

הקדמת המחבר אברך אלהי השמים והארץ אשר העיר את רוחי ונתן דעת בלב שפל אנשים כמוני לחבר חבור זה לזכות את הרבים על ידי מעשה אשר אירע פה בק"ק ווילנא יע"א בתחלת חודש טב"ת לפ"ק בענין הנדון אשר נשאלנו עליו ואני בעניותי הכנותי את לבי וכאשר בינותי כבר מתוך הספרים היה פשוט בעיני שיועיל תפיסתו בענין כזה אך לאשר כי נפלה מחלוקת גדולה לשם שמים בדבר נתתי אל לבי לדרוש ולתור בחכמה של תורה ויהי בחפשי באמתחת ספרי הפוסקים לברר דין זה ראיתי דברי תורה עניים במקום אחד ועשירים במקום אחר כי אף שדין זה שנפלה המחלוקת עליו פשוט בעיני יותר מהיעתא בכוחא 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 לחם מזה דרך ישכון אור בדיני ספיקות של ממון: וקראתי שם חבורי זה תקפו כהן כי מקור דינים אלו הוא מן הסוגיא דתקפו כהן שבש"ס וגם כי תקפה יד הכהן בעזרת האל כי מזרעא דאהרן קאתינא אוהב שלום ואמת בתורת אמת.

ובכן אל אמת ינחני כדרך אמת ויזכני לעשות ספרים עד אין קץ אמת כאשר עם לבבי באמת בך ח' בטחתי ולא אבוש לעולם ועד: נאום שבתי בן לאדוני אבי הגאון מוהר"ר מאיר כץ ז"ל לספר תקפו כהן שאלה ראובן שלוה מעות משמעון ואח"כ כשתובע ממנו המעות הוא אומר עשיתי עמך שותפות לפני איזה שנים קודם ההלואה וידוע לי שהרווחת בכך אני תופס המעות מחמת הריוח ההוא.

והשותפות ההוא שנעשה בתחלה יש בו מחלוקת הפוסקים אם השותפות נגמר בזה. והובאו שני הדעות בשלחן ערוך סימן קע"ו מועיל חפיסה בכה"ג או לא כיון דהוי פלוגתא דרבוותא: תשובה אף שבנדון זה פשיטא דמועיל תפיסה מהרבה טעמים וכמו שמבאר ואין צורך להאריך בזה.

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

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

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

אלא נ"ל דעת הרמב"ם משום דבתשובת הרשב"א סימן ש"י הקשה השואל להרשב"א קושיא מגופו דש"ס מאי סייעתא מייתי רב חנניא לספק בכורות מספק פטר חמור דהתם שאני דממון גמור דישאל הוא כדאמר רב נחמן מפריש עליהן עשרה שיין ומעשרן והן שלו אבל בספק בכורות לאו ממון נינהו דהא אסירי בגיזי ועבודה והוה לן למימר תקפו כהן אין מוציאים מידו כו': הג"ה נפקא מינה לענין דינא דספק פטר חמור אי תקפו כהן לתרוץ הרשב"א והגאון אמ"ו ז"ל ברמב"ם מוציאין מיד הכהן ולב"י ולתרוצי ברמב"ם אין מוציאין מיד כהן ולדידהו קשה אמאי לא הביא הרמב"ם דין דספק פטר חמור דמוציאין ולדידן ניחא משום דסמך על מ"ש גבי ספק בכור דאין מוציאין וה"נ ל"ש: ולפעד"נ דהרמב"ם מפרש הגמרא דמתחלה הא דקאמר ר"ח תניא דמסייע לרבא הטעם דספיקות נכנסין לדיר משום דילדה פרתו והעמד הולד בחזקת ישראל וא תקפו כהן מוציאין ניחא דמעשרין אבל אי אין מוציאין נמצא זה פוטר בממונו של כהן וקשה אף דמעמידן הספק בחזקת ישראל היינו לענין גוף השה אבל לענין מעשר אמאי פטורים האחרים דילמא הוא ודאי פטר חמור דהא גבי בכור אם מוציאין מיד כהן אפ"ה אסורים בגיזה ועבודה וה"נ אף דמוציאין יתחייבו אחרים במעשר דלמא הוא ודאי פטר חמור אלא ודאי ר"ח סובר דמעשרים מספק וא"ל אביי לדידך דסובר דמעשרים כו' משכחת כו' דמעשרים מספק כגון כו' הדר אמר אביי 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 צריך לומר טעם אחר והטעם הוא משום כל היכא דאית לה ולד הרי הוא שלו אם הוא ביד הכהן הכי היא ממון גמור של כהן כיון דספק הוא רחמנא קזכי ליה להיות שלו לגמרי ואם הוא ביד ישראל הרי הוא ממון גמור של ישראל לגמרי כחולין ולעולם קזכי רחמנא להמחזיק ולא היה אביי צ"ל בפ"י טעם זה משום דהיה פשיטא להם הפעם זה רק מתחלה היה 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 כדברי ע"ש) ותו לא מ"ה פרשו דברייתא באה לומר רבותא להורות דמעשרין מספק ובזה ניחא נמי הלשון דקאמר בגמרא מאי אית לך למימר הלא אביי אמר לעצמו לאו מלתא דאמרינן כו' ולדידי ניחא דאמר לרב חנניא דסבירא להו דמעשרין כנ"ל דא"כ למסקנא תקפו כהן אין מוציאין ואפשר שלזה כיון ב"י בסימן שפ"ו שכתב דכיון דבר כו' עד יכול לפטור עצמו ע"ש ודו"ק עכ"ה: והרשב"א יישב לו שם לפי שטתו והוא נראה דוחק ע"ש אבל נראה דהרמב"ם ס"ל כיון דבתר הך שקל' וטרי' דר"ח ורב המנונא אמרינן בש"ס אמר ליה רב אח' מדפתי לרבינא מאי ספיקות אילימא ספק בכורות יהיה קודש אמר רחמנא ולא שכבר קדוש אנא ספק פדיון פטר חמור כו' א"כ משמע ליה להרמב"ם ודאי דכי מוקמינן לה בספק פטר חמור ליכא לאתויי ראיה לספק בכורות דמוציאין מידו ורב חנני' והנך אמוראי דהוי בעי לאתויי ראיה הוה ס"ל דמיירי בס' בכורות ולא הוה ס"ל הך דיהיה קדוש ולא שכב' קדוש לפירכ' וא"ל רב אחא מדפתי לרבינא דליכא לפרושי בס' בכורות אלא בספק פדיון פטר חמור וא"כ לרב אחא ורבינא ליכא לאתויי ראיה א"כ אדרבה מסקנא דש"ס דספק בכורות אין מוציאין מידו כן נ"ל לדעת הרמב"ם א"כ זכינן 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 כהן אין מוציאין מידו וגם הרשב"א נר' דס"ל כן למעשה) וכן פסק הב"י בש"ע ב"ד ר"ס שע"ו כהרמב"ם וכן הרשב"א אע"ג דמשמע מדבריו דס"ל תקפו כהן 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 כתב דאפשר דקי"ל כהרמב"ם דאין מוציאין מידו ע"ש.

גם בתשו' סי' שי"א כתב ליישב דברי הרמב"ם משמע אע"ג דס"ל להלכה דמוציאין מידו מ"מ למעשה אפשר דס"ל כהרמב"ם: מיהו (דעת הרבה פוסקים מאד תקפו כהן מוציאין מידו) דעת כל הפוסקים ראשונים ואחרונים דתקפו כהן מוציאין מידו הלא המה 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 כור דף ק"ם ע"א וכ"כ עוד הרא"ש בפ' כיצד 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' בדק 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 בס"י ע"ז פשיט כן להשוואל ולמהר"מ מינץ ע"ש וכ"כ מהר"ר דוד בתשובת נ' לב ספר א' דף נ"ג ונ"ב וכ"כ מהר"ר יוסף נ' לב ספר א' סי' ס"ז דף צ"ד ע"ד דלא קי"ל כהרמב"ם בספק בכור והבאתי לשונו לקמן סי' קי"ח וכן מבוי 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 ב"ד ר"ס שט"ו ואחריו נמשך מהר"מ יפה שם וכ"פ הב"ח שם.

(דין הלכתא ספק בכור תקפו כהן מוציאין מידו ולא כמ"ש ב"י בש"ע ב"ד ר"ס שט"ו שהב"י לא ראה כל הפוסקי' שפסקו כן) ולבי אומר לי שהב"י שפסק בש"ע שם כהרמב"ם לא ראה כל הפוסקים האלו שהבאתי שהרי לא הביאם הב"י שם כלל רק הביא דברי הרא"ש לבד ואי הוי חזי לכל הנך רבוותא דרב גובריהו ונפיש טובי לא הוי פסק הכי ובפרט שפשט 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 וז"ל כל בהמה שהיא ספק בכור דינה שתרעה עד שיפול בה מום ותאכל לבעלים ואם תפס אותה הכהן אין מוציאין אותה מידו כרבה דתניא כותיה בפ"ק דב"מ ואוכל אותה במומה אבלאינו מקריבה שאין מקריב לעולם אלא בכור ודאי שמא ישחוט חולין בעזרה עכ"ל והנה דבריו אלו מועתקין אות באות מדברי הרמב"ם רק שהוסיף כרבה דתניא כותיה בפ"ק דב"מ.

והנה משמע שהסמ"ג פוסק כהרמב"ם בספק בכור דתקפו כהן 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 חנניא לרבה תניא דמסייע לך כו' א"כ תני' כותיה דמוציאין מידו ונהי דבתשובת רשב"א סי' שי"א

ובב"י כתבו דרבה דחויא קמדחי מ"מ פשיט' דלא תניא כותיה 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 התקיף כדמסיק רבה בפ"ק דב"מ גבי ספק בכורות ותניא כותיה אבל תקף קודם שנולד הספק לא מפקי' מיניה וכן פי' רבינו שלמה בפ"ב דכתובות גבי אוקי תרי להדי תרי ואוקי ממונ' אחזקתו תדע שהרי במסכת בכורות (דף מ"ם) לרבי עקיבא שחושב מת ביום שלשים ספק אומר שם אם נתן לכהן פדיונו לא יחזיר ואם לא נתן לא יתן אלמא כיון דתפיס קודם שנולד הספק לא מפקינן 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 בעשי, הג"ה לפעד"נ דל"ק דמחלק בין החזיק קודם שנולד הספק ובין החזיק לאחר שנולד הספק א"כ בעשין רי"א מיירי קודם שנולד הספק מ"ה קאמר הלשון תפס דתפיסה שייך לקודם שנולד הספק ובא לידו ואח"כ תופס בו ותקיפה שייך לאחר שנולד הספק וגבה יד חבירו ותקף ובעשין נ"ה מיירי לאחר שנולד הספק וכתב הלשון תקפה והא דכתב בשניהם כרבה היינו משום דמפרש פי' הש"ס הא דקאמר רבה לעולם מוציאין מידו וכו' א"כ קשה על לשון הברייתא דקתני המוציא מחבירו עליו להביא ראיה הל"ל על הכהן להביא ראיה ולא היה ניחא להסמ"ג פי' רש"י דלעולם כהן קרוי מוציא משום דסמ"ג סובר כל מקום דקתני סתם המוציא הוא מאן דמוציא דמאן פסקה כסברת רשב"א בתשו' שי"א הנ"ל אלא: דרב המנונא רצה להביא סיועה על הוקדשה בלא תקפה מכח אי תקפה כהן אין מוציאין מידו ר"ל שתקף לאחר שנולד הספק דומיא דשנים אוחזין דמיירי לאחר שנולד הספק וקאמר רבא לעולם בתקפה מוציאין מיד הכהן משום הכי דייק רבא הלשון לעולם תקפה והברייתא דבכור מיירי בסתמא דתפס 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 מיירי בלא תקפה דהיינו שתפס קודם שנולד הספק אין מוציאין כפי' רבה וברייתא דספיקו מוציאין ג"כ כרבה וא"כ ניחא הא דכת הסמ"ג בעשין רי"א כרבה ובעשין צ"ה כרבה ודוק: עד כאן הג"ה: רי"א וצ"ל מוציאין דא"כ האיך קאמר אח"כ ואוכל אותה במומ' דאם ר"ל שהבעל אוכל אותה במומה הרי כבר כתב זה לפני זה ועוד דמאי איצטרי' למימר אבל אינה מקריבה כו' שמא ישחוט חולין בעזרה מהיכי תיתי יקריבו והלא לכהן שום צד זכייה בו שהרי מוציאין אותו מידו ונותנין אותה לבעה"ב.

ועוד שנראה שדבריו מועתקים מהרמב"ם. ועוד שבדקתי בכל ספרי הסמ"ג חדשים וגם ישנים כתוב בהם כך.

וצ"ע (שוב מצאתי בתשובת מהר"ר דוד כהן בית ב' סי' ט' כתב ג"כ ז"ל וכן בההוא דפ"ק דמציעא בספק שתקפו כהן פסק הרמב"ם בפ' ב' דה' בכורות שאין מוציאין מידו ולא מצינו שהראב"ד ז"ל יחלוק עליו וכ"כ בעל הסמ"ג ולא כהנהו רברבי 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 מהך דספק בכור דכל שתחלת דינו המע"ה ותפס חבירו מוציאין

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

(מה שנראה מדברי מהרד"ך בס' בכור תקפו כהן אין מוציאין מידו אין נ"ל) גם מה שנראה מדברי מהרד"ך בספק בכור להורות הלכה למעשה אין מוציאין מידו אין נ"ל אלא נקטי' ככל הנך רבוותא שהבאתי לעיל סי' א': סימן ג והנה אחרי שהונח הקדמה זו ויתר קיימא מספק בכור דמוציאים מידו הלכה למעשה נחקור בדין ספיקא דדינא כגון בעיא דסלקא בש"ס בתיקו או דלא איפשטא אי דמי לספק בכור או לא: והנה הרא"ש כתב פ' כיצד הרגל וז"ל ומיהו תימה למה לא הביא רב אלפס הך בעיא דרב אשי אם יש שינוי לצרורו' לרביע נזק וסלקא בתיקו ואפשר דסבר דאין נפקות' בהך בעיא משום דלא מצינו בבבל צרורות 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 דייני' וכי תפס גובה חצי נזק (מחלוקת הרי"ף והרא"ש בתיקו אי מהני תפיסה) מיהו תימא כיון דספיקא דדינא הוא מאי מהני תפיס' כיון דלא איפשט הבעיא אוקי ממון' בחזקת מריה ושלא כדין תפס'.

ודמא לההיא דפ"ק דב"מ גבי ספק בכור דאם תקפו כהן 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 כתב אח"כ וז"ל היתה מהלכת במקום שאי אפשר לה אא"כ מנתזת ובעטה והתיזה מהו דכיון דלא אפשר לה אורחא וה"ל צרורות כי אורחיהו ופטור כר"ה או דלמא השתא מיהת מחמת ביעוט קאתי וה"ל קרן ומשלם חצי נזק אם אין שינוי לצרורות 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 בצרורות לרביע נזק ולמאי דפרישית דכל תיקו אי תפס מפקי' מיניה אין נפקותא בבעיא זו אם התיזה כר"ה אבל אם התיזה בחצר הניזק אי תפס מגבינן ליה רביע נזק עכ"ל.

עוד כתב שם אח"כ וז"ל כשכשה באמתה מהו מבעיא ליה אי חשיב שינוי דל"ו אורחיה בכך אלא לפעמים לכשיצרו תקפו או דלמא כיון דאין כוונתו להזיק לא דמי לקרן הלכך הוי כרגל דכיון דאין כוונתו להזיק א"כ למה תעשה כשכוש זה אנא דאורחא בכך ועלתה בתיקו ולרבותינו האומרים דכל תיקו אי תפס לא מפקי' מיניה בחצר הניזק אי תפס מגבינן ליה נזק שלם ובר"ה אי תפס הבהמה מגבינן ליה חצי נזק ולמאי דפרישי' דבתיקו אי תפס מפקי' מיניה בחצר הניזק 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 פי' דלא מהני תפיסה בתיקו ואינו מבואר כן בדברי ר"י רק שהרא"ש כ' שנוטה כן דעת ר"י) ואני בעניי עיינתי בתוס' פ"ב דכתובות

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

ר"ל מדברי ר"י שבתוספות פ"ב דכתובות נוטה כן והוא לפי שענה על דעת הר"ש דיש לחנק בין ספק בכור לספיקא דדינא דדוקא בספק בכור כיון שיש בו ג"כ טובת הנאה לבעלים שיכול ליתנו לאיזה כהן שירצה וכמ"ש לקמן סי"ה באמת לדעת הרבה פוס' שמחלקין 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 מוציאים מידו (פי' התוס' מקשו כן למ"ד ספק בכור אין מוציאים מידו אבל למסקנא לק"מ וק"ל) והלא הבעלים יאמרו ניתן לכהן אחר וי"ל במכירי כהונה א"כ אינו יכול לתובע' רק טובת הנאה שיש לו בו למ"ד טובת הנאה ממון עכ"ל א"כ למאי דמסקינן דמוציאים מידו אין לחלק ולומר דשאני התם דיכול ליתנו לאיזה כהן שירצה דהא איירי במכירי כהונה או מפני שאין לו בו רק טובת הנאה ועל כן 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 פירוש ר"י) ר"ל מדהקשה שם מספק בכור לספק דעות דתרי ותרי וכן לספק די"ב זהו' לשנה דינר זהב לחדש אלמא דאי אפשר לחלק בין ספק בכור משום מתנות כהונה 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 כיון שאין מבואר כן בפירוש מדבריו רק שנוטה כן דעתו ובפרט למה שאכתוב לקמן ס"ס דאין מוכח מדברי ר"י כלום: סימן ה ומ"מ אין מספק בכור קושיא על הרי"ף ורבותינו הסוברים דמהני תפיסה בתיקו (ישוב נכון על תמיה' הרא"ש בפ' כיצד הרגל על הרי"ף שסובר בתיקו מהני תפיסה) ונתיישב ת"ל ברווח' תמיהת הרא"ש על הרי"ף (שוב ראיתי בתשו' מהרד"ך בית ב' סי' ט' כתב שדעת הרי"ף כהרמב"ם דבספק בכור אין מוציאים מידו ובחנם דחק) דודאי נוכל לומר דדוקא במתנות כהונה כגון בספק בכור וכה ג מוציאים מידו משום דהבעלים יאמרו ליתן לכהן אחר ולא מיירי במכירי כהונה כמ"ש התו' שהבאתי בסמוך ואין להקשות א"כ מ"ט דמ"ד אין מוציאים י"ל דלא אמרי' שהבעלים יכולים ליתנו למי שירצו אלא כל זמן שהוא ביד בעלים אבל כל שתקפו כהן מידו שוב אינו יכול ליתנו למי שירצה.

א"נ מיירי במכירי כהונה כמ"ש התוס' ואפ"ה אין ראייה משם לתיקו דדוקא התם כיון שקוד' שתקפו אפי' היה ודאי בכור היה הבעל יכול ליתנו לאיזה כהן שירצה לכך כי תקפו כהן מספק מוציאים מידו משא"כ הכא ולא אמרי' במכירי כהונה אלא שרגיל ליתנו לו וראוי ליתנו למכירי כהונה אבל פשיטא שאם הבעל אינו רוצה ליתן למכיריו שהרשות בידו (ראיה לזה מהר"ן ר"פ הזרוע וממהר"מ יפה בי"ד ר"ס שט"ו) וכן משמע להדיא בהר"ן ריש פרק הזרוע גבי ההוא ליואה 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 כהן מוציאים מידו שכיון שהישראל יש לו עכ"פ חזקה

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

וגם אני נמשכתי אחריו בספרי שפתי כהן 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 מהניתפסה ויכול להיות כן דעת הרי"ף ושאר הרבה פוסקים שאביא לקמן סי' ע"א דס"ב בתיקו מהני תפיס' דלא תיקשי עלייהו מהך דספק בכור דמשמע עיקר בסוגיא דש"ס פ"ק דמציעא דמוציאים מידו אל ודאי כדאמרן: ונראה (ראיה לדברי ממהרמ"א ומהר"מ יפה וב"ח) שזה דעת חמי זקני מהר"מ איסרלש ומהר"מ יפה ומהר"י בב"ח שבח"מ סי' ר"ב וסי' שפ"ח ס"א וס"ז וסי' ש"ץ ס"ב וס"ז וס"ס שצ"א וסי' ת"י סי"ב וסי' תי"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 דהלכתא וגם במקצת מקומות סתם כדברי הש"ע דמהני תפיסה בבעיא דלא איפשט' וגם במקום אחד כ' הש"ע דמהני תפיסה וסתם מהרמ"א כוותיה 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 הלכתא דמוציאין מידו וכן בסעיף ו' שם כתב דהכי נקטינן וכן בס"ס שי"ח שם כתב דהכי קי"ל וגם בי"ד גופי' סי' רס"ז ס"ל ט"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 הני אבעיות דפ' השולח וז"ל מכרו על תנאי שיחזירנו לו לאחר זמן או חוץ ממלאכתו או חוץ מהמצות או במכרו לצדוקי ולמור ה"ז ספק אם יוצא לחירות וי"א דמהני ביה תפיסה דאם תפס משל רבו כדי דמיו לצאת בו לחירות מיד העכו"ם מוציאין מידו עכ"ל.

וכן מהר"מ יפה נמשך אחריו בכל המקומות ביורה דעה ובחשן משפט וכן הב"ח בי"ד רס"י שט"ו פסק כן הלכתא דבספק בכור לא מהני תפיסה ובח"מ לא כתב בשום מקום מקום דכו הלכתא 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 כותיה ולא כתב דבר וכמו שיתבאר לקמן סי' י"ט וסוף סי' כ' ע"ש אלא ודאי 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 ודאי ואפילו יהיו כל החכמים שבעולם לפנינו לא יוכלו לומר שהוא בכור ודאי לכך מוציאין מידו משא"כ בתיקו דתליא בסברא ואלו היו חכמי הש"ס לפנינו והיו אומרים שהדין כן היינו שומעים להם רק שמפני שהעלו בתיקו אין אנו רשאים לחלוק על דבריהם ולפסוק דין ברור מה שנשאר אצלם בספק ואפילו הסברא שלנו נוטה לפסוק דין ברור אין אנו רשאים לחלוק על דבריהם א"כ כל שתפס יכול הוא לומר לאידך אייתי את ראיה להוציא כי אמינא

הסברה אמת כמו שאני סובר ואפשר של סתמו מתחלה חכמי הש"ס דבריהם והעלו בתיקו לומר שמסופק להם הענין כדי שאם יתפוס האחר אין מוציאין מידו משא"כ בספק הנולד בבכור מצד עצמו (ראיה לחלוק זה מהרשב"א).

וכה"ג מחלק הרשב"א להדיא במשמרת כבית דף ס"ו ע"א ע"ש (ואין להקשות דהא בש"ס פ"ק דמציעא מיייתי ראיה מספק בכור לשאר ספק דמייתי ראיה מכח כ"ש למאי דהוה ס"ד אספק בכור אין מוציאים א"כ כ"ש בשאר ספק וק"ל:.. וחלוק (תירוץ זה מוכרח לדעת הסמ"ג והגה' מיימן) זה מוכרח לדעת הסמ"ג שהרי גם הוא פסק בעשין ע' דף קמ"ו ריש ע"ב גבי מזיק ממון חבירו בדבר שאין דרכו להניחו בכלי ובעי' זו לא איפשטהלכך אם תפס אין מוציאין אותו מידו עכ"ל וכן כתב אח"כ שם גבי מסור בריש עמוד ג' אם תפס הנמסר אין מוציאים מידו כו' שהרי בפ' הכונס בעי אמימר אם עשו תקנ' נגזל במסור וסלק בתיקו כו' וכ"כ עוד בעשין פ"ב דף קנ"ז ע"ג גבי הקנה השדה לאחר ומטלטלי' לאחר כו' וז"ל ואם תפסן האחר אחר שקנה חבירו הקרקע אין מוציאים מידו שהרי בעיא היא שם ולא איפשט' עכ"ל וכ"כ עוד שם בעשין פ"ב דף קס"ג ע"ב.

ובעשין צ"ה דף קפ"ג ע"ג כתב דבספק בכור דמוציאין מידו (הג"ה ולפי מש"ל סי' ב' תירוץ על הסמ"ג א"כ הכא נמי מיירי בכה"ג ולק"מ ע"ש ודו"ק) ואי אפשר לומר לדעתו החלוק הראשון שכתבתי בסמוך סי' ה' שהרי הוא למד כן מספק בכור לשאר ספק ממון וגם הביא דברי רש"י גבי תרי ותרי וכמו שהבאתי לשון הסמ"ג למעלה סי' ב' אלא ודאי צריך לתרץ כמו שכתבתי עתה דיש חילוק בין ספק בכור דלא תלי' בסברא כלל משא"כ בתיקו.

וכן מוכרח בהגה' מיימוני לפי מ"ש לקמן סי' י"ד דס"ל בתיקו מהני תפיסה ובספ"ט מה' טוען כתבו כהסמ"ג בעשין צ"ה וכמ"ש לעיל סי' ב' אלא ודאי כמו שכתבתי (עוד הוכחה בדברי הסמ"ג גופיה מיניה ובי' בעשין ע' דף קמ"ח ע"ג לתירוץ זה) וכן מוכרח בדברי הסמ"ג גופיה מיניה ובעשין ע' גבי מסור דיש לחלק בכך שכתב וז"ל אם תפס הנמסר אין מוציאין אותו מידו אלא נשבע בנק"ח וזכה במה שתפס ואם לא תפס אין מוציאין מיד המוסר אלא בראיה ברורה שהרי בפ' הכונס בעי אמימר אם עשו תקנת נגזל במסור לישב' וליטול אם לא ונשאר בתיקו ושויין ר"ח ור' משה ורש"י שכמו דתיקו דאיסורא לחומרא מכל וכל כך תיקו דממונ' לקולא מכל וכל ולא כדברי רב האי גאון שפירש יחלוקו ועוד שאין הלכה כסומכוס ועוד כי אף סומכוס אינו אומר דבריו כי אם בספק שראוי להסתפק כי ההיא דשור שנגזח את הפרה ונמצא עובר' בצדה ואינו ידוע אם קודם שנגזח ילדה או לאחר שנגזח ילדה שאף לבעלי דינין הדבר בספק עכ"ל.

הרי להדיא דרוצה לחלק דאפילו אי הוי קיי"ל כסומכוס ל"ד לתיקו והיינו ע"כ מטעם שכתבתי דגבי תיקו יוכל הבעל דבר לומר אין הדבר ספק אצלי אלא הסברא נוטה לי בבירור שהדין עמי (עוד יש ראיה לחלוק זה מרשב"ם ותו' פ' חזקת הבתים וכה"ג ממש מחלקין התוס' פ' חזקת הבתים דף ל"ב ע"ב ד"ה והלכתא בין ספק דתרי ותרי ובין ספיקא דדינא ע"ש ועוד אוכיח לקמן בסימן ל"ד ובסי' צ"ו מדעת רשב"ם והרמ"ה לחלק בכך ואפשר שמטעם זה ג"כ לא כתבו מהרמ"א ומהר"מ יפה ובית חדש בחושן משפט בשום מקום דקי"ל בתיקו לא מהני תפיסה כמו שכתבו 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 שמחלק 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) דודאי אינו עולה על הדעת כלל לחלק בתיקו או בעיא דלא נפשטה בין קודם שנולד הספק או אחר שנולד הספק דהא מיד בשעת חתימו' הש"ס נולד הס' ודוקא בעדות דתרי ותרי וכה"ג כתבו התו' ופוסקים לחלק בין קודם שנולד הספק או לא משום דהספק נולד מיד בשעת הגדת העדות דתרי ותרי אבל בספיקא דבעיא הספק נולד מיד בשעת חתימת הש"ס ומה בכך שהמעשה לא אירע 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 היה ר"י מזכיר בשום מקום בפירוש דתפיסה לא מהני בתיקו לא היה נמנע הסמ"ג או שאר פוסקים להביאו ומדלא הביא שום פוסק כן בשם ר"י ש"מ דלא אמר ר"י כן רק הרא"ש כתב שכן נוטה דעת ר"י וכבר הוכחתי דאינו מוכרח: וכן (גם דעת מהר"מ רקנטי כהסמ"ג) אם תפס הנמסר אין מוציאין מידו וזכה במה שתפס ואם לא תפס אין מוציאין מיד המוסר כו' משמע דבתפס הנמסר יהיה באיזה 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 הוה שמעינן דאין מוציאין מהמוסר דהא אפי' מהנמסר מוציאין כל שתפס אחר שמסר וכל שכן שאין מוציאין מהמוסר אחר שמסרו שהרי הוא מוחזק ועומד אחר שמסרו אלא ודאי אין מוציאין מהנמסר בכל ענין אפי' תפס אחר שמסרו (עוד ראייה ברורה מהסמ"ג ורמב"ם ובתיקו מהני תפיסה אפי' אחר שנולד הספק) ועוד ראייה 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 בעיא 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 דבעיא דלא נפשט' תפס באיזו זמן שיהיה אין מוציאין מידו וכ"כ מהרש"ל פ"ב דב"ק סי' ה' בהדיא דרי"ף ורמב"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 כהרי"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 הכי ואחרי אשר הוכחנו דיש חילוק בין ספק דלא תלי' בסברא לספק דתיקו דתליא בסברא א"כ אין ראייה 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 כהרי"ף מוכח דעת מהר"מ רקנטי ממש כדעת הסמ"ג וכמ"ש שבפסקיו סי' תט"ו כתב 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 כתב וז"ל פסקו רב אלפס ור"ח דכל תיקו דממונא חולקין ורשב"ם פירש המע"ה והרמב"ם ז"ל כתב גבי כשכשה בזנבה דמספק' לש"ס אם היא תולדה דרגל ופטור בר"ה או תולדה דקרן וחייב' חצי נזק כתב דפטור ואם תפס הניזק 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 רקנטי כהרמב"ם וסייעתו דבתיקו אי תפס לא מפקי' מיניה שהרי פי' דברי הרמב"ם ולא חלק עליו וגם לא הביא שום חולק עליו סימן ח והנה אחרי אשר ביררנו דיכול 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) דעתהרמב"ם ספ"א ופ"ב ופ"ג ופ"י י"ב מה' נזקי ממון 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 שכנגדו אין מוציאין מידו.

וכבר ביררנו שגם דעת הסמ"ג כן ולקמן סי' י"ד נוכיח שגם דעת הגה' מיי' כהסמ"ג. וגם דעת הרי"ף כן 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 ן' לב ספר א' דנ"ד ע"א וע"ב בפשיטות שכן דעת הרי"ף וכ"כ בשלטי הגבורים פ' כיצד הרגל ד"ח סוף ע"ב שדעת הרי"ף כהרמב"ם וכ"כ מהרש"ל שם לדעת הרי"ף והבאתי לשונו לק' סי' ע"ד (וכ"כ בתשו' מהר"ר שלמה כהן ספ' ב' ס"ס קנ"ד בשם הרי"ף והבאתי לשונו לקמן סי' צ"ז) וגם כ' שם מהר"ר דוד ן' לב שכן דעת רבינו שמואל ב"ר ברוך פ' נערה שנתפתתה וכ"כ עוד מהר"ר דוד בתשו' ן' לב בספר שני סי' ס"ז דפ"ב ע"ב שכן דעת הרי"ף ורשב"ב ואביא לשונו לקמן סי' פ"ג וגם בתרומת הדשן שם כ' שר' שמואל ב"ר ברוך ס"ל כהרי"ף בזה אלא שכ' בת"ה שם דאנן לא קי"ל כהרי"ף ורשב"ב בהא אלא קי"ל כשינויי התוס' פ"ק דב"מ ופ"ב דכתובות דלא מהני תפיסה אחר שנולד הספק ומפקי' מיניה כההיא דתקפו כהן מוציאין מידו כו' עכ"ל ואני (קוש' על הת"ה סי' שכ"א שכ' בפשיטות דקי"ל בתיקו לא מהני תפיסה דמנ"ל הא) בעניי לא ידעתי היכא פשיטא ליה דלא קי"ל כהרי"ף ורשב"ב בהא ואי משום שנוי' דהתוס' כבר הוכחתי לעיל סי' ז' דאין מדבריהם ראיה ואי משום שהרא"ש הוא חולק על הרי"ף הרי הרמב"ם והסמ"ג והג"מ ור"ש בר ברוך סוברים כותיה ופשיטא דלא שבקינן רבים ועבדינן כיחיד (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' סוברים כהרי"ף ורשב"ב שאילו ידע מהם היה לו לכל הפחות להביאם.

וגם אילו ראה דברי הסמ"ג לא היה כותב בפשיטות ואנן קי"ל כשינויי התוס' פ"ק דב"מ ופ"ב דכתובות כו' דהא הסמ"ג גופיה כ' בדף קפ"ג ע"ג כשינויי התוס' ואפ"ה פסק בתיקו

דמהני תפיסה (פלפול בדעת ת"ה) ואפשר הוה פשיטא ליה נבעל ת"ה דלא קי"ל כהרי"ף ורשב"ב בהא כיון דהמרדכי כתב בפשיטות דכתובות דלא מהני תפיסה דתיקו שבש"ס.

ואע"ג דלא הביא בת"ה דברי המרדכי דפ"ב דכתובות מ"מ אפשר דהוה ידע דברי המרדכי מבחוץ ומ"מ לא ה"ל לכתוב כן בפשיטות. דלא יתכן לדחות דברי הרי"ף ורשב"ב ורמב"ם וסמ"ג והגה' מי"א מקמן הרא"ש ומרדכי ובפרט להוציא ממו מהמוחזק בו אלא ודאי לא ראה בעל ת"ה דברי הרמב"ם והסמ"ג כלל והוה פשיטא ליה דתיקו דמי לספק בכור וכיון דבספק בכור הלכה רווחת בישראל דמוציא מידו וכמ"ש למע' בס"א א"כ ה"ה בתיקו וכבר כתבתי דז"א דתיקו לא דמי לס' בכור ועוד אכתוב לקמן סי' ע"ד דיותר נראה כהאומר בתיקו מהני תפיסה.

ואי"ל דהבעל ת"ה ידע שהרמב"ן בהרב המגיד והריטב"א והר"ן ושאר רבוות' שאביא לקמן סי' ע"ג ס"ל דלא מהני תפיסה בתיקו שהרי הדבר פשוט שהבעל ת"ה לא ראה המחברים 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 רבוותא שאביא לקמן סי' ע"א דס"ל דבתיקו מהני תפיס' א"ו הבעל ת"ה לא ראה המחברים אלו כלל ומחזורתא כדאמרן דגם דברי הרמב"ם וסמ"ג והגה' מי"א לא ראה ואף שמביא כמה פעמים בספרו ת"ה דברי הרמב"ם וסמ"ג והגה' מי"א באותה תשובה לא היה לפניו או לא עיין בהם ואפשר דאלו היה עיין בהם הוה הדר ביה (גם מהשמדמה בת"ה שם בפשיטות פלוגתא דרבוותא 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 כהן בהמה שהיתה ס' בכור בבית ישראל מוציאין אותה מידו שמעינן מהא דכל 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 כתבתי לק' סי' ק"ל בשם הה"מ ובשם הריב"ש והוכחתי שם כן ע"ש) מפקינן מיניה דאוקי ממו' בחזקת מארי' ותקיפה בכה"ג לא מהני הלכך 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 כנגד רועה מזוין מאי וסלקא בתיקו וכ' הרי"ף ז"ל בהלכותיו ואפי' רועה מזוין פטור מכלל 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 ראייה כלל) ואין מזה ראייה 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 ושאם תפס בכל הבהמה אין מוציאין מידו וכמו שדרכו לכתוב כן בכל אבעיות שבש"ס א"ו ס"ל להרי"ף והרמב"ם דבעיא זו איפשטא וכ"ה להדיא בכל ספרי הש"ס שלפנינו רועה מזוין מהו מי אמרי' אוקי גברא להדי גברא א"ד האי מסר נפשי' והאי לא מסר נפשי' מסתברא דהאי מסר נפשי' והאי לא מסר נפשיה ע"כ (תימה גדולה על הנ"י

איך לא ראה פשיטות הש"ס פרק הפועלים בעיא דרועה) ולכאורה יש כאן תימה גדולה על הנ"י אך לא ראה פשיטות הש"ס אבל באמת צ"ל שהיה להנ"י גי' אחרת בש"ס דלא איפשטא הך בעי' וכן מוכרח לומר שהיה גורם הה"מ שכ' על דברי הרמב"ם וז"ל ואפי' היה הרועה מזוין כו' זו בעי' דלא איפשט' שם ולפיכך כ' ה"ז אונס להקל על השומר וכן בהלכות עכ"ל ומ"מ אין גי' זו עיקר והעיקר כגיר' הספרים שלנו וכן בב"י ובב"ח בח"מ סי' ש"ג כתבו על דין זה דרועה שהוא בעיא דאיפשט בפ' הפועלים וכן עיקר דאי לא איפשטא הנ"ל תיקו ולא מצינו בכל הש"ס בעיא דלא איפשט' דלא קא' בתר הכי תיקו אלא כשרוצה למפשט הבעי' ודחי לה ושקיל וטרי אליבא דהבעי' (סוגיא בש"ס כל היכא דליכא אלא אבעיא לחוד ותו לא מידי קאמר ש"ס תיקו) אבל כל היכא דליכא אלא בעיא לחוד ותו לא מידי קאמר בש"ס תיקו וזה סוגיא בש"ס בכמה דוכתי דוק ותשכח.

ואפשר דהנ"י היה גורס נמי בהך בעיא דרועה תיקו וכמו שמשמע קצת מלשונו אבל מדברי המגיד לא משמע כן שדרכו לכתוב בבעיא דסלקא בתיקו סלקא בתיקו ובבעיא דלא איפשטא בעיא דלא איפשטא ומדכתב הכא בעיא דלא איפשטא משמע שלא היה גורס תיקו (בש"ס כ"י על קלף ישן נושן נמצא גיר' אחרת דסלקא בתיקו בעיא דרועה) שוב ראיתי בש"ס כ"י על קלף ישן נושן אי' להדיא בהך בעיא דרועה תיקו: וכגיר' הנ"י.

ומ"מ הדבר ברור דגירסת הרי"ף היה כמו גיר' כל הספרים שלפנינו ודלא כנ"י וכן היה גורס הרמב"ם ודלא כהה"מ: וגם ברי"ף מוכח שהיה גורס כן דאי היה גורס כהנ"י ובא להורות דלא מהני תפיסה בבעיא דלא איפשטא וכמו שהבין הנ"י מדבריו א"כ קשה למה הורה לנו כן דוקא בבעיא זו יותר מכל אבעיות שבש"ס ולא אישתמיט חז דוכת' שהורה לנו הרי"ף כן בשאר אבעיות א"ו כדפי' (הוכחה חדשה דהרי"ף ס"ל דתפיסה מהני בתיקו) ואדרב' יש להוכיח קצת מדברי הרי"ף דפרק הפועלי' דס"ל דבבעיא דלא איפשטא מהני תפיסה דמדחזינן דכ' בהך בעיא דפ' הפועלים סתמא פטור מה שלא כ' כן בשאר אבעיות אלא דוקא בהך דהפועלים דאיפשט כ' סתמא פטור דלא נ"מ מידי אבל בשאר אבעיות לא כ' רק ולא איפשטא וממילא קי"ל קולא לנתבע וכמ"ש הרי"ף בפ' כל הנשבעין דכל בעיא דלא איפשט' קי"ל קולא לנתבע כדי להורות דאי תפיס אידך לא מפקי' מיניה וכמ"ש הרי"ף בפ' השואל דאי תפס לא מפקי' מיניה דה"ל לאחר תפיסה נתבע והבאתי לשונו לקמן ר"ס מ"ו אע"ג שהרי"ף בפ' השואל כ' שם כן מענין אחר מ"מ נשמע מדבריו דאע"ג דקי"ל קולא לנתבע מ"מ אי תפס לא מפקי' מיניה כיון דה"ל לאחר תפיסה נתבע.

א"כ ממילא נשמע בכ"מ שכתב הרי"ף גבי בעי' דלא איפשט' וקי"ל קולא לנתבע ולא כתב סתמא פטור וכמ"ש בפרק הפועלים א"ו בא להורות דאי תפס לא מפקי' מיניה דה"ל לאחר תפיסה נתבע. כנ"ל ברור לדעת הרי"ף שוב ראיתי בס' המלחמות להרמב"ן פ' כיצד הרגל גבי זרק כלי מראש הגג כו' וז"ל ומי שתפס עליו (כלו' על הרי"ף) מפני שכתב בפשיטו' מימרא דרבה יפקח עיניו ויראה כמה בעיות אחרות שעלו בש"ס בתיקו וכ' הרב כאלו נפשטו לפטור מפני שהדין בשניהם שוה עכ"ל (מ"ש הרמב"ן בספר המלחמות שדעת הרב אלפסי בתיקו לא מהני תפיסה לא עמדתי על סוף דעתו) ואני בעניי חפשתי בכל המקומות דאבעיא בש"ס ולא ראיתי שכתבן הרי"ף כאלו 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 דמונא לקולא וכן בבעיא דשבח סימנים בפרק הגוזל קמא כתב ולא אפשוט וכן בבעי' דהנח סתמא בפרק האומנים כ' אבעיא להו הנח סתמא מאי ולא איפשטא לקולא עבדינן ופטור עכ"ל וכן בפרק הפועלים גבי פועל מהו שיהבהב באור ויאכל כתב ולא איפשטא הלכך לא יהבהבו לו עכ"ל וכן בפרק השואל כ' שאל מן השותפים ונשאל לו א' מהן השותפים ששאלו ונשאל לאי מהן אבעיא לן אי הוי שאילה בבעלים או לא ולא איפשטא עכ"ל וכן בפ' יש נוחלין בעי רבא בבריא היאך כי קאמר רבי יוחנן בן ברוקא כו' כתב הרי"ף ולא איפשטא ולא עבדי' עובדא בבריא כו' ועוד שם בפרק יש נוחלין כמה טעמים וכן בס"פ יש נוחלין כתב ולא איפשטא בעיין הלכך מלוה ע"פ לא גבי מיניה דבעל כו' וכן בר"פ מי שמת והנך כולהו לא איפשטא ולקולא עבדינן כו' ועוד שם בפרק מי שמת הקדיש נכסיו מהו הפקיר כל נכסיו מהו חילק כל נכסיו מהו תיקו עוד שם אבע"ל יהנה 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 ראייה כלל ועוד דאפי' מצא בשום מקום בפירוש בהרי"ף גבי בעיא דלא איפשטא שכתב הרי"ף סתמא לפטור אין ראייה מזה דס"ל דלא מהני תפיסה אלא דלא איירי מדין תפיסה או טעם אחרונא איכ' התם תדע דהא הרמב"ם כתב בכל המקומות גבי בעיא דלא איפשטא אם תפס לא מפקי' מיניה וברפ"ו מה' זכ' גבי בעיא ובריא היאך כתב בפשיטות דלא קנה וכן ברפ"ט מה' זכ' גבי בעיא דיהנה בהן יעמוד בהן כו' כתב סתמא דלא קנה כאלו נפשט ממש לקולא וכ"כ עוד שם גבי בעיא דשכיב מרע שהקדיש כל נכסיו או הפקיר כל נכסיו או חלקן לעניים סתמא דאם עמד חוזר בכל כאלו נפשטו ממש לקולא ולא כתב דאם תפסו עניים או הקדש לא מפקי' מיניהו וכ"כ ברפ"ו מה' נחלות בבעיא דבריא היאך דבפר' יש נוחלין בסתמ' דאם היה בריא אינו יכול להוסיף ולא לגרוע כו' וכה"ג כתב סתמא לפטור בפ"ט מה' אישות בבעיות דסלקא בש"ס בתיקו א"ו כדאמרן 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' כיצד הרגל וכמ"ש הרא"ש שם ובלי ס' דגם הרמב"ם הבין כן מדעתו שהרי דרכו לימשך אחר שטת הרי"ף ואי הוי חזי ליה להרי"ף דלא מהני תפיס' בתיקו הוה פסק כותיה. ויש עוד ראייה 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. ואמת שהרמב"ן פי' דברי הרי"ף דפ' השואל כשתפס ברשות וכמו שהביא בעה"ת שער ס"ח על שמו ואביא לשונו לקמן סי' מ"ז אבל באמת פשט דברי הרי"ף לא משמע כן חדא דה"ל לפרושי דתפס ברשות ועוד דתלי טעמא דה"ל לאחר תפיסה נתבע והאי טעמא שייך נמי בתפס שלא ברשות וגם בסוף ה' מלוה ולוה גבי ספק בשטר כתב הרמב"ם בסתמ' 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 כהן כ' ג"כ שדעת הרב אלפסי דמהני תפיסה בתיקו והשיג על הנ"י וכתב דלא מסתבר לומר דהרב אלפסי בפ' השואל מיירי בתפ' ברשו' ונהנתי שכוונתי לדעת הגדול.

ואע"פ שנראה 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 הוה 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 זכיננו לדין דאין מדברי הרי"ף דפרק הפועלים ראוי כלל וא"כ הדרינן לדברי הרי"ף דפ' כיצד הרגל דאיכא מנהון ראוי 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' נ' לב ומהרש"ל פ"ק דב"ק סי' ד' וה' ושאר אחרונים לדעת הרי"ף דפרק כיצד ומסתמא נמי הרמב"ם בשטת הרי"ף רביה אמרה וגם אני כבר 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 כל הנשבעין גבי ב' לוי' ומלוה 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 כווננו לרב אלפסי שחבר ההל' רק לר"א שחבר השערי') ונ"ל דגם ההגה"א ומר' ומהר"מ רקנטי לא כווננו 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 בילדותו וההלכות בזקנותו וכדאיתא בתחלת שערי הרי"ף דפוס קראקא וכ"ה בתשו' מי"י לה' הלואה פ"ב דף תשכ"ט ע"ב תשו' מהר"מ וז"ל כמו שפ"י רבינו האלפסי זצ"ל פרק מי שהיה נשוי ולא אמרי' כל חד שקיל לפי חשבון מעות כמ"ש בשערים שלו בשער י"ט כי נראה לי דמאי שפ"י ש"ס דאחריתא הוא והדר ביה ממאי דפ"י בשערים כו' עכ"ל ובהג"ה שם כתב וז"ל שוב קבלנו שאותו שיסד 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.

ובמרדכי פרק הכותב כתב כדברי מהר"מ וז"ל וכן דן הר"ם הלכה למעשה ולא כמו שפ"י רי"ף בשערים בשער י"ט דב"ח ואשה חולקין בשוה כל א' לפי חובו שהרי פסק זה הפסק באחרונה שהרי בפרק מי שהיה נשוי הביא דברי האומר חולקים בשוה וסותר דברי האומרים חולקים לפי חוב עכ"ל. א"כ ה"נ קי"ל כהרי"ף בהלכות: סימן יא הנה נתבאר בהכרח שדעת הרי"ף והרמב"ם וסמ"ג דבתיקו מהני תפיסה בכל ענין.

ועתה נבוא לחקור אם יש עוד מהפול' הראשונים או האחרונים שסוברים כן והנה בדקתי בהשגות הראב"ד וראיתי שלא השיג בשום מקום על הרמב"ם בזה אך שהרמב"ם כתב הרבה פעמים בספרו דתפיסה מהני בתיקו לא השיגו כלל ואדרבה מדבריו בהשגות פ"ג מה' נזקי ממון השגה ראשונה (וגם דעת הראב"ד דמהני תפיסה בתיקו) וכן מדבריו פ"ג מהל' גזלה השגה שניה משמע דבהא מודה להרמב"ם דמהני תפיס' בתיקו וכן מוכח ג"כ להדיא מדבריו ובהשגות פ"ב מה' גנבה השגה ג' והבאתי לשונו לקמן סי' כ"ג וכ"כ הה"מ שם לדעתו וז"ל ומדברי ההשגות אתה למד שדעת הר"א ז"ל.

ג"כ בתיקו דממון באינו ענין קנס שאם תפס התובע אין מוציאין מידו והרמב"ן ז"ל חולק ואומר שכל תיקו האמור בממון בש"ס כל שהנתבע מוחזק בדבר המע"ה וכיון שאינו יכול להביא ראיה העמד ממון אחזקתו ואפ"ל תפס התובע שלא בעדים מוציאין אותו מידו כיון שמודה שתפס והדין ספק אצלינו ולא מחמת דבריהם אלא מחמת הדין עצמו הרי האבעיות כאלו נפשטו לקולא לנתבע והביא ראיות לזה ואינן מכריחות עכ"ל הנה נתבאר מזה דדעת הראב"ד כדעת הרמב"ם דמהני תפוסה בתיקו (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 הה"מ כן ועוד נבאר לק' סי' י"ג שכן דעת הה"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 בשהן קיימין בעיא 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 בתיקו) והמגדול עוז כתב בפ"ב מה' גנבה על השגו' הראב"ד וז"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 בתיקו וקי"ל בכולה ש"ס כל תיקו דממונא חומרא לתובע וקולא לנתבע המע"ה ואי תפס לא מפקי' מיניה וכ"כ ר"י אלפס בכ"מ וכן קבלנו מרבותינו נ"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 פרק 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 בתיקו 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 שהבעל מגדול עוז חשוד לקלקל אינו חשוד להחליף וכ' להעיד עדות שקר ח"ו ובלי ספק מ"ש וכן קבלנו מרבותינו הוא אמת והרי הרא"ש כתב ג"כ בפרק כיצד הרגל ולרבותינו 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 כתב הרי"ף בפירוש בכל

מקום דבתיקו אי תפס לא מפקי' מ"מ כיון דכתב בכל מקוה דתיקו קולא לנתבע ובכל בעיא דלא איפשטא כתב דלא איפשט או תיקו וברוב המקומות כתב וקי"ל קולא לנתבע ובפרק השואל כתב גבי קולא לנתבע דאי תפס לא מפקי' מיניה דה"ל לאחר תפיסה נתבע א"כ ממילא נשמט דבכל בעיא דלא איפשטא או דסלקא 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 כהרמב"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 כיון דאין דבריו מוכרחי' אין לזוז מד' הרמב"ם ובפרט דלא נוציא ממון מספק ומכ"ש למאי שאכתוב לקמן סי' קכ"ג דהיכא דאיכא פלוגתא דרבוותא מצי התופס לומר קים לי כהאי אפילו ביחיד נגד רבים ואפי' 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 והראב"ד וגם מדלא הביא הה"מ דברי הרמב"ן בשאר מקומות שכתב הרמב"ם דבתיקו מהני תפיסה אלמא דס"ל דהלכה כהרמב"ם רק הביא דברי הרמב"ן בפעם הראשון ס"פ א' מה' נזקי ממון וגם שם כתב אחר שהביא דברי הרמב"ן זהו דעתו דלאיזה צורך הוצרך לחזור ולכתוב בסוף זהו דעתו אלא משמע דבא לומר זהו דעתו ואין דעתו מוכרח וגם מדהוצרך לחזור ולכתוב ד' הרמב"ן בספ"ב מה' גנבה והלא כבר הביא סברתו לעי' סי"ה מכ' נז"מ א"ו משום שראה הה"מ בסי' פ"ב מה' גנ' שגם הראב"ד מסכי' להרמב"ם בזה לכך הביא דב' הרמב"ן להורות שאין דברי הרמב"ן מוכרחים וכמ"ש בסוף ואינן מכריחות כדי שלא לזוז מד' הרמב"ם כיון שגם הראב"ד מודה לו כנ"ל ברור דעת הה"מ: סימן יד ודעת הרמ"ה כתב בטור ח"מ ס"ס תי"ד וז"ל אבל אם זכה בהן קודם שהשביחן מבעיא ולא איפשטא וכתב הרמ"ה שאין מוציאים מידו וא"א ז"ל כתב 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 כהרמב"ם דבספיק' דדינא נמי אם תפס אין מוציאים מידו וכ"כ בשלטי הגבורים פרק המניח סוף דף י"ז וז"ל ומיימו' פ' ג' מה' נ"מ כתב דלא מפקי' מיניה וכ"כ הרמ"ה והביא הטור ח"מ סי' תי"ד דבריהם עכ"ל הגם שמהר"ר דוד ן' לב ספר א' דף נ"ד ע"א כתב 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) דאפי' איכא תרתי לטיבות' טענת ברי ותפיסה קודם שנולד הספק לא מפקי' מחזקת מאר' קמא ולפי דבריהם ז"ל היכא דאיכא פלוגתא דרבוותא לא מצי המחזיק לומר קים לי כהני רבוותא אלא דוקא כשהוא מאר' קמא עכ"ל וכ"כ עוד מהר"ר דוד בתשו' ן' לב ספר שני סי' ס"ז דף פ"ב ע"ב (מ"ש מהר"ר דוד ן' לב בתשוב' ן' לב ספר א' דה"ר יונה והרמ"ה ס"ל דלא מהני תפיסה בספיק' דדינא אינו מוכרח) ואין דבריו מוכרחים לפענ"ד דשאני עדות דתרי ותרי מפלוגתא דרבוותא וכמ"ש התוס' פרק חזקת הבתים דף ל"ב ע"ב לדעת רשב"ם דמחלק בכך דאע"ג דבתרי ותרי אוקי בחזקת מאר' קמ' בפלוגתא דרבוותא לא אמרי' הכי וכן כתבתי לקין סי' צ"ו וכן כתבתי לעיל סי' ו' לדעת הסמ"ג והגה' מיי' דמחלקי' בכך דבעדות תרי והרי לא מהני תפיסה אחר שנולד

הספק ובספיקא דדינא מהני תפיסה אפילו אחר שנולד הספק ע"ש (קושיא על דברי מהר"ר ד' הנ"ל מסור ח"מ ס"ס תי"ד בשם הרמ"ה) ולכאורה יש כאן מדברי הטור ס"ס תי"ד סתירה על דברי מהר"ר ד' נ' לב שהרי כתב הטור בשם הרמ"ה דבבעיא דלא איפשט' מהני תפיסה ופשיט' דפלוגתא דרבוות' לא גרע מבעיא דלא איפשט' וכמו שפשוט בכל הפוסקים ראשוני' ואחרונים בכמה דוכתי וכמו שיתבאר לקמן סי' ע"ט ופ"ה ופ"ז (וכמ"ש גם מהר"ר ד' לב גופיה שם) ואפשר דמהר"ר ד' נ' לב היה גורס בטור ס"ס תי"ד הרמב"ם במקום הרמ"ה (וכן הוא באמת להדיא בהרמב"ם פי"ג מה' נזקי ממון) אף על פי שבכל ספרי הטור שלפנינו איתא הרמ"א אפשר דטעות נפל בספרים וצ"ל הרמב"ם וכה"ג אשכחן כמה פעמים בטור הרמ"ה שהוא טעות בספרי' וצ"ל הרמב"ם וגם בכאן מוכח לכאורה שהוא טעות וצ"ל הרמב"ם דאם לא כן קשה למה כתב הטור בסימן שפ"ח וש"ץ כמה פעמי' בשם הרמב"ם דבבעיא דלא איפשטא מהני תפיסה ולא הזכיר סבר' הרמ"ה כלל וכאן כתב כן בשם הרמ"ה ולא הזכיר.

את הרמב"ם כלל (שוב מצאתי כן בטור כתוב על קלף ישן כושן איתא שם הרמב"ם במקום הרמ"ה) או אפשר דס"ל למהר"ר ד' נ' לב דשאני התם כיון שהיה מונח ברשות הרבים א"כ כיון שלא תפס מרשות שכנגדו עצמו רק מר"ה ס"ל להרמ"ה דמהני תפיסה משא"כ בשאר בעיא דלא איפשט'. כך נ"ל לדעת מהר"ר ד' נ' לב שאין מדברי הטור ס"ס תי"ד סתירה על דבריו: ומיהו (עוד קושיא על דברי מהר"ר ד' הנ"ל מטור סי' רמ"ב בשם הרמ"ם) קשה על דברי מהר"ר ד' נ' לב ממ"ש הטור בסי' רמ"ב וז"ל וכתב הרמ"ה ואם לא כתבו העדים שאמר להם כן (כלו' כתבוהו בשוקא ובברא) והחזיק בהם המקבל וטוען במתנה גמורה יהביה ניהליה לא מפקי' מיניה דספיקא הוא וכל היכא דקיימא ממונא תיקום עכ"ל והא התם פ"כ לאו מטעמא דמספקא לבי דינא אם המקבל אומר אמת דהא בכה"ג ס"ל להרמ"ה דלא מהני תפיסה גבי עדות דתרי ותרי אלא ודאי התם ה"ט כיון דבששה סדרים פרק חזקת הבתים (ריש דף מ"א) קאמרינן אבעיא להו סתמא מאי רבינא אמר לא חיישינן רב אשי אמר חיישינן והלכתא חיישינן ע"כ א"כ ס"ל להרמ"ה כיון דפלוגתא דרבוותא היא א"כ נהי דפסקינן חיישינן היינו דלא למיגבי ביה לאפוקי מ"ד דלא חיישינן ומגבינן ביה אבל מ"מ אי תפס לא מפקי' מיניה בפלוגתא דרבוותא דמצי למימר קים לי כמ"ד לא חיישינן.

(תירוץ על דברי מהר"ר ד' הנ"ל) ויש לתרץ דדוקא התם כיון דחזינן דרב אשי גופיה קאמר חיישי' ולא קאמר פסולה משמע דאפילו: רב אשי גופיה ס"ל דטעמא דחיישינן משום דמוקמי' ליה בחזקתי' וכן משמע מפ' רשב"ם שכתב על דברי רב אשי וז"ל חיישינן לטמירת' ולא מגבי' ביה ואי מגבי' לא מהדרי' עובדא והיינו דלא קאמר רב אשי דלא מגבי' אלא חיישינן דספק הוא והיכא דקיימא ארעא תיקום ע"כ לשונו הרי להדיא דרב אשי גופיה משמע ליה הכי אבל בעלמא היכא דאיכא פלוגתא דרבוותא ממש אפשר דמודה הרמ"ה דאפילו תפס מפקי' מיניה ודוחק.

כל זה נ"ל ברור לדעת מהר"ר ד' נ' לב אכל (ומ"מ אין דברי מהר"ר ד' הנ"ל מוכרחים ויותר נראה דהרמ"ה ס"ל דמהני תפיסה בתיקון) מכל מקום אין דבריו מוכרחים דיכול להיות מבחין 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 שבטור ח"מ סימן ס"ו אדברי הרמ"ה שבעה"מ ס"ס תי"ד. ועוד דלקמן סימן פ"ח אוכיח מדברי הרמ"ה שברייב"ש סי' ע"ח ושבתשו' מהר"ר שלמה כהן ספר ב' סימן ל"ז דס"ל דמהני תפיסה בפלוגתא דרבוותאוא"כ נצטרך לדחוק דהרמ"ה שברייב"ש הוא הרמ"ה אחר מה שאינו נוח לומר כן או שנצטרך לומר דפלוגתא דרבוותא היא אליבא דהרמ"ה דהריב"ש פליג אהרא"ש אסור בשם הרמ"ה וכל זה איננו שווה לי אלא נראה עיקר כדפי' דגם הרמ"ה מודה דבתיקו ובפלוגתא דרבוותא 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 וז"ל ובפרק הכונס בעי אממר כו' וראבי"ה כתב דאי תפס 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 כהרמב"ם וסמ"ג מדהביאו דברי הסמ"ג במסקנתם ועוד כיון דכתבו אבל ס"ה כתב כדברי המחבר כו' א"כ משמע דרצונם לומר דראבי"ה ה"ל יחידאה 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 וז"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 וז"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 כיצד 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 כהרי"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 וז"ל אבל טוענו בדבר שאינו רגיל כגון שטוען שזרק לו סל מלא מפות לים ואין דרך ליתן בו מעות מבעיא לן ולא איפשט אי נאמן בשבועתו יכתב הרמב"ם אם תפסו 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 וז"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' כתב וז"ל כשכשה באמתה מבעיא ולא איפשטא וכתב הרמב"ם אם כשכשה באמתה בר"ה פטור שמא רגל הוא ואם תפס הניזק גובה חצי נזק דשמא קרן הוא וחייב בר"ה חצי נזק ואם הלכה ברשות הניזק 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 שמא רגל הוא וברשות הניזק אם תפס גוף המזיק מגביל לו ממנו חצי נזק עכ"ל וכ"כ שם אחר כך בסעיף ב' וז"ל הלכה ברשות הניזק ובעטה ברגליה ומכה הביעוט נתזו צרורות ושבר כלים 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 לאו אורחא ויש שינוי לצרורות ואינו משלם אלא רביע ולא איפשטא וכתב הרמב"ם שאם הוא ברשות הניזק חייב רביע ואי תפס חצי נזק אין מוציאים מידו ואם בר"ה פטור דשמא רגל הוא ואי תפס רביע נזק אין מוציאים מידו דשמא 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 דרך ממש בנתיב הרא"ש ובלשונו שהבאתי למעלה סימן ג' רק שהוסיף דגם גבי ניזק 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 כשטוען ברי מהני תפיסה אפילו תפס בעדים וכמו שמוכיח גם כן עוד לקמן סי' נ"א מדברי הרא"ש ובשלמא גבי ניזק שטוען שזרק לו סל מעות לים כו' לק"מ על הטור די"ל דהתם מבעיא לן דאפיל' נאמינהו בשבועתו מכל מקום כיון דאין דרך ליתן מעות בסל יהא פטור אפילו היה ידוע בבירור שנתן בו מעות איהו דאפסיד אנפשי' שהניח מעות בסל וכמו שאכתוב לקמן סי' כ"ח דיש מפרשים הבעיא כך וגם בטור גופיה סי' צ' ס"ז משמע לכאורה כן בלשון הרמב"ם שהביא שם והלכך כיון דאפילו ידוע בבירור שהניזק אומר אמת מבעיא לששה סדרים אם כן הוי שפיר ספיקא דדינא לדעת הרא"ש.

אבל במסור דאם היה ידוע בבירור כמה הפסידו היה מחויב 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 כך וכך מהני תפיסה כיון שאומר ברי לי שכך וכך הפסדתני ונשבע ונוטל: (אחרי העיון לק"מ על הטור) אבל כד נעיינ שפיר במלתא תתברר דדברי הטור סלקא שפיר וכהוגן דהא פשיטא דבכל דוכתא דלית ליה לתופס מגו לא מהני תפיסתו כלום אם לא בספיק' דש"ס להרי"ף והרמב"ם וסייעתייהו 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 כן הכי נמי גבי מסור כיון דע"כ מיירי שתפס בעדים דאל"כ בלא ספיקא דדינא נמי פשיטא דמהני תפיס' לכ"ע כיון דאית ליה מגו דאי בעי אמר לא תפסתי ואם כן מן הדין הרי הוא מחויב להחזיר מה שתפס בעדים ותפיסתו כמאן דליתא דמי אם כן 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 כיון 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 כתי עדים המכחישות זו את זו דעדות שניהם בטלים ולא אשתמיט חד מנייהו דיכתוב דמהני עדותן אי תפס חד מנייהו בעדים אלא ודאי כמ"ש דדוקא כשיש שטר ביד המלוה אז אמרינן אוקי תרי להדי תרי ומשונינן לשטרא נמי בחזקתיה ולא מפקי' מיד המלוה שתפס משא"כ בלא שטר והלכך כיון דטענת ברי דידיה לאו כלום הוא דתפס בעדים בלא שטר והרי הוא מחויב מן הדין להחזיר מה שתפס והרי הוא כאלו ביד הראשון רק שבא לזכות בו מכח 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 שטועןברי) נראה והוא העיקר דאפ"י בעדות דתרי ותרי בלא שטר מהני תפיסה וכן משמע להדיא בנמוקי 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 אשכחן דפליגי עליה ואדרבה 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 כן גבי שתי כתי עדים המכחישות זו את זו היינו משום דהתם עיקר דוכתא דדינא הוא אם העדי' כשרים 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 כן (עיין בסי' נ"ג) משא"כ בספיקא דדינא דנמסר דאע"ג דטוען ברי מכל מקום על טענת ברי דיליה אין כאן 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 אפ"י 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 כאן עדות דתרי ותרי שהרי יכול להיות אמת שאלו החתומים קטנים או אנוסים היו משא"כ היכא דיש לפנינו עדות ששנים אומרים כך ושנים אומרים כך אפילו הבע"ד עצמו אין טוען ברי מהני תפיסה כשאומר אני סומך שעדים אלו אומרים אמת ודו"ק: סימן יז ועתה (צריך 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 כתב הטור וז"ל מתגלגל מיבעיא לן אי חשיב כחצר 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 כתב מהרמ"א בהגהת שלחן ערוך.

והסמ"ע כתב שם מדלא כתב הטור שם דעת אביו הרא"ש שחולק בזה משמע דס"ל דלא פליג כאן עכ"ל וכ"כ 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 מוציאין מידו והיה לו לסמוך גם בזה אמ"ש בסי' ש"ץ דבספיקא דדינא מהני תפיסה להרמב"ם ועוד דכיון דידוע שהטור נמשך בכל מקום אחר הרא"ש א"כ איפכא ה"ל למיעבד דה"ל לכתוב ואפילו תפס מוציאין מידו וממילא הוה שמעינן דהיינו בשטת הרא"ש שהביא בסימן ש"ץ ועוד יתבאר לקמן סי' כ' שדוחק לומר שהטור כתב כן לדעת הרמב"ם וליה לא סבירא ליה ע"ש: סימן יח והנה בסמ"ע שם תירץ מ"ל מדלא כתב הטור כאן דעת אביו הרא"ש שחולק בזה משמע דס"ל דלא פליג כאן דכיון דעכ"פ תפיס ברשות נגד מה שנהנית מהני התפיסה גם לשאר עד כאן לשונו ובב"ח שם השיג עליו וז"ל והא ליתא דהא בסי' ש"ץ ס"ב גבי בעטה כתב דלר"י לא מהני תפיסה אלא לרביע נזק ולא אמר דמהני גם לשאר עד כאן לשונו ואין מזה (מה שהקשה הב"ח על הסמ"ע ס"ס שצ"א אינו כלום) קושיא וכמדומה שלא דקדק בלשון הסמ"ע שכתב דכיון דעכ"פ תפיס ברשות נגד מה שנהנית כו' דהל"ל כיון דעכ"פ מהני תפיסתו נגד מה שנהנית 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 דמיירי בשן דמועד מתחלתו א"כ הב"ד פוסקים לו לשלם מה שנהנית אפי' בלא תפיסה א"כ תפס ברשות נגד מה שנהנית 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 כיון דתפס ברשות נגד מה שנהנית מהני תפיסה גם לשאר.

ועוד דמי לא עסקינן נמי ששלם לו כבר מה שנהנית ואפ"ה אם תפס אין מוציאין מידו שהרי סתמא כתב הטור ואם תפס אין מוציאין מידו ואם כדברי הסמ"ע ה"ל לבאר דהיינו דוקא בשלא שלם לו כבר בעד מה שנהני' (לקמן סי' ל"ה יתבארו 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 בדוכתא דקאמר ש"ס תיקו דאין לה פשיטותא לא מהני תפיסה אבל הך בעיא אף על גב דלא נפשט' לא אמרו בה תיקו ויש כח לגדול הדור להביא ראיה ממשנה או מברייתא ולפשוט הבעי' הלכך מהניא 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 (קושיא על מ"ש הב"ח דהרא"ש וטור דס"ל דבתיקו לא מהני תפיסה מודים דבעיא 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 פרק 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 מוציאים מידו כו' וע"ל בס"ס שצ"א כתבתי לדעת רבינו דמחלק בין בעיא דלא איפשטא ובין בעיא דאסקינן בתיקו עכ"ל והרי בהך דקנסו גופן אטו שבחן לא סלקא בתיקו אלא הוא. בעיא דלא איפשטא ואפשר ס"ל להב"ח דשאני התם כיון דלא זכה בהן מדינא אלא מקנסא דרבנן מוציאים מידו להרא"ש אף בבעיא דלא איפשטא אבל מדברי הרא"ש שכתב כדפי' לעול (ר"ל לעיל פרק כיצד הרגל) לא משמע כן ודו"ק.

ואף על גב דמהרש"ל ודאי מחלק בין תיקו לאבעיא דלא איפשטא היינו שהוא מסברתו מכריע בתיקו כהרא"ש ובבעיא דלא איפשטא כהרמב"ם וסייעתו וכדמשמע להדיא מדבריו דפרק כיצד הרגל סי' ה' ופרק 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 הקושיא הנ"ל צריכי' אנחנו להתעורר בדברי הרא"ש והטור ומתוכן נבוא לבאר ג"כ דברי הטור אלו ואעתיק מתחלה כל לשונות הטור ור' ירוחם ושאר אחרונים השייכים לענינים אלו ומקורן בדברי הרא"ש ונבארם ומתוכן יתלבנו ויתבררו הדברים: א בסמן קצ"ז ס"ד (מכאן עד סוף סי' י"ט הוא לשונות הטור ור' ירוחם ושאר אחרונים וביאור דבריהם) כתב הטור ז"ל גמל בהנהגה וחמור במשיכ' איכא חד מינייהו דלא קני ולא ידעינן הי מינייהו קני והי לא קני הלכך במכר ומתנה לא קנה חד מינייהו דאוקי ממונא בחזקת מארי ובמציאה והפקר קנו שניהם עכ"ל וכ"כ ר' ירוחם במשרים נתיב י' ח"ד וז"ל גמל במשיכה וחמור בהנהגה או בהפך חד מינייהו קני ומספקא בש"ס הי קני והי לא קני הלכך במכר או במתנה לא קני חד מינייהו ואוקי ממונא בחזקת מארי קמא ובמציאה והפקר קנו שניהם עכ"ל והוא מדברי הרא"ש פרק שנים או חזין סימן י"ז ח"ל אבל גמל בהנהגה וחמור במשיכה חד מינייהו קני לרבנן דפליגי אר' יהודה ולא ידעי' (הכי איתא בש"ס שם דף ט' ע"א דאיכא חד צד דלא קני איכא דאמרי משיכה בחמור וא"ד הנהגה בגמל) הי קני הלכך אי במכר או במתנה לא קני חד מינייהו כיון דמספקא לן אוקי ממונא בחזקת מאר' 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 הרמב"ם ע"ש): ב בסי' ר"ב סעיף ד' כתב הטור וז"ל הקנה הקרקע לאחד ולשני מטלטלים אגביו מבעיא אם קונה אם לאו ולא איפש' וכתב הרמב"ם לא קנה ואם תפס אחר שחזר בו המקנה אין מוציאים מידו עכ"ל ור' ירוחם כתב בנתיב ו' סוף ח"ב וז"ל וקרקע לא' ומטלטלים לא' בעיא ולא איפשטא שם ואוקי ממון בחזקתי עכ"ל.

והרא"ש פ"ק דקדושין לא כתב 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 כדין כל ספק ממון עכ"ל וכן כתב מהר"מ יפה שם.

והוא ממ"ש הר"ן פ"ק דקדושין וז"ל בעיין לא איפשטא ופסק בה הרמב"ם פ"ג מה' מכירה כדרכו ברוב (הא שכתב כיון דבעיא לא איפשטא אוקי ממונא בחזקת ברוב היינו משום שבקצת תיקו לא פסק כן ויש טעם לדבר וכ"כ ה' המגיד ספ"א מה' נזקי ממון וז"ל פסק שאם תפס אין מוציאין מידו וכן דרכו בכל תיקו דממונא מלבד קצת מקומות שיש טעם למה לא כתב כן עכ"ל ועמ"ש לעיל סי' ט' ולקמן סי' ע"ז) תיקו האמורים בש"ס בממונא דאי תפס לא מפקי' מיניה אבל 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 ושכן דע' העיטור: ג ובס"ס ר"ב כתב הטור וז"ל אמר לו משוך בהמה זו ובמשיכתה קני כלים שעליה כו' לא קנה כלים שעליה כו' בד"א בלוקח אבל במציאה שאמר אני מושך בהמה זו לקנותה ואת הכלים שעליה קנאם עד כאן לשונו. וכן כתב ר' ירוחם נתיב י' ח"ד דלא קנה הכלים במשיכת הבהמה כי היא בעיא ולא איפשטא ואוקי ממונא בחזקת מארי' קמא עד כאן לשונו.

והוא מדברי הרא"ש פרק שנים אוחזין סי' כ"ד שכתב וזה לשונו ובעיא זו לא איפשטא הלכך אם א"ל משוך בהמה זו וקני כלים שעליה לא קני הכלים במשיכת הבהמה ואפילו בכפותה מארי קמא אבל במציאה והפקר אם אמר אני מושך בהמה זו לקנותה ואת הכלים שעליה קנה כיון דמספקא לן 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 שהבאתי לקמן סי' זה אות ה' וז"ל וצ"ע בפרק חזקת גבי שדות שגל הגר דבעיותשלו בתיקו ומסיק דכתרא 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 במצר לקנות שתיהן דאלו החזיק מתחלה בכולן פשיטא לן דראשון קנה ולא מספקא לש"ס כלל והלכך כיון שהראשון לא החזיק בה כלל שהרי מספקא לן אם חזקה של זו מועיל לחברתה ג"כ לא מחזקינן ליה ברשות קמא מספק ואחר שקנאו בחזק' בריאה מוקמי' ליה בידיה ועיין באשרי שם ותראה שזה ברור שוב מצאתי בתשוב' מוהר"ר משה מינן סי' ע"ז שהקשה לו השואל כן וכתב השואל וז"ל והיה נ"ל ליישב ולחלק בין תפיס' מטלטלי למקרקעי ודחה מהר"מ מינץ דבריו ותירץ כמ"ש ואביא דבריו לקמן בסמו' (אישתמיטתי לבעל ממ"מ תשובת מהר"מ מינץ סי' ע"ז) ואישתמיטתי לבעל מע"מ פשו' מהר"מ מינץ הנ"ל (שוב ראיתי בתשו' מהר"ר יוסף טראני סי' קכ"ו שהקשה קושיא זו שהקשה המע"מ והניח בקושיא ולפע"ד לק"מ וכמ"ש): ד ומיהו קשיא על דברי הרא"ש והנמשכים אחריו דסבירא להו גבי הפקר אם יש ספק בדבר אי קונה זכה קמא שהוא מוחזק מספק ואמאי נהי דבספיקא דדינא לא מהני תפיסה היינו דוקא כשהיה

הראשון פעם א' מוחזק בה בודאי דאמרינן אוקי ממונא בחזקת מארי' אבל היכא שהראשון לא היה מוחזק בה רק מספק אם לא מסתברא כלל להוציא מיד האחרון כשזכה בו בדין ברור דאע"ג דהיכא דהאחרון לא זכה בו גם כן רק מספק פשיטא דמוציאי' מידו ממ"נ דאי לא הוי חזקה א"כ גם הוא לא זכה בו ואם הוי חזקה אם כן קמא זכה מכל מקום היכא דקמא לא זכה בו רק מספקא כגון שאומר אני מושך בהמה זו לקנות כלים שעליה ודאי נראה דהאחרון שתפס וזכה בזכיה ברורה קני דמצי למימר לקמא אייתי ראייה דהדין עמך ולא שייך בכה"ג לומר אוקי ממונא בחזקת מארי קמא שהרי זה יאמר לו מאן לימא שהיית מארי קמא מעולם.

ואף ע"פ שאין אני כדאי לחלוק על הרא"ש והנמשכים אחריו מכל מקום תורה היא ומוכרח אני לדבר את אשר בלבבי (נ"ל לדינא כאן דלא כהרא"ש וסייעתו) ועל כל פנים נ"ל לדינא דאין להוציא מיד האחרון. דהא פשיטא דהרא"ש לא כתב כן אלא לפי שטתו דבספיקא דדינא מוציאים מיד התוקף וכבר כתבתי לעיל סי' ח' ועוד אכתוב כן לקמן סי' ע"א דהרבה פוסקים ס"ל דבספיקא דדינא אין מוציאים מיד התוקף אפילו הוי מארי קמא ממש וא"כ הכא כיון דנ"ל דלכ"ע אין מוציאים מיד האחרון מטעמא דפרישית הראשון לא הוי מרא קמא בודאי ודאי אין להוציא מיד האחרון כשזכ' בהפקר בזכיה ברורה כן נ"ל ה' (דין היכא דיש ספק בדין אם קונה בהפקר וקנה, א' בהפקר בספק זה ואח"כ זכה אחר זכיה ברורה אין מוציאים מידו) ואפשר ס"ל להרא"ש והנמשכים אחריו דבהפקר כיון דסגי בעלמא בחזקה כל דהוא אם כן אפילו הראשון מוחזק בה מספק מ"מ מיקרי מארי קמא וקצת משמע כן בתשו' מהר"ם מינץ סי' ע"ז בדעת הרא"ש אבל מכל מקום נ"ל לדינא כמו שכתבתי וזה לשונו מהר"ם מינץ שם.

אך עיקר קושי' דידך היא הא דאיתא באשרי וז"ל גבי גמל בהנהגה וחמור במשיכה וכן גבי משוך חמור וקני כלים שעליה גבי מציאה והפקר קני דתפיסה מספק מהני נגד אחר שאין לו בה שום טענה ובאשרי פרק חזקת הבתים כתב בהדיא דלא מוקמי' ברשות מר' קמא מספק עד כאן לשונו וזהו קושיא דידך אלו שנים מיירי בהפקר מ"ש הא דפרק קמא דבבא מציעא דמהני תפיסה (כלומר תפיס' הראשון) ומוקמי' ברשות מרא קתא ומ"ש הא דחזקת הבתים דנא מוקמינן ברשות מראקמא נ"ל דלא קשיא כלל דההיא דב"מ גבי גמל וחמור הלא תפס בה אמנם (כלומר אף) אם תפס בה שלא כדרך מכל מקום מוחזק בה למה יתפוס אחר או מה יטעון בשלמא במכר לא קנה דלא אחזי' כדרך והמוכר א"ל קנה כדרך שבני אדם קונים וכן איתא (פ"ק דב"מ דף ט' סוף ע"א) בש"ס בהדיא א"ל רב אשי אלא מעתה הגביה ארנקי בשבת שאין דרכן של בני אדם כו' אלא מאי דעבד עבד כו' אלא במקח וממכר עסקינן דאמר ליה קני כדרך שבני אדם קונים ש"מ דתפיסה מיה' הוי פי' גבי שבת אף על גב דהוי שלא כדרך כן איתא בס"א נמי וזה לשונו המוכר בהמה לחבירו ואמר ליה קני כדרך וכו' בשדה וסמט' קנה במציאה ובהפקר בכל ענין קנה עכ"ל וכן גבי משוך בהמה וקני כלים שעליה וכו' גם כן דינא דקמא קני דבעיא בש"ס אי מהני משיכת בהמה לכלים ונשאר בתיקו וכל תיקו המע"ה כדפסקו רוב דיעות ודלא כרב האי גאון דפסק כל תיקו חולקין כדאיתא בתוס' ספ"ק דגטין ובשאר דוכתי לכך לא קנה במכר להוציא מרשות מרא קמא אבל בהפקר ומציא' קנה כיון דתפס בה למה יתפוס אחר דבתפיסה או בקנין כל דהו קונים מן ההפקר כדאית'

בפרק בתרא דב"מ הבטה בהפקר קנס והתוס' בפ"ק דב"מ מייתי לה וכן איתא בפרק המניח אבל ההיא דחזק' הבתים גם כן הוא בעי' דבעי ר' זירא החזיק בא' מהן לקנות אותה ואת חברתה בו' בעי ר' אלעזר החזיק במצר לקנות שניהן כו' ונשאר בתיקו לכך בתרא קנה דקמא אינו מוחזק רק באותו קרקע שהחזיק בה ואידך לא בא לידו מעולם אך 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 כיון דנשאר בתיקו ואמרינן בזה המע"ה כו' ואשר חלקת בין מקרקעי למטלטלי אמת הוא חילוק זה כי כן איתא בכמה דוכתי דיש חילוק בין מקרקעי ומטלטלי אך אין כאן מקומו ע"כ לשונו מהר"מ מינץ.

הרי שכתב מהר"מ מינץ לחלק דבהפקר כיון דסגי בחזקה כל דהו כגון בהבטה בהפקר כו' דלכאורה קשה למה ליה הא אלא ודאי בא לומר דלא תיקשי למה לא יהא האחרון מוחזק בהפקר שהרי הראשון לא היה מרא קמא בודאי לכך קאמר דבהפקר בחזקה כל דהוא סגי והוה הראשון כמו ודאי מרא קמא.

ומכל מקום קשה לי על מהר"מ מינץ לאיזה צורך פי' דגבי הנהגה בגמל ומשוך בהמה לקנו' כלים מיירי דאמר ליה המוכר קני כדרך שבני אדם קונין ואדרב' בש"ס ואשר"י לא משמע כן רק גבי רכוב בעיר קאמר התם דמיירי בהכי מה שאין כן הכא וטעמא דבמוכר לא קני כיון דלא תפס אלא מספקא אם כן מוקמי' לה בחזקת מרא קמא שהוא המוכר שהוא מרא קמא בוודאי ומיירי שהמוכר חזר בו קודם שהחזיק בו התופס החזקה בריאה וק"ל.

ואפשר שחסרון יש בתשובת מהר"מ מינץ ור"ל כיון דאשכחן דיש חילוק בעלמא בין מכר להפקר לענין קני כדרך שבני אדם קונין אם כן ה"ה לענין מוחזק מספק יש לחלק בהכי דבמכר לא הוי התופס רק מוחזק מספק ובהפקר כו' כמו ודאי ודוחק וצ"ע. ומכל 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 כלום אלא אם כן אמר להם כתבוהו בשוק' וחתמוהו בברא וכיוצא בזה וכתב הרמ"ה ואם לא כתבו העדים שאמר להם כן והחזיק בהם המקבל [כו'] וטוען דבמתנה גמורה יהבי' ניהליה לא מפקי' מינה דספקא הוא וכל היכא דקיימא ממונא תיקום אבל א"א הרא"ש ז"ל כתב דמפקי' מינה עכ"ל.

וכה"ג כתב רבי ירוחם במשרים נט"ו ח"ב וז"ל ואם תפס מוציאין מידו ותפיסת ספק לא מהני עד כאן לשונו והוא מדברי הרא"ש פרק חזקת הבתים סי' ל"ג שכתב וז"ל אמר רב יודא האי מתנת' טמירת' לא מגבינן בה ואפילו אם תפס מפקי' מיניהשאנו 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 כהן מוציאין מידו עכ"ל ואע"ג דהרא"ש לא כתב כן 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 כתוב להדיא ברמזים דאם לא כן 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 כתב הטור וזה לשונו הזורק ארנקי לבית בפתח זה ויצא דרך פתח אחר ונתנו לבעה"ב במתנ' וחזר בו בעודו באויר הבית מבעי' אי הוי כמונח ויזכה לו אויר ביתו או לא ויכול לחזור בו ולא איפשט' לפיכך אם חזר בו אין בעה"ב יכול להוציאו מידו אבל אם הפקירו וזכה [בן] אחר בעודו באויר מוציאינן 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 מוציאינן מידו דבע"ה מוחזק מספק תחלה עכ"ל ובש"ע שם כתב כדברי הטור וסתמו כל האחרונים כן ולקמן סי' ע"ז נדבר מזה: ח בדין שתק ולבסוף צווח שבס"ס רמ"ה אם חזר זה שקדם וזכה ותקפו מיד הבעלים אין מוציאינן מידו) בס"ס רמ"ה כתב הטור וז"ל ואם זיכה לו ע"י אחר בפניו ושתק ואח"כ אמר אי אפשרי בה כתב הרמב"ם שהוא ספק לפיכך אם קדם אחר וזכה בהן לעצמו אין מוציאינן מידו דשמא המקבל זכה וכיון שאמר איני רוצה בה הרי הפקירה וזה שקדם זכה בה ואין מוציאינן מידו ואם חזרו הבעלים הראשונים ותפסוה מיד זה שזכה בה אין מוציאינן מידו דשמא המקבל הוכיח סופו על תחלתו שלא זכה בה וברשות הבעלים הראשונים קיימא 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 וכדאייתא 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 כתב כהרמב"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 צווח דהוי ספק ולא כהטור סימן רמ"ה לדעת הרא"ש) ולפי דבריו גם הרא"ש יכול לסבור דהוי ספק וכדעת הרמב"ם.

ובסמ"ע שם ס"ק כ"א כתב אמ"ש המחבר ואם חזרו הבעלים הראשונים ותפסוה 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 בי תרי דשאני הכא דידוע הוא מבעליו הראשונים וה"נ לאחר שחזרו ותפשוהו הבעלים הראשונים מיד זה שקדם וזכה שוב אין שום אדם יכול להוציא מידו ואפילו אם אותו שקדם וזכה חזר ומוציאו מיד בעלים הראשונים אין מניחין אותו בידו עכ"ל (מ"ש הסמ"ע סי' מ"א ס"ק כ"א אין גלענ"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 וזכה 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 מוציאינן מידו ע"ש) דהתם כיון שמתחל' כשבאו לב"ד היו הב"ד פוסקים כל דאלים גבר וכל א' מהן טוען ברי א"כ אמרינן ודאי זה שגבר תחלה אומר אמך דאללא היה 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 דאנן סהדי דאודי ליה פשיטא דלא מהני תו תפיסה מה שאין כן הכא דכל א' תופס מספיקא דדינא ולא שייך אודויי אודי ליה (גם דברי הב"ח ס"ס רמ"ה מעורבבים בזה) שוב ראיתי בב"ח ס"ס רמ"ה דארבא אתרי ריכשי דמתחלה כתב לחלק כמו שכתבתי ואחר כך כתב כמ"ש הסמ"ע וז"ל וי"ל דהתם גבי ארבא כל א' טוען ברי ולפיכך כיון שגבר יד א' והחזיק בה חשבי ליה כאלו נתברר בב"ד שהוא שלו דהא טוען ודאי ומוחזק 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 מוציאים מידם דבספק כי הא ביד בעלים הראשונים קיימא ומשמע דאם אחר כך חזר וגברה יד האחר לותפס מיד בעלים הראשונים מוציאים אותו מידו דמיד שבאת ליד בעלים הראשונים שוב אין מוציאים אותו מידן מספק דברשות בעלים הראשונים קיימא וה"ט דבספק בכור תקפו כהן מוציאים אותו מידו דתפיסה מספק לא הוי תפיסה עכ"ל הרי שערבב הדברים והסכים ג"כ בזה להסמ"ע דאם חזר ותפסו מיד בעלים הראשונים מוציאים אותו מידו ולפענ"ד זה אינו וכמ"ש ומ"ש וה"ט דבספק בכור כו' תמהני עליו שהרי כל זה הוא מהרמב"ם והרי הרמב"ם ס"ל בספק בכור גופיה דאין מוציאים מידו וכמ"ש לעיל סי' א' משמו וכן הש"ע בי"ד ר"ס שט"ו.

ואפילו להפוסקים שהסכימו בספק בכור מוציאים הא בספיקא דדינא ס"ל אין מוציאים 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 מוציאים מידו אפי' חזר ותפסו כמה פעמים מבעלים הראשונים אין מוציאים מידו) כל היכא דקיימא לן תפסו אין מוציאים מידו ה"ה אם חזר ותפסוהו בעלים הראשונים אין מוציאים מידו ואם חזר ותפסו מיד בעלים הראשונים נמי אין מוציאים מידו.

וזה נראה לי ברור ב (ראיה לדברי מדברי מהרש"ל פ"ק דב"ק ס"ס מ"ג) שוב מצאתי במהרש"ל פרק קמא דבבא קמא סוף סימן מ"ג וזה לשונו ונראה דכאן שייך כל דאלים גבר ואפילו בכח יכול לתפוס ממנו אם יש לו עדים על הנזק אבל זה לא יכול לחזור ולתפוס מידו אם הוא אלם מאחר שבא ליד הניזק כבר אם כן זכה בה כדין מה שאין כן בשאר תפיסה כמו שאפרש בפרק כיצד 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 מוציאים מידו מתשו' מבי"ט חלק א' סימן קמ"ג והבאתי לשונו לקמן סוף סימן צ' ע"ש. הלכך נראה ברור לענין דינא דאפילו היכא דמהני תפיסה אי חזר הראשון ותקפו לא מפקי' מיניה.

(דין נ"ל בארב' דאם חזר ותקפו אין מוציאים מידו ולא כמו שכתב בש"ע ריש סי' קל"ט) ועוד דבהך דארבא גופיה דפסק בש"ע גופיה דאם חזר ותקפו מוציאין ממנו לא נ"ל כותיה משום דבספרו ב"י לא הביא שום חולק על הרא"ש פרק 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 הכא כו'.

(ואף על גב דמצאתי ברבי ירוחם שכ"כבנתיב י"א ח"ב ופירשו התוס' וכל דאלים גבר היינו מי שיתגבר ביה ראשונה כו' ואם נתאלם אחר כך השני מחזירה לו כו' בלי ספק שלא כיון לתוספות שלפנינו רק לתוספות הרא"ש וכן דרכו בכמה מקומות) והגה' אשרי והאגודה שם בשם ר"י מבואר 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 בנמוקי יוסף פרק חזקת הבתים שכתב גם כן כהרא"ש מכל מקום הנך פוסקים רבים נינהו) ואף על גב דבתשובת מבי"ט שם כתב דבתיקו לא מהני תפיסה כיון שתחלת דינו המע"ה אין תקיפתו כלום ומפקינן מיניה כו' ואין זה דין דכל דאלים גבר דכשחזר ותקפו אין מוציאין מידו כו' עיין שם היינו משום דסבירא ליה כדעת הפוסקים דבתיקו לא מהני תפיסה א"כ אפי' התפיסה הראשונה לאו כלום היא כיון שתופס מספק ול"ד לארבא אבל פשיט' היכא דמהני תפיסה כגון למ"ד בתיקו מהני תפיסה או בפלוגתא דרבוותא 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 כן יהיו דברי המבי"ט סותרים זא"ז אלא ודאי כמו שכתבתי והוא פשוט לדעתי: ט בסימן רמ"ח סט"ו כתב הטור אבל ספר תורה מיבעיא ולא איפשטא לפיכך אם תפס 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 כדברי הש"ע ובסעיף י"ב בדברי מהרמ"א ע"ש ובעיא זו איתא בש"ס בבא בתרא פרק מי שמת (דף קנ"א ע"א) וסלקא בתיקו והובא ברב אלפסי ורא"ש שם כלשון הש"ס ול' רבינו ירוחם נתיב כ"ד חלק א' וספר תורה בעיא ולא איפשטא ומספיקא לא מפקי' ממנא ע"כ: י בסימן שמ"ו סי"ב כתב הטור וז"ל שאל פרה לרבעה או ליראות בה או לעשות בה פחות משוה פרוטה או ששאל ב' פרו' לעשות בהן שוה פרוטה מבעי' לן אם יש לו דין שואל [או לא] ולא איפשטא לן וכתב א"א [כו'] דלא מחייב בדין שואל אבל אי איכא ש"פ לשואל חייב בגנבה ואבדה כדין ש"ש הואיל ונהנה וכ"כ הרמ"ה שחייב בגנבה ואבדה כל היכא דאיכא ש"פ לשואל אף על גב דלגבי פרה ליכא ש"פ ואף לענין אונסים אי תפס לא מפקי' מיניה עכ"ל עוד כתב הטור שם סעיף י"ג שאל משני שותפים ונשאל לו אחד מהם מבעיא לן אי הוה בחלק של אותו שנשאל לו שאל' בבעלי' 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 כדברי הש"ע עוד כתב העור שם סעיף י"ז אבל שאלה בבעלים ואחר כך קודם שהחזירה שכרה שלא בבעלים וחזר

ושאלה שלא בבעלים ומתה בימי שאלה אחרונה או ששכרה בבעלים ואחר כך שאלה שלב בבעלים וחזר ושכרה שלא בבעלים ונגנב בימי שכירות אחרונה מבעיא ולא איפשט ואי תפס לא מפקי' מיניה עכ"ל ובקצת ספרים היה כתוב 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 כתוב על קלף ישן נושן איתא גם כן לא מפקי') והרא"ש בפרק השואל ורבי' ירוחם נתיב ל' ח"ג כתבו בהנך בעיות דשאלה ולא איפשטא ומספיקא לא מפקינן ממונא משואל: יא בסימן שס"ב [ס"ה] כתב הטור ז"ל מכרה הגזלן לעכו"ם אע"פ שהעכו"ם השביחה השבח לבעלים ואם מכרה העכו"ם לישראל אחר שהשביחה מבעיא אם אותו השבח של הנגזל או לא ולא איפשטא לפיכך אין מוציאין מיד הלוקח ואי תפס [נגזל] לא מפקי' מיניה עכ"ל וכן כתב הרמב"ם בפ' ב' מה' גזלה וכן כתב בש"ע שם סעיף ו' ומהרמ"א לא הגיה שם דבר גם מהר"מ יפה כתב דהואיל ונשאר בש"ס בתיקו אם תפס הנגזל אין מוציאין מידו עכ"ל וכן כתב רבי' ירוחם נל"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 כתב בפרק הגוזל קמא ועלתה בתיקו ותו לא כתב מידי: יב בסוף סימן שס"ג כתב הטור מי שהיה לו צמר וסמנים שרויים ובא א' וגזלן וצבע הצמר בסמנין והוזלה צמר הצבוע בענין שאינו שוה אלא כמו שהיה שוה בהיותו קודם לכן ושואל הנגזל הסמנין מבעיא אם חייב לשלם או לא ולא איפשטא ואין מוציאין מהגזלן ואם תפס הנגזל אין מוציאין מידו עד כאן לשונו וכתב ב"י ומ"ש ואין מוציאין מהגזלן ואם תפס הנגזל לא מפקי' מיניה פשוט שזהו דין ספיקא דמונא עד כאן לשונו וכן כתב בש"ע שם דאם תפס הנגזל אין מוציאין מידו ומהרמ"א לא הגיה דבר גם מהר"מ יפה כתב שם ולא איפשטא לפיכך אין מוציאין מן הגזלן מספק ואם תפס הנגזל לא מפקי' מיניה הספק דהמע"ה ע"ש: סימן כ והנה אחרי שהעתקתי לשונות הטור ורבי' ירוחם וש"ע ושאר אחרוני' ומקורן וביארתי דבריה' נבוא לעורר על מה שהקשינו לעיל סימן י"ז בדברי הטור ועוד נתעורר בקושיות אחרות בדברי הטור ורבי' ירוחם למען נבוא אל אמתת הדברים כבר הקשינו לעיל אמ"ש הטור בס"ס שצ"א גבי בעיא דמתגלגל אי תפס אין מוציאין מידו.

והנה גם רבי' ירוחם במשרים נל"א ח"ג כתב גבי בעיא דמתגלגל וז"ל ולא איפשטא ואזלי' לקולא ואם תפס הניזק מה שהזיק' אין מוציאין מידו כסברת 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 כתב הטור בסימן ר"ב גבי בעיא 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 זכה לו ע"י אחר הביא ל' הרמב"ם בסתם והבאתי לשונו שם אות ח' וכן בס"ס רמ"ח גבי ספר תורה כתב בסתם אי תפס לא מפקי' מיניה והבאתי לשונו שם אות ט' וכן בסימן שמ"ו כתב כן שלשה פעמים והבאתי לשונו שם אות י' וכן בסימן שס"ב כתב בסתם אי תפס לא מפקינן מיניה.

(אמת שמהרש"ל כתב בפרק הגוזל קמא סימן ו' דהטור בסימן שס"ב כתב לפום ריהט' דעת הרמב"ם ולא דק כו' אבל חלילה לומר כן על רבינו הגדול בעל הטור שלא דק ועוד

דמה נעשה עוד בשבעה מקומות הנשארים שהבאתי שכתב דמהני תפיס' וודאי דאינו עולה על הדעת לומר בכולם לא דק ועוד שגם רבי ירוחם כתב בששה מקומות כדברי הטור וכמ"ש לקמן ושוב מצאתי בשלטי גבורים סוף פרק שנים אוחזין שהניח דברי הטור דסימן שס"ב בצ"ע מכח דברי הטור דסימן שפ"ח וש"ץ ולא הרגיש בשאר מקומות של הטור שהבאתי לעיל שכתב בסתם דלא מפקי' מיניה) וכן בסי' שס"ג והבאתי לשונו בסמוך (קושיא על הטור שכתב בשמנ' מקומות בתיקו ובעיא דלא איפשטא מהני תפיסה ולא זכר דעת הרא"ש כלל) הרי שכתב הטור בשמנה מקומות גבי תיקו ובעיא דלא איפשטא דאם תפס אין מוציאין מידו ולא זכר דעת הרא"ש כלל.

וודאי דאינו עולה על הדעת לומר דכל מקום שכתב דמהני תפיס' היינו דוקא לדעת הרמב"ם דאיפכא ה"ל למיעבד לכתוב דלא מהני תפיסה כדעת הרא"ש ועכ"פ ה"ל לכל הפחות להזכיר שהרא"ש חולק בדבר ולא ה"ל למסתם בשמנה מקומות דלא כותיה ואם נאמר שנ"ל להטור עיקר כהרמב"ם גם זה דוחק שהרי בכל מקום דרכו למשוך אחר דברי הרא"ש אביו.

ועוד דבסימן שפ"ח וש"ץ שהביא דעת הרמב"ם וברא"ש וה"ל לכתוב שנ"ל עיקר כהרמב"ם או גם שם לא היה לו להזכיר דברי הרא"ש: ואף אם נודה להב"ח דדעת הרא"ש והטור לחלק בין תיקו לבעיא דלא איפשטא מה שלפע"ד אינו אמת בדעתם וכמ"ש לעיל סימן י"ח מ"מ עדיין לא יצאנו ידי חובתינו שהרי בסימן רמ"ח ובסימן שס"ב הוא תיקו ואפ"ה כתב הטור דאם תפס אין מוציאין מידו וגם בסימן שמ"ו סעיף י"ז הוא תיקו וכתב הטור דאם תפס לא מפקי' מיניה ובקצת ספרי' שהיה כתוב 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 ודאי 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 כן בטור מכח שכתב הטור גופיה שם כן כמה פעמים לפני זה וכן הוא באמת בכל ספרי הטור מכל 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 ותירץ בדרכי' דחוקי' ורחוקים מן הדעת ולפענ"ד אינו מדברי בעל הסמ"ע כלל ולא מדברי שום חכם או שנכתב בלי עיון כלל ואעפ"כ הנני מעתי' דבריו כאן שלא יאמר איזה חולק כך וכך שמעתי.

וז"ל ומ"ש רבינו בסימן שס"ב י"ל דס"ל לרבינו כיון דעכ"פ צריך להחזיר לנגזל גזלתו שהרי מיירי שם דלא אישתני מחמת שבת תקנו שיהיה השבח של גזלן ומ"ש רי בסימן ר"ב לק"מ דהא ע"כ זה המוכר דעתו היה מתחילה שיקנה זה קרקע וזה מטלטלים והוציא מטלטלים מרשותו ולא רצה בהם כלל אי היה זה קונה תופס אותה קודם שחזר המקנה בודאי פשוט היה ששוב אין זה המוכר יכול לחזור בו דקני ליה זה בתור' משיכה או תפיסה לרשותיה להכי השתא נמי נהי שעתה כבר חזר בו זה המקנה מכל מקום כיון שמתחלה דעתו היה להקנות לזה כל זה דעתו היה לקנותה ע"י ואג"ק אלא שמספקא לן

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 כיון שכבר הקנה לו אג"ק וק"ל ומ"ש רבינו בסימן רמ"ח לק"מ דהכא כיון שזה הש"מ הוציא כל המטלטלי מרשותו ונתנה לזה שיתפוס בהן אלא שבאו שאר היורשים ואומרים 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 דאמרינן כל דקד' ותפס מהני תפיסתו מיהו ז"א דהא דין זה כתבו הטור גם במתנת ברי בקנין והרי הנותן עצמו עומד ואומר עדיין לא יצא ס"ת מרשותי ולא נתתי לך 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 בבעי' זו יש סברא זו ובבעי' זו יש סברא זו דאם כן נפל פותי' בביר' ומאן תפיס שאם כן בכל אבעיות נוכל לומר בכאן יש סברא כזה וכזה לפסוק אי תפס לא מפקי' מיניה ואם כן איבטל ליה האי כללא שכתבו הרא"ש וטור דבספיק' דדינא לא מהני תפיסה אלא מחוורתא 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 זכה 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 אבל 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 ניזק וזה לשונו אם הכלי שהמזיק השליך אין דרך בני אדם להניח דברים כאלו שהוא טוען בכלי כזה כגון מרגליות בסלים או בחמת ספק כי היא בעיא דלא איפשטא בש"ס ואם תפס אין מוציאין מידו אלא ישבע כמה היה וגובה ממה שתפס עד כאן לשונו וכ"כ עוד בנתיב י"ג והבאתי לשונו לקמן ריש סי' ל"ט.

הרי שכתב בששה מקומות בסתם בתפיסה מהני בתיקו ובעיא דלא איפשטא ולא זכר דעת הרא"ש רבו כלל וכבר נודע שרבי' ירוחם חבר ספרו ע"פ שיטת הרא"ש רבו רק בנתיב ל"א ח"א גבי בעיא דבעטה והתיזה צרורות מחמת ביעוט וכן גבי בעיא דביעטה והתיזה במקום שאי אפשר לה אא"כ תתיז וכן גבי בעיא דכשכשה באמת' הביא דעת הסוברים דמהני תפיסה בתיקו ודעת החולקים.

וזולת זה לא הזכיר בשום מקום דעת החולקין כלל. וכל זה צריך עיון גדול וביאור נכון מה ראו הטור ורבי' ירוחם על ככה ומה הגיע אליהם לעשות כן: סימן כג ואען ואומר לתרץ את כל הנ"ל אחרי אשר נביא עוד מ"ש הרא"ש בפ' הפועלים דף צ"א ע"ב וז"ל אבעיא להו עושה בגפן זה מהו שיאכל בגפן ואחר ולא איפשטא הלכך לא אכיל ואי אכיל ולא מפקי' מיניה ולא מנכי ליה מאגריה דהיינו אפוקי כדאמר לעיל גבי משכנתא

עד כאן לשונו וכן כתב הטור ח"מ סי' של"ז ורבי' ירוחם נתיב כ"ט ח"ב וכן כתב בש"ע שם סעיף י'.

(יש לתמוה אהרא"ש וטור ור' ירוחם שפסקו בפרק הפועלים גבי בעיא דעושה בגפן זה דאי תפיס לא מפקי' מיניה) והנה יש לתמו' למה פסקו הרא"ש וטור ורבי' ירוחם כאן דאי אכיל לא מפקי' מיניה הלא סבירא להו דבבעיא דלא איפשטא לא מהני תפיסה וכמ"ש לעיל סימן י"ח ובסימן כ' ודוחק לומר דשאני הכא כיון דהיה לו רשות לאכול מגפן אחר א"כ לא הפסיד הבע"ה מידי דמי לא עסקינן נמי שהגפן שאכל היה שוה יותר מהגפן שהוא עושה בו מלאכה וגם דוחק לומר דהתם מיקרי תפיס ברשות דהא ודאי כיון דלא היה לו רשות לאכול כי אם בגפן שהוא עושה ה"ל כתפס שלא ברשות: ונראה שמכאן למדו הטור ורבי' ירוחם כפי דבריהם וכמו שאבאר.

ואחרי שאקדים עוד מ"ש הטור בסי' ש"ן [ס"ט] וז"ל גנב שלמה וקטע ממנה אבר ומכרה או שמכרה חוץ מל' יום או חוץ ממלאכתה מבעיא אי חייב ד' וה' ולא איפשטא וכתב הרמב"ם ז"ל ואי תפס אין מוציאין מידו וא"א הרא"ש ז"ל כתב 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 כלל ואי משום שהרא"ש כתב בפרק מרוב' אהך 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 לתמוה על מ"ש הבית יוסף בסי' ש"ן וז"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 מיחוור' לי דתפיסה מהניא בהא דכיון דיותר ממה שהזיק הוא אין כח לחייבו אלא בב"ד ובדין פסוק בלי ספק וזה כיון שספק 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 כתב לפרק כיצד הרגל ובפרק המניח וכן בשאר מקומות דלא מהני תפיסה בספיקא דדינא אפילו בדבר שהוא ממון ולא קנס וכמ"ש למעלה.

וכן הטור גופים כתב סימן שפ"ח גבי מסור וניזק שהוא ממון דלדעת הרא"ש לא מהני תפיסה. ואם נאמר שהב"י שכח דברי הרא"ש וטור זה ודאי תימה לומר שמעיין גדול כמוהו יהא 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 שכתב גם כו כמ"ש הב"י שם ע"ש: סימן כד וכן קשה על הב"ח סימן ש"ן שהביא דברי ב"י והקשה עליו קושיא אחרת ולא הרגיש במה שכתבתי וז"ל הב"ח אבל דעת הרא"ש כדעת הראב"ד דקנס שאני דאין אדם זוכה בו עד שעת העמדה [בדין] כ"כ ב"י וצל"ע דא"כ אפילו ליכא ספק לא ליהני תפיסה בקנס כיון דלא זכה בו אלא בשעת העמדה בדין וכיון 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 וכמדומה שלא הבין דברי הראב"ד) הגם שדברי הב"ח אלה תמוהים בעיני וכמדומה שלא הבין דברי הראב"ד דפשיטא דגם הראב"ד מודה דבדאי קנס אי תפס לא מפקינן

מיניה כיון שהב"ד היה מחייבו בודאי אלו היו רשאים לדון דיני קנסות אם כן הוא יכול לתפוס לעצמו ולמיעבד דינא לנפשיה והוה כאלו עמד בדין במקום שרשאים לדון דיני קנסות רק דבספק קנס כיון שגם הב"ד לא היו יכולים לחייבו שהרי לא היו יכולים לגמור הדין ולחייבו כיון שהוא ספק אצלם א"כ האיך יזכה הוא בקנס והרי הקנס אין אדם זוכה בו אלא כשעמד בדין וא"כ כיון שספק הוא אצלם לא היה אפשר לזכות בו כלל אפ"י היה עומד בדין וזה ברור ומדוקדק בל' הראב"ד וה' המגיד למעיין שם כן נ"ל ברור: מ"מ קשה מאוד לומר שגם הב"ח שכח כל הנך דברי הרא"ש וטור שהבאנו לעיל ובודאי כדי שלא לתלות בוקי סריקי בהנך שלשה עמודי עולם הב"י וד"מ וב"ח לומר שנעלם מהם כל דברי הרא"ש ועוד דלעיל צריכים אנחנו לתת לב ולעמוד על סוף דעתם: סימן כה ועל כן נ"ל להקדים הקדמה אחת אשר בה יתורץ כל מה שהקשינו לעול סי' י"ז וי"ח וי"ט וך' על הטור ור' ירוחם וכן כל מה שהקשינו כאן בסמוך על שאר האחרונים והוא שנדקדק עוד בלשון הבית יוסף סימן ש"ן שכתב ואפשר שטעמו כמ"ש בהשגות כו' למה כתב בלשון ואפשר כו'.

לכך נ"ל לפי מה שכתבנו לעיל כמה פעמים דהטור ור' ירוחם כתבו בהרבה מקומות בסתם אי תפס לא מפקי' מיניה (דקדוקים בדברי הרא"ש) והיינו משום דקשיא להו בדברי הרא"ש דפרק כיצד הרגל גבי בעיא דשינוי לצרורות וגבי בעיא דהתיז' במקום שא"א לה אא"כ התיז' וכן גבי בעיא דכשכש' באמתה ביאר הרא"ש בהדיא דלא מהני תפיס' והבאתי לשונו לעיל סימן ג' ואחר כך בבעיא דמתגלגל כתב הרא"ש ולא איפשטא ואזלי' לקולא ולמה לא כתב הרא"ש גם כן דאפילו תפס מפקינן מיניה ואם נאמר שסמך עצמו אמ"ש בראש ק הפרק אם כן גם בבעיא דהתיז' במקום שא"א לה כו' וכן בבעיא דכשכשה באמתה לא הוה ליה לכתוב דבר וה"ל לסמוך אמ"ש שם קודם לכן ועוד דאם כן למה הוצרך לכתוב בפרק המניח גבי בעיא דקנסו גופן והבאתי לשונו לעיל סי' י"ח דלא מהני תפיסה בספיקא דדינא הוה ליה לסמוך גם בזה אמ"ש לעיל ודוחק לומר דבחד פירק' סמך אמ"ש קודם לכן ולא בתרי פירקי ועוד דמכל מקום תיקשי דבפ' הפרה שהוא פרק חמישי דב"ק גבי בעיא דבור ט' ומהן טפח מים ובבור ז' ומהן ג' מים כתב ולא איפשטא ומספיק' לא מחייבי' עכ"ל אמאי לא ביאר הרא"ש דאפילו תפס מפקינן מיניה.

וכשבא הרא"ש בפרק מרובה לבעיא דגנבה וקטטה כו' ביאר הרא"ש דאפילו תפס מפקינן מיניה ובפרק הגוזל קמא גבי בעיא דהשביחה עכו"ם וכן גבי בעיא דשבח סמנין לא כתב הרא"ש כן. ובודאי כל זה צריך טעם שהרי מקומות מקומות יש שכתב בהן הרא"ש דתפיסה לא מהניא ויש מקומות שלא כתב בהן כן ומה ראה על ככה לעשות כן: סימן כו ועוד הוה קשיא להו להטור ור' ירוחם דברי הרא"ש דפרק הפועלים שהבאתי לעיל סימן כ"ג שכתב גבי בעיא דעושה בגפן זה ולא איפשטא הלכך לא אכיל ואי אכיל לא מפקינן מיניה.

ועל כן נראה דודאי לא בא הרא"ש להשיג על דברי הסוברים בכל תיקו שבששה סדרים אי תפס לא מפקי' מיניה דאם כן אמאי קבע הרא"ש דבריו דוקא בפרק כיצד הרגל בהך בעיא דצרורות ולא אישתמיט ליה להרא"ש לכתוב כ בשום מקום אחר ואין לומר משום דבפרק כיצד הרגל מוכח מהרי"ף דסבירא ליה הכי כתב כן להשיג עליו דהא כתב

הרא"ש שם אחר כך ולרבותינו האומרים דכל תיקו אי תפס לא מפקי מיניה כו' משמע דיש רבותינו בלא הרי"ף דס"ל בהדיא הכי בכל תיקו וא"כ הוה ליה להביא דבריהם באיזה מקום אחר ולהשיג עליהם אלא ודאי נראה משום דס"ל להרי"ף ורבותינו בכל תיקו שבששה סדרים אי תפס לא מפקינן מיניה והרא"ש לא היה בכחו להשיג עליהם זולתי בהך דפרק כיצד הרגל שהזכיר שם ולא בשאר מקומות לפי שידוע שכל פוסק אחרון שרוצה להשיג על קדמון מוכרח להשיג עליו בראיה מוכרחת שאין להשיב עלי' ובפרט כשהאחרון בא להוציא ממון שאז פשיטא שאין יכולת ק בידו להשיג על הקודם לו אם לא בראיה ברורה ובפרט על הרי"ף ורבותינו לכן לא היה באפשרי להרא"ש להשיג על הרי"ף ורבותינו בשום מקום אחר לומר דלא יועיל תפיסה בתיקו דהא ראייתו היא מספק בכור דתקפו כהן מוציאין מידו וזו אינה ראיה מוכרחת דהא טעה גדול יש לחלק בדבר ולומר דדוקא בספק בכור כיון דאפ"י היה ודאי בכור לא היה יכולת ביד ב"ד לכופו ליתנו לו שהרי רשות ביד הבעלים ליתנו לכל כהן שירצה והלכך אינו יכול לתפוס מספק דפשיטא אלו היה הב"ד כופ"י ליתנו לו אלו לא היה ספק בדבר יש סברא לומר דמועיל תפיסה מספק דיכול לומר קים לי שהדין עמי ועביד אינש דינא לנפשיה אבל כשאפילו היה הדבר ודאי לא היה ביד ב"ד כח לכופו ליתנו לא מסתבר שיועיל תפיסה ולכך לא מהני תפיסה בספק בכור אבל בתיקו מהני תפיסה דהא אילו לא היה הדבר ספק היה הב"ד כופין ליתן לו (הרא"ש אינו חולק על רבותינו הסוברים בתיקו מהני תפיסה רק היכא שאפ"י היה הדין ברור לא היה כח ביד ב"ד לכופו ליתן לזה) ועל כן לא השיג הרא"ש בשום מקום אחר על הרבותינו דס"ל בתיקו מהני תפיסה רק בפרק כיצד הרגל גבי יש שינוי לצרורות דס"ל להרי"ף דמהני תפיסה והתם אע"ג דהיה הדין ברור לה היה יכולת ביד ב"ד לכופו ליתן לו וכמו שכתב הרא"ש להדיא שם דבלא תפיסה לא דיינין ליה כיון דביעוט הוי משונה וקנסא הוא וכן בהך בעיא דהיתה מהלכת במקום שא"א לה אא"כ התיז' למאי דס"ל להרי"ף דביעוט הוי משונ' וקנסא הוא אם כן אפ"י היה הדין ברור לא היה הב"ד כופ"י אותו ליתן לו וכן בהך בעיא דבשכשה באמתה כיון דאפילו היה הדין (שהוא) ברור לא היו הבית דין כופין ליתן לו כשהזיקה בר"ה חצי נזק דהא פלגא נזקא קנסא וכל קנס אין דנין בזמן הזה וכן בהך בעיא דהמניח בקנסו גופן כיון דאפילו היה ברור שקנסו מיד לא היו הבית דין כופין ליתן לאיש ידוע כשהיה רובעהזבלים, רק שהדין הוא כל הקודם זכה.

אבל אם לא קדם וזכה ותובע ליתן לו פשיטא שאין הב"ד יכולים לכופו לבעל הזבל ליתגם לו וכן בהך בעיא בפרק מרובה שהוא רק קנס כתב הרא"ש וטור דאפילו תפס מפקי מיניה (ואין להקשות אמאי כתב הטור בסימן שנ"ב גבי כפל בסתם כלשון הרמב"ם דאין מוציאין מידו באמת הב"ח שם מניח בצ"ע אבל באמת לק"מ שסמך אמ"ש בסימן ש"ן שהרי המעיין בטור יראה שה שדין זה שבסימן ש"ן ושנ"ב סמוכים זה לזה ואין ביניהם הפסק כל כך 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 כופ"י ליתן לו דהא בהנך נמי אין הבית דין יכולין לכופו ליתן לו ואדרבה כל שכן הוא מהתם ומה התם שעכ"פ יכולין הב"ד לכופו ליתנו לשום כהן אלו היה ודאי בכור אפילו הכי אי תפס מפקינן מיניה קל וחומר כאן

שלא היו יכולין הבית דין לכופו כלל ליתנו לשם אדם הלכך אינו יכול לתפוס מספק דכל מקום שאפ"י היה הדבר ודאי לא היה הב"ד יכולים לכופו ליתנו לו לא מהני תפיסה מספק דלא עדיף תפיסת עצמו בספק מבית דין בודאי.

ולכך נמשכו הפור ורבי ירוחם אחר הרא"ש והביאו סברת החולקים דלא מהני תפיסה בכל הנך בעיות דלעיל: סימן כז (ביאור דברי הטור ורבינו ירוחם גבי בעיא דניזק שטוען שזרק לו סל מרגליות לים) ולכך במסור וניזק שטוען שזרק לו סל מלא מעות לים דכתב הטור דלדעת הרא"ש לא מהני תפיסה והבאתי לשונו לעיל רס"י ט"ו היינו משום דמשמע ליה להטור דזה דמי לקנס וכה"ג לא היה ביד ב"ד לכופו ליתן לו אפ"י היה הדין ברור דהא לא מבעיא בש"ש רק אי עשו תקנת נגזל במסור וניזק אם כן ודאי מדאורייתא לא מחייב לשלם ע"פ שבועת הניזק והנמסר רק דמבעיא אם תקנו בהא תקנת נגזל (וכן אביא לקמן סי' כ"ט בשם ה' המגיד כיון דלא מחייב אלא מן התקנה לא מהני תפיסה בתיקו אף להרמב"ם ע"ש) א"כ אפילו היה פשיטא דתקנו בהא תקנת נגזל לא היו הב"ד יכולים לכופו לשלם ע"פ שבועת הנמסר והניזק דכל מידי דלא מחייב אלא מדרבנן לא כייפי ליה ליתן ודמי למציאת חרש שוטה וקטן שהוא גזל מדבריהם ואין מוציאין אותו בדדינים רק שהב"ד פוסקים לו לשלם אבל אי לא רצה לקיים דברי הב"ד לא נחתו לנכסיה ולא משמתנין ליה כיון דלא מחייב אלא מדרבנן.

ורבינו ירוחם שכתב גבי ניזק בסתמא דאם תפס לא מפקי מיניה והבאתי לשונו לעיל ריש סי' כ' פליג בהא על הטור והיינו משום דס"ל דזה לא דמי למציאת חש"ו דהתם לא מחויב מדאורייתא כלל אבל הכא אי הוי ידוע בעדים היה חייב רק שחכמי' האמינוהו בשבועתו לכך מהני תפיסתו ועוד י"ל דדוקא התם דליכא גזל גמור אפילו מדרבנן רק מפני דרכי שלום אבל בגזל גמור מדרבנן מוציאים מידם וכן משמע בששה סדרים פ"ד דשבועות דף מ"א שהבאתי לקמן סימן ל' דאי הוי מציאת חש"ו גזל גמור הוי מוציאים בדדינים לכ"ע אף על גב דאינו אלא מדרבנן מיהו הטור ס"ל כיון דליכא אלא תקנתא דרבנן דמי למציאת חש"ו ועיינן 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 חדא ומר אמר חדא ולא פליגי רבינו ירוחם והטור אהדדי והוא משום דנקדים 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 בגוה יתיב רב אשי וקא מעיין ביה כי האי גוונא מאי א"ל רבינא לרב אחא בריה דרבא לאו היינו מתני' דתנן ומודים חכמים לר' יודא במדליק את הבירה שמשלם כל מה שבתוכו שכן דרך בני אדם להניח בבתים מיל א"ל אי דקא טעין זוזי ה"נ הב"ע דקטעין מרגניתא [מאי] מי מנחי אינשי מרגנית' בכספת' או לא תיקו וכתבו התוס' והגהת אשר"י שם דאפ"י 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 נגזל ויהא נאמן לומר שהיה בו מרגניתא דא"כ מה היה אומר [לר"א] לאו היינו מתניתין מה ענין זה למשנתנו עכ"ל והרמב"ם ספ"ח מה' חובל ומזיק נראה דמפר' הבעיא לענין שבועה וכן פי' ראבי"ה כדאיתא 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 דרך להניחו שם גובין מן המזיק ונותנים לניזק בלא שבועה כך העלה הרשב"א ושלא כדברי התוס' עכ"ל וכן הסכים מהרש"ל פרק 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 כהירושלמי שהביא הרא"ש ס"פ הכונס דביש עדים לא פליגי ר' יוד' ורבנן במתניתין ואלא פליגי באין עדים אי עשו תקנת נגזל ע"ש.

א"כ ע"כ ומוזיקים חכמים דקתני היינו כשהוא דרך להניח שם מודו דעשו תקנת נגזל ודו"ק כי זה נראה לי ברור (אחר זמן מצאתי כדברי בספר המלחמות להרמב"ם ס"פ הכונס ונהנתי): ואפשר שזהו דאיתא בששה סדרים התם לר' יודא דמחייב על נזקי טמון באש עשו תקנת נגזל באשו שכתבו התו' דלאו דוקא קאמר לר' יודא דלרבנן נמי הוה 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 וכהירושלמי דפליגי ר' יודא ורבנן בהא.

אך מדברי כל הפוסקים לא משמע לכאורה כן שפסקו דעשו תקנת נגזל באשו ואי הוה 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 נגזל במסור משמע דפשיטא ליה דעשו תקנת נגזל באשו ע"כ פסקו הפוסקים כן: סימן כט וכיון שכן נחזור לענינינו דהטור ור' ירוחם אפשר דלא פליגי דהטור י"ל דמפרש אי תקנו שנאמינהו בשבועתו אי עשו תקנה בזה כמו בנגזל 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 בהא כיון דמדאורייתא לא היה מחייב רק מתקנתא דרבנן א"כ אין כח ביד ב"ד לכופו לשלם דהוי כמו מציאת חש"ו שיש בו גזל מדבריהם דאין מוציאין אותו בדיינים והלכך כיון דאפי' פשיט דעשו תקנת נגזל לא הוה כייפי' ליה לא מהני תפיסה מספ' וכה"ג כתב ה' המגיד פ"ד מה' גזלה גבי מ"ש הרמב"ם ששכירו ולקיטו של נגזל אין נשבעים ונוטלים וז"ל לפיכך כתב אין אלו נשבעים ולא פסק שאם תפס הנגזל אין מוציאין מידו כדרכו ברוב תיקו האמורים בש"ס לפי שכל זה הוא מן התקנה ובמה שלא התקינו בפירו' אפי' תפס מוציאין מידו עכ"ל ואף (שיש קושי' על דברי ה' המגיד פ"ד מה' גזל') שיש להקשות על זה שהרי כתב הרמב"ם פ"ח מה' חובל גבי נמסר שאם תפס אין מוציאין מידו והתם אפי' בנגזל ליכא אלא תקנה ומבעיא אי עשו תקנת נגזל במסור (ישוב על דברי ה"ה הנ"ל) ויש ליישב דשאני התם דמבעיא לן אי מוסר כגזלן הוא א"כ הוי אותה תקנ' עצמה משא"כ גבי שכירו ולקיטו ודו"ק ועכ"פ בדעת הטור שפיר יכילנא לומר כן וכמ"ש: ורבי' ירוחם יש לומר דמפרש הבעיא אפי' יש עדים אבל הא פשיטא לששה סדרים דעשו תקנת נגזל בזה) אם חייב כיון שאין דרכו להניחו שם לכך ס"ל דגם להרא"ש בכה"ג מהני תפיסה כיון דאי הוה פשיטא לן דחייב הוה כייפי' ליה והוה נחתין לנכסיה מדין דאורייתא ומ"ש ר' ירוחם אין מוציאין מידו אלא נשבע כמה היה בו וגובה ממה שתפס כו' לאו למימרא דהבעיא מיירי אי יהא נאמן

בשבועה אלא הכי קאמר אין מוציאין מידו משום בעיא דלא איפשטא וממיל' נשבע כמה היה כו' אפי' בדבר שדרכו להניחו צריך שבועה.

ואם כן לענין דינא העור ור' ירוחם לא פליגי: סימן ל' ועוד י"ל דאפילו תימא דר' ירוחם מפרש נמי הבעיא אי נאמן בשבועתו מ"מ לא פליג על הטור בזה דהיכא דלא היו כופין הב"ד ליתן בדין ברור לא מהני תפיסתו מספק רק דאזיל לטעמיה דס"ל במציאת חש"ו גופיה דמוציאין אותו בדינים (דהיינו דמנדינן ליה עד שיחזיר רק דלא נחתי לנכסי' וא"כ הוי כפיה דנידוי הוי כפיה כמ"ש הרא"ש ספ"ק דב"ק ומביאו הטור ח"מ ס"ס א' דנידוי אין לך כפיה גדולה מזו דלנקטי' בכובסי' עד דשבקיה לגלימי') וכמו שאבאר והטור אזיל לטעמי' דס"ל במציאת חש"ו אין מוציאים אותו בדיינים כלל וכמו שאבאר וז"ל ר' ירוחם במשרים ריש נתיב כ' מציאת חש"ו יש בהן משום גזל מפני דרכי שלום ולפיכך אם עבר וגזלו אינו מוציא בדיינים גטין עכ"ל וז"ל בנתיב א' מ"ה מי שחייב שבועה משום דבר דמדבריהם כגון מציאת חש"ו דיש בהן גזל מפני דרכי שלום ואינו רוצה לישבע אין מוציאין בדיינים ואין יורדין לנכסיו אלא מנדין אותו עד ל' יום ומלקין אותו אחר ל' יום פ"ד דשבועות עכ"ל ומביאו ב"י בסי' פ"ז נתיב כ"ז הרי דס"ל דבגזל דדבריהם אע"ג דאין מוציאין אותו בדיינים היינו דלא נחתי לנכסי' אבל מ"מ מנדינן ליה (צ"ט על ר' ירוחם שפסק דאם אינו רוצה לישבע שלא גזל מציאת חש"ו מנדינן ליה) הגם שדבריו אלה שכתב בנתיב א' ח"ה צל"ע דז"ל הששה סדרים פ"ו דשבועות דף מ"א ע"א איכא בינייהו מיחת לנכסי' בדאורייתא נחתי לנכסי' בדרבנן לא נחתי לנכסי' ולר' יוסי דאמר בדרבנן נמי (לא) נחתי לנכסי' דתנן מציאת חש"ו יש בהן משום גזל מפני דרכי שלום ר' יוסי אומר גזל גמור מדבריהם למאי נ"מ להוציא בדיינים מאי איכא בין דאורייתא לדרבנן איכא בינייהו שכנגדו חשוד על השבוע' בדאורייתא שכנגדו חשוד על השבועה אפכינן ליה שבועה ושמו אאידיך בדרבנן תקנת' היא ותקנתא לתקנתא לא עבדי' ולרבנן דפליגי עליה דר' יוסי דאמרו בדרבנן לא נחתי לנכסי' מאי עבדינן לי משמתי' לים כו' עכ"ל הששה סדרים ונראה שפי' ר' ירוחם דהא דבעי ששה סדרים ולרבנן דפליגי עליה דר' יוסי מאי עבדינן ליה קאי אמציאת חש"ו מאי עבדינן ליה אם אינו רוצה לישבע שלא גזל מציאת חש"ו וזה תמוה דלמה ישבע הא אפי' מודה שגזל לא הוי אלא גזל מדרבנן ואין מוציאין אותו מידו והוי כתקנתא לתקנתא וכ"ש שאין לנדותו על כך שישבע: (דין נ"ל דאפי' מודה שגזל מציאת חש"ו לא מנדינן ליה שיחזיר ולא כר' ירוחם) ועוד נראה דאפילו מודה שגזל לא מנדינן ליה שיחזיר ומאי דבעי ששה סדרים ולרבנן דפליגי עליה דר' יוסי כו' קאי אלעיל וה"פ לרבנן דפליגי עליה דר' יוסי ואמרי בדרבנן לא נחתי לנכסי' א"כ בשבועה דרבנן ואינו רוצה לישבע לא נחתי לנכסי' מאי עבדי' ליה למחויב שבועה דרבנן ואינו רוצה לישבע 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 ורבנן ודוחק לומר דבגזל דרבנן הוה פשיט' לששה סדרים דמנדינן ליה ל' יום אבל בשבועה דרבנן הוה ס"ד דמנדי' ליה לעולם עד שישבע אלא נראה דפשיטא לששה סדרים דהתם לא עבדינן ליה מידי רק שהב"ד פוסקי' לו להחזיר או אפשר דאמרינן ליה נמי אם לא תחזיר אתה עובר על דברי חכמים ושרי למקריי' עבריין ודמי לכל הנך.

שאמרו בששה סדרים ויוציא ויתן כתובה דלא כייפילי ליה וגם לא מנדינן ליה רק אמרי' ליה חכמים חייבוך להוציא ואם לא תוציא מותר לקרותך עבריין. וכמ"ש הפוסקים בשם ר"ח ונתבאר בטור א"ע סי' קנ"ד בש"ע שם.

רק גבי שבועה דרבנן מבעי' לש"ס דאי לא עבדינן ליה מידי א"כ כל מחויב שבועה דרבנן לא ירצה לישבע ומיעקרא שבועה דרבנן וא"כ מה הועילו חכמים בתקנתן שתקנו שבועה. וזה ברור לפע"ד.

וכן נראה דעת הרי"ף והרא"ש שכ' בשבועות הך סוגיא ובפרק הניזקין כתבו בסתמא דלרבנן אין מוציאין בדיינים וכן הלכתא ותו לא כתבו מידי וכן נראה ברמזי הרא"ש בשבועות שלא כתב דמנדין רק באינו רוצה לישבע שבועה דרבנן ולא הזכיר דבר מגזל דרבנן ובפרק הניזקין כתב בסתם דאין מוציאין מידו אלמא דבהא אין מנדין ולא הזכיר גזל דרבנן ברי"ף ורא"ש דשבועות אלא לאורויי דלרבנן דר' יוסי כמו דלא נחת' לנכסי' בגזל דרבנן ה"ה דלא נחת' לנכסי' בשבוע' דרבנן והכי הלכת' כרבנן 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 הכ"ב דאפילו בנשבע ונוטל אי תפס לא משמתינן ליה א"כ פשיטא דבגזל דרבנן לא משמתינן ליה דבהדיא מדמי לה הר"ן בפ' הכותב להדדי וז"ל ואע"פ שיש לחלק ולומר דדוקא בשבועות הנשבעים ולא משלמים דעלה קיימי' בההיא שמעתא אבל בנשבעים ונוטלים שתפסו ולא רצו לישבע מוציאין מידם כיון שתפסו שלא כדין אפ"ה כיון דבשמעתא דהתם סמכי לה אפלוגא דר' יוסי ורבנן בגזל מציאת חש"ו דאע"ג דגזל מינייהו בידים כיון דמדרבנן הוא לא מפקינן מיניה כך יש לומר ג"כ באותן נשבעים ונוטלים שדינן ליטול בלא שבועה שאם תפסו ואינן רוצים לישבע לא נחת' לנכסיה אלא משמתי' להו כדעבדינן בגזל דרבנן עכ"ל (דין דכרי הסמ"ע סי' פ"ב ס"ק כ"ב ופי' פ"ז ס"ק כ"ב אינם נראין במ"ש דמי שחייב שבועה דרבנן ליטול ותפס ואינו רוצה לישבע דלא מנדין ליה עד שישבע אלא מנדין ליה אבל לא נחת' לנכסיה) הגם שדברי הסמ"ע אלו אינן נ"ל אלא נ"ל דבשבועה דרבנן אם קדם ותפס ואינו רוצה לישבע מנדינן ליה לכ"ע וכמ"ש הר"ן וכמו שאבאר וז"ל הסמ"ע בסמ"ע פ"ב ס"ק כ"ב עיין בטור ס"ג שכתב כן גם ואינש דעלמא דלא רצה לישבע ותפס מנכסי ליה לא מפקי' מיניה וכן נראה מדברי בעה"ת שער כ"א וגם הב"י כתב שיכול להיות שכן הוא דעת הרא"ש ואני כתבתי בדרישה ופרישה בהוכחות שהטור ס"ל לסברא פשוטה שהדין כן גם באינש דעלמא שלא מנדינן למי שתפס ואין חילוק בזה בין תלמיד חכם לאחר אלא שאינש דעלמא אם פקח הוא הלוה וטוען על המלוה שישבע ויטול או יחזור לו שטרו כדי שלא יתפוס משלו היום או מחר שומעים לטענת הלוה אבל בת"ח לא מזדקינן ליה כו' עכ"ל.

ומ"ש וגם הב"י כתב שיכול להיות שכן דעת הרא"ש אמת הוא גם בדרכי משה כתב שהב"י דחק לומר שגם דעת הרא"ש כן (אשתמיט לב"י וד"מ וסמ"ע סי' פ"ב ושאר אחרונים דברי הרא"ש דפרק חזקת הבתים סי' י"ח) אבל באמת אשתמיט להב"י וד"מ וסמ"ע ושאר אחרונים דברי הרא"ש דפרק חזקת הבתים סימן י"ח דכתב להדיא כן דלא

מפקינן מיניה גם דברי הרא"ש פרק הכותב גבי אי פקח הוא מייתי ליה לידי ש"ד מוכיחים כן.

ומ"ש הסמ"ע ולא מנדינן למי שתפס כו' אלא שאינש דעלמא אם פקח הוא הלוח כו' זה אינו נראה וגם בבעה"ת ריש שער כ"א מוכח להדיא דאין לחלק בכך ע"ש וגם בהר"ן פרק הכותב כתב להדיא בקדמה ותפסה אע"ג דלא מפקינן מיניה מ"מ משמתי' ליה וגם בדעת הטור נראה כן עיקר וכמ"ש בב"י ובב"ח דס"ל להטור דבאינש דעלמא משמתי' ליה וכמ"ש הטור בסי' פ"ז ס' ט"ז בהדיא כן אפילו גבי שבועת היסט שנשבעים לפטור אם אינו רוצה לישבע מנדינן ליה וכן בסימן ק"ח ס"ו כתב הטור אפי' תפס משלהם משביעי' ליה ומיהו אי לא בעי לאשתבועי לא מפקי' מיניה אלא משמתינן ליה עד דאשתבע כדין מי שהוא חייב לישבע שבועת היסט ע"כ: סימן לב ומ"מ אפי' למה שהעליתי דמשמתינן ליה בנשבעים ונוטלים וכמ"ש הר"ן היינו דוקא בשבועה כי היכי דלקיים תקנתא דרבנן שתקנו שבועה אבל בגזל דרבנן מודה הר"ן דלא משמתינן ליה ומ"ש הר"ן כדעבדינן בגזל דרבנן לא קאי אלא אמ"ש דלא נחתינן לנכסי' (ובר"ן פרק שבועת הדיינים פסק דנשבעים ונוטלים מפקינן מיניה כיון שתפס שלא ברשות א"כ בע"כ ס"ל התם דגזל דרבנן קיל טפי וצ"ל דבהכותב כתב כן לדברי הרי"ף וליה לא ס"ל ודוק) ואפי' תאמר דדעת הר"ן דמשמתי' ליה בגזל דרבנן אין ההלכ' כך וכמו שהוכחתי למעלה אבל מ"ש ר' ירוחם שיש להשביעו על גזל דרבנן לא נ"ל כלל וכמ"ש למע' וגם הר"ן פשיטא דמודה לזה דאין להשביעו ודו"ק: סימן לג ונמצא עלה בידינו שדברי ר' ירוחם נ"א ח"ה צ"ע מ"מ נוכל לומר לסברתו דס"ל דבגזל דרבנן מודים ליה א"כ ה"ה בתקנת ניזק שטוען מרגליות היה בו אע"ג דלא הוי אלא תקנתא דרבנן היו הב"ד יכולים לכופו על ידי נידוי לשלם להניזק ולכך בספיקא דדינא אלא בעלמא מודה רבי ירוחם דלא מהני תפיסה בספיקא דדינא כיון שאפי' היה הדין ברור לא היה כח ביד ב"ד לכופו לשלם מטעם דאין דנין דיני קנסות בבבל וכמו שפירשתי למעלה סימן כ"ו לדעת הרא"ש וטור ולכך 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' כן בשמנה מקומות דאי תפס לא מפקי' מינה וכן הבאתי לעיל סימן כ"כ לשונות ר' ירוחם שכתב כן בששה מקומות ולפי מאי דפרישית אתי הכל שפיר דכל הנך מקומות שכתבו הטור ור' ירוחם דאי תפיס לא מפקי' מיניה כולה מיירי להדיא בחיוב ממון ולא מצד קנס דבהנך אלו היה הדין ברור היה הב"ד כופין לשלם ולכך 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 הוי 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 היה הדין ברור היה הב"ד כופין לבע"ה ליתן לפועלים שלו לאכול מאיזה גפן שירצה ואפי' היה הבעה"ב רוצה לעכב ע"י הפועל לא הוה שבקי' ליה (היתר הקושיות שהקשינו בסימן כ"ה והשת' אתי נמי שפיר כל לשונות הרא"ש שהבאתי לעיל סימן כ"ה שבמקצתן כתב דלא מהני תפיסה ובמקצתן לא כתב כן ולפי מאי דפרישית ניחא דבהנך דלא היו הב"ד כופי' ליתן לזה כתב דלא מהני תפיס' ובאידיך דהיו הב"ד כופין

לא כתב כן דוק בכל המקומות ותשכח שכן 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 כיון דאין כח 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 כסברת הראב"ד דסברת הראב"ד היא כיון 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 כיון 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 היה הדין ברור היו הב"ד כופין אותו לשלם: סימן לד' (ישוּב נכון לדברי הסמ"ע סימן שס"ב ס"ק י"ג וסי' שס"ג ס"ק כ"ז שכתב דהרא"ש וטור מודים דבספיקא דש"ס מהני תפיסה שנראה לכאורה שדבריו תמוהין מאד) וניחא נמי השתא מ"ש הסמ"ע בסימן שס"ב ס"ק י"ג וז"ל ואם תפס הנגזל אין מוציאין מידו וכ"כ הרא"ש והטור ובדרישה כתבתי 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 אפשרטא 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 כיצד 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 היה הדין בדור מהני תפיסה מספיקא אם כן 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 הרא"ש והטור אע"ג שהרא"ש נח כתב כן בהדיא מ"מ משמע מדבריו כן מדלא כתב גם שם אי תפיס מפקי' מיניה ויותר נראה שט"ס הוא וצ"ל ד' במקום כ' וצ"ל וכ"ד הרא"ש וטור כלומר מדלא כתב הרא"ש גם שם דלא מהני תפיסה אלמא שכן דעת הרא"ש וכמ"ש הטור להדיא דאי תפס לא מפקי' מיניה.

ומ"ש הסמ"ע דבספיקא בלא ש"ס ס"ל להרא"ש וטור דלא מהני תפיסה כיון למ"ש הרא"ש בפ"ק דמציעא ופ"ב דכתובות וטור סי' ת"ו וז"ל הרא"ש פ"ק דמציעא לעולם אימא לך תקפו כהן הן מוציאין אותו מידו דתפיסה לא מהני אלא למי שטוען ברי אבל הכהן הזה אפי' אחר שתפס אין לו אלא טענת שמא הלכך מפקי' מיניה דמוקמי' ליה בחזקת מאר' קמא הכי אמר רב נחמן בפרק בית כור גבי מרחץ ששכרו בי"ב זהו' לשנה מדינר זהב לחודש ונתעברה השנה ומספקא ליה אי תפס לשון ראשין וחודש העיבור לשוכר אי תפס לשון אחרון וחודש העיבור למשכיר ואמר רב נחמן קרקע בחזקת בעלים עומדת ואפילו בא בסוף החדש כולו למשכיר ואע"ג דתפיס השוכר לא מהני תפיסתו

מספיקא ומא"ד התם בא בסוף החדש לשוכר לא משום דמהני תפיסה מספיקא אלא סבר מדלא בא עד סוף החדש ודאי אודויי אודי ליה שלשנה השכירו ולא לחדשים כללא דמילתא לטענת ברי מהני תפיסה דכיון שהוא טוען ברי ומוחזק בה אין לנו כח להוציא מידו אבל מי שהוא מסופק בדבר אם הוא שלו ואם לאו לא מהני תפיסה לאפוקי מחזקת מרא קמא עכ"ל וכ"כ הרא"ש בפ"ב דכתובות גבי ב' שהיו חתומים על השטר ובאו ב' עדים ואמרו קטנים היו דאמרינן בש"ס אוקי תרי להדי תרי ואוקי ממונא בחזקת מארי' ופי' רש"י ואי תפיס מלוה לח מפקי' מיניה וכתב הרא"ש וז"ל והא דמהני תפיסה מספק כתבתי בפר קמא דב"מ גבי תקפו כהן מוציאין מידו ומיירי בדתפס קודם שנולד הספק א"נ שאני הכא 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 מוציאין מידו כו' ואין בהם ממש בכל אלו הדברים כו' דלא אשכחן דלא מהני תפיסה אלא בספק בכור וכן בבא בסיף החדש בכלו למשכיר דבהני אין לתופס טענת ברי אבל כל היכא שהמוחזק במטלטלי' טוען ברי אין כח ביד ב"ד להוציא מידו עכ"ל והביא הטור בסי' פ"ו דברים אלו בקצרה (וגם ר' ירוחם סוף נתיב י' כתבכדברי הרא"ש דפ"ק דמציעא ופ"ב דכתובות והבאתי לשונו לקמן סי' נ"ב) הרי להדיא דבשאר ספיקי שאינם ספיקי דששה סדרים ס"ל להרא"ש וטור דלא מהני תפיסה מספקא אפי' היו הב"ד כופי' לשלם אלו היה הדין ברור וכן כתבתי לעיל סימן ו' וסימן י"ד שדעת רשב"ם ושאר רבוותא לחלק בין ספיקא דעלמא לספיקא דדינא עיין שם.

ועוד אכתוב בזה לקמן סימן צ"ו עיין שם ומ"ש ר' ירוחם בנתיב ו' ח"ה גבי תפיסה מכח שטר בעדות דתרי ותרי צל"ע ונראה שדבריו מוטעים ואבארם לקמן סימן כ"א ונ"ב. גם מה שיש לפלפל בדברי הרא"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 הרא"ש וטור דבתיקו של ממון כיון דהיה הב"ד כופין לשלם אלו היה הדין ברור מהני תפיסה מספיקא א"כ לאיזה צורך דחק בסמ"ע ס"ס שצ"א לומר כיון 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 ניחא 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 דפרישי' ניחא דה"נ קאמר בס"ס שצ"א כיון דעכ"פ תפיס ברשו' נגד מה שנהנית מהני התפיסה גם לשאר כלומר כיון דהוא ממון ולהכי עכ"פ מהני תפיסה נגד מה שנהנית שהרי תפיס ברשות ב"ד שהרי חייב ממון והב"ד כופין אותו לשלם א"כ להכי מהני תפיסה גם לשאר כיון שהוא ממון ואלו היה הדין ברור הים הב"ד כופין אותו לשלם.

ובהכי ניחא מה שהקשיתי לעיל סי' י"ח על הסמ"ע דדוחק לומר כיון דתפיס ברשות נגד מה שנהנית מהני תפיסה גם לשאר. ועוד דמי לא עסקי' נמי ששלם לו כבר מה שנהנית ואפ"ה אם תפס אין מוציאין מידו.

ולמאי דפרישית השתא ניחא הכל ודוק ואין להקשות ל"ל להסמ"ע לומר כיון דעכ"פ תפיס ברשות נגד מה שנהנית כו' ה"ל בקצור כיון דיש ביד ב"ד לכופו לשלם מהני תפיסתו נגד מה שהזיקה ולמה לו להזכיר מה שנהנית כלל יש לומר דבא להטעים הדבר ולומר דהא פשיטא דמהני תפיסה נגד מה שנהנית משום דבכה"ג חייב ממון גמור וא"כ נגד מה שהזיקה נמי כיון דהוא ממון גמור מהני תפיסתו.

אך 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 לאיזה צורך הוצרך לדחוק בס"ס שצ"א דשאני התם כיון דלא סלקא בתיקו מהני תפיסה ה"ל לשנויי דשאני התם כיון דהוי ממון ולא קנס.

ומיהו בלאו הכי הקשיתי לשאול לעיל סי' י"ח וסי' ק' על הב"ח במה שמחלק בין תיקו לבעיא דלא איפשטא לדעת הרא"ש וטור ואולי לא ירד הב"ח לחלוק זה שכתבתי. וא"כ לא ידעתי איך יתיישבו 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 דוכתא אפילו בתיקו של ממון ולא קנס ומ"ש בסימן ש"ן כתבו כן 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 גופיהו 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 לקמן סי' ע"ה וע"ה ע"ש: סימן לו ואין להקשות לפי מאי דפרישית בדעת הטור ור' ירוחם והרא"ש דבתיקו של ממון שהיה הב"ד כופין אלו היה הדין ברור מהני תפיסה דא"כ גבי גמל בהנהגה וחמור במשיכה שכתבו הרא"ש וטור ור' ירוחם דבמתנה ומכר לא קנה והבאתי לשונם לעיל סימן י"ט אות אי וכן גבי משוך בהמה זו וקנה כלים שעליה והבאתי דבריהם שם אות ג' וכן גבי זרק ארנקי בפתח והבאתי דבריהם שם אות ז' י"ל דהרי לא כתבו הרא"ש ועור ור' ירוחם בשום הנך מקומות שאפי' תפסו לא מפקי' מנייהו רק כתבו דלא קנה ואוקי בחזקת מארי' קמא ויש לפרש דבריהם דמיירי כשלא תפס לרשותו ואע"ג דמשך מ"מ השתא אינו ברשותו ואתא לאשמועינן 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 להוציא מידו ואם איתא עדיפא ה"ל לאשמועינן דאפי' תפס בע"ה מוציא הנותן מידו. הן אמת שראיתי בבדק 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 ליתא דאפי' 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 מכל הנך קושיות שהקשתי לעיל סימן י"ז וי"ח וכ' ושאר מקומות.

ואפשר הרב בב"ה אזיל ולטעמיה מ"ש בב"י ס"ס שצ"א לדעת הר"י והרא"ש וכמ"ש לדעתו בסמוך ס"ס ל"ה בדעת הרא"ש סימן לז (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 במתנ' 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 להוציא מידו וגם ששינה וכ' ולא זכה בה וגם ממה שהוסיף וכתב משום דמוקמינן לה בחזקת מאר' קמא מכל זה נראה שכתב כן בש"ע ע"פ מ"ש בב"ה דאפי' 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 הרא"ש דאפי' תפס בעה"ב מוציאין מידו היינו לסברתו דלא מהני תפיסה בתיקו אבל הש"ע דאזיל 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 מיירי 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 ממ"ש הרא"ש פרק חזקת הבתים גבי אם לא אמר להם כתבוהו 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 שכתב הרא"ש ואפילו הוי ספיקא דדינא כלומר שמסופק לנו הדין ולא היה שום סבר כלל 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 מאגרא הא פשיטא בבעיא דלא איפשטא ותפס אם חזר חבירו ותפס ממנו מהני תפיסה וכמ"ש לעיל סימן י"ט אות ח'.

ועוד דהא הכא הבעה"ב מוחזק באגריה כבר ואמאי לא יועיל תפיס' בעה"ב לנכות לו מאגריה בבעיא דלא איפשטא אלא ודאי התם טעמא אחרנא 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 לאקשוויי דהא בתפס ברשות כ"ע מודים דמהני תפיסה בבעיא דלא איפשטא וכמ"ש לקמן סימן נ' והרי כאן שהבע"ה מוחזק בשכרו אין לך 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 משכנת' ז"ל ותמיה' דהא הרא"ש

מסיק התם במשכנתא בפרק איזהו נשך כרבינו אפרים דדוקא משכנתא לפי שברשותו היא אבל כי לא משכן גביה סלוקי בלא זוזי לא הוי אפוקי וצ"ע עכ"ל.

(ישוב דברי הרא"ש דפרק הפועלים גבי בעיא דעושה בגפן ומתרץ 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 לכך לא מנכי' ליה מאגריה וכן משמע במהר"מ יפה סי' של"ז שם וז"ל ואי אכיל לא מפקי' מיניה שהרי 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 כיון 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 כאלו היינו מוציאי' ממנו מה שאכל וכבר אמדנו דהמע"ה עד כאן לשונו והשתא מייתי הרא"ש שפיר ראייה ממשכנתא כי היכי דהתם בלא משכנתא מנכי' ליה ובמשכנתא לא מנכי' ליה משום דבלא משכנתא אם כן אנו דנין על גוף הממון שביד המלוה לכך מנכי' ליה אבל במשכנת' שהוא ביד המלוה שאין דנין על גוף המשכנתא רק על החוב לא מנכי' ליה להוציא המשכנתא מתחת ידו ה"נ הכא כיון 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 דהכא כיון שחייב לו ממון כ"ע מודו דמהני תפיסה וכמים מהרש"ל פרק כיצד הרגל סימן ה' והבאתי לשונו לקמן סימן ק"ח י"ל דשאני הכא כיון דהכובש שכר שכיר עובר בחמשה לאוין וגם בעשה וכמ"ש הטור ח"מ ר"ס של"ט אם כן לא מהני תפיסה מכח ספק ממקום אחר ודוק: סימן לט ואין להקשות לפי מ"ש לדעת הטור ורבי' ירוחם דבקנס לא מהני תפיסה בבעיא דלא איפשטיא שהרי כתב רבי' ירוחם בנתיב י"ג מכרו 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 כדי דמיו אין מוציאי' מידו עכ"ל וכן כתב 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 פרק השולח ובטור ורבי' ירוחם שם וכמ"ש גם הרמב"ם שם.

ונראה שמטעם זה השיג הראב"ד על הרמב"ם שם וז"ל א"א אין תפיסה מועלת בקנסות אלא במי שחסרו ממון עכ"ל והמגדול עוז שם כתב על השגת הראב"ד וז"ל ואני אומר סברא זו מחלוקת ישנה בנזקין פרק המניח את הכד גבי מזיק שעבודו של חברו ש"ס מתני' דכור מנה שנגח לשור שוה מאתים כו' ופרק הגוזל קמא שורף שטרות של חברו ועיקר זאת ההלכה פרק השולח אבל אפילו לאותו דרך איני רואה מוסר ממון כזה בעולם והוא נראה לעין שהעכו"ם אין לו רחמנות ומשתעבד בו בפרך ומייגעו ומכחישו בגופו ובממונו וכ"ש המצות שהם יותר מן הממון תדע כי מפני זה שהפקיעוהו מן המצות קנסוהו עד כאן לשונו גם בכסף משנה שם כתב על דברי הראב"ד וז"ל ואין בדבריו

הכרע ואפ"ל לפי דבריו מה שהפקיעו מן המצות אין לך חסרון גדול מזה ועוד שירדה בו בפרך 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 דודאי אין כוונת הראב"ד דזה לא הוי חסרון ממון רק גורם לממון אלא כוונתו שאין תפיסה בספיקא דדינא מועלת בקנסות כיון 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 מומחין אם כן כיון שספק הוא לא היו 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 היה ודאי לא היה 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 שבדבר שהוא ממון ולא קנס מהני תפיסה בבעיא דלא איפשטא וכמ"ש לעיל סי' י"א בשמו עיין שם) ואם כן הדר' קושיא לדוכתיה דהיאך כתבו 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 תצטרך לומר דאפילו בממון ס"ל להטור ורבי' ירוחם דנא מהני תפיסה בספיקא דדינא וא"כ היאך כתבו אפ"ל גבי קנס דמהני תפיסה אבל לפי דפרישית 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 מומחין והיא מד' הרב אלפס פרק השולח בשם גאון דלא מגבי' האי קנסא אלא בא"י אבל הרא"ש שם השיג על דברי הגאון בזה ומביאו הטור ב"ד ס"ס רס"ז אם כן לפי זה שפיר היו הב"ד יכולים לכופו לכך 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 כיון דלא מחייב אלא מתקנתא דרבנן לא מהני תפיסה וכן גבי ניזק שטוען שהיו מרגליות בסל שכתבתי שם לדעת רבי' ירוחם דלא מהני תפיסה בכה"ג כיון דלא מחייב אלא מתקנתא דרבנן י"ל דשאני הכא כיון שעשו חכמים סייג לתורה שלא למכור עבדו לעכו"ם וקנסו אותו בכך לפדותו עד כדי דמיו אם כן פשיטא דתקנת חכמים הוא לכופו ע"י ב"ד דאל"כ מה הועילו חכמים בתקנתן דכל אחד ימכור עבדו לכותי ואי משום שיהא מותר לקרותו עבריין שכבר על דברי חכמים הא בלאו הכי עבר על דברי תורה מה שמכר עבדו לכותי ונמצא זה אינו חושש לאיסור זה משא"כ התם.

ועוד י"ל דהתם במסור וניזק דוקא איך לכופו משום דכיון דאין ברור כמה הזיקו רק על ידי שבוע' הנמסר והניזק ויכול להיות שהנמסר והניזק משקר משא"כ הכא ועוד יש לחלק בכמה גווני ודוק: סימן מ ואין להקשות לפי מ"ש לעיל דהיכא דאי הוי הדין ברור היה חייב ממון והיה הבית דין כופין אותו לשלם סבירא ליה להרא"ש וטור דמהני תפיסה שהרי כתב הטור בסימן ת"י ס"ח ואם סתם אחר כך הטפח או הסיר האבנים שהוסיף מבעיא אם כבר נסתלק מעשההראשון 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 היה הדין ברור ולמה כתב הטור ולדברי האומר כו' הא בכה"ג אף להרא"ש מהני תפיסה. נראה דלא קשה מידי מכאן מב' טעמים.

חדא דאדרבה מכאן ראייה מדשינה לשונו וכתב ולדברי האומר כו' ולא כתב ולדעת הרמב"ם כמ"ש בשאר מקומות כן בשם הרמב"ם ועוד דאם איתא דלא ס"ל הכי למה כתב ולדברי האומר כו' מכדי דהרמב"ם לא סבירא ליה משכוני נפשיה אליבא דהרמב"ם למה ליה. אלא ודאי ס"ל הכי וס"ל דגם הרא"ש ס"ל דהכא מהני תפיסה ולא כתב הטור ולדברי האומר כו' אלא משום דידע דאיכא מאן דס"ל דאפי' בממון לא מהני תפיסה כגון הר"מ בן נחמן וסייעתו (דין דנזקי אש ובור אין גובי' אותו בבבל דלא שכיח ולכך בתיקו ובעיא דלא איפשט' באש ובור לא מהני תפיסה) ועוד דהרי כתב בהגה' אשרי פרק החובל דמספקא ליה למהרי"ח אי אש ובור גובי' בבבל וכ"פ מהרש"ל פרק החובל סי' ה' דאין גובי' נזקי אש ובור בבבל כיון דלא שכיחא א"כ גם הטור ס"ל הכי ולכך כתב גבי בור ולדברי האומר כו' לאפוקי לדעת הרא"ש וטור דס"ל דבבור מפקי' מיניה כיון דלא היו הבית דין יכולים לכופו לשלם.

ורבי' ירוחם שכתב 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 ראבי"ה וכ"כ בהגה' אשרי שם בשם א"ז דאש ובור גובין בבבל: סימן מא קושיא בדברי הרא"ש וטור בבעיא דכשכשה באמתה) אך קשה לפי מ"ש דבדבר של ממון אי הוה הדין ברור היה הבית דין כופים לשלם מודים הרא"ש וטור ורבי ירוחם בספיקא דדינא ואי תפס לא מפקי' מיניה הא כתב הרא"ש גבי בעיא דכשכש' באמתה והבאתי לשונו לעיל סימן ג' וז"ל ולרבותינו האומרים דכל תיקו אי תפס לא מפקינן מיניה בחצר הניזק אי תפס מגבי' ליה נזק שלם ובר"ה אי תפס הבהמה מגבי' ליה חצי נזק ולמאי דפרי' דבתיקו אי תפס מפקי' מיניה בחצר הניזק אי תפס גוף הבהמה מגבי' ליה חצי נזק ממ"נ ובר"ה פטור לגמרי עד כאן לשונו ואמאי לא יועיל תפיסתו בחצר הניזק לגבות נזק שלם דהא ודאי אלו היה הדין ברור דהוי כרגל דהיו הבית דין כופי' לשלם דשן ורגל ממון גמור הוא וגובי' בבבל כיון דמועדים מתחלתן וכדאיתא להדיא בש"ס פרק החובל ובכל הפוסקים.

מיהו ממ"ש הרא"ש שם לעיל מיניה גבי בעיא דבעטה והתיזה במקום שא"א לה אא"כ מנתזת ולמאי דפרישית דכל תיקו אי תפס מפקי' מיניה אין נפקותא בבעיא זו אם התיזה בר"ה אבל אם התיזה כחצר הניזק אי תפס מגבי' ליה רביע נזק עד כאן לשונו. לא קשיא דסמך אמ"ש שם קודם לכן דביעוט הוי משונ' וקנסא הוא אם כן ממ"נ מפקי' דאי הוה קרן אין גובי' בבבל כיון דאין מועד מתחלתו ואי הוי רגל הוי משונה והוי נמי קנסא ולכך מפקי' מיניה ואם התיזה בחצר הניזק אינו גובה אלא רביע נזק והא דבעי ש"ס אי הוי קרן או רגל לאו למימרא דאי הוי רגל הוי משלם נזק שלם מתחלתו דאפילו הוי רגל הוי משונה ולא משלם לעולם אלא חצי נזק אלא דמבעיא ליה אי הוה קרן וחייב בר"ה אי הוי רגל ופטור בר"ה וכן מוכח להדיא בטור סימן ש"ץ שכתב ח"ל ואם הלכה במקום שאי אפשר לה שלא תתיז וביעטה והתיזה 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 הניזק 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 צרורותבשינוי ולדעת ר"י דלא מהני תפיסה אם תפס בר"ה מפקי' מיניה וברשות הניזק אי תפס גוף המזיק גוביל' לו ממנו רביע עד כאן לשונו הרי להדיא דאפילו הוי אורחא לא משלם אלא פלגא וכן יש לדקדק לכאורה מדברי הרא"ש שכתב כאן גבי בעיא דביעטה והתיזה במקום שא"א לה אא"כ מנתזת ולדברי האומרים דכל תיקו אי תפס לא מפקי' מיניה ה"נ אי תפס גוף הבהמה משתל' ממנה ח"נ כו' ואמאי לא כ' נמי דלדברי האומרים דמהני תפיסה גובה נזק שלם אי הזיקה בחצר הניזק וכמ"ש מיד אחר כך גבי בעיא דכשכש' באמת' אלא ודאי הכא לעולם אינו גובה אלא ח"נ.

ואם כן לא קשיא בהא מידי אהרא"ש וטור אבל הך בעיא דכשכשה באמתה קשיא וכמו שכתבתי: סימן מב (דין ר' ירוחם חולק אהטור סי' ש"ץ גבי בעיא דהתיזה במקום שאי אפשר לה אא"כ תתיז וס"ל דאי הוי פשיטא לן דהוי תולדה דרגל וצרורות כי אורחא הוי משלם נזק שלם). מיהו על רבי' ירוחם קשה גם בכך דביעטה והתיזה במקום שא"א לה אא"כ התיז שכתב בנתיב ל"א ח"א וז"ל ביעטה והתיזה במקום שא"א לה אא"כ תתיז בעיא ולא איפשטא אם הם צרורות ופטור בר"ה או קרן וחייב ח"נ ולמי שפסק דכל תיקו לא מפקי' מיניה אי תפס כמו כן בכאן אם תפס הבהמה עצמה גובה ח"נ ואם ברשות הניזק אפיל' שאם תפס מטלטלים גובה נזק שלם ולאותן שכתבו דמפקי' מיניה כמ"ש למעלה אם הוא בר"ה אינו גובה כלל אפילו תפס ואם ברשות הניזק אפיל' תפס גובה רביע נזק שמא שינוי לצרורות ואם התיזה בר"ה דתולד' דרגל הוא ופטור בר"ה עד כאן לשונו הרי דס"ל דאי הוי פשיטא לן דהוי תולדה דרגל וצרורות כי אורחא הוי משלם נזק שלם שהרי כתב ואם ברשות הניזק אפילו תפס שאר מטלטלים גובה נזק שלם וא"כ קשה אמאי לא מהני תפיסה לאותן שכתבו דמפקינ' מיניה הא הכא לא הוי קנס רק ממון שהרי היה משלם נזק שלם אלו היה הדין ברור: סימן מג ונראה ליישב כל זה דהרא"ש פליג על רבותינו גם במאי דס"ל דכשכשה באמתה לא הוי שינוי אלא ס"ל דהוי שינוי ולעולם לא גבי אלא חצי נזק וכך צריך ליישב דברי רבי' ירוחם דאותן שכתבו דמפקי' מיניה ס"ל דביעוט לעולם הוי משונה וכן כשכשה באמת' ואף על פי שזה דוחק קצת מכל מקום יותר טוב לסבול דוחק אחד משנסכול הרבה דוחקים ועוד דאל"כ תיקשי כל הנך ק שיות שהקשיתי לעיל סי' י"ז וסי' כ' וכ"ב וגם נצטרך לעשות להב"י וד"מ וב"ח בסי' ש"ץ טועי' ושכחני' שלא זכרו דברי הרא"ש וטור בהרבה מקומות (ע"ל סימן כ"ג וכ"ד) וגם נצטרך לומר שהסמ"ע בסימן שס"ג ושע"ג טעה ושכח דברי הרא"ש וטור (ע"ל סי' ל"ד) וזה ודאי אי עולה על דעת לתלות בוקי סריקי בכל הנך אשלי רברבי שהם עמודי ההוראה וכל בית ישראל נשען עליהם הלכך פשיטא ופשיטא דפשיט' שיותר טוב לסבול דוחק אחד שנמצא בזה אתי שפיר כל הנך 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 דאפיל' בדבר של ממון לא מהני תפיס' וכן כתוב בשלטי הגבורים פרק כיצד הרגל סוף ד' י"ח וז"ל ונראה דאפילו בזמן שדנין דיני קנסות דלהרא"ש ור"י לא מהני תפיסת התופס לעשות שזה המזיק ישלם לו ח"נ כיון שהדבר הוא ספיקא דדינא עד כאן לשונו מכל 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 שכך דעת הרא"ש רק כתב כן בשם יש אומרים א"כ פשיטא כיון 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 היה חושש לדברי הרב אלפסי שלא להוציא ממון.

עוד נראה לומר והוא העיקר דודאי גבי קנס וכה"ג לא ס"ל להרא"ש כהרב אלפסי כלל אבל בדבר של ממון אע"ג דסברתו נראה דלא מהני תפיסה מכל 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 מכח ספק בכור לאיזה צורך לכתוב אח"כ גבי שאר אבעיות ולרבותינו האומרים דמהני תפיסה בתיקו כו' אלא ודאי לא תעה אלא גבי קנס אבל במאי דס"ל לרבותינו הכי בבי ממון אין לתמוה עליהם רק דהרא"ש בעצמו ס"ל מסברתו דהדין בשניהם שוה ומכל מקום לענין מעשה אפשר דלא סמך אסברתו להוציא ממון נגד דעת רבותינו ואולי כך היה מקובל להטור ורבי ירוחם מהרא"ש ולכך כתבו ברוב המקומות דמהני תפיסה וכה"ג כתבתי לקמן סי' ע"ד דאפי' הפוסקים דפליגי אהרי"ף י"ל דלענין מעשה ס"ל כוותיה והבאתי ראיה מדברי הרשב"א ע"ש (נראה עיקר בדעת הטור ורבי ירוחם דמהני תפיסה בתיקו) מ"מ יהיה איך שיהיה העיקר נראה בדעת הטור ורבי ירוחם דמהני תפיסה בתיקו וכמו שכתבתי: סימן מד והנה אחרי אשר בארנו דעת הרא"ש וטור ורבי ירוחם והנמשכים אחריהם בענין ספיקא דש"ס נבאר דעתם בספק שאינו מחמת שנסתפקו בהם חכמי הש"ס אף על פי שאין כאן מקומו עם כל זה יען שאנחנו עסוקים בדברי הרא"ש וטור ורבי ירוחם לא נזוז מדבריהם: והנה כבר הבאתי לעיל סי' ל"ד דברי הרא"ש דפ"ק דמציעא ופ"ב דכתובות דבתקפו כהן מוציאין מידו דלא מהני תפיסה אלא למי שטוען ברי אבל הכהן הזה אפילו אחר שתפס אין לו אלא טענת שמא הלכך מפקינן מיניה דמוקמי' לה בחזקת מאר' קמא והכי אמר רב נחמן בפרק בית כור גבי מרחץ כו': והנה (קושיא על דברי הרא"ש פ"ק דמציעא מאי ראיה מייתי מרב נחמן דלא מהני תפיסה בטענ' ספק) קשה לי על דברי הרא"ש אלו מאי ראיה מייתי מרב נחמן דאמר כולו למשכיר דתמיה לא מהני בטענת ספק הא ע"כ התם לאו מטעמא דה"ל טענת ספק לא מהני תפיסה אלא מטעם קרקע בחזקת בעליה קיימא וכמ"ש הרי"ף בפרק השואל דה"מ במקרקעי אבל במטלטלי מהני תפיסה ומייתי לה הרא"ש גופיה התם בפרק השואל ואפי' אי הוי טועני' השוכר והמשכיר ברי הוי דינא הכי ואף על גב דפשיטא דרב נחמן מיירי נמי בטענת ספק וכמ"ש לקמן מכל מקום ה"ה אי הוי טוענין ברי נמי הוי דינא הכי כדמוכח בפרק המקבל (דף ק"י ע"א) דאמרינן התם ההוא שטרא (כלו' שטר משכנתא שאכל המלוה הפירות) דהוה כתיב ביה שנין סתמא מלוה אמר ג' ולוה אמר ב' קדם מלוה ואכלינהו לפירי מי נאמן רב יודא אמר קרקע בחזקת בעליה קיימא הב כהנא אומר כירות בחזקת אוכליהן קיימא

והלכתא כותיה דרב כהנא והא קי"ל הלכתא כותיה דרב נחמן דאמר קרקע בחזקת בעליה עומדת התם מילתא דנא עביד' לאגלווי הכא מילתא דעבידא לאגלווי ואטרוחי בי דינא תרי זימני לא מטרחינן ומייתי לה הרב אלפסי והרא"ש התם אלמא דרב נחמן אמר למלתיה אפילו בטענת ברי דאל"כ לא הוי פריך בש"ס מידי לרב כהנא ועוד מדמשני הכא מילתא דעביד' לגלווי כו' אלמא דאי הוי מילתא דלא עביד' לגלווי הוי מפקי' מהמלוה ואף על גב דטוען ברי וכן כתב הרא"ש גופי' שם וז"ל ויראה כיון דקי"ל קרקע בחזקת בעלים עומדת ואין אנו מניחין הפירותביד המלוה אלא מפני חשש טורח ב"ד אם מתו העדים ונשתקע הדבר מפי אחרי' ויראה לב"ד שלא יוכל המלוה לברר דבריו מוציאין הפירות מיד המלוה ללוה עכ"ל אם כן ע"כ התם טעמא הוא משום דקרקע בחזקת בעלים קיימא אפילו טוען ברי.

והרציתי קושיא זו לפני הרבה לומדים וזה אומר בכה וזה אומר בכה וכולם פותרים היו ואין קולם נכנס באזני. וגם אחר כך מצאתי בספר גדולי תרומה שער ס"ח דף שס"ב ע"ד שהרגיש בהך דהמקבל אבל לא הבנתי מש"ש ולענ"ד יש לדחוק דחזקת קרקע אהני' לאחשובי ספק אצל השוכר על דרך שכתבו התו' בסוף השואל דלא אזלי' בתר מאן דתפיס השתא אלא בדליכא חזקת קרקע כנגדה ודו"ק עד כאן לשונו דמכל מקום קשיא כיון דחזקת קרקע אהני' אם כן מאי ראייה מייתי מהתם למטלטלים הא התם שאני דאפילו הוי טוען ברי דינא הכי וכמ"ש: הג"ה ולי נראה דהרא"ש מפרש הברייתא מיירי דווקא בברי ר"ל שאמרו סתם י"ב דינרין לשנה דינר זהב לחודש ומשכיר טוען ברי בשע' ששכרתי היה כוונתי ודעתי על דינר זהו' לחודש דווקא ושוכר אומר שדעתי וכוונתי היה לי"ב דינרין לשנה תמימה וגם חודש העיבור ואילו לא היה הטעם דרב נחמן דקרק' בחזקת בעליה לא היינו יכולים להוציא מיד השוכר דשוכר אומר אילו הייפי יודע שדעתך וכוונתך לדינר זהב לחודש לא הייתי שוכר מאתך המרחץ ולא איפכת ליה במה שאתה אומר עתה שכך היה כוונתי וגם גבי איסתר' מאה מעי ה"נ כיון שהוא מטלטלים אי תפס הלוקח וטוען שכוונתי היה כך על הפחות אין מוציאין מיד הלוקח ויכול לומר למוכר לא איכפת לי במה שאתה אומר עתה שכך היה כוונתך בשעת מכירה וא"כ לר"ן כשטוען ברי לא מפקי' רק בקרקע משום דמוקמינן בחזקת מרא קמא כיון דיכול להיות ששניהם אומרי' אמת שכל אחד ואחד היה כוונתו 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 כששניהם טוענין ספק ר"ל שלא טוענין בברי כך היה 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 כנ"ל) ואם כן ניחא נמי דמבי' הרא"ש בפרק קמא דמציעא הא דר"ן להורות דר"ן מחלק בין קרקע למטלטלין ובסוף כתב הרא"ש כלל כל שכרי כו' ובדבר שהוא מסופ' כו' קאי הכל אמטלטלים וא"כ נימא נמי הא דמקשה הששה סדרים בפרק המקבל משום דגם כאן מוקמי' ליה בחזקת המשכיר משום דקרקע בחזקת בעליה קיימא וח"כ אמאי לא נימא גם גבי מלוה אומר שלש וקמתרץ התם לא עביד' לאגלווי 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 שכך היה כוונתו מיקרי ברי ולא מפקי' ממונא מיניה ושאני גבי בכור דא"י הכהן 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 דודאי לא אמרינן התם גבי שוכר דכולו למשכיר אלא משום דהשוכר אינו טוען ברי אבל אי הוי טוען ברי לי שאמרת לי בפירוש בי"ב דינרין לשנה (דין שוכר אומר ברי לי שהשכרת לי בי"ב דינרין לשנה אף ע"פ שהשנה יהא מעוברת ודר בו כבר י"ג חדש לא מפקי' מיניה שכר של חדש הי"ג ונאמן בהיסת) אע"פ שהשנה יהא מעוברת ל מפקי' מהשוכר ואע"ג דמוכח בפרק המקבל דאפי' המלוה טוען ברי מפקינן מיניה שאני התם שידוע שהפירות שאכל המלוה כמה הם רק שבא לזכות מכח שטוען ברי שהשכירו לג' שנים אם כן אמרי' קרקע בחזקת בעליה קיימא וה"ל כאלו הפירות עדיין ברשות הלוה כיון שהפירות באים מגוף הקרקע וידועי' כמה היו ולא מהני טענת ברי של המלוה כיון דלית ליה מגו משא"כ הכא כשטוען השוכר ברי אם כן מעולם לא היה בקרקע זו פירות י"ג דינרין ולא שייך כאן כלל לומר קרקע בחזקת בעליה קיימא דנהי דהקרקע הוא של משכיר מכל מקום אפשר דמתחלה לא היה בה פירות רק דינרין ואם כן השוכר שטוען ברי הוא מוחזק וא"כ שפיר מוכיח הרא"ש פ"קדמצינא מהך דרב נחמן דלא מהני תפיסה מספיקא אלא דפריך בששה סדרים בפרק המקבל מרב נחמן דאמר בספיקא קרקע בחזקה בעליה קיימא והוה ליה כתפס אחר שנולד הספק אם כן ה"ל הפירות כאלו הן ברשות המשכיר (דין דמלוה שיש לו שטר משכונה על שנין סתמא ואכל פירות שלש שנים אם הוא לא עביד לגלויי כגון שמתו העדים או הלכו למ"ה מפקי' מיניה הפירו' של שנה ג' אף שטוען ברי כיון שידועים הפירות שאכל וקרקע בחזקת בעלי' עומד) ואם כן ה"ה במלוה אף שטוען ברי כיון שהפירות ידועים ה"ל הפירות כאלו הן ברשות הלוה כיון דהפירות באים מהקרקע וקרקע בחזקת בעליה קיימא ופשיטא דכיון דהוה ליה כאלו תופס המלוה עכשיו הפירות דלא מהני טענת ברי דיליה דפשיטא דאם יתפוס א' משל חברו בעדים לא מהני אפילו יטעון הרי כן 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 דאפי' כבר דר שם צריך ליתן לו השכירות מחדש הי"ג דהא כתבתי שם הטעם דהספק שהוא בין ב' הלשונות גם מתחלת החדש היה מה שאין כן בזה דלא היה הספק עד השתא דודאי היה חייב לו אלא שטוען עתה פרעתיך ואמרינן הממון היכא דקאי תיקום עד כאן לשונו דבחנם דחק דבלאו הכי לא דמי דגבי חדש ושנה אינו טוען ברי מה שאין כן בפרעתיך שטוען ברי וכמו שכתב הרא"ש להדיא פרק קמא דמציעא ופרק ב' דכתובות לחלק בכך: סימן מו 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 קיימ' כו' וקי"ל כותי' ושמעי' מינה דלית' להא דאמר רב איסתר' מאה מעי מאה מעי אסתר' איסתר' אלא כשמואל 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 לאחור תפיסה נתבע וה"מ במטלטלי אבל במקרקעי קי"ל כרב 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 שמא דבלא פירושי יש לדחוק דמ"ש בפרק השואל וה"ה במטלטלי כו' מיירי בטוען ברי אבל לפי מ"ש דבטוען ברי אף בהך דרב נחמן לא מפקי מהשוכר א"כ היאך קאמר אבל במקרקעי קי"ל כרב נחמן כו' אלא ע"כ מיירי בטענת ספק ואם כן הדר' קושיא לדוכתא.

אבל באמת לק"מ משלשה טעמים הטעם הא' יכילנ' לשנויי (דרך הרא"ש לכתוב בסתם כלשון הרי"ף אע"ג דלא ס"ל הכי) שכן 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 כלשון הרי"ף ורבנן סברי כיון 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 זהב 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 הכסף אשר חברתי עליו השגות וכן משמע להדיא מדברי הבעל מעדני מלך (דף קע"ט ע"ב) כמו שכתבתי.

עיין בס"פ גט פשוט כתב הרא"ש כלשון הרי"ף דקי"ל שעבוד' דאורייתא ובפ"ק דב"ק כתב הרא"ש וז"ל ב"ח אינו גובה חובו מן היתומים מעבדי' שהניח להם אביהם דהלכה כרב נחמן בדיני דאמר עבדא כמטלטלי דמי בכל מיילי דרבנן לגבות מן היתומים כו' עכ"ל והיינו כמ"ש התוס' שם והרא"ש פרק הגוזל קמא דטעמא דרב נחמן דלא גבי מעבדי דיתמי דהוי מידי דרבנן דשעבודא לאו דאורייתא עד כאן לשונו (מה שהקשה בתשובת מהר"א ן' 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 בצריך עיון (עיין שם ולפי עניות דעתי נראה ברור כמ"ש) ואף על פי שיש לגמגם על זה ממה שכתב הטור חושן משפט סוף סימן ח' והרא"ש פ"ק דמציע' גבי מתניתין דמצא שטרי חוב כו' וכן ממה שכתב הרא"ש ריש פרק הניזקין ואף על גב דקיימא לן שעבודא דאורייתא כו' והארכתי בזה כספרי (נרא' עיקר בדעת הרא"ש דשעבוד' לאו דאורייתא וכן דעת התוס' ומרדכי ובעה"ת בשם הראב"ד) מכל מקום העליתי שם דהעיקר דהרא"ש סבירא ליה להלכה כדעת התוספו' פרק קמא דקדושין דף י"ג ע"ב ופרק גט פשוט ריש דף קע"ו וכן כתב המרדכי שם דשעבוד' לאו דאורייתא וכן בתוס' רי"ד בקדושין דף י"ג ע"ב הוכיחו דקיימא לן שעבוד' לאו דאורייתא והשיגו על הרי"ף ע"ש שהאריכו בזה וכן כתב הבעל התרומות שער ס"א בשם הראב"ד דשעבודא לאו דאורייתא ומביאו ב"י בח"מ סי' ק"ד סט"ו עיין שם ועוד עיין בפרק קמא דמציעא סימן ט"ז כתב 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 הפרק שם כתב דקיימא לן כאביי דעדיו בחתומיו זכין לו ואף על פי שהבית חדש בסימן ס"ה דחק בזה (מ"ש הב"ח בח"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 וליה לא סבירא ליה ולבי 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 הכל חבור אחד ונראה כן בהלכות קטנות שמקצתן נדפסים הרי"ף ופירוש הרא"ש סביב הרי"ף ומקצתן נדפסים הכל חבור אחד כשאר מסכתות הרא"ש.

הרי נתבאר טעם אחד דאין קושיא ממ"ש הרא"ש פרק השואל כלשון הרי"ף דה"מ במקרקעי אבל במטלטלי מהני תפיסה: סימן מז הטעם השני אפילו סבירא ליה להרא"ש כן מכל מקום אתי שפיר דדומי דקרק' דלא מהני תפיסה קאמר דבמטלטלים מהני תפיסה דהיינו במקרקעי כיון דבחזקת בעליה קיימא אם כן כל היכא שתפס מיקרי תפס אחר שנולד הספק אבל במטלטלי אי תפס קודם שנולד הספק מהני אף בטענת ספק לדעת הרא"ש וכמו שכתוב לקמן סימן ס"ו וה"ה בהך דהשוכר גופיה (דין השוכר מטלטלים בי"ב דינרי' לשנה דינר זהב לחודש והשנ' מעוברת אף שאינו טוען ברי לא מפקי' מהשוכר אם בא המשכיל' בסוף חודש י"ג) אי שכר מטלטלים ובא בסוף החדש הוי כולו לשוכר ולא הוה מפקי' מיניה אע"פ שהיה תפוס בעדים כגון שידוע שעשה בו מלאכה י"ג חדש ולא פרשעו בעד החדש הי"ג לא הוי מפקי' מיניה כיון שהוא תפוס ועומד כבר במעות השכירות אף דאינו טוען ברי דלא שייך במטלטלים לומר בחזקת בעליה עומדת והוה ליה כאלו תפס אחר שנולד הספק אלא כיון שתפס כבר לא מפקי' מיניה הטעם השלישי שהרא"ש היה מפרש דהרי"ף מיירי בתפס ברשות וכן כתב הבעה"ת שער ס"ח בשם הרמב"ן להדיא דמפרש דברי הרי"ף כן וזה לשונו שם אחר שהביא כל דברי הרי"ף דפרק השואל שהבאתי בסמוך סימן מ"ו וכתב הרמב"ן ז"ל מה דכתב הרי"ף בפרק השואל גבי אסתר' דאי תפיס לא מפקי' מיניה פירוש לפירושו אם נתן לו מאה מעי ברשותיאו שנתן לו זה המטלטלים כיון דברשותיה יהיב ברשותיה קיימי והמע"ה ע"כ עד כאן לשון בעה"ת.

ואף על פי שכתבתי לעיל סימן י' דאין נראה כן עיקר בדעת הרי"ף מכל מקום כיון דחזינן דהרמב"ן ובעה"ת מפרשים דבריו כן שפיר נוכל לומר דגם הרא"ש מפרש כן וגם בסוף פרק קמא דבכורות הביא הרא"ש דברי הרמב"ן גבי ספק בכור גופיה דמהני כשתפס ברשות והבאתי לשונו לקמן סימן נ' (ישוב דברי הרא"ש ס"פ השואל גבי אושלן מרא למרפק פרדיסי) ובהכי ניחא מה שאמר הרא"ש בסוף פרק השואל גבי אושלן מרא למרפק ביה פרדיסי רפיק ביה כל פרדיסי דאית ליה ומהדר ליה קתי' ול"ד להא דאמר בפ' המוכר את הבית גבי ההוא דא"ל ארעת' דבי חייא מזבננ' לך דמיעוט ארעת' שתי' כו' א"נ יד הלוקח על התחונה כי המוכר מוחזק בנכסים אבל הכא יד המשאיל על התחונה כי השואל מוחזק ולא חשיב משאיל מוחזק כיון שסופו לחזור לו כדאמר לעיל קרקע בחזקת בעליה עומד' ואפילו בא בסוף החדש דהיינו דוקא קרקע שאין יכול להצניע ולשומטו מיד בעליו הלכך אזלינן בתר חזקת מארא קמא אבל במטלטלים אזלינן

בחר מאן דתפיס עד כאן לשון הרא"ש והוא מדברי התוס' (שם ולא כהתוס' ר"פ המוכר את הבית סוף דף מ"א בשם ר"י ע"ש) ולכאורה קשה שדברים אלו סותרים למ"ש פ"ק דמציעא דאף גבי מטלטלים לא מהני תפיסה מספיק' ומפקינן מיניה ונותנים ליד מאר' קמא והבאתי לשונו לעיל סימן ל"ד אבל לפי מ"ש ניהא דבתפס ברשות מודה הרא"ש דמהני תפיסה והתם גבי אושלן מר' הוי תפס ברשות וכן משמע להדיא בתשובת מהר"ר דוד ן' לב ספר א' דף כ"ג דמתרץ דברי הרא"ש דגבי אושלן מר' כו' כן.

ע"ש במה שכתב ולתרץ זאת הקושיא צריך אני להתלמד ולכתוב כל דיני תפיסה כפי מה ששמעתי ולמדתי מאדוני אבי כו' וכן כתוב בספר גדולי תרומה שער ס"ח דף שס"ד ע"ד שכך כוונת מהר"ר ד' ן' לב בתשובה שם. ובספר גדולי תרומה הקשה על תשובת ן' לב ומשמע מדבריו דמתרץ דהך דאושלן מרה הוי טענת בר וכן הך שכתב הרא"ש כהרב אלפס דמהני תפיסה במטלטלי וכן באסתרי מאה מעי.

(דברי הספר גדולי תרומה לא נהירין בזה) וכל דבריו לא נהירין לי כלל ופשיטא דהך דאושלן מר' לא הוי אלא טענ' ספק וכן הך דל' הרב אלפס לא איירי אלא בטענת ספק דאי הוי טעין ברי אפילו בהך דרבי נחמן היה השוכר נאמן וכמו שכתבתי למעל' סימן מ"ה. אלא העיקר כמ"ש ואין כאן מקום להאריך גם מ"ש בתשובת מהר"ר ד' ן' לב שם ובשלמא לתוספות אף על פי דאינהו נמי בההיא דמר' תירצו האי תירוצא דתירץ הרא"ש לא קשיא לי מידי מההיא דתקפו כהן משום דאיכא לשנויי שאני דתקפו כהן דהוי תפוס אחר שנולד הספק והוי תרתי לריעותא דלא מצי טעין נמי אלא טענת ספק אבל בההיא דמר' אף על גב דלא מצי טעין אלא טענת שמא מכל מקום לא הוי התפיסה לאחר שנולד הספק אבל הרא"ש לא חלק בזה כלל אדרבא תלה הדבר בדטעין טענת ברי או טענת שמא ולא חלק כלל בין תפיסה דקודם שנולד הספק או אחר שנולד הספק עכ"ל וכן כתב עו מהר"ר ד' ן' לב ספר ב' סימן ס"ז דף פ"ב ע"ב וז"ל וכ"ש שיש להסתפק דדלמא ס"ל להרא"ש דהיכא דתפס קודם שנולד הספק דמהני טענת ספק ממאי דכתב בפרק השואל בההוא גברא דאמר לחבריה אושלן מר' כו' איבר' מפ"ק דמציעא ומפרק אשה שנתארמלה לא משמע הכי אלא נראה מדבריו דבתפיס קודם שנולד הספק לא מהני טענת שמא עכ"ל והבאתי לשונו לק' סי' ס"ג (גם דברי מהר"ר ד' ן' לב לא נהירין בזה ולא נהירא דפשיטא דהך (שמא עכ"ל והבאתי לשונו לקמן סימן פ"ג ולא נהירא דפשיטא דהך) דאושלן מארה נמי הוי תפיס' אחר שנולד הספק דהא מיד כשאומר אושלן מרה למירפק פרדיסי נולד הספק בפירוש לשון פרדיסי ודמי למשכיר ב"ב זהובים לשנה דינר זהב לחדש דמיד נולד הספ' וכמו שכתבו לקמן סימן ס"ו גם מה שכתב אבל הרא"ש לא חלק בזה כלל כו' אזיל לשיטתיה וכמו שכתב לקמן סימן ס"ח משמו אבל לפי עניות דעתי הרא"ש מחלק בין קודם שנולד הספק או אחר כך וכמו שכתוב לקמן סימן ס"ו ס"ז וס"ט ע"ש: סימן מח אך דברי הטור סי' מ"ב אי אפשר לפרש כטעם השלישי וע"כ צריך לפרש דבריו כטעם הא' או השני שכתב בסימן מ"ב סי"ב וז"ל הולכים אחר הפחות כגון פלוני לזה מפלוני ק' זווי דאינון ן' סלעין אין לו אלא ן' סלעים כו' דיד בעל השטר על התחתונה ואי תפס מטלטלין מיניה לא מפקי' מיניה עכ"ל ולשון דאי תפס מטלטלין כו' משמע דהיינו שלא ברשות.

ועוד דל' מיניה משמע שתפס ממנו בעל כרחו וכ"כ בספ' גדולי תרומה שם דל' תפס מטלטלים מיניה שכתב הטור משמע שלא ברשות וגם בסמ"ע סי' מ"ב ס"ק כ"ג מפרש בפשיטות דברי הטור וש"ע דתפס בעדים שלא ברשות והבאתי לשונו לקמן סי' נ"ד. וא"כ קשה אמאי מועיל תפיסה הא פשיטא דתפיסה שלא ברשות לא מהני בטענת ספק לדעת הרא"ש וטור וכמו שנתבאר לעיל טובי זימני ואפילו למאן דאמר בתיקו מהני תפיסה מודה בספק שבשטר וכמ"ל סי' ל"ד לדעת הרא"ש וטור וליכא למימר דהטור מפרש דברי הרי"ף שהביא הרא"ש בפרק השואל בטענת ברי דהא כבר הוכחתי דזה אינו דא"כ אמאי כתב וה"מ במטלטלי אבל במקרקעי קי"ל כרב נחמן כו' ואי מיירי בטענת ברי דוקא פשיטא דאף בהן דרב נחמן אין מוציאין מהשוכר שהרי הוא אומר שלא היה מעולם פירות י"ג דינרין בקרקע וכמ"ל לעיל סי' ע"ה: ונ"ל (ביאור דברי הטור סי' מ"ב סי"ב) דהטור ס"ל כטעם הראשון שכתבתי בסמוך סימן מ"ו דהרא"ש העתיק להרי"ף וליה לא ס"ל וס"ל דהרי"ף מיירי בתפס שלא ברשו' ומ"ש הטור ואי תפס מטלטלים מיניה לא מפקי' מיניה כשטוען בר ואע"ג דהרי"ף מיירי נמי בטענת שמא מ"מ העור הוציא דבריו מהרי"ף לענין טענת ברי.

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 היה מפרש דברי הרי"ף בתפס קודם שנוולד הספק.

אבל הטעם השלישי ע"כ לא ס"ל להטור דאי הוה ס"ל להטור דהרי"ף והרא"ש מיירי ברשות ה"ל לכתוב עיקר הדין שכתבו הרי"ף והרא"ש דתפיסה ברשות מהני בספק שבשטר אפי' בשמא אלא ודאי דעת הטור כמ"ש ודוחק סימן מט (ביאור דברי ר' ירוחם נתיב ו' ח"ד) אבל ר' ירוחם על כרחך מפרש דברי הרי"ף והרא"ש דפ' השואל כטעם השני או השלישי שכתבתי בסמוך ולא כטעם הראשון שכתב בנתיב ו' ח"ד וז"ל שטר שכתו' בו ספק כו' כי מספק לא מפקינן 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 שנוולד הספק ואם טוען שמא לא מהני תפיסה אלא ברשות או קודם שנוולד 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 שנוולד הספק ובטוען ברי מהני תפיסה אף שלא ברשות אבל ברשות מהני תפיסה אפילו בטענת ספק לכולי עלמא ואפילו הרמב"ן והריטב"א והנ"י 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 בבעיא דלא איפשטא לא מהני תפיסה ס"ל דתפס ברשות מהני וכמ"ש הנמוקי יוסף

בשמו פ"ק דמציעא גבי בעיא דא"ל משוך בהמה זו וקני כלי' שעליה כיון 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 כיון דלכאורה נראה לבני הישיב' דר' אבא כרבנן כו' ועוד דלא תהא אלא ספיקא והיבם תפוס ברשות והנכסים ביד בניו ועל הספק להביא ראייה כדין 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 כיון דנתנו לו ברשות ה"ל איהו בעלים ואידך המע"ה וכמו שאכתוב בסמוך לשון הרמב"ן והרא"ש ספ"ק דבכורות ואם כן אין חילוק וכ"כ גם כן 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 נינהו ותפס מדעת הבעלים קניניהו כו' ע"ש.

ועוד דהרי כל עיקר ראיית הפוסקים האומרים דתפיסת ספק לא מהני הוא מספק בכור דתקפו כהן מוציאין מידו כדאיתא בהרא"ש ושאר פוסקים פרק קמא דמציעא ופרק בא דכתובות והא בהך דספק בכור גופיה כתב הרא"ש והרמב"ן סוף פרק קמא דבכורות דמהני תפיסה ברשות וז"ל הרא"ש שם אבעי' להו מהו לפדות בנדמה כו' ולא איפשטא הלכך 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 לכהן דלא אמרינן תקפו כהן מוציאין אותו מידו אלא כשתקפו אבל נתנוהו לו בעלים הדר הוי ליה כהן בעלים והוי ליה בעלים המע"ה כדתנן בפרק יש בכור לנחלה ר' עקיבא אומר אם נתן לא יטול ואם לא נתן לא יתן והכי אמר גבי כל ספק דממונ' גבי כור בנ' סאה בסלע אני מוכר לך ראשון ראשון קנה דמספקא לן אי תפס לשון ראשון אי תפס לשון אחרון משום דתפיס קנה וכן בפ' השוכר את האומנין השוכר את הספינה וטבעה לה בחצי הדרך ר' נתן אומר אם נתן לא יטול ואם לא נתן לא יתן משום דספיקא הוא ולא מפקינן ממונא ממאן דתפיס הואיל ותפיס ברשות אבל תקיפה לא מהניא.

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 כשנתן ליהוי כתקפו כהן דמוציאין מידו כדאמרינן בפרק שנים אוחזין וי"ל כיון דמתחלה נותן לו בתורת מתנות כהונה אע"פ שלאחר כך נתגלה שאם לא נטל לא היה ראוי ליטלו מספק לא אמרינן מוציאין מידו וכן ההוא דבא באמצע חדש בסוף השואל דאף על גב דבתחלת החדש כולו למשכיר לא מדמינן ליה לתקפו כהן עד כאן לשונו וכן מוכח להדיא מדברי הסמ"ע סוף סימן שצ"א שהבאתי לעיל סי' י"ח דבתפס ברשות כולי עלמ' מודו דמהני בתיקו ע"ש: הנה בארנו דעת הרא"ש וטור בדיני 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 קרעינן ליה ואי תפס מלוה לא

מפקינן מיניה מגו דאי בעי אמר לא תפסתי וכן כתבתי בתפיסת הדיינים ובחזקת המטלטלי' מאחר שנולד הספק קודם התפיסה מהני מספק ולא מפקינן מיניה וגם שטוען ברי לא מהניא תפיסה אלא אם כן התפיסוהו ב"ד או התפיסוהו הלוה קודם שבאו העדים אפילו טוען ברי וה"ר יונה כתב אפילו התפיסוהו בית דין אפילו מטלטלי קודם שנולד הספק כשיבואו העדים האחרונים מוציאין מידו והרא"ש כתב כי מהניא תפ סה בכל ענין מאחר שטוען ברי אפילו קודם שנולד הספק ודוקא במטלטלים עד כאן לשונו ובדקתי בר' ירוחם דפוס קוסטנטינו' 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 מפקינן מיניה מגו דאי בעי אמר 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 והרא"ש שם ושאר כל הפוסקים ליישב דנא דמי לספק בכור ושוכר ומשכיר הא פשיטא דבלאו הכי לא דמי כיון דאית ליה מגו (דין בספק שבשטר מהני תפיסה אפילו בעדים דלית ליה מגו) אלא פשיטא דלרש"י והרא"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' מלוה ולוה 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 דבתפס בעדים משמע דה"ה לכל ספק שטר עכ"ל וכ"כ הנ"י פרק 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 לענין 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 וכך צ"ל דאי תפס מלוה לא מפקינן מיניה אפילו תפס בעדים בענין דלית ליה מגו דאי בעי אמר לא תפסתי כו' וכן מוכח מ"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 והאיך קאמר מאחר שנולד הספק קודם התפיסה כו' ועוד שכתב וגם שטוען ברי לא מהני תפיס' כו' ודברים אלו אין להם הבנה כלל.

ועוד שכתב והרא"ש כתב כו' אחר שטוען ברי אפילו קודם שנולד הספק כו' והרי 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 כך 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 הלוח קודם שבאו עדים כגון ההיא דאנוסים היו פסולים היו דתרי ותרי נינהו ור"מ כתב דאף התפיסוהו ב"ד קודם הספק כשיבואו עדים האחרונים מוציאין מידו בין בקרקע בין במטלטלים והרא"ש כ' כי כל זמן שטוען ברי מהניא תפיסתו ואין מוציאין ממנו במטלטלים אבל בטוען שמא לא מהני חפיסה עכ"ל.

ודברים אלו נכונים ומסודרי' 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 ז"ל שם שנים שנתעצמו על דבר אחד ולא נתברר ואמר האחד תפסוהו בית דין עד דמייתי ראייה 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 דטוען התופס ברי מהני תפיסה אפילו שלא ברשות ואע"ג דדעת הנ"י פ"ק דמציעא אינו נראה כן אלא משמע מדבריו דדוקא כהך דפ"ב דכתובות דתרי ותרי מהני תפיסה הא בשאר ספק שבשטר לא מהני תפיסה אפילו טוען ברי אא"כ אית ליה מגו שכתב וז"ל וא"ת היכי אמרי' דכל ספק דמונא אי תפס תובע מפקי' מיניה והא אמרינן בפרק האשה שנתארמלה וימנין דתפסה מאתים ואמרה אנא בתולה הואי והא דלא אעברי קמאי איתנוסי הוא דאיתנוס אלא דתפיסה בספיקא דמונא מהניא ולא אמרינן אוקי ממונא בחזקת מארי' י"ל התם טעמא דמילתא משום דמילתא דעבידא לאגלווי הוא דרוב הנשאות כשהן בתולות יש להן קול ובמילתא דעבידא לאגלווי לא מפקי' ממונא מרשות התופס כדי להעמידו אחזקה דמרי' קמא וראיה לדבר מדאמרינן בפרק המקבל ההוא שטרא דהיה כתוב ביה שנין סתמ' מלוה אומר חמש ולוה אומר ג' מי מהימן פי' כגון שקדם מלוה ואכלינהו לפירות ואסיקנא פירות בחזקת אוכליהן הן עומדים ומקשינן והא קי"ל הלכתא כותיה דרב נחמן דאמר קרקע בחזקת בעליה עומדת ומפקינן התם לאו מילתא דעביד' לאגלווי הוא אבל הכא מלתא דעבידא לאגלווי היא ואטרוחי בי דינא תרי זימני לא מטרחינן אלמא דבמילתא דעבידא לאגלווי שבקינן ממונא ברשות דמאן דתפיס ולא מהדרינן ליה למרי' קמא.

וא"ת דהא אמרינן בפרק האשה שנתארמלה כנים החתומים על השטר ובאו שנים אחרים ואמרו כתב ידן הוא זה אבל אנוסים היו קטנים היו נאמנים ואם היה כתב ידן יוצא ממקום אחר אין נאמנים ומקשינן ומגבינן ביה תרי ותרי נינהו ואסיקנא דלא מיקרע קרעינן ליה ולא אגבווי מגבי' ביה אלא אי תפסי לא מפקי' מיניה ואמאי והא התם לאו מילתא דעביד' לאגלווי הוא דתרי ותרי נינהו וכמאה נינהו והוה לן למימר אוקי

ממונא בחזקת מרי' ולא מהני ליה תפיסה י"ל דכל תרי ותרי לא אמרינן אוקי ממונא אחזק מ"ק משום דבכל תרי ותרי סמכי בודאי ואינו בדין שנוציא ממון מרשות התופס כיון ששני עדים מעידים כדבריו.

ואף לענין איסור הדין כן דלא אמרינן היכא דאיכא תרי ותרי לא אמרינן אוקי מילתא אחזקתהכדמוכח ההיא דינאי המלך פרק האומר בקי ושין אבל כל ספיקא דממונא דלאו מכח חרי ותרי אתי ונאי מילתא דעבידא לאיגלווי היא אפילו תפס תובע מפקינן מיניה. ומיהו ה"מ דתפיס שלא ברשות אבל תפיס ברשות אפילו בכה"ג לא מפקינן מיניה ראייה לדבר מדאמרינן בסוף פרק השואל כור בשלשים סאה בסלע אני מוכר לך ראשון ראשון קנה כלומר דאף על גב דאיכא לספוקי משום לשון ראשון שאמר כור בשלשים שלא היה דעתו שיקנה אלא אחר שימשיך כל הכור ולא ראשון ראשון כיון 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 כלומר שתפס ברשות.

והיינו נמי דגרסינן בפרק השוכר את האומנים השוכר את הספינה וטבעה לו בחצי הדרך 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 דפלוגתייהו דשוכר ומשכיר בחדש העבור כולו 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 מכח המטלטלין אבל לענין תפיסה שלא ברשות כי היכי דלא מהני בקרקעות כך 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 גווני דאמרינן דלא מהני' תפיסה הני מילי בספקא דממונא שדינן 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 ז"ל בהגך 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 כללא 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 כגון ספק בכור או כור בל' וכיוצא בהם והשני הוא שהספק הוא מחמת טענותיהם כגון 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 לאיגלווי ושלא יהא תרי ותרי ושלא יהא ברשות ושיהיו

מטלטלים שאם איכא תרי ותרי ואי עבידא לאגלויי לא מפקינן וכן אם הוא ברשות ובמטלטלי אבל במקרקעי אפ"י 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 והוה צווה מעיקרא מפקינן מיניה והכל מפורר בפנים ע"כ עכ"ל נ"י: סימן נד מכל מקום נקטינן בהא ככראיסכהרא"ש וטור ורבי' ירוחם דבכל ספק שבשטר וטוען התופס ברי מהניא תפיס' אף שתפס בעדים ושלא ברשות שכן נראה גם כן להדיא דעת התוס' (דף כ' ע"א) והמרדכי פרק ב' דכתובות ותשובת מיימוני דספר משפטים סימן ל"ט וכן בתוס' פרק 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 דאפ"י היכא שהמוחזק טוען ברי לא מהניא תפיסה מדהבי' ראייה מפ"ק דכתובות א"כ משמע דלא מחלק בין טוען התוקף ברי או לא דא"כ מאי ראייה מייתי נימא דשאני התם דהלוה 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 המוחזק ברי לא מהני אחר שנולד הספק לפע"ד לא מוכח מידי) ולפי עניות דעתי משום הא לא מוכח מידי די"ל דהסמ"ג מודה מבחוץ דבברי מהני תפיסה בכל ענין אפילו תפס אחר שנולד הספק וכמו שכתבו התוספות אלא דמשמע ליה דהך דפרק ב' דכתובות מסתמא משמע בכל גווני אפילו טוען המלוה שמא וכמו שכתוב בחדושי ריטב"א פ"ק דמציעא בשם הראב"ד והר"ן פרק ב' דכתובות בשם איכא מ"ד דמפרשים הך דפרק ב' דכתובות שהמלוה טוען שמא כגון שמצא שטר זה בין שטרותיו ואינו ידוע מה טיבו כו' ע"ש.

ועי"ל שהרי הסמ"ג לא הביא ראייה 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 ראייתו הוא ממסכת בכורות לר"ע כו' תד שהרי ברא"י זו שהביא ממסכת בכורות כ' תדע שהרי במסכת בכורות כו' ובהך דפ"ב דכתובות לא כתב לשון תדע או לשון ראייה אלא משמע כוונתו כדפי'.

תדע דע"כ הסמ"ג גופי' מודה דבברי מהני תפיסה דהא מהרי"ק גופיה כתב שם דלאו רוקא בטענת ברי אלא אפינו טענת קים לי דחשיב' כטענת ברי והבאתי לשונו לקמן סימן ע"ט אלמא דמאן דס"ל דבפלוגתא דרבוותא 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 דרבוותא ע"ש) וכיון שהוכחתי לעיל סימן ז' דס"ל להסמ"ג דאפ"י בתיקו מהני תפיסה אפ"י אחר שנולד הספק כ"ש בפלוגתא דרבוותא וכמ"ש לקמן סימן ע"ט דאפילו מאן דס"ל בתיקו לא מהני תפיסה מודה בפלוגתא דרבוותא מהני תפיסה א"כ כיון דס"ל להסמ"ג דבתיקו מהני תפיסה פשיטא ופשיטא

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 דסמכינן אשנויא קמא דתוס' דתפיסה בטענת ברי מהני בכל גווני וע"ש. וכן נראה להדיא דעת הת"ה סימן שכ"א וכן נראה מדברי שאר כל הפוסקים ומהר"ר יוסף ן' 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 ן' לב לא דק במ"ש דאף בטוען ברי לא מהני תפיסה לרוב הפוסקים) ונ"ל דלא דק או אישתמיטתיה כל הנך פוסקים שהבאתי וכ"כ ה"ר חיים בנבשתי בתשוב' שכתשוב' מהר"ר יוסף טראני סימן קנ"א דף ר"ב ע"ב שרוב הפוסקים הסכימו דתפיסה שלא ברשות לא מהני אלא בטוען ברי וכמו שבא הדבר מבואר בתשוב' לרב מהר"ש חיון ז"ל סימן ל"ג עכ"ל אלמא דבטוען ברי פשיטא דמהני תפיסה לכל הפוסקים ומשמע שם בפשיטות שגם מהר"י מטרנאני מסכים עמו בזה וכ"כ עוד מהר"י מטרנאני בפשיטות בתשובות בסימן ע' דף צ"א ע"ב ע"ש (דין כל ספק שבשטר אם תפס המלוה וטוען ברי אפי' תפס בעדים שלא ברשות לא מפקינן מיניה) וכ"כ הבית יוסף בש"ע בסימן מ"ב סעיף ח' וז"ל בכל הני דאמרינן לעיל שיד בעל השטר על התחונה אי תפס מטלטלים לא מפקי' מיניה עכ"ל (ופשיטא דמיירי התם אפילו תפס בעדים דאל"כ פשיטא דאפי' בלא שטר נאמן משום מגו וכן פי' הסמ"ע שם ס"ק כ"ב דמיירי אפילו תפס בעדים שלא ברכות והוא פשוט) גם מהרמ"א הוסיף והגיה שם וז"ל וכל שכן שאומרים בשובר יד בעל השטר על העליונה הואיל והוא מוחזק דלא כיש חולקים ואומרים דאפילו בשובר אמרינן ידו על התחונה עכ"ל ובסמ"ע שם ס"ק כ"ג וז"ל והא דכתב דכ"ש הוא ר"ל מאחר דבתפס שלא ברשות מרשות בעלים לאחר שנולד הספק מהני כל שכן בשובר שמוחזק ועומד בשלו הוא דאין מוציאין מידו וכן הוא דעת מור"מ ז"ל אבל קשה די"ל דלא מהני שובר שלשונו מסופ' נגד שט"ח מבורר שהוא ביד המלוה ויש לו בשטר שעבוד קרקעות וכן מוכח דאל"כ קשה דדברי הרב אלפס וטור שבסי' זה יסתרו למ"ש הרי"ף וטור לקמן סימן ע"א סעיף ל"ד בדין מלוה שהאמין ללוה שצריך הלוה לישבע שפרע משום דיד בעל השטר על התחונה ואמרינן דלא הימני' אלא לבטל השטר דמלוה ולעשות כמלוה ע"פ והיינו מטעם כיון שהחוב ברור בשטר שביד המלוה וכמ"ש שם בדרישה ומזה קשה גם על ב"י שכתב בסוף סעיף י' גבי ספל וקפל וז"ל ונראה שאם הוא שטר מחילה לא תלינן בזבוב דהמע"ה עכ"ל ודו"ק עד כאן לשון הסמ"ע (השגות על דברי הסמ"ע סי' מ"ב ס"ק כ"ג) ולפע"ד דברי מהרמ"א בהג"ה ודברי הב"י נכונים וברורי' בטעמם דכ"ש בשובר אמרינן יד בעל השובר על העליונה ומ"ש הסמ"ע דאל"כ קשה דדברי הרי"ף והטור יסתרו כו' לק"מ דלכולם אמרינן יד בעל השובר על העליונה לבטל השטר שכן דרך לכתוב שובר לבטל השטר ואם כן יד בעל השטר על התחונה נגד השובר ממילא יד בעל השובר על העליונה נגד השטר אבל אחר שנתבטל השטר א"כ ה"ע לבטל השובר לענין תביעת בעל פה בעל השטר ושפיר אמרינן גבי' יד בעל השטר על התחונה לענין דצריך לישבע תדע דע"כ בסימן ע"א אין הטעם כמ"ש בסמ"ע כיון שהחוב ברור בשטר שביד המלוה דהא מועיל השובר לבטל השטר ופשיטא דקרעינן ליה לשטרא מיד שאומר פרוע אלא

הטעם כמו שכתבתי וגם בהך דסימן מ"ב פשיטא דצריך הלוח לישבע היסת כתביע' בעל פה ומ"ש מהרמ"א יד בעל השובר על העליונה היינו לבטל השטר גם בדין אי תפס לא מפקי' מיניה שכתבו הטור וש"ע והפוסקים שם אם תובע למלוה יכול להשביעו היסת וכמ"ש הטור וש"ע שם סי"ב גבי כתוב בשטר סלעים מלוה אומר ה' ולוה אמר ב' נותן לו ב' ונשבע היסת על השאר עכ"ל וכ"ש באם תפס מלוה דצריך לישבע היסת.

(עוד השגה על דברי הסמ"ע הנ"ל) גם מ"ש הסמ"ע ומזה קשה גם על הב"י שכתב בסוף סעיף י' כו' לא קשה מידי מטעמא דאמרן ודברי הב"י נכונים וכן מבואר בתשובת הרא"ש בכמה תשובות ומביאם ב"י בס"ס מ"ג וכן בש"ע סי' מ"ג סכ"ה וכ"ו וכ"ז דאמרינן בשו"ב יד בעל השובר על העליונה ע"ש (השגה על דברי ד"מ סימן מ"ב) גם בד"מ סי' מ"ב ראיתי שכתב על דברי ב"י דגבי ספל וז"ל וע' בסמוך בדברי מהרי"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 כיש חולקי' ואומרים דאפי' בשובר אמרינן ידו על התחתונה היינו משום שכתב בד"מ שם וז"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 וכ"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 בסימן מ"ב תמה על מהרי"ק שורש ז' איך חולק על הפוסקים דאי תפס לא מפקי' מיניה. ולפע"ד ליכא כאן 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 שוה בשוה מחמת שהוזכר בשטר שכיניהם דבהוצאת צדקה יפרע כל א' בשוה 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 שמכח הדין מתחייב לפי ממונו אלא שמכח השטר בא להפקיע דין תורה עכ"ל ר"ל כיון דבלא השטר הוא חייב בודאי לפי ממונו שהרי אינו טוען שאתם עשית' עמי בפי ולפרוע שוה בשוה גם בפדיון שבויים רק שאומר כיון שעשיתם עמי שטר לפרוע שוה בשוה לצורך צדקה גם פ"ש בכלל א"כ מה יועיל לו תפיסתו הרי הוא חייב בודאי בלא שטר ואיך יפקיע עצמו מכח ספק שבשטר אין ספק יוציא מידי ודאי אבל הך דסי' מ"ב שבטור ופוסקים שהמלוה טוען ברי וכמ"ש לעיל סימן מ"ח ובסמוך סימן נ"ד ואומר שחייב לו בודאי 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 בסימן מ"ג סכ"ז דאם היה כתוב בשובר שמחל לו כל תביעות שהיו לו עד עכשיו הוי ספק ומספיק' לא מפקינן ממונא היינו גם כן שבעל השובר טוען שמחל לו בפירוש גם שטר זה וכן הריטב"א בנמוקי יוסף פרק גט פשוט מודה דאמרינן בשובר ידו על העליונה כיון שהוא מוחזק.

(השגה על מהרמ"א מה שהבין מנ"י פרק גט פשוט בשם הריטב"א) ולא כמו שהבין מהרמ"א מדעתו ולא פליג הריטב"א התם אלא בכתוב בו דינרין דל דינרין טובא משו' דלשון דינרין משמע רק שנים וכן כתב הרב המגיד סוף ה' מלוה והש"ע גופיה בסימן מ"ב סעיף י"ב גם בשטר שכתב בו דינרין ותפס יותר מב' דמפקי' מיניה תדע דאל"כ למה הביא הנ"י שם פלוגתייהו דהרא"ה והריטב"א בברייתא דדינרין ה"ל לכתוב כן מיד לעיל מיניה במתני' דזוזי ק' דאינון ל' סלעים אלא ודאי כמ"ש ע"ש ודוק וזה ברור: ואין (דין שטר שכתוב בו סלעין דינרין ותפס המלוה יותר מב' מפקי' מיניה דשטר מסייע ללוה) להקשות בשטר גופיה שכתב בו דינרין אמאי מפקי' מיניה אי תפיס יותר מטעמא דשטרא מסייע ליה ללוה הא הוי מילתא דעבידא לאגלוויי ודמיא לשטר משכנתא דכתוב ביה שנין סתמא דאמרי' בש"ס פרק המקבל הבאתיה לעיל סימן מ"ד ונתבאר בכל הפוסקים ובטור וש"ע סי' ש"ז דלא מפקינן מהמלוה שאכל ג' וכן נתבאר לעיל סימן נ"ג ומאי הא מסייע ליה שטר' ללוה (ודוחק לומר דהא דמפקינן מהמלוה מיירי כגון שמתו העדים או הלכו למ"ה דבכה"ג מפקינן גם גבי שטר משכנתא מהמלוה וכמ"ש לעיל סימן מ"ד בשם הרא"ש דפשט דברי ה' המגיד והפוסקים לא משמע כן) באמת בספר גדולי תרומה סוף שער ס"ח הקשה על ה' המגיד בזה והניח בקושיא (מה שהקשה מהספר גדולי תרומה סוף שער ס"ח על ה' המגיד לא קשה מידי ואשתמיטתיה דברי הנ"י פרק המקבל) אבל באמת לק"מ ואישתמיטתיה דברי הנ"י פ' המקבל שהביא הוא עצמו לשם בדף הקודם וז"ל והא דלא מסייעינן ללוה מלישנא דשטרא דמשמע שתיים דכתוב ביה שנין סתמא כדאמרינן פ"ק גבי סלעין דינרין משום דכיון דהניחו ליה למלוה לאכול פירות של שנה שלישיית איתרע ליה סהדותא דשטר זה הרנב"ר ז"ל עכ"ל וכה"ג כתב בחידושי הריטב"א פ"ק דמציעא.

ולפ"ז היה נראה לפסוק להלכה בשובר שכתוב שפרע לו דינרין כהריטב"א שבנ"י פרק 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"ב בס"י ודעת 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 כן ה' המגיד פט"ז מה' מלוה אם כן בע"כ צריך לחלק והיינו כמ"ש הבעה"ת שער נ"ג בשם הרמב"ן והביאו ב"י בסימן נ"ד וז"ל ואע"ג דבפ"ק דמציעא משמע דסתם דינרין לא הוי אלא שנים ההוא בשטרי הלואה דאמרי' כיון דידעי עדים דיד בעל השטר על התחטונה אלו היה יותר משנים היו כותבין בפירוש אבל בשובר אדרבא אמרינן איפכא 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 למלוה 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 איפכא דילמא לא ידעי סכום ממון השטר כו' ואם איתא דמדין ברור אמרי' כן הל"ל אמרי' איפכא 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 היה כוונת העדים כך אלא ודאי לא קאמר הרמב"ן אלא בשובר כיון דנוכל לומר איפכא לא מפקי' ממונא (דין דשוכר שכתוב בו שפרע דינרין ותפס המלוה המותר מהב' דינרין בהנך גוני דמהני תפיסה לא מפקי' מיניה) ולפ"ז אי הדר מלוה 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 וז"ל וכתב הרשב"א שנשאל על ראובן שהוציא שט"ח ושמעון טוען שפרעו כולו והוציא שובר וכתוב בו כי ראובן מודה שפרע לו דינרין וטען ראובן שלא פרע לו כי אם שני דינרין והעריך בתשוב' ובסוף העלה יש לב"ד לחקור הדבר הרבה ואם לא יוכלו להעמי' הדבר על בוריו ליקום שטר' ביד מלוה ומעות היכא דקיימו לוקמו עד שיתגלה הדבר ואי תפס לא מפקינן מינה עכ"ל (מ"ש בספר גדולי תרומה סוף שער נ"ג דהרמב"ן והרשב"א פליגי ליתא לפענ"ד) ומדברי בעל גדולי תרומה סוף שער נ"ג נראה שהרמב"ן חולק אתשו' רשב"א ולהרמב"ן אפי' תפס מלוה מפקי' מיניה מטעם דהעדים כתבו סתם דכל מאי דליפוק לורעיה ולפעד"נ כמ"ש.

וכתב בסמ"ע סימן מ"ב ס"ק ל"ב דדוקא בשטר שכתוב בו דינרין לא מהני תפיסה מטעמא דלשון השטר מסייע ללוה דסתם דינרין אינו משמע יותר משני' אבל בנכתב בשטר דאינון ונמחק הסכום דאין לו אלא שנים מסתבר דמהני תפיסה אף בעדים. (דין בשטר שכתוב בו דאינון ונמחק הסכום לא מהני תפיס' ולא כסמ"ע סי' מ"ב ס"ק ל"ב) ולא נהירא דבנמחק הסכום פשיטא דלא מהני תפיסה לכ"ע דאם לא כן כל מי שיש לו שטר ימחוק הסכום ויתפוס הרבה אלא ודאי אין דנין מחק אלא להורע' כחו של מוציא כ"כ הטור ושלחן ערוך בסוף סימן נ"ד גבי שובר שכ' דאינון ונמחק הסכום דאין דנין אלא בפחות שבלשונות (ואין לך תפיסה יותר מבשובר שהרי הוא: תפוס ועומד) והוא מטעם הנ"ל וכמ"ש הבעה"ת שער נ"ג בשם הרמב"ן ומביאו ב"י בר"ס נ"ד עיין שם: סימן נו מ"מ עלה בידינו דמהרי"ק שורש ז אינו חולק על הפוסקים דמהני תפיסה בספ' שבשטר דאינהו מיירי בטוען ברי אף בלא שטר ומהרי"ק איירי בבא לזכות מכח השטר וכמו שכתבתי.

וכן במהרי"ק שורש צ"ד משמע להדיא לחלק כמו שכתבתי דכתב שם בל' הנחה שבשטר הצואה דאיכא פלוגתא דרבוותא אי הוי לשון מתנה אמרי' יד בעל השטר על התחתונה ולא מהני תפיסה אלא היכא דתפס קודם שנולד הספק לצד אחר מהתוס' או היכא שהתוס' בא מחמת טענת ברי לצד אחר מהתוספות כו' ע"ש.

(קושיא במהרי"ק שורש ז) אך קשה דהא בנדון דבשורש ז' תפס קודם שנולד הספק. ואפשר דלדינא ס"ל למהרי"ק דאין חילוק בין תפס קודם שנולד הספק או נא רק בין טענת ברי או שמא ומ"ש בשורש צ"ד היינו לצד אחד מהתוס' שמחלקים בכך אבל לדינא לא סבירא ליה הכי או אפשר דסבירא ליה דלא שייך לחלק בזה אלא לענין דמצי

למימר קים לי כחד מרבוות' אבל לענין ספק שבגוף השטר אין חילוק אלא אפילו תפס קודם שנולד הספ' לא מהני רק בטוען ברי ויש טעם לחלק ביניהם משום דבפלוגתא דרבוותא מצי למימר קים לי כהאי ואם כן ברור לי שהדין עמי ואתה שרוצה להוציא עליך להביא ראיה דקיימא לן כאידך ומ"מ לא הוי טענת ברי מעליא שיועיל אף לאחר שנולד הספק לדעת מהרי"ק או אפשר דחשי' ליה למהרי"ק טענת ברי מעליא והא דכתב בשורש צ"ד דלא מהני תפיסה היינו לדעת ר"י דלא מהני תפיסה וכמו שמסיים שם מהרי"ק בסוף.

וכל אשר כתבתי דיד בעל השטר על התחנתונה זהו לפי שטת ר"י והנמשכים אחריו וכדפירש לעיל ומכח זה כתבתי שאע"ג שהמקבלי מתנות באים מכח שטר מכל מקום יד בעל השטר על התחנתונה כיון דלא מהני תפיסה לדעת 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 כהרא"ש דמניח הוי לשון מתנה) ואה"נ דלדין מצי המקבל מתנה למימר קים לי כהרא"ש דמניח הוי לשון מתנה אפי' תפסו אחר שנולד הספק כתב שם בשורש צ"ד דאפשר דלא מצי למימר קים לי רק בנדוני' חתני' אבל נראה דלא כתב שם כן להלכה רק לפלפולא בעלמא וראיה 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 כן מה בכך שהוא מוחזק הלא ע"פ דין תורה חייב לפרוע לפי ממונו ואיך בא לזכות מכח ספק שבשטר אין ספק מוציא מידי ודאי.

כן נראה לי לדעת מהרי"ק ודוק. ועי"ל והוא העיקר כיון דמהרי"ק שם בשורש ז' מסיק ומוכיח דבל' צדקה אין פדיון שבויים בכלל מדין ברור ולא מכח 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 כיון 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 כיון שבעל השובר מוחזק קודם שנולד הספק מהני וכן לפי מה שכתבתי לעיל סימן ג' דתפיסה ברשות מהני לכ"ע אפילו בטענת ספק גם כן אין צריך לפרש דברי תשו' הרא"ש ופוסקים וש"ע גבי שובר בטוען ברי אלא אפילו אינו טוען ברי כיון דתפיס 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 תפיס 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 ההיא דתרי בהדי שתפס מקודם ולכך מתרצים דאפילו תפס לאחר הספק הואיל וטוען ברי מהני ולשון קושית התוס' משמע בהדיא בההיא שמעתתא דתקפו כהן דכל התופס מספק שלא יכול לטוען ברי מפקי' מיניה ומוקמי' לה בחזקת מרא קמא ורוצה לומר ע"כ אפילו אם תפס קודם שנולד הספק מדמייתי ראי' מחדש העיבור דלמשכיר הוא אליבא דרב נחמן ואע"ג דהשוכר תפיס מקודם ובהיתר (הג"ה ובהג"ה באשרי פרק יש נוחלין בשם מהרי"ח כתב וז"ל דתפיסה לא מהני בספיקא אא"כ תפיס בעוד היה הדבר ודאי קודם שנולד הספק או שטוען ברי שהוא חייב ליה ע"כ) וצריך להתיישב בהא דכתב אשרי סוף פ"ק דבכורות בשם הרמב"ם (צ"ל הרמב"ן) דכל היכא דתפס ברשות מהני תפיסה אפילו בדבר ספק כההוא דשה נדמה פדה בו פטר חמור ונתנו לכהן וכן בפרק יש בכור אם מת הבן בתוך ל' אמר רבי עקיבא אם נתן לא יחזיר וההוא דפרק הספינה כור בל' סאה בסלע ראשון ראשון קנה וכן ההיא דפרק האומנים בספינה שטבעה בחצי הדרך אמרי' נמי אם נתן לא יחזיר וטעמא דכונה משום דמספקא לן בהו וכיון דתפיס לא מפקי' מיניה הכי מפרש לה התם ויש לחלק דהנהו כולהו הבעלים הראשונים התפיסו מדעתם לאותן שהם מוחזקים ותופסים עתה והתפיסו להם אדעת' דהכי דיהא שלהם משא"כ לתופס דבר שבידו בתורת שאלה או פקדון או אפי' אם בא לידו מאליו הואיל ולא התפיסו הבעלים אדעת' דיהא שלו אות' תפיסה לא מהני בספיקא דדינא כך נראה דעת הרמב"ם (צ"ל הרמב"ן) באשרי בבכורות עכ"ל ת"ה שם (עיין ל' הרמב"ן באשרי פ"ק דבכורות לעיל סימן נ' כי שם הבאתי לשונו): סימן נח (דברי ת"ה סי' שכ"א גבי תפס ברשות צריכי' ביאור) ולכאורה נראה מדהביא הת"ה בתחלה הך דחדש העיבור דכולו למשכיר מטעמא דתפיס מקודם ובהיתר וכ' אח"כ וצריך להתיישב בהא דכתב אשר"י ספ"ק דבכורות בשם הרמב"ן כו' וכתב אח"כ ויש לחלק כו' משמע דבא לומר דלא תיקשי אהך דכ' אשר"י פ"ק דבכורות דתפיסה ברשות מהני מהך דחדש העיבור דכולו למשכיר והא התם תפיסה בהיתר לכך כתב ויש לחלק דהנך כולהו כו' ואם כן בהך דחדש העיבור מיקרי תפיסה של ברשות כיון דלא התפיסו אדעתא דיהא הבית שלו ואם לזה נתכוין בעל ת"ה אין דבריו מוכרחים ואדרבה הך דחדש העיבור מיקרי תפיס ברשות (וכן מבואר להדיא בתוס' פ' יש בכור דף מ"ח ריש ע"ב דהך דחדש העיבור מיקרי תפיס ברשות כמו הך דר"ע דאם נתן לא יטול והבאתי לשונם לעיל סי' נ' ע"ש) ואפ"ה לא מהני תפיסה לרב נחמן דקי"ל כותיה מטעם דקרקע שאני דבחזקת בעלים קיימא וכמו שהבאתי לעיל סי' נ"ג ל' הנ"י שעומד בשטת הרמב"ן ומחלק להדיא בכך וקרוב אלי שכל דברי נ"י שהבאתי לעיל מועתקים מחדושי הרמב"ן דמציעא שבב"ב פ' בית כור כתב הרמב"ן בחדושו שברק שנים או חזין פירש ענין זה בארוכה ע"ש וכן רגיל הנ"י למשוך אחר דברי הרמב"ן וכן מוכח נמי להדיא מדברי הרמב"ן שהביא בעה"ת שער ס"ח שפירש דברי הרי"ף דפרק השואל בתפס ברשות והבאתי לשונו בסימן מ"ג והא הרי"ף כתב התם להדיא וה"מ במטלטלי אבל במקרקעי קי"ל כרב נחמן דאמר קרקע בחזקת בעלים קיימא והבאתי לשונו לעיל סי' מ"ב ומביאו בעל התרומות גופיה שם מיד לעיל מיניה קודם דברי הרמב"ן הרי להדיא דאף בתפס ברשות יש חילוק בין מטלטלים וקרקע וחדש העיבור מיקרי מטא ברשות ואפ"ה לא מהני מטעם

קרקע בשהם בבציר קיימא וכמ"ש הנ"י וכן מוכח מוכרי הר"ן פרק מי שאחזו והה"מ פ"ח מגירושין שהבאתי לקמן סימן צ"ב דאף בתפס ברשות יש חילוק בין מטלטלים לקרקע דבקרקע לא מהני ע"ש, ואע"ג דהרשב"א כתב בתשובה סימן תתקע"ב בא' שמכר קרקע לחבירו ובאו ב' ואמרו כי תנאי היה בשעת המכירה וקנין שאם יחזיר לו המעות מכאן ועד ג' שנים שיהא המכר בטל והלה מביא עדים שמכרה בלא תנאי שאין בזה דמיון להא דאמרינן בכתובות פרק האשה אין נאמנין ולא מגבלי ביה דתרי ותרי נינהו ואוקי ממונא בחזקת מארי' דשאני הכא שלדברי כולם לוקח זה כדין ירד והמוכר החזיקו בכסף ושטר וחזקה אלא שזה מביא עדים שיש לו להסתלק מחמת תנאי וזה מביא עדים שהמכירה לחלוטין הרי קרקע בחזקת לוקח זה שהוא עכשיו בידו ואין אומרים בזה אוקי ממונא בחזקת מ"ק כו' וכ"ש לדעת ר"ח ז"ל שפסק כמ"ד ביבמות תרי ותרי ספיקא דאורייתא ולא אמרינן אוקי מילתא אחזקתיה ונ"מ למי שתפס ואפי' 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 כן וגם בתשוב' מה"ר יעקב לבית לוי הביא דברי רשב"א אלו לפסק הלכה משמע דהרשב"א ס"ל דאפי' בקרקע מהני תפיס' ברשות.

אבל אחר העיון נראה דלא פליג על הפוסקים כנ"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 בשעת 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 כולם 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 אפי' לחלוטין כשלא יביא מעות לסוף ג' שנים א"כ ככה"ג לא שייך לומר אוקי בחזקת מאר' קמא שאדרבה הלוקח הוא נקרא בעל הקרקע ובפרט שהיה הזמן ג' שנים כדין 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 שיכול לסלקו תוך הג' שנים באיזו זמן שירצה דא"כ לא היה בעליו עליו לזמן אלא פירושו שמכאן ואחר ג' שנים יסלקו ואפי' תאמר דתשו' הרשב"א מיירי כפשוטו מ"מ לענין דינא לא קי"ל הכי אלא כרוב הפוסקים דתפיסה לא מהני בקרקע אף ברשות רק שאם הים בעליו עליו לזמן וכמ"ש דבהא 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 נתכוין בעל ת"ה לזה דהא בלאו 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 כלל וגם אין טעם

כלל לחלק ביניהן אלא נראה ששון הרמב"ן שבאשרי וטעמו הכריחו לבעל ת"ה לחלק כך בדעתו מדכתב הרמב"ן אבל נתנוהו לו בעלים כו' ל' נתינה וגם מדיהיב טעמא דהדר הוה ליה כהן בעלים כו' משמע נע דוקא היכא שכתבו לו אדעת' דיהא שלו דאז הדר הוה ליה כהן בעלים וה"ל בעלים המע"ה אבל כל שבא לידו מאליו או בתורת שאלה וכה"ג כיון דליכא למימר בכה"ג הדר כ"גכהן בעלים דהא אינו בעליו שהרי הוא אצלו בתורת שאל' ופקדון וכה"ג הלכך ה"ל תפיסה שלא ברשות סימן נט ובתשו' בן לב ס' ראשון דנ"ד סוף ע"א כתב וז"ל אבל אם התפיסו המלוה 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' בן לב אדברי ת"ה בענין תפיסה ברשות נלענ"ד ד' הת"ה נכונים) ולענ"ד ד' הת"ה נכונים בזה ומוכרחים 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 דמשוך בהמה זו וקני כלים שעליה דפ"ק דמציעא וז"ל הר"ן כתב כיון דבעיין לא איפשטא נ"ל דאי משך. בכה"ג לא מפקינן מיניה דה"ל תופס ברשות דומיא דכור בשלשים סאה בסלע וראיתי מחלקים ביניה' דהתם משיכה גמורה הוה עבד אבל הכא דספיקא בגופא דקניי' ודילמא לא קנו כלל מפקי' מיניה ואין זה כלום אצלי דהתם נמי איכא לספוקי דילמא מוכר לא נתכוין עד שימשוך לוקח כל הכור וכלישנא קמא דאמר כור 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 היש מחלקים לא מהני תפיסה אע"ג דברשות בא לידו דהא א"ל משוך בהמה זו וקני כלים שעליה א"ו כיון דלא התפיסו אדעתא דיהא שלו בבירור לא מהני תפיסה ואפילו להר"ן דפליג עלייהו היינו כיון דספיקא הוא די"ל דקנה ממש וברשות באו לידו קני דמדמי ליה לכור בשלשים סאה בסלע אבל כל שברור שלא קנה כגון 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 דמשוך בהמה וקני כלים שעליה וז"ל הלכך אי א"ל משוך בהמה זו וקני כלים שעליה לא קנה הכלים במשיכת הבהמה ואפי' בכפותה דכיון דבעיין לא איפשטא אוקי ממונא בחזקת מ"ק עכ"ל הרי פ"כ דס"ל להרא"ש כדעת היש מחלקין שבר"ן וצ"ל לסברתם דלא דמי לכור בל' סאה בסלע דהתם הספק מצד אחד אם נתכוין לקנות ראשון ראשון אבל עכ"פ משיכה גמורה היא משא"כ הכא א"כ ש"מ מדברי הרא"ש דאע"ג דתפיס ברשות בעל הכלים שהרי א"ל משוך בהמה זו וקני כלים לא קני כיון שלא התפיסו אדעתא דיהא שלו וא"כ ה"ה כשהתפיסו בידו בתורת שאלה 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 ראיה מדברי לדברי ת"ה ואף שאפשר לדחוק ולדחות שאין מדברי הר"ן והרא"ש אלו ראיה לדברי ת"ה מ"מ האמת יורה דרכו 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 התפיסו לו ותקיפה לא מיקריא אלא כשזה תקף וחטף שלא מדעת הבעלים ואם איתא לפלוג כולה 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 הוי ברשות אפי' בדרך 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 כהן 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"ה.

עוד כתב בעל גדולי תרומה שם וז"ל ובתשו' נ' לב כתב דהך מילתא דת"ה לא נמצא בשום פוסק נראה שאינו מסכים עמו ולענ"ד עדיפא מיניה איכא דנמצא פוסק דסבר דלא כותיה והוא הרב הנ"י ז"ל בשנים אוחזין שכתב ומיהו כי אמרינן דבספיקא דממונא תפיסה ברשות מהני ה"מ במטלטלי אבל במקרקעי אפי' ברשות לא מהני וראיה לדבר דקי"ל כרב נחמן דאמר בסוף השואל דפלוגתייהו דשוכר ומשכיר בחדש העיבור כולו למשכיר משום דקרקע בחזקת בעליה עומדת והא התם ברשות תפס דהתם נמי בש"ס מדמינן לה לכור בל' סאה בסלע שהוא תופס וכו' הרי בהדיא דחדש העבור חשיב ליה תופס ברשו' ואי לאו משום קרקע אהני ליה והא התם המשכיר לא יהיב מידי לשוכר וליכא למימר ביה דאדעתא דהכי נתנה לו שיהא שלו לגמרי דאפילו נימא מדשתיק אודויי אודי ליה אין זו נתני' ממש לומר דמעיקרא יהיב ליה בתחלת החדש שיהא שלו אלא דבסוף החדש אמרי' מדלא תבע עד השתא אודויי אודי ליה והך הוי מילתא שבאה נידו 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 דכיון דקאמר כור בשלשים יש מקום לומר דכשנותן אחת אחת נתינה מדעת איכא שהרי הוא נותן מרצונו ואין האחר תוקף וחוטף שלא מדעתו אבל נתינה אדעתא דהכי שיהא שלו בהכרת ליכא דמצי למימר שהוא נותן והולך על דעת שהוא יכול לחזור בו עד הסאה האחרונ' ולא דמי לההוא דהספינ' והנך דמייתי התם דודאי 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 והרי הת"ה גופי' כ' דבהך דכור בנ' מיקרי תפס ברשות וה"ה בהך דחדש העבור דחד טעמא אית להו א"ו שאני התם כיון דאם יהיה הדין ברור שחדש העבור לשוכר א"כ תפס ברשות שהרי הניח ברשות לדור בו והיינו אדעת' שיהא שלו גם החדש הי"ג וכן אם יהיה הדין ברור דראשון ראשון קנה יזכה בו הלוקח שהרי נתנו לו אדעתא שיהא שלו אלא שיש ספק מצד הדין אי חדש העבור לשוכר וכן אי ראשון ראשון קנס הלכך כיון 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 שהרי 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 דכיון דהלואה להוצאה ניתנה ה"ל כנתנו לו אדעתא דיהא שלו) מיהו נ"ל דהיכא דהלואה אחד

לחבירו מעות ורוצה הלוח לתפוס המעות מכח ספיקא דדינא מהני תפיסה אף לדברי ת"ה דעד כאן נא קאמר הת"ה אלא בשאלה או פקדון דכיון דהדר' בעיניה א"כ לא ה"ל התופס בעלים אלא קאי בחזקת מאר' קמא דפקדון כל היכא דאית' ברשות' דמאר' אית' אבל הלואה כיון דלהוצאה ניתנה ח"כ ה"ל התופס בעלים דהא ודאי במעות לא שייך לומר אוקי ממונא בחזקת מ"ק דאין לו בעצים ידועי' כיון 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 מהרש"ל פרק כיצד הרגל סימן ה' אינו כן מדכתב שם גבי פלוגתא דרבוותא דמהני כשתפס מעות משמע דבתיקו לא דהא מחלקשם בין תיקו לפלוגתא דרבוותא ע"ש מ"מ אין נ"ל כן וגם לקמן סימן ק"ט וקי"ב וקי"ג אכתוב באריכות להשיג על דברי מהרש"ל שם.

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

כן נ"ל: סי' סב ומורי חמי זקני מהרמ"א כתב בי"ד ר"ס שט"ו גבי הא דקי"ל ס' בכור מוציאין מידו וז"ל ואפי' אם נתנו לו הישראל בטעות שהיה סבור שצריך ליתנו לו ואח"כ נודע לו צריך הכהן להחזיר לו עכ"ל. והוא מפסקי מהרא"י סי' קס"ו תשו' מהר"י הלוי וכן הוא בתשוב' מהרי"ל סי' ר"ה.

(קושיא 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 לכהן אין מוציא מידו והבאתי לשונו לעיל סי' נ' (תירוץ 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 כך שצריך ליתן 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 כולהו מיירי בתפס ברשות (מיהו הרי"ף לדעת הרא"ש ע"כ בלאו הכי מיירי בתפס שלא ברשות דאל"כ מ"מ תיקשי קושית 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 בתיקו מהני תפיסה בכל ענין להרי"ף לדעת הרא"ש.

ועוד הארכת' 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 שנולד

הספק או אח"כ ומייתי ראייה מר"ע שחושב מת ביום ל' ספק ואם נתן לכהן לא יחזיר אלמא כיון דתפיס קודם שנולד הספק לא מפקי' 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 אפ"ל תפס קודם שנולד הספק א"ו הסמ"ג אינו מחלק דין תפס ברשות ועוד מדס"ל דגבי הך דר"ע טעמא הוא כיון שתפס קודם שנולד הספק אלמא אי הוי תפיס לאחר שנולד הספק לא הוי' מהני תפיסה אע"ג דתפיס ברשות אלמא דלהסמ"ג אין חילוק בין תפס ברשות או לא רק בין תפס קודם שנולד 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.

(שאינן לפרש דברי הפוסקים שכ' דתפיסה מהני בספיקא דדינא בתפס ברשות אלא מיירי אפ"ל שלא ברשות) אבל באמת הא לאו קושיא היא דודאי אינו עולה על הדעת לפ' סתם תפיסה בתפס ברשות ומה שכתבו בכמה מקומות דאם תפס אין מוציאין מידו ולא הזכירו בשום מקום דהיינו שתפס ברשות תדע דאל"כ מה חולק הרמב"ן על הרמב"ם וכמ"ש הה"מ ספ"א מה' נזקי ממון וספ"ב מה' גנבה ושאר מקומות וכ"כ הריב"ש סי' ק"ס שהרמב"ן חולק על הרמב"ם ה"ל לפרושי דברי הרמב"ם בתפס ברשות.

וכן הטור כתב בכמה מקומות שהרא"ש חונק על הרמב"ם והבאתי לשונו בסימן י"ד וט"ו וכ"ג מנ"ל הא דילמא הרמב"ם מיירי בתפס ברשות וכן מהרמ"א הגיה בסימן ר"ב וסימן שפ"ח וש"ץ ושצ"א ובהרבה מקומות דיש חולקים על דברי הש"ע מנ"ל הא דילמא הש"ע שכתב כלשון הרמב"ם מיירי בתפס ברשות וכן בב"י גופיה כתוב בהרבה מקומות שהרמב"ן והרא"ש פליגי אהרמב"ם מנ"ל הא דילמא הרמב"ם מיירי בתפס ברשות.

וכן בס"ס שצ"א שכתב הטור אין מוציאין מידו שהוצרכו הסמ"ע והב"ח לדחוק וליישב דבריו ומאי קשיא להו דילמא מיירי בתפס ברשות א"ו אינו עולה על הדעת כלל לפרש סתם תפס דהיינו תפס ברשות דדרך הפוסקים לפרש ולא לסתום וא"כ הפוס' שכתבו סתמא דמהני תפיסה היינו אפ"ל שלא ברשות.

וגם לדעת הרא"ש והרי"ף ע"כ ס"ל דמהני תפיסה בתיקו אפ"ל תפס שלא ברשות וכמ"ש לעיל סי' ס"ג. וא"כ ה"ה לשאר הפוסקים שעומדים בשטת הרי"ף: סי' סה ואין להקשות א"כ היאך פירש הרמב"ן דברי הרי"ף דפ' השואל דהיינו בתפס ברשות והבאתי לשונו לעיל סימן מ"ג הא סתם תפיסה שהוזכר בפוס' היינו אפ"ל שלא ברשות לק"מ משום דדברי הרי"ף ודאי שפיר יש לפרש כן לדעת הרמב"ן דמדלא כ' הרי"ף בשום דוכתא דאי תפיס לא מפקינן מיניה רק בהך דאסתר' מאה מעי דבפרק בית כור ולא בשום מקום אחר אלמא דכוונת הרי"ף לאתויי הא דאמרין התם בפ' בית כור גבי הך דכור בל' סאה בסלע והתם טעמא מאי משום דתפיס הכא נמי הא תפיס וכוונת הרי"ף לומר כי היכי דהתם גבי כור בל' סאה בסלע קאמר בש"ס כיון דתפיס תפיס ה"ה באסתר' מאה מעי דהא מדמה לה להדיא התם בש"ס להדדי וא"כ כי היכי דכור בל' סאה בסלע הוי תפיסה ברשות וכדאיתא נמי בכל הפוסקים וכמו שנתבאר לעיל א"כ ה"ה בהך דאסתר' מאה

מעז וגם מדסמכו הרי"ף ענין לו הך דאי תפס להך דרב נחמן דשוכר ומשכיר וכתב דה"מ במטלטלי אבל בקרקעי קי"ל כרב נחמן כו' והך דר"נ מיירי בתפס ברשות וכמ"ש לעיל סי' נ"ח.

אבל ודאי שאר כל הפוסקים שכתבו סתמא אם תפס אין מוציאין מידו פשיטא דבכל גווני היא וכ"ש שכתבו כן בהרבה מקומות בסתם. ועוד דבלאו הכי כבר השגתי לעיל סוף סימן ט' אדברי הרמב"ן במה שפ"ד הרי"ף בתפס ברשות ע"ש וכל זה ברור (אין לפ' מ"ש הפו' דמהני תפיסה בתיקו היינו קודם שנולד הס') ומהאי טעמא ג"כ אין לומר דמ"ש הפוסקים דתפיסה בתיקו מהני היינו בתפס קודם שנולד הספק דכיון דכתבו סתמא משמע בכל גווני.

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 כהן 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 מיירי שתפס ר"ל שהיה בידו קודם לכך הניזק ישבע ונוטל ובזה מודה גם הרא"ש הואיל והיה בידו קודם שנולד הס' לב"ד אבל בס' שפ"ח מיירי שתפס אח"כ לכך לא מהני עכ"ל הגם שדבריו אלו אין מחזוריים לפע"ד דהא דברי הרמב"ם שהביא הטור בס' צ' הן דברי הרמב"ם עצמן שהביא בס' שפ"ח והעיקר נראה שהטור לא מיירי בס' צ' מדיני' 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 כסותרים דבעמוד ב' (בין) תירץ לחלק בין קודם שנולד הספק ובעמוד ד' מחלק בין סל לכיס ונראין הדברים שדברים האחרונים אינם מדברי בעל שארית יוסף ומדברי הב"ח נראה שלא ראה דברי שארית יוסף הראשונים מ"מ מה שנראה 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 בפרק כיצד הרגל על הרי"ף לדוכתא דה"ל לאתויי הך בעיא 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 בעיא 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 כין 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 צ"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 גווני מהני: סי' סו נמצא עלה בידינו דדברי הת"ה שהבאתי לעיל סימן נ"ז בענין תפס ברשות נכונים.

אך מ"ש בת"ה שם דבאשרי פ"ק דב"מ מוכח דאפי' תפס קודם שנולד הספק לא מהני מדמייתי ראי' מחדש העבור דכולה למשכיר 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 להדיא 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 מכח טענת ספק אמאי נימא דפליג עלייהו הרא"ש הא כל כמה דמצינן 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 כלום) ומה שהוכיח הת"ה דמייתי הרא"ש ראי' מחדש דכולו למשכיר כו' לפע"ד אינו הוכחה כלל דהא כתבו רש"י והרא"ש בס"פ השואל גבי הך דחדש העבור דכולו למשכיר וז"ל ורב נחמן אמר קרקע בחזקת בעליה קיימא ואע"ג דאת' בסוף חודש כולו למשכיר כיון שנולד הספק מתחלת החדש עכ"ל (ולאו דוקא 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 שאינן 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 נידרוצרך מדהוצרך לטעמא כיון שנולד הספק מתחלת החדש אלמא דאי אי הוי תפיס קודם שנולד הספק לא הוי מפקינן מיניה (וכן לפי מה שתוצתי לעיל סימן מ"ה ומ"ז שלא תיקשי דברי הרא"ש דפ"ק דמציעא מהך דהמקבל ופרק השואל מוכח להדיא דס"ל להרא"ש דמהני תפיסה קודם שנולד הספק ע"ש וכן משמע להדיא בתוס' פ"ק דמציעא ופ"ב דכתובות ופ' בית כור דהך דהמשכיר הוי תופס אחר שנולד הספק ע"ש: סי' סז (עוד ראי' לדברי מהרא"ש פ"ב דכתובות) ועוד מצאתי ראי' לדברי בדברי הרא"ש פ"ב דכתובות שכתב שם וז"ל והא דמהני תפיסה כתבתי בפ"ק דב"מ גבי תקפו כהן מוציאין מידו ומיירי הכא בתפס קודם שנולד הספק א"נ שאני הכא שטוען ברי עכ"ל והבאתי לשונו לעיל סי' ל"ד משמע להדיא כמ"ש ודוחק לומר דמ"ש הרא"ש מתחלה ומיירי הכא בתפס קודם שנולד הספק היינו נמי דוקא כשטוען ברי ועוד דכיון דמעיקרא לא הוי ס"ד לחלק בין טוען ברי או שמא רק הוה 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 שמא מהני דהא הוי בעי למימר דלא דמי לספק בכור מטעמא דמיירי שתפס קודם שנולד הס' וספק בכור לא תפיס אלא בטענת שמא ועוד דכי היכי דבדברי התוס' כתב התרומות הדשן דהנך 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 לכך נראה דעת הרא"ש כמ"ש (לפע"ד אישתמיטתי 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 ן' לב סי' ראשון סוף דף נ"ג שכתב וז"ל לתירוצא קמא דתירץ הרא"ש בפ' האשה שנתארמלה דמיירי בתפיס קודם שנולד הספק נראה דהוא ז"ל סובר דתרתו לטיבותא בעינן ולמאי דתירץ א"נ שאני הכא שטוען ברי למדנו מדבריו דבחדא לטיבותא דהיינו בטענת ברי אע"ג דתפיס אחר שנולד הספק סגי אכל היכא דאיכא חדא לטיבותא דתפס קודם שנולד הספק מההיא דכתב הכא לא נדע סברתו ז"ל אם לא שנלמוד מההיא דפ"ק דמציעא דכתב וז"ל כללא דמילתא לטענת ברי מהני תפיסה אבל מי שהוא מסופק לא מהני תפיסתו לאפוקי מחזקת מאר' קמא נראה מדבריו דלא סגי בטענת שמא אף אם תפס קודם שנולד הספק עכ"ל וכה"ג כתב עוד מהר"ד ן' לב בס' שני סי' ס"ז דף פ"ב ע"ב והבאתי לשונו לעיל סי' מ"ז וכ"כ עוד מהר"ד שם וז"ל אבל בנידון דידן דתפס קודם שנולד הספק דילמא לא פליג הרא"ש עליה דרב אלפס הא ודאי ליתא דהרי כתב הרא"ש בפ"ק דמציעא וז"ל כללא דמילתא לטענת ברי מהניא תפיסה אבל מי שהוא מסופק לא מהניא תפיסה לאפוקי מחזקת מאר' קמא ע"כ משמע דבכל תפיסה קאמר דנח מהניא ואפילו בתפיסה דקודם שנולד הספק עכ"ל מהר"ד והבאתי לשונו לקמן סי' פ"ג (גם מהר"ר דוד בתשו' ן' לב כתב כהת"ה אבל אין דבריו נלפע"ד) אבל באמת אין דבריו נ"ל וכמ"ש בסמוך סי' ס"ו וס"ז ובפרט מ"ש דלתירוצא קמא דתירץ הרא"ש נראה דסובר דתרתו לטיבותא בעינן דהא ודאי ליתא דהא הרא"ש כתב כן כי היכי דלא תיקשי מספק בכור והא התם שמא הוא אלא דלתירוצא קמא בתפס קודם שנולד הספק לחוד סגי.

ואולי דחקו למהר"ד ן' לב משום דגבי תרי ותרי מסתמא המלוה טוען ברי אבל אי משום הא לא איריא דהא הר"ן. פ" דכתובות כתב די"מ דמיירי שטוען שמא ובא לזכות מכח השטר וא"כ ה"ה לתירו' קמא דהרא"ש י"ל כן.

ועוד דאפילו תימא דמסתמא טוען ברי מ"מ לתירוצא קמא לא איכפתלן בהא וטענת ברי דיליה לא מעלה ולא מוריד. אלא נ"ל כמ"ש דבתפס קודם שנולד הספק מהני להרא"ש אף בטענת ספק ואע"ג דמדברי הרמב"ן שהביא הרא"ש ספ"ק דבכורות משמע דלא מהני תפיסה אפי' קודם שנולד הספק מדכתב דהך דנתנו לכהן והך דהאומנים טעמא הוא משום דתפס ברשות והבאתי לשונו לעיל סי' נ' והא התם תפס קודם שנולד הספק ואפ"ה לא מהני אלא מטעמא שתפס ברשות מ"מ נראה דהרא"ש לא ס"ל כהרמב"ן בהא ונראה שלזה כתב הרא"ש ספ"ק דבכורות בסוף דבריו הרמב"ן ז"ל ר"ל שכל זה הוא לשון הרמב"ן ז"ל אבל איהו לא ס"ל כותיה לגמרי ולא הב"א דברי הרמב"ן אלא ללמוד מהן עיקר הדין שכתב הרמב"ן דאפילו היכא דלא מהני תפיסה אם תפס ברשות מהני מכח שאר הראיות שהביא כגון כור בשלשים סאה בסלע ודכותיה ונ"מ להרא"ש בתפס אחר

שנולד הספק בטענת שמא דאם תפס ברשות מהני כמו בהך דכור בל' סאה בסלע כן נ"ל: סי' סט שוב ראיתי בס' מעד"מ פ"ק דמציעא כתב בפשיטות לדעת הרא"ש דתפס קודם שנולד הספק מהני וכמ"ש בפ"ב דכתובות ע"ש.

שוב מצאתי ת"ל בהדיא כדברי בת' מבי"ט ח"א שאלה ק"ח דף ק"ו שכתב דמ"ש הרא"ש פ"ק דמציעא דלא מהני תפיסה מספק היינו כשתפס בזמן הספק אבל תפס קודם שנולד הספק לא מפקינן מיניה מדכתב הרא"ש אבל מי שהוא מסופק בדבר אם הוא שלו אם לאו לא מהניא תפיסתו משמע משום דתפס בזמן הספק אבל תפס קודם מהני תפיסתו עכ"ל ועוד כתב שם בסוף התשובה וז"ל על מ"ש למעלה כי גם מדברי הרא"ש ז"ל משמע שכשתפס קודם שנולד הספק שאין מוציאין מידו ומהני תפיסתו והוכחתי כן מלשונו כתב לי חכם א' מחשובי המעיינים וז"ל דברים שאמר מר דברים שנאמרו למשה בסיני ומורינו רצה להסכים דברי הרא"ש עם דברי הסמ"ג וכתב כן מסברת 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 כהן מוציאין מידו ומיירי בדתפיס קודם שנולד הספק א"נ שאני הכא שטוען ברי ע"כ כלומר ההיא דתקפו כהן התם תקף אחר הספק דהיינו לשון תקף ולפיכך מוציאין מידו והכא מיירי דתפס קודם שנולד הספק א"נ שאני הכא שטוען ברי א"כ אף לפי תירוץ השני לא בטל התירוץ הראשון ולעולם סבור שכשתפס קודם שנולד הספק מהני תפיסה אלא שבא ליישב דאפילו תימא דמיירי התם כשתפס 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 ראייה משלשה גדולי האחרונים לדברי הרא"ש דמהני תפיסה קודם שנולד הספק) בלבי ת"ל שמצאתי דעת שלשה גדולי אחרונים שלא כדעת הת"ה כי אף שלא היה נראין לי דברי הת"ה לא מלאני לבי לחלוק עליו הגם שהשלשה גדולים אלו לא הביאו דברי הת"ה כבר 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 מפורסמי' והפוסקים האחרונים חולקים עליהם הולכים אחר האחרונים דמסתמא ראו דברי הראשונים ואעפ"כ חולקים עליהם כו' ע"ש.

וכ"ש כאן שיש מקום לחלוק בראיות ברורות על הת"ה כמ"ש למע'. (שוב ראיתי בתשו' מהר"ר יוסף נ' לב ספר א' כלל י"ז סי' צ"ז דעתו ג"כ דתפיסה קודם שנולד הספק מהני לכ"ע וז"ל ואם לחשך אדם לומר דהוי תפיסה לאחר שנולד הספק ולא מהני ולא מידי כדמוכח פ"ק דמציעא גבי תקפו כהן ובפרק בית כור ובתשובת קולון סימן קס"א ובת"ה סימן שכ"א נתבררו ונתלבנו הדברים האלה והרוצה לעמוד על שרשם יעיין בתשובותיהם הא נמי ליתא 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 ראבי"ה ומהר"מ דעביד אינש דגזים ולא עביד או אם לא זכה בהם כדעת רבינו חננאל גאון ופשיטא דכיוצא בזה יוכל ראובן לומר קים לי כמהר"ם וראבי"ה עכ"ל והבאתי לשונו לקמן סימן פ"ו הרי גם דעת מהר"י נ' לב אביו של מהר"ד נ' לב מסכמת דתפיסה קודם שנולד הספק מהני וכמ"ש ובכי הא ודאי יפה כח האב מסח הבן): סי' ע

ואפ"י 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' נ' לב ס' א' דף נ"ד דלא נמצא בשום פוסק דתפיסה קודם שנולד הספק מהני לא דק ואישתמיטתי הרבה פוסקים) ודלא כמ"ש מהר"ד בת' נ' לב ס' א' דנ"ד ע"ד דתפיסה קודם שנולד הס' ל"מ דלא נמצא בשום פוסק שיאמר בפירוש דתפיסה קודם שנולד הספק מהני עכ"ל ולא דק ואשתמיטתי 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 כור וכן הביא בת"ה שם הגה' אשר"י פרק יש נוחלין וגם דעת הת"ה נראה כן להלכה והבאתי לשונו לקמן סימן ק"ט וגם אישתמיטתי הרבה פוסקים הלא המה הסמ"ג עשין צ"ה דף קפ"ג ע"ג והגה' מי"ט מה' טוען ותשו' מי"ט 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 כתב וז"ל והא דאמרינן פ"ק דב"מ תקפו כהן מוציאין שאני התם דתופס מספק אבל הכא מלוה אומר ברי א"נ הכא תפס קודם שנולד הס' מיירי 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 כחז מרבנות דהוי כמו טענת ברי אבל בתפס קודם שנולד הספק משמע התם בשורש קס"א ובשורש צ"ד דפשיטא ליה דמהני תפיסה אפ"י בטענת שמא כחז תירוצא דהתוס' וכהסמ"ג ע"ש במהרי"ק מוכת כן להדיא והבאתי לשונו בשורש קס"א לקמן סי' ע"ט וב"י כתב בסוף סי"ד וז"ל תפיסה קודם שנולד הספק מהני אפילו אין לו טענ' ברורה אלא שאומר קים לי כרש"י וכיוצא בו ול"ד לתקפו כהן 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"י תפס לאחר שנולד הספק אי הוה טוען ברי מהני תפיסה ולא מבעיא בטענת ברי ממש אלא אפ"י בטענת קים לי כרש"י וכה"ג כו' דהא לא דמי לתקפו כהן דהתם אין לו אמתלא משום טענ' שיוכל להסמך עליה אבל היכא דאית ליה טענת כל דהו אפ"י תהיה רעוע' כי ההיא דקים לי כרש"י כדפי' מ"מ מהניא עם התפיסה עכ"ל הרי בהדיא כמ"ש דהא תקפו בהן הוי לאחר שנולד הספק (דין העולה בתפיסה קודם שנולד הספק מהני אפ"י בטענת שמא כגון בספק שבשטר או בעדות דתרי ותרי או בפלוגתא דרבנות או בשאר ספיקות כה"ג אבל בתיקו או בעיא דלא איפשטא אין לחלק בכך) הלכך נקטינן דתפיסה קודם שנולד הספק מהני אפ"י אטענת שמא וכ"פ בתשו' מבי"ט שם וכן משמע כפשיטות 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 ובעיא דלא איפשטא אין לחלק כין 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 אלא בספק שבשטר או בעדות דתרי ותרי וכן שאר ספיקות כה"ג או אפילו בפלוגתא דרבנות וכדמוכח מתשובת מהר"ר יוסף נ' לב סי' א' סימן ס"ז שהבאתי לקמן סימן

ק"י"ח וסימן צ"ז שהבאתי בסי"ס בסופו וכמו שאכתוב לקמן סימן פ"ה דפלוגתא דרבוותא מיקרי לעולם תפס קודם שנולד הספק ע"ש: סי' עא (מנין הפוסקים דס"ל בתיקו מהני תפיסה) ועתה נחזור לענינינו אשר התחלנו בסימן לעמוד למנין במחלוקת הפוסקים בדין ספיקא דש"ס שהוא תיקו ואבעיא 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 כיצד הרגל בשם רבותינו והבאתי לשונו בסימן ג' וכ"כ ר' ירוחם בשם הגאונים והבאתי לשונו בסימן ק' וכן דעת הר"ף לדעת הרא"ש ולדעת כת"ה סי' שכ"א ולדעת מהר"ר דוד ק' לב ולדעת השלטי גבורים ודעת מהר"ר שלמה כהן ולדעת מהרש"ל וכמ"ש בסי"ח וכן נ"ל עיקר בדעת הר"ף ולא כהנ"י שכתב להיפך לדעת הר"ף וכן נראה מהרמב"ן בספר המלחמות כהב"י וגם מהר"ר יוסף טראני בתשו' סי' קכ"ו כמסתפק בדעת הר"ף ולפעד"נ כמ"ש וגם דעת מהרד"ך בית ב' בסימן ס' נראה בדעת הר"ף כמ"ש וכבר בררתי כל זה בסימן ט' וגם המגדול עוז כתב כן בשם הר"ף והבאתיו בסימן י"ב וגם דעת הראב"ד דמהני תפיסה בתיקו וכמ"ש בסי' י"א וסימן ל"ט וכן דעת הה"מ וכמ"ש בסימן י' וי"ג וכן דעת המגדול עוז וכ' שכן קבל מרבותיו ולא שמע שום חולק בדבר וכן דעת הגה"מ והש"ג וכמ"ש בסי' י"ד וכן דעת מהר"ר מנחם רקנטי וכמ"ש בסימן ז' וכן דעת הרא"ש וטור ור' ירוחם וכמ"ש באריכות מסי' י"ז עד סי' ק' ונ"ד זולתי בתיקו דקנס וכה"ג שאפ"י היה הדין ברור לא היה כח ביד ב"ד לכופו לשלם ככה"ג ס"ל להראב"ד והרא"ש וטור ור' ירוחם דבתיקו (דין בתיקו דקנס וכה"ג) אפ"י תפס מפקי' מיניה וכמ"ש בסי' כ"ו (וכן נ"ל עיקר לדינא בזה דבתיקו דקנס וכה"ג לא מהני תפיסה ועוד דמאן דס"ל בכל תיקו לא מהני תפיסה פשיטא דכ"ש דס"ל בתיקו דקנס לא מהני תפיסה וא"כ אפ"י הפוסקים דס"ל דמהני תפיסה בתיקו לא אשכחן להו הכי בתיקו דקנס וא"כ בתיקו דקנס ה"ל הרמב"ם יחיד לגבייהו וקי"ל כהראב"ד כן (נ"ל): ואפ"י תימא דהרא"ש ס"ל בכל תיקו אי תפס מפקי' מיניה מ"מ דעת הטור ור' ירוחם לא נראה כן וכמ"ש כסי' מ"ג ואפ"י אם ירצה איזה בעל דין לפקפק שאין כן דעת הטור מ"מ דעת ר' ירוחם ודאי נראה כן וכמ"ש שם.

וכן דעת מהרד"ך שם והבאתי לשונו לקמן סי' ק"ג וגם הב"י פסק כן בפשיטות בהרבה מקומות בש"ע והבאתי לשונותיו לעיל סי' י"ט וגם דעת מהרמ"א הוא כן וכמו שאבאר בסימן ע"ה, (וכן דעת מהר"ר יוסף ק' לב שכתב בספר שלישי דף פ"ב ע"ג בקונ' דיני מיגו גבי מגו במקום חזקה וז"ל ולא איפשטא הבעיא ולא מפקי' ממונא אלא משתבע היסת ומיפטר דתיקו דממונא לקולא דנתבע ומיהו אי תפס לא מפקינן מיניה דדילמא מגו במקום חזקה לא אמרי' עכ"ל) וכן נראה דעת מהר"ר משה אלשיך בתשו' סימן י"ן דף ל"ב ע"ב שכתב וז"ל ומאי דאצטריכין להכי היינו למאי דלא תפיס משל בעה"ב אבל במאי דתפיס משל בעל גביה מיניה דע"כ לא קאמרינן בלותה ואכלה דלוקח הוי אלא משום ספיקא דלא איפשטא בעי' כדקאמר הר"ף בפירוש וא"כ כי תפיס לא מפקי' נמי מיניה עכ"ל מיהו מ"ש מהרד"ך שם וז"ל וכן בסמ"ג בעשה סימן ע' כתב שר"ח ורש"י ס"ל כהרמב"ם בכל תיקו שבש"ס כו' והבאתי לשונו לקמן סימן ק"ג נ"ל (מ"ש מהרד"ך בים ב' סימן ט' בשם רש"י ור"ח בתיקו לא כיון יפה) דלא כיון יפה דנא כתב הסמ"ג שם רק דרש"י ור"ח ור' משה שוין בדבר דכל תיקו דממונא לקולא לגמרי

ולאפוקי מרב כאי גאון דס"ל דחולקים אבל הא דתפס לא מפקינן מיניה כתב הסמ"ג מעצמוכן ע"פ שנמשך אחר דברי הרמב"ם ולא אשכחן לרש"י ור"ח בשום מקוה בפירוש דבתיקו מהני תפיסה גם מ"ש מהרד"ך שר"ח כו' נ"ל דליתא שבסמ"ג כתב ר"ח ונ"ל דצ"ל ר"ת והיינו רבינו תם וכן משמע בתוס' ס"פ הכונס דדעת רבינו תם אבל ר"ח הא כתבו בהגה"א פ' אלו מציאות ובמרדכי ר"פ המפקיד דס"ל דכל תיקו דממונא חולקין וכ"כ בפסקי מהר"מ רקנטי סימן תמ"א בשם ר"ח וע' לעיל סימן ז' הבאתי לשון הסמ"ג ולשון מהר"מ רקנטי: סי' עב ובהגה' אשרי פרק יש נוחלין גבי הך בעיא דבבריא היאך אי אמרי' בברי' נמי הלכה כר' יוחנן בן ברוקא דאם אמר על מי שראוי ליורשו שהוא יירש הכל דבריו קיימים או לא דהסכים הרא"ש שם דבעיא לא איפשטא וכתב בהג"ה שם וז"ל וכך כתב בא"ז דמי שתפס תפס עכ"ל והנה משמע דעת הא"ז ג"כ כדעת הפוסקים דמהני תפיסה בספיקא דדינא וליכא למימר דהתם אין שום א' מהם מוחזק דהא פשיטא דהיורשים נקראו מוחזקים כדאיתא בכמה דוכתי בפוסקים וכן 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 בנ"י שם וכתב דאפי' תפס מפקי' מיניה דלאו דידיה שקל דכיון דדבריו בטלים נמצא שהיורשים אחרים מוחזקים בנכסיהם עכ"ל והיינו לשטתו דס"ל בפ"ק דמציעא 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 היה מועיל תפיסה דהיורשים מיקרי מוחזקים.

ואין להקשות ממ"ש בהגה"א פרק יש נוחלין בשם א"ז אפי' תפס לא מפקינן מיניה 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 וראבי"ה צ"ע) צ"ע שמצאתי בהגה"מ רפ"ו מה' נחלות וז"ל בעי רבא בבריא האיך כי 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 ראבי"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 ראבי"ה ס"ל בספיק' דדינא מהני תפיסה וכבר הבאתי בסי' י"ד דברי הגה"מ פ"ח מה' חובל שכ' דראבי"ה ס"ל בתיקו לא מהני תפיסה (וכ"כ המרדכי פרק הכונס בשם ראבי"ה והבאתי דבריו לקמן ר"ס ע"ג) א"כ יהיו ד' ראבי"ה שבהגה"מ סותרים זא"ז אלא בע"כ צ"ל דס"ל דהיורשים לא נקראו מוחזקים ואפשר דס"ל לראבי"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 לראבי"ה דהיורשים לא נקראו מוחזקים שיחלוק על כל הפוסקים דס"ל ונקראו מוחזקים אך שלא מצאתי בשום פוסק קדמון שיחלק בין תיקו לבעיא וע"כ דעת האו"ז וראבי"ה בזה צריך לי עיון ומ"מ לענין דינא (דין בבעיא דבריא שאמר על מי שראוי ליורשו שירש הכל אי תפס מי שנתן לו במתנה לא מפקי' מיניה) נ"ל ברוך בעיא דבבריא היאך אי תפס מי שנתן לו במתנה לא מפקי' כיון דהאו"ז ור' שמואל וראבי"ה נמי ס"ל הכי ואע"ג דלא אתפרש לן טעמייהו מאי מ"מ כיון דבלאו הכי הרבה פוסקים דבתיקו מהני תפיסה

וכמ"ש בסי' ע"א א"כ בכה"ג ודאי לא מפקינן מיניה דנהי דראבי"ה ור' שמואל ואור זרוע אית להו טעמא אחרינא הא כתב מהרי"ק שורש מ"א ומהרמ"א בח"מ סימן כ"ה ס"ב דאפי' אין הרבים מסכימים מטעם אחד אנא כל א' יש לו טעם בפני עצמו הואיל והם מסכימים לענין הדין מיקרי רבים ואזלינן בתרייהו עכ"ל.

ואע"ג דבספר שפתיכהן בי"ד ס"ס רמ"ב כתבתי 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' היה זה תלוי בפלוגתא דרבוותא 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 החתן ואמר החתן קים לי כרש"י דמהני ליה תפיסתו דאנן מי מדמינן איסור' לממונא והלא הלכה רווחת היא בישראל עד כי תינוקות של בית רבן יודעין אותם דספק איסורא לחומרא וס' ממונא לקולא ומה ענין זה לזה ודאי גבי ממונא מצי למימר המוחזק קים לי כחד מרבוותא ואע"ג דכשכנגדו חלוק עליו כי התם דר"ת פליג עליה דרש"י דא"ל המוחזק למוציא אייתי ראייה 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 כזאת 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 ממון לא הוי מצי למימר קים לי כדברי היחיד ודלא ככל חכמי ישראל ואפי' תפס הוה מפקי' מיניה וזה פשוט לכל מאן דנחית לעומקא דדינא דלא גרע מהיכא דסוגיא דעלמא כחד דאזלינן בתריה עכ"ל מהרי"ק הרי אע"ג דס"ל דבאיסור תורה לא מצי למימר קים לי א"כ הכא נמי כיון דבדבר דרבנן הולכים אחרי המיקל וכמו שפשוט בכמה דוכתי א"כ פשיטא כיון דבדרבנן כששניהם מסכימים לדעת א' אע"פ שאין טעמם שוה מיקרי רוב ה"נ לענין ממון וכמ"ש וכ"ש כאן שיש רוב פוסקים מסכימים בטעם א' וכמ"ש בסי' ע"ד ועוד דבממון מצי למימר קים לי אפילו כהמיעוט 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 ממון עדיפא מאיסור דרבנן א"כ כיון דבאיסור דרבנן אזלינן בתר רבים אפי' אין טעמם שוה כ"ש בחזקת ממון דמצי המוחזק לומר קים לי כותייהו.

וגדולה מזו כתב מהר"ר יוסף נ' לב בס' א' סימן נ"ט דף פ"ז ע"א וז"ל ואין מקום לחולק ולחלוק ולמו' דלדעת הרמב"ם אם הצואה 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 כותיה במה שחילק בין הדיוט לעניים עכ"ל: (דין דבפלוג' דרבוותא מצי למימר קים לי בהא כהאי פוסק ולא קים ני כוותיה בהא) וכ"כ מהר"ר אהרן נ' ששון בתשובה ס"ס ר"ז דמצי למימר קים לי כהפוסק בהא ולא בהא רק קים לי בהא כהפוסק האחר.

ובתשו' מהר"ר יעקב לבית לוי סי' כ"ז דף קמ"ז כתב וז"ל אפ"ה ע"כ צריך ראובן לומר תרי קים לי כדי לזכות בדינו דהיינו קים לי כההוא מ"ד דדוקא היכא שהקנהו בכתיבה ומסירה וקים לי כהנהו דסברי דאף במי שאין לו לפרוע לקונה דיכול למחול ובודאי דבנדון כהאי דהמוחזק צריך לאסתייע בתרי קים לי מפקינן מידי המוחזק וכמו שלמדנו זה מדברי מהר"י נ' 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 נ' לב ז"ל דיראה מדבריו דהן ולא רפיא בידיה דבסימן מ"ב וסי' נ"ב יראה דמחלק בין פלוגתא דרבוותא לספק ספיקא והביא ראייה מדברי התוס' שכתבו דשם אונס חד הוא והוא סותר למאי דכתב בסימן כ"א וס"א כו' עכ"ל וכ"כ עוד מהר"ילבית לוי בסי' כ"ד (ועמ"ש לקמן סי' ק"ך וקכ"א) ואישתמיט להו דברי מהר"י נ' לב ספר א' סי' נ"ט שהבאתיו (אישתמיטתי למהר"ר שלמה כהן ולמהר"ר יעקב לבית לוי דברי מהר"י בן לב ספר א' סימן נ"ט) דכתב להדיא בפשיטות דמצי למימר קים לי כהפוסק 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 כהפוסק בהא ולא בהא.

וא"כ כ"ש בהך בעיא דבריא היאך דמהני תפיסה וכמו שכתבתי. כן נראה לי הלכה למעשה: סי' עג הנה בארתי דעת הפוסקים דס"ל בתיקו מהני תפיסה (מנין הפוסקים בחיקו לא מהני תפיסה) ועתה אבאר דעת הפוסקים דס"ל דלא מהניא 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 הכונס הביא דבר ראבי"ה דבתיקו לא מהני תפיסה ומביא דברי הסמ"ג במסקנא דמהני תפיסה ע"ש וכן מביא עוד שם אח"כ בסוף הפרק דברי הרמב"ם ואם תפס אין מוציאין מידו ע"ש) וכ"כ הריטב"א בחדושו והנ"י פ"ק דמציעא והבאתי לשונו לעיל סי' ט' וכ"כ עוד הנ"י פרק יש נוחלין גבי בעיא דבריא היאך 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 הזרוע וז"ל הלכתא כותיה דרב דמספקא ליה לויים אי מיקרי עם או לא ולא שקלינן מינייהו מתנות ומשמע ליה כיון דספיקא הוא אפי' נטל הכהן יחזיר ללוי דהא מסקי' בפ"ק דב"מ גבי ספק בכורות דתנן בהו המע"ה דאפי' תקפו כהן מוציאין מידו שכך הדין בתופס ממון שהוא מסופק מצד הדין מוציאין מידו כמ"ש שם בחדושי והכא נמי דכוותה לפיכך לא נתחוור לי מ"ש הרמב"ם ז"ל בפ"ט מה' בכורים שאם נטל הכהן מתנות מלוי לא יחזיר ואמאי מ"ש מספק בכורות ועוד דבמתנות נתינה כתיבה בהו ויש בהו טובת הנאה לבעלים ומשמע דכל שיש טובת הנאה לבעלים בא כהן ונטל מוציאין מידו דהא ודאי אפי' מידי דלית להו טובת הנאה לבעלים כלקט שכחה ופאה כדאיתא בש"ס אם בא עני ושאל ממנו אם רצה אינו נותן לו דאי אמרת דכל שאין בו טובת הנאה נותן על כרחו למי שתובע ראשון מאי פרכי' לרב חסדא מבעה"ב העובר ממקום למקום דלקט שכחה ופאה אין בהם טובת הנאה ואם הוא מחויב ליתנו למי שתובע ראשון ה"ל ממון שיש לו

תובעים א"ו אפי' בדבר שאין בו ט"ה לבעלים אינו מחויב ליתן אלא למי שהוא רוצה אלא שאם בא ולקחו אין מוציאין מידו וממילא במידי דאית ביה טו"ה אפי' לקחו מוציאין מידו וכן כתבו בתוס' ולמאן דאמר טובת הנאה ממון ודאי הכי הוא ומתנות יש בהן טובת הנאה דנתינה כתיבה בהן ולפיכך נראה שאפי' נטל כהן מתנות מלוי יחזיר הלוי והלוי מעכב 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' מכל מקום נשמע מדברי הר"ן אלו דדעתו דתפיסה לא מהניא בספיקא דדינא וכ"כ ה' המגיד בפ"ג מה' מכירה בשם הרשב"א והעיטור גבי הך בעיא דפ"ק דקדושין שהבאתי בסמוך דאפילו תפס מפקי' מיניה וכ"כ בתרומת הדשן סי' שכ"א בפשיטות דקי"ל בספיקא דדינא לא מהני תפיסה והבאתי דבריו לעיל סי' ח' אך צ"ע אם יש לצרפו למנין לרוב דעות כיון דכבר תמהתי עליו לעיל סי' ח' אמאי פשיטא לזה וכתבתי שנראה דאשתמיטתיה דברי הרמב"ם וסמ"ג והגהת מיי' ושאר פוסקים שהבאתי לעיל: סי' עד ומהרש"ל כתב בפרק כיצד הרגל סי' ה' וז"ל בתיקו ובעיא דלא איפשטא נפלה מחלוקת בין הגאונים כי רי"ף ורמב"ם וסמ"ג פסקו גבי ספיקא מהניא תפיסה ור"י בעל התוס' והרא"ש ורוב בתראי סברי דלעולם אין מועיל תפיסה בספיקא דדינא ואף שאין התלמוד מכריע אני באתי להכריע דבודאי דברי התוס' עיקר בדין תיקו שנסתמ' הבעיא בש"ס ולא נפשטה ואין רשות לשום גאון בעולם לפשטה ממתניתין או מבריייתא או מסברא דהוי כחולק על ש"ס דרבינא ורב אשי כמו שאין ליישב התיובתא שנאמרה בש"ס אבל כמה בעיות שנאמרו בששה סדרים ולא לפשטה אם היה חכם אחד אפי' בזמנינו מביא ראיה לפשטה הרשות בידו ואזלינן בתריה כו' עד וא"כ בבעיא שלא נפשטה יכלנ' לומר דמהני תפיסתו עכ"ל ולפע"ד אין הכרעתו מוכרחת דנהי דבתיקו אין שום אדם יכול לפשטה מכל מקום מידי ספיקא לא נפקא ויכול התופס לומר שמא כדין עמי ומאן לימא לן דאין ההלכה כהפוסקים דמהני תפיסה מספק דהא מספק בכור אין ראיה כלל וכמ"ש למעלה סי' ה' ו' (יש לכאורה ראיה מסוגיא דספק בכור דמהני תפיסה בספיקא דדינא) ואדרבה יש לכאורה מהתם ראיה דמהני תפיסה בספיקא דדינא דהא איכא אמוראי דהוה ס"ל התם תקפו כהן אין מוציאין מידו אלמא דמהני תפיסה מספק ואפי' מאן דס"ל התם תקפו כהן מוציאין מידו י"ל דדוקא בספק בכור פליג ומהנך טעמי שכתבתי שם אבל בשאר ספק מודה דהא ודאי מאן דס"ל תקפו כהן אין מוציאין מידו פשיטא נמי דס"ל דמהני תפיסה בספיקא דדינא וא"כ אמאי נימא דמאן דפליג בתרתי הא בכל דוכתא כל כמה דמצינן למיעבד השוואה בין האמוראים והפוסקים עבדינן הכא נמי נימא דלא פליגי רק בספק בכור אבל לא בשאר ספק ממון ומהרש"ל לא ירד לחלק בין ספק בכור לשאר ספק ממון ואולי אי הוה שמיע ליה דיש לחלק בדבר וכמ"ש לעיל סי' ה' ו' לא הוה פסק כן או אוני לא ידע מהרש"ל דכל הנך רבוותא טוב' שהבאתי בסימן ע"א ס"ל הכי והוה סבר דהאומרין דלא מהני תפיסה בספיקא דדינא רובא נינהו וכן משמע לכאורה מלשונו שכתב ור"י והרא"ש ורוב בתראי ס"ל דלעולם אין מועיל תפיסה כו' אבל לפי מ"ש בסימן ע"א דהאומרי' דמהני תפיסה הם רובא וגם הם בתראי טפי הלא המה הגאונים והרי"ף והרמב"ם וסמ"ג והראב"ד וה' המגיד ובעל מגדול עוז ורבותיו והגה' מיי' ומהר"מ רקנטי וטור ור' ירוחם ושלטי גבורים וגם דעת הרא"ש יכול להיות

כן וגם ר"י בעל התוס' לא אמר דבר בזה וכמו שכתבתי למעלה סי' ד' דיכול להיות דגם ר"י ס"ל דמהני תפיסה בתיקו ודלא כמ"ש מהרש"ל בפשיטות בשם ר"י דלא מהני תפיסה ואולי אי הוה ירד לחלק מהרש"ל בכך באופן דאין מדברי ר"י ראייה לא הוה פסק כן וגם הבאתי בסימן ע"א תשו' מהר"מ אלשיך דס"ל נמי הכי וגם הבית יוסף בשלחן ערוך סבירא ליה הכי בכמה דוכתי וכן דעת מהר"ך ויש כאן יותר מעשר' שליטי גדולי המורים דס"ל הכי ואפילו אם תרצה לפקפק על מקצתן מ"מ יש כאן על כל פנים עשרה בהם עדה שלמה וקדושה המסכימים לזה וכל בי עשרה ודאי שכינתא שריא.

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

ובפרט שגם דעת מהרמ"א נראה כן וכמו שאבאר בסי' ע"ה וכבר נהגינן שלא להיות נגד מהרמ"א במקום שאין ראייה ברורה לסתור דבריו וכמ"ש בתשו'משאת בנימין סימן כ"ז דף מ"א סוף ע"ב ושאר הגאון החסיד הגדול מהר"ר ישעיה הורוץ סג"ל ז"ל בספרו שני לוחות הברית בדף ע"ד שנהיגין כמהרמ"א בכל דוכתא כי כך קבלנו על עצמינו ע"ש באריכות.

וכ"ש להחמיר דהכא חומרא היא להוציא מיד התופס דבכל דוכתא קי"ל בממונא קולא לנתבע: אך מכל מקום קשה עלי מאוד להורות שלא להוציא מיד התופס בספיקא דדינא כיון דהרמב"ן והרשב"א והעיטור 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 שכתבתי שם דהת"ה פסק כן משום דאישתמיטתיה הרבה פוסקים מכל מקום קשה הדבר לחלוק עליו (ועמ"ש"ל סימן פ' בשם תשובת מהר"ר בצלאל דלא ברורה ליה הך דתרומות הדשן) 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) אך נראה לפי עניות דעתי דכתב דבריו שלא בדקדוק שהוציא כן מדברי הגהות מיימוני ותשובת מיי' שהבאתי לעיל סי' ב' ואין מדבריהם שם ראייה כלל דיש חילוק בין ספק דעלמא לספיקא דדינא וכמ"ש לעיל סימן ו' שהגמ"יי גופייהו ס"ל דבתיקו מהני תפיסה ובספ"ט מטוען לא העתיקו רק דברי הסמ"ג דעשין צ"ה שהבאתי לעיל סימן ב' והנה בעל כרחך דהסמ"ג מחלק בהכי וכמ"ש לעיל סימן ו' ואם כן פשיטא דגם דעת הגהמ"יי ותשובת מיי' הוא כן ונראה שזאת היתה דעת אותו גדול בר פלוגתיה דהמבי"ט שם שכ' כיון דסלק' בתיקו הוי ליה למימר כל דאליים גבר כו' ושלא כדת השיג עליו המבי"ט שם בזה מההגה' מיי' ותשובת מיי' דלעי' דס"ל לאותו גדול כהרמב"ם וסמ"ג ושאר הנהו רברבי שהבאתי בסי' ע"א ובסמוך דס"ל דבתיקו מהני תפיסה.

ואין מהגהת מיי' ותשובת מיי' ראייה כלל וכמ"ש. ועוד שגם המבי"ט עצמו כתב בח"א בדף קל"ט ע"א וז"ל דאם לא אמדו כמו אם לא היו רופאים מצוים דהוי ספיקא ואי

תפסי בעלי המתנה לא מפקינן מנייהו כו' וכ"כ עוד שם בריש עמוד ג' ואפילו נאמר דהוי ספק כמו שכתבתי אי תפס אחר כך לא מפקי' מיניה מטעמא דפרישי' כו' גם בתשובת מהר"ר דוד ן' לב ספר שני סימן מ"ז שהבאתי בסימן פ"ג מבואר דלא מהני תפיסה בתיקו אך כתבתי שם בסימן פ"ד דאין לבנות יסוד על תשובתו זו ע"ש גם בתשובת מהר"ר יוסף ן' לב אביו של מהרד"ן לב בספר סימן ס"ז דף צ"ד ע"ד משמע בפשיטות דלא קי"ל כהרמב"ם דה"ל יחידאה אבל כבר השגתי 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 רבוותא דס"ל לא מהני תפיסה מכל מקום לענין מעשה פשר דמודים להנך רבוותא שלא להוציא מיד התופס כי היכי דחזינן להרשב"א דאיהו מסכים 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 כן יש לומר דה"ה שאר רבוותא סבירא להו הכי על כן אני חוכך מאד בדין זה ואין לי הכרע לכאן או לכאן: סי' עה ובפרט שנראה דעת הרב מהרמ"א דס"ל דמהני תפיסה בתיקו שהרי בכל מקום שהביא סברת היש חולקים דס"ל דלא מהני תפיסה בתיקו או בבעיא דלא איפשטא לא כתב בשום מקום והכי הלכתא או והכי נקטי' או והכי קי"ל רק כתב סתם ויש חולקים אבל בספ' בכור כתב ביו"ד והכי נקטי' ועוד כתב והכי קי"ל ועוד כתב והכי הלכתא אלמא דס"ל נחלק בין ספק בכור לספיקא דדינא וכמ"ש לדעתו למעלה סי' ה' ומדלא כתב בשום מקום דקי"ל כהיש חולקים משמע דס"ל דלא מפקי' ממונא מיד התופס.

ועוד ראיה שבכמה מקומות סתם בהש"ע דמהני תפיסה בספיקא דדינא כגון 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 ביו"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 ביו"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 בממון משמע דמודה דמהני תפיסה וכמ"ש בסימן ל"ט מכל זה נראה ברור שדעת מהרמ"א ומהר"ם יפה דבספיקא דדינא כגון בתיקו או בעיא דלא איפשטא לא עבדינן עובדא להוציא מיד התופס: סי' עו ואל תקשה דא"ר למה כתב מהרמ"א כלל על דברי הש"ע בקצ' מקומו' דיש חולקים אמ"ש דמהני תפיסה כיון דדעתו דמהני תפיס'.

הא ודאי לאו קושיא היא דהאיך ישמיט דעת החולקים ולא יזכיר דעתם כלל הלא יהיה לבעל דין מקום לחלוק ולומר אי הוה ידע דיש חולקין לא הוה סתם כהש"ע וכדת' בריש עדיות למה מזכירי' דברי היחיד בין המרובים שאם יאמר אדם כך אני מקובל אמרינן לו כדברי פלוני שמעת ועוד תנן 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 כלומר ויקבע הלכה כמותו כמו שמצינו באמוראים שקבעו הלכה כיחידים 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 שבאולי יש קצת מקומות דנוהגים כהיש חולקים שיש להם על מה שיסמוכו וכמ"ש בתשובת מנחם עזריה ריש סימן צ"ו ועוד כתבתי בזה בספרי ש"ך בסי' רמ"ב טעם על מה שבהרב' מקומות כתבו הפוסקים או מהרמא"י כן ויש חולקין או וי"א אע"פ דלא ס"ל הכי פ"ש.

ועוד ראה 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 והרא"ש ומהר"ם בתשו' המרדכי ס"ל דאפ"י אם המוסר מודה שמסרו אין הנמסר נשבע ונוטל מ"מ נראה מאחר דשמע"י הוא מוחזק נשבע ונוטל כמו שכתב הרמב"ם פ"ה מה' חובל ומזיק ואף על גב דהרא"ש כתב סוף פרק הכונס דכל ספיקא דדינא לא מהני תפיסה וכאן גם כן הוא ספיקא דדינא דנשאר בתיקו אם עשו תקנת נגזל במסור וכמו שכתב הטור סימן שפ"ח מכל מקום נראה דכאן אין מוציאין נגד דעת הרמב"ם דהא הנ"י פ"ק דמציעא כתב כדברי 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 כאן 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"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 כהרמב"ם.

גם בהגהת מרדכי דמציעא לא נמצא דבר. ואין לומר דמ"ש מהרמ"א דכאן אין מוציאין נגד דעת הרמב"ם ר"ל כיון 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 הרא"ש מודה שהרי לא כתב הרא"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 הרא"ש מודה לו בזה דאם כן אמאי כתב דהא הנ"י כו' דה"ל למימר דהרא"ש גופיהכתב פ"ק דמציעא בה הרמב"ם דבטענת ברי מהני תפיסה ועוד שהרי בסי' שפ"ח כתב הטור ומהרמ"א גופיה דיש חולקים וס"ל דלא מהני תפיסה במסור והיינו דעת הרא"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 דכאן אין מוציאין נגד דעת הרמב"ם כו' כוונתו לומר דאף על גב דבעלמא היכא דהרמב"ם והרא"ש פליגי אנו בני אשכנז רגילין לפסוק כהרא"ש מכל מקום כאן אין מוציאין נגד דעת הרמב"ם כיון דהרבה פוסקים מסכימים עמו דהא הנ"י כו' ואם כן הדרא קושיא לדוכתא דהא הנ"י והנך פוסקים שהביא כתבו להדיא דלא כהרמב"ם ואולי יש איזה חסרון בתשובות הרב מהרמ"א שה"ל לכתוב ואף על גב דהנ"י כו' כתבו שלא כדברי 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 דהרא"ש כתב בפרק הכונס כו' ליתא דאינו בהרא"ש ס"פ הכונס רק בר"פ כיצד הרגל כתב דלא מהני תפיסה בתיקו ונראה שנמשך מהרמ"א בתשו' אחר מ"ש הב"י בח"מ סימן שפ"ח על מ"ש הטור גבי מסור ולדעת א"א הרא"ש ז"ל כיון דספיקא דדינא הוא לא מהני תפיסה וזה לשון ב"י בס"פ הכונס כתבו כן בתוס' והרא"ש ודלא כרב האי שכתב כל תיקו דממונא חולקים כו' אבל אין כוונת הב"י לומר דהרא"ש כתב שם דלא מהני תפיסה רק כוונתו לאפוקי מרב האי דחולקין כאשר הוא באמת שם בתוספות והרא"ש דברי רב האי וחלקו עליו ע"ש אבל בזה דלא מהני תפיסה סמך עצמו אמ"ש בסי' ש"ץ שהוא בפרק כיצד 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 שכתבו 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 כן בבעיא זו משום דס"ל דל מהני תפיסה בכל ספיקא דדינא.

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

ואע"ג שכתבתי לעיל סימן ט' דאשכחן בכמה דוכתי ברמב"ם וסמ"ג שכתבו כן בתיקו או בעיא הדין בסתם כאלו נפשט ממש לקולא מ"מ ודאי דבכל מקום יש טעם בדבר ולא משום דס"ל דבכל תיקו לא מהני תפיסה שהרי כתבו בהרבה מקומות עצמו מספר דמהני תפיסה בתיקו אלא ודאי שאני בהך בעיא דחלקן לעניים כיון דאפילו הוי מתנה גמורה אין לו בעלים ידועים ויכול לחלקן לאיזו עניים שירצו לא מהני תפיסת עניי' דכיון דאפילו היה הדין ברור לא היו הב"ד יכולים לכופו ליתנו לעניים אלו אלא היה רשות בידו ליתנו לעניי' דעלמא בכה"ג מפקי' מנייהו דלא מהני תפיסתן לאחשובינהו 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 דרך 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 והרא"ש שכתב כן היינו משום דאזיל לטעמיה דסבירא ליה בבעיא לא מהני תפיסה אבל השולחן ערוך שפסק בכל המקומות כהרמב"ם אמאי כתב כאן דמוציאין מידו אלא ודאי (ביאור דברי

הש"ע בח"מ ס"ס רמ"ג) שאני התם כיון דאין לו בעלים מיוחדים ואי הוה תבע ליה לבעה"ב לקמן שיתנו לו לזכות בו מדין הפקר לא הוה כפינן ליה א"כ בכה"ג לא מהני תפיסה.

ואין להקשות דהא אפילו בספק בכור גופיה ס"ל להרמב"ם וסמ"ג וב"י דתקפו כהן אין מוציאין מידו וכמ"ש לעיל סימן א' אף על גב דהתם נמי אין לו בעלים מיוחדים וכן גבי בעיות דקנס כתבו נמי בכמה מקומות דאין מוציאין מידו וכן גבי בעיא דגלל שהבאתי בסימן י"ד אלמא דלא סבירא ליה להרמב"ם וסמ"ג ושלחן ערוך לחלק בכך ואע"ג שכתבתי לעיל סימן כ"ו ול"ד ול"ה דהטור ורבי' ירוחם ושאר אחרונים מחלקים בכך מכל מקום הרמב"ם וסמ"ג ושלחן ערוך לא סבירא להו הכא מדכתבו גם כן ספק בכור ובעיות דקנס ובעיא דגלל דמהני תפיסה.

י"ל דשאני התם בספק בכור דרחמנא זכיה ליה לכהן וכן גבי בעיות דקנס הזכה מדין תורה או מדרבנן בקנס זה אבל בהקדיש או הפקיר כיון דלא זכה בהו אלא מצד הנותן שהקדיש או הפקיר מדעת עצמו מה שלא היה מחויב לעשות כן לא מן התורה ולא מדרבנן בכהאי גוונא ודאי לא מהני תפיסה כיון דאין לו בעלים ידועים כן נראה לי: סי' עח (דין תפיסה בתיקו הדבר מסור לדיינים להוציא מיד התופס או לא) על כן אין בידי להכריע בדין תיקו או בעיא דלא איפשטא רק הנני אומר בתיקו הדבר מסור לדיינים יעשו כטוב בעיניהם לפי ענין הטענות ותביעות כגון שיצרפו עוד צדדים להוציא או להחזיק וכה"ג לפי ראות עיניהם וכעין מ"ש הריב"ש ס"ס שס"ד גבי אלמנה שתפסה דיש פוסקים דמפקי מיניה ויש פוסקים דלא מפקי מיניה וז"ל שם וכל אלה הפוסקים מראי' פנים לדבריהם זה נותן טעם לדבריו וזה נותן טעם לדבריו ואין בידי הכריע ולהכני' ראשי בין ההרים גדולים אבל הדיין יעשה מה שעניו רואות עכ"ל הרי שהריב"ש משום שלא ידע להכריע מסר הדבר לדיינים כן אני אומר בנדון זה, גם הב"ח בא"ע סימן ס"א כתב דצ"ע בדין תיקו שבש"ס אי מהני תפיסה והבאתי לשונו לעיל סוף סימן י"ד.

(דין תפיסה בבעיא אם הוא ת"ח ומברר לפני הדיינים לפשוט הבעיא אין יכולת ביד הדיינים להוציא ממנו) אך בזה נ"ל לחלק בין תיקו או בעיא דלא איפשטא דבתיקו לא מהני שום פשיטות אבל בבעיא יאמר התופס שיש לו מקום לפשוט הבעיא מן המשנה או מברייתא או מן הש"ס ויברר לפני הדיינים דבריו ויראו הדיינים שיש טעם בדבריו אע"פ שלא נפשטה הבעיא בש"ס מועיל תפיסתו וכמ"ש מהרש"ל.

אך מ"ש מהרש"ל דאפילו אינו ת"ח שיש בידו להכריע או אפילו טעם וסברא ולא יכול להציע לפניו מ"מ מאחר שאם ת"ח מופלג שהיה יכול להכריע ולפשוט הבעיא הרשו' נתונה לו אם כן עכשיו אפילו שהוא ע"ה מכל מקום יכול לומר קים לי כדעה אחת עד כאן לשונו בזה לא נ"ל כותיה דכיון דלא נפשט הבעיא לחכמי הש"ס ונשאר הדבר להם בספק איך יאמר מי שהוא ע"ה קים לי כסברא זו בלא טעם וראי' וכן מוכח מכל הפוסקים דאין לחלק בין תיקו לבעיא ואף ע"פ שכתבתי לקמן סימן צ"ב דבפלוגתא דרבוותא אין ע"ה יוכל לומר קים לי כפוסק זה היינו משום דכיון דלאותו פוסק ברור ליה הדין כך יכול לומר אנא סבירא ליה כהאי פוסק או משום טעמא דעביד אינש דינא לנפשיה וכמו

שאכתוב בסי' פ"ח אבל בבעי' דלא נפשטה כיון דעד היום לא נתברר הדין לשום אחד מחכמי הש"ס או לשום פוסק או גדול איך יאמר מי שהוא ע"ה קים לי כסברא זו בלא טעם כלל.

אבל אם הוא ת"ח ומראה פנים לפשוט הבעיא יכול להיות שכל הפוסקים מודים דמהני תפיסה דלא מיירי אלא כשאין כאן לפנינו שום פשיטות משא"כ בכה"ג כן נ"ל: סי' עט (דין בפלוגתא דרבוותא נ"ל להכריע דאפי' מאן דס"ל בתיקו לא מהני תפיסה מודים דבפלוגתא דרבוותא מהני תפיסה מג' טעמים) אבל בפלוגתא דרבוותא נ"ל ברור להכריע דאפילו הנך דס"ל דבתיקו או בעיא דלא איפשטא דלא מהני תפיסה מודים דבפלוגתא דרבוותא מהני תפיסה.

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

דהא פשיטא דסמכינן אפוסק היכא דליכא מאן דפליג עליה אפילו להוציא ממון כמו שמוציאין ממון ע"פ שה עדים והא פשיטא דאם מביא שני עדים שלקח משלו מוציאין ממנו דאפי' 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 דהא קיימא לן אין נשבעין על טענת שמא אם כן כיון דהפוסק חשוב כעדים או על כל פנים כע"א אם כן הוה ליה כטוען ברי ע"פ העד או ע"פ עדים במה שאומר קים לי כהאי פוסק וכן בתשובת מהר"ר אהרן בן ששון סי' מ"ד האריך אם יכול לישבע בערכאות 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 שאומרין בפני ב"ד שחייב לו כך וכך (ראיה לזה מתשובת מהר"מ נ' ששון סימן מ"ד) וכן משמע להדיא בתשו' מהר"א נ' ששון שם דטענת קים לי הוי כטוען 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"י פ"ק דמציעא ע"ש אם כן ה"ה הכא (עוד ראי' לזה ממהרי"ק שורש קע"א) וכן כתב מהרי"ק שורש קס"א גבי תפיסה שתפסו הקהל מכמר יואב קים לי הוי כמו טענת ברי וז"ל ואם באנו ליפות כח בט' יואב מפני שהיו הנכסים בחזקתו מאחר שהוא יורש את אחיו ואם יהיה הדין במסופק נימא המע"ה ואף על פי שהקהל תפסו הלא כתב בסמ"ג וזה לשונו כל שתחלת דינו המע"ה אין מועלת תקיפה שאחר כך ומוציאין אותו מיד התוקף כדמסיק 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 כשטוען ברי אפילו אחר שנולד הספק רק הסמ"ג מיירי הכא בתופס מספק שא"י תלוי בסברא כלל ע"ש ודוק) מדהביא ראייה אחר

כך אם תפס קודם שנולד הספק דמהניא תפיסה מההיא דפרק שני דכתובות דף י' קאמר אוקי תרי לבהדי תרי ואוקי ממונא כו' ושם פירש"י דאם תפס לא מפקי' מיניה אם כן משמע דלא מחלק בין טוען התוקף ברי ללא טוען ברי דאם כן מאי מייתי ראייה נימא שאני התם דהמלוה טוען ברי ומנא ליה דיש לחלק בין תפס קודם שנולד הספק ובילאחר שנולד והיינו כחד שנויא דהתוס' פ"ב דכתובות גבי ההיא דאוקי תרי לבהדי תרי שם כתבו וזה לשונו ואוקי ממונ' בחזק' מרי' פי' הקונטרס ונ"מ דאי תפיס לא מפקינן מיניה וקשה דאמרינן בפ"ק דב"מ דף ו' גבי ספק בכור תקפו כהן מוציאין מידו אלמא תפיסה דלאחר ספיקא לאו כלום היא כו' עד וי"ל דשאני גבי בכור שהכהן תופס מספק דאינו יודע אם בכור הוא כו' עד ועי"ל דהכא מיירי בשתפס קודם שנולד הספק עד כאן לשונו.

ומכל מקום לאידך שנויא משמע דאפילו תפס לאחר שנולד הספק אי הוי טוען ברי דמהני תפיסה מדהקשו מההיא דתפסו כהן דהוי לאחר שנולד הספק וכי תימא מכל מקום ראוי לפסוק כאידך שנוי' דבתוספות כיון דלכאורה הסמ"ג ס"ל כוותיה וכדפי' לעיל הרי תשובתך בצדך דמאי חזית דסמכת אסמ"ג ואשנויא בתרא אדרבא נסמוך אהר"ר שמואל בן רבי' ברוך (ולפע"ד גם הסמ"ג מודה להר"ר שמואל ב"ב וכמו שהוכחתי לעיל סימן נ"ד ואולי גם מהרי"ק לא קאמר אלא לפי מה דמשמע לכאורה מהסמ"ג אבל לא לפי האמת ודוק) דסבירא ליה כשנויא קמא דמהני תפיסה ולא מבעיא בטענת ברי ממש אלא בטענת דקים לי דלא ברי ליה מכל מקום כיון דמצי למימר קים לי הכי מהני תפיסה כמ"ש המרדכי בשמו בכתובות פרק נערה גבי כתב לה כסות או כלים כו' דאפילו בה רש"י ור"ת ורש"י מפרש לה במן האירוסין דוקא אבל מן הנשואין גובה הכל ור"ת מפרש לה במן הנשואין כדאיתא התם במרדכי ובתוספות על זה כתב וזה לשונו ואומר הר"ר שמואל בן רבי' ברוך דאם יתפוס החתן המע"ה שיאמר קים ליה כרש"י וכו' והרי לך דאפילו במילי דלא מצי למטען ברי לי כי הכא דמי יוכל לטעון ברי לי שהדין הוא כרש"י ולא כר"ת דמי יכניס ראשו בין ההרים הגדולים והלא אנן סהדי דליכא אינש בדור הזה שיוכל להכריע ביניהם ואפילו בימי רבינו מאיר היה פוסק דהיכא דאיכא פלוגתא דרבנותא כגון רש"י ור"ת המע"ה משום דהוה מספקא ליה מילתא דהלכתא כמאן כ"ש וכ"ש בדור הזה יתמי דיתמי ועניי הדעת דאין לנו לטעון ברי לי כרש"י או כר"ת אלא ודאי צ"ל דסבירא ליה להר"ר שמואל דכיון דבא מחמת טענת דמצי אומר סברא דידי כרש"י מכל מקום מהניא תפיסה דהא לא דמי לתפסו כהן דהתם אין לו אמתלא ושום טענה שיוכל להסמיך עליה אבל היכא דאית ליה טענה על דהו אפי' תהיה רעוע' כי ההיא דקים לי כרש"י כדפי' מכל מקום מהניא עם התפיס' וכיוצא בזה כתבו התוס' בפרק המדיר דף ע"ו כו' עד ואם כן דבר פשוט הוא שיש לק"ק בללוייא כמה טענות ואמתלאות לטעון טענת ברי באותה כלי הקודש אשר תפסו בדרך שתועיל תפיסתם עכ"ל מהרי"ק: וגם (גם מהר"ד עבדי' טפורנו בתשו' מנחם עזרי' סימן פ"ט הסכים לדברי מהרי"ק) מהר"ר עבדיה ספורנו בתשו' מנחם עזרי' סימן פ"ט דף פ"א כ' וזה לשונו ה"נ מהניא תפיסה ויכול לומר קים לי כפלוגי כמ"ש מהרי"ק שורש קס"א עכ"ל משמע דמסכים לדברי מהרי"ק ומ"ש בתשו' מ"ט סי' נ' דף נ' ע"א וזה לשונו ומהכח גמר בעל העיטור הלכה למעשה ברביעי משערי התנאים שלו דבעינן תנאי קודם למעשה בממונא נמי כדעת גדולי הגאונים הראשונים והר"ם ור"ת ור"י והרא"ש וסמ"ג

וה"ה ואף ע"פ שהרב התם בפרק מי שמת פירש בה לפי שטתו דלית ליה גדרי התנאי בממון מכל מקום הלכה רווחת בישראל בהדא מילתא דנא כותיה ואין לאפטרופס לטעון קום לי כדעת הרב שהרי תפס אחר שנולד הספק ועוד דכי תפס לשם הבת תפס ומעשה בית דין יוכיח ועוד שהרי כתב הטור כו' עד כאן לשונו לאו למימרא דפלוגתא דרבנותא בעינן תפס קודם שנולד הספק דפשיטא דכיון דהלכה רווחת בישראל שלא כדעת הרב דלא מהני טענת קים לי בשום ענין וכמ"ש לעיל סימן ע"ב בשם מהרי"ק ולקמן סימן קכ"ג והוא פשוט מאד אלא ודאי לרווחת דמילתא כתב דאפילו אם ירצה האפטרופס לומר שזה דמי לשאר ספק ולא לספיקא דרבנותא מ"מ הוי תפס אחר שנולד 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 מכמה 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 מיירי בתפס קודם שנולד הספק דפשט דברי המרדכי שכתב אם יתפוס החתן לא משמע כן וכן משמע בפשיטות בתשו' ר' אלי' מזרחי סימן ט"ז דף י"ח ע"א דרשב"ב מיירי אפילו בתפס אחר שנולד הספק דהיינו אחר שמת' אשתו עיין שם.

גם בתרומות הדשן גופיה שם מסיק דרשב"ב ר"ל אפילו יתפוס לאחר שנולד הספק דהיינו לאחר שמתה הבת. גם מהרמ"א בא"ע ס"ס נ"ב כ' אבל אם תפס החתן לא מפקינן 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 כן משמע דאזיל לטעמיה שכתב בד"מ שם וע"ש בתרומות הדשן סי' האריך בדינים אלו משמע דר"ל דמסקנת ת"ה גופיה דרשב"ב מיירי אפילו תפס אחר מיתת הבת וכמו שכתבתי גם מתשובות מיי' דספר נשים סי' ל"ה גבי הך פלוגתא דרש"י ור"ת בנדונית חתנים בפלוגתא דרבנותא לא מפקינן ממונא כו' יש להוכיח שם דאף על גב דתפס אחר מיתת הבת לא מפקינן מיניה ע"ש ודוק היטב רק שכתב בת"ה שם דמכל מקום י"ל דרשב"ב סובר כיש מרבנותא וכרי"ף פ' כיצד הרגל דסבירא ליה דתפיסה מהני בספיקא דדינא אפילו אחר שנולד הספק כו' אבל זה אינו נ"ל וכמ"ש דאם כן 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) כתשובת מהר"ר בצלאל אשכנזי סי' ל"ח משמע דלא ברירה ליה דברי ת"ה עיין שם דף ק"ו ריש ע"ב שכתב שזכה יעקב בתפיסתו מכח הספק דאמרינן דה"ל פלוגתא דרבנותא ודמי נמי לטענת ברי ולא דמי לההיא דספק בכור דהא מצי למימר קים לי כבעלי התוס' וכולהו אינך רבנותא דלאו קטלי קני באגמ' הוי ואם יבוא שוב ראובן ויתפוס בשפחה לא מהניא ליה תפיסתו דהיינו ממקום שבא בעל הקונטרסים דהוה ליה תפיסה לאחר שנולד הספק ומיהו יש מרבנותא דסברי דתפיסה לאחר שנולד הספק מהני ומ"ש בעל ת"ה ז"ל באותה תשובה עצמה שהביא החכם בעל

הקונו' ואין להאריך עכ"ל וע"ש עוד: (גם בתשובת מהר"ר יעקב לבית לוי סי' ג' כתב כדברי מהרי"ק) וכ"כ בתשובת מהר"ר יעקב לבית לוי סימן ג' וז"ל ובודאי אין שום סתירה לדברי מהרי"ק שורש קס"א ממאי דכתב הרא"ש ז"ל בפסקיו בפרק כיצד הרגל דבבעי' דסלקא בתיקו לא מהני תפיסה דהתם ודאי התופס עצמו אחינו בא בשום טענה שהרי לא פורש הדין לשום אחד מהצדדים משא"כ בנדון פלוגתא דרבוותא דאע"ג דלא אתברר לנא הלכתא כמאן ומי יכניס ראשו בין ההרים הגדולים להכריע וא"כ הדבר הוא שקול מ"מ המוחזק יש לו איזה הסתבכות לטעון סברתי היא כפלוגי כיון שהוא מוצא בפ"י סברא אחת שהיא כסברתו לעזרו וזה ברור ופשוט עד כאן לשונו ולא הביא שום חולק על זה ואדרבה משמע למעיין שם בתשובתו דסבירא ליה בפשיטות הכי ועיין שם.

ועוד לקי לקמן סימן ק"ד דנראה מדברי מהרמ"א דסבירא ליה דמהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא ע"ש: סי' פא (גם מהרש"ל פרק כיצד הרגל סי' ה' הסכים לדברי מהרי"ק ודלא כת"ה) וכן כתב מהרש"ל פרק כיצד הרגל סימן ה' כדברי מהרי"ק ודלא כת"ה וז"ל שם אפילו הוא ע"ה מכל מקום יכול לומר קים לי כדעה אחת ואף על פי שכתב הרא"ש בפ"ק דב"מ דלא מהניא תפיס' אלא בטוען ברי לא בא למעט רק דבספיקא לא מהני תפיסה כדמשמע לי הרא"ש פ"ב דכתובות וז"ל דלא אשכחן דלא מהני תפיסה אל בספק כו' אם כן כל מה דלא דמי לספק בכור מהני תפיסה ובנדון דידן הוי כמו ברי ול"ד לכהן שאין בו טענה ואמתלא ששייך לומר ברי אבל בטענת קים לי כדעה אחת מאחר דשייך בזה הוי כטענת ברי ממש ותדע דהא מסיק במרדכי פרק נערה וז"ל אומר ה"ר שמואל ב"ר ברוך דאם יתפוס החתן הנדוניא יכול לומר קים לי כרש"י שסבר מן הנשואין אם מתה זכה בהן והמע"ה ומסתמא רשב"ב לא פליג אדברי תוס' דגבי תיקו לא מהני תפיסה וכן המרדכי הביאה גם כן לפסק הלכה בפ"ב דכתובות בלי חלוקה עליהם וגם בכאן לא הביא המרדכי שום דעה שחולק על רשב"ב לענין תפיסת החתן אם מועיל תפיסה בספיקא אלא ע"כ מאחר דלא היה ביד רשב"ב להכריע בנדוני' חתנים לכן פסק דמהני תפיסה בטענת קים לי כרש"י מאחר דשייכי בזה טענת ברי שאם היה גדול והיה מכריע ואין לומר מאחר דהגדולים לא הכריעו אם כן וכי הבאים אחריהם יכריעו בודאי יכול להכריע דלא עדיפי אותם הגאונים מן הש"ס דתלייא וקיימא כדפי' לעיל גבי קשיא וכן גבי בעיא דלא נפשטא א"כ מאחר דיש צד להכריע ולהוכיח כחד מרבוותא אף מי דלא ידע יכול לתפוס ולומר קים לי כרש"י ומהני תפיסתו ואינו דומה לספק בכור וכן בנדון דידן אף שמהרא"י בתשובה הוזהר דין של נדונית חתנים לספיקא דדינא היינו שלא ירד לחילוק שחלקתי בן דבר שאפשר להכריע ובין דבר שאי אפשר להכריע כמו תיקו אבל כפי מה שכתבתי וחלקתי הוא דבר נאות ומוכרע בעיני בלי גמגום וכן פסק מהרי"ק שורש קס"א עד כאן לשון מהרש"ל והעתיק דבריו שארי הגאון החסיד הגדול מהר"ר ישעיה סג"ל בספרו שני לחות הברית שנדפס מקרוב בק"ק אמשטרדם בדף תי"ד: סי' פב (מ"ש מהר"י כהן מקראק' וד"מ וסמ"ע בשם מהרי"ק דלא אמרינן קים לי רק בנדוני' חתני לפע"ד ליתא דאין כן דעת מהרי"ק להלכה) וראיתי בתשובת מהר"ר יוסף כהן מקראקא ס"ס נ"ב שכתב וז"ל ואף כי מהרי"ק פסק בשורש צ"ד שאין ברור דתיהני תפיסה בספיקא דדינא הלא כתב הטעם שפסק רשב"ב דהואיל ותפס יכול לומר קים לי כרש"י משום דלכאורה נראה כרש"י וכו' אם כן נאמר נמי הואיל והדעת מכרעת כנ"ל

אין להוציא מירשי האשה עד כאן לשונו וכן כתוב בדרכי משה סי' כ"ה ובסמ"ע שם ס"ק י"ז בשם מהרי"ק שורש צ"ד ולא היה להם להחליט הדבר למהרי"ק דפשיטא דמהרי"ק שם לא אמר' אלא לפלפולא בעלמא לדחות דברי השואל דאין מדברי הרשב"ב קושיא עליו אבל ודאי להלכה לא ס"ל למהרי"ק הכי אלא דס"ל דה"ה בעלמא מצי למימר קים לי וכמ"ש בשור' קס"א והבאתי לשונו בסמוך סימן ע"ט וכן מוכח להדיא מדברי מהרי"ק שורש קמ"ט שהבאתי בסימן פ"ב וכן כתב עוד מהרי"ק בשורש צ"ב גבי פרוזבול היה לי ואבד דאיכא פלוגת' דרבוותא אי המלוה נאמן בלא שבועה וכתב וז"ל שאין בידינו לכופ' להמלוה עד שישבע דהמע"ה אמנם אי הוי תופס מלוה ואומר קים לי כהני רבוותא דאמרי המלוה נאמן בלא שבועה נלע"ד שלא היה כח בידינו להוציא מיד המלוה כמ"ש המרדכי בפ' נערה גבי נדונית חתנים בשם הר"ר שמואל מבונברק דאי תופס חתן ואמר קים לי כרש"י דלא הוה מפקינן מיניה ואף על גב דלר"ת לא זכה וה"נ לא שנא עד כאן לשון מהרי"ק שם.

וכן כתוב בשו' משפטי שמואל סימן קכ"ו דף קע"ב ע"א וזה לשונו ואף על גב דבשורש צ"ד כתב מהרי"ק ז"ל דדוקא גבי נדונית חתנים קאמר רבינו שמואל דמצי למימר קים כפלוני כמבואר שם מכל מקום אמינא דלא מבעיא למה דפסק הוא ז"ל בפוסקים אחרים באופן אחר וכמעט דבריו סותרין אהדדי וצריך ליישבם המעיין וכעת אקצר כו' עד כאן לשונו: והנה עיינתי והם מיושבים באופן שכתבתי דמ"ש בשורש צ"ד לא כתב רק לפלפול' בעלמא לומר שלא להכריח כן מדברי רשב"ב אבל לקושט' דמילתא לא ס"ל הכי.

ונמצאו לא סתרו דברי מהרי"ק אהדדי ואפילו את"ל דסתרי אהדדי ודאי דאזלי' בתר רובא שהרי רק בתשובה א' כתב דדוקא בנדונית חתנים קאמר ה"ר שמואל הכי ובשלש תשובות כתב דלא שנא אם כן פשיטא דאזלי' בתר רוב תשובותיו ובפרט שלא להוציא מהמוחזק ואם כן 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.

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

(גם מהר"מ מרוטנבורג רגיל לפסוק בפלוגתא דרבוותא 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 מפיך מיניה דא"ל האי אייתי ראייה שהלכה כזה הרב שפסק כן עד כאן לשונו ומביאו מהר"ר לוי ו' חביב בתשובה סימן ל"ז והבאתי לשונו לקמן סימן צ"ז וכן מוכח בפשיטות בתשובת מהר"ר אלי' מזרחי סימן ט"ז דה"ה בכל דוכתי מצי למימר קים לי ויליף לה מדברי רבינו שמואל ב"ר ברוך הנ"ל ע"ש ועוד מצאתי בתשו' הגאונים (כן) 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 דיינים חולקים ואין א' גדול מחברו אלא שניהם שוים אם הוא דבר איסור תורה מחמירים ואם הוא דבר ממון מעמידים הדבר ההוא בחזקתו ואין מוציאין אותו מיד הנתבע או התופס עכ"ל.

ועוד אוכיח לקמן סי' פ"ח וסי' צ"ז מהרבה פוסקים דתפיסה מהני בפלוגתא דרבוותא אפי' אותן דס"ל דלא מהני תפיסה בתיקו: סי' פג והנה ראיתי בתשובת מהר"ר דוד ן' לב ספר שני סימן ס"ז כתב וזה לשונו ועוד אני אומר דאפילו שהיה השליש יורש הבת אפ"ה לא הוי מהני לים התפיסה ואף על גב דהוי תפיסה דקודם שנולד הספק וכמ"ש הרא"ש שנראה מדברי הרב האלפסי בפרק כיצד הרגל דמהני תפיסה בתיקו והקשה עליו כיון דספיקא דדינא הוא מאי מהני תפיסה כו' ואם נפשך לומר דעד כאן לא פליג הרא"ש עליה דרב אלפס ז"ל אלא משום דתפס אחר שנולד הספק אבל בנדון דידן דתפס קודם שנולד הספק דילמא לא פליג הרא"ש עליה.

הא ודאי ליתא דהרי כתב הרא"ש בפ"ק דמציעא וזה לשונו כללא דמילתא לטענת ברי מהני תפיסה אבל מי שהוא מסופק לא מהני תפיסתו לאפוקי מחזקת מרא קמא ע"כ משמע דבכל תפיסה קאמר דלא מהניא אפילו בתפיסה דקודם שנולד הספק) כבר השגתי על זה לעיל סי' ס"ח והבאתיראיות ברורות לדברי בסימן ס"ו וס"ז וס"ט ע"ש) ומסתברא דטענת קים לי לא הו טענת ברי אלא טענת שמא איברא דמהרי"ק כתב בסי' קס"א דקים לי כהני רבוותא הוי כעין טענת ברי ואף הרמ"א ורבינו יונה פליגי עליה דרב אלפסי כפי מה שכתב הרא"ש ז"ל דבריהם בפרק האשה שנתארמלה כו' ואף על גב דהרא"ש דחה דבריהם דכתב דכל היכא דטוען טענת ברי המחזיק במטלטלים אין כח ביד ב"ד להוציאו מתחת ידו מכל מקום זכינו לדין דבנ"ד היה מקום לומר דאפילו שהיה השליש היורש מהבת אפ"ה כיון דטוען טענת שמא דדילמא הלכה כראבי"ה ז"ל דמסתברא דלא חשבינן לטענת ודאי מאי דקאמר מוחזק קים לי כהנך רבוותא ומאי דקאמר מהרי"ק דהוי כעין טענת ברי סברת יחיד היא שלא מצינו כתוב דבר זה לזולתו איברא דלדעת הרב אלפסי אפילו בטענת ספק מהני' התפיסה ואפי' שתפס אחר שנולד הספק ולפי סברתו היה יכול השליש (לתפו') אם היה יורש הבת מכל מקום לא שבקינן כולהו רבוותא ועבדינן כרב האלפסי ואף על גב דיש מקים לחלוק ולומר דסברת הרב האלפסי ז"ל לאו סברת יחיד דמשמע מדברי בעל תרומת הדשן דרבינו שמואל ברבי ברוך ס"ל כוותיה וכיון דכן הוא אמאי לא אמרינן דמצי המוחזק לומר קים לי כהרב האלפסי וקים לי כראבי"ה וכ"ש שיש להסתפק דדילמא סבירא ליה להרא"ש דהיכא דתפס קודם שנולד הספק דמהני טענת ספק ממאי דכתב בפרק השואל בהוא גברא דקאמר לחבריה אושלן לי מרא כו' (כבר השגתי לעיל סימן מ"ז על זה דבהך דאושלן מרא אין הטעם משום תפס קודם שנולד הספק אלא משום שתפס ברשות ע"ש) איברא מפ"ק דמציעא ומפרק האשה שנתארמלה לא משמע הכי אלא נראה מדבריו דבתפס

קודם שנולד הספק לא מהני טענת שמא (כבר השגתי על זה לעיל סי' ס"ח) ונדון דידן אע"ג דהוי' טענת (שמא) הוי תפיסה דקודם שנולד הספק אפ"ה יראה לי דכיון דדברי הר' חיים כהן נראין יותר מפקי' ממונא מיד השליש היורש עכ"ל מהר"ר דוד ן' לב: סי' פד והנה מבואר מדבריו בתשובה זו דלא מהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא.

אך לפע"ד אין לבנות יסוד על דבריו שבתשובה זו חדא דמשמע מדבריו דפסק כן משום דס"ל דפלוגתא דרבוותא דמי לתיקו ולא שבקינן כולהו רבוותא ועבדינן כהרב אלפסי (אישתמיטתי' למהר"ר לי ן' לב ספר שני סימן ס"ז כל הנך פוסקים שהבאתי לעיל סימן ע"א) ואישתמיטתיה כל הנך פוסקים שהבאתי לעיל סימן ע"א דס"ל כהרב אלפסי יותר מעשרה גדולי המורי' ובלי ספק אי הוה ידע דכל הנך אשלי רברבי מסכימים לדברי הרי"ף לא הוה כתב דסברת הרי"ף סברת יחיד הוא ואפילו בתיקו גופא הוה פסק דמהני תפיסה ומכל שכן לפי מ"ש לעיל סימן ע"ג דהפוסקים וס"ל דמהני תפיסה בתיקו רובא נינהו ועוד שנראה מדברי מהר"ר דוד גופיה בתשובה זו דלא פשיטא ליה כולי האי לדחות דברי מהרי"ק.

גם בספר הראשון דף נ"ד ע"ב כתב מהר"ר דוד ן' לב להדיא כן וזה לשונו ואף על גב דכתב הרא"ש בהיהא אבעי' דכיצד הרגל דסלקא בתיקו דאם תפס מוציאין מידו משום דהוי ספיקא מכל מקום אפשר לחלק דדוקא היכא דסלקא בתיקו קאמר הרא"ש דהוי ספיקא ולא מצי למימר פשיטא לי מאי דסלקא בתיקו לש"ס אבל בפלוגתא דרבוותא אפשר דס"ל להרא"ש כסברת מהר"י קולון דבטוען המוחזק קים לי הוי כעין טענת ברי עד כאן לשונו וכן כתב עוד מהר"ר דוד ן' לב להדיא בספרנו סימן נ"ה גבי אלמנה שתפסה מטלטלים למזונותיה יותר משלשים יום וז"ל ואית לן למיעבד עובדא דאפילו תפס' לאחור מיתה מה שתפסה תפסה דאפילו דנימ' דהוי פלוגתא אי תפיסה דלאחור מיתה הוי תפיסה כיון דהיא תפוס' ומוחז' לא מפקי' מינה דמצי אמרה קים לי כהני רבוותא דקאמרי דתפיסה דלאחור מיתה הוי תפיסה וכן נמי מצי למימר קים לי כהני רבוותא דקאמרי דא"צ תפיסה מסימט' ומר"ה כדפי' רש"י ז"ל אלא דסגי אפילו מרשות היורש כדמשמע מתוך תשוב' הריב"ש ומתוך תשוב' ריצב"א שנחלק על אחיו ר' שמשון ז"ל ולית לן למימר דמאי דאמרינן דמצי המוחז' למימר קים לי כהני היינו בשאר דוכתי אבל היכא דהפלוגתא הוי אי החזקה והתפיסה הוי' חזקה ותפיסה לא מצי למימר קים לי כהני דכיון דסוף סוף תפסה והיא מוחזקת היאך מפקינן מינה מצי אמרה קים לי כמאן דאמר דהך דאנא תפיסנ' דהוי תפיסה עד כאן לשונו מהר"ר דוד ן' לב הרי להדיא דמהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא: סי' פה הנה נתבאר טעם אחד דלא דמי פלוגתא דרבוותא לתיקו מטעם דתיקו הוי טענת ספק משא"כ פלוגתא דרבוותא דהוי כמו טענת ברי וכמ"ש מהרי"ק ומהרש"ל ושאר אחרונים שהבאתי לעיל: ועתה אבאר מה שנראה לי מסברתי לחלק עוד שני טעמים דלא דמי פלוגתא דרבוותא לתיקו (הטעם השני דבפלוגתא דרבוותא הוי כתופס קודם שנולד הספק) והוא כיון שכבר 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 כן ודאי יש חילוק גדול ביניהם.

והוא דבתיקו כיון שאי אפשר להתברר לעולם שאין שום אדם יכול לפשטו כיון שכבר 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 כחד מנייהו אפי' בא כבר דין זה לפני דיינים אחרים או אפילו לפני אותו דיין עצמו ולא היה יכול להכריע) אבל בפלוגתא דרבנותא שהרי יש ביד הדיין להכריע מן הש"ס או הפוסקים אפי' מסברתו כחד מנייהו ואפילו אירע דין זה פעם אחת ולא היו הדיינים יכולים להכריע אם יבוא עתה לפני דיין אחר יכול להכריע דהכל תלוי בדיין שבא הדין לפניו וכמ"ש מהרש"ל פר' כיצד הרגל סי' א' וכמ"ש לעיל סימן פ"ב בשם תשובת הגאונים והוא פשוט מאד ואפי' אותו דיין עצמו יכול להכריע אחר כך אם כן כל היכא דתפס מיקרי תפס קודם שנולד הספק שהרי אם היה הדיין מכריע כחד מנייהו היה יכולת בידו להורות כן נמצא שלא נולד הספק עד עת שבא המשפט לפני הדיין ואין בידו להכריע וחלוק זה נראה לי ברור ואמתי: סי' פו (ראיה לטעם זה מתשובת מהר"ר יוסף נ' לב) ונ"ל להביא ראיה לחלוק זה שכתבתי מדברי מהר"ר יוסף נ' לב שכתב 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 שהיה אנוס ורוצה שיחזיר לו מעותיו וכתב שם וז"ל כיון שראבי"ה ומהר"ם ס"ל דעביד אינש דגזים לא הוה הגזומים והאיומים אנוס ואע"ג דר"ח חלוק עליהם מצי אמר ראובן קים לי כראבי"ה ומהר"ם כיון שהוא מוחזק והמעות תחת ידו וכדאמרינן ארעא היכא דקיימ' תיקום זוזי היכא דקיימי לוקמו ואם לחשך אדם לומר דהוי' תפיסה לאחר שנולד הס' ול"מ ולא מידי כדמוכח פ"ק דמציעא גבי תקפו כהן ובפ' בית כור ובתשו' קולון סי' קס"א ובתה"ד סימן שכ"א נתבררו ונתלבנו הדברים האלה והרוצה לעמוד על שרשם יעיין בתשובותיהם הא נמי לייתא דנדון דידן לא מיקרי תפיסה לאחר שנולד הספק אדרבה נולד הספק אחר התפיסה ואחר נתינת מעות מיד שמעון לראובן אם זכה באותם מעות כפי דעת ראבי"ה ומהר"ם דעביד אינש דגזים ולא עביד או אם לא זכה בהם כדעת ר"ח גאון ופשיטא דבכיוצא בזה יוכל לומר ראובן קים קים לי כמהר"מוראבי"ה עכ"ל מהר"ר יוסף נ' לב.

והא התם נתן לו המעות אחר שגזם ואיים אותו מ"כ נולד הספק דפלוגתא דראבי"ה ומהר"ם קודם שתפס ואפ"ה ס"ל דמיקרי תפס קודם שנולד הספק והיינו ע"כ מטעמא דפרישית דכיון דאלו היה הדיין מכריע עכשיו כראבי"ה ומהר"ם או כר"ח לא הוי ספיקא בדבר א"כ בתר השתא אזלינן והוי תפס קודם שנולד הספק: אך (קושיא מדברי מהר"י נ' לב ספר א' סימן מ"ז סותרים לדבריו סם סי' צ"ז) קשה שבספר א' סי' ס"ז גבי מעשה דיעקב 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 מכל הנך טעמי שכתבתי למעלה ושאתוב לקמן.

דהא מדברי מהר"י בן לב אין ראייה כיון דדבריו סותרים זא"ז וגם מדברי מהר"י טראני סימן קכ"א נראה להדיא דלדעת מהר"י נ' לב מהניא תפיס' בפלוגתא דרבנותא וכמ"ש לקמן סי' ק' וע"ש. ועוד שמדברי מהר"י נ' 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"ר דוד נ' לב בנו של מהר"י נ' לב יש ראייה דתפיסה מהני בפלוגתא דרבנותא וכמ"ש לעיל סי' פ"ד והוא בתראה טפי מאביו ואפי' תימא דדעת מהר"י בן לב דלא מהני תפיסה בפלוגתא דרבנותא מ"מ כיון דכבר הוכחתי ועוד אוכיח לקמן דמהני בכי הא ודאי יפה כח הבן מכח האב: סי' פז (הטעם השלישי דבפלוגתא דרבנותא כיון דאי עביד הדיין כחד מינייהו קם דינא מצוי למימר עבידנא דינא לנפשאי) הטעם השלישי נ"ל דיש חילוק גדול בין תיקו לפלוגתא דרבנותא משום דבתיקו לדעת האומר כן דלא מהני תפיסה ודאי אי טעה הדיין ופסק לשלם בדין דסלקא בתיקו הוי טעה בדבר משנה וחוזר כיון דסלק' בש"ס בתיקו והוא פסק נגד הש"ס לכך מפקינן מיניה וכ"כ הנ"י פרק א' דיני ממונות להדיא וז"ל טעה בדבר שנשאר בספק בש"ס כגון הנהו בעיא דקיימי' בתיקו דהוי חומרא לתובע וקולא לנתבע ולא עבד הכי, טועה בדבר משנה הוא שכבר נפסק הדין לפי הכללות המסורים בידינו עכ"ל משא"כ בפלוגתא דרבנותא אי עביד הדיין כחד מינייהו קם דינא וכמבואר לקמן סי' פ"ח מן הש"ס פרק כל הנשבעים וכל הפוסקים ועוד דאפי טעה בשקול הדעת דהיינו שיש מחלוקת תנאים ואמוראים ולא נפסק הלכה כאחד מהם והוא פסק כא' מהם וסוגיא דעלמא אזלה כאידך מה שעשה עשוי וכמו שנתבאר בפוסקים פ' אד"מ ובטור וש"ע ר"ס כ"ה ואע"ג דאיתא התם כמה גווני דהדין חוזר בשקול הדעת לדעת הרמב"ם וסייעתו היינו בטעה בשקול הדעת דהיינו דסוגיא דעלמא אזלא כאידך הלכך הדין חוזר אבל היכא דאין סוגיא דעלמא כאידך רק שניהם שקולים פשיטא ופשיטא דפשיטא דקם דינא לכ"ע וכמ"ש הרא"ש פ' אד"מ והטוח"מ סי' כ"ה וז"ל ואם לא ידע הפסק במחלוקת הגדולים ואח"כ נודע לו ואינו בר הכי שיוכל להכריע או שא"י להכריע אם נראין כדברי האחד לרוב החכמים והוא עבד כאידך היינו שיקול הדעת ואם א"א לעמוד על הדבר אין כאן טעות ומה שפסק פסק עכ"ל וכ"כ התוס' פרק המוכר את הבית דס"ב ע"ב וליכא מאן דפליג בהא והוא דבר פשוט ומבואר מעצמו א"כ כיון דאלו עבד הדיין כן מה שעשה עשוי ואין כאן טעות א"כ פשיטא דמהני תפיסתו מטעם עביד דינא לנפשי' דמצוי למימר הדין עמי ואני הוא הדיין ועושה דין לעצמי דהא קי"ל בפ' המניח דאפי' היכא דליכא פסידא עביד איניש דינא לנפשיה כ"ש במקום פסידא דהא בלא תפיסתו לא היה יכול הדין להגבותו וליתנו לו לכתחלה: סי' פח (ראיה ברורה לזה מהר"ן וריב"ש ובעל התרומות ושאר הרבה פוסקים וראי' ברורה לזה דהא אפי' הר"ן והריב"ש דס"ל דלא מהני תפיסה בחיקו וכמ"ש לעיל סי' ע"ג משמם מ"מ בפלוגתא דרבנותא ס"ל דמהני תפיסה מהך טעמא וכן הבעל התרומות מסתמא קאי בשטת הרמב"ן שהרי הוא תלמיד חבר של הרמב"ן ובכל מקום נמשך אחרי שטתו והרי הרמב"ן ס"ל בתיקו לא מהני תפיסה וכמ"ש"ל סי' ע"ג ואפ"ה ס"ל דבפלוגתא דרבנותא מהני תפיסה מהאי טעמא.

ואף אם נאמר דהבעה"ת לא דבר שום דבר בתיקו מ"מ מוכח מדבריו דמהני תפיסה בפלוגתא דרבנותא מטעם זה וכמו שאבאר. דבפרק כל הנשבעים פליגי רב ושמואל ור' אלעזר דרב ושמואל ס"ל מת לזה בחיי מלוה ואח"כ מת מלוה 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 כרב ושמואל עבד דעבד כר"א עבד וכו' הרי"ף והרא"ש שם דמוכח בש"ס דלכתחלה עבדי' כרב ושמואל וכן דעת הרמב"ם פי"ד מה' מלוה וכ"כ הבעה"ת שער י"ד ח"ב וכ"כ כל הפוסקים וכמו שנתבאר בח"מ סי' ק"ס והר"ן כתב שהר"ר יוסף הלוי כתב בשם רב האי גאון שמנהג ראשונים לדון כרב ושמואל והא דאמרינן דיין דעבד כר"א עבד ליתא ותמה עציו הר"ן וכתב ולא ידעתי למה.

וכתב הבעה"ת שער י"ד ח"ב וז"ל ומסתברא דאי קדמי יתמי המלוה ותפסי מנכסי דיתמי דלוה אע"ג דמת לוח בחיי מלוה כיון דתפסי לא מפקינן מיניה מידי דכיון דאסיקנא דדיינא דעבד כר"א לא מהדרינן עובדא מיניה וקי"ל בעלמא דעביד אינש דינא לנפשיה ה"ל כמאן דאזיל לבי דינא ודנו לו כר"א וכיון דתפס תפס עכ"ל וכ"כ הר"ן פרק כל הנשבעים בחדושיו ובפירושו להרי"ף שם וז"ל האי דיינא דעבד כר"א עבד מיהא שמעינן שאם קדמו היתומים ותפסו אין מוציאין מידם וכ"כ קצת מרבותינו הצרפתי' ז"ל עכ"ל וכ"כ הריב"ש סימן ע"ח וז"ל ועוד דהא דרב ושמואל פליג עלייהו ר"א התם ואמר יורשיו נשבעין שבועה היורשים ונוטלים ואסיק ש"ס התם דדיינא דעבד כרב ושמואל עבד דעבד כר"א עביד אלא דלכתחלה דיינים כרב ושמואל ובנדון זה שיורשי מלוה מוחזקין בחצר הממושכנת בידם אפי' לכתחלה מגבינן להו החצר.

וגם הרמ"ה ז"ל כתב שאם קדמו יורשי המלוה ותפסו מנכסי הלוה אע"פ שמת לוח בחיי מלוה אין מוציאין מידם כ"ש בכאן שהלוה עצמו החזיק את המלוה בחצר שהדין נותן שיגבוהו לו לכתחלה עכ"ל (וכ"כ בתשובת מהר"ר שלמה כהן ספר שני סימן ל"ז בשם הרמ"ה וטור ע"ש) וכ"כ הטור ח"מ סימן ק"ח וש"ע שם דלכתחלה דיינים כרב ושמואל ואי עבד כר"א עבד וכן אם קדמו יורשי המלוה ותפסו מנכסי הלוה אע"פ שמת לוח בחיי מלוה אין מוציאין מידם עכ"ל וכ"כ הב"ח בסימן ק"ח סכ"ח וז"ל קדמו יורשי המלוה ותפסו כו' נראה דין זה נלמד מהא דעבד כר"א עבד.

אלמא דמספקא לן הלכתא ולפיכך אם תפסו אין מוציאין מידם דדילמא הלכתא כר"א והא דכתב רבינו הלכך אין קורעין שמא ימצא ב"ד שיגבוהו להן המ"ל נמי שמא יקדמו ויתפסו מנכסי הלוה אלא לישנא דש"ס נקט דקאמר רב פפא לא מקרעינן ליה דהא דיינא דעבד כר"א עבד מינה למדין דין תפיסה עכ"ל: סי' פט והשתא ק"ו בן בנו של ק"ו הוא ומה התם דרב ושמואל ה"ל רבים לגבי ר"א וגם רבינו האי גאון וה"ר יוסף הלוי ס"ל דליתא לדרכי אלעזר כלל ואנן נמי לכתחלה מורינן כרב ושמואל ואפ"ה מהני תפיסה יורשי המלוה שטוענים ספק דהא ודאי אינן טוענים ברי שידוע להם ששטר זה אינו פרוע ואפ"ה מהני תפיסתולומר קים לי כר"א מטעם עביד דינא לנפשיה עאכ"ו בפלוגתא דרבוותא דאפילו לכתחלה מצינן למיעבד כחז מנייהו וכ"ש דאי עבד כחז מנייהו דלא מהדרינן עובדא לכ"ע פשיטא ופשיטא דפשיטא דמהני תפיסה מהך טעמא דעביד דינא לנפשיה דה"ל כאלו דנו לו הדיינים כן.

וזה ראייה ברורה ותשובה נצחת נגד מי שרוצה לומר דלא מהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא משום דדמי לס' בכור. והנה מלבד כל הנך ראיות ברורות שכתבתי למעלה באריכות דל"ד כלל לספק בכור יש כאן ראייה ברורה כשמש בצהרים.

וכמ"ש.

ומוכח נמי מכל הנך פוסקים דמהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא בכל גווני בין ברשות בין שלא ברשות בין קודם שנולד הספק או אח"כ בין תפס אותו דבר או דבר אחר דהא טעמא הוא דמהני תפיסה דכיון דעביד אינש דינא לנפשיה ה"ל כאלו דנו לו כן דה"ל כאלו הוא עצמו הדיין ופשיטא דלפי טעם זה בכל ענין מהני תפיסה דהא כמו שאלו היה הדיין עושה כן היה מועיל בכל ענין ה"ה אם תפס דה"ל כאלו 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 כלל א אפשר דכיון דלכתחלה מוכרחים אנחנו להורות כרב ושמואל ס"ל דלא מהני תפיס' כיון דהדיין צריך להכריע כרב ושמואל אבל ודאי כל הפוסקים מודים בהא דהיכא דאיכא פלוגתא דרבוותא ואין כאן הכרעה כלל מהני תפיסה סי' צ (עוד ראי' לזה בתשובת מבי"ט סימן קמ"ג) וכן ראיתי 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 דרבוותא מהך טעמא שכתבתי שכ' שם גבי מי שתפס משל אחותו שתחזיר לו מה שנתנה לו אמו וז"ל שם אלא דאהני ליה לאחי' מה דתפיס משלה ויכול לומר קים לי כהני רבנן אחריני דבקנין סגי דמשעת קנין זכה ולא תימא כיון דזכתה היא מכח קים לי כהרי"ף הא קם דינא ואין האחר יכול לתפוס משלה ואי תפיס מפקינן מיניה דהא לא זכתה מכח ב"ד אדרבה ב"ד הוי דייני כהני רבנן רברבי אלא משום דהיא תפסה מהני' לה כדאמרה קים לי ולהכי אם תפס הוא משלה אח"כ הדר דינא כמה דהווי דייני ודימי למי שכפר בחבירו ונשבע דאם אח"כ תפס חבירו משלו ונשבע שהוא חייב לו ונשבע לשקר מהניא ליה כמ"ש המפרשים ז"ל וכן דמי למת לוה בחיי מלוה ואח"כ מת מנוה דדיינינן כרב 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 לידי' ולא מהני תפיסה בכה"ג לומר קים לי כהרי"ף ודלא כמו שפסק בתשו' מבי"ט) ואע"ג דלענין דינא נ"ל עיקר שלא כדעת תשובת הרי"ף בזה וכמו שהעליתי בספרי בח"מ סי' ל"ט דהעיקר כרוב הפוסקים דבשטרי אקנייתא לא בעינן דמטא שטר לידי' וכן הסכימו רש"י ומהר"י נ' מגש והרמב"ן והרשב"א והרא"ה והריטב"א והרבה גדולים כדאיתא 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 כותבין שובר לאשה ע"ש. (וכ"פ הבעל העיטור סוף דף ז')

וכתב שכ"כ רב האי ז"ל וכן הוא להדי' דעת הרא"ש בתשו' כלל ס"ו סימן ג' ומביאו הטח"מ בקצרה בס"ס ר"ן ובסי' רמ"ג ס"ו ע"ש (וכ"כ ב"י בח"מ סוף סימן ל"ט) וא"כ בכה"ג נא מצי למימר קים לי כהרי"ף כיון דכל חכמי ישראל חלוקים עליו וכמ"ש בסי' ע"ב וגם דבריהם עיקר ודלא כהמבי"ט שכתב דמצי למימר בכה"ג קום לי כהרי"ף (נראה לפענ"ד דדאישתמיטת' להמבי"ט מהרבה פוס') ולפע"ד אישתמיטת' כל הנך פוס' שהרי לא הביא המבי"ט שם רק מ"ש הב"י בס"ס רמ"ג בשם תשובת הריטב"א ולא זכר כלל שאר פוסקים הנ"ל ולא דברי ב"י דס"ס ל"ט ולפעד"נ אי הוה ידע דכל הנך רבוותא טובי פליגי עליה דהרי"ף לא הוה פסק כן דודאי הלכה רווחת בישראל דלא מצי המוחזק לומר קים לי היכא דכל חכמי ישראל חלוקין עליו וכמ"ש לעיל סי' ע"ב ולקמן סי' קכ"ג ובפרט שדבריהם עיקר בש"ס.

מ"מ שפיר ילפינן מדברי המבי"ט דמהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא ואפי' תפס אחר שנולד הספק מהך טעמא שכתבתי מכח טענת קים לי (דין ספיקא דדינא שלא הוזכר בש"ס ובשום פוסק מהני תפיסה כמו. פלוגתא דרבוותא).

ומכח טעם השני שכתבתי בסימן פ"ה וטעם השלישי שכתבתי בסי' פ"ז ופ"ח מוכח דספיקא דדינא שבא לפני הדיין שלא נזכר בש"ס ובשום פוסק מהני נמי תפיסה כמו בפלוגתא דרבוותא ודוק: סי' צא (עוד ראי' דאפילו מאן דס"ל בתיקו לא מהני תפיסה מודה בפלוגתא דרבוותא מבעל העיטור והרמב"ן) ועוד ראי' דאפי' מאן דס"ל בתיקו לא מהני תפיסה מודה דבפלוגתא דרבוותא מהני תפיסה דהא הרמב"ן ובעל העיטור ס"ל בתיקו לא מהני תפיסה וכמ"ש בשמם סי' ע"ג ובתשובת מהר"ר לוי נ' חביב סימן ל"ו דף נ"ו ע"א הביא לשון הרמב"ן בפרק החולץ וז"ל ובעל העיטור ז"ל כתב הכי וכי אמר לא ניהא לי ביבם לית לה כתובה דכי אמרו רבנן אית לה כתובה ה"מ כי נפלה קמי מוכה שחין דלא חסמינן לה אבל לאו מוכה שחין הוא חסמינן לה ואי לא מוגמ' פקעה כתובתה ואית רבנן דפליגי ואמרי מ"מ בעי למיתן לה כתובתה בין דנפלה מקמי מוכה שחין בין דלא נפלה קמי מוכה שחין ושדרו ממתיבתא דסורא דליתא ועבדינא לה ככלת' דרב זביד כי תפסה לא מפקי' מינה וכי לא תפסה לא יהבינן לה ע"כ וזו היא מחלוקתן של ב' ישיבות דכותבי' אגרת מרד כמ"ש הרב הגדול בכתובות ע"כ הרמב"ן ז"ל.

משמע להדיא דכיון דהוי פלוגתא דרבוות' להני אי תפסה לא מפקינן מינה וכ"כ בתשו' מהר"ל נ' חביב שם. הן אמת שהיה אפשר להביא ראי' מן הש"ס, גופא דפרק אע"פ (דף ס"ד ע"א) גבי כלתיה דרב זביד דאמרינן התם השתא דלא איתמר לא הכי ולא הכי תפסה לא מפקי' מינה לא תפסה לא יהבינן לה אך שהיה אפשר לבעל דין לחלוק ולדחות משום דבש"ס קאי התם אפלוגתא דהפסידה בלאותיה קיימין.

וי"ל דוקא התם כיון דבלאותיה מתחלה שלו היו מהני תפיסה משא"כ בעלמא דלא מהני תפיסה לאפוקי מחזקתו מ"מ גם היה אפשר לומר דדוקא התם דקאמר בש"ס בהדיא השתא דלא איתמר לא הכי ולא הכי תפסה לא מפקי' מיניה כו' דינא הכי אבל לא בעלמא וכדאמרינן בעירובין פרק מי שהוציא והוה היכא דאיתמר איתמר היכא דלא איתמר לא איתמר.

אבל הראיה שהבאתי מדברי הרמב"ן ובעל העיטור שהביא מהר"ל ן' חביב אין לדחות כן דהא למדו מהך דכלתיה דרב זביד דאפי' בכתוב' שהיה בחזקת הבעל אי תפס לא מפקי' מינה כיון דהוי פלוגתא דרבוותא אלמא דס"ל דבכל פלוגתא דרבוותא הדין כך אי תפס לא מפקי' מיניה: סי' צב ואין להקשות לפי מה שכתבתי דאפילו מאן דס"ל בתיקו לא מהני תפיסה מודה דבפלוגתא דרבוותא מהני תפיסה דהא כת' הר"ן פרק מי שאחזו וז"ל ונמצאת למד שהאומר לאשה הרי את מקודשת לי ע"מ שאתן לך מאתים זוז ונתנה לה בעל כרחה מקודשת וכן לענין דיני ממונות נתן לו בית נתן לו שדה ע"מ שיתן לו מאתים זוז ונתנה לו על כרחו זכה ואחרים אומרים שהדבר ספק בהני לישני הלכתא כמאן ולפיכך בגטין וקדושין הרי היא ספק מגורשת וספק מקודשת (דין נתן לו דבר ע"מ שיתן לור' זוז נתנה לו בעל כרחו ה"ז ספק אם קנה במטלטלים אי תפס המקבל לא מפקי' עיניה ובבית או שדה לא מהני תפיסה) ובדיני ממונות במטלטלים שמסרן ליד המקבל מספק' לא מפקי' מיניה ובקרקעות הרי הן בחזקת בעלים הראשונים דלעולם ארעא בחזקת מר' קיימא עכ"ל וכ"כ ה' המגיד פ"ח מה' גירושין דין כ"א וז"ל ויש מי שאמר שהדבר ספק הלכתא כמאן מתרי לישני ובגטין וקדושין הוי ספק מגורשת וספק מקודשת ובממונא אי ארעא היא קיימ' בחזקת מר' קמא ואי מטלטלים ניהו ומסרה ליד המקבל מספיקא לא מפקינן להו מיניה עכ"ל ואם איתא דמהני תפיסה אמאי כתבו ומסרה ליד המקבל הל"ל ותפסה המקבל דלשון ומסרה משמע דהיינו ברשות הא ליתא דהא ע"כ דעת ה' המגיד דאפי' בתיקו מהני תפיסה וכמ"ש לעיל סימן י"ג (וכן דעת הר"ן דבפלוגתא דרבוותא מהני תפיסה וכמ"ש לעיל סימן י"ג) וכן דעת הר"ן דבפלוגתא דרבוותא מהני תפיסה וכמו שהוכחתי לעיל סימן פ"ח אלא ודאי מ"ש כאן דמסר' ליד המקבל מילתא פסיקתא נקטו ולא נחתי השתא לדיני תפיסה בספיקא דדינא אבל לפום קושטא דמילתא לפי מה שהוכחתי לעיל דמהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא ה"ה בהך דינא דנתינה בעל כרחו אפילו תפס שלא ברשות לא מפקינן מיניה: הגם שהיה אפשר לומר דדוקא בפלוגתא דרבוותא בין הפוסקים מהני תפיסה כיון דלאותו פוסק הדין ברור הוא כן משא"כ באיכא דאמרי בש"ס או היכא דפליגי הרי אמוראי בש"ס ולא איפסקא הלכתא כחז מנייהו כיון דהשתא אין לשום פוסק הדין ברור כיון שבש"ס לא הכריעו מי יכריע מ"מ אין נ"ל לחלק ועוד דמדברי בעה"ת וריב"ש ור"ן ושאר פוסקים שהבאתי למעלה סי' פ"ח מוכח דאפילו בפלוגתא דאמוראי מהני תפיסה ע"ש וגם כיון דבלאו הכי הבאתי בסי' פ"א הרבה פוסקים דס"ל בתיקו מהני תפיסה וכתבתי בסי' ע"ח דאין בידי להכריע בדין תיקו ע"ש וגם הבאתי בסימן ע"ד דברי מהרש"ל דהכריע דבבעיא מהני תפיסה כיון שאם היה ת"ח היה יכולת בידו להכריע (דין היכא דאיכא תרי לישני בש"ס או תרי אמוראי ולא איפסקא הלכתא כחז מנייהו מהני תפיסה כמו דמהני בפלוגתא דרבוותא בין הפוסקים) א"כ נ"ל עכ"פ דהיכא דאיכא תרי לישני בש"ס או תרי אמוראי אי תפס לא מפקי' מיניה דלא דמי לאבעיא דלא איפשטא דלא ברורה מילתא לשום אדם משא"כ הכא דלהך לישנא או להך אמורא הדין ברור כן (דין בפלוגתא דרבוותא או אמוראי אפי' הוא עם הארץ מהני תפיסה) ולכך אפי' הוא ע"ה מהני תפיסתו כמו דמהני תפיסתו בפלוגתא דרבוותא אפי' הוא ע"ה כדמוכח מכל הנך ראיות ופוסקים שהבאתי למעלה סי' פ"א ופ"ה ופ"ח ושאיכא לק' בסי' צ"ה וצ"ז וצ"ח וק' וק"ב והכי מוכח נמי

לק' סי' צ"ה וצ"ח (ובדברי מהר"ר בנימין שהבאתי בריש סימן ק') ובסימן ק"ב דאפילו בפלוגתא דאמוראי מהני תפיסה: סי' צג (עוד יש להוכיח מהרא"ש גופי' דמהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא) ועוד יש להוכיח מדברי הרא"ש גופיה דתפיסה מסני בפלוגתא דרבוותא שכתב בתשובות סוף כלל א' וז"ל ואף אם נחלקו רבינו שמואל ור"י ובעל העיטור על שאר רבותינו בנתינת קטן פחות מבן י"ג בנתינת נכסים שלו כך קבלתי מפי רבינו מאיר ז"ל היכא דאיכא פלוגתא דרבוותא לא מפקי' מספק ואוקי ממונא אחזקתיה והכי אמרי' בחזקת הבתים הלכתא כותיה דרבה בארעא וכותיה דרב יוסף בזווי עכ"ל (יש לדקדק מה צריך הרא"ש לקבלת רבו ולראיה מפ' חזקת) ויש לדקדק מה צריך לקבלתו של רבינו מאיר או לראיה מפ' חזקת הבתים פשיטא דכיון דספיקא הוא אין להוציא מיד המוחזק דהא כל הש"ס מלא מזה המע"ה וראיתו בתשו' מהר"ר יוסף נ' לב ספר שלישי ס"ס ק' נתקשה בזה וכתב וז"ל צריך לעיין במה שקבל הרא"ש מרבו מהר"מ דמצי המוחזק לומר קים לי כהני.

במאי קמיירי אי מיירי מחצה במחצה אמאי אצטריך לקבלת מהר"מ כיון דנתיקו דממונא אזלי' לקולא דנתבע ולא עבדינן כסומכוס דקאמר ממון המוטל בספק חולקין אפי' דתרווייהו שמא לא גרע ספיקא דרבוותא מתיקו דש"ס ואי אמרי' דמאי דקבל ממהר"ם היינו דאפי' דהוי מיעוטא דרבוותא דמצי למימר המוחזק קים לי כהני א"כ מאי ראייה מייתי מההיא דרבה ורב יוסף דהתם הוי מחצה במחצה וענה בדעתי לומר דכיון דבכולה ש"ס הלכה כרבה והכא משום חזקה פסקינן כרב יוסף היכא דקיימו זווי לוקמי ה"ל כמיעוט לגבי רובא אבל מדברי רשב"ם לא משמע הכי שהרי הוא ז"ל כתב ואף ע"ג דפסקי' הלכה כרב יוסף בשדה כו' מכלל דבכולי ש"ס הלכה כרבה כו' יעויין שם עד כאן לשונו וכן כתב בתשו' מהר"ר אהרן נ' ששון סי' ר"ז דף רי"א ריש ע"ב וז"ל עוד יש להתיישב בדברי הרא"ש ז"ל שהרי נראה מתוך דבריו דאף על פי שהחולקים הם מיעוט נגד רבים נאמר קים לי כמיעוט ועוד שהוא מוכר' דאם אינו אלא בשוים אם כן תיפוק ליה דהוי ספק והוי קולא לנתבע ועוד אני רואה שכן אנו נוהגין עתה שאנו אומרים קים לי כפלוגי אף על פי שהוא המיעוט ויש לדקדק דמנ"ל הא הרי התם ברבה ורב יוסף לא היה כ"א מחצה על מחצה וכבר עמד על הקושיא הרב מהר"י נ' לב והתירוץ הנ"ל בזה הוא דכיון שבכל מקום הלכה כרבה לגבי ר"י לבד מקצת הלכות דהלכתא כרב יוסף לגבי דרבה אם כן נמצא שיש כאן רוב הלכות כרבה ומיעוט כרב יוסף ועכ"ז אנו פוסקים ואומרים כן שאף על פי שזאת ההלכה היה מהדין לומר שהוא מהרוב דהלכתא כרבה עכ"ז אנו אומרים שהוא מאותו המיעוט דהלכתא כרב יוסף משום שהוא מוחזק כן נראה לי.

ובודאי שזאת היא כוונת הרב הגדול מהר"י נ' לב ועוד כ' הרב ז"ל שם אבל מדברי רשב"ם ז"ל לא משמע הכי כו' והנה הרב ז"ל לא ביאר כוונתו אבל נ"ל שכוונתו ז"ל היא זאת דמדקאמר רשב"ם ז"ל לא קשיא דהא בהך פלוגתא נמי פוסקים כרבה ע"כ משמע דלא ס"ל דהכא הוא מטעם דאזלינן בתר מיעוט' כיון שהוא מוחזק דאם איתא דהוה ס"ל הכי מאי מקשה ומאי מתרץ הרי אע"ג דהוי מיעוטא נקטינן במיעוטא אלא ודאי דמשמע דס"ל ז"ל דלא אזלינן בתר מיעוטא אלא דטעמא דפסקי' הכא כרב יוסף בהא היינו משום דסוף סוף בהא פלוגתא נמי פסקינן כרבה הא לאו הכי לא פסקינן

ואע"ג דמאי דקאמר דבהא פלוגתא (נמי פלוגתא) נמי פסקינן כרבה הם דברים סתומים ובלתי מיושבים בטוב מ"מ כוונתו נגלית למעיין באופן שנראה מדברי רשב"ם דלא ס"ל דאזלינן בתר מיעוטא אפילו היכא שהוא מוחזק עד כאן לשוט מהר"א נ' ששון.

ולפ"ז נתיישב הא דאצטריך הרא"ש לקבלת מהר"מ רבו ומראה דפרק חזקת: סי' צד (הרבה קושיות על דברי מהר"מ נ' לב ומהר"א נ' ששון בדעת תשובת הרא"ש סוף כלל א') אבל באמת כל דברי מהר"מ נ' לב ומהר"א נ' ששון אינם שוים לי בזה מלבד הדוחק שנצטרך לומר דהרא"ש הוא נגד הרשב"ם וכמ"ש הם עצמם.

ועוד דמאי ראייה מיייתי הרא"ש הא י"ל כמ"ש רשב"ם. ועוד דבפרק מי שאחזו דף ע"ד ע"ב אמרינן ההוא גברא דא"ל לאריסיה כ"ע דלו תלת דליותא ואכלי ריבעא את דלי ארבעה ואכול תילת' לסוף אתא מיטרא אמר רב יוסף הא לא דלה רבה אמר הא לא איצטריכא לימא רב יוסף דאמר כרבנן ורבה דאמר כרשב"ג ותיסברא והא קי"ל הלכתא כותיה דרבה ובהא אין הלכה כרשב"ג כו' ואם איתא מאי פריך הא התם מוקמי' בחזקת בעל הקרקע שהוא מוחזק ולא יהיב לאריסיה אלא ריבע' ולכך לא קי"ל כרבה בהא וליכא למימר דגרסי' התם והא קי"ל כרבה בהא וכמ"ש התוס' פ"ק דקדושין דף ט' ע"א דיש ספרי' דגורסי' בפרק מי שאחזו והא קי"ל כרבה והא הרא"ש גופי' פ"ק דקדושין וכפרק אנו מציאות פסק דמדפריך בפרק מי שאחזו והא קי"ל הלכה כרבה ולא קאמר הלכה כרבה בהא מוכח דבכולה ש"ם קי"ל הלכה כרבה ע"ש וכה"ג אשכחן טובי בהרא"ש ופוסקים שפסקו הלכה כרבה אפי' להוציא ממון.

ועוד דהרי לא הזכיר הרא"ש בדבריו כלל דיכול המוחזק לומר קים לי כהמיעוט שנאמר שנתכוון לזה. אף שבאמת נראה דאפילו במיעוט מצי למימר קים לי משום דאין הולכין בממון אחר הרוב וכמ"ש לקמן סי' קכ"ג מ"מ הרא"ש בתשובה ודאי דלא נתכוין לזה שהרי לא הזכיר כן בדבריו כלל ועיקר חסר מן הספר.

ועוד שהרי בפסקיו פרק אחד דיני ממונות כתב הרא"ש וז"ל והיכא שנחלקו שני גדולים בפסק הלכה ואין הדיין יודע להכריע לא יוציא ממון מספק מדאמר בפ' חזקת הבתים הלכתא כרבה בארעא והלכתא כרב יוסף בזוזי היכא דקיימא ארעא תיקום והיכא דקיימו זוזי לוקמי אלמא כל ספיקא דדינא אין מוציאין מיד המוחזק עכ"ל.

הרי שכ' והיכא שנחלקו שני גדולים כו' והיא ראייה מפרק חזקת כו' וא"כ אי אפשר לומר שכוונת הרא"ש להביא ראייה מפרק חזקת דמצי למימר קים לי אפילו כהמיעוט שהרי אפילו במחלוקת שני גדולים לבד הוצרך להביא ראייה מפרק חזקת. וא"כ הדרא קושיא לדוכתא דמאי אצטריך הר"ש לקבלת מהר"מ רבו ולראיה דפ' חזקת דבפלוגתא דרבוותא אין מוציאין ממון מיד המוחזק פשיטא דהא בלאו הכי קיי"ל בכל דוכת' קולא לנתבע והמע"ה: סי' צח (עי' כוונת הרא"ש סוף כלל א') אלא נ"ל שקבלת הרא"ש מרבו מהר"מ היה דאפי' תפס חד מנייהו ואמר קים לי כחד מרבוותא לא מפקינן מנייהו וכן הבאתי לעיל סי' פ"ב דברי מהר"מ שרגיל לפסוק דהיכא שגדולים חולקים בדבר אי תפס אידך לא מצי מפיק מיניה כו' וכוונת הרא"ש לומר דהדיין לא יוציא ממון מספק אלא ישאר ביד מי שהוא מוחזק בו עכשיו בין מוחזק בו כבר בין מוחזק בו מחמת תפיסה ומיייתי שפיר ראייה מפרק חזקת דהא התם משים דמספקא לש"ס הלכתא כרב' או כרב

יוסף פסק הלכתא כותיה דרבה בארעא והא התם אינו מוחזק בקרקע כבר ולא החזיק בה ג' שנים רק התובע היה מוחזק בה וזה דר בה שלא ברשות דאל"כ פשיטא דאפילו רב יוסף מודה דבעל השטר נאמן במגו דאי בעי אמר לא היתה שלך מעולם או מינך זבינתא כשהחזיק בה ג' שנים וכן מוכח התם בסוגיא ובפירוש"ם ותוספות והרא"ש להדיא דידוע שהיתה קרקע זו של התובע ולא החזיק בה בעל שטר שני חזקה והשתא מוכח שפיר מדברי הרא"ש דמהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא ועוד נראה דמעיקרא לא קשיא מידי ותמהני על מהר"י נ' לב ומהר"א נ' ששון שהרעישו בזה בחנם דשפיר איצטריך הרא"ש בתשובת ובפסקו פ' אד"מ לקבלת רבו מהר"מ ולראיה מפרק חזקת משום דנהי דקי"ל בכל דוכתא וכן בתיקו המע"ה היינו משום דהתם פשיטא דאפילו אי עבד הדיין ופסק לשלם במקום דסלקא בתיקו או במקום דהוי המע"ה מהדרי' עובדא לפי סברתו דלא מהני תפיסה בתיקו כמ"ש לעיל סימן פ"ז בשם הנמוקי יוסף והלכך אין יכולת ביד הדיין לפסוק לכתחלה לשלם דמהיכי תיתי יהיה לדיין ברור יותר מהש"ס אבל היכא דאיכא פלוגתא דאמוראי או דרבוותא הוה אמינא דשפיר מצי הדיין למפסק כחד מנייהו אפי' בלא ראייה ובלא סברא דנימ' דהוי כמו שוד' דדייני דהא אי עבד הדיין כחד מנייהו קם דינא וכמש"ל סי' פ"ז א"כ ה"א דה"ה לכתחילה יכול הדיין לפסוק כאיזה מהם שירצה כי יאמר קים לי כהאי מ"ד לכך אשמועינן הרא"ש שהדיין לא יוציא ממון מספק ומביא ראייה מפרק חזקת וזה ברור.

(עוד ישוב ברור לדברי הרא"ש בתשו' סוף כלל א' ושלא כמהרי"ק נ' לב ומהר"א נ' ששון) ומ"מ אפילו לפירושי זה או אפילו יהיה כוונת הרא"ש בתשובה כדברי מהר"י נ' לב ומהר"א נ' ששון מ"מ מוכח כן מדברי הרא"ש דמהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא דכיון דמייתי ראייה מפרק חזקת אלמא דס"ל כפירוש"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 דכיון דלא אתברר טעמיהם של רבה ורב יוסף המע"ה כו' וכן זווי היכא דקיימי ליקום כו' ** (הגה"ה 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 בידאי כל 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 בידאי כל 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 כותיה דרבה בארעא והלכה כוותיה דרב יוסף בזווי הלכתא כותיה דרבה בארעא היכא דקיימא ארעא תיקום והלכתא כותיה דרב יוסף בזווי דהיכא דקיימו זווי לוקמו עכ"ל הש"ס:**) א"כ הא התם בעל השטר תפס ואינו מוחזק כבר שהרי הקרקע ע"כ ידועה היתה להתובע תחלה וזה לא החזיק בה ג' שנים ואפ"ה מוקמינן לה בחזקת של בעל השטר מחמת פלוגתא דרבוותא וליכא למימר דשאני התם כיון שבעל השטר טוען ברי זבינתא מינך דהא כיון דאלו היה הדין ברור כרב יוסף לא היה מועיל טענת ברי דיליה

א"כ אינו יכול לזכות בה אלא מכח פלוגתא דרבנותא וא"כ בכה"ג טענת ברי שלו חשיב' כטענת ספק שהרי מוכרח לומר קים לי כרב יוסף וא"כ בע"כ דבפלוגתא דרבנותא מצי התופס לומר קים לי אפי' אינו טוען ברי.

תדע דאל"כ תיקשי ממ"ש טור סי' שפ"ח גבי מסור דלדעת הרא"ש ז"ל דס"ל דבתיקו לא מהני תפיסה לא מהני תפיסה בתיקו דגבי מסור והא התם הנמסר טוען ברי א"ו כיון שלא יוכל לזכות בו אלא מכח ספיקא דדינא טענת ברי דיליה לא מעלה ולא מוריד וכמ"ש לעיל סי' ט"ז א"כ ה"ה הכא 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 להרא"ש בפרק קמא דמציעא 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 מכמה טעמים וכמו שכתבתי לעיל סימן ע"ט וסימן פ"ה ופ"ו ועוד שכבר כתבו התוספות פרק חזקת הבתים שם וז"ל והלכתא כותיה דרבה בארעא רבינו שמואל פירש (וגם בנ"י כתב בפירשב"ם) דמספקא ליה כמאן הלכתא וצריך לדחוק ולפרש ולחלק בין ספיקא דתרי ותרי לספיקא דדינא דהא דלא אוקמא בחזקת מרא קמא כנכסי בר שטי' דאמרינן (פ"ב דכתובות דף כ' ע"א) אוקי תרי בהדי תרי ואוקי נכסי בחזקת בר שטי' התם הוו תרי ותרי כמאן דליתנהו דמי ואוקי ארעא בחזקת מרא קמא אבל הכא דמספק' לן דינא כמאן התם לא שייך כולי האי למימר אוקי בחזקת מארי קמא ונוציא מיד המוחזק עכ"ל (קושיא על תשו' הרא"ש סוף כלל ר' ובפסקיו פרק אחד דיני ממונות ממ"ש בפרק חזקת הבתים) ואין להקשות דהא כתבו התוס' על זה וז"ל ודוחק הוא כו' ונראה לר"י דה"ט דהלכתא בארעא כרבה וכרב יוסף בזווי משום דאמרינן מגו לאוקמי ממונא ואית לן לאוקמי ארעא בחזקת מרא דקיימא השתא עכ"ל ובהרא"ש שם משמע דמפרש כפי' ר"י.

קושיא זו אינה תלוי' במאי דפרישית דהא בלאו הכי נמי יש להקשות מאי ראיא מייתי הרא"ש בתשובה סוף כלל א' ובפסקיו פרק אחד דיני ממונות מפרק חזקת דבפלוגתא דרבנותא לא מפקי' ממונא מספיקא הא לפי מה דמשמע מדברי הרא"ש דבפרק חזקת דמפרש כפי' ר"י אין ראיא כלל (תירוץ על קושיא זו) אלא ודאי צ"ל דנהי דבעיקר פירושו' משמע דס"ל כפי' ר"י מכל מקום מייתי ראי' מפירשב"ם דהא לא נדחה פירשב"ם אלא מכח קושי' התוס' אבל בעלמא משמע דסברת רשב"ם קושטא היא דבפלוגתא דרבנותא לא מפקי' מיד המוחזק (דין 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 פירשב"ם אלא בקרקע ומכח קושי' דנכסי דבר שטי' משום דבקרקה 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 רשב"ם דבפלוגתא דרבנותא לא מפקי' מיד התופס.

ואין להקשות דהא הר"ן וה' המגיד כתבו דבקרקה לא מהני תפיסה בפלוגתא דאמוראי והבאתי דבריהם לעיל סימן צ"ב י"ל דהם מפרשים הש"ס דפרק חזקת כהתו' ורשב"ם פליג עלייהו והרא"ש שמבי' ראיא מפרק חזקת נמי יכול לסבור כהר"ן והרב המגיד כי

כן נראה עיקר רק דמביא ראייה מפ"י רשב"ם לענין מטלטלין וכמו שכתבתי ודוק סי' צז (עוד ראייה מתשובת הרשב"א דמהני תפיס' בפלוגתא דרבוות' ועוד ראייה מהרשב"א דס"ל בתיקו לא מהני תפיסה וכמ"ש לעיל סימן ע"ג משמו ובפלוגתא דרבוותא סבירא ליה דמהני תפיסה וכמו שאכתוב בסמוך לקמן סי' ק"ב: וכן דעת מהר"ר דוד כהן דמהני תפיס' בפלוגתא דרבוותא 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 דרבוותא וזה לשונו בסימן כ"ד דף כ"ז סוף ע"א ואם כן כיון דהוי פלוגתא דרבוותא לא מפקי' ממונא וכמ"ש הרא"ש ז"ל בתשובותיו.

וגדולה מזו נראה ממהרי"ק ז"ל שורש קמ"ט וזה לשונו ודאי גבי ממונא מצי למימר המוחזק קים לי כחד מרבוותא ואעפ"י דכשנגדו חלוק עליו כי הת' דר"ת פליג עליה דרש"י ז"ל כו' עד ופשיטא דבכה"ג אפי' בענין ממון לא המ"ל קים לי כדברי ודלא ככל חכמי ישראל ואפילו תפס הוה מפקי' מיניה משמע מיה' דדוקא היכא דכל חכמי ישראל חולקים על היחיד ליכא למימר קים לי הא לא הוי יחיד אפי' הוי רובא לצד א' יכול למימר קים לי כהאי דנ"ד דאיכא גאונים דסברי כר"ת והדין נותן כן לע"ד משום דהלכה דאין הולכים בממון אחר הרוב.

תו נראה לדקדק בלשון הרב הנזכר שהיה לו לומר ואפי' מוחזק מפקי' מיניה דהוה משמע בין מוחזק מעיקרו ובין תפס ומדקאמר ואפילו תפס הוה דמפקי' מיניה ביחיד נגד רבים הא היכא דלא תפס אלא שהיה מוחזק מעיקרו אפילו סברת יחיד מומחה 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 הכלל הגדול שמסר לנו מהר"מ והביאו הרא"ש בתשובותיו דכל היכא דאיכא פלוגתא דרבוותא 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 כבר הקונה המעות למוכר או שתפס אותם ממנו מצד אחר והקונה תובע למוכר שיחזיר לו מעותיו הייתי פוסק שהדין עם המוכר לפי שהיה יכול לומר קים לי כהרי"ף והנמשכים אחריו כו' עכ"ל מבואר מדבריו אלו דמהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא 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 לזה משל מלוה דדוקא תפס ע"י כותים אבל אי תפס לזה משל מלוה שלא ע"י כותים לא הוה מפקינן מיניה כיון דהוה פלוגתא דרבוותא ע"כ: וכן משמע מדברי תשו' מהר"ר שלמה כהן ספר שני סי' ר"י וז"ל סוף דבר הך מילתא דמלבושים הוי פלוגתא דרבוותא 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 כהנך רבוותא דס"ל דל"ש בגדי שבת לבגדי חול עכ"ל מיהו י"ל דשאני התם שלא היה הבע"ח מרא קמא.

ודוחק (וכן דעת מהר"ר שלמה כהן סי' ר"י וקמ"ד וקצ"ו) ועוד מצאתי כן להדיא בתשובת מהר"ר שלמה כהן ספר שני ס"ס קצ"ד וסי' קצ"ו וז"ל וא"כ יראה לענין פסק' דדינא דנכסי צאן ברזל דשומרת יבם שמתה כיון דהוה פלוגתא דרבוותא אי יחלוקו או הכל בחזקת יורשי הבעל הכי נקטינן דאם תפס היבם ואפילו לאחר מיתת היבמה זכה

בכל הנדוניא שלה ואין מוציאין כלל מידו שיכול לומר קים לי כהני רבוותא דס"ל דכל נכסי צ"ב הם בחזק' היבם ואיכא מרבנותא דס"ל דתפיסה לאחר שנולד הספק מהני אפילו שתפס הוא בעצמו דס"ל דספיקא דדינא ובפלוגתא דרבוותא הוי חשיב כטוען ברי ואפילו את"ל דחשיב כטוען שמא מ"מ אפשר לזכותו לפי סברת הר"ף וה"ר שמואל ב"ר ברוך דס"ל דאפילו היכא דאיכא תרתי לריעותא תפיס' לאחר שנולד הספק וטענת שמא אין מוציאין מיד התופס וא"כ לפי סברת' יכול היבם ומצי למטען קים לי כהני רבוותא אפילו שתפס לאחר שנולד הספק וזכה בכל נדוניא ונצ"ב כיון שתפס ואי יורשי היבמה תפסו יכולים לטעון ולומר קים לן כהנהו רבוותא דס"ל יחלוקו ויזכו במחצה הנדוניא ולא יזכה היבם כי אם במחצית הנדוניא עכ"ל: וכן (וכן דעת מהר"ר לוי ן' חביב סי' ל"ו מוכח להדיא מדברי מהר"ר לוי ן' חביב סי' ל"ו) (דתפיסה מהני בפלוגת' דרבוותא בכל ענין שכתב שם בראש התשובה דף מ"ב ע"ב וז"נ ראוי לדעת אם נאמר שזוכה בהם מעתה לפרעון כתובת' כיון שתפסה אותם לדעת האומר מצו' חליצה קודמת ואולי יש ראייה לזה ממ"ש בהגהת מרדכי וז"ל מהר"מ היה רגיל לפסוק היכא שגדולים חלוקים בדבר אי תפס אידך לא מצי מפיק מיניה דא"ל האי אייתי ראייה שהלכה כזה הרב שפסק כן הרי כפי הנראה הדין עם האלמנה מזה הצד עכ"ל ועוד כתב שם בחלק הד' דף נ"ז ע"ד וז"ל האם תועיל להיות הנכסים בידה ושלא להוציא מתחת רשותה כיון דתפסה אותם כבר כתבתי למעלה דלכ"ע אין ליבמה כלל מכתובה ותוס' ונדוניא עד שתחלוץ ואפילו לדעת רש"י וא"כ בשביל שתפסה הנכסים אין לדון שתטול מה שאינו ראוי לה עדיין מן הדין ושתזכה בכתובתה מעתה קודם חליצה ובשלמא אם לדעת קצת הפוסקים היה הדין נותן שיש ליבמה בכתובתה קודם חליצה אף בנא תפיסה אף דלדעת רוב הפוסקים אין לה כתובה ניחא לומר דאם תפסה לא מפקינן מיניה על פי אותו הלשון שכתבתי למעלה שכתוב בהגת' מרדכי וז"ל מהר"מ היה רגיל לפסוק היכא שגדולים חלוקים בדבר אי תפס אידך לא מצי מפיק מיניה כו' אבל כיון שלדעת הכל אין לה כתובה עד שתחלוץ אם כן התפיסה אינה כלום עד כאן לשונו ודוחק לומר דהתם מיירי שתפס קודם המיתה א"כ הוי תפיס קודם שנולד הספק דהא כבר כתבתי לעיל סימן פ"ו דבפלוגתא דרבוותא אין לחלק בין תפס קודם שנולד הספק או אח"כ: (וכן נראה דעת מהר"א ן' ששון) וכן משמע בתשוב' מהר"א ן' ששון סי' מ"ב דף ס"ג סוף ע"ב שכתב שם וז"ל א"כ נמצא דשפיר מצי למימר הך מקבל מתנה קים לי כפלוני ופלוני ובפרט בבתים שהרי היה 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 והיה מקום לומר ג"כ דאי תפס לא תפס כמו שכתבתי במקום אחר מ"מ אפשר דזכה אפי' בקובירטור"יש לדעת קצת הרבוותא וכמו שברור למעיין בדברי הפוסקים ז"ל עכ"ל.

א"כ משמע דס"ל עיקר דמהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא אפילו לאחר שנולד הספק וכן משמע עוד מדברי מהר"א ן' ששון סוף סי' צ"ו דאם היה טוען שטר זה מכר ני בכתובה ומסירה הוי מצי למימר יעקב קים לי כו' ע"ש ואף על גב דהשטר היה מתחלה בחזקת ראובן דהוא מארי קמא וע"ש ודוק. וכן משמע עוד מדברי מהר"א ן' 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 מהני' אף על גב דהתם בנדון דידיה הוי תפיס לאחר שנולד הספק ולא הוי תפיס גוף הדבר וגם תפיס שלא ברשות שהרי לאה מסרם בידו כדי שיתנם ליורשי ראובן עיין שם ודוק אלא משמע דס"ל דבפלוגתא דרבוותא מהניא תפיסה בכל ענין וכן משמע עוד ממה שכתבתי לעיל סימן ע"ט בשם מהר"א נ' ששון ע"ש.

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

שכתב שם על מ"ש הטור שם אבל אי נטל כהן מתנות מלוי א"צ להחזירם לו כו' וז"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 כהן מוציאין אותו מידו וכ"כ הרא"ה בס' בדק הבית ולפענ"ד דאין הנדון דומה לראיה דהתם בספק בכור ספק הוא לכל העולם אבל הכא הספק הוא אי כהאי תנא (כלו' דאמרינן התם בחולין פרק הזרוע דף קל"א ע"ב דתנאי היא ורב מספקא ליה אי כהאי תנא אי כהאי תנא ומביאו הב"ח שם) יכול כהן לומר קים לי כהאי תנא והרב במשמרת הבית תירץ בדרך אחר עיין עליו ומ"מ איכא למידק מנ"ל להרמב"ם לחלק בכך ונראה בעיני שדקדק כך הרב מההוא עובדא דהוה ליואה דהוה חטיף מתנת' אתו אמרו ליה לרב א"ל לא מסתיי' דלא שקלינן מיניה אלא מיחטף נמי חטף בתמיה ומדלא אשכחן בש"ס דאצטריכינן למיהדר מה שחטף אלמא דס"ל דלא מפקינן מיניה אלא תמה על שנשא לבו לחטוף ולא מסתיי' דלא שקלינן מיניה כו' והכי נקטי' עכ"ל הב"ח.

הגם שמה שהקשה דברי הרמב"ם אהדדי לא כיוון יפה וכמ"ש בספרי ש"ך 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 סי"ז דהרמב"ם דקדק כך מההוא ליואה לא דק) והם במ"ש דהרמב"ם דקדק כך 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' כן כתב הרשב"א בת"ה ונראה דהוצרך לכותבו דלא תימא יכול לומר קים לי כהאי 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 לפעד"נ שזהו שגגה דלא אשכחן שום תנא דסבר דנותנים מתנות ללוי והא קרא כתיב וזה יהיה משפט הכהנים גו' ונתן לכהן הזרוע והלחיים והקיב' גו' רק דפליגי אם הלוי' חייבים ליתן מתנות אם הם בכלל עם משום דכתיב מאת העם וכבר השגתי עליו בספרי שפתי כהן שם ס"ק י"א וא"כ פשיטא דבהך עובדא דההוא ליואה הוה רב מחייבי' למיהדר ולא הוצרך בש"ס נפרשו דפשוט הוא.

ואל תשגיח במ"ש התוס' בפרק קמא דמציעא דף ו' ריש ע"ב וזה לשונו ומפרק הזרוע דאמר בן לוי דחט' מתנתה פריצותא הוא משמע דאיסי חייב לשלם אין ראה דשמא מיירי בשאכלו כדאמר התם המזיק מתנות כהונה או אכל פטור עד כאן לשונו. משמע דס"ל דנא מחייב למהד' ולכך רנו מתחלה להביא ראה התם דאין מוציאין מידו (ביאור

דברי התוספות פ"ק דמצינא דף ו' ריש ע"ב) דהתוס' לא כווננו להך עובדא דרב אנא כוונתם למאי דאיתא בש"ס התם בדף קל"ג ע"א ההוא כהנ' דחטיף מתנת' זלזולי זלזיל במצוה דכתיב ונתן ונא שיטול מעצמו ולישנאדבן לוי שנקטו התוס' סירכ' דלישנא הוא.

תדע דהא בהך עובדא דבן לוי דרב נושא בש"ס פריצותא הוא וכלישנא דהתוס' אלא כווננו למה שכתבתי: סי' צט מכל מקום מבואר מדברי הב"ח דבפלוגתא דרבוותא מהני תפיסה בכל ענין מכח טענת קים לי דהא כתב דל"ד לספק בכור מהך טעמא דקי' לי והא בספק בכור הוי תפיס שלא ברשות ואחר שנולד הספק וא"כ משמע דבכל הנך גוני דלא מהני בספק בכור מהני בפלוגתא דרבוותא ואף (ביאור דברי בשפתי כהן בי"ד סימן מ"א ס"ק י"ב) על גב דבספרי שפתי כהן בי"ד שם ס"ק י"ב כתבתי וזה לשונו ואין לתרץ כמ"ש הב"ח דהתם הספק הוא לכל העולם משא"כ הכא דהספק הוא אי קיימא לן כהך 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 דמצינא גבי הא דמדמה התם דין מרחץ לתקפו כהן דבתרוייהו לא מהני תפיסה ע"ש לשוני שם לא כוונתי בזה להשיג על הב"ח ולומר דתפיסה לא מהני בפלוגתא דרבוותא דודאי פשיטא דתפיסה מהני בפלוגתא דרבוותא וכמו שהוכחתי למעלה בהרבה ראיות ברורות ועוד אוכיח כן לקמן בכמה ראיות (דין היכא דאיתא בש"ס דמספקא להני אמוראי אי כהאי תנא אי כהאי תנא לא הוי כמו פלוגתא דרבוותא רק כמו בעיא דלא איפשטא) אלא משום דמשמע לי דהך לא מיקרי פלוגתא דרבוותא דכיון דאמרינן בש"ס דרב גופיה מספקא ליה הלכתא כמאן אם כן מי יוכל לומר קים לי בשלמא היכא דאיכא תרי תנאי או אמוראי בש"ס ואנן מספקינן הלכתא כמאן אם כן יכול לומר קים לי די"ל דבעלי הש"ס גופייהו הוה ס"ל כהאי תנא או אמורא משא"כ היכא דקאמר בש"ס דלהאי אמורא מספקא ליה כהאי תנא או כהאי תנא הוי כמו בעיא דלא איפשטא ואם כן נצטרך לומר דכיון דתלוי בסברא יוכל לומר קים לי כסברא של האי תנא משא"כ בספק בכור דלא תלי בסברא כלל ושפיר כתבתי על זה דמוכח בפרק בית כור ובפרק השואל ובהרא"ש פ"ק דמצינא 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 ובהך דמתנות פסק הר דלא מהני תפיסה והבאתי לשונו לעיל סימן ע"ג ודוחק לומר דשאני מתנות דנתינה כתיב' בהו וכמ"ש הר"ן שם דהא הר"ן שם פסק כן משני ראיות א' שכך הדין בתופס ממון שהוא מסופק בו מצד הדין דמוציאין מידו.

ב' דמתנות כהונה נתינה כתיבה בהו וגם משמע מדבריו שם להדיא דעיקר ראייתו היא הראיה הראשונה ע"ש בסימן מ"ג ואם איתא הא הכא לא מיקרי ספיקא דדינא כיון דהוי פלוגתא דתנאי אלא ודאי כמו שכתבתי כיון דלרב גופא מספקא ליה לא מצי התופס לומר קים לי כהאי. מ"מ למדתי מדברי הב"ח דלית ליה האי סברא וס"ל דזה הוי פלוגתא דתנאי ומצי למימר קים לי א"כ פשיטא דבפלוגתא דרבוותא מצי התופס לומר קים לי: ועוד ראיה מדברי הב"ח בח"מ סימן מ"ח שהבאתי לעיל סימן פ"ח דמהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא וכמ"ש שם ע"ש (וכן משמע בב"ח בסימן 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 דרבוותא המע"ה ואם הדר בו מוחזק מצי למימר קים לי כרשב"ץ דדור בחצרי חנם קאמר ופטור

מלתת שכירות ואם בעה"ב מוחזק מצוי למימר קים לי כמהרי"ח ומהרא"י וכך העליתי בתשובה הלכה למעשה עכ"ל ודוחק לומר דשאני התם דדר בו ברשות דהא דשכירות קרקע לא שייך תפיסה כרשות וכמ"ש לעיל סימן נ"ח בשם בעה"ת והרמב"ן והנמוקי יוסף ע"ש ועוד דמשמע מדברי הב"ח דתפי' תפס הבעה"ב משלו בעד מה שכבר דר בו לא מפקי' מיניה דאי ר"ל ואם הבעה"ב מוחזק שהבעה"ב דר בו אינו רוצה להניחו לדור בו פשיטא דבכה"ג לכ"ע אינו יכול לדור בו בחנם דע"כ לא פליגי אלא שכבר דר בו אם פטור משכירות אבל לא שידור בו לכתחלה בחנם וע"ש ודוק סי' ק (עוד ראה מדברי מהרמ"א ומהר"מ יפה ושאר הרבה אחרונים דמהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא) ועוד ראה מדברי מהרמ"א ומהר"מ יפה דמהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא בכל ענין וכמ"ש לקמן סי' ק"ד.

וכן כתב מהר"ר משה איש חי בתשובת משאת בנימין ס"ס י"ד על מ"ש מהרמ"א בא"ע ס"ס קי"ח וזה לשונו ומ"ש מהרמ"א ב' דעות וכתב דעת הקהלות לא דק במוקדם ומאוחר ולא היה כוונתו להורות כדעת האחרון דא"כ הל"ל וכן עיקר או וכן ראוי להורות כדרכו אך גלה לנו שני דעות ולא הכריע באופן שכל מי שיתפוס אין מפקינן מיניה דנוכל לומר קים לי כהאי כמו שכתב הר"ר שמואל מבונבערג דיכול לומר קים לי כהאי הביאו המרדכי פרק נערה ומהרי"ק בסימן נ"א עד כאן לשונו וגם מדברי מהר"ר בנימין בתשובות שם סימן ט"ו משמע שמסכים עמו בזה רק שהשיג עליו וזה לשונו דלא מסתבר כלל לומר היכא דברור לן הלכתא כחז תנא שיתפוס בעל דין ויאמר אנא קים לי כאידך תנא דא"כ אין לדבר סוף דבכל ש"ס ובפסקי הגאונים היכא דאיכא פלוגתא ואיפסקא הלכתא כחז מנייהו לא יועיל הלכתא רק במקום שלא יתפוס אידך אבל אי תפס לא מפקינן מיניה וזהו דבר שאי אפשר ואין הדעת סובלתו כו' משמע להדיא דהיכא דלא איפסקא הלכתא כחז מנייהו מהני תפיסה: וגם (מה שהביא מהר"ר חיים בנבנשתי מדברי מהר"ר י' לב גבי פלוגתא דהרמ"ה ורמב"ם גבי מצרן כו' דתפיסה לא מהני בפלוגתא דרבוותא היכא דפליגי בתפיסה עצמו ולא כיון יפה) מדברי מהר"ר חיים בנבנשתי בתשוב' שבתשובת מהר"ר יוסף טראני סימן קנ"א ומדברי תשובת מהרי"ק שם מוכח בפשיטות דמהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא רק שמפלפלין שם אי מועיל תפיסה היכא דפליגי בתפיסה עצמה אי מהניא או לא וכמו שיתבאר ומ"ש מהר"ר חיים בנבנשתי שם בדף ר"ב סוף ע"ב וזה לשונו איך יטעון התופס קים לי דתפיסה מהני ובהא פליגי אם התופס מיקרי מוחזק או בעליו הראשונים ובהא לית לנו לילך אלא אחר הרוב וכמו שכתב הרב הגדול מוהר"ר יוסף י' לב ז"ל בחלק שני מפסקיו גבי פלוגתא דהרמ"ה ושאר רבוותא אם הלוקח הוא מוחזק או המצרן יעויין שם עד כאן לשונו.

ולא נהירא דפשיט' דגם בכה"ג מהני תפיסה וכמו שהוכחתי בסימן ק"ב ק"ג ק"ד וכמו שמוכח גם כן להדיא מדברי מהר"ר יוסף י' לב גופיה בספר א' סימן ס"ז וזה לשונו ובנדון דידן כל אפי שוין זולת הרמב"ם ז"ל על ההיא דתקפו כהן בפ"ק דמציעא וכבר כתב מהרי"ק דאין לומר קים לי כפלוגי הגאון היכא דכל חכמי ישראל חלוקים עליו עכ"ל והבאתי לשונו לקמן בסימן קי"ח אלמא דאי היה המחלוקת שקול לא הוה מפקינן מיניה אפי' בהך דספק בכור גופיה והא התם פליגי בתפיסה עצמה אי מהניא (וכן כתוב בתשובת מהרי"ט שם בשם מהר"ש כיון דמוכח מדברי מהר"ר יוסף י' לב בתשובה זו

דס"ל דאפילו היכא דפליגי בתפיסה עצמה מהני תפיסה היכא דמצי למימר קים לי ואביא דבריו בסמוך: ומה שהביא מהר"ח בנבנשתי ראייה מדברי מהר"ר יוסף נ' לב גבי מצרן נ"ל דלא דק ואדרב' משם ראייה לכאורה להפך.

דזה לשון מהר"ר יוסף נ' לב בחלק שני סימן מ"א דף צ"ז ע"ג הא קמן דכולהו רבוותא סבירא להו דהלוקח הוא המוחזק והמצרן הוא המוציא זולתי הרמ"ה ואפי' הוא ז"ל לא פסק אלא דוקא גבי למכור ברחוק ולגאול בקרוב ברע ולגאול ביפה ולכרגא ולמזוני ולקבורה דלית בהו דינא דבר מצר' וכי הני הוא דכתב הרמ"ה ז"ל דהמצרן הוא המוחזק אבל גבי ההואדזבן במאה ושוה מאתן כבר הודה ז"ל דהלוקח הוא המוחזק מטעמא דחלק וכדכתבינן ובנדון דידן אפילו דנימא דהרמ"ה ז"ל הוא סבור דלגבי פלוגתא דרבוותא דהמצרן הוא המוחזק מכל מקום הוי יחידאה ולית הלכתא כותיה וכבר כתב מהרי"ק דאפילו המוחזק אינו יכול לומר קים לי כפלוגי היכא שכל חכמי ישראל חלוקים עליו וכ"ש בנדון דידן דליכא מוחזק דהא בהא פליגי אם הלוקח הוא המוחזק או המצרן וכיון דכן הוא דהרמ"ה הוא יחידאה בהך דינא לא עבדינן כותיה ואף על גב דלא יחידאה הוה לן למיזל בתר רובא בהך דינא כיון דליכא מוחזק דהא בהא פליגי וכדכתבינן עכ"ל ופשיטא דאין ראייה מדברי מהר"ר יוסף נ' לב אלו דהא התם אין ביד המצרן כלום דנימא דמקרי מוחזק והלכך כיון דבהא פליגי אי מיקרי מוחזק הדרי לכללא דיחיד ורבים הלכה כרבים והלוקח נקרא מוחזק.

ואדרבה משמע לכאורה מדברי מהר"י נ' לב להפך מדכתב דאית לן למיזל בתר רובא כיון דליכא מוחזק משמע אי הוה הלוקח מוחזק ממש אף על גב דהוה פליגי אי מהני תפיסתו לא הוה מפקינן מיניה ודוק. ושוב ראייתי בתשובת מהר"ר יוסף טראני שם שפירש שם כן דברי מהרי"ן לב דגבי מצרן כמו שכתבתי ומשמע גם כן מדבריו דסבירא ליה למהר"י נ' לב דאפילו היכא דפליגי בתפיסה עצמה מצי למימר קים לי וזה לשון מהרי"ט שם דף ר"ג ע"א וראיתי למהר"ש כיון ז"ל בסוף תשובתו בעניני תפיסה סימן ל"ז דלא דייני' בענין זה שיוכל לומר קים לי כפלוגי דמהני תפיסה דבהא גופיה פליגי אי התופס מיקרי מוחזק וכמ"ש מהר"י נ' לב בח"ב מפסקיו גבי פלוגתא דהרמ"ה והרמב"ם ז"ל גבי מצרן אם הוא נקרא מוחזק או הלוקח כו' ואמר שדברי טעם הם אבל לא ידעתי איך כתב בפסקיו הראשונים בההוא דתקפו כהן שהזכרתי דטעמא משום דהרמב"ם ז"ל יחיד הוא הא לאו הכי יכול התופס לומר קים לי כהני וקשיא לי מדבריו אל דבריו ולדידי מדבריו אל דבריו לא קשיא דהתם גבי מצרן הלוקח עומד בשטרי והוא הקונה מן הדין והמצרן אין בידו כלום אלא דמצרן הוא ואינו בא אלא בטענת שהוא מוחזק מתקנת החכמים ומאחר דלהנך רבוותא לא מיקרי מוחזק היאך יוציא מיד הלוקח והלא בהא פליגי אם נקרא מוחזק אף על פי שאין בידו כלום והוה ליה ספק וודאי ואין ספק מוציא מידי ודאי אבל הכא שזה התופס תפוס בחפץ מאן מרמי ליה מידי' הואיל ופלוגתא היא עד כאן לשון מהר"ר יוסף טראני.

הרי להדיא כמו שכתבתי: סי' קא רק שכתב מהרי"ט שם וזה לשונו אבל אני הבאתי ראייה בתופס בידו הואיל ומחלוק' היא בתפיסה עצמה אי חשיב' תפיסה או לא דלא הוי מדאמרינן בס"פ הכותב (דף פ"ד ע"ב) קריבי' דרבי יוחנן תפס פרה דיתמי מסימט' אתו

לקמי' דרבי יוחנן אמר ליה שפיר תפסתי' אתו לקמי' דרשב"ל אמר ליה זילו אהדור אתו לקמיה דרבי יוחנן אמר ליה מה אעשה שכנגדי חלוק עלי ופירש"י ז"ל שקול כמותי ולא יהא אלא שקול כיון דפלוגתא היא יעמדו בתפיסתן אלא מאחר שעיקר פלונתא בהכי הוא אי מהניא תפיס' לא מיקרי תפיסה דאין לדחות דשאני התם דאפילו לרבי יוחנן הטיין איתמר שכן הקשו התוס' לרבי יוחנן דאמר שפיר תפסתי' דהא מטין איתמר משמע דלכתחלה עבדינן כר"ע ושמא זה חשוב כמו דיעבד כיון שכבר תפסוה מכל מקום אפילו נימא שמחלוק' ר"ע ור"ט מחלוקת שקול תהני ליה תפיסה בתפיסת ספק אלא משום דבהא מילתא גופי' פליגי אי מהני' ליה תפיסה או לא מפקינן מנייהו ואין לדחות עוד דהני קריבי' דרבי יוחנן הוו ופסיל להו רבי יוחנן לדינא להכי אמר להו מה אעשה מ"מ מאחר שכבר נחלקו בהדיא ר"י ורשב"ל בהכי כדאמרין לעיל כי אתי לקמי' 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 בדברי יוחנן אתו לקמי' דרבי יוחנן ואחר כך אתו לקמי' דרשב"ל ואם איתא הל"ל אמר ליה רבי יוחנן שפיר תפסתי' אלא משמע שבדרך שאלה בא לפני שניהם עד כאן לשונו.

ולפע"ד (מה שהביא מהר"ר יוסף טראני בתשובה סימן קנ"א ראייה מפרק הכותב דהיכא דפליגי בתפיסה עצמה לא מהני תפיסה אינה ראייה כלל מד' טעמים כמו שמבאר והולך) ראייה זו אין בה ממש מד' טעמים: א דכיון דרבי יוחנן גופיה נא ברירה ליה דהלכה כרבי טרפון דאל"כ היאך פסקו כל הפוסקים כריש לקיש ונא כרבי יוחנן אלא ודאי סבירא להו דכיון דרבי יוחנן אמר מה אעשה שכנגדי 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 דהיה מועיל תפיסתו דהא לפי דברי רבי יוחנן הדין ברור דמהני תפיסתו ומה בכך שרשב"ל חולק עליו כיון דלדידיה גופיה ברור דלא כרשב"ל אלא ודאי רבי יוחנן לא היה בריר' ליה דהלכה כר' טרפון אלא חטין איתמר וא"כ פשיטא דאין להביא ראייה 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 שבקינן מאי דפשיטא להאי ואזליה בתר ספיקא דאידיך כדאשכחן בכמה דוכתי בש"ס ופוסקים כה"ג ועוד דהא ודאי התם לא מצי למימר קים לי כרבי יוחנן דהא רבי יוחנן גופיה לא בריר' ליה דמהני תפיסה אבל בעלמא היכא דאיכא פלוגתא דרבוותא ממש דהאי פוסק סבירא ליה כדין ברור דמהני תפיסה בכהאי גוונא ואידיך סבירא ליה דלא מהני ודאי מצי למימר קים לי כהאי פוסק דסבירא ליה דתפיסתו מהני: ב דויא 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 שכתב שהלכה כר"ע דרבי טרפון חברו הוה ואמרי' דון דייני כרבי טרפון ואהדרי' רשב"ל לעובד' מנייהו וגם ר"י אמר מס אעשה שכנגדי חלוק עלי משמע בעי למימר דרבי יוחנן גופיה הדר ביה משמעתייה עכ"ל בני החבורה ואף על גב דמהר"י טראני כתב שם שהשיב לבני החבורה וז"ל לא כמו שאתם סבורים דס"ל להרא"ש דרבי יוחנן הדר ביה משמעתייה דאם כן לא ה"ל למימר שכנגדי חלוק עלי

כדפי' רש"י ז"ל אנוש כערכי וראוי לחלוק עלי דמשמע דעדיין המחלוקת במקומה עומד הל"ל הדרי בי אלא בא ללמוד הרא"ש ז"ל הלכה למעשה דמפקינן מיניה אהדר עובדא מינייהו ואף ר' יוחנן דפליג אמר מה אעשה שכנגדי חלוק עלי כלומר הואיל ויש מחלוקת שקול בעיקר התפיסה לא עלתה תפיסה דשלא ברשות תפסו וצריכים אתם להחזיר לבעליהן דה"ל תפיסה בספק אף אנו נאמר דלא מהני תפיסה עכ"ל.

מ"מ דבריו אלו אינם מוכרעים דשפיר י"ל דר' יוחנן גופיה הדר ביה הגס שאפשר לדחוק ולומר דר' יוחנן לא הדר ביה מכל מקום מנ"ל לאתויי ראייה ובפרט שפשט לשון הרא"ש משמע דהדר ביה וכדעת בני החבורה ועכ"פ מידי ספיקא לא נפקא דע"כ לרבי יוחנן ספוקי מספקא ליה דאם לא כן לא הוי פסק הרא"ש כרשב"ל ולא כר' יוחנן כיון דלר' יוחנן ברור דמהני תפיסה וא"כ אין ראייה מהתם ג דפשט' דמילתא דהך עובדא דר"י משמע דר' יוחנן היה פסול לדון לקריבי' דהא לא אשכחן בשאר מקומות בש"ס כה"ג דאתו לקמי' דר' יוחנן ואתו לקמי' דרשב"ל וא"ל ר' יוחנן בכנגדי חלוק עלי וכה"ג רק הכא דהוי קריבי' דר' יוחנן דהוה ר' יוחנן פסיל ליה לדינא וא"כ היה בהכרח שיבוא הדין לפני רשב"ל וא"כ כיון דרשב"ל הוה פשיטא ליה דלא מהני תפיסה א"כ שפיר קאמר ר' יוחנן מה אעש' שכנגדי שקול כמותי חלוק פלי ואין כל לכם נבטל דבריו מאחר שאני פסול לדין והוא הדיין ויכול להוציאו ויש רשות בידו לומר שאני חולק על ר' יוחנן שהרי הוא שקול כמותי.

ומה שנאמר בש"ס הלשון בשניהם ושוה אין קפידא בכך ולא לחנם קאמר בש"ס קריבי' דר' יוחנן אלא להורות דר' יוחנן היה פסול לדונו. גם מ"ש מהר"י טראני כי אתו לקמיה דרשב"ל אמאי אמר להו זילו אהדורו מאחר שיודע שר' יוחנן חולק בדבר כו' דבריו תמוהים דדברי רבי יוחנן היו כאין נחשבו בעיני רשב"ל והוה ברירא ליה לרשב"ג דלא כר' יוחנן ולכך אמר להו אהדורו דשפיר עבד אפי' לא היו באים לפניו בתורת דין ומכל שכן לפי מה שכתבתי שבאו לפניו בתורת דין דהוכר' נפסוק להם לפי ראות עיניו: ד שהרי ר' יוחנן לא אמר להם שיעשו כרשב"ל רק כשחזרו ובאו לפניו אמר מה אעשה איני יכול להושיע לכם שכנגדי חלוק עני ואף אם דעתי נוטה דשפיר תפסתו' מה אעשה שכנגדי חלוק עלי והוא שקול כמותי לעשות מעשה בדבר זה כמו שירצה: וגם בתשו' סימן ע' כתב מהר"י טראני דתפיסה לא מהני בפלוגתא דרבוותא היכא דפליגי בתפיסה עצמה ועיקר רא תו שם מהך דפרק הכותב דלעיל וכיון שכבר בררתי דאין משם ראייה כלל אין צורך להשיב על יתר דבריו שכתב שם בסימן ע' כי נראה לכל מבין ומעיין שם בדבריו שאין בהם ממש מכח חזרים מעצמם מיניה וביה עיין שם שכתב בדף צ"א סוף ע"ב וז"ל וכן מוכח מההיא שמעתתא דריש מציעא דתקפו כהן כו' ולא תימא כי אמרינן דהוי תפיסה ספק דומיא דתקפו כהן שהוא ספק שא"א לעמוד עניו אבל בפלוגתא דרבוותא אמר קים לי אנא כהני מסתבר' טעמ' בתפיסה ודאי מחשבה אין טעם לומר כן דלאו כל כמיניה שיאמר כן הואיל ואנו אין בדינו להכריע בין שניהם מאי מהניא שיאמר לדידי ברירא לי הך סברא עכ"ל ודבריו אלו תמוהין כיון דאיהו גופי' מודה היכא דלא פליגי בתפיסה עצמ' אי מהניא דמהני' תפיסתו וכדכתב שם להדיא כמה פעמים אלמא דבע"כ צריך לומר דפלוגתא דרבוותא לא דמי לספק בכור מה"ט דפלוגתא דרובותא חשיב טענת ברי וכמ"ש מהרי"ק שורש קס"א והבאתי לשונו לעיל סימן ע"ט או מאינד

טעמי שכתבתי לעיל סימן פ"ה ופ"ז אם כן הוא הדין היכא דפליגי בתפיסה עצמה ודאי מצי למימר ברירה לי הך סברא: סי' קב והנה אחרי שבררתי ודחיתי כל דברי מהר"י טראני באופן שאין ראייה דלא מהני תפיסה היכא דפליגי בתפיסה עצמה מתעורר להביא ראיות דמהא תפיסה אפינו היכא דפליגי אמוראי או רבוותא בתפיסה עצמה אי מהני (דין ראייה דמהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא אפילו היכא דפליגי בתפיסה עצמה אי מהניא מדברי מהר"י נ' 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 מהניא או לא מצי התופס אר קים לי כהך פוסק דס"ל דמהני.

ואע"ג דמהר"י נ' לב שם חשיב פלוגתא דרבוותא טענת שמא מכל מקום נשמע מדבריו דהיכא דמהני תפיסה מהני אפילו היכא דפליגי בתפיסה עצמה וא"כ לפי מה שהעליתי בסימן ע"ט ופ"א דבפלוגתא דרבוותא מהני תפיסה דהוי טענת ברי או משחר טעמים שכתבתי 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 שכתבתי לשונו למעלה סוף סימן ק' (עוד ראייה מדברי מהר"ר דוד נ' לב ספר שני סימן נ"ה) ועוד דראיה מדברי מהר"ר דוד נ' 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 ראייה מתשובת רשב"א סימן שי"א) ועוד ראייה מתשובת הרשב"א סי' שי"א שכתב שטעמו של הרמב"ם שפסק בכור תקפו כהן אין מוציאין מידו משום דפסק כרב המנונא אף על גב דרב חנני' ודאי ס"ל דתקפו כהן מוציאין מידו דכל היכא דפליגי תרי אמוראי ולא איפסקא הלכתא כחד 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 כהן 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 דרבוותא אפילו היכא דפליגי בתפיסה עצמה דינא הכי וספק בכור שאני מכמה טעמים וכמו שחלקתי לעיל סימן ה' וסימן ו' לדעת הרבה פוסקים דדוקא בספק בכור לא מהני תפיסה מטעם דאפילו היה ודאי בכור יכול בעליו ליתנו לכהן אחר או מטעם דהתם הוי ספק שאי אפשר להתברר לעולם ולא תליא בסברא כלל משא"כ בשאר ספיק' דדינא ועיין שם בסימן ה' ו' ובסימן ע"ד.

ומכאן נמי ראייה דס"ל להרשב"א עצמו דמהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא דהא כתב דטעמא הוא דתקפו כהן דאין מוציאין מידו משום דהוי פלוגתא דאמוראי ואם כן נהי דבספק בכור לא ס"ל כהרמב"ם היינו מהך טעמי שכתבתי אבל בעלמא לא חזינן דפליג עליה ומשמע דמודה דבפלוגתא דרבוותא 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 ראייה מתשובת מהרד"ך) ועוד ראייה מתשובת מהר"ר דוד כהן דאפי' היכא דפליגי בתפיסה עצמה לא מפקינן מיניה שכתב בבית ב' סי' ט' וזה לשונו אלא שאני אומר דהואיל והגברת הזאת תפסה שאין להוציא מידה לדעתו של מהר"מ ז"ל דהואיל ואנו

מסופקין בדבריו אם הוא ז"ל בכ"מ שהוא חייב להוציא וליתן כתובה סבר כן או דוקא במקום שאמרו בהדי' יוציא ויתן כתיבה אין לנו להוציא מידה מספקא אליבא דהרמב"ם ז"ל דסבר בכל תיקו שבש"ס אפילו היכא שהנתבע מוחזק אם תפס התובע אין מוציאין מידו ואפילו היכא שהספק הוא מצד הדין בעצמו ונא מצי נתבע לטעון בהא (נ"ל שצ"ל בריא) שהרי בהנהו בעיא דרבי ירמיה דפרק מרובה סוף מתני' דמכרו חוץ מא' ממא' שבו פסק הוא ז"ל בפרק שני דהלכות גנבה שאם תפס הניזק תשלומין ד' וה' שאין מוציאין מידו ואפי' להראב"ד ז"ל שהשיג על דבריו מודה הוא בכנדון דידן שאין מוציאין מיד התופס דעד כאן לא פליג אלא מטעמא דהוי קנס אבל היכא דלאו קנס הוא דבנדון דידן מודה הוא שאין מוציאין מיד התובע שתפס וכתב הרב במ"מ משמו וכן בההוא דפ"ק דמציעא בספק בכור שתקפו כהן פסק הרמב"ם בפ"ב מה' בכורות שאין מוציאין מידו ולא מצאנו שהראב"ד ז"ל יחלוק עליו וכן פסק בעל הסמ"ג ז"ל ולא כהנהו רברבי דסברי דמוציאין ודקדקו מזה דכל שתחלת דינו המע"ה ותפס חברו דמוציאין מידו וכן בסמ"ג בעשה סי' ע' כתב שרבינו חננאל ורש"י ז"ל סברי כהרמב"ם בכל תיקו שבש"ס עכ"ל אלמא דאפי' היכא פליגי בתפיסה עצמה מהני תפיסה.

ואע"ג שכתבתי לעיל סי' א' וב' דלא קי"ל כהרמב"ם ומהרד"ך בהך דספק בכור היינו דוקא בספק בכור ומכל הנך טעמי שכתבתי שם וכמ"ש בסמוך סי' קד (גם מדברי מהרמ"א ומהר"מ יפה בא"ע סי' צ"ג והגהת דרישה שם נ"ל להוכיח כן) וגם מדברי מהרמ"א בא"ע סימן צ"ג סעיף כ"ב ומהר"מ יפה והגהת דרישה שם יש להוכיח דמהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא אפי' היכא דפליגי בתפיסה עצמה.

שכתב שם מהרמ"א גבי אלמנה שתפסה מטלטלים כדי שתזון מהם בין שתפסה מחיים בין שתפסה אחר מות בעלה אין מוציאין מידה. וז"ל י"א דלא הוי תפיסה אלא כשתפסה מרה"ר או מסמטא אבל נא מרשות יורש ויש חולקין עכ"ל ואי לאו דס"ל עיקר לדינא דמהני תפיסה לאיום צורך הביא דעת הי"ח אלא ודאי ס"ל דכיון דפלוגתא דרבוותא היא לא מפקי' מיניה לכך הביא דעת היש חולקים להורות דהויפלוגתא דרבוותא ולא מפקי' מיניה אלמא אפי' היכא דפליגי בתפיסה עצמה לא מפקי' מיניה (ואין להקשות א"כ ה"ל לכתוב בסתם דמהני תפיסה אפי' מרשות יורש הא לק"מ כמ"ש לעיל ריש סי' ע"ו ע"ש) וכן משמע מהגה' דרישה בא"ע שם סי' נ"ב סל"ה מה שכתב אביו בדרישה שם פי' מר"ת או מסמט' כתב בהגהת דרישה וז"ל אמנם בריב"ש סימן שס"ד משמע דאפי' מבית יורשים מהני תפיסה וכ"כ מהרמ"א עכ"ל ומנא ליה דדעת מהרמ"א הוא כן הא מהרמ"א הביא ב' דעות ולא הכריע ודוחק לומר דמ"ש בהגהת דרישה וכ"כ מהרמ"א ר"ל וכ"כ מהרמ"א דבריב"ש סי' שס"ד משמע כן אלא ודאי דס"ל להגהת דרישה כדפי' במדהביא מהרמ"א ב' הדעות ס"ל דלא מפקי' בפלוגתא דרבוותא דאל"כ לא ה"ל להביא דעת היש חולקים כלל.

וכן מוכח במהר"מ יפה בא"ע שם שהשמיט הגהת מהרמ"א רבו הנ"ל ופשט 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 והיינו ע"כ כדעת 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 היה ברשות האלמנה אע"פ שתפסה מרשות היורש הוה מועיל והיאך פסק מהר"מ יפה בפשיטות כדעת היש חולקים וגם היאך השמיט הגהת מהרמ"א רבו א"ו ס"ל דכיון דהוי פלוגתא דרבוותא מהני תפיסה לכך כתב 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 כן להלכה וכמ"ש.

(עוד נ"ל להוכיח מדברי מהרמ"א ומהר"מ יפה בא"ע סי' צ"ו) ועוד יש להוכיח כן 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 דשמה נתפרעה וזה לשונם י"א הא דאין יורשיה יורשים כתובתה היינו בדלא תפסה דמספק אין מוציאין מיד היורשים שמה נתפרעה אבל אם תפסה יורשי' יורשים כתובתה הואיל והן 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 כסמוך. ודוחק לומר דשאני הכא כיון דתפסה בחייה חשיבה גבי יורשיה כטענת ברי וכדקי"ל בחו"מ ס"ס ע"ה דאמר לי אבא שאתה חייב לו מנה או מצאתי בפנקסו שאתה חייב לו מנה ה"ל טענת ברי ומשביעי' אותו על פיו וה"נ כיון דתפסה בחייה לא גרע ממצאו כתוב 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 כן 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 כן 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 גבי מת לזה בחיי מלוה וקדמו יורשי המלוה ותפסו מנכסי יורשי הלוה שכתב בש"ע שם בסתם דאין מוציאין מידם ולא הביא שום חולק בדבר וגם מהרמ"א סתם כותיה וכ"כ מהר"מ יפה שם בפירוש.

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

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 דמהשלמא בח"מ שכתב הש"ע שם כן בסתם הניחו דבריו אבל בא"ע שלא כתב הש"ע כלום ודאי הוכרחו להביא ב' דעות ומטעם שכתבתי לעיל ר"ס ע"ו ע"ש: סי' קה ובנה נתברר בהרבה ראיות ברורות דמהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא (אף שזה פשוט הארכתי הרבה להוציא מלב החולק עלי שאומר דלא מהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא כמו דלא מהני בתיקון) ואף שהדבר פשוט בעיני לא הוצרכתי להאריך אלא

להוציא מלב החולק עלי שר"ל דלא מהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא כמו דלא מהני בתיקו ולכך רצה להורות בנדון השאלה שלפנינו שהתחלנו בה דלא מהני התפיסה שתפס ראובן מחמת עסק השותפות וכבר הארכתי דגם בתיקו יש פנים וקרוב לומר דמהני תפיסה ואפילו מאן דס"ל בתיקו לא מהני תפיסה מודה בפלוגתא דרבוותא 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 דהלכתא 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 כהן אין מוציאין מידו וכתב מהרמ"א וכבר נתבאר דנקטינן דאם תקפו כהן מוציאין מידו עכ"ל ומדכתב מהרמ"א וכבר נתבאר כו' משמע דקאי נמי באנדרוגינוס שהזכיר הש"ע בסעיף ד' דהוי ספק דנקטי בי' נמי דאם תפסו כהן מוציאין מידו ובאנדרוגינוס לא כוי ספק בכור אלא מכח פלוגתא דרבוותא וכדאיתא בהרא"ש.

אלה הם דבריו ואין בראיה זו ממש משלשה טעמים: א דמידי איריא הא כדאיתא והא כדאיתא בילדה כמין סוס או גמל כיון דבעיא ולא איפשטא היא מוציאין מידו אבל באנדרוגינוס כיון דלא הי אלא פלוגתא דרבוותא 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 ואפי' הרא"ש משפע דמכח חומרא הוא דכתב דהוי ספק בכור דזה לשון הרא"ש וכיון דפליגי בהאי פיקא רבוותא טוב להחמיר ובכור מספק הוי כו'.

והלכך כיון דלענין דינא נראה עיקר כהרמב"ם וסייעתו רק מכח חומרא יש להחמיר לענין איסורא אבל פשיטא דאי תפס מפקנין מיניה. וזה נראה דעת הש"ע שבסעיף א' וסעיף ו' גבי ספק בכור כתב דאם תקפו כהן אין מוציאין מידו ומה נשתנה הך דינא דס"ד דלא כתב הש"ע כן א"ו גם הש"ע מודה בכאן דמוציאין מידו ותדע שהרי הש"ע דרכו לימשך בכ"מ אחר דעת הרשב"ם ולמה כתב כאן כדברי הרא"ש א"ו משום חומרא דאיסורא כתב כדברי הר"ז דכוי ספק בכור אבל לענין דינא ס"ל עיקר כהרמב"ם דאנדרוגינוס הוא חולין גמורים ואפילו תקפו כהן מוציאין מידו וא"כ כיון דאפילו הש"ע גופיה מודה בהא פשיטא דאין משם ראיה דבפלוגתא דרבוותא לא מהני תפיסה: ג דספק בכור שאני דיש בו תורת הנאה לבעלים לכך מוציאין מידו וכמו שמוכרת לחלק כן 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 ובן ובת ונתנה האלמנה הרבה מנכסי ראובן וגם בית א' להבת והשיב דאמר שמואל בפרק מציאת האשה לפרנסה שמין באב ונחלקו הפוסקים אי אמרינן דעתיה דאב בין לאוסופי על עישור נכסי ובין לפחות או דוקא לפחות מעישור נכסיאבל לאוסופי לא והר"ן הכריח כדברי ר"מ דלא אזלין בתר 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 וכיון שמת ראובן הנזכר הנכסים עומדים בחזקת היתום וכיון שבן חי נתן רשות לאמו להוציא הנכסים מחזקת היתום וליתן לבתה יותר מעישור נכסי במקום דאיכא פלוגתא דרבוותא כ"ש דבנדון דידן מעולם לא אמדוהו לראובן לתת הסך שנתנה לבתה ונמצא שכל מה שנתנה יותר מעישור נכסי היה גזל גמור שגזלה מעולה ליתום כו' ולענין הבית הנזכר אם הי' ידוע שהיתה של ראובן אביו אפ"י החזיקו בה כמה שנים אין מועיל להם חזקת כו' עכ"ל הרי שכתב דהוי פלוגתא דרבוותא ואפ"ה פסק דהוי גזל גמור וצריכ' הבת להחזיר הכל אלה הם דבריו.

וגם בראיה זו אין ממש מג' טעמים א שהרי כתב והר"ן הכריח כדברי ר"ת כו' ול' הכריח משמע שכן הוא עיקר כיון שהכריח כן וגם מדכתב וכן פסק הרא"ש וטור ומהרי"ק כו' משמע דס"ל דכן עיקר. ומ"ש אח"כ מי נתן רשות כו' במקום דאיכא פלוגתא דרבוותא כו' ר"ל כיון דאיכא פלוגתא דרבוותא והעיקר בהנך רבוותא דלא אמרינן 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 כדין דכיון דהוא פלוגתא דרבוותא לא היה לתת יותר מעישור נכסי אבל לא הזכיר כלום שהבת 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 היה גזל גמור שגזלה ליתום כו' ר"ל גזל גמור ביד אמו אבל אצל בתו אה"נ דלא הוי גזל גמור: ג שהרי לא כתב דהוי גזל גמור כו' רק אחר מ"ש כ"ש דבנדון דידן מעולם לא אמדוהו לראובן כו'. א"כ כיון שמעולם לא אמדוהו לראובן כו' ליכא פלוגתא דרבוותא כלל וא"כ פשיטא דהוי גזל גמור וזה ברור: סי' קז עוד רצה להביא ראיה דלא מהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא 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 היה דעתו כך כיון דבנו מהר"ר דוד ן' לב דהוא בתראה פליג עליה נקטינן כותיה.

ועוד שכבר הוכחתי בהרבה ראיות ברורות מדברי הרבה פוסקים מאד ומדברי הרבה אחרונים דמהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא בכל ענין זולתי הת"ה סימן שכ"א דס"ל דפלוגתא דרבוותא הוי כמו תיקו וכבר השיג עליו מהרש"ל פרק כיצד 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 אפ"י בתיקו גופא דמהני תפיסה אין כאן שום פוסק גדול או קטן שיסבור דתפיסה לא מהני בפלוגתא דרבוותא זולתי הת"ה וגם בת"ה גופא ס"ם שנ"ב מחלק דבתיקו לא אמרינן כל דאלים גבר ובפלוגתא דרבוותא אמרינן כל דאלים גבר אלמא דיש לחלק בין תיקו לפלוגתא דרבוותא ואע"ג דמסקנת ת"ה שם אינו כך היינו מכח דברי רשב"ם שהביא שם אבל אין דבריו מוכרחים וכמ"ש לקמן סי' קכ"ה ע"ש ואפ"י ימצא מי שיסבור כן בטל הוא ברובא דרובא ובפרט בענין הנדון שנשאלנו 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 כאן יותר מארבעים פוסקים דס"ל דמהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא: ועל כל פנים יש כאן

יותר מארבעים פוסקים דס"ל דתפיסה מהני בפלוגתא דרבוותא דהא בסי' ע"א וע"ד הבאתי דברי הגאונים והרי"ף והרמב"ם וסמ"ג והראב"ד והה"מ והמגדול עוז ורבותיו והגהת מי"א ומהר"ם רקנטי וטור ור' ירוחם וש"ג ומהר"ד כהן ומהר"ר משה אלשיך וב"י ומהרמ"א ומהר"ם יפה דס"ל דבתיקו מהני תפיסה וא"כ כ"ש בפלוגתא דרבוותא ובסימן פ"ח הכרחתי דאפי' מאן דס"ל בתיקו לא מהני תפיסה מודה בפלוגתא דרבוותא וכדעת מהר"ם מרוטנבורג ור' שמואל ב"ר ברוך ובסי' ע"ט הבאתי דברי מהרי"ק ודברי עובדיה ספורנו בתשו' מנחם עזריה דבפלוגתא דרבוותא מהני תפיסה וכן דעת מהרש"ל ושאר הגאונים החסיד מהר"ר ישעי' הורוויץ סג"ל ז"ל והבאתי לשונו בסי' ע"א וכן דעת מהר"ר דוד נ' לב והבאתי לשונו בסי' פ"ד וכן דעת מהר"א נ' ששון.

וכן הוכחתי בסי' פ"ט שכן דעת הבעה"ת (וכן הוכחתי בסי' צ"ג שכן דעת הרא"ש) והר"ן ורבותינו 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 שכן דעת בעל העיטור והרמב"ן וכן בסי' צ"ז שכן דעת הרשב"א ומהר"ר דוד כהן ומהר"ר שמואל די מודינא ומהר"ר שלמה כהן ומהר"ר לוי נ' חביב ומהר"ר יעקב לבית לוי וכן בסימן צ"ח שכן דעת הב"ח וכן בסי' ק' וק"ד שכן דעת מהר"ם איסרלש ומהר"ם יפה ומהר"ר משה איש חי ומהר"ר בנימין בתשו' משאת בנימן ומהר"ר חיים בנבשתי ומהר"ר יוסף טראני הרי כאן יותר מארבעים פוסקים גדולים ומפורסמים שסוברים דמהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא ואין לך עין יפה יותר מזה התורם מארבעים.

ואפילו לא יהיה ראייה ברורה מקצת איזה מהפוסקים הנזכרים באופן שיהיו ארבעים חסר אחת או שתים ושלוש וארבע וישארו שלשים וששה צדיקים יסודי עולם שהעולם עומד עליהם כדברי אביי במסכת סוכה או אם יחסרו עוד חמשה וששה התשחית בעבור החמשה כשיאמרו שלשים צדיקים כדברי המדרש רבה מי יערב לבו לגשת ולעשות מעשה נגד הנך שלשים גדולי הדור להוציא ממון ומי יכניס ראשו בין הרים גדולים אלו.

ובפרט שדבריהם נכונים וברורים וכמו שהוכחתי למעלה. סי' קח ואחרי אשר נתבררו ונתחווירו הדברים כשמלה דמהני תפיסה שלא ברשות בפלוגתא דרבוותא אפי' אחר שנוולד הספק חל עלינו חובת ביאור מהו הדבר שיתפוס שיועיל תפיסה.

(דעת מהרש"ל דלא מהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא רק בגוף הדבר שנחלקו עליו או שתפס החוב מעות שהיה חייב לו) והנה מהרש"ל פרק כיצד הרגל סימן ה' אחר שהכריע דבפלוגתא דרבוותא מהני תפיסה כמ"ש מהרי"ק שורש קס"א ודלא כת"ה סימן שכ"א כתב וז"ל הלכך נקוט האי כללא בידך לכל דבר ספיקא דדינא שאין ביד הדיין להכריע בין מחלוקת שנפלה בש"ס בין שנפלה בין הגאונים מהני תפיסה מאחר שהיה יכול להכריע אבל אם הדיין מכריע בין שהדיין מכריע שרבי' הם החולקים על היחיד בין מחמת שמסתבר להדיין כסברתו דחד מראיות ברורות אפי' הרבה הם החולקים על היחיד לא יכול התופס לומר קים לי כאידך אלא הדיין מוציא מידו והא דמהני תפיסה לאו דוקא שיכול לילך וליקח משלו דא"כ הוי כגזלן ולכתחלה נזקקין לזה להחזיר ט גזלתו וכן אפילו השאיל לו כלי אחד ואח"כ תופס השואל בכלי המשאיל גם בזה לא מהני תפיסה דאם השאיל לו לזמן קצוב הלא צריך להחזיר לו לזמן הקצוב והוי בידו

כעין גזלה וכן אם השאיל לו בסתם סתם שאלה ל' יום והוי כזמן קצוב ואע"ג דגבי חצי נזקא קנסא פסקינן 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 הברור לכל ולכן כתבנו לעיל שאם תפס הניזק 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, מבורר 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 נדונית שכתב 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 כגון שראובן היה חייב מעות לשמעון שאז מועיל תפיסה לגבי ראובן לעכב המעות בידן מחמת ספיקא דדינא ממקום אחר ולא אמרינן מתחל' אתה מוכרח לשלם החוב לשמעון מאחר דהלואה להוצאה ניתנה ויכול לסלקו אפי' בסובין א"כ מועיל תפיסה לעכב המעות בידו ולומר אותו גוף הממון שיש לי אצלך ממקום אחר בספיקא דדינא תקח מחמת חובך אע"ג דפסקינן כיון דאית ליה זוזי לב"ח לא יכול לסלקו אלא בזוזי מ"מ במקום פסידא לא אמרינן כדאיתא בפ' מי שהיה נשוי סימן י"א ובפרק כל שעה והכא אי לא ישלם אלא בזוזי יגיע לו פסידא שלא יכול לתפוס (חילוק זה מגומגם בעיני דע"כ לא אמרינן אלא דבמקום פסידא יכול לסלקו בכל דבר אבל סלוקי בלא זוזי מי שמעת ליה) ועוד חילוק גדול יש בין הלואה לשאלה או לחטוף שום דבר מממונו שהוא כעין גזלה דהא גזל הכותים אסיר והפקעת הלואות שר לכ"ע אלמא דקילא הפקעת הלואה א"כ היכא דמעכב ההלואה בעבור התפיסה אין זה כגזלה שנדון להחזיר לו קודם החוב שחייב לו אלא כדין תפס ואם חזר זה ותפס ממנו גוף הממון שנפלה עליו הטענות או הלואה ג"כ לא מפקינן מניה עכ"ל מהרש"ל: סי' קט ואע"פ שאין אני כדאי 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 וז"ל וגם קי"ל כהרא"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 כן אלא שכתב דא"כ הוי עביד דינא לנפשיה וזה יתבאר לקמן סימן קי"א דליתא וא"כ הדרינן 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 נדונית 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 ואנן קי"ל דלא מהני תפיסה ומפקי' מיניה כההיא דתקפו כהן מוציאים מידו כו' וכ"כ עוד בת"ה שם בסוף התשובה דצריך 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 כיון שכבר העליתי לעיל סי' ע"ח דאפשר דמהני תפיסה בספיקא דדינא אפי' בתיקו וגם בסמוך סימן ק"ז העליתי דבפלוגתא דרבוותא

מהני תפיסה לכ"ע ול"ד לתיקו וכמ"ש מהרש"ל נופיה א"כ פשיטא דאין לחלק בין היה בידו בתורת שאלה או תפס גוף הדבר (מזה ראייה לדברי מתשו' מהר"ר דוד ן' לב ומספר גדולי תרומה) ועוד ראייה מדברי תשו' מהר"ד ן' לב וספר גדולי תרומ' גבי מאי דפליגי על הת"ה וס"ל דשאלה ופקדון מיקרי תופס ברשות והבאתי דבריהם בסימן פ' הרי דלא כמהרש"ל דפשיטא דתפיסה ברשות הג"ה נ"ל דאגב ריהטא לא דק שזהו סברת יחיד וסברת ר"ת דס"ל כי היכי דסתם הלואה ל' יום ה"ה סתם שאלה אבל רש"י בשבת פרק שואל והרמב"ם בפ"א מה' שאלה ס"ל דוקא בהלואה אבל סתם שאלה תובעו בכל עת שירצה וכן הכריע הרא"ש ספ"ק דמכות וכ"כ ה' המגיד שם שכן הכריחו הרמב"ן והרשב"א כפיר"י ושכן עיקר וכ"פ הר"ן בשבת פ' שואל וכ"פ הטור וכ"ע ושאר כל האחרונים בח"מ ר"ס סרא ע"ש: מהני אפי' בתיקו לכ"ע וכמ"ש בסי' נ' ואף שכתבתי בסי' ס' דלא נ"ל כמהר"ר דוד ן' לב וס' גדולי תרומה היינו בתיקו ומטעם דה"ל תופס שלא ברשות אבל מ"מ שמעינן שפיר דבפלוגתא דרבוותא 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 מהרש"ל דאם לקח דבר אחר משלו דהוי כגזלן 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 מהרש"ל וכן חילק מהרי"ק ליתא לפענ"ד) ומ"ש מהרש"ל וכן חילק מהרי"ק בשורש קס"א כו' ליתא דהמעייין במהרי"ק שם יראה דלא חילק בכך אלא לענין דאסור לעשות כן לכתחילה משום עביד דינא לנפשיה אבל ודאי לענין דיעבד פשיטא דמועיל תפיסתו לענין דליהוי מוחזק בספיקא דדינא ולהוי אידך המע"ה.

(עוד ראייה לדברי הת"ה סי' שנ"א) וראייה לזה במ"ש בת"ה ס"ס שכ"א וז"ל אבל טעמא דתקנת העיקול לא שייך הכא אפילו במקום שנהגו שלא לעקל הספרים השאולים 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 אמר' עכ"ל וא"כ ה"ה הכא פשיטא דהיכא דליכא עדים וטוען ברי לא הפסיד מגו שלו וכמ"ש מהרש"ל גופי' בפרק 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 יהיה מה שיהיה מהני תפיסתו דלא יהא אלא תפס ממנו דברים של אוכל נפש אע"ג דחייב להחזיר מכל מקום לא אבד מגו שלו וכדאיתא בש"ס בסוף פרק המקבל ונתבאר בטור ח"מ סימן ע"ב ובהגהת ש"ע שם סי"ז וכן בטור וש"ע סימן צ"ו סי"ד ואם כן ה"ה דלא אבד מוחזקות שלו.

עוד ראייה דמהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא בכל דבר) ועוד דהיינו דוקא במשכנו דברים שהוא חייב להחזיר כגון אוכל נפש וכסות יום וכסות לילה בלילה ובגד אלמנה או ספרים מחמת תקנת העיקול וכה"ג אבל שאר דברים ודאי אפילו משכנו בעצמו א"צ להחזיר וכדמוכח בפרק המקבל ובפוסקים וש"ע בסי' צ"ז סעיף ט"ז אלמא דאף על גב דלכתחלה אסור למשכנו מכל מקום אם עבר ומשכנו אינו חייב להחזיר אלא אותן הדברים הצריכים לו אם כן פשיטא דמהני תפיסתו לענין שיהא מוחזק והא דאמרין

דלא עביד דינא לנפשיה היינו לכתחלה או לענין שיהא חייב אם הזיקו או הכהו מחמת זה וגם בזה דוקא בהלואה וכמ"ש לקמן סימן קט"ו וקט"ז אבל לא לענין דיעבד.

ועוד דע"כ לא אסרי' למשכן לכתחלה אלא משום דיכול להשכין ע"י הדיינים אבל הכא כיון דאיכא פלוגתא דרבוותא אם כן אפשר דהדיין לא יפסוק לו לכתחלה כהך פוסק אם כן אי לא יתפוס 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' וכדאיתא בפרק המניח אם כן ה"ה בפלוגתא דרבוותא אפילו היכא שבא החוב מחמת הלואה מותר למשכנו שלא ברשות אפילו לכתחלה אבל כל שאינו החוב הלוא' בענין דליכא איסור משום משכנו שלא ברשות נ"ל ברור דמותר למשכנו אפי' לכתחילה בפלוגתא דרבוותא.

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 וחייב להחזיר ואין להביא ראיה כלל דהתם מיירי שהוא שלו ממש וזה מכחישו משא"כ בספיקא דדינא בפלוגתא דרבוותא וכה"ג וק"ל: סי' קיא (ראיה לדברי מהריב"ש סי' שצ"ו) וראיה ברורה לדברי מדברי הריב"ש סי' שצ"ו שכתב שם כל הנך חלוקים שכתב הרא"ש פרק המניח וטור דלא מצי למיעבד דינא לנפשי' רק בדבר המבורר שהוא שלו והעתיק שם גם כן כל דברי הטור דסימן ד' וכתב וזה לשונו וכן נשתמשו הגאונים ז"ל מדין זה בענין 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 שמתעם עביד אינש דינא לנפשיה הוא יכול לעכבו כדי להציל את שלו ואף על פי שהיה יכול להציל בב"ד כגון דאיכא עדים וליכא פסיד' או אפילו לתפוס מטלטליו כל שמצאום ברשות אחרים או אפילו ליקח מידו ומביתו כל שהחוב אינו הלואה ממש אבל בהלואה ודאי אין לו ליכנס לביתו למשכנו ולא לחטוף מידו אלא דאי עבד מהני ואפילו לרבא דאמר כל מילי דאמר רחמנא לא תעביד אי עבד לא מהני הכא שאני דכתיב השב תשיב לו את העבוב כבוא השמש מעיקר' לא כדאיתא בפ"ק דתמורה וכבר הסכימ' דעתך לדעתו בזה עד כאן לשונו כרי להדיא כדברי 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 לעבוב מותר אפי' לכתחלה למשכנו לעשות דין לנפשיה אפילו בחפץ אחר פשיטא דליתנהו לדברי מהרש"ל אלא אפילו לכתחלה מיתר לתפוס 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 דרבוותא בכל דבר מהרא"ש ורבי ירוחם) ועוד ראיה ברורה לדברי דמהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא בכל דבר מדברי הרא"ש ור' ירוחם שכתב הרא"ש בפרק כיצד הרגל והבאתי לשונו לעיל סי' ג' וז"ל ולרבותינו האומרין דבכל תיקו אי תפס לא מפקינן מיניה בחצר הניזק אי תפס מגביל ליה נזק שלם ובר"ה אי תפס הבהמה מגביל ליה חצי נזק כו' מדכתב ברישא סתמא אי תפס כו' ואחר כך כתב אי תפס הבהמה משמע להדיא דברישא אפי' תפס מטלטלים לא מפקי' מיניה רק דבסיפא כיון דהזיק' בר"ה אינו משלם אלא מגופו וכן משמע בקצור פסקי הרא"ש שם שחבר בעל הטורים וכן כתב רבי ירוחם להדיא בנל"א ח"א וזה לשונו בעטה והתיז' במקום שאי אפשר לה

אא"כ התיז' בעיא ולא איפשטא אם הם צרורות ופטור בר"ה או קרן וחייב ח"נ ולמי שפסק דכל תיקו לא מפקינן מיניה אם תפס כמו כן בכאן אם תפס הבהמה עצמה גובה חצי נזק ואם ברשות הניזק אפילו תפס שאר מטלטלים גובה נזק שלם עד כאן לשונו עוד כתב שם וזה לשונו כשכשה באמת' ספק אם רגל או קרן כי הוא בעיא דלא איפשטא ולאותם שפסקו דכל תיקו אי תפס לא מפקי' מיניה אם הזיק' בר"ה ותפס גוף הבהמה גובה ח"נ וברשות ניזק אם תפס אפי' שאר מטלטלים גובה נזק שלם עד כאן לשונו.

הרי להדיא דלמאן דמהני תפיסה בתיקו מהני אפילו תפס שאר דבר אלמא דלא שייך בכה"ג לומר דלא עביד אינש דינא לנפשיה. ואם כן נהי דהרא"ש פליג ארבותינו בתיקו מ"מ בפלוגתא דרבוותא דהוכחנו לעיל סימן נ"ג דגם הרא"ש מודה דמהני תפיסה דל"ד לתיקו וכמו שהכריע מהרש"ל גופיה בפרק כיצד הרגל והבאתי לשונו לעיל סימן פ"א דפלוגתא דרבוותא לא דמי לתיקו ושגם הרא"ש מודה א"כ פשיטא דמהני תפיסה בכל דבר.

(עוד ראיה מהרא"ש) והכי מוכח נמי מדברי הרא"ש שהבאתי לעיל ריש סימן ג' שכתב דלכך לא הביא הרי"ף בעיא דרב אשי משום דס"ל דמהני תפיסה בתיקו ואם כן לא נ"מ בהך בעיא. ואם איתא דלא מהני תפיסה בתיקו בשאר דבר אם כן ה"ל להביא אך בעיא דנ"מ טובי אם תפס שאר דברים ובשום קנסא מהני תפיסה בכל דבר וכמ"ש הרא"ש ספ"ק ודו"ק משום תיקו לא מהנירק בתפס גוף הדבר אלא ודאי בתיקו נמי מהני תפיסה בכל דבר שבעולם וא"כ ה"ה בפלוגתא דרבוותא להרא"ש ושאר פוסקים דפשיטא דדין פלוגתא דרבוותא והרא"ש וסייעתו כדין תיקו להרי"ף וסייעתו: סי' קיג (עוד ראיה ברור' דמהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא בכל דבר מבעה"ת והר"ן והריב"ש ותשו' מבי"ט ושאר אחרונים) ועוד ראיה ברורה דמהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא בכל דבר.

מדברי בעה"ת והר"ן ורבותינו הצרפתים והרמ"ה והריב"ש והטור ח"מ סי' ק"ח והש"ע ושאר אחרונים שהבאתי לעיל סי' פ"ח דמהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא אפי' בכל דבר דהא מוכח שם דטעמייהו הוא משום דכיון דאמר' דאי עבד דינ' כהאי עבד א"כ מהני תפיס' דה"ל כעביד דינא לנפשיה דמות' וכמו שהבאתי שם לשון בעל התרומות שכתב להדיא כן א"כ פשיטא דמהני תפיסה בכל דבר דהא כי היכא דמהני אי עבד הדיין כחז מנייהו והתפיסוהו בכל דבר יהיה מה שיהיה ה"ה אם תפס מעצמו כיון דמדמינן תפיסתו לתפיסת הדיין.

ועוד ראיה ברור' מדברי התשובת מבי"ט שהבאתי בסי' צ'. ועוד ראיה מדברי מהרמא"י ומהר"מ יפה והגה' דריש' שהבאתי לעיל סימן ק"ד גבי אלמנה שתפסה מטלטלי' וכמ"ש שם וכן מדברי תשובת מהר"ד בן לב שהבאתי בס"ס פ"ג.

ודוחק לומר דשאני הך דאלמנה שתפסה מטלטלי דכיון דלדעת קצת מרבוותא יכולה לתפוס אם כן הוי כתפסה גוף הדבר שנחלקו עליו. דזה דוחק.

ויהיה איך שיהיה מכל מקום מכל הנך פוסקים נראה מבואר דמהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא בכל דבר שיתפוס וכן עיקר. סי' קיד (מה שהאריך מהרש"ל פרק המניח סי' ה' לחלוק אמהרי"ק נ"ל כל דברי מהרי"ק נכונים) גם במה שהאריך מהרש"ל פרק

המניח סי' ה' והביא דברי הרא"ש דפרק המניח ובטור סימן ד' ודברי מהרי"ק שורש קס"א והאריך מאד לחנק על מהרי"ק נלפע"ד דברי מהרי"ק נכונים ואין שום השגה עניו ועיין שם במהרי"ק דוק באמצע התשוב' ובסופה ותראה שיהיה בענין שהקהל היו זוכים במה שתפסו דהיינו שהיה להם כתב שכמ"ר שלמה הקדיש אותן הכלי קדש וע"כ תפסו הכלי קדש רק שכמ"ר יואב רצה לפסול את השטר וע"ז האריך מהרי"ק שם בסוף התשובה שיש לזכות את הקהל מחמת כמה טעמים וגם אפי' יהא ספיקא דדינא הא כיון שהקהל טוענים ברי מהני תפיסתן בספיקא דדינא וכמ"ש המרדכי בפרק נערה שנתפתה בשם הר"ר שמואל בר רבי ברוך דמצי למימר התופס קים לי כרש"י כו' כן כתב מהרי"ק שם.

עיינן שם דוק ותשכח דמיירי בענין שהיה מועיל תפיסתם בלאו הכי אפילו תפסו בעדים כגון ספק שבשטר דלעיל סי' מ"ח דאמרינן יד בעל השטר על התחתון ואי תפס אפי' בעדי' מהני תפיסתו ולא מפקינן מיניה. וע"ז הולך וסובב כל תשובת מהרי"ק.

וע"כ כתב מתחל' להשואל שאתה מחשב זה שתפסו הקהל כעביד דינא לנפשי' ולפי דעתי אינו דהא לא מיקרי עבד דינא אלא היכא שמכחו או מזיקו לגבות ממנו ממון אבל בכה"ג לא מיקרי אלא תופס בכולו ש"ס ולפי דבריך שאתה מחשב זה לעביד דינא לנפשי' נבהלתי שהרי במרדכי פרק המניח לא קאמר דלא מצי למעבד דינא לנפשיה רק בחפץ שאינו שלו אבל כשידוע לו שהוא שלו אע"פ שאין ידוע לב"ד שזה לא דבר במרדכי שם ואמת שהסברא מבחוץ דכל היכא דאינו יכול לברר בפני בית דין מחויב להחזיר ולא מהני תפיסה בעדים (ואין צריך ראייה לזה כי כל הש"ס מלא מזה וכמ"ש לקמן גם דאל"כ לא שבקת חיי לכל בריה דא"כ כל אחד יתפוס משל חברו) מכל מקום מצד עביד דינא לנפשיה ליכא כאן דהא לא מיירי במרדכי שם שיהא אסור למעב' דינא לנפשי' רק כשאין ידוע לו שהוא שלו ונפקא מינה דהיכא דמועיל תפיסתו אפי' אי מברר דבריו כגון עדות דתרי ותרי דלעיל סי' ט"ז או ספק שבשטר דלעיל סי' מ"חונ"ד או ספקא דדינא בגוני דמהני מצי למיעבד דינא לנפשי' (וכמ"ש לעיל סימן פ"ה לשון בעה"ת שכתב להדיא כן) ואמת שבמרדכי פ' הגוזל בתרא גבי ההוא שותא משמע דאפילו ידוע לו שהוא שלו לא מצי למיעבד דינא לנפשיה אפילו היה מועיל תפיסתו דהא בההוא שותא אלו הוה תקפה א' שלא ע"י עכו"ם לא הוה מפקי' מיניה כיון שלא היה שום א' מהן מוחזק בו ואפילו הכי משמע במרדכי שם דלא מצי למעבד דינא לנפשי' כגון למסור ההוא שותא לעכו"ם שיתנוהו לו: (דין תפיסה על ידי כותי לא מהני לענין ספיקא דדינא) ומיהו אין ראייה לנדון דידן דודאי למסרו לעכו"ם או להזיקו או להכותו עד שיתן לו אין לו רשות (הג"ה וכה"ג כתבתי לעיל סימן צ"ז בשם תשובת מהר"ר שמואל די מודינא דע"י כותי א מהני תפיסה בפלוגתא דרבוות').

ואף על גו דהמרדכי כתב בפרק קמא דמציעא וז"ל ומי שמוחזק בדבר ידו על העליונה ואם זה שכנגדו יוציא מחזקתו ע"י כותי כפני עדים כדי שיהא הוא מוחזק לאו כל כמיניה 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 עכו"ם מ"מ מהני תפיסה ע"י כותי היכא דאית ליה מיגו) אלמא דהיכא דאית ליה מגו מהני תפיס' אף ע"י עכו"ם יש לחלק בין

תפיסה דבא מכח טענת מגו ובין תפיסה דבאה מכח פלוגתא דרבוותא ואע"ג שבשאר מילי דמיין להדדי מכל מקום בזה שפיר יש לחלק ביניהו משום דהיכא דאית ליה מגו שפיר מגו דאי בעי מצי למימר לא תפסתי כלל ואם כן לא עשה שלא כדין כלל לכך מצי למימר השתא שתפסתי וכדין עשיתי אבל בספיקא דדינא כשתפס ע"י כותי כיון דעכ"פ עבד שלא כדין מה שתפס ע"י כותי א"כ בכה"ג לא מצי לתפוס.

כן נ"ל.

ואע"פ שאפשר עוד לחלק בין לכתחלה לדיעבד וכדאיתא בהגהת אשרי פרק המניח באחד שעשה דין לנפשו ע"י עכו"ם ולא היה אפשר בע"א ופטרופו וכן נראה שמחלק מהר"מ איסר' בהג"ה סימן ד' לענין לכתחילה ודיעבד מ"מ נראה לענין ספיקא דדינא אף בדיעבד לא מהני תפיסה ע"י עכו"ם מטעם שכתבתי ודוק ע"כ הג"ה) אם לא כשיכול לברר דבריו בפני בית דין דוקא שהוא שלו דאם לא כן חייב על ההכאה 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 כהך עובדא דהקהל שתפסו מכמר יואב או שאר ספיקא דדינא וכה"ג.

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

וחלילה זה לא עלה. על דעת מהרי"ק והלא 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 כן 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 מיירי כדפיר'. עיין שם בתשו' דוק ותשכח דכן הוא (ולפ"ז גם מ"ש מהר"י נ' לב ספר א' סימן מ"ו דף ע"ו ע"א דלא זכה מכח תפיסת ספק לחנם דחק דבנדון דידיה שם פשיטא דלכ"ע לא מהני תפיסה דעד כאן לא מהניא תפיסה אלא בספיקא דדינא אבל במי שרוצה לזכות בחברו וטוען ברי פשיטא דלכ"עלאו כלום הוא) וגם בדרכי משה ובסמ"ע סימן ד' ס"ק ד' משמע להדיא דמהרי"ק.

מוזה דהיכא דלית ליה מגו לא מהני תפיסה. וגם בבית חדש סוף סימן ד' כתב כן אלא שמפרש דמהרי"ק מיירי שבא בהיתר ליד הקהל.

ולא נהירא דבמהרי"ק שם לא משמע כן שהרי מפלפל שם בכל התשובה אי מצי הקהל למיעבד דינא לנפשיה ולתפוס עיין שם. ועוד משמע שם כן כמה פעמים במהרי"ק שהקהל תפסו מן כמר יואב ע"ש.

(דין היכא דלית ליה מגו ויש הכחשה ביניהם אפי' בא בהיתר בידו לא מהני תפיסה אפי' קהל תפסו) גם דינו של הבית חדש ליתא לפי עניות דעתי דכיון דאין לו מגו אם כן מה בכך שבהיתר בא לידן ס"ס מחויב להחזיר מה מתחת ידו אלא כוונת מהרי"ק כדפירש שהיה להקהל טענה מחמת שטר הצווא' של הקדש דבכה"ג מועיל תפיסה אפילו בעדים כדלעיל סי' מ"ח ונ"ד ע"ש או שהיה להקהל טענות לזכות מצד הדין והיה ספיקא דדינא (וע' לעיל סי' ע"ט הבאתי קצת לשון מהרי"ק) כן נ"ל ברור סי' קטז עוד כתב מהרש"ל בפרק המניח שם דאפי' ברור לו שהוא שלו כל היכא שאין ידוע לכל שהוא שלו אסור לו לתפוס ולא תימא ס"ס מאחר דברירא ליה דבדין הוציא את שלו לא הוה עון ממש דהא אמרינן בפרק שבועת העדות מנין שלשה שלוו מנה בא' שלא יהא א' תובע ושנים מעידים ת"ל מדבר שקר תרחק אלמא אע"ג דברירה ליה דבדין עבדי מ"מ אסור דאין הדבר תלוי במה שברור ט מאחר דאין מוציא ממנו המנה בדין כו' ודלא כמהרי"ק כו' ומזה נמשך למהרש"ל שם שפסק דאפילו היכא דאית ליה מגו לא יוכל לתפוס לכתחלה אפילו בחפץ שלו אלא דיעבד דוקא אם לא בחפץ המבורר לכל שהוא שלו ע"ש (דין היכא דאית ליה מנו או בפלוגתא דרבנותא וכה"ג מותר לתפסי אפי' לכתחלה אפי' דבר אחר ולית ביה משום עביד דינא לנפשיה היכא דאין בו איסור משום ממשכנו שלא ברשות) ולפי עניות דעתי נראה כדברי מהרי"ק דלמה יהא אסור לתפוס כדי להציל את שלו הלא מהר"מ) במרדכי פרק המניח ובתשובת מ"י לספר נזיקין סימן י"ב ובתשובת מהר"מ דפוס פרא"ג סי' תתק"ן) והרא"ש פ' המניח שכתבו דהיינו דוקא בחפץ המבורר היינו משום דלא תיקשי מפרק המקבל דאסור למשכן שלא ברשות והיינו דוקא במשכן בעד הלואה אבל כשנוטל חפץ שלו והוא יודע בודאי שאינו עושה שום איסור פשיטא דשרי ומאיזה טעם נימא דאסור.

ומ"ש מהר"מ והרא"ש וטור סימן ד' (דין היכא שיש בטענותיהם הכחשה לא עביד דינא לנפשיה אם אינו יכול לברר שגוף החפץ הוא שלו ואז מחויב להחזיר אפי' גוף החפץ וחיוב ג"כ על ההיזק שהזיקו או מה שהכהו מחמת התפיסה מיהו בחוב של הלואה אע"פ שיכול לברר שחייב לו אסור למשכנו בעצמו ואם תפסו שלא ברשות חייב על ההיזק והכאה שעשה לו מחמת זה אבל מ"מ אינו חייב להחזיר אלא אותן דברים שחייב להחזיר כגון כסות יום ביום וכסות לילה בלילה וכיוצא בזה וכל זה מתברר והולך) דבעינן שיברר שהחפץ הוא שלו היינו משום דהיכא דאינו יכול לברר שהוא של ותפס בעדים מחויב להחזירו משום שהביא דין פוסקים לפי ראות עיניהם שמחויב להחזיר כיון שתפס בעדים דאם לא כן לא שבקת חיי לכל בריה וא"כ חייב נמי על ההכאה או ההיזק שעשה דין לנפשיה ואינו יכול לברר שהדין עמו אבל אם הוא יודע שהוא שלו ויכול לזכר בו כגון לתפוס שלא בעדים או בספיקא דדינא ואומר קים לי או בשאר ספק שבשטר כשיודע שהדין עמו ובכהאי גוונא פשיטא דמותר לתפוס אפילו לכתחלה בחפץ הידוע לו שהוא שלו אעפ"י שאין ידוע לנו דהא בכה"ג לא שייך איסור דמשכנו שלא ברשות וכן אם החוב שחייב לו אינו דרך הלואה רק דרך שכירות וכה"ג דליכא ביה משום איסור דמשכנו שלא ברשות בכה"ג משמע דמותר למשכנו אפילו לכתחלה שלא ברשות וכדאיתא בש"ס פרק המקבל ומוסכם מכל הפוסקים נתבאר בטור ח"מ וש"ע סימן צ"ז סי"ד.

אלמא דהיכא דליכא משום איסור דממשכנו שלא ברשות מותר לתפסו אפ"ל לכתחלה אפ"ל בדבר אחר כשידוע לו שחייב לו כ"ש אותו חפץ עצמו. והכי משמע להדיא מדברי ה"ר אליעזר ממיץ בספר יראים שהביא המרדכי פרק המניח ותשובת מ"י דספר נזיקין סימן י"ד בתוך דברי מהר"מ וז"ל (דין היכא שאינו חייב לו בעד הלואה רק בעד שכירות או גזלה ולא נזקף במלוה מותר לתפסו אפילו לכתחלה אפילו ד"א ואם הזיקו או הכהו מחמת התפיסה פטור) וכן מצאתי בספר יראים דרב נחמן אמר למילתיה בגזלן שדבר שלו בעין ורוצים לגזול ממנו או הוציאה גזלן ולא נזקף דמי גזילתו במלוה וקרא דלא תבוא אל ביתו לעבוט מיירי במלוה ובנזקף במלוה עכ"ל אלמא דאפילו הוצאות גזלן כל שלא נזקף דמי גזלתו קאמר רב נחמן דמותר לעשות דין לנפשיה אפ"ל לכתחלה אע"ג דבודאי יתפוס ד"א שהרי גזילתו כבר הוציאה גזלן אלא העיקר תלוי דהיכא דליכא משום לא תבוא אל ביתו מותר למיעבד דין לנפשיה אפילו לכתחלה.

ונ"ל שלזה כיון מהרי"ק מ"ש וז"ל וכן מוכח גם מדברי ספר יראים דמחלק בין זקף במלוה ולא זקף ואם היה הדבר תלוי בידיעתו אם הוא שלו או לאו אם כן מה לי זקף או לא זקף הא למדת שלא בא רבינו מאיר אלא לאפוקי היכא שאין לו תביעה על אותו ממון עצמו עכ"ל ומהרש"ל שם כתב על דברי מהרי"ק אלו וז"ל ותמהני עליו מה ראייתו בודאי איירי שיש לו תביעה מ"מ צריך להיות ג"כ במבורר דשניהם צריכים דאם לא מבורר פשיטא שהוא אסור אפילו בגוף הממון כדפירש ואם מבורר טענותיו רק שאינו על גוף הממון גם כן לא יכול למיעבד דינא לנפשיה דהוי כעין משכנו ואסור עכ"ל (מה שחמה מהרש"ל על מהרי"ק אינו לפענ"ד ודברי מהרי"ק ברורים) ולפענ"ד ראיית מהרי"ק ברורה ואי כוונתו להביא ראיה מגוף הממון רק כוונתו להביא ראיה ממה שאמר בספר יראים דאם הוציאה גזלן ולא נזקף דמי גזלתו אמר רב נחמן עביד דינא לנפשיה והרי הכא ודאי אינו תופס גוף הממון שהרי הוציאה גזלן אלא ודאי לא בא ספר יראים ומהר"מ לומר אלא דמשום איסור דלא תעבוט אסור לעשות דין לנפשיה בחפץ שאינו מבורר שהוא שלו.

וכמו שכתבתי: סי' קטז (ראיה לדברי מהריב"ש סימן שצ"ו) וכן משמע להדיא בריב"ש סימן שצ"ו כדברי. שכתב שם כל הנך חלוקים שכתב הרא"ש פרק המניח והטור סימן ד' דלא מצי למיעבד דינא לנפשיה רק בדבר המבורר שהוא שלו והעתיק שם ג"כ דברי הטור וכתב וז"ל וכן נשתמשו הגאונים ז"ל מדין זה בענין התפיסות שיוכל אדם לעכב פקדון שבידו ולטעון עליו אם הוא חייב לו מצד אחר שהיה אפשר לומר יתן לו הוא את שלו ואח"כ יתרעם ממנו בב"ד על מה שחייב לו אלא שמטעם עביד דינא לנפשיה הוא יכול לעכבו כדי להציל את שלו אע"פ שהיה יכול להציל בב"ד כגון דאיכא עדים וליכא פסידא או אפילו לתפוס מטלטליו כל שמצאום ברשות אחרים או אפילו ליקח מידו ומביתו כל שהחוב אינו הלואה ממש עכ"ל הרי להדיא כדברי.

(מ"ש מהרש"ל דמהרי"ק לא דקדק בטור סי' ד' ליתא לפענ"ד) ומ"ש מהרש"ל שם דהטור סי' ד' כתב בהדיא דלא כדעת מהרי"ק ומסתמא מהרי"ק לא דקדק בטור שאלמלא היה רואה בהדיא בטור שהוא כנגדו היה חוזר מדבריו עכ"ל נלפע"ד דליתא אלא מהרי"ק דקדק יפה בטור ואין דברי הטור כנגדו כלל דבטור לא בא אלא לומר דאם אינו

יכול לברר שהוא שלו חייב על ההכאה וה"ה אם לא הכה אותו צריך להחזיר גוף החפץ היכא שאינו יכול לברר לפני ב"ד שהוא שלו והיינו כשיש כאן הכחשה והוא טוען שהחפץ הוא שלו אבל אם הוא בענין שיועיל תפיסתו בדין וכל הנך גוני שכתבתי למעלה בזה לא דבר הטור כלל ועודה דיכול לתפסו אפילו לכתחלה וכמו שכתבתי.

(מ"ש מהרמ"אסי' ד' דהמרדכי ושאר פוסקים פליגי אהריב"ש סי' שצ"ו ליתא לפע"ד אלא דעת כולם שוה) ומזה נדחה מ"ש בדרכי משה דהמרדכי והנ"י והרא"ש שבפ' המניח פליגי אהריב"ש סי' שצ"ו וכ"כ בהגהת ש"ע שם דעות בזה. ולפע"ד ליכא כאן פלוגתא כלל וכולא בחדא מחתא מחתינהו ודברי מהרי"ק והרא"ש וטור והנ"י ומרדכי והריב"ש כולם מסכימים נדבר אחד וכ"ע מודו דהיכא דליכא משום איסור דלא תבוא אל ביתו לעבוט עבוטו מותר למשכנו וכדאיתא בש"ס פרק המקבל ובפוסקים וטור וש"ע סי' צ"ז סי"ד וכמ"ש הריב"ש סימן שצ"ו ומהרי"ק שורש קס"א וכדמוכח מדברי ספר יראים שבמרדכי פרק המניח ולא קאמר המרדכי ונ"י והרא"ש וטור דבעינן שיוכל לברר שהוא שלו אלא לאפוקי היכא דחייב לו בעד הלואה דאז אין לו רשות למשכנו אעפ"י שברור שחייב לו ואם כן אם הזיקו או הכהו במה שמשכנו בעל כרחו חייב על ההיזק או ההכא' או לענין שאם אינו יכול לברר שחייב לו צריך להחזיר לו אפילו גוף החפץ שתפס כיון שאינו מועיל תפיסתו אבל פשיטא אם מועיל תפיסתו כגון שיתפוס שלא בעדים שיהיה לו מגו (וכן הוא בסמ"ע סימן ד' ס"ק ב' דמותר לתפוס אפילו לכתחלה כדי שיהיה לו מגו וכן מוכח בבית חדש שם בריש הסימן גבי מה שפ"י הא דרב הונא בפ"ק דברכות ע"ש ודוק) או כגון ספיקא דדינא או ספק שבשטר וכה"ג או שהחוב אינו דרך הלואה וידוע שחייב לו מותר לתפסו אפי' לכתחלה כיון דליכא איסור א' משום דלא תבא אל ביתו.

וזה ברור: סי' קיז ואין להקשות מה תירץ רבינו קלונימוס במרדכי פרק המניח על הא דרב הונא דפ"ק דברכות שלקח זמורות אחרות הא כיון שהאריס גנב א"כ ה"ל החוב משלו בדרך הלואה ויכול לתפוס אפילו ד"א נראה כיון שמגיעים קצת זמורות מן הדין לאריס וכמו שפירש"י בפ"ק דברכות שכשם שחולקים ביין כך חולקים בזמורות כו' א"כ הזמורות היתירות שגנב האריס הוי כאלו לקח עתה הרבה ובעל הכרם יקח כנגד זה פעם אחרת ודמי כאלו זקף במלוה ודוק: וגם פשט דברי מהר"מ שבמרדכי פרק המניח במה שהביא ראיה מפ"ק דברכות משמע כמהרי"ק ומ"ש מהרש"ל שם דמפירש"י שפירש וכי אינו חשוד בעיניכם שגנב יותר מחלקו כו' משמע דהוי כעין ברור לכל כו'.

נ"ל דאינו ראיה כלל דרב הונא אמר להם וכי אינו חשוד בעיניכם ואפשר שבאמת לא היה חשוד בעיניהם. ועוד אפילו היה חשוד בעיניהם מ"מ זה לא מיקרי ברורה לכל שהרי אין יכולים להוציא ממון בשביל שהוא חשוד בכך: ומה (מה שהביא מהרש"ל ראיה לדבריו מפרק שבועת העדות אינה ראיה כלל ואדרבה משמע שם לכאורה איפכא) שהביא מהרש"ל ראיה לדבריו מפ' שבועת העדות והבאתי לשונו לעיל ריש סימן קט"ו אינה ראיה כלל ואדרבה יש להוכיח משם להפך דמדאסר מטעם דמדבר שקר תרחק תיפוק ליה דבלאו הכי אסור דהיאך יוציאו ממנו ממון כיון שאינו חייב בדין אם לא ע"פ עדותם אלא משמע דמי שחייב לחברו יכול לתפוס אפילו לכתחלה אם הוא בענין שמותר

למשכנו וכמ"ש אלא דבפרק שבועת העדות אסור מטעם דמדבר שקר תרחק שהרי אינם יכולים להוציא המעות אלא שיאמרו שקר שהא' הוא המלוה והם העדים וזהו אסור משום מדבר שקר תרחק אבל בלאו הכי שרי וכדאמרן: סי' קיח ואחרי אשר הודיע לנו אלקים את כל זאת צריכים אנחנו להודות לשמו הגדול וליתן לו שבח והודי' וצריכים אנחנו למודעי רבא לאורייתא שראינו בתשו' נ' לב ארבע תשובות שהורה הלכה למעשה פסקים שאינם נראים לפענ"ד: ראשונה (דין מה שפסק מהר"י נ' לב בס' א' סי' ס"ז שאלמנה שהניח לה בעלה כל נכסיו בשעת מותו והניח בן גדול דלא מהני תפיסתה אין נלפע"ד אלא נ"ל דמצי אמרה קים לי כבעל המאור דס"ל דבבני' גדולים לא עשאה אפטרופס) מה שפסק מהר"ר יוסף נ' לב בתשובה בספר ראשון סי' ס"ז דף צ"ד ע"ד ביעקב שהניח כל נכסיו בשעת פטירתו ללאה אשתו ומת והיה לו בן גדול ומת ואחר כך תובעת האלמנה אשת הבן הנדוניא ותוספ' מחמותה מהנכסים השייכים לבן מעזבון אביו וזה לשונו שם ולכאורה יראה כיון דאיכא פלוגתא דרבוותא שיוכל המחזיק לומר קים לי כפלוגי ופלוגי הגאון ואפילו שיהיו מיעוט הפוסקי' דאין הולכים בממון אחר הרוב וכמבואר בריש המניח את הכד ולכאורה נראה בנדון דידן שזאת האלמנה אינה מוחזקת כמו שנראה מתוך השאלה שהיא שואל' הנדוניא והתוספ' מחמותה.

נראה שעליה להביא ראיה דהלכה כרב נ' מגש ז"ל והלכה כדברי הפוסקים החולקים על בעל המאור אבל כי מעיינינן שפיר אשכחן שזאת התפיסה שתפסה זאת האלמנה חמותה אינה תפיסה לומר קים לי כהני רבוותא אדרבא הנכסים נשארו מיום שמת בעלה בחזקת הבן משום דהוי תפיסה אחר שנולד הספק שבשעה שזה האיש חמיה של זאת האלמנה צוה לביתו והניח כל נכסיו לאשתו נולד הספק אם הלכה כדברי האומרים דוקא כותב או דילמא לא שנא הכי ול"ש הכי וה"נ נולד הספק קודם תפיסה אם הלכה כדברי הרב בעל המאור ז"ל או כדברי החולקים עליו ותפיסה לאחר שנולד הספק לא מהני ולא מידי לפי דברי רוב הפוסקים אפי' כשיטעון ברי וכ"ש בנדון דידן שאינה יכולה לטעון אלא שמא דהלכה כדברי רוב הגאונים או כדברי הרב בעל המא' ז"ל ובנדון דידן כל אפי' שוין זולתי הרמב"ם על ההיא דתקפו כהן דפ"ק דמציעא וכבר כתב מהר"י קולון דאין לומר קים לי כפלוגי הגאון ואפי' בדיני ממינות היכא דכל חכמי ישראל חלוקים עליו עכ"ל מהר"י נ' לב: סי' קיט (השגות על תשובת מהר"י נ' לב ספר א' סי' ס"ז) כל דבריו אלו ליתנהו דמ"ש דנולד הספק קודם התפיסה כו' ליתא דבפלוגתא דרבוותא הוי תפיסה קודם שנולד הספק וכמ"ש למעלה סימן כ"ה.

ועוד דאפי' נימא דהוי תפיס לאחר שנולד הספק מהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא מתרי טעמי חדא דהוי כמו טענת ברי וכמ"ש בס' ע"ט והבאתי שם הרבה ראיות לזה ועוד דכיון דאם היה הדיין עושה כאותו פוסק שפיר דמי אם כן בכה"ג עביד דינא לנפשיה ומהני אפי' כשתופס מרשותו וכמ"ש בס' פ"ז והבאתי שם ראיות ברורות לזה מהרבה פוסקים ע"ש בס' פ"ח וסי' צ' ומ"ש ותפיסה לאחר שנולד הספק לא מהני מידי לפי דברי רוב הפוסקים אפי' כשיטעון ברי כו' ליתא וכמ"ש בסימן נ"ד דלא דק בזה ע"ש.

גם מ"ש ובנדון דיד כל אפי' שוין זולתי הרמב"ם ז"ל על ההיא דתקפו כהן כו' וכבר כתב מהר"י ק' כו' אישתמיטתי להר"י נ' לב הרבה פוסקים דס"ל בתיקו מהני תפיסה)

אישתמיטת' כל הנך אשלי רברבי עדה קדושה ושלמה יותר מעשרה פוסקים מפורסמים שהבאתי לעיל סי' ע"א וע"ד דס"ל כהרמב"ם דבספיקא דדינא מהני תפיסה בכל ענין ול"ד לספק בכור וכמ"ש בסימן ה' ו' וגם אישתמיטת' דברי הסמ"ג והרשב"א שהבאתי לעיל סימן א' ב' דס"ל גבי ספק בכור גופיה כהרמב"ם למעשה וכ"פ בתשו' מהר"ר דוד כהן בית ב' סימן ה' והבאתי לשונו בסימן ק"ג דאלו הוה ידע מהנך פוסקים פשיטא דלא הוה פסק כן שהרי כתב מהר"י נ' לב גופיה בסימן א' סימן ע"ב דף צ"ד ע"ב וז"ל ומהרי"ק כתב בתשו' שאלה דאין לומר קים לי כפלוגני 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 דספירה דדינא דיש יותר מעשרה פוסקים גדולי הדור שמסכימים לדעת הרמב"ם אפילו בדיןתיקו וכ"ש בפלוגתא דרבוותא דלכ"ע מהני תפיסה וכמ"ש למעלה והלכך בהך עובדא המהר"י נ' לב שחמות' מוחזקת ודאי מצ"ל קים לי כסברת בעל המאו' פרק יש נוחלין דהיכא שיש בנים גדולים לא אמרינן דעשאה אפטרופס והלכך זכתה חמות' ולא מפקינן מינה ודלא כמו שפסק מהר"י נ' לב ול"ל דהבעל המאו' ה"ל יחיד דהא מדברי מהר"י נ' לב גופיה מבואר דאי הוי מצ"ל קים לי בכה"ג היתה האלמנה יכולה לומר קים לי כבעל המאור ולא הוה חשבינן סברת בעל המאור לסברת יחיד.

ועוד שנראה לפע"ד שגם הרמב"ן בס' המלחמות שלו מסכים עם הבעל המאור בזה שהרי הבעל המאו' שם בפ' יש נוחלין השיג בתרתי על הרי"ף חדא במאי דכתב הרי"ף דבעיית דבברי היאך לא איפשטא וכתב בעל המאו' דאיפשט' אידך במאי דמחלק הרי"ף בין כותב לאומר ובעל המאו' ס"ל דאין לחלק בכך רק בין יתומים קטנים לגדולים והנה הרמב"ן שהוא איש מלחמתו ודרכו לסתור דבריו וליישב בכל מקום דברי הרי"ף לא השיג שם בפרק יש נוחלין על בעל המאו' רק במה שכתב דבעיין איפשט' אבל מה שחילק בעל המאו' 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 דעשאה אפטרופס ולא בגדולים רק שלא תירצו כן משום דמשמע להו דמסתמא רבי יוחנן בן ברוקא וכל הנך שקלא וטריא דבש"ס מיירי נמי בבנים קטנים אבל מ"מ הסברא נכונה דבגדולים שייך לומר שעשאה אפטרופס ויש קצת ראייה לזה ממאי דאמרינן בפרק המפקיד (דף ל"ט ע"א) אפטרופא לדיקנני לא מוקמינן וגם כיון דאמרינן בש"ס דהך דינא דהכותב כל נכסיו לאשתו לא עשאה אלא אפטרופא הוי הלכת' בלא טעמא אם כן הבו לה דלא לוסף עלה.

וכה"ג כתב הרמב"ן בחדושי בתרא שלו דגם הרי"ף מודה לרשב"ם דכל בלשון ירושה מפורש ל"ל אפטרופס הוא וזה שהוצרך הרי"ף לחלק בין כותב 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 לתירוצים אחרים היינו משום דמשמע להו דמתני' בסתמא בקטנים נמי איירי וכדפי'. (לא ידענ' מנ"ל למהר"י נ' לב שהפוסקים לא הודו לדברי בעל המאור בזה) ולא ידענא מנין לו למהר"י נ' לב מ"ש דרוב הפוסקים לא הודו לדברי בעל המאור בזה.

ואפי' יהיה כדבריו דרוב הפוסקים לא הודו לדברי ב"ה כי דקי"ל דמ"ל קים לי אפילו כהמיעו' וכמו שיתבאר לקמן סימן קכ"ג וכמ"ש מהר"י נ' לב גופיה וכבר כתבתי דבכה"ג מצ"ל קים לי אם כן אין להוציא מהאלמנה חמותה כן נ"ל הלכה למעשה: סי' קיד (דין מה שפסק מהר"י נ' 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 נ' לב בספר ג' סי' כ"א דף ה' 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 המוחזק וכמ"ש התוס' בפ"ק דכתובות בהדיא סוגיא דפתח פתוח מצאתי בדבור המתחיל אי למיתב לה כו' כתב וז"ל דאמאי תפסיד כתובתה והא ס"ס הוא ס' אם הוא בקי בפתח פתוח אם לאו ואם ת"ל פתח פתוח הוא ס' באו ס' ברצון ואפי' אשת כהן באונס לא מפסד' כתובת' ואין לומר דאפי' בס"ס מפסדת כתובתה משום דמוקמינן ממונא בחזקת' דהא לקמן גבי משארסתני נאנסתי והוא אומר לא כי אלא עד שלא ארסתיך 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 הוה דאי אמר אפי' בס"ס מפסד' אמאי אית לה אפי' מנה עכ"ל מהר"י נ' לב שם.

וכה"ג כתב שם מהר"י נ' לב ס"ס ל"ג וכ"כ עוד שם בסימן מ"א וכ"כ עוד שם בסי' מ"ב וז"ל וכיון דכן ס' ספיק' הוא וכתבו דס"ס עדיפא מרובא ואע"ג דאין הולכים בממון אחר הרוב אלא אחר המוחזק בס"ס מוציאים מיד המוחזק עכ"ל וגם בתשו' מהר"א נ' ששון סי' ר"ט נמשך אחר דברי מהר"י נ' לב בזה דהיכא דאיכא ס"ס גמור מוציאים ממון מיד המוחזק וגם בתשו' מהר"ר אלי' נ' חיים ס"ס ק"ט נמשך אחר מהר"י נ' לב בזה דבס"ס מפקי' ממונא מהמוחזק וכמו שנראה 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 נ' לב בזה והבאתי דבריו בסתם ע"ש.

ואני אומר אף שכל גדולים אלו נמשכו אחר דברי מהר"י נ' לב בזה מ"מ אין דברים אלו נראים לי. (ראיה לדברי מהרא"ש פ' כיצד הרגל שהבאתי לעיל סי' ו') דפשיטא דלא מפקי' ממונא משום ס"ס וכדאי' להדיא בהרא"ש פ' כיצד הרגל וז"ל ולדברי האומ' דכל תיקו דתפס לא מפקינן מיניה ה"נ אם תפס הבהמה משלם ממנה ח"נ ואע"ג דיש ס"ס לח"נ דדילמא אורח' הוא ופטור לגמרי ואת"ל השתא מחמת ביעוט קאתי דדילמא יש שינוי לצרורות לרביע נזק עכ"ל והבאתי לשונו לעיל סי' ג' אלמא דאפי' תפס שלא ברשות לא מפקינן מיניה משום ס"ס כ"ש במוחזק מעיקרא.

(מה שלמד מהר"י ן' לב והנמשכים אחריו הן מתוס' פ"ק דכתובות לאו מילתא הוא) ומד' התוס' פ"ק דכתובות אין ראייה כלל דהתם כיון שהוא רוצה להפסיד כתובה מטעם דאו' שהיא אסורה לו א"כ פשיטא דבס"ס כיון דמותרת לו ס"ס דהא שריא בכל דוכתא וא"כ מותרת לו לגמרי א"כ היאך שייך לומר שתפס יד כתובתה ואדרבה יש לדקדק מדברי התוס' להפך מדכתבו ואין לומר דאפילו בס' ספיקא מפסדת כתובתה משום דמוקמי' ממונ' בחזקתי' כו' אלמא דטעמא דמוקמינן ממונא בחזקתי' מהני אפילו בס"ס אלא שמקשין על זה מהא דאמרינן לקמן גבי משארסתני נאנסתי כו' דאית לה מנהא ע"ג דאיכא ס"ס והיינו מטעמא דפרישית דכיון דהיא מותרת לו היתר גמור מטעם ס"ס לא מפסדה כתובתה אבל בעלמא קיימא הך סברא דמוקמי' ממונא בחזקתיה אפי' היכא דהוי ס"ס וכמ"ש בשם הרא"ש נלפע"ד דאישתמיטתי' למהר"י ן' לב והנמשכים אחריו דברי הרא"ש דאלו הוה חזו לדברי הרא"ש לא הוי שתקי מלהביאו בשום מקום ולא היו כותבים בפשיטות דלא כותיה שוב ראיתי בתשו' מהר"י ן' לב בס"ג סי' נ"ה כתב הוא עצמו שמעולם לא סמך אהך דס"ס לחוד אלא בהצטרפות טענה אחרת לפי שלא ראה אותה בשום אחד מהפוסקים והבאתי תשובתו זו לקמן סימן קכ"א וכ"כ מהר"א ן' ששון ס"ס ר"ט וז"ל ועוד שהרי כ' מהר"י ן' לב הנזכר בס"י נ"ה שמעולם לא סמך עלה דהך 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 ן' 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 מכל הצדדים וכמ"ש בספרי ש"ך 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 חילוקבין ספק אחד לכמה ספיקות ומדברי התוס' דכתובות אין ראייה כלל כמ"ש ועוד אכתוב לקמן ס"ס קכ"א ראייה ברורה מדברי מהר"ר דוד כהן בית ב' סי' ט' דלא מפיקי' ממונא ממאן דתפס משום ס"ס וע"ש (שיב מצאתי בתשו' מהר"ר יוסף טראני סי' קי"ד כתב שאינו משהו עם מהר"י ן' לב בזה).

ונ"ל דלעולם לא מפקינן מיד המוחזק כל שאתה יכול להרבות ספיקות וספיקי ספיקות ומה שיש לדון על עיקר ראייתו כתוב במקום אחר ע"כ גם מהר"י ן' לב גופיה בספר ראשון כלל י"ב סי' ע"ז כתב וז"ל ומטעם ספק ספיקא היה נראה לכאורה לומר נמי דספק מכר להאכיל ספק מכר להניח ואת"ל שמכר להניח שמא 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 בחזקת מארי' קמא ובחזקת היתומים עכ"ל וכ"כ עוד שם בס"י ע"ח וז"ל ולכאורה היה נראה דאזלי' בתר ס"ס לאו מילתא היא דהא אפי' באיסורי דאורייתא אזלי' בתר רובא ולגבי 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 ן' לב ס"ג סי' נ"ח בראובן ושמעון שעשו שטר ביניהם שכל מה שיכתוב בפנקסו יתחייב לשלם לו ואח"כ אמר שיש כאן ל' פרחים

רבית שאינו נאמן אינו נלפע"ד אלא שמעון פטור בשבועת היסת) שלישית מה שפסק בתשו' מהר"י ן' לב ספר ג' סי' נ"ח הלכה למעשה לא טב הורה.

והנה אעתיק תשובתו ואכתוב כל השגותי בצדו למען יתבררו הדברים ויובנו היטב וז"ל שם על אודות ראובן ושמעון שהתנו ביניהם בשטר סתום בעדים כשרים עשוי בכל תוקף שמשך זמן שתי שנים רצופו' יתחייב ראובן למסור ולתת מנכסי פרקמטי' שלו לשמעון באמנה כדי שיוכל לישא וליתן להשתכר בה כיד ה' הטוב' עליו ולא התנו על סך קצוב אלא התנו שכ"ז שיקבל שמעון פרקמטיא 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 יובן היות חייב שמעון לשלם לראובן בתורה חוב גמור כ"ז שיתבענו ועתה הנה עברו הב' שנים וראובן תובע משמעון ואומר בא וחשוב עמי מתוך הפנקס כמה עולה לחשבון הפרקמטיא וכן לכסף מוצא פי מה שתשאר חייב לי אני רוצה שתפרעני וכן כיונו החשבון ונמצא החשבון מכוון וישר ועולה סך כך וכך ונשאר שמעון חייב לראובן כך ורך אלא שמעון טוען ואומר הסר ממני הסך ל' פרחים שאע"פ שאני מודה בכתב ידי שכולם היו ממון פרקמטיא מ"מ האמת הוא שנכללו במעות הנזק ל' פרחים שהם רבית וראובן אומר שקר אתה דובר אין כאן לא נשך ולא תרביית ושמעון אומר אני אשבע בכל אופן שתרצה שמה שאני טוען הוא אמת וראובן אומר אין כאן מקום לשבועתך דלא אתי על פה ומרע להודא' שבכתב ע"כ: ** (אמר שבתי כהן היא רבית כו' וה"ה שטר אמנה או כתבתי ללות ולא לזה כן הוא בהרמב"ם שם להדיא דכל הנך טענות דמי לרבית ע"ש וכ"ה בבעה"ת שער כ"א ריש מ"ב להדיא וכ"מ להדיא בד' ה"ה שאביא בסמוך וכ"ה להדיא בדברי מהר"י ן' לב גופיה לקמן והוא פשוט: **) תשובה איברא דהרמב"ם ז"ל כ' בפ' י"ד דמשפטים (צ"ל דמלוה ולוה) שהוא מחלוקת בין הגאונים על מי שטוען על שטר מרוים שאותו החוב הוא רבית שיש מי שהורה שחייב בעל השטר לישבע כעין של תורה כמי שטען עליו שפרעו ויש מי שהורה שלא ישבע והוא הסכים לסברת האומרי' שלא ישבע דלאו כל הימנו לבטל שטר מקוים אלא ישלם ואח"כ יטעון על המלוה במה שירצה שאם יודה יחזיר לו ואם כפר ישבע היסת ע"כ והרב המגיד משנה כתב שהאחרונים הסכימו לדעת הרמב"ם (מ"ש מהר"י ן' לב דבנידון דידן הוי כעין שטרמקוים ליתא לפי ע"ד) וכיון דכן היה נראה דבנדון דידן הוי כעין שטר מקוים ולא כל כמיני' לבטל שטר מקוים ואע"ג דהלכה רווחת היא דמצי המוחזק לומר קים לי כהני רבוותא ואע"ג דרובא דרבוותא פליגי עלייהו מ"מ היכי דהוי מיעוטא דמיעוטא כעין נידון דידן אפשר לומר דלא מצי המוחזק לומר קים לי כהנים אמר שבתי הכהן היה נראה דבנדון דידן הוי כעין שטר מקוים כלו' לכאורה משמע מדבריו דר"ל דאפי' בכתב יד דינו כעין שטר מקוים.

ולפע"ד זה אינו אלא בנידון דידן גם הרמב"ם מודה דיכול לטעון רבית וליכא מאן דפליג בהא דעד כאן לא קאמר הרמב"ם אלא דלאו כל הימנו לבטל שטר מקוים 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 דבשלמא בשטר מקוים כיון דמדינא גובה המלוה אפי' בלא שבועה אפי' א"ל אשתבע לי אלא שתקנת חכמים היא שישבע המלוה כשא"ל אשתבע לי וכדמוכח להדיא בש"ס פרק שבועת הדיינים ובכל הפוסקים ומה"ט כתב הטור סי' פ"ב

דאם תפס המלוה ואינו רוצה לישבע לא מפקינן 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 וכה"ג אבל בכתב יד כיון דקי"ל דאפי' מקוים יכול לטעון פרעתי וכמו שפסק הרמב"ם פי"א מהל' מלוה ושאר פוסקים וכמו שנתבאר בח"מ סי' ס"ט א"כ מדינא הלוח 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 מלוה דנאמן לומר פרעתי או אמנה או כתבתי ללות ולא לוח וכן יש להוכיח מדברי ה' המגיד פי"ד מה' מלוה כדברי שכתב הכרעה לדברי הרמב"ם דאין נשבעין אלא על טענת פרעון דאי לא רב פפא לאשמועינן רבותא דאפי' בטוען בשטר שהוא אמנה דשטרא לאו להכי עביד וכ"ש בטענת פרעון עכ"ל ומאי הכרעה היא זו הא ודאי יש לומר דרב פפא לאו דוקא נקט פרעון כדאשכחן בכמה דוכתי בש"ס דנאמן לומר פרעתי וה"ה אמנה וכה"ג אלא ודאי כיון דמדינא א"צ לישבע ורב פפא אשמעינן תקנתא דצריך לישבע ה"ל לפרושי טפי דאפילו באמנה תקנו כן אלא ודאי לא תקנו רק בטענת פרעון וכה"ג (ראיה ברורה לדברי מבע התרומות והטור וש"ע).

שהבעה"ת סוף שער י"ג וכן הטור וש"ע ריש סי' ס"ע כתבו דאפי' בכתב יד מקוים נאמן לומר אמנה במיגו דפרעתי ובשער כ"א ריש ח"ב גבי שטר מקוים הכריע הבעה"ת כהרמב"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 ס' י' בסתם ולא הביא שום חולק בדבר אלא ודאי יש חילוק בין כתב יד לשטר וזה ברור ונראה דגם מהר"י נ' לב דכתב היה נראה דבנדון דידן הוי כעין שטר מקוים כו' אין כוונתו דבכתב יד דינו כשטר מקוים אלא ר"ל שמה שהתנו ביניהם בשטר שכל מה שכתוב קבלה בתוך פנקסו כו' זהו הוי כשטר מקוים כיון שהתנו כן בשטר.

וכמ"ש מהרי"ן לב בסיף התשובה להסתפק אם נדון זה השטר כו' בשטר גמור כו' אבל לפי ע"ד גם זה אינו כשטר מקוים וכמ"ש לקמן: ולפ"ז לא מיבעי' דלא מצי המוחזק למפטר נפשיה בשבועה אלא אפי' שבועה אינו מזקיקו לראותן אלא יפרע למלוה ואח"כ מזקיקו לשבועה וממאי דכתב הרמב"ם ודקדק בדבריו שהשטר היה מקוים נראה דאם השטר אינו מקוים דכל אפי' שוין דנאמן לומר דשטר של רבית הוא במגו דאי בעי אמר שטרא מזויף: אמר שבתי כהן ולפ"ז לא מבעיא כו' אלא אפי' שבועה אינו מזקיקו כו' כבר כתבתי דזה אינו אלא בנ"ד לכ"ע נשבע שמעון היסת שהוא רבית ופטור במגו דפרעתי ואע"ג דכתבתי בספרי ש"ך בי"ד סי' קס"ט ס"ק ע"ג דכתב הסמ"ג בשם ר' יעקב לאוין קצ"ג דף ס"ג ע"ב דאפי' במלוה ע"פ אין הלוח נאמן לומר מלוה ברבית היא אע"ג דאי בעי פטר נפשיה בפרעתי או להד"ם אינו נאמן דאין אדם משים עצמו רשע רא כבר נתבאר שם בדעת הב"י ומהרמ"א וב"ח ושאר אחרונים אינו כן וא"כ פשיטא דמצי שמעון לומר קים לי כהני רבוותא (ושוב מצאתי בתשובת מהרמ"א סי' פ"ו דף קס"ט פסק ג"כ דצריך המלוה שבועה היכא שהוא מוחזק ואם אינו מוחזק נראה מדבריו שנשבע הלוח ונפטר ע"ש רק שמ"ש שם בתשובות הרא"ש כלל ס"ג כתב דמלוה בעי שבועה לא ידענא היכא איתא כן בתשובות הרא"ש ועיין בספרי ש"ך בי"ד ס"ס קס"ט)

ומכ"ש לפי מה שנראה להדיא מתשוב' זו דמהר"י נ' לב דליכא מאן דפליג בהא דהא מבואר מדבריו בפשיטות דאם היה לו מיגו היה 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 הלוח נאמן לומר רבית הוא אפילו אית ליה מיגו הטעם דאין אדם משים עצמו רשע) ועוד שגם מדברי הרמב"ם ובעה"ת והטור וש"ע וה' המגיד שהבאתי לעיל בסמוך מוכח דלא ס"ל הך סברא דהסמ"ג בשם ר' יעקב דאל"כ למה הוצרכו גבי אומר רבית לפטור המלוה מטעם דדוקא בפרעון משביעין את המלוה כיון 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 נמי ואם כפר ישבע המלוה היסת לאחר הפרעון מוכס דלא ס"ל הכי דאל"כ למה ישבע המלוה היסת וכמ"ש בספרי ש"ך ב"ד שם דלהסמ"ג א"צ המלוה לישבע היסת מטעם דאין אדם משים עצמו רשע.

והרי גם מהר"י בן לב גופיה כתב לקמן בסמוך דנראה מדברי הרמב"ם דאם השטר אינו מקוים דכל יפין שוין דנאמן לומר דשטר של רבית במגו כו' אם כן פשיטא דגם מהטור ובעה"ת וש"ע נראה כן שהרי גם הם כתבו כהרמב"ם וק"ל. וכ"כ עוד מהר"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.

וז"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 היה כדבריו לא היה מקבל עליו בפני ב"ד לפרוע ואף דאית ליה מגו דאי בעי אמר פרעתי במקום חזקה אלימתא כהאי לא אמרינן עכ"ל והובא תשובה זו גם כן בב"י ובד"מ סימן ע"ה משמע להדיא דאי לאו חזקה אלימתא כהאי היה נאמן לטעון רבית במגו דפרעתי וכן מצאתי שוב בבעל 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 היה טעמו של סמ"ג בעשין ובהלכות מלוה ולוה סוף דף קע"ו כשהעתיק דברי הרמב"ם ורבותיו בטוען על שטר מקוים 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 ולכך הזכירו ג"כ טענת רבית וא"כ פשיטא דשמעון שהוא מוחזק מצי למימר קים לי כהרמב"ם ובעה"ת ורשב"א וטור וב"י ומהרמ"א וב"ח דגם בטענת רבית נאמן הלוח ונשבע היסת ונפטר ובפרט שהם רבים ובתראי וכ"ש כאן דשמעון טוען ברי לי שהוא רבית דשייך ביה טפי טענת קים לי ועוד נ"ל דגם הסמ"ג מודה כאן דלא קאמר הסמ"ג אלא במקבל מעות לחציריוח וטוען שמלוה ברבית היא אינו נאמן וכמבואר בדבריו שם להדיא והיינו משום דכיון דקבלת המעות הוא אמת רק שאומר שההלואה נעשה ברבית אם כן אמרינן מסתמא לא עביד אינש איסור' ואין אדם משים עצמו רשע ופשיטא כשנתן לו נתן לו למחצית שכר בדרך היתר ולא בצד רבית דא"כ היה משים נפשו רשע שלקח מעות על רבית לכך צריך ליתן

לו חלק הריוח 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 כאן 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 כהן שם סימן קס"ט ס"ק ע"ד וס"ק ע"ט ע"ש ודוק: איברא דאיכא פלוגתא דרבוותא במודה בשטר שכתבו אי צריך לקיימו דאיכא מאן דפסק דמודה בשטר שכתבו דצריך לקיימו ואם אינו מקיימו נאמן הלוח לומר פרעתי במגו דאי בעי אמר מזויף ואיכא מאן דפסק במודה בשטר שכתבו אין צריך לקיימו ואינו נאמן לומר פרעתי במגו דאי בעי אמר מזויף הוא ורובא דרבוותא ס"ל דמודה בשטר שכתבו צריך לקיימו.

והרמב"ם הסכים לזאת הסברא בפרק הנז' וז"ל הוציא עליו שטר חוב שאינו יכול לקיימו ואמר הלוח אמת שאני כתבתי שטר זה אבל פרעתי או אמנה הוא או כתבתי ללות ועדיין לא לויתי וכן כל כיוצא בזה הואיל ואם רצה היה אומר להד"ם והרי מפיו נתקיים הרי זה נאמן וישבע היסט ויפטר ואם קיימו המלוה אח"כ ה"ז כשאר שטרות ע"כ.

ואחר שכתבתי זה אודיע לשואל כי בנדון הזה יש להסתפק אם נדון זה השטר שיש לו לראובן על שמעון בעדים מה שכל 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"ך צ"ל הרמב"ם) אפילו שבועה לא מחייב' ליה עד שיפרע שמעון וכדכתבין או אם נאמר דלא הוי אלא ככתב ידו (אש"ך ולפעד"נ ברור דלא הוי אלא ככתב ידו וכמ"ש לקמן ע"ש) דסוף סוף מכתב ידו אנו חיינן ובאנו לפלוגתא דרבוותא דכתב בעה"ת וז"ל אם טען ברי לי שלא לויתי אלא שחתמתי בסוף המגל' והנחתים ביד בעל דיני והוא כתב מה ** (אמר שבתי כהן איברא דאיכא פלוגתא דרבוותא במודה בשטר שכתבו אי צריך לקיימי כו' תיוה' 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 כתבו דאין נראה לר"י א"א צ"ל דקי"ל כרב נחמן בדינא דאית ליה בפ"ב דכתובות מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו דכותיה קי"ל בדיני וכ"פ ר"ח עכ"ל (וכ"כ התוס' בשבת פ' המוציא יין) וכ"פ הרמב"ן בחדושו שם וכ"פ הרי"ף והרא"ש פ' שנים אוחזין והרמב"ם פי"ד מה' מ' וה' והרשב"א וה' המגיד שם ונ"י פרק מי שמת ובעה"ת שער י"ז ורבי ירוחם בכמה דוכתי ובסוף נתיב ב' כתב גם כן בשם הרמ"ה והסכי' לדבריו וכן כתוב בהגהת מרדכי ריש מציעא בשם ראבי"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 שכתבו צריך לקיימו וכן הסכימו הפוסקים וכן הלכה רווחת בישראל ומנהג פשוט ואין לעשות סניף לסברא זו דא"צ לקיימו לשום דבר ולא כמהר"י נ' לב) פשוט מאד ומבואר בכל ספרי המחברים ראשונים ואחרונים דמודה בשטר שכתבו צריך לקיימו ופשוט דאין לעשות סניף לסברא זו דא"צ לקיימו לשום דבר כיון דכן עיקר בש"ס ומוסכם מכל הפוסקים והלכה רווחת כן 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 היה ביני לבינו הודאה זו בכל אלו וכיוצא בהם הואיל ולא כפר ולא עקר כתיב' ידו החתום מגו דיכול למימר פרעתי כי אמר הכי והכי הוה מעשה מופטר בשבוע' היסת ויש חולקים ומביאין ראיה מההוא דכתובות דאמרינן התם דוקא אחספא אבל אמגילת' לא דילמא משכח אינש דלא מעלי וכתב עילויה 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 חתימתן ויאמר לא לויתי מעולם שכן הוא האמת והחתימה אחר שלא באה על ההלואה ה"ל מילי דכדי ולא דכיר לה וכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי אבל אם זכור העיקר ויטעון הכי והכי הוה מעשה אה"נ דמשתבע ומפט' דאמרינן מגו וסברא קמא מסתבר ע"כ **) (אמר שבתי כהן 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 כבר 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 כתב וזה לשונו אחר כך שמעתי שהרב הנזכר חזר בו מתשובה זו בסוף ימיו עכ"ל וגם הב"ח שם כתב דהרמ"א חזר בו מתשו' זו בסוף ימיו וקיים דברי בעה"ת וטור ע"ש וגם בתשו' מהר"ר שלמה כהן ספר ג' סימן כ"ח כתב שצדקו כל 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 היה דברי או כתבתי ללות ולא לויתי ממה שיאמר פרעתי מפני שאז יאמר העולם משקר הוא דאל"כ שטר בידיה דמלוה מאי בעי ובעל הטורים כתב הסברא הראשונה בלא שום חולק בס"ט ואם נאמר דאין לזה השטר יותר כח מכתב ירו היה נראה שהוא נאמן על מה שטוען שיש באותו החשבון אותו הרבית הנז' בשאלה ואע"ג דאיכא תרי ספיקי דמסייעי לראובן חדא ספק דפלוגתא אם נאמן אדם לומר פרעתי אכתובת ידו **) (אמר שבתי כהן ואם תמצא לומר דנאמן איכא פלוגתא אחריתי הך דאמרינן אם יהיה נאמן לומר אמנ' או רבית במגו כו' כבר כתבתי 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 כתוב בפנקס מהאי לישנא יתירה דכתיב בשטר בכל מה שימצא כתוב בכתב ידו שקיבל מראובן שיובן היותו חייב לשלם לראובן בתורת חוב גמור כל זמן שיתבענו **) (אמר שבתי כהן ונראה דנתכוין שלא יהיה נאמן לומר פרעתי או שאר טענות דאל"כ בלא האי שטר הוי מהני כתב 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 בשמעון שכתב שטר לראובן בא' בניסן שנתחייב לו בכל סך ממון עד אלף זהובים שיודה שמעון אחר זמנו של שטר זה שיש לראובן עליו ויכתוב

ויחתום בחתימת ידו בהודאה זו והוציא ראובן כתב ידו של שמעון שהודה שיש לראובן עליו מאה זהו' (זמן)** * ונראה דנתכוין שלא יהיה נאמן לומר פרעתי או שאר טענות דאל"כבלאו האי שטר הוי מהני כתב ידו אם הוא טעין לא היו דברים מעולם וכיון דכן הוא אפ"ל דנא ליהוי האי שטר אלא ככת' ידו כיון שהאמינו שוב אינו יכול לטעון שום טענה.

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

ובנ"ד כפי מה שבא בשאלה דהשטר נעשה בכל תוקף ודאי דנכתב קנין בשטר דאל"כ מה תוקף דבר נמצא בו ואיברא דיש מקום לחולק לחלוק ולומר דדילמא לא נתכוין 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 חזינן דאיצטריך ליה להרמב"ן לומר דמהני כתב ידו אף על פי שנא חתם שמו וכמ"ש בעה"ת דהוה מאן דהוה ס"ל דמאי דקאמר במתני' הוציא עלי כתב ידו גובה מנכסים בנ"ח חתם ידו קאמר שחתם מלמטה שמו וכדתנן כתב סופר ועד ואמר רבי ירמיה חתם סופר שנינו והרמב"ן דחה זאת הסברא והביא ראיה לדבריו יעויין שם וכתב ומכאן אני דן דכתב ידן שהפתקות שהשותפין מוציאים זה על זה הוי כמו חתם ידו לגבות מבני חורין ע"כ (דין אין להוציא ממון משום ספק ספיקא ולא כמהר"י נ' לב ושאר אחרונים הנמשכים אחרי) ***(אמר שבתי כהן ומטעמא אחריתי אמרינן דהדין עם ראובן שהרי כתבו התוס' בפ"ק דכתובות כו' האי טעם טעמא ולא חששא אית בי' דפשיטא דלא מפקינן ממוןא משום ספיקא וכמש"ל סי' ק"ך שכן מוכח להדיא מדברי הרא"ש דפרק כיצד הרגל וק"ו הוא מהתם דהתם לא יוכל התופס לטעון ברי ואפ"ה לא מפקינן מיניה ממוןא משום)** * ומטעמא אחריתי אמרי' דהדין עם ראובן שהרי כתבו התוס' בפ"ק דכתובות וז"ל אי למיתב לה כתובה כו' דאם היה בא לב"ד היה נאמן להפסידה כתובתה אעפ"י שלאוסר' עליו כו' וקש' דאמאי מפסידה כתובתה 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 מפסדה כתובתה ואין לומר דאפילו בס"ס מפסדת כתובתה משום דמוקמינן ממוןא אחזקתיה דהרי לקמן גבי משארסתני 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 שטרו דאז יצא הקול שנתחזק שטר על שמעון עד אלף זהו' עכ"ל).

דהתם הודה לו בחתימת ידו שחייב לו חוב גמור אם כן אפילו אי לאו האי שטרא היה גובה ממנו ומהני שטר לטרוף מלקוחות מזמן השטר משא"כ הכא שלא כתב אפנקסו רק קבלתי סך כך וכך ויש לומר דלהכי מהני שטר דהיו חוששים שמא יטעון שמעון על ראובן היית חייב ליתן כך וכך וכל מה שכתבתי בפנקס הוא פרעון על מה שהיית חייב לי וכך מהני שטרא שכל מה שימצא כתוב בפנקס יהא חייב לשלם לו אם יתברר שלא

פרע לו אבל אי לאו שטר אפינו אי הוה מתברר שלא פרע היה יכול לטעון שכל מה שקבלתי היית חייב ני כך וכך וגם י"ל שעיקר השטר לו אלא שראובן יתחייב למסור ולתת מנכסי פרקמטיא שנו לשמעון באמנה משך שתי שנים כדמשמע מלשין השאלה ואגב הוזכר שם בשטר שכל מה שיכתוב שמעון קבלה בפנקס של ראובן יתחייב לשלם בתורת חוב גמור ועוד י"ל כמה גוני דמהני שטרא הכי מאלו הוה כתב כן בפנקסו לחוד וק"ל והרי גם מהר"י נ' לב גופיה כתב לקמן בסמוך דיש מקום לחלוק ולומר דדילמא לא נתכוין האי גברא דלא ליהוי נאמן לומר פרעתי או שאר טענות כו' (***) (ס"ס כ"ש) הכא שטוען ברי שהוא רבית ועוד התם שתפס שלא ברשות כ"ש הכא שהוא מוחזק כבר מעצמו בממון שלו פשיטא דלא מפקינן מיניה:**) ממאתים אבל מנה אית לה אלמא משום דבאותו מנה הוי ס"ס לא מפסד' דספק קודם שנתארסה וספק אחר שנתארסה ואת"ל דאחר שנתארסה אימור דאונס הוי ואי דאפי' בס"ס מפסד' אמאי אית לה אפילו מנה ע"כ (***) (אמר שבתי כהן בנדון דידן נמי תרי ספיקי כו' והנה מעיקר ספיק' כו' כבר כתבתי לעיל דז"א דליכא מאן דפליג בהא דהיכא דנאמן לומר פרעתי נאמן ג"כ לומר שטר אמנה או רבית כגון בשטר שאינו מקוים או בכת"י מקוים הלכך פשיטא דלענין מעשה הדין עם שמעון ואין להוציא ממנו ממון כיון שטוען ברי שהוא רבית ובפרט שמהר"י נ' לב גופי' כ' דיש מקום לחלוק ולומר דמצ"ל התם פלוגתא דרבוותא חד הוא רק שכ' ומ"מ אני אומר דהדין עם ראובן מהך טעמא דתרי ספיקי דכתבינן דהרי יש כאן הצטרפות מההיא טעמא אוחרנ' דכתבינן לעיל כו' וכבר כתבתי דהאי טעמא לאו טעמא מעליא הוא והך דתרי ספיקי נמי לאו טעמא הוא כלל (עוד ראי' ברורה מדברי מהרד"ך דאין להוציא ממון משום ס"ס) ועוד נראה לי ראי' ברורה מדברי מהר"ד דוד כהן בית ב' סי' ט' דלא מפקינן ממונא ממאן דתפס משום ס"ס והבאתי לשונו לעיל סימן ק"ג וק"ו הוא מהתם דהא התם איכא ספיקי טובי חדא אי קי"ל כהרמב"ם גבי ספק בכור ותיקו ואת"ל קי"ל כותיה דילמא בהך עובדא דמהרד"ך קי"ל דלא כמהר"מ דס"ל דחייב ניתן לה כתובה אלא כהרבים דפליגי התם ואפילו תאמר דקיימא לן כמהר"מ דילמא מהר"מ גופיה לא סבירא ליה התם דחייב ליתן לה כתובה וכמו שמשמע להדיא התם מדברי מהרד"ך שם שאף בדברי מהר"מ גופיה הוא מסופק ואפילו הכי פסק שם מהנך טעמי דאין מוציאין מידו עיין שם וקל וחומר בן בנו של קל וחומר בהך נדון דידן ודוק הלכך נראה לי הלכה למעשה ששמעון פטור בשבועת היסת ודלא כמו שפסק מהר"י נ' לב: דברי שבתי כהן (***) ובנדון דידן נמי תרי ספיקי חדא דאיכא מאן דס"ל דבכתב ידו אינו נאמן לומר פרעתי ואם תמצי לומר דנאמן לומר פרעתי כבר איכא מאן דס"ל דהיכא דלא טעין פרעתי אלא שטר אמנה או רבית וכיוצא בזה דאינו נאמן במגו דאי בעי אמר פרעתי והוה ס"ס איברא דאני מעולם לא סמכתי על זאת הטענה לחוד אלא בהצטרפות טענה אחרת לפי שלא ראיתיה בשום אחד מהפוסקים ועוד שיש מקום לחלק מההוא דכתבו התוס' למחלוקת הפוסקים ולומר דשם פלוגתא דרבוותא חד הוא וכמ"ש התוספות בההיא שמעת' גופא וז"ל ואבע"א באשת ישראל דקבל בה אביה קדושין פחות מג' וא"ת אכתי איכא ס"ס ספק באונס ספק ברצון ואת"ל ברצון ספק כשהיא קטנה ופיתוי קטנה אונס הוא ויש לומר דשם אונס חד הוה א"ע"כ ובפלוגתא דרבוותא יש מקום לחלוק ולומר דמצינן למימר (שפי') פלוגתא דרבוותא חד הוא ומכל מקום אני אומר

דהדין עם ראובן מהך טעמא דתרי ספקי דכתבין דהרי יש כאן הצטרפות מההוא טעמא
אוחרנא דכתבין לעיל דהנהו לישני יתירי שכתובין בההוא שטרא שכל מה שימצא
כתוב באותו השטר מכתבת ידו כו' ואף על גב דשדינן בה נרגא מכל מקום לאו דחייה
ברורה היא ומהני ההיא טעמא כי היכא דליהוי סניף להך טעמא דקיימי' עלה מהתרי
ספקי דכתבו התוספות והדין עם ראובן ולא כל כמיניה דשמעון לומר שבאותו החשבון
יש אותו הסך מהרבית וכעת תו לא מידי.

נאם הצעיר יוסף בב"ר דוד ן' לב נ"ע: סי' קכב (דין מה שפסק מהר"י ן' לב ספר ג' סימן
ס"ג במי שמכר ביתו לאחר דהמצרן מוציא מיד הלוקח משום ספק ספיקא אין נלפע"ד
אלא הלוקח מוחזק בו בפלוגתא דרבוותא ולא מפקי' מיניה) רביעית מה שפסק מהר"י
ן' לב ספר ג' סימן ס"ג בקראי אחד שמכר חזקת הבתים ללוי שהיה דר בו שמעון בתחתי'
הבתים וראובן בעליה ואח"כ הלך שמעון אצל הקראי ואמר מה זאת עשית לי למכור
חזקת הבתים שאני דר בא' מהם כי אני רוצה בחזקה ההוא והקראי ענהו כי אני לא
מכרתי ללוי החזק' הנזכר' אלא בתנאי שלא תרצה אותה ואחר שאתה רוצה נתתיה לך
ואתה קודם ועל פי הדברים האלה נתן שממון לקראי כל דמי החזקות העלית והתחתית
והקנה לו הקראי החזק' הנזכר עתה בא לוי וטוען שהוא קנה החזקה הנזכר קודם והוא
הזוכה בה ומה שאומר שהיה המכר על תנאי לא היה כהלכתו בד' דברים דתנאי בני גד
ובני ראובן והמקח קיים והתנאי בטל ועוד טוען שאפילו לא זכה בבית ששמעון דר בה
מ"מ זכה בבית שדר בה ראובן כיון שראובן הסכים בקנין הנזכר ומיד באותו שנה זכיתי
במקחי ושמעון טוען שזכה גם בעליה מפני שוכר התחתי' ואני בר מצר וקודם לכל אדם
ופסק מהר"י בן לב שם דאע"ג דקיימא לן דהלוקח הוא מוחזק נגד המצרן מ"מ זכה
שמעון המצרן דהרי אית ליה מלתא ספיקא דפלוגתא דרבוותא דמסייעו ליה חדא דאיכא
מאן דס"ל דע"מ או על תנאי דנראה דהוי כאלו קאמר ע"מ א"צ לכפול התנאי ואיכא
פלוגתא אחרית' מרבוותא דסבירא ליה דלא בעינן תנאי לפול אלא בעריות כגון גטין
וקדושין ואיכא נמי סברת הרמב"ם דמסייע למצרן דהרי לדעתו ז"ל עדיין לא עבר זמן
כח המצרנות מה שאין כן לרב האי והרא"ש והטור וכיון דזכה זה המצרן מכח טעמי
דספיקי דפלוגתא דרבוותא ספק אם זכה מכח מצרנו' ואת"ל דלא זכה מכח מצרנות ספק
זכה מכח התנאי ואת"ל דלא זכה מכח התנאי משום דלא כפליה לתנאיה שמא הלכה
כמאן דסבירא ליה דלא בעינן תנאי כפול בממון אלא דוקא בגיטין וקדושין מכל הני
מסתבר' דהדין עם שמעין עכ"ל וכל זה לא נהירא לפמש"ל סי' ק"כ וקכ"א משום ס"ס
לא מפקינן מהמוחזק כ"ש הכא דלא מיקרי ס"ס כלל ודוק וא"כ כיון דקי"ל דהלוקח
נקרא מוחזק וכן במקום שהפוסקים חלוקים לא מפקינן מהלוקח וכמ"ש בתה"ד סי' ש"א
ומהרמ"א סי' קע"ה סמ"ה בהגה' ש"ע וכדמשמע מדברי מהר"י בן לב גופיה בתשובה
שם והוא פשוט א"כ בנדון זה לא מפקינן מלוי אם שהה 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 כרב האי
וסייעתו וכן כתב ב"י סימן קע"ה סעיף נ"ב וכן בבדק הבית שם ובכ"מ: ועוד (דין בחזקת
חנות או בתים לא שייך דינא דבר מצרא) תמיה לי דהא מהר"י בן לב גופיה העלה

בתשוב' ס' ב' סי' מ"א דבחזקת חנות או בתים לכל הדיעות אין בו דינא דבר מצרא כשרוצה למכור החזק' לאחר ע"ש באורך.

וכ"כ בתשובת דברי ריבוב' סי' צ"ט שפסקו כל 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 כהן השייכים לספר ב' סימן כ"ז וכן הוא בתשובת מהרי"ק ס"ם כ' ובתשובת מהר"מ פאדו' סימן ל"ט ובתשובת מנח' עזריה סי' ס"ז וגם בסי' פ"ז שם תשו' מהר"ר חזקי' וכן הוא בתשו' מהר"א בן ששון ר"ס פ"א וסימן קכ"ו וקכ"ז ע"ש: ועוד (דין זבין מקראי יש דעות אי דינו כזבין מכותי ונ"ל דלא מפקי' מהלוקח שהוא מוחזק) בר מן דין תמי' לי מה שפסק בפשיטות בקראי דין מצרנו' דהא כי היכי דאמרינן בש"ס פרק 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 בן חיים סי' קכ"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 בנידון זה אפי' היה קונה מישראל ואפילו קנה בית לחלוטי' ולא חזקת בית נ"ל דזכה הקונה מטעמא דאמרינן סי' קכג (דין בפלוגתא דרבוותא אפי' מיעוט נגד רבים יוכל לומר קים לי ומהני אי תפס לומר קים לי כהמיעוט) ודע דפלוגתא דרבוותא היכא דמצ"ל קים לי היינו אפי' הוא מיעוט הפוסקים יכול לומר קים לי כהמיעוט ולא כהרוב ומהני תפיסתו כן פשוט בדברי האחרונים בכמה דוכתי והוציאו כן מהא דקיי"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב וכדאי' בפרק המניח ושאר דוכתי.

וכ"כ בתשו' נ' לב בכמה דוכתי וכ"כ בתשו' מבי"ט סימן קמ"ג והבאתי לשונו למעלה סימן צ' וכ"כ בתשו' מהר"ר שלמה כהן 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 בהיה מוחזק מעיקרא אבל לא כשתפס דאין טעם לחלק דכיון דאמרינן דמהני תפיסתו א"כ ה"ל כמוחזק מעיקרא ועוד דכיון דאמר' דטעמא הוא דאין הולכין בממון 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' וז"ל ומהרי"ק כתב בתשו' שאלה דאין לומר קים לי כפלוגי הגאון היכא שכל חכמי ישראל חלוקים עליו נראה מדבריו אם יהיו שנים ושלושה 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 וז"ל בתשו' קלון כ' אין לומר קים לי כפלוגי הגאון היכא שכל חכמי ישראל חלוקים עליו נראה מדבריו דכשיש שלשה או ארבע מחכמי ישראל שיכול המוחזק לומר קים לי כהני רבוותא ואפילו שיהיו המיעוט עכ"ל הרי שלמדו כן מתשו' מהרי"ק ודברי מהרי"ק הם אומרים בתפיסה והבאתי לשונו לעיל סימן ע"ב וכן משמע בתשו' מהר"ר לוי נ' חביב סי' ל"ו ודף נ"ז ע"ד דאפי' בתפיסה מצי למימר קים לי כהמיעוט והבאתי לשונו לעיל סי' נ"ז וכן משמע להדיא מדברי מהר"ר שמואל די מודינא סי' כ"ד דף כ"ז סוף ע"א

שהבאתי לעיל סי' צ"ז דאפילו בתפיסה מצי למימר קים לי כהמיעוט (דין אינו יכול לומר קים לי כהיחיד אפילו הוא מומח' גדול היכא דכל חכמי ישראל חולקים עליו ואפי' היכא שהוא מוחזק מעיקרא ולא כמהר"ש די מודינא) אך מ"ש מהר"ש ד"מ שם דהיכא דהוא מוחזק מעיקרא מצי למימר קים לי כהיחיד היכא דהוא מומחה כר"ת אפילו כל חכמי ישראל חולקים עליו ודקדק כן מדברי מהרי"ק.

לא משמע כן מדברי כל האחרונים ולא נראה לי כותיה דהא כיון דכ' מהרי"ק טעמא דלא גרע מהיכא דסוגיא דעלמא כחד דאזלינן בתרי' א"כ ה"ה היכא שהוא מוחזק מעיקרא שייך האי טעמא ומ"ש מהרי"ק ואפילו תפס מפקי' מיניה ולא קאמר ואפילו היה מוחזק מפקי' מיניה היינו משום דכיון דס"ל דדין תפיסה בזה שוה למוחזק מעיקרו לא נחת לדקדק בזה.

וגם קאי אדברי רבינו שמואל ב"ר ברוך שהביא שם דאיירי בתפס ונקט סירכא דלישנא דרשב"ב ע"ש: סי' קכד אך צריך לברר מהו נקרא מיעוט כי מדברי תשו' מהר"מ גלאנטי שהבאתי ק' בסמוך משמע דכל פחות משלשה אפילו מיעוט לא מיקרי רק יחידים ולא מצי למימר קים לי כותיהו היכא דכל חכמי ישראל פליגי עלייהו וגם בשלשה משמע מדבריו דספוקי מספקא ליה ומדברי תשו' מהר"י נ' לב שהבאתי בסמוך משמע דס"ל דכל פחות מב' מיקרי יחיד ובב' מספקא ליה.

ומדברי מהר"א נ' ששון סי' מ"ב משמע דס"ל דשני' מיקרי מיעוטא ומצי למימר קים לי כותיהו עיין שם שתמה על מהר"י נ' לב אמאי לא חשב לה' המגיז לתרי דסובר כהרמב"ם ואע"ג (תמיה' מהר"א נ' ששון ב סימן מ"ב על מהר"י נ' לב אינו כלום) דנלפע"ד דתמיהתו זו אינה כלום דאע"ג דה"ה יסבור כהרמב"ם מ"מ ס"ל למהר"י נ' לב דלא קיימא לן כותיהו דאין חילוק היכא דכל חכמי ישראל חולקים בין חלוקים על פוסק א' או ב' וכדמשמע מדברי מדברי מהר"י נ' לב שהבאתי דספוקי מספקא ליה אי ב' מיקרי מועטים או יחידים ואפשר דבההיא תשובה הוה פשיטא ליה למהר"י נ' לב דב' מיקרי יחידים מ"מ משמע מדברי מהר"א נ' ששון דפשיטא ליה דב' מיקרי מועטים ואני איני יודע להכריע בדין זה.

(מתי נקראו יחידים ומתי נקראו מועטים תלוי בראו' עיני הדין) רק נ"ל לפי ראות עיני הדיינים שאם הפוסקים החולקים הם הרבה מאד יכול להיות שאפילו ארבע יהיו נקראים יחידים כנגדם וכן אם אינם הרבה כל כך יכול להיות שאפילו שנים יהיו נקראים מועטים או אפי' אחד היכא דליכא רובא דמנכר דפליגי עלייהו.

(מה שתמה מהר"ר ש"ך ס"ס ג' על מהר"י נ' לב נלפע"ד כמהר"י נ' לב) ובתשו' מהר"ר שלמה כהן ספר שלישי בסוף הספר דף קכ"ו ע"ב תמה על מהר"י נ' לב ספר א' כלל כ"ז סימן צ"א וכתב וז"ל וכיון שכן דבעל התרומות מסכים לדעת בעל העיטור ודאי דאין מקום שיוכל המחזיק לומר קים לי כהראב"ד כיון דהוי יחידאה לגבי הנך תרי רבוותא וכמ"ש מהרי"ק ז"ל דאין המוחזק יכול לומר קים לי היכא דכל חכמי ישראל חולקים עליו ונראה דה"ה בחד לגבי תרי עכ"ל ואין דבריו מוכרחים ויותר נראה דכיון דאין הולכים בממון אחר הרוב א"כ ה"ה בחד לגבי תרי דמ"ל קים לי וגם בתשו' מהר"ר לוי נ' חביב שם משמע להדיא דמ"ל קים לי אפילו כיחיד לגבי תרי ויותר וכן משמע

בתשו' מהר"א נ' ששון ע"כ נראה לי שדבר זה כפי ראות עיני הדיינים אי הוי כמו סוגיא דעלמא כאידך כן נראה לי סי' קכה (דין בתיקו שאין שום א' מהן מוחזק חולקין ואם קדם אחד ותפס לכ"ע אין מוציאין מידו) ונראה דבתיקו שאין שום אחד מוחזק לכ"ע חולקין וכדאיתא בהרי"ף פ' המפקיד ורמב"ם סוף ה' שאלה ובהריטב"א ונ"י פ' קמא דמציעא ואף הרא"ש בפרק המפקיד לא נחלק על הרי"ף אלא משום דסביר' ליה דאיכא חזקת מרא קמא אבל בעלמא היכא דליכא שום חזקה לחד מנייהו משמע להדיא דמודה דחולקים ונראה דבזה לכולי עלמא אם קדם אחד מהן 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 מוחזק פשיטא דמהני תפיסתו לכולי עלמא.

(וכן בפלוגתא דרבוותא שאין שום אחד מהן מוחזק הולם י' כין 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 כל דאלים גבר) ונראה דה"ה בפלוגתא דרבוותא שאין שום אחד נקרא מוחזק דינא הכי דהיכא דהמחלוק' שוה חולקים ואם הוא יחיד נגד רבים אזלי' בתר רבים דעל כרחך לא מצי למימר קים לי כהמיעוט אלא כשהוא מוחזק מטעמא דאין הולכים בממון אחר הרוב אלא אחר המוחזק אבל כשאין שום א' מהן מוחזק אזלי' בחר רובא אבל כשהמחלוקת שוה חולקין בכל ענין כ"כ בתרומת הדשן סימן שנ"ב ובתשובת משאת בנימין סימן ט"ו וכן כתב 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 כל דאלים גבר עכ"ל.

אך מ"מ ואם לא שייך בו דין חלוקה כל דאלים גבר תמה עליו מהר"מ יפה ובסמ"מ השיג עליו וכתב וז"ל כל דאלים גבר דין זה כתב מהרא"י בת"ה סי' שנ"ב דהביא שם דברי הש"ס דפ' הניזקין 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' דרבוותא דלא אתמר בהו הלכתא לא כמר ולא כמר דכל דאלים גבר ומדברי הרמב"ם (צ"ל רשב"ם) משמע דלא אמרינן כל דאלים גבר כ"א בדבר שלא נוכל לעמוד על הדבר של מי הוא ומטעם שנתבאר לעיל משא"כ בפלוגתא דרבוותא דמי יעיד או יכריע הלכה כמאן וכדי ליישב דבריה' כ' דנ"ל דודאי חלוקה עדיף' כל היכא דליכא למיקם עלה דמלת' אבל היכא דלא שייך חלוקה כגון בההיא דהניזקין דאי הוי שתי עלויי פלגא דיומא וכן תתאי עדיין הוה קפידא מאן יתחיל ברישא כו' ותו דדילמא בכה"ג הוה ודאי פסיד' לתרוייהו ובהכי מתיישב ההוא דתשו' מור"מ דפ"ק דב"ב משום דהחלוקה לא היה אפשר התם עכ"ל מהרא"י שם ובזה מבוארי' דברי מהר"מ ז"ל ונסתלק ממנו תמיה' הע"ש שתמה עליו בזה ע"ש וסבר שדברים הללו כתב מור"ם מעצמו ולא עיין בדברי מהרא"י והמרדכי הנ"ל ודוק עכ"ל סמ"ע וכה"ג השיג עליו כס' מגדל דוד.

(לא כדת השיג הסמ"ע ס"ס קל"ט ובעל מגדל דוד על מהר"מ יפה) ולא כדת השיגו על מהר"מ יפה בעל ע"ש בזה דתמיהה דע"ש נכונה וידע מקור של התרומת הדשן שהרי כתב שמהש"ס פ' הניזקין אין ראי' ששם לא היה אפשר בענין אחר שאם יאמרו הב"ד

לתופסו בב"ד עד שיתברר הדבר מי יוכל לאסוף המים בחפניו אם יאמרו יהיו מונחים ולא יגעו בהם המים ירוצו וילכו לאבוד או יבואו אחרים ויקחום וא"א לשומרם לכך לא מצאו להם שום תקנה בעולם רק כל דאלים גבר מה שאין שייך לומר כן בשאר ענינים שהפוסקים חלוקים בהם דיש לתפשו בבי דינא ועב"ד ימכרוהו ויחלקו בדמים או בדין גוד או איגוד דמ"ה ע"כ לא אמרינן בר"ס זה כל דאלים גבר אלא מטע' שמי שהוא שלו ימסור נפשו עליו כו' וזה לא שייך אלא בדבר שהתובע בעצמו יודע האמת ואין הב"ד יודעים אבל הכא מה שייך לומר שזה התובע ימסור נפשו יותר מחברו במה ברור הדין יותר לתובע מלדיין או מלחברו דנימא ימסור נפשו כו' כן כתב מהר"מ יפה בר"ס קל"ט ובס"ס ק"ע ודבריו נכונים מאד.

ובהכי מתיישב נמי שפיר דברי מהר"מ שבמרדכי פ' קמא דב"ב משום דחלוקה לא היה אפשר התם ואתי נמי שפיר דברי רשב"ם דכתב טעמא דפוסקים כל דאלים גבר גבי ארבא דשמא יבואו עדים ויעידו של מי הוא ונמצא דברי ב"ד שבורי' ונסתרי' במה שפסקו כבר חלוקה כו' לכך אין ב"ד נכנסין לדבר ולכך כל דאלים גבר עכ"ל משמע דבספיקא דבפלוגתא דרבוותא דלא שייך האי טעמא שפירש יש לב"ד ליכנס לדבר ולפסוק דק חלוקה ואפשר דגם הת"ה ומהרמ"א שכתבו ואם לא שייך ביה דין חלוקה ר"ל לא אפשר למיעבד חלוקה כגון הך דס"ס ק"ע ודתשובת מהר"מ שם ולא דקו בלשון ודוק: סימן קכו (דין צ"ע אי מהני תפיסה ע"י שליח) עוד כתב בתשובת מהר"א נ' ששון סימן ס"ז דה"ה דיכול לתפוס ע"י שליח לומר קים לי וע"ש שהאריך ולכאורה יש להקשות על זה ממ"ש הריב"ש סי' ק"ז ומהרמ"א בהג"ה באבן עזר סימן צ"ג סעיף כ"ב דע"י שליח לא מהני תפיסה.

אבל אחר העיון לק"מ דהריב"ש ומהרמ"א שם לטעמייהו אזלי דס"ל כשטת התוספו' וסייעתם שהשיגו אפירש"י גבי התופס לב"ח במקום שחב לאחרים דס"ל דמצי לתפוס ע"י שליח והתוספו' והפוסקים השיגו על רש"י וכן סתמו האחרונים וכמ"ש בחושן משפט ריש סימן ק"ה אבל מהר"א נ' ששון מביא שם לשון הריטב"א שישב דבא רש"י דמיירי שעשאו שליח בעדים וכתב דמצי למימר קים לי כרש"י והריטב"א ע"ש.

ומ"מ אני חוכך בדין זה כיון דכל הפוסקים ראשונים ואחרונים פסקו דלא כרש"י ועדיין צ"ע: סימן קכז (דין היכא דאיכא פלוגתא דרבוותא בהיזק הגוף כגון בקומר ובית הכסא וכהאי גוונא צ"ע אי מצי המוחזק לומר קים לי בהא ויותר נראהדיכול לומר קים לי גם בזה) עוד כתב בתשו' מהר"א נ' ששון ס"ס קל"ט דבדיני היזק הגוף כגון בקומר ובית הכסא וכה"ג אין ראוי לומר בזה קים לי כפלוגי דהא הך מילתא דאיסורא הוא שהרי אין כאן ממון רק איסורא כו'.

וגם בזה אני חוכך דמה בכך שהוא איסור מ"מ אם נחייבו לסלקנו ה"ל הפסד ממון ושייך בי' שפיר המע"ה והא בספק בכור נמי איכא מילתא דאיסורא ואפילו הכי אמרינן בי' המע"ה וכן היכא דאיכא מחלוקת בין הפוסקים אי הוי רי"ק או אבק רבית שכתב מהר"א נ' ששון גופא בסימן קס"ב דאמרינן המע"ה אע"ג דהוי מילתא דאיסורא ועוד הארכתי בזה בספרי ש"ך בי"ד סימן רנ"ט ס"ק י"ד דאפילו היכא דהוי מילתא דאיסורא אמרינן ספק ממוןא לקולא ע"ש אף על גב שאי אפשר לחלק בין איסור שאינו מזיקו בגופו

לאיסור שמזיקו בגופו מי הנביא שהגיד לנו לחלק בכך ויותר נראה שהדין עם המוחזק ומצוי למימר קים לי (דין היכא דאיכא ספק או פלוגתא דרבוותא אי חייב שבועה לא משבעינן מספק) עוד כתב בתשובת מהר"י נ' לב ספר ב' ס"ס ס"ו דף צ"ד ע"ג דבשבועה היכא דאיכא פלוגתא דרבוותא 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 אבן 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 כהנך גוני דמועיל תפיסה וכמו שנתבאר) נראה דה"ה היכא דאיכא ספק בשחיטה בגווי 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 כגון שחטה במיעוט סימנים פטור וכן אם מצא הסכין פגום והוא בדקו תחלה כיון דאיכא 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 כן נ"ל ואע"פ דיש מי שחולק ומ"מ שכרו הפסיד דדילמא בסכין 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 כל היכא דנהיגין לאוסרו אע"ג דאינו אלא מכח חומרא כיון שהוא מפורש בהדיא בהלכות שחיטה שביד השוחטים שלומדים מהן הלכות שחיטה השוחטים שבגבולנו חייב לשלם ואין טעם לפוטרו שהרי ידע שאם נעשה קלקול זה תיאסר השחיטה וה"ל להזהר בכה"ג וכמ"ש בת"ה שם.

וממ"ש הטור אלא דתחמיר כן באיסור וחיישינן שמא בעור נפגמה לא מפקינן ממון מספק אין ראיה דפטור דשאני התם דלא שייך לומר כלל 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 מיירי בספיקות שאינם מבוארים בהל' שחיטה שביד 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 הה"מ והש"ע בשהה במיעוט סימנים פטור נמי אין ראיה דאפשר דמיירי היכא דאין מבואר בהלכות שחיטה דשוהה במיעוט סימנים פסולה פשוט אצל כל השוחטים שהרי הש"ע שם פסק ששהה במיעוט קמא או במיעוט בתרא כשרה ואינו מטריף אלא בשהה בשחיטה מיעוט אחרון של סימן ראשון.

ודבר זה אינו מצוי וי"ל השוחט לא ידע מזה דה"ל לאסוקי אדעתיה להזהר משא"כ לדידן דמטרפינן שהייה בכל שהוא ביי במיעוט קמא בין במיעוט בתרא בין בקנה בין בושט וכמ"ש הרב בהג"ה בי"ד והוא דבר פשוט ומבואר אצל כל השוחטים הלומדים הלכות שחיטה (כמבואר בכל הלכות שחיטה) פשיטא דהשוחט חייב וכמ"ש הת"ה שם מטעם

דה"ל לאסוקי אדעתיה שתיאסר השחיטה וה"ל להזהר בכה"ג ודוחק לומר דמהרמ"א משיג על הת"ה מסברתו.

דהיאך אעלה על הדעת להשיג על ת"ה בלי טעם וראיה. ועוד דהרי ד' הת"ה נכונים בטעמם וכמ"ש.

ועוד שבסמ"ע שם י"ז כתב שנראה גם דעת הש"ע כמהרמ"א וגם הטור כתב כן בהדיא כו' והא דכתב מהרמ"א כן נ"ל ר"ל שכן נ"ל להכריע להלכה ולאפוקי מדעת החולק שמסיק מהרמ"א כו' ולפעד"נ דאין מדברי הטור וש"ע ראי' דס"ל לאפוקי מדעת החולק וכמ"ש. וכן פסק מהרש"ל פרק הגוזל עצים סימן כ"ג כדברי הת"ה וכן עיקר: (דין אפילו טרפה מספק מבטל המקח וצריך להחזיר הדמים): סימן קכט עוד כתב בסמ"ע שם אמ"ש מהרמ"א י"י לענין ממון לא מפקי' מספק וז"ל והא דכתב מהרמ"א בסי' רל"ב סעיף י"ב בהג"ה וז"ל ואפי' טרפו שאנו אוסרים מספק מבטל המקח ואין המוכר יכול לומר אייתי ראיה דטרפה הוה י"ל דשאני התם דלא מיקרי הפקעת ממון כל כך מה שמחזיר המוכר להלוקח מעותיו שקבל ממנו בעד הבהמה וחוזר ולוקח מהלוקח בהמתו משא"כ כאן דהטבח ישלם דמי הבהמה מכיסו וק"ל עכ"ל (בחנם דחק הסמ"ע סימן ש"ו ס"ק ט"ו) ותירוץ זה דחוק דס"ס מפקינן מינה ממון אבל באמת מעיקרא אין התחלה לקושיא זו דחל כיון דאפילו מספק רשו אינשי אין לך מום גדול מזה ויכול לומר אלו הייתי יודע שהוא ספק טרפה לא הייתי לוקח ונמצא המקח בטל והדמים חוזרים וכן מבואר להדיא בדברי הרמב"ן והרשב"א בחדושי ובהר"ן פרק אלו טרפות גבי מחט שנמצא בעובי בית הכסות ובהריב"ש סימן תצ"ח ומביאו ב"י בי"ז סימן קי"ט בקצרה דלא דמי לכאן מהך טעמא ואישתמיטתיה להסמ"ע דברי הפוסקים אלו (דין מי שמכר בשר או שאר דבר לחברו ואח"כ נודע לו שהוא ספק איסור מחמת פלוגתא דרבנותא וכה"ג המקח בטל וצריך להחזיר לו הדמים ולא שייך לומר קים לי בכה"ג ולפ"ז ה"ה מי שמכר לחברו בשר ואח"כ נודע לו שהבשר הוא ספק טרפה מחמת פלוגתא דרבנותא המקח בטל וצריך להחזיר הדמים ולא שייך כאן לומר קים לי כהמכשירים דכיון דהוא טרפה מספק אין לך מום גדול מזה והוה מקח טעות דאלו הוה ידע שהוא ספק טריפה לא היה קונה: (דין מי שהספק נולד ברשותו עליו להביא ראי' ואם אינו מביא ראיה מפקינן מיניה אפילו הוא מוחזק מעיקרו) וכל זה שלא נולד הספק ברשותו אבל מי שהספק נולד ברשותו עליו להביא ראיה ואם אינו מביא ראיה צריך לשלם ומפקינן מיני' אפי' הוא מרא קמא וכדאיתא בכתובות פרק המדיר ונתבאר בפוסקים ובטור וש"ע סימן רל"ב סי"א גבי המוכר בהמה לחברו ונמצאת טרפה כגון מחט שנמצא בבית הכסות ואינו יודע אם היתה טרפה קודם לכן או נעשית טרפה אחר כך על הלוקח להביא ראיה ואם לא יביא ראיה יפסיד ויתן הדמים מטעמא כיון דהספק נולד ברשותו עליו להביא ראיה וכן במחליף פרה בחמור וכה"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 כאן 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 פרק כיצד 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' מלוה ולוה ובהריב"ש סימן ק"ס ושס"ד ע"ש בדברי הפוסקים אלו כי לא רציתי להאריך ולהעתיק לשונם הואיל (תירץ כוונת תשובת רשב"א סימן תקע"א) והדבר פשוט ותקבל 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 הכונס אבעיא לן אי עשו תקנת נגזל במסורת ולא איפשטא וכיון דלא איפשטא מספיקא לא מפקינן ממונא ומה שראיתי למקצת הרבנים דהכא תפס דהיינו הכתובה שהוא חייב לה אינו נ"ל כלל דלא אמרינן הכי אלא כשלא תפס בעדים אבל הכא שתפס בעדים דשטר התיבה כנגדו לא כו' ותדע דהא דעובדא דאבימי דבפרק הכותב מה"ת לומר סטראי נינהו ולא אמרי' זוזי היכא דקיימי קיימי דתופס השטר המוחזק אבל אם יש מטלטלים או בלאות קיימים ותפסן שלא בעדים כו' עכ"ל לאו למימר' 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 כן משום תיקו לא הי' מועיל תפיסה אפי' תפס שלא בעדי' רק בעובדא דהרשב"א הי' מועיל תפיס' אי הוי תפיס שלא בעדים כיון שהנמסר טוען ברי כך וכך הזקתני דפשיטא דהוי נאמן משום מיגו 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 הפטר 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 פרק יש נוחלין גבי בעיא דבעי רמא בבריא היאך תיקו הלכך מוקמינ' כתובה 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 כתובתה גופא אי אבדה כתובתה וכן הא דקי"ל כבית הלל ולא כב"ש דאמרי שטר העומד לגבות כגבוי דמי כדאיתא ביבמות בפרק החולץ דף ל"ח ע"ב ובסוף פרק 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 דרבוותא בכה"ג נראה דאינו יכול לתפוס.

תדע שהא כתב הבעה"ת שער כ"א והטור סימן פ"ב ומהר"ם רקנטי סימן רפ"ח ושאר פוסקים דאע"ג דאין אומרי' 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 כגבוי בידו ואינו נקרא מוציא כו' ע"ש וכ"כ התוס' פרק חזקת הבתים דף ל"ב ע"ב וז"ל ובהכותב דאמרי' מיגו דיכלי למימר להד"ם יכלי למימר סטראי נינהו אע"ג דמיגו להוציא לא אמרינן.

שאני התם דאיכא שטרא עכ"ל. דלא כמהר"ר דוד ן' 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 כגבוי דמי וכיון דכן הוא קשה במאי דקאמרי התוס' אע"ג דמיגו להוציא לא אמר א שאני התם דאיכא שטרא וצ"ע עכ"ל דלדידי' ה"ל להקשות אכל הנך פוסקים הנ"ל שהבאתי.

וגם במרדכי ובהגה' אשרי פ' הכותב כתבו בשם מהר"פ בדברי התוס' דפרק חזקת הבתים אלא ודאי כמ"ש דכיון שהשטר הוא כשר כאלו הממון הוא מוחזק ביד המלוה וכ"כ בתשו' הרמב"ן סימן ק' וז"ל ולא מרענא לשטרא בחשש כזה לפי שהשטר מוחזק הוא ביד המלוה וכאלו הממון הכתוב 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 הכתוב בו מוחזק ביד המלוה ואוקומי ממונא הוא כו' עד ולא במי שגבתה ממש קאמר דליכא למימר דשבקי ב"ה ועבדי כב"ש אלא כדאמרן כו' עכ"ל וע"ש.

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