ע סִימָן צ"ז ס"ד.

אַלְמָא דְהִיכָא דְלִיכָא מְשׁוּם אִיסוּר דְמִמְשַׁכְּנוּ שְׁלֹא בְּרִשׁוּת מוֹתֵר לְתַפְּסוּ אִפְּיֵי לְכַתְּחִלָּה אִפְּיֵי בְּדָבָר אַחַר פְּשִׁידוּעַ לֹא שְׁחֵיב לֹא כ"ש אוֹתוֹ חַפְּזֵי עֲצָמוֹ. וְהִכֵּי מְשַׁמַּע לְהִדְיָא מִדְּבָרֵי ה"ר אֱלִיעֶזֶר מְמַיִץ בְּסִפְרֵי יְרֵאִים שֶׁהֵבִיא הַמְרָדְכֵי פֶּרֶק הַמְנַיִח וּתְשׁוּבַת מִי"א דְסִפְרֵי גִזְקִין סִימָן י"ד בְּתוֹף דְּבָרֵי מַהר"מ וַז"ל (דִּין הִיכָא שְׁאִינוּ חֵיב לֹא בְּעַד הַלְוָאָה רַק בְּעַד שְׁכִירוּת אוֹ גִּזְלָה וְלֹא גִזְלָה בְּמַלְוָה מוֹתֵר לְתַפְּסוּ אֶפְּיֵלוּ לְכַתְּחִלָּה אֶפְּיֵלוּ ד"א וְאִם הַזִּיקוּ אוֹ הִכּוּ אוֹ מַחְמַת הַתְּפִיסָה פְּטוּר) וְכֵן מְצֵאתִי בְּסִפְרֵי יְרֵאִים דְּרַב נַחְמָן אָמַר לְמִילְתֵּיהּ בְּגִזְלָן שְׁדָבָר שְׁלֹו בְּעֵין וְרוֹצִים לְגִזְלָן מְמַנּוּ אוֹ הוֹצִיאָהּ גִּזְלָן וְלֹא גִזְלָה דְּמִי גִזְלָתוֹ בְּמַלְוָה וּקְרָא דְלֹא תִבְנֹא אֶל בֵּיתוֹ לְעַבְנוֹת מִיָּרֵי בְּמַלְוָה וּבְגִזְלָה בְּמַלְוָה עַכ"ל אַלְמָא דְאֶפְּיֵלוּ הוֹצֵאוֹת גִּזְלָן פֶּל שְׁלֹא גִזְלָה דְּמִי גִזְלָתוֹ קָאמַר רַב נַחְמָן דְמוֹתֵר לַעֲשׂוֹת דִּין לְנַפְשֵׁיהּ אִפְּיֵי לְכַתְּחִלָּה אַע"ג דְּבוֹדָאֵי יְתַפְּנוֹס ד"א שְׁהֵרֵי גִזְלָתוֹ כְּבָר הוֹצִיאָהּ גִּזְלָן אֶלָּא הֵעִיקֵר תְּלוּי דְהִיכָא דְלִיכָא מְשׁוּם לֹא תִבְנֹא אֶל בֵּיתוֹ מוֹתֵר לְמִיעֵבַד דִּין לְנַפְשֵׁיהּ אֶפְּיֵלוּ לְכַתְּחִלָּה.

וַז"ל שְׁלֹוהּ כִּינּוּן מַהרִ"ק מ"ש וַז"ל וְכֵן מוֹכַח גַּם מִדְּבָרֵי סִפְרֵי יְרֵאִים דְּמַחְלֵק בֵּין זָקָף בְּמַלְוָה וְלֹא זָקָף וְאִם הִזְיָה הַדְּבָר תְּלוּי בִּידְעֵתֵינוּ אִם הוּא שְׁלֹו אוֹ לֹא אִם כֵּן מַה לִּי זָקָף אוֹ לֹא זָקָף הָא לְמַדְתָּ שְׁלֹא בָּא רַבִּינוּ מֵאִיר אֶלָּא לְאֶפּוֹקֵי הִיכָא שְׁאִין לֹא תְּבִיעָה עַל אוֹתוֹ מְמוֹן עֲצָמוֹ עַכ"ל וּמְהַרְשֵׁ"ל שֶׁם כָּתַב עַל דְּבָרֵי מַהרִ"ק אֵלוּ וַז"ל וּתְמַהֲנִי עָלֶיךָ מָה רָאִיתוֹ בּוֹדָאֵי אִינְרֵי שְׁיֵשׁ לֹא תְּבִיעָה מ"מ צָרִיף לְהִיּוֹת ג"כ בְּמִבְנֵי דְשִׁנְיָהֶם צְרִיכִים דָּאִם לֹא מְבִנְרֵר פְּשִׁיטָא שֶׁהוּא אִיסוּר אֶפְּיֵלוּ בְּגוֹף הַמְמוֹן כְּדִפְרִישׁ וְאִם מְבִנְרֵר טַעֲנוּתֵיו רַק שְׁאִינוּ עַל גּוֹף הַמְמוֹן גַּם כֵּן לֹא יְכוּל לְמִיעֵבַד דִּינָא לְנַפְשֵׁיהּ דְּהוּי כְּעֵין מְשַׁכְּנוּ וְאִיסוּר עַכ"ל (מַה שְׁחַמָּה מְהַרְשֵׁ"ל עַל מַהרִ"ק אֵינוּ לְפַעֲנָ"ד וְדְבָרֵי מַהרִ"ק בְּרוּרִים) וּלְפַעֲנָ"ד רָאִיתִי מַהרִ"ק בְּרוּרָה וְאִי פְּוִנְתוֹ לְהִבְיָא רָאִיָה מְגוֹף הַמְמוֹן רַק פְּוִנְתוֹ לְהִבְיָא רָאִיָה מִמָּה שְׁאָמַר בְּסִפְרֵי יְרֵאִים דָּאִם הוֹצִיאָהּ גִּזְלָן וְלֹא גִזְלָה דְּמִי גִזְלָתוֹ אָמַר רַב נַחְמָן עֵבִיד דִּינָא לְנַפְשֵׁיהּ וְהֵרֵי הִכָּא וְדָאֵי אֵינוּ תוֹפְסֵי גּוֹף הַמְמוֹן שְׁהֵרֵי הוֹצִיאָהּ גִּזְלָן אֶלָּא וְדָאֵי לֹא בָּא סִפְרֵי יְרֵאִים וּמַהר"מ לֹאמַר אֶלָּא דְמְשׁוּם אִיסוּר דְלֹא תַעֲבֹנוּט אִיסוּר לַעֲשׂוֹת דִּין לְנַפְשֵׁיהּ בְּחַפְּזֵי שְׁאִינוּ מְבִנְרֵר שֶׁהוּא שְׁלֹו.

וְכַמוֹ שְׁפַתְבֵּיתִי: ס' קטז (רָאִיָה לְדְבָרֵי מְהַרִּיב"ש סִימָן שצ"ו) וְכֵן מְשַׁמַּע לְהִדְיָא בְּרִיב"ש סִימָן שצ"ו כְּדְבָרֵי. שְׁכָתַב שֶׁם כָּל הַנֶּהָר חֲלוּקִים שְׁכָתַב הָרָא"ש פֶּרֶק הַמְנַיִח וְהַטוּר סִימָן ד' דְלֹא מְצִי לְמִיעֵבַד דִּינָא לְנַפְשֵׁיהּ רַק בְּדָבָר הַמְבִנְרֵר שֶׁהוּא שְׁלֹו וְהַעֲתִיק שֶׁם ג"כ דְּבָרֵי הַטוּר וְכָתַב וַז"ל וְכֵן נִשְׁתַּמְשׁוּ הַגְּאוּנִים וַז"ל מִדִּין זֶה בְּעַנְיַן הַתְּפִיסוֹת שְׁיִוְכַל אָדָם לְעַכֵּב פְּקֻדוֹן שְׁבִידוֹ וְלְטַעֲוֹן עָלָיו אִם הוּא חֵיב לֹא מְצַד אַחַר שֶׁהִזְיָה אֶפְּשֵׁר לֹאמַר יִתֵּן לֹא הוּא אֶת שְׁלֹו וְאִח"כ יִתְרַעַם מְמַנּוּ בב"ד עַל מַה שְׁחֵיב לֹא אֶלָּא שְׁמַטְעַם עֵבִיד דִּינָא לְנַפְשֵׁיהּ הוּא יְכוּל לְעַכְבּוּ פְּדִי לְהַצִּיל אֶת שְׁלֹו אַע"פ שֶׁהִזְיָה יְכוּל לְהַצִּיל בב"ד כְּגוֹן דְאִיכָּא עֲדִים וְלִיכָּא

פְּסִידָא אוּ אַפִּילוּ לְתַפְּנוּס מְטַלְטְלִיו כֹּל שְׁמַצָּאוּם בְּרִשׁוֹת אַחֲרִים אוּ אַפִּילוּ לִיקַח מִיָּדוֹ וּמִבֵּיתוֹ כֹּל שֶׁחֹב אֵינוֹ הַלְּנֹאָה מִמֶּשׁ עַכ"ל הֵרִי לְהִדְיָא כְּדַבְּרִי.

(מ"ש מְהַרְשֵׁ"ל דְּמַהֲרִי"ק לֹא דִקְדָּק בְּטוֹר סִי' ד' לִיתָא לִפְעַנ"ד) וּמ"ש מְהַרְשֵׁ"ל שֵׁם דְּהַטוֹר סִי' ד' כְּתַב בְּהִדְיָא דְלֹא פְדַעַת מַהֲרִי"ק וּמִסְתַּמָּא מַהֲרִי"ק לֹא דִקְדָּק בְּטוֹר שְׁאֵלְמָלֵא הִיָּה רוּאָה בְּהִדְיָא בְּטוֹר שֶׁהוּא פְּנִגְדוּ הִיָּה חוּזַר מְדַבְּרִיו עַכ"ל גַּלְפַּע"ד דְּלִיתָא אֱלָא מַהֲרִי"ק דִּקְדָּק יָפָה בְּטוֹר וְאֵין דְּבַרִּי הַטוֹר כְּנִגְדוּ כֹּל דְּבַטוֹר לֹא בָּא אֱלָא לֹא מֵר דָּאָם אֵינוֹ יְכוּל לְבַרַר שֶׁהוּא שְׁלוֹ חֲיִיב עַל הַהִפְאָה וְהִיָּה אִם לֹא הִפָּה אוֹתוֹ צְרִיף לְהַחֲזִיר גּוּף הַחֲפִץ הִיָּכָא שְׁאֵינוֹ יְכוּל לְבַרַר לְפָנֵי ב"ד שֶׁהוּא שְׁלוֹ וְהִיָּינוּ פְּשִׁישׁ כָּאֵן הַכְּחָשָׁה וְהוּא טוֹעַן שֶׁהַחֲפִץ הוּא שְׁלוֹ אֲבָל אִם הוּא בְּעִנְיָן שְׁיֹעִיל תְּפִיסָתוֹ בְּדִין וְכֹל הַנֶּהָ גּוּנֵי שֶׁפְּתַבְתִּי לְמַעְלָה בְּזָה לֹא דְבַר הַטוֹר כֹּל וְעוֹדָה דִּיכוּל לְתַפְּסוֹ אַפִּילוּ לְכַתְּחֵלָה וְכִמוֹ שֶׁפְּתַבְתִּי.

(מ"ש מְהַרְמֵ"א סִי' ד' דְּהַמְרָדְכִי וְשָׂאָר פּוֹסְקִים פְּלִיגֵי אֶהְרִיבֵ"שׁ סִי' שְׁצ"ו לִיתָא לִפְעַ"ד אֱלָא דַעַת כְּוָלָם שְׁוָה) וּמִזָּה נִדְחָה מ"ש בְּדַרְכֵי מִשָּׁה דְּהַמְרָדְכִי וְהַנִּי וְהָרָא"ש שְׁבַפ' הַמְנִיחַ פְּלִיגֵי אֶהְרִיבֵ"שׁ סִי' שְׁצ"ו וְכ"כ בְּהַגְהַת ש"ע שְׁם דַּעוֹת בְּזָה.

וּלְפַע"ד לִיכָּא כָּאֵן פְּלוּגְתָּא כֹּל וְכֹלָא בְּחֻדָּא מַחְתָּמָא מַחְתִּינְהוּ וְדַבְּרִי מַהֲרִי"ק וְהָרָא"ש וְטוֹר וְהַנִּי וְהַמְרָדְכִי וְהָרִיבֵ"שׁ כְּוָלָם מְסַפִּימִים נִדְבַר אַחַד וְכ"ע מוֹדוּ דְּהִיָּכָא דְלִיכָּא מְשׁוּם אִיסוּר דְּלֹא תְּבִנָּא אֶל בֵּיתוֹ לְעַבְוֹט עַבְוֹטוֹ מִן תְּרַם לְמִשְׁכְּנוֹ וְכַדְאִיתָא בְּש"ס פְּרָק הַמְקַבֵּל וּבְפּוֹסְקִים וְטוֹר וְש"ע סִי' צ"ז סִי"ד וְכִמ"ש הָרִיבֵ"שׁ סִימָן שְׁצ"ו וְמַהֲרִי"ק שְׁוֹרֶשׁ קַס"א וְכַדְמוּכַח מְדַבְּרֵי סֶפֶר יְרֵאִים שֶׁבְּמְרָדְכִי פְּרָק הַמְנִיחַ וְלֹא קָאָמַר הַמְרָדְכִי וְהָרָא"ש וְטוֹר דְּבַעֲיָנָן שְׁיִוְכַל לְבַרַר שֶׁהוּא שְׁלוֹ אֱלָא לְאִפּוּקֵי הִיָּכָא דְּחֲיִיב לוֹ בְּעַד הַלְּנֹאָה דָּאָז אֵין לוֹ רִשׁוֹת לְמִשְׁכְּנוֹ אַעֲפ"י שְׁפָרוּר שְׁחֲיִיב לוֹ וְאִם כֵּן אִם הִזִּיקוּ אוּ הִפְהוּ בְּמָה שֶׁמִּשְׁכְּנוֹ בְּעַל כְּרַחוּ חֲיִיב עַל הַהִיזָק אוּ הַהִפְאָ' אוּ לְעִנְיָן שְׁאֵם אֵינוֹ יְכוּל לְבַרַר שְׁחֲיִיב לוֹ צְרִיף לְהַחֲזִיר לוֹ אַפִּילוּ גּוּף הַחֲפִץ שֶׁתְּפַס כֵּינֵן שְׁאֵינוֹ מוֹעִיל תְּפִיסָתוֹ אֲבָל פְּשִׁיטָא אִם מוֹעִיל תְּפִיסָתוֹ כְּגוֹן שֶׁתְּפַסֵּם שְׁלֵא בְּעֵדִים שְׁיִהִיָּה לוֹ מְגוֹ (וְכֵן הוּא בַּסִּמָּ"ע סִימָן ד' ס"ק ב' דְּמִן תְּרַם לְתַפְּנוּס אַפִּילוּ לְכַתְּחֵלָה כְּדִי שְׁיִהִיָּה לוֹ מְגוֹ וְכֵן מוּכַח בְּבֵית חֲדָשׁ שְׁם בְּרִישׁ הַסִּימָן גְּבִי מַה שְׁפִי' הָא דְּרַב הוֹנָא בַּפ"ק דְּבַרְכוֹת ע"ש וְדוּק) אוּ כְּגוֹן סְפִיקָא דְּדִינָא אוּ סְפִיקָא שְׁבַשְׁטָר וְכַ"ג אוּ שֶׁחֹב אֵינוֹ דְּרַף הַלְּנֹאָה וְיָדוּעַ שְׁחֲיִיב לוֹ מִן תְּרַם לְתַפְּסוֹ אִפִּי לְכַתְּחֵלָה כֵּינֵן דְּלִיכָּא אִיסוּר א' מְשׁוּם דְּלֹא תְּבִנָּא אֶל בֵּיתוֹ.

וְזָה בְּרוּר: סִי' קִיז וְאֵין לְהַקְשׁוֹת מַה תִּירָץ רַבֵּינוּ קְלוּנִימוּס בְּמְרָדְכִי פְּרָק הַמְנִיחַ עַל הָא דְּרַב הוֹנָא דַּפ"ק דְּבַרְכוֹת שְׁלֵקַח זְמוּרוֹת אַחֲרוֹת הָא כֵּינֵן שֶׁהָאָרִיס גָּנַב א"כ ה"ל הַחֹב מִשְׁלוֹ בְּדַרְפָּה הַלְּנֹאָה וְיְכוּל לְתַפְּנוּס אַפִּילוּ ד"א נִרְאָה כֵּינֵן שְׁמַגִּיעִים קֶצֶת זְמוּרוֹת מִן הַדִּין לְאָרִיס וְכִמוֹ שְׁפִירֶשׁ"י בַּפ"ק דְּבַרְכוֹת שְׁכָנִים שְׁחוֹלְקִים בֵּינֵן כְּף חוֹלְקִים בְּזְמוּרוֹת כו' א"כ הַזְמוּרוֹת הִתְיָרוֹת שְׁגָנַב הָאָרִיס הֵוִי כְּאֵלוֹ לְקַח עֵתָה הִרְבָּה וּבְעַל הַכְּרָם יִקַּח כְּנִגְדָּה זֶה פַּעַם אַחֲרַת וְדָמֵי כְּאֵלוֹ זְקַף בְּמִלְוָה וְדוּק: וְגַם פִּשְׁט דְּבַרִּי מַהֲרִי"ק שֶׁבְּמְרָדְכִי פְּרָק הַמְנִיחַ בְּמָה שֶׁהִבִּיא רְאִיָּה מַפ"ק דְּבַרְכוֹת מִשְׁמַע כְּמַהֲרִי"ק וּמ"ש מְהַרְשֵׁ"ל שְׁם דְּמַפִּירֶשׁ"י שְׁפִירֶשׁ וְכִי אֵינוֹ חָשׂוֹד בְּעִינֵיכֶם שְׁגָנַב יוֹתֵר מִחֻלְקוֹ כו' מִשְׁמַע דְּהֵוִי כְּעֵין בְּרוּר לְכֹל כו'.

נ"ל דְּאֵינוֹ רְאִיָּה כֹּל דְּרַב הוֹנָא אָמַר לָהֶם וְכִי אֵינוֹ חָשׂוֹד בְּעִינֵיכֶם וְאִפְשָׁר שְׁבַאָמַת לֹא הִיָּה חָשׂוֹד בְּעִינֵיהֶם. וְעוֹד אַפִּילוּ הִיָּה חָשׂוֹד בְּעִינֵיהֶם מ"מ זֶה לֹא מִיְקָרִי בְּרוּרָה לְכֹל

שְׁהָרֵי אֵינן יְכוּלִים לְהוֹצִיא מִמּוֹן בְּשִׁבִיל שֶׁהוּא חָשׂוּד בְּכָה: וְמָה (מָה שֶׁהֵבִיא מִהַרְשֵׁ"ל רְאִיָּה לְדַבְרֵי מִפְּרָק שְׁבוּעַת הָעֵדוּת אֵינָה רְאִיָּה כָּלֵל וְאֶדְרָבָה מִשְׁמַע שָׁם לְכַאוּרָה אֵיפְכָא) שֶׁהֵבִיא מִהַרְשֵׁ"ל רְאִיָּה לְדַבְרֵי מִפ' שְׁבוּעַת הָעֵדוּת וְהִבְאֵתִי לְשׁוֹנוֹ לְעֵיל רִישׁ סִימָן קט"ו אֵינָה רְאִיָּה כָּלֵל וְאֶדְרָבָה יֵשׁ לְהוֹכִיחַ מִשָּׁם לְהַפְּךָ דְּמִדְאָסֵר מִטַּעַם דְּמִדְבַר שְׁקַר תִּרְחַק תִּיפּוֹק לִיָּה דְבָלְאוּ הָכִי אָסוּר דְּהִיאָה יוֹצִיאָו מִמְּנֹו מִמּוֹן כִּינּוּן שְׁאִינוּ חֲזִיב בְּדִין אִם לֹא ע"פ עֵדוּתָם אֲלֵא מִשְׁמַע דְּמִי שְׁחֲזִיב לְחַבְרוֹ יְכוּל לְתַפְּסֵי אֶפְיָלוּ לְכַתְּחִלָּה אִם הוּא בְּעֵנְנֵן שְׁמוֹתָר לְמִשְׁכְּנֹו וְכַמ"ש אֲלֵא דְבִפְרָק שְׁבוּעַת הָעֵדוּת אָסוּר מִטַּעַם דְּמִדְבַר שְׁקַר תִּרְחַק שְׁהָרֵי אֵינָם יְכוּלִים לְהוֹצִיא הַמַּעוֹת אֲלֵא שְׁיִאמְרוּ שְׁקַר שֶׁהוּא הַמְלִיָּה וְהֵם הָעֵדִים וְנָהוּ אָסוּר מִשׁוּם מִדְבַר שְׁקַר תִּרְחַק אֲבָל בְּלֹא הָכִי שְׁרִי וְכַדְאָמְרֵן: ס' קִיחַ וְאַחֲרֵי אֲשֶׁר הוֹדִיעַ לָנוּ אֲלֵקִים אֵת כָּל זֹאת צָרִיכִים אֲנַחְנוּ לְהוֹדוֹת לְשָׁמוּ הַגְּדוֹל וְלִיתֵן לוֹ שְׁבַח וְהוֹדָ' וְצָרִיכִים אֲנַחְנוּ לְמוֹדְעֵי רַבָּא לְאוּרִינְתָא שְׁרִאֵינוּ בְּתִשׁוּ' ו' לֵב אַרְבַּע תְּשׁוּבוֹת שֶׁהוֹרָה הִלְכָה לְמַעֲשֵׂה פְּסָקִים שְׁאִינָם נִרְאִים לְפַעַנ"ד: רֵאשׁוּנָה (דִּין מָה שֶׁפָּסַק מִהָר"י ו' לֵב בִּס' א' ס' ס"ז) שְׁאֵלְמָנָה שֶׁהֵנִיחַ לָהּ בְּעֵלְהָפֵל נְכָסִיו בְּשַׁעַת מוֹתוֹ וְהֵנִיחַ בֵּן גְּדוֹל דְּלֹא מְהַי תְּפִיסָתָה אֵינן נִלְפַע"ד אֲלֵא נ"ל דְּמַצִּי אֲמָרָה קִים לִי כְּבַעַל הַמְּאוּר דִּס"ל דְּבַבְנִי גְדוֹלִים לֹא עֲשָׂאָה (אֶפְטֵרוֹפֵס) מָה שֶׁפָּסַק מִהָר"ר יוֹסֵף ו' לֵב בְּתִשׁוּבָה בְּסִפְרָא רֵאשׁוֹן ס' ס"ז דָּף צ"ד ע"ד בְּיַעֲקֹב שֶׁהֵנִיחַ כָּל נְכָסִיו בְּשַׁעַת פְּטִירָתוֹ לְלֵאָה אֲשֶׁתוֹ וְנָהִיחַ לוֹ בֵּן גְּדוֹל וְיָמָת וְאַחֲרַי כָּהֵן תּוֹבַעַת הָאֵלְמָנָה אֲשֶׁת הַבֵּן הַגְּדוֹנִיָּא וְתוֹסֵפ' מִחֲמוֹתָהּ מִהַנְּכָסִים הַשְּׂיִיכִים לְבֵן מַעֲזָבוֹן אָבִיו וְנָה לְשׁוֹנוֹ שָׁם וְלְכַאוּרָה יִרְאָה כִּינּוּן דְּאֵיפָא פְּלוּגְתָא דְּרַבְּנוֹתָא שְׂיִוְכַל הַמַּחֲזִיק לֹמֵר קִים לִי כְּפִלוֹנִי וְכַפִּלוֹנִי הַגָּאוֹן וְאַפְיָלוּ שְׂיִהִיו מִיַּעוּט הַפּוֹסְקִי דְּאֵינן הוֹלְכִים בְּמִמּוֹן אַחֲרַי הָרוֹב וְכַמְּבֹאֵר בְּרִישׁ הַמַּנִּיחַ אֵת הַכֹּד וְלְכַאוּרָה נִרְאָה בְּנִדּוֹן דִּידֵן שֶׁזֹּאת הָאֵלְמָנָה אֵינָה מְוַחֲזָקָת כְּמוֹ שֶׁנִּרְאָה מִתּוֹךְ הַשְּׁאֵלָה שֶׁהִיא שׁוֹאֵל' הַגְּדוֹנִיָּא וְהַתּוֹסֵפ' מִחֲמוֹתָהּ.

נִרְאָה שֶׁעֲלִיָּה לְהִבִּיא רְאִיָּה דְּהִלְכָה כְּרַב ו' מַגֵּשׁ ז"ל וְהִלְכָה כְּדַבְרֵי הַפּוֹסְקִים הַחוֹלְקִים עַל בַּעַל הַמְּאוּר אֲבָל כִּי מַעֲיִינִינוּ שְׁפִיר אֲשֶׁפְּחֹן שֶׁזֹּאת הַתְּפִיסָה שֶׁתְּפָסָה זֹאת הָאֵלְמָנָה חֲמוֹתָהּ אֵינָה תְּפִיסָה לֹמֵר קִים לִי כְּהִי רַבְּנוֹתָא אֶדְרָבָא הַנְּכָסִים נִשְׁאָרוּ מִיּוֹם שְׁמַת בַּעֲלָהּ בְּחֻזְקָת הַבֵּן מִשׁוּם דְּהִנֵּי תְּפִיסָה אַחֲרַי שְׁנוֹלֵד הַסֶּפֶק שֶׁבְּשַׁעַת שְׁנָה הָאֵישׁ חֲמִיָּה שֶׁל זֹאת הָאֵלְמָנָה צָוָה לְבִיתוֹ וְהֵנִיחַ כָּל נְכָסִיו לְאֲשֶׁתוֹ נוֹלֵד הַסֶּפֶק אִם הִלְכָה כְּדַבְרֵי הָאוּמְרִים דְּנֹקָא כּוֹתֵב אוֹ דִּילְמָא לֹא שְׁנָא הָכִי וְל"ש הָכִי וְה"נ נוֹלֵד הַסֶּפֶק קוֹדֵם תְּפִיסָה אִם הִלְכָה כְּדַבְרֵי הָרַב בַּעַל הַמְּאוּר ז"ל אוֹ כְּדַבְרֵי הַחוֹלְקִים עָלָיו וְתְּפִיסָה לְאַחֲרַי שְׁנוֹלֵד הַסֶּפֶק לֹא מְהַי וְלֹא מִיָּדִי לְפִי דְּבַרִי רַוֵּב הַפּוֹסְקִים אִפְיָ' כְּשִׁיטְעֵנוּן בְּרִי וְכ"ש בְּנִדּוֹן דִּידֵן שְׁאִינָה יְכוּלָה לְטַעוֹן אֲלֵא שְׁמָא דְּהִלְכָה כְּדַבְרֵי רַוֵּב הַגָּאוֹנִים אוֹ כְּדַבְרֵי הָרַב בַּעַל הַמָּא' ז"ל וְכַנְּדוֹן דִּידֵן כָּל אִפְיָ שְׁוִין זוּלָתֵי הַרְּמָב"ם עַל הֵהִיא דְּתַקְפוֹ פִּהֵן דַּפ"ק דְּמַצִּיעָא וְכַבֵּר כְּתַב מִהָר"י קוּלוֹן דְּאֵינן לֹמֵר קִים לִי כְּפִלוֹנִי הַגָּאוֹן וְאַפְיָ' בְּדִינֵי מַמְיָנוֹת הִיכָא דְּכָל חֲכָמֵי יִשְׂרָאֵל חֲלוּקִים עָלָיו עַכ"ל מִהָר"י ו' לֵב: ס' קִיט (הַשְּׁגוּת עַל תְּשׁוּבַת מִהָר"י ו' לֵב סִפְרָא א' ס' ס"ז) כָּל דְּבַרִי אֵלוּ לִיתְנָהוּ דַּמ"ש דְּנוֹלֵד הַסֶּפֶק קוֹדֵם הַתְּפִיסָה כּו' לִיתָא דְּבַפְּלוּגְתָא דְּרַבְּנוֹתָא הִנֵּי תְּפִיסָה קוֹדֵם שְׁנוֹלֵד הַסֶּפֶק וְכַמ"ש לְמַעֲלָה סִימָן כ"ה.

וְעוֹד דְּאַפְיָ' נִימָא דְּהִנֵּי תְּפִיסָה לְאַחֲרַי שְׁנוֹלֵד הַסֶּפֶק מְהַי תְּפִיסָה בְּפְלוּגְתָא דְּרַבְּנוֹתָא מִתְּרִי טַעְמֵי חֲדָא דְּהִנֵּי כְּמוֹ טַעֲנַת בְּרִי וְכַמ"ש בִּס' ע"ט וְהִבְאֵתִי שָׁם הַרְּבָה רְאִיוֹת לָזָה וְעוֹד דְּכִינּוּן דָּאִם הִנֵּי הַדִּינֵן עוֹשֵׂה כְּאוֹתוֹ פּוֹסֵק שְׁפִיר דְּמִי אִם כֵּן בְּכַה"ג עַבִּיד דִּינָא לְנַפְשִׁיהָ

ומהגני אפי' פְּשִׁתוֹפֶס מְרֻשׁוֹתוֹ וכמ"ש בסי' פ"ז והבאתי שם ראיות ברורות לזה מהרבה פוסקים ע"ש בסי' פ"ח וסי' צ' ומ"ש ותפיסה לאחר שגולד הספק לא מהגני' מידי לפי דברי רוב הפוסקים אפי' פְּשִׁיטְעוֹן בְּרִי כו' ליתא וכמ"ש בסימן נ"ד דלא דק בזה ע"ש.

גם מ"ש ובגדון דיד פל אפי' שוין זולת הרמב"ם ז"ל על ההיא דתקפו פהן כו' וכבר כתב מהרי"ק כו' אינשתמיטתי להר"י ו' לב הרבה פוסקים דס"ל בתיקו מהגני תפיסה) אינשתמיטתי כל הנה אשלי רב רבבי עדה קדושה ושלמה יותר מעשרה פוסקים מפורסמים שהבאתי לעיל סי' ע"א וע"ד דס"ל פהרמב"ם דבספיקא דדינא מהגני תפיסה בכל ענין ול"ד לספק בכור וכמ"ש בסימן ה' ו' וגם אינשתמיטתי דברי הסמ"ג והרשב"א שהבאתי לעיל סימן א' ב' דס"ל גבי ספק בכור גופיה פהרמב"ם למעשה וכ"פ בתשו' מהר"ר דוד פהן בית ב' סימן ה' והבאתי לשונו בסימן ק"ג דאלו הנה ידע מהנה פוסקים פשיטא דלא הנה פסק פן שהרי כתב מהר"י ו' לב גופיה בסימן א' סימן ע"ב דף צ"ד ע"ב ונ"ל ומהרי"ק כתב בתשו' שאלה דאין לומר קים לי בפלוני הגאון היכא שכל חכמי ישראל חלוקים עליו נראה מדבריו אם יהיו שנים ושלש מגדולי המורי' בכף א' וכל חכמי ישראל בכף שניה יכרעו את כולם שלא להוציא ממון נגד המוחזק עכ"ל וכ"ש בדין זה דספיקא דדינא דיש יותר מעשרה פוסקים גדולי הדור שמסכימים לדעת הרמב"ם אפילו בדיותיקו וכ"ש בפלוגתא דרבנותא דלכ"ע מהגני תפיסה וכמ"ש למעלה והלכה בההו עובדא מהר"י ו' לב שחמות' מוחזקת ודאי מצ"ל קים לי כסברת בעל המאור פרק יש נוחלין דהיכא שיש בנים גדולים לא אמרינן דעשאא אפטרופס והלכה זכחה חמות' ולא מפקינן מינה ודלא כמו שפסק מהר"י ו' לב ול"ל דהבעל המאור ה"ל יחיד דהא מדברי מהר"י ו' לב גופיה מבואר דאי הוי מצ"ל קים לי בכה"ג הייתה האלמנה יכולה לומר קים לי כבעל המאור ולא הנה חשבינן סברת בעל המאור לסברת יחיד.

ועוד שנראה לפע"ד שגם הרמב"ם בס' המלחמות שלו מסכים עם הבעל המאור בזה שהרי הבעל המאור שם בפ' יש נוחלין השיג בתרתי על הרי"ף חדא במאי דכתב הרי"ף דבעינא דבברי היא לא איפשטא וכתב בעל המאור דאיפשט' אידה במאי דמחלק הרי"ף בין פותב לאומר ובעל המאור ס"ל דאין לחלק בכף רק בין יתומים קטנים לגדולים והנה הרמב"ם שהוא איש מלחמתו ודרכו לסתור דבריו וליישב בכל מקום דברי הרי"ף לא השיג שם בפרק יש נוחלין על בעל המאור רק במה שכתב דבעינן איפשט' אבל מה שחילק בעל המאור בין יתומים קטנים לגדולים לא השיג עליו כלל והניח דבריו במקומם משמע דמוד' ליה בזה וגם שאר הפוסקים לא חלקו בפירו' על בעל המאור רק שלא הביאו דבריו ואפשר דמ"מ סבירא להו הדין של בעל המאור אמת מבחוץ דדוקא ביתומים קטנים אמרינן דעשאא אפטרופס ולא בגדולים רק שלא תירצו פן משום דמשמע להו דמסתמא רבי יוחנן בן ברוקא וכל הנה שקלא וטרין דבש"ס מיירי נמי בבנים קטנים אבל מ"מ הסברא נכונה דבגדולים שייך לומר דעשאא אפטרופס ויש קצת ראיה לזה ממאי דאמרינן בפרק המפקיד (דף ל"ט ע"א) אפטרופא לדיקנני לא מוקמינן וגם כיון דאמרינן בש"ס דההו דינא דהפוחת כל נכסיו לאשתו לא עשאא אלא אפטרופא הוי הלכת' בלא טעמא אם פן הבו לה דלא לוסוף עלה.

וכה"ג פתב הרמב"ן בחדושי בתרא שלו דגם הרי"ף מודה לרשב"ם דכל בלשון ירושה
מפנרש ל"ל אפטרופס הוא ונה שהוצרך הרי"ף לחלק בין פותב לאומר לא משום ירושה
אלא שמשמע משנתנו בלשון ירושה וכ"ש בלשון מתנה דאפי' לרבנן בל' מתנה דבריו
קיימים ואע"פ שאין פשט לשונו משמע כן עכ"ל ואם כן ה"ה י"ל דהפוסקים מודו לבעל
המאור.

ומה שהוצרכו לתירוץ אחרים היינו משום דמשמע להו דמתני' בסתמא בקטנים נמי
איירי וכדפ' (לא ידענ' מנ"ל למהר"י ו' לב שהפוסקים לא הודו לדברי בעל המאור
בזה) ולא ידענא מנין לו למהר"י ו' לב מ"ש דרוב הפוסקים לא הודו לדברי בעל המאור
בזה.

ואפי' יהיה בדבריו דרוב הפוסקים לא הודו לדברי ב"ה פי דקי"ל דמ"ל קים לי אפילו
כהמיעו' וכמו שיתבאר לקמן סימן קכ"ג וכמ"ש מהר"י ו' לב גופיה וכבר פתבתי דבכה"ג
מצ"ל קים לי אם כן אין להוציא מהאלמנה חמותה כן נ"ל הלכה למעשה: סי' קיד (דין
מה שפסק מהר"י ו' לב ספר ג' סימן כ"א דס"ל דנכלל הקרן עם הרבית גובה הקרן
דמפקינן ממונא משום ספק ספיקא אין נלפע"ד אלא לא מפקינן ממונא כלל משום ספק
ספיקא) שנית מה שפסק מהר"י ו' לב בספר ג' סי' כ"א דף ד' וע"ד ח"ל ועוד איכא
ספיקא אחריתי שהרי הרמב"ן וזולתו חולקים על דהתוס' וסבורים דהיכא דנכלל הקרן
עם הרבית דגובה את הקרן וכיון דכן הוא הוי ספק ספיקא וכיון דאיכא ספק ספיקא
מהניא לאפוקי ממונא מיד המנוחזק וכמ"ש התוס' בפ"ק דכתובות בההיא סוגיא דפתח
פתוח מצאתי בדבור המתחיל אי למיתב לה כו' פתב ונ"ל דאמאי תפסיד פתובתה והא
ס"ס הוא ס' אם הוא בקי בפתח פתוח אם לאו ואם ת"ל פתח פתוח הוא ס' באו ס' ס'
ברצון ואפי' אשת כהן באונס לא מפסד' פתובת' ואין לומר דאפי' בס"ס מפסדת פתובתה
משום דמוקינן ממונא בחזקת' דהא לקמן גבי משאר סתני נאנסתי והוא אומר לא כי
אלא עד שלא ארסתיה נאנס' והיה מקחו מקחטעות ואיכא מאן דמפרש לקמן מקח טעות
ממאתים אבל מנה אית לה אלמא משום דבאותו מנה הוי ס"ס לא תפסד דספק קודם
שנתארסה (ספק אחר שנתארסה) ואת"ל אחר שנתארסה אימור באונס הנה דאי אמר
אפי' בס"ס מפסד' אמאי אית לה אפי' מנה עכ"ל מהר"י ו' לב שם.

וכה"ג פתב שם מהר"י ו' לב ס"ס ל"ג וכ"כ עוד שם בסימן מ"א וכ"כ עוד שם בסי' מ"ב
ונ"ל וכיון דכן ס' ספיק' הוא וכתבו דס"ס צדיפא מרובא ואע"ג דאין הולכים בממון אחר
הרוב אלא אחר המנוחזק בס"ס מוציאין מיד המנוחזק עכ"ל וגם בתשו' מהר"א ו' ששון
סי' ר"ט גמש' אחר דברי מהר"י ו' לב בזה דהיכא דאיכא ס"ס גמור מוציאין ממון מיד
המנוחזק וגם בתשו' מהר"ר אלי' ו' חיים ס"ס ק"ט גמש' אחר מהר"י ו' לב בזה דבס"ס
מפקי' ממונא מהמנוחזק וכמו שנתראה מד' התוס' פ"ק דכתובות כו' ע"ש וגם בתשו'
מהר"ר שלמה כהן השייכים לספר שני בסי' כ"ד ובספר ג' סי' ל"ד וכן מהר"ר יעקב
לבית לוי סי' י"ח וסי' כ"ח וסימן נ"ז נמשכו אחר מהר"י ו' לב בזה והבאתי דבריו בסתם
ע"ש.

ואני אומר אף שכל גדולים אלו נמשכו אחר דברי מהר"י ו' לב בזה מ"מ אין דברים אלו
נראין לי. (ראיה לדברי מהרא"ש פ' פיצד הרגל שהבאתי לעיל סי' ו') דפשיטא דלא

מפקי' ממונא משום ס"ם וכדאי' להדיא בהרא"ש פ' פיצד הרגל וז"ל וילדברי האומ' דכל תיקו דתפס לא מפקינן מיניה ה"נ אם תפס הבהמה משלם ממנה ח"נ ואע"ג דיש ס"ס לח"נ דדילמא אורחין הוא ופטור לגמרי ואת"ל השתא מחמת ביעוט קאתי דדילמא יש שינוי לצרורות לרביע נזק עכ"ל ובהאתי לשונו לעיל סי' ג' אלמא דאפי' תפס שלא ברשות לא מפקינן מיניה משום ס"ס כ"ש במוחזק מעיקרא.

(מה שלמד מהר"י ו' לב והנמשכים אחריו הן מתוס' פ"ק דכתובות לאו מילתא הוא) ומד' התוס' פ"ק דכתובות אין ראיה כלל דהתם פ"ק דהוא רוצה להפסיד כתובה מטעם דאו' שהיא אסורה לו א"כ פשיטא דבס"ס פ"ק דמותרת לו ס"ס דהא שריא בכל דוכתא וא"כ מותרת לו לגמרי א"כ היאך שייך לומר שתפס יד כתובה ואדרבה יש לדקדק מדברי התוס' להפך מדכתבו ואין לומר דאפילו בס' ספיקא מפסדת כתובה משום דמוקמי' ממונ' בכתובת' כו' אלמא דטעמא דמוקמינן ממונא בכתובת' מהני אפילו בס"ס אלא שמקשין על זה מהא דאמרין לקמן גבי משארסתי נאנסתי כו' דאית לה מנה אע"ג דאיכא ס"ס והנינו מטעמא דפרישית דכיון דהיא מותרת לו היתר גמור מטעם ס"ס לא מפסדה כתובה אבל בעלמא קנימא הו' סברא דמוקמי' ממונא בכתובת' אפי' היכא דהוי ס"ס וכמ"ש בהרא"ש נלפע"ד דאישתמיטת' למחר"י ו' לב והנמשכים אחריו דברי הרא"ש דאלו הנה חזו לדברי הרא"ש לא הוי שתקי מלהביאו בשום מקום ולא היו כותבים בפשיטות דלא פותיה שוב ראיתי בתשו' מהר"י ו' לב בס"ג סי' נ"ה פתב הוא עצמו שמעולם לא סמך אהו' דס"ס לחוד אלא בהצטרפות טענה אחרת לפי שלא ראה אותה בשום אחד מהפוסקים ובהאתי תשובתו זו לקמן סימן כ"א וכ"כ מהר"א ו' ששון ס"ס ר"ט וז"ל ועוד שהרי כ' מהר"י ו' לב הנזכר בסי' נ"ה שמעולם לא סמך עלה דהו' דתרי ספיקות לסוד אלא בהצטרפות טענ' אחרת לפי שלא ראתה בשום אחד מהפוסקים כו' ע"ש ועוד צריך לעיין אי בעינן ס"ס המתהפך כו' הן אמת שאותם של התוס' אינם מתהפכים כו' עכ"ל וכ"כ בתשו' מהר"ר יעקב לבית לוי סימן כ"ח דף קנ"ב דהיכא דיש סניף אחר יש לסמוך אס"ס להוציא ממון מיד המוחזק וכמ"ש מהר"י ו' לב כו' (דאין לצרף טעם זה דס"ס לשום טעם אחר להוציא ממון) אבל לפענ"ד דאפילו בהצטרפות טענה אחרת אין לסמוך אס"ס אפי' הוא מתהפך והוי ס"ס גמור מפל הצדדים וכמ"ש בספרי ש"ף בי"ד סי' ק"י באריכות להתיר איסור תורה אפ"ה לא מדמינן ממונא לאיסורא והיכא דמהני חזק' ממון מספק אפי' לס"ס מהניא ואין חילוק בין ספק אחד לכמה ספיקות ומדברי התוס' דכתובות אין ראיה כלל כמ"ש ועוד אכתוב לקמן ס"ס קכ"א ראיה ברורה מדברי מהר"ר דוד פהן בית ב' סי' ט' דלא מפקי' ממונא ממאן דתפס משום ס"ס וע"ש (שיב מצאתי בתשו' מהר"ר יוסף טראני סי' קי"ד פתב שאינו משנה עם מהר"י ו' לב בזה).

ונ"ל דלעולם לא מפקינן מיד המוחזק כל שאמה יכול להרבות ספיקות וספיקי ספיקות ומה שיש לדון על עיקר ראיתו כתוב במקום אחר ע"כ גם מהר"י ו' לב גופיה בספר ראשון כלל י"ב סי' ע"ז פתב וז"ל ומטעם ספק ספיקא הנה נראה לכאורה לומר נמי דספק מכר להאכיל ספק מכר להניח ואת"ל שפכר להניח שפא נטל רשות מב"ד אלא ישים מקום לחולק לחלוק ולומר דכשם שאין הולכים בממון אחר הרוב ה"נ אין הולכים אחר ס"ס אלא אוקי ארעא בכתובת מארז' קמא ובכתובת היתומים עכ"ל וכ"כ עוד שם

בסי' ע"ח ונ"ל ולכאורה הנה נראה דאזלי ב"ת ס"ס לאו מילתא היא דהא אפי' באיסורי דאורייתא אזלי ב"ת רנבא וילגבי ממון אין הולכים אחר הרוב ה"נ יראה לכאורה בנ"ד דאפי' דהוי ס"ס לא מהני להוציא הקרקע מיד היתומים אלא אפי' בס"ס נימא המע"ה עכ"ל וע"ש): סי' קכא (דין מה שפסק מהר"י ו' לב ס"ג סי' נ"ח בראובן ושמעון שעשו שטר ביניהם שכל מה שיכתוב בפנקסו יתחייב לשלם לו ואח"כ אמר שיש פאן ל' פרחים רבית שאינו נאמן אינ' נלפע"ד אלא שמעון פטור בשבועת ה' (היסת) שלישיית מה שפסק בתשו' מהר"י ו' לב ספר ג' סי' נ"ח הלכה למעשה לא טב הורה.

והנה אעתיק תשובתו ואתנוב כל השגותי בצדו למען יתבררו הדברים ויוכנו היטב ונ"ל שם על אודות ראובן ושמעון שהתנו ביניהם בשטר סתום בעדים פשרים עשוי בכל תוקף שמשך זמן שתי שנים רצופו' יתחייב ראובן למסור ולתת מנכסי פרקמטי' שלו לשמעון באמנה כדי שיוכל לישא וליתן להשתפר בה פיז' ה' הטוב' עליו ולא התנו על סך קצוב אלא התנו שכ"ז שיקבל שמעון פרקמטי' או ממון מראובן יכתוב קבלה מידו בתוך פנקסו של ראובן וכל מה שימצא כתוב בסוף השתי שנים כתוב מיד שמעון בפנקס הנז' שהוא מודה בקבלתו יוכן היות חייב שמעון לשלם לראובן בתורה חוב גמור כ"ז שיתבענו ועתה הנה עברו הב' שנים וראובן תובע משמעון ואומר בא ונחשוב עמי מתוך הפנקס כמה עולה לחשבון הפרקמטי' וכן לכסף מוצא פי מה שתשאר חייב לי אני רוצה שתפרעני וכן פינוגו החשבון ונמצא החשבון מכונן וישר ועולה סך כף וכף ונשאר שמעון חייב לראובן כף ורף אלא שמעון טוען ואומר הסר ממני הסף ל' פרחים שאע"פ שאני מודה בכתב ידי שפולם היו ממון פרקמטי' מ"מ האמת הוא שנקללו במעות הנזק ל' פרחים שהם רבית וראובן אומר שקר אמה דובר אין פאן לא נשך ולא תרבית ושמעון אומר אני אשבע בכל אופן שתראה שמה שאני טוען הוא אמת וראובן אומר אין פאן מקום לשבועתך דלא אתי על פה ומרע להודא' שבכתב ע"כ: ** (אמר שפתי פהן היא רבית כו' וה"ה שטר אמנה או כתבתי ללות ולא לנה פן הוא בהרמב"ם שם להדיא דכל הנה טענות דמי לרבית ע"ש וכ"ה בבעה"ת שער כ"א ריש מ"ב להדי' וכ"מ להדי' בד' ה"ה שאביא בסמוך וכ"ה להדיא בדברי מהר"י ו' לב גופיה לקמן והוא פשוט): ** תשובה איברא דהרמב"ם ז"ל כ' בפ' י"ד דמשפטים (צ"ל דמלנה ולנה) שהוא מחלוקת בין הגאונים על מי שטוען על שטר מרונים שאותו החוב הוא רבית שיש מי שהורה שחייב בעל השטר לישבע פעין של תורה כמי שטוען עליו שפרעו ויש מי שהורה שלא ישבע והוא הספיק לסברת האומרי' שלא ישבע דלאו כל הימנו לבטל שטר מקונים אלא ישלם ואח"כ יטעון על המלנה כמה שירצה שאם יודה יחזיר לו ואם פפר ישבע היסת ע"כ והרב המגיד משנה פתב שהאחרונים הספיקו לדעת הרמב"ם (מ"ש מהר"י ו' לב דבגידון דידן הוי פעין שטר מקונים ליתא לפי ע"ד) וכיון דכן הנה נראה דבגידון דידן הוי פעין שטר מקונים ולא פל פמינ' לבטל שטר מקונים ואע"ג דהלכה רוחת היא דמצי המוחזק לומר קים לי פהני רבנותא ואע"ג דרנבא דרבנותא פליגי עליהו מ"מ היכי דהוי מיעוטא דמיעוטא פעין נידון דידן אפשר לומר דלא מצי המוחזק לומר קים לי פהני אמר שפתי הפהן הנה נראה דבגידון דידן הוי פעין שטר מקונים כלו' לכאורה משמע מדבריו דר"ל דאפי' בכתב יד דינו פעין שטר מקונים.

ולפע"ד זה אינו אלא בנידון דידן גם הרמב"ם מודה דיכול לטעון רבית וליפא מאן דפליג בהא דעד פאן לא קאמר הרמב"ם אלא דלאו כל הימנו לבטל שטר מקונים כו' (דין נ"ל דכתב יד לכ"ע יכול לטעון או מנה או רבית במגו דפרעתי) משא"כ בכתב יד וטעם גדול יש לחלק ביניהם דבשילמא בשטר מקונים כיון דמדינא גובה המלנה אפ"ל בלא שבועה אפ"ל א"ל אשתבע לי אלא שתקנת חכמים היא שישבע המלנה כשא"ל אשתבע לי וכדמוכח להדיא בש"ס פ"ק שבועת הדיינים ובכל הפוסקים ומה"ט פ"ב הטור סי' פ"ב דאם תפס המלנה ואינו רוצה לישבע לא מפקינו מיניה כיון דאין שבועה זו אלא מדרבנן וכ"כ בעה"ת שער כ"א ושאר פוסקים וא"כ שפיר אמרינן דהם לא תקנו אלא בטענת פרעון לפי שהשטר לפרעון הוא עומד משא"כ בטענת רבית או אמנה וכו' אכל בכתב יד כיון דקי"ל דאפ"ל מקונים יכול לטעון פרעתי וכמו שפסק הרמב"ם פי"א מהל' מלנה ושאר פוסקים וכמו שנתבאר בח"מ סי' ס"ט א"כ מדינא הלנה פטור בשבועת היסת וא"כ פשיטא דנאמן נמי בטענת רבית או אמנה במגו דפרעתי ודמי להוציא עליו שטר חוב שאינו יכול לקיימו דכתב הרמב"ם פי"ד מהלכות מלנה דנאמן לומר פרעתי או אמנה או פתבתי ללות ולא לנה וכן יש להוכיח מדברי ה' המגיד פי"ד מה' מלנה כדברי שפתב הכרעה לדברי הרמב"ם דאין נשבעין אלא על טענת פרעון דאי לא רב פפא לאשמעינן רבנותא דאפ"ל בטוען בשטר שהוא אמנה דשטרא לאו להכי עביד וכ"ש בטענת פרעון עכ"ל ומאי הכרעה היא זו הא נדאי יש לומר דרב פפא לאו דוקא נקט פרעון כדאשכחן בכמה דוכתי בש"ס דנאמן לומר פרעתי וה"ה אמנה וכו' אלא נדאי כיון דמדינא א"צ לישבע ורב פפא אשמעינן תקנתא דצריף לישבע ה"ל לפרושי טפי דאפילו באמנה תקנו כן אלא נדאי לא תקנו רק בטענת פרעון וכו' א"ג (ראיה ברורה לדברי מבע התרומות והטור וש"ע).

שהבעה"ת סוף שער י"ג וכן הטור וש"ע ריש סי' ס"ע כתבו דאפ"ל בכתב יד מקונים נאמן לומר אמנה במגו דפרעתי ובשער כ"א ריש ח"ב גבי שטר מקונים הכריע הבעה"ת פהרמב"ם דאינו יכול להשביעו בטענת רבית או אמנה וכן הטור סי' פ"ב סעיף ט"ז כתב דברי הרמב"ם בסתם וכן פסק הש"ע סי' פ"ב סי' י' בסתם ולא הביא שום חולק בדבר אלא נדאי יש חילוק בין כתב יד לשטר וזה ברור ונראה דגם מהר"י ו' לב דכתב הנה נראה דבנדון דידן הני פועין שטר מקונים כו' אין פונותו דבכתב יד דינו כשטר מקונים אלא ר"ל שמה שהתנו ביניהם בשטר שפ"ל מה שכתוב קבלה בתוך פנקסו כו' זהו הני כשטר מקונים כיון שהתנו כן בשטר.

וכמ"ש מהרי"ן לב בסוף התשובה להסתפק אם נדון זה השטר כו' בשטר גמור כו' אבל לפי ע"ד גם זה אינו כשטר מקונים וכמ"ש לקמן: ולפ"ז לא מיבעי' דלא מצוי המוחזק למפטר נפשיה בשבועה אלא אפ"ל שבועה אינו מזיקו לראותו אלא יפרע למלנה ואח"כ מזיקו לשבועה וממאי דכתב הרמב"ם ודקדק בדבריו שהשטר הנה מקונים נראה דאם השטר אינו מקונים דכל אפי' שוין דנאמן לומר דשטר של רבית הוא במגו דאי בעי אמר שטרא מזויף: אמר שפתי פהן ולפ"ז לא מבעי' כו' אלא אפ"ל שבועה אינו מזיקו כו' כבר פתבתי דזה אינו אלא בנ"ד לכ"ע נשבע שמעון היסת שהוא רבית ופטור במגו דפרעתי ואע"ג דכתבתי בספרי ש"ף בי"ד סי' קס"ט ס"ק ע"ג דכתב הסמ"ג בשם ר' יעקב לאוין קצ"ג דף ס"ג ע"ב דאפ"ל במלנה ע"פ אין הלנה נאמן לומר מלנה ברבית היא

אע"ג דאי בעי פטר נפשיה בפרעתי או להד"ם אינו נאמן דאין אדם משים עצמו רשע
רא פבר נתפאר שם בדעת הב"י ומקמ"א וב"ח וישאר אחרונים אינו פן וא"כ פשיטא
דמצי שמעון לומר קים לי פהגי רבנותא (נשוב מצאתי בתשובת מקמ"א סי' פ"ו דף
קס"ט פסק ג"כ דצריף המלנה שבועה היכא שהוא מוחזק ואם אינו מוחזק נראה מדבריו
שנשבע הלנה ונפטר ע"ש רק שמ"ש שם בתשובות הרא"ש פלל ס"ג פתב דמלנה בעי
שבועה לא ידענא היכא איתא פן בתשובות הרא"ש ועיין בספרי ש"ף בי"ד ס"ס קס"ט)
ומכ"ש לפי מה שנראה להדיא מתשוב' זו דמקמ"י ו' לב דליפא מאן דפליג בהא דהא
מבואר מדבריו בפשיטות דאם הנה לו מיגו הנה נאמן לומר פרעתי וכן מבואר עוד
מדבריו לקמן (מדברי הרמב"ם ובעה"ת וטור וש"ע ורשב"א מבואר דלית ליה הך סברא
דכתב הסמ"ג בשם ר' יעקב דאין הלנה נאמן לומר רבית הוא אפילו אית ליה מיגו הטעם
דאין אדם משים עצמו רשע) ועוד שגם מדברי הרמב"ם ובעה"ת וטור וש"ע וה' המגיד
שהבאתי לעיל בסמוך מוכח דלא ס"ל הך סברא דהסמ"ג בשם ר' יעקב דאל"כ למה
הנזכרו גבי אומר רבית לפטור המלנה מטעם דדוקא בפרעון משביעין את המלנה פיו
שהשטר לפרעון הוא עומד משא"כ בשאר טענות תיפוק ליה דבלאו הכי באומר רבית
אינו נאמן מטעם דאין אדם משים עצמו רשע ועוד מדכתבו הבעה"ת וטור וש"ע גבי
רבית גמי ואם פפר ישבע המלנה היסת לאחר הפרעון מוכס דלא ס"ל הכי דאל"כ למה
ישבע המלנה היסת וכמ"ש בספרי ש"ף בי"ד שם דלהסמ"ג א"צ המלנה לישבע היסת
מטעם דאין אדם משים עצמו רשע.

נהרי גם מקמ"י בן לב גופיה פתב לקמן בסמוך דנראה מדברי הרמב"ם דאם השטר אינו
מקנים דכל יפיו שוין דנאמן לומר דשטר של רבית במגו כו' אם פן פשיטא דגם מהטור
ובעה"ת וש"ע נראה פן שהרי גם הם פתבו פהרמב"ם וק"ל.

וכ"כ עוד מקמ"י בן לב גופיה ספר ג' סימן כ"א דס"ל להרמב"ם דיכול לטעון רבית הוא
היכא דאית ליה מגו ולא ס"ל להאי סברא דאין אדם משים עצמו רשע וכתב דגם
הרשב"א בתשובה ס"ל הכי.

ונ"ל תשובת הרשב"א שהביא שם ראובן שנתחייב ע"פ ב"ד לפרוע לשמעון מנה ואחר
זמן תבעו בב"ד וטען שיש לו עליו מנה שגבה ממנו רבית קצוצה מסתברא דאינו נאמן
דחזק' דאנו הנה פדבריו לא הנה מקבל עליו בפני ב"ד לפרוע ואף דאית ליה מגו דאי
בעי אמר פרעתי במקום חזקה אלימתא פהאי לא אמרינן עכ"ל והובא תשובה זו גם פן
בב"י ובד"מ סימן ע"ה משמע להדיא דאי לאו חזקה אלימתא פהאי הנה נאמן לטעון
רבית במגו דפרעתי וכן מצאתי שוב בבב"ע התרומות שער כ"א סוף חלק ב' להדיא דיכול
להשביעו בטענת רבית ולא שייך ביה לומר אין אדם משים עצמו רשע ע"ש באריכות.

ונראה שזהו הנה טעמו של סמ"ג בעשין ובהלכות מלנה ולנה סוף דף קע"ו פשהעתיק
דברי הרמב"ם ורבותיו בטוען על שטר מקנים טענה אחרת שאינה טענת פרעון לא
הזכיר טענת רבית משום דאזיל לטעמיה שכתב בלאוין קצ"ג שהבאתי אבל הרמב"ם
ובעה"ת וטור וש"ע נראה דפליגי אהסמ"ג בזה וכמ"ש וילכך הזכירו ג"כ טענת רבית
וא"כ פשיטא דשמעון שהוא מוחזק מצי למימר קים לי פהרמב"ם ובעה"ת ורשב"א וטור
וב"י ומקמ"א וב"ח דגם בטענת רבית נאמן הלנה ונשבע היסת ונפטר ובפרט שהם

רבים ובתראי וכ"ש פאן דשמעון טוען פרי לי שהוא רבית דשייך ביה טפי טענת קים לי ועוד נ"ל דגם הסמ"ג מודה פאן דלא קאמר הסמ"ג אלא במקבל מעות לחצירינח וטוען שמלנה ברבית היא אינו נאמן וכמבואר בדבריו שם להדיא והיינו משום דכיון דקבלת המעות הוא אמת רק שאומר שההלואה נעשה ברבית אם פו אמרינו מסתמא לא עביד אינש איסור' ואין אדם משים עצמו רשע ופשיטא פשנתן לו נתן לו למחצית שקר בדרך היתר ולא בצד רבית דא"כ הנה משים נפשו רשע שלקח מעות על רבית לכה צריה ליתן לו חלק הרינח משא"כ הכא שאומר שאותן ל' פרחים שכתב ליתן לו הם רבית ורצה לעשות איסור ליתן לו רבית ועכשיו הוא מתחרט ואינו רוצה לעשות איסור א"כ לא משים עצמו רשע וזה אומר שאין פאן רבית כלל ודוק.

וכן מוכח דעת הש"ע גופי' ושאר אחרונים לחלק בין טוען בהיתר לקחתי ובין טוען לא לקחתי רבית כלל וכמ"ש בשפתי פהן שם סימן קס"ט ס"ק ע"ד וס"ק ע"ט ע"ש ודוק: איברא דאיכא פלוגתא דרבנותא במודה בשטר שכתבו אי צריה לקיימו דאיכא מאן דפסק דמודה בשטר שכתבו דצריה לקיימו ואם אינו מקיימו נאמן הלנה לומר פרעתי במגו דאי בעי אמר מגויה ואיכא מאן דפסק במודה בשטר שכתבו אין צריה לקיימו ואינו נאמן לומר פרעתי במגו דאי בעי אמר מגויה הוא ורובא דרבנותא ס"ל דמודה בשטר שכתבו צריה לקיימו.

והרמב"ם הסכים לזאת הסברא בפירק הנז' ונ"ל הוציא עליו שטר חוב שאינו יכול לקיימו ואמר הלנה אמת שאני כתבתי שטר זה אבל פרעתי או אמנה הוא או פתבתי ללות ועדיין לא לוייתי וכן כל פיוצא בזה הואיל ואם רצה הנה אומר להד"ם והרי מפיו נתקיים הרי זה נאמן וישבע הדין ויפטר ואם קיימו המלנה אח"כ ה"ז כשאר שטרות ע"כ.

ואחר שכתבתי זה אודיע לשואל פי בנדון הזה יש להסתפק אם נדון זה השטר שיש לו לראובן על שמעון בעדים מה שפל שימצא כתוב בפנקסו של ראובן מכתבת ידו שהוא מודה בקבלתו יובן היות חייב שמעון לשלם לראובן בתורת חוב גמור כל זמן שיתבענו כו' כשטר גמור ולדעת הרמב"ן (אש"ף ז"ל הרמב"ם) אפילו שבועה לא מחייבי ליה עד שיפרע שמעון וכדכתבין או אם נאמר דלא הוי אלא ככתב ידו (אש"ף ולפעד"נ ברור דלא הוי אלא ככתב ידו וכמ"ש לקמן ע"ש) דסוף סוף מכתב ידו אנו חייני ובאנו לפלוגתא דרבנותא דכתב בעה"ת ונ"ל אם טען פרי לי שלא לוייתי אלא שחתמתי בסוף המגל' והנחתים ביז בעל דיני והוא כתב מה ** (אמר שפתי פהן איברא דאיכא פלוגתא דרבנותא במודה בשטר שכתבו אי צריה לקיימי כו' תינה' קא חזינא הכא דנהי דרשב"ם כתב בפ' מי שמת דף נ"ז ה' ע"א דמסקנא דשמעתין מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו מ"מ הא התוס' שם פתבו דאין נראה לר"י א"א צ"ל דקי"ל פ"ב נחמן בדינא דאית ליה בפ"ב דכתובות מודה בשטר שכתבו צריה לקיימו דכותיה קי"ל בדיני וכ"פ ר"ח עכ"ל (וכ"כ התוס' בשבת פ' המוציא יין) וכ"פ הרמב"ן בחזקתיו שם וכ"פ הרי"ף והרא"ש פ' שנים אוחזין והרמב"ם פי"ד מה' מ' ו' והרשב"א וה' המגיד שם ונ"י פ"ק מי שמת ובעה"ת שער י"ז ורבי ירנחם בכמה דוכתי ובסוף נתיב ב' פתב גם פן בשם הרמ"ה והספ"י לדבריו וכן כתוב בהגהת מרדכי ריש מציעא בשם ראב"ה והרבה גדולים ע"ש וכ"פ בעה"ת שער י"ז וכן כתב הטור וש"ע סימן מ"ו ופ"ב ושאר כל הפוסקים בדוכתי

טובי עצמו מספר והוא (דין העיקר דמודה בשטר שפתבו צריף לקיימו וכן הסכימו הפוסקים וכן הלכה רונחת בישראל ומנהג פשוט ואין לעשות סניף לסברא זו דא"צ לקיימו לשום דבר ולא פמהר"י ו' לב) פשוט מאד ומבואר בכל ספרי המחברים ראשונים ואחרונים דמודה בשטר שפתבו צריף לקיימו ופשוט דאין לעשות סניף לסברא זו דא"צ לקיימו לשום דבר פנין דכן עיקר בש"ס ומנספם מכל הפוסקים והלכה רונחת פן בישראל והוא מנהג פשוט בכל ישראל וכל יומא ויומא נהגינן הכי ולא שמענו שום חונק בדבר או פוצה פה ומצפצף:)* שרצה עליה או שטען אמנה הנה ביני לבינו הודאה זו בכל אלו וכיוצא בהם הואיל ולא פפר ולא עקר פתיב' ידו החתום מגו דיכול למימר פרעתי פי אמר הכי והכי הנה מעשה מופטר בשבוע' היסת ויש חולקים ומביאין ראיה מההוא דכתובות דאמרינן התם דוקא אחספא אבל אמגילת' לא דילמא משכח אינש דלא מעלי וכתב עילגיה מאי דבעי אלמא דאע"ג דטעין האי ואמר חתמתי בסוף מגלה זו ובא זה וכתב על חתימתי אינו נאמן בשבועתו כו' זו היא סברת החולקים וראייתם ובעלי הסברא הראשונה אמרו שלא נאמרו דברי אביי שחושש לאינש דלא מעלי אנא לחוש שלא יחתום שמו על סוף המגלה וכשיוציא אותו האיש דלא מעלי אולי ישכח הוא ענין חתימתו ויאמר לא לוייתי מעולם שכן הוא האמת והחתימה אחר שלא באה על ההלואה ה"ל מיילי דכדי ולא דכיר לה וכל האומר לא לוייתי פאומר לא פרעתי אבל אם זכור העיקר ויטעון הכי והכי הנה מעשה אה"נ דמשתבע ומפט' דאמרינן מגו וסברא קמא מסתבר ע"כ (**אמר שפתי פהו והרא"מ בפסקיו העתיק הלשון של בעה"ת כו' ר"ל ה"ר אליה מזרחי והוא בתשובות ה"ר אליה מזרחי סימן ס"א).

אבל פבר נודע שכל דברי הרא"מ שם אינם נבונים וכמו שהשי' עליו ג"כ הבית חדש סימן ס"ט באריכות ע"ש. גם הב"י בסימן ס"ט אחרי שהביא תשובת הרא"מ שם פתב ונה לשונו אחר פה שמעתי שערב הנזכר חזר בו מתשובה זו בסוף ימיו עכ"ל וגם הב"ח שם פתב דהרמ"א חזר בו מתשו' זו בסוף ימיו וקיים דברי בעה"ת וטור ע"ש וגם בתשו' מהר"ר שלמה פהו ספר ג' סימן כ"ח פתב שצדקו פל דברי הרא"מ ושהרא"מ חזר בו ע"ש:)* והרא"מ בפסקיו העתיק הלשון של בעל התרומות והקשה כמה קושיות על הסברא הראשונה וכתב דאין זה מגו טוב דיותר נוח לו לומר אמת הנה דברי או פתבתי ללות ולא לוייתי כמה שיאמר פרעתי מפני שאז יאמר העולם משקר הוא דאל"כ שטר בידיה דמלנה מאי בעי ובעל הטורים פתב הסברא הראשונה בלא שום חולק בסי' ס"ט ואם נאמר דאין לזה השטר יותר כח מכתב ירו הנה נראה דהוא נאמן על מה שטוען שיש באותו הקשבון אותו הרבית הנז' בשאלה ואע"ג דאיכא תרי ספיקי דמסייעי לראובן חדא ספק דפלוגתא אם נאמן אדם לומר פרעתי אפתיבת ידו (**אמר שפתי פהו ואם תמצא לומר דנאמן איכא פלוגתא אחריתי הך דאמרינן אם יהיה נאמן לומר אמנ' או רבית במגו כו' פבר פתבתי לעיל דזה אינו וליכא פלוגתא בהא אלא לכ"ע נאמן לומר אמנה היכא דאית ליה מגו רק שהרא"ה בתשוב' ר"ל דבכת"י אינו נאמן לטעון אמנה במגו דפרעתי וכבר נדחו דבריו וכמ"ש:)* ואם תמצא לומר דנאמן איכא פלוגתא אחריתי הך דאמר' אם יהיה נאמן לומר אמנ' או רבית במגו דאי בעי אמר פרעתי דהרי אמרינן אין הולכים בממון אחר הרוב ויש מקום לומר דספק ספיקא לא עדיף מרובא וכד מעייני' שפיר אשכחן מתרי טעמי דחייב זה האיש לפרוע לראובן מה שיהיה פתוב בפנקס מהאי לישנא

יתירה דכתיב בפטר בכל מה שימצא פתוב בכתב ידו שקיבל מראובן שיובן היותו חייב לשלם לראובן בתורת חוב גמור כל זמן שיתבענו ** (אמר שכתתי כהן ונראה דנתפנין שלא יהיה נאמן לומר פרעתי או שאר טענות דאל"כ בלא האי שטר הוי מהני פתב ידו כו' ולפע"ד אין זה מוכר להוציא ממון בסברא קלושה זו ונ"ד למ"ש הרא"ש בתשובתו והטור וש"ע סימן מ"א ס"ז בפשעון שפתב שטר לראובן בא' בניסן שנתתייב לו בכל סך ממון עד אלף זהובים שיודה שמעון אחר זמנו של שטר זה שיש לראובן עליו ויכתוב ויחתום בכתומת ידו בהודאה זו והוציא ראובן פתב ידו של שמעון שהודה שיש לראובן עליו מאה זהו וזמן) ** ונראה דנתפנין שלא יהיה נאמן לומר פרעתי או שאר טענות דאל"כ בלאו האי שטר הוי מהני פתב ידו אם הוא טעין לא היו דברים מעולם וכיון דכן הוא אפי' דנא ליהוי האי שטר אלא ככת' ידו פנין שהאמינו שוב אינו יכול לטעון שום טענה.

ובעל הטורים פתב ונ"ל ואם פתב בו נאמנות שהאמינו עליו ועל יורשיו ונתקנים בב"ד או שיש עדים שהוא פתב ידו שוב אינו נאמן לומר פרעתי שאילו פרעו לא היה מניחו בידו פנין שיש בו נאמנות ויש אומרים שצריך שיקנה בקנין על הנאמנות דאל"כ אינו מועיל הנאמנות ובעה"ת פתב שא"צ קנין וכן נראה ע"כ.

ובנ"ד כפי מה שפא בשאלה דהשטר נעשה בכל תוקף ודאי דנכתב קנין בפטר דאל"כ מה תוקף דבר נמצא בו ואיברא דיש מקום לחולק לחלוק ולומר דדילמא לא נתפנין האי גברא דלא ליהוי נאמן לומר פרעתי או שאר טענות אלא דכ"ע לאו דינא גמירי וטעה שחשב שמה שיכתב בפנקסו של ראובן לא הוה מהני לחייבו ולא מידי דהא חזינו דאיצטריך ליה להרמב"ן לומר דמהני פתב ידו אף על פי שפא חתם שמו וכמ"ש בעה"ת דהנה מאן דהנה ס"ל דמאי דקאמר במתני' הוציא עלי פתב ידו גובה מנכסים בנ"ח חתם ידו קאמר שחתם מלמטה שמו וכדתנן פתב סופר ועד ואמר רבי ירמיה חתם סופר שנינו והרמב"ן דחה זאת הסברא והביא ראיה לדבריו יעניין שם וכתב ומפאן אג"י דן דכתב ידו שהפקות שהשותפין מוציאים זה על זה הוי כמו חתם ידו לגבות מבני חורין ע"כ (דין אין להוציא ממון משום ספק ספיקא ולא פמהר"י ו' לב ושאר אחרונים הנמשכים אחריו) ** (אמר שפתי כהן ומטעמא אחריתי אמרינן דהדין עם ראובן שהרי פתבו התוס' בפ"ק דכתובות כו' האי טעם טעמא ולא חששא אית בי' דפשיטא דלא מפקינן ממונא משום ספיקא וכמש"ל סי' ק"ד שפן מוכח להדיא מדברי הרא"ש דפרק פיצד הרגל וק"ו הוא מהתם דהתם לא יוכל התופס לטעון ברי ואפ"ה לא מפקינן מיניה ממונא משום) ** ומטעמא אחריתי אמרי' דהדין עם ראובן שהרי פתבו התוס' בפ"ק דכתובות ונ"ל אי למיתב לה פתובה כו' דאם היה בא לב"ד היה נאמן להפסידה פתובה אעפ"י שלאוסר' עליו כו' וקש' דאמאי מפסידה פתובה דהא הוי ס"ס ספק אם הוא בקי בפתח פתוח אם לאו ואם תמצוי לומר פתח פתוח הוא ספק באונס ספק ברצון ואפילו אשת כהן באונס לא מפסידה פתובה ואין לומר דאפילו בס"ס מפסדת פתובה משום דמוקמינן ממונא אחזקתיה דהרי לקמן גבי משארסתי נאנסתי והוא אומר לא כי חלא עד שלא ארסתיך נאנסת והיה מקחי מקח טעות ואיכא מאן דמפרש לקמן מקח טעות ** (כתב ידו בכ"ז בניסן ראובן גובה מזמן שטר דאז יצא הקול שנתחזק שטר על שמעון עד אלף זהו עכ"ל.

דְּהַתָּם הַזֶּה לֹא בְּחֵטִיִּם יָדוּ שְׁחֵיב לֹא חוֹב גְּמוּר אִם כֵּן אֶפִּילוּ אִי לֹא הָאִי שְׁטָרָא הִיָּה גוּבָה מְמַנּוּ וּמְהַנִּי שְׁטָר לְטָרוּף מְלִקּוּחוֹת מְזַמֵּן הַשְּׁטָר מִשָּׂא"כ הֵכָא שְׁלֵא כְּתַב אֶפְנָקְסוּ רַק קַבְלִיתִי סָפָה וְכָף וְיֵשׁ לֹמַר דְּלֵהֲכִי מְהַנִּי שְׁטָר דְּהָיוּ חוֹשְׁשִׁים שְׂמָא יִטְעוּן שְׁמַעוּן עַל רְאוּבֵן הָיִיתָ חֵיב לִיתָן כָּף וְכָף וְכָל מַה שְׁפַתְבְּתִי בְּפִנְקָס הוּא פְּרַעוֹן עַל מַה שְׁהִיתָ חֵיב לִי וְכָף מְהַנִּי שְׁטָרָא שְׁכָל מַה שְׂיִמְצָא פְּתוּב בְּפִנְקָס יֵהָא חֵיב לְשַׁלֵּם לֹא אִם יִתְבָּרַר שְׁלֵא פְּרַע לֹא אָבֵל אִי לֹא שְׁטָר אֶפִּינוּ אִי הָוֵה מִתְבָּרַר שְׁלֵא פְּרַע הִיָּה יָכוֹל לְטַעוֹן שְׁכָל מַה שְׁקַבְלִיתִי הָיִיתָ חֵיב נִי כָּף וְכָף וְגַם י"ל שְׁעֵיקָר הַשְּׁטָר לֹא אֵלָא שְׂרְאוּבֵן יִתְחֵיב לְמִסְרָךְ וְלִתְתּוּ מִנְכָּסֵי פְּרַקְמִטָּא שְׁנוּ לְשְׁמַעוֹן בְּאַמְנָה מְשַׁד שְׁתִּי שְׁנִים פְּדַמְשַׁמַּע מְלִשִׁין הַשְּׂאֵלָה וְאַגַּב הַזֶּה שְׁם בְּשְׁטָר שְׁכָל מַה שְׂיִכְתוּב שְׁמַעוֹן קַבְלָה בְּפִנְקָס שֶׁל רְאוּבֵן יִתְחֵיב לְשַׁלֵּם בְּתוֹרַת חוֹב גְּמוּר וְעוֹד י"ל כְּמַה גְּוִנִי דְּמְהַנִּי שְׁטָרָא הֲכִי מְאֵלוּ הָוֵה פְּתַב כֵּן בְּפִנְקָסוּ לְחוּד וּק"ל נְהָרִי גַם מְהָר"י ו' לֵב גּוֹפִיָה פְּתַב לְקַמֵּן בְּסַמוּךְ דִּישׁ מְקוּם לְחַלּוֹק וְלֹמַר דְּדִילְמָא לֹא נִתְפָּנוּן הָאִי גְּבָרָא דְלֵא לִי הָוִי נְאַמֵּן לֹמַר פְּרַעְתִּי אוּ שְׂאָר טְעָנוֹת כו':)***("ס"ס כ"ש הֵכָא שְׁטוּעֵן בְּרִי שְׁהוּא רַבִּית וְעוֹד הָתָם שְׁתַּפְּסוּ שְׁלֵא בְּרִשׁוֹת כ"ש הֵכָא שְׁהוּא מוֹחֲזֵק כְּבָר מְעַצְמוּ בְּמִמוֹן שְׁלוֹ פְּשִׁיטָא דְלֵא מְפָקִינוּ מִיְגִיָּה:**) מְמַאֲתִים אָבֵל מְנָה אֵית לֵה אֵלְמָא מְשׁוּם דְּבִאוֹתוֹ מְנָה הָוִי "ס"ס לֵא מְפָסְד' דְּסַפְקָ קוּדָם שְׁנַתְאַרְסָה וְסַפְקָ אַחַר שְׁנַתְאַרְסָה וְאִתְ"ל דְּאַחַר שְׁנַתְאַרְסָה אִימּוֹר דְּאוֹנָס הָוִי וְאִי דְאַפִּי' בְּס"ס מְפָסְד' אִמְאִי אֵית לֵה אֶפִּילוּ מְנָה ע"כ**) (אִמַר שְׁבִתִּי כִּהֵן בְּגִדוֹן דִּידוֹן נְמִי תְרִי סְפִיקִי כו' וְהִנֵּה מְעֵיקָר סְפִיק' כו' כְּבָר פְּתַבְתִּי לְעֵיל דְז"א דְלִיכָא מֵאֵן דְּפִלִּיג בְּהָא דְהִיכָא דְנְאַמֵּן לֹמַר פְּרַעְתִּי נְאַמֵּן ג"כ לֹמַר שְׁטָר אֶמְנָה אוּ רַבִּית כְּגוֹן בְּשְׁטָר שְׂאִינוּ מְקוּיָם אוּ בְכַת"י מְקוּיָם הִלְכָף פְּשִׁיטָא דְלַעֲנִין מְעַשֶׂה הַדִּין עִם שְׁמַעוֹן וְאִין לְהוֹצִיא מְמַנּוּ מְמוֹן כִּינּוּן שְׁטוּעֵן בְּרִי שְׁהוּא רַבִּית וּבְפִרְטָא שְׁמַהָר"י ו' לֵב גּוֹפִי' כ' דִּישׁ מְקוּם לְחַלּוֹק וְלֹמַר דְּמַצ"ל הָתָם פְּלוּגְתָא דְרַבְּנוֹתָא חַד הוּא רַק שְׁכ' וּמ"מ אֲנִי אוֹמֵר דְּהַדִּין עִם רְאוּבֵן מְהַדְּ טַעְמָא דְתְרִי סְפִיקִי דְכְּתַבִּינוּ דְּהָרִי יֵשׁ פֶּאֵן הַצְּטֻרְפוֹת מְהֵיָא טַעְמָא אוּחַרְנִי דְכְּתַבִּינוּ לְעֵיל כו' וְכְבָר פְּתַבְתִּי דְהָאִי טַעְמָא לֹא טַעְמָא מְעַלְיָא הוּא וְהָדְ דְתְרִי סְפִיקִי נְמִי לֹא טַעְמָא הוּא פְּלֵל (עוֹד רְאָיָה בְּרוּרָה מְדַבְּרִי מְהַרד"ךְ דְּאִין לְהוֹצִיא מְמוֹן מְשׁוּם "ס"ס) וְעוֹד נִרְאָה לִי רְאָיָה בְּרוּרָה מְדַבְּרִי מְהַר"ד דְּזוּד כִּהֵן בֵּית ב' סִי' ט' דְלֵא מְפָקִינוּ מְמוֹנָא מְמַאֵן דְּתַפְּסוּ מְשׁוּם "ס"ס וְהַבְּאִתִּי לְשׁוֹנוּ לְעֵיל סִימֵן ק"ג וּק"ו הוּא מְהֵתָם דְּהָא הָתָם אִיכָא סְפִיקִי טוֹבִי חֲדָא אִי קו"ל כְּהַרְמַב"ם גְּבִי סַפְקָ בְּכוֹר וְתִיקוּ וְאִתְ"ל קו"ל כְּפִתְיָה דִּילְמָא בְּהָדְ עוֹבְדָא דְמְהַרד"ךְ קו"ל דְלֵא כְּמַהָר"מ דְּס"ל דְּחֵיב נִיתָן לֵה פְּתוּבָה אֵלָא כְּהַרְבִּים דְּפִלִּיגִי הָתָם וְאַפִּילוּ תֵאֵמַר דְּקִימָא לֵן כְּמַהָר"מ דִּילְמָא מְהַר"מ גּוֹפִיָה לֹא סְבִירָא לִיָּה הָתָם דְּחֵיב לִיתָן לֵה פְּתוּבָה וְכִמּוּ שְׁמַשְׁמַע לְהַדְיָא הָתָם מְדַבְּרִי מְהַרד"ךְ שְׂמָא בְּדַבְּרִי מְהַר"מ גּוֹפִיָה הוּא מְסוּפְקָ וְאַפִּילוּ הֲכִי פְּסַק שְׂמָ מְהַנֵּה טַעְמִי דְּאִין מוֹצִיאִין מִיָּדוּ עֵינֵן שְׂמָ וְקַל וְחוֹמֵר כֵּן בְּנוּ שְׁל קַל וְחוֹמֵר בְּהָדְ גְּדוֹן דִּידוֹן וְדוּק הִלְכָף נִרְאָה לִי הִלְכָה לְמַעֲשֶׂה שְׁשַׁמְעוֹן פְּטוּר בְּשְׁבוּעַת הַיָּסֵת וְדֵלֵא כְּמוּ שְׁפַסַּק מְהָר"י ו' לֵב: דְּבַרִּי שְׁבִתִּי כִּהֵן**) וּבְגִדוֹן דִּידוֹן נְמִי תְרִי סְפִיקִי חֲדָא דְאִיכָא מֵאֵן דְּס"ל דְּבַכְתָּב יָדוּ אִינוּ נְאַמֵּן לֹמַר פְּרַעְתִּי וְאִם תְּמַצִּי לֹמַר דְּנְאַמֵּן לֹמַר פְּרַעְתִּי כְּבָר אִיכָא מֵאֵן דְּס"ל דְּהִיכָא דְלֵא טַעֲוִין פְּרַעְתִּי אֵלָא שְׁטָר אֶמְנָה אוּ רַבִּית וְכִיּוֹצֵא בְּזָה דְאִינוּ נְאַמֵּן בְּמַגוּ דְאִי בְּעֵי אִמַר פְּרַעְתִּי וְהָוֵה "ס"ס אִיבְרָא דְאִנִּי מְעוֹלָם לֹא סְמַכְתִּי עַל זֹאת הַטְּעָנָה לְחוּד אֵלָא בְּהַצְּטֻרְפוֹת טַעְנָה אַחֲרָת לְפִי שְׁלֵא רְאִיתִיָּה בְּשׁוּם אַחַד מְהַפּוֹסְקִים וְעוֹד שְׂיֵשׁ מְקוּם לְחַלּוֹק מְהֵהוּא

דְּכַתְּבוּ הַתּוֹסֵ' לְמַחְלֻקַת הַפּוֹסְקִים וְלוֹמַר דְּשֵׁם פְּלוֹגְמָא דְּרַבְּנִינָא חַד הוּא וְכַמ"ש הַתּוֹסְפוֹת בְּהֵיא שְׁמַעְתָּ גּוּפָא וְז"ל וְאִבְע"א בְּאַשְׁתִּי יִשְׂרָאֵל דְּקַבֵּל בְּהָ אַבְיָה קְדוּשִׁין פְּחוֹת מַג' וְא"ת אֶפְתִּי אִיפָא ס"ס סְפֵק בְּאַנְס סְפֵק בְּרִצּוֹן וְאִת"ל בְּרִצּוֹן סְפֵק כְּשֵׁהִיא קְטָנָה וּפְתוּי קְטָנָה אֲנִי הוּא וְיֵשׁ לוֹמַר דְּשֵׁם אֲנִי חַד הוּא וְכַמ"ש וּבְפְּלוֹגְמָא דְּרַבְּנִינָא יֵשׁ מְקוּם לְחַלּוֹק וְלוֹמַר דְּמַצִּינֵי לְמִימַר (שְׁפִי) פְּלוֹגְמָא דְּרַבְּנִינָא חַד הוּא וּמְכַל מְקוּם אֲנִי אוֹמַר דְּהֵדִין עִם רַאוּבֵן מְהֵד טַעְמָא דְּתַרִּי סְפֵקִי דְּכַתְּבִינֵי דְּהַרִּי יֵשׁ פְּאֵן הַצְּטֵרְפוֹת מְהֵהוּא טַעְמָא אֲוֹחְרָנָא דְּכַתְּבִינֵי לְעִיל דְּהֵנָּה לְיִשְׁנֵי יִתְרִי שְׁפֵתוּבִין בְּהֵהוּא שְׁטָרָא שְׁפֵל מַה שְׁיִמְצָא כְּתוּב בְּאוֹתוֹ הַשְּׁטָר מְכַתִּיבַת יְדוֹ כו' וְאִף עַל גַּב דְּשִׁדְּיָנֵי בְּהָ נִרְגָּא מְכַל מְקוּם לְאוֹ דְּחִינָה בְּרוּרָה הִיא וּמְהֵנִי הֵיא טַעְמָא כִּי הִיכָא דְּלִיָּהּוּי סְנִיף לְהַד טַעְמָא דְּקִינִימִי עַלֵּה מְהֵתְרִי סְפִיקִי דְּכַתְּבוּ הַתּוֹסְפוֹת וְהֵדִין עִם רַאוּבֵן וְלְאוֹ כָּל כְּמִינָיָה דְּשְׁמַעוֹן לוֹמַר שְׁבִאוֹתוֹ הַחֲשׁוֹבֹן יֵשׁ אוֹתוֹ הַסֵּף מְהֵרְבִּית וְכַעַת תּוֹ לָא מִיָּדִי.

נְאֻם הַצְּעִיר יוֹסֵף בְּב"ר דּוּד וְ' לֵב נ"ע: ס' קַכְב (דִּין מַה שְׁפֵסֵק מְהַר"י וְ' לֵב סְפָר ג' סִימָן ס"ג בְּמִי שְׁמַכְר בֵּיתוֹ לְאַחַר דְּהַמְצָרָן מוֹצִיא מִיַּד הַלּוֹקֵחַ מִשּׁוּם סְפֵק סְפִיקָא אִין נִלְפַע"ד אֲלֵא הַלּוֹקֵחַ מְוֹחֶזֶק בּוֹ בְּפְּלוֹגְמָא דְּרַבְּנִינָא וְלֵא מְפִיקִי מִיָּנִיָּה) רְבִיעִית מַה שְׁפֵסֵק מְהַר"י וְ' לֵב סְפָר ג' סִימָן ס"ג בְּקִרְאִי אֶחָד שְׁמַכְר חֲזַקַת הַבְּתִים לְלוֹי שְׁהֵיָה דָר בּוֹ שְׁמַעוֹן בְּתַחְתִּי הַבְּתִים וְרַאוּבֵן בְּעֵלִיָּה וְאִת"כ הַלֵּךְ שְׁמַעוֹן אֲצֵל הַקִּרְאִי וְאָמַר מַה זֹאת עֲשִׂיתָ לִי לְמַכְרָר חֲזַקַת הַבְּתִים שְׁאֲנִי דָר בֵּא' מְהֵם כִּי אֲנִי רוּצָה בְּחֲזַקָה הֵהוּא וְהַקִּרְאִי עָנָהוּ כִּי אֲנִי לֹא מְכַרְתִּי לְלוֹי הַחֲזַק' הַנְּזַכֵּר' אֲלֵא בְּתַנָּאִי שְׁלֵא תִרְצָה אוֹתָהּ וְאַחַר שְׁאִתָּה רוּצָה נְתִיתָ לָךְ וְאַתָּה קוֹדֵם וְעַל כֵּי הַדְּבָרִים הָאֵלֶּה נִתְּן שְׁמַמּוֹן לְקִרְאִי כָּל דְּמִי הַחֲזַקוֹת הַעֲלִיתָ וְהַתַּחְתִּית וְהַקְנָה לוֹ הַקִּרְאִי הַחֲזַק' הַנְּזַכֵּר עֲתָה בֵּא לוֹי וְטוֹעֵן שְׁהוּא קְנָה הַחֲזַקָה הַנְּזַכֵּר קוֹדֵם וְהוּא הַזּוֹכֵה בְּהָ וְמַה שְׁאוֹמַר שְׁהֵיָה הַמְּכַר עַל תְּנָאִי לֹא הֵיָה כְּהַלְכָתוֹ בְּד' דְּבָרִים דְּתַנָּאִי בְּנֵי גֵד וּבְנֵי רַאוּבֵן וְהַמְּקַח קִינִים וְהַתְּנָאִי בְּטַל וְעוֹד טוֹעֵן שְׁאֲפִילוֹ לֹא זָכָה בְּבֵית שְׁמַעוֹן דָר בְּהָ מ"מ זָכָה בְּבֵית שְׁדָר בְּהָ רַאוּבֵן כִּינֵן שְׁרַאוּבֵן הַסְּפִים בְּקִנְיָן הַנְּזַכֵּר וּמִיָּד בְּאוֹתוֹ שְׁנָה זְכִיתִי בְּמַקְחִי וְשְׁמַעוֹן טוֹעֵן שְׁזָכָה גַם בְּעֵלִיָּה מְפִנִי שׁוֹכֵר הַתַּחְתִּי וְאֲנִי בֵר מְצָר וְקוֹדֵם לְכָל אֲדָם וּפְסֵק מְהַר"י בֵּן לֵב שְׁם דַּע"ג דְּקִינִימָא לֵן דְּהַלּוֹקֵחַ הוּא מְוֹחֶזֶק נֶגֶד הַמְצָרָן מ"מ זָכָה שְׁמַעוֹן הַמְצָרָן דְּהַרִּי אִית לֵיה מְלִתָּא סְפִיקָא דְּפְּלוֹגְמָא דְּרַבְּנִינָא דְּמִסִּיעוֹ לִיה חֲדָא דְּאִיפָא מֵאֵן דַּס"ל דַּע"מ אוֹ עַל תְּנָאִי דְּנִרְאָה דְּהַרִּי פְּאֵלוֹ קְאָמַר ע"מ א"צ לְכַפּוֹל הַתְּנָאִי וְאִיפָא פְּלוֹגְמָא אַחְרִית' מְרַבְּנִינָא דְּסַבִּירָא לֵיה דְּלֵא בְּעִינֵי תְּנָאִי לְפּוֹל אֲלֵא בְּעִרְיוֹת פְּגוֹן גִּטִּין וְקְדוּשִׁין וְאִיפָא נְמִי סְבַרְתָּ הַרְמַב"ם דְּמִסִּיעַ לְמַצְרָן דְּהַרִּי לְדַעְתּוֹ ז"ל עֲדִינֵן לֹא עֶבֶר זְמַן פַּח הַמְצָרְנוֹת מַה שְׁאִין כֵּן לְרַב הַאי וְהַרִּא"ש וְהַטוֹר וְכִינֵן דְּזָכָה זֶה הַמְצָרָן מְפַח טַעְמִי דְּסְפִיקִי דְּפְּלוֹגְמָא דְּרַבְּנִינָא סְפֵק אִם זָכָה מְפַח מְצָרְנוֹ וְאִת"ל דְּלֵא זָכָה מְפַח מְצָרְנוֹת סְפֵק זָכָה מְפַח הַתְּנָאִי וְאִת"ל דְּלֵא זָכָה מְפַח הַתְּנָאִי מִשּׁוּם דְּלֵא כְּפִלְיָה לְתַנָּאִיָּה שְׁמָא הַלְכָה כְּמֵאֵן דְּסַבִּירָא לֵיה דְּלֵא בְּעִינֵי תְּנָאִי כְּפּוֹל בְּמִמּוֹן אֲלֵא דְּוֹקָא בְּגִיטִין וְקְדוּשִׁין מְכַל הַרִּי מְסַתְּבָר' דְּהֵדִין עִם שְׁמַעִין עַכ"ל וְכָל זֶה לֹא נְהִירָא לְפַמְש"ל ס' ק"כ וְכַמ"א מִשּׁוּם ס"ס לֹא מְפִיקֵנִי מְהַמְוֹחֶזֶק כ"ש הֵכָא דְּלֵא מִקִּרְיִי ס"ס פְּלֵל וְדוּק וְא"כ כִּינֵן דְּקִינִי לְדְּהַלּוֹקֵחַ נְקִרָא מְוֹחֶזֶק וְכֵן בְּמְקוּם שְׁהַפּוֹסְקִים חֲלוּקִים לֹא מְפִיקֵנִי מְהַלּוֹקֵחַ וְכַמ"ש בְּתַה"ד ס' ש"א וּמְהַרְמָא ס' קַע"ה סַמ"ה בְּהֵגָה' ש"ע וְכַדְּמִשְׁמַע מְדַבְּרִי מְהַר"י בֵּן לֵב גּוּפִיָּה בְּתַשׁוּבָה

שם והוא פשוט א"כ בנדון זה לא מפקינן מלוי אם שקה שמעון שיעור שעבר זמן המצרנות לדעת רב האי והרא"ש והטור.

ועוד שמדברי הריב"ש סימן תק"א משמע להדיא דגם הרמב"ם סבירא ליה פ"ב הא וסייעתו וכן פ"ב ב"י סימן קע"ה סעיף נ"ב וכן בבב"ב דין ב"ב (דין בחזקת חנות או בתים לא שייך דינא דבר מצרא) תמיה לי דהא מהר"י ב"ב לב גופיה העלה בתשוב' ס' ב' סי' מ"א דבחזקת חנות או בתים לכל הדעות אין בו דינא דבר מצרא פשוטה למכור החזק' לאחר ע"ש בא"ר.

וכ"כ בתשובת דברי ריב"ש סי' צ"ט שפסקו פל גדולי הקדמונים החכמים השלמים קדושים אשר בארץ המה וגם אחרונים כולם הסכימו דבשום חזקה לית בה דינא דבר מצרא כו' וכן הוא בתשובת מהר"ר שלמה פהן השייכים לספר ב' סימן כ"ז וכן הוא בתשובת מהרי"ק ס"ם ד' ובתשובת מהר"מ פאדו' סימן ל"ט ובתשובת מנח' עזריה סי' ס"ז וגם בסי' פ"ז שם תשו' מהר"ר חזקני' וכן הוא בתשו' מהר"א ב"ב ששון ר"ס פ"א וסימן כ"ו וקכ"ז ע"ש: ועוד (דין זבין מקראי יש דעות אי דינו כזבין מכותי ונ"ל דלא מפיקי מהלוקח שהוא מוחזק) בר מן דין תמי' לי מה שפסק בפשיטות בקראי דין מצרנו' דהא פי היכי דאמרנו בש"ס פ"ק המקבל דזבן מכותי לית בה משום דינא דבר מצרא והוא מוסכם מכל הפוסקים ה"ה בקראי י"ל כן וכ"כ בתשו' מהר"ר אליה ב"ב סי' סי' כ"א דגם בתראי י"ל דלית בהו משום דינא דב"מ כמו זבין מעכו"ם ע"ש באריכות ומכ"ש לפמ"ש בספרי ש"ך ב"ד סי' קנ"ט ס"ק ו' בשם מהרש"ל ותשו' רבינו שמעון בתשובת מבי"ט ח"ב סי' ל"ט ותשו' מהר"ר בצלאל סי' ג' דכתבו דהקראים גרועים מישראל מומר ובתשו' מה"ר בצלאל שם כ' שהם ככותים גמורים.

ומיהו בנדון זה אפי' הנה קונה מישראל ואפילו קנה בית לחלוטי' ולא חזקת בית נ"ל דזכה הקונה מטעמא דאמרן סי' קכג (דין בפלוגתא דרבנותא אפי' מעיט נגד רבים יוכל לומר קים לי ומהני אי תפס לומר קים לי כהמיעוט) ודע דפלוגתא דרבנותא היכא דמצ"ל קים לי היינו אפי' הוא מעיט הפוסקים יכול לומר קים לי כהמיעוט ולא פהרוב ומהני תפיסתו כן פשוט בדברי האחרונים בכמה דוכתי והוציאו כן מהא דקיי"ל דאין הולכין במזון אחר הרוב וכדאי' בפ"ק המניח ושא"ר דוכתי.

וכ"כ בתשו' נ' לב בכמה דוכתי וכ"כ בתשו' מבי"ט סימן קמ"ג והבאתי לישנו למעלה סימן צ' וכ"כ בתשו' מהר"ר שלמה פהן ספר שני סי' ס"ג וסי' רל"ו וכן כ' מהר"א נ' ששון סי' ר"ז דף רי"א ריש ע"ב דאינו נוהג לומר קים לי אפילו כהמיעוט כו' וכ"כ עוד שם בעמוד ג' שכן נ"ל הלכה למעשה ואין לומר דהיינו דוקא בהנה מוחזק מעיקרא אבל לא כשתפס דאין טעם לחלק דכיון דאמרנו דמהני תפיסתו א"כ ה"ל כמחזק מעיקרא ועוד דכיון דאמר' דטעמא הוא דאין הולכין במזון אחר הרוב א"כ משמע דאין לחלק ועוד דהא בתשובת מהר"י נ' לב ספר א' סי' ע"ב דף צ"ד ע"ב כ' ונ"ל ומהרי"ק פ"ב בתשו' שאלה דאין לומר קים לי כפלוני הגאון היכא שכל חכמי ישראל חלוקים עליו נראה מדבריו אם יהיו שנים ושלישה מגדולי המורים בכף אחד וכל חכמי ישראל בכף שניה יכריעו את כולם עכ"ל וכ"כ בתשו' מהר"מ גלאנטי סי' נ' דף כ"ד ע"ג ונ"ל בתשו' קלון כ' אין לומר קים לי כפלוני הגאון היכא שכל חכמי ישראל חלוקים עליו נראה

מדבריו דכְּשֵׁישׁ שְׁלֵשָׁה או ארבע מחכמי ישראל שִׁיכוּל הַמְּוֹחָזֵק לומר קים לי פְּהַנִּי רַבְּנוֹתָא וְאַפִּילוּ שִׁיְהִי הַמִּיעוּט עכ"ל הרי שְׁלֵמְדוּ פֶּן מִתְּשׁוּ' מהרי"ק ונדברי מהרי"ק הם אומרים בתפיסה והבאתי לשונו לעיל סימן ע"ב וכן משמע בתשו' מהר"ר לוי ו' חביב סי' ל"ו ודף נ"ז ע"ד דְּאַפִּי' בתפיסה מְצִי לְמִימַר קים לי פְּהַמִּיעוּט וְהַבֵּאתִי לְשׁוֹנוֹ לְעִיל סי' נ"ז וכן משמע להדיא מדברי מהר"ר שְׁמוּאֵל דִּי מוֹדִינָא סי' כ"ד דף כ"ז סוף ע"א שֶׁהַבֵּאתִי לְעִיל סי' צ"ז דְּאַפִּילוּ בְּתַפְסָה מְצִי לְמִימַר קים לי פְּהַמִּיעוּט (דין אינו יכול לומר קים לי פְּהַיְחִיד אֶפִּילוּ הוּא מְוֹחָזֵק וְגִדּוֹל הֵיכָא דְּכָל חֲכָמֵי יִשְׂרָאֵל חוֹלְקִים עָלָיו וְאַפִּי' הֵיכָא שֶׁהוּא מְוֹחָזֵק מְעִיקְרָא וְלֹא פְּהַמִּיעוּט) אָף מ"ש מְהַר"ש ד"מ שֶׁם דְּהֵיכָא דְּהוּא מְוֹחָזֵק מְעִיקְרָא מְצִי לְמִימַר קים לי פְּהַיְחִיד הֵיכָא דְּהוּא מְוֹחָזֵק כַּר"ת אֶפִּילוּ כָּל חֲכָמֵי יִשְׂרָאֵל חוֹלְקִים עָלָיו וְדַקְדָּק פֶּן מְדַבְּרֵי מַהֲרִי"ק.

לא משמע פֶּן מְדַבְּרֵי כָּל הָאֲחֵרוֹנִים וְלֹא נִרְאָה לִי פְּוֹתִיָּה דְּהָא פִּינֵן דְּכ' מַהֲרִי"ק טַעְמָא דְּלֹא גָרַע מֵהֵיכָא דְּסוּגְיָא דְּעֵלְמָא פְּחַד דְּאַזְלִינֵן בְּתַרְי' א"כ ה"ה הֵיכָא שֶׁהוּא מְוֹחָזֵק מְעִיקְרָא שִׁיְהִי הָאִי טַעְמָא וּמ"ש מַהֲרִי"ק וְאַפִּילוּ תַּפְסֵי מְפָקִי מִיְנֵיהּ וְלֹא קָאָמַר וְאַפִּילוּ הֵיכָא מְוֹחָזֵק מְפָקִי מִיְנֵיהּ הֵינֵנו מְשׁוּם דְּכִינֵן דַּס"ל דְּדִין תַּפְסָה בְּזָה שְׁוֵה לְמְוֹחָזֵק מְעִיקְרוֹ לֹא נִחַת לְדַקְדָּק בְּזָה.

וגם קאי אדבריו רבינו שְׁמוּאֵל ב"ר בְּרוּךְ שֶׁהֵבִיא שֶׁם דְּאַיְיִרִי בְּתַפְסֵי וּנְקֻט סִירְכָא דְּלִישְׁנָא דְּרַשְׁב"ב ע"ש: סי' קכד אָף צְרִיף לְבָרַר מְהוּ נִקְרָא מִיעוּט פִּי מְדַבְּרֵי תְּשׁוּ' מַהֲר"מ גְּלֹאנְטִי שֶׁהַבֵּאתִי ק בְּסוּמוֹף מְשַׁמַּע דְּכָל פְּחוֹת מְשַׁלְשָׁה אֶפִּילוּ מִיעוּט לֹא מִיקְרִי רַק יְחִידִים וְלֹא מְצִי לְמִימַר קים לי פְּוֹתִיָּהוּ הֵיכָא דְּכָל חֲכָמֵי יִשְׂרָאֵל פְּלִיגִי עָלֵיהּוּ וְגַם בְּשַׁלְשָׁה מְשַׁמַּע מְדַבְּרֵי דְּסוּפּוֹקִי מְסַפְקָא לִיהּ וּמְדַבְּרֵי תְּשׁוּ' מְהַר"י ו' לֵב שֶׁהַבֵּאתִי בְּסוּמוֹף מְשַׁמַּע דַּס"ל דְּכָל פְּחוֹת מִב' מִיקְרִי יְחִיד וּבִב' מְסַפְקָא לִיהּ.

ומדברי מהר"א ו' שְׁשׁוֹן סי' מ"ב מְשַׁמַּע דַּס"ל דְּשַׁנִּי מִיקְרִי מִיעוּטָא וּמְצִי לְמִימַר קים לי פְּוֹתִיָּהוּ עֵינֵן שֶׁם שְׁתַּמָּה עַל מְהַר"י ו' לֵב אֲמַאי לֹא חֲשַׁב לֵה' הַמְּגִיד לְתַרִּי דְּסוּבָר פְּהַרְמְב"ם וְאֵע"ג (תַּמִּיה' מַהֲר"א ו' שְׁשׁוֹן ב סִימֵן מ"ב עַל מְהַר"י ו' לֵב אֵינֵנו פְּלוּם) דְּנִלְפַע"ד דְּתַמִּיהָתוּ זֹו אֵינָה פְּלוּם דַּאֵע"ג דַּה"ה יְסַבֵּר פְּהַרְמְב"ם מ"מ ס"ל לְמְהַר"י ו' לֵב דְּלֹא קִיַּמָּא לֵן פְּוֹתִיָּהוּ דַּאִין חִילוֹק הֵיכָא דְּכָל חֲכָמֵי יִשְׂרָאֵל חוֹלְקִים בֵּין חוֹלְקִים עַל פּוֹסֵק א' או ב' וְכַד מְשַׁמַּע מְדַבְּרֵי מְהַר"י ו' לֵב שֶׁהַבֵּאתִי דְּסוּפּוֹקִי מְסַפְקָא לִיהּ אִי ב' מִיקְרִי מוּעָטִים או יְחִידִים וְאַפְשָׁר דְּבַהֲהִיא תְּשׁוּבָה הֵנָּה פְּשִׁיטָא לִיהּ לְמְהַר"י ו' לֵב דִּב' מִיקְרִי יְחִידִים מ"מ מְשַׁמַּע מְדַבְּרֵי מַהֲר"א ו' שְׁשׁוֹן דְּפְשִׁיטָא לִיהּ דִּב' מִיקְרִי מוּעָטִים וְאַנִּי אֵינִי יוֹדַע לְהַכְרִיעַ בְּדִין זֶה.

(מְתִי נִקְרָאוּ יְחִידִים וּמְתִי נִקְרָאוּ מוּעָטִים תְּלוּי בְּרָאוּ עֵינֵי הַדִּין) רַק נ"ל לְפִי רְאוּת עֵינֵי הַדִּינִים שְׁאֵם הַפּוֹסְקִים חוֹלְקִים הֵם הַרְבֵּה מְאֹד יְכוֹל לֵהִיּוֹת שְׁאַפִּילוּ אַרְבַּע יְהִיּוּ נִקְרָאִים יְחִידִים פְּנִגְדָּם וְכֵן אִם אֵינָם הַרְבֵּה כָּל כֵּף יְכוֹל לֵהִיּוֹת שְׁאַפִּילוּ שְׁנַיִם יְהִיּוּ נִקְרָאִים מוּעָטִים או אפִּי אֶחָד הֵיכָא דְּלִיכָא רַבָּא דְּמִנְפָּר דְּפְלִיגִי עָלֵיהּוּ.

(מַה שְׁתַּמָּה מַהֲר"ר שְׁ"ף ס"ס ג' עַל מְהַר"י ו' לֵב נִלְפַע"ד כְּפְהַרְמְב"י ו' לֵב) וּבְתְּשׁוּ' מַהֲר"ר שְׁלֵמָה פֶּהֵן סְפָר שְׁלִישִׁי בְּסוּף הַסְפָּר דָּף קכ"ו ע"ב תַּמָּה עַל מְהַר"י ו' לֵב סְפָר א' כָּלֵל כ"ז סִימֵן צ"א וְכַתֵּב וְז"ל וְכִינֵן שְׁפֵן דְּבַעַל הַתְּרוּמוֹת מְסַפִּים לְדַעַת בַּעַל הָעֵיטוּר וְדַאִי

דאין מקום שיוכל המחזיק לומר קים לי פהראב"ד פיון דהוי יחידאה לגבי הנה תרי רבנותא וכמ"ש מהרי"ק ז"ל דאין מנותק יכול לומר קים לי היכא דכל חכמי ישראל חלוקים עליו ונראה דה"ה בחד לגבי תרי עכ"ל ואין דבריו מוכרחים ויותר נראה דכיון דאין חלוקים בממון אחר הרוב א"כ ה"ה בחד לגבי תרי דמ"ל קים לי וגם בתשו' מהר"ר לוי ו' חביב שם משמע להדיא דמ"ל קים לי אפילו פתחיד לגבי תרי ויותר וכן משמע בתשו' מהר"א ו' ששון ע"כ נראה לי שדבר זה כפי ראות עיני הדיינים אי הוי פמו סוגיא דעלמא פאידיה פו נראה לי סי' קכה (דין בתיקו שאין שום א' מהו מנותק חולקין ואם קדם אחד ותפס לכ"ע אין מוציאין מידו) ונראה דבתיקו שאין שום אחד מנותק לכ"ע חולקין וכדאיתא בהרי"ף פ' המפקיד ורמב"ם סוף ה' שאלה ובהריטב"א ונ"י פ' קמא דמצינא ואף ה"ה פ' המפקיד לא נחלק על הרי"ף אלא משום דסביר' ליה דאיפא חזקת מרא קמא אבל בעלמא היכא דליכא שום חזקה לחד מנייהו משמע להדיא דמודה דחולקים ונראה דבזה לכולי עלמא אם קדם אחד מהו ותפס אין מוציאין מידו דהא הפוסקים דסבירא להו בתיקו לא מהני תפיסה היינו משום דלא מהני תפיסה מספק לאפוקי מחזקת מרא קמא וכיון שאין שום אחד משם נקרא מנותק פשיטא דמהני תפיסתו לכולי עלמא.

(וכן בפלוגתא דרבנותא שאין שום אחד מהו מנותק הולם י' פיו אחר רוב הדעות ואם המחלוקת שקול חולקים ואם קדם א' ותפס אין מוציאין מידו ואם הוא דבר שאי אפשר בו לומר חולקים או גוד או אגוד דינו פל דאלים גבר) ונראה דה"ה בפלוגתא דרבנותא שאין שום אחד נקרא מנותק דינא הכי דהיכא דהמחלוק' שוה חולקים ואם הוא יחיד נגד רבים אזלי' בתר רבים דעל פרוה לא מצי למימר קים לי פהמיעוט אלא פשהוא מנותק מטעמא דאין חלוקים בממון אחר הרוב אלא אחר המנותק אבל פשאין שום א' מהו מנותק אזלי' בתר רובא אבל פשהמחלוקת שוה חולקין בכל ענין כ"כ בתרומת הדשן סימן שנ"ב ובתשובת משאת בנימין סימן ט"ו וכן פתב הרמ"א בהג"ה בח"מ ס"ס קל"ט וזה לשונו דבר שהפוסקים חלוקים בו ולא תפיס חד מנייהו אם הוא דבר דשייך בו דין חלוקה חולקין ואם לא שייך בו דין חלוקה פל דאלים גבר עכ"ל.

אף מ"מ ואם לא שייך בו דין חלוקה פל דאלים גבר תמה עליו מהר"מ יפה ובסמ"מ השיג עליו וכתב ז"ל פל דאלים גבר דין זה פתב מהרא"י בת"ה סי' שנ"ב דהביא שם דברי הש"ס דפ' הגיזקין ודברי המר' דפ"ק דב"מ ור"פ המוכר א"ה (ליתאבמרד' דכ"מ ופ' המו' א"ה רק במרד' פ"ק דב"ב וכן הוא בת"ס שם) דאמרינן בפלוגת' דרבנותא דלא אתמר בהו הלכתא לא פמר ולא פמר דכל דאלים גבר ומדברי הרמב"ם (צ"ל רשב"ם) משמע דלא אמרינן פל דאלים גבר כ"א בדבר שלא נוכל לעמוד על הדבר של מי הוא ומטעם שנתבאר לעיל משא"כ בפלוגתא דרבנותא דמי יעיד או יכריע הלכה פמאן וכדי ליישב דבריה' כ' דנ"ל דנדאי חלוקה עדיף' פל היכא דליכא למיקם עלה דמלת' אבל היכא דלא שייך חלוקה פגון בההיא דהגיזקין דאי הוי שתי עלויי פלגא דיומא וכן תתאי עדיין הנה קפידא מאן יתחיל ברישא כו' ותו דדילמא בכה"ג הנה נדאי פסיד' לתרנייהו ובהכי מתניישב ההוא דתשו' מור"מ דפ"ק דב"ב משום דהחלוקה לא הנה אפשר התם עכ"ל מהרא"י שם ובזה מבוארי' דברי מהר"מ ז"ל ונסתלק ממנו תמיה' הע"ש שתמה

עָלְיוּ בְּזֶה ע"ש וְסִבֵּר שְׂדֵבְרִים הִלְלוּ פֶתַח מוֹר"ם מְעַצְמוֹ וְלֹא עֵינָיו בְּדִבְרֵי מַהֲרָא"י וְהַמְרָדְכֵי הַגָּל וְדוּק עַכ"ל סַמ"ע וְכַה"ג הַשִּׁיג עָלָיו כֹּס' מְגַדֵּל דָּוִד.

(לֹא פֶדֶת הַשִּׁיג הַסַּמ"ע ס"ס קל"ט וּבַעַל מְגַדֵּל דָּוִד עַל מַהֲרָא"מ יָפָה) וְלֹא פֶדֶת הַשִּׁיגוֹ עַל מַהֲרָא"מ יָפָה בַּעַל ע"ש בְּזֶה דְתַמִּיחָה דַּע"ש נְכוּנָה וְיָדַע מְקוֹר שְׁל הַתְּרוּמַת הַדְּשָׁן שְׁהָרִי פֶתַח שְׁמַהֲש"ס פ' הַנִּזְקִין אֵין רֵאִי שְׁשָׁם לֹא הָיָה אֶפְשָׁר בְּעֵנִין אַחַר שְׁאֵם יֵאמְרוּ הַב"ד לְתוֹפְסוֹ בַּב"ד עַד שְׁיִתְבָּרַר הַדְּבָר מִי יוּכַל לְאַסּוֹף הַמַּיִם בְּחֻפְזוֹ אִם יֵאמְרוּ יִהְיוּ מְנַחֲמִים וְלֹא יִגְעוּ בָּהֶם הַמַּיִם יִרְצוּ וְיִלְכוּ לְאִבּוּד אוֹ יִבֹּאוּ אַחֲרֵים וְיִקְחוּם וַא"ל לְשׁוֹמְרֵם לְכֹף לֹא מְצָאוּ לָהֶם שׁוּם תְּקֵנָה בְּעוֹלָם רַק כָּל דְּאֵלִים גָּבַר מֵה שְׁאֵין שְׁיִיף לֹמַר כֵּן בְּשָׂאָר עֲנִינִים שְׁהַפּוֹסְקִים חֲלוּקִים בָּהֶם דִּישׁ לְתַפְשׁוֹ בְּבִי דִינָא וְעַב"ד יִמְכְּרוּהוּ וְיִחַלְקוּ בְּדַמִּים אוֹ בְּדִין גּוֹד אוֹ אֵיגוּד דַּמ"ה ע"כ לֹא אֶמְרִינֵן בַּר"ס זֶה כָּל דְּאֵלִים גָּבַר אֶלָּא מַטַּע' שְׁמִי שְׁהוּא שְׁלֹו יִמְסוֹר נִפְשׁוֹ עָלָיו כו' וְזֶה לֹא שְׁיִיף אֶלָּא בְּדִבְרֵי שְׁהַתּוֹבֵעַ בְּעַצְמוֹ יוֹדַע הָאֲמַת וְאֵין הַב"ד יוֹדְעִים אֲבָל הֵכָא מֵה שְׁיִיף לֹמַר שְׁזֶה הַתּוֹבֵעַ יִמְסוֹר נִפְשׁוֹ יוֹתֵר מִחֲבָרוֹ בְּמַה בְּרוּר הַדִּין יוֹתֵר לְתוֹבֵעַ מִלְדִּינָן אוֹ מִלְחָבְרוֹ דְּנִימָא יִמְסוֹר נִפְשׁוֹ כו' כֵּן פֶתַח מַהֲרָא"מ יָפָה בַּר"ס קַל"ט וּבַס"ס ק"ע וְדִבְרֵיו נְכוּנִי מְאֹד.

וּבְהִכִּי מִתְנַיֵּשֵׁב נִמְי שְׁפִיר דְּבָרֵי מַהֲרָא"מ שְׁבְמָרְדְכֵי פ' קַמָּא דַּב"ב מִשׁוּם דְּחֲלוּקָה לֹא הָיָה אֶפְשָׁר הֵתֵם וְאֵתִי נִמְי שְׁפִיר דְּבָרֵי רַשְׁבָּ"ם דְּכַתֵּב טַעְמָא דְּפוֹסְקִים כָּל דְּאֵלִים גָּבַר גְּבִי אַרְבָּא דְּשָׁמָא יִבֹּאוּ עֵדִים וְיַעֲיִדוּ שְׁל מִי הוּא וְנִמְצָא דְּבָרֵי ב"ד שְׁבוּרִי וְנִסְתְּרִי בְּמַה שְׁפִסְקוּ כְּבָר חֲלֻקָה כו' לְכֹף אֵין ב"ד נְכֻסִין לְדְבָר וּלְכֹף כָּל דְּאֵלִים גָּבַר עַכ"ל מִשְׁמַע דְּבַסְפִּיקָא דְּבַפְלִיגְתָא דְּרַבְּנוֹתָא דְּלֹא שְׁיִיף הָאֵי טַעְמָא שְׁפִירֵשׁ יֵשׁ לַב"ד לִיְפִנְס לְדְבָר וְלַפְסוֹק דִּק חֲלֻקָה וְאֶפְשָׁר דְּגַם הַת"ה וּמַהֲרָמ"א שְׁכַתְּבוּ וְאִם לֹא שְׁיִיף בִּיחָה דִּין חֲלֻקָה ר"ל לֹא אֶפְשָׁר לְמִיַּעֲבֵד חֲלֻקָה כְּגוֹן הַד"ס ס"ק"ע וְדַתְּשׁוּבַת מַהֲרָא"מ שָׁם וְלֹא דְקוּ בְּלִשׁוֹן וְדוּק: סִימָן כְּכו (דִּין צ"ע אֵי מַהֲנֵי תְּפִיסָה ע"י שְׁלִיחַ) עוֹד פֶתַח בְּתִשׁוּבַת מַהֲרָא"מ וְשָׁם וְלֹא דְקוּ בְּלִשׁוֹן סִימָן ס"ז דַּה"ה דִּיכּוֹל לְתַפְסֵם ע"י שְׁלִיחַ לֹמַר קִים לִי וְע"ש שְׁהָאֵרִיף וְלְכַאוּרָה יֵשׁ לְהַקְשׁוֹת עַל זֶה מַמ"ש הָרִיב"ש ס' ק"ז וּמַהֲרָמ"א בַּהֲג"ה בְּאַבְן עֶזֶר סִימָן צ"ג סְעִיף כ"ב דַּע"י שְׁלִיחַ לֹא מַהֲנֵי תְּפִיסָה.

אֲבָל אַחַר הָעֵינִין לְק"מ דְּהָרִיב"ש וּמַהֲרָמ"א שָׁם לְטַעְמֵיחָהוּ אֲזִילִי דַּס"ל כְּשִׁטַּת הַתּוֹסְפוֹ וְסִינֵיעְתֵם שְׁהַשִּׁיגוֹ אֶפִּירֵשׁ"י גְּבִי הַתּוֹפְסֵם לַב"ח בְּמִקּוֹם שְׁחַב לְאַחֲרֵים דַּס"ל דְּמַצִּי לְתַפְסֵם ע"י שְׁלִיחַ וְהַתּוֹסְפוֹ וְהַפּוֹסְקִים הַשִּׁיגוֹ עַל רַש"י וְכֵן סִתְּמוּ הָאַחֲרוֹנִים וְכַמ"ש בְּחֻנְשׁוֹן מִשְׁפֵּט רִישׁ סִימָן ק"ה אֲבָל מַהֲרָא"מ וְשָׁם לְשׁוֹן הָרִיטְב"א שְׁיִשֵּׁב דְּבָא רַש"י דְּמִיָּרִי שְׁעֵשָׂאוּ שְׁלִיחַ בְּעֵדִים וְכַתֵּב דְּמַצִּי לְמִימַר קִים לִי כְּרַש"י וְהָרִיטְב"א ע"ש.

וּמ"מ אֲנִי חוֹכֵף בְּדִין זֶה פִּינֵן דְּכָל הַפּוֹסְקִים רַאשׁוֹנִים וְאַחֲרוֹנִים פִּסְקוּ דְּלֹא כְּרַש"י וְעַדִּינָן צ"ע: סִימָן כְּכו (דִּין הֵיכָא דְּאֵיכָא פְּלוּגְתָא דְּרַבְּנוֹתָא בְּהִזְק הַגּוֹף כְּגוֹן בְּקוֹמַר וּבֵית הַפְּסָא וּכְהֵאֵי גְּוֹנָא צ"ע אֵי מַצִּי הַמְּוֹחֵזֵק לֹמַר קִים לִי בְּהָא יוֹתֵר נִרְאֶה דִּיכּוֹל לֹמַר קִים לִי גַם בְּזֶה) עוֹד פֶתַח בְּתִשׁוֹ מַהֲרָא"מ וְשָׁם לְשׁוֹן ס"ס קַל"ט דְּבִדְנֵי הִזְק הַגּוֹף כְּגוֹן בְּקוֹמַר וּבֵית הַפְּסָא וְכַה"ג אֵין רֵאִוִי לֹמַר בְּזֶה קִים לִי כְּפְלוּנִי דְּהָא הַד מִקְלֵתָא דְּאִסּוּרָא הוּא שְׁהָרִי אֵין כְּאֵן מְמוֹן רַק אִסּוּרָא כו'.

וגם בזה אני חוכך דמה בכה שיהו איסור מ"מ אם נחייבו לסלקנו ה"ל הפסד ממון ושיניד
בי שפיר המע"ה והא בספק בכור נמי איפא מילתא דאיסורא ואפילו הכי אמרינן בי'
המע"ה וכן היכא דאיפא מחלוקת בין הפוסקים אי הוי רי"ק או אבק רבית שכתב מהר"א
ן' ששון גופא בסימן קס"ב דאמרינן המע"ה אע"ג דהוי מילתא דאיסורא ועוד הארכתי
בזה בספרי ש"ד בי"ד סימן רנ"ט ס"ק י"ד דאפילו היכא דהוי מילתא דאיסורא אמרינן
ספק ממונא לקולא ע"ש אף על גב שאי אפשר לחלק בין איסור שאינו מזיקו בגופו
לאיסור שמזיקו בגופו מי הנביא שהגיד לנו לחלק בכה ויותר נראה שהדין עם המוחזק
ומצוי למימר קים לי (דין היכא דאיפא ספק או פלוגתא דרבנותא אי חייב שבועה לא
משבעינן מספק) עוד פתב בתשובת מהר"י ן' לב ספר ב' ס"ס ס"ו דף צ"ד ע"ג דבשבועה
היכא דאיפא פלוגתא דרבנותא אי חייב שבועה או לא לא משבעינן מספק וכן הוא
בתשובת מהר"ר יעקב לבית לוי סימן ג' והביא ראיה מתו' פרק שבועת הדיינין ובד"ה
מאן דמתני לה אסיפא כו' מתשובת מהרי"ק שורש צ"ב ע"ש וכן הוא בתשובת
מהרשד"ם ובתשובת מוהר"ר יוסף טראני סימן קי"א ובשאר תשוב' האחרוני' בכמ'
דוכתי וכן כתב הרא"ש פ' הכותב והטור אכן עזר סימן צ"ז ושאר פוסקי' בכמה דוכתי
והוא פשוט סימן קכח (דין היכא שעשה השוחט ספק טריפות בשחיטה פטור מממון
בספק ואי תפס בעל הבהמה לא מפקינן מיניה אם הוא כהנה גוני דמועיל תפיסה וכמו
שנתבאר) נראה דה"ה היכא דאיפא ספק בשחיטה בגונו דאסרינן להטבח משום ספק
דהמע"ה אי תפס בעל הבהמה משל הטבח לא מפקינן מיני' וז"ל הב"ח בח"מ סימן ש"ו
סעיף ה' עשה בה טריפות פוסלה מספק פגון שחטה במיעוט סימנים פטור וכן אם מצא
הספין פגום והוא בדקו תחלה פינו דאיפא למימר בעצם מפרקת נפגם לענין ממון לא
מפקינן מספק עכ"ל.

וכתב מהרמ"א ע"ז ואע"ג דאנו נוהגין לאסרו אפ"ה פטור מממון פן נ"ל ואע"פ דיש מי
שחולק ומ"מ שקרו הפסיד דדילמא בספין פגום שחט עכ"ל. ומ"ש אע"פ שיש מי שחולק
ר"ל הת"ה סימן קפ"ו וכדאיתא בד"מ (השגה על מהרמ"א בח"מ סימן ש"ו סעיף ה')
דינו של הת"ה אמת ואין חולק עליו דודאי פל היכא דנהיגין לאסרו אע"ג דאינו אלא
מפח חומרא פינו שהוא מפורש בהדיא בהלכות שחיטה שפייד השוחטים שלומדים מהן
הלכות שחיטה השוחטים שבגבולנו חייב לשלם ואין טעם לפנותו שהרי ידע שאם נעשה
קלקול זה תיאסר השחיטה וה"ל להזהר בכה"ג וכמ"ש בת"ה שם.

וממ"ש הטור אלא דתקמיר פן באיסור וחישינן שמא בעור נפגמה לא מפקינן ממון
מספק אין ראיה דפטור דשאני התם דלא שיניד לומר פלל דה"ל לאסוקי אדעתיה. וכן
ממ"ש הגה' אשרי דהיכא דנעשה ספק נבלה אע"ג דאסור באכילה לא מחייבי' לטבח
לשלם אין ראיה וכמ"ש בת"ה שם דבהגה' אשרי מייירי בספיקות שאינם מבוארים בהל'
שחיטה שפייד הטבחים (דין היכא שהטריפות שעשה השוחט שהוא דבר פשוט ומבואר
בהל' שחיטה אע"פ שאינו אסור אלא מספק חייב לשלם דה"ל לאסוקי אדעתיה דתיאסר
וה"ל להזהר) ולפ"ז גם ממ"ש ה"ה מ"ו והש"ע בשעה במיעוט סימנים פטור נמי אין ראיה
דאפשר דמייירי היכא דאין מבואר בהלכות שחיטה דשוהה במיעוט סימנים פסולה פשוט
אצל כל השוחטים שהרי הש"ע שם פסק שיה במיעוט קמא או במיעוט בתרא כשרה
ואינו מטריף אלא בשעה בשחיטה מיעוט אחרון של סימן ראשון.

וְדָבָר זֶה אֵינוֹ מְצוּי וּי"ל הַשּׁוֹחֵט לֹא יָדַע מִזֶּה דֵּה"ל לְאַסּוּקֵי אֲדַעְתִּי לְהִזְהַר מִשֵּׂא"כ לְדִידֵן דְּמִטְרַפֵּינֵן שְׁהֵיָה בְּכָל שְׁהוּא בֵּינֵי בְּמִיעוּט קָמָא בֵּינֵי בְּמִיעוּט בְּתָרָא בֵּינֵי בְּקִנְיָה בֵּינֵי בְּנֹשֵׁט וְכַמ"ש הֶרֶב בִּהַג"ה בִּי"ד וְהוּא דְּבָר פְּשׁוּט וּמְבֹאָר אֲצֵל כָּל הַשּׁוֹחֲטִים הַלּוֹמְדִים הַלְכוֹת שְׁחִיטָה (פְּמִבְּאָר בְּכָל הַלְכוֹת שְׁחִיטָה) פְּשִׁיטָא דְּהַשּׁוֹחֵט חַיִּיב וְכַמ"ש הַת"ה שֶׁם מִטְעַם דֵּה"ל לְאַסּוּקֵי אֲדַעְתִּי שְׁתִּיאָסֵר הַשְּׁחִיטָה וְה"ל לְהִזְהַר בַּכַּה"ג וְדוֹחֵק לֹמֵר דְּמִהֲרָמ"א מִשִּׁיג עַל הַת"ה מְסַבְּרָתוֹ.

דְּהִיאָף אֲעֵלָה עַל הַדַּעַת לְהַשִּׁיג עַל ת"ה בְּלִי טַעַם וּרְאָיָה. וְעוֹד דְּהָרִי ד' הַת"ה נְכוּנִים בְּטַעַמָּם וְכַמ"ש.

וְעוֹד שְׁבַסְמ"ע שֶׁם י"ז כְּתֹב שְׁנִרְאָה גַם דַּעַת הַש"ע כְּמִהֲרָמ"א וְגַם הַטּוֹר כְּתֹב כֵּן בְּהִדְיָא כּו' וְהָא דְּכְתֹב מִהֲרָמ"א כֵּן נ"ל ר"ל שְׁפֵן נ"ל לְהַכְרִיעַ לְהִלְכָה וּלְאַפּוּקֵי מִדַּעַת הַחוֹלֵק שְׁמַסִּיק מִהֲרָמ"א כּו' וּלְפַעַד"נ דְּאִין מִדְּבָרֵי הַטּוֹר וּש"ע רֵאִי דַס"ל לְאַפּוּקֵי מִדַּעַת הַחוֹלֵק וְכַמ"ש.

וְכֵן פֶּסֶק מִהֲרָש"ל פֶּרֶק הַגּוֹזֵל עֲצִים סִימָן כ"ג כְּדְבָרֵי הַת"ה וְכֵן עֵינְקָר: (דִּין אֲפִילוּ טְרַפָּה מְסַפֵּק מְבַטֵּל הַמְקַח וְצָרִיף לְהַחְזִיר הַדָּמִים): סִימָן קַכֵּט עוֹד כְּתֹב בְּסַמ"ע שֶׁם אַמ"ש מִהֲרָמָא י"י לְעִנְיָן מְמוֹן לֹא מְפָקִי מְסַפֵּק וְנ"ל וְהָא דְּכְתֹב מִהֲרָמ"א בְּסִי רל"ב סְעִיף י"ב בִּהַג"ה וְנ"ל וְאַפִּי טְרַפּוֹ שְׁאֵנוּ אוֹסְרִים מְסַפֵּק מְבַטֵּל הַמְקַח וְאִין הַמּוֹכֵר יָכוֹל לֹמֵר אֵינִי רְאָיָה דְּטְרַפָּה הֵנּוּ י"ל דְּשִׁאֲנֵי הֵתָם דְּלֹא מִיִּקְרִי הַפְּקַעַת מְמוֹן כִּף מַה שְּׁמַחְזִיר הַמּוֹכֵר לְהַלּוֹקֵחַ מְעוֹתָיו שְׁקִבֵּל מְמַנּוּ בְּעַד הַבְּהֵמָה וְחוֹזֵר וְלוֹקֵחַ מִהַלּוֹקֵחַ בְּהִתְמוֹתוֹ מִשֵּׂא"כ כָּאֵן דְּהִטְבַּח יִשְׁלַם דָּמֵי הַבְּהֵמָה מִפִּיסוֹ וּק"ל עכ"ל (בְּחִנְיָם דְּחֵק הַסַּמ"ע סִימָן ש"ו ס"ק ט"ו) וְחִירוּץ זֶה דְּחוֹק דַס"ס מְפָקִינֵן מִינְיָה מְמוֹן אֲבָל בְּאַמַּת מְעִיקְרָא אִין הַתְּחִלָּה לְקוֹשְׁיָא זֹו דְּחַל בֵּינֵן דְּאַפִּילוּ מְסַפֵּק רְשׁוּ אִינְשֵׁי אִין לָהּ מוּם גְּדוֹל מִזֶּה וְיָכוֹל לֹמֵר אֵלּוּ הֵייתִי יוֹדַע שְׁהוּא סְפֵק טְרַפָּה לֹא הֵייתִי לוֹקֵחַ וְנִמְצָא הַמְקַח בְּטֵל וְהַדָּמִים חוֹזְרִים וְכֵן מְבֹאָר לְהִדְיָא בְּדְבָרֵי הַרְמְב"ן וְהַרְשֵׁפ"א בְּחִדּוּשָׁיו וּבְהַר"ן פֶּרֶק אֵלּוּ טְרַפּוֹת גְּבִי מַחֵט שְׁנִמְצָא בְּעוֹבֵי בֵּית הַכּוֹסוֹת וּבְהַרִיב"ש סִימָן תצ"ח וּמְבִיאֵו ב"י בִּי"ז סִימָן קי"ט בְּקִצְרָה דְּלֹא דָּמֵי לְכָאֵן מִהָּ טַעַמָּא וְאִישְׁתַּמִּיטְתִּיָּה לְהַסַּמ"ע דְּבָרֵי הַפּוֹסְקִים אֵלּוּ (דִּין מִי שְׁמַכְר בְּשָׂר אוֹ שְׂאָר דְּבָר לְחַבְרוֹ וְאַח"כּ נוֹדַע לוֹ שְׁהוּא סְפֵק אִיסוּר מַחֲמַת פְּלוּגְתָּא דְּרַבְּנוֹתָא וְכַה"ג הַמְקַח בְּטֵל וְצָרִיף לְהַחְזִיר לוֹ הַדָּמִים וְלֹא שְׁיִיף לֹמֵר קִים לִי בַכַּה"ג וּלפ"ז ה"ה מִי שְׁמַכְר לְחַבְרוֹ בְּשָׂר וְאַח"כּ נוֹדַע לוֹ שְׁהַבְּשָׂר הוּא סְפֵק טְרַפָּה מַחֲמַת פְּלוּגְתָּא דְּרַבְּנוֹתָא הַמְקַח בְּטֵל וְצָרִיף לְהַחְזִיר הַדָּמִים וְלֹא שְׁיִיף כָּאֵן לֹמֵר קִים לִי כְּהַמְכָּשִׁירִים דְּכִינֵן דְּהוּא טְרַפָּה מְסַפֵּק אִין לָהּ מוּם גְּדוֹל מִזֶּה וְהֵנּוּ מְקַח טַעוֹת דְּאֵלּוּ הֵנּוּ יָדַע שְׁהוּא סְפֵק טְרַפָּה לֹא הֵיָה קוּנְיָה: (דִּין מִי שְׁהַסְפֵּק נוֹלַד בְּרִשׁוֹתוֹ עָלָיו לְהִבִּיא רֵאִי וְאִם אֵינוֹ מְבִיא רְאָיָה מְפָקִינֵן מִינְיָה אֲפִילוּ הוּא מְוַחֲזֵק מְעִיקְרוֹ) וְכֵל זֶה שְׁלֵא נוֹלַד הַסְפֵּק בְּרִשׁוֹתוֹ אֲבָל מִי שְׁהַסְפֵּק נוֹלַד בְּרִשׁוֹתוֹ עָלָיו לְהִבִּיא רְאָיָה וְאִם אֵינוֹ מְבִיא רְאָיָה צָרִיף לְשַׁלֵּם וּמְפָקִינֵן מִינְיָ אפ"י הוּא מְרָא קָמָא וְכִדְאִיתָא בְּכַתְּוֹבוֹת פֶּרֶק הַמְדִיר וְנִתְבָּאָר בְּפּוֹסְקִים וּבַטּוֹר וּש"ע סִימָן רל"ב סִי"א גְּבִי הַמּוֹכֵר בְּהֵמָה לְחַבְרוֹ וְנִמְצָאָת טְרַפָּה כְּגוֹן מַחֵט שְׁנִמְצָא בְּבֵית הַכּוֹסוֹת וְאִינוֹ יוֹדַע אִם הֵיָתָה טְרַפָּה קוּנְיָם לְכֵן אוֹ נַעֲשִׂית טְרַפָּה אַחַר כִּף עַל הַלּוֹקֵחַ לְהִבִּיא רְאָיָה וְאִם לֹא יְבִיא רְאָיָה יִפְסִיד וְיִתֵּן הַדָּמִים מִטְעַמָּא כִּינֵן דְּהַסְפֵּק נוֹלַד בְּרִשׁוֹתוֹ עָלָיו לְהִבִּיא רְאָיָה

וכן במחליף פרה בחמור וכו"ג וכמו שנתבאר בפוסקים ובטור וש"ע סימן רכ"ד ע"ש:
סי' קל (דין בכל הדינים האלו שנתבארו מריש וע"כ אין חילוק בין תפס בעדים או לא)
ובכל הדינים האלו דבארנו מריש ועד פאן פשיטא דאין חילוק בין תפס בעדים או לא
דדוקא היכא דמהני תפיסתו משום מגו הוא דאיכא לפלוגי בין תפס בעדים או לא אבל
היכא דמהני תפיסתו משום ספק שבשטר או משום ספיקא דתרי ותרי או משום ספק
דדינא פשיטא דלמאן דמהני תפיסתו מהני אפילו תפס בעדים ולמאן דלא מהני היינו
אפילו תפס שלא בעדים וכן משמע להדיא מדברי מהרש"ל פ"ק פיצד הרגל סימן ה' וכן
נראה להדיא בשלטי גבורים פ' המקבל דף קל"א ע"ב ע"ש וכן הוא להדיא בה' המגיד
פ"א מה' נזקי ממון וסי' פ"ב מה' גנבה וסוף ה' מלנה ולנה ובהריב"ש סימן ק"ס ושם"ד
ע"ש בדברי הפוסקים אלו פי לא רציתי להאריך ולהעתיק לשונם הואיל (תירץ פוננת
תשובת רשב"א סימן תתקע"א) והדבר פשוט ותתקבל מעצמו בלאו הכי.

ומ"ש בתשובת רשב"א סימן תקע"א באשה שמסרה את בעלה שאמרו מקצת הבנים
דישבע בעלה כמה הפסידה אותו ויטול ואינו נ"ל כלל כו' ועוד דבפרק הפונס אבעיא לן
אי עשו תקנת נגזל במסורת ולא איפשטא וכיון דלא איפשטא מספיקא לא מפקינן ממוןא
ומה שראיתי למקצת הרבנים דהכא תפס דהיינו הפתובה שהיא חייב לה אינו נ"ל כלל
דלא אמרינן הכי אלא כשלא תפס בעדים אבל הכא שתפס בעדים דשטר התובה פגדו
לא כו' ותדע דהא דעובדא דאבימי דבפרק הפותב מה"ת לומר סטראי גינהו ולא אמרי'
זווי היכא דקיימי קיימי דתופס השטר המוחזק אבל אם יש מטלטלים או בלאות קיימיים
ותפסן שלא בעדים כו' עכ"ל לאו למימרא דבספיקא דדינא לא שי תפיסה בעדים אלא
הרשב"א לטעמיה אזיל דס"ל בתיקו או בעיא דלא איפשטא לא מהני תפיסה וכמ"ש
לעיל סימן ע"ג משמו ואם פן משום תיקו לא הי' מועיל תפיסה אפי' תפס שלא בעדי'
רק בעובדא דהרשב"א הי' מועיל תפיס' אי הוי תפיס שלא בעדים פיון שהנמסר טוען
ברי כף וכף הזקתני דפשיטא דהוי נאמן משום מגו דאי בעי אמר לא תפסתי: הון מיהו
היכא דיש לגירוכא שטר עליו אינו יכול לתפוס המעות שחייב לו על השטר בשביל
ספיקא דדינא ממקום אחר ששטר ה"ל לענין זה כגבוי): מיהו נראה דהיכא דיש לחברו
שטר לא מהני לזה תפיסה במעות שחייב לו על השטר לומר אני תופס המעות משום
ספיקא דדינא דכיון דיש ביד חברו שטר הרי מוכרח לשלם לו מתחלה שטרו וה"ל כגבוי
ולא מיקרי זה שבידו המעות מוחזק לתפסו בשביל ספיקא דדינא ממקום אחר.

וכן משמע לכאורה בתשובת רשב"א שם. ועוד יש להביא ראיה ממ"ש הרי"ף פ"ק יש
נוחלין גבי בעיא דבעי רמא בבריא היאך תיקו הלכך מוקמינ' פתובה אחזקתה ועל הבעל
להביא ראיה דמחלה כו' וכ"כ בהגה"ה אשרי שם בשם רבינו ברוך מארץ יון ואע"ג
דשאר פוסקים פסקו שם דלא מפקינן מיניה היינו משום דסתם האבעיא היא על פתובתה
גופא אי אבדה פתובתה וכן הא דקי"ל כבית הלל ולא כב"ש דאמרי שטר העומד לגבות
כגבוי דמי כדאימתא ביבמות בפרק החולץ דף ל"ח ע"ב ובסוף פ"ק כל הנשבעין היינו
ג"כ דוקא על גוף השטר משא"כ הכא דהבעיא היא מצד אחר וזה רוצה לתפוס הממון
שחייב לו בשטר מספקא דבעיא או פלוגתא דרבנותא בכה"ג נראה דאינו יכול לתפוס.

תדע שזה פתב הבעה"ת שער כ"א ונהטור סימן פ"ב ומק"ר"ם ריקנטי סימן רפ"ח ושאר פוסקים דאע"ג דאין אמרי' מיגו להוציא מ"מ אם יש שטר בידו אמרינן מיגו להוציא והיינו כמ"ש בסמ"ע סימן פ"ב ס"ק מ"ד דכל שיש שטר בידו ה"ל פגבוי בידו ואינו נקרא מוציא כו' ע"ש וכ"כ התוס' פ"ק חזקת הבתים דף ל"ב ע"ב וז"ל ובהפותר דאמרי' מיגו דיקלי למימר להד"ם יכלי למימר סטראי נינהו אע"ג דמיגו להוציא לא אמרינן.

שאני התם דאיפא שטרא עכ"ל. דלא כמהר"ר דוד ו' לב ספר א' דף קכ"ט ע"ג בדיני מיגו שלו שכתב ע"ז וז"ל קשה לי הא אמרי' בשבועות בפ' כל הנשבעים גבי אין אדם מוריש שבועה לבניו דפליגי ב"ש וב"ה אי שטר העומד לגבות פגבוי דמי וכיון דכן הוא קשה במאי דקאמרי התוס' אע"ג דמיגו להוציא לא אמר א שאני התם דאיפא שטרא וצ"ע עכ"ל דלדידן ה"ל להקשות אכל הנה פוסקים הנ"ל שהבאתי.

וגם במרדכי ובהגה' אשרי פ' הפותר כתבו בשם מהר"פ בדברי התוס' דפ"ק חזקת הבתים אלא ודאי כמ"ש דכיון שהשטר הוא פשר כאלו הממון הוא מוחזק ביד המלנה וכ"כ בתשו' הרמב"ן סימן ק' וז"ל ולא מרענא לשטרא בחשש פזה לפי שהשטר מוחזק הוא ביד המלנה וכאלו הממון הפותר בו מוחזק בידו כדמשמע בההוא דשבועות הדיינים דסטראי נינהו כו' ואע"ג דקי"ל במיגו לאפוקי ממונא לא אמרינן וטעמא דמילתא משום דשטרא מוחזק הוא וכאלו ממון הפותר בו מוחזק ביד המלנה ואוקומי ממונא הוא כו' עד ולא במי שגבתה ממש קאמר דליכא למימר דשבקי ב"ה ועבדי כב"ש אלא פדאמרן כו' עכ"ל וע"ש.

ואין ספק דאשתמיט למהר"ד ו' לב תשובת הרמב"ן הנראה לי ופוסקים שהבאתי הרי מוכח להדיא דבכה"ג לא הוי זה מוציא. וא"כ ה"ה הקא כו' וא"כ ה"ה הקא בנדון דידן כן נ"ל: