

הגהות אביר יוסף
ביאורים הארות והערות על
ספר תקפו כהן
להש"ך

יעקב יוסף ריינמאן

Copyright © 2023

Yaakov Yosef Reinman
59 Steven Lane 08701
732-691-6264 / 323-383-2279

מבוא הסימנים

סימן א: בו תתיישב סוגיא דבבא מצינא דמשמע דהלכתא כמאן דאמר תקפו כהן מוציאים מידו אליבא דהרמב"ם שפסק דאין מוציאים מידו.

סימן ב: בו יתורץ מה שהקשה הש"ך על דברי הסמ"ג שפסק כהרמב"ם דתקפו כהן אין מוציאים מידו ופסק במקום אחר דתפיסה לאחר שנולד הספק מוציאים מידו.

סימן ג: בו יבואר היאך תפיסה מועילה מספק בקנס בבבל דאין דנים שם דיני קנסות, והלא ליכא חיוב קנס קודם העמדה בדין.

סימן ד: בו יבואר מה שכתבו הרא"ש והטור דדעת הר"י נוטה דבספיקא דדינא אם תפס מוציאים מידו, ואע"פ שהש"ך לא מצא שום זכר לכך בדברי התוס' והפוסקים.

סימן ה: בו יובאו קושיות התוס' וקושיות הש"ך על מאן דאמר תקפו כהן אין מוציאים מידו, והלא הבעלים היו יכולים ליתן לכל מי שירצו, ויוכיח דלאו חדא קושיא נינהו.

סימן ו: בו יבואר מה שיכול התופס לומר במלתא דתליא בסברא נראה לי שסברא זו אמת, ומה שכתב הש"ך דחכמי הש"ס חתמו בעיא דלא איפשטא תיקו לומר דתפיסה מועילה.

סימן ז: בו ידון בדברי הסמ"ג דלפי מה דמיבעי לן אם עשו תקנת נגזל במסור ונשבע ונוטל, וסלקא בתיקו, אם תפס הנמסר מן המסור אין מוציאים מידו.

סימן ח: בו יובא תמיהת הש"ך על דברי התרומת הדשן שלא פסק כשיטת הרי"ף דתפיסה מועילה בספיקא דדינא, ואע"ג דהרמב"ם ס"ל כותיה.

סימן ט: בו יתיישבו דברי הנמוקי יוסף שכתב דשיטת הרי"ף היא דאין תפיסה מועילה בספיקא דדינא, והקשה עליו הש"ך דמבואר מדברי הרי"ף דתפיסה מועילה בספיקא דדינא.

סימן י: בו יבואר למה הש"ך הקשה סתירה בדברי הרי"ף ממה שהגהות אשרי כתב בשמו דבתיקו יחלקו ולא הביא דברי הרי"ף בתיקו דכפל שפסק דממון המוטל בספק חולקין.

סימן יא: בו יובאו דברי הרמב"ן דבעיא שעלה בתיקו הוי כאילו איפשטא קולא לנתבע, ואפילו תפס שלא בעדים מוציאים מידו, וידון אם שייך בזה דין הפה שאסר הוא הפה שהתיר.

סימן יב: בו יבוארו דברי הרמב"ם דתפיסה מועילה בקנס, ודברי הראב"ד דאין חיוב קנס קודם העמדה בדין, ודברי הרא"ש דתפיסה בודאי קנס היא מדין עביד איניש דינא לנפשיה.

סימן יג: בו יובאו דברי הש"ך שלדעת המגיד משנה תפיסה מועילה בתיקו, ויבואר די ש לומר נמי דהמגיד משנה מסופק בזה, ותפיסה מועילה מספק.

סימן יד: בו יבוארו הערות הש"ך על דברי מהר"ד שהוכיח דהרמ"ה ס"ל דבספיקא דדינא אם תפס מוציאים מידו ממה שכתב דבספיקא דתרי ותרי אם תפס מוציאים מידו.

סימן טו: בו יבואר מה שהטור הביא דעת הרמב"ם דתפיסה מועילה בספיקא דדינא דזורק כיס לים, ולא הזכיר שהרא"ש חולק אלא כשהעתיק הלכה זו שלש מאות סימנים קדימה.

סימן טז: בו יבואר למה אין המסור יכול לתפוס מן המוסר בלי לישבע וליטול כיון שהוא טוען ברי שכך וכך הפסידו, ויחולק בין עדים המכחישים את השטר למכחישים אלו את אלו.

סימן יז: בו יוכיח דשיטת הטור במתגלגל היא כשיטת הרמב"ם, ויבואר למה לא כתב דלדעת הרא"ש אם תפס מוציאים מידו.

סימן יח: בו יבואר דברי הב"ח דבעיא דלא איפשטא שלא קבעו בה תיקו יכול גדול הדור להכריע ומודה הרא"ש דאם תפס אין מוציאים מידו.

סימן יט-כ: בו ידון בכל המקורות לשיטת הטור ורבינו ירוחם בענין תפיסה בספיקא דדינא, ויבוארו דברי הרא"ש דתפיסת ספק איקרי תפיסה.

סימן כא: בו יבוארו דברי הסמ"ע ליישב למה הטור פסק באיזה מקומות דבספיקא דדינא אם תפס אין מוציאים מידו, ולא כהרא"ש דמוציאים מידו.

סימן כב: בו יבואר למה הש"ך לא הביא ראיה מדברי רבינו ירוחם בענין ספיקא דקנין אגב שהקנה קרקע לאחד ומטלטלין לאחר דס"ל דאם תפס אין מוציאים מידו.

סימן כג: בו יבוארו דברי הרא"ש בעושה בגפן זה דמיבעי לן אם אוכל בגפן אחרת ולא איפשטא ואם תפס ואכל אין מוציאים מידו, וגם לא מנכים משכרו.

סימן כד: בו יבואר קושית הב"ח על דברי הראב"ד דאין תפיסה מועילה בספיקא דקנס מפני שאין החיוב חל לפני העמדה בדין, ואם כן גם בודאי קנס לא תועיל לו תפיסתו.

סימן כה: בו יבואר למה הש"ך לא הביא בכלל הקושיות שבסימן זה גם קושיתו דדברי הרא"ש סותרים למה שכתב בבעיא דגפן דאם תפס אין מוציאים מידו.

סימן כו: בו יבואר ישוב הש"ך לדברי הרא"ש שפסק בבעיות דכיצד הרגל לענין פלגא נזקא קנסא דאם תפס מוציאים מידו, ובשאר בעיות דסלקי בתיקו לא פירש דמוציאים מידו.

סימן כז: בו ידון בדברי הש"ך דבאותם שנשבעים ונוטלים אם נשבעו אין בית דין כופים הנתבע לשלם, כמו שמציאת חרש שוטה וקטן אין מוציאים בדיינים.

סימן כח: בו יבוארו דברי הרמב"ם דאם טען הנגזל שהיו לו מרגליות בהכיס שהמזיק השליך לים אינו נשבע ונוטל, אבל אם תפס נשבע ומחזיק במה שבידו.

סימן כט: בו יבוארו דברי המגיד משנה דכל שיש ספק בתקנת נשבעים ונוטלים אינו נכלל בהתקנה, ואפילו תפס מוציאים אותו מידו.

סימן ל: בו יבואר מחלוקת הטור ורבינו ירוחם בגזל מציאת חרש שוטה וקטן ולא החזירה אם בית דין מנדים אותו, ויחולק בין נידוי דמציאה לנידוי דשבועת היסת.

סימן לא-לב: בו יבואר מה שכתב הש"ך דאם אפילו נשבע ונוטל שתפס לא משמתינן ליה אם כן פשיטא דגם בגזל דרבנן לא משמתינן ליה.

סימן לג: בו ידון בהצד דפועל שעושה בגפן זה שאכל בגפן אחר לא נחשב גזלן ואינו צריך לשלם, אם יש לבעל הבית לומר רצוני שתאכל מכאן ולא מכאן.

סימן לד: בו יבוארו דרך הש"ך ודרך הסמ"ע לפרש שיטת הרא"ש בענין תפיסה מספיקא בספק במציאות ובספיקא דדינא אם מוציאים מידו.

סימן לה: בו תתישב קושית הש"ך על דברי הסמ"ע דבמתגלגל ס"ל להרא"ש דאין מוציאים מידו כיון שיכול לתפוס מה שנהנית, והלא בספיקא דדינא אית ליה דאין מוציאים מידו.

סימן לו: בו יבואר קושית הש"ך ותירוצו על דברי הטור ורבינו ירוחם והרא"ש שלא כתבו דתפס אין מוציאים מידו בגמל בהנהגה ומשוך בהמה וקנה כלים וזרק ארנקי בפתח זה.

סימן לז: בו יובא קושית הש"ך על דברי המחבר בזרק ארנקי דס"ל דאם תפס מוציאים מידו, ויבואר תירוצו של החכם צבי דמתנה לא נפקא מרשות נותן עד דאתי לרשות מקבל.

סימן לח: בו יבוארו שתי קושיות הש"ך על דברי הרא"ש דפועל שאכל מגפן אחר לא מפקינן מיניה וגם אין מנכים משכרו, ויבואר הדמיון למשכנתא דהוי אפוקי.

סימן לט: בו יבוארו דברי הראב"ד דמחלק בקנסות בין חסרו ממון ללא חסרו ממון לענין אם תפיסה מספק מועילה, ויתבאר קושית המגדל עוז על דבריו.

סימן מ: בו יובאו דברי הטור בבעיא דחופר בור תשעה ובא אחר וחפר עוד טפח ושוב נסתם הטפח לדברי האומר תפיסה מועילה תופס מאיזה שירצה.

סימן מא: בו תתיישובו קושיות הש"ך על דברי הרא"ש לגבי כשכשה באמתה ולגבי בעטה והתיזה צרורות במקום דאי אפשר, ויבוארו דבריו דכל רגל משונה משלם פלגא נזקא קנסא.

סימן מב: בו יבוארו דברי הר"ח בהלכה במקום שאי אפשר שלא תתיז ובעטה והתיזה דאם זה נחשב כאורחייהו משלם נזק שלם, ויוכיח דהש"ך לא פירש כן בדברי רבינו ירוחם.

סימן מג: בו יבואר ישוב הש"ך לקושיתו על שיטת הרא"ש ממאי דפסק בכשכשה

באמתה דאם הניזק תפס הבהמה מגבין ליה חצי נזק מגופה, ולמה לא יוכל לתפוס על הצד שהוא רגל.

סימן מד: בו תתישבו קושיות הש"ך על מה שהרא"ש הוכיח דתפיסה בספק מציאות אינה מועילה בטענת שמא אלא בטענת ברי מדברי רב נחמן דקרקע לעולם בחזקת בעלה עומדת.

סימן מה: בו יבוארו דברי הרא"ש שהוכיח דתפיסה בטענת שמא אינה מועילה בספיקא דמציאות מהא דאמר רב נחמן דבא בסוף החודש כולו למשכיר דקרקע בחזקת בעליה עומדת.

סימן מו: בו יובאו דברי הרא"ש דנראים כסותרים זה את זה, וידון בישוב הש"ך דדרך הרא"ש להעתיק דברי הרי"ף כצורתם, ואף מה שכתב וכן הלכתא, ואע"ג דלא סבירא ליה כן.

סימן מז: בו יבוארו עוד שני דרכי הש"ך ליישב סתירת דברי הרא"ש בתפיסה בטענת שמא אם מועילה, דשאני כשתפס קודם שנולד הספק אי נמי כשתפס ברשות.

סימן מח: בו יבוארו דברי הטור במאה זוזי דאינון עשרים סלעים אם תפס אין מוציאים מידו, והיאך מצא מקורו בדברי הרי"ף דבספק שבשטר מועילה תפיסה בטענת שמא.

סימן מט: בו יוכיח דמה שהש"ך לעיל דייק מלשון הטור דאי תפס לא מפקינן מיניה דהיינו תפיסה שלא ברשות, עיקר דיוקו הוא ממה שכתב תפס מיניה דמשמע על כרחו.

סימן נ: בו יבואר מה שהש"ך הוכיח מדברי הראשונים דתפיסה ברשות מועילה, וגם מה שלא הספיק לו משנה מפורשת דמת הבן ביום שלשים אם נתן לא יטול ואם לא נתן לא יתן.

סימן נא: בו יבוארו דברי רבינו ירוחם כפי דפוסים ישנים דבתרי ותרי אין קורעים השטר שאם תפס בלא עדים אין מוציאים מידו מיגו דאי בעי אמר לא תפסתי, ולמה צריך שטר.

סימן נב: בו יבוארו דברי רבינו ירוחם לענין תפיסה במקום ספיקא דתרי ותרי ולענין חזקת מטלטלין ותפיסת הדיינים לפי הגירסא שלפנינו ולפי מה שהגיה הש"ך בדבריו.

סימן נג: בו ידון בדברי הנמוקי יוסף דתפיסה מועילה בספק שהוא מחמת הדין עצמו רק אם הוי מלתא דעבידא לגלויי או ספק דתרי ותרי או תפיסה ברשות במטלטלין.

סימן נד: בו יובאו דברי הרמ"א בשובר שלשנו מסופק דיד הלוח על העליונה, ויבואר קושית הסמ"ע דהרי יש למלוה שטר ברור וגובה ממשעבדי, וישוב הש"ך דשטר דרכו לשובר.

סימן נה: בו יובאו דברי המהרי"ק בתשובת לענין חמשה שקיבלו לשלם עבור הוצאות

העיר לפי ממונם וצרכי צדקה לפי חשבון, ויבוארו דברי הש"ך דאינם נחשבים כשני שטרות.

סימן נו: בו יבוארו דברי הש"ך דלדעת המהרי"ק אין טענת קים לי נחשבת טענת ברי כלל בספק בלשון השטר, אבל בפלוגתא דרבוותא היא טענת גרועה ומועילה קודם שנולד הספק.

סימן נז: בו יבוארו דברי התרומת הדשן דשוכר תפוס בחודש העיבור מקודם ובהיתר, וגם דאין תפיסה ברשות אלא כשנתנוהו הבעלים מדעתם, ולא כשבא ליד התופס בשאלה ופקדון.

סימן נח: בו יובאו דברי הש"ך דלדעת התרומת הדשן חודש העיבור לא נחשב תפיסה ברשות משום דהוי בקרקע, ויבואר ישוב הש"ך לדברי הרשב"א דמשמע דמועילה בקרקע.

סימן נט: בו יובא מחלוקת הר"ן והיש מחלקים לענין בעיא דלא איפשטא דמשוך בהמה וקני כלים שעליה אם תפיסתו נחשבת ברשות, ויבואר הוכחת הש"ך כדברי התרומת הדשן.

סימן ס: בו יובאו דברי הגידולי תרומה דפליג על מה שכתב התרומת הדשן דאין תפיסה ברשות בשאלה, וחילק בין תפיסה לתקיפה, ויבוארו דברי הש"ך דהרמב"ן נקט לשון הגמרא.

סימן סא: בו יבואר דהש"ך ס"ל דתפיסה שלא ברשות בטענת שמא מועילה בהלואה משום דאין לך תפיסה גדולה מזו, ויבואר היאך מדמה דין הלואה לדין תפיסה ברשות שמועילה.

סימן סב: בו יובאו דברי הרמ"א דישאל שמסר ספק בכור לכהן מדעתו מפני שלא ידע דעל הכהן להביא ראיה מוציאים מיד הכהן, ויובא קושית הש"ך דהא תפס ברשות ויבואר ישובו.

סימן סג-סד: בו יובא הוכחת הש"ך דלשיטת הסמ"ג אין תפיסה אחר שנולד הספק מועילה, ויבואר דהא דתפיסה מועילה באומר כור בשלשים סאה בסלע מיושב כסברת הגידולי תרומה.

סימן סה: בו יובא קושית השארית יוסף שהטור הביא דעת הרמב"ם דתפיסה מועילה בספיקא דדינא ולא דעת הרא"ש דפליג, ויבואר שיטת רבינו ירוחם דאין תפיסה מועילה במסור.

סימן סו: בו יבוארו דברי רש"י דאם בא משכיר בסוף החודש כולו למשכיר דכיון דקרקע בחזקת בעליה עומדת הרי נולד הספק בתחלת חודש העיבור, ולא כתב שנולד בתחלת השנה.

סימן סז: בו יבוארו דברי הש"ך שהביא ראיה דתפיסה בטענת שמא מועילה קודם

שנולד הספק ממה שכתב הרא"ש בכתובות גבי תרי ותרי בקיום השטר דתפיסה מועילה.

סימן סח: בו יבואר מה שמהר"ד ך' לב הוכיח דלשיטת הרא"ש תפיסה בטענת שמא אינו מועילה אפילו אם תפס קודם שנולד הספק ממה שכתב בכתובות גבי תפיסה במקום תרי ותרי.

סימן סט-ע: בו יובאו שיטת השלשה גדולי האחרונים שהביא הש"ך כמסכימים לדעתו דלשיטת הרא"ש תפיסה מועילה קודם שנולד הספק, וידון במה שהקשה על דברי הבית יוסף.

סימן עא: בו ידון בראית הש"ך דהמהרי"ן לב ס"ל כהנך פוסקים דתפיסה מועילה בתיקו ובבעיא דלא איפשטא ממה שכתב דבעיא דמיגו במקום חזקה אם תפס אין מוציאים מידו.

סימן עב: בו יובאו דברי הש"ך גבי דבריא שהנחיל לכל מי שירצה שהוכיח מדברי הנמוקי יוסף שיורשים מוחזקים בנכסי הירושה, והלא כתב שם טעמא משום דהלכה כרבנן בבריא.

סימן עג: בו תתיישב קושית הש"ך על דברי הר"ן שלא נראים לו דברי הרמב"ם דתפיסה מועילה בספיקא דדינא דמאי שנא מספק בכור, והרי הרמב"ם ס"ל בבכור דאין מוציאים מידו.

סימן עד: בו יובאו דברי המהרש"ל שהכריע דאין תפיסה מועילה בספיקא דדינא וחילק בין תיקו לבעיא דלא איפשטא, ויבואר מה שהקשה הש"ך שיכול התובע לומר שמא הדין עמי.

סימן עה: בו יובא שיטת הטור דמכר עבדו לעכו"ם לשלשים יום לא יצא לחירות דהוי איסורא דרבנן ואזלינן לקולא, ויבואר למה הביא דעת הרמב"ם אם תפס ולא דעת הרא"ש.

סימן עו: בו יבואר היכן ראה הש"ך בדברי הנמוקי יוסף בפרק שנים או חזין דס"ל דתפיסה בטענת ברי מועילה במסור, ויחולק בין ספק בלשון השטר ושאר ספיקות דממונא.

סימן עז: בו יבוארו דברי הרמב"ם דשכיב מרע שהקדיש או הפקיר או חילק לעניים אם עמד חוזר משום ספק, ואע"ג דהבעיות באם תמצא לומר, ויבואר למה אין תפיסה מועילה.

סימן עח: בו יובאו דברי הש"ך שהדבר מסור לדיינים לדון אם תפיסה מועילה בספיקא דדינא, ויבואר מחלוקת המהרש"ל והש"ך אם עם הארץ טוען קים לי בבעיא דלא איפשטא.

סימן עט: בו יבואר למה לא חילק הש"ך בין תופס תדמיד חכם לתופס עם הארץ

בפלגתא דרבוותא, ולמה כתב דברי על ידי אחר הוי ברי לא הביא מחלוקת הפוסקים בזה.

סימן פ: בו יבוארו דברי התרומת הדשן דתפיסה אינה מועילה בפלוגתא דרבוותא, ודלא כדברי הש"ך, ויתיישבו דברי המרדכי לדעת התרומת הדשן שלא יהיו כסותרים אלו את אלו.

סימן פא: בו יבואר למה הש"ך הביא דברי מהרש"ל דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא אע"פ שכבר הביא בשמו דמועילה בבעיא דלא איפשטא, ואם כן כל שכן בפלוגתא דרבוותא.

סימן פב: בו יבוארו דברי השארית יוסף שכתב דאין להוכיח דהמהרי"ק ס"ל דתפיסה בטענת קים לי מועילה, ויבואר היאך הש"ך הוכיח דהדרכי משה והסמ"ע חלקו על המהרי"ק.

סימן פג: בו יבוארו דברי מהר"ד ו' לב דלא מסתבר דטענת קים לי בפלוגתא דרבוותא הוי טענת ברי, ומכל מקום יכול לומר קים לי כהרי"ף דטענת שמא מועילה וקים לי כראב"ה.

סימן פד: בו יבואר מה שהש"ך דחה ראיתו מדברי המהר"ד דאין טענת קים לי כטענת ברי, דאם המהר"ד ידע שכמה פוסקים ס"ל כהרי"ף היה פוסק דתפיסה מועילה בטענת שמא.

סימן פה: בו יבואר סברת הש"ך לחלק דגם לפי הני שיטות דס"ל דתפיסה אינה מועילה בספק שעלה בתיקו, גבי פלוגתא דרבוותא מועילה תפיסה כיון שתפס קודם שנולד הספק.

סימן פו: בו ידון במה שהש"ך הביא ראייה דתפיסה בפלוגתא דרבוותא נחשבת קודם שנולד הספק ממה שכתה מהר"י ו' לב בתשובות דתפיסה מועילה למי שגזם ואיים על חבירו.

סימן פז: בו יבואר דברי הש"ך דתפיסה אינה מועילה בתיקו כיון דדיין שפסק טעה בדבר משנה, אבל בפלוגתא דרבוותא יכול לפסוק, ויתיישב למה לפי הרא"ש תפיסה מועילה בתיקו.

סימן פח: בו יתיישב מה שכתב הש"ך דאין להוכיח מדברי בעל התרומות אם דתפיסה מועילה בתיקו, והלא מוכח ממה שכתב דתפיסה מועילה משום דבדיין לא מהדרינן עובדא.

סימן פט: בו יבוארו דברי הש"ך דהתרומת הדשן פסק דאלמנה יכולה לתפוס בטענת אין אדם מוריש קנס לבניו משום שיכולה לטעון כהנך דעות דלא גרסי דעבד כרב אלעזר עבד.

סימן צ: בו יבואר דברי המבי"ט שתפיסה מועילה בטענת קים לי כהרי"ף דבשטרי

אקנייתא בעינן מטא לידיה לבסוף, ומכל מקום לא אמרינן קם דינא ויכול האחר לחזור ולתפוס.

סימן צא: בו ידון במה שהוכיח הש"ך מדינא דמורדת שתפסה בלאים אין מוציאים מידה דגם מאן דס"ל דאין תפיסה מועילה בתיקו מודה דמועילה בפלוגתא רבוותא.

סימן צב: בו יוכיח דמאי דסלקא דעתיה להש"ך דאין תפיסה מועילה היכא דאיכא שני לשונות או מחלוקת אמוראי ולא איפסקא הלכתא דומה למה שכתב לענין בעיא דלא איפשטא.

סימן צג: בו יובאו דברי הרא"ש בשם מהר"ם רבו דבפלוגתא דרבוותא אוקי ממונא ביד המוחזק וראיתו מפרק חזקת הבתים, ויבוארו דבריו כפי הבנת מהר"י ל' לב ומהר"א ל' ששון.

סימן צד: בו ידון בהא דקיימא לן רבה ורב יוסף הלכה כרבה אם הוא מכללי הפסק או אם חכמי התלמוד הסכימו לדבריו בכל מקום בפרט, ויבואר דבזה נחלקו הרשב"ם ומהר"י ל' לב.

סימן צה: בו יבואר פירוש הש"ך בדברי הרא"ש דבפלוגתא דרבוותא מוקמינן ביד המוחזק וראיה שהביא לדבריו ממחזיק שאמר אין שטרא זייפא היא ושטרא מעליא הוה לי ואירכס.

סימן צו: בו יבואר מה שהש"ך הוכיח דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא ממה שכתבו התוס' דבפלוגתא דרבוותא לא שייך כולי האי לאוקמי בחזקת מרא קמא להוציא ממוחזק.

סימן צז: בו ידון במה שכתב מהרשד"ם דהתופס ממון בפלוגתא דרבוותא יכול לומר קים לי כחד מרבוותא אפילו כנגד רוב פוסקים משום דקיימא לן דאין הולכים בממון אחר הרוב.

סימן צח: בו יבואר מה שכתב הב"ח ליישב קושית הר"ן על הרמב"ם שפסק דכהן שתפס מלוי מתנות, שהיא פלוגתא דרבוותא, אין מוציאים מידו, והלא בתקפו כהן מוציאים מידו.

סימן צט: בו יבואר מה שהיה אפשר לדייק מקושית הש"ך על דברי הב"ח שרצה ליישב סתירת הרמב"ם מספק בכור למתנות דהש"ך ס"ל דאין תפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא.

סימן ק: בו יתיישבו דברי הכנסת הגדולה שהוכיח מדברי המהר"י ל' לב דאין תפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא בהתפיסה עצמה, והקשה עליו הש"ך דהלא שם מפורש להיפך.

סימן קא: בו ידון בדברי המהרי"ט שהוכיח דאין תפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא בהתפיסה עצמה ממה שאמר רבי יוחנן מה אעשה שכנגדי חלוק עלי, דהיינו ששקול

כמותו.

סימן קב: בו יובא הוכחת הש"ך מדברי הרשב"א דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא בהתפיסה עצמה, ותתישב קושית הקונטרס הספיקות דדלמא להלכה סבר הרשב"א דאינה מועילה.

סימן קג: בו יובא שאלה שבאה לפני מהרד"ך באלמנה שלא רצתה להתייבם ותפסה מטלטלין, ויבואר הוכחת הש"ך מדבריו דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא בהתפיסה עצמה.

סימן קד: בו ידון במה שהש"ך הכיח מדברי הרמ"א ומהר"ם יפה באלמנה שתפסה למזונותיה ואלמנה שתפסה כתובתה מחיים דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא בהתפיסה עצמה.

סימן קה: בו יבואר סברת החולק על הש"ך שכתב דאין תפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא כמו שאינה מועילה בתיקו, והביא ראיה מתופס אחר תופס בארבע דדינא כל דאלים גבר.

סימן קו: בו יבוארו דברי הש"ך דאלמנה שתפסה נכסי היתומים בשביל הבת במקום דאיכא פלוגתא דרבוותא זכתה הבת במה שתחת ידה אבל האלמנה עברה על לא תגזול.

סימן קז: בו יובאו דברי הש"ך שהביא דברי התרומת הדשן דאע"ג דאין תפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא אם אין מוחזק אמרינן כל דאלים גבר, ויוכיח דאין בזה דחיה לסברת החולק.

סימן קח: בו יובאו דברי המהרש"ל דאין תפיסה מועילה אלא בדבר המסופק, וידון במה שכתב דיכול לתפוס הלואה שתחת ידו מדין פרעון בסובין או כדין הפקעת הלואה מן הנכרי.

סימן קט: בו ידון בראית הש"ך דהתרומת הדשן ס"ל דתפיסה מועילה גם בכל דבר ממה שכתב דהחתן צריך להחזיר הספרים שהיו שאולים בידו דאין תפיסה מועילה בספיקא דדינא.

סימן קי: בו יובא ראית הש"ך דתפיסה מועילה בכל דבר מדברי התרומת הדשן דאפילו היכא דחייב להחזיר נעשה מוחזק, ויבואר דהוא מוחזקברשות הממון של זה שתפס ממנו.

סימן קיא: בו יובאו דברי הריב"ש דאין איסור משכון אלא בהלואה ממש, ומזה הביא הש"ך ראיה כנגד מה שפסק המהרש"ל דאין תפיסה בפלוגתא דרבוותא מועילה בתופס ממון אחר.

סימן קיב: בו יובא הוכחת הש"ך דתפיסת מטלטלין מועילה בפלוגתא דרבוותא מדיוק דברי הרא"ש בספיקא דדינא דשור המזיק, ויבואר דתפיסת ממון בספק חיוב הוי אותו דבר.

סימן קיג: בו יבואר למה אין התופס יכול לחבול בחבירו היכא שאינו יכול לברר תביעתו, וידון באלמנה שתפסה מטלטלין אם זה נחשב תפיסת דבר אחר או תפיסת אותו דבר.

סימן קיד: בו יובא תשובת המהרי"ק בקהל שתפסו כלי קודש, ויתבאר דיסוד כל תפיסה הוא עביד דינא לנפשיה, ואולם אינו רשאי להכותו אלא אם כן יכול לברר תביעתו לבית דין.

סימן קטו: בו יבוארו דברי המהרש"ל דאסור לתפוס חפץ שאינו מבורר משום מדבר שקר תרחק, ואע"ג דלא אמר שום שקר, וידון בדברי הש"ך דאם חבל בו חייב כיון שמוציאים מידו.

סימן קטז: בו יובאו קושית המהרש"ל על דברי המהרי"ק, לפי הבנתו בהם, מדברי הטור, וידון למה לא הקשה מסוגיא דנסכא דרבי אבא שמבואר להדיא דתופס בפני עדים משלם.

סימן קיז: בו יתיישבו דברי המהרש"ל דאילו היה רב הונא תופס הזמורות עצמן היה זה נחשב כתופס חפץ עצמו המבורר, דהיינו שיכול לבררו לבית דין, מפני שהאריס הוחזק חשוד.

סימן קיח: בו יובאו דברי מהר"י ׳ לב בתשובה לענין פלוגתא דרבוותא בשכיב מרע שהניח כל נכסיו לאשתו ומת והיה לו בן גדול, ויבואר למה הנכסים בחזקת הבן ולא בחזקתה.

סימן קיט: בו יובא שיטת בעל המאור דכותב כל כל נכסיו לאשתו עשאה אפוארופוס דוקא כשבניו קטנים, ויבואר דסלקא דעתיה דהש"ך דכל חכמי ישראל פליגי משום שלא הביאו דינו.

סימן קכ: בו יבואר מחלוקת המהר"י ׳ לב והש"ך לענין אם מוציאים ממון מחזקתו על ידי ספק ספיקא, ויתיישבו דברי הש"ך דכל היכא שהיא מותרת לבעלה אין להפסידה כתובתה.

סימן קכא:

סימן קכב:

סימן קכג:

סימן קכד:

סימן קכה:

סימן קכו:

סימן קכז:

סימן קכח:

סימן קבט:

סימן קל:

קונטרוס קים לי:

סימן א

בו תתיישב סוגיא דבבא מצינא דמשמע דהלכתא כמאן דאמר תקפו כהן מוציאים מידו אליבא דהרמב"ם שפסק דאין מוציאים מידו.

בבבא מצינא (דף ו:): הוכיח רב המנונא דתקפו כהן אין מוציאים מידו מהא דתנן ספק בכורות המוציא מחבירו עליו הראיה, ותני עלה אסורים בגיזה ועבודה, ולמד דהא דתנן המוציא מחבירו עליו הראיה היינו בין אם הוא ביד הישראל בין הוא ביד הכהן שתפס, ואפילו בלא תקף אסור בגיזה ועבודה, ודחי רבה ראיתו דלעולם יש לומר דתקפו כהן מוציאים מידו, והכהן לעולם נחשב מוציא מחבירו אפילו אם תפס, ומכל מקום אסור בגיזה ועבודה משום דהוי קדושה הבאה מאליה, והביא רב חנניה ראיה לרבה מהא דתניא הספיקות נכנסים לדיר להתעשר, ואי סלקא דעתך דתקפו כהן אין מוציאים מידו נמצא פוטר עצמו בממון כהן, ומשמע דרב חנניה למד דספיקות דברייתא היינו ספק בכורות, ושפיר יש להביא ראיה דתקפו כהן מוציאים מידו, יעו"ש. והש"ך הביא פלוגתת הפוסקים היאך קיימא לן להלכה, הרמב"ם פ"ב בכורות הל"ו פסק דתקפו כהן אין מוציאים מידו, וכמה פוסקים פליגי וס"ל דמוציאים מידו משום דכן היא מסקנת הגמרא, והוצרך ליישב למה הרמב"ם פסק דאין מוציאים מידו, הלא משמע בגמרא דרב המנונא קיבל ראית רב חנניה מברייתא דספיקות נכנסים לדיר להתעשר.

וכתב הש"ך דרב חנניה מביא ראיה מן הברייתא משום דמוקים לה בספק בכורות, אבל למסקנת הגמרא קאמר דאין לאוקמי בכך משום דילפינן יהיה קודש ולא שכבר קדוש, ולמסקנא מוקי לה לברייתא בספק פדיון פטר חמור, והרי פדיון פטר חמור הוי מתנת כהונה אבל אין בו איסור גיזה ועבודה, אלא הוי חולין גמור, ולכן אין להוכיח משם דאם תקף כהן ספק בכור מוציאים מידו, דדוקא בספק פדיון פטר חמור מוציאים מידו, אבל לא בספק בכור דאית ביה איסור גיזה ועבודה.

והביאור הוא דבספק פדיון פטר חמור הלא השה חולין גמור, וכיון שהוא ספק אמרינן דהמוציא מחבירו עליו הראיה, והוחזק בידו, ונסתלק לגמרי צד האחר כמאן דליתא, ולכן אם תפס מוציאים מידו, שאין להכהן שום צד ממון בהשה, אבל בספק בכור שיש בו איסור גיזה ועבודה מחמת שהיא קדושה הבאה מאליה, כדמבואר בגמרא, נקטינן דהאיסור גיזה ועבודה מקיים צד הכהן, ואינו נסתלק כמאן דליתא, ושפיר איכא למימר דאם תפס אין מוציאים מידו.

והוסיף הש"ך וז"ל: ואם כן לרב אחא ורבינא ליכא לאתוויי ראיה, אם כן אדרבה מסקנא דש"ס דספק בכורות אין מוציאים מידו עכ"ל, יעו"ש, ויש להבין והלא לפי המסקנא דמוקים ברייתא בספק פדיון פטר חמור אין זה שייך לענין תקפו כהן מוציאים או אין מוציאים מידו, והיכן ראה הש"ך במסקנת הגמרא דאדרבה תפקו כהן אין מוציאים מידו.

ונראה דהש"ך מפרש הגמרא, לפי דעת הרמב"ם, דרבה לא פליג על רב המנונא דאית ליה תקפו כהן אין מוציאים מידו, ומביא ראיה מהא דתנן ספק בכורות המוציא מחבירו עליה הראיה, ורב המנונא למד דהמוציא מחבירו עליו הראיה היינו שנשאר ביד כל מי שהוא בידו, או הישראל או הכהן, וקאמר ליה רבה דאין להוכיח כדבריו מן המשנה, דשפיר איכא למימר דתקפו כהן מוציאים מידו הואיל והוי קדושה הבאה מאליה, והא דקאמר המוציא מחבירו עליו הראיה היינו שעל הכהן להביא ראיה, שהוא לעולם המוציא, כמו שכתב רש"י, יעו"ש, אבל בעצם לא ראינו בגמרא דדעת רבה היא דתקפו כהן מוציאים מידו, ולא נתבאר בגמרא להחלט דמוציאים מידו אלא מראה דרבי חנניה, וכיון דבמסקנא מוקמינן לברייתא בספק פדיון פטר חמור, ואידחי ראיה דרב חנניה, לא נשאר לנו אלא דעת רב המנונא דתקפו כהן אין מוציאים מידו, ודברי רבה דלא פליג עליה אלא מפקפק בראיתו, ולכן יש לקבוע הלכתא דתקפו כהן אין מוציאים מידו.

הש"ך הביא תשובת הרשב"א ח"א סי' ש"י שכתב יישוב לקושית השואל על דברי רב חנניה וז"ל: שאלת הא דאמרינן בריש פרק קמא דמציעא אמר ליה רב חנניה לרבה תניא דמסייעא לך וכו' וקשיא מאי סיעתא לספק בכורות מספק פטר חמור דהתם שאני דממון גמור דישראל הוא וכו' אבל ספק בכורות לאו ממון נינהו דהא אסירי בגיזא ועבודה והוה לן למימר דאי תקפו כהן אין מוציאים מידו ואיכא למימר דלהכי חשביה ליה ממון דישראל לפי שהוא נותר ליאכל במומו ומיהו אכתי לא נחא דלא דמי לספק פטר חמור בכל צד שאין לדון דבר אלא לפי מקומו ושעתו וספק פטר חמור ממון של ישראל הוא עכשיו כשהכהן תופשו ולכך מוציאים מידו אבל ספק בכור אינו ראוי לישראל עכשיו כשתופשו כהן ומפני שאפשר שיראה לו לאחר זמן [אין] אתה מוציאו מידו עד כאן [קושית השואל] וכו' עכ"ל יעו"ש.

הרשב"א יישב קושית השואל בענין אחר, ולא התנגד למה דקאמר דאינו נחשב שיש להישראל צד ממון בהבכור הואיל ויכול לאכלו אם נפל בו מום, דאין לדון דבר אלא לפי מקומו ושעתו, והנה מלוה שיש בידו שטר חוב על הלוה יכול הוא למוכרו לאדם אחר, ואע"פ שכפי השעה הוציא הלוה המעות ואין בידו מה לשלם, מכל מקום יש להשטר שויות כיון שיכול להיות שבמשך הזמן יתעשר ויוכל לשלם, וכמובן שלוקח השטר ישלם פחות ממה שכתוב בו, הכל לפי הסיכויים לקבל פרעון בזמן עתיד, ועיין בבבא בתרא (דף קמז:) ובתוס' ד"ה המוכר שטר חוב, יעו"ש, הרי שנחשב השטר ממון, והשורף אותו נחשב מזיק, ואע"פ שבמקומו ושעתו לא שייך בו פרעון.

אלא החילוק הוא דבשטר חוב מה שאין בו פרעון עכשיו ויהא בו פרעון לעתיד אינו תלוי בהשתנות מצד הדין אלא בהשתנות במציאות בלבד, דגם עכשיו מוטל על הלוה לשלם רק שאין לו ממון, אבל מה שבכור נאכל במומו תלוי בהשתנות בעצם דין הבכור, דעכשיו הוא קדוש ודינו ליקרב כקדשים קלים, וכשהומם פקע ממנו קדושתו ונעשה חולין, ומשום הכי יכול לאוכלו, אבל כפי המצב הדין במקומו ושעתו לא שייך בו

אכילה כלל, ואין זה נחשב שיש להבעלים זכות ממון בו, והרי זה דומה לאיסור הנאה שאינו שלו מפני שלא שייך בו שום השתמשות של הנאה, ופקע בעלותו, ולא אמרינן שיש לו זכות ממון בו שאם יחלה חולי של סכנה יהא לו מה לאכול, דהשתא אסור לו לאכול, ואם יחלה יותר לו האיסור משום פיקוח נפש, והרי זה השתנות בדינו, ודין ממוני של החפץ דנים לפי מקומו ושעתו, ואין זה נחשב ממון, וכן אין מה שנאכל במומו נחשב זכות ממון קודם שהומם.

והשיב הרשב"א להשואל וז"ל: ספק בכור זה שנולד בעדרו של ישראל כל שלא נתברר שהוא בכור אינו חייב ליתנו לכהן דלענין ממונא אמר ליה לכהן אייתי ראיה דבכור הוא ושקול ומה שהוא אסור בגיזה ועבודה משום דלענין איסור הבא מאלי איהו הולכין בספקו להקל אלא להחמיר והלכך כשתקפו כהן מוציאין מידו דאפילו כהן בעצמו אינו יכול לטעון בו ברי אלא שמא וישראל איכא למימר דאית ליה ביה דררא דממונא דבן פרתו הוא וכהן לית ליה ביה שום דררא דממונא עכ"ל, יעו"ש, והש"ך לא נראו לו דברי הרשב"א בתשובתו וז"ל: הרשב"א יישב לו שם לפי שיטתו והוא נראה דחוק עיין שם עכ"ל, יעו"ש, ויש להבין מהי כונת דברי הרשב"א, ולמה קאמר הש"ך שהם דחוקים.

והנה מה שכתב הרשב"א דבספק בכור אם תפס הכהן מוציאין מידו משום דלענין איסור הולכים לחומרא, ונקטינן שהוא קדוש לחומרא לאסור בגיזה ועבודה, אבל לא לענין ממון, ומספק נשאר הבכור ביד הישראל שהוא בן פרתו, אין כונתו דכיון דהבכור הוא בן פרתו יש לו חזקת מרא קמא עליו, שהרי להדיא כתב בתשובה שי"א וז"ל: דשאני בכור דקדושה הבאה מאליה היא וכו' ספק גמור הוא ולא איתחזק ביה ישראל יתר מכהן וכו' דאע"ג דאיתחזק ישראל באם בולד מיהא לא איתחזק וכו' עכ"ל, יעו"ש, וגם כאן בתשובה ש"י לא קאמר דלענין ממון מוקמינן ליה אחזקתו, ולא כתב אלא דאומר לו לכהן אייתי ראיה דבכור הוא ושקיל, כנ"ל, וגם בסוף דבריו כתב דישראל יש לו דררא דממונא וכהן אין לו דררא דממונא.

וביאור דבריו, דאע"ג דאין להישראל חזקת מרא קמא על הבכור, וגם הספק שקול, ואין שום הוכחה לבעלותו של הישראל יותר מלזכותו של הכהן, ושניהם טוענים שמא, מכל מקום עדיף כח הישראל מכח הכהן על ידי הא גופא שהבכור נולד בעדרו ויושב תחת אמו ונראה כמי שהוא שלו, ולהשאירו אצל הישראל אינו מחייב שינוי המצב, וזהו הנקרא דררא דממונא להישראל, אבל ליתנו להכהן מחייב שינוי המצב שלפנינו, ואין לו דררא דממונא, דהמצב כמו שהוא אינו קשור להכהן כלל, וכיון שהספק שקול אין לשנות המצב בלי להביא ראיה, והיינו מאי דקאמר דהישראל אומר לו זיל אייתי ראיה שהוא בכור, ואע"ג דאין להישראל חזקת מרא קמא, צריך הבכור להישאר בידו משום דררא דממונא, והרי זה דומה לחזקת מרא קמא. ואם מצינו בספק פטר חמור שיש לו חזקת מרא קמא גמורה שאין תפיסה מועילה ומוציאים מיד התופס, הוא הדין בספק בכור, שיש להישראל על כל פנים דררא דממונא, אין תפיסה מועילה בו ומוציאים מידו, ואע"ג דחזקת מרא קמא בודאי עדיפא

מהך דררא דממונא, מסתברא ליה לרב חנניה דלענין תפיסה אין לחלק, דאם בית דין אין מניחים חטיפות במקום חזקה, הוא הדין במקום דררא דממונא, דגם בכהאי גוונא התפיסה היא חטיפה, כן הוא ישוב הרשב"א לקושית השואל, אבל כל זה נראה דחוק להשי"ך לחדש ענין החזקת ממון המוטל ספק על ידי העמדת המצב כמו שהוא בלי חזקת מרא קמא גמורה.

הש"ך כתב בתחלת דבריו דלמסקנא נקטינן להלכה דתקפו כהן מוציאים מידו, כמו שכתבו התוס' והרא"ש והנמוקי יוסף והריטב"א ושאר כל הפוסקים בכמה דוכתי, ואכן הרמב"ם פסק דתקפו כהן אין מוציאים מידו, ובהמשך דבריו כתב וז"ל: וכן הרשב"א, אע"ג דמשמע מדבריו דס"ל דתקפו כהן מוציאים מידו, כמו שכתבתי לקמן סי' ע"ג משמו דס"ל בתיקו אין תפיסה מועילה, ואם כן כל שכן בספק בכור וכמו שיתבאר, מכל מקום בספרו משמרת הבית דף מ"ו ע"א כתב דאפשר דקיימא לן כהרמב"ם דאין מוציאים מידו, עיין שם, גם בתשובות סי' ש"א כתב ליישב דברי הרמב"ם, משמע אע"ג דס"ל להלכה דמוציאין מידו, מכל מקום למעשה אפשר דס"ל כהרמב"ם עכ"ל, יעו"ש.

ויש לעיין במה שכתב הש"ך דאם בספיקא דדינא ס"ל להרשב"א דאם תפס מוציאים מידו, כל שכן דס"ל דבספק בכור, שהוא ספק במציאות, דאם תפס מוציאים מידו, מהי סברת הכל שכן, והיה אפשר לומר דזהו משום דיותר מסתברא להוציא מן התפוס בספיקא דמציאות בלי טענת ברי, כמו ספק בכור, מלהוציא מן התפוס בספיקא דדינא שאין ההלכה ידועה, והסברא בזה היא דבספיקא דדינא יכול לומר קים לי כצד זה של הספק, מה שאין כן בספק בכור שאי אפשר בשום פנים לטעון ברי שהוא ודאי בכור, כמו שכתב הש"ך בסי' ו' לפרש השיטות דס"ל תקפו כהן מוציאים מידו ומכל מקום אם תפס בספיקא דדינא אין מוציאים מידו, יעו"ש, ולכן אם ס"ל להרשב"א דבספיקא דדינא מוציאים מידו, כל שכן דבספק בכור מוציאים מידו, והרי שני הדינים קשורים בעצם זה לזה.

אולם לכאורה אין לומר שכן היא כונת הש"ך, שהרי כתב בסוף דבריו הנ"ל דאע"ג דהרשב"א ס"ל דתקפו כהן מוציאים מידו, כדמוכח מן הכל שכן, מכל מקום למעשה אפשר דס"ל כהרמב"ם דאין מוציאים מידו, כמו שהוכיח ממה שכתב הרשב"א בספר משמרת הבית, והיינו דאע"ג דס"ל כהנך שיטות דתקפו כהן מוציאים מיד התופס, מכל מקום חשש לשיטת הרמב"ם לחומרא, ושב ואל תעשה עדיף, ומשום הכי אין בית דין מוציאים מיד התופס כנגד שיטת הרמב"ם, אכן קשה לפי זה, שהרי פסק הרשב"א דאם תפס בספיקא דדינא מוציאים מידו, כמו שהוכיח הש"ך בסי' ע"ג, כנ"ל, ושם לא מצינו שום זכר שחשש לשיטת הרמב"ם לחומרא שלמעשה אין מוציאים מידו, אלא מוציאים ומוציאים, ואם הסברא היא דיותר מסתברא להוציא מן התפוס בספיקא דמציאות מלהוציא מן התפוס בספיקא דדינא, אם כן הכא איכא כל שכן להיפך, דאם בספק במציאות חשש הרשב"א לשיטת הרמב"ם לחומרא, ולמעשה אין מוציאים מידו,

כל שכן דבספיקא דדינא היה לו להרשב"א לחשוש לשיטת הרמב"ם לחומרא ולמעשה שלא להוציא מן התפוס.

וגם לא משמע מלשונו שהכל שכן הוא בעיקר הדין, והיינו דאם בספיקא דדינא אמרינן דאם תפס מוציאים מידו מוכרחים אנו לומר מקל וחומר דבתפקו כהן מוציאים מידו, דאם כן היה לו להקשות סתירה להא דפסק הרשב"א דתפס בספיקא דדינא מוציאים מידו מדבריו במשמרת הבית דשם פסק דתקפו כהן אין מוציאים מידו כדעת הרמב"ם, והרי דבריו סותרים אלו את אלו, והש"ך לא הקשה בדרך סתירה, וגם לא משמע מדבריו שבא בזה ליישב הסתירה במה שפסק הרשב"א דתקפו כהן אין מוציאים מידו הוא מפני שחשש לדעת הרמב"ם לחומרא, אלא משמעות דבריו היא שאינו אלא כמעורר דמצינו למימר דלמרות הכל שכן פסק הרשב"א כהרמב"ם דאין מוציאים מידו, ועל זה כתב הש"ך דאפשר לומר דאין זה אלא לחומרא, אבל בעצם ליכא סתירה מוחלטת בדברי הרשב"א.

עוד יש להוכיח דאין דין תפיסה בספיקא במציאות ודין תפיסה בספיקא דדינא קשורים זה לזה ממה שכתב הש"ך בריש סי' ג' שאחר שנגמר נושא דספק בכור, והעלה להלכה דמוציאים מידו, נדון בענין תפיסה בספיקא דדינא, יעו"ש, ומשמע שהם שני נושאים נפרדים, ואם נאמר דקשורים זה לזה אם כן דבריו שם הם כמו אם תמצא לומר, דלהנך דעות דתקפו כהן אין מוציאים מידו הרי הדבר פשוט דבספיקא דדינא אין מוציאים מידו, אכן כיון שהעלה דהלכה כהנך דעות דתקפו כהן מוציאים מידו, יש לדון עוד אם תפס בספיקא דדינא אם מוציאים מידו או לא, דאיכא למימר שיכול לומר קים לי, והוי כטענת ברי, כמש"נ.

אולם עיין מה שכתב הש"ך בריש סי' ח' וז"ל: והנה אחר אשר ביררנו דיכול להיות הדין אמת דבתיקו תפיסה מועילה וכו' נעמוד למנין ונראה מחלוקת הפוסקים אם האומרים דתפיסה מועילה הם הרבים או האומרים דאין תפיסה מועילה הם הרבים והנה דעת הרמב"ם וכו' דבבעיא דלא איפשטא או סלקא בתיקו אין מוציאין מספק וכו' עכ"ל, יעו"ש, ואם נאמר דהנידון אם תפיסה מועילה בספיקא דדינא הוא רק להנך דעות דתקפו כהן מוציאים מידו, ובא הש"ך למנות אם רובם ס"ל דהוא הדין דבספיקא דדינא מוציאים מידו, או רק מיעוטם, היאך הכניס שיטת הרמב"ם לחשבון זה, הרי הרמב"ם פסק דתקפו כהן אין מוציאים מידו, ולדידיה פשיטא דבספיקא דדינא אין מוציאים מידו, כמש"נ.

לכן נראה דאין דין תפיסה בספיקא דמציאות ודין תפיסה בספיקא דדינא קשורים זה לזה, ולכל אחד יש מעליותא מה שאין באידך, בתפיסה בספיקא דדינא איכא מעליותא שיכול לומר קים לי שהסברא הנכונה היא כצד זה של הספק, ובודאי דבריו לא מעלים ולא מורידים בבית דין להכריע הספק לטובתו בשום אופן, דמה לנו מה שהוא חושב אם חכמי התלמוד העלו בתיקו, אכן הרי הוא טוען שבדעתו הוא חושב שהוא צודק, ואולי חושב כן מפני הנגיעות ומפני חוסר ידיעתו והבנתו, והצליח לשכנע את עצמו שהצדק כדבריו, אמנם בדעתו ברור לו שצודק, והרי זה נחשב תפיסה בטענת

ברי ואין מוציאים מידו, דהמעליותא של תפיסה בטענת ברי היא שאוחז בה תפיסה בטוחה כבעלים, מה שאין כן תופס בטענת שמא דאין בזה אחיזה בתורת בעלים, ועיימש"נ בהגהות לסי' מ"ד לענין שיטת הרא"ש בבבא מציעא (דף ו:). דתפיסה בספיקא דמציאות אינה מועילה בטענת שמא אלא בטענת ברי בלבד, ולענין זה מספיק מה שהוא ברור בדעתו שהסברא הנכונה היא כצד אחד של הספיקא דדינא, ונמצא שאחיותו היא בתורת בעלים, ושפיר איכא למימר דאין מוציאים מידו, אבל בספיקא במציאות כשהוא טוען שמא, יש לצדד דאין בזה תפיסה כבעלים, ולא נעשה מוחזק על הממון, ומוציאים מידו, דתפיסת ספק לא הוי תפיסה במקום דאיכא מרא קמא, וכמו שכתב הש"ך לקמן בסי' י"ט אות ו', יעו"ש.

ולאידך גיסא יש מעליותא בתפיסה בספיקא דמציאות על תפיסה בספיקא דדינא, שהרי דין החזקות במקום ספק הוא דאזלינן בתר החזקה ונקטינן להלכה דכן היתה המציאות, כגון מקוה שנמדד ונמצא חסר דמוקמינן המקוה על חזקתו שהיה מלא עד השעה שנמצא חסר ונולד הספק, ובודאי אין זה בירור על המציאות לומר דכלפי שמיא גליא שאתמול היה מלא, אלא לענין הלכה כך הוא דין התורה דנקטינן שהיה מלא עד שנמצא חסר, ואע"ג דכלפי שמיא גליא אולי כבר היה חסר אתמול, אין זה קובע ההלכה, דלענין הלכה נקטינן שהיה מלא.

ואם כן בתופס בטענת ספק במציאות, שאינו אלא ספק של חסרון ידיעת מה שקרה, יש לומר דאין מוציאים מידו למרות שאינו טוען ברי, דאיכא למימר דגם אחיזה בטענת ספק נחשבת תפיסה כבעלים, ונעשה מוחזק, ומחמת חזקתו נקטינן שהמציאות היתה כהצד שהוא לטובתו, וכמו דאמרינן בבבא מציעא (דף ק:). במחליף פרה בחמור וילדה וליחזי ברשות דמאן קיימא וליהוי אידך המוציא מחבירו עליו הראיה, יעו"ש, דלהלכה נקטינן שילדה ברשותו כיון שהוא מוחזק בה, ואיכא למימר דהוא הדין דעל ידי תפיסה נעשה מוחזק, אפילו אם הוא טוען שמא, ושוב נקטינן להלכה שהמציאות היתה באופן שהוא לזכותו, אבל בספיקא דדינא אי אפשר לומר שתפיסתו מכרעת כצד אחד של בעיא בגמרא שחכמי התלמוד לא ידעו לפושטה.

ונמצא דבתפיסה בספק במציאות יש מעליותא דאם נימא דאיתחזק גם בטענת שמא הרי יש לקבוע לענין הלכה מה היתה המציאות, מה שאין כן בספיקא דדינא, כמש"נ, ובתפיסה בספיקא דדינא יש מעליותא דאיכא למימר דאמירת קים לי בתיקו דהש"ס לא הוי כטענת שמא אלא כטענת ברי, מה שאין כן בספיקא דמציאות דלא שייך ענין קים לי, כמש"נ, ושפיר איכא למימר דמאן דסבר בספיקא דמציאות דמוציאים מידו ס"ל דבספיקא דדינא אין מוציאים, וכן איפכא, דמאן דסבר בספיקא דדינא מוציאים מידו ס"ל דבספיקא דמציאות אין מוציאים מידו, ואין שני ענינים אלו קשורים זה לזה, ועיימש"נ בהגהות לסי' ט'.

ובמה שכתב הש"ך דאם הרשב"א ס"ל דבספיקא דדינא מוציאים מידו כל שכן דבתקפו מוציאים מידו, כנ"ל, נראה דכונתו למה שמוסכם בין הפוסקים, דבספיקא דדינא איכא כמה שיטות דמוציאים מידו וכמה שיטות דאין מוציאים מידו, כמו

שהוכיח הש"ך בהסימנים הבאים, אבל בתקפו כהן הרי דעת כמעט כל הפוסקים ראשונים ואחרונים דמוציאים מידו, כמו שכתב הש"ך בהמשך דבריו בסימן זה, ורק הרמב"ם ס"ל דאין מוציאים מידו.

ולכן אם מצינו שהרשב"א פסק בספיקא דדינא דמוציאים מידו, ולא נמשך אחריו כל השיטות דאין מוציאים מידו, כל שכן בתקפו כהן שלא היה לו לימשך אחר שיטת הרמב"ם, שהיא כמעט דעת יחיד, אלא אחר כל הפוסקים ראשונים ואחרונים דמוציאים מידו, אבל אילו עם כל זה בחר הרשב"א לפסוק כהרמב"ם דתקפו כהן אין מוציאים מידו אין בזה סתירה למה שפסק דבספיקא דדינא מוציאים מידו, שהרי אין הענינים קשורים זה לזה, כמש"נ, ומכל מקום יש להטעים דבריו דלא נטה אחר דברי הרמב"ם בתקפו כהן אלא לחומרא, אבל בספיקא דדינא לא ראה הרשב"א להחמיר כדעת הרמב"ם דאין מוציאים מידו, ואין להקשות עליו הואיל ואין הענינים תלולים זה בזה, כמש"נ.

ודעת הרא"ש, כפי מה שנתבאר, דתפיסה בספיקא דמציאות בטענת ברי אינה מועילה משום משום מעליותא דכח טענת ברי אלא משום דאחיזה בטענת ברי נחשבת תפיסה כבעלים, והנה עיין בבבא קמא (דף לה:) גופא אמר רבה בר נתן טענו חטין והודה לו בשעורין פטור מאי קמשמע לן תנינא טענו חטין והודה לו בשעורין פטור אי מהתם הוה אמנינא פטור מדמי חטים וחייב בדמי שעורין קמשמע לן דפטור לגמרי, יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: פטור אף מדמי שעורין דהא אמר ליה תובע לאו שעורין יהבי לך ואחולי מחיל גביה עכ"ל, יעו"ש, וכן כתבו התוס' בד"ה לימא דפטור משום מחילה, יעו"ש, אבל הרמב"ם פ"ג טוען ונטען הל"י והרא"ש למדו דפטור מדמי שעורים משום שהודה כנגדו, ואיכא נמי שיטה שלישית, והיא דעת הרמ"ה והנמוקי יוסף שם, ועיימש"נ בדבריהם בהגהות לסי' מ"ז.

ופריך בגמרא מהא דתנן במתניתין שם היו הניזקין שנים אחד גדול ואחד קטן והמזיקין שנים אחד גדול ואחד קטן הניזק אומר גדול הזיק את הגדול וקטן את הקטן והמזיק אומר לא כי אלא קטן את הגדול וגדול את הקטן וכו' המוציא מחבירו עליו הראיה, ופריך הא לא מייתי ראייה שקיל כדקאמר מזיק אמאי חטים ושעורים נינהו וכו', ומשני דתפס, יעו"ש, והנה לדברי רש"י צריך לומר דבמה שהוא תובע היזקו מן הגדול מחל על תביעה מן הקטן כפי מה שהודה המזיק, ועל תביעתו מן הגדול אין לו ראייה, ותביעתו מן הקטן הרי מחל, ומשום הכי פריך דליפטור לגמרי, ומשני דתפס, אכן קשה מה הועילה לו תפיסתו מאחר שמחל, ועל זה כתב רש"י בד"ה דתפס וז"ל: שקדם ניזק ותפס השור עכ"ל, יעו"ש, והיינו שכבר היה השור הקטן תפוס בידו קודם שבא לבית דין לתבוע מן הגדול, ובזה גילה דעתו שאין רצונו למחול.

אולם לדעת הרמב"ם והרא"ש דהנתבע פטור משום שהתובע הודה כנגדו מה הועילה לו תפיסתו מקודם, הרי הודה שתפיסתו שלא כדין וצריך להחזיר, אלא לדידהו הא דמשני דתפס היינו שתפס לאחר שטענו בבית דין, דהרי איכא הודאה כנגד הודאה,

והרי זה כמו תרי ותרי שהדבר ספק, ואם תפס אין מוציאים מידו, כמו"ש רש"י בכתובות (דף כ.), יעו"ש, והרא"ש שם הביא דבריו וכתב דתפיסתו מועילה משום שטוען ברי, וכמו כן צריך לומר דבהודאה כנגד הודאה תפיסה מועילה, וכן כתב הרמב"ם להדיא שם, ולכאורה גם הרא"ש היה מסכים לכך, דאע"ג דטענת ברי אינה מוסיפה כלום במקום דאיכא הודאה כנגד הודאה, הרי אין דין טענת ברי בתפיסה להרא"ש משום מעליותא ונאמנות אלא משום שתהא התפיסה בברירות כתפיסת בעלים, כמש"נ, והרי הוא תופס בברירות אע"פ שהודה.

אכן עיין שם ברא"ש שכתב דאין תפיסת הניזק מועילה אלא במקום שיש לו תביעה ודאית למה שהוא תופס מלבד החלק המוטל בספק, כגון שהיו שני שוורים תמים מזיקים ושני שוורים נזקים, והניזק אומר שהגדול הזיק את הגדול והקטן הזיק את הקטן, והמזיק אומר איפכא, הרי הניזק יכול לתפוס את הקטן שיש בו הודאה כנגד הודאה מפני שממה נפשך יש לו שום תביעה ודאית בו, אבל בשני שוורים מזיקים ושור אחד ניזק אין תפיסתו מועילה מפני שאין לו תביעה ודאית בהקטן, ולמה אין תפיסה מועילה בו, והלא חזר בו מהודאתו וטוען ברי, ונהי דאינו יכול לחזור בו מהודאת בעל דין, הרי השתא הוא תופס בברירות וצועק שכדין תפס.

וצריך לומר דכיון שהודה, והודאת בעל דין כמאה עדים דמי, שקרו ניכר והוקלש כח ברי ידיה, ולא נחשב כל כך כתופס כבעלים כיון שיש לנו גם הודאה ממנו שאינו תופס כדין, ומכל מקום אם יש לו תביעה ודאית תפיסתו מועילה, כיון דמכל מקום הרי אומר ברי לי, אכן אם טוען שמא יש לומר דאז אין תפיסתו מועילה אפילו אם יש לו תביעה ודאית, ועיין לקמן סי' י"ח שנחלקו בזה הסמ"ע והש"ך, יעו"ש.

אבל הרמב"ם ס"ל דתפיסה מועילה בהודאה כנגד הודאה, כנ"ל, והיינו משום דאזיל לשיטתו שפסק בפ"ה בכורות הל"ג דתקפו כהן אין מוציאים מידו, יעו"ש, ותפיסה מועילה גם בטענת שמא, וכל דבר שהוא ספק אין מוציאים מיד התפוס, ושפיר מועילה תפיסתו גם בטענת שמא וגם אם אין לו תביעה ודאית.

סימן ב

בו יתורץ מה שהקשה הש"ך על דברי הסמ"ג שפסק כהרמב"ם דתקפו כהן אין מוציאים מידו ופסק במקום אחר דתפיסה לאחר שנולד הספק מוציאים מידו.

הש"ך הביא דברי הסמ"ג בעשין רי"א וז"ל: כל בהמה שהיא ספק בכור דינה שתרעה עד שיפול בה מום ותאכל לבעליה, ואם תפש אותה הכהן אין מוציין אותה מידו כרבה דתניא כותיה בפרק קמא דבבא מציעא (דף ו:), ואוכל אותו במומו אבל אינו מקריבו שאין מקריב לעולם אלא בכור ודאי שמא ישחוט חולין בעזרה עכ"ל, יעו"ש, ודברים אלו מעותקים אות באות מלשון הרמב"ם פ"ה בכורות הל"ג, ומבואר מדבריו שפסק כהרמב"ם דתקפו כהן אין מוציאים מידו.

והקשה עליו הש"ך דדבריו סותרים למה שכתב בעשין צ"ה וז"ל: כל דבר שתחילת דינו המוציא מחבירו עליו הראיה אין מועילה תקיפה שאחרי כן ומוציין אותו מיד התוקף כדמסיק רבה בפרק קמא דבבא מציעא (דף ו:), גבי ספק בכורות ותניא כוותיה, אבל תקף קודם שנולד הספק לא מפקינן מיניה וכן פירש רבינו שלמה בפרק שני דכתובות (דף כ.). גבי אוקי תרי לבהדי תרי ואוקי ממונא אחזקתיה, תדע שהרי במסכת בכורות (דף מט.) לרבי עקיבא שחושב מת ביום שלשים ספק אומר שם אם נתן לכהן פדיונו לא יחזיר ואם לא נתן לא יתן, אלמא כיון שתפיס קודם שנולד הספק לא מפקינן מיניה עכ"ל, יעו"ש, הרי שפסק הסמ"ג דתקפו כהן מוציאים מידו, כיון שתפיסתו היתה לאחד שנולד הספק.

עוד הקשה הש"ך דהרי בגמרא מפורש דרבה אמר לעולם תקפו כהן מוציאים מידו, וקאמר בגמרא תניא כותיה דתקפו כהן מוציאים מידו, והיאך הביא הסמ"ג סמך לדבריו דתקפו כהן אין מוציאים מידו מדברי רבה שאמר להדיא דתקפו כהן מוציאים מידו, ומתוך חומר הקושיא כתב הש"ך דמה שכתוב בספר הסמ"ג מצוה רי"א טעות סופר הוא, וצריך לומר מוציאים מידו, כמו שכתב להדיא במצוה צ"ה.

שוב מצא הש"ך תשובת המהרד"ך בית ב' סי' ט' שהביא דברי הסמ"ג במצוה רי"א כמו שהם לפנינו וז"ל: וכן בההוא דפרק קמא דבבא מציעא שפסק שתקפו כהן פסק הרמב"ם פ"ה דבכורות שאין מוציאים מידו ולא מצינו שהראב"ד חולק עליו, וכן כתב בעל הסמ"ג, ולא כהני רברבי דסברי דמוציאים וכו' עכ"ל, יעו"ש, וכתב הש"ך דנראה דאישתמיטתיה למהרד"ך דברי הסמ"ג במצוה צ"ה.

אכן יש לדקדק דאפילו אם נימא כדברי הש"ך דהמהרד"ך לא ראה דברי הסמ"ג במצוה צ"ה, הלא דברי הסמ"ג במצוה רי"א מופרכים מן הגמרא, שהרי מפורש בגמרא דרבה ס"ל תקפו כהן מוציאים מידו, והוא הביא דברי רבה כסמך למה שפסק תקפו כהן אין מוציאים מידו, וכמו שהקשה הש"ך, והיאך הבין המהרד"ך דברי הסמ"ג. ובכלל צריכים להבין למה הביא הסמ"ג דין תקפו כהן אין מוציאים מידו במצוה רי"א באמצע דיני הבכור שנאכל במומו ושאינו קרב למזבח, והלא דיני תפיסה כבר מפורשים במצוה צ"ה באריכות, כנ"ל, ועוד דלמה הוצרך לומר שהכהן שתפס ואין

מוציאים מידו אוכלו במומו, וכי איזה חידוש יש בזה, והלא אם אין מוציאים מידו למה לא יאכל במומו.

והנה הבכור הוא מתנת כהונה, וצריך ליתנו לכהן אחר לידתו, וכשהוא תם חלה עליו קדושת קדשים קלים, וקרב לגבי מזבח, והכהן הוא בעל הקרבן ויש לו ריצוי ממנו, ואוכל את בשרו כדין כל בעל הקרבן דקדשים קלים, ואין להכהן דין בעל הממון בהבכור כמו בחפצי חולין שלו, אלא שיש עליו תורת בעל הקרבן, ומתנתו היא שנתרצה בו ואוכל בשר הקרבן, אכן כשהומם הבכור יצא לחולין בלי פדיון ונאכל לבעליו, והכהן אוכלו כשאר חולין שלו שהוא בעל הממון, ונמצא שנשתנה תורת בעלות הכהן כשנפל מום בהבכור, לפני שהומם היה בעל הקרבן, ולאחר שהומם נעשה בעל הממון. ובזה נבין היטב דברי הסמ"ג, דדעתו לענין תפיסה בממון המוטל בספק היא כמו שמפורש במצוה צ"ה, דאם תפס לאחר שנולד הספק מוציאים מידו, ואם תפס קודם שנולד הספק אין מוציאים מידו, וטעמא דמלתא משום דאם תפס קודם שנולד הספק הרי הוחזק הדבר בידו, דאע"ג שהדבר בא לידו בתפיסה, מכל מקום דינא הוא שהדבר ישאר בידו כיון שעדיין אינו מוטל בספק, ועל ידי זה נעשה מוחזק בו, וכשנולד הספק אחר כך הרי הוא המוחזק, והשני אינו אלא המרא קמא, והמוציא מחבירו עליו הראיה, ונשאר הדבר ביד המוחזק.

ומה שכתב במצוה רי"א דאין מוציאים מידו הרי מיירי שם בדיני בכור שהומם, וקאמר דבכור שהומם יצא לחולין בלי פדיון ונאכל לבעליו, ומה שכתב אחר כך דאם תפסו כהן אין מוציאים מידו, כונתו שהומם לאחר תפיסתו, דאילו לא הומם מוציאים מידו, כמו שכתב במצוה צ"ה, שלא הזכיר שם ענין מום, וכיון שהספק בכור נולד מיד בלידתו נמצא שתפס אחר שנולד הספק ומוציאים מידו.

אבל אם הומם קודם שהוציאוהו בית דין מידו שוב אין מוציאים מידו, דהשתא הויה תפיסתו קודם שנולד הספק, שהרי הבכור כבר תפוס בידו, ונהי דמעיקרא היתה תפיסתו משום זכותו להיות בעל הקרבן ולאכול בשר הקדשים כדין בעל הקרבן דקדשים קלים, והרי ספק זה נולד מיד כשנולד הבכור, ונמצא שתפיסתו היתה אחר שנולד הספק, ולכן מוציאים מידו, אולם כשהומם אחר כך ויצא לחולין נולד ספק חדש לגבי הממון חולין שנתחדש על ידי המום, ומספקין מי יש לו תורת בעל הממון על החולין הזה, מי היה הבכור פטר רחם, והרי הכהן הוא בעל הממון החדש, או דילמא כבר ביכרה אמו מקודם ואינו פטר רחם, והרי ישראל הוא בעל הממון החדש הזה, ולענין ספק זה הרי קדמה תפיסתו של הכהן ללידת הספק, שהרי חל כל הספק כשהבכור כבר היה ביד הכהן, ועיין מה שכתב הרשב"א בתשובות ח"א סי' ש"י, הובאו דבריו לעיל בסי' א', שאין לדון בדבר אלא לפי מקומו ושעתו, ולכן אין להתחשב במה שהישראל יכול לאכול במומו אם עדיין לא הומם, יעו"ש, ולפי דבריו לא חל הספק לגבי אכילה במומו אלא כשהומם, ואם תפס הכהן קודם לכן הרי תפיסתו היתה קודם שנולד הספק, ואין מוציאים מידו.

וראה הסמ"ג חילוק זה, דתפיסה קודם שנולד הספק אין מוציאים מידו ותפיסה

לאחר שנולד הספק מוציאים מידו, בדברי רבה שפירש המשנה דספק בכורות המוציא מחבירו עליו הראיה כמאן דאמר תקפו כהן מוציאים מידו, דהישראל הוא המוחזק, והמוציא מחבירו עליו הראיה, ולכן אם תקפו כהן מוציאים מידו, ומחזירים הספק בכור להישראל שהיה מוחזק בו מכבר, אולם אם ס"ל לרבה דגם אם הומם מוציאים מידו, ואע"ג דהוי תפיסה קודם שנולד הספק, והרי לגבי הספק החדש הכהן הוא המוחזק, כמש"נ, ואם כן אם היינו מוציאים מידו צריך לומר דמחזירים להישראל שהוא היה המרא קמא, ומוציאים מן הכהן המוחזק להחזיר להישראל המרא קמא, ואם כן אין זה שייך לדין המוציא מחבירו עליו הראיה, אלא דין אחר הוא, דהמרא קמא מוציא מיד המוחזק, ואם כן למה קאמר התנא דהמוציא מחבירו עליו הראיה.

ומבואר מדברי רבה דהא דקאמר התנא דתקפו כהן מוציאים מידו משום דהמוציא מחבירו עליו הראיה מיירי רק כשלא הומם, אבל אם הומם אין מוציאים מידו, ועל כרחך היינו טעמא משום דמחלק בין תפס קודם שנולד הספק לתפס אחר שנולד הספק, דאם גם בהומם ס"ל דמוציאים מידו לא היה לו לומר טעמא דהמוציא מחבירו עליו הראיה, אלא היה צריך לומר שהוא מדין אחר, כמש"נ, ואולי כמו שכתב הנמוקי יוסף בבבא מציעא (דף ו:): דאין בית דין מניחים חטיפות, יעו"ש, ומכל מקום אין הטעם משום המוציא מחבירו עליו הראיה, אלא מבואר דלא אמר התנא דינו אלא כשלא הומם, ואז מוציאים מידו משום המוציא מחבירו עליו הראיה, אבל אם הומם אין מוציאים מידו, שהרי התפיסה היא קודם שנולד הספק, כמש"נ.

ומשום הכי הביא הסמ"ג עוד הפעם דין זה במצוה רי"א, דבמצוה צ"ה הביא עיקר הדין דתקפו כהן מוציאים מידו כיון דהוי תפיסה לאחר שנולד הספק, ובמצוה רי"א שהביא הדין דבכור נאכל במומו הוסיף דמחמת מום זה נשתנה דין הכהן שכבר תקף, ואם הומם שוב אין מוציאים מידו, דעל ידי המום נשתנה דין הספק, ושוב הוה ליה תפיסה קודם שנולד הספק, כמש"נ, והוסיף הסמ"ג דכיון דאין מוציאים אותו מיד אוכלו במומו, ואע"ג דהא מלתא דפשיטא היא, כמש"נ, כדי להדגיש דכיון דנעשה ממון חולין ואוכלו במומו הרי נמצא דלענין הך בעלות ממון חולין תפיסת הכהן היתה קודם שנולד הספק, ואין מוציאים מידו, כמש"נ.

ודברי הסמ"ג מעותקים אות באות מדברי הרמב"ם, כנ"ל, ולפי הבנת הסמ"ג בדברי הרמב"ם מיושב כמין חומר מה שהקשו המפרשים על דבריו שנראים כסותרים אלו את אלו, דפסק כרב המנונא דתקפו כהן אין מוציאים מידו, ופסק נמי כברייתא דספיקות נכנסים לדיר להתעשר דממנה הוכיחו בגמרא דתקפו כהן מוציאים מידו, ולפי דברי הסמ"ג יש לומר דבאמת פסק הרמב"ם כרבה דמוציאים מידו, ומה שפסק דאין מוציאים מידו היינו כשהומם, דעל ספק החדש הויה לה תפיסה קודם שנולד הספק, כמש"נ, ופסק נמי כברייתא דספיקות נכנסים לדיר להתעשר, דתפיסת הכהן בספק פדיון פטר חמור לעולם הוה לאחר שנולד הספק, כמש"נ, ומשום הכי הוי ממון ישראל ונכנס לדיר להתעשר, ועיימש"נ בהגהות לסי' ע"ג דמדברי הר"ן בחולין (דף מה.). יש להוכיח שלמד כן בדברי הרמב"ם.

סימן ג

בו יבואר היאך תפיסה מועילה בספק חיוב קנס בבבל דאין דנים שם דיני קנסות, והלא ליכא חיוב קנס קודם העמדה בדין, ויבואר קושית הרא"ש על דברי הרי"ף בבבא קמא.

בפרק כיצד הרגל (דף יט.) מיבעי ליה אם יש שינוי לצוררות לרביע נזק, והבעיא סלקא בתיקו, והש"ך הביא דברי הרא"ש שהקשה על הרי"ף שהשמיט הלכה זו, וכתב הרא"ש דהרי"ף ס"ל דתקפו כהן אין מוציאים מידו, ואם כן אין נפקא מינה בבעיא זו, דשינוי הוי קנס, ואין בית דין דנים דיני קנסות בבבל אבל תיקנו שהניזק יכול לתפוס, ואם תפס חצי נזק אין מוציאים מידו, בין אם יש שינוי בין אם אין שינוי, ומספק נשאר כל החצי נזק ביד המוחזק, והרא"ש פליג וס"ל דתקפו כהן מוציאים מידו, ולכן הביא להלכה בעיא דשינוי בצוררות דאם תפס כל החצי מוציאים מידו, יעו"ש.

ואחר כך כתב הרא"ש וז"ל: מיהו תימה כיון דספיקא דדינא הוא מאי תפיסה מועילה כיון דלא איפשט הבעיא אוקי ממזנה בחזקת מריה ושלא כדן תפס ודמיה לההיא דפרק קמא דבבא מציעא (דף ו:) גבי ספק בכור דאם תקפו כהן מוציאים מידו כיון דאין לו אלא טענת ספק אין תפיסה מועילה וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ועיין בדברי הש"ך לקמן סי' ל"ד שהביא דברי הסמ"ע דשיטת הרא"ש היא דתפיסה בספיקא דמציאות מוציאים מידו, ובספיקא דדינא אין מוציאים מידו, והקשה עליו הש"ך מסוגיא דבבא קמא דשם פסק הרא"ש דבספיקא דדינא מוציאים מידו, ותירץ דספיקא דדינא דקנס יוצא מן הכלל, דאפילו אילו היה הדבר ידוע לבית לא היו יכולים להוציא ממנו, דאין דנים דיני קנסות בבבל, ולכן לא אמרינן דעביד איניש דינא לנפשיה, ואין תפיסתו מועילה, יעו"ש ובהגהות, והש"ך עצמו ס"ל בשיטת הרא"ש דאין נפקא מינה בין ספק במציאות לספיקא דדינא לענין אם תפיסה מועילה, ודעת הרא"ש דבכל מקום אין תפיסה מועילה, ומכל מקום לא רצה לחלוק בפירוש על דברי הרי"ף, ועיימ"ש הש"ך בסי' כ"ו ובסי' מ"ג, יעו"ש, ועיימ"ש"נ בהגהות לסי' ל"ד.

ולדברי הש"ך שפיר מובן מה שהביא הרא"ש ראייה מספק בכור דתקפו כהן מוציאים מידו כנגד דעת הרי"ף דתפיסה מועילה בבעיא דלא איפשטא דשינוי לצוררות, ואע"ג דספק בכור הוי במציאות וספק דשינוי לצוררות הוי ספיקא דדינא, הרא"ש אינו מחלק בזה, כמשי"נ, אכן לדברי הסמ"ע קשה היאך הקשה הרא"ש על דברי הרי"ף מהא דבספק בכור תקפו כהן מוציאים מידו, והלא ספק בכור הוי ספק במציאות, ולענין תפיסה גרע ספק במציאות מספיקא דדינא, ואע"ג דהרא"ש ס"ל דתפיסה בספיקא דדינא דקנס יוצא מן הכלל, מכל מקום אין לו ראייה על כך מספק בכור דתקפו כהן מוציאים מידו.

עוד קשה על דברי הסמ"ע מה שכתב הרא"ש כיון דספיקא דדינא הוא מאי מועילה תפיסה, כנ"ל, והלא לדברי הסמ"ע ספיקא דדינא עדיף מספק במציאות לענין תפיסה, ומאי דהוי ספיקא דדינא הוא סבה שתהא תפיסה מועילה ולא סבה להוציא מידו, ובאמת גם לדברי הש"ך אין לשון זה עולה כל כך, דלדידיה אין הרא"ש מחלק בין ספק

במציאות לספיקא דדינא, אכן למה תהא ספיקא דדינא סבה לגריעותא.
 והנה שיטת הרא"ש בבבא מציעא (דף ו:) היא דאע"ג דאם תפס מוציאים מידו,
 אם טוען ברי אין מוציאים מידו, וז"ל: כללא דמילתא לטענת ברי תפיסה מועילה דכיון
 שהוא טוען ברי ומוחזק בו אין לנו כח להוציא מידו אבל מי שהוא מסופק בדבר אם
 הוא שלו אם לאו אין תפיסה מועילה לאפוקי מחזקת מרא קמא עכ"ל, וכן כתב
 בכתובות (דף כ.), יעו"ש, ומבואר מדבריו דאם הוא מוחזק בדבר וטוען ברי יש לו כח
 חזקת המוחזק, וזה עדיף מחזקת מרא קמא, ואין להוציא מידו, אבל אם טוען שמא
 אין לו חזקת מוחזק על הדבר שבידו, ורק שהוא תפוס במה שבידו מספיקא, וכח
 החזקת מרא קמא עדיף מכח התפוס, ומוציאים מידו, ולכן לענין כח המוחזק בטוען
 ברי אין שום נפקא מינה בין ספק במציאות לספיקא דדינא, ורק לענין כח התפוס
 בטוען שמא כתב הרא"ש, לפי דרך הסמ"ע בשיטתו, דבספק במציאות אם תפס
 מוציאים מידו, אבל אם תפס בספיקא דדינא אין מוציאים מידו משום דיכול לומר
 קים לי, ועיימש"נ בהגהות לסי' כ"ו.

והשתא נראה דמה שכתב הרא"ש מיהו תימה כיון דספיקא דדינא הוא מאי
 מועילה תפיסה, כנ"ל, לא נחית לענין תפיסה בספק במציאות וספיקא דדינא, אלא
 כונתו דכיון דהוי ספיקא דדינא לא שייך שם טענת ברי גמורה, רק טענת קים לי, ואם
 כן אין תפיסתו מועילה מדין חזקת המוחזק אלא מדין תפיסה מספק, ובקנסות הרי
 אפילו אילו היה הדבר ידוע לבית דין לא היו יכולים לחייבו ממון, דאין דנים דיני
 קנסות בבבל, ולכן לא אמרינן דעביד איניש דינא לנפשיה, ואם תפס מוציאים מידו,
 כמש"נ, אכן לו יצויר ספק במציאות בקנסות ותפס וטען טענת ברי גמורה לא היינו
 מוציאים מידו, דכשטוען טענת ברי גמורה לא איצטריך לעביד דינא דנפשיה, שהרי
 חזקת המוחזק עדיף מחזקה דמרא קמא, אבל אם אינו טוען ברי הרי אין לו דין
 להחזיק מה שבידו אלא מכח התפיסה שעומד על ידה במקום בית דין, והרי אין בית
 דין דנים בקנס בחוץ לארץ, וממילא גם הוא אינו יכול לדון, אכן כשטוען ברי אינו צריך
 לתפוס במקום בית דין מדין עביד דינא לנפשיה, אלא כיון שתפס וטען ברי הרי הוא
 מוחזק גמור, ומוחזק עדיף ממרא קמא, כמש"נ.

והיינו מה שכתב הרא"ש, דכיון דהוי ספיקא דדינא לית ביה טענת ברי גמורה, ולא
 שייך בזה חזקת המוחזק, ודומה לזה ספק בכור דתקפו כהן מוציאים מידו כיון דאין
 הדבר ידוע ואינו טוען ברי אלא שמא, ומה שתפס מספק ס"ל להרא"ש דאין תפיסתו
 מועילה כנגד מרא קמא, ומוציאים מידו, כמש"נ.

ויש לעיין בדברי הרא"ש שדייק מהשמטת הרי"ף דתפיסה מועילה בספיקא דדינא
 דקנסות, דהא חיוב קנס לא חל אלא לאחר העמדה בדין, וכמו שמבואר במכות (דף ה.).
 דקודם העמדה בדין גברא לאו בר תשלומין, יעו"ש, וכן כתב הש"ך לקמן סי' י"ב,
 יעו"ש, ואם כן למה מועילה תפיסתו, הרי לא עמד בדין, דאין דנים דיני קנסות בבבל.
 ונראה ליישב דכיון שתפיסתו היתה שלא כדין מפני שהחיוב לא חל עד העמדה

בדין, והנתפס יתבענו לבית דין להשיב לו הגזילה, והבית דין יוציאו תפיסתו מידו וידונו לו להשיבו, הרי בהא גופא איכא מיד העמדה בדין על הקנס, שהרי עיקר ענין העמדה בדין הוא שיתגלה הדבר על ידי עדים, כמו שכתבו התוס' בבבא קמא (דף לג:): בד"ה איכא בינייהו, יעו"ש, ומיד שבא העובדא לבית דין חל החיוב, שהרי כשקבלו בית דין הגדת העדים שהכי והכי הוה עובדא ותפס לתשלומי קנס, הרי מיד נתגלה הדבר על ידי עדים, וחל החוב על הצד שמחויב, ושוב לא הוי הממון בידו ודאי גזילה אלא ספק תשלומי קנס, ואין מוציאים מידו כמו בשאר ספיקא דדינא דממון, ורק כשתובע חבירו שישלם לו קנס אמרינן שקודם להעמדה בדין לא חל החיוב, שהרי אין בית דין נזקקים לו, ואינם מקבלים הגדת העדים, ומעולם לא נתגלה הדבר על ידי עדים.

שיטת ר"ת היא דאין בית דין מוציאים המותר על הנזק, דאין דנים קנסות בבבל, ולכן אין תפיסה מועילה בבבל, והובאו דבריו בתוס' בבבא קמא (דף טו:): בד"ה ואי תפס לא מפקינן מיניה וז"ל: אומר ר"ת דוקא אי תפס המזיק עצמו כגון כלב או השונרא קאמר דלא מפקינן דבמזיק הקילו חכמים שיוכל להחזיק בו אם לקחו בשעת ההיזק אבל מידי אחרינא לא דאי בכל דבר שיתפוס לא מפקינן יבא לידי תקלה דהיום או למחר יגזול כל אשר לו ולא נוציא ממנו דאין אנו דנין קנסות וזה יפסיד יותר ממה שהזיק עכ"ל, יעו"ש.

והרא"ש הביא דברי ר"ת והקשה עליו וז"ל: ולא יכולתי לעמוד על דבריו דאם לקח יותר מכדי נזקיו יכולים בית דין לדון כדי שיחזיר לו המותר ולא מקרי דיני קנסות בבבל שהרי כבר נפרע מנזקו מתקנת חכמים שאמרו לא מפקינן מיניה ואי תפס יותר מכדי נזקו שמין לו בית דין דמי נזקו ומוציאין מידו המותר עכ"ל, יעו"ש, הרי שכתב הרא"ש דכבר נפטר חיובו בשעת התפיסה, ואע"פ שלא היה שום העמדה בדין, ומבואר דכן היא תקנת חכמים דבבבל אי תפס קנסא לא מפקינן מיניה, דבבבל חל חיוב קנס מיד, הגם דבעצם אין חיוב קנס חל קודם העמדה בדין, בבבל דלא מצי להעמידו בדין כיון דאין דנים קנסות בבבל, הקילו חכמים במקום שהדבר ודאי ותיקנו שיחול החיוב מיד כדי שיוכל על כל פנים לתפוס.

אבל ר"ת ס"ל דלא תיקנו חכמים אלא דאין בית דין נזקקים לקנס, ואפילו להוציאו מידו כשתפס, ואע"ג דלא חל החיוב בלי העמדה בדין, דמכל מקום הרי זה נחשב דיני קנסות, ואין בית דין נזקקים לו, אכן ראו חכמים דאם נניחנו לתפוס יתפוס כל מה שלחבירו ויבא לידי תקלה, ולכן תיקנו שאינו יכול לתפוס אלא המזיק עצמו שהזיקו, ולפי זה ליכא תפיסה בקנסות בבבל אלא בשור תם, אבל בשאר קנסות, כגון מוציא שם רע ותשלומי ארבעה וחמשה, שאין שם דבר המזיק, אלא התביעה היא על ממונו, אם תפס מוציאים מידו.

ויש להבין לפי דברי ר"ת למה עדיף תפיסת גוף המזיק מתפיסת שאר נכסיו, הלא לפעמים השור המזיק שוה הרבה מאוד והנזק אינו אלא דבר מועט, והיאך מניחים אותו לתפוס כל כך הרבה יותר ממה שהזיק.

ונראה דהא דלא התירו חכמים תפיסה בשאר נכסים היינו משום דכיון שלא יבא לידי פסק בית דין, דאין דנים דיני קנסות בבית דין, הרי אלו החטיפות נחשבות כגזל, ולא רצו חכמים להתירם, אבל בגוף המזיק הרי יש לניזק חלק בו מדין יוחלט השור, והרי הוא שותף בו כנגד היזקו, כדאיתא לקמן שם (דף לג.), יעו"ש, והרי הוא שותף בכל השור כולו כפי חלקו קודם חלוקת השותפים, ואין תפיסתו נחשבת חטיפה בגזל, ולכן לא החמירו חכמים שלא יוכל לתפוס בגוף המזיק, אכן בודאי אינו קונה אלא כנגד היזקו, ועליו לעשות שומא ולחלוק עם המזיק, וכל זמן שלא חלקו השור חולקים בשבח, ואם המזיק רוצה לעשות חלוקה בהשור והניזק אינו רוצה לחלוק אלא לעמוד בשותפות, הרי המזיק יכול לתובעו לדין ולומר גוד או אגוד, כדאיתא בבבא בתרא (דף יג.), יעו"ש, ורק אז ישומו הבית דין כמה היה הנזק וכמה חלק הניזק בהשור, אבל כל זמן שלא באו לדון על השותפות אין בית דין נזקקים לו, דאין דנים דיני קנסות בבבל.

סימן ד

בו יבואר מה שכתבו הרא"ש והטור דדעת הר"י נוטה דבספיקא דדינא אם תפס מוציאם מידו, ואע"פ שהש"ך לא מצא שום זכר לכך בדברי התוס' והפוסקים.

הש"ך הביא דברי הרא"ש בבבא קמא (דף יח:) וז"ל: הנה הרא"ש מדמי ספיקא דדינא דסלקא בתיקו לספק בכור, וכתב שלזה נוטה דעת הר"י בפ"ב דכתובות ואחריו נמשך הטור סי' ש"צ שכתב בפשיטות דר"י פירש דאין תפיסה מועילה בתיקו, ואני בעניי עיינתי בתוס' פרק שני דכתובות ובשאר מקומות ולא מצאתי בשום פוסק שכתב כן בשם הר"י וכו' גם הרא"ש לא כתב שכן פירש ר"י, וכמו שכתב הטור שר"י פירש כן, רק הרא"ש כתב וכן נוטה דעת הר"י, ר"ל מדברי ר"י שבתוס' פ"ב דכתובות נוטה כן וכו' עכ"ל, יעו"ש, כלומר דלא קאמר הרא"ש דדעתו של הר"י נוטה לכך אלא שהדעת נוטה שכן דעת הר"י, ודברי התוס' שהזכירו הם בכתובות (דף כ.). בד"ה ואוקי, יעו"ש, ולא הוזכר שם הר"י כלל, ואולי נדחוק דכונת הרא"ש לסתם תוס' דנקטינן שבעל התוספות הוא הר"י, אכן לא נמצא שם דתפיסה לא מועילה בספיקא דדינא, כמו שכתב הש"ך. אולם נראה דהמדפיס הכניס טעות בדברי הרא"ש, שרצה לציין איפוא נמצא שיטת הר"י הלזו ולא מצאה בשום מקום, וציין בפ"ב דכתובות משום שראה שם איזה הוכחה בסתם דברי התוס', ובא לתקן ונמצא מקלקל, ואכן מסתברא דכונת הרא"ש היתה לדברי התוס' בבבא קמא (דף סב.) בד"ה עשו תקנת נגזל במסור או לא וז"ל: כתב רב אלפס כגון שיש עדים שמסרו ואיבד ממונו ואין יודעין כמה תיקו וכל תיקו דממונא לקולא ובשם רב האי גאון כתוב שישבע ויטול מחצה שכל תיקו דממונא חולקין ואין נראה לר"י לחייב כלל משום תיקו עכ"ל, יעו"ש, הר"י הסכים לדברי הר"י דבספיקא דדינא אין מוציאם מן המוחזק, אבל מה היתה כונתו במה שכתב שאין לחייב כלל, כללא לאתווי מאי, וראה בזה הרא"ש דלשונו מרמז דאין לחייבו כלל אפילו אם תפס ממנו התובע, אלא מוציאם מידו, ומשום דיוק זה נטה דעתו שהר"י ס"ל דמוציאים מידו, והטור ראה בדיוק זה הוכחה גמורה וכתב בפשיטות דדעת הר"י דמוציאים מידו.

סימן ה

בו יובאו קושית התוס' וקושית הש"ך על מאן דאמר תקפו כהן אין מוציאים מידו, והלא הבעלים היו יכולים ליתן לכל מי שירצו, ויוכיח דלאו חדא קושיא נינהו.

הרא"ש הוכיח מדברי הרי"ף בפרק כיצד הרגל (דף יט.) שפסק כדברי הרמב"ם דתפיסה מועילה בתיקו, והקשה עליו מהא דמסיק הגמרא בפרק שנים אוחזים (דף ו:) דתקפו כהן מוציאים מידו, ולא הועילה תפיסתו, והמהרד"ך כתב דהרי"ף ס"ל כהרמב"ם דקיימא לן להלכה דתקפו כהן אין מוציאים מידו, והובאו דבריו לעיל בסי' ד', אבל הש"ך לא ניחא ליה בכך, שהרי הפוסקים כמעט רובם ככולם ס"ל דתקפו כהן מוציאים מידו, כמש"נ לעיל בסי' א', יעו"ש.

והש"ך רצה ליישב קושית הרא"ש דבאמת יש לומר דגם הרי"ף ס"ל להלכה דתקפו כהן בספק בכור מוציאים מידו, כדמוכח מסוגיא דבבא מציעא (דף ו:), כנ"ל, אכן אין להביא ראיה מספק מתנות כהונה לספיקא דדינא, וז"ל: דודאי נוכל לומר דדוקא במתנות כהונה כגון בספק בכור וכהאי גונא מוציאים מידו משום דהבעלים יאמרו ליתן לכהן אחר, ולא מיירי במכירי כהונה כמו שכתבו התוס' שהבאתי בסמוך, ואין להקשות אם כן מאי טעמא דמאן דאמר אין מוציאים מידו, יש לומר דלא אמרינן שהבעלים יכולים ליתנו למי שירצו אלא כל זמן שהוא ביד הבעלים, אבל כל שתקפו כהן מידו שוב אינו יכול ליתנו למי שירצה וכו' עכ"ל, יעו"ש.

לדברי הש"ך אין להקשות לשיטת הרי"ף ורבותינו דאם תפס בספיקא דדינא אין מוציאים מידו מהא דקיימא לן תקפו כהן מוציאים מידו, דשאני בכור דהבעלים יכולים ליתנו לכהן אחר, ולפיכך מוציאים מידו והיינו דלא כשיטת רש"י בבבא קמא (דף סו.) ד"ה עד שצבעו דאף דאין שום כהן יכול לתבוע הבעלים לדין שיתן לו מתנותיו מכל מקום אם חטף ממנו זכה, יעו"ש, ולפי דברי רש"י, כיון שתפס פקע זכות הבעלים אפילו אם היה ודאי בכור.

ויש לדקדק במה שכתב הש"ך דלדעת מאן דאמר תקפו כהן אין מוציאים מידו אין לבעלים טובת הנאה ליתן לכל מי שירצו אלא כל זמן שהוא בידם, אבל כשבא ליד כהן פקע זכותם, והלא ישראל שיש בידו מתנות כהונה ובא ישראל אחר וגזלו ממנו מסתמא לא נאמר שפקע זכות הבעלים ליתן לכל כהן שירצה, אלא על הגזלן להשיב את הגזילה, וכן מבואר בקדושין (דף נח:), יעו"ש, ועיימש"נ בהגהות לסי' ע"ג בדברי הב"ח ביו"ד סי' ס"א, ואם כן כשתקף הכהן מיד ישראל שיש לו זכות ליתן לאיזה כהן שירצה, הרי בעצם צריך להיות הדין דמוציאים מידו, ואם תפס הרי המתנות גזולות בידו, ועליו להשיב הגזילה, ואם כן למה מועילה תפיסתו.

והנה הש"ך כתב דלדעת הרי"ף היינו טעמא דמאן דאמר תקפו כהן מוציאים מידו משום דהבעלים יכולים ליתן לכל מי שירצו, כנ"ל, והקשה לפי זה דמאי טעמא דמאן דאית ליה תקפו כהן אין מוציאים מידו, וגם התוס' הקשו כן בבבא מציעא (דף ו:): וז"ל: ואם תאמר אמאי אין מוציאים והלא הבעלים יאמרו ליתן לכהן אחר ויש לומר

במכירי כהונה אי נמי אינו יכול לתובעו רק טובת הנאה שיש לו למאן דאמר טובת הנאה ממון וכו' עכ"ל, יעו"ש, והנה התוס' לא כתבו תירוצו הראשון של הש"ך דאינו יכול ליתנו לאחר אלא כל זמן שהוא בידו, כנ"ל, וכן כתבו התוס' בחולין (דף קלא.) בד"ה יש בו טובת הנאה דאם העני תפס מתנת עניים מיד בעל הבית, אפילו אם היא ודאי מתנות עניים, מוציאים אותה מידו הואיל ובעל הבית יש לו טובת הנאה, יעו"ש, ולא פקע הטובת הנאה מיד כשיצאו המתנות מידו, והש"ך לא הביא תירוצו השני של התוס' דאי משום הא מספיק שישלם לו בעד הטובת הנאה שהפסידו.

ובאמת יש לפרש קושית התוס' והש"ך בשני פנים, חדא יש לומר דכיון דביד הבעלים ליתן הספק בכור לכל מי שירצה אין הכהן הזה בעל דבר לתפוס אותו, דמי יימר שהוא מיועד לו, ובאופן אחר יש לפרש הקושיא דאפילו אם מצד עצם התפיסה יש לו דין לתפוס הואין וגם הוא משבט כהונה, אולם היאך יכול לתפוס ולהפסיד להבעלים זכותו המוחלטת ליתן הבהמה לכל מי שירצה.

ונראה דכן היא קושית התוס', דאע"ג דמצד עצם התפיסה לא חסר מידי, מכל מקום דעדיין היה לנו להוציא מיד התופס, שהרי לאו כל כמיניה להפסיד להבעלים טובת הנאה שיש להם בהחלט, ועל זה תירצו דלמאן דאמר תקפו כהן אין מוציאים מידו הועילה תפיסתו לגבי עצם הממון, וצריך לשלם בעד מה שהפסיד טובת הנאה להבעלים, ומבואר שבעצם כל כהן הוא בעל דבר לתפוס, אלא דלאו כל כמיניה להפסיד זכות הבעלים, כמש"נ, ולזה מהני אם משלם בעד הפסד הטובת הנאה, ולא היו יכולים לתרץ כתירוצו הש"ך דהטובת הנאה פקעה כשיצא מרשותו, דהרי הא גופא הקשו, הא לאו כל כמיניה לתפוס ולהפסידו טובת הנאה, והתירוצו הוא דאין הכי נמי דלאו כל כמיניה לעשות כן, ומשום הכי צריך לשלם מה שהפסידו.

אבל קושית הש"ך היתה דלמה יכול הכהן לתפוס, והרי אינו בעל דבר על הבכור הואיל וביד הבעלים ליתן לכל מי שירצה, והש"ך לא היה יכול לתרץ כמו שתירצו התוס' שישלם לו דמי הפסדו, דעדיין לא יתיישב בזה למה הוי בעל דבר לתפוס, ולכן תירץ דכל זמן שהוא ביד הבעלים ויש לו האפשרות ליתן לכל כהן שירצה אין שום כהן בעל דבר לגבי הבכור, אבל מאחר שתפס מיד הבעלים ושוב אין להבעלים האפשרות פקעה הטובת הנאה, ונמצא שעל ידי התפיסה עצמה נעשה הכהן בעל דבר, שהרי גם הוא משבט כהונה, ומה שמעכב עליו מלהיות בעל דבר הוא מה שהבעלים יכול לומר לו לאו בעל דברים דידי את אלא אני רוצה ליתן לכהן אחר, וכיון שיצא מיד הבעלים פקעה הטובת הנאה, ומשום הכי אין מוציאים מידו.

ובתירוצו השני כתב הש"ך וז"ל: אי נמי מיירי במכירי כהונה כמו שכתבו התוס', ואפילו הכי אין ראיה משם לתיקו, דדוקא התם כיון שקודם שתקפו אפילו היה ודאי בכור היה הבעל יכול ליתנו לאיזה כהן שירצה לכך כי תקפו כהן מספק מוציאים מידו, מה שאין כן הכא, ולא אמרינן במכירי כהונה אלא שרגיל ליתנו לו וראוי ליתנו למכירי כהונה, אבל פשיטא שאם הבעל אינו רוצה ליתן למכיריו שהרשות בידו עכ"ל, יעו"ש.

ולפי זה מוקמינן פלוגתייהו היכא שהכהן הוא ממכירי כהונה, וכבכהאי גונא אין להבעלים טענה של טובת הנאה, ולמאן דאמר אין מוציאים מידו שפיר יש להוכיח דתפיסה מועילה בכל ספק ממון, אבל למאן דאמר מוציאים מידו עדיין אין להוכיח דגם בכל ספק ממון אין תפיסה מועילה, דשאני בכור דאין בכח הכהן לתבעו לבית דין אפילו אם היה בכור ודאי, שהרי אפילו במכירי כהונה יכול הישראל ליתנו לכל מי שירצה ואין הכהן שהוא מכיר יכול לתבעו לדין, ומכל מקום אע"פ שבמכירי כהונה יכול הישראל עדיין ליתן לכל מי שירצה, לא אמרינן שיכול לעכב תפיסתו של הכהן על ידי כך, שהרי יש אומדנא שיתנו לכהן זה ולא לכהן אחר, וממילא הוי הכהן התופס בעל דבר לגבי הבכור, וגם לא הפסידו כלום, ושפיר איכא למימר דהלכתא תקפו מוציאים מידו, אבל בשאר ספק ממון אין מוציאים מידו, ומתורצת קושית הרא"ש, ומה שכתב הש"ך דאפילו במכירי כהונה פשיטא שאם הבעל אינו רוצה ליתן למכירו שהרשות בידו מפורש כן בדברי התוס' בבבא בתרא (דף קכג:) ד"ה הכא, יעו"ש.

אכן עיין בגיטין (דף ל.) מתניתין המלוה מעות את הכהן ואת הלוי ואת העני להיות מפריש עליהן מחלקן מפריש עליהן בחזקת שהן קיימין ואינו חושש שמא מת הכהן או הלוי או העשיר העני, ובגמרא ואף על גב דלא אתו לידיה אמר רב במכירי כהונה ולויה וכו', יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: במכירי כהונה וכו' שהם מכיריו ואוהביו דאינו רגיל לתת תרומות ומעשרות אלא לכהן זה הלכך כיון דמלתא דפשיטא היא דלדידהו יהיב להו אסחי להו שאר כהני דעתייהו והוה כמאן דמטו לידיהו דהני עכ"ל, יעו"ש.

ולכאורה משמע מדבריו דס"ל דכיון דשאר כהנים מיאשי זכה הכהן המכיר בהמתנות ויכול לגבות חובו מהן, שהכהן זכה בהן אע"פ לא עשה בהן קנין, ואם כן שוב אין הבעלים יכולים לחזור בהם וליתנם לכהן אחר, אולם אם כן היא דעת רש"י היאך כתב הש"ך בפשיטות שגם במכירי כהונה הבעלים יכולים ליתן לכל מי שירצו, וכי אישתמיטתיה להש"ך דברי רש"י.

עוד יש להקשות לדברי רש"י דנהי דכהנים גדולים מיאשי ממתנותיו אבל עדיין לא יזכו מכירי כהונה בהמתנות הואיל ואיכא קטנים דלאו בני מחילה נינהו, וכההיא דבבא מציעא (דף כא:) הני תמרי דזיקא היכי אכלינן להו אמר ליה כיון דאיכא שקצים ורמשים דקא אכלי להו מעיקרא יאושי מיאש מנייהו יתמי דלאו בני מחילה נינהו מאי אמר ליה באגא בארעא דיתמי לא מחזקינן וכו', יעו"ש, ומוקי לה התם במקום דלא שכיחי קטנים, אבל לענין מתנות כהונה הרי יש הרבה קטנים בעולם, ואינם מוחלים על חלקם.

לכן נראה דבודאי גם לדברי רש"י אין מכירי כהונה זוכים בהמתנות מיד, אלא כל זמן שהן ביד הבעלים יכולים ליתן לכל מי שירצו, וכפשיטותא דהש"ך, ומכל מקום אזלא לה דין טובת הנאה של הבעלים כיון שיש לנו אומדנא מעליא שלא יתנו מתנותיהן לשום כהן זולת מכיריהם, ולכן אין יכולים לעכב תפיסת מכיריהם או להוציא מידם מחמת שיכולים ליתן לכל מי שירצו.

וכתב רש"י דגם יכולים הבעלים לגבות חובם מן המתנות אע"פ שעדיין לא זכו בהן

מכירהם, שהרי המתנות ממון שבט, דהיינו שיש להשבט זכות ממון לקבל המתנות, ואילו היו כל השבט מחויבים לו ממון בודאי יכול לגבות מזכות ממונם, ואכן כאן ליכא אלא כהן אחד שחייב לו, ואע"פ שגם הוא שותף בממון הבשבת בעצם לא היה ראוי שהישראל המלוה יגבה חובו מממון השותפות, שהרי שאר השותפים יעכבו עליו, אבל במכירי כהונה כל שאר הכהנים שותפי המכירי כהונה מיאשים, ושוב אינם מעכבים גבית הישראל מן המתנות ממון השבט, ונמצא גובה בלי שהכהן יקנה בהן קנין גמור, ומשום הכי נמי אין חוששים לכהנים הקטנים, דהרי אינם בני קנין עד שיגדלו, ואינם נחשבים שותפים בממון השבט, ואין צורך למחילתם, ולא דמי להני תמרי דזיקא שנשרו מנכסי יתמי שבאו להם בירושה, ואין לאכלם אלא במחילת הבעלים, ויתמי ולא בני מחילה נינהו.

סימן ו

בו יבואר מה שיכול התופס לומר במלתא דתליא בסברא נראה לי שסברא זו אמת, ומה שכתב הש"ך דחכמי הש"ס חתמו בעיא דלא איפשטא תיקו לומר דתפיסה מועילה.

הש"ך הוסיף עוד סברא לחלק בין ספק בכור לספיקא דדינא, דלעיל בסי' ה' כתב לחלק דבספק בכור יכולים הבעלים ליתן לכל מי שירצו, יעו"ש ובהגהות, אכן כל זה אינו מועיל אלא לספיקות במתנות כהונה, ומשום הכי מוציאים מידו ואין תפיסתו מועילה, אבל בשאר ספיקות, אפילו שאינם ספיקא דדינא, כגון תרי ותרי, אין מוציאים מידו, וכאן מוסיף עוד סברא אחרת לחלק בין ספק בכור לספיקא דדינא, דבספיקא דדינא יכול לומר קים לי כצד זה, ולפי סברא זו גם בשאר ספיקות אין תפיסה מועילה ומוציאים מידו, ורק בספיקא דדינא מועילה תפיסה, שיכול לומר לאידך אייתי ראה להוציא כי אמינא הסברא אמת כמו שאני סובר, יעו"ש.

והקונטרס הספיקות סי' א' אות א' בסוף הדיבור כתב דכונת הש"ך דאם אומר אנא אמינא הסברא אמת כמו שאני סובר זה נחשב טענת ברי, יעו"ש, וכן כתב הש"ך לקמן בסי' ע"ט וסי' פ"ד בשם מהר"י ששון, יעו"ש, ואיברא דבהני מיירי בפלוגתא דרבוותא ולא בבעא דלא איפשטא, אולם הש"ך בהמשך דבריו כתב דמשום האי טעמא מועילה תפיסת הנמסר מן המוסר, דמספקא לן בבבא קמא (דף סב.) אם עשו תקנת נגזל במסור וסליק בתיקו, יעו"ש, ולכאורה לא שייך התם ענין טענת ברי, והלא אין דבר זה תלוי בסברא אלא בהיכי הוי עובדא בזמן המשנה, ומנא ידע האי בעל דין אם עשו חכמים תקנת נגזל במסור שיהא הנמסר נשבע ונוטל, מה שלא ידעו חכמי התלמוד, אלא צריך לומר דהוי כטוען טענת ברי על פי אחרים, כמו שכתב הש"ך לקמן סי' ע"ט, יעו"ש, שהוא סומך על מי שאמר בגמרא שתיקנו תקנת נגזל במסור.

ועיינ' הש"ך לקמן סי' ע"ט דאפילו למאן דס"ל דבתיקו אין תפיסה מועילה, מכל מקום בפלוגתא דרבוותא מועילה, דהוה לי כטוען ברי על פי אחרים כיון שיש מאן דס"ל כותיה, אבל בתיקו אין תפיסה מועילה דליכא טענת ברי, ולפי זה צריך לומר דבדין במסור דקאי למאן דס"ל דבתיקו מועילה תפיסה, דהוה ליה כטענת ברי, כנ"ל, צריך לומר דכיון דאיכא צד בהגמרא כותיה, ואע"ג דליכא מאן מחכמי התלמוד שנקט כן להלכה, גם זה נחשב טענת ברי על פי אחרים, דהיינו הסברא הנזכרת בגמרא, ואע"פ שאינו יודע שמות בני הישיבה שצידדו בכך.

אי נמי יש לומר דהבעיא אם עשו תקנת נגזל במסור לא הוי אם בפועל עשו חכמים

תקנה מיוחדת למסור כמו שעשו לנגזל, אלא דמיבעי ליה אם תקנת נגזל כוללת גם מסור מן הסברא משום דדומים זה לזה, וכן מדויק מלשון הבעיא אם עשו תקנת נגזל במסור, או אם יש לחלק ביניהם, ואם תקנו חכמים לישבע וליטול לנגזל אין להוכיח מזה שגם רצו שהנמסר ישבע ויטול, ולפי זה הבעיא היא בסברת התקנה ולא בהיכי הוה עובדא, ושפיר יכול התופס לומר קים לי כסברא דנגזל ומסור קשורים זה לזה, והמסור בכלל תקנת נגזל.

שוב כתב הש"ך וז"ל: ואפשר שלכך סתמו מתחלה חכמי הש"ס דבריהם והעלו בתיקו, לומר שמסופק להם הענין כדי שאם יתפוס האחר אין מוציאים מידו מה שאין כן בספק הנולד בבכור מצד עצמו וכו' עכ"ל, יעו"ש, ואין כונתו דמשום הכי לא הכריעו הספק, דהא לא ידעו להכריע, אלא כונתו שלא הניחו הספק בלי הכרעה אלא הוסיפו מלת תיקו, ולכאורה לפי זה אין תפיסה מועילה אלא בספק דסליק בתיקו, אבל בעיא דלא איפשיטא לא מועילה בה תפיסה, ולפי זה הביאור הוא דאם סליקו בתיקו כונתם דשני הצדדים נכונים וניתנו להיאמר, ולכן יכול לתפוס על פי צד אחד, ונחשב כטוען ברי על פי אחרים, אבל בבעיא דלא איפשטא אפשר דצד אחד אינו נכון, ואינו יכול לתפוס על פי אותו צד.

אכן זה אינו, שהרי בהמשך דבריו כתב הש"ך דלפי סברא זו תפיסה מועילה במזיק ממון חבירו בדבר שאין דרכו להניח, דהוי בעיא דלא איפשטא, ואע"ג דלא נזכר בה לשון תיקו, וכן בהקנה שדה לאחד ומטלטלין לאחר דהוי רק בעיא דלא איפשטא, יעו"ש, ואם כן צריכים לפרש כונתו במה שהזכיר מלת תיקו. אלא הדבר מתפרש על פי מה שכתב לקמן בסי' ט' וז"ל: ולא מצינו בכל הש"ס בעיא דלא איפשטא דלא קאמר בתר הכי תיקו אלא כשרוצה למפשט הבעיא ודחי לה ושקיל וטרי אליבא דהבעיא, אבל כל היכא דליכא אלא בעיא לחוד ותו לא מידי קאמר הש"ס תיקו עכ"ל, יעו"ש, ומבואר דכל בעיא דלא איפשט הוי בעצם תיקו, אכן היכא דשקיל וטרי, ועדיין נשאר בלי פתרון, לא חש להזכיר תיקו בסוף השקלא וטריא, אבל בעצם שייך בה לשון תיקו שבה הוכיחו חכמי הש"ס דאם תפס לא מפקינן מיניה, אולם עיין לקמן סי' ע"ח שחילק הש"ך בין תיקו לבעיא דלא איפשטא, וצריך עיון. ומבואר מדברי הש"ך דאילו לא קאמר בגמרא לשון תיקו בבעיא דלא איפשטא לא היתה תפיסה בטענת קים לי מועילה, והיכא דיש שקלא וטריא הוי כאילו אמר תיקו, ומכל מקום ס"ל להש"ך לקמן בסי' ע"ט ובהסימנים הרצופים דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא, וצריך לומר דהתם איכא מאן דקאמר בהחלט כותיה, ולכן יכול לומר קים לי כהך מאן דאמר, אבל בבעיא דלא איפשטא אפשר שלא היה שום אחד מבני הישיבה שהיה אומר בהחלט כותיה, ואולי כולם נסתפקו בדבר, ואם כן היה אפשר לומר דלאו כל כמיניה לומר שהוא סובר בהחלט כן, ולהכי הוסיפו חכמי התלמוד לשון תיקו להגיד לנו דכיון דבני הישיבה העלו על דעתם האפשרות שהצדק כמו שטוען שפיר יכול לומר קים לי שכן הוא לחלוטין, אבל בפלוגתא דרבוותא לא הוצרכו לציין דתפיסה מועילה.

לדברי הש"ך חכמי הש"ס רמזו במה שהעלו בעיא דלא איפשטא בלשון תיקו שאם תפס אין מוציאים מידו, ויש להבין היכן מרמזו בלשון תיקו דתפיסה מועילה, והנה אם יעלה בדעת דיין שבאו לפניו שני בעלי דין איזה ספק שלא הוזכר בש"ס ובפוסקים, ואם הדיין אינו יודע לפתור הספק צריך לפסוק הדין שהממון ישאר במקום שהוא נמצא,

והמוציא מחבירו עליו הראיה, אמנם בכהאי גוונא לא נאמר שהבעל דין יכול לתפוס מחבירו ולומר קים כצד זה שבדעת הדיין, שאין זה אלא הוה אמינא בדעת איזה דיין, ואין זה נחשב צד חשוב בהלכה שיאמר הבעל דבר קים לי כצד הזה, ומכל מקום כיון שהדיין מסופק מה לעשות אינו יכול לעשות כלום, והממון ישאר במקום ששם נמצא. ונראה דגם בבעיא דלא איפשטא היה אפשר להסתפק אם היא כמו ספק בדעת הדיין, דכיון דלא הוזכר שם אמורא בגמרא לא על צד זה ולא על צד זה, אין הצדדים חשובים אלא כצדדים בדעת הדיין, ואין בעל דין יכול לתפוס בטענת קים לי כצד זה, או דלמא כיון שבני הישיבות שקלו וטרו בשני הצדדים ולא באו למסקנא הרי כל צד כמי שנאמר ע"ל ידי אמורא, ויכול בעל דין לתפוס ולטעון קים לי כצד זה, ולהכי קאמרי חכמי הש"ס תיקו, כלומר צדדי בעיא דלא איפשטא בגמרא עדיפי מספיקות בדעת הדיין, אלא תהא להם תקומה, והרי הם חשובים כאילו נאמרו בשם אמוראים, ושפיר יכול בעל דין לתפוס בטענת קים לי כצד זה ואין מוציאים מידו. אלא שעדיין צריך עיון בדברי הש"ך שחכמי הש"ס קאמרי תיקו להגיד לנו שאם תפס אין מוציאים מידו, והרי כמה מצינו מאות בעיות דמסקי בתיקו, ורובם אינם בדיני ממון, ולא שייך בהן ענין תפיסה בטענת קים לי, ויש לומר דכונת הש"ך דבכל בעיא דלא איפשטא הסגנון הוא לסיים בלשון תיקו היכא דליכא שקלא וטריא, כמש"נ, וכן הוא הסגנון בכל בעיא דלא איפשטא שבש"ס, והטעם שנהגו לסיים בלשון זה בכל מקום הוא כדי להודיע שצדדי הבעיא חשובים אע"פ שלא נאמרו בשם אמוראים, כמש"נ, ונפקא מינה בדיני ממונות, דכיון דחשובים ועדיפי מספק בדעת הדיין, אם תפס בטענת קים לי אין מוציאים מידו, כמש"נ.

בסוף דבריו הביא הש"ך ראייה למה שחילק בין ספק בכור דלא תליא בסברא כלל מה שאין כן בתיקו וז"ל: והיינו על כרחך מטעם שכתבתי דגבי תיקו יוכל הבעל דבר לומר אין הדבר ספק אצלי אלא הסברא נוטה לי בבירור שהדין עמי, וכהאי גוונא ממש מחלקים התוס' בפרק חזקת הבתים (דף לב:), ד"ה והלכתא, בין ספק דתרי ותרי ובין ספיקא דדינא וכו' עכ"ל, יעו"ש, וכן כתב לקמן סי' י"ד, יעו"ש, ולפום ריהטא משמע מדבריו שבא להוכיח דתפיסה בטענת קים לי מועילה בספיקא דדינא, אולם אין זו כונתו כמו שיתבאר.

והנה התוס' התם קאי על הא דאמרינן בגמרא שם ההוא דאמר לחבריה מאי בעית בהאי ארעא אמר ליה מינך זבינתה והא שטרא אמר ליה שטרא זייפא הוא גחין לחיש ליה לרבה אין שטרא זייפא הוא מיהו שטרא מעליא הוה לי ואירכס ואמינא אינקיט האי בידאי כל דהו אמר רבה מה לו לשקר אי בעי אמר ליה שטרא מעליא הוא אמר ליה רב יוסף אמאי סמכת אהאי שטרא האי שטרא חספא בעלמא הוא וכו' אמר רב אידי בר אבין הלכתא כותיה דרבה בארעא וכו' דהיכא דקיימא ארעא תיקום והלכתא כותיה דרב יוסף בזוזי דהיכא דקיימי זוזי לוקמי, יעו"ש.

ופירש רשב"ם וז"ל: באותו דין ראשון דלעיל מספקא ליה לרב אידי בר אבין טעם

של מי משניהם נראה יותר הלכך פוסק בראשון כרבה דאמרינן מה לו לשקר ויעמוד על מקחו דכיון דלא אתברירו טעמיהם של רבה ורב יוסף המוציא מחבירו עליו הראיה וגבי זוזי שהלוה מוחזק ולא בעל השטר אמרינן יביא בעל השטר ראיה ויטול דהיכא דקיימא ארעא תיקום ולא נוציא מספק וכן זוזי היכא דקיימי ליקום וכו' עכ"ל, יעו"ש. והתוס' בד"ה והלכתא הקשו על דברי הרשב"ם וז"ל: רבינו שמואל פירש דמספקא ליה כמאן הלכתא וצריך לדחוק ולפרש ולחלק בין ספיקא דתרי ותרי לספיקא דדינא דהא דלא אוקמה בחזקת מרה קמא כמו בנכסי דבר שטיא דאמרינן (כתובות דף כ.) אוקי תרי בהדי תרי ואוקי נכסי בחזקת בר שטיא התם הוו תרי ותרי כמאן דליתנהו דמי ואוקמיה ארעא בחזקת מרה קמא אבל הכא דמספקא לן דינא כמאן התם לא שייד כולי האי למימר אוקמה אחזקת מרא קמא ונוציא מיד המוחזק ודוחק הוא וכו' עכ"ל, יעו"ש.

והנה טעמא דהרשב"ם בהא דמניחים הקרקע בחזקת המחזיק מבואר בדבריו לקמן בפרק גט פשוט (דף קסו:) בד"ה תיקו וז"ל: והמוציא מחבירו עליו הראיה דכיון דמסתפק דינא לבי דינא היאך יוציאו מיד המחזיק ולא דמי לממון המוטל בספק דקיימא לן חולקין דהתם עיקר המעשה אין ידוע לנו היאך היה כגון שור שנגח את הפרה ונמצא עוברת בצדה (לעיל דף צג.) וכגון נפל הבית עליו ועל אמו (קנח:) הלכך פוסקין להן בית דין את הדין שיחלוקו אבל כל מקום שעלתה ההלכה בתיקו הואיל ואין הדיינין יודעין לפסוק את הדין היו שותקין והמחזיק יחזיק במה שבדיו עכ"ל, יעו"ש.

והוקשה לו להרשב"ם שם מאי שנא ספיקא דדינא דאמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה ובספק דררא דממונא, כגון שור שנגח את הפרה ונמצא עוברת בצדה, דנים להם חלוקה, והלא גם ספיקא דדינא הוי ספק דררא דממונא, דהא גם בלי טענותיהם יש ספק לבית דין, ולמה אין דנים להם חלוקה, ועל זה תירץ הרשב"ם דבספק דררא דממונא שאין המציאות ידועה דנים להם חלוקה, אבל בספיקא דדינא הספק הוא על עצם הפסק, וכיון שאין יודעים היאך לפסוק שותקים, ואין עושים שום דבר, והממון נשאר במקום ששם נמצא.

ולפי זה נסתלקה קושיתו מנכסי דבר שטיא, דהרי גם התם הספק הוא על המציאות, ומשום הכי אמרינן אוקי ממונא בחזקת מרא קמא, אבל בספיקא דדינא הרי בית דין שותקים, והממון נשאר במקומו, כמש"נ, אכן עדיין צריך עיון דאם כן למה הוצרך לומר דתרי ותרי כמאן דליתנהו דמי, הרי אפילו אם כמאן דאיתנהו דמי היה לן לומר דמוקמינן על חזקת מרא קמא כיון דהוי ספק במציאות ולא ספיקא דדינא.

וצריך לומר דאין חילוק זה מספיק לספק דתרי ותרי, דספיקא דתרי ותרי לא הוי ספק דררא דממונא דהיינו שמציאות המעשה בעצם מוטלת בספק, אלא הספק בא ממה ששני עדים אומרים ככה ושני עדים אומרים איפכא, ואין בית דין יודעים אם לשמוע לאלו או לאלו, והרי זה כמו ספיקא דדינא שאין בית דין יודעים אם לשמוע

לאמורא זה או לאמורא זה, ומשום הכי שותקים, דהרי כל מה שידונו מנגד לדעת אמורא, ואם כן גם בתרי ותרי היה להם לשתוק, דכל מה שידונו מנגד להגדת שני עדים, ועל זה תירצו דתרי ותרי כמאן דליתנהו דמו, ואין כאן שום הגדת עדים, ומכל מקום נולד ספק על ידיהם ויכולים בית דין להחזיק הקרקע בחזקת מרא קמא, ואין בזה שום התנגדות להגדת עדים.

אולם בספיקא דדינא לא אמרינן דכיון דאיפלגו אמוראי כמאן דליתנהו דמו, ואין אומרים דכיון שיש בפנינו הוראות סותרות הרי זה נחשב כאילו חסר הוראה כלל, אלא כמאן דאיתנהו דמו, ויש לפנינו שתי הוראות, וכיון שאין בית דין יודעים להכריע שותקים ואינם עושים כלום, כמש"נ, דכל מה שידונו יהא מנגד להוראת אמורא, ועיימש"נ בדברי הנמוקי יוסף לקמן בהגהות לס"י נ"ג.

והא דמוקמינן על חזקת מרא קמא בנכסי דבר שטיא ולא דנים להם חלוקה, כמו שכתב הרשב"ם בפרק גט פשוט גבי ספק במציאות, כנ"ל, יש לומר דאפילו אם תרי ותרי כמאן דאיתנהו דמי אין זה נחשב דררא דממונא, דלא הוי ספק בעצם כמו שור שנגח את הפרה ונמצא עוברא בצדה, שהרי הספק נולד רק כשבאו להעיד בבית דין, וכמו דספק הבא על ידי טענותיהם לית ביה דררא דממונא, כמו כן אם ליכא ספק אלא על ידי הגדת העדים ליכא דררא דממונא.

וזהו מה שהוכיח הש"ך מדברי התוס' דגבי תיקו יוכל הבעל דבר לומר אין הדבר ספק אצלי אלא הסברא נוטה לי בבירור שהדין עמי, כנ"ל, דאילו היה הדין דבספיקא דדינא שני הצדדים הסותרים אהדדי כמאן דליתנהו דמו, והרי זה נחשב כאילו אין כאן צד הוראה כלל, וכמו בספיקא דתרי ותרי, כמש"נ, היתה מסתברא מלתא דלא היתה מועילה תפיסה בטענת קים לי, דלאו כל כמיניה לחדש הוראה במקום שאין לנו הוראה מן האמוראים, אבל מכיון דבספיקא דדינא שני הצדדים והדעות איתנהו לפנינו איכא למימר שיכול התופס לומר הסברא נוטה לי כהוראה זו.

סימן ז

בו ידון בדברי הסמ"ג דלפי מה דמיבעי לן אם עשו תקנת נגזל במסור ונשבע ונוטל, וסלקא בתיקו, אם תפס הנמסר מן המוסר אין מוציאים מידו.

הש"ך הביא דברי הסמ"ג דמזיק ממון חבירו בדבר שאין דרכו להניחו בכלי, דסליק בגמרא בתיקו, אם תפס לא מפקין מיניה, וכן אם תפס הנמסר מן המוסר, דסליק בגמרא בתיקו אם עשו תקנת נגזל במסור, אין מוציאים מידו, ולעיל בסי' ו' רצה להוכיח מזה דהסמ"ג ס"ל דבספיקא דדינא אם תפס אין מוציאים מידו, יעו"ש, ובסימן זה הוסיף הש"ך דאין לדחות דלא קאמר הסמ"ג דבהני אין מוציאים מידם אלא כשתפסו קודם שנולד הספק, וכתב הש"ך דזה אינו, דלא שייך תפיסה קודם שנולד הספק בתיקו, שכבר נולד הספק בשעת חתימת הש"ס.

ובודאי כן הוא כדבריו לענין ספק דמזיק דבר שאין דרכו להניח בכלי, אכן לענין מסור לכאורה יש לדון, דהנה יש לעיין במה שכתב הסמ"ג דתפיסה מועילה במסור, דהא אפילו אם תקנו תקנת נגזל במסור אין זה אלא דנשבע ונוטל, אבל בלי שבועה בהחלט שאין לו זכות בממון המוסר, דהמוציא מחבירו עליו הראיה, ואם כן למה מועילה תפיסתו, הא עדיין לא נשבע, והרי הוא גוזל ממון חבירו, ונהי דאם נאמר דתפיסתו מועילה יכול לישבע ולהחזיק במה שתפס, אכן כל זמן שלא נשבע אין לו זכות בהממון אפילו מספק, ואילו לא נתקנה תקנת נגזל במסור בודאי אין תפיסתו מועילה, דהוי ודאי ממון חבירו, ואע"פ שידעינן בשני עדים שמסרו אינו יכול לתבוע ממנו בבית דין אלא הפחות שאפשר, ועל יותר מכך הרי הוא גוזלו, שהרי יש לו חזקת פטור, והמוציא מחבירו עליו הראיה, ואם כן מה לנו להסתפק אם תקנו תקנת נגזל במסור, והלא צריך להיות הדין דמוציאים מידו מיד, ואין להניחו לישבע כלל, כמשי"נ.

וצריך לומר דעצם התקנה דנשבע ונוטל פועל דעל ידי תביעתו של הנגזל חל ספק ממון, ויכול לישבע וליטול, וכן במסור אם תיקנו תקנת נגזל במסור חל ספק ממון על ידי תביעת הנמסר, אע"ג דבלי התקנה אין תביעתו גרידא עושה ספק ממון, כמשי"נ. ואולי נוכל לומר עוד דמשום ספק ממון זה שחל על ידי התקנה מועילה תפיסה, ושוב אינו צריך לישבע אם תפס, שהרי הוא מוחזק בהממון ולמה ישבע, אכן זה לא מסתברא, דאם כן כל נשבע ונוטל יוכל לתפוס ולא יצטרך עוד לישבע, אלא מסתברא דכיון שתיקנו שבועת הנוטלין אין תפיסה מועילה אלא אם כן נשבע אחר כך, ועיין בסמ"ע סי' פ"ז סקכ"ב שכתב דאפשר לומר דבמקום תפיסה לא תיקנו חכמים שבועה, אולם כל זה הוא בהנשבעים ונוטלים שמן התורה היו נוטלים בלא שבועה, כגון פוגמת כתובתה שיש לה שטר מקוים בידה, וכן כתב הר"ן דתפיסה מועילה בהנשבעים ונוטלים שדינם ליטול בלא שבועה דאין מוציאים מידו אלא משמתינן ליה, והסמ"ג ס"ל דגם לא משמתינן ליה, והובאו דבריהם לקמן סי' ל"א, יעו"ש.

ובמסור מספקא ליה בגמרא אם תיקנו בו תקנת נגזל, ואם תיקנו חל ספק ממון בשעת התביעה, כמשי"נ, ואם לא תיקנו הרי הוא גוזל ממנו, כמשי"נ, ולכן אם תפס

הנמסר קודם שתבע מן המוסר היה אפשר לומר דהרי זה תפיסה קודם שנולד הספק, אבל במזיק דבר שאין דרכו להניח בכלי, שהוא בעיא דסלקא בתיקו, הרי הספק חל מיד בשעת ההיזק, ולא שייך בו תפיסה קודם שנולד הספק. אכן צריך עיון היאך סלקא דעתיה דאם תפס קודם שתבע הוה ליה תפיסה קודם שנולד הספק, הרי קודם תביעה לא בא לידו בהיתר, אלא הוי ודאי איסור, כמש"נ, דהמוציא מחבירו עליו הראיה, ולכאורה צריך לומר דתפיסה קודם שנולד הספק לא הוי מדין בא לידו בהיתר, אלא משום דכשחל הספק בפני בית דין הרי הוא כבר מוחזק בה, ועיימש"נ בהגהות לסי' נ"ז בדברי התרומת הדשן.

וכתב הש"ך וז"ל: דודאי אינו עולה על הדעת כלל לחלק בין תיקו או בעיא דלא איפשטא בין קודם שנולד הספק או אחר שנולד הספק דהא מיד בשעת חתימת הש"ס נולד הספק, ודוקא בעדות דתרי ותרי וכהאי גוונא כתבו התוס' והפוסקים 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 אלא בדין, וספק של דין נולד כבר, ואם כן כל היכא דתפס מיקרי תפס אחר שנולד הספק וכו' עכ"ל, יעו"ש. ובא הש"ך להוציא מסברא זו דשייך תפיסה קודם שנולד הספק בספיקא דדינא, והיינו טעמא משום דלהך סברא נקטינן שהספק חל בשעת העמדה בדין על ידי טענות הבעלי דין, ולכן היה אפשר לומר דאפילו בספיקא דדינא שייך תפיסה קודם שנולד הספק, וכתב הש"ך דזה אינו, דהרי ספיקא דדינא הוי ספק בהדין ולא בהמעשה, והרי כבר חל הספק בשעת חתימת הש"ס שנשארה הבעיא בספק ולא נפשטה. אולם עיין בבכורות (דף מט.) מתניתין מת הבן בתוך שלשים יום אע"פ שנתן לכהן יחזיר וכו' ביום שלשים כיום שלפניו רבי עקיבא אומר אם נתן לא יטול ואם לא נתן לא יתן, ובגמרא מאי טעמייהו דרבנן גמרי חודש חודש ממדבר מה התם ומעלה אף הכא ומעלה ורבי עקיבא מספקא ליה מדאיצטריך למיכתב ומעלה גבי ערכין ולא גמרי ממדבר הוה להו שני כתובין הבאים כאחד וכל שני כתובין הבאין כאחד אין מלמדין או דלמא כי אין מלמדין לעלמא אבל לגופייהו מלמדין ומשום הכי מספקין ליה, יעו"ש. וכתב הש"ך לעיל בסי' ב' בשם הסמ"ג וז"ל: אבל תקף קודם שנולד הספק לא מפקין מיניה וכו' תדע שהרי במסכת בכורות 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 מפקין מיניה עכ"ל, יעו"ש, ויש לדקדק דהרי בדין בסי' ז' כתב הש"ך בביאור דברי הסמ"ג דבספיקא דדינא לא שייכא תפיסה קודם שנולד הספק, שהרי הספק כבר נולד בשעת חתימת הש"ס, והרי הסמ"ג עצמו כתב במת הבן ביום שלשים אם נתן לא יחזיר משום דהוי תפיסה קודם שנולד הספק, ואע"ג דאליבא דרבי עקיבא הוי ספיקא דדינא אם יום שלשים כיום שלפניו. ונראה דהש"ך לא בא אלא לומר דאין הספק ממון התלוי בספיקא דדינא חל בשעת

העמדה בדין אלא גם קודם, דכיון שנעשה המעשה שבה מסופקים הרי הספק חל מיד, וקודם שהמוסר הזה מסר ממונו של חברו לא היה הספיקא דדינא אלא ספק בהתלמוד, ולא היה הספק מתחבר לממונם של אלו כלל, אכן מיד שהמוסר עשה המעשה מסירה חל גם הספק בהממון, שהרי הספק מוכן ועומד משעת חתימת הש"ס, וכיון שעשה המעשה חל בה הספק, והרי נעשה המעשה מעיקרה במצב של ספק, ולא שייך בזה תפיסה קודם שנולד הספק, וכי יוכל לתפוס קודם שמסר, אבל בכהן שקיבל הפדיון בתוך שלשים הרי הפדיון תפוס בידו קודם שחל שום ספק, ומיד כשמת הבן ביום שלשים חל בפועל הספק אם יום שלשים כיום שלפניו, שכבר חל הספק בשעת חתימת הש"ס, כמש"נ, אבל הפדיון כבר תפוס בידו קודם חלות הספק בהממון בפועל, ומשום הכי לא יחזיר, דאם תפס קודם שנולד הספק אין מוציאים מידו.

ועיין בבבא מציעא (דף קב:) ומעשה נמי בציפורי באחד ששכר מרחץ מחבירו בשנים עשר זהובים לשנה מדינר זהב לחדש ובא מעשה לפני רבן שמעון בן גמליאל ולפני רבי יוסי ואמרו יחלוקו את חדש העיבור אמר רב אי הואי התם הוה יהיבנא ליה כוליה למשכיר מאי קא משמע לן תפוס לשון אחרון וכו' ושמואל אמר בבא באמצע חדש עסקינן אבל בא בתחלת חדש כוליה למשכיר בא בסוף חדש כוליה לשוכר מי אמר שמואל לא אמרינן תפוס לשון אחרון והא רב ושמואל דאמרי תרוייהו וכו' כור בשלשים סאה בסלע אני מוכר לך ראשון ראשון קנה התם טעמא מאי משום דתפיס הכא נמי קא תפיס ורב נחמן אמר קרקע בחזקת בעליה קיימת וכו', יעו"ש.

וכתב רש"י וז"ל: ושמואל אמר מתניתין דתני יחלוקו בבא לבית דין באמצע החדש ואמר לו צא מביתי או תן לי שכר חדש זה וכי מספקא לן איזהו לשון נתפיס אמרינן העמד ממון על חזקתו ומה שדר בה כבר לא מפקינן מיניה ודלמא לשון אחרון אית לן למיתפס ומה שלא עבר מן החדש או יצא או יתן לו שכרו העמד קרקע על חזקתה בחזקת בעליה וכו' ורב נחמן אמר קרקע בחזקת בעליה עומדת ואפילו בא בסוף החדש כולו למשכיר שהספק לא עכשיו נולד אלא מתחילת החדש נולד והעמד קרקע על חזקתו ונמצא שדר בשל חברו וצריך להעלות לו שכר עכ"ל, יעו"ש.

ומבואר מדברי רש"י דשמואל מספקא ליה אם תפוס לשון ראשון או תפוס לשון אחרון, וכל אחד עומד בחזקתו, המשכיר בקרקעו והשוכר בממונו, ואם תבעו בתחלת החודש העמד קרקע על חזקתו, ואם לא יצא השוכר צריך להלות לו שכר לכל החודש, ואם בא בסוף החודש העמד ממון בחזקת השוכר ואינו משלם כלום, ואם בא באמצע יחלוקו, ורב נחמן קאמר דלעולם צריך לשלם לכל החודש, דהספק נולד בתחלת החודש, והעמד קרקע בחזקת בעלה, והרי תפוס לשון ראשון ותפוס לשון אחרון הוי ספיקא דדינא, כמו שמבואר בדרישה סי' רמ"ב ס"ק ה', הובאו דבריו לקמן בהגהות לסי' י"ד, ואם כן קשה לדברי הש"ך דספיקא דדינא נולד בחתימת התלמוד, ואכן לפי דברי הסמ"ע סי' שס"ב סק"ג מבואר דתפוס לשון ראשון ותפוס לשון אחרון הוי ספק במציאות, ועיימש"נ בהגהות לסי' ל"ד, ולכאורה דברי הסמ"ע סותרים למה שכתב

בדרישה, וצריך ליישב, ועיימש"נ לקמן בהגהות לסי' נ"ז בדברי התרומת הדשן דכל זמן שלא בא הסכסוך לבית דין נחשב קודם שנולד הספק. אבל אם תפוס לשון ראשון ותפוס לשון אחרון הוי ספיקא דדינא צריך לומר דמאי דקאמר רש"י דהספק נולד בתחילת החודש כונתו שהדיון על השכר חל בתחלת החודש, ואף אם לא תבעו בפועל עד אמצע או סוף החודש, ומיד בתחילת החודש יש להסתפק הך ספק, ומיד איתחזק המשכיר כאילו בא ותבעו בפועל, והעמד קרקע על חזקתו, ואם לא יצא השוכר מן הבית אלא נשאר בדירתו עליו לשלם כל השכר.

בסוף דבריו כתב הש"ך דאין להביא ראיה מדברי הר"י בכתובות (דף כ.). בד"ה אוקי דס"ל בכל ספיקא דדינא דלא תליא בסברא דתפיסה אינה מועילה, וז"ל: ואילו היה הר"י מזכיר בשום מקום בפירוש דתפיסה אינה מועילה בתיקו לא היה נמנע הסמ"ג או שאר הפוסקים להביאו, ומדלא הביא שום פוסק כן בשם ר"י שמע מינה דלא אמר ר"י כן וכו' עכ"ל, יעו"ש, אכן עיין לעיל מה שכתב הש"ך בסי' ד' וז"ל: ואני בעניי עיינתי בתוס' פרק שני דכתובות ובשאר מקומות ולא מצאתי בשום פוסק שכתב כן בשם הר"י וכו' עכ"ל, יעו"ש, ולא רצה הש"ך לסמוך על בקיאותו הנפלאה לומר שלא אמר כן הר"י בפירוש בשום מקום, אכן ברור היה לו שלא נשתמטו שום דברי הר"י מהסמ"ג ושאר פוסקים, ואם הם לא הביאוהו ברור שאינו בנמצא.

סימן ח

בו יובא תמיהת הש"ך על דברי התרומת הדשן שלא פסק כשיטת הרי"ף דתפיסה מועילה בספיקא דדינא, ואע"ג דהרמב"ם ס"ל כותיה.

הש"ך מחלק בין ספק בכור דקיימא לן כדעת רוב הפוסקים דתקפו כהן מוציאים מידו ולא הועילה תפיסתו, ובין בעיא דלא איפשטא ותיקו ושאר ספיקא דדינא דיכול להיות הדין אמת דתפיסה הועילה, והביא דברי הרמב"ם בכמה מקומות דתפיסה בספיקא דדינא מועילה, והוכיח שכן היא דעת הרי"ף, אבל הרא"ש והתוס' ס"ל דתפיסה בספיקא דדינא אינה מועילה.

והביא נמי דברי התרומת הדשן שכן דעת הרי"ף ורמב"ם דתפיסה מועילה בספיקא דדינא, אבל להלכה קיימא לן כמו שכתבו התוס' בבבא מציעא (דף ו: ד"ה פוטר ובכתובות (דף כ.). ד"ה אוקי דתפיסה לאחר שנולד הספק אינה מועילה, ותפיסה בספיקא דדינא היא לאחר שנולד הספק, ותמה עליו הש"ך הרי גם שיטת הרמב"ם כדברי הרי"ף, וכתב דאולי לא ידע שכן היא שיטת הרמב"ם, יעו"ש.

אולם לכאורה יש לדקדק דאין סמך כל כך מדברי הרמב"ם לשיטת הרי"ף לענין תפיסה בספיקא דדינא, שהרי הרמב"ם פסק דתקפו כהן אין מוציאים מידו גם בספק במציאות, ואם כן הוא הדין בספיקא דדינא, אבל התרומת הדשן ס"ל כרוב הפוסקים דתקפו כהן מוציאים מידו, ולא ראה בדברי הרמב"ם דגם להנך דעות חלוק ספיקא דדינא ומועילה בו תפיסה.

סימן ט

בו יתיישבו דברי הנמוקי יוסף שכתב דשיטת הרי"ף היא דאין תפיסה מועילה בספיקא דדינא, והקשה עליו הש"ך דמבואר מדברי הרי"ף דתפיסה מועילה בספיקא דדינא.

הש"ך הביא דברי הנמוקי יוסף בבבא מציעא (דף ו.ו.) וז"ל: שמעינן מהא דכל ספק ממונא דקיימא לן חומרא לתובע וקולא לנתבע אי תקפו תובע בפנינו או בפני עדים מפקינן מיניה דאוקי ממונא בחזקת מריה ותקיפה בכהאי גוונא לא מהניא הלכך בכל תיקו שבתלמוד ובכל ספק ממונא תקפו תובע מפקינן מיניה וכן נראין דברי הרי"ף ז"ל שכתב בהלכותיו בההיא בעיא דאיבעיא לן בסוף השוכר את הפועלים (דף צג:) לסטים מזוין כנגד רועה מזוין מאי וסלקא בתיקו וכתב הרי"ף ז"ל בהלכותיו ואפילו רועה מזוין פטור דס"ל ז"ל שדינו כאילו נפשט ממש לקולא ואפילו תפיס תובע מפקינן מיניה שאם לא כן לא היה לו לכתוב פטור עכ"ל, יעו"ש.

וכתב הש"ך וז"ל: וכן כתב גם הנמוקי יוסף אחר כך בסוף דבריו דבתיקו וספיקא דדינא אין חילוק בין תפס בעדים או לא, והבאתי לשונו לקמן סי' נ"ג וכו' עכ"ל, יעו"ש, ולכאורה כונתו למה שכתב הנמוקי יוסף שם וז"ל: ומיהו היכא דספיקא דממונא איתיה מחמת טענותיהן של בעלי דבר שהם מכחישין זה את זה ולא נתברר לנו האמת בכהאי גוונא אי תפס שלא בעדים מהניא ליה תפיסתו מגו דאי בעי אמר לא היו דברים מעולם אבל היכא שהספק הוא מחמת הדין בעצמו לא מהניא תפיסה אפילו שלא בעדים דהא ליכא למימר מגו וכו' עכ"ל, יעו"ש.

אולם לא הוזכר שם ענין ספיקא דדינא כלל, דמה שכתב הנמוקי יוסף אבל היכא שהספק הוא מחמת הדין עצמו אין כונתו בזה לספיקא דדינא אלא לספק במציאות שאינו בא מחמת טענותיהם, כגון תקפו כהן או כור בשלשים, כמו שכתב בהמשך דבריו, יעו"ש, דבספיקות אלו אם תפס מוציאים מידו בין אם תפס בפני עדים בין אם תפס שלא בפני עדים, ולאפוקי ספק הבא מחמת טענותיהם דאם תפס שלא בפני עדים אין מוציאים מידו, דאית ליה מיגו דאי בעי אמר לא תפסתי, ועל ידי כך נאמן בטענתו, אבל בספק הבא מחמת הדין עצמו לו יועיל לו המיגו, דעדיין איכא ספק לפנינו, אבל תפיסה בספיקא דדינא לא הוזכר בדברי הנמוקי יוסף.

וצריך לומר דכיון דהנמוקי יוסף ס"ל דאין תפיסה מועילה במקום דאיכא לאוקמי על חזקת מרא קמא, מזה הבין הש"ך דהוא הדין בספיקא דדינא דאין תפיסה מועילה להוציא ממרא קמא, ולא היתה כונתו לומר שראה כן מפורש בדברי הנמוקי יוסף אלא מכללא אתמר.

והקשה עליו הש"ך בסוף דבריו וז"ל: ואדרבה נראה לפי עניות דעתי עיקר שדעת הרי"ף דבתיקו מהני תפיסה, מדהשמיט הך בעיא דפרק כיצד הרגל (דף יט.), וכמו שכתב הרא"ש שם, ובלי ספק דגם הרמב"ם הבין כן מדעתו, שהרי דרכו לימשך אחר שיטת הרי"ף, ואי הוה חזי ליה להרי"ף דלא מהני תפיסה, הוה פסק כותיה עכ"ל, יעו"ש, ושם מיבעי ליה אם יש שינוי לצרורות לרביע נזק, ווהבעיא סלקא בתיקו,

והרא"ש הקשה על הרי"ף שהשמיט הלכה זו, הובאו דבריו לעיל סי' ג', יעו"ש, ומזה הוכיח הרא"ש דהרי"ף ס"ל דאם תפס אין מוציאים מידו, ואם כן אין נפקא מינה בבעיא זו, דשינוי הוי קנס, ואין דנים דיני קנסות בבבל אלא אם כן תפס, ואם תפס חצי נזק אין מוציאים מידו, בין אם יש שינוי בין אם אין שינוי, ומספק נשאר כל החצי נזק ביד המוחזק, יעו"ש, והרי התם הוי ספיקא דדינא, ומוכח משם דהרי"ף ס"ל דתפיסה מועילה בספיקא דדינא להוציא ממרא קמא, וקשה לדברי הנמוקי יוסף דלשיטת הרי"ף אין תפיסה מועילה להוציא ממרא קמא.

אכן נראה ליישב דברי הנמוקי יוסף עפ"י מש"נ בהגהות לסי' נ"ג דטעמא דהרי"ף דאין תפיסה מועילה בתיקו בפרק המפקיד הוא משום דבמקרים אלו דמביעי ליה שם בעצם הוי הספק במציאות אם המשאיל גמר דעתו להקנות הכפל להשואל לכשימצא הגנב, וחכמי התלמוד נסתפקו בזה ועלו הבעיות בתיקו, ובבעיות אלו ס"ל להרי"ף דאם תפס השואל אין מוציאים מידו רק משום שאין המשאיל תפוס בהכפל שעדיין ביד הגנב, ואין לו חזקת מרא קמא על הכפל, אלא הדין הוא דיחלוקו, ואם תפס אין מוציאים מיד לדון להם חלוקה, אבל אם אחד מהם היה מוחזק והשני תפס ממנו מוציאים מידו ומוקמינן ליה בחזקת מרא קמא, דבמקום דאיכא מרא קמא נקטינן לענין דינא שהמציאות היתה באופן שהוא לטובתו.

אבל בספיקא דדינא כל זמן שהממון ביד המוחזק נשאר שם, ואין דנים להם חלוקה, דמספק אל תוציאנו מידו, אבל כשתפס השני ממנו אין מוציאים מידו להחזירו להמרא קמא, דבספיקא דדינא אין חזקת מרא קמא יכולה לומר שלטובת המרא קמא נקטינן לדינא שהלכה כאמורא זה או כאמורא זה, או כצד זה של הבעיא, שהרי עצם הדין הוא מסופק, ואי אפשר לומר דכשזה תפוס הלכה כאמורא זה, ובעובדא אחרת אמרינן לטובת מי שמוחזק דהלכה אחרת היא, ורק בספק במציאות אפשר לומר כן, דבעובדא זו נקטינן שכן היתה המציאות ובעובדא אחרת נקטינן שהמציאות באותו מצב של ספק היתה אחרת, אבל בספק בדין הכללי אי אפשר לומר כן, ולכן כל זמן שהממון ביד המוחזק אמרינן דמספק אין להוציאו מידו, וכשהשני תפסו ממנו נמי אמרינן דמספק אין להוציאו מידו, אבל חזקה המכרעת אין לשום אחד מהם, כמש"נ. ולפי זה מה שכתב הנמוקי יוסף דשמעינן מהא דכל ספק ממונא דקיימא לן חומרא לתובע וקולא לנתבע אי תקפו תובע בפנינו או בפני עדים מפקינן מיניה דאוקי ממונא בחזקת מריה ותקיפה בכהאי גוונא לא מהניא הלכך בכל תיקו שבתלמוד ובכל ספק ממונא תקפו תובע מפקינן מיניה וכן נראין דברי הרי"ף ז"ל וכו', כנ"ל, כל דבריו הם לענין ספק ממונא, דהיינו ספק במציאות.

וכן מבואר ממה שכתב בהמשך דבריו שם וז"ל: בספיקא דממונא יש שני מינין, היכא שמוחזק האחד יותר מחברו דקיימא לן קולא לנתבע הוא המין האחד והשני היכא שהאחד אין מוחזק יותר מחבירו וכו' עכ"ל, יעו"ש, וכל המינים שם הם ספק במציאות, ומבואר דבהנמוקי יוסף לשון ספק ממונא מורה על ספק במציאות, ואין בכללם ספיקא דדינא, ומה שכתב בכל תיקו שבתלמוד היינו דבתיקו לענין ספק ממונא

אם תפס מוציאים מידו, וכמו שהוכיח מדברי הרי"ף גבי בעיא דרועה מזוין שהוא ספק במציאות אם הוא אונס, אבל בספיקא שאינה תלויה במציאות אלא בדינא, שפיר איכא למימר דאם תפס אין מוציאים, וכמש"נ, ועיימש"נ בהגהות לסי' נ"ג.

באמצע דבריו כתב הש"ך וז"ל: וכן בבית יוסף ובב"ח בחו"מ סי' ש"ג כתבו על דין זה דרועה שהיא בעיא דאיפשטא בפרק הפועלים, וכן עיקר דאי לא איפשטא הוה ליה למימר תיקו, ולא מצינו בכל הש"ס בעיא דלא איפשטא דלא קאמר בתר הכי תיקו אלא כשרוצה למפשט הבעיא ודחי לה ושקיל וטרי אליבא דהבעיא אבל כל היכא דליכא אלא בעיא לחוד ותו לא מידי קאמר בש"ס תיקו עכ"ל, יעו"ש. ומזה הביא הש"ך ראייה דבעיא דרועה איפשטא, דאם לא כן היה לו לומר תיקו, ורק בבעיא דלא איפשטא דשקיל וטרי בה לא קאמר בתר הכי תיקו, ולכאורה כונתו דכיון דהפסיק הענין בשקלא וטריא, אם כן אע"ג דלא בא למסקנא דמלתא, ולא איפשטא הבעיא, לא חש לחזור ולומר תיקו, ומכל מקום כיון דלא איפשטא הרי היא כאילו קאמר בה תיקו.

אמנם אי אפשר לפרש כן בדברי הש"ך, שהרי לקמן בסי' ע"ח חילק בין תיקו לבין בעיא דלא איפשטא לענין אם תפיסה מועילה כשהתופס טוען קים לי כצד זה של הבעיא, דהיכא דסליק בתיקו אינו יכול לומר קים לי כצד זה כיון שאין שום יכול לפסוק הדין, מה שאין כן בבעיא דלא איפשטא דגדול הדור או תלמיד חכם מופלג יכול לפסוק הדין גם התופס יכול לומר קים לי כצד זה, דבתיקו קבעו חכמים שהבעיא תישאר בספק, וכי היכי דגדול הדור אינו יכול לכריע גם התופס אינו יכול לומר קים לי, אבל בבעיא דלא איפשטא לא קבעוהו שתישאר בספק אלא שלא באו לידי הכרעה, ומשום הכי גדול הדור יכול לפסוק והתופס יכול לומר קים לי, יעו"ש, ועיימש"נ בהגהות שם, ומבואר דבעיא דלא איפשיטא אינה כאילו קאמר תיקו.

אלא ביאור דברי הש"ך הוא דדרך הש"ס דבמקום דליכא שקלא וטריא קאמר תיקו, דבעיא דלא איפשטא גדול הדור יכול לפסוק הדין אע"ג דבעלי הש"ס לא באו לידי הכרעה, שלא קבעוהו שתישאר בספק, כמש"נ, לכן ראו בעלי הש"ס להביא השקלא וטריא שידעו דורות האחרונים מה היה המדובר, אבל בעיא דסליק בתיקו, שקבעוהו שתישאר בספק, לא ראו בעלי הש"ס צורך להביא השקלא וטריא, אע"פ שבודאי היתה שקלא וטריא בין בני הישיבה בבית המדרש, ובעיא דרועה מזוין הרי לא קאמר תיקו, ואם היא בעיא דלא איפשיטא היה להם לבעלי הש"ס להביא השקלא וטריא, וכיון שלא הביאו מבואר דאיפשיטא הבעיא.

ויש לדקדק דהנה עיין בבבא מציעא (דף כה.) בעי רבי ירמיה כשיר מהו כשורה מהו כחצובה מהו כסולם מהו פשוט מיהא חדא דאמר רב נחמן אמר רבה בר אבון כל שאילו מכניס לה קיסם ביניהן ונוטלים בבת אחת חייב להכריז, יעו"ש, ואיפשטא בעיא דכסולם מהו, כמו שכתב רש"י, יעו"ש, אבל בעיות הראשונות לא איפשיטו, ובגמרא לא שקיל וטרי בהן, ומכל מקום לא קאמר בתר הכי תיקו.

וצריך לומר דהיכא שהפסיק הענין אינו חש לחזור לתחלת הבעיא ולומר תיקו, ובכל הני בעיות שלא איפשטו הפסיק הענין לפשוט בעיא דמצא המעות כסולם, ותו לא חש לחזור לבעיות הראשונות ולומר תיקו.

שוב כתב הש"ך ז"ל: ועוד דאפילו מצא בשום מקום בפירוש בהרי"ף גבי בעיא דלא איפשיטא שכתב הרי"ף סתמא לפטור אין ראיה מזה דס"ל דאין תפיסה מועילה, אלא דלא איירי מדין תפיסה, או טעמא אחרינא איכא התם, תדע דהא הרמב"ם כתב בכל המקומות גבי בעיא דלא איפשיטא אם תפס לא מפקינן ובריש פ"ו זכיה הל"ב גבי בעיא דבריא היאך כתב בפשיטות דלא קנה וכו' וכהאי גוונא כתב סתמא לפטור בפ"ט אישות הל"כ בבעיות דסלקא בש"ס בתיקו, אלא ודאי כדאמרן וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ואין כונתו לומר דבכל מקומות אלו שסתם, ולא פירש דאם תפס אין מוציאים מידו, מכל מקום ס"ל דאין מוציאים מידו, ולא חש לפרש כיון דלא איירי בדין תפיסה, שהרי כתב להדיא לקמן סי' ע"ז ז"ל: ואע"ג שכתבתי לעיל סי' ט' דאשכחן בכמה דוכתי ברמב"ם וסמ"ג שכתבו כן בתיקו או בעיא הדין סתם כאילו נפשט ממש לקולא, מכל מקום ודאי דבכל מקום יש טעם בדבר, ולא משום דס"ל דבכל תיקו אין תפיסה מועילה, שהרי כתבו בהרבה מקומות ע"מ דתפיסה מועילה בתיקו, אלא ודאי שאני בהך בעיא וכו' עכ"ל, יעו"ש, הרי שכתב להדיא דבכל מקום שסתם יש בו טעם אחר בלי יוצא מן הכלל.

ומה שכתב הש"ך דהיכא דסתם אפשר דלא איירי התם מדין תפיסה, כנ"ל, בזה קאי על דברי הרי"ף שבא לפסוק הלכתא בסוגיא דגמרא, ואין עליו לטפל בענין תפיסה בכל פעם ופעם, אבל הרמב"ם שבא לסדר ההלכות על אופניהן, וחזינן דכסדר הוא מביא דין התפיסה במקום ספק, אם בחד דוכתא סתם ולא הזכיר תפיסה, בודאי יש בה טעמא אחרינא.

והוכיח הש"ך מדברי הרמב"ם דאם סתם בשום מקום אין להוכיח מזה דתפיסה אינה מועילה בספיקא דדינא, ובכל מקום שהרמב"ם לא הזכיר תפיסה אם תפס מוציאים מידו משום טעמא אחרינא בהאי גוונא, וכן אין להוכיח מדברי הרי"ף שסתם ולא הזכיר תפיסה דבספיקא דדינא אין תפיסה מועילה, או משום דאיכא טעמא אחרינא, כדאמרין בדברי הרמב"ם, או משום דלא איירי התם מדין תפיסה, כמש"נ.

הרמב"ם שם בפ"ט אישות קאי על הא דתנן בבבא בתרא (דף קלט:) מי שמת והניח בנים ובנות בזמן שהנכסים מרובין הבנים יירשו והבנות יזונו נכסים מועטין הבנות יזונו והבנים ישאלו על הפתחים, ובגמרא יתיב רבי ירמיה קמיה דרבי אבהו וקא בעי מיניה אלמנה מהו שתמעט בנכסים מי אמרינן כיון דאית לה מזוני ממעטא או דלמא כיון דאילו מנסבא לית לה השתא נמי לית לה אם תמצא לומר וכו' בת אשתו מהו שתמעט בנכסים מי אמרינן כיון דכי מינסבא נמי אית לה ממעטא או דלמא כיון דאילו מתה לית לה לא ממעטא אם תמצא לומר וכו' בעל חוב מהו שימעט בנכסים מי אמרינן

כיון דכי מיית נמי אית ליה ממעט או דלמא כיון דמחסרי גוביינא לא ממעט ואיכא דבעי לה לאידך גיסא בעל חוב מהו שימעט בנכסים בת אשתו מהו שתמעט בנכסים אלמנתו מהו שתמעט בנכסים וכו', יעו"ש.

ומיבעי ליה בהא דתיקנו חכמים דבנכסים מועטים הבנות ניוזנות והבנים ישאלו על הפתחים, מתי נחשבים נכסים מרובים כנכסים מועטים מחמת שמוכנים להתמעט על ידי חיובים המוטלים על הירושה, ללישנא קמא מיבעי ליה בתחלה בחיוב היורשים לזון האלמנה ומסיים בבעל חוב ולאידך גיסא מתחיל בבעל חוב ומסיים באלמנה, ובין כך ובין כך הוי בסדר אם תמצא לומר, ללישנא קמא סדר האם תמצא לומר הוא על צד הבעיא דאלמנה אינה ממעטת משום דאי מינסבא לא אכלה, אכן עדיין אפשר לומר דבת אשתו ממעטת כיון דאוכלת אפילו כשנשאת, ואפילו אם אינה ממעטת הואיל ואם מתה בטל החיוב, דילמא חיוב לבעל חוב ממעט כיון דאם מת היורשים חייבים ליורשיו, או דלמא גם בעל חוב אינו ממעט כיון דמחוסר גוביינא, ולפי דרך הרמב"ם דכל אם תמצא לומר הוי פשיטותא על בעיא קמייתא, נפשט הדין דאלמנה אינה ממעטת, ודבת אשתו אינה ממעטת, ובעל חוב הוי בעיא דלא איפשיטא.

ולאידך גיסא סדר האם תמצא לומר הוא על צד הבעיא דהחיובים ממעטים, ולכן מתחיל בבעל חוב, וקאמר אם תמצא לומר דבעל חוב ממעט, היינו משום דהחיוב לא בטל במיתתו, אכן עדיין איכא למיבעי בבית אשתו דהחיוב שלה נתבטל במיתתה, או דילמא גם היא ממעטת כיון דחיוב שלה קיים אפילו אם נשאת, ואם תמצא לומר כן עדיין איכא למיבעי באלמנה שחיוב שלה בטל אם נשאת או דילמא השתא מיהא החיוב קיים, ולפי דרך הרמב"ם דאם תמצא לומר הוי פשיטותא נפשט הדין דבעל חוב ממעט, ודבת אשתו ממעטת, ודין האלמנה הוי בעיא דלא איפשיטא.

ופסק הרמב"ם פי"ט אישות הל"כ וז"ל: היו הנכסים מרובין ויש עליו חוב או שהתנה עם אשתו שיזון את בתה אין החוב ולא מזונות בת אשתו ממעטין בנכסים אלא יירשו הבנים הכל ויתנו לבעל חוב חובו ויזונו בת אשת אביהן עד זמן שפסק ויזונו אחיותיהן עד שתבגרו או עד שיתארוסו ויצאו מתחת ידם עכ"ל, יעו"ש, הרי שפסק הרמב"ם כלישנא קמא דהסוגיא שם, דמסיק דאלמנה ובת אשתו אינן ממעטות בנכסים, ובעל חוב הוי בעיא דלא איפשיטא, ואזלינן לקולא ואינו ממעט בנכסים, והבנים יירשו ויזונו ביחד עם הבנות, כמו שכתב בהלי"ז, יעו"ש.

וקצת יש לדקדק בדברי הרמב"ם שכתב דבת אשתו ובעל חוב אינם ממעטים, ולא הזכיר דאלמנה אינה ממעטת, שזוהי בעיא ראשונה דהלישנא קמא, ואיפסק הדין על ידי האם תמצא לומר, ואילו לא כתב הרמב"ם אלא דבעל חוב אינו ממעט, ולא הזכיר בת אשתו, היה אפשר לומר שכתב בעל חוב שהוא חוב גמור רק שמחוסר גוביינא, ואם בעל חוב אינו ממעט כל שכן דאלמנה ובת אשתו אינן ממעטות, אכן כיון שלמרות סברת הכל שכן הזכיר בת אשתו, למה לא הזכיר נמי אלמנה.

ואולי יש לומר דחלוק חיוב על היתומים לזון אלמנה מחיובם לזון בת אשת אביהם, דחיוב מזונות בת אשתו הוי חיוב גמור לזון אותה עד זמן שפסק, ואפילו ניסת,

ודומה לחיוב לשלם לבעל חוב, ורק דחיוב להבעל חוב עובר לבניו בירושה, וחייב לבת אשתו אינו עובר ליורשיה אם מתה קודם הזמן שפסק, אבל חיוב לזון האלמנה לא הוי חיוב גמור, שהרי אם ניסת בטל החיוב, ואם נימא שחל החיוב עד שתנשא הרי זה תלוי בפלוגתא דברירה, שהרי לא יתברר זמן משך החוב עד שתנשא.

וצריך לומר דאין זה חיוב ממוני גמור, ודומה קצת לחיוב לזון עני המבקש ממנו לחם, דאינו חיוב ממוני כלל, ולכן לא הזכיר הרמב"ם דאלמנה אינה ממעטת, דאם חיוב ממוני גמור אינו ממעט כל שכן חיוב אלמנה אינו ממעט, ומכל מקום הזכיר בת אשתו ובעל חוב, דשניהם חיובים גמורים, כמש"נ, רק דיש מעליותא בבעל חוב שהחיוב עובר בירושה, אבל בעצם שניהם שוים, ולכן הזכיר שניהם, ועיין באה"ע סי' קי"ב סעי' ט"ו שכתב שם הגר"א דהרמב"ם לא גרס אלמנה, יעו"ש, ואולי מהאי טעמא הוא, דאלמנה לא אסיק אדעתן שתמעט, וכמש"נ.

הש"ך כתב דאין להוכיח מדברי הרמב"ם אלו דס"ל דאם תפס מוציאים מידו, דלפעמים פוסק בבעיא דלא איפשטא קולא לנתבע וחומרא לתובע, ואינו מוסיף דאם תפס לא מפקינן מיניה, והיינו משום דאית ליה טעם מיוחדת בהלכה זו להוציאה מן הכלל דאם תפס אין מוציאים מידו, כמו שכתב לקמן סי' ע"ז, יעו"ש, דהרי אם בעל חוב ממעט הוי בעיא דלא איפשטא, ומספק אמרינן דהבנים יירשו כדין נכסים מרובים, והבנים והבנות יזונו כאחת, כמש"נ, היה צריך להיות הדין דאם תפסו הבנות כשיעור מזונות שלהן עד שיבגרו אין מוציאים מידם, דהרי אמרינן בגמרא שם לענין נכסים מועטים (דף קמ.). אלא אמר רבא מוציאים להן מזונות לבנות עד שתבגרו והשאר לבנים, יעו"ש, ואינן ניזונות ביחד עם הבנים עד שתכלו הנכסים אלא מיד מוציאים כל מזונותיהן עד שתיבגרו, והבנים יאכלו השאר עד שתכלה ואחר כך ישאלו על הפתחים. וכיון שהדבר ספק אם בעל חוב ממעט והוי נכסים מועטים או אינו ממעט והוי נכסים מרובים, צריכים אנו לומר דמספק יירשו הבנים ויזונו הבנות, ואין מוציאים מידם כשיעור מזונותיהן עד שתיבגרו, אכן לפי שיטת הרמב"ם דבספיקא דדינא אם תפס אין מוציאים מידו, היה לו לפרש דאם תפסו הבנות כשיעור כל מזונותיהן אין מוציאים מידו, אלא מבואר דהלכה זו יוצאת מן הכלל, ואם תפסו מוציאים מידו. ונראה דהיינו טעמא משום דיש לחלק בין ספק דבעל חוב ממעט לשאר ספיקא דדינא, דיש לומר דדין מוציאים למזונות הבנות עד שתיבגרו בירושת נכסים מועטים לא הוי זכות הבנות לתבוע היום מזונות דלמחר, אלא תקנת חכמים היא שבית דין יוציאו מן הירושה כשיעור כל המזונות עד שתיבגרו, וישאר הממון אצל אפוטרופס כדי שתהיינה בטוחות שתהא להן מזונות עד שתיבגרו, וזהו דין לבית דין שיוציאו המזונות ולא של הבנות, ולכן אין להם דין תפיסה על ספק זה כלל.

בסוף דבריו הביא הש"ך עוד הוכחה שדעת הרי"ף דתפיסה מועילה בספיקא דדינא וז"ל: ויש עוד ראיה לזה ממה שכתב הרי"ף בפרק השואל (דף קב:) גבי איסתרא מאה

מעני דאי תפס לא מפקינן מיניה, והא פשיטא דספק שבשטר לא עדיף מתיקו וכו' עכ"ל, יעו"ש, ופסק שם הרי"ף כשמואל דאם אמר איסתרא שהיא צ"ו מעה ואחר כך מאה מעה הרי זה ספק אם תפס לשון ראשון או תפס לשון אחרון, ואין זה ספיקא דדינא אלא ספיקא במציאות, שנסתפקו החכמים מהי כונתו של אדם כשאומר שתי לשונות סותרים כאלו, אם עיקר כונתו להראשון, או אם חזר בו מן הראשון ועיקר כונתו להשני, וכתב הש"ך דכיון דמצינו שהרי"ף פסק בספק זה דאם תפס אין מוציאים מידו כל שכן בספיקא דדינא דאם תפס אין מוציאים מידו, דלא עדיף ספק בלשון השטר מתיקו.

והנה מדברי הש"ך בסי' א' ובסי' ג' ובסי' ח' מבואר דספק במציאות וספיקא דדינא הם שני ענינים נפרדים, ויש לכל אחד מעליותא מה שאין להשני, ואם בספיקא דמציאות אין מוציאים מידו עדיין איכא למימר דבספיקא דדינא מוציאים מידו, וכן אם בספיקא דדינא אין מוציאים מידו עדיין איכא למימר דבספיקא דמציאות מוציאים מידו, ועיימש"נ בהגהות לסי' א', ואם כן צריכים להבין מה שכתב הש"ך דהא פשיטא דספק בלשון השטר לא עדיף מתיקו.

ודבריו מבוארים לפימש"נ בהגהות שם דהמעליותא דספק במציאות היא דבמקום חזקה נקטינן להלכה שהמציאות היתה באופן שמעמיד הממון בחזקת המוחזק, וכמו במקוה שנמדד ונמצא חסר דמחמת החזקה דמעיקרא נקטינן להלכה שהיה מלא עד הרגע האחרון, ואע"פ שאין בהחזקה שום הוכחה ובירור שלא נחסר עד רגע האחרון, כמו כן בחזקת ממון נקטינן שהממון עומד בחזקתו אם לא נודע לן בבירור שהמציאות הוציאתו ממנו, אבל בספיקא דדינא אי אפשר לומר שמחמת חזקת התופס נקטינן להלכה כצד אחד של הבעיא דלא איפשטא.

ולאידך גיסא המעליותא דספיקא דדינא היא דאיכא למימר דבמה שהוא טוען קים לי מן הסברא כצד אחד של הבעיא הרי הוא נחשב כטוען ברי, ואע"ג דלגבי הכרעת הספק אין בדבריו כלום, מכל מקום הרי הוא ברי בעצמו ותופס בברירות, ותפיסה כזו עדיפא מתפיסת ספק, דלכמה שיטות אינה מועילה אלא בתופס מן ההפך, כמו שכתב הש"ך בסי' י"ט אות ו', יעו"ש.

אולם בספק שנסתפקו חכמים בלשון השטר איכא תרתי לגרעותא, דכיון שאין זה ספק במה שאירע בהמציאות אלא שנסתפקו חכמים בלשון כזה מהי כונת רוב בני אדם בו, אי אפשר לומר דנוקים על חזקתו וננקוט שכונתו היתה כצד זה, דהרי אם כונת רוב בני אדם בלשון כזה לצד השני שוב לא איכפת לן במה שהיה בלבו, דדברים שבלב אינם דברים.

וגם אינו יכול לומר קים לי דכן כונת רוב בני אדם כשאומרים לשון כזה, דבשלמא במלתא דתליא בסברא, ונסתפקו בו חכמי התלמוד, יש שיטות דיכול לומר קים לי כצד הזה וסברא זו מוצאת חן בעיני, ולגבי עצמו הרי תפיסתו נחשבת כתפיסת בעלים, כמש"נ, אבל בספק בכונת רוב בני אדם באיזה לשון היאך יכול לומר שנראה לו שרוב בני אדם מתכוונים לזה ולא לזה, ואם אומר כן אין זה אלא דברים בטלים ושטות, ואינו

נחשב בזה כתופס בטענת ברי.

ונמצא דספק בלשון השטר גרע מספיקא דמציאות, וגרע נמי מספיקא דדינא, ואם מצינו דלמרות כל זה ס"ל להרי"ף דאם תפס אין מוציאים מידו, וגם תפיסה כל דהו כזו מחזיקתו ואמרינן דמספק אל תוציאנו מידו, כל שכן דאם תפס בספיקא דדינא אין מוציאים מידו, כמשי"נ.

סימן י

בו יבואר למה הש"ך הקשה סתירה בדברי הרי"ף ממה שהגהות אשרי כתב בשמו דבתיקו יחלקו ולא הביא דברי הרי"ף בתיקו דכפל שפסק דממון המוטל בספק חולקין.

הש"ך הביא דברי הגהות אשרי בפרק אלו מציאות (דף כה:) לגבי בעיא דעשו תקנת נגזל במסור דמסיק בתיקו שהרי"ף ס"ל דחולקים, משום דבכל תיקו חולקים, וכן הוא בהשערים להרי"ף שערי שבועות שער כ', יעו"ש, והקשה עליו הש"ך דהרי שיטת הרי"ף מפורשת בפרק הכונס (דף סב.) דסתם תיקו לקולא, וכתב הש"ך דנראה לו שהרי"ף שהזכיר בהגהות אשרי, שהוא חיבר השערים, אין זה רבינו האלפסי שהיה שמו רב יצחק בן רב יעקב, אלא היה רי"ף אחר בשם רב יצחק בן רב ראובן, והיה נכד לרב האלפסי.

והנה כתב הרי"ף בבבא מציעא (דף לד.) לענין דינא דשילם השומר ולא רצה לישבע ונמצא הגנב הכפל שלו וז"ל: שלמו הבנים לבנים וכו' שאל מן האשה ושילם לבעלה אשה ששאלה ושילם בעלה כל אלו עלו בתיקו וחולקין דקיימא לן ממון המוטל בספק חולקין והני מילי בארץ ישראל אבל בבבל קנסא הוא ולא מגבינן ליה בבבל ואי קדים חד מינייהו ותפס לא מפקינן מיניה בין בבבל בין בארץ ישראל עכ"ל, יעו"ש.

והרא"ש שם הביא דבריו והקשה עליו וז"ל: כל אלו עלו בתיקו וחולקין דקיימא לן ממון המוטל בספק חולקין ונפקא מינה האידנא אף על פי שאין דנין דיני קנסות אם תפס לא מפקינן מיניה או אזמניה לדינא לארץ ישראל ותמיה לי על רב אלפס שכתב כאן דקיימא לן ממון המוטל בספק חולקין ובפרק שור שנגח את הפרה (דף מז.) פסק כרבנן דאמרי המוציא מחבירו עליו הראיה ואפשר דגבי כפל ליכא חזקה הלכך לכולי עלמא חולקין, אבל אין לשונו משמע כן מדקאמר דקיימא לן משמע דאיכא פלוגתא ופסק כמאן דאמר חולקין, ועוד נראה דודאי חזקה איכא כיון דמספקא לן אי אקני בהמה לכפילא אוקי בהמה בחזקת בעליה ולא הקנה לו. והכי הלכתא וכן פסקו התוספות שם דהלכתא כרבנן עכ"ל, יעו"ש.

ויש לעיין בדברי הש"ך שהביא בשם ההגהות אשרי דהרי"ף ס"ל דבעיא שעלה בתיקו חולקים, והקשה עליו ממה שכתב בפרק הכונס דסתם תיקו לקולא, למה לא הזכיר דברי הרי"ף בפרק המפקיד שכתב דבתיקו חולקים, ומה שדייק הרא"ש מדבריו, וגם קושית הרא"ש דדברי הרי"ף סותרים למה שפסק כרבנן בפרק שור שנגח את הפרה.

עוד יש לעיין בעצם דברי הרא"ש שהרי בבבא קמא (דף יט:) הוכיח הרא"ש ממה שהרי"ף השמיט בעיא דיש שינו לצרורות שהרי"ף ס"ל דתפיסה מועילה בספיקא דדינא, ומשום הכי אין נפקא מינה בבעיא זו, דאם לא תפס הרי אין דנים דיני קנסות בבבל, ואם תפס כל החצי נזק אין מוציאים מידו, יעו"ש, והש"ך הביא דבריו בסי' ג', יעו"ש, ושם לא ראה הרי"ף לכתוב דעיקר הדין הוא דיחלקו להודיע דאם תפס אין מוציאים מידו, ומאי שנא בפרק המפקיד שכתב דאילו היו בית דין דנים דיני קנסות היו פוסקים

שיחלקו ונפקא מינה דהשתא נמי אם תפס אין מוציאים מידו.

ונראה דהרא"ש הבין בדברי הרי"ף שבא ליישב למה מועילה תפיסת הכפל מיד הגנב, דבשלמא בבעיא דשינוי לצורות הרי הניזק בודאי הוא הבעל דבר של המזיק ששורו הזיק לו, והנידון הוא אם חייב לו רביע נזק או חצי נזק, בזה אמרינן שאם תפס אין מוציאים מידו, שהרי הוא בודאי בעל דבר לתפוס, אבל בגנב הרי הספק אצלנו אם הכפל שייך להשומר או להמפקיד, ואם כן אם השומר או המפקיד תפס מן הגנב יוכל לומר לו מי יימר דבעל דברים ידי את, ולא כל כמינך לתפוס ממני, ועיין בפרישה סי' רצ"ה סק"ה שכתב כעין זה, יעו"ש.

לכן כתב הרי"ף דאילו היו בית דין דנים היו פוסקים שיחלקו, ולא היו מניחים הכפל בחזקת הגנב, שהרי הכפל בודאי אינו שלו, אלא הוא או של השומר או של המפקיד, אבל הגנב מסולק לגמרי מן הנידון, שהנידון הוא בין המפקיד והשומר, וכיון שאין שום אחד מהם מוחזק בהכפל שעדיין מונח אצל הגנב הדין הוא שיחלקו, וכיון שהנידון בודאי בין השומר והמפקיד הרי כל אחד מהם הוא בודאי בעל דבר לתפוס, ואם תפס אין מוציאים מידו.

ולא הוצרך הרי"ף לכתוב שעיקר הדין הוא חלוקה אלא גבי גנב להוכיח שהוא מסולק ובין השומר ובין המפקיד הם בעלי דבר לתפוס, כמשי"נ, אבל גבי בעיא דשינוי לצורות אפשר לומר דעיקר הדין הוא המוציא מחבירו עליו הראיה והמזיק הוא המוחזק, ואיכא למימר נמי כסומכוס דממון המוטל בספק חולקים אפילו במקום מוחזק, ומכל מקום בין כך ובין כך אם הניזק תפס כל החצי נזק אין מוציאים מידו, שהרי הוא בודאי בעל דבר לתפוס מן המזיק, כמשי"נ.

והרא"ש למד שמה שכתב הרי"ף דעיקר הדין הוא דחולקים היינו משום שפסק כסומכוס דממון המוטל בספק חולקים אפילו אם אחד מהם מוחזק, ותמה עליו דזה סותר למה שפסק כרבנן בפרק שור שנגח את הפרה, ורצה ליישב דברי הרי"ף דבכפל אפילו רבנן מודים דחולקים כיון שאין אחד מהם מוחזק יותר מחבירו, דבתחלת דבריו כבר הוכיח דהגנב אין לו תורת מוחזק אלא הוא מסולק לגמרי, כמשי"נ, וכאן הוסיף דגם השומר והמפקיד אין אחד מהם מוחזק, ובכהאי גוונא כולי עלמא מודו דחולקים. אכן כתב דלישנא דקיימא לן משמע דנחית לפלוגתא דסומכוס ורבנן ופסק כסומכוס, וכתב עוד הוכחה דהרי"ף פסק כסומכוס שהרי הכא המפקיד הוא המרא קמא על הפרה, ובמקום דאיכא מרא קמא פליגי רבנן על סומכוס וס"ל דאוקי ממונא אחזקתיה, כדאיתא בפרק השואל (דף ק.), יעו"ש, ומשום הני שתי קושיות הניח הרא"ש דברי הרי"ף בצריך עיון.

ועל קושיתו הראשונה יש לומר דבמה שהרי"ף כתב דקיימא לן נתכוון להא שאמרינן בפרק השואל (דף ק.) דגם רבנן מודו דחולקים אם עומדת באגם וליכא חזקה לשום אחד מהם, יעו"ש, וקיימא לן דדנים להם חלוקה ולא דינא דכל דאלים גבר או שיהא מונח עד שיבא אליהו.

ואולי יש ליישב גם קושיתו השנייה, דהרי מבואר לעיל שם דאינו יכול להקנות

הכפל עצמו דהוי דבר שלא בא לעולם, וגם לא הוי כדקל לפירותיו כיון דלא שכיח כלל, כמו שכתבו התוס' שם בד"ה כגון פירות דקל, יעו"ש, אלא המפקיד לעולם מקנה פרתו להשומר על התנאי שאם יגנב והוא ישלם ולא ישבע הרי פרתו קנויה לו, ואיגלאי מלתא למפרע שהגנב גנב פרת השומר וחייב לשלם לו כפל, כן מבואר בגמרא, יעו"ש, ונמצא לפי זה דבשעת מסירת הפרה להשומר איכא קנין ודאי, ואכן שהוא על התנאי, ובאמת ביד האשה לקיים התנאי במילואו אם היא עצמה ישלם הקרן להמפקיד, ואולם כיון שבעלה שילם במקומה נפל ספק בקיום התנאי, בכהאי גוונא יש לומר דכיון שהמפקיד הקנה הפרה להאשה בקנין גמור, וידע שבידה לקיים התנאי ועל ידי זה לקיים הקנין, כמש"נ, הרי המפקיד סילק עצמו מחזקת מרא קמא, ושוב אין כל אחד מהם מוחזק בהכפל.

והנה ההגהות אשרי שהביא הש"ך, כנ"ל, הזכיר מתחלה דברי הר"ח וז"ל: ור"ח פירש דכל תיקו דממונא הוי ספק וחולקין הלכך נשבע הנמסר כמה הפסיד ונוטל חצי מה שהפסיד משום דקאי נמי בתיקו דאיבעיא לן אי עשו תקנת נגזל במסור אי לא וכן סובר רב אלפס וכו' עכ"ל, יעו"ש, ודברי הר"ח בפנים הם בשם רב האי גאון, יעו"ש, וכתב ההגהות אשרי דגם הרי"ף ס"ל כהר"ח, והיה אפשר לומר דהר"ח פסק בכל מקום כסומבוס דממון המוטל בספק חולקים אפילו במקום דאיכא מוחזק או חזקת מרא קמא.

אולם נראה דאין זו כונת דברי הר"ח, אלא כונתו דיש דין מיוחד בספיקא דדינא דחולקים, ואפילו במקום דאיכא מוחזק או חזקת מרא קמא, דספיקא דדינא הוי חפצא של ספק, ואין לגבי ספיקא דדינא כל דיני מוחזקות, שהרי הספק הוא בעיקר הדין ולא בעצם המעשה, ואין מוחזקות מורה שום דבר בזה, אבל בספק דמחליף פרה בחמוא או בשור שנגח את הפרה ונמצא עוברת בצידה שפיר יש לומר דמוקמינן ממונא אחזקתיה אפילו היכא דאיכא דררא דממונא, וכרבנן דסומכוס, ויש לומר דגם הרי"ף ס"ל כן, דאין דין מוחזקות בספיקא דדינא, והוי כמו עומדת באגם, ומשום הכי לעולם חולקים, ואין להקשות עליו ממה שפסק בפרק הפרה כרבנן דסומכוס דהמוציא מחבירו עליו הראיה, דהתם הוי ספק בעצם המעשה, כמש"נ.

ורק הרא"ש הקשה משם מפני שהוא הבין דטעמא דהרי"ף מפני שפסק כסומכוס, כמש"נ, והנידון בדברי הרא"ש הוא אם קיימא לן כסומכוס דממון הוטל בספק חולקים אפילו להוציא מן המוחזק או אם קיימא לן כרבנן דהמוציא מחבירו עליו הראיה, ולכן לא חש הש"ך להביא דברי הרא"ש הללו שאינם שייכים כלל להנידון שלפניו אם תפיסה מועילה בספיקא דדינא, ורק דברי ההגהות אשרי מיוחדים לדין תפיסה בספיקא דדינא, כמש"נ.

והקונטרס הספיקות כלל א' אות ג' הקשה על דברי הרי"ף וז"ל: אמנם דברי הרי"ף קשין בעיני מצד אחר, במה שכתב דחולקין הכפל, ולמה לא יוכל הגנב לדחות לכל אחד ולומר לא שלך נגנב אלא של חבירך, דומיא דפרק יש בכור (דף מח:): שני אנשים שלא

ביכרו נשותיהם וילדו שני זכרים ונתנו לכהן אחד ומת אחד מהן בתוך שלשים, דכל שלא באו בהרשאה זה מזה מצי הכהן לדחותו ולומר לא שלך מת אלא של חברך כדאמרין התם, והכא ליכא למימר דאיירי בבא בהרשאה, משום דאין הרשאה מועלת לקנסות, ובפרט לפי דעת הרי"ף דפוסק במרובה (דף ע.) דלא כתבין אורכתא אמטלטלי דכפריה, עיין שם, וכעת לא מצאתי ישוב לזה עכ"ל, יעו"ש.

ונראה ליישב קושיתו לפי מה שנתבאר בדברי הרא"ש, דהנה באחד מן הבנים שמת הרי יש לכל אב דין תורה מיוחד עם הכהן על החמש סלעים שנתן לו, ובכל דין תורה אמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה, והכהן הוא המוחזק, אבל בגנב הרי אין להגנב שום צד לעכב הכפל לעצמו, ואינו מוחזק בה, ונהי דיכול לדחות כל אחד ולומר הביא ראייה שהכפל שלך, הוא עצמו בודאי אין לו שום תביעה אל הממון, והרי הוא כהשומר במנה שלישי שדוחה כל אחד מן המפקידים, אבל הוא עצמו מסולק מן הכפל, ואין לו שום דין ותביעה לגבי הממון, אלא יהא מונח בידו, ובמקום שבית דין יכולים לדון דנים להם חלוקה, ואם אין יכולים לדון נשאר ביד הגנב כמו המנה שלישי, ואם תפס אחד ממנו אין מוציאים מידו.

האורים ותומים כתב בהגהותיו לדברי הש"ך לקמן בסי' קכ"ה בענין הני בעיות דכפל וז"ל: וכתב הש"ך דאם החזיק אחד מהם זוכה בו, וזה נכון ופשוט, אלא דלפי זה קשה דלאיזה צורך כתב הרי"ף דחולקים בכפל, דממה נפשך, אי לא תפס הא אין דנים דין כפל שהוא קנס, ואי תפס הא אין מוציאים, מה חלוקה שייך כאן וכו' וצריך לומר דמיירי דכל אחד, הבעל הבית והשומר, תפסו כל אחד מהגנב כפי כל הכפל, והגנב צועק לבית דין איך אפשר שאהיה נלקה בכפלי כפלים, ומה לי ולהם שיתפסו כל אחד כפי כל כפלי, אזי בית דין מוציאין מיד כל אחד החצי ומחזירין לגנב, דכיון שתפסו שניהם, והוא אינו מחויב לשלם רק כפל אחד, הוה להו כאילו לא תפסו כלל ויחלקו וצריך עיון עכ"ל, יעו"ש.

ואיברא דלפימשי"נ מיושבים דברי הרי"ף, שאין כונתו דחולקים היום אלא דמעיקר הדין חולקים אילו היו בית דין דנים דיני קנסות, ומזה מבואר שהגנב עצמו מסולק, ואינו יכול לדחותם מן התפיסה, כמשי"נ, אולם דברי האורים ותומים צריכים עיון, שהרי כל אחד תפס כדין, ומה לי שהגנב הפסיד, למה נרחם עליו כנגד הדין, אם לא רצה להפסיד לא היה לו לגנוב.

ואולי יש לפרש דבריו דהרי כשכל אחד תפס מן הגנב לא היתה עצם התפיסה ממנו, שהרי הוא אינו בעל דבר לענין הכפל, דהוא בודאי חייב לשלם כפל אבל לא נודע אם להמפקיד או להשומר, כמשי"נ, ונמצא דתפיסת כל אחד היא מן השני, המפקיד תפס מן השומר והשומר מן המפקיד, ואין תפיסתו של כל אחד מהם מעכבת תפיסתו של חברו, ולא שייך לומר בזה לגבי התופס דקולא לנתבע שלאחר התפיסה הוא הנתבע, כמו שכתב הרי"ף בסוף פרק השואל, יעו"ש, שהרי שניהם תפסו ושניהם נתבעים, ומשום הכי לא הועילו תפיסתם כלל, והרי הם כאילו לא תפסו, כמו שכתב האורים

ותומים, והרי בידיהם שני כפלים, ואין שום אחד מוחזק בכלום, לכן דנים להם שיחלקו הכפל ביניהם, והשאר יחזירו להגנב.

הש"ך העלה בשיטת הרי"ף דבספיקא דדינא אין חולקים אלא הדין הוא קולא לנתבע ואוקי ממונא בחזקתו, ומה שכתב ההגהות אשרי בשם הרי"ף דחולקים היינו הרי"ף בשערים שהיה נכד הרי"ף, כנ"ל, אולם עיין מה שכתב הרמב"ן בשם הרי"ף בבבא מציעא (דף ו. וז"ל: אבל תיקו שדינו שיחלוקו שאין אחד מהן מוחזק יותר מחברו אם תפס אחד מהם אין מוציאין מידו, וזה מפורש בהלכות רבינו הגדול ז"ל בפרק המפקיד (דף לד.) שכך כתוב שם וכל אלו עלו בתיקו וחולקין דקיימא לן ממון המוטל בספק חולקין והני מילי בארץ ישראל אבל בבבל קנסא הוא ולא מגבינן ביה בבבל ואי קדים חד מינייהו ותפס לא מפקינן מיניה בין בבבל בין בארץ ישראל עכ"ל, יעו"ש.

ולפי זה יש לומר דהרי"ף ס"ל דבכל תיקו חולקים, ומה שכתב הרי"ף בפרק הכונס דדינו לקולא היינו דאע"ג דדינו שיחלוקו, ככל ממון המוטל בספק דקיימא לן דחולקים, מכל מקום אזלינן לקולא ואם תפס אין מוציאין מידו, וצריכים לחלק בין דין חלוקה במקום ספיקא דדינא לדין חלוקה בשנים אוחזים בטלית דאם תקפה אחד בפנינו והלה צווח מתחלה ועד סוף מוציאין מידו, כמו שמבואר בבבא מציעא (דף ו. ו.), יעו"ש, והרמב"ן שם כתב דשנים אוחזים הוי כשניהם מוחזקים, יעו"ש, ועיימש"נ בשופרא דחזקתא ש"ו פ"ג.

הרי"ף הביא כל הבעיות לענין מי קנה הכפל שעלו בגמרא בתיקו, ואע"פ שאין דנים דיני קנסות בבבל, הוא רצה לאשמועין שאם תפס השומר או המפקיד מן הגנב אין מוציאין מידו, כנ"ל, ויש לעיין מה היו בית דין דנים אם לא איבעי ליה בגמרא למשל באשה ששאלה ושילם בעלה להמפקיד, והיא תפסה מן הגנב וטענה שהכפל שלה הואיל ובעלה שילם במקומה, מה היו בית דין עושים, וכי היו מוציאין מידה, למה, הרי אומרת דברים של טעם, ואם בית דין ידונו על דבריה הרי זה נחשב דיני קנסות בבבל, ולא יזה צורך הזכיר כל הבעיות הרי"ף, ובשלמא בספיקא דדינא יש לומר דלאו כל כמינה לספק ספקי דדינא, אבל הני בעיות אינן ספקי דדינא אלא ספק בגמירת דעת של המפקיד, והיא טוענת שגמר דעתו להקנות לה הפרה למפרע, ולמה לא תועיל לה תפיסתה, ואולי יש לומר שהחידוש הוא דגם תפיסת המפקיד מועילה אע"ג דמסתבר כדבריה.

סימן יא

בו יובאו דברי הרמב"ן דבעיא שעלה בתיקו הוי כאילו איפשטא קולא לנתבע, ואפילו תפס שלא בעדים מוציאים מידו, וידון אם שייך בזה דין הפה שאסר הוא הפה שהתיר.

כתב הש"ך דלדעת הראב"ד תפיסה מועילה בספיקא דדינא, והביא ראייה מדברי המגיד משנה פ"ב גניבה הל"ד וז"ל: ומדברי ההשגות אתה למד שדעת הראב"ד ז"ל גם כן בתיקו דממון שאינו בענין קנס שאם תפס התובע אין מוציאין מידו, והרמב"ן ז"ל חולק ואומר שכל תיקו האמור בממון בש"ס כל שהנתבע מוחזק בדבר המוציא מחבירו עליו הראייה וכיון שאינו יכול להביא ראייה העמד ממון אחזקתו, ואפילו 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, יעו"ש.

ומבואר מדבריו דלשיטת הרמב"ן דחולק על דברי הראב"ד אם תפס בספיקא דדינא מוציאים מידו, ואפילו אם תפס שלא בעדים, ואע"ג דאית ליה מיגו דאי בעי אמר לא תפסתי אינו נאמן במיגו לומר דקים ליה כצד זה של הבעיא, דכיון דלא איפשטא הרי זה כאילו נפשט לקולא לנתבע, ואינו נאמן במיגו כנגד הלכה פסוקה, אולם עדיין יש לעיין למה לא נאמר הפה שאסר הוא הפה שהתיר, ולא תועיל חזקתו לזה שתפס ממנו, דהא דאמרין כאילו איפשטא לקולא לנתבע היינו לזה שהממון בחזקתו, אבל כיון דהפה שאסר הוא הפה שהתיר, למה הוא נחשב נתבע. ועיין לקמן בהגהות לסי' מ"ז שנסתפקו בדין הפה שאסר הוא הפה שהתיר אם היינו כעין דין לא פלגינן דיבורו, והכל נידון כאמירה אחת, ואם מקבלים חלק ראשון של האמירה בעל כרחינו לקבל גם חלק השני, ואי אפשר להחזיק האחר בחזקת מרא קמא בהשדה אם לא נקבל נמי שלקח השדה ממנו, אי נמי יש לומר דדין הפה שאסר הוא כעין דין אין סניגור נעשה קטיגור, שכל כח שהוא מסר להשני אין השני יכול להשתמש בו כנגדו, שלא נתן לו הכח אלא לזכותו ולא לחובתו, ודין הפה שאסר הוא שיכול להגבילו שלא יוכל להשתמש כנגדו בהכח שהוא עצמו נתן לו, ועיימש"נ בשופרא דשטרא שי"א פ"ב.

והנה אם נאמר דדין הפה שאסר הוא שאם אתה מאמינו על מה שאסר אתה מחויב להאמינו גם על מה שהתיר, הרי בספיקא דדינא לא שייך לומר כן, שהרי אין לו תורת נאמנות כלל לגבי מה שנסתפקו בו חכמי הש"ס, אולם אם דין הפה שאמר הוא שאין בית דין יכולים לדון לחובתו על ידי חזקה שנעשית על ידי הודאתו, גם בספיקא דדינא אפשר לומר כן, שהרי לא נתחזק האחר אלא על ידי הודאתו, ואין להוציא מתפיסתו להחזיר הממון לחזקת זה שממנו תפס כיון שלא נודע לנו שתפס ממנו אלא על ידי הודאתו, וצריך לומר דהרמב"ן ס"ל כצד הראשון, שאם אתה מאמינו על מה שאסר יש להאמינו גם על מה שהתיר, ובספיקא דדינא לא שייך כלל נאמנות על צד ההיתר, כמש"נ.

סימן יב

בו יבוארו דברי הרמב"ם דתפיסה מועילה בקנס, ודברי הראב"ד דאין חיוב קנס קודם העמדה בדין, ודברי הרא"ש דתפיסה בודאי קנס היא מדין עביד איניש דינא לנפשיה.

כתב הרמב"ם פ"ב גניבה הלי"ב וז"ל: גנב וקטע ממנה אבר ואחר כך מכרה וכו' אין מוציאין ממנו תשלומי ארבעה וחמשה ואם תפש הניזק אין מוציאין מידו עכ"ל, יעו"ש, והשיגו הראב"ד וז"ל: א"א לא מיחוורא לי דתפיסה מועילה בהא כיון דיותר ממה שהזיק הוא אין כח לחייבו אלא לבית דין ובדין פסוק בלי ספק וזה כיון שספק הוא אצלם איך גמרו את דינו עכ"ל, יעו"ש.

וכתב הש"ך דגם הראב"ד מודה לשיטת הרמב"ם ודעמיה דבספיקא דדינא אין מוציאין מידו, ושאי הכא דהוי קנס, ואין אדם זוכה בקנס אלא משעת העמדה בדין, וכיון דתפס בלי העמדה בדין אין תפיסתו מועילה, ומוציאין מידו, יעו"ש, וצריכים ליישב לפי זה למה הרמב"ם ס"ל דאין מוציאין מידו, שהרי מבואר בגמרא מכות (דף ה.) דקודם העמדה בדין חשיב גברא לאו בר תשלומין, יעו"ש, וכן מבואר בכתובות (דף מא:) גבי לא הספיק לעמוד בדין עד שלא בגרה, יעו"ש, ועיין בתוס' בבבא קמא (דף לג:) בד"ה איכא בינייהו, יעו"ש.

והנה הב"ח הביא דברי הרא"ש שהם כדברי הראב"ד בחו"מ סי' ש"נ סק"ט והקשה עליו וז"ל: ודעת הרמב"ם בכל תיקו דממונא אי תפס לא מפקינן מיניה, אבל דעת הרא"ש כדעת הראב"ד דקנס שאני דאין אדם זוכה בו אלא עד שעת העמדה בדין, כן כתב הבית יוסף, וצריכים לעיין דאם כן אפילו ליכא ספק לא ליהני תפיסה בקנס כיון דלא זכה בו אלא בשעת העמדה בדין, וכיון דלהרא"ש תפיסה מועילה בקנס, כמו שכתב רבינו בסוף סי' שמ"ט, אם כן לפי זה גם בספק נימא דאי תפס לא מפקינן מיניה וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ומקור לדין תפיסה בקנס במקום דליכא ספק הוא בבבא קמא (דף טו:) האי כלבא דאכל אמרי ושוניא דאכלה תרנגולא משונה הוא ולא מגבינן בבבל וכו' ואי תפס לא מפקינן מיניה וכו', יעו"ש, וכתב הרא"ש וז"ל: כתב הר"מ הלוי ז"ל הא דאמרין אי תפס לא מפקינן מיניה היינו דוקא כשיעור נזקיה או בציר מנזקיה וכו' דלא אשכחן דאמור רבנן גבי נזקין דאי תפס לא מפקינן מיניה אלא במאן דלא תפס טפי מנזקיה כגון פלגא נזקא וכו' ועוד תקנתא דעבדו ליה לניזק הוא וכי עבדו ליה ניזק תקנתא בקרנא דלא ליפסוד ממוניה וכו' ולא נראה לי, דלאו תקנתא היא אלא דינא הוא דמדאורייתא מחייב ליה אלא שאין לו דיין בבבל שיכופנו ליתן לו, בכל כהאי גוונא עביד איניש דינא לנפשיה ולא מפקינן מיניה עד דיהיב ליה כל דמחויב ליה מדאורייתא וכו' עכ"ל, יעו"ש, והובאה מחלקתם בטור סוף סי' שמ"ט, יעו"ש.

ומבואר דנחלקו הראשונים בהא דיכול לתפוס קנס בבבל היכא דלא כפריה ואין ספק בדינא או בגופא דעובדא היכי הוה, הרמ"ה ס"ל דהוי תקנתא, והרא"ש ס"ל דהוי מעיקר הדין דעביד איניש דינא לנפשיה, ומשום הכי לא הקשה הב"ח על מה שכתב

הראב"ד דאין תפיסה מועילה בספיקא דדינא דקנס משום דליכא חיוב קודם העמדה בדין מהא דתפיסה מועילה בקנס בבבל היכא דליכא ספק, והלא ליכא חיוב קנס קודם העמדה בדין, דזה לא קשה, דשפיר איכא למימר דהראב"ד ס"ל כהרמ"ה דתפיסה במקום ודאי לא הוי אלא תקנתא שלא יפסיד הניזק.

ולכן לא הקשה אלא לדברי הבית יוסף שכתב דהרא"ש ס"ל כהראב"ד דקודם העמדה בדין ליכא חיוב קנס, והלא הרא"ש עצמו ס"ל דתפיסה מועילה מעיקר הדין במקום דלא הוי ממון המוטל בספק, והיאך הועילה תפיסתו, הא בלי העמדה בדין ליכא עדיין חיוב כלל, ומדויק לשונו שכתב דלהרא"ש תפיסה מועילה בקנס, כנ"ל, ואע"ג דדבר זה מוסכם לכל, דלא מצינו בגמרא מאן דפליג בזה, אלא כונתו דלדעת הרא"ש תפיסה מועילה מעיקר הדין, לאפוקי מדעת הרמ"ה דתפיסה אינה מועילה מעיקר הדין, ומכל מקום אין מוציאים מידו משום תקנתא.

וגם לא הקשה הב"ח על דברי בית יוסף דהרא"ש ס"ל כהראב"ד ממה שכתב הרא"ש דמדאורייתא מחייב אלא שאין לו דיין בבבל שיכופנו ליתן לו, כנ"ל, דמשמע דכבר איכא חיוב קנס אלא דאין דיין בבבל שיכופנו לשלם, דיש לומר דכונתו דעשה מעשה המחייבו קנס, ואיכא חיוב קנס בכח, אבל אין דיין בבבל שיכול להעמידו בדין שעל ידי כך יחול עליו חיוב קנס בפועל, אלא קושיתו היא דאם הרא"ש ס"ל כהראב"ד דאין עליו חיוב קנס בפועל קודם העמדה בדין, היאך הועילה תפיסתו.

ובמחלוקת הרמב"ם והראב"ד יש לומר דהראב"ד ס"ל דקודם העמדה בדין ליכא חיוב קנס כלל, וכדמוכח בכתובות ובמכות, כנ"ל, שבית דין יוצרים החיוב, והרי זה מעשה בית דין כמו גירות, ולכן אין תפיסה מועילה בספק חיוב קנס, דכל זמן שלא עמדו בדין ליכא חיוב כלל, אבל הרמב"ם ס"ל דקודם העמדה בדין איכא חיוב קנס, אבל אינו נחשב בר חיוב עד שנתגלה הדבר בבית דין על ידי עדים, כמו שכתבו התוס' בפרק המניח, כנ"ל, ובספק חיוב קנס תפיסה מועילה משום דעביד איניש דינא לנפשיה הואיל וקים ליה כצד אחד של הספק, ועל ידי התפיסה עצמה נחשב שנתברר הדבר בעולם, ובאמת יש לומר דגם הראב"ד מסכים לדברי התוס' דקודם העמדה בדין בדין לא נחשב בר חיובא כיון שלא נתברר החיוב, אלא דס"ל דבעינן שיתברר החיוב על ידי עדים בבית דין, ולא על ידי תפיסה בטענת קים לי מדין עביד איניש דינא לנפשיה.

ונראה דהרא"ש מחלק בין יצירת חיוב קנס על ידי בית דין במקום שיש בו ספק ליצירתו במקום שאין בו ספק, דהיכא דיש ספק בהחיוב צריך בית דין לברר ולהכריע הספק, ובעינן לכך סמוכין שיודעים ומבינים להכריע הספק ולפסוק, ורק אז חל החיוב קנס, אבל היכא דליכא ספק אין שום צורך לדון על הדבר ולבא לידי הכרעה, ומכל מקום אין החיוב קנס חל קודם העמדה בדין, דבעינן אשר ירשיעון אלהים, והיינו דבעינן שיתגלה הדבר על ידי עדים, וכעין מה שכתבו התוס', כנ"ל, ולא נצרך לבית דין אלא לקבל הגדת העדים שעל ידי כך יתגלה הדבר, וגם לזה בעינן סמוכין ולא הדיוטות, כמש"נ.

אכן לענין עביד איניש דינא לנפשיה חלוק ספק קנס מודאי קנס, דהיכא דהתורה

הצריכה סמוכין לדון על הספק ולהכריעו אין הבעל דבר עצמו יכול לעמוד במקום בית דין להכריע הספק, דהא גם הוא אינו סמוך, ולא כדעת הרמב"ם, אבל בודאי קנס שלא צריך העמדה בדין אלא לגלות הדבר על ידי עדים יכול הבעל דבר לעמוד במקום לגלות הדבר על ידי תפיסתו, ושפיר אמרינן דעביד איניש דינא לנפשיה.

סימן יג

בו יובאו דברי הש"ך שלדעת המגיד משנה תפיסה מועילה בתיקו, ויבאר דיש לומר נמי דהמגיד משנה מסופק בזה, ותפיסה מועילה מספק.

כתב הש"ך וז"ל: ודעת המגיד משנה נראה גם כן דס"ל דתפיסה מועילה בתיקו דמדכתב בפ"ב מהלכות גניבה שמדברי הראב"ד נלמד בהא כהרמב"ם דתפיסה מועילה בתיקו משמע דבא לומר דהוה ליה הרמב"ן יחיד לגביהו ועוד מדכתב על דברי הרמב"ן והביא ראיות לזה ואינן מכריחות משמע דבא לומר כיון דאין דבריו מוכרחים אין לזוז מדברי הרמב"ם ובפרט שלא נוציא ממון מספק וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ומה שכתב הש"ך דלא נוציא ממון מספק, כל זה הוא בכלל ביאורו בדברי המגיד משנה, דממה שכתב המגיד משנה דראיות הרמב"ן אינן מוכריחות יש להוכיח דס"ל כהרמב"ם דתפיסה מועילה בתיקו, ולכל הפחות יש להוכיח דהמגיד משנה לא ס"ל כהרמב"ן דתפיסה אינה מועילה, ומוכח דמספקא ליה אם תפיסה מועילה, ולכן לדעת המגיד משנה אם תפס אין להוציא ממנו מספק.

סימן יד

בו יבוארו הערות הש"ך על דברי מהר"ד שהוכיח דהרמ"ה ס"ל דבספיקא דדינא אם תפס מוציאים מידו ממה שכתב דבספיקא דתרי ותרי אם תפס מוציאים מידו.

הש"ך הביא דעת הרמ"ה, מובאה בטור סי' תי"ד, דבספיקא דדינא אם תפס לא מפקינן מיניה, והביא דברי מהר"ר דוד ׳ן לב דהרמ"ה ס"ל דבתרי ותרי אי תפס מפקינן מיניה, ואפילו אם טוען ברי, ואפילו אם תפס קודם שנולד הספק, ומה העלה מהר"ד דבפלוגתא דרבוותא אם תפס מפקינן מיניה, ואינו יכול לומר קים לי כהני רבוותא אלא דוקא כשהוא מרא קמא, יעו"ש.

ומדויק מדבריו דבפלוגתא דרבוותא דוקא כשהוא מרא קמא יכול לומר קים לי כהני רבוותא, ונמצא שהמרא קמא יכול להחזיק בממונו רק כשטוען קים לי כהני רבוותא, ואולי יש לבאר משום דאם לא טען קים לי הרי חזקתו כחזקה שאין עמה טענה, דתנן בבבא בתרא (דף מא.) דאינה חזקה, יעו"ש, ועיימש"נ בהגהות לסי' מ"ד, ולא דמי לכל ברי ושמא למאן דאמר המוציא מחבירו עליו הראיה ואוקי ממונא אחזקתיה, דהתם אין הממון מוטל בספק, ואינו צריך טענה להחזיק הממון בידו, אבל בפלוגתא דרבוותא הרי יש כאן ספק על הממון, ומניחים הממון בחזקת המרא קמא, אכן אם אין לו טענה לא נתחזק על ידי כך, ואינו אלא תפוס, ואם תפס השני אין מוציאים מידו, ולהכי צריך לטעון קים לי כדי להחזיק בהממון.

והש"ך כתב דאין לדמות פלוגתא דרבוותא לתרי ותרי, דמצינו דלדעת הסמ"ג אין תפיסה מועילה לאחר שנולד הספק בתרי ותרי ובספיקא דדינא תפיסה מועילה אפילו לאחר שנולד הספק, יעו"ש, ועיין ברש"י בכתובות (דף כ.) שהוכיח דתפיסה מועילה בתרי ותרי, יעו"ש, והתוס' כתבו דמועילה רק קודם שנולד הספק, ולדעת הרמ"ה דאינה מועילה אפילו קודם שנולד הספק צריך לומר דסוגיא דהתם מיירי בשובר, כמו שכתבו התוס' בשם הרשב"א, יעו"ש, ויש לבאר החילוק דבתרי ותרי בודאי כת אחת משקרת, ואם תפס הרי סמך חזקתו על אחת מן הכתות, והכת שעליה סמך אינה בת סמכא, שהרי כת אחרת מנגדת לה, מה שאין כן בפלוגתא דרבוותא אין שום צד משקר, וכל אחת מן הדעות היא דעה חשובה, אלא שלא נתברר בגמרא כאיזה צד נקטינן להלכה, אבל אלו ואלו דברי אלקים חיים, ונמצא שאם תפס יש לו יתד נאמן לסמוך עליו, ואין מוציאים מידו.

אי נמי יש לבאר על פי מה שכתב הרשב"ם בבבא בתרא (דף קסו:) בד"ה תיקו וז"ל: והמוציא מחבירו עליו הראיה דכיון דמסתפק דינא לבי דינא היאך יוציאו מיד המחזיק ולא דמי לממון המוטל בספק וכו' אבל כל מקום שעלתה ההלכה בתיקו הואיל ואין הדיינים יודעים לפסוק את הדין היו שותקים והמוחזק יחזיק במה שבידו עכ"ל, יעו"ש, ולפי דבריו יש לומר דהיכא דבא לפני בית דין ספק ממון, ובית דין בקיאים בכל הדינים, ויש להם כמה כללים להורות במקום ספק, עליהם להורות כפי הכללים והתקנות שבידם, ואם הורו להניחו ביד המוחזק במקום דאיכא תרי ותרי, כן

נפסקה ההלכה ואין לתפוס מידו, אבל בתיקו שאינם יודעים היאך להורות מושכים ידיהם ושותקים, וממילא נשאר ביד המוחזק, ואיכא למימר נמי דאם תפס מן המוחזק עדיין שותקים, ואהני לו תפיסתו.

והש"ך רצה ליישב דברי מהר"ד דהרמ"ה ס"ל דתפס ספיקא דדינא מוציאים מידו דצריכים לשנות הגירסא בדברי הטור בסי' תי"ד ולהכניס הרמב"ם במקום הרמ"ה, והביא ראיה לכך ממה שפסק הטור סי' שצ"ח ושצ"צ גבי נזקין דאם תפס אין מוציאים מידו, ולא הזכיר דהרמ"ה חולק וס"ל מוציאים מידו, ואחר כך כתב ישוב אחר לדברי המהר"ד וז"ל: או אפשר דס"ל למהר"ד י' לב דשאני התם כיון שהיה ברשות הרבים אם כן כיון שלא תפס מרשות שכנגדו עצמו רק מרשות הרבים ס"ל להרמ"ה דתפיסה מועילה מה שאין כן בשאר בעיא דלא איפשיטא עכ"ל, יעו"ש, והדבר צריך ביאור דהא מוציא ממרא קמא, ומה לי שהוא מונח ברשות הרבים, ואולי יש לבאר עפימ"ש הנמוקי יוסף בבבא מציעא (דף ו:) דטעמא דמוציאים משום דאין לבית דין להניח חטיפות, יעו"ש, ועיימש"נ בשופרא דחזקתא ש"ו פ"י, ולפי זה יש לומר דאם הוא מונח ברשות הרבים אין זה כל כך חטיפה כמו מרשות שכנגדו.

שוב הקשה הש"ך על דברי מהר"ד ממה שכתב הטור בסי' רמ"ב סעי' ג' וז"ל: וכל מתנה בין של בריא בין של שכיב מרע צריך שתהא גלויה ומפורסמת וכו' אלא אפילו אם אמר סתם כתבו לו אינו כלום אלא אם כן אמר להם כתבוהו בשוקא וכו' וכתב הרמ"ה ואם לא כתבו העדים שאמר להם כן וכו' אם נתן מטלטלין והחזיק בהן המקבל וטוען דבמתנה גמורה יחביה ניהליה לא מפקינן מיניה דספיקא דדינא הוא וכל היכא דקיימא ממונא תיקום אבל אדוני אבי הרא"ש ז"ל כתב דמפקינן מיניה עכ"ל, יעו"ש, הרי להדיא דהרמ"ה ס"ל דבפלוגתא דרבוותא אם תפס אין מוציאים מידו. והנה בבבא בתרא (דף מ:) מיבעי ליה בגמרא אם לא אמר הנותן לעדי השטר לכו כתבו בשוקא ולא תכתבו בטמירתא מאי, ומסיק דרבינא אמר לא חיישינן שנתכוין למתנה טמירתא, והשטר כשר, ורב אשי אמר חיישינן למתנה טמירתא, ומסיק דהלכתא חיישינן, יעו"ש, ואין זה הציור שבו דיבר הטור בשם הרמ"ה, אלא הכא אין ידוע מה אמר להעדים, והמקבל צווח שאמר להם לכתוב בשוקא אלא שהם שכחו לכתבו בתוך השטר, וקאמר הש"ך דאין לדחות דהספק שבו דיבר הרמ"ה הוא אם נאמין להמקבל שצוה לכתוב בשוקא או אם נחשידנו למשקר, דבזה לא היה אומר הרמ"ה דאי תפס לא מפקינן מיניה, דזה דומה לספיקא דתרי ותרי דלדעת הרמ"ה, ולפי דברי המהר"ד מוציאים מידו, כנ"ל.

אלא צריך לומר דכיון דמצינו שהשטר כתוב סתם נקטינן שגם הצווי לכתוב היה סתם, והספק לפנינו הוא ספיקא דגמרא היכא דכתוב סתם, וזהו ספיקא דדינא ולא ספיקא בהמציאות מה היה בדעתו, דאם ההלכה היא דמצוה סתם הוי כמצוה לכתוב בשוקא, שוב לא איכפת לן מה היה בדעתו בפועל, דהוי דברים שבלב שאינם דברים,

והרי זה כמו ספיקא דתפוס לשון ראשון או תפוס לשון אחרון, דהספק הוא בההלכה ולא במה שהיה בדעתו בפועל, ועיימש"נ בהגהות לסי' ז'.

והש"ך למד דבשוק; א וברא הוי פלוגתא דרבוותא וז"ל: אלא ודאי התם היינו טעמא כיון דבש"ס פרק חזקת הבתים (דף מא.) קאמרינן איבעיא להו סתמא מאי רבינא אמר לא חיישינן ורב אשי אמר חיישינן והלכתא חיישינן, עד כאן, אם כן ס"ל להרמ"ה כיון דפלוגתא דרבוותא אם כן נהי דפסקינן חיישינן היינו דלא למיגבי ביה, אבל מכל מקום אי תפס לא מפקינן מיניה בפלוגתא דרבוותא, דמצי למימר קים לי כמאן דאמר לא חיישינן וכו' עכ"ל, יעו"ש, ועל פי הבנה זו בדברי הרמ"ה הקשה הש"ך סתירה בדבריו לפי דברי המהר"ד, דלדעת המהר"ד הרמ"ה ס"ל דבפלוגתא דרבוותא אם תפס מוציאים מידו, כנ"ל, ובמתנה טמירתא ס"ל דבפלוגתא דרבוותא אין מוציאים מידו. אכן צריך עיון היאך חשיב ליה פלוגתא דרבוותא, והלא איפסקא בגמרא הלכתא חיישינן, ובודאי דבכל פלוגתא דרבוותא דאיפסקא הלכתא בגמרא אינו יכול לטעון קים ליה כדעת האמורא שאין הלכה כמותו, ואם תפס מפקינן מיניה, וגם אין לומר שלמד דרב אשי דאמר חיישינן אין כונתו לפסול השטר אלא לומר דאין גובים בו, אבל אם גבו בו בית דין לא מהדרינן דינא, ואם תפס לא מפקינן מיניה, דלפי זה ליכא קושיא על המהר"ד, וכן באמת תירץ הש"ך ליישב דברי מהר"ד בהמשך דבריו, יעו"ש, ועוד דאם כן אין זה פלוגתא דרבוותא, אלא כן איפסקא ההלכה דאם תפס אין מוציאים מידו.

אלא כונת הש"ך לפי קושיתו על דברי מהר"ד היא דמאן דאמר לא חיישינן מכשיר השטר, ומאן דאמר חיישינן פוסל השטר, אולם אינו פוסל אותו משום דמסתבר לו שכן הוא בהחלט שהוא פסול, אלא פוסלו משום חומרא ולא שהפסול מוחלט ומבורר, והא דקאמר בגמרא והלכתא חיישינן היינו דאיפסק ההלכה שיש להחמיר, אבל לא נדחה לגמרי בכך סברת רבינא להכשיר בסתמא כאילו אמר כתבו בשוקא, ובכהאי גוונא יכול לתפוס ולומר קים לי כסברת רבינא, אבל בכל פלוגתא דרבוותא שנפסק ההלכה כחד מאן דאמר אינו יכול לומר קים לי כהאחר, שהרי נפסק ההלכה שאינו צודק, ומכל מקום מבואר דבפלוגתא דרבוותא תפיסה מועילה היכא דלא נפסקה ההלכה, וקשה לדברי מהר"ד שכתב דלפי דעת הרמ"ה מוציאים מידו, ועל זה תירץ הש"ך דמאן דאמר חיישינן אין כונתו דפסול משום חומרא, אלא כונתו דהוי ספק, וכן איפסקא הלכתא דהוי ספק שאין גובים בו, אבל תפיסה מועילה, וכמו שכתב הרשב"ם שם, הובאו דבריו בהש"ך בתירוצו.

והנה הדרישה שם בסי' רמ"ב ס"ק ה' הבין מדברי הטור שפסק כהרא"ש, כפי דרכו, דאם תפס בספיקא דדינא מוציאים מידו, והקשה עליו וז"ל: וקשה הא כתב רבינו לעיל סי' ק"צ סעי' י"ג גבי ביקש למכור שדה במאה וכו' מיבעיא אי הוי כמוכר שדהו מפני רעתה וכו' ואי תפס לא מפקינן מיניה, וכן לעיל סי' ר"ב גבי מקרקעי לאחד ומטלטלין

לאחד, ובסי' ר' סעי' י"א כור בשלשים סאה בסלע, ועוד בסי' ר"ב סעי' ט' גבי משוך בהמה וקני וכו', בכולהו פסק כיון דסלקא באיבעיא לא מפקינן מהמוחזק מספיקא, ונראה לומר דכולהו הנו דלעיל הם ספיקא דתלמודא איך הדין, וכל כהאי גוונא ודאי תשבי יתרץ קושיות ואיבעיות, אבל כי הא דמתנתא טמירתא דמספקא לן אי דעתו הוה למתנה גמורה אי לא אי אפשר שיושפט בביאת אליהו שהרי הדבר תלוי באומדנא ואי אפשר לעמוד, דאין אומד דעתו של זה כדעתו של זה, ומה שכתב הרא"ש ספיקא דדינא רצה לומר ספיקא דדייני שמסופק לדיינים וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ולמד הדרישה דבשלש הלכות שהביא בשם הטור גם הרא"ש יסכים דאם תפס אין מוציאים מידו כיון שיש לסמוך שיבא אליהו ויפשוט האבעיות, ומשום הכי אין לנו להוציא מיד התופס, שהרי הדבר עומד להתברר כשיבא אליהו, ואין זה דומה להא דאמרינן בבבא מציאה (דף ג.) במנה שלישי שתהא מונח עד שיבא אליהו, יעו"ש, דכשיבא אליהו לא יוכל לברר מי נתן המנה השלישית, דמנא ידע, ואם תאמר דיגולה לו ברוח הקודש, אם כן גם במתנה טמירתא יש לומר כן, אלא המכוון הוא שיהא מונח לעולם כיון שאין לנו שום הוכחה למי שייכת המנה השלישית, וגם אין שום אחד מהם מוחזק בה, והיה אפשר לומר דכן הוא נמי המכוון בתשבי יתרץ, שהאיבעיות תשארו בלי פתרון, אלא לעולם תשארו ספיקא דדינא.

אולם הדרישה למד דהמכוון הוא דאליהו יבא ויתרץ הבעיות, והרי הדבר עומד להתברר, ולכן אין לנו להוציא מיד התופס אלא להמתין עד שיתברר, ומשום הכי במתנה טמירתא שלא יוכל אליהו לברר אומדן דעתו של כל אחד, אם תפס מוציאים מידו, אבל אם אפשר שיושפט בביאת אליהו אין מוציאים מידו, כמש"נ, אכן קשה לדבריו ממה שפסק הרא"ש בבבא קמא (דף יט.) בכשכשה באמתה, דסליק בתיקו, דאם תפס מוציאים מידו, יעו"ש, והלא התם הוי ספיקא דדייני, ושייך שיושפט בביאת אליהו.

ובמה שכתב הדרישה דבמתנתא טמירתא אין אליהו יכול לפשוט שאינו יודע מה היה בדעתו, ובשדה במאה וכן בכור בשלשים סאה בסלע יוכל אליהו לפשוט, ואע"ג דגם התם הדבר תלוי בדעתו, ביאור דבריו הוא דהיכא דמיבעי אם תפוס לשון ראשון או תפוס לשון אחרון הדבר תלוי בחכמים, דאם הורו דתפוס לשון ראשון למשל, שוב לא איכפת לן מה היה בדעתו בפועל, דדברים שבלב אינם דברים, אלא פירוש דבריו הוא כמו שהורו חכמים, דכיון דבודאי איכא שטר, ורק שאנו מסופקים היאך לפרש הנוסח שבו, אז אמרינן דפירוש בנוסח הוא כמו שהורו חכמים, ואם יש בדעתו כונה אחרת דברים שבלב אינם דברים, אבל במתנתא טמירתא הלא אין ידוע לנו כלל אם צוה לכתוב שטר כשר, ואין הספק בנוסח השטר אלא אם בכלל יש כאן שטר, ולא שייך בזה דברים שבלב אינם דברים.

והש"ך כתב דאין לומר דהספק לדברי הרמ"ה הוא אם נאמין למקבל שצוה לכתוב בשוקא ובברא או אם נחשידנו למשקר, דהא זה דומה לספק דתרי ותרי, והרמ"ה ס"ל

דבספק דתרי ותרי אין תפיסה מועילה אפילו בטענת ברי, כנ"ל, אכן הבית יוסף ס"י רמ"ב סעי' ג' באמת פירש כן בדברי הרמ"ה וז"ל: ומיהו ממה שכתב בסמוך בשם הרמ"ה משמע דבאומר סתמא כתב פשיטא ליה דמפקינן מיניה דעד כאן לא קאמר הרמ"ה דלא מפקינן מיניה אלא בשטוען דבמתנה גמורה יהביה ניהליה כלומר דאמר להו כתבוהו בשוקא וכו' אלא שהעדים לא הקפידו לכתבו וכגון דליתנהו לעדים קמן דנשיילינהו אבל היכא דהלה מודה דסתמא אמר לו כתבו מודה הרמ"ה דאי תפס מפקינן וכו' עכ"ל, יעו"ש.

וקשה לדידיה קושית הש"ך דהא בספק במציאות, כגון תרי ותרי, ס"ל להרמ"ה דתפיסה אינה מועילה אפילו בטענת ברי, ועל זה יש לומר דספק דתרי ותרי גרע כיון שיש שני עדים כנגד טענת ברי דידיה, וכמו דמיגו לא מהני במקום תרי ותרי גם טענת ברי אינה מועילה, אולם לא אפשר לחלק כן אלא אם טענת ברי הוי מדין ראיה, אבל אם הוי מעצם דין התפיסה, דאינה נחשבת תפיסה אלא כשמחזיק בודאות, ועיימש"נ בהגהות לסי' מ"ד, לא דמי למיגו במקום תרי ותרי, ועוד יש להקשות דהלא מסיק בגמרא והלכתא חיישינן, וחכמים פסלו שטר שכתוב סתם, ואם כן שוב לא איכפת לן אם אמר להם על פה לכתוב בשוקא ובברא, דהא לא הוזכר בתוך השטר, ונפסקה ההלכה דשטר כזה פסול.

ויש לומר דהא דאמרינן והלכתא חיישינן היינו דצריכים להחמיר ולחוש שלא אמר להם בעל פה בשוקא ובברא, ובעצם היה לנו להכשיר השטר, דעדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותם בבית דין, והרי השטר בחזקת שהוא כשר, כמש"נ בכתובות (דף יט:), יעו"ש, ומכל מקום תיקנו חכמים שצריכים לחוש שלא אמר בשוקא ובברא, ונמצא שהפסול הוא משום שאנו מסופקים על המציאות, כמו בתרי ותרי, אכן בזה עדיף מתרי ותרי, דהתם הרי איכא צד גזילה, דאם העדים שעליהם הוא סומך העידו שקר נמצא שתפיסתו גזילה, ועיימש"נ לעיל בהגהות לסי' __, ולכן ס"ל דאין תפיסה מועילה שם אפילו בטענת ברי, אבל ספק אם אמר בשוקא ובברא לא הוי ספק גמור, דהא מן התורה הוי כנחקרה, ואם כן אין בזה צד גזילה, ורק דחכמים החמירו שצריכים לחוש מן הספק, ומשום הכי מועילה בו תפיסה, אכן כמו שהרא"ש ס"ל דאהני תפיסה בספק במציאות דתרי ותרי, ואינו חושש למה שיש בו צד גזילה, ומכל מקום צריך טענת ברי, כמו כן בספק במציאות דשמא לא אמר בשוקא ובברא ס"ל להרמ"ה דתפיסה מועילה רק בטענת ברי.

סימן טו

בו יבואר מה שהטור הביא דעת הרמב"ם דתפיסה מועילה בספיקא דדינא דזורק כיס לים, ולא הזכיר שהרא"ש חולק אלא כשהעתיק הלכה זו שלש מאות סימנים קדימה.

כתב הש"ך ז"ל: ועתה אבוא לבאר דעת הטור, הנה בריש סי' שפ"ח סעי' א' גבי נזק כתב וזה לשונו אבל טוענו בדבר שאינו רגיל, כגון שטוען שזרק לו סל מלא מעות לים ואין דרך ליתן בו מעות, מבעיא לן ולא איפשטא אי נאמן בשבועתו, וכתב הרמב"ם אם תפס אין מוציאים מידו אלא נשבע ומחזיק, ואדוני אבי הרא"ש ז"ל כתב, כיון דספיקא דדינא הוא אין מועיל בו תפיסה עד כאן לשונו, וכן כתב אחר כך בסעי' ד' גבי מסור וזה לשונו מסור מבעיא לן אם נשבע ונוטל ולא איפשטא, וכתב הרמב"ם ז"ל שאם תפס הנמסר אין מוציאים מידו אלא נשבע ומחזיק מה שבידו, ולדעת אדוני אבי הרא"ש ז"ל כיון דספיקא דדינא לא מהני תפיסה עד כאן לשונו וכו' עכ"ל, יעו"ש.

והב"ח בסי' צ' סעי' י"ז כתב ז"ל: איכא למידק מפני מה לא כתב כאן דהרא"ש חלוק עליו ולקמן בסי' שפ"ח גבי נזק דאסיקנא בתיקו כתב על שם הרמב"ם דאם תפס אין מוציאים מידו אבל להרא"ש בספיקא דדינא לא מהני תפיסה ויש לומר דכאן לא בא רבינו אלא להורות דין נשבע ונוטל בהדי כל הני דנשבעים ונוטלים ולא הביא לשון הרמב"ם אלא משום סוף דבריו בדין שבועה והשגת הראב"ד עליו וכו' עכ"ל, יעו"ש, והיינו דמסקנת דברי הרמב"ם הם לענין אם המזיק מודה שהיו בו זהובים ואינו יודע כמה, ומתוך שאינו יכול לישבע משלם, אבל עיקר הלכה זו אינה לענין תפיסה, ולא חש הטור להזכיר שלדעת הרא"ש אין תפיסה מועילה, והש"ך לקמן בסי' ס"ה הביא קושיא זו בשם השארית יוסף, ותיירץ כעין תירוצו של הב"ח, שהטור סמך עצמו על מה שהביא שיטת הרא"ש בסי' שפ"ח, יעו"ש, ולכאורה דבר פלא הוא שהטור בסי' צ' לא הביא דעת הרא"ש דפליג על דברי הרמב"ם וס"ל דבספיקא דדינא דנשבעים ונוטלים אם תפס מוציאים מידו, ולהטור הכי הלכתא, שהרי הוא פוסק כאביו הרא"ש, וסמך עצמו על מה שהביא הלכה זו עוד הפעם בסי' שפ"ח אחר שלש מאות סימנים, ורק שם הביא דעת הרא"ש דפליג.

ונראה ליתן בזה קצת ביאור עפ"י מש"נ בהגהות לסי' ס"ה בדעת הטור ורבינו ירוחם דלדעת הרא"ש תפיסה מועילה בספיקא דדינא דממון ולא קנס, כמו שפסק בעושה בגפן זה, והובאו דבריו לקמן בסי' ל"ג, יעו"ש, ואכן בספיקא דדינא דנשבעים ונוטלים, נהי דתפיסה מועילה, הרי לאחר תפיסתו עדיין צריך לישבע, כמו שכתב הש"ך לקמן בסי' ט"ז, יעו"ש, וכיון דאיכא ספק אם יש דין נשבע ונוטל אין בית דין משביעים אותו שבועת ספק, דדילמא אין בו דין לישבע וליטול, ועל אותו צד אין שבועתו אלא כקפץ ונשבע, ולא הוי שבועת המשנה, ובכהאי גוונא אין בית דין משביעים אותו, וכיון שלא נשבע מוציאים מתפיסתו, שהרי אין להניזק דין בממון המזיק אלא על ידי שבועה כמו שתיקנו חכמים, ונמצא דלדעת הרא"ש אין הטעם דמוציאים מידו משום דעצם

התפיסה אינה מועילה, שהרי תפיסה מועילה בספיקא דדינא דממון, כמש"נ, אלא הטעם מפני שאין בית דין משביעים שבועה שאין ידוע שהיא שבועת המשנה, כמש"נ, ומשום הכי נזהר הטור להביא דעת הרא"ש בסי' צ' אחר שהביא דעת הרמב"ם דאם תפס אין מוציאים מידו, שהיה אפשר לטעות דפליג על עצם דינו דתפיסה מועילה בספיקא דדינא, ובאמת אין הרא"ש חולק על שיטת הרמב"ם בזה, כמש"נ, והא דמוציאים מידו הוא מטעם צדדי מיוחד לספיקא דדינא דנשבעים ונוטלים, ולהכי לא הביא הטור דעת הרא"ש אלא בסי' שפ"ח גבי פרטי דינים דנשבעים ונוטלים, וגם מה שאין תפיסה מועילה הוא מפרטי דינים דנשבעים ונוטלים, ולא מפני שאין תפיסה מועילה בספיקא דדינא דממון, כמש"נ.

סימן טז

בו יבואר למה אין המסור יכול לתפוס מן המוסק בלי לישבע וליטול כיון שהוא טוען ברי שכך וכך הפסידו, ויחולק בין עדים המכחישים את השטר למכחישים אלו את אלו.

כתב הש"ך וז"ל: והנה הטור דרך ממש בנתיב הרא"ש ובלשונו שהבאתי למעלה סי' ג', רק שהוסיף דגם גבי ניזק שטוען שזרק וכו' וכן גבי מסור דאין תפיסה מועילה לדעת הרא"ש, אף שלכאורה קשה מנא ליה להטור הא, ואדרבה בהרא"ש משמע להדיא דדוקא משום שהתופס אינו טוען ברי אין תפיסה מועילה, אבל כשטוען ברי תפיסה מועילה אפילו תפס בעדים וכו' אם כן נראה דהרא"ש מודה בזה דבכהאי גוונא מועילה תפיסה, דנהי דספיקא דדינא הוא אם הנמסר נשבע ונוטל מכל מקום השתא דתפוס נמסר וטוען ברי שהפסידו כך וכך תפיסה מועילה כיון שאומר ברי לי שכך וכך הפסדתני ונשבע ונוטל וכו' עכ"ל, יעו"ש.

והיינו דבמסור איכא ספיקא דדינא אם תקנו לו חכמים שיהא נשבע ונוטל, ולדעת הטור אין תפיסתו מועילה, והקשה הש"ך הרי כיון שהוא טוען ברי שהפסיד לו כך וכך, אם כן דל מהכא תקנת נשבע ונוטל, למה לא יוכל לתפוס ממנו הממון שהוא טוען ברי שחייב לו, והלא הרא"ש ס"ל דתקפו כהן מוציאים מידו מפני שהוא טוען שמא, כמו שכתב בבבא מציעא (דף ו:) ובכתובות (דף כ.), יעו"ש, ואם כן הכא שטוען ברי למה לא יוכל לתפוס, והיה לו להטור לכתוב שלדעת אביו הרא"ש תפיסה מועילה.

ואע"ג דהיכא דליכא ספק קודם התפיסה בודאי אינו יכול לתפוס אפילו אם טוען ברי, וכמו שכתב הש"ך בהמשך דבריו וז"ל: דהא פשיטא דבכל דוכתא דלית ליה לתופס מיגו לא מועילה תפיסתו כלום אם לא בספיקא דש"ס להרי"ף והרמב"ם וסיעתייהו, או בספק שבשטר דעדות שעל השטר דתרי ותרי, וכמו שכתב הרא"ש בפרק שני דכתובות, דאם לא כן לא שבקת חיי לכל בריה, דכל אדם יתפוס משל חברו בעדים ויאמר שלי, וזה דבר פשוט מאד וכו' עכ"ל, יעו"ש, ויש להגיה ולגרוס או בספק שבשטר או בעדות שעל השטר דתרי ותרי, דאלו הם שני דברים נפרדים, כמו שכתב הש"ך בהמשך דבריו, יעו"ש, דספק שבשטר היינו ספק בלשון השטר, כגון אסתרא מאה מעי, כמו שכתב לעיל בסי' ט', יעו"ש, ותרי ותרי ענין אחר הוא.

ויש להעיר דכיון שהוא כל כך פשוט מאד בודאי לא היה עולה על דעת הש"ך צד אחר כשהקשה קושיתו, אלא צריך לומר דסלקא דעתיה דשאני מסור שהרי נודע לנו בבירור שמסר עליו, ורק שלא נודע סכום המסירה, אם כן יש בפנינו ספק גם קודם התפיסה, ומספקא לן אם תקנו חכמים למסור שיהא נאמן על ספק זה בשבועה, וזוהי ספיקא דדינא, והוקשה לו להש"ך למה לא יוכל לתפוס על עצם הספק כיון שהוא טוען ברי, ומה לנו אם תקנו לו לישבע וליטול בבית דין בלי תפיסה.

ובעצם מה שכתב הש"ך דאם תפס בפני עדים במקום דליכא שום צד ספק בפנינו אין תפיסתו מועילה, דאם כן לא שבקת חיי לכל בריה, צריכים להבין למה צריך להך

טעמא, והלא אם תפס בעדים לא תועיל לו תפיסה מפני שהוא מוציא מיד המוחזק, דאחזוקי איניש בגנבי לא מחזקין, כדאיתא בשבועות (דף מו:), יעו"ש, ונקטינן בתורת ודאי שכל מה שביד אדם שלו הוא, ואין הדבר מוטל בספק, והתופס מידו גזלן הוא, אי לאו דתפס שלא בפני עדים ויש לו מיגו, ונתבטלה חזקת האחר שלא באה לו אלא על ידי הודאתו, אבל אם תפס בפני עדים היה צריך להיות הדין דמוציאים מידו גם בלי סברא דלא שבקת חי.

ואולי יש לומר דנהי דאם בא לגבות מן המוחזק בלי ראיות אלא בטענתו בלבד אין משגיחים בדבריו, דנקטינן בודאי שהוא של המוחזק, ואין הדבר מוטל בספק, כמשי"נ, מכל מקום אם תפס מידו וטוען ברי הרי זה מוליד ספק בהממון, דהרי השתא גם לדידיה יש הך חזקה דאחזוקי איניש בגנבי לא מחזקין, וכיון דהשתא מוטל הדבר בספק, מניחים התפיסה ביד התופס כיון דבספק במציאות תפיסה מועילה בטענת ברי, ונמצא דהועילה תפיסתו לשני דברים, לעורר הספק, ולהחזיק הממון בידו מחמת אותו ספק, אכן אין דנים כן דאם כן לא שבקת חי לכל בריה, ולכן אין תפיסה בפני עדים מועילה בממון שאינו בעצם מוטל בספק.

והשי"ך הוסיף בקושיתו דכיון דהמסור תפס בטענת ברי תועיל לו תפיסתו לומר כך וכך הפסדתני ונשבע ונוטל, כנ"ל, ויש להבין למה צריך לישבע וליטול, והלא אינו צריך שבועה אלא להוציא מן המוסר המוחזק במעותיו, שתיקנו לו חכמים להמסור שיהא נשבע ונוטל, אולם אם תפס ממנו בטענת ברי, והועילה לו תפיסתו, למה צריך גם לישבע שבועת הנוטלין, וצריך לומר דכל זה הוא מתקנת חכמים, דדנו חכמים אם להניח לנמסר ליטול מן המוסר על ידי שבועה או אם שלא להניח לו ליטול אפילו על ידי שבועה, אבל בודאי לא רצו שיטול בלא שבועה, ולכן כשתפס בטענת ברי דאין מוציאים מידו, בודאי רצו שלא יטול בלא שבועה, וכל זה הוא מן התקנה.

ותירץ השי"ך דכיון דאינו יכול לתפוס בפני עדים שלא במקום ספק, ואפילו בטענת ברי, דאם כן לא שבקת חי לכל בריה, כנ"ל, הוא הדין במסור, וז"ל: אם כן הכי נמי גבי מסור, כיון דעל כרחך מיירי שתפס בעדים, דאם לא כן בלא ספיקא דדינא נמי פשיטא דתפיסה מועילה לכולי עלמא כיון דאית ליה מיגו 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 מורידה, דדוקא בספק שבשטר או בעדות שעל השטר בתרי ותרי מהני טענת ברי דידיה אע"ג דתפס בעדים, וכמו שכתבתי לקמן סי' ל"ד ומ"ח ונ"ג, כיון שיש שטר בידו והוא טוען ברי על ספק שבשטר גופיה, אבל לא בתפס בלא שטר וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ובודאי אין לחוש ללא שבקת חי לכל מי שנודע לנו שמסר אבל לא נודע הסכום, אלא כונתו דכיון דתיקנו חכמים שלא יוכל לתפוס מחבירו היכא דכל יסוד תפיסתו הוא רק טענתו בלבד, דאי לאו הכי לא שבקת חי לכל בריה, אם כן הוא הדין בכל מקום אינו יכול לתפוס על ידי טענתו בלבד, ואע"ג דלא שייך שם טעמא דלא שבקת חי,

ותפיסתו כמאן דליתא דמי, כמו שכתב הש"ך, דעל ידי תקנתם משום לא שבקת חי ביטלו חכמים כל תפיסה שיסודה הוא רק טענתו בלבד, ועשאוהו כמאן דליתא, ואין תפיסתו מועילה אלא היכא דאיכא ספיקא דדינא או שטר, דבספיקא דדינא יסוד תפיסתו הוא הצד ספק בהבעיא בגמרא, ובשטר יסוד תפיסתו הוא השטר שבידו, ואע"ג דגם בשטר איכא ספק בהמציאות בלשון השטר, כיון שיסוד תפיסתו הוא שטר ולא טענתו בלבד אין זה נכלל בהתקנה דלא שבקת חי.

והש"ך הוכיח דבכל תרי ותרי שאינו נוגע להכשר השטר אין תפיסתו מועילה, ולא אמרינן דיסוד תפיסתו הוא הגדת העדים ולא טענתו בלבד, והיינו משום דתרי ותרי כמאן דליתא דמי, ואין לו סמך לתפיסתו אלא טענתו בלבד, ורק כשיש תרי ותרי על הכשר השטר תפיסתו מועילה, דאע"ג דתרי ותרי כמאן דליתא, הרי היסוד לתפיסתו הוא השטר שבידו ולא רק טענתו בלבד, ובהמשך דבריו כתב הש"ך דגם בכל תרי ותרי הועילה תפיסתו ואין מוציאים מידו, דתרי ותרי כמאן דאיתא דמי, יעו"ש.

ולפי זה מובן מה שכתב הש"ך בסי' ק"ד גבי אלמנה שדינה ליטול לכתובתה בשבועה ותפסה ומתה אין היורשים יכולים להחזיק הממון בטענת ברי על ידי אחר, שהאלמנה הוכיחה שהיתה ברי על ידי מה שתפסה, דתפיסה בטענת ברי בכהאי גוונא לא מעלה ולא מוריד, כמו שהוכיח כאן, יעו"ש, וקשה דהא התם יש להם שטר כתובה בידיהם, ולמה לא תועיל להם תפיסתם, אכן לפימשי"נ דאין תפיסה מועילה כשיסוד התפיסה הוא טענתו בלבד, הרי גם התם אין הכתובה יסוד תפיסתם, שהרי תקנו חכמים שאינה יכולה לגבות על ידי כתובתה אלא צריכה לישבע וליטול, ואם כן אע"ג דאין להשביע היורשים דלא הוה להו למידע, מכל מקום גם לגבי לדידהו אין כח לגבות על ידי הכתובה, וכל תביעתם ותפיסתם הן מכח מה שטוענים ברי שהאם שלהם לא נפרעת, ואין יסוד לתפיסתם אלא טענתם בלבד.

והנה הרא"ש כתב דתקפו כהן מוציאים מידו מפני שהוא טוען שמא, כנ"ל, ומבואר דאילו היה יודע בבירור אם רוח הפילה או נפל היתה תפיסתו בטענת ברי מועילה, ואע"ג דאין לו שטר או עדים לסייעו, וצריך לומר דכיון שהספק חל בשעת לידה הרי עצם הספק הוא יסוד תפיסתו ולא ספק הנוולד על ידי טענתו שממון שביד אחרים שייך לו או שמי שמחויב לו לא פרע חובו.

ועיין מה שכתב הש"ך לקמן סי' מ"ה גבי מרחץ שהשכיר לו בשנים עשר דינר לשנה דינר לחודש, דיש בזה ספק אם תפוס לשון ראשון או תפוס לשון אחרון, וכתב הש"ך דאם טען שהמשכיר אמר לי בפירוש שהוא יקבל שנים עשרה דינר גם אם נתעבר השנה הרי זו תפיסה בטענת ברי, יעו"ש, והלא התם מידי אפילו בדליכא שטר, ולמה אין זה נכלל בהתקנה דלא שבקת, ויש לומר דכיון שידוע לנו עצם העובדא היכי היתה, או על ידי שטר או על ידי עדים או על ידי הודאת בעל דין, הרי העובדא עצמה היא יסוד להספק ולא טענתו, ולא שייך בזה תקנת אם כן לא שבקת, כמשי"נ.

עוד עיין במה שכתב הש"ך לקמן בסי' י"ט אות ח' גבי ארבא דדינא הוא כל דאליס גבר אם תפס הראשון ואחר כך תפס השני ממנו אין מוציאים מידו, ועיין לקמן סי' ק"ה שמבואר מדברי הש"ך דהיינו מדין תפיסה מועילה, ויש לדקדק בדבריו, הרי תופס שני אין לו בסיס לתפיסתו אלא טענתו בלבד, שאין לו סיוע משטר או שום דבר, ולמה לא נאמר דתפיסתו לא מעלה ולא מוריד משום תקנת לא שבקת חי, אולם יש לומר דכיון דאין לראשון חזקת מרא קמא גמורה, וכל חזקתו היא מספק על ידי דינא דכל דאליס גבר, הרי זה נחשב לגבי תופס השני כשטר, ותפיסתו מועילה.

סימן יז

בו יוכיח דשיטת הטור במתגלגל היא כשיטת הרמב"ם, ויבואר למה לא כתב דלדעת הרא"ש אם תפס מוציאים מידו.

הש"ך הביא דברי הטור בסוף סי' שצ"א וז"ל: מתגלגל מיבעיא לן אי חשיב כחצר הניזק ולא איפשטא ואם תפס אין מוציאין מידו ופירש רש"י כגון שלקחה הבהמה האוכלין וגלגלתם לרשות הרבים וכו' עכ"ל, יעו"ש, וכתב הבית יוסף דמה שכתב ופירש רש"י וכו' כך הם דברי הרמב"ם פ"ג נזקי ממון הל"ד, וכתב עוד דרש"י מיבעי ליה נמי אם גלגלה מרשות הרבים לרשות הניזק, יעו"ש, והתוס' בבבא קמא (דף כ.) ד"ה מתגלגל כתבו דהבעיא היא אחרת, יעו"ש.

אולם עיין מה שכתב הרמב"ם שם וז"ל: בהמה שהיתה עומדת ברשות הניזק ותלשה פירות מרשות הרבים ואכלתן ברשות הניזק הרי הדבר ספק לפיכך אינה משלמת אלא מה שנהנית ואם תפס הניזק כמה שהזיקה אין מוציאין מידו שהרי ברשותו אכלה עכ"ל, יעו"ש, וכתב המגיד משנה דלדעת הרמב"ם אין הספק אלא כשגלגלה מרשות הרבים לרשות הניזק, אבל אם גלגלה מרשות הניזק ואכלה ברשות הרבים פטור, וראיה לכך מהא דקאמר בגמרא (דף כג.) על החררה משלם כו' דאכלה היכא אילימא דאכלה בגדיש דעלמא הא בעינן וביער בשדה אחר וליכא לא צריכא דאכלה בגדיש דבעל חררה וכו', יעו"ש, הרי להדיא דכלב שנטל חררה משדה בעל החררה ואכלה בגדיש דעלמא פטור, והתוס' הקשו משם על דברי רש"י, יעו"ש. ויש לדקדק דמנא ידע המגיד משנה דהרמב"ם פליג על דברי רש"י, ואי משום קושית התוס', הרי גם על דברי רש"י קשה משם, וכמו שרש"י יתרץ גם הרמב"ם יתרץ, אכן נראה שדייק כן מלשון הרמב"ם דטעמא דתפיסה מועילה משום שהאכילה היתה ברשות הניזק, ולמה לא כתב בפשיטות דתפיסה מועילה משום דבכל ספיקא דדינא אם תפס אין מוציאים מידו, ולמה הזכיר שהרי ברשותו אכלה, אלא מבואר דתפיסה מועילה במתגלגל רק כשאכלה ברשות הניזק, אבל אם גלגלה מרשות הניזק לרשות הרבים פטור, ודלא כדברי רש"י דגם אם גלגלה מרשות הניזק לרשות הרבים מספקא ליה, ואם כן צריך עיון היאך הוזהר הבית יוסף דברי הרמב"ם עם דברי רש"י.

ובאמת מדויק מלשון הטור שלא פירש מתגלגל כמו שפירש רש"י, דאילו פירש כדברי רש"י היה לו לפרש מתגלגל מיד כדברי רש"י ורק לאחר כך לפסוק דינא דאם תפס אין מוציאים מידו, אלא מבואר דפירש מתגלגל כפירוש הרמב"ם, ופסק דאם תפס אין מוציאים מידו, ואחר כך הביא פירוש רש"י שהוא לא כפירושו.

ועיין בלחם משנה שכתב דהרמב"ם נשמר מלפרש כדברי רש"י משום קושית התוס' מכלב שנטל חררה והלך ואכיל בגדיש דעלמא פטור, ואין בזה ספק, ולכן למד הרמב"ם דאם נטלה מרשות הניזק ואכלה במקום אחר בודאי פטור, ולא מיבעי ליה אלא כשנטלה מרשות הרבים ואכלה ברשות הניזק, והלחם משנה נתן טעם בדבר מפני שאכילה ברשות אחר אינה מחייבת, רק ברשות הניזק, אכן מיבעי ליה אם אכילה

ברשות הניזק מחייבת בכל אופן, ואפילו אם נטלה מרשות אחר, יעו"ש.

והסמ"ע כתב דדברי הטור אזלי כשיטת הרמב"ם דבספיקא דדינא אם תפס אין מוציאים מידו, אכן הוקשה לו למה לא כתב דלדעת אביו הרא"ש מוציאים מידו, כמו שכתב בשאר מקומות, אלא מבואר דבספיקא דדינא דמתגלגל גם הרא"ש ס"ל דאין מוציאים מידו, יעו"ש, והש"ך בסי' י"ח הביא ישוב הסמ"ע לקושיתו, וגם ישוב הב"ח, יעו"ש.

והיה אפשר לומר בישוב דברי הטור שלא כתב דלדעת הרא"ש אי תפס במתגלגל מוציאים מידו, ומשמע דמודה במתגלגל דאין מוציאים מיד, כנ"ל, דהנה הטור מפרש הבעיא כדברי הרמב"ם דהיינו שגלגלה מרשות הרבים לרשות הניזק, כמש"נ, אכן הרא"ש שם בבבא קמא מפרש כדברי רש"י, יעו"ש, ולכן לא כתב הטור דלדעת הרא"ש אי תפס מפקינן, ואולם בזה לא תתיישב קושית הסמ"ע, דמכל מקום למה לא כתב הטור דלפי שיטת הרא"ש בספיקא דדינא אם תפס מוציאים מידו, ולפי דעת הש"ך גם הטור מסכים לזה, למה לא כתב דמוציאים מידו, וגם על הרא"ש יש לדקדק, שכתב דבעיא דמתגלגל לא איפשטא ואזלינן לקולא, יעו"ש, ולא כתב דאם תפס מפקינן מיניה, וכמו שכתב לעיל שם בבעיא דבעטה והתיזה, וכן בבעיא דכשכשה באמתה, שכתב דלא איפשטא ואם תפס מוציאים מידו.

ונראה דאליבא דהרמב"ם לעיל שם עיקר חיובא דשן הוי באכילה, והיא צריכה להיות ברשות הניזק, ומיבעי ליה אם לקיחה ברשות הרבים מצטרפת להאכילה להפקיע החיוב, וכעין מה שכתב הלחם משנה, כנ"ל, אבל רש"י למד דהבעיא היא בין אם גילגלה מרשות הרבים לרשות הניזק בין אם גילגלה מרשות הניזק לרשות הרבים ואכלה שם, יעו"ש, ולדידיה לא נתבאר אם העיקר הוא הלקיחה או האכילה, ואפשר נמי דהא גופא מיבעי ליה, או אם כל אחד לעצמו הוי מחייב, אבל הרא"ש לא הביא כל דברי רש"י, ולא הביא אלא ריש דבריו דמוקים הבעיא בגילגלה מרשות הניזק לרשות הרבים, ולא הזכיר מה שכתב רש"י דהוא הדין איפכא, ולפי זה נמצא דעיקר החיוב הוא על הלקיחה, וכמו שכתבו התוס' שם (דף כג.) בד"ה תפשוט וז"ל: וכן הסברא נוטה דכיון דפשע בלקיחה מה לנו באכילה וכו' עכ"ל, יעו"ש, ולפי זה עיקר החיוב הוא הלקיחה, וצריכה בודאי להיות ברשות הניזק, ומבעי ליה אם אכילה ברשות הרבים פוטרת ומבטלת הלקיחה מלחייבו.

ולפי זה יש לומר דחלוק בעיא זו משאר ספיקא דדינא, דהיכא דמספקא לן על עצם החיוב, כגון כשכשה בזנבה, ולא נפשטה הבעיא, ס"ל להרא"ש דלאו כל כמיניה לתפוס מכח ספק זה, אבל אם יש כאן מחייב ודאי, ומיבעי ליה אם יש כאן נמי דבר הפוטר ועוקר החיוב, בזה מודה הרא"ש דאהני תפיסתו ואין מוציאים מידו, ואין זה נחשב מן החטיפות שאין בית דין מניחים אותן, שהרי יש לו ודאי מחייב, וספק פוטר, ואין זה נחשב אין ספק מוציא מידי ודאי, דהא הוי ספיקא דדינא, ונשאר בספק, אבל לענין תפיסה יש לומר דכיון דהספק אינו בעיקר החיוב אלא בפוטר צדדי, יש להניחו לתפוס, ואין מוציאים מידו.

סימן יח

בו יובאו דברי הב"ח דבעיא דלא איפשטא שלא קבעו בה תיקו יכול גדול הדור להכריע ומודה הרא"ש דאם תפס אין מוציאים מידו.

הסמ"ע דייק בדברי הטור בסי' שצ"א שכתב בספיקא דדינא דמתגלגל דאם תפס לא מפקינן מיניה, והיינו כשיטת הרמב"ם פ"ג נזקי ממון הל"ד, יעו"ש, ולא כתב שאביו הרא"ש פליג בזה, ומזה מבואר דלדעת הטור אע"ג דהרא"ש ס"ל דבספיקא דדינא אם תפס מוציאים מידו, בספק דמתגלגל מודה דאם תפס אין מוציאים מידו, וכתב לתרץ דכיון דתפס ברשות, דהא יכול לגבות ממנו גם מה שנהנית, אהני תפיסתו גם לגבי דמי ההיזק, יעו"ש, והש"ך הסכים דבתפס ברשות מועילה תפיסתו בתיקו לכולי עלמא, אלא דנראים דברי הסמ"ע דחוקים בישוב דברי הטור, יעו"ש.

ויש לדקדק דלמה דומה תפיסה זו לשאר תפיסה ברשות, דהרי בספק דמגלגל דאין לו רשות לתפוס רק דמי הנאתה, ועל דמי ההיזק המוטלים בספק אין לו רשות לתפוס, דאפילו אם מותר לו ליקח יותר על מנת להשיב העודף אחר כך, הלא אינו זוכה בזה שום דין ממון בהעודף, ואם כן למה נחשיב תפיסתו ברשות במה ששני הדמים, דמי ההנאה ודמי ההיזק, אדוקים זה בזה, אכן יש לפרש דבריו על פי מה שכתב הנמוקי יוסף בבבא מציעא (דף ו.) דהא דתפיסה אינה מועילה הוא משום שאין לבית דין להניח חטיפות, יעו"ש, ולפי זה יש לומר דאם תפוס בסכום גדול שחלק ממנו מותר לתפוס, אין זה נחשב מן החטיפות שאין בית דין מניחים אותן.

והש"ך לקמן סי' ל"ד הביא דברי הסמ"ע בסי' שס"ב שכתב דשיטת הרא"ש היא דבספיקא דדינא אם תפס אין מוציאים מידו, יעו"ש, ובסי' ל"ה הקשה הש"ך דדברי הסמ"ע נראים כסותרים אהדדי, דאם הרא"ש ס"ל דבספיקא דדינא אין מוציאים מידו, למה צריך לטעמא דתפס ברשות מחמת החלק שכנגד מה שנהנית, ועיין שם מה שתירץ, ועיימש"נ בהגהות לסי' לה.

והב"ח תירץ דרק בבעיא דלא איפשטא בגמרא וסלקא בתיקו אין תפיסה מועילה, אבל אם לא סלקא בתיקו, רק דלא איפשטא בגמרא, יש כח לגדול הדור להביא ראיה ממשנה או מבריתא ולפשוט הבעיא, וכיון שכן מועילה בה תפיסה, יעו"ש, והביאור בזה, דתפיסה מועילה בספיקא דדינא מפני שיכול לומר קים לי כצד זה של הבעיא, ומאן דאמר מוציאים מידו ס"ל דאינו יכול לומר קים לי בבעיא דלא איפשטא בגמרא, וקאמר הב"ח דהיינו דוקא בבעיא דסלקא בתיקו, שקבעו חכמי התלמוד דספק זה מחויב להישאר בלא פשיטות, והוקבע דין זה בספק, ולכן אין התופס יכול לומר קים לי, אבל אם לא סלקא בתיקו, ולא הוקבע הדין להישאר בספק, ורק שלא מצאו חכמי התלמוד פשיטות להספק, אז יש כח ביד גדול הדור לפושטו, ולכן יכול התופס לומר לגבי ידי קים לי כצד זה של הבעיא, דמעולם לא הכריעו חכמי התלמוד שדין זה צריך להישאר בספק, אבל בודאי אין דין רגיל שאינו מגדולי הדור יכול להורות כן לאחרים

כיון דלא נפשטה הבעיא, ולהלכה דנים בה ספק, ומכל מקום התופס לגבי עצמו יכול לומר קים לי, ונמצא שהוא תופס בטענת ברי, כמש"נ.

אבל הש"ך לעיל סי' ט' כתב דכל בעיא דלא איפשטא בעצם דינו תיקו, ואלא דהיכא דשקיל וטרי בהבעיא ולא הגיע למסקנא לא חשו לכתוב תיקו, יעו"ש, ועוד עיין בדברי הש"ך לעיל סי' ו' שכתב סברא הפוכה, דלכך סתמו חכמי התלמוד דבריהם והעלו בתיקו לומר שמסופק להם הענין כדי שאם יתפוס אין מוציאים מידו, יעו"ש, ולדברי הב"ח העלו בתיקו לומר שהדבר צריך להישאר בספק, ואם תפס מוציאים מידו.

והש"ך הקשה על ישובו של הב"ח מהא דמיבעי ליה בבבא קמא (דף ל:): במוציא זבלו לרשות הרבים אם קנסו מיד או לכי מייתי שבחא, ולא איפשטא, יעו"ש, וכתב הטור סוף סי' תי"ד דדעת הרא"ש דאם תפס מוציאים מידו, והב"ח עצמו כתב שם דהרא"ש אזיל לשיטתו דבספיקא דדינא אם תפס מוציאים מידו, והלא התם לא קאמר בגמרא תיקו, והויא רק בעיא דלא איפשטא, ולפי דברי הב"ח בכהאי גוונא גם הרא"ש ס"ל דאם תפס אין מוציאים מידו.

ונראה ליישב דברי הב"ח, דחלוק ספיקא דתקנה משאר ספיקא דדינא, דספיקא דדינא הוא ספק התלוי בשיקול הדעת, ויש שיקול הדעת לצד זה ושיקול הדעת לצד זה, וחכמי התלמוד לא הכריעו כאחד מן הצדדים, וגם לא קבעו הבעיא בלשון תיקו כדי שתישאר בספק, ולכן גדול הדור יכול לפסוק ההלכה לפי שיקול הדעת שלו, ויכול לדמות מלתא למלתא ולפשוט ממשנה או מברייטא.

אבל ספיקא דדינא לענין אם תיקנו חכמים כזה או כזה הוא ספק בגופא דעובדא היכי הוה, והיו שתי מסורות לחכמי התלמוד, ולא הצליחו לברר איזו מסורה נכונה ואיזו מוטעת, ולא איפשטא הבעיא, ונשאר הדבר בספק, ואם כן היאך אפשר שיבא גדול הדור בדורות האחרונים ולומר שלפי דעתו כן תקנו חכמים, מנא ידע, וכי יש לו מסורה אחרת על כך, וגם אין שייך בזה לדמות מלתא למלתא ולהביא ראיה ממשנה או מברייטא, ומהאי טעמא נמי אין התופס יכול לומר קים לי כהצד דהכי נתקנה התקנה, דאין זה תלוי בסברא, כמש"נ, ובכהאי גוונא שפיר ס"ל להרא"ש דאם תפס מוציאים מידו.

סימן יט-כ

בו ידון בכל המקורות לשיטת הטור ורבינו ירוחם בענין תפיסה בספיקא דדינא, ויבוארו דברי הרא"ש דתפיסה בספק איקרי תפיסה.

בסימן הארוך הזה, הביא הש"ך דברי הטור בכמה מקומות שהם כדברי הרמב"ם דבספיקא דדינא אם תפס אין מוציאים מידו, ובמקומות אחרים משמע מדברי הטור דאזיל בשיטת הרא"ש אביו דמוציאים מידו, ובסי' כ' חזר בקיצור על כל דברי הטור במקומות שכתב דאין מוציאים מידו, ונטה מדברי הרא"ש אביו שדרכו לילך בשיטתו.

אות א

הש"ך הביא דברי הרא"ש בבבא מציעא (דף ט.) בספק גמל בהנהגה וחמור במשיכה, דאחד מהם לא קנה, ואין ידוע איזה, הרי הדבר ספק, ובמקח וממכר או במתנה מוקים לה בחזקת מרא קמא, ובמציאה והפקר קנה בשניהם, דהזוכה הוא המוחזק, ואין להוציא ממנו מספק, ובהמשך דבריו הביא דברי הרא"ש שם (דף ט:) באמר לו משוך בהמה לקנות אותה וכלים שעליה, דהוה בעיא דלא איפשטא אם קנה הכלים, וקאמר הרא"ש דבמכר ומתנה מוקים להו בחזקת הנותן שהוא מרא קמא, ובמציאה והפקר בחזקת התפוס, דתפיסה בספק מיקרי תפיסה, והוה ליה מוחזק, יעו"ש, ולכאורה היינו נמי טעמא בגמל וחמור, דתפיסה בספק מיקרי תפיסה, והוה ליה מוחזק, ואין להוציא ממנו.

והיכא דאיכא מרא קמא הרי המרא קמא הוא התפוס והמוחזק לפי שיטת הרא"ש, אבל היכא דליכא מרא קמא הרי התפוס הוא המוחזק, דתפיסה בספק מקרי תפיסה, אכן צריכים להבין, דהרי כיון דאין בתפיסתו אלא ספק קנין, למה נחשבת כתפיסה ודאית.

עוד הביא הש"ך דברי הרמב"ם פ"ג מכירה הל"י וז"ל: הקנה השדה לאחד והמטלטלין לאחר אע"פ שאמר לו קנה המטלטלין על גב קרקע והחזיק האחד בקרקע לא קנה השני המטלטלין ואם תפשו אחר שחזר בו המקנה אין מוציאין מידו שהרי תפשו אחר שקנה חברו הקרקע שנקנו אלו על גבו עכ"ל, יעו"ש, ומדויק בלשון הרמב"ם דהתפיסה היתה לאחר שחזר בו המקנה, והיינו משום דקודם שחזר בו המקנה כל שכן דאין מוציאים מידו, ואין צריכים לזה דינא דתפיסה מועילה, דהא הוחזקו בידו מאחר שהוא תפוס ואין מי מתנגד לו, ושוב לאו כל כמיניה דהמקנה לחזור בו ולתבוע ממנו מאחר שכבר זכה בו הקונה, אבל אפילו אם תפס לאחר שחזר בו המקנה אין מוציאים מידו, דהרמב"ם ס"ל דתפיסה מועילה בספיקא דדינא. אבל הרא"ש ס"ל דתפיסה מן המרא קמא אינה מועילה בספיקא דדינא, ולכן בגמל בהנהגה ובמשוך בהמה וקני כלים שעליה מוציאים מיד הקונה ומחזירים להנותן שהוא המרא קמא, ואם זכה מן ההפקר הרי הוא הוחזק להיות מרא קמא, ואע"ג דקנינו תלוי בספיקא דדינא, ואם תפס ממנו אחר קודם שעשה קנין מעליא מוציאים

מיד התופס ומחזירים לו, ועיין מה שכתב הש"ך לקמן סי' כ"ו בשיטת הרא"ש, יעו"ש. וביאור בזה דהא גופא שיש לו ספק קנין בו נותן לו דין ודאי מוחזק, וכמו דהמרא קמא נחשב מוחזק גבי מכר ומתנה, ואע"פ שאין לו בהם שום תפיסה, דהראשון שהיה לו זכות בהם הוא המוחזק, אע"ג דזכותו דמקודם תלויה בספיקא, מכל מקום כיון דהצד ספק של המרא קמא קדם לצד ספק של הקונה הרי המרא קמא נחשב מוחזק, כמו כן בקונה מן ההפקר שמיד יש לו צד זכות בהם מכח הספק, וכשבא אחר ועשה בהם קנין מעליא, דגם הוא יש לו צד זכות בהם מכח אותו ספק, דאם הראשון לא קנה השני קנה, ואם הראשון קנה השני לא קנה, מכל מקום כיון דצד זכות של הראשון קדם לצד זכות של השני הרי איתחזק בזה, ונעשה כמרא קמא, כמו שכתב הרא"ש, ואע"פ שלא הכניסם לרשותו בפועל, דנעשה מוחזק על ידי הספק קנין, והיינו מה שכתב דתפיסה בספק מיקרי תפיסה, ועיימ"ש הש"ך לקמן אות ה' בשם מהר"ם מינץ ובהגהות שם, ועיימ"ש"י בהגהות לסי' ל"ז.

אות ב

כתב הרמב"ם פ"ג מכירה הל"י ז"ל: הקנה השדה לאחד והמטלטלין לאחר אע"פ שאמר לו קנה המטלטלין על גבי קרקע והחזיק האחד בקרקע לא קנה השני מטלטלין ואם תפשו אחר שחזר בו המקנה אין מוציאים מידו שהרי תפש אחר שקנה חבירו הקרקע שנקנו אלו על גבו עכ"ל, יעו"ש, וכתב הש"ך דדין זה תלוי במחלוקת הפוסקים, והרמב"ם והמחבר ס"ל דאי תפש אין מוציאים מידו. וממה שכתב הרמב"ם דאם תפש לאחר שחזר בו המקנה אין מוציאים מידו מדויק דאם תפש קודם שחזר בו המקנה פשיטא דאין מוציאים מידו, וגם להנך שיטות דבספיקא דדינא אם תפש מוציאים מידו, אם תפש קודם שחזר בו המקנה אין מוציאים מידו, והביאור הוא משום דהוי תפיסה קודם שנולד הספק, ואע"ג דהרמב"ם ס"ל דאפילו אם תפש לאחר שנולד הספק אין מוציאים מידו, מכל מקום אם תפש קודם שנולד הספק פשוט יותר. ונראה דאם תפש קודם שחזר בו המקנה אין מוציאים מידו אפילו אם תפש באופן שאין בו קנין, דיש לומר דבכל אופן של קנין נחשב כניסה לרשותו, ואפילו אם לא מהני לפעול הקנין, כניסה ודאית לרשותו מיהא הויא, ויש לומר דבמה שהכניס המטלטלין לרשותו ברשות הבעלים זכה זכות גמורה לקנות אותן כדרך הקנינים, ונעשה על ידי כך מוחזק גמור בהמטלטלין, ומאז והלאה הוא נחשב מרא קמא לענין הספיקות שחלו בהקנין אגב, ומספק אין מוציאים מידו לכולי עלמא, ואפילו אם חזר בו המקנה אחר כך, ורוצה לעכב המטלטלין לעצמו, דאז אין התופס יכול לעשות בהן שוב קנין חדש כיון שנשתלקה הדעת מקנה, מכל מקום אין להוציא מידו, שהרי דילמא זכה על ידי הקנין אגב, ובהך ספק הרי הוא המרא קמא כיון שנתחזקו המטלטלין בידו כשתפסן קודם חזרת הנותן, אבל אם תפש לאחר שחזר בו הנותן, הרי מעולם לא הוחזקו בידו שיכול לקנותן בקנין גמור, ואין לו עליהן תורת מרא קמא, ואינו יכול לזכות אלא על ידי תפיסה בספיקא דדינא, ודבר זה תלוי במחלוקת הפוסקים.

אות ג

בבא מציעא איתא (דף ט:) בעי רבי אלעזר האומר לחבירו וכו' משוך בהמה זו וקני כלים שעליה מהו מי מהניא משיכה דבהמה לאקנויי כלים או לא אמר רבא אי אמר ליה קני בהמה וקני כלים מי קני כלים חצר מהלכת היא וחצר מהלכת לא קנה וכו' והלכתא בכפותה, יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: והלכתא האי דפשיטא ליה דכי אמר ליה קני בהמה וקני כלים קני בכפותה היא דפשיטא ליה דדומיא דחצר הוא קני וכו' עכ"ל, יעו"ש, והגרע"א בגליון הש"ס ציין דגם בערכין (דף ז.) מצינו דלשון והלכתא כונתו דהכי היא האוקימתא, יעו"ש, וגם מצינו דלשון הלכתא לאו דוקא משמש כפסק הלכה בזבחים (דף פז.) והלכתא כרבי יוסף לענין אהדורי פוקעין, וכתבו התוס' דהיינו יפה אמר רבי יוסי דהלכתא למשיחא לא אמרינן, יעו"ש.

וכתב הרא"ש וז"ל: בעי רבי אלעזר האומר לחבירו משוך בהמה זו לקנות כלים שעליה מהו מדנקט בהמה ולא נקט משוך קופה זו לקנות כלים שבתוכה משמע דפשיטא ליה דקני לפי שהקופה ומה שבתוכה משיכתם שוה אבל משיכת הבהמה על ידי הילוך ומשיכת הכלים על ידי גרירה ואף על גב דבכפותה איירי מכל מקום סתם קניית הבהמה על ידי הילוך וכו' עכ"ל, יעו"ש, ולמד הרא"ש דמיבעי ליה אם משיכת הבהמה על ידי הילוך מועילה לקנות כלים שעליה, מי אמרינן דלא קני כלים כיון דדין משיכה דכלים בגרירה, או דלמא קני כלים דכיון דמשיכת הבהמה היתה משיכה מעליא לגבי דידה, מועילה נמי לקנות הכלים הנמשכים אחריה.

ואע"ג דבגמרא מוקים הבעיא בכפותה, שגם משיכת הבהמה היא בגרירה, ומהו הצד דלא קני כלים אם לא קנה הבהמה, הלא דין שניהם בגרירה, וקאמר הרא"ש דכיון דסתם קנית בהמה על ידי הילוך, איכא צד למימר דגם כשהיא כפותה ומגררה אינו קונה בזה הכלים שעליה, וביאור הדבר נראה, דהנה מצינו דיני משיכה מיוחדים לחפצים שונים, כמו גמל בהנהגה וחמור במשיכה לקמן (דף יב.), יעו"ש, וכמו כן יש דין משיכה מיוחד לבהמה על ידי הילוך ודין משיכה מיוחד לכלים על ידי גרירה, ואיכא צד למימר דמשיכת בהמה אינה מועילה לקנות כלים הנמשכים אחריה, ובכפותה הקילו בהדין מיוחד של משיכת בהמה דכיון שאי אפשר בהילוך יכול לקנות על ידי גרירה, אבל מכל מקום יש על גרירה זו תורת משיכת בהמה, ועדיין מיבעי ליה אם משיכת בהמה על ידי גרירה יכולה לקנות כלים שדינם במשיכת כלים על ידי גרירה.

ומסיק הרא"ש וז"ל: ובעיא זו לא איפשיטא הלכך אם אמר ליה משוך בהמה זו וקני כלים שעליה לא קנה הכלים במשיכת הבהמה ואפילו בכפותה כיון דבעיא לא איפשיטא אוקי ממנוא בחזקת מרא קמא אבל במציאה ובהפקר וכו' כיון דמספקא לן הרי הוא מוחזק מספקו ואם תפסה אחר מוקמינן לה בחזקת מרא קמא שהוא מוחזק בה מספק ותפיסת ספק מיקריא תפיסה כנגד אחר שאין לו בה שום טענה דעד כאן לא קאמר תפסו כהן מספק מוציאין אותו מידו אלא היכא דאיכא לאוקומי בחזקת מרא קמא אבל הפקר שיצא מחזקת מרא קמא תפיסת ספק מיקריא תפיסה ואין אחר

מוציא מידו וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ועיין ברמב"ם פ"ג מכירה הלי"ג והלי"ד וז"ל: המקנה בהמה וכלים שעל גבה כאחד אף על פי שמשך הבהמה וקנאה לא קנה הכלים שעליה עד שיגביה או ימשוך הכלים עצמן אם אין דרכן להגביהן שהבהמה כחצר המתהלכת היא ואין מה שבתוכה קנוי לבעלה לפיכך אם היתה הבהמה כפותה קנה אף כלים שעליה, אמר לו המקנה משוך בהמה וקנה כלים שעליה הואיל ולא הקנה לו גוף הבהמה אף על פי שמשכה והיא כפותה לא קנה כלים שעליה עד שימשוך הכלים עצמן עכ"ל, יעו"ש.

והקשה עליו הלחם משנה וז"ל: ובגמרא אמרו במסקנא והלכתא בכפות ופירש

הרב המגיד לדעת רבינו ז"ל דלא קני אלא בקנה בהמה וקני כלים אבל בעיין לא איפשיטא ואם כן יש תימה על דעת רבינו ז"ל איך כתב כאן לא קנה דהיה לו לפסוק ככל תיקו דגמרא דאי תפס לא מפקינן מיניה וכמו שפסק לעיל גבי הקנה שדה לאחד ומטלטלין לאחר וכמו שכתב שם הרב המגיד ז"ל וצריך עיון עכ"ל, יעו"ש.

אולם נראה ליישב דברי הרמב"ם שלא פירש כדברי רש"י והרא"ש בהא דקאמר והלכתא בכפותה דזה הוי אוקימתא מעליא ומשום הכי פשיטא ליה באומר קני בהמה וגם כלים שעליה, וכמו שהבין הגרע"א, כנ"ל, אלא הרמב"ם למד דזה הוי פסק הלכה, ואיפשטא הבעיא, דבכפותה קונה את הכלים בין אם הקנה לו גם הבהמה דקונה הכלים בקנין חצר, ובין אם לא הקנה לו הבהמה אלא הכלים וקונה הכלים במשיכת הבהמה, ובאינה כפותה אינו קונה את הכלים, דאין משיכת בהמה קונה הכלים שנמשכים עמה, ואפילו אם הקנה לו גם את הבהמה אינו קונה את הכלים מדין חצר, שהרי חצר מהלכת היא.

ואם הרמב"ם ס"ל כביאור הרא"ש שבעיית הגמרא, כנ"ל, יש לומר דלמסקנא

איפשיטא דבאינה כפותה אינו קונה הכלים משום שדין הבהמה על ידי הילוך ודין הכלים על ידי גרירה, אבל בכפותה קנה את הכלים, דהרי גם כפותה דינה בגרירה, ולא אמרינן דהואיל וסתם קנית בהמה על ידי הילוך גם בכפותה שדינה בגרירה עדיין תורת משיכת בהמה עליה, אלא כל שעל ידי גרירה חדא ניהו..

הפלפולא חריפתא בפרק שנים אוחזין שם הקשה סתירה בדברי הרא"ש, דגבי אומר משוך בהמה לקנות כלים שעליה כתב הרא"ש דאם תפס מוציאים מידו, אבל אם משך בהמה לקנות כלים של הפקר קני, דנעשה מוחזק במשיכתו אע"ג דמספקא לן אם מהני לגבי הכלים, דתפיסה בספק מיקרי תפיסה, כנ"ל, וכן כתב הרא"ש לקמן שם (דף יב). לענין גמל בהנהגה וחמור במשיכה דהוי בעיא דלא איפשיטא ובמציאה והפקר קני, דתפיסה בספק מיקרי תפיסה, יעו"ש.

אולם בחזקת הבתים (דף נג:) מיבעי ליה בשתי שדות של נכסי הגר שמת ומצר

ביניהם והחזיק באחת מהן לקנות אותה ואת המצר ואת חברתה מהו, מי קנה כולן או קנה רק השדה שבה החזיק, ומסיק בתיקו, יעו"ש, וכתב הרא"ש וז"ל: ויראה הואיל דסלקו הנך בעיות בתיקו אם בא אחד והחזיק קנה כיון דמספקא לן אי קנה קמא אי

לא נשאר הקרקע כמו שהיה ולא מחזקין ליה ברשות קמא מספק ואחר שקנה בחזקה בריאה מוקמינן ליה בידיה וכו' עכ"ל, יעו"ש, והקשה הפלפולא חריפתא למה לא אמרינן התם נמי דתפיסה בספק מיקרי ספק, ואין לחלק בין מטלטלין לקרקעות דהא אפילו במטלטלין אין קמא מוחזק אלא מספק, יעו"ש.

והש"ך תירץ קושית הפלפולא חריפתא וז"ל: גבי שדות הגר שאני, שהרי הראשון לא היה מוחזק מעולם, רק שהחזיק באחת מהן לקנות את חברתה, או שהחזיק במיצר לקנות שתיהן וכו', והלכך כיון שהראשון לא החזיק בה כלל, שהרי מספקא לן אם חזקה של זו מועילה לחברתה, גם כן לא מחזקין ליה ברשות קמא מספק, ואחר שקנה בחזקה בריאה מוקמינן ליה בידיה וכו' עכ"ל, יעו"ש, וכונתו דלפי דעת הרא"ש לא אמרינן תפיסה בספק מיקרי תפיסה אלא היכא דאית ליה אחיזה ודאית בהדבר הנקנה, ואז מספקין אם יש לאחיזה זו דין תפיסה להחזיקו כמרא קמא, אבל אם אין לו אחיזה בהדבר הנקנה, וכל דין תפיסתו בו הוא על ידי חלות הקנין, דכיון שקנה הדבר הנקנה שוב נחשב תפוס בה, והרי הוא מרא קמא, לזה בעינן קנין ודאי, אבל אם עצם הקנין מסופק לא נחשב בזה תפוס כלל.

ולכן במושך בהמה לקנות כלים שעליה הרי יש לו אחיזה בהכלים במה שמשך אותם על ידי הבהמה כיון שעשה בהם שום מעשה קנין, ואפילו אם אין זה מועיל לקנין הרי זה נחשב שפיר שבאו הכלים לידו, וכמו דאמרינן בנדה (דף מג.) דטהור שהסיט הזב בקנה נחשב כמשא הזב, ועיין ברש"י ד"ה לא שטף, יעו"ש, וכן בהפקיר ארנקי וזרקו דרך ביתו הרי בא הארנקי בכותלי ביתו, ובהכי נחשב שהיה לו אחיזה בו, ואלא דמסקפא לן היכא דאין סופו לנוח בתוך הבית אם קונה על ידי אחיזה קלושה כזו, והרי הספק בהקנין ולא בהאחיזה, ובזה אמרינן דאע"ג דהתפיסה היא בספק כיון דהקנין בספק, מכל מקום תפיסה בספק מיקרי תפיסה לעשותו מרא קמא כיון דאית ליה אחיזה ודאית בהארנקי, ועיימש"נ בהגהות לס"י ל"ז.

אבל בהחזיק באחת משדות הגר, ורוצה לזכות גם בשדה אחרת שלאחורי המיצר, הרי לא נגע כלל בהשדה השניה, ולא היה לו שום אחיזה בה אלא על ידי הקנין, והקנין מסופק, ואין להחשיבו מרא קמא בכך, דאם נאמר דבספיקא דדינא תפיסה אינה מועילה וצריך להחזירו, ואע"ג דבעצם לא עדיף הראשון מן השני, היינו טעמא משום דאין להניח חטיפות, כמו שכתב הנמוקי יוסף בבבא מציעא (דף ו.), יעו"ש, ותפיסה ממאן דאית ליה אחיזה ודאית שיש בה גם ספק תפיסה נחשבת חטיפה, אבל תפיסה ממאן דאין לו אחיזה ודאית אלא ספק תפיסה בלבד אינה נחשבת חטיפה.

ועיין ברא"ש שם בבבא מציעא (דף ט:) וז"ל: ובעיא זו לא איפשיטא וכו' אבל במציאה ובהפקר אם אמר אני מושך בהמה זו לקנותה ואת הכלים שעליה קני כיון דמספקא לן הרי הוא מוחזק מספק ואם תפסה אחר מוקמינן לה בחזקת מרא קמא שהוא מוחזק בה מספק ותפיסת ספק מיקריא תפיסה כנגד אחר שאין לו בה שום טענה דעד כאן לא קאמר תפסו כהן מספק מוציאין אותו מידו אלא היכא דאיכא לאוקומי בחזקת מרא קמא אבל הפקר שיצא מחזקת מרא קמא תפיסת ספק מיקריא תפיסה

ואין אחר מוציא מידו עכ"ל, יעו"ש.

ומבואר מדבריו שהוקשה לו היאך נאמר דתפיסה בספק הוי תפיסה, והא קיימא לן דתקפו כהן מוציאים מידו, ויש להבין מהי קושייתו מתקפו כהן, ולכאורה מבואר דהרא"ש ס"ל דטעמא דתקפו כהן מוציאים מידי משום דתפיסתו הוי תפיסת ספק, דדילמא אין לו זכות להחזיק בהבהמה, הרי דתפיסת ספק לא הוי תפיסה, ועל זה תירץ דרק במקום חזקת מרא קמא אינה תפיסה, אבל במציאה והפקר שפיר אמרינן דתפיסה בספק הוי תפיסה.

אות ד

הש"ך פליג על דברי הרא"ש דתפיסה מן ההפקר בספק הוי תפיסה ונעשה על ידי כך מרא קמא וז"ל: ואמאי נהי דבספיקא דדינא אין תפיסה מועילה, היינו דוקא כשהיה הראשון פעם אחת מוחזק בה בודאי, דאמרינן אוקי ממונא בחזקת מאריה, אבל היכא שהראשון לא היה מוחזק בה רק מספק, אם כן לא מסתברא כלל להוציא מיד האחרון כשיזכה בו בדין ברור, דאע"ג דהיכא דהאחרון לא זכה בו גם כן רק מספק פשיטא דמוציאין מידו ממה נפשך, דאי לא הוי חזקה אם כן 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 עמד, ולא שייך בכהאי גוונא לומר אוקי ממונא בחזקת מארי קמא, שהרי זה יאמר לו מאן לימא שהיית מארי קמא מעולם, ואע"פ שאין אני כדאי לחלוק על דברי הרא"ש והנמשכים אחריו, מכל מקום תורה היא ומוכרח אני לדבר את אשר בלבבי עכ"ל, יעו"ש.

הש"ך דייק לשון הרא"ש, מובא לעיל באות ג', דבהפקר שיצא מחזקת מריה הדין הוא דתפיסת ספק מיקרי תפיסה ואין אחר מוציא מידו, ומשמע דאין נפקא מינה אם האחר קנה באותו קנין ספק או בקנין ברור, לעולם מוציאים מידו, וכן מפורש בלשונו שהביא הש"ך לקמן באות ו' לענין זרק ארנקי לבית וז"ל: אבל הפקר הואיל ונסתלקו הבעלים אם החזיק בה אחר מוציאין מידו דבעל הבית מוחזק מספק תחלה עכ"ל, יעו"ש, וזה שהחזיק בה היינו בקנין ברור, שלא עבר הארנקי גם דרך ביתו, ועוד מוכח שכן היא שיטת הרא"ש שהרי אם גם השני תפס בספק קנין פשיטא דמוציאים מידו משום דאמרינן ממה נפשך, ואין צריכים לדין תפיסה בספק הוי תפיסה, כמו שכתב הש"ך, אלא מבואר דמיירי אפילו אם השני תפס בקנין גמור, דליכא סברא דממה נפשך, ומכל מקום ס"ל להרא"ש דמוציאים מידו.

ויש לעיין במה שכתב הש"ך דהיכא דהאחרון זכה בו מספק, והיינו שגם הוא משך בהבהמה לקנות כלים שעליה, פשיטא דמוציאים מידו ממה נפשך, דהספק אצל השני הוא אותו ספק שאצל הראשון, ואם קנין כזה מהני הרי כבר קנאו הראשון, ואם אינו מהני גם השני לא זכה, אכן יש לדקדק בזה, דהרי איכא צד דאינו קנין, ולא קנה הראשון וגם השני לא קנה, ואם כן למה נוציאנו מיד השני מספק, נהי דעל הצד דהקנין

מהני הראשון כבר קנה, מכל מקום דלמא לא מהני הקנין, ואף אחד מהם לא קנה, ואם כן למה לא נניחנה ביד השני שהוא מוחזק בה אפילו אם אין הקנין מהני, וכמו שכתב הש"ך לקמן באות ה' בשם מהר"ם מינץ דאף אם תפס שלא כדרך מכל מקום מוחזק הוא, יעו"ש.

אכן היינו טעמא משום דאין תפיסה מועילה אלא כשיש עמה טענה, ולמקצת השיטות בעינן טענת ברי לכך, ולמקצתם יכול לתפוס אפילו בטענת שמא, אבל הכא דממה נפשך אין לו צד לקנותה אין לו אפילו טענת שמא, ואין זו נחשבת תפיסה כלל, וכמו שכתב הש"ך לקמן סוף סי' מ"ד, יעו"ש, ועיימש"נ בהגהות, ולכן מניחים הממון בחזקת המרא קמא שתפס בתפיסת ספק.

לדעת הרא"ש תפיסה בספק מיקרי תפיסה, ותיקנו חכמים דאין תפיסה מן המרא קמא מועילה בספיקא דדינא, ולכן אמרינן דהראשון שתפס בספק נעשה על ידי כך מרא קמא גמור, והרי נפסק הדין דנשארים הכלים בידו על ידי תפיסתו בספק במקום דליכא מרא קמא אחר, ואפילו אם לא קנה הכלים שעל הבהמה בקנין משיכה קנה אותו בפסק בית דין ותקנת חכמים, ומסתברא נמי שיכול לקדש בהם אשה ולא הוי ספק קדושין, ואפילו אם תפס ממנו השני בתפיסה ודאית על ידי קנין המועיל מוציאים מידו, שכבר נפסק הדין שהראשון קנה, כמש"נ.

אבל זה לא מסתבר כלל להש"ך שיהיו הכלים נחשבים שלו לגמרי על ידי תפיסה בספק, ומסתברא ליה טפי שעדיין מוטלים בספק ואינו יכול לקדש בהם את האשה, אלא הוי ספק קדושין, דכיון דקנינו תלוי בספק אם קידש בהם את האשה לא הוי אלא ספק קדושין, דאע"ג דתפיסה מספק מחזיקתו כשתפס מן ההפקר, לא נסתלק הספק שעל הממון, וכל הדין דתפיסה בספק מיקרי תפיסה הוא אך ורק לענין דיכול לתפוס בהם בתורת ספק, ויכול ליהנות מהם ולעכב אחרים מליהנות בהם, ואף אם כלפי דשמיא גליא שאינם שלו, ועיימש"נ בשופרא דחזקתא ש"י פ"ט, והרי הם מוחזקים בידו לנהוג בהם מנהג ספק, אבל אין הממון בידו בתורת ודאי שיוכל לקדש בו את האשה, אולם לקושטא דמלתא אפשר לומר דשפיר יכול לקדש בו אשה, דאף אם כלפי שמיא גליא שאין הממון שלו, מכל מקום כיון שבודאי מן הדין יכול ליהנות מהם הרי הם נחשבים שוה כסף גמור, ויכול למסור זכות זה להאשה, והרי היא ודאי מקודשת. אבל הש"ך ס"ל דאין מוציאים מיד התופס השני אלא היכא דגם תפיסתו היתה בספק קנין, וטעמא דמילתא משום דאמרינן ממה נפשך, אם תפיסה בספק מיקרי תפיסה הרי הראשון תפוס, ואם תפיסה בספק לא הוי תפיסה גם השני אינו תפוס, וכיון דלא עדיף השני מן הראשון מוציאים מידו, כמש"נ, אבל אין הראשון קונה קנין גמור אלא אם כן עשה קנין גמור בהכלים שתחת ידו, וכיון דאין להראשון אלא ספק תפיסה בהכלים, אם תפס השני ממנו בתפיסה ודאית, דהיינו תפיסה שודאי יכול לקנות על ידה, אין להוציא הכלים מידו.

ואין להקשות לדעת הרא"ש דמוציאים מיד השני אפילו אם עשה קנין גמור, והרי

קנין הראשון הוי ספק קנין וקנין השני הוי ודאי קנין, ולמה לא אמרין דאין ספק מידי ודאי, וכההיא דיבמות (דף לח.) גבי ספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי סבא, יעו"ש, דשאני התם שהיבם יש לו דין יורש ודאי לגבי נכסי אביו, ואם יש עוד מישהו ודאי יורש צריכים לחלק הנכסים ביניהם, אבל הספק אינו אלא ספק יורש, ואין ספק מוציא מידי ודאי, אבל הכא הרי אם הראשון קנה אין קנין השני כלום, ונמצאו שניהם בספק קנין, ולא שייך בזה דין אין ספק מוציא מידי ודאי.

והוסיף הש"ך וז"ל: ועל כל פנים נראה לומר לדינא דאין להוציא מיד האחרון, דהא פשיטא דהרא"ש לא כתב כן אלא לפי שיטתו דבספיקא דדינא מוציאים מיד התוקף, וכבר כתבתי וכו' דהרבה פוסקים ס"ל דבספיקא דדינא אין מוציאים מיד התוקף אפילו הוי מארי קמא ממש, ואם כן הכא כיון דנראה לומר דלכולי עלמא אין מוציאים מיד האחרון מטעמא דפרישית, דהראשון לא הוי מרא קמא בודאי, ודאי אין להוציא מיד האחרון כשזכה בהפקר בזכיה גמורה עכ"ל, יעו"ש.

הש"ך מיעץ לאלו הרבנים שהולכים בשיטת הרא"ש דבספיקא דדינא מוציאים מיד התוקף, דאין להם לדון כן אלא היכא דהראשון הוא ודאי מרא קמא, דהיינו שבא לידו בקנין גמור ואחר כך נולד ספיקא דדינא אם יצא הממון מרשותו, בזה יש לאלו ההולכים בשיטת הרא"ש לדון דמוציאים מידו ומחזירים להמרא קמא, אבל הכא יש ענין אחר שנחלקו בו הרא"ש והש"ך, דהרא"ש ס"ל דעל ידי תפיסה בספק נעשה מרא קמא ודאי, והש"ך ס"ל דאינו אלא ספק מרא קמא, כמש"נ, ולסברת הש"ך גם אלו הפוסקים שמסכימים לדעת הרא"ש דבספיקא דדינא אם תפס מוציאים מידו מודו דהכא הוי רק ספק מרא קמא, הכא מסכימים לדעת הש"ך דאין להוציא מן התופס בספק מרא קמא, ולכן יש לרבנים אלו לפקפק ולחוש לסברת הש"ך דאם זכה השני בזכיה גמורה אין מוציאים מידו, שהרי אין עיקר שיטת הרא"ש לענין תפיסה בספיקא דדינא מחייבת שנוצא מיד התופס, ואף לשיטתו שייכת סברת הש"ך, ולכן לענין הלכה למעשה יש להם לצרף סברת הש"ך לפי שיטת הרא"ש עם כל הני הרבה שיטות דבכל ספיקא דדינא אם תפס אין מוציאים מידו, ורק בכהאי גוונא לפסוק הלכה למעשה דאין מוציאים מן התופס.

ומה שכתב הש"ך דהרא"ש אזיל לשיטתו דאין תפיסה מועילה בספיקא דדינא, ומשום הכי ס"ל דתפיסה בספק מן ההפקר מחזיקתו למרא קמא ושוב אין אחר יכול להוציא מידו, כונתו דהרא"ש ס"ל דאין תפיסת ספק בטענת שמא מוציאה מן חזקת מרא קמא, וכל תפיסה בספיקא דדינא הוי תפיסת ספק, והכא נמי שהראשון משך הבהמה מן ההפקר לקנות כלים שעליה, נתחזק בזה למרא קמא, והשני שתפס ממנו בקנין גמור תפיסתו עדיין היא ספקית, שכל תפיסתו היא על הצד שהראשון לא קנה, ואין תפיסה בטענת שמא מוציא מחזקת מרא קמא, ואפילו חזקת מרא קמא קלושה כזו שמעולם לא היו הכלים ודאי שלו אלא נתחזק מספק, ולהשיטות דפליגי וס"ל דתפיסה מועילה

בספיקא דדינא אפילו במקום חזקת מרא קמא ממש, כל שכן דתפיסתו מועילה במקום חזקת מרא קמא קלושה.

ויש להקשות לפי זה ממה שהעלה הש"ך בסי' כ"ו דגם הרא"ש מסכים לשיטת הפוסקים דתפיסה מועילה בספיקא דדינא חוץ מדיני קנסות וספק בכור, יעו"ש, והכא הרי מיירי בממון ולא בקנס, ואם כן לפי מאי דמסיק הש"ך התם הדרא הקושיא לדוכתיה, למה פסק הרא"ש דאם תפס ממנו אחר בקנין ברור מוציאים מידו, והלא בספיקא דדינא דממון הסכים להשיטות דבספיקא דדינא אין מוציאים מידו אפילו במקום חזקת מרא קמא ממש, ואם כן כל שכן דאין להוציא מידו במקום חזקה קלושה שעל ידי תפיסה מספק.

אולם זה לא קשה, דלפי דברי הש"ך לקמן טעמא דהרא"ש דתפיסה אינה מועילה בספיקא דדינא דקנס משום דתפיסה מועילה משום שיכול לומר קים לי בהספיקא דדינא שכן היא ההלכה ועביד איניש דינא לנפשיה, ולא אמרינן דעביד דינא לנפשיה אלא היכא שהיו הבית דין פוסקים את הדין כמותו אילו היה הדין ברור להם, ובקנסות הרי אפילו אילו היו יודעים ההלכה בבירור לא היו פוסקים, דאין דנים דיני קנסות בבבל, ולפיכך לא עביד דינא לנפשיה ואין תפיסתו מועילה.

אבל הכא שתפס אחר מיד מי שתפס בספיקא מן ההפקר לא שייך לומר בתפיסת השני דעביד איניש דינא לנפשיה, שהרי הספק חל בשעת שתפס הראשון מן ההפקר בתפיסת ספק, ובאותה שעה לא היו בית דין פוסקים שינתן להתופס השני שתפס בקנין ברור, שהרי באותה שעה עדיין לא תפס השני מיד הראשון, ולא אמרינן עביד איניש דינא לנפשיה אלא כשהיו בית דין פוסקים את הדין בשעת חלות הספק אילו היה הדין ברור להם.

והרי זה דומה למה שכתב הש"ך בסי' מ"ו לענין הא דמיבעיא ליה בקנסו זבלים שהוציא לרשות הרבים דכל הקודם זכה בבבא קמא (דף ל:) לדברי האומר קנסו גופן משום שבחן לאלתר קנסינן או לכי מייתי שבחן קנסינן, יעו"ש, וכתב הש"ך דבזה ס"ל להרא"ש דכי תפס מוציאים מידו, ואע"ג דהוי ממון ולא קנס, והיינו משום דאילו היה בית דין יודעים הדין בבירור לא היו פוסקים שינתנו לאיש ידוע, ובזה לא אמרינן עביד איניש דינא לנפשיה, יעו"ש, ועיימש"נ בהגהות שם דאזלינן בתר שעת חלות הספק, והכא נמי בשעת חלות הספק כשתפס הראשון מן ההפקר לא היו פוסקים שינתן לזה שתפס ממנו בקנין ברור, ואין תפיסת השני מועילה אע"ג דהוי ממון ולא קנס, כמש"נ, אבל להשיטות החולקים על הרא"ש וס"ל דתפיסה מועילה אפילו בספיקא דדינא דקנס הרי אין התפיסה תלויה בדין עביד איניש דינא לנפשיה, ושפיר מועילה תפיסת השני בקנין ברור מיד התופס בתפיסת ספק, כמש"נ.

והש"ך עצמו ס"ל דאין מוציאים מיד השני אם תפס בקנין גמור, ואע"ג דלא שייך לומר בזה דעביד איניש דינא לנפשיה, כמש"נ, הרי להש"ך אין הראשון מרא קמא ודאי אלא ספק מרא קמא, ואם כן אין תפיסתו תלויה בדין עביד איניש דינא לנפשיה, דבלאו הכי אין להוציא מידו כיון שאין ידוע שהראשון הוא מרא קמא, וכמו שכתב הש"ך,

שהרי זה יאמר לו מאן לימא שהיית מרא קמא מעולם, כנ"ל.

ומסיק הש"ך דמה שכתב הרא"ש דתפיסה בספק כשתפס מן ההפקר הוי תפיסה, ואם תפס ממנו אחר מוציאים מידו אפילו אם תפס בקנין ברור, אזיל בזה לשיטתו דבספיקא דדינא אי תפס מוציאים מיד התוקף, ומשום הכי מחלק בין מכר להפקר, אבל למאן דאית ליה דתפיסה מועילה בספיקא דדינא אין לחלק בין מכר להפקר, ולעולם אין מוציאים מידו.

אכן אין כונת הש"ך דבזה נסתלקה קושיתו על דברי הרא"ש, כמו שמבואר להדיא ממה שכתב מכל מקום תורה היא ומוכר אני לדבר את אשר בלבבי, כנ"ל, אלא קושיתו עדיין במקומה עומדת, דאף אם נאמר דתפיסה בספק הוי תפיסה, ונעשה מרא קמא לענין דאם תפס ממנו מוציאים מידו, מכל מקום אם האחרון תפס ממנו בקנין ברור למה לא תועיל תפיסתו, דהא במה שנתחזק הראשון ונעשה מרא קמא לא נסתלק הספק, דהא הוי ספיקא דחכמי הש"ס, ואלא דכיון שיש לו חזקת מרא קמא נשאר הכלים בידו בתורת ספק, ואין תפיסת אחר מועילה בהם, ואינו יכול להוציא מחזקת אלא בראיה, וכל זה הוא כשגם תפיסת השני היא בקנין שיש בו ספיקא דדינא, אולם כשתפס האחרון בקנין ברור קאמר הש"ך דתועיל לו תפיסתו, דתפיסת הראשון היא בתורת ספק, ותפיסת האחרון היא בתורת ודאי קנין, והדין הוא דאין ספק מוציא מידי ודאי, והיינו מה שכתב הש"ך שיאמר לו מאן לימא שהיית מרא קמא מעולם.

ועיין ברמב"ם פ"ג מכירה הלי"ד וז"ל: אמר לו המקנה משוך בהמה וקנה כלים שעליה הואיל ולא הקנה לו גוף הבהמה אף על פי שמשכה והיא כפותה לא קנה כלים שעליה עד שימשוך הכלים עצמן עכ"ל, יעו"ש, ומבואר מדבריו דקודם שעשה משיכה גמורה לא קנה, ואם חזר בו המוכר קודם שימשוך מוציאים מידי הלוקח, ואינו נחשב כתפוס במה שמשך את הפרה, דס"ל כדברי הש"ך דתפיסה בספק לא הוי תפיסה, ואם משך אחר שהמוכר חזר בו גם בזה לא נחשב תפוס, שהרי המוכר נחשב כתפוס מיד כשחזר בו, והרי הכלים נחשבים ברשותו אע"פ שאינם תחת ידו.

אות ה

המהר"ם מינץ בסי' ע"ז כתב ליישב סתירת דברי הרא"ש שדן בהם הש"ך באות ד', וז"ל: אך עיקר קושיא דידך היא הא דאיתא באשרי וזה לשונו גבי גמל בהנהגה וחמור במשיכה וכן גבי משוך חמור וקני כלים שעליה, דגבי מציאה והפקר קני דתפיסה מספק מהני נגד אחר שאין לו בה שום טענה, ובאשרי פרק חזקת הבתים כתב בהדיא דלא מוקמינן ברשות מרא קמא מספק עד כאן לשונו, וזהו קושיא דידך, אלו שנים מיירי בהפקר, מאי שנא הא דפרק קמא דבבא מצינא דתפיסה מועילה ומוקמינן ברשות מרא קמא [כלומר זה שתפס ראשון מן ההפקר ונחשב מרא קמא], ומאי שנא הא דחזקת הבתים דלא מוקמינן ברשות מרא קמא, נראה לי דלא קשיא כלל, דההיא דבבא מצינא גבי גמל וחמור הלא תפס בה, אמנם אפילו אם תפס בה שלא כדרך, מכל מקום מוחזק

הוא, למה יתפוס אחר או מה יטעון, בשלמא במכר לא קנה דלא אחזיק כדרך, והמוכר אמר לו קנה כדרך שבני אדם קונים, וכן איתא בש"ס בהדיא (ב"מ דף ט.) אי הכי רכוב בעיר מאי טעמא לא קני אמר רב כהנא לפי שאין דרכן של בני אדם לרכוב בעיר אמר ליה רב אשי לרב כהנא אלא מעתה הגביה ארנקי בשבת שאין דרכן של בני אדם וכו' אלא מאי דעבד עבד וכו' אלא במקח וממכר עסקינן דאמר ליה קני כדרך שבני אדם קונים, שמע מינה דתפיסה מיהא הוי, פירוש גבי שבת, אע"ג דהוי שלא כדרך, כן איתא בספר אשרי נמי וזה לשונו המוכר בהמה לחבירו ואמר ליה קני כדרך וכו' עכ"ל, יעו"ש. ויסוד דברי מהר"ם מינץ הוא דמה שכתב הרא"ש דתפיסה בספק מיקרי תפיסה

היינו דאע"ג דהוי ספק אם קנה אם לא קנה תפיסה מיהא הוי לענין שהוא נעשה מוחזק על ידי כך, ולא כמו שכתב הש"ך לעיל אות ד' דכיון דהקנין בספק הרי הוא ספק מוחזק, אלא הרא"ש ס"ל דתפיסה בספק קנין הוי תפיסה מעליא לעשותו מוחזק, ולכן לדבריו אם אחר תפס ממנו אין מוציאים מידו, יעו"ש, ועיימש"נ בהגהות, ולדעת הרא"ש אע"ג דהוי ספק קנין הרי הוא ודאי מוחזק לגבי הספק קנין, והריהו מרא קמא ודאי עליהם, ואע"ג דהקנין מסופק.

והיה אפשר לומר דמהר"ם הבין בכונת הרא"ש דכל שהוא תחת ידו נחשב מוחזק ודאי אפילו אם אין בתפיסתו קנין כלל, ומשום הכי ס"ל דתפיסה בספק מיקרי תפיסה בהפקר משום שהוא מוחזק ודאי לגבי הספק קנין, אולם אין זו כונתו, דבודאי בעינן תפיסה שיש בה קנין, ואם יתפוס בתפיסה שבודאי אין בו קנין במקום ספק צדדי, כגון ספק בכור, לא תועיל לו תפיסתו, ולא קאמר הרא"ש דתפיסה בספק מיקרי תפיסה אלא כשהספק הוא בעצם התפיסה אם יש בה קנין, והש"ך ס"ל דכיון שאנו מסופקים אם יש בה קנין גם המוחזק הוא בספק, ואם תפס אחר ממנו אין מוציאים מידו, אבל הרא"ש ס"ל דאין מוציאים מידו, כמש"נ.

והשתא צריכים להבין דברי המהר"ם מינץ דאע"ג דאם הנהגה בגמל קונה הוי בעיא דלא איפשטא, תפיסה מיהא הוי, דתפיסה בספק מקרי תפיסה, והביא ראיה לכך מהגביה ארנקי בשבת דקנה מן ההפקר אע"ג דהגביה שלא כדרך, והיאך אפשר להביא ראיה משם, הלא במגביה ארנקי בשבת הוי קנין ודאי, ואין בו שום צד ספק ולא שום צד תפיסה, ומאי קאמר שמע מינה מיהא דתפיסה מיהא הוי, ועוד דהיאך מדמי מגביה ארנקי בשבת דהוי שלא כדרך מסבה צדדית, ואמרינן דמאי דעבד עבד וקני, להנהגה בגמל דהוי ספק בעצם הקנין, כמש"נ.

ונראה דסברת הרא"ש היא, לפי ביאור המהר"ם מינץ, דהא דנחשב מוחזק רק כשהוא תפוס בתפיסה שיש בה קנין הוא משום דרק אז נחשב שהוא תפוס בתורת בעלים, וס"ל להרא"ש דלזה לא בעינן קנין ודאי, אלא גם תפיסה בספק קנין נחשבת תפיסה בתורת בעלים כיון שיש בתפיסתו צד קנין ובעלות, ועל ידי זה נעשה מוחזק, ואם אחר תפס ממנו מוציאים מידו.

ואולם אע"ג דתפיסה בספק קנין נחשבת תפיסה, כמש"נ, הרי אין דרך בני אדם לקנות בקנינים מסופקים, וכיון שכן נחשבת תפיסתו גרועה, ואין תפיסה גרועה מועילה

אלא מן ההפקר ולא במקח וממכר, וכמו שכתב המהר"ם מינץ בהמשך דבריו וז"ל: לכן לא קנה במכר להוציא מרשות מרא קמא, אבל בהפקר ומציאה קנה, כיון דתפס בה למה יתפוס אחר, דבתפיסה או בקנין כל דהו קונים מן ההפקר כדאיתא בפרק קמא דבבא מציעא (דף ב.). הבטה בהפקר קנה וכו' עכ"ל, יעו"ש, דכיון דתפיס בקנין שאין דרך בני אדם לקנות בו מחמת שהוא מסופק, כמש"נ, הרי זו תפיסה גרועה, וכמו שמצינו דקנין כל דהו קונה מן ההפקר ולא במקח וממכר, כמו כן תפיסה כל דהו מועילה בהפקר אבל לא במקח וממכר.

ומה שכתב מהר"ם מינץ דבשלמא במכר לא קנה דלא אחזיק כדרך, והמוכר אמר לו קנה כדרך שבני אדם קונים, וכן וכו' אמר רב כהנא לפי שאין דרכן של בני אדם לרכוב בעיר וכו', כנ"ל, הקשה עליו הש"ך בהמשך דבריו למה צריך לאוקמי בכך, אכן נראה דאין כונתו דתפיסה בספק אינה מועילה במקח וממכר רק בגונא שאמר לו קני כדרך שבני אדם קונים, דאם כן אין החילוק בין הפקר למקח וממכר אלא בין אמר לו קני כדרך ובין לא אמר לו, אלא כונתו דכי היכי דמצינו דאם אמר לו קני כדרך שבני אדם קונים אין המכוון רק שצריך כדרכו מצד הקנין עצמו, אלא אפילו אם אינו כדרכו משום דבר צדדי, כגון לרכוב בעיר או להגביה ארנקי בשבת, כל זה נחשב שלא כדרך שבני אדם קונים, כמו כן בכל תפיסה בספק אמרינן שהחזיק שלא כדרך שני אדם קונים, הגם שהוא משום דבר צדדי, דהיינו שאין דרך בני אדם לקנות בקנין שיש בו ספק, וכיון שכן הוי תפיסתו גרועה, ואינה מועילה במקום דאיכא מרא קמא, כמו שקנין גרוע כגון הבטה אינו קונה במקח וממכר.

וצריך להגיה קצת בלשון מהר"ם מינץ שכתב בשלמא במכר לא קנה דלא אחזיק כדרך, והמוכר אמר לו קנה כדרך שבני אדם קונים, כנ"ל, בשלמא במכר לא קנה דלא אחזיק כדרך, ואם המוכר אמר לו קנה כדרך שבני אדם קונים לא קנה, וכונתו להוכיח דקנין מסופק הוי שלא כדרך בני אדם, ואם אמר לו המוכר קנה כדרך שבני אדם קונים וקנה בקנין מסופק אין כאן קנין כלל, שהרי לא קיים התנאי, ולכן גם אם לא אמר לו המוכר כן, והרי הקנין מסופק, לגבי תפיסה אין בזה אלא תפיסה גרועה ואינה מועילה במקח וממכר, וגם הש"ך בסוף דבריו הגיה דברי מהר"ם אבל באופן אחר, יעו"ש.

ובסוף דבריו כתב המהר"ם מינץ וז"ל: אבל ההיא דחזקת הבתים (דף ג:) גם כן הוא בעיא, דבעי רב זירא החזיק באחד מהן לקנות אותה ואת חברתה כו' בעי רב אלעזר החזיק במצר לקנות שניהן כו' ונשאר בתיקו, לכן בתרא קנה דקמא אינו מוחזק רק באותו קרקע שהחזיק בה ואידך לא בא לידו מעולם, אך אבעיא אם מועיל חזקה בקרקע 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 המוציא מחבירו עליו הראיה כו' עכ"ל, יעו"ש.

וביאור דבריו דאינו תפיסה מועילה אלא אם כן אוחז בהממון, אולם לא סגי באחיזה בלבד, אלא בעינן תפיסה שיש בה קנין, והרא"ש מחדש דנעשה מוחזק גם בתפיסה שיש בו ספק קנין, ולכן בגמל בהנהגה ומשוך בהמה וקני כלים שעליה הרי יש

לו אחיזה ודאית בהממן, וכיון שיש באחיזה זו צד ספק שיש בו קנין הרי נעשה מוחלוק על ידי כך, אבל בההיא דבבא בתרא דהחזיק במיצר כדי לקנות שניהם הרי אין לו שום אחיזה בהשדה השנית אלא על ידי הקנין, והרי הקנין מסופק, ואינו אלא ספק מוחזק.

אות ו

בבבא בתרא (דף מ:) אמר רב יהודה האי מתנתא טמירתא לא מגבינן בה היכי דמי מתנתא טמירתא אמר רב יוסף דאמר להו לשהדי זילו אטמורו וכתבו ליה וכו' איבעיא להו סתמא מאי רבינא אמר לא חיישינן רב אשי אמר חיישינן והלכתא חיישינן, יעו"ש, וכתב הטור סי' רמ"ב סעי' ד' דאם כתב סתם אינו כלום, אבל הרמ"ה ס"ל דאם החזיק בהמתנה אין מוציאים מידו, דהא דמסקינן בגמרא דחיישינן הוה ליה ספיקא דדינא, וכל היכא דקיימא ממונא תיקום, והרא"ש ס"ל דמפקינן מיניה, יעו"ש.

והש"ך מצא מקור שכן היא שיטת הרא"ש לענין תפיסה במתנתא סתמא מוציאים מידו במה שכתב שם וז"ל: אמר רב יהודה האי מתנתא טמירתא לא מגבינן ביה ואפילו אם תפס מפקינן מיניה שאנו אומדין דעתו שלא גמר לתת לו בנפש חפצה אלא שהוצרך לפנים לתת לו הלכך לא קנה ולא שיהיה הדבר מסופק אם קנה אם לא קנה ואפילו אי הויה ספיקא דדינא אין תפיסה מועילה דתפיסת ספק לאו תפיסה היא דאוקי ממונא בחזקת מריה כדאמרינן בפרק קמא דמציעא (דף ו:) תקפו כהן מוציאין מידו היכי דמי מתנתא טמירתא אמר רב יוסף דאמר להו זילו אטמורו וכתבו ליה וכו' עכ"ל, יעו"ש. והגם שהרא"ש בתחלת דבריו דיבר להדיא כשאמר להם לכתוב מתנתא טמירתא, ובזה כתב דאם תפס מפקינן מיניה, ולא הזכיר שם ענין תפיסה בסתמא, ראה הש"ך רמז בדבריו דגם בספיקא דדינא מוציאים מידו, שהרי כתב ואפילו אי הויה ספיקא דדינא אין תפיסה מועילה, ובזה רמז למתנתא סתמא דמסקינן דחיישינן, והיינו דהויה ספיקא דדינא, יעו"ש.

אולם קשה לומר דהרא"ש כיון בזה למתנתא סתמא, שהרי לא הזכיר הדין דמתנתא סתמא עד סוף כל אותו הדיבור, וז"ל: אבעיא להו סתמא מאי רבינא אמר לא חיישינן רב אשי אמר חיישינן והלכתא חיישינן עכ"ל, יעו"ש, והיאך נאמר דרמז לזה בתחלת דבריו.

עוד יש לעיין במה שכתב הרא"ש ואפילו הויה ספיקא דדינא, כאילו יש חידוש בזה דאם תפס בספיקא דדינא מוציאים מידו, דאע"ג דאם תפס בספק במציאות מוציאים מידו, אולי בספיקא דדינא אין מוציאים מידו, וכמו שהיא באמת הבנת הש"ך בשיטת הרא"ש, ועיין לקמן סי' כ"ו שיצא לו דרך אחרת בשיטת הרא"ש, יעו"ש, אכן אם כן הוא היאך הביא ראיה לענין זה מהא דאמרינן תקפו כהן מוציאים מידו, והלא התם הויה ספק במציאות, ודלמא ספיקא דדינא עדיף, אלא מוכח דבאמת פשיטא ליה להרא"ש דאין נפקא מינה לענין תפיסה בין ספק במציאות לספיקא דדינא, ואם כן צריכים להבין מהי כונתו בזה.

ועוד קשה, דלפי הבנת הש"ך בדברי הרא"ש, דכונתו לדמות ספיקא דדינא דשטר

שכתוב סתמא לספיקא דבכור דקיימא לן תקפו כהן מוציאים מידו, לכאורה זה סותר למה שכתב הש"ך לקמן בסי' כ"ו דהרא"ש פסק להדיא דאם תפס בספיקא דדינא מוציאים מידו רק בספיקות דקנס, דהואיל ואפילו אם היה הדבר ברור לבית דין לא היו יכולים להוציא מן הנתפס, דאין דנים דיני קנסות בבבל, גם תפיסת התובע לא מועילה, אבל בספיקא דדינא דממון לא רצה הרא"ש לחלוק על הרי"ף ורבותינו בלי ראייה מוכרחת, וסתם את דבריו ולא כתב לא דמוציאים מידו ולא דאין מוציאים מידו, יעו"ש, והלא שטר שכתוב סתמא הוי ספיקא דדינא דממון, ולפי דברי הש"ך לקמן לא היה לו להרא"ש לכתוב כלום לענין תפיסה, ולמה כתב דמוציאים מידו כמו בתקפו כהן, ועיין לקמן סי' ל"ז שהש"ך עמד בזה, יעו"ש.

לכן נראה דבריש דבריו לא דיבר הרא"ש אלא במתנתא טמירתא בלבד, וכתב דלא מועילה בו תפיסה דהרי זה נחשב ודאי שלא נתרצה בהמתנה, ואין אנו מסופקים אם נתרצה אם לא נתרצה, דהא בכל ספק בלשון השטר אמרינן יד בעל השטר על התחתונה, כדאיתא בכתובות (דף פג:), יעו"ש, ואין בשטר יותר מהפחות שבמשמעותו, ומשום הכי נקטינן בודאי שלא נתרצה, ואמרינן כן אף היכא דעל ידי כך השטר בטל לגמרי, וכמו שמצינו בגיטין (דף מב.) הכותב כל נכסיו לעבדו יצא לחירות שייך קרקע כל שהוא לא יצא לחירות רבי שמעון אומר לעולם הוא בן חורין עד שיאמר כל נכסי נתונין לפלוני עבדי חוץ מאחד מרבוא שבהן, יעו"ש, דאז נקטינן שנתכוון לשייר העבד, ואכן שאין מפורש בהשטר ששייר את העבד אכן נקטינן כן, ואע"ג דעל ידי זה השטר בטל לגמרי, וכמו כן במתנה טמירתא נקטינן בודאי שלא נתרצה, דיד בעל השטר על התחתונה.

וקאמר הרא"ש דאפילו אם הוי ספיקא דדינא, כלומר דאע"ג דבדרך כלל אמרינן דיד בעל השטר על התחתונה, ואין בשטר יותר מהפחות שבמשמעותו, כמ"ש, מכל מקום היה אפשר לומר דהדין דמתנתא טמירתא הוא שתיקנו חכמים שצריכים לחוש אם נתרצה או לא נתרצה, ונפקא מינה דאם תפס לא מפקינן מיניה, על זה כתב הרא"ש דאפילו הוי ספיקא דדינא, והיינו דהדין מחייב אותנו להסתפק על המציאות דמה היה דעתו של הלוח, עדיין לא היתה תפיסה מועילה, כמו שמצינו בספק בכור דתקפו כהן מוציאים מידו.

אות ז

הש"ך הביא דברי הטור בסוף סי' רמ"ג וז"ל: הזורק ארנקי לבית בפתח זה ויצא דרך פתח אחר ונתנו לבעל הבית במתנה וחזר בו בעודו באויר הבית מיבעיא אי הוי כמונח ויזכה לו אויר ביתו או לא ויכול לחזור בו ולא איפשטא לפיכך אם חזר בו אין בעל הבית יכול להוציאו מידו אבל אם הפקירו וזכה בו אחר בעודו באויר מוציאין אותו מידו ונותנין לבעל הבית עכ"ל, יעו"ש, וכתב הש"ך דדברי הטור הם על פי מה שכתב הרא"ש בבבא מציעא (דף יב.) וז"ל: ולא איפשטא הלכך במתנה יכול לחזור בו דאוקי ממונא בחזקת מארי קמא אבל בהפקר הואיל ונסתלקו הבעלים אם החזיק בה אחר

מוציאין מידו דבעל הבית מוחזק מספק תחלה עכ"ל, יעו"ש.

משמעות דברי הטור היא דהבעיא היא אם הזורק יכול לחזור בו כשהארנקי עודנו באויר הבית, אבל אם כבר יצא מפתח ביתו לחוץ לא, והקשה עליו הפרישה וז"ל: והוא לכאורה תמוה דאי זריקה באויר לאו כמונח דמי פשיטא דיכול לחזור בו אפילו אחר שכבר יצא מהבית וכו' עכ"ל, יעו"ש, וכן יש להקשות על מה שכתב דאם הפקירו הזורק וזכה בו אחר בעוד הארנקי באויר הבית מוציאים אותו מידו ונתנים אותו לבעל הבית, ומשמע דאם האחר זכה בו לאחר שיצא מפתח הבית אין מוציאים מידו, והקשה עליו הבית יוסף וז"ל: אינו מדוקדק דמאי איריא זכה בו בעודו באויר אפילו זכה בו אחר שיצא מהפתח האויר נמי עכ"ל, יעו"ש, אולם הפרישה כתב שבדק ומצא לשון זה בכל ספרי הטור ובקיצור פסקי הרא"ש.

ויש לבאר דברי הטור עפ"י ש"ך לעיל באות ה' דתפיסה בספק איקרי תפיסה, וכן הוא לשון הרא"ש דבעל הבית מוחזק מספק תחלה, כנ"ל, ועיימש"נ בהגהות שם, ובאות ג' כתב הש"ך דאע"ג דתפיסה מספק הוי תפיסה בעינן אחיזה ודאית, ואם יש לו אחיזה ודאית ומספקינן אם קונה על ידי אחיזה זו, כגון שמשך בהמה לקנות כלים שעל גבה, הרי זה נחשב תפיסה מספק והוי תפיסה, אבל אם אין האחיזה ודאית, וכל דין תפיסה שלו הוא על ידי הספק קנין, אין זה נחשב תפיסה, כמש"נ בהגהות שם. ולפי זה יש לומר דאם זרק ארנקי דרך ביתו וסופו לצאת דרך פתח אחר ולא לנוח, יש בזה ספק אם קנה לו בית הואיל והוי אויר שאין סופו לנוח, אכן כל זמן שהארנקי פורחת באויר הרי הוא נחשב ברשותו אף אם אין בזה קנין, והרי יש לבעל הבית אחיזה בהארנקי, ומסופקים אם קונה באחיזה זו כיון שאין סופו לנוח, וכשיצא הארנקי מפתח האחר שוב אין לבעל הבית אחיזה בו אלא על ידי הקנין, והרי מסופקים אם קנה לו ביתו, ושוב אינו נחשב תפוס, דאין תפיסה מספק נחשב תפיסה אלא כשאחוז בהארנקי, כמש"נ.

ונראה דאפילו כשהארנקי עדיין היה בתוך הבית, והיה נחשב ברשותו, לא חלה עליו תורת תפוס לגבי ספיקא דממונא אלא כשנולד ספק בין שני בעלי דין, דאז אמרינן דזה שהממון ברשותו ומסופקים אם הממון שלו הוא נחשב תפוס, ואין להוציא מידו, אבל אם עדיין אין הממון מוטל בספק לא חלה עליו עדיין תורת תפוס, דכל תורת תפוס היא לגבי ספק, ואם אין עדיין ספק ליכא תורת תפוס, ולכן לא חלה תורת תפוס על בעל הבית קודם שהזורק חזר בו ממתנתו, ואע"ג דמיד כשנכנס הארנקי לאויר ביתו יש להסתפק אם קנה או לא קנה לענין אם בא אחר ושרפו אם חייב לשלם לבעל הבית או להזורק, מכל מקום לא נולד הספק בפועל אלא לאחר ששרפו, ולא חלה לבעל הבית עדיין תורת תפיסה מספק דלהוי תפיסה, ובזרק ארנקי לביתו ליתן לו מתנה הספק נולד בשעה שהזורק חזר בו, ובגונא זרק הארנקי והפקירו הספק נולד כשבא האחר וזכה בו, ובאותה שעה חלה תורת תפיסה של בעל הבית בהארנקי.

ולכן אם הזורק זרק הארנקי למתנה וחזר בו כשעודו באויר הבית, באותה שעה שהזורק חזר בו חלה תורת תפיסה של בעל הבית בהארנקי, והרי יש לנו ספק אם אויר

שאין סופו לנוח קנה לו, ובעל הבית יש לו תורת תפיסה מספק לגבי הספק קנין, אבל הזרק יש לו חזקת מרא קמא לגבי הספק קנין, ופסקו הרא"ש והטור דמוציאים מיד התופס ונותנים להמרא קמא, וצריכים ליישב דברים עם מה שכתב הש"ך בסי' כ"ו, ועיימש"נ בהגהות שם, אולם אם יצא הארנקי מפתח האחר, וכשחזר בו הזרק אין הארנקי עוד ברשות בעל הבית, ורק אז נולד הספק, הרי מעולם לא חלה תורת תפיסה לבעל הבית, כמש"נ, ופשיטא דבמקום ספק קנין נותנים הממון להמרא קמא. וגם אם הזרק הפקירו ובא אחר וזכה בו לא מיתוקמא דינא דמוציאים מיד השלישי ונותנים לבעל הבית אלא כשזכה בו בעודו באויר הבית, דכשזכה בו השלישי נולד בפועל הספק אם בעל הבית קנה באויר שאין סופו לנוח, וכיון שהארנקי נמצא באותה שעה בתוך ביתו, מיד חלה לבעל הבית תורת תפיסה מספק על הארנקי, כמש"נ, ואין השלישי יכול להוציא ממנו, דהא אין לו חזקת מרא קמא, ונשאר הארנקי ביד המוחזק בו מספק, כלשון הרא"ש, כנ"ל, אבל אם הארנקי יצא מפתח אחר קודם שבא השלישי וזכה בו, הרי לא נולד הספק בפועל אלא כשהיה הארנקי כבר בחוץ ולא עוד ברשות בעל הבית, ובכהאי גוונא אין לו תורת תפיסה עליו, וכמש"נ, ושפיר יכול השלישי לזכות בו, ואין להוציאו מידו.

הרמב"ם השמיט הלכה זו דזרק ארנקי, ולא הביא בעיא דאויר שאין סופו לנוח אם כמונח דמי או לא, וצריך לומר לדידיה דלא הוי בעיא דלא איפשטא, דבגמרא רצא לפשוט הבעיא מהא דקאמר רבי אבא בר כהנא דאם נתן לו במתנה צבי שבור שרץ בחצרו קונה אע"פ שאם רץ אחריהם אינו מגיעם, הרי דאויר שאין סופו לנוח כמונח דמי, ודחי דהתם מתגלגל על הקרקע, ומתגלגל כמונח דמי, יעו"ש, וצריך לומר דהרמב"ם למד דאין רק זה דחויא בעלמא, אלא כן היא מסקנת הגמרא לחלק בין זרק למתגלגל, ואמרינן דמתגלגל כמונח וזרק לאו כמונח.

וכן מדויק מלשון הרמב"ם פ"ז גזילה ואבדה ה"א וז"ל: מי שראה אחרים רצים אחר המציאה והרי היא צבי שבור או גוזלות שלא פרחו אם היה עומד בצד שדהו שהן בתוכה ואילו היה רץ היה מגיען ואמר זכתה לי שדי זכתה לו שדהו ואם אינו יכול להגיען הרי אלו כצבי שהוא רץ כדרכו וכגוזלות המפריחים ולא אמר כלום אלא כל הקודם זכה ואם נתנו לו במתנה הואיל ואחר הקנס לו והרי הן מתגלגלין בתוך שדה קנתה שדהו ואם היה צבי רץ כדרכו וגוזלות מפריחין לא קנתה לו שדהו עכ"ל, יעו"ש, ודין המתנה הוא בצבי שבור שרץ אחריהם ואינו יכול להגיען, דאם דעת אחרת מקנה קנתה לו שדהו, מה שאין כן צבי רץ כדרכו לא קנתה לו שדהו אפילו אם דעת אחרת מקנה לו.

והדגיש הרמב"ם דטעמא דקנתה לו שדהו הואיל והרי הן מתגלגלין בתוך שדהו, דאע"ג דסופן לצאת קודם שיגיע להם, ואין סופם לנוח, קנתה לו שדהו הואיל ומתגלגלין, והיינו כמסקנת הגמרא דמתגלגל עדיף מזרק, ולא הוצרך הרמב"ם להזכיר דין זרק, דאם אמרינן דזרק שאין סופו לנוח קונה לו, אין שום מעליותא במתגלגל

שאין סופו לנוח, ולמה לו להזכירו, אלא מבואר דטעמא דקונה מפני שהוא מתגלגל ורגליו נוגעות בקרקע, מה שאין כן בזורק שהוא פורח באויר, ואם אין סופו לנוח אינו קונה.

ולענין פסק כן הרמב"ם פ"ה גירושין הל"ג וז"ל: היתה עומדת בראש הגג והוא למטה וזרקו לה למעלה כיון שהגיע לאויר מחיצות המעקה או לפחות משלשה טפחים סמוך לגג נתגרשה ובלבד שינוח אבל אם נמחק או נשרף קודם שיגיע לה אע"פ שנמחק לאחר שהגיע לאויר מחיצות או אחר שהגיע לפחות משלשה טפחים סמוך לגג כגון שנשבה הרוח והעלתהו ונמחק או נשרף הואיל ואינו הולך לנוח אינו גט ולא נתגרשה עכ"ל, יעו"ש, ועיין במגיד משנה ובכסף משנה שנתקשו בדברי הרמב"ם, יעו"ש, אולם נראה דכל גט שסופו לנוח ובא משהו ושרף אותו מגורשת, דכבר היה כמונה, וכמו שכתב רש"י בבבא מציעא, יעו"ש, אכן אם בא רוח ונשבה איגלאי מילתא שמעולם לא היה סופו לנוח, ומשום הכי לאו כמונה דמי, ורק אם נשרף על ידי בעל בחירה כמו אדם או חיה לא נחשב בזה אויר שאין סופו לנוח, אבל אם נשבה הרוח שהוא בא ממילא מעצמו בלי שום בחירה אמרינן דהיינו אויר שאין סופו לנוח, ופסק הרמב"ם דלאו כמונה דמי.

אות ח

כתב הרמב"ם פ"ד זכיה ומתנה הל"ג וז"ל: זיכה לו על ידי אחר וכששמע המקבל שתק ואחר כך צווח ואמר איני מקבלה הרי זה ספק אם זה ששתק כבר רצה וזה שחזר וצווח חזר בו או ששתק מפני שעדיין לא הגיע לידו כלום וזה שצווח הוכיח סופו על תחלתו לפיכך אם קדם אחר וזכה בה לעצמו אין מוציאין מידו שמא המקבל זכה כיון שאמר איני רוצה בה הרי הפקירה כמו שביארנו וזה שקדם ולקחה מן ההפקר זכה ואם חזרו הבעלים הראשונים ותפשוה מיד זה שקדם וזכה אין מוציאין אותם מידם שמא המקבל לא זכה וכיון שאמר איני רוצה הוכיח סופו על תחלתו ולא קנה אותה וברשות הבעלים הראשונים היא קיימת עדיין עכ"ל, יעו"ש.

והש"ך הביא דברי הטור סי' רמ"ה שהעתיק דברי הרמב"ם ואחר כך כתב וז"ל: ומדברי א"א הרא"ש יראה שזכה בה המקבל עכ"ל, יעו"ש, וכתב הש"ך בשם הבית יוסף דמשמע ליה להטור דהרא"ש פסק כתנא קמא דברייתא דבבא בתרא (דף קלח.), יעו"ש, ולדידיה לא זכה בו המקבל משום ספק אלא בתורת ודאי, יעו"ש, ובאמת אין לומר דזכה בו מספק, דהא הרא"ש ס"ל דבספיקא דדינא מוציאין מיד התופס ומוקמינן ביד המרא קמא, ואם כן אין המקבל יכול לזכות במקום ספק, אלא צריך להישאר ביד הנותן, וצריך לומר דמה שכתב הטור בשם הרא"ש דזכה בו המקבל היינו משום דפסק כהתנא קמא.

ולכאורה לית ליה להרא"ש כדברי הרמב"ם דזה ששתק ולבסוף צווח הפקיר המתנה כשצווח, דהרי תנא קמא קאמר הכותב נכסיו לאחר והיו בהן עבדים ואמר הלה אי אפשי בהן אם היה רבן שני כהן הרי אלו אוכלין בתרומה, ומוקי לה התם

בשתק ולבסוף צוות, יעו"ש, וקאמר דעבדים אוכלים בתרומה, ואם הפקירם היאך אוכלים בתרומה, וצריך לומר דמאי דקאמר שזכה בהן המקבל היינו זכיה גמורה, ובודאי אם אמר בפירוש שהפקירן הרי זה הפקר, אבל בהא גופא שצוות ליכא הפקר. והש"ך כתב דיש לפרש דברי הרא"ש שאם זיכה לו על ידי אחר ושתק ולבסוף צוות הוי ספק, וכדעת הרמב"ם, כמו שפירש רבינו ירוחם דברי הרי"ף שהביא הבריתא כצורתה, ודלא כהטור שדייק מדברי הרא"ש דפסק כתנא קמא, יעו"ש, וכונתו דכמו שהרמב"ם ס"ל דהוי ספק, כמו כן ס"ל להרא"ש דהוי ספק, אכן להרמב"ם אם תפס אין מוציאים מידו, ולהרא"ש מוציאים מידו.

ויש לעיין בדברי הרמב"ם שכתב דאע"ג דזה האחר שתפס המתנה מספק אין מוציאים מידו, אם חזרו הבעלים הראשונים ותפסוהו ממנו תפיסתם הועילה ואין מוציאים מידם, כנ"ל, והנה נחלקו הראשונים בספק ממון שדינו כל דאלים גבר אם יכול האחר לחזור ולתפוס ממנו או אם כיון שתפס הראשון איתחזק בידו, ושוב אין האחר יכול לתפוס ממנו, התוס' בבבא מציעא (דף ו.ו.) בד"ה הקדישה כתבו דבדינא דכל דאלים גבר אפילו אם גבר האחד יכול השני לחזור ולתקופה ממנו, יעו"ש, אבל הרא"ש בתשובות כלל ע"ז סי' א' כתב דאינו יכול לחזור ולתקופה, דאם כן אין לדבר סוף, ודברי התוס' הם לפי עיקר הדין, דכיון דלא נתברר שום דבר בתפיסת הראשון, למה יאבד השני דינו לתפוס, אבל הרא"ש ס"ל דכן תיקנו חכמים כשתיקנו דינא דכל דאלים גבר שלא תועיל אלא תפיסה ראשונה כדי שלא יהיו מתעמצים כל ימיהם.

ודעת הרמב"ם בזה אינה מבוררת כל כך, דעיין מה שכתב פט"ו טוען ונטען הל"ד וז"ל: שנים שהיו עוררין על השדה וכו' מניחין אותה בידיהם וכל המתגבר ירד בה ויהיה האחר מוציא מידו ועליו להביא ראיה ואם בא שלישי ותקף עליהן וירד לתוכה מסלקין אותו ממנה עכ"ל, יעו"ש, והוא על פי הסוגיא דבבא בתרא (דף לה:), יעו"ש, והטור סי' קל"ט סעי' א' כתב וז"ל: דינא הכי דכל דאלים גבר ואותו שתגבר ידו תחלה הוא שלו עד שיביא האחר ראיה עכ"ל, יעו"ש, ומדבריו מדויק דאין תפיסה מועילה בחזרה, שכתב שזה שתפס תחלה הוא שלו, ומשמע שזה שתפס שני אינו שלו, וכן מדויק ממה שכתב שהוא שלו עד שיביא אחר ראיה, ולא כתב או עד שיתפוס השני, ומבואר דהשני אינו יכול לחזור ולתפוס, וכדעת הרא"ש.

אבל הרמב"ם לא כתב אלא דהמתגבר זכה בה ועל השני להביא ראיה, ולא כתב שנשאר ביד התופס עד שיביא ראיה, ושפיר יש לפרש דבריו דאין האחר יכול להוציאה בדין אלא אם כן יביא ראיה, אבל אם תפס אין מוציאים מידו, ואדרבה מסבתרא יותר דהרמב"ם ס"ל דיכול לחזור ולתפוס, דהא כן הוא עיקר הדין, ומאן דס"ל דאינו יכול לחזור ולתפוס היינו מכח תקנה מיוחדת מפני תיקון העולם, כמש"נ, ואם כן היה לו להרמב"ם להביא תקנה זו בפירוש ולא על ידי דיוק קלוש, ואם לא פירש יש לנקוט מן הסתם דיכול לחזור ולתפוס, וכן משמע ממה שכתב דבספיקא דדינא דשתק ולבסוף צוות דאם בא אחר ותפס יכולים בעלים הראשונים לחזור ולתפוס ממנו, כנ"ל, וכן כתב

בערוך השולחן יו"ד סי' שט"ו, יעו"ש, וכן מדויק מדברי הבית יוסף ריש סי' קל"ט שהביא דברי הרא"ש לסייע לשיטת הטור דאינו יכול לחזור ולתפוס, ולא כתב דכן היא נמי שיטת הרמב"ם, יעו"ש, ועיין מה שכתב הש"ך בהמשך אות זה.

אולם יש לדקדק בהא גופא שכתב הרמב"ם דבעלים הראשונים יכולים לחזור ולתפוס, והלא בכמה וכמה מקומות פסק הרמב"ם דאם תפס אין מוציאים מידו, ולא הזכיר שהאחר יכול לחזור ולתפוס מן התופס, ומאי שנא הכא שראה הרמב"ם להזכיר דין זה.

ונראה דהנה בכל ספיקא דדינא בקנינים, כגון גמל בהנהגה, הרי הנותן נתכוון להקנות הגמל בדרך זה, והרי זה ספק אם הועילו מעשיו ונתקיים רצונו, דדילמא המעשה שעשה לא הוי מעשה קנין, ואם כן עדיין הגמל שלו, ולכן יכול לחזור ולתפוס מן התופס, דדלמא מעולם לא הקנה לו, ושפיר הוי בעל דבר על התפיסה, אכן בשתק ולבסוף צווח הרי ליכא שום ספק מצד המעשה קנין, שהוא זיכה לו על ידי אחר בקנין גמור, ולא חסר בה מידי, ואלא דיש לנו ספק אם חל הקנין בפועל אולי הוכיח סופו על תחלתו וסילק עצמו מלקנות, ובודאי כל מה שרצה הנותן לעשות עשה כהוגן ונתקיים רצונו, ואלא שהמקבל סילק עצמו מן החלות קנין, ובכהאי גוונא היה אפשר לומר דשוב אינו בעל דבר על התפיסה, ואי תפס מפקין מיניה.

ומשום הכי בכל ספיקא דדינא לא הוצרך הרמב"ם לומר דאם חזר הבעלים ותפס מן התופס אין מוציאים מידו, דהא כן צריך להיות מן הסתם, כמש"נ, וכן הוא הדין בכל מקום, אבל בשתק ולבסוף צווח היה אפשר לומר, דאע"ג דבכל ספק שחזר הבעלים ותפס מן התופס אין מוציאים מידו, הכא מוציאים מידו כיון שאין שום ספק בעצם הקנין, וכמש"נ, לפיכך ראה הרמב"ם לפרש דאין מוציאים מידו.

ואולי לזה נתכוון הדרישה בסוף סי' רמ"ה וז"ל: דיש לומר דהכא כיון שכבר סילק עצמו מממון זה וזיכהו לזה האחר תו לא מיקרי ממוניה, מה שאין כן לעיל, אבל מכל מקום כשקדם ותפס מיד זה שזכה בו מועילה תפיסתו, כיון שלא סילק נפשו מתחלה אלא אדעתא שיזכה בו המקבל וכו' עכ"ל, יעו"ש, ואין כונתו דכיון שסילק עצמו יצא מרשותו ושוב לא הוי ממוניה, דהא אין אדם יכול לסלק עצמו ממה שכבר שלו, כדאיתא בגיטין (דף עז:): תניא האומר לחבירו דין ודברים אין לי על שדה זו וכו' לא אמר כלום, יעו"ש, ואינו יכול להוציאה מרשותו אלא על ידי הפקר, אלא כונתו דלא מיקרי ממוניה שיהא בעל דבר לתפיסה, דהרי עשה מעשה קנין כהוגן ונתקיים רצונו, אלא מכל מקום יכול לתפוס כיון שלא חל הקנין מחמת סילוק המקבל, וגם זה נחשב שלא נתקיים רצונו.

הסמ"ע כתב, והובאו דבריו בש"ך, ליישב סתירה בדברי המחבר בסי' רמ"ה שפסק כהרמב"ם דאם חזרו בעלים הראשונים ותפסו מיד התופס אין מוציאים מידם, ואע"ג דבספיקא דכל דאלים גבר פסק בסי' קל"ט דאין השני יכול לחזור ולתפוס מן התופס הראשון, וכתב הסמ"ע וז"ל: ולא דמי לשאר ספיקא דממונא דקיימא לן דמאחר שתפס האחד אין השני יכול לחזור ולהוציא מידו, וכמו שכתב גם כן המחבר בריש סי' קל"ט בדין ארבע שחולקים עליה בי תרי, דשאני הכא דידוע הוא מי בעליו הראשונים, והכא נמי 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, יעו"ש, ואין כונתו דכיון שידוע מי הם בעלים הראשונים הרי יש לו חזקת מרא קמא, דהא מניחים אותו ביד התופס כל זמן שלא חזרו בעלים הראשונים ותפסוהו ממנו, ואע"ג דידעין מי הם הבעלים הראשונים, ולא כתב הסמ"ע דאיכא מעליותא במה שידוע מי הם בעלים הראשונים אלא לענין להעמידו בידו אם חזר ותפס מיד התופס.

והקשה עליו הש"ך וז"ל: ואין דבריו נראים לי, דהא בתיקו ובשאר ספיקא דדינא ס"ל להרמב"ם והמחבר בכמה דוכתי דתפיסה מועילה שתפסו מיד דבעלים הראשונים, אם כן למה יגרע זה שקדם וזכה כשחזר ותפסו מיד בעלים הראשונים וכו' עכ"ל, יעו"ש, והיינו דאם מה שידוע מי היה בעלים הראשונים פועל להעמיד הספק ממון ביד הבעלים שחזרו ותפסו מן התופס, למה לא יעמיד הספק ממון ביד מי שהיה ידוע לבעלים הראשונים גם מתחילה שלא יוכל שום אדם לתפוס ממנו.

אולם נראה דאין כונת הסמ"ע דאם ידוע מי היה בעלים הראשונים הרי זה כמו חזקת מרא קמא קלושה, אלא כונתו דהא דס"ל להמחבר דכיון שתפס הראשון אין האחר יכול לחזור ולתפוס ממנו, היינו משום דאם כן אין לדבר סוף, וכל ימי חייהם יהיו מתעמצים וחוטפים זה מזה, לכן כשתיקנו חכמים להניח הממון לפניהם וכל דאלים גבר, ותיקנו נמי דמאחר שהתגבר האחד ותפס יגמר הדבר, ושוב לא יוכל שום אחד לתפוס, וקאמר הסמ"ע דהיכא דידוע מי היה בעלים הראשונים התירו חכמים תפיסה שנית, דמעיקר הדין היה צריך להיות דחוזרים ותופסים זה מזה, וכמש"נ בדעת הרמב"ם, אלא דלדעת הרא"ש והטור והמחבר תיקנו שלא יתפוס אלא אחד, דאם לא כן אין לדבר סוף, ואין סברא להניח שתי תפיסות, דאם כן נניח שלש או ארבע תפיסות, אלא או תפיסה אחת או בלי גבול, אולם כשידוע מי היה הבעלים סברא היא להתיר בשבילו עוד תפיסה שנית, אבל מכיון שתפס הבעלים הראשונים מן התופס שוב אין התופס יכול לחזור ולתפוס ממנו, דאם כן אין לדבר סוף.

והש"ך חילק בין ההיא דארבא מטעם אחר וז"ל: ולא דמי לארבע דריש סימן קל"ט (מיהו גם גבי ארבא גופא העליתי לקמן באות זה דאם חזר ותפסו אין מוציאים מידו ע"ש), דהתם כיון שמתחלה כשבאו לבית דין היו הבית דין פוסקים כל דאלים גבר, וכל אחד מהן טוען ברי, אם כן אמרינן ודאי זה שגבר תחלה אומר אמת, דאם לא כן לא

היה חברו מניחו לגבור עליו, אלא ודאי אודויי אודי ליה, וכן משמע לשון הרא"ש דגבי ארבא, ומביאו הסמ"ע גופיה שם ריש סימן קל"ט ס"ק ב', וכיון דאנן סהדי דאודי ליה פשיטא דלא מהני תו תפיסה, מה שאין כן הכא דכל אחד תופס מספיקא דדינא ולא שייך אודויי אודי ליה עכ"ל, יעו"ש, וקשה היאך שייך לומר שמה שזה התגבר הוא משום שהוא הבעלים האמיתי היכא שהמתגבר הוא גברא אליס והשני הוא חלש. אולם נראה שאין בזה ראייה גמורה אלא העיקר הוא תקנת חכמים שהממון ישאר ביד זה שהתגבר מפני שלפעמים עלול שהבעלים האמיתי יתגבר, וכן מבואר בדברי האורים ותומים בקיצורו לספר תקפו כהן סי' ק"ה שכתב להדיא שלדעת הש"ך דין כל דאליס גבר הוא תקנת חכמים, ועיימש"נ בהגהות שם.

אות ט

בבבא בתרא (דף קנא.) דן הגמרא באיזה דברים נקרים נכסים, ומביא משנה דערכין (דף כג:) המקדיש נכסיו מעלין לו תפילין, וקאמר איבעיא להו ספר תורה מאי כיון דלא מזדבן דאסור לזבוניה לאו נכסי הוא או דלמא כיון דמזדבן ללמוד תורה ולישא אשה נכסי הוא תיקו, יעו"ש, וכתב רש"י בד"ה ספר תורה וז"ל: מי מקרי נכסי כתפילין דמו או דלמא תפילין היינו טעמא דהוי מלבוש אבל ספר מצוה הוא ולא נכסי ואע"פ שיכול למוכרו לא מיקרי נכסי תיקו עכ"ל, יעו"ש.

והיה אפשר לחלק בין תפילין לספר תורה, דמצוה על כל אדם לכתוב לו ספר תורה, אבל מצות תפילין יכול לצאת גם בתפילין של חברו, ואין המצוה מעכבו מלמכור תפילין שלו, אולם אם כן למה הוצרך רש"י לומר שתפילין הוי מלבוש, אלא לכאורה כונת רש"י דאע"ג דגם מצוה היא שיהא לכל אחד תפילין, ומשום הכי אין למכור אותן, מכל מקום איקרי נכסי משום שהן מלבוש לו, ומשום הא גופא נחשבין נכסי, אבל ספר תורה שאינו אלא לקיום המצוה ואסור למוכרו, יש להסתפק אם מיקרי נכסי.

הש"ך הביא שיטת הטור סי' רמ"ח סעי' ט"ו דספר תורה הוי בעיא דלא איפשטא,

ואין המקבל נוטל הספר תורה, אכן אם תפס אין מוציאים מידו, יעו"ש, וכן כתב המחבר בסעי' י"א, יעו"ש, ושניהם הסכימו דאם תפס אין מוציאים מידו, ואע"ג דבשאר בעיא דלא איפשטא נחלקו הטור והמחבר, דהטור אזיל בשיטת הרא"ש דאם תפס מוציאים מידו, והמחבר אזיל בשיטת הרמב"ם דאין מוציאים מידו, בספר תורה גם הטור ס"ל דאין מוציאים מידו, וכן היא דעת הרמ"א, ואע"ג דבשאר בעיא דלא איפשטא פסק כהרא"ש דאם תפס מוציאים מידו, וכן הוא בעוד פוסקים שהסכימו דבספר תורה אין מוציאים מידו, והש"ך לא הביא טעמא לחלק בין ספר תורה לשאר בעיא דלא איפשטא, ומסתמא היה פשוט לו.

ונראה לבאר הענין, דהנה הרא"ש והטור ס"ל דבספיקא דדינא אם תפס מוציאים

מידו ומחזירים ליד המרא קמא, ואע"ג דאין החזקת מרא קמא מגדת לנו שום דבר לענין הספק, ולא דמי לספק במציאות כגון מחליף פרה בחמור וילדה, דמוקמינן הפרה בחזקת מרא קמא עד שנודע שיצאה מרשותו, וכל זמן שלא נודע נקטינן לענין דינא

שלא נשתנה המצב, ועדיין היא עומדת ברשותו, אכן בספיקא דדינא לא אפשר לומר כן, דהחזקת מרא קמא אינה מכרעת הדין לא לצד זה ולא לצד זה, והיה צריך להיות הדין דאין משגיחים בהחזקת מרא קמא, ואם תפס אין מוציאים מידו, וכן היא דעת הרמב"ם, אבל הרא"ש והטור ס"ל דמוציאים מיד התופס במקום דאיכא מרא קמא, והוא מן התקנה ולא מדין חזקה, דחכמים תיקנו שלא לחטוף מיד המרא קמא, דאין להניח חטיפות, וכמו שכתב הנמוקי יוסף בבבא מציעא (דף ו.ו.), יעו"ש.

והשתא יש לומר דלא תיקנו חכמים שלא יוכל לתפוס מיד המרא קמא אלא כשהדבר המוטל בספק הוא נכס לו, דהיינו דבר הנמנה בין נכסיו, ויכול לעשות בו כל מה שרוצה, והרי הוא בעלים גמור לענין תשמישים, אבל היכא דהדבר קנוי לו, אבל אינו יכול לעשות בו כל מה שרוצה, ורק שאם הוצרך למוכרו מאיזו סבה הרי הוא האיש שיכול לעשות המעשה קנין, אבל בעצם אין הדבר ברשותו בפועל לענין כל תשמישים, בבעלות כזו לא תיקנו חכמים שלא יוכל כל אדם לתפוס ממנו משום דנראה כחטיפות, ואין זה נחשב המרא קמא שרצו חכמים להגן עליו ולשמור אותו מן החטיפות.

ומספקא ליה בגמרא אם ספר תורה נחשב נכס לענין מקדיש נכסיו, מי אמרינן דאינו נכס כיון דאסור למוכרו, או דלמא כיון שיכול למוכרו ללמוד תורה או לישא אשה שפיר נחשב נכס, והבעיא לא איפשטא, וכיון שכן לא אפשר לומר דאם תפס מוציאים מידו ומחזירים למרא קמא, דבהא גופא מספקא לן, דאם זה נחשב נכס הרי הוא נחשב מרא קמא, ואם אין זה נחשב נכס אין עליו תורת מרא קמא כלל לענין ספיקא דדינא, כמש"נ, ושפיר הועילה תפיסתו, ולכולי עלמא אין מוציאים מידו.

הרמב"ם הביא דין ספר תורה בפ"א זכיה ומתנה הל"ט וז"ל: שכיב מרע שאמר נכסי לפלוני נוטל כל המטלטלין וכו' אבל ספר תורה יש בו ספק אם הוא בכלל נכסים או אינו לפיכך אם תפסו אין מוציאים מידו עכ"ל, יעו"ש, והלחם משנה הקשה עליו דדבריו סותרים למה שכתב פ"ט שם הל"ד וז"ל: אמר יהנה פלוני בהן יעמוד בהן ישען בהן לא קנה עכ"ל, יעו"ש, והוא על פי הא דמיבעי ליה בבבא בתרא (דף קמח:) אם הני לשונות הם לשונות של מתנת שכיב מרע, והבעיא לא איפשטא, יעו"ש, ומשום הכי פסק הרמב"ם דכיון דנשאר בספק לא קנה, אכן היה לו לכתוב נמי דאם תפס אין מוציאים מידו, כמו שכתב גבי ספר תורה.

ותירץ הלחם משנה וז"ל: ויש לומר דדוקא כשהבעיא הוי אם הויא מתנה או לא פסק רבינו ז"ל גבי מתנת שכיב מרע דהוי דרבנן דלא קנה, אבל בהא בעיא דהמתנה הוי מתנה אלא שהבעיא אם הוי בכלל אותה מתנה ספר תורה או לא פסק דהוי ספק ואם תפס לא מפקינן מיניה וכו' עכ"ל, יעו"ש. ולכאורה דבריו אינם מובנים, דהא טעמא דהרמב"ם פסק דבספיקא דדינא אין מוציאים מידו משום דאין חזקת מרא קמא מכרעת שום דבר לענין הספק, כמש"נ, ואם כן מאי שנא דבספק דרבנן מוציאים מידו ומחזירים להמרא קמא.

אכן נראה דאין כונתו לענין דינא דמוציאים מידו או אין מוציאים מידו, דבודאי שיטת הרמב"ם היא דאין מוציאים מידו, ולא איכפת לן במה שהאחר הוא המרא קמא, כמש"נ, אלא כונתו לענין תקנת חכמים דמתנת שכיב מרע ככתובים ומסורים דמי כדי שלא תטרף דעתו עליו, וקאמר הלחם משנה דלא תיקנו חכמים אלא כשהמתנה ברורה, אבל היכא שיש ספיקות בהתקנה לא תיקנו כלל, ולכן כשמסתפק בגמרא בלשונות הראויות למתנת שכיב מרע, והבעיא לא נפשטה, ונשאר הדבר בספק, אז בטלה מתנת שכיב מרע כזו מאליה, דלא תיקנו חכמים אלא כשהמתנה מבוררת, כמש"נ, אבל ספק דספר תורה לא הוי בעצם המתנת שכיב מרע וצורתה, דהמתנה מבוררת, ורק דלא נודע לנו אם הספר תורה נכלל בהמתנה, בזה לא נתבטלה התקנה, כיון דאין שום ספק באופן התקנה, והמתנה קיימת, והספר תורה נשאר בספק אם נכלל בה, ומשום הכי אם תפס אין מוציאים מידו, דלא אזלינן בתר חזקת מרא קמא בספיקא דדינא לדעת הרמב"ם, כמש"נ.

אות י

בבבא מציעא (דף צו.) בעי רמי בר חמא שאלה לרבעה מהו כדשיילי אינשי בעינן ולהכי לא שיילי אינשי או דלמא טעמא מאי משום הנאה והא נמי אית ליה הנאה שאלה ליראות בה מהו ממונא בעינן והאיכא או דלמא ממונא דאית ליה הנאה מיניה בעינן וליכא שאלה לעשות בה פחות משוה פרוטה מהו ממונא בעינן ואיכא או דלמא כל פחות משוה פרוטה לאו כלום היא שאל שתי פרות לעשות בהן פרוטה מהו מי אמרינן בתר שואל ומשאל ואיכא או דלמא זיל בתר פרות וכל חדא וחדא ליכא ממונא שאל משותפין ונשאל לו אחד מהן מהו כולו בעליו בעינן והא ליכא או דלמא מההוא פלגא דידיה מיהא מיפטר וכו', יעו"ש.

וכתב רש"י וז"ל: שאלה לרבעה הוא עצמו מהו מחייב באונסים או לא וכו' שאל שתי פרות וכו' אם תמצא לומר פחות מפרוטה לאו כלום הכא מאי וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומבואר מדבריו דבעיות ראשונות דהגמרא הן לענין אם בכלל חל עליו תורת שואל להתחייב באונסים, ובעיות אחרונות דהגמרא הן לענין פטור דשאלה בבעלים, ועוד מבואר מדברי רש"י דבעיא דשאל שתי פרות בפרוטה היא באופן אם תמצא לומר דבעיא דשאלה לעשות בה פחות משוה פרוטה, דהרי אם חלה עליו תורת שואל בשאלה לעשות פחות משוה פרוטה, כל שכן דנעשה שואל אם שאל שתי פרות לעשות בהן שוה פרוטה.

והש"ך הביא דברי הטור בסי' שמ"ו סעי' י"ב שלמד כדברי רש"י דמיבעי ליה אם יש לו דין שואל או לא, והוסיף בשם הרא"ש דאם נהנה שוה פרוטה, כגון בשאל שתי פרות לעשות בהן שוה פרוטה, אע"ג דמספקא לן אם נעשה בכך שואל להתחייב באונסים ולא איפשטא, שומר שכר מיהא הוי הואיל ונהנה שוה פרוטה וחייב בגניבה ואבדה, יעו"ש.

אולם עיין ברמב"ם פ"ב שאלה ופקדון הל"ט וז"ל: השואל את הבהמה בבעלים

לרבעה או להיראות בה או לעשות בה פחות משה פרוטה או ששאל שתי פרות לעשות בהן שוה פרוטה הרי כל אלו ספק שאלה בבעלים עכ"ל, יעו"ש, וכבר ביאר בהל"ח דבספק שאלה בבעלים אינו משלם ואם תפסו הבעלים אין מוציאים מידם, חוץ מספק פשיעה בבעלים דחייב לשלם, יעו"ש, והיינו לפי שיטתו דתפיסה מועילה בספיקא דדינא.

ומבואר מדברי הרמב"ם שלא למד הסוגיא בדרך רש"י והרא"ש והטור דבעיות הראשונות הן לענין אם חל עליו תורת שואל כלל להתחייב אונסים, אלא גם בעיות הראשונות הן לענין פטור שאלה בבעלים כמו בעיות האחרונות, ולא מיבעי ליה אם נעשה שואל בכך, אלא בודאי נעשה שואל ונתחייב באונסים, אלא מיבעי ליה אם שאלה כזו, שהיא ודאי שאלה גמורה להתחייב באונסים, אם נשאל לו הבעלים בהדי אחת משאלות אלו מי אמרינן דנחשב שאלה בבעלים או לא, ולא מספקא ליה אם נתחייב באונסים אלא מספקא ליה אם נפטר מאונסים מדין שאלה בבעלים. והלחם משנה תמה על דברי הרמב"ם דלמה מחלק בין חיוב אונסים ובין פטור שאלה בבעלים, אם נאמר דשאלה לרבעה או להיראות בה נכללת בקרא דוכי ישאל ליחשב שואל למה לא יפטר מדין שאלה בבעלים, ואם נאמר דלא קרינן ביה וכי ישאל, ואין בו פטור שאלה בבעלים, אם כן גם בלא שאלה בבעלים יש לפוטרו מאונסים, יעו"ש.

עוד הקשה הלחם משנה דהלא לדעת הרמב"ם כל אם תמצא לומר פשיטותא היא, ואם כן כיון דבעיא דשאל שתי פרות בפרוטה הוא על הצד דשאל לעשות בה פחות משה פרוטה לא הוי שואל, ומיבעי ליה אם מכל מקום יכול לצרף שתי פרות לפרוטה, הרי נפשט הבעיא דשאל לעשות בה פחות משה פרוטה, דפחות משה פרוטה לאו כלום, ואם כן למה פסק הרמב"ם דשאל לעשות פחות משה פרוטה הוי ספק שאלה בבעלים, ועל קושיא זו תירץ הלחם משנה דלא אמרינן דאם תמצא לומר פשיטותא אלא אם אמר בפירוש בגמרא אם תמצא לומר וכו', וכתב כן בשם הר"ן והבית יוסף, יעו"ש, ועיימש"נ בהגהות לסי' ע"ז.

ובכלל יש לעיין בהא דמיבעי ליה בגמרא שאל שתי פרות לעשות בהן שוה פרוטה דדלמא זיל בתר פרות וכל חדא וחדא ליכא ממונא, למה ניזיל בתר פרות, הא קיבל שתייהן בחדא שאלה, וכי אמרינן בזה גופים מוחלקים כמו במכות (דף יד.), יעו"ש, ובודאי אינו יכול לחייבו שבועה מיוחדת על כל פרה ופרה, וכמו דלא אמרינן בפרה אחת דכל רגל ורגל אין בה תשמיש של שוה פרוטה, למה נימא כן בשאל שתי פרות. וצריך לומר דשאלה תלויה בתשמישים, דתורת שואל חלה עליו, לפי דברי רש"י, במה שיש לו הזכות להשתמש בהדבר הנשאל, ומיבעי ליה בשתי פרות, מי אמרינן שיש לו זכות תשמיש של שוה פרוטה והוי שואל, או דלמא כל פרה ופרה קובעת תשמיש לעצמה, ואע"פ שבין שתייהן אית ליה הנאה של שוה פרוטה, מכל מקום מצד התשמיש יש לו שתי תשמישים, כל אחת פחות משה פרוטה, ואין לו תשמיש חשובה, ולא חלה עליו תורת שואל להתחייב באונסים.

ולפי דבריו ודאי שתי בעיות אלו, שאלה לעשות בה פחות משה פרוטה ושאל שתי פרות לעשות בהן פרוטה, הם בדרך אם תמצא לומר, דאם תשמיש פחות משה פרוטה הוי תשמיש חשובה שיחול עליו תורת שואל, כל שכן דאם שאל שתי פרות לעשות בהן שוה פרוטה שיש לו תשמיש חשובה שיחול עליו תורת שואל, אלא ודאי דמיבעי ליה על הצד דשאלה לעשות פחות משה פרוטה לא הוי תשמיש חשובה, ומכל מקום מיבעי ליה בשאל שתי פרות לעשות בהן שוה פרוטה, וכמשי"נ.

אבל הרמב"ם למד דבעיות הראשונות אינן לענין אם חלה עליו תורת שואל להתחייב באונסים, דודאי הוה שואל גמור בכל מה שעושה עם הפרה, שהרי מה שיכול להשתמש בהפרה הוא מפני דאוקמא התורה ברשותו, כדאיתא בסנהדרין (דף עב.), ועיין מה שכתב רש"י שם בד"ה מידי דהוה אשואל, יעו"ש, ואם כן מה לי אם התשמיש יש בה שוה פרוטה או אין בה שוה פרוטה, כיון דאוקמא רחמנא ברשותו מתחייב באונסים.

ומשום הכי למד הרמב"ם דכל הבעיות הן לענין שאלה בבעלים, דאם הוא משתמש בהפרה השאולה, והרי המשאיל הוא הבעלים של אותה תשמיש, והבעלים עמו, התורה פטרתו מדין ובעליו עמו לא ישלם, ומיבעי ליה אם המשאיל נחשב בעלים על אותה תשמיש לענין פטור בעליו עמו אם אין באותה תשמיש שוה פרוטה, דדלמא אין על המשאיל שם בעל התשמיש כשאין בה שוה פרוטה, או כששאלה להיראות בה, דאין זה תשמיש חשוב שיחול על המשאיל שם בעל התשמיש כדי לפטור את זה ששאל אותה תשמיש מדין ובעליו עמו.

ומיושב לפי זה קושית הלחם משנה דלמה נחלק בין חיוב אונסים לפטור בעליו עמו, כנ"ל, דבודאי הוה ליה שואל בכל אופן, ואפילו אם אין בהתשמיש שוה פרוטה, שהרי הוא נעשה שואל על כל הפרה לעשות בה תשמיש שאין בה שוה פרוטה, והרי הוא שואל גמור, כמשי"נ, ומכל מקום יש להסתפק לענין פטור ובעליו עמו, דלזה בעינן שיהא להבעלים תורת בעל התשמיש על אותה תשמיש במיוחד שרוצה לעשות בה, ושפיר איכא למימר דאם אין בה שוה פרוטה אינה חשובה לקבוע עליה שם בעל התשמיש במיוחד.

וגם קושיא השניה של הלחם משנה יש ליישב לפי זה, ואין הבעיות בדרך אם תמצא לומר, דשפיר איכא למימר דאם שאלה לעשות פחות משה פרוטה הרי המשאיל נחשב בעל התשמיש כיון שהשאילה לו להדיא לעשות מלאכה שאין בה שוה פרוטה, והרי זה החשיב המלאכה להיחשב המשאיל בעל התשמיש, וכעין הא דאמרינן בחולין (קכ.) הקפה את הדם ואכלו כיון דאקפיה אשובי אחשביה, יעו"ש, וכן עיין ברש"י בחולין (דף קיז:) בד"ה המכונס, יעו"ש.

אבל אם שאל שתי פרות לעשות בהן בשוה פרוטה, שלא החשיב המשאיל מלאכה של פחות משה פרוטה בפני עצמה, והרי נתבאר לן דלפטור ובעליו עמו בעינן שהמשאיל יהא בעל התשמיש, ואפשר דכל פרה ופרה קובעת תשמיש לעצמה, כמשי"נ, ולכן כשאין ביניהן אלא מלאכה של שוה פרוטה, ותשמיש כל אחת ואחת אין בה שוה

פרוטה, הרי זה גרוע משאלה לעשות פחות משהו פרוטה, שהרי התשמיש אין בה שוה פרוטה, והמשאל לא החשיב מלאכה של פחות משהו פרוטה אלא ביחד עם מלאכה של פרה אחרת שיש ביניהן שוה פרוטה, ומשום הכי אינו נחשב בעל התשמיש ואינו פוטר השואל מדין שאלה בבעלים, ולאידך גיסא יש לומר דאם שאל שתי פרות לעשות שוה פרוטה עדיף משאל פרה אחת לעשות פחות משהו פרוטה כיון שיש ביניהן שוה פרוטה, ונמצא שאין הבעיות תלויות זו בזו, ואינם באופן אם תמצא לומר.

וכתב הרמב"ם בהל"ח שם דבספק שאלה בבעלים אינו משלם ואם תפס אין מוציאים מידו, אכן אם פשע בה הרי זה משלם, כנ"ל, והנה נחלקו האמוראים בבבא מציעא (דף צה.) אם פשיעה בבעלים פטור, ונחלקו אם מקרא נדרש לפניו ולפני פניו, ונתרבה גם פשיעה לפטור בעליו עמו, יעו"ש, והרמב"ם פסק בפ"ב שאלה ופקדון הל"א דפשיעה בבעלים פטור, יעו"ש, והקשה עליו הטור סי' שמ"ו סעי' י"א וז"ל: וכתב הרמב"ם ז"ל הנך בעיין לא איפשיטו ולא מפקינן מספק ואם פשע בהן השומר הרי זה משלם ואיני מבין מה חילוק יש בין פשיעה לאונס כיון דקיימא לן פשיעה בבעלים פטור עכ"ל, יעו"ש, והמחבר כתב שיש מחייבים ויש פוטרם, יעו"ש.

והמגיד משנה, הובאו דבריו בבית יוסף ובסמ"ע, ביאר דעת הרמב"ם וז"ל: ומה שכתב ז"ל פשע בה השומר הרי זה משלם אע"פ שפשיעה בבעלים פטורה ובדין זה הדבר ספק אם הוא בבעלים אם לא דעתו ז"ל שהפושע הוא כמזיק כמו שכתב [בפירוש] בפ"ב שכירות וכיון שהוא כמזיק ואין שם ראייה ברורה לפטור חייב לשלם וכבר כתבתי שחלקו עליו ז"ל עכ"ל, יעו"ש, והמגיד משנה כבר כתב שחלקו עליו בפ"ב שכירות הל"ג וז"ל: והרמב"ן והרשב"א חלוקים בזה וכו' וכתבו ז"ל דפושע לאו מזיק הוא שהרי פשיעה בבעלים פטור ואילו מזיק בבעלים חייב וזהו דעת הר"א ז"ל בהשגות עכ"ל, יעו"ש, ואלו שחלקו על הרמב"ם היינו על מה דס"ל דפושע הוי כמזיק, אבל הטור לא חלק על הרמב"ם בזה שכתב דפושע הוי כמזיק, אלא על מה שכתב דבספק שאלה בבעלים אם פשע חייב, דאם פשיעה בבעלים פטור, למה לא אמרין כן נמי בפשיעה בספק שאלה בבעלים שיהא פטור מספק, כנ"ל, ועל זה כתב המגיד משנה דכיון דפושע מזיק צריכים ראייה ברורה לפוטרו, ודבריו צריכים ביאור.

ועיין בבאר הגולה שם שכתב דהטור והמגיד משנה חלקו על הרמב"ם, יעו"ש, והיכן ראה בדברי המגיד משנה שחולק על הרמב"ם, ונראה דדייק ממה שכתב המגיד משנה פ"א שכירות הל"ג וז"ל: אפילו פשע בדבר ששמר ואבד מחמת הפשיעה הרי זה פטור וכו' דין הפשיעה מחלוקת רב אחא ורבינא שם ולקולא לנתבע וכן בהלכות עכ"ל, יעו"ש, ומבואר מדבריו דלא איפסקא ההלכה בפשיעה בבעלים, לא כמר ולא כמר, ונשאר הדבר בספק, ומשום הכי פשיעה בבעלים פטור משום דבספק אמרינן קולא לנתבע וחומרא לתובע, ולפי מה שביאר המגיד משנה בדברי הרמב"ם דאין לפטור הפושע אלא בראיה ברורה, כנ"ל, היאך פסק לפטור פשיעה בבעלים מספק, אלא מבואר דס"ל כהטור דאין לחלק, וכמו שכתב בבאר הגולה.

ובביאור סברת המגיד משנה נראה, דהנה לכאורה צדקו דברי הרמב"ן והרשב"א דאם פושע הוי כמזיק למה אמרינן דפשיעה בבעלים פטור, וצריך לומר דהרמב"ם ס"ל דמה שפושע הוא כמזיק הוא בכלל דיני שמירה, דכיון שחל עליו חיוב שמירה, אם פשע ולא שמר הרי הוא נחשב מזיק, אבל אם לא היה חל עליו חיוב שמירה לא היה נחשב מזיק אפילו אם הניח הדלת פתוחה בפני הפקדון, ונחלקו האמוראים אם שאלה בבעלים פוטרת פשיעה משום דהחיוב הוא מדיני שמירה, או אם אינה פוטרתו כיון דעצם חיוב פשיעה הוי חיוב מזיק שבא עליו על ידי חיוב שמירה, ולא הוי חיוב חדש שהטילה התורה על השומר, ופסק הרמב"ם דשאלה בבעלים פוטרת פשיעה. אולם בזה חלוק גניבה ואבדה בבעלים מפשיעה בבעלים, דכיון דחיוב דגניבה ואבדה הוי חיוב חדש שהטילה התורה על השומר, במקום דהוי בבעלים לא הטיילה עליו החיוב, אבל פשיעה הוי חיוב מזיק רגיל שחל עליו מחמת חיובו לשמור, והרי בודאי הוא מחויב לשמור אפילו אם שמירתו בבעלים, ואם כן בעצם היה צריך להתחייב בפשיעה אפילו אם היתה בבעלים, ואלא דדין חדש הוא דילפינן בגמרא שם דפשיעה בבעלים פטור, דמקרא נדרש לפנינו ולפני פניו, כנ"ל, והרי זה פטור על החיוב פשיעה, אע"פ שבעצם היה צריך להתחייב כיון שנתחייב בשמירה, ואם כן בספק שאלה בבעלים שפשע השואל הרי זה ודאי סבה לחיוב וספק סבה לפטור, ואמרינן דאין ספק מוציא מידי ודאי וחייב לשלם.

אות יא-יב

הש"ך הביא באות י"א דברי הטור בסי' שס"ב סעי' ו' וז"ל: מכרה הגזלן לעכו"ם אע"פ שהעכו"ם השביחה השבח לבעלים ואם מכרה העכו"ם לישראל אחר שהשביחה מיבעיא אם אותו השבח של הנגזל או לא ולא אפשיטא לפיכך אין מוציאין מיד הלוקח ואם תפס נגזל לא מפקינן מיניה עכ"ל, יעו"ש, והבעיא היא בבבא קמא (דף צו.). לענין מה שתיקנו חכמים דשבח שעל גבי גזילה לגזלן, וגם הלוקח מן הגזלן קונה השבח, דמה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו, ומיבעי ליה אם תקנו חכמים גם בכהאי גוונא שלא בא ללוקח ישיר מיד הגזלן אלא נמכר לעכו"ם באמצע, וסלקא תיקו, ופסק הטור דאם הנגזל תפס אין מוציאין מידו, ולכאורה מבואר דס"ל כהרמב"ם דבספיקא דדינא אם תפס אין מוציאין מידו.

ובאות י"ב הביא דברי הטור בסי' שס"ג סעי' ח' וז"ל: מי שהיה לו צמר וסמנין שרויין ובא אחר וגזלן וצבע הצמר בסמנין והוזל הצמר הצבוע בענין שאינו שוה אלא כמו שהיה שוה בהיותו לבן ושואל הנגזל הסמנין מיבעי אם חייב לשלם אם לאו ולא איפשיטא ואין מוציאין מהגזלן ואם תפס הנגזל לא מפקינן מיניה עכ"ל, יעו"ש, והבעיא היא בבבא קמא (דף קא.). אם יש שבח סמנין על גבי צמר או לא, יעו"ש, מי אמרינן דכיון דהסימנין נראים לעינים הרי הם כבעין, וכשמחזיר לו הצמר הצבוע הרי זה נחשב שהחזיר לו גם הצמר וגם הסמנים, או דלמא אין הסמנים נחשבים שהם בעין וצריך לשלם, ולא איפשיטא הבעיא, ופסק הטור דאם הנגזל תפס אין מוציאין מידו,

וגם שם נראה דס"ל כהרמב"ם דבספיקא דדינא אם תפס אין מוציאים מידו.

ובהסימנים הבאים דן הש"ך בארוכה לברר ולבאר שיטת הטור, ועיקר הקושי הוא

ממה שכתב הטור בסי' ש"נ סעי' ט' וז"ל: גנב שלמה וקטע ממנה אבר ומכרה או שמכרה חוץ משלשים יום או חוץ ממלאכתה מיבעיא אי חייב ד' וה' ולא איפשטא וכתב הרמב"ם ז"ל ואם תפס אין מוציאין מידו ואדוני אבי הרא"ש ז"ל כתב דאפילו אם תפס מוציאים מידו עכ"ל, יעו"ש, ולכאורה מבואר דפסק כאביו הרא"ש, כדרכו בכל מקום, וס"ל דאם תפס מוציאים מידו, והרי זה סותר למה שמבואר מדבריו בסי' שס"ב ושס"ג, כנ"ל.

וגם בסי' שני"ב סעי' ו' מבואר דאם תפס אין מוציאים מידו, דלא הזכיר שם דברי

הרמב"ם דאין מוציאים מידו, ולא כתב שלדעת הרא"ש מוציאים מידו, וכתב הש"ך

לקמן בסי' כ"ז וז"ל: ואין להקשות אמאי כתב הטור בסי' שני"ב גבי כפל בסתמא

כלשון הרמב"ם דאין מוציאין מידו, באמת הב"ח שם מניח בצריך עיון, אבל באמת לא

קשה מידי, שסמך על מה שכתב בסי' ש"נ, שהרי המעיין בטור יראה שם שדין זה

שבסי' ש"נ ושני"ב סמוכים זה לזה, ואין ביניהם הפסק כל כך בדברים אחרים, ופשיטא

דבהאי גונא שהדברים סמוכים זה לזה ודאי שפיר יש לומר שסמך עצמו על מה שכתב

לעיל מיניה וקל להבין עכ"ל, יעו"ש, אכן קשה לדבריו, דאם לא רצה הטור להאריך

בסי' שני"ב אלא כתב בקיצור וסמך עצמו על מה שכתב בסי' ש"נ, היה לו לקצר ולהביא

רק דעת הרא"ש, דהכי ס"ל להלכה, ולסמוך עצמו שהמעיין יזכור שבסי' ש"נ הסמוך

הביא נמי דעת הרמב"ם שהיא שלא כהלכה, והש"ך עצמו כתב כן בסי' י"ז ובסי' כ',

יעו"ש.

וכתב הבית יוסף שם בסי' ש"נ וז"ל: ומה שכתב בשם הרא"ש דאפילו אם תפס

מוציאין מידו כן כתב בפרק מרובה (סי' ט') ולא נתן טעם לדבריו, ואפשר שטעמו כמו

שכתב בהשגות על דברי הרמב"ם, לא מחוורא לי דתפיסה מועילה בהא, דכיון דיותר

ממה שהזיק הוא אין כח לחייב אלא בבית דין ובדין פסוק בלי ספק, וזה כיון שספק

הוא אצלם איך גמרו את הדין, וכתב המגיד משנה ביאור דבריו שהקנס אין אדם זוכה

בו עד שעת העמדה בדין עכ"ל, יעו"ש, ולמד הבית יוסף דהרא"ש ס"ל כהראב"ד

דבספיקא דדינא דקנס אין תפיסה מועילה, דכל זמן דליכא העמדה בדין ליכא עדיין

חיוב קנס, ומשום הכי אם תפס מוציאים מידו, דהרי ודאי הוא שאין עליו חיוב קנס,

ולפי זה מיושבים דברי הטור בסי' שס"ב ושס"ג, דהתם הוי ספיקא דדינא לענין ממון

ולא לענין קנס, וחל החיוב גם קודם העמדה בדין, והיכא דאיכא ספיקא דדינא איכא

ספק חיוב ממון, ובוה הסכים הרא"ש לדברי הרמב"ם דאם תפס אין מוציאים מידו.

הב"ח הקשה על דברי הראב"ד דבספיקא דדינא לענין קנס אין תפיסה מועילה משום

דלא חל החיוב קודם העמדה בדין וז"ל: וצריכים לעיין דאם כן אפילו ליכא ספק לא

ליהני תפיסה בקנס כיון דלא זכה בו אלא בשעת העמדה בדין, וכיון דלהרא"ש תפיסה

מועילה בקנס כמו שכתב רבינו בסוף סי' שמ"ט, אם כן לפי זה גם בספק נימא דאי

תפס לא מפקינן מיניה, ותו קשה דלקמן בסי' שני' סעי' ח' פסק רבינו כהרמב"ם דלא כהרא"ש, ועיין במה שנתבאר שם בס"ד עכ"ל, יעו"ש.

ובמה שהקשה דאם ליכא חיוב קנס קודם העמדה בדין למה יכול לתפוס במקום דליכא ספק, בזה היה אפשר ליישב דאין זה מעיקר הדין, אלא שתקנו חכמים כיון דאין דנים דיני קנסות בבבל שיוכל על כל פנים לתפוס, דאם לא כן יוכלו אנשי בלעל להזיק לאחרים בלי מניעה, ועיין בטור שמ"ט סעי' ד' שכתב בשם הרא"ש דתפיסה ודאית בקנס מועילה אפילו בקנס דמשלם יותר ממה שהפסיד, כגון כפל וארבעה וחמשה, ודלא כשיטת הרמ"ה שהביא הרא"ש בסוף פרק שנים או חזין סי' י"ז, יעו"ש, וטעמא משום דעיקר החיוב הוא מדאורייתא אלא שאין לנו דין בבבל שיכופנו ליתן, וכל כהאי גוונא עביד אינש דינא לנפשיה ולא מפקינן מיניה, יעו"ש, הרי שתפיסת הניזק הוי כהעמדה בדין, ולפי זה מסתברא לומר דתפיסה ודאית הוי כהעמדה בדין וזכה בהקנס, אבל תפיסה מספק בספיקא דדינא לא הוי כהעמדה בדין, ואין בו צד לפעול אלא משום חזקת ממון, וכיון דבודאי לא הוי העמדה בדין לא זכה עדיין בהקנס, ואם תפס מוציאים מידו.

אבל מה שהקשה מסי' שני' קשה טובא דהתם הוי ספיקא דדינא לענין קנס, ופסק הטור דאם תפס אין מוציאים מידו, ולדעת הרא"ש בקנס מוציאים מידו.

כתב הטור סי' שני' סעי' ו' וז"ל: כתב הרמב"ם הפקיד לשנים וטענו נגנב ונשבעו שניהם והודה האחד ועל השני באו עדים בין שניהם משלמין הקרן ובכפל מיבעי לן ולא איפשיטא לפיכך אין מחייבין אותו ואם תפס לא מפקינן מיניה ואין נראה כן בגמרא אלא כפל פשיטא דמשלם אותו שבאו עליו עדים ובחומש מיבעיא עכ"ל, יעו"ש.

והבעיא היא בבא קמא (דף קח.) בעי רבינא חומש וכפילא בתרי גברי מאי היכי דמי כגון שמסר שורו לשני בני אדם וטענו בו טענת גנב חד נשבע והודה וחד נשבע ובאו עדים מאי מי אמרינן בחד גברא קפיד רחמנא דלא משלם חומשא וכפילא האי נשלם כפילא והאי נשלם חומשא או דלמא עלויה חד ממונא קפיד רחמנא דלא נשלם עלה חומשא וכפילא והכא נמי חד ממונא הוא תיקו, יעו"ש, וכל הסוגיא שלפני בעיא דרבינא משתעי בחומש ולא בכפל, ומשמע דגם בעיא זו היא בחומש, ועוד דהפטר דחומש וכפל על ממון אחד ילפינן לעיל שם בפרק מרובה (דף סה:) וחכמים אומרים בראשו וחמישיתו ממון המשתלם בראש מוסיף ממון שאין משתלם בראש אין מוסיף חומש, יעו"ש, וילפינן מקרא דכתיב בענין חומש דאינו משלם חומש אלא כשמשלם קרן בלבד, ואם כן היה נראה דבעיא דרבינא היא לענין חומש, אבל כפל ודאי משלם, וכמו שכתב הטור.

אבל הרמב"ם פ"ד גניבה הל"ז למד דהספק הוא בהכפל ולא בחומש, וצריך לומר לדידיה דהא דילפינן בראשו וחמישיתו דממון שמשלם עליו כפל אינו משלם חומש, עיקר הילפותא היא דמי שנתחייב לשלם קרן אין להטיל עליו אלא חיוב נוסף אחד ולא שנים, ושם בפרק מרובה מיירי שנשבע ואחר כך באו עדים ואחר כך הודה, דכיון

שנתחייב כפל כשבאו עדים שוב אין לחייבו חומש כשהודה אחר כך מעצמו, ובבעיא דרבינא בתרי גברי היא כשאחד הודה תחילה ואחר כך באו עדים על השני, כנ"ל, וכשהודה הראשון נתחייב חומש, ומיבעי ליה אם חל חיוב כפל על השני כיון שאין עליו אלא חיוב קרן, או דלמא אינו חייב כפל כיון שכבר נתוסף חיוב חומש על קרן זה. ובאמת מבואר כן להדיא בהמשך הסוגיא בעי רב פפא תרי חומשי או תרי כפילי בחד גברא מאי היכי דמי וכו' כגון שטען טענת גנב ונשבע ובאו עדים וחזר וטען טענת גנב ונשבע ובאו עדים מאי מי אמרינן תרי גווני ממונא קאמר רחמנא דלא נשתלמו עלוי חד ממונא והכא חד גונא או דלמא תרי ממונא אמר רחמנא דלא לשתלמו עלוי חד ממונא והכא נמי תרי ממונא נינהו תא שמע דאמר רבא וחמישיתו יוסיף עלוי התורה ריבתא חמישיות הרבה לקרן אחד שמע מינה, יעו"ש, וכתב רש"י בד"ה לקרן אחת וז"ל: אם כפר וחזר וכפר והוא הדין לתרי כפילי עכ"ל, יעו"ש, הרי להדיא דאין זה דין מיוחד בחומש אלא בכל תרי ממונא על חד ממונא.

ואדרבה, דברי הטור צריכים ביאור, דלמה קאמר דרבינא מיבעי ליה על חיוב חומש דהראשון שהודה ולא על חיוב כפל דהשני שבאו עליו עדים, והא קדם חיוב חומש דראשון, ואם כן ידחה חיוב כפל דשני, וצריך לומר לדידיה דבודאי היה אפשר לומר דלא שייך שני כפילי על חד קרן, דאינו משלם שני חיובים נוספים על הקרן אחד, אבל כשיש חיוב כפל וחיוב חומש, הכפל לעולם קודם לחומש, וחל הכפל ונדחה החומש, ולכן בבעיא דרבינא ודאי משלם כפל, ומיבעי ליה אם נדחה החיוב חומש כיון דהוי בתרי גברי.

ואולי יש ליתן טעם בדבר משום דכפל הוי בגדר תשלומין, דאע"ג דהוי קנס ומשלם יותר על מה שגנב, מכל מקום הוה ליה בגדר תשלומין נוסף על הקרן, דהא אמרינן לעיל שם (דף ד:) תני רבי חייא עשרים וארבעה אבות נזיקין תשלומי כפל ותשלומי ארבעה וחמשה וכו', יעו"ש, ומונה לכפל בכלל הנזיקין, אבל חיוב חומש לא נמנה שם, והיינו טעמא משום דאינו בגדר תשלומין אלא בגדר כפרה, ולמד הטור דמהאי טעמא לעולם קדמה חיוב כפל ונדחה החומש, ואפילו אם כבר חל חיובו קודם שחל חיוב כפל. היוצא מכל זה, דשיטת הרמב"ם דאם קדמה חיוב חומש ליכא חיוב כפל לאו היינו משום שדין הוא בממון שכבר נתחייב בחומש שאין חל עליו שוב חיוב כפל, אלא דדין הוא דאין שני חיובים נוספים יכולים לחול על ממון אחד, ואם כבר נתחייב בחומש הרי זה פטור מן הכפל, אע"ג דבעצם היה ראוי שיתחייב כפל על ממון זה, ורק שנפטר הכפל מדין צדדי, שבכלל אינו מדיני כפל אלא מדין כללי, כמש"נ, וגם הטור מסכים לכך אלא דס"ל דחיוב כפל לעולם קודם לחיוב חומש, כמש"נ, ולפי זה יש לומר דבספק פטור ממון המשתלם בראש, כגון בתרי גברי, כיון שמוסכם שמעיקר הדין ראוי שיחול עליו חיוב כפל, הספק הוא אם יש פטור צדדי המבטל ומעכב הכפל שלא יחול. והשתא יש לומר דאם תפס נחשבת תפיסתו כהעמדה בדין לקבוע שראוי שיחול עליו חיוב כפל, כמש"נ, ושוב לא יפטר אם הודה מעצמו, אכן עדיין נשאר ספק אם חיוב חומש על השומר השני מבטל חיוב כפל של זה, והרי זה ודאי חיוב וספק פטור, ודומה

לספיקא דממונא, ואהני תפיסתו להחזיק הממון בידו, ובזה גם הרא"ש ס"ל דאם תפס אין מוציאים מידו, ורק בקטע רגלה ומכר ס"ל להרא"ש דאם תפס מוציאים מידו, דהתם הספק הוא אם מכירה כזו נחשבת מכירה לחייב בארבעה וחמשה, דדלמא אין זה מכירת כולה, והרי זה ספק בעצם חלות הקנס, ולא שייך בזה העמדה בדין לקבוע עצם החיוב, לא על ידי בית דין ולא על ידי תפיסה, ונמצא דאין כאן חיוב כלל, ומשום הכי ס"ל להרא"ש דאין תפיסה מועילה.

ונראה שלזה נתכוון הדרישה בסי' שני"ב סעי' ז' בסוף הדיבור וז"ל: ויש לומר דשאני התם דספק אם נתחייב כפל מעולם או לא דאפשר דאינו חייב בכפל כלל אבל כאן שודאי חייב כפל אלא שבא הגונב לפטור עצמו בהודאתו שהודה ומספקא לן אם הודאתו הוי הודאה או לא ולהכי כל המוחזק ידו על העליונה והמוציא מחבירו עליו הראיה וקל להבין עכ"ל, יעו"ש.

סימן כא

בו יבוארו דברי הסמ"ע ליישב למה הטור פסק באיזה מקומות דבספיקא דדינא אם תפס אין מוציאים מידו, ולא כהרא"ש דמוציאים מידו.

הש"ך הביא דברי הסמ"ע לענין מה שפסק הטור בסי' ר"ב סעי' ב' בהקנה קרקע לאחד ומטלטלין לאחר אגבה דמיבעי ליה בקדושין (דף כז.). אם קנה מטלטלין, וסלקא בתיקו, יעו"ש, ופסק הטור דאם תפס הקונה את המטלטלין אין מוציאים מידו, ואע"ג דבסי' ש"נ פסק כהרא"ש דבספיקא דדינא אם תפס מוציאים מידו, ועיימש"נ לעיל סי' י"ט אות יא'-יב' דגם הרא"ש לא קאמר דינו אלא בספיקא דדינא לענין קנס, כמו שכתב הבית יוסף בסי' ש"נ, ולפי זה מיושבים דברי הטור.

וכתב הש"ך בשם הסמ"ע וז"ל: לא קשיא מידי דהא על כרחך זה המוכר דעתו היה מתחלה 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 בתורת 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 על ידי ואגב קרקע, אלא שמספקא לן אי קניה כהאי גוונא הוי קניה, להכי מועילה תפיסתו של זה להקנותו בתפיסתו כדין קנית מטלטלים אף שזה כבר חזר ביה, הא אפשר דאף אם רצה לחזור אין עוד ברשותו כיון שכבר הקנה לו אגב קרקע וקל להבין עכ"ל, יעו"ש.

ולמד הסמ"ע בדברי הטור דאין תפיסת הקונה מועילה מדין חזקת ממון והמוציא מחבירו עליו הראיה, אלא דעל ידי תפיסתו עושה קנין הגבהה בהמטלטלים, ואע"ג דמצד קנין אגב אנו מסופקים אם מהני בקרקע לאחד ומטלטלים לאחר, וספק זה נשאר בתיקו, אין הקונה צריך לקנין אגב כשתפס, דהרי הוא קונה בשעת תפיסה בקנין המועיל למטלטלין.

וביאור הדברים, דבשעה שהקנה הקרקע לאחד והמטלטלין לאחר לא היה לו הקפדה שיקנה אך ורק בקנין אגב, ולא תלה הדעת מקנה שלו בשום תנאי, ולא אמר שיקנה אגב קרקע שהוקנה לחבירו אלא כדי להקל על הקונה, אבל בודאי לא היתה לו הקפדה שלא יקנה באופן אחר, ורק כשחזר בו המקנה מן הדעת מקנה שלו, ואינו מניח לו שיגביה המטלטלין, באנו להסתפק אם כבר קנה על ידי קנין אגב, ויכול לתבוע המטלטלין מן המקנה, ואע"ג דאמרינן בבבא בתרא (דף עו:) הכא במאי עסקינן דאמר ליה משוך מר סבר קפידא ומר סבר מראה מקום הוא לו, יעו"ש, ולהלכה קיימא לן דהוי קפידא, ואם כן למה יכול לקנות בתורת משיכה או תפיסה לרשותו, וצריך לומר דקפידא הוי רק כשאמר לו לעשות איזה מעשה קנין בהמטלטלין, אז אמרינן שמקפיד על אופן הקנין, אבל באגב ליכא מעשה קנין כלל בהמטלטלין, אלא שרוצה שיקנה אגב המעשה קנין בהקרקע, בזה אמרינן דאין לו קפידא אם יקנה בשום מעשה קנין דעלמא. וס"ל להטור דאם התגבר הקונה על המקנה ותפס המטלטלין הרי הוא קונה אותן

קנין ודאי בשעת התפיסה שהגביהן והכניסן לרשותו, ודל מהכא הקנין אגב שאנו מסופקים בו, הרי הוא קונה אותן על ידי התפיסה עצמה, ואע"ג דבאותה שעה כבר חזר בו המקנה מן הדעת מקנה שלו, לא מהני חזרתו, ועדין קיים הדעת מקנה, וכל זמן שהמקנה מעכב המטלטלין מן הקונה ואינו מניח לו להגיע להן עדיין המטלטלין שלו, ויכול להשתמש בהן, והרשות בידו להצניען שלא ימצא אותן הקונה, שהרי עדיין ליכא מעשה קנין אלא דעת קנין בלבד, אבל אם הקונה תפס המטלטלין ועשה בהן מעשה קנין, וכבר הוקבעה הדעת מקנה, אהני לו קנינו, ויש להבין מה שעולה מדברי הסמ"ע דאין המקנה יכול לחזור מהדעת מקנה שלו, ואמאי לא, הא אמרינן בקדושין (דף נט.) דאתי דיבור ומבטל דיבור, יעו"ש, ואם כן למה לא יוכל לחזור מדעת מקנה שלו, ואולי יש לומר דכיון שתלה דעת מקנה שלו בקנין מטלטלין אגב קנין השני בהקרקע, אם כן כשהחזיק השני בהקרקע הרי זה נחשב שדיבורו נעשה מעשה, ולא אתי דיבור ומבטל מעשה.

עוד הביא הש"ך דברי הסמ"ע וז"ל: ומה שכתב רבינו בסי' רמ"ח לא קשיא מידי, דהכא כיון שזה השכיב מרע הוציא כל המטלטלין מרשותו ונתנם לזה שיתפוס בהן, אלא שבאו שאר היורשים ואומרים שאין זה [הספר תורה] בכלל, מועילה תפיסתו, דהא גם שאר היורשים אינם מוחזקים בממון זה, והוה ליה כאילו אין שום אחד מוחזק בדבר וכל אחד אומר שלי הוא דאמרינן כל דקדם ותפס מועילה תפיסתו, מיהו זה אינו, דהא דין זה כתבו הטור גם במתנת בריא בקנין, והרי הנותן עצמו עומד ואומר עדיין לא יצא ספר תורה מרשותי ולא נתתי לך, וצריך לומר דכיון שנתן הכל והרשה לו לקחת, ויש להסתפק אי ספר תורה בכלל, משום הכי אי קדם ותפס המקבל הוה ליה כאילו תפסה ברשות עד כאן לשון הסמ"ע עכ"ל, יעו"ש.

מתחלה סלקא דעתיה ליישב דברי הטור דהא דתפיסה מועילה הוא משום שאין להיורשים חזקת מרא קמא, שמעולם לא נכנסו הנכסים לרשותם, ועל הא גופא אנו דנים, אם הספר תורה נכנס לרשותם, ובזה לא עדיפי היורשים מהמקבל מתנה, ולא אמרינן שהיורשים נכנסו תחת אביהם, והמוציא מהם עליו הראיה, אלא כשיש ספק אם יש להוציא מהם, כגון ספק מלוה, דכיון דירושתם ודאית הרי הם מוחזקים לגבי כל התביעות, והמוציא מחבירו עליו הראיה, אבל כשיש ספק בעצם הירושה, לא נתחזקו היורשים, ולא עדיפי מהמקבל מתנה, והסמ"ע דחה פירוש זה, דהא גם במתנת בריא פסק הטור דאם תפס לא מפקינן מיניה, ואע"ג דהבריא ודאי יש לו חזקת מרא קמא בהספר תורה.

ולבסוף כתב הסמ"ע דצריך לומר דהוה ליה כאילו תפסה ברשות, ואין כונתו לדין תפיסה ברשות, כגון אם נתן חמשה סלעים לכהן ומת הבן בתוך שלשים, אלא כונתו דכיון דנתן לו המתנה בעין יפה כל כך, בודאי רצונו שאם יארע שום ספק הוא מרשה להמקבל להכריעו כמו שהוא רוצה, והרי זה כמו נתינה בנאמנות, אי נמי יש לומר דכיון שמסר לו כל מה שברשותו בכללות הרי הוא נחשב מוחזק על כל מה שברשותו, ואפילו

על ספר תורה שבפרט דלמא לא הקנה לו.

סימן כב

בו יבואר למה הש"ך לא הביא ראיה מדברי רבינו ירוחם בענין ספיקא דקנין אגב שהקנה קרקע לאחד ומטלטלין לאחר דס"ל דאם תפס אין מוציאים מידו.

הש"ך הוכיח ממה שכתב רבינו ירוחם בספיקות דמתגלגל ושבח גזילה ובור שיש בו טפח מים, וכן בשאר מקומות, שהסכים לדברי הטור דבספיקא דדינא אם תפס אין מוציאים מידו, ודלא כשיטת הרא"ש דאם תפס מוציאים מידו, והקשה עליו למה נטה מדברי הרא"ש רבו שדרכו לפסוק כשיטתו, וכמו שהקשה בסי' כ' על דברי הטור שדרכו לפסוק כדברי הרא"ש אביו.

וקצת יש לדקדק דהנה לעיל בסי' י"ט אות ב' הביא הש"ך דברי רבינו ירוחם בנתיב י' סוף ח"ב וז"ל: וקרקע לאחד ומטלטלין לאחר בעיא ולא איפשטא שם ואוקי ממונא בחזקתיה עכ"ל, יעו"ש, והש"ך הביא דברי רבינו ירוחם אחר באמצע השיטות דאם תפס אין מוציאים מידו, יעו"ש, ומשמע שהבין בדברי רבינו ירוחם דאזיל בשיטת הרמב"ם, אולם בסימן זה לא הביא הש"ך דברים אלו של רבינו ירוחם בכלל המקומות שפסק דאם תפס אין מוציאים מידו.

והדר מובן על פי הא דאיתא בבבא מציעא (דף ו:) אמר ליה רב המנונא מתניתין היא ספק בכורות אחד בכור אדם ואחד בכור בהמה בין טהורים בין טמאים המוציא מחבירו עליו הראיה ותני עלה אסורים בגיזה ובעבודה והא הכא דאמר תקפו כהן אין מוציין אותו מידו דקתני: המוציא מחבירו עליו הראיה וכי לא תקפו אסורין בגיזה ובעבודה אמר ליה רבה קדושת בכור קאמרת לעולם אימא לך תקפו כהן מוציין אותו מידו ואפילו הכי אסורים בגיזה ובעבודה דקדושה הבאה מאליה שאני, יעו"ש, וכתב רש"י דמתחלה הבין בלשון המשנה דתקפו כהן אין מוציאים מידו, והמוציא מחבירו עליו הראיה משמע בין כהן בין ישראל, ולמסקנא קאמר דלעולם אימא לך גבי בכור דאפילו תקפו כהן מוציאים אותו מידו, ומן הסתם בחזקת ישראל הן, ולעולם הכהן קרוי מוציא מחבירו, יעו"ש.

וכן מצינו בדברי רש"י על הא דאיתא בכתובות (דף כ.) אלא אמר רב נחמן אוקי תרי לבהדי תרי ואוקי ממונא בחזקת מריה, יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: ואוקי ממונא בחזקת מריה בחזקת הלוח ואם קרקע היא תעמוד בחזקת המוכר ודקתני בברייתא אין נאמנים לא דליהוי שטרא מעליא למיגבי ביה אלא דלא קרעינן ליה ואי תפיס מידי והדר אתי האי ותבע מיניה לא מפקינן מיניה דאמרינן אוקי תרי לבהדי תרי וממונא בחזקת היכא דקאי עכ"ל, יעו"ש, ולמד רש"י דחזקת מריה היינו ביד התופס.

ומבואר דהא דאמרינן דאוקי ממונא אחזקתיה, והמוציא מחבירו עליו הראיה, מתפרש בתרי אנפי, או דמוקמינן בחזקת התפוס, כדקאמר רב המנונא, או דמוקמינן בחזקת המרא קמא, כדקאמר רבה, ואם כן אין הוכחה גמורה מדברי רבינו ירוחם שכתב דאוקי ממונא בחזקתיה אם היינו דמוציאים מיד התופס או אם היינו דאין מוציאים מיד התופס, ולכן לא הזכיר הש"ך דבריו אלו בין המקומות שנטה מדברי

הרא"ש רבו.

סימן כג

בו יבוארו דברי הרא"ש בעושה בגפן זה דמיבעי לן אם אוכל בגפן אחרת ולא איפשטא ואם תפס ואכל אין מוציאם מידו, וגם לא מנכים משכרו.

הש"ך הביא דברי הרא"ש בבבא מציעא (דף צא:) וז"ל: איבעיא להו עושה בגפן זה מהו שיאכל בגפן אחר ולא איפשטא הלכך לא אכיל ואי אכיל לא מפקין מיניה ולא מנכי ליה מאגריה דהיינו אפוקי כדאמר לעיל גבי משכנתא עכ"ל, יעו"ש, דכיון דהוי בעיא דלא איפשטא אם יכול לאכול מגפן אחר אינו אוכל, אבל אי תפס ואכל אין מוציאם מיד, דאין מחייבים אותו לשלם מספק, אכן היה אפשר להקשות דכיון דהוי ספק למה ישלם לו כל שכרו מספק, למה לא ינכה כשיעור מה שאכל מגפן האחר, על זה כתב הרא"ש דזה נחשב הוצאה מידו, וכמו במשכנתא.

והיה דמשכנתא היא לעיל שם (דף סז). אמר מר בריה דרב יוסף משמיה דרבא הא משכנתא באתרא דמסלקי אכל שיעור זוזי מסלקין ליה אכל טפי לא מפקין מיניה ולא מחשבינן משטרא לשטרא ובדיתמי אכל שיעור זוזי מסלקין ליה אכל טפי מפקין מיניה ומחשבינן משטרא לשטרא אמר רב אשי השתא דאמרת אכל טפי לא מפקין מיניה אכל שיעור זוזי נמי לא מסלקין ליה בלא זוזי מאי טעמא סלוקי בלא זוזי אפוקי מיניה הוא הוי אבק רבית ואבק רבית אינה יוצאה בדיינין עבד רב אשי עובדא ביתומים קטנים כגדולים, יעו"ש.

ענין המשכנתא הוא שהלואה ממשכן שדהו להמלוה תחת מעות המלוה לזמן קצוב שיאכל פירותיה כל אותו הזמן, בין שהפירות מועטים מסכום מעות המלוה בין שהן מרובים על סכום המעות, ולסוף זמן הקצוב נסתלק החוב בלי שום פרעון, ויש שני סוגי משכנתא, משכנתא דלא מסלקי בזוזי ומשכנתא דמסלקי בזוזי, במשכנתא דלא מסלקי המלוה אוכל פירות כל זמן הקצוב, ואין הלואה יכול לבא באמצע לפרוע חובו ולסלק המלוה מן השדה, ואפילו אם במשך הזמן יאכל המלוה הרבה יותר פירות מסכום מעות המלוה אין בזה שום איסור רבית, וכמו שכתב רש"י בסוף העמוד וז"ל: דאילו אתרא דלא מסלקי שנהגו לאכול המשכונא שנים הקצובות למנהגן ואילו הווי ליה זוזי לא מצי מסלק ליה הכל מודים דכל אותן השנים כמכר הוא אצלו ואי נמי אכל שיעור זוזי לא מסלקין ליה עכ"ל, יעו"ש, וכן מבואר בגמרא לקמן (דף סז:), יעו"ש.

אכן משכנתא דמסלקי בזוזי, כיון שהלואה יכול לפרוע חובו באמצע זמן הקצוב ולסלק המלוה משדהו, אינה כמכר אלא כהלואה, ומה שהמלוה אוכל פירות השדה הוי רבית, אבל כיון דלא נודע מתחילה כמה יאכל, דיכול להיות פחות מן החוב או יותר, אין זה רבית קצוצה אלא אבק רבית שאסור מדרבנן ואינה יוצאה בדיינים.

וכל אלו משכנות הן בנכיתא, דהיינו שהמלוה מנכה מן החוב סכום קצוב לכל שנה, כמו שכתב רש"י לקמן (דף סז:) בד"ה בנכיתא, יעו"ש, אבל משכנתא בלא נכיתא, דהיינו שבסוף זמן המשכנתא עדיין יכול המלוה לגבות כל חובו, הרי זה רבית קצוצה ויוצאה בדיינים.

ונחלקו רבא ורב אשי אם הלוח יכול לסלקו למלוח בלא זוזי אחר שאכל פירות כשיעור החוב, רבא ס"ל דיכול לסלקו בלא זוזי, ופירש רש"י דבריו וז"ל: אכל כשיעור זוזי כפי מה שנמכרין הפירות בשוק ובא הלוח לפנינו ותבע ואמר איני רוצה שיאכל פירותי ברבית ישומו פירות שאכל ויטלם בחובו אילו הווי לי זוזי לא מסלקין ליה השתא נמי פירי אכל זוזי ידי ניהו מסלקין ליה ואף על גב דאבק רבית הוא ואינה יוצאה בדיינין הני מילי לבתר דשקליה אבל זה זריז הוא ואינו מניחו לאכול אלא כדי הקרן אכל טפי לא מפקין מיניה דאבק רבית הוא ואינה יוצאה בדיינין וביתומים - אם שדה זו של יתומים היא אכל טפי מפקין מיניה שבית דין שבעיר אביהן של יתומים והרי הם שליטים לעשות משפט והם לא מחלו על העודף שאכל והווי ליה כמאן דסלקה משעתא דאכל שיעור זוזי עכ"ל, יעו"ש.

והנה פירות ראשונות שאכל כשיעור החוב אין עליהן תורת פרעון, דאם כן גם אם לא היה זריז לבא מיד כשהגיע לשיעור הזה יסולק המלוח מן השדה, ומה שאכל אחר כך גזילה היא בידו ונוציאה ממנו, וגם מוכח דאין עליהן בעצם תורת אבק רבית, דאם כן היאך יכול הלוח לתבוע שישומו פירות שאכל המלוח ויטלם בחובו, דהא אילו הווי ליה זוזי היה מסלק ליה השתא נמי פירותיו אכל וזוזי ידיה ניהו, כמו שכתב רש"י, הלא פירות שאכל אינן זוזי ידיה אלא אבק רבית.

וצריך לומר דבעצם ראוי פירות ראשונות לפרעון, אלא דכיון שמסר לו המשכנתא לזמן קצוב, והניח לו לאכול פירות כל אותו הזמן, הרי הוא כמוחל למלוח לעכבם בידו בתורת אבק רבית, אבל אם בא באמצע ותבע למלוח שיקבל הפירות תחת מעותיו, הרי גילה דעתו שאינו מוחל לו, וחזרו להיות תחת החוב, וכן מדויק ממה שכתב רש"י דביתומים לעולם פירות ראשונות הן תחת החוב מפני שבית דין אביהם של יתומים והם לא מחלו למלוח שיאכל יותר מכנגד חובו, ולעולם הוי כמי שגילה דעתו שאינו מוחל, כנ"ל.

ומבואר דבלוח עצמו שמסר לו המשכנתא מדעתו נקטינן שמחל לו כל זמן שלא בא ותבע למלוח שיקבל הפירות תחת מעותיו, ואם היה זריז נסתלק המלוח מיד כשהגיעו הפירות לשיעור הזה, ומה שאכל אחר כך גזילה היא, ומוציאים מידו, אבל אם לא היה זריז אינו יכול לתבוע מן המלוח הפירות שאכל אחר שהגיעו הפירות לשיעור החוב, דכל העודף הוי אבק רבית, שהרי אכל אותם בתורת אבק רבית, ואינן יוצאות בדיינים. ורב אשי קאמר דאינו יכול לסלקו בלא דמים, דהיינו אפוקי, ופירש רש"י דבריו וז"ל: לא מסלקין ליה בלא זוזי עד שיתן לו כל שיעור מעות הלואתו וכיון דכי אכלינהו להך לאו בתורת פרעון אכלינהו הווי ליה אבק רבית משעת אכילה ואינה יוצאה בדיינין וכי סלקוהו משדה זו בלא זוזי אפוקי מניה אבק רבית שאכל הוא וכו' עכ"ל, יעו"ש, ויש לעיין בדבריו דאם פליג עליה דרבא משום דס"ל שהפירות מתחלה נאכלו בתורת אבק רבית ולא בתורת פרעון אלא, אם כן למה צריך לטעמא דאינו יכול לסלקו בלא זוזי משום דהוי אפוקי, וחכמים תיקנו דאבק רבית אינה יוצאה בדיינים, הלא בעיקר אינו יכול לסלקו בזוזי, שהרי נאכלו בתורת אבק רבית ולא היה כאן פרעון כלל, ואם

רוצה לסלקו צריך לפרוע חובו.

אלא מבואר דגם רב אשי מודה לסברא דרבא שהלוח יכול לגלה דעתו שאינו מוחל לו להניחו לאכול בתורת אבק רבית, אלא רצונו שיאכל בתורת פרעון, אולם אם נניחנו לעשות כן הוה ליה אפוקי, דקודם שהלוח בא לסלק המלוה וגילה דעתו שאינו מוחל, ולא ניחא ליה באבק רבית, נקטינן אכל הפירות בתורת אבק רבית, והשתא שבא הלוח נהפכה האכילה מאבק רבית לפרעון, וקאמר רב אשי דהא גופא דהלוח מהפך דין האכילה מתורת אבק רבית לסילוק חובו נחשב שמוציא ממנו האבק רבית, ואע"פ שבעצם יש לו הכח לעשות כן, אמנם אמרו חכמים דאבק רבית אינה יוצאה בדיינים, ורבא לית ליה סברא דרב אשי, אלא ס"ל דכיון שגילה דעתו שאינו מוחל אין זה נחשה אפוקי, ואע"ג דבשעת האכילה היינו אומרים שאוכל בתורת אבק רבית.

ולדברי רב אשי אין נפקא מינה בין הלוח עצמו שבא לסלק המלוה, וכן יתומים גדולים, לבין יתומים קטנים שבית דין מסלקים המלוה, וכדאמרינן בגמרא עבד רב אשי עובדא ביתומים קטנים כגדולים, ופירש רש"י וז"ל: ואף על גב דאכל שיעור זוזי לא מסלקינן ליה דקסבר מתחילת אכילתו אבק רבית הוא ואין כח בדיינין להוציאו עכ"ל, יעו"ש, דגם בית דין אין להם יכולת לאפוקי.

ובהא דקאמר רבא דלוח שבא לסלקו למלוה לא מחשבינן משטרא לשטרא כתב רש"י וז"ל: אם חייב לו מעות בשטר אחר אין העודף בזה שאכל פרעון לחוב השטר האחר דהאי אפקינן מיניה הוא עכ"ל, יעו"ש, והיינו דהיה אפשר לומר דלא נחשב אפוקי אלא כשבא לבית דין לגבות האבק רבית מן המלוה, אבל אם מעכב בידו מעות שחייב לו מחמת שטר מלוה אחר כנגד העודף שהמלוה אכל אין זה נחשב אפוקי, לזה קאמר דאין מחשבים משטר לשטר, וביתומים מחשבים, שהרי המלוה נסתלק מיד כשאכילתו הגיעה לשיעור מעות החוב, כמ"ש, וכל העודף הוי גזילה בידו, ויכול לגבות ממנו בבית דין, דאין זה אפוקי דאבק רבית, ואין צריך לומר שיכול לעכב בידו מעות שחייב לו מחמת שטר מלוה אחר, אולם רב אשי לא הזכיר ענין אין מחשבים משטר לשטר, דלדידיה אין שום חידוש בזה, דהא לעולם אינו יכול לסלקו אלא בזוזי, כן היא שיטת רש"י בסוגית הגמרא.

וכתב הרא"ש דכי היכי דלנכות מחובו כנגד אבק רבית נחשב הוצאה בדיינים, כמו כן לנכות משכר הפועל כנגד מה שתפס בספק הוי כהוצאה מידו, ולכאורה אינו דומה, דהתם ליכא ספק, אלא דין הוא דאבק רבית אינו יוצאה בדיינים בשום אופן, לא העודף על החוב, ולא כנגד עצם החוב, אבל הכא הוי ספיקא דסלקא בתיקו, ואם הפועל אכל מספק הרי ממילא יש להסתפק אם כבר נפרע לו מקצת שכירותו, ולמה ישלם בעל הבית מספק, וזוהי קושיא שניה שהקשה הש"ך לקמן סי' ל"ח, יעו"ש, ועיימש"נ בהגהות.

עוד עיין בפלפולא חריפתא אות ל' שהקשה על דברי הרא"ש מהא דפסק לעיל כדברי רבינו אפרים דלא אמר כל סלוקי בלא זוזי אפוקי הוא אלא במשכנתא דהוי

לגמרי ברשות המלוה ואין הלוח יכול לסלקו ממנו כל זמן שלא פרע חובו, והרי זה כמי שגבה חובו, ולפיכך אם נסלק אותו בלא זוזי הוי כאפוקי, אבל אם הלוחו ואחר כך נתן לו רשות לדור בחצרו, דיכול הלוח לסלקו מן הבית בכל עת שירצה שפיר מנכה לו אגר ביתו, ולא נחשב כאפוק מיניה, והרא"ש הסכים לדבריו, יעו"ש, ואם כן קשה דהא שפיר יכול בעל הבית לסלקו מגפן אחר ולעכבו שלא לאכול ממנו, דהרי הדבר ספק הוא, ורק דאם תפס לא מפקינן מיניה, ואם כן אינו דומה למשכנתא שאינו יכול לסלקו והוי כגבוי, והניח בצריך עיון.

אלא נראה בביאור דברי הרא"ש דבאבק רבית תיקנו חכמים שאינו יוצא בדיינים, ואם הלוח מעכב ממנו ואינו משלם חובו הרי זה נחשב כאילו הוציא האבק רבית בדיינים, והוא כנגד מה שתיקנו שאין להוציאו בדיינים, וכמו כן בהא דמספקא לן אם הפועל יכול לאכול מגפן אחר תיקנו חכמים דאם תפס אין מוציאים מידו, ומההיא דמשכנתא מבואר דלעכב ממנו בידו ולא לשלם חובו נחשב כמוציא ממנו, והרי זה כנגד מה שתיקנו דאבק רבית אינו יוצאה בדיינים, וכמו כן אם היה מעכב מקצת השכירות בידו, אע"פ שהוא עושה כדין, הרי זה נחשב כהוצאה ממנו בדיו, ואם תיקנו חכמים שאין להוציא מן התופס, גם ניכוי מן השכירות הוי כנגד התקנה, אבל אם חזר בעל הבית ותפס מן הפועל היינו דנים גם לו דתפיסתו הועילה ואין מוציאים מידו, ועיין מה שכתה הש"ך לקמן שם בסי' ל"ח, יעו"ש.

ומיושב לפי זה קושית הפלפולא חריפתא, דבודאי ליכא דמיון יסודי בין אבק רבית לתפיסה בגפן אחר, כמש"נ, דבאבק רבית אמרינן דאם מנכים לו מחובו הרי זה נחשב כאפוקי ממנו, ואע"ג דמצד עיקר הדין לא נטל ממנו כלום, כמש"נ, וס"ל לרבינו אפרים דאין לאסור הוצאה ממנו על ידי ניכוי אלא במשכנתא דהוי כגבוי, אבל בהלוחו ודור בביתו לא איכפת לן אם הוי כאפוקי כיון דלא הוי כמי שכבר גבוי בידו, ולא תיקנו חכמים דאבק רבית אינו יוצא אפילו על ידי ניכוי אלא במשכנתא, אבל באוכל מגפן אחר תיקנו חכמים דתפיסה מספק הועילה ואין מוציאים מידו, כמש"נ, ואם מנכה לו מחובו הרי זה נחשב כאילו הוציא ממנו בדיו.

כתב הרמב"ם פ"ב שכירות הל"י וז"ל: והעושה בגפן זו אינו אוכל בגפן אחרת וכו' ולא יהיו בניו או אשתו מהבהבין לו השבלין באור וכו' עכ"ל, יעו"ש, וכתב הלחם משנה וז"ל: בהשגות א"א בעיא דלא איפשטא וכו', ומכל מקום קשה על רבינו בין הכא ובין התם אמאי לא כתב דאם אכל הפועל אין מוציא ממנו כדרכו בכל תיקו האמור בגמרא, דאפשר למיטעי בדבריו ולומר דאם אכל חייב לשלם וכו' עכ"ל, יעו"ש, והרי הרא"ש כתב להדיא דאם תפס ואכל אין מוציאים מידו, כנ"ל, וכן הביא הש"ך בשם הטור סי' של"ז, ואם כן קשה למה השמיט הרמב"ם דין זה, והלא בכל ספיקא דדינא פסק הרמב"ם דאם תפס אין מוציאים מידו.

ונראה דמה שהפועל יכול לאכול מן הגפן שעליה הוא עובד אין זה זכות ממון לו, ואם בעל הבית יעכבו מלאכול אין זה נחשב שהזיקו, ואין הפועל יכול לתובעו לבית דין

שישלם לו הפסדו, אלא מצוה על בעל הכרם שיניח להפועל לאכול מן הגפן, וכמו שכתב הרמב"ם בהלי"ד שאוכלים משל שמים, וכמו שמבואר בבבא מציעא (דף צב.), יעו"ש, והיינו מכח מצוה המוטלת על הבעלים, ולא משום זכות ממון כמו במתנות כהונה ועניים, ואם כן הספק אם אוכל מגפן אחרת אינו ספיקא דממונא אלא ספיקא דאיסורא, אם מותר לו לאכול או אסור לו לאכול, וספיקא דאורייתא לחומרא, ואסור לו לאכול מגפן אחרת, ואם עבר ואכל הרי הוא גזלן וצריך לשלם, אבל הרא"ש ס"ל דאע"ג דמסיק בגמרא דפועל אוכל משל שמים, אין הכונה שזוהי מצוה המוטלת אקרקפתא דבעל הבית, אלא הוי נמי חובה ממונית עליו, ואין זה כמו מצות צדקה אלא כמתנת עניים, כמו שכתב שם רש"י, יעו"ש, ולפי זה מה שכתב שם לדידיה זכי ליה רחמנא בצדקה וכו', יעו"ש, היינו דמשום צדקה זכה בזכות ממון כשהגיע לידו, והספק הוא ספיקא דממונא דלא איפשטא, ואם תפס אין מוציאים מידו.

והקשה הש"ך וז"ל: יש לתמוה למה פסקו הרא"ש וטור ורבינו ירוחם כאן דאי אכיל לא מפקינן מיניה, הלא סבירא להו דבבעיא דלא איפשטא אין תפיסה מועילה, וכמש"נ לעיל בסי' י"ח ובסי' כ', ודוחק לומר דשאני הכא כיון דהיה לו רשות לאכול מגפן אחר אם כן לא הפסיד הבעל הבית מידי, דמי לא עסקינן נמי שהגפן שאכל היה שוה יותר מהגפן שהוא עושה בו מלאכה, וגם דוחק לומר דהתם מיקרי תפס ברשות, דהא ודאי כיון דלא היה לו רשות לאכול כי אם בגפן שהוא עושה הוה ליה כתפס שלא ברשות עכ"ל, יעו"ש.

ויש להבין מאי סלקא דעתיה לומר דאין מוציאים מידו משום שלא הפסיד בעל הבית מידי, והש"ך בעצם היה ניחא ליה בזה, אלא שדחה אותה מפני מי לא עסקינן וכו', ואמאי לא הפסיד מידי, והלא בודאי אם עשה לו איזה היזק בשעה שהיה יכול לאכול מן הגפן חייב לשלם לו, ולא אמרינן שבעל הבית לא הפסיד מידי הואיל והיה יכול באותה שעה לאכול ענבים מן הגפן כשיעור ההיזק שעשה לו, ועוד דאם זה נחשב שלא הפסיד לבעל מידי, למה כתב הרא"ש דאין מנכים לו משכרו משום דניכוי הוי כאפוקי כמו במשכנתא, כנ"ל, וכי למה ינכה לו משכרו הא לא הפסיד מידי, גם יש להבין הא דסלקא דעתיה לפרש דברי הרא"ש דאכילה מגפן אחרת נחשבת תפיסה ברשות, והש"ך דחה גם סברא זו דלפי מה דלא היה לו רשות לאכול כי אם בגפן שהוא עושה אין זו תפיסה ברשות, אכן מעיקרא מאי סלקא דעתיה.

ונראה דהנה בספיקא דדינא אין החזקת מרא קמא מכרעת כלום בהספק, דאם הממון בספק מחמת טענותיהם, או מחמת ספק במציאות כגון מחליף פרה בחמור, מניחים הממון ביד המרא קמא משום דאמרינן כי היכי דהיה שלו מקודם עדיין הוי שלו, ואין חוששים שיצא מרשותו אלא על ידי ראיה, והחזקה מכרעת הספק, אבל בספיקא דינא אין החזקת מרא קמא אומרת כלום לגבי הספק, אלא הא דאין מוציאים מיד המרא קמא הוא משום שהוא תפוס בה, ולמה נוציאו מידו מספק. ומן הסברא היה צריך להיות הדין דאם תפס האחר אין מוציאים מידו, דהרי

השתא התופס הוא שתפוס בה, ולמה נוציאנו מידו מספק, וטעמא דמאן דאמר דאם תפס מוציאים מידו היינו משום תקנת חכמים, דאין בית דין מניחים חטיפות, כמו שכתב הנמוקי יוסף בבבא מציעא (דף ו.), יעו"ש, ומשום הכי מניחים הממון ביד המרא קמא שהוא היה תפוס בה ראשון, ואין האחר רשאי לחטוף ממנו.

ולפי זה מה שכתב הש"ך בשוב הראשון לדברי הרא"ש, דהכא אין מוציאים מידו משום דבעל הבית לא הפסיד מידי, אין כונתו דאין לחייבו בשביל כך, וליכא אפילו ספק, אלא כונתו דזהו יוצא מן הכלל של התקנה דבספיקא דדינא אם תפס מוציאים מידו כדי שלא יהיו בני אדם חוטפים זה מזה, ואף אם בדרך כלל אמרינן דתפיסה אינה מועילה מוציאים מידו, הכא אמרינן דתפיסתו מועילה, ויכול לתפוס הממון מספק, ואין מוציאים מידו.

והיינו טעמא דכיון דאיכא בעצם מצות צדקה על בעל הבית להניח לפועלו לאכול בשעת מלאכתו, ודומה ללא תחסום שור בדישו, ואכן ממצוה זו יוצא זכות ממון להפועל בהפירות, והזכות היא בהמין שהוא עובד בו, ואם עובד בגפנים אינו אוכל תאנים, ואפילו אם נכרך זמורה של תאנה בהגפן, כמו שמבואר שם, ומיבעי ליה אם נכרך זמורה של גפן אחר בגפנו אם אוכל ממנה מפני שהוא ממין שעובד בה, או אם אינו אוכל מפני שאינה ממה שהוא עובד, יעו"ש, כל הבעיא היא לענין הזכות ממון של הפועל, דאם אין לו זכות בגפן אחר אינו רשאי לאכול ממנה אם לא שנתן לו בעל הבית רשות, אבל מצד עצם המצות צדקה אין לחלק ביניהם, והיה אפשר לומר דכיון דבאכילת גפן אחר איכא בעצם קיום המצות צדקה של בעל הבית, אם כן לא הפסיד בעל הבית מידי במה שאכל, ואם כן אין תפיסה זו כחטיפה שתיקנו חכמים שלא לחטוף, ואין להוציא ממנו כנגד מה שאכל מספק, ונשאר הדבר בספק, וכיון שכבר אכל מגפן אחר, והוא תפוס במה שאכל, לא נוציאנו מידו מספק, ואין התקנה דאם תפס מוציאים מידו שייכת בכהאי גוונא.

ואולם עדיין היה אפשר לומר דמנכים לו משכרו, דהא בעל הבית תפוס בשכרו, ואם אכל שלא כדין ראוי לנכות לו משכרו, ואם כן מספק לא נוציא השכירות המוטלת בספק מיד בעל הבית שהוא תפוס בה, וקאמר הרא"ש דגם אין מנכים לו משכרו, דניכוי הוי אפוקי, כמו שמצינו במשכנתא, כמשי"נ, ואם אוכל מגפן אחרת הוי יוצא מן הכלל דתקנה דאם תפס מוציאים מידו, גם אין לנכות לו משכרו, דהכא הדין הוא דאין מוציאם.

והש"ך בעצם הסכים לסברא זו דבכהאי גוונא לא נתקנה התקנה דאם תפס מוציאם מידו, אבל דחה תירוץ זה משום דמי לא עסקינן שהגפן שאכל שוה יותר מהגפן שעושה בו, ואם כן מגיע לבעל הבית הפסד במה שנשתנה אופן האכילה, ולא מסתברא שחכמים יניחו לו לתפוס אם הפסיד בעל הבית.

וגם תירוץ שני שהביא הש"ך מתבאר לפי זה, דהיה אפשר לומר דכיון דבעל הבית מקיים המצות צדקה גם אם אכל הפועל מפירות שאין לו בהם זכות ממון הרי זה נחשב לו כתפיסה ברשות, ואינו כשאר חטיפות במקום ספק שאם אין לו זכות ממון בו

הרי חטיפתו גזילה גמורה, אבל הכא נהי דעל הצד שאינו אוכל בגפן אחר אסור לו לאכול, ואם אכל צריך לשלם, מכל מקום אין תפיסתו נחשבת כשאר חטיפות כיון שבעל הבית מקיים בה מצוה, ולכן מספק אין מחייבים אותו לשלם, וגם זו דחה הש"ך, דסוף סוף אסור לו לתפוס, ואין להחשיב תפיסתו כתפיסה ברשות.

ועדיין צריכים לבאר דברי הרא"ש דסלקא דעתן דאע"ג דאין מוציאים מידו מה שאכל מגפן אחרת יכול בעל הבית לנכות כנגד משכורתו, ולמה יוכל לעשות כן, הרי בעל הבית חייב בשכרו והפועל פטור לשלם בשביל מה שאכל, והגה עצמך, אם בשעה שהפועל עבד אצל בעל הבית אירע ספיקא דדינא אחר לגמרי אם נתחייב לבעל הבית דדינו דאם תפס אין מוציאים מידו, והפועל תפס, וכי יעלה על הדעת דגם בזה נאמר דבעל הבית יכול לנכות לו משכרו, והלא אין על הפועל שום חיוב לבעל הבית.

ונראה לבאר דבריו על פי הא דאיתא בכתובות (דף ק.) אתמר שנים שהוציא שטר חוב זה על זה רב נחמן אמר זה גובה וזה גובה רב ששת אמר הפוכי מטרתא למה לי אלא זה עומד בשלו וזה עומד בשלו דכולי עלמא עידית ועידית בינונית ובינונית זיבורית וזיבורית ודאי הפוכי מטרתא הוא כי פליגי וכו', יעו"ש, ויש להסתפק בדין הפוכי מטרתא למה לי אם היינו דהחובים מבטלים זה את זה, ובמקום שאין נפקא מינה בדבר לא זה חייב לזה ולא זה חייב לזה, או דלמא אין החובים מבטלים זה את זה, ושניהם עדיין עומדים בחיובם, אלא שאין להטריח בית דין להפוכי מטרתא בדבר שלא יצא מזה נפקא מינה, ודנים להם שזה יעמוד בשלו וזה יעמוד בשלו.

ויש לומר דענין זה תלוי באם החובים שייכים זה לזה בשום אופן, דאם אין להם שום שייכות זה לזה אינם מבטלים זה את זה, אבל אם שייכים אהדדי הם מבטלים זה את זה, והתם בשנים שהוציא שטר חוב זה על זה אין לשני חיובים אלו שום קשר ביניהם, ומסתברא דאינם מבטלים זה את זה, ובכהאי גוונא הדין הוא שאין להטריח בית דין בגביות שאין בהן שום נפקא מינה למעשה, וכן משמע לשון הפוכי מטרתא למה לי, אבל באוכל מגפן אחרת הרי החיוב שכירות וזכות הפועל לאכול הם בחדא מסגרת, ואם אכל מגפן אחרת הרי הנידון הוא אם זה מגיע לו עודף על שכירותו, ובכהאי גוונא מסתברא דאם אין לו לאכול מגפן אחרת הרי חיוב הפועל מבטל כנגדו בחיוב שכירות המוטל על הבעל הבית, ואם כן איכא ספק בעצם חיוב השכירות, והמוציא מחבירו עליו הראיה, וינכה לו משכרו, ומכל מקום אינו יכול לנכות משום דזה נחשב אפוקי, והרי התקנה היא דאין מוציאים מידו, כמש"נ.

סימן כד

בו יבואר קושית הב"ח על דברי הראב"ד דאין תפיסה מועילה בספיקא דקנס מפני שאין החיוב חל לפני העמדה בדין, ואם כן גם בודאי קנס לא תועיל לו תפיסתו.

הש"ך הביא דברי הב"ח בסי' ש"ן שכתב וז"ל: אבל דעת הרא"ש כדעת הראב"ד דקנס שאני דאין אדם זוכה בו עד שעת העמדה בדין, כן כתב הבית יוסף, וצריכים לעיין דאם כן אפילו ליכא ספק לא ליהני תפיסה בקנס כיון דלא זכה בו אלא בשעת העמדה בדין, וכיון דלהרא"ש מהני תפיסה בקנס, כמו שכתב הטור בסוף סי' שמ"ט, אם כן לפי זה גם בספק נימא דאי תפס לא מפקינן מיניה עכ"ל, יעו"ש.

והקשה עליו הש"ך וז"ל: הגם שדברי הב"ח אלה תמוהים בעיני וכדומה שלא הבין דברי הראב"ד, דפשיטא דגם הראב"ד מודה דבודאי קנס אי תפס לא מפקינן מיניה, כיון שהבית דין היה מחייבו בודאי אלו היו רשאים לדון דיני קנסות, אם כן הוא יכול לתפוס לעצמו ולמיעבד דינא לנפשיה והוא כאלו עמד בדין במקום שרשאים לדון דיני קנסות, רק דבספק קנס כיון שגם הבית דין לא היו יכולים לחייבו שהרי לא היו יכולים לגמור הדין ולחייבו כיון שהוא ספק אצלם אם כן היאך יזכה הוא בקנס, והרי הקנס אין אדם זוכה בו אלא כשעמד בדין, ואם כן כיון שספק הוא אצלם לא היה אפשר לזכות בו כלל אפילו היה עומד בדין, וזה ברור ומדוקדק בלשון הראב"ד והרב המגיד למעיין שם כן נראה לי ברור עכ"ל, יעו"ש.

אולם נראה דהא דעביד איניש דינא לנפשיה לא נחשב כגמר לפעול יצירת החיוב, דלזה בעינן מעשה בית דין, ורק בחיובי ממון שהחיוב חל מיד וקיים בשעת תפיסתו, ולא מוטל על הבית דין אלא לבררו, ואין הבית דין היוצרים של החיוב אלא המבררים, בזה אמרינן דעביד איניש דינא לנפשיה, דכיון שהדבר ברור אצלו יכול לתפוס בלי לבא לבית דין, אבל אין כח ביד כל אדם לעמוד במקום בית בחיובי קנס ולפעול יצירת החיוב, שהרי גם פסולים להעיד ולדון יכולים לעבוד דינא לנפשיהו, ולכן הקשה הב"ח דגם במקום ודאי חיוב קנס לא תועיל לו תפיסתו כיון שלא היה עדיין העמדה בדין, ועיימש"נ בהגהות לסי' ד' דתקנת תפיסה בודאי חיוב קנס היא דבבבל החיוב חל מיד.

סימן כה

בו יבואר למה הש"ך לא הביא בכלל הקושיות שבסימן זה גם קושיתו דדברי הרא"ש
סותרים למה שכתב בבעיא דגפן דאם תפס אין מוציאים מידו.

הש"ך דקדק בדברי הרא"ש שכתב גבי בעיא דשינוי לצרורות וגבי בעיא דהתיזה
במקום שאי אפשר לה אלא אם כן התיזה וגבי בעיא דכשכשה באמתה דאם תפס
מוציאים מידו, ובבעיא דמתגלגל כתב דלא איפשטא ואזלינן לקולא, ולמה לא כתב
דאם תפס מוציאים מידו, וכן בבעיא דבור תשעה ומהן טפח מים כתב דלא מחייבין
ליה, ולמה לא כתב דאם תפס אין מוציאים מידו, וכן בכמה בעיות דסלקי בתיקו למה
לא הזכיר דתפיסה אינה מועילה, ודוחק לומר שסמך עצמו על מה שכתב בריש פרק
כיצד הרגל, יעו"ש.

ובריש סי' כ"ו כתב הש"ך וז"ל: ועוד הוה קשיא להו להטור ורבינו ירוחם דברי
הרא"ש דפרק הפועלים שהבאתי לעיל סי' 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 שבש"ס אי תפס לא מפקינן מיניה וכו' עכ"ל,
יעו"ש, וקושיא זו חזקה מכל הקושיות שהקשה מבעיות דסלקי בתיקו שהרא"ש סתם
ולא פירש דאי תפס מפקינן מיניה, דהרי בבעיא דגפן כתב בפירוש דאם תפס לא
מפקינן, והרי זה סותר למה שכתב בבעיא דשינוי לצרורות דאם תפס מפקינן, ומתחילה
היה לו להש"ך להקשות סתירה בדברי הרא"ש ואחר כך להקשות מכל הני מקומות
שהרא"ש סתם ולא פירש לא כן ולא כן.

ולא עוד אלא דאילו היה מקשה תחלה שדברי הרא"ש סתרי אהדדי גם כל
הקושיות משאר המקומות היו קשים טפי, דאם במקום אחד תפיסה מועילה ובמקום
אחר אין מועילה, יהיה מאיזה טעם שנחלק, בודאי היה מוטל על הרא"ש בכל הבעיות
לפרש אם דינו כההיא דתפיסה מועילה בה או כההיא דאין תפיסה מועילה בה, ולא
היה אפשר בכלל לדחוק דסמך על מה שכתב בפרק כיצד הרגל דתפיסה אינה מועילה,
דמנא ידעינן לילך בתר מה שכתב בפרק כיצד הרגל, דלמא צריכים לילך בתר מה שכתב
בפרק הפועלים דתפיסה מועילה.

ואפשר לומר שלא הקשה מיד שיש סתירה בדברי הרא"ש משום שיש ליישב
בדוחק דשאני התם דלא הפסיד בעל הבית מידי, אי נמי דשאני התם דהוי תפיסה
ברשות, כמו שכתב בסי' כ"ג, יעו"ש, ואע"פ שהש"ך שם דחה שני ישובים אלו, לא היה
ניחא ליה להכניס קושיא זו בכלל עיקר קושיותיו על דברי הרא"ש.

ולמסקנת דברי הש"ך בסי' כ"ו דאע"ג דסתם בכל הבעיות באמת ס"ל דאם תפס
אין מוציאים מידו יש להעיר למה פירש גבי בעיא דגפן דאין מוציאים מידו ובשאר
מקומות סתם, ויש לומר דהוצרך לפרש משום מה שחידש דגם אין מנכים לו משכרו,
דניכוי הוי אפוקי.

סימן כו

בו יבואר ישוב הש"ך לדברי הרא"ש שפסק בבעיות דכיצד הרגל לענין פלגא נזקא קנסא דאם תפס מוציאים מידו, ובשאר בעיות דסלקי בתיקו לא פירש דמוציאים מידו.

כתב הש"ך וז"ל: על כן נראה דודאי לא בא הרא"ש להשיג על דברי הסוברים בכל תיקו שבש"ס אי תפס לא מפקינן מיניה דאם כן אמאי קבע הרא"ש דבריו דוקא בפרק כיצד הרגל בהך בעיא דצורות וכו' ואין לומר משום דבפרק כיצד הרגל מוכח מהרי"ף דס"ל הכי להכי כתב כן להשיג עליו דהא כתב הרא"ש שם אחר כך ולרבותינו האומרים דכל תיקו אי תפס לא מפקינן מיניה וכו' משמע דיש רבותינו בלא הרי"ף דס"ל בהדיא הכי בכל תיקו ואם כן הוה ליה להביא דבריהם באיזה מקום אחר ולהשיג עליהם וכו' עכ"ל, יעו"ש.

והיינו דהרי"ף לא כתב בשום מקום דבספיקא דדינא אי תפס לא מפקינן מיניה, אלא דדייק הרא"ש דכן ס"ל להרי"ף ממה שהשמיט הבעיות דריש פרק כיצד הרגל לענין פלגא נזקא קנסא דסלקי בתיקו, ולמה השמיטם, על כרחך משום דבזמן הזה אין שום נפקא מינה בהן, דהא אין דנים דיני קנסות בבבל, ורק דאי תפס אין מוציאים מידו, ואם בספיקא דדינא אין תפיסה מועילה, הרי מוטל על הבית דין להוציא מיד התופס, ואין זה נחשב דנים דיני קנסות בבבל, אלא מבואר דס"ל להרי"ף דבספיקא דדינא אם תפס אין מוציאים מידו, ולכן אין שום נפקא מינא בהנך בעיות, דהא אפילו אם תפס אין מוציאים בידו, כמו בכל ספיקא דדינא, והשיגו הרא"ש דהא בספק בכור אם תפס כהן מוציאים מידו, אבל בשאר הבעיות דסלקי בתיקו לא ראה להשיג כיון דהרי"ף סתם בהן ולא פסק להדיא דאם תפס לא מפקינן מיניה, אכן לא יתיישבו בזה דברי הרא"ש, שהרי הזכיר דברי רבותינו דאית להו להדיא בשאר מקומות דאם תפס לא מפקינן מיניה, ולמה לא השיג הרא"ש על דבריהם מספק בכור דאם תפס כהן מוציאים מידו.

לכן כתב הש"ך ליישב דברי הרא"ש וז"ל: אלא ודאי נראה משום דס"ל להרי"ף ורבותינו בכל תיקו שבש"ס 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 וכו', לכן לא היה באפשרי להרא"ש להשיג על הרי"ף ורבותינו בשום מקום אחר וכו', דהא טעם גדול יש לחלק בדבר ולומר דדוקא בספק בכור, כיון דאפילו היה ודאי בכור לא היה יכולת ביד בית דין לכופו ליתנו לו, שהרי רשות ביד בעלים ליתנו לכל כהן שירצה, והלכך אינו יכול לתפוס מספק וכו' ועל כן לא השיג הרא"ש בשום מקום אחר על רבותינו דס"ל בתיקו מועילה תפיסה, רק בפרק כיצד הרגל גבי יש שינוי לצורות דס"ל להרי"ף דתפיסה מועילה, והתם אע"ג דאם היה הדין ברור לא היה יכולת לבית דין לכופו ליתן לו וכו', דהא פלגא נזקא קנסא וכל קנס אין דנים בזמן הזה וכו' עכ"ל,

יעו"ש, ויסוד הדברים הוא דהרא"ש לא השיג על שיטת הרי"ף ורבותינו בכל המקומות דבתיקו תפיסה מועילה, שהרי בכל בעיות אלו דלא איפשטו, אילו היה הדבר ברור מצד הדין כתביעת התופס היו בית דין מוציאים ונותנים לו, השתא נמי אהני תפיסתו להחזיקו בידו, והדבר צריך ביאור.

אולם יש לדקדק בדברי הש"ך, למה הוצרך לכל אריכות הדברים בגדרי הפסק בפוסק שבא להשיג על דברי קדמון, ולמה לא קאמר בפשיטות דהרא"ש פליג על דברי הרי"ף גבי ספיקא דדינא דקנסא, וס"ל דאם תפס מוציאים מידו, דהא אין דנים דיני קנסות בבבל, כמש"נ, ואפילו היה הדבר ברור לבית דין לא היו דנים בו כיון שהוא קנס, אבל בשאר בעיות דסלקי בתיקו הרא"ש מסכים לדבריהם דתפיסה מועילה, דהא אילו היה ודאי היה בית דין מוציאים לו, השתא נמי יכול לתפוס, ולפי זה היו דברי הרא"ש מבוארים, ולמה הוצרך ליכנס לגדרי הפסק, וחלא בכמה מקומות מצינו שהרא"ש פליג על דברי הרי"ף.

אלא ביאור הדברים הכי הוא, דהוקשה לו להש"ך דאם הרא"ש הסכים לשיטת הרי"ף ורבותינו בכל הני בעיות דאם תפס לא מפקינן מיניה, ורק בספיקא דקנס או ממון שאין לו תובעים אמרינן דאם תפס מוציאים מידו, למה לא כתב כן להדיא, כמו שמצינו שהרמב"ם כמעט בכל הבעיות דסלקי בתיקו כתב דאם תפס אין מוציאים מידו, והבין הש"ך דהרא"ש לא היה לו שיטה מוחלטת בענין זה אם תפיסה מועילה אם לא, אכן השיג על הרי"ף שפסק דבספיקא דדינא דקנס אם תפס אין מוציאים מידו, ומאי שנא מספק בכור דאם תפס מוציאים מידו, ולכן פסק הרא"ש דבספיקא דדינא דקנסא מוציאים מידו כמו שמצינו דמוציאים מכהן שתפס ספק בכור, אבל אין להקשות על שיטת הרי"ף ורבותינו בשאר בעיות דסלקי בתיקו, דהא הם ממון ולא קנס, כמש"נ, ואין להוכיח מספק בכור דבכל אלו נמי דאין תפיסה מועילה, אולם מעצמו לא היה להרא"ש בזה שיטה מוחלטת, ולכן לא כתב מידו, ולא נחית לענין תפיסה לפסוק לא דמוציאים ולא דאין מוציאים, אבל בבעיות דקנס פסק דמוציאים מידו מחמת חומר קושיתו מספק בכור.

ויש לדקדק דהלא היה אפשר ליישב דברי הרא"ש לפי סברת הראב"ד, ובדרך שהש"ך יישב דבריו לפי סברתו, והיינו לומר דהרא"ש מסברת עצמו לא היה בטוח בדין ספיקא דדינא אם מוציאים מידו או אין מוציאים מידו, ומשום הכי בכל הבעיות דסלקי בתיקו שתק ולא אמר מידי, ורק בספק בכור ס"ל דמוציאים מידו, דכיון דהוי ממון שאין לו תובעים אין הכהן בעל דבר לתפוס, ועיימש"נ בהגהות לסי' ה', וגם בבעיות דקנס ס"ל דמוציאים מידו כיון דקודם העמדה בדין ליכא חיוב, כמש"נ, אבל בשאר כל ספיקא דדינא מספקא ליה, ולא כתב לא כן ולא כן, כמו שכתב הש"ך, ולמה הוצרך הש"ך לחידושו דרק היכא דאילו היה הדין ברור היה יכולת לבית דין לכופו ליתן לו אמרינן דהשתא נמי אם תפס אין מוציאים מידו.

אכן לא יתכן לפרש כן, שהרי הרא"ש הקשה על הרי"ף בבעיות דקנס מהא דכהן שתפס ספק בכור מוציאים מידו, ואם טעמא דמוציאים מידו משום דלא הוי בעל דבר

לתפוס אין להקשות משם על מה שכתב הרי"ף בספיקא דדינא דקנס דאם תפס אין מוציאין מידו, דהא שפיר הוי בעל דבר על תפיסה זו, ואם הרא"ש הקשה על דברי הרי"ף מספק בכור על כרחך היינו משום דס"ל דמשם מוכח דכן הוא הדין בכל ספיקא דדינא, דאם תפס מוציאים מידו, ואם כן קשה למה לא כתב כן הרא"ש בכל שאר הבעיות, כמש"נ, אלא ודאי משום דלא נתברר ליה אם מוציאים או אין מוציאים, אכן בספק בכור הדין הוא דמוציאים מאיזה טעם שיהיה, והקשה הרא"ש דמאותה טעם גופא צריך לומר דגם בספיקא דדינא דקנס אם תפס מוציאים. והוצרך הש"ך למצוא חד טעמא לתרוייהו, ולכן כתב דלדעת הרא"ש יכול לתפוס במקום ספק כל היכא דהיה יכול להוציא הממון בבית דין אילו לא היינו מסופקים בו, ואם לא היה יכול להוציא הממון בבית דין, אפילו לא היה שום ספק בעצם הממון, גם תפיסתו אינה מועילה לו, ומוציאים מידו.

ומעצם סברת הש"ך, שיש השוואה בין מה שכהן התופס ספק בכור מוציאים מידו ומה שניזק התופס ספק קנס מוציאים מידו, דבין כך ובין כך לא היה יכול להוציא בבית דין אילו היה ודאי, מבואר דהא דתפס ספק בכור מוציאים מידו לא הוי משום דאינו בעל דבר לתפוס כיון שבעל הבית יכול ליתנו לכהן אחר, דאם כן אין צריכים סברא זו דאין בית דין מוציאים אילו היה הדין ודאי, ואין להקשות מספק בכור לספק קנס, אלא מבואר דכל כהן שפיר הוי בעל דבר לתפוס ספק בכור, ומכל מקום אין תפיסתו מועילה כיון דלא היה יכול להוציא מבעל הבית בבית דין אילו היה הדין ודאי, ודין זה שייך גם בספק קנס כיון דאין דנים דיני קנסות בבבל, ואע"ג דלאו מחד טעמא ניהו, דבדודאי בכור אינו יכול להוציא בבית דין משום דהוי ממון שאין להם תובעים, ואינו בעל דבר לתבוע, ואע"ג דהוי בעל דבר לתפוס, ועיימש"נ בהגהות לסי' ה', ובקנס אינו יכול להוציא בבית דין אילו היה הדין ודאי משום דאין דנים דיני קנסיות בבבל. וביאור הדברים הוא דס"ל להרא"ש דאיכא למימר דתפיסה במקום ספק מועילה לדעת הרי"ף ורבותינו משום עביד איניש דינא לנפשיה, והרי התופס עומד במקום בית דין, ואם יש כח ביד בית דין להוציא הממון אם לא היה נופל בו ספק, אם כן כשנפל בו ספק ליכא חסרון בכח בית דין, אלא למה יוציאו הממון אם מסופק להם אם נתחייב, ובוזה אמרינן דהתופס שטוען קים לי, ואצלו הדבר ברור, שפיר יכול לתפוס, וכיון דהדבר אינו יכול לבא לפסק בית דין עביד דינא לנפשיה ותופס, אבל אם בעצם אין כח לבית דין להוציא הממון, או משום שאין לו תובעים או משום דאין דנים דיני קנסות בבבל, לא עביד איניש דינא לנפשיה, דלא מועיל לו מה שעומד במקום בית דין אם גם בית דין אין יכולים לעשות כלום.

ולפי זה צריך לומר דמה שיכול לתפוס לדעת הרי"ף ורבותינו הוא מפני שיכול לומר קים לי כהנך דעות או כצד זה של הבעיא, אבל אם דין התפיסה אינו מפני שיכול לומר קים לי, אלא מפני שיכול לומר הרי הממון ביד פלוני משום דהוי ספיקא דדינא שאי אפשר לבררו, ומספק לא נוציאנו מידו, גם אני יכול לתפוס הממון ממנו, וכיון

שהדבר מסופק בלי אפשרות של בירור ישאר אצלי, ומספק לא תוציאנו מידי, אכן אם כן הוא יסוד דין התפיסה אין זה שייך לענין עביד איניש דינא לנפשיה, ולא איכפת לן אם בית דין היו יכולים להוציא אילו לא היה נופל בו ספק.

כפי המבואר מדברי הש"ך, הרא"ש לא היתה לו שיטה מוחלטת בענין תפיסה בספיקא דממונא, ולכן לא כתב בכל המקומות מהו הדין כשתפס אם מוציאים ממנו או לא, אבל בקנס ס"ל דתפיסה אינה מועילה מפני הסברא הנ"ל, ולכן פסק דאם תפס מוציאים מידו, אכן יש לעיין מה היה הרא"ש אומר אם בא עובדא דתפיסה בממון ולא בקנס בבית דינו, מה היה דן, והיה אפשר לומר שמספק לא היה מוציא מיד התופס כיון שלא נתברר לו דינא דמוציאים מידו.

והנה אע"ג דבכל המקומות לא כתב הרא"ש דאם תפס אין מוציאים מידו, באכל מגפן אחר פסק הרא"ש דאם אכל אין מוציאים מידו, וגם אין מנכים לו משכרו דניכוי הוי אפוקי, ועיימש"י בהגהות לסי' כ"ג, וטעמא שדוקא באוכל מגפן אחר פסק הרא"ש בפירוש דאם אכל אין מוציאים מידו, אע"ג דגם בשאר המקומות אין מוציאים מידו, כמש"י, משום שרצה להוסיף בו חידוש דגם אין מנכים לו משכרו, והוכיח כן ממשכנתא, וזה לא היה מובן מאליו, ועיימש"י בהגהות לסי' כ"ה.

והשתא אם נימא דהרא"ש פסק בכל המקומות כהרי"ף ורבותינו דכן הוא הדין בהחלט דאם תפס אין מוציאים מידו, שפיר מובן למה אין מנכים משכרו, דהא ניכוי הוי כאפוקי, והדין הוא דאין מוציאים, אכן אם הרא"ש ס"ל דאין מוציאים מן התופס משום דהוי ספק, וכיון דלא נתברר מה לעשות אין לנו לעשות כלום, אם כן היאך מחייבים הבעל הבית ליתן לו כל שכרו ולא לנכות ממנו, והא מספק אין לנו לעשות כלום, לא להוציא מן התופס, ולא להוציא כל השכר מן בעל הבית, אלא מבואר דהרא"ש ס"ל להדיא כשיטת הרי"ף ורבותינו דאם תפס אין מוציאים מידו, וס"ל שכן היא הלכה פסוקה, ומשום הכי נמי אין מנכים משכרו, דניכוי הוי אפוקי, והרי נפסקה ההלכה דאין מוציאים, כמש"י, ואם כן צריכים לבאר למה לא פסק הרא"ש בכל המקומות להדיא דאין מוציאים מידו כיון דס"ל שכן היא הלכה פסוקה.

ונראה דהרא"ש מעצמו לא היה לו שיטה מוחלטת דאין מוציאים מידו, ומכל מקום ביטל דעתו לדעת הרי"ף ורבותינו, ונהג בעצמו בבית דינו להורות בודאות דאם תפס אין מוציאים, אבל לא רצה להורות כן להלכה לשאר דיינים, וחשב שאם יבא עובדא דתפיסה לפני דיין אחר, ויצטרך להורות על כך כפי שיטת הקדמונים, ויש שיטות דמוציאים ויש שיטות דאין מוציאים, לא רצה הרא"ש שיצרף דעתו להנך שיטות דאין מוציאים מידו, שהרי לא פסק כן מסברת עצמו אלא משום שלא רצה להתנגד לשיטת הרי"ף ורבותינו, וביטל דעתו להם, ואין לסמוך על דבריו להכריע ההלכה לדיין שדעתו נוטה להורות כהנך שיטות דמוציאים מידו.

ובמה שכתב הש"ך דתפיסה מועילה בספיקא דדינא משום שיכול לומר קים לי ועביד איניש דינא לנפשיה, בודאי לא אמרינן שיכול לתפוס לכתחילה, ודנים להם

המוציא מחבירו עליו הראיה ולא דינא דכל דאלים גבר, ואע"ג דאמרין בבבא קמא (דף כז:): דההוא גרנותא דבי תרי דכל יומא הוה דלי חד מנייהו אתא חד קא דלי ביומא דלא דיליה אמר ליה יומא דידי הוא לא אשגח ביה שקל פנדא דמרא מחייה אמר ליה מאה פנדי בפנדא למחייה אפילו למאן דאמר לא עביד איניש דינא לנפשיה במקום פסידא עביד איניש דינא לנפשיה, יעו"ש, ולכתחילה יכול להכותו בפנדא דמרא לעכבו מלדלות ביומא דלאו דיליה, היינו דוקא לשמור מה שתחת ידו, אבל אין לו לעבוד דינא לנפשיה ולתפוס לכתחילה מיד האחר, אבל מאחר שתפס ובא לידו יכול להחזיק במה שבידו מדינא דעביד איניש דינא לנפשיה.

ויש להקשות על מה שכתב הש"ך וז"ל: דדוקא בספק בכור כיון דאפילו היה ודאי בכור לא היה יכולת ביד בית דין לכופו ליתנו לו, שהרי רשות ביד הבעלים ליתנו לכל כהן שירצה, והלכך אינו יכול לתפוס מספק, דפשיטא אילו היה בית דין כופין ליתנו לו אילו לא היה ספק בדבר יש סברא לומר דמועיל תפיסה מספק, דיכול לומר קים לי שהדין עמי ועביד איניש דינא לנפשיה, אבל כשאפילו היה הדבר ודאי לא היה ביד בית דין כח לכופו ליתנו, לא מסתבר שיועיל תפיסה, ולכך אין תפיסה מועילה בספק בכור וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ודבריו לכאורה סותרים למה שכתב לקמן בסי' ל"ד וז"ל: הרי להדיא דבשאר ספיקי שאינם ספיקי דש"ס ס"ל להרא"ש והטור דאין תפיסה מועילה מספקא, אפילו היו הבית דין כופין לשלם אילו היה הדין ברור עכ"ל, יעו"ש, והיינו דבכל ספק במציאות שאינו ספיקא דדינא אין תפיסה בטענת שמא מועילה אפילו אם היו הבית דין יכולים לכופו אילו היה הדבר ברור להם, וכאן כתב דבספק בכור אין תפיסה בטענת שמא מועילה משום שאילו היה הדבר ודאי לא היה ביד בית דין לכופו, שהרי בידו של הישראל ליתן לכל מי שירצה, אבל אילו היה בידם לכופו היתה תפיסתו מועילה אפילו בטענת שמא.

עוד יש להקשות על מה שכתב הש"ך דפשיטא אילו היה הבית דין כופים ליתנו לו אילו לא היה ספק בדבר אז היתה מועילה תפיסתו בטענת שמא משום דיכול לומר קים לי שהדין עמי ועביד איניש דינא לנפשיה, והלא היאך יכול לומר קים לי בספק בכור שלא הפילה מקודם, והלא זהו ספק במציאות, ואין הדבר תלוי בסברא, ואם כונתו שטוען ברי שהוא היה שם והוא ראה שלא הפילה אלא רוח, הרי בכהאי גוונא הוי טענת ברי מעליא, וגם הרא"ש ס"ל דאין מוציאים מידו, דטעמא דתקפו כהן מוציאים מידו משום דאין לו אלא טענת שמא, כמו שכתב הרא"ש בבבא מציעא (דף ו:): ובכתובות (דף כ.), יעו"ש.

ובכלל קשה על דברי הש"ך דהרי מה שמחלק בסי' ל"ד בין ספק במציאות לספיקא דדינא הוא משום דבספיקא דדינא יכול לומר קים לי כצד זה של הבעיא או כשיטה זו, ולמאן דס"ל דתפיסה מועילה בספיקא דדינא היינו משום דטענת קים לי נחשבת כטענת ברי, כמו שכתב הש"ך בסי' ע"ט וסי' פ"ד בשם מהר"י ששון, יעו"ש, אבל בספק

במציאות אינו אומר קים לי, דאם אומר שיודע שהמציאות היא כדבריו הרי זו טענת ברי ולא תפיסה מספיקא, והחילוק בין ספיקא דדינא לספק במציאות הוא משום דכאן אומר קים לי וכאן אינו אומר קים לי, ומשום הכי אין תפיסה מספיקא מועילה בספק במציאות אפילו אם היו בית דין כופים אותו ליתנו לו אילו היה הדבר ברור, ואם כן קשה טובא היאך כתב הש"ך דיש סברא לומר דתפיסה תועיל בספק בכור אם אומר קים לי שהדין עמי, כנ"ל, והלא בספק במציאות אינו יכול לומר קים לי, כמו שמבואר בסי' ל"ד, כמש"נ.

לכן נראה דעיקר דעת הש"ך היא כמו שכתב בסי' ל"ד דכל ספק במציאות אין תפיסה מספיקא מועילה בו, ואפילו אילו היה הדבר ברור לבית דין היו כופים אותו ליתנו לו, ואפילו אם אומר קים לי שכן היתה המציאות, לא מפני שראה ויודע בבירור וטוען ברי, אלא מפני שיש לו איזה רגש בלי ראיה ובלי סברא, דהיה אפשר לומר דגם זה נחשב כטענת קים לי, דיסוד טענת קים הוא דתפיסתו היא חזקה אם הוא בוטח בעצמו שהצדק עמו, ועיימש"נ בהגהות לסי' א' וסי' מ"ד, ואולי לפי זה היה אפשר לומר דגם בספק במציאות מועילה לו טענת קים לי גרועה בלי שום ראיה וסברא, דסוף סוף הוא מאמין בעצמו שהצדק עמו, אכן לדברי הש"ך בסי' ל"ד אין שייך שום טענת קים לי בספק במציאות, ולא דמי לספיקא דדינא שיכול לומר סברא דידי נוטה כצד הזה, דאע"ג דלדין לא איכפת לן דעתו וסברתו כלל וכלל, לדידיה על כל פנים יש טעם לתפיסתו כפי דעתו, מה שאין כן בספק במציאות דאם יש לו איזה הרגש מה היה המציאות אין זה אלא פטומי מילי בעלמא, ולא נחשב כתפוס מעליא על ידי כך, ולפי זה הדבר פשוט דספק בכור מוציאים מידו, דאין לו לא טענת ברי ולא טענת קים לי. אולם בסי' כ"ו כתב הש"ך לרוחא דמילתא, דאפילו תימא דטענת קים לי שייכת גם בספק במציאות, ואע"ג דאין לו שום סמך לכך, מכל מקום הרי תופס בדעת שהצדק עמו, כמש"נ, עדיין לא היתה תפיסתו מועילה בספק בכור, דהא יסוד התפיסה הוא דעביד איניש דינא לנפשיה, ואינו יכול לעבוד דין לנפשיה אלא היכא דאילו היה הדבר ברור לבית דין היו דנים כמותו, ובבכור לא היו כופים הישראל ליתן לו הבכור, דיכול ליתן לכל מי שירצה.

ולקושטא דמלתא אין שום צורך לכך, דהא אין טענת קים לי בספק במציאות נחשבת לכלום, כמש"נ, אלא שרצה הש"ך להדגיש יסודו, שהוא צריך לו כדי לבאר למה אין תפיסה מועילה בספיקא דדינא דקנס, והוסיף עוד ציור בספק בכור אילו היה הדין דטענת קים לי שייכת גם בספק במציאות.

עוד קשה לדברי הש"ך דיסוד דין התפיסה הוא דעביד איניש דינא לנפשיה, ולא עביד דינא לנפשיה אלא היכא דאילו היה הדבר ברור לבית דין היו כופים לזה שתפס ממנו ליתנו לו, דאם כן למה מועילה תפיסה בטענת ברי בספק בכור, דהרי מבואר מדברי הרא"ש בבבא מציעא (דף ו':) ובכתובות (דף כ.). דטעמא דתקפו כהן מוציאים מידו משום דתפס בטענת שמא, יעו"ש, ולפי דבריו אם הכהן אומר שהיה שם בשעת הלידה,

והוא יודע שלידתה הראשונה לא היתה אלא רוח וזהו בכור ודאי, ומכח זה תפס בטענת ברי, בכהאי גוונא מודה הרא"ש דאין מוציאים מידו, והרי לפי יסודו דתפיסה מועילה מדין עביד איניש דינא לנפשיה, ובעינן שיהיו בית דין כופים הישראל ליתנו לו אילו היה הדבר ברור להם, הרי בספק בכור לא היו כופים אותו ליתן לכהן זה בפרט, ואם כן למה מועילה תפיסתו בטענת ברי.

אכן נראה דיש שני דינים בתפיסה בתורת עביד איניש דינא לנפשיה, היכא שכפי דעתו הדבר ברור, ואין צורך לשום הוראת בית דין, ואין צורך אלא לכפיה של בית דין, בזה עביד איניש דינא לנפשיה ועומד במקום שליח בית דין להוציא מן השני מה ששייך לדידיה, אבל היכא שאין הדבר ברור מפני שנסתפקו בו בעלי הש"ס, אז אם בא לתפוס מדין עביד איניש דינא לנפשיה צריך לעמוד במקום בית דין להורות כפי סברתו, וחידוש לנו הש"ך דאינו יכול לעמוד ולהורות במקום בית דין אלא אם כן גם הבית דין היו מורים כמותו אילו היה דין ברור להם, ובספק בכור הרי לא היו מחייבים הישראל למסור לו הבכור אילו היה הדבר ברור להם שהוא בכור ודאי, דהא יכול ליתנו לכל מי שירצה, אבל אם טוען ברי שהוא בכור ודאי, הרי לפי דעתו אינו צריך שום הוראת בית דין, רק הכפיה, ושפיר יכול לעמוד במקום השליח בית דין גם בספק בכור, אבל אם אינו טוען ברי אלא קים לי הרי עדיין צריכים בית דין להכריע שהצדק הוא כפי הרגש שיש לו, כמש"נ, ואז צריך לעמוד במקום בית דין גם להוראה, ולזה בעינן שיהיו מורים כמותו אילו היה הדבר ברור.

שיטת הטור בכל המקומות כהרמב"ם דאם תפס אין מוציאים מידו, ואע"ג דאביו הרא"ש לא רצה לפסוק כן בפירוש בכתביו על אף שבבית דינו פסק כן, כמש"נ, הטור הסכים בהחלט לשיטת הרמב"ם ופסק כן להדיא בכתביו, ומה שכתב הש"ך בסי' כ' דדוחק לומר דהטור פסק כהרמב"ם שהרי בכל מקום דעתו למשוך אחרי דברי הרא"ש אביו, יעו"ש, היינו לפי מה דסלקא דעתיה דהש"ך דהרא"ש ס"ל דאם תפס מוציאים מידו, ואין דרכו של הטור לפסוק כנגד אביו, אבל לפי מה דמסיק הש"ך דגם הרא"ש ס"ל דשפיר איכא למימר דאין מוציאים מידו, אבל מסברא דנפשיה בלי ראייה מוכרחת היה נוטה לומר דמוציאים מידו, ולכן לא רצה להורות כן בכתב לשאר דיינים, כמש"נ, בזה שפיר היה הטור פוסק כפי דעתו דאין מוציאים מידו, ואין בזה כל כך נטיה מדרך אביו הרא"ש.

ועדיין נשאר ליישב בשיטת הטור למה כתב בסי' שני"ב סעי' ו' בשם הרמב"ם דהפקיד לשנים וטענו שנגנב ונשבעו והאחד הודה ונתחייב חומש והשני באו עליו עדים ונתחייב כפל דבעיא היא דלא איפשטא אם חייב כפל, ואין מחייבים אותו, אבל אם תפס המפקיד אין מוציאים מידו, יעו"ש, ולא הזכיר שהרא"ש חולק עליו, והלא התם הוי קנס, ולדעת הרא"ש מוציאים מידו, והטור עצמו פסק בסי' ש"נ גבי גנב שלמה וקטע ממנה אבר דמספיקא אין מחייבים אותו תשלומי ארבעה וחמשה, ואם תפס

מוציאים מידו, יעו"ש, והיינו כשיטת הרא"ש, ולמה גבי הפקיד לשנים פסק דאם תפס אין מוציאין מידו.

והש"ך הקשה כן בין שני חצאי עיגול, ותיירץ דהטור בסי' שני"ב סמך על מה שכתב בסי' ש"נ הסמוך לו, יעו"ש, אבל לא לחנם הוקפו דברים אלו בחצאי עיגול, שהרי הש"ך עצמו כתב בסי' כ' דאינו עולה על הדעת שהטור הביא דעת הרמב"ם אע"ג דהוא לא ס"ל הכי אלא שסמך עצמו על מה שפסק כהרא"ש בסי' ש"נ, איפכא הוה ליה למיעבד, להביא דעת הרא"ש ולא דעת הרמב"ם, יעו"ש.

והנה בהא דהפקיד לשנים הביא הטור דברי הרמב"ם דהספק הוא אם חייב כפל ולכן אין מחייבים אותו, אבל אם תפס לא מפקינן, אבל הטור עצמו ס"ל דודאי משלם כפל, והבעיא היא לענין חומש, יעו"ש, ובחומש ליכא תפיסה, וקושית הש"ך מסי' שני"ב לא הוי על מה שפסק הטור, אלא על מה שמבואר מדבריו דבעצם היה מסכים לדברי הרמב"ם, ורק דס"ל דבעיא דגמרא לא היתה לגבי כפל אלא לגבי חומש, ומשום הכי הקשה הש"ך דהיאך עלה על דעת הטור לפסוק כהרמב"ם דאם תפס אין מוציאין מידו, והלא כפל הוי קנסא, ואילו היה ודאי לא היו בית דין דנים בו.

ואולי יש לתרץ קושיתו עפ"י ש"נ בהגהות לסי' י"ט אות י"א דהספק בבעיא דהפקיד לשנים לא הוי ספק בעצם חיובא דכפל אלא בדין קרן המשתלם בראש, שאין להוסיף שני חיובים נוספים בקרן אחד, ואין זה מדיני כפל אלא דין כללי בכל תשלומין במקום דמוסיף חומש, ובתרי גברי הרי זה נחשב שיש ודאי חיוב כפל וספק אם חומש של הנפקד השני פוטר חיובו, והרי זה נחשב ספיקא דממונא כיון דאין הספק בעצם חיוב כפל, יעו"ש, ויש לומר נמי לפי סברת הש"ך דאע"ג דאין דנים דיני קנסות בבבל, היכא דיש ודאי חיוב כפל שאין צריכים להתדיין על עצם חיוב הכפל, אלא מספקא לן בחיוב החומש אם יש בו דין ממון המשתלם בראש בתרי גברי, אין צריכים לכך סמוכים, ואילו היה ודאי היו בית דין שבבבל דנים אותו.

ובתוך דבריו כתב הש"ך וז"ל: וכן בהך בעיא דפרק המניח בקנסו גופן, כיון דאפילו היה ברור שקנסו מיד, לא היו הבית דין כופין ליתן לאיש ידוע כשהיה תובע הזבלים, רק שהדין הוא כל הקודם זכה, אבל אם לא קדם וזכה ותובע ליתן לו פשיטא שאין הבית דין יכולים לכופ לבעל הזבל ליתנם לו עכ"ל, יעו"ש, ולא כתב הש"ך דבמקום ספק אם תפס מוציאין מידו משום דהוי קנס אלא משום דהוי ממון שאין לו תובעים, והיינו משום דדינא דאין דנים דיני קנסות בבבל היינו כדי לחייב חיוב תשלומין של קנס, לזה בעינן דיינים סמוכים, אבל הכא הקנס הוא שתיקנו להפקירו, והשתא במקום ספק דנים על הזבל אם הוא הפקר אם לא, ואין זה נחשב דיני קנסות בבבל, ולא בעינן סמוכים לכך.

ואין להקשות דהרי כשבאו לבית דין אחר שזה תפס את הזבלים בודאי היו בית דין פוסקים שישארו בידו אילו היו יודעים בבירור שקנסו מיד, ואם כן למה אין תפיסתו מועילה מדין עביד איניש דינא לנפשיה, זה אינו, דהכל הולך אחר שעת חלות

הספק, דאם היה הדבר ברור לבית דין שהדין עמו אף קודם שתפס, אז יכול לתפוס מדין עביד איניש דינא לנפשיה, אבל בזבליים המוטלים בספק לא היו בית דין פוסקים בשעת חלות הספק שינתנו לו, אלא היו פוסקים שכל הקודם זכה, ולכן אין תפיסתו מועילה מדין עביד איניש דינא לנפשיה, שהרי אילו היו בית דין יודעים היו פוסקים דכל הקודם זכה.

ובסוף דבריו כתב הש"ך וז"ל: דכל מקום שאפילו היה הדבר ודאי לא היה הבית דין יכולים לכופו ליתנו לו, אין תפיסה מועילה מספק, דלא עדיף תפיסת עצמו בספק מבית דין בודאי וכו' עכ"ל, יעו"ש, ובמה שכתב אפילו היה הדבר ודאי אין כונתו שאילו היה הדבר ודאי שלא היה הממון מוטל בספק, אלא כונתו דאילו היה הבית דין יכולים להכריע הבעיא דלא איפשטא מהבנתם וסברתם, ואע"פ שחכמי התלמוד לא הצליחו לבא לידי הכרעה, עדיין לא היו יכולים לחייבו לשלם כפי מה שהכריעו, דאין דנים קנסות בבבל, ומשום הכי לא עביד איניש דינא לנפשיה, דלא עדיף מבית דין, ואם תפס מוציאם מידו, אבל אם הדבר ודאי, ואינו ממון המוטל בספק, שפיר יכול לתפוס, כדאיתא בבבא קמא (דף טו:), יעו"ש.

ובביאור הדבר יש לומר דאילו היה הדבר ודאי, ולא היה ממון המוטל בספק, לא איצטרך לבית דין אלא לגלות הדבר על ידי עדים, כמו שכתבו התוס' בבבא קמא (דף לג:) בד"ה איכא בינייהו, יעו"ש, ולענין זה יכול לעמוד במקום בית דין, ולא עוד אלא שעדיף מבית דין, דבית דין אין נזקקים לקנסות אפילו היכא דאין הממון מוטל בספק, אבל הוא עביד דינא לנפשיה לגלות הדבר בעצמו, כדאיתא בפרק קמא שם, אבל היכא דהממון מוטל בספק, וצריך התדיינות לקבוע דינו, ואין בכח בית דין להתדיין בו מחמת שאינם סמוכים, וגם לא עבדין שליחותיהו דהסמוכים שבארץ ישראל, הרי ממון זה מופקע מהתדיינות, וממילא גם הוא אינו יכול לידון על ספק הממון, ולא עביד דינא לנפשיה, ועיימש"נ בהגהות לסי' י"ב.

סימן כז

בו ידון בדברי הש"ך דבאותם שנשבעים ונוטלים אם נשבעו אין בית דין כופים הנתבע לשלם, כמו שמציאת חרש שוטה וקטן אין מוציאים בדיינים.

כתב הש"ך ז"ל: ולכך במסור וניזק שטוען שזרק לו סל מלא מעות לים דכתב הטור דלדעת הרא"ש לא מהני תפיסה והבאתי לשונו לעיל ריש סי' ט"ו, היינו משום דמשמע ליה להטור דזה דמי לקנס וכו' עכ"ל, יעו"ש, והיינו דלדעת הטור בסי' שפ"ח הרא"ש ס"ל דאם טוענו דבר שאינו רגיל, כגון שטוען שזרק לו סל מלא מעות לים ואין דרך ליתן בו מעות, ובעיא דלא איפשטא היא אם נאמן לישבע וליטול, אינו נשבע ונוטל, ואם תפס מוציאים מידו, יעו"ש, ולפי מה שהעלה הש"ך בסי' כ"ו דלא קאמר הרא"ש דתפיסה אינה מועילה ומוציאים מידו אלא היכא דאפילו לא היה הדבר ספק לבית דין אילו היה הדין ברור להם, עדיין לא היה בכחם להוציא ממנו, אז גם תפיסת התופס אינה מועילה, ולכן בקנס אין תפיסה מועילה, דהא אין דנים דיני קנסות בבבל, אבל בממון מודה הרא"ש דאם תפס אין מוציאים מידו, ולפי זה לא הקשה למה בסק מלא מעות אין תפיסה מועילה, והא הוה ממון ולא קנס.

ותירץ הש"ך דאפילו היה הדין ברור דבכהאי גוונא נשבע ונוטל, והניזק נשבע, לא היו בית דין כופים את המזיק לשלם, כי היכי דאמרינן בשבועות (דף מא.) דלרבנן דס"ל מציאת חרש שוטה וקטן גזל מדבריהם מפני דרכי שלום, והרי בית דין פוסקים להחזיר לו מציאתו, מכל מקום אם לא רצה לשלם לא נחתין לנכסיה ולא משמתינן ליה, יעו"ש, כמו כן נמי במי שתיקנו לו חכמים לישבע וליטול ונשבע אין בית דין כופים את הנתבע לשלם, ומשום הכי גם תפיסה אינה מועילה, יעו"ש.

ובהמשך דבריו כתב הש"ך דרבינו ירוחם פליג על דברי הטור וס"ל דלדעת הרא"ש תפיסה מועילה בספיקא דדינא דנשבע ונוטל, ולדידיה לא דמי לספיקא דדינא דקנס, יעו"ש, ועיימש"נ בדברי רבינו ירוחם בהגהות לסי' ס"ה, שהוא מחלק בין זורק כיס חבירו לים לבין מסור שהספק הוא בעצם התקנה, ואין בית דין משביעים שבועה שלא נתברר להם שהיא שבועת המשנה, ושגם הטור ס"ל הכי, אלא דס"ל דגם בזורק כיס חבירו לים הוה ליה ספק שבועה, ואין בית דין משביעים אותה, ולפי זה מיושבת קושית הש"ך על דברי הטור.

והנה הקצות החושן סי' פ"ט סעי' א' הקשה על דברי הש"ך דבנשבע ונוטל אין בית דין כופים הנתבע לשלם, דהא לא דמי למציאת חרש שוטה וקטן, דהתם עצם הקנין לא הוי מדאורייתא אלא מפני דרכי השלום, ולא הוי כמו משיכה והגבהה שתיקנו חכמים ומהני מדאורייתא, ולכן אין בית דין כופים על מציאתם, אבל בנשבע ונוטל החיוב הוא מדאורייתא, ורק שאין החיוב ידוע, ותיקנו חכמים להאמין התובע בשבועתו, וכיון שהאמינוהו מוטל עליהם לכופו לשלם, יעו"ש, ובאמת הש"ך עצמו כתב חילוק זה ליישב דברי רבינו ירוחם דאם תפס אין מוציאים מידו, והיינו משום דאילו לא היו בית דין מסופקים היו מוציאים ממון גם בנשבע ונוטל, ומשום הכי אם תפס אין מוציאים

מידו.

ומכל מקום יש ליישב מה שכתב הש"ך בדברי הרא"ש דבנשבע ונוטל אין בית דין כופים הנתבע לשלם, ולא דמי למשיכה והגבהה דבית דין כופים לקיים קנינים אלו, דהתם תיקנו חכמים קנין מדין הפקר בית דין הפקר, וכיון שחל הקנין דאורייתא על ידי משיכה והגבהה שוב אין צורך לתקנתם, והרי בית דין כופים לקיים בעלות הקונה, ואין הבדל בין בעלות הבאה על ידי קנין דאורייתא ובין בעלות הבאה על ידי קנין דרבנן, הכל אחד הוא, אבל בנשבע ונוטל לא תיקנו חכמים שני דברים, נאמנות לתובע הנשבע וגם חלות חיוב על הנתבע אפילו אם אינו מחויב, דאם הנשבע נאמן כבר יש החיוב על הנתבע, ולכן כל התקנה היא להאמין את הנשבע, ואם היו בית דין מוציאים ממון מן הנתבע הרי היו עושים בזה חיזוק להנאמנות שתיקנו חכמים במקום שמן התורה אינו נאמן, ונמצא דנחתין לנכסיה לחזק תקנתם, וזה לא עבדין, כמו שמצינו שתיקנו חכמים להחזיר מציאת חרש שוטה וקטן מפני דרכי שלום, ואע"פ שלא גזרו בו הפקר בית דין הפקר שיהא גזל גמור מדבריהם, והרי התקנה קיימת גם אחר שהגביהו המציאה, ואילו היו כופים על כך היה זה נחשב דנחתין לנכסיה לחזק תקנתם, וזה לא עבדין, אבל במשיכה והגבהה תיקנו לו בעלות גמורה כמו מדאורייתא, ואם נחתין לנכסיה אין בזה חיזוק להתקנה, דכבר עברה, ולא נשאר אלא בעלות דאורייתא. עוד הקשה שם הקצות החושן ממה שכתב הר"ן בפרק שבועת הדיינים (דף מג.) בתובע לחבירו חמשין דהלואה וחמשין דחבלה, וכבר נשבע על חבלתו, דשבועתו הוי כמו העדאת עדים, ונשבע על השאר כדין מודה במקצת, ואי נימא דאין יורדים לנכסיו, גם אם הנחבל נשבע לא היה ראוי לחייבו שבועה על השאר, דהא אינו כמו העדאת עדים, דבהעדאת עדים יורדים לנכסיו, ולזה אין יורדים לנכסיו, ולא היה לו לישבע שבועה דאורייתא, יעו"ש.

אכן יש ליישב דברי הש"ך דכיון שתיקנו חכמים שנשבע ונוטל, והאמינוהו על שבועתו, הרי הדבר ידוע להם בבירור גמור שהחובל חייב החמשין דחבלה, ומכל מקום אין מחייבים אותו לשלם מפני שאין עושים חיזוק של נחתין לנכסיה לתקנתם, אבל לגבי חמישים דהלואה נחשב שיש ראייה ברורה על החמישים דחבלה, ושפיר שייכי כל הסברות דשבועת מודה במקצת, דבכולי בעי דלודי ליה ואשתמיטא קמישתמט, כדאיתא בבבא מציעא (דף ג.) יעו"ש, ושפיר נשבע שבועה דאורייתא. אולם בעצם דינו של הש"ך צריך עיון, דאם אין כופים הנתבע לשלם היכא דתיקנו דנשבע ונוטל, אם כן בודאי לא ישלם, שהרי הנתבע עומד וצווח שהוא פטור, ואם התובע נשבע על תביעתו הרי הנתבע עומד וצווח שהתובע נשבע לשקר להוסיף על חטאו דגזילה, ולמה ישלם, ואם כן מה הועילו חכמים בתקנתם, ובשלמא היכא דתיקנו השבועה כדי להפיש על דעתו של בעל הבית כגון בשכיר, כדאיתא בשבועות (דף מה.), יעו"ש, אז הדבר מובן, וכן בניזק דנשבע ונוטל כשהמזיק אינו יודע, כמו שכתב הרמב"ם פ"ז חובל ומזיק הלי"ז, יעו"ש, אבל בשאר שבועות כגון נגזל שהגזלן כופר צריך עיון.

סימן כח

בו יבוארו דברי הרמב"ם דאם טען הנגזל שהיו לו מרגליות בהכיס שהמזיק השליך לים אינו נשבע ונוטל, אבל אם תפס נשבע ומחזיק במה שבידו.

הש"ך הביא סוגיא דבבא קמא (דף סב.) ההוא גברא דבטש בכספתא דחבריה שדייה בנהרא אתא מריה ואמר הכי והכי הוה לי בגוה יתיב רב אשי וקא מעיין ביה כי האי גונא מאי אמר ליה רבינא וכו' לאו היינו מתניתין דתנן ומודים חכמים לרבי יהודה במדליק את הבירה שמשלם כל מה שבתוכו שכן דרך בני אדם להניח בביתם אמר ליה אי דקא טעין זוזא הכא נמי הכא דקא טעין מרגניתא מאי מי מנחי אינשי מרגניתא בכספתא או לא תיקו, יעו"ש, וכתבו התוס' בד"ה מי מנחי וז"ל: אפילו יש עדים שהיה בו מרגניתא מיבעיא ליה דשמא לא אבעי ליה לאסוקי אדעתיה להאי וכו' ואין לפרש דלענין שבועה מיבעיא ליה אי עשו תקנת נגזל ויהא נאמן לומר שהיה בו מרגניתא דאם כן מה היה אומר לרב אשי לאו היינו מתניתין מה ענין זה למשנתנו עכ"ל, יעו"ש. והתוס' הוכיחו דלא מיבעיא ליה לענין אם יכול לישבע וליטול, דהא בגמרא רצה לפשוט ממתניתין דאפילו רבנן דפטרי טמון באש מחייבים בעל האש לשלם בעד דברים שדרכם להניח בבית, ולא הוזכר במתניתין ענין נשבע ונוטל, אלא נחלקו לענין עיקר חיוב מזיק באש, דרבי יהודה ס"ל דחייב על כל מה שבבית, ואין בזה פטור טמון באש, ורבנן ס"ל דחייב על מה שדרכו להניח שם, ועל כל מה שאין דרכו להניח שם פטור משום טמון באש, ואם אין ידוע מה היה בבית הוא ענין אחר לגמרי בין לרבי יהודה ובין לרבנן, וקאמר בגמרא לעיל שם שעשו תקנת נגזל באש, והניזק נשבע ונוטל, יעו"ש, אכן במתניתין לא הוזכר דין זה, ומדמדמי בעיא דרב אשי למתניתין שם אין לומר דמיבעי ליה אם הניזק נשבע ונוטל.

ולכן פירשו התוס' דמיבעי ליה אפילו אם יש עדים על כמה זוזי היו בהכספתא, והדרך להניח זוזי בהכספתא, והמזיק טוען שלא עלה בדעתו שהיה לו כל כך הרבה זוזי, ורב אשי מיבעי ליה אם יש בזה פטור אונס, וקאמר ליה רבינא לאו היינו מתניתין דלרבנן חייב על כל מה שדרכו להיות בתוך הבית, ואפילו היה הרבה מאד, ואין לפטור בעל האש משום אונס, אלא מוכח דכל מה שדרכו להניח שם הוה ליה לאסוקי אדעתיה, וקאמר ליה רבי אשי דהוא מיבעי ליה כשהניזק טוען שהיה לו מרגניתא בהכספתא, ומיבעי ליה אם דרך בני אדם להניח מרגניתא בכספתא, והוה ליה לאסוקי אדעתיה, ואין לפוטרו משום אונס, ואם ליכא עדים הספק הוא אם נשבע ונוטל משום תקנת נגזל באש, והוא הדין לשאר ניזק, והיינו מה שכתבו התוס' אפילו יש עדים וכו', דמיבעי ליה נמי במקום שאין עדים אם נשבע ונוטל.

ומה שכתבו התוס' דאם לא הוה ליה לאסוקי אדעתיה פטור משום דאנוס הוא, ואע"ג דקאמר לעיל שם (דף כו:) וכן תנא דבי חזקיה אמר קרא פצע תחת פצע לחייבו על השוגג כמזיד ועל האנוס כרצון, יעו"ש, צריכים לומר דהיכא דלא הוה ליה לאסוקי אדעתיה הוה ליה אנוס גמור וגם באדם המזיק פטור, וכן כתבו התוס' בשם הירושלמי

לעיל שם (דף ד.) בד"ה כיון דכייף ופשיט וז"ל: בירושלמי יש דיין לא מחייב אלא כשהשכיב עצמו אצל הכלים אבל אם ישן והביאו כלים אצלו ושברן פטור דהם גרמו לו וכן אם היה ישן והלך חבירו לישן אצלו והזיקו זה את זה הראשון פטור והאחרון חייב עכ"ל, יעו"ש, וכן כתבו התוס' לעיל (דף כז:) בד"ה ושמואל וז"ל: אבל הכא שנתקל מחמת מכשול ולא איבעי ליה לעיוני אנוס הוא וכו' דהא בירושלמי פטור אותו שישן ראשון אם הזיק לשני הבא אצלו לישן עכ"ל, יעו"ש, ומבואר דהפטור הוא משום אנוס, ומה שכתבו התוס' דהם גרמו לו, כנ"ל, כונתם דכיון דהם גרמו לו הרי הוא אנוס גמור.

וכתב הש"ך דהרמב"ם לא פירש הבעיא לענין אם פטור משום אנוס אלא לענין אם נשבע ונוטל, דעיינן מה שכתב הרמב"ם פ"ז חובל ומזיק הלי"ז והלי"ח וז"ל: כל המזיק ממון חבירו ואינו יודע מה הזיק הרי הניזק נשבע בתקנת חכמים ונוטל כמו שיטעון הנגזל וכו' כיצד לקח כס חבירו והשליכו לים וכו' בעל הכיס אומר זהובים היה מלא והמזיק אומר איני יודע מה היה בו שמא עפר או תבן היה מלא הרי הניזק נשבע בנקיטת חפץ ונוטל והוא שיטעון דברים שהוא אמוד בהן וכו' ודרכן להניחין בכיס וכיוצא בו אבל אם אין דרכן להניחין בכלי זה הוא פשע בעצמו כיצד הרי שחטף חמת או סל מלאים ומחופים והשליכם לים או שרפן וטען הניזק שמרגליות היו בתוכן אינו נאמן ואין משביעין אותו על כך שאין דרך בני אדם להניח מרגליות בסלים ובחמתות ואם תפש אין מוציאין מידו אלא נשבע שמרגליות היו בה ונוטל ממה שיש לו אצלו וכן כל כיוצא בזה עכ"ל, יעו"ש.

ויש לדקדק בדברי הרמב"ם שכתב דאם תפש אין מוציאין מידו, ולכאורה היינו משום הא דמיבעי ליה בגמרא אם מנחי אינשי מרגניתא בכספתא או לא וסלקא בתיקו, כנ"ל, ובספיקא דדינא פסק הרמב"ם דאם תפש אין מוציאין מידו, אכן קשה למה לא הזכיר הרמב"ם שהדבר ספק הוא ואם תפש אין מוציאין מידו, כמו שכתב בכל המקומות דאיכא ספיקא דדינא, וכאן כתב דאין דרך בני אדם להניח מרגליות בסל כאילו כן הוא ודאי, ואם באמת כן הוא דהוי ודאי למה אי תפש אין מוציאין מידו, ועוד דאם אינו נאמן בשבועתו למה משביעים אותו לאחר שתפש, ועוד הא בודאי אין לו דין להחזיק המעות אלא כשנשבע, ואם כן לא נשביענו ויצטרך להחזיר מה שתפש.

עוד יש לדקדק בדברי הרמב"ם שכתב דאם אין דרכן להניח בכלי זה הוא פשע בעצמו, ומשמע דס"ל כדברי התוס' דאם דרכן להניח שם מרגניתא פטור אפילו כשיש עדים, דלא הוה ליה למזיק לאסוקי אדעתיה שיש שם מרגניתא, והרי הוא אנוס ופטור, והקשה עליו הלחם משנה וז"ל: קשה דמלשון רבינו ז"ל שכתב למטה אינו נאמן ואין משביעין אותו על כך משמע דאית ליה כדברי הרשב"א ז"ל דאם יש עדים שאותו דבר היה שם דחייב מפני דשם אין צריך נאמנות דהרי יש עדים על כך ורבינו ז"ל לא תלה הדבר אלא בנאמנותו שכל כך אינו נאמן ואם כן קשה למה כתב כאן הוא פשע בעצמו דטעם הוא צריך לדינו של התוס' והיינו אפילו יש עדים על כך דאינו חייב משום דאע"פ

שהניחו שם הוא פשע בכך אבל כיון שהוא סובר כהרשב"א ז"ל למה צריך טעם זה וצריך עיון עכ"ל, יעו"ש.

והלחם משנה לא הקשה על הרמב"ם אלא ממשמעות לשונו דהענין הוא נאמנות הניזק, ועדיפא היה לו להקשות ממה שכתב הרמב"ם דאם תפס אין מוציאים מידו, ואם המזיק אנוס הוא למה מועילה תפיסה, אלא מבואר שהלחם למד דמה שכתב הרמב"ם שאין דרך להניח שם היינו דמספקא לו אם דרך להניח שם, ומשום הכי אם תפס אין מוציאים מידו, ומכל מקום קשה ממשמעות לשון הרמב"ם שהוא כהרשב"א ולא כהתוס'.

אכן נראה דדברי הרמב"ם מתבארים היטב כפי מה שמדויק בדבריו, שהרי לא הזכיר כלל שיש להסתפק אם דרך להניח שם מרגניתא, אלא משמע דגם אם הדבר ברור שאין הדרך להניח שם מרגניתא עדיין הדין כן הוא דאם תפס אין מוציאים מידו, דהרמב"ם למד דהא דאינו נשבע ונוטל בדבר שאין דרך להניח שם אין זה תנאי בעצם תקנת חכמים שתיקנו תקנת נגזל באשו ובשאר נזקין, ולא תיקנו חכמים דניזק נשבע ונוטל אך ורק בדבר שדרך להניחו שם, כלומר דרך אז יש לו נאמנות על תביעתו ונשבע ונוטל, אלא חכמים תיקנו סתם דניזק נשבע ונוטל, ולא נחתי כלל לענין אם דרכו להניח שם, דאין זה אלא חשש משקר רחוק, ולא חשו לכך בתקנתם.

ולכן מצד עיקר התקנה היה ניזק נשבע ונוטל אפילו בדבר שאין דרך להניחו שם, אולם אם תבע דבר שאין דרך להניח שם בית דין חוששים שאולי משקר הוא, ואין זה חשש גמור, דאם כן היאך משביעים אותו אם תפס, אלא הוא חשש רחוק בעלמא, ומכל מקום אין בית דין משביעיו אותו בפועל משום שאינם בטוחים לגמרי בנאמנותו. והיינו דקאמר הרמב"ם דאם תבע דבר שאין דרך להניח שם הוא פשע בעצמו, שעשה דבר שבגללו נתעורר חשש רחוק לבית דין, וגרם לעצמו שאין בית דין מניחים לו לישבע וליטול, אבל אם תפס הרי הוא נשבע, דאז בית דין מוכרחים להניחו לישבע, דאם אין מניחים אותו לישבע הרי יצטרך להחזיר מה שתפס, והרי זה הוצאת ממון מידו שלא כדין, דהא מעיקר הדין נשבע ונוטל ומחזיק מה שבידו, כמש"נ, ועל כרחם הוא נשבע, ואין משגיחים בהחשש רחוק.

ולכן לא הזכיר הרמב"ם הספק אם מנחי אינשי מרגניתא בכספתא דסלקא בתיקו, דכל הספק אינו נוגע אלא לבית דין שאין מניחים אותו לישבע על דבר שאין הדרך להניחו שם, ופשוט הוא דאם מסופקים על כך נמי אין מניחים אותו לישבע, דגם זה הוי חשש רחוק אולי אין דרך להניח שם, ואין נפקא מינה בין ודאי אין דרך להניח שם לבין ספק אין דרך להניח שם, בין כך ובין כך איכא חשש רחוק, ואין לבית דין להשביע הניזק במקום שאינם בטוחים לגמרי בנאמנותו בלי חשש משקר, ולכן לא הוצרך הרמב"ם להזכיר הספק, דאין נפקא מינה אם ודאי אין דרך להניח שם מרגניתא או ספק אין דרך, כמש"נ.

ואולם אין ספק זה נוגע לעצם זכות הניזק לישבע וליטול, כמש"נ, ואם תפס הניזק יכול לישבע אפילו אם הוא דבר שודאי אין הדרך להניחו שם, דהא מעיקר תקנת

חכמים דניזק נשבע ונוטל אין נפקא מינה אם דרך להניח שם או לא, כמש"נ, ורק אם לא תפס יש לבית דין להסתפק אם דרך להניח שם מרגליות וממילא משביעים אותו, ואם אין דרך להניח שם או אם הדבר מסופק אין בית דין משביעין אותו לכתחלה, דבמקום שיש חשש רמאות אין בית דין משביעים שבועות, כמש"נ. ומדויק לשון הרמב"ם שכתב דאינו נאמן ואין משביעין אותו, ומהו הלשון הכפול, אלא כונתו לומר דכיון שאינו נאמן לגמרי בלי שום חשש כלל אין בית דין משביעים אותו בפועל, כמש"נ.

בריש דבריו כתב הרמב"ם שכל שהזיק ממון חברו ואינו יודע כמה הזיק הרי הניזק נשבע בתקנת חכמים ונוטל, כמו שתיקנו שהנגזל נשבע ונוטל, כנ"ל, דדין נשבע ונוטל במזיק הוא מדין תקנת נגזל, כדאיתא בבבא קמא שם עשו תקנת נגזל באשו, יעו"ש, והוא הדין לשאר מזיקים, כמו שמבואר בגמרא בההוא גברא דבטש כספתא, יעו"ש, ולמד הרמב"ם דמיירי לענין נשבע ונוטל, כמש"נ, ומבואר מדברי הרמב"ם דכל ניזק נשבע ונוטל כשהמזיק טוען שמא, אבל אם המזיק טוען ברי שלא היה בכיס אלא עפר או תבן אין הניזק נשבע ונוטל, וכן דייק הש"ך בלשונו בסי' שפ"ח סק"א, יעו"ש. ואיברא דבנגזל עצמו כתב הרמב"ם פ"ד גזילה ואבידה הל"א והל"ב וז"ל: קנסו חכמים לגזלנין שיהיה הנגזל נשבע על כל מה שיטעון ונוטל מן הגזלן והוא שיהיה זה מוחזק שגזלו בשני עדים כיצד הרי שנכנס לתוך בית חברו למשכנו בפני עדים וכו' בין שאמר נכנסתי למשכן כמו שראו העדים אבל לא נטלתי וכו' הרי בעל הבית נשבע בנקיטת חפץ ונוטל כל מה שיטעון עכ"ל, יעו"ש, הרי דהנגזל נשבע ונוטל אפילו אם הגזלן מכחישו בטענת ברי, וכן מפורש במשנה דשבועות (דף מד:), יעו"ש, ואם כן מאי שנא דכשעשו תקנת נגזל במזיק לא תיקנו אלא כשהמזיק אינו יודע, ומנליה להרמב"ם חילוק זה.

ולענין זה אם הניזק נשבע ונוטל כשהמזיק מכחישו נחלקו הראשונים בהא דאמרינן לעיל שם בעי אמימר עשו תקנת נגזל במסור או לא וכו' תיקו, יעו"ש, וכתבו התוס' וז"ל: ורבינו תם מפרש דהך בעיא כשהמוסר מכחיש את הנמסר דומיא דנגזל בשבועות דגזלן מכחישו אבל אם המוסר עצמו אינו יודע כמה ישבע נמסר כמה הפסיד ויטול ולר"י נראה דהך בעיא אפילו אין המוסר יודע דומיא דתקנת נגזל באשו שאין המבעיר יודע כמה הפסיד הניזק דמבעי ליה במסור אי עשו תקנתא או לא עכ"ל, יעו"ש, ולדעת רבינו תם לא מיבעי ליה אם יש דין נשבע ונוטל במסור, דהא דקאמר עשו תקנת נגזל באשו כולל גם כל המזיקים, ובודאי יש דין נשבע ונוטל במסור, אכן מיבעי ליה אם דין זה נוהג גם כשהמזיק מכחיש, כמו שמצינו מפורש במשנה דשבועות דנגזל נשבע ונוטל אפילו כשהגזלן מכחישו, כנ"ל, או רק כשאין המזיק יודע. והרא"ש הביא דברי ר"י ופסק כותיה וז"ל: והכי מסתבר טפי לדמות בעיא זו לטמון באש מלדמותו לנגזל דהא טמון לא מדמינן לנגזל אע"ג דקאמר עשו תקנת נגזל באשו עכ"ל, יעו"ש, והיינו כחילוקו של הרמב"ם, ובעיא דלא איפשטא היא בשאינו

יודע, כנ"ל, ובפלפולא חריפתא הקשה וז"ל: לא ידענא מאי קאמר לענין מה דלא מדמינן שלא מצינו בתלמוד שום דבר עכ"ל, יעו"ש, וקשה לדברי הרא"ש והרמב"ם היכן ראו שום רמז בגמרא דכדקאמר עשו תקנת נגזל באשו היינו בשאין המזיק יודע, ולא מדמינן מזיק לגמרי לנגזל, וכשהמזיק מכחישו אין הניזק נשבע ונוטל, כמש"נ. והרמב"ם הביא דין המסור פ"ח חובל ומזיק הל"ח וז"ל: מי שיש עליו עדים שמסר ממון חבירו וכו' ולא ידעו העדים כמה הפסידו והנמסר אומר כך וכך הפסידני והמסור כופר במה שטענו אם תפס הנמסר אין מוציאין מידו אלא נשבע בנקיטת חפץ וזוכה במה שתפס ואם לא תפס אין מוציאין מן המוסר אלא בראיה ברורה עכ"ל, יעו"ש, ופסק כן משום דעשו תקנת נגזל במסור הוי בעיא דלא איפשטא, כנ"ל, ומבואר מדבריו שלמד כדברי רבינו תם דמיבעי ליה היכא דהמסור מכחישו.

ולא הזכיר הרמב"ם בהלכה זו מהו דינו של מסור כשאין המוסר יודע, שהרי דין זה מבורר במה שכתב בפ"ז דאם המזיק אינו יודע הניזק נשבע ונוטל, וגם המוסר הוא בכלל המזיקים למאן דדאין דינא דגרמי, ואם המוסר אינו יודע בודאי הנמסר נשבע ונוטל כמו כל ניזק, ובפ"ח הביא דין מוסר המכחיש לנמסר, דלענין זה אולי יצא מכלל כל המזיקים, ודינו כגזלן, דנגזל נשבע ונוטל אפילו אם הגזלן מכחישו, וכיון דהוי בעיא דלא איפשטא, אין הנמסר נשבע ונוטל אלא כשתפס. אכן יש לדקדק בדברי הרמב"ם דבדרך כלל בספיקא דדינא כותב הרמב"ם דספק הוא ופטור, ומכל מקום אם תפס אין מוציאין מידו, והכא מביא תחלה דין התפיסה ואחר כך הדין אם לא תפס.

ונראה דכונת הרמב"ם היא דכיון דאין זכות לנמסר אלא אם כן נשבע ונוטל, והרי מספקא לן אם נשבע ונוטל, הא פשיטא דאין בית דין מניחים לו לישבע מספק, וכל הנידון להלכה בבעיא זו הוא אם תפס הניזק, דכיון דהרמב"ם ס"ל דבספיקא דדינא אם תפס אין מוציאין מידו, הרי בית דין משביעין אותו וזוכה במה שתפס, ועיימש"נ בהגהות לסי' ז', ובסוף ההלכה הוסיף הרמב"ם דאם הנמסר לא תפס אלא קפץ ונשבע אין מוציאין מידו של מוסר, דאין להוציא ממון מיד המוחזק אלא בראיה ברורה ולא בשבועת הנוטלין שמסופקים בו אם נתקנה במוסר שמכחיש להנמסר, אבל אם אינו מכחישו אלא אינו יודע שפיר נשבע ונוטל, וכמש"נ.

והרמב"ם ראה חילוק זה בהא דקאמר בגמרא עשו תקנת נגזל באשו, ומבואר מעובדא דההוא גברא דבטש כספתא דתקנה זו כוללת שאר מזיקים, כמש"נ, ואחר כך מיבעי ליה אם עשו תקנת נגזל במסור, ומאי מיבעי ליה, הא מוסר בכלל המזיקים למאן דדאין דינא דגרמי, אלא מבואר דתקנת נגזל באשו, דהיינו בכל שאר המזיקים, היא כשהמזיק אינו יודע, ובמסור מיבעי ליה לענין הדין השני שבתקנת נגזל, דלא רק שתיקנו לניזק שנשבע ונוטל, אלא תיקנו לו נמי דנשבע ונוטל אפילו כשהגזלן מכחישו, וטעמא דנגזל נשבע ונוטל אפילו כשהגזלן מכחישו משום דקנסו חכמים לגזלן, כמו שכתב הרמב"ם פ"ד גזילה ואבידה, כנ"ל, וכן קנסו שהנחבל נשבע ונוטל אפילו כשהחובל מכחישו, כמו שכתב הרמב"ם פ"ה חובל ומזיק הל"ד, יעו"ש, ומיבעי ליה אם

קנסו גם במוסר שיהא הנמסר נשבע ונוטל אפילו כשהמוסר מכחישו. ובדעת הר"י יש שתי דעות, שיטתו כמו שהיא מובאת בתוס' היא דבמוסר מיבעי לן בין אם המוסר מכחיש בין אם אומר אינו יודע, שהרי קאמר אפילו אינו יודע, כנ"ל, ומבואר דגם במכחיש מיבעי ליה, וקאמר בלשון אפילו, דלא תימא דבאינו יודע פשיטא דנשבע ונוטל, אלא גם באינו יודע יש להסתפק דילמא לא עשו לו תקנת נגזל, ואין לומר דמספקא ליה אם תקנת אשו כוללת שאר מזיקים, דאם כן למה מיבעי ליה דוקא במסור, וכן מבואר מעובדא דגברא דבטש כספתא, כמש"נ, וצריך לומר דזה מוסכם דתקנת אשו כוללת שאר מזיקים, וצריך נמי לומר דתקנת נגזל באשו ובשאר מזיקים היא בין באומר אינו יודע בין במכחיש, ומיבעי ליה אם יש תקנת נגזל במסור. ומה שכתבו דמיבעי ליה בדומיא דתקנת נגזל באשו שאין המבעיר יודע כמה הפסיד הניזק, כנ"ל, אין זה לגבי עצם דין נשבע ונוטל באשו, דהא לדברי הר"י התקנה באשו היא בכל אופן, בין אינו יודע ובין מכחיש, כמש"נ, אלא כונתם דפשוטא הא דקאמר עשו תקנת נגזל באשו היא באינו יודע, דבדרך כלל אין המבעיר יודע מה שטמון בפני האש, ומסתברא דהא דמיבעי ליה אם עשו תקנת נגזל במסור נמי מיירי גם כשהמוסר אינו יודע.

וטעמא דמספקא ליה מבואר בפלפולא חריפתא אות פ' דמיבעי ליה במוסר מפני שאינו אלא מדינא דגרמי, יעו"ש, והחילוק מובן על פי מה שכתב הש"ך סי' שפ"ו סק"א דגרמי אינו אלא מדרבנן, והביא שם נמי שיטות דהוי קנסא, ומיבעי ליה אם תיקנו דנמסר נשבע ונוטל בחיוב שאינו אלא קנסא בעלמא.

שיטת הר"י כמו שהיא מובאת ברא"ש היא דמיבעי אם נשבע ונוטל כשהמוסר אינו יודע, אבל אם מכחיש פשיטא דאינו נשבע ונוטל, כמו תקנת אשו דהוי באינו יודע ולא במכחיש, ואינה דומה לגמרי לתקנת נגזל עצמו דהוי אפילו במכחיש, כמו שמפורש במשנה דשבועות, ולדידיה אין לומר דמיבעי ליה אם תקנת אשו כוללת גם שאר מזיקים, דאם כן למה מיבעי ליה דוקא במוסר, אלא צריך לומר דשאר מזיקים דינם כדין אשו, ואם המזיק מכחיש אינו נשבע ונוטל, ואם אינו יודע נשבע ונוטל, ומיבעי ליה אם כן הוא הדין במוסר, ויש לומר דהיינו משום דחיובא דדינא דגרמי לא הוי מעיקר הדין, כמש"נ, אכן עדיין צריכים ליישב קושית הפלפולא חריפתא דהיכן ראה הרא"ש דתקנת נגזל באשו לא היתה אלא כשהמזיק אינו יודע.

ונראה ליישבה עפימש"נ בדברי הרמב"ם דהא דאין דין נשבע ונוטל במרגניתא אם אין דרך בני אדם להניחה בכספתא, היינו משום דכל שיש שום חשש משקר אין בית דין משביעים אותו בפועל, כנ"ל, ולפי זה הסברא נותנת דגם אם המזיק מכחישו יש בזה על כל פנים חשש משקר רחוק, ולא היו בית דין משביעים אותו, ומבואר דאין הניזק נאמן לישבע וליטול אלא כשהדרך להניח שם, וגם כשמזיק אינו יודע ואינו מכחישו, דאז אין לבית דין לחוש כלל שהניזק משקר, וזהו מקורו של הרא"ש דדוקא בנגזל אמרינן דנשבע ונוטל אפילו אם הגזלן מכחישו, דקנס הוא שקנסו לגזלן, אבל באשו ושאר מזיקים לא קנסו, ולכן אין הניזק נשבע ונוטל כשיש אפילו שום חשש

רחוק שהוא משקר, ורק כשהמזיק אינו יודע והניזק תובע דבר הרגיל אין לנו שום סבה
לחשוש שהניזק משקר, ושפיר יכול להוציא ממון מן המוחזק בשבועה שתיקנו לו
חכמים.

סימן כט

בו יבוארו דברי המגיד משנה דכל שיש ספק בתקנת נשבעים ונוטלים אינו נכלל בהתקנה, ואפילו תפס מוציאים אותו מידו.

הש"ך הביא שיטת הטור בסי' שפ"ח סעי' א' לענין הא דתיקנו חכמים דניזק נשבע ונוטל, ולשון הטור מובא לעיל סי' ט"ו וז"ל: אבל טוענו בדבר שאינו רגיל כגון שזרק לו סל מלא מעות לים ואין דרך ליתן בו מעות מיבעיא לן ולא איפשיטא אי נאמן בשבועתו וכתב הרמב"ם אם תפס אין מוציאים מידו אלא נשבע ומחזיק וא"א הרא"ש ז"ל כתב כיון דספיקא דדינא הוא אין מועיל בו תפיסה עכ"ל הטור, יעו"ש, ועיימש"נ בהגהות לסי' כ"ח בשיטת הרמב"ם.

וכתב הש"ך דטעמא דהרא"ש דאין תפיסה מועילה משום דגם אם לא היה ספק, והיו בית דין משביעין הנגזל שבועת הנוטלין, לא היו מוציאים מן המזיק משום דהשבועה היא רק מדרבנן, וכמו דאין מוציאים מציאת חרש שוטה וקטן, כן אין יורדים לנכסיו כשהניזק נשבע ונוטל, ומשום הכי אין תפיסה מועילה מספק, כמש"נ בדברי הש"ך לעיל סי' כ"ו, יעו"ש.

והוסיף הש"ך וז"ל: וכהאי גוונא כתב המגיד משנה פ"ד גזילה ואבידה הל"ז וזה לשונו ולפיכך כתב אין אלו נשבעים, ולא פסק שאם תפס הנגזל אין מוציאים מידו כדרכו ברוב תיקו האמורים בגמרא, לפי שכל זה הוא מן התקנה, ובמה שלא התקינו בפירוש אפילו תפס מוציאים מידו עד כאן לשונו וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ודברי המגיד משנה שהביאם הש"ך קאי על הא דתנן בשבועות (דף מד:) נגזל כיצד היו מעדין אותו שנכנס לביתו למשכנו שלא ברשות הוא אומר כלי נטלת והוא אומר לא נטלתי הוא נשבע ונוטל וכו', ובגמרא (דף מו:) אמר רבא אפילו שומר נשבע אפילו אשתו של שומר נשבעת בעי רב פפא שכירו ולקיטו מאי תיקו, יעו"ש, וכתב הרמב"ם וז"ל: היה שם שכירו או לקיטו של בעל הבית אינן נשבעין ונוטלין ואין הנגזל יכול ליטע שיהיה לא היה בביתו בשעה שנגזל וכו' עכ"ל, יעו"ש, ועל זה כתב המגיד משנה דמשום הכי לא כתב הרמב"ם דאם תפס אין מוציאים מידו משום שלא התקינו בפירוש שיהא שכירו של בעל הבית נשבע כמה נטל הגזלן ויטול בעל הבית.

ומה שכתב הש"ך דכהאי גוונא כתב המגיד משנה אין כונתו שיש דמיון גמור בין דבריו לדברי המגיד משנה, דטעמא דידיה היא דספיקא דדינא דנשבע ונוטל אם תפס מוציאים מידו משום דלא נחתין לנכסיה בנשבעים ונוטלים אפילו היה ודאי, ולפי סברתו אין תפיסה מועילה בכל ספיקות דנשבעים הנוטלים, וטעמא דהמגיד משנה היא משום דלא תיקנו חכמים שיהא הנגזל נשבע ונוטל אלא במה שברור שהוא בכלל התקנה, אבל אם בעלי התלמוד מסופקים באיזה אוקימתא אם תיקנו בו חכמים שיהא התובע נשבע ונוטל, וסלקא בתיקו, אז אמרינן דגם מתחלה לא כללו חכמים אוקימתא זו בתקנתם, ועיימש"נ בהגהות לסי' י"ט אות ט' שהלחם משנה יש לו סברא כעין זו לענין תקנה דמתנת שכיב מרע ככתובים ומסורים, יעו"ש, וסברא זו היא רק בספק

דשכירו ולקיטו ולא בשאר כל ספיקות בנשבעים ונוטלים, אלא כונת הש"ך היא דהוא והמגיד משנה מסכימים להא מלתא דאין תפיסה מועילה בהך ספיקא דדינא דנשבע ונוטל, מר לטעמיה ומר לטעמיה.

והקשה הש"ך על סברת המגיד משנה וז"ל: ואף שיש להקשות על זה שהרי כתב הרמב"ם פ"ח חובל ומזיק הל"ז גבי נמסר שאם תפס אין מוציאים מידו, והתם אפילו בנגזל ליכא אלא תקנה ומיבעיא אי עשו תקנת נגזל במסור וכו' עכ"ל, יעו"ש, ולסברת המגיד משנה היה צריך להיות הדין דכיון דמספקא לן אם תיקנו שבועת הנוטלים במסור, וסלקא בתיקו, אם כן נקטינן שמתחלה לא כללו חכמים מוסר בתקנת נגזל, ואוקמינן ממנו על חזקתו, ואין הנמסר יכול להוציא אלא בראיה ברורה, ולמה פסק הרמב"ם דאם הנמסר תפס אין מוציאים מידו.

אכן נראה דדברי המגיד משנה מתיישבים היטב לפימש"נ בהגהות לסי' כ"ח דלשיטת הרמב"ם מאי דקאמר עשו תקנת נגזל באשו כולל נמי כל שאר ניזקים כשהמזיק אינו יודע כמה הזיק, וגם המוסר בכלל, והרי הנמסר נשבע ונוטל ממנו כשהמוסר אינו יודע, וכמו בכל מזיקים, ורק נגזל או נחבל נשבע ונוטל אפילו אם הגזלן והנחבל מכחישם, דקנס הוא שקנסו חכמים, ומיבעי ליה אם עשו תקנת נגזל זו גם במסור, כלומר אם קנסו למוסר דהנמסר נשבע ונוטל אפילו כשהוא מכחישו, יעו"ש, ולפי זה בודאי יש תקנת נגזל במסור, ורק דמספקא לן אם משום קנסא מוטל על בית דין לחשוש שהנמסר משקר הואיל והמוסר מכחישו, ולא דמי כלל לשכירו ולקיטו דמספקא לן אם בכלל נתקן להם תקנה מיוחדת שיהיו נשבעים ונוטלים לסייע לתביעת בעל הבית, ואמרינן דמתחלה לא תיקנו במקום שיש ספק בעצם התקנה.

והש"ך תירץ וז"ל: ויש ליישב דשאני התם דמיבעיא לן אי מוסר כגזלן הוא, אם כן הוא אותה תקנה עצמה, מה שאין כן גבי שכירו ולקיטו ודו"ק, ועל כל פנים בדעת הטור שפיר יכילנא לומר כן וכמש"נ עכ"ל, יעו"ש, וביאור דבריו, דחכמים תקנו דנגזל נשבע ונוטל מן הגזלן, ולא פירשו מי נחשב גזלן ומי לא, וחכמי התלמוד מסכימים דמזיק דאש וגם שאר מזיקים הם בכלל הגזלנים, אמנם מספקא להו אם גם מוסר נחשב כגזלן הואיל ואין חיובו אלא מדינא דגרמי, ואם נאמר שהוא בכלל הגזלנים אין צורך לתקנה נוספת בשבילו, ומשום הכי התקנה קיימת אפילו על צד ספק, אבל בשכירו ולקיטו אין לומר שתיקנו לנגזל שנשבע ונוטל, וגם שכירו בכלל נגזל, והרי הוא נשבע מאותה תקנה עצמה, דהא הנגזל התובע הוא הבעל דבר, ותיקנו חכמים שיהא נאמן בשבועה, אבל השכיר אינו בעל דבר כלל, ואם הנגזל נוטל בשבועת שכירו איצטריך לזה תקנה מיוחדת, וקאמר בגמרא דתיקנו שבועה מיוחדת לשומרו ולאשת שומרו, אבל מיבעיא ליה אם תיקנו תקנה מיוחדת גם לשכירו, וקאמר המגיד משנה לפי סברת הש"ך דכיון דהבעיא לא איפשטא לא תיקנו מתחלה, כמש"נ.

ומסיק הש"ך דלפי סברת הרמב"ם יש לחלק בין שכירו למסור, ובמסור פסק דאם תפס אין מוציאים מידו, אבל הטור אזיל בסברת הש"ך דבשבועת הנוטלים לא נחתין לנכסיה, ואם בית דין אין יכולים לגבות, גם הוא אינו יכול לתפוס, כמש"נ, ולפי זה אין

לחלק בין שכיר למוסר, ושפיר פסק הטור דאם תפס מוציאים מידו.

בסוף דבריו כתב הש"ך דאע"ג דרבינו ירוחם פסק בזרק סל מלא מעות לים, דבדבר שאין דרכו להניח איבעיא דלא איפשטא, אם תפס הניזק אין מוציאים מידו, והובאו דבריו בסי' כ"ז, והטור פסק דאם תפס מוציאים מידו, אפשר לומר דלא פליגי, דהטור מוקים הבעיא היכא דליכא עדים על מה שהיה בסל, ומיבעי ליה אם יש לניזק נאמנות לישבע ולטול אפילו על מה שאין דרכו להניח שם, ולכן אם תפס מוציאים מידו, דהא אפילו אם לא היינו מסופקים בכך, והיינו מאמינים לניזק בשבועתו, עדיין לא היו בית דין יורדים לנכסי הנתבע לגבות כיון דאינו מחויב מן התורה, ואם כן גם תפיסה אינה מועילה, כמש"נ, אבל רבינו ירוחם מוקים הבעיא אפילו כשיש עדים על מה שהיה בסל, ומיבעי ליה בהזיק דבר שאין דרכו להניח שם אם זה נחשב אונס גמור ופטור לגמרי, ואילו לא היינו מסופקים בכך היה המזיק חייב לשלם, והיו בית דין יורדים לנכסיו, ולכן אם תפס אין מוציאים מידו, ולענין דינא הטור ורבינו ירוחם לא פליגי, יעו"ש, וכונתו דהטור ורבינו ירוחם נחלקו ביסוד הבעיא דסל מלא מעות, ולכן הטור ס"ל דמוציאים מידו ורבינו ירוחם ס"ל דאין מוציאים מידו, כמש"נ, אבל ביסוד דינא דתפיסה בספיקא דדינא לא פליגי.

וכתב הש"ך וז"ל: ומה שכתב רבינו ירוחם אין מוציאים מידו אלא נשבע כמה הוה בו וגובה מה שתפס וכו', לאו למימרא דהבעיא מיירי אי יהא נאמן בשבועה, אלא הכי קאמר אין מוציאין מידו משום בעיא דלא איפשטא, וממילא נשבע כמה היה כו' [ד]אפילו בדבר שדרכו להניח צריך שבועה עכ"ל, יעו"ש, וביאור דבריו, דהבעיא היא בין שיש עדים על מה שהיה בסל ובין שאין עדים על כך, דהבעיא לא הוי בנאמנות הניזק אלא אם יש כאן פטור אונס, כמש"נ, והיכא שהעידו עדים על מה שהיה בסל והניזק תפס אין מוציאים מידו, וגם שבועה אינו צריך, שהרי יש עדים על כמה היה בסל, ומה לו לישבע, אכן רבינו ירוחם כתב דנשבע כמה היה בו, ומיירי היכא דלא היו עדים על מה שהיה בו, ונהי דאין שום חסרון בנאמנות הניזק, עדיין מסופקים אם המזיק נפטר משום אונס, כמש"נ, ולכן אם תפס אין מוציאים מידו, אבל בודאי צריך לישבע כמה היה בסל, כמו שהיה צריך לישבע אם היה דבר שדרכו להניח, דאפילו אם תפס צריך לישבע כדי להחזיק מה שתפס בידו.

סימן ל

בו יבואר מחלוקת הטור ורבינו ירוחם בגזל מציאת חרש שוטה וקטן ולא החזירה אם בית דין מנדים אותו, ויחולק בין נידוי דמציאה לנידוי דשבועת היסט.

הש"ך תלה מחלוקת הטור ורבינו ירוחם לענין אם תפיסה מועילה בספיקא דדינא דנשבעים ונוטלים בפלוגתייהו לענין מה שגזרו חכמים גזל במציאת חרש שוטה וקטן, הטור אזיל לשיטתו שאם אינו רוצה להחזירה לא נחתין לנכסיה ולא מנדינן ליה, וכיון שאין בכח בית דין לעשות כלום לכפות על תקנתם אילו היה מחויב ודאי, הוא הדין דאין תפיסה מועילה במקום ספק, ורבינו ירוחם אזיל לשיטתו במציאת חרש שוטה וקטן דאם אינו רוצה להחזירה אין מוציאים מידו אבל מנדים אותו, ויש בזה צד כפיה, ולכן אם תפס במקום ספק אין מוציאים מידו, יעו"ש.

ומחלוקתם היא בהא דאמרינן בגמרא לענין שבועת היסט בפרק שבועת הדיינים (דף מא.) מאי איכא בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן איכא בינייהו וכו' מיחת לנכסיה בדאורייתא נחתין לנכסיה בדרבנן לא נחתין לנכסיה ולרבי יוסי דאמר בדרבנן נמי נחתין לנכסיה דתנן מציאת חרש שוטה וקטן יש בהם גזל מפני דרכי שלום ר' יוסי אומר גזל גמור ואמר רב חסדא גזל גמור מדבריהם למאי נפקא מינה להוציא בדיינין מאי איכא בין דאורייתא לדרבנן איכא בינייהו שכנגדו חשוד על השבועה בדאורייתא שכנגדו חשוד על השבועה אפכין ליה שבועה ושמו אאידך בדרבנן תקנתא היא ותקנתא לתקנתא לא עבדינן ולרבנן דפליגי עליה דרבי יוסי דאמרו בדרבנן לא נחתין לנכסיה מאי עבדינן ליה וכו' משמתינן ליה עד דמטי זמן נגדיה ונגדינן ליה ושבקינן ליה, יעו"ש.

ומבואר דהחילוק בין שבועה דאורייתא לשבועת היסט הוא דאם אינו רוצה לישבע היסט לא נחתין לנכסיה, אכן אליבא דרבי יוסי דמציאת חרש שוטה וקטן יש בהם משום גזל גמור מדבריהם, והיינו דמוציאים אותה בדיינים, הוא הדין לדידה בכל תקנתא דרבנן מוציאים בדיינים, וגם בתקנה דשבועת היסט יורדים לנכסיו אם אינו רוצה לישבע, והחילוק בין שבועה דאורייתא לשבועת היסט הוא לענין שכנגדו חשוד על השבועה, אבל לרבנן דבמציאת חרש שוטה וקטן אין מוציאים בדיינים, הוא הדין בשבועת היסט לא נחתין לנכסיה, ואין לחלק דרך במציאת חרש שוטה וקטן אין מוציאים בדיינים משום דלא הוי אלא מפני דרכי שלום, זה אינו, דמפני דרכי שלום לא הוי סוג תקנה חלשה, אלא הוא הצורך של התקנה, כמו דאמרינן בכמה תקנות שהן מפני תיקון העולם, ואכן מדברי רבי יוסי דפליג וקאמר גזל גמור מדבריהם דייקנן שבה לפלוג על דבריהם דאין מוציאים בדיינים, וס"ל דמוציאים בדיינים לחזק תקנות חכמים, והוא הדין בשבועת היסט דנחתין לנכסיה.

וקאמר בגמרא ולרבנן מאי עבדינן ליה ומשני דמשמתינן ליה עד זמן נגדיה, דהיינו שלשים יום, כמו שכתב רש"י, יעו"ש, ואחר כך שבקינן ליה, ומבואר דאם אינו רוצה לישבע היסט מנדים אותו, הטור למד דהיינו דוקא בתקנה דשבועת היסט אבל בתקנה

דמציאת חרש שוטה וקטן אין מוציאים בדיינים וגם אין מנדים אותו, וכן בכל תקנה דרבנן, אבל רבינו ירוחם למד דמנדים בכל תקנת חכמים כמו דמנדים למי שאינו רוצה לישבע.

והש"ך הביא דברי רבינו ירוחם נתיב א' ח"ה וז"ל: מי שחייב שבועה משום דבר דמדבריהם כגון מציאת חרש שוטה וקטן דיש בהן גזל מפני דרכי שלום ואינו רוצה לישבע אין מוציאים בדיינים ואין יורדין לנכסיו אלא מנדין אותן עד שלשים יום ומלקין אותו אחר שלשים יום עכ"ל, יעו"ש, ולא נתברר בדבריו איזו שבועה נתחייב על המציאת חרש שוטה וקטן, אם היינו שבועת היסת או שבועה דאורייתא כגון שבועת מודה במקצת או שבועה להכחיש עד אחד, ובריש בנתיב כ' הביא רבינו ירוחם עצם דין דמציאת חרש שוטה וקטן אין מוציאים בדיינים, יעו"ש, ולא הזכיר שם אם מנדים אותו או לו, אכן בנתיב א' כתב דמחויב שבועה במציאת חרש שוטה וקטן ואינו רוצה לישבע מנדים אותו, ומינה מובן דגם אם הודה ולא רצה להחזירה מנדים אותו.

וכתב רבינו ירוחם עוד חידוש שהוא הדין אם נתחייב שבועה על מציאת חרש שוטה וקטן דמנדים אותו, ובאמת שפיר איכא למימר דקאמר כן מן הסברא, אולם הש"ך לא היה ניחא ליה בזה, ומצא מקור לדבריו בסוגיא דשבועות וז"ל: ונראה שפירש רבינו ירוחם דהא דבעי ש"ס ולרבנן דפליגי עליה דרבי יוסי מאי עבדין ליה, קאי אמצאת חרש שוטה וקטן, מאי עבדין ליה אם אינו רוצה לישבע שלא גזל מציאת חרש שוטה וקטן, וזה תמוה, דלמה ישבע, הא אפילו מודה שגזל לא הוי אלא גזל מדרבנן ואין מוציאים אותו מידו, והוי תקנתא לתקנתא, וכל שכן שאין לנדונו על כך שישבע עכ"ל, יעו"ש.

והבין הש"ך דרבינו ירוחם הוציא חידושו ממסקנת הגמרא דלרבנן מנדים אותו, וקאמר בגמרא דמימרא דרבנן דמציאת חרש שוטה וקטן גזל מפני דרכי שלום, ולא רק אם הודה שגזלו אלא אפילו אם נתחייב שבועה ולא רצה לישבע יש בזה גזל מפני דרכי שלום ומשמתינן ליה, ולמד הש"ך בדברי רבינו ירוחם דהך שבועה היינו אם כפר בכל ונתחייב שבועת היסת, ולכן הקשה הא הוי תקנתא לתקנתא ולא לישבע כלל, וכל שכן שאין לנדונו אם אינו רוצה שבועה שלא נתחייב בה, אכן באמת יש לומר שרבינו ירוחם קאמר כן מן הסברא, ולא מיירי בשבועת היסת, דהוי תקנתא לתקנתא, אלא בשבועה דאורייתא, כמש"נ.

עוד הקשה הש"ך על דברי רבינו ירוחם, כפי הבנתו בהם, דאם הא דקאמר לרבנן מאי עבדין ליה קאי על מציאת חרש שוטה וקטן, למה לא דן בזה הגמרא בגיטין (דף נט:): במתניתין שנחלקו רבן ורבי יוסי, יעו"ש, וכתב הש"ך וז"ל: ודוחק לומר דבגזל דרבנן פשיטא לש"ס דמנדין ליה שלשים יום, אבל בשבועה דרבנן הוה סלקא דעתיה דמנדים ליה לעולם עד שישבע עכ"ל, יעו"ש, ואיברא דדוחק הוא, מכל מקום צריכים להבין מהי הסברא לחלק, למה לגבי תקנתא דמציאת חרש שוטה וקטן סגי בכפיה קטנה דנידוי שלשים יום, וגם פשיטא כן, ולגבי תקנתא בשבועת היסת הוה אמינא דבעי כפיה גדולה דנידוי לעולם עד שישבע.

וכעין זה יש לעיין לשיטת הטור דבגזל מציאת חרש שוטה וקטן אין מנדים אותו, ולא עשו חכמים חיזוק וכפיה לתקנתם, מאי קאמר בגמרא ולרבנן דאמרו לא נחתינן לנכסיה מאי עבדינן ליה וכו', ומסיק דמנדים אותו, ונקט בפשיטות דאע"ג דלא נחתינן לנכסיה, למיפטר בלא כלום אי אפשר, ומאי שנא ממציאת חרש שוטה וקטן דפטרינן ליה בלא כלום, והלא בין כך ובין כך הוי תקנת חכמים, ולמה פשיטא ליה דכופים על זו ולא על זו, והש"ך בהמשך דבריו כתב טעם לדבר וז"ל: רק גבי שבועה דרבנן מיבעיא ליה להש"ס, דאי לא עבדינן ליה מידי אם כן כל מחויב שבועה לא ירצה לישבע, ומעיקרא שבועה דרבנן, ואם כן מה הועילו חכמים בתקנתן שתיקנו שבועה, וזה ברור לפע"ד עכ"ל, יעו"ש, וגם דברים אלו צריכים ביאור, דלמה לא נאמר כן במציאת חרש שוטה וקטן, דאם אין מוציאים מידו וגם אין מנדים אותו מה הועילו בתקנתם, ואם הועילו שאולי יהא ציית לבית דין ויחזירה, גם בשבועת היסת יש לומר כן, דאולי ישבע כמו שחייבוהו בית דין, ולא יסרב להם.

ונראה לבאר על פי מה שכתב רש"י בבבא מציעא (דף ה.) בד"ה היסת וז"ל: שבועה שהסיתו חכמים לכך להסיתו להודות וטעמא מפרש בשבועות (דף מ:) חזקה אין אדם טוען אלא אם כן יש לו בידו עכ"ל, יעו"ש, ומבואר דכל דין שבועת היסת הוא להסיתו להודות, והוא כמו מעשה בית דין, ואם יכול לסרב ולומר שאינו רוצה לישבע, וליפטר בלא כלום, אין בתקנה זו שום הסתה, ומה הועילו חכמים בתקנתם, אבל במציאת חרש שוטה וקטן תיקנו שיש בהן משום גזל, ויראים ושלמים ימשכו ידיהם מהן, ושפיר הועילו חכמים בתקנתם, אבל בשבועת היסת לא סגי בכך, כמש"נ, אלא בעינן שיניים להתקנה, דאם לאו אין בה הסתה להודות, ואם לא נחתינן לנכסיה צריכים על כל פנים לנדותו.

ולפי זה נוכל לבאר הדוחק לומר שהביא הש"ך, דיש לומר דהא פשיטא ליה דבמציאת חרש שוטה וקטן מנדים אותו שלשים יום, אבל אין זה משום כפיה על קיום התקנה, אלא הוא בתורת עונש על שעבר על דברי חכמים, והרי הוא כמבזה את החכמים שמנדים אותו, כמו שכתב הרמב"ם פ"ו תלמוד תורה הלי"ב, יעו"ש, אבל בשבועת היסת מנדים אותו משום כפיה להסיתו להודות, כמש"נ, והוא אמינא דלזה בעינן שיהא בנידוי לעולם עד שישבע, קמשמע לן דגם לכפית בית סגי דין בשלשים יום, ואחר כך מנגדינן ליה ושבקינן ליה, ולמרות שיש בזה סברא נכונה, וגם הש"ך הבין שיש בזה מילתא, דאם לא כן לא היה מזכיר פירוש זה כלל, מכל מקום דחה אותו כיון דדוחק לפרש הגמרא כן.

סימן לא-לב

בו יבואר מה שכתב הש"ך דאם אפילו נשבע ונוטל שתפס לא משמתינן ליה אם כן פשיטא דגם בגזל דרבנן לא משמתינן ליה.

הש"ך הוכיח דאם גזל מציאת חרש שוטה וקטן אין מוציאים מידו וגם אין מנדים אותו וז"ל: ולפי מה שכתב הסמ"ע סי' פ"ב סקכ"ב ובסי' פ"ז סקכ"ב דאפילו נשבע ונוטל אי תפס לא משמתינן ליה אם כן פשיטא דבגזל דרבנן לא משמתינן ליה עכ"ל, יעו"ש, והסמ"ע כתב שם רק דנשבע ונוטל שתפס לא משמתינן ליה, ומזה דייק הש"ך דגם בגזל הגר לא משמתינן ליה.

וקאמר הש"ך דהדמיון לנשבע ונוטל שתפס כל שכן הוא, דאם אפילו בנשבע ונוטל שתפס לא משמתינן ליה, אם כן פשיטא דבגזל דרבנן לא משמתינן ליה, ודברי מבוארים על פי מה שכתב בסי' ל' דיותר יש לנדותו בנתחייב היסת שלא רצה לישבע מגזל מציאת חרש שוטה וקטן ולא רצה להחזירה, דאם לא כן מה הועילו חכמים בתקנתם, יעו"ש, ועיימש"נ בהגהות שם, ומהאי טעמא יותר יש לנדותו במי שנתחייב שבועת הנוטלים שתפס ולא רצה לישבע, דיש לומר דגם בזה תיקנו חכמים שבועה לעכבו מליטול אם לא נשבע, וגם בזה אפשר לומר מה הועילו חכמים בתקנתם, ואם נשבע ונוטל שתפס לא משמתינן ליה, כל שכן דבגזל דרבנן לא משמתינן ליה אם אינו רוצה להחזירה.

ועיין מה שכתב הסמ"ע בסי' פ"ז סקכ"ב לחלק בין שבועת היסת לשבועת הנוטלים וז"ל: מיהו יש לומר דדוקא בנשבעים ונפטרים מנדינן דאם לא כן מה הועילו חכמים בתקנתם כל אחד הנתחייב לישבע וליפטר יסרב ויאמר לא אשבע מה שאין כן בנשבע ונוטל דתחלת התקנה לא היתה אלא שלא יפסקו לו הבית דין ליטול כי אם בשבועה אבל אם כבר תפס לנפשו בזה לא תקנוהו שבועה וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומבואר מדברי הסמ"ע דבעצם שייך סברא דמה הועילו חכמים בתקנתם גם בתקנת נשבעים ונוטלים, אכן יש לומר דבמקום תפיסה לא תיקנו חכמים, ולפי זה שפיר יש חידוש במה דנשבע ונוטל שתפס לא משמתינן, ואם כן פשיטא דבגזל דרבנן לא משמתינן ליה, כמש"נ.

והש"ך הביא ראיה שיש לדמות נשבע ונוטל שתפס וגזל דרבנן מדברי הר"ן בכתובות (דף פח.) שכתב שם הרי"ף דפוגמת כתובתה שדינה לישבע וליטול ותפסה אין מוציאים מידה, וכתב הר"ן וז"ל: אפילו הכי כיון דבשמעתא דהתם סמכי לה אפלוגתא דרבי יוסי ורבנן בגזל מציאת חרש שוטה וקטן כך יש לומר גם כן באותן נשבעים ונוטלים שדינן ליטול בלא שבועה שאם תפסו ואינן רוצים לישבע לא נחתינן לנכסיה אלא משמתינן להו כדאמרינן בגזל דרבנן עכ"ל, יעו"ש, והתם הוי איפכא, דלומדים דין נשבע ונוטל שתפס מדין גזל דרבנן, וכאן לומדים דין גזל דרבנן מדין נשבע ונוטל שתפס, והיינו משום דהר"ן ס"ל דבגזל דרבנן משמתינן ליה, ואם כן כל שכן דבנשבע

ונוטל משמתינן ליה, דיותר יש לנו לחזק תקנה דשבועה, כמש"נ, אבל הסמ"ע ס"ל דנשבע ונוטל שתפס לא משמתינן ליה, ואע"ג דיותר יש לחזק תקנת השבועה, ואם כן פשיטא דבגזל דרבנן לא משמתינן ליה, ולא הביא הש"ך ראייה מדברי הר"ן אלא דיש לדמות נשבע ונוטל שתפס וגזל דרבנן לענין דין נדוי.

הר"ן כתב דינו בנשבע ונוטל שתפס ולא רצה לישבע אין מוציאים מידו, דבדרבנן לא נחתינן לנכסיה, רק באותן נשבעים ונוטלים שדינם ליטול בלא שבועה, כנ"ל, והיינו כגון פוגמת כתובתה דמן התורה דינה ליטול בלא שבועה, ורק דחכמים הטילו עליה שבועה, ואם תפסה ולא רצה לישבע אין מוציאים מידה, דאם נוציא מידה אין זה אלא לחזק דברי חכמים, והרי בדרבנן לא נחתינן לנכסיה, אבל בהני נשבעים ונוטלים שמן התורה אין דינם ליטול אפילו בשבועה, כגון השכיר, וחכמים תיקנו לו שיוכל ליטול אם נשבע, אז לא מועילה תפיסתו אם אינו רוצה לישבע, דבלי השבועה שתיקנו לו חכמים אין לו זכות לגבות כלל, כן היא דעת הר"ן, אכן איכא נמי למימר דגם נשבע ונוטל כגון שכיר שתפס ולא רצה לישבע אין מוציאים מידו, ועיימש"נ בזה בהגהות לסי' ז'.

סימן לג

בו ידון בהצד דפועל שעושה בגפן זה שאכל בגפן אחר לא נחשב גזלן ואינו צריך לשלם, אם יש לבעל הבית לומר רצוני שתאכל מכאן ולא מכאן.

הש"ך חזר על מה שכתב בסי' כ"ו לדעת הרא"ש שפסק בכמה מקומות בספיקא דדינא אי תפס מוציאים מידו ובכמה מקומות בספיקא דדינא לא חש להזכיר דאם תפס מוציאים מידו, והיינו משום דאין צד שתפיסה תועיל אלא היכא דאילו היה הדין ברור היה יכול להוציאו בבית דין, השתא נמי דהוי ספק עביד איניש דינא לנפשיה ותפיסה מועילה לו, אבל בספיקא דדינא דקנס אפילו היה הדין ברור לא היה יכול להוציא בבית דין, דאין דנים דינא קנסות בבבל, ומשום הכי אם תפס מוציאים מידו.

והוסיף הש"ך וז"ל: והשתא אתי נמי שפיר מה שכתב הרא"ש בפרק הפועלים (דף צא:) בבעיא דעושה בגפן זה דאי אכיל לא מפקין מיניה דהתם נמי מיירי בממון, ואילו היה הדין ברור היה הבית דין כופין לבעל הבית ליתן לפועלים שלו לאכול מאיזה גפן שירצה, ואפילו היה הבעל הבית רוצה לעכב על ידי הפועל לא הוה שבקין ליה עכ"ל, יעו"ש, ועיימש"נ בדברי הרא"ש בסי' כ"ג ובהגהות שם.

והנה באמת יש שתי קושיות בדברי הרא"ש בעושה בגפן זה, חדא יש להקשות למה פסק דאין מוציאים מידו, והלא בכמה מקומות פסק להדיא דאם תפס בספיקא דממונא מוציאים מידו, והש"ך תירץ קושיא זו דהרא"ש לא פסק דאם תפס מוציאים מידו אלא בספיקא דקנס, דאילו היה הדין ברור לא היה יכול להוציא הואיל ואין דנים קנסות בבבל, כמש"נ, ועושה בגפן זה הוי ספיקא דדינא דממון, אבל עדיין יש להקשות דלפי דברי הש"ך שם בסי' כ"ו הרא"ש לא רצה לפסוק להדיא בלא ראייה מוכרחת כנגד הרי"ף ורבותינו דאית להו דבספיקא דדינא בממון אם תפס אין מוציאים מידו, ולכן סתם דבריו בספיקא דדינא בממון ולא ולא כתב לא דמוציאים מידו ולא דאין מוציאים, ולפי זה קשה למה פסק הרא"ש בעושה בגפן זה דאין מוציאים מידו, ולמה לא סתם דבריו כמו בשאר ספיקא דדינא דממון, וקושיא זו לא יישב הש"ך בסימן זה. ועל אף שכבר כתב הש"ך כללא דהרא"ש דלא קאמר אם תפס מוציאים מידו אלא בספיקא דקנס, דאילו היה הדין ברור לא היה יכול להוציא הואיל ואין דנים קנסות בבבל, כמש"נ, ראה הש"ך להזכיר בפרט בעיא דעושה בגפן זה ואכל מגפן אחר דלא אמרינן דאי תפס מוציאים מידו כיון דהוי ממון ולא קנס.

וטעמא דמילתא משום שהוקשה לו להש"ך דהרי בעיא דגמרא היא אם אכילה בגפן אחר הוי שלא כדין, והרי הוא גזלן וחייב לשלם, או דלמא מותר לו לאכול גם בגפן אחר, ואינו צריך לשלם לבעל הבית, אבל עדיין שפיר איכא למימר דבעל הבית יכול לומר להפועל שרוצה שיאכל בגפן זה ולא בגפן אחר, וגם בגפן זה יכול לומר לו שרוצה שיאכל מצד ימין ולא מצד שמאל, או שלא יאכל קמעא כאן וקמעא אלא יקח כל מה

שיאכל ממקום אחד, והסברא נותנת שיוכל לומר כן, שהרי אינו מעכבו מלאכול, ואם עדיף לו לבעל הבית אם יאכל הפועל כאן למה לא יוכל לומר לו כן, ויתר על כן מצינו בבבא קמא (דף כ.) דהדר בחצר חבירו דלא קיימא לאגרא אינו צריך להעלות לו שער, דזה נהנה וזה לא חסר, יעו"ש, וכתבו הראשונים דאם אמר לו בעל החצר מתחלה שלא לדור שם אסור לדור שם והרי הוא גזלן, ורק אם לא אמר לו כלום קודם דירתו אמרינן דפטור משום דזה נהנה וזה לא חסר, יעו"ש.

וכעין זה יש לומר באוכל בגפן אחר, דמיבעי ליה אם לא אמר לו בעל הבית כלום קודם אכילתו, והלך ואכל בגפן אחר, אם הוא נחשב גזלן על כך או אם התורה לא חילקה בין גפן זה לגפן אחר, ואינו חייב לשלם לבעל הבית, אבל אם אמר לו בעל הבית מקודם אכילתו שרוצה שיאכל במקום זה ולא במקום אחר הרשות ביד, ואפילו בגפן אחד שיאכל בצד זה ולא בצד זה, כמש"נ.

אולם אילו היה הדין כן לא היתה תפיסה מועילה, דלפי סברת הש"ך אין תפיסה מועילה אלא היכא שאילו היה הדין ברור היה יכול להוציאו בבית דין, והכא אילו היה הדין ברור לא היה יכול להוציאו ענבי גפן אחר בבית דין, שהרי יכול בעל הבית לומר אין רצוני שתאכל מכאן אלא מכאן, ולמה מועילה תפיסתו, ואע"ג דהוי ממון ולא קנס, לכן כתב הש"ך שאילו היה הדין ברור היו בית דין כופים לבעל הבית ליתן לפועלים לאכול מאיזה גפן שירצו, ולא היה יכול לעכב עליהם כלל, וכיון דהוי ספיקא עביד איניש דינא לנפשיה, ואם תפס אין מוציאים מידו.

ובאמת יש להבין מהי הסברא בכך, ולמה לא יוכל בעל הבית לומר רצוני שתאכל מכאן ולא מכאן אם אינו מפחית להפועל ממה שראוי לו לאכול, והיה אפשר לומר דמה שהפועל אוכל הוא זכות ממון לו בכרם בעל הבית, והרי הוא כשותף לענין אכילה, ולא כל כמיניה דבעל הבית לעכבו מלאכול מכל היכא שירצה, אכן קשה לומר כן, שהרי אינו יכול ליתן לאחרים מה שהיה ראוי לו לאכול, וכן פסק הרמב"ם פ"ב שכירות הל"ג וז"ל: פועל שאמר תנו לאשתי ובני מה שאני אוכל וכו' אין שומעין לו שלא זכתה תורה אלא לפועל עצמו וכו' עכ"ל, יעו"ש, ויותר מסתברא דאין זה קנין אלא רשות בעלמא, ואם כן למה לא יוכל בעל הבית לומר לו רצוני שתאכל מכאן ולא מכאן כיון שאין הפועל מפסיד כלום בכך, והדבר צריך עיון.

סימן לד

בו יבוארו דרך הש"ך ודרך הסמ"ע לפרש שיטת הרא"ש בענין תפיסה מספיקא בספק במציאות ובספיקא דדינא אם מוציאים מידו.

הש"ך כתב בסי' כ"ו דשיטת הרי"ף ורבותינו דבספיקא דדינא אם תפס אין מוציאים מידו, ושיטת הרא"ש היא דבכל תפיסה בלי טענת ברי מוציאים מידו, ואינו מחלק בין ספק במציאות לספיקא דדינא, וראיתו מספק בכור דתקפו כהן מוציאים מידו, אכן לא רצה לחלוק בפירוש על הרי"ף ורבותינו בלי ראיה מוכרחת, ולכן פסק דמוציאים מידו רק בספיקא דדינא דקנסות, כיון דאפילו היה הדבר ברור לא היה יכול להוציאו בדיינים, דהא אין דנים דיני קנסות בבבל, ובהא לא אמרינן עביד איניש דינא לנפשיה, ודומה ממש לספק בכור דאפילו היה הדבר ברור שנולד ראשון לא היה יכול להוציאו בדיינים, שהרי ישראל יכול ליתנו לאיזה כהן שירצה, אבל בספיקא דדינא דממונא אילו היה הדבר ברור היה יכול להוציאו בדיינים, ואינו דומה לגמרי לספק בכור, ולכן סתם דבריו ולא כתב אם מוציאים מידו או אין מוציאים, והטור ורבינו ירוחם אזלי בשיטת הרי"ף ורבותינו, יעו"ש.

ובסימן זה הביא הש"ך דברי הסמ"ע בסי' שס"ב סק"ג וז"ל: ואם תפס הנגזל אין מוציאים מידו, וכן כתבו הרא"ש והטור, ובדרישה כתבתי דאף דבספיקא ס"ל דאין תפיסה מועילה, מכל מקום בספיקא דש"ס מודים דמועילה בהו תפיסה וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומיירי התם בבעיא דלא איפשטא דבבא קמא (דף צו.) אם תקנו שבח שעל גבי גזילה ללוקח מן עכו"ם שקנה מן הגזלן, וכתב הסמ"ע דכיון דלא הוי ספק במציאות אלא ספיקא דהש"ס, דהיינו ספיקא דדינא, מודה הרא"ש דאין מוציאים מידו, יעו"ש, והקשה הש"ך על דבריו דהלא בכמה ספיקי דדינא פסק הרא"ש להדיא דאם תפס מוציאים מידו, ויישב דברי הסמ"ע על פי יסודו בסי' כ"ו הנ"ל דהרא"ש מחלק בין ספיקא דדינא דקנס לספיקא דדינא דממונא, דבספיקא דקנס אפילו היה הדבר ברור לבית דין לא היו יכולים לחייב הנתבע, ולכן אין תפיסת התובע מועילה, אבל בספיקא דדינא דממונא אילו היה הדבר ברור לבית דין היו יכולים להוציא מן הנתבע, ולכן אם תפס אין מוציאים מידו.

ולעיל בסי' כ"ז כתב הש"ך דכמו דתפיסה אינה מועילה בקנס משום דאף אילו היה הדבר ברור לא היו בית דין יכולים להוציא, כמו כן אין תפיסה מועילה במה שהוא משום תקנה, דבדרבנן לא נחתינן לנכסיה, אבל בבעיא דתקנת שבח ללוקח מן העכו"ם והנגזל תפס אין מוציאים מידו, דאילו היה הדבר ברור שלא תיקנו שבח ללוקח מן העכו"ם בודאי היה בית דין מוציא השבח ממנו ונותנו להנגזל.

והנה לדרך הסמ"ע בשיטת הרא"ש הגדר בתפיסה מספיקא בלי טענת ברי הוא דבספק במציאות מוציאים מידו, ובספיקא דדינא אין מוציאים מידו, ואלא דבספיקא

דדינא לפעמים איכא סבה צדדית שבשבילה מוציאים מידו, והיינו קנסות דאפילו היה הדבר ברור לא היה יכול להוציאו בדיינים, כמש"נ, ולדרך הש"ך בשיטת הרא"ש בכל תפיסה מספיקא מוציאים מידו, בין בספיקא במציאות ובין בספיקא דדינא, אכן לא רצה לחלוק בפירוש על הרי"ף ורבותינו דס"ל דבספיקא דדינא אין מוציאים מידו, דלית ליה ראייה מוכרחת כנגדם אלא בדינו קנסות, כמש"נ.

והש"ך הביא דברי הרא"ש בבבא מציעא (דף ו: וז"ל: לעולם אימא לך תקפו כהן מוציאין אותו מידו דתפיסה אינה מועילה אלא למי שטוען ברי אבל הכהן הזה אפילו אחר שתפס אין לו אלא טענת שמא הלכך מפקינן מיניה דמוקמינן ליה בחזקת מרא קמא, והכי אמר רב נחמן בפרק בית כור (דף קה:): גבי מרחץ ששכרו בשנים עשר זהובים לשנה מדינר זהב לחדש ונתעברה השנה ומספקא ליה אי תפוס לשון ראשון וחדש העיבור לשוכר אי תפוס לשון אחרון וחדש העיבור למשכיר ואמר רב נחמן קרקע בחזקת בעלים עומדת ואפילו בא בסוף החדש כולו למשכיר ואע"ג דתפוס השוכר אין תפיסתו מועילה מספיקא וכו' כללא דמילתא לטענת ברי מועילה תפיסה דכיון שהוא טוען ברי ומוחזק בה אין לנו כח להוציא מידו אבל מי שהוא מסופק בדבר אם הוא שלו אם לאו אין תפיסתו מועילה לאפוקי מחזקת מרא קמא עכ"ל, יעו"ש.

ומבואר מדבריו דטעמא דרב נחמן דאפילו בא המשכיר בסוף החודש כולו למשכיר דקרקע בחזקת בעליה עומדת היא משום דבתפיסה מספיקא מוציאים מידו, כמו בספק בכור דתקפו כהן מוציאים מידו, ואם כן לדרך הסמ"ע בשיטת הרא"ש דמחלק בין ספק במציאות לספיקא דדינא צריך לומר דהבעיא דתפוס לשון ראשון ותפוס לשון אחרון שלא נפשטה הוי ספק במציאות, ודלא כדברי הדרישה מובאים לעיל סי' י"ד, יעו"ש, וכמו דבספק בכור מוציאים מידו, כמו כן בספק דתפוס לשון ראשון ותפוס לשון אחרון מוציאים מידו, דתפיסה מספיקא אינה מועילה בספק במציאות.

אבל לדרך הש"ך בשיטת הרא"ש אין להוכיח מדבריו אם ספק דתפוס לשון ראשון ותפוס לשון אחרון הוי ספק במציאות או ספיקא דדינא, דבכל הספיקות ס"ל להרא"ש דמוציאים מידו, כמש"נ, אבל מהשך דבריו יש להוכיח, שהביא דברי הרא"ש בכתובות (דף כ.) וז"ל: דלא אשכחן דאין תפיסה מועילה אלא בספק בכור וכן בבא בסוף החודש דכולו למשכיר דבהני אין לתפוס טענת ברי אבל כל היכא שהמוחזק במטלטלין טוען ברי אין כח ביד בית דין להוציא מידו עכ"ל, יעו"ש, והוסיף הש"ך וז"ל: הרי להדיא דבשאר ספיקי שאינם ספיקי דש"ס ס"ל להרא"ש וטור דאין תפיסה מועילה מספיקא, אפילו היו בית דין כופין לשלם אילו היה הדין ברור עכ"ל, יעו"ש, הרי שכתב דבא בסוף החודש, דהיינו ספק תפוס לשון ראשון ותפוס לשון אחרון, אינו מספיקי הש"ס.

אכן יש לדקדק לדרך הש"ך בשיטת הרא"ש, דאינו מחלק בין ספק במציאות לספיקא דדינא, למה לא הביא הרא"ש ראייה מוכרחת כנגד שיטת הרי"ף ורבותינו מדברי רב נחמן דתפיסה אינה מועילה בספק דתפוס לשון ראשון ותפוס לשון אחרון, הרי דבתפיסה מספיקא בלי טענת ברי מוציאים מידו.

ועיין לקמן בסי' מ"ד שהש"ך הקשה על הרא"ש היאך מדמה ספק דתפוס לשון ראשון ותפוס לשון אחרון לספק בכור דמוציאים מידו, והלא שאני התם דהוי מקרקעי, יעו"ש, ועיין מה שכתב בסי' מ"ה ליישב דברי הרא"ש, יעו"ש, ויש לומר לפי זה שלא היה יכול להוכיח כנגד הרי"ף ורבותינו מדברי רב נחמן, דאין זו ראייה מוכרחת, דיש לדחות דשאני מקרקעי, אבל יותר נראה דמספק דתפוס לשון ראשון ותפוס לשון אחרון אין להוכיח כנגד שיטת הרי"ף ורבותינו, שהרי לא אמרו דתפיסה מועילה אלא היכא דאילו היה הדבר ברור היה יכול להוציא בדיינים, אז אמרין דאע"ג דמסופקים עביד איניש דינא לנפשיה, אבל בספיקא דאינם של ספיקי הש"ס ליתא להאי סברא, כמו שכתב הש"ך, כנ"ל, ואם כן בספק במציאות לא אמרין עביד איניש דינא לנפשיה, ומוציאים מידו.

וביאור הדבר, דבספיקא דדינא הנידון שלפנינו ראוי לדון וניתן לפסק, והא דאינו בא לידי פסק הוא משום חסרון הידיעת הדיינים, שאינם יודעים היאך לדון כיון דבגמרא לא איפשטא הבעיא, ואילו היו חכמים גדולים ויכולים לירד לעומק ההלכה, או אם היה נודע להם מה תיקנו חכמים בימי התלמוד, שפיר היו יכולים לפסוק ההלכה בהנידון שלפניהם, ובזה אמרין דבמקום ספק התובע עביד דינא לנפשיה ויכול לתפוס, אבל בספק במציאות הלא הנידון שלפנינו הוא היאך להכריע ספק המציאות לפי ההלכה, ואילו היה הדבר ברור לבית דין, דהיינו אילו היו יודעים המציאות, היה אותו מצב שונה מהמצב שלפנינו, והגם שהיו יודעים מה לפסוק באותו מצב, אין זה פועל שהמצב שלפנינו ראוי לדין ולפסק הלכה, ועל המצב שלפנינו אנו דנים, והרי הוא מופקע מהוראת בית דין, שהרי אין שום הוכחה בהמציאות או בראיות להכריע הספק, ובכהאי גוונא לא אמרין דעביד איניש דינא לנפשיה, ואין תפיסתו מועילה.

סימן לה

בו תתישב קושית הש"ך על דברי הסמ"ע דבמתגלגל ס"ל להרא"ש דאין מוציאים מידו כיון שיכול לתפוס מה שנהנית, והלא בספיקא דדינא אית ליה דאין מוציאים מידו.

הש"ך הקשה לעיל בסי' ל"ד דמה שכתב הסמ"ע דהרא"ש מחלק בין ספק במציאות, דאם תפס מוציאים מידו, לספיקא דדינא, דאם תפס אין מוציאים מידו, מרפסן איגרי, שהרי בכמה מקומות פסק הרא"ש בספיקא דדינא דאם תפס מוציאים מידו, ותירץ על פי מה שחידש בסי' כ"ו דכל הני מקומות הם דיני קנסות, ותפיסה מועילה רק היכא דהיה יכול להוציא בדיינים אילו היה הדין ברור, אכן כיון דאין דנים דיני קנסות בבבל אם תפס מוציאים מידו, יעו"ש.

וכאן הוסיף הש"ך להקשות מדברי הסמ"ע בסי' שצ"א סקכ"ד בבעיא דמתגלגל אם נחשב ברשות הרבים אן ברשות היחיד, ולא איפשטא, וכתב הסמ"ע דהרא"ש ס"ל דאין מוציאים מידו כיון שהיה לו רשות לתפוס על כל פנים כנגד מה שנהנית, והובאו דבריו לעיל בסי' י"ח, יעו"ש, והיה לו להסמ"ע לומר דתפיסה מועילה במתגלגל משום דהוי ממון, ואילו היה הדבר ברור היה יכול להוציאו בדיינים, ולמה צריך לטעמא דיש לו רשות לתפוס על כל פנים כנגד מה שנהנית, ונדחק הש"ך לפרש דבריו דמאי דקאמר שהיה לו רשות לתפוס כנגד מה שנהנית היינו דמה שנהנית הוי ממון ולא קנס, וכמו כן מה שהזיקה הוי ממון ולא קנס, ואילו היה הדבר ברור היה יכול להוציאו בדיינים, יעו"ש, ולכאורה ביאור דבריו הוא דמה שנהנית בודאי הוי ממון, אבל מה שהזיקה בהמתו לפעמים הוי קנס, כגון בקרן, וקאמר דכי היכי דמה שנהנית הוי ממון גם מה שהזיקה בשן הוי ממון, ואם תפס אין מוציאים מידו.

וכתב הש"ך וז"ל: ואדרבה בלא פירושי קשה, ולפי מה שפירשתי ניחא, דאם לא תאמר כמו שפירשתי, תיקשי דברי הסמ"ע דסי' שס"ב ושס"ג לסוף סי' שצ"א אהדדי, ולית נגר ובר נגר דיפרקינהו עכ"ל, יעו"ש.

עוד יש לעיין בשיטת הרא"ש לפי הבנת הסמ"ע דבספיקא דדינא אם תפס אין מוציאים מידו, והלא כתב הנמוקי יוסף בבבא מציעא (דף ו:) דטעמא דתקפו כהן מוציאים מידו משום דאין לבית דין להניח חטיפות, יעו"ש, וגם הרא"ש בבבא בתרא (דף לד:) כתב דהיכא שדנים כל דאלים גבר אין השני יכול לחזור ולחטוף משום האי סברא דאין להניח חטיפות, יעו"ש, וכן כתב בתשובות כלל ע"ז סי' א', יעו"ש, ואם כן למה ס"ל דבספיקא דדינא תפיסה מועילה, והלא לא רצו חכמים להניח חטיפות.

ונראה דלא תיקנו חכמים שלא להניח חטיפות אלא היכא שהמוחזק יש לו חזקת מרא קמא מעליא, כגון היכא דדנים כל דאלים גבר, דכיון שבא ליד הראשון ואיתחזק בידו אפשר לומר דמכאן ולהבא נקטינן שהוא שלו, ושוב אין השני יכול לחטוף ממנו, וכן בספק בכור שהוא מוחזק ביד הישראל אפשר לומר דנקטינן מכאן ולהבא שכבר

ביכרה אמו מקודם ואינו בכור, ומשום הכי אם תקפו כהן מוציאים מידו, אבל בספיקא דדינא אי אפשר לומר דמאחר דאיתחזק בידו נקטינן מכאן ולהבא שהדין עמו, שהרי היא בעיא דלא איפשטא, ומשום הכי חזקתו לעולם קלושה, ואין חזקה כזו מעכבת חטיפות אפילו מדרבנן.

ולפי זה מצינו דרך אחרת ליישב קושית הש"ך על הסמ"ע מכל המקומות שהרא"ש פסק דבספיקא דדינא אם תפס מוציאים מידו, דהחילוק בין ספק במציאות דאם תפס מוציאים מידו ובין ספיקא דדינא דאין מוציאים מידו הוא דבספק במציאות חזקתו על הדבר הנתפס אלימא, דנקטינן לענין דינא שהמציאות הוא כדברי המרא קמא המוחזק בהחפץ, כמש"נ, ומשום הכי מוציאים מיד התופס, אבל בספיקא דדינא חזקת הנתפס קלושה, דאין חזקתו מסלקת הספק, כמש"נ, ולא נחשבת התפיסה ממנה כל כך חטיפה, ומשום הכי אין מוציאים מיד התופס, ובכל המקומות בספיקא דדיני דקנסות שהרא"ש פסק דמוציאים מידו היינו משום שהתפיסה היא בממונו של הנתפס לתשלומי הנזק, והרי המזיק בודאי יש לו חזקה מעליא בממונו, ואם תפס ממנו הנזק הרי זה חטיפה גמורה, ואין בית דין מניחים חטיפות, ומוציאים מידו.

וגם לרבי עקיבא דס"ל בבבא קמא (דף לג.) דשור תם שהזיק הוחלט מיד להניזק, ונעשה הנזק שותף בגוף המזיק כנגד חצי נזקו, אין זה נחשב שהנידון הוא על גוף השור, דגם לרבי עקיבא יסוד הקנין הוא חיוב תשלומין, ועל ידי החיוב תשלומין הוחלט גוף השור להניזק כנגד חצי הנזק, ועיין שם בתוס' ד"ה איכא בינייהו דאם הודה פקע החיוב ופקע הקנין, יעו"ש, ועיימש"נ בשופרא דשעבודא ש"ו פ"א, ולכן אם תפס הנזק תפיסתו היא בתורת תשלומין על חיוב מזיק ולא על קנין בגוף שור המזיק, ואלא דאם תפיסתו מועילה לו מיד קנה שותפות בהשור המזיק, כמש"נ, ולענין תשלומין יש להמזיק חזקה אלימא במקום ספק, ואין תפיסת הנזק מועילה, כמש"נ.. אבל בהני ספיקי דדיני דממון שהרא"ש ס"ל דאין מוציאים מידו, לפי לדעת הסמ"ע, הרי הנידון הוא על חפץ מסוים, כגון זרק ארנקי, או משוך בהמה וקני כלים שעליה, או קרקע לאחד ומטלטלים לאחר בקנין אגב, וכל הני שהזכיר הש"ך בסי' י"ט, יעו"ש, וחזקת המרא קמא קלושה בחפץ שיש בו ספיקא דדינא, כמש"נ, ולכן אם תפס אין מוציאים מידו.

ובבעיא דמתגלגל, אע"ג דהוי ספיקא דממון ולא קנס, הרי הנידון הוא בתשלומי נזק, אם חייב לשלם משום מזיק דשן, ולא באיזה חפץ מסוים, ובכהאי גוונא הרי המרא קמא יש לו חזקה מעליא בממונו, כמש"נ, והיה צריך להיות הדין דאם תפס מוציאים מידו, דאין בית דין מניחים חטיפות, ומכל מקום ס"ל להרא"ש דאין מוציאים מידו, וכתב הסמ"ע דהיינו משום שהיה לו רשות לתפוס כנגד מה שנהנית, וממילא יכול לתפוס נמי כנגד מה שהזיקה, ועיימש"נ בהגהות לסי' י"ח דטעמא דמלתא משום דכיון שמקצת החטיפה היתה ברשות לא ראו חכמים לעכבו משאר החטיפה.

והנה הש"ך לעיל סי' כ"ג הביא דברי הרא"ש בבבא מציעא (דף צא:) וז"ל: איבעיא להו עושה בגפן זה מהו שיאכל בגפן אחר ולא איפשטא הלכך לא אכיל ואי אכיל לא

מפקינן מיניה ולא מנכי ליה מאגריה דהיינו אפוקי כדאמר לעיל גבי משכנתא עכ"ל, יעו"ש, והקשה עליו הש"ך דהלא הרא"ש ס"ל דבספיקא דדינא אם תפס מוציאים מידו, ועיימש"נ בהגהות שם, ובסי' ל"ג יישב הש"ך דברי הרא"ש דהתם הוי ממון ולא קנס, ובספיקא דדינא דממון גם הרא"ש ס"ל דאם תפס אין מוציאים מידו, יעו"ש, ולפי דברינו נמי מיושבים דברי הרא"ש, דהתם אין עיקר הנידון אם הפועל נתחייב בתשלומין על מה שאכל בגפן אחר, אלא עיקר הנידון והספיקא דדינא הוא אם יש לפועל רשות לאכול מפירות גפן אחר, והנידון הוא על עצמם של הפירות, וחזקת מרא קמא של בעל הבית כנגד אכילת הפועלים קלושה, כמש"נ, ולכן אם תפס אין מוציאים מידו, ומה שאכל ברשות אכל.

והיה אפשר להקשות לדברינו מדברי הרא"ש, הובאו לעיל סוף סי' י"ח, על הא דמיבעי ליה בבבא קמא (דף ל:) במוציא זבלו לרשות הרבים אם קנסו מיד או לכי מייתי שבחא, ולא אפשיטא, יעו"ש, וכתב הרא"ש וז"ל: כל הקודם בהן זכה וכו' ואיבעיא לן אי קנסינן אליבא דרב גופן לאלתר או דוקא לכי אייתי שבחא ולא אפשיטא הלכך לא מפקינן ממונא מחזקת מריה קמא ותפיסה אינה מועילהא בספיקא דדינא וכו' עכ"ל, יעו"ש, ולפי דברינו דהיכא דהנידון הוא על חפץ מסוים ולא על חיוב תשלומין חזקת המרא קמא קלושה, ואם תפס אין מוציאים מידו, הלא הזבל הוא דבר מסוים, ולמה פסק הרא"ש דאם תפס מוציאים מידו.

אכן זה לא קשה לפי מה שמבואר בסוגיא שם (דף ל.) מתניתין המוציא את תבנו וקשו לרשות הרבים לזבלים והוזק בהן אחר חייב בנזקו וכל הקודם בהן זכה וכו', ובגמרא לימא מתניתין דלא כרבי יהודה דתניא רבי יהודה אומר בשעת הוצאת זבלים אדם מוציא זבלו לרשות הרבים וצוברו כל שלשים יום כדי שיהא נישוף ברגלי אדם וברגלי בהמה שעל מנת כן הנחיל יהושע את הארץ אפילו תימא רבי יהודה מודה רבי יהודה שאם הזיק משלם מה שהזיק וכו', יעו"ש, ומבואר דמה שתיקנו חכמים דכל הקודם בהן זכה לאו היינו שהפקירו זבלו, דהא על מנת כן הנחיל יהושע את הארץ שיהא מוציא זבלו וירויח כשיהא נישוף ברגלי אדם וברגלי בהמה, ואע"פ שהזבל שלו ויש לו רשות להוציאו לרשות הרבים, תיקנו חכמים שחייב בנזקו ושכל הקודם זכה. ולפי זה אפילו אם נאמר דקנסו על הזבל גם קודם שהשביח, הרי כל זמן שלא הגביהו אדם אחר הוא של בעל הבית בלי שום ספק, ורק כשהגביהו נולד הספיקא דדינא אם כל הקודם זכה גם כשעדיין לא השביח, ונמצא דזה שתפס הזבל מוציאו מספק לא רק מחזקת מרא קמא אלא מבעלות ודאית של בעל הבית, כמש"נ, ושפיר פסק הרא"ש דאין תפיסתו מועילה, ומוציאים מידו.

סימן לו

בו יבואר קושית הש"ך ותירוצו על דברי הטור ורבינו ירוחם והרא"ש שלא כתבו דאם תפס אין מוציאים מידו בגמל בהנהגה ומשוך בהמה וקנה כלים וזרק ארנקי בפתח זה.

הש"ך העלה לעיל בסי' כ"ו דלדברי הטור ורבינו ירוחם והרא"ש אי תפס בספיקא דדינא דקנסות מוציאים מיד, כיון דאפילו היה הדין ברור לא היה יכול להוציא בדיינים, דהא אין דנים דיני קנסות בבבל, אבל אי תפס בספיקא דדינא דממון אין מוציאים מידו, דכיון דאילו היה הדין ברור היה יכול להוציא בדיינים גם תפיסתו מספק מועילה, ובסימן זה הקשה על דבריהם למה כתבו בשלשה מקומות בספיקא דדינא דממון דלא קנה ואוקי ממונא בחזקת מרא קמא, ולמה לא כתבו נמי דאם תפס אין מוציאים מידו, והרי כל הני הוי ממון ולא קנס, ושלוש בעיות אלו הן בעיא דגמל בהנהגה וחמור במשיכה, הובא לעיל סי' י"ט אות א', משוך בהמה וקני כלים שעליה, הובא לעיל סי' י"ט אות ג', וזרק ארנקי בפתח זה, הובא לעיל סי' י"ט אות ז'.

ועיקר קושית הש"ך היא על דברי הטור ורבינו ירוחם שכתבו בשאר ספיקא דדינא דממון דאם תפס אין מוציאים מידו, והוקשה לו מאי שנא הני תלת דמשמע מדבריהם דאם תפס מוציאים מידו, ואע"ג דהוי ספיקא דדינא דממון, אבל על דברי הרא"ש באמת אין להקשות, שהרי גם בשאר ספיקא דדינא דממון לא כתב דאם תפס אין מוציאים מידו, ובסי' כ"ו כתב הש"ך דהרא"ש מעצמו ס"ל דאם תפס בכל ספיקא דדינא מוציאים מידו, אבל לא רצה לפסוק להדיא כנגד הרי"ף ורבותינו אלא בדיני קנסות דאית ליה ראיה מוכרחת מתקפו כהן מוציאים מידו, יעו"ש, אבל להטור ורבינו ירוחם שכתבו בשאר מקומות דספיקא דדינא דאם תפס אין מוציאים מידו, מאי שנא בהני תלת שלא כתבו כן.

וכתב הש"ך וז"ל: [יש לדקדק] דהרי לא כתבו הרא"ש והטור ורבינו ירוחם בשום הנך מקומות שאפילו תפסו לא מפקינן מנייהו רק כתבו דלא קנה ואוקי בחזקת מרא קמא, ויש לפרש דבריהם דמיירי כשלא תפס לרשותו, ואע"ג דמשך מכל מקום השתא אינו ברשותו, ואתא לאשמועינן לאפוקי בהפקר זכה בו אף שאינו ברשותו כיון שהיה מוחזק בה מתחלה מספק, וכן מדוקדק לשון הטור סוף סי' רמ"ג, והבאתי לשונו שם אות ז' שכתב לפיכך אם חזר בו אין בעל הבית יכול להוציא מידו, ואם איתא עדיפא הוה ליה לאשמועינן דאפילו תפס בעל הבית מוציא הנותן מידו וכו' עכ"ל, יעו"ש.

וכונת הש"ך בתירוצו דאע"ג דהיה להם לכתוב דאם תפס אין מוציאים מידו, ולפום ריהטא היה משמע דס"ל דאם תפס מוציאים מידו, מכל מקום אין לדייק כן מדבריהם, דבאמת ס"ל דאם תפס אין מוציאים מידו, ומה שלא כתבו כן להדיא הוא משום שרצו להשמיענו חידוש אחר, ואין הכי נמי דאם אחר שעשו הקנין המסופק וחזר בו המקנה אם תפסוהו והכניסוהו לרשות היתה תפיסתם מועילה, אכן אם לא

הכניסוהו לרשותם לא אמרינן דעל ידי הא גופא שעשו קנין מסופק נעשו בזה תפוסים על הדבר הנקנה ואין מוציאים מידם, דתפיסה על ידי קנין מסופק לא נחשבת תפיסה אלא בזוכה מן ההפקר, דליכא חזקת מרא קמא כנגדו, ונעשה בזה תפוס אפילו אם לא הכניסו לרשותו, אבל היכא דאיכא מקנה שהוא המרא קמא אין תפיסה על ידי קנין מסופק נחשבת תפיסה, ומוציאים מידו ומחזירים להמרא קמא, ועיימש"נ בהגהות לסי' י"ט אות א'.

והביא הש"ך ראייה לדבריו מדברי הטור בסי' רמ"ג גבי זרק ארנקי דאם חזר בו הנותן אין בעל הבית יכול להוציא מידו, ואם ס"ל דגם אם תפס מוציאים מידו עדיפא הוה ליה למימר, דלא רק שאינו יכול להוציא בדין אלא גם תפיסה אינה מועילה לו, וממא שכתבו דלא קנה ואוקי ממונא בחזקת מרא קמא, כנ"ל, אין להוכיח כל כך דתפיסתו מועילה, דאם מוציאים מידו עדיפא הוה ליה למימר, דאיכא למימר דלא נחית לדיני תפיסה, אלא באו להורות על עצם הקנין אם קנה או לא קנה, אבל אם נחית הטור לומר דאין בעל הבית יכול לתובעו לדין להוציא ממנו, עדיפא היה לו לומר, דאפילו אם תפס מוציאים מידו, אלא מוכח דאם תפס אין מוציאים מידו.

סימן לז

בו יובא קושית הש"ך על דברי המחבר בזרק ארנקי דס"ל דאם תפס מוציאים מידו, ויבואר תירוצו של החכם צבי דמתנה לא נפקא מרשות נותן עד דאתי לרשות מקבל.

הש"ך דייק בסי' ל"ו מלשון הטור בסי' רמ"ג בזרק ארנקי בפתח זה דאם חזר בו הנותן אין בעל הבית יכול להוציא מידו דס"ל דאם תפס אין מוציאים מידו, דאם לא כן עדיפא הוה ליה לאשמועינן, אבל מלשון הרא"ש דלא קנה ואוקי בחזקת מרא קמא אין להוכיח, דלא נחית להתדיינת בין הנותן ובעל הבית, ועיימש"נ בהגהות שם, ומיירי שמעולם לא בא לרשותו בתפיסה גמורה, ובא לאשמועינן דאם הנותן הפקירו נעשה בעל הבית מוחזק על ידי תפיסתו מספק כיון דלא הוי במקום מרא קמא, וכמש"נ בסי' י"ט אות ה', יעו"ש.

ובבדק הבית כתב המחבר דלשון הטור אינו מדוקדק, דמשמע דאם תפס אין מוציאים מידו, והטור ס"ל דמוציאים מידו, אבל הש"ך כתב דלשונו מדוקדק, דבספיקא דדינא דממון שפיר ס"ל להטור דאם תפס אין מוציאים מידו, שהרי אילו היה הדבר ברור לבית היה יכול להוציאו בדיינים, ומשום הכי תפיסת מועילה במקום ספק.

ובסימן זה הביא הש"ך דברי המחבר וז"ל: הזורק ארנקי לבית בפתח זה ויצא בפתח אחר נתנו לבעל הבית במתנה וחזר בו בעודו באויר הבית הוי ספיקא ולא זכה בה משום דמוקמינן לה בחזקת מראי קמא אבל אם הפקירו וזכה בו אחר מוציאין מידו ונותנין לבעל הבית עכ"ל, יעו"ש, ודייק הש"ך בלשונו שחיסר לשון הטור דאין בעל הבית יכול להוציאו מפני שאינו מדוקדק, כמו שכתב בבדק הבית, כנ"ל, דמלשון זה היה משמע דאם תפס אין מוציאים מידו, והוא ס"ל דמוציאים מידו, ודייק נמי מלשון לא זכה דלא זכה כל עיקר, ואפילו על ידי תפיסה.

וזוהי באמת אותה הקושיא שהש"ך הקשה בריש סי' ל"ו על מה שרצה לומר דהטור ורבינו ירוחם והרא"ש ס"ל דבספיקא דדינא דממון אין מוציאים מידו, ואם כן למה כתבו דאוקי ממונא בחזקת מרא קמא, דמשמע דאם תפס מוציאים מידו, וכאן הקשה אותה קושיא על דברי המחבר דס"ל דבכל ספיקא דדינא דאם תפס אין מוציאים מידו, ועל זה תירץ דאין לדייק מדבריו דאם תפס מוציאים מידו, דמיירי שלא בא לידו בתפיסה גמורה, ותפיסה מספק לא הוי תפיסה כנגד חזקת מרא קמא, ובא לאשמועינן דטעמא דאין תפיסה מספק נחשבת תפיסה משום דאוקי בחזקת מרא קמא, אבל אם הפקירו נעשה מוחזק גם על ידי תפיסה מספק, וכמו שתירץ בסי' ל"ו לדברי הטור. ודבריו אלו הם חזרה על דבריו שכתב בסי' ל"ו ליישב דברי הטור לפי מה שרצה הש"ך לומר דבספיקא דדינא דממון אם תפס אין מוציאים מידו, וחזר על הדברים

בסימן זה ליישב דברי המחבר דס"ל כהרמב"ם דבכל ספיקא דדינא אם תפס אין מוציאים מידו.

ותירוצו לדברי המחבר מסלק דיוקו ממה שהמחבר חיסר לשון הטור דאין בעל הבית יכול להוציאו מיד הנותן, דטעמא דלא כתב לשון זה משום דמוקי כשלא בא לידו בתפיסה גמורה, וקמשמע לן דבהפקר הוי תפיסה, כמש"נ, אכן לא נסתלק בזה מה שדייק הש"ך מלשון המחבר שכתב לא זכה, דמשמע ליה דהיינו אפילו על ידי תפיסה, כמש"נ, ואם מיירי שבכלל לא בא החפץ לידו בתפיסה גמורה למה כתב לשון לא זכה, וצריך לומר דהעיקר היה דיוקו הראשון, ומה שדייק לשון לא זכה לא היה אלא סעד לעיקר דיוקו, והרי עיקר דיוקו נסתלק על ידי מה שתירץ בסי' ל"ו.

ובחושן משפט סי' רמ"ג סק"ד הקשה הש"ך על דברי המחבר כקושיתו כאן, והביא גם תירוצו כאן ודחה אותו, וז"ל: ולא זכה בעל הבית וכו' תימה דהיינו דוקא לדעת הרא"ש וטור דאין תפיסה מועילה בבעיא דלא איפשטא, אבל המחבר שפסק כהרמב"ם דבספיקא דדינא מועילה תפיסה, וכדלעיל סי' ר"ב ס"ג ולקמן סי' רמ"ח ס"יא וסי' שע"ו ושפ"ח וש"צ וכמה דוכתי, אם כן הוא הדין הכא זכה בעל הבית, ודוחק לומר דהכא מיירי שהבעל הבית לא תפס דמלישנא דמוקמינן בחזקת מרא קמא כו' לא משמע כן, וצריך עיון וכו' עכ"ל, יעו"ש.

והקצות החושן סק"ב הביא דברי החכם צבי לתרץ קושית הש"ך ותמה עליהם, וז"ל: וראיתי מה שכתב בזה הגאון חכם צבי בהגהת הט"ז וזה לשונו ונלענ"ד שנעלם מהש"ך דברי הנימוקי יוסף בבבא מציעא (דף יב.) שהביאם הבית יוסף בסוף סימן זה דמתנה לעולם לא נפקא מרשות נותן עד דאתי לרשות מקבל עד כאן לשונו, ואם כן לא דמי לשאר ספיקות שבתלמוד עד כאן לשון החכם צבי, ותמה אני על עצמי שלא זזה הקושיא כלל, דודאי מתנה לא נפקא מרשות נותן עד דאתי לרשות זוכה, ומשום הכי בספיקא מוקי לה בחזקת מרא קמא שהוא הנותן, ולאפוקי הפקר דכבר יצא מרשות מרא קמא, אלא דכיון דלדעת הרמב"ם (פ"ג מכירה הל"י) ושו"ע אפילו נגד חזקת מרא קמא מועילה תפיסה, ואם כן המקבל שהוא מוחזק ותפוס איך מוציאים אותו מידו. והוא פשוט בדוכתי טובא דאפילו במתנה ומכר היכא דאיכא ספיקא אם קנה המקבל כשתפס לא מפקינן מיניה וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ודברי החכם צבי באמת נפלאים, דלמה הוצרך להביא ראיה מדברי הנמוקי יוסף דלא פקע קנין הנותן עד שקנה המקבל, והלא זהו דבר פשוט, ועוד דהלא בכמה מקומות פסקו הרמב"ם והמחבר במכר ומתנה דבספיקא דדינא אם תפס אין מוציאים מידו, וכמו שהקשה עליו הקצות החושן.

והנה בתחלת הסוגיא בבבא מציעא שם מבואר דצבי של הפקר רץ כדרכו שנכנס לחצר ואין בעל החצר יכול לרוץ אחריו ולהגיעו לא קנה לו חצירו, אולם אם הצבי היה מתנה לו קונה אפילו אם רץ כדרכו, כיון דדעת אחרת מקנה אותו, ומיבעי ליה בזרק ארנקי בפתח זה ויצא בפתח אחר אם אויר שאין סופו לנוח כמונח דמי וקנה או לאו

כמונח דמי ולא קנה, ובגמרא רצה לפשוט הבעיא מהא דבמתנה חצירו קונה לו הצבי אפילו אם אינו יכול לרוץ אחריו ולהגיעו, ודומה לזה ארנקי באויר שאין סופו לנוח, ודחי דצבי המתגלגל על הקרקע ונוגע בה עדיף מארנקי הפורח באויר ואין סופו לנוח, יעו"ש.

ורש"י מוקי הבעיא דזרק ארנקי בשהפקירו לכל הקודם, יעו"ש, אבל התוס' כתבו וז"ל: לא גרסינן ואפקריה דהא חשיב ליה דעת אחרת מקנה אותו דמייתי ראייה ממתנה ואי אפקריה אם כן מיד כשיצא הארנקי מידו היה הפקר ובשעת זכיה ליכא דעת אחרת אלא לא גרסינן ואפקריה ולעולם היא שלו עד שיזכה בה אחר עכ"ל, יעו"ש, והנמוקי יוסף הביא דברי רש"י דמוקים לה בהפקירו לכל הקודם, יעו"ש.

וכתב הנמוקי יוסף וז"ל: וכתבו האחרונים ז"ל דמדמוכח ממתנה לומר דקנה ולא מוכח ממצאיה איפכא דלא קנה דהא כתבנו לעיל דבעינן רץ אחריהם ומגיען שמעינן דהפקר מדעת כדעת אחרת מקנה אותם דמי ואף על פי שרץ אחריהם ואינו מגיען קנה כדאמרין במתנה אבל לענין בעיין לא איפשטא אם נחלק בין מתגלגל לדבר שעובר דרך אויר לבד או לא והוי ספק ממון ויש לחלק בין מתנה להפקר דמתנה לעולם לא נפקא מרשות נותן עד דאתיא לרשות מקבל בודאי ומפקינן מכל אדם להחזירו לנותן דאוקי ממונא בחזקת מריה דהיינו הנותן אבל הפקר מעידן דאפקריה נפקא ליה מרשותיה כדאיתא בנדרים שלהי אין בין המודר (דף מג:) הלכך כל הקודם זכה בו כיון דליכא למימר אוקי ממונא בחזקת מריה וכן דעת הר"ף ז"ל שהשמיט [בעיא זו משמע] דס"ל דבעיין לא איפשיט והוי ככל תיקו דממונא וכן כתב הר"ב ב"ר ז"ל עכ"ל, יעו"ש.

ומשמע דהקצות החושן הבין שהנמוקי יוסף חולק על דברי האחרונים, שהאחרונים באו ליישב קושית התוס' על דברי רש"י, דאם מוקים הבעיא בהפקירו היאך רצה לפשוט מהא דבמתנה קונה אפילו צבי רץ כדרכו, הלא במתנה איכא דעת אחרת מקנה, אבל בהפקירו ליכא דעת אחרת מקנה, ואדרבה היה לו להוכיח ממצאיה דצבי רץ כדרכו לא קנה הואיל וליכא דעת אחרת מקנה, ותיצרו האחרונים דשאני הפקר ממצאיה, דבהפקר אין החפץ יוצא מקנין המפקיר עד שבא ליד המגביה, ובשעת הגבהתו דעת המפקיר מקנה אותו, ושפיר סלקא דעתיה להוכיח ממתנה ולא ממצאיה, וכן כתב הקצות החושן בסי' רע"ג סק"א דמאן דאמר הפקר מדעת הוי דעת אחרת מקנה אותו ס"ל דלא יצא מרשותו עד שבא ליד המגביה.

והנמוקי יוסף חולק על דבריהם וקאמר דיש לחלק בין מתנה להפקר, דמתנה עדיין של הנותן עד שבא ליד המקבל, אבל בהפקר פקעה בעלות המפקיר מיד כשהפקירו, ושוב אין לו קנין בו, וכמו שכתב הקצות החושן בסי' ס"ו סק"ט, יעו"ש, וכפי הבנת הקצות החושן בדברי הנמוקי יוסף הקשה מה ראה החכם צבי בדבריו, הלא פשוט הוא דבמתנה לא פקעה בעלות הנותן עד שבא ליד המקבל, ועוד דהיאך יתורץ בזה כל הני מקומות שפסק המחבר בספיקא דדינא דמכר ומתנה דאם תפס אין מוציאים מידו. אולם אין משמעות דברי הנמוקי יוסף שבא לחלוק על מה שכתבו האחרונים דבהפקר מדעת איכא דעת אחרת מקנה אותו משום דעדיין הוי שלו בשעה שבא ליד

המגביה, דאם כן לדעת הנמוקי יוסף ליכא דעת מקנה בהפקר, והיה צריך לפרש הבעיא כדברי התוס' דמיבעי ליה במתנה, כנ"ל, אכן הנמוקי יוסף בריש דבריו הביא פירוש רש"י דמיבעי ליה בהפקירו לכל הקודם, כנ"ל, ולא מצינו בדבריו שום חזרה, ולא הזכיר דברי התוס' דפליגי על דברי רש"י.

ולפי הבנת הקצות החושן, יש לדייק עוד במה שכתב הנמוקי יוסף בסוף דבריו דבהפקר מעידן דאפקריה נפקא ליה מרשותיה הלכך כל הקודם זכה בו כיון דליכא למימר אוקי ממונא בחזקת מריה, כנ"ל, ואם הנמוקי יוסף בא לומר דבמתנה לא פקע קנין הנותן עד שבא ליד המקבל מה שאין כן בהפקר דפקע קנינו מיד, לא היה לו לומר דליכא חזקת מרא קמא אלא דלגמרי נסתלק המפקיר מן הארנקי מיד כשהפקירו. ועוד יש לדקדק דאם כונת האחרונים דהפקר אינו יוצא מבעלות המפקיר עד שבא ליד המגביה, אם כן קשה לדבריהם הא דאמרינן בבבא מציעא (דף ט:) תנן התם מי שליקט את הפאה ואמר הרי זו לפלוני עני רבי אליעזר אומר זכה לו וחכמים אומרים יתננה לעני הנמצא ראשון וכו' דרבי אליעזר סבר מגו דאי בעי מפקר נכסיה והוי עני וחזי ליה השתא נמי חזי ליה ומגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה ורבנן סברי חד מגו אמרינן תרי מגו לא אמרינן וכו', יעו"ש, ומבואר דמיד שהפקיר נכסיו נעשה עני ויכול ללקט לעצמו, אולם בזה יש לדחות דכיון דאינו יכול לחזור בו ולבטל הפקרו שוב נחשב כעני ליטול המתנות עניים.

לכן נראה דלא נתכוננו האחרונים לומר שלא פקע קנין המפקיר בשעה שהפקירו, אלא באו לחלק בין מציאה דהוי הפקר מעיקרו ובין הפקר מדעת לכל הקודם, דבמציאה ליכא דעת אחרת מקנה, אבל הפקר מדעת נחשב דעת אחרת מקנה לגבי כל מי שהגביהו, ואע"ג דהדעת מקנה קדמה הרבה להגבהתו, ובשעת הגבהתו כבר פקעה בעלות המפקיר, והדגיש רש"י לומר שהפקירו לכל הקודם, כנ"ל, ולא כתב סתם דמיירי שנפקירו, דרצה לומר דיש בזה דעת אחרת מקנה, ודלא כמו שכתבו התוס', כנ"ל, ומשום הכי צבי רץ כדרכו שהפקירו בעליו קונה לו חצירו, דדעת אחרת מקנה אותו, והא דתנן לעיל שם (דף יא.) דצבי רץ כדרכו לא זכתה לו שדהו מיירי בצבי שלא היה לו בעלים מעולם, ובזרק ארנקי מבעי ליה בגמרא בהפקיר ארנקי וזרקו באויר שאין סופו לנוח אם הוי כצבי רץ כדרכו וקנה לו ביתו או אם גרע ממנו כיון שאינו מתגלגל על הארץ, כמש"נ, ואין נפקא מינה בזה בין מתנה להפקר.

והנמוקי יוסף הסכים לדברי האחרונים, כמו שמשמע מדבריו, ובא לדון מהו הדין אם תפס בעל הבית מכח הבעיא דלא איפשטא, מה שלא דנו בו האחרונים, וכתב הנמוקי יוסף דיש לחלק בין מתנה להפקר לענין תפיסה, וקאמר דבמתנה לא נפיק מרשותיה עד דאתי לרשות מקבל בודאי, ולכן אין תפיסה מועילה, ואע"ג דלכאורה איכא למימר דכמו דבמתנה מוקמינן לה אחזקתה שהיא של הנותן, כמו כן נימא נמי בהפקר דמוקמינן הארנקי על חזקתו שהיה ודאי הפקר קודם שבא לאויר ביתו, ואם אחר תפס אותו למה מוציאים מידו להחזירו לבעל הבית.

ועל זה קאמר הנמוקי יוסף דמלבד הא דבמתנה איכא חזקה דמעיקרא שהיה של הנותן, איכא נמי חזקת מרא קמא שכל זמן שלא בא ליד המקבל בודאי נחשב שהוא ברשות הנותן, והרי הנותן נחשב שהוא תפוס בה ולא בעל הבית, ואפילו אם חזר ותפס בו תפיסה גמורה הנותן עדיין מוחזק בה, ולכן מוציאים אותו מידו ומחזירים אותו להנותן, מה שאין כן בהפקר, נהי דאיכא חזקה דמעיקרא שהיה הפקר, מכל מקום כבר נפיק מרות המפקיר, וליכא שום מרא קמא שהארנקי עדיין נחשב ברשותו, וממילא איתחזק בו התופס, ואין מוציאים אותו מידו.

ומדויק מה שכתב הנמוקי יוסף שמתנה לעולם לא נפקא מרשות נותן עד דאתיא לרשות המקבל בודאי, והיינו דלא רק שהיא שלו אלא היא נמי ברשותו, דאם בא ממנו ליד גזלן הרי הוא שלו של הגזלן וברשותו של הגזלן, אבל מתנה לעולם היא בין שלו ובין ברשותו של הנותן עד שתבא לרשות המקבל בודאי, אבל אם באה ליד המקבל בספק לא איתחזק בה, ועדיין היא כתפוסה ביד הנותן, ומוציאים אותה מיד המקבל ומחזירים אותה להנותן.

והחכם צבי הביא דברי הנמוקי יוסף משום חידוש זה שמתנה לעולם נחשבת ברשות הנותן עד שבאה ליד המקבל בודאי, והרי הנותן כתפוס בא ממש, ובזה בא לתרץ קושית הש"ך על המחבר, דמשום הכי לא פסק בספיקא דדינא דזרק ארנקי דאם תפס בעל הבית אין מוציאים מידו משום דהארנקי הוא ברשות הנותן עד שיבא ליד המקבל בודאי, ואין להתופס שום תפיסה בו, אלא הנותן תפוס בו, ומוציאים מיד בעל הבית ומחזירין להנותן.

אולם עדיין לא נתיישב בזה מה שהקשה הקצות החושן על דבריו מהקנה קרקע לאחד ואגבה מטלטלין לאחר בבעיא היא דלא איפשטא בקדושין (דף כז.), יעו"ש, ומהקנה כל נכסיו אם ספר תורה איקרי נכס שהיא בעיא דלא איפשטא בבבא בתרא (דף קנא.), יעו"ש, וכן בשאר ספיקי דדינא במכר ומתנה שפסק המחבר דאם תפס לא מפקינן מיניה, ומאי שנא בספיקא דדינא דגמל בהנהגה ומשוך בהמה וקני כלים שעליה וזרק ארנקי בפתח זה שפסק המחבר דאם תפס לא מפקינן מיניה.

ונראה דהחכם צבי למד דלא קאמר הנימוקי יוסף חידושו, דמתנה לעולם נחשבת ברשות הנותן עד שנודע בודאי שבא ליד המקבל אלא בספיקא דדינא בקנין מצד הקונה, כגון משיכה או הגבהה, שהנותן לא עשה שום מעשה חיובית להוציא המתנה מרשותו, רק שגילה דעתו שנותן רשות להמקבל לעשות קנין בממונו, אז אמרינן דכל זמן שלא נודע בודאי שהמקבל עשה קנין המועיל הרי הנותן עדיין נחשב תפוס ומוחזק, ומוציאים מיד מי שתפס, כמש"נ, אבל היכא דהנותן עשה מעשה קנין מצד המקנה להוציא ממנו מרשותו, כגון קנין אגב קרקע או שטר, ונולד ספיקא דדינא בהקנין שעשה, בכהאי גוונא אין לו אלא חזקת מרא קמא, אבל אין המתנה נחשבת שהיא עדיין ברשותו ומי שתפס בה לא עשה כלום.

ולפי זה מובן ישוב החכם צבי לדברי המחבר, דהוא ס"ל דבספיקא דדינא אם תפס אין מוציאים מידו משום דהתופס לא עשה כלום, שהרי המתנה עדיין נחשבת ברשותו

ובתפיסתו, כמו שכתב הנמוקי יוסף, וכל זה בהני תלת ספיקי דדינא, גמל בהנהגה וחמור במשיכה, ומשוך בהמה וקנה כלים שעליה, וזרק ארנקי בפתח זה שיקנה לו ביתו, דבהני הנותן עדיין נחשב תפוס לגמרי בממומו כיון שלא שעה בו מעשה קנין, אבל בכל שאר ספיקא דדינא דמכר ומתנה שהקנין הוא מצד המקנה, כיון שעשה בו מעשה קנין, אע"פ שהוא קנין מסופק, לא נחשב עוד שהממון ברשותו, ואם תפס המקבל אין מוציאים מידו.

עוד כתב הש"ך וז"ל: ואין להקשות מכל מקום בהפקר אמאי מוציאים מהאחר הרי השו"ע ס"ל דמהני תפיסה בתיקו, זה יתבאר לקמן סי' ע"ז עכ"ל, יעו"ש, והיינו דאם הפקיר הארנקי וזרקו דרך הבית באופן שאין סופו לנוח ובא אחר ותפסו מוציאים מידו ומחזירים אותו לבעל הבית שהוא נחשב המרא קמא, ומה בכך, והרי המחבר ס"ל דתפיסה מן המוחזק מועילה דבספיקא דדינא, ועל זה תירץ דזה יתיישב לפי דבריו בסי' ע"ז, ושם כתב דאין תפיסה מן ההפקר מועילה כיון שלא היה על המפקיר שום חיוב או שעבוד להפקיר, והכל עשה מדעתו, יעו"ש, ועיימש"נ בהגהות שם, וכיון שזה האחר בא לזכות מן ההפקר אין תפיסתו מועילה.

אולם קשה על דברי הש"ך דלכאורה נראים כסותרים למה שכתב לעיל בסי' י"ט אות ד' גבי משך בהמה לקנות כלים שעליה מן ההפקר, דיש בזה ספיקא דדינא אם קנה, ובא אחר ותפס הכלים, דאם גם האחר תפס בקנין שיש בו ספק מוציאים מידו, ואם האחר תפס בקנין מעליא אין מוציאים מידו, והלא גם במשך כלים לקנות כלים שעליה זה האחר בא לזכות מן ההפקר, ולמה תפיסתו מועילה.

ויש ליישב עפ"ימש"נ בהגהות שם דבזוה מן ההפקר בספיקא דדינא אין לו שום צד זכיה קודם הגבהתו, ולא כל כמיניה לתפוס מן המוחזק או המרא קמא אם כל צד זכיתו בא רק על ידי התפיסה עצמה, ולפי יש לומר דחלוק זרק ארנקי ממשך בהמה לקנות כלים שעליה, דבזרק ארנקי הרי היה הארנקי באויר ביתו, והיה קלוט ברשותו באותה שעה, ואפילו על הצד דאויר שאין סופו לנוח לאו כמונח דמי ואינו קונה, מכל מקום נעשה בזה מרא קמא כיון שהיה בו אחיזה, והרי הוחזק ברשותו והמוציא מחבירו עליו הראיה, ועיימש"נ בהגהות לסי' י"ט אות ג', ואם בא אחר ותפס מוציאים מידו, דכיון שבא לזכות מן ההפקר ואין לו שום צד זכיה קודם שתפס לאו כל כמיניה לתפוס מן חזקת המרא קמא, כמש"נ.

אבל במשך בהמה לקנות כלים שעליה מן ההפקר, הרי אינו נעשה בזה מרא קמא ודאי, שהרי לא הכניס הכלים לחצירו או לרשותו, ונהי דיכול לעכב אחרים שלא לזכות בהכלים, היינו מדין ספק מרא קמא ולא מדין ודאי מרא קמא, דאם יש בזה קנין זכה בהכלים והרי הוא המרא קמא, ואם אין בזה קנין גם אין בזה חזקת מרא קמא, שהרי לא באו לעולם לרשותו, ואמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה משום הספק קנין, אבל אם בא אחר ותפס את הכלים בקנין גמור אין בזה אלא ספק אם הוציאם מחזקת מרא קמא, ועל הצד שהראשון לא היה מרא קמא יכול האחר לזכות גם מן ההפקר, דמי

מעכב יל ידו, ומשום הכי אין מוציאים מידו, שהרי הדבר ספק אם תפס ממרא קמא או לא, ומספק אל תוציאנו מיד התופס, ודלא כדעת הרא"ש דגם בקנין ספק נעשה מרא קמא גמור, כמש"נ בהגהות שם, אלא הש"ך ס"ל דלא נעשה מרא קמא אלא או על ידי קנין המועיל או על ידי כניסה לרשותו בפועל, ואפילו אם אין בזה קנין המועיל, כמש"נ.

ובסוף דבריו כתב הש"ך וז"ל: ואין להקשות ממה שכתב הרא"ש פרק חזקת הבתים (דף מ:) גבי אם לא אמר להם כתבוהו בשוקא והטור סי' רמ"ב דלא מהני תפיסה מספיקא וכו' דהתם לא הוי ספיקא דהש"ס, רק שכתב הרא"ש ואפילו הוי ספיקא דדינא כלומר שמסופק לנו הדין ולא היה שום סברא כלל לנטות לכאן או לכאן וכן לשאר ספק שבשטר וכו' עכ"ל, יעו"ש, דהתם הוי ספק במציאות, דמסופק לנו הדין אם גמר דעתיה, ואינו יכול לומר קים לי בספק שבשטר כיון דאין שום סברא לכאן או לכאן, ועיימש"נ בהגהות לסי' א'.

ועיין מה שכתב הש"ך לקמן סי' נ"ו גבי לשון הנחה בשטר צואה דאיכא פלוגתא דרבוותא אי הוי לשון מתנה, וכתב הש"ך לפי דעת המהרי"ק דאילו היה שייך תפיסה קודם שנולד הספק בפלוגתא דרבוותא לא היתה מועילה אלא כשאומר קים לי כחד מרבוותא, אבל לענין ספק שבגוף השטר אין תפיסתו מועילה אלא כשטוען ברי, יעו"ש, והיינו שטוען ברי מחמת זכירתו ואינו סומך על לשון השטר המסופק, אבל אינו יכול לומר קים לי שכן היא כונת השטר, דאין זה תלוי בסברתו, כמו שכתב כאן, ואכן היכא דאינו ספק בלשון השטר אלא פלוגתא דרבוותא בלשון השטר יכול לומר קים לי כחד מרבוותא, ואע"פ שגם פלוגתא דרבוותא אינה תלויה בסברתו, ועיימש"נ בהגהות שם. והביאור בזה, דבפלוגתא דרבוותא אינו צריך לומר קים לי כסברת הך מרבוותא, שהרי אין סברתו ידועה, אלא יכול לומר כיון שלא איפסקא הלכתא לא כמר ולא כמר, הרשות בידי להתנהג כחד מהם לענין הספק שלפנינו, והרי זו תפיסה בטענת ברי.

סימן לח

בו יבוארו שתי קושיות הש"ך על דברי הרא"ש דפועל שאכל מגפן אחר לא מפקינן מיניה וגם אין מנכים משכרו, ויבואר הדמיון למשכנתא דהוי אפוקי.

הש"ך העלה בסי' כ"ו דלשיטת הרא"ש אם תפס בספיקא דדינא בדבר של ממון אין מוציאים מידו, ובסי' כ"ג הביא מה שכתב הרא"ש בבבא מציעא (דף צא:) וז"ל: איבעיא להו עושה בגפן זה מהו שיאכל בגפן אחר ולא איפשטא הלכך לא אכיל ואי אכיל לא מפקינן מיניה ולא מנכי ליה מאגריה דהיינו אפוקי כדאמר לעיל גבי משכנתא עכ"ל, יעו"ש, וכתב הש"ך דנראה לו דמה שכתבו הטור ורבינו ירוחם דאם תפס בספיקא דדינא אין מוציאים מידו מקורם ממה שכתב הרא"ש בעושה בגפן זה דאם תפס ואכל מגפן אחר אין מוציאים מידו.

והקשה הש"ך וז"ל: אמאי לא מנכינן ליה מאגרא, הא פשיטא בבעיא דלא איפשטא ותפס אם חזר חבירו ותפס ממנו מועילה תפיסה, וכמש"נ לעיל סי' י"ט אות ח', ועוד דהא הכא הבעל הבית מוחזק באגריה כבר, ואמאי לא יועיל תפיסת בעל הבית לנכות ליה מאגריה בבעיא דלא איפשטא, אלא ודאי התם טעמא אחרינא איכא דמועילה תפיסת הפועל ולא משום בעיא דלא איפשטא, הא לא קשיא, דהא בלאו הכי איכא לאקשוויי וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומשמע מדבריו דאף לאחר דקאמר דודאי איכא טעמא אחרינא בפועל עדיין מוטל עליו ליישב קושיתו, והיינו משום דכל זה הוא מן הקושיא.

וביאור הדבר, דעיקר קושית הש"ך אינה על דברי הרא"ש אלא על מה שכתב בסי' כ"ג שמדברי הרא"ש בגפן אחר למדנו דס"ל דתפיסה מועילה בספיקא דדינא בדבר של ממון, וכהקדמה לקושיתו הקשה הש"ך שתי קושיות על דברי הרא"ש, דאף אם הרא"ש ס"ל דתפיסה מועילה בספיקא דדינא בדבר של ממון, למה אין מנכים לו משכרו, הלא עדיין יכול הראשון שממנו תפס לחזור ולתפוס מן התופס, כמש"נ בסי' י"ט אות ח', ולמה לא יוכל בעל הבית לחזור ולתפוס על ידי שינכה לו משכרו, דהש"ך הקשה שתי קושיות, קושיא ראשונה היא דלמה לא יוכל בעל הבית לחזור ולתפוס ממנו על ידי שינכה לו משכרו שעדיין תחת ידו.

ושנית הקשה הש"ך דכיון דבעל הבית תפוס בהאגרא שבידו היאך מועילה בכלל תפיסת הפועל, והיה אפשר לומר דקושיתו היא דלמה לא יתפוס האגרא כמו שיכול לתפוס תשלומין משאר נכסי הפועל אחר שאכל מגפן אחר, דנהי דאם תפס בספיקא דדינא בדבר של ממון אין מוציאים מידו, והרי הפועל תפס הענבים ואכלם, והדין הוא דלא מפקינן מיניה לחייבו לשלם, אכן הרי בעל הבית יכול לחזור ולתפוס תשלומין מנכסיו, וזה נקרא תפיסה ממקום אחר, שאינו תופס גוף הדבר שנפל בו ספק, ואם כן למה לא יתפוס בעל הבית האגרא שכבר יש לו תחת ידו כאילו תפס משאר נכסי הפועל,

אכן מהמשך דבריו של הש"ך מבואר דין זו קושיתו, שלא הקשה קושיא זו עד סוף דבריו, יעו"ש.

אלא בקושיא שניה הקשה הש"ך דכיון שהאגרא מוחזקת ביד בעל הבית למה נחשב הפועל כתפוס על מה שאכל, דהיה ס"ל להש"ך דאכילת ענבים הוי חלק מן השכירות, ולכן אם אין דינו לאכול מגפן אחר נמצא דתחלת אכילתו היתה בתורת תשלומי שכירותו, ועל ידי זה ממילא נתמעטה חובת בעל הבית כנגד מה שאכל, ואין שום דבר תפוס ביד הפועל, ולא דמי לשאר תופס שיש לו ממון התפוס תחת ידו, ומספקין אם הממון שלו, בזה אמרינן דמספק אל תוציאנו מידו, והועילה לו תפיסתו, אבל פועל האוכל אין לו שום ממון תפוס בידו, אלא דמספקין אם קיבל שכרו באכילתו מגפן אחר או אם היה לו דין לאכול ממנו, ובספק זה הרי בעל הבית תפוס בהאגרא שתחת ידו.

ומסיק הש"ך דמכח קושיות אלו לכאורה יש להוכיח דהא דאי אכיל לא מפקינן מיניה לא הוי משום דתפיסה מועילה בספיקא דדינא דממון, דאם טעמא משום דאכילת הפועל הועילה לו מדין תפיסה, הרי תפיסת בעל הבית מאוחרת לתפיסת הפועל, ועוד דשפיר איכא למימר דגם מעיקרא לא היתה באכילתו תורת תפיסה, כמש"נ, וצריך לומר דהא דאין מוציאים מידו מטעמא אחרינא הוא, ואולי כוון הש"ך בזה למה שכתב לעיל בסי' כ"ג דאין הבעל הבית מפסיד מידי, יעו"ש, ועיימש"נ בהגהות שם, ואם כן קשה לדברי הש"ך דהיאך הוכיחו הטור ורבינו ירוחם מדברי הרא"ש דאם תפס בספיקא דדינא בדבר של ממון אין מוציאים מידו. וכתב הש"ך דהא לא קשיא, דבלאו הכי איכא נמי עוד שתי קושיות, חדא יש להקשות למה לא יוכל לנכות משכרו, והא האגרא שתחת ידו תפס ברשות, וכולי עלמא מודו דתפיסה ברשות מועילה, כמש"נ בסי' נ', ועוד קשה קושית הפלפולא חריפתא על מה שכתב הרא"ש דאין מנכים משכרו משום דהוי אפוקי כמו במשכנתא וז"ל: ותמיהא 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 וצריך עיון עכ"ל, יעו"ש.

ומכח כל הקושיות העלה הש"ך דדנים על האגרא לחוד ועל אכילת הענבים לחוד, ולא כמו שלמד מתחלה דהכל ענין אחד הוא, כמש"נ, ואין תורת שכירות על אכילת ענבים מגפן שעושה בו, ולכן אמרינן דבעל הבית ודאי חייב ליתן להפועל כל האגרא שבידו, ואפילו אם נאמר דאכילתו בגפן אחר ודאי אכילה מממון בעל הבית היא, אין זה מגרע בעצם חובת בעל הבית לשלם לו שכרו, והא דהיה יכול לנכות לו משכרו הוא משום דהפוכי מטרטא למה לי, כמו דאמרינן בכתובות (דף קי.) בשנים שהוציא שטר חוב זה על זה, יעו"ש, ונמצא שהפועל מוחזק בהאגרא שביד בעל הבית, ומספקין אם יש לבעל הבית תביעת כנגדו להפועל על הענבים שאכל בגפן אחר, ואין ספק מוציא מידי ודאי, ואם היינו מנכים לו משכר היינו על כרחך משום דתפיסת הפועל לא הועילה, וחייב להחזיר מה שאכל, וממילא אמרינן הפוכי מטרטא למה לי, ומנכים לו

משכרו, והיינו אפוקי, אכן אנו קיימא לן דאם תפס אין מוציאים מידו, ומשום הכי אין מנכים לו משכרו.

ולפי זה תירץ הש"ך קושית הפלפולא חריפתא על דברי הרא"ש וז"ל: והשתא מייתי הרא"ש שפיר ראייה ממשכנתא, כי היכי דהתם בלא משכנתא מנכין ליה, ובמשכנתא לא מנכין ליה, משום דבלא משכנתא [אכן] אנו דנין על גוף הממון שביד המלוה, לכך מנכין ליה, אבל במשכנתא שהוא ביד המלוה, שאין דנין על גוף המשכנתא רק על החוב לא מנכין ליה להוציא המשכנתא מתחת ידו, הכי נמי הכא כיון שחייב לו שכירות בודאי, ואין הספק בגוף השכירות, רק בענבים שאכל לא מנכין ליה עכ"ל, יעו"ש.

וכונתו דהמלוה יש לו זכות גמור לאכול פירות מהמשכנתא כל זמן שלא נפרע החוב, וברם דהוי אבק רבית, הרי אבק רבית אינו יוצא בדיינים, ובאתרא דנהגו דמסלקי בזוזי באמצע זמן הקצוב להמשכנתא, ובא לפרוע חובו על ידי האבק רבית שהמלוה כבר אכל, אע"פ שכדין הוא עושה, כמו שמבואר מדברי רבא בבבא מציעא (דף סז.), יעו"ש, וגם רב אשי לא קאמר דאינו עושה כדין, אלא דס"ל ליה לרב אשי דהיינו אפוקי, והרי אמרו חכמים דאבק רבית אינה יוצאה בדיינים, ואינו יכול לסלקו משום שהוא בא לעקור דין המלוה שיש לו זכות מוחלטת לאכול הפירות באבק רבית, והיינו אפוקי, אבל אם אוכל בלא משכנתא אין להמלוה זכות לאכול הפירות באבק רבית, ורק שהלוה מניח לו לאכול, ולכן אם מפקיע ממנו האבק רבית בדין אין זה נחשב אפוקי, דאין זה כנגד תקנת חכמים דאבק רבית אינו יוצא בדיינים.

וכמו כן בפועל שאכל בגפן אחר שהוא נחשב מוחזק בהחלקט באגרא שביד בעל הבית, כמש"נ, אם מנכים לו משכרו נמצא אתה כופהו לשלם בעד הענבים שאכל בגפן אחר משכרו שהוא ממונו בהחלט, והיינו אפוקי, והרי קיימא לן דבספיקא דדינא אם תפס אין מוציאים מידו, ועיימש"נ בהגהות לס' כ"ג.

ובזה נתיישבו קושיותיו, דאין בעל הבית יכול לנכות משכרו, ועל ידי זה לתפוס השכירות תחת הענבים שהפועל אכל בספיקא דדינא, וכקושיא הראשונה של הש"ך, שהרי בעל הבית חייב להפועל כל שכרו בהחלט, ואין ספק בהענבים מגרע בחיוב השכירות, כמש"נ, וגם אין לומר דהשוכר מעולם לא תפס, דאם אין לו דין לאכול מגפן אחר נמצא דמשלו אכל, וכקושיא השניה של הש"ך, וכמש"נ, דאין אכילת ענבים מגרע בחיוב בעל הבית לשלם שכרו מצד עצם השכירות אלא מדין הפוכי מטרטא למה לי, ובמקום ספק אמרינן דאם תפס אין מוציאים מידו, ולא שייך הפוכי מטרטא למה לי.

ובסוף דבריו הקשה הש"ך לפי מה שהעלה דהאגרא ואכילת הענבים לא שייכי אהדדי וז"ל: ואין להקשות דהא כתבתי לקמן סי' ק"ט דאפילו תפס דבר אחר תפיסה מועילה למאן דס"ל דתפיסה מועילה בספיקא דדינא וכו' יש לומר דשאני הכא כיון דהכובש שכר שכיר עובר בחמשה לאוין וגם בעשה, וכמו שכתב הטור חו"מ ריש סי' של"ט, אם כן אין תפיסה מועילה מכח ספק ממקום אחר ודוק עכ"ל, יעו"ש, ואין כונתו דכיון

דאיכא ספק איסור אין בעל הבית יכול לתפוס שכרו מספק, דהרי בכל ספיקא דממונא לא אמרינן דהוי ספק גזילה, אלא מתחלה דנים על הממון, ואם זכה בדיני ממונות שוב ליכא צד איסור, ועוד דאם כן גם ממקום אחד לא יוכל לתפוס מספק, אלא כונתו דלא תיקנו חכמים שיוכל לתפוס ממקום אחר בספק דשכירות הואיל וענין תשלומי שכירות חמור מאוד.

סימן לט

בו יבוארו דברי הראב"ד דמחלק בקנסות בין חסרו ממון ללא חסרו ממון לענין אם תפיסה מספק מועילה, ויתבאר קושית המגדל עוז על דבריו.

כתב הרמב"ם פ"ח עבדים הל"ד וז"ל: מכרו לעכו"ם לשלשים יום מכרו חוץ ממלאכתו חוץ מן המצות חוץ משבתות וימים טובים הרי זה ספק אם נשתחרר או לא נשתחרר לפיכך אם תפס העבד כדי דמיו לרבו כדי שיצא בהן לחירות מיד עכו"ם אין מוציאין מידו עכ"ל, יעו"ש, והשיגו הראב"ד וז"ל: א"א אין בקנסות תפיסה מועלת אלא למי שחסרו ממון עכ"ל, יעו"ש.

וכעין זה כתב פ"ב גניבה הל"ב על מה שכתב הרמב"ם וז"ל: גנב וקטע ממנה אבר ואחר כך מכרה או שמכרה חוץ ממלאכתה או שמכרה חוץ משלשים יום אין מוציאין ממנו ואם תפס הניזק אין מוציאין מידו עכ"ל, יעו"ש, והשיגו הראב"ד וז"ל: א"א לא מחוורא לי דתפיסה מועילה בהא כיון דיותר ממה שהזיק הוא אין כח לחייבו אלא לבית דין ובדין פסוק בלי ספק וזה כיון שספק הוא אצלם איך גמרו את דינו עכ"ל, יעו"ש, והש"ך הביא דבריו לעיל סי' כ"ג, יעו"ש.

ויסוד דברי הראב"ד הוא דאין חיוב קנס חל אלא על ידי העמדה בדין, וכן מוכח מהא דאמרינן במכות (דף ה.) דקודם העמדה בדין אכתי גברא לאו בר תשלומין, יעו"ש, וכן מהא דתנן בכתובות (דף מא:) לא הספיק לעמוד בדין עד שבגרה קנסה לעצמה, כמו שהוכיח התוס' בבבא קמא (דף לג:), יעו"ש, ומשום הכי אין תפיסה מועילה במקום ספק, שהרי כל זמן שלא גמרו את הדין בודאי ליכא חיוב, ואם תפס מוציאין מידו.

ובסימן זה למד הש"ך דמה שכתב הראב"ד דאין תפיסה מועילה בקנסות אלא למי שחסרו ממון כונתו לחלק בין חיוב קנס דחל בשעת העמדה בדין לחיוב ממון שחל מיד, אבל המגדל עוז הבין בדברי הראב"ד שרצה לחלק בקנסות גופא בין חסרו ממון ללא חסרו ממון, ולשון הראב"ד קצת מוכח כן, שהיה לו לכתוב דאין תפיסה מועילה בקנסות אלא בממון, ואם כונתו לומר דנחשב קנס מפני שלא חסרו ממון, וכן בהלכות גניבה כונתו דתשלומי ארבעה וחמשה נחשבין קנס מפני שמשלם יותר ממה שהזיק, כנ"ל, הוקשה לו להמגדל עוז למה הוצרך הראב"ד להזכיר היאך קובעים דתשלומי ארבעה וחמשה הוי קנס, והלא מפורש בכל הגמרות דהוי קנס ואם מודה מיפטר, וגם מפורש בגמרא דבקנס קודם העמדה בדין גברא לאו בר תשלומין וליכא חיוב, כנ"ל, ואם כן על כרחך צריך לומר, לדעת הראב"ד, דאם תפס מוציאין מידו, כמש"כ, וכן במוכר עבדו לעכו"ם דחייב לפדותו דקנס הוא מפורש כן בגמרא דגיטין (דף מד.), יעו"ש, ולמה ראה הראב"ד צורך להזכיר שנחשב קנס מפני שלא חסרו ממון מאחר

שדבר זה מפורש בגמרא, ואם כן פשיטא דליכא חיוב קודם העמדה בדין, ואם תפס מוציאים מידו.

לכן למד המגדל עוז שאין כונת הראב"ד לפרש למה חיובים אלו קנסות הם, אלא שבא ליתן טעם לטעמו, חדא דהוי קנס, כמו שמפורש בגמרא, כמש"נ, ועוד דלא חסרו ממון, ומשום הכי אין תפיסה מועילה, אבל יש קנס שחסרו ממון, כגון שהרג שורו עבד חבירו דמשלם שלשים של עבד, והוא קנס, ואע"פ שבפשיעתו בשמירת שורו חסרו ממון, שפיר איכא למימר דאילו היה ספיקא דדינא בחיוב קנס דשלשים של עבד היתה מועילה תפיסה.

ולפי הבנתו בדברי הראב"ד כתב המגדל עוז וז"ל: ואני אומר סברא זו מחלוקת ישנה בנזיקין בפרק המניח את הכד (דף לג:) גבי מזיק שעבודו של חבירו וכו' ופרק הגוזל קמא (דף צח.) שורף שטרות של חבירו וכו' אבל אפילו לאותו דרך איני רואה חוסר ממון כזה בעולם והוא נראה לעין שהעכו"ם אין לו רחמנות ומשתעבד בו בפרק ומייגעו ומכחישו בגופו ובממונו וכל שכן המצות שהם יותר מן הממון תדע כי מפני זה שהפקיעוהו מן המצות קנסוהו עכ"ל, יעו"ש, וגם הכסף משנה הביא דברי המגדל עוז והסכים להם, יעו"ש.

וטובא יש לדקדק בדברי המגדל עוז והכסף משנה, שהמגדל עוז הבין בדברי הראב"ד דמאי דקאמר אלא אם חסרו ממון כונתו דאין תפיסה מועילה בקנסות אלא היכא דחסרו ממון, וכגון שלשים של עבד, כמש"נ, אבל הכא אין זה אלא גרמי, וכבר נחלקו בגמרא אם דיינין דינא דגרמי, והראב"ד ס"ל דלא דיינין דינא דגרמי, ומשום הכי נחשב שלא חסרו ממון, וצריכים לעיין במה נחשב מוכר עבדו לעכו"ם כמזיק על ידי גרמי, ואם באמת הוי גרמי מאי קאמר המגדל עוז דאפילו למאן דלא דאין דינא דגרמי יש כאן חוסר ממון גדול מאד, ואם הוי גרמי מה לי דהוי חוסר גדול, ועוד יש להבין היאך נחשב הפקעה מן המצות כמו שחסרו ממון.

ובכלל צריך עיון מאי שנא דבקנס במקום שחסר ממון תפיסה מועילה, והלא סוף סוף אין החיוב חל עד שעת העמדה בדין, וקודם לכן לאו בר תשלומין הוא, ואם מודה מיפטר, ורק על ידי העמדה בדין נעשה בר תשלומין, ואם כן למה מועילה תפיסה במקום שעדיין לא עמד בדין אם חסרו ממון.

והנה עיין מה שכתבו התוס' בבבא קמא (דף לג:) בד"ה איכא בינייהו לענין דרבי עקיבא ס"ל דשור תם שהזיק יוחלט להניזק מיד בשעת ההיזק וז"ל: ונראה דאע"ג דלרבי עקיבא קיימא ליה ברשותיה משעת הנזק קודם העמדה בדין וחשבינן כאילו בא חצי נזק לידו מאותה שעה ואע"ג דקיימא לן פלגא נזקא קנסא מכל מקום אם העידו עדים ששורו נגח ביום א' ואתו עדים אחרים ואמרו ביום א' הייתם עמנו אלא בערב שבת נגח דמשלמין דבעידנא דקמסהדי גברא לאו בר תשלומין הוא דכל זמן דלא נתגלה הדבר שלא העידו עליו חשיב לאו בר תשלומין אע"ג דקם ברשותו דניזק בשעת הנזק כדמוכח במרובה (לקמן דף עד.) גבי מעידנו באיש פלוני שהפיל שן עבדו וכו' ואם תאמר דבפרק נערה (כתובות דף מא:) תנן לא הספיק לעמוד בדין עד שבגרה קנסה

לעצמה ואמאי הא משעת פתוי זכה בה האב אלא משמע דבקנס לא זכי עד שעת העמדה בדין והכא סבר רבי עקיבא דזכה משעת הנזק וכו' ושמא יש לומר דהיינו טעמא דזוכה משעת נגיחה משום דגלי לן קרא דמשמע לרבי עקיבא דמכח אמוזיק ואניזק קאי וההיא דמרובה (דף עד:) נמי גלי קרא למאן דאית ליה עכ"ל, יעו"ש, ועיימש"נ בשופרא דשעבודא ש"ו פי"ב.

ומבואר מדבריהם שיש שני מיני קנסות, בדרך כלל לא חל חיוב קנס עד שעת העמדה בדין, כדמוכח מבגרה קודם שעמד בדין, ומשום הכי לא נחשב בר תשלומין קודם העמדה בדין, שהרי עדיין לא חל החיוב, ואיכא נמי קנסות שחלים מיד, דהיינו יוחלט השור לרבי עקיבא, וכן בהפיל שן עבדו, ומכל מקום נחשב לאו בר תשלומין כל זמן שלא נתגלה הדבר על ידי עדים, ואם מודה מיפטר, דבעינן עד שירשיעון אלהים פרט למרשיע את עצמו, ואם הודה פקע הקנס, כדאיתא לקמן שם (דף מ:), יעו"ש, וכן לענין הזמה, כמו שכתבו התוס'.

ונראה דגם הראב"ד, לפי הבנת המגדל עוז והכסף משנה בדבריו, מחלק בקנסות כעין זה, אלא שהוא מחלק בין קנס שחסרו ממון לקנס שלא חסרו ממון, דהיכא דלא חסרו ממון חל החיוב בשעת העמדה בדין, שהרי לא עביד מידי, ומכל מקום יש כח ביד בית דין לחייבו קנס, וכמו שכתב הרמב"ם בספר מורה נבוכים ח"ג פמ"א דחיוב כפל וארבעה וחמשה הוא כדי להזהיר בני אדם למנוע מאיסור גניבה, ובמקנה החמירה התורה משום דבקלות יכול לגנוב מקנה בשדה משאר דברים, ויותר קל לגנוב בהמות מלגנוב צאן, יעו"ש, והרי הגנב באמת לא עשה שום דבר שבשבילו יש לחייבו עוד תשלומין, אבל כדי להזהיר שאר אינשי חייבתו התורה לשלם יותר על מה שגנב, וחיוב כזה חל רק על ידי העמדה בדין, ואין תפיסה מועילה ביה, שהרי קודם העמדה בדין אין על חבירו חיוב כלל.

אבל היכא דחסרו ממון חל החיוב מיד כשהזיקו, ואע"ג דנחשב לאו בר תשלומין קודם שנתגלה הדבר על ידי עדים, שהרי עביד מידי, וכגון ששורו המית עבד חבירו הרי בפשיעתו הזיק לחבירו וחסרו ממון, וחיובו נחשב קנס כיון שהסכום קצוב לשלשים שקל, בין שהעבד גדול בין שהוא קטן, וחל חיובו מיד גם קודם העמדה בדין, ומכל מקום גברא לאו בר תשלומין כל זמן שלא נתגלה הדבר בבית דין על ידי עדים, ואם הודה פטור דבעינן אשר ירשיעון אלהים פרט למרשיע את עצמו, אכן כיון דכבר חל חיובו תפיסתו מועילה משום דעביד אינשי דינא לנפשיה, והרי הוא עומד במקום בית דין, שהרי כל תפקיד הבית דין בכהאי גוונא הוא להורות על החיוב שכבר חל מעצמו על חבירו, ולכן אם תפס אין מוציאים מידו.

אבל היכא דלא חסרו ממון, כגון תשלומי ארבעה וחמשה, לא אמרינן עביד דינא לנפשיה לעמוד במקום בית דין להטיל קנסות על חבירו כדי להזהיר שאר אינשי למנוע ממעשים שאסורים בלי חסרון ממון, וכיון דליכא עדיין חיוב אם תפס מוציאים מידו, ולכן פסק הראב"ד בהלכות גניבה דתפיסה אינה מועילה בספיקא דדינא דתשלומי

ארבעה וחמשה כיון דמשלם יותר על מה שהזיק, כנ"ל, ולא עביד מידי מצד עיקר הדין לגרום לו תוספת התשלומין.

ולכאורה נראה דגם למאן דאמר פלגא נזקא קנסא כשהיזק שור תם שלו הרי זה נחשב שלא חסרו ממון, שהרי מעיקר הדין אין עליו חיוב מזיק, כדאיתא בבבא קמא (דף טו.) קסבר סתם שוורים בחזקת שימור קיימי ובדין הוא דלא לשלם כלל ורחמנא הוא דקנסיה כי היכי דלנטריה לתוריה, יעו"ש, ונמצא דאין הקנס משום חומר מה שעשה, אלא כדי להזהיר אנשים לשמור בהמתם, ולפי זה לא חל חיוב חצי נזק עד שעת העמדה בדין, ולדעת הראב"ד אם תפס מוציאים מידו, ועיין בקונטרס הספיקות כלל ד' אות י"ב שרצה לומר דגם פלגא נזקא נחשב חסרו ממון, יעו"ש, וצריך עיון.

והנה במוכר עבדו לעכו"ם גזרו חכמים שהעבד נשתחרר מיד ויצא לחירות, ואם אין העבד יכול להמלט מן העכו"ם קנסו חכמים את רבו שחייב לפדותו מן העכו"ם, וחייבוהו לשלם דמי פדיון להעבד המשוחרר הכלוא ביד העכו"ם, ואינו יכול לעבוד ולהרויח, והרי העכו"ם נוטל כל מעשה ידיו, ולפי הבנת המגדול עוז והכסף משנה בדברי הראב"ד הפסד זה נחשב שלא חסרו ממון משום דס"ל דאין דנים דינא דגרמי, והרי מעיקר הדין לא עביד מידי, דמה שהעבד מפסיד לא הוא עשהו, אלא מעצמו הוא נעשה, והוא לא עשה אלא גרמא, דמן הדין לא נחשב לכלום, ובקנס כזה אמרינן דלא חל חיובו מיד אלא בשעת העמדה בדין, כמש"נ, ומשום הכי אם תפס מוציאים מידו, כן היא כונת דברי הראב"ד לפי הבנתם.

ועל זה הקשה המגדל עוז דאין הכי נמי דלגבי הפסד מעשה ידיו יש לומר דלא עביד מידי, ולא קנסו מעשיו אלא להזהיר שאר אינשי שלא למכור עבדיהם לעכו"ם, אכן ההפסד שהכניס את עבדו למצב שהעכו"ם ירדה בו בפרך בלי רחמנות ויפקיעוהו מן המצות הרי בודאי הוא עשהו בידיים, ולא על ידי גרמא, ואע"ג דאינו יכול לתובעו לדין משום הלכות אדם המזיק, בודאי לא אפשר לומר בזה דלא עביד מידי, ולא קנסוהו אלא להזהיר שאר אינשי, אלא יותר מסתברא שקנסוהו לעונשו על מעשיו הרעים, ואם כן מיד חל חיובו להעבד לפדותו מן העכו"ם, ואע"ג דקודם העמדה בדין אכתי לאו בר תשלומין הוא, כמש"נ, הועילה תפיסתו מדין עביד איניש דינא לנפשיה, ואין מוציאים מידו, כמש"נ, ואזלא השגת הראב"ד על דברי הרמב"חילוק זה דגסם.

סימן מ

בו יובאו דברי הטור בבעיא דחופר בור תשעה ובא אחר וחפר עוד טפח ושוב נסתם הטפח לדברי האומר תפיסה מועילה תופס מאיזה שירצה.

הש"ך הביא דברי הטור על הא דאיתא בבבא קמא (דף נא.) דתניא אחד החופר בור תשעה ובא אחר והשלימה לעשרה האחרון חייב וכו' בעי רבא טם טפח וסילק אבניו מהו מי אמרינן מאי דעבד שקליה או דלמא נסתלקו מעשה ראשון וקמה ליה ברשותיה תיקו, יעו"ש, וכתב הטור סי' ת"י סעי' ח' וז"ל: ואם סתם אחר כך הטפח וכו' מבעיא אם כבר נסתלק מעשה הראשון ונפטר או לאו ולא איפשטא לן ושניהם פטורים מספק ולדברי האומר דתפיסה מועילה לספיקא דדינא מאיזה מהם שתפס לא מפקינן מיניה עכ"ל, יעו"ש.

והקשה הש"ך למה כתב לדברי האומר, כאילו הוא עצמו לא ס"ל הכי, והלא בספיקא דדינא דממון ס"ל להטור והרא"ש דאם תפס אין מוציאים מידו, כמו שהעלה בסי' כ"ו, יעו"ש, וכתב הש"ך דאין לדייק מדברי הטור שהוא עצמו לא ס"ל הכי, וז"ל: דאדרבה מכאן ראייה מדשינה לשונו וכתב ולדברי האומר וכו', ולא כתב ולדעת הרמב"ם כמו שכתב בשאר מקומות כן בשם הרמב"ם, ועוד דאם איתא דלא ס"ל הכי, למה כתב ולדברי האומר וכו', מכדי [אם] כהרמב"ם לא סבירא ליה, משכוני נפשיה אליבא דהרמב"ם למה ליה, אלא ודאי ס"ל הכי וכו' עכ"ל, יעו"ש.

אכן עדיין לא יתיישב בזה הלשון המוזר הזה לדברי האומר וכו', ואם ס"ל בבעיא דחופר בור ובא אחר והשלים ושוב נסתם דתפיסה מועילה, למה לא כתב בפשיטות דאין תפס מאיזה מהם לא מפקינן מיניה, וכמו שכתב בכל המקומות שלא הביא חילוקי דעות אלא פסק בסתם דאם תפס אין מוציאים מידו, כגון בסי' רמ"ח גבי בעיא דספר תורה, ובסי' שס"ב במוכר עבדו לעכו"ם, ובסי' שס"ג במי שהיה לו צמר וסמנים, ובסי' שצ"א בבעיא דמתגלגל, יעו"ש, בכולם כתב דאם תפס לא מפקינן מיניה, ולא כתב לדברי האומר וכו', ומאי שנא הכא.

והש"ך כתב שני דרכים ליישב לשון הטור, מתחלה כתב דכונת הטור להוציא מדעת הרמב"ן שהביא בסי' ט' דאפילו בספיקא דדינא דממון אם תפס מוציאים מידו, יעו"ש, אולם לא פירש למה המתין הטור להזהר מדברי הרמב"ן עד סי' ת"י, ולא ראה לעשות כן בכל הסימנים הקודמים, ובדרך השני חזר בו הש"ך וכתב דהטור ס"ל כדעת ההגהות אשרי והמהרש"ל דאין דנים דיני אש ובור בבבל ובזמן הזה, ואע"ג דחיובם ממון ולא קנס, משום דלא שכיחי, ומשום הכי אם תפס מוציאים מידו, כמו בקנס, ומה שכתב לדברי האומר דתפיסה מועילה לספיקא דדינא היינו להנך דעות דס"ל דתפיסה מועילה בספיקא דדינא דאש ובור, משום דס"ל דגובים אש ובור בבבל, יעו"ש.

ונראה לבאר לשון הטור באופן אחר, דהנה בכל ספיקא דדינא יש שני בעלי דין, התובע טוען שהנתבע חייב והנתבע טוען שהוא פטור, אבל אין הנתבע יכול לומר לאו בעל דברים ידידי את, כגון שבהמתו כשכשה באמתה והזיקה לו, ויש להסתפק אם היינו נזקי קרן וחייב ברשות הרבים או אם נזקי רגל ופטור ברשות הרבים, אבל בעל הבהמה בודאי הוא בעל דבר לנידון הזה.

מה שאין כן בחופר בו ובא אחר ומלאו, ואחר כך נסתם המלוי, הרי מסופקים מי הוא בעל הבור, וליכא ספק בעצם החיוב או הקנין, אלא הספק הוא במי הוא המחויב, והיה אפשר לומר דלא אמרינן דיכול לומר קיל לי ועביד איניש דינא לנפשיה אלא כשהוא דן דינא על עצם החיוב, ואין הנתפס יכול לחלוק עליו כיון שהוא ודאי בעל דבר שלו, אבל אם אמר קים לי שאתה הוא בעל הבור, ואתה חייב לשלם לי, היה אפשר לומר שהנתפס יכול להשתמט ממנו ולומר לאו בעל דברים ידידי את, ואם אתה רוצה לדון עמי כדין עביד איניש דינא לנפשיה עליך לברר קודם שאני בעל דבר שלך, ולא מהני בזה טענת קים לי.

וזהו מה שכתב הטור, דאין לחלק בין תפיסה במקום דאיכא ספיקא דדינא בעצם החיוב למקום דאיכא ספיקא דדינא במי הוא המחויב, אלא לדברי האומר בכל מקום דאיכא ספק בהחיוב דאם תפס אין מוציאים מידו, הכי נמי יכול לומר קים לי בבעיא דחופר בור שלא נודע מי הוא המחויב, ומאיזה מהם שתפס לא מפקינן מיניה, וכן היא שיטת הטור.

סימן מא

בו תתיישבו קושיות הש"ך על דברי הרא"ש לגבי כשכשה באמתה ולגבי בעטה והתיזה צרורות במקום דאי אפשר, ויבוארו דבריו דכל רגל משונה משלם פלגא נזקא קנסא.

הש"ך הקשה שתי קושיות על מה שכתב בסי' כ"ו דלשיטת הרא"ש אם תפס בספיקא דדינא דקנס מפקינן מיניה אבל בספיקא דדינא דממון מודה לשיטת הר"י דלא מפקינן מיניה, ונתן טעמא למלתא משום דתפיסה מועילה בטענת קים לי היכא דאילו היה הדבר ברור לבית דין היו כופים אותו לשלם, השתא נמי עביד דינא לנפשיה, אבל בקנסות אפילו היה הדבר ברור לבית דין לא היו כופים אותו לשלם, דהא אין דנים דיני קנסות בבבל.

וקושיתו הראשונה היא ממה שכתב הרא"ש בבבא קמא (דף יט:) בבעיא דלא איפשטא דכשכשה באמתה אם הוי קרן או רגל, דאם הזיקה בחצר הניזק לא מגבינן ליה דהוי ספק רגל דתשלומיו ממון וספק קרן דתשלומיו קנס, וכיון דאין דנים דיני קנסות בבבל לא מגבינן ליה, אבל אם תפס חצי נזק אין מוציאים מידו, דתפיסה מועילה בחיוב ודאי דקנס, כדאיתא בבבא קמא (דף טו:), יעו"ש, והקשה הרא"ש הרי ממה נפשך חייב לו על כל פנים חצי נזק, והקשה הש"ך דבשלמא במקום דאיכא ספיקא דדינא אם חייב קנס או פטור, והניזק תפס ממנו, שפיר מובן למה מוציאים מידו, דהא אפילו היה ברור לבית דין שחייב הקנס לא היו כופים אותו לשלם, אכן בבעיא דכשכשה בחצר הניזק הספק הוא אם הוי קרן וחייב חצי נזק או רגל וחייב נזק שלם, למה לא יוכל הניזק לתפוס נזק שלם מספק, והרי אילו היה הדבר ברור לבית דין שהוא רגל שפיר היו כופים אותו לשלם נזק שלם.

ושנית הקשה הש"ך מהא דמיבעי ליה בבבא קמא (דף יט.) הלכה במקום שאי אפשר לה אלא אם כן מנתות ובעטה והתיזה מהו כיון דאי אפשר לה אורחיה הוא או דילמא השתא מיהא מחמת ביעוט קמנתזה צרורות תיקו, יעו"ש, וכתב הרא"ש וז"ל: ולמאי דפרישית דכל תיקו אי תפס מפקינן מיניה אין נפקותא בבעיא זו אם התיזה ברשות הרבים אבל אם התיזה בחצר הניזק אי תפס מגבינן ליה רביע נזק עכ"ל, יעו"ש, והיינו נמי משום דאין דנים דיני קנסות בבבל, אבל על הרביע שחייב לו ממה נפשך, ואין בזה ספיקא דדינא, תפיסה מועילה, כמש"נ, והקשה הש"ך דלמה לא יוכל לתפוס כל חצי נזק בטענת קים לי דאורחיה הוא, ואילו היה הדבר ברור לבית דין היו כופים אותו לשלם.

ונראה דהא דאין דנים דיני קנסות בבבל היינו בין לחיוב בין לפטור, דבין לדון חיוב ובין לדון פטור בקנסות בעינן סמוכים, ואין סמוכים בבבל או בזמן הזה, ואם עברו בית דין ודנו קנסות בבבל, ופטרו את הנתבע מלשלם, מה שעשו בטל, ועדיין החיוב קנס מוטל בספיקא דדינא, ולהנך דעות דתפיסה מועילה בספק קנס עדיין יכול התובע לתפוס הקנס מספק, ואין מוציאים מידו, ולא אמרינן דכיון שפטרוהו מקנס אין זה

נחשב דיני קנסות בבבל ודיניהם דין, אלא גם לפסוק פטור על חיוב קנס בעיני סמוכים, ואין דנים כן בבבל, ולפי זה נתיישבו קושיות הש"ך, דבספיקא דדינא אם המזיק הוא רגל וחיובו ממון או אם הוא קרן וחיובו קנס, הרי אם בית דין ידונו לו בבבל שהוא רגל וחיובו ממון הרי יש בזה נמי פסק שאינו קרן ואין בו חיוב קנס, וגם בזה נחשב שדנים קנסות, ואין דנים כן בבבל, ואפילו היה הדבר ברור לבית דין לא היו כופים אותו לשלם.

אולם עיין מה שכתב הרא"ש לעיל שם (דף יח:) וז"ל: תימה שרב אלפס ז"ל לא הביא הך בעיא וכו' מיהו תימה למה לא הביא הך דבעי רב אשי אם יש שנוי לצרורות לרביע נזק וסלקא בתיקו ואפשר דסבר דאין נפקותא בהך בעיא משום דלא דיינינן בבבל צרורות דביעוט דהוה משונה וקנסא הוא אלא אם כן תפס וכי תפס לא מפקינן מיניה עד דמשלם חצי נזק כיון שעלתה בתיקו והוא מוחזק הלכך אין נפקותא בבעיא זו דבלא תפיסה לא דיינינן וכי תפס גובה חצי נזק עכ"ל, יעו"ש, ומשמע מדברי הרא"ש דעל כל אופן, בין אם יש שנוי לצרורות לרביע נזק בין אם אין שינוי לצרורות לרביע נזק, הוה ליה משונה וקנסא הוא, ואין דנים דיני קנסות בבבל, ולפי דברינו למה הוצרך לכך, והלא אפילו אם לא הוי קנס אלא על צד אחד של הבעיא אין דנים אותו כיון דאין דנים פטור קנס בבבל, כמש"נ.

אלא דיש לומר דאין כונת הרא"ש דעל כל אופן הוי משונה וקנס, אלא כונתו שלא תאמר דעל כל אופן הוי רגל, וחיובו הוי ממון ולא קנס, אלא דרב אשי מספקא ליה אם משונה דרגל משלם חצי מה שהיה משלם אם לא היה משונה, כמו שמצינו דקרן שהוא משונה משלם חצי מה שהיה משלם אם לא היה משונה, וכעין מה שכתב רש"י בהמשך הסוגיא דרבי ירמיה מספקא ליה אם צרורות כאורחיהו חייב ברשות הרבים הואיל ודומה לקרן במה שהוא משלם חצי נזק, ואע"ג דודאי הוי רגל ולא קרן, כמו כן רבי אשי מספקא ליה אם צרורות משונה נפחת חיובו לרביע נזק, ואע"פ שהוא רגל, וכמו שמצינו דקרן הדומה לו כשהוא משונה נפחת חיובו מנזק שלם לחצי נזק, ונמצא דעל שני הצדדים הוי רגל וחיובו הוא ממון ולא קנס, ושפיר דנים אותו בבבל, לכן כתב הרא"ש דבהא גופא מספקא ליה לרב אשי, אם הוי רגל וחיובו ממון או אם הוי תולדה דקרן כיון שהוא משונה וחיובו הוי קנס, וכיון דאיכא צד שהוא קנס אין דנים אותו בבבל, וכמש"נ.

הש"ך תירץ קושיתו השניה באופן אחר, וסמך דבריו על דברי הרא"ש הנ"ל, וז"ל: לא קשיא, דסמך על מה שכתב שם קודם לכן דביעוט הוי משונה וקנס הוא, אם כן ממה נפשך מפקינן, דאי הוה קרן אין גובין בבבל כיון דאין מועד מתחלתו, ואי רגל הוי משונה והוי נמי קנסא ולכך מפקינן מיניה, ואם התיזה בחצר הניזק אינו גובה אלא רביע נזק, דהא דבעי ש"ס אי הוי קרן או רגל, לאו למימרא דאי הוי רגל הוי משלם נזק מתחלתו, דאפילו הוי רגל הוי משונה ולא משלם לעולם אלא חצי נזק, אלא דמיבעיא ליה אי הוי קרן וחייב ברשות הרבים, אי הוי רגל ופטור ברשות הרבים וכו' עכ"ל,

יעו"ש, ולמד הש"ך דכונת הרא"ש דמשונה הוי קנסא, בין אם הוי תולדה דקרן בין אם הוי תולדה דרגל, ודלא כמש"נ, ורב אשי מבעי ליה היכא דהוי תולדה דקרן אם משלם חצי נזק או רביע נזק, ורב אבא בר ממל מבעי ליה בהלכה ברשות הרבים במקום שאי אפשר דלא מנתזה ובעטה והתיזה אם הוא תולדה דקרן וחייב ברשות הרבים או תולדה דרגל ופטור.

והש"ך לא הקשה קושיתו גם על מה שכתב הרא"ש לעיל שם וז"ל: היתה מהלכת במקום שאי אפשר לה אלא אם כן מנתזת ובעטה והתיזה מהו כיון דלא אפשר לה אורחה הוא והוה לה צרורות כי אורחיהו ופטור ברשות הרבים או דלמא השתא מיהת מחמת ביעוט קאתי והויא לה קרן ומשלם חצי נזק אם אין שינוי לצרורות ברביע נזק וסלקא בתיקו וכו' ולמאי דפרישית דכל תיקו אי תפס מפקינן מיניה אין נפקותא בבעיא זו אם התיזה ברשות הרבים אבל אם התיזה בחצר הניזק אי תפס מגבינן ליה רביע נזק וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומבואר דבעיא דרב אשי אם יש שנוי לצרורות לרביע נזק, והזיקה ברשות הניזק ותפס חצי נזק, ס"ל להרא"ש דמוציאים מידו הרביע השני המוטל בספק, אולם קושיא זו לא היה קשה אלא לדברי המגיד משנה שכתב בפ"ב נזקי ממון הל"ה דבעיא דרב אשי היא אם צרורות משונה תוך דרגל אן תולדה דקרן, יעו"ש, אבל רש"י כתב דלשני הצדדים הוי תולדה דקרן, ומבעי ליה אם משלם חצי נזק או רביע נזק, יעו"ש, ואם כן בודאי אין תפיסה מועילה לדעת הרא"ש.

וכתב הש"ך כללא דלדעת הרא"ש דחייב תשלומין בכל משונה דרגל הוי קנסא, אם כן ממה נפשך אין תפיסה מועילה בשום ספיקות דדינא דצרורות משונה, בין לענין רביע נזק בין לענין פטור ברשות הרבים, דעל כל אופן הוי קנסא ואם תפס מוציאים מידו, ואם התיזה בחצר הניזק אינו גובה אלא רביע נזק, והא דבעי ש"ס אי הוי קרן או רגל, לאו למימרא דאי הוי רגל משלם נזק מתחלתו, דאפילו הוי רגל הוי משונה, ולא משלם לעולם אלא חצי נזק.

ולפום ריהטא היה משמע מדבריו דאם הוא משונה אינו משלם אלא חצי נזק, אבל אם אינו משונה משלם נזק שלם, וכמו שהבין בדבריו הקונטרס הספיקות סי' ד' אות י"א, יעו"ש, ואע"ג דבודאי צרורות הוא, ולעולם אינו משלם אלא חצי נזק אפילו אינו משונה, וגם יש לדקדק למה כתב הש"ך דאי הוה קרן אין גובין בבבל כיון דאין מועד מתחלתו, ולמה לא כתב דאי הוי קרן אין גובים אותו בבבל משום דהוי קנסא, ולמה הוצרך לכתוב למה הוי קנסא, הלא גמרא מפורשת היא בבבא קמא (דף טו.) דפלגא נזקא קנסא משום דסתם שוורים בחזקת שימור קיימי, ואינו מועד מתחלתו, יעו"ש, ולית בזה חילוקי דעות, ולמה הזכירו כאן, והלשון מגומגם.

אלא הכי פירוש דבריו, דאם הוי קרן הוי קנסא משום דאינו מועד מתחלתו, דסתם שוורים בחזקת שימור קיימי, ומשום הכי משלם שור תם פלגא נזקא קנסא, אבל מזיק דרגל לעולם הוי מועד מתחלתו, שהרי הוא מועד לילך ולהזיק, ואפילו אם היה מהלך בדרך משונה, כגון שהיה מבעט והולך, עדיין הוי מועד מתחלתו, דהא לא נתכונה להזיק אלא הזיקה בדרך הילוכה, ומכל מקום משלם פלגא נזקא קנסא, ואע"ג דהוי

רגל ומועד מתחלתו, ופטור ברשות הרבים, לענין תשלומין מדמינן ליה לקרן כיון שהוא משונה, ומצינו בקרן שהוא משונה דמשלם פלגא נזקא קנסא, וכן נמי ברגל משונה משלם פלגא נזקא קנסא, וכמו שכתב רש"י דרבי ירמיה מיבעי ליה אם צרורות חייב ברשות הרבים הואיל ודומה לקרן במה שמשלם חצי נזק, כנ"ל, כמו כן כל רגל משונה משלם פלגא נזקא קנסא, בין אם הזיקה בגופה בין אם התיזה צרורות, הואיל ודומה לקרן שהוא משונה ומשלם פלגא נזקא קנסא.

ובזה חלוק פלגא נזקא קנסא דרגל משונה מפלגא נזקא קנסא דשור תם שהזיק בקרן, דקרן משונה משלם פלגא נזקא קנסא משום שאינו מועד מתחלתו, אבל רגל משונה משלם פלגא נזקא קנסא אע"פ שהוא מועד מתחלתו, כמש"נ, וזהו מה שכתב הש"ך, לאו למימרא דאי הוי רגל משלם נזק מתחלתו, כלומר דאם התיזה במקום שאי אפשר בלא התזה משלם חצי נזק מדין תשלומי נזק ולא מדין תשלומי קנס, דהיינו דחיובו ממון, זא אינו, אלא גם להצד דהתיזה במקום שאי אפשר שלא להתזו הוי רגל ולא קרן עדיין משלם פלגא נזקא קנסא, דסוף סוף משונה הוא, וכן הוא הדין בין אם התיזה צרורות בין אם הזיקה בגופה, כגון שהלכה במקום שאי אפשר שלא לדרוס על גבי כלים בגופה ולשברם ובעטה ושברם, דאם משונה במקום שאי אפשר נחשב רגל עדיין משלם פלגא נזקא קנסא, והיינו מה שכתב דהוי משונה ולא משלם לעולם אלא פלגא נזקא קנסא ולא נזק שלם, ובצרורות משונה, הואיל והיה משלם חצי נזק אפילו אם לא היה משונה, מספקא ליה לרב אשי אם על ידי דין צרורות יורד חיובו לרביע נזק או אם נשאר פלגא נזקא קנסא.

ורבי אבא בר ממל מספקא ליה בהלכה במקום שאי אפשר אלא אם כן מנתזה צרורות ובעטה והתיזה אם יש לזה דין משונה עד כדי כך להוציאה מתורת רגל ולהכניסה לתורת קרן, ומשלם פלגא נזקא קנסא מדין קרן, או רביע נזק לצד אחד דבי דרבי אשי, וחייב גם ברשות הרבים, או אם נחשב עדיין רגל, אולם כיון שבעטה שהוא דבר משונה הרי זה רגל משונה, ולמרות דמשלם פלגא נזקא קנסא, משום דמדמינן לה לקרן דהוי נמי משונה, כמש"נ, פטור ברשות הרבים כמו כל רגל דפטור ברשות הרבים. ואחר כך הביא הש"ך סמך לדבריו מלשון הטור וז"ל: וכן מוכח להדיא בטור סי' ש"ץ שכתב וזה לשונו ואם הלכה במקום שאי אפשר לה שלא תתיז, וביעטה והתיזה, מבעיא אי אורחא הוא ומשלם פלגא אי לאו אורחא הוא ויש שינוי לצרורות ואינו משלם אלא רביע ולא איפשטא וכו' עד כאן לשונו, הרי להדיא דאפילו הוי אורחא לא משלם אלא פלגא עכ"ל, יעו"ש, וגם כאן אין כונתו להוכיח דצרורות כי אורחיהו משלם חצי נזק ולא נזק שלם, אלא דמשמע ליה מלשון הטור דצרורות משונה משלם חצי נזקא קנסא אפילו אם נחשב כאורחיהו והוי תולדה דרגל, דכל רגל משונה לעולם משלם חצי נזקא קנסא, ואפילו אם היתה מהלכת כדרכה במקום שאי אפשר שלא דרסה על גבי כלים, ובעטה ושיברה כלים בגופה, גם בזה אינו משלם אלא פלגא נזקא קנסא, ואע"ג שהזיקה דרך הילוכה ונחשב אורחא, דכיון שהזיקה על ידי שינוי התשלומין הן פלגא נזקא קנסא, כמש"נ.

ובסוף דבריו כתב הש"ך וז"ל: וכן יש לדקדק לכאורה מדברי הרא"ש שכתב כאן גבי בעא דבעטה והתיזה במקום שאי אפשר לה אלא אם כן מנתזת, ולדברי האומרים דכל תיקון אי תפס לא מפקינן מיניה, הכא נמי אי תפס גוף הבהמה משתלמת ממנה חצי נזק וכו', ואמאי לא כתב נמי לדברי האומרים דתפיסה מועילה גובה נזק שלם אם הזיקה ברשות הניזק, וכמו שכתב מיד אחר כך גבי בעיא דכשכשה באמתה, אלא ודאי הכא לעולם אינו גובה אלא חצי נזק וכו' עכ"ל, יעו"ש, וגם בדבריו אלו היה משמע מדבריו דאם בעטה במקום שאי אפשר משלם נזק שלם.

והקוטרים הספיקות הנ"ל התפלא עליו וז"ל: ותמיהני פה קדוש יאמר זה, דודאי שפיר כתבו הרא"ש והטור דאפילו להאומרים דתפיסה מועילה לעולם לא גבי אלא חצי נזק, ומשום דצוררות נינהו, ואפילו כאורחיהו לא משלם יותר מחצי נזק, וזה פשוט מאד, דאטו בשביל שאי אפשר ואורחא הוא עדיפא טפי מצוררות דאורחיהו, ונראה בעיני שלשון רבינו ירוחם ז"ל גרס לו לבא לידי שגיאה זו, דאיהו כתב שם בנתיב ל"א הל"א באותה בעיא דלהאומרים דתפיסה מועילה ברשות הניזק אי תפס מטלטלין גובה נזק שלם, והעתיק לשונו בסי' מ"ב, וראה בו שכתב דלהסוברים דתפיסה מועילה גובה נזק שלם, ודן מיניה דלאותו הצד דאורחא היא תו אינה צוררות, ולכן חשב הרב דמה שכתבו הרא"ש והטור דלכולי עלמא לא גובה טפי מחצי נזק' היינו משום דמשונה הוא, אבל הדבר ברור כמו שכתבתי, ואולי טעות סופר הוא ברבינו ירוחם וצריך לומר חצי נזק וכו' עכ"ל, יעו"ש.

אולם נראה שלא נפל בהם טעות סופר בלשון רבינו ירוחם, והש"ך הבין בדבריו דמה שכתב גובה נזק שלם היינו דהוי נזק גמור ולא פלגא נזקא קנסא דקרן, וכמו שכתב הש"ך שהוא נזק מתחלתו, דהיינו דמשלם מדין נזק ותשלומיו ממון ולא משום דהוי קרן ותשלומיו קנסא, כמש"נ, ובודאי אינו משלם נזק שלם, אלא כונתו שהוא תשלום גמור של נזק מדין רגל, ויכול לגבות גם ממטלטלין, ולא רק מגופו כמו קרן תם, ובסגנון זה הקשה לדברי הרא"ש דלמה לא כתב דלדברי האומרים תפיסה מועילה גובה נזק שלם אם הזיקה ברשות הניזק, כלומר שיכול לתפוס גם ממטלטלין ולא רק מגופו כיון דהוי ממון גמור ולא קנס, אלא ודאי הכא לעולם אינו גובה אלא חצי נזק וכו', כלומר אינו גובה אלא פלגא נזקא קנסא מדין רגל משונה, כמש"נ, ואינו גובה משאר מטלטלין אלא מגופו, דאע"ג דהוי רגל ופטור ברשות הרבים, לענין תשלומין דינו כקרן ומשלם פלגא נזקא קנסא מגופו, כמש"נ.

ובסי' מ"ב הביא דברי רבינו ירוחם דעל הצד דבעטה במקום שאי אפשר אלא אם כן מנתזת הוי רגל משלם נזק שלם, דהיינו תשלומי נזק גמורים, ואם כן לדברי רבינו ירוחם משלם חצי נזק מדין ממון ולא מדין פלגא נזקא קנסא, ולא כמו שכתב הרא"ש בבעיא דרבי אשי, כנ"ל, ואם כן הדרא הקושיא למקומה, למה כתב רבינו ירוחם דלהאומרים דתפיסה מועילה ברשות הניזק אי תפס מטלטלין גובה נזק שלם, כלומר חצי נזק גמור, ומדויק דלהסוברים דתפיסה אינה מועילה בספיקא דדינא דקנס אין

תפיסה מועילה במטלטלין בספיקא דבעטה במקום שאי אפשר, ולמה אינו יכול לתפוס מטלטלין על הצד שהוא רגל ותשלומיו ממון, והלא אילו היה הדבר ברור לבית דין היו כופים אותו לשלם ממטלטלין אפילו בבבל.

סימן מב

בו יבוארו דברי הר"ח בהלכה במקום שאי אפשר שלא תתיז ובעטה והתיזה דאם זה נחשב כאורחייהו משלם נזק שלם, ויוכיח דהש"ך לא פירש כן בדברי רבינו ירוחם.

הש"ך הביא דברי רבינו ירוחם בנתיב ל"א ח"א לסיוע לפירושו בדברי הרא"ש, וז"ל: ביעטה והתיזה במקום שאי אפשר לה אלא אם כן תתיז בעיא ולא אפשר אלא אם הם צרורות ופטור ברשות הרבים או קרן וחייב חצי נזק ולמי שפסק דכל תיקו לא מפקינן מיניה אי תפס כמו כן בכאן אם תפס הבהמה עצמה גובה חצי נזק ואם ברשות הניזק תפס שאר מטלטלים גובה נזק שלם וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ובהשקפה ראשונה היה נראה מדבריו דס"ל דצרורות כי אורחייהו משלם נזק שלם ברשות הניזק, וזה פלא, דהא הלכה למשה מסיני דצרורות משלם חצי נזק, וכן מבואר להדיא בבבא קמא (דף יז): דתרנגול שהיה מהדס או שהיה מפריח ויצתה רוח מתחת כנפיו משלם חצי נזק, יעו"ש, והיאך כתב רבינו ירוחם דמשלם נזק שלם, ועיין בקונטרס הספיקות בסי' ד' אות י"א, הובאו דבריו בהגהות לסי' מ"א, שכתב שנפל טעות סופר בלשון רבינו ירוחם, יעו"ש.

אולם בהסוגיא שם (דף יט.) כתב הר"ח כלשונו וז"ל: בעי רבי אבא בר ממל היתה מהלכת במקום צרורות שאי אפשר לה אלא אם כן מנתזת וביעטה והתיזה מהו כיון דלא אפשר לסגויי אלא אם כן מנתזת אורחיה הוא ורגל ברשות הניזק נזק שלם משלם או דלמא השתא מיהת בביעוט נתזן וצרורות נינהו ועלתה בתיקו עכ"ל, יעו"ש, ודבריו צריכים ביאור.

ונראה דהר"ח ס"ל דכל מזיק על ידי צרורות יש בו קצת שינוי, ומשום הכי הוציאו מהלכתא מכלל רגל שאין בו שום שינוי ומשלם חצי נזק, ורק רגל דהוי כי אורחיה לגמרי משלם נזק שלם, ומיבעי ליה לרבי אבא בר ממל בהיתה מהלכת במקום שאי אפשר שלא תתיז אם כן זה נחשב אורחיה גמור, והוה ליה רגל גמור ומשלם נזק שלם, או דלמא כיון דהשתא מיהא מחמת ביעוט התיזה אין זה לגמרי כי אורחייהו, והוה ליה צרורות, וכיון דמשונה הוא הוי תולדה דקרן, ולא נחית לבעיא דרב אשי שם אם יש שינוי לצרורות לרביע נזק או אין שינוי לצרורות לרביע נזק, ולפי זה צריך לומר דאם הלכה כדרכה במקום שאי אפשר שלא תתיז בודאי נחשב לגמרי כאורחיה ומשלם נזק שלם, ולא מיבעי ליה אלא בהיתה מהלכת ובעטה, דאולי על ידי הבעיטה תו לא נחשב לגמרי כאורחיה, ואכן אם הלכה כדרכה במקום שאפשר שלא תתיז יש בזה קצת שינוי, והוי צרורות ומשלם חצי נזק, ועיין בפני יהושע שכתב כעין זה, יעו"ש.

אבל אין נראה מדברי הש"ך שהבין בדברי הרא"ש ורבינו ירוחם כדברי הר"ח, שהרי כתב להדיא בסי' מ"א, כשדן בדברי הרא"ש ורבינו ירוחם, וז"ל: והא דבעי ש"ס אי הוי קרן או רגל, לאו למימרא דאי הוי רגל הוי משלם נזק מתחלתו, דאפילו הוי רגל

הוי משונה ולא משלם לעולם אלא חצי נזק וכו' עכ"ל, יעו"ש, וכן ממה שכתב בהמשך דבריו שם וז"ל: וכן יש לדקדק מדברי הרא"ש שכתב כאן גבי בעיא דביעטה והתיזה וכו' ואמאי לא כתב נמי דלדברי האומרים דתפיסה מועילה גובה נזק שלם אי התיזה בחצר הניזק עכ"ל, יעו"ש, ומנא ליה דהרא"ש ס"ל כדברי הר"ח המחודשים האלו, אם לא נאמר דהש"ך ס"ל דפשטות הגמרא כדברי הר"ח, וצריך עיון, ועיימש"נ בדברי הש"ך בהגהות לסי' מ"א.

סימן מג

בו יבואר ישוב הש"ך לקושיתו על שיטת הרא"ש ממאי דפסק בכשכשה באמתה דאם הניזק תפס הבהמה מגבינן ליה חצי נזק מגופה, ולמה לא יוכל לתפוס על הצד שהוא רגל.

בסימן האחרון של חלק זה של הספר, שבו הש"ך בירר וליבן שיטת הרא"ש והטור לענין תפיסה בספיקא דדינא, לא נשאר לו ליישב אלא דברי הרא"ש בבעיא דכשכשה באמתה, והיא בבבא קמא (דף יט:): יתים רבי יהודה נשיאה ורבי אושעיא אקילעא דרבי יהודה נפק מלתא מבינייהו כשכשה בזנבה מהו אמר ליה אידך וכי יאחזנה בזנבה וילך וכו' הא אורחיה וכי מאחר דאורחיה מאי מבעיא ליה כשכוש יתירא מבעיא ליה בעי רב עינא כשכשה באמתה מהו מי אמרינן מידי דהוה אקרן קרן לאו יצרא קתקיף ליה הכא נמי לא שנא או דלמא קרן כונתו להזיק הא אין כונתה להזיק תיקו, יעו"ש. והנה בכשכשה בזנבה קאמר וכי יאחזנה בזנבה וילך, והרי זה בכלל דרכה לילך ולהזיק כמו כל רגל, ובכשכוש יתירה מיבעי ליה אי אורחיה הוא או לא, כמו שכתב רש"י, יעו"ש, ובכשכשה באמתה מיבעי ליה אם לקרן מדמינן לה הואיל ויצרא תקפה כמו בקרן שיצרה תקפה להזיק, או אם אינה דומה לקרן כיון שאין כונתה להזיק, וכפי פשוטו מיבעי ליה אם משלמת חצי נזק כמו קרן או נזק שלם כמו רגל, והבעיא לא אפשיטא, והרא"ש פסק דאם תפס הניזק מוציאים מידו, כנ"ל בסי' מ"א, והוקשה לו להש"ך למה לא מועילה תפיסתו על הצד שהוא רגל, דאילו היה הדבר ברור לבית דין היו כופים אותו לשלם.

ותירץ הש"ך וז"ל: 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 רבינו ירוחם דאופן שכתבו דמפקינן מיניה ס"ל דביעוט לעולם הוי משונה, וכן כשכשה באמתה, ואע"פ שזה דוחק קצת יותר טוב לסבול דוחק אחד משנסבול הרבה דוחקים, ועוד דאם לא כן תיקשו כל הנדקושות שהקשיתי לעיל וכו' עכ"ל, יעו"ש.

לשון הרא"ש הובא לעיל סי' מ"א וז"ל: ולרבותינו האומרים דכל תיקו אי תפס לא מפקינן מיניה, בחצר הניזק אי תפס מגבינן ליה נזק שלם, וברשות הרבים אי תפס הבהמה מגבינן ליה חצי נזק, ולמאי דפרישית דבתיקו אי תפס מפקינן מיניה, בחצר הניזק אי תפס גוף הבהמה מגבינן ליה חצי נזק ממה נפשך, וברשות הרבים פטור לגמרי עכ"ל, יעו"ש, ולדעת רבותינו מבואר להדיא דהבעיא היא אם כשכשה באמתה הוי רגל ומשלם נזק שלם אם הזיקה ברשות הניזק, ופטור אם הזיקה ברשות הרבים, וכיון דס"ל דתפיסה מועילה בספיקא דדינא, אם תפס נזק שלם בחצר הניזק או גוף הבהמה ברשות הרבים אין מוציאים מידו החצי נזק מגופו כדין קרן תם.

וכתב הש"ך בשוב שיטת הרא"ש דהרא"ש פליג על רבותינו בפירוש הבעיא, אלא ס"ל דבכל אופן כשכוש באמתה נחשב משונה, וכל רגל משונה משלמת פלגא נזקא קנסא מגופו, כמש"נ בסי' מ"א, יעו"ש, ומבעי ליה ברגל משונה זה דכשכשה באמתה אם נעשה על ידי כך תולדה דקרן כיון דיצרא תקפה וחייב ברשות הרבים, או אם הוי תולדה דרגל ופטור ברשות הרבים, ולכן אם הזיקה ברשות הניזק משלם חצי נזק מגופה ממה נפשך, דבין אם הוי תולדה דקרן בין אם הוי תולדה דרגל משלם פלגא נזקא קנסא מגופה, והא דאין בית דין דנים לו כן לא הוי משום ספיקא אלא משום דאין דנים דיני קנסות בבבל, ומכל מקום תפיסת הניזק מועילה במקום ודאי חיוב קנס, כדאיתא בסוף פרק קמא (דף טו:), יעו"ש, ובדרך זה פירש גם דברי רבינו ירוחם, ואע"פ שיש בזה קצת דוחק לומר דהרא"ש פליג על רבותינו גם בפירוש הבעיא, שאין זכר לכך בלשון הרא"ש, כל הקושיות שהקשה בפרקים הקודמים הכריחו לכך.

סימן מד

בו תתיישבו קושיות הש"ך על מה שהרא"ש הוכיח דתפיסה בספק מציאות אינה מועילה אלא בטענת ברי מדברי רב נחמן דקרקע בחזקת בעלה עומדת.

כתב הרא"ש בבבא מציעא (דף ו: וז"ל: דתפיסה אינה מועילה אלא למי שטוען ברי אבל הכהן הזה אפילו אחר שתפס אין לו אלא טענת שמא הלכך מפקינן מיניה דמוקמינן ליה בחזקת מרא קמא והכי אמר רב נחמן בפרק בית כור (דף קה:): גבי מרחץ ששכרו בשנים עשר זהובים לשנה מדינר זהב לחדש ונתעברה השנה ומספקא ליה אי תפוס לשון ראשון וחדש העיבור לשוכר אי תפוס לשון אחרון וחדש העיבור למשכיר ואמר רב נחמן קרקע בחזקת בעלים עומדת ואפילו בא בסוף החדש כולו למשכיר ואף על גב דתפיס השוכר אין תפיסתו מועילה מספיקא וכו' כללא דמילתא לטענת ברי מהניא תפיסה דכיון שהוא טוען ברי ומוחזק בה אין לנו כח להוציא מידו אבל מי שהוא מסופק בדבר אם הוא שלו אם לאו אין תפיסתו מועילה לאפוקי מחזקת מרא קמא עכ"ל, יעו"ש.

וסברת הרא"ש בהא דאין תפיסה מועילה מספק אלא בטענת ברי היא דאינה נחשבת תפיסה אלא כשטוען שהדבר שלו ורוצה להתנהג בבעלות, וס"ל להרא"ש דלזה בעינן טענת ברי, אבל מי שאוחז בדבר ומסופק אם הוא שלו אין אחיזה כזו נחשבת תפיסה להחזיקו בתורת מוחזק בהדבר, והוי כחזקה שאין עמה טענה, ועיימש"נ בהגהות לסי' א', וראיה לכך ממה שכתבו הרא"ש והתוס' בכתובות (דף כ.) דתפיסה בטענת ברי מועילה בספק דתרי ותרי, יעו"ש, ואין בטענת ברי שום הוספת בירור במקום תרי ותרי, דתרי כמאה, אלא היינו טעמא משום דלא נחשב מוחזק אלא כשטוען ברי, כמש"נ, והרמב"ם וסיעתו פסקו דתקפו כהן אין מוציאים מידו, ואע"ג דאין לו אלא טענת שמא, והם ס"ל דגם טענת שמא הוי טענה להחזיקו, שהרי הוא טוען שראוי הדבר להישאר אצלו כין שיש צד שקול שהוא שייך לו, וסגי בכך שתהא אחיזתו נחשבת תפיסה, ואין להוציא מידו.

וסוגיא דמרחץ נמצאת גם בבבא מציעא (דף קב:) וכתב שם רש"י וז"ל: ורב נחמן אמר קרקע בחזקת בעליה עומדת ואפילו בא בסוף החדש כולו למשכיר שהספק לא עכשיו נולד אלא מתחילת החדש נולד והעמד קרקע על חזקתו ונמצא שדר בשל חבירו וצריך להעלות לו שכר, אף על גב דאפיך מיפך ואמר ליה מעיקרא דינר זהב לחדש משנים עשר זהובים לשנה קאמר רב נחמן כולו למשכיר דטעמא לאו משום דתפוס לשון אחרון הוא אלא ספוקי מספקא ליה וספיקא שדי ליה אתחילת החדש וקרקע בחזקת בעליה תעמידנו עכ"ל, יעו"ש.

ולמד רש"י דטעמא דרב נחמן משום דהוי תפיסה לאחר שנולד הספק, דמיד בתחלת החודש האחרון נולד הספק אם הוא נכלל בשכירות של שנים עשר לשנה או לא, ומיד בתחלת החודש, גם קודם שבא המשכיר להוציאו, הרי הדין נפסק לטובת המשכיר דאין השוכר יכול להשתמש בו בלי תשלומין, בין אם אמר בסדר זה אן בסדר

זה, לעולם דנים קולא לנתבע וחומרא לתובע, והרי הקרקע מוחזקת ביד המשכיר, והשוכר הוא התובע, ומשום הכי אין תפיסת השוכר מועילה במה שהשתמש קודם שבה המשכיר, דהוי תפיסה לאחר שנולד הספק.

ולפי דברי רש"י לכאורה אין נפקא מינה בין קרקע למטלטלין, דאפילו אם היה המרחץ מטלטל, כההיא מסותא מטלטלי דפרק קמא שם (דף ז.), יעו"ש, עדיין לא תועילה לו תפיסתו לשוכר, דכיון דחל הספק בתחלת החודש קודם שהשתמש בו הוה ליה תפיסה לאחר שנולד הספק, והא דקאמר רב נחמן קרקע בחזקת בעליה עומדת לאו דוקא, אלא כונתו דהקרקע שבה מסופקים בחזקת בעליה, כיון שהספק חל קודם הפיסה, ועיימ"ש הש"ך לקמן סי' מ"ז בטעם השני ובהגהות שם.

והרי"ף כתב וז"ל: ורב נחמן אמר קרקע בחזקת בעליה קיימת ואף על גב דאתא בסוף החדש כולו למשכיר ואף על גב דאפיך מיפך וכו' וקיימא לן כוותיה ושמעינן מינה דליתה להא דאמר רב אסתירא מאה מעי מאה מעי אסתירא אסתירא אלא כשמואל דאמר הלך אחר הפחות שבלשונות דמספקא לן אי תפסינן לשון ראשון אי תפסינן לשון אחרון הלכך הלך אחר הפחות שבלשונות כדקיימא לן דמספיקא לא מפיקין ממונא אבל אי תפס לא מפיקין מיניה דהוה ליה לאחר תפיסה נתבע והני מילי במטלטלי אבל במקרקעי קיימא לן כרב נחמן דאמר קרקע בחזקת בעליה קיימת וכו' עכ"ל, יעו"ש, ורש"י לכאורה לית ליה כהרי"ף דמחלק בין קרקע למטלטלין, כמש"נ, אולם עיימ"ש"נ בהגהות לסי' ס"ו להתאים דברי רש"י עם דברי הרי"ף.

והש"ך הקשה על דברי הרא"ש שלא חילק בין קרקע למטלטלין, שהרי הביא ראיה דתפיסה מספק אינה מועילה במטלטלין בטענת שמא, כגון תקפו כהן לספק בכור, מהא דאמר רב נחמן אפילו בא משכיר בסוף החודש כולו למשכיר, והרי מדברי הרי"ף מבואר דלא קאמר רב נחמן אלא במקרקעי ולא במטלטלין, וטעמא דרב נחמן לא הוי משום דהוי תפיסה בטענת ספק, אלא משום דהוי מקרקעי, וקרקע בחזקת בעליה עומדת, ואפילו אם היה השוכר טוען ברי לא היתה תפיסתו מועילה לו, והרא"ש עצמו הביא דברי הרי"ף שם בפרק השואל, יעו"ש.

והש"ך הביא ראיה דרב נחמן אמר דאין תפיסה מועילה בקרקע אפילו אם טוען ברי מהא דאיתא בבבא מציעא (דף קי.) ההוא שטרא דהוה כתיב ביה שנין סתמא מלוה אמר שלש לוה אמר שתים קדים מלוה ואכלינהו לפירי מי נאמן רב יהודה אמר קרקע בחזקת בעליה קיימא רב כהנא אמר פירות בחזקת אוכליהן קיימי והלכתא כותיה דרב כהנא דאמר פירות בחזקת אוכליהן והא קיימא לן דהלכתא כותיה דרב נחמן דאמר קרקע בחזקת בעליה עומדת התם מילתא דלא עבידא לאיגלווי היא וכו', יעו"ש, והלא התם המלוה טוען ברי שהמשכנתא היתה לשלש שנים, ואם טעמא דרב נחמן משום דאין תפיסה מועילה בטענת שמא, מאי פריך מיניה לרב כהנא, והלא המלוה טוען ברי.

ונראה ליישב קושיות הש"ך על דברי הרא"ש, דהנה אם טעמא דרב נחמן משום דקרקע בחזקת בעליה עומדת, ויש לבעל הקרקע חזקת מרא קמא לגבי כל ספיקות

הנולדות, והלא לית מאן דפליג בזה דקרקע לעולם בחזקת המרא קמא, ומשום הכי אין המחזיק יכול להחזיק בקרקע המרא קמא אלא בחזקת שלש שנים, ומדלא מיחה המרא קמא, אבל בלי חזקת שלש שנים הקרקע לעולם נשארת בחזקת המרא קמא, ואם כן מאי טעמא דרב כהנא דאמר פירות בחזקת אוכליהן קיימי, כנ"ל.

אלא נראה דאם דנים על גוף הקרקע בודאי יש לבעל הקרקע חזקת מרא קמא גמורה עליה, כעין חזקה דמעיקרא, דכיון שהקרקע היתה שלו בבירור בזמן העבר, נקטינן שעדיין הקרקע שלו, אבל אם דנים על הפירות שגדלו מן הקרקע הרי לא היה לבעל הקרקע חזקה דמעיקרא על הפירות שעדיין לא באו לעולם, ואע"ג שבודאי היה לו זכות פירות בקרקעו, מכל מקום בעצם הפירות אין לו חזקת מרא קמא גמורה, ואם באו לעולם במצב של ספק, שהמלוה אומר שהמשכנתא היתה לשלש שנים והלוה אומר לשנתיים, ס"ל לרב כהנא דאין להלוה חזקת מרא קמא לגבי הפירות שבאו לעולם, והרי הם בחזקת המלוה שאכל אותם.

ורב נחמן ס"ל דגם לגבי הפירות יש לבעל הקרקע חזקת מרא קמא, אבל אינה חזקת מרא קמא גמורה כעין חזקה דמעיקרא, כמש"נ, אלא כיון שהספק נולד בפירות של קרקע שהיא ברשותו, נקטינן כהנחה הגיוני שהם שלו אע"ג דאין לו חזקה דמעיקרא גמורה עליהם, וגם זה נחשב חזקת מרא קמא, ובמקום ספק אין להוציא ממנה.

והשתא נראה דהוקשה לו להרא"ש קושית השואל בתשובות הרשב"א סי' ש"י, הובאו דבריו לעיל סי' א', יעו"ש, דלמה נחשב הישראל מרא קמא על ספק בכור, והלא אין לישראל שום צד ממון בהבכור, ואם עדיין לא ביכרה אמו מעולם לא היה להישראל שום צד ממון בו, ולישב קושיא זו למד הרא"ש דבאמת אין להישראל חזקת מרא קמא גמורה בהספק בכור, דאין שייך בו לסמוך על חזקה דמעיקרא, אבל מכל מקום יש לו חזקת מרא קמא גרועה, דכיון שחל הספק ברשותו, ההנחה ההגיוני היא להניח הבכור בחזקתו.

ואם הכהן תפס בטענת ברי הרי נעשה מוחזק על ידי תפיסתו, והרי הכהן הוא המוחזק והישראל הוא המרא קמא, ואין המרא קמא מוציא מיד המוחזק, ומשום הכי אין מוציאים מידו, אבל אם הכהן תפס בטענת שמא, אינו נעשה מוחזק על ידי תפיסתו, כמש"נ, ומוציאים ממנו הספק בכור ומחזירים אותו ליד הישראל המרא קמא.

וכל זה הוא משום דנקטינן דגם חזקת מרא קמא גרועה נחשבת חזקת מרא קמא, אבל אילו היינו אומרים דחזקת מרא קמא גרועה אין לה תורת חזקת מרא קמא, אם כן אין לשום אחד מהם חזקת ממון, הכהן שתפס בטענת ספק אין לו תורת מוחזק, כמש"נ, וגם הישראל אין לו חזקת מרא קמא, וכיון דמכל מקום הספק בכור תפוס במציאות ביד הכהן, מספק אל תוציאנו מיד התפוס בו במציאות, דהא שאין שום דין חזקת ממון לא לזה ולא לזה, הכהן אינו מוחזק והישראל אינו מרא קמא, ולכן בית דין מסלקים ידיהם ואינם עושים כלום, והספק בכור נשאר במקום שהוא תפוס במציאות.

אולם כיון דאמרינן דהישראל יש לו חזקת מרא קמא למרות שהיא גרועה, אם הכהן תפס בטענת ספק אין לו תורת מוחזק, ומוציאים מתפיסתו ומחזירים להישראל המרא קמא, ואם הכהן טוען ברי נעשה מוחזק על ידי טענתו, ואין להוציא ממנו להחזירו להמרא קמא, כמש"נ.

ולחילוק זה דגם חזקת מרא קמא גרועה יש לה תורת חזקת מרא קמא, ומשום הכי אין תפיסת הכהן מועילה בטענת ספק, הביא הרא"ש ראה מדברי רב נחמן דקאמר קרקע בחזקת בעליה עומדת, ואע"ג דאין דנים על גוף הקרקע אלא על פירות שבאו לעולם במצב של ספק, ואין לו עליהם חזקת מרא קמא גמורה כעין חזקה דמעיקרא, מכל מקום אמרינן שהוא נחשב מרא קמא כיון שהספק חל בקרקע שהיא ברשותו, כמש"נ, והוא הדין בספק בכור יש להישראל תורת מרא קמא כיון שחל הספק ברשותו, ואין הכהן יכול לתפוס אלא בטענת ברי, כמש"נ.

וכן מוכח מדברי התוס' בכתובות (דף כ.). בד"ה ואוקי ממונא בחזקת מריה וז"ל: פירש בקונטרס ואין נאמנין דקתני לאו דמגבינא בשטרא אלא דלא קרעינן ליה ונפקא מינה דאי תפס לא מפקינן מיניה וכו' ומיהו אההוא דסוף השואל (שם דף קב: ושם) לא קשה מידי דאמרינן גבי משכיר בית לחבירו בשנים עשר זהובים לשנה מדינר זהב לחדש בא בתחלת החדש כולו למשכיר אלמא דבחזקת משכיר הוא ואפילו הכי קאמר בא בסוף החדש כולו לשוכר וכו', עכ"ל, יעו"ש, הרי שהתוס' הוצרכו להביא ראה דהמשכיר מוחזק בתשמישי מרחצו מהא דאם בא בתחלת החודש שכרו למשכיר, אבל לולי ראיתם היה אפשר לומר דאין לו תורת מוחזק לגבי תשמישים המוטלים בספק, שהרי לא באו עדיין לעולם, כמש"נ, אכן כיון דבא בתחלת החודש כולו למשכיר מבואר דגם חזקת מרא קמא גרועה נחשבת חזקת מרא קמא.

והחילוק בין מקרקעי למטלטלין הוא דתפיסה מספק מועילה ממרא קמא דמטלטלין, ואם תפס בטענת ברי נעשה מוחזק ואין להוציא ממנו, כמש"נ, אבל קרקע לעולם נחשבת תפוסה ביד המרא קמא, ואין תפיסה שייכת כלל בקרקע שיש לה מרא קמא, ואפילו אם תפס בטענת ברי אין זה כלום, דאין תפיסתו בקרקע נחשבת אחוזה בידו אלא עדיין נחשבת אחוזה ביד המרא קמא, ואם כן אין נפקא מינה אם תפס בטענת שמא או בטענת ברי, כמו שהוכיח הש"ך מסוגיא דפרק המקבל, כנ"ל, ורב כהנא ס"ל דהפירות שעדיין לא באו יש להם תורת מטלטלים, ולהכי מועילה תפיסת המלוה בטענת ברי, ורב נחמן ס"ל דתשמישי קרקעות נחשבים מקרקעי, ומשום הכי אין תפיסה בטענת ברי מועילה במקום חזקת מרא קמא דקרקעות, כמש"נ, ולא הביא הרא"ש ראה מדברי רב נחמן אלא דגם חזקת מרא קמא גרועה, שאינה כעין חזקה דמעיקרא, יש לה תורת חזקת מרא קמא, ומשום הכי במטלטלין אין תפיסה מועילה אלא בטענת ברי, כמש"נ.

ועיין מה שכתב הרא"ש בכתובות (דף כ.). וז"ל: דלא אשכחן דאין תפיסה מועילה אלא בספק בכור וכן בבא בסוף החדש דאמרינן כולו למשכיר דבהני אין לתופס טענת ברי אבל כל היכא שהמוחזק במטלטלין טוען ברי אין כח בבית דין להוציא מידו עכ"ל,

יעו"ש, ולפי מה שנתבאר דלדעת הרא"ש אין טענת ברי מועילה אליבא דרב נחמן כיון דקרקע בחזקת בעלה עומדת, כמש"נ, צריך לומר דכונת הרא"ש דאין לו המעליותא דטענת ברי כיון שהקרקע תפוסה ביד המרא קמא, וכמש"נ.

בסוף דבריו הביא הש"ך שמצא בספר גדולי תרומה שגם הוא הקשה קושיא זו על דברי הרא"ש ותיירץ וז"ל: יש לדחוק דחזקת קרקע אהניא לאחשובי ספק אצל השוכר על דרך שכתבו התוס' בסוף השואל דלא אזלינן בתר מאן דתפיס השתא אלא בדליכא חזקת קרקע כנגדה ודוק עכ"ל, יעו"ש, וכיון דהחזקת קרקע מגרעת הטענת ברי שפיר יש להביא ראיה משם דעל כל פנים אין תפיסה בטענת שמא מועילה, דהרי אע"ג דטוען ברי לא עדיפא טענתיה מטענת שמא.

ודברי התוס' הם בפרק השואל (דף קג.) אמר רבא האי מאן דאמר ליה לחבריה אושלן מרא למירפק ביה וכו' פרדיסי רפיק ואזיל כל פרדיסי דאית ליה ומהדר ליה קתיה, יעו"ש, וכתבו התוס' בד"ה פרדיסי וז"ל: ואם תאמר דאמר בריש המוכר את הבית (ב"ב דף סא:) ארעתא תרתי משמע וכו' ועוד יש לומר דהתם יד לוקח על התחתונה שהמוכר מוחזק והכא יד המשאיל על התחתונה שהשואל מוחזק וכו' דדוקא קרקע שאין יכול להצניע לשמטו מיד בעלה אזלינן בתר חזקה קמא אבל במטלטלין אזלינן בתר מאן דתופס השתא היכא דליכא חזקת קרקע כנגדה עכ"ל, יעו"ש.

והנה בדברי התוס' שם אין שום זכר למה שכתב הגידולי תרומה דחזקת קרקע מגרעת טענת ברי שכנגדה להיות כטענת שמא, ולא כתבו אלא דבקרקה אזלינן בתר חזקת מרא קמא במקום תפיסה, וגם אין לומר שהוא הבין בדברי התוס' דמהאי טעמא אזלינן בתר חזקת מרא קמא בקרקע משום דטענת ברי של התופס נעשה כטענת שמא, ואע"פ שלא נזכרה סברא זו בדברי התוס', דאם כן למה כתב הגידולי תרומה שתירוצי הוא דוחק, והלא כן הם דברי התוס', וצריכים להבין מה ראה הגידולי תרומה בדברי התוס'.

אולם המבואר מדברי התוס' הוא דחזקת מרא קמא דקרקע עדיפא מתורת מוחזק של התפוס, דהיה אפשר לומר דטעמא דרב נחמן דאמר לעיל שם (דף קב:) דאפילו בא משכיר בסוף החודש כולו למשכיר דקרקע בחזקת בעליה עומדת משום דבעל הקרקע נחשב מוחזק על תשמישי המרחץ, דכמו שבעל הקרקע לעולם נחשב מוחזק בקרקעו, ואי אפשר להוציאה מידו על ידי תפיסה, כמו כן הוא לעולם מוחזק על כל פירות ותשמישים היוצאים מקרקעו, ואין תפיסה במקום ספק יכולה להוציאם מרשותו, ולעולם הוא נחשב מוחזק בהם לגבי כל ספק שנולד בהם.

אבל לא כן כתבו התוס', אלא קאמרו דבקרקה אזלינן בתר חזקת מרא קמא כנגד תפיסת המוחזק, מה שאין כן במטלטלין דלא אזלינן בתר חזקת מרא קמא דידהו אלא בתר המוחזק של התופס, והחילוק הוא דאין התופס יכול להצניע לשמטה מיד בעלה, והרי חזקת מרא קמא דבעל הקרקע אלימא, ואזלינן אבתרא אפילו במקום תופס שיש לו תורת מוחזק, אבל במטלטלין שהתופס יכול להצניען הוקלשה חזקת מרא קמא של

בעליהן, ולא אלימא כנגד התורת מוחזק של התופס.

וכל זה הוא במטלטלין שאינן יוצאות מן הקרקע, כגון תשמישי המרא למירפק יותר משני פרדסים, אז אמרינן דלא אלימא חזקת מרא של בעל המרא להוציא התשמישים המוטלים בספק מיד השואל התפוס בהם, אבל בתשמישים ופירות היוצאים מן הקרקע ומוטלים בספק, כגון תשמישי המרחץ בחודש העיבור ופירות של שנה שלישית במשכנתא שכתוב בה שנין סתמא, הרי החזקת מרא קמא אומרת שמגיעים לבעל הקרקע על אף שהם תפוסים ביד השוכר והמלוה, וחזקת המוחזק אומרת שמגיעים להתפוס, ואלימא חזקת מרא קמא דקרקע מחזקת התפוס בהתשמישים והפירות, זהו מה שראה הגידולי תרומה בדברי התוס', אכן לא נתבאר בדבריהם למה עדיף חזקת מרא קמא דקרקע מחזקת התפוס.

ונדחק הגידולי תרומה בשער ס"ח ליישב דברי הרא"ש על פי מה שכתבו התוס' דחזקת מרא קמא דקרקע אלימא מחזקת התפוס, והציע דאולי יש לומר בדוחק דהרא"ש הסכים לדבריהם, והוקשה לו דהא מסתברא דתפיסה בטענת ברי מועילה, כמו שמבואר בסוגיא דכתובות (דף כ.). ובדברי רש"י והתוס' שם דתפיסה בטענת ברי מועילה במקום ספיקא דתרי ותרי, יעו"ש, ואם כן למה לא מועילה תפיסת תשמישים ופירות בטענת ברי, ולכן למד הרא"ש דטעמא דאלימא משום דבמקום חזקת מרא קמא דקרקע הוגרעה טענת ברי של התופס ונעשה כטענת שמא, והרי מבואר דתפיסה בטענת שמא אינה מועילה, דמהאי טעמא גופא מוציאים מיד התופס במקום חזקת מרא קמא דקרקע, ומשום הכי מוציאים מידו במשכנתא אע"פ שהמלוה טוען ברי, וכן במרחץ אפילו אם השוכר טוען ברי, ועיין שם למעלה בדברי הגידולי תרומה שלמד דבמרחץ הוי ברי וברי, יעו"ש, ובזה נדחק ליישב דברי הרא"ש.

ובאמת מצינו סמך לסברתו בכתובות (דף טז.). ודקארי לה מאי קארי לה הא ברי וברי הוא כיון דרוב נשים בתולות נישאות כי ברי ושמא דמי, יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: כיון דרוב נשים בתולות נישאות קרובה טענתה להיות אמת יותר משלו וכברי ושמא דמיא עכ"ל, יעו"ש, וביאור הדברים הוא דהמעליותא של טענת ברי היא דיש בזה קצת נאמנות ובירור אע"ג דאין בזה תורת עדות, והיכא דאיכא רוב כנגד הטענת ברי הוקלשה הטענה והוגרע כח הבירור שלה ונעשה כטענת שמא בלבד, וכמו כן יש לומר דהמעליותא של טענת ברי להחזיק הממון ביד התופס היא מה שיש לה קצת בירור, כמש"נ, ובמקום חזקת מרא קמא דקרקע, שהיא חזקה אלימא, כמש"נ, הוגרע כח הבירור של הטענת ברי ומוציאים מידו.

אבל מכל מקום כתב הגידולי תרומה שתירוצו דחוק, דיש לחלק דרך רוב נשים בתולות נישאות מגרע כח הבירור של הטענת ברי, דרוב הוי בירור על המציאות, אבל חזקת מרא קמא דקרקע לא הוי מדין בירור דמחמתה נודע לנו המציאות, אלא ענין החזקה הוא ענין הלכתי דבמקום ספק מוקמינן על החזקה אע"פ שאינה מוסיפה שום בירור בהמציאות, ואם כן דחוק הוא לומר שהחזקה מגרעת כח הבירור של טענת ברי דכנגדה.

והקשה עליו הש"ך וז"ל: ולא הבנתי מה שכתב וכי' דמכל מקום קשיא כיון
 דחזקת קרקע אהניא, אם כן מאי ראייה מייתי מהתם למטלטלין, הא התם שאני
 דאפילו הוי טוען ברי דינא הכי עכ"ל, יעו"ש.

וביאור קושית הש"ך על הגדולי תרומה הוא דבודאי אין תפיסה מועילה אלא אם
 כן יש עמה טענה, ואילו היתה תפיסה מועילה בטענת שמא היינו משום דגם טענת
 שמא יש לה דין טענה, כמש"נ, ואם כן אין להביא ראייה מדברי רב נחמן, דשפיר יש
 לומר דכמו דחזקת קרקע מגרעת טענת ברי ומבטלת כחה, כמו כן מגרעת טענת שמא
 ומבטלת כחה, דגם מטענת שמא יש איזה סמך לו, אכן כשחזקת מרא קמא דקרקע
 כנגדה אין לדבריו תורת טענה כלל, ומשום הכי מוציאים מידו, ועדיין יש לומר דאם
 תפס מטלטלין בטענת שמא אין מוציאים מידו כיון שיש לדבריו תורת טענת שמא.

סימן מה

בו יבוארו דברי הרא"ש שהוכיח דתפיסה בטענת שמא אינה מועילה בספיקא דמציאות מהא דאמר רב נחמן דבא בסוף החודש כולו למשכיר דקרקע בחזקת בעליה עומדת.

שיטת הרא"ש בבבא מציעא (דף ו:): היא דתפיסה בטענת ברי מועילה בספיקא דממונא במציאות, אבל תפיסה בטענת שמא אינה מועילה, ומביא ראיה מהא דאמרינן לקמן שם (דף קב:): במשכיר מרחץ בשנים עשר זהובים לשנה מדינר זהב לחודש ונתעברה השנה דמספקא לן אם תפס לשון ראשון או תפס לשון אחרון, ואמר רב נחמן דאפילו בא המשכיר בסוף חודש העיבור כולו למשכיר דקרקע בחזקת בעליה עומדת, והרי השוכר אינו יודע אם תפס לשון ראשון או לשון אחרון, וטענתו טענת שמא, ולא אהני לו מה שתפס הדירה של חודש העיבור, יעו"ש.

והש"ך לעיל בסי' מ"ד הקשה עליו שתי קושיות, חדא הקשה דהיאך מביא ראיה מרב נחמן, והלא התם טעמא לאו משום דתפיסה בטענת שמא אינה מועילה אלא משום דקרקע בחזקת בעליה עומדת, וכמו שכתב הרי"ף שם דהני מילי במקרקעי אבל במטלטלין אהני תפיסה, וגם הרא"ש הביא לשונו, יעו"ש, ועוד הקשה דלקמן שם (דף קי.) במשכנתא דהוי כתיב ביה שנין סתמא, הלוא טוען שלא מסרה למלוה אלא לשתי שנים, והמלוה אכלה שלש שנים וטוען שהמשכנתא היתה לשלש שנים, וקאמר בגמרא דאליבא דרב נחמן דאמר קרקע בחזקת בעליה עומדת חייב המלוה לשלם ללוה בעד השנה שלישית שאכל, ולא הועילה לו תפיסתו, והלא התם המלוה התופס טוען ברי שהמשכנתא היתה לשלש שנים, ואע"פ כן לא הועילה לו תפיסתו כיון דקרקע בחזקת בעליה עומדת, ואם כן היאך הביא הרא"ש ראיה מדברי רב נחמן דתפיסה בטענת שמא אינה מועילה.

ובסימן זה כתב הש"ך ליישב דברי הרא"ש דבדואי גם תפיסה בטענת ברי אינה מועילה במקרקעי, דאמרינן קרקע בחזקת בעליה עומדת, ומיד כשנולד הספק הרי הקרקע מוחזקת ביד בעלה, והוכרע הספק לזכותו, ושוב אין תפיסה מועילה אפילו בטענת ברי, דהוי כתופס ממון חבירו בעדים דאין תפיסתו מועילה אפילו אם טוען ברי, אכן במשכיר מרחץ אילו היה השוכר טוען ברי, דהיינו שאומר שהמשכיר אמר לו בפירוש שהשכיר לו המרחץ בשנים עשר דינר לשנה אפילו אם תתעבר השנה, הרי השוכר טוען שלא היו כאן אלא שנים עשר דינר פירות, וכיון דאין ידוע אם היה כאן עוד דינר פירות אין חזקת הקרקע מועילה להמשכיר, ועל כרחך מיירי שהשוכר טוען שמא, ולא דמי למשכנתא שהפירות שאכל ידועין, וכיון שמשופקים אם המלוה אכלם כדין אמרינן קרקע בחזקת בעליה עומדת וחייב לשלם אע"ג דטוען ברי, אבל במרחץ אילו טען השוכר ברי היה פטור מלשלם, שהרי אין הפירות ידועין, ועל כרחך מיירי שטען שמא, ואם כן שפיר הביא הרא"ש ראיה דתפיסה בטענת שמא אינה מועילה.

וטובא יש לעיין בדברי הש"ך, דאם במרחץ אין פירות של שלש עשרה דינר ידועים, ומשום הכי אין לחייבו אם טוען טענת ברי, למא לא נאמר כן נמי אם טוען טענת שמא, שהרי עדיין מסופקים אם היה כאן עוד דינר של פירות, ולמה הועילה לו למשכיר חזקתו בהקרקע, ועוד דכיון דתפיסתו בטענת שמא אינה מועילה מטעמא דקרקע בחזקת בעליה עומדת היאך הוכיח הרא"ש משם דתפיסה בטענת שמא אינה מועילה בספיקא דמטלטלין כמו ספק בכור.

ובעיקר חילוקו של הש"ך בין משכיר מרחץ למשכנתא דכתיב ביה שנין סתמא הקשה האורים ותומים סי' מ"ו וז"ל: דבריו דחוקים וגם אינם מובנים לי כלל דהא מסתמא מיירי במשכנתא דסורא דהוה כשכירות לשנים ידועות, ואם כן יאמר נא מה לי ששכר בית בשתיים עשר זהובים, וזה אומר שתי שנים שכרתי ואם כן מגיע לכל שנה ששה זהובים, וזה אומר לשלש שנים שכרתי ומגיע לכל שנה ארבע זהובים, ומה לי ששכרו [המרחץ] שתיים עשר זהובים לשנה, וזה אומר על שתיים עשר חדשים מגיע לכל חודש זהוב, וזה אומר לשלש עשר חדשים ומגיע לכל חודש זהוב פחות חלק שלש עשר, ולמה ידועין הפירות יותר במשכנתא הנ"ל מן חודש העיבור, הלא הכל אחד וכו' עכ"ל, יעו"ש.

והיינו דבמשכנתא דסורא דמי ההלואה שנתן מלוה ללוה נחשבים כשכירות על הקרקע, והמלוה טוען ברי שנתן השכירות לשלש שנים של פירות, והלוה טוען שדמי השכירות היו רק לשתי שנים של פירות, ואמרין קרקע בחזקת בעליה עומדת, וצריך המלוה לשלם בעד שנה השלישית שאכל, והלא כן הוא נמי במרחץ, שהמשכיר טוען שהשתיים עשר דינר שהשוכר שילם היו רק בעד שנים עשרה חדשים, והשוכר טוען ברי שהתשלומין היו בעד כל השלשה עשרה חדשים, ונימא קרקע בחזקת בעליה עומדת, ונחייב השוכר לשלם בעד חודש העיבור שדר בה.

ונראה בישוב דברי הש"ך דהנה במשכונתא שפיר ידוע שהמלוה אכל שלש שנים של פירות קרקע הלוה, ובודאי עליו לשלם בעד הפירות שאכל, והנידון הוא אם כבר שילם או עדיין לא שילם, הלוה טוען שדמי ההלואה שקיבל לא היו תשלומין אלא לשתי שנים של אכילתו, ועל שנה השלישית עדיין לא שילם ועליו לשלם, והמלוה טוען ברי שההסכם ביניהם היתה שדמי ההלואה יהיו תשלומין בעד שלש שנים של אכילתו, בזה אמרין קרקע בחזקת בעליה עומדת, והלוה מוחזק בפירות שנה השלישית עד שיביא המלוה ראיה ששילם בעדם.

אבל במרחץ שהשוכר טוען ברי שהמשכיר אמר לו בפירוש שהוא משכיר לו המרחץ בשנים עשרה זהובים לשנה, ואפילו יעלה הדבר שתתעבר השנה ויוסיפו בה עוד חודש, והרי אמר לו שאינו מבקש ממנו שכר כלל לחודש העיבור, ונמצא שחודש העיבור לא עשה פירות כלל, ובאותו חודש היה המרחץ כחצר דלא קיימא לאגרא, ואם השוכר טוען ברי דכן אמר לו המשכיר הרי הוא טוען שבכלל לא היו פירות באותו חודש, ואם כן לא שייך בזה ענין קרקע בחזקת בעליה עומדת, ואמרין דעל המשכיר להביא ראיה שביקש ממנו שכר לחודש העיבור, ולא דמי למשכנתא שהפירות ידועין, ושניהם מודים

שהשדה עשתה פירות בשנה השלישית ושהמלוה אכלן, ואלא שהמלוה טוען שהוא שילם בעד הפירות על ידי ההלואה, ופירות דידיה אכל, והלוה טוען שהמלוה לא שילם בעד הפירות מפני שהמשכנתא לא היתה אלא לשתי שנים, ופירות שנה שלישית שלו היו ולא של המלוה, בזה שפיר אמרין קרקע בחזקת בעליה עומדת, והפירות מוחזקין ביד הלוה, והמלוה שאכלן צריך לשלם בעדן.

אי נמי יש לומר בישוב קושית האורים ותומים על דברי הש"ך, דבמרחץ הרי הכל מודים שיש לשוכר זכות להשתמש בו כל השנה, ואפילו אם נתעברה, והנידון הוא כמה שכירות צריך לשלם, י"ג דינרים או י"ב דינרים, ודמי השכירות הם פירות המרחץ, והרי המשכיר טוען שהמרחץ עשה פירות י"ג דינרים, והשוכר טוען ברי שעשעה פירות רק י"ב דינרים, והדינר האחרון מעולם לא היה, ולענין זה אין דין קרקע בחזקת בעלה עומדת מועילה לו.

אולם במשכנתא הרי אנו דנים על עצם זכות המלוה לאכול פירות שנה שלישית, דהמלוה טוען שהמשכנתא היתה לשלש שנים, והלוה טוען שהמשכנתא לא היתה אלא שתי שנים, ושהמלוה אכל פירות שנה שלישית בגזילה, והרי הוא תובע המלוה לשלם בעד הפירות שגזל ממנו, ולא תשלומין על זכות אכילת פירות שנה שלישית, ושוב לא איכפת לן כמה כמה דמים קבע הלוה לשכירות הזכות לאכול פירות קרקעו, הן פחות הן יתר, שהרי הלוה טוען שאותן הפירות שאנו יודעים בבירור שגדלו בשנה שלישית, ושאונו יודעים בבירור שהמלוה אכלם, בגזילה אכלן וצריך לשלם, והמלוה טוען שאותן הפירות של שנה שלישית לא אכלן בגזילה אלא בדין, שהמשכנתא היתה לשלש שנים, ועל ישה קנה זכות לאכול גם פירות שנה שלישית, והנידון הוא מי הוא הבעלים על הפירות שאנו יודעים בבירור שגדלו בשנה שלישית, ושפיר אמרין שהיו של הלוה דקרקע לעולם בחזקת בעליה עומדת.

וכל זה הוא כשטוען השוכר ברי שהמשכיר אמר לו בפירוש שאינו מבקש ממנו שכר לחודש העיבור, כנ"ל, דבהאי גונא ליכא בעצם ספק אם חודש העיבור עשה פירות, דרק היכא דאמר סתמא שתים עשר דינרים לשנה דינר לחודש מספקא לן בגמרא במשמעות לשון כזה אם תפס לשון ראשון או תפס לשון אחרון, והרי זה כספק דררא דממונא שבלי טענותיהם יש ספק לבית דין, שהלשון המגומגם הזה בפנינו, ואנו מסופקים בו אם לשון ראשון עיקר או לשון אחרון, אבל אם השוכר טוען ברי שלא ביקש שכר לחודש העיבור אז אין הנידון על הלשון המגומגם שהוא ספק בעצם אלא על טענתו שטוען ברי שהמשכיר פטרו משכר חודש העיבור, והמשכיר מכחיש וטוען שלא פטרו, ונמצא שהספק הוא על ידי טענותיהם, ולא הוי ספק בעצם, וכיון דליכא ספק בעצם אם חודש העיבור עשה פירות, אין החזקת קרקע מכרעת בזה כלום, ורק במשכנתא שבודאי עשתה פירות בשנה שלישית החזקה מכרעת שהפירות של הלוה, כמש"נ, אבל במשכיר מרחץ שהשוכר טוען ברי שלא היו כאן פירות אין החזקת קרקע מנגדת לטענתו, שהרי אין טענתו מנגדת להחזקת קרקע, ולא בא להוציא שום דבר מבעל הקרקע, אלא הוא טוען שלא נטל כלום מן הקרקע, כמש"נ.

אבל כשהשוכר אינו טוען ברי שהמשכיר פטר אותו משכר חודש העיבור, וגם להשוכר אין לו אלא הלשון המגומגם שלפנינו, וגם הוא מסופק בו כמו דמספקא לן בגמרא, הרי איכא לפנינו ספק בעצם אם חודש העיבור עשה פירות, בזה אמרינן דבמקום ספק מוקמינן הקרקע על חזקתה שעושה פירות, ונקטינן דגם בחודש העיבור עשתה פירות, ועל השוכר לשלם, ורק כשטוען השוכר ברי שכן אמר לו המשכיר בפירוש אינו צריך לשלם, דאז הלשון המגומגם שלפנינו לא מעלה ולא מוריד, וליכא לפנינו שום ספק בעצם, ואין לנו צד גמור לומר שבחודש העיבור קיימא לאגרא, והשוכר טוען דלא קיימא לאגרא, ואין חזקת הקרקע מנגדת לטענתו, כמש"נ, וזה מתיישב יותר לפי ישוב הראשון הנ"ל, ועדיין הדבר צריך תלמוד.

והנה הרא"ש הביא ראייה דתפיסה בטענת שמא אינה מועילה, ויסוד החילוק בין תפיסה בטענת ברי לתפיסה בטענת שמא הוא דלא חשיב מוחזק אלא כשתופס בהממון כבעלים, ואם הוא עצמו מסופק אם הוא תפוס כדן אין זה נחשב תפיסת בעלים, ולא נעשה מוחזק בזה, ומשום הכי אם תפס בטענת שמא מוציאים מידו.

והוצרך הרא"ש להביא ראייה לכך דאיכא נמי סברא להיפך, דאיכא למימר דכל התופס בטענת שמא נחשב כתופס בטענת ברי, שהרי לכמה שיטות תפיסה מועילה בספיקא דדינא, כגון בבעיא שעלתה בתיקו או פלוגתא דרבוותא שלא איפסקא ההלכה, והיינו משום שהתופס יכול לומר קים לי כצד זה של הבעיא או כהך אמורא, כמו שכתב הש"ך בסי' ו' ובסי' י"ד, יעו"ש, ובקונטרס הספיקות כלל א' אות א' ביארו משום דאמירת קים לי נחשבת כטענת ברי, יעו"ש, ואע"ג דאין שייך לומר שבעל דין זה מצא פתרון להבעיא שהאמוראים לא מצאו בה והניחוהו בתיקו, והיאך אפשר שהוא ברי שההלכה היא באמת כדבריו, אלא הביאור הוא דאם אומר קים לי הרי הוא טוען שכיון שאותו צד של הבעיא נוח לו, ומסתברא לו מחמת נגיעותו, הרי הוא אוזן בהממון המדובר בתורת בעלים גמורים בסמכו על הצד שהדין עמו, וגם תפיסה כזו נחשבת תפיסה בתורת בעלים, ועל ידי כך נעשה מוחזק, ואין מוציאים מידו.

וכעין זה מצינו בתוס' בכתובות (דף עו:) בד"ה על בעל החמור להביא ראייה וז"ל: ונראה לריב"א דדוקא הכא שמחזיק עצמו מסופק וכו' אבל במכר שור לחברו ונמצא נגחן כיון דגברא זבין להכי ולהכי יש לו לטעון למחזיק לשחיטה מכרתיו לך ואם איתא דלרידיא קבעית ליה הוה לך לפרושי וכיון דיש לו טענה ודאית אהני ליה חזקתו וכו' עכ"ל, יעו"ש, והמחזיק הזה עשה אומדנא מעצמו דלוקח שלא פירש דבריו נקטינן שלשחיטה קנה, ואע"ג דליכא אומדנא כזה, כמו שמבואר בבבא קמא (דף מז.) גבי נמצא נגחן דאם כן למה אמר רב דאזלינן בתר רובא, יעו"ש, אלא כיון שבדעת המוכר יש אומדנא כזה הועילה לו חזקתו.

וכן מדויק בדברי הרשב"ם בבבא בתרא (דף צב:) וז"ל: לא אזלינן בתר רובא אלא אחר המוחזק אם יש לו שום טענה עכ"ל, יעו"ש, ומשמע דאינו צריך טענה מעליא אלא כל שום טענה שלפי דעתו היא טענה מספקת להחזיקו, כמש"נ.

ואם כן יש להסתפק בכל תפיסה בטענת שמא אם גם בזה נחשב כתפיסה בטענת ברי, והרי זה כמי שטוען שיכול לתפוס בממון הספק בתורת בעלים גמורים בסמכו על הצד שהדין עמו, וכיון שאין הכרע בהספק למה לא יוכל לתפוס ולהתנהג כבעלים כיון דאיכא צד גמור שהדין עמו, והרי זה נחשב כתפיסה בטענת ברי כיון שתפסו לעצמו למרות שטענתו שמא, וכמו שיכול לומר קים לי בספיקא דדינא והוי כטענת ברי, כמו כן יכול לומר קים לי בספיקא במציאות והוי כטענת ברי, והרי הוא נעשה מוחזק בתפיסתו, ואין מוציאים מידו.

או דלמא לא אמרינן דתפיסה בטענת ספק בספיקא במציאות הוי כתפיסה בטענת ברי, ורק בספיקא דדינא יכול לומר קים לי כצד זה דכן מסתבר לי, ואע"ג דבעלי הגמרא לא הסכימו לו, ואין ממש בדבריו, מכל מקום הרי תפיסתו נחשבת כתפיסה בתורת בעלים והועילה לו, כמשי"נ, אבל בספיקא במציאות, כגון בספק תפוס לשון ראשון או לשון אחרון, או בספק בכור, לאו כל כמיניה לתפוס ולומר שהוא סומך על צד זה של הספק, דאינו יכול לסמוך על צד שאינו תלוי בסברתו.

והרא"ש פשט ספק זה מדרב נחמן דבספיקא במציאות דתפס לשון ראשון או לשון דאמרינן כולו למשכיר הואיל וקרקע בחזקת בעליה עומדת, וכתב הש"ך דטעמא דרב נחמן דהוה ליה כתפס לאחר שנולד הספק, וכונתו מבוארת לקמן בסי' מ"ז, ועיימש"נ בהגהות שם, וטעמא דאין תפיסת מועילה משום שתפס בטענת שמא, אבל אם תפס בטענת ברי תפיסתו מועילה משום שלפי טענתו לא היו כאן פירות, ואין חזקת הקרקע מכרעת בענין זה, כמו שביאר הש"ך, ורק בטענת שמא דאיכא ספק בעצם על לשון המשכיר מוקמינן על חזקת הקרקע, כמשי"נ.

אולם אם נאמר דכל תפיסה בטענת שמא מועילה, והיינו משום דגם במקום שלא נודע לו המציאות יכול לומר קים לי שלמרות הלשון המגומגם שהשתמש בו המשכיר כונתו היתה שלא לבקש שכר לחודש העיבור, והרי זה נחשב כטענת ברי שלא ביקש שכר לחודש העיבור, אם כן גם בטענת שמא בגונא דמרחץ לא היתה חזקת הקרקע מכרעת, אלא מבואר דטענת שמא בספיקא דמציאות אינה נחשבת כטענת ברי, ומשום הכי אין תפיסה בטענת שמא מועילה, דאין זה נחשב שהחזיק כבעלים, כמשי"נ. אכן בספיקא דמשכנתא הרי הפירות ידועין, והמלוה שאכל פירות שדה הלוח בודאי צריך לשלם, ואלא שהמלוה טוען ברי שכבר שילם על ידי ההלואה מפני שהמשכנתא היתה לשלש שנים, והלוה טוען שהמשכנתא היתה לשתי שנים, והמלוה עדיין לא שילם בעד שנה השלישית, בזה אמרינן קרקע בחזקת בעליה עומדת, ואין תפיסת המלוה מועילה אע"ג דטוען ברי, שכבר התחזקו פירות שנה השלישית ביד הלוח, והרי המלוה תופס ממון שאינו שלו.

בסוף דבריו הביא הש"ך דברי הסמ"ע בסי' שי"ז על מה שכתב המחבר בסעי' א' בשוכר הבית שאומר פרעתיך והמשכיר אומר לא פרעת נאמן השוכר ונשבע היסת, וכתב הסמ"ע בסק"ה וז"ל: ולא דמי למה שכתבו הטור והמחבר בסי' שי"ב בהזכיר לו

בשכירות חדש ושנה דאפילו כבר דר שם צריך ליתן לו השכירות מחדש השלש עשרה דהא כתבתי שם הטעם דהספק שהוא בין הלשונות גם מתחלת החודש היה מה שאין כן בזה דלא היה ספק עד השתא דודאי היה חייב לו אלא שטוען פרעתיך ואמרינן הממון היכא דקאי תיקום עכ"ל, יעו"ש.

ובקושתו סלקא דעתיה דהסמ"ע דהשוכר שטוען פרעתי הוא כתופס את דירת הבית, ולכן הקשה מאי שנא דבספק תפוס לשון ראשון או לשון אחרון אין תפיסת השוכר מועילה לו ובטוען פרעתיך הועילה לו תפיסתו, והיינו דהנידון הוא על דירת הבית שהשוכר השתמש בה, השוכר טוען שהדירה שלו מפני ששילם בעדה, והמשכיר טוען שהדירה שלו מפני שהשוכר עדיין לא שילם בעדה, ולמה לא אמרינן קרקע בחזקת בעליה עומדת, והרי הבית תפוסה ביד בעל הבית, והשוכר שדר בה לקח ממון של אחרים ועליו לשלם.

ועל זה תירץ הסמ"ע דבחודש ושנה חל הספק על הדירה בתחלת השכירות, והרי קרקע בחזקת בעליה עומדת, אבל הכא נקטינן בודאי שדירת הבית של המשכיר, ונקטינן בודאי שהשוכר שדר בביתו נתחייב לשלם, והרי המשכיר קיבל שעבוד הגוף ושעבוד נכסים על השוכר תחת הדירה, ושוב אין לדון על הדירה עצמה אלא על השעבוד שחל על השוכר, והרי השוכר טוען שפרע, ועל הממון שצריך לשלם משום שעבוד הגוף הרי השוכר הוא המוחזק.

וכתב הש"ך דלפי מה שהעלה בסימן זה דאם היה השוכר טוען ברי היתה תפיסתו מועילה לו אין צורך לדחוק כתירוצו של הסמ"ע, דגבי חודש ושנה אינו טוען ברי מה שאין כן בטוען פרעתיך שהוא טוען ברי, יעו"ש, ומבואר דהש"ך הסכים לסברת הסמ"ע בקושתו, וס"ל דדוחק לומר דשוכר שטוען פרעתי אינו נחשב כתופס על הדירה שדר בבית, וקאמר דלפי מה שכתב אין צורך לדחוק דבטוען פרעתי שוב אין הנידון בהדירה אלא בהממון, ומבל מקום לא קשה קושית הסמ"ע, דבחודש ושנה מיירי שהשוכר טוען שמא, אבל שוכר שטוען פרעתיך הוי תפיסה בטענת ברי.

ועיין בש"ך בחושן משפט שם סק"ד שגם שם השיג כן על דברי הסמ"ע, ולא הקדים שם דאם טוען ברי בחודש ושנה היתה תפיסתו מועילה לו, כמו שכתב כאן, והיינו משום דלפי פשוטו בהסוגיא אין השוכר טוען ברי אלא שמא, אכן היה אפשר לומר דהסמ"ע למד דהסוגיא מיירי שהשוכר טוען ברי, וכמו שכתב הש"ך בסי' מ"ו במה שנראים דברי הרא"ש כסתרי אהדדי, שפסק בפרק קמא דבבא מציעא ובפרק שני דבכתובות דתפיסה בטענת שמא אינה מועילה, ובפרק השואל פסק דאילו היה המרחץ מטלטלי היתה תפיסתו מועילה, וכתב שם הש"ך דלולי דבריו בסימן זה היה אפשר ליישב בדוחק דסוגיא דהשואל מיירי שטוען ברי, אבל לדבריו דאילו היה טוען ברי היה נפטר על כרחך מיירי שם בשטוען שמא, ואם כן קשה לדברי הרא"ש, יעו"ש.

וכן הוא לענין דברי הסמ"ע, דלולי דברי הש"ך דבטוען ברי היה נפטר היה אפשר לדחוק דההיא דחודש ושנה מיירי בטוען ברי, ומסתברא שהסמ"ע עצמו למד כן דחודש ושנה מיירי אפילו כשטוען ברי כדי ליישב סתירת דברי הרא"ש, וכמו שכתב הש"ך בסי'

מ"ו דלולי דבריו דבטוען ברי לא אמרינן קרקע בחזקת בעליה עומדת יש ליישב סתירת דברי הרא"ש, כנ"ל, ומשום הכי הוקשה לו להסמ"ע מאי שנא דבחודש ושנה צריך ליתן שכר ובטוען פרעתיך פטור, והוצרך לדחוק ולומר דבטוען פרעתיך אין הנידון על דירת הקרקע, אבל לפי דברי הש"ך אי אפשר לאוקמי חודש ושנה בטוען ברי, דאם כן היה נפטר, אלא על כרחך מוקים לה בטוען שמא, ואם כן נסתלקה קושית הסמ"ע דמאי שנא חודש ושנה מטוען פרעתיך, דשנא ושנא, דבזה טוען שמא ובזה טוען ברי, ואלא דלפי דברי הש"ך הדרא סתירת דברי הרא"ש לדוכתא, דהא אי אפשר לומר דבחודש ושנה טוען ברי, כמש"נ, ועיין מה שכתב הש"ך בסי' מ"ו-מ"ז ליישב הסתירה.

אולם עדיין יש לעיין בדברי הש"ך דשוכר שטוען פרעתיך נחשב תופס בטענת ברי, הא כל הבא מן הקרקע נחשב כקרקע, כמו שכתב הש"ך לענין משכנתא למעלה בסימן זה וז"ל: ואם כן הוא הדין המלוה אף שטוען ברי, כיון שהפירות ידועין הוו להו הפירות כאילו הן ברשות הלוה, כיון דהפירות באין מן הקרקע, וקרקע בחזקת בעליה קיימא וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומאי שנא שוכר שטוען פרעתיך ממלוה שטוען שהמשכנתא היתה גם לשנה השלישית, הרי כמו שהתם אמרינן שהפירות בחזקת הלוה הואיל והפירות ידועין, כמו כן בשוכר הרי דירתו ידועה, וקרקע בחזקת בעליה עומדת, והיאך מועילה בה תפיסה בטענת ברי.

וצריך לומר דהש"ך חשיב גם עצם מעות השכירות לפירות הבית, ואמרינן קרקע בחזקת בעליה עומדת לא רק לגבי תשמישים בגוף הבית אלא גם לגבי המעות שנתחייב השוכר בעד התשמישים שנטל, ואילו היה השוכר תופס מעות השכירות מספק בטענת שמא לא היתה תפיסתו מועילה, כמו בחודש ושנה דמוקמינן קרקע בחזקת בעליה, אבל כשטוען כבר פרעתיך הרי הוא טוען שאין מעות השכירות בנמצא, והרי אין הפירות ידועין, ולא שייך לגביהו ענין קרקע בחזקת בעליה עומדת, והיינו ממש כמו בחודש ושנה שטוען השוכר שאמר לו המשכיר בפירוש שאינו מבקש שכר לחודש העיבור, דכיון דאין הפירות ידועין לא שייך לגביהו ענין קרקע בחזקת בעליה עומדת, ולא דמי למשכנתא שהפירות ידועין, ואין התפיסה מועילה בהן אפילו בטענת ברי, כמש"נ.

סימן מו

בו יובאו דברי הרא"ש דנראים כסותרים זה את זה, וידון בשוב הש"ך דדרך הרא"ש להעתיק דברי הרי"ף כצורתם, ואף מה שכתב וכן הלכתא, ואע"ג דלא סבירא ליה כן.

הרא"ש כתב בפרק קמא דבבא מציעא (דף ו:): דתפיסה בטענת ברי מועילה בספיקא דממונא במציאות, אבל תפיסה בטענת שמא אינה מועילה, יעו"ש, והקשה הש"ך דדבריו אלו סותרים למה שכתב לקמן שם (דף קב:): כלשון הרי"ף דקיימא לן כשמואל דמספקא ליה אם תפס לשון ראשון או תפס לשון אחרון, והלכך הלך אחר הפחות שבלשונות, דמספיקא לא מפקינן ממונא, ומכל מקום אם תפס אין מוציאים מידו, והני מילי במטלטלין אבל במקרקעי קיימא לן כרב נחמן דאמר קרקע בחזקת בעליה עומדת ומוציאים מידו, יעו"ש, והלא התם טוען שמא, דהא ספק הוא אם תפס לשון ראשון או לשון אחרון, ואע"פ כן אם תפס אין מוציאים מידו.

וכתב הש"ך דלולי דבריו בסי' מ"ה היה אפשר לדחוק דמה שכתב דבמטלטלין אם תפס אין מוציאים מידו היינו היכא דהשוכר טוען ברי, כלומר שהמשכיר פירש לו להדיא שאינו מבקש שכר לחודש העיבור, ואע"ג דאם לא פירש להדיא אלא אמר סתם אנו מסופקים אם תפס לשון ראשון או לשון אחרון, אם טען השוכר שהמשכיר פירש לו להדיא שאינו מבקש שכר לחודש העיבור הרי לפי דבריו ליכא ספק, וטענתו הוי טענת ברי, ומשום הכי הועילה לו תפיסה, אולם לפי מה שהעלה הש"ך בסי' מ"ה דאם טען השוכר ברי אין מוציאים מידו אפילו במקרקעי, דהוי כאומר שמעולם לא היו שם פירות, יעו"ש, אם כן ליכא לאוקמי דברי הרי"ף והרא"ש בפרק השואל בשטוען ברי, ומבואר דתפיסה בטענת שמא לא הועילה רק במקרקעי, אבל במטלטלין מועילה, והרי זה סותר למה שכתב הרא"ש בפרק קמא דתפיסה בטענת שמא אינה מועילה.

הש"ך תירץ קושיתו בשלשה אופנים וז"ל: הטעם הראשון יכולנא לשנויי שכן דרך הרא"ש להעתיק לשון הרי"ף אע"ג דלא ס"ל הכי, עיין בסוף פרק אלו טרפות (חולין דף סד:): גבי אפרוחים שלא נפתחו עיניהם כתב הרא"ש כלשון הרי"ף ורבנן סברי כיון שיצא לאויר העולם שרי וכן הלכתא, ובפרק קמא דביצה (דף ו:): פסק הרא"ש כרבי אליעזר בן יעקב ודלא כרבנן, וכן כתב הטור יורה דעה סי' ט"ו ופסק רב אלפס כתנא קמא דשרי ואדוני אבי ז"ל פסק כרבי אליעזר בן יעקב עד כאן לשונו, אם כן בעל כרחך צריך לומר דמה שכתב בפרק אלו טרפות הוא העתק לשון הרי"ף וליה לא ס"ל ובזה ניחא דלא קשה מה שהקשה הט"ז סי' ס"ו סק"א דברי הרא"ש אהדדי וכבר השגתי עליו בספרי נקודת הכסף שחיברתי עליו השגות עכ"ל, יעו"ש, וחידוש גדול הוא לומר שבאיזה מקום העתיק הרא"ש לשון הרי"ף, וגם העתיק מה שכתב וכן הלכתא, ותו לא מידי, ואע"פ שהרא"ש עצמו לא ס"ל הכי.

ובנקודת הכסף שם כתב הש"ך שכן דרך הרא"ש לעשות כן בכמה דוכתי להביא דברי הרי"ף אע"ג דלא פסק כותיה, והכמה דוכתי לכאורה היינו רק לענין אפרוחים שלא נפתחו עיניהם, ולענין שעבודא דאורייתא, כמו שהביא בהמשך דבריו, ולענין תפיסת מטלטלין בטענת ספק, שהוא הנידון לפנינו, וההיא דסוף פרק שנים אוחזין שהביא בסוף דבריו, ולא הזכיר הש"ך עוד מקומות אחרים שכן נהג הרא"ש, ואילו היו מקומות אחרים היה מזכירם עד תומם כדרכו בקודש.

והנה בסוגיא דחולין כתב הרא"ש ורבנן סברי כיון שיצא לאויר העולם שרי וכן הלכתא, כנ"ל, ובסוגיא דביצה כתב וז"ל: והרב אלפס ז"ל פסק כתנא קמא פרק אלו טריפות דיחיד ורבים הלכה כרבים ויש פוסקים כרבי אליעזר בן יעקב וכן נראה דמשנת רבי אליעזר בן יעקב קב ונקי ואפילו בברייתא כדמוכח בפרק הבא על יבמתו (דף ס.). עכ"ל, יעו"ש, ומשם משמע דפסק כרבי אליעזר בן יעקב, וכמו שכתב הטור ואדוני אבי ז"ל פסק כרבי אליעזר בן יעקב, כנ"ל, ואם כן דברי הרא"ש סותרים למה שכתב בסוגיא דחולין.

אולם עיין מה שכתב הטור בפרק אלו טריפות בקיצור פסקי הרא"ש וז"ל: אפרוח שיצא לאויר העולם מותר אף קודם שיתפתחו עיניו עכ"ל, יעו"ש, והיינו כרבנן ולא כרבי אליעזר בן יעקב, ואם הרא"ש בסוגיא דביצה העתיק דברי הרי"ף אבל הוא לא ס"ל הכי אלא כרבי אליעזר בן יעקב, למה הביא הטור רק שיטת הרי"ף בקיצור פסקי הרא"ש.

לכן נראה דהרא"ש פסק כהרי"ף דהאפרוחים מותרים, כמו שכתב להדיא בסוגיא דחולין, ומה שכתב בסוגיא דביצה וכן נראה דמשנת רבי אליעזר בן יעקב קב ונקי כונתו דהכלל הוא דיחיד ורבים הלכה כרבים, והכלל דמשנת רבי אליעזר בן יעקב קב ונקי הוא כשחולק עם יחיד דאז הלכה כמותו, ופוסקים אלו ס"ל דהמעלה של משנתו קב ונקי דוחה גם הכלל דיחיד ורבים הלכה כרבים, ויש טעם לדבריהם, ואע"ג דלהלכה נקטינן כדברי רבנן דמתירים, מכל מקום יש לבעל נפש להחמיר כדברי רבי אליעזר בן יעקב, והיינו מה שכתב הטור ואדוני אבי ז"ל פסק כדברי רבי אליעזר בן יעקב, אבל לא לאסור בהחלט, אלא שיש לחוש לדבריו, אבל להלכה ס"ל דשרי כדברי הרי"ף, וכמו שכתב הטור בקיצור פסקי הרא"ש, כנ"ל, ובסוגיא דביצה כתב הטור בקיצור פסקי הרא"ש וז"ל: אפרוח שנולד ביום טוב יש מתירין והגאונים פסקו לאיסור וכן רב אלפס עכ"ל, יעו"ש, ואע"ג דבסוגיא דחולין הביא רק דעת רבנן להלכה, ואולי בסוגיא דביצה הביא גם דעת רבי אליעזר בן יעקב לחומרא, כמש"נ.

ולענין מה שהביא הש"ך ראייה מדברי הרא"ש לגבי שעבודא דאורייתא או לאו דאורייתא שדרכו להעתיק דברי הרי"ף ואף אם הוא לא ס"ל הכי, עיימש"נ בשופרא דשעבודא ש"א פי"ב.

והש"ך הביא עוד ראייה וז"ל: ועוד עיין בפרק קמא דבבא מציעא דבסי' מ"ז כתב הרא"ש כלשון הרי"ף ופריק רב דביד וכו' וכן נמי במתנת בריא אע"פ ששניהם מודים

לא יחזיר לא לזה ולא לזה דדלמא כתבו להאי מעיקרא וכו' ובסוף הפרק שם כתב דקיימא לן כאביי דעדיו בחתומין זכין לו, ואע"פ שהב"ח בסי, ס"ה דחק בזהכל המעין שם ישפוט בצדק שדבריו שם לא נהירין כלל, וכמו שהארכתי בספרי, והעלתי דהעיקר דהרא"ש מתחלה העתיק רק לשון הרי"ף וליה לא סבירא ליה עכ"ל, יעו"ש.

והסוגיא שם מוסבת הא דתנן בסוף פרק שנים אוחזין (דף יח.) מצא גיטי נשים ושחרורי עבדים דיייתיקי מתנה ושוברין הרי זה לא יחזיר שאני אומר כתובין היו ונמלך עליהן שלא לתנן, וקאמר בגמרא (דף יט.) טעמא דלא אמר תנו הא אמר תנו נותנין ורמינהו מצא דיייתקאות אפותיקאות ומתנות אף על פי ששניהם מודין לא יחזיר לא לזה ולא לזה אמר רבי אבא בר ממל לא קשיא וכו' כי קתני בברייתא אף על פי ששניהם מודים לא יחזיר לא לזה ולא לזה בבריא דלאו בר מהדר הוא דאמרין דלמא כתבה להאי מעיקרא ואמליך ולא יהבה ליה והדר כתבה לאיניש אחרינא ויהבה ליה השתא קא הדר ביה מההוא דיהבה ליה וסבר מהדר לא מצינא הדרנא בי אימר להו דאנא להאי יהבתא וניהדרו ניהליה כתבא כי היכי דכי מפיק האי כתבא דקדים זכה ביה הוא וכו', יעו"ש.

וכתב הרא"ש וז"ל: וכן נמי מתנת בריא אף על פי ששניהם מודים לא יחזיר לא לזה ולא לזה דדלמא כתבה להאי מעיקרא ואימליך ולא יהבה ליה והדר יהבה לאיניש אחרינא והשתא קהדר ביה ואמר מיהדר לא מצינא בי אימא דלהאי יהביתה וניהדרו ליה כתביה דכי מפיק האי כתבא דקדים וזכי וניזול ונפלוג בהדיה וכו' כדלעיל עכ"ל, יעו"ש.

ולקמן בסוף סי' מ"ט פסק הרא"ש כאביי דס"ל עדיו בחתומין זכין לו, וכתב שם הרא"ש וז"ל: והתוס' פסקו כאביי ואע"ג דרבא פליג עליה וגם מילתא דרבי אבא בר ממל דקאמר לעיל הא בבריא והא בשכיב מרע לא מתוקמא כאביי וכו' עכ"ל, יעו"ש, והיינו משום דאליבא דאביי אין לחוש לקנוניא דרבי אבא בל ממל, דאם כתב שטר מתנה על קרקעו להראשון ואחר כך נמלך מליתנה לו אלא הקנה אותה לאדם אחר, ועכשיו רוצה להחזיר להראשון השטר הנמצא כדי להוציא מן השני שלא כדון, דהרי לאביי הראשון זכה בהקרקע מיד בשעת כתיבת השטר, דעדיו בחתומין זכין לו, ואע"ג דנמלך ועדיין לא מטא לידיה, ואביי ס"ל דבעינן מטא לידיה לבסוף, כדאיתא לעיל שם (דף יג.), יעו"ש, הרי במה שאומר עכשיו להחזירו לו הוה ליה מטא לידיה לבסוף, וזכה בהקרקע למפרע משעת כתיבה, אלא מבואר דרבי אבא בר ממל לית ליה כאביי, ומכל מקום פסקו התוס' כאביי.

והקשה הב"ח, והש"ך הביא דבריו בחו"מ סי' ס"ה סקל"ז, דנמצא דדברי הרא"ש סותרים אלו את אלו, דהרי פסק דמתנת ברי שנפל אין להחזיר לא לזה ולא לזה, ואפילו אם הנותן אמר תנו לו, דחיישינן לקנוניא, והיינו דלא כאביי, כמש"נ, והוא עצמו פסק כאביי, ומזה נמי הוכיח הש"ך דדרכו של הרא"ש לפעמים להעתיק לשון הרי"ף אע"פ דליה לא סבירא ליה.

אולם עיין ברא"ש שם סי' מ"ט שכתב וז"ל: אבל לענין מתנה או מכר אם מכר או נתן אותו קרקע לאחר בין חתימה למסירה נתבטלה זיכוי החתימה כיון שנתנו לאחר קודם שיבא השטר ליד הראשון דאי לא תימא הכי מי הזקיקו לרב אלפס ז"ל לפרש דאע"ג דלא מטא לידיה זכה משעת חתימה משום דהויא לה מחילה אף בלא טעם מחילה כשמחזירין השובר לבעל זכה הבעל למפרע משעת חתימה ונתבטל מכר הכתובה אבל ודאי כל כהאי גוונא קנה הקונה ורש"י לא פירש כן עכ"ל, יעו"ש, הרי שנחלקו הראשונים אם מכירת הקרקע בין חתימה למסירה מבטלת השטר, הרי"ף ס"ל דהשטר בטל כיון שעדיין לא נמסר, ושוב לא מהני מטא לידיה אחר כך, ורש"י ס"ל דאינה מבטלת השטר, ואם מטא לידיה אחר כך זכה על ידו למפרע, והפלפולא חריפתא אות ק' כתב שכן היא נמי שיטת התוס', יעו"ש.

ולפי זה נתיישבו דברי הרא"ש, דהא דקאמר דהתוס' פסקו כאב"י אע"ג דרבי אבא בר ממל פליג על דבריו, היינו לפי שיטתם דאין מכירה חתימה למסירה מבטלת השטר, כמו שכתב הפלפולא חריפתא אות י', יעו"ש, אבל לדעת הרי"ף גם לדברי אב"י יש לחוש לקנוניא שימכרנה לאחר, דמכירה לאחר קודם מסירה מבטלת השטר, ושפיר פסק הרא"ש דחיישינן לקנוניא, ופסק נמי כאב"י דעדיו בחתומין זכין לו, אכן צריך עיון בדברי הפלפולא חריפתא שהביא דברי הש"ך בסי' מ"ז אות ק' שדרך הרא"ש להעתיק דברי הרי"ף גם אם לא סבירא ליה כן, וגם בסוף דבריו האות ק' משמע דס"ל כהש"ך, והלא לפי דבריו בסי' מ"ט נתיישבו דברי הרא"ש, כמש"נ, וכן צריך עיון למה הש"ך לא נחית ליישב דברי הרא"ש בדרך זה, ומה הכריחו לדחוק ולומר שהרא"ש העתיק דברי הרי"ף על אף דאיהו לא סבירא ליה כן.

ואולי היינו טעמא משום דס"ל שהרא"ש על הרוב נמשך לשיטת התוס', כמו שכתב לקמן בסי' ס"ו, יעו"ש, ועוד דלאיזה צורך כתב הרא"ש דהתוס' שפסקו כאב"י דעדיו החתומין זכין לו אינם כדברי רבי אבא בר ממל לעיל, והלא הוא לא ס"ל דרבי אבא בר ממל פליג עליה ושפיר מיתוקמא מה שפסק כאב"י, אלא משמע דהרא"ש אזיל בשיטת התוס' לקבוע ההלכה כאב"י דעדיו בחתומין זכין לו, וגם לא ס"ל כהרי"ף דמכירה בינתיים מבטלת זיכוי החתימה, ועל כן מצא לנכון לציין דפסק זה הוא כנגד דברי רבי אבא בר ממל, דגם הוא לא ס"ל כרבי אבא בר ממל, ואם כן קשה הביא דברי רבי אבא בר ממל להלכה בסי' מ"ז, כמש"נ.

אכן על זה יש לומר דהרא"ש לא כתב דלדברי התוס' אב"י פליג על רבי אבא בר ממל משום דס"ל כותיהו דמכר שבינתיים אינה מבטלת זיכוי החתימה, אלא הביא דברי התוס' לסעד למה שפסק כאב"י, שהרי מצינו שהתוס' פסקו כאב"י אע"ג דלפי שיטתייהו דאין מכירה שבינתיים מבטלת בחתימה פליג עליה רבי אבא בר ממל, ומכל מקום פסקו כאב"י, הרי לך שכל כך היו מסתברא להתוס' דברי אב"י שהיו מוכנים לפסוק כותיה למרות כל מאן דפליג עליה, כל כך היו משוכנעים בצדקת דברי אב"י, וזה היה סמך גדול לדעת הרא"ש לפסוק כאב"י, אבל לקושטא לדידה לא פליג רבי אבא בר ממל עליה דאב"י, כמש"נ.

עוד הוכיח הש"ך כדבריו, דלפעמים הרא"ש מעתיק לשון הרי"ף אע"ג דאיהו לא סבירא ליה, מהא דקאמר שם (דף יט.) תנו רבנן מצא שטר שחרור בשוק בזמן שהרב מודה יחזיר לעבד אין הרב מודה לא יחזיר לא לזה ולא לזה בזמן שהרב מודה מיהא יחזיר לעבד ואמאי ניחוש שמא כתב ליתן לו בניסן ולא נתן לו עד תשרי ואזל עבדא וקנה נכסין מניסן ועד תשרי ואזיל הרב וזבנינהו ומפיק ליה לשחרור דכתב בניסן וקא טריף לקוחות שלא כדין הניחא למאן דאמר זכות הוא לעבד שיוצא מתחת רבו לחירות וכאביי דאמר עדיו בחתומיו זכין ליה שפיר אלא למאן דאמר חוב הוא לעבד שיוצא מתחת יד רבו לחירות מאי איכא למימר דכי אתי למטרף אמרינן ליה אייתי ראיא אימת מטא שחרור לידך, יעו"ש, וכתב הרא"ש בסי' מ"ו וז"ל: ואסיקנא דכי אתי למיטרף אמרינן זיל אייתי ראיא אימת מטא גט שחרור לידך משום דאיתרע בנפילה אמרינן ליה הכי טפי מבעלמא עכ"ל, יעו"ש.

והש"ך בחו"מ הקשה על דבריו בסי' ס"ה סקל"ג דהרי הרא"ש פסק כרבנן בגיטין (דף יא:) דזכות הוא לעבד לצאת לחירות, ופסק נמי כאביי דעדיו בחתומין זכין לו, ולפי דעה זו מבואר בגמרא דאם הרב אומר להחזיר ליכא למיחש למידי, ולמה פסק הרא"ש דאמרינן ליה זיל אייתי ראיא אימת מטא גט שחרור לידך, אלא מוכח דהרא"ש העתיק דברי הרי"ף אע"ג דאיהו לא סבירא ליה, יעו"ש, ועיימש"נ בשופרא דשטרא ש"ג פ"ח בישוב דברי הרא"ש.

ובסוף דבריו כתב הש"ך וז"ל: ולבי אומר לי שהרא"ש כשעשה חיבורו מתחלה עשהו סביב הרי"ף כמו פירוש על דברי הרי"ף, וכמו שעשה הר"ן, רק אחר כל עשה מן חיבור הרי"ף ומן חיבורו הכל חיבור אחד, ונראה כן בהלכות קטנות, שמקצתן נדפסים הרי"ף ופירוש הרא"ש סביב הרי"ף, ומקצתן נדפסים הכל חיבור אחד כשאר מסכתות הרא"ש וכו' עכ"ל, יעו"ש, ההלכות קטנות של הרי"ף שהזכיר הש"ך נדפסין בסוף מסכת מנחות, שיש הלכות קטנות של הרי"ף בענינים שונים, ופירוש הרא"ש סביבות דבריו, ועוד יש הלכות קטנות של הרא"ש לעצמן במקום שדברי הרא"ש נמצאים בשאר מסכתות, ושני החיבורים דומים זה לזה, ובגמרות שלנו צוין לפני ההלכות קטנות של הרי"ף שמצורף להן פירוש הרא"ש מלוקט מהלכות קטנות ידיה, אבל הש"ך למד שהרא"ש חיבר שני ספרים נפרדים.

סימן מז

בו יבוארו עוד שני דרכי הש"ך ליישב סתירת דברי הרא"ש בתפיסה בטענת שמא אם מועילה, דשאני כשתפס קודם שנולד הספק אי נמי כשתפס ברשות.

הש"ך כתב עוד שני ישובים לדברי הרא"ש שנראים כסותרים אהדדי, שפסק בפרק שנים אוחזין דתפיסה במטלטלין בטענת שמא אינה מועילה, ובפרק השואל הסכים לדברי הרי"ף במשכיר מרחץ י"ב דינרים לשנה דינר לחודש שפסק כרב נחמן דאפילו בא המשכיר בסוף החודש כולו למשכיר ואין תפיסת השוכר מועילה לו, דקרקע בחזקת בעליה עומדת, ומבואר מדבריו דאילו היה המרחץ מטלטלין היתה תפיסה מועילה, ודברי הרי"ף הם בתופס בטענת שמא, כמו שהוכיח הש"ך בסי' מ"ה, ורק בקרקע אין תפיסה מועילה אבל במטלטלין הועילה, ונמצא דהרא"ש ס"ל דתפיסה במטלטלין בטענת שמא מועילה.

וכתב הש"ך וז"ל: דדומיא דקרקע דאין תפיסה מועילה קאמר דבמטלטלין מועילה תפיסה, דהיינו במקרקעי כיון דבחזקת בעליה קיימא אם כן כל היכא שתפס מיקרי תפס אחר שנולד הספק, אבל במטלטלי אי תפס קודם שנולד הספק תפיסתו מועילה אף בטענת ספק לדעת הרא"ש, וכמו שאכתוב לקמן סי' ס"ו, והוא הדין בהך דהשוכר גופיה אי שכר מטלטלין וכו' עכ"ל, יעו"ש, והיינו דמה שהרי"ף מחלק בין מקרקעי למטלטלי, והיינו דבמצב הדומה במקרקעי ובמטלטלין תפיסה מועילה במטלטלי אבל לא במקרקעי, אין כונתו דהמצב הדומה הוא שהתפיסה היא בטענת שמא, אלא המצב הדומה הוא שתפס קודם שנולד הספק.

והנה עיין שם בפרק השואל (דף קב:) דאליבא דרב נחמן אפילו בא משכיר בסוף החודש כולו למשכיר משום דקרקע בחזקת בעליה עומדת, וכתב רש"י בד"ה ורב נחמן אמר קרקע בחזקת בעליה עומדת וז"ל: ואפילו בא בסוף החודש כולו למשכיר שהספק לא עכשיו נולד אלא מתחלת החודש נולד והעמד קרקע על חזקתו ונמצא שדר בשל חבירו וצריך להעלות לו שכר עכ"ל, יעו"ש, ולפי דברי רש"י רב נחמן פליג על דברי שמואל דאם בא המשכיר באמצע החודש יחלוקו, ואם בא בסוף החודש כולו לשוכר, דשמואל ס"ל דהספק חל בשעה שהמשכיר בא לתובעו, ומה שכבר השתמש בו כבר תפוס ביד השוכר, ורב נחמן אית ליה דהספק חל בתחלת החודש.

אבל לא כן פירש הש"ך בדברי הרא"ש, אלא ס"ל דגם לרב נחמן חל הספק בשעה שהמשכיר בא לתבוע, ואילו שכר מטלטלי בכהאי גוונא היתה תפיסת השוכר מועילה גם בטענת שמא, דהוי תפיסה קודם שנולד הספק, ומה שכתב הש"ך דבמקרקעי דבחזקת בעליה עומדת כל היכא דתפס מקרי תפס אחר שנולד הספק, כונתו דהוי כמו שתפס אחר שנולד הספק, וכן כתב להדיא בסי' מ"ה וז"ל: אלא דפריך בש"ס בפרק המקבל מרב נחמן דאמר בספיקא קרקע בחזקת בעליה קיימא והוה ליה כתפס אחר שנולד

הספק עכ"ל, יעו"ש, וגם כאן מדויק כן מלשונו שכתב דמיקרי תפס אחר שנולד הספק, כנ"ל.

וביאור דבריו, דהנה הא דתפיסה מועילה קודם שנולד הספק ולא לאחר שנולד הספק היינו משום דלאו כל כמיניה לתפוס מן המוחזק וליעשות מוחזק במקומו, ומשום הכי מוציאים מידו, אבל אם תפס קודם שנולד הספק אין זה נחשב תפיסה מן המוחזק, שהרי המרא קמא שממנו תפס עדיין אין עליו תורת מוחזק, דכל זמן דליכא ספק ליכא תורת מוחזק, ונמצא דבשעה שחל הספק התופס הוא המוחזק והאחר אין לו אלא חזקת מרא קמא, ואין חזקת מרא קמא מוציאה מן המוחזק, דהמוציא מחבירו עליו הראיה בעדים, כמו שכתב רש"י בפרק שנים אוחזין (דף ב:), יעו"ש. מה שאין כן בתפס אחר שנולד הספק, דכבר חלה על המרא קמא תורת מוחזק כשהממון המסופק היה תפוס בידו בשעה שחל הספק, וכיון דאיתחזק אין תפיסה מן המוחזק מועילה בטענת שמא, דתפיסה בטענת שמא קלושה, כמש"נ בהגהות לסי' מ"ה, ואינו קונה בכך תורת מוחזק במקום דהמרא קמא שממנו תפס יש לו כבר תורת מוחזק, ורק קודם שנולד הספק מועילה תפיסה בטענת שמא, כמו שכתב הש"ך, כנ"ל, שהרי עדיין לא היה להמרא קמא תורת מוחזק במקום שעדיין ליכא ספק, כמש"נ, ובשעה שחל הספק התופס קונה תורת מוחזק, שהרי הממון תפוס בידו באותה שעה ולא ביד המרא קמא.

ורב נחמן מחדש דאע"ג דלא נולד הספק עד שבא המשכיר לתבוע, חלוק קרקע ממטלטלין, דבעל הקרקע לעולם מוחזק ועומד, ויש עליו תורת מוחזק גם קודם חלות הספק, ולפיכך אין תפיסה ממנו מועילה אפילו אם תפס קודם שנולד הספק, שהרי אין תפיסה מן המוחזק מועילה, כמש"נ, ויש ליתן טעם לזה, דהרי תפיסת מטלטלין אפשר לבטלה, שאם אחר יתפוס ממנו הרי השני הוא תפוס ולא הראשון, ולפיכך אינו נעשה מוחזק בעצם על ידי מה שהוא תפוס בידו, ומכל מקום בשעה שחל הספק, וצריכים לדון על הממון, אמרינן שזה שהוא תופס הממון בשעה שחל הספק זכה בתורת מוחזק לגבי הספק ממון, ואין תפיסה ממנו בטענת ספק מועילה, אבל קרקע לעולם בחזקת בעליה עומדת, ואי אפשר לבטל תפיסתו בו על ידי תפיסה ממנו, דאין תפיסת קרקע ממנו נחשבת לכלום, ועדיין הקרקע נחשבת תפוסה ביד בעליה, וכיון שתפיסת הבעלים בקרקעו אי אפשר שתבוטל חל עליו מיד תורת מוחזק גם קודם שנולד ספק בה, והתופס ממנו גם קודם שנולד הספק נחשב תופס מן המוחזק, ותפיסה מן המוחזק אינה מועילה, כמש"נ.

וגם תפיסה בטענת ברי אינה מועילה בקרקע, כגון במשכנתא, שהרי תפיסה מן בעל הקרקע אינה נחשבת לכלום, כמש"נ, לא שנה בטענת שמא ולא שנה בטענת ברי, דלעולם בעל הקרקע הוא המוחזק ואי אפשר להוציא מידו, אבל במטלטלין, דשייך בהו תפיסה מן התפוס, אמרינן דאם תפס אחר שנולד הספק אין תפיסתו מחזיקתו אלא בטענת ברי, אבל תפיסה קלושה בטענת שמא אינה מחזיקתו, והרי המרא קמא שהממון היה בידו בשעת חלות הספק הוא המוחזק, ומוציאים מיד התופס, אבל אם

תפס קודם שנולד הספק תפיסתו הועילה גם בטענת שמא, שהרי המרא עדיין אין עליו תורת מוחזק עד שנולד הספק, ובאותה שעה הממון ביד התופס. וזהו מאי דקאמר הרא"ש הני מילי מטלטלי אבל במקרקעי אמרינן קרקע בחזקת בעליה עומדת, וכלשון הרי"ף, כנ"ל, דבמטלטלין אין תפיסה בטענת שמא מועילה אחר שנולד הספק, אבל קודם שנולד הספק מועילה, דעדיין אין על המרא קמא תורת מוחזק, כמש"נ, אבל במקרקעי אין תפיסה מועילה קודם שנולד הספק אפילו בטענת ברי, דלעולם יש לבעל הקרקע תורת מוחזק, ותפיסה ממנו אינה מועילה, ותפיסה בקרקע קודם שנולד הספק, היכא שעדיין לא בא המשכיר לתבוע, הוא כתופס לאחר שנולד הספק במטלטלין, דהתפיסה היא מן המוחזק, כמש"נ, ומה שמחלק בין מטלטלין למקרקעי היינו לענין אם יש עליו תורת מוחזק קודם שנולד הספק, ולא לענין איזו טענה הוא טוען.

אחר כך כתב הש"ך וז"ל: והוא הדין בהך דהשוכר גופיה אי שכן מטלטלין ובא בסוף החודש הוי כולו לשוכר, ולא הוה מפקינן מיניה אע"פ שהיה תפוס בעדים, כגון שידוע שעשה בו מלאכה י"ג חודש ולא פרעו בעד החודש הי"ג, לא הוי מפקינן מיניה כיון שהוא תפוס ועומד כבר במעות השכירות אף דאינו טוען ברי וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומה שכתב שתפס בעדים והיה ידוע שעשה מלאכה בחודש העיבור ולא פרע כונתו שאין לו מיגו שהיה יכול לכפור בכל, וכן כתב לעיל בסי' מ"ה וז"ל: ולא מהני טענת ברי של המלוה כיון דלית ליה מיגו עכ"ל, יעו"ש, והוא ענין צדדי, דמיירי שאין לו מיגו, דאילו היה לו מיגו היתה תפיסתו מועילה.

ומבואר מדברי הש"ך דאילו לא היו עדים היה יכול לטעון שלא עשה בו מלאכה והיה פטור משלם, אולם עיין מה שכתב הרמב"ם פ"ה שכירות הל"א וז"ל: השוכר את הבהמה וחלתה או נשתטית וכו' הרי המשכיר אומר לשוכר הרי שלך לפניך וחייב ליתן לו שכרו משלם עכ"ל, יעו"ש, וכן פסק המחבר סי' ש"י סעי' א', יעו"ש, דכיון ששכרו ממנו לזמן קצוב צריך לשלם שכרו בין אם עשה בו מלאכה בין אם לא עשה בו מלאכה, ואם כן למה כתב הש"ך דאית ליה עדים שעשה בו מלאכה כדי שלא יהא לו מיגו, והלא גם אם לא עשה בו מלאכה חייב ואין לו מיגו.

אלא היינו טעמא משום דיש שני ספיקות באומר י"ב דינרים לשנה דינר לחודש, חדא יש להסתפק אם בכלל שכרו לחודש העיבור, ועוד יש ספק על הצד ששכרו לחודש העיבור כמה שכירות נתחייב, אם מלאכת חודש העיבור נכללת בשכירות הי"ב דינרים לשנה או אם נתחייב עוד דינר לחודש העיבור, ולכן אם אין עדים שעשה בו מלאכה יש להשוכר מיגו שהיה יכול לומר שלא עשה בו מלאכה ולא שכרו לחודש העיבור, ואין עליו חיוב לשלם שכירות בעדו, ובזה לא שייך לומר קרקע בחזקת בעליה עומדת, שהרי הוא אומר שלא עשה בו מלאכה וגם לא שכרו לחודש העיבור, ואין חזקת המשכיר מועילה לכך כלום, אבל כיון שיש עדים שעשה בו מלאכה, וגילה בדעתו ששכרו גם לחודש העיבור, הרי הספק הוא אם יכול להשתמש בהמרחץ בחודש העיבור בלי

תשלום נוסף, הרי ספק זה חל מיד בתחלת החודש כשהתחיל לעשות בו מלאכה, ואמרין קרקע בחזקת בעליה עומדת, והוי תפיסה קודם שנולד הספק. אולם קשה, דבשלמא בסי' מ"ה שהמלוה טוען ברי אילו היה לו מיגו היה נאמן, אבל הכא במרחץ דמספקא לן אם תפס לשון ראשון או לשון אחרון, והרי השוכר תפסה בטענת שמא, היאך היה מהני לו מיגו אם לא היו עדים על תשמישו, והלא הוא טוען שמא, ואין המיגו מברר אלא שאינו משקר במה שהוא טוען שמא, ותפיסה בטענת שמא אינה מועילה.

וצריך לומר דאילו לא היו עדים היתה תפיסתו מועילה מדין הפה הוא הפה שהתיר, כגון באומר שדה זו שלך היתה ולקחתיה ממך, דכיון דבלא הודאתו שהשדה היתה של השני היה זוכה בהשדה שהוא מחזיק בה, כיון שאין שם מרא קמא ידוע, השתא נמי שהודה שהיתה של האחר נאמן לומר שלקחה ממנו, וילפינן לדין זה מתחלה מקרא ואחר כך מסברא בכתובות (דף כב.) אמר רב אסי מנין להפה שאסר הוא הפה שהתיר שנאמר את בתי נתתי לאיש הזה לאשה לאיש אסרה הזה התירה למה לי קרא סברא היא הוא אסרה והוא שרי לה אלא כי איצטריך קרא וכו', יעו"ש. והנה יש להסתפק בדין הפה שאסר הוא הפה שהתיר אם היינו כעין דין לא פלגינן דיבורו, והכל נידון כאמירה אחת, ואם מקבלים חלק ראשון של האמירה בעל כרחינו לקבל גם חלק השני, ואי אפשר להחזיק האחר בחזקת מרא קמא בהשדה אם לא נקבל נמי שלקח השדה ממנו, אי נמי יש לומר דדין הפה שאסר הוא כעין דין אין סניגור נעשה קטיגור, שכל כח שהוא מסר להשני אין השני יכול להשתמש בו כנגדו, שלא נתן לו הכח אלא לזכותו ולא לחובתו, ודין הפה שאסר הוא שיכול להגבילו שלא יוכל להשתמש כנגדו בהכח שהוא עצמו נתן לו, ועיימש"נ בשופרא דשטרא שי"א פ"ב. ולהצד הראשון דדין הפה שאסר הוא דלא פלגינן דיבורו, ואם מקבלים חלק ראשון על כרחך צריכים להאמינו גם על חלק השני, אם כן לא שייך דין הפה שאסר במי שטוען שמא, דבודאי נאמינו שאינו יודע, ושהדבר ספק, ואין תפיסתו מועילה אלא אם טוען ברי, אבל לצד השני שייך דין הפה שאסר גם בטוען טענת שמא, דכיון שהמשכיר נתחזק בחזקת מרא קמא על ידי הודאתו של השוכר אינו יכול להשתמש באותה חזקה להוציא מתפיסת השוכר, ואע"פ שאינו תופס בטענת ברי, דבמקום דליכא חזקת מרא קמא גם תפיסה בטענת שמא מועילה, כמו שכתב הש"ך בסי' י"ט אות ו', יעו"ש.

בטעם השלישי כתב הש"ך ליישב קושיתו על הרא"ש וז"ל: שהרא"ש היה מפרש דהרי"ף מיירי בתפס ברשות וכן כתב בעל הררומות שער ס"ח בשם הרמב"ן להדיא דמפרש דברי הרי"ף כן, וזה לשונו שם וכו' מה שכתב הרי"ף בפרק השואל גבי איסתרא דאי תפס לא מפקינן מיניה, פירוש לפירושו, אם נתן לו מאה מעי ברשותו או שנתן לו זה מטלטלים כיון דברשותיה יהיב ברשותיה קיימי וכו' עד כאן לשון בעל התרומות וכו' שפיר נוכל לומר דגם הרא"ש מפרש כן וכו' עכ"ל, יעו"ש, וממה שכתב הרמב"ן דתפס ברשות באיסתרא היינו שנתן לו המטלטלין מבואר שלמד כפירוש רש"י בפרק

השואל וכפירוש הרשב"ם בפרק בית כור דמיירי בקנין מטלטלין, יעו"ש, אבל הרמב"ם פכ"ז מלוה ולוה הלטי"ז למד דמיירי בשטר הלואה שכתוב בו כלשון הזה, יעו"ש, וכן למד הש"ך בדוכתי טובי דאיסתרוא הוי ספק בלשון השטר, ועיימש"נ בהגהות לסי' ט' וסי' מ"ח.

והוסיף הש"ך וז"ל: ובהכי ניחא מה שאמר הרא"ש בסוף פרק השואל גבי אושלין מרא למורפק ביה פרדיסי רפיק בה כל פרדיסי דאית ליה ומהדר ליה קתיה ולא דמי להא דאמר בפרק המוכר את הבית (דף סא:) גבי ההוא דאמר ליה ארעתא דבי חייא מזבנינא לך דמיעוט ארעתא שתיים וכו' דהיינו דוקא קרקע שאין יכול להצניע ולשומטו מיד בעליו הלכך אזלינן בתר מרא קמא, אבל מטלטלין אזלינן בתר מאן דתפיס וכו' עד כאן לשון הרא"ש, ולכאורה קשה שדברים אלו סותרים למה שכתב בפרק קמא דמציעא דאף גבי מטלטלין אין תפיסה מועילה מספיקא וכו' אבל לפי מה שכתבתי ניחא דבתפס ברשות מודה הרא"ש דתפיסה מועילה, והתם גבי אושלין מרא הוי תפס ברשות וכו' עכ"ל, יעו"ש, ועיין מה שכתב הש"ך בענין תפיסה ברשות לקמן סי' נ' ובהגהות שם.

ומה שהרא"ש מחלק בין יכול לשומטו לאינו יכול לשומטו, גם התוס' כתבו כן שם בבבא מציעא (דף קג.) בד"ה פרדיסי רפיק ביה כל פרדיסי וז"ל: וכי תימא לא מקרי שואל מוחזק כיון שסופו להחזיר ואין נשאר בידו כדאמר לעיל קרקע בחזקת בעליה עומדת ואפילו בסוף החדש לא דמי דדוקא קרקע שאין יכול להצניע לשומטו מיד בעלה אזלינן בתר חזקה קמא אבל במטלטלין אזלינן בתר מאן דתופס השתא היכא דליכא חזקת קרקע כנגדה עכ"ל, יעו"ש.

והתוס' הקשו דכיון דמרא היא של המשאיל, וסופו להחזיר לו, ליהוי המשאיל מוחזק בממונו והשואל מוציא, והמוציא מחבירו עליו הראיה, ועל זה תירצו דאזלינן בתר התופס כיון שיכול להצניע ולשומטו, ולא דמי למרחץ שהמשכיר הוא המוחזק כיון דקרקע אי אפשר לשומטה, אולם צריך עיון דמה בכך שיכול לשומטו, והלא הוא גוזל בזה את ממון המשאיל, ולמה תבא לו זכות תפיסה במה שיכול לגזול ממנו. ונראה דבמרא אין הנידון על גוף המרא או המרחץ אלא על התשמישים שהשתמש בהם אם צריך לשלם להמשאיל, והתשמישים שכבר השתמש הרי הם מוחזקים ביד השואל, וכן במרחץ הרי הנידון הוא על התשמישים שכבר השתמש, והרי הם מוחזקים ביד השוכר, ומאי קאמר רב נחמן קרקע בחזקת בעליה עומדת, וצריך לומר דאין דנים על עצם התשמישים אלא על הזכות תשמיש של מי הוא, והזכות להשתמש בהמרחץ יש עליה תורת מטלטלין, ומאי דקאמר רב נחמן קרקע בחזקת בעליה עומדת כונתו דכיון דהמרחץ בחזקתו גם הזכות להשתמש בו נחשבת ברשותו, אע"פ שבעצם היא מטלטלין.

והוקשה להם להתוס' דאם כן גם במרא נימא כן, דאם הזכות להשתמש נגררת אחר הדבר שבו משתמש, הרי גוף המרא הוא לעולם בחזקת המשאיל, שהרי סופו להחזירו לו, ואם כן גם הזכות להשתמש בו נמי לעולם לא יצאה מחזקת המשאיל.

ועל זה תירצו התוס' דלא אמרינן דדין המוחזק לגבי הזכות להשתמש נגרר בתר המוחזק לגבי הדבר שמשתמש בו אלא בקרקע שאינו יכול לשומטו מיד בעליו, והרי היא וכל המסתעף ממנו לעולם בחזקתו, אבל מרא שיכול לשומטו מיד המשאיל, אע"פ שידוע לנו בבירור שעצם הדבר שלו, כיון שיכול לשומטו אי אפשר לומר שזכות תשמישים המוטלת בספק היא בחזקתו, ונהי דהשומט ודאי גזלן הוא וצריך לשלם בעד המרא, מכל מקום לגבי זכות התשמישים מסופקים, ולא אמרינן שהזכות היא בחזקת המשאיל.

ולא נאמרה סברא זו של יכול לשומטו לגבי שום ספק בגוף הדבר אלא לגבי ספק בזכות תשמישים דאיכא למימר שהשואל מוחזק בה, ואיכא למימר דהבעלים מוחזק בה, שהרי גוף הדבר ודאי שלו, לזה אמרינן דכיון דהשואל יכול לשומטו אין החזקה בזכות השתמשות נגזרת בתר חזקת גוף הדבר שמשתמש בו אלא היא מוחזקת ביד השואל שהיא תחת ידו.

ובסוף דבריו הביא דברי מהר"ד י' לב בתשובות ספר ב' סי' ס"ז וז"ל: וכן כתב וכו' וכל שכן שיש להסתפק דדלמא ס"ל להרא"ש דהיכא דתפס קודם שנולד הספק דמהני טענת שמא ממאי דכתב בפרק השואל בההוא גברא דאמר לחבריה אושלן מרא וכו' איברא מפרק קמא דבבא מציעא ומפרק האשה שנתארמלה לא משמע הכי אלא משמע דבתפס קודם שנולד הספק לא מהני טענת שמא עד כאן לשונו וכו' אבל לפי עניות דעת הרא"ש מחלק בין קודם שנולד הספק או אחר כך וכו' עכ"ל, יעו"ש, המהר"ד י' לב ראה סתירה בדברי הרא"ש, דבעובדא דמרא כתב דתפיסת השואל בטענת שמא מועילה הואיל וכבר הוחזק המרא ביד השואל קודם שבא לרפק פרדס השלישי, והיינו משום דהוי תפיסה קודם שנולד הספק, ובפרק קמא דבבא מציעא (דף ו:) מבואר דאינה מועילה.

ואין דבריו בבבא מציעא מפורשים כן, אלא ז"ל: כללא דמילתא לטענת ברי מהניא תפיסה דכיון שהוא טוען ברי ומוחזק בה אין לנו כח להוציא מיד אבל מי שהוא מסופק בדבר אם הוא שלו אם לאו אין תפיסתו מועילה לאפוקי מחזקת מרא קמא עכ"ל, יעו"ש, ודייק מהר"ד י' לב ממה שכתב הרא"ש כללא דמילתא ולא הזכיר אלא דתפיסה בטענת ברי מועילה, והיה לו להזכיר נמי דתפיסה קודם שנולד הספק מועילה כשתפס קודם שנולד הספק, אלא מבואר דאינה מועילה, והש"ך לית ליה הך דיוקא, אלא ס"ל דשפיר יש לומר כללא דמילתא דתפיסה מועילה בטענת ברי, שכן הוא עיקר התפיסה, ומכל מקום איכא יוצא מן הכלל היכא דתפס קודם שנולד הספק דאפילו תפיסה גרועה בטענת שמא.

וכן דייק מהר"ד י' לב ממה שכתב הרא"ש בכתובות (דף כ.) וז"ל: אמר רב נחמן אוקי תרי לבהדי תרי ואוקי ממונא בחזקת מריה וכו' ואי תפיס מדידיה והדר אתי האי ותבע מיניה לא מפקינן מיניה והא דתפיסה מועילה מספק כתבתי בפרק קמא דבבא מציעא גבי תקפו כהן מוציאין אותו מידו ומיירי בדתפס קודם שנולד הספק אי נמי

שאני הכא שטוען ברי ומצאתי כתוב בשם ה"ר יונה ז"ל דתפיסה אינה מועילהוכי' אלא מיירי הכא שהתפיסוהו בית דין או שהתפיס להמלוה קודם שבא עדים וכו' עכ"ל, יעו"ש, ורבינו יונה ס"ל דתפיסה אינה מועילהאלא כשהתפיסוהו בית דין או שהתפיס הלוה להמלוה קודם שבאו עדים, דהיינו תפיסה ברשותו ממש כמו במת הבן ביום שלשים, שהבית דין הלוה מסרו לידו אותו ממון שבו מסופקים, ונסתלקה חזקת הלוה או על ידי בית דין או על ידי הלוה ששילם על פי בית דין, והוחזק הממון ביד המלוה בחזקה גמורה, ואע"פ שהלוה צווח שהעדים פסולים והמלוה גוזל ממנו, כיון ששילם מדעתו נסתלקה חזקתו ואיתחזק המלוה, אבל הרא"ש ס"ל דתפיסה מועילה בתרי ותרי או משום דמיירי שתפס קודם שנולד הספק או משום דטוען ברי.

ואיברא דאין להוכיח מדברי הרא"ש בתירוצו הראשון דתפיסה בטענת שמא קודם שנולד הספק מועילה, דהא כאן מיירי שטוען ברי שהוא פטור, אלא כונתו דאפילו אם נימא דתפיסה בטענת ברי אינה מועילה, הכא יש לומר דמועילה אם מיירי שתפס קודם שנולד הספק, ובתירוצו השני כתב דתפיסה בטענת ברי מועילה אף אם תפס לאחר שנולד הספק, ויש לדקדק היכן ראה מהר"ד ׳ לב בדברי הרא"ש דתפיסה בטענת שמא קודם שנולד הספק אינה מועילה, אולם עיין מדברי מהר"ד ספר א' סי' י"ג שהביא הש"ך לקמן סי' מ"ח מבואר דעיקר ראיתו היא מדברי הרא"ש בבא מציעא, ועיימש"נ בהגהות שם.

סימן מח

בו יבוארו דברי הטור במאה זוזי דאינון עשרים סלעים אם תפס אין מוציאים מידו, והיאך מצא מקורו בדברי הרי"ף דבספק שבשטר מועילה תפיסה בטענת שמא.

הש"ך הביא שלשה ישובים לקושיתו בסי' מ"ו על דברי הרא"ש בבבא מציעא (דף קב:): שהביא דברי הרי"ף באסתרא מאה מנה דמספקין אי תפוס לשון ראשון או תפוס לשון אחרון אם תפס אין מוציאים מידו, ואע"ג דמוכח מדברי הרא"ש דתפיסה בטענת שמא אינה מועילה בספק כזה, כמו שהוכיח הש"ך בסי' ל"ד, יעו"ש, והש"ך כתב בטעם ראשון דדרך הרא"ש לפעמים להביא לשון הרי"ף אע"ג דהוא לא ס"ל כותיה, ועיימש"נ בהגהות שם, ובסי' מ"ז הוסיף הש"ך טעם שני דהרא"ש מוקים דברי הרי"ף בתפיסה קודם שנולד הספק, וטעם שלישי דמוקים דברי הרי"ף בתפיסה ברשות, יעו"ש. וכאן הביא הש"ך דברי הטור וז"ל: אך דברי הטור סי' מ"ב אי אפשר לפרש כטעם השלישי וכו' שכתב בסי' מ"ב סעי' י"ב וזה לשונו הולכים אחר הפחות כגון פלוני לזה מפלוני מאה זוזי דאינון עשרים סלעים אין לו אלא עשרים סלעים וכו' דיד בעל השטר על התחתונה ואי תפס מטלטלין מיניה לא מפקין מיניה עד כאן לשונו, ולשון דאי תפס מטלטלין וכו' משמע דהיינו שלא ברשות, ועוד לשון מיניה משמע שתפס ממנו בעל כרחו וכו', ואם כן קשה אמאי מועילה תפיסה, הא פשיטא דתפיסה שלא ברשות לא מהני בטענת ספק לדעת הרא"ש והטור, וכמו שנתבאר לעיל טובי זימני, ואפילו למאן דאמר בתיקו תפיסה מועילה מודה בספק שבשטר, וכמו שנתבאר לעיל סי' ל"ד לדעת הרא"ש והטור, וליכא למימר דהטור מפרש דברי הרי"ף שהביא הרא"ש בפרק השואל בטענת ברי, דהא הוכחתי דזה אינו, דאם כן אמאי כתב והני מילי במטלטלי אבל במקרקע קיימא לן כרב נחמן וכו', ואי מיירי בטענת ברי דוקא פשיטא דאף בהך דרב נחמן אין מוציאין מהשוכר, שהרי הוא אומר שלא היה מעולם פירות שלש עשרה דינרין בקרקע זו, וכמו שנתבאר לעיל סי' מ"ה עכ"ל, יעו"ש. ומה שכתב שנתבאר בסי' ל"ד הוא בסוף דבריו שם וז"ל: הרי להדיא דבשאר ספיקי שאינם ספיקי הש"ס ס"ל להרא"ש והטור דאין תפיסה מועילה וכו' עכ"ל, יעו"ש, וספיקי הש"ס היינו ספיקי דדינא, וספק בלשון השטר לא הוי ספיקא דדינא.. וקושית הש"ך על דברי הטור מבוססת על מה שהבין בדבריו שהמקור למה שכתב דאי תפס לא מפקין הוא מדברי הרי"ף הנ"ל באומר אסתרא מאה, וכן מוכח ממה שכתב וליכא למימר דהטור מפרש דברי הרי"ף וכו', וכן כתב להדיא בהמשך דבריו בשם הבית יוסף, וכן כתבו כל הנושאי כלים שם. אבל לולי דברי הרי"ף מנליה להטור דתפיסה מועילה בספק בלשון השטר שהוא גרוע מספק במציאות או ספיקא דדינא, כמש"נ לעיל בהגהות לסי' ט', והרי"ף למד דאיסתרא מאה מנה הוי ספק שבשטר, כמו שכתב הש"ך לעיל סי' ט', יעו"ש, וכן כתב

הרמב"ם פכ"ז מלוה ולוה הלט"ז, יעו"ש, ודלא כדברי רש"י בבא מציעא (דף קב:)
והרשב"ם בבבא בתרא (דף קה:): דמיירי בקנין מטלטלים, יעו"ש, והרי קאמר הרי"ף
דבספק שבשטר אם תפס אין מוציאים מידו, ומשם הוציא הטור דאם כתוב בשטר
שהלוה לו מאה זוזי דאינון עשרים סלעין, דיש לפרש דבריו בזוזי גרועי או בסלעים
מעולים, כמו שכתב בפרישה שם, והרי זה ספק בלשון השטר, והדין הוא דיד בעל
השטר על התחתונה, כדאיתא במתניתין בבבא בתרא (דף קסה:), יעו"ש, והוסיף הטור
על פי דברי הרי"ף דאם תפס אין מוציאים מידו.

אולם כיון שהוכיח הש"ך דהרי"ף מיירי בתפס בטענת שמא, אם כן גם הטור מיירי
בטענת שמא, והרי זה סותר למה שכתב הרא"ש בבבא מציעא (דף ו:): ובכתובות (דף כ.).
דתפיסה בטענת שמא אינה מועילה בספק בלשון השטר כההיא דמרחץ, ואין לתרץ
דהטור מיירי בתפס ברשות, וכטעם השלישי שהביא הש"ך בסי' מ"ז, דלשון הטור
משמע לו להש"ך דכונתו שתפס שלא ברשות, כן היא קושית הש"ך.

והישוב לקושית הש"ך היא דהטור מיירי כשתפס בטענת ברי, כמו שכתב הש"ך
בהמשך דבריו, וכן היא הפשטות שהמלוה טוען שזוכר שהלוה לו מאה זוזי, ושזוהי
כונת לשון השטר, והוציא דינו מדברי הרי"ף דתפיסה מועילה אפילו בטענת שמא.
והנה דל מהכא הספק בלשון השטר למה לא יוכל לתפוס מאה זוזי כאילו היה
מלוה על פה, שהרי כפשוטו טוען שזוכר כמה הלוח לו, אולם לולי השטר לא היתה
תפיסתו מועילה לו, דאין אדם יכול לתפוס ממון חבירו ולטעון שחייב לו מלוה על פה,
דאם כן לא שבקת חיי לכל בריה, כמו שכתב הש"ך לעיל סי' ט"ז, יעו"ש, ועיימש"נ
בהגהות שם, ורק היכא דאיכא דררא דממונא הוה ליה ממון המוטל בספק ושייך ביה
דין התפיסה, אכן יש לעיין למה אין הספק שבשטר קובע דררא בהמעות, צואז יוכל
לתפוס המעות בטענת ברי שכן הלוח לו.

אלא שיש להסתפק בספק בלשון השטר דדנים בו יד בעל השטר על התחתונה אם
היינו דאין השטר מעיד אלא על הפחות שאפשר לפרש הלשון, או דלמא יש לפנינו ספק
במהי הגדתו של השטר, והמוציא מחבירו עליו הראיה, ועיימש"נ בשופרא דשטרא ש"י
פ"כ דהיכא דכתוב ביה סלעים אין השטר מעיד אלא על שני סלעים, אבל אם כתוב בו
לשון שיש במשמעותו לכאן ולכאן הרי לפנינו ספק שטר.

ותלוי בזה דין התפיסה, דאם גם בלשון שיש במשמעותיה לכאן ולכאן אין השטר
מעיד אלא על הפחות, ליכא שום דררא על הממון יותר מן הפחות ולא מועילה בו
תפיסה, אבל אם הוי ספק שטר איכא נמי ספק ממון ואם תפס לא מפקינן מיניה,
ולדעת הרי"ף תפיסה מועילה אפילו בטענת שמא, כדמוכח ממה שכתב דבמקרקעי
קיימא לן כרב נחמן, כמו שכתב הש"ך, ומכל מקום מבואר מדבריו דספק בלשון השטר
לא הוי כסלעים סתם שאינו מעיד אלא על שנים, אלא הוי ספק שטר, ומשום הכי
מועילה תפיסה, כמש"נ, וזהו מה שראה הטור בדברי הרי"ף, וממילא לדידיה דס"ל
דאין תפיסה בטענת שמא מועילה בספק שבשטר עדיין איכא למימר דתפיסה בטענת
ברי מועילה.

והיינו מה שכתב הש"ך וז"ל: ונראה לי דהטור ס"ל כטעם הראשון שכתבתי בסמוך סי' מ"ו דהרי"ף מיירי בתפס שלא ברשות, ומה שכתב הטור ואי תפס מטלטלים מיניה לא מפקינן מיניה מיירי כשטוען ברי, ואע"ג דהרי"ף מיירי נמי בטענת שמא מכל מקום הטור הוציא דבריו מהרי"ף לענין טענת ברי עכ"ל, יעו"ש, דהרי"ף מיירי בין בטוען ברי דבאיסתרא מאה זוזי כפשוטו טוען ברי, כמש"נ, ומיירי נמי בטוען שמא גבי מרחץ, דכפשוטו אין השוכר יודע מה שהיה בדעת המשכיר כשאמר לו לשון זה, וגם אין לאוקמי שטוען ברי שאמר לו בפירוש שהיה בדעתו י"ב לשנה אפילו אם נתעברה השנה, דאם כן לא שייך לומר קרקע בחזקת בעליה עומדת, ואלא ודאי במרחץ מיירי בשטוען שמא, ואם כן גם באיסתרא דמיירי כפשוטו כשטוען ברי, כמש"נ, מה שהוא ברי אינו אלא למותר, דלא בעינן אלא טענת שמא.

והרא"ש והטור פליגי עליו כפי טעם הראשון, והרא"ש שהעתיק לשון הרי"ף לא ס"ל כותיה דתפיסה בטענת שמא מועילה, ומכל מקום שפיר מוכח מדבריו דספק בלשון השטר הוי ספק שטר, כמש"נ, ולכן לדידהו אם תפיסה בטענת ברי מועילה. עוד כתב הש"ך וז"ל: או שס"ל להטור כטעם השני שכתבתי בסי' מ"ז שהרא"ש היה מפרש דברי הרי"ף בתפס קודם שנולד הספק עכ"ל, יעו"ש, ומשמע מדבריו דהעיקר כטעם הראשון, דהא לפי טעם השני צריך לומר דהטור קאמר דינו כשתפס קודם שנולד הספק, והוא דחוק דהעיקר חסר מן הספר.

בסוף דבריו כתב הש"ך וז"ל: אבל הטעם השלישי על כרחו לא ס"ל להטור, דאי הוה ס"ל להטור דהרי"ף והרא"ש מיירי ברשות, הוה ליה לכתוב עיקר הדין שכתבו הרי"ף והרא"ש דתפיסה ברשות מהני בספק שבשטר אפילו בשמא, אלא ודאי דעת הטור כמו שכתבתי ודוק עכ"ל, יעו"ש, ויש לדקדק דהרי"ף כבר הוכיח הש"ך דלא כטעם השלישי ממה שהטור מיירי בתפס שלא ברשות, ומקורו מדברי הרי"ף, אם כן מבואר דגם הרי"ף מיירי בתפס שלא ברשות, והיא ראייה חזקה, ומה הוסיף בראיה זו שאינו כל כך חזקה, ועוד דאם כונתו להוסיף עוד ראייה על ראיתו, למה לא הביאה בתחלת דבריו. אולם נראה דלפי מה שהעלה הש"ך דמה שנלמד מדברי הרי"ף הוא דספק בלשון השטר הוי ספק שטר, ולא רק שטר על הפחות שאפשר להוציא ממנו כמו בסלעים, כמש"נ, אם כן אזלא ראית הש"ך דהרי"ף מיירי בתפס שלא ברשות, דשפיר איכא למימר דמיירי שתפס ברשות, וכטעם השלישי, ומכל מקום שפיר יש להוכיח מדבריו דספק בלשון השטר הוי ספק שטר, דאם לא כן לא תועיל לו גם מה שתפס ברשות, וכיון שמוכח מדבריו דהוי ספק שטר שפיר פסק הטור דבתפס שלא ברשות בטענת ברי הועילה לו תפיסתו, כמש"נ, לכן כתב דמכל מקום אין לומר דהטור ס"ל כטעם השלישי אם כן היה לו להביאו להלכה.

והנה לקמן בסי' נ' כתב הש"ך דאם תפס ברשות כולי עלמא מודו דתפיסתו מועילה, ואם כן למה כתב הש"ך כאן שהיה לו להטור לכתבו כיון שהוא מוסכם לכל, אלא כונתו דדרך הטור להביא פסקי הרי"ף להלכה, ואם הרי"ף בפרק השואל שם כתב

דינו בתפיסה ברשות היה לו להטור להביאו להלכה אע"פ שאין בזה פלוגתא, אבל אם הרי"ף מיירי בתפיסה שלא ברשות, ולא הזכיר בהלכותיו דין תפיסה ברשות, אין לתמוה על הטור למה לא הזכירו, שהרי הוזכר דין זה בכל שאר הראשונים, והרי הוא מוסכם לכל.

סימן מט

בו יוכיח דמה שהש"ך לעיל דייק מלשון הטור דאי תפס לא מפקינן מיניה דהיינו תפיסה שלא ברשות, עיקר דיוקו הוא ממה שכתב תפס מיניה דמשמע על כרחו.

הש"ך הביא דברי רבינו ירוחם נתיב ו' ח"ד שכתב וז"ל: שטר שכתוב בו ספק וכו' כי מספק לא מפקינן ממונא ואי תפס לא מפקינן מיניה אלא בראיה ברורה וכו' כן כתבו התוס' וכן הרא"ש ויש מי שכתב דאי תפס מפקינן מיניה בשטר שכתוב בו ספק וראשון עיקר וכן כתב רב אלפס עכ"ל, יעו"ש, והוכיח הש"ך מדבריו דהרא"ש ס"ל כדברי הרי"ף בפרק השואל דתפיסה בטענת ספק מועילה בספק בלשון השטר, ואם כן אין לומר כטעם הראשון שכתב הש"ך בסי' מ"ו דאע"פ שהרא"ש העתיק לשון הרי"ף לא ס"ל כותיה, אלא צריך לומר או כטעם השני שרבינו ירוחם מפרש דברי הרי"ף שתפס קודם שנולד הספק, או כטעם השלישי דהרי"ף מיירי בתפס ברשות, יעו"ש.

וקשה דהא בסי' מ"ח הביא הש"ך לשון הטור דבספק בלשון השטר אי תפס מטלטלין מיניה לא מפקינן מיניה, ודייק הש"ך מדבריו וז"ל: ולשון דאי תפס מטלטלין וכו' משמע דהיינו שלא ברשות ועוד דלשון מיניה משמע שתפס ממנו בעל כרחו וכו' עכ"ל, יעו"ש, והרי גם רבינו ירוחם כתב דאם תפס לא מפקינן מיניה, וכפי דברי הש"ך משמעות לשון זה הוא שתפס שלא ברשות, והיאך מוקים דבריו כטעם השלישי דתפס ברשות.

וצריך לומר דעיקר דיוקו של הש"ך הוא ממה שכתב הטור שתפס מיניה דמשמע בעל כרחו, ורבינו ירוחם כתב ואי תפס, ולא כתב ואי תפס מיניה, ושפיר יש לאוקמי דבריו גם כשתפס ברשות, וכטעם השלישי, ואפשר לומר שהש"ך רצה לפרש דברי הטור ורבינו ירוחם על כל פנים לפי שנים מהשלשה טעמים, ודברי הטור יש לפרש לפי טעם ראשון וטעם שני, כמו שכתב בסי' מ"ח, אבל דברי רבינו ירוחם אי אפשר לפרש כפי טעם הראשון, כמש"נ, ולפיכך פירשו כפי טעם השני וטעם השלישי, ולא נחית לדיוקו הראשון בדברי הטור, כנ"ל.

סימן נ

בו יבואר מה שהש"ך הוכיח מדברי הראשונים דתפיסה ברשות מועילה, וגם מה שלא הספיק לו משנה מפורשת דמת הבן ביום שלשים אם נתן לא יטול ואם לא נתן לא יתן.

כתב הש"ך ז"ל: ומכל מקום לענין דינא לא פליגי רבינו ירוחם והטור, דלכולי עלמא בספק שבשטר וטוען ספק אין תפיסה מועילה אחר שנולד הספק, ובטוען ברי תפיסה מועילה אף שלא ברשות, אבל ברשות תפיסה מועילה אפילו בטענת ספק לכולי עלמא, ואפילו הרמב"ן והריטב"א והנמוקי יוסף וסייעתם דס"ל דתפיסה אינה מועילה בתיקון וכהאי גונא, וכמו שנתבאר בשם בסי' ע"ג, מודים דתפיסה ברשות מהני וכמו שיתבאר וכו' עכ"ל, יעו"ש.

והיינו דהטור ורבינו ירוחם מודים דתפיסה ברשות מועילה בספק במציאות כיון שמצינו שיטות דתפיסה ברשות מועילה בספיקא דדינא, ואע"ג דלהנך שיטות תפיסה שלא ברשות אינה מועילה בספיקא דדינא, דלא ס"ל דטענת קים לי נחשבת כטענת ברי, ולכן תפיסה בספיקא דדינא לעולם הוי תפיסה בטענת שמא, ומכל מקום מודים דתפיסה ברשות מועילה בספיקא דדינא, דלעולם נתחזק על ידי תפיסה ברשות אפילו אם טוען שמא, ואם כן הוא הדין דתפיסה ברשות מועילה בספק במציאות לדעת הטור ורבינו ירוחם דאזלי בשיטת הרא"ש דתקפו כהן מוציאים מידו, ואין תפיסה שלא ברשות בטענת שמא מועילה בספק במציאות, אכן תפיסה ברשות מועילה, וכמו שיתבאר בהמשך דברי הש"ך שיש לדמות ספק במציאות לספיקא דדינא לענין הא דתפיסה ברשות מועילה.

והש"ך הביא נמי ראיה דתפיסה ברשות מועילה מדברי הנמוקי יוסף בבבא מציעא (דף ט:) גבי בעיא דאמר ליה משוך בהמה זו וקני כלים שעליה כיון דבעיא לא איפשטא אי משיך בכהאי גונא לא מפקינן מיניה דהוה ליה תופס ברשות, יעו"ש, אבל הרא"ש והטור ורבינו ירוחם כתבו, והובאו דבריהם לעיל סי' י"ט אות ג', דבמכר לו כלים ואמר משוך בהמה זו וקני כלים שעליה אוקי ממונא בחזקת מרא קמא, ולא אמרינן שהם של לוקח משום דהוה ליה תופס ברשות, ורק בקונה מן ההפקר שמשך הבהמה לקנות כלים שעליה אמרינן דתפיסה מספיקא הוי תפיסה ואין מוציאים מידו, ויש להבין למה לא נחשב כתופס ברשות, וכמו שכתב הנמוקי יוסף.

אלא הדבר מתבאר על פי דברי מהר"ם מינץ שהביא הש"ך לעיל סי' י"ט אות ה' ז"ל: אמנם אם תפס בה שלא כדרך, מכל מקום מוחזק בה, למה יתפוס אחר או מה יטעון, בשלמא במכר לא קנה דלא אחזיק כדרך, והמוכר אמר לו קנה כדרך שבני אדם קונים וכו' עכ"ל, יעו"ש, והיינו שהמוכר התנה עמו שיקנה כדרך שבני אדם קונים, ולפי התנאי אם קנה שלא כדרך הרי תפיסתו גזילה, ואין לה תורת תפיסה כלל, וכיון שהדבר ספק אם משיכת בהמה לקנות כלים שעליה הוי כדרך קנין או שלא כדרך קנין,

הרי כמו דהוי ספק קנין הוי נמי ספק תפיסה, ועל הצד דהוי כדרך קנין הרי קנה ואינו צריך לתורת תפיסה, ועל הצד דלא הוי כדרך קנין גם תפיסה אין לו, ולא הוי תפיסה ברשות אלא גזילה, כמש"נ, ומשום הכי מוציאים מידו, ורק בקונה מן ההפקר אין מוציאים מידו, דלית כאן מוכר להטיל תנאים בקנינו, ולכן אע"ג דקנינו מסופק תפיסתו נחשבת תפיסה, ואע"ג דהחזיק בהכלים שלא כדרך בני אדם.

וכל זה הוא לדעת הרא"ש דמוכר האומר משוך בהמה וקנה כלים שעליה הוה ליה כמתנה עמו שיקנה כדרך שבני אדם קונים, ומשום הכי אין בזה תפיסה כלל, כמש"נ, אבל הנמוקי יוסף לא ס"ל שהמוכר התנה כלום, אלא שחשב שבדרך זה יכול לקנות, והרי הדבר ספיקא דדינא, ומכל מקום כיון שהרשה לו לקנותו הרי זה נחשב תפיסה ברשות, ואין מוציאים מידו.

וגם בלי דברי המהר"מ מינץ יש לבאר למה לא אמרין במוכר שאמר משוך בהמה וכלי כלים שעליה לדעת הרא"ש והטור שאין להוציא מיד הלוקח משום דהוי תפיסה ברשות, וכמו שכתב הנמוקי יוסף, דיש לומר דבאומר משוך בהמה וקני כלים שעליה הויה ליה תפיסת ספק, כמו שכתב הרא"ש, שהרי יש ספק בעצם תפיסתו ותפיסתו קלושה, ואינה מועילה אלא מן ההפקר ולא במקום דאיכא מרא קמא, ולכן אפילו אם תפס ברשות אין תפיסתו מועילה, דתפיסה בספק לאו שמיה ספק.

הש"ך הביא ראייה דתפיסה ברשות מועילה מדברי הרא"ש ביבמות (דף לו:): בשם הרמב"ן, דאיתא שם בגמרא ספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי יבם לבתר דפלג יבם בנכסי מיתנא בני יבם אמרי אחונא את ושקול אמר להו יבם מה נפשיכו אי אחוכון אנא הבו לי מנתא בהדיכו ואי בר מיתנא אנא הבו לי פלגא דפלג אבוכון בהדאי רבי אבא אמר רב קם דינא רבי ירמיה אמר הדר דינא לימא בפלוגתא דאדמון ורבנן קמיפלגי דתנן מי שהלך למדינת הים ואבדה לו דרך שדהו אדמון אומר ילך בקצרה וחכמים אומר יקח לו דרך במאה מנה או יפרח באויר וכו' כי פליגי בחד דאתי מכח ארבעה אדמון סבר מצי אמר ליה מכל מקום דרכי גבך הוא ורבנן סברי דאמר ליה אי שתקת שתקת ואי לא מהדרנא שטרא למריהו ולא מצית לאשתעווי דינא בהדיהו לימא רבי אבא דאמר כרבנן ורבי ירמיה דאמר כאדמון וכו' ורבי ירמיה אמר לך אנא דאמרי אפילו כרבנן עד כאן לא קאמרי רבנן התם אלא משום דאמר ליה אי שתקת שתקת וכו', יעו"ש.

ומבואר דלרבי אבא קם דינא, ואע"ג דנכסי מיתנא היו מוטלים בספק אם שייכים להיבם או להספק, כיון שאיפסק להם חלוקה, וזכה היבם חצי נכסי מיתנא, נסתלק הספק, והרי חצי נכסי מיתנא שלו בתורת ודאי, ושוב אין הספק יכול לטעון ממה נפשך, ורבי ירמיה סבר שאע"פ שנפסק להם חלוקה הספק עודנו קיים, וכשמת יבם יכול הספק לטעון לבני היבם ממה נפשך אתם חייבים ליתן לי חלק מנכסיו, לכל הפחות החצי שנטל מנכסי מיתנא.

וכתב הרא"ש ז"ל: וכתב רב אלפס ז"ל כתבו רבוואתא דהלכתא כרבי אבא משום דקים ליה כרבנן כתב הראב"ד ז"ל האי טעמא ליתא דהא אמר רבי ירמיה אנא דאמרי אפילו כרבנן וכו' והשיב הרמב"ן ז"ל כיון דלכאורה נראה לבני הישיבה דרבי אבא כרבנן ורבי ירמיה כאדמון סברתם עיקר היא ולא סמכינן אשינויא דשני מילתייהו כתרוייהו כי דרך הגמרא לדחות בסברא מועטת ועוד דלא תהא אלא ספיקא והיבם תפס ברשות והנכסים ביד בניו ועל הספק להביא ראיה וכו' עכ"ל, יעו"ש.

והנה בתירוצו הראשון כתב הרמב"ן דמאי דקאמר רבי ירמיה עד כאן לא אמרי רבנן אלא משום דאמר ליה אי שתקת אין זה אלא דחיה בסברא מועטת, וכן היא באמת דעת בני הישיבה שאמרו רבי אבא כרבנן, ואע"ג דמפורש בגמרא דרבנן ס"ל דאומר לו אי שתקת, ואם כן היאך סלקא דעתיה דטעמייהו משום דאית להו קם דינא. ונראה דהרמב"ן אזיל בזה לשיטתו בבבא קמא (דף ח.) אמר רב ששת כגון שלקח עידית באחרונה וכו' דאמר להו אי שתקיתו ושקליתו כדינייכו שקליתו ואי לא מהדרנא שטרא וכו', יעו"ש, וכתבו התוס' דאי שתקת דינא הוא ולא מצי למימר ליה לכי תהדר, יעו"ש, אבל הרמב"ן במלחמות פליג וס"ל דיכול לומר לכי תיהדר, וטענת אי שתקת לאו דינא הוא אלא איום בעלמא, יעו"ש, ולדבריו עיקר טעמא דרבנן משום דס"ל דקם דינא, ומאי דאומר לו אי שתקת לא הוי סברא מעליא, דאין זה דינא אלא איום, ומאי דקאמר רבי ירמיה אנא דאמרי וכו' לא הוי אלא דחויא בסברא מועטת, ואיכא נמי למימר דהראב"ד ס"ל כדברי התוס' דאי שתקת דינא הוא, ונדחה מאי דקאמר רבי אבא כרבנן.

אולם צריך עיון בתירוצו השני דהיבם תפס ברשות בנכסי המיתנא, והנה אין כונתו לומר דטעמא דרבי אבא לא הוי משום קם דינא ונסתלק הספק אלא הוא דין מיוחד בבני יבם וספק כשהנכסים באו ליד היבם ברשות, אבל לא בשאר מקומות, דהרי להדיא קאמר בגמרא דרבי אבא דאמר קם דינא כרבנן, אלא כונתו דאף אם נאמר דאידיחי מאי דקאמר בגמרא רבי אבא כרבנן, עדיין יש לקיים מה שפסק הרי"ף בבני יבם וספק דאין הספק גובה כלום, משום הסברא דהיבם היה לו תפיסה ברשות בחצי נכסי מיתנא שהתפיסוהו בית דין על ידי חלוקה עם הספק, אבל קשה מה יעשה רבי ירמיה, וכי נימא דרבי ירמיה לא ס"ל דתפיסה ברשות מועילה, וכי בהא גופא נחלקו, ובכלל קשה איזו סברא היא זו, והלא אפילו אם תפס ברשות לא יצא הממון מכלל ממון המוטל בספק אי לאו משום דקם דינא, ואם כן עדיין יכול הספק לטעון ממה נפשך אית לי ממון גבייכו, ואם טעמא דידיה משום דאמרינן קם דינא ונסתלק הספק, כמש"נ, למה צריך לזה שתפיסתו היתה ברשות.

ונראה דבודאי טעמא דהרי"ף משום דקם דינא ונסתלק הספק, וקאמר הרמב"ן דאף אם נימא דבכל מקום קיימא לן דהדר דינא, בגונא דבני יבם וספק ראה הרי"ף דראוי לפסוק דקם דינא, דכיון דהיבם תפס ברשות, וחזקתו היתה מעולה, ונפסק הדין דחולקים, הרי יש בזה סברא נוספת שישתלק הספק לגמרי וישארו חצי נכסי המיתנא בידו בתורת ודאי, ושוב אין הספק יכול לטעון ממה נפשך.

ומה שכתב הרמב"ן לא תהא אלא ספיקא, כונתו שהוא ספק אצלנו אם קיימא לן כרבי אבא דקם דינא או כרבי ירמיה דהדר דינא, אי נמי דמספקא לן אם כבני הישיבה קמאי דאית להו דרבי אבא כרבנן, ואם כן מוכח דהלכה כמותו, אם כבני ישיבה בתראי דגם רבי ירמיה יכול לומר אנא דאמי כרבנן וכו', ואם כן אין להוכיח דהלכה כרבי אבא, והכל ענין אחד הוא.

הש"ך הוכיח גם מדברי הרא"ש בבכורות (דף יב.) כהנך שיטות דתפיסה ברשות מועילה, וז"ל הרא"ש: איבעיא להו מהו לפדות בנדמה וכו' ולא איפשיטא, הלכך אין פודין בו ואם פדה בו ולא נתנו לכהן עד שמת פטר חמור יהנה הישראל בטלה ופטר חמור יפדה, ואם אחר שנתן לכהן מת פטר חמור יקבר וטלה לכהן, דלא אמרינן תקפו כהן מוציאים מידו אלא כשתקפו, אבל נתנוהו לו בעלים הדר הוי ליה כהן בעלים והוי ליה בעלים המוציא מחבירו עליו הראיה, כדתנן בפרק יש בכור לנחלה (דף מח.) רבי עקיבא אומר אם נתן לא יטול ואם לא נתן לא יתן, והכי אמר גבי כל ספק ממונא גבי כור בשלשים סאה בסלע אני מוכר לך ראשון ראשון קנה, דמספקא לן אי תפס לשון ראשון אי תפס לשון אחרון, משום דתפס קנה וכו' עכ"ל, יעו"ש, והסמ"ג בעשין צ"ה למד דטעמא דרבי עקיבא משום דהוי תפיסה קודם שנולד הספק, והובאו דבריו לעיל בסי' ב', יעו"ש.

והכי איתא במתניתין שממנה הביא הרא"ש ראייה דתפיסה ברשות מועילה, מת הבן בתוך שלשים יום אע"פ שנתן לכהן יחזיר וכו' מת ביום שלשים וכו' רבי עקיבא אומר אם נתן לא יטול ואם לא נתן לא יתן, יעו"ש, דרבי עקיבא ס"ל דיום שלשים ספק אם הוא בתוך שלשים או אחר שלשים, ואם כבר נתן הסלעים הרי הם כבר תפוסים ביד הכהן ואין מוציאים מידו, ואע"ג דתפיסת הכהן היא בטענת שמא, וטעמא דאין מוציאים מידו משום שהישראל התפיסו בהסלעים מדעתו, והוא תפיסה ברשות. ואם כן יש לעיין למה הוצרך הש"ך להביא ראיות מדברי הפוסקים דתפיסה ברשות מועילה, והלא משנה מפורשת היא, דאמר רבי עקיבא אם נתן לו יטול, אלא החמש סלעים נשארים ביד הכהן התופס, ומבואר דתפיסה מועילה על כל פנים היכא דתפס ברשות.

אכן נראה לבאר דבריו על פי מה שכתב בטעמא דתפיסה ברשות מועילה וז"ל: דהא טעמא דתפס ברשות מהני כיון דנתנו לו ברשות הוה ליה איהו בעלים ואידך המוציא מחבירו עליו הראיה וכו' עכ"ל, יעו"ש, ואין כונתו להודאת בעל דין, דעדיין הוי ממון המוטל בספק, ואכן כיון דתפס ברשות תפיסתו הועילה, אלא כונתו דכיון שמסר לו ברשות הרי החזיקוהו בידים ומסר לו את המוחזקאות, והדר הוה ליה התופס מוחזק גמור, ואידך הוה ליה המוציא, ועליו להביא ראיה, ובזה חלוק מת הבן בתוך שלשים משאר תפיסה ברשות, דהרי הישראל נתן הסלעים לכהן בתוך שלשים יום לחלוטין בנתינה גמורה, שלא עלה על דעתו שבנו ימות ביום השלשים, ואולם כשמת ביום השלשים איגלאי מילתא למפרע שהיה ספק מקח טעות בנתינתו, אבל בשעתו לא

היה שום פקפוק בנתינתו, והרי ישראל החזיק הכהן בהסלעים לגמרי, ושוב הוה ליה המוציא ועליו הראיה.

מה שאין כן בשאר כל תפיסה ברשות הרי בשעתה איכא צד ספק בעצם ההתפסה, כגון שאמר לו כור בשלשים סאה בסלע, הרי מיד יש להסתפק אם תפס לשון ראשון אם תפס לשון אחרון, ומכל מקום מסר לו הסאה הראשונה מדעתו, וכן המרחץ שנכנס בהיתר לחודש העיבור, אבל בשעתו היה ספק אם תפוס לשון ראשון או תפס לשון אחרון, ונמצא שהחזיקו לגבי הספק שהיה בשעתו.

ואם כן ליכא הוכחה גמורה מדברי רבי עקיבא דגם בכהאי גונא הוה ליה תפס ברשות ונעשה מוחזק גמור, דבמת הבן ביום שלשים לא היה שום צד ספק ופקפוק בנתינתו להכהן, ורק דהספק חל למפרע כשמת הבן ביום שלשים, כמש"נ, ולא הביא הרא"ש דברי רבי עקיבא לראיה גמורה אלא לסמך לדבריו, דהרי מצינו לרבי עקיבא דתפיסה ברשות מחזיקתו במקום דליכא שום ספק בשעתו, כמש"נ, ואיכא למימר נמי דאפילו היכא דכבר איכא ספק בשעתו נעשה מוחזק גמור כשתפס ברשות.

סימן נא

בו יבוארו דברי רבינו ירוחם כפי דפוסים ישנים דבתרי ותרי אין קורעים השטר שאם תפס בלא עדים אין מוציאים מידו מיגו דאי בעי אמר לא תפסתי, ולמה צריך שטר.

הש"ך העתיק דברי רבינו ירוחם נתיב ו' ח"ה לענין הא דאמרינן בכתובות (דף כ.) דשני עדים שמעידים על שטר מקוים שעדיו פסולים אין נאמנים, דאוקי תרפי לבהדי תרי ואוקי ממונא בחזקת מריה, ואין גובים בשטר זה, וכתב רבינו ירוחם וז"ל: וכתב רש"י ומה שאמרנו אין נאמנים אע"ג דלא מגבינן ביה לא קרעינון ליה, ואי תפס מלוה לא מפקינן מיניה מיגו דאי בעי אמר לא תפסתי, וכן כתבתי בתפיסת הדיינים ובחזקת המטלטלים, מאחר שנולד הספק קודם התפיסה מועילה מספק ולא מפקינן מיניה, וגם שטוען ברי אין תפיסה מועילה אלא אם כן התפיסוהו בית דין, או התפיסוהו הלוח קודם שבאו עדים אפילו טוען ברי וה"ר יונה כתב אפילו התפיסוהו בית דין וכו' מוציאים מידו וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ונפל שיבוש בדברי רבינו ירוחם, דמה שכתב וגם שטוען ברי אין תפיסה מועילה אלא אם כן התפיסוהו בית דין או התפיסוהו הלוח הרא"ש בכתובות שם כתבו בשם רבינו יונה, ומה שכתב רבינו ירוחם בשם רבינו יונה דגם אם התפיסוהו בית דין כשהוציא שטרו המקוים ואחר כך העידו אחרים שעדיו פסולים מוציאים מידו הרא"ש שם הביאו בשם הרמ"ה, יעו"ש, וכן צריך להגיה בדברי רבינו ירוחם שהרי חיבר ספרו על פי שיטת הרא"ש רבו, כמו שכתב הש"ך לעיל בסי' כ"ב, יעו"ש, וכן כתב רבינו ירוחם להדיא בנתיב י' ח"ו בשם רבינו יונה, יעו"ש.

והש"ך תמה על דברי רבינו ירוחם דמה שכתב רש"י דאי תפס אין מוציאים מידו מיירי כשתפס שלא בעדים, ולא מפקינן מיניה מיגו דאי בעי אמר לא תפסתי, והלא הלכה מרווחת היא בכמה מקומות בש"ס דבמקום דליכא עדים נאמן לומר אין חטפי ודידי חטפי מיגו דאי בעי אמר לא חטפתי, ולא היה רבינו יונה חולק על זה, ועוד דאם מיירי שתפס בלא עדים, ויש לו מיגו דאי בעי אמר לא תפסתי, למה לא מקרעינן השטר, והלא אין לו שום צורך להשטר, דהרי במיגו בלבד שהיה יכול לומר לא תפסתי סגי ליה, אלא הנכון הוא כמו שמבואר בכמה ראשונים דלא מקרעינן לשטרא משום דאי תפס אפילו בפני עדים אין מוציאים מידו, ודלא כדברי רבינו ירוחם.

ובסוף דבריו כתב הש"ך וז"ל: וכן כתב הר"ן פרק שני דכתובות דאפילו תפס בסהדי לא מפקינן מיניה דכל תרי ותרי אמרינן זוזי היכא דקיימי תיקום וכו' ואפילו למאי דכתב הר"ן שם מתחלה דאיכא מאן דאמר דדוקא תפס שלא בעדים אבל תפס בעדים מוציאים מידו וכו' אין הטעם משום מיגו, וכמו שכתב רבינו ירוחם, דהא כתב שם וזה לשונו וכי תימא אי הכי תיפוק ליה משום מיגו דאי בעי אמר לא תפסנא, יש לומר דאי קאמר ידענא בהני סהדי דמהימני אין הכי נמי וכו' ומכל מקום לענין דינא

ודאי קיימא לן דאפילו תפס בעדים מהני, וכמו שכתבתי, וכן יתבאר עוד לקמן סי' ק"ל עכ"ל, יעו"ש.

עוד יש לעיין במה שכתב רבינו ירוחם מאחר שנולד הספק קודם התפיסה מועילה מספק ולא מפקינן מיניה, כנ"ל, ולכאורה הסברא הוא להיפך, דתפיסה קודם שנולד הספק עדיפא, כמו שכתב הש"ך לעיל סי' מ"ז, יעו"ש ובהגהות. ומה שכתב רבינו ירוחם דתפיסה מועילה כשהתפיסוהו בית דין או התפיסוהו הלוח קודם שבאו העדים אפילו טוען ברי, כנ"ל, היינו דינא דתפיסה ברשות מועילה, ומה שכתב אפילו טוען ברי, ואע"ג דתפיסה בטענת ברי עדיפא ולא שייך בזה לשון אפילו, כונתו שאפילו אם הלוח שהתפיסוהו למלוה וטוען ברי שאינו חייב לו, והתפיסוהו מפני שהמלוה יש לו שטר מקוים בידו, ובליט ברירה שילם לו אע"פ שהוא צווח כל הזמן שאינו חייב לו, ואחר כך באו עדים וערערו על השטר, ושוב הוה ליה תרי ותרי, הרי המלוה נחשב תופס ברשות על מעות הלוח כיון ששילם לו מדעתו למרות שהיה צווח שאינו חייב לו, כמשי"נ.

הש"ך כתב שאי אפשר ליישב דברי רבינו ירוחם אם לא להגיהם, ולקמן בסי' נ"ב תיקן הש"ך הטעויות שהבחין בדברי רבינו ירוחם, יעו"ש, ובסימן זה כתב שבדק ברבינו ירוחם דפוס קושטנטינה ובדפוס ויניציאה ונמצא בשני הדפוסים כלשון הנ"ל, ומכל מקום כתב שאין ליישב דבריו אלא בהגהה, כנ"ל, והנה בדפוסים החדשים של רבינו ירוחם תיקנו לשונו לפי דרך הש"ך, והמוציאים לאור כתבו שמצאו כלשון הזה בכתב יד ישן, אולם כתבי יד הנמצאים מימים הם אינם כתב יד קדשו של רבינו ירוחם עצמו, דלפני שהופיע המצאת בית הדפוס היו ספרים יוצאים לאור אחד אחד על ידי מעתיקים ביד, ואין להוכיח מהכתב יד ישן שמצאו שכן כתב רבינו ירוחם עצמו, דיתכן שהמעתיק שכתבו הוקשו לו קושיות הש"ך, וחשב שההעתיקה שממנו העתיק נפלו בו טעויות, והוא ראה לתקנם בהעתק שלו, ואדרבה, מה שלשון הנ"ל נמצא בין בדפוס קושטנטינה בין בדפוס ויניציאה מוכיח קצת שכן הוא הנוסח הנכון.

ומצינו סמך ללשון רבינו ירוחם כפי הדפוסים הנ"ל מדברי הריטב"א בכתובות שם וז"ל: והא דאמרין דאי תפס לא מפקינן מיניה יש שפירשו דדוקא תפס בלא עדים דאית ליה מיגו וכו' עכ"ל, יעו"ש, כן הוא לשון הריטב"א, והמתפיסים הוסיפו בחצאי ריבוע [ויכול לומר תפסתי וכדין תפסתי ועדים האחרונים שקר מעידים], יעו"ש, וכנראה באו לתקן וקלקלו, וכמו שהוא לפנינו לא כתב הריטב"א אלא דיש לו מיגו שהיה יכול לומר לא תפסתי, אבל לא כתב שאמר שעדים האחרונים משקרים, ועל כל פנים מפורש בריטב"א דתפיסה בלא עדים מועילה משום מיגו, וקשה לדבריו קושיות הש"ך דאם כן למה ליה השטר, ומי איכא מאן דפליג בזה, והלא הלכה מרווחת היא דאם חטף בלא עדים יכול לומר אין חטפי ודידי חטפי, כנ"ל.

ומתחלה נבאר כל דברי הר"ן בכתובות שם וז"ל: והא דקתני בברייתא אין נאמנים לאו דליהוי שטרא מעליא למיגבי ביה אלא דלא קרעין ליה ואי תפס מדידה והדר אתא האי תבע מיניה לא מפקין ליה מיניה דאמרינן אוקי תרי לבהדי תרי ואוקי ממונא בחזקת מאן דקאי ואיכא מאן דאמר דדוקא בתפס בלא עדים אבל תפס בעדים מוציאים מידו כדאמר בריש בבא מציעא (דף ו.) דתקפה בפנינו מוציאין אותה מידו ואי תימא אי הכי תיפוק ליה משום מיגו דאי בעי אמר לא תפיסנא יש לומר דאי קאמר ידענא בהני סהדי דמהימני אין הכא נמי אבל הכא במאי עסקין כגון שמצא שטר זה בין שטרותיו ואינו יודע מה טיבו וברישא נאמנים ומפקין מיניה אפילו תפס שלא בעדים דכיון דמודה דבהאי שטרא הוא דתפיס האי שטרא חספא בעלמא הוא ואיכא מאן דאמר דאפילו תפס בשהדי לא מפקין מיניה דכל תרי ותרי אמרינן זוזי היכא דקיימי לוקמי עכ"ל, יעו"ש.

והנה התוס' והרא"ש בסוגיין הקשו למה אם תפס לא מפקין מיניה, והרי מבואר בבבא מציעא (דף ו.) דקיימא לן תקפו כהן מוציאים מידו, יעו"ש, אבל היש אומרים שהביא הר"ן הקשה מהא דאמרינן בתחלת הסוגיא שם תקפה אחד בפנינו מהו היכי דמי אי דשתיק אודויי אודי ליה ואי דקא צווח מאי הוה ליה למיעבד וכו', יעו"ש, ומשם הוכיח דתפיסה בפני עדים אינה מועילה, אבל התוס' והרא"ש לא ראו להקשות מתקפה בפנינו והלה צווח אלא מתקפו כהן מוציאים מידו, ואע"ג דלכאורה עדיף להקשות מתקפה בפנינו והלה צווח מעיקרא, דהרי בתקפו כהן נחלקו האמוראים אם מוציאים מידו, ואיברא דמשמע בהסוגיא דמסקנא כמאן דאמר מוציאים מידו, הרי יש אמוראים דס"ל דאין מוציאים מידו, אבל בתקפה אחד בפנינו והלה צווח לית מאן דפליג דמוציאים מידו, ולמה לא הוכיחו התוס' והרא"ש משם דאם תפס מוציאים מידו.

ואכן יש לומר דהתוס' אזלי לשיטתייהו בריש בבא מציעא (דף ב.) בד"ה ויחלוקו וז"ל: ויש לומר דאוחזין שאני דחשיב כאילו כל אחד יש לו בה בודאי החצי דאנן סהדי דמאי דתפיס האי ידידה הוא וכו' עכ"ל, יעו"ש, ולפי זה כל אחד הוי מוחזק גמור בחצי הטלית, ואין חלקו מוטל בספק, וזה שתקפה ממנו לא הוי אלא גזלן, ומשום הכי מוציאים מידו, ואין מזה הוכחה דתפיסה בספיקא דתרי ותרי אינה מועילה, ורק מתקפו כהן לפי מסקנת הגמרא דמוציאים מידו יש הוכחה דתפיסה אינה מועילה, והא דבעינן צויחה הוא רק לגלות שאינו מודה לתפיסת התוקף.

אבל היש אומרים שהביא הר"ן ס"ל דשנים אוחזים בטלית הוי ממון המוטל בספק מחמת טענותיהם, והא דחולקים אינו משום שנחשב כאילו כל אחד אוחז בחצי הטלית, אלא פסק בית דין הוא דממון המוטל בספק מחמת טענותיהם חולקים בשבועה, ואם מצינו דתקפה אחד בפנינו והלה צווח מוציאים מידו הרי זה הוכחה דתפיסה במקום ספק אינה מועילה, דאילו היתה מועילה מה לי שהלה צווח, הלא אם הדין הוא דתפיסה מועילה בממון מוטל בספק למה לא תועיל תפיסתו, והלא בכל תפיסה הלה צווח ואין מוציאים מידו.

ובסוף דבריו הביא עוד יש אומרים דתפיסה בפני עדים מועילה בתרי ותרי, ואין להקשות מתקפה בפנינו וצווח דמוציאים מידו, דדין מיוחד הוא רק בספק דתרי ותרי דתפיסה מועילה, ולכאורה היינו טעמא משום דאית ליה שני עדים המסייעים לתפיסתו, ואין מוציאים מידו כנגד העדאת שני עדים, ועיימש"נ בהגהות לס"י נ"ג בסוף הדיבור של הנמוקי יוסף.

והקשה הר"ן על תירוץ הראשון, שאין תפיסה מועילה אלא כשתפס שלא בפני עדים, למה צריך לשטרא תיפוק דנאמן במיגו דאי בעי אמר לא תפסתי, וכקושיית הש"ך, כנ"ל, ותירץ דמיירי כשמצא שטר בין שטרותיו ואינו יודע מה טיבו, ובא לגבות על ידי השטר אבל אין לו טענת ברי שנאמינו בה במיגו דאי בעי אמר לא תפסתי, כנ"ל, אולם קשה מה שכתב דברישא שלא היה כתב ידם יוצא ממקום אחר נאמנים העדים הפוסלים אותו, ואם תפס מפקינן מיניה אפילו אם תפס בלא עדים, מהו החידוש במה שתפס בלא עדים, והלא מיירי במצא שטר בין שטרותיו ואינו בא בטענת ברי ואין לו מיגו, שהרי הוא עצמו מודה שאינו יודע שעדי השטר כשרים, והרי איכא עדים הפוסלים את השטר, ופשיטא דמוציאים מידו.

עוד יש לדקדק בדברי הר"ן שכתב דטעמא דאם תפס מוציאים מידו משום דמודה דבהאי שטרא תפיס והאי שטרא חספא בעלמא, וכונתו להא דאמרינן בבבא בתרא (דף לב.) ההוא דאמר לחבריה מאי בעית בהאי ארעא אמר ליה מינך זבינתא והא שטרא אמר ליה שטרא זייפא הוא גחין ולחיש ליה לרבה אין שטרא זייפא הוא מיהו שטרא מעליא הוה לי ואירכס ואמינא אינקיט האי בידאי כל דהו אמר רבה מה לו לשקר אי בעי אמר ליה שטרא מעליא הוא אמר ליה רב יוסף אמאי קא סמכת אהאי שטרא האי שטרא חספא בעלמא הוא, יעו"ש, ותלה הר"ן טעמא דבאין כתב ידם יוצאים ממקום אין תפיסה מועילה במימרא דרב יוסף, ואע"ג דרבה פליג עליה.

וכן איתא להדיא בדברי הריטב"א וז"ל: ויש לומר דברישא כיון דהאי שטרא תפיס והאי שטרא חספא בעלמא הוא אין כאן מיגו וכההיא דאמרינן בפרק חזקת הבתים גבי ההוא שטרא זייפא וכו' עכ"ל, יעו"ש. וצריך עיון בזה, דהא מספקא ליה בגמרא שם כמאן הלכתא, יעו"ש.

ועוד קשה דמה שייד ענין שטרא זייפא לכאן, והלא התם טוען שהשדה שלו ויש לו מיגו מעליא, ונחלקו רבה ורב יוסף אם יש לו לזכות במיגו כשבא בשטרא זייפא, אבל בדין שמצא שטר בין שטרותיו ואינו יודע מה טיבו אינו טוען ברי ואין לו מיגו, וגם רבה מודה בזה דלא שייד לומר מה לו לשקר.

לכן נראה דמה שכתב הר"ן דמי שמצא שטר בין שטרותיו יכול לתפוס בלא עדים במיגו דאי בעי אמר לא תפסתי לולי טעמא דהאי שטרא זייפא, אין זה מדין מיגו דנאמנות, שהרי אינו טוען ברי, אלא הוא דין מיוחד בתפיסה, דכל שתופס בלא עדים הרי חזקתו מעולה, שהדבר יותר ברשותו כשאין אחר יודע שתפסו, ואף אם נימא דתפיסה בפני עדים אינה מועילה, ולא נעשה מוחזק על ידי התקיפה, עדיין איכא

למימר דאם תפס בסתר שלא בפני עדים הוחזק הממון בידו, שהרי אין מי שיוודע להוציא ממנו, ולכן אף אם מודה שתפס יש לו מיגו בתפיסתו, דכיון שהיה יכול לומר לא תפסתי ועל ידי כך להחזיק בהממון חזקה מעולה, ואע"פ שאינו יודע ואין לו טענת ברי, הרי הממון המוטל בספק מוחזק בידו כיון שהיה יכול לומר לא תפסתי, כמש"נ, גם השתא שאמר דידי תפסתי חזקתו מעולה מדין מיגו, והועילה לו תפיסתו. אולם לקושטא דמלתא אין תפיסתו מועילה, וטעמא משום דאין לו מיגו מעליא, דאמאי קא סמכת אהאי שטרא האי שטרא חספא בעלמא, כנ"ל, ונראה דגם רבה מודה דבהאי גונא אין לו מיגו, דבסוגיא דגחין ולחיש הרי בא לזכות בטענה מעליא, דהיינו לקחתיה ממך, אלא שאין לו ראיה מעליא על טענתו, וכל הראיה היא מה לו לשקר, דאילו רצה לשקר היה יכול להחזיק בהשדה בהשטרא זייפא, דרבה ס"ל דאית בזה ראיה שאינו משקר, ורב יוסף ס"ל דאין נאמן במה לו לשקר אלא אם כן השקר הנאמן יותר לא היה שקרו גלוי לנו, ואם תלה טענתו במה שהיה לו שטרא זייפא בידו אין זה נותן לו נאמנות, אבל בדין הרי השטרא חספא בעלמא בהחלט, ואינו בא בטענה מעליא מיגו דאי בעי תובע על ידי החספא בעלמא, אלא השתא נמי בא לגבות על ידי החספא בעלמא מיגו דאי בעי אמר לא תפסתי, בזה כולי עלמא מודו דאינו יכול לגבות חובו בשטרא שהוא חספא בעלמא, ולא הועילה לו תפיסתו אע"ג דהיה יכול לומר לא תפסתי.

ואם תאמר למה לא יוכל לומר דל מהכא השטר הרי יש לו מיגו לומר לא תפסתי, ואם כן השתא נמי שתפס תועיל לו תפיסתו אע"ג דאין לו אלא טענת שמא, יש לומר דבמקום דלא הוי ממון המוטל בספק אינו יכול לתפוס ממון חבירו אלא כשתפס שלא בפני עדים וטוען דידי תפסתי, דנאמן במיגו דאי בעי אמר לא תפסתי, אבל אם אין הממון מוטל בספק ואינו טוען ברי אין תפיסה מועילה אף אם יש לו מיגו דאי אמר לא תפסתי.

והיכא דמצא שטר בין שטרותיו ואין כתב ידו יוצא ממקום אחר, לפי דעת הר"ן אי לאו סברא דשטרא זייפא היתה תפיסה בלא עדים מועילה משום דהמיגו מחזק עצם התפיסה, כמש"נ, ויש להבין למה מועילה כיון דלא הוי ממון המוטל בספק, דהא שנים מעידים שהשטר פסול ואין כתב ידם יוצא ממקום אחר, יש לפרש על פי מה שכתב הרשב"א בכתובות שם וז"ל: ולא מיגו במקום עדים קרינן ליה דהא מדינא שטרא כמאן דמקוים דמי דמדאורייתא קיום שטרות לא בעי וכתרי ותרי נינהו אלא רבנן הוא דאצרוך ומהימני להני דפסלי טפי משום דלאו מקוים הוא וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ולפי זה יש לומר בדברי הר"ן דמה ששטר מדאורייתא אין צריך קיום, והוה לי כתרי ותרי, משוי ליה ממון המוטל בספק, והיתה מועילה בו תפיסה בטענת שמא מיגו דאי בעי אומר לא תפסתי, כמש"נ, אכן כיון דבא לגבות בשטרא שהוא חספא בעלמא, שהרי רבנן פסלוהו ואינו יכול לגבות בו כולי עלמא מודו דאין לו מיגו, ותפיסתו בטענת שמא בלא מיגו אינה מועילה, ומשום הכי ברישא שאין כתב ידם יוצא ממקום אחר ותפס בלא עדים מוציאים מידו, כמש"נ.

והשתא בזה נוכל ליישב דברי רבינו ירוחם כמו שנמצאים בהדפוסים הנ"ל, דקאי כדברי הר"ן דמצא שטר בין שטרותיו ואינו יודע מה טיבו, דמשמע ליה בבירור דהברייתא דכתובות שם מיירי בכל גווני, ואפילו כשטוען המלוה שמא, כמו שכתב הש"ך לקמן סי' נ"ד לדעת הסמ"ג, יעו"ש, והרי תפיסתו מועילה גם בטענת שמא הואיל ויש לו מיגו שהיה יכול לומר לא תפסתי, כמשי"נ.

והיינו מה שכתב מאחר שנולד הספק קודם התפיסה, דהיינו שנמצא שטר בין שטרותיו, דאי לאו הכי לא הוי ממון המוטל בספק, ולא מועילה תפיסה בלא עדים אלא כשטוען ברי, דאז אית ליה מיגו מעליא וזכיתו היא מדין נאמנות ולא מדין תפיסה במקום ספק, ואכן כיון שנמא השטר ונולד הספק קודם תפיסתו הועילה לו תפיסה שלא בפני עדים אפילו אם טוען שמא, כמשי"נ.

ורבינו יונה חולק על זה וס"ל דאין שום תפיסה מועילה אם לא שהתפיסוהו בית דין או הלוח עצמו קודם שבאו העדים הפוסלים, ולענין מה שכתב רבינו ירוחם וכן כתבתי בתפיסת הדיינים וחזקת מטלטלין עיימשי"נ בהגהות לסי' נ"ב.

סימן נב

בו יבוארו דברי רבינו ירוחם לענין תפיסה במקום ספיקא דתרי ותרי ולענין חזקת מטלטלין ותפיסת הדיינים לפי הגירסא שלפנינו ולפי מה שהגיה הש"ך בדבריו.

הש"ך הגיה לשון רבינו ירוחם נתיב ו' ח"ה שהביא לעיל בסי' נ"א והקשה עליו כמה קושיות, יעו"ש ובהגהות, ולפי הגהתו הכי הם דברי רבינו ירוחם, ואם יש עדים שהוא כתב ידן או שהיה כתב ידם יוצא ממקום אחר וכו' אין נאמנין ומכל מקום לא מגבינן ביה דהוה ליה תרי ותרי וכו' וכתב רש"י ומה שאמרנו אין נאמנין אף על גב דלא מגבינן ביה לא קרעינן ליה ואי תפס מלוה לא מפקינן מיניה [אפילו תפס בעדים בענין דלית ליה] מגו דאי בעי אמר לא תפסתי וכן כתבתי בתפיסת הדיינין ובחזקת המטלטלין וכו'. וגם על שאר דברי רבינו ירוחם כמו שהם לפנינו הרבה הש"ך בקושיות, והקשה נמי דאם רבינו ירוחם הצריך מיגו עם התפיסה כדי שתועיל, למה סמך דבריו על מה שכתב בתפיסת מטלטלין ותפיסת דיינים, והלא אין שום זכר למיגו במקומות אלו, ומכח כל הקושיות העלה הש"ך דודאי כל דבריו אלו מוטעים, וצריך להגיה כמעט כולם ולהתאימם עם מה שכתב בתפיסת מטלטלין בנתיב י' ח"ו.

ואלו הם דברי רבינו ירוחם שם שהביא הש"ך וז"ל: כל מי שמוחזק בדבר ותופס וטוען בריא תפיסה מועילה ולא מפקינן מיניה ואם טוען ספק אין תפיסה מועילה לאפוקי מחזקת מריה קמא כך הוא דעת התוספות ויש מי שכתב כי אפילו טוען ודאי אין תפיסה מועילה אחר שנולד הספק אלא אם כן תפס קודם שנולד הספק ורבינו יונה כתב דאין תפיסה מועילה אלא כשהתפישוהו בית דין או הלוח קודם שבאו עדים כגון ההיא דאנוסים היו פסולין היו דתרי ותרי נינהו ור"מ כתב דאף התפישוהו בית דין קודם הספק כשיבואו עדים אחרונים מוציאין מידו בין בקרקע בין בטלטל והרא"ש כתב כי כל זמן שטוען בריא מועילה תפיסתו ואין מוציאין ממנו במטלטלין אבל בטוען שמא אין תפיסה מועילה וכו' עכ"ל, יעו"ש, ולפי הגהת הש"ך דברי רבינו ירוחם בנתיב ו' ודבריו בנתיב י' חדא מילתא נינהו, אכן יש לדקדק למה הוצרך לכפול הדברים.

ורבינו ירוחם כתב ענין תפיסת דיינים בנתיב א' ח"ח וז"ל: שנים שנתעצמו על דבר אחד ולא נתברר ואמר האחד תפשוהו בית דין עד דמייתו ראייה לא תפשינן וכל דאלים גבר ואי תפשי לא מפקינן מיד בית דין עד שיתברר הדבר ממנו הוא זה הדין פשוט בגמרא בתרא והתפישה של האחד אינה מועלת אחר ערעור חברו עכ"ל, יעו"ש, וגם משם הוכיח הש"ך דטעמא דתפיסה מועילה לדעת רבינו ירוחם אינה משום דאית ליה מיגו, שהרי לא הוזכר שם שום מיגו, אלא על כרחך צריך להגיה לשונו בנתיב ו' להתאימו עם מה שכתב בנתיב י', ואפילו אם תפס בפני עדים וטוען ברי אין מוציאין מידו, כנ"ל, אולם הש"ך לא פירש מה הרויח בהגהתו ליישב מה שהזכיר רבינו ירוחם תפיסת דיינים, ואיזו סמיכה ראה שם לדבריו המתוקנים. והיה אפשר לומר לפי הגהת הש"ך דכונת רבינו ירוחם היתה למה שכתב בתפיסת

הדיינים והתפישה של האחד אינה מועלת אחר ערעור חברו, וכעין זה כתב הרשב"ם בבבא בתרא שם (דף לד:) בד"ה תיפסוה וז"ל: פן ימכרנה אבל חזקה שהחזיק אחר שערער זה עליה אינה כלום דאנן סהדי שבתורת חטיפה באה לידו עכ"ל, יעו"ש, והיינו דכיון שערער זה בפני בית דין הרי בא הממון לתחום פעולת הדיינים, ושוב לאו כל כמיניה של שום אדם לחטוף עד שידונו להם בית דין.

ואפשר לומר דזהו יסוד הא דאמרינן בבבא מציעא (דף ו.) אם צווח מעיקרא מאי הוה ליה למיעבד, יעו"ש, והיינו דאין תפיסה מועילה אחר שבא הדבר לבית דין, ואף אם ידונו להם כל דאלים גבר, ולא עוד אלא אף אם נאמר דדינא דכל דאלים גבר הוי סילוק בית דין, מכל מקום כיון שבא הממון לפני בית דין אין תפיסה מועילה בו עד שידונו להם שהדיינים מסלקים עצמם מן העסק, והא דאמרינן לקמן שם (דף לה:) אמרי נהרדעי אם בא אחד מן השוק והחזיק בה אין מוציאים אותה מידו, יעו"ש, וכתב הרשב"ם וז"ל: אין מוציאים אותה בבית דין מידו של זה השלישי ואע"ג דלא טעין מידי דשמא גם לשנים הראשונים אין להם חלק בה עכ"ל, יעו"ש, היינו לאחר שהדיינים סילקו עצמם ודנו להם כל דאלים גבר, אז כל אדם יכול לתפוס אפילו בלי טענה, שהרי אינו תופס מרשות המוחזק, ומי מעכב על ידו.

וממה שכתב רבינו ירוחם דאין התפיסה מועילה אחר שערער חברו משמע דאם עדיין לא ערער חברו בבית דין תפיסה מועילה, והרי התם אין לו מיגו דאי בעי אמר לא היו דברים מעולם, אלא מבואר דתפיסה מועילה במקום דאין לו מיגו, ולא כגירסא המוטעת בלשון רבינו ירוחם, ואע"ג דבגונא דספינה בנהר פשיטא דתפיסה מועילה כל זמן שלא ערער חברו והביא העסק לבית דין, דמי מעכב על ידו, מכל מקום מלשון רבינו ירוחם משמע שהוא כלל בכל גווני דאין התפיסה מועילה כשערער חברו, ומיניה שהתפיסה מועילה אם לא ערער חברו בבית דין קודם התפיסה, ואפילו אם תפס מיד המרא קמא.

אולם עדיין אין דברי רבינו ירוחם מתיישבים כל כך לפי זה, דכיון שכבר הזכיר מה שכתב בחזקת מטלטלין בפירוש כדברי הרא"ש דתפיסה בטענת ברי מועילה, כנ"ל, ולא הזכיר שם דצריך נמי מיגו, למה הוצרך להוסיף נמי דיוק מלשוננו בתפיסת דיינים. לכן נראה דרבינו ירוחם לפי הגהת הש"ך הזכיר תפיסת הדיינים משום עצם הדין, דהנה שם בבבא בתרא מסיק והלכתא לא תפסינן והיכא דתפס לא מפקינן, יעו"ש, וכתב הרשב"ם וז"ל: לא מפקינן דמאחר שבא ממון ישראל ביד בית דין אין רשאי להפקירו אלא מעכבין אותו עד שידעו למי ישיבו עכ"ל, יעו"ש, ולפי זה הא דלא מפקינן הוא דין מיוחד לבית דין שיש להם אחריות על ממון ישראל, וכיון שבא הממון לידם אין יכולים לסלק עצמם, אולם נראה דלא כן היתה הבנת רבינו ירוחם, אלא הוא למד דאם בית דין תפסוה בדיעבד הרי זה נחשב שתפסו בעד הבעלים שעדיין לא נודע מי הוא, ואולי איכא נמי למימר דתפיסת בית דין היא בעד שניהם, ותפיסתם עומדת במקום תפיסת הבעלים, שהדיינים החליטו שלא לדון להם כל דאלים גבר אלא לתפוס בעד הבעלים, והא דלא מפקינן הוא משום דכן הוא דין התפיסה בכל מקום דאם תפס

אין מוציאים מידו, כמו שכתב בנתיב י', כנ"ל, ואם שוב יוציאו הממון וידונו להם כל דאלים גבר הרי הם מוציאים בזה מיד התפוס שהם תפסו בשבילו, וכיון שתפסו אין מוציאים מידו, והרי תפיסת הדיינים בעד העוררים היא תפיסה בלי מיגו, שבית דין אין להם מיגו בזה, ומבואר דתפיסה מועילה בלא מיגו, ונמצא לפי זה דגם בתפיסת דיינים בנתיב א' מפורש כמו בתפיסת מטלטלין בנתיב י' דתפיסה אינה צריכה מיגו, ושפיר הזכיר תרוייהו.

ואין להקשות דדלמא תפיסת בית דין עדיפא מפני שבודאי היא תפיסה בעד הבעלים אמיתי, ולכן אינה צריכה מיגו, דהרי אינו בטוח שאחד מן העוררים הוא הבעלים האמיתי, וכמו שכתב הרשב"ם דשמא גם לשנים הראשונים אין להם חלק בה, כנ"ל.

אולם נראה ליישב מה שרבינו ירוחם הזכיר תפיסת מטלטלין ותפיסת דיינים גם לפי הגירסא בהדפוסים שלפנינו על פי מה שנתבאר בהגהות לסי' נ"א דרבינו ירוחם פירש דברי רש"י כפירוש הר"ן דמייירי גם במצא שטר בין שטרותיו ואינו טוען ברי אלא שמא, ובהאי גונא אין תפיסה מועילה אלא כשתפס שלא בפני עדים, דאז אית ליה מיגו דאי בעי אמר לא תפסתי, והרי המיגו מחזק תפיסתו ולא טענתו, שהרי טוען שמא, ומכל מקום כיון שהיה יכול לומר לא תפסתי ולא לגלות שהממון ברשותו הרי זו נחשבת תפיסה חזקה, ואין מוציאים מידו אע"ג דטען שמא.

ובאמת היה אפשר להסתפק במה שכתב הרא"ש דתפיסה אינה מועילה אלא כשטוען ברי אם היינו טעמא דבלי טענת ברי חסר בעצם חפצא של התפיסה, דאינו נחשב תפוס בדבר כלל אלא כשטוען ברי שהוא שלו, או דלמא שפיר נחשב תפוס אפילו אינו טוען ברי, וכשיטת הרמב"ם דתקפו כהן אין מוציאים מידו על אף שהוא טוען שמא, אכן הרא"ש ס"ל דתפיסה בטענת שמא קלושה, ולא אלימא להוציא מחזקת מרא קמא, ולהכי בעינן שטוען נמי ברי שזה מאלם כח התפיסה ושוב אין מוציאים מיד התפוס.

ולפי דברינו רבינו ירוחם ס"ל כצד השני דגם תפיסה בטענת שמא נחשבת תפיסה, ואלא שהיא קלושה, ולכן אם אית ליה מיגו דאי בעי אמר לא תפסתי הרי המיגו מאלם כח התפיסה, כמו שטענת ברי מאלמת כח התפיסה, ולכן אין מוציאים מידו אע"ג דטוען שמא.

והביא רבינו ירוחם סמך לזה ממה שכתב בנתיב י' בתפיסת מטלטלין דיש מי שכתב כי אפילו טוען ודאי אין תפיסה מועילה אחר שנולד הספק אלא אם כן תפס קודם שנולד הספק, כנ"ל, והוא לשון ראשון שכתב הרא"ש בכתובות שם ליישב קושיתו דלמה יכול לתפוס בתרי ותרי, והא קיימא לן דתקפו כהן מוציאים מידו, ולא נחית הרא"ש לטעמא דטענת ברי אלא בלשון שני שם, אבל לשון ראשון מייירי גם כשטוען שמא, ותפיסתו מועילה קודם שנולד הספק, הרי מצינו גונא אחרינן דתפיסה בטענת שמא מועילה כשיש טעם אחר לחזק ולאלם התפיסה, דהיינו מה שתפס קודם שנולד הספק, וכן מצינו נמי בתפיסת דיינים, שהרי הא דאם תפסינן לא מפקינן הוא

מדין תפיסה במקום העוררים, כמש"נ בדעת הש"ך, והרי תפיסת דיינים היא בלי טענת ברי, שהרי אינם יודעים מי הוא הבעלים, או אם אפילו אין שום אחד מהם הבעלים, כמש"נ, והרי לנו עוד גונא דתפיסה בטענת שמא מועילה, והיינו טעמא משום דתפיסת בית דין אלימא מתפיסת העוררים, דכח בית דין עדיפא, ומשום הכי תפיסתם מועילה אפילו בטענת שמא, וכן נמי אמרינן במי שתפס בלא עדים בטענת שמא שתפיסתו הועילה מפני שהיה יכול לומר לא תפסתי, והרי המיגו מאלם תפיסתו, כמש"נ, וכמו שמצינו דתפיסה קודם שנולד הספק ותפיסת בית דין אלימות, ואין מוציאים מתפיסה זו אפילו כשטוענים שמא, וכמש"נ.

סימן נג

בו ידון בדברי הנמוקי יוסף דתפיסה מועילה בספק שהוא מחמת הדין עצמו רק אם הוי מלתא דעבידא לגלויי או ספק דתרי ותרי או תפיסה ברשות במטלטלין.

כתב הש"ך וז"ל: הנה נתבאר שדעת הרא"ש והטור ורבינו ירוחם דבכל ספק בשטר היכא דטוען התופס ברי מהני תפיסה אפילו שלא ברשות, ואע"ג דדעת הנמוקי יוסף פרק קמא דמציעא (דף ו:) אינו נראה כן, אלא משמע מדבריו דדוקא בהך דפרק שני דכתובות (דף כ.) דתרי ותרי מהני תפיסה אפילו טוען ברי וכו' עכ"ל, יעו"ש, ולשונו קצת מגומגם דכתב אינו נראה כן ושמעמד מדבריו, כאילו אין זה אלא משמעות בלבד, אכן מפורש כן בדברי הנמוקי יוסף וז"ל: אבל כל ספיקא דממונא דלא מכח תרי ותרי אתי ולא מלתא דעבידא לאגלויי היא אפילו תפס תובע מפקינן מיניה וכו' עכ"ל, יעו"ש, וקודם שנדון על דברי הנמוקי יוסף שהעתיק הש"ך נביא גם תחלת דבריו שם.

איתא בסוגיא דבבא מציעא שם בעי רבי זירא תקפה אחד בפנינו מהו היכי דמי אי דשתיק אודויי אודי ליה ואי דקא צווח מאי הוה ליה למעבד לא צריכא דשתיק מעיקרא והדר צווח מאי מדאשתיק אודויי אודי ליה או דלמא כיון דקא צווח השתא איגלאי מילתא דהאי דשתיק מאי וכו', יעו"ש.

וכתב הנמוקי יוסף וז"ל: וכיון דבעיין לא איפשיטא לא מפקינן מיניה דאימור אודויי אודי וכו' ומשמע משמעתין דדוקא שתק ולבסוף צווח הא צווח מעיקרא מוציאין אותה מידו דמאי דתפיס האי ידידיה הוא והכי נמי משמע מהא דתנן [דף ו ב] ספק בכורות וכו' דמסקינן דאם תקף כהן בהמה שהיתה ספק בכור בבית ישראל מוציאין אותה מידו, שמעינן מהא דכל ספק ממונא דקיימא לן חומרא לתובע וקולא לנתבע אי תקפו תובע בפנינו או בפני עדים מפקינן מיניה דאוקי ממונא בחזקת מריה וכו' עכ"ל, יעו"ש.

והביא הנמוקי יוסף ראיה מהא דאם תקפה בפנינו והלה צווח מתחלה ועד סוף מוציאין מידו דבכל ספיקא דממונא אם תפס מוציאין מידו, והביא עוד ראיה מתקפו כהן מוציאין מידו, ולא היתה ראיתו הראשונה מספקת דהא בשנים אוחזים בטלית ליכא דררא דממונא, דבלי טענותיהם אין ספק לבית דין, והיה אפשר לומר דמשום הכי אין תפיסה מועילה הואין ואין להתופס שום סמך לתפיסתו מלבד טענתו, להכי הוכיח נמי מהא דקיימא לן תקפו כהן מוציאין מידו, ואע"ג דשם איכא דררא דממונא, ומכל מקום מוציאין מידו, ולשיטת הרמב"ם והראשונים דתקפו כהן אין מוציאין מידו, בצווח מעיקרא מוציאין מידו משום שאין דררא דממונא מסייעת להתוקף, כמשי"נ. והנמוקי יוסף כתב דבצווח מעיקרא מוציאין מידו משום דמאי דתפיס ידידיה הוא, ואוקי ממונא בחזקת מריה, כנ"ל, ובגמרא קאמר טעמא דמאי הוה ליה למיעבד, כנ"ל, דבגמרא רצה לפרש למה לא אמרינן שהודה לו, וזה אמרינן דמאי הוה ליה למיעבד.

ואם תאמר למה תיסק אדעתין שהודה אם צווח מתחלה ועד סוף, יש לפרש על פי מה שכתב הנמוקי יוסף לענין יצאו מבית דין לחלוק וחזרו כשהאחד תפוס וז"ל: ואיכא מאן דאמר דאי אמר תקפה מינאי לא מהימן דמימר אמר עד השתא לא תקפה ולא יכיל לך השתא היכי יכיל וכן דעת הרמב"ם ז"ל בפ"ט מהלכות טוען ונטען עכ"ל, יעו"ש, ולפי זה היה אפשר לומר דמה שלא היה יכול לעכב השני לתקוף ממנו בפניו, הגם דעד השתא יכיל ליה, הרי זה הוכחה שהודה לו, ואע"ג דצווח מתחלה ועד סוף, לזה קאמר דכיון שראינו התקיפה אין חוששים להודאה, אלא אמרינן מאי הוה ליה למיעבד, אבל מאחר שאין חוששים להודאה טעמא דאין תקיפתו מועילה משום תפיסה בספק ממונא משום דאמרינן מאי דתפיס ידיה הוא, כמש"נ.

והש"ך העתיק אחר כך כמעט כל לשון הנמוקי יוסף עד הסוף וז"ל: שמעינן מהא דכל ספק ממונא דקיימא לן חומרא לתובע וקולא לנתבע אי תקפו תובע בפניו או בפני עדים מפקינן מיניה דאוקי ממונא בחזקת מריה ותקיפה בכהאי גוונא לא מהניא הלכך בכל תיקו שבתלמוד ובכל ספק ממונא תקפו תובע מפקינן מיניה וכן נראין דברי הרי"ף ז"ל שכתב בהלכותיו בההיא בעיא דאיבעיא לן בסוף השוכר את הפועלים (דף צג:): לסטים מזויין כנגד רועה מזויין מאי וסלקא בתיקו וכתב הרב ז"ל בהלכותיו ואפילו רועה מזויין פטור דס"ל ז"ל שדינו כאילו נפשט ממש לקולא ואפילו תפיס תובע מפקינן מיניה שאם לא כן לא היה לו לכתוב פטור עכ"ל, יעו"ש.

והנה הרא"ש בפרק כיצד הרגל (דף יח:): דייק מדברי הרי"ף דס"ל דתפיסה מועילה בספיקא דדינא, יעו"ש, והש"ך הביא דבריו לעיל סי' ג' והסכים עמו, יעו"ש, אבל הנמוקי יוסף ס"ל דשיטת הרי"ף היא דאין תפיסה מועילה בספיקא דדינא, ועיין מה שהעיר הש"ך בדבריו לעיל סי' ט' וט"ז, יעו"ש, ובסוף הדיבור שלפנינו הביא הנמוקי יוסף סמך לשיטתו וז"ל: אבל תיקו שדינו שיחלוקו שאין אחד מהם מוחזק יותר מחבירו אם תפס אחד מהם אין מוציאין מידו וכן כתב הרי"ף ז"ל בהנך בעיי דבריש פרק המפקיד (דף לד:): שעלו בתיקו ופסק בהם הרב ז"ל דחולקים משום דקיימא לן דכל ממון המוטל בספק דליכא לאוקמיה אחזקת מרא קמא חולקים דאם קדם חד מיניהו ותפס לא מפקינן מיניה עכ"ל, יעו"ש.

ודברי הרי"ף שם מובנים היטב לפי דברי הנמוקי יוסף דאין תפיסה מן המוחזק מועילה בספיקא דדינא, וכל זה הוא כשתפס מיד המוחזק, אבל אם אין אחד מוחזק יותר מחבירו שדינו שיחלוקו אם תפס אין מוציאים מידו, שהרי לא תפס מן המוחזק, אולם לדעת הרא"ש והש"ך דשיטת הרי"ף היא דבספיקא דדינא אם תפס מיד המוחזק אין מוציאים מידו, למה הוצרך הרי"ף לאשמעינן דתפיסתו מועילה במקום שאין אחד מוחזק יותר מחבירו, והרי אפילו כשתפס מן המוחזק תפיסתו מועילה.

ואיכא למימר דהיכא שאין אחד מוחזק יותר מחבירו הרי חל חובה על הבית דין לפסוק להם חלוקה מדין ממון המוטל בספק חולקים, ואם תפס אחד מהם וטוען שישאר בידו מדין קולא לנתבע הרי על ידי זה יבוטל דין חלוקה, והיה אפשר לומר דלאו כל כמיניה לבטל פסק בית דין על ידי תפיסתו, לכן הוצרך הרי"ף לאשמעינן

דמכל מקום הועילה תפיסתו.

וגם לפי דעת הנמוקי יוסף בדברי הרי"ף, דתפיסה מן המוחזק אינה מועילה, ואם כן לכאורה פשוטים דברי הרי"ף דבמקום דליכא מוחזק תפיסה מועילה, איכא למימר דמשום הכי קאמר לה הרי"ף כדי לאשמועין דתפיסתו מועילה במקום שיש לדון להם חלוקה, ולא אמרין דלאו כל כמיניה לבטל פסק בית דין, כמש"נ.

שוב כתב הנמוקי יוסף וז"ל: ובמילתא דעבידא לאיגלווי לא מפקינן ממונא מרשות התופס כדי להעמידו אחזקה דמריה קמא וראיה לדבר מדאמרין בפרק המקבל (דף קי.) ההוא שטרא דהוה כתיב ביה שנין סתמא מלוה אומר חמש ולוה אומר שלש מי מהימן וכו' אבל הכא מילתא דעבידא לאיגלווי היא ואטרוחי בי דינא תרי זימני לא מטרחינן וכו' עכ"ל, יעו"ש, והנה לפי גירסת הספרים לפנינו מלוה אומר שלש שנים ולוה אמר שתי שנים, וכן היא גירסת הרי"ף והרמב"ם, יעו"ש, אבל גירסת הנמוקי יוסף היא מלוה אומר חמש ולוה אומר שלש, ולכאורה נראה שהוא תיקן הגירסא, ויש להבין מה ראה לתקנה.

ואולי יש לפרש דברי הנמוקי יוסף על פי הא דאיתא בבבא מציעא (דף ד:): סלעין דינרין מלוה אומר חמש ולוה אומר שלש וכו' רבי עקיבא אומר אינו אלא כמשיב אבידה ופטור, יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: סלעין דינרין שטר שכתוב בו פלוני לווה מפלוני סלעין ולא פירש כמה וכו' אינו אלא כמשיב אבידה מדהוה ליה למימר שנים והשטר מסייעו דכיון דלא פירש ניכרים הדברים ששנים היו לכך לא הוצרך לפרש דמיעוט סלעים שנים וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומבואר דאילו היה הלוח אומר שנים היה השטר מסייע לו, ועיין מה שכתב הש"ך לקמן סי' נ"ה, יעו"ש.

ולפי זה אם היה הלוח טוען שהשטר משכנתא שכתוב בו שנין סתמא לא היה אלא לשתי שנים הרי השטר מסייע לו, ולא היתה מועילה תפיסת המלוה לאכילת פירות יותר משתי שנים, ולכן גרס הנמוקי יוסף שהמלוה אומר חמש והלוה אומר שלש, וכלשון הברייתא בבבא מציעא, ושניהם מודים שלשון שנין סתמא בשטר זה אינו מיעוט רבים שנים, ואם כן אין הוכחה מן השטר לכמה שנים משכן שדהו, והדבר מוטל בספק, ושייך בזה ענין תפיסה.

עוד כתב הנמוקי יוסף וז"ל: ואם תאמר דהא אמרין בפרק האשה שנתארמלה (דף יט:): שנים החתומים על השטר ומתו ובאו שנים אחרים ואמרו כתב ידן הוא זה אבל אנוסים היו קטנים היו נאמנים ואם היה כתב ידן יוצא ממקום אחר אין נאמנים ואקשינן ומגבינן ביה תרי ותרי נינהו ואסיקנא דלא מקרע קרעינן ליה ולא אגבויי מגבינן ביה אלא אי תפס לא מפקינן מיניה ואמאי והא התם לאו מילתא דעבידא לאיגלווי הוא דתרי ותרי נינהו וכמאן נינהו לן למימר אוקי ממונא בחזקת מריה ולא מהני ליה תפיסה יש לומר דכל תרי ותרי לא אמרין אוקי ממונא אחזקה קמא משום דבכל תרי מינייהו סמכינן בודאי ואינו בדין שנוציא ממון מרשות התופס כיון ששני עדים מעידין כדבריו ואף לענין איסור הדין כן וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ומה שכתב הנמוקי יוסף ואסיקנא דלא מקרע קרעין ליה ולא אגבויי מגבין ביה אלא אי תפס לא מפקין מיניה, אין זה מפורש בגמרא אלא ברש"י ד"ה ואוקי ממונא בחזקת מריה וז"ל: בחזקת הלוח ואם קרקע היא תעמוד בחזקת המוכר ודקתני בברייתא אין נאמנים לא דליהוי שטרא מעליא למיגבי ביה אלא דלא קרעין ליה ואי תפיס מידי והדר אתי האי ותבע מיניה לא מפקין מיניה דאמרינן אוקי תרי לבהדי תרי וממונא בחזקת היכא דקאי עכ"ל, יעו"ש.

והנה שם בכתובות מסיק אלא אמר רב נחמן אוקי תרי להדי תרי ואוקי ממונא בחזקת מריה מידי דהוה אנכסי דבר שטיא דבר שטיא זבין נכסי אתו בי תרי אמרי כשהוא שוטה זבין ואתו בי תרי ואמרי כשהוא חלים זבין אמר רב אשי אוקי תרי להדי תרי ואוקי ממונא בחזקת בר שטיא וכו', יעו"ש.

ועיין ברשב"ם בבבא בתרא (דף לב:) ד"ה הלכתא כותיה דרבה בארעא וז"ל: באותו דין ראשון דלעיל מספקא ליה לרב אידי בר אבין טעם של מי משניהם נראה יותר הלכך פוסק בראשון כרבה דאמרינן מה לו לשקר ויעמוד על מקחו וכו' דהיכא דקיימא ארעא תיקום ולא נוציא מספק וכן זוזי היכא דקיימי ליקום וכן הלכה עכ"ל, יעו"ש, ומבואר דבספיקא דדינא ישאר הקרקע ביד הלוקח שהוא תפוס בה ולא ביד המוכר שהוא המרא קמא.

והקשו עליו התוס' בד"ה הלכתא וז"ל: רבינו שמואל פירש דמספקא ליה כמאן הלכתא וצריך לדחוק ולפרש ולחלק בין ספיקא דתרי ותרי לספיקא דדינא דהא דלא אוקמה בחזקת מרא קמא כמו בנכסי דבר שטיא דאמרינן (כתובות דף כ.) אוקי תרי בהדי תרי ואוקי נכסי בחזקת בר שטיא התם הווי תרי ותרי כמאן דליתנהו דמי ואוקמינן ארעא בחזקת מרה קמא אבל הכא דמספקא לן דינא כמאן התם לא שייך כולי האי למימר אוקמה אחזקת מרה קמא ונוציא מיד המוחזק ודוחק הוא וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ולפי דברי התוס' בביאור דברי הרשב"ם תרי ותרי כמאן דליתנהו דמי, ואע"ג דהועילו להטיל נכסי דבר שטיא בספק, מכל מקום איכא לאוקמי קרקע בחזקת בר שטיא ולהוציאה מיד הלוקח, ולא הוי כאילו שני עדים מעידים כנגדו, מה שאין כן בספיקא דדינא, דאם נוציאנה מיד הלוקח הרי זה כנגד דעת אמורא, וכיון דמספקא לן אין עושים כלום, והקרקע נשארת איפוא שהיא, ואע"ג דאמרינן בבבא מציעא (דף קב:) קרקע בחזקת בעליה עומדת, ולעולם קרקע מוחזקת ביד המרא קמא, מכל מקום אין בית דין יכולים להתנגד לדעת אמורא במקום ספיקא דדינא ולהוריד הלוקח מן הקרקע, אבל במקום תרי ותרי בנכסי דבר שטיא שפיר יכולים להוריד הלוקח, דהרי לא נחשב שיש שני עדים כנגד הפסק, דתרי ותרי כמאן דליתנהו דמי, ואפשר דמשום הכי הביא בגמרא עובדא דבר שטיא להוכיח דכמאן דליתנהו דמי.

והנמוקי יוסף פליג על דברי התוס' וס"ל דתרי ותרי כמאן דאיתנהו דמי, ומשום הכי מועילה תפיסה במקום תרי ותרי, ואע"ג דהנמוקי יוסף ס"ל דאין תפיסה מן המוחזק מועילה במקום ספק, תפיסה מועילה בספק דתרי ותרי הואיל ותופס יש לו

שני עדים מעידים כדבריו, ואם כן יש להבין לפי דבריו למה אמרין בנכסי דבר שטיא אוקי תרי לבהדי תרי ואוקי ארעא בחזקת בר שטיא ומוציאים מיד הלוקח, והלא הלוקח כיון שיש לו שני עדים מעידים כדבריו, וכמו שכתבו התוס' דאילו היו תרי ותרי כמאן דאיתנהו לא היינו מוציאים ארעא מיד הלוקח, כמש"נ.

ומבואר דהנמוקי יוסף לית ליה סברת התוס' דאין בית דין יכולים להוציא מיד התופס אם בפסק זה הם מנגדים לדעת אמורא או להגדת שני עדים, שהרי בבעיא דלא איפשטא ס"ל דמוציאים מיד התופס ומחזירים להמרא קמא, כמו שכתב בהמשך דבריו, יעו"ש, ועיימש"נ בשיטת הנמוקי יוסף לענין תפיסה בספיקא דדינא, ובספק במציאות היוצא מבעיא דלא איפשטא איכא דעת בני הישיבה לצד זה ודעת בני הישיבה לצד השני, ומכל מקום מוציאים מיד התופס, ואין לחוש שהפסק בית דין הוא כנגד דעת מקצת אמוראים כיון דאיכא סברת האמוראים לאידך גיסא, ואם כן הוא הדין שאין לבית דין לחוש שלא לפסוק כנגד שני עדים במקום שיש שני עדים אחרים מכחישים אותם.

ולדעת הנמוקי יוסף הא דאין מוציאים מיד התופס משום דתרי ותרי כמאן דאיתנהו דמי מטעמא אחרינא הוא, דאילו כמאן דליתנהו דמי היינו מוציאים מיד התופס ומוקמינן ביד המרא קמא, ואע"ג דהמרא קמא דמטלטלין אינו נחשב כמוחזק בהן, דרק בקרקע אמרין שבחזקת בעליה עומדת, מכל מקום יש לו דין חזקת מרא קמא להכריע מציאות הספק כמו כל חזקה דמעיקרא, ולכן בממון המוטל בספק היינו מכריעים על ידי החזקה ומוציאים מיד התופס, אבל כיון דתרי ותרי כמאן דאיתנהו דמי אין החזקה מכרעת הספק, שהרי התופס יש לו שני עדים מעידים כדבריו, ותרי כמאה, ואין החזקה מוסיפה כלום בהכרעת הספק כנגד התופס שיש לו שני עדים מעידים כמותו.

אבל בעובדא דבר שטיא מוקמינן הקרקע ביד המוכר, כמו שכתב רש"י, דקרקע בחזקת בעליה עומדת, והרי המרא קמא לעולם מוחזק בקרקעו אפילו אם אחר יושב בה, והרי בית דין מורידים הלוקח מן הקרקע שאין לו רשות להיות שם, ואין זה משום שמכריעים הספק על ידי חזקת מרא קמא, כמש"נ במטלטלין, אלא משום שהמוכר הוא המוחזק, והקרקע ברשותו, ואם הלוקח רוצה להישאר בה צריך להביא ראיה, ואין לבית דין לחוש שמורידים הלוקח מן הקרקע כנגד הגדת שני עדים, דהנמוקי יוסף לית ליה סברת התוס', וס"ל דאין לבית דין לחוש להתנגד לשני עדים בפסקם במקום שיש שני עדים אחרים מסייעים להמוחזק, כמש"נ.

ויש לדקדק לפי דברי הנמוקי יוסף דתפיסה מועילה במקום תרי ותרי משום דכמאן דאיתנהו דמי ולא מוקמינן על חזקת מרא קמא, כמש"נ, מאי קאמר בגמרא מידי דהוה אנכסי דבר שטיא, והלא הא דאוקמי ארעא בחזקת בר שטיא הוא משום שקרקע בחזקת בעליה עומדת, והוא המוחזק בה, ולא משום דשני עדים דאיתנהו מסייעים ליה, כמש"נ, וגם החזקה דמעיקרא שהיתה בחזקתו נמי מסייעא ליה, והיכן מצינו בזה דכמאן דאיתנהו דמי, והלא אפילו אם כמאן דליתנהו דמי מוציאים מיד הלוקח

ומחזירים לבר שטיא.

והנה היכא דשנים מעידים על שטר מקוים שעדיו פסולים קאמר בגמרא דהוה להו תרי ותרי, וכתב רש"י וז"ל: עדי השטר שנים ואלו שנים מעידים עליהם שפסולים היו באותה שעה עכ"ל, יעו"ש, והא דהשטר מעיד על עצמו שהוא כשר יסודו מן החזקה, כדאיתא לעיל שם (דף יח:): מלוה גופיה מעיקרא מידך דייק ומחתם, וכן לענין קטנים אמרינן חזקה אין העדים חותמין בשטר אלא אם כן נעשה בגדול, יעו"ש, וכיון דשטר יש לו חזקת כשרות חל בו נמי דין חדש שהוא מעיד על עצמו שהוא כשר, ואם עדים אומרים שהוא פסול הוה להו תרי ותרי, והחזקה שהשטר כשר ומה שהשטר מעיד על עצמו שהוא כשר ענין אחד הוא, דאותה חזקה כשהיא בהשטר הרי זה נחשב כאילו השטר מעיד על הכשרו.

ולכן אין להקשות למה קאמר הנמוקי יוסף דתפיסת המלוה במקום תרי ותרי מועילה משום דכמאן דאיתנהו, ומשום הכי לא מוקמינן על חזקה דמעיקרא דמרא קמא, ולמה לא קאמר דלא מוקמינן ממונא בחזקת מרא קמא משום דהשטר שביד המלוה אית ליה חזקת כשרות המסייעא ליה, זה אינו, שהרי החזקת כשרות והגדת השטר היינו הך, כמש"נ, והרי הוכחשה על ידי שני עדים אחרים, ומשום הכי קאמר הנמוקי יוסף דטעמא דתפיסת המלוה הועילה משום דתרי ותרי כמאן דאיתנהו, ואין חזקה דמעיקרא דמרא קמא מכרעת כנגד עדים, כמש"נ.

ונראה ליישב דברי הנמוקי יוסף על פי דברי הר"ן בעובדא דבר שטיא, דקאמר בגמרא שבאו שנים ואמרו כשהיה שוטה זבין ואחר כך באו עוד שני עדים אחרים ואמרו כשהיה פיקח מכר, והוה להו תרי ותרי ואוקי ארעא בחזקת בר שטיא, ועיין בר"ן שלמד דהמכירה היתה על ידי שטר, ואיכא חזקה שנעשה בכשרות, וחזר בו משום קושיא צדדית, יעו"ש, אכן יש לדקדק דלמה הוצרך לומר שבאו אחרים ואמרו כשהיה פיקח מכר, ולמה לא הוה להו תרי ותרי משום חזקת השטר עצמו שעל ידי החזקה נחשב כהגדת עדיו כמו בשטר חוב, כנ"ל.

וצריך לומר דאע"ג דיש להעמיד השטר על חזקתו שנעשה בכשרות, ולא היה המוכר שוטה באותה שעה, דסתם שטרות נקטינן שהם כשרים, אולם אין לומר ששוב נעשה כאילו עדי השטר מעידים על כך, והחזקת כשרות נהפך להיות הגדת עדות, שהרי דלמא לא ידעו שהוא לעתים חלים ולעתים שוטה, ומשום הכי לא ידעו שצריכים לבדוק אותו היטב, כמו שכתב הרמב"ם פכ"ט מכירה הל"ה לענין מי שידוע שהוא עתים חלים עתים שוטה, יעו"ש, ולכן אין השטר מעיד שהיה פיקח באותה שעה, ורק משום שבאו אחרים ואמרו שבאותה שעה היה פיקח הוה להו תרי ותרי.

ונמצא לפי זה דבעובדא דבר שטיא מלבד דאיכא תרי כנגד תרי איכא נמי חזקת כשרות של השטר מכירה, ואפילו אם נימא שלא מכרו בשטר אלא בקנין אחר, הרי אותו קנין יש לו חזקת כשרות אילו לא באו שום עדים לא לצד זה ולא לצד זה, ואם כן כאן כשבאו עדים והכחישו אלו את אלו עדיין יש לנו נמי חזקת כשרות של הקנין. והשתא יש לומר לדברי הנמוקי יוסף דמהא גופא מוכיח בגמרא מעובדא דבר

שטיא דתרי ותרי כמאן דאיתנהו דמיא, דאילו כמאן דליתנהו דמי היינו מכריעים הספק על ידי החזקת כשרות של השטר ומניחים הקרקע ביד הלוקח, ולא היינו מחזירים אותה לבר שטיא מכח מה שהיא מוחזקת בידו מדין קרקע בחזקת בעליה עומדת, שהרי החזקת כשרות מכרעת הספק, אלא מבואר דתרי ותרי כמאן דאיתנהו דמי, ואין החזקה מכרעת הספק במקום שיש עדים, ומוקמינן ארעא בחזקת בר שטיא שהוא המוחזק בה, דקרקע בחזקת בעליה עומדת, כמש"נ.

וצריך לומר לפי זה דאם הוה סבירא לן דתרי ותרי כליתנהו דמי היינו מכריעים הספק על ידי החזקת כשרות ומוציאים הקרקע מיד המרא קמא המוחזק בה, דמחשבינן להחזקת כשרות כאן סהדי דאלימא להוציא מן המוחזק, אבל התוס' בבבא בתרא פליגי על זה וס"ל דכמאן דליתנהו דמי, ומכל מקום מוקמינן הקרקע ביד בר שטיא, ומבואר דס"ל דלא אלימא חזקת כשרות להוציא הקרקע מוחזקתו.

והנמוקי יוסף הוסיף וז"ל: ואף לענין איסור הדין כן דכל היכא דאיכא תרי ותרי לא אמרינן אוקי מילתא אחזקתה כדמוכח ההיא דינאי המלך פרק האומר בקידושין (דף סו.) אבל כל ספיקא דממונא דלאו מכח תרי ותרי אתי ולא מילתא דעבידא לאיגלווי היא אפילו תפס תובע מפקינן מיניה עכ"ל, יעו"ש, ובגמרא שם איתא דינאי המלך שהיה כהן מבית חשמונאי רצה להיות גם כהן גדול, וחשבו שאמו נשבת קודם שנולד, ונמצא שנתחלל, ויבוקש הדבר ולא נמצא והחזיקוהו בחזקת כשרות, וקאמר היכי דמי אילימא דבי תרי אמרי אישתבאי ובי תרי אמרי לא אישתבאי מאי חזית דסמכת אהני סמוך אהני וכו', יעו"ש.

וכתב רש"י וז"ל: היכי דמי ויבוקש הדבר ולא נמצא דמשמע סמוך אהני דאמרי אישתבאי והיכי קאמר ולא מצאו ואי אמרת אוקי תרי לבהדי תרי ואוקי איתתא אחזקתה הני מילי אם היא קמן והיתה באה לבית דין להתירה אבל בנה זה הנדון אין לו חזקה דכשרות שהרי מעידים על תחילת לידתו בפסול עכ"ל, יעו"ש, ולמד רש"י דטעמא דלא העמידו ינאי על חזקת כשרות משום דהוא עצמו מעולם לא נתחזק בכשרות.

והתוס' הביאו דבריו בד"ה מאי חזית דסמכת אהני סמוך אהני והקשו עליו וז"ל: ואם תאמר מכל מקום תיהני ליה חזקה דאימיה שהיתה בחזקת כשרות דהא אמרינן בפרק קמא דכתובות (דף יג.) לדברי המכשיר בה מכשיר בבתה ויש לומר דלא אמר אוקי תרי בהדי תרי אלא בתרומה דרבנן ותרי ותרי ספיקא דרבנן ובהא לא החמירו אבל ביוחסין דאיכא איסורא דאורייתא החמירו ואסורה היא מדרבנן עכ"ל, יעו"ש, ולדברי התוס' יש לסמוך על החזקה במקום תרי ותרי, דהוה ליה ספיקא דרבנן, כדאיתא ביבמות (דף לא.), יעו"ש, ומכל מקום החמירו ביוחסין שלא לסמוך.

אבל הנמוקי יוסף למד דלא העמידוהו על חזקת כשרות משום דתרי ותרי כמאן דאיתא, ובכל תרי מינייהו סמכינן בודאי, ולא מוקמינן על חזקה במקום תרי ותרי כיון ששני עדים מעידים כנגד החזקה, כנ"ל, אכן יש לעיין בדבריו שהרי מבואר בהסוגיא דיבמות שהביאו התוס' דאם תרי ותרי ספיקא דאורייתא ליכא לאוקמי על חזקה אבל

אם תרי ותרי ספיקא דרבנן שפיר מוקמינן על חזקה, ומסיק שם בשתי כיתי עדים נמי ספיקא דרבנן היא דאמרינן אוקי תרי לבהדי תרי ואשה אוקמה אחזקה מידי דהוה אנכסי דבר שטיא דבר שטיא זבין נכסי אתו בי תרי ואמרי כשהוא חלים זבין ואתו בי תרי ואמרו כשהוא שוטה זבין ואמר רב אשי אוקי תרי לבהדי תרי ואוקי ארעא בחזקת בר שטיא, יעו"ש, והיאך קאמר הנמוקי יוסף דבמקום תרי ותרי לא מוקמינן על חזקה. אולם נראה דזה לא קשה מידי, דמאי דקאמר הנמוקי יוסף דתרי ותרי כמאן דאיתא, כנ"ל, לאו היינו לומר דתרי ותרי ספיקא דאורייתא, דהרי מסיק בגמרא דתרי ותרי ספיקא דרבנן, אלא ענין תרי ותרי ספיקא דאורייתא היינו דכל היכא דאיכא תרי ותרי הדבר נשאר לעולם במצב של ספק, ואי אפשר לאוקמי על שום חזקה, ואפילו חזקה שאינה מכרעת עצם הספק, כגון קרקע בחזקת בעליה עומדת, והיינו דבמקום ספק אין להוציא הקרקע מן המרא קמא שהיא ברשותו, ואמרינן קולא לנתבע וחומרא לתובע, אבל אם תרי ותרי ספיקא דאורייתא הממון לעולם עומד במצב של ספק, ואין לבית דין שום עצה אלא לדון להם חלוקה.

אבל למאי דמסיק דתרי ותרי ספיקא דרבנן איכא לאוקמי על חזקה ולהניח המצב כמו שהיה בלי שום השתנות, ומשום הכי מוקמינן אשה על חזקת היתר לשוק שהיתה לה מקודם, ומוקמינן ארעא בחזקת בר שטיא שהיתה אצלו מקודם. אכן הנמוקי יוסף ס"ל דתפיסה אינה מועילה במטלטלין בספק שאין בו תרי ותרי, וטעמא משום שחזקת מרא קמא מוציאה מיד התופס, וכלשונו דכל תרי ותרי לא אמרינן אוקי ממונא אחזקה קמא, כנ"ל, ומבואר דבספק דליכא תרי ותרי מוקמינן על חזקת מרא קמא, ואע"ג דהמרא קמא אינו נחשב מוחזק במטלטלין כמו בקרקע, ואין בזה דינא להניח המצב כמו שהיה, אלא הוא דין הכרעה בעצם הספק כמו כל חזקה דמעיקרא, וס"ל להנמוקי יוסף דהכרעת חזקת מרא קמא מוציאה מיד התפוס כיון שאין לו דין מוחזק גמור.

והא דהנמוקי יוסף ס"ל דאם תפס בספיקא דדינא מוציאים מידו, ואע"ג דלא שייך שם הכרעה דחזקת מרא קמא, היינו משום דהנמוקי יוסף לא חשיב טענת קים לי כטענת ברי, ותפיסה בטענת שמא אינה מועילה אפילו אם אין חזקת מרא קמא כנגדה. ובספק דאית ביה תרי ותרי הדבר תלוי באם תרי ותרי כמאן דליתנהו או כמאן דאיתנהו, דאם כמאן דליתנהו, כמו שכתבו התוס' בבבא בתרא, כנ"ל, שפיר איכא להוציא מן התפוס על ידי הכרעת ספק דחזקת מרא קמא, שהרי אין שם עדים מנגדים להחזקה, אבל אם כמאן דאיתנהו דמי הרי איכא שני עדים גמורים מעידים כנגד החזקה, ולא סמכינן עלה, אבל אפילו אם כמאן דאיתנהו דמי שפיר מוקמינן על חזקה שאינה מתורת הכרעת עצם הספק אלא שמחייבת להניח המצב בלי השתנות במקום שאין השינוי ידוע, כמש"נ, ושפיר מוקמינן אשה בחזקת היתר לשוק ומוקמינן ארעא בחזקת בר שטיא.

ורק אם תרי ותרי ספיקא דאורייתא הדבר לעולם מוכרח להישאר במצב של ספק, ולא מוקמינן על שום חזקה כלל, ובממון דנים להם חלוקה, כמש"נ, אבל אם תרי ותרי

ספיקא מדרבנן יש להניח המצב בחזקתו כמו שהיה מקודם, כמש"נ.

ומה שכתב הנמוקי יוסף דכן לענין איסור לא מוקמינן על החזקה במקום דאיכא תרי ותרי, וכההיא דינאי המלך, אזיל בזה בשיטת רש"י דאין לאוקמי ינאי על חזקת כשרות של אמו שהרי היא לא באה לפנינו, כנ"ל, דאילו באה לפנינו היינו דנים שתישאר בחזקת כשרות ולא ישתנה המצב אע"ג דאיכא תרי ותרי, ושוב היינו מכשירים ינאי כיון שנולד מאשה כשרה, אולם כיון שאמו לא באה לפנינו, וינאי עצמו מעולם לא היה במצב של חזקת כשרות, הרי לגבי ידיה ליכא אלא הכרעת חזקה דמעיקרא דאמו קודם נשבית, ומכח החזקה דמעיקרא היינו יכולים לתלות דכי היכי שלא נשבית מקודם כן נמשך הלאה, והמציאות היא שלא נשבית ולא נטמאה, וכמו כל חזקה דמעיקרא, ואם כן גם ינאי לא נתחלל, דחזקה המכרעת המציאות אינה מוגבלת למי שעומד לפנינו, וגם לגבי ינאי היתה החזקה פועלת כהכרעה, אכן כיון דתרי ותרי כמאן דאיתנהו דמי לא מוקמינן על חזקה להכריע עצם הספק כיון ששני עדים מעידים כנגדו, כמש"נ.

ועיין מה שכתב הנמוקי יוסף שם ביבמות ז"ל: וכן כתבו שפסק ר"י בעל התוספות דרבא הודה לאביי בשתי כתי עדים דספיקא דרבנן הוא והקשה הרב ז"ל מהא דינאי מלכא במסכת קידושין (דף סו.) שהיו אומרים אמו נשבית במודיעים לפסלו לכהונה ויבוקש הדבר ולא נמצא ופריך התם היכי דמי אי דתרי אמרי אישתבאי ותרי אמרי לא אישתבאי מאי חזית דסמכת אהני דאמרי לא אישתבאי סמוך אהני דאמרי אישתבאי אלמא לא אמרינן אוקמיה אחזקתיה ותירץ ז"ל דלאחמורי אדאורייתא הוא דאמר הכי דאע"ג דמדינא אוקי גברא אחזקתיה או אתתא בחזקתה אמרי רבנן אזלי לחומרא מידי דאמרינן הכא גבי קדושין וגרושין דהתם נמי בתרומה דאורייתא ועבודה דאורייתא מחמרינן וכו' עכ"ל, יעו"ש, וכל זה הוא בשם הר"י, ובלשון הזה הביא נמי הריטב"א את דברי הר"י, יעו"ש.

והר"י אזיל בזה לשיטתו דפליג על דברי רש"י וס"ל דאיכא לאוקמי גם ינאי על חזקת כשרות דאמו, כנ"ל, ואם כן אפילו אם תרי ותרי כמאן דאיתנהו דמי איכא לאוקמי ינאי בחזקת כשרות שהיה עומד בה מחמת אמו בלי השתנות המצב, ולא משום הכרעת עצם הספק, כמש"נ, ולכן תירץ דמשום חומרא לא אוקמי על חזקתו, אבל הנמוקי יוסף בבבא מציעא אזיל בשיטת רש"י דינאי לא היה עומד במצב של חזקת כשרות, ואי משום הכרעת עצם הספק משום חזקה דמעיקרא שאמו היתה כשרה, הרי תרי ותרי כמאן דאיתנהו דמי, ואין לסמוך על הכרעת חזקה במקום ששני עדים מעידים כנגדה, כמש"נ.

והנמוקי יוסף הביא דברי הר"י כצורתם, ולא חש להזכיר דלשיטת רש"י לא איצטרך לתירוצו, שהרי תירוצו של הר"י דהוי חומרא דרבנן מספיק לכל הדעות, ומכל מקום לדברי רש"י אין צורך לכך, דבלאו הכי ליכא לאוקמי לינאי בחזקת כשרות דאמו כיון שלא היתה בפנינו, ואי משום הכרעת חזקה דמעיקרא, הרי תרי ותרי כמאן דאיתנהו דמי, והרי שני עדים כנגדה, כמש"נ, וכל זה מתפרש בבבא מציעא באריכות

דבריו בעניני תפיסה, ואין מקומו להביאו ביבמות.

ואין להקשות על דברי הנמוקי יוסף דתרי ותרי כמאן דאיתנהו דמי מהא דאמרינן בבבא בתרא (דף לא:): שתי כתי עדים המכחישות זו את זו אמר רב הונא זו באה בפני עצמה ומעידה וזו באה בפני עצמה ומעידה ורב חסדא אמר בהדי סהדי שקרי למה לי וכו', יעו"ש, ורב הונא ס"ל דמוקמינן כל כת וכת על חזקת כשרות, ואם כמאן דאיתנהו דמי היאך מוקמינן להו על חזקה, ודוחק לומר דבהא גופא נחלקו רב הונא ורב חסדא. אלא היינו טעמא משום דשתי כתי עדים המכחישות זו את זו אינם מעידים אלא על גופא דעובדא היכי הוה, אבל אינם מעידים שהעדים המכחישים אותם פסולים לעדות מחמת שהם שקרנים, דדבר זה יוצא ממילא מהגדתם, והוא מסור לבית דין ולא להם, ונמצא דעל העובדא איכא תרי ותרי וכמאן דאיתנהו דמי, אבל על כשרות העדים ליכא עדות כלל, ומוקמינן להו על החזקה לענין עדות אחרת, ורב חסדא פליג וס"ל דהם נחשבים כמעידים על פסול העדים האחרים, והוה להו תרי ותרי לגבי כשרות העדים, וכעין זה כתב הב"ח, ועיין בקצות החושן סי' ל"ד סק"ו, יעו"ש.

ובתפיסה ברשות כתב הנמוקי יוסף וז"ל: ומיהו הני מילי דתפיס שלא ברשות אבל תפיס ברשות אפילו בכהאי גוונא לא מפקינן מיניה וכו' ומיהו כי אמרינן דבספיקא דממונא תפיסה ברשות מהניא הני מילי במטלטלי אבל במקרקעי אפילו ברשות לא מהניא וכו' עכ"ל, יעו"ש, ועיימש"נ לעיל בסי' נ' ובהגהות, והנה הש"ך כתב בסי' נ' וז"ל: דהא טעמא דתפס ברשות מהני כיון דנתנו לו ברשות הוה ליה איהו בעלים ואידך המוציא מחבירו ועליו הראיה עכ"ל, יעו"ש, ואם כן יש להבין למה אין תפיסה ברשות מועילה בקרקעות, והא הוי איהו הבעלים כיון שנתנו לו ברשות.

אולם אין כונת הש"ך דכיון שנתנו לו ברשות הרי זה כמו הודאת בעל דין, אלא כונתו דאפילו להנך שיטות דתפיסה אינה מועילה, ואין הממון נחשב כתפוס בידו מאחר שחטה מחבירו, היכא בנתנו לו ברשות הרי התפיסוהו בהממון, ושפיר נחשב כתפוס בידו, ומכל מקום עיקר דין מוחזק עדיין אצל המרא קמא, דקרקע בחזקת בעליה עומדת, והרי היא לעולם מוחזקת בידו, ומוחזק דיד מוציא מיד התפוס, דעל התפוס להביא ראיה.

ובהמשך דבריו כתב הנמוקי יוסף וז"ל: ומיהו היכא דספיקא דממונא איתיה מחמת טענותיהן של בעלי דבר שהם מכחישים זה את זה ולא נתברר לנו האמת בכהאי גוונא אי תפס שלא בעדים מהניא ליה תפיסתו מגו דאי בעי אמר לא היו דברים מעולם אבל היכא שהספק הוא מחמת הדין בעצמו לא מהניא תפיסה אפילו שלא בעדים דהא ליכא למימר מגו וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומה שכתב דהיכא שהספק הוא מחמת הדין בעצמו לא מהני תפיסה היינו שבעצם יש ספק בהמציאות, או במקום דאיכא דררא דממונא, או ספק שבשטר, וכמו בשלהי דבריו וז"ל: במין שהאחד מוחזק מחבירו יש שני חלקים האחד כשהספק הוא מחמת הדין בעצמו, כגון ספק בכור או כור בשלשים וכיוצא בהם וכו' עכ"ל, יעו"ש.

וספיקא דממונא שכתב הנמוקי יוסף היינו ספק במציאות ולא ספיקא דדינא, ובכל ספיקא דממונא במציאות, או שבאה מחמת דררא או שבאה מחמת טענותיהם, אין תפיסה ממרא קמא מועילה, ומוציאים מידו, ואולם התופס היכא דהספק הוא מחמת טענותיהם תפיסה שלא בפני עדים מועילה הואיל ואית ליה מיגו דאי בעי אמר לא תפסתי, אבל היכא דבעצם הוי ממון המוטל בספק, דהיינו על ידי דררא דממונא או ספק שבשטר אין לו מיגו, דאפילו אם מאמין לו עדיין הוי ספק מחמת הדין עצמו, ומשום הכי אם תפס מוציאים מידו.

והנמוקי יוסף כתב לחלק בספיקא דממונא וז"ל: ובכל הני גווני דאמרינן דלא מהניא תפיסה הני מילי בספיקא דממונא שדינן לנתבע לקולא דאיכא למימר אוקי ממונא אחזקת מריה אבל תיקו שדינו שיחלוקו שאין אחד מהם מוחזק יותר מחברו אם תפס אחד מהם אין מוציאים מידו וכן כתב הר"ף ז"ל בהנך בעיי דבריש פרק המפקיד (דף לד:): 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 עכ"ל, יעו"ש.

ואין כונתו לחלק בין ספיקא דממונא לספיקא דדינא, דהרי הר"ף קאי על בעיות במקרים שונים אם המשאיל מקנה הכפל להשואל לכשימצא הגנב וז"ל: שאל משותפין ושילם לאחד מהן שותפין ששאלו ושילם אחד מהן שאל מן האשה ושילם לבעלה אשה ששאלה ושילם לבעלה כל אלו עלו בתיקו וחולקין דקיימא לן ממון המוטל בספק חולקין והני מילי בארץ ישראל אבל בבבל קנסא הוא ולא מגבינן ליה בבבל ואי קדים חד מינייהו ותפס לא מפקינן מיניה בין בבבל בין בארץ ישראל עכ"ל, יעו"ש, ומה שעלה בתיקו שם אינו על בעיא דספיקא דדינא אלא על בעיא דספיקא במציאות, אם המשאיל גומר דעתו להקנות הכפל להשואל במקרים אלו, והרי זה כמו ספק בלשון השטר.

אלא כונת הנמוקי יוסף לחלק בין בספיקא דממונא היכא דאחד מהם מוחזק בהממון, דאמרינן אוקי ממונא אחזקת מריה, ואי תפס האחר מוציאים מידו, ובין ספיקא דממונא דאין בו מרא קמא, כגון הני בעיות דפרק המפקיד שאין שום אחד מהם מוחזק בהכפל אלא שהכפל עדיין ביד הגנב, ומיבעי לן אם צריך הגנב לשלם להמשאיל או להשואל, והתם דנים להם חלוקה, ואם קדם אחד מהם ותפס הממון מיד הגנב אין מוציאים מידו, והוא הדין בגוני אחריני דספיקא דממונא שאין אחד מהם מוחזק בו שדנים להם חלוקה, כגון שני שטרות היוצאים ביום אחד בבבא בתרא (דף לד:): דאמר רב יחלוקו, אם תפס אחד מהם אין מוציאים מידו, והנמוקי יוסף הביא תיקו דכפל שבו כתב הר"ף להדיא דאם תפס אין מוציאים מידו.

והרי"ף הזכיר דין התפיסה בתיקו שדינו בחלוקה, דהתם כל ענין התפיסה הוא רק בנוגע להחלוקה, דאם אין תפיסה מועילה מוציאים הממון מיד התופס ודנים להם חלוקה, ואם תפיסה מועילה אין מוציאים מידו ובטל דין החלוקה, אבל לולי דהדין הוא דחולקים אין נפקא מינה אם תפיסה מועילה או לא, דלמה נוציאנו מידו כיון שגם

האחר לא היה מוחזק בהממון, ופסק הרי"ף דאע"ג דצריכים לדון להם חלוקה הועילה תפיסתו ואין מוציאים מידו.

וכל זה הוא אם קדים ותפס קודם החלוקה, כמו שכתב הרי"ף, כנ"ל, אולם לאחר שדנו להם יחלוקו זכה כל אחד בחצי בהחלט על ידי פסק בית דין, ואין אחד יכול לתפוס מחבירו, וכן מצינו בבבא מציעא (דף ו.ו.) בבעיא דשנים אוחזים בטלית ותקפה אחד בפנינו שכל הבעיא היא רק קודם שנשבעו על החלוקה, כמו שכתב רש"י, יעו"ש. ובתחלת דבריו שם כתב הנמוקי יוסף וז"ל: שמעין מהא דכל ספק ממונא דקיימא לן חומרא לתובע וקולא לנתבע אי תקפו תובע בפנינו או בפני עדים מפקינן מיניה דאוקי ממונא בחזקת מריה ותקיפה בכהאי גונא לא מהניא הלכך בכל תיקו שבתלמוד ובכל ספק ממונא תקפו תובע מפקינן מיניה וכן נראין דברי הרי"ף ז"ל שכתב בהלכותיו בההיא בעיא דאיבעיא לן בסוף השוכר את הפועלים (דף צג:) לסטים מזוין כנגד רועה מזוין מאי וסלקא בתיקו וכתב הרי"ף ז"ל בהלכותיו ואפילו רועה מזוין פטור דס"ל ז"ל שדינו כאילו נפשט ממש לקולא ואפילו תפיס תובע מפקינן מיניה שאם לא כן לא היה לו לכתוב פטור עכ"ל, יעו"ש.

והראיה שהנמוקי יוסף הביא מדברי הרי"ף בבעיא דרועה מזוין דסלקא בתיקו ואם תפס מוציאים מידו נמי מיירי בספיקא דממונא, דמספקא לן בהמציאות אם לסטים מזוין כנגד רועה מזוין הוי אונס או לא, ואוקי ממונא דרועה אחזקתיה ואינו צריך לשלם, ואין תפיסה ממנו מועילה, ולענין דעת הנמוקי יוסף בספיקא דדינא, עיין מה שכתב הש"ך לעיל בסי' ט' ובהגהות שם.

וביאור דבריו, דטעמא דמוציאים מיד התופס משום דמוקמינן ממונא אחזקת מרא קמא, והיינו דמן הדין נקטינן שהמציאות היתה באופן שהיא לטובת המרא קמא, ואע"ג דאין חזקת מרא קמא של הישראל בספק בכור מוכיח כלל אם כבר ביכרה אמו מקודם או לא, הכי הוא דין החזקה למאן דאמר תפיסה אינה מועילה דלענין דינא נקטינן שכבר ביכרה אמו מקודם ואינו בכור, והרי הוא ממנו של הישראל שנולד ברשותו, וכן גבי כור בשלשים, אע"פ שנסתפקו חכמים אם תפוס לשון ראשון או תפוס לשון אחרון, כיון שהמוכר מרא קמא נקטינן לענין דינא שבעובדא זו תפס לשון ראשון, ואם תפס ממנו מוציאים מידו, ורק כשאין אחד מוחזק יותר מחבירו ודנים להם חלוקה אמרינן דאם תפס אין מוציאים מידו.

והנה הרא"ש בבא קמא (דף יט:) הוכיח דשיטת הרי"ף היא דתפיסה מועילה בספיקא דדינא דתיקו, והובאו דבריו לעיל בסי' ג', יעו"ש, והכא קאמר דבתיקו אין תפיסה מועילה אלא כשאין אחד מוחזק יותר מחבירו, אכן החילוק הוא בין תיקו בספק במציאות לתיקו בספיקא דדינא, דבספק במציאות מוקמינן על חזקת מרא קמא ונקטינן שכן היה המציאות, כמש"נ, אבל בספיקא דדינא שנחלקו בה אמוראים לא שייך לומר דנקטינן לטובת המרא קמא שהלכה כאמורא זה או השני, ואם כן לא איכפת לן במה שהוא היה המרא קמא, דאין זה מעלה או מוריד, כמש"נ, ומשום הכי ס"ל להרי"ף דבתיקו בספיקא דדינא תפיסה מועילה, דאע"ג דאינו יכול להוציא ממנו

בבית דין לדון להם חלוקה דמספק אל תוציאנו מידו, אולם כשתפס והשתא הממון בידו גם ממנו אין להוציא מספק, ומה שהראשון הוא מרא קמא לא מעלה ולא מוריד להכריע כותיה, כמש"נ.

ובסוף דבריו כתב הנמוקי יוסף וז"ל: אמר המחבר כללא דספיקא דממונא, בספיקא דממונא יש שני מינין היכא שמוחזק האחד יותר מחברו דקיימא לן קולא לנתבע הוא המין האחד והשני היכא שאין אחד מוחזק יותר מחברו, במין שהאחד מוחזק מחברו יש שני חלקים וכו' במין שאין האחד מוחזק יותר מחברו יש חילוף בדין בין אין שום אחד תופס בו דאז קדם האחד ותפס בין בפני עדים בין שלא בפני עדים לא מפקינן מיניה ובין אם שניהם תופסין בו דאי קדם האחד ותפסו מחברו והלה צווח מעיקרא מפקינן מיניה והכל מפורש בפנים עכ"ל, יעו"ש.

ויש להבין למה הזכיר הנמוקי יוסף דבשנים אוחזים אין תפיסה מועילה כשהלה צווח מעיקרא, והלא זהו ענין צדדי, דאם לא צווח אמרינן שהודה לו, ואינו מדיני תפיסה אם מועילה או אינה מועילה, אלא היינו טעמא דאין מוציאים מידו כשהלה לא צווח משום שהודה לו, והנמוקי יוסף כתב דשנים אוחזים הוא מין שני של כללא דספיקא דממונא, ולא היה לו לכתוב אלא דאם שנים אוחזים אין תפיסתו בפני עדים מועילה להוציא מן המוחזק, ולמה נחית לענין שתיקה וצויחה.

ונראה דבדרך כלל אין המוחזק מחויב לצווח כשחברו תפס כלי ממנו, ואין שתיקתו נחשבת כהודאה, דמחר יתבענו לבית ויוציא הגזילה מידו, אכן בשנים אוחזים אם תקפה אחד בפנינו והלה שתק אמרינן שהודה לו, ומשום הכי אם לא צווח אין מוציאים מיד התופס, והיינו משום דכיון דשנים אוחזים ומוחזקים ביחד חזקת כל אחד קלושה, אפילו אם נאמר דהוי כנחלקה, ומחמת קלישות החזקה תולים שתיקתו בהודאה.

אכן יש לדקדק דלמה כתב הנמוקי יוסף דמוציאים מידו רק כשהלה צווח מעיקרא, והלא אפילו אם שתק ולבסוף צווח נוציאנו מידו, דהוי בעיא דלא איפשטא, והרי זו ספיקא דממונא במציאות מחמת הדין עצמו, כגון תקפו כהן, ובזה ס"ל להנמוקי יוסף דמוציאים מידו כיון שתפס מיד המוחזק, כנ"ל, ואולי יש לומר דאי משום הא לא היתה חזקתו מועילה לו הואיל והוקלשה בשנים אוחזים, כמש"נ, ואם שתק ולבסוף צווח לא היינו מוציאים מידו, אולם כיון שצווח מעיקרא אין בזה ספיקא דממונא בלי טענותיהם, ותפיסתו גרועה כיון שאינה סמוכה על דררא דממונא או שום צד מחמת הדין עצמו, ולכן יכול להוציא מידו אפילו בחזקה קלושה.

סימן נד

בו יובאו דברי הרמ"א בשובר שלשונו מסופק דיד הלוח על העליונה, ויבואר קושית הסמ"ע דהרי יש למלוה שטר ברור וגובה ממשעבדי, וישוב הש"ך דשטר דרכו לשובר.

כתב הש"ך וז"ל: מכל מקום נקטינן בהא כהרא"ש וטור ורבינו ירוחם דבכל ספק שבשטר וטוען התופס ברי מהניא תפיסה וכו' וכן דעת מהרי"ק שורש קס"א רק שכתב שם מהרי"ק דמדברי הסמ"ג עשין צ"ה שהבאתי לעיל סי' ב' משמע לכאורה דאפילו היכא שהמוחזק טוען ברי לא מהניא תפיסה מדהביא ראייה מפרק שני דכתובות אם כן משמע דלא מחלק בין טוען התוקף ברי או לא, דאם כן מאי ראייה מייתי, נימא דשאני התם [דהמלוה] טוען ברי ומנא לן דיש לחלק בין תפס קודם שנולד הספק או אחר כך וכו' והבאתי לשונו לקמן סי' ע"ט עכ"ל, יעו"ש, הרי שהוכיח המהרי"ק דלדעת הסמ"ג תפיסה בטענת ברי לאחר שנולד הספק אינה מועילה.

והש"ך דחה ראיתו ולמד דגם לדעת הסמ"ג תפיסה בטענת ברי מועילה, והוכיח כדבריו וז"ל: תדע דעל כרחק הסמ"ג גופיה מודה דבברי מהני תפיסה, דהא מהרי"ק גופיה כתב שם דלאו דוקא בטענת ברי אלא אפילו טענת קים לי דחשיבא כטענת ברי, והבאתי לשונו לקמן סי' ע"ט, אלמא דמאן דס"ל דבפלוגתא דרבוותא מהני תפיסה כל שכן דס"ל דבטענת ברי ממש מהני תפיסה וכו' וכיון שהוכחתי לעיל סי' ז' דס"ל להסמ"ג דאפילו בתיקו מהני תפיסה אפילו אחר שנולד הספק וכו' פשיטא ופשיטא דבטענת ברי ממש ס"ל דמהני תפיסה וכו' עכ"ל, יעו"ש, והיינו משום דבודאי עדיפא טענת ברי מטענת קים לי, ואם תפיסה בטענת קים לי מועילה, כל שכן דתפיסה בטענת ברי מועילה.

וראית הש"ך הוא לפי מה שכתב המהרי"ק דלמאן דאית ליה תפיסה מועילה בספיקא דדינא טעמא דמילתא משום שיכול לומר קים לי כצד זה, וכן היא דעת הש"ך בכמה מקומות, והיינו דתפיסה מן המוחזק אינה מועילה אלא בטענת ברי, ואם כן תפיסה מן המוחזק בספיקא דדינא אינה מועילה אלא בטענת קים לי. ויש לדון להנך דעות דבספיקא דדינא תפיסה מועילה, אם אפשר לומר כן גם אם לא מחשבינן טענת קים לי כטענת ברי, דהנה הנמוקי יוסף בבבא מציעא (דף ו:.) ס"ל דתפיסה אינה מועילה, ומכל מקום בתרי ותרי מועילה משום דתרי ותרי כמאן דאיתנהו דמי והרי אית ליה שני עדים מסייעים לו, והובאו דבריו לעיל סי' נ"ג, יעו"ש, ועיימש"נ בהגהות, ובתרי ותרי לא בעינן אפילו טענת ברי, שיכול לסמוך על העדים, ואם כן גם בפלוגתא דרבוותא נימא הכי, דכיון דאיכא אמורא דקאי כותיה אין להוציא מידו, ואפילו אם אינו טוען קים לי אלא שסומך על אחד מן האמוראים דפליגי בכך, ואולי נוכל לומר כן אפילו בבעיא דלא איפשטא, דמסתמא שקלי וטרי בה בני הישיבה ולא באו למסקנא, והרי איכא סברא שנאמרה בבית מדרשם של האמוראים דקאי כותיה, ועיימש"נ לקמן סי' נ"ו ובהגהות.

הש"ך הביא דברי המחבר בסי' מ"ב סעי' ב' וז"ל: בכל הני דאמרינן לעיל שיד בעל השטר על התחתונה אי תפס מטלטלין לא מפקינן מיניה, ובהגהות הרמ"א וכל שכן שאומרים בשובר יד בעל השובר על העליונה הואיל והוא מוחזק דלא כיש חולקים ואומרים דאפילו בשובר אמרינן ידו על התחתונה עכ"ל, יעו"ש, והני שתי שיטות הן שיטת הרא"ה דס"ל דיד בעל השובר על העליונה ושיטת הריטב"א דס"ל דידו על התחתונה, והובאו דבריהם בדרכי משה בשם הנמוקי יוסף בבבא בתרא (דף קסה:), כמו שכתב הש"ך לקמן סי' נ"ה, יעו"ש, והנה דעת הרא"ה שפיר מובנת, שהרי הדבר ספק והלוח מוחזק, והמוציא מחבירו עליו הראיה, אבל דעת הריטב"א צריך ביאור. וכתב הסמ"ע ס"ק כ"ג בביאור דברי הרמ"א וז"ל: והא דכתב דכל שכן הוא, רצה לומר מאחר דבתפס שלא ברשות מרשות בעלים לאחר שנולד הספק מהני כל שכן בשובר שהוא מוחזק ועומד בשלו הוא דאין מוציאין מידו כן הוא דעת מור"מ ז"ל וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומבואר מדבריו דמה שהלוח מוחזק ועומד נחשב תפיסה קודם שנולד הספק, והיינו דבשעת כתיבת השובר חל ספק אם פרע סכום הפחות שבמשמעות השובר או אם פרע סכום גדול שבמשמעות השובר כמו שהלוח טוען, והספק חל על עודף סכום הגדול על סכום הפחות, והלוח מוחזק ותפוס על אותו סכום באותן מעות שבין שני הסכומים קודם לידת הספק.

והקשה הסמ"ע על דברי הרמ"א וז"ל: אבל קשה דיש לומר דלא מהני שובר שלשנו מסופק נגד שטר חוב מבורר שהוא ביד המלוה ויש לו בשטר שעבוד קרקעות, וכן מוכח, דאם לא כן קשה דדברי הרב אלפס והטור שבסימן זה יסתרו למה שכתבו הרי"ף והטור לקמן סי' ע"א סעי' כ"א בדין מלוה שהאמין ללוה שצריך הלוה לישבע שפרע משום דיד בעל השטר על התחתונה, ואמרינן דלא הימניה אלא לבטל השטר דמלוה ולעשותו כמלוה על פה, והיינו מטעם כיון שהחוב ברור בשטר שביד המלוה, וכמו שכתבתי שם בדרישה, ומזה קשה גם על בית יוסף שכתב בסוף סעי' י' גבי ספל וקפל וזה לשונו ונראה שאם הוא שטר מחילה לא תלינן בזבוב דהמוציא מחבירו עליו הראיה עד כאן לשונו ודו"ק עכ"ל, יעו"ש.

ובהשקפה ראשונה היה אפשר לומר דיסוד דברי הסמ"ע הוא דהמלוה מוחזק על מעות החוב כיון שיש לו שטר ברור בידו וגם יש בשטר שעבוד קרקעות, ואם כן הלוה הוא המוציא, ואע"פ שהוא תפוס בהמעות שבידו אינו נחשב בזה כמאן דתפסן מיד המלוה, שהרי עדיין מוחזקין הן ביד המלוה על ידי מה שיש לו שטר ברור שיש בו שעבוד קרקעות, ומעולם לא יצאו המעות מתפיסת המלוה, וכמו דאמרינן בקרקעות דקרקע לעולם בחזקת בעליה עומדת ולא שייך בה תפיסה, וכן הוכיח הסמ"ע ממה שכתב המחבר בסי' ע"א, וקשה להרמ"א דאית ליה יד בעל השובר על העליונה, ומה שכתב הסמ"ע שהשטר ברור ויש בו שעבוד קרקעות, אין כונתו דהוא מוחזק בהשעבוד קרקעות מדין קרקע בחזקת בעליה עומדת, שהרי כתב הרשב"ם בבבא בתרא (דף קכד.) בד"ה ואם אמר, ושם (דף קכה.) בד"ה ועוד, דשטר חוב שיש בו שעבוד נכסים נחשב מטלטלין, יעו"ש, אלא כונת הסמ"ע דכיון שהשטר ברור הרי המעות נחשבות

כמוחזקות בידו, ואין תפיסת הלוח אפילו קודם שנולד הספק מועילה להוציאן מיד המלוח, והוסיף לרוחא דמלתא דיש בו שעבוד קרקעות וגם גוביינא דידיה מובטחת על ידי השעבוד קרקעות שיש בהשטר, אבל אין עיקר סברתו תלויה בכך, דהא כשכתב הסמ"ע סברתו בפרישה סי' ע"א לא הזכיר ענין שעבוד קרקעות.

אולם אי אפשר לפרש כן בדברי הסמ"ע, שהרי גם הש"ך בהמשך דבריו הסכים לעצם סברת הסמ"ע דבשטר ברור ולשון שובר מסופק היה לן לומר דיד בעל השובר על התחתונה, אכן לא אמרין כן מפני שדרך השטר לשובר, והרי הספק שובר מבטל השטר, ובריש סי' נ"ה כתב הש"ך דאין השובר מבטל השטר אלא כשהנתבע תופס בטענת ברי, יעו"ש, ואם נאמר סברת הסמ"ע היא דבעל השטר ברור הוא לעולם התפוס, אם כן אין תפיסת הנתבע בטענת ברי כלום, שהרי אינו נחשב תפוס, כמשי"נ, ועוד דבעובדא דהמהרי"ק שהביא הש"ך שם בספק אם נתחייב ראובן בפדיון שבוים לפי ממונו אין לומר שהאחרים תפוסים ועומדים בממונו גם קודם שנשבה השבוי. אלא סברת הסמ"ע שאליה הסכים הש"ך ביסוד מבוארת לקמן שם שכתב הש"ך וז"ל: שהרי אינו טוען שאתם עשיתם עמי בפירוש וכו' אם כן מה יועיל לו תפיסתו, הרי הוא חייב בודאי בלא שטר, ואיך יפקיע עצמו מכח ספק שבשטר, אין ספק מוציא מידי ודאי עכ"ל, יעו"ש, ומבואר דהנתבע נחשב תפוס אבל אין תפיסתו מועילה לו כיון שאינו טוען ברי, ועיימש"נ בהגהות שם, ומכל מקום חייב לשלם משום דאין ספק מוציא מידי ודאי.

ומדברי הש"ך מבואר דזוהי סברת הב"ח שאליה הסכים ביסוד, אין ספק מוציא מידי ודאי, דכיון שיש לנו שטר ברור שבודאי חייב לשלם לו, והשובר שהוציא הלוח לשונו מסופק, אין ספק שובר יכול להוציא מודאות השטר, ונקטינן בבירות שאין חלק הספק של השובר יכול להכחיש השטר, ואין לנו מן השובר אלא הסכום הפחות שהוא ודאי, והיה לנו לומר דידו על התחתונה, ולכן הקשה על הרא"ש למה פסק דידו על העליונה,

ומה שכתב הסמ"ע שיש לו בשטר שעבוד קרקעות היינו סמך למה שהשטר יש לו דין ודאי מיד כשנחתם ואף קודם שדנו עליו בית דין, שהרי מצינו שהמלוה זכה בשעבוד נכסים מיד בשעת חתימת השטר, והוה ליה ודאי קודם שהוציא הלוח את שוברו, וכיון שלשון השובר מסופק אין ספק מוציא מידי ודאי.

הסמ"ע הביא ראיה לדבריו ממה שכתב המחבר בשטר שכתוב בו נאמנות סתם, ולא הזכיר בו שמאמינו גם בלא שבועה, שהלוח צריך לישבע, כנ"ל, ולמד הסמ"ע דטעמא דמלתא מפני שהמלוה יש לו שטר ברור בידו, ואע"ג דהלוח אומר פרעתי, והמלוה האמינו על כך, הרי מספקא לן אם האמינו לומר פרעתי גם בלא שבועה או אם האמינו רק כשנשבע, וכל זמן שלא נשבע לא האמינו לומר פרעתי כלל, והרי היש כאן חוב ודאי וספק אם מסר לו נאמנות בלא שבועה, ופסק המחבר דאין ספק מוציא מידי ודאי, והלוח צריך לישבע על נאמנותו, דנאמנות בשבועה הוי ודאי בתוך השטר, אבל בלא שבועה הוי ספק, ונקטינן בבירות שאין לו נאמנות בלא שבועה.

והש"ך תירץ קושית הסמ"ע וז"ל: ומה שכתב הסמ"ע דאם לא כן קשה דדברי הרי"ף והטור יסתרו וכו' לא קשה מידי, דלעולם אמרינן יד בעל השובר על העליונה לבטל השטר שכן דרך לכתוב שובר לבטל השטר, ואם כן יד בעל השטר על התחתונה נגד השובר, וממילא יד בעל השובר על העליונה נגד השטר, אבל אחר שנתבטל השטר אם כן הוה ליה לבעל השובר לענין תביעת בעל פה בעל השטר, ושפיר אמרינן גביה יד בעל השטר על התחתונה לענין דצריך לישבע, תדע דעל כרחק בסי' ע"א אין הטעם כמו שכתב הסמ"ע כיון שהחוב ברור בשטר שביד המלוה, דהא מועיל השובר לבטל השטר ופשיטא דקרענא ליה לשטרא מיד שאומר פרוע וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ומה שכתב הש"ך דדרך לכתוב שובר לבטל השטר, כונתו לכל דבר שדרך לכתוב לבטל השטר, גם שובר גם נאמנות גם תנאים בשטר המגבילים את עמימו, כגון בעובדא דמהרי"ק, בכולם לא אמרינן שהשטר ודאי והמבטלו ספק, אלא כיון שיש לנו ספק מבטל שדרך לכתבו לגבי השטר הרי גם השטר מוטל בספק וממילא נתבטל, ולא אמרינן בזה אין ספק מוציא מידי ודאי, ולכן בשובר אמרינן יד בעל השובר על העליונה, שהרי הלוח הוא המוחזק, ואין כאן שטר ברור כנגדו.

וכן בנאמנות היה צריך להיות הדין דהלוח פטור בלא שבועה, שהרי הדבר ספק והלוח מוחזק, והמוציא מחבירו עליו הראיה, ואם כן למה קאמר המחבר דלגבי זה הנתבע שבא לפטור עצמו בנאמנות אמרינן דיד בעל השטר על התחתונה, והלא נתבטל שטר המלוה, על זה תירץ הש"ך דהרי כל מלוה התובע בעל פה גם בלי שום סיוע דשטר לנתבע כופר הכל יכול לחייבו לישבע היסת, וכמו כן הכא, אפילו אם השטר בטל והוא תובע על פה יכול לחייבו לישבע, ואלא שהלוח רוצה לפטור עצמו מן שבועת היסת על ידי סיוע דהשטר שכתוב בו נאמנות, והוא טוען שכונתו נאמנות בלי שבועה, אכן לענין זה אמרינן שיד בעל השטר על התחתונה, וחייב לישבע.

ולפי זה איכא נפקא מינה גדולה בין השבועה שהלוח נשבע לדעת הסמ"ע להשבועה שהוא נשבע לדעת הש"ך, דלדעת שניהם שבועה זו היא שבועת היסת בעלמא, אכן לדעת הסמ"ע השבועה היא תנאי בהנאמנות, דאמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי, ואין בשטר אלא נאמנות בשבועה, ואם אינו רוצה לישבע לא נתקיים התנאי ואינו נאמן לטעון פרעתי בלי ראיה, אבל לדעת הש"ך השבועה אין לה קשר להשטר, שהשטר נתבטל על ידי הספק כיון שדרכו לכך, ומכל מקום מחייבו שבועת היסת כמו בכל כופר הכל, ואם אינו רוצה לישבע לא נחתין לנכסיה, כדאיתא בשבועות (דף מא.), יעו"ש. והש"ך הוכיח דאין הטעם כמו שכתב הסמ"ע שהחוב ברור בשטר שביד המלוה, דהא פשיטא דקרענא ליה לשטרא מיד שאומר פרוע, כנ"ל, והיינו משום שהש"ך למד דשבועת הלוח היא ככל שבועת היסת, ואם כן פשיטא דקרענא לשטרא, אבל להסמ"ע השבועה היא משום קיום תנאי הנאמנות, כמש"נ, ומשום הכי אין קורעים אותו אלא גובה בו אם אין הלוח נשבע.

ועיין בתומים סי' מ"ב סק"י שהקשה על דברי הש"ך דמה הועיל בתירוצו הרי סוף

סוף לשון השטר מסופק, ודלמא יש בו פטור מלישבע, ומספיקא לא משבעינן שבועת היסת, ואולי יש לחלק דהא דאין משביעים מספיקא היינו כשיש ספק בעצם המחייב, אבל הכא אין צד ספק בעצם המחייב, שהרי בודאי לוח ממנו ועליו לפרוע, והספק הוא על הפטור, דדלמא יש בשטר נאמנות הפוטרו גם מלישבע, בזה לא אמרינן שאין משביעים שבועת היסת מספיקא.

ובסוף דבריו כתב הש"ך וז"ל: וגם בהך דסי' מ"ב פשיטא דצריך הלוח לישבע היסת כתביעת בעל פה, ומה שכתב מהרמ"א יד בעל השובר על העליונה היינו לבטל השטר, גם בדין אי תפס לא מפקינן מיניה שכתבו הטור והשולחן ערוך והפוסקים שם אם תובע למלוח יכול להשביעו היסת, וכמו שכתבו הטור והשולחן ערוך שם סעי' י"ב גבי כתוב בשטר סלעים מלוח אומר חמשה ולוח אמר שנים נותן לו שנים ונשבע היסת על השאר עד כאן לשונו, וכל שכן באם תפס מלוח דצריך לישבע היסת עכ"ל, יעו"ש. ומבואר מדבריו דפשיטא דבשובר שלשונו מסופק, אע"ג דאהני לבטל השטר, אין הלוח נפטר משבועת היסת, אולם אי משום הא לא היה יכול לומר דכל שכן דמלוח שתפס שצריך לישבע היסת, אלא מתחלה הוצרך להביא מה שכתב המחבר דשטר שכתוב בו סלעים הלוח נותן לו שנים כמו שטען ונשבע היסת על השאר, ומהלכה זו הוציא הש"ך דכל שכן דמלוח שתפס צריך לישבע היסת.

ויש להבין למה לא היה יכול להוציא דין זה ממה דפשיטא ליה דבשובר שלשונו מסופק הלוח פטור אבל נשבע היסת, וכל שכן מלוח שתפס, ועוד יש להבין למה צריך ראיה על כך, והלא כן הוא הדין בשבועת היסת שיכול להשביע על כל מה שתובע, ואם הלוח טוען שהמלוח תפס ממנו שלא כדין למה לא יוכל להשביעו היסת.

ונראה דהיכא שהתובע בא בטענה אפילו בלי שום ראיה והלה כופר, ואמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה, הרי התובע עדיין יכול להשביעו היסת על כפירתו, אולם היה אפשר לומר דאם המלוח תפס אין הלוח יכול להשביעו שתפס שלא כדין, שהרי בא המעות לידו בפסק בית דין דאם תפס אין מוציאים מידו, וכיון שבית דין אישרוהו להחזיק המעות שבידו שוב אין להשביעו היסת, ולא דמי לכופר הכל שלא אישרוהו בית דין להחזיק הממון, אלא שמשכו ידיהם כיון שלא היה להתובע ראיה, והרי המוציא מחבירו עליו להביא ראיה, ומכל מקום משביעים אותנו היסת על כפירתו, מה שאין כן במלוח שתפס ממון המוטל בספק, הרי בית דין דנו לו דתפיסתו הועילה ואין להוציא מידו, וסלקא דעתא דבכהאי גוונא אין בית דין משביעים אותו היסת.

ועל זה הביא הש"ך ראיה משטר שכתוב בו סלעים, דהתם הדין הוא דהלוח נותן לו שנים, ואם תפס המלוח יותר על כך מוציאים מידו, כמו שכתב המחבר שם, והיינו טעמא משום דהלוח אית ליה סיוע דשטרא, דסתם סלעים היינו שנים, וכדאיתא בבבא מציעא (דף ד:): דהא מסייע ליה שטרא, יעו"ש, ונמצא דהלוח פטור מלשלם יותר משנים משום פסק בית דין שסמכו על סיוע דשטרא, ומשום הכי תפיסת המלוח אינה מועילה, ואעפ"כ פסק המחבר דהלוח צריך לישבע היסת, הרי מבואר דאף היכא

שהלוה זכה בדין משום פסק בית דין עדיין נשבע היסת כל זמן שלא נתברר פטורו לגמרי, דסיוע דשטרא לא הוי כהגדת עדים, ואם כן כל שכן דמלוה שתפס, והממון עדיין בעצם מוטל בספק, שצריך לישבע היסת כיון שיש צד ספק שתפס שלא כדין.

סימן נה

בו יובאו דברי המהרי"ק בתשובת לענין חמשה שקיבלו לשלם עבור הוצאות העיר לפי ממונם וצרכי צדקה לפי חשבון, ויבארו דברי הש"ך דאינם נחשבים כשני שטרות.

הרמ"א הביא מחלוקת הפוסקים אם יד בעל השובר על העליונה הואיל והוא מוחזק בממונו או אם ידו על התחתונה, ועיימש"נ לעיל בסי' נ"ד ובהגהות, ובדרכי משה כתב שהמהרי"ק בשורש ז' ס"ל דאם בא להפקיע בשטר מה שהוא מחויב בדין, דהיינו שיש לו שובר שלשנו מסופק, אמרינן יד בעל השטר על התחתונה, והביא נמי דברי הנמוקי יוסף בבבא בתרא (דף קסה :) בשובר שהיה כתוב בו שנתפרע ממנו דינרין דס"ל דידו על העליונה והמוציא מחבירו עליו הראיה ודיינין הכי דטובא קאמר, וכן דעת הרא"ה, אבל הריטב"א פליג וס"ל דידו על התחתונה, יעו"ש.

וסברת הרא"ה היא דהרי הדבר ספק, והלוה הוא המוחזק והמלוה בא להוציא ממנו, והמוציא מחבירו עליו הראיה, אכן בסברת הריטב"א יש להסתפק אם היא בסברת הסמ"ע בקושיתו, מובא לעיל בסי' נ"ד, יעו"ש, דכיון שהשובר מסופק והשטר ברור אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי, ונסתלק הספק, אלא נקטינן שאין השובר מכחיש השטר, והרי יש לפנינו שטר ודאי, אולם אם יש לשון מסופק בשטר חוב שביד המלוה, דלא שייך בזה אין ספק מוציא מידי ודאי, הרי לפנינו שטר מסופק, ואמרינן יד בעל השטר על התחתונה, ואע"פ שהמלוה טוען ברי שכל וכל הלוהו אינו גובה בו, דהמוציא מחבירו עליו הראיה, ואכן אם תפס אין מוציאים מידו, שהרי החוב מוטל בספק, ותפיסה בטענת ברי מועילה.

או דלמא טעמא דהריטב"א אינו משום אין ספק מוציא מידי ודאי כסברת הסמ"ע, אלא דין הוא בעדות השטר דאין השטר מעיד אלא מה שמבורר מתוכו, ועל מה שהוא ספק בו אין הגדה נשמעת ממנו כלל, ולכן אין השובר מעיד אלא על הסכום הפחות הנלמד ממנו, ויד הלוה על התחתונה, וכמו כן אם יש ספק בשטר חוב שביד המלוה אין השטר מעיד אלא על הפחות שבו, ועל השאר ליכא הגדה כלל, ואפילו ספק הגדה ליכא, ואם תפס המלוה מוציאים מידו, שהרי אין השאר מוטל בספק, והרי המלוה כתופס ממון חבירו בטענת ברי דמוציאים מידו, וכמו שטר שכתוב בו דינרים דאם תפס יותר משנים מוציאים מיד המלוה, כמו שפסק המחבר בסי' מ"ב סעי' י"ב, יעו"ש, ועיימש"נ **ססס**.

בתשובות מהרי"ק פסק בספק בלשון השטר דיד בעל השטר על התחתונה, והכי הוה עובדא, חמשה עשירים של העיר קיבלו על עצמם לשלם עבור כל ההוצאות ציבוריות של העיר, ופטרו שאר בני העיר מלשלם כלום מלבד חמשה אלו, וכתבו שטר הסכם ביניהם בזה הלשון באנו בפשרה אנחנו ראובן שמעון לוי יהודה ויששכר בעד חמש שנים מהיום הזה והלאה לפרוע מכל הוצאה שתצטרך לנו לכבוד או להכרח או לתועלת מלבד מה שנצטרך לפרוע בעד מצות הצדקה בדרך זו, שאני ראובן אתחייב מכל עשרין

גסין של הוצאה שש גסין, ואנחנו שמעון לוי יהודה ויששכר נתחייב לפרוע מכל עשרין גסין שלש גסין וחצי ובהוצאה בעד מצות צדקה נתחייבו לפרוע כל אחד בשוה, כן הוא לשון השטר שעשו ביניהם.

ומיירי שראובן היה לו הרבה יותר ממון מן האחרים, והארבעה האחרים היו פחות או יותר שוים בממונם, והסכימו שכל החמשה ישלמו עבור ההוצאות כפי ממונם, שראובן מקבל על עצמו חלק גדול משלהם, והשאר יחלקו ביניהם עול ההוצאות בשוה, דהיינו שראובן מקבל עליו שלשים אחוז של ההוצאות, והאחרים מקבלים עליהם כל אחד שבע עשרה וחצי אחוז של ההוצאות העיר, אולם הוציאו צדקות מן כלל ההוצאות, והסכימו שכל החמשה עשירים יחלקו עול הצדקות ביניהם בשוה.

ואחר שחתמו שטר זה ביניהם קרה מקרה שנתפס יהודי אחד ביד השלטון ושפטו אותו למיתה, ובכך באה לידם מצות פדיון שבויים, והוטל על החמשה עשירים לשלם בעד פדיון נפש הנשבה, אמנם ראובן טען שמצות פדיון שבויים נופלת בחלק מצות צדקה של השטר, והאחרים טענו שאין מצוה זו בכלל לשון צורך צדקה, וכיון שלא נזכרה בפרט בלשון השטר הרי היא נכללת ממילא בהוצאות הכלליות של העיר, ועל ראובן לשלם חלק כפי ממונו כמו בשאר הוצאות העיר.

ופסק מהרי"ק דכיון שראובן בא לפטור עצמו בחלק השני של השטר שלשונו מסופק, והרי חלק שטר זה שמשוה החמשה לענין מצות צדקה כשובר מסופק בידו לגבי פדיון שבויים, אמרינן יד בעל השטר על התחתונה, ואע"פ שראובן מוחזק בממונו, חייב לשלם בעד הפדיון שבויים כפי ממונו, והבית יוסף תמה עליו היאך חולק על הפוסקים דס"ל דאם תפס לא מפקינן מיניה, והלא ראובן תופס בהממון שתחת ידו, והיאך נוציאנו מידו מספק.

וכתב הש"ך ז"ל: ולפענ"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 שביניהם דבהוצאת צדקה יפרע כל אחד בשוה, ועל זה כתב מהרי"ק דאין פדיון שבויים בכלל לשון צדקה, ואמרינן יד בעל השטר על התחתונה, ואע"פ שהוא מוחזק, שהרי אין חזקתו כלום מאחר שמכח הדין מתחייב לפי ממונו, אלא שמכח השטר בא להפקיע דין תורה עד כאן לשונו, רצה לומר כיון דבלא השטר הוא חייב בודאי לפי ממונו וכו' הרי הוא חייב בודאי בלא שטר ואיך יפקיע עצמו מכח ספק שבשטר, אין ספק מוציא מידי ודאי עכ"ל, יעו"ש.

ומה שכתב שבלא השטר חייב לפרוע לצדקה כפי ממונו, כוננו לחלק השני של השטר שהוא כשובר הפוטרו מלשלם כפי ממונו למצות צדקה, ואילו לא היה כתוב בשטר שצדקה יוצאת מכלל קבלת השטר היתה גם צדקה בכלל השטר, והיה חייב לשלם כפי ממונו, דלא אמרינן דחלק הראשון של השטר לענין הוצאות כלליות וחלק השני לענין צדקה הם כשני שטרות נפרדים שאין לה שייכות זה לזה, ומספקא לו לאיזה שטר שייך פדיון שבויים, אלא הכל שטר אחד, והכל בעצם נכלל בחלק הראשון, אלא דחלק השני הוי תנאי המגביל גוף השטר להפקיע צדקה מן הכלל, והספק שלפנינו

הוא אם חלק השני של השטר שהוציא צדקה מן הכלל הוציא נמי פדיון שבויים מן הכלל, והרי גוף השטר מצד עצמו בודאי כולל גם פדיון שבויים, אלא שיש לנו ספק אם חלק השני הוציאו מן הכלל, בזה אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי, ונקטינן שפדיון שבויים נכלל בחלק הראשון של השטר, ועל ראובן לשלם לפי ממונו.

וכפי הנראה מוכרחים אנו לומר כדברי הש"ך דסתמא של השטר כולל הכל וחלק השני מוציא מן הכלל, ואין החלקים כשני שטרות נפרדים, כמש"נ, דהנה לכאורה יש לעיין מי הוא הבעל דבר התובע ממנו לשלם יותר על חלקו בשוה, ולכאורה הארבעה אחרים הם התובעים אותו לדין לשלם כפי ממונו, דעל ידי זה יופחתו החלקים המוטלים עליהם, אולם לאידך גיסא גם ראובן יכול לתבוע מהם שישלמו כפי מנין השותפים, דעל ידי זה יופחת החלק המוטל עליו, ומאי אולמא דידהו מדידה, ועוד יש לדקדק דאיזו תביעת בעל דבר היא זו לתבוע ממנו שישלם לאדם אחר היושב בכלל מפני שעל ידי זה יוגרם להם ריוח שלא יצטרכו לשלם כפי מנין השותפים, ועוד דאם השבוי אינו יכול לתובעו לראובן לדין, שמעולם לא נתחייב אליו חיוב ממוני, היאך יתבענו האחרים, אלא צריך לומר כדברי הש"ך דסתמא של השטר כולל גם פדיון שבויים, וחייב ראובן לשלם כפי ממונו, ואם ראובן בא בטענה שפדיון שבויים בכלל התנאי שהוציא צורך צדקה מן הכלל, הרי אין ספק מוציא מידי ודאי, ועליו להביא ראיה, ונסתלקה קושית הבית יוסף.

ומאחר דנתבאר מדברי המהרי"ק דבספק בלשון השטר אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי, הוכיח הדרכי משה דהמהרי"ק אזיל בשיטת הריטבא דבשובר אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי, וכסברת הסמ"ע בקושיתו, כמש"נ, וגם לפי מה שכתב הש"ך בסי' נ"ד ליישב שיטת הרא"ה בשובר מסופק דיד בעל השובר על העליונה, ולא אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי כיון שדרך השטר לכתוב שובר, ולפי זה הוא הדין שדרך השטר לכתוב נאמנות ותנאים המגבילים גוף השטר, כמש"נ בהגהות לסי' נ"ד, ואם כן לכאורה גם לפי דברי הש"ך מוכח דהמהרי"ק אזיל בשיטת הריטבא דבכל אלו אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי.

אולם הש"ך מצא דרך ליישב דברי המהרי"ק עם שיטת הרא"ה, וז"ל: ולפענ"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 להוצאת פדיון שבויים רק שוה בשוה מחמת שהוזכר בשטר שביניהם דבהוצאת צדקה יפרע כל אחד בשוה וכו' כיון דבלא השטר הוא חייב בודאי לפי ממונו, שהרי אינו טוען שאתם עשיתם עמי בפירוש לפרוע שוה בשוה גם בפדיון שבויים, רק שאומר כיון שעשיתם עמי שטר לפרוע שוה בשוה לצורך צדקה גם פדיון שבויים בכלל, הרי הוא חייב בודאי בלא שטר ואיך יפקיע עצמו מכח ספק שבשטר, אין ספק מוציא מידי ודאי, אבל הך דסי' מ"ב שבטור ופוסקים שהמלוה טוען ברי, וכמו שנתבאר לעיל סי' מ"ח ובסמוך סי' נ"ד, ואומר שחייב לו בודאי, אם כן גם בלא שטר חייב לו לדברי המלוה, פשיטא דאי תפס אפילו בעדים לא מפקינן מיניה כיון שטוען ברי, וכן בשובר שהלוה אומר אפילו בלא שובר

אינו חייב לו אמרינן יד בעל השטר על העליונה כיון שהוא מוחזק וכו' עכ"ל, יעו"ש. והיינו דבלוה שהוציא שובר מסופק וטוען ברי שפרע לו הסכום הגדול לא מפני שכך כתוב בשוכר אלא מפני שכך זוכר, ודומה למה שכתב הש"ך בריש סי' מ"ה לענין מרחץ, יעו"ש. ולכן לא אמרינן דשטר המלוה ברור ואין ספק מוציא מידי ודאי ואינו נפטר אלא מסכום הפחות, אלא אמרינן יד בעל השובר על העליונה, והמלוה הבא להוציא ממנו עליו הראיה.

אבל בעובדא דהמהרי"ק הרי לא טען ראובן ברי שהסכימו ביניהם בפירוש שפדיון שבויים הוא בכלל צורך צדקות, ובכלל לא עלה בדעתם שיצטרכו לפדות איזה שבוי, אלא הוא בא בטענה שלשון צורך צדקות בתנאי במוזכר בחלק השני של השטא מכיל גם פדיון שבויים, ואין טענתו בזה טענת ברי, שהרי יש לנו ספק בלשון השטר, ולהכי אמרינן שאין תפיסתו בטענת שמא מועילה, אלא אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי, ונקטינן שפדיון שבויים לא נתמעט מקבלתו לשלם עבור הוצאות כפי ממנו, ויש להבין היאך מועילה טענת ברי בשובר לפוטרו, ולמה לא אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי. ונראה שבדבריו אלו חידש הש"ך דלא אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי אלא כשהנתבע אין לו תורת תפיסה מעליא בממונו, ואינו לא אלא דינא דמספק אל תוציאנו מידו, ומשום הכי המוציא מחבירו עליו הראיה, ואולם אם יש להתובע שטר ודאי וספק דבר המבטלו אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי, ונקטינן שהשטר ברור, ואין המבטל מכחישו במה שהוא מסופק, אבל אם הנתבע טוען ברי, והרי מלבד שהוא המוחזק הרי הוא נמי תפוס בממונו בתפיסה מעליא, בהכי לא אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי להחזיק השטר בתורת ודאי ולהוציא ממון התפוס ביד בנתבע בתפיסה מעליא, ואולי משום דהתפיסה מחזקת הצד ספק המסייע לו, וצריך עיון, והיינו מאי דקאמר מה יועיל לו תפיסתו, הרי אינו תפוס בממונו אלא בטענת שמא, ואין תפיסתו מעליא, ובזה נאמר אין ספק מוציא מידי ודאי, כנ"ל, ומהאי טעמא נמי צידד הש"ך לקמן סי' נ"ו דגם בתופס קודם שנולד הספק לא אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי, ואין מחזיקים השטר כודאי במקום דהנתבע אית ליה תפיסה מעליא, ועיימש"נ בהגהות שם. ולפי זה לא קשה על הדרכי משה היאך קאמר דהמהרי"ק אזיל בשיטת הריטב"א דבשובר אמרינן יד בעל השובר על התחתונה, והלא בשובר הלוח תפוס בממונו בטענת ברי אבל בעובדא דמהרי"ק אין תפיסתו בממונו בטענת ברי, וכחילוקו של הש"ך, והלא החילוק ברור ומובן מאליו, אולם לפי דברינו אין שום קושיא על הדרכי משה, דהא טעמא דהריטב"א משום דאמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי, ונקטינן בודאי שאין הספק מכחיש להודאי של השטר, ואין שובר הלוח מעיד אלא על הפחות בלבד, ואם לא איכפת לן אם טוען ברי או שמא, הרי אין בפנינו ספק אלא ודאי, אכן זהו חידושו של הש"ך שבמקום תפיסה מעליא לא אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי, כמש"נ, והדרכי משה לא נחית לכך.

והוסיף הש"ך דגם בשיטת הריטב"א שהביא הנמוקי יוסף בפרק גט פשוט דשובר שכתוב בו שפרע דינרין יד בעל השובר על התחתונה, וכנ"ל, איכא למימר דבכל ספק

שבלשון השובר אמרינן אוקי ממונא אחזקתו, ויד בעל השובר על העליונה, וז"ל: ולא כמו שהבין מהרמ"א מדעתו, ולא פליג הריטב"א התם אלא בכתוב בו דינרין, דלא דיינינן דינרין טובא משום דלשון דינרין משמע רק שנים, וכן כתב הרב המגיד סוף הלכות מלוה והשו"ע גופיה בסי' מ"ב סעי' י"ב גם בשטר שכתוב בו דינרין ותפס יותר משנים דמפקינן מיניה וכו' עכ"ל, יעו"ש, והבין הש"ך דלשון דינרין אין בו ספק, אלא נקטינן בבירור דהיינו שני דינרין, דמיעוט רבים שנים, ומשום הכי פסק המחבר דאם תפס מלוה מוציאים מידו, ואע"ג דשיטת המחבר כשיטת הרמב"ם דתקפו כהן אין מוציאים מידו, ותפיסה מועילה בכל ממון המוטל בספק, שטר שכתוב בו דינרין אינו מוטל בספק, אלא הרי הוא כמו שכתוב בו מפורש שני דינרין, ואם תפס יתר על כן מוציאים מידו.

ובאמת מפורש כן בדברי הריטב"א בבבא בתרא שם וז"ל: ושובר שיצא והיה כתוב בו שנתפרע ממנו דינרין, יש אומרים דגבי שובר נידון הלשון על העליונה בכל ספקותיו והמוציא מחבירו עליו הראיה ודיינינן הכא דטובא קאמר ולזה היה נוטה דעת הר"ם, אבל לא נתחוויר לי אלא אף בשובר שבא לבטל השטר הברור ידו על התחתונה ומיעוט רבים שנים וכדדיינינן למיעוט סלעים, ומיהו בשאר ספיקות שיש בלשון שובר לא נתחוויר לי אם דנין אותם ויד בעל השובר על התחתונה או אם נאמר המוציא מחבירו עליו הראיה, ולכאורה היה נראה שהמוציא מחבירו עליו הראיה כדברי הר"ם עכ"ל, יעו"ש.

וכנראה לא היו חידושי הריטב"א לבבא בתרא מצוים אצל הדרכי משה והש"ך, לא בדפוס, שהרי נדפס לראשונה בשנת תשי"ב, וגם לא בכתב יד, והם ידעו שיטתו רק ממה שהביאו הנמוקי יוסף, כמו שכתב הדרכי משה וכן כתב הנמוקי יוסף פרק גט פשוט בשם הריטב"א, כנ"ל, ומשום הכי חשב שהריטב"א אמר דינו בכל ספק בלשון השטר, וגם הש"ך כתב וכן הריטב"א בנמוקי יוסף בבבא בתרא, כנ"ל, ואולם הש"ך כיון לדעת הריטב"א במה שחילק בין סלעים לשאר ספקות בלשון השטר. ולפי זה מצא הש"ך סתירה בדברי המחבר דגבי שטר חוב שכתוב בו דינרין פסק דאם תפס המלוה מוציאים מידו, הרי שמסייע ליה שטרא ללוה שהדבר ברור שלא לזה ממנו אלא שני דינרין, וכדברי הריטב"א, ובסי' נ"ד סעי' ה' פסק דשובר שכתוב בו דינרין מבטל כל שטר שיש לו עליו, ולא אמרינן דלשון דינרין ברור כשנים והשובר מסייע להמלוה שלא פרע לו הלוא אלא שני דינרים, יעו"ש, ולאידך גיסא, אם לשון דינרין מסופק למה אם תפס מלוה בשטר שכתוב בו דינרין מוציאים מידו, כמש"נ. ואולי יש לומר בישוב סתירת דברי המחבר דהא דאמרינן סתם דינרין שנים אינו ראיה ברורה כמו הגדת עדים, אלא הלשון עדיין מוטל בספק, ומכל מקום יש סמך חזק לצד הספק שהמכוון הוא שנים, ולכן בשטר חוב שכתוב בו דינרין אין המלוה יכול לגבות אלא שני דינרין, שהרי על יותר מיכן יש ספק, והמוציא מחבירו עליו הראיה, ואכן אע"ג דהוי ספק אין תפיסתו מועילה, שהסיוע דשטרא מצטרף להחזקת מרא קמא של הלואה, דהרי הנמוקי יוסף ס"ל דחזקת מרא קמא מעכבת התפיסה, כמש"נ

לעיל סי' נ"ג, יעו"ש, ועיימש"נ בהגהות, והמחבר ס"ל דאין חזקת מרא קמא מעכבת התפיסה, אולם איכא למימר דכשסיוע דשטרא מצטרף לחזקת מרא קמא שפיר מעכבת התפיסה.

אכן שובר שכתוב בו דינרין מבטל כל שטר שיש לו עליו, ואע"ג דלשון השובר מסייע למלוה לא אלים סיוע דשטרא שיוכל להוציא מן הלוח בבית דין, דהא סוף סוף הוה ליה ספק, כמש"נ, והלוח מוחזק, והמוציא מחבירו עליו הראיה, אולם כיון דהוי ספק, ובפרט מפני שהוא נוטה לצד המלוה, כמש"נ, אם תפס המלוה אין מוציאים מידו, וכן כתב הש"ך בהמשך דבריו אליבא דהרמב"ן דאי הדר מלוה ותפס המותר משני דינרין וכו' מהני תפיסה בשובר שכתוב בו דינרין, יעו"ש.

אבל הש"ך יישב סתירת דברי המחבר באופן אחר וז"ל: אם כן בעל כרחך צריך לחלק, והיינו כמו שכתב הבעל התרומות שער נ"ג בשם הרמב"ן והביאו בית יוסף בסי' נ"ד וזה לשונו ואע"ג דבפרק קמא דמציעא משמע דסתם דינרין לא הוי אלא שנים, ההוא בשטרי הלואה דאמרינן כיון דידעי עדים דיד בעל השטר על התחתונה אילו היה יותר משנים היו כותבין בפירוש, אבל בשובר אדרבה אמרינן איפכא, דלמא לא ידעי סכום ממון השטר וכתבו סתם דכל מאי דמפיק לורעיה עד כאן לשונו וכו' עכ"ל, יעו"ש. ודברי הבעל התרומות נמשכים מריש דבריו דשובר שכתוב בו דינרין מבטל כל שטר שעליו, וכמו שהובא בדברי המחבר, כנ"ל, וביאור דבריו, דאילו היה החוב שבשטר שלשה דינרין או יותר לא היו העדים כותבים לשון מסופק כיון דידעי דיד בעל השטר על התחתונה ויפסיד, ועליהם לחשוש שלא יוזק המלוה שלא כדון, כיון דידעו דיד בעל השטר על התחתונה ויפסיד, ואם כתבו דינרין סתם בודאי היתה כונתם לשנים, אבל בשובר יש לחוש ששמעו העדים מן המלוה שהלוח פרע חובו שבשטר, ולא הודיעם כמה היה סכום החוב, ומשום הכי כתבו דינרין סתמא כדי שיוכל הלוח לפטור עצמו מכל מה שכתוב בשטר על ידי דין יד בעל השובר על העליונה, ואם כן ליכא הוכחה שכתבו דינרין משום שלא פרע אלא שני דינרין.

וכתב הש"ך וז"ל: מיהו נראה דהא דכתב הבעל התרומות בשם הרמב"ן דשובר שכתוב בו דינרין מבטל כל שטר שעליו היינו מטעמא דכיון שהוא מוחזק אמרינן ביה יד בעל השטר על העליונה, ומכל מקום מיד ספיקא לא נפקא אלא דמספיקא לא מפקינן ממונא, ולאפוקי דלא תימא דלשון דינרין מסייע למלוה דלא הוי בבירור רק שנים כדאמרינן גבי שטר, לכך כתב דלא דמי לשטר, דהתם ברור דלא הוי רק שנים אבל בשובר הוי ספיקא דלמא העדים לא ידעי סכום ממון השטר וכתבו סתם דכל מאי דליפוק לורעיה, והיינו שכתב הרמב"ן אמרינן איפכא דלמא לא ידעי סכום ממון השטר וכו', ועוד וכי הרמב"ן נביא הוא שידוע מה בלב העדים וכו' עכ"ל, יעו"ש, והיינו דלא תימא דלשון דינרין סתמא בשובר מורה בבירור על סכום בלי גבול, כמו שלשון דינרין סתמא בשטר מורה בבירור על שני דינרין בלבד, אלא אם כתוב בשובר לשון דינרין סתמא הרי זה אצלנו ספק אם נתכונו לשני דינרין או לסכום בלי גבול, ויתיישב לפי זה לשון דלמא העדים לא ידעי.

ומה שכתב הש"ך ולאפוקי דלא תימא דלשון דינרין מסייע למלוה דלא הוי בבירור רק שנים כדאמרינן גבי שטר, הלשון קצת מגומגם אבל כונתו דלא תימא דגם בשובר אמרינן דלשון דינרין הוא שנים בבירור, וכשיטת הריטב"א, כנ"ל, אלא לא דמי לשטר, דרק התם הוי בבירור שנים, אבל בשובר מסופקים דלמא לא ידעו עדים כמה היה סכום החוב וכו', אולם הוסיף הש"ך דגם לא אמר הרמב"ן דבשובר הוי דינרין לשון המורה בבירור שפרע כל מה שכתוב בשטר, ואם תפס מלוה מוציאים מידו, וכדעת הגידולי תרומה שהש"ך הביא בהמשך דבריו, יעו"ש, חדא דאין זה משמעות לשונו, ועוד דהיאך שייך לומר בבירור שהעדים כתבו דינרין סתם מפני שרצו לפטור הלוח מכל חובו ולא מפני שלא שילם אלא שני דינרין, וכי הרמב"ן נביא הוא שידע מה שהיה בלב העדים, אלא ודאי אנו מסופקים אם העדים נתכונו לשני דינרין או לכל מה שכתוב בשטר, ואם תפס המלוה אין מוציאים מידו, כמו שכתב הש"ך בהמשך דבריו, יעו"ש. ואכן לדעת הגידולי תרומה דאם כתוב לשון דינרין בשובר נקטינן בבירור שהעדים נתכונו להעיד שפרע כל מה שהיה כתוב בשטר, ואם תפס המלוה מוציאים מידו, כנ"ל, צריכים ליישב למה כתב הרמב"ן דלמא לא ידעי סכום ממון השטר, דמשמע דהוי רק ספק, ועוד וכי הרמב"ן נביא הוא לדעת בבירור מה שבלב העדים, וכקושיות הש"ך. והנה היוצא מדברי הבעל התרומות דאם כתוב סתם דינרין בשטר בעצם יש להסתפק אם באמת היה החוב יותר משנים, ואע"פ כן נתכונו לכתוב בסתמא, והם פשוט לא נתנו לב והזניחו לכתוב המספר, או דלמא לא הזניחו כלל אלא באמת החוב היה שנים והם נתכונו לכתוב המספר, וכתבו סתם דינרין שזהו אופן של כתיבת המספר שנים, דמיעוט רבים שנים, ונקטינן בבירור שהחוב היה שנים והם נתכונו לכתוב סתם דינרין תחת המספר שנים דמיעוט רבים שנים, כמש"נ, שהרי שפיר ידעו העדים שאם לא יכתבו המספר יוכל המלוה לבא לידי הפסד, שיד בעל השטר על התחתונה ולא יוכל לגבות יותר משנים, אלא החוב ודאי היה שנים והם כתבו דינרין במקום שנים. וגם בשובר בעצם יש להסתפק כן, שהמלוה בא לגבות בשטר חוב שכתוב בו מאה דינרין, והלוח הוציא שובר שכתוב בו שפרע דינרין, מי נתכונו העדים לכתוב סתמא שלא נתנו לב לכתוב המספר, ואולי פרע הלוח עשר אולי פרע מאה, והרי הדבר ספק ויד בעל השובר על העליונה ופטור לגמרי, או דלמא לא הזניחו כלל אלא הלוח פרע שנים והם כתבו סתם דינרין שהוא אופן כתיבת שנים, והלוח חייב לשלם כל שאר החוב, וגם בשובר יש לנו לומר שבודאי נתכונו לכתוב סתם דינרין במקום כתיבת מספר שנים כמו בשטר, שהרי שפיר ידעו העדים שאם יכתבו סתמא יבא המלוה לידי הפסד, שהלוח יוכל לפטור עצמו מכל מאה דינרין של החוב אפילו אם לא פרע אלא עשרה או פחות, ואם כן היה לנו לומר שבודאי לא כתבו סתמא מפני שלא נתנו לב להמספר, אלא היה לנו לנקוט שבודאי לא פרע אלא שנים, והם כתבו דינרין במקום כתיבת שנים, וכמו גבי שטר, כמש"נ.

כן היה לנו לומר בשובר, אולם בשובר איכא נמי צד שלישי, והיינו דאיכא נמי למימר שהמלוה צוה להעדים לכתוב שובר ללוח שפרע כל מה שהיה כתוב בשטר,

והמלוה הלך לו ולא הגיד להם הסכום שהיה כתוב בשטר, והעדים רצו לכתוב השובר באופן שהלוה יפטר מן החוב שכבר פרע כולו, אבל לא ידעו מה לכתוב, ולכן כתבו דינרין בלשון סתמא, לא מפני שלא נתנו לב להמספר אלא עשו כן בכונה כדי שיוכל הלוה לפטור עצמו לגמרי, ומאיזה טעם לא היה מהני אם כתבו להדיא שפרע כל מה שהיה כתוב בשטר, ואולי לא היה זה נחשב הגדה מעליא כיון שאינו מובן מצד השובר עצמו, ויהיה היאך יהיה לא היו יכולים לעשות כן, אלא כתבו דינרין סתמא כדי שיוכל הלוה לפטור עצמו על ידי דין יד בעל השובר על העליונה, וצד שלישי זה הוא צד חשוב, שהרי בכהאי גוונא לא יצא הפסד לא להמלוה ולא להלוה, ומכל מקום איכא נמי הצד שכתבו סתם דינרין בכונה תחת מספר שנים, כמש"נ, והרי זה ספק אם נתכונו לסתמא או לשנים, ולכן ס"ל להש"ך דאם תפס מלוה אין מוציאים מידו.

אבל קשה, דאם נאמר שהעדים נזהרים שלא יגרמו הפסד להמלוה במה שכותבים דינרין בלי כתיבת מספר, הרי גם אם הלוה באמת פרע רק שנים, והעדים כתבו דינרין בכונה מפני שזהו אופן של כתיבת שנים, הרי גם על הצד שכתבו המספר בלשון דינרין ולא כתבו במפורש המספר שנים גרמו הפסד להמלוה, שהרי הלוה לא פרע אלא שנים, והלוה יכול לטעון שפרע הכל ויד בעל השובר על העליונה, ואם כן נימא בבירור שהלוה פרע כל מה שכתוב בשטר, והעדים לא ידעו הסכום שהיה כתוב בו, ולכן נתכונו לכתוב דינרין בלשון מסופק שעל ידי כך יוכל הלוה לפטור עצמו מכל חוב המלוה, ולא יוכל המלוה לתבוע ממנו שלא כדיון, ורק לפי הצד הזה לא יבא שום אחד מהם לידי הפסד שלא כדיון, ולמה לא אמרינן שבודאי כן היה, ואם תפס מלוה מוציאים מידו.

וצריך לומר דרך כשהעדים כותבים לשון מסופק עולה על דעתם שלא יגרמו לשום אדם הפסד שלא כדיון במה שהזניחו לכתוב המספר בפירוש, וכשזה יעלה על דעתם לא יעשו כן, ואם למרות כן כתבו סתם דינרין נקטינן בבירור שנתכונו לכתוב כן במקום שנים, והרי זה כמי שכתבו שנים בפירוש, אכן אם באמת כתבו דינרין מפני שנתכונו לכתוב שנים, ובחרו לכתוב לשון דינרין מפני שגם זה הוא אופן כתיבת שנים בפירוש, כמש"נ, אז אינו עולה על דעתם שאפשר שעל ידי כך יגרמו הפסד לשום אדם, אלא בדעתם הם כותבים האמת כמו שהיה, שזה הלוה פרע שנים, ואין עולה על דעתם שהלוה יטעון שכתבו דינרין סתמא מפני שלא נתנו לב לכתוב המספר, ואמנם רק כשבאמת באו העדים לכתוב בלא נתינת לב להמספר חושבים בעצמם אם על ידי זניחתם יגרמו הפסד להמלוה, ולפיכך קיים גם הצד שנתכונו לכתוב שנים בבירור, והוי ספיקא, ואם תפס המלוה אין מוציאים מידו.

ולפי זה מיושבים נמי דברי הגידולי תרומה, דהוא לית ליה החילוק הזה, אלא ס"ל דבכל אופן העדים חוששים שלא יגרמו הפסד לשום אדם במה שכותבים סתם דינרין, בין אם כונתם לכתוב בסתמא בלי להזכיר שום מספר, בין אם כונתם לכתוב דינרין במקום שנים, ואם כתבו דינרין בעל כרחינו נקטינן שהלוה פרע כל החוב והם לא ידעו הסכום וכתבו סתמא כדי שהלוה יוכל לפטור את עצמו, כמש"נ, דרך באופן זה אינם גורמים הפסד לשום אדם, ובודאי כן היה, ואם תפס מלוה מוציאים מידו, ומה שכתב

הרמב"ן בלשון דילמא היינו משום דבעצם צריך לומר שכתבו דינרין תחת מספר שנים ולא סתמא בעלמא בלי נתינת לב להמספר, כמש"נ, אכן איכא נמי צד שלישי דילמא פרע הכל וכתבו סתמא בכונה כדי לפוטרו, וכיון דגם צד שלישי נכנס להספק הרי שוב ברור לנו שכן היה, דלפי שני הצדדים האחרים נמצאו העדים גורמים הפסד להמלוה.

ובסוף דבריו כתב הש"ך וז"ל: וכתב הסמ"ע סי' מ"ב ס"ק ל"ב דדוקא בשטר שכתוב בו דינרין לא מהני תפיסה מטעמא דלשון השטר מסייע ללוה דסתם דינרין אינו משמע יותר משנים, אבל בנכתב בשטר דאינון ונמחק הסכום דאין לו אלא שנים מסתבר דמהני תפיסה אף בעדים, ולא נהירא, דבנמחק הסכום פשיטא דלא מהני תפיסה לכולי עלמא, דאם לא כן כל מי שיש לו שטר ימחק הסכום ויתפוס הרבה, אלא ודאי אין דנין מחק אלא להורעת כחו של מוציא, וכן כתבו הטור ושו"ע בסוף סי' נ"ד גבי שובר שכתוב דאינון ונמחק הסכום דאין דנין אלא בפחות שבלשונות (ואין לך תפיסה יותר מבשובר שהרי הוא תפוס ועומד), והוא מטעם הנ"ל וכו' עכ"ל, יעו"ש, ולענין מה שכתב הש"ך בחצאי עיגול דאין לך תפיסה יותר משובר שהלוה תפוס ועומד, עיין לקמן סי' נ"ו ובהגהות, ועיימש"נ בהגהות לסי' נ"ג...

142G והש"ך הקשה על דברי הסמ"ע מן הסברא דאם כן כל מי שיש לו שטר ימחק הסכום, אולם יותר קשה על דבריו ממה שהטור והמחבר כתבו בפירוש בשובר שנמחק הסכום שבו שאינו פוטר עצמו אלא מן הפחות, הרי מבואר כסברת הש"ך, ויש לתמוה על הסמ"ע שלא פסק כדבריהם.

ונראה שיש לחלק לענין סברת הש"ך בין שטר לשובר, דאין הכי נמי דאם המלוה ימחק סכום שבשטר יוכל לתפוס הרבה יותר ממה שכתוב בו, אבל לאידך גיסא יפסיד לגבי גוביינא בבית דין שלא יוכל לגבות אלא הפחות, ולא חשש הסמ"ע שהמלוה יפסיד זכותו לגבות בבית דין כדי שיוכל לתפוס בחזקה חוץ לבית דין, אבל הלוה לא מפסיד כלום במחיקת הסכום שבשובר והרי הוא פוטר עצמו לגמרי, ובודאי יש לחוש שיעשה כן, ומשום הכי אינו נפטר אלא מן הפחות.

סימן נו

בו יבוארו דברי הש"ך דלדעת המהרי"ק אין טענת קים לי נחשבת טענת ברי כלל בספק בלשון השטר, אבל בפלוגתא דרבוותא היא טענת גרועה ומועילה קודם שנולד הספק.

הש"ך הביא ראייה למה שכתב דהמהרי"ק מודה דבספק בלשון השטר והנתבע תפוס בממונו בטענת ברי לא אמרונן אין ספק מוציא מודאי וז"ל: וכן במהרי"ק שורש צ"ד משמע להדיא לחלק כמו שכתבתי, דכתב שם בלשון הנחה שבשטר הצואה דאיכא פלוגתא דרבוותא אי הוי לשון מתנה, אמרינן יד בעל השטר על התחתונה, ולא מהני תפיסה אלא היכא דתפס קודם שנולד הספק לצד אחד מהתוס', או היכא שהתופס בא מחמת טענת ברי לצד אחד מהתוס' וכו' עיין שם עכ"ל, יעו"ש.

ולשון הנחה בשטר צואה הוי ספק בלשון השטר, ונחלקו בזה הראשונים אם הוא לשון מתנה, וכתב המהרי"ק דטעמא דאין תפיסה מועילה בספק זה משום דאין תפיסה מועילה אלא כשתפס קודם שנולד הספק או אם תפס בטענת ברי אחר שנולד הספק, ובפלוגתא דרבוותא לא שייכי תרוייהו, שהרי הספק נולד כשנחלקו הראשונים, וגם טענת ברי אינה שייכת במה שנחלקו הראשונים, ומכל מקום מבואר דאילו היה שייך שיטעון ברי היתה תפיסתו מועילה בספק לשון הנחה בשטר צואה, הרי להדיא דבספק בלשון השטר לא אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי, דהא מה שכתוב שנותן כל נכסיו לפי פשטות כולל גם הקרקע שהניח לפלוני, ואלא שכתוב שטר תנאי המוציא קרקע זו מן הכלל, אכן כיון דלשון התנאי מסופק אין תפיסה מועילה, דאין ספק מוציא מידי ודאי, אולם אילו היה יכול לטעון ברי בפלוגתא דרבוותא היתה תפיסתו מועילה, ולא היינו אומרים דאין ספק מוציא מידי ודאי, וכסברת הש"ך.

ומשום הכי בעובדא דמהרי"ק אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי וחייב לשלם, שהרי הוא בא לפטור עצמו מחמת לשון השטר ואין לו טענת ברי, כמו שכתב הש"ך בסי' נ"ה, יעו"ש, אולם הקשה הש"ך דהרי בעובדא דהמהרי"ק ראובן היה תפוס בממונו קודם שנודע להם שנשבה השבוי, והוה ליה תפיסה קודם שנולד הספק, ולדברי המהרי"ק בשורש צ"ד תפיסה קודם שנולד הספק מועילה בספק בלשון השטר, דבמקום תפיסה מעליא לא אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי, כמש"נ בסי' נ"ה ובהגהות שם.

וכתב הש"ך וז"ל: ואפשר דלדינא ס"ל למהרי"ק דאין חילוק בין תפס קודם שנולד הספק או לא, ומה שכתב בשורש צ"ד היינו לצד אחד מהתוס', שמחלקים בכך, אבל לדינא לא ס"ל הכי, או אפשר דס"ל דלא שייך לחלק בזה אלא לענין דמצי למימר קים לי כחד מרבוותא, אבל לענין ספק שבגוף השטר אין חילוק, אלא אפילו תפס קודם שנולד הספק לא מהני תפיסה, ויש טעם לחלק ביניהם, משום דפלוגתא דרבוותא מצי למימר קים לי כהאי, ואם כן ברור לי שהדין עמי, ואתה שרוצה להוציא עליך להביא ראייה דקיימא לן כאידך, ומכל מקום לא הוי טענת ברי מעליא שיועיל אף לאחר שנולד הספק לדעת מהרי"ק וכו' עכ"ל, יעו"ש, והיינו דתפיסה קודם שנולד הספק מהני רק

בצירוף טענת קים לי שהדין כמו שאני טוען, ובספק בלשון השטר אינו יכול לטעון קים לי, ומשום הכי בעובדא דהמהרי"ק בשורש ז' אין תפיסתו קודם שנולד הספק, אבל בעובדא דשורש צ"ד דלא הוי ספק בלשון השטר אלא פלוגתא דרבוותא יכול לטעון קים לי כחד מרבוותא, ואע"ג דאינו נחשב בזה כטענת ברי מעליא שתועיל לו אפילו אחר שנולד הספק, הרי זו טענת ברי כל דהו ומועילה קודם שנולד הספק.

והקשה הש"ך ז"ל: אך קשה דהא בנידון דבשורש ז' תפס קודם שנולד הספק, ואפשר דלדינא ס"ל למהרי"ק דאין חילוק בין תפס קודם שנולד הספק או לא, רק בין טענת ברי או שמא וכו' או אפשר דס"ל דלא שייך לחלק בזה אלא לענין דמצי למימר קים לי כחד מרבוותא, אבל לענין ספק שבגוף השטר אין חילוק אלא אפילו תפס קודם שנולד הספק לא מהני טענת 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, ומכל מקום לא הוי כטענת ברי מעליא שיועיל אף לאחר שנולד הספק לדעת המהרי"ק עכ"ל, יעו"ש.

ובתירוץ זה למד הש"ך דהמהרי"ק ס"ל דתפיסה בטענת ברי מועילה אפילו לאחר שנולד הספק, ובלי טענת ברי אין תפיסה מועילה אפילו קודם שנולד הספק, ואם יכול לומר קים לי, כגון בפלוגתא דרבוותא, יכול לתפוס קודם שנולד הספק, אבל לא לאחר שנולד הספק, דקים לי לא הוי כטענת ברי מעליא, ומשום הכי בעובדא דשורש ז' אין תפיסתו מועילה, שהרי תפס מחמת לשון השטר ואין לו טענת ברי מעליא, וגם אינו יכול לומר קים בספק שבשטר, כמו שמבואר לעיל בסי' ל"ז, יעו"ש.

וקצת קשה דבתירוצו השני כתב הש"ך דאפשר דהמהרי"ק ס"ל דקים לי הוי כטענת ברי, ומה שכתב בשורש צ"ד דתפיסה בטענת קים לי אינה מועילה לאחר שנולד הספק, היינו לדעת הר"י דאין תפיסה לאחר שנולד הספק מועילה אפילו בטענת ברי, ואין הכי נמי דלדידן מצי המקבל מתנה למימר קים לי כהרא"ש דמניח הוי לשון מתנה אפילו לאחר שנולד הספק, והוסיף ראיה לכך ז"ל: שהרי בשורש קס"א כתב מהרי"ק להדיא דטענת קים לי הוי כמו טענת ברי ומהניא אפילו אחר שנולד הספק עכ"ל, יעו"ש, והרי כיון שידע הש"ך שמפורש בדברי המהרי"ק דטענת קים לי הוי כברי מעליא אזלא ליה תירוצו הראשון, ולמה הביאו.

ונראה דהיה אפשר לחלק דרך בספיקא דדינא טענת קים לי נחשבת כברי מעליא, שהרי הדבר תלוי בסברא, ויכול לומר שלדעתי סברא זו נכונה, אבל בספק שבשטר אינו יכול לומר קים לי, שהרי אין הדבר תלוי בסברא, כמו שכתב הש"ך בסוף סי' ל"ז, יעו"ש, ומכל מקום בפלוגתא דרבוותא יכול לומר קים לי כחד מהרבוותא, והיינו שהרשות בידו לנהוג כמותו כיון דלא איפסקא הלכתא לא כמר ולא כמר, ולא משום שהסכים לסברתו, דאין לו ידיעה בכך, ועיימש"נ בהגהות שם, וכיון שכן גרע הקים לי בפלוגתא דרבוותא בספק שבשטר, ואולי יש לומר דאין טענת קים לי כזו כטענת ברי מעליא, אכן למסקנא ס"ל להש"ך דאין לחלק, ולדידן אם תפס המקבל מתנה דטענת

קים לי אין מוציאים מידו אפילו אם תפס לאחר שנולד הספק.

בסוף דבריו כתב הש"ך וז"ל: וכן לפי מה שכתבתי לעיל סי' נ' דתפיסה ברשות מהני לכולי עלמא אפילו בטענת ספק, גם כן אין צריך לפרש דברי תשובות הרא"ש ופוסקים ושוי"ע גבי שובר בטוען ברי, אלא אפילא אינו טוען ברי כיון דתפיס ברשות, וכמו שכתוב לקמן סי' ס"א דבכהאי גונא מיקרי תפס ברשות עכ"ל, יעו"ש, והיינו דהלוה נחשב תפיס ברשות כיון שהממון שלו, והוא תפוס ועומד בו. ועיין מה שכתב הש"ך לעיל בסי' נ"א וז"ל: דהא טעמא דתפס ברשות מהני כיון דנתנו לו ברשות הוה ליה איהו בעלים ואידך המוציא מחבירו עליו הראיה עכ"ל, יעו"ש, ועיימש"נ בהגהות לסי' נ' דכונתו שמסר לו הדין תפוס, ולפי זה היה אפשר לחלק בין תפס ברשות התובע לתפס ברשות עצמו, וצריך עיון.

סימן נז

בו יבוארו דברי התרומת הדשן דשוכר תפוס בחודש העיבור מקודם ובהיתר, וגם דאין תפיסה ברשות אלא כשנתנוהו הבעלים מדעתם, ולא כשבא ליד התופס בשאלה ופקדון.

כתבו התוס' בבבא מציעא (דף ו:): בד"ה פוטר ממונו כהן וז"ל: וכן הוא מסקנא דאם תקפה כהן מוציאין מידו תימה דבפרק השואל (דף קב:) ובפרק בית כור (ב"ב דף קה.) גבי אחד ששכר מרחץ מוקי שמואל הא דיחלוקו בבא באמצע החדש אבל בבא בסוף החדש כולו לשוכר והא מסיק הכא דמוציאין מידו ויש לומר דהתם נכנס בהיתר לכך מהניא תפיסתו אבל הכא לא בהיתר תפס כי אם בספק וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומבואר שתפיסתו מועילה מפני שנכנס בהיתר והיתה תפיסתו ברשות.

והתוס' הביאו דברי שמואל דמוקי הא דתנן שם יחלוקו דמיירי שבא המשכיר באמצע החודש, ואולם אם בא בסוף החודש כולו לשוכר, ומזה הביאו ראיה דתפיסת השוכר מועילה, ויש לדקדק דהרי הא דחולקים בבא באמצע החודש הוא משום שהשוכר תפס תשמישי המרחץ של חצי חודש העיבור קודם שבא המשכיר, כמו שכתב רש"י בבבא מציעא, יעו"ש, ואם כן למה לא הביאו ראיה מיד מבא באמצע החודש דתפיסת השוכר מועילה,

ועיין בתוס' בבכורות (דף מח:): בד"ה ואם לשני כהנים נתן שהוכיחו דתפיסה מועילה מבא באמצע החודש, יעו"ש, ויש לעיין למה הוצרכו התוס' בבא מציעא להוכיח מבא בסוף החודש מאחר שכבר הזכירו בא באמצע החודש, ועוד דאם הראיה היא מבא בסוף החודש למה להם להזכיר בא באמצע החודש כלל.

וצריך לומר שהזכירו הא דבא באמצע החודש יחלוקו להוכיח שהמשכיר נחשב מוחזק על התשמישים של חודש העיבור, דהיה אפשר לומר דעל תשמישי חודש העיבור אין שום אחד מהם מוחזק, ואפילו אם בא המשכיר באמצע החודש אינו יכול לעכב על השוכר להשתמש בו בחצי השני של חודש העיבור, ולהדיא איתא בתוס' בכתובות (דף כ.). בד"ה ואוקי ממונא בחזקת מריה וז"ל: דאמרינן גבי משכיר בית לחבירו בשנים עשרה זהובים לשנה מדינר זהב לחדש בא בתחלת החדש כולו למשכיר אלמא דבחזקת משכיר הוא ואפילו הכי קאמר בא בסוף החדש כולו לשוכר וכו' עכ"ל, יעו"ש, הרי שהוצרכו התוס' להוכיח דלא אמרינן שאין שום אחד מוחזק יותר מחבירו כיון דבא בתחלת החודש כולו למשכיר, אלמא דבחזקת המשכיר הוא.

אבל התוס' בבבא מציעא הוכיחו שהתשמישים בחזקת המשכיר מהא דבא המשכיר באמצע החודש דיחלוקו, שכן הוא במשנה שם, ומדיכול לעכב עלחצי השני מבואר דהוא מוחזק, שתפס תפס, אבל מכאן ולהבא מעכב עליו, אולם התוס' בכתובות לא רצו להביא ראיה מבא באמצע החודש שהמשכיר מוחזק בתשמישי המרחץ לולי תפיסת השוכר, מפני שיש לדחות דדלמא אינו מוחזק, והא דחולקים הוא מדין ממון המוטל בספק חולקים במקום דליכא מוחזק, ולכן הביאו הראיה מבא בתחלת החודש, ואכן לדברי התוס' בבא מציעא אין להקשות דלמא אין שום אחד מוחזק וחולקים

משום ממון המוטל בספק, שהרי מבא משכיר בתחלת החודש מוכח שהוא מוחזק, ואם כן הוא הדין בבא באמצע החודש היינו טעמא דחולקים מפני שהוא מוחזק על תשמישי חצי השני שעדיין לו תפסו השוכר.

והשתא לדברי התוס' בבבא מציעא ובכורות שתירצו דתפיסת השוכר מועילה משום שנכנס בהיתר מבואר דס"ל דתפיסה ברשות מועילה, אולם התוס' בכתובות הנ"ל כתבו וז"ל: וקשה דאמר בפרק קמא דבבא מציעא (דף ו:): גבי ספק בכור תקפו כהן מוציאין אותו מידו אלמא תפיסה דלאחר ספיקא לאו כלום היא ומיהו אהיהא דסוף השואל (דף קב:): לא קשה מידי דאמרין גבי משכיר בית לחבירו בשנים עשרה זהובים לשנה מדינר זהב לחדש וכו' בא בסוף החדש כולו לשוכר דשאני התם דכיון דלא בא בתחלת החדש איכא למימר דאודויי אודי ליה וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומבואר דהתוס' נחלקו על דברי התוס' בבבא מציעא וס"ל דאין תפיסת השוכר מועילה אע"פ שנכנס בהיתר, ואינה נחשבת תפיסה ברשות, ומה שכולו לשוכר הוא מפני שכיון שלא בא המשכיר עד סוף החודש נקטינן שהודה לו שכונתו היתה ללשון ראשון דשנים עשרה דינר לשנה והשתא חזר בו.

ולפי דברי התוס' צריכים לבאר למה חולקים כשבא המשכיר באמצע חודש העיבור, דלכאורה או נתכוין ללשון ראשון דשנים עשרה דינר לשנה או ללשון שני דדינר לחודש ולמה חולקים, דאם יש הודאה במה שלא בא עד אמצע החודש אם כן יהא כולו לשוכר, ואם אין בזה הודאה יהא כולו למשכיר.

וצריך לומר דאם בא באמצע החודש הרי זה ספק אם הודה או לא הודה, דאם בא קרוב לתחלת החודש בודאי אין בזה הודאה, שאינו צריך לתובעו ברגע הראשון של החודש, אבל אם המתין כחצי חודש יש להסתפק אם הודה או לא, ועיין לקמן סי' ס' שכתב הש"ך בשם הגידולי תרומה דבסוף החודש אמרינן דמדלא תבע ליה אודויי אודי ליה, יעו"ש, וצריך לומר דבאמצע החודש מסתפקא לן אם אודויי אודי ליה, כמש"נ, והרי השוכר תפס תשמישי חצי החודש ואין מוציאים מידו, דאע"ג דלגבי הספק דתפס לשון ראשון תפס לשון אחרון אין תפיסתו מועילה, דהוה ליה תפיסה לאחר שנולד הספק, כמו שמבואר מדברי התוס', לגבי הספק דדלמא אודויי ליה הוה ליה תפיסה קודם שנולד הספק, שהרי לא נולד הספק עד שבא אמצע החודש ועדיין לא תבע ליה המשכיר, כמש"נ, אי נמי יש לומר דמה שכתבו אודויי אודי ליה כונתם דהוי תפיסה ברשות, וכמו שכתב הגידולי תרומה מובא לקמן סי' ס', ועיימש"נ בהגהות שם..

הש"ך הביא דברי התרומת הדשן סי' שכ"א, ויש מהדורות של ספר תקפו כהן שנשתבשו בסימן זה וקצת מדברי התרומת הדשן חסרים, ועיין בפנים בהתשובה וז"ל: ולשון קושית התוספות משמע הכי, דקאמרינן אלמא תפיסה לאחר הספק לאו כלום היא, משמע הא דקודם מהני, אמנם באשרי פרק קמא דבבא מציעא כתב בהדיא בההיא שמעתא דתקפו דכל התופש מספק שלא יכול לטעון ברי מפקין מיניה ומוקמינן לה בחזקת מרא קמא, ורוצה לומר על כרחך אפילו אם תפיש קודם שנולד הספק, מדמייתי ראיה מחדש העיבור דלמשכיר הוא אליבא דרב נחמן, ואף על גב

דהשוכר תפוש מקודם ובהיתר וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ודברי התרומת הדשן נפלאים, שהרי דייק מדברי התוס' בכתובות דרך תפיסה לאחר שנולד הספק אינה מועילה, והתוס' הקשו ממרחץ דתפיסת השוכר מועילה, והוצרכו לתרץ דנקטינן דאודויי אודי ליה, כנ"ל, ומבואר דתפיסת השוכר במרחץ הוי תפיסה אחר שנולד הספק, שמיד בתחלת החודש יש להסתפק אם צריך לשלם בשביל חודש העיבור, ואם כן למה כתב התרומת הדשן דתפיסת השוכר הוי מקודם ובהיתר, ועיין לקמן סי' ס"ו שעמד הש"ך על דבריו.

ונראה דמה שכתב התרומת הדשן דתפיסת השוכר היתה מקודם ובהיתר אין כונתו בזה דהוי תפיסה קודם שנולד הספק, אלא כונתו דהתפיסה היתה בהיתר קודם שעלה סכסוך ביניהם ובאו לבית דין, ותפיסה כזו מועילה משום שהיא תפיסה ברשות, ולא מדין תפיסה קודם שנולד הספק, ועיין באורים ותומים לסי' ז' שכתב סברא כעין זו לגבי מתי נחשב תפיסה קודם שנולד הספק, אכן נראה דהתרומת הדשן ס"ל דאם בא לידו קודם שעלה הסכסוך הרי זה נחשב תפיסה ברשות, כמש"נ.

שוב כתב התרומת הדשן וז"ל: וצריך להתיישב בהא דכתב אשרי סוף פרק קמא דבכורות (דף יב.) בשם הרמב"ן דכל היכא דתפש ברשות מהני תפיסה אפילו בדבר ספק, כההיא דשה נדמה פדה בו פטר חמור ונתנו לכהן, וכן בפרק יש בכור (בכורות דף מט.) אם מת הבן בתוך ל' אמר רבי עקיבא אם נתן לא יחזיר, וההיא דפרק הספינה (ב"ב דף פו:) כור בשלשים סאה בסלע ראשון ראשון קנה, וכן ההיא דפרק האומנים (ב"מ דף עט.) בספינה שטבעה בחצי הדרך אמרינן נמי אם נתן לא יחזיר, וטעמא דכולהו משום דמספקא לן בהו וכיון דתפש לא מפקינן מיניה הכי מפרש לה התם, ויש לחלק דהנהו כולוהו הבעלים הראשונים התפישו מדעתם לאותם שהן מוחזקין ותופשים עתה והתפישו להם אדעתא דהכי דיהא שלהם, מה שאין כן לתופש דבר שבידו בתורת שאלה או פקדון או אפילו אם בא בידו מאליו, הואיל ולא התפישו הבעלים אדעתא דיהא שלו, אותה תפיסה לא מהני בספיקא דדינא, כך נראה דעת הרמב"ן באשרי בבכורות עכ"ל, יעו"ש.

וביאור דברי התרומת הדשן, דלא נחשב שתפש ברשות רק בשביל זה שבא החפץ לידו בהיתר ולא על ידי חטיפה בחזקה, אלא שכל שנתנו לו הבעלים מדעתם להיות מוחזק בו נחשב תפיסה ברשות, ולא היינו שנתנו לו הבעלים לשם קנין שיהא החפץ קנוי לו בכל אופן, דאם כן הוא שלו בהחלט, ולא מדין המוציא מחבירו עליו הראיה, אלא שכשהבעלים נתנו לו מדעתו ורצונו אמרינן שרצה להחזיקו להיות מוחזק בהחפץ, והיינו שאם יעלה שום ספק בהעסק שביניהם הרי הבעלים מאשרים התפוס שתהא לו תורת מוחזק לגבי אותו ספק, ועל הבעלים יהא מוטל להביא ראיה אם רוצה להוציא ממנו, ואע"ז דמעיקר הדין המרא קמא לעולם נחשה המוחזק כנגד התפוס למאן דס"ל דתפיסה אינה מועילה, במקום שהבעלים מסרו לו מדעתם ברשות הרי סילקו עצמם מתורת מוחזק שהיה להם על ידי מה שהם המרא קמא, ונשאר התפוס מוחזק לגבי כל ספק שיעלה ביניהם באותו עסק, ועיימש"נ בהגהות לסי' נ' ונ"ח ונ"ט.

סימן נח

בו יובאו דברי הש"ך דלדעת התרומת הדשן חודש העיבור לא נחשב תפיסה ברשות משום דהוי בקרקע, ויבאר ישוב הש"ך לדברי הרשב"א דמשמע דמועילה בקרקע.

התרומת הדשן כתב, הובאו דבריו בסי' נ"ז, לחלק לענין איזו תפיסה נחשבת תפיסה ברשות בין התפיסו הבעלים מדעתם לבין בא הממון לידו בתורת שאלה ופקדון, וכתב הש"ך וז"ל: ואם כן בהך דחודש העיבור מיקרי תפיסה שלא ברשות כיון דלא התפיסו אדעתא דיהא הבית שלו, ואם לזה נתכוון בעל תרומת הדשן אין דבריו מוכרחים, ואדרבה הך דחודש העיבור מיקרי תפיס ברשות וכו' ואפילו הכי לא מהני תפיסה לרב נחמן דקיימא לן כותיה מטעם דקרקע שאני דבחזקת בעלים קיימא וכו' הרי להדיא דאף בתפס ברשות יש חילוק בין מטלטלים וקרקע, וחודש העיבור מיקרי תפיס ברשות, ואפילו הכי לא מהני מטעם קרקע בחזקת בעליה עומדת וכו' עכ"ל, יעו"ש. ויש לבאר הא דתפיסה ברשות אינה מועילה בקרקע עפ"י מש"נ בהגהות לסי' נ"ז דענין תפיסה ברשות לפי דעת הרמב"ן הוא דאע"ג דלמאן דאית ליה אי תפס מפקינן מיניה, והיינו דאין התפוס שהוא מוחזק בהממון מוציא מן המרא קמא כיון שבא לידו על ידי תפיסה, כמו שכתב הנמוקי יוסף, הובאו דבריו בסי' נ', יעו"ש, אם המרא קמא התפיסו מדעתו אמרינן שסילק עצמו מזכותו כמרא קמא, ונעשה התפוס מוחזק גמור, והבעלים הוא המוציא ממנו ועליו להביא ראיה, וכל זה הוא במטלטלין שהרי הן מוחזקין ביד התפוס, וכיון שהבעלים סילק עצמו מזכותו כמרא קמא, הרי התפוס ממילא הוא המוחזק ועל הבעלים להביא ראיה, אבל קרקע לעולם בחזקת בעליה עומדת, והרי היא נחשבת תפוסה ביד הבעלים ולא ביד התפוס, ומה שהתפוס יושב בה אינו נחשב לכלום, ולכן גם אם הבעלים מסרו הקרקע ליד התפוס אינו נעשה מוחזק בזה, שהרי לא סילקו עצמם מן גוף הקרקע אלא מזכותי מרא קמא, אבל הקרקע לעולם עומדת בחזקתם.

וריש דבריו הבין הש"ך בדברי התרומת הדשן שבא ליישב סתירה בדברי הרא"ש, דבמרחץ אין תפיסתו מועילה אע"ג דהוי מקודם ובהיתר, ובבכורות פסק כהרמב"ן דתפיסה ברשות מועילה, ועל זה תירץ דתפיסה ברשות מועילה רק בקנינים ולא בשאלה ופקדון, ומרחץ הוי שכירות ולא קנין, וחילוק זה לא נתחוויר להש"ך דהרי טעמא דאין תפיסה ברשות מועילה במרחץ היא משום דהוי קרקע.

ובהמשך דבריו כתב הש"ך וז"ל: מכל מקום נתבאר דס"ל להרמב"ן דהך דחודש העיבור מיקרי תפס ברשות, ואפילו הכי לא מהני בקרקע מטעם קרקע בחזקת בעליה עומדת, לכן נראה לי דלא נתכוון בעל תרומת הדשן לזה, דהא בלאו הכי אין טעם לחלק, דפשיטא כי היכי דכור בשלשים סאה בסלע מיקרי תפס ברשות לדעת הרמב"ן, הוא הדין חודש העיבור וכו' ולא מסתבר כלל וגם אין טעם לחלק ביניהם, אלא נראה שלשון הרמב"ן שבאשרי וטעמו הכריחו לבעל תרומת הדשן לחלק כן בדעתו מדכתב הרמב"ן אבל נתנוהו לו בעלים וכו' לשון נתינה, וגם מדיהיב טעמא דהדר הוה ליה כהן

בעלים וכו' משמע דוקא היכא שנתנו לו אדעתא דיהא שלו וכו' אבל כל שבא לידו בתורת שאלה וכהאי גוונא וכו' הלכך הוי ליה תפיסה שלא ברשות עכ"ל, יעו"ש.

ומשמע מדברי הש"ך שמפרש דברי התרומת הדשן דאין דברי הרא"ש סותרים אהדדי כיון דלא שייך תפיסה ברשות במרחץ מפני שהוא קרקע, ומכל מקום ראה לחלק בין קנין לשאלה ופקדון מפני שכן משמע מדברי הרמב"ן, אבל הש"ך עצמו חולק עליו, ואינו רואה טעם לחלק ביניהם.

אולם עיין מה שכתב לקמן סי' נ"ט וז"ל: ובתשובות י' לב ספר ראשון דף נ"ד כתב וזה לשונו אבל אם התפיסו המלוה בתורת שאלה או פקדון האי התפסה לדעת הרב בעל התרומות הוה לה כמאן דליתא איברא דהאי מלתא לא נמצא בשום פוסק וכו' עד כאן לשונו, ולענ"ד דברי בעל תרומת הדשן נכונים בזה ומוכרחים מתוך דברי הרמב"ן שבהרא"ש דלעיל וכמש"נ עכ"ל, יעו"ש, הרי שהש"ך הסכים לחילוקו של התרומת הדשן, ולא כמו שכתב כאן שאין טעם כלל לחלק ביניהם.

אכן הדברים מתבארים היטב, דדברי התרומת הדשן הם תשובה לשאלה שבה התחיל הסימן וז"ל: ראובן נשא בת שמעון ופסק שמעון לראובן מאה זהובים לנדוניא ונתן לו שטר חוב על זמן בשבילם, ומתה הבת קודם שפרע שמעון לראובן הנדוניא, ולאחר מיתת הבת שאל ראובן מחמיו שמעון ספרים ללמוד בהם, לאחר זמן תבע ראובן משמעון לפרוע לו שטר חובו ממאה זהובים שיש לו עליו, והשיב לו שמעון השטר חוב הוא מחמת נדוניית בתי וכבר מתה, אין אני חייב לפרוע, ואמר ראובן לא אתבע בד עוד, אחזיק הספרים שלך שהשאלתני עד אשר תפרעני עכ"ל, יעו"ש, ובעובדא ההיא עלה ספק בהשטר חוב אם שמעון חייב לפרוע לו, וראובן תפס הספרים שתחת חובו, ודן התרומת הדשן אם תפיסתו נחשבת תפיסה ברשות הואיל ושמעון מסרם לידו מדעתו. וזהו מה שכתב התרומת הדשן דאם בא הממון לידו על ידי שאלה ופקדון, או כל שבא לידו מאליו ולא על ידי תפיסה, אין זה נחשב תפיסה ברשות, דלא הוי תפיסה ברשות אלא כשנתנוהו לו הבעלים מדעתו שאם יעלה איזה ספק בהעסק שביניהם שיהא התופס נחשב המוחזק לגבי אותו הספק ויהא המרא קמא המוציא ועליו להביא ראיה, ואין נפקא מינה אם העסק שביניהם הוא קנין או שכירות, אם יעלה ספק באותו הממון שמסר לו אם הוא של זה או של זה, או אם זכות התשמישים שמסר לו אם היא של זה או של זה, התפוס יהא נחשב המוחזק, ועל המרא קמא להביא ראיה אם רוצה להוציא ממנו, אבל היכא שמסר לו הממון בשאלה, כגון שהשאל לו ספרים ללמוד בהם, ועלה ספק ביניהם בעסק אחר שאינו שייך לשאלת הספרים, לא אמרינן דמה שבאו הספרים לידו בלי תפיסה מיד המשאל נחשב תפיסה ברשות, שמעולם לא מסרם לו אדעתא שיהא מוחזק בהם כנגד המרא קמא בספק שעלה בעסק ביניהם שאין לו שום שייכות לשאלת הספרים, וכן מבואר להדיא בדברי הש"ך לקמן סי' ס', יעו"ש.

והש"ך הסכים לחילוק זה של התרומת הדשן, שכן מוכח מלשון הרמב"ן, כנ"ל, ואכן שאין לחלק בכך בין מרחץ לכור בשלשים, דאין טעם לחלק בכך, דלמה נחלק בין ספק בהקנאת גוף החפץ לספק בהקנאת זכותי השתמשות לזמן השכירות, אם אמרינן

דכשנתנוהו הבעלים מדעתם נתכונו לסלק עצמם מזכות מרא קמא ושיהא עליהם להביא ראיה, גם בשכירות נאמר כן, ולמד הש"ך דעיקר כונת התרומת הדשן בישוב סתירת דברי הרא"ש הוא דמרחץ הוי קרקע, ותפיסה אינה מועילה בקרקע, והחילוק שהוציא מדברי הרמב"ן הוא תשובה על השאלה שבה התחיל, כמשי"נ, ואע"ג דזה קצת דחוק בדברי התרומת הדשן שלפי זה לא הקשה סתירה בדברי הרא"ש במה שכתב וצריך להתיישב וכו', כנ"ל, אלא מה שכתב דאין תפיסתו מועילה אע"ג דתפס מקודם ובהיתר הוא מסקנא דמלתא, טעמא משום דמרחץ הוי קרקע, ולא הזכיר דטעמא משום דהוי קרקע, ואחר כך מתחיל ענין חדש שצריך להתיישב וכו' להבין הגדרים בדרי הרא"ש בבכורות בשם הרמב"ן.

ואולי יש לומר דהתרומת הדשן מחלק לעולם בין קנין לשכירות ושאלה, דלא אמרינן דהבעלים מאשרים התפוס להיות המוחזק לגבי כל ספק שיעלה מן העסק שביניהם אלא כשהקנה לו החפץ לחלוטין, דאז בדעתו הוא כבר מסולק מן הממון, וניחא ליה שהאחר יהיה המוחזק והוא יהיה המוציא אם יעלה סכסוך ביניהם, אבל בשכירות ושאלה שהעסק ביניהם אינו אלא לזמן, ולבסוף יחזור הממון להבעלים, עדיין רואה עצמו בדעתו כבעל הממון, ואינו רואה עצמו כמסולק, ואין בדעתו לסלק עצמו כלל, ואם יעלה ספק בהעסק אינו רוצה שהאחר יהיה המוציא ועליו תהא הראיה, וגם זה קצת דחוק.

באמצע דבריו הביא הש"ך דברי הרשבא בתשובות ח"א סי' תתקע"ב וז"ל: עוד השיב באחד שמכר קרקע לחבירו, ובאו שנים ואמרו כי תנאי היה בשעת המכירה וקנין שאם יחזיר לו המעות מכאן ועד שלש שנים שיהא המכר בטל, והלה מביא עדים שמכרו בלא תנאי, שאין בזה דמיון להא דאמרינן בכתובות פרק האשה (דף יט.) אין נאמנין ולא מגבינן ביה דתרי ותרי נינהו ואוקי ממונא בחזקת מאריה, דשאני הכא שלדברי כולם לוקח זה כדין ירד והמוכר החזיקו בכסף בשטר ובחזקה, 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 מארי קמא וכו' עכ"ל, יעו"ש, ולכאורה מבואר מדברי הרשב"א דתפיסה ברשות מועילה אפילו בקרקע, ודלא כמו שהעלה הש"ך דבקרקע אין תפיסה ברשות מועילה.

וכתב הש"ך לחלק וז"ל: לכך נראה דבהך דתשובת הרשב"א סי' תתקע"ב שאני כיון שלדברי כולם ירד בו ברשות להיות שלו לזמן שלש שנים, אלא שאחר הזמן יחזור לו המכר, אם כן על כל פנים הוא בעלים עליו עד אותו זמן שהרי ירד ברשות להיות שלו לזמן שלש שנים, וגם אפילו לחלוטין כשלא יביא מעות לסוף שלש שנים, אם כן בכהאי גוונא לא שייך לומר אוקי בחזקת מאריה קמא, שאדרבה הלוקח הוא נקרא בעל הקרקע, ובפרט שהיה הזמן שלש שנים כדין שני חזקה וכו' עכ"ל, יעו"ש, ולמד הש"ך דכיון שהלוקח קנה הקרקע על כל פנים לשלש שנים הרי הוא נקרא המוחזק, ואם נולד ספק אמרינן דקרקע שחזקתו עומדת.

ויש להסתפק בתנאי זה שאם יחזיר לו המעות לאחר שלש שנים יחזיר לו הקרקע, מהו הדין אם קיים התנאי והחזיר לו המעות, מי אמרין דהמכר בטל למפרע והלוקח צריך להחזיר כל הפירות שאכל במשך הזמן שהקרקע היתה אצלו, ואם נאמר שהמכר בטל למפרע, אם כן השתא שהמוכר מחזיר לו המעות, ואית כאן שני עדים שמעולם לא היתה הקרקע מכורה, ושני עדים אומרים שמעולם לא היה תנאי כזה במכירת הקרקע, הרי נמצא לפנינו ספק של תרי ותרי אם קרקע זו מכורה להלוקח, והיה לנו להניח הקרקע ביד המוכר שהוא המרא קמא, ומה לנו דקודם שהמוכר החזיר המעות היתה הקרקע מוחזקת ביד הלוקח, השתא שהחזיר המעות הרי חזקתו מסופקת. ואם נאמר שלא התנו שאם המוכר יחזיר המעות יבוטל המכר למפרע, אלא המכר מוחלט לשלש שנים, והתנו שאם המוכר יחזיר המעות אחר השלש שנים שהלוקח מחויב להחזיר לו הקרקע בקנין חדש, שהלוקח מקבל על עצמו להקנותו לו בחזרה אם המוכר יחזיר לו המעות, הלא אינו מתחייב בכך להקנותו, דאין זה אלא קנין דברים בעלמא, וכדאיתא בבבא בתרא (דף ג.) וכי קנו מידן מאי הוי קנין דברים בעלמא הוא, יעו"ש, דאין קנין פועל אלא או להקנות או להתחייב, אבל אינו יכול לחייב עצמו לעשות איזה דבר, ונחלקו האמוראים בבבא מציעא (דף מט.) אם דברים יש בהן משום מחוסרי אמנה, יעו"ש, אבל כולי עלמא מודו שאין בקנין דברים דין ממוני, ואם כן אין נפקא מינה אם היה כאן תנאי כזה או אם לא היה, אם אינו רוצה להחזיר אין עליו חיוב להחזיר.

וצריך לומר שהלוקח טוען שעשו שני קנינים בשעת המכר, חדא שהמוכר הקנה לו הקרקע לחלוטין בשעת המכר, והלוקח הקנה להמוכר בחזרה הקרקע שקנה ממנו שיחול הקנין לאחר שלש שנים, ובתנאי שיחזיר לו מעות המקח, ויש לו שני עדים על כך, ושני עדים אחרים מכחישים אותם, והרי הדבר ספק אם חל קנין חדש לאחר השלש שנים, ומכל מקום עד שנגמרו השלש שנים הקרקע של הלוקח לחלוטין, והרי הקרקע בחזקת הלוקח לגבי כל ספק שיעלה אחר השלש שנים, ומה שהתנו על שלש שנים, שהוא הזמן של שני חזקה, כמו שכתב הש"ך, כנ"ל, ואע"ג דבנידון זה לא שייך כל הענין של חזקת קרקעות, יש לומר דהיינו סימן שלא נתכונו לתנאי אלא לקנין גמור, שכן הדרך שלאחר שלש שנים אינו צריך לשמור שטרו מן העכברים, ואם החזיר לו המעות הרי זה קנין חדש, ואינו צריך להחזיר לו הפירות שאכל, וממילא הלוקח הוה ליה המרא קמא לגבי הספק החדש אם היה כאן קנין בחזרה.

ולפי מה שכתב הש"ך בסי' א' דשיטת הרשב"א כשיטת הרמב"ם דתקפו כהן אין מוציאים מידו, יעו"ש, בכלל אין שייך לומר דטעמא דהרשב"א משום דהוי תפיסה ברשות, דגם בלא רשות מועילה, והש"ך הקשה מדברי הרשב"א דמוכח דשייך תפיסה בקרקע, ולדידיה לא שייך תפיסה בקרקע כיון דבחזקת בעליה עומדת, כמש"נ, וגם הרמב"ם מסכים לכך, ועל זה תירץ דבנידון דהרשב"א הלוקח הוא המוחזק שכדין ירד ולא באה הקרקע לידו בתפיסה, כמש"נ.

סימן נט

בו יובא מחלוקת הר"ן והיש מחלקים לענין בעיא דלא איפשטא דמשוך בהמה וקני כלים שעליה אם תפיסתו נחשבת ברשות, ויבואר הוכחת הש"ך כדברי התרומת הדשן.

המהר"ד בתשובות פליג על דברי התרומת הדשן דאם בא הממון ליד התופס בשאלה ופקדון אין זה נחשב כתפיסה ברשות וז"ל: אבל אם התפיסו המלוה בתורת שאלה ופקדון האי התפסה לדעת הרב בעל תרומת הדשן הוה לה כמאן דליתא, איברא דהאי מלתא לא נמצא בשום פוסק, ואם איתא דס"ל הכי הוה להו לפרושי, דכגון האי ודאי צריך לאודועי עכ"ל, יעו"ש.

והש"ך הביא ראיה לדברי התרומת הדשן ממה שכתב הבית יוסף בס"י ר"ב בשם הר"ן לגבי הבעיא דמשוך בהמה וקני כלים שעליה וז"ל: הר"ן כתב כיון דבעיין לא איפשטא נראה לומר דאי משך בכהאי גונא לא מפקינן מיניה דהוה ליה תופס ברשות דומיא דכור בשלשים סאה בסלע, וראיתי מחלקים ביניהם דהתם משיכה גמורה הוה עבד אבל הכא דספיקא בגופיה דקניה ודלמא לא קנו כלל מפקינן מיניה, ואין זה כלום אצלי דהתם נמי איכא לספוקי דלמא מוכר לא נתכוין עד שימשוך לוקח כל הכור וכלשיניה כמה דאמר כור בשלשים דלא מהני היא עכ"ל, יעו"ש.

ויש לבאר דברי היש מחלקים על פי מה שכתב הש"ך בשם מהר"ם מינץ לעיל סי' י"ט אות ה' דאף אם תפס שלא כדרך מכל מקום מוחזק הוא, יעו"ש, והיינו דשלא כדרך הוא דין בחלות הקנין דלא חל אלא אם כן קנה כדרך, אבל כיון שעשה מעשה קנין הרי הממון מוחזק בידו, ועיימש"נ בהגהות שם, ויש לומר דהיש מחלקים ס"ל דהספק בלשון כור בשלשים סאה בסלע הוא בדעת קנין של המוכר, אבל אין ספק בהמעשה קנין של סאה ראשונה, והרי הלוקח מוחזק בה, וממילא יש לומר דהוי תפיסה ברשות, אבל בעיא דמשוך בהמה וקני כלים שעליה הוי ספק בעצם המעשה קנין, והוי תפיסה בספק דלא מיקרי תפיסה, ועיין מה שכתב הש"ך לעיל סי' י"ט אות ג', יעו"ש, וכיון שאינו מוחזק בהכלים לא שייך בהם דינא דתפיסה ברשות מועילה, והר"ן פליג וס"ל דכל שיש ספק בדעת המוכר הרי זה נחשב ספק בעצם המעשה קנין, ומכל מקום הוה לה ברשות, ואם כן הוא הדין בספק משוך בהמה וקני כלים שעליה. והוכיח הש"ך מדברי היש מחלקים דס"ל דלא הוי תפיסה ברשות במקום שיש

ספק בעצם המעשה קנין, ואע"ג דמסר לו הכלים מדעתו וברשותו, ולא אמרינן שמסרם לו אדעתא שיהא הוא הבעלים ושיהא הבעלים המוציא לענין ספקות שיעלו בהעסק שביניהם, כמו שכתב הרא"ש בבכורות, כנ"ל בס"י נ"ח, והיינו כדברי התרומת הדשן דבשאלה ופקדון, דהיינו כגון ששאל ממנו ספרים ללמוד בהם, כמש"נ בהגהות לסי' נ"ח, שלא היה שם שום מסירה כלל לגבי העסק שלפנינו, ואע"ג דמסרם מדעתו ורשותו, וגם הר"ן דפליג על דברי היש מחלקים וס"ל דהוה לה תפיסה ברשות, היינו משום שיש צד קנין בהמסירה, אבל בשאלה ופקדון שאין שם צד קנין כלל לענין העסק שלפנינו גם הוא מודה דאין זה נחשב תפיסה ברשות, וכמש"נ.

סימן ס

בו יובאו דברי הגידולי תרומה דפליג על מה שכתב התרומת הדשן דאין תפיסה ברשות בשאלה, וחילק בין תפיסה לתקיפה, ויבוארו דברי הש"ך דהרמב"ן נקט לשון הגמרא.

הש"ך הביא דברי הגידולי תרומה וז"ל: ומה גם לפי מה שכתב הרב בעל תרומת הדשן ז"ל דהנהו כולו הבעלים הראשונים התפיסו מדעתם וכו' מה שאין כן לתופס בדבר שבידו בתורת שאלה וכו' האמנם דברי הרב בעל תרומת הדשן ז"ל נתקשו בעיני אפילו בההיא דבכורות גופא, דמסקנת לישנא דהרא"ש בשם הרמב"ן ז"ל כך היא, ולא מפקינן ממונא ממאן דתפס הואיל ותפס ברשות אבל תקיפה לא מהניא וכו', נראה דמחלק בין לשון תפיסה ללשון תקיפה, דבתפיסה שייכא נתינה מיד בעלים שהם התפיסו לו ותקיפה לא מקרייא אלא כשזה תקף וחטף שלא מדעת הבעלים, ואם איתא ליפלוג כולה בתפיסה גופה ולימא אבל תפס שלא ברשות דהיינו בשאלה או פקדון וכיוצא לא מהני, אלא נראה דכל שאינה תקיפה מעצמו אלא שנתנו הבעלים מדעתם לעולם הויא ברשות אפילו בדרך שאלה עכ"ל, יעו"ש.

וכתב הש"ך וז"ל: ולפענ"ד משום הא לא קשה מידי דהרמב"ן לישנא דש"ס פרק קמא דמציעא נקט תקפו כהן מוציאין מידו ובא לפרש דתקפו היינו שלא ברשות והוא הדין שאלה או פקדון מיקרי שלא ברשות וכו' עכ"ל, יעו"ש, ואין כונת הש"ך דהרמב"ן נקט לשון הגמרא בכהן שתפס ספק בכור, דשם שייך לשון תקיפה כיון שהכהן תפס מיד הישראל החזקה, ואע"ג דבשאלה ופקדון בעצם לא שייך לשון תקיפה כיון שבא לידו בהיתר, אלא כונתו דכל שלא נתנוהו לו הבעלים אדעתא שיהא הוא המוחזק ועליהם להביא ראיה הרי תפיסתו נחשבת תפיסה בחזקה, ושייך עליה לשון תקיפה, ואע"ג דהתקיפה לא היתה בחזקה בידים, כמו בתקפו כהן, אלא היתה בחזקה על ידי מה שמעכב אצלו ממון שבא לידו בהיתר אבל לא ברשות, וכמו שכתב הש"ך שהרמב"ן בא לפרש דתקפו היינו שלא ברשות.

ובהמשך דבריו שם כתב הגידולי תרומה וז"ל: וראיה לדבר דקיימא לן כרב נחמן דאמר בסוף השואל דפלוגתייהו דשוכר ומשכיר בחדש העבור כולו למשכיר משום דקרקע בחזקת בעליה עומדת, והא התם ברשות תפס דהתם נמי בגמרא מדמינן לה לכור בשלשים סאה בסלע שהוא תופס וכו' הרי בהדיא דחדש העבור חשיב ליה תופס ברשות ואי לאו משום קרקע אהניא 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 נתינה ממש לומר דמעקרא יהיב ליה בתחלת החדש שיהא שלו, אלא דבסוף החדש אמרינן מדלא תבע עד השתא אודויי אודי ליה, והך הויא מלתא שבאה לידו מאליה, ומזה הצד קרי ליה ברשות שלא תקף זה שלא מדעת הבעלים וכו' עכ"ל, יעו"ש.

הגידולי תרומה הקשה על דברי התרומת הדשן מחודש העיבור, דאילו היה

מטלטלין היתה תפיסה מועילה משום דתפס ברשות, וכההיא דכור בשלשים סאה בסלע דמדמה לה התם, ואע"ג דלא מסר לו הבעלים אדעתא שיהא הוא הבעלים, והיינו משום שהגידולי תרומה הבין בדבר התרומת הדשן שמחלק בין מסירה לקנין ובין מסירה להשתמש, וכדסלקא דעתיה להש"ך בריש סי' נ"ח, יעו"ש ובהגהות, אבל באמת לא זו היא כונת התרומת הדשן, אלא כונתו דלא הוי תפיסה ברשות אלא כשהספק עלה בעצם המסירה שהיתה ברשות, ולא כשהספק עלה בעסק אחר ביניהם והוא תפס ממון שבא לידו בשאלה ופקדון, כגון ששאל ממנו ספרים ללמוד בהם, וכמו שכתב הש"ך בהמשך דבריו ליישב קושית הגידולי תרומה, יעו"ש, ועיימש"נ בהגהות לסי' נ"ח. והנה במה שכתב הגידולי תרומה דמוכח מההיא דמרחץ דחודש העיבור הוי תפיסה ברשות, ואפילו נימא מדשתיק אודויי אודי ליה וכו', כנ"ל, יש לדקדק דהלא אם הודה לו למה תיחשב תפיסה ברשות, אלא מבואר דכונתו במה שכתב אודויי אודי היא לסברת הרמב"ן, דכיון שלא בא עד סוף החודש איגלאי מילתא דמתחלה מסר לו אדעתא שיהא השוכר נחשב מוחזק לגבי כל ספק שיעלה בהשכירות, והמשכיר יהא נחשב המוציא, ועליו להביא ראיה, ולפי זה יש לומר דלזה נתכונו גם התוס' בכתובות (דף כ.) בד"ה ואוקי ובבבא בתרא (דף קה.) בד"ה אבל, יעו"ש.

סימן סא

בו יבואר דהש"ך ס"ל דתפיסה שלא ברשות בטענת שמא מועילה בהלואה משום דאין לך תפיסה גדולה מזו, ויבואר היאך מדמה דין הלואה לדין תפיסה ברשות שמועילה.

הש"ך העלה לעיל בסי' נ"ט כדברי התרומת הדשן דלא הוי תפיסה ברשות אלא כשהתפיסו בעלים מדעתם, אבל תופס דבר שבידו בתורת שאלה או פקדון אין תפיסתו נחשבת תפיסה ברשות, יעו"ש, וכאן כתב הש"ך וז"ל: מיהו נראה לי דהיכא דהלואה אחד לחבירו מעות ורוצה הלואה לתפוס המעות מכח ספיקא דדינא מהני תפיסה אף לדברי תרומת הדשן, דעד כאן לא קאמר תרומת הדשן אלא בשאלה ופקדון דכיון דהדרא בעיניה אם כן לא הוה ליה התופס בעלים אלא קאי בחזקת מאריה קמא, דפקדון כל היכא דאיתיה ברשותיה דמאריה איתא, אבל הלואה כיון דלהוצאה ניתנה אם כן הוה ליה התופס בעלים דהא ודאי במעות לא שייך לומר אוקי ממונא בחזקת מרא קמא וכו' וביד מי שהוא המעות בידו מיקרי מרא קמא וכו' עכ"ל, יעו"ש, ויש לציין כאן דהשאלה שהביא הש"ך בתחלת הספק היא גם כן בנידון הלואה, ועיין לקמן בסי' ק"ז שגם שם כתב דהלואה שאני משום דהוי כמו תפיסה ברשות, ושם ציין השאלה שבראש הספר וגם דבריו כאן, יעו"ש.

ולפום ריהטא היה נראה דהש"ך מחלק בין מי שתופס ממון חבירו שהיה עליו מרא קמא, דתפיסה כזו גרועה ואינה מועילה אלא כשהתפיסוהו בעלים מדעתם, ובין מלוה שלהוצאה ניתנה, והמעות שבידו אנו מסופקים אם חייב לשלם אותן לחבירו, אבל הלואה הוא המרא קמא על המעות שבידו, ואין לך תפיסה גדולה מזו, כמו שכתב הש"ך בסוף סי' נ"ה, יעו"ש, ובין בפקדון ובין בהלואה לא הוי תפיסה ברשות, ומכל מקום בהלואה הועילה לו תפיסתו משום דאין לך תפיסה גדולה מזו.

אולם מהמשך דברי הש"ך משמע דטעמא דידיה משום דבמלוה הוי תפיסה ברשות, וז"ל: ולפי זה בכל ספיקות וכן בתיקו דמהני תפס ברשות, וכמו שנתבאר למעלה סי' נ', אם חייב לו מעות מחמת הלואה, ורוצה לתפוס המעות מחמת ספיקא דדינא ממקום אחר, מהני תפיסה עכ"ל, יעו"ש, וכן הבין האורים ותומים בקיצורו וז"ל: דעת הש"ך אם הלואה לו מעות, אף דנתנו בתורת הלואה, מכל מקום יכול לתפוס, והוה ליה תפיסה ברשות עכ"ל, יעו"ש.

ולכן הקשה עליו האורים ותומים וז"ל: מה שכתב הש"ך לחלק בין חפצים להלואה מעות, ודאי אם הטעם כמו שכתב לעיל משום דשאלה ופקדון כל היכא דאיתא ברשותא דמפקיד ומשאל הן יפה יש לחלק בין חפצים למעות בהלואה דתו ליתנהו ברשותו של המלוה ולהוצאה ניתנו, אבל אם הטעם דהוי שלא ברשות משום דלא נתנו לו להחזיקו רק בתורת שאלה ופקדון, והוא שאינו רוצה להחזיר לו הרי זה שלא ברשות מחזיק אף במעות שייך כן וכו' עכ"ל, יעו"ש, והיינו דאם סברת הש"ך כמו שנראה מתחלת דבריו שפיר יש לחלק בין פקדון להלואה, אבל מאחר דמהמשך דבריו נתבאר דכונתו היא דבהלואה הוי תפיסה ברשות, אין סברא לחלק בזה בין פקדון

להלואה, דכי היכי דבפקדון לא נתנו לו להחזיקו אלא כפקדון, והוי תפיסה שלא ברשות, גם מעות הלואה לא מסר לו להחזיקו בהן אלא כהלואה שעליו לשלם, וכן הקשה הקונטרס הספיקות בכלל ז' אות ב' וז"ל: ובעניותי נראה דגם הלואה לאו תפיסה ברשות היא, כיון דלאו אדעתא דיהא שלו יהיב ליה אלא אדעתא דלישתלים מיניה עכ"ל, יעו"ש.

אולם נראה דבודאי לא נתכוון הש"ך לומר דבהלואה הוה ליה תפיסה ברשות, שהרי נתן לו המעות אדעתא דלישתלים מיניה, כמש"נ, אלא טעמא דידיה משום דאין לך תפיסה גדולה מזו, ותפיסתו מעולה, ומכל מקום תולה דין תפיסת הלואה לדין תפיסה ברשות, דהיה אפשר לו דתפיסה בטענת שמא אינה מועילה בשום מקום, משום דאי אפשר לאדם להיחשב מוחזק בממון חבירו אם אינו טוען ברי שהוא שלו, ואין זה תלוי במעליותא או גריעותא של התפיסה, אלא דבעצם לא שייך דבר כזה שתפוס בממון חבירו יחשב מוחזק אם אינו טוען ברי שהוא שלו, ואם מצינו דתפיסה ברשות מועילה בספיקא דדינא, ואע"ג דאינו טוען ברי, וטעמא משום דהתפיסוהו הבעלים, כנ"ל, הרי דשייך תפיסה בטענת שמא בספיקא דדינא, ולא אמרינן דכיון דאינו טוען ברי אי אפשר שיחשב מוחזק בממון חבירו, אם כן הוא הדין בהלואה, נהי דאין זה תפיסה ברשות, אכן הרי אין לך תפיסה גדולה מזו, והועילה לו תפיסתו אע"ג דאינה תפיסה ברשות.

וגם לדברי הגידולי תרומה דתפיסה ברשות מועילה משום דאודויי אודי ליה, כמש"נ בהגהות לסי' ס', עדיין יש לדמות תפיסה בהלואה לתפיסה ברשות, דאין ההודאה על בעלות הממון ונסתלק הספק, שהרי כתב הרמב"ן דשוב הוה ליה אידך המוציא מחבירו עליו הראיה, ומבואר דהממון עדיין מוטל בספק, אלא ההודאה היא כמין קנין אודיתא על תורת מוחזק, כמש"נ בהגהות שם, ועדיין צריך דין תפיסה ומוחזק, וחזינן דיכול להחזיק בממון חבירו בלי טענת ברי, ואם כן הוא הדין בהלואה דאין לך תפיסה גדולה מזו.

ואין להקשות ממה שכתב הש"ך לעיל סי' ל"ח לענין בעיא דפועל העושה בגפן זו ואכל בגפן אחר אם מנכין ליה משכרו וז"ל: דהא בתפס ברשות כולי עלמא מודים דמהני תפיסה בבעיא דלא איפשטא, וכמו שכתבתי לקמן סי' נ', והרי כאן שהבעל הבית מוחזק בשכרו אין לך תפס ברשות יותר מזה וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומבואר דחשיב לבעל הבית תפיס ברשות, דהתם המעות שביד בעל הבית מעולם לא היה להפועל תביעה ודאית עליהן, אלא באו לידו בהיתר גמור, והיינו ממש תפיסה ברשות, אבל בהלואה הרי המלוה מסר להלוה מעות שהיו שלו בודאי אדעתא דלישתלים מיניה, והלוה מעכבם בידו כנגד רצון המלוה, והוה ליה תפיסה שלא ברשות, כמש"נ.

בסוף דבריו כתב הש"ך וז"ל: ועוד נראה מטעם אחר דבנידון [הלואה] מהני תפיסה, דכיון דדעת מהרי"ן לב ובעל גידולי תרומה דאפילו בא לידו בתורת שאלה או פקדון יכול לתפסו מכח ספיקא דדינא, נהי דבזה לא נראה לי כותיהו אלא כמו שכתב התרומת הדשן, וכמו שכתבתי בסמוך, מכל מקום ודאי דבהלואה מצי התופס לומר

קים לי כותייהו, ובפרט דגם התרומת הדשן לא פליג עלייהו בהדיא, כן נראה לי עכ"ל, יעו"ש, והש"ך מסיק להלכה דתפיסה מועילה בהלואה בצירוף שתי דעות, חדא דיש לחלק בין פקדון להלואה לפי דעת התרומת הדשן, ויש בזה לסמוך על הדעות דגם בפקדון מועילה תפיסה.

וכיון שהש"ך הגיע לענין תפיסה בהלואה פסק הלכה למעשה בצירוף הדעות, כדרך פוסקי ההלכות, דזה חוזר על השאלה שבה התחיל הספר בריש סי' א' וז"ל: ראובן שלוח מעות משמעון, ואחר כך כשתובע ממנו המעות הוא אומר עשיתי עמך שותפות לפני איזה שנים קודם ההלואה וידועי לי שהרווחת וכו' תשובה אף שבנדון זה פשיטא דמועילה תפיסה מהרבה טעמים וכמו שאבאר וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומה שכתב בסימן זה דתפיסה אפילו שלא ברשות מועילה בהלואה הוא אחד מן הטעמים.

סימן סב

בו יובאו דברי הרמ"א דישאל שמסר ספק בכור לכהן מדעתו מפני שלא ידע דעל הכהן להביא ראיה מוציאים מיד הכהן, ויובא קושית הש"ך דהא תפס ברשות ויבואר ישובו.

הש"ך הביא דברי הרמ"א ביו"ד סי' שט"ו סעי' א' לענין הא דקיימא לן תקפו כהן מוציאין מידו וז"ל: ואפילו אם נתנו לו הישראל בטעות שהיה סבור שצריך ליתנו לו ואחר כך נודע לו צריך הכהן להחזיר לו עכ"ל, יעו"ש, והקשה עליו הש"ך וז"ל: ויש להקשות דהא בתפס ברשות לכולי עלמא אין מוציאין מידו, וכל שכן היכא דנתנו לו אדעתא דיהא שלו, ודמי למה שכתבו הרמב"ן והרא"ש בסוף פרק קמא דבכורות (דף יב.) גבי נדמה, דאם כבר נתנו לכהן אין מוציאין מידו וכו' עכ"ל, יעו"ש.

והנה נדמה היינו שה הנולד מן רחל ודומה למין אחר, כגון עז, ומיבעיא ליה בבכורות שם אם פודים פטר חמור בנדמה, ולא איפשיטא הבעיא, וכתב הרא"ש וז"ל: ולא איפשיטא הלכך אין פודים בו ואם פדה בו ולא נתנו לכהן עד שמת פטר חמור יהנה ישראל בטלה ופטר חמור יקבר ואם אחר שנתנו לכהן מת פטר חמור יקבר והטלה לכהן דלא אמרינן תקפו כהן מוציאין מידו אלא כשתקפו אבל נתנוהו לו הבעלים הדר הוה להו כהן בעלים והוה להו בעלים המוציא מחבירו עליו הראיה וכו' עכ"ל, יעו"ש, ואם לא מת הפטר חמור צריך ליתן לכהן שה אחר תחת הנדמה כדי שיהא חמורו פדוי ומותר בהנאה, אבל כשמת החמור אין לו עוד צורך לפדיון, וכל הנידון הוא אם כבר חל הפדיון על הנדמה שנתנו לכהן בחיי החמור, והרי הכהן תפס ברשות, שהבעלים נתנוהו לו, ואין מוציאין מידו, והוקשה לו להש"ך דכיון שבתפס ברשות אין מוציאין מידו, כמו שכתב הרא"ש, גם במסרו הספק בכור להכהן בחשבו שכן צריך לעשות הרי היתה תפיסת הכהן ברשות, ולמה מוציאין מידו.

ותירץ הש"ך וז"ל: ויש לומר דלא אמרינן דתפיסה ברשות מהני אלא כשנתנו לו שלא בטעות רק שנתנו לו לגמרי, מה שאין כן הכא דאי הוה ידע שאין צריך ליתנו לו לא היה נותנו לו, ומה שנתנו לו היה מחמת שהיה סבור שהדין כך שצריך ליתן ספק לכהן, אם כן האי נתינה מעיקרא ליתא, ולכך צריך להחזירו לו עכ"ל, יעו"ש, ודבריו צריכים ביאור, דמאי שנא נתנה לכהן בטעות שלא היה יודע דתקפו כהן מוציאין מידו דאין זה נחשב תפיסה ברשות, ומאי שנא ההיא דפדה פטר חמור בנדמה שטעה ולא ידע שפדיון בנדמה מוטל בספק.

אולם נראה לבאר דבריו עפ"י מש"נ בהגהות לסי' נ' דתפיסה מועילה מפני שמסר לו הממון שיהא הוא המוחזק לגבי הספק כשידונו עליו אחר כך, והיינו מה שכתב הרא"ש שיהא הכהן בעלים והבעלים המוציא מחבירו עליו הראיה, כנ"ל, דאינו מוסר לו בהקנאה גמורה אלא לענין מוחזקאות, שבמקום ספק יהא הוא המוחזק, והבעלים יהא המוציא מן המוחזק ועליו הראיה, וכאן שטעה וחישוב שצריך ליתנו לו, הרי המסירה למוחזקאות מקח טעות, ומעולם לא מסר לו להיות המוחזק, מה שאין כן בנדמה לא אמרינן דמסירת הנדמה להכהן הוה מקח טעות, שהרי אם נוטל ממנו הנדמה בחזרה

עליו ליתן להכהן שה אחר תחתיו, ואם כן אין לו שום הפסד במה שמסר לו הנדמה בטעות כשעדיין לא מת הפטר חמור, שאם ידונו לו שלא יצא בזה פדיון פטר חמור יתן לו שה אחר ויקח ממנו הנדמה.

והרמב"ם פ"ב ביכורים הל"ט פליג על דברי הרא"ש הנ"ל, וז"ל: אין פודין בשה הדומה למין אחר ואם פדה פדוי עכ"ל, יעו"ש, וכתב הכסף משנה וז"ל: שם איבעיא להו מהו לפדות בנדמה כלומר בן רחל הדומה לעז ולא איפשטא ופסק בה לכתחילה לחומרא ובדיעבד לקולא דכיון דספק אין מחייבין אותו לחזור ולפדות כיון דאין בו קדושת הגוף עכ"ל, יעו"ש, ולדבריו יתיישבו דברי הש"ך היטב, שהרי אין בנתינת הנדמה להכהן שום טעות, שודאי היה מוטל עליו לפדות הפטר חמור, ועל ידי נתינת הנדמה קיים חיובו.

והתומים הקשה על דברי הש"ך וז"ל: מכל מקום מה יש הבדל בין שכר ספינה שהקדים ליתן ונשברה דאין מוציאין מידו דמזה מייתי הרמב"ן בבכורות דנתינה ברשות מהני, דשם גם כן אילו ידע שיהא נשבר לא היה נותן והיה בטעות, וכן במת ביום שלשים הבן דאם נתן לא יחזיר, והיה גם כן בטעות דאילו ידע לא היה נותן, וצריך לומר דשם היה אפשר לחול הנתינה ולא קרוי טעות, דאילו היתה ספינה שלם והבן חי היה מקום לנתינה מה שאין כן כאן דהיה טעות לגמרי ודוחק וכו' עכ"ל, יעו"ש. אכן לפימש"נ לא קשה, דכיון דנתינה ברשות הוי כמו שמקנה לו המוחזקאות לענין אם יעלה ספק, ואם היה בטעות הרי היתה ההחזקה כמקח טעות, כמש"נ, אם כן אם היה דבר שאפשר לדעת בשעתו ולא ידע הרי זה מקח טעות, אבל אם לא ידע העתידות לא חשיב מקח טעות, ואפילו אם הוא דבר רחוק שיארע כן, שהרי יש שום צד שיארע, והוא היה מקוה שלא יארע, ואין זה נחשב מקח טעות.

סימן סג-סד

בו יובא הוכחת הש"ך דלשיטת הסמ"ג אין תפיסה אחר שנולד הספק מועילה, ויבאר דהא דתפיסה מועילה באומר כור בשלשים סאה בסלע מיושב כסברת הגידולי תרומה.

הש"ך הוכיח מדברי הסמ"ג עשין צ"ה דלית ליה כהנך שיטות דתפיסה ברשות מועילה כשתפס לאחר שנולד הספק, יעו"ש, ולפי זה צריכים עדיין ליישב הא דאמרינן בבבא מציעא (דף קב:) כור בשלשים סאה בסלע תפיסת הלוקח הועילה לו, והא הוי תפיסה לאחר שנולד הספק, והרא"ש בבכורות (דף יב:) כתב בשם הרמב"ן דהיינו טעמא משום דהוי תפיסה ברשות, והובאו דבריו לעיל סי' נ"ז, יעו"ש, אולם קשה דהרי הסמ"ג ס"ל דתפיסה ברשות אינה מועילה לאחר שנולד הספק.

ויש ליישב דבריו על פי דברי הגידולי תרומה שער ס"ח אות ח', והובא מקצת דבריו לעיל סי' ס', יעו"ש, וכתב הגידולי תרומה לחלק בין היכא שבשעת המסירה ברשות עדיין לא ידעו הבעלים שיעלה ספק בהעסק שביניהם, כגון בישראל שנתן פדיון בנו להכהן בתוך שלשים ולא אסיק אדעתיה שימות הבן ביום שלשים, בכהאי גוונא לא אמרינן דתפיסה ברשות מועילה, אבל בכתב בשטרו איסטרא מאה מעי, שהרי הוא יודע מיד שלשונו מגומגם, והוה ליה לאסוקי אדעתיה שיעלה ספק בהעסק ולאזדהורי דלמא יחזיק בו בשביל מאה מעי, ולא חש להכי, דיינינן ליה כאילו מסרו לידו אדעתא דהכי, ולא מפקינן מיניה, יעו"ש, ובכהאי גוונא עדיף משאר תפיסה ברשות, ובודאי נחית לכך שיהא הלוקח מוחזק ושיהא הוא המוציא, ואין מוציאים מידו, וכן הוא הדין באומר כור בשלשים וסאה בסלע, דהוה ליה לאסוקי אדעתיה ולהזהר ממנו, ומשום הכי אין מוציאים מידו.

כתב הש"ך בסי' ס"ד וז"ל: אבל בטור ורבינו ירוחם ושאר פוסקים שהבאתי לעיל ולקמן יש להקשות לכאורה, מנא לן לאוכוחי מדבריהם דתפיסה מהניא בספיקא דדינא, דלמא מיירי בתפיסה ברשות, אבל באמת הא לאו קושיא היא, דודאי אינו עולה על הדעת לפרש סתם תפיסה בתפס ברשות וכו' עכ"ל, יעו"ש, וקושיא זו היא אותה קושיא שכבר הקשה בסי' ס"ג, אבל התם הקשה מנא לן להוכיח מדברי הסמ"ג והטור ורבינו ירוחם ושאר פוסקים דס"ל דתפיסה מהני בספיקא דדינא, דלמא לא היא, אלא כולו מיירי בתפס ברשות, יעו"ש, וכתב שם דבשיטת הסמ"ג לא קשה מיד, שהרי ס"ל דתפיסה ברשות אינה מועילה, ובסי' ס"ד חזר לקושייתו לגבי שאר הפוסקים.

סימן סה

בו יובא קושית השארית יוסף שהטור הביא דעת הרמב"ם דתפיסה מועילה בספיקא דדינא ולא דעת הרא"ש דפליג, ויבואר שיטת רבינו ירוחם דאין תפיסה מועילה במסור.

כתב הש"ך דאם מצינו בדברי הפוסקים בשום דוכתא דאם תפס אין מוציאים מידו אין לדחוק דמיירי דוקא היכא שתפיסתו היתה ברשות או קודם שנולד הספק, אלא סתם תפיסה שהוזכרה בפוסקים היא אפילו שלא ברשות ואפילו לאחר שנולד הספק. ובתוך הדברים כתב בחצאי עיגול וז"ל: וגם בספר שארית יוסף מוכח דהרמב"ם ס"ל דתפיסה מהני בתיקו אפילו תפס אחר שנולד הספק, שכתב שם על מה שהביא הטור בסי' צ' דברי הרמב"ם בסתם ואם תפס אין מוציאים מידו וזה לשונו וקשה שבסי' שפ"ח כתב שהרא"ש פליג וסובר דלא מהני תפיסה וקשה למה אינו מביא גם הרא"ש בכאן, ונראה לומר דהכא מיירי שתפס, רצה לומר שהיה בידו קודם, לכך הניזק ישבע ויטול, וזה מודה גם הרא"ש הואיל והיה בידו קודם שנולד הספק לבית דין, אבל בסי' שפ"ח מיירי שתפס אחר כך, לכך לא מהני עד כאן לשונו, והגם שדבריו אלו אין מחוורים וכו' והעיקר נראה שהטור לא מיירי בסי' צ' מדינים אלו, וסמך בזה על מה שכתב לקמן סי' שפ"ח, וכמו שכתב הב"ח וכו' מכל מקום מה שנראה להדיא מדברי בעל שארית יוסף הראשונים דלהרמב"ם שהביא הטור בסי' שפ"ח דמהני תפיסה בתיקו היינו אפילו אחר שנולד הספק עכ"ל, יעו"ש.

הטור בסי' שפ"ח סעי' א' כתב להדיא דבזורק כיון חבירו לים והניזק אומר שהיו בו דברים שאינו רגיל להניח שם אינו נשבע ונוטל משום דהוי בעיא דלא איפשטא ולדעת הרא"ש אם תפס מוציאים מידו, והש"ך הביא דבריו לעיל בסי' ט"ו, יעו"ש, ובאותה עובדא גופא פסק בש"י צ' דאינו נשבע ונוטל, והביא דברי הרמב"ם דאם תפס אין מוציאים מידו, ולא חש להביא דעת הרא"ש דאין תפיסה מועילה, והשארית יוסף רצה לחלק דבסי' צ' מיירי שתפס קודם שנולד הספק, ובסי' שפ"ח מיירי שתפס לאחר שנולד הספק, אבל הש"ך ס"ל דאין לחלק כן כיון שאין רמז לזה בלשון הטור, אלא סתם תפיסה היא אפילו אחר שנולד הספק, ומה שלא הזכיר דעת הרא"ש בסי' צ' הוא מפני שסמך עצמו על מה שכתב בסי' שפ"ח, וכן כתב הב"ח בסי' צ', והובא לשונו לעיל בהגהות לסי' ט"ו, אולם עדיין לא נתיישב כל כך למה הטור לא רצה להביא דעת הרא"ש בסי' צ' וסמך עצמו על מה שכתב שלש מאות סימנים קדימה.

ושם בסי' שפ"ח סעי' ד' כתב הטור וז"ל: מסור מבעיא לך אם נשבע ונוטל ולא איפשטא, וכתב הרמב"ם ז"ל שאם תפס הנמסר אין מוציאים מידו אלא נשבע ומחזיק מה שבידו, ולדעת אדוני אבי הרא"ש ז"ל כיון דספיקא דדינא לא מהני תפיסה עכ"ל, יעו"ש, הרי דבכל תיקו דנשבע ונוטל לדעת הרא"ש אם תפס מוציאים מידו, ועיי' לעיל סי' כ"ז שכתב הש"ך דלדעת הרא"ש בספיקא דדינא דממון אין מוציאים מידו, ורק בספיקא דדינא דקנס מוציאים מידו כיון דאילו היה הדבר ברור לבית דין לא היו כופים אותו, ומכל מקום בספיקא דדינא דנשבעים ונוטלים דומה לספיקא דדינא

דקנס, ולכן ס"ל להרא"ש דמוציאים מידו, אבל בשאר ספיקא דדינא דממון אין מוציאים מידו, וכמו שכתב הרא"ש לענין עושה בגפן זה, והש"ך הביא דבריו לעיל בסי' ל"ג, יעו"ש.

והש"ך בסי' כ"ז הביא שיטת רבינו ירוחם דבזורק כ"ס חבירו ל"ס אם תפס אין מוציאים מידו, והוא היה תלמידו של הרא"ש ואזיל בשיטתו, ומבואר דס"ל דלדעת הרא"ש תפיסה מועילה בספיקא דדינא דנשבעים ונוטלים, ולא כדברי הטור דמחלק בין ספיקא דדינא דנשבעים ונוטלים לשאר ספיקא דדינא דממון, ובהא פליג רבינו ירוחם על הטור, יעו"ש.

אולם לעיל בסי' כ"ב הביא הש"ך שיטת רבינו ירוחם בששה מקומות שפסק דבספיקא דדינא אם תפס אין מוציאים מידו, וביניהם דין הזורק כ"ס חבירו ל"ס, וכתב הש"ך וז"ל: הרי שכתב בששה מקומות בסתם דתפיסה מהני בתיקו ובעיא דלא איפשטא, ולא זכר דעת הרא"ש רבו כלל, וכבר נודע שרבינו ירוחם חבר ספרו על פי שיטת הרא"ש רבו, רק בנתיב ל"א ח"א וכו' הביא דעת הסוברים דמהני תפיסה בתיקו ודעת החולקים, וזולת זו לא הזכיר בשום מקום דעת החולקים עליו וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומבואר דרבינו ירוחם ס"ל דלדעת הרא"ש תפיסה מועילה בספיקא דדינא דממון, וגם בספיקא דדינא דזורק כ"ס חבירו ל"ס, ולא הזכיר דבספיקא דדינא דמסור אם תקנו לו תקנת נגזל דאם תפס אין מוציאים מידו, ולכאורה חילק רבינו ירוחם בין ספיקא דדינא דנשבע ונוטל בזורק כ"ס חבירו ל"ס לבין ספיקא דדינא דנשבע ונוטל במסור, ומדלא כתב דאם תפס הנמסר אין מוציאים מידו משמע דס"ל דמוציאים מידו, והדבר צריך ביאור.

ונראה דרבינו ירוחם ס"ל דבזורק כ"ס חבירו ל"ס תפיסה מועילה, כמו בכל ספיקא דדינא דממון, מכל מקום אין תפיסתו מועילה אלא אם כן נשבע לאחר תפיסתו, כמו שכתב הש"ך בסי' ט"ז לענין ספיקא דמסור וז"ל: דנהי דספיקא 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 עכ"ל, יעו"ש, ואם אינו נשבע אין תפיסתו מועילה.

והשתא יש לומר דרבינו ירוחם מחלק לענין שבועה זו אחר תפיסתו בין זורק כ"ס חבירו ל"ס לבין מסור, דבמסור הרי אית לן ספיקא דדינא אם תיקנו חכמים שבועת הנוטלים במסור, ואם לא תיקנו אין על שבועה זו תורת שבועת המשנה כלל, ואם נשבע אין זו שבועת בית דין, אלא הרי זו כאילו נשבע מעצמו, שאין בכהאי גוונא דין נשבע ונוטל, ומשום הכי אין בית דין משביעים אותו שבועת הנוטלים, דאינם יודעים אם בכלל נתקנה שבועה כזו, ואין להם להשביעו שבועה שאינם יודעים שיש עליה תורת שבועה, ולכן אין תפיסתו מועילה, שאין לו דין ליקח אלא על ידי שבועה, ואי אפשר לו ליšבע, ואפילו קפץ ונשבע מוציאים מידו, שהרי אין על שבועתו תורת שבועת בית דין. אבל בזורק כ"ס חבירו ל"ס הרי הדבר ברור שנתקנה שבועת הנוטלים לניזק, ורק דאין בית דין משביעים אותו משום דמספקא להו אם נאמן ליšבע וליטול על דבר

שאיין דרכו להניח בכיס, אכן אם תפס והממון כבר בידו, ותפיסה מועילה בספיקא דדינא, יכולים בית דין להשביעו קודם שיניחוהו להחזיק הממון שבידו, שהרי שבועה זו בודאי נחשבת שבועת בית דין, ובמקום שתפס יכולים להשביעו אפילו מספק, מה שאין כן במסור, שאע"פ שתפיסה מועילה בספיקא דדינא דממון, הרי תיקנו חכמים שצריך לישבע, ואין בית דין יכולים להשביע שבועה שאין ברור להם שיש עליה תורת שבועת המשנה, ומשום הכי מוציאים מידו, כמש"נ.

ולפי זה יש לומר דגם העור ס"ל דאין בית דין יכולים להשביעו אם הדבר ספק אם תהא תורת שבועת בית דין על שבועתו, ומשום הכי מוציאים מידו, דהא אין לו דין להחזיק בהממון אלא על ידי שבועה, ולזה בעינן שבועת בית דין, ולא מהני אם קפץ ונשבע, ואין בית דין משביעים אותו במקום ספק, כמש"נ, אולם הטור אינו מחלק בין זורק כיס לים לבין מסור, ואע"ג דבמסור יותר מסתברא לומר כן הואיל והספק הוא בעצם התקנה, כמש"נ בדברי רבינו ירוחם, הטור ס"ל דכיון דמספקא אם בגונא זו משביעים אותו, הרי זה נחשב ספק בעצם השבועה, דאם בגונא זו אין משביעים אותו אין שבועתו נחשבת שבועת בית דין, ומשום הכי מוציאים מידו, וסברא זו מדויקת בדברי הטור שכתב בשתי הספיקות ולדעת אדוני אבי הרא"ש ז"ל כיון דספיקא דדינא לא מהני תפיסה, כנ"ל, ולא כתב בלשון מוציאים אותו מידו, כמו בכל מקום דאין תפיסה מועילה, אלא כיון דהוי ספיקא דדינא בעצם השבועה לא מהני תפיסה, וטעמא לא הוי משום קלישת התפיסה אלא משום שחסר לו שבועת בית דין, כמש"נ.

ואולי יש להוסיף ביאור לפי זה במה שהשמיט הטור בסי' צ' הא דלדעת הרא"ש אם תפס מוציאים מידו, וכתבו הב"ח והש"ך דסמך עצמו על מה שהביא דעת הרא"ש בסי' שפ"ח, כנ"ל, ואולי יש לומר דבסי' צ' הביא שיטת הרמב"ם דתפיסה מועילה בספיקא דדינא, ואילו היה מביא דעת הרא"ש דאינה מועילה היה משמע דהרא"ש פליג על עצם הדין דתפיסה מועילה בספיקא דדינא, וזה אינו, דהא בספיקא דדינא דעושה בגפן זה פסק הרא"ש דאם תפס אין מוציאים מידו, כמו שהביא הש"ך בסי' ל"ג, כנ"ל, ואכן טעם הרא"ש הוא משום דחסר שבועת בית דין, כמש"נ, והוא דין מיוחד בנשבעים ונוטלים, ומשום הכי הביא הטור דעת הרא"ש בסי' שפ"ח בהדי כל הני דנשבעים ונוטלים, וכמו שכתב הב"ח, כנ"ל.

סימן סו

בו יבוארו דברי רש"י דאם בא משכיר בסוף החודש כולו למשכיר דכיון דקרקע בחזקת בעליה עומדת הרי נולד הספק בתחלת חודש העיבור, ולא כתב שנולד בתחלת השנה.

התרומת הדשן בסי' שכ"א, הובאו דבריו לעיל סי' נ"ז, הביא ראה דהרא"ש ס"ל דתפיסה בטענת שמא אינה מועילה אפילו אם תפס קודם שנולד הספק ממה שכתב בבבא מציעא (דף ו: וז"ל: דתפיסה אינה מועילה אלא למי שטוען ברי אבל הכהן הזה אפילו אחר שתפס אין לו אלא טענת שמא הלכך מפקינן מיניה דמוקמינן ליה בחזקת מרא קמא והכי אמר רב נחמן בפרק בית כור (דף קה:) גבי מרחץ ששכרו בשנים עשר זהובים לשנה מדינר זהב לחדש ונתעברה השנה ומספקא ליה אי תפוס לשון ראשון וחדש העיבור לשוכר אי תפוס לשון אחרון וחדש העיבור למשכיר ואמר רב נחמן קרקע בחזקת בעלים עומדת ואפילו בא בסוף החדש כולו למשכיר ואף על גב דתפיס השוכר אין תפיסתו מועילה מספיקא וכו' עכ"ל, יעו"ש, ולמד התרומת הדשן דהתם הוי תפיסה קודם שנולד הספק.

וסוגיא דמרחץ נמצאת גם בבבא מציעא (דף קב:), יעו"ש, והש"ך הקשה על דברי התרומת הדשן ממה שכתב שם רש"י וז"ל: ורב נחמן אמר קרקע בחזקת בעליה עומדת ואפילו בא בסוף החדש כולו למשכיר שהספק לא עכשיו נולד אלא מתחילת החדש נולד והעמד קרקע על חזקתו ונמצא שדר בשל חבירו וצריך להעלות לו שכר, אף על גב דאפיך מיפך ואמר ליה מעיקרא דינר זהב לחדש משנים עשר זהובים לשנה קאמר רב נחמן כולו למשכיר דטעמא לאו משום דתפוס לשון אחרון הוא אלא ספוקי מספקא ליה וספיקא שדי ליה אתחילת החדש וקרקע בחזקת בעליה תעמידנו עכ"ל, יעו"ש. ולמד רש"י דטעמא דרב נחמן משום דהוי תפיסה לאחר שנולד הספק, דמיד בתחלת החודש האחרון נולד הספק אם הוא נכלל בשכירות של שנים עשר לשנה או לא, ומיד בתחלת החודש, גם קודם שבא המשכיר להוציאו, הרי הדין נפסק לטובת המשכיר דאין השוכר יכול להשתמש בו בלי תשלומין, בין אם אמר בסדר זה אן בסדר זה, לעולם דנים קולא לנתבע וחומרא לתובע, והרי הקרקע מוחזקת ביד המשכיר, והשוכר הוא התובע, ומשום הכי אין תפיסת השוכר מועילה במה שהשתמש קודם שבא המשכיר, דהוי תפיסה לאחר שנולד הספק.

וגם הרא"ש שם הסכים לדברי רש"י, והקשה הש"ך על התרומת הדשן דאין ראה משם דתפיסה בטענת שמא אינה מועילה קודם שנולד הספק, דהא לדבריהם הוי תפיסה לאחר שנולד הספק, ואדרבה משם ראה להיפך, דכיון דאיצטריך לטעמא דמוציאים מידו משום דהוי תפיסה לאחר שנולד הספק, מוכח דאילו היתה תפיסתו קודם שנולד הספק היתה מועילה.

ובאמת יש להעיר בדברי רש"י שכתב דהספק נולד בתחלת החודש האחרון, ואע"פ שעדיין לא תבע ליה המשכיר, אלא הספק חל מעצמו כיון שהוא נוגע לשכירות החודש הבא, והנה אם הספק חל לגבי העתיד גם בלי טענותיהם, למה לא קאמר דהספק כבר

חל בתחלת השנה בשעה שהסכימו להשכירות בלשון מגומגם, ולכאורה אין בזה נפקא מינה, דבין כך ובין כך חל הספק קודם שתפס, והוי תפיסה לאחר שנולד הספק, אבל צריכים להבין מנא ידע רש"י דהספק חל בתחלת החודש האחרון, ולמה נחית לכך. ובחצאי עיגול כתב הש"ך לפרש דברי רש"י וז"ל: ולאו דוקא מתחלת החודש אלא הוא הדין מתחלת השנה מיד נולד הספק בלשון של י"ב דינרים לשנה דינר זהב לחודש, ומה שכתב בתחלת החודש היינו משום שאינן מחולקין אלא בשכר החודש עכ"ל, יעו"ש.

והנה לעיל בסי' ז' כתב הש"ך דספיקא דדינא נולד בשעת חתימת התלמוד, שאז היו חכמי התלמוד מסופקים בו, ואכן בספק בלשון השטר, כגון ספק אם תפוס לשון ראשון או תפוס לשון אחרון, כתב הש"ך דהספק חל בתחלת השנה, והלא גם זה הוא דבר שהיו מסופקים בו חכמי התלמוד ולא באו למסקנא, ולמה לא אמרין שהספק נולד בשעת חתימת התלמוד.

אולם היינו טעמא משום דספק בלשון השטר הוא ספק מיוחד לכל אדם, וחכמים נסתפקו מהי כונת רוב בני אדם כשאומרים לשון שסופו סותר לתחלתו, ומאן דאמר תפוס לשון ראשון ס"ל דרוב בני אדם עיקר דעתם על לשונם הראשון, ולכן נקטינן שגם אדם זה לכך נתכוון, ומאן דמספקא ליה אינו יודע מה רוב בני אדם מתכוונים בלשון כזה, ולכן כשאזיזה אדם משתמש בלשון כזה אין אנו יודעים היאך לפרש דבריו ולמאי נתכוון, ונמצא דכל הספק נולד בשעה שדיבר, ואמרו חז"ל שספק הוא היאך לפרש דבריו, מה שאין כאן בספיקא דדינא שהוא ספק כללי בההלכה, ואינו מיוחד לשום אדם ולשום עובדא, ונמצא שנולד הספק בשעת חתימת התלמוד.

והנה לפי דברי רש"י לכאורה אין נפקא מינה בין קרקע למטלטלין, דאפילו אם היה המרחץ מטלטל, כההיא מסותא מטלטלי דפרק קמא שם (דף ז.ו.), יעו"ש, עדיין לא תועילה לו תפיסתו לשוכר, דכיון דחל הספק בתחלת החודש קודם שהשתמש בו הוה ליה תפיסה לאחר שנולד הספק, והא דקאמר רב נחמן קרקע בחזקת בעליה עומדת לאו דוקא, אלא כונתו דהקרקע שבה מסופקים בחזקת בעליה, כיון שהספק חל קודם תפיסה, ועיימ"ש הש"ך לקמן סי' מ"ז בטעם השני ובהגהות שם.

והרי"ף כתב וז"ל: ורב נחמן אמר קרקע בחזקת בעליה קיימת ואף על גב דאתא בסוף החדש כולו למשכיר ואף על גב דאפיך מיפך וכו' וקיימא לן כוותיה ושמעינן מינה דליתיה להא דאמר רב אסתירא מאה מעי מאה מעי אסתירא אסתירא אלא כשמזאל דאמר הלך אחר הפחות שבלשונות דמספקא לן אי תפסינן לשון ראשון אי תפסינן לשון אחרון הלכך הלך אחר הפחות שבלשונות כדקיימא לן דמספיקא לא מפקינן ממונא אבל אי תפס לא מפקינן מיניה דהוה ליה לאחר תפיסה נתבע והני מילי במטלטלי אבל במקרקעי קיימא לן כרב נחמן דאמר קרקע בחזקת בעליה קיימת וכו' עכ"ל, יעו"ש, ורש"י לכאורה לית ליה כהרי"ף דמחלק בין קרקע למטלטלין, כמש"נ. אכן יש לומר דרש"י מודה לדברי הרי"ף דמחלק בין קרקע למטלטלין, ודברי רב נחמן דוקא הם, ואילו היה המרחץ מטלטל היתה מועילה להשוכר תפיסתו בהמרחץ

לתשמישיו, ולא היתה נחשבת תפיסה לאחר שנולד הספק, דכיון שכבר נתחזק המרחץ המטלטל בידו כל ימות השנה להשתמש בו, הרי בתחלת החודש האחרון כשנולד הספק קדמה תפיסתו לחלות הספק, והרי השוכר הנתבע והמשכיר התובע.

אבל מרחץ מקרקעי לעולם אינו נכנס לרשות ותפיסת השוכר, דקרקע לעולם בחזקת בעליה עומדת, וכשהשוכר משתמש בהמרחץ גם בתחלת השנה אינו נחשב ברשותו, אלא הוא משתמש בהיתר במרחץ שעדיין עומד ברשות המשכיר, וכשחל הספק בתחלת החודש האחרון לגבי התשמישים באותו חודש הרי המשכיר הוא התפוס בו, וכשהשוכר משתמש בו, ועל ידי כך תופס עצם התשמישים שאין להם תורת קרקע, הרי תפיסתו בהתשמישים תפיסה לאחר שנולד הספק, ונמצא שתפס מה שאינו שלו, וצריך לשלם.

ולהכי דקדק רש"י לכתוב שהספק חל בתחלת החודש האחרון, ולא בתחלת השנה, דאילו היה חל הספק מתחלת השנה אין לחלק בין מקרקעי למטלטלין, דבין כך ובין כך היה חל הספק קודם שהמרחץ נתחזק ביד השוכר, והיתה תפיסתו לאחר שנולד הספק, אכן כיון דאמר רב נחמן דינו בקרקע ולא במטלטלין, וכמו שהבין הר"ף בדבריו, על כרחך צריך לומר שהספק חל בתחלת החודש האחרון, ולכן במטלטלין כבר נתחזק המרחץ לתשמישיו ביד השוכר קודם חלות הספק.

אבל במקרקעי לעולם אין לשוכר תפיסה בגוף הקרקע, דלעולם בחזקת בעליה עומדת, וכשחל הספק קודם שתפס התשמישים מיד נפסק הדין קולא לנתבע וחומרא לתובע, והשוכר צריך לשלם בעד תשמישי החודש האחרון, ומובן לפי זה למה רש"י הדגיש שהספק חל בתחלת החודש, אכן עדיין יש להבין למה באמת אין הספק חל בתחלת השנה.

ויש לפרש דבריו עפ"מ"ש הש"ך בסי' מ"ז וז"ל: והוא הדין בהך דשוכר אי שכר מטלטלים ובא בסוף החודש הוי כולו לשוכר, ולא הוה מפקינן מיניה אע"פ שהיה תפוס בעדים, כגון שידוע שעשה בו י"ג חודש ולא פרעו בעד החודש הי"ג, לא הוה מפקינן מיניה כיון שהוא תפוס ועומד כבר במעות השכירות וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ומבואר מדבריו דאם שכרו ל"ג חודש ולא עשה בו מלאכה אינו חייב לשלם, ועיימש"נ בהגהות שם דהיינו משום שיכול השוכר לומר לא שכרתיהו לחודש העיבור, וקודם חודש העיבור אין הספק כמה נתחייב לשלם בעד החודש העיבור, אלא הספק הוא אם שכרו לחודש העיבור, ורק כשהתחיל לעשות בו מלאכה בתחלת חודש העיבור, וגילה דעתו ששכרו גם לחודש העיבור, רק אז חל הספק אם חיובו י"ב דינרים לשנה ובכלל חודש העיבור או י"ג דינרים דינר לחודש, ונמצא שהספק חל בתחלת החודש.

סימן סז

בו יבוארו דברי הש"ך שהביא ראיה דתפיסה בטענת שמא מועילה קודם שנולד הספק ממה שכתב הרא"ש בכתובות גבי תרי ותרי בקיום השטר דתפיסה מועילה.

הש"ך הביא ראיה דהרא"ש ס"ל דתפיסה בטענת שמא מועילה קודם שנולד הספק ממה שכתב בכתובות (דף כ.) וז"ל: אמר רב נחמן אוקי תרי לבהדי תרי ואוקי ממונא בחזקת מריה וכו' והא דתפיסה מועילה מספק כתבתי בפרק קמא דבבא מציעא (דף ו:): גבי תקפו כהן מוציאין אותו מידו ומיירי בדתפס קודם שנולד הספק אי נמי שאני הכא שטוען ברי עכ"ל, יעו"ש, ולמד הש"ך דתירוצא קמא מיירי כשטוען שמא, הרי דתפיסה בטענת שמא מועילה אם תפס קודם שנולד הספק, ועיימש"נ בהגהות לסי' ס"ח. וכתב הש"ך וז"ל: עוד מצאתי ראיה לדברי וכו' משמע להדיא כמו שכתבתי, ודוחק לומר דמה שכתב הרא"ש מתחלה ומיירי הכא בתפס קודם שנולד הספק היינו נמי דוקא כשטוען ברי, ועוד דכיון דמעיקרא לא הוה סלקא דעתיה לחלק בין טוען ברי או שמא, רק הוה ס"ל לחלק בין תפס קודם שנולד הספק או אחר כך, אם כן שמע מינה דאע"ג דבעלמא אין תפיסה מועילה מכל מקום בתפס קודם שנולד הספק מועילה, אם כן אף למאי דכתב הרא"ש אי נמי שאני הכא שטוען ברי מכל מקום נשמע דבעלמא היכא דאין תפיסה מועילה מכל מקום בתפס קודם שנולד הספק מועילה וכו' עכ"ל, יעו"ש.

והנה מהר"ד י' לב למד דההיא דתרי ותרי מיירי כפשוטו כשטוען ברי, הובאו דבריו לקמן סי' ס"ח, יעו"ש, ועיימש"נ בהגהות דלדידיה תירוצא קמא של הרא"ש קאי להנך דעות דתפיסה אינה מועילה אפילו בטענת ברי, וקאמר הרא"ש דלדידהו איכא לאוקמי כשתפס קודם שנולד הספק, דאז איכא תרתי לטיבותא, אבל הרא"ש עצמו ס"ל דתפיסה מועילה בחדא לטיבותא דטענת ברי.

והש"ך כתב דדוחק לאוקמי בטענת ברי, והיינו על פי מה שכתב בסי' ס"ח בשם היש מפרשים שהביא הר"ן בכתובות דמיירי שטוען שמא ובא לזכות מכח השטר, יעו"ש, ואם כן מהא גופא היה יכול להוכיח דהרא"ש ס"ל דתפיסה בטענת שמא מועילה כשתפס קודם שנולד הספק ממה שכתב בתירוצא קמא, והיינו מה שכתב משמע להדיא כמו שכתבתי ודוחק לומר וכו' היינו דוקא כשטוען ברי, כנ"ל, ואחר כך הביא ראיה שניה ועוד כיון דמעיקרא לא סלקא דעתיה וכו', כנ"ל, ולפי ראיה זו עדיין למד דמיירי כשטוען שמא, דאם לפי ראיה זו למד דטוען ברי בטלה הראיה, ואלא צריך לומר דעדיין מוקים לה בטענת שמא, ואם כן אין לו צורך לראיה שניה שהרי להדיא קאמר הרא"ש דתפיסה בטענת שמא מועילה כשתפס קודם שנולד הספק. ולכאורה צריך לומר דהוקשה לו להש"ך דאפילו אם נימא דהמלוה טוען שמא, ומבואר דלתרוצא קמא תפיסה בטענת שמא מועילה אם תפס קודם שנולד הספק מכלן

דכן היא נמי דעת הרא"ש להלכה, דלמא תירוצא קמא היא לדעות אחרות, ותירוצא בתרא היא סברא דידיה, וכמש"נ בדברי מהר"ד, ואם כן יש לעיין דבאמת מהי ראיתו דהרא"ש ס"ל להלכה גם כתירוצא קמא.

ונראה דאליבא דהש"ך דכפשוטו מיירי כשהמלוה טוען שמא אם כן שני התירוצים צריכים לאוקימתא, לתירוצא קמא האוקימתא היא דמיירי כשתפס קודם שנולד הספק, ולתירוצא בתרא האוקימתא היא דמיירי שטוען ברי, וכל החילוק בין שני התירוצים הוא באיזו אוקימתא לאוקמי ליישב הא דתפיסה מועילה בתרי ותרי עם הא דקיימא לן דתקפו כהן מוציאים מידו, ואם כן מסתברא דבעצם סברת הרא"ש להלכה אין חילוק בין שני התירוצים, אבל למהר"ד דכפשוטו מיירי כשטוען ברי, ותירוצא בתרא אינה צריכה אוקימתא, ואזלא כפי מה שכתב הרא"ש בבבא מציעא להלכה דתפיסה מועילה בטענת ברי, אם כן במה שכתב בתירוצא קמא דמיירי נמי כשתפס קודם שנולד הספק צריך לומר דלא כתב כן אלא להנך דעות דתפיסה בטענת ברי אינה מועילה, אבל לדידיה לא איצטריך לכך אלא כל שטוען ברי תפיסתו מועילה, וכמו שכתב בתירוצא בתרא.

סימן סח

בו יבואר מה שמהר"ד ך' לב הוכיח דלשיטת הרא"ש תפיסה בטענת שמא אינו מועילה אפילו אם תפס קודם שנולד הספק ממה שכתב בכתובות גבי תפיסה במקום תרי ותרי.

הש"ך הביא דברי מהר"ד ך' לב בתשובות ספר א' סי' י"ג דשיטת הרא"ש היא דתפיסה בטענת שמא אינה מועילה אפילו אם תפס קודם שנולד הספק, ולעיל בסוף סי' מ"ז הביא דברי מהר"ד בספר ב' סי' ס"ז שכתב נמי כן והביא ראיה לדבריו מדברי הרא"ש בבבא מציעא (דף ו:) ובכתובות (דף כ.), ועיימש"נ בהגהות שם, וכאן הרחיב מהר"ד וסמך על מה שכתב הרא"ש בכתובות וז"ל: אמר רב נחמן אוקי תרי לבהדי תרי ואוקי ממונא בחזקת מריה וכו' ואי תפיס מדידיה והדר אתי האי ותבע מיניה לא מפקינן מיניה והא דתפיסה מועילה מספק כתבתי בפרק קמא דבבא מציעא (דף ו:) גבי תקפו כהן מוציאין אותו מידו ומיירי בדתפס קודם שנולד הספק אי נמי שאני הכא שטוען ברי וכו' עכ"ל, יעו"ש.

וכתב מהר"ד וז"ל: לתירוצא קמא דתירץ הרא"ש בפרק האשה שנתארמלה דמיירי בתפס קודם שנולד הספק נראה דהוא ז"ל סובר דתרת לטיבותא בעינן, ולמאי דתירץ אי נמי שאני הכא שטוען ברי למדנו מדבריו דבחדא לטיבותא, דהיינו בטענת ברי, אע"ג דתפיס אחר שנולד הספק סגי, אבל היכא דאיכא חדא לטיבותא דתפס קודם שנולד הספק, מההיא דכתב הכא לא נדע סברתו ז"ל אם לא שנלמוד מההיא דפרק קמא דכתב וזה לשונו כללא דמילתא לטענת ברי מועילה תפיסה, אבל מי שהוא מסופק לא מועילה תפיסתו לאפוקי מחזקת מרא קמא, נראה מדבריו דלא סגי בטענת שמא אף אם תפס קודם שנולד הספק עכ"ל, יעו"ש, ולענין ראיתו מדברי הרא"ש בבבא מציעא עיימש"נ לעיל בהגהות לסי' מ"ז.

ומדברי מהר"ד כאן מבואר דראיתו מדברי הרא"ש בכתובות דאין תפיסה בטענת שמא מועילה אפילו קודם שנולד הספק אינה מוכרחת, ומכל מקום הביא משם הוכחה לדבריו, והוכחתו היא דבתירוצא ראשון בא הרא"ש לפרש אפילו להנך שיטות דאין תפיסה בטענת ברי מועילה, ואם כן למה מועילה תפיסתו בתרי ותרי, ותירץ דאפשר לעשות אוקימתא דמיירי כשתפס קודם שנולד הספק, ואיכא תרתי לטיבותא, ואפילו להנך שיטות תפיסה כזו מועילה, ובתירוצא השני כתב הרא"ש מאי דס"ל להלכה דאפילו תפס אחר שנולד הספק בטענת ברי תפיסה מועילה, ואע"ג דליכא אלא חדא לטיבותא, וכיון שבתירוצא שני בא לחלוק על השיטות דאליבא דידהו אזיל תירוצא ראשון, היה לו לפרש דבכל חדא לטיבותא הועילה תפיסתו, וגם אם תפס בטענת שמא קודם שנולד הספק, ואכן אין בזה אלא הוכחה ולא ראיה מוכרחת, דהרי בתרי ותרי הוא טוען ברי, ולפיכך לא הזכיר אלא החדא לטיבותא דטענת ברי, אבל החדא לטיבותא דתפיסה

בטענת שמא קודם שנולד הספק אין נוגע להסוגיא שם, ולכן לא חש להזכירו, ומההיא לא נדע סברתו בבירור, ועיקר ראיתו היא ממה שכתב הרא"ש בבבא מציעא. והש"ך דחה דבריו וז"ל: ובפרט מה שכתב דלתירוצא קמא דתירץ הרא"ש נראה דסובר דתרתני לטיבותא בעינן דהא ודאי ליתא, דהא הרא"ש כתב כן כי היכי דלא תקשי מספק בכור, והא התם שמא הוא, אלא דלתירוצא קמא בתפס קודם שנולד הספק סגי, ואולי דחקו למהר"ד י' לב משום דגבי תרי ותרי מסתמא המלוה טוען ברי, אבל אי משום הא לא איריא, דהא הר"ן בכתובות שם כתב דיש מפרשים דמיירי שטוען שמא ובא לזכות מכח השטר, ואם כן הוא הדין לתירוצא קמא דהרא"ש יש לומר כן עכ"ל, יעו"ש, והש"ך מוקים דברי הרא"ש כשהמלוה טוען שמא, והועילה תפיסתו מפני שתפס קודם שנולד הספק, ובזה דחה ראית מהר"ד.

אולם נראה דמהר"ד לא רצה לאוקמי תירוצא קמא כשטוען שמא, שהרי הרא"ש בהקדמתו לתירוציו כתב והא דתפיסה מועילה מספק כתבתי בפרק קמא דבבא מציעא, כנ"ל, והתם כתב דהא דתפיסה מועילה הוא כשטוען ברי, והיאך כתב תירוצא קמא מיד אחר הקדמה זו אם מיירי שטוען שמא ואין לזה שייכות כלל למה שכתב בבבא מציעא, לכן למד המהר"ד דמיירי שהמלוה טוען ברי, והקדים הרא"ש דבבא מציעא כבר כתב דתפיסה בטענת ברי מועילה, אלא דבתירוצא קמא כתב דלכל הדעות תפיסה בטענת ברי הועילה היכא דתפס קודם שנולד הספק ואיכא תרתני לטיבותא, ובתירוצא בתרא כתב מאי דס"ל להלכה דתפיסה בטענת ברי הועילה אפילו אם תפס אחר שנולד הספק דליכא אלא חדא לטיבותא.

סימן סט-ע

בו יובאו שיטת השלשה גדולי האחרונים שהביא הש"ך כמסכימים לדעתו דלשיטת הרא"ש תפיסה מועילה קודם שנולד הספק, וידון במה שהקשה על דברי הבית יוסף.

הש"ך הביא דברי המעדני מלך ודברי המבי"ט ודברי חכם מחשובי המעיינים שהובא בתשובת המבי"ט שם, שכולם הסכימו דדעת הרא"ש הוא דתפיסה בטענת שמא מועילה קודם שנולד הספק, וכהבנת הש"ך בשיטת הרא"ש, ודלא כהבנת התרומת הדשן בשיטתו, והובא דבריו לעיל סי' נ"ז, יעו"ש, וכתב הש"ך וז"ל: ונתתי שמחה בלבי תודה לקל שמצאתי דעת שלשה גדולי אחרונים שלא כדעת התרומת הדשן, כי אף שלא היו נראין לי דברי התרומת הדשן כבר נודע מה שכתב מהרי"ק בשורש צ"ד וכו' דכל מקום שדברי הראשונים כתובים על ספר והם מפורסמים והפוסקים האחרונים חולקים עליהם הולכים אחר האחרונים דמסתמא ראו דברי הראשונים ואע"פ כן חולקים עליהם וכו' עכ"ל, יעו"ש, והיינו דבאמת הרשות ביד האחרונים לחלוק על דברי הראשונים, אולם אם יש לחשוש שהאחרונים לא ראו דברי הראשונים אין לסמוך על דבריהם, דאולי אם היו רואים דברי הראשונים היו חוזרים בהם, ובחצאי עיגול הוסיף דגם דעת מהרי"ן לב כדבריו, והוא הביא דברי התרומת הדשן וחלק עליו, ויש לתלות דגם השלשה אחרונים ראו דבריו ונחלקו עליו.

ובסי' ע' הביא הש"ך דברי הבית יוסף דתפיסה קודם שנולד הספק מועילה בספיקא דדינא, ויכול התופס לומר קים לי כשיטת רש"י, והש"ך חלק עליו בזה דלא שייך תפיסה קודם שנולד הספק בתיקו ובעיא דלא איפשטא כיון שכבר נולד הספק בשעת חתימת התלמוד, יעו"ש, ואולי כונתו לחלק בין פלוגתא דהראשונים, או אפילו פלוגתא דרבוותא בבעלי התלמוד, ובין תיקו ובעיא דלא איפשטא, וצריך עיון, ואם כונתו להעיר על דברי הבית יוסף יש ליישב דהבית יוסף ס"ל דלעולם אין הספק נולד עד שיבא הסכסוך בפני בית דין, וכמו שמבואר מדברי התרומת הדשן סי' שכ"א, ועיימש"נ בהגהות לסי' נ"ז.

סימן עא

בו ידון בראית הש"ך דהמהרי"ן לב ס"ל כהנך פוסקים דתפיסה מועילה בתיקו ובבעיא דלא איפשטא ממה שכתב דבבעיא דמיגו במקום חזקה אם תפס אין מוציאים מידו.

הש"ך הביא רשימת הפוסקים דס"ל דתפיסה מועילה בספיקא דהש"ס שהוא תיקו ובעיא דלא איפשטא, והוסיף בין חצאי עיגול וז"ל: וכן דעת מהר"ר יוסף ׳ לב שכתב וכו' מיגו במקום חזקה וזה לשונו ולא איפשטא הבעיא ולא מפקינן ממונא אלא משתבע היסט ומיפטר, דתיקו דממונא לקולא דנתבע, ומיהו אי תפס לא מפקינן מיניה דדלמא מיגו במקום חזקה לא אמרינן עד כאן לשונו עכ"ל, יעו"ש.

והנה בעיא דמיגו במקום חזקה היא בבבא בתרא (דף ה:) דחזקה אין אדם פורע תוך זמנו, ואם תבע המלוה ללוה לאחר זמן הפרעון, וטען הלוה פרעתיך תוך זמני, דאית ליה מיגו דאי בעי טען פרעתיך בזמני והיה נאמן, הרי המיגו כנגד חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו, ולא איפשטא הבעיא, והמוציא מחבירו עליו הראיה. אולם תנן בבבא קמא (דף קיח.) האומר לחבירו הלוייתי ואיני יודע אם פרעתיך חייב לשלם, יעו"ש, דכיון דאיכא חזקת חיוב הרי המלוה נחשב מוחזק על החוב במקום ספק פרעון, ולמה לא נאמר בטוען פרעתיך במיגו במקום חזקה שהמלוה יש לו חזקת חיוב על החוב, והפרעון מוטל בספק, ויהא הלוה המוציא ועליו הראיה, וצריך לומר דעל ידי הספיקא דדינא איתרא חזקת חיוב של המלוה, אכן מסתברא דלא נתבטל החזקת חיוב לגמרי, אלא נולד בה ספק, והרי אנו מסופקים מי הוא המוחזק, המלוה או הלוה.

ולפי זה יש לומר דאין להוכיח מדברי מהרי"ן לב דתפיסה מן המוחזק מועילה בבעיא דלא איפשטא או בתיקו, דכיון דמספקא לן מי הוא המוחזק אם כן כשתפס מלוה אין מוציאים מידו דדלמא הוא המוחזק ולא הלוה, אבל בשאר בעיא דלא איפשטא שהתפיסה היא ממי שהוא ודאי מוחזק בהממון עדיין איכא למימר דאם תפס מוציאים מידו.

סימן עב

בו יובאו דברי הש"ך גבי דבריא שהנחיל לכל מי שירצה שהוכיח מדברי הנמוקי יוסף שיורשים מוחזקים בנכסי הירושה, והלא כתב שם טעמא משום דהלכה כרבנן בבריא.

בבבא בתרא תנן (דף קל.) האומר וכו' בתי תירשני במקום שיש בן לא אמר כלום שהתנה על מה שכתוב בתורה רבי יוחנן בן ברוקה אומר אם אמר על מי שראוי ליורשו דבריו קיימין וכו', ובגמרא אמר רב יהודה אמר שמואל הלכה כרבי יוחנן בן ברוקה וכו' אמר רבא מאי טעמיה דרבי יוחנן בן ברוקה אמר קרא והיה ביום הנחילו את בני התורה נתנה רשות לאב להנחיל לכל מי שירצה, ולקמן (דף קלא.) בעי רבא בבריא היאך כי קאמר רבי יוחנן בן ברוקה בשכיב מרע דבר אורוטי הוא אבל בבריא לא או דלמא אפילו בבריא נמי, יעו"ש, וכתב רש"י בד"ה בר אורוטי וז"ל: ראוי להוריש מיד שהולך למות וקרינא ביה ביום הנחילו את בניו עכ"ל, יעו"ש, ומבעיא ליה דילמא לא נתנה התורה רשות להנחיל אלא ביום שקרוב למיתתו, אבל בבריא לא, או דלמא לא שגא, ולעולם יכול להנחיל לכל מי שירצה, ובקמרא שקיל וטרי, ולא איפשטא הבעיא. והש"ך הביא דברי ההגהות אשרי בשם האור זרוע דמי שתפס תפס, יעו"ש, ומזה הוכיח דשיטת האור זרוע כדעת הפוסקים שהביא לעיל בסי' ח' דתפיסה מועילה בספיקא דדינא, ואין לומר דשאני התם דאין שום אחד מן היורשים מוחזק בנכסי המת קודם מיתתו, ורק משום הא תפיסה מועילה, דהרי היורשים העיקרים נחשבים מוחזקים כלפי אלו שאנו מסופקים אם אביהם הבריא היה יכול להנחיל להם. והביא ראיה לכך מדברי הרמב"ם פ"ו נחלות הל"ד וז"ל: ואם היה בריא אינו יכול להוסיף ולא לגרוע לא לבכור ולא לאחד משאר היורשין עכ"ל, יעו"ש, הרי דכיון דהבעיא לא איפשטא נשארים הנכסים בחזקת היורשים העיקרים, וכן הוכיח דהיורשים העיקרים נחשבים מוחזקים מדברי הנמוקי יוסף בבבא בתרא שם וז"ל: דאפילו תפס מפקינן מיניה דלאו ידיה שקיל דכיון דדבריו בטלים נמצא שהיורשים אחרים מוחזקים בנכסיהם עכ"ל, יעו"ש, והוסיף הש"ך דטעמיה דהנמוקי יוסף שכתב דאין תפיסה מועילה משום דאזיל לשיטתו דכמעט בכל מקום אין תפיסה מועילה להוציא מן המוחזק, יעו"ש.

והנה הש"ך לא הביא אלא סוף לשונו של הנמוקי יוסף שם, אכן מתחלת דבריו מוכח דאין תפיסה מועילה בבעיא דבריא מטעם אחר, וז"ל: כתב הרב יצחק אלפסי ז"ל דהיאך בעיא לא איפשטא הלכך לא עבדינן עובדא בבריא וכו' הלכך בבריא עבדינן כרבנן שאין יכול להעביר נחלה מזה לזה בלשון ירושה ואפילו תפס מפקינן מיניה דלאו ידיה שקיל דכיון דדבריו בטלים נמצא שהיורשים אחרים מוחזקים בנכסיהם עכ"ל, יעו"ש, הרי שכתב להדיא דטעמא דאם תפס מוציאים מידו משום דבבריא קיימא לן כרבנן דאינו יכול להנחיל מזה לזה, דהוי מתנה על מה שכתוב בתורה, דאע"ג דבגמרא איפסקא הלכה כרבי יוחנן בן ברוקה כנגד רבנן, כנ"ל, היינו רק היכא שידוע שרבי יוחנן בן ברוקה פליג עליהו, אבל בבריא יש לפנינו דעת רבנן דאינו יכול להעביר הנחלה מזה

לזה, והדבר ספק אם רבי יוחנן בן ברוקה פליג עליהו, בכהאי גונא ודאי אית לן לפסוק כרבנן, ולכן קיימא לן להלכה דאין בריא יכול להנחיל מזה לזה, ודבריו בטלים, ומשום הכי אם תפס מוציאים מידו, דהרי הדבר ברור דלאו ידיה שקיל, ומחזיקים הנכסים בידי היורשים העיקרים בתורת ודאי, ולא משום ספק וקולא לנתבע, ויש לתמוה על דברי הש"ך היאך העלה מדברי הנמוקי יוסף דהיורשים מוחזקים במקום ספק. וגם הלחם משנה בהלכות נחלות שם כתב כדברי הנמוקי יוסף וז"ל: קשה כיון דהוי בעיא דלא איפשטא היה לו לומר דאם תפס מה שהוסיף לו לא מפקין מיניה וכמו שדרכו בכל תיקו וכו' ויש לומר דהבעיא אם אמר רבי יוחנן בן ברוקה בבריא או לא אבל רבנן ודאי דפליגי אפילו בשכיב מרע וכיון שכן בבריא דהוי ספיקא אי אמרו רבי יוחנן בן ברוקה קיימא לן כרבנן כיון דלא אשכחן פלוגתא דרבי יוחנן בן ברוקה עליהו בהדיא עכ"ל, יעו"ש, ולא הביא דברי הנמוקי יוסף, אכן הן הן דבריו. אולם עדיין יש לעיין בדברי הנמוקי יוסף, הלא כיון דלשיטתו אין תפיסה מועילה בספיקא דדינא, וכמו שכתב הש"ך, כנ"ל, למה הוצרך לומר דאם תפס מוציאים מידו משום דבבריא קיימא לן כרבנן, ולמה לא קאמר דמוציאים מידו משום דאין תפיסתו מועילה.

וצריך לומר דס"ל דאין היורשים העיקרים מוחזקים כיון דמספקא לן אם האב העביר מהם תורת יורש והנחיל לאחרים להיות היורשים, והרי זה ספק מי הם היורשים, העיקרים או האחרונים, ולכן אם תפס אין מוציאים מידו, דדלמא השני הוא המוחזק, וכן כתב הש"ך בהמשך דבריו ליישב הסתירה בדברי ראבי"ה, ואע"ג דהוא עצמו לא ס"ל כן, יעו"ש, וכן מדויק בלשון האור זרוע והראבי"ה שכתבו דמי שתפס תפס, ואין זה לשון של אם תפס אין מוציאים מידו, אלא כיון דאין שום אחד מהם נחשב מוחזק, אם כן כשמת האב לא נודע לאיזה מבניו ליתן הירושה, ולכן דנים להם דמי שתפס תפס.

ולא אמרינן בזה דאין ספק מוציא מידי, דהיורשים העיקרים ודאי יורשים, והדבר ספק אם העביר הירושה מהם, וכמו דאמרינן ביבמות (דף לו:): בספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי מיתנא דאין ספק מוציא מידי ודאי, יעו"ש, דהתם היבם ודאי יש לו דין יורש לגבי כל הנכסים, ואם הספק נמי יורש צריכים לחלוק הירושה ביניהם, אבל אין הספק מגרע בתורת יורש של היבם כלל לגבי כל הנכסים, אבל הכא הרי אם הבריא יכול להנחיל ליורש אחר נתבטלה תורת יורש של היורשים העיקרים, ואין להם תורת יורש ודאי, ולא שייך בהם דין אין ספק מוציא מידי ודאי, וגם לא דמי למה שהביא הש"ך לעיל סי' י"ט אות ט' דינא דשכיב מרע שנתן כל נכסיו לפלוני, ומספקא לן אם ספר תורה נחשב נכס, דהספר תורה נשאר אצל היורשים, ואמנם יש לדון אם תפס אם מוציאים מידו, דגם התם אין המתנת שכיב מגרע בתורת יורש של הבן לגבי הספר תורה, אלא דמספקא לן אם האב השמיט הספר תורה מנכסיו על ידי מתנה, ומכל מקום הבן יש לו תורת יורש ודאי לגבי נכסי אביו.

בהמשך דבריו כתב הש"ך וז"ל: ומכל מקום לענין דינא נראה לומר בהך בעיא דבבריא

היאך אי תפס מי שנתן לו במתנה לא מפקינן כיון דהאור זרוע ורבינו שמואל וראבי"ה נמי ס"ל הכי, ואע"ג דלא איתפרש לן טעמייהו מאי, מכל מקום כיון דבלאו הכי הרבה פוסקים ס"ל דבתיקו מהני תפיסה, וכמו שכתבתי בסי' ע"א, אם כן בכהאי גוונא ודאי לא מפקינן מיניה, דנהי דראבי"ה ורבינו שמואל ואור זרוע אית להו טעמא אחרינא, הא כתב מהרי"ק שורש מ"א והרמ"א בחו"מ סי' כ"ה סעי' ב' דאפילו אין הרבים מסכימים מטעם אחד, אלא כל אחד יש לו טעם בפני עצמו, הואיל והם מסכימים לענין הדין מקרי רבים ואזלינן בתרייהו וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ומה שכתב הש"ך אי תפס מי שנתן לו במתנה לא מפקינן כונתו לזה שהנחילו האב מדין אב מנחיל לכל מי שירצה, וקרי לה מתנה מפני שאין זה עיקר דין הירושה, והך הנחלת להרבות לאחד דין ירושה הוי כמו מתנה לו, ומה שכתב לא איתפרש טעמייהו כונתו למה שכתב לעיל דדלמא טעמייהו מפני שאין היורשים נחשבים מוחזקים, כנ"ל. ומה שכתב דדברי רבינו שמואל, דהיינו הרשב"ם, מובאים בדברי ההגהות מיימוני לעיל, לכאורה אינו מובן, שהרי שיטתו מפורשת בדברי התוס' בבבא בתרא (דף לב:) בד"ה והלכתא וז"ל: רבינו שמואל פירש דמספקא לן כמאן הלכתא וצריך לדחוק ולפרש ולחלק בין ספיקא דתרי ותרי לספיקא דדינא דהא דלא אוקמא בחזקת מרא קמא כמו בנכסי דבר שטיא דאמרינן (כתובות דף כ.) אוקי תרי בהדי תרי ואוקי נכסי בחזקת בר שטיא התם הוו תרי ותרי כמאן דליתנהו דמי וכו' אבל הכא דמספקא לן דינא כמאן התם לא שייך כולי האי למימר אוקמא אחזקת מרא קמא ונוציא מיד המוחזק וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומבואר דהרשב"ם ס"ל דתפיסה מועילה בספיקא דדינא, ואם כן הוא הדין בספיקא דדינא דבריא שהנחיל, ואולי יש לחלק בין פלוגתא דרבוותא לבעיא דלא איפשטא, דבפלוגתא דרבוותא יכול לסמוך על דברי אמורא שאמר כדבריו, וכמו שכתב הש"ך בסי' י"ד, יעו"ש, ועיימש"נ בדברי הרשב"ם בהגהות לסי' ו'. והש"ך הקשה על מה שכתב דאין להוציא מן התופס משום דרוב פוסקים ס"ל כותיה, ואע"ג שיש להם טעמים שונים, ממה שהעלה בספרו שפתי כהן יו"ד סי' רמ"ב דמה שכתבו המהרי"ק והרמ"א דיש לסמוך על רוב פוסקים אע"פ שיש להם טעמים שונים אינו אלא באיסור דרבנן אבל לא באיסור דאורייתא, והלא בעיא דבריא שהנחיל הוא בדינא דאורייתא.

וליישב קושיתו כתב הש"ך דמכל מקום נראה לו דדיני ממונות דמי בזה לאיסורא דרבנן, דהא הביא סמך מדברי מהרי"ק בסוף שורש קמ"ט וז"ל: ומה מאד היתה שגגה גדולה ומכשלה תחת יד מי שאמר דמצי בעל הקאפ"א למימר קים לי כרבי שמחה דבעלת חמשה פטורה מציצית מההיא שכתב המרדכי בפרק נערה תפס החתן ואמר החתן קים לי כרש"י דמהני ליה תפיסתו, דאנן מי מדמינן איסורא לממונא, והלא הלכה רווחת היא וכו' דספק איסורא לחומרא וספק ממונא לקולא, ומה ענין זה לזה, ודאי גבי ממונא מצי למימר המחזיק קים לי כחד מרבוותא וכו' אבל הכא גבי איסורא מי יקל ראשו כנגד תורתנו וכו' וכל שכן בפסק זה כי כל הפוסקים אשר כל ישראל שותים מימיהם וכו' כולם פסקו שבעלת חמשה חייבת בארבע מהם, ופשיטא דבכהאי

גונא אפילו בענין ממון לא הוי מצי למימר קים לי כדברי היחיד ודלא ככל חכמי ישראל, ואפילו תפס הוה מפקינן מיניה וכו' דלא גרע מהיכא דסוגיא דעלמא כחד דאזלינן בתריה עכ"ל, יעו"ש.

ומה שכתב מהרי"ק דלא גרע מהיכא דסוגיא דעלמא כחד כונתו להא דאמרינן בסנהדרין (דף לג.) דטעה בשיקול הדעת היינו דנחלקו שני תנאים או שני אמוראים, ולא איפסקא הלכתא לא כמר ולא כמר, וסוגיא דעלמא כותיה דחד מינייהו, והדיין פסק כאידך, יעו"ש, ואע"ג דלענין תשלומי נזק חלוק טעה בשיקול הדעת מטעה בדבר משנה, מכל מקום הרי זה נחשב טעות כיון דסוגיא דעלמא כנגדו, ולכן בודאי מאן דפסק כרבי שמחה בציצית כנגד כל חכמי ישראל טעות היא בידו.

והנה הש"ך הוכיח מדברי מהרי"ק דבממון אזלינן בתר רוב דעות בטעמים שונים, ואע"ג דמהרי"ק לא הזכיר ענין זה כלל, אלא לענין אם יכול לומר קים לי במקום דאיכא רוב פוסקים כנגדו, אכן ביאור דבריו הכי הוא, דמהרי"ק מיירי בכללי הפסק אם סומכים על טענת קים לי במקום דרוב פוסקים כנגדו באיסורא כי היכי דסומכים על טענת קים לי בממון, ותלה הדבר בדין הספק, דבממון אמרינן ספיקא לקולא לנתבע, ומסתברא דגם לא מחמרינן לענין טענת קים לי, אבל באיסורא אמרינן ספיקא לחומרא, ואם כן מסתברא דמחמרינן גם לענין טענת קים לי.

והוציא מזה הש"ך דכן יש לתלות לענין אם אזלינן בתר רוב דעות בטעמים שונים, דבאיסור דאורייתא לא אזלינן, כיון דמצינו דמחמירי לענין ספיקא מסתברא דהוא הדין לענין כללי הפסק ברוב דעות בטעמים שונים, אבל באיסור דרבנן יש להקל ולסמוך על רוב דעות בטעמים שונים, דהא מצינו דמקילים גם לענין ספק איסור דרבנן דאזלינן לקולא, ואם כן הוא הדין בספיקא דממונא, דאזלינן לקולא אע"ג דהוי דינא דאורייתא, הוא הדין דאזלינן לקולא לענין כללי הפסק ברוב דעות בטעמים שונים, וכמו שכתב המהרי"ק דמדמינן כללי הפסק לדין הספיקות.

ומה שכתב הש"ך ועוד דבממון מצי למימר קים לי אפילו כהמיעוט, וכמו שמשמע מדברי המרי"ק הנ"ל, הש"ך דייק כן ממה שכתב מהרי"ק דלא מצי למימר קים לי כדברי היחיד ודלא ככל חכמי ישראל, כנ"ל, דמשמע דאינו יכול לומר קים לי כדעת היחיד שהוא יחידי כנגד כל חכמי ישראל, אבל אם לא הסכימו לזה כל חכמי ישראל, אלא יש פוסקים כזה ויש פוסקים כזה, שפיר יכול לומר קים לי כהני פוסקים דאית להו כותיה, ואע"פ שהם המיעוט ולא הרוב.

סימן עג

בו תתיישב קושית הש"ך על דברי הר"ן שלא נראים לו דברי הרמב"ם דתפיסה מועילה בספיקא דדינא דמאי שנא מספק בכור, והרי הרמב"ם ס"ל בבכור דאין מוציאים מידו.

הש"ך הוכיח דהר"ן ס"ל כהנך דעות דאין תפיסה מועילה בתיקו ממה שכתב בחולין (דף קלא.) וז"ל: הלכתא כותיה דרב דמספקא ליה לויס אי מיקרי עם או לא ולא שקלינן מינייהו מתנות, ומשמע ליה כיון דספיקא הוא אפילו נטל כהן יחזיר ללוי, דהא מסקינן בפרק קמא דבבא מציעא (דף ו:) גבי ספק בכורות דתנן בהו המוציא מחבירו עליו הראיה, דאפילו תקפו כהן מוציאים מידו שכך הדין בתופס ממון שהוא מסופק מצד הדין דמוציאים מידו כמו שכתבתי שם בחדושי והכי נמי דכותה ולפיכך לא לפיכך לא נתחוויר לי מה שכתב הרמב"ם ז"ל בפ"ט מהלכות בכורים שאם נטל הכהן מתנות מלוי לא יחזיר, ואמאי, מאי שנא מספק בכורות וכו' עכ"ל, יעו"ש, והקשה עליו הש"ך קושיא עצומה וז"ל: הגם שאין מספק בכור קושיא על הרמב"ם, לפי שהרמב"ם בספק בכור גופיה פסק דאין מוציאים מידו, והבאתי לשונו לעיל סי' א' עכ"ל, יעו"ש.

ונראה ליישב דברי הר"ן עפ"י מש"נ בהגהות לסי' ב' לתרץ מה שהקשה הש"ך סתירה בדברי הסמ"ג, שבעשין רי"א כתב דתקפו כהן אין מוציאים מידו, ובעשין צ"ה כתב דתקפו כהן מוציאים מידו, יעו"ש, ונתבאר לן דבעשין רי"א עיקר הענין הוא דין הבכור שהוא קרוב למזבח, ואם נפל בו מום תאכל לבעלים, והוסיף הסמ"ג דאם תפס אותו הכהן אין מוציאים מידו, וכונתו דאם היה הבכור תפוס ביד הכהן כשנפל בו מום אין מוציאים מידו, דכשנפל בו מום נשתנה דין הספק, דמתחלה נסתפקו מי הוא בעל הקרבן, וכשהומם נסתפקו מי הוא בעל הממון, ונמצא דתפיסת הכהן היתה קודם שגולד הספק, ותפיסתו מועילה, ולשון הסמ"ג בעשין רי"א הוא אות באות כלשון הרמב"ם בהלכות בכורות, ונתבאר לן דלפי זה יש לומר דגם דברי הרמב"ם מתפרשים כדברי הסמ"ג, ובאמת ס"ל דתקפו כהן מוציאים מידו, ולא קאמר דאין מוציאים מידו אלא כשנפל בו מום כשעדיין הבכור תפוס בידו.

ולפי זה יש לומר דהר"ן הבין בדברי הרמב"ם כמש"נ בדברי הסמ"ג, ובעיקר הדין ס"ל להרמב"ם, לפי הבנת הר"ן, דתקפו כהן מוציאים מידו, ושפיר הקשה לדברי הרמב"ם שפסק דתפיסה מועילה בספיקא דדינא, מאי שנא מספק בכורות מוציאים מידו.

ובהמשך דבריו שם בחולין כתב הר"ן וז"ל: ועוד דבמתנות נתינה כתיבא בהו ויש בהן טובת הנאה לבעלים ומשמע דכל שיש בו טובת הנאה לבעלים בא כהן ונטל מוציאים מידו דהא ודאי אפילו מידי דלית להו טובת הנאה לבעלים וכו' אינו מחויב ליתן אלא למי שהוא רוצה אלא שאם בא ולקחו אין מוציאים מידו וממילא במידי דאית ביה טובת הנאה אפילו לקחו מוציאים מידו וכן כתבו בתוספות ולמאן דאמר טובת הנאה ממון ודאי הכי הוא וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ויש להקשות דהנה בתחילת דבריו הוכיח הר"ן דבכל ספק ממון אם תפס מוציאים אותו מידו, כנ"ל, ואחר כך הביא דברי הרמב"ם דתפיסה מועילה בספיקא דדינא אם לוי איקרי עם, והקשה עליו שתי קושיות, חדא מאי שנא מספק בכורות, כנ"ל, ועוד הקשה דאפילו אם נאמר דתפיסה מועילה בספיקא דדינא, היכא דאית להבעלים טובת הנאה היה צריך להיות הדין דמוציאים מידו, דהרי אפילו היכא דהוי ודאי מתנות כהונה אם תפס הכהן מוציאים מידו, כמו שהוכיח הר"ן, וכמו שכתבו התוס' בד"ה יש, יעו"ש, וכל שכן היכא דאין להכהן אלא תביעת ספק שנוציא מידו משום טובת הנאה של הישראל, אולם קשה דאם הר"ן ס"ל כדברי התוס' היאך הוכיח מהא דקיימא לן כמאן דאמר תקפו כהן מוציאים מידו שכך הדין בתופס ממון שהוא מסופק מצד הדין דמוציאין מידו, והלא שאני ספק בכור שיש לבעלים טובת הנאה, ואפילו היה ודאי היינו מוציאים מידו, כמש"נ.

ואפשר ליישב על פי מה שכתבו התוס' בבבא מציעא שם, שהקשו למאן דאמר אין מוציאים מידו, והלא יש להבעלים טובת הנאה, ותירצו דמוקי לברייתא דהתם במכירי כהונה שאז אין לבעלים טובת הנאה, ואם כן גם מאן דפליג עליה ואית ליה דמוציאים מידו מיירי במכירי כהונה, ושפיר יש להוכיח דבכל ספיקא דממונא אם תפס מוציאים מידו, אבל בהא דמספקא ליה בגמרא אם לוי איקרי עם, ופסק הרמב"ם דאם תפס הכהן אין מוציאים מידו, הרי לא הזכיר שאמר דינו רק במכירי כהונה, ושפיר הקשה הר"ן דלמה לא נוציאנו מידו משום טובת הנאה של הבעלים.

ויש לחקור במאי דס"ל להר"ן דמוציאים מיד הכהן משום טובת הנאה של הלוי, אם היינו טעמא משום דהבעלים יש לו זכות ליתן המתנות לכל מי שירצה, ולא פקע זכותו על ידי תפיסת הכהן, ולכן צריך הכהן להחזירו לו אע"פ שהוא תפוס בידו, או דלמא טובת הנאה של הבעלים מעכבת תפיסתו של הכהן, דלאו כל כמיניה דהכהן לתפוס אם על ידי זה מעכב הבעלים מזכות מוחלט שלהם ליתן לכל מי שירצה.

ויש להביא ראיה ממה שכתב הר"ן בסוף דבריו דבמידי דאית ביה טובת הנאה אפילו לקחו מוציאין מידו, ולמאן דאמר טובת הנאה ממון ודאי הכי הוא, כנ"ל, והיינו דלמאן דאמר טובת הנאה ממון כל שכן דמוציאים מידו, ואם נאמר דטעמא דמוציאים מיד התופס הוא כדי שיוכל הבעלים לקיים דינו ליתן המתנות לכל מי שירצה, הרי אין בזה נפקא מינה אם הזכות טובת הנאה יש עליה תורת ממון או לא, הלא בין כך ובין כך הזכות מוחלט לו, ואין בזה עדיפות אם יש על זכותו תורת ממון.

אלא מבואר דטעמא דמוציאים מידו משום דלאו כל כמיניה של התופס להחזיק בהמתנות ולהפסיד זכות הבעלים, והיה אפשר לומר דהיינו דוקא כשהזכות שהוא מפסיד יש עליה תורת ממון, לזה כתב הר"ן דאפילו אין עליה תורת ממון לאו כל כמיניה דהתופס להפסידה, ולמאן דאמר טובת הנאה ממון כל שכל דלאו כל כמיניה לתפוס ולהפסידו זכות שהיא ממון אצלו.

כתב הטור ביו"ד סי' ס"א וז"ל: אבל כהנים ולוים פטורים שגם (להלוי פטור מליתנם

אבל אם נטלם כהן מידו א"צ להחזירם לו שהוא ספק אם חייבין אם לאו ואין נותנין ללוי וכו' עכ"ל, יעו"ש, וכתב הב"ח וז"ל: ומה שכתב אבל אי נטלם כהן מידו אין צריך להחזירם לו וכו' כן כתב הרשב"א בתורת הבית וכן כתב הרמב"ם, והר"ן ז"ל תמה עליו דהא קיימא לן בפרק קמא דבבא מציעא תקפו כהן מוציאין אותו מידו וכו' ולפע"ד אין הנדון דומה לראיה דהתם בספק בכור הספק הוא לכל העולם אבל הכא דהספק הוא אי כהאי תנא או כהאי תנא יכול כהן לומר קים לי כהאי תנא וכו' מכל מקום איכא למידק מנא ליה להרמב"ם לחלק בכך ונראה בעיני דדקדק כך הרב מההיא עובדא דההוא ליואה דהוה חטיף מתנתא אתו אמרו ליה לרב אמר ליה לא מסתייה דלא שקלינן מיניה אלא מיחטף נמי חטיף בתמיה, ומדלא אשכחן בגמרא דאצרכיה למיהדר מה שחטף אלמא דס"ל לרב דלא מפקינן מיניה, אלא תמה על שנשא לבו לחטוף ולא מסתייה דלא שקלינן מיניה וכו' והכי נקטינן וכו' עכ"ל, יעו"ש.

וכתב הב"ח דמקורו של הטור דתפיסת הכהן מן הלוי מועילה הוא מהא דרב לא הוציא המתנות מיד הלוי, וקשה טובא דהרי הלוי שחטף מתנות כהונה מיד ישראל בודאי לא היה לו שום זכות בהן, דלא נסתפק בגמ' אם לוי איקרי עם אלא לענין אם יש עליו חיוב להפריש מתנות וליתן לכהן, אבל הוא עצמו אינו כהן ואין לו זכות במתנות, ואם כן אם הנכון הוא כדיוק הב"ח שרב לא הוציאו מיד הלוי, למה באמת לא הוציאן, ועוד היאך אפשר ללמוד מזה דתפיסת הכהן מועילה במקום ספיקא דדינא כיון דתפיסת הלוי היתה שלא כדין.

ונראה דלדעת הב"ח המחלוקת אם תפיסה מועילה בספיקא דדינא תלויה במה שיש להסתפק אם יש חזקת מרא קמא להבעלים שממנו תפס משום ספיקא דדינא, דאיכא למימר דבכל ספיקא דדינא דממונא אין לו חזקת מרא קמא שעל ידי כך נאמר שהממון בחזקתו, שהרי ליכא למימר העמד ממון על חזקתו שהוא של המרא קמא וננקוט שלא נשתנה המצב ממה שהיה, שהרי הממון בודאי מוטל בספק, ואין להחזקה שום השפעה על הספק, ונמצא שאינו מרא קמא אלא על צד אחד של הספיקא דדינא, ואין להעמיד על ספק חזקת מרא קמא, ולכן אם תפס אין מוציאים מידו.

או דלמא אמרינן דמה שהממון בחזקתו נותן לו חזקת מרא קמא אפילו במקום ספיקא דדינא, ואע"פ שאין לנו שום הכרעה או הנהגה על הספק על ידי חזקת מרא קמא זו, מכל מקום יש לו תורת מוחזק בהממון במה שהוא תפוס בידו, ואם תפס ממנו מוציאים מידו.

והשתא יש לומר דדין הלוי שתפס מתנות ודאות מיד ישראל תלוי בחקירה זו, דאם הראשון נחשב מרא קמא במה שהממון היה תפוס בידו בלי שום הוכחה על בעלותו, אם כן ישראל שיש בידו מתנות נחשב מרא קמא עליהם הואיל ויש לו בהם טובת הנאה, ואפילו אם טובת הנאה אינו ממון עדיין זכות הוא לו, ועל ידי זה נחשב מרא קמא, ואם הלוי תפס ממנו יכול לתובעו לדין ולהוציאן ממנו, אבל אם אין לו תורת מרא קמא אלא במה שיש לתלות שהוא ממון, אם כן אין לישראל תורת מרא קמא על מתנות שאין לו בעלות גמורה בהן, ואם תפס אותן הלוי אינו יכול לתבעו לדין, שיאמר

לו הלוי לאו בעל דברים דידי את, וממילא נשארין המתנות ביד הלוי, שאע"פ שאין לו שום זכות בהן, מי יתבענו לדין, הא הוה להו ממון שאין לו תובעים, ובדאי מוטל עליו ליתן אותן לאיזה כהן, אבל אין בית דין מוציאים מידו.

וכיון שהב"ח דייק מן הגמרא דאם תפס הלוי אין מוציאים מידו, מבואר דאין להישראל תורת חזקת מרא קמא, כיון שאין החזקה מורה על שום בעלות, כמש"נ, ואם כן הוא הדין בכל ספיקא דדינא שאין לזה שתפס ממנו תורת חזקת מרא קמא, שאין חזקתו מורה על בעלותו, כמש"נ, ושפיר אמרינן דאם תפס אין מוציאים מידו, שהרי לא הוציאו מחזקת מרא קמא.

ועיין בהגהות הגר"א סי' ס"א סקכ"ב שכתב דהרמב"ם פסק דאם תפס הכהן אין מוציאים מידו משום דאזיל לשיטתו דטובת הנאה אינו ממון, יעו"ש, ויש להבין למה לא כתב דהרמב"ם אזיל לשיטתו בהרבה מקומות דתפיסה מועילה בספיקא דדינא, ולפימש"נ יש לומר דבכל ספיקא דדינא אין מוציאים מידו משום שלא תקף מחזקת מרא קמא, אבל בספיקא דדינא דמתנות הרי יש להבעלים טובת הנאה, ואילו היה הדין דטובת הנאה ממון הרי יש לו בעלות מוחלטת בהמתנות, ויש לו חזקת מרא קמא, ואם כן לא היתה תפיסה מועילה, אולם הרמב"ם אזיל לשיטת דטובת הנאה אינו ממון, ואין לו צד ממון אלא על הצד שאין להן תורת מתנות, ודבר זה תלוי בספק, וליכא חזקת מרא קמא, כמש"נ.

ועיין בקדושין (דף ה:) נתן הוא ואמרה היא ספיקא היא וחיישינן מדרבנן, וכתב הר"ן וז"ל: והאי לישנא דאמרינן ספיקא הוי וחיישינן מדרבנן מספקא לי טובא דכיון דספיקא הוא הוה ליה ספיקא דאורייתא והיכי קאמר דחיישינן מדרבנן הא מדאורייתא נמי איכא למיחש והרב אלפסי ז"ל כתב בלשון הזה בהלכות ואם נתן הוא ואמרה היא חיישינן מדרבנן וצריכה גט ולא כתב ספיקא הוא ונראה שהוא סובר דכי אמרינן ספיקא הוא לאו דוקא דמדינא פשיטא לן דלא הוה קדושין כיון דאמרה היא אלא שחכמים החמירו בדבר ועשאוה כספק ולישנא דספיקא הוא לפי זה לא אתי שפיר והרמב"ם ז"ל כתב בפרק הנזכר נתן הוא ואמרה היא הרי זו מקודשת מספק ולא הזכיר מדרבנן כלל אלא ככל ספק קדושין וכו' עכ"ל, יעו"ש, והר"ן לא הקשה על הרמב"ם היאך יפרש מאי דקאמר בגמרא וחיישינן מדרבנן כמו שהקשה על דברי הר"ף מאי קאמר בגמרא דספיקא הוא.

ונראה דמה שכתב הר"ן דלישנא דספיקא לא אתי שפיר לדברי הר"ף, כונתו דצריך לומר שלא היה להר"ף בגירסתו אלא וחיישינן מדרבנן, ואחר כך כתב דהרמב"ם כתב דהוי ספיקא ולא הזכיר דחיישינן מדרבנן, והיינו משום שלא היה בגירסתו אלא ספיקא הוא, ולא גרס דחיישינן מדרבנן, ואכן בהגירסא שלפנינו צורפו שתי הגירסאות, והיא גירסא שלישית.

וליישב גירסא השלישית, דלמה צריכים לחששא דרבנן כיון דהוי ספיקא דאורייתא, כתב הר"ן בהמשך דבריו וז"ל: ולפיכך אני מסתפק בכל ספק קדושין אי

צריכה גט מדאורייתא או לא דאפשר דמדאורייתא שריא משום דאיכא למימר העמד אשה על חזקתה דמאי שנא מכל תיקו דממונא דאמרינן ביה העמד ממון על חזקתו והסכימו כל גדולי האחרונים ז"ל שאפילו תקפו התובע מוציאים אותה מידו הכא נמי מדינא אית לן למימר הכי ושתהא מותרת להנשא אלא שמפני חומרא דערוה אסרוה רבנן ומשום הכי אמרינן הכא דספיקא הוי וחיישינן מדרבנן אבל הרב אלפסי ז"ל כתב לקמן בפירקין (דף ח:) בבעיא דרב מרי בכלב הרץ אחריה דסלקא בתיקו דהויא לה ספיקא דאורייתא ולחומרא וצריך עיון עכ"ל, יעו"ש.

ובעין משפט הקשה דהרי מבואר מדברי הר"ן דבספיקא דדינא אם תקפו התובע מוציאים אותו מידו, ואם כן כשהש"ך בספר תקפו כהן סי' ע"ג רצה להוכיח דשיטת הר"ן היא דאין תפיסה מועילה בספיקא דדינא, למה לא הביאו נמי דברי הר"ן הללו שכן מפורש בדבריו, יעו"ש, ובעצם דברי הר"ן יש לדקדק עוד, דלמה הקשה על דברי הר"ן בכלב רץ אחריה דבספיקא אזלינן לחומרא, והא שיטת הר"ן היא דתפיסה מועילה בספיקא דדינא, כמו שהוכיח הש"ך בסי' ט', יעו"ש, ולא ס"ל כהאחרונים שמדבריהם הוכיח הר"ן דמוקמינן לה על חזקתה.

והנה הר"ן לא הביא ראיה דמוקמינן אשה על חזקת פנויה מהא דבספיקא דדינא מוקמינן בחזקת מריה, ואין מוציאים מידו לדון להם חלוקה, דאין מזה הוכחה דהחזקת ממון מסלקת הספק ומוקמינן הממון ביד מריה כאילו הוא ודאי שלו, אלא שפיר איכא למימר דעדיין הממון מוטל בספק, אכן כיון שהממון אצלו אמרינן דמספק אל תוציאנו מידו, ואם כן בספיקא דדינא בקדושין אין להתירה לשוק בלא גט מחמת חזקת פנויה שלה, שהרי מוטלת בספק.

אולם מדברי האחרונים דאית להו דאם תפס מוציאים מיד התופס ומחזירים להמרא קמא מוכח דס"ל דחזקת המרא קמא מסלקת הספק, והרי הממון מוחזק בידו בתורת ודאי, ואם כן הוא הדין בספיקא דדינא בקדושין אמרינן דחזקת פנויה שלה מסלקת הספק, ומחשבינן לה כפנויה בתורת ודאי, ואינה צריכה גט להתירה לשוק, והני דפליגי על האחרונים שהזכיר הר"ן וס"ל דאין מוציאים מיד התופס היינו משום דס"ל דעל ידי תפיסה נעשה השני מוחזק, ועדיף מוחזק ידיה ממרא קמא דראשון, אבל לענין הא דאית להו להאחרונים דחזקת ממון מסלקת הספק לא פליגי השיטות האחרות, אלא דס"ל דתפיסה מועילה, והתופס נעשה מוחזק, והשתא החזקת ממון היא שלו.

ולפי זה אין להוכיח מדברי הר"ן דס"ל כדברי האחרונים דאין תפיסה מועילה בספיקא דדינא, שלא הביא דברי האחרונים אלא להוכיח דחזקת ממון מסלקת הספק בספיקא דדינא כל זמן שהממון ביד המרא קמא, כמש"נ, ובזה לא פליגי האחרים על האחרונים, ושפיר יש להוכיח דבספיקא דדינא בקדושין מוקמינן האשה בחזקת פנויה ואינה צריכה גט, ואכן הני אחרונים ס"ל דאין תפיסה מועילה להחזיק התופס ולהעביר לו החזקת ממון, כמש"נ, ואין להוכיח דהר"ן ס"ל לענין תפיסה כדברי האחרונים. ושפיר הקשה נמי הר"ן על דברי הר"ן בכלב רץ אחריה דלא מוקמינן לה על

חזקתה, דנהי דהרי"ף ס"ל דתפיסה מועילה בספיקא דדינא, מכל מקום אין סברא שחולק על דברי האחרונים דחזקת ממון בספיקא דדינא מסלקת הספק, כמש"נ.

עוד עיין בקידושין (דף נח:) נימא כתנאי הגונב טבלו של חבירו משלם לו דמי טבלו של חבירו דברי רבי יוסי ברבי יהודה אומר אינו משלם אלא דמי חולין שבו מאי לאו בהא קמיפלגי דמר סבר טובת הנאה ממון ומר סבר טובת הנאה אינה ממון לא דכולי עלמא טובת הנאה אינה ממון והכא בטבלים שנפלו לו מבית אבי אמו כהן וכו', יעו"ש. ויש להקשות דהרי מפורש בדברי רבי דצריך לשלם לן דמי טבלו של חבירו, דהיינו כל מה ששוה הטבל למכור בשוק, וסלקא דעתיה בגמרא דטעמא משום דטובת הנאה ממון, והלא טובת הנאה אינה שוה אלא דבר מועט, וכמו שכתבו התוס' בבבא מציעא (דף ו:) בד"ה הא וז"ל: אי נמי אינו יכול לתובעו רק טובת הנאה שיש לו בו למאן דאמר טובת הנאה ממון וכו' עכ"ל, יעו"ש, והיינו דכהן שתפס ספק בכור מחזיקו בידו ואינו צריך לשלם לבעלים אלא טובת הנאה שהוא פחות משויות הבכור, וכן כתב רש"י בחולין (דף קלא:) בד"ה יש בהן טובת הנאה דהוי דבר מועט, יעו"ש, ואם כן בגונב טבלו של חבירו למה משלם כל דמי הטבל, והלא אין עליו לשלם אלא דבר מועט. ועיין בריטב"א שכתב דמאן דאמר משלם דמי חולין שבו ס"ל דטובת הנאה אינה ממון, הלכך אין לו אלא דמי חולין בלבד, אבל מאן דאמר משלם דמי טבל ס"ל דטובת הנאה ממון, ומאי דקאמר משלם דמי טבל היינו דמי חולין שבו וגם דבר מועט של טובת הנאה, ואין זה ממש דמי טבל אלא יותר מדמי חולין, ואחר כך כתב וז"ל: אי נמי דלמאן דאמר טובת הנאה ממון חשוב הוא כאילו הוא שלו לגמרי משום ההיא טובת הנאה דאית ליה בגויה, וכדתנן המקדש בתרומות ומעשרות, ומשמע דישראל דומיא דכהן דמקדש בתרומה ממש ולא בטובת הנאה שיש לו בה וכן עיקר עכ"ל, יעו"ש. ובביאור דבריו נראה דהרי כשהטבל בעין צריך להשיבו אל הבעלים מדין והשיב את הגזילה אשר גזל, וחל החיוב על כל הטבל, דהא יש לו תורת בעלים על כל הטבל הואיל ויכול ליתנו לכל מי שירצה וטובת הנאה ממון, ואע"פ שאין בעלות זו שוה לו אלא דבר מועט, מכל מקום יש לו על ידי כך תורת בעלים ממוני גמורה על כולו, וחל על הגונב חיוב השבה, אם כן השתא שאכלו ואין הטבל בעין, עדיין מוטל על הגנב חיוב השבה על ידי תשלומין, דמה לי הם מה לי דמיהם, ולכן צריך לשלם בשביל כל הטבל, דאע"ג דמצד מזיק לא הזיקו אלא דבר מועט, מדין גנב צריך לשלם כנגד כולו, דעל ידי זה נחשב שקיים השבה, כמש"נ, וכן לענין קדושין יש לומר דכיון שיש לו תורת בעלים על הכל יכול לקדש בו אשה, והקדושין נעשין על ידי המתנות, אבל אם מזיק מתנות כהונה כשהן ביד ישראל אינו משלם אלא דבר מועט, שהרי ליכא דין השבה והעמדת החפץ אלא בגניבה וגזילה ולא במזיק, ותשלומי נזק הם כנגד הפסדו של הניזק, והרי לא בא לו הפסד אלא דבר מועט.

והנה עיין בחידושי רבינו חיים הלוי פ"ט גזילה ואבדה הל"א וז"ל: והנה ברמב"ם פ"א מהל' גזילה הל"א זה לשונו כל הגוזל את חבירו שוה פרוטה עובר בלא תעשה

שנאמר לא תגזול ואין לוקין על לאו זה שהרי הכתוב נתקו לעשה שאם גזל חייב להחזיר שנאמר והשיב את הגזלה אשר גזל זו מצות עשה ואפילו שרף הגזילה אינו לוקה שהרי הוא חייב לשלם דמיה וכל לאו שניתן לתשלומין אין לוקין עליו עד כאן לשונו, הרי דמחלק הרמב"ם, דבאיתא לגזילה אינו לוקה משום דהוי לאו הניתק לעשה ובליטא לגזילה לא לקי משום דהוי לאו שניתן לתשלומין, דמבואר בזה דס"ל דתרי חיובי בפני עצמן נינהו, חיוב השבת עצם הגזילה, דהוא מקרא דוהשיב את הגזלה, וחיוב תשלומין משלו, דהוא כשאין הגזילה קיימת, והוא מקרא דושלם, וכמבואר כן להדיא בספרא פרשת ויקרא וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ומבואר דחיוב תשלומין לא הוי מדין השבה אלא מדין מיוחד של תשלומין הנילף מקרא דושלם, ולכאורה לפי זה הדרא קושיא לדוכתא, אולם יש לומר דגם לפי דבריו אין הדין תשלומין מדין מזיק אלא מדין מיוחד לגנב וגזלן שצריך להמיד לו גניבתו על ידי תשלומין, דמה לי הם מה לי דמיהם, ואין בזה קיום מצות השבה אלא קיון דין תשלומי גניבה, ומשום הכי לא כתב הרמב"ם דאינו לוקה משום דהוי לאו הניתק לעשה, דאין בזה קיום מצות עשה אלא דין תשלומין בלבד, אבל יסוד התשלומין הוא להעמיד לו החפץ שגנב ממנו, כמש"נ, ולמאן דאמר טובת הנאה ממון צריך להעמיד לו כל הטבל שגנב ממנו, ואע"ג דשויות אותו טבל להבעלים אינו אלא דבר מועט.

סימן עד

בו יובאו דברי המהרש"ל שהכריע דאין תפיסה מועילה בספיקא דדינא וחילק בין תיקו לבעיא דלא איפשטא, ויבאר מה שהקשה הש"ך שיכול התובע לומר שמא הדין עמי.

כתב המהרש"ל בפרק כיצד הרגל וז"ל: בתיקו ובעיא דלא איפשטא נפלה מחלוקת בין הגאונים, כי הר"ף והרמב"ם וסמ"ג פסקו דגבי ספיקא מהניא תפיסה, ור"י בעל התוס' והרא"ש ורוב בתראי סברי דלעולם אין מועילה תפיסה בספיקא דדינא, ואף שאין התלמיד מכריע אני באתי להכריע, דבדאי דברי התוס' עיקר בדין תיקו שנסתמא הבעיא בש"ס ולא נפשטה ואין רשות לשום גאון בעולם לפשטה וכו' אבל כמה בעיות שנאמרו בש"ס ולא נפשטה אם היה חכם אחד אפילו בזמנינו מביא ראיה לפשטה הרשות בידו ואזלינן בתריה וכו' ואם כן בבעיא דלא איפשטא יכולנא לומר דמהני תפיסתו עכ"ל, יעו"ש.

והכריע המהרש"ל להלכה כדברי הר"י והרא"ש דאין תפיסה מועילה בתיקו, אולם לא אמרו אלא בתיקו שחכמי הש"ס קבעו הבעיא שתהא נשארת בספק, ואין שום חכם יכול לפשוט הבעיא, וכיון שכן אין תפיסה מועילה, שהרי התופס צריך לטעון ברי, ובספיקא דדינא היינו דיכול לומר קים לי כצד הזה, ואע"ג דטענה זו הוי טענה כל דהו ורעועה, כמו שכתב הש"ך בסי' ע', יעו"ש, מכל מקום נחשבת כטענת ברי, וכיון דבתיקו אין שום חכם יכול לפושטה ולומר שהלכה כצד זה, גם התופס אינו יכול לומר קים לי כצד זה, אבל בבעיא דלא איפשטא לא קבעו חכמי הש"ס לישאר בספק, ויש רשות לחכם אפילו בזמנינו לפושטה, גם התופס יכול לטעון קים לי כצד זה. ולענין מה שחילק המהרש"ל בין תיקו לבעיא דלא איפשטא, הש"ך בסי' ט' חולק עליו וס"ל דאין לחלק ביניהם, והא דלפעמים אמר תיקו ולפעמים לא אמר, כל היכא דליכא אלא הבעיא לחוד ותו לא מידי אמר תיקו, והיכא דשקיל וטרי בהבעיא ואינו מגיע למסקנא לא אמר תיקו, אבל כולחו חדא מלתא נינהו, יעו"ש.

והש"ך הקשה על דברי המהרש"ל וז"ל: ולפענ"ד אין הכרעתו מוכרחת, דנהי דבתיקו אין שום אדם יכול לפושטה, מכל מקום מידי ספיקא לא נפקא, ויכול התופס לומר שמא הדין עמי, ומאן לימא לן דאין ההלכה כהפוסקים דמהני תפיסה מספק וכו' עכ"ל, יעו"ש, ויש לעיין במה שכתב דהתופס יכול לומר שמא הדין עמי, והלא בתופס בספיקא דדינא צריך לומר קים לי כצד זה, ובזה נחשב לו כטענת ברי, כמש"נ, אבל בודאי אינו יכול לומר שמא הדין עמי, וכמו שכתב הש"ך בסי' ו' וז"ל: דגבי תיקו יוכל הבעל דבר לומר אין הדבר ספק אצלי אלא הסברא נוטה לי בבירור שהדין עמי עכ"ל, יעו"ש, ועוד היאך יכול לומר מאן לימא לן דאין ההלכה כהני פוסקים וכו', והלא אם הדין אזיל בשיטת הר"י והרא"ש עליו להוציא מן התופס, ואם הוא מסופק כמי ההלכה אם כן פשיטא דמספק אינו יכול להוציא מן התופס, ומה צריכים למה שהתופס אומר. אלא ביאור דברי הש"ך דחולק על המהרש"ל בשני דברים, מתחלה חולק על מה שכתב דבתיקו אין תפיסה מועילה מפני שחכמי הש"ס קבעו דאין חכם יכול לפשוט

הבעיא, והקשה עליו דאפילו אם נימא הכי היינו דאין חכם יכול לפושטה ולקבוע שהלכה כצד זה או כצד זה, אבל ספיקא מיהא הוי, ויכול להיות שהאמת היא או כצד זה, ויכול התופס לומר שמא הדין עמי, כלומר גם צד זה הוא נכון ואפשר להיות, ואין זה דברים בטלים, ואם כן יכול אני לומר קים לי בברירות כצד זה, ואין להוציא מידי. ועוד הקשה הש"ך על עצם הכרעת המהרש"ל כדברי הר"י והרא"ש, בין אם נחלק בין תיקו לבעיא דלא איפשטא בין אם לא נחלק, מנא ידע להכריע כדבריהם, ומאן אמר לו דאין ההלכה כדברי הפוסקים דתפיסה מועילה בספיקא דדינא, ובהמשך הביא כמה וכמה שיטות הפוסקים המסכימים לדברי הר"י והרמב"ם והסמ"ג, וגם יש לומר דרוב דעות מסכימים להם, ולא היה לו להכריע כנגדם, יעו"ש.

והוסיף הש"ך וז"ל: דהא מספק בכור אין ראייה כלל, וכמו שכתבתי למעלה סי' ה' וסי' ו', ואדרבה יש לכאורה מהתם ראייה דמהני תפיסה בספיקא דדינא וכו' דהא ודאי מאן דס"ל תקפו כהן אין מוציאין מידו פשיטא נמי דס"ל דמהני תפיסה בספיקא דדינא, ואם כן אמאי נימא דמאן דפליג בפליג בתרתי וכו' והמהרש"ל לא ירד לחלק בין ספק בכור לשאר ספק ממון, ואולי אי הוה שמיע ליה לחלק בדבר כמו שכתבתי לעיל סי' ה' וסי' ו' לא הוה פסק כן וכו' עכ"ל, יעו"ש, והיינו דבתקפו כהן רוב שיטות מסכימים לפסוק ההלכה כמאן דס"ל מוציאים מידו, ואולי משם הביא המהרש"ל ראייה להכריע כדברי הר"י והרא"ש דאין תפיסה מועילה בספיקא דדינא, ואינו מחלק בין ספק בכור לשאר ספק ממון.

אבל הש"ך ס"ל דאין להוכיח מספק בכור דאין תפיסה מועילה, דשאני ספק בכור שהבעלים יכולים ליתן הבכור לכל מי שירצה, כמו שכתב הש"ך בהסימנים הנ"ל, ואם גם שם תפיסתו מועילה כל שכן דמועילה בספיקא דדינא, ולפי סברת הש"ך מסתברא דמאן דאמר מוציאים מידו לא פליג אלא בספק בכור, ואדרבה משם ראייה דתפיסה מועילה בספיקא דדינא.

סימן עה

בו יובא שיטת הטור דמכר עבדו לעכו"ם לשלשים יום לא יצא לחירות דהוי איסורא דרבנן ואזלינן לקולא, ויבואר למה הביא דעת הרמב"ם אם תפס ולא דעת הרא"ש.

כתב הש"ך ז"ל: ובפרט שנראה דעת הרב מהרמ"א דס"ל דמהני תפיסה בתיקו וכו' ועוד ראייה שבכמה מקומות סתם כהשו"ע דמהני תפיסה בספיקא דדינא וכו' וכן ביו"ד סי' רס"ז סעיף ל"ט סתם מהרמ"א כהשו"ע דאי תפס אין מוציאין מידו, וכן כתב מהר"ם יפה שם, וכן כתב עוד מהרמ"א בהגהתו ביו"ד שם סוף הסימן ויש אומרים דמהני ביה תפיסה כו' וכן מהר"ם יפה שם, והא דכתב שם ויש אומרים היינו משום דהראב"ד בהשגות פליג שם, והיינו דוקא בקנס אבל בממון משמע דמודה דמהני תפיסה, וכמו שנתבאר בסי' ל"ט וכו' עכ"ל, יעו"ש.

והמקור לדברי הרמ"א בסוף סי' רס"ז הוא מן הגמרא בגיטין (דף מד.) בעי רבי ירמיה מכרו לשלשים יום מהו וכו' מכרו חוץ ממלאכתו מהו חוץ מן המצות מהו וכו', יעו"ש, והבעיות לא איפשטו, וכתב הטור ביו"ד סי' רס"ז סעי' פ' ז"ל: מכרו על מנת שיחזירוהו לו לאחר שלשים יום או חוץ ממלאכתו שישאר לו ממלאכתו וכו' בכולהו מיבעיא אם יצא לחירות או לא ולא איפשיטא ולקולא דאיסורא דרבנן הוא ולא יצא לחירות והרמב"ם כתב כיון דספק הוא אם תפש העבד כדי דמיו מרבו לצאת בו לחירות מיד העכו"ם אין מוציאין אותו מידו עכ"ל, יעו"ש, וכתב הב"ח ז"ל: ומה שכתב ולקולא דאיסורא דרבנן הוא ולא יצא לחירות, הכי אמרין בגמרא (דף מד.) דהכא איסורא דרבנן הוא, פירוש דהאי איסורא דקא עביד דמכר עבדו לגוי איסורא דרבנן הוא דקא עביד וכו' אם כן הכא דקא מיבעיא לן ולא אפשיטא הוי ספיקא במידי דרבנן ולקולא וכו' עכ"ל, יעו"ש.

וכן הם דברי הרא"ש בגיטין שם דכיון דלא איפשטא לא יצא לחירות, והקשה עליו הקרבן נתנאל ז"ל: וקשה לפי מה שכתב הים של שלמה בבבא קמא פרק שני סי' ה' שמחלק דהיכא דרב אשי קבע האיבעיא בתיקו אז לא מהני תפיסה, אבל בבעיא דלא איפשטא מהני תפיסה ויכול לומר קים לי כדעת החייב, והעבד מוחזק בגופו, אם כן כשברח מן העובד כוכבים אין לו להשתעבד מפני הספק, ויש לומר דסבירא ליה כדעת הראב"ד דאין בקנסות תפיסה אלא במי שחסרו ממון, כגון פלגא נזקא ודומה לו אבל הכא לא מחסרו ממון אלא המצות עכ"ל, יעו"ש.

והמחבר השמיט כל הני בעיות דלא איפשטו, ולא כתב אם תפיסה מועילה בהן, וצריך עיון למה השמיטו, שהרי בריש הסעיף כתב דאם מכרו לעכו"ם לעולם קונסים את רבו לפדות אותו עד עשרה בדמיו, יעו"ש, ולא ס"ל כשיטת הגאון שהביא הרי"ף שם דלא מגבינן האי קנסא אלא בארץ ישראל אבל בחוץ לארץ לא דלא מגבינן קנסא בבבל, יעו"ש, וכיון דהמחבר ס"ל דבית דין גובים קנס זה כשמכרו לעולם, למה לא כתב נמי הדין במכרו לשלשים יום דהוי בעיא דלא איפשטא.

ואכן הרמ"א הביא דין הספק ז"ל: מכרו על תנאי שיחזירונו לו לאחר זמן או חוץ

ממלאכתו או חוץ מהמצות וכו' הרי זה ספק אם יוצא לחירות ואזלינן לקולא דאיסורא דרבנן הוא ולא יצא, ויש אומרים דמהני ביה תפיסה, דאם תפס משל רבו כדי דמיו לצאת בו לחירות מיד העובד כוכבים אין מוציאין ממנו (שם בשם הרמב"ם דין ד') עכ"ל, יעו"ש.

והש"ך הבין בדברי הרמ"א דס"ל כהיש אומרים דאם תפס אין מוציאין מידו, שכן היא שיטת המחבר דתפיסה מועילה במקום תיקו, וכדברי הרמב"ם, ואע"ג דכאן לא הזכיר המחבר מהו הדין אם העבד תפס, ולא נחית לדינא דתפיסה, כן היא שיטתו, והרמ"א ס"ל כותיה, והביא דין תפיסה דאין מוציאין מידו, והוקשה לו להש"ך דאם הרמ"א ס"ל כהיש אומרים למה לא כתב ההלכה בסתם, דממה שכתב ויש אומרים משמע דלא ס"ל הכי, ועל זה תירץ שכתב ויש אומרים לרמז שאין הלכה זו מוסכמת, דהראב"ד ס"ל דאם תפס מוציאין מידו, כנ"ל, ואולם לא נתבאר מדבריו למה דוקא בהלכה זו ראה הרמ"א לרמז שיש חולקים על דבריו, ובכמה מקומות פסק כשיטה אחת ולא רמז שיש חולקים עליה.

עוד עיין לעיל בסי' ל"ט שהש"ך הקשה על דברי הטור הנ"ל שלא הביא אלא דברי הרמב"ם דאם העבד תפס לא מפקינן מיניה, ולכאורה מבואר דס"ל כותיה אפילו בתיקו דקנס, ולמה לא הביא שיטת אביו הרא"ש דבתיקו דקנס אם תפס מוציאין מידו, יעו"ש.

והנה באמת צריך עיון במה שכתב הטור דכיון דהבעיא לא איפשטא אזלינן לקולא באיסורא דרבנן ולא יצא לחירות, כנ"ל, מה שייך בזה ענין ספק איסורא דרבנן לקולא, והלא הספק שלפנינו הוא ספיקא דממונא ולא ספיקא דאיסור, דמספקין אם יצא לחירות וזכה בעצמו, ואם ברח מן העכו"ם אינו חוזר לרבו, והיה לנו לומר בזה שרבו הוא המוציא מחבירו ועליו הראיה.

אלא הדבר מובן שיש שני חלקים במה שתיקנו חכמים דהמוכר עבדו לעכו"ם יצא לחירות וקונסים את רבו לפדותו, חדא תיקנו שפקע מן העבד שעבודי עבדות, והוציאו אותו לחירות על ידי דין הפקר בית דין הפקר, ועוד גזרו על רבו קנס שחייב לפדות העבד מיד העכו"ם אע"פ שאין לו עוד שייכות אליו, אלא כיון שהוא מכרו לעכו"ם עליו לפדותו.

והשתא יש להסתפק בחלק הראשון שחכמים הוציאו העבד לחירות על ידי דין הפקר בית דין הפקר, אם גם זה הוא בגדר קנס לרבו שעבר על איסורא דרבנן במה שמכר עבדו לעכו"ם, וקנסו אותו שאפילו ברח העבד מן העכו"ם לא יחזור לרבו, שקנסוהו חכמים, או דלמא אין זה בגדר קנס לרבו על מה שעשה, אלא תקנה היא שתיקנו חכמים לטובת העבד, שכיון שהוא נמצא אצל העכו"ם שמעכו מוקיום המצות, תיקנו חכמים שיצא לחירות, ואם יברח לא יחזור לרבו אלא יהיה בן חורין, וכיון שכן ישתדל לברוח ויחזור לקיום המצות, ומלבד תקנה זו שעשו בשביל העבד קנסו את רבו שעליו לפדותו מן העכו"ם.

ונראה דבזה נחלקו הטור והרמב"ם, הטור ס"ל דציאתו לחירות היא קנס על

שעבר איסורא דרבנן, ואם כן היכא דמכרו לשלשים יום דהוי בעיא דלא איפשטא לא עבר על שום איסור במכירתו, שהרי בספק איסורא דרבנן אזלינן לקולא, ואם שאל לחכם אם מותר לו למכרו לשלשים יום בודאי היה אומר לו שמותר, ונמצא שלא עשה שלא כהוגן, ואין כאן שום סבה לקונסו, ומה שלא יצא העבד לחירות הוא בתורת ודאי ולא משום ספק, וכיון שודאי שהיה מותר למוכרו ודאי שלא יצא לחירות אין כאן מקום לחלק השני של הגזירה שקנסו את רבו לפדותו, שהרי לא עשה שלא כהוגן וגם לא יצא העבד לחירות, כמש"נ, ונמצא שבנידון זה לא שייך כל ענין של תפיסה אם מוציאים מידו או לא, דהא אין כאן ספק ממון כלל, ולהכי לא הזכיר הטור ענין תפיסה.

ואכן הביא שיטת הרמב"ם דאם תפס אין מוציאים מידו, דמדבריו מבואר דיציאת העבד אינו משום קנס לרבו שעבר על איסורא דרבנן אלא משום תקנת העבד, וכיון דלא איפשטא הבעיא הרי זה ספק אם יצא לחירות, ואם יצא לחירות מוטל על רבו לפדותו, והרי זה ספק חיוב קנס, ופסק הרמב"ם דאם תפס אין מוציאים מידו, דכן היא שיטתו דבספיקא דדינא דקנס אם תפס אין מוציאים מידו, והטור לא הסכים לדבריו בזה אלא ס"ל כאביו הרא"ש דמוציאים מידו, ואכן הביא דברי הרמב"ם מפני שהרמב"ם חולק עליו במאי דס"ל דיציאתו לחירות משום שעבר על איסורא דרבנן, ואם כן במקום ספק איסורא דרבנן אזלינן לקולא ולא עשה שלא כהוגן והעבד ודאי לא יצא לחירות, כמש"נ, אבל הרמב"ם חולק בזה וס"ל דיציאתו לחירות היא לתקנת העבד, והרי זה ספק אם יצא לחירות, וזה מבואר ממה שכתב דאם תפס העבד אין מוציאים מידו, אבל לדעת הטור לא יצא לחירות, וליכא חיוב קנס, ולא שייך כל ענין תפיסה, כמש"נ.

ולפי זה מובנים דברי הרמ"א שכתב ויש אומרים דאם תפס אין מוציאים מידו, דבאמת שיטת הרמ"א היא כשיטת המחבר דתפיסה מועילה בספיקא דדינא, אבל בגונא דמוכר עבדו לעכו"ם לשלשים יום לא שייך כל ענין תפיסה, שהרי הרמ"א הביא דברי הטור דבאיסורא דרבנן אזלינן לקולא ולא יצא לחירות, כנ"ל, ולדידיה אם העבד תפס אינו אלא גזלן וצריך להשיב הגזילה, כמש"נ, ומכל מקום הביא שיטת היש אומרים, שהיא שיטת הרמב"ם, ששייך כאן ענין תפיסה, מפני שאין היציאה לחירות משום קנס אלא משום תקנת העבד, כמש"נ, ויש לומר דמהא טעמא נמי השמיט המחבר הני בעיות, דפשיטא ליה דאין בזה לא יציאה ולא קנס כיון דהוי ספק איסורא דרבנן ולא עשה שלא כהוגן, ולא חש להזכירו.

הראב"ד פליג על מה שכתב הרמב"ם דאם תפס העבד כדי דמיו אין מוציאים מידו, כנ"ל, וז"ל: א"א אין בקנסות תפיסה מועלת אלא למי שחסרו ממון עכ"ל, יעו"ש, וכתב הכסף משנה וז"ל: ואין בדבריו הכרע ואפילו לפי דבריו מה שהפקיעו מהמצות אין לך חסרון גדול מזה ועוד שירדה בו בפרק וכמו שכתב בעל מגדל עוז עכ"ל, יעו"ש, וכונת הראב"ד היא דאפילו אם מספקין אם קנסוהו רבנן להוציא מעותיו לפדות העבד מיד העכו"ם, מכל אין העבד בעל דבר לתפוס הממון לפי שלא היה לו היזק ממנו.

וסברא זו לכאורה מוסכמת, וגם הרמב"ם היה לו לחוש לכך שבלי חסרון אינו בעל דבר לתפוס, ולכן לא כתב הכסף משנה ליישב דברי הרמב"ם דלא ס"ל כסברת הראב"ד, אלא כתב דהרמב"ם ס"ל דבמה שהפקיעו מן המצות הוי נמי בעל דבר לתפוס, ולא בעינן שיהא לו חסרון ממון, כמו שכתב הראב"ד, ואולי יש להביא סמך לזה מהא דאיתא בבבא קמא (דף ח:): אמר אביי ראובן שמכר שדה לשמעון באחריות ואתא בעל חוב דראובן וטרף משמעון דינא הוא דאזיל ראובן ומשתעי דינא בהדיה ולא מצי אמר ליה לאו בעל דברים ידידי את וכו' ואיכא דאמרי אפילו שלא באחריות נמי דאמר ליה לא ניחא לי דתהוי לשמעון תרעומת עלי, יעו"ש, הרי דללישנא בתרא הוי בעל דבר לטעון כנגד הבעל חוב אע"ג שלא יהא לו חסרון ממון על ידי גביתו.

אמנם נראה ליישב דברי הרמב"ם באופן אחר שזה נחשב שהאדון מחסרו ממון ולא רק קיום המצות, והוי בעל דבר גמור לתפוס ממנו הקנס, דהנה אם אחד תקף בבן חורין ומכרו לעכו"ם להשתעבד בו כמובן שזה נחשב שחיסר ממון להבן חורין, שהרי העכו"ם נוטל כל ממונו וכל מעשה ידיו, והרי זה שמכר עבדו לעכו"ם תיקנו חכמים שני דברים, חדא שהוציא אותו לחירות על ידי דין הפקר בית דין הפקר, ועוד שקנסו לרבו לפדותו עד עשרה בדמיו, כמש"נ, ונמצא דבבת אחת עם המכירה יצא לחירות ונעשה בן חורין שמעשה ידיו שלו, והרי רבו מסר בן חורין להעכו"ם להשתעבד בו, ועל זה קנסוהו רבנן לפדותו, ושפיר הוי העבד בעל דבר לתפוס ממנו הקנס במקום ספיקא דדינא, שעל הצד שקנסוהו רבנן הרי יצא נמי לחירות, ורבו חיסור לו ממון.

המהרי"ט הקשה על מה שכתב הרמב"ם דיכול העבד לתפוס עד כדי דמיו, ולמה לא יוכל לתפוס עד עשרה בדמיו, ונדחק ויישב דברי הרמב"ם, והובאו דבריו באילת השחר, יעו"ש, אולם נראה דכונת הרמב"ם עד כדי הסכום שהעכו"ם מבקש לפדיונו, ואפילו יותר משויו, אבל אין לומר דכדי דמיו היינו כדי שויו, דממה נפשך, אם העכו"ם תובע עשרה פעמים כדי שויו לא תועיל לו תפיסת כדי שויו, ואם אינו תובע אלא כדי שויו למה יעלה על הדעת שיוכל לתפוס יותר, אלא מבואר דכונתו שיכול לתפוס מה שהעכו"ם מבקש, ואם הוא יותר מעשרה בדמיו כבר כתב הרמב"ם בהל"א דאין קונסים אותו אלא עד עשרה בדמיו.

סימן עו

בו יבואר היכן ראה הש"ך בדברי הנמוקי יוסף בפרק שנים אוחזין דס"ל דתפיסה בטענת ברי מועילה במסור, ויחולק בין ספק בלשון השטר ושאר ספיקות דממונא.

הש"ך הוכיח בסימן הקודם דלדעת הרמ"א תפיסה מועילה בספיקא דדינא, ובסימן זה הקשה וז"ל: ואל תקשה דאם כן למה כתב מהרמ"א כלל על דברי השו"ע בקצת מקומות דיש חולקים על מה שכתב דמהני תפיסה כיון דדעתו דמהני תפיסה, הא ודאי לאו קושיא היא, דהיאך ישמיט דעת החולקים ולא יזכיר דעתם כלל, הלא יהיה לבעל דין מקום לחלוק ולומר אי הוה ידע דיש חולקין לא הוה סתם כהשו"ע, וכדתנן בריש עדיות פ"א מ"ו למה מזכירין דברי היחיד בין המרובים שאם יאמר אדם כך אני מקובל יאמרו לו כדברי פלוני שמעת וכו' ועוד שבאולי יש קצת מקומות דנוהגים כהיש חולקים שיש להם על מה שיסמוכו וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ומה שהביא ממשנה דעדיות אין לו שייכות למה שכתב לפני זה שהוצרך להביא דעת החולקים להוציא מלבו של הבעל דין שיאמר אילו ידע דיש חולקים לא הוה סתם כהשו"ע, אלא הוא טעם שני להביא דעת החולקים דאולי יבא פוסק וירצה לחלוק יש לו סמך מדברי החולקים, וטעם שלישי הוא להזכיר סמך לאלו מקומות שמנהגם כהיש חולקים.

ועיימש"נ בהגהות לסי' ק"ד דרך במקום שאין הפסק מבורר אלא שדעת הפוסק נוטה כן יש לו להזכיר דעת החולקים, וכאן היה מקום לבעל דין לומר שהרמ"א לא היה כל כך בטוח כהשו"ע דתפיסה מועילה בתיקו, ורק שהיה דעתו נוטה כן, אבל אילו ידע שיש חולקים לא היה סותם כהשו"ע, לכן הזכיר היש חולקים להורות שידע מהם ואע"פ כן סתם כהשו"ע, ואפילו אם הוא רק משום שדעתו נוטה כן, וכן במשנה דעדיות שלא נתברר שהדין מוחלט כדעת המרובים, אלא שיש לנו כלל בפסק דיחיד ורבים הלכה כרבים, אבל לא נדחה דעת היחיד, יש להזכירו כדי שיוכל פוסק לדון כדעת היחיד, וכן ליתן סמך למקומות שמנהגם כהיש חולקים, אבל אילו היה הדבר מוחלט אצל הרמ"א או לבעלי המשנה שהמרובים צודקים אין להם להזכיר דעות שאינן צודקות.

והש"ך הוסיף עוד ראייה ממה שכתב הרמ"א בתשובותיו סי' פ"ו על דבר הריב שבין מר שמעיה ומרת מירל, וז"ל: ואף על גב דלדברי ר"י והרא"ש ומהר"ם בתשובות המרדכי ס"ל דאפילו אם המוסר מודה שמסרו אין הנמסר נשבע ונוטל, מכל מקום נראה מאחר דשמעיה הוא מוחזק נשבע ונוטל כמו שכתב הרמב"ם פ"ה מהלכות חובל ומזיק, ואע"ג 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 סי' שפ"ח, מכל מקום נראה דכאן אין מוציאין נגד דעת הרמב"ם, דהא הנמוקי יוסף פרק קמא דמציעא (דף ו.) כתב כדברי הרמב"ם וכו' עכ"ל, יעו"ש, הרי להדיא דעת הרמ"א דאין

מוציאים מיד התופס, ולא עבדינו כנגד דעת הרמב"ם.

והקשה עליו הש"ך וז"ל: הגם שדבריו אלו צריכים לעיון גדול, שכתב דהא הנמוקי יוסף כו', והרי אדרבה דעת הנמוקי יוסף פרק קמא דמציעא וכו' הוא דלא כהרמב"ם, גם בהגהת מרדכי דמציעא לא נמצא דבר, ואין לומר דמה שכתב מהרמ"א דכאן אין מוציאין נגד דעת הרמב"ם ר"ל כיון דהנמסר טוען ברי, ועל זה כתב דהא הנמוקי יוסף כו' משום דמשמע מדברי הנמוקי יוסף וכו' דבטענת ברי מהני תפיסה, דזה אינו, 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 וכו' עכ"ל, יעו"ש, והיינו דאם טענת ברי מועילה בנמסר הרי גם הרא"ש אית ליה דתפיסה בטענת ברי מועילה, וכיון שהרא"ש לא כתב כלום בענין מסור יש לנו לתלות דתפיסה מועילה כשהוא טוען ברי, ולמה הזכיר הרמ"א הנמוקי יוסף ולא הרא"ש.

ודברי הנמוקי יוסף הובאו לעיל בסי' נ"ג, יעו"ש, והקשה הש"ך דהא דעת הנמוקי יוסף דתפיסה אינה מועילה, אם לא נאמר שכונת הרמ"א להא דמשמע מדברי הנמוקי יוסף דאכן תפיסה בטענת ברי מועילה, והרי הנמסר טוען ברי, אולם בהא גופא צריכים לעיין בדברי הש"ך אלו, דהיכן ראה הש"ך בדברי הנמוקי יוסף דתפיסה בטענת ברי מועילה, ואדרבה הרי להדיא כתב הש"ך שם בסי' ס"ג דאינה מועילה וז"ל: הנה נתבאר שדעת הרא"ש והטור ורבינו ירוחם דבכל ספק בשטר היכא דטוען התופס ברי מהני תפיסה אפילו שלא ברשות, ואף על גב דדעת הנמוקי יוסף פרק קמא דמציעא (דף ו.) אינו נראה כן אלא משמע מדבריו דדוקא בהך דפ"ב דכתובות דתרי ותרי מהני תפיסה, הא בשאר ספק שבשטר לא מהני תפיסה אפילו טוען ברי אלא אם כן אית ליה מגו וכו' עכ"ל, יעו"ש, והרי זה סותר למה שכתב כאן דלדעת הנמוקי יוסף תפיסה בטענת ברי מועילה, ועוד יש להקשות דהרי הנמוקי יוסף פירש ארבע תנאים כדי שיועל תפיסה, ולא הזכיר ביניהם דאם טען ברי תפיסתו מועילה.

ומיהו על זה יש לתרץ דלא כתב הש"ך בסי' נ"ג דאין תפיסה מועילה לדעת הנמוקי יוסף אפילו טוען ברי אלא בספק בלשון השטר, כגון הא דמספקא לן אם תפוס לשון ראשון או תפוס לשון אחרון, שהרי קבעו חכמים שהדבר ספק, ואינו יכול לטעון ברי בדבר שנסתפקו חכמים, אבל נמסר שטען ברי שכך וכך הזיקו עדיף, שהרי לא נסתפקו חכמים בדבר, ולא קבעוהו לספק, ולכן לא הביאו הנמוקי יוסף בין הארבע תנאים שכולם הם בספק בשטר, או מפני שהלשון מגומגם, או במקום דאיכא תרי ותרי שאנו מסופקים בהשטר אם הוא אמת או שקר, ובעצם לא היתה טענת ברי מועילה בזה אי לאו דאית ליה שני עדים מסייעים לו, כמו שכתב הנמוקי יוסף, יעו"ש.

מה שאין כן במסור שטוען שהזיקו סכום כך וכך, שלא ראו בו חכמים ספק בעצם כיון שאין שום דררא לפנינו, ורק שלא נודע לבית דין כמה הזיקו, והיה אפשר לומר דתפיסה בטענת ברי מועילה לו, אי לאו דמשום האי טעמא גופא דליכא דררא לא שייך כלל ענין טענת ברי, דאין זה אלא כמו גזילה, כמו שכתב הש"ך בהמשך דבריו, יעו"ש, ואולם עדיין צריכים לבאר היכן ראה הש"ך בדברי הנמוקי יוסף בבבבא מציעא

דתפיסה בטענת ברי מועילה היכא דלא הוי ספק שבשטר.

והנה עיין שם בבבא מציעא (דף ו.) תא שמע במה דברים אמורים ששניהם אדוקין בה אבל היתה טלית יוצאת מתחת ידו של אחד מהן המוציא מחבירו עליו הראיה היכי דמי אי נימא כדקתני פשיטא אלא שתקפה אחד בפנינו לא הכא במאי עסקינן כגון דאתו לקמן כדתפיסו לה תרוייהו ואמרינן להו זילו פלוגו ונפקו והדר אתו כי תפיס לה חד מינייהו האי אמר אודויי אודי לי והאי אמר בדמי אגרתי ניהליה דאמרינן ליה עד השתא חשדת ליה בגזלן והשתא מוגרת ליה בלא סהדי, יעו"ש.

וכתב הנמוקי יוסף וז"ל: וכתבו הרשב"א והרנב"ר ז"ל דאיכא מאן דאמר דדוקא כי טעין הכי הוא דלא מהימן משום דריע טענתיה הא אמר מתקף תקפה מינאי מהימן וטעמא דמילתא דכי היכי דאמר בבבא מציעא (דף קטז.) בדברים העשויין להשאל ולהשכיר כל היכא דאיכא ראה דלא מהימן למימר לקוחין הם בידי לפי שאין תפיסתן מוכחת שהן של תופסן אף טלית זו כיון שבתחלה היו מתעצמין עליה אין תפיסתו של זה עכשיו מוכחת דאודויי אודי ליה לפי שהדבר עשוי שיגבר האחד על חברו ויתקפנה מידו וכיון דאיכא ראה אינו נאמן לומר אודויי אודי לי ומיהו כשטוען אגרתי וכו' לא מהימנינן ליה במגו דתקפה משום דהוי מגו במקום עדות דאנן סהדי דלא אגרה כיון דחשיד ליה וכו' עכ"ל, יעו"ש.

הרי שכתב הנמוקי יוסף דאם אמר תקפה ממני מוציאים מיד השני משום דאין תפיסתו מוכחת כיון שבשניהם מתעצמים הדבר עשוי שהאחד יתגבר על חברו, ולמה צריך לכך, הרי הדבר ספק לפנינו אם הודה לו או אם תקפה ממנו, ומספק נוציאנו מידו ולא תועיל לו תפיסתו, אלא מבואר דכיון שהוא טוען ברי שהודה לו אין לנו להוציא מידו, לכן כתב הנמוקי יוסף דכיון שהדבר עשוי שיתגבר על חברו אין תפיסתו כלום, ואע"פ שהוא טוען ברי מוציאים מידו.

אולם יש להקשות ממה שכתב הנמוקי יוסף בהמשך דבריו וז"ל: והא אמרינן בפרק האשה שנתארמלה (דף טז:) זימנין דתפסה מאתים ואמרה אנא בתולה הוא והא דלא אעברו קמאי איתנוסי הוא דאיתנוס אלמא דתפיסה בספיקא דממונא מהניא ולא אמרינן אוקי ממונא בחזקת מריה יש לומר התם טעמא דמילתא משום דמילתא דעבידא לאיגלווי הוא דרוב הנישאות כשהן בתולות יש להן קול ובמילתא דעבידא לאיגלווי לא מפקינן ממונא מרשות התופס כדי להעמידו אחזקה דמריה קמא וכו' עכ"ל, יעו"ש, ואם נאמר דהנמוקי יוסף ס"ל דתפיסה בטענת ברי מועילה, למה הוצרך לומר דתפיסתה מועילה משום דמלתא דעבידא לגלווי היא דרוב בתולות הנישאות יש להן קול, ולמה לא אמר בפשיטות דתפיסתה מועילה משום שהיא טוענת ברי.

ויש לומר דטענת ברי דידה נחשבת ברי גרוע, וכמו שכתבו התוס' בכתובות (דף יב:) בד"ה רב הונא, ובבבא קמא (דף מז.) בד"ה ואפילו דהיכא דאין השני יודע להכחישו הוה ליה ברי גרוע, יעו"ש, והכא נמי הרי בעלה מת והיורשים אין יודעים להכחישו, ואם כן מה שטוענת ברי שבתולה נישאת הוי ברי גרוע, אכן בעלמא יש לומר דהנמוקי יוסף ס"ל דתפיסה בטענת ברי מועילה.

ומסיק הש"ך וז"ל: אלא ודאי צ"ל דזה לא חשיב טענת ברי וכמ"ש לקמן סי' 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 וכו' עכ"ל, יעו"ש, ושם בסי' צ"ה כתב הש"ך וז"ל: אלא ודאי כיון שלא יוכל לזכות בו אלא מכח ספיקא דדינא טענת ברי דיליה לא מעלה ולא מוריד וכמ"ש לעיל סי' ט"ז עכ"ל, יעו"ש.

אכן בסי' ט"ז כתב וז"ל: דהא פשיטא דבכל דוכתא דלית ליה לתופס מגו לא מהני תפיסתו כלום, אם לא בספיקא דש"ס להרי"ף והרמב"ם וסייעתייהו, או בספק שבשטר וכו' דאם לא כן לא שבקת חי לכל בריה דכל אדם יתפוס משל חבירו בעדים ויאמר שלי הוא וכו' ואם כן מן הדין הרי הוא מחויב להחזיר מה שתפס בעדים ותפיסתו כמאן דליתיה דמי, אם כן טענת ברי דידיה לא מעלה ולא מורדת עכ"ל, יעו"ש, ולכאורה זה טעם אחר ממה שכתב בסי' צ"ה דאין תפיסה מועילה משום דהוי ספיקא דדינא, ושם בסי' ט"ז כתב דאין תפיסתו מועילה משום דכיון דליכא דררא המעוררת ספיקות אם כן לא שבקת חי לכל בריה.

אלא דתרוייהו חדא מלתא נינהו, דמצד שהוא טוען ברי שהממון שלו אין תפיסה מועילה משום דליכא דררא, ואם כן לא שבקת חי לכל בריה, ואי משום דהוי ספיקא דדינא הרי אין תפיסה מועילה בספיקא דדינא.

סימן עז

בו יבוארו דברי הרמב"ם דשכיב מרע שהקדיש או הפקיר או חילק לעניים אם עמד חוזר משום ספק, ואע"ג דהבעיות באם תמצא לומר, ויבואר למה אין תפיסה מועילה.

כתב הרמב"ם פ"ט זכיה ומתנה הלי"ט וז"ל: שכיב מרע שהקדיש כל נכסיו ולא שייך כלום או הפקיר או חלקו לעניים אם עמד חוזר בכל עכ"ל, יעו"ש, והוא על פי הסוגיא דבבא בתרא (דף קמח:) איבעיא להו הקדיש כל נכסיו ועמד מהו מי אמרינן כל לגבי הקדש גמר ומקני או דלמא כל לגבי נפשיה לא גמר ומקני הפקיר כל נכסיו מהו מי אמרינן כיון דאף לעניים כעשירים גמר ומקני או דלמא כל לגבי נפשיה לא גמר ומקני חילק כל נכסיו לעניים מאי מי אמרינן צדקה ודאי מגמר גמר ומקני או דלמא כל לגבי נפשיה לא גמר ומקני תיקו, יעו"ש.

והרשב"ם שם כתב דשלש בעיות אלו הם באופן אם תמצא לומר, דאפילו אם תמצא לומר דהקדישו מוקדש אפילו אם עמד, דילמא אם הפקיר חוזר, ואפילו אם תמצא לומר דאם הפקיר לא חש בהנכסים, חילקו לעניים מאי, מי אמרינן דיד עניים כיד הקדש או לא, יעו"ש, והלשון מגומגם קצת, דהיה לו לומר דאפילו אם תמצא לומר דהפקיר אינו חוזר משום דלא חש בהנכסים, דילמא חלקו לעניים חוזר דהא חש בהנכסים, ואינו חמור כהקדש, או דלמא יד עניים כיד כהקדש ואינו חוזר, אולם סדר האם תמצא לומר הוא בהדרגה, ויותר מסתבר שלא יוכל לחזור בהפקיר מבחילק לעניים, ויותר מסתבר שלא יוכל לחזור בהקדיש מבהפקיר.

וגם הנמוקי יוסף למד דהבעיות הם זו אחר זו באם תמצא לומר, אולם פירושו שונה ממה שכתב הרשב"ם, דלדעת הנמוקי יוסף תחלה מיבעי ליה אם הקדיש חוזר, ואם תמצא לומר אינו חוזר משום חומרא דהקדש, הפקירו מאי, דאע"פ שאין בו חומרא דהקדש, מכל מקום הרי רבים מברכים אותו, ואם תמצא לומר הפקיר יכול לחזור בו משום שאינו מיוחד לעניים אלא גם לעשירים שאין בהם מצוה, חלקו לעניים מאי, שהרי יש בהם מצוה, ודילמא גמר ומקני כמו בהקדש, יעו"ש, ונמצא דבעיא דהפקיר היא על הצד דבהקדש אינו חוזר, ובעיא דצדקה היא על הצד דהפקיר יכול לחזור.

והנה דרך הרמב"ם לפסוק כצד האם תמצא לומר כאילו נפסקה ההלכה כן בגמרא, ולפי זה היה צריך לפסוק דאם הקדיש אינו יכול לחזור בו, ובהפקיר נמי היה צריך לפסוק דאינו יכול לחזור לפי דרך הרשב"ם, ולפי דרך הנמוקי יוסף היה צריך לפסוק דחוזר בו, ורק בחילק לעניים נשאר בספק ותיקו, ולמה פסק הרמב"ם דיכול לחזור בו בשלשתן.

ואפשר לומר דהרמב"ם לא למד כהרשב"ם והנמוקי יוסף שהבעיות הם על דרך אם תמצא לומר, אלא ס"ל דכולם שוים, דחומרא דהקדש הוי סברא שלא יוכל לחזור, ומה שהפקר ראוי לכל העולם הוי סברא לכך, וגם בצדקה מה שיש בה מצוה הוי סברא לכך, וכל הסברות שוות על אף שהן שונות, ועל כולם קאמר תיקו בבת אחת, וכן היא

הגירסא בלישנא אחרינא בגמרא בחצאי עיגול, וכן היא גירסת הרי"ף, יעו"ש.
 עוד יש לומר בדברי הרמב"ם לפי הגירסא שלפנינו דס"ל כהנמוקי יוסף שאין האם
 תמצא לומר בהדרגה, ולא קאמר הרמב"ם דקיימא לן כהאם תמצא לומר אלא כשאין
 האם תמצא לומר מתהפך, והכל הולך מן החמור אל הקל, אבל להנמוקי יוסף יש להפך
 האם תמצא לומר, דדילמא הפקיר אינו יכול לחזור משום דרבים מברכים אותו,
 ואפילו אם נימא דהפקירו יכול לחזור בו מפני שאינו מיוחד לעניים, הקדישו מאי,
 דילמא אינו יכול לחזור בו משום חומרא דהקדש, ונמצא דכל בעיא יש לו מעלה
 וחסרון, ואין להכריע לשום צד.

אי נמי יש לומר דהרמב"ם ס"ל דהלכה כהאם תמצא לומר רק היכא דהאם תמצא
 לומר מפורש בגמרא, דלשון אם תמצא לומר הוי כאילו אמר וכן נפסקה ההלכה, אבל
 אם הגמרא לא חש להזכיר שהבעיות הם באופן אם תמצא לומר, אף אם הדבר מובן
 מאליו, אין בזה הלכה פסוקה, וכעין מה שכתב הש"ך לעיל בס"י ו' דלהכי קאמרי חכמי
 התלמוד לשון תיקו בבעיא דלא איפשטא כדי להורות שאם תפס אין מוציאים מידו,
 יעו"ש, כמו כן הכא נמי, להכי קאמרי לשון אם תמצא לומר אע"פ שהדבר מובן מאליו,
 כדי להורות לנו דהכי הלכתא, ועיין בלחם משנה פ"ב שאלה ופקדון הל"ט שכתב נמי
 כן, ועיימש"נ בהגהות לס"י י"ט אות י'.

הרמב"ם כתב דבשלש בעיות אלו אם עמד השכיב מרע מחליו חוזר, והיינו משום שעלו
 בתיקו, ובמקום ספק מוקמינן ממונא אחזקתיה, אולם הרמב"ם לא כתב דאם תפסו
 אין מוציאים מידם כמו בשאר ספקי דדינא, ומבואר דתפיסה אינה מועילה מאיזה
 סבה, כמו שכתב הש"ך כאן ולעיל סוף סי' ט', יעו"ש, ויש לעיין מפני מה אין תפיסה
 מועילה.

והמשנה למלך בארו בשם הריב"ש וז"ל: ומה שכתב שקודם בא היורש החזיקו
 עניי עולם בחלקם אין זו חזקה אלא תקיפה במה שאינו שלהם, שהרי היורש הבא
 לירש מחמת קורבה וירושה דממילא, אלא ששניהם באים לזכות מכח הצואה שהיא
 ספק, ואין ספק מוציא מידי ודאי וכו', ועיין פני משה ח"א סי' צ"א שכתב שדין זה
 דהריב"ש אינו אלא במתנת שכיב מרע, אך במתנת בריא ויש ספק במתנה תפיסה
 מועילה וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומה שכתב ששניהם באים לזכות מכח הצואה היינו הזוכה
 מן ההפקר ועניים שתפסו, ולדעת הריב"ש טעמא דתפיסת עניים מן היורשים אינה
 מועילה לא הוי משום שהפקר בא מדעת הנותן, כמו שכתב הש"ך בסוף דבריו, אלא
 משום דאין ספק מוציא מידי ודאי.

ומבואר מדברי הריב"ש דכל הנידון הוא לאחר מיתה, מי אמרינן שהיה יכול לחזור
 בו אילו עמד מחליו, ומשום הכי כשמת הנכסים ליורשיו, או דלמא אמרינן דלא היה
 יכול לחזור בו אילו עמד מחליו, ואם החזיקו העניים בהנכסים לאחר מיתתו אין
 מוציאים מידם, ובזה קאמר דאין תפיסת העניים מועילה דאין ספק מוציא מידי ודאי,
 אבל בחיי השכיב מרע שחזר בו בודאי אינם יכולים לתפוס, דאם יכולים לתפוס בחיי

השכיב מרע למה לא יוכלו לתפוס אחר מיתתו, וכי עדיפי היורשים מאביהם. והביאור הוא דיש שני חלקים בהתקנה דמתנה שכיב, חדא דחכמים תיקנו דדברי שכיב מרע ככתובים ומסורים דמי כדי שלא תטרוף עליו דעתו, כדאיתא בבבא בתרא (דף קמז:), יעו"ש, ויש עוד חלק בהתקנה דאם עמד חוזר, שכן הוא אומד דעתו, כמו שכתב הרמב"ם פ"ח זכיה ומתנה הלי"ד, יעו"ש, ועיימש"נ בהגהות לסי' ע"ה, והא דמיבעי ליה בגמרא בהקדיש הפקיר וחילק לעניים אם גמר ומקני, היינו לענין דאם עמד חוזר, אבל אפילו אם נאמר דגמר ומקני ואם עמד אינו חוזר, הנכסים עדיין שלו עד שימות, וההקדש והפקר וצדקה חלים לאחר מיתתו, וכל ימי חייו יכול ליהנות מנכסיו, כמו כל שכיב מרע שיכול לאכול מדידיה עד שימות, ואינו צריך לחזר על הפתחים, אבל אינו יכול להקנות נכסיו לאחרים, דזה נחשב חזרה ממתנתו, כמו שכתב הרמב"ם פ"ט שם הלט"ו, יעו"ש, והיכא דגמר ומקני אינו יכול לחזור ממתנתו. ואכן אין שום צד דהיכא דגמר ומקני הרי זה מתנת בריא וחל מיד, אלא בודאי הוי מתנת שכיב מרע כיון שלא שייר לעצמו כלום, ומיבעי ליה אם יכול לחזור בו ממתנתו כמו כל מתנת שכיב מרע, או אם יש באלו גמירת דעת כל כך חזקה שגם אם עמד אינו יכול לחזור, וכל הספק לגבי העניים אינו נוגע אלא אם חזר בו ואחר כך מת, וכתב הריב"ש דאם תפסו עניים מוציאים מידם, דאין ספק מוציא מידי ודאי, וכמו שמצינו ביבמות (דף לח.) דספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי סבא דאין ספק מוציא מידי ודאי, יעו"ש, והא דהיורשים נחשבים ודאים אע"ג דמחיים לא היה להם כלום ולאחר מיתת אביהם הדבר ספק אם כבר הקנה לאחרים, יש לומר דמחיים נחשבים הנכסים ראוי ולא מוחזק, כמו שכתב הרשב"ם בבבא בתרא (דף קנח:) בד"ה אלא אי אתמר, יעו"ש, ואע"ג דראוי אינו משתעבד ואינו נקנה, כיון שיש להם בודאי דין ראוי לגבי הנכסים קודם שנתן המתנה, שפיר שייך בזה דין אין ספק מוציא מידי ודאי. וכן מבואר מדברי הרא"ש שהביא הטור בסי' ר"נ סעי' ד' וז"ל: ואם הקדיש נכסיו או הפקירן או נתן לעניים מיבעי אי הוי דינו כמו נותן וחוזר בו אם יעמוד או לא ולא איפשיטא וכתבו הרמב"ם והרמ"ה ז"ל כיון דלא איפשיטא חוזר בו דנכסי בחזקת נותן קיימי וא"א הרא"ש ז"ל כתב כיון דלא איפשיטא אין מבטלין ההקדש וההפקר והחילוק שחילק לעניים שהרי אנו באין לבטל מעשיו מכח אומדנא ואין מבטלין מעשיו אלא היכא דבריר לן האומדנא עכ"ל, יעו"ש. והשתא אם נימא דעל ידי גמר ומקני נחשב מתנת בריא ולא מתנת שכיב מרע, אם כן הבעיא היא אם הוי מתנה בריא או מתנת שכיב מרע, והיאך נאמר שבאנו לבטל מעשיו, הרי הא גופא מספקא לן איזה מעשה הוא עושה, ונוקמא ממונא בחזקת הנותן, אלא מבואר דבודאי הוי מתנת שכיב מרע, ומספקא לן אם במתנת שכיב מרע כזו יכול לחזור בו, והרי באנו לבטל מתנה ודאית, ואין ספק חזרה מבטלת מתנה ודאית, והעניים זוכים בנכסיו לאחר מיתתו. ועל מה שכתב הרא"ש שאין לבטל ההקדש וההפקר והחילוק לעניים אלא היכא דבריר לן האומדנא כתב הבית יוסף וז"ל: ודבריו תמוהים הם בעיני דהכא ודאי איכא

אומדנא ברורה דלא עביד איניש דיהיב כל נכסיה לאחרני והוא יחזר על הפתחים וכו' עכ"ל, יעו"ש, ולפי דברינו מיושבים היטב דברי הרא"ש, שהרי בודאי אין כאן מתנת בריא שיחול מחיים, אלא בין כך ובין כך הוי מתנת שכיב מרע שעומדת לחול אחר שימות, ובודאי לא יצטרך לחזר על הפתחים כל ימי חייו, וכמש"נ, ואדרבה טובא יש לעיין בדברי הבית יוסף, שהרי מבואר מדברי הרא"ש דהספק לא הוי בעצם המתנה אלא בביטולה, כמש"נ, ועוד דאם הוי מתנה מחיים, ויש אומדנא ברורה שאינו רוצה לחזר על הפתחים, מאי מיבעי ליה בגמרא, וצריך עיון.

עוד יש לבאר הא דבשלש בעיות אלו גם הרמב"ם מודה דתפיסה אינה מועילה על פי מה שכתב הלחם משנה פי"א זכיה ומתנה הלט"ו דכל שיש ספק בעצם המתנת שכיב מרע לא תיקנו חכמים דין מתנת שכיב מרע כלל, ועיין מה שכתב הש"ך בסי' י"ט אות ט', יעו"ש, וכיון דלא איפשרו הני שלש בעיות לית בהם תקנה כלל, ומשום הכי אין תפיסה מועילה בהו.

והש"ך ביאר מה שכתב הרמב"ם דאם עמד חוזר בכל, ומשמע מדבריו דאם תפס מפקינן מיניה, ואע"ג דשיטת הרמב"ם דבבעיא דלא איפשטא אם תפס אין מוציאים מידו, וכתב הש"ך ז"ל: אלא ודאי שאני בהך בעיא דחלקן לעניים כיון דאפילו הוי מתנה גמורה אין לו בעלים ידועים, ויכול לחלקן לאיזו עניים שירצו, לא מהני תפיסת עניים, דכיון דאפילו היה הדין ברור לא היו הבית דין יכולים לכופו ליתנו לעניים דעלמא, בכחאי גונא מפקינן מיניהו, דאין תפיסה מועילה לאחשובינהו מוחזקין בכחאי גונא וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ויסוד הדברים הוא דאינו יכול לתפוס אלא אם כן הוא בעל דבר קודם התפיסה, דכיון שהוא בעל דבר נחשבת תפיסתו כדין ולא סתם חטיפה וגזילה, וס"ל להרמב"ם דכיון דגם המרא קמא בעצם אינו אלא תפוס בעלמא, שאין חזקתו מורה שום דבר בעצם הספיקא דדינא, וגם תפיסת השני נחשבת תפיסה מעליא ולא תפיסת גזלן, אם כן אין להוציא מן התפוס השני להחזירו להתפוס הראשון, והרא"ש ס"ל דמוציאים מידו, שלא רצו חכמים להניח חטיפות אף אם אין בהם צד גזל, ועיימש"נ בהגהות לסי' י"ד, ולכן בחילק ממונו לעניים, שאין להממון בעלים ידועים ליכא בעל דבר, ואין תפיסה מועילה, ואם תפסו מוציאים מידם, ובהמשך דברי הש"ך יתבארו יותר.

והאורים ותומים הקשה על דברי הש"ך ז"ל: דבריו בישוב הרמב"ם דחוקים הן ממה שהקשה בעצמו מספק בכור, ותירוץ שלו לחלק אין צריך להאריך כי דחוק למאוד וכמעט מחוסר הבנה, והן כי מה יאמר בהקדש שהגזבר תובעו ליתנו לבדק הבית, וכי אין הבית דין כופין, וכי יש לך תובע גדול מזה, ועוד אם כן איך סתם הרמ"א האומר מנה לעניים פלוני ופלוני ועמד, הלא גם זו לא נפשוט, ובזו אם תפסו ודאי דהו להו תובעים, דהרי פרטם בשם, ולמה סתם רמ"א דמוציאין מידם, ולכן נראה בישוב דברי רמב"ם וכו' עכ"ל, יעו"ש.

אכן אפשר לבאר דברי הש"ך דהיכא דאין בעלים ידועים ליכא בעל דבר כנגד

השכיב מרע שנתן מעותיו לצדקה במתנת שכיב מרע, וכל דינו ליתן המעות הוא מצד הנותן, והעניים ירויחו ממתנתו לצדקה, אבל אינם בעלי דבר לגבי הצדקה, ולכן אם תפסו מוציאים מידם, ורק אם הבעלים ידועים, וכל הדין ליתן הוא מיוחד בעצם אך ורק לאותו אדם, אז נחשב שתביעתו באה מצד המקבל, והרי הוא בעל דבר לתפוס, אבל אם החיוב הוא בעצם כללי, ואינו מיוחד לשום אדם, הרי מבואר דהחיוב אינו בא מצד המקבל אלא מצד הנותן, ואפילו אם אמר ממוני לעניים פלוני ופלוני, כמו שכתב הרמ"א, אינו נותן להם במתנה רגילה כמו לשאר בני אדם, אלא נותן להם מדין צדקה, אלא שייחד שרוצה ליתן הצדקה שלו בדוקא להאי עני או להני שני עניים, וזכותם היא מדין צדקה שהוא דין הנותן, כמש"נ, ולא נעשו אלו בעלי דבר בכך, ועדיין עיקר דין הצדקה הוא שאין בעלים ידועים, ולא בא החיוב מצד המקבל אלא מצד הנותן, ואין העניים בעלי דבר לתפוס, ואפילו אם ייחד פלוני ופלוני שיעמדו במקום העניים ויקבלו הצדקה, עדיין אינם נעשים בעלי דבר בכך, כמש"נ, וכן מבואר בהמשך דברי הש"ך, יעו"ש.

ולענין מה שהקשה האורים ותומים מגזבר של הקדש, אולי יש לומר דגם זה הוי כמו אין הבעלים ידועים, דהנה הנותן מתנה לחבירו אינו יכול לומר לו שלא ישתמש בה אלא ביום או בלילה, דאם המקבל קנה המתנה הרי היא שלו ויכול לעשות בה כל מה דבעי, ורק אם אמר לו באופן תנאי אהנו דבריו, שאם אמר הנני נותן לך על מנת שלא תשתמש בה אלא ביום, ואם תשתמש בה בלילה המתנה בטלה מדין תנאי, זה יכול לעשות, אבל אינו יכול להגביל להמקבל איך ומתי להשתמש במתנתו אלא אם כן שייר אותן התשמישין לעצמו, שלא מכר לו אלא תשמישי היום ולא תשמישי הלילה, אבל אם נתן לו מתנה גמורה, הרי המקבל יכול לעשות בה כל מה דבעי.

אולם במקדיש נכסיו לבדק הבית אינו כן, שאם אמר שמקדיש נכסיו להביא מהם פרה אדומה, שהיא באה מבדק הבית, הרשות בידו, וכן אם אמר לעשות מהם כלי שרת למזבח או לטיח בהם את הכתלים וכדומה אהנו דבריו, ואין הגזבר יכול לשנותם ממה שאמר, ונמצא דכשהקדיש נכסיו לבדק הבית בעצם אין ידוע אם מיועדים לצורך זה או לצורך זה, ויש כמה מחלקות מסוימות בבדק הבית, וכולן מתפרנסות מדמי הקדש בדק הבית, ואם מסר נכסיו ליד הגזבר בסתמא, אז יכול הגזבר לבחור מעצמו לאיזה צורך ילכו, אבל בעצם יכולים המעות לילך לכמה מקומות, והרי זה נחשב שאין הבעלים ידועים, ואין להקדש תורת בעל דבר לגבי הנכסים שהקדיש, והרי זה דין הנותן ולא דין המקבל, ואם תפס הגזבר מוציאים מידו.

הש"ך הביא ראייה לדבריו דאם אינו יכול לתבוע בדין אינו יכול לתפוס מהא דבעי רבא בבבא מציעא (דף יב.) זרק ארנקי בפתח זה ויצא בפתח אחר מהו אויר שאין סופו לנוח כמונח במי או לא, יעו"ש, וכתב הש"ך ז"ל: וראיה לזה שהרי הבית יוסף פסק בשולחן ערוך בכל המקומות בתיקו ובעיא דלא איפשטא דתפיסה מועילה, ובחושן משפט סי' רמ"ג סעי' כ"ד כתב אבל אם הפקירו וזכה בו אחר מוציאין מידו ונותנין לבעל הבית

וכו' והא דין הוא בעיא דלא איפשטא בש"ס וכו' ואמאי מוציאין מידו וכו' אלא ודאי שאני התם כיון דאין לו בעלים מיוחדים, ואי הוי תבע ליה לבעל הבית לקמן שיתנו לו לזכות בו מדין הפקר לא הוי כייפין ליה, אם כן בכהאי גוונא אין תפיסה מועילה עכ"ל, יעו"ש.

והיינו דאם יש ספיקא דדינא בפנינו, ועל צד אחד של הספק היה בדינו לתבוע מבית דין שיתנו לו, אם כן אע"ג דהשתא הרי אותו צד מסופק, מכל מקום הוה ליה בעל דבר על הממון, כיון שיש צד שהממון שלו, וכיון שהוא בעל דבר אין תפיסתו נחשבת חטיפה של גזילה, אלא עביד איניש דינא לנפשיה, כמש"נ, ואם תפס אין מוציאין מידו, אבל בספק הפקר הרי אפילו אם היה ודאי הפקר לא היה יכול לתבוע הממון קודם שיתפוס אותו, ואם כן אינו בעל דבר מצד עצם הספק שבו מוטל הממון, ואם תפס מוציאין מידו.

ולאו כל כמיניה להשלישי להחזיק בהספק הפקר ולעשות בו קנין מספק, דהרי בעל הבית הוא מוחזק בה כיון דיש צד דאוריר שאין סופו לנוח כמונח דמי, וחל מתנת הזורק בהארנקי וזכה בו כשנכנס לאוריר הבית, ועל הצד דכמונח דמי היה יכול לתבוע מבית דין שיתנו לו הארנקי, השתא נמי דהוי ספק הרי הארנקי תפוס בידו, והוא מוחזק בה, ואין השלישי יכול להחזיק בה דאין תפיסתו תפיסה, כמש"נ, ומוציאין מידו ומחזירים אותו לבעל הבית.

ומסיק הש"ך ז"ל: ואין להקשות דהא אפילו בספק בכור גופיה סבירא להו להרמב"ם וסמ"ג ובית יוסף דתקפו כהן אין מוציאין מידו וכו' ואע"ג דהתם נמי אין לו בעלים מיוחדים, וכן גבי בעיות דקנס כתבו נמי בכמה מקומות דאין מוציאין מידו, וכן גבי בעיא דגלל שהבאתי בסי' י"ד, אלמא דלא ס"ל להרמב"ם וסמ"ג ושולחן ערוך לחלק בכך וכו' יש לומר דשאני התם בספק בכור דרחמנא זכיה ליה לכהן, וכן גבי בעיות דקנס הזוכה מדין תורה או מדרבנן בקנס, אבל בהקדיש או הפקיר כיון דלא זכה בהן אלא מצד הנותן שהקדיש והפקיר מדעת עצמו מה שלא היה מחויב לעשות כן, לא מן התורה ולא מדרבנן, בכהאי גוונא ודאי אין תפיסה מועילה כיון דאין לו בעלים ידועים, כן נראה לי עכ"ל, יעו"ש.

ומה שכתב בסוף דבריו דלא נחשב המקבל בעל דבר שיוכל לתפוס מחמת הספק אם החיוב הוא מצד הנותן ולא מצד המקבל, דבריו אלו הם פירוש וביאור למה שכתב בריש דבריו דלא נחשב בעל דבר אלא כשהבעלים ידועים ומיוחדים, שהרי כתב ואין להקשות, ואם כן אין בדבריו האחרונים חזרה מכח הקושיא אלא ביאר דבריו הראשונים, וכמש"נ.

וקושיתו מתקפו כהן ומוציא גלל לרשות הרבים שפיר מובנת, דבשני גווני אלו אין התופסים בעלים מיוחדים, ואינם בעלי דבר לתפוס, דאין תפיסה מועילה אלא למי שהוא בעל דבר מקודם, אבל אינו יכול להיעשות בעל דבר על ידי התפיסה, כמש"נ, אכן צריכים לבאר קושיתו מכל הבעיות דקנס בריש פרק כיצד הרגל דלא איפשטו, ופסק

הרמב"ם דאם תפס אין מוציאים מידו, כנ"ל, והוקשה לו להש"ך למה אין מוציאים מידו, ומשמע דחשיב לחיובי קנס כמי שאין הבעלים ידועים, וצריכים להבין מהי כונתו בזה, והלא הניזק שפיר הוי בעלים ידועים ומיוחדים, ואם כן למה לא תהני לו תפיסתו. אלא ביאור דבריו הכי הוא, דהנה הדין הוא דאע"ג דאין דנים דיני קנסות בבבל אם תפס אין מוציאים מידו, ואין לתפיסה זו שום שייכות לדין תפיסה בספיקא דממונא, דהגם דליכא ספק, אין בית דין דנים על קנסות בבבל, ותיקנו חכמים דמכל מקום יכול לתפוס, וחוף מזה יש דין תפיסה בבבל בספיקא דדינא דלא איפשטא בגמרא, ופסק הרמב"ם דאם תפס אין מוציאים מידו, בבבל כמו בארץ ישראל, שהרי לא חילק ביניהם, ובזמן הזה שאין סמיכה אין נפקא מינה בין בבל לארץ ישראל. וקושית הש"ך מהבעיות דקנס היא דהלא קנס הוא דין מצד הנותן ולא מצד המקבל, כגון בשור תם, דהרי מן התורה אין הניזק יכול לתבוע שום דבר, דסתם שוורים בחזקת שימור קיימי, ובדין הוא דלא לשלם כלל, ורחמנא קנסיה כי היכי דלינטריה לתוריה, כדאיתא בבבא קמא (דף טו.), יעו"ש, ונמצא שהקנס מוטל אקרקפתא דבעל השור ולא בזכות הניזק, ואם כן אין הניזק בעל דבר על הקנס, ולמה יוכל לתפוס.

והנה באמת יש שני אופנים שעל ידם נעשה התופס בעל דבר לתפוס, או על ידי מה שהחויב הוא בעצם מצד המקבל, שיש להניזק בעצם דין לתבוע שהמזיק ישלים ההיזק ששורו גרם לו, או על ידי מה שיכול לתבוע לבית דין ולהוציא ממנו ממון, דאם בפועל יכול לכופו לשלם לו, הרי הוא נחשב בעל דבר אפילו אם החויב הוא מצד הנותן ולא מצד המקבל.

ובזה חלוק בבבא מרצה ישראל בזמן שהיו שם סמוכים בבבא מרצה ישראל בזמן שהיו בו סמוכים, דבארץ ישראל באותו זמן היה הניזק יכול לתבוע למזיק בבית דין ולהוציא ממנו תשלומין, ואם כן על ידי הא גופא נחשב הניזק בעל דבר, שהרי הבעלים ידועים ומיוחדים, ויכול להוציא בבית דין על הצד שיש חיוב קנס בכחאי גונא, ומשום הכי יכול לתפוס ואין מוציאים מידו, אבל בבבל הרי אין בכחם להוציא בבית דין, דהא אין דנים דיני קנסות בבבל, ואע"ג דהבעלים מיוחדים, כיון שאינו יכול להוציא בבית דין אינו נחשב בעל דבר, ואם משום עצם החיוב שנתחייב המזיק להניזק ותפיסה מועילה במקום דליכא ספק, כמש"נ, והיה אפשר לומר דעל ידי הא גופא יהא הניזק נחשב בעל דבר, גם זה אינו, שהרי אינו בא מצד הפסד הניזק, אלא קנס הוא שהטילה התורה על המזיק, והרי החיוב הוא מצד הנותן ולא מצד המקבל, וגם אינו יכול לכופו בבית דין לשלם חיוב זה, ואם כן היה צריך להיות שאין לו דין בעל דבר כלל, ולמה פסק הרמב"ם דאם תפס אין מוציאים מידו, כן היא קושית הש"ך.

וכן מבואר דקושית הש"ך לא קאי אלא על ספק חיוב קנס בבבל, ולא הקשה על ספק חיוב קנס בארץ ישראל דלא ליהוי בעל דבר כיון דהחויב הוא מצד הנותן, כמש"נ, שהרי הקשה על מה שכתב דצריך שיוכל להוציאו בבית דין על הצד חיוב, ובארץ ישראל שפיר יכול להוציא קנס בבית דין אילו היו ברור כאותו צד, וגם הבעלים ידועים

ומיוחדים, ואם כן למה לא יוכל לתפוס, ואילו משום דחיוב קנס הוא מצד הנותן, הלא זה לא היה המדובר כשהקשה קושיתו, אלא מבואר דבארץ ישראל אין להקשות, דכיון דיכול להוציאו בבית דין, ונשתעבדו נכסי המזיק להניזק, על ידי הא גופא נעשה בעל דבר אע"פ שיסוד החיוב הוא מצד הנותן, כמש"נ, אבל בבבל אינו יכול להוציאו בבית דין, דאין דנים דיני קנסות בבבל, ועצם החיוב הרי הוא מצד הנותן, ונמצא שאין הניזק בעל דבר, לא מצד עצם החיוב ולא מצד הגביה, ולכן הקשה הש"ך למה פסק הרמב"ם דאם תפס אין מוציאים מידו.

ועל זה תירץ הש"ך דבכל אלו שהקשה מהם התורה זיכתה הממון להמקבל, ואע"ג דעיקר החיוב הוא מצד הנותן, שהחיוב הוא על הישראל ליתן בכור בהמתו לכהן, והתורה זיכתה להכהן זכות בגוף הבכור כאילו החיוב היה בא מצד המקבל, ואע"ג דאיכא כמה כהנים בעולם, התורה זיכתה זכות ממון לכולם, ואם כן לא איכפת לן במה שאין להבכור בעלים ידועים ומיוחדים, דבדרך כלל מה שאין הבעלים ידועים מוכיח שהדין הוא מצד הנותן, כמש"נ, אבל בבכור התורה זיכתה אותו לשבט הכהנים כאילו היה חיוב בא מצד המקבל, ולא בעינן בעלים ידועים.

וכן בחיוב קנס, התורה זיכתה תשלומי קנס להמקבל כאילו החיוב היה בא מכח המקבל, ואם כן לא איכפת לן אם אינו יכול להוציאו בבית דין, דעל הא גופא שזכות הגביה היא שלו, וכאילו היה החיוב בא מצד המקבל, הרי הוא נחשב בעל דבר, ואם תפס אין מוציאים מידו.

ורק בהקדיש או הפקיר, היכא שלא היה מחויב לעשות כן, אמרינן שהכל בא מצד הנותן, ואם אין שם בעלים ידועים ומיוחדים שיכולים לתובעו בבית דין, אין שום אחד נחשב בעל דבר שיוכל לתפוס ולהוציא מיד המרא קמא שהוא תפוס בה, ואם תפס מוציאים מידו אפילו לדעת הרמב"ם, וכמש"נ.

אכן קשה על מה שכתב הש"ך דבהקדיש או הפקיר, שלא זכו אלא מצד הנותן שהקדיש והפקיר מדעת עצמו, אין תפיסה מועילה כיון דאין לו בעלים ידועים, וגם הקדש נחשב שאין הבעלים ידועים הואיל והנתינה היא מדעת הנותן ולא מצד המקבל, וקשה ממה שכתב בס"י י"ט אות ד' דאומר לחבירו משוך בהמה וקני כלים שעליה, דהוי בעיא דלא איפשטא, דמוציאים מיד הלוקח משום דתפיסתו מסופקת, אבל אם משך הכלים והחזיק בהם בחזקה גמורה אין מוציאים מידו, יעו"ש, והלא זה הנותן לא היה מחויב ליתן לו כלום, והכל היה מדעת הנותן, ולמה מועילה תפיסה מעליא בהכלים, למה גרע מהקדש והפקר שבאו מדעת הנותן ואין תפיסה מועילה בהם, ודוחק לומר דכל דין משוך בהמה וקני כלים הוא דוקא במכר ולא במתנה, שלא הוזכר חילוק זה בגמרא, ועוד דמסתברא דאפילו במכר נחשב מדעת המוכר, שהרי לא היה מחויב ליטול מעותיו. ועוד קשה על דברי הש"ך, שהרי כתב המחבר בסוף סי' רמ"ג וז"ל: הזורק ארנקי לבית בפתח זה ויצא בפתח אחר, נתנו לבעל הבית במתנה וחזר בו בעודו באויר הבית הוי ספיקא ולא זכה בעל הבית משום דמוקמינן לה בחזקת מאריה קמא אבל אם

הפקירו וזכה בו אחר מוציאין מידו ונותנין לבעל הבעל הבית עכ"ל, יעו"ש, והיינו שהזורק ודאי הפקירו, ומספקא לן אם הבעל הבית קנה משום דאור שאין סופו לנוח כמונח דמי או אם לא קנה משום דלאו כמונח דמי, ואם תפס בו שלישי מכח הך ספיקא, וטוען קים לי שלא כמונח דמי, ולא קנה בעל הבית מן ההפקר, אלא הוא קנה בהגבהתו, מוציאים מיד השלישי ונותנים לבעל הבית.

והש"ך בסי' ל"ז הביא דברי המחבר וכתב וז"ל: ואין להקשות מכל מקום בהפקר אמאי מוציאין מהאחר הרי השו"ע ס"ל דמהני תפיסה בתיקו, זה יתבאר לקמן סי' ע"ז עכ"ל, יעו"ש, הרי שציין שם מה שכתב בסימן זה דאין תפיסה מועילה בהפקר מפני שהמפקר הפקירו מדעת עצמו, וקשה דמה לי שהפקירו מדעת עצמו, והלא אין אנו מסופקים בהפקר שלו, שהרי ודאי הפקירו, אלא מסופקים בקנין הבעל הבית, ולמה אין תפיסת השלישי מועילה.

והאומנם דבעצם סברת הש"ך צריך עיון, דמאי נפקא מינה אם נתן מדעתו או אם היה מוכרח ליתן מחיוב התורה או מחיוב דרבנן, ומה לי שלא היה צריך לעשות כן, הרי כל שאמר שיהא הפקר חל ההפקר, וכל שאמר שיהא הקדש חל ההקדש, וכשהפקיר או הקדיש באופן שיש בו ספיקא דדינא למה לא יוכל כל אדם לתופסו, וגם למה לא יוכל הגזבר לתופסו.

ונראה לבאר על פי מה שכתב הקצות החושן בסי' רע"ג סק"א וז"ל: ובזה נראה לענ"ד הא דס"ל לרש"י פרק קמא דמציעא (דף יב.) גבי מתגלגל דהפקר מדעת חשיב דעת אחרת מקנה, וגריס שם אפקריה, ובתוס' הקשו דהא כיון דאפקריה יצא מרשותו, עיי"ש, אבל דעת רב יהודאי גאון נמי הוא דהפקר מדעת חשיב דעת אחרת מקנה, וכן כתב בנימוקי יוסף שם, ונראה דכיון דהפקר אינו יוצא מרשותו אלא שאסור לחזור בו ואם כן הזוכה בו מיד בעלים הוא זוכה וכו' עכ"ל, יעו"ש באריכות הדברים, והיוצא מדבריו דהמפקר אינו פועל שום דבר בשעת ההפקר, ואלא שהוא נותן רשות לכל אדם לזכות בו, ואינו מעכב על ידם, וגם אינו יכול לחזור בו משום דהוי כנדר, וכל הקנין של ההפקר נעשה על ידי הזוכה בשעה שהוא נוטלו.

ולפי זה נבין למה לא נחשב נותן מדעת עצמו באומר משוך בהמה וקני כלים שעליה, שהרי מיד שהזוכה עשה המעשה כמו שאמר לו הנותן לעשות שוב יצא הנותן מן הנידון, וכל הנידון הוא על עצם המעשה משיכה בהבהמה לקנות כלים שעליה אם זה נחשב מעשה קנין לגבי הכלים, ומה שהתחלת הנידון היה על ידי שהנותן רצה ליתן לו מתנה אינו נוגע כלל להדיון שלפנינו, והרי איכא ספיקא דדינא על המעשה, ואם תפס הקונה בתפיסה גמורה אין מוציאם מידו.

מה שאין כן במי שתפס בספיקא דדינא מן ההפקר, שהרי כל הקנין נעשה בשעה שהזוכה נוטלו ומוציאו בזה מרשות הבעלים על ידי דעת אחרת של הבעלים שנתן לו רשות לזכות, וקודם שתפס לא היה לו כלום אלא עדיין היה ברשות הבעלים, כמש"נ, ולא נעשה כאן שום מעשה שמסופקים בו, אלא שמסופקים אם יש כאן דעת הנותן, אבל בעצם אין להמגביה שום זכות בהממון קודם תפיסתו, ואין לו צד זכות מכח

בעלות ידוע, ולכן אין תפיסתו חלה מתחלתה.

וכן לענין הקדש, כשמקדיש ממון לבדק הבית הרי זה חל מדין קנין כאילו הקנה להדיוט, ואין זה מדין הפלאה כמו הקדשת הגוף לקדשי מזבח, אלא הוא מקנה להקדש באמירתו, וכיון שנכנס הממון לרשות הקדש נתקדש והלוקחו מעל, ואופן הקנאה להקדש הוא על ידי אמירתו לגבוה כמסירתו להקדש, ואין זה האמירה מעשה קנין כמו חליפין וכדומה, אלא הוא כמו הפקר בזה שהוא מגלה דעת מקנה שלו, ונותן רשות להקדש להוציאו מרשותו, והקדש זוכה בהממון בקנין יד, דכל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא הוא, ועיימש"נ בשופרא דחזקתא ש"ו פט"ז.

והיכא דאיכא ספיקא דדינא בההקדש לאו כל כמיניה דהקדש לתפוס בהממון שלא היה בו שום מעשה שמסופקים בו, ולולי התפיסה על ידי בי גזא דרחמנא אין להקדש שום צד קנין בהממון, וממילא אין התפיסה מתחלת, כמו גבי הפקר, כמש"נ, ומשום הכי נמי אין הגזבר יכול לתפוס, שהרי תפיסתו במקום הקדש היא על הצד שהיה כאן דעת מקנה, ואכן כל ההקדש חל בשעת תפיסתו, שהרי רשות הקדש לא זכה בתפיסתה מדין בי גזא דרחמנא, וגם הוא אינו זוכה בתפיסתו, כמש"נ.

ומהאי טעמא נמי אין תפיסת השלישי מועילה בזרק ארנקי לתוך הבית, ואע"ג דהזורק ודאי הפקירו, וכל הספק הוא בקנין בעל הבית, כנ"ל, אלא כיון שבא לזכות מן ההפקר, וההפקר מצד עצמו לא הוי מעשה, וכל דין זכיה מן ההפקר הוא שהמפקר גילה דעתו שנותן רשות לאחרים להוציאו מרשותו, אין להשלישי שזכה מן ההפקר שום צד זכות קודם תפיסתו, וממילא אין תפיסתו מתחלת, כמש"נ.

הקונטרס הספיקות הקשה על דברי הש"ך, שכתב דבהקדיש או הפקיר אין תפיסה מועילה כיון דאין לו בעלים ידועים, מהא דאיתא בבבא בתרא (דף קלח.) אמר רב נחמן בר יצחק זיכה לו על ידי אחר ושתק ולבסוף צווח באנו למחלוקת רבן שמעון בן גמליאל ורבנן וכו' כי פליגי שזיכה לו על ידי אחר ושתק ולבסוף צווח דתנא קמא סבר מדשתיק קנינהו והאי דקא צווח מהדר הוא דקא הדר ביה ורבן שמעון בן גמליאל סבר הוכיח סופו על תחלתו והאי דלא צווח עד השתא דסבר כי לא מוטו לידי מאי אצווח, יעו"ש, ולא איפסקא ההלכה.

והיכא דצווח מעיקרא יצא הממון להפקר, וכתב הרשב"ם וז"ל: מתחלה כשמסר לו זה את השטר התחיל צווח הלכך לא קנה שאין מזכין לו לאדם בעל כרחו דחוב הוא לו דכתיב שונא מתנות יחיה וכו' והנותן עצמו לא תחזיר לו שהרי סילק עצמו מהם אלא הפקר הם וכל המחזיק בהן זכה עכ"ל, יעו"ש, ומבואר דהנותן הוא המפקר, אבל הרמב"ם פ"ד זכיה ומתנה הל"א למד שהמקבל הוא המפקר וז"ל: מתנה זו שאמר המקבל איני רוצה בה אחר שבאת לידו הרי היא הפקר וכל הקודם בה דכה בה שהרי הפקירה המקבל אחר שזכה בה אבל אם היה צווח מעיקרו לא קנה המקבל וחוזרת לבעלים הראשונים עכ"ל, יעו"ש, ומבואר שהמקבל הוא המפקר.

והיכא דשתק ולבסוף צווח פסק הרמב"ם שם בהל"ג וז"ל: זיכה לו על ידי אחר

וכששמע המקבל שתק ואחר כך צווח ואמר איני מקבלה הרי זה ספק אם זה ששתק כבר רצה וזה שחזר וצווח חזר בו או ששתק מפני שעדיין לא הגיע לידו כלום וזה שצווח הוכיח סופו על תחלתו לפיכך אם קדם אחר וזכה בה לעצמו אין מוציאין מידו שמא המקבל זכה וכיון שאמר איני רוצה בה הרי הפקירה כמו שביארנו וזה שקדם ולקחה מן ההפקר זכה ואם חזרו הבעלים הראשונים ותפשוה מיד זה שקדם וזכה בה אין מוציאין אותה מידם שמא המקבל לא זכה וכיון שאמר איני רוצה הוכיח סופו על תחלתו ולא קנה אותה וברשות בעלים הראשונים היא קיימת עדיין עכ"ל, יעו"ש.

והקשה הקונטרס הספיקות כלל ח' אות ד' על דברי הש"ך וז"ל: והרי התם נמי בעוד שלא קדם זה השני ותפס בה לא היה לו בגוה דררא דממונא, דאפילו אם תמצא לומר זה ששתק כבר רצה וזה שצווח חזר בו, זה השני מה לו בגוה כל שלא זכה בו, ואפילו הכי פוסק בו דלא מפקינן מיניה עכ"ל, יעו"ש, והיינו דזה שהשני שהגביהו לא היה לו שום צד זכות מקודם לכן, והשתא בא לזכות משום ספק הפקר, והלא בהפקר אין בעלים ידועים, והיאך מועילה לו תפיסתו.

ונראה דהנה לדעת הרמב"ם המקבל הוא המפקיר, והיכא דשתק ולבסוף צווח ממה נפשך אין הממון שלו, שאם יש בצויחתו גילוי למפרע שלא רצה לזכות הרי סילק עצמו מן הממון, ומעולם לא נכנס לרשותו, ועדיין הוא של הנותן, ואם אין צויחתו מגלה למפרע על שתיקתו אלא השתא חוזר בו ואינו רוצה בהממון, הרי הפקירו השתא, כמו שכתב הרמב"ם, ונמצא דממה נפשך אין הממון של המקבל, ואינו יכול לעכב השני מלהגביהו, דלאו ממון המקבל קא תפס, ורק הנותן הוא הבעל דבר של השני, דאם המקבל סילק עצמו הרי הממון של הנותן, ועל הצד שהמקבל לא סילק עצמו אלא הפקירו עכשיו, אין להנותן שום תביעה על הממון, ונמצא דתפיסת השני היא מן הנותן ולא מן המקבל.

אולם בתחלה כששתק המקבל לא נולד עדיין שום ספק, דנקטינן בפשטות שהמקבל רצה לזכות בהממון, ורק כשצווח לאחר זמן נולד הספק מעיקרא, ונמצא דבשעת השתיקה כבר יצא הממון מחזקת מרא קמא של הנותן, ולא היתה תפיסת השני כנגד חזקת מרא קמא שלו, ומשום הכי אין מוציאים מידו, דכל היכא שאין תפיסה מועילה הוא משום דמוקמינן על חזקת מרא קמא, וזה הנותן כבר הפסיד חזקת מרא קמא שלו.

ומכל מקום אם חזרו הבעלים הראשונים ותפשוה מיד זה שקדם וזכה בה אין מוציאין מידם שמא המקבל לא זכה וכיון שאמר איני רוצה הוכיח סופו על תחלתו ולא קנה אותה וברשות בעלים הראשונים היא קיימת עדיין, כמו שכתב הרמב"ם, כנ"ל, דאע"ג דבעלים הראשונים הפסידו חזקת מרא קמא שלהם בשעה שהמקבל שתק מתחלה, ואין להם שום מוחזקאות בהממון, כמש"נ, עדיין עצם הממון מוטל בספק אם יצא מרשותו או אם הוי עדיין שלו, ומכח הך ספק יכולים בעלים הראשונים לחזור ולתפוס מן השני שהממון בחזקתו, ואם תפס אין מוציאים מידו, שכן היא שיטת הרמב"ם דתפיסה מן המוחזק מועילה בספיקא דממונא.

סימן עח

בו יובאו דברי הש"ך שהדבר מסור לדיינים לדון אם תפיסה מועילה בספיקא דדינא, ויבואר מחלוקת המהרש"ל והש"ך אם עם הארץ טוען קים לי בבעיא דלא איפשטא.

בסימנים הקודמים הביא הש"ך כמה דעות הפוסקים לענין תפיסה בספיקא דדינא, יש מהם שס"ל דתפיסה מועילה ויש שס"ל דאין תפיסה מועילה, וכתב הש"ך וז"ל: על כן אין בידי להכריע בדין תיקו או בעיא דלא איפשטא, רק הנני אומר בתיקו הדבר מסור לדיינים ויעשו כטוב בעיניהם לפי ענין הטענות ותביעות, כגון שיצרפו עוד צדדים להוציא או להחזיק וכהאי גוונא לפי ראות עיניהם, וכעין מה שכתב הריב"ש סוף סימן שס"ב גבי אלמנה שתפסה דיש פוסקים דמפקינן מיניה ויש פוסקים דלא מפקינן מיניה, וזה לשונו שם, וכל אלה הפוסקים מראים פנים לדבריהם זה נותן טעם לדבריו וזה נותן טעם לדבריו ואין בידי להכריע ולהכניס ראשי בין ההרים גדולים אבל הדיין יעשה מה שענינו רואות עד כאן לשונו, הרי שהריב"ש משום שלא ידע להכריע מסר הדבר לדיינים, כן אני אומר בנדון זה. גם הב"ח בא"ע סימן ס"א כתב דצריך עיון בדין תיקו שבש"ס אי מהני תפיסה והבאתי לשונו לעיל סוף סימן י"ד עכ"ל, יעו"ש.

מה שכתב הש"ך דכיון דאין בידו להכריע הדבר בתיקו מסור לדיינים, וכונתו גם בבעיא דלא איפשטא, כמו שמבואר מהמשך דבריו אך בזה נראה ליל לחלק בין תיקו או בעיא דלא איפשטא, יעו"ש, ובמה שכתב קודם לכן אינו מחלק, ואין כונתו לומר שכל דיין ודיין יכול להכריע כפי ראות עיניו, אלא כונתו שיפסוק הדיין לפי דרכי הפסק, שיש שיטות הפוסקים דבספיקא דדינא תפיסה נועילה ויש שיטות דאינה מועילה, ויש לדיין לסמוך על שיטה זו או זו אם יש לו עוד סבות לכאן או לכאן שמצד עצמן אין מספיקות להכריע הדין, אבל יכול לצרף לסיבות אלו דאיכא נמי שיטה בפוסקים דתפיסה מועילה, ולא נתן הש"ך עצה זו לדיינים אלא לענין מחלוקת הפוסקים אם תפיסה מועילה בספיקא דדינא, אבל לא קאמר הש"ך דבעיא דלא איפשטא יכול הדיין לפסוק הדין כצד אחד של הבעיא בצירוף סיבות אחרות לכאן או לכאן.

ומה שהביא בשם הריב"ש כונתו נמי שיכול הדיין לעשות צירופים בדרכי הפסק, כדברי הש"ך, דלא מסתבר שהריב"ש אינו מאמין בעצמו להכניס ראשו בין ההרים הגדולים ומכל מקום מיעץ לדיינים שיכניסו ראשם, אלא כונתו כמו שכתב הש"ך, ומה שהביא הש"ך אחר כך דברי הב"ח היינו לענין הא דמצא פוסק אחר שאין בידו להכריע אם תפיסה מועילה בתיקו ובעיא דלא איפשטא.

וכתב הש"ך דאע"ג דלענין דיין שושה צירופים אין לחלק בין תיקו לבעיא דלא איפשטא, לענין תפיסה בטענת קים לי יש לחלק, וז"ל: אך בזה נראה לי 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, אף על פי שלא נפשטה הבעיא בש"ס מועיל

תפיסתו, וכמו שכתב מהרש"ל (ים של שלמה בבא קמא פ"ב ס"ה), אך מה שכתב מהרש"ל דאפילו אינו תלמיד חכם שיש בידו להכריע או אפילו טעם וסברא ולא יכול להציע לפנינו, מכל מקום מאחר שאם תלמיד חכם מופלג שהיה יכול להכריע ולפשוט הבעיא הרשות נתונה לו, אם כן עכשיו אפילו שהוא עם הארץ מכל מקום יכול לומר קים לי כדעה אחת עד כאן לשונו, בזה לא נראה לי כותיה דכיון דלא נפשטה הבעיא לחכמי הש"ס ונשאר הדבר להם בספק איך יאמר מי שהוא עם הארץ קים לי כסברא זו בלא טעם וראיה, וכן מוכח מכל הפוסקים דאין לחלק בין תיקו לבעיא, ואע"פ שכתבתי לקמן סימן צ"ב דבפלוגתא דרבוותא אפילו עם הארץ יוכל לומר קים לי כפוסק זה, היינו משום דכיון דלאותו פוסק בריר ליה הדין כך יכול לומר אנא סבירא ליה כהאי פוסק וכו' אבל בבעיא דלא נפשטה כיון דעד היום לא נתברר הדין לשום אחד מחכמי הש"ס או לשום פוסק או גדול איך יאמר מי שהוא עם הארץ קים לי כסברא זו בלא טעם כלל וכו' עכ"ל, יעו"ש.

וביאר חילוקו בין תיקו לבעיא דלא איפשטא הוא דבתיקו קבעו חכמים שהדבר נשאר בספק, ואין שום דין רשאי לפשוט הבעיא בבית דינו, וכיון שכן אין התופס יכול לומר קים לי כצד זה של בעיא, אבל בבעיא דלא איפשטא תלמיד חכם מופלג יכול לכריע הספק ולפסוק הדין בבית דינו, ועיין בסי' י"ח שכתב גדול הדור ובסי' ע"ד שכתב שום גאון בעולם, יעו"ש, והכל אחד הוא, וכיון שיש מישהו שיכול לפשוט הבעיא חזינן שלא קבעו חכמים בספק, ולכן יכול התופס לומר קים לי כצד זה.

והמהרש"ל ס"ל דאפילו עם הארץ יכול לומר קים לי כצד זה של הבעיא, והדבר מבואר לפימשי"נ בהגהות לסי' מ"ה דאם אומר קים לי הרי הוא טוען שכיון שאותו צד של הבעיא נוח לו, ומסתברא לו מחמת נגיעותו, הרי הוא אוחז בהממון המדובר בתורת בעלים גמורים בסמכו על הצד שהדין עמו, וגם תפיסה כזו נחשבת תפיסה בתורת בעלים, ועל ידי כך נעשה מוחזק, יעו"ש, וכיון שכן בבעיא דלא איפשטא גם עם הארץ שתופס הממון ואומר קים לי תפיסתו מועילה, שהרי אוחז הממון בבטחון עצמי בתורת בעלים, והרי זו תפיסה חשובה ואין מוציאים מידו.

אבל הש"ך פליג על דברי המהרש"ל וס"ל דאין הכי נמי דתלמיד חכם רגיל יכול לתפוס בטענת קים לי, ואע"ג דאין דעתו חשובה לפסוק הלכה בבית דין, שהרי מכל מקום הוא תופס בתורת בעלים, וכסברת המהרש"ל, אכן אין תפיסה בטענת קים לי נחשבת תפיסה בתורת בעלים אלא כשתפיסתו היא בתחום ההלכה, דבודאי אם תופס בתורת בעלים באמרו שגזילה מותרת אין זו נחשבת תפיסה, דצריכים שלפי דעתו התפיסתו היא הלכתית.

ולכן אם תלמיד תופס ואומר שלדעתו הוא צודק בתחום ההלכה הרי זו תפיסה מעליא, ואע"ג שסברתו אינה מתקבלת לענין פסק הלכה בבית דין, ובתיקו ובעיא דלא איפשטא הרי יש שני צדדים, ובעלי התלמוד דא היה יכולים להכריע איזה צד צודק, התלמיד חכם יכול לומר שלדעתו צד זה צודק, ואין טענתו דברים בטלים, ורק דלענין פסק ההלכה הדבר נשאר בספק, אולם כל זה לענין פסק ההלכה בבית דין, אבל מצד

עצמו הוא תופס בתחום ההלכה, ותפיסתו מועילה, אבל עם הארץ תופס בדברים בטלים, שאין לטענתו בסיס בתחום ההלכה, אלא שצד זה שהוא לטובתו מטעים לו יותר, אין תפיסתו נחשבת הלכתית, ומסברא דגם הש"ך מודה דתלמיד חכם שטעה בדבר משנה, או שיש בדבריו פרט שמנגד להלכה פסוקה, אין תפיסתו נחשבת הלכתית, ורק כשטוען על פי שיקול דעתו, אע"פ שאין שום סוגיא דעלמא נוטה כותיה, תפיסתו נחשבת הלכתית ומועילה.

סימן עט

בו יבואר למה לא חילק הש"ך בין תופס תדמיד חכם לתופס עם הארץ בפלגתא דרבוותא, ולמה כתב דברי על ידי אחר הוי ברי לא הביא מחלוקת הפוסקים בזה.

כתב הש"ך וז"ל: אבל בפלוגתא דרבוותא נראה לי ברור להכריע דאפילו הנך דס"ל דבתיקו או בעיא דלא איפשטא לא 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 על פי עצמו ולא על פי אחרים, אבל בפלוגתא דרבוותא הוי כמו טענת ברי עכ"ל, יעו"ש, ואע"ג דלהנך שיטות אין לסמוך על סברת התופס להכריע בספק שלא הכריעו בו בעלי התלמוד, בפלוגתא דרבוותא יכול לתפוס על סמך פוסק דס"ל כותיה אף אם הוא דעת יחיד בין הפוסקים.

ולכן לא חילק הש"ך בין תלמיד חכם לעם הארץ, כמו שחילק בסוף סי' ע"ח להנך פוסקים דס"ל דתפיסה מועילה בתיקו ובעיא דלא איפשטא, יעו"ש, והיינו משום דתפיסת עם הארץ אינה מועילה בתיקו משום שאין תפיסתו הלכתית כיון שאין לו שום בסיס בהלכה, אפילו לפי דעתו, להכריע בספק שלא הכריעו בו בעלי התלמוד, כמש"נ בהגהות שם, אבל בפלוגתא דרבוותא יכול לסמוך על פוסק דס"ל כותיה, ושפיר הוי תפיסתו הלכתית.

והוסיף הש"ך וז"ל: וכדי שלא יחלוק המתעקש 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 על פי שני עדים, והא פשיטא דאם מביא שני עדים שלקח משלו מוציאין ממנו אפילו אינו טוען ברי, וכן משביעין על פי עד אחד אפילו אינו טוען ברי, כמו שנתבאר בחושן משפט סוף סימן ע"ה, אלמא דעל פי עדים או על פי עד אחד חשיבא כטענת ברי דהא קיימא לן אין נשבעין על טענת שמוא, אם כן כיון דהפוסק חשוב כעדים או על כל פנים כעד אחד, אם כן הוה ליה כטוען ברי על פי העד או על פי עדים במה שאומר קים לי כהאי פוסק וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומשמע מדבריו דהש"ך עצמו אינו צריך לטעמא דברי על ידי אחר מהני, דדין ברי על ידי אחר נצרך לחייב שבועה שבאה על ידי טענה וכפירה, דאין נשבעים על טענת שמוא, ובעינן לכך שהתובע באמת ברי שהצדק עמו, ואכן הברירות שלו בא על ידי מה ששמע מאחר ומאמין, בזה אמרינן דגם ברי על ידי אחר נחשב ברי, אבל לגבי תפיסה אינו צריך שהתופס יהא ברי שהפוסק שסומך עליו צודק כנגד הפוסקים האחרים, אלא הרשות בידו לסמוך על דעת הפוסק אע"פ שהוא עצמו אינו בטוח להכריע מחלוקת הפוסקים, אלא כל שיש דעה בפוסקים התוכת בו הרי תפיסתו הלכתית.

ולא הביא הש"ך דין ברי על ידי אחר אלא לענות להעקשן המתעקש דאינו חשיב ברי אם אינו יודע, ולכאורה גם המתעקש יודה דאם התופס אמר טעם לדבריו ונתכוון לדעת איזה פוסק שזה נחשב ברי כיון שהוא באמת ברי בעצמו, וכמו שאם הפוסק

עצמו יתפוס שמסתמא תועיל לו תפיסתו, כמו כן התופס שאמר טעם לדבריו ונתכוון לדעת הפוסק. לדעת הפוסק.

והנה הש"ך קאמר בפשיטות דטענת ברי על ידי אחר נחשבת טענת ברי, ואכן יש בזה מחלוקת בין הראשונים, כמו שכתב הר"ן בשבועות (דף מה.), יעו"ש, הראב"ד ס"ל דברי על ידי אחר הוי ברי, והרמב"ן פליג וס"ל דלא הוי ברי, והטור בסוף סי' ע"ה הביא כמה שיטות לענין אם טוען הוגד לי או אם טוען אמר לי אבא או אם הוי על ידי עד אחד, יעו"ש, ורמ"א סי' ע"ה סעי' כ"ג פסק דברי על ידי אחר הוי ברי בכל אופן, יעו"ש, ואם כן צריך עיון למה הש"ך לא הזכיר כל הני שיטות, ואף אם נאמר שס"ל להלכה דברי על ידי אחר הוי ברי, דרך הש"ך להביא כל השיטות ולהוכיח כדעתו בהמחלוקת. אכן נראה דיסוד המחלוקת דברי על ידי אחר הוא כמה נאמנות יש האחר אצלו, ולקצת שיטות לא אמרינן דברי על ידי אחר הוי ברי אלא בטוען אמר לי אבא ולא בהוגד לי, דמה ששמע מאביו נחשב אצלו אמת ומאמינו בלבו, ומה שטוען על פי זה נחשב טענת ברי, ולפיכך היכא שידיעתו היא בבירור גמור, שברור לו כחמה שדברי האחר הם האמת, כולי עלמא מודים דנחשב ברי אע"פ שאינו יודע מעצמו אלא במה שמאמין לזולתו, ולכן בפלוגתא דרבוותא הרי אין כאן שום צד משקר בשום אחד מן הפוסקים, ואפילו אם רוב הפוסקים חולקים עליו, דאלו ואלו דברי אלקים חיים, ורק בפסק בית דין הולכים אחר רוב דעות, אבל לענין תפיסה אפילו אם אמר קים לי כצד היחיד הרי זו תפיסה בתחום ההלכה, כמש"נ, ותפיסתו מועילה.

ולא קשה לפי זה היאך הש"ך מדמה דין קים לי כפוסק זה לברי על ידי העד, והלא עד אחד בהכחשה כמאן דליתא, כמו שכתב הנמוקי יוסף בבבא מציעא (דף ב:), יעו"ש, ולכאורה אינו יכול לטעון ברי על ידי עד המוכחש, ואם בפלוגתא דרבוותא הרי הפוסקים מכחישים זה את זה, והיאך יכול לטעון ברי על ידי אחד מהם, ואכן כיון שדברי שניהם דברי אלקים חיים אין שום אחד מהם משקר, כמש"נ, אבל בעד אחד בהכחשה הרי אחד מהם משקר.

ומה שהש"ך הביא דינא דברי על ידי עד אחד הוא רק להוכיח דאינו צריך לדעת על ידי מה שראה בעיניו, אלא כל שידיעה ברורה לו כחמה נחשבת כיודע מעצמו, ואם כן ביודע מפי הפוסק הוי ידיעה לכל הדעות, כמש"נ.

סימן פ

בו יבוארו דברי התרומת הדשן דתפיסה אינה מועילה בפלוגתא דרבוותא, ודלא כדברי הש"ך, ויתיישבו דברי המרדכי לדעת התרומת הדשן שלא יהיו כסותרים אלו את אלו.

בסימן הקודם כתב הש"ך דגם הנך שיטות הפוסקים דתפיסה אינה מועילה בתיקון ובעיא דלא איפשטא כולי עלמא מודו דמועילה בפלוגתא דרבוותא, שהרי הוא סומך על דעת פוסק אחד, וגם אמרין לענין טענת ברי המחייבת שבועה דברי על ידי אחר הוי ברי, ואם כן הכא נמי כשתופס על ידי הפוסק נחשבת תפיסה בטענת ברי ומועילה, יעו"ש, וכאן הביא שיטת התרומת הדשן שאינו מחלק וז"ל: הגם שבתרומת הדשן סי' שכ"א משמע להדיא דפלוגתא דרבוותא דמי לספק בכור ותיקו וכו' ותלוי במחלוקת הרי"ף והרא"ש, מכל מקום ודאי דברי מהרי"ק נכונים בזה מכמה הוכחות שאכתוב לקמן סימן פ"ח וצ"ה וכו' עכ"ל, יעו"ש, והנה לכאורה התרומת הדשן מסכים לשיטות רוב הפוסקים דברי על ידי אחר הוי ברי, ואם כן יש להבין למה לא תהא טענת קים לי כאותו פוסק נחשבת טענת ברי.

ויש לומר דהרי דין תפיסה בטענת ברי הוא דלא נחשב מוחזק בתורת בעלים אלא כשהוא בטוח שהוא צודק בתפיסתו, ויסוד הדברים הוא כמו שכתב הש"ך בסי' פ"ג בשם מהר"ד ך' לב וז"ל: כלל דמלתא לטענת ברי מהני תפיסה אבל מי שהוא מסופק לא מהני תפיתו לאפוקי ממרא קמא עכ"ל, יעו"ש, דאם הוא תפוס בממון ואינו יודע בעצמו אם הוא בעלים או גזלן אין זו נחשבת תפיסת בעלים, ולא נעשה על ידי כך מוחזק להוציא מחזקת מרא קמא, ואין תפיסתו מועילה אלא כשהוא טוען ברי שהצדק עמו ושהאחר משקר וגזלן, ועיימש"נ בהגהות לסי' י"ט אות ה'.

ואולם בפלוגתא דרבוותא אי אפשר לומר, שהרי הפוסקים החולקים על הפסק דקים ליה כותיה בודאי אינם טועים ומגלים פנים בתורה שלא כהלכה, דאלו ואלו דברי אלקים חיים, ורק שכל פוסק מכריע לפי שיקול דעתו, ולא שייך בזה טענת ברי גמורה אליבא דשום אחד מהם.

אי נמי יש לומר דהתרומת הדשן ס"ל דהא דאמרין דברי על ידי אחר הוי ברי היינו רק לחייב שכנגדו שבועה שבאה על ידי טענה וכפירה מגזירת הכתוב, וגם ברי על ידי אחר יש לו הוי טענת ברי לקיים דין טענה וכפירה, ולא בעינן שהוא עצמו ידע, אלא כל שטוען שאדם נאמן אומר כן בברירות אחר הרי זה מספיק לדין טענה וכפירה, אבל אין זה נחשב שבאמת יש לו ידיעה על ידי כך, אולם לענין תפיסה בטענת ברי בעינן שיהא בטוח בדעת ואוחז בממון בתורת בעלים, ולא מספיק לזה מה שהוא מאמין לאדם אחר.

והש"ך הקשה על דברי התרומת הדשן וז"ל: וגם לא מסתבר כלל דהמרדכי פרק שני דכתובות סי' קמ"ד יכתוב בסתמא דתפיסה לא מהני בספק בכור או בתיקו, ואחר כך בפרק רביעי דכתובות סי' קנ"ד יכתוב סתמא דברי הרב שמואל בן רב ברוך דתפיסה

מהני בפלוגתא דרבוותא. ודוחק גדול לומר דבפרק רביעי דכתובות מיירי בתפס קודם שנוולד הספק, דפשט דברי המרדכי שכתב אם יתפוס החתן לא משמע כן וכו' גם בתרומת הדשן גופיה שם מסיק דרשב"ב רצה לומר אפילו יתפוס לאחר שנוולד הספק דהיינו לאחר שמתה הבת וכו' שכתב בתרומת הדשן שם דמכל מקום יש לומר דרשב"ב סובר כיש מרבוותא וכהרי"ף בפרק כיצד הרגל דס"ל דתפיסה מהני בספיקא דדינא אפילו אחר שנוולד הספק כו' אבל זה אינו נראה לי וכמו שכתבתי דאם כן יהיו דברי המרדכי סותרים זה את זה אלא נראה בזה כהמהרי"ק עכ"ל, יעו"ש.

דברי המרדכי בסי' קנ"ד הם בענין נדוניא שהאב האב מחייב עצמו להחתן, ואמרינן בכתובות (דף מז.) תנו רבנן כתב לה פירות כסות וכלים שיבואו עמה מבית אביה לבית בעלה מתה לא זכה הבעל בדברים הללו וכו' רבי אלעזר בן עזריה אומר מן הנשואין גובה את הכל ומן האירוסין בתולה גובה מאתים ואלמנה מנה שלא כתב לה אלא על מנת לכנסה וכו', יעו"ש, ונחלקו בזה רש"י והתוס', רש"י ס"ל דהאב נתחייב בנדוניא מיד כשנשא, ור"ת ס"ל דאינו חייב אלא כשבר גבה הבעל קודם הנשואין, אבל אם מתה קודם שגבה לא, שהאב היה בדעתו שגם בתו תהנה מן הנדוניא, יעו"ש, וכתב המרדכי וז"ל: ואומר הרב רבינו שמואל בן רבינו ברוך דאם יתפוס החתן המוציא מחבירו עליו הראיה שאמר קים לן כרבינו שלמה יצחקי דאיירי מן האירוסין אבל מן הנשואין גובה הכל אפילו אם לא גבה הלכך המוציא מחבירו עליו הראיה עכ"ל, יעו"ש.

ונשאל לו להתרומת הדשן בראובן נשא בת שמעון ופסק שמעון לראובן מאה זהובים לנדוניא ונתן לו שטר חוב על זמן בשבילם, ומתה הבת קודם שפרע שמעון לראובן הנדוניא ולאחר מיתת הבת שאל ראובן מחמיו שמעון ספרים ללמוד בהן, לאחר זמן תבע ראובן משמעון לפרוע לו שטר חוב ממאה זהובים שיש לו עליו, השיב לו שמעון השטר חוב הוא מחמת נדונית בתי וכבר מתה אין אני חייב לפרוע, אמר ראובן לא אתבע בך עוד, אחזיק הספרים שלך שהשאלתני עד אשר תפרעני, הדין עם מי.

והשיב התרומת הדשן וז"ל: ונראה מתוך ההלכה דלא זכה ראובן לעכב הספרים בשביל שטר חוב שלו על חמיו מדבר הנדוניא, דכיון דנדן גופא לא בא לידו מעולם היינו פלוגתא דרש"י ור"ת כדמבואר לעיל, ולא מפקינן ממונא מן האב, וכיון דמדינא לא מפקינן משום ספיקא דדינא לא יכול ראובן לתפוש הספרים ולומר קים לי כרש"י כמו שכתב רבינו שמואל בן רב ברוך, דנוכל לומר דאיירי כגון שתפס קודם שמתה הבת דאכתי לא נולד הספק, אבל תפוש לאחר שנוולד הספק כנידון דידן לא מהני וכו' ואם תמצא לומר דרבינו שמואל רצה לומר דאפילו אם יתפוש לאחר שמתה הבת כדמשמע הלשון, מכל מקום יש לומר דאיהו סבר כיש מרבוותא. וכדמוכח נמי מרב אלפס כדאיתא באשירי פרק כיצד הרגל דס"ל נמי דתפישה מהני בספיקא דדינא אפילו לאחר שנוולד הספק כדמוכח התם.

ואנן קיימא לן כשינויי התוספת פרק כמה דבבא מציעא ופר שני דכתובות וכו' עכ"ל, יעו"ש, ועל זה הקשה הש"ך דלפי מה דמסיק התרומת הדשן דרשב"ב ס"ל כשיטת הרי"ף דתפיסה

מועילה בספיקא דדינא, והרי המרדכי הביא דבריו בסי' קנ"ד, כנ"ל, נמצאו דברי סותרים למה שפסק.

אולם מדברי התרומת הדשן נראה מבואר שלמד דטעמא דרשב"ב דיכול התופס לומר קים לי כדברי רש"י באמת היא משום דמיירי שתפס קודם שנולד הספק, ואלא דאם תמצא לומר דרשב"ב מיירי אפילו לאחד שנולד הספק יש לומר דאזיל בשיטת הרי"ף דתפיסה מועילה בספיקא דדינא, ולא דחה מה שאמר מתחלה דמיירי בתפס קודם שנולד הספק, ומכל מקום גם אם תמצא לדייק היטב בלשון רשב"ב ו דמיירי אפילו לאחד שנולד הספק אין להוכיח דפלוגתא דרבוותא חלוק מתיקו ובעיא דלא איפשטא, דאיכא למימר דאזיל בשיטת הרי"ף, ולפי זה אין דברי המרדכי סותרים אלו את אלו, דאע"ג דהמרדכי פסק דלא כדברי הרי"ף שפיר יש לומר דהמרדכי ס"ל דרשב"ב מיירי בתפס קודם שנולד הספק כמו שלמד התרומת הדשן מתחלה, ודלא כהאם תמצא לומר.

הש"ך הביא ראייה לדבריו דבפלוגתא דרבוותא יכול התופס לומר קים לי כפוסק זה וז"ל: וככן כתב בתשובת מהר"ר יעקב לבית לוי סימן כלל ט' סי' ע"ג וזה לשונו, בנדון פלוגתא דרבוותא דאע"ג דלא אתברר לנא הלכתא כמאן, ומי יכניס ראשו בין ההרים הגדולים להכריע, ואם כן הדבר הוא שקול, מכל מקום המוחזק יש לו איזה הסתמכות לטעון סברתי היא כפלוני כיון שהוא מוצא בפירוש 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 אכתוב לקמן סימן ק"ד דנראה מדברי הרמ"א דסבירא ליה דמהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא עיין שם עכ"ל, יעו"ש.

הש"ך ס"ל דלכולי עלמא התפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא, ולעיל בסי' ע"ט לא חילק בין תופס תלמיד חכם לתופס עם הארץ, כמו שחילק להנך דעות דתפיסה מועילה בתיקו ובעיא דלא איפשטא, ועיימש"נ בהגהות שם, ואכן מדברי הרי"י לבית לוי אין להוכיח אלא דתפיסה בפלוגתא דרבוותא מועילה בתלמיד חכם שהביא סברא לחזק דבריו, כמו שכתב מכל מקום המוחזק יש לו איזה הסתמכות לטעון סברתי היא כפלוני כיון שהוא מוצא בפירוש סברא אחת שהיא כסברתו לעזרו, ולפי זה עדיין איכא למימר דעם הארץ שתפס בפלוגתא דרבוותא אין תפיסתו מועילה.

סימן פא

בו יבואר למה הש"ך הביא דברי מהרש"ל דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא אע"פ שכבר הביא בשמו דמועילה בבעיא דלא איפשטא, ואם כן כל שכן בפלוגתא דרבוותא.

הש"ך הביא דברי המהרש"ל בפרק כיצד הרגל דס"ל כהמהרי"ק ולא כהתרומת הדשן, וז"ל: אפילו הוא עם הארץ מכל מקום יכול לומר קים לי כדעה אחת, ואף על פי שכתב הרא"ש בפרק קמא דבבא מציעא (דף ו:): דלא מהני תפיסה אלא בטוען ברי וכו' ובנדון דידן הוי כמו ברי ולא דמי לכהן שאין בו טענה ואמתלא ששייך לומר ברי, אבל בטענת קים לי כדעה אחת מאחר דשייך בזה הוי כטענת ברי ממש וכו' ואין לומר מאחר דהגדולים לא הכריעו אם כן וכי הבאים אחריהם יכריעו, בודאי יכול להכריע, דלא עדיפי אותם הגאונים מן הש"ס דתליא וקיימא כדפירשתי לעיל גבי קשיא וכן גבי בעיא דלא נפשטא, אם כן מאחר דיש צד להכריע ולהוכיח כחד מרבוותא, אף מי דלא ידע יכול לתפוס ולומר קים לי כרש"י ומהני תפיסתו ואינו דומה לספק בכור וכו' עכ"ל, יעו"ש.

והנה הש"ך כתב בסי' ע"ט דאפילו להנך דעות דאין תפיסה מועילה בתיקו ובעיא דלא איפשטא אם תפס בפלוגתא דרבוותא תפיסתו מועילה, יעו"ש, ובסי' ע"ד וע"ח כבר הביא דברי המהרש"ל דתפיסה מועילה בבעיא דלא איפשטא, ואם כן יש להבין למה חזר והביא דבריו בסימן זה, דהלא גם בבעיא דלא איפשטא ס"ל להמהרש"ל דתפיסה מועילה וכל שכן בפלוגתא דרבוותא.

ונראה דהש"ך בא למנוע שלא תאמר דפלוגתא דרבוותא גרע מבעיא דלא איפשטא, דאולי היה אפשר להתעקש לומר ד משום הכי תפיסה מועילה בבעיא דלא איפשטא דאין מישוהו מנגד בהחלט לטענתו, ורק דבעלי התלמוד לא היו יכולים להכריע הספק, אבל בפלוגתא דרבוותא הרי איכא דעות גדולי פוסקים שמנגדם לטענתו, ומי יכניס ראשו בין ההרים הגדולים להכריע, כמו שכתב הש"ך בסי' פ' בשם הר"י לבית לוי, יעו"ש, ולא כל כמיניה דשום תופס לעמוד כנגד גדולי פוסקים אע"ג דאיכא נמי גדולי פוסקים דס"ל כותיה, לכן הביא הש"ך דברי המהרש"ל שכתב בפירוש דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא.

סימן פב

בו יבוארו דברי השארית יוסף שכתב דאין להוכיח דהמהרי"ק ס"ל דתפיסה בטענת קים לי מועילה, ויבואר היאך הש"ך הוכיח דהדרכי משה והסמ"ע חלקו על המהרי"ק.

כתב הש"ך ז"ל: וראיתי בתשובת מהר"ר יוסף כהן מקרקא (שו"ת שארית יוסף) ס"ס נ"ב שכתב וזה לשונו 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 מיורשי האשה עד כאן לשונו, וכן כתוב בדרכי משה סי' כ"ה ס"ק ד' ובסמ"ע שם ס"ק ט"ז בשם מהרי"ק שורש צ"ד וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ומה שכתב בעל שארית יוסף דהמהרי"ק פסק כרשב"ב, באמת בדברי המהרי"ק מובא הפסק בשם אביו רבינו ברוך, יעו"ש, ובתשובת משפטי שמואל שהביא הש"ך בהמשך דבריו העתיק דברי המהרי"ק בשורש צ"ד וכתב הפסק בשם רשב"ב ולא בשם אביו, יעו"ש, ותרוייהו חדא מלתא נינהו, שדעת הבן היא כדעת אביו.

וכדי לבאר דברי השארית יוסף נקדים ונביא את דברי המהרי"ק שם באמצע השורש ז"ל: ואשר כתבת וכו' מצי המקבלים למימר אנו קים לך כההוא תנא כו' וכדכתב רבינו ברוך מבונברג גבי נדוניית חתנים פרק נערה על כרחך יש לחלק ולומר דדוקא התם מצי למימר קים לי כרש"י וכו' שהרי כבר עמדו הנכסים בחזקתם כשנשא האשה והיה ראוי לגבותם מיד ולזכות בהם לכולי עלמא מדינא דגמרא, אבל בפסק אחר אפשר דסבירא ליה דלא מהניא תפיסה היכא דלא מצי טוען טענת בריא כגון דמספקא לן דינא מחמת פלוגתא דרברבתא וכן נראה קצת מדלא אשכחן שדיבר הר"ר ברוך אלא בנדוניית חתנים ואי בכל ספיקי סבירא ליה הכי הוי ליה למינקט מילתיה בסתמא ולמימר דכל היכא דאיכא פלוגתא דרברבתא אי תפס חד מינייהו מצי למימר קים לי כהאי דהני רברבתא, ועוד איכא למימר דמשום הכי כתב הר"ר ברוך שיכול החתן לומר קים לי כרש"י אי תפס משום דלכאורה נראה לו דברי רש"י אלא שלא רצה לעשות מעשה להוציא ממון שלא כדברי רבינו תם, ועוד יש להאריך אם יש לחלק בין היכא דהוי פלוגתא דרברבתא אבות העולם כרש"י ורבינו תם ובין היכא דהוי פלוגתא הפוסקים אחרונים וקצת נראה לי לדקדק שיש לחלק בדבר מתוך תשובת מהר"ם אלא שאין ספק בידי להאריך כל כך עכ"ל, יעו"ש.

השואל רצה להוכיח דתפיסה מועילה בספיקא דדינא כשהתופס טוען קים לי כההוא תנא ממה שפסק רשב"ב בנדוניית חתנים שהחתן יכול לתפוס ולומר קים לי כדברי רש"י, ועיין בהגהות לסי' פ' שנתבארו דברי הרשב"ב, והמהרי"ק דחה ראיתו משני טעמים, חדא יש לומר דכיון שהחתן בודאי היה יכול לגבות הנדוניא בבית דין מיד כשנשאה, ורק כשמתה נולד הספק שנחלקו בו הראשונים, הרי החתן נחשב המוחזק על נכסי הנדוניא, ואם תפס אין זה נחשב תפיסה מיד המוחזק, ואין להביא ראיה משם דתפיסה מיד המוחזק בטענת קים לי מועילה בספק דפלוגתא דרבוותא,

ועוד יש לחלק דרשב"ב היה נראה לו דברי רש"י, ורק שלא רצה לפסוק כנגד דעת ר"ת, וכיון שהוא תפס ניחא ליה להרשב"ב שישאר הממון בידו כמו שהיה דעתו נוטה, ולא יצטרך לפסוק כנגד דברי ר"ת, ואין זה שייך כלל לתפיסה בדבר שמסופק לבית דין שנחלקו בו הפוסקים, אולם בשאר פלוגתא דרבוותא יש לומר דאין תפיסה מועילה, וזהו מה שכתב השארית יוסף דמדברי המהרי"ק מבואר שאינו ברור דתפיסה מועילה בספיקא דדינא, שהרי צידד דדלמא טעם הרשב"ב משום שנראים לו דברי רש"י ולכן תפיסתו מועילה מפני שכן דעתו מכרעת, כמש"נ.

והוסיף המהרי"ק דגם לפי מה שכתב דאין תפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא יש לחלק בין המדובר בפסקו של הרשב"ב שהפלוגתא היא בין רש"י ור"ת שהם אבות העולם, אבל עדיין איכא למימר דבפלוגתת הפוסקים בדורות אחרונים שאינם כערך רש"י ור"ת, יש מקום לומר דתפיסה בטענת קים לי כאחד מהם מועילה, וביאור דבריו שאין בעל דין יכול להכניס ראשו בין שני הרים גדולים שהם אבות העולם, ואין בדברי הבעל דין שום חשיבות כשהוא מתנגד לאב עולם, אבל בפלוגתת אחרונים אין דברים בטלים ומבוטלים, ואם אמר קים לי כאחד מהם הרי זה נחשב כתפיסה בטענת ברי. וכן כתב הדרכי משה סי' כ"ה סעי' ד' וז"ל: כתב המרדכי סוף כתובות וזה לשונו מצאתי מהר"ם היה רגיל לפסוק היכא שגדולים חולקים בדבר אי תפס אחד לא מפקין מיניה דיכול לומר לזה שכנגדו אייתי ראיה שהלכה כזה שפסק כנגדי עד כאן לשונו וכן כתב שם בפרק נערה שנתפתתה, אבל בתשובת מהרי"ק שורש צ"ד כתב דלא יכול למימר קים לי כפלוני אם לא בנדונית חתנים שמתה אשתו אם חוזרת או בפסקים שפסקו האחרונים וכו' עכ"ל, יעו"ש, וכתב בשם במרדכי, שהביא פסקו של הרשב"ב, דבכל מחלוקת הגדולים יכול לתפוס בטענת קים לי באחד מהם, ולא חילק בין אבות העולם או דורות האחרונים, אבל המהרי"ק כתב דאינו יכול לתפוס בטענת קים לי במחלוקת אבות העולם חוץ מההיא עובדא דנדוניתא משום אחד משני עטמים, כנ"ל, ובמחלוקת פוסקים אחרונים לעולם מועילה תפיסה בטענת קים לי, ומבואר שלמד דלדעת המהרי"ק אין תפיסה מועילה אלא בפלוגתת האחרונים.

וגם הסמ"ע כתב כן בסי' כ"ה סקט"ז וז"ל: ואי מהני תפיסה בדבר שיש בו פלוגתא ותופס האחד ואומר קים לי כמאן דאמר כמותי, עיין במהרי"ק שורש צ"ד ובדרכי משה הביאו, דכתב דאפשר דלא מהני כי אם בנדונית חתנים דפליגי רש"י ור"ת וכו' דשם מסתבר טעם דרש"י, ור"ת היה אחרון, משום הכי הולכין אחר התפיסה, אבל במקומות אחרים לא מצינו שאמרו דמהני בכהאי גוונא, והמרדכי סוף כתובות פליג וס"ל דיכול לומר קים לי בכל מקום וכו' עכ"ל, יעו"ש, והסמ"ע הביא טעם ראשון של המהרי"ק שהרשב"ב היה נראה לו לפסוק כרש"י, והסמ"ע נתן שני טעמים לדבר, חדא מפני שמסתבר לו טעם רש"י, ועוד מפני שר"ת הוא אחרון כלפי רש"י, שהיה נכדו, ונכון לנטות לדברי הסבא, וגם מדבריו מבואר שלמד דהמהרי"ק לית ליה דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא.

אבל הש"ך לא הסכים להם, שהרי בשורש צ"ב וקמ"ט וקס"א מפורש בדברי המהרי"ק דתפיסה בטענת קים לי מועילה בפלוגתא דרבוותא, יעו"ש, וצריך לומר דמה שכתב בשורש צ"ד הוא לפלפולא בעלמא, והביא ראיות מכמה פוסקים דמהרי"ק ס"ל דתפיסה בטענת קים לי מועילה.

ובתוך דבריו כתב הש"ך וז"ל: ואפילו אם תמצא לומר דסתרי אהדי ודאי דאזלינן בתר רובא, שהרי רק בתשובה אחת כתב דדוקא בנדונית חתנים קאמר ה"ר שמואל הכי, ובשלש תשובות כתב דלא שנא, אם כן פשיטא דאזלינן בתר רוב תשובותיו, ובפרט שלא להוציא מהמוחזק, ואם כן פשיטא דיותר מסתבר לומר דדעת מהרי"ק דהוא הדין בכל דוכתא מצי התופס לומר קים לי עכ"ל, יעו"ש, ודבר פלא הוא שנאמר אחרי רבים להטות לפי מנין התשובות, דאם כן בכל מחלוקת הפוסקים דהולכים בתר רוב דעות נצטרך לחשוב כמה תשובות נכתבו בענין על ידי הרוב דעות וכמה על ידי מיעוט הדעות, ואם מנין התשובות של כל הרוב דעות אינו עולה למנין התשובות של המיעוט היינו צריכים לקבוע ההלכה כפי המיעוט דעות, אלא כונת הש"ך דאם יש סתירה בדברי המהרי"ק צריך לומר דבמקום אחד טעה, ואזלינן בתר רוב תשובותיו לומר שטעותו היתה בהתשובה האחת.

ואחר כך כתב הש"ך וז"ל: ואפילו תאמר דמהרי"ק ס"ל דלא מצי התופס לומר קים לי רק בנדונית חתנים, מכל מקום ודאי לא קיימא לן 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 וכו' עכ"ל, יעו"ש, ואחר כל ראיותיו והוכחותיו שדעת המהרי"ק דתפיסה בטענת קים לי מועילה לא נתיישבה דעתו לכך, אלא עדיין מפקפק בזה דדלמא לדעת המהרי"ק תפיסה בטענת קים לי אינה מועילה, והיינו טעמא משום דהדרכי משה והסמ"ע כתבו דלדעת המהרי"ק אינו יכול לטעון קים לי, כנ"ל, וכתב הש"ך דאפילו לפי דבריהם לא קיימא לן כדברי המהרי"ק הואיל והדרכי משה והסמ"ע לא הסכימו לדברי המהרי"ק.

ויש לעיין היכן ראה הש"ך בדבריהם דלא ס"ל להו כהמהרי"ק, אי משום דהדרכי משה הביא דברי המהרי"ק לבסוף, ובזה הוכיח דלא ס"ל כותיה, הלא הסמ"ע הביא דברי המהרי"ק בתחלת דבריו, ומכל מקום דייק הש"ך דלא ס"ל כותיה, ולכאורה צריך לומר דהדרכי משה כתב אבל בתשובת מהרי"ק וכו', כנ"ל, ומזה מוכח שזוהי שיטה צדדית שלא כהלכה, והסמ"ע כתב בסוף דבריו והמרדכי סוף כתובות פליג וכו', כנ"ל, והביא דעת הרשב"ב אחרון ולא כתב אבל המרדכי וכו', ומזה מוכח דכן היא שיטתו.

סימן פג

בו יבוארו דברי מהר"ד ׳ לב דלא מסתבר דטענת קים לי בפלוגתא דרבוותא הוי טענת ברי, ומכל מקום יכול לומר קים לי כהר"ף דטענת שמא מועילה וקים לי כראב"ה.

כתב המהר"ד ׳ לב בתשובה שהובאה בין התשובות בספר אביו המהר"י ׳ לב וז"ל :

מכל מקום זכינן לדין דבנידון דידן היה מקום לומר דאפילו שהיה השליש היורש מהבת, אפילו הכי כיון דטוען טענת שמא דדילמא הלכה כראב"ה ז"ל, דמסתברא דלא חשבינן לטענת ודאי מאי דקאמר מוחזק קים לי כהנך רבוותא, ומאי דקאמר מהר"ק דהוי כעין טענת ברי סברת יחיד היא שלא מצינו כתוב דבר זה לזולתו, איברא דלדעת הרב אלפסי אפילו בטענת ספק מהניא התפיסה ואפילו שתפס אחר שנולד הספק, ולפי סברתו היה יכול השליש לתפוס אם היה יורש הבת, מכל מקום לא שבקינן כולו רבוותא ועבדינן כרב האלפסי עכ"ל, יעו"ש.

לפי שיטת המהר"ק, הובאה לעיל בסי' פ"ב, התופס בפלוגתא דרבוותא וטוען קים לי כחד מהנך תפיסתו מועילה משום דטענת קים לי הוי כטענת ברי, ודבריו מסייעים למה שכתב הש"ך בסי' ע"ט דאפילו להנך שיטות דתפיסה בטענת קים לי אינה מועילה בספיקא דהש"ס, כגון תיקו או בעיא דלא איפשטא, עדיין איכא למימר דטענת קים לי הוי כטענת ברי בפלוגתא דרבוותא, יעו"ש, אבל המהר"ד פליג וקאמר דלא מסתבר דטענת קים לי הוי כטענת ברי, ואי נימא שתפיסתו תועיל לו אפילו אם טענת קים לי לא הוי כטענת ברי דלדעת הר"ף תפיסה מועילה בספיקא דדינא אפילו אם טוען שמא, אין לסמוך על שיטת הר"ף שהיא דעת יחיד.

ואולם צידד המהר"ד דאולי יש לומר דתפיסה בטענת קים לי מועילה וז"ל : ואף

על גב דיש מקום 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 כראב"ה וכו' אפילו הכי יראה לי דכיון דדברי הרב חיים כהן נראין יותר מפקינן ממונא מיד השליש היורש עכ"ל, יעו"ש.

וטובא יש לדקדק בדבריו, דהיאך יכול לומר קים לי כהר"ף דתפיסה בטענת שמא מועילה ואם תפס אין מוציאים מידו, והלא דבר זה מסור לבית דין ולא להבעלי דין, ואם הבית דין במקום הבעלי דין אזלי בשיטת הרא"ש דתפיסה בטענת שמא אינה מועילה הרי מוטל עליהם להוציא הממון מיד התופס, ולא כל כמיניה דהתופס לומר קים לי כהר"ף ואין אתם יכולים להוציא מידי כיון שאני סובר כדעת הר"ף.

ועוד קשה דמה הוסיף באמרו קים לי כראב"ה, אם קים ליה כהר"ף הרי יכול לתפוס גם בטענת שמא, ואינו צריך כלל לדברי הראב"ה, ואם כונתו לומר קים לי שאין שיטת הר"ף דעת יחיד, היה לו לומר וקים לי כהרשב"ב דמשמע מדברי התרומת הדשן דס"ל כותיה דהר"ף, אבל הראב"ה לא אמר כלום לגבי תפיסה בטענת שמא,

ועוד דאם לדעת המהר"ד לא מסתברא דקים לי הוי כטענת ברי, מה מוסיף באמירתו קים לי כהראבי"ה למה שאמר קים לי כהרי"ף.

והנה המהר"ד בתחלת התשובה הביא דברי הרא"ש בבבא מציעא (דף ו: וז"ל:

דהרי כתב הרא"ש בפרק קמא דמציעא וזה לשונו כללא דמילתא לטענת ברי מהני תפיסה אבל מי שהוא מסופק לא מהני תפיסתו לאפוקי מחזקת מרא קמא וכו' עכ"ל, יעו"ש, וביאור דבריו דלא נחשב שהוא תופס בתורת בעלים אלא כשהוא ברי בעצמו שהצדק עמו ושהוא הבעלים, אבל אם הוא מסופק בעצמו אין תפיסתו נחשבת תפיסת בעלים, ועיימש"נ בהגהות לס"י פ"ב.

אבל הרי"ף ס"ל דגם תפיסה בטענת שמא נחשבת תפיסה בתורת בעלים, ואין כונתו שהוא מסופק בעצמו אם תופס כדין או אם הוא עובר על איסור גזילה, זה בודאי אינה תפיסת בעלים, ומה שתפיסה בטענת שמא מועילה לדעת הרי"ף היינו שהוא טוען דכיון שהדבר ספק לא עדיף המרא קמא ממנו, שהרי אין חזקת המרא קמא מכרעת הספיקא דדינא, ואם כן כמו שהמרא קמא יש לו רשות להחזיק הממון מכח הספק, כמו כן יש לבעל דינו רשות לתפוס הממון מכח הספק, והרי הוא תופס מכח הדין, ואין בדעתו שום צד שבתפיסתו הוא עובר על איסור גזילה, ולדעת הרי"ף הרי זו תפיסה מעליא, ואין מוציאים מידו.

וגם הרא"ש מודה לסברת הרי"ף בתופס מן ההפקר, כמו שכתב הש"ך בשמו בסי'

י"ט אות ג' דתפיסת ספק הוי תפיסה בהפקר, אבל לא אלים תפיסת ספק להוציא מחזקת מרא קמא, ועיימש"נ בהגהות שם, דאע"פ שהוא תופס בתורת בעלים תפיסתו קלושה ואינה מועילה להוציא מחזקת מרא קמא שהוא תפוס בהממון מעיקרא.

ולפי זה יש לבאר דברי המהר"ד דאולי יש לומר דהתופס בטענת קים לי יכול לומר

קים לי כהרי"ף וקים לי כראבי"ה, והיינו שהרי מבואר מדברי הרי"ף דאם תופס בטענת שמא ואומר שהרשות בידו לעשות כן הואיל והספק אין שייך בו הכרעה, כמש"נ, ולדעת הרי"ף תפיסה כזו מועילה אפילו כנגד חזקת מקר קמא, וגם הרא"ש מודה דיש בזה צד תפיסה בתורת בעלים אלא דלא אלימא להוציא מחזקת מרא קמא כיון דאין לו טענת ברי לומר שתפיסתו ברירה ולא הוי תפיסת ספק, כמש"נ, אם כן הסברא נותנת שיש לצרף לזה גם טענת ברי גרועה דקים לי כצד אחד בפלוגתא דרבוותא כדי שתהא תפיסתו מועילה, שהרי אין טענת קים לי צריכה לקבוע כל עיקר תפיסתו אלא רק להוסיף בה איזה תוספת כח שתוכל להוציא מחזקת מרא קמא.

סימן פד

בו יבואר מה שהש"ך דחה ראיתו מדברי המהר"ד דאין טענת קים לי כטענת ברי, דאם המהר"ד ידע שכמה פוסקים ס"ל כהרי"ף היה פוסק דתפיסה מועילה בטענת שמא.

בסימן הקודם הביא הש"ך דברי מהר"ד י' לב בתשובה דתפיסה בטענת קים לי אינה נחשבת תפיסה בטענת ברי, ודלא כמו שהעלה הש"ך בסי' ע"ט, וכתב הש"ך וז"ל: 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 כולחו רבוותא ועבדינן כהרב אלפסי, ואישתמיטתיה כל הנך פוסקים שהבאתי לעיל סי' ע"א דס"ל כהרב אלפסי יותר מעשרה גדולי המורים, ובלי ספק אי הוה ידע דכל הנך אשלי ררבי מסכימים לדברי הרי"ף לא הוה כתב דסברת הרי"ף סברת יחיד היא, ואפילו בתיקו גופא הוה פסק דמהני תפיסה וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ולכאורה אין דבריו מובנים, שהרי בכל סימנים הקודמים שקיל וטרי הש"ך אליבא דהני פוסקים דס"ל כהרא"ש דאין תפיסה מועילה אלא בטענת ברי אם נחשב שטוען ברי כשאומר קים לי כצד אחד בפלוגתא דרבוותא, והש"ך בסי' ע"ט העלה דהוי כטענת ברי, יעו"ש, אולם כאן מצא בתשובת מהר"ד דלא מסתברא ליה דהוי כטענת ברי, ודלא כסברתו, וכתב הש"ך דאין לסמוך על תשובתו מפני שאילו לא אישעמיטתיה כל הני פוסקים כהרי"ף גם הוא היה פוסק דתפיסה בטענת שמא מועילה, וקשה דמה בכך שהיה פוסק כהרי"ף הרי מפורש בדבריו דלדעת הרא"ש לא מסתבר דטענת קים לי הוי כטענת ברי, ועל הני פוסקים דס"ל כהרא"ש אנו דנים.

אלא ביאור הדבר שהש"ך מסברתו ס"ל דטענת קים לי כהני רבוותא הוי טענת ברי, וגם יש לו עוד פוסקים דס"ל כותיה, ומכל מקום לא היה נוח לו כל כך לפסוק כנגד פסקו של המהר"ד שהיה מגדולי הפוסקים, ומצד הסברא היה מונע עצמו מלחלוק על סברת המהר"ד, דאין לדיין אלא מה שענינו רואות, ואינו משועבד לסברת המהר"ד, אבל לא היה מוכן לחלוק על פסקו של המהר"ד, שהוא היה מעמודי הפסק וכל העולם משועבדים להתחשב בפסקיו.

וקאמר הש"ך שאינו צריך לחשוש לפסקו של המהר"ד, דבודאי אישתמיטתיה כל הנך פוסקים דס"ל כהרי"ף, ואילו ידע מהם גם הוא היה פוסק כהרי"ף, ונמצא דפסקו היה בטעות, ואינו צריך לחשוש לו, ואין הכי נמי דמבואר מדברי מהר"ד סברתו דלדעת הרא"ש דתפיסה מועילה רק בטענת ברי אין טענת קים לי נחשבת טענת ברי, סברת הש"ך אחרת היא, ואין לדיין אלא מה שענינו רואות, כמש"נ.

הש"ך הוכיח מדברי המהר"ד בתשובות אחרות דס"ל דטענת קים לי הוי כטענת ברי, והביא דבריו לענין הא דאמרינן בכתובות (דף צו.) אמר רבי אלעזר אלמנה שתפסה מטלטלין במזונותיה מה שתפסה תפסה, יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: מה שתפסה תפסה

ולא מפקינן מינה ואף על גב דפסקינן הלכתא בפרק מציאת האשה (לעיל דף סט): ממקרקעי ולא ממטלטלי הואיל ותפסה תפסה עכ"ל, יעו"ש, ואין תפיסה זו מדין תפיסה במקום ספק, אלא שחכמים התקינו לה דאע"ג דאין דינה לגבות אלא ממקרקעי, אם תפסה מטלטלין גובה מן המטלטלין שבידה, ונחלקו הראשונים אם כן הוא הדין גם למטלטלין שתפסה לאחר מיתה.

וכתב הש"ך בשם המהר"ד וז"ל: ואית לן למיעבד עובדא דאפילו תפסה לאחר מיתה מה שתפסה תפסה, דאפילו דנימא דהוי פלוגתא אי תפיסה דלאחר מיתה הוי תפיסה כיון דהיא תפוסה ומוחזקת לא מפקינן מינה, דמצי אמרה קים לי כהני רבוותא דקאמרי דתפיסה דלאחר מיתה הוי תפיסה וכו' ולית לן למימר דמאי דאמרינן דמצי המוחזק למימר קים לי כהני היינו בשאר דוכתי אבל היכא דהפלוגתא הוי אי החזקה והתפיסה הויא חזקה ותפיסה לא מצי למימר קים לי כהני, דכיון דסוף סוף תפסה והיא מוחזקת היאך מפקינן מינה ומצי אמרה קים לי כמאן דאמר דהך דאנא תפיסנא דהוי תפיסה עכ"ל, יעו"ש, הרי להדיא דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא.

ועיימש"י בהגהות לסי' פ"ג דלא מסתבר שיכול התופס לומר קים כהרי"ף דתפיסה בטענת שמא מועילה, דאינו יכול לומר קים אלא על עצם הבעלות, שהוא בטוח שהצדק עמו והרי הוא הבעלים האמיתי, אבל לאו כל כמיניה לומר קים לי כדעת הרי"ף דתפיסה מועילה בטענת שמא, שהרי דבר זה מסור לבית דין, ולכאורה הנכון כן, ומה שכתב המהר"ד שהאלמנה יכולה לומר קים לי כמאן דאמר תפיסה לאחר מיתה הוי תפיסה הוא ענין אחר, שאינה טוענת קים לי שמוטל על בית דין להניח לה לתפוס מחמת הספק, אלא היא טוענת שיש לה זכות ודאית לגבות מן המטלטלין, שכך תיקנו לה חכמים שתוכל לתפוס גם לאחר מיתה, והרי זה ככל ספיקא דדינא בעצם הממון ולא בהנהגת הבית דין במקום ספק, ואדרבה צריך עיון מה עלה בדעתו שלא תוכל לטעון קים לי כהני היכא דהפלוגתא היא אי החזקה והתפיסה הויא חזקה ותפיסה, והלא הספק הוא בעצם הזכות שלה, כמש"י.

ונראה לבאר עפיש"י בהגהות לסי' פ"ג דכל מי שתפס אפילו בטענת שמא תפיסתו תפיסה, ואלא דהרי"ף והרא"ש נחלקו אם תפיסה בטענת שמא מועילה במקום חזקת מרא קמא, אבל כל שתופס וטוען שרוצה להחזיק הממון מכח הספק הרי זו תפיסה מעליא, וגם הרא"ש מודה דתפיסת ספק מועילה להחזיקו בהפקר דליכא חזקת מרא קמא כנגדו, וכל זה הוא כשהספק בהממון, ואז אמרינן דתפיסתו מספק הויא תפיסה מעליא, כמש"י, אבל באלמנה שתפסה לאחר מיתה הרי הספק הוא בעצם התפיסה, שקודם שתפסה בודאי אין לה שום זכות ממון בנכסי היורשים, ואכן אם תפסה אנו מסופקים אם תקנו לה חכמים שתזכה בהממון שתחת ידה, ונמצא שהספק הוא אם בכלל יש כאן תפיסה מעליא, ובזה לא אמרינן דתפיסה מספק הויא תפיסה.

ומהר"ד דחה סברא זו, דאפילו אם אנו מסופקים אם יש לה תפיסה כלל, עדיין אין לבית דין להוציא הממון מידה, שהרי הדבר ספק אם כשתקנו לה חכמים שאם תפסה תפסה היינו אפילו אם תפסה לאחר מיתה, ודלמא הממון שתחת ידה הוא שלה, וכיון

שאנו מסופקים בכך אין בית דין עושים כלום, וכמו שכתב הרשב"ם בבבא בתרא (דף קסב:) בד"ה תיקו וז"ל: הואיל ואין הדיינים יודעין לפסוק את הדין היו שותקין והמחזיק יחזיק במה שבידו, יעו"ש.

סימן פה

בו יבואר סברת הש"ך לחלק דגם לפי הני שיטות דס"ל דתפיסה אינה מועילה בספק שעלה בתיקו, גבי פלוגתא דרבוותא מועילה תפיסה כיון שתפס קודם שנולד הספק.

הש"ך הביא טעם שני לחלק בין תיקו לפלוגתא דרבוותא, דאפילו להנך שיטות דאין תפיסה מועילה בתיקו עדיין איכא למימר דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא, והוא על פי מה שכתב בסי' ס"ו דאע"ג דהרא"ש ס"ל דתפיסה אינה מועילה בספיקא דדינא, מכל מקום אם תפס בטענת שמא קודם שנולד הספק בספיקא דמציאות תפיסתו מועילה, אבל תפיסה בספיקא דדינא לעולם הוי אחר שנולד הספק, שהרי הספק נולד בשעת חתימת התלמוד.

ועל פי זה חילק הש"ך בין תיקו לפלוגתא דרבוותא וז"ל: 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, אם כן מיד בשעת חתימת הש"ס נולד הספק וכל תפיסה מיקרי תפיסה שלאחר שנולד הספק, וכמ"ש לעיל סימן ז', אבל בפלוגתא דרבוותא שהרי יש ביד הדיין להכריע מן הש"ס או הפוסקים אפילו מסברתו כחד מניהו, ואפילו אירע דין זה פעם אחת ולא היו הדיינים יכולים להכריע, אם יבוא עתה לפני דין אחר יכול להכריע, דהכל תלוי בדיין שבא הדין לפניו, וכמו שכתב מהרש"ל פרק כיצד הרגל סי' ה', וכמ"ש לעיל סימן פ"ב בשם תשובת הגאונים, והוא פשוט מאד, ואפילו אותו דין עצמו יכול להכריע אחר כך, אם כן כל היכא דתפס מיקרי תפס קודם שנולד הספק, שהרי אם היה הדיין מכריע כחד מניהו היה יכולת בידו להורות כן, נמצא שלא נולד הספק עד עת שבא המשפט לפני הדיין ואין בידו להכריע. וחלוק זה נראה לי ברור ואמתי עכ"ל, יעו"ש.

וקשה טובא, דמה לי אם הדיין יכול להכריע כהני מהפלוגתא דרבוותא או כהני, הרי מיד איכא הספק היאך יכריע, ונמצא שקדמה הפלוגתא דרבוותא ללידת הספק, וכן הקשו האורים ותומים והקונטרס הספיקות, יעו"ש.

אולם נראה דהש"ך ס"ל דיש כאן שני ספיקות נפרדים, מיד שנולד הספק איכא להסתפק היאך ידון הדיין כשיבא הדין תורה לפניו, ואין ספק זה שייך להפלוגתא דרבוותא, שהרי הדיין יכול להכריע אפילו מן הש"ס, כמו שכתב הש"ך, כנ"ל, ולא איכפת לו בהמחלוקת הפוסקים, שיש רשות להדיין להכניס ראשו בין ההרים הגדולים ולפסוק הדין לפי סברתו, ואינו משועבד בהם, ואם כן הספק הוא מה יפסוק הדיין ולא הפלוגתא דרבוותא, והרי מיד הספק שיש להסתפק הוא היאך יפסוק הדיין, ולגבי ספק זה הרי תפיסתו תפיסה לאחר שנולד הספק, שלא קדמה תפיסתו לחלות הספק. אולם כשהדיין שתק ולא ידע היאך לפסוק נסתלק הספק הראשון, שהרי לבסוף נתעכב מלפסוק או כצד זה או כצד זה, ורק אז חל הספק שעל ידי הפלוגתא דרבוותא, ובאותה שעה הממון כבר מוחזק ביד התופס, והרי תפיסה קודם שנולד הספק.

סימן פו

בו ידון במה שהש"ך הביא ראייה דתפיסה בפלוגתא דרבוותא נחשבת קודם שנולד הספק ממה שכתה מהר"י' לב בתשובות דתפיסה מועילה למי שגזם ואיים על חבריו.

הש"ך כתב בסי' פ"ה דתפיסה בפלוגתא דרבוותא נחשבת תפיסה קודם שנולד הספק משום שהדיין יכול להורות לפי מה שענינו רואות ואינו משועבד לדברי הרבוותא, ועיימש"נ בהגהות שם, וכאן הביא ראייה לסברתו ממה שכתב מהר"י' לב בתשובות במעשה שראובן גזם ואיים על שמעון שיביאו לפני ערכותיהם מחמת הגניבה, ומחמת זה הוצרך לפשר עמו ונתן לו שני אלפים ות"ק לבנים, ועתה טוען שמעון שהיה אנוס ורוצה שיחזיר לו מעותיו.

וכתב המהר"י וז"ל: כיון שראבי"ה ומהר"ם ס"ל דעביד אינש דגזים לא הוה הגזומים והאיומים אונס, ואף על גב דר"ח חלוק עליהם מצי אמר ראובן קים לי כראבי"ה ומהר"ם כיון שהוא מוחזק והמעות תחת ידו וכדאמרינן ארעא היכא דקיימא תיקום זוזי היכא דקיימי לוקמו, ואם לחשך אדם לומר דהויה תפיסה לאחר שנולד הספק ולא מהני ולא מידי כדמוכח פרק קמא דמציעא גבי תקפו כהן ובפרק בית כור וכו' הא נמי ליתא 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 לי כמהר"ם וראבי"ה עכ"ל, יעו"ש. וכתב הש"ך וז"ל: והא התם נתן לו המעות אחר שגזם ואיים אותו, אם כן נולד הספק דפלוגתא דראבי"ה ומהר"ם קודם שתפס ואפילו הכי ס"ל דמיקרי תפס קודם שנולד הספק, והיינו על כרחך מטעמא דפרישית כיון דאלו היה הדיין מכריע עכשיו כראבי"ה ומהר"ם או כר"ח לא הוי ספיקא בדבר, אם כן בתר השתא אזלינן והוי תפס קודם שנולד הספק עכ"ל, יעו"ש, ולמד הש"ך דהתפיסה הועילה לראובן כיון שתפס קודם שנולד הספק, שהרי כל דיין שיבואו לפניו יכול לכריע כרצונו לפי הבנתו. אולם יש להבין היאך פירש הש"ך מה שכתב המהר"י שאדרבה נולד הספק אחר התפיסה ואחר נתינת מעות מיד שמעון לראובן וכו', כנ"ל, ומהו כפל הלשון לאחר תפיסה ולאחר נתינת המעות, דמשמע שאלו הם שני ענינים, ולדעת הש"ך שעת התפיסה ושעת נתינת המעות חדא מלתא נינהו.

אכן נראה דהמהר"י לא אמר דינו אלא בההיא דגזם ואיים, דמחלוקת הראבי"ה והר"ח אינה אם נתינת המעות הוי נתינת, דלמה יעלה על דעתינו שאינה נתינה מפני שהיה אנוס, ומאן ידע אם באמת גנב ממנו, ופחד שיתבענו לערכאות ולכן פשר עמו ונתן לו מה שנתן, ולמה תיסק אדעתין שהיה אנוס, ואכן אם בא לפנינו וטען שהיה אנוס מפני הגיזום והאיום, אז נחלקו הפוסקים אם נאמן לטעון כן, הראבי"ה ומהר"ם ס"ל דאינו נאמן, והר"ח ס"ל דזוהי טענה מעליא ומתנתו חוזרת, אבל קודם שטען אין כאן ספק כלל, אלא הטענה גורמת חלות הספק, ורק באותה שעה שטען חל הספק למפרע

על הנתנית מעות דמעיקרא אם היתה באונס, אבל קודם הטענה אין כאן מקום לספק כלל, ומסתברא דאם מת שמעון ולא טען שהנתניה היתה באונס, לכולי עלמא אין יורשיו יכולים לתבוע מראובן שיחזיר להם המעות, דלמה תיסק אדעתין שהנתניה היתה באונס אם לא טען כן.

ואין זה דומה להא דלכולי עלמא אין תפיסה מועילה היכא דליכא דררא דממונא ובלי טענותיהם אין ספק לבית דין, וכמו שכתב הנמוקי יוסף, הובאו דבריו לעיל סי' נ"ג, יעו"ש, דכל זה הוא היכא דבעצם ליכא ספק, ואלא דזה טוען הכי וזה טוען הכי, ואין ידוע לנו מי אומר אמת ומי משקר, ואין לזה תורת ספק שתועיל בו תפיסה, אבל הכא נחלקו הפוסקים בדינא דטענת אונס מחמת גיזום ואיום אם היא טענה מעליא או לא, ואין הנידון כאן על איזה אדם פרטי אם הוא משקר או לא, אלא על הטענה שטען אם יש לה תורת טענה, והרי זה ספיקא דדינא, והספק של דררא דממונא הוא בעצם הטענה, כמשי"נ.

והיינו מה שכתב המהר"י דאדרבה הספק חל אחר התפיסה, דהיינו בשעה שטען וחל הספק ונעשה ראובן תפוס, אבל קודם לכן לא היה ספק, ונמצא שלא תפס אחר חלות הספק, וכל שכן שחל הספק לאחר נתנית המעות, דאז לא היה ספק כלל, כמשי"נ, ומשום הכי הויא לה תפיסתו קודם שנולד הספק ומועילה, אבל היכא דמיד בשעת מעשה חל ספק על ידי פלוגתא דרבוותא שפיר יש לומר דתפיסתו הוי קודם שנולד הספק, ודלא כסברת הש"ך.

והש"ך הקשה על דברי המהר"י וז"ל: אך קשה שבספר א' סי' ס"ז גבי מעשה דיעקב שנותן נכסיו לאשתו 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 זה את זה וצריך עיון עכ"ל, יעו"ש, אולם לפי דברינו ליכא סתירה בדברי המהר"י כלל, דלא אמר דינו אלא בטוען לאחר זמן שהיה אנוס, ורק אז נולד הספק לאחר שכבר היה הממון תפוס בידו, אבל דהספק חל שעל ידי פלוגתא דרבוותא חל מיד בעצם העובדא, ולא למפרע על ידי טענות לאחר זמן, אז אין התפיסה נחשבת קודם שנולד הספק ואינה מועילה, ודלא כסברת הש"ך.

ובסוף דבריו כתב הש"ך וז"ל: ומכל מקום לענין דינא נראה לי עיקר כמו שכתבתי למעלה דבפלוגתא דרבוותא מהני תפיסה בכל ענין מכל הנך טעמי שכתבתי למעלה ושכתוב לקמן, דהא מדברי מהר"י בן לב אין ראיה כיון דדבריו סותרים זה את זה, וגם מדברי מהר"י טראני סימן קכ"א נראה להדיא דלדעת מהר"י י' לב מהניא תפיסה בפלוגתא דרבוותא, וכמו שאכתוב לקמן סי' ק' ועיין שם, ועוד שבדברי מהר"י י' לב ספר ג' דף פ"ב ע"ג מבואר דאפילו בתיקו מהני תפיסה, והבאתי לשונו לעיל סי' ע"א, וכל שכן בפלוגתא דרבוותא וכו' עכ"ל, יעו"ש, ולפי דברי הש"ך נתוספו הסתירות בדברי המהר"י, דבמקום אחד כתב אחד כתב דתפיסה מועילה הפלוגתא דרבוותא,

ובמקום אחר כתב דאינה מועילה, ולפי דברי המהרי"ט מבואר דהמהר"י ס"ל דתפיסה מועילה אפילו בתיקו.

אבל לפימש"נ אין דבריו בפלוגתא דרבוותא סותרים אלו את אלו, דלא אמר דתפיסה מועילה אלא כשנולד הספק רק על ידי טענתו בפני בית דין, אבל אם יש פלוגתא דרבוותא בעצם המעשה אין תפיסה מועילה, וגם מה שמבואר מדברי מהרי"ט דלדעת המהר"י תפיסה מועילה בתיקו יש ליישב, ועיימש"נ בהגהות לסי' פ' שיש סברא לומר להיפך, דאפילו אם תפיסה בטענת קים לי מועילה בתיקו אינה מועילה בפלוגתא דרבוותא, וכל דברי המהר"י מיושבים.

סימן פז

בו יובאו דברי הש"ך דתפיסה אינה מועילה בתיקו כיון דדיין שפסק טעה בדבר משנה, אבל בפלוגתא דרבוותא יכול לפסוק, ויתיישב למה לפי הרא"ש תפיסה מועילה בתיקו.

הש"ך הוסיף להביא טעם דאפילו מאן דאמר אין תפיסה מועילה בבעיא דעלתה בתיקו מודה דמועילה בפלוגתא דרבוותא וז"ל: הטעם השלישי נראה לי דיש חילוק גדול בין תיקו לפלוגתא דרבוותא, משום דבתיקו לדעת האומר כן דלא מהני תפיסה, ודאי אי טעה הדיין ופסק לשלם בדין דסלקא בתיקו הוי טעה בדבר משנה וחוזר, כיון דסלקא בש"ס בתיקו והוא פסק נגד הש"ס לכך מפקינן מיניה, וכן כתב הנמוקי יוסף וכו' מה שאין כן בפלוגתא דרבוותא אי עביד הדיין כחד מינייהו קם דינא, וכמבואר לקמן סי' פ"ח מן הש"ס פרק כל הנשבעים וכו', וכן כתבו התוס' פרק המוכר את הבית (דף סב:), וליכא מאן דפליג בהא והוא דבר פשוט ומבואר מעצמו, אם כן כיון דאילו עבד הדיין כן מה שעשה עשוי ואין כאן טעות, אם כן פשיטא דמהני תפיסתו מטעם עביד איניש דינא לנפשיה, דמצי למימר הדין עמי ואני הוא הדיין ועושה דין לעצמי וכו' עכ"ל, יעו"ש, ועיימש"נ בהגהות לסי' צ"ח לבאר דברי הש"ך.

הש"ך חילק בין תפיסה בבעיא שעלתה בתיקו לתפיסה בספק שיש בו פלוגתא דרבוותא, דתפיסה מועילה משום דעביד איניש דינא לנפשיה, ולכן בפלוגתא דרבוותא שיכול הדיין לפסוק או כמר או כמר יכול התובע לתפוס ולומר קים לי כמר, ואני עומד במקום דיין, אבל בתיקו הרי אין הדיין יכול לפסוק כצד זה או כצד זה, שהרי חכמי התלמוד הכריעו שהדבר ישאר בספק, ודיין שפסק כצד אחד של הבעיא טעה בדבר משנה ודינו חוזר, ודבר זה פשיטא ליה דודאי כן הוא, וכיון שהדיין אינו יכול לפסוק כאחד מצדדי הבעיא גם התובע אינו יכול לתפוס בטענת קים לי ולעבוד דינא לנפשיה. אולם קשה לפי זה מה שכתב הש"ך בסי' כ"ו בשיטת הרא"ש לענין תפיסה בבעיא דעלתה בתיקו, דאם הבעיא היא בתשלומי קנס אין תפיסה מועילה, שהרי אין דנים דיני קנסות בבבל, וכיון דתפיסה מועילה מדין עביד איניש דינא לנפשיה, אם כן בקנסות שאין דנים בבבל גם התפיסה אינה מועילה, אבל אם הבעיא היא בדיני ממונות, והרי שפיר דנים דיני ממונות בבבל, גם התופס יכול לעשות דינא לנפשיה, ולפי מה שכתב הש"ך שהדבר ברור דדיין שפסק כצד אחד בתיקו הרי זה טועה בדבר משנה ודינו חוזר, אם כן גם בתיקו דדיני ממונות לא יוכל הדיין לפסוק הדין, ולמה מועילה תפיסה מדין עביד איניש דינא לנפשיה.

ונראה דחלוק הא דאין דנים דיני קנסות בבבל מהא דבעיא שעלתה בתיקו אין הדיין יכול לפסוק כצד אחד ממנה, דהנה הא דדיין יכול לפסוק הדין הוא משום דכתיב עד האלהים יבא דבר שניהם, שהתורה נתנה לו הכח לפסוק הדין, בין בדיני ממונות בין בדיני קנסות, ועל כולו בעינן סמוכים, ובבבל ליכא סמיכה אלא אמרינן שליחותיהו דדייני ארץ ישראל עבדינן, ובקנסות לא אמרינן שליחותיהו קעבדינן, כמו שמבואר בבבא קמא (דף פד:), יעו"ש, ונמצא דדיין בבבל מופקע מלדון דיני קנסות, ואין לו

עליהם תורת דיין כלל, ולכן אין תפיסה מועילה, דגם אין בזה דין עבד איניש דינא לנפשיה.

מה שאין כן דיין שפסק בבעיא שעלתה בתיקו אינו מופקע מלהיות עליה דיין, שהרי בעצם אין נפקא מינה בין בעיא שעלתה בתיקו לפלגותא דרבוותא, דבין כך ובין כך יש ספק בהדין והספק שקול הוא, ואלא דבמקום שעלה הבעיא בתיקו תיקנו חכמי התלמוד שבעיא זו תישאר בספק, ובפלגותא דרבוותא לא תיקנו שתישאר בספק, ומאיזה טעם שיהיה בחרו לתקן כן בבעיא שעלתה בתיקו ולא בפלגותא דרבוותא, והרי העיכוב בפסק הדין אינו מצד עיקר הדין, כגון שחסר לו סמיכה, אלא מסבה צדדית שתיקנו שלא לפסוק הדין בבעיא זו, ואם הדין עבר על התקנה ופסק הרי משום הא גופא הוה ליה טועה בדבר משנה ודינו חוזר, אבל כיון דמצד עיקר דינו להיות דיין לא חסר לו מיד, אין תיקו דדיני ממונות מופקע מפסק דין, ולכן תפיסה מועילה מדין עבד איניש דינא לנפשיה, ומה שתיקנו חכמי התלמוד שאין להכריע בבעיא דתיקו אין זה אלא מנמוסי בית דין, ואין זה מעכב התובע מלתפוס.

ובאמצע דבריו כתב הש"ך וז"ל: ועוד דאפילו טעה בשקול הדעת דהיינו שיש מחלוקת תנאים ואמוראים ולא נפסק הלכה כאחד מהם והוא פסק כאחד מהם וסוגיא דעלמא אזלא כאידך, מה שעשה עשוי, וכמו שנתבאר בפוסקים פרק אחד דיני ממונות (דף לג.) ובטור ושו"ע ריש סימן כ"ה, ואף על גב דאיתא התם כמה גווני דהדין חוזר בשקול הדעת לדעת הרמב"ם וסייעתו, היינו בטעה בשיקול הדעת דהיינו דסוגיא דעלמא אזלא כאידך הלכך הדין חוזר, אבל היכא דאין סוגיא דעלמא כאידך רק שניהם שקולים פשיטא ופשיטא דפשיטא דקם דינא לכולי עלמא וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ובהא דאמרינן מה שעשה עשוי וישלם מביתו בטעה בשיקול הדעת איתא בטור סי' כ"ה שהוא משום קנס, דטעה בדבר משנה הרי דינו בטל מעיקרו, דלאו דינא הוא, אבל בטעה בשיקול הדעת אין דינו בטל מעיקרו, ואכן היה הדין יכול לחזור מדינו ולבטלו, אבל חכמים קנסו אותו שלא יוכל לחזור בו, ומשום הכי צריך לשלם מביתו, וכל זה הוא לגבי הדין עצמו שטעה בשיקול הדעת, אבל התופס בטענת קים לי כדעה זו תפיסתו מועילה אף כשסוגיא דעלמא כנגדו, דכיון דאילו היה הדין דן כן לא היתא דינו בטל מעיקרו יכול התופס לעבוד דינא לנפשיה וקם דינא, ועיין מה שכתב הש"ך לקמן סי' צ' דתפיסה מועילה משום קם דינא, יעו"ש.

סימן פח

בו יתיישב מה שכתב הש"ך דאין להוכיח מדברי בעל התרומות אם דתפיסה מועילה בתיקו, והלא מוכח ממה שכתב דתפיסה מועילה משום דבדיין לא מהדרין עובדא.

הש"ך הביא ראייה לטעם השלישי וז"ל: וראיה ברורה לזה דהא אפילו הר"ן והריב"ש דס"ל דלא מהני תפיסה בתיקו, וכמשי"נ לעיל סי' ע"ג משמם, מכל מקום בפלוגתא דרבוותא ס"ל דמהני תפיסה מהך טעמא, וכן הבעל התרומות מסתמא קאי בשיטת הרמב"ן, שהרי הוא תלמיד חבר של הרמב"ן ובכל מקום נמשך אחרי שיטתו, והרי הרמב"ן ס"ל בתיקו לא מהני תפיסה, וכמשי"נ סי' ע"ג, ואפילו הכי ס"ל דפלוגתא דרבוותא מהני תפיסה מהאי טעמא, ואף אם נאמר דהבעל התרומות לא דיבר שום דבר בתיקו, מכל מקום מוכח מדבריו דמהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא מטעם זה וכמו שאבאר עכ"ל, יעו"ש.

ועיקר הוכחת הש"ך היא מדברי הרמב"ן שאמר בפירוש דאין תפיסה מועילה בתיקו, והבעל התרומות לא אמר מידי בתיקו, ואם כן נקטינן בסתמא דאזיל בשיטת הרמב"ן רבו וגם הוא ס"ל דאין תפיסה מועילה בתיקו, ומכל מקום ס"ל דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא, ואולם אפילו אם אין להוכיח שהבעל התרומות ס"ל דאין תפיסה מועילה בתיקו, מכל מקום יש לנו על כל פנים ראייה דס"ל דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא.

והנה הש"ך הוכיח כטעם השלישי דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא מהך טעמא דכיון דהדיין יש לו לפסוק כמאן דבעי גם התופס עביד דינא לנפשיה, כנ"ל, מהא דאמרינן בשבועות (דף מז.) פליגי רב ושמואל ורב אלעזר, דרב ושמואל ס"ל מת לוח בחיי מלוה ואחר כך מת מלוה אין יורשיו נשבעין ונוטלין דאין אדם מוריש שבועה לבניו, ורב אלעזר ס"ל יורשיו נשבעין שבועת היורשים שלא פקדנו אבא כו' ונוטלין, ומסקינן התם (דף מח.): דעבד כרב ושמואל עבד דעבד כרב אלעזר עבד.

והביא דברי בעל התרומות שער י"ד ח"ב סעי' ז' וז"ל: ומסתברא דאי קדמי יתמי המלוה ותפסי מנכסי דיתמי דלוה אף על גב דמת לוח בחיי מלוה כיון דתפיס לא מפקינן מיניה מידי, דכיון דאסיקנא דדינא דעבד כרב אלעזר לא מהדרין עובדא מיניה וקיימא לן בעלמא דעביד אינש דינא לנפשיה, הוה ליה כמאן דאזיל לבי דינא ודנו לו כרב אלעזר וכיון דתפס תפס עכ"ל, יעו"ש, וכן כתב נמי הר"ן שם דתפיסה מועילה.

ויש להקשות על מה שכתב הש"ך בתחלת דבריו דמעצם דברי הבעל התרומות אין להוכיח מהי שיטתו לענין תפיסה בתיקו, והלא מדברי הבעל התרומות שהביא הש"ך בהמשך דבריו מבואר דלדעת בעל התרומות אין תפיסה מועילה בתיקו, שהרי כתב דכיון דאסיקנא דדיין דעבד כרב אלעזר לא מהדרין עובדיה, בזה אמרינן דעביד אינש דינא לנפשיה ואין מוציאים, והיוצא לנו לפי זה דבעינא דעלמא בתיקו אין תפיסה מועילה, שהרי אם דיין פסק כצד אחד של הבעינא הרי זה נחשב כטועה בדבר משנה

ודינו חוזר, כמו שכתב הש"ך בסי' פ"ז דזהו מלתא דפשיטא, יעו"ש, ואם כן לא שייך בזה דין עביד איניש דינא לנפשיה.

ונראה ליישב דבריו עפ"י ש"י בהגהות לסי' פ"ז בישוב שיטת הרא"ש דתפיסה מועילה משום דעביד איניש דינא לנפשיה, וקאמר נמי דתפיסה מועילה בתיקו בדיני ממונות, ונתבאר דלדעת הרא"ש הא דקבעו חכמי התלמוד דבעיא דתיקו תישאר בספק היא תקנה צדדית, והדיין שפסק הוי כטעה בדבר משנה על עבירת התקנה ולא על עצם הספק, וכיון שאין הספק מופקע מלהיות עליו פסק דין שפיר שייך בו דין עביד איניש דינא לנפשיה, ולפי זה אין להוכיח מדברי הבעל התרומות מאי ס"ל בתפיסה בתיקו.

עוד הביא הש"ך דברי הריב"ש סימן ע"ח וז"ל: ועוד דהא דרב ושמואל פליג עליהו רב אלעזר התם ואמר יורשים נשבעין שבועת היורשים ונוטלים, ואסיק ש"ס התם דדינא דעבד כרב ושמואל עבד דעבד כרב אלעזר עביד אלא דלכתחלה דיינין כרב ושמואל, ובנדון זה שיורשי מלוה מוחזקין בחצר הממושכנת בידם אפילו לכתחלה מגבינן להו החצר, וגם הרמ"ה ז"ל כתב שאם קדמו יורשי המלוה ותפסו מנכסי הלוה אף על פי שמת לוה בחיי מלוה אין מוציאין מידם, כל שכו בכאן שהלוה עצמו החזיק המלוה בחצר שהדין נותן שיגבוהו לו לכתחלה עכ"ל, יעו"ש.

ומבואר דתפיסה מועילה בקרקע ממושכנת וגם באינה ממושכנת, והיאך שייכת תפיסה מן היתומים אם לא בקרקע הממושכנת, הלא אם במטלטלין הדין הוא דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי, ואם בקרקע הרי לעולם בחזקת בעליה עומדת, כדאיתא בבבא מציעא (דף קב:), יעו"ש, ואלא כונתו לתפיסה על ידי דבר אחר, כמו שכתב בסי' פ"ט ולקמן בסי' ק"ח-ק"יג, יעו"ש.

סימן פט

בו יבוארו דברי הש"ך דהתרומת הדשן פסק דאלמנה יכולה לתפוס בטענת אין אדם מוריש קנס לבניו משום שיכולה לטעון כהנך דעות דלא גרסי דעבד כרב אלעזר עבד.

הש"ך הביא ראייה דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא, ובסוף דבריו כתב וז"ל: ואל תשיבני דהא יש פוסקים דאפילו תפסה האלמנה אמרינן אין אדם מוריש שבועה לבניו וכדאיתא בתרומת הדשן סימן ש"ל ובדברי מהרמ"א בהג"ה ריש סימן צ"ו, יש לומר דהיינו משום דס"ל כהר"י הלוי ורב האי גאון שהבאתי דהך דרב אלעזר ליתא כלל, או אפשר דכיון דלכתחלה מוכרחים אנחנו להורות כרב ושמואל ס"ל דלא מהני תפיסה כיון דהדיין צריך להכריע כרב ושמואל, אבל ודאי כל הפוסקים מודים בהא דהיכא דאיכא פלוגתא דרבוותא ואין כאן הכרעה כלל מהני תפיסה עכ"ל, יעו"ש.

ויש להקשות היאך יכולה האלמנה לתפוס בטענת קים לי כרב האי גאון, והלא נחלקו הראשונים אם גרסינן בגמרא דעבד כרב אלעזר עבד, ואם לא גרסינן הרי נפסקה ההלכה כרב ושמואל דאין אדם מוריש שבועה לבניו, והיאך יכול התופס לומר קים לי שכך היתא הגירסא בגמרא.

אולם זה לא קשה, דרב האי גאון דאמר דהא דעבד כרב אלעזר עבד ליתא אין זה מפני שכך היתה הגירסא בהספקים שלפניו, אלא הסברא היתה כל כך פשוטה לו שמתוך כך ראה לשבש הספרים, אבל בעיקר מחלוקת הפוסקים היא בסברא ולא בגירסא, ויכול התופס לומר קים לי כסברת הנך פוסקים.

סימן צ

בו יבוארו דברי המבי"ט שתפיסה מועילה בטענת קים לי כהרי"ף דבשטרי אקנייתא בעינן מטא לידיה לבסוף, ומכל מקום לא אמרינן קם דינא ויכול האחר לחזור ולתפוס.

הש"ך הוכיח מדברי המבי"ט בתשובות ח"ב סי' קמ"ג דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבנותא מטעם השלישי וז"ל: וזה לשונו שם, אלא דאהני ליה לאחיה מה דתפיס משלה ויכול לומר קים לי כהני רבנן אחרינא 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 בית דין, אדרבה בית דין הוי דייני כהני רבנן רברבי, אלא משום דהיא תפסה מהניא לה כדאמרה קים לי, ולהכי אם תפס הוא משלה אחר כך הדר דינא כמה דהווי דייני דייני, ודמי למי שכפר בחבירו ונשבע דאם אחר כך תפס חבירו משלו ונשבע שהוא חייב לו ונשבע לשקר מהניא ליה, כמו שכתבו המפרשים ז"ל, וכן דמי למת לוח בחיי מלוה ואחר כך מת מלוה דדיינינן כרב ושמואל דאין אדם מוריש שבועה לבניו ומאן דעבד כרב אלעזר עבד, ואפילו הכי כתבו המפרשים דאי תפס הוי תפיסה עד כאן לשונו עכ"ל, יעו"ש.

המבי"ט מיירי בעובדא שאשה אלמנה נתנה מתנה לבנה בשטר אקנייתא אבל לא הגיע השטר לידו, שנחלקו בזה הראשונים, דלענין דין עדיו בחתומין זכין לו בעינן דמטא לידו לבסוף, כדאיתא בבבא מציעא (דף יג.), יעו"ש, ואכן בשטרי אקנייתא כמעט כל הפוסקים ס"ל דלא בעינן מטא לידו לבסוף, והרי"ף בתשובות כתב דגם בשטרי אקנייתא בעינן מטא לידיה, כמו שכתב הש"ך בהמשך דבריו, ורק לדעת הרי"ף לא קנה בן האשה, ובת האשה תפסה בטענת קים לי כדעת הרי"ף, וכתב המבי"ט דהבן יכול לחזור ולתפוס ממנה, דלא אמרינן קם דינא אלא כשזוכה מכח פסק בית דין, ובמקום פלוגתא דרבנותא לא היו בית דין דנים כצד אחד, ולא אמרינן קם דינא, וכל שכן בנידון דבת האשה שתפסה, דרוב פוסקים ס"ל כנגדה, דבית דין היו דנים כדעת רוב הפוסקים.

והביא המבי"ט שתי ראיות שיכול בן האשה לחזור ולתפוס, ולא אמרינן קם דינא במקום דאין ההלכה ברורה בשעתה, כמו ביבמות (דף לז:), יעו"ש, חדא הביא מה שפסק הטור בסי' פ"ז סעי' ל' דמי שנשבע שבועה דאורייתא או שבועת היסת ויצא מבית דין זכאי, והתובע תפס ממנו בלא עדים ונשבע שהנתבע חייב ונשבע לשקר, כיון שיש לו מיגו שהיה יכול לטעון לא היו דברים מעולם אין מוציאים מידו, ולא אמרינן קם דינא כשהנתבע נשבע בראשונה, דכיון שנולד ספק בטענתו, ואין בשבועתו הכרעה מוחלטת, לא אמרינן קם דינא.

ועוד הביא ראיה ממת לוח בחיי מלוה, דרב ושמואל ס"ל דאין אדם מוריש שבועה לבניו ואין בני המלוה גובים, ורב אלעזר ס"ל דמוריש שבועה ובני המלוה גובים בשבועה, ועבד כמר עבד ועבד כמר עבד, כדאיתא בשבועות (דף מח:), יעו"ש, ולרוב פוסקים דנים כרב ושמואל, ומכל מקום אם תפסו בני המלוה אין מוציאים מידם, כמו

שכתב הש"ך בסי' פ"ח, יעו"ש, ובני הלוח הם תפוסים בממונם לענין הך פלוגתא דרבוותא, ולא עוד אלא רוב פוסקים כותייהו, ומכל מקום לא אמרינן קס דינא כיון שעדיין הממון מוטל בספק.

ומה שהש"ך הביא ראיה מתשובות המבי"ט אין זה לענין מה שהעלה בראיות דלא אמרינן קס דינא במקום שאין הכרעה מוחלטת בשעתו, אלא לענין מה שעולה מדבריו דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא, ובת האשה שתפסה אין מוציאים מידה, ואם חזר הבן ותפס ממנה בטענת קים לי כרוב הפוסקים אין מוציאים מידו, דתפיסתו מועילה, ולא עוד אלא אמרינן קס דינא על ידי תפיסתו ושוב אינה יכולה לחזור ולתפוס ממנו. ומבואר דדין תפיסה תלוי במה שהיה הדיין עושה, דאם היה הדיין פוסק כרוב הפוסקים אז היינו אומרים קס דינא כפסקו, וגם על ידי תפיסה אמרינן קס דינא, ואם היה הדיין פוסק כמיעוט הפוסקים הרי זה נחשב כמו שטעה בשיקול הדעת, דסוגיא דעלמא דהפוסקים היא כנגד פסקו, ואע"ג דמכל מקום נחשב פסק לא אמרינן קס דינא, ובעצם היה יכול הדיין לחזור אלא דקנסו חכמים שיהא מה שעשה עשוי וישלם מביתו, ועיימש"נ בהגהות לסי' פ"ז, וכיון שכן אם תפס בטענת קים לי כמיעוט הפוסקים התפיסה מועילה כאילו דן כן הדיין, אבל לא אמרינן קס דינא כיון דבעצם דין כזה חוזר, כמש"נ, והש"ך פליג עליו וס"ל דאין התפיסה מועילה כלל בעובדא דהמבי"ט, דשיטת הרי"ף היא דעת יחיד כנגד כל חכמי ישראל, ולא מהני בזה קים לי כלל, והוי כמו טעה בדבר משנה דאינו דין כלל.

ומסתברא לפי דעת המבי"ט דכמו שהאח יכול לחזור ולתפוס מן אחותו שתפסה ממנו, כמו כן יכול לחזור ולתובעה בבית דין, כיון דלא הועילה תפיסתה לעשות קס דינא, וכל דלא קס דינא יכול לחזור לבית דין והם ידונו לו כדעת רוב הפוסקים, אולם אינו צריך לטרוח להזמינה לבית דין, דאם רוצה יכול לתפוס ממנה.

ובסוף דבריו כתב הש"ך וז"ל: 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 עכ"ל, יעו"ש, והנה הש"ך כתב בריש סימן ע"ט שיש שלשה טעמים להא דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא, הראשון מפני שהתופס נחשב כטוען ברי על ידי אחר במה שסומך על הפוסק דס"ל כותיה, טעם השני מבואר בסי' פ"ב דהוי תפיסה קודם שנולד הספק, וטעם השלישי מבואר בסי' פ"ז דכיון דדיין יכול לפסוק כאחד מן הרבוותא גם התופס עביד דינא לנפשיה, כנ"ל.

וכתב הש"ך דאם עלה ספיקא דדינא חדשה שלא הוזכרה בש"ס ופוסקים תפיסה מועילה לפי הטעם דהוי תפיסה קודם שנולד הספק כיון שדיין יכול לפסוק בו הדין, או לפי הטעם דעביד איניש דינא לנפשיה, דכיון שהדיין יכול לפסוק הדין גם הוא יכול לפסוק הדין לעצמו, אבל טעמא דברי על ידי אחר לא שייך בספק חדש ששום אמורא או פוסק לא אמר בו כלום, ואין להתופס במי לתלות תפיסתו.

והדגיש הש"ך דבעינן שהספק החדש בא לפני הדיין, כנ"ל, ואין התופס יכול מעצמו להסתפק בדינא, ולתפוס מן המוחזק בטענת קים כצד אחד של הספק, דמאן יימר

דאית כאן ספק כלל, דלמא אם יבא לפני הדיין יאמר שאין שום צד כדעת התופס, ומה שאמר קים לי הוא דברים בטלים, ואכן אם בא הספק ל הדיין ולא ידע מה לפסוק הרי זה ספק מעליא, ולטעם השני והשלישי יכול לתפוס, אבל לטעם הראשון לא.

סימן צא

בו ידון במה שהוכיח הש"ך מדינא דמורדת שתפסה בלאות אין מוציאים מידה דגם מאן דס"ל דאין תפיסה מועילה בתיקו מודה דמועילה בפלוגתא רבוותא.

איתא בכתובות (דף סג:) כלתיה דרב זביד אימרדא הוה תפיסא חד שירא יתיב אמימר ומר זוטרא ורב אשי ויתיב רב גמדה גביהו יתבי וקאמרי מרדה הפסידה בלאותיה קיימין וכו' והאמר רב כהנא מיבעיא בעי רבא ולא פשיט איכא דאמרי יתבי וקאמרי מרדה לא הפסידה בלאותיה קיימין וכו' בעי לה רבא ולא פשיט השתא דלא אתמר לא הכי ולא הכי תפסה לא מפקין מינה לא תפסה לא יהבין לה, יעו"ש.

ורצה הש"ך להוכיח מהתם דפלוגתא דרבוותא דלא איפסקא ההלכה אם תפס אין מוציאים מידו אפילו להנך שיטות דבתיקו מוציאים מידו, ודחה דשאני התם דתפיסה מועילה משום שהיו שלה, יעו"ש, והיינו שהבגדים היו שלה קודם שהכניסה אותם לבית בעלה בנכסי צאן ברזל.

ומה דחשיב ליה פלוגתא דרבוותא היינו הלישנא קמא והאיכא דאמרי, ואע"ג דשתי הלשונות הם לענין היכי הוה עובדא כד הוי יתבי רבנן, מכל מקום לפי לשון ראשון קיימא לן להלכה דהפסידה בלאות קיימים, ולפי האיכא דאמרי קיימא לן להלכה דלא הפסידה, והרי זה פלוגתא דרבוותא, והרי זה כאילו נחלקו רבי אמי אמר רבי יוחנן ורבי אסי אמר רבי יוחנן, דנחלקו במה אמר רבי יוחנן, אכן בודאי הוי פלוגתא דרבוותא.

אולם צריך עיון בדחית הש"ך, דהא טעמא דמאן דס"ל בספיקא דדינא אם תפס מוציאים מידו משום דמניחים הממון ביד המרא קמא, והיאך מחשבינן המורדת מרא קמא במה שהיו שלה קודם שנשאת, והלא קודם שמרדה היו ברשות הבעל, והרי הוא המרא קמא.

ועיין ברמב"ם פ"ד אישות ה"ג וז"ל: המורדת הזאת כשהיא יוצאת אחר שנים עשר חודש בלא כתובה תחזיר כל דבר שהוא של בעל אבל נכסים שהכניסה לו ובלאותיהן קיימים אם תפסה אין מוציאים מידה ואם תפסן הבעל אין מוציאים מידו וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומבואר מדבריו דאם לא היה תפוס שום אחד מהם אין נותנים הבלאות לא לזה ולא לזו, וכל התופס אין מוציאים מידו, אכן יש להבין למה צריך הבעל לתפוס, והלא בכל ספיקא דדינא אמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה, ואין להוציא מהמרא קמא אלא בראיה, ומכל מקום נחלקו הרמב"ם והרא"ש אם יכול האחר לתפוס, הרא"ש ס"ל דמוציאים מידו, ולעולם הממון נשאר ביד המרא קמא, ועיימש"נ בסי' י"ט, אבל הרמב"ם ס"ל דאין המרא קמא מוכיח שום דבר בצדדי הספק, אלא מניחים הממון ביד המרא קמא מפני שהוא נחשב התפוס, ולא נוציאנו מידו, אבל אם תפס אין מוציאים מידו, דלא עדיף הראשון מן השני, ואם כן למה לא נימא כן נמי בספק בלאות קיימין שתהיינה נשארים ביד הבעל, שהוא המרא קמא קודם שנולד הספק, ואם תפסה המורדת אין מוציאים מידה.

ונראה דבספק בלאות קיימין למורדת לא נתברר כל כך מי הוא המרא קמא, שמצד אחד הבעל הוא המרא קמא שקנה אותן קנין ודאי ככל נכסי צאן ברזל, אמנם מצד אחר יש לומר שהמורדת היא המרא קמא, שהרי היתה לה זכות ודאית לקבל הבלאות קיימין לכשתגרש, וכשאנו דנים על הבלאות קיימין ביד מי הן תפוסין אין הדבר מבורר, דאולי הבעל תפוס מפני שהיו שלו, ואולי המורדת תפוסה מפני שהיא מוחזקת בזכותי נכסי צאן ברזל, ולכן אין לשום אחד מאלו תורת מרא קמא, דהא בספיקא דדינא אין בהמרא קמא שום הוכחה לגבי עצם הספק שנאמר איזו חזקת מרא קמא עדיפא, ורק דכיון שהממון בספק הנכון הוא להניחו הממון במקומו ולא לעשות כלום, והרי מצד אחד מקום הממון הוא אצל הבעל, ומצד שני אצל האשה, כמש"נ, ולכן מניחים הממון כמות שהוא בלי בירור מקומו, וכל שתפס אין מוציאים מידו.

וכן מדויק בלשון הגמרא לא תפסה לא יהבינן לה, כנ"ל, והיה לו לומר לא תפסה המוציא מחבירו עליו הראיה, ולמה תיסק אדעתין דיהבינן לה דהוצרך לומר לא יהבינן לה, אלא מבואר דגם היא יש לה חזקת מרא קמא, כמש"נ, והיה אפשר לומר דחזקת מרא קמא דידה עדיפא מחזקת מרא קמא דידה, קמשמע לן דלא עדיפא ולא יהבינן לה.

ולפי זה אין להוכיח מסוגיא זו דבפלוגתא דרבוותא אם תפס אין מוציאים מידו, דאפשר לומר דהיינו משום דלשניהם יש חזקת מרא קמא, כמש"נ, והרי זה כמו הפקר דמודה הרא"ש דאם תפס אין מוציאים מידו, ועיימש"נ בסי' י"ט אות ג', אבל בשאר פלוגתא דרבוותא שלאחד יש חזקת מרא קמא ולהאחר ליכא, שפיר אפשר לומר דאם תפס מוציאים מידו, ואולי לזה נתכוון הש"ך.

סימן צב

בו יוכיח דמאי דסלקא דעתיה להש"ך דאין תפיסה מועילה היכא דאיכא שני לשונות או מחלוקת אמוראי ולא איפסקא הלכתא דומה למה שכתב לענין בעיא דלא איפשטא.

כתב הש"ך וז"ל: הגם שהיה אפשר לומר דדוקא בפלוגתא דרבוותא בין הפוסקים מהני תפיסה כיון דלאותו פוסק הדין ברור הוא כן, מה שאין כן באיכא דאמרי בש"ס או היכא דפליגי תרי אמוראי בש"ס ולא איפסקא הלכתא כחד מנייהו, כיון דהשתא אין לשום פוסק הדין ברור כיון שבש"ס לא הכריעו מי יכריע, מכל מקום אין נראה לי לחלק וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ונראה דסברא זו דומה למה שכתב הש"ך בסי' ט' וז"ל: דלא מצינו בכל הש"ס בעיא דלא איפשטא דלא קאמר בתר הכי תיקו אלא כשרוצה למפשט הבעיא ודחי לה וסקיל וטרי אליבא דהבעיא אבל כל היכא דליכא אלא בעיא לחוד ותו לא מידי קאמר בש"ס תיקו וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומבואר מדבריו לפי סברתו שם דכל היכא דבעיא לא איפשטא כונת בעלי התלמוד שתישאר בתיקו, אלא דלפעמים קאמר תיקו ולפעמים לא קאמר תיקו, כגון היכא דסקיל וטרי, אבל אע"פ דלא קאמר תיקו המכוון הוא שתישאר בספק, וכמו כן יש לומר בכל פלוגתא דאמוראי דאם בגמרא לא איפסקא ההלכה רצו בעלי התלמוד שהענין ישאר בספק, ואכן לא נראה לו להש"ך לומר כן.

סימן צג

בו יובאו דברי הרא"ש בשם מהר"ם רבו דבפלוגתא אוקי ממונא ביד המוחזק וראיתו מפרק חזקת הבתים, ויבוארו דבריו כפי הבנת מהר"י י' לב ומהר"א י' ששון.

כתב הש"ך ז"ל: ועוד יש להוכיח מדברי הרא"ש גופיה דתפיסה מהני בפלוגתא דרבוותא, שכתב בתשובות סוף כלל א' וזה לשונו ואף אם נחלקו רבינו שמואל ור"י ובעל העיטור על שאר רבותינו בנתינת קטן פחות מבין שלש עשרה בנתינת נכסים שלו, כך קבלתי מפי רבינו מאיר ז"ל היכא דאיכא פלוגתא דרבוותא לא מפקינן מספק ואוקי ממונא אחזקתיה, והכי אמרינן בחזקת הבתים (דף לב:): הלכתא כותיה דרבה בארעא וכותיה דרב יוסף בזוזי עד כאן לשונו, ויש לדקדק מה צריך לקבלתו של רבינו מאיר או לראיה מפרק חזקת הבתים, פשיטא דכיון דספיקא הוא אין להוציא מיד המוחזק דהא כל הש"ס מלא מזה המוציא מחבירו עליו הראיה עכ"ל, יעו"ש.

והוכחת הש"ך מדברי הרא"ש בתשובות לא נתבררה אלא בסי' צ"ה אחר כל פלפולו בסימן זה ובסי' צ"ד, יעו"ש, דלפי פשוטו המהר"ם לא מיירי בתפיסה אלא במי שמוחזק בממונו במקום דאיכא פלוגתא דרבוותא.

והש"ך המשיך בדבריו ז"ל: וראיתי בתשובות מהר"ר יוסף י' לב ספר שלישי ס"ס ק"ב נתקשה בזה וכתב וזה לשונו צריך לעיין במה שקבל הרא"ש מרבו מהר"ם דמצי המוחזק לומר קים לי כהני, במאי קמיירי, אי איירי במחצה במחצה אמאי איצטרעך לקבלת מהר"ם, כיון דבתיקו דממונא אזלינן לקולא דנתבע ולא עבדינן כסומכוס דקאמר ממון המוטל בספק חולקין אפילו דתרוייהו שמא לא גרע ספיקא דרבוותא מתיקו דש"ס, ואי אמרינן דמאי דקבל ממהר"ם היינו דאפילו דהוי מיעוטא דרבוותא דמצי למימר המוחזק קים לי כהני, אם כן מאי ראייה מייתי מההיא דרבה ורב יוסף דהתם הוי מחצה במחצה. ועלה בדעתי לומר דכיון דבכולה ש"ס הלכה כרבה (ב"ב דף קיד:) והכא משום חזקה פסקינן כרב יוסף היכא דקיימו זוזי לוקמי הוה ליה כמיעוט לגבי רובא וכו' עכ"ל, יעו"ש.

והנה המהר"ם לא הזכיר שהמוחזק אומר קים לי, אבל מהר"י י' לב הבין בדבריו שהוא טוען קים לי, דאם אינו טוען קים לי בצד אחד בהפלוגתא דרבוותא, ומיירי דהפלוגתא דרבוותא הוי מחצה על מחצה, והדיין בדרך כלל אינו יודע להכריע מסברת עצמו, אם כן פשיטא דאין מוציאים ממון מן המוחזק, דלית לן כסומכוס דחולקים, ואלא צריך לומר דמהר"ם מיירי בפלוגתא דרבוותא דהוי רוב כנגד מיעוט, ועל הדיין לפסוק הדין כרוב הדעות, ומכל מקום אם המוחזק אמר קים לי כסברת המיעוט אין מוציאים מידו, דלא גרע מתופס מן המוחזק בטענת קים לי כמיעוט הפוסקים דאין מוציאים מידו, כמש"נ בסי' צ', יעו"ש, ועיין לקמן סי' צ"ד שהש"ך העיר בדברי מהר"י י' לב מנא ליה דמהר"ם מיירי באומר קים לי, ובסי' צ"ה כתב דזה היה קבלה ביד הרא"ש, יעו"ש.

והרא"ש הביא ראייה לדברי מהר"ם דהמוחזק יכול לטעון קים לי במקום דאיכא

פלוגתא דרבוותא מסוגיא דחזקת הבתים (דף לב.) ההוא דאמר ליה לחבריה מאי בעית בהאי ארעא אמר ליה מינך זבינתא והא שטרא אמר ליה שטרא זייפא הוא גחין ולחיש ליה לרבה אין שטרא זייפא הוא מיהו שטרא מעליא הוה לי ואירכס ואמינא אינקיט האי בידאי כל דהו אמר רבה מה לו לשקר אי בעי אמר ליה שטרא מעליא הוא אמר ליה רב יוסף אמאי סמכת אהאי שטרא האי שטרא חספא בעלמא וכו', יעו"ש, ונחלקו רבה ורב יוסף אם מיגו המבוסס על אמירת דבר שקר מתחלה הוי מיגו, ומסיק שם רב אידי בר אבין דהלכתא כרבה בארעא וכרב יוסף בזוזי, דאוקי ממונא ביד המוחזק, ולפי ביאור המהר"י י' לב מחלוקת רבה ורב יוסף הוי כרוב כנגד מיעוט ומוקמינן ממונא בחזקתה, אולם יש לעיין מנליה דמיירי התם כשהמוחזק טוען קים לי. ויש לומר דאם אינו טוען קים לי למה נוקים ממונא אחזקתיה, למה לא יפסוק הדיין כרבה, כמשי"נ, אכן נראה דאין זה רק אוקימתא דמיירי שטוען קים לי, אלא בהך מיגו שנחלקו בו רבה ורב יוסף לעולם הבעלי דבר טוענים קים לי, דבעל שטרא זייפא טוען שיש להאמינו כיון שהיה יכול לומר שטרא מעליא, והיינו כרבה דס"ל דמיגו כזה הוי מיגו, וכל בעל דבר שטוען כן הרי הוא אומר קים לי אע"פ שאינו יודע שזו היא סברת רבה, ואידך טוען שטרא זייפא ואין להאמינו, והרי בעצם הוא אומר סברת רב יוסף, דסמכת על חספא בעלמא, ונמצא שטוען קים לי כסברת רב יוסף.

ומהר"י י' לב הקשה על ביאורו בראית הרא"ש מפרק חזקת הבתים וז"ל: אבל מדברי רשב"ם לא משמע הכי שהרי הוא ז"ל כתב ואע"ג דפסקינן הלכה כרב יוסף בשדה וכו' מכלל דבכולי ש"ס הלכה כרבה וכו' יעוין שם עכ"ל, יעו"ש, ודברי הרשב"ם הם בשלהי הסוגיא שם וז"ל: דכיון דלא אתברירו טעמיהם של רבה ורב יוסף המוציא מחבירו עליו הראיה וגבי זוזי שהלוח מוחזק ולא בעל השטר אמרינן יביא בעל השטר ראיה ויטול דהיכא דקיימא ארעא תיקום ולא נוציא מספק וכן זוזי היכא דקיימי ליקום וכן הלכה ואף על גב דפסקינן הלכה כרב יוסף בשדה ענין ומחצה (לקמן דף קיד:) מכלל דבכולי גמרא הלכה כרבה ולא כרב יוסף והכא פסקינן הלכה כרב יוסף לא קשיא דהא בהך פלוגתא נמי פסקינן כרבה עכ"ל, יעו"ש.

ומבואר מדברי מהר"י י' לב דלדעת מהר"ם מוקמינן ממונא בחזקת מריה בפלוגתא דרבוותא רק כשטוען קים לי כהני פוסקים, ואם כן על כרחך לא מיירי במחצה על מחצה דמוקמינן בחזקת מריה אפילו כשטוען שמא.

וטובא יש לעיין היכן ראה מהר"י י' לב ראיה מדברי הרשב"ם כנגד סברתו דהואיל ובכולה ש"ס הלכה כרבה אם כן בפלוגתייהו בההיא דפרק חזקת הבתים הוה רב יוסף כמיעוט לגבי רובא, ובהמשך דבריו הביא הש"ך מה שכתב מהר"א י' ששון לבאר דברי מהר"י י' לב, ונתוכח עמו, ועיימש"נ שם בהגהות, ואולי יש לבאר דברי מהר"י י' לב באופן אחר.

ונראה דמה שכתב מהר"י י' לב דדעת רב יוסף כלפי דעת רבה הוי כמיעוט פוסקים כלפי רוב פוסקים כונתו בזה דכמו דאמרינן שכחה של שיטת הרוב אלים מכחה של שיטת המיעוט, כמו כן כח שיטת רבה אלים מכח שיטת רב יוסף כיון שיש לנו כלל בכל

הש"ס דהלכה כרבה, ואכן בעובדא דחזקת הבתים קאמר בגמרא דלא אזלינן בתר הכלל דבכולי ש"ס הלכה כרבה, דעובדא דשטרא זיפא אירע לאחר שקבעו דהלכה כרב יוסף בשדה ענין ומחצה, ומכלל הן אתה שומע לאו דבכולי ש"ס הלכה כרבה, וקבעו בעלי התלמוד דהך עובדא חדשה, שאין לנו הדרכה מכללי הפסק היאך לפסוק, אמרינן הלכתא כרב בקרקע וכרב יוסף בזווי, ולעולם מוקמינן ממונא ביד המוחזק. ואולם אע"פ שאין לנו הדרכה היאך לפסוק הרי על ידי הא גופא דבכולי ש"ס הלכה כרבה תהא שיטתו נחשבת כרובא כנגד שיטת רב יוסף, והרי מבואר דבספק ממון שיש בו פלוגתא דרוב רבוותא כנגד המיעוט רבוותא מוקמינן ממונא ביד המוחזק, שהרי בעובדא זו כח רבה עדיף כיון דהיה לנו לומר הלכה כמותו כמו בכולי ש"ס, ומכל מקום קבעו בעלי התלמוד דהלכתא כרב יוסף בזווי, ומוקמינן ממונא בחזקת המוחזק מכח דעת רב יוסף, וכנגד הא דקיימא לן בכולי ש"ס דהלכה כרבה. והרשב"ם הקשה היאך מוקמינן זווי בחזקת המוחזק כרב יוסף, והלא קיימא לן דרבה ורב יוסף הלכה כרבה, ועל זה תירץ דכיון דהכא פסקינן נמי כרבה אין זה כנגד הכלל דבכולי ש"ס הלכה כרבה, ונמצא דבעובדא דשטרא זיפא לא שייך הכלל דהלכה כרבה, ושוב אין לדעת רבה בהך עובדא כח נוסף על דעת רב יוסף, ואם כן אין מחלקתם כרוב כנגד מיעוט.

והש"ך הביא דברי מהר"א י' ששון שפירש סברת מהר"י י' לב וז"ל: דכיון שבכל מקום הלכה כרבה לגבי רב יוסף לבד מקצת הלכות דהלכתא כרב יוסף לגבי דרבה, אם כן נמצא שיש כאן רוב הלכות כרבה ומיעוט כרב יוסף, ועם כל זה אנו פוסקים ואומרים כן שאע"פ שזאת ההלכה היה מהדין לומר שהוא מהרוב דהלכתא כרבה עם כל זה אנו אומרים שהוא מאותו המיעוט דהלכתא כרב יוסף משום שהוא מוחזק כן נראה לי, ובודאי שזאת היא כונת הרב הגדול מהר"י י' לב ז"ל עכ"ל, יעו"ש. ולכאורה נראה מדברי מהר"א י' ששון שהבין בדברי מהר"י י' לב דמחלוקת רבה ורב יוסף הוי כרוב ומיעוט, דהיינו דומיא דדין כל דפריש מרובא פריש, שהרי בעלי התלמוד קבעו דהלכה כרב יוסף בשדה ענין ומחצה, ובכולי ש"ס מלבד הני תלתא מקומות הלכה כרבה, והשתא אירע עובדא דשטרא זיפא, ונתעורר ספק אם כזה הוי מיגו או לא, ונחלקו בזה רבה ורב יוסף, ולא קבעו בעלי התלמוד הלכה בעובדא זו, ואכן יש לנו לומר זיל בתר רובא, ושייכת הלכה זו לרוב ההלכות שבהן הלכה כרבה. ויש להקשות דלמה לא אמרינן בזה דכל קבוע כמחצה על מחצה, כמו בתשע חנויות כולן מוכרות בשר שחוטה ואחת מוכרת בשר נבלה ולקח מאחת מהן ספיקו אסור ובנמצא הלך אחר הרוב, כדאיתא בפסחים (דף ט:), יעו"ש, ואולי יש לומר דכשאירע עובדא חדשה אין זה נחשב שנולד במקום הקביעות אלא הוי כנמצא.

ואחר כך ביאר מהר"א י' ששון קושית המהר"י י' לב על סברתו מדברי הרשב"ם ז"ל: ועוד כתב הרב ז"ל שם אבל מדברי רשב"ם ז"ל לא משמע הכי כו', והנה הרב ז"ל לא ביאר כונתו, אבל נראה לי שכונתו ז"ל היא זאת דמדקאמר רשב"ם ז"ל לא קשיא דהא

בהך פלוגתא נמי פוסקים כרבה עד כאן, משמע דלא ס"ל דהכא הוא מטעם דאזלינן בתר מיעוטא כיון שהוא מוחזק, דאם הוה ס"ל הכי מאי מקשה ומאי מתרץ? הרי אף על גב דהוי מיעוטא נקטינן כמיעוטא, אלא ודאי דמשמע דס"ל ז"ל דלא אזלינן בתר מיעוטא, אלא דטעמא דפסקינן הכא כרב יוסף בהא היינו משום דסוף סוף בהא פלוגתא נמי פסקינן כרבה הא לאו הכי לא פסקינן וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ולמד מהר"א י' ששון דאם כסברת מהר"י י' לב דהתם יכול המוחזק לומר קים לי כסברת המיעוט, אם כן מאי מקשה הרשב"ם מהא דקיימא לן דבכולי ש"ס הלכה כרבה כנגד רב יוסף, הא יכול לומר קים לי כרב יוסף שהוא המיעוט, ואם אינו יכול לטעון קים לי כהמיעוט, מאי מתרץ דהכא פסקינן נמי כרבה, הרי עדיין הוא מחזיק כהמיעוט.

אבל קשה על מאי דקאמר מאי מקשה הרי יכול לומר קים לי כהמיעוט, כל זה הוא בפלוגתא דרבוותא דלא איפסקא הלכתא, ורוב דעות ס"ל כצד אחד ומיעוט כצד השני, אבל היכא דאיפסקא הלכתא בגמרא בפירוש בודאי אין שום דין או תופס יכול לומר קים לי כצד השני, וצריך עיון.

סימן צד

בו ידון בהא דקיימא לן רבה ורב יוסף הלכה כרבה אם הוא מכללי הפסק או אם חכמי התלמוד הסכימו לדבריו בכל מקום בפרט, ויבאר דבזה נחלקו הרשב"ם ומהר"י ל' לב.

הש"ך הביא בסימן הקודם דברי מהר"ם דבפלוגתא דרבוותא מוקמינן ממונא ביד המוחזק, ומה שהרא"ש הביא ראייה לדבריו מסוגיא דבבא בתרא (דף לב:) בעובדא דמחזיק שאמר אין שטרא זייפא הוא ושטרא מעליא הוה לי ואירכס דנחלקו רבה ורב יוסף אם כהאי גונא הוי מיגו ואמר רב אידי בר אבין דהלכתא כרבה בקרקע וכרב יוסף בזוזי, יעו"ש, הרי דבפלוגתא דרבוותא מוקמינן אחזקה, והביא נמי דברי מהר"י ל' לב, ודברי מהר"א ל' ששון שביאר דבריו, דמהר"ם מיירי בפלוגתא ברבוותא דרוב כנגד מיעוט, ומכל מקום מוקמינן הממון בחזקת המוחזק, והראיה לכך מההיא דבבא בתרא הוי כרוב כנגד מיעוט כיון דבכל מקום רבה ורב יוסף הלכה כרבה, ומכל מקום מוקמינן הממון בחזקת המוחזק, וזהו דלא כדברי הרשב"ם שם בהסוגיא, יעו"ש.

והקשה הש"ך וז"ל: אבל באמת כל דברי מהר"י בן לב ומהר"א ל' ששון אינם שוים לי בזה, מלבד הדוחק שנצטרך לומר דהרא"ש הוא נגד הרשב"ם וכמו שכתבו הם עצמם, ועוד דמאי ראייה מייתי הרא"ש, הא יש לומר כמו שכתב רשב"ם. ועוד דבפרק מי שאחזו (דף עד:) אמרינן ההוא גברא דאמר ליה לאריסיה כולי עלמא דלו תלת דלוותא ואכלי ריבעא את דלי לי ארבעה ואכול תילתא לסוף אתא מיטרא אמר רב יוסף הא לא דלה רבה אמר הא לא איצטרכא לימא רב יוסף דאמר כרבנן ורבה דאמר כרשב"ג ותיסברא והא קיימא לן הלכתא כותיה דרבה ובהא אין הלכה כרשב"ג כו', ואם איתא מאי פריך הא התם מוקמינן בחזקת בעל הקרקע שהוא מוחזק ולא יהיב לאריסיה אלא ריבעא ולכך לא קיימא לן כרבה בהא וכו' עכ"ל, יעו"ש, ובעל הקרקע נחשב מוחזק על הפירות שהוציא האריס כיון שהוא מוחזק בהקרקע שיצאו ממנה, כמו שכתב הש"ך לעיל בסי' מ"ה, יעו"ש.

ודברי הרשב"ם הם בשלהי הסוגיא שם וז"ל: דכיון דלא אתברירו טעמיהם של רבה ורב יוסף המוציא מחבירו עליו הראיה וגבי זוזי שהלוח מוחזק ולא בעל השטר אמרינן יביא בעל השטר ראייה ויטול דהיכא דקיימא ארעא תיקום ולא נוציא מספק וכן זוזי היכא דקיימי ליקום וכן הלכה ואע"ג דפסקינן הלכה כרב יוסף בשדה ענין ומחצה (לקמן דף קיד:) מכלל דבכולי גמרא הלכה כרבה ולא כרב יוסף והכא פסקינן הלכה כרב יוסף לא קשיא דהא בהך פלוגתא נמי פסקינן כרבה עכ"ל, יעו"ש.

ויש להבין למה הש"ך לא הקשה על דברי הרשב"ם מסוגיא דגיטין דפריך התם דהלא הא דקיימא לן הלכתא כרבה סותר להא דקיימא לן דהלכה כרבנן בצידן דאין האשה יכולה לקיים התאי על ידי זוזי, וסלקא דעתיה דלפי זה גם אין האריס יכול לקיים תנאו על ידי המטר שנפל מן השמים, והלא לדברי הרשב"ם שפיר יכולים לפסוק כרב יוסף אם לפעמים פסקינן גם כרבה, ואם כן מאי פריך שם בגיטין, והלא שפיר איכא למימר דפסקינן כרב יוסף שאזיל בשיטת רבנן דצידן, ואין זה סותר להא

דקיימא לן הלכתא כרבה, כיון דבמקום מוחזק קיימא לן כותיה, גם יש להבין למה לא הקשה על דברי הרא"ש גם בלי פירושם של מהר"י ל' לב ומהר"א ל' ששון, ומהי הקושיא לפי דבריהם.

והנה יש להסתפק בהא דאמרינן דרבה ורב יוסף הלכה כרבה חוץ משדה ענין ומחצה דהלכה כרב יוסף, אם היינו כלל בדרכי הפסק שקבעו לנו חכמי התלמוד, כמו דאמרינן בכתובות (דף יג.). הלכתא כרב נחמן בדיני רב ששת באיסורי, יעו"ש וברי"ף, דסמכין על סברת רב נחמן בדינים, וכן נמי כללא היא דלעולם סמכין על סברת רבה כנגד סברת רב יוסף חוץ משלשה מקומות שראו חכמי התלמוד לנטות אחר סברת רב יוסף כיוצאים מן הכלל, או דלמא אין זה כלל בדרכי הפסק, אלא שחכמי התלמוד דנו על כל פלוגתא דרבה ורב יוסף בפרט, ובשלשה מהם הסכימו לדברי רב יוסף, ובכל השאר הסכימו לסברת רבה.

ונפקא מינה אם נחלקו רבה ורב יוסף בעובדא שאירע אחר שקבעו חכמי התלמוד דרבה ורב יוסף הלכה כרבה, ועלה מן העובדא דיון חדש בהלכה שעדיין לא עסקו בה בעלי הש"ס, אם נאמר דהלכה כרבה הוא כלל בפסק שבדרך כלל יש לסמוך על דעת רבה כנגד דעת רב יוסף, גם בזה יש לפסוק הלכה כרבה, אבל אם הא דהלכה כרבה הוא משום שדנו חכמי התלמוד בכל פלוגתייהו, וברובם ראו להסכים לדעת רבה, אם כן בפלוגתא חדשה אין לנו הדרכה מחכמי התלמוד, שהרי עדיין לא דנו באותו ענין.

ומדברי מהר"א ל' ששון בביאורו לדברי מהר"י ל' לב מבואר כצד השני, דבעובדא דמחזיק שאמר אין שטרא זייפא הוא אבל שטרא הוה לי ואירכס לא אמרינן שבוה אמרו חכמי התלמוד שהלכה כרבה, אלא אין ידוע לנו היאך לפסוק, ואמרינן דכיון דברוב מקומות הלכה כרבה יש לנו לילך אחר הרוב, ואכן אם יש מוחזק כצד המיעוט מוקמינן הממון בחזקתיה, והיינו משום שלא דיברו חכמי התלמוד במיגו המבוסס על שקר גלוי, ולא אמרו בזה רבה ורב יוסף הלכה כרבה, אבל אילו היה הא דקיימא לן רבה ורב יוסף הלכה כרבה כלל בדרכי הפסק שיש לסמוך על דעת רבה כנגד דעת רב יוסף, כמו הלכה כרב נחמן בדיני, בודאי גם בעובדא חדשה יש לסמוך עליו ולפסוק כמותו, ושוב לא איכפת לן במי הוא המוחזק, שהרי יש לנו בזה הלכה פסוקה.

ואולם מדברי הרשב"ם מבואר כצד הראשון, דאם כצד השני לא היה מקשה מהא דקיימא לן דבכולי ש"ס הלכה כרבה ולא כרב יוסף, דהא עובדא דשטרא זייפא מעורר דיון חדש בדיון מיגו המבוסס על שקר גלוי, ובהא שפיר איכא למימר שלא אמרו בזה חכמי התלמוד מידי, וגם מה שתירץ אינו כלום, דמה לנו דפסקין הלכתא כרבה בקרקע, והלא יש לנו לפסוק הלכה פסוקה כרבה כיון שברוב פעמים הלכה כמותו, והיינו מה שכתב מהר"א ל' ששון מאי מקשה ומאי מתרץ, כנ"ל בסי' צ"ג, יעו"ש.

אלא מבואר דהרשב"ם ס"ל דהא דקיימא לן דרבה ורב יוסף הלכה כרבה הוא מכללי הפסק שעלינו לקבל דעת רבה כנגד דעת רב יוסף חוץ מהשלשה יוצאי מן הכלל, וכיון שלא נודע לנו שעובדא דשטרא זייפא יוצא מן הכלל עלינו לפסוק הלכה פסוקה כרבה, והיאך אמר רב אידי בר אבין דמוקמינן הממון ביד המוחזק, וכן מדויק

בלשונו שכתב ואע"ג דפסקינן הלכה כרב יוסף בשדה ענין ומחצה (לקמן דף קיד:) מכלל דבכולי גמרא הלכה כרבה ולא כרב יוסף והכא פסקינן הלכה כרב יוסף, כנ"ל, דעיקר הקושיא היא על הא דפסקינן כרב יוסף בזווי, והכלל מורה לנו שדעת רב יוסף בטל כנגד דעת רבה, והרי פסקו של רב אידי בר אבין מנגד להכלל דרבה ורב יוסף אין הלכה כרב יוסף, ועל זה תירץ דהכלל הוא דאין לפסוק כרב יוסף בהחלט כשרבה חולק עליו, אבל אם אין הפסק בהחלט כרב יוסף, אלא דמוקמינן קרקע ביד המוחזק כרבה, ובזווי ביד המוחזק כרב יוסף, אין פסק כזה מנגד למה דקיימא לן דרבה ורב יוסף הלכתא כרבה.

ולפי זה אין להקשות על דברי הרשב"ם מהא דפריך בגיטין והלא קיימא לן דרבה ורב יוסף הלכה כרבה, ובעובדא דאיצטלא דצידן כבר יש לנו פסק מוחלט מחכמי התלמוד דהלכה כרבנן ולא כרבן שמעון בן גמליאל, ולפי ההוא אמינא היינו ממש כסברת רב יוסף גבי אריס, והלא יש לנו סתירה בין הא דקיימא לן הלכה כרבנן בצידן ובין הא דקיימא לן בכללי הפסק דרבה ורב יוסף אין הלכה כרב יוסף, ולא איכפת לן מי הוא המוחזק, וגם אין להקשות על דברי הרא"ש דהרי שפיר יש לומר דהרא"ש ס"ל כדברי רשב"ם, שהרי דוחק לומר דהרא"ש הוא נגד הרשב"ם, כמו שכתב הש"ך, כנ"ל, ובהמשך דבריו בסי' צ"ה יציע הש"ך פירוש אחר בדברי הרא"ש, יעו"ש.

אמנם למהר"י י' לב כפי פירושו של מהר"א י' ששון שפיר יש להקשות מסוגיא דגיטין, דהרי לדבריהם ליכא כלל מדרכי הפסק דרבה ורב יוסף הלכה כרבה, אלא הא דקיימא לן דרבה ורב יוסף הלכה כרבה היינו שחכמי התלמוד דנו בכל פלוגתייהו, ובכל פלוגתא ופלוגתא בפרט הסכימו לדעת רבה חוץ משלשה מקומות שהסכימו לדעת רב יוסף, כמש"נ, וקודם עובדא דאריס לא מצינו שרבה ורב יוסף נחלקו היאך לפסוק בעובדא דאיצטלא בצידן, והשתא שנחלקו באריס, וסלקא דעתן דהיינו הך כמו איצטלא דצידן, עלינו לפסוק כרבה משום דברוב מקומות פסקו חכמי התלמוד כמותו, אם כן מאי פריך בגמרא דזה סותר למה שנפסק דאיצטלא דצידן יוצא מן הכלל דבכל מקום הלכה כרבן שמעון בן גמליאל, דהכא הלכה כרבנן, והלא בעל השדה מוחזק בממונו, ובמקום מוחזק אין הולכים אחר רוב מקומות, ואם כן ליכא פירכא.

אולם יש להקשות דגם לפי המהר"י י' לב איכא פירכא, דהרי לפי מאי דסלקא דעתן דאריס ואיצטלא היינו הך נמצא דרבה פסק כרבן שמעון בן גמליאל באיצטלא, והרי זה סותר למאי דפסקו חכמי התלמוד כרבנן, והתם אין המחלוקת לענין ממון אלא לענין קיום התנאי בגירושין, ואין שם מוחזק כנגד הרוב, ועדיין איכא סתירה בין הא דקיימא לן רבה ורב יוסף הלכה כרבה ובין הא דנפסק ההלכה כרבנן באיצטלא.

ונראה דלדעת המהר"י י' לב אין סמיכות על מה שפסקו כרבה ברוב מקומות מוכרחת, ואם יש מוחזק כנגד הרוב לא אזלינן בתר הרוב, ובאריס באמת איכא שני דברים המנגדים להרוב, חדא הוא המוחזק, ועוד איכא ההלכה פסוקה שחכמי התלמוד כבר פסקו הלכה כרבנן, והש"ך לא חש להזכיר ענין ההלכה פסוקה, שלא הזכיר מהר"י י' לב אלא דמוחזק מהני שלא נסמך על הרוב, ומשום הכי הקשה ממה שבעל השדה

הוא מוחזק, אבל אילו היינו רוצים ליישב דברי מהר"י ך' לב דעדיין איכא סתירה לענין איצטלא, היה הש"ך דוחה דגם התם איכא הלכה פסוקה כרבנן, וגם זה יכול לעכב שאין לסמוך על הרוב, ואם כן ליכא סתירה כלל, ומאי פריך בגמרא, אבל לדעת הרשב"ם פריך, דהא דקיימא לן דרבה ורב יוסף הלכה כרבה הוא כלל מוחלט בדרכי הפסק, והרי כלל זה סותר למאי דקאמר דבצידן הלכה כרבנן, וכמש"נ.

ואין להקשות מאי מקשה הש"ך על דברי מהר"י ך' לב דהרי התם מוקמינן ממונא ביד המוחזק, דהא מהר"י אמר להדיא דבעינן שהמוחזק יטעון קים לי כהמיעוט, ולא סגי בטענת שמא, והיינו משום דטענת קים לי מאלם המוחזק כנגד הרוב, ובאריס לא מצינו שאמר קים לי, אכן לקושטא דמלתא הרי האריס טוען קים לי, שהוא טוען שיצא ידי חובתו להשקות השדה ארבע פעמים במה שירדו גשמים פעם רביעית, והיינו בדיוק סברת רבה, ונמצא שאמר קים לי כרבה אע"פ שלא שמע מימרא דרבה, ועיימש"נ כן גם לענין שטרא זייפא בהגהות לסי' צ"ג.

סימן צה

בו יבואר פירוש הש"ך בדברי הרא"ש דבפלוגתא דרבוותא מוקמינן ביד המוחזק וראיה שהביא לדבריו ממחזיק שאמר אין שטרא זיפא היא ושטרא מעליא הוה לי ואירכס.

כתב הש"ך וז"ל: אלא נראה לי שקבלת הרא"ש מרבו מהר"ם היתה דאפילו תפס חד מנייהו ואמר קים לי כחד מרבוותא לא מפקינן מנייהו וכו' וכונת 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, ומייתי שפיר ראייה מפרק חזקת, דהא התם משום דמספקא לש"ס הלכתא כרבה או כרב יוסף פסק הלכתא כותיה דרבה בארעא, והא התם אינו מוחזק בקרקע כבר ולא החזיק בה שלש שנים, רק התובע היה מוחזק בה וזה דר בה שלא ברשות, דאם לא כן פשיטא דאפילו רב יוסף מודה דבעל השטר נאמן במגו דאי בעי אמר לא היתה שלך מעולם או מינך זבינתא כשהחזיק בה שלש שנים, וכן מוכח התם בסוגיא ובפירוש רשב"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 עכ"ל, יעו"ש.

ולמד הש"ך דלדעת הרא"ש המהר"ם מיירי בפלוגתא דרבוותא שהיא מחצה על מחצה, ודלא כהמהר"י י' לב דמיירי בפלגתא דרבוותא דאיכא רובא כצד אחד, ולא מיירי מהר"ם לגבי הדיין עצמו, דזה מלתא דפשיטא דהמוציא מחבירו עליו הראיה, כמו שכתב מהר"י י' לב, כנ"ל, אלא מיירי כשהתובע תפס, שכן היתה קבלה ביד הרא"ש, וקאמר דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא, ומה שכתב הש"ך דישאר ביד המוחזק בין אם היה מוחזק בין אם מוחזק מחמת תפיסה, החידוש הוא כשנעשה מוחזק מחמת תפיסה, אבל אם היה מוחזק כבר פשיטא דאין מוציאים מיד. והרא"ש הביא ראייה לדברי מהר"ם מסוגיא דבבא בתרא דמספק מוקמינן הקרקע ביד המחזיק אע"פ שידוע שהמערער הוא המרא קמא, ומבואר דתפיסה מועילה, והמחזיק נעשה מוחזק כנגד המערער על ידי תפיסתו.

וצריכים לבאר למה נחשב המחזיק כתפוס בהקרקע, והלא קרקע בחזקת בעליה עומדת, והמרא קמא הוא לעולם המוחזק, כדאיתא בבבא מציעא (דף קב:), יעו"ש, אלא הדבר מתבאר על פי מה שכתבו התוס' בבבא בתרא בהסוגיא שם (דף לב:): בד"ה הלכתא וז"ל: רבינו שמואל פירש דמספקא ליה כמאן הלכתא וצריך לדחוק ולפרש ולחלק בין ספיקא דתרי ותרי לספיקא דדינא דהא דלא אוקמה בחזקת מרה קמא כמו בנכסי דבר שטיא דאמרינן (כתובות דף כ.). אוקי תרי בהדי תרי ואוקי נכסי בחזקת בר שטיא התם הוו תרי ותרי כמאן דליתנהו דמי ואוקמינן ארעא בחזקת מרה קמא אבל הכא דמספקא לן דינא כמאן התם לא שייך כולי האי למימר אוקמה אחזקת מרה קמא ונוציא מיד המוחזק ודוחק הוא ועוד דהילכתא משמע דלגמרי פוסק כרבה ולא מספק אפי' עבד כרב יוסף בדיעבד לא עבד ונראה לר"י דהיינו טעמא דהלכתא בארעא כרבה וכרב יוסף בזוזי משום דאמרינן מיגו לאוקמי ממונא ואית לן לאוקמי ארעא

בחזקת מרה דקיימא השתא וכו' עכ"ל, יעו"ש, וכיון דאיכא פלוגתא דרבוותא הרי המחזיק נעשה מוחזק על ידי שדר בה חד יומא בלבד.

שוב כתב הש"ך וז"ל: ועוד נראה דמעיקרא לא קשיא מידי ותמהני על מהר"י ל' לב ומהר"א ל' ששון שהרעישו בזה בחנם, דשפיר איצטריך הרא"ש בתשובה ובפסקו פרק אחד דיני ממונות לקבלת רבו מהר"ם ולראיה מפרק חזקת, משום דנהי דקיימא לן בכל דוכתא וכן בתיקו המוציא מחבירו עליו הראיה, היינו משום דהתם פשיטא דאפילו אי עבד הדיין ופסק לשלם במקום דסלקא בתיקו או במקום דהוי המוציא מחבירו עליו הראיה מהדרין עובדא, לפי סברתו דלא מהני תפיסתו בתיקו כמו שכתבתי 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 אפילו בלא ראיה ובלא סברא, דנימא דהוי כמו שודא דדייני, דהא אי עבד הדיין כחד מנייהו קם דינא, וכמו שכתבתי לעיל סי' פ"ז, אם כן הוה אמינא דהוא הדין לכתחילה יכול הדיין לפסוק כאיזה מהם שירצה כי יאמר קים לי כהאי מאן דאמר, לכך אשמועינן הרא"ש שהדיין לא יוציא ממון מספק, ומביא ראיה מפרק חזקת וזה ברור עכ"ל, יעו"ש.

הש"ך הביא ראיה דדיין שפסק כצד אחר בתיקו מהדרין עובדא ממה שפסק הנמוקי יוסף דתפיסה אינה מועילה בתיקו, ואולם לעיל בסי' כ"ו כתב דלדעת הרא"ש תפיסה מועילה בתיקו, ודלא כהנמוקי יוסף, יעו"ש, אלא כונתו דלפי שיטת הנמוקי יוסף דאין תפיסה מועילה בתיקו פשיטא דדיין שפסק כצד אחד של התיקו דינו חוזר, שהרי הדין הוא שלא נעשה מוחזק על ידי תפיסתו, וכן אין להוציא מיד המרא קמא, ודיין שהוציא טעה בדבר משנה ודינו חוזר, ואם כן אפילו נימא דתפיסה מועילה בתיקו, היינו משום שתפיסתו מועילה לעשותו מוחזק אפילו במקום דאיכא מרא קמא, אבל דיין שפסק להוציא מיד המרא קמא במקום שלא תפס התובע ולא נעשה מוחזק, בודאי הוא טעה בדבר משנה ודינו חוזר גם לדעת הרא"ש.

אולם היכא דאיכא פלוגתא דרבוותא והדיין פסק כצד אחד אינו אלא טועה בשיקול הדעת, ואין דינו חוזר, כמש"נ בסי' פ"ז, יעו"ש, ועיימש"נ בהגהות שם, ואם כן הוה אמינא דגם לכתחילה יכול לפסוק כצד אחד בלא ראיה ובלא סברא, וכעין דינא דשודא דדייני גבי שני שטרות היוצאים ביום אחד, כדאיתא בבבא בתרא (דף לה.), יעו"ש, והכי נמי הוי פלוגתא דרבוותא ספק שאי אפשר לבררו, ויכול הדיין לפסוק כאיזה מהם שירצה מדין שודא דדייני, וקאמר המהר"ם דלא אמרינן שודא דדייני אלא בספק במציאות ולא בפלוגתא דרבוותא.

והנה שם בבבא בתרא נחלקו הרשב"ם ור"ת בדין שודא דדייני, הרשב"ם ס"ל דהיינו שידין כפי ראיות עיניו באיזה מהם מוכח שרוצה בו המוכר יותר, ור"ת ס"ל דאינו צריך שום הוכחה, אלא כל מה שירצה יעשה, יעו"ש, ומשמעות דברי הש"ך נוטה לדעת ר"ת, אכן יש לומר דלא נחית להך פלוגתא, ומה שכתב בלי ראיה וסברא כונתו

היינו ראייה וסברא שהם מצד עיקר הדין, אבל יכול לעשות שודא כפי מה שמרגיש שהוא האמת, ואע"פ שאין לו הוכחה גמורה על כך.

ומסיק הש"ך דעל כל פנים לכל הפירושים בדברי המהר"ם והרא"ש, ואפילו אם נאמר דמהר"ם מייירי בהדין עצמו ולא בגונא דתפיסה, עדיין מבואר דהרא"ש ס"ל דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא, שהרי הביא ראייה מהא דרב אידי בר אבין מוקים קרקע ביד המוחזק, ואע"פ שידוע לנו דהמערער הוא המרא קמא, והרי באה הקרקע ליד המחזיק על ידי תפיסה, כמש"נ, אולם צריך דלפי דברי הש"ך דמוקמינן הקרקע ביד המחזיק מדין, למה הוצרך להביא דברי מהר"ם והרא"ש ומהר"י ך' לב, והלא גמרא מפורשת היא דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא.

ואין לומר דלולי דברי הרא"ש היה אפשר לומר דההיא דבבא בתרא מייירי שלא היתה הקרקע ידועה שהיתה של המערער, ודלא כהראשונים שהביא דמייירי שהיתה ידועה, ואע"ג דהאומר שדה זו שלך היתה ולקחתיה ממך נאמן, כדאיתא בכתובות (דף יז:), יעו"ש, מיגו שהיה יכול לומר לא היו דברים מעולם, כמו שכתב הש"ך, ומכל מקום היה רב יוסף אומר דאינו נאמן מפני שאיתרע המיגו כיון שאמר שטרא זייפא הוא, דהרי הרא"ש עצמו הוא מן הראשונים שכתבו דמייירי שהיתה ידועה, כמו שהזכיר הש"ך בתחלת דבריו, ואם כן היה לו להש"ך להביא ראייה מדברי הרא"ש דמייירי בידוע שהיתה של המערער, ואע"פ כן אין מוציאים מיד המחזיק הרי להדיא דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא.

וצריך לומר דלולי דברי המהר"ם והרא"ש היה אפשר לומר דהרא"ש ס"ל כדברי הר"י בבבא בתרא שם בתוס' ד"ה והלכתא שלמד דטעמא דרב אידי בר אבין לא הוי משום ספיקא אלא שראו לפסוק כרבה בקרקע וכרב יוסף בזוזי, ודלא כהרשב"ם שלמד דטעמא דרב אידי בר אבין משום ספיקא, יעו"ש, ואם כן אין להביא ראייה משם דתפיסה מועילה שספק דפלוגתא דרבוותא, וכתב הש"ך וז"ל: דכיון דמייתי ראייה מפרק חזקת אלמא דס"ל כפירוש רשב"ם דכתב שם דמספקא ליה לרב אידי בר אבין טעם של מי משניהם נראה יותר וכו', אם כן הא התם בעל השטר תפס ואינו מוחזק כבר, שהרי הקרקע על כרחך ידועה היתה להתובע תחלה וזה לא החזיק בה שלש שנים, ואפילו הכי מוקמינן לה בחזקת של בעל השטר מחמת פלוגתא דרבוותא עכ"ל, יעו"ש.

ובסוף דבריו כתב הש"ך וז"ל: 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 אם כן אינו יכול לזכות בה אלא מכח פלוגתא דרבוותא, ואם כן בכהאי גונא טענת ברי שלו חשיבא כטענת ספק שהרי מוכרח לומר קים לי כרב יוסף, ואם כן בעל כרחך דבפלוגתא דרבוותא מצי התופס לומר קים לי אפילו אינו טוען ברי וכו' עכ"ל, יעו"ש, וכונתו דבכל תפיסה בפלוגתא דרבוותא התופס טוען שקים ליה כסברא ההלכתית של צד אחד, ובזה יש להסתפק אם קים לי כזה נחשב כטענת ברי, דאולי לאו כל כמיניה להכניס ראשו בין גדולי עולם, אולם בההיא דבבא בתרא הרי הוא טוען ברי על

המציאות ולא על ההלכה, שהרי ברור לו כחמה שלקח הקרקע מן המערער בקנין גמור ושהיא שלו, ואם כן היינו טענת ברי מעליא.

ועל זה תירץ הש"ך דכיון דאילו היה ההלכה פסוקה כרב יוסף היה המחזיק צריך להודות שאין הקרקע שלו מכח ההלכה פסוקה כנגדו, ושוב לא איכפת לן מה היתה המציאות, אם כן אין טענתו ברי אלא מכח מה דאמר שקים ליה כסברת רבה לענין ההלכה, והרי זה ככל תפיסה בפלוגתא דרבוותא שהתופס בא לזכות בדין משום שקים ליה כצד אחד של הספק ההלכתי, ושפיר מוכיח משם דתפיסה בטענת קים לי מועילה בפלוגתא דרבוותא.

ויש שרצו להגיה במה שכתב הש"ך שהרי מוכרח לומר קים לי כרב יוסף, כנ"ל, והכניסו במקומו קים לי כרבה, אכן אין לשבש הספרים, וכונתו שאילו היתה ההלכה פסוקה כרב יוסף היה מוכרת לקבלה ולהודות שאין הקרקע שלו בהחלט מכח ההלכה פסוקה כרב יוסף, ואע"פ שידוע שבמציאות לקחה ממנו בקנין גמור, ואם כן השתא נמי שלא נפסקה ההלכה אין לו אלא טענת קים לי ולא טענת ברי, וכמש"נ.

סימן צו

בו יבואר מה שהש"ך הוכיח דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא ממה שכתבו התוס' דבפלוגתא דרבוותא לא שייך כולי האי לאוקמי בחזקת מרא קמא להוציא ממוחזק.

כתב הש"ך ז"ל: ואין להקשות דהא ס"ל להרא"ש בפרק קמא דמציעא ובפרק שני 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 דרבוותא שאני מכמה טעמים וכמו שכתבתי לעיל סימן ע"ט וסימן פ"ה ופ"ז וכו' עכ"ל, יעו"ש, קושית הש"ך היא על מה שכתב בסי' צ"ה דהרא"ש היה לו קבלה מרבו המהר"ם דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא, והלא שיטת הרא"ש היא דאין תפיסה מועילה אלא אם כן יש לו טענת ברי.

ואע"ג דלפי מה שכתב הש"ך בסי' כ"ו ס"ל להרא"ש דתפיסה מועילה בתיקו דדיני ממונות, ורק בתיקו דדיני קנסות אין תפיסה מועילה, יעו"ש, והיינו משום שיכול לומר קים לי כצד זה של הבעיא, כמו שכתב הש"ך שם ז"ל: דיכול לומר קים לי שהדין עמי ועביד איניש דינא לנפשיה עכ"ל, יעו"ש, אבל הכא כונתו לטענת שמא גמורה, שלא אמר קים לי, ולדעת הרא"ש אין תפיסה בטענת שמא מועילה בשום מקום, לא בתיקו ולא בשאר ספיקות.

ומשמע מדברי הש"ך דהיה אפשר לומר דשאר ספיקות עדיפי מתיקו, דאף אם אין תפיסה בטענת שמא מועילה בתיקו עדיין אפשר לומר דמועילה בספיקות במציאות, ומכל מקום ס"ל להרא"ש דאינו מועילה בשום ספק, ובביאור הדבר יש לומר דבספק שאין המציאות ידוע לא הוי ספק בעצם אלא חסרון ידיעה בעלמא, והיה אפשר לומר שיכול התופס לומר למה יהא הממון מונח אצלך כאילו המציאות לטובתך, למה לא יהא מונח אצלי כאילו המציאות היא לטובתי, וכן היא באמת שיטת הרמב"ם וסיעתו דס"ל תקפו כהן אין מוציאים מידו, כמו שהביא הש"ך לעיל סי' א', יעו"ש, אבל תיקו הרי הוי ספק בעצם, ולא ישתנה המבט על הממון במה שתפס ממנו והכניסו לרשותו, ומשום הכי אין תפיסתו מועילה אלא בטענת ברי, ואכן אין הרא"ש מחלק, אלא ס"ל דתקפו כהן מוציאים מידו, ולעולם אין תפיסה בטענת שמא מועילה.

והש"ך הקשה על הרא"ש דס"ל דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא, כמו שהוכיח לעיל בסי' צ"ג, יעו"ש, והלא הרא"ש ס"ל דלעולם אין תפיסה מועילה אלא בטענת ברי, ובפלוגתא דרבוותא הלא ליכא טענת ברי, ויש לדקדק למה לא קאמר דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא כשאמר קים לי, כמו שתפיסתו מועילה בתיקו דדיני ממונות כשאומר קים לי, וצריך לומר דרק בתיקו יכול לומר קים לי כיון שהדבר נשאר בספק בהתלמוד, אבל בפלוגתא דרבוותא אינו יכול לטעון שברי לו שכן הוא הדין אם יש גדולי הפוסקים כנגדו, ואינו יכול להכניס עצמו בברירות בין ההרים הגדולים, ואפילו אם אומר קים לי אין זה נחשב כטענת ברי אלא טענת שמא, ואם כן קשה להרא"ש דס"ל דתפיסה בטענת שמא אינה מועילה.

ועל זה תירץ הש"ך דדברי הרא"ש מתיישבים על פי השלשה טעמים שכתב בסימנים הקודמים, בסי' ע"ט כתב דאע"ג דטענת קים לי בפלוגתא דרבוותא מצד עצמה אינה נחשבת טענת ברי, מכל מקום נחשבת כברי על ידי אחר, ובסי' פ"ה כתב דתפיסה בפלוגתא דרבוותא נחשבת תפיסה קודם שנולד הספק, ואם כן אינה צריכה טענת ברי, ובסי' פ"ז כתב דמועילה משום דעביד איניש דינא לנפשיה, יעו"ש.

והש"ך הביא סמך לשיטת הרא"ש מדברי התוס' על הא דאיתא בבבא בתרא (דף לב:): אמר רב אידי בר אבין הלכתא כוותיה דרבה בארעא והלכתא כוותיה דרב יוסף בזוזי וכו', יעו"ש, וכתבו התוס' בד"ה והלכתא כוותיה דרבה בארעא וז"ל: רבינו שמואל פירש דמספקא ליה כמאן הלכתא וצריך לדחוק ולפרש ולחלק בין ספיקא דתרי ותרי לספיקא דדינא דהא דלא אוקמה בחזקת מרה קמא כמו בנכסי דבר שטיא דאמרין (כתובות דף כ.). אוקי תרי בהדי תרי ואוקי נכסי בחזקת בר שטיא התם הוו תרי ותרי כמאן דליתנהו דמי ואוקמינן ארעא בחזקת מרא קמא אבל הכא דמספקא לן דינא כמאן התם לא שייך כולי האי למימר אוקמה אחזקת מרא קמא ונוציא מיד המוחזק ודוחק הוא ועוד דהילכתא משמע דלגמרי פוסק כרבה ולא מספק אפילו עבד כרב יוסף בדיעבד לא עבד ונראה לר"י וכו' עכ"ל, יעו"ש.

וקשה דלכאורה סברת התוס' דלא אזלינן בתר חזקת מרא קמא במקום דאיכא פלוגתא דרבוותא היא טעם רביעי להא דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא, ולמה לא כתב הש"ך לעיל ריש סי' ע"ט שיש ארבעה טעמים, ועוד קשה דלמה לא הביא לעיל שם שיטת התוס' בין שאר השיטות להוכיח דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא, ולמה נטר להביאו כאן דרך אגב באמצע הדברים.

אולם נראה דהתם בבבא בתרא אין המחזיק בא לזכות מדין תפיסה, שהרי התם ליכא דררא דממונא בלי טענותיהם לבית דין, והיכא דליכא דררא דממונא אין תפיסה מועילה משום דאם כן לא שבקת חי לכל בריה, כמו שכתב הש"ך בסי' ט"ז, יעו"ש, והתם קודם שבא המערער נתחזק המחזיק בהשדה כשדר בה חד יומא, והרי הוא מוחזק בהקרע כמו כל דר בה חד יומא, ואלא דכשבא מרא קמא וערער עליו הרי חזקת מרא מנגד למוחזק ידיה, וחזקת מרא קמא מוציא מיד המוחזק כל זמן שלא החזיק בה שלש שנים.

ולא דמי לסאה בסלע כור בשלשים שהוא דין תפיסה ולא מוחזק גרידא, כמו שמבואר בבבא מציעא (דף קב:), יעו"ש, ואע"ג דבסאה ראשונה עדיין לא היה ספק, מכל מקום לא נעשה מוחזק אלא הוי תפיסה ברשות, דהתם איכא דררא דממונא, שהרי הוא ספק אם תפוס לשון ראשון או לשון אחרון, והרי הוא תופס מכח הספק, ואלא דהוי תפיסה ברשות שהוא מכללי דין תפיסה, אבל במחזיק בשטרא זייפא הרי בשעה שדר בה חד יומא לא היה שום דררא דממונא, ואין זה תפיסה אלא מוחזק, כמש"נ.

והקשו התוס' לדעת הרשב"ם דרבי אידי בר אבין מספקא ליה אם הלכה כרבה

ומיגו להוציא אמרינן או אם הלכה כרב יוסף ומיגו להוציא לא אמרינן, ובקרקע נשאר אצל המוחזק, ומאי שנא דבתרי ותרי מוקי ארעא בחזקת בר שטיא שהוא המרא קמא, ותירצו התוס' אליבא דהרשב"ם דתרי ותרי כמאן דליתא, וממילא מוקים לארעא בחזקת מרא קמא, אבל בפלוגתא דרבוותא לא שייך כולי האי לאוקמי בחזקת מרא קמא ולהוציא מן המוחזק.

ואין כונתם דפלוגתא דרבוותא כמאן דאיתא, ולא מוקמינן חזקת מרא קמא כמו שלא היינו מוקמינן ארעא בחזקת מרא קמא אילו היינו אומרים דתרי ותרי כמאן דאיתא, דאילו היינו אומרים תרי ותרי כמאן דאיתא לא היה מוקים בחזקת מרא משום דתרי כמאה, ואין הוספת חזקת מרא קמא לכת אחת מכרעת ההכחשה, וכמו שכתבו התוס' בבבא בתרא (דף לא:) בד"ה וזו באה, יעו"ש, וזה לא שייך בפלוגתא דרבוותא אלא בעדים.

ואלא כונת התוס' היא דדין חזקת מרא קמא הוא דבמקום ספק יש לסמוך על חזקתו של המרא קמא ולנקוט שעדיין הקרקע שלו, אולם כשיש דעות בפוסקים דהקרקע כבר אינה שלו הוקלשה חזקתו על ידי זה, ואע"ג דבעלמא אמרינן דחזקת מרא קמא עדיפה מדין מוחזק של המחזיק שדר בה חד יומא, חזקת מרא קמא קלושה לא אלימא להוציא מן המוחזק.

ומבואר מדבריהם דבמקום פלוגתא דרבוותא הוקלשה החזקת מרא קמא ואין בכחה להוציא מן המוחזק, אבל לא מצינו בדברי התוס' שחזקת מרא קמא אין בכחה להוציא מן התופס במקום דאיכא דררא דממונא, דשפיר יש לחלק דרך במקום דליכא דררא דממונא, ובשעה שדר בה חד יומא קודם שבא המערער נתחזק חזקה גמורה מדין מוחזק, שוב אין חזקת מרא קמא מוציאה ממנו אלא כשאין בה ריעותא, ובפלוגתא דרבוותא הרי הוקלשה, כמש"נ, אבל היכא דתפס במקום דאיכא דררא דממונא, ולא נתחזק אלא מדין תפיסה, הרי חזקת המוחזק קלושה, ואפשר לומר דגם חזקת מרא קמא קלושה מוציאה מחזקתו, כמו שחזקת מרא קמא מעליא מוציאה מחזקת מוחזק מעליא, ולאידך גיסא איכא למימר דכיון שהוקלשה החזקת מרא קמא על ידי הפלוגתא דרבוותא אינה מוציאה משום מוחזק, ואפילו אם נתחזק על ידי תפיסה. ומשום הכי לא הביא הש"ך דברי התוס' כטעם רביעי להא דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא אפילו אם אין בה טענת ברי, וגם לא הביא ראה מדברי התוס' שכן הוא הדין, שהרי אין זה מוכח מדבריהם, דשפיר יש לחלק בין מוחזק לדין תפיסה, כמש"נ, והעיקר הוא רק השלשה טעמים, ומכל מקום הביא הש"ך דברי התוס' לסיועא בעלמא, דכיון דמצינו דפלוגתא דרבוותא מגרעת כח החזקת מרא קמא שלא תוכל להוציא מן המוחזק, יש נמי צד לומר דגם לא תוכל להוציא ממי שנתחזק מדין תפיסה, כמש"נ, והרי זה סעד להשלשה טעמים.

אחר כך כתב הש"ך וז"ל: ואין להקשות דהא כתבו התוס' על זה, וזה לשונם ודוחק הוא כו' ונראה לר"י דהיינו טעמא דהלכתא בארעא כרבה וכרב יוסף בזווי משום

דאמרינן מגו לאוקמי ממונא ואית לן לאוקמי ארעא בחזקת מרא דקיימא השתא עד כאן לשונם, ובהרא"ש שם משמע דמפרש כפירוש ר"י, קושיא זו אינה תלויה במאי דפרישית, דהא בלאו הכי נמי יש להקשות מאי ראייה מייתי הרא"ש בתשובה סוף כלל א' ובפסקיו פרק אחד דיני ממונות מפרק חזקת דבפלוגתא דרבוותא לא מפקינן ממונא מספיקא, הא לפי מה דמשמע מדברי הרא"ש דפרק חזקת דמפרש כפירוש ר"י אין ראייה כלל עכ"ל, יעו"ש.

וקושיא זו אינה על דברי הרא"ש דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא אלא על מה שהש"ך רצה להביא סעד לדבריו מדברי התוס' בביאור דברי הרשב"ם, והרי הרא"ש לית ליה כפירוש הרשב"ם בהסוגיא אלא כפירוש התוס', ואם כן אין להביא סמך וסעד לדבריו מתחלת דברי התוס', והש"ך רצה לקיים הסעד, וכתב דהרא"ש ס"ל כהתוס' דלא מסתברא לומר דטעמא דרב אידי בר אבין היא משום פלוגתא דרבוותא, ומכל מקום סברתם דפלוגתא דרבוותא מגרעת כח החזקת מרא קמא קיימת, ואפשר לומר נמי דחזקת מרא קמא קלושה אינה מוציאה ממי שנתחזק על ידי תפיסה, כמש"נ. ובסוף דבריו כתב הש"ך דאפילו אם נימא דהר"י לית ליה כסברא שכתבו התוס' ליישב דברי הרשב"ם, וחזקת מרא קמא מוציאה מן המוחזק אפילו בפלוגתא דרבוותא, היינו דוקא בקרקע, דאפילו אם החזקת מרא קמא הוקלשה על ידי הפלוגתא דרבוותא עדיין מוציאה מיד המוחזק, דקרקע בחזקת בעליה עומדת, והמרא קמא לעולם הוא המוחזק, ואפילו אם חזקתו קלושה, והמוחזק בה אין לו דין מוחזק כלל, וגם חזקה קלושה מוציאה ממנו, אבל בתפס מטלטלין הרי זה שהן בידו הוא המוחזק, ושפיר יש לומר דאין חזקת מרא קמא קלושה מוציאה ממנו, ואם כן יש סברא לומר דהוא הדין לענין תפיסה, דאע"ג דאמרינן דאין תפיסה מועילה להוציא מחזקת מרא קמא, וחזקת המרא קמא עדיפא מחזקת המוחזק שבאה לו על ידי תפיסה בלי טענת ברי, כל זה הוא בחזקת מרא קמא מעליא, אבל חזקה שהוקלשה על ידי פלוגתא דרבוותא אינה מוציאה ממי שנתחזק מדין תפיסה, והרי זה סעד לשיטת הרא"ש.

סימן צז

בו ידון במה שכתב מהרשד"ם דהתופס ממון בפלוגתא דרבוותא יכול לומר קים לי כחד מרבוותא אפילו כנגד רוב פוסקים משום דקיימא לן דאין הולכים בממון אחר הרוב.

הש"ך הביא דברי מהרשד"ם בתשובה שכתב דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא, ודייק כן גם מדברי מהרי"ק שכתב דאין התופס יכול לומר קים לי כחד מרבוותא היכא שאותה דעה היא דעת יחיד וכל חכמי ישראל מנגדים לה, ומדויק מדבריו דאם אין אותה דעה דעת יחיד אלא יש עוד גאונים שמסכימים לה, אע"ג דרוב דעות הפוסקים חולקים, יכול לתפוס בטענת קים לי כסברת מיעוט הפוסקים, והדין נותן כן דהלכה אין הולכים בממון אחר הרוב, יעו"ש, וכן מבואר בדברי הש"ך לקמן סי' קי"ט, יעו"ש. ויש לעיין מה שייך ענין הולכים בממון אחר הרוב לגבי מחלוקת הפוסקים, דעיין

בבבא קמא (דף מו.) המוכר שור לחבירו ונמצא נגחן רב אמר הרי זה מקח טעות ושמואל אמר יכול שיאמר לו לשחיטה מכרתיו לך ואמאי נחזי אי גברא דזבין לרדיא או גברא דזבין לנכסתא וכו' רב אמר הרי זה מקח טעות זיל בתר רובא ורובא דאינשי לרדיא הוא דזביני ושמואל אמר יכול שיאמר לו לשחיטה מכרתיו לך ולא אזלינן בתר רובא וכו', יעו"ש, וסתמא דגמרא לעיל שם (דף כז:) דאין הולכים בממון אחר הרוב, יעו"ש, והנה הנידון שם הוא לברר מה היה בדעת הלוקח כשקנה השור, אם דעתו היה לחרוש עמו או לשוחטו, וקאמר רב דכיון דרוב בני אדם קונים לחרישה נקטינן דזה הקונה הוא מן הרוב, וגם הוא קנה השור לחרישה, וכיון שהוא נגחן הרי זה מקח טעות, ושמואל ס"ל דאין הולכים בממון אחר הרוב, והדבר עדיין ספק, והמוציא מחבירו עליו הראיה.

ואולם מדברי מהרשד"ם מבואר דהא דאין הולכים אחר רוב דעות במחלוקת הפוסקים הוא משום דאין הולכים בממון אחר הרוב, ואם כן אליבא דרב דהולכים בממון אחר הרוב הוי כאילו נפסקה ההלכה כדעת הרוב פוסקים, וקשה דאיזה בירור דרוב יש בזה, וכי נאמר דכיון דרוב פוסקים ס"ל כצד זה הרי זה מברר שכן היא דעת הבורא, ושלזה כוון משה במסירתו לנו את התורה, והלא גמרא מפורשת בגיטין (דף ז:) דאלו ואלו דברי אלקים חיים, יעו"ש, ואם כן מה יועיל לנו הרוב, וגם אין לומר דהוי מדין אחרי רבים להטות, דהלא זהו דין בבית דין, וגם בממונות פוסקים בית דין לפי הרוב, אבל מחלוקת הפוסקים אינה קובעת ישיבת בית דין, ולא שייך בה אחרי רבים להטות, ואכן שמדרכי הפסק במקום שאין הדיין יודע מעצמו היאך לפסוק ראוי לו לנטות אחרי רוב דעות, אבל אין ההלכה נפסקת לחלוטין על ידי כך, ואין זה תלוי במחלוקת רב ושמואל אם הולכים בממון אחר הרוב, כמש"נ.

וגם אין לומר שבאמת הא דקאמר אין הולכים בממון אחר הרוב הוא רק לשון מושל, ואינו שייך למחלוקת רב ושמואל, אלא טעמא משום דלא שייך ענין אחרי רבים להטות במחלוקת הפוסקים, כמש"נ, שהרי כתב הש"ך לקמן בסי' קכ"ג וז"ל: ודע דבפלוגתא דרבוותא היכא דמצי למימר קים לי היינו אפילו הוא מיעוט הפוסקים יכול

לומר קים לי כהמיעוט ולא כהרוב ומהני תפיסתו, כן פשוט בדברי האחרונים בכמה דוכתי, והוציאו כן מהא דקיימא לן דאין הולכין בממון אחר הרוב, וכדאיתא בפרק המניח ושאר דוכתי וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומבואר דהיינו הך דינא דקיימא לן בבבא קמא דאין הולכים בממון אחר הרוב, וצריך עיון מה ענין זה לזה.

ואולי יש לומר דאע"ג דאלו ואלו דברי אלקים חיים, ושני הצדדים יכולים לפסוק כל אחד בבית דין שלו כפי סברתו, מכל מקום יש דעת עליון היאך יפסקו הדין אותם דיינים שאין יודעים מה לעשות, ואילו היינו הולכים אחר הרוב היה הרוב מברר מה הבורא רוצה שדיין זה יעשה בבית דינו, והיה מחויב לדון כפי דעת הרוב דעות, שכן הוא רצון הבורא, אבל כיון דקיימא לן דאין הולכים בממון אחר הרוב, אי אפשר לברר על ידי רוב דעות בדיני ממונות מהו רצון הבורא לדיין שאינו יודע להכריע מסברתו, ואם פסק כדעת המיעוט אינו טועה, ואכן מדרכי הפסק לנטות אחר רוב דעות, כמש"נ.

עוד הביא הש"ך ראייה מדברי מהרשד"ם בתשובה אחרת וז"ל: דכל היכא דאיכא פלוגתא דרבוותא לא מפקינן ממונא, ואם המוכר היה תובע מעות המכר מנה קונה והיה קונה אומר אוניתני ביותר מחצה או חצי הייתי פוסק הדין עם הקונה ואם נתן כבר הקונה מעות למוכר או שתפס אותם ממנו וכו' הייתי פוסק הדין עם המוכר, לפי שהיה יכול לומר קים לי כהרי"ף והנמצשכים אחריו וכו' עכ"ל, יעו"ש, והנידון שם הוא במכר קרקע וקבעו מחיר יותר מן הראוי, דשיטת הרי"ף והרמב"ם והרמ"ה היא דאין דין אונאה בקרקעות כלל, אפילו שוה מנה באלף, ושיטת ר"ת והרא"ש דעד פלגא הוא דאין להם אונאה אבל פלגא וכל שכן יותר יש להם אונאה, יעו"ש.

סימן צח

בו יבואר מה שכתב הב"ח ליישב קושית הר"ן על הרמב"ם שפסק דכהן שתפס מלוי מתנות, שהיא פלוגתא דרבוותא, אין מוציאים מידו, והלא בתקפו כהן מוציאים מידו.

עוד הוכיח הש"ך דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא מדברי הב"ח ביו"ד סימן ס"א סעיף י"ז, דאיתא בחולין (דף קלא.) ההוא ליואה דהוה חטף מתנתא אתו אמרו ליה לרב אמר להו לא מסתייה דלא שקלינן מיניה אלא מיחטף נמי חטיף ורב אי איקרו עם משקל נמי לשקול מינייהו אי לא איקרו עם רחמנא פטרינהו מספקא ליה אי איקרו עם אי לא איקרו עם, יעו"ש, ופסק הטור דאי נטל כהן מתנות מלוי אינו צריך להחזירם לו כו', יעו"ש.

וכתב הב"ח וז"ל: כן כתב הרשב"א בתורת הבית וכן כתב הרמב"ם, והר"ן ז"ל תמה עליו דהא קיימא לן בפרק קמא דבבא מציעא (דף ו:) תקפו כהן מוציאים אותו מידו, וכן כתב הרא"ה בספר בדק הבית. ולפע"ד דאין הנדון דומה לראיה דהתם בספק בכור הספק הוא לכל העולם, אבל הכא הספק הוא אי כהאי תנא או כהאי תנא, כלומר דאמרין התם בחולין פרק הזרוע (דף קלא:) דתנאי היא ורב מספקא ליה אי כהאי תנא אי כהאי תנא ומביאו הב"ח שם, יכול כהן לומר קים לי כהאי תנא וכו' מנא ליה להרמב"ם לחלק בכך, ונראה בעיני דדקדק כך הרב מההוא עובדא דההוא ליואה דהוה חטיף מתנתא אתו אמרו ליה לרב אמר להו לא מסתייה דלא שקלינן מיניה אלא מיחטף נמי חטף בתמיה, ומדלא אשכחן בש"ס דאצטריכיניה למיהדר מה שחטף אלמא דס"ל דלא מפקינן מיניה אלא תמה על שנשא לבו לחטוף ולא מסתייה דלא שקלינן מיניה כו' והכי נקטינן עכ"ל, יעו"ש.

וכתב הש"ך וז"ל: הגם שמה שהקשה דברי הרמב"ם אהדדי לא כוון יפה וכמו שכתבתי בספרי ש"ך ביו"ד סי' ס"א ס"ק י"ב, דהא הרמב"ם בספק בכור גופיה ס"ל דאין מוציאים מידו וכדלעיל סימן א' עכ"ל, יעו"ש, אולם עיימש"נ לעיל בהגהות לסי' ע"ג דלדעת הר"ן שיטת הרמב"ם היא דתקפו כהן מוציאים מידו, ומה שכתב אין מוציאים מידו היינו היכא דהומם, וכמש"נ בהגהות לסי' ב' ליישב סתירת דברי הסמ"ג, ולפי זה נסתלקה קושית הש"ך.

ויש לדקדק במה שהביא הש"ך סמך למה שכתב בריש סי' ע"ט דגם להנך שיטות דאין תפיסה מועילה בתיקו ובעיא דלא איפשטא מכל מקום תפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא, יעו"ש, והלא הש"ך לעיל בסי' י"ח הביא שיטת הב"ח וז"ל: דדוקא בדוכתא דקאמר ש"ס תיקו דאין לה פשיטותא לא מהניא תפיסה, אבל הך בעיא אף על גב דלא נפשטא לא אמרו בה תיקו, ויש כח לגדול הדור להביא ראיה ממשנה או מברייתא ולפשוט הבעיא, הלכך מהניא לה התפיסה ומצי לומר קים לי כסברא האחת שהדין עמי עכ"ל, יעו"ש, ולפי מהו הסמך מדברי הב"ח דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא גם לאלו דאין תפיסה מועילה בבעיא דלא איפשטא, והלא פלוגתא דרבוותא עדיפא מבעיא דלא איפשטא כמ"ש שהוכיח הש"ך מכמה שיטות דאין תפיסה מועילה בעיא דלא

איפשטא ומכל מקום תפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא.

ונראה דאיכא נמי סברא דתפיסה בפלוגתא דרבוותא גרועה מתפיסה בבועיא דלא איפשטא, דבבועיא דלא איפשטא אין שום דעות לא לצד זה ולא לצד זה, ומשום הכי יכול לומר קים לי מן הסברא כאחד מן הצדדים, אבל בפלוגתא דרבוותא אם תפס בטענת קים לי כצד זה הרי יש דעה של תנא או פוסק גדול דפליג עליו, ולא כל כמיניה להכניס ראשו בין שני הרים גדולים, אולם כיון שמצינו שהב"ח ס"ל דמכל מקום תפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא עדיין צריכים לחלק בין פלוגתא דרבוותא לבועיא שעלתה בתיקו דאין תפיסה מועילה בה, כנ"ל, והלא כמו דתיקו הוקבעה בספק, כמו כן פלוגתא דרבוותא שבעלי התלמוד לא ראו לפסוק הוי כמו שהוקבעה בספק, אלא צריך לומר דפלוגתא דרבוותא עדיפא משום השלשה טעמים שכתב הש"ך.

שוב כתב הש"ך וז"ל: וגם במה שכתב דהרמב"ם דקדק כן מעובדא דההוא ליורא דחטף מתנתא כו' נראה דלא דק, ואזיל לטעמיה שכתב שם בסוף סעיף י"ז וזה לשונו ומה שכתב ואין נותנים ללוי כו' כן כתב הרשב"א בתורת הבית, ונראה דהוצרך לכותבו דלא תימא יכול לומר קים לי כהאי תנא דלוי לא איקרי עם, וקא משמע לן דליתא דדוקא לענין שאין צריך להחזירם מצי למימר קים לי אבל לא ליתנם לכתחלה ללוי עד כאן לשונו, אבל לפעדי"נ שזוהי שגגה דלא אשכחן שום תנא דסבר דנותנים מתנות ללוי, והא קרא כתיב וזה יהיה משפט הכהנים גו' ונתן לכהן הזרוע והלחיים והקיבה גו', רק דפליגי אם הלויים חייבים ליתן מתנות אם הם בכלל עם משום דכתיב מאת העם, וכבר השגתי עליו בספרי שפתי כהן שם ס"ק י"ב, ואם כן פשיטא דבהך עובדא דההוא ליורא הוה רב מחייביה למיהדר, ולא הוצרך בש"ס לפרשו דפשוט הוא עכ"ל, יעו"ש.

ואכן מבואר מדברי הב"ח דס"ל דלמאן דאמר לוי לא איקרי עם יש ליתן לו הזרוע לחיים והקבה, ורק למאן דמספקא ליה מחלק בין להחזירה אם תפס לבין ליתנה לו לכתחלה כיון שהוא ספק, והוא דבר תמוה, שהרי קרא כתיב (דברים יח, ג) וזה יהיה משפט הכהנים מאת העם וגו' ונתן לכהן זרוע לחיים והקבה, יעו"ש, וכמו שהקשה עליו הש"ך, וצריך לומר דלדעת הב"ח הא דכתיב כהן בקרא הוא לאפוקי מעם, ואם הלוי לא איקרי עם הוא ממילא נכלל עם הכהנים.

ויש לדקדק במה שחילק הב"ח בין להחזיר התפיסה לבין ליתנה לו לכתחלה, דהרי בכל תפיסה דהוי ספיקא דממונא יש ספק גזילה, ולמה לא אמרין ספיקא דאיסורא לחומרא, וכן הקשו האחרונים, ולכאורה היינו טעמא משום דאין דנים על האיסור תחלה, ואם נפסק בדיני ממונות שתפיסה מועילה והממון ישאר ביד התופס, אם כן מצד הממונות בודאי הדין הוא שיכול לעכב הממון בידו, וממילא אין בזה צד גזילה, ונסתלק הספק איסור, ואם כן למה לא נימא נמי לענין לכתחלה ליתן המתנות ללוי, שיוכל ישראל שיש לו מתנות בידו לומר קים לי כהאי תנא דלוי לא איקרי עם, וכיון שבאו המתנות ליד הלוי הרי הם שלו בתורת ודאי, ואין בו צד איסור גזילה, ולמה לא ימסור לו לכתחלה.

וצריך לומר דחובה מוטלת על ישראל לקיים מצות עשה דונתן לכהן הזרוע לחיים והקבה, ואם ימסרם ללוי בודאי יכול לעכבם אצלו ולאכלם מצד דיני ממונות, ואין בזה צד גזילה, כמש"נ, מכל מקום לא נתברר בזה שקיים מצות נתינה, דרך לענין לא תעשה דגזילה יש לומר דאם מצד הלכות ספיקא דממונא אין מוציאים הממון מיד אין זה נחשב הגזילה שאסרה תורה, אבל אין סברא שיהא קיום מצות נתינה תלוי בהלכות ספיקא דממונא היכן מניחים הממון במקום ספק, דמכל מקום אם לקושטא דמלתא לוי איקרי עם אין במסירת המתנות לו קיום של ונתן לכהן, אלא הדין הוא דבמקום ספק יכול לעכב הממון בידו אפילו אם אין עליו תורת הכהן, ואינו נכלל בהא דכתיב דונתן לכהן הזרוע וגו'.

ובמה שכתב הב"ח אליבא הרמב"ם דההוא ליואה דהוה חטף מתנתא דאחרים אין מוציאים מידו הקשה עליו הש"ך שזוהי שגגה דלא אשכחן שום תנא דסבר דנותנים מתנות ללוי, כמש"נ, ואולי יש ליישב דברי הב"ח, דהנה יש להסתפק למאן דאמר לוי פטור ממתנות משום דלא איקרי עם, אם היינו פטור והפקעה בקרבן הלוי מחיוב מתנות, או דלמא באמת גם גבי לוי יש תורת זרוע לחיים והקבה, ואלא דהוא יכול לקיים מצות נתינה על ידי מה שמעכבו לעצמו, ודומה להא דאמרינן בבכורות (דף ה.) בפרטן של לויים אתה מוצא עשרים ושנים אלף ושלש מאות בכללן אתה מוצא עשרים ושנים אלף ושלש מאות להיכן הלכו אמר ליה אותן שלש מאות בכורות היו ואין בכור מפקיע בכור מאי טעמא אמר אביי דיו לבכור שיפקיע קדושת עצמו, יעו"ש, ואם הלוי מקיים מצות נתינה במה שמעכב המתנות לעצמו, נמצא שהלוי הוא בעל קבלת מתנות, והוא הדין שיכול לקבלן מאחרים.

והנה הב"ח כתב דהכהן יכול לומר קים לי כהאי תנא, ולכאורה מבואר שאין תפיסתו מועילה אלא כשאמר קים לי, והיינו דלא כטעם השני שכתב הש"ך בסי' פ"ה דתפיסה בפלוגתא דרבוותא לעולם הוי תפיסה קודם שנולד הספק, יעו"ש, דלפי זה אינו צריך לטעון ברי, וגם תפיסה בטענת שמא מועילה, כמש"נ בהגהות שם, ואינו צריך לומר קים לי, וצריך לומר דס"ל כטעם הראשון שכתב הש"ך בסי' ע"ט דהוי כטוען ברי על ידי אחר, יעו"ש, ולזה צריך לומר קים לי, אולם אם כן היא כונת הב"ח היה לו לומר בפשיטות דבספק בכור הוא טוען שמא ובפלוגתא דרבוותא הוא טוען ברי, אלא כונתו דבין כך ובין כך הוא טוען שמא, אבל בספק בכור אין במה לתלות, דאינו תלויח בסברא ואין שום אדם בעולם יודע, מה שאין כן בפלוגתא דרבוותא שתלויח בסברא, ויש לו לסמוך בתפיסתו על זה שפסק לטובתו, ועיימש"נ בהגהות לסי' צ"ט דכפי הבנת הש"ך בדברי הב"ח באמת אינו צריך טענה כלל.

ויש לדון אם טעם השלישי שכתב הש"ך בסי' פ"ז, דבפלוגתא דרבוותא עביד דינא לנפשיה, יעו"ש, אם האי טעמא שייך גם להב"ח, שהרי כתב הש"ך לעיל סי' כ"ו וז"ל: דדוקא בספק בכור כיון דאפילו היה ודאי בכור לא היה יכולת ביד בית דין לכופו ליתנו לו, שהרי רשות ביד הבעלים ליתנו לכל כהן שירצה, והלכך אינו יכול לתפוס מספק,

דפשיטא אילו היה הבית דין כופין ליתנו לו אילו לא היה ספק בדבר יש סברא לומר דמועיל תפיסה מספק, דיכול לומר קים לי שהדין עמי ועביד איניש דינא לנפשיה, אבל כשאפילו היה הדבר ודאי לא היה ביד בית דין כח לכופו ליתנו, לא מסתבר שתועיל תפיסה, ולכך לא מהני תפיסה בספק בכור וכו' עכ"ל, יעו"ש, ולפי זה גם בספק מתנות, אפילו אם הוי פלוגתא דרבוותא, לא תועיל תפיסתו אם היא מדין עביד איניש דינא לנפשיה, שהרי אילו היה הדבר ודאי לבית דין עדיין לא היו יכולים לכופו ליתנו לו. אולם נראה דיש חילוק גדול בין תפיסה מדין עביד איניש דינא לנפשיה בספיקא דדינא כגון תיקו ובעיא דלא איפשטא לבין תפיסה מדין עביד איניש דינא לנפשיה בפלוגתא דרבוותא, דבספיקא דדינא אין הפסק ידוע, וצריך על כך התדיינות ושיקול הדעת, והחידוש דתפיסה הוא דהתופס יכול לעמוד במקום בית דין ולשקול ולדון לעצמו, בזה אמרינן דאם הבית דין לא היו יכולים להתדיין בכך גם התופס אינו יכול, כמש"נ.

אבל שאני הא דאיתא בבבא קמא (דף כז:): ההוא גרגותא דבי תרי דכל יומא הוה דלי חד מנייהו אתא חד דלי ביומא דלאו דיליה אמר ליה יומא ידידי הוא לא אשגח ביה שקל פנדא דמרא מחייה וכו' רב נחמן אמר עביד איניש דינא לנפשיה דכיון דבדין עביד לא טרח, יעו"ש, התם אין צריך התדיינות כלל, שהרי הדבר גלוי וידוע שהוא גוזל ממנו מים של אותו יום, ואינו צריך לטרוח לילך לבית דין כיון שמה שעושה הוא בודאי כדן, ולכן עביד דינא לנפשיה ואינו צריך להיות עומד במקום בית דין, והיינו נמי טעם שלישי של הש"ך להא דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא, דכיון דאם עבד כהאי תנא לא טעה, ואם עבד כהאי תנא לא טעה, נמצא דזה שתופס אין צריך שום התדיינות, דבכל מה שעושה הוא צודק, ואינו צריך לעמוד במקום בית דין לדון על הענין, אלא יש לו לתפוס מה שיש לו בדין ליקח בלי שום התדיינות, כמש"נ, ואינו צריך לטרוח לילך לבית דין, דעביד איניש דינא לנפשיה כההיא דבבא קמא.

ולכן לא איכפת לן אם הבית דין לא היו יכולים להוציא מן הלוי וליתן לכהן זה אילו היה הדין ודאי אצלם כיון שהלוי יכול ליתן לכל מי שירצה, דהרי אינו צריך לעמוד במקום בית דין, אלא כיון שהם מתנות כהונה, ואית מאן דאמר דלוי איקרי עם, הרי יש לו זכות ודאית במתנות אלו ותפיסתו מועילה.

אולם עדיין קשה להב"ח מה שהקשו התוס' בבבא מציעא (דף ו:): בד"ה והא הכא וז"ל: ואם תאמר אמאי אין מוציאין מידו והלא הבעלים יאמר ליתן לכהן אחר ויש לומר במכירי כהונה אי נמי אינו יכול לתובע רק טובת הנאה שיש לו למאן דאמר טובת הנאה ממון וכו' עכ"ל, יעו"ש, ודוחק לאוקמי דברי הב"ח במכירי כהונה, שאין זכר בדבריו לכך, ועוד דהרי בהמשך דבריו כתב הב"ח דגם לוי שחטף מתנות מ ישראל אין מוציאם מידו, כנ"ל, ובודאי אין ללוי זה חזקת מכירים שיוכל לתפוס ולהפסיד להבעלים זכותם ליתן לכל מי שירצו, וצריך לומר כתירוץ השני של התוס' דאי משום הא אין על התופס אלא חיוב לשלם טובת הנאה למאן דאמר טובת הנאה ממון.

סימן צט

בו יבואר מה שהיה אפשר לדייק מקושית הש"ך על דברי הב"ח שרצה ליישב סתירת הרמב"ם מספק בכור למתנות דהש"ך ס"ל דאין תפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא.

בסימן הקודם הביא הש"ך דברי הב"ח ליישב קושית הר"ן על הרמב"ם שפסק דכהן שתפס מלוי זרוע לחיים וקבה, שהדבר ספק אם לוי איקרי עם, שאין מוציאים מידו, ואע"ג דבספק בכור ס"ל דתקפון כהן מוציאים מידו, ועיימש"נ בהגהות דם, וכתב הב"ח וז"ל: ולפע"ד דאין הנדון דומה לראיה דהתם בספק בכור הספק הוא לכל העולם, אבל הכא הספק הוא אי כהאי תנא או כהאי תנא יכול כהן לומר קים לי כהאי תנא עכ"ל, יעו"ש, ומזה הוכיח הש"ך דהב"ח ס"ל דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא. ובסימן זה לא בא הש"ך לדון עוד בשיטת הב"ח, אלא בא לבאר דממה שהקשה על דברי הב"ח בספר שפתי כהן על שו"ע יו"ד, שהוציא לאור בשנת ת"ו, חמש שנים קודם שכתב ספר תקפו כהן, אין להוכיח דכשהיה יותר צעיר היה סובר דאין תפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא והשתא חזר בו, אלא גם בימים הקודמים כבר ידע דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא, כמו שמבואר בכמה ראיות מן הפוסקים.

וכתב הש"ך וז"ל: ואף על גב דבספרי שפתי כהן ביו"ד שם ס"ק י"ב כתבתי וזה לשוני ואין לתרץ כמו שכתב הב"ח דהתם הספק הוא לכל העולם מה שאין כן הכא דהספק הוא אי קיימא לן כהך תנא דאיקרו עם או לא, דבפרק בית כור (דף קה.) ובפרק השואל (דף קב:) גבי מרחץ ששכרו בדינר זהב לחדש מוכח דאי אפשר לחלק בהכי עיין שם, וכן משמע בהדיא באשרי פרק קמא דמציעא (דף ו:) גבי הא דמדמה התם דין מרחץ לתקפו כהן דבתרוייהו לא מהני תפיסה עיין שם עד כאן לשוני שם, לא כונתי 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 וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ויש לעיין למה היה סלקא אדעתין דכונת הש"ך היתה דתפיסה אינה מועילה בפלוגתא דרבוותא, והא לא בא הש"ך אלא להקשות על מה שחילק הב"ח בין ספק לכל העולם שהיא אפשר לפותרו, בהא אין תפיסה מועילה, לבין ספק דפלוגתא דרבוותא דאפשר לפותרו, ויש תנא שפותרו לצד זה ויש תנא שפותרו לצד אחר, בהא תפיסה מועילה שיכול לתפוס כדעת אחד מן התנאים, ובהמשך דבריו כתב הש"ך בביאור דברי הב"ח וז"ל: דכיון דתלי בסברא יוכל לומר קים לי כסברא של האי תנא מה שאין כן בספק בכור דלא תלי בסברא כלל עכ"ל, יעו"ש, ועל זה הקשה הש"ך מהא דמבואר בפרק השואל דבמרחץ אין תפיסה מועילה, ואע"ג דהתם הוי ספק שאפשר לפותרו, והרי הוא תלוי בסברא, ונחלקו בו התנאים בתמורה (דף כה:), יעו"ש, ולפי דברי הב"ח למה אין תפיסה מועילה, למה לא יוכל לומר קים לי כסברא של האי תנא, כן היא קושית הש"ך.

אמנם עדיין אפשר לומר דהש"ך עצמו לא ס"ל כחילוק זה, ואולי יש לו חילוק אחר

ליישב סתירת דברי הרמב"ם שהקשה הר"ן, ואולי מחלק בין ספק בכור דטוען שמה ופלוגתא דרבוותא דהוי כברי על ידי אחר, או חילוק אחר כמו שמחלק ביורה דעה שם בין היכא דאיכא חזקת מרא קמא להיכא דליכא, יעו"ש, ואם כן לדידיה לא קשה קושיתו ממרחץ משום דהתם לא שייך טענת ברי, כמש"נ בהגהות לסוף סי' ט', וגם איכא חזקת מרא קמא, והיאך סלקא דעתין מדבריו דאין תפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא.

ואולם ביאור דבריו משום דאם תפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא היינו מכח השלשה טעמים שכתב הש"ך בסי' ע"ט ופ"ה ופ"ז, יעו"ש, ואם כן יש לומר גם אליבא דהב"ח דאית ליה הנך שלשה טעמים, והחילוק שכתב הוא לחלק בין פלוגתא דרבוותא לספק בכור, דבספק בכור בכלל לא שייך ענין תפיסה כיון שאינו תלוי בסברא, מה שאין כן בפלוגתא דרבוותא שתלויה בסברא, ואכן עדיין צריכים לחלק בין הספיקות התלוים בסברא, דבתיקו ובעיא דלא איפשטא אין תפיסה מועילה, אבל בפלוגתא דרבוותא תפיסה מועילה מכח השלשה טעמים, ואם כן לא קשה על הב"ח ממרחץ דהוי בעיא דלא איפשטא, אלא לכאורה מוכח מקושית הש"ך דלית ליה שום מעליותא בפלוגתא דרבוותא, ולכן הקשה על הב"ח ממרחץ, ומשום הכי הוצרך הש"ך לכתוב דלא זו היתה כונתו, דבודאי תפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא כמו שהוכיח מכמה ראיות.

והמשיך הש"ך לבאר כונתו במה שהקשה על דברי הב"ח וז"ל: אלא משום דמשמע לי דהך לא מיקרי פלוגתא דרבוותא, דכיון דאמרין 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 מספקין הלכתא כמאן, אם כן יכול לומר קים לי דיש לומר דבעלי הש"ס גופייהו הוה ס"ל כהאי תנא או אמורא, מה שאין כן היכא דקאמר בש"ס דלהאי אמורא מספקא ליה כהאי תנא או כהאי תנא הוי כמו בעיא דלא איפשטא, ואם כן נצטרך לומר דכיון דתלי בסברא יוכל לומר קים לי כסברא של האי תנא מה שאין כן בספק בכור דלא תלי בסברא כלל, ושפיר כתבתי על זה דמוכח בפרק בית כור ובפרק השואל ובהרא"ש פרק קמא דמציעא דאי אפשר לחלק בהכי עיין שם עכ"ל, יעו"ש.

ולמד הש"ך דכל היכא דאיכא פלוגתא דרבוותא וקאמר רב או אמורא אחר שדרכו לפסוק ההלכה במקום שנחלקו התנאים דמספקא ליה, שוב לא נחשב כפלוגתא דרבוותא אלא כבעיא דלא איפשטא, דשוב אין הפסק תלוי במה שאמרו התנאים אלא במה שהאמורא הפוסק ס"ל להלכה, ואם הוא מסופק הרי זה ככל בעיא דלא איפשטא בגמרא שנשארה בספק, ואם כן קשה על הב"ח דס"ל דבכהאי גוונא תפיסה מועילה, והלא גם במרחץ הוי פלוגתא דתנאים בתמורה (דף כה:): דרבי מאיר אמר תפוס לשון ראשון ורבי יוסי אמר תפוס לשון אחרון, יעו"ש, ורב נחמן בבבא מציעא מספקא ליה, וקאמר דתפיסה אינה מועילה, כן היא קושית הש"ך על דברי הב"ח.

ואע"ג דהש"ך כתב בסי' ע"ט דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא משום דהוי

כאומר ברי על ידי אחר, ואם כן למה לא יוכל לומר ברי על ידי אחר היכא דרב מספקא ליה, והלא עדיין איכא דעות התנאים לצד זה ולצד זה, ולמה לא יוכל לתלות

טענתו בדברי התנא המועילים לו, וצריך לומר דמאי דקאמר רב מספקא ליה אין זה כאילו אמר שלא רצה להכניס ראשו בין שני הרים גדולים, אלא הרי זה פסק ממנו שהדבר ספק, כמו שכתב הש"ך בסי' י"ח בשם הב"ח לענין תיקו וז"ל: דדוקא בדוכתא דקאמר ש"ס תיקו דאין לה פשיטותא לא מהניא תפיסה, אבל הך בעיא אף על גב דלא נפשטא לא אמרו בה תיקו, ויש כח לגדול הדור להביא ראיה ממשנה או מברייתא ולפשוט הבעיא, הלכך מהניא לה התפיסה ומצי לומר קים לי כסברא האחת שהדין עמי עכ"ל, יעו"ש, ולכן כיון שרב קבע להלכה שהדבר ספק הרי זה כמו בעיא דלא איפשטא, ושוב אין לדון על פי דברי התנא, וכל הדן כן הרי הוא טועה בדבר משנה, אלא צריכים לדון על פי דברי רב, והוא פסק דהוי ספק, ואם כדברי הב"ח דבכהאי גוונא תפיסה מועילה אם כן היה צריך להיות הדין כן גם במרחץ שתהא תפיסה מועילה, כמש"נ. אולם קשה דהרי לדברי הב"ח שהביא הש"ך בסי' י"ח תפיסה מועילה בבעיא דלא איפשטא, כנ"ל, ואם כן למה לא הקשה הש"ך שם על דבריו ממרחץ דהוי במי כבעיא דלא איפשטא, ויש לומר דהתם היה אפשר לתרץ דמרחץ גרע מכל העיא דלא איפשטא, שהרי יש דעות של תנאים לשני הצדדים, וכל שתפס הרי איכא דעת תנא המנגד לו, אבל כיון שכתב הב"ח דגם בכהן שתפס מן הלוי תפיסתו מועילה, ואע"ג דאיכא דעת התנא המנגד לו, הרי זה ממש דומה למרחץ, ולפי דבריו למה אין תפיסה מועילה במרחץ. ומה שכתב הש"ך דגם במרחץ יוכל לומר קים לי כסברת האי תנא אין כונתו שהוא מסכים לדעתו, דלא שייך שיסכים בענין כזה אם תפוס לשון ראשון או אחרון, כמו שמוכח מדברי הש"ך בסוף סי' ט', ועיימש"נ בהגהות שם, אלא כונתו דכיון דתלוי בסברא יכול לסמוך בתפיסתו על דעת צד אחד, ועיימש"נ בהגהות לסי' צ"ח.

בסוף דבריו כתב הש"ך וז"ל: ועוד יש להביא ראיה מדברי הב"ח בחו"מ ס"ס שס"ג, דכתב שם ונראה לי דבפלוגתא דרבוותא המוציא מחבירו עליו הראיה, ואם הדר בו מוחזק מצי למימר קים לי כרשב"ץ דדור בחצרי חנם קאמר ופטור מלתת שכירות, ואם בעל הבית מוחזק מצי למימר קים לי כמהרי"ח ומהרא"י, וכך העליתי בתשובה הלכה למעשה עד כאן לשונו וכו' ועוד דמשמע מדברי הב"ח דאפילו תפס הבעל הבית משלו בעד מה שכבר דר בו לא מפקינן מיניה, דאי רצה לומר ואם הבעל הבית מוחזק שהבעל הבית דר בו ואינו רוצה להניחו לדור בו, פשיטא דבכאי גוונא לכולי עלמא אינו יכול לדור בו בחנם דעד כאן לא פליגי אלא שכבר דר בו אם פטור משכירות אבל לא שידור בו לכתחלה בחנם עכ"ל, יעו"ש.

וביאור דבריו דמיירי שאמר לו דור בחצרי, ונחלקו הפוסקים אם היינו כאילו אמר לו שידור שם בחנם או לא, ולא עשו ביניהם קנין, אלא כל הנידון הוא אם באמרו זאת מחל לו על תשלומי שכירות, ואם כן אין הנידון אלא לאחר שדר בה, אבל מקודם שדר בה בודאי יכול לחזור בו אפילו אם מתחלה נתכוון למחילה, דאתי דיבור ומבטל דיבור, וצריך לומר דמה שכתב שבעל הבית מוחזק היינו שתפס ממנו של הדר בה לאחר שכבר דר בחצרו.

סימן ק

בו יתיישבו דברי הכנסת הגדולה שהוכיח מדברי המהר"י ך' לב דאין תפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא בהתפיסה עצמה, והקשה עליו הש"ך דהלא שם מפורש להיפך.

הש"ך הביא ראייה דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא מתשובות משאת בנימין שהביא דברי מוהר"ר משה איש חי, מחבר ספר מטה משה, לענין אשה שהכניסה נדוניה לבעלה ומתה, שמפני התקנה צריך הבעל להחזירה, ויש שתי דעות לענין למי הנדוניה חוזרת, אם להנותן או ליורשי האשה, והובאו דברי המטה משה בתשובות משאת בנימין סי' י"ד וסי' ט"ו וז"ל: ומה שכתב מהרמ"א שתי דעות וכתב דעת הקהלות לא דק במוקדם ומאוחר, ולא היתה כונתו להורות כדעת האחרון, דאם כן היה לו לומר וכן עיקר או וכן ראוי להורות, כדרכו, אך גלה לנו שתי דעות ולא הכריע באופן שכל מי שיתפוס אין מפקינן מיניה, דנוכל לומר קים לי כהאי וכו' אבל היכא דאין אחד מהם מוחזק נראה לי פשוט דנותנים לנותני הנדוניה עכ"ל, יעו"ש, ומבואר דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא, ומה שכתב דהיכא דאין אחד מהם מוחזק נותנים לנותני הנדוניה אינו מדברי הרמ"א אלא הוספת המטה משה מעצמו.

ואע"ג דהש"ך לא הביא מה שכתב המטה משה בסוף דבריו דאע"ג דהלכתא פשיטא ליה דאם אין שום אחד מוחזק הדין הוא כהני דס"ל דמחזיר להנותן, מכל מקום אם תפס היורש אין מוציאים מידו, כנ"ל, הביא דברי המשאת בנימין שהשיג על דברי המטה משה כדי להוכיח דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא וז"ל: דלא מסתבר כלל לומר היכא דברור לן הלכתא כחד תנא שיתפוס בעל דין ויאמר אנא קים לי כאידך תנא, דאם כן אין לדבר סוף, דבכולא ש"ס ובפסקי הגאונים היכא דאיכא פלוגתא ואיפסקא הלכתא כחד מנייהו לא יועיל הלכתא רק במקום שלא יתפוס אידך אבל אי תפס לא מפקינן מיניה, וזהו דבר שאי אפשר ואין הדעת סובלתו כו' עכ"ל, יעו"ש, והוכיח הש"ך גם מדברי המשאת בנימין דהיכא דלא איפסקא הלכתא כחד מנייהו תפיסה מועילה.

והנה ומבואר מדברי המשאת בנימין דבעצם מודה להמטה משה מצד הסברא שהיה אפשר לומר דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא אפילו במקום שנפסקה הלכה, ורק דלא נראה לו שתועיל תפיסה בכהאי גוונא דאם כן אין לדבר סוף, ויש לדקדק דהרי אם דיין יפסוק הדין כאחד מרבוותא במקום שנפסקה ההלכה כאידך רבוותא הרי זה טועה בדבר משנה ודינו חוזר, כמו שמבואר בסנהדרין (דף לג.) דטעה בשיקול הדעת היינו שלא איפסקא הלכתא לא כמר ולא כמר וסוגיא דעלמא אזלא כחד מנייהו והדיין פסק כאידך, וטעה בדבר משנה היינו שנפסקה ההלכה, כגון רבי דסתם המשנה כחד מנייהו, יעו"ש, ואם כן היאך סלקא דעתא לומר דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא אפילו אם נפסקה ההלכה כאידך רבוותא.

והיה אפשר לחלק דתפיסה מועילה אפילו אם אומר קים לי כאותו מרבוותא ששיטתו נחשבת מוטעת לפי ההלכה פסוקה, דרק לענין בית דין אמרינן דדיין שפסק

כותיה עשה דין מוטעה, אבל תפיסה בטענת ברי או קים לי מגדירה המעשה, דרך תפיסה בטוחה נחשבת תפיסה, ואם אין התופס בטוח במה שעשה אין בזה תפיסה אלא אחיזה בעלמא, ועיימש"נ בהגהות לסי' א' וסי' מ"ה, והיה אפשר לומר דגם תפיסה בטענה מוטעת נחשבת תפיסה, אי לאו דאם כן אין לדבר סוף.

אמנם עדיין יש לדקדק אם תפיסה מועילה אפילו אם בדבריו הוא טועה בדבר משנה, אם כן גם בתיקו היה צריך להיות הדין דתפיסה מועילה, שהרי כתב הש"ך לעיל בסי' פ"ז וז"ל: ודאי אי טעה הדיין ופסק לשלם בדין דסלקא בתיקו הוי טעה בדבר משנה וחוזר כיון דסלקא בש"ס בתיקו והוא פסק נגד הש"ס עכ"ל, יעו"ש, ואם נאמר דלפי סברת המטה משה תפיסה מועילה גם בתיקו אם כן לא הוכיח הש"ך מידי מדבריו, שהרי הש"ך בא להוכיח דגם להנך דעות דאין תפיסה מועילה בתיקו מכל מקום מועילה בפלוגתא דרבוותא, כמו שכתב בסי' ע"ט, יעו"ש, והרי לפי סברתו היתה תפיסה מועילה גם בתיקו, ועוד דהרי כתב הש"ך בסי' ע"ד דלפי דעת המשאת בנימין אין לנטות מדעת הרמ"א, ולדעת הרמ"א תפיסה מועילה בתיקו, כמו שכתב בסי' ע"ה, יעו"ש, ואם כן גם לדעת המשאת בנימין תפיסה מועילה בתיקו, ומהי ראית הש"ך. ואע"ג דיש לחלק דאם טוען קים לי בבעיא שעלתה בתיקו, אפילו אם הוא תלמיד חכם גדול, אין שום ממש בדבריו, דאם חכמי התלמוד לא ידעו היאך הוא יכול לידע, ואין תפיסה בטוחה אלא בדמיונו המוטעה, אבל בפלוגתא דרבוותא הרי יש דעה בהפוסקים כדבריו, ואע"פ שנפסקה ההלכה כנגד דעתו אין דבריו בטלים כאילו הם פטומי מילי בעלמא, ושפיר יש לומר כדבריו אע"פ שאין ההלכה כן, והרי תפיסתו נחשבת תפיסה בטוחה ואין מוציאים מידו, אלא דמכל מקום אין להביא ראיה מדברי המטה משה והמשאת בנימין דגם אם אין תפיסה מועילה בתיקו מועילה בפלוגתא דרבוותא אם אין לנו הוכחה דס"ל דאין תפיסה מועילה בתיקו.

וצריך לומר דמה שכתב הש"ך בריש סי' ע"ט דבפלוגתא דרבוותא נראה לו ברור להכריע דאפילו הנך דס"ל דבתיקו או בעיא דלא איפשטא דלא מהני תפיסה מודים דבפלוגתא דרבוותא מהני תפיסה, יעו"ש, אין כונתו בעיקר לפי הנך דעות דאין תפיסה מועילה בתיקו או בבעיא דלא איפשטא, אלא כונתו להוכיח לכל הדעות דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא, דאיכא סברא לומר דאפילו אם תפיסה מועילה בתיקו ובעיא דלא איפשטא אינה מועילה בפלוגתא דרבוותא, וכמו שכתב בסי' ע"ט דמי יוכל לטעון ברי שהדין הוא כרש"י ולא כר"ת, דמי יכניס ראשו בין ההרים הגדולים, יעו"ש, ומכל מקום מועילה מפני השלשה טעמים שכתב שם, ועוד דאפילו להנך דעות דאין תפיסה מועילה בתיקו ובעיא דלא איפשטא, ואינו יכול לומר קים לי אפילו במקום דליכא הרים גדולים, עדיין יש לומר דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא משום הני שלשה טעמים, והביא הש"ך ראיה בסי' צ"ט מדברי הב"ח דס"ל דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא, ואין ראיתו תלויה בשיטת הב"ח לענין תפיסה בתיקו ובעיא דלא איפשטא, כמש"נ.

אולם נראה בישוב קושית המשאת בנימין על דברי המטה משה דהיכא דאיפסקא

ההלכה בגמרא הרי זה מכריע הפלוגתא ומסלק הספק, ושוב אין תפיסה מועילה בטענת קים לי כהך מאן דאמר, שהרי הוכרע הענין כאידך מאן דאמר, אבל היכא דלא איפסקא ההלכה בגמרא, הרי הדבר נשאר בספק, ואם תפס בטענת קים לי תפיסתו מועילה, ואכן לדעת המטה משה, אע"פ שלא נפסקה ההלכה בהא מלתא יותר נכון שהדיין יפסוק כמאן דאמר ינתנו לנוטני הנדוניה שכן מסתבר לו, ונותן עצה לדיין לפסוק כן, אבל מדברי הרמ"א מבואר שאין לו הכרע בהפלוגתא, והביא שתי הדעות להורות שכל מי שיתפוס אין מוציאים מידו, אבל אילו היה הרמ"א, שהוא היה עמוד הפסק למדינות אשכנז, פוסק כצד אחד של הפלוגתא היה פסקו נחשב פסק גמור כאילו נפסקה ההלכה בגמרא, והיה מכריע ומסלק הספק.

ועוד נראה להוסיף דאפילו לפי מה שהבין המשאת בנימין בדברי המטה משה דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא בטענת קים לי כצד אחד אפילו אם נפסקה ההלכה כאידך רבוותא, ועל זה הקשה דאם כן אין לדבר סוף, אולם אם בא הדבר לפני בית דין והדיין פסק כצד אחד הרי הוא מוציא מיד התופס, כמו שכתב הש"ך בשם המהרש"ל לקמן בסי' ק"ח, יעו"ש, דאפילו אם נימא דאע"ג דאיפסקא ההלכה עדיין צד השני קיים ויכול לתפוס בטענת קים לי כאותו צד, היכא שבא הדבר לפני בית דין והדיין פסק אין תפיסתו מועילה, שהרי יש לדיין כח של קם דינא, ולגבי עובדא שלפניו נסתלק כל הספק, וגם למאן דאמר הדר דינא כן הוא כל זמן שלא הדרו, הוראת הדיין קובעת ודאי, ושוב אין שום תפיסה מועילה.

שוב כתב הש"ך דגם מדברי מוהר"ר חיים בנבנישתי, מחבר ספר כנסת הגדולה, שהביא המהר"י"ט דבריו בתשובות סי' קנ"א, מוכח דס"ל נמי דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא, דאין האחרונים מפלפלים שם אלא אם תפיסה מועילה במקום שהפלוגתא דרבוותא היא בהתפיסה עצמה, אבל אם הפלוגתא דרבוותא היא בדין הממון, ואין שום פקפוק מצד עצם התפיסה, כולי עלמא ס"ל דתפיסתו מועילה.

ואכן לא הסכים הש"ך למה שכתב הכנסת הגדולה בהמשך דבריו שם וז"ל: 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 ׳ לב בחלק שני מפסקיו סי' מ"א גבי פלוגתא דהרמ"ה ושאר רבוותא אם הלוקח הוא מוחזק או המצרן יעויין שם עכ"ל, יעו"ש.

ביאור דבריו, דאע"ג דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא אפילו אם תפס כדעת מיעוטם, רק שאינו יחיד כנגד כל חכמי ישראל, ולא אמרינן בזה דיחיד ורבים הלכה כרבים, דאין הולכים בממון אחר הרוב, כמו שכתב הש"ך לעיל בסי' צ"ז, יעו"ש, דכל היכא דאין לנו הלכה פסוקה, כמו דאיתא לפעמים בגמרא הלכתא כמר, הרי הדבר נשאר בספק, ואם תפס נעשה מוחזק, והמוציא מחבירו עליו הראיה, אולם היכא דאיכא פלוגתא דרבוותא בעצם התפיסה אם מועילה ונתחזק או אינה מועילה ומוציאים מידו, לא אמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה, דמנלן שהוא מוציא מחזקת חבירו, והרי הדבר ספק, ואע"פ שאין לנו הלכה פסוקה בדבר, מכל מקום על הדיין לדון

כפי רוב הדעות ולהוציא מיד התופס.

ועדיין צריכים להבין למה לא אמרין דכיון שהוא תפוס וטוען קים לי שהוא המוחזק הועילה לו טענתו שלא נוציא מידו, וכמו במי שהוא תפוס וטוען קים לי שהממון שלי דאין מוציאים מידו, ולמה לא נימא נמי דכיון שהוא תפוס וטוען ברי שהוא המוחזק תהא תפיסתו עם טענת קים לי מחזיקתו. ויש לומר דהכנסת הגדולה ס"ל דאין להתופס דין טענה אלא לגבי הממון, שאם טוען ברי שהממון שלו או שהכנגדו חייב לו ממון, על זה יש לו תורת בעל דבר וטענתו יש לה דין טענה, אבל אינו בעל דבר לענין לקבוע מי הוא המוחזק ומי אינו המוחזק, שדבר זה מסור לבית דין היאך להתנהג, אבל המוחזקאות שלו אינה ממון, ואינו יכול לקדש בו אשה, אלא דבר זה מסור לבית דין לעזור להם להורות על הספק ממון, דחכמים תיקנו סדרי הפסק, ולפני שהדיין דן על הממון יש לו לדון ולקבוע מי הוא המוחזק, ואין להמוחזק תורת טענה בענין זה, כמש"נ, ובסברת הש"ך יש לומר כיון דהספק בהמוחזקאות נוגע לקביעת דין הממון, שפיר יכול לטעון ברי גם בענין זה.

הכנסת הגדולה הביא ראייה מדברי המהר"י י' לב גבי לוקח ומצרן במקום דמסתפקים אם יש דינא דבר מצרא, ונחלקו בזה הראשונים מי נחשב המוחזק לגבי ספק זה, הרמב"ם פ"ב שכנים ה"ב ס"ל דהלוקח הוא המוחזק מפני שקנינו מן התורה ודינא דבר מצרא מדרבנן, ושיטת הרמ"ה, מובא בטור סי' קע"ה, היא דהמצרן הוא המוחזק, וקאמר המהר"י י' לב דכיון שהדבר ספק מי הוא המוחזק אזלינן בתר רוב דעות. והש"ך הקשה שתי קושיות על דברי הכנסת הגדולה וז"ל: לא נהירא, דפשיטא דגם בכחאי גונא מהני תפיסה וכמו שהוכחתי בסימן ק"ב ק"ג ק"ד, וכמו שמוכח גם כן להדיא מדברי מה"ר יוסף י' לב גופיה בספר א' סימן [ס"ט] וכו' וכבר כתב מהר"י דאין לומר קים לי כפלוני הגאון היכא דכל חכמי ישראל חלוקים עליו עד כאן לשונו, והבאתי לשונו לקמן בסימן קי"ח, אלמא דאי היה המחלוקת שקול לא הוה מפקינן מיניה אפילו בהך דספק בכור גופיה, והא התם פליגי בתפיסה עצמה אי מהניא וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ושם מיירי המהר"י י' לב במי שכתב כל נכסיו לאשתו, ונחלקו הפוסקים אם היתה דעתו לקנין או לעשותה אפוטרפוס, והדיון הוא אם האשה נחשבת מוחזקת או אם הבן העומד לירש הוא המוחזק, ועיימש"נ בהגהות לס' קי"ח, וכתב המהר"י י' לב שאין תפיסתה מועילה לה מפני שהיא תפיסה לאחר שנולד הספק, ובסיום דבריו כתב וז"ל: ובנדון דידן כל אפי שוין זולתי הרמב"ם על ההיא דתקפו כהן דפרק קמא דמציעא, וכבר כתב מהר"י קולון דאין לומר קים לי כפלוני הגאון ואפילו בדיני ממונות היכא דכל חכמי ישראל חלוקים עליו עכ"ל, יעו"ש, ומזה הוכיח הש"ך דלדעת המהר"י י' לב אילו לא היו כל חכמי ישראל כנגד היתה תפיסה מועילה, ואע"פ שהספק הוא בהתפיסה עצמה.

אולם הספק שבו דיבר שם המהר"י י' לב אינו אם תפיסה בטענת שמא מועילה,

שהרי שם מיירי שהאשה תופסת בטענת קים לי, כמו שכתב שם בריש דבריו, ועיימש"נ בהגהות לסי' קי"ח, אלא הספק הוא אם תפיסה לאחר שנולד הספק מועילה, שהרי כתב המהר"י י' לב דאין תפיסת האשה מועילה משום דהוי תפיסה לאחר שנולד הספק, ואפילו טוענת קים לי כהרמב"ם בתקפו כהן דהוי תפיסה לאחר שנולד הספק ומכל מקום אין מוציאים מידו, מכל מקום אין תפיסתה מועילה כיון דכל חכמי ישראל כנגד שיטת הרמב"ם, אבל לולי הא היתה תפיסתה מועילה.

ונראה דהכנסת הגדולה ס"ל דפלוגתא דתפיסה לאחר שנולד הספק לא הוי ספק בהתפיסה עצמה אלא בדין הממון, דספק בהתפיסה עצמה הוא כגון אם הלוקח מוחזק או אם המצרן מוחזק, או כגון תפיסה בטענת שמא אם נחשבת תפיסה, אבל תפיסה בטענת ברי לעולם הוי מוחזק, אולם אם כבר נולד הספק הדין הוא דחזקתו דמרא קמא עדיפא מחזקת המוחזק, והרי הספק בגוף הממון מי זוכה, המוחזק או המרא קמא, ולא דמי לספק בהתפיסה עצמה דלפני שדנים על הממון צריכים לדון אם יש כאן מוחזק, ועל זה אינו בעל דבר לטעון, כמש"נ, והרי זה דומה למושך בהמה לקנות כלים שעליה, והוא טוען קים לי שקנה הממון, ואין זה ספק בתפיסה אלא אם מוחזק עדיף או מרא קמא עדיף, וכמו במה נחלקו הפוסקים אם אמרינן מיגו להוציא, ומספק נשאר ביד המוחזק, לא נאמר בזה דהוי ספק בהמוחזק עצמו, אלא הוא בודאי מוחזק, ואע"פ כן אפשר שהמיגו עדיף מן המוחזק, כמו כן נמי במה שנחלקו בתפיסה לאחר שנולד הספק, התופס בודאי הוא מוחזק כיון שטוען ברי, ונחלקו אם בכהאי גוונא שכבר נולד הספק חזקת המרא קמא עדיפא מחזקת המוחזק.

עוד הקשה הש"ך מאותם דברי המהר"י י' לב שמהם הוכיח הכנסת הגדולה דאין תפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא בהתפיסה עצמה, והראה דמאותם דברי מהר"י י' לב עצמם אדרבה יש ראייה ברורה כנגדו, וז"ל: וזה לשון מוהר"ר יוסף י' לב וכו' וכל שכן 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 אילו] לא היה יחידאה הוה לן למיזל בתר רובא בהך דינא כיון דליכא מוחזק דהא בהא פליגי וכדכתבינן עד כאן לשונו, ופשיטא דאין ראייה מדברי מהר"ר יוסף י' לב אלו, דהא התם אין ביד המצרן כלום דנימא דמקרי מוחזק, והלכך כיון דבהא פליגי אי מיקרי מוחזק הדרינן לכללא דיחיד ורבים הלכה כרבים והלוקח נקרא מוחזק, ואדרבה משמע לכאורה מדברי מהר"י י' לב להפך מדכתב דאית לן למיזל בתר רובא כיון דליכא מוחזק, משמע אי הוה הלוקח מוחזק ממש אע"ג דהוה פליגי אי מהני תפיסתו לא הוה מפקינן מיניה וכו' עכ"ל, יעו"ש.

והנה לכאורה דברי הכנסת הגדולה נפלאים ונסתרים לגמרי, כמו שכתב הש"ך, דהיאך אפשר להוכיח דאין תפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא בהתפיסה עצמה מהיכא דיש ספיקא במכר שדהו אם יש בו דינא דבר מצרא, ויש בזה פלוגתא דרבוותא אם הלוקח הוא המוחזק או אם המצרן הוא המוחזק, הלא התם לא עשה שום אחד מהם

תפיסה בהשדה, דלא שייך תפיסה בקרקעות, ואע"ג דהפלוגתא לענין מי הוא המוחזק היא פלוגתא דרבוותא בהמוחזק עצמו, אכן לא היה שם תפיסה מכח הפלוגתא דרבוותא.

אולם קושיא שניה של הש"ך דאדרבה משמע מדברי מהר"י י' לב דאי הוה הלוקח מוחזק ממש אע"ג דהוה פליגי אי מהני תפיסתו לא הוה מפקינן מיניה, להיפך מדברי הכנסת הגדולה, אינו קשה כל כך, דלפי פשוטו הדיוק מדבריו הוא דאילו היה אחד מהם מוחזק גמור בהשדה, דהיינו שהיתה תפוסה בידו, היה זוכה בה מדין מוחזק, וזה בודאי אמת, שהרי אם היה תפוס בה במוחזק גמור שוב לא איכפת לן בפלוגתא דרבוותא אם הלוקח או המצרן מוחזק, דלא נחלקו אלא היכא דליכא תפוס, ואז יש להסתפק איזה מהם יש לו דין מוחזק, אבל אילו היה אחד מוחזק ממש הרי הוא מוחזק גמור, וליכא ספק בהתפיסה עצמה, אבל הש"ך דייק דאילו היה מוחזק גמור והוה פליגי רבוותא בהתפיסה עצמה לא הוה מפקינן מיניה, אבל הכנסת הגדולה לא ראה דיוק כזה בדברי מהר"י י' לב, ואכן קושיא הש"ך הראשונה במקומה עומדת. עוד יש לדקדק בדברי הכנסת הגדולה שכתב וז"ל: 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 וכו' עכ"ל, כנ"ל, למה כתב דבהא לית לנו לילך אלא אחר הרוב, והלא אין הולכים בממון אחר הרוב, ולעולם יכול הדיין להכריע כפי סברתו כדעת יחיד אפילו אם הרבה חולקים על היחיד, כמו שכתב הש"ך בשם המהרש"ל בסי' פ' ובסי' ק"ח, יעו"ש, ורק אם אין הדיין יודע להכריע עליו לפסוק הדין כרוב דעות, ואין זה שייך לדברי הכנסת הגדולה, ולמה הזכירו כאן.

לכן נראה דהיכא שיש ספק בהמוחזק עצמו אין הדיין יכול להכריע כנגד היחיד, דהנה המוחזק הוא זה שיש לו אחיזה בהממון המורה על בעלותו, בין במציאות ובין מצד הסברא, כגון התופס בפועל נחשב מוחזק, וגם המרא קמא נחשב מוחזק במקום דליכא תופס בפועל כגון בקרקע, כדאיתא בבבא מציעא (דף קב:), יעו"ש, דאע"ג דהמרא קמא אינו תפוס בהקרקע, כיון שהיתה שלו מכבר הסברא נותנת שהיא עדיין שלו, והיא נחשבת ברשותו לגבי הספק שלפנינו, והמוציא מחבירו עליו הראיה, וכן בדין אין ספק מוציא מידי ודאי ביבמות (דף לו:), יעו"ש, שהודאי נחשב המוחזק כלפי הספק, אי נמי לדברי סומכוס כשיש דררא שהממון שלו, כמו שכתבו התוס' בבבא מציעא (דף צו:), בד"ה לימא דלסומכוס דאית ליה ממון המוטל בספק חולקין הוי כאילו תרוייהו מוחזקין בו, יעו"ש, והיינו דכיון שיש דררא לזה ודררא לזה הרי דררא של כל אחד מחזקת אותו, ונמצאו שניהם מוחזקים, וכן במצרן ולוקח שנחלקו הפוסקים איזה מהם מוחזק, המוחזקאות באה מכח הסברא וההלכה אע"פ שאין שום אחד מהם תפוס בהשדה.

וקאמר הכנסת הגדולה דבמקום שיש ספק בהתפיסה עצמה לאו כל כמיניה דהתופס לומר קים לי כהשיטות שאני המוחזק, דלפי החולקים אין תפיסתו כלום

והמרא קמא הוא המוחזק, והיה אפשר לומר דכיון שכן אין שום אחד מהם מוחזק לגבי הספק ממון שלפנינו, והדיין יפסוק להם כפי דעתו, ואם אינו יודע להכריע ידון להם חלוקה, שכן הדין במקום שאין שום אחד מהם מוחזק, ואולם לענין זה אזלינן בתר רוב דעות, ואם יש רוב דעות שהוא המוחזק הוא נחשב המוחזק, דאע"פ שתפיסתו מסופקת הרי הרוב דעות מוכיחים שהממון ברשותו, ולכן נחשב ודאי מוחזק כשנכנס לבית דין, ואין הדיין יכול להורות על הספק בהתפיסה עצמה, ושוב אין לדיין לדון להם חלוקה, אלא המוציא מחבירו עליו הראיה, אבל ודאי אם הדיין רוצה להכריע ספק הממון ולא ספק המוחזק, הרשות בידו להכריע כסברתו ולהוציא מן הודאי מוחזק, ואפילו אם רוב דעות כנגדו, כמש"נ.

ועל זה הביא הכנסת הגדולה ראייה מדברי המהר"י י' לב שכתב וז"ל: דהא התם אין ביד המצרן כלום דנימא דמקרי מוחזק, והלכך כיון דבהא פליגי אי מיקרי מוחזק הדרינן לכללא דיחיד ורבים הלכה כרבים והלוקח נקרא מוחזק עכ"ל, כנ"ל, הרי להדיא דכיון דאיכא פלוגתא מי מיקרי מוחזק הדרינן לכללא דיחיד ורבים הלכה כרבים, והלוקח נקרא מוחזק, והיינו שנעשה מוחזק ודאי, ואע"ג דאין הולכים בממון אחר הרוב, לענין קביעת המוחזק אמרינן דאם יש רוב דעות שהוא מוחזק הרי הוא מוחזק, אבל מעולם לא נתכוון הכנסת הגדולה להביא ראייה מדברי המהר"י י' לב דתפיסה בטענת קים לי מועילה בפלוגתא דרבוותא בהתפיסה עצמה, וזה הבין מן הסברא הפשוטה, כמש"נ, אבל על הא דאזלינן בתר רוב דעות לקבוע מוחזקאות ודאית הוצרך ראייה, ומצאה בדברי המהר"י י' לב שכתב כדבריו, כמש"נ.

ובסוף דבריו הביא הש"ך מסקנת דברי המהר"י"ט וז"ל: ולדידי מדבריו אל דבריו לא קשיא, דהתם גבי מצרן הלוקח עומד בשטרו 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, והוא ליה ספק וודאי ואין ספק מוציא מידי ודאי, אבל הכא שזה התופס תפוס בחפץ מאן מרמי ליה מידיה הואיל ופלוגתא היא עכ"ל, יעו"ש.

ומבואר דגבי מצרן אין שום אחד מהם תפוס בפועל, והרי יש פלוגתא דרבוותא מי הוא המוחזק, הלוקח או המצרן, בזה אמרינן דאין ספק מוציא מידי ודאי, אבל היכא שהתופס תפוס בהחפץ מי יכול להוציאו מידו כיון דהוי פלוגתא דרבוותא, אולם יש להבין מה תועיל לו תפיסתו, והלא עדיין אינו אלא ספק מוחזק וזה שתפס ממנו יש לו ודאי חזקת מרא קמא, ונימא נמי אין ספק מוציא מידי ודאי.

ונראה לבאר דהיכא שתפוס באופן שהוא ספק מוחזק מוציאים מידו ומחזירים לזה שהוא ודאי מרא קמא, דאין ספק מוציא מידי ודאי, ולא אמרינן דמספק אין להוציא מידו אע"פ שאין לו בודאי תורת מוחזק כנגד הודאי מרא קמא, ואמנם דין מיוחד הוא בפלוגתא דרבוותא דאין להוציא מיד התפוס היכא דאיכא רבוותא שפוסקים בהחלט שאין מוציאים מידו, והיינו מה שכתב המהר"י"ט מאן מרמי מידיה

הואיל ופלוגתא היא, כנ"ל, ולא כתב מאן מרמי הואיל וספק הוא, אלא הואיל ופלוגתא היא, ואם נוציא מידו הרי זה כנגד דעת רבוותא שלא נפסקה ההלכה כנגדו, כמש"נ.

סימן קא

בו ידון בדברי המהרי"ט שהוכיח דאין תפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא בהתפיסה עצמה ממה שאמר רבי יוחנן מה אעשה שכנגדי חלוק עלי, דהיינו ששקול כמותו.

המהרי"ט הוכיח דאין תפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא בהתפיסה עצמה מהא דאמרין בכתובות (דף פד:) קריביה דרבי יוחנן תפוס פרה דיתמי מסימטא אתו לקמיה דרבי יוחנן אמר להו שפיר תפסתוה אתו לקמיה דרבי שמעון בן לקיש אמר להו זילו אהדור אתו לקמיה דרבי יוחנן אמר להו מה אעשה שכנגדי חלוק עלי, יעו"ש, ופירש רש"י דשכנגדי חלוק עלי היינו ששקול כמותי, יעו"ש, והש"ך הביא דברי המהרי"ט וז"ל: ולא יהא אלא שקול כיון דפלוגתא היא יעמדו בתפיסתן, אלא מאחר שעיקר פלוגתא בהכי הוא אי מהניא תפיסה לא מיקרי תפיסה וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ולפום ריהטא דבריו נפלאים, דענין זה אם תפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא בהתפיסה עצמה היינו כגון אם תפיסה מועילה בטענת שמא, כגון בספק בכור, או אם תפיסה מועילה בתיקו ובעיא דלא איפשטא בטענת קים לי, ולדעת המהרי"ט אין תפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא אלא כשיש ספק בדין, כגון אם יש שינוי לצרורות לחצי נזק, אבל אם הפלוגתא היא אם איזו תפיסה היא תפיסה מעליא, אינו יכול לתפוס בטענת אני סובר כדעת הפוסקים דתפיסתי מעליא היא, שהרי אין זו אלא תפיסת ספק, והנה שם בכתובות נחלקו אם בעל חוב גובה ממטלטלי דיורשים שלא הגיע לידו, והרי פלוגתא דרבוותא בספיקא דדינא ולא בהתפיסה עצמה, והיאך הוכיח משם דאין תפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא בהתפיסה עצמה.

וכדי ליישב דברי המהרי"ט נאריך קצת לבאר מה שנחלקו בהמשנה (דף פד.) מי שמת והניח אשה ובעל חוב ויורשין והיה לו פקדון או מלוה ביד אחרים רבי טרפון אומר ינתנו לכושל שבהן רבי עקיבא אומר אין מרחמין בדין אלא ינתנו ליורשין שכולן צריכין שבועה ואין היורשין צריכין שבועה הניח פירות תלושין מן הקרקע כל הקודם בהן זכה בהן זכתה אשה יותר מכתובתה ובעל חוב יותר על חובו המותר רבי טרפון אומר ינתנו לכושל שבהן רבי עקיבא אומר אין מרחמין בדין אלא ינתנו ליורשין שכולם צריכין שבועה ואין היורשין צריכין שבועה, יעו"ש.

ובגמרא מבואר דכושל שבהם היינו הבעל חוב מאוחר שלא יוכל לגבות קרקעות כיון שיש בעלי חוב שקודמים לו, ולכן הניחו לו לגבות ממטלטלי דיורשים, אי נמי אשה משום חינא, ורבי עקיבא פליג ואמר אין מרחמין בדין, ומטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבעל חוב, וכתב רש"י בד"ה ינתנו לכושל שבהן וז"ל: בגמרא מפרש מאי ניהו ואף על גב דלא משתעבדי מטלטלי דיתמי לא לבעל חוב ולא לכתובה הכא דלאו ברשותיהו מנחי סבירא לרבי טרפון דמוציאין מיד הלואה או מיד מי שהפקדון אצלו ונותנין לבעל חוב ולכתובה שנתחייב בהן המת מחיים עכ"ל, יעו"ש.

ביאור הדבר, דבעצם איכא שעבוד גם במטלטלין, שהרי הן ממון המת, ואלא שתיקנו חכמים דלא משתעבדי, וטעמא דמלתא כתב רש"י בבבא קמא (דף יד:) בד"ה

יתמי משום דאיכא למימר שלאחר מיתת אביהם קנאום, ולהלן שם (דף לג:) בד"ה שמע מינה כתב עוד טעמא משום דלא סמיך המלוה עליהם, יעו"ש, ואולי אינו סומך משום שיכולים להבריח או משום שקשה לברר מתי קנאום, ומהני טעמי תיקנו חכמים שאין לגבות ממטלטלין, אבל כל זמן שלא באו המטלטלין לרשות היורשים, אע"פ שכבר קנו אותן ונעשו שלהם מכח ירושת אביהם מיד בשעת מיתתו, לא עקרו חכמים שעבוד הבעלי חוב מן המטלטלין וגובים אותן בחובם, וגם לא תיקנו בגבית ממטלטלי דיתמי סדר גבית חובות, שיהא בעלי חוב מוקדם גובה תחלה, וקאמר רבי טרפון שתיקנו חכמים שנותנים המטלטלין לבעל חוב מאוחר שיש בכחו לגבות ממטלטלין ולא מן הקרקעות, וגם אין בית דין צריך לחלוק ביניהם כמו במקום ששויים בקדימה (כדתנן לקמן (דף צג:), יעו"ש, אלא תיקנו שינתנו לכושל שבהם.

ובפירות תלושים אמר רבי טרפון דכל הקודם זכה, דכיון שעדיין לא באו לרשות היורשים הרי הם עומדים לגביה, וכיון שאין דין קדימה בגביה מן המטלטלין, כל מי שקדם ותפס זכה בגביתו, דרב טרפון ס"ל דתפיסה מן המטלטלין לאחר מיתה מועילה כל זמן שלא באו לרשות היורשים, כמש"נ, ואין זה מדין תפיסה בספיקא דממונא, אלא התפיסה היא בתורת ודאי מדין גבית חוב, ואם תפס יותר מחובו מחזיר המותר לבית דין, והם נותנים לכושל שבהם.

וגם רבי עקיבא דפליג ס"ל דבעל חוב גובה מן המטלטלין שעדיין לא באו לרשות היורשים, אלא דס"ל דמיד בשעת מיתת אביהם נכנסו המטלטלין לרשות היורשים, דכיון דבעל חוב אינו גובה אלא בשבועה, ויורשים נוטלים ירושתם בלי שבועה, אם כן באותה שעה עדיין אין מי שיעכב על ידם, והרי המטלטלין נכנסים ממילא לרשותם מיד בשעת מיתת אביהם, ולא תיקנו חכמים שלא יכנסו המטלטלין לרשות היורשים כדי שינתנו לכושל שבהם, דאין מרחמים בדין, ואכן מבואר בגמרא דאם הבעל חוב תפס המטלטלין בחיי אביהם כדי שיוכל לגבות חובו ממנו, ואחר כך מת הלוח כשהמטלטלין ביד הבעל חוב, הרי זה מעכב על היורשים שאין המטלטלין נכנסין מיילא לרשותם בשעת מיתת אביהם, ויכול הבעל חוב לגבות חובו מהן.

ויסוד הדברים לכולי עלמא הוא שהבעל חוב גובה חובו ממטלטלין שקנו היורשים בירושה מאביהם בשעת מיתתו כל זמן שלא באו המטלטלין לרשותם, והרי המטלטלין שלהם אבל אינן ברשותם, אלא דרבי עקיבא ס"ל דמיד בשעת מיתת אביהם נכנסו נמי לרשותם ממילא כיון שאין צריכים שבועה, ורק אם תפס בעל חוב מטלטלין בחיי אביהם אין המטלטלין נכנסין ממילא לרשותם, כמש"נ, ורבי טרפון ס"ל אלא כשבאו לרשותם בפועל, ונחלקו בזה האמוראים, רב ושמואל ס"ל דאם המטלטלין בסימטא הרי הן נחשבים ברשותם כיון שהוא מקום הראוי לקנין, ורבי יוחנן וריש לקיש ס"ל דלא סגי בהכי, ואינן נחשבים ברשותם עד שיגיעו לידם.

ומבואר בגמרא שיש בזה פלוגתא דרבוותא בין רבי יוחנן וריש לקיש, ריש לקיש ס"ל דהלכה כרבי עקיבא, ורבי יוחנן ס"ל דאין ההלכה פסוקה כרבי עקיבא אלא דמטין כותיה, וכתב רש"י וז"ל: מטין ההוראה לכתחילה אחר רבי עקיבא ומיהו אי עביד

כאידך לא מהדרינן עובדא עכ"ל, יעו"ש, וקריביה דרבי יוחנן תפס מטלטלי דיתמי, וריש לקיש צוה לו לחחזירם, וקאמר רבי יוחנן מה אעשה שכנגדי חלוק עלי, ולא התנגד לפסקו של ריש לקיש.

והבין המהרי"ט דטעמא דלא התנגד רבי יוחנן לפסקו דריש לקיש משום דמחלוקת רבי טרפון ורבי עקיבא אם בעל חוב גובה ממטלטלי דיורשים הוי פלוגתא דרבוותא בהתפיסה עצמה, ואין תפיסה מועילה משום שיש ספק בעצם תפיסתו, כמשי"נ, והטעם דהוי פלוגתא דרבוותא בהתפיסה עצמה ולא כשאר תפיסה בספיקא דממונא משום דבכל ספיקא דממונא שיש בה פלוגתא דרבוותא הרי הממון מוטל בספק, והתופס ממרא קמא נעשה מוחזק בהממון, שהרי יש לו צד בעלות בהממון, ומכאן צד זה יש לו תורת מוחזק, ולפי דעת הפוסקים דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא לא אלים חזקת המרא קמא להוציא מיד המוחזק, אבל אם יש פלוגתא דרבוותא בהתפיסה עצמה אין לו תורת מוחזק מעליא אלא ספק מוחזק, ועל הבית דין לדון על הספק אם הוא מוחזק, ויש להם לפסוק כפי רוב דעות הפוסקים, ואין תפיסתו מועילה, כמו שכתב הש"ך בשם הכנסת הגדולה לעיל בסי' ק', יעו"ש.

וכן הוא נמי בבעל חוב שתפס מטלטלין מן היורשים, שהרי לפי דעת רבי עקיבא כבר נכנסו המטלטלין לרשות היורשים מיד כשמת אביהם, ואין לו שום דין לתפוס מהם, דהא לדעתו ליכא ספיקא דממונא הנותנת לו זכות להיות מוחזק, ולדעתו אינו מוחזק כלל, ולדעת רבי טרפון לא נכנסו המטלטלין לרשות היורשים עד שיגיעו לידם, ונמצא שנחלקו אם על ידי תפיסתו נעשה מוחזק או הוי כתופס ממון שאינו שלהם, והרי הספק על התפיסה עצמה אם נעשה מוחזק על ידה, ומשום הכי אין תפיסתו מועילה, ולא דמי לספק ממון שנחלקו בו רבוותא, שהם לא דיברו כלום אודות התפיסה עצמה, וכיון דהוי ספק נעשה מוחזק בתפיסתו, ואם אמר קים לי כחד מרבוותא אין מוציאים מידו.

אולם קשה טובא בדברי המהרי"ט שהוכיח מהא דאמר רבי יוחנן לבסוף מה אעשה שכנגדי חלוק עלי דס"ל דאין תפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא בהתפיסה עצמה, והלא מתחלה כשבאו לקמיה אמר להו שפיר תפסתוה, כנ"ל, והיינו בודאי מדין תפיסה בספיקא דממונא, דהא גם רבי יוחנן ס"ל דמטין כדברי רבי עקיבא, כנ"ל, ולכאורה מבואר להדיא לדעת רבי יוחנן תפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא בהתפיסה עצמה, ודוחק לומר דחזר בו בזה, דאין זכר בגמרא שחזר בו לענין תפיסה בפלוגתא דרבוותא בתפיסה עצמה.

ואפילו להתוס' רי"ד שכתב דכשאמר רבי יוחנן מה אעשה שכנגדי חלוק עלי חזר בו והודה לדברי ריש לקיש דהלכה פסוקה כרבי עקיבא, הרי מתחלה הוזכר בגמרא דרבי יוחנן וריש לקיש פליגי בהא מלתא, ומשום הכי נכון לומר דמה שאמר רבי יוחנן מה אעשה שכנגדי חלוק עלי היא חזרה מפלוגתא הנזכרת למעלה בגמרא, אבל לא מצינו בגמרא מפורש דרבי יוחנן אמר שפיר תפסתוה משום דס"ל דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא בהתפיסה עצמה, וקשה לומר דמה שאמר אחר כך מה אעשה שכנגדי חלוק

עלי חזר בו משיטה שלא הוזכרה מתחלה בגמרא, וגם המהרי"ט עצמו לא ראה להזכיר דמתחלה כשאמר רבי יוחנן שפיר תפסתוה היה סבור דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא בהתפיסה עצמה ולסוף חזר בו.

ולולי דברי המהרי"ט היה נראה ליישב מה שאמר רבי יוחנן בתחלה עם מה שאמר בסוף, דיש לומר דמתחלה כשבא קרובו לפניו, הגם שלא היה יכול לפסוק הדין מפני שקרוב פסול לדון, מכל מקום היה יכול לומר לו כאדם פרטי שאינו צריך לילך לבית דין על כך, דכיון שהממון תפוס בידו נעשה מוחזק על ידי תפיסתו, ועל היורשים לתובעו לבית דין ולהביא ראיה להוציא הפרה מידו, ואין בזה פסק בית דין אלא סילוק בעלמא, וגם קרוב יכול ליעץ קרובו שאינו צריך לילך לבית דין כיון דתפיסתו הועילה. והיורשים תבעו קרובו לדון בפני ריש לקיש, והוא פסק להם שתפיסתו לא הועילה מפני שהלכה כרבי עקיבא, ואמר רבי יוחנן מה אעשה שכנגדי חלוק עלי, דבודאי לא הסכים לפסקו דריש לקיש, אולם אילו היה ריש לקיש טועה בדבר משנה בכך שדינו חוזר היה מחזיר את דינו ומבטלו, אבל כיון שבעיניו היה ריש לקיש שקול כמותו, כמו שכתב רש"י, כנ"ל, לא היה נחשב בעיני רבי יוחנן כטועה בדבר משנה אלא כטועה בשיקול הדעת ואין דינו חוזר.

אולם לדעת המהרי"ט דכונת רבי יוחנן במה שאמר מה אעשה שכנגדי חלוק עלי היתה דאין תפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא בהתפיסה עצמה, קשה טובא למה התעלם המהרי"ט ממאי דקאמר רבי יוחנן בתחלה כשבא קרובו לפניו שפיר תפסתוה, ולא חש להזכיר דברי רבי יוחנן הראשונים, כמש"נ, וצריך עיון.

שוב כתב המהרי"ט וז"ל: דאין לדחות דשאני התם דאפילו לרבי יוחנן מטיין איתמר, שכן הקשו התוס' לרבי יוחנן דאמר שפיר תפסתיה דהא מטיין איתמר, משמע דלכתחלה עבדינן כרבי עקיבא, ושמא זה חשוב כמו דיעבד כיון שכבר תפסוה, מכל מקום אפילו נימא שמחלוקת רבי עקיבא ורבי טרפון מחלוקת שקול תהני ליה תפיסה בתפיסת ספק, אלא משום דבהא מילתא גופיה פליגי אי מהני ליה תפיסה או לא מפקינן מנייהו עכ"ל, יעו"ש, ומבואר מדבריו, דאולי יש לדחות ראיתו, דדלמא בעלמא ס"ל לרבי יוחנן דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא בתפיסה עצמה, ושאני הכא דכיון דגם רבי יוחנן ס"ל דלכתחלה הלכה כרבי עקיבא, הרי תפיסתו גרועה שהיא רק בדיעבד, ומשום הכי מוציאים מידו.

אולם לא נתבאר מדבריו במה שכתב מכל מקום וכו' היאך דחה הדחיה, ולמה באמת לא נדחית ראיתו, ונראה דהמהרי"ט לא ראה צורך לדחות הדחיה, שבאמת אין סברא לחלק בין תפיסה לכתחלה ותפיסה בדיעבד, וכתב דלמרות מה שמישהו היה רוצה לדחות, מכל מקום אין סברא לחלק, ואפילו היכא דהמחלוקת שקולה אין תפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא בהתפיסה עצמה ומפקינן מיניה.

עוד הביא מהרי"ט דחיה אחרת וז"ל: ואין לדחות עוד דהני קריביה דרבי יוחנן הוו ופסיל להו רבי יוחנן לדינא להכי אמר להו מה אעשה, מכל מקום מאחר שכבר נחלקו

בהדיא רבי יוחנן ורבי שמעון בן לקיש בהכי כדאמרינן לעיל, כי אתו לקמיה דרבי שמעון בן לקיש אמאי אמר להו זילו אהדורו מאחר שיודע שרבי יוחנן חלוק בדבר, אם לא שנאמר שרבי שמעון בן לקיש באו לפניו בתורת בית דין ואין לדין אלא מה שענינו רואות, ומכל מקום לא משמע הכי שהלשון שאמרו ברבי שמעון בן לקיש כאן אמרו בדרבי יוחנן אתו לקמיה דרבי יוחנן ואחר כך אתו לקמיה דרבי שמעון בן לקיש, ואם איתא הוה ליה למימר אמר להו רבי יוחנן שפיר תפסתוה, אלא משמע שבדרך שאלה בא לפני שניהם עכ"ל, יעו"ש.

והוכיח המהרי"ט מהא דקאמר אתו לקמן דרבי יוחנן דקריביה דרבי יוחנן בא לפניו לדין, ומשמע שלא היה פסול לדון להם, וצריך לומר לפי זה דקריביה דרבי יוחנן היו קרובים רחוקים שהיה נוהג עמהם בקורבה אבל לא היה פסול להעיד ולדון להם, ונראה דאפשר לומר נמי שהיו קרובים ממש, ומכל מקום לה היה פסול לדון להם ששפיר תפסו הפרה, דאין בזה פסק הלכה אלא סילוק בית דין, כמש"נ, דאמר להם דכיון שתפסוה אין בית דין יכולים לעשות כלום.

והש"ך דחה דברי המהרי"ט מארבעה טעמים, בטעם ראשון כתב וז"ל: דכיון דרבי יוחנן גופיה לא ברירה ליה דהלכה כרבי טרפון, דאם לא כן היאך פסקו כל הפוסקים כריש לקיש ולא כרבי יוחנן, אלא ודאי סבירא להו דכיון דרבי יוחנן אמר מה אעשה שכנגדי חלוק עלי משמע דרבי יוחנן גופיה לא ברירה ליה הכי וכו' ובכהאי גוונא פשיטא דלא שבקינן מאי דפשיטא להאי ואזלינן בתר ספיקא דאידיך, כדאשכחן בכמה דוכתי בש"ס ופוסקים כהאי גוונא, ועוד דהא ודאי התם לא מצי למימר קים לי כרבי יוחנן, דהא רבי יוחנן גופיה לא ברירא ליה דמהני תפיסה, אבל בעלמא היכא דאיכא פלוגתא דרבוותא ממש דהאי פוסק סבירא ליה הדין ברור דמהני תפיסה בכהאי גוונא ואידך סבירא ליה דלא מהני, ודאי מצי למימר קים לי כהאי פוסק דסבירא ליה דתפיסתו מהני עכ"ל, יעו"ש.

ויש לדקדק קצת בדבריו למה הוצרך להביא ראיה דרבי יוחנן לא ברירא ליה דהלכה כרבי טרפון ממה שכל הפוסקים פסקו כריש לקיש, והלא להדיא אמר רבי יוחנן דמטין כדברי רבי עקיבא, כנ"ל, ולכתחלה יש לדין לפסוק כרבי עקיבא, כמו שכתב רש"י, כנ"ל, ואם כן היאך היה אפשר לומר דברירא ליה דהלכה כרבי טרפון. עוד יש לדקדק בדבריו דרבי יוחנן לא היה ברירא ליה הלכה כמאן, ולכן לא התנגד למה שריש לקיש הוציא הפרה מידי קרוביו והחזירה להיורשים, דאם כן למה מתחלה אמר להם שפיר תפסתוה, והלא לא היה ברירא ליה דהלכה כרבי טרפון, ומה נשתנה ממה שהיה סבור כשבאו קרוביו לפניו בפעם ראשונה ממה שהיה סבור כשבאו לפניו בפעם שניה.

ונראה דבפעם ראשונה אמר להם ששפיר תפסוה מפני שהתפיסה היתה בפלוגתא דרבוותא דרבי טרפון ורבי עקיבא, שכל אחד מהם היה ברירא ליה כדבריו, רבי טרפון אמר בברירות שבעל חוב גובה ממטלטלין דיורשים ורבי עקיבא ברירא ליה דאינו גובה מהם, והם תפסוה בטענת קים לנו כרבי טרפון, וכיון שכן הועילה תפיסתם אע"פ

שמחלקתם היא בהתפיסה עצמה, אבל מאחר שריש לקיש פסק כרבי עקיבא ועשה מעשה כותיה, שוב לא אזלינן בתר המחלוקת תנאים אלא בתר דעת האמוראים היאך פסקו ההלכה במחלוקת התנאים, ובודאי אם היה מוסכם אצל האמוראים שהלכה כרבי עקיבא אין שום אחד יכול לתפוס ולומר קים לי כרבי טרפון כנגד הלכה פסוקה, ואין תפיסתו מועילה אלא מכח פלוגתא רבוותא דאמוראים, והרי ריש לקיש פסק כרבי עקיבא, ורבי יוחנן לא רצה לחלוק עליו כיון שלא היה ברירא ליה, ונמצא דליכא פלוגתא דרבוותא דאמוראים שמכחה יוכלו קרוביו לתפוס.

ובטעם הרביעי כתב הש"ך וז"ל: שהרי רבי יוחנן לא אמר להם שיעשו כרבי שמעון בן לקיש, רק כשחזרו ובאו לפניו אמר מה אעשה איני יכול להושיע לכם שכנגדי חלוק עלי, ואף אם דעתי נוטה דשפיר תפסתוה מה אעשה שכנגדי חלוק עלי והוא שקול כמותי לעשות מעשה בדבר זה כמו שירצה עכ"ל, יעו"ש, ויש לדקדק דאם פסקו דריש לקיש קיים מפני שהוא שקול לרבי יוחנן לפסוק הדין כדעתו, למה לא יוכל גם רבי יוחנן לפסוק הדין כדעתו דשפיר תפסוה ולהוציא מן היורשים להחזיר הפרה לקרוביו שתפסוה.

ויש לומר דרבי יוחנן היה קרוב להם ופסול לדון, כמו שכתב הש"ך בטעם השלישי, יעו"ש, ולא היה יכול לדון להם, אבל מכל מקום היה יכול לומר להם שתפיסתם הועילה, ועל כל בית דין לסלק עצמם מן העסק, ואין זה פסק אלא סילוק, כמש"נ, ואכן אם היה מתנגד לריש לקיש ואומר שדן שלא כדין וצריכים היורשים להחזיר הפרה לקרובו שתפסוה מהם, לזה בודאי בעינן שידון ושיפסק הדין, שאין זה סילוק אלא הוצאת ממון מן היורשים, והרי הוא פסול לדון על כך כיון שהוא קרוב להתופסים.

סימן קב

בו יובא הוכחת הש"ך מדברי הרשב"א דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא בהתפיסה עצמה, ותתישב קושית הקונטרס הספיקות דדלמא להלכה סבר הרשב"א דאינה מועילה.

הש"ך הביא ראייה מדברי מהר"י י' לב בספר א' סי' [ס"ט] דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא בהתפיסה עצמה, ובא לפניו שאלה למהר"י ביעקב שצוה בעת פטירתו לתת כל נכסיו לאשתו לאה וביניהם מטלטלין, ובנו היה נשוי אשה ומת, ובאה אלמנת בנו לגבות תוספות כתובתה, וכתוב בכתובתה שבעלה שעבד לה מטלטלין אגב קרקע, דאע"ג דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לכתובה, אם שעבד אותן אגב קרקע משתעבדי, ועלתה השאלה אם הבן של יעקב ירש המטלטלין מאביו, ואם כן אלמנתו גובה מהן, או דלמא אמו לאה קנתה המטלטלין כמו שצוה יעקב בעת פטירתו, ואין לאלמנת הבן של יעקב שום תביעה עליה.

ודבר זה תלוי בפלוגתא דרבוותא בהא דאמרינן בבבא בתרא (דף קלא :) אמר רב יהודה אמר שמואל הכותב כל נכסיו לאשתו לא עשאה אלא אפטרופא, יעו"ש, הר"ן ס"ל דלא עשאה אפטרופא אלא בכותב לה, אבל אם אמר לה ולא כתב נקטינן שנתכוון להקנות לה ולא לעשותה אפטרופא, דבכותב יש קול בשטר ומוכחא מילתא שכתב לה כדי שישמעו בני אדם וידעו שבעלה היה מכבד לה, וישתמעו דבריה, אבל באומר משמע שנתכוון לקנין ממש, דאם נתכוון לעשותה אפטרופא היה כותב לה שטר כדי שיצא עליה קול, אבל הר"י מגאש פליג וס"ל דבין אם כתב ובין אם אמר נתכוון לעשותה אפטרופא, יעו"ש.

והשיב מהר"י י' לב ז"ל: ולכאורה בנדון דידן שזאת האלמנה אינה מוחזקת כמו שנראה מתוך השאלה שהיא שואלת הנדוניא והתוספת מחמותה נראה שעליה להביא הראייה דהלכה כרב י' מיגאש ז"ל וכו', אבל כי מעיינן 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 שנה הכי ולא שנה הכי וכו' ותפיסה אחר שנולד הספק לא מהניא ולא מידי לפי דברי רוב הפוסקים אפילו כשיטען ברי, וכל שכן בנדון דידן שאינה יכולה לטעון אלא שמא וכו' ובנדון דידן כל אפין שוין זולתי הרמב"ם ז"ל על ההיא דתקפו כהן בפרקא קמא דמציעא (דף ו:), וכבר כתב הר"י קולון דאין לומר קים לי כפלוגי הגאון ואפילו בדיני ממונות היכא דכל חכמי ישראל חלוקים עליו וכו' עכ"ל, יעו"ש.

והש"ך הוכיח מדברי מהר"י ו' לב דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא בהתפיסה עצמה וז"ל: והנה כבר כתבתי לעיל סי' ק' דמדברי מהר"י בן לב ספר א' סימן [ס"ט] מוכח דאפילו היכא דפליגי בתפיסה עצמה אי מהניא או לא מצי התופס לומר קים לי

כהך פוסק דס"ל דמהני, ואע"ג דמהר"י י' לב שם חשיב פלוגתא דרבוותא לטענת שמא, מכל מקום נשמע מדבריו דהיכא דמהני תפיסה מהני אפילו היכא דפליגי בתפיסה עצמה, ואם כן לפי מה שהעליתי בסימן ע"ט ופ"א דבפלוגתא דרבוותא מהני תפיסה דהוי כטענת ברי או משאר טעמים שכתבתי בסימן פ"ה ופ"ז, ואם כן הוא הדין אפילו היכא דפליגי בתפיסה עצמה דינא הכי, תדע שהרי גם מהר"י טראני הבין מדברי מהר"י בן לב כן, וכמו שכתוב לשונו למעלה סוף סימן ק' עכ"ל, יעו"ש.

וביאור דבריו דמהר"י י' לב ס"ל דאין תפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא משום דאין התופס יכול לומר קים לי כחדא מרבוותא, ואם כן אין לו אלא טענת שמא, ואין תפיסתו מועילה, אולם אחר כך כתב מהר"י י' לב דכבר כתב הר"י קולון דאין לומר קים לי כפלוגי הגאון ואפילו בדיני ממונות היכא דכל חכמי ישראל חלוקים עליו, כנ"ל, והיינו לרווחא דמלתא, דאפילו אם תאמר דיכול לומר קים לי במקום פלוגתא דרבוותא הרי כתב מהר"י קולון דאינו יכול לומר קים לי כחדא מרבוותא במקום שכל חכמי ישראל חלוקים עליו, ומדויק מדבריו דאילו לא היו כל חכמי ישראל חלוקים על שיטת הר"ן היתה לאה יכולה לתפוס, ואע"ג דהוי פלוגתא דרבוותא בהתפיסה עצמה, ומבואר מדברי מהר"י י' לב דאע"ג דהוא עצמו ס"ל דאין התופס במקום פלוגתא דרבוותא יכול לטעון קים לי, מכל מקום למאן דאית ליה דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא בטענת קים אין לחלק בין פלוגתא דרבוותא בהדין לבין פלוגתא דרבוותא בהתפיסה עצמה.

הש"ך הביא הוכחה אחרת דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא בהתפיסה עצמה וז"ל: עוד ראיה מתשובת הרשב"א ח"א סי' ש"א שכתב שטעמו של הרמב"ם שפסק בספק בכור תקפו כהן אין מוציאין מידו משום דפסק כרב המנונא אף על גב דרב חנניא 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 עד כאן לשונו, אלמא אפילו היכא דפליגי בתפיסה עצמה לא מפקינן ממאן דתפיס עכ"ל, יעו"ש, ולמד הרשב"א שטעמא דהרמב"ם דתקפו כהן אין מוציאין מידו משום דנחלקו בזה רב המנונא ורב חנניא, ולא איפסקא הלכתא בגמרא, והרי תפיסתו מועילה בפלוגתא דרבוותא, ואע"ג דהפלוגתא דרבוותא היא בהתפיסה עצמה אם תפיסה מועילה בטענת שמא, ופסק הרמב"ם דמועילה.

והוסיף הש"ך וז"ל: ואע"ג ששאר כל הפוסקים ס"ל גבי ספק בכור תקפו כהן מוציאין מידו, וכמו שכתבו התוס' ושאר פוסקים וכמו ששמע באמת פשט הסוגיא בפרק קמא דמציעא, אבל מכל מקום ילפינן שפיר מתשובות הרשב"א דבעלמא היכא דקיימא לן דמהני תפיסה בפלוגתא דאמוראי או דרבוותא אפילו היכא דפליגי בתפיסה עצמה דינא הכי, וספק בכור שאני מכמה טעמים וכמו שחלקתי לעיל סי' ה' וסי' 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 וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ולכאורה משמע שהש"ך בא לפרש למה לשאר פוסקים מוציאים מידו, והלא תפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא בהתפיסה עצמה, כמו שהוכיח מדברי הרשב"א, אולם אם כן היא כונתו, למה לא כתב בפשיטות דהני פוסקים ס"ל דהלכה כרב חנניא, שכן משמע באמת פשט הסוגיא בפרק קמא דמציעא, כמו שכתב הש"ך, כנ"ל, וגם אית ליה ברייתא כותיה, ולמה צריך לטעמא שבעל הבכור יכול ליתנו לכל מי שירצה, ואין לומר שמשום האי טעמא ס"ל דהלכה כרב חנניא, שהרי התוס' בכתובות (דף כ.) בד"ה ואוקי ממונא הקשו למה תפיסה מועילה בתרי ותרי, והא קיימא לן תקפו כהן מוציאים מידו, יעו"ש, ומבואר דלדעת התוס' אין דין תרפו כהן מוציאים מידו מיוחד לספק בכור.

אולם כונת הש"ך ליישב מה שהיה אפשר להקשות על דברי הרמב"ם לפי ביאורו של הרשב"א, דאם אין תפיסתו מועילה מכח הספק בכור הואיל ואין לו אלא טענת שמא, אם כן היאך מועילה תפיסתו מכח הפלוגתא דרבוותא, הא אין לו אלא טענת שמא, ואם תפיסתו מועילה בטענת שמא, הרי היינו שיטת רב המנונא, והלא קאמר הרשב"א דהרמב"ם מסופק אם הלכה כרב המנונא או כרב חנניא, לזה כתב הש"ך דהרמב"ם באמת ס"ל דתפיסה בטענת שמא מועילה בפלוגתא דרבוותא, והא דאין תפיסה בטענת שמא מועילה בספק בכור הוא משום סברא צדדית, שהרי יכול הבעל ליתן הבכור לכל מי שירצה.

ובסוף דבריו כתב הש"ך וז"ל: ומכאן נמי ראייה דס"ל להרשב"א עצמו דמהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא, דהא כתב דטעמא הוא דתקפו כהן דאין מוציאים מידו משום דהוי פלוגתא דאמוראי, ואם כן נהי דבספק בכור לא ס"ל כהרמב"ם היינו מהנך טעמי שכתבתי, אבל בעלמא לא חזינן דפליג עליה ומשמע דמודה דבפלוגתא דרבוותא מהני תפיסה וכו' עכ"ל, יעו"ש.

והקשה עליו הקונטרס הספיקות כלל ה' אות ז' וז"ל: תמהני עליו בראיה זו, דשאני הא דהרשב"א דהאי מלתא גופא מסופק ועומד אי תקפו כהן מוציאים מידו או לא, הלכך אין מוציאים, אבל לדידן דקיימא לן תקפו כהן מוציאים, מאן לימא דפלוגתא דרבוותא שאני משאר ספיקא ותקפו כהן, וזה פשוט וכבר השיגו האורים ותומים גם כן בזה עכ"ל, יעו"ש, והיינו דדלמא לא קאמר הרשב"א דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא אלא כל זמן שמסופקים דלמא תפיסה מועילה בטענת שמא, ותפיסה בפלוגתא דרבוותא לא גרעה מתפיסה בטענת שמא, אבל כיון דקיימא לן להלכה שאין תפיסה מועילה בטענת שמא, אם כן מנלן דתפיסה בטענת קים לי מועילה בפלוגתא דרבוותא.

אולם באמת יש להבין למה הש"ך הוצרך להביא ראייה דהרשב"א ס"ל דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא, והלא הביא הש"ך לעיל סי' ו' דברי הרשב"א במשמרת הבית דתפיסא מועילה בספיקא דתיקו, יעו"ש, ולעיל בסי' ע"ט ופ"ה ופ"ז כתב הש"ך

שלשה טעמים דגם להנך דעות דאין תפיסה מועילה בתיקו מועילה בפלוגתא דרבוותא, ואם כן אם הרשב"א ס"ל דתפיסה מועילה בתיקו, כל שכן דמועילה בפלוגתא דרבוותא.

אלא מבואר מדבריו דאיכא נמי סברא להיפך, דאפילו אם תפיסה מועילה בתיקו איכא למימר דאינה מועילה בפלוגתא דרבוותא, והיינו דתפיסה מועילה בתיקו משום שיכול לומר קים לי כצד אחד של הבעיא, אבל בפלוגתא דרבוותא אינו יכול לומר קים לי כהני רבוותא, שהרי יש פוסקים גדולים המכחישים אותו, ולא כל כמיניה לטעון קים לי כנגד גדולי הפוסקים אפילו היכא דאיכא נמי גדולי פוסקים המסכימים לו, דאין דבריו נשמעים כשמכניס ראשו בין הרים גדולים, וטענתו בטילה.

והנה עיימש"נ בהגהות לעיל סי' מ"ה דיש לומר דהא דתפיסה בטענת שמא מועילה בספק בכור למאן דאמר תקפו כהן אין מוציאים מידו לאו היינו משום דתפיסה אינה צריכה טענה אלא דגם תפיסה בטענת שמא נחשבת כתפיסה בטענת ברי, והרי זה כמי שטוען שיכול לתפוס בממון הספק בתורת בעלים גמורים בסמכו על הצד שהדין עמו, וכיון שאין הכרע בהספק למה לא יוכל לתפוס ולהתנהג כבעלים כיון דאיכא צד גמור שהדין עמו, והרי זה נחשב כמו תפיסה בטענת ברי כיון שתפסו לעצמו למרות שטענתו שמא, וכמו שיכול לומר קים לי בספיקא דדינא והוי כטענת ברי, כמו כן יכול לומר קים לי בספיקא במציאות והוי כטענת ברי, והרי נעשה מוחזק בתפיסתו, ואין מוציאים מידו.

ולפי זה שפיר מובן מה שהביא הש"ך ראייה מדבריו הרשב"א דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא, שמדבריו הרשב"א מבואר דלא אמרינן דכל שדברי פוסקים גדולים מכחישים אותו הרי דבריו בטלים אפילו אם איכא נמי פוסקים גדולים המסכימים לו, כמש"נ, דאם כן גם לפי מה דמסופק אם תפיסה מועילה בטענת שמא לא תהא תפיסתו מועילה בפלוגתא דרבוותא דרב המנונא ורב חנניא, דהרי גם לרב המנונא דתפיסה מועילה בטענת שמא היינו משום דגם תפיסה בטענת שמא הוי כמו תפיסה בטענת ברי, שהרי הוא טוען בבירור שיכול לתפוס בממון הספק בתורת בעלים גמורים בסמכו על הצד שהדין עמו, כמש"נ, ואם דבריו בטלים כשמכניס ראשו בין הרים גדולים, הרי אין טענת שמא ידידה כמו טענת ברי כיון דרב חנניא מנגד לו, אלא טענתו בטילה ואינה נשמעת, כמש"נ, ונשארה תפיסתו בלי שום טענה ואחיזה בתורת בעלים, אלא מוכח דאין דבריו בטלים במקום דאיכא פלוגתא דרבוותא, ואם תפס בטענת שמא הלכה כרב המנונא הרי זוטענה מעולה ונחשבת כטענת ברי, כמש"נ, והוא הדין נמי להלכה דאין תפיסה בטענת שמא מועילה, אם תפס בטענת קים לי בפלוגתא דרבוותא אין דבריו בטלים ותפיסתו מועילה.

סימן קג

בו יובא שאלה שבאה לפני מהרד"ך באלמנה שלא רצתה להתייבם ותפסה מטלטלין, ויבואר הוכחת הש"ך מדבריו דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא בהתפיסה עצמה.

הש"ך הביא עוד ראייה דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא אפילו היכא דפליגי בתפיסה עצמה ממה שכתב מהר"ר דוד כהן בתשובת בית ב' סי' ט' שבא לפניו שאלה באשה שמת בעלה ונפלה לפני יבם, ואיתא ביבמות (דף לט:) תנן התם מצות יבום קודמת למצות חליצה בראשונה שהיו מתכוונין לשם מצוה עכשיו שאין מתכוונין לשם מצוה אמרו מצות חליצה קודמת למצות יבום אמר רב אין כופין וכו', יעו"ש, והיא אומרת שאינה רוצה להתייבם מפני שמצות חליצה קודמת ואינו מתכוון לשם מצוה, והוא אומר שרוצה לייבם ומתכוון לשם מצוה, ונחלקו הפוסקים אם כופים אותו לחלוץ, והיכא דכופים את הבעל להוציא את אשתו גובה את כתובתה ונדוניא ותוספות כתובה מיד, ואם כן להנך פוסקים דכופים את היבם לחלוץ גובה הכל מיד, ולאידך פוסקים אינה גובה, והלכה האלמנה ותפסה לעצמה נכסי בעלה שהיו ברשותה, והיבם תובעם מבית דין שיוציאו מידה כל מה שתפסה.

וכתב המהרד"ך וז"ל: אלא שאני אומר דהואיל והגברת הזאת תפסה שאין להוציא מידה לדעתו של מהר"ם ז"ל, דהואיל ואנו מסופקין בדבריו אם הוא ז"ל בכל מקום שהוא חייב להוציא וליתן כתובה סבר כן או דוקא במקום שאמרו בהדיא יוציא ויתן כתובה, 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 ולא מצי נתבע לטעון ברי וכו' ולא כהנהו רברבי דסברי דמוציאין ודקדקו מזה דכל שתחלת דינו המוציא מחבירו עליו הראיה 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, יעו"ש.

ומה שכתב 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 ולא מצי נתבע לטעון ברי, והרי כל תיקו הוא ספק בהדין עצמו, כונתו דבכל תיקו אם תפס אין מוציאין מידו, ואע"ג דספיקות אלו הם בהדין עצמו ולא בהמציאות. ומבואר מדבריו דכיון דיש בזה פלוגתא דרבוותא אינה יכולה לטעון ברי שהדין עמה ולא נחית מהרד"ך לענין אם טענת קים ליה הוי כטענת ברי, דצד זה לא הוזכר בפירוש בדברי הראשונים אלא בדברי האחרונים, שהביאם הש"ך בכל הסימנים הנ"ל, אבל המהרד"ך למד כפשוטו דתפיסה בתיקו וכל ספיקא דדינא הוי תפיסה בטענת ספק, ויש בזה גופא פלוגתא דרבוותא אם תפיסה מועילה בספיקא דדינא, ואע"ג דאין להתופס טענת ברי, הרמב"ם פסק פ"ב גניבה הלי"א דתפיסתו מועילה, וכן משמע דגם הראב"ד מסכים לכך, וכן ס"ל נמי רש"י ורבינו חננאל לפי מה שכתב הסמ"ג בעשין סי' ע', ולא כהנהו רברבי דס"ל דאין תפיסה מועילה בתיקו, ונמצא שאין כל חכמי ישראל

מתנגדים לשיטת הרמב"ם, והרי זו פלוגתא דרבוותא מעליא אם תפיסת האלמנה מועילה מאחר שאין לה טענת ברי, ופסק מהרד"ך דאין מוציאים מידו, הרי מבואר דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא בהתפיסה עצמה אם מועילה בלי טענת ברי. והמהרד"ך הוכיח דהרמב"ם ס"ל דתפיסה מועילה בתיקו ממה שכתב בהלכות גניבה, ולא ממה שפסק הרמב"ם דתקפו כהן אין מוציאים מידו, דבאמת אין להוכיח דתפיסה מועילה בתיקו ממה שתפיסה מועילה בספק במציאות, דאיכא למימר דתפיסה בספק במציאות עדיפא מפני שחזקתו אומרת שעלינו לנקוט להלכה שהמציאות היתה שלא ביכרה קודם, ואע"פ שאין שום הוכחה לכך, זהו דין חזקתו דהכי נקטינן, אבל בתיקו אי אפשר לו כן, ועיימש"נ בהגהות לסי' ח'.

ומה שכתב מהרד"ך וז"ל: וכן בההיא דפרק קמא דמציעא בספק בכור שתקפו כהן פסק הרמב"ם בפ"ב מהלכות בכורות הל"ו שאין מוציאים מידו ולא מצאנו שהראב"ד ז"ל יחלוק עליו עכ"ל, כנ"ל, כונתו דבספק בכור לא הוי ספיקא דדינא אלא ספק במציאות, וגם התם ס"ל להרמב"ם דתפיסה מועילה בטענת שמא, והרבה פוסקים חולקים וס"ל דתקפו כהן מוציאים מידו, וגם התם יש בזה פלוגתא דרבוותא אם תפיסה בטענת שמא מועילה בספק במציאות, וגם התם פסק מהרד"ך דאין להוציא מיד הכהן משום דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא בהתפיסה עצמה.

וזהו מה שכתב הש"ך בסוף דבריו וז"ל: ואע"ג דכתבתי לעיל סי' א' וב' דלא קיימא לן כהרמב"ם ומהרד"ך בהך דספק בכור, היינו דוקא בספק בכור ומכל הנך טעמי שכתבתי שם וכמ"ש בסמוך עכ"ל, יעו"ש, והיינו דלא קיימא לן כהרמב"ם דבספק בכור אם תקפו כהן דתפיסתו מועילה, וגם לא קיימא לן כהמהרד"ך דתפיסה מועילה בספק בכור בטענת שמא משום דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא בהתפיסה עצמה, אולם אין זה אלא בספק בכור משום הטעמים שכתב הש"ך בסי' ה' ובסי' ו', יעו"ש, אבל בעלמא תפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא בהתפיסה עצמה.

סימן קד

בו ידון במה שהש"ך הכיח מדברי הרמ"א ומהר"ם יפה באלמנה שתפסה למזונותיה ואלמנה שתפסה כתובתה מחיים דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא בהתפיסה עצמה.

כתב הש"ך וז"ל: וגם מדברי מהרמ"א בא"ע סי' צ"ג סעי' כ"ב ומהר"ם יפה והגהת דרישה שם יש להוכיח דמהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא אפילו 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, וזה לשונו יש אומרים דלא הוי תפיסה אלא כשתפסה מרשות הרבים או מסמטא אבל לא מרשות יורש ויש חולקין עד כאן לשונו, ואי לאו דס"ל עיקר לדינא דמהני תפיסה לאיזה צורך הביא דעת [היש חולקין], אלא ודאי ס"ל דכיון דפלוגתא דרבוותא היא לא מפקינן מיניה, לכך הביא דעת היש חולקים להורות דהוי פלוגתא דרבוותא דלא מפקינן מיניה, אלמא אפילו היכא דפליגי בתפיסה עצמה לא מפקינן מיניה, ואין להקשות אם כן הוה ליה לכתוב בסתם דמהני תפיסה אפילו מרשות יורש, הא לא קשה מידי כמו שכתבתי לעיל ריש סי' ע"ו עיין שם עכ"ל, יעו"ש.

במקצת נסחאות מצינו כתוב לאיזה צורך הביא דעת היש אומרים, אבל אין זה נכון, דזוהי הקושיא שהקשה בסוף הדיבור שהיה לו לכתוב בסתם דמהני תפיסה, אלא הגירסא הנכונה כמו שהיא נמצאת בדפוס ראשון היא לאיזה צורך הביא דעת היש חולקים, וכונתו דאם תפיסה אינה מועילה בפלוגתא דרבוותא בהתפיסה עצמה לא היה לו להרמ"א לכתוב אלא דעת היש אומרים דאין אלמנה יכולה לתפוס מרשות היורש, ושוב לא איכפת לן אם יש חולקים או לא, דאפילו אם יש חולקים הוה ליה פלוגתא דרבוותא בהתפיסה עצמה ואינה מועילה.

אלא מבואר דהרמ"א ס"ל דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא בהתפיסה עצמה, ולכן הזכיר דעת היש חולקים להורות דיש בזה פלוגתא דרבוותא, ואע"ג דבדרך כלל הדעה הראשונה היא העיקרית, כמו שכתב הש"ך ביו"ד סי' רמ"ב, והביא דבריו לעיל בסי' ע"ו, יעו"ש, ואם כן לכתחילה דנים שאין אלמנה יכולה לתפוס מרשות היורש, אבל בדיעבד אם תפסה אין מוציאים מידי, שהרי תפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא בהתפיסה עצמה, וכיון דיש חולקים ואומרים שאלמנה יכולה לתפוס מרשות היורש, אם האלמנה תפסה וטענה קים לי כדעת היש חולקים אין מוציאים מידה.

והקשה הש"ך דאם כן למה הזכיר הרמ"א דעת היש אומרים, לא היה לו להזכיר אלא דעת החולקים דיכולה לתפוס מרשות היורש, ושוב אין צורך לדעת היש אומרים, דהא תפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא בהתפיסה עצמה, כנ"ל, אולם קשה דאם לא הזכיר דעת היש אומרים היינו אומרים שההלכה פסוקה כהיש חולקים, ואלמנה שתפסה מרשות היורש מה שתפסה תפסה, ואינה צריכה לטעון כלום, אבל כיון דאיכא נמי דעת היש אומרים שאינה יכולה לתפוס מרשות היורש הרי הוי פלוגתא דרבוותא, ואין תפיסתה מועילה אלא כשטוענת קים לי כדעת החולקים שאלמנה יכולה לתפוס

מרשות היורש, וצריך עיון.

והש"ך תירץ קושיתו וכתב שהרמ"א הוצרך להביא דעת היש אומרים על פי מה שכתב בסי' ע"ו דאע"ג דהרמ"א ס"ל כהשו"ע דתפיסה מועילה בתיקו, לפעמים מביא דעת החולקים שלא יאמר בעל דין שאילו ידע הרמ"א שיש חולקים לא היה סותם כהשו"ע, יעו"ש, וכתב שם עוד שני טעמים, ועיימש"נ שם בהגהות, ולפי זה מובן למה הרמ"א הביא הכא דעת היש אומרים, והיינו כדי שלא יאמר בעל דין שאילו ידע הרמ"א דעת היש אומרים לא היה סותם כהחולקים.

ולא עלה על דעת הש"ך לומר שהרמ"א פסק להלכה כדעת היש חולקים, והביא דעת היש אומרים משום הטעמים שהזכיר בסי' ע"ו, כנ"ל, ואם כן לדעת הרמ"א לא הוי פלוגתא דרבוותא כלל, ואין להביא ראיה מדבריו דס"ל דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא בהתפיסה עצמה, דאי אפשר לפרש דברי הרמ"א כן, דהיכא שהמחבר כתב הלכה, והרמ"א הגיה ויש חולקים ותו לא שפיר איכא למימר שהרמ"א פוסק כהיש חולקים, אבל אם הרמ"א עצמו הביא דברי יש אומרים במילואם, ואחר כך כתב ויש חולקים ותו לא, אין לדייק מדבריו שפסק כהיש חולקים והביא דברי היש אומרים משום סבה צדדית, דאילו כן היה לו להביא דברי החולקים במילואם בלשון ויש אומרים ואחר כך לכתוב דעת היש אומרים בלשון ויש חולקים ותו לא, אלא כן הלשון מורה, הדעה המפורשת היא העיקרית להלכה, והדעה שהזכיר רק להודיע שיש דעה אחרת, ולא פרט דבריהם אלא קאמר ויש חולקים ותו לא, דעה זו לא הובאה אלא משום סבה צדדית, ובפרט לפי מה שכתב הש"ך ביו"ד סי' רמ"ב דהדעה הראשונה היא העיקרית, כנ"ל, בודאי אין לומר שהרמ"א פסק כהיש חולקים.

ויש להקשות דאם כן מנא ליה להש"ך להוכיח מדברי הרמ"א דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא בהתפיסה עצמה, דילמא פסק להלכה כהיש אומרים דאלמנה אינה יכולה לתפוס מרשות היורש, ולדידיה לא הוי פלוגתא דרבוותא כלל, והביא דעת החולקים משום הטעמים שכתב בסי' ע"ו, דהיינו שלא יאמר בעל דין דאילו ידע הרמ"א שיש חולקים לא היה פוסק ההלכה כדברי היש אומרים, או כדי שאם ירצה דיין לפסוק שאלמנה יכולה לתפוס מרשות היורש שיש לו פוסקים לסמוך עליהם. אולם נראה דזה לא קשה מידי לפימש"נ בהגהות לסי' ע"ו דטעמים אלו נוהגים רק כשהפסק אינו מוחלט אלא שכן נוטה דעת הפוסק, והבעל דין היה יכול לומר שהרמ"א סתם כהשו"ע דתפיסה מועילה בתיקו משום שכן היה דעתו נוטה, ואילו ידע שיש חולקים אולי לא היה פוסק כן, אבל אם הרמ"א היה ס"ל כהשו"ע בהחלט בלי שום פקפוק, והיה ברור לו שאין להוציא מיד התופס בספק שעלה בתיקו, למה יעלה על הדעת שהיה חוזר בו אם ידע שיש חולקים, וכן בפלוגתא שנפסק הדין כהמרובים משום הכלל דיחיד ורבים הלכה כרבים, אילו היה הדבר ברור לבעלי המשנה שהמרובים צודקים והיחיד אינו צודק למה יקיימו את דבריו לסמוך פוסק שרוצה לדון כדבריו, ונמצא דטעמים אלו נוהגים רק שלא נתברר בהחלט שהצד השני אינו צודק. ולפי זה אילו היה הרמ"א פוסק להלכה כדברי היש אומרים דאלמנה אינה יכולה

לתפוס מרשות היורש, ואם תפסה מוציאים מידה, על כרחך היה הדבר מוחלט אצלו כדעת היש אומרים, דאם לא היה אלא נוטה היאך היה מוציא מיד האלמנה, ורק לעיל בתפיסה בתיקו שייכים טעמים אלו, שהרמ"א פסק דאין מוציאים מיד התופס, ואולי סובר כן משום שאינו יודע בבירור שמוציאים מידו, אבל אילו היה פוסק כהיש אומרים להוציא מיד האלמנה על כרחך הדבר מוחלט בדעתו, ולא היה פתחון פה לבעל דין לומר שאילו ידע שיש חולקים לא היה פוסק כהיש אומרים, כמש"נ.

ובעיקר ראיתו יש לדקדק, דהיאך הוכיח הש"ך מדברי הרמ"א דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא בהתפיסה עצמה, והלא תפיסת האלמנה למזונותיה לא הוי מדין ספק, אלא שתיקנו חכמים דאע"ג דאין לה דין לתפוס מעיקר הדין אם תפסה אין מוציאים מידה, כדאיתא בכתובות (דף צו.) אמר רבי אלעזר אלמנה שתפסה מטלטלין במזונותיה מה שתפסה תפסה, יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: ולא מפקינן מינה ואע"ג דפסקינן הלכתא בפרק מציאת האשה (דף סט:) ממקרקעי ולא ממטלטלי הוהיל ותפסה תפסה עכ"ל, יעו"ש, ועיין שם בתוס' ד"ה אלמנה וז"ל: ונראה לי דדוקא מזוני דלא גביא ממשעבדי והוי נמי תנאי בית דין אלמנה רבנן טפי להועיל בה תפיסה וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ואם כן לא דמי כלל פלוגתא דרבוותא בתפיסת אלמנה למזונות לפלוגתא דרבוותא בתפיסה עצמה בלי טענת ברי, דבכל פלוגתא דרבוותא שתפס התופס בטענת קים לי להנך דעות דקים לי הוי כטענת ברי, הרי איכא תפיסה ודאית וספק על בעלות הממון, אבל אם תפס התופס בטענת שמא הרי בהא גופא נחלקו הרבוותא אם יש לו תפיסה מעליא בהממון גם קודם שנדון על בעלות הממון, ולענין זה טרח הש"ך להוכיח מדברי הפוסקים דגם בכהאי גוונא אין מוציאים מיד התופס.

אולם באלמנה שתפסה מטלטלין למזונותיה מרשות היורש בטענת קים לי כהיש חולקים, הרי קיימא לו דתפיסה מועילה בטענת קים לי בספיקא דדינא, ואין זה פלוגתא דרבוותא, ואלא שהפלוגתא דרבוותא היא בהממון עצמו אם יש לה זכות לתפוס מטלטלין למזונותיה, ולכאורה היינו פלוגתא דרבוותא בדין הממון ולא בהתפיסה עצמה.

ונראה לבאר עפ"י מש"נ בהגהות לסוף סי' ק' דטעמא דמאן דסבר אין תפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא בהתפיסה עצמה משום דהוי ספק מוחזק במקום חזקת מרא קמא, ואין ספק מוציא מידי ודאי, וטעמא דמאן דסבר תפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא בהתפיסה עצמה משום דאמרינן מאן מרמי ליה מידיה הוהיל ופלוגתא היא, ואע"ג דאין לו להתופס תורת מוחזק כיון דאין ספק מוציא מידי ודאי, מכל מקום עדיין איכא ספק על עצם הממון, ואין לנו לעשות מעשה להוציא מיד התופס אם ההוצאה מידו היא כנגד דעה מוחלטת מפוסק גדול.

ולפי זה יש לומר דאלמנה שתפסה למזונותיה לעולם אין לה תורת מוחזק במקום ספק, שהרי אין לאלמנה שום שעבוד בהמטלטלין, ואין לה צד ממון בהן שמחמתו תוכל לתפוס אותן מעיקר הדין, ואם תבא לשאול מבית דין אם יכולה לתפוס מסתברא

שיאמרו לה שאין לה דין לתפוס כיון שאין לה שעבוד בהן, ונמצא דתפיסתה היא כמו גזילה, ולא באה לה תורת מוחזק, ואכן תקנו לה חכמים שאע"פ שלא היה בדין שתתפוס אינה צריכה להשיב את הגזילה, דכיון שתפסה למזונות, דהוי תנאי בית דין, אלמנה רבנן טפי, כמו שכתבו התוס', כנ"ל.

ואיכא נמי למימר דאינה עוברת על לא תגזול כשתפסה כיון שרבנן פטרוה מלהשיב, וכמו שכתב הנמוקי יוסף בבבא קמא (דף ט.) דבמקת טעות המוכר הוי כגזול ומשלם ממיטב, יעו"ש, ואע"פ שלא עבר עבירה דינו לגבי הממון שבידו כגזול, וכן נמי באלמנה שתפסה אין לה תורת מוחזק על ידי תפיסתה, כמש"נ, והיכא דיש ספק בתפיסתה היה לנו להוציא הממון מידה ולהחזירו להיורשים שיש להם חזקת מרא קמא, ומכל מקום מאן דסבר תפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא בהתפיסה עצמה ס"ל דאמרין מאן מרמי מידה, ואין לעשות מעשה להוציא ממון מידה כנגד דעת הרבוותא דס"ל שיכולה לתפוס מרשות היורש.

הש"ך הביא עוד ראיה דלדעת הרמ"א ומהר"ם יפה תפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא בהתפיסה עצמה וז"ל: ועוד יש להוכיח כן מדברי מהרמ"א ומהר"ם יפה באה"ע ריש סי' צ"ו, שכתבו שם גבי אלמנה שלא נשבעה על כתובתה דאין יורשיה יורשים כתובתה מספק דשמא נתפרעה, וזה לשונם יש אומרים הא דאין יורשיה יורשים כתובתה היינו בדלא תפסה דמספק אין מוציאין מיד היורשים שמא נתפרעה, אבל אם תפסה יורשיה יורשים כתובתה הואיל והן מוחזקין גם כן אין מוציאין מידם מספק ויש חולקים, ועיין בחו"מ סימן ק"ח עד כאן לשונם, והכא נמי יש לדקדק לאיזה צורך הביאו שתי הסברות אלא ודאי כמו שכתבתי בסמוך וכו' עכ"ל, יעו"ש.

דין האלמנה שבאה לגבות כתובתה מנכסים משועבדים ומנכסי יתומים שלא תפרע אלא בשבועה שלא נפרעת, כדתנן בשבועות (דף מה.), יעו"ש, ואע"פ שיש לה שטר כתובה חייבוהו רבנן לישבע כדין נשבעים ונוטלים, ואם מתה קודם שנשבעה אין יורשיה יורשים כתובתה, ויש בזה מחלוקת אמוראים בשבועות (דף מז.) רב ושמואל אמרי אין אדם מוריד שבועה לבניו, ופירש רש"י וז"ל: אין אדם מוריד ממון שהוא מחויב עליו שבועה לבניו לפי שאין הבנים יכולים לישבע שבועה זו שנתחייב אביהם עכ"ל, יעו"ש, ורב אלעזר פליג וס"ל אדם מוריש שבועה לבניו, והרי הבנים יורשים הממון, ואין עליהם אלא לישבע שבועת היורשים שלא פקדנו אבא, ומסיק שם (דף מז.): דעבר כמר עבד ודעבד כמר עבד, יעו"ש, ומכל הסוגיא שם מוכח דדין זה הוא מתקנת חכמים לטובת היתומים, ולהלכה קיימא לן בהפוסקים דאין אדם מוריש שבועה לבניו, ואין יורשי המלוה גובים מיורשי הלוה כשמת לוה בחיי מלוה. ונחלקו היש אומרים והיש חולקים שהביא הרמ"א אם תפסה האלמנה וטענה

שלא נפרעת אם תפיסתה מועילה מספק ובניה יורשים כתובתה, והיינו פלוגתא דרבוותא בהתפיסה עצמה, והנה הנושאי כלים בשו"ע שם הבינו דמה שכתב הרמ"א אבל אם תפסה יורשיה יורשים כתובתה היינו שיורשי האלמנה תפסו הכתובה לאחר מיתתה, אבל הש"ך הבין בדבריו שהאלמנה תפסה הכתובה ואחר כך מתה, והחילוק

בין שתי הדעות הוא בניקוד מלת תפסה, הנושאי כלים קראו תַּפְסָה יורשיה, היינו שהיורשים תפסו הכתובה, אבל הש"ך קראו תַּפְסָה, היינו שהאלמנה תפסה ואז יורשיה ירשו כתובתה.

ובעצם אין נפקא מינה בין שתי הדעות, דבין כך ובין כך הדין תפיסה שלהם הוא במה שהיורשים מוחזקים בהממון, והרי איתא להדיא בחו"מ סי' ק"ח סעי' י"א דאם תפסו היורשים אין מוציאים מידם, כמו שהביא הש"ך בהמשך דבריו, יעו"ש, והנושאי כלים למדו דגם בדין מיירי דיורשי האלמנה תפסו ממון מיורשי הבעל, והש"ך למד דלא בא הממון לידם על ידי תפיסתם מיורשי הבעל, אלא הלמנה תפסה הממון ומתה, ועל ידי כך בא הממון ליורשיה, אבל אין נפקא מינה בכך אלא גופא דעובדא היכי הוה. ונחלקו שתי הדעות שהביא הרמ"א אם הא דקיימא לן בהפוסקים דאין אדם מוריש שבועה לבניו הלכה פסוקה היא, ואם כן אין בתפיסת היורשים כלום, או דלמאכיון דאיתא בגמרא דעבד כמר עבד ודעבד כמר עבד, כנ"ל, אם כן אע"ג דאנו נוהגים דאין אדם מוריד שבועה לבניו, עדיין יש צד אדם מוריש שבועה לבניו, והוי פלוגתא דרבוותא, ואם תפסו אין מוציאים מידם, והרמ"א הביא שתי הדעות, ואם אין תפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא בהתפיסה עצמה, לאיזה צורך הביא דעה הראשונה דאין מוציאים מידם, והלא הוי פלוגתא דרבוותא בהתפיסה עצמה, ואין לומר שפסק כהיש חולקים דמוציאים מידם, ומכל מקום הביא דעה הראשונה שלא יאמר בעל דין אילו הוה ידע לא היה פוסק כהיש חולקים, אי נמי לסייע לדין שרוצה לדון כן, כנ"ל, דאילו אית ליה להלכה דמוציאים מידו הרי הדבר מבורר אצלו ולא היה חש להני טעמים דסי' ע"ו, כמש"נ, אלא מבואר דהרמ"א ס"ל דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא בהתפיסה עצמה, והביא דעת היש חולקים משום הני טעמי דסי' ע"ו, כמו שכתב הש"ך בהמשך דבריו.

שוב כתב הש"ך וז"ל: ודוחק לומר דשאני הכא כיון דתפסה בחייה חשיבה גבי יורשיה כטענת ברי, וכדקיימא לן בחו"מ סוף סי' ע"ה דאמר לי אבא שאתה חייב לו מנה או מצאתי בפנקסו שאתה חייב לו מנה הוה ליה טענת ברי ומשביעין אותו על פיו, והכי נמי כיון דתפסה בחייה לא גרע ממצאו כתוב בפנקסו וכו' עכ"ל, יעו"ש, ולא נתבאר בדבריו למה הוא דוחק לומר דהיורשים נחשבים ברי על ידי אחר כמו באומרים אמר לי אבא, ומה לי שהאלמנה לא אמרה להם כלום, הרי במעשיה שתפסה הראה בהחלט שהיתה ברי שלא נפרעת לה, ואולי יש לומר שאין להוכיח מתפיסתה שהיתה בטוחה בבירות שלא נפרעת, דדילמא תפסה מספק, אי נמי יש לומר שאין להביא ראיה מדין טענת ברי לחייב שבועה על פיו לדין טענת ברי לתפיסה להוציא מן המרא קמא. ומלבד שהוא דוחק הוסיף הש"ך דאפילו אם נימא דתפיסת היורשים נחשבת תפיסה בטענת ברי על ידי מה שהאלמנה תפסה, עדיין לא היתה תפיסתם מועילה לאו מדין תפיסה בפלוגתא דרבוותא וז"ל: ועוד דכיון דהוכחתי לעיל סי' ט"ז לדעת הטור דטענת ברי בכהאי גוונא לא מעלה ולא מוריד, אם כן בעל כרחך גם דעת מהרמ"א ומהר"ם יפה כן, שהרי גם הם כתבו בחו"מ סי' שפ"ח סעי' ז' גבי נמסר שתפס דישי

אומרים דלא מהני תפיסה בספיקא דדינא וכמו שכתב הטור שם עכ"ל, יעו"ש, ושם מבואר דתפיסה שיסודה הוא טענת התופס ואין בידו שטר לא מעלה ולא מוריד, ואע"ג דבנידון דידן היורשים יש להם שטר כתובת האלמנה בידיהם, אין זה נחשב שהתפיסה היא על ידי השטר, שהרי תיקנו חכמים שאין לגבות בשטר הכתובה אלא בשבועה שלא נפרעת, ועיימש"נ בהגהות שם.

סימן קה

בו יבואר סברת החולק על הש"ך שכתב דאין תפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא כמו שאינה מועילה בתיקו, והביא ראיה מתופס אחר תופס בארבע דדינא כל דאלים גבר.

כתב הש"ך ז"ל: והנה נתברר בהרבה ראיות ברורות דמהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא, ואף שהדבר פשוט בעיני לא הוצרכתי להאריך אלא להוציא מלב החולק עלי שרצה לומר דלא מהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא כמו דלא מהני בתיקו וכו' והחולק רצה להביא ראיה ממה שכתב הרא"ש והטור ושו"ע בחו"מ ריש סימן קל"ט גבי ארבע דאם תפס אחד מהן וחזר חברו ותפסו ממנו מוציאין מידו, ואין זו ראיה כלל, וכמו שכתבתי למעלה סי' י"ט אות ח', ותו דגבי ארבע גופיה העליתי שם לדינא דאם חזר ותקפו אין מוציאין מידו עיין שם עכ"ל, יעו"ש, והנה הש"ך לא זיהה את החולק, וכמובן יכולים להניח שלא היה פוסק מפורסם אלא חכם אחד בשכנותו שהכיר. החולק בא לחלוק על מה שכתב הש"ך בסי' ע"ט דאפילו מאן דאית ליה דאין תפיסה מועילה בתיקו מכל מקום גם הוא יודה דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא מפני שלשה טעמים, והחולק קאמר דאין תפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא כמו שאינה מועילה בתיקו, והביא ראיה לכך משיטת הרא"ש גבי ארבע דדינא הוא דכל דאלים גבר, וקאמר הרא"ש דאין השני חוזר ותופס ממנו, ויש להבין היאך הביא ראיה משם דאין לחלק בין תיקו לפלוגתא דרבוותא.

אלא הביאור הוא דלשיטת הרא"ש אין תפיסת השני מן תופס הראשון מועילה, ואע"ג דלא עדיף הראשון מן השני, לא הניחו חכמים שלעולם יהיו חוזרים ותופסים, אלא כיון שתפס הראשון זכה, ושוב אין האחר יכול לחזור ולתפוס ממנו, וקאמר החולק דבכל ספיקא דדינא הרי המרא קמא הוא התופס הראשון, והתופס ממנו הוא התופס השני, ואין תפיסתו מועילה, והא גופא היא סברת מאן דאית ליה דאין תפיסה מועילה בתיקו, ואם כן אין לחלק בפלוגתא דרבוותא מטעמים שכתב הש"ך, דהרי התופס הוא לעולם התופס השני ומוציאים מידו, והש"ך דחה ראיתו וס"ל דטעמא דהרא"ש דאין תפיסת תופס אחר תופס מועילה בעובדא דארבע משום דכשתפס הראשון ולא עיכבו השני הרי זה כמי שהודה לו, ועוד דלהלכה ס"ל דתפוס אחר תופס אין מוציאין מידו, כמו שכתב בסי' י"ט אות ח', יעו"ש.

ומבואר דהחולק ס"ל דלדעת הרא"ש אין תפיסה מועילה משום שהוא תופס שני, כמש"נ, אולם הרא"ש כתב בכתובות (דף כ.). דתפיסה מועילה קודם שנולד הספק אי נמי כשטוען ברי, יעו"ש, ובשלמא תפיסה קודם שנולד הספק מועילה לפי דברי החולק מפני שאין שום אחד מהם נחשב תופס קודם שנולד הספק, וכשנולד הספק כבר הוא בידו, והרי הוא תופס הראשון, אבל למה תועיל תפיסה בטענת ברי, והלא הוא תופס שני, ויש לומר דהחולק ס"ל כדברי מהר"ד, הובאו לעיל בסי' י"ד וסי' ס"ח, דלתירוץ שני של הרא"ש בעינן תרתי לטיבותא, שיתפוס קודם שנולד הספק ושיטעון ברי, דאע"פ שהוא תופס הראשון עדיין אין תפיסתו מועילה אלא כשטוען ברי, וכן כתב

השתרומת הדשן סי' שכ"א, יעו"ש.

שוב כתב הש"ך וז"ל: עוד רצה להביא ראיה ממה שכתב מהרמ"א ביו"ד ריש סימן שט"ו גבי ספק בכור דהלכתא דמוציאין מידו, עוד כתב השו"ע שם אנדרוגינוס הוא ספק בכור כו', עוד כתב השו"ע שם סעיף ו' פרה שילדה כמין חמור כו' ילדה מין סוס או גמל הרי זה ספק בכור ואם תפסו כהן אין מוציאין מידו, וכתב מהרמ"א וכבר נתבאר דנקטינן דאם תקפו כהן מוציאין מידו עד כאן לשונו, ומדכתב מהרמ"א וכבר נתבאר כו' משמע דקאי נמי באנדרוגינוס שהזכיר השו"ע בסעיף ג' דהוי ספק דנקטינן ביה נמי דאם תפסו כהן מוציאין מידו, ובאנדרוגינוס לא הוי ספק בכור אלא מכח פלוגתא דרבוותא וכדאיתא בהרא"ש, אלה הם דבריו, ואין בראיה זו ממש משלשה טעמים וכו' עכ"ל, יעו"ש.

והנה החולק לא הביא ראיה לדבריו דלעולם מוציאין מיד תופס השני מהא דספק בכור מוציאין מידו, ולא הביא ראיה אלא מאנדרוגינוס, ויש לומר דמשם אין ראיה, דאיכא למימר דאין תפיסתו מועילה משום שאינו טוען ברי, אבל בפלוגתא דרבוותא יש לומר דטענת קים לי כהנך רבוותא הוי כטענת ברי, לכן הביא ראיה מאנדרוגינוס דהוי פלוגתא דרבוותא ואע"פ כן מוציאין מידו, והש"ך דחה ראיתו משלשה טעמים, בטעם הראשון דחה דיוקו של החולק מדברי הרמ"א, בטעם השני כתב דאנדרוגינוס באמת לא הוי פלוגתא דרבוותא אלא הלכה פסוקה, ורק שיש להחמיר לענין איסורא, אבל אין זה נותן להתופס כח לתפוס, ובטעם השלישי כתב דטעמא דתקפו כהן בספק בכור מוציאין מידו לא הוי משום דאין לו טענת ברי אלא משום שיש לבעלים טובת הנאה ליתן לכל כהן שירצה, וטעם זה שייך גם באנדרוגינוס, ואע"פ שטוען קים לי כהני רבוותא.

האורים ותומים בסימן זה בקיצורו לספר תקפו כהן כתב וז"ל: הביא הש"ך דעת חכם אחד שחלק עליו, ודעתו דלא מצי לטעון קים ליה בפלוגתא דרבוותא, וראיה שלו מההיא ארבא (ב"ב דף לד:) דקיימא לן כל דאליה גבר, וקיימא לן (חוי"מ ריש סי' קל"ט) אם תפסו אחר דאין השני יכול לחזור ולתפוס ממנו, והש"ך דוחה דלא דמי תפיסה דפלוגתא דרבוותא לכל דאליה גבר, שם תקנו חכמים דיהיה תפיסת אחד מועיל, אבל בזו לעולם המוציא מחבירו עליו הראיה, ובלאו הכי בהך דינא גופא דעת הש"ך דלא כהשו"ע, דגריר אחר דעת הרא"ש, כי התוס' ויתר מחברים חולקים, ועיין לקמן סי' קל"ט עכ"ל, יעו"ש.

ומדבריו מבואר הבנה מחודשת בדברי הרא"ש לענין כל דאליה גבר, דזה שהממון שלו ישתדל יותר בכח ובראיות להחזיק ממנו, והש"ך לעיל בסי' י"ט אות ח' כתב דמשום הכי אין השני יכול לחזור ולתפוס משום דבמה שלא הצליח מתחלה הוי כאילו כבר הודה שאין הממון שלו, יעו"ש, והש"ך בסימן זה ציין למה שכתב שם, והוא באמת דבר פלא שיהא זה הוכחה ובירור על הספק ממון, דלפעמים האחד גבר אלים והשני חלש, ואפילו אם הוא הבעלים האמיתי לא יוכל לעמוד כנגד האלים, ואכן האורים

ותומים בקיצורו ביאר דברי הש"ך דשם תקנו חכמים דיהיה תפיסת אחד מועיל, ומבואר שדין כל דאלים גבר לא הוי בעצם בירור על הספק אלא תקנת חכמים, וטעמא דתיקנו כל דאלים גבר ולא יחלוקו מפני שלפעמים יוכל הבעלים האמיתי להשתדל יותר והרי זה כאילו השני הודה לו, ונמצא דעל ידי כך יתגלה הבעלים האמיתי, ומשום הכי תיקנו דבכל אופן יהא כל דאלים גבר.

ובהגהותיו על הקיצור הקשה האורים ותומים וז"ל: מה שכתב הש"ך דלא דמי הך דינא דתפיסה לדינא דכל דאלים גבר, אמת בתוס' כתובות (דף כ.) ד"ה ואוקמי ממונא בחזקת מריה וכו' משמע דס"ל הא דפליגי חכמים אסומכוס דס"ל המוציא מחבירו עליו הראיה היינו כל דאלים גבר, ולכך הקשו מה פריך למאן דאמר כל דאלים גבר מהך משנה דמחליף, הא רבנן ס"ל באמת שם המוציא מחבירו עליו הראיה, והיינו כל דאלים גבר, עיין שם, וזה משמע דלא כהש"ך דהא דהמוציא מחבירו עליו הראיה אם חזר השני ותפסו לדעת הש"ך זוכה והוי השני המוציא, וכן לעולם, מה שאין כן כל דאלים גבר דזוכה בו הראשון לעולם, ודינו של זה לא כשל זה וכו' עכ"ל, יעו"ש.

והנה התוס' שם בכתובות דנו בדברי רש"י דתפיסה מועילה בספק דתרי ותרי וז"ל: פירש בקונטרס ואין נאמנין דקתני לאו דמגבינא בשטרא אלא דלא קרעינן ליה ונפקא מינה דאי תפס לא מפקינן מיניה וכו' דשאני גבי בכור שכהן תפס מספק דאין יודע אם בכור הוא אבל הכא שטוען ברי מהני תפיסה ואם תאמר בחזקת הבתים (ב"ב דף לד:) גבי זה אומר של אבותי וכו' אמר רב נחמן כל דאלים גבר ופריך מהמחליף פרה בחמור זה אומר ברשותי ילדה וזה אומר וכו' יחלוקו ומאי קושיא הא ההיא אתיא כסומכוס ורב נחמן כרבנן דלרבנן דאמרי המוציא מחבירו עליו הראיה היינו דינא דכל דאלים גבר כיון דמהניא מפיסה כשטוען ברי ויש לומר דהכי פריך דאפילו רבנן לא פליגי אסומכוס אלא משום דחד מינייהו מוחזק ואיכא למימר המוציא מחברו עליו הראיה אבל הכא דאין אחד מוחזק יותר מחבירו מודו לסומכוס דיחלוקו עכ"ל, יעו"ש. והכי איתא שם בבבא בתרא, זה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי אמר רב נחמן כל דאלים גבר ומאי שנא משני שטרות היוצאין ביום אחד דרב אמר יחלוקו ושמאל אמר שודא דדייני התם ליכא למיקם עלה דמילתא הכא איכא למיקם עלה דמילתא ומאי שנא מהא דתנן המחליף פרה בחמור וילדה וכן המוכר שפחתו וילדה זה אומר עד שלא מכרתי ילדה וזה אומר משלקחתי ילדה יחלוקו וכו', יעו"ש, קושית הגמרא על רב נחמן היא למה קאמר כל דאלים גבר, יותר היה ליה לדון להם חלוקה כמו בשני שטרות היוצאים ביום אחד, ומשני התם ליכא למיקם עלה דמילתא הכא איכא למיקם עלה דמילתא.

ופירש רשב"ם וז"ל: התם בשני שטרות ליכא למיקם עלה דמילתא היום או למחר שיביא האחד עדים ויטול שהרי השטרות שוין בזמן וכו' ואין לברר לעולם הדין עם מי משתדלין בית דין בדין ודנין אותו אבל הכא בהאי קרקע דליכא לא שטר ולא עדים ואיכא למיקם עלה דמילתא אם יבאו ויעידו של מי הוא הלכך אין כאן לומר חלוקה ושודא דשמא יבאו עדים ויסתרו את הדין שדנו בית דין הלכך אין בית דין נזקקין להם

לדון דין שסופו לבא לידי עיוות אלא מניחים אותן וכל דאלים גבר עד שיבאו עדים ויבררו הדבר עכ"ל, יעו"ש.

הדר פריך ממחליף פרה בחמור ואין ידוע אם ילדה ברשות בעל הפרה או ברשות בעל החמור, ואמר סומכוס יחלוקו, ואע"ג דהתם איכא למיקם עלה דמלתא אם יבאו עדים ויעידו ברשות מי ילדה, ואפילו הכי לא אמרינן כל דאלים גבר אלא יחלוקו, ומבואר דלא חיישינן לעיוות הדין, ולא איכפת לן אם יבאו עדים ויבטלו הדין, ואם כן הדרא קושיא לדוכתא, למה קאמר רב נחמן בזה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי דכל דאלים גבר, ולמה לא דן להם יחלוקו כמו בשני שטרות היוצאים ביום אחד. ועל זה הקשו התוס' דאם נאמר דתפיסה מועילה בטענת ברי, מאי פריך לרב נחמן מסומכוס, לימא רב נחמן דס"ל כרבנן דפליגי עליה דסומכוס, דלרבנן דאמרי המוציא מחבירו עליו הראיה היינו דינא דכל דאלים גבר כיון דמהניא מפיסה כשטוען ברי, כנ"ל, ודבריהם צריכים ביאור, דהא קושית הגמרא היא דמדברי סומכוס מבואר דלא חיישינן לעיוות הדין, ואם כן יש לדון להם יחלוקו כמו בשני שטרות היוצאים ביום אחד ושוב קשה לרב נחמן משני שטרות היוצאים ביום אחד, כמש"נ, והיכן ראינו בדברי רבנן דאמרי המוציא מחבירו עליו הראיה דלא חיישינן לעיוות הדין היכא דאין שום אחד מהם מוחזק כמו בזה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי. ואיברא דלכאורה היינו גופא מה שתירצו התוס', כנ"ל, אולם מעיקרא מה עלה על דעתם להוכיח מדברי רבנן דלא חיישינן לעיוות הדין, ומה ענין כל זה למה שכתב התוס' דתפיסה מועילה בטענת ברי.

ונראה דכל ענין עיוות הדין הוא היכא דצריכים לבחור אם לדון להם יחלוקו או אם לדון כל דאלים גבר, ומתחלה קאמר דעדיף שימשכו בית דין ידיהם ויאמרו כל דאלים גבר מלדון להם יחלוקו היכא שיכול לבא לידי לעיוות הדין, ובמחליף פרה בחמור קאמר סומכוס יחלוקו ואינו חייש לעיוות הדין, דלא אזיל בתר מוחזק במקום דאיכא דררא דממונא, אבל רבנן אמרי המוציא מחבירו עליו הראיה ומוקמינן ביד המוחזק, ודין המוחזק עדיף מחלוקה, אבל בזה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי אין שום אחד מוחזק, והבית דין צריכים לבחור בין יחלוקו ובין כל דאלים גבר, ובעצם חלוקה עדיפא, כמו שמבואר בכל הסוגיא, ואכן בזה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי איכא למיקם עלה דמלתא ויבא לידי עיוות הדין, אבל מדברי סומכוס מבואר דלא חיישינן לעיוות הדין, ולא מצינו מאן דפליג עליה, ואם כן היה לו רב נחמן לדון להם יחלוקו, כך היא קושית הגמרא.

וקושית התוס' היא דבשלמא אם אין תפיסה מועילה בטענת ברי, ואין התופס נעשה מוחזק על ידי תפיסתו, ומוציאים הממון מידו ומחזירים להמרא קמא, אם כן אם ידונו בית דין כל דאלים גבר אין זה שטוען ברי ונתגבר נעשה מוחזק על ידי תפיסתו, ומכל מקום נשאר הממון בידו כיון שמשכו בית דין את ידיהם, אבל כיון שמבואר מדברי סומכוס דלא חיישינן לעיוות הדין, יותר ראוי לבית דין לדון חלוקה מלדון להם כל דאלים גבר.

אבל אם נאמר דתפיסה מועילה בטענת ברי, ונעשה מוחזק על ידי תפיסתו, הרי דינא דכל דאלים גבר עדיף מחלוקה, דמיד שהתגבר הראשון בטענת ברי נעשה מוחזק, ודין המוחזק עדיף מדין חלוקה לפי דברי רבנן, ואם כן לא קשה לרב נחמן מדברי סומכוס, שהוא לא אזיל בתר מוחזק בדררא דממונא, וקאמר יחלוקו, ולא חייש לעיוות הדין, אבל רב נחמן ס"ל כרבנן דאזלי בתר מוחזק, ואם כן עדיף כל דאלים גבר מחלוקה כיון דעל ידי כך נעשה מוחזק.

ועל זה תירצו התוס' דהכי פריך דאפילו רבנן לא פליגי אסומכוס אלא משום דחד מינייהו מוחזק ואיכא למימר המוציא מחבירו עליו הראיה אבל הכא דאין אחד מוחזק יותר מחבירו מודו לסומכוס דיחלוקו, כנ"ל, וכונתם בזה דאין הכי נמי אם נניח אותם לחטוף אז הראשון שתפס נעשה מוחזק, והרי אמרו רבנן דעדיף להניח הממון ביד המוחזק מלעשות להם חלוקה, אכן השתא מיהא אין שום אחד מהם מוחזק, ועדיף לבית דין לדון להם חלוקה מלהניחם לחטוף, על אף שהתופס יהא לו דין מוחזק.

והיינו מה שכתב המהרש"א וז"ל: דבלאו תירוצא דהכא שכתבו דתפיסה דלאחר ספיקא מהני בטוען ברי לא קשיא להו התם הכי דהא על כרחך רב נחמן לאו כרבנן הוא עכ"ל, יעו"ש, דאם תפיסה בטענת ברי אינה מועילה להחזיקו אין לדמות דין כל דאלים גבר לדין המוציא מחבירו עליו הראיה במקום שהוא מוחזק גמור על ממונו, אבל כשבית דין מסלקים ידיהם ודנים כל דאלים גבר אפילו לאחר תפיסתו אינו מוחזק, ומכל מקום אין מוציאים מידו כיון שגם השני אינו מוחזק, והרי הוא טוען שהוא שלו, ומאן מירמי מידו, כמו שכתב הש"ך בסוף סי' ק' בשם המהר"ט, יעו"ש ובהגהות.

וכן כתב נמי המהר"ם שיף וז"ל: בלא זה על כרחך דלא כרבנן דלרבנן כשיחזיק בה אחד בידו ס"ל המוציא מחבירו עליו הראיה, ודאי מתחלה אין כאן מוחזק, אבל תיכף שבא ליד אחד אין חבירו יכול להוציא ממנו אלא בראיה, מה שאין כן כל דאלים גבר אם תפס אחר כך השני מיד המוחזק לא מפקינן מניה עכ"ל, יעו"ש, והיינו דבלא זה דתפיסה בטענת ברי מועילה לעשותו מוחזק הרי במחליף פרה בחמור אין כאן מרא קמא על הולד, ואם נולד ברשות אחד מהם נעשה מוחזק גמור כיון שלא בא לידו על ידי תפיסה, ועל השני להביא ראיה, אבל בעובדא דכל דאלים גבר הרי זה שחטף אינו נעשה מוחזק, דאין תפיסה מועילה, ויכול השני לחזור ולתפוס ממנו כיון שאין לו דין מוחזק, וכפי הנראה הנכון הוא דבכל דאלים גבר אין מוציאים מידו דמאן מרמי, ויכול לאכול מה שבידו דמי מעכב על ידו, אבל אם קידש בו אשה, אינה אלא ספק מקודשת.

ולפי זה נסתלקה קושית האורים ותומים על דברי הש"ך, דמעולם לא כתבו התוס' דטעמא דרבנן היא משום כל דאלים גבר, אלא טעמא דידהו משום דאין מוציאים מיד המוחזק, ומכל מקום אם תפס השני מיד המוחזק אין מוציאים מידו, דתפיסה מן המוחזק מועילה היכא שיש בסיס להתפיסה כגון שטר או עדים, ולא שייך ביה סברא דאם כן לא שבקת, כמו שכתב הש"ך בסי' ט"ז, יעו"ש ובהגהות, אבל אם בא הממון לידו על ידי דינא דכל דאלים גבר, אין השני יכול לחזור ולתפוס ממנו, שהרי אין בסיס לתפיסתו, ואם כן לא שבקת חי לכל בריה.

סימן קו

בו יבוארו דברי הש"ך דאלמנה שתפסה נכסי היתומים בשביל הבת במקום דאיכא פלוגתא דרבוותא זכתה הבת במה שתחת ידה אבל האלמנה עברה על לא תגזול.

החולק שהביא הש"ך בסי' ק"ה דס"ל דאין תפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא הביא עוד ראייה לדבריו מהא דאמרינן בכתובות (דף סח.) אמר שמואל לפרנסה שמין באב, יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: הבת יתומה שבאת לינשא נותנים לה נדוניא כפי אומד שאנו בקיאים באביה וותרן או קמצן עכ"ל, יעו"ש, והיינו מתקנת חכמים מלבד תקנת תנאי כתובה, וקאמר בגמרא שם והתניא רבי אומר בת הניזונית מן האחין נוטלת עישור נכסים ואמר רבא הלכתא כרבי לא קשיא הא דאמידנה הא דלא אמידניה וכו', יעו"ש, ומבואר דבלי אומד נותנים לה עישור הנכסים, ונחלקו הפוסקים אם דין האומד הוא בין להוסיף על עישור נכסים בין לגרוע ממנו או אם הוא רק לגרוע ממנו, נותנים לה לנשואיה הפחות שבין האומד והעישור, ולא אזלינן בתר אומד להוסיף על עישור נכסים.

והש"ך הביא ראיתו וז"ל: עוד רצה להביא ראיה מתשובות דברי ריבות סימן שט"ו, דכתב שם גבי ראובן שהניח אלמנה ובן ובת ונתנה האלמנה הרבה מנכסי ראובן וגם בית אחד להבת, והשיב דאמר שמואל בפרק מציאת האשה (דף סח.) לפרנסה שמין באב, ונחלקו הפוסקים אי אמדינן דעתיה דאב בין לאוסופי על עישור נכסי ובין לפחות או דוקא לפחות מעישור נכסי אבל לאוסופי לא, והר"ן הכריח כדברי רבי מאיר דלא אזלינן בתר אומדנא דאב אלא לפחות מעישור נכסי אבל להוסיף לא, וכן פסק הרא"ש כמו שכתב הטור אה"ע סי' קי"ג סעי' ג' וכן פסק מהרי"ק שורש ע"ח, וכיון שמת ראובן הנזכר הנכסים עומדים בחזקת היתום, וכיון שכן מי נתן רשות לאמו להוציא הנכסים מחזקת היתום וליתן לבתה יותר מעישור נכסי במקום דאיכא פלוגתא דרבוותא, כל שכן דבנדון דידן מעולם לא אמדוהו לראובן לתת הסך שנתנה לבתה, ונמצא שכל מה שנתנה יותר מעישור נכסי היה גזל גמור שגזלה ליתום כו' עד כאן לשונו, הרי שכתב דהוי פלוגתא דרבוותא ואפילו הכי פסק דהוי גזל גמור וצריכה הבת להחזיר הכל, אלה הם דבריו עכ"ל, יעו"ש, והש"ך דחה ראיתו משלשה טעמים.

ובטעם השני כתב וז"ל: שהרי לא כתב רק מי נתן רשות לאמו כו', ואתמוהי קמתמהי אאמו שעשתה שלא כדין דכיון דהוא פלוגתא דרבוותא לא היה לתת יותר מעישור נכסי, אבל לא הזכיר כלום שהבת צריכה להחזיר הכל וכו' ומה שכתב שכל מה שנתנה יותר מעישור נכסי היה גזל גמור שגזלה ליתום כו', רצה לומר גזל גמור ביד אמו אבל אצל בתו אין הכי נמי דלא הוי גזל גמור עכ"ל, יעו"ש.

ויסוד דבריו הוא דתפיסה אינה זכות להתופס קודם שתפס, שאין לו דין שיכול לתפוס, אלא הא דתפיסה מועילה הוא מפני השתנות המציאות, דכיון שתפס בטענה מעליא הרי הממון מוחזק בידו, וחל אצלו תורת מוחזק, ולכן אין מוציאים מידו, אבל קודם שתפס אין לו שום זכות ממון במה שתפס, ואם כן אדם אחר שאין לו שום טענה

ותביעה על הממון הרי לגבי ידידה הוא ממון גמור של המרא קמא, ואם תפס הממון בשביל זה שיש לו תביעה עליה אין זה אלא גזילה גמורה, ואע"ג דכשהגיע הממון ליד זה שיכול לתפוס זכה בו, מכל מקום זה שהוציא הממון מיד המרא קמא עבר על איסור גזילה.

ולא שייך בזה דין תופס לבעל חוב במקום שאינו חב לאחרים, או אם עשאו שליח במקום שחב לאחרים לשיטת רש"י בבבא מציעא (דף י.), יעו"ש, דהתם יש לבעל חוב זכות בהממון שנתפס אבל הכא אין להתופס שום זכות בהממון קודם תפיסתו, כמש"נ, וכיון שכן האלמנה עברה על איסור גזילה במה שתפסה לבתה, אבל תפיסת הבת הועילה לה ואין מוציאים מידה.

ואין להקשות דאם האלמנה עברה על איסור גזילה במה שתפסה מחזקת היתומים למה אינה צריכה לקיים השבת הגזילה, דכיון שבא הממון ליד הבת והועילה לה תפיסתה הרי מכאן ולהבא פקעה כל תורת בעלים של היתומים, ושוב אין עליהם תורת נגזל שתצטרך לשלם להם, ואכן בשעה שתפסה היה הממון בחזקת היתומים ועברה על לא תגזול.

ובטעם השלישי כתב וז"ל: שהרי לא כתב דהוי גזל גמור כו', רק אחר מה שכתב כל שכן דבנדון דידן מעולם לא אמדוהו לראובן כו', אם כן כיון שמעולם לא אמדוהו לראובן כו' ליכא פלוגתא דרבוותא כלל ואם כן פשיטא דהוי גזל גמור וזה ברור עכ"ל, יעו"ש, והיינו דכיון שהאלמנה נתנה לבתה כל כך הרבה ממון, סכום גבוה מן האומד אילו היתה עושה אותו, הרי מוכח הדבר שלא עשתה שום אומד, ואם כן כל מה שנתנה לבתה שהוא למעלה מעישור הנכסים הוי גזל גמור.

אולם יש לדקדק דאין הכי נמי דכל מה שנתנה למעלה מן האומד אילו היתה עושה הוי גזל גמור, מכל מקום למה לא נעשה אומד עכשיו, ומה שתפסה למעלה מעישור נכסים כנגד האומד ישאר ביד הבת, ומה שלמעלה מן האומד תיהוי גזל גמור ונוציאנו מידה.

ויש לומר דכיון דאומד לא הוי דבר קצוב הרי עצם התקנה שתיקנו חכמים היא ליתן לה עישור נכסיו, ואולם כשנעשה אומד התקנה מחייבת לשנות את סכום כפי מה שמשערים שהיה נותן אילו היה חי, אבל קודם האומד אין להבת שעבוד על נכסי האב כנגד אומד שעדיין לא נתברר, ואפילו למאן דאמר שהאומד מהני גם להוסיף אין ההוספה חלה אלא אחר האומד, ונמצא דכל מה שתפסה הבת בסיוע אמה יותר מן עישור הנכסים הוי גזל גמור, וחל עליה חיוב השבה בהחלט, והרי החיוב השבה מבטלת תפיסתה אפילו אם יעשו עכשיו אומד, וכן כתב המהרש"ל, הובאו דבריו לקמן סי' ק"ח, דכל שבא לידו בגזילה אין שייך בו תפיסה, יעו"ש, אבל אם אחר שהחזירה הנכסים להיתום חזרה ותפסה ממנו, שפיר יש לומר דתפיסתה מועילה, דבאותה שעה כבר חל חיוב נוסף לפי מקצת שיטות הרבוותא.

סימן קז

בו יובאו דברי הש"ך שהביא דברי התרומת הדשן דאע"ג דאין תפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא אם אין מוחזק אמרין כל דאלים גבר, ויוכיח דאין בזה דחיה לסברת החולק.

הש"ך דחה ראייה אחרת שהביא החולק עליו דאין תפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא, והוסיף שבכלל אין מקום לחלוק וז"ל: ועוד שכבר הוכחתי בהרבה ראיות ברורות מדברי הרבה פוסקים מאד ומדברי הרבה אחרונים דמהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא בכל ענין, זולתי התרומת הדשן סימן שכ"א דס"ל דפלוגתא דרבוותא הוי כמו תיקו וכו' וגם בתרומת הדשן גופא סוף סימן שנ"ב מחלק דבתיקו לא אמרין כל דאלים גבר ובפלוגתא דרבוותא אמרין כל דאלים גבר, אלמא דיש לחלק בין תיקו לפלוגתא דרבוותא וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ומה שכתב הש"ך דגם אליבא דהתרומת הדשן דס"ל דאין תפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא חזינן דפלוגתא דרבוותא עדיפא מתיקו לגבי דינא דכל דאלים גבר, כמו שכתב לקמן בסי' קכ"ה, יעו"ש, ועיימש"נ בהגהות, לכאורה כתב כן לרוחא דמלתא, אבל אין מעליותא זו מעלה ומוריד לגבי דעת החולק, שהרי טעמא דידיה משום דכל תופס מן חזקת מרא קמא נחשב תופס שני, ולא הניחו חכמים לתפוס מן התופס, ועיימש"נ בהגהות לסי' ק"ה, ולא בא החולק לחלוק על שלשה טעמים שהביא הש"ך לעיל סי' ע"ט לחלק בין תיקו לפלוגתא דרבוותא, אלא למרות כל החילוקים הרי התופס לעולם הוא תופס שני, כמש"נ שם, ולא הניחו חכמים לתפוס מן התופס.

ובהמשך דבריו הביא הש"ך רשימה ארוכה של פוסקים דס"ל דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא, ובסוף דבריו כתב וז"ל: 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 שתיים ושלוש וארבע, וישארו שלשים וששה צדיקים יסודי עולם וכו' עכ"ל, יעו"ש, דברים אלו לא כתבם הש"ך אלא לחידודא בעלמא, אבל אין בהם דמיון גמור, דהתורם מארבעים עינו יפה על החלק ולא על הנשאר, ולפי מה שמדמה אילו היו ששים פוסקים כותיה היה נחשב בעין רעה.

סימן קח

בו יובאו דברי המהרש"ל דאין תפיסה מועילה אלא בדבר המסופק, וידון במה שכתב דיכול לתפוס הלואה שתחת ידו מדין פרעון בסובין או כדין הפקעת הלואה מן הנכרי.

בקטע הספר מסימן זה עד סי' קי"ז, הש"ך דן בענין תפיסה במקום פלוגתא דרבוותא אם מועילה רק אם תפס אותו דבר או אם מועילה גם אם תפס שאר דברים מנכסי הנתבע תחת החוב שטוען ברי שחייב לו, ורוב דבריו מוסבים על דברי המהרש"ל בים של שלמה בפרק המניח (דף כז:) סי' ה', והמהרש"ל שם מביא דברי הרא"ש ומביא נמי המהרי"ק בתשובה סי' קס"א וחולק עליו, וכל הדברים מבוססים על דברי מהר"ם מרוטנבורג שהובאו במרדכי בפרק המניח רמז ל', ולכן נתחיל בדברי הרא"ש והמרדכי והמהרי"ק.

בפרק המניח שם קאמר, איתמר רב יהודה אמר לא עביד איניש דינא לנפשיה ורב נחמן אמר עביד איניש דינא לנפשיה היכי דאיכא פסידא כולי עלמא לא פליגי דעביד דינא לנפשיה כי פליג היכא דליכא פסידא רב יהודה סבר לא עביד איניש דינא לנפשיה משום דליזל קמיה דיינא רב נחמן אמר עביד איניש דינא לנפשיה דלא צריך לטרוח, יעו"ש, וכתב רש"י בד"ה במקום דאיכא פסידא וז"ל: אי אזיל לבי דינא דאדאזיל לבי דינא ואיתי קא דלי האי ולא ידע מאי דלי או שמא יכלו המים מן הבור ואין לו פרעון לזה דקא מפסיד כי האי גוונא עביד איניש דינא לנפשיה עכ"ל, יעו"ש.

וכתב הרא"ש וז"ל: והני אמוראי לא פליגי בראובן שבא לגזול חפץ משמעון ועמד שמעון נגדו והכהו או שראה שמעון חפץ שלו ביד ראובן ובא שמעון לקחתו וראובן מיחה בו והכה שמעון לראובן עד שהניח לו את שלו, אי איכא פסידא, כההוא עובדא דגרגותא דבי תרי דשמא יכלו המים ויתקלקל שדה או אשה המצלת את בעלה כשאין יכולה להציל על ידי דבר אחר, עביד איניש דינא לנפשיה ופטור במה שחבל בחבירו אם לא היה יכול להציל את שלו אם לא שיכנו, ובדבר דלית ליה פסידא אלא הצלת טורח שלא יצטרך להוציא ממונו בדין בהא פליגי דרב יהודה סבר הצלת טורח אין לו רשות לחבל בו ורב נחמן סבר כיון דדינא קא עביד ויכול לברר שבדין היה יכול להוציא ממון יש לו רשות להציל את שלו אפילו בהכאה אם אינו יכול להציל בענין אחר עכ"ל, יעו"ש.

ומבואר מדברי הרא"ש דענין עביד דינא לנפשיה הוא אם מותר לחבול בהנתבע או להפסידו ממון כגון לשבור כליו כדי להציל ממונו שביד הנתבע, והיכא דאית ליה פסידא אם ימתין וילך לבית דין כולי עלמא מודו דיכול לעשות כל מה שצריך להציל ממונו, ונחלקו רב נחמן ורב יהודה היכא דלא יפסיד אבל אינו רוצה לטרוח אם מותר להכותו בשביל הצלת טורח, וכל זה הוא כשהחפץ מבורר לכל, דהיינו שיכול לברר תביעתו לבית דין על ידי ראיות ברורות.

ובסוף דבריו הוסיף הרא"ש וז"ל: אבל אם אין יכול לברר שבדין יכול להוציא

ממנו לאו כל כמיניה לומר שלי הוא ולהציל ממוני עשיתי, ודוקא אם בא לגזול ממנו או שראה חפץ שלו בידו הוא דאמר הכי אבל למשכנו בשביל חוב שחייב לו לית ליה רשות דתנן בפרק המקבל (דף קיג.) המלוה את חבירו לא ימשכנו אלא בבית דין ואמר שמואל התם דאפילו שליח בית דין מנתח נתוחי בשוק דוקא אבל לא יכנוס בביתו והמלוה עצמו אפילו בשוק לא וכיון דאין לו רשות אם חבל בו או אם הזיק ממנו חייב כמו על אחר עכ"ל, יעו"ש, ומבואר דאם אינו יכול לברר תביעתו לבית דין אבל הדבר ברור לו, ויש לו טענת ברי, לאו כל כמיניה להכות הנתבע כדי להוציא ממנו ממנו. ובמה שכתב שאסור למשכנו אם תפס בשביל חוב שחייב לו לכאורה משמע דהיינו כל חוב שיש לו עליו, אפילו אם אינו מחמת מלוה, וכן משמע בבבא מציעא שיש בגמרא שני צדדים בדרשא דלא יבא אל ביתו (דף קטו.) תנו רבנן לא תבא אל ביתו לעבט עבטו לביתו אי אתה נכנס אבל אתה נכנס לביתו של ערב וכו' לצד שני לביתו אי אתה נכנס אבל אתה נכנס לשכר כתף לשכר חמר לשכר פונדק לשכר דיוקנאות יכול אפילו זקפן עליו במלוה תלמוד לומר משאת מאומה, יעו"ש, ומשמעות הגמרא היא דאין היתר ליכנס אלא לערב או לשכירות, ובגמרא היה אפשר לדחוק שמזכיר רק כמה דוגמאות להיתר, אבל גם בכל שאר חובות, כגון נזקין וחיובי כתובה ומזונות וכדומה, מותר למשכנו.

אולם עיין ברמב"ם פ"ג מלוה ולוה הל"ז שפסק כשני הלשונות וז"ל: הערב מותר למשכן בזרוע ולהכנס לביתו וליטול המשכון וכו' וכן מי שיש לו שכר אצל חבירו בין שכר מלאכתו בין שכר בהמתו וכליו בין שכר ביתו הרי זה מותר למשכנו שלא על פי בית דין ונכנס לביתו ונוטל המשכון בשכרו ואם זקף עליו השכר במלוה אסור וכו' עכ"ל, יעו"ש, הרי שהביא הרמב"ם דין השכירות בצורת כלל, מי שיש לו שכר אצל חבירו, ואחר כך נחית לפרש הפרטים, ומוכח דרק בשכירות הותר למשכן, וכל שאר החובות הם כמו הלואה ואסור למשכן.

ועיין ברמב"ם סי' ד' וז"ל: ויש אומרים דוקא בחובו ממש, אבל אם חייב לו בלא הלואה וכו' מותר לתפסו (ריב"ש סי' שצו) ויש אומרים דלא אמרינן עביד אינש דינא לנפשיה רק בחפץ המבורר לו שהוא שלו, כגון שגזלו או רוצה לגזלו או רוצה להזיקו יכול להציל שלו אבל אם כבר נתחייב לו מכח גזילה או ממקום אחר לא (מרדכי ונ"י פרק המניח) עכ"ל, יעו"ש, ומבואר שנחלקו הריב"ש והמרדכי בענין זה, ודברי הריב"ש הובאו לקמן בסי' קי"א, יעו"ש ובהגהות, וגם מדברי הרא"ש נראה דסי"ל כדעת המרדכי, וכיון שאין לו רשות למשכנו, אם חבל בו או אם הזיק ממנו חייב כמו על אחר, ודוקא כשתופס גוף הדבר שרוצה לגזול ממנו, ויכול לברר תביעתו בבית דין, מותר להכותו, אבל אם תפס דבר אחר הרי זה עובר על איסור למשכן, ואם חבל בו או הזיקו צריך לשלם.

והנה לדעת הפוסקים דבכל חיובים חוץ מהלואה ממש מותר למשכנו, טעמא דמלתא משום דהאיסור כתיב גבי הלואה, ואמרינן רק בהלואה אסור ולא בחיוב אחר, והא דקאמר בגמרא ערב ושכירות על כרחך צריך לומר דהוא רק לדוגמא בעלמא, אבל

לדעת הרמב"ם דאסור למשכן בכל חיובים חוץ מערב ושכירות, יש להבין מאי שנא הני דמותר וכל השאר אסור, ועוד יש להבין מנלן לחלק, והלא בגמרא לא הביא דרשא לכך. ונראה לבאר על פי מה שכתב הקצות החושן סי' צ"ז סק"ב וז"ל: וכן הוא בתשובת

הרי"ף דאם הלוח אלים ורוע מעללים ומעיז פניו מלפרוע חובו מותר ליכנס לביתו לדעת מצפוניו אפילו על ידי שליח גוי, עיין שם, ואם כן לפי זה אפשר דהוא הדין הכי נמי היכא דמתיירא שלא יכפור הלוח הוי כמו דלא אפשר לאשתלומי מיניה באנפי אחריני דשרי למשכנו, אך קשה לסמוך על זה וכו' שאין אנו עושין זה אלא בדוחק גדול וכו' ואין בנו כח לעקור מצוה זו אלא בקושי גדול ושיהיה כונת בית דין לשמים וכו' והן רשאים ולא אתה, ומשום הפסד ממון לא שרי לעבור על דבר תורה עכ"ל, יעו"ש, ומבואר דאע"ג דהתורה אסרה למשכן ואפילו לשליח בית דין, מכל מקום כשקשה לאשתלומי מיניה מותר.

ואין דין זה נילף מקרא אלא מסתמא זה היה קבלה אצל בעלי התלמוד, ואין להשתמש בהיתר זה אלא בית דין שכונתם לשמים ולא המלוה שרוצה ממונו ולכן אמר שהלוח הוא גבר אלים, אי נמי יש לומר שהוא רק מדרבנן, וכן משמע מלשון המהרש"ל שם שכתב וז"ל: ואם מבורר טענותיו, רק שאינה על גוף הממון, גם כן לא יכול למעבד דינא לנפשיה, דהוה כעין משכנו ואסור עכ"ל, יעו"ש, ומשמע דהא דאסור למשכן בשאר חיובים הוא משום דדומה למשכון דהלואה, ולא הוי משכון דאיסורא ממש אלא כעין משכון.

והשתא יש לומר שלגבי ערב קבעו חכמים שלעולם נחשב גברא דקשה לאשתלומי מיניה, שזה דבר ידוע שערב ישתמש בכל מיני תחבולות להשתמט מלשלם בעד חוב שהוא לא לקח המעות ולא נהנה מהן, ולכן גם המלוה יכול למשכנו, ואין לחוש אם כונתו לשמים, שכבר קבעו חכמים כלל שערב קשה לאשתלומי מיניה, וגם בשכירות יש לומר דהתירו חכמים מפני שהדין הוא דאם לית ליה זוזי לבעל הבית אמרינן ליה זיל טרח וזבין ואייתי זוזי, כמו שכתבו התוס' בבבא קמא (דף ט.) בד"ה רב הונא, וכמו שמבואר מבבא מציעא (דף קיח.), יעו"ש, שלא רצו חכמים להטיל טורח על השכיר אלא מקבל מעותיו ואוכל מיד, וכמו כן נמי אין להטיל עליו הטורח לתבוע תשלומי שכירותו לבית דין אלא נכנס לביתו ותופס ממונו, אבל בכל שאר חיובים אסור למשכן כמו בהלואה.

ועיין בחו"מ סי' ד' וז"ל: יכול אדם לעשות דין לעצמו אם רואה שלו ביד אחר שגזלו יכול לקחתו מידו ואם האחר עומד כנגדו יכול א' להכותו עד שיניחנו אם לא יוכל להציל בענין אחר אפילו הוא דבר שאין בו הפסד אם ימתין עד שיעמידנו בדין והוא שיוכל לברר ששלו הוא נוטל בדין מכל מקום אין לו רשות למשכנו בחובו, הגה מטעם שיתבאר לקמן סימן צ"ז סעיף י"ד ויש אומרים דווקא בחובו ממש אבל אם חייב לו בלא הלואה או שאין צריך למשכנו כי הוא כבר אצלו בפקדון או מצאו ביד אחר מותר לתפסו (ריב"ש סי' שצו) ויש אומרים דלא אמרינן עביד אינש דינא לנפשיה רק בחפץ המבורר לו שהוא שלו כגון שגזלו או רוצה לגזלו או רוצה להזיקו יכול

להציל שלו אבל אם כבר נתחייב לו מכח גזילה או ממקום אחר לא (מרדכי ונ"י פרק המניח) עכ"ל, יעו"ש.

ולהלן בסי' צ"ז שם כתב המחבר וז"ל: במה דברים אמורים שאסור למשכנו וכו' ללוה אבל לערב מותר למשכן וכו' וכן מי שיש לו שכר אצל חברו בין שכר עצמו בין שכר בהמתו או כליו או שכר ביתו מותר למשכנו שלא על פי בית דין וליכנס לביתו למשכנו עכ"ל, יעו"ש, והסמ"ע בסי' ד' סק"ג הבין בדברי המחבר להלן שם שמותר למשכנו בכל החובות חוץ מהלואה ממש, והקשה למה הביא הרמ"א דין זה בשם היש אומרים, והלא ממה שכתב המחבר להלן ולא השיגו הרמ"א מבואר שדבר זה מוסכם, לכן הגיה הסמ"ע לשון הרמ"א, ובמקום מותר לתופסו הכניס מותר למעבד דינא לנפשיה, וכונתו שמותר להכותו כשנוטל משכון, ואע"פ שלא משמע כן מסדר דברי הרמ"א, אבל כולי עלמא מודו דמותר למשכנו, יעו"ש.

וגם הט"ז הבין בדברי הרמ"א דבכל החובות חוץ מהלואה מותר למשכנו, וכתב שהסמ"ע דחק עצמו בחנם ליישב דברי הרמ"א, ובדאי אסור להכותו כשבא למשכנו, ואכן מחלוקת הריב"ש והמרדכי היא אם צריך רשות בית דין למשכנו בשאר חובות, הריב"ש ס"ל דאינו צריך, והמרדכי ס"ל דצריך, יעו"ש, הרי דבלי רשות בית דין אסור למשכנו בשאר חיובים לדעת המרדכי, ומבואר כדברינו דהאיסור משכון בשאר חיובים הוא מדרבנן משום דדומה למשכון דהלואה, ויש כח ביד חכמים ליתן רשות למשכן במקום צורך, ואולם בהלואה ממש בודאי אסור למשכנו אפילו ברשות בית דין, שהרי אין ביד בית דין להתיר לו איסור דאורייתא.

ומכל מקום לפימשי"נ מדקדוק בלשון הרמב"ם דלא נאמר שמותר למשכנו אלא בערב ושכירות, וכאותו הלשון ממש כתב המחבר בסי' צ"ז, נסתלקה קושית הסמ"ע, דזה מוסכם לכל דמותר למשכנו בערב ושכירות, ובסי' ד' הביא הרמ"א מחלוקת הפוסקים לענין כל שאר חיובים, דהריב"ש ס"ל דבכולם מותר למשכנו, והברייתא לא הזכירה ערב ושכירות אלא לדוגמא, והוא הדין בשאר חיובים, והמרדכי ס"ל כהרמב"ם דבכל שאר חיובים חוץ מערב ושכירות אסור למשכנו.

וכתב מהרי"ק בשורש קס"א דעביד דינא לנפשיה היינו כגון שעושה מעשה כעין דיין לגבות ממון אחר בשביל זה הממון שיש לו עליו או להכות חברו או להפסידו ממון עד שיחזיר את שלו, זה נקרא דינא, ויובא כל לשונו להלן בהמשך הדברים, ומה שכתב שיכול לגבות ממון אחר בשביל זה הממון שיש לו עליו אין כונתו שנוטלו לשם גביה או לשם משכון, דאסור למשכן חוץ מערב ושכירות, כמשי"נ, אלא כונתו כשהחפץ שלו עדיין בעין, ורוצה לכופף להגזלן להחזירו לו, וכיון שהדבר ברור לכל, ויכול לברור בבית דין, אמרינן עביד איניש דינא לנפשיה, ויש לו כח לעשות מעשה דיין, דהיינו להכותו או להזיקו או לתפוס ממנו ממון אחר כדי שיחזיר לו ממנו, וזהו נמי מדרכי הכפיה, דעד שאתה כופהו בגופו אתה כופהו בממונו, וכל זה הוא אם החפץ הגזול עדיין בעין, אבל אם אינו בעין הרי הוא גובה תשלומין, והוי חוב כמו הלואה, ואסור למשכנו, ואם עבר

ותפס בלי רשות וחבל בו חייב לשלם.

וכל זה הוא בתופס שיכול לברר תביעתו לבית דין, אבל היכא דאינו יכול לברר תביעתו, ואין לו אלא טענת ברי, אינו יכול להכותו, ואכן תפיסתו מועילה בספיקא דדינא או היכא דאיכא דררא כגון תרי ותרי או ספק בלשון השטר, ולרוב פוסקים תפיסתו מועילה באותו דבר שעליו מסופקים, וגם היכא דליכא דררא לשיטת מהרי"ק תפיסתו מועילה, כמו שיתבאר, ויש לדון אם תפיסה בטענת ברי מועילה גם מממון אחר, ובנושא זה דן הש"ך בסימנים הבאים.

המהרש"ל הביא דברי הרא"ש בפרק המניח ס"י ה', כנ"ל, וכתב שהרא"ש אזיל בשיטת מהר"ם מרוטנבורג רבו, ודברי מהר"ם הובאו במרדכי שם וז"ל: קיימא לן כרב נחמן דעביד איניש דינא לנפשיה, פסק רבינו מאיר דהני מילי בחפץ המבורר שהוא שלו ומחזיק בו ומסרב להחזיר לו אבל בשאר מילי לא דודאי רב נחמן לא פליג אמתניתין דפרק המקבל (דף קיג.) המלוה את חבירו אינו רשאי למשכנו, ועוד והא קרא כתיב בחוץ תעמוד והאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך את העבוט, וכן מצאתי בספר יראים דרב נחמן אמר למילתיה בגזלן שדבר שלו בעין ורוצים לגזול אותו ממנו או אם הוציאה גזלן ולא נזקף דמי גזלתו במלוה, וקרא דלא תבא אל ביתו לעבוט במלוה או בנזקף למלוה וכו' עכ"ל, יעו"ש, והיינו כהרא"ש דרב נחמן אמר דינו בחפץ המבורר לכל ויכול לברר תביעתו לבית דין בראיות ברורות, וקאמר רב נחמן דאינו צריך לטרוח לבא לבית דין אלא עביד דינא לנפשיה, אבל בשאר מילי לא אמר רב נחמן דינו. אולם מה שכתב מהר"ם לחלק בשאר מילי יש בזה גמגום, כפי הגירסא שהובאה בדברי המהרש"ל קאמר מהר"ם וז"ל: דהני מילי בחפץ המבורר שהוא שלו ומחזיק בו ומסרב להחזיר לו אבל בשאר מילי לא, כנ"ל, ומאי דקאמר בשאר מילי לא היינו שתביעתו מבוררת אבל לא תפס אותו דבר אלא דבר אחר מנכסי הנתבע, ולא כל כמיניה לעבוד דינא לנפשיה ליקח שאר דברים אפילו אם החוב מבורר, כלומר שיש לו ראיות ברורות שחייב לו, ומיירי מהר"ם לענין אם יכול להכותו או להזיקו, שבה מיירי הרא"ש להדיא, והמהרש"ל כתב שהרא"ש אזיל בשיטת מהר"ם מרוטנבורג רבו, כנ"ל.

ואכן לא כן היא הגירסא בדברי המרדכי שלפנינו בשלהי המסכת וז"ל: דהני מילי בחפץ המבורר שהוא שלו ומחזיק בו ומסרב להחזיר לו אבל בשאר מילי שאין ידוע אם זה שלו אם לא לית ליה רשות אפילו הוה ליה פסידא לפי דברו דאם כן לא שבקת חיי לכל בריה דכל אחד יאמר לחבירו ודאי ידי מגזל קגזלת לי ויכה אותו ויחטוף אותו ויאמר עבידנא דינא לנפשאי עכ"ל, יעו"ש, ומאי דקאמר אבל בשאר מילי שאין ידוע אם זה שלו אם לא לית ליה רשות, היינו דזו היא הנחה פשוטה דיכול לתפוס דבר אחר ולעשות גביה תחת חובו, אבל אפילו אם החוב מבורר אינו עומד במקום בית דין להכותו אלא כשתפס החפץ עצמו, ואם תפס דבר שאין ידוע אם הוא אותו דבר או דבר אחר אינו יכול להכותו, שהרי אינו יכול לברר לבית דין בראיות ברורות שהדבר היה שלו מקודם, ואין לנו ממנו אלא טענת ברי שהדבר שלו, ואם כן לא אמרינן דעביד

איניש דינא לנפשיה, והוכיח דכן הוא דלא אמרינן עביד איניש דינא לנפשיה אלא כשיכול לברר לבית דין שדינו לעשות כמו שעושה, דאם לא כן לא שבקת חיי לכל בריה, דכל אחד יאמר לחבירו ודאי ידי מגזל קגזלת לי ויכה אותו ויחטוף אותו ויאמר עבידנא דינא לנפשיא.

ואחר כך הביא מהר"ם ראיא לדבריו דודאי רב נחמן לא פליג אמתניתין דפרק המקבל (דף קיד.) המלוה את חבירו אינו רשאי למשכנו, ואע"פ שיודעים מן הסברא דלא אמרינן עביד דינא לנפשיה כשאינו מבורר משום דאם לא כן לא שבקת חי לכל בריה, מכל מקום מביא ראיא לכך, אכן קשה היאך רצה להוכיח משם דלא עביד דינא לנפשיה כשאין הדבר מבורר שהחפץ שתפס הוא שלו.

לכן נראה שהגירסא שלפנינו בדברי המרדכי מוטעת, והנכון הוא כגירסת המהרש"ל דאבל שאר מילי לא, וקאי על תופס שאר דברים תחת חוב שיכול לברר בבית דין, והמגיהים רצו לברר מאי דקאמר מהר"ם אבל שאר מילי לא, וחשבו דכונתו היתה למעט אותו דבר שאינו מבורר, וכדי שיהא יותר מפורש הוציאו מלת לא והכניסו תחתיה המשפט שאין ידוע אם זה שלו אם לא, והוסיפו בו עוד ביאור דהיינו טעמא מפני דאם כן לא שבקת חי לכל בריה, ומצאו סברא זו בדברי המהרש"ל, כמו שיתבאר, והכניסו הדברים ללשון מהר"ם כדי ללבן ולברר הענין, וממילא נשתבשו כל דברי מהר"ם, באו לתקן וקלקלו.

וכן מפורש כגירסת המהרש"ל בתשב"ץ סי' רל"א וז"ל: ובודאי דהא דקיימא לן דעביד איניש דינא לנפשיה היינו באותו דבר שנפל הדין עליה שאם מצא כליו ברשות חבירו רשאי ליטלו אבל ליפרע ממנו משאר נכסיו אינו רשאי דהא אמרינן בפרק המקבל המלוה את חבירו אינו רשאי למשכנו וקרא כתיב לא תבא אל ביתו לעבוט עבוטו, וכן כתב הר"מ מרוטנבורק ז"ל עכ"ל, יעו"ש, הרי להדיא דמה שכתב מהר"ם אבל בשאר מילי לא היינו שבא ליפרע משאר נכסיו.

המהר"ם פסק, לפי גירסת המהרש"ל והבנתו, דלא אמרינן עביד איניש דינא לנפשיה לתפוס דבר אחר מנכסי הנתבע תחת חפץ שהיה לו ביד הנתבע, ואפילו אם יכול לברר תביעתו לבית דין בראיות ברורות, אינו יכול לתפוס אלא חפץ המבורר שהוא שלו, דהיינו אותו דבר עצמו ויכול לברר תביעתו, אבל בשאר מילי לא, כנ"ל, והביא ראיא לכך ממתניתין בפרק המקבל המלוה את חבירו אינו רשאי למשכנו.

והמהר"ם דיבר לענין אם חבל בו בשעת התפיסה, שזהו עיקר דין עביד איניש דינא לנפשיה, ובזה דיבר הרא"ש, כמש"נ, וקאמר דעביד דינא לנפשיה ופטור מתשלומי חבלה כשתפס חפץ המבורר שהוא שלו, דרק אז יש לו כח לעשות מעשה דיין, אבל אם תפס ממון אחר תחת חובו וחבל בו בשעת תפיסתו חייב לשלם, דאין לו כח מעשה דיין להכותו כשתופס ממון אחר, והיינו טעמא משום דאסור לתפוס ממון אחר מפני שהתורה אסרה למשכן, ובודאי לא פליג רב נחמן על מתניתין דפרק המקבל, ואע"ג דאם עבר ותפס אינו חייב להחזיר, כמו שמפורש בבבא מציעא (דף לא.), יעו"ש, מכל מקום כיון שאין לו רשות לתפוס אין לו רשות להכותו, כמו שכתב הרא"ש לענין חובל

כשתפס חפץ שאינו יכול לברר לבית דין שהוא שלו, כנ"ל.

וכיון שדיבר מהר"ם לענין הכאה בשעת תפיסה בודאי צריך שיהא החפץ שתפס מבורר שהוא שלו, שיכול לברר תביעתו לבית דין, ואם אין החפץ מבורר בודאי אינו רשאי להכותו כשתפס, ואולם יש להסתפק אם יש לדייק מלשון מהר"ם שאם תפס חפץ שאינו מבורר שאין תפיסתו מועילה כלל וצריך להחזירו, ונחלקו בזה המהר"ק והמהרש"ל, כמו שיתבאר.

עוד יצא לנו מדברי מהר"ם הלכה שאינה מפורשת בדברי רב נחמן, שמהר"ם פסק שאם תפס חפץ המבורר מיד האחר שמחזיק בו ומסרב להחזיר לו מותר להכותו, והיינו שכבר הוציא הגזלן ממנו מידו ומסרב להחזירו והוא בא לתופסו ממנו, ואולם רב נחמן מיירי שעדיין לא הוציא ממנו ממנו, והוא מכה את הגזלן לעכבו מלגזול ממנו, אבל מנלן שמותר ליכנס לבית חבירו להציל ממנו שגזל ממנו, דלמא לעולם יש דין בחוץ תעמוד, ואע"ג דבסוגיא דבבא קמא שם מביא ברייתא (דף כז:) בן בג בג אומר אל תיכנס לחצר חברך ליטול את שלך שלא ברשות שמא תראה עליו כגנב אלא שבור את שיניו ואמור לו שלי אני נוטל, יעו"ש, הרי יש צד בגמרא דבן בג בג יחידאה הוא ופליגי רבנן עליה, ואין להוכיח משם דהכי הלכתא.

על זה הביא מהר"ם ראיה שכן מצא מפורש בספר יראים דרב נחמן אמר למילתיה במי שדבר שלו בעין ורוצים לגזול אותו ממנו או אם הוציאה גזלן ולא נזקף דמי גזילתו במלוה, וקרא דלא תבא אל ביתו לעבוט במלוה או בנזקף למלוה, כנ"ל, הרי להדיא שפסק היראים כבן בג בג דמותר ליכנס לבית חבירו להציל ממנו בעין, ואין איסור לא תבא אלא בהלואה או בנזקף למלוה, ולשיטת המרדכי הלואה כולל כל חיובים, כמש"נ, אבל כשתופס גוף הדבר שנגזל ממנו מותר ליכנס לבית חבירו, וכן פסק מהר"ם דאם חפץ המבורר שהוא שלו ביד הגזלן ומסרב להחזירו, מותר ליכנס לביתו וליטלו, ואם מעכב עליו מותר להכותו, שהרי שלו הוא נוטל, ואינו צריך מעשה דין אלא על ההכאה, ולא על עצם הנטילה, אבל בשאר מילי שבא לגבות תחת ממנו, אע"פ שתביעתו מבוררת, אסור להכותו, כמש"נ.

ומהר"ם הביא עוד ראיה לדבריו וז"ל: וראיה מפרק קמא דברכות (דף ה:) דאמר רב הונא לחכמים אם יש בכם מי שיודע בי עון יאמר ואחזור בי אמרו ליה כך שמענו שאין אתה נותן חלק הזמורות מגפן שחותכין בעת הזמיר לאריסך ותנא כשם שחולקין ביין כך חולקין בזמורות אמר להו מי קשביק ליה מינייהו וכו', והקשה ה"ר קלונימוס הלא מן הדין לקח דקיימא לן עביד איניש דינא לנפשיה, ויש לומר דהיינו דוקא אותו דבר עצמו שנלקח לו לאדם מותר לו לקחת בכל מה שיכול להשיגו, דומיא דמילתיה דבן בג בג דאמר שלו הוא נוטל, הכא לקח זמורות אחרים שלא גנב לו האריס, ומכאן הביא ראיה רבינו מאיר לדבריו, דהא הכא ידע רב הונא בודאי שגנב לו דחלילה לו לרב הונא לעכב מספק וכו' עכ"ל, יעו"ש, וגם מדברי רבינו קלונימוס מבואר כדברי היראים שמותר ליכנס לבית הגזלן להציל ממנו שגזל ממנו, והיה מותר לרב הונא לתפוס הזמורות עצמם שהאריס גזל ממנו והכניסם לרשותו, דנקטינן הלכתא כבן בג בג, כמו

שאמר להדיא.

המהרש"ל הביא אחר כך שיטת מהרי"ק בענין תפיסת אותו דבר שאינו מבורר וחלק עליו וז"ל: וכתב מהרי"ק בשורש קס"א דלא כתב רבינו מאיר שיהיה דוקא חפץ המבורר שהוא שלו אלא היכא דעביד דינא לנפשיה, כגון שעושה מעשה כעין דיין, לגבות ממון אחר בשביל זה הממון שיש לו עליו או להכות חבירו או להפסידו ממון עד שיחזיר את שלו, זה נקרא דינא, וכי האי גונא מיירי כולי שמעתתא דריש המניח, שהנתבע נפסד על ידו, או בגופו וכו' או שנפסד בממונו וכו' כעין זה נקרא דינא, אבל היכא שאין הלוח נפסד על ידו לא שייך למימר בכי האי גונא עביד דינא, ולכן אפילו היכא דלא ברור לנו, רק שיש לו תביעה על גוף הממון ותפס גוף הממון, אפילו לרב יודא נראה דמועיל, וזה נקרא תפיסה ולא דינא, ולכן אפילו כשאנינה ידוע לנו רק לו עצמו מועיל תפיסה בגוף הממון שיש עליו התביעה היכא דטוען טענת ברי, דהא כל ראיותיו שהביא מהר"ם ממתניתין דפרק המקבל לא מיירי בכי האי גונא שיש לו תביעה על הממון עצמו, אלא דוקא בהלואה קאמר, שאין לו תביעה על שום ממון שיהא בעין, אלא חוב בעלמא הוא דאית ליה עליה, ויכול הלוח לסלקו בכל מאי דבעי, ואפילו בסובין בעלמא, ומשום הכי קאמר דאינו רשאי למשכנו, והיינו דנקט לישנא דלמשכנו, דמשמע שאינו יכול ליטלו אלא בתורת משכון, אבל כשיש לו תביעה על גוף הממון עצמו לא דיבר רבינו מאיר כלל וכו' עד כאן מדברי מהרי"ק, רק שהאריך מאוד ואני קצרתי ושיניתי הלשון עכ"ל, יעו"ש.

ומבואר בתחלת דברי מהרי"ק דהיכא שיכול לברר תביעתו לבית דין יכול לגבות ממון אחר תחת ממונו, ואין בזה איסור נטילת משכון, כמש"נ, אלא כיון שתביעתו מבוררת הריהו עומד במקום בית דין לעשות מעשה דיין, וכל זמן שגוף החפץ הגזול קיים יכול לגבות ממון חבירו לכופו להחזירו, דעד שאתה כופהו בגופו כופהו בממונו, כמש"נ, שהרי כיון שתביעתו מבוררת יש בידו כח לעשות מעשה דיין. אולם צריך עיון למה כתב מהרי"ק דאין תפיסה מועילה אם אין לו תביעה על שום ממון שיהא בעין, אלא חוב בעלמא הוא דאית ליה עליה, ויכול הלוח לסלקו בכל מאי דבעי ואפילו בסובין בעלמא, למה צריך לכך, הלא אפילו אילו מן הדין לא היה יכול לסלקו בסובין עדיין היינו צריכים לומר דאין תפיסה שאינו יכול לבררה מועילה, דהא לאו כל כמיניה לעשות מעשה דיין, וכי היכי דאינו יכול להכותו אינו יכול לגבות ממנו. ויש לבאר דבריו עפ"י מש"נ לקמן בהגהות לסי' קי"ג על מה שכתב הש"ך דפשיטא דבפלוגתא דרבוותא תפיסה מועילה בכל דבר, דהא כי היכא דמהני אי עבד הדיין כחד מנייהו והתפיסוהו בכל דבר יהיה מה שיהיה, הוא הדין אם תפס מעצמו כיון דמדמינן תפיסתו לתפיסת הדיין, יעו"ש, ומבואר דסברת הש"ך היא משום דיכול לעבוד דינא לנפשיה על הצד שהממון שלו, ושוב נעשה מוחזק והמוציא מחבירו עליו הראיה, אבל אינו יכול לחבול בו על ספק שהוא שלו, שלעולם הנחבל מוחזק, ועל החובל להביא ראיה, ולפי זה יש לומר דהמהרי"ק בא להוציא מסברא זו, וקאמר דכיון שיכול לסלקו

אפילו בסובין, אם כן בודאי אינו רשאי לתפוס, והיכא דאינו רשאי לתפוס אינו עומד במקום בית דין לעשות מעשה דין, כמו שכתב הרא"ש, כנ"ל.

אי נמי יש לבאר דבריו עפ"י ש"נ לקמן בהגהות לסי' ק"י דתפיסה בדבר אחר הוי כתפיסה ברשות הממוני של חברו, ואע"פ שצריך להחזיר הממון עדיין נעשה מוחזק ברשות ממוני של חברו כנגד דמי הממון שתפס, ואינו מפסיד מוחזקות שלו במה שצריך להחזיר הממון שתפס, וקאמר המהרי"ק דאם אין תביעתו מבוררת, ואין לו כח לעשות מעשה דין, אין תפיסתו בממון אחר מועילה, ולא אמרינן שנעשה מוחזק ברשות הממון של חברו, שהרי הלוח יכול לסלקו בסובין, ואין להתפוס גישה לרשות ממוני שלו לחלק עם הלוח, וכיון שיכול לסלקו אין לו דין מוחזק כלל.

והמהרש"ל הקשה על דברי מהרי"ק ז"ל: ודברי הגאון מאוד תמוהים, דאם כן לא שבקת חי לכל בריה, דכל אחד יהיה תוקף בטליתו של חברו ויאמר שלי הוא, ויהיה נאמן בטענת ברי, ואם כן כל מאן דאליס גבר, והוא עצמו כתב באותו הפסק דלא יכול עביד דינא לנפשיה על ידי גוים להעלילו אם לא דברור לכל שהוא שלו, דאם לא כן לא שבקת חי לכל בריה, דכל חד יהא תוקף בטליתו של חברו על ידי גוים, ויאמר ברור לי שהוא שלי עד כאן, אם כן קל וחומר בנדון דידן דלא שבקת חי, דשכיח יותר שיכול לתפוש ממון חברו ממה שיהא תוקף על ידי גוים, כי אפילו בדיני גוים קשה לתקוף בטליתו של חברו בלא ראייה עכ"ל, יעו"ש.

ומה שהקשה המהרש"ל על דברי המהרי"ק שהוא עצמו כתב דאין לתפוס על ידי גוים משום דאם כן לא שבקת חי לכל בריה, ואם כן קל וחומר שאין הוא עצמו יכול לתפוס משום לא שבקת, המהרי"ק איירי במי שבא לתפוס החפץ עצמו, דלא בעינן לכך שתהא תביעתו מבוררת לכל, אלא תפיסה בטענת ברי מועילה, וקאמר מהרי"ק שאותה תפיסה לא יעשה על ידי גוים, ז"ל: ומכל מקום אין ראייה לנידון דידן דודאי למוסרו בידי עכו"ם העשויין להעליל ולהתנפל ולהתגולל ודאי אין לו למעבד דינא לנפשיה אם לא יהיה דבר ידוע שהוא שלו, דאם לא כן לא שבקת חי לכל בריה, דכל חד יהא תוקף בטליתו של חברו על ידי גוים ויאמר ברי לי דדידי הוא עכ"ל, יעו"ש, דאם היה החפץ מבורר וידוע לכל שהוא שלו הרי עביד איניש דינא לנפשיה אפילו להכותו, ולא איכפת לן אם הגוים עשויים להעליל ולהתנפל ולהתגולל, אבל אם אינו מבורר אין לו רשות להכותו, וכמו כן אין לו רשות לתפוס על ידי גוים, דהוי כמו הכאה.

והביא מהרי"ק ראייה דתפיסה על ידי גוים נחשבת כהכאה כיון שעשויים להכותו, דאם לא כן לא שבקת חי לכל בריה, שכל אחד יתקוף טליתו של חברו על ידי גוים, ומחדא גיסא יותר קל לתפוס בעצמו מעל ידי גוים, מפני שתפיסה על ידי גוים היינו על ידי שוטרים של הממשלה, כי אפילו בדיני גוים קשה לתקוף בטליתו של חברו בלא ראייה אפילו מועטת, כמו שכתב המהרש"ל, כנ"ל, אבל יש לומר דהמהרי"ק לא חש ללא שבקת היכא דתפס ממנו אותו חפץ שאינו מבורר בלי הכאות, ולא חש ללא שבקת דבר אלא היכא שיבא על ידי תפיסתו להכותו.

עוד הקשה המהרש"ל על דברי המהרי"ק דתפיסה באותו דבר מועילה אפילו אם אין תביעתו מבוררת, והביא מהרי"ק ראייה על כך מדברי היראים שהביא מהר"ם, כנ"ל, וז"ל: וכן מוכיח גם מתוך דברי ספר המצות [יראים] דמחלק בין זקף למלוה ולא זקף, ואם היה הדבר תלוי בידיעותינו האם הוא שלו היה ואם לאו, אם כן מה לי זקף מה לי לא זקף, הא למדת שלא בא רבינו מאיר אלא לאפוקי היכא שאין לו תביעה על אותו ממון עצמו וכדפירשתי עכ"ל, יעו"ש.

והקשה עליו המהרש"ל וז"ל: ומה ראיתו, בודאי איירי שיש לו תביעה, ומכל מקום צריך להיות גם כן כמבורר, דשניהם צריכים, דאם לא מבורר פשיטא שהוא אסור אפילו בגוף הממון כדפירשתי, ואם מבורר טענותיו, רק שאינה על גוף הממון, גם כן לא יכול למעבד דינא לנפשיה, דהוה כעין משכנו ואסור, ולכן אם זקף במלוה לא יכול למעבד דינא לנפשיה, דהוה כעין משכנו ואסור עכ"ל, יעו"ש, וצריך עיון בדברי המהרי"ק היכן ראה בדברי היראים דתפיסה מועילה באותו דבר בחפץ שאינו מבורר. ונראה דהנה מהר"ם כתב דתפיסה מועילה בחפץ המבורר אבל בשאר מילי לא, כנ"ל, ובא למעט אם תפס שאר מילי, אפילו אם תביעתו מבוררת, שאם חבל בחבירו חייב לשלם, דאסור לתפוס בכל החיובים, וכיון דאינו רשאי לתפוס אינו יכול לעשות מעשה דיין, כמש"נ, ומה שכתב חפץ המבורר הוא לאפוקי דבר אחר המבורר, וכל זה הוא לענין הכאה, כמש"נ, ויש להסתפק אם המהר"ם נתכוין למעט גם אותו דבר שאינו מבורר שאין תפיסה מועילה בו, ואע"פ שמהר"ם דיבר לענין הכאה, והא פשיטא דלא כל כמיניה להכותו באינו מבורר, מכל מקום יש לומר שבא למעטו גם תפיסה בלא הכאה, וכן היא דעת המהרש"ל שדייק דשניהם צריכים, כנ"ל.

אבל המהרי"ק ס"ל דתפיסה מועילה באותו דבר שאינו מבורר, והביא ראייה מדברי היראים, דאם תרתי אתו מהר"ם והיראים לאשמועין, הרי מה שאין תפיסה מועילה באותו דבר שאינו מבורר הוא מחודש יותר, דזה פשיטא דבתפיסת דבר אחר שאינו מבורר אינו יכול להכותו, דאם אינו רשאי לתפוס דבר אחר אינו יכול לעשות מעשה דיין להכותו, ואם כן היה לו להיראים לרכז דבריו על עיקר חידושו, דאין תפיסה מועילה באותו דבר שאינו מבורר, ולמה הוסיף פרטים על החלק שאין בו חידוש, אלא מבואר שלא בא למעט אלא דבר אחר מבורר מהכאה, אבל בתפיסת אותו דבר מבורר יכול לעשות מעשה דיין ולהכותו, ועל זה הוסיף דאם זקף עליו הגזילה במלוה שוב אסור לתופסו, דאז נעשה החפץ הגזול דבר אחר, ויש בו איסור משכון.

שוב כתב המהרש"ל וז"ל: ומה שמביא ראייה דתפיסה מהני בגוף הממון בטענת ברי, אמת שכן הוא, וגם כן אני כתבתי בפרק כיצד סימן ה', אבל לא כי האי גונא, דלא מהני תפיסה בטענת ברי אלא בספיקא דדינא, כגון תרי סהדי דסהדי לזכות ותרי לחיוב, כהאי שכתבנו בפרק שני, כגון דבר מסופק בתלמוד שלא נפשטה או שנפלה מחלוקת בין הגאונים, אזי מועיל תפיסה בגוף הממון, ועיין שם, אבל היכא דטוען זה שלי לקחתי בלא ראייה וזה טען לא היו דברים מעולם לא נקרא ספיקא דדינא, ואינו

מועיל תפיסה, ודוקא איירי שתפסו בעדים, דאי לאו בעדים הלא נאמן במיגו דלקוח הוא בידו וכו' ואין חילוק בין שטוען בעצמו שתפס ואינו שלו או שטוען שהוא שלו ממש ולוקח או נותן לו במתנה לעולם נאמן במיגו על טענותיו וכו' ודוקא בדיעבד ולענין נאמנות דמהימן במיגו, אבל לכתחילה לא יכול לתפוס שום דבר מחבירו אם לא בחפץ המבורר עכ"ל, יעו"ש.

ומבואר מדבריו דאין חילוק בין טוען בעצמו שתפס ממון חבירו תחת חובו, או טוען שהוא שלו ממש, דהיינו שתפס הדבר עצמו שהוא תובע, בין כך ובין כך אם תפס שלא בעדים ויש לו מיגו דאי בעי אמר לקוח הוא בידי הועילה לו תפיסתו, אבל בספיקא דדינא אין תפיסה בדבר אחר מועילה מפני שבזה עביד דינא לנפשיה בדבר שאינו מבורר, כמו שכתב מהרש"ל בפרק כיצד הרגל סי' ה', והש"ך הביא דבריו לקמן בסי' ק"ט, כנ"ל, והיינו דגבית ממון אחר תחת ממון הוי מעשה דיין, כמש"נ, ואין בכחו לעשות מעשה דיין אלא כשהוא יכול לברר תביעתו בבית דין, וצריכים לפרש לפי זה למה מועילה תפיסתו בממון אחר אם יש לו מיגו, והלא עדיין הוי מעשה דיין, ואין לו כח מעשה דיין אלא כשתביעתו מבוררת.

אלא ביאור דבריו הוא דבודאי אין לו שום כח דיין לגבות ממון חבירו תחת ממון, דלא עביד דינא לנפשיה בדבר שאינו מבורר, אולם אע"פ שעשה שלא כדין בתפיסתו ממון אחר, הרי עדיין יש לו מיגו שהיה יכול לומר לקוח הוא בידי, ועל ידי זה נאמן שהחפץ שהוא תובע מחבירו, או החפץ עצמו או תשלומין תחתיו, האמת כדבריו, ואע"פ שלא זכה בהממון שתפס מחבירו וצריך להחזירו, לא הפסיד בזה המיגו שלו, כמו שכתב הש"ך לקמן בסי' ק"י בשם התרומת הדשן, יעו"ש, ויכול לדון עם חבירו בבית דין והוא נאמן במיגו, ובית דין יצוה להלה להחזיר לו ממון או לשלם לו תחתיו אם אינו בעין, והיינו מה שכתב המהרש"ל דנאמן במיגו רק בדיעבד, שלכתחלה אין לו רשות לתפוס שאין לו כח לעשות מעשה דיין, אבל בדיעבד אם תפס בלא עדים יש לו מיגו, ואע"פ שצריך להחזיר הממון לא הפסיד המיגו, כמש"נ.

ובסוף דבריו כתב המהרש"ל וז"ל: ומכל מקום נראה דוקא שתופס משלו, אבל היכא שיש בידו משכון או פקדון יכול לעכבו אפילו לכתחלה כדי להציל ממון שלו בכל טצדקי דבעי מאחר שברור לו שהוא חייב לו ולא יכול לברר עליו בעדים, וזה לא נקרא עביד דינא לנפשיה, שהרי לא תפס אלא שמעכב את שלו בשב ואל תעשה עכ"ל, יעו"ש. והנה דבריו לכאורה סותרים למה שהביא הש"ך בריש סימן זה בשם

המהרש"ל בפרק כיצד הרגל שם וז"ל: והא דמהני תפיסה, לאו דוקא שיכול לילך וליקח משלו, דאם כן הוי כגזלן, ולכתחלה נזקקין לזה להחזיר לו גזילתו, וכן אפילו השאיל לו כלי אחד ואחר כך תופס השואל בכלי המשאיל גם בזה לא מהני תפיסה, דאם השאיל לו לזמן קצוב הלא צריך להחזיר לו לזמן הקצוב והוי בידו כעין גזילה, וכן אם השאיל לו בסתם סתם שאלה שלשים יום והוי כזמן קצוב עכ"ל, יעו"ש, הרי שכתב דגם אם היה הכלי בידו בתורת שאלה לזמן

קצוב, והגיע הזמן ותפס הכלי לעצמו, אין תפיסתו מועילה, ואע"ג דלא תפס ממנו הכלי אלא מעכב אותה אצלו בשב ואל תעשה.

ונראה דהנה המהרש"ל כתב שיש בידו משכון או פקדון, והמשכון אצלו בהיתר, שהרי עדיין לא פרע הלוא את הממון שהלוהו, ואין על התופס שום חובה להחזיר המשכון כל זמן שלא פרע לו, ואמר לו שהוא תופס המשכון תחת הממון שגזל ממנו, וזה נחשב לגמרי שב ואל תעשה, שלא עשה שום מעשה חיובי להחזיק בממונו של השני לעכבו ממנו, מה שאין כן בשואל כלי לזמן קצוב והגיע הזמן, אם הוא מחזיק הכלי שכבר היה בידו והגיע הזמן להחזירו הרי זה כמעשה גזילה חיובי, שהוא אוזז בממון חבירו בחזקה ואינו מניחו לקחת ממנו, והגם שאינו עושה פעולה, עצם תפיסתו בממון חבירו הוי כמעשה גזילה, אבל במשכון הרי לא היה עליו שום חיוב להחזירו בשעה שתפס בה לעצמו, ומשום הכי הועילה תפיסתו, וצריך לומר דגם הפקדון שהזכיר מהרש"ל ביחד עם המשכון נמי לא הגיע הזמן להחזירו, ואע"ג שהמפקיד יכול לתבוע החזרת פקדונו בכל עת שירצה, הכא מיירי שעדיין לא תבע ממנו המפקיד להחזירו בשעה שתפסה לעצמו, ונמצא שלא עשה שום מעשה חיובי לעכב ממון חבירו ממנו, והרי זה לגמרי שב ואל תעשה, ותפיסתו מועילה.

עד כאן ההגהות על מה שכתב מהרש"ל בפרק המניח ס"י ה' לענין תפיסה בטענת ברי ואינו יכול לברר תביעתו בבית דין, היכא דתפס אותו ממון עצמו שתובע והיכא דתפס ממון אחר של חבירו תחת ממנו, והבאנו דבריו עם הגהות כהקדמה לדברי הש"ך בסימנים אלו שמוסבים על דברי המהרש"ל, ומה שכתב המהרש"ל שם בתוך הדברים לענין זמורות ומדבר שקר תרחק יתבאר בסימנים הבאים.

בסימן זה הביא הש"ך לשון המהרש"ל בפרק כיצד הרגל סימן ה' אחר שהכריע דבפלוגתא דרבוותא מהני תפיסה כמו שכתב מהרי"ק שורש קס"א ודלא כהתרומת הדשן סימן שכ"א 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 שאינו יכול להכריע, אבל אם הדיין מכריע, בין שהדיין מכריע מחמת שרבים הם החולקים על היחיד בין מחמת שמסתבר להדיין כסברתו דחד מראיות ברורות, אפילו הרבה הם החולקים על היחיד לא יכול התופס לומר קים לי כאידך אלא הדיין מוציא מידו וכו' עכ"ל, יעו"ש.

והיינו דאם בא ממון שיש בו פלוגתא דרבוותא לפני בית דין, ולא ידע הדיין להכריע, והניח הממון ביד המרא קמא, ואחר כך תפס התובע מיד המרא קמא אין מוציאים מידו, אבל אם הדיין הכריע הרי נפסקה ההלכה על ממון זה, ויצא מתורת ספק, ואם זה שלא הצליח בדין תפס מן השני מכח ספיקא דדינא דפלוגתא דרבוותא אין תפיסתו מועילה, שהרי לגבי ממון זה כבר נפסקה ההלכה.

ומה שכתב המהרש"ל דאזלינן בתר הוראת הדיין אפילו אם פסק כדעת יחיד והרבה חולקים עליו, ומבואר דאין הדיין סומך אלא על דעת יחיד בלבד, אין זה שייך למה שכתב הש"ך לעיל בסי' ע"ב ובסי' צ' דאינו יכול לתפוס על פי דעת יחיד היכא דכל

חכמי ישראל הורו כנגדו, דהתם מיירי בנידון שבא לפני כמעט כל הפוסקים, כמו אם תפיסה אחר שנולד הספק בטענת שמא מועילה, ורובם ככולם פסקו שאינה מועילה, אז אינו יכול לתפוס בטענת קים לי כהשיטה דמועילה, אבל הכא מיירי בנידון נושא מוגבל שבא לפני חמשה או ששה פוסקים, ושאר פוסקי הדורות לא הביעו דעותיהם, בזה לא שייך לומר כל חכמי ישראל, וליכא אלא רוב דעות, ויכול הדין לפסוק כהרוב דעות מדרכי הפסק לנטות אחר רוב דעות, או לפסוק כהמיעוט לפי סברתו, דאין הולכים בממון אחר הרוב, כמו שכתב הש"ך לעיל סי' צ"ג, יעו"ש, ואפילו אם המיעוט אינו אלא דעת יחיד בלבד.

והמהרש"ל הוסיף וז"ל: והא דמהני תפיסה, לאו דוקא שיכול לילך וליקח משלו, דאם כן הוי כגזלן ולכתחלה נזקקין לזה להחזיר לו גזלתו, וכן אפילו השאיל לו כלי אחד ואחר כך 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 שלשים יום והוי כזמן קצוב עכ"ל, יעו"ש, וקאמר המהרש"ל שאינו יכול ליקח משלו, דהיינו תפיסת דבר אחר שהוא של חבירו תחת הממון שהוא תובע ממנו. ומדברי הש"ך בסימנים הבאים מבואר שהבין בכונת המהרש"ל שאינו יכול לתפוס ממון אחר בתורת משכון תחת ממונו, והביא כמה ראית דאינו צריך להחזיר משכון שתפס באיסור, ולקמן בסי' קי"א הביא מתמורה (דף ו.ו.) דבזה לכולי עלמא אי עביד מהני, יעו"ש, וזה היה פשיטא ליה דלא נתכוון המהרש"ל שאינו יכול ליקח ממון אחר לפרעון, דזה לא הוי כגזלן אלא גזלן ממש, שאינו יכול לקנות ממנו של חבירו לפרעון אלא בכח בית דין, וזה הוי עביד דינא לנפשיה בדבר שאין מבורר לנו, אלא כונתו שאינו יכול ליקח ממון חבירו למשכון, דאילו היה יכול היה נעשה עליו מוחזק, ומספק אין מוציאים מידו, ואכן מחייבים אותו להחזיר, דהוי כגזלן ולכתחלה נזקקין לזה להחזיר לו גזלתו, אבל הש"ך הוכיח דאין מחייבים אותו להחזיר המשכון. ויש ליישב דברי המהרש"ל דגם הוא ס"ל שאינו צריך להחזירו, דאי עביד מהני, ואלא דבית דין אומרים לו לכתחלה להחזיר המשכון שנטל באיסור, ואם לא רצה לציית לדבריהם ואינו רוצה להחזיר המשכון אין מוציאים אותו מידו כיון שחבירו ודאי מחויב לו, ואולם כיון שבית דין אינם מרוצים במה שמעכב ממנו חבירו תחת ידו למשכון, והם לוחצים אותו כסדר להחזיר החפץ לכתחלה, סברא היא דאין תפיסה כזו מחזקתו שבמקום דאיכא פלוגתא דרבנותא אמרינן דמספק אין מוציאים מידו, אלא אמרינן דמספק נשאר הממון ביד המרא קמא, ועל התופס להביא ראיה שהדין עמו, והיינו דקאמר דהוי כגזלן, דכיון שזה נראה כגזילה אין נוח לבית דין שיעכבו בידו, אע"ג דמעיקר הדין אינו מחויב להחזירו אע"ג דעבר על איסור, דבמשכון כולי עלמא מודו דאי עביד מהני, מכל מקום כיון דבית דין אומרים לו לכתחלה שיחזיר אינו נעשה מוחזק במקום דאיכא ספק, כמש"נ, ועיימש"נ בהגהות לסוף הסימן.

שוב כתב המהרש"ל וז"ל: ואע"ג דגבי חצי נזקא קנסא פסקנו בסוף פרק קמא (יש"ש סי' מ"ג) דבכל דבר מהני תפיסה, שאני התם דבדין ובירור קתפסי מפני חובו רק שאין יכולת ביד הדיין לגבות בבבל אם כן הוא עביד דינא לנפשיה בדבר הברור לכל, ולכן כתבנו לעיל שאם תפס הניזק פעם אחת שוב לא יכול זה לתפוס ממנו מהאי טעמא וכו' עכ"ל, יעו"ש, ויש לדקדק בדבריו דמה סלקא דעתיה לדמות תקנת תפיסה בקנסא בבבל לתפיסת דבר אחר בספיקא דדינא, ועוד מאי קאמר דמהאי טעמא אין המזיק יכול לחזור ולתפוס, באיזו טענה יוכל לחזור ולתפוס, והלא הדבר ברור שחייב, דאם לא כן לא היו מניחים לו לתפוס, ויותר היה לו לומר דמהאי טעמא אין אומרים לניזק להחזיר מה שתפס.

ונראה דסלקא דעתיה דתקנת תפיסה בקנסא בבבל לא היתה שהניזק יכול לעבוד דינא לנפשיה, לעמוד במקום בית דין לעשות מעשה דין, אלא דכיון שיש בידו לברר החיוב בבית דין, ורק דמעוכב לגבות בבית דין מפני שאין דנים דיני קנסות בבבל, אם כן אע"ג דלא נתברר חיוב המזיק בבית דין, נתנו חכמים רשות לניזק לכתחלה לתפוס ממנו של מזיק ולהחזיקו בידו כדין מוחזק בספיקא דממונא, ודינו ככל מוחזק על ידי תפיסה, והרי מצינו דתפיסה מועילה בכל דבר, ולפי זה צריך להיות הדין דהמזיק יכול לחזור ולתפוס ממנו, שהרי לא נתברר חיובו בבית דין, וכל תפיסת הניזק הוא מדין ספק, ואם כן יכול המזיק לחזור ולתפוס ממנו כל זמן שלא נתברר חיובו בבית דין. ועל זה קאמר המהרש"ל דלענין קנסא בבבל אין תפיסת הניזק מדין ספק, אלא כיון שאין יכולת ביד הדיין לגבות בבבל, אם כן תקנו לו חכמים דהוא עביד דינא לנפשיה בדבר הברור לכל, והרי בדין ובירור קתפס מפני חובו, ואין להוכיח משם דהתופס במקום שאינו יכול לברר תביעתו בבית דין שתפיסתו מועילה בכל דבר, ומהאי טעמא אין המזיק יכול לחזור ולתפוס מן הניזק, שהרי עביד דינא לנפשיה והרי זה כמי שנתברר חיובו בבית דין.

וכן המשיך המהרש"ל וז"ל: אבל בנדון דידן דאין ברור לנו הדין, אם היה יכול לתפוס בכל דבר אם כן הוי עביד דינא לנפשיה בדבר שאין מבורר לנו, וזה אפילו כולי עלמא מודו דלא יכול, כמו שנוכיח בהמניח סי' ה', אלא דוקא בכהאי גוונא בגוף הדבר שנפל בו הספיקא זה לא נקרא דינא אלא נקרא תפיסה בכל הש"ס וכו' וגבי נדוניא שכתב רשב"ב שאם יתפוס החתן כו' עכ"ל, יעו"ש, והיינו דמה שנוקקים לו לכתחלה להחזירו מבטל התפיסה, כמש"נ.

ולפי דעת המהרש"ל כל תפיסה שהיא נראית כגזילה הרי היא מחייבת השבה לכתחלה מיד בשעת עשייתה, ושוב אי אפשר להחזיק על ידי התפיסה מכח הספק ממון, כמש"נ, אכן אם תופס גוף הדבר שבו נולד הספק הרי אי אפשר לומר דהתפיסה היא כגזילה, דדלמא הדבר שלו והוא גזול ביד זה שממנו תפס, ואלא דאינו יכול להוציאו בבית דין מחזקת השני בלי ראיה, אבל כיון שבא הדבר לידו הועילה לו תפיסתו שהוא נעשה המוחזק, ואין מוציאים מידו.

המהרש"ל הוכיח דתפיסה מועילה בהלואה ודאית שתחת ידו וז"ל: ונראה לי הוא

הדין אפילו בהלואה מועילה תפיסה, כגון שראובן היה חייב מעות לשמעון שאז מועיל תפיסה לגבי ראובן לעכב המעות בידו מחמת ספיקא דדינא ממקום אחר, ולא אמרינן מתחלה אתה מוכרח לשלם החוב לשמעון, מאחר דהלואה להוצאה ניתנה ויכול לסלקו אפילו בסובין, אם כן 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 לבעל חוב לא יכול לסלקו אלא בזוזי, מכל מקום במקום פסידא לא אמרינן, כדאיתא בפרק מי שהיה נשוי סימן י"א ובפרק כל שעה (דף לא.), והכא אי לא ישלם אלא בזוזי יגיע לו פסידא שלא יוכל לתפוס וכו' עכ"ל, יעו"ש.

והיינו דאם כובש הלואתו תחת הדבר המסופק ביד המלוה, נהי דבודאי יש להמלוה ממון גביה מחמת ההלואה ודאית, עדיין יכול לומר שתהא הדבר שביד המלוה פרעון להחוב, ואפילו אם הוא דבר גרוע, דשיב לרבות שוה כסף ואפילו סובין, כדאיתא בבבא קמא (דף ט.), יעו"ש, וכיון שהדבר מסופק חל ספק פרעון על ההלואה, והשתא הממוני גבך דאית למלוה אצל הלוח לא הוי עוד ודאי אלא מסופק, והרי היא תפוסה ביד הלוח, ולא היה שום מעשה גזילה בתפיסתו, והרי זו תפיסה בעצם הדבר שמסופקים בו, ואע"ג דאית ליה לבעל חוב זוזי אינו יכול לסלק למלוה בסובין, כמו שכתבו התוס' בבבא קמא שם, במקום פסידא יכול לשלם אפילו סובין, דאם לא נניחנו לשלם בסובין יצטרך לשלם חובו ויפסיד.

והש"ך לא הסכים לסברת המהרש"ל וז"ל: וחילוקו מגומגם בעיני דעל כרחך לא אמרינן אלא דבמקום פסידא יכול לסלקו בכל דבר אבל סלוקי בלא זוזי מי שמעת ליה עכ"ל, יעו"ש, וכונתו דאם בגונא זו נניחנו לשלם בסובין יצא פסידא להמלוה, שאילו היה הלוח צריך לשלם זוזי היה המלוה מחזיק הדבר שבידו וגם היה גובה כל חובו, והשתא דמשלם בסובין שוב לא יוכל לגבות חובו, ולמה עדיפא פסידא דלוח מפסידא דמלוה.

והנה לשון המהרש"ל הוא שמועילה תפיסה לעכב המעות בידו ולומר אותו גוף הממון שיש לי אצלך ממקום אחר בספיקא דדינא תקח מחמת חובך, כנ"ל, ומשמע דמיירי שהספיקא דדינא הוא על גוף הממון, דהיינו שמתעמצים בחפץ מסוים שהמלוה מוחזק בו, והלוח תובע החזרת החפץ בטענת קים לי כאחד מן הפוסקים, וקאמר המהרש"ל שהלוח יכול לפרוע חובו על ידי החפץ שביד המלוה, והוי ספק פרעון, ושוב נעשה הלוח מוחזק, ועל המלוה להביא ראיה, והש"ך ס"ל דצריך לפרוע חובו בזוזי ולא על ידי הפך, שלא תיקנו חכמים שיכול לפרוע בסובין לגרום הפסד להמלוה.

ויש להסתפק בגונא שיש ספיקא דדינא על חיוב ממון ולא על חפץ מסוים, אם לדעת הש"ך יכול הלוח לפרוע הלואתו על ידי הספק חוב שיש לו על המלוה, שהרי חוב ממון הוי מטלטלין, כמש"נ בשופרא דשעבודא ש"ד פ"א, והוי סובין כיון דמחוסר גוביינא, וזוזי בודאי עדיפי ממנו, ומכל מקום היכא דשניהם חייבים זה לזה אמרינן הפוכי מטרותא למה לי, והחייבים מבטלים זה את זה, לולי היכא שיש לאחד מהם מעליותא בגביה על השני, כגון למאן דאמר בשלו הן שמין, כדאיתא בכתובות (דף קי.),

יעו"ש, ואם כן הכא נמי שיש להמלוה ודאי חוב על הלוח, והלוח יש לו ספק חוב על המלוה, והרי על צד אחד של הספק שני החובות בטלו זה את זה מעצמם, ואין כאן אלא ספק חוב על הלוח בלי שום תפיסה, ועל המלוה להביא ראיה. או דלמא גם בזה יאמר הש"ך דאין החיובים מבטלים זה את זה, ולא אמרינן הפוכי מטרותא למה לי כיון שעל ידי כך יפסיד המלוה, דמה שחיובים מבטלים זה את זה אינו משום דלא שייך שבבת אחת זה חייב לזה וזה חייב לזה, והחיובים ממילא מבטלים זה את זה, דאם כן מאי איכפת לן אם בשלו שמין או בשל עולם, הלא זהו דין בגביה ממשועבדים, והרי מצד החיוב צריכים להתבטל כיון דלא שייך שבבת אחת זה חייב לזה וזה חייב לזה, אלא מוכח דתקנת חכמים היא דלמה ישלם ויחזור ויגבה ממנו, הפוכי מטרותא למה לי, והיכא דאחד מהם יפסיד על ידי כך בגביתו מן המשעובדים לא תיקנו שהחיובים יבטלו זה את זה, והוא הדין הכא לא תקנו כיון שעל ידי כך יפסיד המלוה, וצריך עיון.

הרמב"ם כתב פי"א מלוה ולוה הל"א וז"ל: המלוה את חבירו בפני עדים או שאמר לעדים היו עלי עדים שאני חייב לזה מנה וכו' זו נקראת מלוה על פה ואין צריך לפרעו בעדים לפיכך אם טען ואמר אחר כך פרעתי נשבע היסת ונפטר אבל המלוה את חבירו בשטר צריך לפרעו בעדים לפיכך אם טען ואמר פרעתי שטר זה אינו נאמן אלא אומרים לו או הבא עדים או עמוד ושלם לו חובו עכ"ל, יעו"ש, ודקדק הגר"ח על מה שכתב דצריך לפרעו בעדים לפיכך אינו נאמן לומר פרעתי, והלא איפכא הוה ליה למימר דכיון דאינו נאמן לטעון פרעתי משום שטרך בידי מאי בעי, לפיכך צריך לפרעו בעדים, דאם לא כן יפסיד מעותיו אם יתבענו פעם שנית.

והוכיח מזה הגר"ח דהא דאינו נאמן לומר פרעתי הוא מזכותי השטר, דדין הוא במלוה בשטר דצריך לברר פרעונו בעדים, ושפיר כתב דלפיכך אינו נאמן לטעון פרעתי, דכל זה הוא מזכותי השטר, שצריך לפרעו בעדים ואינו נאמן לומר פרעתי, יעו"ש, ועיימש"נ בשופרא דשטרא שי"ד פ"א.

ולכאורה מדברי המהרש"ל מבואר שאינו צריך לברר פרעונו במלוה בשטר, דאילו כן היה לו לחלק בין מלוה בעל פה למלוה בשטר, דבמלוה על פה יכול לפרוע חובו בספק ממון שיש לו גביה, וכיון דהוי ספק פרעון הרי הוא השתא המוחזק, אבל במלוה בשטר הרי זה מזכותי השטר שצריך לברר פרעונו, ואם כן אינו יכול לפרוע מלוה בשטר בספק ממון שיש לו גביה מכבר, וגם הש"ך לא הזכיר שחלוק מלוה בעל פה ממלוה בשטר. ואכן יש לומר דכונת הגר"ח דמזכותי השטר שאינו יכול לכפור בו אלא אם כן מביא עדים שמעידים כדבריו, והרי זה כנאמנות שאינו יכול לטעון כלום כנגד השטר, אבל היכא דאיכא פלוגתא דרבוותא, והוא טוען קים לי כאותו צד, אין זה נחשב טענת כפירה בהלכות טוען ונטען, אלא שיש כאן ספיקא דדינא, ועל צד אחד נפרע חובו, ואין הנאמנות שבשטר מנגדת לכך.

בסוף דבריו הוסיף המהרש"ל עוד טעם למאי דס"ל דתפיסה מועילה בהלואה אע"ג

דאינה בגוף הדבר וז"ל: ועוד חילוק גדול יש בין הלואה לשאלה או לחטוף שום דבר ממנו שהוא כעין גזלה, דהא גזל הכותים אסיר והפקעת הלואתו שרי לכולי עלמא אלמא דקילא הפקעת הלואה, אם כן היכא דמעכב ההלואה בעבור התפיסה אין זה כגזילה שנדון להחזיר לו קודם החוב שחייב לו אלא כדין תפס, ואם חזר זה ותפס ממנו גוף הממון שנפלה עליו הטענות או הלואה גם כן לא מפקינן מיניה עכ"ל, יעו"ש.

ויש לדקדק בדבריו, דהרי גם בהפקעת הלואה דישראל עובר על איסור דאורייתא דעושה, וכמו שכתב הרמב"ם פ"א גזילה ואבידה הל"ג-הל"ד וז"ל: איזהו גזול זה הלוקח ממון האדם בחזקה כגון שחטף מידו מטלטלין וכו' איזהו עושה זה שבא ממון חבירו לתוך ידו ברצון הבעלים וכיון שתבעוהו כבש הממון אצלו ולא החזירו כגון שהיה לו ביד חבירו הלואה או שכירות וכו' עכ"ל, יעו"ש, ובהא דאמר בבבא קמא (דף קיג:) דהפקעת הלואתו דעכו"ם מותר כתב רש"י וז"ל: בהפקעת הלואתו שאין גזל ממש שרי כי ליכא חילול השם וכו' עכ"ל, יעו"ש, הרי שהחילוק דגזל עכו"ם אסור מפני שיש בו חילול השם, והפקעתו הלואתו מותר מפני שאין בה כל כך חילול השם, ואכן מן הישראל שניהם אסורים באיסור גמור מן התורה, ולמה נחלוק ביניהם לענין תפיסה.

ואיברא דהמהרש"ל בבבא קמא סי' כ' לא הסכים לגמרי לדברי רש"י וז"ל: ופירש רש"י משום דלא תעשוק את רעך כתיב ולא גוי, ומדרבנן הוא דאיכא למאן דאמר דאסור, משום חילול השם עד כאן לשונו, ומה שכתב רש"י מפני חילול השם לא נראה לי כלל, דגזל הגוי אסור אפילו בלא חילול השם, אבל נראה לי משום שירחק עצמו מן הכיעור ודומה לו ויאכל וישתה את שלו, ולא ירגיל את עצמו בגניבה וגזילה עכ"ל, יעו"ש, ולדבריו טעם החילוק בין גזל להפקעת הלואה משום דגזל מכוער יותר ודורש הרחקה יתירה, וגם לפי זה עדיין קשה דהא מן הישראל שניהם אסורים באיסור גמור מן התורה, ולמה נחלוק ביניהם לענין תפיסה.

אולם דברי המהרש"ל מבוארים עפ"י מש"נ בהגהות בריש סימן זה דאע"ג דהתופס משכון עבר על איסור מאי דעביד מהני ואין מוציאים מידו, בית דין אומרים לו להחזירו לכתחלה משום דנראה כמעשה גזילה, אבל אין כופים אותו להחזירו, ומכל מקום כיון שבית דין לוחצים אותו להחזירו אינו נעשה מוחזק כדי שישאר המשכון בידו במקום ספק, וזהו מה שמעכב תפיסתו מלהחזיקו, ומשום הכי חלוק ממון מהלואה, דנטילת ממון חבירו נראה כגזילה, שהוא דבר מכוער ויש בו חילול השם, כמו שמצינו שאסרו גזל עכו"ם, ולכן בית דין לוחצים אותו להחזירו, אבל הפקעת הלואה אינו כל כך מכוער, כמו שמצינו שלא אסרו חכמים הפקעת הלואת עכו"ם, ולא חשו אם תפיסת הלואה למשכון נראית כהפקעת הלואה, ואין אומרים לו להחזיר מאחר שתפס. ובמה שכתב המהרש"ל שאם חזר זה ותפס ממנו גוף הממון שנפלה עליו הטענות או הלואה גם כן לא מפקינן מיניה, כנ"ל, יש להעיר האידך שייד חוזר ותופס הלואה, אם תפס מידו המעות תשלומין שתבע ממנו הלא זהו תופס ממון אחר, אלא צריך לומר שהמלוה יחזור ויעשה מה שהלוה עשה, שילוח מעות מן הלוה, וכשיבא זמן הפרעון יאמר לו שמשלם חובו על ידי המעות שיש לו אצלו על ידי תפיסתו, והרי זה ספק פרעון,

והמלוה מוחזק, והלוה הוא המוציא ועליו להביא ראיה.

סימן קט

בו ידון בראית הש"ך דהתרומת הדשן ס"ל דתפיסה מועילה גם בכל דבר ממה שכתב דהחתן צריך להחזיר הספרים שהיו שאולים בידו דאין תפיסה מועילה בספיקא דדינא.

הש"ך חולק על דברי המהרש"ל וס"ל דתפיסה מועילה אפילו בכל דבר, וז"ל: ונלפע"ד דכיון דקיימא לן דמהני תפיסה גבי קנסא בכל דבר, וכמו שכתב מהרש"ל גופיה, וכמו שכתב בסמ"ע בחו"מ סי' א' ס"ק י"ח וזה לשונו וגם קיימא לן כהרא"ש דבין תפס בשעת הנזק או לאחר הנזק בין אותו דבר המזיק עצמו בין דבר אחר תפיסתו תפיסה כו' [עד כאן לשונו], למה לא יועיל גם בכאן תפיסתו בכל דבר. וגם במהרש"ל גופיה משמע דיש לומר כן, אלא שכתב דאם כן הוי עביד דינא לנפשיה, וזה יתבאר לקמן סימן קי"א דליתא ואם כן הדרינן לדינא דמהני תפיסה בכל דבר עכ"ל, יעו"ש.

ודברי המהרש"ל הובאו לעיל בסי' ק"ח וז"ל: ואע"ג דגבי חצי נזקא קנסא פסקין בסוף פרק קמא (ים של שלמה סי' מ"ג) דבכל דבר מהני תפיסה, שאני התם דבדין ובירור קתפסי מפני חובו רק שאין יכולת ביד הדיין לגבות בבבל, אם כן הוא עביד דינא לנפשיה בדבר הברור לכל וכו' אבל בנדון דידן דאין ברור לנו הדין, אם היה יכול לתפוס בכל דבר אם כן הוי עביד דינא לנפשיה בדבר שאין מבורר לנו, וזה אפילו כולי עלמא מודו דלא יכול, כמו שנוכח בהמניח סי' ה', אלא דוקא בכהאי גוונא בגוף הדבר שנפל בו הספיקא זה לא נקרא דינא אלא נקרא תפיסה בכל הש"ס וכו' עכ"ל, יעו"ש.

הרי שכתב המהרש"ל להדיא דבקנסא תפיסה מועילה בכל דבר, וכמו שכתב הרא"ש, ומכל מקום ס"ל אין תפיסה מועילה בכל דבר היכא דאין תביעתו מבוררת, משום דנמצא עביד דינא לנפשיה בממון שאינו מבורר, וטעמא דידיה משום דאינו יכול לעשות מעשה דיין אלא כשהדבר מבורר, ואילו היה תובעו לבית דין היה הדיין עושה כמו שהוא השתא רוצה לעשות, אבל במקום שהוא ספק לבית דין לא היו בית דין עושים כלום, וגם הוא אינו יכול לעשות דין לעצמו, ויש לומר דהש"ך ס"ל דקנס בבבל הוי כאינו מבורר כיון שאין דין בית דין בבבל, והוי כמופקע מבירור, וממילא לא שייך עביד דינא לנפשיה, ולכן הוכיח דיכול לתפוס ממון אחר אפילו אינו מבורר, אבל המהרש"ל ס"ל דאין דין עביד איניש דינא לנפשיה תלוי בבית דין בפועל, ואם כן אם יש לו עדים שפיר הוה ליה מבורר.

ושיטת המהרש"ל היא דהיכא דתביעתו מבוררת יכול לעשות מעשה דיין בין באותו דבר עצמו בין בממון אחר, כמו שהיה הבית דין עושים אילו תבעו לבא לפניהם, ואם אין תביעתו מבוררת לא שייך דין עביד איניש דינא לנפשיה, כמש"נ, ומכל מקום יכול לתפוס אותו ממון עצמו שאנו מסופקים בו, דאין זה דינא אלא תפיסה, ואינו צריך לדין עביד איניש דינא לנפשיה, וכל זה הוא היכא דאיכא דררא המחייבת את הספק, כגון ספיקא דדינא או תרי ותרי, אבל היכא דליכא דררא אין תפיסתו מועילה אפילו על אותו ממון, וטעמא משום דאם לא כן לא שבקת חי לכל בריה, כמו שכתב המהרש"ל בהמניח שם, ועיימש"נ בהגהות לסי' ק"ח.

והש"ך חולק על כל דינו של המהרש"ל שכתב דאין תפיסה מועילה בממון אחר אפילו אם הוא בידו כבר בתורת שאלה, וכל שכן שאינו יכול לתפוס ממון אחר מידו של חברו, והש"ך ס"ל דגם אם אינו יכול לברר תביעתו לבית דין עדיין יכול לעשות דין לעצמו ולתפוס ממון מיד חברו, וכל שכן אם הממון כבר בידו בתורת שאלה, והיינו טעמא משום דאזיל בשיטת הריב"ש דבכל החיובים מותר למשכנו, כמו שיתבאר בסי' קי"א, ובהמשך סימן זה מוכיח הש"ך שיכול לתפוס ממון שתחת ידו בתורת שאלה, ובסימן קי"י מוכיח שיכול לתפוס ממון אחר גם מיד חברו.

והביא הש"ך ראייה דתפיסה מועילה בממון אחר שתחת ידו בתורת שאלה וז"ל: וכן כתב עוד בתרומת הדשן שם בסוף התשובה דצריך להחזיר לחמיו את הספרים דתפיסה לאחר שנולד הספק בספיקא דדינא לא מהני כמו שבארנו לעיל עד כאן לשונו, משמע להדיא דלמאן דאמר דמהני תפיסה בספיקא דדינא מהני אפילו בדבר שבידו בתורת שאלה, ואם כן כיון שכבר העליתי לעיל סי' ע"ח דאפשר דמהני תפיסה בספיקא דדינא אפילו בתיקו, וגם בסמוך סימן ק"ז העליתי דבפלוגתא דרבוותא מהני תפיסה לכולי עלמא ולא דמי לתיקו, וכמו שכתב מהרש"ל גופיה, אם כן פשיטא דאין לחלק בין היה בידו בתורת שאלה או תפס גוף הדבר עכ"ל, יעו"ש.

הש"ך הביא ראייה מדברי תרומת הדשן דתפיסה מועילה בכל דבר ממה שכתב דצריך להחזיר הספרים ששאל משום שאין תפיסה מועילה בתיקו, ומשמע דאילו היתה תפיסה מועילה בתיקו לא היינו מוציאים הספרים, ואע"פ שאינו גוף הדבר אלא דבר אחר, ויש להקשות דלמא ס"ל דאין תפיסה מועילה בכל דבר, אבל למה יכניס עצמו לפלוגתא זו לענין פרטי דיני תפיסה אם ס"ל דבכלל אין תפיסה מועילה בתיקו שהוא ענין יותר יסודי.

אולם נראה דזה לא קשה מידי, דהרי טעמא דהפוסקים דאין תפיסה מועילה בתיקו היא משום דס"ל דטענת קים לי כצד זה אינה נחשבת טענת ברי, ולתפיסה בעינן טענת ברי לרוב פוסקים, ונמצא דגם מה שאין תפיסה מועילה בתיקו הוא ענין פרטי דיני תפיסה, ואין זה יותר יסודי מהא דאין תפיסה מועילה בכל דבר, ואדרבה הסברא נותנת איפכא, דתפיסה אינה מועילה בכל דבר משום דהוי גזילה, וחייב השבה מעכב התפיסה, ואם תפס כל דבר אינו תפוס אלא גזלן, כמש"נ בסי' ק"ח, יעו"ש, אבל תפיסה בלי טענת ברי אינה גזילה אלא תפיסה קלושה, ואינה מחזקתו, ואם כן יותר היה לו להביא טעמא דאין תפיסה מועילה בכל דבר, אלא מבואר דהתרומת הדשן ס"ל דתפיסה מועילה אפילו בכל דבר.

סימן קי

בו יובא ראית הש"ך דתפיסה מועילה בכל דבר מדברי התרומת הדשן דאפילו היכא דחייב להחזיר נעשה מוחזק, ויבאר דהוא מוחזקברשות הממון של זה שתפס ממנו.

שיטת המהרש"ל שהביא הש"ך לעיל בסי' ק"ח היא דאין תפיסה מועילה בספיקא דדינא אלא על אותו דבר שתובע אבל אם תפס ממון אחר של הנתבע תחת ממוןו אין תפיסתו מועילה, ואפילו אם כבר היה ממון חבירו תחת ידו בתורת שאלה, והש"ך חלק על דבריו וס"ל דתפיסה מועילה בממון אחר שתפס מיד חבירו, וכל שכן אם היה בידו בתורת שאלה, והוסיף הש"ך וז"ל: ומה שכתב מהרש"ל וכן חילק מהרי"ק בשורש קס"א וכו' ליתא, דהמעין במהרי"ק שם יראה דלא חילק בכך אלא לענין דאסור לעשות כן לכתחילה משום עביד דינא לנפשיה, אבל ודאי לענין דיעבד פשיטא דתועיל תפיסתו לענין דליהוי מוחזק בספיקא דדינא ולהוי אידך המוציא מחבירו עליו הראיה עכ"ל, יעו"ש.

והנה המהרי"ק שם כתב, והובאו דבריו לעיל בהגהות לסי' ק"ח, דהיכא שהתופס יכול לברר תביעתו לבית דין יכול לעבוד דינא לנפשיה ולעשות מעשה דין להכות או להפסיד ממון או לגבות ממון אחר תחת ממוןו, יעו"ש, וגבית ממון אחר תחת ממוןו נמי הוי מעשה דין, דהיאך יכול התופס לגבות ממון חבירו ולקנותה ממנו אם לא בכח של מעשה דין, והיכא דאין תביעתו מבוררת לכל אלא לעצמו, ובא לתפוס בטענת ברי, לא אמרינן בזה דעביד איניש דינא לנפשיה, ואין לו כח לעשות מעשה דין, ואין לו רשות להכות את הנתבע בשעת תפיסתו או להפסיד ממוןו, ואם הכהו או הפסיד ממוןו חייב לשלם כשאר חובל בחבירו או מזיק ממוןו.

ולפי זה היאך נבין מה שכתב הש"ך דהא דלא עביד איניש דינא לנפשיה לתפוס ממון אחר תחת ממוןו הוי רק לכתחלה אבל בדיעבד תפיסתו מועילה, והלא כיון שבודאי אין לו כח לעשות מעשה דין לענין להכות או להפסיד ממוןו, כמש"נ, גם אין כח לעשות מעשה דין לגבות ממון תחת ממוןו ולהוציאה מרשות חבירו ולהכניסו לרשותו, ואם כן במה הועילה לו תפיסתו, והלא אינו קונה הממון שתפס בלי מעשה דין, ואם נוטלו בתורת משכון להחזיק אותו כערבון תמורת ממוןו, הרי אסור לעשות כן, דקרא כתיב בחוץ תעמוד והאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך את העבוט, ואסור ליקח משכון בכל חוב ולא רק בהלוואה, כמו שמבאר מדברי המהרש"ל וספר יראים, ועיימש"נ לעיל בהגהות לסי' ק"ח, ואם כן במה נתחזק על ידי תפיסת ממון אחר תחת ממוןו.

הש"ך הביא דברי התרומת הדשן סוף סי' שכ"א לענין מי שתפס ספרים שהיו שאולים בידו בשביל חוב שיש בה פלוגתא דרבוותא, וז"ל: אבל טעמא דתקנת העיקול לא שייך הכא אפילו במקום שנהגו שלא לעקל הספרים השאולים עבור שום תביעה כדאיתא במרדכי שלהי המקבל סי' ת"ד, דר"ת מפרש התם דתקנת העיקול ליתא אלא בהדר

וקום עליה בדינא אבל אהדריה לא הפסיד מיגו שלו, ואם כן לא הפסיד נמי מוחזקות שלו דאי אמרת הפסיד מוחזקות שלו הפסיד נמי המגו דמגו להוציא לא אמרינן עכ"ל, יעו"ש, ואע"פ שתיקנו הפוסקים שלא לעכב דברים השאולים תחת ידו בשביל תביעה שיש לו כנגד חבירו, ועל כל אופן מחויב להחזירו, מכל מקום לא הפסיד בזה תורת מוחזק שלו, וכשבאו לבית דין על השני להביא ראיה.

ומקור הדברים הוא מבבא מצינא (דף קטז). ההוא גברא דחבל סכינא דאשכבתא מחבריה אתא לקמיה דאביי אמר ליה זיל אהדריה דהוי ליה כלי שעושים בו אוכל נפש ותא קום בדינא עלה רבא אמר לא צריך למיקם בדינא עלה ויכול לטעון עד כדי דמיהן וכו', יעו"ש, וכתב רש"י בד"ה וז"ל: ותא קום בדינא, תבעהו לדין על חובך אם מודה לך או אם יש עדים ישלם ואם לאו ישבע שבועת היסת, רבא אמר, כיון דמשכניה ואין עדים שמשכנו היה יכול לטעון לקוחה היא בידי לא צריך למיקם בדינא עילויה דקנה ליה משכון לישבע וליטול עד כדי דמיו עכ"ל, יעו"ש.

וגם אליבא דרבא צריך להחזיר סכינא דאשכבתא שהוא כלי אוכל נפש, אלא דלאביי צריך לעמוד עמו בדין אחר כך ולהביא עדים שחייב לו, ולרבא אינו צריך להביא עוד ראיה בבית דין, אלא מחזיר לו המשכון, ואחר כך בא לבית דין וגובה חובו כיון שיש לו מיגו דאי בעי אמר לקוחה היא בידי, וגם אביי ס"ל דבמקום שיש לו מגו דלקוחה בידי אינו צריך להביא עוד ראיות, כמו שמוכיח בהמשך הסוגיא מעובדא דהנהו עיזי דאכלי חושלא בנהרדעא, ואתא מרא דחושלא ותפס להו וקא טעין טובא, ואמר אבוב דשמואל יכול לטעון עד כדי דמיהם, ואכן נחלקו אביי ורבא אם סכינא דאשכבתא הוי מן הדברים העשויים להשאיל ולהשכיר שאינו יכול לטעון בהם שלקוחים הם בידו.

ועל זה כתב התרומת הדשן דאליבא דרבא דאית ליה מיגו, אם כן אע"ג דצריך להחזיר הסכין שהוא כלי אוכל נפש לא הפסיד בזה המיגו, וממילא חזינן דלא הפסיד המוחזקות, דאילו כן היה מפסיד גם המיגו, דהוי מיגו להוציא. ולפי מה שעולה מדברי התרומת הדשן אלו כתב הש"ך וז"ל: ואם כן הוא הדין הכא פשיטא דהיכא דליכא עדים וטוען ברי לא הפסיד מגו שלו, וכמו שכתב מהרש"ל גופיה בפרק המניח ס"י ה', ואם כן הוא הדין השתא אע"ג דלית ליה מגו לא הפסיד נמי מוחזקות שלו, ואם כן אפילו תפס נמי דבר אחר יהיה מה שיהיה מהני תפיסתו, דלא יהא אלא תפס ממנו דברים של אוכל נפש אף על גב דחייב להחזיר מכל מקום לא אבד מגו שלו וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ומה שכתב הוא הדין הכא פשיטא וכו' כונתו במקום דליכא דררא המעוררת הספק, ובספק כזה אין תפיסה מועילה אלא היכא שיש לו מיגו, כמו שכתב הש"ך בסי' ט"ז, יעו"ש, וצריך להחזיר גוף הדבר שתפס דאסור ליטול משכון, ומכל מקום לא הפסיד מוחזקות שקנה, וכשיבואו לבית דין הרי הוא המוחזק ואידך המוציא ועליו הראיה, ואחר כך כתב ואם כן הוא הדין השתא וכו' רצה לומר בספק דפלוגתא דרבוותא דתפיסה מועילה בו באותו דבר אע"ג דלא שייך מיגו בזה, אם תפס דבר אחר

הועילה לו תפיסתו להיות מוחזק ואידך המוציא ועליו הראיה.

וגם בזה יש לעיין איפה חלה תפיסתו מאחר שאין תביעתו מבוררת, ואין לו כח לעשות מעשה דין, ואחר שהחזיר הממון שתפס ולא הפסיד מוחזקות שלו, במה חלה המוחזקות, איזה דבר יש לו מוחזק תחת ידו שנאמר שעל אידך להביא ראיה, ואם לא הביא ראיה צריך לשלם.

והנה עיין מה שכתב המרדכי שם בסוף פרק המקבל וז"ל: הנהו עיזי דאכלי חושלא בנהרדעא כו' אמר אבוה דשמואל יכול לטעון עד כדי דמיהן, כתב ראבי"ה וזה לשונו ומי שתופס משכון חבירו שוה שקל וטען סלע והלוה אינו מודה אלא שקל כדי שווי, והמלוה אומר משכון זה חביב עלי כפלים יותר משווי ולדידי שוה לי סלע, או פדה אותו בסלע או אעכבנו בסלע שהלוייתך עליו, חזרתי על כל צדדין לדעת טעם הדין שמאמין את המלוה לטעון על המשכון יותר מכדי שווי מחמת טענה לדידי שוה לי, ולא ידעתי מאין הרגלים וכו' מכל מקום לא חשיבא תפיסה אלא בכדי דמיהן כמו שנמכרין בשוק וכו' עכ"ל, יעו"ש, ובאמת תמוה מאוד פסקו של אותו דין שהמלוה יכול לטעון לדידי שוה לי סלע ולעכב המשכון שקיבל מן הלוה עד שישלם לו סלע.

ונראה דהנה אם אדם מפקיד ממון בבנק הרי זה נחשב שיש לו ממון באותו בנק, אבל איפה הכסף שלו, אין זה שהבנק יש עליו חוב לשלם לו כמו אם הלוה להבנק, אלא שיש לו ענין של ממוני גבך אצל הבנק, שיש לו חלק ברשות הממוני של הבנק כנגד המעות שהפקיד בו, ואפילו אם כל ההשקאות של הבנק ירדו, ולא נשאר בההשקאות מספיק ממון כנגד כל הממון שהופקדו בו, עדיין יש לכל אחד מן המפקידים ממון גבך אצל הבנק כנגד כל מה שהפקיד, שרשות הממוני של הבנק אינה מוגבלת בכמות ממון שיש לו בפועל, אלא רשות הממוני הוא מה שיכול לקנות ולהרויח ואינה מוגבלת כלל. והיינו הענין של תפיסת משכון, דעל ידי המשכון יש לו אחיזה ברשות הממוני של הלוה, ויכול לתבוע ממנו ממון גבך, ומלוה זה שהזכיר הראבי"ה קיבל משכון שוה שקל מן הלוה והשתא טוען שהלוה לו סלע ושלדידיה שוה המשכון סלע, וכין שכן אינו רוצה להחזיר המשכון עד שישלם לו הלוה סלע, ופסק אותו דין שהדין עמו, וטעמא דידיה משום דעל ידי המשכון יש לו תפיסה ברשות ממון של חבירו, ואם הוא טוען שלדידיה שוה סלע הרי לפי דבריו יש לו תפיסה ברשות ממון של הלוה כנגד סלע, והרי הוא מוחזק בכך, ואינו מחויב להחזיר המשכון עד שישלם לו סלע, ומדויק בלשון ראבי"ה שהבין שפיר שזוהי טעמא דהדין, אלא שדחה דבריו וכתב דמכל מקום לא חשיבא תפיסה אלא בכדי דמיהם כמו שנמכרים בשוק, כנ"ל, כלומר דאע"ג דעל ידי המשכון יש לו תפיסה ברשות ממון של הלוה, אבל הא מלתא פשיטא היא דאין זה אלא כנגד דמי המשכון כפי שנמכר בשוק, וליותר מכן החזיר על כל הצצדים ולא מצא לו רגלים.

ולפי זה מובנים דברי הש"ך דמה שכתב הרא"ש דאם אין תביעתו מבוררת אינו יכול לעבוד דינא לנפשיה ולתפוס ממון אחר תחת ממון היינו לכתחלה, אבל בדיעבד אם תפס הועילו לא תפיסתו, ואע"ג דצריך להחזיר הממון שתפס לא הפסיד המוחזקות

שלו, כמו שהוכיח מדברי התרומת הדשן, והיינו דתפיסת דין ממוני גבך ברשות ממוני של חבירו הוי כמו עביד דינא לנפשיה, שהרי אין זה כמו תופס הדבר עצמו שהיה שלו מכבר, אלא הוא תופס חלק ברשות ממוני של חבירו שלא היה לו מכבר, ואכן בזה חלוק תפיסה ברשות ממוני מתפיסת ממון אחר תחת ממונו, דאם תפס ממון אחר הרי יש בזה איסור גזילה, והרי האיסור מבטל התפיסה, כמו שכתב הש"ך לעיל בסי' ק"ח בשם המהרש"ל בפרק כיצד הרגל, יעו"ש, אבל אם תפס חלק ברשות ממוני של חבירו אינו עובר בזה שום איסור, אלא או הועילה תפיסתו או לא הועילה, ואין כאן שום איסור המבטל תפיסתו.

שוב כתב הש"ך וז"ל: ועוד דעד כאן לא אסרינן למשכן לכתחלה אלא משום דיכול להשכין על ידי הדיינים, אבל הכא כיון דאיכא פלוגתא דרבוותא אם כן אפשר דהדיין לא יפסוק לו לכתחלה כהך פוסק אם כן אי לא יתפוס הוה ליה פסידא, וכמו שכתב מהרש"ל גופיה בסוף דבריו דהכא הוי מגו במקום פסידא, ובמקום פסידא אפילו רב יהודה מודה דעביד איניש דינא לנפשיה, וכדאיתא בפרק המניח (דף כז:), אם כן הוא הדין בפלוגתא דרבוותא אפילו היכא שבא החוב מחמת הלואה מותר למשכנו שלא ברשות אפילו לכתחלה, אבל כל שאינו החוב הלואה בענין דליכא איסור משום משכנו שלא ברשות נראה לי ברור דמותר למשכנו אפילו לכתחילה בפלוגתא דרבוותא, ועוד אכתוב בזה לקמן סימן קט"ו וקט"ז עכ"ל, יעו"ש.

ומה שכתב הש"ך דבמקום ספיקא דדינא מותר לתפוס ממון אחר משום דנחשב במקום פסידא מפני שאפשר דהדיין לא יפסוק לו לכתחלה כהך פוסק, אין כונתו בזה שהדיין יפסוק כאידך פוסק, אלא דלמא לא יפסוק כלל, וכמו שכתב בסוף סי' פ"ז וז"ל: כל שכן במקום פסידא דהא בלא תפיסתו לא היה יכול הדיין להגבותו וליתנו לו לכתחלה עכ"ל, יעו"ש, ומה שכתב אבל כל שאינו החוב הלואה בענין דליכא איסור משום משכנו שלא ברשות וכו' כונתו דאם הוי חוב אחר דלא מחמת הלואה ולא תפס כלי אוכל נפש או בגדי אלמנה שחייב להחזיר מותר לתפוס לכתחלה.

אולם צריך עיון במה שכתב דבמקום פסידא אפילו רב יהודה מודה דעביד איניש דינא לנפשיה, והיינו דיכול לתפוס בטענת ברי אפילו אם אינו יכול לברר תביעתו לבית דין, היכן ראה בדברי רבי יהודה שכן הוא הדין, והלא לא קאמר רב אלא דבמקום פסידא יכול לתפוס אותו דבר כשיכול לברר תביעתו בבית דין, אבל היכן מצינו בדבריו שבמקום פסידא יכול לתפוס ממון אחר בטענת ברי.

והנה לעיל כתב הש"ך וז"ל: אלמא דאע"ג 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 דאמרינן דלא עביד דינא לנפשיה היינו לכתחלה או לענין שיהא חייב אם הזיקו או הכהו מחמת זה וגם בזה דוקא בהלואה וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומבואר בדדיעבד עביד דינא לנפשיה, ותפיסתו מועילה, ואולם הזיקו או הכהו כשתפס בטענת ברי גם בדיעבד צריך לשלם, אבל אם אין יכול לברר שבדין יכול להוציא ממנו לאו כל כמיניה לומר שלי הוא ולהציל ממוני עשיתי, כמו שכתב הרא"ש

בפרק המניח (דף כז:), יעו"ש, ועיימש"נ בהגהות לסי' ק"ח, ונמצא דלענין תפיסת משכון בטענת ברי עביד אינישדינא לנפשיה במקום פסידא, ולענין ליפטור מתשלומי נזק אם הזיקו או חבל בו בתפיסתו לא עביד דינא לנפשיה במקום פסידא.

ומבואר שיש שני דינים בעביד איניש דינא לנפשיה, חדא יש דין שיכול לעמוד במקום בית דין לעשות מעשה דיין, דהיינו דברים שרק לבית דין יש כח לעשותם, כגון לגבות ממון תחת ממונו, להפקיע בעלות הנתבע בממונו ולמוסרו לרשות התובע, חלות כזה אין כח אלא לבית דין לעשותה, והיכא שיכול לברר תביעתו בבית דין עביד איניש דינא לנפשיה ויכול לעשות מעשה דיין, עוד צריכים מעשה דיין לחבול במי שמסרב לשלם חובו, שיש כח לבית דין לחבול ולהכות ולא לשלם, וגם בזה הדין הוא דעביד דינא לנפשיה לעשות מעשה דיין אם יכול לברר תביעתו בבית, ובדין שיכול לעשות מעשה דיין נחלקו רב נחמן ורב יהודה, תרוייהו ס"ל שיש בכחו לעשות מעשה דיין אם תביעתו מבוררת, ואלא דרב יהודה ס"ל שלא הניחו לו חכמים לעשות כן אלא במקום פסידא, ורב נחמן ס"ל דגם להצלת טורח הניחו לו לעשות מעשה דיין.

ועוד יש דין אחר של עביד דינא לנפשיה בתפיסת משכון, דכיון שאינו נוטל המשכון לקנין אלא לערבון בעלמא אין תפיסתו צריכה לפעול שום חלות, ומכל מקום נטילת משכון הוא דבר שמסור לבית דין, שנאמר בחוץ תעמוד והאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך העבוט החוצה, ובבבא מציעא (דף קיג.) דריש דהיינו שליח בית דין, יעו"ש, ואכן גם אם תופס המשכון בעצמו הרי יש לו ערבון בידו והוי משכון, שאין צריך לזה מעשה דיין, כמש"נ, אבל אסור למשכן לכתחלה משום שיכול להשכין על ידי הדיינים, כמו שכתב הש"ך, כנ"ל, ובזה אם עביד דינא לנפשיה אפילו כשתופס בטענת ברי בלבד הרי אינו חובל בו ואינו מפסידו ממון, דהא אם היה יכול לתפוס ממנו גוף הממון שגזלו היה הדין עמו, אם כן כשתופס ממון אחר במקום ממונו אינו מחסרו ממון, ואינו צריך לכך מעשה דיין.

והיינו מה שכתב הש"ך דבמקום פסידא אפילו רב יהודה מודה דעביד איניש דינא לנפשיה, שלכולי עלמא היכא שיכל לברר תביעתו לבית דין בעצם יש בכחו לעשות מעשה דיין, כמש"נ, ולכולי עלמא היכא דאין לו אלא טענת ברי יש בכח למשכן חבירו, ולא נחלקו רב נחמן ורב יהודה אלא אם הניחו לו חכמים לעשות להצלת טורח, אבל לכולי עלמא במקום פסידא יכול לעשות מעשה דיין, ואם כן הוא הדין שיכול לעבוד דינא לנפשיה לתפוס משכון כשטוען ברי.

ובסוף דבריו כתב הש"ך וז"ל: וממה שכתב הרא"ש פרק המניח (דף יט.) וטור ח"מ סימן ד' דהיכא דלא מצי לברר שגוף החפץ הוא שלו לא מצי למיעבד דינא לנפשיה וחייב להחזיר, אין להביא ראיה כלל, דהתם מיירי שהוא שלו ממש וזה מכחישו, מה שאין כן בספיקא דדינא בפלוגתא דרבוותא וכהאי גוונא וקל להבין עכ"ל, יעו"ש, וכונתו שאין להוכיח מדברי הרא"ש דאין תפיסה מועילה בגוף הדבר וכל שכן שאינה מועילה בדבר אחר, דהרא"ש מיירי היכא דליכא ספיקא דדינא או שום דררא אחרת כגון תרי ותרי או ספק בלשון השטר, אלא קודם תפיסתו היה ודאי של זה שתפס ממנו, והוא

תפס בטענת ברי ששלי הוא, בכחאי גונא חייב להחזיר, וכמו שכתב הש"ך בסי' ט"ז
דאם לא כן לא שבקת חי לכל בריה, יעו"ש, אולם צריך עיון למה אסיק אדעתיה
דהרא"ש מיירי בפלוגתא דרבוותא.

סימן קיא

בו יובאו דברי הריב"ש דאין איסור משכון אלא בהלואה ממש, ומזה הביא הש"ך ראייה כנגד מה שפסק המהרש"ל דאין תפיסה בפלוגתא דרבוותא מועילה בתופס ממון אחר.

הש"ך הביא ראייה דתפיסה מדבר אחר מועילה בפלוגתא דרבוותא ממה שכתב הריב"ש בסי' שצ"ו וז"ל: וכן נשתמשו הגאונים ז"ל מדין זה בענין התפיסות שיוכל אדם לעכב פקדון שבידו לטעון עליו אם הוא חייב לו מצד אחר, שהיה אפשר לומר יתן לו הוא את שלו ואחר כך יתבעם ממנו בבית דין על מה שחייב לו, אלא שמטעם עבד איניש דינא לנפשיה הוא יכול לעכבו כדי להציל את שלו, אף על פי שהיה יכול להציל בבית דין, כגון דאיכא עדים וליכא פסידא, 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 וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ומבואר להדיא דלדעת הריב"ש מותר לתפוס ממון אחר בשביל ממונו בכל חיובים חוץ מהלואה, והריב"ש מיירי בתופס כשכשיכול לברר תביעתו לבית דין, כמו שכתב אף על פי שהיה יכול להציל בבית דין, כגון דאיכא עדים וליכא פסידא, ומיניה מבואר דגם אם אין לו אלא טענת ברי יכול לתפוס ממון אחר תחת ממונו, שהרי טעמא דהמהרש"ל דאינו יכול לתפוס ממון אחר משום דכיון דבעצם הרי הוא כגוזל וחייב להחזיר אין תפיסתו מחזקתו, אבל כיון דלדעת הריב"ש אין איסור משכון אלא בהלואה ממש, ליכא עיכובא לתפיסתו שלא יתחזק על ידה.

אולם קשה דהרי הש"ך כתב בסוף סי' ק"י וז"ל: ועוד דעד כאן לא אסרינן למשכון לכתחלה אלא משום דיכול להשכין על ידי הדיינים, אבל וכו' אי לא יתפוס הוה ליה פסידא וכו' אם כן הוא הדין בפלוגתא דרבוותא אפילו היכא שבא החוב מחמת הלואה מותר למשכנו שלא ברשות אפילו לכתחלה, אבל כל שאינו החוב הלואה בענין דליכא איסור משום משכנו שלא ברשות נראה לי ברור דמותר למשכנו אפילו לכתחילה בפלוגתא דרבוותא עכ"ל, יעו"ש, וקאמר הש"ך שהסברא נותנת דבפלוגתא דרבוותא מותר למשכנו אפילו בהלואה כיון דא לא יתפוס יפסיד, אבל היכא דלא הוי מחמת הלואה, ואינו דברים של אוכל נפש או בגדי אלמנה, אז נראה לו ברור שמותר למשכנו כיון דאיכא פסידא.

ומבואר דלולי סברתו דבפלוגתא דרבוותא איכא פסידא אם לא יתפוס היה אסור ליטול משכון גם בחוב דאינו מחמת הלואה, ואם מה ראייה הביא מדברי הריב"ש כנגד דברי המהרש"ל, הלא הריב"ש ס"ל דמותר ליטול משכון בשאר חיובים, והמהרש"ל ס"ל דאסור, וגם מדברי הש"ך נראה דמסכים לו, כמש"נ, ולא פליג על המהרש"ל אלא משום סברתו דתפיסה בפלוגתא דרבוותא נחשבת במקום פסידא, ואיזו ראייה הביא מדברי הריב"ש דהוא עצמו לא ס"ל כותיה, כמש"נ, ואולם הש"ך באמת ס"ל כהריב"ש, כמו שכתב בהמשך הסימן ולקמן סי' קט"ו, יעו"ש, וצריך לומר דמה שכתב

בסוף סי' ק"י לדבריו דהמהרש"ל קאמר, למה קאמר המהרש"ל דאינו יכול לתפוס דבר אחר משום דהוי כמו גזילה וחייב להחזיר, והלא תפיסה בפלוגתא דרבוותא נחשבת במקום פסידא ומותר לכתחלה.

ובהמשך דבריו כתב הריב"ש ליישב קושית ר"ת שהביא הנמוקי יוסף בבבא מציעא (דף קיג.) על הא דתנן לא ימשכנו הוא בעצמו וז"ל: ואם תאמר והא אמרינן בפרק המניח (דף כז:) דעביד אינש דינא לנפשיה ותירץ דהיינו בכלי שלו עצמו אי נמי כשבא בתורת גביה אבל הכא מיירי שבא בתורת משכון עכ"ל, יעו"ש, ובקצות החושן סי' צ"ז סק"ב הביא דבריו והעיר עליו, יעו"ש.

והריב"ש הביא דברי הטור בסי' ד' שכתב דאע"פ שהיחיד עושה דין לעצמו אם רואה שלו ביד אחר שגזלו, ויכול להכותו עד שיניחנו לקחת את שלו וכו' ודוקא שבא להציל שלו, אבל אין לו רשות למשכנו בשביל חובו, ולדברי הריב"ש היינו חוב ממש שהוא הלואה, אבל בשאר חובות מותר למשכן, כנ"ל, וכתב הריב"ש וז"ל: ומעתה סרה קושית ר"ת ז"ל, ואף ר"ת ז"ל שחלק בין נוטלו בתורת משכון, בין נוטלו לגוביינא להציל את שלו, לא רצה לומר לגוביינא בלא בית דין ושיקחנו להיות שלו מעתה, אלא רצה לומר שהוא נוטלו לאחר זמן בית דין לגוביינא שיגבוהו לו בית דין, ואז אינו עובר בנטילתו, שלא אסר הכתוב אלא בנוטלו להבטחה לבד, ואין דעתו להפרע מהמשכון ההוא כי אם מעות או קרקע, וכגון שנתנו לו בית דין זמן ונוטלו כדי שלא ישמיטנו בשביעית או שלא יעשה מטלטלין אצל בניו וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ומבואר מדבריו דלפי דברי הטור נסתלקה קושית ר"ת, ואין צורך למה שתירץ, וביאור הדבר, דקושית ר"ת היתה למה קאמר רב נחמן דעביג איניש דינא לנפשיה, דמשמע שכן הוא הכלל, והלא בהלואה אסור למשכן, והיה לו לרב נחמן לומר שיש יוצא מן הכלל, דעביד דינא לנפשיה חוץ מנטילת משכון בהלואה, דגם נטילת משכון צריך מעשה דיין, כמו שכתב הריב"ש דמטעם עביד איניש דינא לנפשיה הוא יכול לעכבו כדי להציל את שלו, כנ"ל, ואע"ג דאינו גובה המשכון לפרעון, ואין מפקיע בעלותו של זה שממנו תפס, מכל מקום הרי הוא מעכב ממון חבירו תחת ידו, וזהו מעשה דיין, וצריך לדין עביד איניש דינא לנפשיה, ונמצא שיש יוצא מן כלל דרב נחמן גבי משכון. ועל זה תירץ ר"ת שני תירוצים, חדא דרב נחמן דיבר רק בחפץ שלו, ואע"ג דמשכון

באמת הוי יוצא מן הכלל לא מיירי רב נחמן בחובות רק בחפץ שלו, ולכן לא חש רב נחמן להזכיר היוצא מן הכלל, ועוד תירץ ר"ת דאע"ג דנטילת משכון אסור גביה לפרעון מותר, ולכן לא הזכיר רב נחמן שמשכון הוא יוצא מן הכלל, דלעולם יכול איניש לעבוד דינא לנפשיה למלאות חינו יכול סרונו, או שיתפוס החפץ עצמו, או שיגבה ממנו במקום שחייב לו ממון, ואין הכי נמי דלא עביד דינא לנפשיה ליטול משכון, א בל אין צורך להזכירו כיון שיכול לגבות, ולא עוד אלא על ידי גביה יש לו נמי המעליותא של משכון, דהמלוה רוצה משכון לדחוף להלוה לשלם מעות כיון שרוצה בהחזרת חפציו, ואם כן גם על ידי גביה דוחף אותו לשלם לו מעות וקנות ממנו חפציו בחזרה, ונמצא דעל ידי

גביה לא חסר לו כלום, ולמה לו לרב נחמן להזכיר שאסור ליטול משכון.
 אבל הריב"ש כתב דלפי דברי הטור נסתלקה לגמרי קושית ר"ת, ואין צורך
 לתירוציו, דכיון דעיקר דינו דרב נחמן נאמר לענין חבלה, ולא לעצם הדין שיכול לתפוס
 ממונו מיד הגזלן, אלא שיכול להכותו אם עומד כנגדו, אם כן זה פשוט שאינו יכול
 להכותו אלא כדי להציל ממונו שהוא בעין, אבל אם בא ליטול ממונו משכון, אפילו
 היכא דמותר למשכנו, פשיטא שאינו יכול להכותו, דלמה יוכל להכותו כדי לגבות ממונו
 פרעון, למה לא ילך לבית דין, אבל להציל ממונו שלא יגזול ממונו מותר להכותו, שאינו
 מחויב להניחן לגזול ממונו ואחר כך ילך לבית דין, ולפי זה ענין איסור משכון בהלואה
 אינו יוצא מן הכלל מדינו דרב נחמן, ולא היה לו להזכירו, ועיין בסמ"ע סי' ד' סק"ג
 שרצה לומר דלשיטת ריב"ש מותר להכותו בשעת נטילת משכון, והט"ז התרעם עליו,
 ועיימש"נ בהגהות לסי' ק"ח.

סימן קיב

בו יובא הוכחת הש"ך דתפיסת מטלטלין מועילה בפלוגתא דרבוותא מדיוק דברי הרא"ש בספיקא דדינא דשור המזיק, ויבואר דתפיסת ממון בספק חיוב הוי אותו דבר.

הש"ך הביא ראייה לשיטתו דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא לא רק כשתופס הדבר עצמו שנחלקו עליו הפוסקים אלא גם אם תפס דבר תפיסתו מועילנ וז"ל: ועוד ראייה ברורה לדברי וכו' מדברי הרא"ש ורבינו ירוחם, שכתב הרא"ש בפרק כיצד הרגל (דף יט.), והבאתי לשונו לעיל סי' ג', וזה לשונו ולרבותינו האומרים דבכל תיקו אי תפס לא מפקינן מיניה בחצר הניזק אי תפס מגבינן ליה נזק שלם וברשות הרבים אי תפס הבהמה מגבינן ליה חצי נזק כו', מדכתב ברישא סתמא אי תפס כו' ואחר כך כתב אי תפס הבהמה, משמע להדיא דברישא אפילו תפס מטלטלים לא מפקינן מיניה, רק דבסיפא כיון דהזיקה בר"ה אינו משלם אלא מגופו וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ודיוקו מסיפא הוא דכיון שכתב בסיפא שיכול לתפוס הבהמה עצמה משום דמגופו משתלם ויוחלט השור, אם אם כן אילו היה הדין דבספיקא דדינא אין הניזק יכול לתפוס מטלטלין היה מוטל על הרא"ש לפרש דבחצר הניזק אינו יכול לתפוס נזק שלם ממטלטלין, הרי דהרא"ש ס"ל דלהנך שיטות דתפיסה מועילה בספיקא דדינא מועילה אפילו אם תפס ממון אחר.

אולם יש לעיין דהרי במזיק כבר אין החפץ הניזק בעולם, ולכאורה כל מה שתפס הוי ממון אחר, ולמה הוצרך הש"ך להביא ראייה מדיוקא דסיפא, הלא מעצם הדין מבואר דתפיסה מועילה בכל דבר, וכן יש לדקדק על מה שכתב בהמשך דבריו וז"ל: 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 נפקא מינה בהך בעיא, ואם איתא דלא מהני תפיסה בתיקו בשאר דבר אם כן הוה ליה להביא הך בעיא, דנפקא מינה טובי אם תפס שאר דברים דמשום קנסא מהני תפיסה בכל דבר וכו' עכ"ל, יעו"ש, ולמה צריך לומר דנפקא מינה בגונא דתפס שאר דברים, והלא בכל מה שתופס הוא תפיסה בשאר דברים.

וצריך לומר דאותו דבר לא הוי רק חפץ בעין שנטל ממנו, אלא כל מה שהוא עיקר חיובו, והזיקו שורו נתחייב המזיק בתשלומין להניזק, וכל חיוב בעצם הוא חיוב ממון, ורק שיכול לסלק לבעל חובו בסובין, דישיב לרבות שוה כסף ואפילו סובין, וזכות הוא לו שיכול ליתן לו סובין במקום הממון שחייב לו, אבל מהות החיוב לעולם הוא ממון, ולענין ממון אין נפקא מינה בין ממון זה לממון אחר, ולכן אם תפס ממנו ממון הרי זה נחשב תפיסה באותו דבר, אבל אם תפיסת מטלטלין היא תפיסת דבר אחר.

סימן קיג

בו יבואר למה אין התופס יכול לחבול בחבירו היכא שאינו יכול לברר תביעתו, וידון באלמנה שתפסה מטלטלין אם זה נחשב תפיסת דבר אחר או תפיסת אותו דבר.

הש"ך הביא עוד ראיה לדבריו דתפיסה בפלוגתא דרבוותא מועילה בכל דבר, מדברי בעל התרומות והר"ן ועוד כמה ראשונים ופוסקים והטור והמחבר בסי' ק"ח והשו"ע דמוכח בדבריהם דטעמא דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא משום דכיון דאמרינן דאי עבד דיינא כהאי עבד אם כן מהני תפיסה דהוה ליה כעביד דינא לנפשיה דמותר, וכתב הש"ך וז"ל: אם כן פשיטא דמהני תפיסה בכל דבר, דהא כי היכא דמהני אי עבד הדיין כחד מנייהו והתפיסוהו בכל דבר יהיה מה שיהיה, הוא הדין אם תפס מעצמו כיון דמדמינן תפיסתו לתפיסת הדיין עכ"ל, יעו"ש.

והנה זה פשוט דגם לפי דעת הש"ך דתפיסה בפלוגתא דרבוותא מועילה גם בכל דבר בודאי אינו יכול לחבול בו להזיקו ממון בשעה שתופס ממנו, ואפילו אם תופס הדבר עצמו שדנים בו בטענת קים לי, ואינו יכול להוכיח לבית דין שהדין עמו, אינו יכול להכותו, כמו שכתב הרא"ש בפרק המניח (דף כז:), והבאו דבריו לעיל בהגהות לסי' ק"ח, וז"ל: אבל אם אין יכול לברר שבדין יכול להוציא ממנו לאו כל כמיניה לומר שלי הוא ולהציל ממנו עשיתי וכו' וכיון דאין לו רשות אם חבל בו או אם הזיק ממנו חייב כמו על אחר עכ"ל, יעו"ש, ודבר זה מוסכם, ואם מאי שנא שיכול לעשות מעשה דיין לתפוס ממנו אבל אינו יכול לעשות מעשה דיין לחבול בו אם יעמוד כנגדו. וביאור הדבר הוא דכיון דלפי ראיות עיניו הדין עמו, והדבר מבורר אצלו, ואע"פ שלפי מבט בית דין הדבר מסופק, הרי הוא יכול לעשות מעשה דיין ולתפוס, ואם הלה יתענו לדין אחר כך אז לפי מבט בית דין הדבר ספק, ודלמא שלא כדין תפס, אבל כיון שגם על ידי תפיסה שלא ברשות נעשה מוחזק, כמו שכתב הש"ך לעיל בסי' ק"י, יעו"ש, הרי הלה הוא המוציא מחבירו ועליו הראיה, אבל אם חבל בחבירו בשעת תפיסה והלה תבע אותו לבית דין על חבלתו, הרי החבלה מבוררת והוא בא לפטור עצמו בטענתו שהדין עמו והיה לו רשות לעשות מעשה דיין ולחבול בו, בזה חבירו הוא המוחזק ועל התופס להביא ראיה שהיה לו רשות לחבול בחבירו.

והמשיך הש"ך וז"ל: ועוד ראיה מדברי מהרמ"י ומהר"ם יפה והגהות דרישה שהבאתי לעיל סימן ק"ד גבי אלמנה שתפסה מטלטלין וכו' ודוחק לומר דשאני הך דאלמנה שתפסה מטלטלי דכיון דלדעת קצת מרבוותא יכולה לתפוס אם כן הוי כתפסה גוף הדבר שנחלקו עליו דזה דוחק וכו' עכ"ל, יעו"ש, והוכיח הש"ך דתפיסה בפלוגתא דרבוותא מועילה בכל דבר ממה שכתבו הפוסקים דאם תפיסת האלמנה למזונותיה אין מוציאים מידה, והרי מה שתפסה הוי דבר אחר, ומכל מקום מבואר דתפיסתהו מועילה.

וכתב הש"ך דאין לדחות ראיה זו ולומר דכיון שהפלוגתא דרבוותא היא גופא על המטלטלין שתפסה אם יש לה רשות לתפוס הרי המטלטלין נחשבין גוף הדבר ולא

דבר אחר, ואין להביא ראיה משם, אבל הש"ך לא הסכים לסברא זו וכתב שהיא דוחק, אבל קשה, דהרי טעמא דמהרש"ל דאין תפיסה מועילה בדבר אחר משום דתחלת התפיסה היתה באיסור גזילה, כמו שמבואר לעיל סי' ק"י, יעו"ש, וכיון שהתפיסה היתה באיסור מוחלט לא נעשה מוחזק על ידה, ורק תפיסת הדבר עצמו אין בו איסור אפילו במקום ספק, ולפי זה באלמנה שתפסה הרי אין איסור מוחלט בתפיסה, שהרי איכא רבוותא דס"ל שמותרת לתפוס, ואם כן דומה לתפיסת אותו דבר ולא תפיסת דבר אחר, ולמה כתב הש"ך שזהו דוחק.

ונראה דטעמא דתפיסה מועילה באותו הדבר עצמו משום דאין צריך לזה שום מעשה דיין לפעול איזו חלות, שהרי לפי דבריו שלו הוא נוטל, ואם הלה טוען שתפס שלא כדין, עליו להביא ראיה, אבל באלמנה שתפסה, אפילו להנך פוסקים שתפסה כדין, הרי צריכה מעשה דיין לתפוס ממון שאינו שלה, ואינה יכולה לעשות מעשה דיין להעביר הנכסים מן היתומים לרשותה, ואם כן אין לה רשות לתפוס כיון שאין הדבר מבורר לבית דין, אבל תפיסה באותו דבר אינה צריכה מעשה דיין לפעול שום חלות, רק ליכנס לביתו ולתפוס, ונמצא שתפיסה במטלטלין היא כמו תפיסת דבר אחר, ושפיר הוכיח דמועילה.

סימן קיד

בו יובא תשובת המהרי"ק בקהל שתפסו כלי קודש, ויתבאר דיסוד כל תפיסה הוא עביד דינא לנפשיה, ואולם אינו רשאי להכותו אלא אם כן יכול לברר תביעתו לבית דין.

הש"ך הביא דברי המהרי"ק בשורש קס"א, הובאו דבריו בארוכה בהגהות לסי' ק"ח, שנתוכח עם השואל וז"ל: ועיין שם במהרי"ק דוק באמצע התשובה ובסופה ותראה שהיה בענין שהקהל היו זוכים במה שתפסו, דהיינו שהיה להם כתב שכמ"ר שלמה הקדיש אותן הכלי קדש ועל כן תפסו הכלי קדש, רק שכמ"ר יואב רצה לפסול את השטר וכו' ועל כן כתב מתחלה להשואל שאתה מחשב זה שתפסו הקהל כעביד דינא לנפשיה, ולפי דעתי אינו דהא לא מיקרי עבד דינא אלא היכא שמכהו או מזיקו לגבות ממנו ממון, אבל בכהאי גוונא לא מיקרי אלא תופס בכולא ש"ס, ולפי דבריך שאתה מחשב זה לעביד דינא לנפשיה נבהלתי, שהרי במרדכי פרק המניח (סי' ל') לא קאמר דלא מצי למעבד דינא לנפשיה רק בחפץ שאינו שלו, אבל כשידוע לו שהוא שלו אף על פי שאין ידוע לבית דין בזה לא דבר במרדכי שם עכ"ל בשם המהרי"ק, יעו"ש.

וביאור כל הענין הוא דהנידון בין השואל והמהרי"ק בתשובתו הוא בקהל שתפסו כלי קודש שיש בהם פלוגתא דרבוותא, והנידון הוא לענין איסור ולא לענין אם תפיסתם הועילה, דבודאי הועילה התפיסה, דאפילו אם נימא שאסור לתפוס בדיעבד אם תפס תפיסתו מועילה, כמו שכתב המהרש"ל בהמהניח סי' ה', והובא כל לשונו בהגהות לסי' ק"ח, וז"ל: ודוקא בדיעבד, ולענין נאמנות דמהימן במיגו, אבל לכתחילה לא יכול לתפוס שום דבר מחבירו, אם לא בחפץ המבורר עכ"ל, יעו"ש.

וטען השואל וז"ל: מה ראו הקהל על ככה כולי למיעבד דינא לנפשיהו בדבר שאינו מבורר וכו' ואע"ג דקיימא לן כרב נחמן וכו' הא כתה המרדכי וזה לשונו פסק רבינו מאיר דהני מילי בחפץ המבורר שהוא שלו וכו' עכ"ל המהרי"ק בשם השואל, יעו"ש, והשואל דייק מלשון המרדכי דלא התירו לעבוד דינא לנפשיה אלא בחפץ שיכול לברר לבית דין שהוא שלו, ומדויק דאם אין הפך ידוע אלא לו אבל אינו יכול לברר לבית דין לא התירו לו לעבוד דינא לנפשיה ולתפוס בלי ראיות, ואכן אם עבר ותפס אין מוציאים מידו כיון שעשוי הוא המוחזק והכנגדו המוציא, ולכן אע"ג דתפיסת הכלי קודש הועילה להקהל ששוב אינם מחויבים להחזירם, מכל מקום לא היה מתאים להקהל לרכוש כלי קודש על ידי עבירת איסור, וראוי להם להחזירו.

והשיב לו המהרי"ק דמה שאסרו לעבוד דינא לנפשיה היכא דאין החפץ מבורר היינו דוקא כשעושה כן על ידי הבאה, וזה קרי ליה דינא, אבל לא אסרו לעבוד דינא לנפשיה אם תופס בלי הכאות חפץ הידוע רק לו ואינו יכול לבררו לבית דין, וזה איקרי תפיסה, אבל גם תפיסה צריך לדין עביד איניש דינא לנפשיה, דהיאך יכול לתפוס ממון מרשות אדם אחר ולהחזיקו לעצמו, על כרחך משום דכיון שהחפץ ידוע לו בבירור שהוא שלו, ורק שאין לו ראיות לבררו לבית דין, יכול לעשות דין לעצמו, ואינו צריך לתבוע לו לדינא, אבל אפילו אם ידוע לו בבירור שהחפץ שלו אינו רשאי להכות זה

שכנגדו.

וטעמא משום דרשאי להכות לשכנגדו רק היכא דשכנגדו עובר על איסור כשמעכבו מלתפוס, היכא דאיכא בפלוגתא דרבוותא שנחלקו רש"י ור"ת, והתופס טוען קים לי כרש"י, ושכנגדו טוען קים לי כר"ת או לא קים לי כאחד מהם אלא הדבר ספק אצלי, הרי אילו היה שואל מבית דין אם חייב להניחו לתפוס בודאי היו אומרים שמותר לו לעכב התפיסה, וכיון שכן אין התופס רשאי להכותו כיון שלא עשה שלא כהוגן, ורק אם יכול לברר תביעתו לבית דין רשאי להכותו, שהרי בודאי עושה שלא כהוגן, אבל אם אינו תופס בהכאות אלא מחזיק בגוף הממון יכול לעבוד דינא לנפשיה על גוף הממון כפי ראות עיניו, ולפי ראות עיניו אינו מזיק לשכנגדו אלא נוטל את שלו, אבל אם חובל בשכנגדו בודאי מזיקו, ואינו רשאי להזיקו לקיים מה שגלוי לו אם אינו גלוי לחבירו, כמש"נ.

וכתב הש"ך ז"ל: 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 וכמו שאכתוב לקמן, גם דאם לא כן לא שבקת חיי לכל בריה, דאם כן כל אחד יתפוס משל חברו), מכל מקום מצד עביד דינא לנפשיה ליכא כאן, דהא לא מיירי במרדכי שם שיהא אסור למעבד דינא לנפשיה רק כשאין ידוע לו שהוא שלו, ונפקא מינה דהיכא דמועיל תפיסתו אפילו אינו מברר דבריו כגון עדות דתרי ותרי דלעיל סי' ט"ז או ספק שבשטר דלעיל סי' מ"ח או ספיקא דדינא בגוני דמהני, מצי למיעבד דינא לנפשיה וכו' עכ"ל, יעו"ש,

והיינו דמצד הסברא יש לנו לומר דאם תפס ממון חבירו בפני עדים בלי שום דררא המעוררת ספק, ואין לו מיגו דאי בעי כפר, צריך להחזיר מה שתפס להמרא קמא, כדאיתא בבבא בתרא (דף לג:) גבי נסכא דרב אבא דמבואר דאם חטף בפני עדים ואמר ידי חטפי צריך להחזירו, יעו"ש, דלא מסתבר שיוכל לתפוס היכא דאין הממון מוטל בשום ספק, דלא שייך בזה עביד דינא לנפשיה כיון דליכא שום ספק קודם תפיסתו, ולא עוד, אלא אפילו אם תמצא לומר דהתפיסה עצמה מעוררת הספק, הרי נניח לו לתפוס לא שבקת חי לכל בריה, ועיימש"נ בהגהות לסי' ט"ז, ואכן אין הטעם שצריך להחזיר משום דאין לו כח לעבוד דינא לנפשיה אלא כשהחפץ מבורר.

ומה שכתב המרדכי בהמניח בשם מהר"ם דלא אמרינן עביד איניש דינא לנפשיה אלא כשהחפץ מבורר שהוא שלו אבל במידי אחרינא לא, כונתו למעט שאסור להכותו אם תופס ממון אחר אע"פ שיכול לברר תביעתו לבית דין, כמו שכתב המהרי"ק, כנ"ל, אבל לא נתכוון המרדכי לרמוז שלא יוכל לתפוס אותו דבר בלי הכאות כשאינו מבורר אלא טוען ברי, ומשום הכי בספיקא דדינא דאיכא דררא המחייבת ספק, וליכא סברת לא שבקת חי, שפיר מצי למיעבד דינא לנפשיה ולתפוס, כמש"נ.

הש"ך רצה להביא ראייה לסברת השואל ממה שכתב המרדכי על הא דאיתא בבבא קמא (דף קיז.) ההוא שותא דהוה מנצו עלה בי תרי האי אמר ידידי הוא והאי אמר ידידי הוא אזל חד מנייהו ומסרה לפרהגנא דמלכא אמר אביי יכול לומר אנא כי מסרי ידידי

מסרי אמר ליה רבא וכל כמיניה אלא אמר רבא משמתינן ליה עד דמייתי ליה וקאי בדינא, יעו"ש, ושותא היא מכמורת לדגים או לחיות, ואין אחד מהם מוחזק בה יותר מחבירו, והיה צריך להיות הדין דכל דאלים גבר, כמו בההוא ארבא דהו מינצו עלה בי תרי, כדאיתא בבבא בתרא (דף לד:), יעו"ש, וכדברי אב"י דבמה שמסרה לפרהגנא נתאלם ונתגבר על שכנגדו, ואין לחייבו משום מסור, ולמה אמר רבא דלאו כל כמיניה. וכתב המרדכי וז"ל: פסק ה"ר אליעזר מטולא דתקנת חכמים היא שלא יהא אדם רגיל בכך אבל אינו נקרא בכך מסור ולהכי קאמר היו משמתינן ליה ולא קאמר מחייבינן ליה וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומבואר דטעמא דרבא משום תקנת חכמים שלא יהא רגיל למסור ממון לפרהגנא, והביא הר"ר אליעזר ראייה שאין טעמא דרבא משום דחשבינן ליה מסור, דאם כן היה לו לומר מחייבינן ליה ולא משמתינן ליה, ויש להבין היאך הוה אמינא שטעמא דרבא משום דמחשיב ליה מסור והוצרך להביא שאינו כן, והלא אין השני מוחזק בהשותא, ואין לו שום דין או זכות בה, והיאך יחשב מסור, ואולי יש לומר דכיון שהשני היה לו האפשרות לתפוס מדום דינא דכל דאלים גבר, ובמה שמסר השותא לפרהגנא הפסידו אפשרות זו, נהבי דאין זה נחשב מזיק בהלכות נזקין לחייבו לשלם, שהרי לא נודע שהיה לו שום זכות בהשותא, מכל מקום נחשב מסור בדיני מסור, והביא הר"ר אליעזר ראייה שאינו נחשב מסור שהרי אין מחייבים אותו לשלם אלא משמתינן ליה.

ובסוף דבריו כתב המרדכי טעמא דמשמתינן ליה וז"ל: היו משמתינא עד דמייתי וקאי בדינא ואע"ג דהוי דינא כל דאלים גבר הני מילי במקום שיכול לומר לזה הביא ראייה ועדים ויוציא זה לפנינו ויראו אם היא שלו ויחזירנה לו אם יזכה בדין אבל היכא דמסר להשר לא יועיל עדים עוד ולא יוכל להראות עדים אם היא שלו עכ"ל, יעו"ש, והיינו דכל דינא דכל דאלים גבר הוא מתקנת חכמים, ואפילו אם נאמר דכל דאלים גבר הוי סילוק ידי בית דין כיון דאין יודעים היאך להורות, גם זה הוא מן התקנה, והיו ניחא להרשות להאלים להתגבר משום שעדיין אפשר שהשני ימצא עדים ויוציא מידו, אכן אם החפץ כבר ביד הפרהגנא ואי אפשר להראותו לעדים, לא תיקנו חכמים לסלק ידי בית דין ולהרשות להאלים להתגבר.

ואחר כך כתב המרדכי וז"ל: והיכא דתקפה לעצמו בידי עובדי כוכבים אף שאין לו לעשות כך דהא דקיימא לן בהמניח עביד איניש דינא לנפשיה הני מילי בחפץ המבורר לו וידוע לכל שהוא שלו אבל לא בדבר אחר מכל מקום אי תקף בידי כותים לא דיינינן ליה דין מסור ואף על פי שהפסיד אותו שתקפו הרבה מידו כגון שהעלילו עליו הכותים ולקחו ממנו יותר או הענישוהו אפילו הכי אין על התוקף דין מסור דלא מצינו בתלמוד מסור לאנס אלא במתכוין להזיק את חבירו אבל זה נתכוין להוציא את שלו ודומה לההיא דנסכא דר' אבא דאמר אין חטפי וידי חטפי ואם יש עדים שתקף על ידי כותים לאו כל כמיניה אבל אם אין עדים נאמן במגו בספר אבי העזרי עכ"ל, יעו"ש. ומבואר דאסור לתקוף על ידי עכו"ם משום דלא התיירו לעבוד דינא לנפשיה אלא כשהחפץ מבורר, ובעלות השותא אינה מבוררת, והשתא סלקא דעתיה דעיקר כונתו

שלא תפס בעצמו אלא שלח עכו"ם לתפוס, והוא הדין אם שלח ישראל לתפוס אסור, דלא עביד איניש לעצמו כשאין החפץ מבורר, ונקט עכו"ם לאשמועין שאם במהלך התפיסה העכו"ם הזיקו אין המשלח חייב לשלם מדין מוסר ממון חבירו לעכו"ם כיון שלא נתכוין להזיקו, ואשמועין דין זה באוקימתא חדשה דתקפה לעצמו ולא מתחלה כשמסר השותא לפרהנגא, משום דלא שכיח שמישהו יעמיד עצמו כנגד הפרהנגא של המלך לעכבו מליקח מה שרוצה, אבל יותר רגיל שיעמוד כנגד שליח עכו"ם הדיוט. והביא הש"ך ראייה להשואל מדברי המרדכי וז"ל: ואמת שבמרדכי פרק הגוזל בתרא (דף קיז). גבי ההוא שותא משמע דאפילו ידוע לו שהוא שלו לא מצי למיעבד דינא לנפשיה אפילו היה מועיל תפיסתו, דהא בההוא שותא אלו הוה תקפה אחד שלא על ידי עכו"ם לא הוה מפקינן מיניה כיון שלא היה שום אחד מהן מוחזק בו, ואפילו הכי משמע במרדכי שם דלא מצי למעבד דינא לנפשיה, כגון למסור ההוא שותא לעכו"ם שיתנוהו לו עכ"ל, יעו"ש, הרי מפורש בדברי המרדכי שאינו רשאי לעבוד דינא לנפשיה לתפוס חפץ שאינו מבורר, וכדברי השואל.

ויש לדקדק דהרי הש"ך עצמו כתב דאע"ג דתפיסה מותרת אסור לתפוס על ידי עכו"ם, והלא הקהל שתפסו הכלי קודש לא תפסו על ידי עכו"ם וגם לא על ידי שליח, ולמה נאסור להם לעבוד דינא לנפשיהו על ידי תפיסה, ובכלל יש להבין למה אסור לתפוס על ידי עכו"ם לפי מאי דעדיין סלקא דעתיה דהש"ך דאין העכו"ם עלול להכותו. ונראה דהנה הא דמותר לתפוס השותא שלא על ידי עכו"ם אין בזה שום צד עביד דינא לנפשיה, שהרי אין שום אחד מוחזק בה, כמו שכתב הש"ך, והדין הוא דכל דאלים גבר, והשותא בפני שניהם ומי שיתגבר יתגבר, ואם שלח עכו"ם לתפוס הרי עשה מעשה דיין להפקיע דין השני שלא יוכל עוד לתפוס, והרי זה דומה לתפיסה מרשות מרא קמא שעל ידי תפיסתו הוא מפקיע חזקתו, כמו כן בההוא שודא התפיסה הפקיעה וביטלה דינא דכל דאלים גבר, ואם הפקעת האפשרות של כל דאלים גבר נחשב מעשה דיין ואסור לעשות דינא לנפשיה בחפץ שאינו מבורר, כל שכן דגם תפיסה המפקיעה חזקתו של המרא קמא נחשבת עביד דינא לנפשיה, כמש"נ, ולדברי המרדכי אסור לעשות כן. והש"ך דחה ראיתו וז"ל: ומיהו אין ראייה לנדון דידן, דודאי למסרו לעכו"ם או להזיקו או להכותו עד שיתן לו אין לו רשותא אם לא כשיכול לברר דבריו בפני בית דין דוקא שהוא שלו, דאם לא כן חייב על ההכאה או על ההיזק עכ"ל, יעו"ש, וכיון ששלוחו העכו"ם עלול להכותו אסור לעבוד דינא לנפשיה בכהאי גונא אם אין החפץ מבורר, כמש"נ, ועיימש"נ לעיל בסי' ק"ח בהגהות על דברי המהרש"ל, ואולם אם החפץ מבורר מותר לתפוס על ידי עכו"ם, כמו שכתב המרדכי, כיון דמותר להכותו, וגם מבואר מדברי המרדכי דאע"ג דאסור לתפוס חפץ שאינו מבורר על ידי עכו"ם, אם עשה כן אין מוציאים מידו, שהרי לא דן אלא אם חייב לשלם בעד היזק נוסף שהעכו"ם אבל החפץ עצמו משמע שאינו מחויב להחזיר.

ובהגהות הש"ך לסימן זה כתב וז"ל: וכהאי גונא כתבתי לעיל סי' צ"ז בשם תשובת מוהר"ר שמואל די מודינא דעל ידי כותי לא מהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא וכו' עכ"ל,

יעו"ש, ומבואר מדברי מהרשד"ם דאע"ג דתפיסה מועילה בפלוגתא דרבוותא אם תפס על ידי כותי אינה מועילה, והיינו כמו קנס שקנסו מאן דתפיס על ידי כותי שלא יהיו רגילים בכך, ולא הוקשה לו להש"ך מה שמבואר בדברי המרדכי דתפיסה על ידי עכו"ם אסור אבל אם תפס אין מוציאים מידו, משום דבגונא דהמהרשד"ם התופס בפלוגתא דרבוותא הוציא החפץ מיד המרא קמא, ומשום קנס מחזירים החפץ לחזקתו דמעיקרא, אבל בההוא שותא לא היה שום אחד מהם מוחזק בו, ואולי גם שניהם אינם הבעלים אלא אדם אחר, והדין הוא דכל דאלים גבר, ואם עבר ותפס על ידי עכו"ם אין מוציאים מידו, ומכל מקום הצד השווה בין דברי המרדכי והמהרשד"ם הוא דתפיסה על ידי עכו"ם נחשבת כהכאה ואסורה.

והקשה הש"ך וז"ל: ואע"ג דהמרדכי כתב בפרק קמא דמציעא סי' רכ"ו וזה לשונו ומי שמוחזק בדבר ידו על העליונה, ואם זה שכנגדו יוציא מחזקתו על ידי כותי בפני עדים כדי שיהא הוא המוחזק לאו כל כמיניה ואם שלא בפני עדים מתוך שיכול לומר לא עשיתי יכול לומר עשיתי וכדין עשיתי עד כאן לשונו, אלמא דהיכא דאית ליה מיגו מהני תפיסה אף על ידי עכו"ם וכו' עכ"ל, יעו"ש, וצריך לומר דמה שכתב המרדכי שאם תפס על ידי כותי בפני עדים לאו כל כמיניה, לאו דוקא על ידי כותי הדין כן, אלא הוא הדין אם הוא עצמו תפס בפני עדים מוציאים מידו, כמו שהוכיח הש"ך מכל הש"ס והפוסקים, ומסברת לא שבקת חי לכל בריה, ולא כתב שתפס על ידי כותי בשביל היכא דתפס שלא בפני עדים, דאז תפיסתו מועילה, ואפילו על ידי כותי, והקשה הש"ך מאי שנא מספיקא דדינא דעל ידי עצמו תפיסתו מועילה ועל ידי עכו"ם אינה מועילה. ותירץ הש"ך וז"ל: יש לחלק בין תפיסה דבאה מכח טענת מיגו ובין תפיסה דבאה בפלוגתא דרבוותא, ואע"ג דבשאר מילי דמיין אהדדי, מכל מקום בזה שפיר יש לחלק ביניהם, משום דהיכא דאי ליה מיגו שפיר, מיגו דאי בעי מצי למימר לא תפסתי כלל, ואם כן לא עשה שלא כדין כלל, לכך מצי למימר השתא שתפסתי כדין עשיתי, אבל הספיקא דדינא כשתפס על ידי כותי כיון דעל כל פנים עבד שלא כדין מה שתפס על ידי כותי אם כן בכהאי גוונא לא מצי לתפוס וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ולכאורה כונתו דאילו היה החפץ מבורר בודאי מותר לתפוס על ידי עכו"ם, כמו שכתב המרדכי, כנ"ל, שהרי שלא הוא תופס, ולכן אם תפס על ידי עכו"ם שלא בפני עדים הרי יש לו מיגו, והוא נאמן שתפס את שלו, ואין לקונסו על כך, אבל מה דתפיסה מועילה בספיקא דדינא הוא משום שהוא נעשה המוחזק אע"פ שהממון עדיין מוטל בספק, וכיון שלא נתברר שהממון שלו לא הותר לו לתפוס על ידי עכו"ם, ואם תפס קונסים אותו ומוציאים הממון מידו.

ולסלק קושיות המהרש"ל כתב הש"ך וז"ל: 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 וכהא' גונא, כל זה נראה לי בכונת דברי מהרי"ק ובהמשך לשונו ועיין שם, ואם כן אזדא 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 רצה לומר דכל אחד 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 בפרק המקבל (דף קטז). ובפרק חזקת הבתים (דף לג:) ובפרק כל הנשבעין (דף מז.) וכו' וגם אינו עולה על דעת שום בר דעת לומר שיועיל תפיסה בכהאי גוונא דאם כן לא שבקת חיי לכל בריה וכו' עכ"ל, יעו"ש.

והנה בתשובת המהרי"ק שם לא פירש גופא דעובדא היכי הוה, רק שהקהל תפסו הכלי קודש, ופסק מהרי"ק דאע"ג שאין הקהל יכולים לברר טענותיהם לבית דין מותר להם לתפוס, והמהרש"ל הבין מדברי מהרי"ק דמיירי שלא היה להם שום ספיקא דדינא או דררא דממונא כגון תרי ותרי, ותפסו בטענת ברי בלבד, ומשום הכי הקשה דאם כן לא שבקת חי, ואכן צריך עיון למה לא הקשה המהרש"ל על דברי מהרי"ק מכל הסוגיות המפורשות בש"ס שהזכיר הש"ך, ולא הקשה אלא מן הסברא דאם כן לא שבקת חי לכל בריה, אבל הש"ך הבין שבעובדא דהקהל שתפסו היה שם ספיקא דדינא או שאר דררא דממונא, שהיה להם כתב שמר שלמה הקדיש הכלי קדש ועל כן תפסו, ומר יואב רצה לפסול את השטר, כמו שכתב הש"ך בתחלת דבריו, כנ"ל, וממילא נסתלקו קושיות המהרש"ל.

ואחר כך הביא הש"ך דברי הפוסקים דגם המהרי"ק מודה דאם ליכא דררא ואין לו מיגו אין תפיסתו מועילה, וז"ל: וגם בדרכי משה ובסמ"ע סימן ד' ס"ק ד' משמע להדיא דמהרי"ק מודה 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, עיין שם עכ"ל, יעו"ש.

ושני פוסקים אלו מסכימים לכך, ואלא דהדרכי משה למד בדיוק כהש"ך דהקהל תפסו במקום שהיתה דררא מלבד טענת ברי שלהם, והב"ח למד שלא היה דררא, ומכל מקום הועילה תפיסתם כיון שבאו הכלי קודש לידם בהיתר, אבל אם תפסו על ידי מעשה אין תפיסתם מועילה, וטעמא דתפיסה מועילה כשבא לידם בהיתר לכאורה מפני דבכהאי גוונא ליכא סברת לא שבקת חי לכל בריה.

אבל הש"ך הקשה עליו וז"ל: גם דינו של הבית חדש ליתא לפי עניות דעתי, דכיון דאין לו מגו אם כן מה בכך שבהיתר בא לידן, סוף סוף מחויב להחזיר מה שתחת ידו וכו' עכ"ל, יעו"ש, ולא היה ניחא לומר דטעמא דהב"ח מפני דאז ליכא סברת לא שבקת חי, והיינו מפני שאין זה עיקר טעמא דאין תפיסה מועילה אם ליכא דררא, אלא טעמא משום שלא שייך עביד איניש דינא לנפשיה במקום דליכא שום ספק בפנינו קודם התפיסה, כמש"נ, וגם בבא לידו בהיתר ליכא דררא, ובסברת הב"ח יש לומר דאם תופס על ידי מעשה לא אמרינן שעל ידי התפיסה עצמה נעשה דררא, כמש"נ, ואכן אם

כבר בא החפץ לידם בהיתר ותפסוהו בטענת ברי אז אמרין שהתפיסה עצמה מעוררת
דרא דמונא.

סימן קטו

בו יבוארו דברי המהרש"ל דאסור לתפוס חפץ שאינו מבורר משום מדבר שקר תרחק, ואע"ג דלא אמר שום שקר, וידון בדברי הש"ך דאם חבל בו חייב כיון שמוציאים מידו.

הש"ך הביא הוכחת המהרש"ל בפרק המניח סי' ה', והובאו דבריו בארוכה בהגהות לריש סי' ק"ח, כנגד דברי המהרי"ק מגמרא דשבועות וז"ל: עוד כתב מהרש"ל בפרק המניח שם דאפילו ברור לו שהוא שלו כל היכא שאין ידוע לכל שהוא שלו אסור לו לתפוס, ולא תימא סוף סוף מאחר דברירא ליה דבדין הוציא את שלו לא הוה עון ממש, דהא אמרינן בפרק שבועת העדות (דף לא.) מנין שלשה שלוו מנה באחד שלא יהא אחד תובע ושנים מעידים תלמוד לומר מדבר שקר תרחק, אלמא אף על גב דברירה ליה דבדין עבדי מכל מקום אסור, דאין הדבר תלוי במה שברור לו 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 עיין שם עכ"ל, יעו"ש.

ודברי המהרש"ל תמוהים, דהיכן ראה לדמות תופס דבר שידוע שהוא שלו ורק שאינו יכול לברר בעלותו לבית דין שיהא אסור משום מדבר שקר תרחק מההיא דשבועות שהאחד תובע ושנים מעידים על תביעתו שהם אינם יודעים ממנה כלום, והרי זהו ממש דבר שקר, שמעידים שראו שלוח מזה שתובע ומעולם לא ראו דבר כזה, אבל תופס דבר שידוע שהוא שלו וטוען ברי שהוא שלו, הלא אינו אומר שום דבר שקר, רק שאינו יכול לברר אמיתית דבריו לבית דין.

ואיברא שכבר תמהו האחרונים בהגמרא דשבועות שם היאך אפשר לומר דבההיא גונא אסור לעשות כן רק משום מדבר שקר תרחק, הרי משתעי בראובן שמעון ולוי שהלוה כל אחד מהם מנה ליהודה, ואין להלוואות שום קשר זו לזו, וגם אין כל אחד מהם יודע בחוב של חבירו, דאם לא כן למה לא יעידו שמעון ולוי שיהודה חייב מנה לראובן, ומה לנו שהוא חייב גם להם, וראובן שמעון ולוי כל אחד תבע חוב מיהודה והוא כפר בהם, והסכימו ביניהם ששמעון ולוי יעידו שיהודה לוח מראובן, ויחייבוהו בכך לשלם מנה לראובן, ויחלוקו המנה ביניהם, ונמצא שהפסיד כל אחד רק שני שלישי מנה ומציל שלישי, ומבואר בגמרא שלא יעשו כן משום מדבר שקר תרחק, וקשה דהלא אם יעידו שראו שיהודה לוח מנה מראובן שקר גמור הוא, ועובר על לא תעשה דאורייתא שבעשרות הדברות, והיאך קאמר שאסור לעשות כן רק משום מדבר שקר תרחק.

ולכאורה צריך לומר ששמעון ולוי כתבו הרשאות לראובן על המנות שנושים ביהודה שיוכל ראובן לגבות במקומם, כההיא דבבא בתרא (דף קכז.) שתי נשים שילדו שני זכרים במחבא ואין ידוע איזה מהם הוא הבכור כותבים הרשאה זה לזה, יעו"ש, ואע"ג דלא כתבינן הרשאה על מטלטלין דכפריה משום דמיחזי כשיקרא, כדאיתא בבבא קמא (דף ע.), יעו"ש, אם כתבו לו למחצה לשליש ולרביע כותבים, דמיגו דמשתעי

דינא אפלגא משתעי דינא אכולה, כדאיתא התם, והכא נמי ראובן משתעי דינא על שליש ידיה משתעי נמי דינא על שלשים שלהם, ונמצא שמוציא מיהודה כדין. ואכן אינם יכולים לגלות לבית דין שכתבו הרשאה לראובן, שהרי אינם יכולים לברר לבית דין שהיו להם חובות על יהודה שיוכלו לכתוב הרשאה עליהם, ולא דמי לשתי נשים שילדו שני זכרים במחבא, דהתם ידוע לבית דין שאו זה או זה הוא הבכור, ועליהם לכתוב הרשאה זה לזה, מה שאין כן הכא שיהודה כפר בכולם, ומכל מקום הרי שמעון יודע שיהודה חייב לו מנה ויכול לכתוב הרשאה לראובן על כך, וכן לוי, ונמצא דבין שמעון בין לוי יודע שעל ידי הרשאתו יכול ראובן לגבות מנה מיהודה, ולכן יכולים להעיד שיהודה לוח מנה מראובן.

ואע"ג דהמעשה שמעידים עליו שקר הוא, שמעולם לא ראו שיהודה לוח מנה מראובן, אין בזה משום עדות שקר, דאמרינן בסנהדרין (דף ל:): נהרדעי אמרי בין הודאה אחר הודאה וכו' בין הלואה אחר הלואה וכו' מצטרפות, יעו"ש, ואם עד אחד העיד על אחד שלוח בראשון ועד שני מעיד עליו שלוח בשני מצטרפים לחיבו, והיינו טעמא כמו שכתב רש"י וז"ל: דמכל מקום הן מעידין שחייב לו מנה עכ"ל, יעו"ש, דהעיקר הוא החיוב שמוטל על הגברא, ושניהם מעידים שחייב לו, ולא דמי למזיק שהמעשה פועל החיוב, דבהלואה אין המעשה פועל החיוב אלא מה שמחייב עצמו, והרי שניהם מעידים שחייב עצמו לו, ולא איכפת לן בגופא דעובדא היכי הוה.

והכא נמי בשמעון ולוי שהעידו שיהודה לוח מראובן עיקר עדותם היא שיהודה חייב מנה לראובן, ובזה הם יודעים בבירור שמעידים אמת, שהרי הרשו לו כל אחד החוב שלו, ומה שאומרים שיהודה לוח מראובן לא מעלה ולא מוריד, ולא גרע מהלואה אחר הלואה, ואין בזה עדות שקר, ומכל מקום אסור לעשות כן משום מדבר שקר תרחק, שלגבי בית דין היינו הערמה, שאע"פ שהם יודעים שמוציאים המנה מיהודה כדין, אילו היו מגלים לבית דין מה הם עושים לא היו מניחים לראובן לגבות מיהודה, שהרי אינם יכולים לברר לבית דין שיש להם כח לכתוב הרשאה מאחר שיהודה כפר בהם, והיו בית דין חושדים אותם שאומרים שקר, כמשי"נ.

והנה עיין באורים ותומים סי' כ"ח סק"ג שכתב שאע"פ שאין בית דין מקבלים הגדת ממי שהוא נוגע בעדות, אם אין בית דין יודעים שהוא נוגע בעדות והוא יודע בעצמו שמה שבא להגיד הוא האמת מותר לו להעיד, והיינו טעמא משום דמה שנוגע בעדות פסול להעיד אינו משום פסול הגוף אלא מפני שחושדים אותו לשקר, ואם הוא יודע שאינו משקר יכול להעיד, יעו"ש, והקשה עליו הנתיבות המשפט סק"ב ממה שמבואר בגמרא דשבועות דאסור להעיד משום מדבר שקר תרחק, יעו"ש.

ונראה ליישב קושית הנתיבות המשפט דהתם לא נאמר מדבר שקר תרחק מפני שאינם מגלים לבית דין מה שעשו, שהרי הם יודעים שהאמת עמהם, ואין בזה משום דבר שקר, וכמו שנוגע בעדות שאין בית דין יודעים שהוא נוגע יכול להעיד ואין בזה משום דבר שקר, כמו שכתב האורים ותומים, אלא היינו טעמא דהוי דבר שקר משום שעשו קנוניות על ידי מסירת הרשאות, שכל שמשתמש בתחבולות מסובכות להשפיע

על החוק כך ששיגי תוצאה אחרת זה נקרא דבר שקר שכדאי להתרחק ממנו, ואע"פ שאינו שקר ממש, אלא עליהם להניח המצב כמו שהוא, ומה שידונו להם בית דין כפי ראות עיניהם באותו מצב יקבלו, ואע"פ שבלבם יודעים שאינו כפי האמת. וכמו כן נמי, טען המהרש"ל, במי שתופס ממון המוטל בספק שידוע בבירור שהוא שלו אבל אין בידו לברר תביעתו לבית דין, שהרי בהמצב כמות שהוא הממון מונח ביד זה שכנגדו, ואילו היה המצב נשאר כמו שהוא היו בית דין פוסקים שישאר ביד שכנגדו, ואזל הוא מעצמו ותפס ממנו, ועל ידי תפיסתו נשתנה תורת המוחזקות של החפץ ונעשה הוא המוחזק, והשתא ידונו בית שישאר בידו, ונמצא שעשה תחבולה לשנות התוצאה בבית דין, ולפי הגמרא שם יש בזה משום מדבר שקר תרחק. והש"ך חלק על דברי מהרש"ל וס"ל דמותר לתפוס כל שהוא יודע שהממון שלו, ואפילו כשאינו יכול לברר תביעתו לבית דין, דלמה יהא אסור לתפוס כדי להציל את שלו, יעו"ש, ובסימן זה לא נחית הש"ך לדחות הוכחת המהרש"ל מגמרא דשבועות, ועיין לקמן סי' קי"ז ששם דן בזה הש"ך.

שוב כתב הש"ך וז"ל: ומה שכתב מהר"ם והרא"ש וטור סימן ד' דבעינן שיברר שהחפץ הוא שלו, היינו משום דהיכא דאינו יכול לברר שהוא שלו ותפס בעדים מחויב להחזירו, משום שהבית דין פוסקים לפי ראות עיניהם שמחויב להחזיר כיון שתפס בעדים דאם לא כן לא שבקת חיי לכל בריה, ואם כן חייב נמי על ההכאה או ההיזק שעשה דין לנפשיה ואינו יכול לברר שהדין עמו, אבל אם הוא יודע שהוא שלו ויכול לזכות בו, כגון לתפוס שלא בעדים או בספיקא דדינא ואומר קים לי או בשאר ספק שבשטר כשידוע שהדין עמו, ובכהאי גוונא פשיטא דמותר לתפוס אפילו לכתחלה בחפץ הידוע לו שהוא שלו אע"פ שאין ידוע לנו וכו' אלמא דהיכא דליכא משום איסור דממשכנו שלא ברשות מותר לתפוס אפילו לכתחלה אפילו בדבר אחר כשידוע לו שחייב לו, כל שכן אותו חפץ עצמו עכ"ל, יעו"ש.

ולכאורה משמע מדברי הש"ך שמי שתפס חפץ שאינו מבורר והכה את זה שכנגדו חייב לשלם דמי חבלה מפני שבית דין מחייבים אותו להחזיר משום דאם לא כן לא שבקת חי לכל בריה, אבל לולי הא לא היה צריך לשלם אם חבל בו, ופי זה התופס בספיקא דדינא, דלא שייך שם סברא דלא שבקת, ואין מוציאים מידו, אם חבל בחבירו פטור מלשלם, ולא נשמע דבר כזה, וגם אינו עולה על הדעת דהתופס טוען קים לי כשיטת רש"י, והאחר מעכב התפיסה וצווח דקים ליה כשיטת ר"ת, שיהא מותר להכותו, ולא עוד אלא גם מאן דס"ל כרש"י אינו מחשיב מאן דפסק כר"ת לטועה בדבר משנה אלא לטועה בשיקול הדעת, כמו שכתב הש"ך בסי' פ"ז, יעו"ש, ואם כן בודאי אינו עולה על הדעת שמותר למי שטוען קים לי להכות את שכנגדו, ולא התיד רב נחמן להכות אלא בחפץ מבורר, כמו שכתב המהרי"ק, שאז הדבר ברור וגלוי שהתופס צודק, ואם כן למה כתב הש"ך שהתופס חפץ שאינו מבורר חייב על חבלה מפני שבית דין מוציאים מידו משום סברא דלא שבקת, וגם הש"ך עצמו מסיק דהיכא דיכול לזכות על ידי מיגו או טענת קים לי מותר לתפוס, ולא כתב שמותר גם להכות.

אולם נראה דלעולם לא עלה על דעת הש"ך שהתופס בספיקא דדינא או בספק בלשון השטר או במקום תרי ותרי שיוכל להכות לשכנגדו וליפטר מלשלם דמי חבלה, דהרי זה שכנגדו המעכב אותו מלתפוס יש לו איזו תמיכה לעיכובו, כגון שהוא טוען קים לי כצד השני של הספיקא דדינא, או אם הוא טוען על כל פנים שיש צד גמור כנגד התופס, או אם עוא טוען שיש שני עשים המעידים כותיה, וכיון שהוא מתנגד בצדק בודאי אסור להכותו, אבל בתופס חפץ שאינו מבורר וטוען שהוא שלו, וזה שכנגדו אין שום תמיכה לעיכובו מלבד מה שהיה מוחזק בה מכבר, אין זו תמיכה מעליא, שהרי אין המוחזקות תומכות לו אלא כל זמן שהחפץ בידו, והיה אפשר לומר דאם הכהו פטור מלשלם, על זה כתב הש"ך דכיון שמוציאים החפץ מידו משום הסברא דלא שבקת הרי אינו רשרי לתפוס, וכיון שכן אם חבל בו חייב לשלם.

הש"ך הביא ראייה כנגד דברי המהרש"ל דכל שאינו חפץ מבורר אסור לתפוס וז"ל: והכי משמע להדיא מדברי ה"ר אליעזר בספר יראים שהביא המרדכי פרק המניח בתוך דברי מהר"ם וזה לשונו, 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 עד כאן לשונו, אלמא דאפילו הוציאה גזלן כל שלא נזקף דמי גזלתו קאמר רב נחמן דמותר לעשות דין לנפשיה אפילו לכתחלה, אף על גב דבודאי יתפוס דבר אחר שהרי גזילתו כבר הוציאה גזלן, אלא העיקר תלוי דהיכא דליכא משום לא תבוא אל ביתו מותר למיעבד דין לנפשיה אפילו לכתחלה עכ"ל, יעו"ש.

וכפשוטו מה שכתב היראים או שהוציאה גזלן כונתו לומר דרב נחמן מתיר לעבוד דינא לנפשיה בין שרוצה לעכב הגזלן מלגזול ממנו אבל עדיין לא גזל, ובין כשהגזלן כבר גזל והוציא הגזילה מרשותו ונגזל רוצה להחזיר הגזילה לידו, ועיימש"ן בהגהות לסי' ק"ח, אבל הש"ך למד שהוציאה הגזלן היינו שהוציאה מן העולם, והנגזל בא לתפוס ממנו דבר אחר לתשלומין תחת ממונו, ואע"פ כן מותר לעבוד דינא לנפשיה, כיון דליכא משום לא תבא אל ביתו, ומבואר דלא אמרינן שאסור לתפוס משום מדבר שקר תרחק, כמו שכתב המהרש"ל.

ולפי הבנתו בדברי היראים רצה ליישב קושית המהרש"ל על המהרי"ק וז"ל: ונראה לי שלזה כיון מהרי"ק במה שכתב וזה לשונו, וכן מוכח גם מדברי ספר יראים דמחלק בין זקף במלוה ולא זקף, ואם היה הדבר תלוי בידיעתינו 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 עד כאן לשונו, ומהרש"ל שם כתב על דברי מהרי"ק אלו וזה לשונו, ותמהני עליו מה ראייתו, בודאי איירי שיש לו תביעה, ומכל מקום צריך להיות גם כן במבורר, דשניהם צריכים, דאם לא מבורר פשיטא שהוא אסור אפילו בגוף הממון כדפירשתי, ואם מבורר טענותיו רק שאינו על גוף הממון גם כן לא יכול למיעבד דינא לנפשיה דהוי כעין משכנו ואסור עד כאן לשונו, ולפענ"ד ראיית מהרי"ק ברורה ואין כוונתו להביא ראייה מגוף הממון, רק כוונתו להביא ראייה 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 הגזלן, אלא ודאי לא באו ספר יראים ומהר"ם לומר אלא דמשום איסור דלא תעבוט אסור לעשות דין לנפשיה בחפץ שאינו מבורר שהוא שלו וכמו שכתבתי עכ"ל, יעו"ש.

והלשון בסוף דבריו קצת מסובך, וכונתו לומר דבודאי לא באו היראים והמהר"ם לומר דבעינן חפץ מבורר ואלא משום איסור לא תעבוט אסור לעשות דין לנפשיה בחפץ שאינו מבורר שהוא שלו, זה אינו, דגם בחפץ שאינו מבורר מותר לתפוס, והמהר"ם ק הביא ראיה לכך ממה שכתב היראים דאם הוציאה הגזלן, ולפי הבנת הש"ך היינו שהוציאה מן העולם ובא לגבות ממון אחר תחת גזילתו, עדיין ס"ל לרב נחמן דעביד איניש דינא לנפשיה, ולא אמרינן שאסור לתפוס ממון אחר משום לא תבא אל ביתו, דאין האיסור אלא במלוה או נזקף עליו במלוה, אבל בשאר חיובים ליכא איסור לא תבא, ואם כן כיון דתפיסת דבר אחר מותר ואין בו איסור לא תבא, ואע"ג שהיה אפשר לומר דהאיסור שייך גם דכבל חיובים, כל שכן שאם בא לתפוס החפץ עצמו, שאינו דומה כלל להלוואה, שאין בו צד איסור דלא תבא, ומבואר דמותר לתפוס, וכמו שכתב הש"ך לעיל שהדבר כל שכן, כנ"ל.

והיינו מה שכתב המהר"ק וכן מוכח וכו', לא בא להוכיח שמותר לתפוס דבר אחר במקום שתביעתו מבוררת, שלא הוזכר ענין זה בכל הסימן, אלא בא להוכיח שמותר לתפוס חפץ שאינו מבורר, וכיון שהוכיח מדברי היראים שמותר לתפוס בדר אחר על כל פנים כשתביעתו מבוררת, הרי כל שכן הור דמותר לתפוס חפץ שאינו מבורר, וכמש"נ.

והנה מבואר מדברי הפוסקים דכל הנידון הוא אם יש איסור לא תבא בתופס החפץ עצמו אלא שאינו יכול לברר תביעתו לבית דין או אם תופס דבר אחר אפילו אם יכול לברר תביעתו לבית דין, אבל אם תפס חפץ עצמו שיכול לברר תביעתו לבית דין בודאי אין בו צד איסור לא תבא, שהאי היינו גופא דינא דרב נחמן דמותר לתפוס חפץ המבורר ולהכותו לאידך אם עומד כנגדו לעכבו, ויש להבין למה זה כל כך פשוט דבאותו חפץ מבורר אין בו איסור לא תבא.

ונראה דאיסור לא תבא הוא דדלת חבירו סגור לו שאינו רשאי ליכנס מעצמו, אבל כשהחפץ מבורר, דהיינו שהדבר ברור וגלוי לבית דין שהוא הבעלים על החפץ, וגם אינו מחוסר שום גוביינא, אלא הוא נוטל מה שגלוי לכל שהוא שלו, אז הדלת פתוח לו, שאינו עושה שום דבר בכניסתו ליטול ממנו, אבל אם תופס דבר אחר, אפילו אם תביעתו מבוררת, הרי הוא צריך לעשות גוביינא, והיה אפשר לומר שאסור לו ליכנס לרשות חבירו לעשות גוביינא, וכן אם תופס חפץ שאינו יכול לברר תביעתו לבית דין, הרי הוא מוציא החפץ ממוחזקות של האחד ומחזיקו בידו, ואפילו אם נימא שתפיסתו מועילה, עדיין יש לומר שאסורה לכתחלה משום לא תבא, אבל תופס חפץ המבורר אינו עושה כלום, כמש"נ.

סימן קטז

בו יובאו קושית המהרש"ל על דברי המהרי"ק, לפי הבנתו בהם, מדברי הטור, וידון למה לא הקשה מסוגיא דנסכא דרבי אבא שמבואר להדיא דתופס בפני עדים משלם.

כתב הטור בחו"מ סוף סי' ד' וז"ל: אבל אם אינו יכול לברר שבדין עשה יכול להוציא ממנו ולא כל כמיניה לומר שלי הוא ולהציל את שלי אני רוצה ודוקא שבא להציל את שלו שגזלו כדפרישית או שבא לגזלו והוא עומד עליו להציל שלו אבל אין לו רשות למשכנו בשביל חובו כאשר יתבאר בע"ה עכ"ל, יעו"ש.

והמהרש"ל בפרק המניח סי' ה' הביא ראיה מדברי הטור כנגד דברי המהרי"ק דתפיסה מועילה אפילו אם אינו יכול לברר תביעתו לבית דין, וז"ל: וכן מוכח מן הרא"ש, שסובר כדעת רבו, וכתב לעיל, אבל היכא דלא יכול לברר כו' לאו כל כמיניה לומר שלי הוא ולהציל ממנו עשיתי, ומדהאריך בלישניה וכתב לאו כל כמיניה לומר שלי הוא ולהציל ממנו עשיתי, שמע מינה שבא לומר דלאו כל כמיניה לומר שלו הוא, אפילו בלא הכאה והפסד ומוציאים מידו, וכן כתב בהדיא הטור בסימן ד', ומסתמא הגאון לא דקדק בטור, דאלמלא היה רואה בהדיא בטור שהוא כנגדו היה חוזר מדבריו עכ"ל, יעו"ש.

וכתב הש"ך וז"ל: ומה שכתב מהרש"ל שם דהטור סי' ד' כתב בהדיא דלא כדעת מהרי"ק, ומסתמא מהרי"ק לא דקדק בטור דאלמלא היה רואה בהדיא בטור שהוא כנגדו היה חוזר מדבריו עד כאן לשונו, 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, והוא הדין אם לא הכה אותו צריך להחזיר גוף החפץ היכא שאינו יכול לברר לפני בית דין שהוא שלו, והיינו כשיש כאן הכחשה והוא טוען שהחפץ הוא שלו, אבל אם הוא בענין שיועיל תפיסתו בדין ובכל הנך גוני שכתבתי למעלה בזה לא דבר הטור כלל ומוודה דיכול לתפסו אפילו לכתחלה וכמו שכתבתי עכ"ל, יעו"ש.

וישוב הש"ך לדברי המהרי"ק מוסב על מה שכתב בסי' קט"ו דהמהרי"ק לא קאמר דמותר לתפוס אלא היכא דאיכא ספיקא דדינא או פלוגתא דרבוותא אן ספק שבשטר וכדומה, אבל בשאר תופס וטוען שלי אני תופס, שבזה מיירי הטור, אין תפיסתו מועילה.

עוד נראה ליישב דברי מהרי"ק אפילו לפי מה שהמהרש"ל לכאורה הבין בדבריו דגם כל תובע שאינו יכול לברר דבריו לבית דין מותר לתפוס ואין מוציאים מידו, ועל זה הקשה מדברי הטור שכתב להדיא דמוציאים מידו, דהנה באמת יש להקשות על דברי המהרש"ל למה הקשה על דברי המהרי"ק מכח סברא דאם כן לא שבקת חי לכל בריא, למה לא הקשה מגמרא מפורשת בבבא בתרא (דף לג:): דההוא גברא דחטף נסכא מחבריה אתא לקמיה דרבי אמי הוה יתיב רבי אבא קמיה אייתי חד סהדא דמיחטף חטפא מיניה אמר ליה אין חטפי ודידי חטפי אמר רבי אמי היכי נדיינוה דייני להאי דינא לישלם ליכא תרי סהדי ליפטריה איכא חד סהדא לישתבע הא אמר מיחטף חטפה

וכיון דאמר דחטפה הוה ליה כגזלן אמר ליה רבי אבא הוי מחויב שבועה שאינו יכול לישבע וכל המחויב שבועה שאינו יכול לישבע משלם, יעו"ש, ומבואר להדיא בגמרא דאם חטף בפני עדים ואמר ידי חטפי צריך לשלם, ואע"פ שאין העדים מעידים של מי היה הנסכא, וצריך עיון.

ואולי יש לדחוק ולומר דהמהרי"ק, לפי הבנת המהרש"ל בדבריו, למד דמותר לתפוס אע"פ שאינו יכול לברר לבית דין, וכמו שהוכיח הש"ך בסי' קי"ד, יעו"ש ובהגהות, ואולם אם תפס מוציאים מידו, כמו שמוכח בסוגיא דנסכא דרבי אבא, כנ"ל, והקשה עליו המהרש"ל וז"ל: אם כן לא שבקת חי לכל בריה, דכל אחד יהיה תוקף בטליתו של חבירו ויאמר שלי הוא, ויהיה נאמן בטענת ברי, ואם כן מאן דאליס גבר עכ"ל, יעו"ש, והיינו שיהא נאמן בטענת ברי להתיר לו לתפוס, ואע"ג שהאחר יכול להוציא ממנו בבית דין, לעולם יוכל לחזור ולתפוס בטענת ברי, ויהא כל ימיו בתפיסה והוצאה בבית דין, ומאן דאליס גבר.

ואכן הקשה המהרש"ל על דברי מהרי"ק דמותר לתפוס מתחלה, ואע"ג שהבית דין אחר כך יוציאו ממנו, דהיינו שלא כדברי הטור, ודייק לשונו שכתב ולא כל כמיניה לומר שלי הוא ולהציל את שלי אני רוצה, כנ"ל, דלשון זה משמע שלהדיא אסור לתפוס ממנו, ואולם לדברי המהרי"ק יש לומר שהוא דייק לשון הטור אבל אם אינו יכול לברר שבדין עשה יכול להוציאו ממנו, כנ"ל, דלשון זה משמע שאין זה כמו גזילה שבית דין מיד מוציאים מן הגזלן, אלא שאם רצה זה שממנו תפס לתבוע אותו לדין יכול להוציאו ממנו, אבל כל זמן שלא תבא מניחים הממון ביד התופס, ואם כן מסתברא שמותר לתפוס, וצריך עיון.

סימן קיז

בו יתיישבו דברי המהרש"ל דאילו היה רב הונא תופס הזמורות עצמן היה זה נחשב כתופס חפץ עצמו המבורר, דהיינו שיכול לבררו לבית דין, מפני שהאריס הוחזק חשוד.

הש"ך הקשה לפי מה שהעלה לעיל סי' ק"ח דיכול לתפוס דבר אחר אפילו אם אינו יכול לברר זכותו לבית דין, וז"ל: ואין להקשות מה תירץ רבינו קלונימוס במרדכי פרק המניח על הא דרב הונא דפרק קמא דברכות (דף ה.) שלקח זמורות אחרות, הא כיון שהאריס גנב אם כן הוה ליה החוב שלא בדרך הלואה ויכול לתפוס אפילו דבר אחר, נראה כיון שמגיעים קצת זמורות מן הדין לאריס, וכמו שפירש רש"י בפרק קמא דברכות שכשם שחולקים ביין כך חולקים בזמורות כו', אם כן הזמורות היתירות שגנב האריס הוי כאלו לקח עתה הרבה ובעל הכרם יקח כנגד זה פעם אחרת ודמי כאלו זקף במלוה ודוק עכ"ל, יעו"ש.

ויש להקשות דאם הדבר מוסכם בין האריס ובעל הכרם שכל מה שנוטל יותר על מה שמגיע לו נזקף עליו במלוה, אם כן היה אסור לרב הונא ליטול גם אותן הזמורות שהאריס נטל, דכיון שנזקף עליו במלוה הרי הזמורות עצמן נעשו משכון ואסור לקחת אותן, וכמו שכתב המהרש"ל בשם היראים, הובאי דבריו בהגהות לריש סי' ק"ח, וז"ל: 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, יעו"ש, ואם כן למה אמר רבינו קלונימוס דלא נאסר לרב הונא אלא משום שנטל זמורות אחרות.

וצריך לומר דאין זה דבר מוסכם בין כל אריס ובעל הכרם שאם יטול יותר ממה שמגיע לו יזקף עליו במלוה, אלא כל בעל הכרם שלא תבע מן האריס הזמורות היתרות אלא נטל זמורות אחרות תהתייהן הרי זה גילה דעתו שגזילת האריס זקף עליו במלוה, ונמצא שהזמורות אחרון אסורים משום משכון, אבל אם תפס אותן הזמורות שנטל האריס גילה דעתו שרוצה בהחזרתן בעין, ומעולם לא זקף עליו במלוה.

עוד כתב הש"ך וז"ל: וגם פשט דברי מהר"ם שבמרדכי פרק המניח רמז ל' במה שהביא ראיה מפרק קמא דברכות משמע כמהרי"ק, ומה שכתב מהרש"ל שם דמפירוש רש"י שפירש וכי אינו חשוד בעיניכם שגנב יותר מחלקו כו' משמע דהוי כעין ברור לכל כו', נראה לי דאינו ראיה כלל דרב הונא אמר להם וכי אינו חשוד בעיניכם, ואפשר שבאמת לא היה חשוד בעיניהם, ועוד אפילו היה חשוד בעיניהם מכל מקום זה לא מיקרי ברורה לכל שהרי אין יכולים להוציא ממון בשביל שהוא חשוד בכך עכ"ל, יעו"ש.

ודברי המהרש"ל באמת נפלאים, שהרי הרא"ש כתב להדיא בבבא קמא (דף כז:): דחפץ המבורר היינו שיכול לברר תביעתו לבית דין, וז"ל: ורב נחמן סבר כיון דדינא קא עביד ויכול לברר שבדין היה יכול להוציא ממון. יש לו רשות להציל את שלו וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומה מהני לזה מה שהוא הוחזק חשוד.

והנה תנן בבבא בתרא (דף קלד.) האומר זה בני נאמן זה אחי אינו נאמן ויטול עמו בחלקו מת יחזרו נכסים למקומן נפלו לו נכסים ממקום אחר יירשו אחיו עמו, יעו"ש, והיינו שאחד מן האחים אמר על אדם מן השוק בלי שום ראיה שגם הוא אח וראוי לחלוק בנכסי אביו אינו נאמן על כך אלא לגבי החלק המגיע לו שצריך ליתן חלק ממנו להאדם שצריך הכירא, ואם מת הצריך הכירא החלק שנטל מנכסי האב חוזר לזה שאמר זה אחי, ואם הצריך הכירא היה לו נכסים ממקום אחר ומת, כל האחים חולקים בנכסיו, שהרי זה שאמר זה אחי הודה שגם כולם אחים למת.

ובהגהות אשרי הביא דברי הריב"ם וז"ל: אבל מספקא לי אם יבא אחד מקרובים בודאי בראיה ואפילו הוא שלא על ידי קורבת אחוה אם לא תוציא מיד זה שאמר אחי הוא וגם את חלק שנטל דלאו כל כמיניה לאמר אחי הוא במקום שיש קרובים אחרים בראיה עכ"ל, יעו"ש, ומבואר שיש לו צד שזה שאמר על הצריך הכירא זה אחי בלי שום ראיה יירש נכסיו, ואע"פ שאדם אחר בא בראיה שהוא קרוב רחוק של הצריך הכירא, ועל צד הזה האומר זה אחי בלא ראיה נוטל נכסי המת קודם לאדם אחר שהביא ראיה שהוא דודו, והיאך יתכן דבר כזה, ולמה לא אמרין לאו כל כמיניה, כמו שכתב על צד השני, ולכל הפחות נימא אין ספק מוציא מידי ודאי.

ומבואר מדבריו דכל שתובע איזה דבר ואין מי שמנגד לתביעתו נקטינן שבודאי צודק התביעתו ונותנים לו מה שתובע, ובספיקו של הריב"ם הרי אין מי שמנגד לתביעתו שהוא אחיו, ואין בפנינו אלא קרוב רחוק שאין לו דין לירש במקום אח, ומספקא ליה להריב"ם אם תביעת הקרוב רחוק נחשבת כניגוד לתביעתו שהוא אח, ולצד הראשון אינו נחשב כמנגד, ונקטינן שבודאי הוא אח, ואין כאן אפילו ספק שנאמר אין ספק מוציא מידי ודאי, ולצד השני כיון שהדוד יש לו ראיה על קורבתו והאומר זה אחי אין לו ראיה על תביעתו הרי זה נחשב שהדוד מנגד לתביעתו, וכיון שאין לו שהוא אח אינו יורש נכסיו.

ולפי יסוד זה יש ליישב קושית הש"ך על דברי המהרש"ל, דאילו היה רב הונא נוטל הזמורות עצמן שנטל הארים, והיה טוען שאלו הזמורות הן שלו, היה נאמן בתביעתו בלבד אפילו אם לא הביא ראיה, שהרי אנו מקבלים תביעה בלי ניגוד כודאי גמור, והרי תפס דבר המבורר שהוא שלו, ואי משום שהאריס מנגד לתפיסתו בכפירתו, הרי האריס הוחזק חשוד לגבי הזמורות שמלקט, ואין כפירתו חשובה לנגד לתביעת רב הונא.

ובסוף דבריו כתב הש"ך וז"ל: ומה שהביא מהרש"ל ראיה לדבריו מפרק 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 על פי עדותם, אלא משמע דמי שחייב לחברו יכול לתפוס אפילו לכתחלה אם הוא בענין שמותר למשכנו, וכמש"נ, אלא דבפרק שבועת העדות אסור מטעם דמדבר שקר תרחק, שהרי אינם יכולים להוציא המעות אלא שיאמרו שקר שהאחד הוא המלוה והם העדים וזהו אסור משום מדבר שקר תרחק, אבל בלאו הכי שרי וכדאמרן עכ"ל, יעו"ש.

הש"ך לא נתכוון להקשות על דברי המהרש"ל דמסוגיא דשבועות גופא שמשם הביא ראייה מוכח להיפך דלולי מדבר שקר תרחק היה מותר לתפוס, שהרי לדברי המהרש"ל אין הכי נמי, ואלא דתפיסה אסורה משום מדבר שקר תרחק, אבל הש"ך ס"ל דאין דמיון מההיא דשבועות לתפיסה, כמו שכתב לעיל בסי' קט"ו, ועיימש"נ בהגהות שם ליישב דברי המהרש"ל, ואכן לדעת הש"ך לא שייך גבי תפיסה אלא איסור משכון ולא איסור דבר שקר, ואם כן יש להוכיח מסוגיא דשבועות דליכא איסור משכון, דאילו היתה תפיסה אסורה משום משכון למה צריך שם טעמא דמדבר שקר תרחק, תיפוק ליה משום דהתם הוי נמי תפיסה מן הלוח על ידי ותיאסר.

סימן קיח

בו יובאו דברי מהר"י ן' לב בתשובה לענין פלוגתא דרבוותא בשכיב מרע שהניח כל נכסיו לאשתו ומת והיה לו בן גדול, ויבואר למה הנכסים בחזקת הבן ולא בחזקתה.

הש"ך הביא דברי מהר"י ן' לב שנשאל ביעקב שהניח כל נכסיו בשעת פטירתו ללאה אשתו ומת, ובנו ראובן שהיה גדול בשעת מיתת אביו מת אחר כך, ורחל אלמנת ראובן טוענת שראובן ירש נכסי יעקב, והיא תובעת הנדוניא, דהיינו הנכסי צאן ברזל שהכניסה לבעלה וקיבל עליו אחריות, ותוספת כתובתה מאת לאה חמותה מהנכסים שעזב יעקב שלפי דבריה עברו בירושה לראובן בעלה, ואע"פ שהניח כל נכסיו ללאה אשתו, הרי איתא בבבא בתרא (דף קלא :) אמר רב יהודה אמר שמואל הכותב כל נכסיו לאשתו לא עשאה אלא אפוטרופוס, יעו"ש, ואם כן הנכסים שייכים לראובן, והם משועבדים להנדוניא והכתובה של רחל אשתו.

אולם בעובדא דידן יש מחלוקת הפוסקים, שיעקב לא כתב כל נכסיו ללאה אשתו אלא הניחם לה במתנת שכיב מרע באמירה בלבד, הר"י מגאש ועוד פוסקים אין מחלקים בין כתיבה לאמירה, ובכל גווני לא עשאה אלא אפוטרופוס, והרי ראובן ירש נכסי יעקב אביו, והשתא יכולה רחל לגבות מהם, אבל הר"ח ס"ל דרק כשכתב לה עשאה אפוטרופוס, אבל אם אמר לה לא עשאה אפוטרופוס אלא נתן לה הנכסים בקנין גמור, ואם כן לא ירש ראובן כלום, ויש עוד שיטת בעל המאור שמחלק בין הניח בנים קטנים להניח בנים גדולים, דרק כשהניח קטנים עשאה אפוטרופוס, אבל אם בניו היו גדולים לא עשאה אפוטרופוס אלא נתנם לה בקנין גמור, ונמצא דלדעת הר"ח ובעל המאור לאה קנאה קנין גמור ולא ירש ראובן כלום, לדעת הר"ח משום שלא כתב אלא אמר, ולדעת בעל המאור משום שראובן היה גדול בשעת מיתת אביו, ולא היה צריך לאפוטרופוס, והרי ירושת ראובן תלויה בפלוגתא דרבוותא.

עוד באו המנגדים לתביעת רחל גם מצד אחר, דאפילו אם נימא שראובן ירש נכסי אביו, אין לה לגבות מנכסיו אלא הנדוניא ועיקר הכתובה, אבל לא תוכל לגבות תוספות כתובתה מיורשי ראובן, שהרי לא כתב ראובן להדיא בתוך הכתובה שמשעבד קרקעותיו וגם מטלטלין אגביהן לתוספות כתובתה, ומטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבעל חוב.

והשיב המהר"י ן' לב בתשובה בספר ראשון סי' [ס"ט] וז"ל: ולכאורה יראה כיון דאיכא פלוגתא דרבוותא שיוכל המחזיק לומר קים לי כפלוני ופלוני הגאון, ואפילו שיהיו מיעוט הפוסקים, דאין הולכים בממון אחר הרוב, כמבואר בריש המניח את הכד (דף כז.), ולכאורה נראה בנדון דידן שזאת האלמנה אינה מוחזקת כמו שנראה מתוך השאלה שהיא שואלת הנדוניא והתוספת מחמותה, נראה שעליה להביא ראיה דהלכה כרב ן' מגש ז"ל והלכה כדברי הפוסקים החולקים על בעל המאור עכ"ל, יעו"ש, כמובן המהר"י ן' לב קיבל השאלה במכתב, ודייק מתוך הדברים שחמותה היתה מוחזקת בנכסי יעקב, ורצה לפסוק שעל רחל להביא ראיה שלא היתה אלא אפוטרופוס.

ולפום ריהטא היה נראה לו למהר"י י' לב שחמותה היא המוחזקת, ועל אלמנת הבן להביא ראיה להוציא ממנה, ואע"ג דיש בזה פלוגתא דרבוותא, ותפיסה בטענת שמא אינה מועילה לרוב פוסקים, כיון שחמותה טוענת קים לי כדעת בעל המאור, כמו שמבואר מהמשך דבריו, תפיסתה מועילה.

ואחר העיון כתב וז"ל: אבל כי מעיינין 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 ולא שנא הכי, [והוא הדין נמי] 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 אפילו כשיטעון ברי וכו' עכ"ל, יעו"ש.

וכתב המהר"י י' לב דתפיסת לאה אשת יעקב היתה תפיסה לאחר שנולד הספק, בין לגבי הפלגתא דרבוותא אם רק בכותב עשאה אפוטרופוס, והוא הדין נמי לגבי הפלוגתא דרבוותא אם רק כשהשאר בניס קטנים עשאה אפוטרופוס, מפני שפיקות אלו חלו מיד כשצוה לביתו ליתן לה כל נכסיו, ואם היא החזיקה בהנכסים לאחר שמת, או אפילו אם כבר היו מונחים ברשותה בשעה שמת, אין תפיסתה אחד שנולד הספק מועילה לפי דברי רוב הפוסקים אפילו כשיטעון ברי.

וכיון שאין תפיסתה מועילה משום שתפסה לאחר שנולד הספק הרי הנכסים בחזקת ראובן הבן, ובאמת יש לעיין למה קדמה תפיסתו לתפיסתה, הלא שניהם אינם זוכים אלא לאחר מיתת יעקב, ואם כן הווי להו תפיסת שניהם לאחר שנולד הספק, אלא היינו טעמא דחזקת הבן היא חזקת מרא קמא, מפני שהוא כרעא דאבוב, וכבר יש לו דין יורש בחיי אביו, ועוד דהבן ודאי יש לו דין יורש לגבי נכסי אביו, ורק שיש להסתפק אם השטר הפקיע דינו, והרי זה כמו ההיא דיבמות (דף לח.) ספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי סבא ספק אמר האי גברא בר מיתנא הוא ופלגא ידידי הוא יבם אמר את בראי ידידי את ולית לך ולא מידי הוי יבם ודאי וספק ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי, יעו"ש, והוא הדין הכא אין ספק מוציא מידי ודאי.

ובסוף דבריו הוסיף מהר"י י' לב וז"ל: וכל שכן בנדון דידן שאינה יכולה לטעון אלא שמא דהלכה כדברי רוב הגאונים או כדברי הרב בעל המאור ז"ל, ובנדון דידן כל אפי שוין זולתי הרמב"ם על ההיא דתקפו כהן דפרק קמא דמציעא, וכבר כתב מהר"י קולון דאין לומר קים לי כפלוני הגאון ואפילו בדיני ממונות היכא דכל חכמי ישראל חלוקים עליו עכ"ל, יעו"ש.

ויש לדקדק שהרי אשה זו טוענת קים לי, כמו שכתב שזאת התפיסה שתפסה זאת האלמנה חמותה אינה תפיסה לומר קים לי כהני רבוותא, כנ"ל, ואם כן מאי קאמר שאינה יכולה לטעון אלא שמא, אלא דדבריו מוסבים על מה שכתב מיד לפני זה

ותפיסה לאחר שנולד הספק לא מהני ולא מידי לפי דברי רוב הפוסקים אפילו כשיטעון ברי, כנ"ל, וכל שכן שאין תפיסה בטענת שמא מועילה לאחר שנולד בספק, וטענת קים לי כחדא מרבוותא אין בה שום בירור לגבי עצם הספק, ואפילו אם נימא שהיא כטענת ברי, אינה אלא טענת שמא מעליא, וסברת מאן דאמר קים לי כטענת ברי היינו משום שתפיסה בטענת שמא אינה תפיסה גמורה מפני שאינו בטוח שהממון שלו, אבל אם אמר קים לי, ובדעתו מובטח שהנכון כחדא מרבוותא, אז הוא אוחז בהממון בתורת בעלים גמורים בסמכו על הצד שהדין עמו, וגם תפיסה כזו נחשבת תפיסה בתורת בעלים, ואע"ג דלגבי בית דין אין ברירות שלו מעלה או מוריד, ועל ידי כך נעשה מוחזק, ואין מוציאים מידו, ועיימש"נ בהגהות לסי' מ"ה וסי' ע"ח.

ואחר כך הוקשה לו למה לא תוכל לטעון קים לי כדעת הרמב"ם דתפיסה אפילו בטענת שמא מועילה אחר שנולד הספק, וכל שכן אם טוענת קים לי כחדא מרבוותא שתועיל לה תפיסה לאחר שנולד הספק, ועל זה תירץ שכבר כתב המהרי"ק דאין לומר קים לי כפלוני הגאון ואפילו בדיני ממונות היכא דכל חכמי ישראל חלוקים עליו.

סימן קיט

בו יובא שיטת בעל המאור דכותב כל כל נכסיו לאשתו עשאה אפוארופוס דוקא כשבניו קטנים, ויבואר דסלקא דעתיה דהש"ך דכל חכמי ישראל פליגי משום שלא הביאו דינו.

הש"ך פליג על כל דברי מהר"י ׳ לב, ובאמצע הדברים כתב וז"ל: והלכך בהך עובדא דמהר"י ׳ לב שחמותה מוחזקת ודאי דמצי למימר קים לי כסברת בעל המאור פרק יש נוחלין דהיכא שיש בנים גדולים לא אמרינן דעשאה אפטרופס, והלכך זכתה חמותה ולא מפקינן מינה ודלא כמו שפסק מהר"י ׳ לב, וליכא למימר דבעל המאור הוה ליה יחיד, דהא מדברי מהר"י ׳ לב גופיה מבואר ולא הוה חשבינן סברת בעל המאור לסברת יחיד עכ"ל, יעו"ש.

ומה שכתב דאי הוי מצי למימר קים לי בכהאי גונא היתה האלמנה יכולה לומר קים לי כבעל המאור דלא חשבינן סברת בעל המאור לסברת יחיד, כונתו בזה שלא חשבינן סברת בעל המאור כדעת יחיד וכל חכמי ישראל כנגדו, דאילו כן לא תהא יכולה לטעון קים לי כסברת בעל המאור לפי שאין הדיין יכול להורות כן, אולם צריך עיון למה תיסק אדעתין שכל חכמי ישראל חולקים עליו, ולא הובאו חולקים עליו בבית יוסף סי' רמ"ו אלא הרשב"א והמגיד משנה, יעו"ש, ולא נחשב רוב חכמי ישראל כנגד דעת היחיד אלא כשממש כל חכמי ישראל חולקים עליו, ולא מספיק במה שחולקים עליו פוסקים מרובים, כמו שכתב המהרש"ל בפרק כיצד הרגל סי' ה' וז"ל: אבל אם הדיין מכריע, בין שהדיין מכריע מחמת שרבים הם החולקים על היחיד בין מחמת שמסתבר להדיין כסברתו דחד מראיות ברורות, אפילו הרבה הם החולקים על היחיד לא יכול התופס לומר קים לי כאידך אלא הדיין מוציא מידו וכו' עכ"ל, יעו"ש, ועיימש"נ בהגהות לסי' ק"ח, ואם כן מה עלה על דעת הש"ך דכל חכמי ישראל חולקים על סברת בעל המאור.

אלא צריך לומר דכונת הש"ך דהרי כל הפוסקים הביאו כצורתה מימרא דרב יהודה אמר שמואל בבבא בתרא (דף קלא:): הכותב כל נכסיו לאשתו לא עשאה אלא אפטרופוס, יעו"ש, ולא הוסיפו לומר במה דברים אמורים כשהשאייר בנים קטנים, אבל אם השאייר בנים גדולים נתכוון להקנותם לה, וכדעת בעל המאור, ומדלא כתבו כן מוכח דפליגי עליו, ושתיקתם כהודאתם שאין לחלק, ונמצא דכל חכמי ישראל חולקים על בעל המאור, וכן מבואר ממה שכתב בהמשך דבריו וז"ל: וגם שאר הפוסקים לא חלקו בפירוש על בעל המאור, רק שלא הביאו דבריו, ואפשר דמכל מקום סבירא להו דהדין של בעל המאור אמת מבחוץ וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומבואר דמתחלה סלקא דעתיה דבמה שלא הביאו דברי בעל המאור הראו שחולקים עליו.

ובסוף דבריו כתב הש"ך וז"ל: וגם כיון דאמרינן בש"ס דהך דינא דהכותב כל נכסיו לאשתו לא עשאה אלא אפטרופא הוי הלכתא בלא טעמא אם כן הבו לה דלא לוסיף עלה, וכהאי גונא כתב הרמב"ן בחידושי בתרא שלו (דף קלא:): דגם הרי"ף מודה

לרשב"ם דכל בלשון ירושה מפורש ליכא למימר אפוטרופוס הוא, וזה שהוצרך הרי"ף לחלק בין כותב לאומר לא משום ירושה, אלא שמשמע משנתינו דבלשון ירושה וכל שכן בלשון מתנה דאפילו לרבנן בלשון מתנה דבריו קיימים, ואף על פי שאין פשוט לשונו משמע כן עד כאן לשונו, ואם כן הוא הדין יש לומר דהפוסקים מודו לבעל המאור, ומה שהוצרכו לתירוצים אחרים היינו משום דמשמע להו דמתניתין בסתמא בקטנים נמי איירי, וכדפירשתי, ולא ידענא מנין לו למהר"י ל' לב מה שכתב דרוב הפוסקים לא הודו לדברי בעל המאור בזה וכו' עכ"ל, יעו"ש, וצריך לבאר מהי ראית הש"ך מדברי הרמב"ן.

והנה לעיל בסי' קי"ח הביא הש"ך לשון המהר"י ל' לב וז"ל: נראה שעליה להביא ראיה דהלכה כרב' מגש ז"ל והלכה כדברי הפוסקים החולקים על בעל המאור עכ"ל, יעו"ש, ובסימן זה רצה הש"ך להוכיח דהפוסקים לא פליגי על שיטת בעל המאור דלא עשאה אפוטרופוס אלא כשהניח בנים קטנים.

וביאר דבריו, דכל הפוסקים באו ליישב מאי דקשה על דברי שמואל דכותב כל נכסיו לאשתו עשאה אפוטרופוס, ומבואר בגמרא דהוא הדין בכתב לבן בין הבנים, מהא דתנן לעיל (דף קל.). האומר איש פלוני יירשני במקום שיש בת בתי תירשני במקום שיש בן לא אמר כלום שהתנה על מה שכתוב בתורה רבי יוחנן בן ברוקה אומר אם אמר על מי שראוי ליורשו דבריו קיימין ועל מי שאין ראוי לו ליורשו אין דבריו קיימין, יעו"ש, וקיימא לן כרבי יוחנן בן ברוקה דאם נתן כל נכסיו לבנו דברי קיימים. ויש בהפוסקים כמה דרכים ליישב קושיא זו, הרשב"ם חילק בין לשון ירושה דדבריו קיימים ללשון מתנה דעשאו אפוטרופוס, הרי"ף חילק בין אומר דדבריו קיימים לבין כותב דעשאו אפוטרופוס, הבעל המאור חילק בין הניח בנים גדולים דדבריו קיימים לבין הניח בנים קטנים דעשאו אפוטרופוס, והר"י מגש כתב דרבי יוחנן בן ברוקה מיירי שאמר בפירוש שאינו רוצה שיהיה אפוטרופוס ושמואל מיירי שכתב סתם דאז נקטינן שנתכוון לאפוטרופוס, ויש אומרים לפי שיטתו דאם כתב לאשתו עשאה אפוטרופוס אפילו אם אמר בפירוש שאינו מתכוון לעשותה אפוטרופוס, יעו"ש, ומזה הבין המהר"י ל' לב דכל הפוסקים חולקים על דברי בעל המאור, דאם יש לחלק בין גדולים לקטנים אין צורך לכל החילוקים שכתבו.

וקאמר הש"ך דכיון דהך דינא דהכותב כל נכסיו לאשתו לא עשאה אלא אפטרופא הוי הלכתא בלא טעמא אם כן הבו לה דלא לוסף עלה, ויש לתלות כל מה דאפשר שלא עשאה אפוטרופוס, והביא ראיה לכך מדברי הרמב"ן שכתב דהרי"ף מודה לרשב"ם דכל שבלשון ירושה לא עשאו אפוטרופוס, וזה שהוצרך הרי"ף לחלק בין כותב לאומר אינו משום דס"ל דאין לחלק בין לשון ירושה ללשון מתנה, אלא שמשמע לו שהמשנה מיירי בין בלשון ירושה וכל שכן בלשון מתנה, ולכן הוצרך לחלק בין כותב לאומר, והוקשה לו להש"ך מנא ידע הרמב"ן דהרי"ף אית ליה נמי חילוק הרשב"ם, דלמא ס"ל להרי"ף דאין לחלק, ומשום הכי הוצרך לחלק בין ירושה למתנה דלעולם עשאה אפוטרופוס, אלא מוכח דאמרינן הבו דלא לוסף בה, ואין לתלות דבירושה עשאה

אפוטרופוס כיון דשמואל לא אמר דינו אלא במתנה, והא דךא חילק כדברי הרשב"ס, משום דמשמע ליה דרבי יוחנן בן ברוקה מיירי בכל אופן, כמש"נ, וכמו כן מסתברא דכל הפוסקים מסכימים לדברי הבעל המאור דמחלק בין גדולים לקטנים, דהבו לה דלא לוסיף, וכתבו חילוקים אחרים משום דמשמע להו דהמשנה מיירי בכל אופן.

סימן קכ

בו יבואר מחלוקת המהר"י נ' לב והש"ך לענין אם מוציאים ממון מחזקתו על ידי ספק ספיקא, ויתיישבו דברי הש"ך דכל היכא שהיא מותרת לבעלה אין להפסידה כתובתה.

המהר"י נ' לב חלק ג' סי' כ"א נשאל בראובן שתבע משמעון חוב בשטר, וטען שמעון שכבר נתן לראובן מזמן רבית קצוצה הרבה יותר מן החוב הכתוב בשטר, ורבית קצוצה יוצאה בדיינים וראובן חייב להחזירה לשמעון, והרי נתבטל כל החוב, ואע"ג דאינו נאמן לטעון בלי ראיה שחייב לו החזרת רבית קצוצה אלא כשיש לו מיגו דטענת פרעתי, ואע"ג דאינו נאמן לטעון פרעתי כנגד שטר מקוים, הכא טוען שמעון שבשטר זה היו נכללים קרן ורבית, ויש הוכחות לכל מלשון השטר, ושטר שיש בו רבית אינו גובה אלא הקרן, וקנסוהו חכמים דליהוי כמלוה בעל פה שאינו גובה ממשועבדים ונאמן לטעון כנגדו פרעתיך, ורוצה שמעון לפטור עצמו בטענת כנגדו שראובן חייב להחזיר לו הרבית שכבר פרע לו מיגו דאי בעי טען פרעתיך, ונשבע היסת ונפטור.

והשיב המהר"י נ' לב וז"ל: מסתברא שאינו נאמן שמעון בשבועתו לפטור את עצמו במיגו דאי בעי אמר פרעתיך ואפילו שהיתה מלוה על פה ומנא אמינא לה ממאי דכתב בעל המישרים בשם הרב רבי מאיר הלוי ז"ל וזה לשונו הטוען לחברו לקחת ממני רבית וכו' ואם כבר נתן הרבית אין יכולת בידו להוציא דאין אדם משים עצמו רשע לומר נתתי רבית החזירה לי שהרי לאו דלא תשימון קאי אלוה והערב וכו' עכ"ל, יעו"ש, וסבר הרמ"ה דדין אין אדם משים עצמו רשע אינו רק לענין עדות, אלא גם לענין טענה בבית דין אמרינן אין אדם משים עצמו רשע וטענתו בטלה, ואינו נאמן אפילו במיגו. ואחר כך הביא דברי הרמב"ם פ"ד מלוה ולוה הל"ג וז"ל: הוציא עליו שטר מקוים והלוה טוען ואומר שטר מזויף הוא ומעולם לא כתבתי שטר זה או שטען שחוב זה רבית הוא וכו' כללו של דבר טוען טענה שאם הודה בעל השטר היה השטר בטל והמלוה עומד בשטרו ואומר שזה שקר טוען ואמר הלוה ישבע לי ויטול הרי זה מחלוקת בין הגאונים יש מי שהורה שחייב בעל השטר להשבע כעין של תורה כמי שטען עליו שפרעו ורבתי הורו שלא ישבע המלוה אלא אם טען עליו הלוה שפרעו בלבד שהרי הודה בשטר ולפרעון הוא עומד אבל כל אלו הטענות לא כל הימנו לבטל שטר מקוים אלא ישלם ואחר כך יטעון על המלוה במה שירצה שאם יודה יחזיר לו ואם כפר ישבע היסת ולזה דעתי נוטה עכ"ל, יעו"ש, דהנה אמרינן בשבועות (דף מא.) דאפילו אם המלוה הוציא עליו שטר מקוים והלוה טוען פרעתיך שיכול הלוה לטעון אישתבע לי דלא פרעתיך, יעו"ש, והביא הרמב"ם מחלוקת הפוסקים, דיש גאונים שיכול נמי להשביע המלוה על טענות אחרות, ורבתי ס"ל דאינו יכול להשביעו אלא בטענת פרעתי מפני שהשטר עומד לפרעון.

והוכיח המהר"י נ' לב דהרמב"ם פליג על דברי הרמ"ה ממה שכתב בסוף דבריו שישלם ואחר כך יתבע ממנו שיש לו ממנו שלא כדין וישביעו היסת וז"ל: ולכאורה נראה שחולק על סברת הרמ"ה דכיון דהאי גברא כתב הרבית בשטר ולפי סברת

הרמב"ם יחייבו אותו בית דין לפרוע בלא שבועה הוה ליה כאלו נתן הרבית וכיון דכן הוא אם יטעון אחר שפרע שלקח ממנו רבית הרי הוא משים עצמו רשע ואם כן נראה דלא סבירא ליה להרמב"ם מאי דכתב בעל המישרים בשם הרמ"ה עכ"ל, יעו"ש.

ולכאורה היה המהר"י י' לב יכול להוכיח כן משיטת הגאונים שהלוח יכול להשביע המלוה שלא היה רבית בהחוב, ולא אמרינן ואין אדם משים עצמו רשע וטענתו בטלה, וגם רבותיו של הרמב"ם שדעתו נוטה להם לא פליגי על הגאונים אלא משום דאין הלוח יכול להשביע המלוה אלא בטענת פרעתיך, מפני שהשטר עומד לפרעון, אבל לולי הא היה יכול להשביעו שלא הלוח ברבית.

ואפילו אם נאמר דהגאונים ס"ל כהרמ"ה ואכן אין הלוח עובר על איסור רבית עד שישלם, ולכן יכול להשביע להמלוה קודם שישלם, אולם הרי מבואר מדברי רבותיו דיכול להשביעו אפילו אחר ששילם, וא אמרינן אין אדם משים עצמו רשע, ומבואר דפליג על דברי הרמ"ה, ואם כן יש לדקדק למה הוצרך לומר אליבא דהרמב"ם מיד כשכתב לו השטר הרי כאילו נתן לו שתי הרבית.

וצריך לומר דאם הוא טוען שהשטר כלל קרן ורבית ואינו רוצה לשלם הרבית, ובית דין אין מאמינים לו אלא מחייבים אותו לשלם הכל, אם כן אפילו אם לפי האמת שילם רבית להמלוה אינו עובר בזה, שהרי בית דין חייבו אותו לשלם ובעל כרחו שילם אע"פ שידע האמת שמשלם לו רבית.

ומשום הכי כתב המהר"י י' לב דבשעה שהלוח כתב שטר להמלוה על הקרן והרבית, ולא פרט בלשון השטר שחלק מסכום הכתוב בו הוא תשלומי רבית, הרי ידע שלבסוף יהא מוכרח לשלם הרבית, וגם לא יוכל להשביעו שלא היה רבית ואולי ימנה מלהישבע לשקר, דהא אינו יכול להשביעו אלא על פרעון, כמש"נ, ונמצא שבשעת מסירת השטר לא היה לו שום סיכוי שלא יצטרך לשלם, ומשום הכי הרי זה מיד כאילו כבר שילם ועבר על איסור רבית, ואם כן יכול לחזור ולהשביע המלוה לאחר ששילם, והלא אין אדם משים עצמו רשע, אלא מבואר דהרמב"ם פליג על דברי הרמ"ה וס"ל דאין דין אין אדם משים עצמו רשע מבטל טענתו.

וכתב המהר"י י' לב דיש לדחות ראיתו וז"ל: אפשר לדחות ולומר דלאו כולי עלמא דינא גמירי וכל שכן מילתא דהויא פלוגתא דרבוותא, ואף על פי שכתב הרבית בשטר לא הוי כאלו נתן הרבית וסבור היה שהיה יכול להשביע את המלוה, ולפי זה אפשר שגם הרמב"ם אינו חולק על הרמ"ה עכ"ל, יעו"ש, אולם אע"פ שאין הראיה מדברי הרמב"ם מוכרחת מצא המהר"י י' לב ראיה ברורה מדברי הרשב"א בתשובה דפליג על דברי הרמ"ה, היוצא לנו דיש פלוגתא דרבוותא בהלוח שטען שהיה רבית בהשטר מיגו דאי בעי טען פרעתי אם טענתו בטלה משום דאין אדם משים עצמו רשע.

והוסיף מהר"י י' לב וז"ל: ועוד איכא ספיקא אחריתי שהרי הרמב"ן וזולתו חולקין על התוספות וסבורים דהיכא דנכלול הקרן עם הרבית דגובה את הקרן וכיון דכן הוא הויא ספק ספיקא וכיון דאיכא ספק ספיקא מהניא לאפוקי ממונא מיד המוחזק, וכמו שכתבו התוס' בפרקא קמא דכתובות בההיא סוגיא דפתח פתוח מצאתי

בד"ה אי למיתב ליה כו' כתבו וזה לשונם דאמאי תפסיד כתובה והא ספק ספיקא הוא ספק אם הוא בקי בפתח פתוח אם לאו ואם תמצוי לומר פתח פתוח הוא ספק באונס ספק ברצון וכו' עד כאן עכ"ל, יעו"ש.

ומבואר דאית כאן ספק ספיקא, ספק אם שמעון נאמן לטעון שלוח ברבית דהא משים עצמו רשע, ואפילו אם תמצא לומר שאין דין אין אדם משים עצמו רשע מבטל טענתו, הרי ספק הוא אם שטר שיש בו רבית גובה ממשועבדים ואין הלוח יכול לטעון פרעתי כנגדו, ואם כן אין לו מיגו דאי בעי טען פרעתי, ואינו נאמן לטעון כנגד השטר, והרי יש לראובן ספק ספיקא וגובה משמעון, והמהר"י י' לב הוכיח מדברי התוס' בכתובות דיכול להוציא ממון מן המוחזק על ידי ספק ספיקא.

הש"ך חולק על דברי המהר"י י' לב וז"ל: ואני אומר אף שכל גדולים אלו נמשכו אחר דברי מהר"י י' לב בזה מכל מקום אין דברים אלו נראין לי, דפשיטא דלא מפקינן ממונא משום ספק ספיקא, וכדאיתא להדיא בהרא"ש פרק כיצד הרגל סי' ב' וזה לשונו ולדברי האומר דכל תיקו דתפס לא מפקינן מיניה הכי נמי אם תפס הבהמה משלם ממנה חצי נזק, ואף על גב דיש ספק ספיקא לחצי נזק דדילמא אורחיה הוא ופטור לגמרי ואם תמצוי לומר השתא מחמת ביעוט קאתי דדילמא יש שינוי לצרורות לרביע נזק עד כאן לשונו, והבאתי לשונו לעיל סי' ג', אלמא דאפילו תפס שלא ברשות לא מפקינן מיניה משום ספק ספיקא כל שכן במוחזק מעיקרא עכ"ל, יעו"ש, ועיימש"נ בדברי הרא"ש בהגהות לסוף סי' קכ"א.

ואולי יש ליישב דברי המהר"י י' לב עם דברי הרא"ש עפיש"נ בהגהות אביר יוסף על דפי הש"ס לכתובות (דף ט). בחלק חידושי סוגיות בענין ספק ספיקא דפעולת ספק ספיקא היא שמעכבת כל חלות הספק, דהתורה לא חייבה להסתפק אלא ספק אחר, אבל במקום דאיכא שני ספיקות אינו צריך להסתפק כלל, וזוהי סברת התוס' דספק ספיקא מוציא מן המוחזק, דכיון דאין להסתפק כלל, הרי נקטינן שודאי חייב לתת לה כתובתה.

וכמו כן בעובדא דהמהר"י י' לב דעיקר הספק שלפנינו הוא ספק המציאות, אם היה רבית בהשטר אם לא, והמלוח בא להוציא מן הלוח בספק ספיקא, והרי אנו אומרים שאין להסתפק, ונקטינן שבדאי לא היה שום רבית בהשטר, אבל במהלכת ברשות הרבים ובעטה והתיזה צרורות, והניזק תפס הבהמה לגבות ממנה חצי נזק, לא אמרינן דהמזיק יכול להוציא ממנו רביע נזק בספק ספיקא, דלמא אין לו כלום דהוי רגל ברשות הרבים, ואפילו אם הוי קרן דלמא יש שינוי לצרורות לרביע נזק, דאי אפשר לומר דכיון דהוי ספק ספיקא אין להסתפק ובדאי הוי קרן תם ברשות הרבים, דאין ספק ספיקא יכול לפסוק ספיקא דדינא בגמרא דליהוי כודאי, מה שאין כן בעובדא דהמהר"י י' לב, כיון דעיקר הספק הוא בהמציאות, גופא דעובדא היכי הוה, שפיר איכא למימר דעל ידי ספק ספיקא נקטינן שבדאי לא היה רבית בתוך השטר.

שוב כתב הש"ך וז"ל: ומדברי התוס' פרק קמא דכתובות אין ראיה כלל, דהתם כיון

שהוא רוצה להפסיד כתובה מטעם דאומר שהיא אסורה לו, אם כן פשיטא דבספק ספיקא כיון דמותרת לו, דהא ספק ספיקא שרי בכל דוכתא ואם כן מותרת לו לגמרי, אם כן היאך שייך לומר שתפסיד כתובתה עכ"ל, יעו"ש, וקודם שנבאר דברי הש"ך דאם היא מותרת היאך שייך להפסידה כתובתה, נביא דברי התוס' בהסוגיא שם, וגם מה שיש לדקדק במה שהש"ך שדחה ראית המהר"י י' לב מדבריהם דמוציאים ממון ממוחזק על ידי ספק ספיקא.

איתא התם בריש הסוגיא דכתובות (דף ט.) אמר רב אלעזר האומר פתח פתוח מצאתי נאמן לאוסרה עליו ואמאי ספק ספיקא הוא ספק תחתיו ספק אין תחתיו ואם תמצא לומר תחתיו ספק באונס ספק ברצון לא צריכא באשת כהן ואיבעית אימא באשת ישראל וכגון דקביל בה אבוב קידושין פחותה מבת שלש שנים ויום אחד מאי קמשמע לן תנינא האומר לאשה קדשתך והיא אומרת לא קדשתני היא מותרת בקרוביו והוא אסור בקרובותיה מהו דתימא התם דודאי קים ליה אבל הכא מיקם הוא דלא קים ליה קמשמע לן, יעו"ש, ומיירי התם לענין לאוסרה על בעלה שטוען פתח פתוח מצאתי מדין שויה אנפשיה חתיכה דאיסורא, וגם לפי דבריו אינה נאסרת אלא היכא דליכא ספק ספיקא להתיר, כמו באשת כהן או בקיבל אביה קדושין פחותה מבת שלש, ורב אלעזר לא חייש דלמא אינו בקי בפתח פתוח.

ועיין לקמן שם (דף ט.): אמר אביי אף אנן נמי תנינא בתולה נשאת ליום הרביעי ליום רביעי אין ליום חמישי לא מאי טעמא משום איקרורי דעתא ולמאי אי למיתב לה כתובה ניתב לה אלא לאוסרה עליו ודקא טעין טענה מאי לאו דקטעין טענת פתח פתוח לא דקטעין טענת דמים וכו', יעו"ש, מתחלה רצה לומר דחכמים תיקנו שיבא לבית דין כדי להפסידה כתובתה, ודחי שאם הוא אינו חושש שלא להפסידה כתובתה, גם לחכמים אין לדאוג על כך.

וביאר התוס' בד"ה אי למיתב היאך יפסיד לה כתובתה וז"ל: משמע אם היה בא לבית דין היה נאמן להפסידה כתובתה אף על פי שלאוסרה עליו לא היה נאמן משום דאית לן למימר דשמא אינו בקי בפתח פתוח ואוקמה בחזקת היתר אבל מכל מקום כתובתה הפסידה אף על פי שיש לנו לומר שהוא טועה בפתח פתוח דאית לן למימר אוקי ממונא בחזקת מריה וכו' עכ"ל, יעו"ש, ולצד זה של הגמרא לית ליה כרבי אלעזר דאין חוששים לשמא אינו בקי בפתח פתוח, אלא ספק הוא אם בקי או אינו בקי, ולענין איסור מוקמינן לה על חזקת היתר, ולענין ממון אינה גובה כתובתה, דאוקי ממונא בחזקת מריה, ולרב אלעזר לא מוקמינן לה בחזקת היתר, דבודאי נבעלה, דאין חוששים לאינו בקי, וגם אין מוקמינן לה בחזקת כשרות לומר דלאו תחתיו זינתה משום דאיכא חזקת הגוף כנגדה, כמו שכתבו התוס', לעיל (דף ט.) בד"ה לא צריכא באשת כהן, יעו"ש.

ואחר כך כתבו התוס' וז"ל: וקשה דאמאי מפסידה כתובתה והא הוה ספק ספיקא ספק אי הוא בקי בפתח פתוח אם לאו ואם תמצא לומר פתח פתוח הוה ספק באונס ספק ברצון דאפילו אשת כהן באונס לא מפסדה כתובתה ואין לומר דאפילו בספק

ספיקא מפסדה כתובתה משום דמוקמינן ממונא בחזקתיה דהא לקמן (דף יב:) גבי משארסתני נאנסתי והוא אומר לא כי אלא עד שלא ארסתיך נאנסת והיה מקחי מקח טעות ואיכא מאן דמפרש לקמן (דף יא:) מקח טעות ממאנים אבל מנה אית לה אלמא משום דבאותו מנה הוי ספק ספיקא לא מפסדה דספק קודם שנתארסה ספק אחר שנתארסה ואם תמצא לומר אחר שנתארסה אימור באונס הוה דאי אמרת דאפילו בספק ספיקא מפסדה אמאי אית לה אפילו מנה ויש לומר דלא חשיב ספק ספיקא כהאי גוונא משום דהאי ספיקא שמא באונס היה לא חשיב ספיקא גמורה למיתב לה כתובה דאימור קודם שנתארסה נאנסה וכו' עכ"ל, יעו"ש, והוכיח המהר"י י' לב מקושיית התוס' דספק ספיקא מהני להוציא מן המוחזק, והש"ך דחה ראיתו וכתב שזהו דין מיוחד בכתובה, דכיון דמותרת אין להפסידה כתובתה, ולכאורה כונתו דכל שמותרת לבעלה בעל כרחו מקבלת כתובתה.

וקשה דהא קושיית התוס' היתה גם באשת כהן שתקבל כתובתה על ידי הספק ספיקא דספק בקי אינו בקי ואם תמצא לומר בקי דלמא נבעלה באונס, דהא אשת כהן שנאנסה אינה מפסדת כתובתה, והלא ספק ספיקא זה אינו מתיר האשת כהן לבעלה, ועדיין אסורה לו, ומכל מקום מוציאה ממנו כתובתה על ידי הספק ספיקא, הרי דספק ספיקא מועיל להוציא מן המוחזק, ועיין באורים ותומים שהקשה כעין זה מדברי התוס' לקמן (דף יב.) בד"ה וניחוש, יעו"ש, ולכאורה היה יכול להקשות דידן. אולם לזה יש לומר דכונת הש"ך אינה דאין לדון דבר והיפוכו וכל שמותרת לו צריך ליתן לה כתובה, אלא כונתו דאם נקטינן בודאי מחמת ספק ספיקא שאינה סוטה, שלא זינתה תחתיו ברצון, אם כן לא עשתה מידי להפסיד את כתובתה, ולכן אפילו אשת כהן שזינתה באונס לא עשתה שום דבר להפסיד כתובתה, ואם הספק ספיקא מגיד לנו שלא זינתה ברצון ואינה סוטה, והרי היא מותרת לבעלה, למה תפסיד כתובתה, ואם התורה אסרה לכהן אשתו שנאנסה אין זה באשמתה, דבעצם מצד מעשיה היא מותרת.

אבל יותר קשה על דברי הש"ך ממה שכתבו התוס' בתחלת דבריהם, למאי דסלקא דעתיה בגמרא דחכמים רצו שיבא לבית דין לטעון שמצא פתח פתוח להפסידה כתובתה, דיש להסתפק אם בקי או אינו בקי, ומספק אוקי ממונא בחזקת מריה, אבל אינו נאמן לאוסרה משום דמוקמינן לה על חזקת היתר, כנ"ל, הרי להדיא שהיא מותרת לו, ומכל מקום מוקמינן ממונו בחזקתו, ועיין באורים ותומים שהקשה כן בשם השבות יעקב, יעו"ש.

ונראה דחלוק מותרת מכח ספק ספיקא ממותרת מכח חזקת היתר, דאם יש ספק ספיקא להתירה הרי זה הכרעה שאינה סוטה, ולא עשתה כלום להפסיד כתובתה, בהא ודאי אמרינן דכיון שנסתלק הספק ונתברר שאינה סוטה למה תפסיד כתובתה, אבל היכא דליכא אלא ספק אחד ומתירים אותה משום דמוקמינן אותה על חזקת היתר, אין זה מברר שאינה סוטה, שהרי הספק שקול, ואלא שדין הוא דמספק אין להוציאה מחזקתה, כמו דאמרינן לענין ממון דהמוציא מחבירו עליו הראיה, ומספק אין להוציא

מחזקת ממון, ולכן לענין איסור אמרינן דמוקמינן לה על חזקתה, אבל הספק לא הוכרע ועדיין קיים, ומספק אין להוציא ממון מחזקת מריה.

ועיין באורים ותומים שלמד דכונת הש"ך היא דאין לדון דבר והיפוכו, וליישב קושית השבות יעקב כתב דבעינן שניהם, דבר והיפוכו וגם ספק ספיקא, והיינו לכאורה כדברינו, דחלוק ספק ספיקא מחזקת היתר, אולם עד דאתית להכי לכאורה שוב אין צריך לומר בכונת הש"ך דאין לדון דבר והיפוכו, ומה שכתב אם כן פשיטא דבספק ספיקא כיון דמותרת לו, דהא ספק ספיקא שרי בכל דוכתא ואם כן מותרת לו לגמרי, אם כן היאך שייד לומר שתפסיד כתובתה, כנ"ל, הוא משום דהספק ספיקא מסלק הספק, כמש"נ, ואולי היה משמע לו להאורים ותומים מלשון הש"ך דכונתו לדבר והיפוכו, ומשום הכי הקשה על דבריו ממה שהקשו התוס' בהמשך דבריהם מהיא אומרת מוכת עץ אני וכו' דלרבי יהושע הפסידה כתובתה, ואמאי הא יש לה ספק ספיקא, יעו"ש, ומהי הקושיא, והלא הבעל טוען שנבעלה קודם אירוסין והוי מקח טעות, ומכל מקום מותרת לו, ואם כן לא הוי דבר והיפוכו, יעו"ש, אבל נראה דאין הכרח מדברי הש"ך דבעינן דבר והיפוכו.

בסוף דבריו כתב הש"ך בחצי עיגולים וז"ל: (גם מהר"י בן לב גופיה בספר ראשון כלל י"ב סי' ע"ז [ע"ט] כתב וזה לשונו, ומטעם ספק ספיקא היה נראה לכאורה לומר נמי דספק דמכר להאכיל ספק מכר להניח ואם תמצי לומר שמכר להניח שמא נטל רשות מבית דין, אלא שיש מקום לחלוק ולומר דכשם שאין הולכים בממון אחר הרוב הכי נמי אין הולכים אחר ספק ספיקא אלא אוקי ארעא בחזקת מאריה קמא ובחזקת היתומים עד כאן לשונו, וכן כתב עוד שם בס"י ע"ח [פ'] וזה לשונו, ולכאורה היה נראה דאזלינן בתר ספק ספיקא, לאו מילתא היא דהא אפילו באיסורי דאורייתא אזלינן בתר רובא ולגבי ממון אין הולכים אחר הרוב, הכי נמי יראה לכאורה בנידון דידן דאפילו דהוי ספק ספיקא לא מהני להוציא הקרקע מיד היתומים אלא אפילו בספק ספיקא נימא המוציא מחבירו עליו הראיה עד כאן לשונו ועיין שם) עכ"ל, יעו"ש.

הש"ך הביא ראיה מתשובות אחרות של המהר"י י' לב דלהלכה אין מוציאים ממון מן המוחזק על ידי ספק ספיקא, אולם בהשקפה ראשונה נראה ששתי תשובות אלו סותרות זו את זו, דבס"י ע"ט משמע דהוא עצמו ס"ל דמוציאים ממון על ידי ספק ספיקא, ואלא שיש מקום לחלוק לחלוק אם ירצה ולומר דכמו דאין הולכים בממון אחר הרוב, כמו כן אין מוציאים ממון בספק ספיקא, ובס"י פ' משמע דאם תעלה על דעתך לומר דאזלינן בתר ספק ספיקא, לאו מילתא היא, כנ"ל, ואולי חזר בו, וצריך עיון, והש"ך לא נחית לכך משום דבין כך ובין מבואר דאין להוכיח מדברי התוס' בכתובות דאזלינן בתר ספק ספיקא להוציא ממון מן המוחזק.

סימן קכא

בר.