

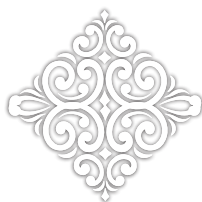
ספר התפיסה

בכללי הקים לי והתפיסה



ספר התפיסה

בו אסיפת דינים ובירור דעות הראשונים
והאחרונים ומנהגי הקהילות, בכללי הקים לי
ובכללי התפיסה והמסתעף.



חיברתיו וערכתיו בעזרת החונן לאדם דעת
ובחסד ה' עלי הצב"י אפרים כחלון ס"ט
פעיה"ק ירושלים תובב"א.
חודש אייר שנת "כי עזי וזמרת יה"
(ישעיה יב, ב) - תשפ"ה.

©

כל הזכויות שמורות

BEZRAT HASHEM INC.
יוצא על ידי בעזרת השם
www.BeEzratHaShem.org

בכל עניני הספר ניתן לפנות
למחבר בפלאפון 054-8447655

עימוד כריכות שערות
053-3191231



ברכת אב

הרב
חיים כהלון
שליט"א

אייר תשפ"ה

זה היום עשה ה' נגילה ונשמחה בו. שהחיינו וקיימנו והגיענו לזמן הזה.

מה גדול יום זה בו הוציא בני מחמדי "הבן יקיר לי אפרים", אב בית הדין "בעזרת השם", את הספר הגדול בכמות ובאיכות שנקרא שמו "ספר התפיסה".

הספר עוסק בנושאים הבאים:

כללי הקים לי, ספק בתפיסה במטלטלים, חזקת ספר תורה, ספק בתפיסה בקרקע. הרב אפרים שליט"א 'צלל במים שאין להם סוף' בדברי הפוסקים "ראשונים" ו"אחרונים", והוציא מתחת ידו יצירת מופת מקיפה, שלעניות דעתי לא נכתבה כמות.

"ספר התפיסה" יעלה בעזרת השם על שולחנם של מלכים, מאן מלכי רבנן, ויהיה לעזר רב לראשי ישיבות, למגידי שיעורים, שמלמדים את הנושאים האלה בישיבות הקדושות, בסוגית 'תקפו כהן' והמסתעף.

וכן יהיה לעזרת דיינים היושבים על מדין, ודנים בסוגיות אלו השכם והערב.

כמה דיינים ששמעו שהרב אפרים שליט"א כותב ספר על הנושאים האלה, אמרו שהם מחכים ומייחלים להוצאת הספר, שיפרוס לפניהם את כל הדעות של כל "הראשונים" ו"האחרונים", העוסקים בנושאים האלה, כולם בספר אחד.

לא נותר לי אלא לברך אותך בני היקר הרב אפרים, שתזכה להוציא לאור את כל הספרים וחדושי תורה, שקיבלה נשמתי הגדולה מהר סיני, בבריאות איתנה, תמשיך לזכות את הרבים, ולהרבות תורה וחסד, בעולמו של הקדוש ברוך הוא.

ותזכה לנחת רוח מכל יוצאי חלציק, בני, חיי, ומזוני, שלא תצא תקלה מתחת ידכם, ותמיד תדון דין אמת לאמיתה על פי תורתנו הקדושה.

בהזמנות זו אני רוצה לברך את "ראש המשביר" בן אחותי היקר, מזכה הרבים הרב ירון ראובן שליט"א. ראש הארגון "בעזרת השם" על הוצאת הספרים הקדושים והנפלאים של הרב אפרים שליט"א. "כי מלאכיו יצוה לך לשמרך בכל דרכך" בריא אולם לעד לעולם. וזכות כל התורה שאתה מלמד ומפיץ בכל העולם, והחסד שאתה עושה עם מאות משפחות יעמוד לך ולמשפחתך בעולם הזה ובעולם הבא.

באהבה ובתפילה, אני מברך אותך בני היקר, ואת "ספר התפיסה", פרי עמלך ויגיעתך. מי יתן ויהיה מקור אור וחוכמה לכל לומדי התורה, ראשי ישיבות, דיינים ותלמידי חכמים בישראל. יהי רצון שתורתך תתפשט ותתגדל, ותביא ברכה וקידוש שם שמים בעולם.

חותם באהבה והודיה להשם יתברך:

אביך חיים כהלון.

"תפסת, מרובה - תפסת"

הסכמה

הרב
גדעון בן משה
שליט"א

כס"ד



בית הוראה ירור משפטי

בראשות הרב הגאון גדעון בן משה שליט"א

תאריך: י"ג אדר א' תש"פ

יקר סהדותא

הובאו לפני גליונות ספר הנקרא בשם "ספר התפיסה" אשר כתב וערך אינן וחקר, אחד המיוחדים מבני החבורה בכללנו, כולל "ירור משפטי" בתוככי עיר הקדש ירושלים תובב"א, תלמידי וחביבי, אשר הוסמך על ידי להוראה ולדיינות כדרכה של תורה, מר ניהו הרב הגאון רבי אפרים כחלון שליט"א. השוקד על דלתות תורתנו הקדושה, לילה כיום יאיר כחשיכה כאורה, ומשים לילות כימים, ברוב חשקו ועבולו בתורה. וכבר אתמחי גברא ואיתמחי קמיעא בספריו הקודמים. ועתה הביא לנו מן החדש. ספר מלא וגדוש בכללי הקים לי הסבוכים ושאר דיני חזקה, אשר רבו הלכותיהם ופאריהם. וכמעשהו בראשנים כן מעשהו בספרו זה. והלך ונתגדל ונעשה כארי המתגבר. שואל ומשיב מקשה ומתריך כמלחמתה של תורה.

ויפה עשה דגמר חיפוש מחיפוש לדפוק על דלתות רבותינו ראשוניים ואחרונים ושוי"ט בתר שיפולי גלימייהו הדקדמונים עד דסליקא ליה שמעתתא אליבא דהלכתא.

עברתי בין בתרי אמרותיו וראיתי כי יפה עשה ואסף איש טהור כל דיני הקים לי והחזקה והוצאת ממון מן המוחזק וכו'. נושא ונותן באמונה בדברי רבותינו הפוסקים, נוחית לעומקא דדינא, ומסיק שמעתתא אלבא דהלכתא, ולפעלא טבא אמינא איישר.

וכל מן דין סמוכו לנא.

והנה גם ידעתי כי יראתו קודמת לחכמתו וכל מגמתו לבקש האמת, וגדול חשקו לקרב את ישראל לאביהם שבשמים, הן בשיחות מוסר ויראה והן בתורה שבכתב. ומבטל דעתו לפני דעת הגדולים, אשרי יולדתו תרב גדולתו.

יהי רצון שיוזכה לישב עוד באהלה של תורה ולהוציא לאור עוד מחידושו אשר קבלה נשמתו בהר סיני, ויפוצו מעיינותיו חוצה מתוך הרחבה ויישוב הדעת אמן.

בברכת התורה

ובאמרה רבה

ע"ה גדעון בן משה שליט"א

ראש כולל ובית הוראה "ירור משפטי"
ואב"ד לממונות ברבנות ירושלים ת"ו



דברי ברכה

הרב צבי דידי
שליט"א

בס"ד

דברי ברכה

ברכת הדיוט לכבוד ידידי עוז כבוד הגאון אב בית הדין העמל בתורה ויראה לילה כיום יאיר הרב אפרים כחלון שליט"א שזוכה לברך על המוגמר, בהשלמת ספרו הנפלא 'ספר התפיסה' ובגמר דבריו אדם נתפס, שיזכה במהרה להוציאו לאור ותרבה הדעת.

וביודעי ומכירי שעמל עליו זמן רב לילות כימים משום שזכיתי להיות נטפל לדברי תורה באשר כבדני בחלק מליבון הדברים בנושא נכבד זה. ויכול אני להעיד על העמל וההשקעה הנמצאים כאן שלא הניח מכל אשר מצאה ידו דבר קטן ודבר גדול, תופס לשון ראשון ותופס לשון אחרון, תפסת מועט תפסת תפסת מרובה תפסת, בהיקף גדול ועיון רב, ומלאכה גדולה ונצרכת היא בפרט בנושא זה שלא נמצאת בו הלכה ברורה במקום אחד.

והנני לברכו שתשרה השכינה במעשה ידיו ויהיו הדברים לתועלת לכל תופשי התורה, יחד עם כל חיבוריו החשובים ויוסיף וילך לעשות חיל בעמל התורה ללמוד וללמד, מתוך עושר וכבוד בריאות נחת ושלווה

בברכת התורה

צבי דידי



דברי ברכה
הרב
שלמה שרביט
שליט"א

דברי ברכה

מה גדול היום, בהגלות נגלות נעלמות, אשר הגה רבינו האב"ד איש חמודות, הגאון והשקדן האמיתי כמוהר"ר אפרים כחלון שליט"א איש רב תבונות, ובלב רחב האיר הנסתרות, ודלה דלה מעומק בארות הראשונים כמלאכים נופת צופים ומרגליות, ואף מדברי האחרונים דלה אבני חן נפלאות. והוליד בעיונו אורות יקרות, ויָרָא יוֹסֵף לְאֶפְרַיִם בְּנֵי שְׁלֹשִׁים מערכות נכוחות, דברי חכמה עמוקים מתובלים בנועם וסברות ישרות, ויש בדבריו הרבה נפק"מ לכל מורי ההוראות, מתי ואיך ליפות כח המוחזק להצילו מגזל וטעות, ומי מוגדר מוחזק כשרבו הספיקות, וכל הרואה חיבור זה משתומם משפע וריבוי היסודות, ומעריבות וטיב הסדר וגודל המתיקות, וירחיב ליבו בתורתנו שהיא חמדת כל הלבבות, ודבריה תמיד את העיניים מאירות, וְאֶנְכִי תְרַגְלֵתִי לְאֶפְרַיִם (הושע יא, ג) שעדיו נועד לגדולות, תְרַגְלֵתִי רוּחַ הַקֹּדֶשׁ לִיעֲקֹב בְּשִׁבְלֵי אֶפְרַיִם שעל ידו יעשה ה' יתברך נפלאות, לקרב לב אבות, ולהושיע בנים מכל צרות, ולקרב גאולת עולמים כימי צאתך מארץ מצרים אראנו נפלאות. אכ"ר.

כה דברי הצעיר

אוהב דבק מאח

שלמה שרביט



דבר המגיה
הרב
שלמה בר כוכבא
שליט"א

בס"ד

דבר המגיה

אמר המגיה שלמה משה בר כוכבא ס"ט. אחר עברי קורא להגיה זה החיבור הנהדר. משובח ובתפארת מפואר. אמרתי אבא אודיעך המעיין דבר. דהגם כי עמקו דבריו. ורבו פארותיו. הנה לשונו לשון הזהב. ומשמח כל לבב. סוד ה' ליריאו. וליכא מידי דלא רמיזא. באורייתא קדישא. הנה סימנא אתיא. "הרב חכם אפרים כחלון ס"ט מחבר ספר התפיסה". עולה גימ' כשירת אדוננו דוד המלך ע"ה: "הוצק חן בשפתותיך על כן ברכך אלהים לעולם" (תהילים מה, ג). חושבנא כדין כחושבנא דדין. ושם בסמוך ונראה, "חגור חרבך על ירך גיבור הודך והדרך", ופרש"י, "חגור חרבך על ירך, ללחום מלחמתה של תורה והוא הודך והוא הדרך". וכזאת המלחמה ראה יראה. כל הלומד בספר הזה. אשר מחזה שדי יחזה. מלא וגדוש בבקיאות ובחריפות. אל תנח מזה מזה. גם "כי לקח טוב נתתי לכם תורתיו אל תעזבו" עולה כמספר הזה. ויהא רעוא דיתבדרון מילי דמר בבי מדרשא. ויהללוהו מלכים מאן מלכי רבנן. ושקט ושאנן. ויתמיד בעבודתו עבודת הקודש להורות ולדון. עיניו תחזנה בבא ינון ובבנין אפריון. בב"א.



הנה בבא שמועה רעה
 כי באה ונמס כל לב ורפו כל ידים
 ונדהתה כל רוח וכל ברכים תלכנה מים
 הנה באה ונהית (יחזקאל כא, יב) על פטירת מאור עיננו
 מרן ראש הדישיבה הגאון הנאמ"ן ס"ט
 ביום המר והנמהר א"ך בניסן תשפ"ה
 נשארני קינה ונהי,
 ועל האי שופרא דבלי בארעא קא בכינא.



בא סימן: נאמ"ן ס"ט כסא רחמים

אוצרותיו וחדושו רבים שמחו	נחלי דמעותי מעי הרתיחו
רוח אפינו נלכד בשחיתותנו	אמש בפטירת הרועה הנאמ"ן
ובעפר נטמן	מותיב דיינא וקמיה ספרים פתיחו
חכמתו ואור פניו רבים שמחו	נועם דרכיו מעשה ידי אומן
מאור תורתו העניק לישראל וימן	סוד הנהגותיו על דרך שיחו
יושבי שמים ואראלים את	טוהר עיונו כצנצנת המן
המצוקים ניצחו	כוס היגון אל החכמות שלחו
ממרומים יפעל לקרב	ספדו הרימו קול ונהי כאלמן
	גאולת קץ וזמן

נכתב בתוך החודש לפטירת מרן ראש הישיבה
הגאון הנאמ"ן זצוק"ל

השבר והנחמה

הצדיק אבד ואין איש שם על לב
כי ראו כי גדל מאד הכאב
אוי ה' כי הרחקת ממני אודהב
ואשב כל היום כואב ודואב

צאו וראו כי הגה איש האמת פורח
ורוכב ערבות בבואו אליו, שש ושמה
ומלאכי רום יאמרו: הגה בא אורח
הוא בנו של רבינו מאזוז מצליח

ובלוזיתו ציוה ואמר: "אנא אחי
שירו לך אלי תשוקתי ויגדל אלהים חי"
ומלאכי מרום יזפיעו כבאר לחי
צדיק במיתתו קרוי חי

יוסיף הערה על לחם הביכורים
ועוד פרפראות משאר חיבורים
תקופות וגמיטריאות יחדיו שזורים
ויאמנו דבריו כתומים ואורים

וחכמי ג'רבא במרום ישמחו ויגילו
ועמקם שם כל ישרי לב יתהללו
על דעת שפתיו שברור מיללו
וכנגדם אכלה יהודה ושעריה אמללו

וקול ממרום יהיה נשמע מתחת כנפי השכינה
אשריך אמה של מלכות הרבנית כ'מסאנה
על בנך העמל ולומד בתורת ה' נאמנה
שהתעלה בתורה בכל שמונים שנה

סלק מעמך ישראל כל צר ובהלה
והשב לארצך כל בני הגולה
וקבל תפילתם מובחים וכעולה
ואנא אמור: עניים הגיע זמן הגאולה

חשרת מים עבי שחקים
גדול סילוקן של צדיקים
הן בעווננו אנו לוקים
נצחו אראלים את המצועקים

את תלמידיו ושומעי לקחו עוב
ויתמהו ויאמרו מי יטעימנו דברות זהב
ממטעמי התורה כאשר אהב
ויעידו בעם כי נפל ממנו ר'ב

צוואת קדשו השאיר לעולם השפל
אל תבכו למת, בכה בכו להולך בטל
שמבוב ימי חייו ללא מטרה כעצל
ואשרי החוגה בתורה הקדושה ועמל

ובמרום יפתח פיו וחיידושויו מי מנה
וכאשר היתה איתו באמנה
ישא ויתן בתורת הרב משמרות כהונה
ובמלחמתה של תורה יהיו ידיו אמונה

סביביו נשמות הצדיקים כאוגיא לכיסלא
שומעים פ'ך ש'מן ט'הור וחיידוש מופלא
הברקה והגחה שבכתם פו לא תסולא
והנה כבוד ה' ואורו את המשכן מלא

ולסיום פיוט מרבי יהודה הלוי
ימהר ויחיש לפייט ולהביא
קולו ינשא ברקיע כארי ולביא
ואל מידת הדין יאמר בעדך חבי

או יעלה להתחנן לפני יוצר המאורות
האר פניך אל הנפשות השבורות
על נשמות ישראל הטהורות
ואנא צר ומשטין מעליהם כרות

תוכן העניינים

א	אלה תולדות הקים לי וירא ראשית לו בדיני הקים לי • קים לי מעט מזעיר אשר לא כביר • חרב בא לעולם	סימן א
ב	הן אראלים צעקו חוצה לקי"ל דברי הרב בית אהרן בענין אם יורדים לנכסי בע"ח שלא בפניו • המשך דברי הרב בית אהרן • קי"ל אשר על העדות • עוד כמה מיסודות הקים לי • קי"ל שלא בפניו • אי אמרינן קי"ל לתופס ואי טענינן ליה • הנשאל בהם [בסברות הקי"ל] באזהרה	סימן ב
ג	אם מרן השו"ע הלך בכללי הקים לי דעת מהר"א ששון • והמנהג כמנהג בשנים קדמוניות • דעת הכנה"ג • דעת הגר"י איבשיץ • דעת הרב פרי צדיק והגר"ח פלאגי	סימן ג
ד	דיני הקים לי הבאים מצרימה דעת הרב דרכי נועם • דעת הרב מטה יוסף ומהר"י פראגי • דעת חכמי צפת	סימן ד
ה	הטעמים לאמירת הקים לי וטעם זקנים יקח • אין הולכין בממון אחר הרוב - מדאורייתא או מדרבנן • עביד איניש דינא לנפשיה	סימן ה
ו	ביטול החרם על הדנים בקים לי וחרם לא יהיה עוד • כל המקומות אשר התהלך שם הקים לי	סימן ו
ז	הרחבת דיני הקי"ל ברבות הטובה רבו אוכליה • דברי הרב טהרת המים בדיני קים לי • הקדמונים נסוגו אחור מדיני קי"ל	סימן ז
ח	קים לי נגד מרן והרמ"א לכו אל יוסף • קי"ל נגד זקני עמי (מרן והרמ"א) • בלשון יש אומרים בשו"ע אי מצוי למיטען קי"ל כהחולקים	סימן ח
ט	קים לי יעלה מגאון יחידי קים לי כהרשב"א • קים לי כהריטב"א • קים לי כהנימוקי יוסף • מחלוקת בקי"ל כיחיד	סימן ט
י	פרטי הדין בציווי הכתוב "אחרי רבים להטות" כשלא ראו הפוסקים אלו את אלו • יש ללמוד מזה לדיני קים לי	סימן י
יא	קי"ל כותיה דהפוסק בהא ולא בהא דעת הפוסקים האומרים קי"ל ככה"ג • דעת רבינו הש"ך • דעת החולקים והמפקקים בקי"ל ככה"ג • מסקנא לדינא	סימן יא
יב	פוסק שסותר את דבריו אי מצוי למימר קי"ל כאחת מתשובותיו דכוותי אזלינן בתר המקום שהוא עיקר הדין • אי מצוי למימר קי"ל כהווא פסק	סימן יב
יג	בירור דעת רבינו הגר"ח פלאגי בפוסק שסותר את דבריו בחיבורו סמיכה לחיים • בחיבורו נשמת כל חי • דעתו בשאר חיבוריו • מסקנתו בחיבורו גנזי חיים • הדר תבריה לגזיזה • סדר חיבורי הגר"ח פלאגי • משנתו האחרונה של הגר"ח פלאגי	סימן יג

סימן יד	דעת רבותינו האחרונים אשר מימיהם אנו שותים בענין הנ"ל כד הסכמת האחרונים בהאי דינא דאין לצרף דברי הפוסק הסותר משנתו • עוד פוסקים המסכימים להנ"ל
סימן טו	דעת הפוסקים החולקים בענין הנ"ל כה הני רבנות החולקים על זה • דעת הרב שדי חמד • אי קים לי הוה טענת ברי או שמא • אי סברת קים לי הוה מדאורייתא או מדרבנן
סימן טז	קים לי כסברת פוסק שלא הכריע דעתו כו קים לי כסברא המסופקת • קים לי כפוסק המסתפק כנגד פוסק אחד שלא מסתפק • קים לי בדברי הפוסקים שנדחו
סימן יז	אם הפוסק יכול להכריע כנגד קי"ל כח הכרעת הדיין • דיני דברכות כדיני ממונות
סימן יח	בו היה לבא'ר אי אמרינן כמה קים לי בנידון אחד ל דעת הרב מטה יוסף דתלת קי"ל לכו"ע לא אמרינן • כמה קי"ל עם קי"ל גרוע לא אמרינן • יותר מתרי קי"ל למוחזק לא אמרינן • קי"ל בספק במוחזקות או בתפיסה • כמה קי"ל במיעוטא דמיעוטא • קי"ל טענת ברי או שמא • אין מוציאין ממון בספק ספיקא • עוד כללי ופרטי באמירת כמה קי"ל
סימן יט	וגם את הגוי אשר יעבוד אם דן אנכי בקים לי? לג גוי הבא לדון בדיני ישראל דינו
סימן כ	קים לי במילתא דאית ביה איסור וממון לה באיסורא דאורייתא לכו"ע לא אמרינן קי"ל • תפיסה בריבית שהיא פחות משו"פ
סימן כא	דעת מהרי"ט וראיתו דספק בתפיסה לא הוה תפיסה לו ספק בתפיסה ותפיסה מספק • ראייה מהגמרא דספק בתפיסה לא הוה תפיסה • דברי הרב ותלמידו
סימן כב	בירור בדעת מהרי"ט בספק בתפיסה לח המשך דברי מהרי"ט • יותר מעשרה פוסקים הסוברים דלא הוה תפיסה • לימוד מדיני תפיסה לדיני ברכות
סימן כג	כפלוגתא דרבוותא בטענת קים לי אי מצי למיטען קי"ל מא הערה ע"ד הכנה"ג
סימן כד	מילתא בטעמא דלא הוה תפיסה מא חולשת כח הקים לי • דין ספק הקדש • המהרח"ש סתר אהלו
סימן כה	פלפול בראיית המהרי"ט מג דחיית ראייה המהרי"ט • הערה על הדחיה • קים לי כנגד דיין המומחה לרבים
סימן כו	דעת הש"ך דספק בתפיסה הוה תפיסה וראיותיו מה דברי רבינו הש"ך • הערה ע"ד הש"ך • ראייה מתשובת הרשב"א • חילוק לדינא בספק בתפיסה • ראייה מדברי הרא"ש לחילוק הנזכר • חילוק בין ספק בתפיסה לספק במוחזקות • גם הרב עדות ביעקב סובר לחילוק הנזכר
סימן כז	דעת מהרדב"ל בספק בתפיסה מט תשובות מהר"ד בן לב מי חיברם?
סימן כח	בירור דעת הרא"ש בספק במוחזקות ובתפיסה מט קב בשתי אמות • הערת הגר"ד פוברסקי בדעת הרא"ש • יישוב פסקי הרמ"א בשו"ע

נא	בדעת רבינו הטור בספק בתפיסה..... תירוצי האחרונים על הקושיא על הטור • הטעם שהש"ך לא תירץ כן	סימן כט
נב	דעת כמה מהאחרונים כהש"ך..... לכאורה יכול לומר קי"ל דהוה תפיסה • בדעת הרב נתיבות המפשט מליסא בספק בתפיסה	סימן ל
נג	דברי הרב שבות יעקב ודעימיה בספק בתפיסה..... הכרעת הרב שבות יעקב • דעת הרב קנין פירות	סימן לא
נה	הדריןן לפלוגתא דרבוותא בספק בתפיסה..... הסכמת מהר"ם חאגיז והרב שמש צדקה כמהרי"ט	סימן לב
נו	בירור דעת הרב פני משה כנבנישתי בספק בתפיסה..... צירוף כמה קי"ל • במחלוקת אעיקרא דדינא מי נקרא מוחזק • ספק בתפיסה בתפיסה ברשות • דין בריא הכותב כל נכסיו לאשתו חזקת מרא קמא יחד עם תפיסה מספק • מי שנתן עינו לגרש את אשתו אם יורשה • מסקנת הרב מטה שמעון בדעת הרב פני משה	סימן לג
נח	דברי מהר"ח עשאל בספר סם חיי בענין ספק בתפיסה..... התרומת הדשן סובר כמהרי"ט • הוכחה דמהרי"ק סובר כמהרי"ט • דעת הרב סם חיי וחבל אחרונים כמהרי"ט	סימן לד
	ליקוט דעת הפוסקים הספרדים שהוזכרו בספר מטה שמעון בדין ספק בתפיסה.....	סימן לה
ס	פלוגתא דרבוותא ללא הכרעה • דעת הרב בית שלמה והרב מטה אשר • דעת מהרי"א אלגאזי ומהר"ד פארדו • דעת מהר"י קובו ומהר"י כהן • דעת מהר"א אלפאנדרי ומהר"א מיוחס • דעת מהר"י הלוי ומהר"א ששון • פסיקת מהר"א אבן שאנגי	סימן לו
סב	עוד חכמה ודעת בדברי רבותינו הספרדים בזה..... דעת מהרמ"ח אמארליו וחכמי דורו • הערה על דבריו • דעת מהר"ם פרישקו • דעת מהר"ח"א קובו ומהר"א מצליח • דעת הגר"א ענתבי, מהר"א די טולידו, ומהר"ח"ם פראנגי • דעת הרב שער אשר קובו • דעת הרב און אהרן • הערות על דבריו - ודעת הרב אורים גדולים • דעת הרב ויאמר יצחק	סימן לז
סו	בירור דעת הרב פרח מטה אהרן בספק בתפיסה..... הדר תבריה לגזיזה • ספק בתפיסה לבעל חוב	סימן לח
סז	דעת הרב חיד"א בפלוגתא דרבוותא בקים לי..... פלוגתא בקי"ל אם אומרים קי"ל • החילוק בין מטלטלין לקרקע • ויוסף הוא המסביר	סימן לט
סח	החילוק בין ספק בקים לי לספק בתפיסה..... הערה על הכנה"ג • דברי הרב ויאמר יצחק בזה	סימן מ
סט	דעת הרב חיד"א וחכמי דורו בספק בתפיסה..... מעשה שהיה • הלכה למעשה • הדינים שווים בספק בקי"ל ובתפיסה • עוד פוסקים הסוברים כן	סימן מא
עב	בירור דעת הכנה"ג בספק בקי"ל אי אומרים קי"ל..... הכנה"ג חזר בו • סדר כתבי הקודש של הכנה"ג • בספק בטענה ובמציאות אין לומר קי"ל	סימן מב
עה	עוד בענין הנ"ל ובירור משנה אחרונה דרבינו הכנה"ג בספק בתפיסה..... דברי הרב שמחת כהן • במטלטלין מהני תפיסה • חזרת הכנה"ג מחזרתו	

סימן מג	פוסק הסותר משנתו בין הפסקים לתשובות..... עז החילוק בין הפסקים לתשובות
סימן מד	הכרעת הפוסקים לחלק בין ספק בקי"ל לספק בתפיסה עח החילוק בין קי"ל לתפיסה • ראייה מדברי הרב פני משה • ראייה מדברי הרב שמש צדקה • דעת הרב ברוך טעם בספק בתפיסה הנפק"מ בין קי"ל לתפיסה • סמיכת הפוסקים על החילוק הנזכר • הדר ליסבר בחילוק הנזכר
סימן מה	דעת הרב טהרת המים בספק בקי"ל ובתפיסה פא פשט דגל הקים לי • מחלוקת האחרונים בזה
סימן מו	בירור דעת חכמי תוניס בספק בתפיסה פב דעת מהר"ע אלחייך • השיב אחר ימינו • ביאור הגמרא בחזקת הבתים • דעת הגאון רבי יעקב גדישא
סימן מז	בירור דעת הרב נתיבות משפט אלגאזי בספק בתפיסה פה דין סטראי • אם אפשר לתפוס גם בנכסים אחרים שאינו טוען עליהם • דין שטרא דאיתרע
סימן מח	בדעת הרדב"ז ודעימיה בספק בתפיסה פח תפיסת יורשי האלמנה כשמתה ולא נשבעה • דברי השו"ע והרמ"א בתפיסת יורשי האלמנה
סימן מט	עוד ראייה דספק בתפיסה לא הוה תפיסה פט הלימוד בכל שכן מדעות הפוסקים שכתבו דבתיקו לא מהני תפיסה • ראייה מדעת הרמב"ן ועוד
סימן נ	עוד בענין הנ"ל צ דעת התרוה"ד ומהר"ם מרוטנבורג • קול מליין על החידוש הנזכר • לא תליין
סימן נא	דעת הרב קונטרס הספיקות בספק בתפיסה צא כליו של לוקח ברשות מוכר • כללא דכל דיני תפיסה • תפיסה כשהספק בשעת התפיסה
סימן נב	בדעת רבינו הקצות החושן בכל ספק בתפיסה צג תפיסה במחוייב שבועה דרבנן • תפיסת העבד בגופו • המשך דברי הקצוה"ח • ראייה מדברי הרמ"א • ביישוב קושיית המשנה למלך • עוד ראיות מדברי רבותינו הראשונים לדברי הקצוה"ח
סימן נג	חבל אחרונים שכתבו כהקצוה"ח צו ליקוט דבריהם • דעת הרב אורח משפט (אנוליק) • דין האומר בית מבתי אני נותן לך • המשך דברי האורח משפט הנ"ל
סימן נד	בירור דעת הרב חקרי לב ובנו הרב אורח משפט (חזן) בספק בתפיסה צח ליקוטי תשובותיהם ופסקיהם • השאלה והתשובה על ספק בתפיסה • מיגו בשניים • ספק מיגו • יישוב על החקרי לב דהוה כספק בתקנה וספק בתפיסה • יישוב נוסף על החקרי לב, דהוה כספק תפיסה במציאות
סימן נה	בדעת חכמי אשכנז בספק בתפיסה קא דעת מהרי"י שטיינר • ירושת בכור במלוה • ראייה לדברי המהרי"ט • דעת הגרע"א בספק בתפיסה
סימן נו	בדעת הרב משנה למלך בספק בתפיסה קג סתירה בדברי המשנה למלך • פוסק שכותב במקום אחד בלשון ספק ובמקום אחר ההיפך בלשון ודאי • תמיהת הרב שם יוסף על המשנל"מ • סתירה בדברי הרב שם יוסף

סימן נז	בירור דעת הפתחי תשובה בספק בתפיסה קד תפיסה כשיש רגליים לדבר = דברי הרב עטרת צבי = הערת הפת"ש על העטרת צבי = תפיסה מספק באומדנא דמוכח = בירור דעת הש"ך
סימן נח	בירור בדעת מרן השו"ע בספק בתפיסה קז
סימן נט	ראיה נוספת בדרך הפלפול דדעת מרן השו"ע דספק בתפיסה לא הוה תפיסה קח דין מוכר עבדו לעכו"ם = השמטת מרן השו"ע לדין תפיסה בזה = שור שנגח עבד המעוכב גט שחרור = ישוב טעם ההשמטה בשו"ע = הספק ש"ל שהסתפק בו מרן השו"ע = יש ללמוד מסתימתן של ראשונים
סימן ס	בענין הנ"ל ובדין שותף שטען על אחר שחייב לשותפות קיא דעת מרן השו"ע בזה = דעת הב"ח בזה = איך פסקינן במחלוקת אי טענינן מיגו
סימן סא	בענין הנ"ל ובדין אשה שתפסה למזונות קיב בדין אשה שתפסה למזונותיה במקום שיש בעל חוב = ראיה לדברינו מדברי הרב אוזן אהרן = הערה מדברי הרב אוזן אהרן
סימן סב	בענין הנ"ל ובסוגיא דכל דאלים גבר קיג הפלוגתא דרבוותא בזה = ביאור בהערת התומים
סימן סג	בענין הנ"ל ובסוגיא דתקפה אחד בפנינו קיד דין שנים אוזנין בטלית והמסתעף = החילוק בין תפיסה בדין יחלוקו לתפיסה בדין כל דאלים גבר
סימן סד	בענין הנ"ל ובסוגיא דמקבל מתנה ושתק ואח"כ צווח קיז בדין זיכה מתנה לחברו ע"י אחר, ושתק ואח"כ צווח = הערה וביאורה בדין הנזכר
סימן סה	בענין הנ"ל ובסוגיא דמתנה טמירתא קיז פסק הרמב"ם והשו"ע = דברי הגר"א בזה = דברי הרב מגיד משנה = דברי הרב שם אריה
סימן סו	בענין הנ"ל ובדין שוחט שהטריף קיט נתן בהמה לטבח וניבלה = ספק דאורייתא לחומרא מדרבנן = קים לי בדבר שיש בו ממון ואיסור
סימן סז	בענין הנ"ל ובדין תפיסה בדיני קנסות כיום קכא תפיסת הניזק בקנס
סימן סח	ביאור דיני תפיסה בדעת מרן השולחן ערוך קכב הפיל שן עבדו וסימא עינו = באה ואמרה מת בעלי
סימן סט	בענין הנ"ל ובדין הפוסק מעות לחתנו קכג כשמת הארוס = מחלוקת הראשונים בזה = דברי הרמ"א בזה
סימן ע	בענין הנ"ל בדין מורדת קכד מורדת שתפסה = פלפול בדין הנזכר = פלפול בדברי הרמב"ם והריב"ש = דברי הריטב"א בדין מורדת = דברי האבני מילואים בהנ"ל דברי הש"ך בספר תקפו כהן בדין הנ"ל
סימן עא	בענין הנ"ל ובדין תפיסת האלמנה במטלטלין קכז אלו נכסים שהאלמנה ניוזנית מהם = תקנה דרבנן = עוד מענין התקנה הנ"ל = תפסה כיכר זהב = תפסה האלמנה ללא שבועה

קכט	עוד מפסקי השו"ע בתפיסה בתיקו ובפלוגתא דרבוותא קכט אמרה מת בעלי = דין קדימה באלמנה = זכות היבם בנכסי המת	סימן עב
קל	המשך ביאור דיני תפיסה שבשו"ע ובדין יד בעל השטר על התחתונה קל תפיסה כשיד בעל השטר על התחתונה = תפיסה כשהיה כתוב בשטר סלעים = ביאור התומים בדין הנזכר = הערה בדברי התומים	סימן עג
קלא	בענין הנ"ל ובדין שניים החתומים על השטר והורעה חתימתם קלא תפיסה בשטר שהורעו עדי	סימן עד
קלב	בענין הנ"ל ובדיני מכירת שטר קלב תפיסה בשטר שלא נמכר כתיקנו	סימן עה
קלג	בענין הנ"ל ובדין שטר שטוען הלוה פרוע קלג תפיסה בענין הנ"ל = תפיסה במחוייב שבועה דרבנן	סימן עו
קלד	בענין הנ"ל ובענין טענו חיטים והודה לו בשעורים קלד דעות הפוסקים בזה = חזקת חיוב = הטעם דמהני תפיסה	סימן עז
קלה	המשך הסימן הקודם ובדעת מרן השו"ע בתפיסה לאחר שעמד בדין ועוד קלה דעת הש"ך בזה = מרן השו"ע סתם = דברי הרב שער משפט = דברי הרב מגן שאול = דברי הרב הלכה למשה = נראה שדעת מרן השו"ע דלא מהני תפיסה לאחר שעמד בדין = תפיסת בע"ח המאוחר במטלטלין	סימן עח
קלז	עוד מפסקי השו"ע דהם בעיא דלא איפשטא ומהני בהם תפיסה קלז דין שתי גנות זו ע"ג זו והירק ביניהם = דיני עייל ונפיק אזוזי = הקנה השדה לאחד והמטלטלים לאחר = דין האומר נכסי לפלוני העושה בגפן זה לא יאכל בגפן אחר = שאל פרה לרבעה = דיני שבח גזילה	סימן עט
קמ	עוד מדברי השו"ע בתפיסה בספיקא דדינא קמ בענין המזיק ואינו יודע מה הזיק = בענין הנ"ל כשתפס בלא עדים = פלוגתא בתפיסה	סימן פ
קמא	עוד מפסקי השו"ע בבעיא דלא איפשטא קמא מוסר שהזיק = תפיסה בהזיק בהמה = תפיסה בהזיק בור = תפיסה במוציא תבנו וקשו לרשות הרבים = תפיסה בחבלות	סימן פא
קמג	בירור דעת הרמ"א בספק בתפיסה קמג הוכחת הש"ך דהרמ"א סובר דספק בתפיסה היא תפיסה = הערת האחרונים על הראייה הנזכרת = הוכחת הש"ך השניה דהרמ"א סובר דספק בתפיסה היא תפיסה = דברי הרב שושנת יעקב על דברי הש"ך	סימן פב
קמה	בענין הנ"ל ובדין שכיב מרע שהקדיש כל נכסיו קמה דברי הש"ך בזה = השגת הרב שושנת יעקב על הש"ך = ראייה מהרשב"ם לדבריו	סימן פג
קמו	החילוק בין ספיקא דדינא לספק במציאות קמו ביאור החילוק = ספיקא דעלמא וספיקא דדינא = העולה ומתעלה = פלפול בסברא הנ"ל = דברי הרב דברי שלום מזרחי	סימן פד
קנ	הסכמת האחרונים לחילוק הנ"ל קנ הסכמת הרב משנה למלך = הסכמת קונטרס הספיקות = הסכמת הרב בני משה לחילוק הנזכר	סימן פה

סימן פו	משא ומתן בדברי הצמח צדק בחילוק הנזכר קנא החילוק בין תיקו לתקפו כהן = ראייה דבספק במציאות לא מהניא תפיסה = ראייה נוספת דבספק במציאות לא מהני תפיסה הערה על דברי הצמח צדק
סימן פז	עוד ראיות לחילוק הנזכר קנג ישוּב קושיית השבות יעקב על הש"ך = דעת הרב בית אפרים בתפיסה בספק במציאות
סימן פח	מסקנא דדינא דספק במציאות בספק בתפיסה לא הוה תפיסה קנד לכו"ע בספק במציאות לא מהני תפיסה, וכ"ש ספק תפיסה = גם הרד"ך והרב משאת משה סוברים כן = גילוי מסכים מרבינו החזו"א = הכרעת הרב מאזניים למשפט
סימן פט	הערה על אחרוני האחרונים שלא הזכירו מכל דברי רבותינו בזה קנו דעת הרי"ם מגור = דעת הגר"צ עוזיאל
סימן צ	דברי ידידנו הדיין המצויין הגר"צ ידידי שליט"א בזה קנז ראיה דספק בתפיסה לא הוה תפיסה מסברת האומרים קי"ל נגד מרן = ראייה שגם הש"ך מודה בזה
סימן צא	בתר איזה רובא אזלינן רובא בענין או רובא בעיקרא דדינא קנח בואו חשבון = הכרעת מהר"א גאטניו = דברי הרב פאת נגב = עוד ראיה מדברי הרב פאת נגב לזה = דברי הרב תורת חיים
סימן צב	ראיות מדברי רבינו הש"ך לחידוש הנזכר קסג ראיה מדברי הש"ך בענין חזקת ס"ת = ראיה מדברי הש"ך בענין פורע חובו של חבירו שלא מדעתו = ראיה מדברי הש"ך בתקפו כהן
סימן צג	עוד ראיה מהש"ך והקצות החושן דיש לילך בתר רובא בעיקרא דדינא קסו דין מעמד שלושתן בגוי
סימן צד	ראיה מהרב חקרי לב דיש ללכת בתר רובא בעיקרא דדינא קסז תקנת הגאונים לגבות מטלטלין מיתומים = מחלוקת הפוסקים בתקנה
סימן צה	מקב"ץ ועולה לדברי הפוסקים הסוברים דאזלינן בתר רובא בעיקרא דדינא קסח דעת הכנה"ג = כן נראה מעוד הרבה פוסקים
סימן צו	עוד פוסקים ההולכים בתר רובא בעיקרא דדינא קסט דעת הרב פרח מטה אהרן = דעת מהר"א נחמיאש = דעת מהר"א אלפאנדרי = דעת מהר"א חיון = דעת הרב פני אהרן = דעת הרב בית דוד ורעהו = הערה על הרב בית דוד = דעת הרב שער אשר קובו
סימן צז	הפוסקים שסוברים דיש ללכת בתר רובא בענין ולא בעיקרא דדינא קעג דברי מהר"א די בוטון והרב פני משה = דברי מוהר"ש פלורנטין = והיתה העלמה יוצאת
סימן צח	עוד נפקא מינה לדינא בענין בתר איזה רובא אזלינן קעד היה עושה בגפן זה לא יאכל בגפן אחר
סימן צט	דעת הרב טהרת המים בספק בתפיסה קעה
סימן ק	דברי הרב מאזניים למשפט בספק בתפיסה קעו מסקנתו לדינא = הערה על דבריו

- סימן קא** אופנים דלכו"ע לא מהני בהו תפיסה. קעז
גבאי צדקה לא יכול לטעון קי"ל. כיצד מהני טענת קי"ל הלא הוה ספק גזל. חובת שמירת מטורף מממונו
- סימן קב** נידון חזקת הס"ת. קעט
חזר ודן בנידון חזקת הס"ת. מחלוקת מהרי"ק ומהרש"ל. דברי האחרונים במחלוקת הנ"ל. ראייה נוספת דאין המהרש"ל חולק הפוסקים הסוברים כמהרש"ל. הפוסקים הקדמונים הסוברים כמהרי"ק. דברי הרא"ם נאמרו בכל גוונא
- סימן קג** דעת הפוסקים שהס"ת בחזקת הקהל. קפג
המבארים כן בדעת מרן השו"ע. דברי הרב קרני רא"ם
- סימן קד** הספק מי נקרא מוחזק. קפד
ביאור צדדי הספק
- סימן קה** דעת רוב הפוסקים דהס"ת בחזקת המקדיש או יורשיו. קפה
מונה הטעמים לשבח בפסק זה
- סימן קו** עוד פוסקים הסוברים דהס"ת בחזקת הבעלים. קפז
מוסיף והולך ומונה לדעות הפוסקים בזה. תשובת ריב"א אונגר. הכרעת האחרונים. דעת גאוני אשכנז בזה. תשובת הרב בכורי שלמה. תשובת מוהר"ר אנקאוה
- סימן קז** המנהג בדורות האחרונים בנתינת הס"ת לבית הכנסת. קצ
והמנהג כמנהג. חבל אחרונים הסוברים דהס"ת בחזקת היורשים
- סימן קח** המקדיש ס"ת אם מפסיד מצותו. קצב
טעמים נוספים דהס"ת לא יוצא מחזקת הבעלים
- סימן קט** הכרעת גדולי פוסקי דורינו. קצג
דעת חכמי הדור
- סימן קי** אם הס"ת נחשב ממון או טובת הנאה. קצד
טובת הנאה אין לה ירושה. גם הרב שומר אמת מסכים לנידון דידן
- סימן קיא** בואו חשבון. קצה
למעלה משבעים פוסקים סוברים דהס"ת בחזקת הבעלים
- סימן קיב** הטעמים שאין לומר קי"ל בנידון דידן. קצו
קים לי כנגד רוב הפוסקים. כמה טעמים דלא שייך כאן קי"ל. תפיסה בדרך שאלה ופקדון. ל"א קי"ל כשאפשר להשוות סברת החולק. קי"ל בטענת ספק. קים לי נגד מרן השו"ע. קים לי במקום מנהג. קים לי היכא דלא מסתבר טעמיה
- סימן קיג** בענין הנ"ל ובענין הכרעת הדיין בפלוגתא דרבוותא. ר
קי"ל כנגד דיין שהכריע. הכרעת דיין כנגד קי"ל. הפוסקים המסכימים לזה. מחלוקת אי אמרינן קים לי בדיין שהכריע ולא קיבלוהו עליהם. הסכמת האחרונים בדיני קי"ל. אי אמרינן כמה קי"ל. גבאי צדקה לא יכולים לטעון קי"ל עבוד הציבור. ראייה לזה מדיני מוקצה
- סימן קיד** דחיית כמה ראיות שהביאו מדברי הפוסקים דהס"ת בחזקת הקהל. רה
הנותן ממון להקדש אינו בעלים כלל על זה. כשמתנה תנאי בחייו פעמים ומגרע כוחו. החילוק בין כלי כסף לס"ת. גם הרב תקפו של יוסף פסק כמהרי"ק. גם מדברי הרב שופריה דיוסף בזה אין סתירה לדברים הנזכרים. פלפול והבנת דברי הרב עין יצחק. אומדן דעת שהיתה כונתו להקדיש לגמרי. קים לי כהחולקים על התו"ח. הערת הגר"י חדאד שליט"א. התשובה על הערתו

- סימן קטו** בענין תפיסה וספק בתפיסה בקרקע רט
מחלוקת ר"י ורשב"ם • מקור המחלוקת ר"י ורשב"ם • דברי הש"ך התומים והנתיבות • דברי הרב שער אשר
- סימן קטז** דעת הרב פני משה בעניין הנ"ל ריא
ב' תשובות הפני משה בעניין זה • דברי הרב פני משה בחלק ב' • דברי הגרע"א בטעם הדבר • הטעם בחזקת מרא קמא בממונא ביאור בדעת הרב קונטרס הספיקות • דברי הרב פני משה בחלק א' • דעת מהר"ם שלטון בזה
- סימן קיז** דעת מהר"ם אמארליו בעניין הנ"ל ריג
קושית הרב פני משה • תשובת מהר"ש פלורנטין • תשובתו השנייה של הרב דבר משה • הערה על הרב דבר משה • תשובתו השלישית של הרב דבר משה • הערה על דברי הרב דבר משה • סדר סימני התשובות של מהר"ם אמארליו • מצאתי את שאהבה נפשי בדברי הגר"ח פלאגי שהעיר ככל הנ"ל
- סימן קיח** דעת מהר"ש אמארליו בעניין הנ"ל ריח
התשובה הראשונה בכרם שלמה • התשובה השנייה בכרם שלמה • המשך התשובה הנ"ל • המסקנא בדעת מהר"ש אמארליו דעת הרב מעיל שמואל בתפיסה בקרקע
- סימן קיט** עוד בדעת רבותינו האחרונים בעניין הנ"ל רכ
דעת הרב מרי"ש בזה • דעת מהר"א הלוי ומהר"א גאטניו • שו"ת ראש משביר הוא למהר"ש • דעת הרב זרע אברהם בזה • דעת הרב מטה שמעון • דעת הרב משאת משה • דעת הרב אשדות הפסגה • דעת הרב לחם שלמה • דעת הרב זרע יעקב
- סימן קכ** דברי הרב משחא דרבותא ובדעת הכנה"ג בעניין הנ"ל רכב
מעיר דהכנה"ג סותר עצמו • בדעת המהרי"ט בזה • עוד בירור בדעת המהרי"ט בתפיסה בקרקע • סתירה נוספת בדעת הכנה"ג דעת הכנה"ג בתפיסה בקרקע • תמיהה על הכנה"ג • המסקנא בדעת הכנה"ג בזה • הפוסקים שסתרו משנתם בדין זה
- סימן קכא** דברי הרב שמחת יאודה בעניין הנ"ל רכה
הראשונים שסוברים כרשב"ם • מחלוקת הרשב"ם ור"י • הערה על דבריו
- סימן קכב** דברי הרב שפת הים בעניין הנ"ל רכז
הפוסקים המסכימים לרשב"ם • הוכחה מדעת הש"ך דמהני תפיסה בקרקע
- סימן קכג** ראיה מדברי מרן השו"ע דלא מהני תפיסה בקרקע רכח
הראיה מדברי מרן השו"ע • דעת מהר"ם בנבנישתי גאטניו דלא מהני תפיסה בקרקע
- סימן קכד** דעת מהר"ם פרישקו בעניין הנ"ל רכט
הערה על הרב שער אשר • בתשובת מהר"ם פרישקו מבואר דבמחלוקת בתפיסה לא מהני תפיסה
- סימן קכה** דברי הרב לב מבין בעניין הנ"ל רכט
הזכיר מההערה על הכנה"ג • עוד רבים הסוברים דארעא היכא דקאי קאי • המסקנא בדעת הרב לב מבין
- סימן קכו** דעת הגר"ח פלאגי בעניין הנ"ל רלא
בירור דעת מרן השו"ע בעניין הנ"ל
- סימן קכז** החובה לבאר דעת מרן השו"ע • תשובת מהרי"ט • דברי מרן השו"ע • השבה על דברי המהרי"ט • המהרי"ט גופא לא פסק כרשב"ם דברי הרב פרח מטה אהרן בזה
- סימן קכח** בדעת הרשב"א בדיני חזקה היזק ראיה רלד
ספק בדעת הרשב"א • התשובות שהרשב"א מסתפק בהם • שמונה תשובות שהרשב"א

- מכריע הספק • הערה על הרב בני משה הוכחה דהרשב"א לא פסק כהרשב"ם • ביאור מהר"א ששון בדעת הרשב"א • הערת הש"ך ע"ד
- סימן קכט** מחלוקת האחרונים בדעת הרשב"א בענין הנ"ל רלז
דברי הרב בית דוד בזה • דברי הרב משנה למלך בזה • ביאור הרב מעשה חייא • דברי מהר"י כולי
- סימן קל** עוד בענין הנ"ל ובדעת קונטרס הספיקות רלט
קושיית הרב קונטרס הספיקות על המשנה למלך ודעימיה • הערת קונטרס הספיקות על המהרי"ט • מסקנת הרב קונטרס הספיקות • עוד מדברי קונטרס הספיקות בזה • ספק דרבנן לקולא בחסרון ידיעה • הערה על הרב קונטרס הספיקות
- סימן קלא** פלפול בדברי קונטרס הספיקות בענין הנ"ל רמא
הטעם דאין תפיסה בקרקע • ביאור בדעת הרשב"ם • תפיסה בקרקעות כשהדין יחלוק' הן אומר והן דברים דדעת מרן השו"ע דלא מהני תפיסה בקרקע בפלוגתא
- סימן קלב** דרבוותא רמב
בדין המוכר שדה לחבירו נותן חריץ וכן חריץ • דברי הרב חסדי דוד • סמך לדברי הרב שמע אברהם • דעת הרמב"ם ומרן השו"ע בתפיסה בקרקע בתיקו • דינים המוסכמים דקרקע בחזקת בעליה עומדת • העולה מן המדובר • ראייה נוספת להנ"ל
- סימן קלג** פלפול בתשובת אבקת רוכל בענין הנ"ל רמה
תשובת אבקת רוכל • דברי הרב נוכח השלחן • מחלוקת האחרונים אם דברי מרן בתשובה עדיפים מפסקיו
- סימן קלד** דעת מרן בעל היביע אומר בתפיסה בפלוגתא דרבוותא בקרקע רמו
תשובת מרן זצ"ל • מסקנת הרב ביביע אומר
- סימן קלה** דעת הפוסקים דגם בתפיסה בקרקע יש ללכת אחרי הרוב בעיקרא דינא .. רמח
דברי הרב שער אשר קובו • דברי החקרי לב ובנו • דברי הרב פאת הגב • דברי הרב באר מים חיים • דעת הרב באר מים חיים בתפיסה בקרקע כנגד מרא קמא • הערה בדברי הרמ"א בדינא דבר מצרא
- סימן קלו** עוד מדברי הפוסקים הסוברים דלא מהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא בקרקע . רנ
ליקוט התשובות בזה
- סימן קלז** בענין הנ"ל ופלפול האחרונים בדין תפיסה ביורד ברשות רנא
ציון הרב שער אשר • מעשה שהיה ביורד ברשות אם נחשב מוחזק • דברי מהר"ש פלורנטיין • מהר"ש פלורנטיין לשיטתו • תשובת מהר"ר אברהם קובו • הכרעת מהר"ם אמארליו • המשך דברי מהר"ם אמארליו • המשך דברי מהר"ם אמארליו • עוד מדברי מהר"ם אמארליו • פסק מהר"ם אמארליו
- סימן קלח** מסקנת הרב שער אשר בתפיסה בקרקע בפלוגתא דרבוותא רנה
הערות הרב שער אשר וכבר קדמוהו רבנן • דעת הרב שער אשר בתפיסה בקרקע
- סימן קלט** פרק נגמר הדין רנו
עוד אחרונים הסוברים דלא מהניא תפיסה בקרקע • המורם מן האמור"ם • הפסק במטלטלין

אלול תשפ"ד

הקדמת המחבר

[כהקדמת התקפו כהן מדבר]

אברך אלקי השמים והארץ, אשר העיר את רוחי ונתן דעת בלב שפל אנשים כמוני לחבר חיבור זה לזכות את הרבים, על ידי מעשה אשר אירע פה בירושלים יע"א בחודש כסלו תשפ"ב לפ"ק בענין הנידון אשר נשאלנו עליו. ואני בעניותי הכינותי את לבי וכאשר בינותי כבר מתוך הספרים היה פשוט בעיני שלא תועיל תפיסת הגבאים בענין כזה וכן העלתי בספרי שו"ת אך טוב לישראל (ח"ה סימן כד ובמענה מענה סימן כד), אך לאשר כי נפלה מחלוקת גדולה לשם שמים בדבר, נתתי אל לבי לדרוש ולתור בחכמה של תורה, ויהי בחפשי באמתחת ספרי הפוסקים לברר דין זה, ראיתי דברי תורה עניים במקום אחד ועשירים במקום אחר, כי אף שדין זה שנפלה המחלוקת עליו פשוט בעיני, עם כל זה כאשר יגעתי ומצאתי טעמן של דברים ראיתי הדברים עתיקים ועמוקים ורחבים מני ים בשאר דינים המסתעפים מזה. ואמרתי אני עם ליבי, אשר באו להראשונים ולא ביארום - ואין זכרון לראשונים עם האחרונים שגם המה לא עלה על ליבם לבאר כמה מהספיקות שנופלים בדינים אלו - אולי מקום הניחו לי מן השמים להתגדר ולפקוח עיני העברים ולהאיר להם איזה דרך ישכון אור בדיני ספיקות של ממון. וקראתי שם חיבורי זה 'ספר התפיסה', כי מקור דינים אלו עוסק בפרטי הדינים בדיני תפיסה, וגם כי תפסה ידי, ממה שפשט העני את ידו ונתן לתוכה בעל הבית - מרא דכוליה עלמא מאוצר תורתו. ובכן אל אמת ינחני בדרך אמת ויזכני לעשות ספרים עד אין קץ אמת, כאשר עם לבבי באמת, כך ה' בטחתי ולא אבוש לעולם ועד.

...

ומילתי אמורה בטעם שקראתי שם הספר 'ספר התפיסה', ועוד אען ואומר ששיעור כדי תפיסה הוא כמלא אצבע (עיין חולין דף נ ע"ב וברש"י שם ד"ה בטדא) והוא שיעור מועט, להורות שהגם שהארכנו מאד בכל דיני ספק בתפיסה, מ"מ הוא שיעור מועט מכל דיני תפיסה. וכל היד המרבה לבדוק עוד בשאר דיני תפיסה, משובחת.¹

יהיה הפסק ביניהם כך וכך, ואף אם לא היה ולא יהיה הדבר הזה לעולם לבא למשפט על טענות ותביעות אלו, מכל מקום מאחר שכך עלה ברצונו וחכמתו של הקדוש ברוך הוא, שאם יטעון זה כך וזה כך יהיה הפסק כך, הרי כשאדם יודע ומשיג בשכלו פסק זה

¹ ולאחר כותבי כל אלה הדברים אינה השם לידי מ"ש קדוש השם מכובד רבנו זלמן מלאדי בספר התניא (ליקוטי אמרים פרק ה) וז"ל, והנה הלכה זו היא חכמתו ורצונו של הקדוש ברוך הוא, שעלה ברצונו שכשיטעון ראובן כך וכך דרך משל, ושמעון כך וכך,

גם ירמוז בו שמי 'הצב"י אפרים כחלון' (עם המילים) עולה בגימטריא 'תפיסה'. ועוד שהמילים 'ספר התפיסה מהצב"י אפרים כחלון בן לאדוני אבי הרב חיים שליט"א' עולה בדיוק כהפסוק "ובאו עליך כל הברכות האלה והשיגך כי תשמע בקול יהוה אלהיך" (דברים כח, ב). כן יהי רצון. ועיקר השמיעה בקול ה' היא בעמל התורה וכמ"ש רש"י (ויקרא פרק כו פסוק יד) על הפסוק "ואם לא תשמעו לי" - להיות עמלים בתורה, לדעת מדרש חכמים.

עוד בא סימן מילתא, שהמילים 'ספר התפיסה מהצב"י אפרים כחלון ס"ט' עולים בגימטריא מדויקת לפסוק "כלם נכחים למבין וישרים למצאי דעת" (משלי ה, ט), וזו תפילתי שהדברים יהיו ברורים ומובנים, וישוטטו בהם רבים ותרבה הדעת. אמן כן יהי רצון.

• • •

ואשגר טומוס של ברכות להורי היקרים מור אבי הרה"ג רבי חיים כחלון שליט"א מגיד שיעור בישיבת מאור ישראל בנתניה, ומחבר ספר 'כח מעשיו', וחיבור 'כל הכלים' על מסכת כלים ושאר ספרים. ואימי מורתני הרבנית שולמית תחיה, אשר מזכה את בנות ישראל בקדושה ובטהרה. כה יתן ה' להם וכה יוסיף אורך ימים ושנות חיים ושלום בטוב ובנעימים ויהיה כל זרעם וזרע זרעם עד עולם - זרע ברך ה' אמן.

ובכלל הברכה אברך את הורי אשתי מור חמי הר"ר חיים שמואל שליט"א ומרת חמתי תחיה, אשר מסייעים בלב שלם ובנפש חפצה, בסבר פנים יפות בכל עת וזמן, ויהי רצון שברכת שמים עליהם תחול ויזכו לנחת רוח יהודית מכל יוצאי חלציהם, הון ועושר בביתם וצדקתם עומדת לעד.

• • •

וחובה נעימה וקדושה לי להודות ולברך את כבוד מורי ורבי עמוד ההלכה ממעתיקי השמועה הרב הגדול מעוז ומגדול רבי גדעון בן משה שליט"א ראש מוסדות 'יורו משפטיך' ואב"ד ירושלים, אשר בצילו חמדתי וישבתי ופריו מתוק לחכי, וזכיתי להיסמך על ידו בכתר ההוראה והדיינות, ועומד לסייעני ולסומכני בכל עת ומצוא. יהי רצון שיזכה לנחת רוח מכל יוצאי חלציו, ומהתלמידים כבנים, ויתקיים בו מקרא שכתוב "ופרצת ימה וקדמה צפונה ונגבה" (בראשית כח, יד) ויהי רצון דירום רישיה אכוליה כרכא (עיין ביומא דף נג ע"ב). אמן.

• • •

יחוד כמוהו ולא כערכו נמצא כלל בגשמיות, להיות לאחדים ומיוחדים ממש מכל צד ופנה. וזאת מעלה יתרה גדולה ונפלאה לאין קץ אשר במצות ידיעת התורה והשגתה על כל המצות מעשיות. עכ"ל קדשו. ונמצא טעם נוסף מכוון לשם הספר. ודו"ק.

כהלכה הערוכה במשנה או גמרא או פוסקים, הרי זה משיג ותופס ומקיף בשכלו רצונו וחכמתו של הקדוש ברוך הוא, דלית מחשבה תפיסא ביה ולא ברצונו וחכמתו, כי אם בהתלבשותם בהלכות הערוכות לפנינו, וגם שכלו מלובש בהם, והוא יחוד נפלא שאין

"אשירה לה' בחיי אזמרה לאלוהי בעודי" (תהילים קד, לג), שזיכני להיות מחובר לטהור 'לארגון בעזרת השם' בראשות ידיד נפשי וחביבי מזכה הרבים ירון ראובן שליט"א, אשר איתן מושבו בפלורידה ומצודתו פרוסה בכל העולם. ועימו אשת חבר רעייתו הצדקנית הרבנית הדגולה. וזכו להיות ממזכה הרבים, ולהשיב אלפים אל צור מחצבתם, נוסף גם הוא תורה וחסד על לשונם, ופעולתם לעשות רצון קונם. ואשא כפי בתפילה לאל נורא עלילה אנא ה' קיימם חזקם ורפאם, לאורך ימים ושנות חיים, הם וילדיהם, תלמידיהם ומסייעיהם, ויזכו לכל הברכות הכתובות בתורה, בזה ובבא מעתה ועד עולם. אמן כן יהי רצון.

• • •

וטובה אחזיק לידידי הגאונים הגדולים חברי 'בד"ץ בעזרת השם' - כש"ת הרה"ג הדיין המצוין רבי צבי ידי שליט"א, וכש"ת הרה"ג הדיין המצוין רבי שלמה שרביט שליט"א שזיכיתי לישא וליתן עמהם בתורה שבכתב ובתורה שבעל פה בחיבור זה, והקדישו זמן זמנם זמניהם לדון ולפלפל ולסלסל לאמיתה של תורה כדרכם בקודש, יהי רצון שיזכו לרוב נחת דקדושה מכל יוצאי חלציהם ולא תצא תקלה תחת ידיהם, ויזכו לדון ולהורות לשעה ולדורות לאמיתה של תורה אמן.

• • •

ואפריון נמטייה לידידי וחביבי רבי שלמה משה בר כוכבא שליט"א, אשר טרח זמן זמנים טובא בהגהה והעיר והאיר כדרכו בקודש, זכרה ה' לו לטובה, ויזכה לרוב טובה וברכה עדי ביאת ינון ואליה אמן.

ואשר על ידו השני גיסי החביב רבי יעקב שמואל נר"ו, אשר עוסק בנאמנות בהוצאת הכתבים, ועוזר רבות שיצא הדבר בבחינת תורה מפוארה בכלי מפואר, שיתברך ממקור הברכות הוא וכל משפחתו אמן.

• • •

ואני אברך ולי נאה לברך לאשתי היקרה הרבנית שרה תחיה, אשר השליכה מעל צוארה הבלי העולם הזה, ומוסרת כוחותיה להצלחתי בלימוד התורה ובגידול הילדים. יהי רצון מלפני יושב מרומים, שנזכה יחד לרוות נחת רוח מהבנות והבנים, דורות ישרים מבורכים, בטוב ובנעימים דשנים ורעננים, באורך ימים ושנות חיים, ותחזינה עיננו בשובך לציון ברחמים. אמן.

ועיני לשמים נטלית יהי רצון מלפניך ה' אלוקי ואלוקי אבותי שתאיר עיני במאור תורתך ותצילני מכל מכשול וטעות הן בדיני איסור והיתר הן בדיני ממונות הן בהוראה והן בלימוד "גל עיני ואביטה נפלאות מתורתך" (תהילים קיט, יח) ומה ששגיתי כבר העמדיני על האמת (ט"ז או"ח סו"ס קי) "כי ה' יתן חכמה מפיו דעת ותבונה" (משלי ב,

ו. עזרני חזקני ואמצנו בעוז ותעצומות להפיץ מעינותינו חוצה ולהוציא לאור עולם, כל יתר חיבורנו, בפרד"ס התורה, ונזכה לזכות את הרבים בתורה שבכתב ובתורה שבעל פה, ולקרבם אל צור מחצבתם, ונזכה בקרוב לגאולה השלימה "ומלאה הארץ דעה את ה' כמים לים מכסים" (ישעיה יא, ט). אמן.

החותם בברכת התורה

בחודש שבט בשנת "והיה טרם יקראו ואני אענה" (ישעיה סה, כט) תשפ"ה לפ"ק

פעיה"ק ירושלים תובב"א

הצב"י אפרים בן לא"א הג"ר חיים כחלון שליט"א.

מבוא

"מזמור לתודה"

"במה אקדם ה' אכף לאלקי מרום" (מיכה ו, ו), ששם חלקינו מיושבי בית המדרש ולא שם חלקינו מיושבי קרנות, שאנו עמלים והם עמלים אנו עמלים ומקבלים שכר והם עמלים ואינם מקבלים שכר (ברכות דף כח ע"ב).

וכבר אמרו רבותינו באבות (פרק ד משנה ב) שכר מצוה - מצוה. ופירש רבינו יונה (שם) שפרי מצוה - מצוה ואוכל פירותיה בעולם הזה שמסייעת אותו לעשות מצות אחרות. ע"כ. ומה שכר גדול בעולם הזה יש למי שזוכה לעמול תורה וגם לחבר חיבורים המתפשטים אצל הלומדים, ו"אשרי העם שככה לו" (תהילים קמד, טו).

דיני התפיסה

יסוד החיבור והטעם לכתיבתו כבר כתבתי בהקדמה אודות המעשה שהיה. והנה מלבד אותו המעשה, רבים המעשים והשאלות, אשר מגיעים לדיינים ולמורי ההוראות, בדיני הקים לי ותפיסות, חדשים לבקרים ובלילות, ואמרתי אבא באמריים ולדלות, מדברי רבותינו הפוסקים יוצרי המאורות, בכמה דינים והלכות.

גדולת רבינו הש"ך

והנה בדיני תפיסות גלוי ומפורסם לפני כל יודעי דת ודין את חיבורו הגדול של רבינו הגדול הש"ך 'תוקפו כהן', וטרם כל שי"ח פתח ואמר רבינו הש"ך בהקדמתו לחיבורו באומרו שקרא לספר 'תקפו כהן' לפי שתקפה יד הכהן בדיני תפיסות.

והמתבונן יראה דכל רז לא אניס ליה בדיני תפיסה והראה שכוחו וגבורתו מלא עולם. וכל מי שאינו יודע בטיב תשובותיו בספר זה לא יהא עסק בדיני תפיסה, דלב הרב הקדוש הש"ך מבעית בתלמוד ובפוסקים וביחוד בעניין זה, וכל אמת אמת תפסייה להאי. והמעלים עיניו מדברי קדשו במזיד או בשוגג קרוב לודאי שיטעה בהוראה, ושגגת תלמוד עולה זדון (אבות ד, יג). ואם כי יש מקומות שחלקו עליו רבנותא קדמאי ובתראי, מ"מ הוא מרא דשמעתיה וממנו יתד וממנו פינה, להבין ולהשכיל כל נושא סבוך זה שהקיפו בהקפת כל הראש.

וצא ולמד ממה שכתב הגאון רבי יהודה הכהן ה"ר זצ"ל [אחיו של בעל הקצות החושן מחכמי פלוניה לפני כמאתיים וחמישים שנה] בהקדמה לחיבורו קונטרס הספיקות, שהוא כולו סובב הולך על ספר תוקפו כהן לרבינו הש"ך וזה לשונו: כאשר באתי להתלמד בדיני ספיקא דממונא ופלוגתא דרבנותא וספיקא דדינא, ראיתי אותם

מפורדים ומפוזרים בפניני לשונות הראשונים מאירים כספירים. ונושאי כלי החשן לא שמו לבותם הפתוחות לאספם במקום מיוחד. זולת הנשר הגדול שבצל כנפיו נחסה הרב הש"ך ז"ל שחיבר בהו ספר מיוחד, והוא יקר ונפלא שמו נאה לו תקפו כהן, ולי מה יקרו אמרותיו הטהורות ומה עצמו ראשיהן, בו אסף כל לשונות הראשונים והאחרונים ממה שדברו בהאי ענינא, כמעט שלא העלים לשון אחד מהמחברים שקדמוהו שלא הביאו או רמז עליו בטביעת עינא, ובחכמתו הנפלאה וסברתו הישרה מסיר מהם כל מכשול וסתירה, ומי אני לספר הודו, הלא כל הארץ האירה מכבודו, אבל עדיין השאיר אחריו פרט ועוללות, כאשר בעיני ראיתי ומצאתי שבח לשמו נורא תהילות. עכ"ד. ודבר שפתיים אך למחסור ולו דומיה תהילה.

ריבוי החיבורים בדיני תפיסה

ומזמן רבינו הש"ך רבו כמו רבו החיבורים בדיני תפיסה מכל חכמי ישראל אפס קצהו תראה מדבריהם המחוברים לטהור לספרי התשובות, וחלקם לא זכינו לברך עליהם 'יוצר המאורות' שנעלמו או נאבדו במשך השנים, ועיין להגאון רבי אליהו אלפאנדרי [שהיה ראש רבני קושטא לפני כשלוש מאות שנה מחבר ספר מכתב מאליהו] שהעד העיד בנו האיש, בתשובה שהובאה בשו"ת גבעות עולם לרבי יוסף קובו (ח"מ סימן לד דף סז ע"ב טור ד) שחיבר קונטרס התפיסות בימי חורפו. ע"ש. ואנחנו לא נדע מה היה לו. שלא מצאנו קונטרס זה, וחבל על דאבדין ולא משתכחין.

ולך נא ראה למ"ש הגאון רבי דוד טביל בספרו [אחד מגדולי חכמי ליטא לפני כמאה שישים שנה] בספרו נחלת דוד מסכת בבא מציעא דף ו עמוד ב) שכתב, דלפי מאי דהסכימו הפוסקים לפסוק דתקפה כהן מוציאין מידו, לכך הוה קשיא להו מכמה סוגיות דאמרינן דמהני תפיסה בדבר המוטל בספק. ומחמת כן נכנסו לחלק בכמה דוחקין ולא מצינו להם שיסכימו לדבר אחד, רק זה מתרץ בכה וזה בכה, ולכל אחד מהם נתחדשו הרבה דינים בדיני תפיסה לא שערום זולתו, ובכמה מקומות דבריהם סותרים זה את זה כאשר חובר על זה כל ספר תקפו כהן, וגם בספר ההוא הרבה יש לדון בדבריו ולא הספיק הזמן בידי לעיין בהם כראוי ולברר כל אחד מהשיטות. עכ"ד.

וצא ולמד מ"ש בספר אורח משפט חזן (ח"מ סימן ד הגהב"י אות א דף ז ע"ב טור ד) בדיני תפיסה הם רבים, ובאו מעורבים קצת בדברי הפוסקים ורבינו הגדול מרן החבי"ב (הכנה"ג) קיצר בהם וכו', וגם הרב חשק שלמה ומטה שמעון נמשכו אחריו. ע"כ. ושם קיבץ הרב אורח משפט כעמיר גורנה דיני התפיסה המלוקטים בדברי רבותינו. ע"ש. גם הרב שבות יעקב כתב על דיני תפיסה ועימו במחיצתו עוד הרבה מבעלי הכללים שהאריכו וכתבו בנושא זה. ועיין להגר"צ קאלישר זצ"ל בחיבורו מאזנים למשפט שג"כ האריך בדיני תפיסה. ועוד רבות בשו"נים משנה הלכות זה, הלא בספרתם. וגם אנן בשיפולי גלימותיה דרבנן קדישי די באתרא הדין ודי בכל אתר ואתר, בחרנו לברר

דיני ספק בתפיסה ובמחזקות, וכמה מדיני הקים לי, אשר הם חבוקים ודבוקים וקשורים זה בזה. ומה' אשאל מענה לשון שלא אכשל בדבר הלכה, וישמחו בי חברי, ואומר מילתא דתתקבל לאמיתה של תורה אמן.

דרך ארוכה שהיא קצרה

ואם כי פעמים שנראה שהארכתי יותר מדאי, ידונני הלומד לכף זכות כי חשק החקירה והעיון הכריחוני (עיין בשו"ת מהר"י בן לב חלק ב סימן מא) ואהבה מקלקלת את השורה. וגם לרבות מה ששמתי פני לבא ולבאר הדברים הנידונים בזה עד גמירא עד כמה שידי מגעת וכדי שלא יצטרכו בענין זה לספר אחר. ופעמים והבאתי לשונות הפוסקים בדמותם וכצלמם קו לקו צו לצו, והטעם לזה לפי שאין ספרי הפוסקים הללו מצויים בינות הלומדים, מה גם שפעמים היו האותיות שבורות וחצויות לשליש ולרביע ל'ו שמענו. ועמדתי על דבריהם צפנת פענח לפענחם ולהעתיקם לתועלת הלומדים. ולכן פעמים ונראים הדברים כארוכים, אבל זו דרך ארוכה שהיא קצרה (עיין בעירובין דף נג ע"ב). והיה כי ילמד הלומד בספר זה ויסיימו, ימצא בחיקו הרבה מדיני תפיסה, שיוכל להשתמש בהם בלימודו ובשבתו על כסא המלכים מאן מלכי רבנן (גיטין דף סב ע"א), והיה ידברו עימו תחת אחד השיחיים בדיני תפיסה, ידע להשיב לאמיתה של תורה ויראה שה' עימו שהלכה כמותו. ובכל עת אשר ישלח ידו ולקח מעץ החיים ואכל וחי לעולם, בעלמא הדין ובעלמא דאתי, והיתה עימו במחיצתו לדון ולהורות כנאה וכיאות.

דיני קי"ל ותפיסה כתאומי צביה

דיני תפיסה כאמור חבוקים ודבוקים כאשה אל אחותה בדיני קים לי, ועל כל עמדתי לבא ולבאר בתחילה כמה מדיני הקים לי. וכבר כתב רבי יעקב בן נאים [מחכמי מרוקו ואב"ד באלג'יר לפני כמאתיים שנה] בספרו זרע יעקב (סימן טז דף כד ע"א טור א) על שני נושאים אלו וז"ל, אם באנו להאריך בעניני התפיסה וקים לי יכולין לחבר ספרא וספרי. עכ"ל.

"ותשבו בקודש ימים רבים"

והאמת אגיד שעל חיבור זה ישבתי זמן זמנים טובא (עיין אסתר א, ד), שכידוע לכל באי שער העיר בדיני התפיסה שהם כמים שאין להם סוף, ומי אשר עד מהרה ירוץ דברו, לא יזכה לרדת אל עומק עיונם סברתם והכרעתם, ועל כן אל הלומדים נושא זה אען ואומר מקרא שכתוב "ותשבו בקודש ימים רבים" (עיין דברים א, מז), ובמלאות הימים האלו לאחר אשר ידעו יחכימו וישכילו, יבואו אל ביתי בית ועד לחכמים - הוא חיבורי זה, אשר טיפחתי ורביתי לתועלת הלומדים, ואז יהיו להם הדברים ערוכים ועומדים, ולך ה' אנו מודים.

הפלפול האמיתי והשגיו

ואל זה אביא מ"ש רבינו יונה בפירושו על אבות (פרק ד משנה ה) וז"ל, והלומד על מנת לעשות מספיקין בידו ללמוד וללמד ולעשות - רצונו לומר שדעתו לפלפל בלימוד כדי לדעת אמתת הדברים ורצונו לטרוח כמה ימים ושנים להשיג דבר קטן ולנהוג עצמו על פי האמת הרי זה למד על מנת לעשות. שכל עיקר מחשבתו אין כי אם אל המעשה להיות אמתי. ולפיכך מספיקין בידו ללמוד וללמד ולעשות שהכל בכלל המעשה. עכ"ל הזהב. וכן מבואר בדברי ספר החינוך (בהקדמת המחבר) וז"ל, חכמינו קבלו פירוש התורה ממשה רבנו עליו השלום, שקבלו מאת השם ברוך הוא כשעמד בשמים ארבעים יום. ואף על פי שבזמן מועט מזה היה אפשר ללמוד בכח המלמד, רצה השם לרמוז ללומדים שילמדו במתון. עכ"ד.

דיני ממונות

ואם כתב כן רבינו יונה על שאר דינים על אחת כמה וכמה בדיני ממונות שהדיין המורה הוראות צריך להיות מתון מתון. והלא ידעת מה שאמרו רבותינו במשנה בבבא בתרא (פרק י משנה ח) אמר רבי ישמעאל הרוצה שיחכים יעסוק בדיני ממונות שאין לך מקצוע בתורה גדול מהן שהן כמעין הנובע. וכתב בתפארת ישראל (יכין אות פד) שהן כמעין הנובע. שאין לך שום דבר מדיני התורה מאיסור והיתר, שנתנה בו תורה רשות לשכל האנושי לעוף כפי כחו לחתור ולחקור ולהחליט כפי הנראה בעיניו, כמו בדיני הממונות, שפתחה לו התורה בהם לאדם נחלה בלי מצרים, לשקול ולשפוט ולדקדק כפי שכלו, עד שרוב דיני טוען ונטען שנדברו בהם דברים הרבה כעגלה המלאה לה עמיר, כולם כללה התורה בדברים מועטים בפסוק א', באמרה בצדק תשפט עמיתך, רק מפני ששכל האדם עשוי לטעות באריגה דקה כזאת, לכן רבותינו הקדמונים בעלי המשנה והתלמוד, התאספו יחד לאלפים מגדולי האומה, והניחו לנו יסודות ושרשים בכל אלה, ובכל זה עדיין נשאר מקום להדיין להשטט לימין או לשמאל, לדמות מלתא למלתא, או לחלק ביניהם לפעמים בכוח השערה, לכן עסק דיני ממונות ישנס שכל האנושי, לדקדק היטב שיכוון מטרת האמת על הנקודה, מלבד שכך מחוייב לו, דבכל דיני איסור והיתר, כשמסתפק בדבר, יחמיר באיסור תורה, מה שאין כן בדיני ממונות, לא יכול להשטט בבית הספק להחמיר, דהרי מה שהוא חומרא לזה הוא קולא לזה, ועל כן צריך להתעמל לכוון רק האמת לאמתתו. עכ"ל.

וכבר יוצא מורנו ורבנו ועטרת ראשינו פאר הדור מרן רבי עובדיה יוסף זצ"ל (בשו"ת יביע אומר חלק ג - אורח חיים דברי פתיחה) בתוכחה מגולה על זה וכתב וז"ל, וביותר יש להזהיר בדיני ממונות לחפש ולבדוק הרבה בספרי האחרונים, שהרי ע"פ סברת שני פוסקים המזכין את הנתבע, מצי המוחזק לומר קים לי כסברתם, אפי' ישנם מאה פוסקים המחייבים. וכמ"ש הגט פשוט בכללים שבסוה"ס (כלל ב). ע"ש. וכ"כ הכנה"ג חו"מ (סימן כה כללי הקי"ל אות ג) בשם מהריב"ל ומהר"א די בוטון ומשפט צדק ומהר"ש

חיון. וסיים הכנה"ג, דהכי סוגיין דעלמא, דהמוחזק מצי למימר קים לי כב' פוסקים אף על פי שכל גדולי ישראל חולקים עליהם. ע"ש. וכ"כ בשו"ת גנת ורדים (ח"מ כלל ג סימן כט). ובשו"ת בית דוד (חח"מ סי' ה). ובברכי יוסף ח"מ (סימן כה). ועוד. והרי כל היד המרבה לבדוק בספרי האחרונים יוכל למצוא שנים מזכין עכ"פ ע"י יגיעה וטירחא. כי יגעת ומצאתי האמן (מגילה דף ו ע"ב). ומכיון שאין צורך שהבעל דין בעצמו יטעון קים לי, רק על הדיין לחקור ולדעת אם יש ב' פוסקים (ואפילו אחרונים) המסייעים את המוחזק. (ראה מש"כ בס"ד בספרי הנוכחי (בחאה"ע סימן ג אות לב, וס"ס טז). ע"ש) הא ודאי שיקשה מאד על הדיין לפסוק להוציא ממון, מבלי לטרוח ולעיין היטב בספרי האחרונים. כדי שלא יהיה בסוג מוציא ממון שלא כדין. עכ"ל.

נבוכים הם באר'ש

ולא אחד מהלומד, איך בהיותי לומד, היתי נבוך ועומד, איזוהי דרך ישרה, כסולת נקיה וברורה, טובה תורה ומאירה.

שהרי כתבו בזה בעלי תריסין, ואלו ואלו עושין פסין, וממקורות התלמוד והפוסקים חוסין.

ובספרי התשובות, אשר היו למאורות, כל אחד עושה לו סמוכות.

וקול קרי בחיל וייתה, דרובא דרבוותא פסקו כותיה, ומייתי דבריהם אל ביתיה.

וקול אומר פסוק וקרא, ואומר מה אקרא, ואני זחלתי ואירא,

ואנחנו לא נדע מה נעשה, והיאך נכריע להלכה ולמעשה.

ולאחר שישבנו לילות וימים שבועות וחודשים,

זיכנו לברר הדברים, בדיבוק חברים

והתבהרו הדברים, ונעמו כריח ניחוחים.

...

התועלויות בכתיבת ובהדפסת ספרים

וזכינו בדורינו לריבוי חיבורים וריבוי מחברים, וכבר אמרו בזוהר הקדוש (פרשת נשא דף קלד ע"א) הכל תלוי במזל אפילו ספר תורה שבהיכל, [וכמו המעשה בעיקר השאלה שנשאלנו, שעליו סובב חיבור זה, שהיה הס"ת עזוב ולא קראו בו הציבור ורצו בני התורם להוציא את הס"ת משם], ולמרות הכל יש להרבות בחיבורים ובספרים. ולא אמנע טוב מבעליו להביא מ"ש הגאון רבי רחמים ניסים יצחק פלאגיי בנו של רבי חיים

פלאג'י זצ"ל בספרו אבות הראש (ח"ב בהתנצלות המחבר שבראש הספר) י"ד תעלויות לכתוב ספרים ולאדפוסי הדרא:

- א. שעל ידי ריבוי ספרים מרבה תורה בישראל ות"ת כנגד כולם.
- ב. הרי הוא בכלל מ"ש בכתובות (דף דן ע"ב) "וצדקתו עומדת לעד" (תהילים קיב, ג) זה הכותב ספרים ומשאלין לאחרים. ולא דוקא כותב דה"ה נמי בקונה ומדפיס.
- ג. מכבד את התורה, שעל ידי שמוציא לאור חמדה גנוזה - יתרבה כבוד התורה.
- ד. אמרו בתנא דבי אליהו (סוף פרק יא) אשרי מי שמחדש בדברי תורה על פיו, שהוא דומה כמי שמשמיעים אותו מן השמים. ואומר לו הקדוש ברוך הוא בני, בנית לי בית המדרש, והשכר הגדול שיש לי באוצרי שלך הוא, ובשבילך ובזכותך אני מציל את עמי ישראל מכל צרה.
- ה. שאמרו בזוהר הקדוש (סדר בראשית דף ט ע"א), שבונה שמים חדשים וארץ חדשה ועליו הכתוב אומר "לנטוע שמים וליסוד ארץ ולאמר לציון עמי אתה" (ישעיה נא, טו) אל תקרא עמי - אלא עימי, שנעשה שותף להקב"ה במשעה בראשית. יע"ש. ובסדר ויחי (דף רמג ע"א) אמרו, מאן דאשתדל באורייתא כדקא יאות וידע למחדי מילין ולחדותיה מילין כדקא יאות, אינון מילין סלקין עד כרסייא דמלכא וכנסת ישראל פתח לון תרעין וגניז לון. ובשעתא דעאל קוב"ה להשתעשעא עם צדיקייא בגינתא דעדן אפיקת לון קמיה, וקוב"ה מסתכל בהו וחדדי, כדין קוב"ה מתעטר בעטרין עילאין וחדדי במטרוניתא, הדא הוא דכתיב "ויכתב ספר זכרון לפננו" (מלאכי ג, טז). יעו"ש. וכיון שכן גדלה מעלת המחדש חידושי תורה בעיני הקב"ה. ואין ספק כי בודאי הגמור מי שמשתדל להדפיסם ולהעלותן על הספר כדי שלא תהא תורה מונחת בקרן זוית, שכרו גדול עד מאד.
- ו. כיון שאמרו חז"ל בסוטה (דף יד ע"א) על הפסוק "אחרי ה' תלכו" (דברים יג, ה) הלך אחר מידותיו. וכן דרשו בקרא (עיין בתנא דבי אליהו רבה פרשה כד, ובזוהר חדש על מגילת רות דף נ עמוד א) "והלכת בדרכיו" (דברים כח, ט). וכן איתא בשבת (דף קלג ע"ב) אבא שאול אומר "זה אלי ואנוהו" (שמות טו, ב) אדמה לו, א"כ צריך להיות דומה למידותיו יתברך. וכמ"ש הרמב"ם (בהלכות דעות פ"א ה"ה וה"ו). יע"ש. והרי מאחר שהקב"ה בוחר וחפץ בחידושי תורה ואוהבן כמ"ש לעיל, א"כ גם האדם צריך להיות אוהב ובוחר בחידושי תורה, ומחמת אהבתן להדפיסם ולהעמידם לעד לעולם.
- ז. מ"ש המפרשים (עיין בפלא יועץ ערך חידוש), כי עכשיו שאין בית המקדש קיים להקריב קרבן שיכפר, כשאדם כותב בספר חידושי תורה מעלין עליו כאילו

הקריב קורבנות. ואסמכוה אקרא "עולה וחטאה לא שאלת אז אמרתי הנה באתי במגילת ספר כתוב עלי" (תהילים מ, ז). וכל שכן אם יעלה על מזבח הדפוס, דהוי יותר מתקיימת מן הכתיבה, דהוה ליה כאילו הקריב קרבן על גבי המזבח, "ריח ניחוח לה" (ויקרא א, ט).

ח. מזכה את הרבים שילמדו בספר ההוא הבא מחמתו וסיבתו, ומה גם אם אפשר לבא באיזה מקומות מכפרים וכדומה שלא ימצא שם ספר ללמוד, ונזדמן זה הספר הנדפס ממנו ואמרינן (אבות פרק ה משנה יח), כל המזכה את הרבים אין חטא בא על ידו.

ט. כי יפוצו מעיונותיו חוצה, כי ע"י הדפוס מתגלה הדבר ביותר, והרי הוא כאילו דרשו בתוך רבבות אלפי ישראל. ולימטי ליה הנאה, פרי מעלליו יאכל בעולם הזה ובעולם הבא שיהיו שפתותיו דובבות בקבר ותשביע בצחצחות נפשו באיזה זמן מן הזמנים לדור דורים כמ"ש רז"ל בירושלמי דשקלים (פרק ב הלכה ה) על הפסוק "דובב שפתי ישנים" (שיר השירים ז, י), שכל ת"ח שאומרים דבר תורה משמו בעולם הזה שפתותיו דובבות בקבר ויש לו הנאה ונחת רוח כשותה יין קונדיטון. ובזה יקנה זכרון ויד ושם טוב מבנים ומבנות ושפתי רננות.

י. שהוא תיקון גדול להוצאת זרע לבטלה, כי הזרע יוצא מן המוח, ותיקונו שיטרח במוחו לחדש חידושי תורה ולכתבם בספר, בשגם אם משתדל להדפיסם, די שירחא יתירה דבעי כח גברא בהעמדה והערכה, בכל פינות, ודר תבונות, לעיין מה הוא אומר עד מקום שדעתו מגעת, שלא ידברו עליו תועה, ותהיה כף זכות מכרעת.

יא. מ"ש הרב מנחת יוסף [לרבי יוסף אירגאס מחכמי איטליה לפני כשלש מאות שנה] (דף מט ע"ב אות קו, ובהוצאת אהבת שלום מנחת יוסף - פרי מגדים עמוד קיט אות קו) משם ספר אזהרת הקודש¹ (אות כו) וז"ל, יהא אדם זהיר לחדש חידושי תורה ויתפלל למי שהחכמה שלו, שישגי יותר מהשגתו, דכשם שחייב אדם בפריה ורביה כך חייב אדם לפרות ולרבות בתורה שנאמר "ישרצו המים" (בראשית א, כ) ואין מים אלא תורה (ב"ק דף פב ע"א), וחרפה גדולה היא לנשמה כששואלין אותה מה חידש בלימודו, והוא אינו יודע ויזהר שלא ישכח אותם ויחזור חידושו בעת קבוע. ע"ש. וראה מ"ש בספר המידות למהר"ן (ערך ס אות

ויכפר זה בעד זה, ואל שדי יאמר די לצרותינו, ויסלח לנו על כל חטאתינו, וישלח לנו גואל במהרה בימנו, אמן כן יהי רצון. נדפס פה ק"ק פירדא.

¹ ספר זה הוא קונטרס ישן ולא נרשם בתחילתו מי מחברו, וזה הלשון בשער הספר: 'ספר אזהרת הקודש ראה וקדש באזהרת הקודש, ל"ו באזהרה נגד ל"ו כריתות שבתורה. וירצה זה לעומת זה,

(א), כי מי שיש בידו לחבר איזה ספר ואינו מחברו זה כמו שכול בנים. יעו"ש. וזה רמז הכתוב "זה ספר תולדות אדם" (בראשית ה, א). [וכיוצא בכתב בשבט מוסר פרק כ אות כו ע"ש].

ב. מ"ש הרב בנין יהושע [לרבי יהושע פלאק מליסא וכתב חיבורו על אבות דרבי נתן והיה מחכמי אשכנז לפני כמאתיים שנה] בהקדמתו, בשנותו את טעמו לפני כל יודעי דת ודין שהכניס ראשו לחבר חיבור שלו וז"ל, ראשון הוא כדי לעורר לבבות הטהורות, גדולים מאורות, חכמי ראשי הישיבות, שיאמרו נא אם זה חלוש מתחזק אל ליבו לגשת הלום למלכות ותורה זו, אף אנחנו נאמר בו דברים כנים ואמיתיים, לחלקם ביעקב ולהפיצם בישראל, ויגדיל תורה ויאדיר. וכך שמעתי מפי קדש הרב הגאון מהר"ר משה זרח ז"ל שכתב על המשנה באבות (פרק ב משנה ה), ובמקום שאין אנשים השתדל להיות איש וז"ל, רצונו לומר שתעשה איזה מעשה שעל ידי כך יהיה אחר איש. ולכן אמרו חז"ל ודקדקו להיות פועל יוצא על אחר, ולא אמרו השתדל שתהיה אתה איש, אלא ודאי כונתם שע"י מעשיך יקנאו אחרים ג"כ בזה. ואיש את אחיו יעזורו. והאריך בזה על פי משל דאיתא בספר עוללות אפרים², על מלך שהיה לו גיבור בעיר היושבת על הספר, ובאה מלחמה גדולה עליה, ואז לקח המלך מהם את הגיבור ההוא אשר היה נלחם מלחמותיהם, כדי שיעמדו בני המדינה לבדם למלחמה ולא ישימו על הגיבור בטחונם. והנה באשר שאינם מלומדי מלחמה, יראים כל אחד לנפשו, היך ומה לגשת אל המלחמה עד שבא איש חלוש וקטן ואמר - שהוא רוצה להיות מתנשא לכל לראש ועל ידי זה היתה קנאת איש גיבורי כח מרעהו ההוא. ע"ש. לכן בודאי על ידי פירושי בהנך הלכות יעורר נא ויטיצבו נא שרי אלופי תורה ללחום במלחמתה קולע אל השערה ולא יחטיאו. יעו"ש. ועי"ז ג"כ יתגלגל שיוצאים לאורה ספרים רבים מרבנים גדולים, כי הנאה להם והנאה לעולם. בשגם שכתב בספר המידות הנ"ל (שם אות ז) וז"ל, על ידי ספר גדול שיוצא לעולם נפקדין עקרות. וסימן "זה ספר תולדות אדם" (בראשית ה, א). ע"ש.

ג. כתוב בספר חסידים (סימן תקנט), מי שמפרש דברי תנא או אמורא שהיו לפניו, כשמת יוצא התנא כנגדו לקבלו בסבר פנים יפות, וללכת עימו ולבקש מן המלאכים להקל עליו, ולהעמידו לפני הקב"ה ולדבר עליו טובות. ע"ש.

ד. מה שכתב הרב חזה ציון³ בפסוק "כי אם בתורת ה' חפצו ובתורתו יהגה" (תהילים א, ב) וז"ל, ולפי שאף דברי תורה מיגיעים את האדם, ובפרט כשאינו

³ לרבי רפאל עמנואל חי ריקי זצ"ל מחכמי איטליה לפני כשלוש מאות שנה בחיבורו חזה ציון על התהילים (פרק א פסוק ב, מהדורה חדשה חלק א עמוד ד בהדפסה ירושלים תשע"ג).

² לרבי אפרים לונטשיץ זצ"ל מחבר ספר כלי יקר מחכמי אשכנז לפני יותר מארבע מאות שנה בספרו עוללות אפרים (ח"ד עמוד ד מאמר תקלב).

מחדש בה דבר כי אם קורא ושונה בלהג הרבה שהוא יגיעת בשר, משא"כ כשמחדש בה דבר שאדם נהנה בחידושין ושמח בהם כדכתיב "שמחה לאיש במענה פיו" (משלי טו, כג), ואז אינו יגע לכן אמר "כי אם בתורת ה' חפצו" - שאין אדם לומד תורה אלא במקום שליבו חפץ (עיין ע"ז דף יט ע"א), דאם אין ליבו חפץ ואינו הוגה בה, כי אם להיות "תורת ה'" ולא תורתו שמחדש הוא, לא יוכל להתמיד בלימודה כי יתייגע, אבל "ובתורתו" והוא מה שמחדש הוא, יהגה יומם ולילה ולא יעף ולא יגע. ועצה טובה קמ"ל שלא ימנע האדם מלחדש חידושי תורה, כדי שלא יהיה עליו כמשא כבד ריבוי ההיגיון בה ויהא לבטל ממנה. יע"ש. ובכן מה שהזהירונו חז"ל⁴ שהעוסק בתורה צריך להיות שמח היינו כשמחדש בה ויכתוב ספר וכל שכן אם יעלהו בדפוס שהוא שמחת עולם. עכ"ד הרב אבות הראש.

ויש להוסיף עוד על דברי קדשו, מה שאמרו רבותינו במדרש (רבה פרשת אחרי מות פרשה כב אות ב) שכל מי שהומה ומהמה אחר המצות ומצוה קבועה לדורות אין לו, מה הנאה יש לו, תדע לך שהוא כן, שהרי משה כמה מצות וצדקות עשה, וכמה מעשים טובים היה בידו, ויש לו מצוה קבועה לדורות, הדא הוא דכתיב "אז יבדיל משה שלש ערים" (דברים ד, מא). ע"כ. ובודאי מי שזוכה וכותב ספר ומדפיסו ברבים זוכה למצוה זו הקיימת לדורות.

...

ויכתב בספר - דברי הימים

השתדלתי בס"ד למען הסדר הטוב ולמען לא יחסר המזג, לכתוב פרט ועוללות אחת הנה ואת הנה, מי הוא כל גדול העומד מאחרי סברותיו חידושי ודיניו. ול"ו תעלה במעלות רבות, האחת לדעת מיהו אותו גדול שדעתו דעת עליון בנידון זה. והשניה דלא יכשלו בקושיית התלמוד גברא אנברא קא רמית (עיין עירובין דף פב ע"א ועוד), דשמות הספרים דומים ובנקל יבואו להחליף ולטעות בין המחברים. ולאחר שידעו הלומדים את האיש ואת שיחו לא יבוא בית החליפוי'. והתועלת השלישית היא לקיים מאמר רבותינו בירושלמי בשבת (פרק א הלכה ב), גידול אמר כל האומר שמועה מפי אומרה, יהא רואה בעל השמועה כאלו הוא עומד כנגדו. ע"כ. ואם יכיר האדם רק את שם הספר ולא את מחברו, והיכן היה ומתי חי, לעולם לא יוכל להגיע לאפס קצהו של הצינור הגדול והקדוש הזה. ויהי רצון שזכות כל הני רבנן קדישי ותלמידיהון, יעמדו לנו ולזרעינו, שלא תמוש התורה מפינו ומפי זרעינו וזרע זרעינו עד עולם. אמן.

⁴ כל זמן שאדם שרוי בצער לא יוכל ללמוד. עד כאן דבריו. ועיין עוד באור החיים הקדוש בפרשת עקב (דברים ז, יב).

⁴ ברש"י בשבת (דף סג עמוד ב דיבור המתחיל עד כאן לתורה). ובאורחות צדיקים (שער השמחה ד"ה מדת שותה יין) יתחזק בתורה ללומדה בשמחה, כי

סימן א

אלה תולדות הקים לי

טרם כל שי"ח אמרתי ארד בית היוצר, לחקור ולהפוך למצוא מוצא מים חיים דהאי דינא דקים לי דמרגלא בפומיה דרבנן קדישי אשר ראו את "האור כי טוב" (בגימטריא דין הקים לי), כוליה יומא, והבא נבא ללקטה באומרי"ם וכמים הניגרים אשר ל'ו יאספו:

א כתב הגאון רבי רפאל יוסף חזן בספרו הגדול חקרי לב (ח"מ א סימן לח דף נ ע"א וירא ראשית לו בדיני הקים לי) טור א ובהוצאת מכון המאור עמוד קנב), דכלל הקים לי שבידינו - אינו מעיקר הדין, ולא נהגו בו האמוראים וגדולי הראשונים. ואף שנמצא שכתבו מהר"ם והרא"ש במחלוקת הראשונים זווי היכא דקיימי ליקום, ונגרר אחריהם מהריק"ו בשורשיו, אין זה אלא במיעוט דמיעוט שבקצת ענינים שלא היה בידם להכריע איזה סברה עיקר. עכ"ד. ע"כ. ועיין במרדכי בכתובות (סימן רצ), ובשו"ת הרשב"א (ח"א סימן שיא) מ"ש לבאר דעת הרמב"ם ע"פ סברת הקים לי, וגם במהרי"ט (ח"א סימן עב וקנא) פירש כן סברת רבי יוחנן בתלמוד בכתובות (דף פד ע"ב), על פי סברת הקים לי. ע"ש. ואמנם כל אלו הם מיעוטא דמיעוטא וכמ"ש החקרי לב. [וע"ש בהמשך דברי החקרי לב, דמטעם זה כתב - די ש לדיין להכריע בכל מחלוקת האחרונים שבזמנינו ולא לאחוז במידת הענוה. [וכבר הבאתי דברי רבותינו בזה לקמן (בסימן קיג) בטעמים שאין לומר קי"ל בנידון חזקת הס"ת. ע"ש].

ובאמת גם ראשוני האומרים דין קים לי, לא הרחיבו ענינו כימינו אנו, ואדרבא קבעו בו הגבלות ומסמרות.

צא ולמד ממה שכתב המהרי"ק (שורש צד), דאין לומר קים לי אלא דוקא בנדוניית חתנים. ע"כ. ואמנם בכנסת הגדולה (ח"מ סימן כה הגהב"י דיני תפיסה אות ו) העיר ע"ד. ע"ש. ומ"מ חזינן שלא פשה הקים לי מתחילתו.

גם הרדב"ז (חלק ב סימן תכה) כתב, והוי יודע דמצרים אתריה דהרמב"ם ז"ל הוא, ולא מצי שום בעל דין לומר קים לי כפלוגי גאון נגד דברי הרב ז"ל. וכן שכל המלכות כולה וכל ארץ תימן. וכן שמעתי שדנין בארץ המערב על פיו. ע"כ. גם מהר"ם גלאנטי (סימן ו) כתב כן על דברי הרמב"ם דאינו מן הראוי ח"ו ליגע בכבוד אדוננו גאוננו מרנא ורבנא הרמב"ם ז"ל, מריה דאתריה ובכל גלילות ישראל פשטו כוותיה, אם כן ליכא ספיקא כלל. עכ"ד.

עוד הולך ומונה הרדב"ז (סם) חמשה תנאים שצריך הפוסק לדעת טרם יניף את דגל הקים לי: חדא - דלא ליהוי שכנגדו אתריה דמר. [קי"ל נגד מרא דאתרא]. ותו - דלא נהגו כוותיה. [קי"ל נגד המנהג]. ותו - דהוי פלוגתא דיחיד כנגד יחיד. [קי"ל

קיים לי מעט מזעיר אשר לא כבי

כיחיד נגד רבים]. ותו - דהוי פלוגתא בשוים. [שיהיו החולקים שווים במעלתן]. ותו - דשניהם מפורסמים שנמצאו חיבוריהם ונתפשטו דבריהם ברוב ישראל. [שהתקבלה הוראתן בעם ישראל] שאם לא תאמר כן - לא יפסק דין מעולם, שכל הדברים יש בהם חלוקים ומחלוקות, וכל אחד יאמר קים לי כפלוגי, ולא מצי לאפוקי מיניה, וירבה הגזל והחמס. עכ"ד.

ב וכן בקודש חזיתי לרב הקדוש רבי שמואל אוזידה זצ"ל מתלמידי האר"י בצפת, בספרו מדרש שמואל (מסכת פרק ה משנה ט) בשם הרב רבי שלמה הלוי [חמיו של מהר"א ששון מח"ס תורת אמת] בפירושו לב אבות (דף פח ע"א) שפירש דכונת המשנה חרב בא לעולם על עינוי הדין ועל עוות הדין, ועל המורים בתורה שלא כהלכה, הוא על אלו שהדיינים עצמם מורים היתר לבעל הדין שיאמר קים לי כפלוגי החולק, עם היותם יודעים שאין ההלכה כן, ועל כל אלה, בבלתי המצא המשפט - איש את רעהו חיים בלעו וחרב איש באחיו, ולכן חרב בא לעולם. עכ"ד. אמנם בשו"ת יביע אומר (חלק ז חושן משפט סימן ב אות ה), כתב ע"ד וז"ל, וראיתי למי שפירש כוונתו, דהיינו כשאומר קים לי כמיעוט הפוסקים, אף שהדיינים יודעים שרוב הפוסקים מחייבים, וזה כדעת המהריק"ש בשו"ת אהלי יעקב (סימן צג) שאין הדיינים יכולים לטעון קים לי בכה"ג. אבל אפשר לפרש כוונתו ע"פ מ"ש הפוסקים שאין לומר קים לי נגד הרמב"ם ומרן שקבלנו הוראותיהם. עכ"ד.

הרב ב"א
לעולם

סימן ב

הן אראלים צעקו חוצה לקי"ל

א והנה בשו"ת בני אהרן (סימן כד דף כט ע"א טור א - ב), להגאון רבי אהרן לפפא זצ"ל [מרבני טוריקה לפני שלש מאות וחמישים שנה] שאול נשאל האם יורדים לנכסי בעל חוב שלא בפניו? והשיב, דהוא פלוגתא בגמרא בכתובות (דף פח ע"א) והלכתא כר' נחמן בדיני דיורדים לנכסי בעל חוב שלא בפניו שלא יהיה כל אחד נוטל מעותיו של חבירו והולך למדינת הים. וכ"פ הרי"ף בכתובות (דף מח ע"ב מדפי הרי"ף), וכתב דהלכה כרב נחמן בדיני. וכן דעת הרמב"ם (פי"ג מהלכות מלוה ולוה ה"א).

דברי הרב
בית אהרן
בענין אם
יורדים
לנכסי
בע"ח שלא
בפניו

וממשיך דבריו (שם דף ל ע"א טור ב) דלענין פסקא דנידון דידן אומר, אף כי הרב מוהר"י קארו (שו"ע חו"מ סימן קו סעיף א) פסק בענין זה כהרי"ף ז"ל, ידענו נאמנה כי בכל דבר חכמת בינה, כמעט נלאו האזנים לשמוע אל הרינה, מפי עוללים ויונקים, אפרוחים או ביצים ואפילו נשים, כי יהיה להם דבר צועקים, בעוצמו של קים לי, וכל חין שטועמו אומר לי לי, מבלי פנות מי ומי ההולכים לעזרתו, וכמוצא שלל ישישו,

המשך
דברי הרב
בית אהרן

כי ימצא סברא צולעה ונהלאה^א ואת כל הישרה יעקשו להנאתם ולטובתם, הן הוא משובש תפארתם.

ומעיד אני עלי שמים וארץ בהיותי בקוסטאנרינה, יום אשר עמדתי לפני מוהר"ר יוסף קי"ל אשר על העדות

מטראני ז"ל נשאתי ונתתי עימו בענין זה, והיה צווח ככרוכיא והגיד לי שהיה לו ויכוח גדול על זה כנגד הרב מהריב"ל ז"ל, לפי שהוא חזקו מכח ההיא דשמואל דאין הולכים בממון אחר הרוב.^ב ובלשון הזה אמר לי - בפרט שימצא פעמים שהרשב"א ז"ל גדול הפוסקים הוציא ממון איך לא נוציאנו אנחנו. ואיני יכול לכתוב רוב הדברים שאמר באותו מעמד. וגם שרים רבים ונכבדים מגדולי המורים שמעתי אומרים כי רחוק ממנו ובתורתו מאנו. ומ"מ מי ישמע לי לדבר הזה לעשות נגד המורגל, וכמעט אהיה בעיני כל שומע כמתעתע. אך אמנה בנידון דידן היה נראה לי לדחות טענת קים לי, דאין ספק דמאחר שטענה זו חלושה, די לנו כשבעל דבר עצמו ישמיענו אותה ונעשנה, אמנם שנטעון אנחנו בעבורו, ובפרט בנידון דידן שאיננו עומד פה, מי יגיד לנו אם יחפוץ לריב לעשות מעשה כנגד הרבים, ולמה לנו להכניס עצמינו במקום צר ובמשעול הכרמים עכ"ד.

עוד כמה
מיסודות
הקים לי

הינך רואה בעיניך אותיות מחכימות וכמה יסודות באלו השורות:

- **שבזמנו** היו אומרים קי"ל גם נגד מרן השו"ע.
- **שפשה** המנהג לצרף גם סברות דחויים באמירת הקים לי. ולא התקבל כן בדעת הפוסקים.^ג
- **שצריך** הטוען קי"ל לדעת כמו מי הוא אומר קי"ל.
- **דראינו** שמדור לדור שפושה והולך דגל הקי"ל יותר מדורות הקודמים וכמ"ש החיד"א והו"ד לקמן (סימן ז).
- **אין** לטעון קי"ל היכא אלא בטוען הוא בעצמו.

ואמנם לדינא כבר הכריע בכל זה מאור עינינו ופאר הדור מו"ר מרן הראש"ל הגר"ע קי"ל שלא בפניו

יוסף זצ"ל בשו"ת יביע אומר (חלק ז חושן משפט סימן ב) מפי ספרים ומפי סופרים, שהעיקר כדברי רוב האחרונים דאף היכא דלא טעין המוחזק קים לי אנן טענינן ליה, בין כשהוא מוחזק מעיקרו, בין היכא שתפס,^ד לעולם טוענים לו קים לי, וכמ"ש

^א לשון הכתוב במיכה (ה, ז), ופירש האבן עזרא והנהלאה - וכוונתו שהיתה רחוקה מהלאה. שגם סברות רחוקות הביאו לטענת הקי"ל.
^ב דהיינו שגם ברוב פוסקים המחייבים לא אזלינן בממון אחר האי רובא.
^ג ומה שהבאנו לקמן (סימן ז אות ב) דברי הרב טהרת המים בזה, אינו עניין לזה דהא כתב כן

בסברות שכתבו הפוסקים, ולא סתם כמהגים ומצפצפים קים לי ללא שום בית אב להישען עליו. וועין במה שהבאנו (בסימן טז) בס"ד דאין לצרף סברת ספק לקי"ל.

^ד הנה כאן שפתי קדשו של מו"ר מרן הראש"ל הגר"ע קי"ל אי אמרינן יוסף זצ"ל ברור מיללו דאמרינן קים לי גם לתופס ואי טענינו ליה בתופס ולא רק במוחזק מעיקרא, וגם טענינן ליה

בערך השלחן (סימן כה ס"ק טז). וכ"כ בפתחי תשובה (סו"ס כה) ואפילו כדעת מיעוט הפוסקים כנגד הרוב. עכ"ד.

ב) גם הגאון רבי יעקב חאגיז זצ"ל [מגדולי חכמי הדור לפני כשלש מאות חמישים שנה] בשו"ת הלכות קטנות (חלק א סימן קפב) נשאל שאלה אם דנין בירושלים תבנה ותיכונן קים לי? תשובה: קים לי בגואי שאיני דן כזה, דא"כ בטלת כל החשן משפט מן העולם, ויש טענות הרבה כנגדו, וחס ליה לזרעא דאבא, אעפ"י שיצא מפי גדולים. וקורא אני בזה עד מתי אתה מכלה ממונם של ישראל. ונותן יד לפושעים ולחמסנים וחוששני שברוב הימים יבאו לבטל כל דיני הגמרא באומרם קים לי. עכ"ד.

הנשאל
בהם
[בסברות
הק"ל]
באזהרה

ושם באותה התשובה מחובר לטהור דברי בנו מהר"ם חאגיז זצ"ל שכתב, אמר המני"ח כך מקובלני ממרי הרב מר זקני ז"ל, כי בכל תחום א"י אין לומר קים לי נגד

ליה קי"ל בתפיסה, והיינו שכשבא התפוס לב"ד ואינו מוחזק מעיקרא אי טענינן ליה קי"ל דהרב נתיבות המשפט (בח"מ סימן כה בכללי התפיסה כלל כג) כתב דבכה"ג לא טענינן ליה. ובפת"ש (ח"מ סו"ס כה) כתב בשם הברכי יוסף (סימן כה אות ח) דטענינן ליה גם בתופס. ועיין להרב המו"ל ספר ברכי יוסף (מהדורת זכרון אהרן סימן כה הערה 21) שכתב להעיר על הפת"ש שמכל המקורות שהזכיר בברכ"י אין גם אחד העוסק בתופס אלא במוחזק מעיקרא. ע"ש. וע"ע במה שהאריך בזה ידי"נ הרה"ג רבי פנחס זביחי שליט"א בשו"ת עטרת פז (חלק א כרך ג - חושן משפט, הערות סימן ו הערה ג). ומהשתא אם יש לומר שיש לטעון גם לתופס קי"ל, נמצא דכל שכן שיש לטעון ולומר לו דמצי למיטען קי"ל בממון שהוא מוחזק בו מעיקרא בממון שצריך לשלם. וגם אי הוה פלוגתא דרבנות אי מצי למיטען קי"ל כבר הכריעו הפוסקים דבכה"ג מצי למיטען קי"ל וכמ"ש בספר התפיסה. ויש עוד לפלפל בזה טובא ואכמ"ל. שו"ר למו"ר פאר הדור מרן הראש"ל הגר"ע יוסף זצ"ל בשו"ת יביע אומר (חלק ז חושן משפט סו"ס ב) שכתב, דהעיקר כדברי רוב האחרונים דאף היכא דלא טעין המוחזק קים לי אנן טענינן ליה, בין כשהוא מוחזק מעיקרו, בין היכא שתפס, לעולם טוענים לו קים לי, וכמ"ש בערך השלחן (ח"מ סימן כה ס"ק טז). וכ"כ בפתחי תשובה (סו"ס כה). (וע"ע בשו"ת מנחת יצחק ח"ו סימן קע אות כד). ואפילו כדעת מיעוט הפוסקים כנגד הרוב. עכ"ד. וכבר הורה זקן ויתד היא שלא תימוט. ע"כ דברי.

ואציגה נא לך מה שכתבתי בזה בס"ד בתשובה אחרת, וז"ל, שיש להסתפק דלא דמי ממש לכל דיני הקי"ל הרגילים, שהרי כאן לא בא השואל לשאול אם מותר לו לתפוס אלא אם מותר לו לגבות מהם ממון, ואנו באים ומלמדים אותו שיוכל לתפוס ממקום אחר, ובוה אנו מתגלגלים ובאים למ"ש מרן השו"ע (חושן משפט סימן יז סעיף ט) וז"ל, ראה הדיין זכות לאחד מהם, ובעל דין מבקש לאמרו ואינו יודע לחבר הדברים, או שראוהו מצטער להציל עצמו בטענות אמת, ומפני החימה והכעס נסתלקה ממנו, או נשתבש מפני הסכלות, הרי זה מותר לסעוד ולהבינו תחלת הדבר, משום "פתח פיך לאלם" (משלי לא, ח), וצריך להתיישב בדבר זה הרבה כדי שלא יהיה כעורכי הדיינים. עכ"ד. וגם כאן יש לנו להתיישב בדבר, ומ"מ מכיון שבדאי שאם לא ישלם על המעון יוציאו את בנו התינוק משם, או שיתבעוהו בערכאות ויצא חייב שהערכאות אין להם שום דיני קי"ל ותפיסה רק מה שליבם לב האבן וסברת הכרס בלב הבורערים בעם דמתקרי 'שופטים'. ה' יצילנו מהם ומהמונם. ונמצא שלא תהיה לו דרך לגבות ולתפוס, ולכך נראה דגם בכהאי גוונא הוה בגדר "פתח פיך לאילם", ויש לנו לומר לו קים לי, וממילא לא יהיה חייב לשלם, ומה שמשלם הרי זה בע"כ שלא בטובתו, וא"כ נמצא שמה שמקבל השתא את כספי הפיצויים, הוה כתופס מה שמגיע לו. ועיין בכתובות (דף כז עמוד ב) הכי דאיננא לך ולכולהו אלמי חברך. ובשו"ע (ח"מ סימן כה סעיף ה). ויש עוד להתיישב בזה. ועלה במחשבה לפני דאפשר שתלוי בחקירה אי טענינן

הרמב"ם ומוהר"י קארו, ועל ראשם פירוש רש"י ז"ל אשר הם המה אשר קבלו עליהם ועל זרעם אחריהם אבותינו ואבות אבותינו גם בכל ערי ביסטן, ועל פיהם יהיה כל ריב וכל נגע וכל חד מינייהו אפילו באלף לא בטיל ולקבלת סברת הרמב"ם יש רמז בבדק הבית. עי"ש. ומפיו שמעתי שבזמנו חזרו גאוני צפת ת"ו בחברת גאוני עיר קדשנו ת"ו וחידשו תוקף הסכמה זו וקבלתה דלא יאמר אדם לחבירו קים לי נגד שום אחד מהנזכר וכן היה נזהר ומזהיר, ודבר זה גלוי ומפורסם לרבים אלא שבעונותינו כשרבו בעלי ההוראה בנפש רחבת ידים, פשו להו טובא המורים כסברת היחיד מהפוסקים האחרונים כיון שהובא בדפוס. כי באמת עונשיה מסתייה, אם יבטל דברי אחד מעמודי ההוראה הנזכר עפ"י סברת היחיד, אם לא שהיחיד הזה יהיה מפורסם בראיותיו ודבריו שכל חכמי הדור יסכימו כמותו מחמת עומק פלפולו וראיותיו, כי היכי דימטי ליה שיבא מכשורא. עכ"ד.

אמור מעתה דשמענו ראינו איך בשנים עברו, לא היו קוראים כולם אחר כלל הקים לי - "מקודש מקודש".

סימן ג

אם מרן השו"ע הלך בכללי הקים לי

א ועתה ניתן עיננו וליבנו לברר דעת והנהגת מרן השו"ע בכללי הקי"ל. וראיתי למהר"א דעת מהר"א ששון בשו"ת תורת אמת (סימן נב ד"ה שלישי) בנידונו שכתב, דמצי למימר קים לי כדעת הפוסקים, ואף על גב שהרב מהר"י קארו ז"ל פסק שם בספרו הארוך כדעת המחייבים ז"ל, הנה ידוע הוא דבאתריה דמרן ז"ל, ובספרו זה המאיר לארץ ולדרים לא הלך בעקבות הכלל הזה. עכ"ד.

עוד מעיד מהר"א ששון בשו"ת תורת אמת (סימן פז ד"ה הנה עכ"ז), שבאותו זמן ובפרט בארץ ישראל טוב"ב ובאותם המקומות - לא נהגו לומר קים לי כפלוגי אלא הולכים אחר הרוב או אחר דעת הרמב"ם ז"ל, היכא שנמצא דעתו כתוב, אבל השתא שדבר זה נהוג בכל מקומותינו וכמעט בכל העולם ובפרט בסביבותינו דכו"ע נהגו לומר קים לי. עכ"ד.

ב וכן בקודש חזיתי להרב כנסת הגדולה (הקדמת אורח חיים עמוד ד הוצאת מכון הכתב) שכתב וז"ל, כאשר תנא (הבית יוסף) - בארץ ישראל קאי, ומקום משכן כבודו ואיתן מושבו של הרב המשביר ז"ל היה בארץ ישראל, נמשך ברוב המקומות לפסוק כהרמב"ם ז"ל דמריה דאתרא הוא, וגם בזמנו ובמקומו לא נתפשט כללות "קים לי", כמו שנתפשט בזמנינו זה במחוז הזה קושטנדינ"ה ושאלוניקי"י וכל הסמוך להם, וכל הנראה עמהם והנלוה עמהם. ורבים וגדולים נטו מדרכי הרב בפסקיו ובחיבוריו המנהירים המאורות הגדולים, המאור הגדול ספר "בית יוסף", והמאור הקטן חבורו הקצר זה השלחן אשר

לפני ה', והעמוד אשר נשענו עליו לפסק הלכה הוא כלל ה"קים ליי", וזה מקצוע גדול בדיני ממונות כל דבר שבממון שנחלקו בו גדולי ישראל, זה אומר בכה וזה אומר בכה - יכול להחזיק המוחזק בשלו על פי סברות הפוסקים המסייעים אותו, ומאן מרמי ליה מידיה. עכ"ד.

ג) וגל עינך והבט למ"ש הגר"י אייבשיץ זצ"ל בספרו אורים ותומים (בסוף סימן כה קיצור תקפו כהן סימנים קכג - קכד) דאם הדין כן דמצינן למימר קים לי, בואו ונצווה על רבנו הגדול הבית יוסף שפסק בשו"ע חושן משפט הלכה פסוקה כרוב, ונשען כמו שכתב בהקדמת ספרו על רוב בנין ומנין, ואיך לא חש כי המוחזק יכול לומר קים לי. ואף הרמ"א לא הגיה רק במקום שרבים חולקים בעלי תוס' וסיעתם, אשר מימיהם אנו שותים, אבל אם נאמר כדברי פוסקים הללו ממש בכל חושן משפט - אין כאן הלכה פסוקה אחד מאלף, ואיך עשה רבנו הב"י כן, הלא לא הכריע בעוצם הראיה, רק מכח רוב, והלא לא אמרין כן בדיני ממונות (שכן יוכל לומר קים לי כדעת המיעוט). ולכן לענ"ד צריך ישוב גדול בזה, כי אין למחברים מקום לסמוך. ועכ"פ הנכון כמ"ש הש"ך, כי הכל תלוי בראות עיני הדיינים לפי ענין הנדון. וצריך ישוב גדול, כי לולי זאת ח"ו תיפוק תורה, ויהיה ממש כל דאלים גבר. עכ"ד. ועיין במ"ש קונטרס הספיקות (כלל ו אות ו), ויש להאריך בזה ולא עת האסף.

ד) עוד רגע אדבר מ"ש הגאון רבי רפאל ידידה שלמה צרור זצ"ל [אב"ד אלג'יר לפני כשלוש מאות שנה] בשו"ת פרי צדיק (אבה"ע סימן ג דף ט ע"א טור א), שכתב בענינו, דמדלא הביא מרן סברת החולקים משמע דגם אם תפס לא מהני תפיסה, ולא מהני ליה קים לי. וע"ש שביאר מילתא בטעמא לזה. וְמשמע דס"ל שגם מרן השו"ע הן בדיני הקי"ל. ואמנם הגר"ח פלאגי העיר עליו בשו"ת סמיכה לחיים (אה"ע סימן ט דף מז ע"א טור ב), דאחר הרואה יראה דלא היה צריך לכל זה, שהרי הדבר ידוע ופשוט דמרן ז"ל לא נשתמש בכללי הקי"ל. ומה גם דאתריה דהרב ז"ל דנוהגים לפסוק כהרמב"ם ז"ל ומהאי טעמא גופיה, דכך בני מערב נוהגים לפסוק כהרמב"ם. אך אנן בדין תפסינן דגל הקים לי. ע"כ. ולפי האמור נמצא שיש לנו מחלוקת בדעת מרן השו"ע אי חש לדיני הקי"ל או לא. ועיין לקמן (מסימן נח והלאה) בבירור דעת מרן בספק בתפיסה שיש שהוכיחו מדעת מרן השו"ע כמה מדיני הקי"ל וע"כ דסבירא להו דגם מרן השו"ע הלוך ילך ומודה במקצת לדיני הקים לי.

סימן ד

דיני הקים לי הבאים מצרימה

א) וכל האר"ש באו מצרימה אל חכמי ורבני מצרים שגילו דעתם דעת עליון בעניני הקים לי וראשון לציון הנה הינם דברי הגאון רבי מרדכי הלוי [אביו של בעל הגינת ורדים] בשו"ת דרכי נועם (חלק חושן משפט סימן טו) שכתב בשם מוה"ר יעקב קאשטרו [מגדולי

דעת הגר"י
אייבשיץ

דעת הרב
פרי צדיק
והגר"ח
פלאגי

דעת הרב
דרכי נועם

חכמי מצרים לפני יותר מארבע מאות שנה] (בתשובה צג) שמדברי התלמוד אני למד, דאפילו במחלוקת שוה, אי אפסיקא הלכתא כמו הכת האחת מפי חכם גדול שידע שתי הסברות והכריע כחדא מינייהו - תו לא מצי בעל דין למימר קים לי כמו הכת אחרת, דאי לא תימא הכי גם בכל הדינין הנזכר בתלמוד איכא פלוגתא, והיכי קרינן ליה טועה בדבר משנה לעושה בהפך מה שנפסקה הלכה.

ב) וראיתי להגאון רבי יוסף הלוי הנזיר [שהיה דיין בבית דינו של רבי אברהם הלוי בעל הגינת ורדים] בשו"ת מטה יוסף (ח"א חו"מ סימן י עמוד תרא במהדורת טוב מצרים) שכתב שיש לדיין לדון בדיני קים לי. ועל זה בא רעהו וחקרו הגאון רבי יעקב פראג'י [אב"ד אלכסנדריה שבמצרים לפני כשלוש מאות שנה] בשו"ת מהרי"ף (סימן סא עמוד ער מהדורת טוב מצרים) וכתב לו וז"ל, וראיתי למר במה שכתב שהזכיר דין דקים ליה, נראה דמר דיין בדין קים ליה, ותמהתי שכל ימי הייתי סבור שמצרים אינן דנין בקים ליה אלא על פי התורה, שנאמר "אחרי רבים להטות" (שמות כג, ב), או על פי רב במקום שזהו דין התורה שניתנה מהר סיני, שהיום כמו ארבעים שנה שהיה מעשה פה נא אמון, שראובן הלוח לשמעון עשרה גרוש על משכון לשון זהב ששוה עשרים גרוש, ונגנב המשכון, ועל זה עמדו לפני ב"ד, ומורי ורבי חייב את המלוה בדמי כל המשכון, כמו שהעלה רבינו הגדול בשלחנו הטהור (חו"מ סימן עב ס"ב). והרב כמה"ר רפואה שלם ז"ל, פטר את המלוה מהיתרון ששוה המשכון יותר על המלוה, מפני שכתב רבינו בעל המפה: וי"א דמלוה על המשכון לא הוי אלא שומר חנם, לענין זה שאם דמי המשכון יתרים על החוב אין המלוה נותן ללוה היתרון אלא אבד מעותיו ולא יותר. עכ"ל. והיה אומר המלוה קים לי כיש אומרים. ומורי ורבי תמה, שמעולם פה נא אמון לא נשמע דין זה דקים לי לפני רבותיו הרב הגדול רבינו אהרן בן חיים בעל קרבן אהרן זלה"ה. והרב הגדול אביגדור קסטלאס זלה"ה. אלא מעולם אנו הולכים בשיטת רבינו הגדול רבן של כל ישראל מוהר"י קארו ז"ל. ועל זה שלחנו לחכמי מצרים והסכימו כל רבני מצרים לדעת מורי ורבי זלה"ה. ושלחו פסק משם חתומים בו הרב רבי משה סרגוסי והרב רבי יהודה כהן והרב רבי מנחם כהן והרב רבי ישראל רומאנו, והרב רבי נתן גוטא זלה"ה, והיו מסכימים שאין לדון בקים לי אלא על פי התורה. עכ"ד.

ג) והמדויק מהמשך דברי מהר"י פראג'י יראה שלא כתב דבריו אלו רק מהטעם שלא אומרים קים לי נגד מרן, אלא שבכלל דיני הקים לי לא התקבלו בזמנו ובמקומו. וכמ"ש שם בהמשך דבריו וז"ל, ובאותן הימים נתברר לנו מפי מגידי אמת, שבשנים קדמוניות שבעיר צפת תוב"ב הסכימו כל הרבנים שהיו בתוכה והחרימו חרם חמור, שלא ידין שום דיין על פי קים לי, אלא הדין יפסק על פי התורה אחרי רבים או על פי מרי דאתרא. ועתה מקרוב כמו ארבע או חמש שנים עבר עלינו חכם מארץ ישראל תוב"ב והייתי מדבר עמו ונתגלגלו הדברים ונזכר ענין דקים לי אמר לי החכם הזה אני ראיתי

דעת הרב
מטה יוסף
ומהר"י
פראג'י

דעת חכמי
צפת

בצפת הסכמה כתובה מימי רבינו יוסף קארו זלה"ה בהסכמת כל הרבנים שהיו שם וכולם חתומים בה, שאין שום דין בקים לי והחרימו על זה חרם חמור, אלא הדין יפסוק הדין על פי מרי דאתרא, ובמקום שאין להם רב יפסוק הדין על פי גזרת התורה "אחרי רבים להטות" (שמות כג, ב). עכ"ד. אתה הראת לדעת דעות לישראל שרבינו הב"י וחכמי דורו פסקו דאין לילך לפי דיני הקים לי ואף החרימו על זה.

סימן ה

הטעמים לאמירת הקים לי

(א) ושא עינך וראה דהתומים (בקיצור תוקפו כהן סימן קכג - קכד) צווח ככרוכיא על האי כללא דכיילי דמצי אמר קים לי כמיעוט נגד רבים, ושאין להפוסקים שהמציאו האי כללא מקום לסמוך, ובקונטרס הספיקות (כלל ו סעיף ו) העיר על דבריו, דאמאי אין להם מקום לסמוך הלא קבעו יתד במקום נאמן, דאין הולכין בממוץ אחר הרוב (עיין ב"ק דף כז ע"ב), אלא שהתומים ז"ל לשיטתו שפירש (שם) בטעמא דגבי דיינים שנים אומרים חייב ואחד אומר זכאי - חייב, והולכין אחר הרוב, משום דבשאר רובא ומיעוטא שבדיני ממונות שניהם אמת, כמו מוכר שור לחבירו ונמצא נגחן שניהם אמת, שהרוב קונין לרדיא והמיעוט לנכסתא (עיין בבא קמא דף מו ע"ב), אבל גבי סברת הדיינים אחד מהצדדים שקר, דאם הוא חייב אינו זכאי וכן להיפך, ויותר מסתבר לתלות הטעות במיעוט מלתלות ברוב, ולפי זה גם בפלוגתא דרבוותא בענין ממוץ, הולכין גם כן אחר הרוב מהאי טעמא. אבל טעמא קלישא הוא, תדע שבחולין (דף יא ע"א) ילפינן רובא דאיתא קמן מ"אחרי רבים להטות" דכתיב גבי סנהדרין, ולדבריו היכי יליף, לימא דבסנהדרין טעמא דאזלינן בתר רובא משום שיותר יש לתלות הטעות במיעוט מברוב, מה שאין כן בט' חנויות דרובא ומיעוטא שניהם אמיתיים.¹ ואין בדבריו כדי לחלוק על האי כללא שהסכימו בו פמליא

וטעם
קנים יקח

מכריע את הספק, איכא נמי רובא דעושה את המיעוט כמי שאינו. ובדרך זו אלך לי אל ישוב הענין, דמהשתא אין לומר דבסנהדרין יש ללכת בתר רובא משום שיש לתלות הטעות במיעוט, דא"כ יחסר מניין הסנהדרין, אלא הטעם הוא דבסנהדרין המיעוט נהפך להיות כרוב והיינו שגם מיעוט הטועים נהפכים לרוב הצודקים. ובוזה שפיר יש ללמוד מיניה לדין דט' חנויות, שגם חנות הטריפה שהיא המיעוט, הרי היא כנהפכת להיות מהרוב. ודו"ק. ועיין בתומים הוצאת זכרון אהרן בהערות משפט יהונתן (עמוד רגג הערה 159) מ"ש בזה. ואכמ"ל.

¹ והדברים יתבארו ע"פ מ"ש הגר"ח בסטנסיל (סימן רכט) ליישב הערה אחרת של התומים בסימן זה, וזאת בהקדים, דלכאורה קשה דהלא בדיני ממונות בעינן ג' דיינים ובדיני נפשות בעינן כ"ג דיינים, וא"כ כיצד אזלינן בתר רוב הא חסר מניין הסנהדרין וחסר מספר הדיינים? אלא ודאי פשיטא דכיון דאיכא גזירת הכתוב דבעינן כך וכך סנהדרין וגם יש בהם דין ד"אחרי רבים להטות", על כרחך דיש להם צירוף וכולם ביחד גומרים את הדין, ואמרינן בהך רובא ככולא, ואיכא כל מניין הסנהדרין דנתהפך המיעוט כמו הרוב. ע"ש המשך דבריו. ולעינינו שמענו דבסנהדרין מלבד מה שהרוב

של רבותינו האחרונים נוחי נפש. עכ"ד. ובדברי קדשיו כתוב לאמר, דעיקר טעמא דהאי כללא הוא משום דאין הולכים בדיני ממונות על פי הרוב. וכן כתב בשו"ת מהרש"ך (חלק ד סו"ס ב) שיסוד דין קים לי הוא מדין אין הולכין בממון אחר הרוב.

ב) ובפשטות נראה דעיקר מחלוקתם מיתלא תלי וקאי, אי האי דינא דאין הולכים בדיני ממונות על פי הרוב הוא מדאורייתא או מדרבנן, דאם הוא מדאורייתא, אין לומר בו סברות וטעמים, וכן דעת קונטרס הספיקות, משא"כ אי הוה דין דרבנן יש למצוא טעם התקנה וכמ"ש התומים.

אין הולכין
בממון אחר
הרוב -
מדאורייתא
או מדרבנן

ואמנם אליבא דאמת נראה דגם אי נימא דטעם הקי"ל הוא משום דאין הולכין בממון אחר הרוב, הלא ידעת אם לא שמעת שיסוד דין דאי הולכים בממון אחר הרוב נחלקו רבותינו בו אם הוא מדאורייתא או מדרבנן עיין בשו"ת יביע אומר (חלק ה חושן משפט סימן ב אות ה) שהביא פלוגתא דרבוותא בזה. וע"ע להרב משמרות כהונה בסנהדרין (דף ג עמוד ב ב"ה ד"מ וכו'), ולהגאון רבי יצחק אייזיק חבר בספרו בית נאמן (חדר טז חלון ד - ה). ואפשר דבהאי מילתא גופא נחלקו הני רבוותא התומים וקונטרס הספיקות, ויש לפלפל עוד בזה. ואכמ"ל.

ג) טעם נוסף שנראה לומר בדיני הקים לי ע"פ מ"ש הש"ך בתקפו כהן (סימן פז), דחד מהני טעמי דמהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא הוא משום דכיון דאי עביד הדיין כחד מנייהו קם דינא, מצי למימר עבידנא דינא לנפשי. עכ"ד. ועיין בתומים בקיצור תקפו כהן (סימן פז - ז) ובקונטרס הספיקות (כלל ה אות ג). ולפי זה יש לומר נמי, דגם טענת קים לי הרי היא כעביד איניש דינא לנפשיה. וכ"כ הג"ר צבי קלישר בספרו מאזנים למשפט (דיני תפיסה בסימן יז ס"ק א עמוד קנו) שיסוד דין קים לי יוצא מדין עביד איניש דינא לנפשיה (עיין בב"ק דף כז ע"ב). ע"ש.¹

עביד
איניש דינא
לנפשיה

וע"ע בשו"ת יביע אומר (חלק ט חושן משפט סימן א אות ג) מ"ש דברי רבותינו שיצאו לדון אם טענת קים לי היא מדאורייתא או מדרבנן. וע"ע למו"ר בחזון עובדיה סוכות (עמוד תיב ובהערה מב) שהאריך הרחיב כיד ה' הטובה עליו בדין המנענע אתרוג ביום הראשון שזכה בו בטענת קים לי אי מקרי לכם? ומסיק, דבדיעבד יצא יד"ת. ובהערה

¹ דינא לנפשיה, אבל בכה"ג לא מקרי אלא תופס ככולי תלמודא. ולפי דברך שאתה מחשיבו כעביד דינא לנפשיה נבהלתי וכו'. עכ"ד. ולפי האמור יוצא גם בדין קים לי כשאינו גובה ממון בשביל ממון אחר, ג"כ לא יהיה זה מדין עביד איניש. ויש להאריך ולפלפל בבחינת רצוא ושוב (עיין במצודות דוד יהוקאל פרק א פסוק יד). אך מה שהלך חושק הפנאי עושק.

ואמנם בדין תפיסה לך נא ראה למ"ש בשו"ת מהרי"ק (סימן קסא) להשיג על הרב השואל וז"ל, מתוך דברך נראה דענין זה דתפיסה אתה מחשבו כעביד דינא לנפשיה. ולפי דעתי אינו, דהא לא מקרי עביד דינא לנפשיה אלא היכא שעושה מעשה כעין דיין - לגבות ממון בשביל ממון אחר, או להכות את חברו או להפסידו עד שישלם הממון, בכה"ג שייך למימר

(בעמוד תטז) הוסיף דכל שכן אם רוב הפוסקים עומדים לזכותו של המוחזק, שבודאי אף לכתחילה נקרא "לכם", ורשאי לברך עליו ביום הראשון. עכ"ד.

סימן ו

ביטול החרם על הדנים בקים לי

א וראיתי ונתון אל ליבי דברי מהר"י פראגי הנ"ל (בסימן ד אות ג) שהביא עדות נאמנה שעשו חרם רבותינו הקדמונים וכל חכמי דורו של מרן הבית יוסף - ובפשטות מרן הבית יוסף ראש הרבנים היה בכללם - שלא לדון דיני קים לי. אכן עינינו הרואות שלא חששו רבנן ותלמידהון ותלמידי תלמידהון די באתרא הדין ודי בכל אתר ואתר לחרם זה. וכל היום וכל הלילה תמיד לא יחשו הפוסקים לדון בדיני קים לי. ונראה שעיקר ההיתר לדון בדיני קים לי למרות החרם הגדול הוא מהטעמים שהזכיר מו"ר פאר הדור מרן הראש"ל הגאון רבי עובדיה יוסף זצ"ל בשו"ת יביע אומר (חלק ז יורה דעה סימן יד), ששם עמד וימודד אר"ש לדון בדבר השמועה שבשעה שגורשו והוגלו יהודי ספרד משם (בשנת רנ"ב, "מזרה" ישראל יקבצנו לפ"ק), קבלו עליהם וגזרו בחרם שלא לשוב עוד לאדמת ספרד, אם יש לחוש לחרם זה. והגם שאין כל הטעמים הנזכרים שם שייכים בנידון דידן, עיקר הטעם שהוזכר שם שלא עשו חרם זה אלא לבני דורם ולאנשי מקומם, דנראה מלשון החרם שבודאי היתה תקנה זו לרבני צפת, ומטעם זה לא חש הרב מטה יוסף לדון בדין קים לי, ומה שהעיר ע"ד מהר"י פראגי מענין החרם הנ"ל - לא בא לומר שפשט החרם הכל קהילות ישראל, אלא כל כונתו שלא נהגו הפוסקים לדון מקדמא דנא לדון בדיני קים לי. ומעתה יש לומר שמא לא גזרו חכמי ורבני צפת רק על עצמם ושער מקומם, ואת"ל שגזרו גם על זרעם, שמא לא גזרו על כלל ישראל, ואת"ל שגזרו על הכלל, שמא לא פשט חרם זה, ומיד שגזרו ב"ד פקפקו בה העם ולא פשטה, והרי זו בטלה מאליה, ואין צורך לבטלה ע"י ב"ד קטן, וכמ"ש ביביע אומר (שם אות ג) וגם אם עמדה הגזרה שנים רבות, שמא ביטולה ברבות הימים, שחזקה על חבר, וכל שכן על חברים רבים גדולי הפוסקים שאין מוציאים תקלה מתחת ידיהם ללמד את בני יהודה קשת שיש לדון בדיני קים לי, ללא שסילקו כל מכשול וחרם לפני כן. ובכה"ג דהוה ג' וד' ספיקות אין לנו לחוש כלל וכמ"ש כל זה בשו"ת יביע אומר הנזכר. [ובאמת מורנו ורבנו בשו"ת יביע אומר (בחלק ז חו"מ סימן ב ובח"ט חו"מ סימן א), בתשובה שדן בענין קים לי נגד מרן, לא הזכיר מתשובת מהרי"ף שבסימן סא הגם שיש בה ג"כ שייכות לקים לי כנגד מרן, והזכיר תשובות אחרות ממהר"י פראגי ולא מסתבר שלא ראה או שהיתה העלמ'ה יוצאת ממנו, ואפשר שלא רצה כלל להזכיר דבריו בתשובה זו, מאחר שמכל דברי הפוסקים רואים שלא חששו כלל לענין החרם הנזכר]. וע"ע בשו"ת ישיב יצחק שכטר (חלק לח אבן העזר סימן לו), מ"ש לדון אודות חרם הקדמונים שהחרימו מי שמבטל

חרם לא
יהיה עוד

השידוך, וע"ש שג"כ צדיק עתיק מדברי רבותינו שלא חששו לזה הפוסקים הבאים אחריהם, ודון מיניה ואוקי באתרין.

(ב) עוד יש להעיר שמדברי מהר"ם חאגיז הנ"ל (בסימן ב אות ב), נראה שעיקר הגזירה היתה שלא יורו המורים כנגד הני רבוותא הרמב"ם רש"י ומרן. אך כנגד שאר חכמי ישראל לא קיבלו. וא"כ כל שאין הקים לי כנגד הני רבוותא אין שייך בו החרם כלל. וקשה לומר שהיו ב' חרמות האחת שלא לדון קים לי כנגד הני רבוותא, ועוד חרם גדול ממנו שלא לדון כלל בדיני קים לי, ומ"מ הכלל הגדול דאין לומר קים לי כנגד מרן קיימו וקבלו עליהם היהודים בני ספרד ועל זרעם להיות עושים כן כל ימי חייהם וכמ"ש בשו"ת יביע אומר הנזכר.

(ג) עוד דבר מופלא ראיתי בשו"ת לב שלמה למהר"ש הלוי (באלפא ביתא שבסוף הספר דף כל המקומות אשר התהלך שם הקים לי קלג ע"א טור ב) שכתב וז"ל, בשבתי סומך יד מיד, נסתפקתי טיב ומשפט בדיני קים לי, שבמקומותינו אינם דנים בדיני הקי"ל כנודע. ואחר החקירה נתברר לי שמורינו הרב המובהק מהרר"י איסקאפה ז"ל לא היה דן בקי"ל בפרט בפוסקים אחרונים שהם אחר רבינו הבי"ז ז"ל. אבל מה אעשה שמורינו הרב הגדול כמוהר"ח בנבנישתי ז"ל [מח"ס כנסת הגדולה] נשתמש הרבה בדיני הקי"ל ואני חייב לילך בעקבותיו, אע"פ שהוא קשה לי ולא לרצוני. עכ"ד. והגר"ח פלאגי בשו"ת סמיכה לחיים (אבה"ע סימן ט דף נו ע"א טור ב) כתב עליו וטעם שהיה קשה למהר"ש הלוי לדון בכללי הקים לי הוא, שהרי הוא בא מארץ ישראל ת"ו וליכא שם דיני קי"ל¹ וכשבא לעירנו איזמיר יע"א ומינו אותו לדיין, ישב בתענית ארבעים יום כדי לדון בדיני הקי"ל כאשר העיד הרב על עצמו שם (בשו"ת מהר"ש הלוי אה"ע סימן ג"ל דף מו ע"ב טור ד). ע"כ. הרי לך עד כמה הצטער אותו צדיק בדבר זה. ומ"מ נראה דמן שמיא קיימו וקיבלו עליהם דין הקי"ל וכאשר יבואר בס"ד בסימן הבא.

סימן ז

הרחבת דיני הקי"ל

(א) ומצאנו ראינו שלפי רוב השנים ירבה דין הקים לי וכמ"ש רבינו החיד"א בשם הגדולים (ח"א מערכת היוד ס"ק עד הוצאת יהדות התורה עמוד 74), דקים לי נשתנה מזמן לזמן דבתחילה היו נוהגים דלא מצי למימר תלת קי"ל² ואח"כ פשטה ההוראה דכל מה שאתה

¹ כמנהג מקומו, ודלא כהיש חולקים בזה, דקי"ל דהיכא דבהא פליגי אי מצי למימר קי"ל – יכול לומר קי"ל. עכ"ד.

² ועמדנו על זה לקמן (סימן יח).

¹ ועיין בספר גנזי חיים פלאגי מערכת הקי"ל (אות ג דף קכו ע"א טור ב), שג"כ כתב דארץ ישראל שאין להם טענת קים לי היכא דהנתבע הוא מחו"ל אע"פ שבא לדון בא"י מצי למימר קי"ל

מרבה ספיקות אין מוציאים מיד המוחזק והמצא ימצא בפוסק אחד עצמו פעם כסברה זו ופעם כזו, ותלוי הדבר בשינוי הזמנים. עכ"ד.

והגאון הרב רבי אברהם הכהן [מחכמי סלוניקי לפני כמאה וחמישים שנה] בספרו טהרת המים (מערכת הק' אות מט דף קמו ע"א טור א) הביא דברי החיד"א בשם הגדולים (ח"א מערכת היוד ס"ק ק עד ט) הללו, ועל פי זה כתב (שם טור ב) דיש כמה סוגיין דהוו נהיגי הראשונים שלא לומר קי"ל, ואחר זמן נשתנה מזמן לזמן, וכגון, מה דמצינו כמה פוסקים דס"ל דהיכא דבהא פליגי אם הוי מוחזק לא אמרינן קים לי, ואזלינן אחר רוב פוסקים. וכמ"ש הרב מטה שמעון (בכללי הקי"ל ס"ק נח) ולדידן דנתרבה דגל הקי"ל אין לילך אחר הכרעות, כל דאיכא שני פוסקים המסייעים למוחזק נגד הכרעת רב העיר. ואנן בדידן עכשיו דזיכנו ה' וראינו דנתרבה דגל הקי"ל ואפילו איכא מאה ספקי, ואפילו דהם שני פוסקים לקבל אלפא, לעולם המוחזק יאמר קי"ל ואין מוציאים מידו וכו'. וליכא לעז על הראשונים דגם הן אם היו נמצאים בזמן הזה בראותם דספרים פתיחו להרבות דגל הקי"ל, היו ג"כ דנין כן דגדול כח המוחזק. עכ"ד.

דברי הרב טהרת המים בדיני קים לי

ב והרב טהרת המים מוסיף אמריו (שם דף קמו ע"ב טור ג), דנראה מדברי הפוסקים דאפילו אם יש סברא לפוסק אחד דפשוט לו הדין כן, ועל פוסק אחר מספקא לן אם סבר כוותיה עכ"ז אמרינן קי"ל כותיהו, ומחשבינן להו כתרי ומצי למימר קי"ל כוותיהו, אפילו נגד כל הפוסקים דפשיט ליה הדין להיפך, אפילו להוציא מיד המוחזק. ואפילו בסברות מסופקות נאמר קי"ל כהצד שמזכה למוחזק אפילו נגד פשיטות כל הפוסקים.¹⁴ ומכל הני מיילי נראה, דהראשונים כגון מהריב"ל ומהרשד"ם ומהרש"ך - לא היו נוהגין בדורם לדון בהם דין דקי"ל, והיו מוציאים מיד המוחזק. עכ"ד.

הקדמונים נסוגו אחר מדיני קי"ל

סימן ה

קים לי נגד מרן והרמ"א

א עוד כתב מהר"י פראגי בתשובה (סימן סא) וז"ל, ולע"ד נראה, שהדיין שהולך אחרי קים לי - לא די לו שבטל גזרת התורה, אלא דרכו אינה בטוחה מהסכנה, אלא כל ימיו הולך בדרך מסוכן, ושבח לאל יתברך והודאה לשמו הגדול אנן אית לן רב שנסמוך

לכו אל יוסף

¹⁴ הפוסקים בהאי ספיקא.

¹⁵ יא ועייין לקמן (סימן טז), אם אומרים קי"ל כסברת פוסק שלא הכריע דעתו, דהבאנו דברי הפוסקים בזה לדינא.

^ט בספר טהרת המים נדפס שהוא בס"ק סז ובשם הגדולים שלפני הוצאת יהדות התורה הוא בס"ק עד וציינתי מקור מקומו טהור לפי שם הגדולים שלפני.

¹⁶ ובזה עסקנו בס"ד בעיקר חיבורנו לבאר דעת

עליו, ודרכנו בטוחה מכל סכנה, וסלולה ומסוקלת מכל אבן מכשול, הלא הוא רבינו הגדול רבן של כל ישראל מוהר"י קארו זלה"ה. ומקובלני מזקני גאוני מצרים, שהרמב"ם קבלוהו כל גלילות המערב לרב וארץ מצרים וארץ ישראל וארם נהרים וארם צובא ופרס עד סוף תימן. והנה מר רואה בהרבה מקומות בבית יוסף בחו"מ שכתב מרן, וכבר נהגו לפסוק הלכה כהרמב"ם. נמצא דאין לנו אלא דברי מרן, והם המה דברי הרמב"ם, שהוא מסכים לדבריו. וכ"ש עתה שכל גלילות ישראל כבר קיבלו עליהם דברי מרן אין לזוז מהם. עכ"ד.

ב) וכיוצא בכתב בתומים בקיצור תקפו כהן (בסוף סימן כה סימן קכג - קכד), דבדין שנזכר בשו"ע, והמחבר והרמ"א השמיטו דעת החולק, קבלה בידי וכן ראיתי מדיינים מומחים וכן דן אני ובא, מבלי לטעון קים ליה כדעת החולק, כיון שהרב ב"י ורמ"א שמו זכרונו אחרי הדלת אין לחוש לו. וקיימו וקבלו חכמי הדור לשמור ולעשות ככל האומר במטבע הקצר שו"ע והגהת רמ"א. ולדעתי אין ספק כי הכל בכתב מיד ה' השכיל על ידם, כי קושיות רבות שהקשו עליהם אחרונים ותירצו בדרך חריף ועמוק, וכמו כן כללו במתק וקוצר לשונם דינים הרבה, ולאין ספק שלא כווננו להכל, כי איך היה אפשר לרוב המלאכה מלאכת שמים שהיה עליהם, ומי הוא הגבר שיעשה חיבור על כל התורה לקוח מכל דברי הראשונים ואחרונים ולא יכבד עליהם מלאכה מלאכת שמים, רק רוח ה' נוססה בקרבם להיות לשונם מכוון להלכה בלי כוונת הכותב, וחפץ ה' בידם הצליח. ולכן חס ושלום לומר קים ליה נגד הכרעת המחבר ורמ"א. עכ"ד. ובקונטרס הספיקות (כלל ו אות ו) היה ש"ר המסכים לזה וכתב, דיפה אמר, וכן שמעתי שאין לומר קים לי נגד הכרעת רמ"א, וכל זה לדעתי מטעם קבלה נהגו ביה לפי שאנחנו נגררין אחר הכרעת הרמ"א. עכ"ד. ועיין במ"ש בשו"ת מנחת יצחק (חלק ו סימן קע אות כה).

ג) ואמנם הרב חוות יאיר (סימן קסה), סייג האי כללא וכתב, דאין לומר קים לי נגד השולחן ערוך והרמ"א רק אם הסמ"ע והש"ך לא חלקו עליהם, אבל אם הסמ"ע או הש"ך פסקו כשיטה שלא הובאה בשולחן ערוך וברמ"א אפשר לומר קים לי. עכ"ד. והו"ד בנתיבות המשפט (קיצור כללי דיני תפיסה המובאים לאחר סימן כה סעיף כ). ואין כן דעת פוסקי הספרדים וכמ"ש החיד"א בספרו ברכי יוסף (חושן משפט סימן כה בס"ק כז) שגם בארץ ישראל כולה - אין נוהגים לומר קים לי נגד מרן. וע"ע בשו"ת רב פעלים (חלק ב חושן משפט סימן ג). וכבר האריך מורנו ורבינו מרן הראש"ל הגר"ע יוסף זצ"ל בתשובה ארוכה מיני אר"ש בשו"ת יביע אומר (חלק ט חושן משפט סימן א) וכתב, דכלל העולה שהסכמת רוב האחרונים שלנו, שאין המוחזק יכול לומר קים לי נגד מה שפסק מרן בתשובה, לא רק שאין לומר קים לי כנגד מרן בשו"ע, אלא גם אין לומר קים לי כנגד מרן בשו"ת, מאחר שמרן הוא מארי דאתרין, ומפיו אנו חיים, וקבלנו הוראותיו ככל אשר יאמר כי הוא זה. וכן ראוי

להורות, לשעה ולדורות. ולכל היותר יש לעשות פשרה הקרובה לדין. עכ"ד.¹

סימן ט

קים לי יעלה מגאון יחידי

(א) עוד רגע אדבר מה שראיתי בשו"ת מהרשד"ם (חלק יורה דעה סימן עז) שכתב, ומעיד אני עלי שמים וארץ שמורי הגדול מהררי"ט זצ"ל, כאשר בדין אחד היה לו סברת הרשב"א

קים לי
כרשב"א

במחזיק ברכה (שם אות ו), דהאי יש אומרים שכתב מרן זו סברת הרי"ף והרא"ש ורוב הפוסקים המפורסמים אכן הרמב"ם סבר שאין תוספת לשבת כלל ואפילו מצוה דרבנן ליכא ומשום כך כתב מרן יש אומרים שצריך להוסיף וכו'. עכ"ד. ובאמת הדברים שגויים במחלוקת וכמ"ש בזה הגאון הראש"ל הגרי"צ יוסף נר"ו בעין יצחק (ח"ג עמוד תרו ובהערה כה), ומאחר שיש בזה מחלוקת נמצא שיש מרבתינו שכתבו דלשון זו מורה דמון השו"ע הסתפק בזה, ואין ולא ורפיא בידיה. וכל כיוצ"ב נראה דכאילו מרן הביא את שתי השיטות ולא סגר הפתח כנגד הטוענים קי"ל.

וכן ראיתי להרה"ג רבי שי יצחקי נר"ו בשו"ת גזע ישי (ח"א סימן א*) שהולך ומונה ל"ה פוסקים דכולהו סבירא להו שכשמרן מביא דין בש"ע בשם יש מי שאומר או יש אומרים להורות נתן שאין הדין ברור. ומטעם זה פסק שם (עמוד כב) דיש מקום לבעל דין לעיין בדבר ולירד לעומקה של הלכה ולהעמיד הסברא החולקת ואז רשאי המוחזק לומר קי"ל כהסברא החולקת ואז קי"ל נגד מרן השו"ע. עכ"ד. וגם אי נימא דהוה מחלוקת אי מצי למימר בכה"ג קים לי נגד מרן או לא, עיין לרבינו החיד"א בברכי יוסף (ח"מ סימן כה אות כג) ושם אתה מוצא שנים עשר רבנים אחרונים הסכימו דבכל ספק בקי"ל דמצי לומר קי"ל. וא"כ יש לומר גם כאן דבספק אי אמרינן קי"ל נגד מרן השו"ע או לא מצי למימר קי"ל. וכמ"ש כיוצ"ב מרן הראש"ל הגרי"ע יוסף זצ"ל בשו"ת יביע אומר (ח"ה חושן משפט סוף סימן ד, ובח"ו ח"מ סימן ב, ובחלק ח ח"מ סימן א), דכשמרן כותב יש אומרים ויש אומרים, אף על גב דבאיסור והיתר ובאורח חיים הלכה כיש אומרים בתרא, ואף

יב ואגב אביא מה שנשאלתי עוד בזה מידידי הרב שלמה בר כוכבא יצ"ו בדין קים לי, דהנה ידוע הדבר דאף דאולינן בתר דגל הקים לי שלא להוציא ממון מיד המוחזק, מ"מ אם דעת מרן לחייבו, אף שיחלקו עליו כו"כ פוסקים, לא אמרינן קים לי נגד מרן השו"ע, ומוציאין ממון מהמוחזק כפסק מרן. ויש להסתפק, היכא דפסק מרן הדין בלשון יש אומרים גרידא, אם גם בכה"ג לא אמרינן קים לי, דהוי נגד מרן, או דילמא יש לומר דמדנקט מרן לשון זו משמע דהניח מקום דיש לומר לא כן, ולא פסיקא ליה מילתא, וממילא לדין הדר דינא דיטעון המוחזק קים לי כאידך גיסא, ולא חשיב קים לי נגד מרן. יורנו ושכמ"ה. עכ"ד.

וזה אשר אשיב לו שערי תשובה:

וראשית יש לבאר בכל מקום שבשולחן ערוך שכתב יש אומרים בלא שום חולק אם היא לשון מסופקת. דבפשטות כיון שלא נקט מרן בסתמא וכתבו בלשון יש אומרים הלא דבר הוא.

ובאמת כן מצאנו בגינת ורדים (יורה דעה כלל ג סימן יב) בדין שכתב כן על הדין שכתב מרן בשו"ע (אורח חיים סימן קנ"ג סעיף יח) וז"ל יש מי שאומר שכלי הקדש של כסף שנהגו להביאם תמיד לבית הכנסת בחגים אין יכולים להוציאם לחולין ולמכרן והקהל יכולין לתפושן שישארו בחזקת הקדש אחר מיתת המקדיש. עכ"ל. והנה סגנון זה שכתב מרן בשם יש אומרים ולא כתבו בסתם משמע דלא ברידא ליה הך מלתא שפיר ולכן אפקה בלשון יש אומרים. עכ"ד.

וכיוצ"ב מצאנו ראינו על מה שפסק מרן בשולחן ערוך (אורח חיים סימן רס"א סעיף ב) וז"ל, יש אומרים שצריך להוסיף מחול על הקודש. וכתב הרב חיד"א

ז"ל היה אומר הרי הרשב"א גדול הפוסקים. ושנה דבריו עוד בשו"ת מהרשד"ם (חלק חושן משפט סימן קעד) שמעתי מפי מורה ז"ל שהיה שוקל סברת הרשב"א כמעט כרוב שאר הפוסקים ולכן מצי למימר קים לי כהרשב"א. ע"ש דבריו.¹ והרב כנה"ג (חור"מ סימן רכו הגהב"י אות טו) תמ'ה תמ'ה יקרא ע"ד דהלכה רווחת דאין לומר קי"ל כגאון יחידי. ע"כ. והרב רבי חיים אברהם גאטניי בספרו צרור הכסף (חור"מ סימן כ דף עד ע"ב טור ג) כתב להשיב ע"ד, דכונת מהרשד"ם ורבו דחשיב הרשב"א כרבים, וא"כ מצי למימר קי"ל כותיה נגד רבים. עכ"ד. ולהגאון רבי רחמים אליהו חזן בספרו ארח משפט (חור"מ סימן כה אות לא דף לט ע"א טור ב) שהביא הסכמת הפוסקים, שאין לומר קי"ל כהרשב"א כשהוא בסברא יחידית. ע"ש. ומיהו יש לדון על פי מה שכתב התומים (והר"ד לעיל סימן ה אות א), דהטעם שב"ד לא חיישין למיעוטא אע"ג דאין הולכין בממון אחר הרוב, משום דדיני ממונות דעלמא ששני הסברות יכולות להיות אמת כמו איכא דזבין לרדיא ואיכא דזבין לנכסתה (עיין ב"ק דף מו ע"א) יש לנו לחוש למיעוט, משא"כ בב"ד דבודאי סברא אחת אינה אמת לדינא, ולכן אין לנו לחוש למיעוט כלל עכ"ד. ולפי דבריו לכאורה יש לנו לומר קי"ל כדעת הרשב"א בכל מקום, דמסתברא שלרום גדלותו אין הטעות אצלו. ומזה יש ללמוד עוד דכיון דעיקר הסברא שיש לנו לתלות את הטעות בדעת המיעוט, א"כ היכא שדעת המיעוט היא מגדולים ועצומים בתורה יותר מדעת הרוב, בזה יש לתלות את הטעות בדעת הרוב שאינם חכמים בתורה כל כך, וכבר יצא רבי יוסף ענגיל זצ"ל לחקור בספרו לקח טוב (כלל טו) אי ריבוי הכמות מכריע את האיכות או ההיפך. ע"ש. והא פשיטא שבדיני תורה כשאמרה התורה "אחרי רבים להטות" היינו אפילו אם יש בסנהדרין חכם גדול בתורה ששקול כרובה של סנהדרין כיואב בן צרויה (עיין ברכות דף סב ע"ב) וכיאיר בן מנשה (עיין בכ"ב דף קא ע"ב), אין ללכת אחריו בדין, ומעשה שלם שנינו בגמרא בבבא מציעא (דף נט ע"ב) בתנורו של עכנאי שפסקו הלכה כרוב חכמי ישראל כנגד רבי אליעזר בן הורקנוס, למרות שהיה שקול ככל חכמי ישראל כמבואר במשנה באבות (פ"ב משנה ח). ומעתה גם בדיני קים לי אין לומר קים לי כפלוני הגאון היחידי וכאמור. ועיין בשו"ת סמיכה לחיים פלאג"י (אבה"ע סימן ט דף נב ע"ב טור ג). ויש עוד לפלפל בזה ועוד חזון למועד בל"ג.

ב) וכיוצ"ב ראיתי להרב אורח משפט חזן (חור"מ סימן כה אות מז דף מ ע"ב טור ד) שכתב משם הרב רבי יעקב די בוטון ז"ל בשו"ת עדות ביעקב (סימן מו דף קי טור ד), דסברת

¹ ומו"ר הגאון הגדול רבי גדעון בן משה שליט"א אמר לי, שקבלה בידו ממו"ר הגאון המופלא חכם בן ציון אבא שאול זצ"ל, שבהכרעת האחרונים, גדול כוחו של המג"א כנגד הרבה אחרונים. עכ"ד. והגם שלא זכר זה לגבי דיני הקי"ל הזכרתי הדברים עלי גליון למען יעמדו ימים רבים.

להקל לכתחלה, מכל מקום בדיני ממונות יכול המוחזק לומר קים – לי כסברת יש אומרים קמא לפטור עצמו. ודון מינה ואוקי באתרין, דמצי המוחזק לומר קי"ל ככל הנני רבונתא שכשכתב מן כן להורות שהיא לשון המסופקת, ולא הכריע. וכאן עמד קנה במקומו.

הריטב"א ז"ל בחידושויו היא סברת רבים שהיה לומד בישיבה עם כמה מרביתו ואילו היה שם חולק לא הוה שתיק מר מלהגיד, והנפק"מ שיכול המוחזק לומר לומר קי"ל כהריטב"א נגד ב או ג' פוסקים ושכ"כ מוהר"א ששון ז"ל בתשובה על הרב נימוקי יוסף. עכ"ד.

וגם כלל זה נראה דרביתו הפוסקים לא שמיע להו כלומר לא סבירא להו, שלא החשיבו סברת הריטב"א כסברת רבים. וכן ראיתי להרב הלכה למשה אמרליו על הרמב"ם (הלכות מכירה פרק ה"ה) שתמה על מהר"א ששון בשו"ת תורת אמת (סימן רו) דהיאך כתב בנידונו דיכול לומר קי"ל כהריטב"א, והלא הריטב"א ז"ל הוא יחיד בדבר הזה לגבי רבינו ורי"ו והר"ן. ע"ש. וע"ע בשו"ת שמחת כהן (חלק חושן משפט סימן מו ד"ה ואכת). ודו"ק.

ג) ומ"ש שכ"כ מוהר"א ששון על הנימוקי יוסף, דסברתו נחשבת כסברת הרבים, כן מצאתי בברכי יוסף (ח"מ סימן כה אות יז) שכתב, דיכול המוחזק לומר קים לי כהרב נימוקי יוסף שכתב הסברא בסתם דודאי לא הוי סברא דנפשיה לחוד. וכתב הרב בית דוד (ח"מ סימן ה אות ג) דדוקא על הרב הנמוקי אמרינן הכי. עכ"ד. ולדינא נראה דכלל זה ג"כ שנוי במחלוקת דמדברי הכנה"ג (ח"מ סימן יג הגהת ב"י אות ח), נראה דלא שמיע ליה כלומר לא סבירא ליה האי כללא דהלא תמה על הב"י דפסק כהנימוקי יוסף כנגד רוב הראשונים. ע"ש. וע"ע להרב פנים במשפט פינטרמולי (ח"מ סימן יג אות דף דף זן ע"א טור ב), שיישב ע"פ הכלל האמור. ועיין עוד בדבריו (ח"מ סימן כה כללי הקי"ל אות ט"ב דף צז ע"א טור א). ומ"מ מידי מחלוקת לא יצאנו.

קים לי
כהנימוקי
יוסף

ד) ומצאתי בחפשיה למרן החבי"ב בשו"ת בעי חיי (ח"מ ח"א סימן פט דף ק ע"א טור ב) שכתב, דאף דקיימא לן דאין לומר קי"ל כיחיד, יש לפקפק על זה ממ"ש מהריב"ל (חלק א סימן צא - מהדורת זכרון אהרון עמוד שנו וע"ש הערה 7), דהיינו דוקא היכא דכל הפוסקים נושאים ונותנים בדין זה ומסכימין בסברא אחת ויוצא אחד מהם מכלל סברתם, אבל היכא שלא מצינו מי שמדבר בענין זה אלא שניים ושלושה פוסקים יכול לומר קי"ל כפלוגי הגאון אע"פ שהוא יחיד. וכ"כ מהר"א ששון (בסימן קא). ואע"ג דלא הודו לו כל סייעתו שהמהרש"ך (בח"ג בתשובה שאחר המפתחות) כתב, דאפילו בחד לגבי תרי אינו יכול לומר קי"ל. וכ"כ הר"א די בוטון בתשובה כתב יד (סימן קיא) והכי אזלא סוגיא דעלמא, מ"מ כיון דגם בזה איכא מחלוקת מאן מרמי ליה מידיה דמוחזק. עכ"ד.

מחלוקת
בקי"ל
יחיד

סימן י

פרטי הדין בציווי הכתוב "אחרי רבים להטות"

ולך נא ראה למה שכתב מורנו ורבנו מרן הראש"ל הגר"ע יוסף זצ"ל בשו"ת יביע אומר (חלק ב - אורח חיים סימן יב אות ג) דהרב גט פשוט בכלליו (כלל א) כתב, דלא נאמר

כשלא ראו
הפוסקים
אלו את
אלו

בתורה "אחרי רבים להטות" (שמות כג, ב), אלא כשכל הדיינים נקבצו יחדיו ונחלקו פנים אל פנים, אבל במחלוקת הפוסקים שלא נשאו ונתנו פה אל פה - הוי ספיקא דדינא. שאפשר שאילו היו נושאים ונותנים ביחד, היו המרובים מודים למיעוט. ושכ"ד גדולי האחרונים. וזה שלא כמ"ש הרדב"ז בתשובה (סימן קטז), דמ"ש התורה "אחרי רבים להטות" - הוי אפילו בדברי הפוסקים שלא דיברו זה עם זה פנים אל פנים. ע"ש. ועיין בתשובת חקרי לב (ח"א מיו"ד סימן פב) שהאריך למעניתו בדין זה, והעלה, שאף בכל מחלוקת הפוסקים אזלינן בתר רובא דרבוותא. ודלא כהרב גט פשוט. ע"ש. וע"ע אליו שם (בסימן עז, דק"ז ע"ג). וזה שלא כמו שפשוט לו להגאון מופת דורינו החזון איש (ערלה, ריש סימן יז), כעין דברי הג"פ הנ"ל. ע"ש. אולם לכאורה כן משמע מדק"ל במו"ק (דף יח ע"א) דהלכה כדברי המיקל באבל, אף ביחיד במקום רבים. וכן בעירובין (דף מו ע"ב) אמרינן הלכה כדברי המיקל בעירוב, אפילו ביחיד במקום רבים. ע"ש. (וצ"ל לפ"ז דמיירי שלא נחלקו פנים בפנים. וי"ל) וכן מוכח ממה שהסכימו האחרונים הנ"ל דאמרינן ספק ברכות להקל אף במיעוט נגד הרוב. וכ"כ בספר אהל יצחק הכהן על הרמב"ם (דף ח ע"ג). וכ"כ להוכיח מזה כדברי הרב גט פשוט הנ"ל בפתה"ד (ח"א דף ריא ע"א). וכ"נ עוד ממ"ש בזבחי צדק (סימן קי ס"ק קנח) בשם האחרונים, דעבדינן ספק ספיקא אף בסברת מיעוט הפוסקים, ואפילו בסברא הדחוייה מההלכה. ע"ש. ועמ"ש בזה הגאון ר"א רגולר בשו"ת יד אליהו (סימן צח אות ב). עכ"ד הרב יביע אומר.

יש לנו לדון מיניה ולאוקמי באתרין בדיני קי"ל, דהגם דאיכא רובא דרבוותא דפסקו מזה לדיני קים לי הכי, אכתי יש לנו לחוש למיעוט הפוסקים, דשמא אילו היו נושאים ונותנים פנים אל פנים היו מודים הרוב למיעוט. ולעולם יש לנו לחוש למיעוטא בתרי פוסקים. והרי הוא כמבואר.

סימן יא

קי"ל כותיה דהפוסק בהא ולא בהא

דעת הפוסקים אי מצי למימר קי"ל כוותיה דהפוסק בהא ולא בהא, דעת הפוסקים והנה דעת הכנסת הגדולה (ח"מ סימן כה הגהב"י אות כ), דיכול המוחזק לומר קים לי כהאי פוסק בהא, ולא קים לי כותיה בהא אפילו בענין אחד. וכ"כ מהריב"ל (ח"א כלל יא סימן נט דף פז ע"א), וכ"כ מהרשד"ם (חח"מ סימן רכה), ומהר"א די בוטון בתשובה (כתב יד סימן קנו), ומהר"ש הרבאו דבריו בספר משפט צדק (ח"א סימן א). וכן נראה עוד מדברי בעל משפט צדק (ח"ב סימן עח) ועיין למהר"א ששון (סימן רז) שנראה שמודה למהריב"ל בזה ובסימן קפג חולק ע"ז וכו' עכ"ד. ושנה דבריו בכנה"ג במהדורה בתרא (ח"מ סימן כה הגהב"י אות יז) והוסיף שכ"כ מהר"ם די בוטון (בסימן כה). ונראה דגם הכנה"ג גופיה סבירא ליה דמצי למימר הכי, שהרי הביא רק דעת יחיד הוא מהר"א ששון שסובר

יש ללמוד
מזה לדיני
קים לי

דבכהאי גוונא לא אמרינן קים לי, והעיר עליו שסתר משנתו בזה. וכן נראה ממ"ש הכנה"ג (ביו"ד סימן קס הגהב"י אות סב) שהביא דעת הרב פני משה (בסימן צד) שאין לומר קי"ל כותיה דהפוסק בהא ולא בהא, וחלק ע"ד. וע"ע בשו"ת בעי חיי (ח"ב חו"מ סימן כג דף יט ע"ב טור ג). וכ"כ בשו"ת ריח שדה דוויך (דף יד ע"ב טור ד), דכ"נ דעת הכנה"ג דכל המוחזק מצי לומר קים לי כותיה דהפוסק בהא ולא בהא. וסמך ע"ד. ע"ש.

ב דעת רבינו הש"ך (סימן עב) העלה, דבפלוגתא דרבוותא מצי למימר קים לי בהא כהאי פוסק ולא קים לי כוותיה בהא. ומיהו שם כתב בדברי מהריב"ל מצאנו סתירה בזה. ע"ש. וכן העלה רבינו הש"ך (בחו"מ סימן כה ס"ק יט אות ג, ובסימן עב ס"ק כג).¹⁷ ע"ש. וכ"נ דעת מהר"ם בן חביב בספרו גט פשוט (הלכות גיטין סימן קכב אות ח עמוד נו הוצאת מכון ירושלים טור א) וכ"כ הרב שבות יעקב (בכללי הקים לי סעיף יג), דיכול המוחזק לומר קים לי כהאי פוסק בהא ולא בהא. וכ"כ הגאון רבי משה ישראל בשו"ת משאת משה (ח"א אבה"ע סימן ל, ובהוצאה הנד"מ ממכון נחלת ישראל עמוד תקנה). וכ"כ הרב ארח משפט חזן (חו"מ סימן כה אות עו דף מב ע"ב טור ד). גם הרב נתיבות המשפט מליסא (בחידושים סימן כה ס"ק יח) כתב, לדברי הש"ך בזה. ומצי למימר קים לי כוותיה דהפוסק בהא ולא בהא. ע"ש.

ג והנה מהר"י בן שנג'י בשו"ת דת ודין (סימן יד דף יד ע"ב טור ד) הביא שכתב מהר"א ששון בתשובה (סימן קפג), דאין לומר קי"ל כותיה דפלוגי בהא ולא בהא. וכן יראה מדברי מהראנ"ח (ח"א סימן קט), והגם שרבו החולקים, מ"מ היכא שצריך לומר כמה קי"ל וביניהם קי"ל גרוע כגון דקי"ל כהפוסק בהא ולא בהא - כל כה"ג מגרע כח התפוס. ע"כ. והנה מלבד מהר"א ששון ומהראנ"ח הבאנו לעיל שכ"נ דעת הרב פני משה והרב שורשי הי"ם, וכן בקודש חזיתי למהר"א אזולאי על הלבוש (חו"מ סימן סימן יד אות יח) שכתב, דאי בחד דינא צריך לומר קים לי כפלוגי בהא ולא קים לי כותיה בהא לא מהני. אבל הדיין בהיותו חכם גדול וגמיר וסביר מצי למיסבר מכח עיונו בחד דינא כפלוגי בחדא ודלא כותיה בחדא, דהשתא דאין אליבא דנפשיה ואי איפסיקא הלכתא במחלוקת שוה כמו הכת האחת מפי חכם גדול שידע שתי הסברות והכריע כחדא מינייהו, תו לא מצי בעל דין לומר קים לי כמו הכת האחרת. עכ"ד.

ועיין למהר"ם חאגיז בלקט הקמח (יו"ד בהלכות וכללים דשייכי לריבית אות יג דף לט ע"א טור א), שנשאר בדין זה בצ"ע ולא הכריע.

גם הגאון מהר"י אייבשיץ באורים ותומים (על התקפו כהן סימן עב) סייג וכתב, דמה שכתב הש"ך דיכול לומר קים ליה בהך כפוסק זה ובהך כפוסק זה, נראה דהיינו אם אין

¹⁷ וראמנם על חידושו בסימן עב כתב הרב שרשי הי"ם מאיו על הרמב"ם (הלכות שכירות פרק י הלכה א) דדבריו הם חידוש בענין זה, ולא שמענו מאחרונים שיאמר חידוש זה. ומדברי מהריב"ל (סימן קטו), והרב פני משה (בח"א סימן יב דף כה ע"ג) לא משמע כן. ולענין הלכה למעשה לדידי צ"ע בזה ונכון לפשר. עכ"ד.

א) דדבריו הם חידוש בענין זה, ולא שמענו מאחרונים

כאן רוב, אבל במקום דיש רוב לא שייך זה. [נועל פי זה יישב הסתירה הנזכרת בדברי מהר"א ששון ע"ש] ותמה על הש"ך במה שנראה מדבריו דבכל גוונא מצי למימר קי"ל כותיה דהפוסק בהא ולא בהא. ע"ש. ועיין במ"ש להעיר על דבריו הרב פנים במשפט פינטרמולי (חור"מ סימן יח אות ג דף עט ע"א טור א). ואקצר.

ד) ולדינא כתב הרב טהרת המים (בשירי טהרה מערכת הק' אות סד דף קמט ע"א טור ב) דקים לי אמרינן במקצת דברי הפוסק בהא ולא בהא. אלא קי"ל כדברי הפוסק האחר החולק עליו בזה, דמקצת כזה וכמקצת האחר, וכמ"ש הכנה"ג. והחרה החזיק אחרי הרב חשק שלמה (להגר"ח ניסים שלמה בסימן כה אות כט דף יז ע"ב טור ג), ואע"ג דבנו הרב מטה שמעון (סימן כה אות לב דף יג ע"א טור ב) הביא מנגדים לזה, מ"מ קי"ל כמ"ש הכנה"ג כיון דהם רוב הפוסקים דס"ל כן. ועוד דאפילו במידי דפליגי, אי אמרינן קי"ל, קימא לן השתא דאמרינן קי"ל. עכ"ד.

סימן יב

פוסק שסותר את דבריו אי מצי למימר קי"ל כאחת מתשובותיו דכוותי

עוד יש לנו לדון באמירת הקים לי אם מצי למימר קים לי כפוסק פלוני, היכא שנמצא שאותו פוסק סותר דבריו במקום אחר.

והנה כתב מרן החבי"ב בכנסת הגדולה (בכלליו בדרכי הפוסקים סעיף לט, ובהוצאת מכון הכתב הוא בכרך נפרד בעמוד 493), שכתב הרב משאת בנימין (סימן יב) לתשובת מהר"י פאלק בעל הסמ"ע, שבהרבה מקומות בפוסקים שדבריהם סותרים זה את זה, אזלינן בתר המקום שהוא עיקר הדין, וגם מצאנו כן בגמרא בסנהדרין (דף לד ע"ב וברש"י ד"ה משום דקתני לה). עכ"ד. ושנה הדברים בכנה"ג (חור"מ סימן עב הגה"ט אות עא). וכתב ע"ז, דנראה לומר רמז לדבר סוגיא בדוכתה עדיפא. ע"כ. ואמנם פעמים ובעיקר הדין מצאנו שהפוסקים סותרים עצמם ובזה אין לומר בזה סוגיא בדוכתה עדיפא, דזו וזו סוגיא בדוכתה וסותרות זו את זו ואנחנו לא נדע מה נעשה, בתר איזו תשובה ללכת.

ואשכחנן להגאון מה"ר רפאל יוסף חזן זצ"ל בספרו המופלא חקרי לב (חור"מ סימן אי מצי למימר קי"ל אמר לה דף מט ע"ב טור ג) שכתב, דפוסק שסותרים דבריו את דבריו מצי אמר קים לי, וכמ"ש הפוסקים בפוסק שסובלים דבריו ב' פירושים דמצי אמר קי"ל כהאי פירושא. עכ"ל.

ומר בריה דרבנא הגאון רבי רחמים אליהו חזן בספרו ארח משפט (חור"מ סימן כה דיני הקי"ל דף לט ע"ב טור ג אות לו) צדיק עת'ק דברי ר' אבהו בחקרי לב והעיר על זה, דהרב כרם שלמה אמרליו (אה"ע סימן כא דף עב ע"א טור ב, ובחור"מ סימן סז דף קצב ע"ב טור ג) כתב,

דאין לומר קים לי כפוסק דסתרי דבריו אהדדי. וכתב שכן כתב הרב משפט צדק [לרבי מאיר מלמד מחכמי יון לפני ארבע מאות שנה] (בח"ב סו"ס יז דף לט ע"א טור א) גבי שתי תשובות הרשב"א ז"ל דסתרי אהדדי. יע"ש.

ומעיר הרב אורח משפט וז"ל, ואולם אני בעניי חיפשתי בתשובת הרב משפט צדק ז"ל הנזכר ולא מצאתי שכתב כמו שהביא הרב כרם שלמה ז"ל. האמנם מדברי הרב משפט צדק ז"ל עצמו (בח"א סימן א דף ו ע"א) מבואר כן, שכתב דכיון דסתרי דבריו אהדדי אין להביא ראיה מדבריו כי לא נדע איזה כתב באחרונה. עכ"ל. והביא דבריו הרב דבר משה אמארליו (ח"ב סימן ה דף ה ע"א ונראה שמסכים לזה. יע"ש. ועיין למרן החבי"ב ז"ל בתשובות (בחור"מ ח"א סימן מא דף ג"ל ע"א) על דברי הרשב"א ז"ל דמבואר דאין לומר קי"ל בכה"ג ע"ש. ועיין למהריק"ו ז"ל (שורש צד) והביא דבריו מהרימ"ט (חח"מ סימן עג), דפסק דלא כרבינו מאיר בנידונו שם לפי שסותר את עצמו, וכדרכו בהרבה מקומות לחזור בו בתשובותיו, ופעמים יקח לו שיטה אחת ופעמים שיטה אחרת. עכ"ד. ודבריו הם סיעתא לכל דברי הרבנים הנזכרים דאין לומר קי"ל בפוסק דסותר דבריו אהדדי. ועיין לרב חביבא נר"ו [הוא הגר"ח פלאגי' בספר סמיכה לחיים (בדף ג"ן ע"ב)] שכתב ג"כ דאין לומר קי"ל בפוסק דסותר דבריו אהדדי. ותימה שלא זכר מדברי החקרי לב זקנו. עכ"ד.

סימן יג

בירור דעת רבינו הגר"ח פלאגי' בפוסק שסותר את דבריו

א) ואמרתי אעלה ואבא בתורת חיים של רבינו חיים פלאגי' זצ"ל, לרעות בגנים וללקוט שושנים מכל ספריו הרבים היאך פסק בהאי סוגיית בפוסק שסותר את דבריו.

זה יצא ראשונה מ"ש הגר"ח פלאגי' זצ"ל בספרו סמיכה לחיים (אבה"ע סימן ט דף גן ע"א טור א) וז"ל, איכו השתא דנמצאו דברי הרב מהר"י מיגאש דסתרי אהדדי, אם כן אין ללמוד מדבריו כלום, וכמ"ש הרב פרי תואר (יו"ד סימן פז אות יב) כיוצא בזה ע"ד הר"ן, דכיון דסתרי דבריו אהדדי, כל כה"ג נראה דאין ללמוד ממנו לא להקל ולא להחמיר. ומכרענין כדעת שאר הפוסקים. עכ"ד. ואין לחלק ולומר דדוקא לענין איסור הוא דאמרין הכי אבל בממון גדול כח המוחזק ויכול לומר קי"ל כסברתו המסייעת אותי אף שסותר משנתו במקום אחר, שהרי מלבד דמצד הסברא לא יתכן לומר כן, דאיך יכול לומר קי"ל כאותה סברא דאפשר שהרב עצמו הדר מסברא זו ודחאה והחזיק בסברא האחרת. וכן מצאתי מפורש להרב משפט צדק (ח"ב סימן טו"ב) שכתב כן בשתי תשובות הרשב"א דסתרי אהדדי. וכ"כ עוד שם (בסימן ח"י) על ב' תשובות הרא"ש, וכ"כ שם (בריש סימן ב"ן) ע"ד מהריב"ל. וכ"כ הרב כרם שלמה אמארליו (אה"ע סימן כא דף עב ע"א טור ב, ובחור"מ סימן טז

בחיבורו
סמיכה
לחיים

דף קצב ע"ב טור ג) וכ"כ בפירושו הרב בית דוד בתשובה (בחו"מ סימן ס, והוא סימן טז בסימני הספר דף כד ע"א טור ב). ע"כ.

ב) ובא הגר"ח פלאגי בשניות מדברי סופרים בספרו נשמת כל חי (ח"ב חו"מ סימן יז דף בחיבורו נשמת כל חי לח ע"א ריש טור א) ומביא דברי מו"ז החקרי לב הנ"ל שכתב, דיכול לומר קים לי גם ככה"ג שפוסק סותר עצמו, דהוה כפוסק שסובלים דבריו שני פירושים. ע"כ. ואחר המחילה רבה אשתמיטתיה כל דברי הרבנים הסבורים דבכה"ג אין לומר קי"ל כדברי הפוסק כיון שסתר משנתו. עכ"ד. [ומכאן חזינו ראינו דהתבטלה תמיהת הרב ארח משפט (שהר"ד לעיל) שתמה כיצד לא זכר ש"ר רבי חיים פלאגי מדברי מור זקנו, והנך רואה בעיניך, שזכרו והזכירו ופלפל בדברי קדשו, ודברי תורתו עניים במקום אחד ועשירים במקום אחר. וכבר העיר בזה רבי רפאל חיים פארנאגי בספרו ישמח לב (חו"מ סימן כה דף יט ע"א אות לה)] ויבא השלישי בחיבורו נשמת כל חי (ח"ב חו"מ סימן יח דף סב ע"ב טור ג), שג"כ כתב לעיקר שאין לצרף סברת פוסק שסותרים דבריו. ע"ש.

ועל ארבעה ל"ו אשיבנו ששנה ופירש כן הגר"ח פלאגי בספרו חקקי לב (ח"ב חו"מ סימן דעתו בשאר חיבוריו דף קסט ע"א טור א) דקים לי דפוסק הסותר את עצמו ממקום למקום יש לנו להסמך ולקיים הסברא שהיא מוסכמת לרוב הפוסקים. עכ"ד. וחמישיתו יוסף עליו בספרו חיים ושלום (סימן כב דף מה ע"א טור א) דמסיק, דפוסק שסותרים דבריו זה לזה אין לנו למינקט סברתו לא להקל ולא להחמיר ויש לסמוך על הסברה המסכמת לרוב הפוסקים. ואת הש"ש שכיוצ"ב כתב עוד בספרו בשו"ת חיים ביד (סימן קכה דף קכו ע"ב טור ד אות עג), דקי"ל דפוסק שסותר דבריו אהרדי, סמכינן דעתיה כסברת רוב הפוסקים. עכ"ד. ומשמעות דבריו שאין להתייחס לפוסק זה, להחשיבו כדעה דחזי לאיצטרופי.

ול"ו יודע השב"ע מ"ש בספרו גנזי חיים (אות ק' דגל הקי"ל דף קלב ע"א טור ב אות לו) שהביא מסקנתו בחיבורו גנזי חיים כל דברי הפוסקים האמורים לעיל בזה. והעיר מדבריהם על הרב חקרי לב שלא זכר ש"ר מכל הני רבוותא. וכתב דעוד יש להשיב ע"ד הרב חקרי לב, דאין ראייה ממה שכתבו הפוסקים דהיכא שיש לפרש ב' פירושים בדברי הפוסק אפשר לומר קי"ל כהפירוש הזה, דהתם לאותם פוסקים ליכא חשש שחזר בו הפוסק סברתו, לא כן היכא שראינו ב' סברות הפוכות זו מזו דשפיר יש כאן חשש חזרה, ואין כאן רק סברא אחת. ע"ש.

ואולם בהמשך דבריו שם בגנזי חיים (שם בע"ב טור ג) הדר תבריה לגזיזיה, דהביא דהרב מהר"א אליגרי ז"ל בספרו לב שמח (בחו"מ סימן י) ובתשובה כי באה בתוך תשובת בעי חיי (חו"מ ח"א ריש סימן נט) שכתב על הדין שכתב רב האי גאון, דכיון דיש מחלוקת בדעתו ונמצא שסותרים דבריו זה לזה דהן לו יהי שדעת רב האי שנויה במחלוקת אין מניעה להזכירו ולצרפו. ויותר מזה מצאנו בספרים שמונים למי מהפוסקים עם בעלי סברא אחת, כפי מה שפרשו המפרשים בו אף שאחרים מפרשים בו להיפך.

ומהריב"ל (בח"א סימן יג) כתב, בא לידי דיבור תוספות בפרק האומר בקידושין¹⁰ שתנא אחד חולק בפירושו על דברי האמורא, ויש תנא אחר שסובלים דבריו ב' פירושים ומשמע מדבריהם שיוכל האמורא לומר קי"ל כהאי תנא כפי הפירוש שהוא מפרש, וכ"ש שיש לומר קי"ל כפי מה שפירשו מה שאומר בשמו. יע"ש. וכתב ע"ז הגר"ח פלאגי ונראה דיש להשיב ע"ד דאדרבא יותר עדיף כשיש ב' פירושים בדברי התנא או האמורא או הפוסק ממה שנמצא בסברא חולקת זה לזה וכמ"ש לעיל. ומ"מ יען מצינו ב' המאורות הגדולים הרב מהר"א אליגרי ומז"ה הרב חקרי לב שכתבו דגם בזה אומר המוחזק קי"ל, מי יכול להוציא מיד המוחזק. ועיין בספר שלחן שלמה (דף ח"ן ע"א). עכ"ד. וכ"כ עוד הגר"ח פלאגי בתשובה והיא לו נדפסה בשו"ת מים קדושים להגאון רבי יהושע משה קריספין [מחכמי ורבני איזמיר לפני יותר ממאתיים שנה] (ח"ו סימן ח דף נב ע"א טור א), דמצי המוחזק לומר קי"ל כהני סבי קדישי שכתבו דגם כשהפוסק סותר דבריו יש לילך אחר מקום אחד שכתב. ע"כ. וכן בקודש חזיתי להגאון רבי רפאל חיים מנחם זצ"ל [מדייני קושטא לפני כמאתיים שנה בן דורו של רבי חיים פלאגי] בספרו ישמח לב (חלק ח"ו דף יט ע"א טור ב אות לה) והר"ד בשדי חמד (כרך ו סימן טז דף סה ע"א טור א אות לד) שכתב, דהגם שהחבי"ף (הרב חיים בן יעקב פלאגי) פשיטא ליה דאין לצרף סברת הפוסק שסותר דבריו, ותמה על הגאון חקרי לב שסובר דיכול לומר קים לי בכה"ג, הנה מרן החבי"ף עצמו בתשובה כי באה בספר מים קדושים (שם) כתב, דמצא מסייעים לסברת הגאון חק"ל. עכ"ד.

ג) ולכאורה נראה שזו משנתו האחרונה דהגם שבשאר חיבוריו לא הזכיר דיש לחוש לסברת מו"ז החקרי לב, כאן שמצא לו חבר חשש לדבריו. ויש לנו לכא אל סדר השנים שייצאו החיבורים הקדושים של הגר"ח פלאגי כדי לידע מהי משנתו האחרונה וזה סדר הוצאת ספריו כפי שחקרתי ובדקתי בכתבי הקודש:

- ספר סמיכה לחיים בשנת ירושל"ם (תקפ"ו)
- ספר נשמת כל חי בשנת לבי ובשרי ירננו אל אל חי (תקצ"ב)
- וספר חקקי לב בשנת בני"י ישראל"ל (תר"ג)
- ספר חיים ושלוש יצא בשנת ברית"י (תרכ"ב)
- ספר חיים ביד יצא בשנת גל"ה צדקת"ו (תרל"ח)
- וספר גנוזי חיים יצא בשנת וברית"ו (תר"מ)

אבל דכ"ע תנאה מיהא הוי שהקשו וא"ת מאי מקשה לר' יהודה כו' ע"ש. ומהך קושיא שהקשו התוספות הוליד מהריב"ל כללו. וכ"כ בגט פשוט (בכללים בסופו כלל ד). עכ"ד.

¹⁰ ובהערת הוצאת מכון זכרון אהרון הערה 6 הביאו מ"ש מהר"ם בן חביב ז"ל בתוספת יום הכיפורים ביזמא דף פח ע"א ונראה לי כי דברי התוספות שרמזו מהריב"ל הם בקידושין (דף ס ע"ב ד"ה

כך שדבריו בספרו גנזי חיים היא משנתו האחרונה, ושם כתב שיש לחוש גם לדעת הפוסק החולק, כיון דב' הפוסקים הלא המה החקרי לב ומהר"א אליגרי שכתבו כן.

משנתו
האחרונה
של הגר"ח
פלאג'י

ד) ואולם מדברי הרב שדי חמד (כרך ו בכללי הפוסקים סימן טז אות לד דף סה ע"א טור א) נראה, דנקיט ואזיל בדעת הגר"ח פלאג'י דאין לצרף פוסק שסותר משנתו ושזו משנתו האחרונה, וכמו שנראה מספרו כל החיים (מערכת הפא דף כה ע"ב טור ד אות יב). ע"ש. ובזאת אבא אל הקודש פנימה אל ספר כל החיים הנ"ל, ומצאתי ראיתי שלאחר שהזכיר כל מ"ש בשאר חיבוריו בעניין פוסק שסותר משנתו וגם לרבות מ"ש בספר גנזי חיים, ומסיק דאין להחשיב סברת אותו פוסק לקים לי, וחוזר וניעור ומביא דברי מו"ז החקרי לב שכתב דאפשר לצרף סברת אותו פוסק דהו"ל כפוסק שסובלים דבריו ב' פירושים. והשיג ע"ד ע"ש. ולא זכר ש'ר רבינו הגר"ח פלאג'י דנמצא למו"ז חבר, ולא חש להא. [והגם שספר כל החיים יצא בשנת ברכ"ת טו"ב (תרל"ט) והיא שנה קודם הוצאת ספר גנזי חיים שיצא בשנת ובריותיו (תר"מ), מ"מ מדציין הגר"ח פלאג'י שם את ספרו גנזי חיים, משמע דספר גנזי חיים היה כתוב וספון וטמון באוצרותיו ימים מקדם, ובאמת המעיין בתשובת הגר"ח פלאג'י בשו"ת מים קדושים הנזכרת יראה בסוף תשובתו דחתים עליה בשנת בשנת ויר"ם קר"ן (תר"ו), ושם כבר הזכיר מ"ש בחיבורו¹⁰ דברי מו"ז החקרי לב ומהר"א אליגרי דיכול לטעון קי"ל גם כפוסק הסותר דבריו].

ועתה נראה דגם בדברי הגר"ח פלאג'י מצאנו סתירה, ויקר מקרהו כהמלכים הראשונים אשר היו לפניו, דבמה שהוא גופא דן בו בפוסק שנמצאו דבריו סותרים זה לזה – נמצאה משנתו דנא סתריה. ואם כי אפשר שידענו שמשנתו האחרונה שאין לצרף סברת הפוסק הסותר דבריו ולהחשיבו כשיטה, וכמו שהעד העיד בנו החז"ם (הרב חיים חזקיה מדיני) בשדי חמד, המצא ימצא דמדויל ידיה משתלם שבעצם הוראה זו סותר הוראתו, שאם נשמע לדבריו שפוסק שסותר דבריו אין להחשיב דבריו כשיטה, הנה גם בספריו נמצאה הסתירה היאך צריך לפסוק להלכה ולמעשה בפוסק שנמצאו דבריו סותרים זה את זה.

¹⁰ והנה בשו"ת מים קדושים שחזו עיני, ציין הגר"ח פלאג'י בתשובה הזו למ"ש בספרו רוח חיים סימן כה בכלל הקי"ל ששם הביא דברי החקרי לב ומהר"א אליגרי. וביקשתי את שאהבה נפשי ביקשתי ולא מצאתי שבספר רוח חיים (שיצא בשנת לראו"ת – תרל"ז) אין אזכרה כל שהיא מהדברים הללו, ונראה שבודאי כונתו לספר גנזי חיים הנזכר ששם נמצא ושם היה כל תשובתו בזה. ואם כנים אנו בזה נמצא שספר גנזי חיים היה ספון וטמון אצל הרב המחבר מימים ימימה כבר משנת תר"ו, הגם שנדפס רק לאחר ד"ל שנה בשנת תר"מ. וצ"ע. וברוך היודע. שו"ר בספר ישמח לב פראג'י (הו"מ סימן כה דף יט ע"א טור ב) שהביא דברי הגר"ח פלאג'י הנ"ל שכתב, דכבר עמד בזה בספר רוח חיים בכללי הקים לי. וכתב ע"ז, וכעת לא זכינו לאורו כדי לידע מה היתה הסכמתו לענין דינא דמפשט דבריו שבספר מים קדושים שם, נראה לכאורה דס"ל לענין דינא דיכול לומר קי"ל גם בכה"ג וכשיטת מר זקנו, ע"פ מה שמצא דסברת מר זקנו לאו סברא יחידאה היא. עכ"ר.

שנדפס רק לאחר ד"ל שנה בשנת תר"מ. וצ"ע. וברוך היודע. שו"ר בספר ישמח לב פראג'י (הו"מ סימן כה דף יט ע"א טור ב) שהביא דברי הגר"ח פלאג'י הנ"ל שכתב, דכבר עמד בזה בספר רוח חיים בכללי הקים לי. וכתב ע"ז, וכעת לא זכינו לאורו כדי לידע מה היתה הסכמתו לענין דינא דמפשט דבריו שבספר מים קדושים שם, נראה לכאורה דס"ל לענין דינא דיכול לומר קי"ל גם בכה"ג וכשיטת מר זקנו, ע"פ מה שמצא דסברת מר זקנו לאו סברא יחידאה היא. עכ"ר.

סימן יד

דעת רבותינו האחרונים אשר מימיהם אנו שותים בענין הנ"ל

אחר הדברים האלה ראיתי שהסכמת הפוסקים גם בדעת הגר"ח פלאגי דאין לצרף סברת הפוסק הסותר עצמו. וכן מצאתי בס"ד להגאון רבי דוד אמאדו [מחכמי איזמיר לפני למעלה ממאתיים שנה ותלמידו של הרב חקרי לב^[1]] בספר עיני דוד על הרמב"ם (הלכות מכירה פרק יט ה"ג) דפשיטא ליה דכיון דהפוסק סותר עצמו, היכי מצינן לומר קים לי מאחר דסוגיא דעלמא דפוסק שסותר דבריו אין לומר קים לי כסברתו באחד מן המקומות. עכ"ד. [ואולם מדבריו שם שתמה על הכנה"ג בחו"מ (סימן רכה הגהות ב"י אות ד), נראה דרבינו הכנה"ג לא שמייע ליה כלומר לא סבירא ליה להאי סוגיא דעלמא. וצ"ע]. ע"ש. וכ"כ הרב ארח משפט הנ"ל, שדעת הגר"ח פלאגי שלא לצרף לשום צד דברי הפוסק שסותר משנתו. וכ"כ הר"ר יהודה בנבנישתי [מדייני איזמיר בן דורו של הגאון רבי חיים פאלגי^[2]] בספרו זכר דבר (דף עו ע"א אות כג) בשם הגר"ח פלאגי דאין לצרף סברת הפוסק כלל גם לא לומר קים לי בדיני ממונות. ע"ש. וכ"כ הרב שלום משה חי גאגין [מחכמי ירושלים לפני יותר ממאה וחמישים שנה] בספרו ישמח לב (חו"מ סימן ד דף כ ע"ב טור ד), שכ"ד הגר"ח פלאגי. וכ"כ השדי חמד בדעת הגר"ח פלאגי והו"ד לעיל הבט ימין וראה. וכ"כ הרב חיים יצחק הכהן חסיד [מחכמי סלוניקי לפני יותר ממאתיים שנה] בשו"ת אהל יצחק (בהשטות דף עה ע"ב טור ד). וכ"כ הרב המגיה [הוא נכדו של הרב המחבר ושמו יקבנו רבי אליהו בכור

הסכמת
האחרונים
בהאי דינא
דאין לצרף
דברי
הפוסק
הסותר
משנתו

ז' ובהיותי עסק במלאכת הקודש בכל המערכות הללו שלח לי ידידי הגאון רבי שלמה בר כוכבא שליט"א מה שמצא דברי שבח על הגאון רבי דוד אמאדו, ואף על גב דאיהו לא חזי ולא ידע שאני עוסק בתורת הרב זצ"ל מזליה חזי, וסימן מילתא כי הא אמרתי לא אמנע טוב מבעלי ואביא דברי שבח הללו: רבי דוד אמאדו יצק מים על ידי רבה הגדול של עירו המהוללה בעל "חקרי לב" ובפתח דבר להספד שנשא עליו (נדפס בח"ב של "תהלה לדוד" שחיבר רבי דוד דרוש הספד יב) גילה טפח מנוראות קדושת תורת הרב ותלמידו וכתב וז"ל: "אור ישראל אבינו רועינו גדול הדור הרב חקרי לב שלא הניח כמותו בכל תפוצות ישראל מורא ודאין דין אמת לאמיתו כרב באיסורי וכשמואל בממונא, מגלה עמוקות וספריו המאירים חק'ל תפוחין קדישין הן הן עדין. זה לי קרוב לארבעים כשהייתי יוצק מים לפניו, היה לנו לימוד בנסתר בכל יום ויום בדברי הרב הקדוש האר"י

זצוק"ל בספר "עץ החיים", והיה לומד אותם בקדושה ובטהרה גדולה וכשהיה פותח פיו להגיד לי את דברי הרב, הייתי נשאר לפניו כאיש אשר לא שומע והיה פיו ולשונו כמעין המתגבר ותייתי לי שהיו יורדים מלאכים לשמוע את קול דברו" מתיאור קדושת הרב שמלאכים ירדו לשמוע תורתו, ניתן לשמוע את יקרת מעלת התלמיד שהרב הביא בסודו ושעיניו עיני דוד חזו אראלי מרום. ברבות הימים ישב גם התלמיד הגדול על כס רבנותה של איזמיר והיה בה לתל תלפיות, שם גם נפטר בזמן המגפה בשנת תקצ"ב ושם חלקת מחוקק ספון. עכ"ד.

¹ לאחר זמן התמנה לאב בית דין במגדלים – המכונה היום 'מיצרי הדרדנלים' הנמצאים בצפון – מערב טורקיה, ועל זה מכנהו החב"ף בספרו ברכת מועדיך לחיים (חלק ב דרוש ו לשבת הגדול דף כה ע"ב טור ג), 'הרב הכולל, אלוף מגדיאל כמהר"ר יאודה בן בנבנשת'.

חזן זצ"ל] בספר ישרי לב לרבי חיים דוד חזן (מערכת ק אות כד דף עד ע"א טור ב) דהסכמת הפוסקים שפוסק שסותר דבריו לא תצטרף סברתו לקים לי. ע"ש. וכ"כ בשו"ת מכתב שלמה להגאון רבי חיים ניסים שלמה [מחכמי קושטא לפני יותר ממאתיים שנה] (סימן ב דף ה ע"א טור א) בתשובת רבי אליהו פרץ שכן הסכמת הפוסקים. ועיין עוד בסימן שלאחריו (בסימן ג דף יא ע"ב טור ד) שגם הרב המחבר הסכים עימו בכלל זה.

גם הלום ראיתי אחרי רואי, להגאון רבי ישעיה יוסף פונטרימולי בספרו פנים במשפט פוסקים (ח"מ סימן כה דיני קי"ל דף צו ע"ב טור ד אות טז), שהביא דברי הגר"ח פלאגי בכמה מחיבוריו שכותב דאין לצרף דברי הפוסק שסותר משנתו, וכתב ע"ד וז"ל ואנא עניא חזינא שדבריו הן הם להלכה למשה הרב בנו של מהר"ח ז"ל בספר תורת משה (ח"מ סימן ד) דבדין תרי אחי ושותפי נפק דק ואשכח ג' תשובות מהרשד"ם ז"ל דסתרי אהדדי וכתב וז"ל, ולפי זה אית לן למימר כיון דהרב סותר את עצמו בזה ליכא למילף מיניה כלום, ומה גם שבשני מקומות תפס במושלם כסברת רש"י לבד, ובמקום אחד הזכיר דאיכא פלוגתא דאית לן למימר סמי חדא מקמי תרתי. ע"ש. וכ"נ דעת מרן פאר הדור הגר"ע יוסף זצ"ל בשו"ת יביע אומר (חלק ג חושן משפט סימן ג אות טז, ובחלק ט חושן משפט סימן א אות ג), דאין לצרף סברת הפוסק לדינא, כל שסותר משנתו. ע"ש.

סימן טו

דעת הפוסקים החולקים בענין הנ"ל

א) כל קבל דנא ראיתי להרב פנים במשפט (ח"מ סימן כה דיני קי"ל דף צו ע"א טור א) שכתב וז"ל, ואולם ראה זה מצאתי להגאון הש"ך ז"ל בתקפו כהן (סימן עב), דאחר שהקשה סברת הראב"ה מדידה אדידיה גבי בעיית דסלקא בתיקו אי מהני תפיסה כתב, דמ"מ לענין הלכה ודאי דמהני תפיסה, דהרי במקום אחד כתב ראב"ה כשיטת כל הפוסקים דמהני תפיסה, והרי כתב מוהריב"ל דיכול לומר קי"ל כהאי פוסק בהא ולא בהא. ומשמע מדבריו דמהני טענת קי"ל כמ"ש הפוסק במקום אחד. וכבר עמדתי לעיל (סימן יח אות ג) בביאור דברי הש"ך הללו וזה כמ"ש החקרי לב. עכ"ד. הרי דמצאנו הני סרכין תלתא הם הש"ך והרב חקרי לב ומהר"א אליגרי דכולוהו סבירא להו דגם בפוסק שסותר משנתו יכול לומר קי"ל כהוא פסק דכוותי. וכן בקודש חזיתי בשו"ת שפת הים מאיו (ח"מ סימן ט דף קל ע"א) שהביא תשובת מהר"י נאברו דגם בפוסק שסותר את דבריו, מצי למימר דהיא דקאי כוותיה היא האחרונה. ע"ש. וכבר תפס עליו הגאון רבי רפאל חיים פארנגי [מחכמי איזמיר לפני כמאה וחמישים שנה] בספרו ישמח לב (ח"מ סימן כה דף יט ע"א אות לה) דלא הזכיר מכל דברי הפוסקים האמורים בזה. ע"ש. ומ"מ מצאנו ראינו כמה מרבוותא דסבירא ליה הכי.

ב) ועיין בשדי חמד (כרך ו סימן טז דף סה ע"א טור א אות לד) שקיבץ כעמיר גרנה כל דברי הפוסקים בזה וכתב, דאין פשוט לומר דאילו היו רואים הפוסקים מה שכתבו

עוד
פוסקים
המסכימים
להנ"ל

הני רבוותא
החולקים
על זה

דעת הרב
שדי חמד

האחרונים שאין לצרף סברת פוסק שסותר דבריו הוו הדרי בהו. דכיון דמצאנו דהוא פלוגתא דרבוותא אפשר דלא הוה שמיעה להו כלומר לא סבירא להו לכלל זה. עכ"ד.

ג) ואני לכשעצמי עלה במחשבה לפני דלכאורה נידון זה מיתלא תלי וקאי אי טענת קים לי היא טענת ברי או טענת ספק, דאם קים לי הוה כטוען טענת ברי גם אם יש ב' פוסקים שסותרו משנתם יש להתחשב בדעתם, וכיוצ"ב כתב רבינו הש"ך בתוקפו כהן (סימן עט) דקים לי הוה טענת בריא, ועל פי זה כתב בהמשך דבריו דמצי למיטען קי"ל בפלוגתא דרבוותא אע"פ דמי יכניס ראשו בין ההרים הגדולים, והלא אנן סהדי דליכא איניש בדור שיכול להריע בינהם, ואפילו בימים ראשונים, כ"ש בדור הזה יתמי דיתמי ועניי הדעת דאין לנו לטעון ברי לי כפלוני, ומדחזינן דכתבו הפוסקים שאפשר לומר כן, על כרחך דכל היכא דאית ליה טענה כל דהו אפילו תהיה רעועה מ"מ מהניא עם תפיסה. עכ"ד. וא"כ ה"ה י"ל ג"כ בפוסק שסותר דבריו דמצי למימר קים לי כההיא תשובה, דכל שיש דעה כזו בעולם ושני חכמים אמרוה, יש לו לטעון קים לי, וכ"ש ע"פ מ"ש מהר"י נאברו הנ"ל (באות א) דמצי למימר דשמא התשובה האחרונה היא כוותי. דאפילו בטענה רעועה מהניא תפיסה. ומנגד אם קי"ל הרי הוא כטוען שמא, אפשר שצריך לטעון טענה ברורה. שהרי כל טענת קי"ל היא שמא ואיך יטען שמא על שמא. וכבר האריכו בזה רבותינו בעלי הכללים עיין לכנה"ג (ח"מ סימן ד הגב"י אות ה) ולרבינו הש"ך בתקפו כהן (סימן עט), ולהגר"ח פלאגי' בגנזי חיים (דף קכט ע"ב טור ג אות כ) ולהרב זכר דבר בנבנישתי (דף עג ע"ב אות ז), ובשו"ת משנת רבי אליעזר די טולידו (ח"א ח"מ סימן סב דף צא ע"ב ריש טור ג), ובחזון עובדיה סוכות (עמוד תיד), ועוד. וידעתי שיש בדברים אלו פנים לכאן ולכאן וארך אפ"ם שנו כאן. וכבר יצאתי מן השורה ודי בזה.

אי קים לי הוה טענת ברי או שמא

ובכלל זה יש לדון אם קים לי הוא מדאורייתא או מדרבנן דאם קים לי הוא מדאורייתא יש לחוש לעצם השיטה שישנה בעולם, אך אם טענת קים לי היא מדרבנן הוי כהם אמרו והם אמרו, והיינו דבמקום שסתר משנתו לא הויא כשיטה. ועיין בשדי חמד (כרך ה מערכת הק' כלל יט דף קלט ע"ב ריש טור ג) שהביא מחלוקת הפוסקים בזה. ובחזון עובדיה סוכות (עמוד תיג) ואכמ"ל בזה].

אי סברת קים לי הוה מדאורייתא או מדרבנן

סימן טז

קים לי כסברת פוסק שלא הכריע דעתו

והנה במה שהבאנו לעיל (סימן ז אות ב) דברי הרב טהרת המים, דמסתמיך ואזיל סמיכה בכל כוחו על משענת ודגל הקים לי, וסבירא ליה, דכיום שפשט דגל הקים לי יכול לטעון קים לי אפילו בסברת איזה פוסק הגם שלא הכריע בבירור דעתו. ואפילו בסברות המסופקות נאמר קי"ל. ע"ש. מצאנו בזה כמה מרבוותא בתראי בני דורו שחלקו עליו וכמ"ש ידידנו הרב

קים לי כסברת המסופקת

הגדול רבי פנחס זביחי שליט"א בשו"ת עטרת פז (חלק א כרך ג חושן משפט סימן ג אות ה) דכבר כתב בהגהות כסף הקדשים בשו"ע (חור"מ סימן רמא ס"ג), דאע"ג דקיי"ל בעלמא שהמוחזק יכול לטעון קים לי נגד רבים. בב' הפרושים של הש"ך אולי לא יוכל המוחזק לטעון קים לי כפרוש הראשון או השני, שהרי גם להש"ך גופיה לא היה ברור איזה פרוש הוא העיקר, מה שאין כן בעלמא כשטוען קים לי סומך עצמו על חכם אחד שפוסק כן בודאי, אבל כשחכם אחד אומר ב' פרושים, אין סמיכה גם עליו, ומצד המוחזק א"א להוציא ממנו נגד שום פרוש, כי המוציא מחבירו עליו הראיה. אתה הראת לדעת דבמקום שאין הכרע גמור בדברי הפוסק אלא לצדדין קתני, לא יוכל המוחזק לטעון קים לי כצד אחד של ההכרע, היות ואין כאן צד הוראה כלל, ורק היכא שהפוסק העלה את דבריו במורג חרוץ בהחלטיות, או עכ"פ להלכה אף על פי שאינו למעשה, אז יוכל המוחזק לטעון טענת קים לי כסברתו זו, הא לאו הכי לא. עכ"ד הרב עטרת פז.

ומוסיף והולך הרב עטרת פז וכותב, שכן עולה ומתבאר מדברי הגאון רבי חיים פלאגי זצ"ל [שהיה בן דורו של הרב טהרת המים] בספר גנזי חיים (מערכת קי"ל אות ד) שכתב, בשם הכנה"ג (בחור"מ סימן רמו בהגב"י אות כה), דכל היכא שדעת הפוסק אינו מבורר, שלא אמרו שום אחד דעתו בהחלט בפירוש אין לומר קי"ל כוותיה. וראה עוד גם בדבריו (שם אות טל). יעו"ש. ומבואר מהכא להדיא נמי גבי דידן, דכל היכא שלא הביא הפוסק את דעתו בפירוש ובאופן נחרץ וברור אלא רק בדרך אפשר וכיו"ב, אין לטעון קי"ל כצד אחד שבספיקו. וזה ברור. וע"ע בספר גנזי חיים להגר"ח פלאגי (מערכת קי"ל אות טל) שהביא שם בשם מו"ז החקרי לב (חיו"ד ח"ב סימן נב דף קא ע"א), דאם איכא פוסק יחיד דפשיט ליה מילתא לסיועי למוחזק, ויש שנים אחרים דמסופקים בדבר, לא אמרינן דהמסופקים מצטרפים יחד, והוו כב' פוסקים לטובת המוחזק, דכל שהשנים אמרוה בדרך ספק כמאן דליתנהו דמי, ונמצא שיש כאן יחיד בדבר ולא מצי לטעון קי"ל כוותיה. ע"ש. עכ"ד הרב עטרת פז. וכן נראה בכעין זה להגאון שדי חמד (כרך ו בכללי הפוסקים סימן טז אות לד דף סה ע"א טור א) שהביא מחלוקת הפוסקים בענין פוסק שסותר את דבריו ממקום למקום, אם יוכל המוחזק לטעון קים לי כדבריו של אותו פוסק במקום אחד. ע"ש דיש פוסקים הסוברים דאין לומר קי"ל כהפוסק באחת מתשובותיו.¹ ועתה תחזה דכל הני רבוותא לא עשו לדגל הקים לי כמלך הפורץ גדר ואין מוחזק בידו, והעמדהו על מקומו, הגם שפשה ועלה דגל הקים לי בדורתם.²

שוב ראיתי להרב טהרת המים גופיה, דתברי לגזיזה שכתב בשירי טהרה (במערכת הה' אות יג דף נג עמוד א טור א), דכל היכא דהמפרש לא אמר הסברא בהחלט, וגם מצינו ראינו

¹ וועמדנו על זה לעיל (מסימן יב והלאה). ע"ש.
² וגם מזה יש ללמוד לעיקר נידונו שהעלינו
 בסימנים הבאים שאין לומר קי"ל בספק
 בתפיסה.

¹ וועמדנו על זה לעיל (מסימן יב והלאה). ע"ש.
² וגם מזה יש ללמוד לעיקר נידונו שהעלינו

לאותו פוסק דכתב במקום אחר להיפך מה שרצו הכא לפרש בדעתו, כל כה"ג גם לענין קי"ל דממונא לא חשיב זה קי"ל. והגם דבטהרת המים (מערכת הק' סעיף נו) רמזתי דיצא עוררין בהצד הראשון, מ"מ בהצטרפות הצד השני ואיכא עוד הכרעות הפוסקים בזה, אין לחוש לקי"ל ולא לסב"ל. עכ"ד. כא

ועיין להגאון רבי אהרן אמרליו בשו"ת פני אהרן (ח"מ סימן ב דף פא ע"א טור ב) שדן היכא דהביאו הפוסקים דברי החולקים ודחו דבריהם וסברתם בראיות מוכיחות אי יש לומר קי"ל כותיה הני רבוותא דנחתה סברתם וסוף דבר כתב, דמ"מ מאן ספין ומאן רקיע להוציא ממון נגד סברתם ובודאי דיכול המוחזק לומר קי"ל כוותיהו. עכ"ד.

קים לי בדברי הפוסקים שנדחו

סימן יז

אם הפוסק יכול להכריע כנגד קי"ל

א) עוד נאות לנו לחקור ולעיין בעין שכלינו אם הפוסק הישר בעיניו יוכל לפסוק כנגד דיני הקי"ל. והבט ושא עינך למ"ש רבינו המהרש"ל ביש"ש בב"ק (פ"ב סימן ה), והו"ד בנתיבות המשפט (סימן כה דיני תפיסה סעיף כ), דאם הדיין הכריע בפלוגתא דרבוותא כאחד מהם, אין השני יכול לטעון קים לי. עכ"ד. וכ"נ מדברי הרדב"ז (חלק ב סימן תתכה). וכ"כ בשו"ת דרכי נועם להג"ר מרדכי הלוי (ח"מ סימן טו), משם מהר"י קשטרו בתשובה

הכרעת הדיין

שבשו"ת בעי חיי (ח"א סימן קסד ד"ה ואף) ובכנה"ג (ח"מ סימן רמו הגב"י אות יא, ובסימן שמו הגב"י אות יא), ובפתי"ש (ח"מ סימן עב סקט"ז), וכן משמע במשנה למלך (ר"פ ו מהלכות נחלות). עכ"ד. ועיין בשו"ת רב פעלים (חלק ב חושן משפט סימן ב) שכתב וז"ל, וידוע הוא מ"ש בכללי הקי"ל שאפילו אם פוסק אחד מספקא ליה ופוסק אחר ברירה ליה אפ"ה מצי המוחזק לומר קי"ל. ע"כ. ונראה שאים להביא ראייה מזה לנידון הבאנו למעלה אם מצרפים דעת הפוסק המסופק לטענת קי"ל, שכל אלו הפוסקים נראה שדיברו כשיש פוסק אחד כנגד אחד, ובוה נחלקו אם סברת הפוסק המסופקת עומדת כנגד סברת הפוסק דפשיטא ליה. ולא אמרו דין זה באמירת קי"ל כנגד רוב הפוסקים דאו שורת הדעת נוטה דצריך דעות של ב' פוסקים ודאיים שאמרו כן. [גם הרב פעלים שם שצורף צורף לדעת הפוסק דמספקא ליה, ע"ש דהביא לפני כן יותר משלושה גדולים דסבירא ליה הכי בודאי].

כא וראיתי בספר מעשה תקפו על התקפו כהן (סימן קא הערה 373) שדייק מדברי הש"ך דסבירא ליה שאם יש פוסק אחד שמחייב ופוסק אחד שמסופק, א"א לומר קי"ל כהפוסק שמסופק והמע"ה כיון שאין ספיקו מוציא מידי הוודאי של חברו. ושכ"כ בשו"ת בעי חיי (ח"א סימן קעא ד"ה ונ"ל) ובחקרי לב (ח"מ ח"א סימן לו). אמנם בחסד לאברהם (ח"ב סימן לה) ובספר זכור לאברהם (ח"ג כללי קי"ל דף קמט ע"ג) כתבו להוכיח מדברי הרב תורת חסד (סימן קלו) שחולק על כלל זה, וסובר שאפשר לומר קים לי כפוסק מסופק. אך בספר מעשה ב"ד (סימן ה) דחה שאין ראייה מהתורת חסד דס"ל כן. ע"ש. וגם בשד"ח (בכללי הפוסקים סימן טז אות יט) כתב, דאין מצוי אצלו לראות דברי קדשו אי יחולק בכלל זה ולפי מה שרשמתי נראה דכלל זה שרירי וקיים. עכ"ד. אמנם בהמשך דבריו במעשה תקפו (הערה 378) הביא שבכנה"ג (ח"מ סימן קח בהגה"ט אות ג) כתב, דיכול לומר קי"ל כמו הצד שיש פוסק שפוטר. אלא

קים לי כפוסק המסתפק כנגד פוסק אחד שלא מסתפק

(סימן צג) ע"ש. וכן מצאתי מבואר בשו"ת בית דוד לרבי דוד מסלוניקי (ח"ב חו"מ סימן נג דף נה ע"ב טור ד), וכתב שכן מבואר בתשובות הגאונים (סימן כג) ועיין בתשובות הרשב"א (החדשות (סימן שכב), וכן נראה דעת מהרל"ח ז"ל (סימן קכח). עכ"ד.

וכן מצאתי בחפשי'ה להגאון מהר"א אזולאי על הלבוש (חו"מ סימן סימן יד אות יח) שכתב, דאם קבלו הדיין לדון כפי מה שיורוהו מן השמים, אין הבעל דין יכול לומר קים לי בהיפך. ע"כ. [ומיהו שם מסיים אמריו, דכל זה כשהדיין דן מכח סברות הפוסקים או מכח עיונו, אבל אם המוחזק ת"ח וטוען הוא בהדיא קים לי כדעת המועטין כנגד הרבים כל שהמועטין כדאין לסמוך עליהם לא מפקינן מיניה]. נמצא שגם דעתו דעת עליון שאין לטעון קי"ל כנגד הכרעת הדיין. וכן מתבאר בחקרי לב (חו"מ א סימן לה דף נ ע"א טור א ובהוצאת מכון המאור עמוד קנב) ע"ש. וכ"כ הגר"ח פלאגי בספרו סמיכה לחיים (חאה"ע סימן ט דף ס ע"א טור א), וע"ע להרב דרכי נועם בתשובה (חו"מ סימן טו) ובשו"ת משפטי עוזיאל (חלק ד חו"מ סימן י), [ובתשובה אודות חזקת הס"ת הארכתי בזה לקמן (סימן קיג) ע"ש].

ב) ונראה להביא עוד סמך לזה ממ"ש הרב טהרת המים (מערכת הב אות נ דף ו ע"ב טור ג - דיני ד, ובשיורי טהרה מערכת הב' אות כט דף לא עמוד ב טור ג וע"ע שם במערכת הה' אות יג דף נג עמוד א טור א), להשוות דמידי דברכות הוה כדין קי"ל בממונא בשניים נגד כל הפוסקים. ע"ש דבריו מפי סופרים ומפי ספרים. ומי לנו גדול ממורינו ורכינו מרן הראש"ל הגר"ע יוסף זצ"ל שבאבהו וברצון הנחילנו האי כללא בכלל ספריו דיש לחוש לסב"ל אפילו נגד מרן [אפס קצהו תראה בשו"ת יביע אומר (חלק ה אורח חיים סימן מב אות ג) ע"ש]. ובכל אופן מצאנו כמה פעמים שדעתו הגדולה הכריעה לברך גם במקום מחלוקת הפוסקים. אפס קצהו תראה בחזון עובדיה חנוכה (עמוד קלח) ^כ ועוד. ומזה יש ללמוד גם לדיני קי"ל, דאע"ג דבדרך כלל יש לומר קים לי כשניים נגד רוב הפוסקים, מ"מ אין זה חוק ולא

דיני
דברכות
כדיני
ממונות

זיע"א, אין לומר סב"ל נגדו כיון שגם מרן הרב עובדיה זצ"ל היה פוסק על אדני כללי הסב"ל, ואם הכריע לברך, אין לנו לחוש אחריו. עכ"ל. והן עתה הראני ידידי הדיין המצוין הרה"ג רבי צבי ידידי שליט"א מה שהובא בקובץ תחומין מג במאמר בתחילת המאמר 'שימוש נרחב בכללי הקי"ל' שהרב הכותב הביא שמועה משם מרן הראש"ל הגר"ע יוסף זצ"ל שאמר לאחד מנכדיו 'שאיננו מתעסק יותר מידי בחושן משפט, אחרי שבלאו הכי בדינים רבים יש לפוטרו מקים לי' עכ"ל. ומ"מ אין לומר בזה דס"ל למרן זצ"ל, דקים לי הוא כמלך הפורץ גדר ואין מוחין בידו, ולכלל כלל יש יוצא מן הכלל. ודי בזה ההערה.

^כ **ב) ואגב** לא אמנע טוב מבעליו מה ששאלתי בעניין זה בימי החנוכה התשפ"ה את מו"ר הגאון הגדול הרב גדעון בן משה שליט"א בזה הלשון: מה הוראת מורינו הרב שליט"א האם אומרים סב"ל נגד מרן הרב עובדיה יוסף זצ"ל. השאלה נשאלה אמש לגבי מה שפסק בחזון עובדיה (חנוכה עמוד קלח) במי שלא היה בביתו בעת ההדלקה ביום הראשון והדליקו עליו בביתו, וכשכבא להדליק ביום השני האם יכול לברך שהחיינו? דלדעת המג"א (סימן תרעו ס"ק ב) ודעימיה לא יברך, ובחזון עובדיה הכריע שיברך. ומה יש לנו להורות בזה? יורנו המורה ושכרו כפול מן השמים. והשיב לי מורנו הרב שליט"א ז"ל, לענ"ד מי שפוסק בדרכו של מרן הרב עובדיה

יעבור. וכפי הנראה לכל באי שער דברי הפוסקים בזה, שכתבו כללי ופרטי בכל דיני קי"ל. וגם או באנו אחריהם בחיבורנו זה והוכחנו דלאו בכל גונא אמרינן קי"ל.

סימן יח

בו היה לבא'ר אי אמרינן כמה קים לי בנידון אחד

א ולאחר כותבי כל זאת, אמרתי אשיחה וישמע קולי בבואי אל הקודש לדון בדברי רבותינו אי אמרינן כמה קי"ל להחזיק הממון אצל התופס. וראיתי להגאון רבי יוסף נזיר [אב"ד מצרים וגלילותיה לפני כשלוש מאות שנה] בשו"ת מטה יוסף (ח"א חו"מ סימן י עמוד תרא הוצאת מכון טוב מצרים) שפסק בנידונו, דצריך להוציא מיד המוחזק כיון דהוי ספק ספיקא, ובפרט עתה שהוא ג' ספיקות, דהא צריכים היורשים לומר תלת קים לי, חדא קים לי כמ"ד דהוה ראוי, וקים לי כמ"ד דבעל חוב אינו גובה המראוי, וקי"ל כמ"ד דבתרי ספיקי אין מוציאין מיד המוחזק ותלת קי"ל לכו"ע לא אמרינן ומוציאין מיד המוחזק לכו"ע. עכ"ד. והן אמת שנחלקו בזה הפוסקים עיין בשו"ת שער אשר קובו (חו"מ סימן כו עמוד קכא הוצאת מכון הכתב) שהביא המחלוקת בזה. ומ"מ נראה שדעת הרב שער אשר נוטה דמצי למימר גם תלת קי"ל וכן מבואר עוד בתשובה אחרת (בסימן ח עמוד כ). ע"ש.

דעת הרב מטה יוסף תלת קי"ל לכו"ע לא אמרינן

וצא ולמד מ"ש רבינו החיד"א בשם הגדולים (ח"א מערכת היוד ס"ק עד הוצאת יהדות התורה עמוד 74) שכתב בענין קי"ל עצמו, אשר מזמן לזמן נשתנו הדברים דבתחילה היו נוהגים דלא מצי למימר תלת קי"ל וכיוצא, ואח"כ פשטה ההוראה דכל שאתה מרבה ספיקות אין מוציאין מיד המוחזק, והמצא ימצא בפוסק אחד עצמו פעם כסברא זו ופעם כזו ותלוי הדבר בשינוי הזמנים וכמו שמפורש בתשובת הרב דבר משה (בחו"מ ח"א סימן ה). וכל כי הני מילי נצרכים לתלמידי דבי רב ללמד בני יהודה קשת כיצד סדר המשנה. עכ"ד. וע"ע במ"ש ע"ז הגאון רבי אברהם הכהן מסלוניקי בספרו טהרת המים (מערכת הק' אות מט דף קמו ע"א טור א) והובאו דבריו לעיל (סימן ז אות א). גם הגר"ח פלאגי בספר גנזי חיים (דף קל ע"א טור א) צדיק עת'ק כל דברי הרב חיד"א בזה ול' יוסף דכ"כ הרב כנה"ג (בח"מ ח"א סימן כה בכללי הקי"ל אות פא) וז"ל, אמר המאסף אם שלפעמים רבות דנתי הלכה למעשה דבתלתא ספיקי מפקינן מיד המוחזק כמו שיראה המעיין בספרי תשובותי, ועכשיו הדרי בי, לפי דכשכתבתי אותם תשובות לא נתגלה אצלי זולת ספר מהריב"ל והראנ"ח, שסוברים דבג' ספיקות מפקינן מיד המוחזק וחשבתי שאין שום חולק ע"ז אבל עכשיו שנתגלה שיש חולקים, ומכללם רבינו הרב ז"ל, הכי נקטינן דאין להוציא מיד המוחזק אפילו איכא כמה ספקות. ואם יגזור ה' בחיים אתקן כל המקומות שכתבתי הפך זה. עכ"ל.

הרי לן דהסכמת הפוסקים לומר כמה קי"ל. ומ"מ מצאנו ראינו כמה חידושי דינים בהאי כלהא: וזה יצא ראשונה מ"ש מהר"י בן שנג'י בספר דת ודין (סימן יד דף יד ע"ב טור ד), דהיכא דפליגי אי מצי למימר קי"ל - אמרינן קי"ל. ומ"מ מודה במקצת, דהיכא שצריך לומר כמה קי"ל וביניהם קי"ל גרוע כגון, דקי"ל כהפוסק בהא ולא בהא - כל כה"ג מגרע כח התפוס. ע"כ. ועיין למוהרח"ך זצ"ל בשו"ת שמחת כהן (ח"מ סימן מז) שנראה שהסכים לדבריו.

(ב) ובשניה זכור מה שראיתי מ"ש הג"ר משה בנבנשיתי [בן דורו וקרובו של הרב כנה"ג מחכמי ורבי קושטא לפני שלש מאות וחמישים שנה] בשו"ת פני משה (ח"א סימן לה דף פה ע"א טור א - ב), דהיכא דצריך לומר כמה קי"ל כנגד התפוס, וחד מינייהו קי"ל כמ"ד שאין תפיסה כזו תפיסה, בכה"ג מוציאים מיד המוחזק ומשאירים ביד התפוס. ועוד דהיכא דכדי להשאיר ביד המוחזק צריך לומר יותר מתרי קי"ל מפקינן מיניה. ע"ש.

ובשלישית פקודי ה' ישרים, מה שראיתי שכיוצ"ב כתב בשו"ת אגורה באהליך גאטיניו (ח"מ דף נב ע"א טור ב), דהיכא דהמוחזק הוא בספק אי מוחזק יחשב או לא ואיכא עוד על גביו ג' קים לי לדעתי בזה לא אמרה אדם מעולם שיזכה כמה שהוא תופס בידו. עכ"ד. וכ"כ הרב סמיכה לחיים פלאגי (בסימן ט דף סה ע"א טור א) משם כמה פוסקים, וסמך ע"ז להלכה ולמעשה. ע"ש.

וארבעתים ישל"ם מ"ש הרב חקרי לב (חאה"ע סימן מה דף ק ע"א טור ב) וז"ל, נראה לי דכי אמרינן תרי ותלת קים לי, היינו דוקא בספיקי במציאות או ספק בפוסקים וסברת המחזיק לומר קים לי אינו מיעוטא דמיעוטא. אבל כאשר יהיה האופן שצריך המחזיק לומר תלת וארבע קי"ל ובכל צד וצד מאלו הספיקות רוב הפוסקים מחייבי להמחזיק, שנמצא דיצא המחזיק לומר קי"ל במיעוט דמיעוט בכי האי לא מצי אמר קי"ל, דאין לדיין אלא מה שענינו רואות, וכל כי האי גם בדורותינו יש בידינו להכריע שבדאי דעת הדיין לחייבו. עכ"ד. ויש לסייע להני מילי ממה שכתבנו לקמן (סימן צא) דברי הפוסקים דעשו פשרה במחלוקת הגדולה בספק בתפיסה. ע"ש. ועיין לנכדו הגר"ח פלאגי בשו"ת סמיכה לחיים (סימן ט דף סה ע"א טור ב) דחזקו אלו הדברים מהסכמת כמה וכמה פוסקים.

(ג) והלא ידעת אם לא שמעת שנחלקו רבותינו קדמאי ובתראי אי טענת קי"ל הוה כטוען טענת ברי, ודעת מהרי"ק (שורש קמט וקסא) דהוה טענת ברי. והש"ך בתקפו כהן (ס"ו) נו וסימן פב), סמך ע"ד סמיכה בכל כוחו. אמנם מהריב"ל (בח"ב סימן סז) כתב, דסברת מהרי"ק סברת יחיד היא וס"ל דקים לי הוי טענת ספק. וכ"כ הגאון רבי אליהו אלפאנדרי [ראש רבני קושטא לפני כשלוש מאות שנה מחבר ספר מכתב מאלהיו] בתשובה שהובאה בשו"ת גבעות עולם לרבי יוסף קובו (ח"מ סימן לד דף סז ע"ב טור ד), דטענת קים לי לא חשיבא טענת ברי. ע"ש. וכן דעת הרב קונטרס הספיקות (כלל ה אות ב). ע"ש. ובספר ארח

כמה קי"ל
עם קי"ל
גרוע לא
אמרינן

יותר מתרי
קי"ל
למוחזק לא
אמרינן

קי"ל בספק
במוחזקת
או בתפיסה

כמה קי"ל
במיעוטא
דמיעוטא

קי"ל טענת
ברי או
שמא

משפט חזן (ח"מ סימן כה אות זך לה ע"ב טור ד) כתב, דאין ללמוד מדברי מהרי"ק דס"ל דטענת קי"ל הויא טענת בריוהשיא את דברי מהרי"ק לכוונה אחרת. ע"ש. וע"ע להגר"ח הכהן [אב"ד טריפולי לפני כמאה וחמישים שנה] בספרו דבר המשפט (ח"מ סימן כה אות ז), ובשו"ת יביע אומר (חלק ג - אבן העזר סימן כא אות יז). ונראה שנידון דידן אי מצי למימר כמה קי"ל, הולך קדמת אשור בחקירה זו אי קים לי חשיב כטוען טענת ברי או שמא, דאי הוה כטענת ברי א"כ מצי למיטען כמה קי"ל, אך אי הוה טענת שמא, בכל טענת קי"ל נוספת נמצא שהוא מרבה את ספיקו, והוה כעין ספק ספיקא.

ד) ולא אכחד דאליבא דאמת גם אי הוה ספק ספיקא, כבר נחלקו רבותינו אי בספק ספיקא מפקינן מיד המוחזק, וקיבץ וריבץ דברי הפוסקים בזה בכנה"ג (סימן כה הגהב"י כללי הקי"ל אות עה) ע"ש. והכרעת הפוסקים דגם בכהאי גוונא לא מפקינן ממון מהמוחזק. וכמ"ש בשו"ת מהרי"ט (חלק א סימן קיד), דלעולם לא מפקינן מיד המוחזק כל שאתה יכול להרבות ספיקות וספקי ספקות. ע"כ. וכ"כ רבינו הש"ך בתקפו כהן (סו"ס עב, ובסימן קכ) וכ"כ הרב פרח מטה אהרן (ח"א סימן ו דף כג ע"א טור ב), וכ"כ הרב שפת הים מאיו (ח"מ סימן נט דף קסה ע"ב טור ג), וכ"כ בשו"ת סמיכה לחיים פלאגי (אבה"ע סימן ט דף נד ע"א טור א) ע"ש. וכ"פ מו"ר הגר"ע יוסף זצ"ל בשו"ת יביע אומר (חלק ח חושן משפט סימן ב), דספק ספיקא הוא מטעם רוב, וכשם שאין הולכים בממון אחר הרוב, כך אין הולכים אחר ספק ספיקא להוציא ממון מחזקתו. ע"כ. ולפי זה יש לנו לומר ג"כ כמה קי"ל וכאשר דמיתי כן ראיתי להרב שמש צדקה מורפורגו בקונטרס פני הכרובים (סימן יב דף לד ע"ב טור ד), שהביא תשובת מהר"ש אמארליו דמסתמין ואזיל ע"ד המהרי"ט הללו וכתב, דלפי זה יש לנו לומר כמה קים לי. עכ"ד. ועיין בדעת תורה למהרש"ם (יו"ד סימן רמו סעיף כא), שנראה דסמך ע"ד להלכה. ע"ש.

אין מוציאין ממון בספק ספיקא

ה) וחמישתיו יוסף עליו דמצאנו סייג נוסף באמירת כמה קי"ל והוא מ"ש בשו"ת סמיכה לחיים להגר"ח פלאגי (חאה"ע סימן ט דף סה ע"א טור א) בתוך כדי דיבור, דהיכא דיש לתופס שבעה קי"ל או שמונה, ויותר מתרי רובי מהפוסקים דאיכא בהני פלוגתיה ס"ל דאין לומר קי"ל, מי שמע כזאת מי ראה כאלה לשבעה וגם לשמונה. ועם שלא נעלמו ממני דברי מהרי"ט בתשובה (ח"א סימן קיד) ובשאר תשובות והסכמת תלמידו מרן החבי"ב (בכללי הקי"ל אות עא), דכלל גדול מסרו בידינו דכל שאתה יכול לרבות ספיקות וספקי ספיקות אין להוציא מיד המוחזק. ע"ש. עם כל זה הרואה יראה דכגון דא דנידון דידן, גם הרב מהרי"ט ז"ל יודה דיש להוציא מיד המוחזק שהרי כל עיקר דברי מהרי"ט ז"ל, אינו אלא להוכיח ולחלוק ע"ד רבני האחרונים ז"ל דס"ל דבספק ספיקא מוציאין מיד המוחזק, לזה הוא בא לומר דכל שאתה יכול להרבות ספיקות וספקי ספיקות אין להוציא מיד המוחזק. ומסתיים לרבות עוד ב' וג' ספיקות, וגם שלא יהיה בעיקר המחלוקת תרי רובי מהפוסקים ז"ל להיפך, וגם שלא יהיה בעיקר המחלוקת אי יכול לומר קי"ל או לא דגרע טפי, וגם בעיקר התפיסה שיהיה בלי שום חולק. וא"כ כשיצטרפו כל הני

עוד כללי ופרטי באמירת כמה קי"ל

ריעותות גם מהרי"ט ז"ל יודה, ולא אמרו אדם מעולם דיכול לומר כל הני קי"ל קלים וחלושים ביותר. וכן ראיתי הדבר בבירור להרב דת ודין בתשובה (סימן י) שכתב וז"ל, דאף שכבר עלתה הסכמת מרן דודי ז"ל, דאפילו בכמה קי"ל היעלו באחד ומאה דאין להוציא מיד המוחזק ומוה"ר ז"ל חשש לדבריו כו', מ"מ לא יבצר דבהצטרף לכל הני קי"ל דאיפרקו מחולשא, והגדילו התעורבות, דהא מיהא יצטרפו בעלי הסברא לעשות היחידים מיעוטא. וע"ש בהמשך דברי הגר"ח פלאגי (שם דף סה ע"א טור ב) דהוכיח דאפילו לדעת המהרי"ט היכא דהוה כנגד מיעוט פוסקים בשתי סברות אין לומר קי"ל וכדמוכח מכמה תשובות במהרי"ט (ח"מ סימן מז וסימן נב), דאיהו גופיה פסק להוציא מיד המוחזק בג' ספיקות. ע"ש.

וכן ראיתי לרבי אליהו חיון בתשובה והיא לו נדפסה בשו"ת תנא דבי אליהו מאני (סימן כב עמוד קכה הוצאת מכון אהבת שלום) שצדיק עת'ק דברי הגר"ח פלאגי הנ"ל, ולמד מזה לנידונו דהתופס השני היה צריך שיאמר כמה קים לי, קים לי דתפיסה לאחר שנולד הספק דהוי תפיסה. וגם קים לי למאן דאמר דכשיש מחלוקת בתפיסה דיכול לומר קים לי. וגם צריך שיאמר קים לי כמאן דאמר דטענת קים לי הוי טענת ברי. או קים לי כמאן דאמר דאף בטענת שמא מהני תפיסה. וגם קים לי כהמבי"ט דיוכל לומר קים לי אחר שזכה הראשון. וגם קים לי כמאן דאמר דאף בתפוס מעיקרא מהני תפיסה. וגם צריך שיאמר קים לי בעיקר הדין גופיה קים לי כפירוש ראשון של רשב"ם וכו', והא ודאי לא מהני, ומוציאין מידו ופשוט. עכ"ד.

וכדברים האלה כתב בתשובת בני יעקב לרבי יעקב ששון [נכד מהר"א ששון] (סימן יג דף רכא ע"ב טור ד) בנידונו וז"ל, גם זה איננו שוה שהרי צריך הערב לומר כמה קים לי, קים לי כמ"ד דלא קנה, וקים לי כמ"ד דמצי למימר קים לי, וקים לי כמאן דס"ל דאף היכא דהוי פלוגתא אם מצי למימר קים לי או לא – דמצי למימר קים לי, והא ודאי בכה"ג מפקינן מיד המוחזק. ע"כ.

רק בעינן תביט דדגל הקים לי אשר הונף ואשר הורם, לא נאמר בכל מקום, אפילו אצל רבותינו האחרונים שסמכו עליו.

סימן יט

וגם את הגוי אשר יעבוד אם דן אנכי בקים לי?

והנה כבר הבאנו לעיל (סוף סימן טו) בקצ'ר אמיץ מ"ש הפוסקים אי טענת קים לי היא לזון בדיני ישראל דינו גוי הבא מהתורה או מדרבנן ונראה להביא עוד נפק'מ לדינא בזה כמה שנכנסנו לבית הספק' אי יש לזון דין קי"ל בגוי שקיבל עליו לזון בדיני ישראל, דאי הוה תקנתא דרבנן פשיטא דלא תיקנו כן גם לגויים, ואע"פ שהגוי בא לידון בדיני ישראל לא מצי למיטען קים לי.

משא"כ אי הוה מהתורה אפשר דהוא כ'מציאות' דשייכת נמי בגוי [וכיוצ"ב כבר דנתי בשו"ת אך טוב לישראל (ח"ג סימן יג אות ה) אודות מה שקנתה אשה קנה בעלה אי אמרינן נמי בגוי. ע"ש. ובצידי הגליון שם הוספתי עוד מדברי רבותינו בזה יזכני ה' להר"ל עולם יחד עם כל חידושי].

ואמנם ראיתי בשו"ת מנחת ש"י גרינברג (חו"מ סימן ג דף נג ע"ב טור ג) שעלה ונסתפק בהאי דינא, אי מצי גוי שבא לדון בדיני ישראל לטעון קי"ל, וכתב דלפי מה דמתבאר בקיצור תקפו כהן (סימן קכג - קכד), דטעמא דמצי למיטען קים לי, משום דאין הולכין בממון אחר הרוב רק אחר המוחזק, וא"כ לפי המתבאר במהרי"ט אלגאזי (בכורות ריש פרק ב אות טז) דעכו"ם לית ליה חזקת ממון, ומקורו טהור באסיפת זקנים²² בכתובות (דף טו עמוד ב ד"ה אילימא) בשם הרמב"ן (שם ד"ה מחצה על מחצה) ובתוספות הרא"ש (בכתובות שם ד"ה לנוקין) והרא"ה (שם ד"ה מחצה על מחצה ישראל למאי הלכתיא), והרשב"א (שם ד"ה מחצה ז"ל, דגוי לית ליה חזקה דממונא, וא"כ נראה דנכרי אין יכול לומר קים לי, דמאי טעמא דאין הולכין בממון אחר הרוב כיון שהוא מוחזק, אבל עכו"ם דלית ליה מוחזק הולכים אחר הרוב, ואין לומר דכיון שקיבל עליו לדון בדיני ישראל דינו כדין ישראל דמצי למימר קי"ל, זה אינו, דפשיטא דרבנן לא עשו חזקתו חזקה בשביל שקיבל עליו לדון בדיני ישראל וכו'. ע"כ. וע"ש במסקנתו. ומ"מ נראה דפשיטא ליה דקים לי הוא תקנתא דרבנן. ועיין בשו"ת טוב טעם ודעת להגר"ש קלוגר (קמא סימן רסט) שכתב, דמצי גוי למיטען קים לי. והגאון שואל ומשיב תנינא (ח"ג סימן קב עמוד רכב הוצאת מכון חכמת שלמה) העיר עליו דיש להסתפק אם שייך כלל לגבי עכו"ם קי"ל. ע"ש. שו"ר למו"ר מרן הגר"ע יוסף זצ"ל בשו"ת יביע אומר (חלק ט חושן משפט סימן ז אות ב) שכתב, דאין מקום לטענת קים לי לגבי גוי הנתבע, אף על פי שהוא מוחזק בממון, כי הטעם לטענת קים לי משום חזקת ממון של הנתבע, שאין להוציא ממון מן המוחזק ללא ראייה ברורה אליבא דכ"ע, ומכיון שאין הולכים בממון אחר הרוב, מוקמינן לממונא בחזקת מריה, וטענינן קים לי להמוחזק. אבל לגבי בן נח, הרי אין דין חזקת ממון לגוי, וכמ"ש הפוסקים. וגם הגאון שערי יושר (שער ה פרק טו) הסביר הטעם שאין חזקת ממון לגוי, לפי שבישראל חזקה מה שתחת ידו הוא שלו, אבל בגוי שהוא חשוד על הגזל לא שייכא חזקה זו, ולכן אין הממון שברשותו עושהו למוחזק. ע"ש. עכ"ד הרב יביע אומר. ולפי זה אין שייך לומר דתלוי אי טענת קים לי מהתורה או מדרבנן, דגם אי הוה מהתורה, כיון דאין לגוי חזקת ממון דחשוד על הגזל, לכו"ע אין שייך בו טענת קים לי. ודו"ק. וע"ע בספר משפט הקנין להרה"ג רבי עובדיה יוסף טולידאנו שליט"א (כרך ד פרק א סעיף ה עמוד כא והלאה) ומשם בארה.

²² כג הוא ספר שיטה מקובצת לרבי בצלאל אשכנזי.

סימן כ

קים לי במילתא דאית ביה איסור וממון

עוד רגע אדבר במה שיש לדון באמירת קי"ל הנוגע לממון ולאיסור כאחד ^{כד} ולך נא ראה באיסורא דאורייתא לכו"ע לא אמרינן קי"ל

לרבינו הכנה"ג (ח"מ סימן כה הגהב"י כללי הקי"ל אות סו) דהביא נחלקו רבותינו במילתא דאית ביה איסור וממון, אי מצי למימר קים לי, דמדברי מהריב"ל (ח"ג סימן מז) נראה דאמרינן קים לי, וכ"ד עוד אחד עשר כוכביא גדולי ומאורי הדורות. וכל שכנגדו הגאון מהרש"ך (ח"א סימן קמה) שכתב, דאי לענין איסורא איתשיל לא מצי למימר קים לי. ועימו חמשה בריחים תשובות הפוסקים הסוברים כן. ומ"מ כתב בכנה"ג (שם אות סז), דאפילו נימא דיכול לומר קים לי היינו באיסורא דרבנן, אבל באיסורא דאורייתא לכו"ע אינו יכול לומר קי"ל. וע"ש בכנה"ג (אות סח - ע). וע"ע במ"ש לקמן (סימן סו אות ב) בדעת מרן השו"ע בזה. ואכמ"ל.

ויש עוד לאלוה מילין בזה ומה שהלב חושק הפנאי עושק. ועוד הרבה מדיני ופרטי הקים לי יתבארו בס"ד במש"ך תורה בהמשך חיבורנו זה (עיין בסימנים קיב - קיג).

מכאן ואילך הולך קדמת אשור' בדיני תפיסה וספק בתפיסה

תפיסה וקים לי הרי הוא כעושה דין לעצמו (עיין לעיל סימן ה אות ג), א"כ ג"כ לא יהני דומיא דדיינים. אלא דלקמן (סימן נח) הבאנו מחלוקת הראשונים באבק ריבית אי מהני ביה תפיסה. וי"א דמהני ביה תפיסה ע"ש. ויש לדון מיניה. ואמנם נידון זה גרע טפי כיון דהוה פחות משו"פ. ואמנם ראיתי בספר מנחת סולת להג"ר דוד טביל (מצוה לו ח"א הוצאת מכון ירושלים עמוד תקסח), שכתב דמהני תפיסה גם בפחות משו"פ. וכ"כ בשו"ת בנין צבי מיזליש (ח"ב סימן ז דף י ע"א טור א). וע"ש שתלה הדבר אי מהני תפיסה כשבא לצאת ידי שמים ולקמן (סימן נו ועוד) עמדנו על זה. שו"ר בשו"ת צמח יהודה סגל (ח"א יו"ד סימן סה עמוד שה) שעמד ופלפל בזה וכתב דמדברי השו"ע נראה דלא מהני תפיסה בריבית שהיא פחות משו"פ. ע"ש ודו"ק.

כ"ד וכגון באיסור ריבית שיש בה מחלוקת הפוסקים ותפס המלוה וטוען קי"ל דלא הוה ביה איסור ריבית.

והנה נחלקו הראשונים אם יש איסור ריבית בפחות משה פרוטה שלדעת התוספות (בב"מ דף סא ע"א ד"ה אם והרא"ש שם סימן א) שאין איסור ריבית בפחות משה פרוטה אמנם הר"ן בכתובות (דף מו ד"ה ומכאן) כתב, דיש בזה איסור דרבנן ולא התמעט אלא מאיסור תורה. והרמ"ה (הובא בטור יו"ד סימן קסא) כתב, שאף בפחות משה פרוטה יש איסור ריבית דאורייתא אלא שאינו יוצא בדיינים. וכן פסק בשו"ע (שם סעיף א). ע"ש. וע"ע להגאון המופלא מהר"ם לוי זצ"ל בספרו מלוה ה' (ח"א פרק ד סעיף יז הערה 58) מ"ש בזה ואכמ"ל. ומעתה יש לעיין אי מהני תפיסה בכה"ג, דלכאורה כיון שאינה יוצאה בדיינים, ודין

תפיסה בריבית שהיא פחות משו"פ

סימן כא

דעת מהרי"ט וראייתו דספק בתפיסה לא הוה תפיסה

א בריש מילין מדבר קדמות' עלה ונסתפק' כשיש 'ספק בתפיסה' עצמה אי הוה תפיסתו תפיסה - כלומר כשיש ספק או מחלוקת, אם עצם מעשה התפיסה נחשב תפיסה, או 'ספק במוחזקות' דהיינו שיש ספק מי נקרא מוחזק, האם אותה מוחזקות נחשבת כדי שיוכל לטעון קים לי כנגד מרא קמא או לא. ובהאי ספיקא ההוא גברא יתיב ועסיק. והוא סובב והולך אל נידונו של רבנו הש"ך בספר תקפו כהן (סימנים קא קב קג) בענין ספק בתפיסה. ואין אנו עוסקים 'בתפיסה מספק' - דהיינו שנחלקו הפוסקים היאך הדין ואחד תפס, דבזה כבר הכריע הש"ך בספרו תקפו כהן (סימן קז) והביא כארבעים פוסקים דמהני תפיסה במחלוקת הפוסקים, ולא תשחית בעבור הארבעים. ע"ש הן הן גבורותיו הן הן נוראותיו. ולא קרב זה אל זה. [וכיון שהעניינים נראים כקרובים ואם לא ישגיח בזה הלומד יבא לטעות, ויהיה מלך אשור שבלבל את כל האומות, הזכרתי הענין הזה בתוך כדי דיבור כמה פעמים בכל המערכה זו, הדור הדור].

ספק
בתפיסה
ותפיסה
מספק

ב ראשון ראשון חשוב שפתח פתח כפתחו של מחט בענין זה, הוא רבינו המהרי"ט בתשובה (חלק א סימן עב) שיצא לחקור אם היכא דבעיקר התפיסה איכא פלוגתא דרבוותא אי מהניא ליה תפיסתו אי לאו? מי אמרינן דלא מפקינן מידי תפיסתו, כיון דפלוגתא היא ומצי למימר התפוס קים לי, או דילמא לא אמרינן הכי, אלא כשהוא מוחזק בדבר שלדברי אותו הפוסק הוא שלו והיה שלו מעולם, אבל בדבר שהוא תופס שאפילו לדבריו אין לו בגופו של חפץ זה כלום, אלא שהוא תפוס בו שיהא נאמן על דבר אחר, לא מקרי הוצאה מידי המוחזק. וזה ימים שעמדתי על דבר זה ובעניותי נראה בעיני דכל כה"ג מפקינן מיד התפוס שכל שאינו תופס החפץ לומר שהוא שלו, אלא מטענת חוב אחר, אי מספקא לן בתפיסה כפלוגתא דרבוותא לא מהניא תפיסתו, דאוקי הני בהדי הני ואוקי חפצא בחזקת מרא קמא. ויש להביא ראייה בתופס בידו הואיל והמחלוקת היא בתפיסה עצמה דלא הוי תפיסה מדאמרינן בכתובות (דף פד ע"ב) קריביה דרבי יוחנן תפוס פרה דיתמי בסימטא [תפסו פרה של יתומים שהיתה בסימטה, בחוב שהיה חייב להם אביהם]. אתו לקמיה רבי יוחנן א"ל שפיר תפסתוה. אתו לקמיה דרשב"ל א"ל זילו אהדרו. אתא לקמיה דר"י אמר להו מה אעשה שכנגדי חלוק עלי. ופירש רש"י ז"ל שכנגדי: שקול כמותי. ע"כ. ולכאורה יוקשה דלו יהא אלא שקול כמותו, כיון דפלוגתא היא, היה להם לעמוד בתפיסתן. ועל כרחינו לומר, דמאחר דעיקר פלוגתא בהכי היא אי מהני תפיסה, לא מקרי תפיסה ומוקמינן ליה בחזקת מרא קמא. ואפילו למאן דפסק דתקפו כהן דאין מוציאין מידו (וכן דעת הרמב"ם והשו"ע ויבואר לקמן סימן כו אות ד ועוד), שאני התם שטוען על

ראיה
מהגמרא
דספק
בתפיסה
לא הוה
תפיסה

גופו של דבר שהוא שלו, אלא שהיא טענת ספק^{כה} אבל זה שגופו של חפץ בין כך ובין כך אינו שלו, והתפיסה לא ברירה, מוקמינן לחפץ בחזקת מרא קמא. עכת"ד.

ג) ובא רבינו המהרי"ט בשניות מדברי סופרים בתשובה (חלק א סימן קנא), שנשאל בענין דברי הרב ותלמידו

תביעת ממון שתובע את חברו על מה שגר בביתו, וחברו טוען שהיה שטר שכבר מחל לו על כל דין ודברים שבהם, אלא ששטר המחילה נשרף בשריפה אשר שרף ה'. ומ"מ יש עד אחד שמעיד מענין המחילה שהייתה אמת. ואולם זה האיש התובע, הוא תפוס מנכסי הנתבע ועתה שהוא תפוס מה הדין נותן? ע"כ השאלה.

ובתשובתו הרמ"ה הביא בתחילה דברי תלמידו שכתב, דכיון שבנידון זה דיש עד אחד המסייעו, צריך התובע לומר קים לי כאותם הפוסקים שסוברים דעד אחד אינו פוטר משבועה, וכיון שאינו יכול לזכות אלא בטענת קים לי, הוה ליה תפיסה בטענת ספק ואין תפיסתו תפיסה, וכמו שכתב הרב הגדול מהריב"ל (ח"ב סימן סז). ומאחר שנתבאר דתפיסת ספק לא היא תפיסה וטענת קים לי הויה ליה טענת ספק, אין ספק,

בתקפו כהן דאין מוציאין מידו, אין חסרון בתפיסה אלא רק בטענה, שהתפיסה תפיסה גמורה היא, והספק הוא בטענות אי הוה שלו או לא, ויש צד להבכור שלו גם ללא התפיסה, וזו כונתו באומרו 'שאני התם שטוען על גופו של דבר שהוא שלו' – היינו שיש לו שייכות לחפץ זה גם ללא התפיסה, וזו כונת המשך דברי המהרי"ט שכתב, 'אבל זה שגופו של חפץ בין כך ובין כך אינו שלו והתפיסה לא ברירה' – דהיינו היכא דאין צד שהחפץ של התפוס מלבד עצם התפיסה, והשתא רוצה התפוס שנחשיב שיהיה החפץ שלו בגלל התפיסה, והתפיסה עצמה לא ברירה, בזה אמרינן דאין תפיסתו תפיסה ומוקמינן בחזקת מרא קמא. ולפי זה נחא גם מה שפסק הרמב"ם בתופס קנס דד' וה' במקום ספק דאין מוציאין מידו, דדמי לתקפו כהן דאין מוציאין מידו, דאין שם ספק בתפיסה, כיון דיש צד שגם מלבד התפיסה יהיה הקנס שלו, אלא שיש ספק בטענה אם אכן חייב לו או לא, והווה כפלוגתא דרבוותא בתפיסה דלרוב הפוסקים אמרינן דמהני תפיסה וכמ"ש הש"ך בתקפו כהן (סימן קז). ומ"מ גם הרב סם חיי הנזכר הכריע לדינא כמהרי"ט דבכל ספק בתפיסה לא הוה תפיסה וכמ"ש דבריו לקמן (בסימן לד) בעזרת השם ובישועתו. ע"ש.

^{כה} וראיתי למהר"ח עשאל זצ"ל [מחכמי סלוניקי לפני יותר משלש מאות שנה] בספרו סם חיי (בחלק התשובות סימן נו דף קיז ע"ב טור ד), שכתב להעיר על סוף דברי המהרי"ט הללו וזת"ד, ואחר נשיקת ידיו ורגליו אמינא דלא היא, דבכמה מקומות פסק הרמב"ם ז"ל דאי תפס לא מפקינן מיניה. ואפילו שאינו טוען על גופו של דבר שהוא שלו שכן כתב בהלכות גניבה (פרק ב הלכה יב) וז"ל, גנב וקטע ממנה אבר ואח"כ מכרה, או שמכרה חוץ ממלאכתה, או שמכרה חוץ מל' יום, אין מוציאין ממנו תשלומי ד' וה'. ואם תפס הניזק אין מוציאין מידו. עכ"ל. הא קמן שגופו של חפץ בין כך ובין כך אינו שלו, והתפיסה לא ברירה, ואפילו הכי כתב דאין מוציאין מידו. ואם יאמר האומר דלא קאמר מהרי"ט כן אלא כשתפס מטלטלין, אבל כשתפס מעות ס"ל להרמב"ם ז"ל דלא מפקינו מיניה, אני אומר לו דזהו דוחק, דבכל מקום שכתב הרמב"ם ז"ל ואי תפס לא מפקינן מיניה איירי כשתפס מעות ולא מטלטלין וכו'. עכ"ד. וכיוצא"ב כתב להעיר בזה על המהרי"ט הגאון רבי יהודה נבון [נכד המחנה אפרים] בספרו קרית מלך רב (ח"ב סו"ס לט עמוד א'קכט הוצאת מכון משנת רבי אהרן). ע"ש. ואחר המחיר מהני רבוותא קדישי נראה ליישב דברי מהרי"ט דכונתו לומר דמה שנפסק

דבנדון דידן מוציאים מיד התובע מה שתפס מנכסי הנתבע, וליכא למימר דכיון דבכל זה הוי פלוגתא דרבוותא, חזרנו למקום הספק ומצי המוחזק לומר קים לי כאותם הסוברים דתפיסה שלא ברשות ותפיסת שמא הוי תפיסה, כי היכי דבעלמא מצי המוחזק לומר קים לי היכא דתרי רבוותא מסייעי ליה, דשאני התם שהוא מוחזק והמוציא מחבירו עליו הראיה. אבל הכא איך יטעון התופס קים לי דתפיסה מהני ובהא פליגי אם התופס עיקרו מוחזק או בעליו הראשונים, ובהא לית לנו לילך אלא אחר הרוב, וכמו שכתב הרב הגדול מוהר"ר יוסף בן לב ז"ל. וכמו שהאריך בזה הרב מהר"ש חיון ז"ל בתשובה (סימן לז). עכ"ד התלמיד.

סימן כב

בירור בדעת מהריב"ל בספק בתפיסה

(א) ומורו ורבו המהרי"ט החרה החזיק אחריו, וכתב (שם) וז"ל, והחקירה הג' בעיקר מילתא בתפיסת ספק דאיכא פלוגתא דרבוותא אי מהני ליה תפיסה, הביא בזה יקירנו החכם השלם נר"ו מה שכתב הרב מהר"י בן לב ז"ל בספרו (ח"א סימן סב) דבדין דתקפו כהן - מוציאים מידו, דהרמב"ם ז"ל (בהלכות בכורות פרק ה הלכה ג) יחיד הוא שפסק דאין מוציאים מידו, ולא יוכל לומר קים לי כהרמב"ם ז"ל, כיון שכל חכמי ישראל חלוקים עליו. משמע שאם תהיה שקולה המחלוקת לא מפקינן דהויא תפיסה. וראיתי למהר"ר חיון ז"ל בסוף תשובתו בענייני תפיסה (סימן לז) שכתב, דלא דייגינן בענין זה שיוכל לומר קים לי כפלוני דמהני תפיסה, דבהא גופיה אפליגו אי התופס מקרי מוחזק, וכמ"ש מהר"י בן לב ז"ל (בחלק ב סימן מא), וקשה מדברי מהריב"ל על דבריו דאיך כתב בפסקיו הראשונים (בחלק א) בההיא דתקפו כהן שהזכרתי, דטעמא משום דהרמב"ם ז"ל יחיד הוא, הא לאו הכי יכול התופס לומר קים לי כהני, הלא הוא מילתו אמורה דהיכא דבהא גופיה איפליגו אי התופס מקרי מוחזק לא הוה מוחזק וקשה לי מדבריו אל דבריו. ולדידי מדבריו אל דבריו לא קשים דהתם (בחלק ב) כתב מהריב"ל וז"ל, כל היכא דאיכא פלוגתא דרבוותא בדיני מצרנות כעין דנדון דידן, דאיכא מאן דאמר דאית דינא דבר מצרא בשכירות ואיכא מאן דאמר דלית דינא דבר מצרא אלא במכר, יד הלוקח על העליונה, והלוקח הוא המוחזק, ויוכל לומר קים לי כהני רבוותא דאמרי דלית דינא דבר מצרא בשכירות אלא במכר. עכ"ל. והיינו דהלוקח עומד בשטרו והוא הקונה מן הדין, והמצרן אין בידו כלום, ואינו בא אלא בטענה שהוא מוחזק מתקנת חכמים, ומאחר דלהנך רבוותא לא מקרי מוחזק, היאך יוציא מיד הלוקח, והלא בהא פליגי אם נקרא מוחזק אף על פי שאין בידו כלום, והוה ליה ספק וודאי, ואין ספק מוציא מידי ודאי, אבל היכא שזה התופס תפוס בחפץ, מאן מירמי ליה מידיה הואיל ופלוגתא היא. אבל אני הבאתי ראיה שגם בתופס

בידו, הואיל והמחלוקת היא בתפיסה עצמה לא הוי תפיסה. עכ"ד. וע"ש שהביא ראיתו מהיאה דכתובות (שם) שהזכרנו.¹⁰

נמצאנו למדים דדברי מהר"י בן לב הוי סתור' למו דיש הסוברים דדעתו דספק בתפיסה לא הוה תפיסה (דברי התלמיד), ויש הסוברים דדעתו דהוה תפיסה (דברי מהרי"ט). ומ"מ לדעת המהר"ש חיון והמהרי"ט ותלמידו, הוכרע דלא הוה תפיסה.

ב) ודע לך, שזה התלמיד שהזכיר בשו"ת מהרי"ט הוא רבינו חיים בנבנישתי בעל הכנסת הגדולה [כמבואר שם בלשונו בחתימת תשובתו: עבד עבדיו אני מאז, החפץ חיים בן כמהר"ר ישראל בנבנישתי], ובכמה מקומות בספריו סמך סמיכה בכל כוחו על כלל זה, צא ולמד ממ"ש בספרו כנסת הגדולה (ח"מ סימן ד הגב"י אות כו), דכל תפיסה שהיא מחלוקת דלמר מהני תפיסה ולמר לא מהני תפיסה אין לומר קים לי, כיון דבהא פליגי אי הוה מוחזק או לא. מהריב"ל (חלק ב סימן מא), הר"י הלוי ז"ל (סימן סא), משפט צדק (חלק א סימן יא), הר"ש הלוי ז"ל (חלק חשן משפט סימן מג), מורי הרב ז"ל [הוא מהרי"ט] בתשובה (ח"א סימן עב וקנב), הר"ש חיון ז"ל בתשובה (סימן לז). עכ"ד. ושנה דבריו עוד בכנה"ג (ח"מ סימן כה הגהב"י אות מ), והוסיף שכ"כ מהרש"ך (ח"א סימן קלג) [ונראה ששינה את טעמו (בח"א סימן קז) ע"ש], ומהר"ר חיים שבתאי (אבה"ע סימן כט מו ונד), והרב פליטת בית יהודה (סימן כח). עכ"ד.

הנך רואה בעינך "זהב התנופה תשע" – הם תשעה מגדולי הפוסקים שמנה הכנסת הגדולה הסוברים כן, ועימו הוה עשרה, וכל בי עשרה שכנתא שריא (עיין סנהדרין דף לט ע"א), ואם כי שבדברי מהריב"ל ומהרש"ך יש להכנס אל בית הספק, מ"מ "מעלות שמונה מעליו" – הם שמונה מגדולי רבותינו דפשיטא ליה דהכי דינא. שוב ראיתי בכנה"ג מהדורה בתרא (ח"מ סימן ד הגהב"י אות ו) שכתב, שמצא לתשובות כת"י למהר"ב הלוי, ומהר"א סיראלוז, ומהר"ם אלמושונינו שגם הם סוברים כן. ושם מבואר דאם התפיסה היה נגד היורש מן התורה, אם התפיסה יש בה ספק היורש הוא המוחזק. עכ"ד.

ג) ודע שלרבינו הכנה"ג הוה פשיטא ליה כל כך כלל זה, עד שעשאו למשל ובית אב ולמד ממנו לדיני ברכות, צא ולמד ממ"ש בכנסת הגדולה (או"ח סימן סז הגהב"י אות ג) תפיסה לדיני ברכות, וכתב דמה שכתב בתשובת הרמב"ם ששלח לחכמי לונגיל (עיין תשובות הרמב"ם בלאו מהדורה חדשה כרך ב סימן שלג עמוד 603), דכיון דהברכות

ח"מ סימן כ וסימן לו ע"ש. והבאנו דבריו לעיל (בסימן יח אות ד) ע"ש]. והנך רואה בעינך דהגם שבעלמא חשש מהרי"ט שלא להוציא ממון מיד המוחזק, הכא בדין ספק תפיסה לא היה לו ספק בזה, ואע"ג שבדעת מהריב"ל כתב דהוה תפיסה בכנה"ג מ"מ פשיטא ליה למהרי"ט דלא הוה תפיסה, ולכן פסק דמוציאין מיד התופס דאין עליו שם 'תופס' כלל.

¹⁰ וראיתי למהר"ר יוסף קצבי [מגדולי רבני קושטא לפני שלש מאות וחמישים שנה] שכתב בשו"ת רב יוסף (סימן כו), דכלל גדול למדנו רבינו הרב הגדול מהרי"ט ז"ל בכמה מתשובותיו, שכל שאתה מרבה בספקות וספקי ספקות אוקי ממונא אחזקתיה. עכ"ד. [ובהערות ויוסף יעקב הוצאת זכרון אהרן הערה כז ציינו לדוגמא לשו"ת מהרי"ט ח"ב

מדרבנן אף בדבר שהוא מדאורייתא, לפיכך אם נסתפק לו אם הוא מחוייב במצוה אם לאו – אינו מברך. לאו מילתא פסיקתא קאמר, ואפילו במי שהוא מחוייב במצוה אלא נסתפק לו אם עשאה או לא עשאה, אלא דוקא במי שהוא מסופק אם חייב במצוה או אינו חייב במצוה, אבל מי שברור לו שחייב במצוה אלא שיש לו ספק אם עשאה או לא, חוזר ועושה אותה ומברך. והטעם, דכיון דגברא בר חיובא הוא מן הודאי – אלא שמסופק לו אם עשה המצוה או לא, כשחוזר לעשות המצוה חוזר ומברך כיון שאם היה ברור לו שלא עשאה חל עליו חובת הברכה. אבל כשמעיקרא יש ספק אם גברא בר חיובא הוא או לא, כיון דלא היתה לו שעת הכושר לעשות המצוה בברכה מספיקא לא מברכינן. ודומה למ"ש מהריב"ל ומהרש"ח ז"ל, דאע"ג דהמוחזק יכול לומר קי"ל הני מילי כשהתפיסה היא תפיסה ברורה לכו"ע, אבל אם מעיקרא יש ספק בתפיסה, לא מצי למימר קים לי. עכ"ד.¹⁰ ומורינו הגר"מ לוי זצ"ל בספרו ברכת ה' (חלק א עמוד סא) כתב, שכחילוק הזה חילקו רבי משולם בן משה מבדרש בעל ההשלמה בברכות (דף כא ע"א), וכן כתב בספר המאורות בברכות (דף כא ע"א), וכ"כ חילוק זה המאירי בשבת (דף כג ע"א), ושכן דעת גדולי המחברים [הרמב"ם ז"ל בתשובה לחכמי לונלין]. ואילו היה רואה הכנה"ג דבריהם היה שש לקראתם. וגם הגאון פרי חדש (או"ח סימן סז סעיף א ד"ה ולעניות דעתי) כתב על החילוק של הכנה"ג שהוא חילוק אמיתי. עכ"ד. וכן בקודש חזיתי בשו"ת צמח צדק שניאורסון (או"ח ח"א סימן ג אות ה) שג"כ נראה שהסכים ליסוד של הכנה"ג מדיני תפיסה לדיני ברכות ושכ"כ הפר"ח.¹¹

ד) נמצאנו למדים שכלל זה בדיני תפיסה – דתפיסה מספק לא הוה תפיסה היה ישר וברור בעיני מרן החבי"ב בעל הכנה"ג וכן נראה עוד ממ"ש בתשובה בשו"ת בעי חיי (ח"מ ח"א סימן קה דף קכא ע"א טור ב), בענין ספק בתפיסה וז"ל, וזה כעשר שנים כתבתי קונטרס על ענין זה וחתמו יד ימינם מורי הרב זצ"ל (הוא מהרי"ט) ומהר"ש בן ויליסיד,¹² ומה"ר דוד אגוזי ז"ל,² וכולם קבעו מסמרות בסברא זו, דבכל ספק בתפיסה לא הוה תפיסה. ומורי הרב ז"ל הביא ראיה לזה מכתובות (דף פד ע"ב). עכ"ד. וכן מצאתי בשו"ת פני משה בבבלישתי (ח"ג סימן סח) שג"כ הביא תשובת מהר"ח בבבלישתי בענין אחר, וגם שם (דף קלו ע"א) כתב בנידונו, דכיון דבהא פליגי מעיקרא אם נקראים מוחזקים ובהא ודאי אין לומר קי"ל כמ"ש

¹⁰ ועיין במה שהעיר ע"ד הג"ר יעקב בן נאים [מחכמי

אלג'יר לפני כמאתיים וחמישים שנה] בשו"ת זרע יעקב (סימן ב דף ג ע"ב טור ד) ואכמ"ל.

דספק ברכות להקל.
כט החיד"א בשם הגדולים מערכת גדולים (מערכת
הש' אות צט) כותב עליו: מהר"ר שמואל
בן וילייסיד, אחד המיוחד ברבני קושטנדינא, בר –
פלוגתיה דהרב מהרימ"ט. עכ"ד.

¹¹ מרבני קושטא שבאותו הדור מחבר ספר גל של
אגוזים. עיין בשם הגדולים מערכת ספרים
(מערכת הג' אות כט).

כח ומ"מ לדינא העיקר שגם בכה"ג לא חוזר ומברך,
כיון דיש חולקים ואומרים דבכל גוונא גם
כשהגברא בר חיובא בודאי אם חוזר ועושה את
המצוה מספק אין לברך, וכמ"ש הרב ברכת ה' (שם)
עמוד נו סעיף ב) דבדיני ברכות כלל גדול אמור בהם

מהר"ש חיון ז"ל בתשובה (סימן לז), וזה לי חמש שנים כתבתי קונטרס על ענין זה וחתמו יד ימינם מורנו הרב הגדול ושאר הרבנים אשר הם חיים עדנה, וכולם קבעו במסמרות בסברא זו, ומורנו הגדול הביא ראיה לסברא זו מכתובות (שם) גבי קריביה דרבי יוחנן. עכ"ד.

סימן כג

בפלוגתא דרבוותא בטענת קים לי אי מצי למיטען קי"ל

הערה ע"ד
הכנה"ג

והנה לפי הדברים האמורים קדם ונפיק דגם היכא דפליגי הפוסקים אם אפשר לומר קי"ל והאחד תפוס, אין לומר קי"ל כיון דאהאי קיימינן, ובהא גופא פליגי, ומעתה תמיה תמיה אקרא שכן הרב כנה"ג (סימן כה הגהב"י אות לא) כתב בענין כלל זה וז"ל, דהיכא דיש ספק אם יכול לומר קים לי או לא, אין לומר קים לי כיון דבהא קיימינן. הר"י הלוי ז"ל (סימנים נב, נג, סו). ויש מי שסובר דהיינו דוקא כשהמחלוקת הוא בקרקע אבל מטלטלין חזר הדין לקים לי. והר"י הלוי (בסימן כג) כתב דלא שנא, ובתשובה פקפקתי על דברי הר"י הלוי והעלתי כדברי החכם החולק. עכ"ד. ומשמע מדבריו דבמטלטלין כיון שהוא תפוס, אע"ג דאיכא פלוגתא דרבוותא אי אומרים קי"ל, יכול לטעון קי"ל. והיא פליאה נשגבה לא אוכל לה.

ויגעתי ומצאתי דהרב כנסת בגדולה הד"ר הוא לכל דבריו, שכתב בשו"ת בעי חיי (חושן משפט חלק א סימן קג השני) דהיכא דבהא פליגי אם יכול לומר קים לי או אינו יכול לומר קים לי, כיון דבהא פליגי, אינו יכול לומר קים לי, כיון דבהא קיימינן. כמ"ש הר"י הלוי ז"ל בתשובותיו. ואף על פי שיש חולקים עליו במטלטלין ובמקום אחר כתבתי שכן עיקר, מ"מ מידי ספיקא לא נפקא ואין המוחזק יכול לומר קים לי, כיון דבהא קיימינן. וכיון דלית לן למימר קי"ל, נ"ל דאית לן למיזל בתר רובא כמ"ש מהרש"ח ומהר"ש ז"ל היכא דפליגי אי הוי מוחזק או לא הוי מוחזק. והוא פשוט. עכ"ד. ותאזרני שמחה. לא

סימן כד

מילתא בטעמא דלא הוה תפיסה

חולשת כח
הקים לי

(א) וחמותי ראיתי אור להגאון רבי חיים שבתאי זצ"ל [מגדולי רבני סלוניקי לפני כארבע מאות שנה] בשו"ת תורת חיים (חלק ב סימן ה) דטעמא טעים בהאי מילתא דספק

ולקמן (סימן לט) אדבר בזה בס"ד. גם עוד יתבאר לקמן (סימן מב אות א) דאין דברי הכנה"ג הללו סוף פסוק דשוב חזר בו מחזרתו.

לא אמנם בשו"ת ויאמר יצחק בן ואליד (ח"ג חו"מ סימן קנג) הפריד בין הדבקים, וכתב, דיש לחלק בין היכא דפליגי אי מצי למימר קים לי, לבין היכא דפליגי בגוף התפיסה דלכו"ע לא הוה תפיסה.

בתפיסה לא הוה תפיסה, וכתב וזת"ד, יראה לענ"ד דלא מהניא תפיסה לאחר שנולד הספק לענין קים לי, וטעמא יראה לי, שכפי הנראה לא נתפשט הך מילתא דמצי המוחזק לומר קים לי כסברת קצת, אף שהוא נגד רוב הפוסקים, אלא מכי נתפשטו תשובות מהר"י קולון וכמו שכתב הרב מהרשד"ם בתשובותיו (ח"מ סימן סא), וכיון שכן די לנו שנאמר דמצי המוחזק לומר קים לי היכא שהוא מוחזק ודאי, אבל היכא שהספק עצמו הוא אם הוא מוחזק או לא, לא אמרינן הכי, וא"כ היכא דאיכא פלוגתא בתפיסה לאחר שנולד הספק אי חשיב תפיסה או לא, לא שייך למימר דמצי המוחזק לומר קים לי דמנא לן שהוא מוחזק. וזה יראה נכון ופשוט אצלי. עכ"ד. ושנה דבריו (בח"ג סימן ט). ע"ש. גם בנו של מהרח"ש - רבי משה שבתי מסלוניקי בספרו תורת משה (ח"מ סימן ח דף יב ע"א טור א ד"ה אמנם), פסק כאביו הגדול, דבכל ספק בתפיסה לא הוה תפיסה גם בהקדש, ואין לומר שהקדש חמירא.¹⁷ עכ"ד.

ב והאמת אגיד שראיתי בשו"ת שער אשר קובו (ח"ב ח"מ סימן כ עמוד עב הוצאת מכון סתר אהלו המהרח"ש הכתב) שהקשה סתירה בדברי מהרח"ש, דבכמה תשובות נראה דס"ל דהיכא דפליגי בתפיסת מטלטלין לא מצי למימר קי"ל ואולינן אחר הרוב, ומנגד בתשובות אחרות סתר אוהלו לחלק בין מטלטלין דמהני תפיסה לקרקע דלא מהני תפיסה. וגם בתשובת בנו של מהרח"ש בשו"ת תורת משה (אבה"ע סימן ב) ראיתי שהביא מתשובת מהר"א ששון (סו"ס כג) שסובר דשפיר מצי למימר כמ"ד דתפיסה לאחר שנולד הספק מהני, ושכן ראה בתשובת הרב מו"א מהרח"ש שהסכים והעלה כן, ע"ש. ואנן בכל הני תשובות דאיתנינן איפכא מתנינן לה. ומ"מ נראה מתשובת מהרח"ש (בח"ג סימן ט) דחזר בו, וס"ל לדינא דבמטלטלין מהני תפיסה, וכנראה הדר ביה מר משמעתיא וכדעת כל רבני האחרונים הבאים אחריו. וכמ"ש ג"כ בתשובת הרב חסד תלמידו (בסימן רל) וזת"ד, דכיון דשלושת הרועים מהריב"ל ומהרשד"ם ומהרש"ך הסכימו דתפיסה על הספק מועיל הכי נקטינן. ואע"פ שמורי מהרח"ש בהרבה מתשובותיו לא ס"ל הכי, מ"מ איהו נמי בתשובה אחרת כתב כדברי הרבנים הנזכרים וכן ראוי להורות. ומ"מ

יד דף כב ע"ב טור ד), לבאר כן גם בדעת השו"ע והעלה לדינא דכל היכא דאיכא חזקת ממון דבעלים, א"א להוציא הממון מידו מספק. ע"ש. וכ"כ להדיא מהר"ח בן מנחם אלגאזי [מחכמי איזמיר לפני יותר משלש מאות שנה] בספר בני חיי (יו"ד סימן רנח דף נח ע"א ד"ה איברא), דכל כהאי גוונא שהספק אם הקדיש וחל ההקדש מתחילתו או לא, בהא כו"ע מודו דאוקי ממונא בחזקתו, ועל ההקדש להביא ראיה. ע"כ.

¹⁷ לב הגה במ"ש הרב דיש לומר כן גם בהקדש, נראה שמראש צורים אראנו דהנה הב"י (יו"ד סימן רכה אות לה) הביא תשובת הרשב"א (ח"א סימן תרנו) שכתב, דכל היכא דמסופק אם חל ההקדש כלל, מספק אין מוציאין ממון מיד בעליו. וכ"כ בשו"ת הריב"ש (סימן קס) ובשו"ת הראנ"ח (סימן כה) והגם שיש פוסקים דפליגי ע"ז, העיקר שאין מוציאין מידו וכמ"ש בשו"ת שמש צדקה מורפורגו (ח"א או"ח סימן

גם לאחר חזרת מהרח"ש אינו אלא במטלטלין, אך בקרקע פשיטא דגם שהוא בקרקע לא מהני, כיון דלא שייך ביה תפיסה. עכ"ד.

סימן כה

פלפול בראיית המהרי"ט

(א) ובאמת דרך זו הלך גם הגאון רבי שמואל מודליאנו [מחכמי שלוניקי לפני כשלש מאות וחמישים שנה, והיה כבר שית כשנפטר רבנו הש"ך] בספרו נאמן שמואל (סימן סג דף דהמרה"ט

דחיית
ראיה
המהרי"ט

עז ע"א טור ב וציינו הרב דבר משה אמריליו ח"א סימן מג דף קס ע"א טור א הנ"ל) שהביא הסכמת האחרונים דכל היכא דפליגי מי המוחזק לא הוה תפיסתו תפיסה, ואזלינן בתר רובא דרבוותא. ושוב הד"ר הוא לכל חסידיו ואמר, דהני מילי בתפוס בקרקע אבל בתפוס במטלטלין יכול לומר קים לי. וכתב להביא ראיה מהתלמוד כנגד מהרי"ט ממה שאמרו בכתובות (דף עז עמוד ב), מעשה בההיא איתתא דבעיא דתברחינהו לנכסיה מגברא, כתבתינהו לברתה, אינסיבה ואיגרשה, אתאי לקמיה דרב נחמן, קרעיה ר"נ לשטרא. אזל רב ענן לקמיה דמר עוקבא, א"ל חזי מר, נחמן חקלאה היכי מקרע שטרי דאינשי. א"ל אימא לי איזי גופא דעובדא היכי הוה, א"ל הכי והכי הוה. א"ל שטר מברחת קא אמרת, הכי א"ר חנילאי בר אידי אמר שמואל מורה הוראה אני, אם יבא שטר מברחת לידי אקרענו. א"ל רבא לרב נחמן טעמא מאי, דלא שביק אינשי נפשיה ויהיב לאחרני, הני מילי לאחרני, אבל לברתה יהיבא, אפילו הכי, במקום ברתה נפשה עדיפא לה. ע"כ. וכתבו התוספות (שם ד"ה כתבתינהו לברתה), דפליגי רב ענן ורבא אדרב נחמן. וא"כ כיון דברתה היתה מוחזקת, אמאי לא זכתה בטענת קי"ל כרב ענן ורבא, וממה שעשה ר' נחמן מעשה, נשמע דלא אמרינן קי"ל, ואמאי, וע"כ צ"ל דאימתי אמרינן קי"ל, בדעות הכתובים בספרים ופליגי אז יכולים לומר קי"ל, אבל כשחולקים חכמים בדין שבא לפניהם, בהא ודאי אזלינן בתר רובא וכדכתיב "אחרי רבים להטות" (שמות כג, ב). ועל כן רב ענן ורבא דאיפלגו על רב נחמן בדין האי ברתא קם דינא בתר רובא בבית דינו של רב נחמן ואפיקו מינה, ואם כן גם באותו מעשה שכתב מהרי"ט והביא ממנו ראיה דספק בתפיסה לא הוה תפיסה ממה דאיפלגו ר' יוחנן וריש לקיש במעשה שבא לפניהם, ואע"פ שתפסה לא החשיב רבי יוחנן לתפיסה זו כתפיסה, יש לדחות ולומר דלאו מהאי טעמא קאמר רבי יוחנן דלא הוה תפיסה, אלא לכך לא אמר ר' יוחנן קי"ל כיון דהוה מעשה שבא לפניו, ואין לומר קי"ל היכא דפליגי בדין שבא לפניהם, אלא שידונו אלא כנגד אלו עד שיסכימו כולם או רובם. ור"י לא רצה לדון עם ר"ל מפני שהיה שקול כמותו ולא ינצחאו, ולכן שתק ואמר מה אעשה שכנגדי חלוק עלי. וא"כ כיון דר"י חזר לאחוריו ולא רצה לדון עם ר"ל, ור"ל היה מזומן לדון עם שכנגדו, לכן קם דינא כר"ל. עכ"ד.

הערה על הדחיה

(ב) ואחר הקידה חמש מאות והמחילה רבה, לא ידעתי מה זו סמיכה, דהנה מלבד מה שמבואר בדברי התוספות שם דלדעת רש"י צ"ל דלא פליגי רב ענן ורבא. ע"ש. וא"כ תו לק"מ אמאי לא פסקו כרב ענן ורבא. זאת ועוד, דמנ"ל דהטעם דלא אמר ר' נחמן קי"ל כהחולקים משום דלא אמרינן קי"ל כחכמים שחולקים בדין שלפניהם, דלמא לעולם אמרינן קי"ל גם כה"ג, והטעם שלא חשש רב נחמן לקי"ל הוא מטעם אחר, דמצינו כמה וכמה כללים אימתי לא מצי למימר קי"ל, וכגון מ"ש בכנה"ג (ח"מ סימן כה הגהב"י אות כו), דלא אמרינן קי"ל בדבר דלא מסתבר טעמיה. ע"כ. והכי נמי יש לומר במעשה דשטר מברחת, דכיון דהוה שטר מברחת ואיכא אומדנא דמוכח לזה, פסק רב נחמן וקרעו ולא חש לחולקים כיון דלא הוה ליה מסתבר טעמייהו. א"נ י"ל דר' נחמן ראה שרק רב ענן חלק ע"ד [ולא סבר שרבא ג"כ חלק ע"ד שהרי השיב לו על קושיתו וכמבואר בגמרא] ונמצא שדברי רב ענן הוה דעה יחידאה ולא אמרינן קי"ל כפלוגי היחיד היכא שכל חכמי ישראל חלוקים עליו, וכמ"ש הכנה"ג (ח"מ סימן כה הגהב"י אות טו). וע"ע בכנה"ג (שם אות ו) שהביא מי שסובר דל"א קי"ל כי אם בנדוניית חתנים, ולא בשאר מחלוקות. ועוד (שם אות לו) כתב, די"א דל"א קי"ל בפלוגתא דרבוותא אלא דוקא כשהוה מרא קמא או שהתפסו המלוה להיות שלו. ע"ש. ובכל אלו הכללים יש להסתייע דעל אלו סמך רב נחמן, ונמצא שאין הוכחה ניצחת לסברתו.

(ג) עוד י"ל ע"פ מ"ש הגר"ח פלאגי זצ"ל בגנזי חיים (כללי קים לי אות ז), דכשהדיין מומחה לרבים או מי שקיבלוהו עליהם פסק משקול דעתו אין לומר קי"ל כדברי החולק והביא כן מפי סופרים ומפי ספרים ע"ש. ובזה ג"כ אפשר לומר דמהאי טעמא לא חשש ר"נ לקי"ל. וכל הני כללי יחדיו יהיו תואמים ומתאימים למעשה דשטר מברחת. ונפל פיתא בבירא. כך שאין ראייה ברורה לסתור חידוש דין דמהרי"ט דכל ספק בתפיסה לא הוה תפיסה.²² ואדרבא אפשר גם לפרש ההיא דשטר מברחת שהוא בכלל הספק אם היא נחשבת מוחזקת, והוה ספק בעצם המוחזקות אם הבת נחשבת כמוחזקת בשטר מברחת, ובזה כבר מילתנו אמורה דדעת המהרי"ט ודעימיה דכל כה"ג לא הוה מוחזק.²³

קים לי כנגד דין המומחה לרבים

עכ"ד. נאמן שמו ונאמנים דבריו. וכ"כ בכנה"ג (ח"מ סימן כה הגהב"י אות כב) בשם תשובת מהר"א ששון בשו"ת תורת אמת (סימן רו – כצ"ל) וז"ל, דכי אמרינן קי"ל, הני מילי בספרי הפוסקים או בפוסקים מתוך כתבם אם לא ראו זה את זה, או לא דיברו זה את זה, אבל חכמים ודיינים שנקבצים יחד ושם הם מתוכחים לא אמרינן קי"ל אלא אותו המיעוט כמי שאינו. עכ"ד. והנה כלל זה הוא פשוט וברור לדינא, דאי לא תימא הכי לעולם לא יכולו בית הדין להכריע הלכה כל שהיא, דתמיד יאמר התפוס קי"ל כדעת

לג והגם שמכללים אלו יש להעיר על ראיית המהרי"ט מ"מ אין להקשות ולדחות על דבריו, דאפשר דלא שמיע ליה כלומר לא סבירא ליה להני כללי. ומ"מ שפיר מייתי ראייה לענין ספק בתפיסה ממעשה דר' יוחנן.

לד והנה האי כללא דכייל לנו הרב נאמן שמואל, דאימתי אמרינן קי"ל בדעות הכתובים בספרים ופליגי אז יכולים לומר קי"ל, אבל כשחולקים חכמים בדין שבא לפנייהם בהא ודאי אזלינן בתר רובא וכדכתב "אחרי רבים להטות".

סימן כו

דעת הש"ך דספק בתפיסה הוה תפיסה וראיותו

(א) כל קבל דנא, ראיתי לרבנו הש"ך בספר תקפו כהן (סימנים קא קב קג), שחלק ע"ד דברי רבינו המהרי"ט ותוכן דבריו בקיצור כתב באורים ותומים בקיצור תקפו כהן לש"ך (סימן קא - קג), דהש"ך הביא דברי המהרי"ט בתשובה, ודחה ראיתו מכתובות (שם) בכמה אנפי, די"ל דר' יוחנן גופיה היה מסופק בדין זה, ולכך אין ספיקו של רבי יוחנן מוציא מידי ודאו של ריש לקיש, או הודה רבי יוחנן לבסוף לדברי ריש לקיש, דאל"כ באמת למה לא קיימא לן הלכה כרבי יוחנן לגבי ריש לקיש כדקיימא לן בכל דוכתיה. וגם י"ל באמת היה יכול לטעון קים ליה, רק אמר להו דריש לקיש חולק, וגם הואיל ורבי יוחנן קרוב היה פסול לדון ואין לסמוך אסברתו. ועוד הרבה הש"ך בראיות דמהני תפיסה בספק בתפיסה, חדא מתשובת הרשב"א (ח"א סימן שיא) דביאר דברי הרמב"ם (הלכות מבכורות פ"ב ה"ו) שפסק בספק בכור תקפו כהן אין מוציאין מידו, די"ל קים ליה כרב המנונא בב"מ (דף ו ע"ב) הסובר כן, ש"מ דסבירא ליה לרשב"א לסברא, דאפילו בתפיסה עצמה יכול לומר קים ליה. וכן מסתבר דהא הוי כמו טענת ברי. וכן נראה בכמה דוכתי מתשובת מהרי"ב בן לב

סימן כט דף לה ע"ד) בתשובת הרב צרור המר דודי ר' אלעזר ז"ל, וכן הביא סברתו בחקרי לב (שם סו"ס ל דף ט"ל ע"ב). עכ"ד.

ולכאורה קשה, דהא כלל בידינו דהיכא דפליגי רבנן בחיים חיותם ומתנצחים זע"ז א"א למיטען קי"ל, וגם הגר"ח פלאג' שמיע ליה וסבירא ליה להאי כללא כמ"ש בגנזי חיים (שם אות ז דף קכו ע"ב טור ד) ע"ש. וא"כ אפילו אם היה אותו הדיין מתחילה ועד סוף חולק על השני הדיינים האחרים לא הוה מצי למימר קי"ל, דהיכא דפליגי זה בפני זה אזלינן בר רובא. ואין דבריו של אחד במקום שניים. ואמאי כתב שרק לאחר שנפסק הדין לא יכול הדיין היחיד לחזור בו. ואדרבא אי נזייל בתר טעמא שכתב, דתרי מגו תלתא מחייבים, א"כ גם כשנחלקו מתחילה ועד סוף יש לנו ללכת בתר השניים. שו"ר בספר משפטי הלוי לרב הלל בן יצחק נר"ו (ח"ג בכללי הקי"ל שבסוף הספר עמוד קכט) שהעיר כן על הגר"ח פלאג', ויישב, דאולי כוונתו כאן דלא חיישינן לומר דכשם שהדיין היחיד חזר בו גם השאר אם היו שומעים טענותיו עתה מדוע חזר בו שמא גם הם היו חוזרים בהם. עכ"ד.

המיעוט, וע"ז אמרה תורה "אחרי רבים להטות". ומ"מ אין להקשות מכלל זה ע"ד המהרי"ט הנ"ל שכתב להוכיח מפלוגתא דר"י ור"ל דכל ספק בתפיסה לא הוה תפיסה, ממה שלא חש רבי יוחנן לטענת קי"ל כוותיה, דשאני התם דלא נחלקו בזה רוב חכמי ישראל אלא הוה פלוגתא בין רבי יוחנן לר"ל, וא"כ שוב יש לשאול אמאי לא אמר רבי יוחנן דמ"מ הוא תפוס ואיכא למימר קי"ל כוותיה? והביאור בזה כמ"ש המהרי"ט דמאחר דעיקר פלוגתא בהכי היא אי מהני תפיסה, לא מקרי תפיסה. ולפי זה אתינן לדינא דהיכא שנחלקו ב' חכמי ישראל יחד זה בפני זה, ואין רוב המכריע, שפיר יכול המחוקק לומר קי"ל כותיה דהאי דמוכח לי. עד שיבא השלישי ויכריע ביניהם ויש לע"ע בזה.

וראיתי להגר"ח פלאג' בספרו גנזי חיים (בדגל הקי"ל אות כא דף קל ע"ב ריש טור ג) שכתב, דאם ג' חייבו לבעל דין, ושוב חזר אחד מן הדיינים ורוצה לזכותו באומרו שטעה בדין, הו"ל כמאן דליתיה ולא יכול לטעון קי"ל, דתרי מגו תלתא מחייבים. ושכ"כ מר זקנו הרב חקרי לב (חחו"מ ח"א

(ח"א סימן פז), ובנו מהרד"ן לב (ח"ב סימן נה), וכן נראה מתשובת הרד"ך (בית ב חדר ט עמוד סז הוצאת זכרון אהרן) דמהני אף אם בתפיסה עצמה מחלוקת. עכת"ד.

ב ואחר המחי"ר יש להעיר על ראיית הש"ך מדברי הרשב"א שפירש דהטעם דפסק הרמב"ם דאין מוציאין מידו והוא מטעם קים לי כרב המנונא וסבר הש"ך להוכיח מזה דספק בתפיסה הוה תפיסה, דיד הדוחה נטויה לומר דשאני התם דהגם דהוה ספק בתפיסה מ"מ אין זה כנגד חזקת מרא קמא, דהא לא ידעינן מי הוא המוחזק, ולכן כל כהאי גוונא שפיר מקום יש בראש לומר דאפילו בספק תפיסה אמרינן קים לי דהוה תפיסה, דהוה עדיף משכנגדו, לא כן בעלמא היכא דהוה כנגד חזקת מרא קמא מאן, מפסי לן דג"כ מהני תפיסה שכזו.

הערה ע"ד הש"ך

ג וכאשר דימתי כן ראיתי מבואר בתשובת הרשב"א הנ"ל שהזכיר הש"ך, שעמד שם לבאר טעם הרמב"ם שפסק בספק בכור אם תקפו כהן אין מוציאין מידו, ואעפ"כ אין הדין כן בספק פדיון פטר חמור [כדמוכח בגמרא בבבא מציעא (דף ו ע"ב) דהספקות נכנסין לדיר להתעשר ואוקמינן בספק פדיון פטרי חמורים. ע"ש], דשאני בכור דקדושה הבאה מאליה היא, דאף על גב דצריך להקדישו למצוה, מכל מקום אי לא אקדשיה קדוש. והלכך הא ספק בכור ספק גמור הוא ולא איתחזק ביה ישראל יותר מכהן ולא כהן יותר מישראל. דאף על גב דאיתחזק ישראל באם, בולד מיהא לא איתחזק - והילכך כל דאלים גבר. אבל בפטר חמור ממש ליכא דוכי ביה, דאי לא פריק ליה למיתה אזיל, ועוד כל דפריק ליה, הוה ליה לבעלים, ונכנס שה תחתיו בספק. ושה ודאי הא איתחזק ביד בעלים, וספק פדיון פטר חמור הוא ספק אינו פדיון. והילכך דינא הוא דבפטר חמור אפילו תקפו כהן מוציאין אותו מידו. עכ"ד.¹⁷ הנך רואה בעיניך דחילק ידענא בין היכא דליכא כלל חזקת מרא קמא כנגד התפיסה, וכההיא דתקפו כהן דאין מוציאין מידו, לבין היכא דאיכא חזקת מרא קמא, וכההיא דספק פדיון פטר חמור דאם תקפו כהן מוציאין מידו.

ראיה מתשובת הרשב"א

זכות בעלותו, משא"כ בעובר במעי מבכרת אף שהוא ממונא דבעל הבהמה, מ"מ אין בו בעלות אלא עד שעת הלידה, כיון דבכור קדוש מאליו ומיד אחרי הלידה שייך לכהן, ולכן כשיש ספק אם הוא בכור דלהצד שהוא בכור מעולם לא הוחזקו הבעלים באותו עובר בבעלות עולמית, ולא דמי לספק פדיון פטר חמור שהיתה לו בעלות עולמית על הטלה ורק פעולה חדשה דמעשה הפדיון הביאה ספק אם יצא מרשותו. עכ"ד. ודפח"ח. ועיין בספר מאזוניים למשפט קאלישר (דיני תפיסה סימן א ס"ק א) מ"ש לבאר עוד בזה.

לה ורבותינו האחרונים הוסיפו טעם לשבח לבאר אמאי ליכא בכור חזקת מאריה קמא, והרי העובר הוחזק במעי אמו בחזקת ישראל? ובספר שב שמעתתא (שער ד פרק ה) כתב בשם בנו הנבון מוהר"ר יוסף דובר זצ"ל לבאר, דעובר במעי אמו הוה ליה דבר שלא בא לעולם, וכמ"ש בשו"ע (הו"מ סימן רט סעיף ד), ולהכי לא הוה הבעלים. עכ"ד. ורבינו הסטייפלר בקהילות יעקב בבא מציעא (סימן ט אות א עמוד לד), כתב לבאר באופן אחר, דענין חזקת מרא קמא לא שייך אלא בדבר שמקודם היה שלו לעולם, ואח"כ נולד הספק אם ישנה הפקעה על

ד) ואם כנים אנו בזה, מצאנו מנוחה במה שיש לכאורה להקשות על כל הני רבנותא דלעיל (סימן ל) דס"ל דתפיסה שהיא בעצמה מספק לא הוה תפיסה, היאך פסקו כן הלא מרן השו"ע (י"ד סימן שטו סעיף א). פסק כהרמב"ם דתקפו כהן אין מוציאין מידו. ולהאמור ניחא, דשאני התם דליכא חזקת ממון דמרא קמא - ולכך מהני תפיסה וכדין דכל דאלים גבר, משא"כ היכא דאיכא חזקת ממון דמרא קמא, שוב לא הוה התפיסה תפיסה. ועיין במ"ש לקמן (סימן מד אות ד) מדברי הברוך טעם מ"ש לבאר עוד בזה.¹⁷

ה) והנה הרא"ש בב"מ (פרק א סימן כד) גבי בעיא דמשוך בהמה זו וקני כלים שעליה (שם דף ט ע"ב) כתב וז"ל, ובעיא זו לא איפשטא, הלכך אם אמר לו משוך בהמה זו וקני כלים שעליה לא קני הכלים במשיכת הבהמה ואפילו בכפותה, כיון דבעיא לא איפשטא אוקי ממונא בחזקת מאריה קמא. אבל במציאה והפקר, אם אמר אני מושך בהמה זו לקנותה ואת הכלים שעליה קנה, כיון דמספקא לן הרי הוא מוחזק מספק, ואם תפס אחר מוקמינן לה בחזקת מרא קמא שהוא מוחזק בה מספק, ותפיסת ספק מיקרי תפיסה כנגד אחר שאין לו בה שום טענה, דעד כאן לא קאמר תפסו כהן מספק מוציאין אותו מידו, אלא היכא דאיכא לאוקמה בחזקת מרא קמא, אבל הפקר שיצאה מחזקת מרא קמא תפיסת ספק מיקרי תפיסה, ואין מוציא אחר מידו. עכ"ל. וכ"כ לחלק הרא"ש בעוד כמה מקומות בחיבורו, וכבר פלפלו בדבריו הש"ך בתקפו כהן (סימן יט) ובקונטרס הספיקות (כלל ח אות א). ע"ש.

וראיתי בקצות החושן (סימן רב ס"ק ז) שביאר בדעת הרא"ש דכל דתפס תפיסה שאינה ראויה לקנין, נהי דהו"ל מוחזק ותפוס, אבל לא מיקרי תפס ברשות בעלים, כיון דלא זכה מיד בעלים בתפיסה זו, ולא מיקרי מוחזק ותפוס מיד הבעלים ברשות אלא היכא שהתפיסה ראויה לקנין, וא"כ הרי נתנוהו לו הבעלים וזכה מידו, אבל היכא שלא זכה מידו אלא שתפס בה אפילו מיד הבעלים, לא עדיפא משאלה ופקדון, ומשום הכי במקח וממכר דאיכא חזקת מרא קמא לא מהני תפיסה מספק, כיון דספק בקנין לא הוי מוחזק ברשות בעלים אלא כמו תפס מעצמו, כיון דלא זכה בו מיד הבעלים היכא דליכא קנין, משא"כ במציאה דליכא חזקת מרא קמא, גם תפיסה שאינה ראויה לקנין הוה ליה כמוחזק ותפוס. עכ"ד. גם בשו"ע (ח"מ סימן רב סעיף יג, וסימן רמג סעיף כד) לחלק יצא בין מכר ומתנה למציאה והפקר. ע"ש. ולהאמור מתבאר דעיקר מחלוקת הרמב"ם והרא"ש אי תקפו כהן מוציאין מידו או אין מוציאין מידו, תלויה ועומדת אם מחשיבים את הבעלים למרא קמא,

המוחזק, ובהא ליכא למידן אלא אחר הרוב. עכ"ד. הרי דס"ל דנידון דידן אי ספק בתפיסה הוה תפיסה תלוי בדניא דתקפו כהן, ומ"מ לדרכינו יבואר דאין הכרח לקרב את הרחוקים. דגם מי שפוסק בדניא דתקפו כהן שאין מוציאין מידו, בספק תפיסה יכול להודות ולומר דלא הוה תפיסה. וכמ"ש.

לו וידעתי ביני ידעתי דמה"ר שמואל חיון בשו"ת בני שמואל (סוף סימן לו) ג"כ תל"ה תל"ה לנו זה בזה, שכתב דאין לסמוך על הרמב"ם ז"ל בדניא דתקפו כהן דאין מוציאין מידו, אף אם נאמר דאיכא חד או תרי דסברי כותיה משום דכל דפליגי הפוסקים אם הווי תפיסה או לא נמצא דפליגי מי הוא

דהרמב"ם לא מחשיבו למרא קמא ולכן פסק דאי תקפו כהן אין מוציאין מידו וכמ"ש הרשב"א לבאר בדעת הרמב"ם, והרא"ש מחשיבו למרא קמא, ולהכי פסק דתקפו כהן מוציאין מידו. ולדרכינו איכא ראייה מדברי הרא"ש דשמעין דכל היכא דהוי ספק בתפיסה כנגד חזקת מרא קמא, לא הוה תפיסה. ולקמן (סימן כח) בס"ד עמדנו לבאר שכן דעת הרא"ש בכמה מקומות בחיבורו. ע"ש.

ו) ואמתי אבא אעיר'ה על שאר דברי רבינו הש"ך, דמה שהביא ראייה שכן משמע מתשובות מהריב"ל, כבר מילתנו אמורה לעיל (סימן כב אות א) דמהריב"ל סתר משנתו בזה, ובזה כתבו הרבה הפוסקים דבכה"ג אין לצורפו לקים לי ולעיל (מסימן יב והלאה) הארכנו בדעת הפוסקים בזה ומשם באר'ה].

ואף גם זאת מ"ש הש"ך למר בריה דרבנא מהרד"ן לב בתשובה, והיא ל"ו נדפס'ה בספרא דאבוה מהר"י בן לב (ח"ב סימן נה), ראיתי בזה ה"ן אומר וה"ן דברים, דהרב גינת ורדים (חו"מ כלל ג סימן כט עמוד צ מהדורת ישמח לב) בתשובת הרב המגיה [הוא הר"ר יוסף הלוי זצ"ל, ונראה שהוא הרב המחבר שו"ת מטה יוסף, שהיה חבר בית דינו של הרב גינת ורדים], הביא מה שהעיר בכנה"ג (סימן כה בכללי הקים לי אות מ) על הסתירה בדברי מהריב"ל, דנראה דהריב"ל בח"ב (סימן נה) שינה טעמו. ויש לומר, דתשובה זו חתים עלה בנו מהרדב"ל, ואם כן אפשר שהוא חולק על אביו. אמנם בתשובת מהר"ש חיון (סימן לו) משמע, שכל הכתוב וחתום בשם הר"ר דוד הוא מתורתו של מר אביו, ואפילו הכי לא קשה מינה לנידון דידן, דלא פליג אלא לענין תפיסה, דכיון שכבר תפס אפילו בספק מצי למימר קי"ל שתפיסתי הוי תפיסה, אף על פי שחזקה זו שהחזיקה בתפיסה אינה חזקה בודאי, דאית בה פלוגתא, מצי למימר קי"ל דהיאך מפקינן מינה, אבל היכא ששום אחד מהם לא תפס ואיכא פלוגתא מי הוא המוחזק, כולי עלמא מודו דלא מצי שום חד מינייהו למימר קים לי, דמאי אולמיה דחד מחבריה. עכ"ד. וכבר הבאנו לעיל (בסימן כב אות א) שכ"כ ליישב המהרי"ט את דברי מהריב"ל. ומ"מ חזינו ראינו דגם בדעת מהריב"ל ובנו יש לומר, דהם מודים במקצת לעיקר הסברא בספק במוחזק, דכל היכא שיש לנו ספק במוחזקות מי נקרא מוחזק ואין אף אחד שתופס, לא הוה מוחזקות זו כלום כיון דאהא גופא מספק"ל.¹²

חילוק בין ספק בתפיסה לספק במוחזקות

דבספק מוחזק לא הוה מוחזק, ומה שהס"ת נמצא בהיכל הקודש יש פוסקים שלא מחשיבים את זה כתפיסה וכמ"ש לקמן (סו"ס קח בהערה). ולפי זה נחא נמי מ"ש לקמן (סימן קב אות ו) דדעת הש"ך דהס"ת בחזקת היורשים, דאע"ג דבעלמא ס"ל להש"ך דספק בתפיסה הוה תפיסה, הכא גבי ס"ת הוה ספק במוחזקות ואינם נחשבים הגבאים כתפוסים, ולכן הס"ת של היורשים.

ל"ו וקושטא דמילתא אפשר לומר דבהאי מילתא גם רבינו הש"ך יודה דבכל ספק במוחזקות לא הוה מוחזקות היכא דלא תפיס. וא"כ עיקר המעשה שבא לפנינו בענין חזקת הס"ת, נראה שיש לדנו כספק במוחזקות ולא כספק בתפיסה, דעיקר ספיקא קדמא ואולא מראשית נתינת התורם לס"ת. אלא דהשתא יש לנו לדון אם הגבאים מוחזקים בזה או היורשים. ולהאמור גם דעת מהרדב"ל מסכמת

ז) ובדרך זו ראיתי שהלך הגאון רבי יעקב די בוטון [מגדולי חכמי שלוניקי לפני יותר משלש מאות שנה, והיה נינו של רבי אברהם די בוטון בעל הלחם משנה] בשו"ת עדות ביעקב (סימן מו דף קיא ע"ד ד"ה הראש) שכתב, דהיכא דבהא פליגי אי הוה תפיסתו תפיסה והתופס טוען ברי ותפיסתו לא היתה בפני עדים, שפיר הוה תפיסתו תפיסה ומהימן עד כדי דמיהן. ובהמשך דבריו שם (דף קיב ע"ד ד"ה והנה מהר"ט) נראה דחולק על מהר"ט שגם בספק בתפיסה מהני תפיסה. ואולם בתשובה אחרת (בסימן עב דף רו ע"א טור ב ד"ה ולענין דינא) הדר תבריה לגזיזיה דכתב, דהסכמת האחרונים דהיכא דאיכא פלוגתא מי מוחזק זה או זה, אית לן למיזל בתר רוב דעות. ונמצא שגם הוא מודה ועוזב סברתו בספק במוחזקות.

סימן כז

דעת מהרדב"ל בספק בתפיסה

ומ"מ נראה שאין להחשיב דעת מהר"ד בן לב לדעה נוספת הסוברת דמהני תפיסה בספק בתפיסה, מכמה טעמי, חדא ע"פ מ"ש הגינת ורדים (הו"ד לעיל סימן כז אות ו) בשם מהרש"ח בשו"ת בני שמואל (סימן לז דף פח ע"ד) שכל הכתוב בשם הר"ר דוד הוא מתורתו של מר אביו. וכ"כ בשו"ת מהרש"ך (בח"ג סימן יב). ע"ש. והחרה החזיק אחריהם בשו"ת מהר"י לבית לוי (כלל תשיעי סימן סט עמוד שצה הוצאת זכרון אהרן) שתשובות מהר"ד בן לב מקובל בידינו שהם של הרב עצמו (מהריב"ל) אלא שלאיזה סיבה כתבם על שם בנו. עכ"ד. [ועיין להרב המוציא לאור של שו"ת מהריב"ל הוצאת זכרון אהרן בהקדמה ומבוא לתשובות מהר"ד בן לב, המחברים לטהור בסוף ח"ב של שו"ת מהריב"ל (עמוד 4) שהאריך בזה]. וא"כ כבר בדעת מהריב"ל הבאנו שסתר משנתו בזה. ועוד דגם אם תמצי לומר דהיא דעת בנו מהרדב"ל, הא כתבו הפוסקים דאב ובנו נחשבים לשיטה אחת, וכך מבואר בב"י (חומ"מ סימן עז אות ג) לגבי הטור והרא"ש שיש להחשיבם ככה אחד. ע"ש. ועיין בכנסת הגדולה (חומ"מ סימן יח הגהב"י אות ו, ובסימן כה אות נט) שהביא שיש בזה פלוגתא דרבוותא, ומ"מ נראה דלדעת מרן הב"י לא הוה אלא כח אחד וכאמור [וביחוד ע"פ מה שיבואר לקמן בס"ד (סימן נ אות ג) שנראה שגם מהר"ד ב"ל סתר משנתו בזה ומעשה אבות סימן לבנים].

סימן כח

בירור דעת הרא"ש בספק במוחזקות ובתפיסה

ואמרתי אלכה ואשובה אל דעת רבינו הרא"ש דדעתו דעת עליון דכל ספק במוחזקות לא הוה מוחזק, דהנה בבבא מציעא (דף כא עמוד א) בעי רבי ירמיה מצא חצי קב

גם הרב
עדות
ביעקב
סובר
לחילוק
הנזכר

תשובות
מהר"ד בן
לב מי
היברם?

קב בשתי
אמות

בשתי אמות מהו וכו', קביים בשמנה אמות, מהו וכו'. תיקו. וכתב הרא"ש (שם פרק ב סו"ס א), וכיון דלא איפשטא, ספיקא דאורייתא לחומרא, וחייב להכריז. ע"כ.

ובספר שיעורי רבי דוד פוברסקי זצ"ל (אות יז) כתב, דצ"ע בלשון הרא"ש שכתב משום 'דספיקא דאורייתא לחומרא', דהו"ל לומר כפשוטו, דכיון דהבעלים הם מרא קמא, לא מהני תפיסה, מחמת חזקת מרק קמא, דהא סבירא ליה לרבינו הרא"ש דתקפו כהן מוציאין מידו, ולכן גם הכא יהיה חייב להכריז.

הערת הגר"ד פוברסקי בדעת הרא"ש

וכתב ליישב, דאפשר דאי נימא דחזקת מרא קמא הוי מדין מוחזק וכמו שנסתפק בקונטרס הספיקות (כלל א אות ה), א"כ אפשר דהכא לא שייך זה. דלכאורה דין מוחזק שייך רק היכא דהמחזיק רוצה הדבר והשני תובעו ממנו, אבל כאן הרי זה גופיה הספק אם הבעלים רוצים בזה, או דמניחים להפקר ואינם מחזיקים לעצמם, וא"כ לא שייך בזה דין מוחזק כלל. ולכן לא כתב הרא"ש דחייב להחזיר מחמת חזקת מ"ק, דזה גופא הספק אם הוא מוחזק, ולכן כתב דצריך להחזיר רק משום ספיקא דאורייתא לחומרא.

ובזה יש ליישב נמי דברי השו"ע,¹² דאף דסובר (י"ד סימן שטו סעיף א) דתקפו כהן מוציאין מידו והיינו דלא מהני תפיסה ממוחזק, אפילו הכי כאן (ח"מ סימן רס סעיף ז) פסק דאם נטל אינו חייב להכריז. והטעם כנ"ל, דכיון דהספק הוי בזה גופא אם הוא מוחזק, אין כאן דין מוחזק, וממילא מהני תפיסה. עכ"ד. ומתבאר דעיקר האי סברא גם הרא"ש סבירא ליה הכי דכל ספק במוחזקות או בתפיסה לא הוה מוחזק.

יישוב פסקי הרמ"א בשו"ע

ולפי דבריו יש לעיין מההיא דכתובות (דף טו ע"ב) גבי מצא תינוק מושלך בעיר אם מחצה ישראל ומחצה עכו"ם, ונגח תורא דידיה לתורא דידן פלגא משלם ואידך פלגא אמר להו איתו ראיה דלאו ישראל אנא ואתן לכון. והקשו הראשונים¹³ אמאי דוקא במחצה על מחצה אומר כן, ותירצו דכיון דאם איתיה דהוה עכו"ם לית ליה חזקה דמונא, והשתא מספקא לן בגופיה אי הוי עכו"ם, לא אמרינן בהא אין הולכין בממון אחר הרוב, דלא איתמר אלא להוציא מחזקתו. עכ"ד.

ובתוס' הרא"ש בכתובות (שם ד"ה מחצה) תירץ, דכיון דברוב גוים אנו מחזיקין אותו בחזקת גוי, אין חזקת ממון לגוי, הילכך אזלינן בתר רובא אפילו להוציא מידו. עכ"ד. ובפשטות כונת דבריו דלאחר שהוכרע הספק הראשוני דאזלינן בתר רובא והוא גוי, ממילא גם לעניין ממון מחשיבין ליה כגוי, אע"ג דבעלמא לא הולכים בממון אחר הרוב. ולכאורה אם הרא"ש אית ליה האי סברא דכל ספק במוחזקות לא הוה מוחזק וכמ"ש

¹² לט ועיין לעיל בסימן יט ולקמן בסימן נב אות ג שהבאנו את כל דבריהם ופולחנו בזה כיד ה' הטובה עלינו ע"ש.

¹³ לח כוונת דבריו לרבינו הרמ"א, דאף דפסק דתקפו כהן מוציאין מידו וכדעת הרא"ש, מכל מקום כאן לא חלק על מרן השולחן ערוך ומשמע דהסכים לפסקו דאם נטל אינו חייב להכריז.

הגר"ד פוברסקי זצ"ל, הו"ל לתרץ בפשטות כשאר דברי רבותינו הראשונים, דכל היכא דיש ספק על החזקה עצמה לא היא חזקה. וי"ל. ומ"מ כבר כתבו הפוסקים דבכל מקום אזלינן בתר דברי הרא"ש בפסקים יותר ממה שכתב בתוס' הרא"ש¹ ויש להאריך ולקצר אני צריך. וע"ע במ"ש לעיל (סימן כו אות ה) דהבאנו ראייה נוספת דהרא"ש ג"כ סבירא ליה כהאי סברא דספק במוחזקות לא הוה כלום.

ומעתה יש ללמוד מיניה ג"כ לספק בתפיסה, שכל שהיא כנגד מרא קמא, נמי יש לומר דכמו שבספק במוחזקות אע"ג דהיה מרא קמא עד השתא כיון דאיתרע חזקתיה אמרינן דאינו מוחזק, ה"ה גם בספק בתפיסה, דאיתרע תפיסתו שאינה תפיסה גמורה גם כן יש לומר דלא הוה תפיסה. והגם דלעיל (סימן כו אות ו) הבאנו דיש שחילקו בין ספק במוחזקות לספק בתפיסה מ"מ אין לנו לומר בסתמא כן גם בדעת הרא"ש. ובדרך זו הולך רבינו הקצות החושן דלא מחלק בין ספק במוחזקות לספק בתפיסה וכמ"ש לקמן (סימן נב אות ג וע"ש בהערה).

סימן כט

בדעת רבינו הטור בספק בתפיסה

(א) ושא נא עינך וראה למ"ש הגאון רבי יעקב מליסא בנתיבות המשפט (דיני תפיסה ביאורים תירוצי האחרונים על הקושיא על הטור **ס"ק ד) וזת"ד, עיין בש"ך בתקפו כהן (סימן יז - כג) שתמה על הטור, שבהרבה מקומות כתב סתם דאי תפס אין מוציאין, ובהרבה מקומות הביא מחלוקת הרמב"ם והרא"ש אי מהניא תפיסה. וע"ש (בסימן כו) שנדחק הרבה מאוד ליישב. וגם בתומים (שם) דחק עצמו למאוד בתירוצו. ע"ש. ולפי עניות דעתי נראה לישב, דטעם הטור הוא, דהש"ך מסיק בתקפו כהן (סימן עט), דבפלוגתא דרבוותא מהני תפיסה, ואפילו המחלוקת בתפיסה עצמה יכול לומר קים לי כמ"ש בסימנים קא קב קג, וכיון דהרמב"ם והרא"ש פליגי בתפיסה אי מהני, יכול התופס לומר קים לי כהרמב"ם, לזה סתם כדבריו ולא הביא דעת הרא"ש כיון שאין נפקא מינה בדבריו, דבכל מקום שהביא ב' דיעות הנפקא מינה לענין תפיסה, וכאן כיון דהמחלוקת היא בתפיסה עצמה, ודינא הוא דהתופס יכול לומר קים לי כהרמב"ם,**

¹ משפט סימן קכו סעיף ח). משום שבפסקיו הכל אורייתא דייליה, וחיברו בכונה להלכה למעשה, להבין ולהורות לשעה ולדורות, ועדיף מתשובותיו שהם לפרקים. עכ"ד. ומעתה כל שכן שיש לומר כן על חיבורו תוספות הרא"ש שהיה על סדר התלמוד ובפלפול הגמרא, ולא להלכה ולמעשה. ועיין במ"ש בזה לקמן (סימן מג) ע"ד הכנה"ג.

² וכל שכן הוא ממה שכתבו הפוסקים שיש ללכת בתר פסקי הרא"ש בתשובותיו צא ולמד ממ"ש הגאון רבי חיים פלאג'י בספר כל החיים (דף כא ע"ב, אות נו) והו"ד בשו"ת יביע אומר (חלק י יורה דעה סימן לו בהערה), שהטעם שאם יש סתירה בין דברי הרא"ש בפסקיו למה שכתב בתשובה, שהלכה כמו שכתב בפסקיו, וכמו שכתב להדיא מרן הבית יוסף (בחשן

אין נפקא מינה בדעת הרא"ש לכך לא הביאו. עכ"ד. ובדברי קדשו כתוב לאמר דהטור סובר דבכל ספק בתפיסה הוי תפיסה.

ב) ובאמת יש לנו ליתן לב למה אביר הרועים ואבי כל תופס רבינו הש"ך לא כתב בפשיטות ליישב כן, ואדרבא נדחק מאד ליישב באופן אחר, גם הגאון האדיר רבינו יהונתן אייבשיץ קס"ת יהונתן נסוגה אחור וכתב תירוץ דחוק בזה כמ"ש עליו הנתיבות. (ופשיטא שיש לומר דמן שמיא קזכו ליה לרבינו הנתיבות ליישב מקחו של צדיק רבינו הטור בדרך מרווחת, אך לולי זה שהיה לנו, יש לבאר בדרך אחרת) ונראה לבאר, דלפי האמור לעיל שרבינו הרא"ש נראה שדבריו נוטים דבכל ספק בתפיסה לא הוי תפיסה, לכך לא כתבו הני רבוותא תירוץ זה דלפי זה יצא דהטור יחלוק על אביו בזה, וכיון שבכל מקום דרכו להמשך בדבריו אחרי הרא"ש אביו וכמ"ש בתקפו כהן (סימן כ), עדיפא ליה לדחוק התירוץ מלדחוק ולומר דרבינו הטור סבירא ליה דלא כאביו בזה. ואם כנים אנו בזה נמצא שגם רבינו הטור תתגלה דעתו דעת עליון כאביו הרא"ש, דלא מהני האי תפיסה כל דהוי ספק בתפיסה.

הטעם שהש"ך לא תירץ כן

סימן ל

דעת כמה מהאחרונים כהש"ך

ואודיע קושט דברי אמת דלא נוכל לסמוך ע"ז, דמה יושיענו זה, דגם אם נאמר דדעת הני רבוותא דספק בתפיסה לא הוי תפיסה, וגם נאמר דדל מהכא דעת מהריב"ל ובנו, דאין להביא ראיה מדבריהם דספק בתפיסה הוי תפיסה (עיין לעיל סימן כב וסימן כז). מ"מ מצאנו כמה מרבוותא בתראי דפסקו כדברי הש"ך בזה דספק בתפיסה הוה תפיסה דמלבד הרב עדות ביעקב הנ"ל (בסימן כו אות ז), כן מצאתי ראיתי להגאון רבי חיים ניסים שלמה זצ"ל [מחכמי קושטא לפני יותר ממאתיים שנה] בספרו חשק שלמה (חוי"מ סימן ד הגהב"י דף ב ע"ד אות יח, וע"ע כמה שכתב בסימן כה בהגהב"י אות לח) שנטתה דעתו אחרי הני רבוותא דסברי דמהני תפיסה, וכתב שכן נראה דעת הרב רבי חסדאי בן פרחיה [מחכמי שלוניקי לפני יותר משלש מאות שנה] בספרו תורת חסד (סימן עז דף גא ע"א טור א ד"ה ומה שאמרת) דכתב, דיכול לומר קי"ל בתפיסה לאחר שנולד הספק, ובנידונו שם היתה התפיסה עצמה שנויה במחלוקת. ע"ש. עכ"ד. [ובאמת בדברי הרב תורת חסד יש סתירה וכמ"ש מהר"מ אלגאבה והבאנו דבריו לקמן סימן נד אות א] ע"ש] גם הר"ר אברהם אלקלעי [מחכמי צפת לפני יותר ממאתיים שנה] בספרו זכור לאברהם (חושן משפט אות ת ערך תפיסה דף פו ע"ב) מסתמך ואזיל על הרב חשק שלמה הנזכר, וכתב, דאף שיש מחלוקת אי מהני תפיסה בעדים בספיא דדינא, מ"מ המוחזק מצי למימר קים לי. גם בספר דברי גאונים להג"ר חיים אריה ליב כהנא זצ"ל [שהיה דיין ברומניה לפני יותר ממאה שנה, ואבי סבו היה בעל קונטרס הספיקות] (כלל קיב אות ד דף רה ע"ב טור ד), סמך על הרב חשק שלמה הנזכר. ושכן כתבו הרב תורת חסד (סימן קצה), והרב שואל ומשיב (מהדורה תנינא ח"א סימן

לכאורה יכול לומר קי"ל דהוה תפיסה

פ^א. ע"כ. וכן מבואר בתומים בקיצור תקפו כהן סימן הנ"ל, ובפתחי תשובה (חושן משפט סימן עה ס"ק כ) ג"כ נטה שם לדבריהם. וכתב דכן נראה דעת הגאון מליסא בספרו נתיבות המשפט (סימן כה דיני תפיסה סעיף כ).^ב ע"ש. [ולקמן (סימן נו) אדבר בו בדברי הפת"ש בס"ד], וכן נראה דעת הרב מנחת יצחק וייס (חלק ט סימן קו ד"ה היוצא מכ"ז) דמסתמיך ואזיל על הרב דברי גאונים הנזכר. וא"כ שפיר יוכל התופס גם בספק בתפיסה לטעון קים לי ככל הני רבוותא דסבירא להו, דגם בספק בתפיסה הוי תפיסה.

ואולם דא עקא, דאכתי יד הדוחה נטויה לומר דכיון שעל הצד שאין תפיסתו תפיסה, נמצא שהדבר קיים ועומד בחזקת מרא קמא, והוא המוחזק.

ולכאורה בכל כה"ג צריך להיות הדין שהחפץ שייך לבעלים דיש לו חזקת מרא קמא ברורה אלא שאח"כ יש ספק דאתרע חזקתיה בתפיסת האחר, משא"כ לגבי התופס דמעיקרא יש לנו להסתפק אם הוא תפוס [וכעין דברי הקהילות יעקב שהוזכר לעיל (סימן כו אות ג בהערה) ע"ש].

סימן לא

דברי הרב שבות יעקב ודעימיה בספק בתפיסה

א) ומידי דברי בו זכור אזכור להגאון רבי יעקב ריישר [אב"ד פראג לפני כשלש מאות שנה] בספרו שבות יעקב (ח"ב בכללי ודיני קים לי שבסוף הספר סעיף ד עמוד רסח מהדורת יעקב הכרעת הרב שבות יעקב זכרון אהרן) שזכר ש"ר האי פלוגתא וכתב וז"ל, בספיקא דדינא שלא נזכר בש"ס ופוסקים,

מא ולקמן בס"ד (בסימן קא) יובאו דבריו.

דבספיקא דינא דדינא דעביד אין מחזירין הדין, א"כ בשעת קניין רפוי מרפיין בידיהו אולי יכריע הדיין ויפסוק דלא קנה ולזה קנין שלו לאו כלום הוא. עכ"ד. וזה הטעם שייך גם בכל ספק בתפיסה דלא הוי תפיסה. אמנם בספק שדנו הפוסקים במחוייב שבועה מדרבנן ואינו רוצה להשבע ותפס ההוא שכנגדו כתב הגת"ב (סימן פו בחידושים ס"ק יב) דמהני תפיסה. ואע"ג שהוא שנוי במחלוקת. ומוזה לכאורה נראה דסבירא ליה דבכל ספק בתפיסה הוה תפיסה. ואם זו הראייה נמצא שכ"ד גם הרב שער משפט (שם ס"ק ח) שכתב כן בשם הראב"ן. ואמנם יד הדוחה נטויה לומר דלא שייך לספק בתפיסה, אלא שנחלקו בתוקף שבועה דרבנן, אם כל זמן שלא נשבע שבועת היסת אין הממון שלו או לא. ויש עוד לפלפל בזה מאד מאד בכל מידי דרבנן אי מהני לדאורייתא, ובדין הפקר ב"ד הפקר. ואקצר.

בדעת הרב נתיבות המשפט מליסא בספק בתפיסה מב הנה בדעת הגת"ב המשפט אמרתי אבא אעירה דשם (בסעיף כ) לא זכר ש"ר כלל מדיני ספק בתפיסה אלא כתב, דבפלוגתא דרבוותא דהיינו במחלוקת הפוסקים שהיו אחר חתימת הש"ס, מהני תפיסה אפילו אחר שנולד הספק וכו'. ע"כ והיינו ככל דין תפיסה בפלוגתא דרבוותא, דמהני תפיסה. אך לא גילה דעתו היכא דנחלקו בעצם התפיסה, ואפשר דהרב פת"ש סבירא ליה דכיון דהרב נתיבות המשפט כתב כן בסתמא 'פלוגתא דרבוותא וכו' מהני תפיסה, כונתו דגם כשנחלקו בעצם התפיסה הוה תפיסה. וצ"ע דבמשפט האורים (שם ס"ק כ) שבו מבאר רבינו הגת"ב מקור הדין, לא הזכיר כלל לדברי הש"ך בזה. ואדרבא דלעיל מיניה (סעיף יט) כתב רבינו הגת"ב במקום שיש ספק בקניין לא קנה. ובביאורים (שם) ביאר טעמו דכיון דקיי"ל

אפילו היכי שהפלוגתא בתפיסה עצמה, מהני תפיסה. ויש חולקים דהיכי דפליגי בדבר התפיסה עצמו אי מהני תפיסתו או לא, אז אזלינן בתר רוב דעות. והיכי דהמחלוקת שקולה, חולקין. והיכי דאי אפשר לחלוק - כל דאלים גבר. ועכשיו בזמן הזה דאין לפסוק כן, יש לחלוק על פי הגורל. כן נראה לי. עכ"ד. ונראה מסיום דבריו דלא פשיטא ליה לפסוק כרבינו הש"ך בזה דמהני תפיסה. ובביאורים (שם אות יד) כתב השבות יעקב, דנראה שדברי הש"ך עצמו קצת סתורים, דהא בתקפו כהן (בסימן עח) בדין תיקו כתב כיון דיש מחלוקת גדולה בין הפוסקים ראשונים ואחרונים אי מהני תפיסה ואיבעיא דלא איפשטא, על כן יעשה הדיין מה שעניו רואת. ע"ש.¹⁰ וקשה דאמאי לא פסק לסברתו דיכול לומר קים לי כהסוברים דמהני תפיסה בכהאי גוונא. עכ"ד. ונראה שגם מטעם זה נטתה דעתו דעת עליון שלא להכריע כרבינו הש"ך. [ועיין לקמן (סימן פז) מ"ש ליישב מקחו של צדיק רבינו הש"ך בזה]

ב ואשורה נא ואראה שבדרכו דרך צדיקים של הרב שבות יעקב, הלך גם הגאון רבי נתן עמרם [הרב הראשי לאלכסנדריה לפני כמאתיים שנה, וכשנפטר הרב חיד"א היה בגיל ט"ו שנים] בספר קנין גוף וקנין פירות (ח"מ חלק ב מערכת הת' ערך תפיסה דף תרה ע"א אות כח), שהביא לפלוגתא דרבוותא בין המהרי"ט והש"ך. וכתב, שהאחרונים הכריעו כמהרי"ט דאזלינן בתר רוב דעות והיכא דהמחלוקת שקולה חולקין. ובהמשך דבריו (שם דף תרו ע"א אות לד) צדיק עתיק למ"ש הש"ך בתקפו כהן (סימן ע), דבכל תיקו דממונא [לאפוקי תיקו דקנס דאין דנין בזמן הזה], וכן בבעיא דלא איפשטא, כיון דיש מחלוקת בין הפוסקים אי מהני תפיסה, יעשה הדיין מה שעניו רואת לפי עניין הטענות והתביעות לצדד עוד צדדים להוציא ולהחזיק. והוסיף על זה ולי נראה דבריו לעיקר, כיון דאיכא פלוגתא בין הפוסקים בתפיסה עצמה, אבל אם יכול לפשוט הבעיא אם הוא ת"ח מהני תפיסתו. עכ"ד. ונמצאנו למדים דמכריע בספק בתפיסה דלא הוה תפיסה ותלוי בראיית עיני הדיין, ומה שכתב הש"ך בתיקו דיעשה הדיין מה שעניו רואת, כתב הרב קנין פירות ג"כ בכל ספק בתפיסה ולא חילק ביניהם [ואולם במקום אחר בחיבורו (שם דף תר ע"א באות ה) כתב, דאף שיש מחלוקת אי מהני תפיסה בעדים בספיקא דדינא, מ"מ המוחזק מצי

דעת הרב
קנין פירות

¹⁰ ועיין בש"ך בחיבורו על השו"ע (חושן משפט סימן כה סק"ב אות ב), דנראה כמסתפק בדין תיקו וכמ"ש בלשונו 'וגם נראה דאפילו את"ל בתיקו לא מהני תפיסה, היינו משום שתפס מעצמו וכו' ע"ש. וע"ע במ"ש בש"ך (חושן משפט סימן שמו ס"ק ה), בדין השואל פרה לרבעה או ליראות בה וז"ל, עיין בסמ"ע (ס"ק טז) שמביא אבעיות דש"ס ומסיים בתיקו כו' וזה אינו, אלא בש"ס ובפוסקים הוא בעיא דלא איפשטא, אבל לא סלקא בתיקו ונפק"מ דאם תפס המשאיל אין מוציאין מידו. אבל אי הוי סלקו

בתיקו מוציאין מידו לדעת הרא"ש והטור וכו'. עכ"ד. עוד מצאתי בש"ך (חושן משפט סימן סצא ס"ק ג) דכתב דהיכא דהוה בעיא דלא איפשטא ובוה גם להרא"ש וטור מהני תפיסה. וכמ"ש לעיל (סימן שמו סעיף יד) משא"כ בתיקו. ע"כ. ובסוף דברי הש"ך מובא בסוגריים הג"ה וז"ל, וע"ש שחור בו אח"כ וגם בספרו תקפו כהן (סימו עח) וס"ל דאין לחלק בין תיקו לבעיא דלא איפשטא. ע"כ. הרי שכאן נמצא וכאן היה דדעת רבינו הש"ך בתפיסה בתיקו אין ולא ורפיא בידיה.

למימר קי"ל, וכמ"ש בספר חשק שלמה (סימן כה אות לח) דהיכא דפליגי בתפיסה עצמה אי היא תפיסה או לא, דמצי למימר קים לי במטלטלין. עכ"ד. וצ"ע איך מסקנתו לדינא ומלשון 'ולי נראה' שהבאנו לעיל נראה שזה עיקר פסקו, ויל"ע].

ג) ונראה ליתן טעם לשבח בדעת השבות יעקב שלא חשש שיכול לומר קים לי גם כשיש ספק בגוף התפיסה וכדעת הש"ך, דכיון דנראה דהש"ך סתר משנתו בזה, כל כהאי גונא אין לומר קים ליה כותיה, דנראה דהוא גופה אין ולא ורפיא בידיה, וכיצד יאמר קים לי כהפוסק פלוני, בעוד שאפשר שאותו פוסק גופא חזר בו. או מסתפק בעיקר סברא זו. וכבר עמדנו לעיל (בכללי הקים לי סימן יב והלאה) והבאנו את דעת הפוסקים אי מצי למימר קי"ל כפוסק הסותר משנתו ע"ש ומשם באר"ה.

ומעתה יש לומר כן גם בדעת כמה וכמה פוסקים הסותרים משנתם בדין ספק בתפיסה אי הוי תפיסה, כל צד יוכל לומר קים לי כאותה תשובה של המאן דאמר דאזיל כותי, ואע"פ שסתר משנתו, הלא יש פוסקים האומרים דאין לבטל דבריו גם בכה"ג. ויש פנים לזה ולזה לומר קי"ל, דהתפוס יאמר קי"ל כהפוסקים דגם ספק בתפיסה הוה תפיסה, ואפילו אם סתרו משנתם סוף סוף ישנה חטיבה אחת בעולם העונים ואומרים דגם בפוסק שסותר משנתו אפשר לטעון קי"ל כוותיה באותה תשובה, ומנגד, המרא קמא יאמר דקי"ל שאינך מוחזק וכהפוסקים שכתבו דספק בתפיסה לא הוה תפיסה, וגם אם סתרו משנתם, הלא גם לדידי יש לטעון קי"ל, דאפשר לטעון קי"ל כהפוסק הסותר משנתו [ועייין לקמן (סימן לח אות א) במ"ש לרון בפלוגתא דרבוותא אי אמרינן קי"ל היכא דנחלקו אי אומרים קי"ל].

סימן לב

הדרינן לפלוגתא דרבוותא בספק בתפיסה

וכדברי הרב שבות יעקב שהובאו לעיל דנראה דנקיט ואזיל דכל ספק בתפיסה לא הוי תפיסה. כן מצאתי בחפשי'ה להגאון רבי משה חאגיז זצ"ל בספרו לקט הקמח (יו"ד דף לח ע"א סוף אות ד), שצדיק עת'ק דברי השבות יעקב בזה, שיש חולקין לומר דהיכא דהפלוגתא בתפיסה עצמה לא היא תפיסה ואזלינן בתר רוב דעות, והוסיף מדנפשיה דכן הוא דעת מהרי"ט ושאר תשובות גדולים אחרונים שהובאו בכנה"ג (סימן ד אות כו), והכריע במשפטי יעקב [הוא הרב שבות יעקב] כוותיהו. עכ"ד. ומדשתיק האי רבנן מהר"ם חאגיז ש"מ ניחא ליה דכן העיקר להלכה ולמעשה, וכן מצאתי ראיתי להגאון רבי שמשון מורפורגו [מגדולי חכמי איטליה] בספרו שמש צדקה (ח"א או"ח סימן טו דף כג ע"ב טור ד ד"ה ואמינא), בנידון שנשאל בענין ס"ת שטוענים הגבאים שהם המוחזקים, ושם האריך הרחיב לומר דהס"ת בחזקת היורשים. ובא רעהו וחקרו, הרב המשיב שם, וכתב, דכיון

הסכמת מהר"ם

חאגיז והרב

שמש

צדקה

כמהרי"ט

דכתב הש"ך שגם בספק תפיסה לא מוציאים מיד התופס, א"כ הגבאים הם המוחזקים. וע"ז הרבה להשיב הרב שמש צדקה וכתב, דהגם אי נידייניה בספיקא דדינא ובפלוגתא דרבוותא אי מהניא האי תפיסה או לא הרי כתב הכנה"ג (שם), דכל תפיסה שהיא מחלוקת דלמר מהני תפיסה ולמר לא מהני תפיסה, אין לומר קים לי, כיון דבהא פליגי אי הוי מוחזק או לא הוי מוחזק ולזה הסכימו כל גדולי האחרונים, זולתי מהרש"ך (ח"א סימן קן) הנראה כחולק, ותמה עליו הרב בעל משפט צדק (ח"א סימן כט). ובכללים שהביא הרב המני"ח בלקט הקמח (שם), הביא בשם התקפו כהן דיכול לטעון קים לי גם בכה"ג, אמנם אח"כ כתב דיש חולקים, והכריע הרב משפטי יעקב כוונתייהו. עכ"ד. ועוד כתב הרב שמש צדקה (שם דף כה ע"א טור א ד"ה ועד השלישי), דהיכא דבעיקר התפיסה והחזקה איכא פלוגתא, ליכא למימר קים לי, דלא תיקנוהו אלא על המוחזק ודאי, וכיון דפליגי בהכי אי הוי מוחזק לא מצי למימר קים לי, דהגם דסו"ס תפס כיון דהוא ספק אם תופסם בדין או לא, לא מיקרי תפיסה וכמ"ש מהר"ש חיון. עכ"ד.

הרי שלך לפניך דהני סרכין תלתא הלא המה הרב שבות יעקב ומהר"ם חאגיז והרב שמש צדקה [וכוליהו בני אותו דור], הסכימו להלכה ולמעשה דהעיקר כדברי המהרי"ט, דאין לומר קים לי היכא שיש ספק בגוף התפיסה.

סימן לג

בירור דעת הרב פני משה בנבנישתי בספק בתפיסה

(א) והלום ראיתי להגאון רבי משה בנבנישתי [בן דורו וקרובו של הרב כנה"ג מחכמי ורבני קושטא לפני שלש מאות וחמישים שנה] שישב הדק היטב היטב על מדוכה זו, והעלה בכמה מתשובותיו חידושים בהאי דינא. ואציגה נא עמך מן התשובות אשר איתי.

וזה יצא ראשונה בשו"ת פני משה (ח"א סימן לה דף פה ע"א טור א - ב), שהביא הפלוגתא הנ"ל בספק בתפיסה אי הוי תפיסה ולא הכריע כמאן, ומ"מ כתב דהיכא דצריך לומר כמה קי"ל¹⁰ כנגד התפוס להוציא מידו וחד מינייהו קי"ל כמ"ד שאין תפיסה כזו תפיסה, בכה"ג מוציאים מיד המוחזק ומשאירים ביד התפוס, דהיכא דכדי להשאיר ביד המוחזק צריך לומר יותר מתרי קי"ל, מפקינן מיניה. ע"ש.

צירוף כמה קי"ל

(ב) ואשר על ידו השני, בשו"ת פני משה (ח"א סימן עב דף קעב ע"א טור א), הביא פלוגתא דרבוותא אי מהני תפיסה כשיש מחלוקת בתפיסה, וכתב, דסברת האומרים דלא הויא תפיסה היא סברא נכונה. ומ"מ היכא שיש מחלוקת אעיקרא דדינא מי נקרא מוחזק, בזה מהני

במחלוקת אעיקרא דדינא מי נקרא מוחזק

תפיסה. ¹⁰⁰ עכ"ד. והו"ד גם בתשובת רבי יעקב אלפנדרי זצ"ל והיא ל"ו נדפס'ה בשו"ת פני משה (ח"ג סימן ס דף קג ע"ב טור ד), ונראה שמסכים דתפיסת ספק לא הוה תפיסה. ע"ש. ¹⁰¹

ג) ויהי כמשל'ש חידושים דבשו"ת פני משה (ח"א סימן צא דף רכח ע"ב טור ד) נראה ספק בתפיסה הכותב כל בתפיסה בכסיו ברשות

דמסתמך ואזיל ע"ד רבנו המהרי"ט דספק בתפיסה לא הוה תפיסה, ובכה"ג יש לילך בכל מקרה אחרי רוב הפוסקים. ומיהו שם בהמשך דבריו (דף רכט ע"א טור א - ב) כתב, דהיינו דוקא היכא דתפס שלא ברשות, אבל תפיסה ברשות, מהניא גם בכה"ג. ע"ש.

ד) וארבעתים ישל'ים עוד הרב פני משה (בח"ג סימן סג דף קכד ע"א טור א) ושנה דברי הפוסקים שנחלקו בספק בתפיסה, וכתב, דאין להתופס לומר קים לי בכה"ג. וכן כשהמחלוקת היא בעיקר החזקה, אין לשום אחד מהם לומר קים לי. ומוסיף והולך לחלק ולומר, דהיינו היכא דלא נפלה המחלוקת אעיקרא דדינא מי הוא הנקרא מוחזק, ולכך כשתפס התופס לא מצי למימר קי"ל שתפיסתי מועלת להוציאה מיד מי שמוחזק מעיקרא, אבל כשהתופס יש בו ספק אפילו בלתי תפיסה, הוא הנקרא מוחזק, וכגון בנידון דבריא הכותב כל נכסיו לאשתו (ב"ב דף קלב ע"א) דאית ליה להריטב"א (שם סוד"ה בעי רבא) דהאשה היא נקראת מוחזקת אפילו בלתי תפיסה, אם תפסה האשה לא מצינן לאפוקי מינה, ואפילו שתפסה על פי סברת יחיד, דאיך יוציאו ממנה היורשים באומרם שהם מוחזקים, דאיעקרא דינא היא תאמר אני היא המוחזקת אפילו בלתי תפיסה. וכ"ש בתפיסה. ובוזה לא שייך לומר דלכו"ע לא אמרינן קי"ל ע"פ יחיד, או דלא אמרינן קי"ל כשיש מחלוקת בגוף התפיסה, דגם היורשים איך יאמרו קים לי דאנו מוחזקים, הלא גם הם במחלוקת שנויים, וכשהמחלוקת היא בעיקר החזקה אין לשום אחד מהם לומר קי"ל, ועל כן אפשר דהדר דינא דמי שימצא תפוס לא מפקינן מיניה. עכ"ד. ¹⁰² ומ"מ שמעינן מיניה דבסתם תפיסה דעלמא שיש ספק בתפיסה כנגד חזקת מרא קמא דעתו דעת עליון דלא הוה תפיסה.

מה וכבר הזכרנו לעיל בריש אמיר (סימן כו אותיות ו - ז), דעת כמה מרבוותא שכתבו כן. ע"ש.

מ' ואמנם שם הוסיף וכתב מהר"י אלפנדרי זצ"ל, דלא אמרו הני רבוותא דהיכא דאיכא ספק בתפיסה דאין יכול התופס לומר קי"ל, אלא דוקא כשבא התופס להחזיק בדבר ולומר - דמחמת שאני תופס קי"ל שאתה חייב לי, והלה אומר בריא לי שאיני חייב לך. דכיון דלא בריא חיובא אלא מטעם תפיסת ספק בא להוציא, או אמרינן כיון שזה טוען בריא שאינו חייב לו, והלה רוצה לזכות בתפיסה שהיא מכח ספק - הו"ל ספק וודאי ואין ספק מוציא מידי ודאי. אבל כשהחוב ברור בשטר קיים, וכל זמן שהשטר קיים הוא בחזקת שלא נפרע, וכגון אלמנה

שלא הספיקה להישבע שלא נפרעה לכתובתה מנכסי בעלה ומתה, ויורשיה רוצים לירש כתובתה, והיורשים שטר כתובתה בידם, אלא שמתעם ספק פרעון אמרינן (בכתובות דף פו ע"א, וכן נפסק בשו"ע חו"מ סימן קח סעיף יז), דהבא להפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה, ומ"מ כשמתה ולא נשבע שבועה זו, אם יורשי האלמנה תפוסים אפילו אם יהיה בספק בתפיסה מטעם ספק פרעון, כיון דהחוב הוא ודאי דהשטר קיים - הוה תפיסתם תפיסה. עכ"ד.

מ"ו ועיי'ן במ"ש בזה בשו"ת שמחת כהן להג"ר רחמים חי חזיתיה כהן זצ"ל (חלק חושן משפט סימן מז).

ה) וחמישתו יוסיף עליו, שכתב עוד בשו"ת פני משה (ח"ג סימן סח דף קלו ע"א טור א) דדוקא היכא שתפס שלא ברשות לא מהני תפיסה שכזו, דבעל הממון אינו תפוס - כיון שיש תפוס כנגדו, והתופס אינו מוחזק, כיון שלא תפס ברשות. משא"כ היכא שהממון בחזקת בעליו והוא ג"כ תפוס, שפיר יוכל לומר קי"ל כהגך רבוותא. עכ"ד. והן אמת דתשובה זו היא מהכנסת הגדולה דחתים עליה בסופה.¹⁰⁰ ומ"מ מדשתיק ליה הרב פני משה והביאו בחיבורו, ש"מ דמסכים על ידו. ועיין בשו"ת שפת הים מאיו (חור"מ סימן ט דף קל ע"א טור ב) שהביא דבריו. ומיהו שם בסוף התשובה (שם בע"ב סוף טור ג) הביא ונקט לדעת הפוסקים דבמטלטלין בכה"ג תמיד הוא תפיסה].

חזקת מרא קמא יחד עם תפיסה מספק

ו) ולך נא ראה להר"ר מרדכי שמעון [מחכמי קושטא ושלוניקי לפני כמאתיים שנה והוא מר בריה דרבנא של הרב חשק שלמה] בספרו מטה שמעון (חור"מ סימן כה בכללי הקים לי דף יד ע"ב טור ג אות נח) דצדיק עתיק לדברי הג"ר שמעון דוויך הכהן [מחכמי קושטא לפני יותר משלש מאות שנה] בספרו ריח שדה (בקונטרס זמן הגט דף יד ע"ב טור ד) שהקשה על הרב פני משה בנבנישתי (ח"א סימן נד דף קכה ע"א טור א) שדן, במי שנתן עינו לגרש את אשתו ומתה, והיורשים מוחזקים, ופסק דבעלה יורשה. ותמה הרב ריח שדה על האי פסקא דכיון דדעת הרשב"ם בב"ב (דף קמו עמוד ב ד"ה נפלה עליה) דמי שנתן עינו לגרש אשתו אינו יורשה, וכן דעת הר"י מיגאש (שם דף קמו עמוד א ד"ה תתנית),¹⁰¹ א"כ היורשים המוחזקים יכולים לומר קי"ל כמ"ד דירושת הבעל מדרבנן, והם המוחזקים ולא יצא הממון מחזקתו. ע"ש.

מי שנתן עינו לגרש את אשתו אם יורשה

והרב מטה שמעון (שם) כתב ליישב, דאחר ההשקפה לא קשיא מידי, דא"כ הוי התפיסה במחלוקת, דאי ירושת הבעל מדאורייתא הבעל הוא המוחזק,¹ וכשהתפיסה היא במחלוקת ס"ל להרב פני משה ז"ל דלא מצי למימר קי"ל. עכ"ד. ומדברי הרב מטה שמעון משמע דס"ל דדעת הרב פני משה, שגם כשיש לתופס צד שהוא מוחזק גם בלי תפיסה, ג"כ לא מועילה תפיסה כשיש ספק בתפיסה.

מסקנת הרב מטה שמעון בדעת הרב פני משה

סימן לד

דברי מהר"ח עשאל בספר סם חיי בענין ספק בתפיסה

וכן בקודש חזיתי להגאון רבי חיים עשאל [מחכמי סלוניקי לפני יותר משלש מאות שנה] בספרו סם חיי (בחלק התשובות סימן נח דף קיח ע"א טור א), דמסתמיך ואזיל ע"ד

התורות הדשן סובר כמהר"ט

¹⁰⁰ מיגאש בזה ואכמ"ל.

¹⁰¹ וביאור הדברים דרך אם ירושת הבעל היא מדרבנן, א"כ במקום ספק מוקמינן בחזקת ירושת היורשים שהיא מן התורה. משא"כ אם ירושת הבעל

מח ודדעת רבינו הכנה"ג כבר כתבנו לעיל (סימן כב - כג) ועוד יכתב זאת לקמן (סימן מב).

¹⁰² ועיין להרב ריח שדה (שם דף יג ע"ב טור ג) שהביא מחלוקת הפוסקים בהבנת הר"י

המהרי"ט, דכל ספק בתפיסה לא הוה תפיסה. ומוסיף אמריו שכן נראה דעת התרומת הדשן (בסימן שכא), שהרי בתשובה אודות החתן שתפס הספרים מחמיו, זיכהו לחמיו, מטעם דהוה תפיסה לאחר שנולד הספק. ואם איתא דיכול התופס לומר קים לי, למה הרב ז"ל לא זיכה לחתן, כיון שהוא תפוס בטענת קים לי כהני רבנותא דתפיסה לאחר הספק מהני? אלא ודאי דס"ל להרב ז"ל דאין לומר קים לי כיון דבהא פליגי.

וממשיך הרב סם חיי דכן נראה מדברי מהרי"ק קולון (בסימן קסא) שהביא שם בנידונו מה שאמרו בגמרא בכתובות (דף יט עמוד ב), ת"ר שנים חתומין על השטר ומתו, ובאו שנים מן השוק ואמרו ידענו שכתב ידם הוא, אבל אנוסים היו, קטנים היו, פסולי עדות היו, הרי אלו נאמנים. ואם יש עדים שכתב ידם הוא זה, או שהיה כתב ידם יוצא ממקום אחר משטר שקרא עליו ערער והוחזק בכ"ד, אין אלו נאמנים. ופירשו בגמרא (בעמוד ב), דמה שאמרו אין אלו נאמנים 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. ע"כ. ופירש רש"י 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. ע"כ. והקשו התוספות (שם ד"ה ואוקי ממונא) דהלא בב"מ (דף ו ע"ב) איתא גבי ספק בכור דתקפו כהן מוציאין אותו מידו, אלמא תפיסה דלאחר ספיקא לאו כלום היא, והיאך מבואר הכא דאי תפס לא מפקינן מיניה. ויש לומר דשאני גבי בכור שכהן תופס מספק דאין יודע אם בכור הוא, אבל הכא שטוען ברי מהניא תפיסה. ועוד יש לומר דהכא מיירי כשתפס קודם שנולד הספק. וכתב ע"ז המהרי"ק דמ"מ לאידך שינויאי [היינו התירוץ הראשון של התוספות] משמע דאפילו תופס לאחר שנולד הספק, אי הוי טעין ברי דמהניא תפיסה, מדהקשו מההיא דתקפו כהן דהוי לאחר שנולד הספק. וכ"ת מ"מ ראוי לפסוק כאידך שינויאי דהתוספות, ואשינויאי בתרא דלא מהני תפיסה לאחר שנולד הספק, אדרבה נסמוך על הר"ר שמואל בן רבינו ברוך דס"ל כשינויאי קמא דמהני תפיסה ולא מבעיא בטענת ברי ממש, אלא בטענת דקים לן דלא ברי ליה, מ"מ כיון דמצי למימר קים ליה הכי אפילו הכי מהני תפיסה. עכ"ד.

ומעיר הרב סם חיי על דברי המהרי"ק דאם איתא דיכול התופס לומר קים לי כהרי"ף והרמב"ם דס"ל דזוכה התופס,^{נא} למה ליה להביא ראייתו מרחוק, אחר שגדול

השווה המהרי"ק נידונו לדין דתקפו כהן. ובדעת הרי"ף בזה עיין בתקפו כהן (סימן ה וסימן ט). ואכמ"ל.

היא מהתורה, נמצא שהוא המוחזק, ואין היורשים האחרים יכולים להוציא ממנו.

^{נא} היינו דסבירא להו דתקפו כהן אין מוציאין מידו,

ההוראה מסייעים לתופס, אלא ודאי דבכל כהאי גונא סבירא ליה למהריק"ו דאין לומר קי"ל, ולכן הביא שגם למ"ד דתקפו כהן מוציאין מידו מ"מ הכא מהני תפיסה הגם שהיא לאחר שנולד הספק כיון דטוען ברי. עכ"ד.

והרב סם חיי מסיים אמריו וכותב, דס"ל לרוב הפוסקים אחרונים דאין לומר קים לי בענין זה, הלא המה מוהרש"ח ומהרימ"ט והר"י הלוי ומהר"ם מלמד בכמה מקומות בתשובותיו, וכן נראה מדברי מהריק"ו ובעל תרומת הדשן ז"ל כמ"ש, וודאי דאין לעשות מעשה דלא כוותייהו. וכוותייהו נקטינן. עכ"ד. והגם שהרב סם חיי בשלהי דבריו (שם טור ב) נסוג אחרון בהביטו לשני המאורות הגדולים מאריה דאתרין הלא המה המהרשד"ם (אכן העזר סימן קכה - קכו) ומהרש"ך (ח"א סימן קן), דס"ל דזכה התופס בטענת קים לי, וכתב ע"ז, ומי אשר יעלה על לבבו לעשות מעשה נגד הני רבוותא אשר מלחמם אנו אוכלין ומימיהם אנו שותים וכו', ובהמשך פסקו ישב הדברים גם לפי שיטתם. ע"ש. המעיין הישר יחזו פנימו דמ"מ דעתו דעת עליון להכריע דכל ספק בתפיסה לא הוה תפיסה, דהולך ומונה שם לכמה וכמה מרבוותא קדמאי ובתראי דסבירא להו דלא הויא תפיסה. ומ"מ כיון דהחשיב להני רבוותא מהרשד"ם ומהרש"ך למאריה דאתרא, לא פסק כנגדם וישב פסקו גם לפי דעתם. וכזה ראה וקדש, שאם יזכה הפוסק לפסוק פסקו אליבא דכו"ע, וכל שכן אליבא דהמרא דאתרא כל העם יענו אחריו מקודש מקודש. ואשרי הזוכה.

דעת הרב
סם חיי
וחבל
אחרונים
כמהרי"ט

סימן לה

ליקוט דעת הפוסקים הספרדים שהוזכרו בספר מטה שמעון בדין ספק בתפיסה

הגם הלום ראיתי אחרי רואי למוה"ר מרדכי שמעון זצ"ל בספרו המופלא מטה שמעון (בסימן ד בדיני תפיסה דף ב ע"ב טור ג אות יז, ובסימן כה בכללי הקים לי דף יד ע"ב טור ג אות נח), שהאריך הרחיב בנידון זה, וכך היה מונה לרבותינו הפוסקים מארצות המזרח בזה, ואמרת להביא כל דבריו אחת מהנה לא נעדרה, והעולה מדבריו שהיא פלוגתא דרבוותא שלא הוכרעה.

פלוגתא
דרבוותא
ללא
הכרעה

ואציגה נא עמך מן דברי הני רבוותא שהזכיר:

הגאון רבי שלמה בן חסון [מגדולי חכמי סלוניקי לפני יותר משלש מאות שנה] בשו"ת בית שלמה (ח"מ סימן לב דף קכט ע"א), כתב מדנפשיה, דאינו יכול לטעון קים לי כשיש מחלוקת בזה גופא מי הוא המוחזק, וראוי לדון בזה כדברי רוב הפוסקים. עכ"ד. והגאון רבי אשר שלם זצ"ל [מחכמי סלוניקי לפני כשלש מאות שנה] בספרו מטה אשר (סימן א דף ב ע"ב טור ד), הביא בשתיקה להסכמת הכנה"ג ודעימיה דבכל ספק מי מוחזק אין נכון לומר קים לי. ע"ש. גם ראיתי לאב ובנו הוא רבי שמשון מורפורגו בשו"ת שמש צדקה (בשאלה לו דף מד טו"ד). ומר ברי"ה רבי משה חיים מורפורגו (ח"מ סימן ב דף טו ע"א

דעת הרב
בית שלמה
מטה
אשר

טור ב) שכתבו, דכל היכא דפליגי מי המוחזק אין לומר קי"ל, כיון דבהא פליגי, ואית לן למיזל בתר רובא.

דעת מהר"א אלגאזי ומהר"ד פארדו
גם הגאון רבי ישראל יעקב אלגאזי זצ"ל [מח"ס ארעא דרבנן ואביו של המהרי"ט אלגאזי מחכמי איזמיר והראשון לציון לפני כשלש מאות שנה] בספרו נאות יעקב (סימן ג דף י"ב ע"ג) פסק, דכל היכא דאיעקרא דדינא מי מוחזק אנן קיימין, לא שייך למימר קי"ל, ויש לנו ללכת בתר רוב דעות. עכ"ד. וכן כתב הגאון רבי דוד פארדו [מח"ס חסדי דוד על התוספתא מחכמי איטליה לפני יותר ממאתיים חמישים שנה, והיה מחותנו של החיד"א] בספרו מכתם לדוד (ח"ב חו"מ סימן לד דף רלו ע"ב טור ד) שהביא המחלוקת הנזכרת בספק בתפיסה, ומסיק, דבכל דין שכזה אזלינן בתר רובא דרבוותא.

דעת מהר"י קובו ומהר"י כהן
ואלה נוסף על הראשונים מה שכתב הגאון רבי יוסף קובו [מחכמי שלוניקי לפני כשלש מאות שנה] בספרו גבעות עולם (סימן כו, הובא בסוף ספרו גבעות עולם על התורה דף נו ע"ב טור ג) **דרוב האחרונים** סוברים דכשיש מחלוקת מי מקרי מוחזק, לא אמרינן קי"ל כיון שיש ספק בחזקה. עכ"ד. ובהמשך דבריו (בסימן לג) הביא תשובת מה"ר יצחק הכהן זצ"ל (דף סה ע"ב טור ד), ויען רעהו ויאמר, דלכו"ע כשיש מחלוקת בתפיסה אי נקרא מוחזק או לא, אין יכול לומר קים לי כמ"ש הכנה"ג ולא מצאתי שום חולק בזה. עכ"ד. ונראה שהוא רבי יצחק כהן מח"ס בתי כהונה [שהיה גאון אשכנזי מחכמי שלוניקי, ובסוף ימיו התמנה לראשון לציון בירושלים]. וכן מצאתי גם בספרו בתי כהונה (ח"א סימן כא דף צו ע"א טור ב ד"ה והנה כי כן), שכתב כן בפשיטות, דבספק מוחזק לא מצי למימר קים לי, כיון שבזה הוא הספק.

דעת מהר"א אלפאנדרי ומהר"א מיוחס
עוד הזכיר מהר"י קובו בשו"ת גבעות עולם (סימן לד דף סז ע"ב טור ד) תשובת הג"ר אליה אלפאנדרי זצ"ל שכתב, דכבר למדונו רבותינו האחרונים ז"ל הלא המה מוהרשד"ם ומהרימ"ט ז"ל ומורי הר"ם בכמה מתשובותיו, דכל שיש ספק בתפיסה הדר דינא לדין התורה הגמור דאחרי רבים להטות. עכ"ד. וכ"כ הג"ר אברהם מיוחס זצ"ל [מחכמי קושטא לפני כמאתיים חמישים שנה] בספרו בני אברהם (חח"מ סימן מו דף לא ע"ב טור ג ד"ה הרי), דהיכא דהמחלוקת הוי אם הוא מוחזק, לא מצי למימר קים לי כמ"ש הפוסקים. ע"ש. והרב מטה שמעון שם העיר ע"ד, דבחלק אבן העזר (סימן א דף יב ע"א טור א), העלה דמצי למימר קי"ל כמ"ד שאני מוחזק, ואחר המחילה סותר אדידיה. עכ"ד.

דעת מהר"י הלוי ומהר"א ששון
ושם זכר עוד הרב מטה שמעון שהגאון רבי יוסף הלוי נזיר [אב"ד מצרים וגלילותיה לפני כשלש מאות שנה] בספר מטה יוסף (ח"א חו"מ סימן ו דף צג ע"א טור ב, ובנד"מ ח"א עמוד תקמג הוצאת טוב מצרים), שכתב שלדעת רוב הפוסקים ספק תפיסה לא הוי תפיסה. אמנם מהר"א ששון בתורת אמת (סימן כג) כתב, שאף בענין זה מצי למימר קים לי. ומ"מ לא יצא הדבר מידי מחלוקת. עכ"ד.

וכן נראה דעת הג"ר אליעזר אבן שאנגי [אב"ד קושטא לפני יותר משלש מאות שנה ודודו הוא בעל הכנה"ג כמ"ש בסימן יד דף יד ע"ב סו"ט ד] בספרו דת ודין (על התורה בתשובות שבסוף הספר סימן יב דף יא ע"א טור ב) הוא כמסתפק וכתב וז"ל, דהנה כל הנביאים פה אחד ס"ל דכיון דהוי פלוגתא בתפיסה עצמה אי מהניא או לא מהניא, לא מהניא, דמנא לן דיקרא מוחזק כיון דבהא קיימינן אי תפיסתו תפיסה. וכ"כ מהריב"ל ומהרש"ח ומהרא"ם בתשובה (סימנים כט, מו, נד) ומהרימ"ט ומשפט צדק ופליטת בית יהודה וזו היא היתה הסכמת מורנו הרב¹¹ כאשר קיבצתים בתשובה אחרת, ומרן דודי מוהר"ר יהושע בספר כתב יד אשר איתי אשר בשם שער יהושע יקרא כתב כן (בסימן כו וסימן לו)¹² וא"כ בודאי לא מהני ליה לומר קים לי. ע"כ. ושוב כתב, דאף דדרך זו היא דרך ישרה שיבור לו האדם וטעמה ונימוקה עימה וכאשר תפסוה במושלם אריותא אילין הנזכרים, מ"מ אחרים חלקו עליהם וס"ל דאפילו דהספק הוי בתפיסה עצמה, אפילו הכי חזר הדין שיאמר קי"ל וכאשר כתבו מהר"א ששון (סימן כד) ומהרש"ך (ח"א סימן קז), ומהריב"ל גופיה סתר את עצמו (בח"ב סימן נה). ומ"מ מה שצריך לידע דאם האדם לא תפוס אלא בא לזכות מכח חזקה דממילא [וכגון ביורש שאינו תפוס בממון אלא בא מכח מה דאית ליה חזקה קמייתא] ככה"ג גם לדעת החולקים דמהני תפיסה כשיש ספק בתפיסה, היכא דאיכא ספק בעצם החזקה ואינו תפוס, תו לא מצי למימר קים לי.¹³ עכ"ד.

פסיקת מהר"א אבן שאנגי

סימן לו

עוד חכמה ודעת בדברי רבותינו הספרדים בזה

א ואנא עניא חקרתי ושאלתי ופשפשתי עוד לברר דעת רבותינו הפוסקים חכמי ספרד, וראיתי להגאון רבי משה חיים אמאריליו [מחכמי סלוניקי לפני כשלש מאות שנה] בשו"ת דבר משה (ח"א סימן מג דף קס ע"א טור א) שעמדה ע"ז וכתב, דזה ימים ושנים כבר עמדנו בהאי כללא דסגור בפי¹⁴ כל האחרונים, דהיכא דבהא פליגי אי הוי מוחזק אזלינן בתר רובא, והוא לקוח מדברי הרב מהרש"ש ומהר"ש חיון כמ"ש בספר כנסת הגדולה. ועל פי זה תמהתי בתשובה אשר הרצתי בפני הרב החסיד מהרש"ף ז"ל, על קצת מהפוסקים דמשמע דלא ס"ל הכי. והרב הנזכר השיבני דאין כלל זה אמור לדעתם אלא

דעת מהרמ"ח אמאריליו וחכמי דורו

¹¹ וכבר הבאנו לעיל (סימן כו אות ו - ז) דכן דעת כמה מרבוותא, וראשון בקודש מהריב"ל ובנו מהרדב"ל.

¹² ביטוי 'סגור בפי' - מצאנו בדברי רבותינו האחרונים עיין בשו"ת מהרש"ך (ח"ב ריש סימן מה, ובחלק ג סימן יח ד"ה ועוד כתבת), ובשו"ת עוללות הכרם (סימן יב ד"ה והנה ראיתי).

¹³ יתכן וכונתו למהר"י קצבי שהיה מורו ורבו.

¹⁴ נראה שדודו הוא רבי יהושע רפאל בנבנישתי אחיו של הכנסת הגדולה. ואמנם בספרים הנדפסים לא מצאתי שכתב כן בסימנים הנזכרים. ומ"מ נאמנה עלינו עדותו שכן דעת דודו הגדול מעוז ומגדול.

היכא דאין שום אחד תפוס. ובהמשך דבריו כתב הרב דבר משה שמצא לכמה דרבוותא שכתבו דגם בספק בתפיסה הוה תפיסה, ומהם הרב עדות ביעקב (סימן מו), ומהרימ"ט ז"ל (ח"א סימן קנא), והרב תורת חסד (סימן עז), והרב בני משה (סימן טו), ומהרי"א חאנדאלי בספר פני יאושע (סימן כח) ועוד. עכ"ד. ונראה שלזה ראתה נטתה דעתו הגדולה. וכ"כ בשו"ת דבר משה (בח"ב חו"מ סימן ה דף ה ע"א טור א) דכבר עמדנו במקום אחר בהאי כללא דכתבו רבוותא בתראי ז"ל דהיכא דבהא פליגי מי הוי המוחזק דאזלינן בתר רובא, דנמצאו חולקים בדבר וסבירא ליה דלעולם אין להוציא מיד המוחזק, וכיון דיש ב' פוסקים המסייעים לו יוכל לומר קי"ל, וכמ"ש מדברי מהר"י די בוטון (סימן מז). עכ"ד. וכ"כ עוד בתשובה אחרת (ח"ב חו"מ סו"ס פב). ע"ש.

ב) ומיהו יש להעיר במה שמנה את המהרי"ט (בח"א סימן קנא) כדעת הסוברים דמהני תפיסה כזו, והמעייין בדב"ק (והו"ד לעיל סימן כב אות א) יראה שלא כתב כן לדעתו, אלא יישב הסתירה בדברי מהריב"ל. וכ"כ להדיא הרב סם חיי עשאל (סימן נז דף קיז ע"ב סו"ט"ד), דאע"ג דהרב מהרימ"ט חילק בין קרקע למטלטלין, היינו לדעתיה של מהריב"ל אבל הוא ז"ל פסק דלא כוותיה עכ"ד. גם מה שציין הרב דבר משה שכן דעת הרב בני משה הלא הוא רבי משה שלטון [מגדולי חכמי קושטא לפני יותר משלש מאות שנה] ובאתי אל הקודש פנימה בספרו בני משה (סימן טו דף כט ע"א טור א) ואחר המחי"ר אין הכרח לומר כן בדבריו, כיון שמיישב תשובתו בעניינו שם לכל השיטות וכותב שנידונו לא שייך להאי פלוגתא ולא ידענו להיכן ליבו - לב הארי נוטה. ע"ש. אמנם מצאתי בס"ד שיש ללמוד מדבריו שבתשובה אחרת (סימן מו דף צט ע"ב טור ד), שפסק הרב הנזכר גבי קרקע דהיכא דמספקא לן מיהו המוחזק לא עבדינן ביה עובדא להוציא מזה לזה. ולפי זה כ"ש במטלטלין ולקמן (סימן קטז אות ד) ידובר בזה בס"ד.

ג) ואדברה ואומרה שיגעתי ומצאתי לעוד מחכמי הספרדים לקדושים אשר באר"ש שהעלו כדברי המהרי"ט, דבכל ספק בתפיסה לא הויא תפיסה הלא המה כתובים בספרי הפוסקים ומהם הגאון רבי משה פרישקו [מחכמי שאלוניקי לפני כמאתיים וחמישים שנה] בספרו ידיו של משה (חו"מ סו"ס ו דף לו ע"א טור א) שכתב, דכבר אמרו דכל שיש מחלוקת אי חשיבא תפיסה או לא חזר הדין לתפוס סברת הרבים. עכ"ד. [ולקמן בדין תפיסה בקרקע (סימן קנד) הבאנו דבריו].

ועייין לגאון רבי רפאל חיים אברהם קובו זצ"ל [מחכמי סלוניקי לפי יותר ממאתיים שנה] בשו"ת חיי אברהם (חו"מ סימן ה דף לה ע"ב טור ד), שהביא הפלוגתא הנזכרת בספק בתפיסה ולא הכריע. וכל שכנגדו חזיתי ראיתי להג"ר רפאל אברהם מצליח זצ"ל [מחכמי איזמיר לפני כמאתיים שנה] בספרו מאמר המלך על הרמב"ם (הלכות מלוה ולוה פרק יא ה"ח ד"ה עוד קשה) שכתב, דקי"ל דכל שיש מחלוקת בתפיסה עצמה לא אמרינן קים לי כמ"ד

על דבריה
הערה

דעת
מהר"ם
פרישקו

דעת
מהר"א
קובו
ומהר"א
מצליח

דתפיסה מהני. עכ"ד. וע"ש שהאריך למעניתי לודן בדברי הפוסקים היכא שחייב רק בדיני שמים אם תפס אי מפקינן מיניה.¹¹ ואכמ"ל.

וכן בקודשי חזיתי לגיבור בארץ הג"ר אברהם ענתבי זצ"ל [רבה של חאלב שבסוריה לפני מאתיים שנה] בשו"ת מר ואהלות (חלק חושן משפט סימן לג דף קלג ע"ב טור ג) שג"כ נראה שסמך ע"ד הכנה"ג הנ"ל. וכתב דכל היכא דאיכא פלוגתא בתפיסה אזלינן בתר רובא. ע"ש. והיינו דלא חשיבא תפיסתו תפיסה. וכן ראיתי להגאון רבי אליעזר די טולידו [אב"ד קושטא לפני כמאתיים שנה] בשו"ת משנת ר' אליעזר (ח"א חו"מ סימן יא דף לד ע"ב טור ג) דיצא לחקור ברובן שנתן מתנה לשמעון בקנין דבר מה, ונפל ספק בקנין גופיה אי מועיל לדינא, וחזר בו הנותן ונתנו במתנה ללוי בקנין אלים דלית ביה שום ספק, ושמעון מקבל המתנה הראשונה מוחזק במתנה. ועתה תובע לוי המקבל מתנה השניה משמעון שיחזיר לו המתנה. והרבה להשיב ומסיק (דף לה ע"ב טור ד) דהוה ספק בתפיסה, ורק היכא דאיכא רובא דרבוותא דפסקו דשייך לתופס הוה תפיסה, הא לאו הכי לא. ומסקנת דבריו (שם דף לו ע"ב טור ד), דהכלל העולה הרשום בכתב בנ"ד, דאינן כח להוציא משמעון המוחזק במתנתו, מאחר דהרמב"ן והריטב"א והר"ן והנימוקי יוסף סרכין ארבעה קיימי בשיטה אחת, דבכל ספיקא דדינא אם התפיסו הנותן ברשותו וברצונו כל כה"ג שפיר קא תפיס. עכ"ד. ומדבריו משמע דבכל ספק בתפיסה בסתמא – לא הוי תפיסה, אלא שיש לנו ללכת אחרי הרוב בעיקרא דדינא, ולכן פסק בנידונו דמהניא תפיסת שמעון כיון דהתפיסו ברשות ולרובא דרבוותא מהני האי תפיסה. וכ"כ להדיא בשו"ת משנת ר"א (ח"ב חאה"ע סימן יח דף ע ע"א טור ב). ע"ש. וע"ע להרב רבי רפאל חיים מנחם פראנגי [מחכמי איזמיר לפני כמאה וחמישים שנה] בספרו ישמח לב (ח"ב חו"מ סימן לא דף מה ע"ב טור ג) מ"ש להעיר ע"ד הרב משנת ר"א הנזכר, ומ"מ גם איהו מודי ואזיל לעיקר האי דינא, דספק בתפיסה לא הוי תפיסה. ע"ש.

דעת הגר"א ענתבי, מהר"א די טולידו, ומהר"ם פראנגי

ד ובעוברי בין בתרי אמרות רבותינו בזה, ראיתי למהר"ר אשר קובו [רבה הראשי של סלונקי שבין לפני כמאתיים שנה] בשו"ת שער אשר שבכמה מתשובותיו פשיטא ליה למר, דכל ספק בתפיסה במטלטלין מהני, ואשיחה בעדותיו. דהנה בתשובה (בח"ב סימן כ עמוד עא – עב הוצאת מכון הכתב) הביא מדברי הפוסקים המחלקים בין תפיסת קרקע למטלטלין, וכתב שכ"נ דעת מהר"ש שחזר בו והו"ד לעיל (סימן כד אות ב). ע"ש. ובשניות

דעת הרב שער אשר קובו

תפיסה, היינו דוקא כשלא ברור שחייב בדיני שמים, אך אם ברור שחייב בדיני שמים אפשר דיהני תפיסה, דלא הוי ספק בתפיסה. ומיהו לדין שנחלקו הפוסקים אם תפיסה זו כשחייב בדיני שמים מהני, הוי בכלל ספק בתפיסה, ויש ללמוד מזה לנידון דידן, וכמו שיבואר לקמן (סימן נו) בעזרת השי"ת.

¹¹ ומיהו מקום יש בראש לומר דלא שייך כ"כ לנ"ד היכא דתפס ויש ספק בגוף התפיסה, דאפשר דאפילו למ"ד דמהני תפיסה גם בספק בתפיסה, היינו דוקא כשיש צד שחייב בדיני אדם, אך היכא שפטור לגמרי בדיני אדם, לא חשיב כלל כחייב לו כדי שתחשב התפיסה לתפיסה. ויש לומר גם להיפך, דגם למ"ד דספק בתפיסה לא הוי

(בח"ב חו"מ סימן כה עמוד קא שם) כתב, דרבו הסוברים דגם כי פליגי בתפיסה עצמה מצי למימר קי"ל כמ"ד דמהני תפיסה. וכן בא בכתוב השלישי (שם עמוד קג).

וראיתי להרב רבי אהרן עזריאל זצ"ל [מגדולי חכמי ירושלים לפני כמאה וחמישים שנה] דעת הרב אהרן בספרו און אהרון (מערכת ת אות כ ערך תפיסה), שכתב, בדין אלמנה שתפסה נגד בעל חוב, דהרב דבר משה אמריליו (ח"א אה"ע סימן מגנו דף קס ע"א ד"ה ומ"ש) כתב, דהדבר במחלוקת שנוי, וכיון דפליגי מי הוא המוחזק צריך לילך אחר רוב דעות. ועיין אורים גדולים (לימוד קעד) שכתב, דאנו אין לנו אלא דעת מרן שפסק (בחור"מ סימן צו סעיף כד) דמוציאים מיד האשה מה שתפסה למזונותיה ונותנים לבעל חוב. עכ"ד.

והנה במה שכתב בדעת הרב דבר משה כבר הבאנו לעיל (סימן לו אות א) דהרב דבר משה הערות על דבריו - דעת הרב אורים גדולים בתשובות אחרות אזיל כל בתר איפכא, וכתב, דמהני תפיסה כזו הבט ימין וראה. ובמה שהביא דברי הרב אורים גדולים הוא הגאון רבי אברהם זאבי [רבה של חברון לפני כשלש מאות שנה] הן אמת, שכך מבואר להדיא בספרו אורים גדולים (לימוד ריא סימן לט עמוד שעא בהוצאה המחודשת שנת תשס"ג) דהיכא דפליגי בתפיסה לא מהניא כיון דבהא פליגי אי הוה מוחזק או לא. ולדינא כתב בנידונו, דמאתר שנידון דידן לרוב הפוסקים לא מהניא הואיל ובהא פליגי, ודאי דאין בידינו להכריע ולא עבדינן עובדא.

ה) ואני הייתי מבין והנה בא מן המערב¹¹¹ על פני כל האר"ש תשובת הגאון רבי יצחק בן וואליד זצ"ל [אב"ד מרוקו לפני כמאתיים שנה] בשו"ת ויאמר יצחק (ח"ב חו"מ סימן קלז דף קיא ע"א ובהוצאה הנד"מ אדר ב תשפ"ב הוא בח"ג סימן קלז עמוד תעט והלאה), ושם הביא להקת פוסקים חבל נביאים דכולהו ס"ל דכשיש ספק בתפיסה לא הוי תפיסה. ואלו הם במספר שמות כל זכ"ר: הרב פרח מטה אהרן (ח"ב סימן כו דף נח ע"ב טור ד), שכתב, דרובא דרבוותא ס"ל דהיכא דהוי מחלוקת בתפיסה לא מצי למימר קי"ל.¹¹² ושנה דבריו עוד בח"ב (סו"ס מט דף פט ע"א טור ב), וכ"כ הרב בתי כהונה (ח"א סימן כא), ושכ"כ הפוסקים גם לגבי היורשים וכמ"ש הריב"ש ז"ל (סימן קס), דכל תפיסה שהיא נגד היורש, ויש ספק באותה תפיסה לא הויא תפיסה ומוציאים מידו. וכ"כ מהרי"ו (סימן קעה), גם הרב פרח מטה אהרן (ח"א סימן קיו דף ר ע"א סו"ט"א) הביא ראייה מדברי הריב"ש הנזכר. גם בספר מטה שמעון (כללי הקים לי אות מז) כתב כן משם כמה פוסקים. וכ"כ בספר משפט צדק (ח"א סימן כט), דכל מחלוקת בתפיסה הנכסים ברשות היורשים קיימי, כיון דהיורשים הם מוחזקים בודאי מהתורה, והתופס הוא ספק. וכ"כ הרב כנה"ג (מהדורה בתרא סימן ד הגהב"י אות ו), דכל שהתפיסה יש בה ספק היורש הוא המוחזק.

¹¹¹ כצ"ל ובספרי הדפוס גם הנד"מ כתוב עג והוא ט"ס. ¹¹² חכמי מרוקו נקראו חכמי המערב לפי שאזורים הוא בצפון-מערב אפריקה. ¹¹³ ועיין במה שכתב להשיג עליו בנידונו בשו"ת בקש שלמה אבן דנאן (סימן א דף ד ע"ב). ואין כאן מקום להאריך.

סימן לו

בירור דעת הרב פרח מטה אהרן בספק בתפיסה

א והנה הרב ויאמר יצחק בתוך כדי דבריו זכר ש"ר להרב פרח מטה אהרן הוא הרב רבי אהרן פרחיה [מחכמי שלוניקי לפני כשלוש מאות וחמישים שנה], דס"ל נמי דלא מהני תפיסה כשיש ספק בתפיסה. ואמרתי גל עיני ואביטה נפלאות מתורתו של הרב פרח מטה אהרן, דהן אמת שבתשובה הנזכרת (ח"ב סימן כו דף נח ע"ב טור ד) כתב, דבכל ספק בתפיסה לא מהני תפיסה. ושכן דעת רובא דרבוותא. אמנם בהמשך דבריו הדר תבריה לגזיזיה, וכתב, דבמקום אחר נטתה דעתי הדלה לומר דאפילו דאיכא פלוגתא דרבוותא על מציאות התפיסה אי מהניא אי לא, דמצי למימר קים לי כמ"ד דמהניא תפיסתו, היינו כשחולקים על גוף הנכסים שכל אחד מהם טוען שהוא שלו, ומשום הכי מהניא תפיסתו ודוקא בפלוגתא דרבוותא דאיכא צד בירור, ואיכא מרבוותא בתראי דס"ל דטענת קי"ל הוי כטוען ברי, אבל בספק אחר דאית ליה טענה מסופקת בתפיסתו לא. ^ו עכ"ד. ותחזינה עינינו דהבהר'יה לחלק יצאה, דמחלק בין היכא דאיכא ספק בתפיסה בפלוגתא דרבוותא - דמהניא תפיסה, לבין היכא דאיכא ספק בתפיסה מצד המציאות, דלא הויא תפיסה. ^א וא"כ נמצא שנחלק בזה על המהרי"ט דס"ל דגם בפלוגתא דרבוותא הוה בכלל ספק בתפיסה דלא הוי תפיסה. שו"ר בתשובת פרח מטה אהרן (ח"ב סו"ס קיד דף קנו ע"א טור א - ב) שהביא דברי המהרי"ט הנזכר, וכתב לדחות ראייתו דנראה דרבי יוחנן גופיה חזר בו מפסקו, ולהכי לא מצי למימר קי"ל כותיה, משא"כ כל היכא דיש שני פוסקים העומדים בסברתם, דלמר מהניא תפיסה ולמר לא מהניא, לא מפקינן מיד התופס, דמצי למימר התפוס קי"ל. עכ"ד.

הדר תבריה
לגזיזיה

ב עוד מצאתי בס"ד בתשובה אחרת בשו"ת פרח מטה אהרן (ח"ב סו"ס מט דף פט ע"א טור ב) שכתב וז"ל, ומה גם דלפי הטעמים החלוקים זה עם זה, הויא לך ספק בתפיסה אי מהניא או לא, ובכה"ג מפקינן מיד המוחזק ולא מהניא ליה התפיסה, וכמ"ש מהרי"ט (בח"א סימן עב). ועוד דרבוותא בתראי הסכימו דכל דהוי ספק בתפיסה, ותליא בפלוגתא דרבוותא, דלא מצי למימר התפוס קי"ל אלא אזלינן בתר רובא. עכ"ד. והמעיינן שם בלשון השאלה יראה שנשאל לבעל חוב שתפס עבור חובו, ובזה כבר מילתו אמורה [והבאנו דבריו לעיל בהערת שוליים] דתפיסת ספק כשאינו טוען על גוף הנכסים אלא שהוא תופסו בעבור חובו שיש לבעל החפץ, כיון דהויא תפיסתו על הספק מפקינן מיניה, ומוקמינן

ספק
בתפיסה
לבעל חוב

חובו שיש לו לבעל החפץ - כיון דהויא תפיסתו על הספק, מפקינן מיניה ומוקמינן בחזקת מאריה קמא. ^א עיינן במ"ש בזה לקמן (סימנים פז - פח) בדעת הש"ך.

^ו וממשיך וכותב הרב פרח מטה אהרן, שדוקא בטוען על גוף הנכסים, אבל כשהתופס עצמו מודה שאינו שלו אותו החפץ, אלא שהוא תופסו בעבור

בחזקת מרא קמא. עכ"ד. הרי דכאן נמצא וכאן היו דבריו כמקדמת דנא, שבספק בתפיסה במחלוקת הפוסקים, הויה תפיסה, ורק היכא שהספק הוא במציאות, או בבעל חוב שתופס - לא הויה תפיסה.

סימן לה

דעת הרב חיד"א בפלוגתא דרבוותא בקים לי

(א) אחר הדברים האלה שעסקתי בכל הכתוב בספר הזה ימים רבים, וקירבנו את פלוגתא הקרובים, דנידון ספק בתפיסה בפלוגתא דרבוותא הוא אותו נידון בספק קי"ל בקי"ל אם אומרים קי"ל בפלוגתא דרבוותא, דהיינו דהיכי דנחלקו רבותינו אי מצי למימר קי"ל, ג"כ אינו יכול לומר קי"ל כהני רבוותא דכתבו דמצי למימר קי"ל כיון דאהא קיימינן (וכמ"ש לעיל סימן כג). ואני אמרתי לריק יגעתי, דמצאתי להרב חיד"א בברכי יוסף (חושן משפט סימן כה אות כג) שכתב, דאי פליגי הפוסקים אי מצי למימר קי"ל אי לא, יש מי שכתב דלא מצי למימר קי"ל, וכן נראה שתפס הרב משנה למלך (פ"ד דמלוה סוף דין ו). ע"ש. אמנם במטלטלין עלתה הסכמת האחרונים דיכול לומר קי"ל, כמ"ש הרב כנה"ג (חור"מ סימן כה כללי הקי"ל אות לא), והרב עדות ביעקב (סימן מז), והרב נאמן שמואל (סימן סג), והרב פני משה (ח"א סימן גל, וח"ג סימן סח טב), והרב בני משה (סימן טו), ותורת חסד (סימן עז ופח), ומהר"י חאנדאלי (סימן כח), והרב דבר משה (אמריליו חאה"ע סימן מג דף קס ע"א טור א, וע"ע בח"ב חחור"מ סימן ה דף ה ע"א). גם הרב כהונת עולם (הלכות רבית דף כ"ד ע"א טור ב) כתב דלזה הסכימו הרב נתיבות משפט (דף כו) ^{טו}, ופרח מטה אהרן (ח"א סימן ו דף כג ע"א טור א), ^{טז} ומהר"ש פרימו בתשובה. ומהר"י בן שנגי בספר דת ודין (סימן יד דף יד ע"ב טור ד) כתב שדברי החולק אינן משנה. ^{טז} והביא מהרב פני משה (ח"א סימן נא, וח"ב סימן קז). עכ"ד.

^{טז} עיין במה שהובא לעיל בס"ד (סימן לו) דין ודברים בדברי הרב פרח מטה אהרן.

סה הנה אע"פ שאכן כתב כן, אמנם המעיין שם בהמשך דבריו יראה, דמודה במקצת דהיכא שצריך לומר כמה קי"ל וביניהם קי"ל גרוע כגון דקי"ל כהפוסק בהא ולא בהא - כל כה"ג מגרע כח המוחזק. ולעיל בדיני הקי"ל (סימן יח אות א) הבאתי דבריו. ע"ש. וע"ע למהרח"ך זצ"ל בשו"ת שמחת כהן (חור"מ סימן מז).

^{טז} המעיין שם יראה שתשובה זו היא תשובת הרב כנה"ג דשמיה דמר חתים עליה בסופה. והן אמת שבתחילת התשובה דן שם בזה, אבל בסו"ד כותב כיון דהוה ספק גופא מי הם המוחזקים ובכה"ג כבר מילתנו אמורה דלא הוה מוחזקותם מוחזקות. וכבר עמדנו על דעת הרב כנה"ג לעיל (סימן כב אות ב והלאה), ועוד נדון בזה בעזרת ה' ובישועתו לקמן (סימן מב).

^{טז} עיין במה שיובא לקמן בס"ד (סימן מז) דין ודברים בדברי הרב נתיבות משפט.

ב ובהערות על ברכי יוסף (שם הערה יח) ביאר הרב המו"ל, דהטעם בזה משום דבמטלטלין שייך תפיסה משא"כ בקרקע, וכמ"ש רבינו החיד"א גופיה בשו"ת חיים שאל (ח"א סימן יא). ע"ש. ולפי זה נראה שדעתו דעת עליון דגם בספק בתפיסה יכול התפוס לומר קי"ל, דנראה דהטעמים שווים בשני העניינים. וכ"כ בדעתו הגאון רבי נתן עמרם זצ"ל בספרו קנין פירות (מערכת הק' אות נב ערך קים לי דף תג עמוד ב), ונראה שסומך ע"ד. ע"ש. וכן בספק במוחזקות נמי הוה מוחזקות במטלטלין כשתופס. וכן כתב להדיא הרב שפת הים מאיר (חומ"מ סימן נט דף קסה ע"א טור ב) דבמטלטלין יכול לומר קי"ל כתרי דמסייעי לי אף שהמחלוקת בחזקה עצמה, ואף כשאין המחלוקת שקולה. וכ"נ דעת הרב סמיכה לחיים פלאג'י (אבה"ע סימן ט דף נד ע"ב טור ג) ע"ש. וע"ע בספר זכר דבר בנבנישתי (דף עד ע"ב אות יא).

ג ומעתה מאחר שהתבררה והתגלתה דעתו של רבינו החיד"א ויוסף הוא המסביר והיתה עימו כל סיעתא דשמיא דיליה הסוברים כן, נלאינו למצוא הפתח, בבחינת "המסגר", דכיון שסגר בהלכה שוב הכל אין פותחין (עיין סנהדרין דף לה ע"א), ועל כן אחר ל' נסוגתי בהביטי אל דברי קדשו, דסבירא ליה דספק קי"ל בפלוגתא דרבוותא במטלטלין מצי למימר קי"ל כיון דמהני בהו תפיסה, וממילא ה"ה בספק בתפיסה במטלטלין דהוי תפיסה. והגם שהגאון רבי אליהו מאני זצ"ל בתשובה שהובאה בשו"ת ודבר שלום הדאיה (חומ"מ סימן ה דף צט ע"ב טור ג) כתב, דבמחלוקת אי אמרינן קי"ל או לא, לא אמרינן קי"ל, ונראה שכך דעתו למרות שזכר ש' שם מדברי החיד"א ודעימיה. ע"ש. מ"מ מי יבא אחר המלך יוסף רבינו החיד"א הנמצא כזה איש אשר רוח אלקים בו, שהכריע מכל הני רבנן קדישי דבמחלוקת אי אמרינן קים לי, אמרינן קים לי.

סימן לט

החילוק בין ספק בקים לי לספק בתפיסה

אכן משפטי עם ה' ופעלתי את אלוקי, ויש לקיים מצות השב תשיכם, וזאת במדבר קדמו'ת מה שכבר הערנו לעיל (סימן כג) ע"ד הרב הכנה"ג דה"ן נסתר מחמתו מדידיה אדידיה, דלגבי ספק בתפיסה וכגון היכא דנחלקו הפוסקים אי הוה תפיסה, כתב (בחומ"מ סימן כה הגהב"י אות מ) דהעיקר כהסכמת הפוסקים דלא הוה תפיסה, כיון דאהאי גופא אנו דנים. וכנגד זה בפלוגתא דרבוותא שנחלקו אי מצי למיטען קי"ל, כתב (שם אות לא) דהעיקר דמצי למיטען קי"ל כיון שהוא תפוס. וקשה, דגם בהאי קי"ל גופא אנו דנים, ואמאי מצי למימר קים לי, ואין שני הדברים עולים בקנה אחד.

ומצאתי בס"ד לקדוש ה' מכובד רבי יצחק בן וואליד בשו"ת ויאמר יצחק (ח"ג חומ"מ ויאמר יצחק בזה סימן קנג אות ז - ח) שעמד על זה, וזכר גם מדברי הרב חיד"א הנ"ל, ובחלוקת

החילוק בין מטלטלין לקרקע

ויוסף הוא המסביר

הערה על הכנה"ג

דברי הרב ויאמר יצחק בזה

ישית למו, דמוכח מדברי הכנה"ג דשאני ההיא דקים לי דמיירי היכא שהמחלוקת הוא בקים לי לחוד, כההיא דפליגי הר"י הלוי ובר פלוגתיה, ובההיא גם כן מפלגינן בין קרקע למטלטלין, דבמטלטלין כיון שהוא תפוס מצי למימר קים לי, אבל היכא דהוה פלוגתא בתפיסה עצמה, לכו"ע לא מצי למימר קים לי. וכן מצינו שפירש דברי הכנה"ג בספר שמש צדקה מורפורגו (ח"א סימן טו דף כה ע"א). ולפי"ז גם מ"ש הברכ"י (שם) דבמטלטלין הסכמת האחרונים דמצי למימר קים לי היינו כשהמחלוקת היא בקים לי, ולא דפליגי בעיקר התפיסה. עכ"ד. ונפיק מן קדם הני רבנן, דגם אי נימא דהיכא דפליגי רבוותא אי מצי למימר קי"ל, מצי למימר קי"ל, מ"מ היכא דפליגי בספק בתפיסה לא הויה תפיסה.

סימן מ

דעת הרב חיד"א וחכמי דורו בספק בתפיסה

א) ולא אכחד שיש לי הרהורי דברים בזה, והגם שאפשר שיעלה ארוכה, אמרתי אהבה מקלקלת את השורה, ובמקום שאמרו להאריך אינו רשאי לקצר.

וראשית פרי ביכורי רבינו החיד"א הוא בשו"ת חיים שאל (חלק א סימן י), שהביא תשובתו^{מעשה שהיה} הרמת'ה של הגאון רבי ישמעאל הכהן [אב"ד מודונא שבאיטליה בעל שו"ת זרע אמת] שנשאל על ראובן שנשתדך עם בחורה אחת, ונכתב בשטר השידוכין שנתחייבה אם הנערה (בהיות שכבר מת אביה) לתת להבחור כסף מוצא, לפרוע בעד החתן בימי השדוך את דמי מזונותיו בעיר גדולה של חכמים וסופרים, כדי שיוכל להתקטש בכ"ד קשוטין ולהתלבש בחלוקא דרבנן, והחתן מקבל עליו זה לחוב גמור בעד תחילת פרעון הנדוניא שנתחייבה בה אם הכלה. ותנאי התנו ביניהם שאם בשביל איזו סיבה לא יצאו מן הכח אל הפועל הנשואין, ישלם במיטבא תכף ומיד לאם הכלה כל המעות המחושבים שהוציאה בעדו, ועשו על זה שטר בין אם הכלה ומורשה החתן בקנין סודר ותקיעת כף כנהוג.

ויהי כי ארכו הימים, ראתה אם הכלה כי לא יצלח החתן למלאכה מלאכת הקדש להיות אדם שלם בתורה ודרך ארץ, חשבה למשפט שיחזור החתן לעירו וילמד שם בלתי הוצאה כ"כ, כדי שלא יאכל כל הנדוניא קודם הנישואין, בלי תועלת ויתרון, וישאר קרח מכאן ומכאן, וכן נעשה.

ויהי אחרי שוב החתן לעירו, הגישה הכלה טענותיה לפני אמה וקרוביה לאמר, כי היא אינה שפחה כנענית לימכר ביד מי שאין לה חפץ בו, שהוא לדעתה כלי אין חפץ בו, והיא ממאנת בפירושו ויותר נוח לה לישב עד שתלבין ראשה. וקרובי הכלה ואמה עשו כל מאמצי כחם להסיר ממנה זאת המחשבה כדי שיתקיים הזיווג, ולא יכולו, כי הכלה

תשיב אמריה להם שהיא לא נתחייבה בשום מין חיוב ולא שעבדה עצמה בשום שעבוד, לא בקנין סודר ולא בתקיעת כף, והיא אינה חפצה בו כלל. והחתן כשמוע את כל דבריה טען שתחזיר לו אם הכלה כל הדורות שנתן בזמן השידוכין שהם ביד אם הכלה, והיא משיבה שלא זו שאינה מחזרת הדורות, אף זו צריך שישלים לפרוע חובו במה שהיא פרעה בעדו בשביל מזונותיו בכל זמן השדוכין כפי התנאי שביניהם, שאם בשביל איזו סיבה לא יצאו מהכח אל הפועל הנשואין, ישלם במיטבא, והדורות ששלח לא יגיעו לחצי שיעור חובו, וא"כ צריך לצאת ידי חובתו בפרוע פרעות משלם.

ועל זה הרבה להשיב הר"ר ישמעאל הנזכר, דהדבר פשוט דחייב החתן לשלם עד פרוטה אחרונה, וביני שיטי כתב וזת"ד, סוף סוף לגבי הדורות של החתן שהם תחת רשות אם הכלה, ודאי לית דינא ולית דיינא דלא מירמי להו מינה, דאע"ג דאיפליגו רבוותא אי תפיסה לאחר שנולד הספק מהני, אפילו אם תמצי לומר דהוי תפיסה לאחר שנולד הספק מה שאינו, מ"מ הרי העלו גדולי האחרונים, דכיון דבהא גופא פליגי מי הוי המוחזק, ממילא אזלינן בתר רוב הפוסקים כמ"ש הכנה"ג (סימן ד הגהת ב"י אות כו), והכא נראה מדברי רוב הפוסקים שמחויב החתן להחזיר הכל. עכת"ד.

הלכה
למעשה

ונשלח האי פסקא לרבינו החיד"א שגילה דעתו דעת עליון (שם בסימן יא), והשבח השביח לרב הכותב והוסיף, דבפסק זה החזיקו שלושת הגיבורים רבנן דפקיע שמיהו אכלא כרכא, הרבנים המובהקים האירו ברקים דייני גולה וסבי דצורה, ראשון הוא הרב הכולל מר אחיו מהרד"ך נר"ו, והרב המופלא תפארת ישראל ורבא דעמיה הנשר הגדול הרב באסאן, והרה בכותב רבי ישמעאל הכהן, שפה אחת לכלם קשתם דרוכה. ולאחר שפלפל בדבריהם העיר החיד"א מעניין המתנות של החתן שביד אם הכלה, וכתב וז"ל, עוד ראיתי להרב הפוסק שכתב דדורות שברשות אם הכלה לית דמירמי מינה, ואף את"ל דהוי תפיסה לאחר שנולד הספק כיון דבהא פליגי אי הוי מוחזק אזלינן בתר רוב הפוסקים כמ"ש הרב כנה"ג וכו' עכ"ד, ואני אומר דאיברא שכך כתב שם הרב כנה"ג וכ"כ עוד בסימן כה (בכללי הקי"ל אות מ), אך שם בכללי הקי"ל כתב דמהריב"ל ומהרש"ך שינו טעמם. ובהשמטות שבסוף הספר כתב משם בנו ז"ל, דאין כאן סתירה דהתם מיירי במטלטלין דשייך תפיסה, וכן הוא הסכמת האחרונים דמצי למימר קי"ל כמו שכתבתי בעניותי בספרי הקטן ברכי יוסף (חור"מ סימן כה אות כג), ושם אתה מוצא שנים עשר רבנים אחרונים דהסכימו דמצי לומר קי"ל ע"ש בדברים. עכ"ד.

ב ועינא דשפיר חזי תחזה, דהרב חיד"א מסכת עירובין שנה כאן, וכולה בחדא מחתא מחתינהו הן לדברי הכנה"ג שכתב דספק תפיסה לא הוה תפיסה, והן מ"ש בעניני קי"ל, ועל הכל כתב דאם מוחזק במטלטלין דשייך בהם תפיסה הויה תפיסה. והעיר כן מדברי הכנה"ג גופיה שחזר בו לאחוריו וג"כ הסיק דמהני תפיסה במטלטלין גם בספק בתפיסה, וגם בספק קי"ל. ואע"ג דספרן של צדיקים פתיחו קמיה דהרב ויאמר יצחק בן

הדינים
שוים
בספק
בקי"ל
ובתפיסה

ואליד הנזכר, וגם ספר חיים שאל להחיד"א לא פסיק מפומיה כולי יומא, נראה שתשובה זו לפי שעה היתה העלמה מעיני קדשו.

ובאמת בדרך זו הלך הגאון רבי יקותיאל חיים ברדוגו זצ"ל [אב"ד מרוקו לפני כמאה שנה] בספרו דברי יקותיאל (חור"מ סימן ז עמוד רא), וכתב, דנראה מדברי הכנה"ג להלכה, דגם בספק תפיסה מהני תפיסה במטלטלין, שהרי כתב (חור"מ סימן כה הגהב"י אות לא) וז"ל, היכא דיש ספק אם יכול לומר קי"ל או לא אין לו קי"ל, כיון דבהא קיימינן. הר"י הלוי ז"ל. ויש מי שסובר דהיינו דוקא כשהמחלוקת היא בקרקע, אבל במטלטלים חזר הדין לקי"ל. והר"י הלוי (בסימן כג) כתב דלא שנא, ובתשובה פקפקתי על דברי הר"י הלוי ז"ל, והעלתי כדברי החכם החולק. עכ"ל. הרי מבואר להדיא דדעת הרב כנה"ג כדעת החכם החולק על הר"י הלוי, וס"ל דאף דיש מחלוקת בקי"ל יכול לומר קי"ל אף במטלטלים. ולפי זה גם מה שכתב הרב כנה"ג גופיה (שם אות מ) דהיכא דבהא פליגי אי הוי מוחזק או לא הוי מוחזק, אין לומר קי"ל, כיון דבהא פליגי. מהריב"ל. הרי שמא דמאריה עלה וכבר חלק עליו באות הקודם. וכך נראה מדבריו ג"כ (שם סימן קד הגהב"י אות לב) בענין בע"ח שקדם ותפס אם זכה בתפיסתו או לא, ולאחר שהביא פלוגתא דרבוותא סיים וכתב וז"ל, ומי יוכל להוציא ממון נגד פלוגתא דרבוותא. ע"כ. הרי מבואר להדיא דגם בספק בתפיסה עצמה ס"ל להרב כנה"ג דזכה התופס. עכ"ד.

וממשיך והולך בדרכו הרב דברי יקותיאל וכותב (שם), שלפי האמור יתבאר לך דאין לחלק בין פלוגתא בתפיסה עצמה ובין פלוגתא בקי"ל וכמו שעלה על דעת מהרי"ץ בן וואליד זלה"ה בשו"ת ויאמר יצחק (ח"ב בתשובה קנג), ושפיר יש לומר דספק תפיסה הוה ספק כמ"ש הרב תקפו כהן (סימן קא), ואילו היה רואה הרב ויאמר יצחק לדברי התקפו כהן הוה הדר ביה. עכ"ד. ואמנם המעיין בתשובת ויאמר יצחק הנ"ל (באות יא) יראה, שהגם שלא זכר ש"ר מדברי התקפו כהן מ"מ לא העלים עינו מדעת החולקים, והביא דבריהם. ואעפ"כ היה טעמו ונימוקו עימו לחלק בין הדברים, בין ספק בתפיסה דלא הוה תפיסה, לספק בקי"ל דטענינן קי"ל.

ומ"מ שמועה שמענו מדברי הרב תורת יקותיאל, שגם הוא מודה בעירו"ב, דדין ספק בקי"ל ודין ספק בתפיסה כתאומי צביה וכזה כן זה, ומאחר דפסק הכנה"ג דבספק בקי"ל מצי למימר קי"ל, ממילא גם בספק בתפיסה יהיה דינו דהוי תפיסה.

ג) ומצאתי בס"ד עוד חברים מקשיבים שהלכו בדרך זה, ומהם הגאון רבי משה הכהן פוסקים הסוברים

עולם (ח"א סימן קסב דף ז ע"ב טור ג, ובסימן קעב דף כד ע"א טור ב) שכתב, דתפיסה במטלטלין אף דהוי פלוגתא בתפיסה עצמה מהני, וכמ"ש הכנה"ג ליישב תשובת מהריב"ל ומהרש"ך

דלא ליפלגו אהדדי. ושכ"כ הרב נתיבות משפט למהר"ח אלגאזי.¹⁰ עכ"ד. גם הגאון רבי חיים ניסים שלמה זצ"ל [מחכמי קושטא לפני יותר ממאתיים שנה] בספרו חשק שלמה (ח"מ סימן כה הגהב"י אות לח) הלך בדרך זו, וכתב דהרב כנסת הגדולה מהדר קהדר ביה, וגם בספק בתפיסה הוא תפיסה במטלטלין, וכן מסיק שם לדינא. וכן מצאתי ראיתי להגאון רבי שלמה אבן דנאן [אב"ד פאס שבמרוקו לפני כמאה שנה] בספרו אשר לשלמה (ערך תפיסה אות ז), שכתב, דגם היכא דפליגי בתפיסה, הדר דינא דיכול לומר קי"ל לדעת רובא דרבוותא, זולת קצת מרבוותא דלא ס"ל הכי, והבאים אחריהם המה ראו כן תמהו כמ"ש כ"ז בשו"ת שער אשר קובו (ח"מ סימן כו).¹⁰ ע"כ. וכ"פ בספרו שו"ת אשר לשלמה (סימן נ דף קה ע"א טור א), דהעיקר דגם היכא דפליגי אי מהני תפיסה במטלטלין מהני תפיסה. עכ"ד. אתה הראת לדעת דכמה וכמה מגדולי הפוסקים הלכו והכריעו להלכה ולמעשה דגם ספק בתפיסה הוי תפיסה במטלטלין. ומ"מ מידי פלוגתא לא יצאנו גם בדעת חכמי המערב.

סימן מא

בירור דעת הכנה"ג בספק בקי"ל אי אומרים קי"ל

א) והבט ימין וראה, דכבר כתבנו בס"ד בריש אמיר (סימן כג), דהכנה"ג גופיה פירש מהי משנתו האחרונה, וממה שהביא הרב חיד"א נמצאנו למדים דשוב חזר בו. ועל כן אמרתי לפרוס היריעה לאורכה ולרוחבה בכל תורתו שבכתב של הרב כנה"ג, ונצא לחקור מהם סדר הזמנים, בתשובות ובדינים, שבדינים אלו חונים, ומה כולם אומרים ועונים, על הראשונים ועל האחרונים, בין בענין ספק בקים לי ובין בענין ספק בתפיסה לידע ולהודיע מהי משנתו האחרונה.

וראשון בקודש מ"ש בשו"ת בעי חיי (ח"א ח"מ סימן לד דף כז ע"ב טור ג) וז"ל, דאין המוחזק יכול לומר קים לי כיון דבהא פליגי אי הוי מוחזק ויכול לומר קים לי, או לא הוי מוחזק ואינו יכול לומר קים לי. והעיקר דאינו יכול לומר קים לי כמ"ש הר"י הלוי ז"ל (בסימן נב, נג, וסו), ואעפ"י שאני פקפקתי על זה בתשובה אחרת, מידי ספיקא לא נפקא, וחזר הדין שאין המוחזק יכול לומר קי"ל, אלא אית לן למיזל בתר רוב הפוסקים. עכ"ד. והיא תשובה משנת התי"ז.

ואשר על ידו השני בשו"ת בעי חיי (ח"א סימן עה דף פב ע"א טור ב) בסוף התשובה שכתב וז"ל, דכיון דאיכא דרבוותא דסברי דאינו יכול לומר קים לי, אין לומר קים לי ואית לן למיזל בתר רוב הפוסקים. עכ"ד. וגם זו התשובה משנת התי"ז.

¹⁰ בדעת הרב נתיבות משפט אלגאזי בספק בתפיסה עיין במ"ש לקמן (סימן מז).
¹⁰ ולקמן (סימן קטו אות ב) עמדנו בס"ד על כל דברי הרב שער אשר.

גם את השלישי מה שכתב בשו"ת בעי חיי (י"ד סימן קצג דף קמה ע"ב טור ד) וז"ל, כתב מהר"י הלוי דהיכא דבהא פליגי אי אמרינן קי"ל לא אמרינן קי"ל. ואף שפקפקתי על מהר"י הלוי בתשובה אחרת, וכן ראיתי לבר פלוגתיה שחולק עליו וסוף סוף אל יחסר מלהיות מחלוקת. ובנידון שלנו דאיכא טעמי אחריני, ראוי לפסוק כהר"י הלוי. עכ"ד. והנך רואה בעיניך שאע"פ שקסת'ו נסוגה אחר במקצת מ"מ כתב דהיכא דיש עוד טעמים אחרים דהתופס לא תופס ראוי לפסוק כמהר"י הלוי. והיא תשובה שנדפסה בשנת התי"ח. [וזה היא כדעת פשרה בין קודם חזרה לאחרי חזרה].

ועל ארבעה ל'ו ישיבנו' מ"ש בשו"ת בעי חיי (חושן משפט חלק א סימן קג בתשובה השניה) וזת"ד, ולענין מעשה, כיון דנמצא דבהא פליגי אם יכול לומר קים לי או אינו יכול לומר קים לי, אינו יכול לומר קים לי כיון דבהא קיימינן כמ"ש הר"י הלוי ז"ל בתשובותיו. ואף על פי שיש חולקים עליו במטלטלין, ובמקום אחר כתבתי שכן עיקר, מ"מ מידי ספיקא לא נפקא, ואין המוחזק יכול לומר קים לי כיון דבהא קיימינן. וכיון דלית לן למימר קי"ל, נ"ל דאית לן למיזל בתר רובא, כמ"ש מהר"ש חיון ומהר"ח שבתאי ז"ל דהיכא דפליגי אי הוי מוחזק או לא הוי מוחזק לא הוה מוחזק, ויש לילך בתר רוב הפוסקים. והוא פשוט. עכ"ד. הרי שפירש שגם במחלוקת אם יכול לטעון קי"ל, העיקר הוא דכיון דבהא פליגי אינו יכול לומר קי"ל. ותשובה זו היא משנת התי"ט.¹⁰⁰

וחמישיתו יוסף עליו מה שחזר על פסקו האמור בשו"ת בעי חיי (ח"א סימן עד דף פ ע"א טור א - ב) דבמקום דאיכא פלוגתא אי יכול לומר קים לי אין יכול לומר קים לי כיון דבהא פליגי, ואית לן למיזל בתר הרוב. עכ"ד. והיא תשובה משנת התכ"א.

ב) ונבא לסדר הזמנים, בכל כתבי הקודש של הרב כנה"ג, ונראה שמשנת תי"ז עד שנת תכ"א הלוח ילך בכל פסקיו בתשובותיו דהיכא דפליגי אי אמרינן קי"ל אין לומר קים לי. וכבר כתב הרב חיד"א בברכי יוסף (י"ד סימן קסא סוף אות ד), שספר כנסת הגדולה על חו"מ ח"א הודפס בשנת הת"ך, והוא בכלל סך השנים (תי"ז - תכ"א) שבתשובותיו העלה דאין לומר קי"ל כשנחלקו בקי"ל גופא. ומעתה מאחר שבתשובה משנת תי"ט כתב, דאף על פי שיש חולקים עליו במטלטלין, ובמקום אחר כתבתי שכן עיקר, מ"מ מידי ספיקא לא נפקא, ואין המוחזק יכול לומר קים לי כיון דבהא קיימינן. עכ"ד. הרי ששפתי קדשו ברור מיללו שחזר בו ממה שכתב במקום אחר, מקום יש בראש לומר שכונתו למה שכתב בחיבורו כנה"ג, ששם הראה פנים דלא כמהר"י הלוי, ושוב מיהדר קא הדר ביה בתשובה הנ"ל. ודוחק לומר שלאחר שכתב את התשובה הנזכרת בשנת תי"ט, כתב את חיבורו כנסת

התכ"ד, וכמו שהזכיר בשאר התשובות שכתב בשנה זו בחיבור בעי חיי חו"מ סימנים ה, קכט, קלה, ועוד. ע"ש. ופשוט.

¹⁰⁰ ובספרי הדפוס כתוב שנת תהי"ט, ואין לטעות ולומר שכונתו לשנת תכ"ד העולה בגימטריא תהי"ט דלמה ישנה ולא יכתוב שנת

הגדולה על חו"מ ח"א, ובתוך פחות משנתיים ימים דעתו הגדולה הכינה וגם חקרה לכל הכתוב בספר, וגם הספיק להדפיסו, ולא שמענו שהיה לרב כנסת הגדולה שם הכותב, או שם המדפיס. ומסתברא מילתא שאת חיבורו הכנה"ג על חו"מ כתב כמה שנים לפני שנת ההדפסה שהיא שנת הת"ך, ולאחר כמה שנים בשנת תי"ט כתב, דחזר בו ממה שכתב במקום אחר, ולשנה הבאה הדפיס ספרו הכנה"ג ולא זכר ש'ר לשנות בכתובים. וביחוד שכבר פירש דעתו להדיא בתשובה דמיהדר קא הדר ביה, דתו לא רמי עליה חובת הזכירה לתקן בכל חיבוריו.

וביחוד שגם בתשובתו שבשנת תכ"א [שהיא כשנה אחרי שהוציא את חיבורו כנה"ג חו"מ ח"א], ג"כ דרך קסת'ו קסת' גיבורים, דבמקום דאיכא פלוגתא אי יכול לומר קים לי, אין יכול לומר קים לי, כיון דבהא פליגי, ואית לן למיזל בתר הרוב. ומאחר דגלייה לדרעיה ונפל נהורא דמשנה האחרונה שלו דכל היכא דפליגי הפוסקים אי טעינינן קי"ל, לא טעינינן קי"ל. ומיניה לנ"ד דכל שכן דבספק בתפיסה דלא הוא תפיסה, דהא כבר התבאר לעיל מיניה (סימן לט) בדברי מהר"י בן וואליד דגם אי נימא דספק קי"ל אמרינן, ספק בתפיסה דהוא תפיסה לא אמרינן. ואחרון אחרון חביב. ויותר ממה שקריתי לפניכם כתוב על לוח ליבי.

ג) ומעתה מקום יש בראש לומר דאילו היה רואה הרב דברי יקותיאל דברי הרב כנסת הגדולה גופא במשנתו האחרונה, שנקט לעיקר שגם במטלטלין אינו יכול לטעון קי"ל כשנחלקו אי מצי למימר קי"ל, וממילא יש לומר כן דה"ה לתפיסה, אפשר שלא היה בא בטענה על הרב ויאמר יצחק. וביחוד דשותא דמו"ר הכנה"ג בכמה קומות בחיבורו הגדול הזה נראה דסבירא ליה דספק בתפיסה לא הוה תפיסה וכמ"ש לעיל (סימנים כא - כב). ומצוה להביא מן החדש מ"ש עוד הכנה"ג (חו"מ סימן כה הגהב"י אות יא) וז"ל, נ"ל דלא אמרינן דיכול המוחזק לומר קי"ל, אלא כשאין ספק באותה טענה, כגון מלוה על המשכון וכנגד המשכון יכול לומר קי"ל כמ"ד דשומר חנם הוי (עין שו"ע חו"מ סימן עב סעיף ב), ופטור מגניבה ואבדה. אבל אם נאבד המשכון ואין ידוע אם נגנב או נאבד בפשיעה, אינו יכול לומר קי"ל כמ"ד דשומר חנם פטור מגניבה ואבידה, כיון דלא ברירא לן שנגנב שלא בפשיעה. ויראה לי לדמות דבר זה למ"ש מהריב"ל והסכימו עימו הבאים אחריו, דהיכי דפליגי אי הוי מוחזק או לא, לא אמרינן קי"ל, וה"נ לא אמרינן קי"ל אלא בטוען ודאי, אבל בטוען ספק, כיון דמעיקרא איכא ספיקא בטענה לא אמרינן קי"ל. עכ"ד. הרי שלא רק שסמך על האי דינא דמהריב"ל דכל ספק במוחזקות לא הוה מוחזק, אלא גם עשה ממנו יתד וממנו פינה לעוד דינים להלכה ולמעשה.

בספק
בטענה
ובמציאות
אין לומר
קי"ל

סימן מב

עוד בענין הנ"ל ובירור משנה אחרונה דרבינו הכנה"ג בספק בתפיסה

דברי הרב
שמחת כהן

(א) ונסוגותי אחר בהביטי להגאון רבי רחמים חי חויתה הכהן זצ"ל בשו"ת שמחת כהן (חלק חושן משפט סימן מז מהדורת התש"ס), שעמד וימודד אר"ש בדעת רבינו הכנסת הגדולה בדין קי"ל הנזכר וזת"ד, והיכא דאיכא פלוגתא בקים לי גופה אי מצי למימר קים לי, עיין להר"ר אברהם הכהן יצחקי זצ"ל [בעל המשמרות כהונה מגדולי רבני תוניס לפני יותר ממאה ושישים שנה] בשו"ת מצות כהונה (סימן טז), שכתב בשם הכנה"ג בתשובת בעי חיי (סוף סימן קג), שאע"פ שבתשובה אחרת הסכים דבמטלטלי יכול לומר קים לי אפילו בדבר דפלוגתייהו בקים ליה גופה, מ"מ למעשה נראה דאינו יכול לומר קים לי. ע"ש. וכן כתב הכנה"ג עוד בתשובת בעי חיי בכמה תשובות (סימן לד, וסימן עה, וסימן עז, וסימן פט, וסימן צח), דאע"פ שבתשובה אחרת פקפקתי בזה מ"מ מידי מחלוקת לא נפיק וחזר הדין שאינו יכול לומר קים לי. ע"ש. מיהו ראיתי להכנה"ג גופיה בתשובת בעי חיי (בח"ב סימן כד דף כא ע"ב טור ד) שהסכים דבמטלטלין יכול המוחזק לומר קים לי היכא דפליגי בקים ליה גופה. ודחה דברי הפוסק שכנגדו ע"ש. וההיא תשובה היא בתראה מכל תשובות הנז"ל, כדמוכח ממספר השנים שהיא בשנת ת"ל, וכל הנהו תשובות הם קודמים לזמן ההוא. וכן כתב עוד בח"ב (בסימן נז, ובסימן נח, ובסימן פו), וכולהו בתראי כמו שיראה הרואה. ומוכח שחזר בו ממה שכתב מקודם בכמה תשובות, דלמעשה אינו יכול לומר קים לי. ועיין למהרמ"ז זצוק"ל^ט בכמה מקומות בספריו שהביא דברי הרב מצות כהונה הנזכר בשם הכנה"ג בתשובה, דהיכא דהפלוגתא בקים לי עצמה אינו יכול לומר קים למעשה. ע"ש. ולא זכרו שרים דהכנה"ג גופיה הדר ביה וכמ"ש לעיל. גם הברכי יוסף (בחור"מ סימן כה אות כג) כתב, דבמטלטלין עלתה הסכמת כל האחרונים לומר קים לי גם דפליגי בקים לי עצמה. וכן כתב בספרו שער יוסף בשו"ת שבסוף הספר (סימן ו), שדברי החולק בזה אינה משנה, ואין חולק בזה רק מהר"י הלוי והמשנה למלך, והם נגד רובא דרבוותא שהזכיר שם. ע"ש. וכן כתב הרב מטה שמעון בכללי הקים לי (אות עב), והרב קול אליהו (ח"א חו"מ סימן ח), והרב משאת משה (חו"מ סימן ה), ומוהר"ח ז"ל בספר גנוזי חיים (מערכת הקים לי אות ג). והרב טהרת המים (מערכת קר"ף אות נד) ע"ש. עכ"ד.

ואני באתי אחר המלך מהרח"ח הכהן זצ"ל ומששתי כל כליו, ובדקתי בכל המקומות הנזכרים בשו"ת בעי חיי, ואכן נודע הדבר שחזר בו הרב כנה"ג מחזרתו, ודעתו האחרונה דבמטלטלין אם תפוס, ונחלקו אי יכול לטעון קי"ל, יכול לטעון קי"ל.

^ט הוא רבי משה זקן מאוזו זצ"ל והזכיר תשובת הרב מצות כהונה הו"ו כמה פעמים בחיבוריו. עיין בספר שערי משה בחיבור ויאמר משה (הלכות מצרנות אות יא דף לא ע"א טור ב) ועוד

במטלטלין
מהני
תפיסה

ב) גם בדיני תפיסה כתב הרב שמחת כהן (שם), דהיכא דפליגי הפוסקים אם הוא מוחזק, עיין להכנה"ג (בכללי הקים לי אות מ) דאין לומר קים לי, אלא אזלינן בתור רוב דעות. ועיין בתשובת בעי חיי (ח"ב סימן כד דף כ"א ע"ב טור ד) בשם בנו ז"ל, דבמטלטלין מהניא תפיסתו לומר קים לי אף דהפלוגתא בתפיסה עצמה. עכ"ד.

חזרת
הכנה"ג
מחזרתו

ודבר ה' בפיהו אמת, ואני באתי אחריו ומצאתי דמר בריה דהרב כנסת הגדולה רבי ישראל היתה דעתו לחלקם מקדמא דנא והו"ד עלי גליון ועלי ספר בשו"ת בעי חיי (ח"א חו"מ כרך א סימן צו דף קיא ע"א טור ב) דכתב, דחילק ידענא בין מטלטלין לקרקע, ובמטלטלין מהני תפיסה גם בתפיסה שהיא בפלוגתא דרבוותא. עכ"ד. עוד יגעתי ומצאתי בתשובה מפורשת נוספת לבעל הכנה"ג גופיה בשו"ת בעי חיי (חלק א כרך ב חו"מ סו"ס קפו דף רכז ע"א טור א) שהיא תשובה משנת ה' שכתב כן וזת"ד, דאף דבכל זה איכא פלוגתא דרבוותא וחזרנו למקום הספק, ומצי המוחזק לומר קי"ל כאותם הסוברים שתפיסה שלא ברשות, ותפיסת שמא היא תפיסה, כי היכי דאמרינן בעלמא דמצי המוחזק לומר קים לי כרבוותא דמסייעו לי, ליתא, דשאני התם שהוא מוחזק והמע"ה, אבל הכא איך ייטען התופס קי"ל דתפיסה מהניא ובהא פליגי אם התופס מקרי מוחזק או בעליו הראשונים ובהא לית לנו לילך אחר הרוב. עכ"ד. ושוב הד"ר הוא לכל חסידיו ובהגה בסוגרים עגולות בסוף תשובה זו כתב¹¹ וז"ל, ובספר כנסת הגדולה (חלק חו"מ סימן כה הגהת ב"י בכללי הקים לי), מיהו כתבתי שם (באות מ) שמהריב"ל (ח"א כלל יג סימן עז וכלל יד סימן סד, ובח"ב סימן מא) ומהרש"ך (ח"א סימן קלג) שכתבו דהיכא דבהא פליגי אי הוי מוחזק או לא הוי מוחזק שינו את טעמם, עיין במהריב"ל ז"ל (ח"ב סימן נה) ובמהרש"ך ז"ל (ח"א סימן קז). וכתבתי בסוף הספר בשם בני הח"ר ישראל דאין כאן סתירה דמהריב"ל (ח"ב סימן נה), ומהרש"ך ז"ל (ח"א סימן קז) מיירי במטלטלי דשייכי בהו תפיסה,¹² ולפי זה בנ"ד אם המקבל תפוס אפילו בתפיסה דספק, ואפילו בתפיסה שלא ברשות יכול לומר קים לי. ועיין בתשובת מורי הרב ז"ל (ח"א סימן קנא). ע"כ הגהה.¹³ אתה הראת לדעת דבין בספק בקי"ל ובין בספק בתפיסה, מסקנת הכנה"ג דבמטלטלין הוי קי"ל והויא תפיסה. ושוב ראיתי שכבר הרב חקרי לב (חחו"מ ח"א סימן ל עמוד קיג הוצאת מכון המאור) העיר על דברי הכנה"ג דדבריו סתראי נינהו דמתשובתו בשו"ת בעי חיי (ח"א סימן א) נראה דסובר דבספק בתפיסה לא יכול לטעון

¹¹ עב ואל יתמה הלומד דאם יראה שבשו"ת בעי חיי (ח"ב חו"מ סימן קו דף קי ע"א טור א) נראה דלא דחה לגמרי דעת מהרח"ש ודעימיה, ודעתו נוטה קצת דספק בתפיסה לא הוה תפיסה. ע"ש. דתשובה זו אינה מהכנסת הגדולה, אלא מהגאון פני משה בבבנישתי והודפסה בשו"ת פני משה (ח"ג סימן סג). וכבר עמדנו על דעת הרב פני משה לעיל (סימן לג) ע"ש.

לו שם בחיבורו קול משה (חו"מ הלכות שלוחים אות יז דף כו ע"א טור א).

¹² ונראה שהשגה זו היא מאוחרת יותר, שכן ציין למ"ש בכנסת הגדולה שהודפס בשנת הת"כ וכמ"ש לעיל (סימן מא אות ב) ע"ש.

¹³ ועיין להגאון רבי יהודה בבבנישתי בספרו זכר דבר (חו"מ מערכת אות הק' אות ט דף עד ע"א) במה שתמה ע"ד הכנה"ג בזה. ואכמ"ל.

קי"ל, ואילו בתשובה אחרת (בח"ב סימן נט) כתב דבמטלטלין נקטינן דאמרינן קי"ל גם בתפיסה כהאי גוונא. וצריך לישב דברי הרב כנה"ג ולומר, שדעת הרב כנה"ג היתה בכל ימיו דספק בתפיסה לא מצי למימר קי"ל, כמו שכ"ג בתשובת הכנה"ג שהובאה בשו"ת מהרי"ט (ח"א סימן קנא), ועל כן בתשובה זו דח"א (סימן א) שהיתה בשנת התכ"ב היתה דעתו מתחילה דאין לומר קי"ל, ולכן העלה דלא הוי תפיסה, כדעת רוב הפוסקים, אך בתשובה דח"ב (סימן נט) שהיא משנת התל"א כבר חזר בו, והעלה דבמטלטלין מצי אמר קי"ל, גם במחלוקת בתפיסה. עכ"ד.

סימן מג

פוסק הסותר משנתו בין הפסקים לתשובות

ועתה נבוכים אנו באר"ש סגר עלינו המדב'ר, דאבי אבות השיטה הלזו דלא מהני תפיסה בספק בתפיסה הוא רבינו הכנה"ג, שהרי חזר ושנה כמה וכמה פעמים בכל חיבורו יסוד זה, וממנו יתד וממנו פינה ויסוד לכל חידושי הדינים בזה, ועליו סמכו הבאים אחריו סמיכה בכל כוחם והשתא דמהדר קהדר ביה, נמצא שבנפול היסוד נפל הבנין, ואנחנו לא נדע מה נעשה.

והנה לפי האמור יוצא שרבינו הכנה"ג סתר דבריו שכתב בפסקיו ממה שכתב בתשובותיו, שבפסקיו נראה שדעתו נוטה דספק בתפיסה לא הוה תפיסה, ובתשובותיו אין ולא ורפיא בידיה ומשנתו האחרונה דהויא תפיסה. וכל כה"ג יש לנו ללכת אחרי הפסקים, וכמ"ש כיוצא בזה הגאון יעב"ץ במור וקציעה (או"ח סימן רסג), שיש לסמוך על מ"ש בספר תרומת הדשן יותר מעל מ"ש בכתביו. וכ"כ ה"ר יהודה דיש לסמוך עמ"ש הרא"ש בפסקיו יותר מעל תשובותיו. עכ"ד. ובהערות על המור וקציעה (שם הערה 3 הוצאת ירושלים תשנ"ו), הביאו לשון רבינו בהגהותיו בכת"י על הב"י שם (דף רצג ע"ב דבור ראשון) וז"ל, אף על פי שאי אפשר שיהיו כל תשובותיו קודמין לפסקיו, ובודאי הרבה מתשובותיו אחרונים הן, אלא שאם אדם כותב בתשובה דבר שסותר לפסקיו בודאי חזר בו, וא"כ דרכו להגיה בפסקיו להודיע שאח"כ חזר בו. אבל מה שכבר יצא מתחת ידיו בתשובות שכתב, אי אפשר לתקן ולמהדר עובדא. ונוסח התשובה שהשיב לשואל בהוייתו עומד משנה לא זזה ממקומה, משא"כ הפסקים לעולם בידו הן לתקנם. עכ"ל. וכ"כ בהגהותיו שם לסימן קסח (דף י"א ע"ב). עכ"ד. גם הגאון רבי חיים פלאגי בספר כל החיים (דף כא ע"ב, אות נז) והו"ד בשו"ת יביע אומר (חלק י יורה דעה סימן לז בהערה) כתב, שהטעם שאם יש סתירה בין דברי הרא"ש בפסקיו למה שכתב בתשובה, שהלכה כמו שכתב בפסקיו, וכמו שכתב להדיא מרן הבית יוסף (חושן משפט סימן קכו סעיף ח), משום שבפסקיו הכל אורייתא דיליה, וחיברו ככוונה להלכה למעשה, להבין ולהורות לשעה ולדורות, ועדיף מתשובותיו שהם לפרקים. עכ"ד. וע"ע במ"ש בזה בשו"ת יביע אומר (שם, ובחלק ב אורח חיים סימן ל אות יא). ואכמ"ל.

ולפי האמור יש לומר מהני טעמי דיש לנו לנקוט בדעת מרן החבי"ב כמ"ש בכנה"ג דספק בתפיסה לא הויה תפיסה, ובספק בקי"ל מצי למיטען קי"ל, ודלא כמ"ש בתשובותיו.

סימן מד

הכרעת הפוסקים לחלק בין ספק בקי"ל לספק בתפיסה

א) ונשים פנינו קדמה אל האי חילוקיא דרבנן שהזכרנו לעיל (סימן לט) משם מהר"י בן ואליד בין ספק בקי"ל לספק בתפיסה, דיש לחלק בין היכא דהמחלוקת בתפיסה דהוי ספק בתפיסה דלא מהניא תפיסה, לבין היכא דהמחלוקת בקי"ל דאם תפוס מצי למימר קי"ל. ונראה ליתן טעם לשבח בחילוק זה, דהיכא שנחלקו אי מצי למימר קי"ל ואין מחלוקת בתפיסה, נמצא שבמה שטוען קים לי כהני רבוותא, אית ליה רבוותא דמסייעי ליה גם ללא תפיסתו, ולהכי שפיר תהני בזה תפיסתו, לפי שלא נוכל להכריע כנגד הני רבוותא קדמאי דמסייעי ליה כיון שתפיסתו בודאי. אך היכא שיש מחלוקת בעצם התפיסה, נמצא שכל מה שאנו רוצים לעשותו מוחזק הוא רק מכח תפיסתו, שללא תפיסתו לא הוי שלו כלל, וכיון דבהא גופא נחלקו אם תפיסתו תפיסה, יש לומר דלא מהני תפיסתו, דאין תפיסתו ברורה וחזקה שתחשב כתפיסה דאין עימו במחיצתו רבוותא דמסייעי ליה בסברא או דין חיזוניים ללא תפיסת ספק זו.

החילוק בין קי"ל לתפיסה

ב) ונראה שכן דעת הרב פני משה בנבנשיתי, שהרב חיד"א מנאו בכת הסוברים דבמקום ספק אי אמרינן קי"ל, יש לומר קי"ל. והנה בתשובה אחרת בפני משה (ח"ג סימן סג דף קכד ע"א טור א, והובאה גם בשו"ת בעי חיי ח"ב חו"מ סימן קו דף קי ע"א טור א), מייתי להני רבוותא דסבירי ליה דהיכא דהתפיסה אעיקרא במחלוקת היא שנויה אי מקריא תפיסה או לא, אין התופס יכול לומר קים לי. וכן כשהמחלוקת היא בעיקר החזקה, אין לשום אחד מהם לומר קים לי. ומוסיף והולך ומחלק, דהיינו היכא דלא נפלה המחלוקת אעיקרא דדינא מי הוא הנקרא מוחזק, ולכך כשתפס התופס לא מצי למימר קי"ל שתפיסתי מועלת להוציאה מיד מי שמוחזק מעיקרא, אבל כשהתופס יש בו ספק אפילו בלתי תפיסה, הוא הנקרא מוחזק וכו'. עכ"ד. [והו"ד באריכות לעיל (סימן לג אות ד) ע"ש]. ואלה הדברים אשר שם משה לעיני כל ישראל, הן הם יודו ויאמרו לחילוק הנזכר, דכל היכא שאין לתופס שום סברא מלבד עצם הספק בתפיסה, לא הויה תפיסתו תפיסה כנגד חזקת מרא קמא, אך אם יש לתופס ספק גם בלי תפיסתו, וכגון במחלוקת הפוסקים דיש ב' פוסקים דס"ל דהוי שלו גם ללא התפיסה, בכה"ג הוא הנקרא מוחזק גם בספק בתפיסה.

ראיה מדברי הרב פני משה

ג) שו"ר שכדברים האלה ממש כתב בשו"ת שמש צדקה מורפורגו (ח"א או"ח סימן טו דף כה ע"א ט"א ד"ה ועד השלישי). ע"ש. והוסיף לעמוד (שם ד"ה וכת') על דברי הכנה"ג (חו"מ סימן כה הגהב"י אות לא) שכתב, דהיכא דיש ספק אם יכול לומר קי"ל או לא, אין לומר קי"ל, כיון דבהא

ראיה מדברי הרב שמש צדקה

קיימינן. הר"י הלוי ז"ל. ויש מי שסובר, דהיינו דוקא כשהמחלוקת היא בקרקע, אבל במטלטלים חזר הדין לקי"ל. והר"י הלוי (בסימן כג) כתב דלא שנא. ובתשובה פקפקתי על דברי הר"י הלוי ז"ל, והעלתי כדברי החכם החולק. עכ"ד הכנה"ג. ולכאורה קשה, הלא המהרש"ח שכתב דבכל ספק בתפיסה לא מהני תפיסה הוא עד המסייע לדברי מהר"י הלוי, והביאו הכנה"ג בהמשך דבריו (שם אות מ), ואמאי כתב שהעלה כדברי החולק. וליכי אומר לי שהחילוק ברור, דכל מה שחלק על מהר"י הלוי, היינו בפלוגתא אי אמרינן קי"ל, דבוה חילק ידענא בין מטלטלין לקרקע, דכיון שיש מי שסובר שהממון שלו גם ללא התפיסה, השתא שהוא תפוס ומוחזק ודאי מאן מרמי ליה מידיה, אך היכא שיש מחלוקת בעצם בתפיסה או המוחזקות גם החולק על מהר"י הלוי בודאי יסבור שא"ז תפיסה. וכן מבואר בכנה"ג עצמו (שם אות מ) בענין היכא דהוי פליגי אי הוה מוחזק או לא, שהביא דברי המהר"י הלוי הנ"ל, וכתב דאפילו לבר פלוגתיה החולק שם יודה בכאן. וצריך להבין הטעם מה טיבה של הודאה זו, ולהאמור נוחא. עכת"ד. נמצא שע"פ פירוש הרב שמש וצדקה בכנה"ג עצמו מבואר החילוק הנזכר. ודפח"ח. ונהגם שהבאנו לעיל שאכן הרב כנה"ג חזר בו לגמרי ממשנתו, והקים את בנו אחריו והעמיד דבכל ספק בתפיסה במטלטלין מהני תפיסה, מ"מ עיקר הסברא עדיין עומדת בעיניה].

ד) וכדברים האלה ראיתי להגאון רבי ברוך פרנקל תאומים [מחכמי אשכנז לפני יותר ממאתיים שנה חמיו של הדברי חיים מצאנז] בספרו ברוך טעם (כל כתבי הברוך טעם בהוצאת זכרון אהרן חלק ראשון עמוד שפ), דבתחילה פתח ואמר בדברי הש"ך בתקפו כהן (סימן קא - קב) במ"ש לדחות דברי המהר"י ט בדין ספק בתפיסה.

ובהמשך דבריו כתב עוד דנראה לתרץ דברי מהר"י בן לב בתשובות שהעירו בו האחרונים שבקונטרס אחד (ח"ב סימן מא) נראה שסובר כדעת המהר"י"ט, ובמקום אחר (ח"א סימן סז) כדעת הש"ך. ועלתה בידי לחלק, דהיכא שמלבד הספק בתפיסה עצמה יש ספק להתופס, כמו בתקפו כהן שאף בלי התפיסה יש ספק בהולד אם הוא בכור ושייך לכהן, מועלת התפיסה. משא"כ כשאין להתופס שום ספק זכות, רק מצד התפיסה, כמו במעשה דקריביה דרבי יוחנן (כתובות דף פד ע"ב) דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לולי התפיסה, אף שהחיוב ברור - אין לו זכות תביעה מהיתומים, וליכא בזה גדר ספק. ומיושבים בזה כל קושיות התקפו כהן על דעת מהר"י"ט. עכ"ד.

ודבריו הם כתאומי צביה לחילוק הנזכר של הרב שמש צדקה והרב ויאמר יצחק הנ"ל. בין היכא דהמחלוקת בקי"ל ואין ספק על התפיסה, לבין היכא דהתפיסה עצמה בספק, דכשאין להתופס שום ספק זכות רק מצד התפיסה בזה הורע כוחו, ולא חשיב תפיסה.

ה) ולדרכינו מה נמלצו לחיכי מ"ש הג"ר יוסף דוד זצ"ל [אב"ד סלונקי לפני כשלוש מאות שנה] בספרו בית דוד (סימן ה אות יג דף ה ע"א טור ב) שהביא דברי הפוסקים אשר יקחו חלקים בין זוכה מטעם תפיסה לזוכה מטעם קי"ל, דבזוכה מטעם תפיסה צריך

שתהיה התפיסה באופן דליכא עדים וראה^ל, כיון דזוכה רק משום דאית ליה מיגו דלא היו דברים מעולם או החזרתיו לך. אבל כשזוכה מטעם קי"ל אפילו איכא עדים וראה דליכא מיגו, מהניא תפיסתו. והטעם נראה דכשזוכה מטעם קי"ל מה לי איכא עדים וראה מה לי ליכא עדים, הרי זה בא הטענה דהלכה כפלוגי שאומר שהוא שלי, ואיך אתננו לך, ואי משום דאיכא מ"ד שהוא שלך, מאי חזית דאתננו לך בשביל אותו תנא דמסייע לך, ולא אחזקינו לעצמי בשביל התנא דמסייע לי, דכך הוא אלו השניים המסייעים לי, הם כמו הרבים המסייעים לך דאין הולכין בממון אחר הרוב (עיין בבא קמא דף כז ע"ב), ואם כן מה מועיל לזה עדים וראה. אבל תפיסה הוא לענין נאמנות, שיהיה התפוס נאמן בשבועה או שלא בשבועה לפטור עצמו מן התביעה שתובעו שכנגדו, ולא יהיה נאמן התובע בשבועה לפי שהוא ליטול ואין נשבעין ונוטלין (עיין שבועות דף מד ע"ב), הלכך כשתפס בעדים וראה, הוה ליה כאילו שכנגדו נתבע, כי זה הדבר שתפס ידוע שהוא שלו, ולא בשביל שתפס נעשה נתבע להישבע ולהפטר, אלא הוא תובע והלה נשבע ונפטר. אבל כשאין עדים וראה, יש לו מיגו והוא נאמן במיגו. עכ"ד.

וסמכו ע"ד הרב זכור לאברהם אלקלעי (ח"ב אות ת ערך תפיסה דף פו ע"ב), והרב רבי נתן עמרם בספרו קנין גוף וקנין פירות (ח"ב חו"מ מערכת הת' ערך תפיסה אות ה), והגאון רבי ישעיה יוסף פינטרמולי זצ"ל [מדייני איזמיר לפני יותר ממאה וחמישים שנה] בספרו פנים במשפט (חו"מ סימן ד דיני תפיסה אות ג דף ז ע"א טור א),^ל וכ"כ הג"ר חיים אריה ליב כהנא זצ"ל [היה דיין ברומניה לפני יותר ממאה שנה, ואבי סבו היה בעל קונטרס הספיקות] בספר דברי גאונים (כלל קיב אות ד דף רה ע"ב טור ד), ע"ש. גם בשו"ת שערי רחמים פרנקו (סימן יב וסימן כה) סמך על הרב בית דוד להלכה ולמעשה. ע"ש.

סמיכת
הפוסקים
על החילוק
הנזכר

ו) ומה נאוו דברי קדשו של הרב בית דוד, "ויהי דוד לכל דרכיו משכיל וה' עימו" (שמואל א יח, יד), דבזה קמה וגם ניצבה ומתבררת הסברא בחילוק הנזכר, דכשיש פלוגתא אי מצי למימר קי"ל – אמרינן קי"ל, כיון דסו"ס איכא תנא דמסייע ליה, משא"כ אי איכא פלוגתא בתפיסה עצמה אי הוה תפיסה, אע"ג דאכתי יש לו מיגו וכגון דתפס היכא דליכא עדים וראה, מ"מ כיון שתפיסתו היא תפיסת ספק לא יכול בתפיסה זו להפוך את שכנגדו

הדר ליסבר
בחילוק
הנזכר

עג היינו שכאשר ראו עדים את החפץ אצל הבעלים, או שהבעלים ראה את החפץ אצל התופס ומביא עדים שהחפץ היה שלו, בכה"ג לא מהני תפיסה, וכדאיתא בב"ב (דף מז ע"א) ועיין בשו"ע (חו"מ סימן קלד סעיף ב).
עד ע"ש שסמך ע"ד הרב בית דוד, ומוסיף והולך עוד נפק"מ לענין אם החזיק המוחזק בדבר שיש בו רוח חיים, דאם זכירתו מטעם תפיסה ומשום מיגו,

וכגון דליכא עדים וראה, לא מהני תפיסתו בבעלי חיים, כמבואר בשו"ע (חו"מ סימן עב סעיף כא, וסימן קלה סעיף ב), משא"כ בבא לתפוס בטענת קים לי דכל מין תפיסה מהניא, ה"ה נמי דתפיסת בעלי חיים מהני. עכ"ד. ועיין במ"ש עוד בענין תפיסת בעלי חיים הגאון רבי אברהם בן אביגדור אב"ד קושטא [לפני מאתיים חמישים שנה] בספרו זכור לאברהם, בחידושו עמ"ס כתובות (דף צב ע"ב מדפי הספר טור ג). ודו"ק.

עג היינו שכאשר ראו עדים את החפץ אצל הבעלים, או שהבעלים ראה את החפץ אצל התופס ומביא עדים שהחפץ היה שלו, בכה"ג לא מהני תפיסה, וכדאיתא בב"ב (דף מז ע"א) ועיין בשו"ע (חו"מ סימן קלד סעיף ב).

לתובע ואת עצמו לנתבע, דאפשר שהדבר להיפך שהוא התובע ושכנגדו הוא הנתבע, ואין כח בתפיסת ספק להפך היוצרות.

ואם כי נראה דהרב חיד"א לא נחית לחילוק הנזכר, דהא כילל לכל דברי הרב כנסת הגדולה בקבא חדא, וכמשנ"ת לעיל (סימן לח אות ב), מ"מ כבר הבאנו כמה פוסקים שחילקו כן ע"י וביחוד שחלק מאותם הקדושים אשר באר"ש שהזכיר הרב חיד"א דסברי דיש לומר קי"ל כשנחלקו הפוסקים אם אומרים קי"ל, הן הם יודו ויאמרו בתשובות אחרות שספק בתפיסה לא מהניא.

ולכל הדיברות ארוח לן דהני סרכין תלתא שהביא החיד"א הלא הם רבי ישמעאל הכהן ואחיו מהרד"ך, והרב באסאן שהוזכרו בתשובת חיים שאל (והובאו לעיל סימן מ) ג"כ סבירא ליה דבכל ספק בתפיסה לא מהני תפיסה. וכאמור.

סימן מה

דעת הרב טהרת המים בספק בקי"ל ובתפיסה

ובעיקר החילוק שעמדנו בו לחלק מדברי רבותינו בין ספק בתפיסה לספק אי טענינן קי"ל, מצאתי ראיתי להרב טהרת המים (מערכת הק' אות מט דף קמו ע"ב טור ב) שכתב וזת"ד, יש אומרים דהיכא דבהא פליגי אם מצי למימר קים לי, אז נדחה דגל הקים לי ואזלינן בתר רוב הפוסקים. ומ"מ גם בזה יש אומרים להיפך, דמצי המוחזק לומר קי"ל. ופשיטא דעתה שנתרבה דגל הקי"ל דגם בזה יאמר המוחזק קי"ל. עכ"ד.

ובהמשך דבריו (שם טור ד) הביא שהרב בית דוד מסלוניקי (חו"מ סימן כט דף גל ע"ב טור ד) מחלוקת האחרונים בזה כתב, דהיכא דשנוי במחלוקת אי הוי מוחזק כדי שיאמר קי"ל, נסתלק מכאן

בסתמא הוה הקדש כדברי מהרש"ל, הלא יש שפירשו בדברי מהרש"ל דאיירי היכא דאיכא אומדנא דמוכח שהיה מנהג שכל המקדיש בסתמא ע"ד הקדש לגמרי מקדיש, וכיון שלא התנה שלא הקדישו לגמרי איהו אפסיד אנפשיה. ובסתמא גם מהרש"ל מודה דהס"ת בחזקת היורשים נמצא שיש לנו תרי ספיקי להוציא מיד הגבאים המוחזקים בספק. ובלאו הכי יש לומר דגם אם אין הס"ת יוצא מרשות הקדש, מ"מ יכולים להעביר את הס"ת ממקום למקום, שיש סברא לומר שלא נתנו להקדש אלא באופן שיכולים בניו ג"כ להנות ממנו, והוה ספק נוסף להוציא מיד הגבאים ובתשובה לקמן (סימן קב אות ו) עמדתו ע"ז בס"ד.

ע"ה ולך נא ראה לרבנו יונה נבון רבו של החיד"א בשו"ת נחפה בכסף (חו"מ סו"ס ב דף סח ע"א טור ב) שכתב, דכל שיש ספק אי מיקרי מוחזק או לא, כו"ע מודו דבתרי ספיקי מפקינן מיד המוחזק בספק, ויתבינן לכשכנגדו דמסייע ליה תרי ספיקי כיון שאפשר שהוא מוחזק ג"כ לדעת מקצת רבנותא. עכ"ד. ובכה"ג נראה שגם תלמידו החיד"א יודה בזה. ומכאן אתינן נמי לנידון הסובב הולך אודות חזקת הס"ת, כשנתנו בסתמא לבית הכנסת אם הוא בחזקת הגבאים, או נשאר בחזקתו, דכיון שהגבאים הם בספק אי מיקרו מוחזקים, ולירשים מסייעי ליה תרי ספיקי שמא לא הקדיש אביהם את הס"ת לגמרי לבית הכנסת, וגם את"ל דהמקדיש

דין הקי"ל והדריגין לכלל הגדול שבתורה "אחרי רבים להטות", וכמבואר בכל הפוסקים שהביא הכנה"ג (בסימן כה בכללי הקי"ל אות לא ואות מ). ע"כ. ויש לעיין דהא בכנה"ג אות ל"א, איירי היכא דבהא פליגי אם מצי למימר קי"ל, ואילו באות מ' איירי היכא דפליגי אם הוי מוחזק, והיאך דן בדעתו הרב בית דוד להשוות זה לזה? ומינה נראה, דדעתו לומר דבשניהם חזר הדין לסיני, ד"אחרי רבים להטות". ואמנם בשניהם מצינו לאחרונים, הרב חשק שלמה (ח"מ סימן כה הגהב"י אות לח) ובנו הרב מטה שמעון (ח"מ סימן כה בכללי הקים לי דף יד ע"ב טור ג אות נח), דכתבו, ^י דיש לומר קי"ל לדידן במטלטלי אבל לא במקרקעי, אע"פ ד"א להיפך, דהא מיהא ניזיל בתר רובא. ונראה דבזמן הרב בית דוד ודעימיה לא פשט דגל הקי"ל, ולכן כתבו דיש למיזל בתר רובא. אך עתה בדורינו שנתפשט דגל הקי"ל יש לנו לדון בכל הני דגל הקי"ל. וליכא לעז על הראשונים, דגם הם אם היו נמצאים בזמן הזה בראותם דספרים פתיחו להרבות דגל הקי"ל היו ג"כ דנין כן, דגדול כח המוחזק. עכ"ד. ובדבריו הרי הוא כמכריע בכל פלוגתא דרבוותא קדמאי ובתראי דעסקינן בהו עד השתא, דבכל צד יש תמיד לטעון קי"ל, ואין לנו למיזל בתר רובא. ובהא יש לנו לקבל הדברים דאיירי היכא שאין ספק בתפיסה, והוא תפוס באופן גמור, אלא שנחלקו רבותינו אי מצי למיטען קי"ל, דבזה אכן נודע הדבר דכיום שפשט דגל הקי"ל גם במחלוקת אי מצי למיטען קי"ל, דשפיר מצי למיטען קי"ל כהני רבוותא שיכול לטעון קי"ל וכאמור, אך בספק בתפיסה אכתי בספק אנן קיימין, דכנגד התפוס שיטען קי"ל כהפוסקים דספק בתפיסה הויא תפיסה, יטעון שכנגדו המרא קמא, קים לי דתפיסת ספק לא הויא תפיסה, והחפץ בחזקתי. וכאמור.

סימן מז

בירור דעת חכמי תונים בספק בתפיסה

א) והנה מדברי מוה"ר רבי רחמים חי חויתה הכהן זצ"ל שהובאו לעיל (סימן מב) נראה, דפשיטא ליה דבספק בתפיסה מהני תפיסה. ויען דהאי גברא קדישא מחכמי תונים המעטירה, אמרתי לעלות במעלות הדורות בדעת חכמי עיר ואם בישראל תוניסיה, לדעת את המשפט אשר שפטו את העם משפט צדק, כדיני ספק בתפיסה האמורים.

ומצאתי לחד מקמאי הוא הגאון רבי עוזיאל אלחייך [מגדולי דייני תונים לפני כמאתיים וחמישים שנה בן דורו של החיד"א] בספר משכנות הרועים (מערכת הג' אות לו דף סב ע"א טור א) שכתב, דכל היכא שהתפיסה במחלוקת שנויה דלמר חשיבא תפיסה, ולמר לא חשיבא תפיסה לא מצי המוחזק לומר קי"ל כיון דבהא מילתא גופה פליגי. ואם כי

דעת מהר"ע אלחייך

ע"כ כבר הבאנו לעיל (סימן ל וסימן לה) דברי הני תרי צנתרי דדהבא – האב ובנו הרב ותלמידו. וע"ש במ"ש דמדברי הרב מטה שמעון נראה שלא הכריע בזה.

יש להעיר ממ"ש במערכת הש' (אות כה דף שיח ע"ב טור ג), דנראה דדעתו נוטה דמהניא תפיסה גם היכא דאיכא פלוגתא דרבוותא בהאי מילתא אי מהני תפיסה. מיהו כיון דשם מסיים אמריו וז"ל, גם אי לא נימא הכי דמהני תפיסה יש לנו ללכת בטר רובא דרבוותא בעיקר הדין. עכ"ד. אפשר לומר שצורף צורף שם לרווחא דמילתא בנידונו דספק בתפיסה היא תפיסה. והיינו דמשני פנים אתי עליה, או דמהני תפיסה בפלוגתא רבוותא, וגם את"ל דלא מהני תפיסה, אכתי אין מוציאין מידו, כיון דרובא דרבוותא בעיקר דינו סבירא ליה שהוא שלו. ולעולם בעלמא בספק תפיסה לא היא תפיסה וכמ"ש במערכת הג'.¹⁰

ב) אלא שראיתי לו במשכנות הרועים (מערכת הת' אות יו דף שפד ע"א טור ב) שהשיב אחר ימינו, וכתב וז"ל, מעשה בראובן ושמעון שהיו שותפים, ועמד לוי ותפס מנכסי אמצעות השותפות, ויצא לטעון כי ראובן חייב לו, אי אהנייא ליה הך תפיסה או לא, נחזי אנן דאי מאי דתפיס זוזי הו, נראה דאהניא ליה תפיסתו, דזוזי כמאן דפליגי דמי, וחולק השותף שלא מדעת חבירו, וחבירו יטול כנגדם לעצמו. אבל אי תפיס מטלטלי לא אהנייא ליה תפיסה אלא בפלגי דאהנהו מטלטלי. כ"כ הרב מהר"י אדרבי ז"ל (סימן זר"ע), אבל הרב מוהרשד"ם ז"ל (ח"מ סימן קסו) כתב, דלא אהניא ליה תפיסתו ע"ש. ולא מפקינן מידי מאן דתפיס, דכל היכא דאיתמר הלכתא לא כמר ולא כמר, היכא דקיימי קיימי וכדדרשינן בפרק חזקת (דף לב ע"ב). עכ"ד. ומזה נראה דנטתה דעתו דבכל ספק בתפיסת לוי מנכסי השותפות לא מפקינן מיניה. שו"ר במשכנות הרועים (מערכת הת' אות כה דף שפה ע"א טור א) שעמד בהאי מילתא אי ספק בתפיסה היא תפיסה, והביא פלוגתא דרבוותא בזה, ונראה שדעתו נוטה דהיא תפיסה. ע"ש.

ג) וצריכין אנו למודעי דמה שהביא הרב משכנות הרועים מפרק חזקת ודימהו לענין ספק בתפיסה, הוי רק כדימוי מילתא בעלמא, ואינו ענין לנידון ספק בתפיסה, דהא איתא התם (כבא בתרא דף לב עמוד ב), דההוא דאמר לחבריה הב לי מאה זוזי דמסיקנא בך והא שטרא, אמר ליה שטרא זייפא הוא, גחין לחיש ליה לרבה אין, שטרא זייפא, 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. אמר רב אידי בר אבין הלכתא כוותיה דרב יוסף, דהיכא דקיימי זוזי לוקמי. ע"כ. רק בענין תביט, דבגמרא לא איירי בספק בתפיסה, אלא איירי שהנתבע מוחזק לגמרי בממון. ורוצה התובע להוציא ממנו

ביאור
הגמרא
בחזקת
הבתים

¹⁰ ואל תתמה דאם דעתו דספק בתפיסה לא הוה תפיסה, אמאי כתב לעיל מיניה דברים המראים להיפך, שכבר מצאנו כיוצ"ב בדברי הפוסקים, צא ולמד מ"ש הגאון שדי חמד (כרך ו בכללי הפוסקים סימן טז דף סה ע"א טור א אות לה), דוימנין כותבים הפוסקים לשון 'למאי דקיי"ל כך וכך' – ואין כונתם לומר דהכי הלכתא אלא כלומר למאן דסבירא ליה הכי. וכ"כ הש"ך (ח"מ סימן ט"ל ס"ק בד"ה ודעת), וכ"כ מרן הב"י (ח"מ סימן עב סעיף ד ד"ה מ"מ נמצינו למדין ועוד. עכ"ד.

דוימנין כותבים הפוסקים לשון 'למאי דקיי"ל כך וכך' – ואין כונתם לומר דהכי הלכתא אלא כלומר למאן דסבירא ליה הכי. וכ"כ הש"ך (ח"מ סימן ט"ל ס"ק בד"ה ודעת), וכ"כ מרן הב"י (ח"מ סימן עב סעיף ד ד"ה מ"מ נמצינו למדין ועוד. עכ"ד.

ממון בשטר מזוייף ומכח טענת מיגור, דבזה יש לנו לומר דאין להוציא הממון מיד המוחזק. אך כל היכא דאהאי גופא יש לנו להסתפק אי מיקרי מוחזק, או אי מקרי תפוס, מנא לן שיש להשאיר המעות בידו, דשמא אינו מוחזק או תפוס ושכנגדו שהוא מרא קמא הוא המוחזק.

ד) ואמנם ראיתי להגאון רבי יעקב גדישא זצ"ל [ראב"ד הרובע הגדול שבג'רבא לפני יותר ממאה שנה] בספרו גן יעקב (מערכת ה' אות ג עמוד מ הוצאת מכון איש מצליח) שנשאל, בענין תפיסת הבת מנכסי אביה, וכעת שנישאת רוצה לקבל את כל התכשיטים שאצלה. וכתב דהנה בניד"ד כבר השיא המנוח בת בחייו, וודאי הוא דאומדין בה כמה נתן ויש ליתן גם לבת זו, כמ"ש מרן בשו"ע (אבהע"ז סימן קיג סעיף א). ואולם מור"ם (שם) בהגה כתב, ואם היה עשיר והעני הולכין אחר דעתו האחרונה. ע"ש. והכא בנידוננו אינו מבורר לנו מה היה לו נכסים בנישואי הראשונה, ואין מי שיוודע אם העני או העשיר. ואדברא נראה שאחר נישואי ביתו הראשונה הפליג בנכסים והעשיר אח"כ, וגם אם הדבר ספק הרי מרן פסק בשו"ע (שם) שאם לא ידעו ב"ד אומדן דעתו, נותנים לה עישור נכסים. ע"ש. ועוד נראה שנוטלת עישור נכסים, שהרי דעת רבותינו הראשונים (עיין בכתובות דף סח ע"א ובראשונים שם) דהא דאומדין באחותה כמה נתן לה האב, היינו דוקא כדי להוסיף על עישור נכסים ולא לגרוע, ואע"ג דרבים החולקים עליהם, מ"מ יכול המוחזק לומר קי"ל. ואע"ג דלכאורה נראה דמה שתפסה הבת לאו תפיסה היא ואינה יכולה לומר קים לי כמ"ד אומדין דוקא להוסיף, משום דבפלוגתא דרבוותא הוי תפיסה לאחר נפילת הספק, כמ"ש הרב שלחנו של אברהם לרבי אברהם יצחקי ז"ל (אה"ע סימן קיג עח) ע"ש, מ"מ הכא נראה דהוי תפיסה, דעד כאן לא אמרינן דתפיסה לאחר נפילת הספק לא הויא תפיסה, אלא דוקא תפיסה גרידא, אבל בנידון דידן דאיכא ספיקא נמי אי הבת מיקריא מוחזקת מכח תקנת חז"ל, ואיכא ניכסי תחת ידה, אין מוציאין מידה. עכ"ד. ומדבריו שמענו דבכל תפיסה שהיא בפלוגתא דרבוותא, הוי כתפיסה לאחר שנולד הספק ולא מהני, ואע"ג דמצאנו ראינו דעות הפוסקים הסוברים דמהני תפיסה גם לאחר שנולד הספק (עיין בתקפו כהן סימן נד ובמ"ש לעיל סימן כד), מ"מ הכריע דלא מהני תפיסה בכה"ג, ובפשטות יש לומר דהיינו משום דסבירא ליה דכיון דהוה מחלוקת בתפיסה עצמה לא הויא תפיסה. וכן דעת הרב שולחנו של אברהם. ואמנם בהמשך דבריו הביא תשובה ארוכה מיני אר"ש מהגאון רבי משה זקן מאזוז זצ"ל [בן דורו, רב אי ג'רבא] (שם עמוד מז), שכתב, דבמטלטלי יוכל לומר קי"ל, וכתב שכן נראה דעת החיד"א והרב קנין פירות. עכ"ד. [וכבר עמדנו לעיל על דעת הרב חיד"א (סימן מ) ועל דעת הרב קנין פירות הוא רבי נתן עמרם (סימן לא אות ב), ומשם בארה]. ומאלה הדברים חזינן דגם דבריהם בכלל המחלוקת לשם שמים דרבותינו הקדמונים בזה.

סימן מז

בירור דעת הרב נתיבות משפט אלגאזי בספק בתפיסה

א) וראית את אחורי אחור וקדם שהבאנו לעיל (סימן לח אות א) דברי הרב חיד"א שכתב בשם הרב כהונת עולם דבמטלטלין מצי למימר קי"ל, גם היכא דאיכא פלוגתא אי אמרינן קי"ל. ושכ"כ הרב נתיבות משפט (דף כו). עכ"ד. והנה הרב נתיבות משפט הוא הג"ר חיים אלגאזי זצ"ל תלמידו של המהרי"ט, אבי אבות השיטה דספק בתפיסה לא הויא תפיסה. ועל כן צריכים אנו לבאר מקחו של צדיק היאך סבר בכל ספק בתפיסה, ואם הלך בדרך רבו.

וראשית אמריו (בדף כה ע"ב טור ד) עלה ונסתפיק בדין סטראי, דהיינו היכא שנתן הלוחה דיו סטראי מעות עבור חוב שבשטר, והמלוה טוען שיש לו עוד חוב עליו במלוה על פה, אם יכול המלוה להחזיק במעות אלו, ולא להשיב ללוה את השטר? והביא מהר"ח אלגאזי לעיל מיניה פלוגתא דרבוותא בזה.¹ וכתב שם (דף כה ע"ב סו"ט ד - דף כו ע"א טו"א) וזת"ד, אמנם לבי הומה עלי בהך פלוגתא דפליגי רבוותא, אם הרשות נתונה ביד המלוה או הלוחה,

לתפוס בשביל טענתו מדבר אחר. וכנגדם הש"ך והרב פני מבין והרב ארח משפט חזן ועוד הסוברים דמהני תפיסה גם בדבר אחר. וע"ש להרב ארח משפט שדוחה ומפלפל בכמה ראיות שהביאו מדברי הפוסקים הנזכרים הסוברים דלא מהני תפיסה בכה"ג. ועוד הביא שם (דף טו ע"א טור א) מכתב מהר"י נבארו שלאחר שהביא דברי הפוסקים שכתבו דלא מהני תפיסה אלא בדבר שטען עליו כתב וז"ל, אבל אנא זעירא כל ימי גדלתי בין החכמים ובין הרבנים, ולא ראיתי מי שערער אחר התופס אם התפיסה היתה בדבר עצמו או לא, וכל שהיה תפוס באיזה אופן שיהיה היו דנים אותו למוחזק, וכן נהגנו אחריהם והוא פלאי, מאחר דלהקת הרבנים ס"ל הכי. ומה גם דמהרש"ל סבר כן וכ"כ מהרי"ק (סימן קסא), אלא דשוב האיר ה' את עינינו מעלת תלמידי החכם השלם כמהר"ר יאודה דאנון נר"ו והביא אלינו מ"ש הרב תקפו כהן (בסימן קט) שדחה דברי הרש"ל ואסף וקיבץ להקת הנביאים דס"ל דמהניא תפיסה בדבר אחר בספיקא דינא ובפלוגתא דרבוותא וכו' וא"כ נמצא דמאי דנהיגנן עכשיו הוא עפ"י הדין וסברת הפוסקים. עכת"ד. ואמנם לפי דרכינו שהוכחנו לקמן (סימן נה והלאה) דדעת מרן השו"ע דכל ספק בתפיסה לא הויא

ע"ט והנה אין לטעות ולומר דדין זה שייך למחלוקת הפוסקים הגדולה אי מהני תפיסה גם בדבר שאינו טוען עליו, דכל מה שנחלקו הם בטוען על נכס אחד ובא לתפוס כנגדו נכס אחר, אך היכא שהכל הוא ממון לא שייך לנידון זה דשם ממון חד הוא, וזה כל עיקר דיני תפיסה.

ולמען לא אמנע טוב מבעליו, אמרתי להביא בקצרה דברי הפוסקים בענין אי מהני תפיסה בנכסים שלא טוען עליהם, וכפי שקבץ כעמיר גרנה לדברי הפוסקים בזה הרב ארח משפט (ח"מ סימן ד אות כז) (דף יג ע"ב - יז ע"א) ותוכן דבריו הוא שהדבר שנוי במחלוקת, שלדעת ר"ת (ב"ק דף טו ע"ב תוד"ה ואי) ורש"ל (בב"ק פרק כיצד הרגל סימן ה) והכנה"ג (ח"מ סימן ד הגהב"י אות ו) בשם מהר"א ד"ב (תשובה כת"י סימן קפד), והרב מטה שמעון (סימן ד הגהב"י אות ט) ומהר"ט (ח"א סימן עב) ומהרי"ק (שורש צד) והרשב"א בתשובות המיוחסות (סימן פד), והרב קרית מלך רב (ח"ב סימן ט"ל), ומהרש"ך (ח"ב סימן סד) והתשב"ץ (סימן ער"ב) והרב מכתם לדוד (יו"ד סימן טז) והתומים (בקיצור תקפו כהן מסימן קט והלאה) ומהר"ם סוזין (הו"ד בארח משפט דף יז ע"א טור א) ועוד, כולוהו סבירא להו דלא מהני תפיסה אלא בדבר שטוען עליו, ולא יכול

אם אפשר לתפוס גם בנכסים אחרים שאינו טוען עליהם

והיכי לדייני דייני להאי דינא, כיון דלפי מקצת רבוותא דסברי דהרשות ביד המלוה וא"כ המלוה בכל טענותיו בא לקיים השטר, מיקרי להחזיק. ולפי דעת האומרים דהרשות ביד הלוה, א"כ השטר פרוע הוא והוא בא להוציא ממנו מלוה אחרת. ואשר אני אחזה לי, דהא מילתא דמיא להיכא דאיכא ספיקא או פלוגתא דרבוותא בתפיסה עצמה, שהרב מורי שיחיה היה רגיל לומר דאוקמינן ממונא בחזקת מאריה קמא, ומהר"י בן לב חלוק על הדבר וכתב דלא מפקינן מיניה מספק, והדבר ברור שלא אמר מהר"י בן לב כן אלא בכגון ההיא דהתם דהרי מוחזק ותופס לפנינו, אלא שהתפיסה עצמה לא ידענא אי מהניא או לא. אבל הכא מעיקרא פליגי דמי יקרא מוחזק, הילכך אוקמינן ממונא בחזקת מאריה, ואין להוציא ממון מהלוה.⁹ ומ"מ לדינא היה ירא הוראה לפסוק דהלוה נחשב מרא קמא, ע"ש דבריו. והנה הביאותיו אליך והצגתי לפניך דברי מהר"ח אלגאזי, וא"כ מה שציינו הרב חיד"א אחר המח"ר דהאי ציון דורש אין לה, שלא הוזכר בדב"ק להדיא האי ענינא שהזכיר הרב כהונת עולם, אלא שבנידונו למד מדיני ספק בתפיסה והביא שדעת רבו דלא היא תפיסה, וגם מהריב"ל שחולק יודה בנידונו דלא היא תפיסה. ותו לא מידי.

(ב) ואנכי חזון הרבתי לברר דעת הרב נתיבות משפט מה דעתו דעת עליון בספק בתפיסה אי הוה תפיסה.

והנה מלבד מה שהרב נתיבות משפט הוא תלמידו של מהר"ט ולא מסתבר שיחלוק ע"ד רבו, עוד מצאתי שחזיק דעה זו דספק בתפיסה לא הוה תפיסה, ושכן דעת אדוננו הרמ"א. ואפרש שיחתי. דהנה כתב רבינו הטור (חושן משפט ריש סימן נח) דמי שהוציא שטר

דיו שטרא
דאיתרע

הגר"א (שם אות כו). ולכאורה כיון דהוה פלוגתא בתפיסה הוה ליה למרן לפסוק דלא מהני ביה תפיסה. ואמנם לפי מ"ש הסמ"ע (ס"ק כה) דהטעם דאם תפס התובע אין מוציאין מידו דכיון דאמרינן דהטעם בטענו חיטים והודה לו בשעורים פטור משום דמדלא תבעו הוה כהודה ומחל לו, א"כ השתא שהוא מוחזק יכול לומר יודע אני בעצמי שלא הודיתי ולא מחלתי, אלא שלא רציתי לתבוע הכל בפעם אחת. עכ"ד. וע"ע לקמן (סימן עז) מ"ש בזה. ואדרבא מדלא כתב הסמ"ע ושאר פוסקים דהטעם דמהני הכא תפיסה משום דמהני תפיסה גם בדבר אחר, מוכח דלא שמיע כלומר לא סבירא ליה כן בדעת מרן השו"ע. ויש עוד לפלפל בזה ועוד חזון למועד נקי נדר.

⁹ וכבר הבאנו לעיל (סימן כו אות ז ועוד) כמה מרבוותא דסבירא ליה הכי, דספק מוחזקות לכו"ע לא היא תפיסה.

תפיסה יש לומר דגם בזה כיון דמצאנו פלוגתא דרבוותא אי מהני תפיסה בדבר אחר, נמצא שהתפיסה שנויה במחלוקת ולא מהניא תפיסה.

ובאמת יש לפלפל בזה טובא דהנה הרב ארח משפט (שם דף יד ע"א טור ב) כתב בחקירה זו וזת"ד, דאנכי הרואה דמעין לזה פליגי בה הרי"ף והרא"ש ז"ל והביא מחלוקת זו רבינו הטור והב"י (ח"מ סימן פח אות טז), על דטענו חיטים והודה לו בשעורים, דאם תפס השעורים בעד החיטים, דלדעת הרי"ף לא מפקינן מיניה, ולדעת הרא"ש לא היא תפיסה ומפקינן מיניה. ובב"י שם הביא סברת ר"ת שסובר דבכל מקום לא מהני תפיסה אלא א"כ תופס החפץ עצמו אשר הוא טוען עליו ע"ש. והרואה יראה דזה לא יתכן לדעת הרי"ף. עכת"ד. והנה מרן בשו"ע (ח"מ סימן פח סעיף יב), פסק דאם תפס התובע דמי השעורים, אין מוציאין מידו. ע"כ. והיינו דמהני תפיסה גם בדבר אחר ודלא כר"ת וכמ"ש בביאור

על חבירו ואמר ליה פרעתין, והשיב לו אמת שקבלתים ממך אבל מלוה אחרת יש לי עליך על פה ובשבילה קבלתים, וזה השטר עדיין בחזקתו עומד, אם לא נתנו לו בפני עדים נאמן והשטר עדיין בחזקתו וכו'. ואם נתנם לו בפני עדים אינו נאמן, ואיתרע שטרא וכו'. ור"ח כתב דלא איתרע שטרא אלא לענין שצריך לישבע אפילו אם יש בו נאמנות, אבל בשבועה מיהא גובה בו. ורב האי ורב שרירא פירשו, שהשטר בטל לגמרי, ונשבע הלוח היסת ונפטר. וא"א הרא"ש ז"ל כתב, דלענין זה איתרע, דלא גבינן ביה ולא קרעינן ליה. ואי תפיס לא מפקינן מיניה. ע"כ.

וכתב ע"ז הבית יוסף דהרי"ף כתב בשבועות (דף כא ע"ב - דף כב ע"א מדפי הרי"ף) סברת רבינו חננאל וסברת רב האי ורב שרירא, והכריע כרב האי ורב שרירא דהשטר בטל לגמרי, והביא ראיות לדבריהם. והר"ן (שם) דחה ראיות אלו, והעלה מחזורתא דהאי דינא דהאי שטרא לא אגבויי מגבינן ביה ולא מיקרע קרעינן ליה. וכ"כ הרא"ש בשבועות (פ"ו סימן יט) לדחות ראיות הרי"ף, והעלה, דהאי שטרא לא מיגבא גבינן ביה ולא מיקרע קרעינן ליה. גם התוספות בשבועות (דף מב ע"א ד"ה איתרע) כתבו, שרבינו תם סובר כרבינו חננאל דאע"ג דאיתרע שטרא בשבועה מיהא גובה. והקשו עליו והעלו דלא מיגבא גבינן ביה ולא מיקרע קרעינן ליה. ומ"ש רבינו הטור ואי תפיס לא מפקינן מיניה הוא הנפקותא היוצאת מהדין הנזכר, דלא גבינן ביה ולא קרעינן ליה. ודברי הרמב"ם (פרק יד מהלכות מלוה הלכה ט) כדברי הרי"ף והכי נקיטינן. עכ"ד.

והרב בעל המפה בדרכי משה (שם אות ג) השיג על הבית יוסף וכתב דאין דבריו נראין, כי מאחר שהרא"ש והר"ן בתראי דחו דבריהם והסכימו לדברי התוספות, אין לנו אלא דבריהם ואין מוציאין מיד התופס. עכ"ד. וע"ע בדרכי משה (שם באות ד). ובסמ"ע (שם ס"ק יג) כתב, עיין דרכי משה דלא פסק כהרי"ף והרמב"ם, ועיקר טעמו הוא כיון דרוב האחרונים פסקו דלא כוותיה. עכ"ד.

ואחר הדברים האלה כתב מהר"ח אלגאזי בנתיבות משפט (שם דף כ ע"א טור ב), שיש להקשות על הרב דרכי משה, דאמאי פסק כדברי התוספות משום דרוב הפוסקים הסכימו כוותיהו, בלאו הכי נמי תיפוק ליה, דכיון דספיקא דרבוותא הוא לא כפינן ליה לחייבו שיקרע השטר, וגם אם תפיס כשיעור החוב מנכסי הלוח - מספק לא מפקינן מיניה.

וכתב ליישב דנראה דהטעם שהוצרך הרב דרכי משה לכך, מפני מה שרבו המחלוקות בעניני תפיסות, ויש מחלקים בין תפיסה לאחר שנולד הספק לתפיסה קודם הספק, ואע"פ ששלמים וכן רבים סוברים דאף תפיסה שלא ברשות ולאחר שנולד הספק מהניא שפיר, וכמ"ש מהר"ש חיון בתשובה (סימן לו), מ"מ כיון דבתפיסה עצמה היא ספיקא אי מהניא או לא, מוקמינן ממונא בחזקת מאריה קמא. ולזה הסכים הרב מורי הגדול שיחיה בתשובה, והביא ראייה לדבר מההיא דכתובות (דף פד ע"ב) דאמר ר' יוחנן מה אעשה שכנגדי

חלוק עלי. אבל מהר"י בן לב כתב, דאף היכא דאיכא ספק דתפיסה לא מפקינן מיניה מספק, ולכך כתב בדרכי משה דהטעם דיש לפסוק כוותיה משום דרוב האחרונים פסקו כן, דבפלוגתא בספק בתפיסה יש לנו ללכת אחרי רוב האחרונים. עכת"ד. אתה הראת לדעת דנטתה דעת הרב נתיבות משפט לסברת רבו מהר"ט דבכל ספק בתפיסה לא הויא תפיסה, ולדרכו ביאר שכ"ד הרמ"א. והדברים נפלאים. [ולקמן (סימן פב והלאה) עמדנו עוד על דעת הרמ"א בדין ספק בתפיסה. ע"ש].

סימן מה

בדעת הרדב"ז ודעימיה בספק בתפיסה

א ומדי דברי בו בהרב כהונת עולם זכור אזכרנו עוד, במה שכתב בספרו (סימן מ דף מג תפיסת יורשי האלמנה כשמתה ולא נשבעה

ע"א טור ב), לבאר בדעת הרדב"ז בתשובה (ח"ד סימן קעו וסימן רכג) דסבירא ליה דהיכא דמתה האלמנה ולא נשבעה על כתובתה, גם אם תפסו יורשיה את כתובתה אפילו אית להו מיגו וכגון שלא תפסו לפני עדים, מוציאין מידם. וצ"ל דסבירא ליה להרדב"ז דכיון דבמחלוקת שנויה תפיסה זו אי מהניא, הויא ליה תפיסה לאחר שנולד הספק דלא מהניא. עכת"ד. ולכשנדקדק בדבריו נראה דבכל מחלוקת בתפיסה ג"כ הויא תפיסה לאחר שנולד הספק. ומעתה גם נידון דין בספק בתפיסה בפלוגתא דרבוותא גיליה כבודו ממנו דהרדב"ז נמי סבירא ליה דספק בתפיסה לא הויא תפיסה. ועיין בשו"ת חוות יאיר (סימן קכ) דסמך סמיכה בכל כוחו על דברי הרדב"ז הללו וכתב שכן הלכה רווחת בישראל. ולדרכינו ארווח לן שכן תהיה גם דעתו של הרב חות יאיר. ויש לע"ע.

ב וידעתי בני ידעתי, דנידון זה קדמא ואזלא בדברי השו"ע (אבן העזר סימן צו סעיף א) דהזכיר שם הרמ"א פלוגתא דרבוותא בזה, שכשמתה האלמנה ולא נשבעה אי מהני תפיסת יורשיה או לא, די"א דמהני ויש חולקין. ובחושן משפט (סימן קח סעיף יא) פסק מרן השו"ע, דהיכא שהיה המלוה מחוייב שבועה ומת, אין יורשי המלוה יכולים להישבע, ואם עבר הדיין והשביע יורשי המלוה וגבו חובם, אין מוציאים מידם. וכן אם קדמו יורשי המלוה ותפסו, אין מוציאין מידם. לפיכך שטר חוב של יתומים הבאים ליפרע מהיתומים שמת אביהם הלוח תחלה, אין קורעין אותו ואין מגבין בו. ע"כ.

ולפי זה ישאל השואל, דיוצא דדעת מרן השו"ע דמהני תפיסה בספק תפיסה, שהרי פסק דאם תפסו היורשים אין מוציאם מידם.

ולכי תידוק זה אינו, דכבר כתב הגר"י איבשיץ באורים (סימן קח ס"ק מא), דהטעם לדין זה מבואר בבעל התרומה (שער יד ח"ב ס"ז) שכתב, דבגמרא בשבועות (דף מח ע"ב) אמרו דדיינא דעביד כרבי אלעזר דסבירא ליה דאדם מוריש שבועה לבניו עביד, וכיון דעביד אינש דינא לנפשיה, לכך מהני תפיסת היורשים, ואפילו תפסו בעדים, אף דלית

להו מיגרו. עכ"ד. וכ"כ בסמ"ע (שם ס"ק לח), דהטעם בזה משום דיש פלוגתא בגמרא בשבועות (שם) בזה, ומסיק בגמרא דלכתחילה אין אדם מוריש, אבל אי כבר גבו בשבועה דשלא פקדנו, מה שגבו גבו. וכן מבואר בט"ז (אבה"ע שם סוס"ק ג). ע"ש. וכ"כ בביאור הגר"א (בחושן משפט שם ס"ק מז). ולפי זה, אין להביא ראיה דמהני לדעת מרן השו"ע תפיסה גם בספק תפיסה, דהתם לא שייך כלל להאי ענינא דספק תפיסה, אלא דפסקינן בגמרא כבר להאי דינא. ומ"מ בדעת הרדב"ז שכתב דמוציאין מיד היורשים גם היכא דאית להו מיגרו, שפיר יש להוכיח דס"ל דלא מהני תפיסה בכהאי גונא, וכמ"ש הרב כהונת עולם. וע"ע בכנה"ג (חור"מ סימן קח הגהב"י אות לב).

סימן מט

עוד ראיה דספק בתפיסה לא הוה תפיסה

והנה במה שכתבנו לעיל (סימן מד אות א), בטעם הדבר דספק בתפיסה לא הוה תפיסה, הלימוד בכל שכן מדעות הפוסקים שכתבו דבתיקו לא מהני תפיסה (ולקמן יובאו דבריהם). ומעתה יש לומר דכל שכן דיהיה לדעתם הדין היכא שיש ספק בגוף התפיסה לא יהני תפיסה, דהדברים קל וחומר - ומה בתיקו שיש לו טענה וסברא גם ללא התפיסה הזו, דיש לו להסתייע מכח הסברא שבתלמוד דהוה שלו, דהא לא הכריעו בתיקו לפי שיש סברא לכאן ולכאן, ותפיסתו היא תפיסה גמורה אעפ"כ סבירא להני רבוותא דאם תפס מוציאין מידו, היכא שאין לו שום סברא דהוה שלו וכל מה שיש בידו היא תפיסה בעלמא וגם היא בספק, ורוצה מכח תפיסת הספק להכריע דהוה שלו - כל שכן דלא הוה תפיסה.

ומכאן יוצאת בהינומ"א, דדעת הרמב"ן דספק בתפיסה לא הוה תפיסה, שהלא ידעת אם לא שמעת דדעת הרמב"ן (בב"מ דף ו ע"א) והו"ד במגיד משנה (הלכות נזקי ממון פ"א ה"א) דבכל תיקו שנסתפק לנו בתלמוד מחמת הדין עצמו בין תפס בעדים ובין שלא בעדים - מוציאין אותו מידו. עכ"ד. ועיי' בש"ך בתקפו כהן (סימן עא) דהביא דעת הרבה פוסקים דס"ל דמהני תפיסה בתיקו שבתלמוד. וכנגד זה כתב שהנימוקי יוסף כתב בדעת הרי"ף דלא מהני תפיסה בכה"ג וחלק ע"ד. והביא בדעת הרא"ש דיש צד לומר ג"כ דבכל תיקו אי תפס מפקנין מיניה. ע"ש.

ולדרכינו ולסברתנו נפיק, דגם הני רבוותא היינו הנמ"י בדעת הרי"ף, והרמב"ן ויש צד לומר כן גם בדברי הרא"ש, כיון דס"ל דלא מהני תפיסה בכל תיקו שבתלמוד כל שכן דיסברו דהיכא דאיכא ספק בתפיסה לא מהני תפיסה. ואע"פ שדעת הרמב"ם (הלכות נזקי ממון פרק א הלכה יא) דמהני תפיסה בכל תיקו שבתלמוד. וכן דרכו בכל מקום

מלבד קצת מקומות שיש טעם למה לא כתב כן, וכמ"ש (שם) הרב מגיד משנה. מ"מ אין מזה ראיה שיסבור שגם בספק בתפיסה תהני תפיסה, דהחילוק ברור, דבתפיסה בתיקו לא נחלקו בעצם התפיסה אלא שהסתפקו בגמרא איזו סברא מכרעת בזה והוה כספיקא דדינא וכפלוגתא דרבוותא דמהני תפיסה להרבה פוסקים. וכמ"ש הש"ך בתקפו כהן (סימן קז), שיש יותר מארבעים פוסקים הסוברים דמהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא. משא"כ בספק בתפיסה עצמה שיש חסרון בעצם התפיסה בכל כהאי גונא יש לומר דלא הוה תפיסה. וכיוצ"ב כתב המהרי"ט (חלק א סימן עב), דאין לפשוט ולומר דספק בתפיסה הוה תפיסה ממה שפסק הרמב"ם דתקפו כהן אין מוציאין מידו, דאפילו למאן דפסק דתקפו כהן אין מוציאין מידו, שאני התם שטוען על גופו של דבר שהיא שלו אלא שהיא טענת ספק, אבל זה שגופו של חפץ בין כך ובין כך אינו שלו והתפיסה לא ברירא, מוקמינן לחפץ בחזקת מרא קמא. עכ"ד. וכן יש לומר בתיקו. וכ"ש ע"פ מ"ש בקונטרס הספיקות (כלל ד סעיף ד) שהבין בדעת הש"ך בתקפו כהן (סימן ו), דהטעם דמהני תפיסה בתיקו כיון דכל התופס בתיקו הוה כטוען טענת בריא. ע"ש. וזה לא שייך כלל לומר בספק בתפיסה, שבספק על עצם התפיסה אם נקרא תפוס, לא כן בתיקו שהוא תפוס שאין ספק בעצם התפיסה בודאי, אלא שיש לדון אם הוא המוחזק, וכיון שעלה הדין בתלמוד בתיקו נחשב כטוען טענת בריא ואין מוציאין מידו.

סימן נ

עוד בענין הנ"ל

(א) ובהיותי בזה חמותי ראיתי אור להגאון ר' יהודה הכהן כ"ץ [רבה הראשון של העיר סיגט שברומניה לפני כמאתיים שנה, אחיו של רבנו הקצות החושן] בקונטרס הספיקות (כלל ה אות ז) שכתב וז"ל, דע שגדול שבאחרונים הרב התרומת הדשן (סימן שכא) נראה מדבריו להדיא, דאפילו בפלוגתא דרבוותא לא מהני תפיסה לדידן - דקיימא לן דבתיקו לא מהני תפיסה. וכן מובא בתשובת מהר"מ מרוטנבורג (סימן יד), שכתב על אלמנה שנתנה ספרים של בעלה להקדש ולא נשבעה על כתובתה ומתה, ואיכא פלוגתא דרבוותא, יש מן הגדולים שפסקו כר' אלעזר דירושין נשבעין, ויש שפסקו כרב ושמואל דאין אדם מוריש שבועה לבניו (עיי' בשבועות דף מח ע"א). וכתב מהר"מ ז"ל, ונראה בעיני דאפילו תפס מפקינן מיניה, ודלא כמקצת רבותינו דלא מפקינן. וקיימא לן דכל תפיסה שהוא ספק דאינו יודע בעצמו הברור אי בדין הוא תופס, לא מהני, כדאמרינן גבי האי דתקפו כהן מוציאין מידו. עכ"ל מהר"מ ז"ל. הביאו הרב פרח מטה אהרון (סימן יא). הרי להדיא דמהר"מ סובר דתפיסה לא מהני אפילו בפלוגתא דרבוותא, ומדמהו לגמרי לתקפו כהן. עכ"ד הקונטרס הספיקות. ולפי האמור מצאנו עוד להני רבוותא קדמאי הלא המה מהר"מ ותרומת הדשן, דאזלי בשיטת הרמב"ן דבכל תיקו אם תפס מפקינן מיניה, וכן בפלוגתא דרבוותא לא מהני תפיסה,

דעת
התרוה"ד
ומהר"ם
מרוטנבורג

ומעתה כ"ש שבספק תפיסה לא מהני תפיסה. וכן נראה מלשון מהר"ם מרוטנבורג הנזכר שכתב, דכל תפיסה שהוא ספק דאינו יודע בעצמו הברור אי בדין הוא תופס לא מהני. ע"כ. ובספק בתפיסה הרי לא יודע שהוא תופס בדין. ועיין עוד בהמשך דברי הרב קונטרס הספיקות (שם אות ח) שמוסיף והולך לדקדק דגם מדברי הרשב"א בגיטין (דף עה ע"א ד"ה ולענין) והרב המגיד (הלכות גירושין פ"ח הכ"א) נראה דס"ל דלא מהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא. ולדרכינו יתבאר דכל הני רבוותא היינו התרומת הדשן, ומהר"ם מרוטנבורג, והרשב"א, והרב המגיד, ארבעה מלכים, יסברו דספק בתפיסה לא הוא תפיסה.^{א9}

(ב) ואיברא דקול מליין אשמע, דיש להשיג על זה, דהנה הש"ך בתקפו כהן (סימן פג - פד), קול מליין על החידוש הנזכר הביא תשובת מהר"ד בן לב (ח"ב סימן טז) דמבואר מדבריו דלא מהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא. וכל קבל דנא עיין בתקפו כהן (סימן קב) שהביא ראיה דמהני תפיסה גם בספק בתפיסה מתשובת מהר"ד בן לב (ח"ב סימן נה). ע"ש. ולדרכנו נפיק דסתראי נינהו, שהרי למ"ד דלא מהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא, כל שכן דלא יהני תפיסה כשיש ספק בתפיסה. והיאך ס"ל למהר"ד בן לב מצד אחד דלא מהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא, ומצד שני מהני תפיסה בספק בתפיסה, וזה מרפסן איגרי.

(ג) וקנצי למליין אשים ואומר כבר קדמוך רבנן, דרבינו הש"ך בתקפו כהן (סימן פד) כבר לא תל"ז העיר על מהר"ד בן לב שסותר משנתו בזה. ע"ש. ומעתה המציא לנו רבינו הש"ך מנוחה בזה, שכן באותה תשובה של מהר"ד בן לב (ח"ב סימן נה) שמבואר דמהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא, כתב ג"כ דמהני תפיסה בספק. ע"ש. וממילא בתשובה אחרת (ח"ב סימן טז) שכתב, דלא מהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא, באמת יש לנו לומר דכ"ש דלא יהני תפיסה בספק תפיסה. ונמצא שסותר משנתו בזה בתרתי, הן מצד תפיסה בפלוגתא דרבוותא והן מצד ספק בתפיסה אי הוה תפיסה. וכבר כתבנו לעיל (סימן יב והלאה) מדברי הפוסקים שכתבו דהיכא שהפוסק סותר עצמו אין לסמוך ע"ד לומר קי"ל.

סימן נא

דעת הרב קונטרס הספיקות בספק בתפיסה

(א) עוד יש לאלוה מילין, דהנה הרב קונטרס הספיקות (כלל ח אות ב) הביא לדברי הרמב"ן כליו של לוקח ברשות מוכר או להיפוך, אידי ואידי לא קני, משום דסבירא ליה דספיקא הוא ומוקמינן בספר המלחמות ב"ב (דף מג ע"א מדפי הרי"ף) שפירש בטעמא דהרי"ף דכליו של לוקח

קונטרס הספיקות לחלק כן בדעת הרשב"א, עיין במ"ש לקמן (סימן קל אות ד) דאחר המחילה רבה, מתשובות אחרות ברשב"א יוקשה עליו. ומשם בארה.

פ"א והנה ממה שכתב בקונטרס הספיקות (שם אות ט) דנ"ל לפסוק דפלוגתא דרבוותא אחרי חתימת הש"ס לכולי עלמא מהני תפיסה, אין להביא ראיה מהני רבוותא. ואולם במה שרצה הרב

לזביני בחזקת מרא קמא. אלמא, דאף אם תמצוי לומר דקנה מיקרי תפס ברשות, אפילו הכי כיון דספיקא הוא דאי לא קנה לא הוי תפס, לא מהני. עכ"ד הרב קונטרס הספיקות. והנה התם בעצם מעשה הקניין שעושה כיון שיש בו ספק, הוה כספק בתפיסה, ומבואר דלא מהני קנינו, כיון דספיקא הוא דאי לא קנה, לא מהני. וע"ש בקונטרס הספיקות שעלה ונסתפק בדעת הר"ן בזה, דנראה שסתר משנתו. ואכמ"ל. ומ"מ שמעינן גם מהכא שדעת הרמב"ן והרי"ף דבכל ספק בתפיסה לא הוה תפיסה.

ב גם מריש דברי קונטרס הספיקות (כלל ח אות א) יש לנו ללמוד כן, דכללא כייל וכתב בענין תפיסה בספיקא דדינא וז"ל, ולענ"ד כללא הוא, דכל תפיסה שהיא קונה בגזלה להתחייב באונסין על ידה, מיקרי תפיסה, וכל שאינה קונה בגזילה להתחייב באונסין על ידה, לאו שמיה תפיסה בהאי. עכ"ל. והנה לגבי גזלן הלא א"א לחייבו באונסין כשתפיסת גזילתו היא מספק, דאכתי יש לומר כלפיו, דהמוציא עליו הראיה, ועל הנגזל להביא ראיה דקנה בקניני גזילה ואז יוכל לחייבו באונסין, הא לאו הכי לא. וא"כ יבא זה וילמד על זה לנ"ד דספק בתפיסה לא הויה תפיסה. ועיינן בקונטרס מוחזקות ותפיסה מהגאון רבי גרשון אדלשטיין זצ"ל (סימן ד עמוד סט) שכתב, דכשיש ספק בתפיסה אין זה מועיל לקנין, כיון דעל הצד שלא זכה גם לא חשיב תפיסה ברשות. ע"כ. ודון מיניה ואוקי באתרין. ויש להאריך, ולקצר אני צריך.

ג עוד רגע אדבר בדעת הקונטרס הספיקות, דהנה ראה ראיתי להגר"י איבשיץ זצ"ל בקיצור תקפו כהן (סימן כג - מג) שכתב, דבהך דכור בשלשים סאה בסלע (ב"ב דף קה ע"א) דנסתפקו תנאים ואמוראים אי תפוס לשון ראשון ולא קונה עד שיגמור לתת לו את כל הכור, או תפוס לשון אחרון דכל סאה קונה בסלע, ומסקינן בגמרא, דאי תפס לוקח, אף דמוכר חזר קודם גמר מידה של כל הכור, מ"מ הלוקח מוחזק ומהני תפיסתו, דאמרינן תפוס לשון אחרון דסאה בסלע. וכתב המהרש"א (ב"ב שם) דסבירא ליה דהא דמהני תפיסתו, משום דהוי תפיסה קודם שנולד הספק. והא הכא הספק מימות חכמי המשנה והגמרא אי תפוס לשון ראשון או אחרון, ומכל מקום הוי תפיסה קודם שנולד הספק. ויש לבאר דברי המהרש"א, דמאי דבעי בתפיסה שתהיה קודם שנולד הספק, לאו דווקא, רק העיקר שלא תהיה התפיסה אחר שנולד הספק, כי כיון שהיה ספק נולד, הוי הדין המוציא מחבירו עליו הראיה, וזוכה בו משורת הדין הראשון, דיש לו חזקת מרא קמא, ומה תועיל תפיסה אחר כך, וכי יוכל לחטוף מה שהוא של אחרים, אבל אם תפס בעת לידת הספק, והתפיסה והספק באים כאחד, מהני תפיסתו, דמעולם לא זכה בו בעל מרא קמא, וכשנולד הספק הא היה השני מוחזק כנ"ל וזוכה בו. וצדקו דברי המהרש"א, דהתפיסה והספק באים כאחד בלא איחור ועיכוב כלל. עכ"ד.

ובספר קונטרס הספיקות (כלל ג אות ו) הביא לדברי התומים הנ"ל, וכתב על זה וז"ל, ודעתי העניה לא כן תדמה, אלא דהתפיסה דקודם הספק היא שגורמת דמוקמינן

הדבר בחזקת מי שהיה מתחילה, וכל היכא דבלא הולדת הספק הוי מוקמינן בחזקת התופס, גם כשנולד הספק לאחר תפיסתו לא מפקינן מיניה בספיקא. עכ"ד.⁹⁹

והנך רואה בעיניך דלדעת קונטרס הספיקות לא מועילה התפיסה היכא דאיכא ספק בשעת התפיסה עצמה, דתמיד צריך לתפוס קודם הספק.

ומעתה יש לדייק ולומר, דלפי דבריו בודאי דלא מהני תפיסה בספק בתפיסה, דאם היכא שהתפיסה היא תפיסה גמורה אלא שהספק הוא בשעת התפיסה, כיון דחשיב כתפיסה לאחר שנולד הספק לא הויא תפיסה, כשיש ספק בתפיסה עצמה שאינו תפוס גמור, ולאחר שתפס יש להסתפק אי הויא תפיסתו תפיסה, כל שכן שלא תהיה תפיסתו תפיסה.

ואל תשיבני ריקם מדעת החולקים הסוברים דמהני תפיסה גם בשעת הספק, דיסברו דיהני תפיסה גם בספק בתפיסה, דשאני התם שהתפיסה היא תפיסה גמורה, ולכך מהני תפיסתו אע"פ שבאה בשעת לידת הספק, אך היכא שיש ספק בעצם התפיסה עצמה, יש לומר דגריע טפי ולא מהני התפיסה.

סימן נב

בדעת רבינו הקצות החושן בכל ספק בתפיסה

(א) ובמשים חפשי יגעתי ומצאתי, דגם רבינו הקצות החושן בכמה וכמה מקומות הלוחך ילך בדרך זו, וסבירא ליה דבכל ספק בתפיסה לא הויא תפיסה.

וזו יצא ראשונה, מ"ש בקצות החושן (סימן פז סק"ד) לדברי מוהר"ם רקנטי (סימן רמט), תפיסה במחוייב שבועה דרבנן ואינו רוצה לישבע והתובע תפס משלו, אם מוציאין מידו, והניח בצ"ע. וכתב על זה הקצות החושן, דכל דאיכא ספק בתפיסה עצמה אי מהני או לא, אינו יכול לומר קים לי. עכ"ד.

(ב) ואשר על ידו השני, מה שאמרו בגמרא בגיטין (דף מ עמוד ב) האומר נתתי שדה פלונית לפלוני והוא אומר לא נתן לי, חיישינן שמא זיכה לו ע"י אחר, כתבתי ונתתי לו והוא אומר לא כתב ולא נתן לי, הודאת בעל דין כמאה עדים דמי. וכתב הרשב"א (שם ד"ה האומר), הודאת בעל דין, כלומר הודאת המקבל שאומר לא כתב ולא נתן לי, כמאה עדים, ויכול זה לחזור ולזכות בשדהו. ע"כ.

מהרב הגאון ר' יצחק אייזיק טייץ זצ"ל. ואין כאן מקום להאריך.

פ"ב ועיין בשו"ת ציץ אליעזר (חלק ג סימן לא), מה שהביא פלפול ה"ן אומר וה"ן דברים בזה

והקצוה"ח (סימן פח סק"ט) הביא קושית אחיו החכם השלם מוהר"ר יהודה, שהקשה, דהא שם בגמרא אתמר נמי הך מלתא באומר לעבדו כתבתי ונתתי לו שטר שחרור, והוא אומר לא כתב ולא נתן לי, דהודאת בעל דין כמאה עדים, והעבד לא יוצא מחזקת בעליו. וקשה, דהא עבד מוחזק ותפוס בעצמו וכמ"ש הראב"ד (בהשגות על הרי"ף בכתובות דף יד ע"ב מדפי הרי"ף), והרמב"ן בספר הזכות (בכתובות בדפי הרי"ף שם), וא"כ כיון שהעבד מוחזק ותפוס נימא איפכא הודאת נותן כמאה עדים. ולי נראה דלא שייך תפיסה בעבד אלא היכא דליכא ספיקא במלתא, וכמו האי דהראב"ד והרמב"ן ע"ש בדבריהם, משא"כ היכא דאיכא ספיקא, אין העבד נקרא מוחזק ותפוס, כיון דעבד גופו קנוי לבעלים, והוי ספק בזה גופא אם התפיסה תפיסה או לא, ובזה לא מהני תפיסה מספק, וכמ"ש מוהר"ש בשו"ת בני שמואל (ח"מ סימן לו), ובמהרי"ט (ח"א סימן קנא), ועיינ מ"ש בספרי שב שמעתתא (שמעתתא ד פרק ז ופרק כו). עכ"ד.

ובזה נחא דברי הרמב"ם (פ"ח מעבדים ה"ה) שכתב וז"ל, אחד מוכר עבדו לעכו"ם עובד ע"ז, או שמכרו לגר תושב, אפילו לכותי, הרי זה יצא לחירות. מכרו לישראל מומר הרי זה ספק, לפיכך אם תפס כדי דמיו מרבו ראשון כדי לצאת בהן מיד המומר, אין מוציאין מידו. עכ"ל. ואח"כ (הלכה ז) כתב הרמב"ם, בן בבל שנשא אשה בארץ ישראל ודעתו לחזור והכניסה לו אשתו עבדים ושפחות – הרי אלו ספק אם הם כמי שמכרה אותם לחוץ לארץ. ע"ש. וקשה אמאי לא כתב דיצאו לחירות, כיון דספק הוא, והעבד תפוס בעצמו? וכבר הרגיש בקושיא זו בלחם משנה (בהלכה ד). ולפי מ"ש נחא, דעבד לא הוי תפוס אלא היכא דליכא ספיקא והוי כמו גיטו וידו באין כאחד, משא"כ היכא דאיכא ספק אם ראוי להיות בן חורין לא מהני תפיסתו, כיון דבזה הוא הספק אם הוא תפוס, דאם הוא עבד, הרי גופו קנוי לבעלים ואין זה תפוס. עכ"ד.²⁹ וכן מצאנו עוד בדברי הקצוה"ח (סימן רמא סק"ג) שכתב, דלא חשיב מוחזק כיון דהספק בחזקה עצמה. ע"ש. ועיינ בספר דברי מלכיאל (ח"א סימן עג) שהעיר על הקצוה"ח, דדעת הש"ך בתקפו כהן (סימן קא וקב) דמהני תפיסה, וכיצד כתב דלא חשיב מוחזק. וכיוצ"ב העיר בספר חזקה רבה קרוך (אבה"ע ח"א עמוד 133) דמדברי הש"ך (יו"ד סימן רסז סק"ג) מבואר שהעבד הוא תפוס בעצמו שהרי גופו אצלו, וכיצד כתב בקצוה"ח שאין העבד תפוס בעצמו לענין זה. ע"ש. ולהאמור יתבאר דבזה הש"ך לשיטתו, שגם כשיש ספק בגוף התפיסה הויא תפיסה, ולכן נחשב שהעבד תפוס בעצמו. ורבינו הקצוה"ח לא שמיע ליה כלומר לא סבירא ליה הכי. ומ"מ משותא דמו"ר הקצוה"ח נמצא שכן גם דעת הרמב"ם.

והנה מרן השו"ע לא הזכיר דין זה בעבד. ואמנם הרמ"א (יו"ד סימן רסד סעיף פ) הזכיר הדין דמכרו למומר הרי זה ספק אם יוצא לחירות. ולפי האמור יש לומר הערת

(הלכות נזקי ממון פרק ט ה"א).

פג ועיינ מ"ש להעיר ע"ד באבן האזל על הרמב"ם

המשך
דברי
הקצוה"ח

ראיה
מדברי
הרמ"א

הקצות החושן וביאורו גם ברמ"א. וארווח לן דהוה לן ראייה נוספת דדעת הרמ"א ג"כ, דכל ספק בתפיסה לא היא תפיסה [ולקמן (סימן פב והלאה) עמדנו בס"ד בדעת הרמ"א בזה].

ג) ואל השלשה ל'ו בא במ"ש רבינו הקצוה"ח (סימן רנח סק"א) שהקשה הרב משנה למלך ^{ביישוב קושיית המשנה למלך} (הלכות עבדים פ"ה ה"ג) דכיון דרבנן (בגיטין דף עב ע"ב) ס"ל במהיום ולאחר מיתה גט ואינו גט, ומספקא להו אי תנאה או חזרה, א"כ בשחרר עבדו אמאי אין העבד משוחרר, והלא כיון דהעבד מוחזק בעצמו גם לרבנן ליהוי גט משום ספיקא דתנאה. ע"ש. וכתב הקצוה"ח ליישב, דלפי מ"ש לעיל (בסימן פח סק"ט), דעבד לא הוי מוחזק מספיקא כיון דעבד גופו קנוי לבעלים והוא כשורו וחמורו, ואם עדיין עבדו הרי הוא וחזקתו לרבו, וכבר כתב מהרי"ט (ח"א סימן קנא) ובשו"ת בני שמואל (למהר"ש חיון חלק חו"מ סימן לו הובא במהרי"ט שם) דהיכא דהספק הוא בתפיסה עצמה בזה לא מהני תפיסה מספק, וגבי עבד חשיב תפיסה מספק, דאם עדיין עבד הוא, אינו תפוס כלל, כיון דהוא כשורו וחמורו ויד עבד כיד רבו. וכיוצא בזה מבואר בכתובות (דף טו ע"ב) גבי מצא תינוק מושלך בעיר אם מחצה ישראל ומחצה עכו"ם, ונגחיה תורא ידידיה לתורא דידן, פלגא משלם, ואידך פלגא אמר להו אייתי ראייה דלאו ישראל אנא ואתן לכון. וכתב הרא"ה (שם ד"ה ומי אמר) דדוקא מחצה על מחצה, אבל רוב עכו"ם משלם נזק שלם. ותימה, אכתי גם ברוב עכו"ם לימא להו אייתי ראייה דלאו ישראל אנא, דהא אין הולכין בממון אחר הרוב, ויש לומר דכיון דאם איתיה דהוי עכו"ם לית ליה חזקה דממונא, והשתא מספקא לן בגופיה אי הוי עכו"ם, לא אמרינן בהא אין הולכין בממון אחר הרוב, דלא אתמר אלא להוציא מחזקתו. עכ"ל. וכ"כ הרשב"א בכתובות (שם ד"ה מחצה). ע"ש. והיינו משום דכיון דטעמא דעכו"ם דכתיב "ראה ויתר גוים" (חבקוק ג, ו), ולית ליה חזקה דממונא, כיון דמדין הפקר אתינן עלה, והשתא דמספקא לן אי הוי מוחזק או לא, אין חזקתו כלום. וכ"כ הרב המגיד (פרק טו מהלכות איסורי ביאה הלכה כו), דברוב עכו"ם אם נגח תורא ידידיה לתורא דידן, צריך לשלם, ולא אמרינן אין הולכין בממון אחר הרוב, לפי שאין לו חזקת ממון, כיון שהוא מסופק אם הוא עכו"ם. עכ"ל. וא"כ מכל שכן בעבד דאין לו חזקה נגד רבו דהוי כמו יד רבו וכמ"ש, וכיון דמספקא בתפיסה עצמה לא הוי חזקתו חזקה ומוקמינן ליה בחזקת מאריה קמא. עכ"ל. ושנה ביאורו גם בשב שבעתא (שמעתא ד פרק ז) ¹⁹ ובאבני מילואים (סימן קג סוף אות ה). ע"ש.

ד) הנך רואה דשפתי קודש דרבנו הקצוה"ח ברור מיללו, דהעיקר כדברי המהרי"ט דכל ספק בתפיסה לא היא תפיסה. ושכן מתבאר מדברי הרא"ה והרשב"א והרב המגיד שכתבו דהטעם דברוב גוים צריך לשלם כיון דמספקא ליה בהא גופה אם הוא עכו"ם. וכן מצאתי בס"ד שכן מבואר בחידושי הרמב"ן בכתובות (שם ד"ה מחצה), וכ"כ רבינו

¹⁹ בקצוה"ח מכל שותיה דמר. והגם שיש מחלקים בזה לא שמיע ליה כלומר לא סבירא ליה האי חילוקא.

¹⁹ ושם מבואר בדבריו דס"ל דכל ספק במוחזקות הרי הוא בכלל ספק בתפיסה ושייך למחלוקת הפוסקים דמהרי"ט והש"ך, וכן נראה גם

קרשקש תלמיד הרא"ה בחידושו בכתובות (שם ד"ה מחצה). וע"ע בתוס' הרא"ש (שם ד"ה ולנויקין). גם בשיטמ"ק (שם) הביא לכל הני רבנותא הנ"ל דכולהו סבירא להו הכי דאין חזקה זו נחשבת חזקה כיון דבהא גופה מספקינן. ע"ש. והיא הסברא האמורה גם בספק בתפיסה, דכל מקום שיש להסתפק בעצם קיום הדבר אם קיים ומועיל, יש לומר דאין לו קיום ואינו מועיל. וכ"כ הרב חלקת מחוקק (אבה"ע סימן ד ס"ק לב), דמאחר שהספק בעצמותו אם הוא כותי או ישראל אז הולכין אף בממון אחר הרוב.⁹⁹ וע"ע בספר אילת השחר להגרא"ל שטיינמן זצ"ל כתובות (שם ד"ה מחצה) מ"ש לבאר בזה.

ואם כנים אנו בזה נמצא דדעת רבותינו הראשונים הרמב"ם הרא"ה והרמב"ן והרשב"א ורבינו קרשקש והרב המגיד, ואחרון חביב רבינו הקצות החושן, כולוהו ס"ל דלא מהני תפיסה כשיש ספק בתפיסה.

סימן נג

חבל אחרונים שכתבו כהקצוה"ח

א וכן מצאתי לחבל אחרונים שסמכו ע"ד הקצות החושן הנ"ל, ומהם הגאון שואל ומשיב (מהדורה תניינא חלק ד סימן קפת, ומהדורה תליתאה חלק ג סימן קנט), ובשו"ת מהר"ש ענגיל [ח"ח סימן קכט]. וכיסודו של הקצות החושן הנ"ל גבי עבד גם כתב מדנפשיה הגאון רבי חיים טוביה מליניק זצ"ל [מגאוני אשכנז לפני יותר ממאה שנה] בשו"ת דברי חיים (סימן לא). ע"ש. וע"ע בדרשות מהר"ם שפירא (דרוש ז דף כב ע"ב טור ג) שג"כ הוכיח דהרמב"ם ס"ל נמי להאי סברא דלא אמרינן דהעבד מוחזק בעצמו מחמת ספק. ע"ש. וע"ע במ"ש בזה האב ובנו הגאון רבי יהושע אייזיק שפירא [הוא המכונה רבי אייזיל חריף] בשו"ת נחלת יהושע (ח"א סימן כב דף סב ע"ב טור ד), ובנו רבי משה שפירא בספרו פני משה עמ"ס פסחים (דף מז ע"א - ע"ב מדפי הספר בהערה). גם הגאון רבי צבי יחזקאל מיכלסון [הרב דפלונסק שבפולניה לפני כמאה שנה] בספרו תירוש ויצהר (סימן סד דף פג ע"ב טור ג אות טז), סמך ע"ד הקצוה"ח. ועיין להגאון רבי שמואל רוזובסקי זצ"ל בספר שיעורי רבי שמואל עמ"ס בבא בתרא (סימן ב אות ד), דנראה מדבריו דפשיטא ליה דכן גם דעת התוספות. ע"ש. ואמנם עיין בחידושי הגרנ"ט בבא בתרא (סימן קסה) שכתב, דלתוספות נראה דבאמת העיקר הוא שלא תהא התפיסה קודם שנולד הספק, אבל אם יש ספק בהתפיסה בזה לא איכפת לן. ומנגד בחידושי רבי חיים מטלז ב"ב (עמוד קצו) אזיל כל

ליקוט
דבריהם

⁹⁹ כנגדה רוב מנ"ל שיאמרו כל הני רבנותא דג"כ לא הווה תפיסה כשיש ספק בתפיסה? ומ"מ מדברי הקצוה"ח משמע, דלא שמיע ליה כלומר לא סבירא ליה האי חילוקא.

¹⁰⁰ והגם שיש מקום בראש לחלק ולומר דדוקא היכא דאיכא לן רובא כנגד חזקה כזו שאינה חזקה כיון שבוה גופה יש ספק - אזלינן בתר רובא ולהכי חייב אותו ספק לשלם מספק, אך היכא שאין

בתר איפכא בדברי התוספות, וכתב לחזק את יסוד דברי הקצוה"ח דספק בתפיסה ובמוחזקות לא היא תפיסה מדברי הגמרא. ע"ש. ואכמ"ל.

ולפי האמור יש בידינו עוד שנים עשר נשיאים, ששה משמותם ברבותינו הראשונים, וששה משמותם ברבותינו האחרונים, דכולהו סבירא להו כדברי הקצות החושן, ומכאן תשובה מוצאת ע"מ שהבאנו לעיל (סימן נב אות ב) שהעיר הרב דברי מלכיאל על הקצוה"ח שהעלים עינו מרבינו הש"ך. ולהאמור ניחא, דרוב בניין ורוב מניין רבותינו הראשונים סבירא להו דאין זו תפיסה, וכן נראה שפשטה ההוראה. ואפשר שלכן לא חש רבינו הקצות החושן לדברי הש"ך בזה וכאמור.

(ב) שוב ראיתי להגאון רבי שמעון דב בר אנוליק [מגדולי חכמי ליטא לפני כמאה וחמישים שנה תלמיד רבי אייזיל חריף זצ"ל] שבספרו אורח משפט (הלכות דיינים סימן כה דף מג ע"א טור א), הביא דברי הקצוה"ח הנזכר דבעבד כיון דגופו קנוי לבעלים הוי ספק תפיסה ולא היא תפיסה, והוסיף אורה זו תורה מדיליה, דנראה להביא ראיה לזה מדברי התוס' בגיטין (דף ח ע"ב ד"ה הדר), אהא דאמרין התם איבעיא להו אמר לעבדו כל נכסי קניין לך מהו וכו', אמר אביי מתוך שלא קנה נכסים לא קנה עצמו, וכתבו התוס' דלכך ס"ל לאביי דבתרוייהו לא קנה, דיד בעל השטר על התחתונה. ואביי לשיטתיה בגמרא בכתובות (דף פג ע"ב) דס"ל דיד בעל השטר על התחתונה. וקשה, דאפילו אי יהא דיד בעל השטר על התחתונה מ"מ מבואר בפוסקים¹⁹ דיד בעל השטר על התחתונה אינו אלא

¹⁹ עיינן בשו"ת הרא"ש (כלל סה סימן יט), ובשו"ע (ח"מ סימן מב סעיפים ה, ז, ח, ט). ובספר דבר יעקב שטיינהויז בכתובות (ח"ב דף פג ע"ב אות ב).

ולך נא ראה למ"ש מרן בשולחן ערוך (חושן משפט סימן ריד סעיף יב) וז"ל, האומר לחבירו בית מביתי אני נותן לך, נותן לו הקטן שבהם. נפל א' מהם, מראה לו זה שנפל, שיד בעל השטר על התחתונה. הגה: אבל אם אמר לו רק בית אני מוכר לך, יכול ליתן לו עלייה, דהוא נמי מקרי בית. עכ"ל.

וראיתי בחזון יחזקאל על התוספתא ב"ב (פ"ד ה"א בחידושים דף כו ע"ב טור א) שהביא דהרב מלבושי יו"ט (ח"א ח"מ סימן ה דף צח ע"ב טור ד) כתב, דהטעם במוכר בית לחברו שנותן לו הקטן שבבתים הוא מדין ספק, כיון דיד בעל השטר על התחתונה, ולפיכך היכא שמכר אחד מבתי והלוקח קנה בקנין סודר או שטר, אם דמי המקח עודם ביד הלוקח, יכול הלוקח לטעון כי לבית גדול נתכונתי. והגאון ר' אליעזר משה מפנינסק סבירא ליה דכיון שהבית הקטן הוה נמי

בכלל בית, ונותן לו בית קטן מדין ודאי ולא מכח ספק, והלוקח חייב ליתן לו את דמי מקחו אע"פ שהמעות בידו. עכ"ד. וע"ש שהרב חזון יחזקאל הסכים להגרא"מ מפנינסק. וכן מצאתי שכתב בשו"ת הר"ש איגר (ח"מ סימן י הוצאת מוסד הרב קוק עמוד קנז), דעד כאן אין אנחנו צריכים לטעם יד בעל השטר על התחתונה אלא באומר בית בבתי דיש ג"כ צד סברא לומר דהגדולה מכר לו דבית בבתי משמעו ג"כ המעולה שבבתים. ומשום הכי נותנים לו דין ספק, אבל באומר בית אני מוכר לך, מה דנותן לו הפחות אינו משום ספק אלא משום ודאי, דכל סתמא יש לומר הוה כמפרש הפחות. עכ"ד. ובצידי הגליון העירו המוציאים לאור, שכבר קדמו בסברא זו בפתחי תשובה (חושן משפט סימן ריד ס"ק ו) משם הרב עבודת הגרשוני (סימן ה). ע"ש. וע"ע בספר קובץ שיעורים השלם להגרא"מ וסרמן עמ"ס ב"ב (במילואים והוספות שבטוף הספר עמוד ששה אות תרטו). ונראה שכל זה בכלל מ"ש גאון עוינו מרן רבינו עובדיה יוסף זצ"ל בשו"ת יביע אומר (חלק ה חושן משפט סימן ה אות ב)

דעת הרב אורח משפט (אנוליק)

דין האומר בית מביתי אני נותן לו

מתורת ספק, והוי ספיקא במה שכתב לו כל נכסי אם גם העבד בכלל או לא, וא"כ אמאי מתוך שלא קנה נכסים לא קנה עצמו, נהי דלא קנה נכסים מספיקא, מ"מ העבד יקנה עצמו מספיקא דהוא מוחזק ותפוס בעצמו, אלא ודאי היכא דהוי ספק בעצם התפיסה לא מהני תפיסה מספק, וכמהרי"ט ז"ל בזה.

ובזה יש לתרץ מ"ש הרא"ש בגיטין (בפרק השולח סימן לח), בבעיא דמכר לעבדו חוץ לשלשים יום דמאחר דלא איפשטא לא יצא לחרות. והקשה בקרבן נתנאל (שם אות ה), הא העבד מוחזק בעצמו, וא"כ אין לו להשתעבד מספק? ולמש"כ ניחא, מאחר דהספק הוא בעצם המוחזקות, לא מהני מה דהוא מוחזק בעצמו, דאי לא יצא לחירות אינו מוחזק לכן לא מהני המוחזקות שלו בזה. עכת"ד הרב אורח משפט. ועל"ה מן האר"ש שגם דעת רבותינו בעלי התוספות והרא"ש נמי אית להו האי סברא הנזכרת, דכל ספק בתפיסה לא הוה תפיסה.

המשך דברי האורח משפט הנ"ל

סימן נד

בירור דעת הרב חקרי לב ובנו הרב אורח משפט (חזון) בספק בתפיסה

א ואז אגמור לברר, דעת האב ובנו הרב ותלמידו, רבינו החקרי לב ובנו הרב אורח משפט, היאך תהיה דעתם בכל ספק בתפיסה. דהן אמת שבכמה מהתשובות שבחקרי לב נראה דנקיט בפשיטת דמהני תפיסה שכזו במטלטלין, עיין בדבריו (בחור"מ סימן עד והובא לקמן סימן צד, ובחור"מ ח"א סימן ב עמוד ה הוצאת מכון המאור, ובחור"מ ח"א סימן ל עמוד קיד הוצאת מכון המאור), ע"ש. וכ"כ מר בריה דרבנא הגאון רבי אליהו חזון זצ"ל בתשובה

ליקוטי תשובותיהם ופסקיהם

הני דאמרינן לעיל דיד בעל השטר על התחונה, אי תפס מטלטלין, לא מפקינן מיניה. ע"כ. ועל כן אי נימא דבמוכר בית לחבירו הטעם דסגי ליתן לו בית הפחות הוא מדין ספק ומשום דיד בעל השטר על התחונה, א"כ כל היכא דמעות הלוקח עדיין בידו, לא מפקינן מיניה. אך אי הוי מדין ודאי, וכמ"ש החזון יחזקאל, א"כ אין זה בכלל האי דינא, ולא מהני תפיסת הלוקח וחייב לשלם. ולדינא נראה דלא הוי בכלל מחלוקת בתפיסה עצמה, אלא כתפיסה בפלוגתא דרבותא דדינים אנו על עצם המכר ומוזה משתלשל ויורד הדין לגבי המעות. ובוה הדרין לכללא שהכריע הש"ך בתקפו כהן (סימן קז), דכל תפיסה בפלוגתא דרבותא מהני תפיסה. ועיין להגר"ש שקוף זצ"ל בשערי יושר (שער ה פרק ח עמוד כט טור א).

ות"ד, לא נאמר יד בעל השטר על התחונה אלא כשישנה סתירה בנוסח השטר, וא"א לקיים שניהם, לכן אין להוציא מן המוחזק, שזה כלל גדול בדין המוציא מחבירו עליו הראיה, אבל כשאפשר לפרש הלשון שבשטר הן לזכות הן לחובה, ששקולים הם ויבואו שניהם, יד בעל השטר על העליונה, וכמ"ש בשו"ת הרמ"א (סימן ג ד"ה התשובה השנית), דדוקא בדבר המסופק בלשון השטר וא"א שהלשון ההוא יסבול ב' הפירושים, אז יד בעל השטר על התחונה, אבל היכא דאפשר לפרש באופן שהכל כלול בלשון השטר, פשיטא שכוללים בו הכל, ולא שייך לומר בזה יד בעל השטר על התחונה. ע"ש. וכ"כ בשו"ת אהל יצחק הכהן (חח"מ סימן פו), וכ"כ בשו"ת בית שלמה (סימן כד). עכ"ד.

והנה בשו"ע (חושן משפט סימן מב סעיף ח) כתב, דבכל

ארוכה מיני אר"ש, והיא ל"ו נדפסה בחקרי לב (חור"מ ח"א סימן פב עמוד רפח הוצאת מכון המאור), דהעיקר כמו שיצא לחלק בנו של הכנה"ג בשו"ת בעי חיי (חור"מ ח"א סימן צו וצח) דבמטלטלין יכול לומר קי"ל, והסכימו עימו הרב מר אביו רבינו החבי"ב, והרב חשק שלמה (אות לח) ובנו הרב מטה שמעון (אות נח). עכ"ד. וע"ע שם בחקרי לב בסימן שלאחריו (סימן פג עמוד שטו הוצאת מכון המאור), שהביא אביו הרב חקרי לב דברי בנו הללו בשתיקה, ומדשתיק האי רבנן שמע מיניה דניחא ליה וסבר כותיה בזה. ע"ש. וע"ע דברי בנו הנזכר הגאון רבי אליהו חזן זצ"ל, ששנה דבריו בספרו ארח משפט (סימן כה אות טו) וכתב, דמ"ש מהרח"ש דחזר בו הכנה"ג והסכים לחילוק של בנו בין מטלטלין דהויא תפיסה, לקרקע דלא הויא תפיסה, כ"כ מהר"מ אלגאבה ז"ל בספר טל אורות (דף כא ע"א), ומזה תמה על מוריניו הרב בתי כהונה ז"ל, הובאו דבריו בספר גבעות עולם (סימן עג), שנסתייע מדברי הכנה"ג (חור"מ סימן כה הגהב"י אות מ) דהיכא דפליגי מי המוחזק אין לומר קי"ל כיון דבהא פליגי, ובאמת נעלם ממנו שחזר בו בהשמטות. ועיין למהר"מ אלגאבה ז"ל (שם בע"ג) שתמה על הרב תורת חסד ז"ל, דבמקום אחד (בסימן קלז) תפס כמהר"י הלוי, ואילו במקום אחר (בסימן עז ופח) תפס כהרב החולק על מהר"י הלוי. עכ"ד.

ב) עוד כתב באורח משפט (חור"מ סימן כה דיני תפיסה אות טז) דעל החילוק של בנו של הכנה"ג כתב בתורת משה בחור"מ (סימן יז) משם אביו מהרח"ש, דס"ל דאין לומר קי"ל. והתשובה על ספק בתפיסה ונתן טעם לדבר, דכיון דפליגי אי הוי מוחזק או לא, נמצא שתפיסתו היא בספק, וכה"ג ודאי אזלינן בתר רוב דעות הפוסקים, ובנו הסכים עימו. ע"ש. וקשה ע"ז דממה נפשך, אי סבירא ליה למהרח"ש ז"ל דטענת קים לי הוה כטענת ברי, א"כ גם כי פליגי אי הוה מוחזק הוה טענת ברי וצריך להחשיבו כמוחזק, ואם סבירא ליה דטענת קים לי הוה כטענת ספק, עיין בזה לכנה"ג (חור"מ סימן כה דיני תפיסה אות יב) א"כ גם בכל פלוגתא דרבוותא שייך לומר הכי, דלדעת החולק מלבד דלא קרינא ליה מוחזק עוד הוי גזל בידו, וא"כ נמצא מאליו דמי שהוא מוחזק הוא מספק. עכ"ד.

ובאמת שיש בידינו מצות השב תשיבם על הערתו, דסברת החולקים ואומרים דאין לומר קי"ל בספק בתפיסה טעמם ונימוקם עימם, דדוקא היכא דהוא תפוס בודאי ושפיר נפיק מחזקת מרא קמא לכל הפחות כלפי עניין התפיסה או מצי למימר קי"ל אפילו במיעוט פוסקים, דכיון שהוא תפוס וכלל גדול בידינו דאין הולכים בממון אחר הרוב, לכן אין מוציאים ממנו. אך היכא דיש ספק בכלל אם הוא תפוס, וכנגדו יש את המרא קמא החולק עליו, דעל הצד שאין תפיסת התופס תפיסה לא יצא הדבר מחזקת מרא קמא דהדר ממונא למאריה, ממילא תו לא מצי למיטען קי"ל שאני תפוס, דכשכנגדו המרא קמא יטעון להיפך, דקים לי שאני מוחזק ותפיסתך אינה כלום, דספק בתפיסה לא הויא תפיסה.

ג אחר הדברים האלה ראיתי להרב חקרי לב (ח"מ סימן מט הוצאת מכון המאור כרך ח עמוד 81) ששאלה ונסתפק אי מהני תפיסת השותף בשביל שותפו, וכתב (שם עמוד 82) שדבר זה נחלקו רבותינו אי אמרינן מיגו בשניים [היינו מ"ש הטור (ח"מ סימן עב) בשם תשובת אביו הרא"ש (כלל פט)], דאם תפס שמעון מראובן בטענה שאמר לו שותפו [של שמעון] שראובן חייב לשותפות, אין תפיסתו תפיסה, דכל הטעם דמהני תפיסה כיון דמצי למיטען להד"ם או החזרתי או נאנסו, ולכך נאמן במיגו שחייב לו, אך היכא שתופס בשביל חבירו השותף, מנא לן דחבירו הוה מצי למיטען להד"ם וכיוצ"ב, דשמא לא ירצה לשקר. וכן נפסק בשו"ע (שם סעיף לט) ע"ש. ואע"ג דאיכא למימר קי"ל כהפוסקים האומרים מיגו בשניים, כבר כתב הכנה"ג בכללי המיגו (סימן פב אות קעט) דאין אומרים מיגו במחלוקת הפוסקים, וכן יש לפסוק הגם שיש חולקים ע"ז, כמ"ש בספר מטה שמעון (אות קיא). עכ"ד.

ד והרב אשר לשלמה אבן דנאן (סימן נ דף קד ע"ב טור ט) כתב להעיר ע"ד החקרי לב הללו ותמ'ה תמ'ה יקרא, דמאחר דשלטו מאורי אור עיני קדשו בדברי הרב מטה שמעון, איך כתב דלא אמרינן מיגו ולא מהני ליה תפיסה. ולכאורה נראה לומר, דטעמיה דהרב דהוי כמאן דפליגי אי מהני תפיסה או לא, דלמ"ד אמרינן מיגו בשנים מהני תפיסה, ולמ"ד לא אמרינן מיגו בשניים לא מהני תפיסה. וכבר כתב הכנה"ג (ח"מ סימן ד הגב"י אות כו) משם להקת הפוסקים, דכל תפיסה שהיא מחלוקת, דלמר מהני תפיסה ולמר לא מהני תפיסה, אין לומר קי"ל, כיון דבהא פליגי אי הוי מוחזק או לא. ואכתי לא אפרק מחולשא דנראה דהכנה"ג הדין הוא לכל חסידיו, וסבירא ליה דבמטלטלין מהני תפיסה. גם הרב חקרי לב גופיה בכמה מתשובותיו כתב לעיקר כהסכמת רבני האחרונים, שגם במחלוקת בתפיסה ותופס מטלטלין מצי אמר קי"ל. וצריך להידחק וליישב דדברי החק"ל הם לסניף בעלמא, ועיקר טעמיה בשאר הטעמים שהזכיר בתשובתו הרמתה. עכ"ד.

ובאמת כמה מן הדוחק לומר כן על רבינו החקרי לב שבכל עניין ועניין שעלה ונסתפק, פשט ידיו ורגליו הקדושים ופינה וזוית לא שביק, וכאן לא הזכיר ולו ברמז מכל האי תורה שלמה דידיה.

ה ואשר יראה לענ"ד לבאר בזה, ע"פ מ"ש החקרי לב (ח"מ ח"א סימן עד עמוד רכו הוצאת מכון המאור) לחקור בהאי דינא שכתב הטור (ח"מ סימן קז סעיף יג), בשם אביו הרא"ש דהאידינא דתיקנו הגאונים לגבות מטלטלי דיתמי, כל שיעבוד וסמך המלוה על מטלטלי כמו על מקרקעי, וכופין אף על מטלטלי, וכן עמא דבר. ע"כ. והרב חקרי לב חקר דבר, בחיוב שאינו ברור ותפס ויש לו מיגו אחר תקנת הגאונים, אי חשיב תפיסה וגובה, או לא חשיב תפיסה ומפקינן מיניה, כיון דיש סוברים שגם בזמנינו תפיסה דלאחר מיתה לאו כלום היא גם בדאית ליה מיגו. ודעת גדולי האחרונים דכל שהמחלוקת בתפיסה לא מצי למימר קי"ל. ואף דהסכמת רבני האחרונים דאפילו הכי מצי אמר קי"ל, הרי כבר ידוע דכל ספק או מחלוקת בתקנה יד בעל התקנה על התחוננה אף שהוא מוחזק, דמספק

יישוב על החקרי לב דהוה כספק בתקנה וספק בתפיסה

אוקמה אדין תורה, וכמ"ש הרא"ש (כלל נה סימן ז), והביאה הטור (אבן העזר סימן קיה) ועוד. ואף אם ימצא חולק בזה שגם בתקנה המוחזק מצי למימר קי"ל מ"מ בצירוף דהוה ספק בתפיסה יש לצדד דלא מצי למימר קי"ל ומפקינן מיניה. עכ"ד. אתה הראת לדעת, דלדעת הרב חקרי לב כשיש שני ספיקות, היינו ספק בתפיסה וגם ספק בתקנה, כיון דהוה שתי סברות לומר שאין תפיסתו תפיסה, מפקינן מיניה. ולהאמור אפשר דגם במחלוקת אי אמרינן מיגו הוה כספק בתקנה¹⁹ יחד עם ספק בתפיסה, ולכן פסק דלא אמרינן מיגו במחלוקת הפוסקים. והגם דלא הוה ממש שני ענינים נפרדים כדהתם, מ"מ הא צריך לומר קי"ל כמ"ד די"ל קי"ל במיגו במחלוקת הפוסקים, וקי"ל כמ"ד דאמרינן מיגו בשניים. ועוד קי"ל כמ"ד דבכל מחלוקת אי אמרינן קי"ל, אמרינן קי"ל. ודמי לספק בתפיסה ובתקנה דדעת הכנה"ג דלא מהני ביה תפיסה. ויש להתיישב עוד בזה. ועיין בשו"ת אשר לשלמה הנזכר (סו"ס ז).

19) עוד יש ליישב דעת הרב חקרי לב, דס"ל דאין לחוש לפוסקים דס"ל דמצי למימר מיגו, דכיון דטענת מיגו הויה כספק במציאות אם יטען כן, וכדרך שכתב התומים (בכללי המיגו סימן פא) לבאר הטעם למ"ד דמהני מיגו דהעזה בממון, דודאי דעת בני אדם משתנים מקצתן לקצתן, קצת בני אדם אינם מעיזים לומר בפניו כחשו, ומקצתן יעזו לדבר כזאת וכזאת, ולכך בממון מהני מגו דהעזה, דאולי הוא מאותן כת המעזים ואית ליה מגו, ואיך נוציא ממון מספק. עכ"ד. ולפי זה גם כאן, כיון שיש ספק אם היה התפוס בשביל חברו טוען טענת מיגו כזו, ויש צד לומר שלא היה טוען כן, להכי האי תפיסה הויה ספק בתפיסה במציאות, ואף הפוסקים הסוברים דבספק בתפיסה בפלוגתא דרבוותא מהני, בספק תפיסה במציאות ס"ל דלא הויה תפיסה, וכמ"ש בזה לקמן (סימנים פד - פח) בס"ד.

סימן נה

בדעת חכמי אשכנז בספק בתפיסה

א) ניתנה ראש ונשובה לברר דעת הפוסקים בספק בתפיסה אי הויה תפיסה. ומצאתי להגאון רבי יעקב יששכר שטיינר [מחכמי אוקראינה לפני כמאתיים שנה] בספרו שושנת יעקב בקונטרס התפיסות (דף מ ע"ב טור ד), שהאריך הרחיב ליישב כל קושיות הש"ך

¹⁹ בשבועות (דף מב ע"א ד"ה וראב"י), וכ"כ הרב שדי חמד (כרך ה מערכת המ"ם כלל קסו) ולא הביא שום חולק בזה. מכל מקום מכיון דהוה כמה ספיקות באמירת מיגו זה, הוה כס"ס, ואפילו בדאורייתא אזלינן לקולא.

¹⁹ וידעתי גם ידעתי מ"ש הרמב"ן בשבועות (דף מב ע"ב ד"ה עוד אני, ובדף מז ע"א דה ואי קשיא, דמיגו הוא מדאורייתא. ע"ש. וכן כתב הריטב"א ב"מ (דף ג ע"א ד"ה דאמר רבה) ובשיטה מקובצת (שם) משמו, וכ"כ בתוספות הרא"ש

שהקשה על המהרי"ט⁹⁹ וכותב להשיג על שיטת הש"ך, ובסוף דבריו כתב וז"ל, וליבי בל עמו בזה, ודעתי נוטה למהרי"ט כיון שמביא ראיה נכונה לזה. וכבר הוכחתי לעיל (סימן עה) דדעת הרמ"א ג"כ כן היא. עכ"ל.

ב) ובהמשך דבריו (שם דף מא ע"א טור א) כתב להביא ראיה לדברי המהרי"ט ז"ל, ממ"ש בגמרא בב"ב (דף קכה ע"ב - קכו ע"א), אמר רב פפא הלכתא, אין הבכור נוטל בראוי כבמוחזק ואינו נוטל פי שניים במלוה, ובמלוה שעמו שהבכור נתחייב לאביו פלגי, חולקים ביניהם. ופירש הרשב"ם, דחלק בכורה יחלוקו ביניהן, דאיהו מעכב פלגא ונותן לאחיו פלגא, דהוה ליה ממון המוטל בספק וחולקין, משום דאין ידוע אי חשיב מוחזק לאביו לגמרי ובעין יפה גמר ומקני לאביו כדי שיהיה אביו מוחזק בהך מלוה ויטול בה פי שניים, או דלמא לא שניא משאר מלוה ולכך חולקים. עכ"ד. והתוספות שם (ד"ה ובמלוה) כתבו, דלאו משום דקי"ל ממון המוטל בספק חולקים, דהא לא קי"ל כסומכוס, אלא תקנת חכמים היא הכא. ע"ש.

ירושת
בכור
במלוה

ולכאורה דבריהם בלתי מובנים, דהא אמורא צריך לפרש דבריו, ולמה לא ביאר רב פפא זאת דאינו אלא תקנת חכמים, כדי שלא נטעה לומר דהלכה כסומכוס. ומחמת כן הנראה בזה, דכיון דכל עיקר הספק שם אי הבכור שיעבד נכסיו לאביו לגמרי ובעין יפה גמר ומקני בכדי שאביו יהיה מוחזק בהאי מלוה ויטול הוא פי שניים, או לא דאינו אלא כסתם מלוה והוא מוחזק ולכן אינו נוטל פי שניים, נמצא שעיקר הספק הוא אם אביו מוחזק והוא לא מוחזק, או הוא מוחזק ואביו לא מוחזק, ולזה שפיר כיון שהספק הוא בתפיסה עצמה מי נקרא מוחזק, לזה אף דכעת הוא מוחזק במלוה, אעפ"כ לאו תפיסה מיקרי, הואיל דהספק הוא בתפיסה עצמה, אי תפיסתו היא תפיסה או לא. וא"כ הואיל דמצד האב שניהם מוחזקים בשוה, ככה"ג אף לרבנן יחלוקו, ולא שייך לפלוגתא דסומכוס וחכמים. ונמצא שהדבר מבואר בעצמו ולא נטעה לומר דהלכה כסומכוס. עכ"ד. הרי לן ראיה שפירתא לדעת מהרי"ט דבכל ספק בתפיסה לאו תפיסה מיקרי.

ראיה
לדברי
המהרי"ט

ג) ומצאתי ראיתי בפתחי תשובה (חושן משפט סימן כה ס"ק ו) ששעלה ונסתפק, היכא דפטור בדיני אדם וחייב בדיני שמים אי מהני תפיסה, והביא בזה פלוגתא דרבוותא, וצדיק עתק דברי הגרע"א (בחיידושיו על השו"ע שם ע"ד הש"ך ס"ק ב) שכתב, דלדינא אפשר דלא מצי התופס לומר קים לי כהפוסקים דמהני תפיסה כשחייב לצאת בידי שמים, לדעת

דעת
הגרע"א
בספק
בתפיסה

לדינא עיין לקמן (סימן פח אות ד).

פח גם הג"ר צבי הירש קאלישר זצ"ל בספרו מאוניים למשפט בדיני תפיסה (סימן יד מאוניים למשפט ס"ק א עמוד קנב) כתב ליישב כל קושיות רבותינו על המהרי"ט. ע"ש. ומה שמסיק

פט ובדעת הרב פתחי תשובה בספק בתפיסה, עיין במ"ש לקמן (סימן נז).

הרב משנה למלך (הלכות מלוה פ"ד ה"ו)³ בסוף דבריו שכתב שם דהיכא דהתפיסה עצמה במחלוקת שנויה אי מהני או לא, אין לומר קים לי. עכ"ד. הרי שדעת המשנה למלך והגרע"א ג"כ דיש לחוש להני רבוותא דבכל ספק בתפיסה לא הוה תפיסה. ומה שנראה מדברי הגרע"א על השו"ע (ח"מ סימן פז סעיף יג בד"ה וגדולה מזו), דמהני לטעון קים לי גם בספק בתפיסה, המעיין שם יראה שביאר כן בדעת הש"ך, אך לא פסק כן למעשה. וע"ע בספר משפט הקנין טולדאנו (כרך ג פרק ד סוף אות יז), ויש להאריך ולקצר אני צריך.

סימן נו

בדעת הרב משנה למלך בספק בתפיסה

א) ולא אכחד דהרב משנה למלך סתר משנתו בזה, דהנה (בהלכות מלוה ולוה פרק כא הלכה א עמוד רט הוצאת פרנקל תשס"ב), בענין גרמא בנזיקין דפטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים, ונחלקו הפוסקים אם תפס הניזק אם מוציאים מידו ופסק המשנה למלך, דכיון דמספקא לן אי מי שמחויב בדיני שמים מהני תפיסה, יוכל התופס לומר קים לי כמאן דאמר אי תפיס לא מפקינן מיניה. ועדיין צריך אני להתיישב בזה. עכ"ל. ובספר שערי תורה להגאון רבי בנימין לוו זצ"ל (ח"א כלל ט פרט ב דף עה ע"א אות ט) העיר ע"ד, דלכאורה לפי"ד המהרי"ט דכשיש מחלוקת בתפיסה עצמה אין יכול לומר קים לי, א"כ ה"ה כיון דהוה מחלוקת בתפיסה עצמה אי היכי דחייב לשלם לצאת ידי שמים מהני תפיסה, אינו יכול לומר קים לי כמ"ד דמהני וכו'. עכ"ד. ולהאמור לעיל (בסימן הקודם) היא שיטת הרב משנה למלך גופה בפרק ד מהלכות מלוה ולוה. הרי שסתר משנתו. ועיין בשדי חמד (כרך ג מערכת ח כלל פב עמוד 53).

שוב ראיתי להגאון רבי רפאל אברהם מצליח זצ"ל [מחכמי איזמיר לפני כמאתיים וחמישים שנה] בספרו מאמר המלך על הרמב"ם (הלכות מלוה ולוה פי"א ה"ח עמוד רפא הוצאת ירושלים תש"פ ד"ה עוד קשה) שעמד ע"ד המשנה למלך וכתב כדברים האלו וזת"ד, קשה לי על מ"ש הרב ז"ל דכיון דמספקא לן מצוי התופס לומר קים לי כמ"ד דתפיסה מהני – ותימה, שהרי קי"ל דכל שיש מחלוקת בתפיסה עצמה לא אמרינן קים לי כמ"ד דתפיסה מהני. ומה גם שהרב משנל"מ גופיה כתב בהדיא משם הראשונים בפ"ד מהלכות אלו ה"ו לענין פלוגתא דהראב"ד והטור ז"ל גבי אבק רבית אי חייב לצאת ידי שמים דאם תפס לא מפקינן מיניה וכתב, דאין התופס יכול לומר קי"ל כמ"ד דתפיסה מהני, כיון דהתפיסה עצמה במחלוקת היא שנויית יעו"ש וא"כ איך כתב דמצי התופס לומר קי"ל והוא היפך מ"ש שם. וצ"ע. עכ"ד.

³ בספק בתפיסה ע"ש.

³ ולקמן (סימן נו), עמדנו לבר דעת המשנה למלך

וכבר כתבנו לעיל (סימן טו) דברי רבותינו בפוסק שסותר את דבריו, היאך נקטינן בדעתו. ע"ש. ומ"מ נראה דלא שייך הכא לדברי המשנל"מ דהמדקדק יראה שבפרק כא כתב הרב משנה למלך בלשון של זהורית 'ועדיין צריך אני להתיישב בדברי', ומנגד בפרק ד מסיק בלשון ברורה, דהיכא שהתפיסה עצמה במחלוקת שנויה אי מהני או לא אין לומר קים לי. ונראה שאין להוציא ספיקו מידי ודאו, והגם שפרק כא בסר הרמב"ם הוא האחרון, מ"מ מאן מפיס שדבריו שם הם אכן דעתו האחרונה, דהרבה פוסקים כתבו דבריהם שלא כסדר פסקי פסקי, ואין מוקדם ומאוחר בתורתם.

פוסק שכותב במקום אחד בלשון ספק ובמקום אחר ההיפך בלשון ודאי

ב ובהיותי בזה כן בקודש חזיתי להגאון רבי ישראל חיים יוסף אליקים [מחכמי בולגריה לפני יותר ממאתיים שנה] בספרו שם יוסף (הלכות מלוה ולוה פרק ד ה"ו דף קצב ע"ב טור ג) שהביא דברי המשנל"מ בפרק ד ותמה ע"ד, דאיך פסיק לדיניה בסכינא חריפא להוציא מיד המוחזק, והלא כתב מרן החבי"ב בכנה"ג (בחו"מ סימן כה בכללי הקים לי בהגהות ב"י אות לא), דהיכא דיש ספק אי יכול לומר קים לי או לא, אין לומר קים לי כיון דבהא קיימינן. הר"י הלוי. ויש מי שסובר דהיינו דוקא כשהמחלוקת הוא בקרקע אבל במטלטלין חזר הדין לקים לי. ובתשובה פקפקתי על דברי הר"י הלוי והעלתי כדברי החולק. עכ"ל. הרי בהדיא דהיכא דפליגי במטלטלין, אף על פי שהתפיסה עצמה במחלוקת שנויה מצי לומר קים לי, דגדול כח המוחזק וה"נ בנדון זה, כיון דהוי מעות שהם מטלטלין מצי למימר קים לי כמרן החבי"ב והיש מי שסובר. וכן ראיתי להרב דבר משה (אמאיריליו והובא לעיל סימן לו אות א) שכתב כן. ולכן נראה דאין מוציאין אותו מידו ודברי הרב משנל"מ צ"ע לענ"ד. עכ"ד. ואמנם כבר ביארנו לעיל (סימן לט) את החילוק בין ספק בקים לי לבין ספק בתפיסה. ונראה דהרב שם יוסף לא שמיע ליה כלומר לא סבירא ליה האי חילוקא.

תמיהת הרב שם יוסף על המשנל"מ

ג ואודיע קושט דברי אמת שגם הרב שם יוסף מצאנו במקומות אחרים בספרו שנטתה דעתו דספק בתפיסה לא הוה תפיסה עיין במ"ש בהלכות מלוה ולוה (פ"א דין ז דף קצז ע"א טור א), ושנה דבריו שם (פ"ד ה"א דף קצח ע"א טור ג) ויצא עת'ק לדברי הכנה"ג הנ"ל דכל ספק בתפיסה לא הוה תפיסה, וכתב ע"ז דאע"ג דכתב הכנה"ג (בסימן ד שם) דמוהרש"ך ס"ל דמצי לומר קי"ל מ"מ בסימן כה (בהגהת ב"י אות מ) כתב דמוהרש"ך שינה את טעמו. יע"ש. וא"כ לא שבקינן ודאו של רבים משום ספיקו של מוהרש"ך. עכ"ד. הרי שבשני מקומות הלוחך ילך בדרך רבוותא דפסקו, דבספק בתפיסה לא הוה תפיסה ויש לומר בדבריו סמי חדא מקמיה תרתי.

סתירה בדברי הרב שם יוסף

סימן נו

בירור דעת הפתחי תשובה בספק בתפיסה

א והנה כתב הרמ"א בשולחן ערוך (חושן משפט סימן עה סעיף יז) על מה שפסק מרן דמשביעים היסת על טענת ברי, דיי"א דמשביעין היסת על טענת שמא כשיש רגלים

תפיסה כשיש רגליים לדבר

לדבר, כגון שהיה שמעון בבית ראובן ומצא ראובן תיבתו פרוצה וניטל ממנה מה שהיה בתוכה, והוא חושד את שמעון, יכול להשביעו היסת. וכן נראה לי להורות. עכ"ל. וכתב הסמ"ע (שם ס"ק מט), דאם תפס בעל התיבה משל שמעון בלא עדים, תפיסתו תפיסה. וראיה לזה מהדין בגמרא בב"מ (דף כו ע"א), וכתבו הטור (חו"מ סימן רסב סעיף ו) דכשראה חפץ שנפל משנים, אמרינן דודאי לא נתייאש, דמי שאיכרו יחשוב הלא לא היה כאן אחר אלא זה, והוא ודאי נטלו, והיום או למחר אתפוס משלו. וכתב שם הרא"ש (בפרק ב סימן ט), דכי יתפוס משלו, אפילו בשבועת היסת אינו יכול להוציא. ע"ש.

ובש"ך (שם ס"ק סד) תמ'ה תמ'ה יקרא על רבינו הסמ"ע, דהיאך תועיל תפיסה להוציא ממון מספק, ולקמן (סימן רסב סעיף ו) לא אמרינן אלא דהלה אינו מיאש, וחושב שיתפסנו ויטעון ברי ומתוך כך יודה לו המוצא, אבל ודאי בטוען שמא לא מהני תפיסה, אלא הלה ישבע ויטול את שלו. וכ"כ בתשובת מה"ר שלמה כהן (ח"ב סימן ב). עכ"ד. גם הט"ז (שם) תמה ע"ד הסמ"ע וכתב, דכבודו במקומו מונח דלא דק בזה, דלא אמרו התם שיהיה הדין כן דמהני תפיסה, אלא דהמאבד אבידה סובר כך ומשום הכי לא מייאש, שהוא חושב שאוכל לתפוס משלו ולא יועיל לו שבועה, אבל באמת כי תפיס מפקינן מיניה, דהא באמת מצאו אחר, והיאך נניח לו לתפוס מספק. עכ"ד. ועיין בתומים (שם סקי"ז), ובשער המשפט (שם סקי"ג).

ב) ורבנו הפתחי תשובה (שם ס"ק כ) הזכיר מחלוקת הסמ"ע והש"ך בזה, והביא מה שנשאל בספר עטרת צבי בשו"ת שבסוף הספר (סימן עה) וז"ל, מעשה היה בק"ק אליק,³³ בראובן ושמעון שהיו שכנים בחנויות זה בצד זה, וקיר של נסרים היה מפסיק ביניהם, ונגנבו מעות וסחורות של ראובן, ובדק ומצא לוח אחד נבדל ממקומו ועוד סימנים בסחורה שלו שנמצאה אצל שמעון, ואחר כמה ימים תפס ראובן משל שמעון כפי סך החסרון שלו, ופסקתי כהוראת הסמ"ע גבי תיבה פרוצה, דאם תפס בעל התיבה משל שמעון תפיסתו תפיסה כו', ומכל שכן בנידון דידן שיש לו סימנין בסחורה שלו ושאר אומדנא דמוכח דגנב אחר לא היה בחנות כיון שהיו הדלתות סגורות. ואח"כ הרעישו הלומדים דהא הש"ך חולק עליו, ומתחילה הייתי מדחה את שמעון, דכיון דראובן תפס יכול לומר קים לי כהסמ"ע, אחר זה נכנסתי לעומקא דדינא וראיתי באשר"י (ב"מ פ"ב סימן ט) עצמו שכתב כמו הסמ"ע, ואחר זה מצאתי כעין שאלה הנ"ל בכנה"ג (סימן עה הגהות ב"י אות עב) בשם תשובת פליטת בית יהודה (סימן כה) שכתב כדברי הסמ"ע. עכ"ל.

ג) והרב פת"ש העיר ע"ד, דמ"ש בתחילה דכיון דראובן תפס יכול לומר קים לי כהסמ"ע, קשה, דהא הכא הפלוגתא היא אי מועילה תפיסה, וכבר כתב המשנה למלך (פ"ד מהלכות העטרת צבי) מלוה ה"ו בסוף דבריו, דהיכא שהתפיסה עצמה במחלוקת שנויה אי מהני או לא, אין לומר

קים לי. ע"ש. והבאתיו לעיל (סימן כח סעיף א סק"ו בד"ה דיניי שמים), וא"כ הכא בנידון דידן איך כתב בפשיטות דמצי ראובן לומר קים לי כהסמ"ע. שוב ראיתי שלדינא דברי העטרת צבי נכונים, כי דברי המשנה למלך הנ"ל אינו מוסכם, והש"ך בספר תקפו כהן (אות קא - קב) הביא כן בשם מהרי"ט (ח"א סימן קנא) וחולק עליו, והביא הרבה ראיות דאפילו היכא דהמחלוקת בתפיסה עצמה מהני תפיסה, והסכים עמו התומים בקיצור תקפו כהן (שם), וכן נראה דעת הנתיבות המשפט.²³ עכ"ד.

ד) והנה במה שרצה הרב פתחי תשובה לתלות נידון זה במחלוקת בדין ספק בתפיסה, יש להעיר דהרב שבות יעקב ג"כ עמד בנידון זה (ח"ב סימן קסח) והזכירו בפת"ש (שם), והכריע כהסמ"ע דמהני תפיסת החושד בחבירו שגנבו. וכבר הבאנו לעיל (סימן לא) דבדין ספק בתפיסה פסק הרב שבות יעקב דלא הוא תפיסה. ולדרכו היה צריך לפסוק הכא דאין תפיסת החושד בחבירו שגנבו תפיסה. ועל כרחינו לומר, דהסמ"ע הכא איירי באומדנות ברורות ועל כן טוען ברי, ולהכי מהני תפיסה. וכן ביאר בשער המשפט (שם), וכ"כ בשבות יעקב (שם), דדעת הסמ"ע דאם ברור לו להתובע ע"פ אומדנות ברורות אף שלא ראה בעיניו, יוכל לתפוס ולקיים מה שבידו ע"י שבועה, אך צריכין לאיים עליו שלא ישבע אם לא שברור לו בודאי בלי פקפוק ספק כלל. עכ"ד. וכ"כ להדיא הרב פליטת יהודה (סימן כח ד"ה וגם אין יכול) שנעשה שואל מדעת בשאלה זו, דאין לומר שאין תפיסת התובע תפיסה כיון שיש ספק בגוף התפיסה וכמ"ש מהר"ש חיון דלא הוי תפיסה, דשאני הכא דאיכא אומדנא דמוכח ולכך מהני תפיסה. עכ"ד.

תפיסה
מספק
באומדנא
דמוכח

ומעתה יש לנו לומר דלא נגע ולא פגע נידון זה בדין ספק בתפיסה, שהרי מצאנו ראינו דאותם הפוסקים הסוברים דבכל ספק בתפיסה [כגון השבות יעקב והרב פליטת בית יהודה] לא הוה תפיסה, כאן שינו טעמם וכתבו דמהני, וע"כ משום דהכא הוה אומדנא ברורה. וכאמור.

ולפי האמור דהש"ך דחולק וסובר דהחושד בחבירו שגנבו ותפס ממנו לא מהני תפיסתו, היינו משום דס"ל דכל כהאי גוונא אכתי לא חשיב אומדנא דמוכח, דאל"כ קדמא ואזלא סתירה רבתי בדבריו, שכאן בענין החושד בחבירו שגנבו ותפס ממנו כתב דלא מהני תפיסה שכזו אפילו היכא דהוי אומדנא דמוכח, ואילו בתקפו כהן (סימן קב והלאה) כתב דמהני תפיסה גם היכא דאיכא ספק בגוף התפיסה.²³

בירור דעת
הש"ך

בתפיסה לא הוה תפיסה ניהא, דהכא הוה ספק במציאות, דלא יודעים אם באמת גנב ממנו או לא. ולכן גם אם תפס מוציאין מידו. ודו"ק. ושבעים פנים לתורה וכפטיש יפוצץ סלע (עיין ירמיה כג, כט).

צב עיין במ"ש לעיל בהערה ע"ד הפת"ש הללו שכתב, שכן דעת הנתיבות.

צג ומיהו ע"פ מה שיתבאר בס"ד (סימן פד) דגם רבינו הש"ך מודה דבספק במציאות ואיכא ספק

סימן נח

בירור בדעת מרן השו"ע בספק בתפיסה

ואחר הודיע ה' אותנו כל זאת, דרבותינו הראשונים והאחרונים נחלקו בהאי דינא דספק בתפיסה, עדיין צריכין אנו למודעי' לדעת דעת קדושים רבותינו בעלי השו"ע שעל פיהם יסעו ועל פיהם יחנו כל בית ישראל, וביחוד דעת מרן השו"ע אשר לדידן בני ספרד קיבלנו עלינו דברי הספר הזה לעשות ככל הכתוב בו. ומן שמיא סייעוני לבא ולבאר מקחו של צדיק קדוש ה' מכובד רבנו יוסף קארו. בכל מקום דחזיתיה ודביארתייה.

וראשון לציון הנה הינם, מה שראיתי להגאון העצו"ר רבי בנימין וולף לוו [בן דורם של הגאון רבי עקיבא איגר והחתם סופר, והמעייין בהסכמות שכתבו הני רבנותא על ספרו וכן משאר הרבנים לקדושים אשר באר"ש. יבין גודל מעלת הרב המחבר הזה, וכולם קראו אחריו מקודש מקודש] בספרו שערי תורה כ"ח כללים (כלל יט פרט ח עמוד רמג ד"ה וראיתי) שהביא דהרא"ה בספר החינוך (מצוה שמג) כתב כשיטת הראב"ד (הובאו דבריו בטור יו"ד סימן קסא), דבאבק ריבית הגם שאינה יוצאה בדיינים, אי תפס הלוח מן המלוה בכדי אותו אבק ריבית שלקח ממנו, אין מוציאין מידו. ותמה על השו"ע והרמ"א (יו"ד סימן קסא סעיף ג) דפסקו, דאבק ריבית אם תפס לוח משל מלוה מפקינן מיניה, ואמאי לא חשו לדעת הראב"ד והרא"ה כיון דתרווייהו קיימי בחדא, והלא כאן הלוח כשיתפוס מממן אבק ריבית שלקח ממנו המלוה, הרי הוא תפוס, ויכול לומר קים לי כתרי רבוותא רבינו הראב"ד והחינוך. וצריך לומר דבכה"ג אין לומר קים לי כיון שהוא ספק בתפיסה, וכמ"ש המהרי"ט (סימן קנא).¹³ והשו"ע והתומים העירו על המהרי"ט, ומהמחבר והרמ"א מוכח כמהרי"ט דלא כתבו דעת הראב"ד והרא"ה כיון דהוא מחלוקת בתפיסה עצמו אי מועילה תפיסה. עכ"ד. וכבר קדמו בהערה זו המשנה למלך (הלכות מלוה פ"ד סוף הלכה ו) שכתב, דנראה דאם תפס לא מצי למימר קי"ל כהראב"ד והרא"ה דס"ל דמהני תפיסה, מאחר שהתפיסה עצמה במחלוקת היא שנויה אי מהני אי לא, אין לומר קי"ל, וכמו שהשרישונו הרבנים האחרונים ז"ל. עכ"ד. ובראותי דברי הרב שערי תורה ברכת הנהנין, וברוך המחדש חידושים, דמעתה מלבד כל אותם הרבים אשר איתנו בדעה הזו דכשיש ספק בתפיסה עצמה לא מהני תפיסה, נמצא שכן גם דעת מרן השו"ע. ואתינן לכללא רבתא דלא אמרינן קים לי נגד מרן השו"ע [והאריך הרחיב בזה הגאון הראש"ל רבי יצחק יוסף

בוה. ויש לצרף גם הני רבוותא שכתבו להוכיח מדעת מרן סברא כל שהיא לדיני הקים לי, דחונין מדבריהם שגם מרן השו"ע הלך ילך ולו במקצת בדיני הקים לי.

¹³ וידעתי ביני ידעתי מ"ש הפוסקים דמרן השו"ע לא חש כל כך לסברת קי"ל, וכבר עמדנו לזה לעיל (בכללי הקים לי סימן ג), ע"ש. מכל מקום כאן הראנו פנים אחרות לזה ושיש חולקים

שליט"א בספרו עין יצחק (ח"ג כללי קים לי סעיף ג עמוד תקעו הוצאת שנת תשע"ד) ע"ש דבריו כי נעמו]. וגם הרב הנזכר מני"ר רבי בנימין וולף זצ"ל נראה משותף דמר דס"ל בפשטות כמהרי"ט דספק בתפיסה לא הויה תפיסה, אפס קצוהו תראה בספרו נחלת בנימין עמ"ס בבא בתרא (דף כח ע"א נזיקין ב עמוד סא הוצאת מכון ירושלים), ובספרו שערי תורה על עניני טעה בדבר משנה (בדרושים שבסוף הספר דרוש א עמוד קנג הוצאת מכון ירושלים). ע"ש.

סימן נט

ראיה נוספת בדרך הפלפול דדעת מרן השו"ע דספק בתפיסה לא הויה תפיסה

(א) ויש עוד לחזק את בדק הדברים שכתבנו שנראה שדעת מרן השו"ע דבכל ספק בתפיסה לא הויה תפיסה.

ואביא ממרחק לחמי בפלפול כל שהיא. הנה בדין המוכר עבדו לגוי כתב הרמב"ם (הלכות עבדים פרק ח ה"א) דיצא בן חורין, וכופין את רבו לחזור ולקנותו מן העכו"ם עד עשרה בדמיו וכותב לו גט שחרור ויוצא. ועוד כתב הרמב"ם (הלכה 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. ע"כ. וכתב הכסף משנה, דמ"ש הרמב"ם הרי זה ספק משום דהוה בעיא דלא איפשטא בגמרא (בגיטין דף מד ע"א).

דיו מוכר
עבדו
לעכו"ם

ובהשגת הראב"ד כתב וז"ל, א"א אין בקנסות תפיסה מועלת, אלא למי שחסרו ממון. ע"כ.

הרי שנחלקו הרמב"ם והראב"ד בתפיסה במקום קנס כשלא חיסרו ממון.¹⁷

ובכסף משנה כתב על דברי הראב"ד, דאין בדבריו הכרע. ואפילו לפי דבריו מה שהפקיעו מהמצות אין לך חסרון גדול מזה, ועוד שירדה בו בפרך, וכמ"ש בעל מגדל עוז. עכ"ד.

(ב) והנה מרן השו"ע (יו"ד סימן רסז סעיף פ) הביא להאי דינא דמוכר עבדו לעכו"ם, ולא זכר ש'ר כלל מדברי הרמב"ם בזה דמהני ליה תפיסה. ורק רבינו הרמ"א הזכיר דינים אלו וכתב וז"ל, ויש אומרים דמהני ביה תפיסה, דאם תפס משל רבו כדי דמיו לצאת בו לחירות מיד העובד כוכבים, אין מוציאין ממנו.¹⁸ ע"כ. ומקורו טהור בדברי הרמב"ם הנ"ל.

השמטת
מרן השו"ע
לדין
תפיסה בזה

¹⁷ ולקמן (סימן סז) ביארנו דאין להביא ראיה מדין קנס לספק בתפיסה. ע"ש.
אומרים, כיון דהראב"ד חולק ע"ז. ובביאור הגר"א (ס"ק קנג) תמ'ה תמ'ה יקרא ע"ד, דבלאו הכי היה לו לרמ"א לכתוב ויש אומרים, שהרי הרב פוסק

¹⁸ ועייין בש"ך שכתב, דהטעם שכתב הרמ"א ויש

ויש לעיין טובא, אמאי לא זכר מרן השו"ע דברי הרמב"ם בזה דמהני תפיסה, וביחוד דלעיל מיניה (שם סימן רסז סעיף לט) כתב, דאם הפיל שן עבדו וסימא עינו, יוצא בשינו ואינו נותן דמי עינו, ואם תפס אין מוציאין מידו. עכ"ד. הרי דפסק דמהני תפיסה בבעיא דלא איפשטא. וכ"כ הט"ז (שם). וא"כ מאי שנא הכא דקרא לה שמיטה ולא זכר הדין דאם תפס מהני. וביחוד דדעת השו"ע (חו"מ סימן א סעיף ה) דבקנס שתפס מהני תפיסה.¹³ [ועיין במ"ש בזה לקמן (סימן סח אות א)].

שור שנגח
עבד
המעוכב גט
שחרור

ג) ועלה במחשבה לפני לבאר בס"ד ובאקדמות מילין, דהנה פסק הרמב"ם (הלכות נזקי ממון פרק יא הלכה א) גבי שור שנגח אדם דצריך לשלם כופר וז"ל, כמה הוא הכופר, כמו שיראו הדיינין שהוא דמי הנהרג הכל לפי שוויו של נהרג וכו'. וכופר העבדים בין גדולים בין קטנים זכרים או נקבות הוא הקנס הקצוב בתורה שלשים סלע כסף וכו'. וכל המעוכב גט שחרור אין לו קנס הואיל ואין לו אדון שהרי יצא לחירות. עכ"ל.

וכתב הרב המגיד וז"ל, וכל המעוכב גט שחרור וכו'. בעיא ולא איפשטא בגיטין (דף מב ע"ב) ולקולא. ואני תמה, למה לא כתב רבינו ז"ל שאם תפס אין מוציאין מידו כדרכו בשאר תיקו שבממון ואפילו בתיקו דקנס, וי"ל שאפשר שרבינו ז"ל סובר דנפשטה האיבעיא אם המעוכב גט שחרור יש לו קנס ופשט דאין לו קנס, אבל מתוך מ"ש רבינו בפרק ד' מהלכות חובל ומזיק אינו נראה כן, אלא אם תפס אין מוציאין מידו. עכ"ד. וכונתו למ"ש הרמב"ם (הלכות חובל ומזיק פ"ד הלכה יא) וז"ל, כל עבד שיצא לחירות ועדיין לא הגיע גט שחרור לידו אין לו קנס ואחרים שחבלו בו אינו יכול להוציא מהן לעצמו

מהני תפיסה, כיון דדעתו דמהני תפיסה, הא ודאי לא קשיא דאיך ישמיט דעת החולקים ולא יזכיר דעתם כלל, הלא יהיה לבעל דין מקום לחלוק ולומר אי הוה ידע דיש חולקין לא הוה סתם כהשו"ע, ועוד שבאולי יש מקצת מקומות שנוהגים כהיש חולקים. עכ"ד. ואפשר דרבינו הגר"א לא ראה דברי רבינו הש"ך בתקפו כהן.

¹³ ואין לומר דמשום דהוה האי קנס כקנס של תורה דבעינן ב"ד סמוכים וכמ"ש הרמב"ם (הלכות עבדים פ"ח ה"א) משא"כ בשאר קנסות דלא בעינן ב"ד מומחין [ועיין בשב שבעתתא שמעתא ד פרק כה מ"ש בזה], ולכך לא זכר ש"ר מרן השו"ע דין זה דאין לנו היום ב"ד סמוכין, דזה אינו, שהרי בשו"ע (חו"מ סימן א סעיף ה) פסק דאעפ"י שדיינים שאינם סמוכים בא"י אינן מגבין קנסות, אם תפס הניזק שיעור מה שראוי לו ליטול, אין מוציאין מידו. ע"כ. וא"כ היה לו לכתוב האי דינא דמהני ליה תפיסה.

בכל מקום דתפיסה לא מהני וכמ"ש (ריש סימן שטו סעיף א בדין דתקפו כהן) ובחו"מ בכמה מקומות וכדעת החולקים על הרמב"ם, ולכן כתב ויש אומרים, דגם ללא שיטת הראב"ד דפליג הכא, הוא גופא חולק בכל תפיסה. עכ"ד.

ובאמת הש"ך בזה לשיטתו, דכבר כתב בתקפו כהן (סימן עה), דדעת הרמ"א בבעיא דלא איפשטא דמהני תפיסה, והוכיח כן ג"כ ממה שהזכיר הכא לגבי עבד די"א דאם תפס אין מוציאין מידו, וגם שם כתב דמה שכתב וי"א היינו משום דהראב"ד בהשגות פליג ע"ד. ע"ש. והיינו דלעולם דעתו של הרמ"א בבעיא דלא איפשטא דמהני תפיסה, ומ"מ כתב בלשון י"א כיון שהראב"ד חולק ע"ז ולא מהאי טעמא דסובר דלא מהני תפיסה. ומה שמזכיר הרמ"א בכמה מקומות דלא מהני תפיסה, כבר כתב הש"ך בתקפו כהן (סימן עו) וז"ל, ואל תקשה דא"כ למה כתב הרמ"א כלל על השו"ע בקצת מקומות דיש חולקים ואומרים דלא

שעדיין לא גמר שחרורו ולא האדון יכול להוציא מהן שהרי לא נשאר לו בו קנין, לפיכך המפיל שן עבדו ואחר כך סימא עינו יוצא בשינו ואינו נותן לו דמי עינו, ואם תפש אין מוציאיין מידו. עכ"ל. הרי דמוכח דגם בעבד שיצא לחירות ועדיין לא הגיע גט שחרור לידו, מהני ביה תפיסה, וכדרכו של הרמב"ם דפסק דמהני ביה תפיסה באיבעיא דלא איפשטא. ושוב חוזר וניעור הקושי בדברי הרמב"ם, אמאי גם גבי שור שנגח עבד המעוכב גט שחרור לא זכר הרמב"ם דאם תפס לא מפקינן מיניה.

ורבינו הכסף משנה (בהלכות נזקי ממון שם) כתב ליישב, דאפשר לומר דהיינו טעמא דלא כתב הרמב"ם דמהני תפיסה, משום דלא חסריה ממון, משא"כ בדין הנזכר בפ"ד מהלכות חובל. עכ"ד. ודבריו צריכים כוונה, דמחדש בדעת הרמב"ם דהגם דבכל בעיא דלא איפשטא פוסק הרמב"ם דמהני תפיסה, היינו דוקא היכא דהתפיסה היא על חסרון ממון, וכגון מה שפסק הרמב"ם בפ"ד מהלכות חובל במפיל שן עבדו ואח"כ סימא עינו, דאע"פ שאין נותן לו דמי עינו, כיון דמחוסר גט שחרור, מ"מ אם תפס העבד אין מוציאיין מידו, כיון דחסרו ממון. אבל כל היכא דלא חסרו ממון, וכגון, שור שנגח עבד המחוסר גט שחרור, דא"צ לשלם הקנס לאדון, דבלאו הכי לא חסרו ממון שהרי כבר אינו עבדו, לכן לא מהני תפיסה גם לדעת הרמב"ם.

ד ועתה נשיב פנינו אל מה שהקשינו לעיל דבמוכר עבדו לעכו"ם, דבכל הספיקות שבגמרא היינו מכרו לעכו"ם לשלשים יום, ובמכרו חוץ ממלאכתו וכו' פסק הרמב"ם (הלכות עבדים פ"ח ה"ד) דאם תפס אין מוציאיין מידו. ואמאי מרן השו"ע לא הזכיר האי דינא דאם תפס? ולפי האמור יבואר, דכיון שכתב בכסף משנה בהלכות נזקי ממון הנזכר דלדעת הרמב"ם רק היכא דחסרו ממון מהני ליה תפיסה, א"כ כאן לגבי המוכר עבדו הלא הקשה הראב"ד על הרמב"ם דכיצד מהני ליה תפיסה, הא אין תפיסה מועלת אלא במקום שחסרו ממון, והגם דיישב הכס"מ קושיית הראב"ד דבמה שהפקיעו מהמצות ושהגוי ירדה בו בפרך, הוה כחיסרו ממון, מ"מ אפשר דאכתי לא ברירא ליה לכס"מ האי מילתא לגמרי, ולכן לא זכר ש"ר בשלחן ערוך שבכל אלו הספיקות תועיל תפיסה, כיון דאכתי מספקא ליה אי הוה מכירת העבד לגוי כחסרו ממון.

ישוב טעם
ההשמה
בשו"ע

ומעתה אם כנים אנו בבאורנו זה, דמרן השו"ע מספקא ליה בהאי מילתא אי נחשב מה שמפקיעו ממון ומה שישעבדנו הגוי בכלל חסרון ממון, ואם תפס אין מוציאיין מידו ככל בעיא דלא איפשטא, או דלמא לא הוה חסרון ממון ולא מהני ליה תפיסה, נמצא שעיקר הספק הוא ספק בתפיסה גופא, וממה שמרן השו"ע קרא שמיט"ה לדברי הרמב"ם בזה, מוכח דסבירא ליה דספק בתפיסה לא הויא תפיסה.

הספק
ש"ל
שהסתפק
בו מרן
השו"ע

ולא דבר ריק הוא ללמוד ממה שלא הזכיר השו"ע האי דינא, דכיוצ"ב כתב הרב נשמת אדם (חלק א כלל ג) דכמה פעמים כתב לי הגאון בית מאיר, דיותר יש ללמוד מסתימתן של ראשונים מפירושן של אחרונים. עכ"ד. וכ"כ בשו"ת בית מאיר בתשובה

יש ללמוד
מסתימתן
של
ראשונים

סימן ס

בענין הנ"ל ובדין שותף שטען על אחר שחייב לשותפות

דעת מרן
השו"ע בזה

א עוד אשכחנא מרגניתא בדעת מרן השו"ע, דנראה ג"כ דס"ל דבספק בתפיסה לא מהניא תפיסה, והוא במה שפסק בשולחן ערוך (חו"מ סימן עב סעיף לט) וז"ל, ראוּבן היו בידו משכונות (של שמעון) ומת שמעון, ויורשיו תובעים המשכונות, וראובן טוען אותם המשכונות אני תופס מפני שאמר לי לוי שותפי ששמעון חייב לו מדמי השותפות, ורוצה לישבע לוי על משכונות אלו, אין בדברי לוי כלום מאחר שאינו בידו. ע"כ. ומקור' מקומו טהור בדברי הטור (שם) בשם תשובת אביו הרא"ש (כלל פט) שכתב, דאם תפס שמעון מראובן בטענה שאמר לו שותפו שחייב לשותפות ראוּבן, אין תפיסתו תפיסה, כי אין מיגו אלא רק במה שבידו לטעון, אבל מה שביד אחר אין כאן מיגו, כי שמא חברו לא ירצה לשקר ולומר להד"מ או החזרתי או נאנסו. עכ"ד.

דעת הב"ח
בזה

ב ואולם הב"ח (שם אות לג) הרבה להשיב ע"ז, וכתב וזת"ד, אבל מהרא"י בתרומת הדשן (סימן שלה) כתב, דדוקא לגבי עדים המעידים לאחרים ואין הדבר נוגע לעצמן, ואומרים אנוסים היינו מחמת ממון, לא נאמנים במיגו דהיו אומרים אנוסים היינו מחמת נפשות (עיין בכתובות דף יח ע"ב), משום דאין אדם יודע מה בליבו של חברו, אבל בשותפים שנפטרו שניהם מממון, בטוחים זה בזה שלא יכחישו אהדדי. ואמרינן בהו שפיר מגו. עיין שם. והיא סברת התוספות בשם הר"י מקיננו בקידושין (דף מג ע"ב ד"ה והשתא) וכו',³³ ומסיק דבשותפים שנפטרו שניהם מממון אמרינן שפיר דנאמנים במגו. וכן עיקר. ודלא כתשובת הרא"ש שהביא רבינו כאן, ודלא כשלחן ערוך (סלי"ט) דכתב דברי הרא"ש כאן לפסק הלכה. עכ"ד. ועין בש"ך (שם ס"ק קנח) שהשיב ע"ד. ואכמ"ל.

אין פסקינו
במחלוקת
אי טענינו
מיגו

ג וראיתי להרב אשר לשלמה אבן דנאן (סימן נ דף קד ע"ב טור ט) שכתב לבאר בזה, דיסוד מחלוקתם דהוי כמאן דפליגי אי מהני תפיסה או לא, דלמ"ד דאמרינן מיגו בזה, מהני תפיסה, ולמ"ד לא אמרינן מיגו, לא מהני תפיסה. עכ"ד. [ויובא לקמן (סימן נד אות ד) המשך פלפולון], ולדבריו המחלוקת אי טענינו מיגו הוה כמחלוקת אי מהני תפיסה. ולדרכינו יבואר, דמאחר דדעת מרן השו"ע דבספק בתפיסה לא מהני תפיסה, לכך גם הכא פסק דלא אמרינן מיגו בזה, ולטעמו אזיל דבכל ספק בתפיסה לא מהני תפיסה, ולכן לא פסק דמצי למימר מיגו. וכאמור.

סימן סא

בענין הנ"ל ובדין אשה שתפסה למזונות

א עוד יש לאלוה מילין להביא ראייה מדברי מרן השו"ע דבכל ספק בתפיסה לא הויא תפיסה. ואפרש שיחתי. דהנה בדין אשה שתפסה למזונותיה במקום שיש בעל חוב, כתב הטור (חושן משפט סימן צו אות מב - מג), דלא מיבעיא שלא תטול אשתו מזונותיה להבא, אלא אפילו תפסה מנכסי בעלה, כגון שהלך למדינת הים ותפסה מנכסים שתזון מהם, מוציאיין מידה ונותנין למלוה. וי"א שאם קדמה היא למלוה שתשבע ותטול. ורב אלפס כתב בתשובה, שאין לאשה מזונות לא ממקרקעי ולא ממטלטלי, עד שיפרע המלוה אפילו היתה קודמת. ואפילו הלך בעלה למדינת הים ולוותר בשטר ואכלה, אף על פי שקדמה הלוואת מזונותיה בשטר להלוואתו של בעל השטר, אין הלוואת המזונות נגבית, עד שיפרע בעל השטר תחלה. עכ"ד. ובב"י (שם אות כד) כתב, ויש מן הראשונים שטעו ואמרו שאם קדמה האשה למלוה שתשבע ותטול, והשיב להם הרי"ף שהשתבשו, שאין לאשה מזונות לעולם לא מקרקע ולא מטלטלין, עד שיפרע המלוה, ואף שהיא קודמת, דהלכה רווחת היא הילכך לא תשבע ותטול. ע"כ.

בדין אשה שתפסה למזונותיה במקום שיש בעל חוב

וכ"פ מרן בשו"ע (חושן משפט סימן צו סעיף כד) וז"ל, אין צריך לומר שלא תטול אשתו ממזונותיה להבא, אלא אפילו תפסה מנכסי בעלה, כגון שהלך למדינת הים ותפסה מנכסיו שתזון מהם, מוציאיין מידה ונותנים למלוה, שאין לאשה מזונות, לא מקרקעי ולא ממטלטלי, עד שיפרע המלוה, אפילו היתה קודמת ואפילו הלך בעלה למדינת הים ולוותר בשטר ואכלה, אעפ"י שקדמה הלוואת מזונותיה בשטר להלוואתו של בעל השטר, אין הלוואת המזונות נגבית עד שיפרע בעל השטר תחלה. עכ"ל.

ואולם הב"ח (שם אות מב) פסק, דלהלכה ולמעשה נראה, באשה בחיי בעלה אם תפסה מטלטלין אין להוציא מידה, בין תפסה על העבר בין תפסה על להבא, דכל היכא דאיכא פלוגתא דרבוותא אין להוציא מיד המוחזק. עכ"ד.

והנה מדברי מרן השו"ע חזינו ראינו דלא שמיע ליה כלומר לא סבירא ליה לחוש להני רבוותא, ואפילו תפסה האשה מוציאיין מידה. ויש לעיין הלא יכולה לומר קי"ל כהנך רבוותא דהויא תפיסה. וע"כ לומר דדעת מרן השו"ע כל היכא דהוה ספק בגוף התפיסה לא יכולה לומר קים לי.³³

³³ וידעתי המחשבות אשר ישיבו הלומדים באומרם, לדין הקים לי. וכבר עמדנו בזה לעיל (סימן א) והבאנו, דנראה דאיכא פלוגתא דרבוותא בזה. דמרן השו"ע הכריע בכל מקום, ולא חש

(ב) וכאשר דימיתי כן ראיתי להרב און אהרון (מערכת ת אות כ ערך תפיסה) שכתב, בדין ראייה לדברינו אלמנה שתפסה נגד בעל חוב, דהרב דבר משה אמאריליו (ח"א אה"ע סימן מג ק דף קס ע"א ד"ה ומ"ש) כתב דהדבר במחלוקת שנוי, וכיון דפליגי מי הוא המוחזק לא יכול התפוס לטעון קי"ל דאהאי קיימינן, וצריך לילך אחר רוב דעות. ועיין אורים גדולים (לימוד קעד עמוד רעט מהדורה תשס"ג) שכתב, דאנו אין לנו אלא דעת מרן שפסק (חור"מ סימן צו סעיף כד) דמוציאים מיד האשה מה שתפסה למזונותיה ונותנים לבעל חוב. עכ"ד.

(ג) ואמרתי אבא אעיריה דבמ"ש הרב און אהרון לדברי הרב דבר משה, לכו נא חזו בדב"ק הערה מדברי הרב און אהרון דהן אמת שבתחילה כתב כן, אך אח"כ אזיל כל בתר איפכא, וכתב, דמהני תפיסה כזו, דמצאנו פוסקים רבים דס"ל דמהני תפיסה גם בספק תפיסה, וכמ"ש דבריו לעיל (סימן לו אות א). ע"ש. ולעומתו הרב אורים גדולים [הוא הגאון רבי אברהם זאבי רבה של חברון לפני כשלש מאות שנה] שציין הרב און אהרון, פסק, דאין לנו אלא דעת מרן דמוציאים מיד האשה מה שתפסה, ובזה דבריו נאמנו מאד לשיטתו בספרו אורים גדולים (סימן יז לימוד קח עמוד קלא מהדורה תשס"ג, ותשובה זו נשנתה עוד והובאה בשו"ת משאת משה לרבי משה ישראל אבה"ע סימן יב. ע"ש. ועוד לו באורים גדולים סימן לט לימוד ריא עמוד שע - שעא) דכל היכא דהוה מחלוקת בתפיסה עצמה לא הויא תפיסה. ומעתה נראה דלא נפלאת היא הסברא לומר דכן היא גם דעת מרן השו"ע, דבכל ספק בתפיסה לא מהני תפיסה. וכמשנ"ת.

סימן סב

בענין הנ"ל ובסוגיא דכל דאלים גבר

(א) והנה מצאנו בדינא דכל דאלים גבר פלוגתא דרבוותא, דדעת התוס' בב"מ (דף ו ע"א הפלוגתא דרבוותא בזה) ד"ה והא הכא), דלעולם כל אחד יכול לגבור על חבירו לתוקפה ממנו, ואולם דעת הרא"ש ב"ב (פרק ג סימן כב דף לד ע"ב), דלאחר שגברה יד האחד שוב אין להוציא ממנו עד שיביא חבירו ראייה, ואף אם תגבר יד חברו עליו לתוקפה ממנו בחזרה לא שבקינן ליה, דלא מסתבר שיתקנו חכמים שיהיו כל ימיהם במריבה. עכ"ד. ומרן בשו"ע (חור"מ סימן קלט סעיף א) פסק כדעת הרא"ש בזה. ובש"ך (שם סק"ב) הביא את דעת התוס', ודעתו שאין להכריע בזה, כיון דלא נפיק מכלל ספיקא דרבוותא, וע"כ אין להוציא מיד התוקף השני. ע"כ.

ובאמת יש לעיין טובא בדעת מרן השו"ע, דהלא כשהתוקף השני תוקף והחפץ בידו, אמאי לא יכול לומר קים לי כהתוספות, וע"כ לומר כיון דהוי מחלוקת בעיקר התפיסה, שלדעת הרא"ש לא מהני תפיסתו ולדעת התוספות מהני, כל כהאי גוונא אין תפיסתו תפיסה.

ואם כנים אנו בזה נמצא דממה שפסק מרן דלא מהני תפיסת השני, יש להביא ראיה דכל היכא שיש ספק בעצם התפיסה לא מהני תפיסה זו [ובדרך זו הוכיח המהרי"ט והו"ד לעיל (סימן כא אות ב) מדברי רבי יוחנן דבכל ספק בתפיסה לא הוה תפיסה. ע"ש].

ומעתה יש לנו ללמוד ק"ו לנידון דידן, ומה היכא שתפיסת השני היא רק כנגד תפיסת הראשון שאין לו חזקת מרא קמא, אעפ"כ פסק מרן השו"ע דלא מהני תפיסת השני, והיינו טעמא משום דהוי ספק בגוף התפיסה, היכא דאיכא לזה שכנגדו חזקת מרא קמא, כל שכן דלא תהני ליה תפיסת השני כשיש מחלוקת בגוף התפיסה. והגם שהגר"י אייבשיץ בתומים (חו"מ סימן קלט סק"א) ובאורים (ס"ק ג) כתב ליישב בפלפול נעים דדעת הרא"ש כתוס'. ע"ש. מ"מ כבר העיר הוא גופיה דבדעת מרן השו"ע קשה לבאר כן. ע"ש.

ב) ונעלה ונבא להערת התומים (שם) שכתב, דדין זה שפסק מרן השו"ע כהרא"ש דלא מהני תקיפת השני מיד התוקף הראשון, אתיא כמ"ד תקפו כהן מוציאין מידו [והיא דעת הרא"ש (ב"מ פרק א סימן יג) ובזה הוה לשיטתו], אך למ"ד דתקפו כהן אין מוציאין מידו, אמאי לא נימא הכא דאם תקף השני מהתוקף הראשון ג"כ אין מוציאין מידו? ע"ש דבריו.

ביאור
בהערת
התומים

ולדבריו יוקשה נמי לדעת מרן השו"ע, היאך פסק ביורה דעה (סימן שטו סעיף א) דתקפו כהן אין מוציאין מידו, וכאן פסק דלא מהני תקיפה מהתוקף הראשון.

והביאור בזה, דבתקפו כהן יש ספק בגוף החזקה דמרא קמא, דאין הבכור בודאי של הבעלים, וכן מבואר בשו"ת הרשב"א (חלק א סימן שיא), שביאר דעת הרמב"ם שפסק דתקפו כהן אין מוציאין מידו, דהאי ספק בכור ספק גמור הוא ולא איתחזק ביה ישראל יותר מכהן ולא כהן יותר מישראל, דאף על גב דאיתחזק ישראל באם, בולד מיהא לא איתחזק, והכא ליכא דררא דמונא לחד מינייהו והילכך כל דאלים גבר. עכ"ד. וכדברים האלו כתב הגאון רבי אליעזר די אבילה [המכונה רב אד"א מדייני מרוקו לפני כשלש מאות שנה. ואימו הייתה אחות רבינו האור החיים הקדוש] בספרו באר מיים חיים (דף צט ע"ב טור ד) מדנפשיה, דמ"ש הרמב"ם דבספק בכור מהני תפיסה, דוקא התם דגוף הבכור קנוי לכהן, לכן אי תקפו כהן אין מוציאין מידו, משא"כ בשאר תפיסות. עכ"ד. והיינו דבתקפו כהן יש שייכות לכהן בבכור לא פחות מישראל, משא"כ בשאר תפיסות כל שאין שייכות לתוקף לפני תפיסתו, לא מהני תפיסתו. ולפי זה ניחא מה שפסק מרן בדין דכל דאלים גבר כהרא"ש דלא מהני תקיפת השני מהראשון. ותשקוט האר"ש.

סימן סג

בענין הנ"ל ובסוגיא דתקפה אחד בפנינו

א) ומיהו יש להתבונן בדברי מרן השו"ע (חו"מ סימן קלח סעיף ו - ז) בדין דשנים אוחזין בטלית דיחלקו (כמבואר שם סעיף א). ואם באו שניהם אדוקים ושמטה האחד מיד חבריו

דין שנים
אוחזין
בטלית
והמסתעף

בפנינו, ושתק השני, אף על פי שחזר וצווח אין מוציאין אותה מידו, דכיון דשתק בתחילה הרי זה כמודה לו. ואם חזר האחד ותקפה מיד זה התוקף, אף על פי שצווח מתחלה ועד סוף, יחלוקו כבתחילה. וכתב הרמ"א ויש אומרים דכיון שזכה הראשון משום הודאתו של זה, אין האחר יכול לתקוף ממנו בלא ראייה. עכ"ד. ודברי היש אומרים שהביא הרמ"א הם דעת הראב"ד (על הרמב"ם הלכות טוען ונטען פרק ט הלכה יב) והטור (חור"מ סימן קלח ס"ז) והמרדכי (ב"מ פרק א סימן רכא). ע"ש.

ולכאורה יש לעיין בדעת מרן השו"ע, דאמאי כשחזר האחד ותקפה מיד זה התוקף דיחלוקו כבתחילה, הלא כשהשני תוקף מהראשון שתקף ממנו, הוי מחלוקת ספק בגוף התפיסה, וכבר מילתנו אמורה דבכל ספק בתפיסה לא מהני. ונהי שגם תפיסת הראשון הויא כספק בתפיסה [במציאות], מ"מ כיון דשתק השני הוי כהודה לו כמבואר בשו"ע, אך כלפי התוקף השני אמאי תהני ליה תפיסתו להחזיר הדין כבתחילה דיחלוקו.

וביותר קשה שהרי לדעת מרן השו"ע בדינא דכל דאלים גבר דלאחר שתפס אחד, אין השני יכול להוציא ממנו בלא ראייה וכשיטת הרא"ש וכמ"ש לעיל (בסימן הקודם), נמצא שתפיסת האחד הוה כתפיסה המכריעה את הספק, וא"כ גם כאן היה צריך להיות הדין כן דלא מהני תפיסת השני.

ובאמת זו דעת הרמ"א וסייעת מרחמוהי, דכיון שזכה הראשון אין תפיסת האחר מועילה. ואע"ג דיש לומר שיש קים לי להתופס השני כדעת מרן השו"ע ודעימיה לא חששו לזה, כיון דהוה ספק בתפיסה, ובכל ספק בתפיסה אמרינן דלא מהני.^{קא} ואמנם לדעת מרן השו"ע יש לעיין בזה טובא.

ב) ונראה לבאר בזה ע"פ דברי הש"ך (שם סק"ט) שכתב לחלק, בין היכא דהדין דכל דאלים גבר, לבין היכא דהדין יחלוקו ותקפה אחד בפנינו, דדוקא התם כיון דהב"ד פוסקים כן כל דאלים גבר נמצא זה שתקף בראשונה תקף ע"פ הדין, משא"כ היכא שתקף שלא על פי ב"ד. עכ"ד. ועיין בש"ך (סק"ז) שביאר דדין זה הוא דוקא כשהשני שתק ולבסוף צווח, אך היכא ששתק מתחילה ועד סוף לא מהני תקיפת השני מהתוקף הראשון, שהרי כבר הודה לו. וכן מבואר בדברי הרב המגיד (הלכות טוען ונטען פ"ט הי"ב), וכ"כ הב"ח (חור"מ סימן קלח ס"ק ז). ולפי זה היינו טעמא שפסק מרן השו"ע דתפיסת התוקף השני תפיסה, דשאני הכא דהשני שתק ולבסוף צווח וחזר ותקפה מהראשון ובוה מתברר למפרע שמעולם לא הודה לראשון, ונמצא שהראשון כלל לא מוחזק, ולכן הדר דינא ויחלוקו כבתחילה. וע"ע בשער משפט (שם ס"ק ח) מ"ש לבאר בזה. ולכל הדברות יש לומר בדברי מרן השו"ע דא"ז שייך לנידון דידן דספק בתפיסה.

^{קא} ואם כנים אנו בזה נמצא שיש לנו עוד כמה מרבוותא דסברי דספק בתפיסה לא הוה תפיסה. והם הראב"ד הטור והמרדכי, יחד עם רבינו הרמ"א ולקמן (סימן פב) עמדנו בס"ד על דעתו בזה.

סימן סד

בענין הנ"ל ובסוגיא דמקבל מתנה ושתק ואח"כ צווח

א ואלכה ואשובה לי להאי דינא דמרן השו"ע שפסק, בהא דכל דאלימ גבר שלאחר שתפס האחד לא מהני תפיסת השני ממנו וכדעת הרא"ש. והשו"ך (ח"מ סימן קלט סק"א) חלק ע"ד, דכיון דהתוספות (ב"מ דף ו' ע"א ד"ה והא הכא) פליגי בזה אין להוציא מיד התופס ועיינן לקמן סימן רמ"ה סי"א. עכ"ד. וכונתו על מה שפסק שם מרן השו"ע 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 שצווח חזר בו, או ששתק מפני שעדיין לא הגיע לידו כלום, וזה שצווח הוכיח סופו על תחילתו, לפיכך אם קדם אחר וזכה בה לעצמו אין מוציאין מידו, שמא המקבל זכה וכיון שאמר איני רוצה בה הרי הפקירה, וזה שקדם ולקחה מההפקר זכה. ואם חזרו הבעלים הראשונים ותפסוה מיד זה שקדם וזכה בה, אין מוציאין מידם, שמא המקבל לא זכה, שכיון שאמר איני רוצה הוכיח סופו על תחילתו ולא קנה אותה, וברשות הבעלים הראשונים היא קיימה עדיין. עכ"ל. ומבואר יוצא, דמהני תפיסת הבעלים מספק לאחר שתפס האחר, דאף דיתכן דהאחר זכה בתפיסתו דאפשר דהמקבל התרצה בתחילה לקבלו ושוב הפקירו כשאמר איני רוצה בה, מ"מ אם תפס הבעלים הראשונים (נותן המתנה) מהני. ובזה רצה הש"ך להביא קצת ראייה שגם לאחר שתפס האחד, אם חזר האחר ותפס, אין מוציאין מיד התופס השני.

ובאמת הסמ"ע (סימן רמה ס"ק כא) עמד ע"ז, וכתב לבאר דהטעם דפסק מרן השו"ע הכא שתפיסת הבעלים הראשונים מועילה כשתפסו מיד האחר שתפס המתנה, דלא דמי לשאר ספיקא דממונא דקי"ל דמאחר שתפס האחד אין השני יכול לחזור ולהוציאו מידו, וכמ"ש ג"כ המחבר בריש סימן קלט בדין ארבע שחולקין עליה בי תרי, דשאני הכא דידוע הוא מי בעליו הראשונים. וה"נ לאחר שחזרו ותפסוהו הבעלים הראשונים מיד זה שקדם וזכה, שוב אין שום אדם יכול להוציא מידו, ואפילו אם אותו שקדם וזכה חזר והוציאו מיד בעלים הראשונים אין מניחין אותו בידו, ועיינן בדרישה (סעיף יד). ע"כ. ומבואר יוצא דהיכא דאיכא חזקת מרא קמא בזה מהני תפיסה גם כשיש ספק בתפיסה, ולאחר שחזר לרשות המרא קמא שוב לא תהני תפיסה של האחר, וכמ"ש מרן השו"ע בריש סימן קלט.

ב ומ"מ יש לעיין כיצד תהני תפיסת האחר כדי לזכות בה, הא הוה ספק [במציאות] בעצם התפיסה. וביותר קשה דהאיך מהני תפיסתו כנגד מרא קמא הוא הבעלים הראשונים, דכל זמן שלא חזר הבעלים הראשונים לתפוס מהאחר שזכה במתנה אין מוציאין מידו, ואמאי, הא כשיש ספק בעצם התפיסה מול חזקת מרא קמא היה צריך להיות הדין דלא יוצא מרשות הבעלים הראשונים.

בדין זיכה מתנה לחברו ע"י אחר, ושתק ואח"כ צווח

הערה וביאורה בדין הנזכר

ובאמת לכי תידוק תחזי, שאין זה ספק בעצם התפיסה שכבר ביאר הסמ"ע (שם ס"ק כ) דמקור האי דינא הוא בגמרא ב"ב (דף קלח ע"א) דאיפליגו בו תנאים בברייתא, דרשב"ג ס"ל דאמרינן הוכיח סופו על תחילתו ונשארה ביד הנותן, ורבנן ס"ל דמדשתק בתחילה זכה בה המקבל, ומזה נמשך דכשצווח אח"כ ואמר שאינו מקבלה אז הוי הפקר. וסבירא להו להרמב"ם (הלכות זכיה ומתנה פרק ד הלכה ג) והמחבר דהוא ספק הלכה כמי, כי כן מצינו בגמרא בחולין (דף לט ע"ב) שנסתפקו בזה. והרא"ש ב"ב (פרק ח סימן נא) לא הביא אלא פלוגתא סתם, ומשמע מסתימת לשונו דהלכה כרבנן דהן רבים וכו', וזהו שכתב מור"ם סוף סעיף זה ז"ל, וכן דעת הרא"ש שזכה המקבל בכל ענין. עכ"ד. הרי שלך לפניך, דהמחלוקת היא לא בעצם התפיסה, אלא היא קדמא ואזלא במחלוקת קדומה, אם החפץ הזה הוא הפקר מחמת שהמקבל זכה בו והפקירו כשאמר אי אפשרי בו, או שלא זכה בו מעולם ונשאר ברשות הנותן שהם הבעלים הראשונים, והיא בכלל מחלוקת הפוסקים שכבר האריך הש"ך בתקפו כהן (סימן קז) והביא ארבעים פוסקים דמהני תפיסה במחלוקת הפוסקים.

סימן סה

בענין הנ"ל ובסוגיא דמתנה טמירתא

(א) עוד אקבץ עליו סוגיא דמתנה טמירתא, דאמרו בגמרא בבבא בתרא (דף מ עמוד ב) האי פסק הרמב"ם והשו"ע מתנתא טמירתא לא מגבינן בה. וכ"פ הרמב"ם (הלכות זכיה ומתנה פרק ה הלכה א - ב) וז"ל, הנותן מתנה בין בריא בין חולה, צריך שתהיה גלויה ומפורסמת. אמר לעדים כתבו בסתר ותנו לו אינה כלום, שזה מערים כדי לאבד ממון אחרים שיחזור וימכור אחר שיתן. לפיכך כל שטר מתנת קרקע שאין כתוב בו ואמר לנו פלוני הנותן שבו בשווקים וברחובות וכתבו לו מתנה גלויה ומפורסמת וכיוצא בענינים אלו חוששין לה שמא מתנה מסותרת היא ולא זכה המקבל. עכ"ל. וכן נפסק בשו"ע (חושן משפט סימן רמב סעיף ג) וז"ל, כל מתנה, בין של בריא בין של שכיב מרע, צריך שתהא גלויה ומפורסמת. לא מבעיא אם אמר לעדים תתחבאו וכתבו, אלא אפילו אמר סתם כתבו לו, אינה כלום, אלא אם כן אמר כתבו בשוקא וחתמו בפרהסיא, וכיוצא בזה. לפיכך כל שטר מתנה שאין כתוב בו ואמר לנו הנותן שבו בשווקים וברחובות וכתבו לו מתנה גלויה ומפורסמת, וכיוצא בענין זה, חוששין לה שמא מתנה מסותרת היא, ולא זכה המקבל ואפילו אי קנו מיניה. הגה ואפילו תפס המקבל והחזיק במתנה, מוציאין מידו (טור בשם הרא"ש). עכ"ל. ועיין בב"י (שם אות ג) דהביא פלוגתא דרבוותא כשתפס אם תפיסתו תפיסה.

(ב) וראיתי לאדוננו הגר"א כביאורו על השו"ע (שם סק"י) שכתב, דמ"ש הרמ"א דאפילו תפס מוציאין מידו היינו דאפילו אי הוי ספיקא לא מהני תפיסה, ולא מבעיא קרקע דבחזקת בעליה עומדת, אלא אפילו מטלטלין דקיי"ל תקפו כהן מוציאין מידו, וזו דעת

הרא"ש (ב"מ פרק א סימן יג דף ו ע"ב) וכ"פ בהג"ה בכמה מקומות (יו"ד סימן שטו סעיף א, ושם סעיף ו), אבל הרמב"ם (הלכות בכורות פ"ב ה"ו ופ"ה ה"ג) פסק, דתקפו כהן אין מוציאין מידו, וכ"פ בשו"ע (יו"ד סימן שטו סעיף א), וז"ש הרמב"ם כאן שטר מתנת קרקע דוקא. ועיין לחם משנה (הלכות זכיה ומתנה פ"ה הלכה א). עכ"ד. והעולה מן האר"ש דלדעת הרמב"ם ומרן השו"ע דפסקו דתוקפו כהן אין מוציאין מידו, גם הכא תהני תפיסת מקבל המתנה במטלטלין, אע"ג דהוה ספק בתפיסה שנחלקו רבותינו בזה אם תפיסתו תפיסה. משא"כ בקרקע דלא הויא תפיסה. ומעתה תוקשה לנו דעת מרן השו"ע, שנראה שסובר דספק בתפיסה הויא תפיסה.

ג) וקושטא דמילתא, דהרב מגיד משנה על הרמב"ם (הלכות זכיה ומתנה שם), רוח אחרת היתה עימו וביאר, דמ"ש הרמב"ם דהוה דוקא בשטר מתנת קרקע, לאו למימרא דמתנת מטלטלין שהיא מסותרת שתועיל, דהא סתמא אמרינן האי מתנתא טמירתא לא מגבינן בה, וכן מוכיחין דברי המפרשים, וגם הרמב"ם הקדים וכתב, הנותן מתנה סתם ולא אמר הנותן מתנת קרקע, אלא ודאי מ"ש כאן קרקע אינו אלא מפני שאין שטר מועיל במטלטלין בלא קנין, והוא הדין לקנין מטלטלין ודאי, בשצוה להסתירו. עכ"ד. ולדבריו אין לנו גילוי מילתא בדעת הרמב"ם שכשתפס מתנת מטלטלין תהני תפיסתו. ועיין בב"י (ח"מ חושן משפט סימן רמב אות ג) שהביא דברי הרא"ש בענין זה שכתב, דאי תפס מפקין מיניה וכתב דכדברי הרא"ש נראה, וכן נראה שהוא דעת הרמב"ם, ומייתי לדברי הרמב"ם הנ"ל ומסתמך ואזיל ע"ד המגיד משנה הללו, דמ"ש הרמב"ם דלא קנה כלל למתנה ומשמע דגם תפיסה לא מהני, לאו דוקא במתנת קרקע אלא ה"ה במתנת מטלטלין. וכ"נ בפשטות מלשון השלחן ערוך שלא חילק כלל בין מתנת קרקע למטלטלין, ולא זכר ש'ר כלל דבמתנת מטלטלין הוה מהני ליה תפיסה [וכבר מילתנו אמורה בריש אמרינו (סימן כו אות ד), שאין להוכיח מדינא דתקפו כהן שפסק מרן השו"ע דתקפו כהן אין מוציאין מידו, לנידון דידן דספק בתפיסה דלא קרב זה אל זה ע"ש ומשם באר"ה].

ד) ועיין עוד להגאון רבי אריה לייב ליפשיץ [תלמידו של הרב קצות החושן] בספרו שם אריה בקונטרס רוב וספק ממון (אות מג דף ל ע"ב טור ד), דכתב לבאר בדעת הרא"ש והטור, דסבירא להו דכל היכא דיש קנין בודאי, אלא שאחר כך יש ספק בתנאי וכדומה, וכגון, שכיב מרע שהקדיש כל נכסיו ועמד (עיין בבא בתרא דף קמח ע"ב) דפסק הרא"ש (שם סימן כג) והטור (ח"מ סימן רנב ס"ב) דאינו חוזר, דמספק אין מבטלין את המתנה, ק"ב היינו

השולחן ערוך כן דאם תפסו עניים, מפקין מנייהו, שהרי כתב שדין הקדש כדין מתנה. ובדין מתנה כתב לעיל (בסעיף ב) דהמתנה בטילה ממילא. וכתב הש"ך שם (ס"ק א) דאפילו הגיעה המתנה לידו קודם שעמד. כן משמע לקמן סעיף ד בהגה. וכן מוכח בטור.

ק"ב ואמנם בשו"ע (חושן משפט סימן רנ סעיף ג) פסק בזה דלא כהרא"ש. דאם עמד נתבטל הכל כדין נותן מתנה. וכתב הרמ"א ואפילו אם תפסו העניים מפקין מנייהו. ע"כ. ומקור דברי הרמ"א בשו"ת הריב"ש (סימן קס). ובפשטות גם דעת מרן

טעמא דכיון דאם מתנתו קיימת אלא שאם עמד חוזר, הוה כאילו התנה, ובזה - אין בכח הספק אומדנא לבטל המתנה, דדמי למ"ש הרשב"א בתשובה (סימן תקעב) והובא בתקפו כהן (סימן נח) דהיכא דאיכא ספק בתנאי דהמקח קיים ולא מבטלים המקח מחמת ספק תנאי. משא"כ היכא שיש ספק בגוף הקנין וכגון מתנה טמירתא דמעיקרא לא היה כאן שום קנין כלל כיון דהספק בגוף הקנין דאם כוון לטמירתא, מעולם לא נתן מתנה כלל לכך המתנה בטילה מספק ולא מהני בזה אפילו תפיסה כיון דהוה ספק בגוף הקנין. עכ"ד. אתה הראת לדעת דביאר דטעמו של הרא"ש דבמתנה טמירתא לא מהני תפיסה כיון דהוה ספק בגוף הקנין, וכבר מילתנו אמורה לעיל (סימן כח) דגם אדוננו הרא"ש סבירא ליה דכל היכא דיש ספק בתפיסה או בקנין או במוחזקות לא חשיבא תפיסתו תפיסה. ודו"ק.

סימן סו

בענין הנ"ל ובדין שוחט שהטריף

(א) והנה במ"ש מרן בשו"ע (חושן משפט סימן שו סעיף ד - ה) בנתן בהמה לטבח, וניבלה, בשכר, חייב לשלם דמיהם, ואם שחט בחנם, אם היה טבח מומחה, פטור. ואם אינו מומחה, חייב. במה דברים אמורים שניבלה בוודאי, אבל אם עשה בה טרפות הפוסלה מספק, כגון ששהה במיעוט סימנים, פטור. ע"כ. וכן הסכמת הרמ"א ע"ש. ויש לעיין, אמאי לא זכר ש"ר רבינו השו"ע דאם תפס ההוא שכנגדו מהני.

והנה נא הואלתי לבאר בס"ד בתשובה אל ידידי חברי בית הדין הגאונים הגדולים הגר"ש שרביט והגר"צ ידידי שליט"א, דהאי ספק טריפות שכתב מרן השו"ע הכא, הגם שהם ספק טריפה דאורייתא, מ"מ לדין הוה דרבנן כיון דקי"ל דספיקא דאורייתא לחומרא אינו אלא מדרבנן וכמ"ש הרמב"ם (פ"י מהלכות כלאים הכ"ז, ובספ"ט מהלכות טומאת מת), וכן הסכמת מרן השו"ע ורוב הפוסקים, וכמ"ש בזה בשו"ת יביע אומר (חלק י אבן העזר סו"ס ה), וז"ל, אנן סמכינן על דעת בה"ג (סימן ח הלכות מילה עמוד קמח וכפי שדייק מדבריו בנצי"ב בספר העמק שאלה סימן סח אות טז), והרי"ף בקידושין (דף ה עמוד ב) והרמב"ם (שם) והראב"ד בהשגותיו (פרק י מהלכות

ספק
דאורייתא
לחומרא
מדרבנן

ולהאמור יוקשה דעת מרן השולחן ערוך דתוקפו כהן אין מוצאין מידו. וממשמעות לשון השולחן ערוך, ומדברי הש"ך נראה דלא שמיע ליה כלומר לא סבירא ליה כרבינו הגר"א בזה. ומעתה יבואר לנו, דמה שפסק מרן דלא מהני תפיסת העניינים, אף על גב דאיכא חולקים, מוכח נמי דסבירא ליה דבכל ספק בתפיסה לא הוה תפיסה. וכן עולה ומתבאר שזו דעת הרמ"א ומקורו ברוך רבנו הריב"ש. ודוק.

והמחבר לעיל סו"ס קכה. וכן מוכח בטור וברמב"ם פרק ט מהלכות זכייה שהבאתי לקמן סו"ס רנא. עכ"ד. ובאמת שכן מדוקדק מלשון השולחן ערוך שכתב המתנה בטילה ממילא. והיינו דמאחר דמתבטלת ממילא לא הוה תפיסה כלל. ואומנם בביאור הגר"א (בסעיף ג ס"ק יא) כתב על דברי הרמ"א דהטעם דאם תפסו עניים מפקין מנייהו כשיטת הרא"ש, ושיטתו בתוקפו כהן דמוצאין מידו. עכ"ד.

כלאים הלכה כז), והסמ"ג (לאוין קא), והמאירי (קידושין דף ה ע"ב, ותגיגה דף ד עמוד א), ומרן בשו"ע (עיין באו"ח סימן תסז סעיף ט), דס"ל דהא דספיקא דאורייתא לחומרא הוי רק מדרבנן, וכמו שהבאתי בספר טהרת הבית (ח"ב עמוד רמא) שבשו"ת הרדב"ז (ח"ד סימן צג) כתב, שרוב הפוסקים שאנו נמשכים אחריהם ס"ל שכל הספקות בדאורייתא דאזלינן בהו לחומרא, חומרא דרבנן היא, ולא מן התורה. ע"ש. וכן העלה הפרי חדש (סימן קי דף רלד ע"א). וכן פסק בשו"ת הלכות קטנות (ח"ב סימן רעז). וכן הסכים הכרתי ופלתי (י"ד סימן קי בקונטרס בית הספק אות י, ובמהדורת זכרון אהרון חלק ב עמוד תרעט). וכ"כ הגאונים מרן החיד"א במחזיק ברכה (או"ח סימן תקפט סק"ו), והפני יהושע בפסחים (דף ט עמוד ב בתוד"ה היינו), והיעב"ץ בשו"ת שאילת יעבץ (חלק ב סימן קמג), ועוד. והגאון מהרש"א אלפנדארי בשו"ת הסבא קדישא ח"ג (חאה"ע סימן כג, דף קסו ע"ב) כתב בשם ספר חיי אברהם (דף י ע"א), שכת הסוברים דהא דספיקא דאורייתא לחומרא הוי רק מדרבנן, הם רובא דרובא דרבנותא. עכ"ד. נמצא דהאי ספק טריפות דחשש לה מרן בשו"ע הוה רק חששא מדרבנן.

ב ולך נא ראה לרבינו הכנה"ג (סימן כה הגהב"י כללי הקי"ל אות סו) דכתב, דנחלקו רבותינו במילתא דאית ביה איסור וממון אי מצי למימר קים לי, דמדברי מהריב"ל (ח"ג סימן מז) נראה דאמרינן קים לי, וכ"ד עוד אחד עשר כוכביא גדולי ומאורי הדורות. ע"ש. וכל שכנגדו מהרש"ך (ח"א סימן קמה) כתב, דאי לענין איסורא איתשיל לא מצי למימר קים לי. ועימו חמשה בריחים תשובות הפוסקים הסוברים כן. ומ"מ כתב בכנה"ג (שם אות סז), דאפילו נימא דיכול לומר קים לי היינו באיסורא דרבנן אבל באיסורא דאורייתא לכו"ע אינו יכול לומר קי"ל. וע"ע שם בכנה"ג (אות סח - ע), ובמ"ש לעיל בכללי הקי"ל (סימן כ). והנה בנידון דידן כבר התבאר דאלו הספק טריפות אסורים מדרבנן דספק דאורייתא לחומרא הוא מדרבנן, ובכה"ג מצי למימר קי"ל. ואם כנים אנו בזה נמצא שממה שפסק מרן השו"ע דאם עשה בה טריפות הפוסלה מספק פטור, הוא שר המסכים דבימידי דאית ביה איסורא וממונא מצי למיטען קי"ל.

קים לי
בדבר שיש
בו ממון
ואיסור

וקושטא דמילתא דהכא לאו מטעם קים לי הדברים אמורים, אלא מטעם המוציא מחבירו עליו הראיה, דכיון שרוצים להוציא מהטבח ממון ולחייבו לשלם, כל זמן דליכא ראייה דההכרעה כהני רבוותא דהבהמה טריפה אין מוציאין מידו. ומ"מ ממה שלא זכר ש"ר רבינו השו"ע דאם תפס בעל הבהמה מהטבח דאין מוציאין מידו, משמע דבכה"ג לא מהני תפיסה. ולדרכנו שביארנו דדעת מרן השו"ע דכל ספק בתפיסה לא הויא לה תפיסה ניחא, דכאן כיון דיש להסתפק אי מצי למימר קי"ל במידי דהוה איסורא וממונא, תו לא מצי התופס למימר קי"ל דהוה טריפה. ודו"ק.

סימן סז

בענין הנ"ל ובדין תפיסה בדיני קנסות כיום

ואולם יש לנו להתבונן בינה יתירה במה שפסק מרן השו"ע (ח"מ סימן א סעיף ה) וז"ל, תפיסת הניזק בקנס, אף על פי שדיינים שאינם סמוכים בארץ ישראל אינן מגבין קנסות וכו', אם תפס הניזק שיעור מה שראוי לו ליטול, אין מוציאין מידו. עכ"ל. וכתב הסמ"ע (שם ס"ק יח), פירוש, ואפילו תפס יותר מכדי היזק, אם נתחייב לו כ"כ אם היו דנין אותו בדין קנסות, כגון כפל ד' וה', תפיסתו תפיסה. ובה קי"ל כהרא"ש (בב"ק פרק א סימן כ) דכתב, דבין אם תפס בשעת הנזק או לאחר הנזק, בין אותו דבר המזיק עצמו בין דבר אחר, תפיסתו תפיסה, ומשו"ה סתמו כאן המחבר ומור"ם ז"ל וכתבו דמהני תפיסה. ומיהו המרדכי (בב"ק ס"פ המניח סימן מ) כתב תשובת רבינו ברוך, דבנזק קרן עבדינן כר"ת (ב"ק טו עמוד ב תוד"ה ואי תפס), דאם אינו תופס דבר המזיק עצמו לא מהני תפיסתו, ובשאר קנסות כדעת החולקים. עכ"ד.

ונראה מדברי הסמ"ע, דבהאי פלוגתא אי מהני תפיסה בכל גונא, נקטו מרן השו"ע והרמ"א דהוה תפיסה, ומעתה יוקשה לנו טובא, דמזה נמצאנו למדים דדעת מרן השו"ע תהיה דבכל ספק בתפיסה בפלוגתא דרבוותא מהני תפיסה.

ועוררני ידידי הדיין המצוין הרה"ג רבי שלמה שרביט שליט"א לדברי הרב נתיבות המשפט (שם בבאוריים ס"ק ה) דהביא לדברי הים של שלמה ב"ק (פ"א סימן מג) שכתב, דלאחר שתפס הניזק כשיעור הקנס, האחר לא יכול לחזור ולתפוס מידו, דמאחר שבא ליד הניזק כבר א"כ זכה בו בדין, משא"כ בשאר תפיסה דספיקא דינא וכו'. עכ"ד. וכ"כ הגר"ע א בהגהותיו על השו"ע (שם) בשם מהרש"ל. וע"ע בש"ך בתקפו כהן (סימן יט אות ח). אתה הראת לדעת דשאני נידון תפיסה בקנסות משאר דיני תפיסה. וטעמא דמילתא דלעולם חייב לשלם אותו האדם על מה שעשה, אלא שאין ביד ב"ד שאינם סמוכים להוציא ממון בקנס, ולכן כשתפס, נמצא שתפס את שלו, ואין זה שייך כלל לדין דספק בתפיסה, אלא מישך שייך למחלוקת עד כמה כח הקנס היום, ומה נחשב שמשלו הוא תופס. והגם שהנתיבות דבריו דהביא מדברי הרא"ש ב"ק (פ"ב סימן ב) נראה דשווה האי תפיסה לשאר תפיסות. ע"ש, וגם הרב חשק שלמה (שם בהגה"ט אות ט הובאו דבריו בהגהות והערות טור שירת דבורה שם אות עח*) הסתפק בזה. ומידי פלוגתא לא יצאנו. ויש עוד לפלפל בזה. ואכמ"ל. מ"מ כיון דמצאנו ראינו דברי הפוסקים שכתבו דשאני האי תפיסה

ראויים לעשותה, וקדם אחר ועשאה, משלם לבעלים י' זהובים. ובזמן הזה אין מגבין אותו, אבל אם תפס לא מפקינן מיניה. עכ"ד.

ק"ג ובכלל זה הוא גם מה שפסק בשולחן ערוך (חושן משפט סימן שפב סעיף א) וז"ל, וכן הורו שכל המונע הבעלים מלעשות מצות עשה שהם

משאר תפיסות, יש לנו לומר דאין עיקר פלוגתתם בתפיסה עצמה, אלא הוה תפיסה בפלוגתא דרבוותא, שבזה כבר כתב הש"ך בתקפו כהן (סימן קז) דלרוב הפוסקים מהני תפיסה במקום מחלוקת הפוסקים, וכל עיקר נידוננו הוא אי מהני תפיסה כשבגוף התפיסה עצמה יש מחלוקת.

שו"ר להגאון להגאון רש"ז אורבך זצ"ל בחידושו על השו"ע (חור"מ סימן א סעיף ה הובאו דבריו בספר אבני חושן ח"א עמוד כו) שכתב, דממה שמועיל תפיסה בקנס אע"פ שלא הרשיעוהו ב"ד, צריך לומר שבאמת יש קצת חיוב גם קודם שמחייבים אותו ב"ד. עכ"ד. הרי דגם ללא חיוב ב"ד איכא חיוב ממוני מהאי קנס, ולכן, אע"פ שאין לנו כיום ב"ד סמוכים, מ"מ אי תפס מדיליה תפס, דאיכא קצת חיוב דקנס גם ללא חיוב ב"ד. וכאמור.

סימן סה

ביאור דיני תפיסה בדעת מרן השולחן ערוך

א) ואני נקראתי לבא אל המלך מרן רבי יוסף קארו מחבר השו"ע ואל בית האוצר בכל חיבורו הגדול והקדוש שזכר דמהני תפיסה, וחזיתיה ובארתייה מה טעמו ונימוקו, והאם יש ללמוד ממנו לנידון דידן בדין ספק בתפיסה.

כתב מרן השולחן ערוך (יורה דעה סימן רסז סעיף לט) וז"ל, הפיל שן עבדו וסימא עינו, יוצא בשינו ואינו נותן דמי עינו. **ואם תפס אין מוציאין מידו.** ואם כתב לו גט שחרור בין הפיל שינו לסימא עינו, חייב ליתן לו דמי עינו. ע"כ. והנה בזה כבר אילפנו בינה רבינו הט"ז (שם ס"ק יד) הטעם דאם תפס אין מוציאין מידו, דהוא בעיא בגמרא בגיטין (דף מב עמוד ב) במי שמעוכב גט שחרור, והיינו שכבר ראוי לצאת בן חורין מכח שחסרו אבר, אלא שרבו לא כתב לו עדיין שחרור ובנתיים חבל בו אחר, יש לו ליתן קנס והקנס לרבו, או לא יתן קנס כלל, ופשטינן מהא דהפיל את שינו וסימא את עינו דנותן לו דמי עינו. ואי ס"ד דיש לו קנס אי חבלו אחר ונותנו לרבו השתא חבל בו אחר מקבלו הרב, ואי חבל בו הרב היאך נאמר שהוא יתן קנס לעבד, ודחינן לה דילמא ההיא אתיא כמ"ד דא"צ גט שחרור אם חסרו אבר, אבל למאי דקי"ל צריך גט שחרור אימא ה"נ דלא יתן לו דמי עינו ולא נפשטה הבעיא על כן פסק הרמב"ם (פ"ד דחובל הלכה יא) דאם תפס העבד לא מפקינן מיניה בדין הפיל שינו וסימא עינו. עכ"ד. וע"ע בתקפו כהן (סימן עה) דדייק ממה שהרמ"א לא חלק על מרן השו"ע בזה, משמע דסבירא ליה נמי דמהני תפיסה בבעיא דלא איפשטא. ע"ש. ומ"מ נמצאנו למדים שאי לזה שייכות לתפיסה בספק בתפיסה.

הפיל שן
עבדו
וסימא עינו

ב) עוד פסק בשולחן ערוך (אבן העזר סימן יז סעיף מד), באה ואמרה מת בעלי, התירוני לינשא ותנו לי את כתובתי, מתירין אותה לינשא ונותנים לה כתובתה, מפני שעיקר

באה
ואמרה
מת
בעלי

דבריה על עסקי הנשואין באה. אבל אם באה ואמרה תנו לי כתובתי והתירוני לינשא, מתירין אותה ואין נותנים לה כתובה, ואם תפסה אין מוציאין מידה. ע"כ.

הנה גם בזה, אין הטעם דבספק בתפיסה הוא תפיסה, אלא כמ"ש הרב בית שמואל (שם ס"ק קלג) וז"ל, ואם תפסה אין מוציאין, כן הוא דעת הרמב"ם ועלתה בעיא זו בתיקו. עכ"ד. וכבר כתב הש"ך בתקפו כהן (סימן עח) בענין תפיסה בתיקו דהכל לפי ראות עיני הדיין. וכבר עמדנו בזה לעיל (סימן מט ועוד). [ומה שיש להעיר עוד בפסק מרן השו"ע לקמן באבהע"ז סימן ק סעיף ח עמדנו בזה לקמן (סימן עב)].

סימן סט

בענין הנ"ל ובדין הפוסק מעות לחתנו

(א) וזה לשון מרן השולחן ערוך (אבן העזר סימן נג סעיף ג), הפוסק מעות לחתנו בשעת הקדושין, ונתנם לו קודם החופה ומתה הבת וכו', יחזיר המעות לאב, שכל הפוסק דעתו על מנת לכנוס. ויש מי שאומר דהני מילי בפוסק לחתנו, אבל מי שנותן לבתו סתם שתנשא בו, ולא הזכיר שתנשא לפלוני, קנתה אותה מתנה, וכיון שנתקדשה, אף על פי שבטלו הקדושין כשמת הארוס, אין האב יכול לחזור בו. עכ"ל.

ומקור מקומו טהור בפלוגתא דרב האי גאון ורבינו הרא"ש שהובאה בטור (שם) וז"ל, כתב רב האי ז"ל דוקא בפוסק לחתנו, אבל בפוסק לבתו כיון שאמר בשעת קידושין הרי אני נותן לבתי כך וכך, קנתה הבת אף על פי שמת החתן, שאינו יכול לומר לא פסקתי לבתי אלא ע"מ שתבא לנישואי החתן, דמ"מ לבתו פסק וקנתה. וכתב א"א הרא"ש ז"ל משמע מתוך דבריו אם מת החתן אפילו לא יבמה אחיו, שחייב ליתן לבתו מה שפסק לה, והא לא מסתבר כלל, דודאי לא פסק לה אלא ע"מ שתנשא בהן. עכ"ד. והנה גם מחלוקת זו כאשר יראה לעיני המעיין די"א דאע"פ דמהני תפיסת הבת במתנת אביה ואין אביה יכול לחזור בו, מ"מ אין לזה שייכות לדין ספק בתפיסה, כיון דהמחלוקת קדמא ואזלא בדעת האב הנותן, והכי דייק לישנא דהרא"ש שכתב על דברי הגאון: 'משמע מתוך דבריו אם מת החתן אפילו לא יבמה אחיו, שחייב ליתן לבתו מה שפסק לה', וחייב ליתן משמע שעוד לא נתן, והיינו, דאע"ג דאין הבת תפוסה חייב ליתן לה דאמדינן לדעתו דגם בכה"ג התכוון לתת. הרי שלך לפניך דלא קרב נידון זה לדיני תפיסה.

(ב) ובדרך זו אלך לבאר גם דברי הרמ"א בהגה שם שכתב וז"ל, הפוסק מעות לחתנו או לבתו, וכנסה, ואח"כ מתה הבת ועדיין לא נתן, י"א שזכה בהן הבעל וצריך ליתן לו כל מה שפסק (רש"י והרמב"ם והר"ן ומרדכי בשם ר"י הלבן). ור"ת פירש דלא זכה בהן הבעל. ומכח ספק לא מפקינן ממונא מן האב (ת"ה שכ"א ומהר"ק שורש צ"א והגהות מיימוני)

כל זמן שלא באו פעם אחת ליד החתן (מרדכי פרק נערה) וכו', אבל אם תפס החתן לא מפקינן מיניה, דיכול לומר קים לי כסברא הראשונה (מרדכי). עכ"ל. וגם משם לא תערב התחומין לנידון דידן בספק בתפיסה, כיון דגם זה לא הוה אלא תפיסה בפלוגתא דרבוותא דמהני, וכאמור.

סימן ע

בענין הנ"ל בדין מורדת

א עוד ראיתי למרן השולחן ערוך (אבן העזר סימן עז סעיף ג) דכתב בדין מורדת וז"ל, המורדת הזאת, כשהיא יוצאת אחר י"ב חדש בלא כתובה, תחזיר כל דבר שהוא של בעל, אבל נכסים שהכניסה לו ובלאותיה קיימים, אם תפסה אין מוציאין מידה, ואם לא תפסה אין נותנין לה. עכ"ל.

וכן פסק הרמב"ם (הלכות אישות פרק יד הלכה יג) וז"ל, המורדת הזאת כשהיא יוצאת אחר שנים עשר חדש בלא כתובה, תחזיר כל דבר שהוא של בעל, אבל נכסים שהכניסה לו ובלאותיה קיימים. אם תפסה אין מוציאין מידה, ואם תפשו הבעל אין מוציאין מידו. עכ"ל.

ב ויש כאן לפלפל טובא ואהבה מקלקלת את השורה, וראשית אמרים אלו נפתחים במעשה בגמרא כתובות (דף סג עמוד ב - סד ע"א), כלתיה דרב זביד אימרדא, הוה תפיסא חד שירא, יתיב אמימר ומר זוטרא ורב אשי ויתיב רב גמדה גביהו, יתיב וקאמרי, מרדה הפסידה בלאותיה קיימין. אמר להו רב גמדה משום דרב זביד גברא רבה מחניפיתו ליה, והאמר רב כהנא מיבעיא בעי רבא ולא פשיט. איכא דאמרי, יתיב וקאמרי, מרדה לא הפסידה בלאותיה קיימין. אמר להו רב גמדה משום דרב זביד גברא רבה הוא אפכיתו ליה לדינא עילויה? האמר רב כהנא מיבעיא בעי לה רבא ולא פשיט. השתא דלא אתמר לא הכי ולא הכי, תפסה לא מפקינן מינה, לא תפסה לא יהבינן לה. עכ"ד הגמרא.

ובאמת אם נסביר דהאי דמיבעיא לי לרבא היינו אם מועילה תפיסת מורדת בבלאותיה, שפיר היה ניתן להביא ראייה, דספק בתפיסה הויה תפיסה. אך המעיין בפירוש רש"י יראה דפירש וז"ל, מיבעיא בעי, אם הפסידה בלאותיה אם לאו. וכ"פ הנימוקי יוסף (שם), ובפירושו רבנו אברהם בן יום טוב מטודלה תלמיד הרא"ש (שם). ע"ש. נמצא שעיקר הספק הוא, אם מורדת מפסידה בלאות והוה ספיקא ופלוגתא דרבוותא בתפיסה, ולא שייך לספק בתפיסה.

ג ויש לנו עוד פלפול'ת כל שהיא בזה, דהנה הכס"מ על הרמב"ם שם כתב בשם הריב"ש בתשובה (חלק ב סוף סימן ססד הוצאת מכון ירושלים עמוד תפב), דכל דתפסה לא מפקינן מינה, לא תפסה לא יהבינן לה, ומ"ש הרמב"ם ואם תפס הבעל לא דק, ואגב שיטפיה נקטיה. עכ"ל.

פלפול בדברי הרמב"ם והריב"ש

ואמנם מצאנו להני סרכין תלתא הלא המה הגאון פרי חדש בחיבורו מים חיים על הרמב"ם (שם), והגר"י גאטניו בספרו בית ישחק על הרמב"ם (שם) והרב אור שמח על הרמב"ם (שם) כולם בסגנון אחד ענו ואמרו דכונת הרמב"ם שרצה לרמוז לנו דאפילו אם תפסן מיד האשה אין מוציאין מידו, דכן פסק רבינו הרמב"ם (הלכות בכורות פרק ה הלכה ג) גבי בכור דאם תפסו כהן אין מוציאין מידו, ובזה נסתלקה תפיסת הריב"ש. ודו"ק. עכת"ד.

ובינו נא זאת, דיש לתמוה עד מאד, אמאי הריב"ש בחר לדחוק בלשון הרמב"ם ולא כתב לתרץ כדברים האלו, וכי קצרה ידו מהושיע ולבאר כן. והנני יוסיף להפליא הפלא ופלא גם על מרן רבי יוסף קארו בכסף משנה, שבחר בדברי הריב"ש ובמשנתו, והלא גם הוא הלך בדרך הרמב"ם ופסק דתקפו כהן אין מוציאין מידו, וא"כ למה לא נחית להאי חידושא.

ולולי דמסתפינא הוה אמינא, דרבותינו הריב"ש והכס"מ לא הוה ניחא ליה בהאי תירוץ, כיון דס"ל דאין לדמות כלל האי ענינא למה שפסק הרמב"ם בתקפו כהן, דכאן לא שייך כלל לדיני תפיסה, אלא לסוגיא אחרת מה בכלל התקנה שתיקנו למורדת. ואפשר דמ"מ לאחר שתפסה אין להוציא ממנה, כיון דנכסים בחזקתה, דהיא הכניסתם לו, ולא תהני תפיסת הבעל בחזרה לאחר שהיא תפסה. ולכן לא זכרו שרים הני רבוותא הריב"ש והכס"מ להאי חידושא.

ד) ובאמת יש עוד לאלוה מילין לומר בזה, ע"פ דברי הריטב"א (שם ד"ה והא אמר רב כהנא) דברי הריטב"א שהביא מה שהקשו בתוספות (שם ד"ה משום), דמאי קושיא שהקשה רב גמרא עליהם בלישנא בתרא, דמשום דרב זביד גברא רבא אפיכתו לדינא עלויה, הא אדרבא משום דלא פשיט, הוי דינא דנכסי היכא דקיימי לוקמו כיון דתפסה. ותירצו התוספות, דאינהו הוו אמרי דלא הפסידה בלאותיה הקיימין ואפילו מה שלא תפסה והוא ברשות הבעל, ורב גמרא אמר להו דכיון דמבעי בעי לה רבא ולא פשיט, לית לן לאפוקי מיניה מאי דתפיס בעל. והריטב"א הקשה על תירוץם ודחאו, וכתב לבאר באופן אחר, דרב גמרא סבר דכיון דמבעי בעי לה רבא ולא פשיט, נכסי צאן ברזל בחזקת בעל קיימי, ואפילו מאי דתפסה מפקינן מינה, אבל אמימר וחביריו היו סבורים דאדרבא, נכסי צאן ברזל בחזקתה דאשה קיימי, הלכך אפילו מאי דתפס בעל מפקינן מיניה ויהבינן לה, ותלמודא פסק דכיון דלא אתמר הלכתא לא כמר ולא כמר, ולא איתברר נכסי בחזקת מי, נכסי היכא דקיימי קיימי ומאי דתפסה לא מפקינן מינה, ומאי דלא תפסה לא יהבינן לה, וכן הלכתא, ובקרקעות דלאו בני תפיסה נינהו חולקין. עכ"ד. והנה לפי דברי רבינו הריטב"א מבוארים הדברים היטב, שאין כאן מחלוקת בספק בתפיסה אלא הוה מחלוקת מקדמת דנא בנכסי צאן ברזל בחזקת מי הם. והגם דהוי ספק במוחזקות, מ"מ לא הוה כנגד חזקת מרא קמא, דבהא גופה אנו דנים נכסי צאן ברזל בחזקת מי ומי נקרא המרא קמא, ולכך מהני תפיסה בכה"ג.

דברי
האבני
מילואים
בהג"ל

שו"ך להאבני מילואים (סימן עז ס"ק יג) שכתב כדברים האלו על דברי השו"ע שפסק דאם תפסה האשה אין מוציאין מידה, דמקור הדין ממעשה דכלתיה דרב זביד, והקשה מזה לשיטת הפוסקים דתפיסה מספק בספיקא דדינא לא מהני, והוא דעת התוס' ב"מ (דף ו ע"ב ד"ה פוטר) והרמב"ן (שם דף ו ע"א ד"ה מ"מ) והרשב"א (שם ד"ה משמע משמעתיך) והרא"ש (שם פרק א סימן יג ד"ה לעולם), זולת דעת הרמב"ם (הלכות בכורות פ"ה ה"ג) ודעימיה דס"ל דמהני תפיסה בספיקא דדינא אפילו אינו טוען ברי, וא"כ להנך פוסקים דלא מהני תפיסה מספק קשיא הך דהכא דמהני תפיסה מספק.

והביא דברי הריטב"א הנ"ל, וכתב דלפי דבריו ניחא דמהני תפיסה, דהא דלא מהני תפיסה מספק היינו משום דמוקי לה בחזקת מרא קמא, והכא דמספקא לך בנכסי צ"ב בחזקת מי הן אם בחזקת הבעל או בחזקת האשה, מהני תפיסה. עכ"ד. וכן מצאתי מבואר בהפלאה בקונטרס אחרון (סימן עז סק"ז), דכיון דזהו הספק מי המרא קמא האשה או הבעל, לכך מהני תפיסה, דאין זו תפיסה כנגד מרא קמא. עכ"ד.^{TR} ותאזרני שמחה.

ה) ובאמת גם רבינו הש"ך דרך קסתי בדרך זו, דבתקפו כהן (סימן צא) כתב להוכיח, דבפלוגתא דרבוותא מהני תפיסה. ע"ש, ולאחר שפלפל בזה כתב וז"ל, הן אמת שהיה אפשר להביא ראיה מן הש"ס גופא בכתובות (דף סד ע"א), גבי כלתיה דרב זביד דאמרינן התם השתא דלא איתמר לא הכי ולא הכי תפסה לא מפקינן מינה, לא תפסה לא יהבינן לה. הרי דבפלוגתא דרבוותא מהני תפיסה. אך שהיה אפשר לבעל דין לחלוק ולדחות משום דבש"ס קאי התם אפלוגתא דהפסידה בלאותיה קיימין, וי"ל דוקא התם כיון דבלאותיה מתחלה שלה היו מהני תפיסה, משא"כ בעלמא דלא מהני תפיסה לאפוקי מחזקת מר"ק. גם היה אפשר לומר דדוקא התם דקאמר בש"ס בהדיא השתא דלא איתמר לא הכי ולא הכי תפסה לא מפקינן מיניה כו' דינא הכי, אבל לא בעלמא, וכדאמרינן בעירוובין (דף מו ע"ב) היכא דאיתמר איתמר היכא דלא איתמר לא איתמר. עכ"ד. ובהפלאה

דברי הש"ך
בספר
תקפו כהן
בדין הנ"ל

דליכא חזקת מרא קמא והאיך נמי אינו מוחזק כי אם מחמת חזקה דהשתא, כוליה עלמא מודים דמהני תפיסה, דהא אין לכנגדו שום זכות בו כי אם מצד חזקה דהשתא, וכיון שזה תפס הרי יש לו חזקה דהשתא כל זה פשוט וברור להמעייין בדברי הראשונים ז"ל בעניני התפיסה. וא"כ אף אנו נאמר שזהו בעצמו טעמו של רבינו הרמב"ם שפסק, דאם תפס הכהן ספק בכור דאין מוציאין מידו, משום דהוה שמא ושמא, כיון דלא מהני חזקת מרא קמא בזה, וא"כ אין להישראל זכות בו כ"א מצד מה שהוא עתה ברשותו ותופס בו ואית ליה חזקה דהשתא, וא"כ ממילא כשתפס הכהן הרי יש לו חזקה דהשתא ואין להוציא ממנו. עכת"ד.

ק"ו ובדרך זו ראיתי להג"ר יקותיאל זאב זלמן בן יוסף יזול זצ"ל [מרבני הונגריה לפני יותר ממאתיים שנה] בספרו

עמק המלך על הרמב"ם (הלכות אישות פרק טז הלכה לא ד"ה ובאמת בהשקפה ראשונה) שכתב לבאר כן טעמו של הרמב"ם שפסק דתקפו כהן אין מוציאין מידו וזת"ד, בהשקפה הראשונה היה נראה לתת טעם לדברי רבינו והוא דהנה כל הפוסקים החולקים על רבינו בדין זה דאם תפס כהן ספק בכור אין מוציאין מידו וס"ל דלא מהני תפיסה בזה, וכן ס"ל גם בשאר ספיקא דממונא כל שתחילת דינא הממע"ה לא מהני תפיסה, היינו משום חזקת מרא קמא. אבל היכא

בקונטרס אחרון (סימן עז סק"ז) ביאר את תירוצו השני של הש"ך, דכונתו לומר, דאפילו לפי הפוסקים דלא מועילה תפיסה בספיקות שבתלמוד, מ"מ כאן מועילה תפיסה, כיון שכך היתה התקנה של מורדת, שאם תפסה אין מוציאין מידה. עכ"ד. ובביאור מעשה תקפו' על ספר תוקפו כהן (שם הערה 331) כתב, דכדברי הש"ך כ"כ בבית יעקב (סימן עז ס"ג) ובהפלאה (שם), וכע"ז כתב בחדושי רבינו קרשקש בכתובות (שם) דלא מתורת ספק מהני תפיסתה, אלא שלא תקנו חז"ל להפסידה אלא במה שאינו תחת ידה ע"ש. הרי לנו גדולים ורבים אשר איתנו שביארו כן. וע"ע בתומים על התקפו כהן (סימן צא).

ומהשתא יש בידינו ב' דרכים אשר יבור לו האדם מה שליבו חפץ, דאין ללמוד מדין מורדת דתפסה דמהני תפיסתה לדיני ספק בתפיסה דתועיל התפיסה. האחת כיון דהוי ספק בפלוגתא דרבוותא. והשנייה דהוי תקנה מיוחדת במורדת שאין ללמוד ממנה לשאר מקומות וכמ"ש הש"ך ודעימיה. ותשקוט האר"ש.

ולא אכחד דרבינו הגר"א בביאורו על השו"ע (יו"ד סי' שטו סק"ב) כתב דמהאי סוגיא מוכח כשיטת הרמב"ם (הלכות בכורות פ"ה ה"ג) דמהני תפיסה בספיקות. ומ"מ כבר הבאנו דכמה מרבתינו רוח אחרת היתה עמהם דאין להביא ראייה מהאי סוגיא לדיני תפיסה.

סימן עא

בענין הנ"ל ובדין תפיסת האלמנה במטלטלין

(א) כתב מרן בשולחן ערוך (אבן העזר סימן צג סעיף כ) וז"ל, אין אלמנה ניוזנית אלא מקרקעות בני חורין ולא מהמשועבדים וכו', ואינה ניוזנית ממטלטלי אפילו בני חורין, ומיהו אם תפסה ממטלטלין אפילו אחר מיתה, לא מפקין מינה. ועכשיו שתקנו הגאונים שתגבה כתובה ותנאי כתובה ממטלטלין, הרי היא ניוזנית ממטלטלין אפילו לא תפסה. עכ"ל. ומקור הדין בגמרא בכתובות (דף צו ע"א) ע"ש. ואין ללמוד מזה ג"כ לשאר דיני תפיסה כיון דהוי תקנה דרבנן, דאלמנה רבנן שתועיל בה תפיסה וכמ"ש התוספות (שם ד"ה אלמנה).

(ב) צא ולמד מדברי רבינו הריב"ש בתשובה (סימן ק והובאו דבריו בכ"י אבן העזר סימן צג) שכתב וז"ל, ראו חכמים ליפות כחה במטלטלין שאפשר לתפסן שתועיל לה תפיסתה. ואי לאו דמסתפינא, הייתי אומר, שלא נאמר בגמרא בכתובות (שם), אלמנה שתפסה מטלטלין למזונותיה מה שתפסה תפסה, אלא משום דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לה כדינא דגמרא, ולזה חשו להפסידה, שהרי אם אין שם קרקע אבדה מזונותיה. אבל בתר דתקינן הגאונים ז"ל שתזון מן המטלטלין, אף על גב דלא תפסה, מה לה לתפוס ולמנוע היתומים מלקח ולישא וליתן בשלהם, וכמו שאם אשת איש תפסה מטלטלין בחיי בעלה למזונות דמחיים, הבעל מוציא אותן מידה, שהרי הוא חייב לזונה אפילו ממטלטלי דמיניה,

אלו נכסים
שהאלמנה
ניזונית
מהם

תקנה
דרבנו

ואפילו מגלימא דעל כתפיה, כך עתה כשתפסה מן היתומים, כיון שגובה מזונותיה ממטלטלין שלהן, כפי תקנת הגאונים ז"ל, חזרו היתומים להיות כמו הבעל, ומוציאין אותן מידה, זולתי מה שצריכה למזונות ששה חדשים, דקיי"ל, שיכולה למכור קרקע לששה חדשים, ולוקח מפרנס אחד לשלשים יום. זה היה נ"ל מסברא. אבל מה אעשה שלא מצאתי כן לאחד מן הראשונים והאחרונים ז"ל שיאמר כן. עכ"ל.

ג) ולך נא ראה למהר"ח אלגאזי בנתיבות משפט ז"ל (דף שט ע"ב טור ג) שהעיר על דברי הריב"ש, באומרו דלא דמיא אלמנה הניזונת מנכסי יתומים לאשת איש, שהרי אפילו לכתחילה יכולין היתומים למכור המטלטלין שהניח להם אביהם וכמ"ש הרמב"ם (הלכות אישות פרק יח ה"ב, וע"ע בהלכה ג) וא"כ איך נוציא מידה מה שתפסה, ולמחר ימכרו היתומים המטלטלין והניח מעותיה על קרן הצבי. עכ"ד. והגאון רבי יהודה נבון [בנו של הרב מחנה אפרים] בספרו קרית מלך רב (הלכות אישות פרק יח ה"י) כתב דלא קשיא מידי, דהריב"ש ס"ל דהא דיכולין למכור לכתחלה היינו כשלא תפסה, אבל ודאי כשתפסה אמרינן להו שלא ימכרו אותם, אלא שישאו ויתנו בהם ואין לחוש שמא יעברו על דברי חכמים וימכרו אותם, ועוד דאפילו אם ימכרו אותם לא הועילו כלום, שהם חייבים לזונה מאותם דמים וכו'. עכ"ד. נמצנו למדים, דהאי תפיסה משום תקנה דרבנן נגעו בה שתועיל לה תפיסה שכזו, ואין ללמוד מינה לשאר דיני תפיסה. וכן מבואר בספר ליקוטי חבר בן חיים (חלק י עמ"ס כתובות דף קכו ע"ב טור ד), וע"ש שפלפל בחכמה מהו טעם כעיקר בתקנת חכמים י בוז התפיסה.

ובדרך זו יבואר ג"כ מ"ש בשולחן ערוך (שם סעיף כג) דאלמנה שתפסה מטלטלין כדי שתזון מהם, בין שתפסה מחיים בין שתפסה אחר מותו, אפילו תפסה כבר זהב, אין מוציאין מידה וכו'. ע"כ. שגם תפיסה זו היא בכלל תקנת חכמים הנזכרת. ואין ללמוד ממנה לשאר דיני תפיסה. [ועיינן לקמן (סימן פח אות ד) מ"ש בזה הרב מאזניים למשפט].

ד) וכן מה שמצאנו בשבועת אלמנה הבאה להיפרע מנכסי בעלה דצריכה להישבע, וכתב בשולחן ערוך (אבן העזר סימן צו סעיף יא) וז"ל, כל אלו השבועות אף על פי שהם דרבנן, הן בנקיטת חפץ, ואם קדמה ותפסה מעות ואינה רוצה לישבע, לא מפקינן מינה, ואפוכי לא מפקינן לה. ע"כ. האי דמהני בה תפיסה גם ללא שבועה, כיון דמדאורייתא הנכסים משועבדים לה אלא שחז"ל תיקנו לה שבועה, ואם תפסה א"א להוציא ממנה בעבור חיוב שבועה שהיא מדרבנן. וכ"כ להדיא בטור שם וז"ל, אי קדמה ותפסה ואומרת לא משתבענא ולא מהדרנא דידי שקלי, לא מפקינן מינה, כיון דהוא דרבנן, אבל בדאורייתא מפקינן בכהאי גוונא אי לא בעי לישבע. עכ"ל. ודו"ק.

סימן עב

עוד מפסקי השו"ע בתפיסה בתיקו ובפלוגתא דרבוותא

עוד כתב מרן בשולחן ערוך (אבן העזר סימן ק סעיף ח) וז"ל, באה ואמרה מת בעלי התירוני אמרה מת בעלי לינשא ותנו לי כתובתי, מתירין אותה לינשא ונותנין לה כתובה. אבל אם באה ואמרה מת בעלי ותנו לי כתובתי והתירוני לינשא, מתירים אותה ואין נותנים לה כתובה. ואם תפסה, אין מוציאין אותה מידה. ויש מי שאומר דבין בזו ובין בזו אין מתירים אותה, כיון שהזכירה כתובה. עכ"ל. וכך פסק הרמב"ם (הלכות אישות פרק טז הלכה לא), וכתב המגיד משנה דהיא בעיא דלא איפשיטא ביבמות (דף ק"ז ע"א) ועלה בתיקו ופסק רבינו כדין כל תיקו שבמזון שאם תפסה אין מוציאין מידה כפי דעתו ז"ל.

וראיתי להג"ר אלעזר סג"ל [נכד הנודע ביהודה] בחיבורו יד המלך על הרמב"ם שכתב, דהרי"ף ביבמות (דף מג ע"ב) והרא"ש (שם פט"ו סימן ו) והרי"א"ז (שם) חולקים על רבינו בזה ודעתם דגם אסורה להנשא, דכיון דדין זה הוא איבעיא דלא איפשטא עבדין לחומרא וכדין כל תיקו דבש"ס, וממילא דאף אם תפסה כתובתה מוציאין מידה. עכ"ד. והנה גם לפי דבריו יש לומר דא"ז ענין לספק בתפיסה אלא הוא ענין ההולך קדמת אשור' בענין נאמנות האשה, ומשם יפרד דאיכא בזה גם נפק"מ לענין תפיסה, וכל כה"ג הוי בכלל תפיסה בספיקא דדינא. וכאמור.

והנה במה שפסק מרן בשו"ע (אבן העזר סימן קב סעיף ב - ג) דאלמנה שתפסה מטלטלין דין קדימה באלמנה שאין בהם דין קדימה אע"פ שיש בעל חוב אין מוציאין מידה. והרמ"א כתב דיש חולקים, ע"ש. יתבאר ע"פ דברי הרב בית שמואל (שם ס"ק ו) שכתב, דדין זה שייך לפלוגתא דהרמב"ם (הלכות מלוה ולוה פרק כ הלכה ב, ובהלכות אישות פרק יז הלכה ג) והרא"ש בכתובות (פרק ט סימן יא) גבי מלוה בשני בעלי חוב כשאין לאחד מהם דין קדימה וקדם ותפס. ע"ש. והיינו דהפלוגתא היא בספיקא דדינא ולא בספק בתפיסה. ודו"ק.

גם במ"ש הרמ"א בשולחן ערוך (אבן העזר סימן קסג סעיף ב), דאע"פ שהיבם זוכה בנכסי המת (שם סעיף א), מ"מ אם תפס האב ואמר, קים לי כמ"ד מצות חליצה קודם, ועל כרחן של אחים יצטרכו לחלוץ, אין מוציאין הנכסים מידו. עכ"ד. לא הוי ספק בתפיסה, אלא שאם תפס האב במקום שאין כופין לחלוץ ואין מוחים ליבם, מ"מ האב התופס יכול לומר קים לי כהני פוסקים דס"ל מצות חליצה קודם. וכ"כ בבית שמואל (שם ס"ק ג).

סימן עג

המשך ביאור דיני תפיסה שבשו"ע ובדין יד בעל השטר על התחתונה

א והנה במה שמצאנו דמהני תפיסה בסוגיית בעל השטר על התחתונה וכמ"ש בשולחן ערוך (חושן משפט סימן מב סעיף ח), דבכל הני דאמרינן לעיל שיד בעל השטר על התחתונה, אי תפס מטלטלים, לא מפקינן מיניה, כבר פירש בבית יוסף (שם) בשם הגהות מיימוני (סוף הלכות מלוה פכ"ז אות ש), דהוא משום דהא דאמרינן יד בעל השטר על התחתונה, היינו משום דהמוציא מחבירו עליו הראיה, השתא דבעל השטר תפס, הוי אידך המוציא מחבירו עליו הראיה. ע"כ. וכ"כ בפרישה (שם אות יג). וחזינן דלא קרב דין זה לדיני תפיסה דעלמא, דשאני הכא דאפשר לפרש לשון השטר כטענת שניהם, אלא שכל זמן דלא ברירא לן האי מילתא לא עבדינן עובדא דהמוציא מחבירו עליו הראיה. וכיון שתפס אחד שוב יש לו להסתייע ג"כ מלשון השטר ולכן ג"כ אין מוציאין מידו ללא ראיה.

תפיסה כשיר בעל השטר על התחתונה

ב ויש לנו עוד לדעת בסוגיא זו, דהנה כתב השולחן ערוך (שם סעיף יב) דאם היה כתוב בשטר סלעים, מלוה אומר חמש ולוה אומר שתים, נותן לו שתים, ונשבע לו היסט על השאר, ואי תפיס, מפקינן מיניה. עכ"ל.

תפיסה כשהיה כתוב בשטר סלעים

ופירש הסמ"ע (ס"ק לב) דלא דמי למה שכתב בסעיף ח, דבכל הני דאמרינן דבעל השטר על התחתונה אי תפיס אפילו בעדים לא מפקינן מיניה, דשאני הכא דלשון השטר מסייע להלוה, דסתם סלעים אינן משמע יותר משנים. ולפי זה בדין שלפני זה (סעיף יא) דהיינו נכתב בשטר דאינון ונמחק הסכום, מסתבר למימר דמהני תפיסה. עכ"ד.

והש"ך (ס"ק כז) תמ'ה תמ'ה יקרא עליו, דאין דבריו נכונים דבנמחק שאני, דאם לא כן כל מי שיש לו שטר יתפוס הרבה וימחוק הסכום. אלא ודאי אין דנין מחק אלא להורעת כחו של המוציא.

ג ורבינו התומים (ס"ק טו) כתב לפרש דברי הסמ"ע דלא איירי בנמחק סתם, דפשיטא דלא יכול לתפוס, דא"כ כל אדם ימחוק שטרו דכתוב ביה סלעים שתים ויתפוס משל חבירו וכמש"כ הש"ך, רק כל דברי הסמ"ע היכא דנמחק בעדים באונס ולא ידעו העדים כמה היה כתוב ביה, ובוזה נסתפק, וספק עצום הוא לכאורה.

ביאור התומים בדין הנזכר

ופשט הספק ע"פ היסוד שכתב לעיל מיניה, דהעניין בזה הוא כפי המדה שהתורה נדרשת בו והוא תפסת מרובה לא תפסת, ופירשו התוס' (בחיגיגה דף יז ע"א ד"ה תפשת) הטעם, דא"כ אין לו סוף וקץ, ולכך אני אומר תפסת מועט. ואם כן הטעם בזה גם כן, דיותר מהמעט לא נכנס בגדר הספק, דא"כ אין לדבר סוף ואלף אלפים דינרים וכל הון דעלמא

לא יספיק, ולכך אמרנו דתפסת מרובה לא תפסת, ואין לך רק שני דינרים תפסת מועט, כפי הראוי ע"פ מדת התורה. עכ"ד.

ד) ואמרתי אחכמה בסברתו והיא רחוקה ממני, דלא זכיתי להבין כיצד סברא זו שנאמרה היורה בדברי התומים בגדרי הלימוד, תואיל להוציא ממון מחזקתו, דאי נימא דמה שטוען יותר מהמועט הוא באמת מה שחייב לו נמצא כשתפוס הוא הבעלים, ואמאי לא מצי למימר קים לי שזה הסכום, ואע"פ שאם נאמר דתהני תפיסתו לומר יותר מהמיעוט שוב אין בזה גבול ומידה וכמ"ש התומים, מ"מ כאן אינו טוען בלא גבול ומידה, אלא מה שנראה שאכן הוא בכלל הדבר [דגם בזה מסתברא דאומדין אותו אם הוא בר הכי להלוות, וכמ"ש כיוצ"ב בב"ק (דף סב ע"א), ובשולחן ערוך (חושן משפט סימן שפח סעיף א). ע"ש]. ואמאי לא תהני תפיסה?

ואמנם לפי מה שיתבאר לקמן (סימן פד) דבספק בתפיסה שהוא במציאות לכו"ע לא מהני תפיסה ניחא, דכאן הוי ספק במציאות כמה חייב לו וממילא גם ספק בתפיסה, דאם חייב לו רק כפי המעט שאנו תופסים בלשון השטר, שוב גם אם תופס יותר אין זו תפיסה אלא גניבה, ולהכי בכה"ג לא מצי למימר קי"ל. ודו"ק.

סימן עד

בענין הנ"ל ובדין שניים החתומים על השטר והורעה חתימתם

עוד יש לעמוד ולבאר מה שנפסק בשולחן ערוך (חושן משפט סימן מו סעיף לז), דשנים החתומים על השטר ומתו ואין כתב ידם יוצא ממקום אחר, ובאו שנים ואמרו כתב ידם הוא, אבל קטנים היו או פסולין, הרי אלו נאמנים וקורעין השטר וכו'. ואם יש עדים שהוא כתב ידם או שהיה כתב ידם יוצא ממקום אחר, משטר שקרא עליו ערער והוחזק בבית דין, אין קורעין אותו. ע"כ. וכתבו הסמ"ע (ס"ק צד), והש"ך (ס"ק קא), דהיינו דמהני לאם תפס דלא מפקינן מיניה. וכן מבואר ברמ"א בהג"ה שם שכתב וז"ל, והא דאין נאמנים בשכתב ידן יוצא ממקום אחר, לא למהוי שטרא מעליא לגבות בו, אלא דאי תפס מטלטלין, לא מפקינן מיניה. עכ"ל. ומקור מקומו טהור בדברי הטור בשם הרא"ש (שם).

והנה אע"ג דבעלמא סברת הרא"ש דבספיקא דדינא לא מהני תפיסה (עיין ברא"ש בבא מציעא פ"א סימן כד ובקונטרס הספיקות כלל ח אות א והלאה האריך בדעתו), כאן גם הוא שר המסכים לזה דמהני תפיסה, והיינו טעמא כמ"ש משמו הטור דכיון דכתב ידם יוצא ממקום אחר, אין עדות העדים מועילה לגרע כח השטר. עכ"ד. ומ"מ אכתי הוה כספק בשטר, דמצד אחד יש להסתייע מהשטר, ומצד שני יש לחוש לעדות האחרונים דהעדים הפסולים, ולהכי פסקינן גם בזה כדין המוציא מחבירו עליו הראיה, וכשתפס שוב הרי הם מוציאין ממנו כיון שיש לו סיוע מהשטר, ומי שירצה לומר דהשטר פסול עליו להביא

תפיסה
בשטר
שהורעו
עדין

ראיה. ומ"מ אין זה שייך לתפיסה בספיקא דדינא וכאמור. ק"ה [וכיוצ"ב יש לבאר בדברי הרמ"א (חושן משפט סימן נח סעיף ב) שגם שם זכר בענייניו בשם הרא"ש דמהני תפיסה, ובש"ך (שם סקט"ז) ציין שעניינו כדלעיל (סימן מו סעיף לו) והם הם הדברים האמורים. ע"ש].

סימן עה

בענין הנ"ל ובדיני מכירת שטר

עוד מצאנו לדין שפסק בשולחן ערוך (חו"מ סימן סו סעיף יז), במוכר שטר חוב לחבירו והגיע הלוקח ללוה ופרע לו הלוה, ומסר לו את השטר, ולא כתב לו קני לך איהו וכל שעבודה, אינו חייב למוכר כלום, שאף על פי שאין המכר כלום, מכל מקום אם תפס הלוקח אין מוציאין מידו. ע"כ.

תפיסה
בשטר
שלא נמכר
כתיקו

וכתב הפרישה (שם אות יח), דמקור דין זה הוא בבבא מציעא (דף סו סוע"ב) דשם איתמר המוכר פירות דקל לחבירו אמר רב נחמן אף משבאו לעולם יכול לחזור בו, ומודינא דאי שמיט ואכיל לא מפקינן מיניה. וכתב הרא"ש שם (סימן לב), מכאן הביא רבינו תם ראיה, דהמוכר לחבירו שטר חוב בעדים, אף על גב דקיימא לן דאין אותיות נקנות במסירה אם קדם הלוקח וגבה החוב אין המוכר יכול לחזור בו. והנה הדבר למד מעניינו דאף דידוע הוא דלא כתב לו מעולם קני לך איהו כו', אפילו הכי כיון דתפס לא מפקינן מיניה, ומטעם דאמרינן דידע ומחל ליה דומיא דהמוכר פירות דקל דשם לא קנהו בודאי מן הדין, ואפילו הכי אמרינן דאי שמיט ואכיל לא מפקינן מיניה. ופירש רש"י שם הטעם ז"ל, שהרי כל זמן שלא חזר מחל על אכילתו. עכ"ד. וכ"כ בנתיבות המשפט (שם חידושים ס"ג נג) ע"ש. ולפי האמור נמצא שאין זה שייך לדיני תפיסה אלא לדיני מחילה, דכשתופס אמרינן דמחלו לו הבעלים. ויש עוד לפלפל בזה. ואכמ"ל.

ב"ד לא מהני דאף אם התפיסוהו ב"ד קודם הספק כשיבאו עדים האחרונים מוציאין מידו. וא"א הרא"ש ז"ל הסכים לדעת רש"י. עכ"ד. ולפום ריהטא נראה דעיקר פלוגתתם היא בתפיסה, ומדפסק בשו"ע כהרא"ש מוכח דבספק בתפיסה הוה תפיסה? ולדרכינו מבואר דזה אינו, דשאני הכא דאיכא שטר שיש להסתייע ממנו, ונהי דלא סמכינן עליו להוציא ממון דאכתי יש לחוש לכשרות השטר, מ"מ לאחר שתפס יש לומר בהיפך דהשתא הוא המוחזק ומי שרוצה להוציא ממנו עליו להביא ראיה שהשטר פסול. ודו"ק.

ק"ה ולביאור זה תתיישב בס"ד הערה נוספת שיש להעיר, דלכאורה נידון זה שייך לספק בתפיסה, דהנה רבינו הטור שם כתב ז"ל, ופירש"י הא דקאמר בשטר שבאו עדים ואמרו שעדים החתומים בשטר קטנים היו או פסולים היו, וכתב ידן של העדים הראשונים יוצא ממקום אחר דאין נאמנין, לא דלהוי שטרא מעליא למיגבי ביה, אלא דלא מקרעינן ליה. ואי תפס מדידיה לא מפקינן מיניה. וה"ר יונה כתב דלא מהני להו תפיסה, אלא לענין זה שאם התפיסוהו ב"ד או שהתפיסו הלוה קודם שבאו העדים אינו מחזיר. והרמ"ה כתב דאף תפיסת

סימן עו

בענין הנ"ל ובדין שטר שטוען הלוה פרוע

(א) והנה בדין המוציא שטר מקויים על חבריו ואין בו נאמנות, וטוען הלוה פרוע, נפסק בשו"ע (חו"מ סימן פב סעיף ב) שאם רוצה הלוה להשביע את המלוה חייב להישבע. ועוד כתב השו"ע (שם סעיף ו) דאם היה המלוה תלמיד חכם, אין משביעין אותו ואין מגבין אותו.^{ק"ו} אבל אם תפס משל לוח, אין מוציאין מידו. ע"כ.

והטעם דמהני ליה תפיסה, כתב הסמ"ע (ס"ק כב) וז"ל, עיין בטור (סעיף ג) שכתב שם באיניש דעלמא שאינו ת"ח אם לא רצה לישבע ותפס מנכסי הלוה, לא מפקינן מיניה, שהשטר עומד בחזקת שאינו פרוע אף על פי שלא נשבע המלוה. עכ"ל. וכן נראה מדברי בעל התרומה (שער כא ח"א סימן ב), וגם הב"י (שם) כתב, שיכול להיות שכן היא דעת הרא"ש. ואני כתבתי בפרישה ודרישה (שם) בהוכחות, שהטור סבירא ליה לסברא פשוטה שהדין כן גם באינש דעלמא ולא מנדינן למי שתפס, ואין חילוק בזה בין ת"ח לאחר. עכ"ד. הרי שעיקר הטעם דמהני תפיסה הכא משום דהשטר עומד בחזקת שאינו פרוע. ועיין בש"ך (ס"ק יז), דפליג וסובר דבאיניש אחרינא משמתינן ליה. וכמ"ש הרא"ש ב"ב (פ"ג סימן יח). ע"ש. הנה גם איהו מודי דמהני תפיסה לכל אדם בכה"ג, אלא דמשמתינן לתופס, ומ"מ אין מוציאין ממנו, וכל זה מהטעם האמור דהשטר הכא מסייע למלוה, ולהכי מהניא תפיסתו.

(ב) וכיוצא בזה מצאנו ראינו דפסק בשו"ע (חושן משפט סימן פז סעיף י), דיש אומרים דמי שחייב שבועה דרבנן, אם קדם ותפס ולא רצה לישבע, לא מפקינן מיניה. ע"כ. והיינו נמי טעמא, דכיון דמדאורייתא לא צריך כלל להשבע, והוי הממון שלו, אם תפס אמרינן דלא העמידו רבנן דבריהם גם לאחר שתפס, ואין מוציאין ממנו. וכן נראה מדברי הש"ך (שם ס"ק כה) וכ"כ הרב שער משפט (שם ס"ק ט) דהטעם דמהני תפיסה הכא, הוא משום דלא תקנו חז"ל לישבע על השטר אלא דוקא כשבא ליטול, אבל היכא דתפס כיון שהוא מוחזק בדבר הוי כמו שגבה כבר הממון, ולא החמירו עליו לישבע בכהאי גוונא.^{ק"ז}

תפיסה
במחוייב
שבועה
דרבנן

מוציאין מידו, כיון דבגזל דרבנן לא נחתינן לנכסיה דלא כפסק המחבר באה"ע (סימן צו סעיף יא) ואחרונים שם. והסמ"ע (ס"ק כב) והש"ך (ס"ק כד) כאן, דפסקו בפשיטות כהר"ן (בכתובות דף מז סוף עמוד א מדפי הרי"ף) להוציא מיד המוחזק. עכ"ד. וזה בודאי שלא שייך כלל לנידון דתפיסה, אלא לדיני גזל דרבנן.

ק"ו והטעם שאין משביעין את הת"ח כתב הסמ"ע (שם ס"ק כא), שלא לזלזל בכבודו ולחשוד שרוצה לגבות בשטר פרוע.

ק"ז ולכו חזו מפעולות הרב שער משפט דבהמשך דבריו מסיק דאפילו אם גבה מטלטלין אין

סימן עז

בענין הנ"ל ובעניין טענו חיטים והודה לו בשעורים

א עוד פסק מרן השולחן ערוך (חושן משפט סימן פח סעיף יב) וז"ל, תבעו שני דברים, כגון חטים ושעורים, והודה לו באחד מהם, חייב ליתן לו מה שהודה לו, ונשבע על השאר. אבל תבעו חטים והודה לו בשעורים, פטור אף מדמי שעורים. ויש מי שאומר שהטעם משום דחשיב כאילו הודה לו התובע שאינו חייב לו שעורים, ולפיכך אפילו יש עדים על השעורים פטור, דהודאת בעל דין כמאה עדים דמי וכו'. ואם תפס התובע דמי השעורים, אין מוציאין מידו. הגה: וי"א דוקא אם תפס קודם שתבעו בדין, אבל אם תפס לאחר שעמדו בדין, מפקינן מיניה (טור). וכן נראה לי עיקר. ע"כ.

דעות הפוסקים בזה

והנה גם כאן המעיין הישר יחזו פנימו, דאיכא חזקת חיוב שחייב לו שעורים, אלא שיש לנו לומר דמדלא תבעו מחל לו. וכיון שישנה סברא כזו, שוב א"א להוציא ממנו דמי השעורים ללא ראייה שלא מחל. ומיהו אם תפס, נמצא שעכשיו הוא המוחזק, וכדי להוציא ממנו בחזרה יצטרך בעל השעורים להביא ראייה, שמחל לו התובע על דמי השעורים, ולכן בכל כהאי גוונא מהניא תפיסה. וכן כתב הסמ"ע (ס"ק כה) וז"ל, דכיון שהוא מוחזק יכול לומר יודע אני בעצמי שלא הודיתי ולא מחלתי, אלא שלא רציתי לתבוע הכל בפעם אחת. ע"כ. גם הנתיבות (ביאורים ס"ק ד) ביאר כדברים האלו במתיקות לשונו וכתב, דנראה ליתן טעם הא דמהני תפיסה, דהוא מטעם דאין הודאתו ברורה, וכמ"ש הסמ"ע (בס"ק כה), וכמ"ש הט"ז (חו"מ סימן קלח סעיף ו) דשתיקה לאו הודאה ברורה היא, בפרט כשיכול לומר טעם על שתיקתו שלא תבעו, וכן כתבו הר"ן [ב"מ דף ו ע"א ד"ה לא צריכא דאשתיק] והנימוקי יוסף (שם דף ג ע"א מדפי הרי"ף ד"ה ומדאמרינן) בסוגיא דתקפה כהן. עכ"ד.

ב ובש"ך (ס"ק כב) כתב, דמהא דמהני תפיסה מוכח דהעיקר כפירוש הרמ"ה (הובאו דבריו ברא"ש ב"ק דף לה ע"ב פרק ג סימן טו) וסיעתו, דפטור משעורים משום השטאה דאומר לו משטה הייתי כך כשהודיתי לך בשעורים. ולא משום דהוה ליה כאילו הודה התובע, כשתבעו חיטים שחייב לו רק חיטים, דאי נימא כיון דלא תבע ממנו הוי כאילו הודה לו, א"כ גם כשתפס שייך לומר כן, אלא ודאי העיקר כפירוש הרמ"ה וסיעתו. עכ"ד. וע"ע בש"ך (שם סקט"ז) שהאריך בזה. והנה גם מטעם זה מוכח דלא שייך כלל לדיני תפיסה דעלמא, אלא כיון דאיכא חזקת חיוב שחייב ליתן לו שעורים, כיון דתפס לא מפקינן מיניה.

הטעם דמהני תפיסה

סימן עה

המשך הסימן הקודם ובדעת מרן השו"ע בתפיסה לאחר שעמד בדין ועוד

(א) עוד כתב הש"ך (ס"ק כד), דהטעם שפסק הרמ"א דאם תפס לאחר שעמד בדין מפקינן דעת הש"ך בזה מיניה, לפי שנמשך אחר הטור (סעיף יד) והמחבר, דהטעם הוא משום דהוה ליה כאילו הודה התובע כשתבעו חיטים שחייב לו רק חיטים, ¹² לכך כתב וכן נראה לי עיקר. אבל כבר הוכחתי לעיל (סקט"ז), דהעיקר שאין הטעם דפטור מהשעורין משום הודאה אלא משום השטאה, דאומר לו משטה הייתי כך כשהודיתי לך בשעורים, והלכך אפילו לאחר שעמד בדין מהני תפיסה קודם שחזר בו הנתבע מהודאתו. ע"כ.

(ב) ויש לנו ליתן לב לדעת, מהי דעת מרן השו"ע בתפיסה לאחר שעמד בדין, דממה מרן השו"ע שכתב הש"ך שהרמ"א נמשך אחר הטור והמחבר וכו' משמע דגם לדעת מרן השו"ע הדין כן, דלא מהני תפיסה לאחר שעמד בדין.

ואמנם ממה שמרן השו"ע (שם) לא חילק בין תפס קודם שתבעו בדין לאחר שתבעו, אלא כתב בסתמא דאם תפס התובע דמי השעורים אין מוציאין מידו. ומקורו ברוך מדברי רבינו הרמב"ם (הלכות טוען ונטען פ"ג ה"י) שג"כ סותם וכתב כן ולא חילק, וא"כ נראה דנחלק מרן השו"ע בזה עם הרמ"א. ולפום ריהטא יהא נידון בתפיסה לאחר שעמד בדין כפלוגתא בתפיסה. ולפי דרכנו שביארנו דדעת מרן השו"ע דספק בתפיסה לא היא תפיסה, א"כ הוה ליה למרן לחלק הכא ולומר דתפיסה לאחר שעמד בדין לא מהני.

(ג) ולך נא ראה שכבר הגאון רבי ישראל איסר נרבה של העיר וניצא שבאוקראינה לפני כמאתיים שנה] בספרו שער משפט (שם סק"ט) עמד ע"ז וכתב וז"ל, ואם תפס התובע, מדברי המחבר משמע דס"ל דתפיסה מהני אף לאחר שעמד בדין וכסתמת לשון הרי"ף בב"ק (דף יז ע"א מדפי הרי"ף) והרמב"ם (פ"ט מהלכות נזקי ממון הלכה י"א), ודלא כהי"א שהביא הרב בהגה. וקשה דהא המחבר גופיה (בסוף סימן ת) גבי היו הניזקין שנים ¹³ דמהני תפיסה

ואחד קטן, והשוררים המזיקים שנים, אחד גדול ואחד קטן, הניזק אומר – גדול הויק את הגדול וקטן את הקטן, והמזיק אומר – לא כי, אלא הקטן הויק את הגדול וגדול הויק את הקטן, או שהיה אחד תם ואחד מועד, הניזק אומר – מועד הויק את הגדול ותם את הקטן, והמזיק אומר – תם הויק את הגדול ומועד את הקטן, המוציא מחבירו עליו הראיה, ואם לא הביא ראיה ברורה פטור המזיק, שהרי זה כטענו לו חטים והודה לו בשעורים, שהוא נשבע היסת ופטור אף

ק"ח וכלשון מרן בשו"ע (שם) שכתב, יש מי שאומר שהטעם דפטור מהשעורים משום דחשיב כאילו הודה לו התובע שאינו חייב לו שעורים, ולפיכך אפילו יש עדים על השעורים, פטור, דהודאת בעל דין כמאה עדים דמי. הגה: ואפילו יודע הנתבע שחייב לו השעורים, פטור לשלם לו, דהוי כאילו מחל לו התובע. ע"כ.

קט"ז וז"ל מרן בשולחן ערוך (חושן משפט סימן ת סעיף ד), היו השוררים הניזקים שנים, אחד גדול

כתב ודוקא תפס קודם שבא לבית דין אבל לאחר שבא לבית דין לא מהני ליה תפיסה אפילו ליטול כדברי המזיק, הרי להדיא כה"א. וע"ש מה שכתב ליישב ודחה תירוצו, ונשאר בצ"ע.

ושו"ר שכבר קדמו בתמיהה זו הגאון רבי שאול חנניה [מחכמי שלוניקי לפני כשלש מאות שנה] בחידושו על הרמב"ם מגן שאול (בהלכות נזקי ממון פרק ט הלכה ט - י עמוד ס הוצאת אוסף מפרשי הרמב"ם שנת תש"פ) וכתב וז"ל, ומה מאד קשה על מרן בשו"ע שבסימן ת' בסוף הסימן חילק בין כשתפס קודם שבא לבי"ד לכשתפס לאחר שבא לבי"ד וכמ"ש הטור, ובסימן פח סוף סעיף יב סתם וכתב ואם תפס התובע דמי השעורים אין מוציאין מידו ע"כ, שנראה מדבריו דמהני תפיסתו אפילו לאחר שבאו לבית דין, מדכתב מור"ם ז"ל לשם 'ש אומרים דדוקא אם תפס קודם שתבעו בדין, אבל אם תפס לאחר שעמדו בדין מפקינן מניה וכן נראה לי עיקר'. ולא ראיתי שום אחד מאחרונים שעמד בזה, וצ"ע. עכ"ד.

דברי הרב מגן שאול

ד גם הגאון רבי חיים משה אמרליו בספרו הלכה למשה על הרמב"ם (הלכות נזקי ממון פ"ט הלכה ט - יא כרך א עמוד רו הוצאת פלדהיים) תמה כנזכר על דברי מרן ז"ל בשו"ע, וכתב, דהיאך כתב בסתמא בסימן פח, אם תפס התובע דמי השעורים אין מוציאין מידו, ומדלא הזכיר סברת היש מחלקים נראה דבכל גוונא בין קודם שבא לבי"ד בין לאחר שבא לבי"ד מהני התפיסה, ולכן הוצרך מור"ם ז"ל להגיה עליו כסברת המחלקים ואמר 'וכן נראה לי עיקר', כנראה דלמרן ז"ל אינו כן. ואילו בסוף סימן ת, הביא דברי הרא"ש דמחלק בין קודם בא לבית דין לאחר שבא לבי"ד. עכ"ד.

דברי הרב הלכה למשה

ה ואולם לפי מ"ש לעיל דדעת הש"ך דגם דעת מרן השו"ע היא כדעת הרמ"א דלא מהני תפיסה לאחר שעמד בדין, אתי שפיר, דכיון דהוי ספק בתפיסה פסקו בזה דלא היא תפיסה. ולעומתם רבינו הש"ך דסבירא ליה דספק בתפיסה הוא תפיסה, לכן פסק הכא דגם לאחר שעמד בדין אי תפיס מהני. 'ונפלאות עדותיך על כן נצרתם נפשי' (תהילים קיט, קכט).

נראה שדעת מרן השו"ע דלא מהני תפיסה לאחר שעמד בדין

ומעתה זכינו לדין דדעת מרן השו"ע דלא מהני תפיסה לאחר שעמד בדין, כיון דבעלמא סבר דספק בתפיסה לא היא תפיסה, ובייחוד שהתפרש להדיא בדברי מרן השו"ע בסימן ת' דנקיט הכי דלא מהני תפיסה לאחר שבא לבי"ד בזה, ודברי תורתו עניים במקום אחד ועשירים במקום אחר (ירושלמי ראש השנה פ"ג ה"ה), ויבא זה וילמד על זה. וע"ע במ"ש בזה בספר סמיכה לחיים פלאגי (סימן ט דף סד ע"ב טור ד).

כפי דבריו. ודוקא תפס קודם שבא לבית דין, אבל לאחר שבא לבית דין לא מהניא ליה תפיסה, אפילו ליטול כדברי המזיק. עכ"ל.

מדמי שעורים. ואם תפס הנזיק, הרי זה משלם לקטן מהגדול ולגדול מהקטן כמו שהודה המזיק. ואפילו תפס בעדים, נוטל כמו שאמר המזיק אבל אינו נוטל

וביארתי הקודש דמהני תפיסה בדין בעל חוב המאוחר שגבה ממטלטלין וכמ"ש תפיסת בע"ח המאוחר במטלטלין בשולחן ערוך (חושן משפט סימן קד סעיף ג, וע"ע סעיף ה) דבמטלטלין וכן עבדים, אין בהם דין קדימה לענין שאם קדם המאוחר וגבה אין מוציאין מידו, ולא עוד אלא שאם עמד הראשון ותפס, הב"ח המאוחר שקדם וגבה מוציא אותם בב"ד מידו. עכ"ד. היינו טעמא דכיון דכלפי המטלטלין אין בהם דין קדימה ושיעבוד לבעל חוב הראשון, נמצא דמי שגובה ראשון גובה. וכן מפורש להדיא בטור (שם) שכתב וז"ל, במטלטלין אין בהם דין קדימה לפיכך אם קדם המאוחר וגבה אין מוציאין מידו. ע"כ. וע"ע בסמ"ע (שם ס"ק ט). נמצא שגם זה לא שייך כלל לדיני ספק בתפיסה.

סימן עט

עוד מפסקי השו"ע דהם בעיא דלא איפשטא ומהני בהם תפיסה

(א) כתב מרן בשולחן ערוך (חושן משפט סימן קסז סעיף א) וז"ל, שתי גנות זו על גב זו והירק בינתיים, בגובה עובי הארץ שביניהם, כל שהעליון יכול לפשוט ידו וליטול אותו מעיקרו הרי הוא שלו, ובלבד שלא יאנוס עצמו, והשאר של תחתון. היה מגיע לנופו ואין מגיע לעקרו לא יטול העליון, ואם נטל אין מוציאין מידו. ע"כ.

וגם מהכא אין להביא ראיה דמהני תפיסה בספק בתפיסה, דמלבד מ"ש הטור (שם סעיף א) דהוא בעיא דלא איפשטא בגמרא בבא מציעא (דף קיה ע"ב), וכ"כ בסמ"ע (שם סק"ג), ודרכו של מרן השו"ע לפסוק בכל מקום כהרמב"ם דמהני תפיסה, עוד יש לומר דהכא הא ליכא כלל שום מרא קמא ודאי, ולהכי לא שייך לנידון דידן בספק בתפיסה כנגד חזקת מרא קמא.

(ב) עוד פסק השולחן ערוך (ח"מ סימן קצ סעיף יג) וז"ל, לקח שדה שוה מנה במאתים, ונתן לו מקצת דמים, והמוכר נכנס ויוצא לתבוע השאר, הרי זה ספק אם הוא כמוכר שדהו מפני רעתה אם לאו, ולפיכך הרוצה לחזור משניהם אינו יכול לחזור, ואם תפס המוכר ממקח שמכר כנגד המעות שנשאר לו, אין מוציאין מידו. עכ"ל.

והנה גם הכא מפורש בלשון מרן השו"ע, דעיקר הספק הוא אם הוא כמוכר שדהו מפני רעתה, ואין זו מחלוקת בתפיסה.

ומלבד זאת כבר כתב הסמ"ע (שם ס"ק יח), דהאי ספק דכתב מרן השו"ע פירושו דנשאר באיבעיא לגירסת הרמב"ם (הלכות מכירה פרק ח הלכה ה) בב"מ (דף עח ע"א). אבל בגמרא דידן אין הגירסא כן, אלא כתוב שם האיבעיא בביקש למכור במאה ולא מצא קונה לשדה שוה מאה והוצרך למכור במאתים כו' וכמ"ש המחבר בסעיף שאחר זה, וכן היא בגירסת רש"י, ונשארה באיבעיא, וקי"ל דהוא קולא לנתבע. והמחבר כתב שתי הגירסאות

לדינא זה אחר זה. עכ"ד. וכבר מילתינו אמורה דדעת השו"ע לפסוק בכל מקום באיבעיא דלא איפשטא דמהני תפיסה, וכדעת הרמב"ם (הלכות חובל ומזיק פרק ח הלכה ז).

ובכלל זה ג"כ מה שפסק מרן השו"ע (שם סעיף יד) וז"ל, ביקש למכור שדה במאה ולא מצא קונה לשדה שוה מאה, והוצרך למכור במאתים וקבל קצת מהדמים ועייל ונפיק אשאר, לא קנה, ושניהם יכולים לחזור בהם. אבל אם הוא בענין שאם היה רוצה לטרוח היה מוצא למכור שדה במנה, ולא טרח ומכר במאתים, הרי זה ספק. לפיכך הרוצה לחזור משניהם, אינו יכול לחזור, ואם תפס המוכר ממקח שמכר כנגד המעות שנשאר לו אין מוציאין מידו. עכ"ל. דהוה נמי אבעיא דלא איפשטא בגמרא לגירסא דידן. וכמ"ש.

ג וכן יש לומר במה שפסק בשו"ע (חושן משפט סימן רב סעיף ג), שאם הקנה השדה לאחד והמטלטלים לאחר, אף על פי שאמר לו קנה המטלטלין על גבי קרקע והחזיק האחד בקרקע, לא קנה השני מטלטלין, ואם תפסן אחר שחזר בו המקנה אין מוציאין מידו, שהרי תפסן אחר שקנה חבירו הקרקע שנקנו אלו על גבו. וכתב הרמ"א בהגה, ויש חולקין וסבירא להו דמוציאין מיד התופס, כדין כל ספק ממון. ^ק ע"כ. וכתב הסמ"ע (ס"ק ח) דאיבעיא דלא איפשטא היא בגמרא קידושין (דף כו ע"א), ואמרינן בה דהמוציא מחבירו עליו הראיה. עכ"ד. ובבעיא דלא איפשטא כבר התבאר דדעת מרן השו"ע דמהני תפיסה.

ד גם בדין האומר נכסי לפלוני שפסק בשו"ע (ח"מ סימן רמח סעיף יא), דנוטל כל המטלטלים וכל הקרקעות והבגדים והעבדים והבהמות והעופות והתפילין עם שאר ספרים, הכל בכלל נכסים, אבל ספר תורה יש בו ספק אם הוא בכלל נכסים אם אינו, לפיכך אם תפסו אין מוציאין מידו. עכ"ד. מפורש בשו"ע גופא דהספק אינו בתפיסה, אלא

ס"ק יד תמה ע"ז) – וכן בסימן שסב סעיף ו [בדין הגזול והשביח, ומכרה הגוי לישראל אחר שהשביח], ובסוף סימן שסג [גבי הגזול צמר וסמנים וצבע הצמר בסמנים, והוול הצמר הצבוע], וביו"ד סימן רסז סעיף לט [בדין הפיל שן עבדו וסימא את עינו] בכל אלו סתם כמחבר.

וביו"ד שם סעיף פ [בדין המוכר עבדו לגוי או לגר תושב] כתב הרמ"א, וי"א דמהני ביה תפיסה עיין שם. [ובביאור הגר"א שם (אות קג) תמה ע"ד שהרי הרמ"א בכל מקום פוסק דתפיסה לא מהני ואמאי זכר לדעות החולקות הסוברות דתפיסה מהני. ע"כ] ומדברי הרמ"א לקמן ח"מ סימן שצ סעיף ז [בדין בעטה בארץ והתיזה צרורות] מבואר, דאפילו אם מסייע להתופס ספק ספיקא לא מהני כמ"ש בגליון שם. עכ"ד. וכבר הבאנו בס"ד את המקומות השייכים לנידון דידן.

ק' ולהשלמת הענין נביא דברי הגאון רבי עקיבא איגר בהגהותיו על השו"ע שכתב ע"ד הרמ"א וז"ל, ויש חולקים נ"ב וכן בסימן שפ"ח סעיף א [בדין מזיק ממון חבירו ואינו יודע מה הזיק], וסעיף ז [גבי מי שיש עליו עדים שמסר ממון חבירו]. וסימן שצ סעיף ב [בדין כשכשה בזנבה והזיקה], וסעיף ז [בדין בעטה בארץ והתיזה צרורות], וסוף סימן שצא [בדין תלשה פירות מרה"ר ואכלתן ברשות הניק], וסימן תי סעיף יב [גבי בור עמוק שמונה ומהם שני טפחים מים ונפל לתוכו שור], וסימן תיד סעיף א [בדין המוציא תבנו וקשו לרה"ר וקדם אחד וזכה בהם קודם שהשביחו], בכל אלו כתב המחבר דתפיסה מהני. והרמ"א כתב עלה ויש חולקים.

ואולם בסימן רמח סעיף יא [גבי האומר נכסי לפלוני, אם ס"ת בכלל זה] סתם הרמ"א כמחבר (וישם בש"ך

אם הס"ת בכלל נכסים. וכ"כ הסמ"ע (ס"ק מ), דאיבעיא דלא איפשטא היא בגמרא ב"ב (דף קנא ע"א) כיון דאסור לאדם למוכרה כי אם ללמוד תורה ולישא אשה. ועוד כתב (ס"ק מא) דלפיכך אם תפסו אין מוציאין מידו, דספיקא דדינא הוא, ואם יבוא אליהו יופשט האיבעיא, וכל ספק העומד להתברר, במקום דקאי הממון יקום בידו. עכ"ד.

ה) ובכלל זה הוא מ"ש מרן בשו"ע (חור"מ סימן שלו סעיף י) היה עושה בגפן זה לא יאכל בגפן זה לא יאכל בגפן אחר, ואי אכל לא מפקינן מיניה ולא מנכינן מאגריה. ע"כ. והוא נמי בעיא דלא איפשטא בגמרא ב"מ (דף צא ע"ב, ועיין בסמ"ע שם ס"ק כד), וכתב בביאור הגר"א על השו"ע (שם ס"ק ט), והטעם שפסק בשו"ע דאי תפס לא מפקינן מיניה דפסק כשיטת הרמב"ם בספק ממונא. עכ"ד. והיינו שהוא ספק ממונא דמהני תפיסה לדעת השו"ע ואין לזה שייכות לנידון דידן בספק בתפיסה. ועיין במ"ש בענין זה לקמן (סימן צח). ודו"ק.

ו) נוסף גם הוא האי דינא דפסק בשולחן ערוך (חור"מ סימן שמו סעיף י), בשאל פרה לרבעה או ליראות או לעשות בה פחות משה פרוטה, או ששאל שתי פרות לעשות בהן שוה פרוטה, הרי זה ספק, ואין מוציאין מידו. ע"כ. והוא נמי בעיא דלא איפשטא בגמרא ב"מ (דף צו ע"א), וכ"כ הסמ"ע (שם סקט"ז) דהני בעיות דלא איפשטו בגמרא ועלו בתיקו. ע"כ. ואמנם הש"ך (סק"ה) העיר על הסמ"ע דהני בעיות בש"ס ובפוסקים הווי בעיא דלא איפשטא אבל לא סלקא בתיקו וכו' ע"ש. ועיין במ"ש בזה לעיל בחילוק בין בעיא דלא איפשטא לתיקו (סימן לא אות א בהערה). ואכמ"ל. ומ"מ הכל הוא בכלל תפיסה בספיקא דדינא. ולא שייך לספק בתפיסה.

ז) עוד כתב השולחן ערוך (חור"מ סימן שסב סעיף ה - ו) בדין גזל בהמה והשביתה ומכר, קנה הלוקח את השבת, ובמכר הגזלן לגוי, אין הגוי קונה את השבת וחוזר השבת לבעלים, ומיהו אם מכר העובד כוכבים לישראל אחר שהשבית, הואיל והגזלן ישראל וזה שבידו ישראל, קנה השבת, ואם תפס הנגזל, אין מוציאין מידו. ע"כ. והנה כי כן גם האי דינא הווי ספיקא דתלמודא וכמ"ש בב"י (שם סעיף ה - ו) דזה פשוט דבכל ספיקא דדינא מהני תפיסה. וכן מתבאר בדברי הסמ"ע (שם ס"ק יג) וע"ע בש"ך (ס"ק ג) ובקצות החושן (ס"ק ג), ויש לפלפל ואקצר.

וכן יש לומר במה שפסק מרן בשולחן ערוך (חור"מ סימן שסג סעיף יא), דמי שהיה לו צמר וסמנים שרויין, ובא אחד וגזלן וצבע הצמר בסמנים, והוזל צמר הצבוע בענין שאינו שוה אלא כמו שהיה שוה בהיותו לבן, ושואל הנגזל מהגזלן דמי סמנים, פטור, ואם תפס הנגזל, אין מוציאין מידו. ע"כ. וגם בזה כתב בסמ"ע (ס"ק כז) פטור ואם תפס כו', איבעיא דלא איפשטא היא בגמרא ב"ק (דף קא ע"א) אי חזותא מילתא היא ומיקרי השבה מעליא או לא, ומשום הכי המוציא מחבירו עליו הראיה. ע"כ.

העושה
בגפן זה
לא יאכל
בגפן אחר

שאל פרה
לרבעה

דיני שבת
גזילה

סימן פ

עוד מדברי השו"ע בתפיסה בספיקא דדינא

א ואבא היום אל העיץ כמה שפסק בשולחן ערוך (חושן משפט סימן שפח סעיף א), המזיק ממון חברו ואינו יודע מה הזיק, נשבע הניזק ונוטל, כיצד, לקח כיס חברו והשליכו למים או לאש או שמסרו ליד אנס ונאבד, 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 בהם או אמוד להפקידם אצלו ודרכן להניחם בכיס וכיוצא בו, אבל אם אין דרכם להניחם בכלי זה, הוא פשע בעצמו ופטור המזיק. כיצד, הרי שחטף חמת או סל מלאים ומחופים והשליכם לים או שרפם, וטען הניזק שמרגליות היו בתוכם, אינו נאמן. ואם תפס, אין מוציאין מידו. הגה ויש חולקין (טור בשם הרא"ש). ע"כ. וכאן מפורשת המחלוקת המפורסמת בספיקא דדינא דלדעת הרמב"ם וכ"פ מרן השו"ע מהני תפיסה, ולדעת הרא"ש וכ"פ הרמ"א לא מהני תפיסה. וכ"כ בקצות החושן (ס"ק א) וז"ל, ואם תפס, והוא דעת הרמב"ם (פ"ז מחובל הי"ח) דבספיקא דדינא מהני תפיסה, אבל דעת הרא"ש (ב"ק פ"ב סי' ב) והטור (סעיף א) דלא מהני תפיסה וכמ"ש הרמ"א ויש חולקין. עכ"ד.

בענין המזיק ואינו יודע מה הזיק

ב ואמנם רבינו הש"ך (סק"ח) כתב ע"ז וז"ל, דהאי יש חולקין דכתב הרמ"א היינו בתפיסה בעדים דלא מהני בספיקא דדינא, אבל בלא עדים פשיטא דנאמן. עכ"ל. וכבר תמה ע"ד בדגול מרכבה (שם והובאו דבריו בפתחי תשובה ס"ק א) דדבריו צ"ע, דכאן אין הספק מחמת נאמנות אלא הספק אם חייב. ע"ש. וכ"כ הרב קצות החושן (ס"ק א), דכיון דלדעת הרא"ש והטור והרמ"א הך בעיא דסוף פרק הכונס (בבא מציעא דף סב ע"א), מי מנחי אינשי מרגניתא בכספתא אפילו ביש עדים שהניח שם נמי מיבעיא ליה, א"כ אפילו תפס בלא עדים ויש לו מיגו, מה מהני ליה המיגו כיון דאפילו אנו מאמינין אותו מספקא לן אם מחייב בזה, וכיון דס"ל להרמ"א דבספיקא לא מהני תפיסה א"כ כה"ג אפילו בלא עדים לא מהני התפיסה. עכ"ד.

בענין הנ"ל כשתפס בלא עדים

ג ובזה אתינן לפלוגתא דספק בתפיסה בין רבינו הש"ך לשאר הפוסקים דהיינו אי מהני תפיסה בכה"ג בלא עדים, לדעת הש"ך מהני כיון דאית ליה מיגו. ולדעת הפוסקים האחרים לא מהני, דהגם שיש לו מיגו מ"מ אנו מסופקים אם חייב בזה, והוה ככל ספיקא דדינא, ודעת הרמ"א דבספיקא דדינא דלא מהני תפיסה.

פלוגתא בתפיסה

ובאמת אעיקרא דדינא בדעת הרמ"א בספיקא דדינא אי מהני תפיסה, כבר כתב הש"ך בתקפו כהן (סימן קד) דסבירא ליה דמהני תפיסה. וא"כ לפי דברי הש"ך הכא

נמצא שישנן ב' סברות לומר דמהני תפיסה היכא דליכא עדים, האחת מטעם מיגו, וגם את"ל דהוה ככל ספיקא דדינא, מ"מ לדעת הרמ"א בספיקא דדינא מהני תפיסה.

ומ"מ נראה דיש לנו לתפוס בדעת הרמ"א בזה דלא יהני תפיסה, וכמ"ש הקצות החושן, משום דהוה בעיא דלא איפשטא, וגם את"ל דבתפס שלא בעדים לא שייך להאי בעיא דלא איפשטא וכמ"ש הש"ך ואית ליה מיגו, מ"מ הוה כספק בתפיסה [וכבר הזכרנו לעיל (סימן נד אות ד) דספק במיגו הוה כספק בתפיסה ע"ש] ולפי מה שנראה דרוב הפוסקים סבירא ליה דספק בתפיסה לא הויא תפיסה, וכ"נ דעת הרמ"א (עיין לקמן סימן פב), א"כ גם בנידון זה כשהזיקו ואינו יודע במה הזיקו, והוא אינו אמוד לכך, ותפס בלא עדים לדעת הרמ"א לא תהני ליה תפיסתו. ודו"ק.

סימן פא

עוד מפסקי השו"ע בבעיא דלא איפשטא

(א) עוד אמרתי אעלה בפסק מרן בשולחן ערוך (ח"מ סימן שפח סעיף ז) שכתב וז"ל, מי שיש עליו עדים שמסר ממון חבירו וכו' ולא ידעו העדים כמה הפסידו במסירתו, והנמסר אומר כך וכך הפסידני, והמוסר כופר במה שטענו, אם תפס הנמסר אין מוציאין מידו, אלא נשבע בנקיטת חפץ וזוכה במה שתפס. הגה וי"א דבספיקא דדינא לא מהני תפיסה (טור בשם הרא"ש). ק"א ע"כ.

הנה מפורש בדברי רבינו הרמ"א דדין זה שייך למחלוקת הקדומה אי מהני תפיסה בספיקא דדינא, וכ"כ רבינו הסמ"ע (ס"ק כא) דהוה איבעיא דלא איפשטא בגמרא ב"ק (דף סב ע"א) אי עשו תקנה בנמסר להיות נאמן בשבועתו ליטול כמו שתיקנו בנגזל, ולא איפשטא, וס"ל להרמב"ם (הלכות חובל ומזיק פרק ה הלכה ז) דמהני ביה תפיסה, ור"י בתוספות בכתובות (דף כ ע"א ד"ה ואוקי) והרא"ש ב"ק (פרק ו סימן טו) ס"ל דלא מהני כיון דהוה ספיקא דדינא. עכ"ד. ועיין עוד בדרישה (אות א) ובביאור הגר"א (ס"ק לה).

(ב) עוד מצאתי ראיתי למ"ש בשולחן ערוך (סימן שצא סעיף יב), בבהמה 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.

אם אלו תולדות הקרן שחייב עליה ברשות הרבים או תולדות הרגל שפטור עליה ברשות הרבים. הגה: ויש אומרים דבכל ספקא דינא לא מהני תפיסה, ולכן אפילו אם תפס מפיקנן מיניה (טור ס"א בשם ר"י). ע"כ. ובכלל זה מה שפסק שם בסעיף ו, ז, וע"ש בסמ"ע (ס"ק ז).

ק"א וכיצא בזה פסק בשו"ע (שם סימן שצ סעיף ב), שכשכה בונבה כשכוש רב שאין דרכה לעשות תמיד, והזיקה ברשות הרבים, או שכשכה בגיד שלה ברשות הרבים והזיקה, פטור. ואם תפס הניזק, גובה חצי נזק ממה שתפס, שזה הדבר ספק הוא

הגה: וכבר נתבאר סי' ש"צ דיש חולקין וסבירא להו דלא מהני תפיסה בספיקא דדינא. ע"כ. וגם הוא בעיא דלא איפשטא בגמרא ב"ק (דף כ ע"א). וכ"כ בש"ך (שם ס"ק ג). ובפרישה (שם אות ה) כתב דמדלא כתב הטור כאן דעת אביו הרא"ש שחולק בזה בעלמא בדין תפיסה, משמע דס"ל דלא פליגי כאן, דכיון דעכ"פ תפיס ברשות נגד מה שנהנית, מהני התפיסה גם לשאר. ע"כ. ושנה דבריו בסמ"ע (ס"ק כד). ע"ש. ולכל הדיברות אין זה שייך לספק בתפיסה. קי"ב

ג) גם מה שפסק בשו"ע שם (סימן תי סעיף יב), בבור שהיה עמוק שמונה, ומהם שני טפחים מים, או שהיה עומק ז' טפחים ומהם ג' טפחים מים, ונפל לתוכו שור וכיוצא בו ומת, אין מחייבין אותו לשלם, ואם תפס אין מוציאין מידו. הגה: ועיין לעיל סימן שפ"ח סעיף א' וז' דיש חולקין. ע"כ. וכתב הסמ"ע (ס"ק יח), דאיבעיא הוא בגמרא ב"ק (דף נא ע"ב) דלא איפשטא אי גם בכה"ג יחשב כל טפח מים לשני טפחים אויר, ומשום הכי אם אינו אלא ז' עם המים, דהיינו ג' טפחים עמקות המים ועל גב המים עוד ד' טפחים אויר, אי ג"כ הוי לענין הבל כעמוק עשרה טפחים, דג' טפחים של מים יחשבו כששה של אויר והרי עשרה טפחים יחד, או לא, ובכזה אמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה. עכ"ד. והיש חולקים שכתב הרמ"א הם הני רבוותא דס"ל דלא מהני תפיסה בספיקא דדינא. וכ"כ הסמ"ע (ס"ק יט).

ד) ובכלל הני מילי נכלל גם מה שפסק בשולחן ערוך (שם סימן תיד סעיף א) וז"ל, לא יוציא אדם תבנו וקשו לרשות הרבים כדי שידושו ויעשו זבל, ואם הוציאם קנסוהו חכמים שיהיו כהפקר, וכל הקודם בהם זכה מעת שנידושו והשביחו, ואם קדם אדם וזכה בהם משעת הוצאה לרשות הרבים, אין מוציאין מידו. הגה וי"א דלא מהני תפיסה (ר"י ורא"ש וטור שם). עכ"ל. וכתב הסמ"ע (שם ס"ק א), דבגמרא בב"ק (דף ל ע"ב) קאמר דקנסו גופו של תבן לעשותו כהפקר, משום שבחו, כדי שלא יעברו ויוציאו לרשות הרבים להשביחו לעשות ממנו זבל, וקמיבעיא בגמרא אם לא גזרו על גופו להפקירו עד שעה שכבר השביחו, דאז שייך טפי לומר שגזרו גופו משום שבחו, או דילמא גם קודם שהשביחו ונעשה זבל קנסו להיות גופו של הזוכה בו כדי שלא יוציאו, ולא איפשיטא. והמחבר סתם וכתב כדעת הרמב"ם שנתבאר לעיל כמה פעמים בטור בשמו, דס"ל דמהני תפיסה לספיקא דדינא, ומשום הכי כתב אחר זה ז"ל, ואם קדם אדם כו' אין מוציאין מידו, ומור"ם כתב עליו ד"י"א והיא דעת ר"י והרא"ש דלא מהני תפיסה בספיקא דדינא. ע"כ.

ה) גם הדין שפסק בשו"ע (חור"מ סימן תכ סעיף כו) באמרוהו לכל נזק ונזק, ואחר כך אמדוהו לכולו, אין גובין ממנו אלא דמי כולו בלבד. ואם תפס הניזק נזק כל אבר ואבר ודמי

אחרת שרוצה לתפוס בשאר ע"פ חידושו של הסמ"ע נמצא דהוה מחלוקת בתפיסה. אי מהני מה שתפוס במקצת גם לשאר ויש לפלפל בזה ואקצר.

קי"ב ומ"מ י"ל בחידושו של רבינו הסמ"ע שכתב דהיכא דתפיס ברשות מהני גם לשאר, דנראה מדברי רבינו הש"ך (ס"ק ג) דחולק ע"ז, וא"כ כלפי תפיסה

כולו, אין מוציאין מידו. הגה: וכבר נתבאר סימן שפ"ח דיש חולקין וסבירא להו דלא מהני תפיסה (הרא"ש והטור). ע"כ. כתב הסמ"ע (שם ס"ק כט) דאיבעיא דלא איפשטא הוא בגמרא בב"ק (דף פה ע"ב), ופסק הרמב"ם (הלכות חובל ומזיק פרק ב הלכה יג) כפי שיטתו בכל תיקון דממונא, דאם לא תפס הוי קולא לנתבע וחומרא לתובע, ואינו משלם לו אלא דמי כולו. ואם תפס דמי אומדן לכל אבר בפני עצמו, מהני תפיסתו, וע"ז כתב מור"ם דבסימן שפ"ח (סעיף א וסעיף ז) נתבאר, דיש חולקין וס"ל דלא מהני תפיסה בספיקא דדינא. ע"כ.

עוד כתב הסמ"ע שם וז"ל, ודע דהרא"ש (ב"מ פ"א סימן יג, וב"ק פ"ב סימן ב) והטור (שם סעיף א וד) הן בעלי סברא זו שם בסימן שפ"ח ובשאר דינים המבוארים בטור זה, ואפילו הכי סברי בדין זה, דנותן לו דמי אומדן של כל מכה בפני עצמה, ומטעם כיון דאין נ"מ כי אם דבר מועט בריפוי ובושת, ובנזק ושבת אין נ"מ כלל, לכן פסק דגובין נזק של כל אבר בפני עצמו כיון שכבר אמדוהו לכך. עכ"ד. נמצאנו למדים דאין זה שייך כלל לספק בתפיסה אלא לספיקא דדינא, וביחוד שיש כאן סברא אחרת דיהני תפיסה כיון שכבר אמדוהו לכך.

סימן פב

בירור דעת הרמ"א בספק בתפיסה

(א) ניתנה ראש ונשובה לעיקר חיבורנו בבירור דעת הפוסקים בדין ספק בתפיסה. ונתן לנו ה' לב לדעת ועיניי לראות ואוזניי לשמוע, מהי דעת רבינו הרמ"א בכל ספק בתפיסה, דהנה אדוננו הש"ך בתקפו כהן (סימן קד), הביא ראיה מדברי הרמ"א (אבן העזר סימן צג סעיף כג) שכתב גבי אלמנה שתפסה מטלטלין כדי שתזון מהם, בין שתפסה מחיים ובין שתפסה אחר מות בעלה אין מוציאין מידה. ויש אומרים דלא הוה תפיסה אלא כשתפסה מרשות הרבים או מסמטא אבל לא מרשות יורש, ויש חולקין. עכ"ל. וכתב ע"ז הש"ך, דאי לאו דס"ל דהעיקר לדינא דמהני תפיסה בספק בתפיסה, לאיזה צורך הביא דעת הי"א, אלא ודאי ס"ל דכיון דפלוגתא דרבוותא היא, לא מפקינן מיניה, ולכך הביא דעת היש חולקין להורות, דהוי פלוגתא דרבוותא ולא מפקינן מיניה, אלמא אפילו היכא דפליגי בתפיסה עצמה לא מפקינן מיניה. עכ"ד.

וראיתי להגאון רבי יעקב יששכר שטיינר [מחכמי אוקראינה לפני כמאתיים שנה] בספרו שושנת יעקב בקונטרס התפיסות (דף מא ע"א טור א) שהשיג ע"ד, וכתב דלא כיוון הרמ"א לזה, אלא דהנפקא מינה בזה אם תפסה ברשות, דאז הוה ליה איהי הבעלים, וכמ"ש הרמב"ן (הובאו דבריו ברא"ש סו"פ קמא דבכורות סימן טו), דאז מהני תפיסה אפילו היכא דהספק הוא בתפיסה עצמה, דהא כל עיקר הטעם דלא מהני הספק בתפיסה עצמה הוא משום דאין ספק תפיסה מוציא מיד חזקת מרא קמא, ובתפיסה ברשות דאיהו מקרי בעלים

לכך מהני, ולכן נקט הרמ"א הכא לדעת החולקים דמהני תפיסה ולא מפקין מינה, כיון דהשתא הוה איהי הבעלים כיון שתפסה ברשות. עכ"ד. וכדברים האלו ראיתי בספר חזקה רבה קרוך (ח"מ ח"ג הלכה ונא עמוד 114). ע"ש. גם הרב צבי הירש קאלישר זצ"ל בספרו מאזניים למשפט (דיני תפיסה סימן יד ס"ק ב עמוד קנב) כתב לדחות ראית הש"ך הזו, דלעולם בספק בתפיסה לא היא תפיסה, ומיהו היכא דאיכא דיעה דס"ל דמהני תפיסה מעיקר הדין, בזה לכו"ע מהני תפיסה, ולכן באלמנה שתפסה מטלטלין למזונותיה מהני תפיסה, כיון דאיכא מ"ד דמדינא מהני לה תפיסה. עכ"ד. ובלאו הכי יש לומר כמ"ש לעיל (סימן עא אותיות א - ג) דדין תפיסה דאלמנה היא תקנה מיוחדת של חז"ל, ומעתה נחלקו הראשונים בגדר התקנה, ואין ללמוד מזה לשאר דיני תפיסה. ק"י

ב עוד הביא רבינו הש"ך בתקפו כהן (סימן עו) ממ"ש הרמ"א בתשובה (סימן פו ד"ה ונראה, מהדורת זכרון אהרון עמוד טז) דמהני תפיסה בתיקו, ומוכח דמהני ליה תפיסה בספק בתפיסה. דפסק התם אודות מסור דאע"ג דר"י (ב"ק דף סב ע"א תודה עשו), והרא"ש בתשובה (שם פרק ו סימן טו), ומהר"ם בתשובות המרדכי (סימן סג), כולוהו סבירא להו דאפילו המוסר מודה שמסרו אין הנמסר נשבע ונוטל, מ"מ נראה מאחר דבנידון דידן הנמסר הוא המוחזק נשבע ונוטל כמ"ש הרמב"ם (הלכות חובל ומזיק פרק ח הלכה ז), ואע"ג דהרא"ש כתב דבכל ספיקא דדינא לא מהני תפיסה, וכאן במסור הוא ג"כ ספיקא דדינא דנשאר בתיקו אם עשו תקנת נגזל במסור דנשבע ונוטל וכמ"ש הטור (ח"מ סימן שפח), מ"מ נראה דכאן אין מוציאין נגד דעת הרמב"ם, דהא הנימוקי יוסף (פ"ק דמציעא דף ג ע"א) והמרדכי (פ"ב דכתובות סימן קמד), והגהת מרדכי בבבא קמא (סימן רח), וכ"נ מסקנת מהרא"י בתרומת הדשן (סימן שכא) ק"י ומהרי"ק (שורש קסא) כהרמב"ם. וכונתו לומר דאף על גב דבעלמא היכא דהרמב"ם והרא"ש פליגי אנו בני אשכנז רגילים לפסוק כהרא"ש, מ"מ כאן אין מוציאין כדעת הרמב"ם, כיון דהרבה פוסקים סוברים כותיה דעשו תקנת נגזל במסור. הרי דס"ל להרמ"א דאין מוציאין בתיקו נגד דעת הרמב"ם וסיעתו. והיינו דמהני תפיסה גם בפלוגתא דרבוותא דהוי ספק בתפיסה. עכת"ד.

הוכחת הש"ך השניה דהרמ"א סובר בתפיסה דספק היא תפיסה

ג ובספר שושנת יעקב להגרי"י שטיינר (דף לו ע"ב טור ד) כתב לדחות דברי הש"ך, דאם באמת רבינו הרמ"א סובר דמהני תפיסה בתיקו, למה הוצרך לומר כ"כ פוסקים דס"ל כהרמב"ם ז"ל דעשו תקנת נגזל במסור, דהלא אף אם אינו כן הלא המוחזק יכול לומר קים לי, ונשמע מזה מדחשיב כל הני רבוותא, דבאמת ס"ל להרמ"א דבפלוגתא דרבוותא בתפיסה לא מהני תפיסה, אלא דהיכא דיש רוב פוסקים אז סבירא להו כן דאזלינן בתר

דברי הרב שושנת יעקב על דברי הש"ך

מרשות יורש. ויל"ע.

ק"י ועיין במ"ש לעיל (סימן נד אות ה) בשם החקרי לב, דבכל מקום דיש ספק בתקנה וספק בתפיסה לא הוה תפיסה ולפי דבריו יש לפסוק הכא כיש אומרים קמא שהזכיר הרמ"א דלא מהני תפיסה

ק"י ואמנם עיין בש"ך בהמשך דבריו שם שפקק בכל המקורות הללו. ואכמ"ל.

רובא כיון דהוא מוחזק. וא"כ לכאורה מה שהביא הש"ך ז"ל ראייה לדבריו הוא איפכא, והעיקר לדעתי דהרמ"א ז"ל סבירא ליה דבספק בתפיסה לא מהני תפיסה, משום דהוא פלוגתא דרבוותא בתפיסה עצמה, וכדעת מהרי"ט, ולזה הוצרך להביא פוסקים רבים דס"ל כהרמב"ם ז"ל, ולזה יכול לומר דס"ל כהרמב"ם מטעם רובא להחזיק. ומעתה גם מ"ש הש"ך דדעת הרמ"א דגם בפלוגתא בתפיסה עצמה הוה תפיסה, מתשובה זו עצמה לא נראה כן. עכ"ד.¹⁰⁷

סימן פג

בענין הנ"ל ובדין שכיב מרע שהקדיש כל נכסיו

(א) עוד ראיתי לרבינו הש"ך בתקפו כהן (סימן עז) שהביא, דבהאי בעיא דבגמרא ב"ב (דף קמח ע"ב) בשכיב מרע שהקדיש כל נכסיו ועמד, או חילק כל נכסיו ועמד ואסקינן לה בתיקן. ופסק הרמ"א (בחו"מ סימן רנ סעיף ג) דנתבטלה מתנתו, ואפילו תפסו עניים מפקינן מיניה ולא מהני תפיסתם. וקשה דלפי מה שהתבאר דעת הרמ"א דבכל ספק בתפיסה הויא תפיסה, אמאי כאן כשתפסו העניים לא הוה להו תפיסה, וביאר הש"ך, דשאני בהך בעיא דחילקין לעניים, כיון דאפילו הוה מתנה גמורה אין לו בעלים ידועים, ויכול לחלקן לאיזה עניים שירצו, לכך לא מהני תפיסת עניים, דכיון דאפילו היה הדין ברור לא היו הב"ד יכולים לכופו ליתנו לעניים אלו, אלא היה רשות בידו ליתנו לעניים דעלמא, ובכה"ג מפקינן מיניה. עכ"ד.

(ב) וגם על זה השג ישיג הרב שושנת יעקב (שם דף לח ע"א טור א) וכתב, דלעולם הרמ"א סבירא ליה דבכל ספק בתפיסה לא מהני תפיסה, וזה הטעם שפסק הרמ"א דלא מהני התפיסה של העניים. דהנה לכאורה יש להקשות בהא דבעי הש"ס ב"ב (שם) אי כל לגבי הקדש גמר ומקני או דלמא כל לגביה נפשיה לא גמר ומקני יע"ש, וקשה, דאף דנימא דגמר ומקני אעפ"כ לא שייך לומר אלא דרובא דאינשי כן הוא, דוכי לא נמצא אחד דלא גמר ומקני אלא לאחר מיתה, וא"כ למאי דקי"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב, מאי מהני הך דאי נימא דגמר ומקנה, דהלא יוכל השכיב מרע לומר אני מן המיעוט, והיא לכאורה קושיא גדולה, ובגלל זה לדעתי דבאמת האיבעיא בש"ס היא רק משום דנפקא מינה לענין תפיסה אם תפס הגזבר¹⁰⁸ או העניים, ולזה שפיר האיבעיא אי מהני תפיסה או לאו, דאי

השגת הרב שושנת יעקב על הש"ך

¹⁰⁷ קט"ז יש להעיר ע"ד במ"ש דלגבי הקדש אם תפס גזבר וכו', דלכאורה ל"צ לתפוס דקי"ל (עיין בקידושין דף כה ע"ב) דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט. ויש לדון בזה אי מהאי טעמא ממש נחשב הגזבר כתפוס ועיין במחנה אפרים (הלכות צדקה סימן

¹⁰⁸ ומתבאר עוד בדב"ק של הרב שושנת יעקב דנראה דג"כ סבירא ליה דבכל ספק בתפיסה היכא דאיכא רובא דרבוותא בעיקרא דדינא, אזלינן בתר הני רובא אע"ג דהוה ספק בתפיסה, ושכן דעת הרמ"א. ולקמן (סימן פג – פג) נעמוד ע"ז בס"ד.]

נימא דכל לגבי הקדש גמר ומקני הוי רובא להחזיק. וא"כ כיון דעיקר האיבעיא היא לענין אם מהני תפיסה ולא איפשטא, א"כ הוי ספק בתפיסה עצמה, וכבר כתבתי לעיל דהרמ"א ז"ל סבירא ליה דהיכי דהספק הוא בתפיסה עצמה לא מהני תפיסה, ולזה לשיטתו שפיר פסק דמוציאין מיד העניים. עכ"ד.

ג ונראה להביא ראיה לדבריו דעיקר הספק בעניים הוא מדין תפיסה, וזאת ע"פ מ"ש הרשב"ם שם לפרש דהספק בחילוק כל נכסיו לעניים מהו, מי לימא יד עניים כיד הקדש ואם עמד אינו חוזר או לא תיקו. עכ"ל. והקשה בספר נתיב בינה שרייבר (ב"ב חלק ב עמוד רצג אות תג), דלכאורה מה ענין יד להכא, והא הכא הספק באומדנא אם בכה"ג גמר ומקני ומה ענין יד לכאן, ע"ש. ולהאמור ניחא, דענין היד הוא לבאר עיקר הספק שהוא בתפיסה עצמה, וכמ"ש הרב שושנת יעקב. ודו"ק.

ראיה מהרשב"ם לדבריו

סימן פד

החילוק בין ספיקא דדינא לספק במציאות

א אחר הדברים האלה שהבאנו דברי רבותינו בזה מערכה לקראת מערכה בדין ספק בתפיסה אי הויא תפיסה, עלה במחשבה לפני לבוא ולבאר בס"ד, דגם לדעת הש"ך וסיעת מרחמוהי הסוברים בספק בתפיסה במחלוקת הפוסקים דמהני תפיסה, בספק במציאות יודו דכל כה"ג לא הויא תפיסה. וטעמי ונימוקי עימי, דדוקא בספק בתפיסה שישנה דעה הסוברת דהויא תפיסה, יש לסמוך עלה, ולדעתם הוי כספק אי אמרינן קי"ל, שבזה כבר הבאנו לעיל (סימן לח והלאה) הסכמת הפוסקים דבפלוגתא דרבוותא אי אמרינן קים לי אמרינן קים לי. אך היכא שהתפיסה עצמה אין לה בית אב להישען עליה וכגון בספק הקדיש או לא הקדיש וההקדש תפוס, כל כה"ג כו"ע סברי דלא הויא תפיסה. וכן בקודש חזיתי למהר"ח אלגאזי בשו"ת בני חיי (יו"ד סימן רנח דף נח ע"א ד"ה איכרא) שכתב, דכל כהאי גוונא שהספק אם הקדיש וחל ההקדש מתחילתו או לא, בהא כו"ע מודו דאוקי ממונא בחזקתו, ועל ההקדש להביא ראיה. ע"כ.

ביאור החילוק

ב ועיקר סברא זו בשורשה מתבארת ועולה מדברי הש"ך בתקפו כהן (סימן ו) שכתב, דאע"פ דנקטינן לדינא דתקפו כהן מוציאין מידו, וכרובא דרבוותא ודלא כהרמב"ם שפסק דאין מוציאין מידו, מ"מ אין מזה קושיא לפוסקים הסוברים דבכל תיקו שבש"ס אם תפס אין מוציאין מידו. והטעם, דבשלמא בספק בכור לא תלי בסברא כלל ואי אפשר בשום פנים בעולם לומר שהוא בכור ודאי, ואפילו יהיו כל החכמים לפנינו לא יוכלו לומר שהוא בכור ודאי, לכך מוציאין מידו. משא"כ בתיקו דתליא בסברא ואילו היו חכמי הש"ס

ספיקא דעלמא וספיקא דדינא

לפנינו והיו אומרים שהדין כן היינו שומעים להם, רק מפני שהעלו בתיקו אין אנו רשאים לחלוק על דבריהם, ולפסוק דין ברור במה שנשאר אצלם בספק, ואפילו הסברא שלנו נוטה לפסוק דין ברור אין אנו רשאים לחלוק על דבריהם, א"כ כל שתפס יכול לומר לאורך אייתי את ראייה להוציא, כי אמינא הסברא אמת כמו שאני סובר, ואפשר שלכך סתמו מתחילה חכמי הש"ס דבריהם והעלו בתיקו, לומר שמסופק להם הענין, כדי שאם יתפוס האחר אין מוציאין מידו, משא"כ בספק הנולד בבכור מצד עצמו, וכה"ג מחלק הרשב"א במשמרת הבית (דף סו ע"א). עכ"ד.

ובהמשך דבריו כתב הש"ך דכה"ג ממש מחלקים התוספות בב"ב (דף לב עמוד ב ד"ה והלכתא) בין ספיקא דינא לספק דתרי ותרי. עכ"ד. וכוונתו רצויה, דכתבו שם התוספות דלדעת הרשב"ם דפסקינן בפלוגתא דרבוותא בקרקע דארעא היכא דקיימא תיקום משום דמספקא לן הלכתא כמי, קשה, דבנכסי דבר שטיא בכתובות (דף כ ע"א) דאתו תרי ואמרי שהוא שוטה זבין ואתו תרי ואמרי כשהוא חלים זבין, ואמר רב אשי אוקי תרי בהדי תרי ואוקי נכסי בחזקת בר שטיא, הרי דבספק פסקינן דארעא בחזקת מרא קמא, וצריך לחלק ולומר דבנכסי דבר שטיא דהוה תרי ותרי וכמאן דליתנהו דמי ואוקמינן ארעא בחזקת מרה קמא, אבל הכא דמספקא לן דינא כמאן, התם לא שייך כולי האי למימר אוקמה אחזקת מרה קמא. עכ"ד. הרי לנו שכשאין שום סברא להכריע כאחד הצדדים אלא הוא ספק במציאות, לא מהני תפיסת האחד. [ועיין עוד בתקפו כהן סימנים ז, יד, לד, צו].

העולה
ומתעלה

ג) רק בענין תביט דעולה ומתעלה דסברת הש"ך דבתיקו כיון שיש לטענתו על מה לסמוך לכך מהני דתהיה תפיסתו תפיסה, משא"כ בספק בכור ובנכסי דבר שטיא כיון דאין לו שום צד לסמוך עליו, לכך מוציאין מידו. והגם שהש"ך הביא שם עוד חילוקים נוספים בין תיקו לתקפו כהן, נראה שזהו עיקר חילוקו, דהרשב"א הוה תנא דמסייע ליה בחילוק זה. וא"כ כאן נמצא כאן היה החילוק בסברא, דכל היכא שיש צד ע"פ דינא בסברא דרבוותא וכ"ש אם כן דעת כמה מרבוותא, ויש סימוכין ובית אב לתפיסה זו, בזה יש לצדד דהוה תפיסה, משא"כ היכא דאין שום סעד וסמך לתפיסה זו, אלא הוא ספק במציאות שלא יתברר לעולם, יש לומר דלא הויא תפיסה. ועל זה יאות להמליץ מאמר רבותינו בירושלמי בשבת (פ"ט ה"א) כל תורה שאין לה בית אב אינה תורה.

ועיין לש"ך גופיה בתקפו כהן (סימן עח) דכתב, דאין בידו להכריע בדין תיקו אי מהני תפיסה והדבר יהיה מסור לדיינים עכ"ד. ומנגד בפלוגתא דרבוותא האריך הרחיב לבאר טעם החילוק דמהני תפיסה בג' טעמים, הטעם הראשון (שם סימן עט), דבפלוגתא דרבוותא הוה כמו טענת ברי, משא"כ בתיקו דלא יוכל לטעון שום טענת ברי לא על ידי עצמו ולא על ידי אחרים. והטעם השני (שם סימן פה), דבפלוגתא דרבוותא הוי כתופס קודם שנולד הספק, משא"כ בתיקו כיון שנחתם בש"ס בתיקו כל תפיסה הויא כלאחר שנולד הספק ולא מהני. והטעם השלישי (סימן פז), דבפלוגתא דרבוותא כיון דאי עביד הדיין כחד

מינייהו קם דינא, מצי למימר עבידנא דינא לנפשאי, משא"כ בתיקו אי טעה הדיין ופסק לשלם הוה טועה בדבר משנה כיון דסלקה בש"ס בתיקו. עכ"ד. ומכל הני מילי קמה וגם ניצבה האי סברא דתפיסה שאין לה בית אב לא הויה תפיסה.

ד) ולא אכחד דיש להשיב על זה ממ"ש הראשונים וקבצם כעמיר גורנה בשו"ת דברי שלום מזרחי (הנד"מ על סדר השו"ע חו"מ כרך ח סימן קלד עמוד שעג) דהיכא דהוי כהאי גוונא כבר שטיא דמכר מטלטלין, ואתו תרי ואמרי כשהוא שוטה זבין ואתו תרי ואמרי כשהוא חלים זבין דהמטלטלין בחזקת הקונה.^{ק"י} וכיוצ"ב כתב הש"ך בתקפו כהן (סימן טז) וז"ל, ועוד קרוב אצלי לומר דבעדות דתרי ותרי אפילו אינו טוען ברי מהני תפיסה, כשאומר אני סומך שעדים אלו אומרים אמת. עכ"ד. ולפי האמור דבספק במציאות שאין צד לסמוך עליו יותר מחברו, מילתנו אמורה דלא מהני תפיסה, ומה נדבר ומה נצטדק ביום שידובר בנו מהאי דינא?

פלוני
בסברא
הנ"ל

ואשיבה ידי כבראשונה, דלעולם יש לומר כמ"ש דבספק במציאות כה"ג לא מהני תפיסה, ומ"מ מה שמצאנו דמהני תפיסה במטלטלין וכמעשה דנכסי דבר שטיא, היינו משום דכיון דאיכא כת עדים אחת שמסייעתו, שוב הוה ליה בית אב לסמוך עליו.^{ק"י} אך היכא שאין לו כלל בית אב לסמוך עליו וכגון שקנה בנכסי דבר שטיא ללא עדים ואנו מסופקים אם היה שוטה או חלים בעת המכירה, בכל כה"ג לא הוה תפיסת הקונה תפיסה.^{ק"ט}

ספיקא דאורייתא מסלקין לכל החזקות ואפילו חזקת מוחזק, ולא אלים חזקת המוחזק כלל במקום תרי ותרי, והדין דיחלוקו, ורב נחמן דפסק אוקי תרי להרי תרי ואוקי ממונא בחזקת מריה, מידי דהוה אנכסי דבר שטיא, כיון דס"ל דתרי ותרי הוי ספק דרבנן ולכך קיימינן בחזקת ממון דמרא קמא ועל זה מביא ראייה מבר שטיא דבתרי ותרי לא מסלקין החזקות. עכ"ד. ולפי דבריו ניחא מה שכתבנו דהעדאת העדים נחשבת כבית אב לסמוך עליו, ומהני ביה תפיסה במטלטלין, דכמו שלגבי קרקע לא מבטלינן חזקת מ"ק ה"ה לגבי מטלטלין לא מבטלינן ליה תפיסתו, דיש לו בית אב להישען עליו. ויש עוד לפלפל בזה ע"פ מ"ש התוספות בכתובות (דף כו עמוד ב) בשם רבנו יצחק בר ברוך, דלא אמרינן בכל הני אוקמא אחזקה לפי שהשנים שמוציאים אותו מחזקתו של היתר הם מעידים תחלה, ומיד כשהעידו יצא מחזקתו וכו'. עכ"ד. ומשמע דהיכא שהשנים שבאו תחילה העמידו החזקה, בודאי שיש לילך אחריהם. ולפי זה בהויה דבר שטיא דכתובות (דף כ ע"א), הלא באו

ק"י והנה שם בדברי שלום הביא שלדעת הריטב"א בכתובות (שם) גם במטלטלין ככה"ג אוקמינן בחזקת בר שטיא, ואפילו המטלטלין דתפס הלוקח מפקינן מיניה. וחולק בזה על כל הראשונים שלא כתבו כן. ומטעם זה פסק שם דכיון דהריטב"א הוא דעת יחיד לא מצי למימר המוכר לומר קי"ל כוותיה. אלא המטלטלין בחזקת הלוקח. ע"ש. ואמנם כבר כתבנו בכללי הקי"ל (סימן ט אות ב), שי"א דסברת הריטב"א בכל מקום נחשבת כסברת רבים, ולפי זה מצי למימר קי"ל כוותיה דהריטב"א. ואכמ"ל.

ק"י ועיין בספר רשימת שיעורים סולובייצ'יק ביבמות (דף לא ע"ב עמוד שעא ד"ה וארעא) מ"ש לבאר בשם הגר"ח מבריסק וצ"ל את החילוק בין חזקת תפיסת מטלטלין לחזקת מרא קמא בקרקע.

ק"ט ולא אמנע טוב ואין טוב אלא תורה, במה שיש לומר עוד בזה דהנה הגרע"א בכתובות (דף כ ע"א ד"ה אוקי תרי) כתב, דלמ"ד דתרי ותרי הוא

ונסוגתי אחר בהיטי למ"ש רבינו הכנה"ג (חו"מ סימן רלה הגהב"י אות כד, והו"ד בערך השלחן (חו"מ סימן רלה אות לד), דהיכא דליכא עדים ומכר הבר שטיא קרקע אע"ג דאיכא לסיפוקי אי שוטה זבין, אמרינן דמסתמא לא היה שוטה, כיון דלא חזינן ריעותא במכירה. עכ"ד. הרי דאזיל כל בתר איפכא. קכ

ה) ומצאתי את שאהבה נפשי בשו"ת דברי שלום מזרחי (שם עמוד שעד), שהרבה להשיב ע"ד הכנה"ג בזה, והוכיח מדברי הר"י מיגאש שהובא בשיטמ"ק בכתובות (שם) דלא כותיה, קכא ומסיק שם לדינא דבבבכל מקום שיש לנו ספק אם היה חלים בעת שמכרו או שוטה היה, הוי ספיקא בעיקר המכר ולא קנה ודמיא למ"ש הרשב"א (ח"א סימן תתקנח הובא בב"י חו"מ סימן רמו אות ה) דכשיש ספק בלשון אי למתנה איכוון אי לא, דעל המקבל מתנה להביא ראיה והכא נמי על הלוקח להביא ראיה שהיה חלים בעת שמכרו. קכב ובלא"ה גם הכנה"ג כתב על חילוק זה וז"ל, ומיהו לא מפני שאנו מדמין נעשה מעשה להוציא הקרקע מחזקת הנותן, דכל דאיכא ספיקא אין לנו כח להוציא הקרקע מחזקת מריה קמא, ולכן מטענה זו אין ולא ורפיא בידי, מ"מ בטלתי המתנה מכמה טענות אחרות, כתבתי פרט ופרט במקומו ע"ש. עכ"ד. נמצאנו למדים דהיכא דאין ללוקח התפוס שום ראיה וביתא אב להסתייע לתפיסתו, והוה ספק במציאות לחודיה, כל כה"ג לא הויה תפיסתו תפיסה. ועיין ברדב"ז (סימן אלף קכו) שכתב, דבספיקא דעלמא אם טעה הדיין ופסק לחייב הדר דינא. ע"ש. וגם זה נראה דמורה ובא דלא מהני תפיסה בכה"ג. דתפיסה הויה כדין שנעשה, ובדין כזה כתב דהוי דין טעות והדר דינא.

קכא וע"ע בתוס' הרא"ש ביבמות (דף לא ע"ב ד"ה ואוקי ארעא) שג"כ נראה מדבריו דלא כדברי הכנה"ג בזה. ואכמ"ל.

קכב הנה המעיין בדברי הכנה"ג שם בהמשך דבריו יראה, שצדיק עתק דברי הרשב"א הללו, וכתב דיד הרוחה נטויה לומר דלא אמר הרשב"א ז"ל כן אלא דוקא בדאיכא לאסתפוקי אי למתנה איכוון או לא, דאעיקרא איכא לסיפוקי אי הוי מתנה או לא. אבל היכא דלמתנה גמורה איכוון אלא שמופקים אנו אי חלים נתן או שוטה נתן או ספק אחר אפשר דלא אמרינן אוקי ארעא בחזקת בר שטיא. ומיהו מתשובת כת"י של מהר"א מוטאל ז"ל יש ראיה לנידון שלנו לאוקמי ארעא בחזקת מרא קמא. עכ"ד. ונראה שהרב דברי שלום לא ראתה עינו הבדולח כל דברי הכנה"ג בספרו, רק ראה מדברי מחברים אחרים שהביאו דבריו.

בתחילה ואמרו דשוטה הוה, נמצא שאמרו כהחזקה דמרא קמא, ולכן הדין דאוקמיה אחזקתיה. אלא שביבמות (דף לא ע"א) מובא ג"כ המעשה דבר שטיא, והתם הגירסא להיפך, דבאו העדים הראשונים ואמרו דחלים הוה. וכבר העיר בזה הגאון רבי רחמים בוכריס נר"ו בספרו לב רחב עמ"ס יבמות (שם עמוד עא), ע"ש. ועיין בחידושי רבי עזריאל הלדסהיימר ביבמות (דף לא ע"א ד"ה וארעא), ובספר שושנת העמקים לבעל הפמ"ג (כלל יא ד"ה ספק עדים הוצאת וגשל ירושלים תשנ"ד עמוד קטז). ואקצר.

קכ וידידי הגר"ש בר כוכבא נר"ו שרטט וכתב לי לבאר דברי הכנה"ג בזה וז"ל, לענ"ד כונתו דאין זה ספק שקול מאחר דלא חזינן רעותא, דאי באמת שוטה היה באותה שעה היה הדבר צריך להיות ניכר קמעא. וא"כ אתי שפיר. עכ"ד.

סימן פה

הסכמת האחרונים לחילוק הנ"ל

והבט ושא ענין להרב משנה למלך (הלכות שכירות פ"ז הלכה ב), שהעיר מזה, וכתב גם כן דהיכא דלא ידעינן המציאות היכי הוה וכגון בההיא דב"מ (דף קב ע"ב) באחד ששכר מרחץ מחבירו בשנים עשר זהובים לשנה מדינר זהב לחדש ואמר רב נחמן דקרקע בחזקת בעליה קיימת ויהבנא כוליה למשכיר, ופסקו הפוסקים כרב נחמן (עיין ברמב"ם הלכות שכירות פ"ז ה"ב בדין המשכיר בית לחבירו ונתעברה השנה, וכ"כ בשולחן ערוך חושן משפט סימן שיב סעיף טו. וכיוצ"ב עוד כתב הרב המגיד בהלכות מכירה פכ"ח הי"א בדעת הרמב"ם בדין מידה בחבל אני מוכר לך הן חסר הן יתר. ע"ש. ובשו"ע חו"מ ריה סעיף יד), דכיון דמספק"ל דלא ידעינן המציאות היכי הוה אי תפסינן לשון אחרון ומיהדר קא הדר ביה, ואי תפסינן לשון ראשון לא אמרינן דמהדר קא הדר ביה, אלא שדבריו השניים הם טעות, בזה אוקמינן ארעא בחזקת מאריה קמא, אך היכא דלדידן מספק"ל, וכגון באומר שמשכיר לו לשנה אחת אם פירושו הוה דוקא שנה פשוטה או מעוברת דליכא ספיקא בדבריו, הא ודאי אמרינן דהיכא דקאי ארעא תיקום. עכ"ד. אתה הראת לדעת דכל היכא דהספק הוא במציאות אמרינן דלא מהני בכה"ג תפיסה [ולקמן בס"ד (סימן קטז והלאה) עוד אדבר בו בעניין תפיסה בקרקע ומי נחשב מוחזק].

הסכמת הרב משנה למלך

ואמנם בקונטרס הספיקות (כלל א אות ב וכלל ה אות ו) לא ניחא ליה בהאי חילוקא של הרב משנה למלך. ע"ש. ומ"מ גם הוא שר המסכים בעיקר הסברא הזו שכן כתב (כלל ד אות ד) מילתא בטעמא, דבספק בכור כתבו רוב הפוסקים דתקפו כהן מוציאין מידו, והיינו דלא מהני תפיסה, ואילו בתיקו ובבעיא דלא איפשטא כתבו דמהני תפיסה ומאי שנא, וביאר, דבספק בכור דהוא ספק דמציאות ובכה"ג באיסורי מוקמינן אחזקה קמייתא, גם בממונא לא מהני תפיסה לאפוקי מחזקת מרא קמא, מה שאין כן בתיקו ובעיא דלא איפשטא, דבאיסורי בכה"ג לא מהני חזקה קמייתא, בממונא שפיר מהני תפיסה, ולא מהני חזקת מרא קמא דאידך לאפוקי מיניה דהתופס. וזהו נראה בעיני בטעמייהו דהתוס' ב"ב (שם ד"ה והלכתא). עכ"ד. הרי לן דבספק במציאות דלא ידעינן ואין לו שום בית אב לסמוך עליו, לכו"ע אין תפיסתו תפיסה.

הסכמת קונטרס הספיקות

וכיוצ"ב ראיתי להגאון רבי משה מאג'אר [מגדולי חכמי טבריה לפני יותר ממאתיים שנה] בשו"ת בני משה (הלכות נחלות סימן א עמוד שי במהדורה החדשה), שג"כ כתב לצדד שאפילו לדעת הרמב"ם דמהני ליה תפיסה בספיקא דינא, שאני ספק במציאות דכיון שהם בחזקתו היאך יתפוס בספק מנכסי חברו ושניא ספיקא דינא מספק דמציאות. וע"ע במ"ש בהמשך דבריו (עמוד שיג, ועמוד שטז) ג"כ בדעת מרן השו"ע. ויש לפלפל בזה. ואכמ"ל.

הסכמת הרב בני משה לחילוק הנזכר

סימן פו

משא ומתן בדברי הצמח צדק בחילוק הנזכר

(א) אולם ראיתי בתשובת צמח צדק שניאורסון (פסקי דינים חושן משפט סימן כה דף יד ע"ב טור החילוק בין ד), שהביא דברי הש"ך בתקפו כהן (בסימן ה) שכתב, דלהרבה פוסקים בתיקו אם תפס אין מוציאין מידו, ואעפ"כ בדין דתקפו כהן כתבו הפוסקים דמוציאין מידו. והחילוק בזה דבספק בכור אין לכהן טענה ברורה, שהרי בעה"ב יכול לומר לא אתן לך אלא לכהן אחר, אבל בשאר דרא דממונא שיש להתופס עליו טענה ברורה ותקפו, אין מוציאין מידו.

וכתב ע"ז הצמח צדק דלפי חילוק זה דהש"ך מבואר, דלאו דוקא בתיקו מהני תפיסה לפי דברי הפוסקים, אלא אפילו בשאר ספק כל שאינו דומה לספק בכור שבעה"ב יכול לדחות את התופס לגמרי עכ"פ כנ"ל באומרו לא אתן לך. וא"כ יש ראיה גמורה דלא קי"ל הכי מהא דקדושין (דף מה ע"ב) דאיתא התם, קטנה שנתקדשה לדעת אביה והלך אביה למדינת הים ועמדה ונישאת, אמר רב אוכלת בתרומה עד שיבא אביה וימחה, רב אסי אמר אינה אוכלת, שמא יבוא אביה וימחה, ונמצאת זרה אוכלת בתרומה למפרע. הוה עובדא וחש לה רב להא דרב אסי. אמר רב שמואל בר רב יצחק, ומודה רב שאם מתה אינו יורשה, אוקי ממונא בחזקת מריה. ופרש"י (שם ד"ה ומודה רב), כיון דמספקא אם נתרצה בחופה או לאו, אוקימנא ממונא בחזקת מאריה. ע"כ. וכתבו התוס' (שם ד"ה אוקי ממונא) דאפילו הוא מוחזק בנכסי מלוג שלה אינם בחזקתו, אלא בחזקת יורשי האשה, דתפיסתו שלא כדין היתה. ע"כ. וכ"כ הרא"ש (שם סו"ס ח) וכ"כ הרשב"א בחידושיו (שם) וז"ל, ואפילו אם היה הבעל מוחזק בנכסים אינה חזקה, דנכסים בחזקת יורשי האב. עכ"ל. וכ"כ הב"י (אהע"ז סימן לז אות יג) והב"ש (שם סקכ"ה).

ויש להבין אמאי הו"ל תפיסה שלא כדין, הרי תפס ברשות האשה וקרוביה, וי"ל, דכל שתפס שלא ברשות האב, הו"ל תופס שלא כדין. ולכאורה מוכח מזה דבכל ספק במציאות לא מהני תפיסה אלא אמרינן אוקי ממונא בחזקת מרא קמא. עכ"ד הצמח צדק.

(ב) עוד כתב הצמח צדק (שם דף טו ע"א טור א) דנראה לכאורה ראיה דבספק במציאות לא מהני תפיסה, מהא דב"מ (דף ו ע"א) בענין שנים או חזין בטלית דפסקינן דיחלוקו בשבועה. ובעי ר' זירא תקפה אחד בפנינו והוציאה מיד חברו בחזקה והרי כולו בידו קודם שנשבעו מהו? היכי דמי אי דקא שתיק אודויי אודי ליה, ואי דקא צווח מאי הוה ליה למעבד. ע"כ. וכתב התשב"ץ (ח"ב סימן ערב דף נו ע"ב) וז"ל, והמקומות שמצינו דלא מהני בהו תפיסה, חדא מייניהו הא דבעי ר' זירא תקפה אחד בפנינו וכו' דאמרינן בגמרא

החילוק בין
תיקו
לתקפו כהן

ראיה
דבספק
במציאות
לא מהני
תפיסה

ראיה
נוספת
דבספק
במציאות
לא מהני
תפיסה

דמאי הו"ל למיעבד, ומשמע דתפיסה לא מהני. עכ"ל. גם הגמ"י^{קכג} הביא ראייה מזה דתפיסה לא מהני כמ"ש וז"ל, ומשמע משמעתיך דדוקא שתיק ולבסוף צווח, הא בדצווח מעיקרא מוציאין אותה מידו דמאי דתפיס הא דידיה הוא. ושמעין מהא דכל ספק ממונא אי תקפו תובע בפנינו מפקינן מיניה. עכ"ל. ועיין ש"ך (חור"מ סימן עה ס"ק כו) גבי מנה לי בידך והלה אומר איני יודע לא מהני תפיסה. הרי אפילו בטענת ברי לא מהני תפיסה בספק במציאות גוף הדבר וכן עיקר. עכ"ד.

והנה לפי דברי הצמח צדק יצא שהש"ך סתר משנתו, דבתקפו כהן כתב דמהני תפיסה גם בספק במציאות וגבי מנה לי בידך הנזכר כתב דלא מהני תפיסה. ואחר המח"ר לענ"ד נראה דגם רבינו הש"ך סבירא ליה דבספק במציאות לא הויא תפיסה, ומה שכתב לבאר דהחילוק בין תיקו דמהני תפיסה לספק בכור דלא מהני תפיסה, משום דבספק בכור הבעלים יוכלו ליתנו לכהן אחר, אין לדייק ולומר דגם בכל מקום שיש ספק במציאות ואינו יכול לדחותו באומרו לא אתן לך אלא לאחר דיהני ליה תפיסה, דדוקא בתיקו דאיכא סברא וצד שיש לסמוך על זה אמר כן, הא לאו הכי, בסתם ספק במציאות בלא סברא וצד שיש לסמוך עליה מודה הש"ך דלא תהני תפיסה.

הערה על דברי הצמח צדק (ג) ומכאן תשובה מוצאת למ"ש בצמח צדק בהמשך דבריו (שם דף טו ע"א טור ב), דבמה שחילק עוד בתקפו כהן (בסימן ו) בענין אחר בין תיקו לספק בכור, דבתיקו יכול לומר אייתי ראייה להוציא כי אמינא הסברא אמת כמו שאני סובר, וזה דוחק עצום כמ"ש התומים (קיצור תקפו כהן סימן ו - ז), ובפרט לפמ"ש לעיל דטוען ברי מנה לי בידך והלה אומר איני יודע, דפסק הש"ך דלא מהני תפיסה, א"כ הדברים ק"ו, דאם בטענת ברי ממש לא מהני תפיסה, מכ"ש בזה שיאמר אמינא הסברא אמת כו', שאין זה בגדר טענת ברי ממש, דאנן סהדי דלא ברירא ליה מילתא כלל שהסברא אמת, דלא יהני תפיסה. עכ"ד.

ולדרכינו לא קשיא מידי, דרבינו הש"ך עיקר סברתו שיש לטוען בית אב לסמוך עליו, וכל שאין לטוען על מה שיסמוך גם אם טוען ברי לא הוי כלום, ולכן אין תפיסתו תפיסה בטוען ברי מנה לי בידך והלה אומר איני יודע, דאותו שטוען ברי בגפו יבא ובגפו יצא, דאין לו על מי שיסמוך, וכיצד תהני ליה תפיסה. אך היכא שיש לו בית אב לסמוך עליו שפיר הויא תפיסה. וכמ"ש. וע"ע בביאור מעשה תקפו על ספר תקפו כהן (עמוד יד הערה 28). ובשו"ת יביע אומר (חלק י חושן משפט סימן ד סוף אות ה).

ד"ה לסומכוס. ע"ש.

קכג נראה דצריך לומר הנמ"י - שלשון כזו נמצאת בנימוקי יוסף בב"מ (דף ג ע"א מדפי הר"ף

סימן פז

עוד ראיות לחילוק הנוכח

ואם כנים אנו בזו הסברא, נזכה ליישב מקחו של צדיק רבינו הש"ך, מתמיהת הרב שבות יעקב (בכללי ודיני קים לי סעיף ד הערה יד) עליו הובאו דבריו לעיל (סימן לא אות א), שכתב, דבתקפו כהן (סימן עח) בדין תיקו כתב, דכיון דיש מחלוקת גדולה בין הפוסקים ראשונים ואחרונים אי מהני תפיסה ואיבעיא דלא איפשטא, על כן יעשה הדיין מה שעניו רואות ע"ש, ותמוה דאמאי לא פסק לסברתו דגם בספק בתפיסה הויא תפיסה, דיכול לומר קים לי כהסוברים דמהני תפיסה בכהאי גונא. עכ"ד. ולדרכינו יבואר העניין הדק היטב היטב הדק, דהיכא דאיכא פלוגתא דרבוותא אי מהני תפיסה אע"ג דנחלקו בעצם התפיסה, מ"מ לתופס יש משען ומשענה להישען ולהסמך עליו שאכן החפץ שלו, והוא אותו הפוסק הסובר דתפיסתו מהניא. משא"כ בסברת תיקו, הגם שיש פוסקים הסוברים דמהני תפיסה בתיקו, לא ניחא ליה להש"ך לפסוק כוותייהו, כיון דאין לתופס על מי לסמוך, דגם הפוסקים שפסקו דמהני תפיסה בתיקו, לא שמו בכליהם סברא דמהניא האי תפיסה, אלא ענו ואמרו כולם דכיון דלא ידעינן הלכתא כשתפס לא מפקינן מיניה, והוה כשב ואל תעשה עדיף, וכל כהאי גוונא לש"ך לא חשיב כל כך תפיסה, דאין לה בית אב אלא בית הספק, ולכן לא סמך על הני פוסקים לומר דמהני בתיקו תפיסה, כיון שגם הם מודים דתפיסת ספק זו, היא חלשה וגרועה.

וכאשר דימתי כן ראיתי למה"ר שלמה בן חסון גאון [מחכמי שלוניקי לפני כארבע מאות שנה] בשו"ת משפטים ישרים (סימן לד דף סב ע"א טור ב, ובסימן מא דף פו ע"ב סוף טור ד) שכתב לחלק ממש כדברים האלו וזת"ד, אינו דומה תפיסה בספיקא דדינא כגון תיקו דגמרא, לתפיסה בפלוגתא דרבוותא, משום דבפלוגתא דרבוותא יש לו טענת ברי ותפיסתו הויא תפיסת ברי שהוא הקים לי, ובספק דקאי בתיקו אין לו צד ברור, והוה התפיסה בספק. ונפק"מ בבעיא דקאי בתיקו אי תפסי מפקינן מיניה וכו'. עכ"ד. ותאזרני שמחה. ועיין להרב ערך השלחן (חו"מ סימן קמ סק"א) ובשו"ת יביע אומר (חלק ח חו"מ סימן

ב אות ו). קכד

דעתו של שכיב מרע זה, אם להקדיש מיד או לכשימות, ולא בספיקא דדינא תליא, כי אם באבנתא דלבא תליא מלתא, בכה"ג גם הרא"ש מודה. ויש ליישב בזה כמה קושיות שהקשה האו"ת בקיצור ת"ק שלו. עכ"ד. והנראה מדבריו דס"ל דהכרעת הש"ך דבתיקו מהני תפיסה, ולהאמור יש לראות הדברים באופו אחר. גם מה שלחלק יצא בין תפיסה בתיקו

קכד ולא אכחד, דאינה ה' לידי תשובת הרב בית אפרים (יורה דעה סימן נה) שכתב וז"ל, ובאמת דעת הש"ך בספרו תקפו כהן דתפיסה מהני בתיקו, שכן דעת הרבה פוסקים. וכתב שם טעם הרא"ש דסבירא ליה דמוציאין מידו, משום דכל תפיסה בתיקו הוי כתפס לאחר שנולד הספק. ולפי"ז אפשר לומר דבגוונא דהכא דמבעיא לן האיך היתה

דעת הרב בית אפרים בתפיסה בספק במציאות

סימן פה

מסקנא דדינא דספק במציאות בספק בתפיסה לא הוה תפיסה

א ועתה כתבו לכם את השורה הזאת ולמדה את בני ישראל, דלדעת רבינו הש"ך כל ספק במציאות שנלוה עימו ספק בתפיסה כל שכן דלא הויה תפיסה, דאם בספק במציאות ובתפיסת ודאי נראה שדעת רבינו הש"ך דלא מהני תפיסה בכה"ג, באופן שיש ספק במציאות ואחד מהם תפיסתו היא רק ספק תפיסה, כל שכן דלא הויה תפיסה. דכל מה שכתב רבינו הש"ך דספק בתפיסה הויה תפיסה, היינו דוקא כשיש לו על מה לסמוך בתפיסה זו, אך היכא שאין לו שום צד לסמוך עליו ללא התפיסה, ורק הוא טוען דמחמת שהוא תפוס יהיה הדבר שלו כיון שאין לו על מה לסמוך בתפיסה זו, לא הויה תפיסה. והמעייין והמדקדק בדברי קדשו בתקפו כהן (סימן קב), עיניו תחזינה מישרים שהם הם הדברים אשר יתנו עידהן ויצדקו שזו עיקר סברתו. וכ"כ להדיא הג"ר שמואל אביגדור תוספאה [רבה של קרלין לפני כמאה וחמישים שנה, ומחבר 'מנחת ביכורים' על התוספתא] בשו"ת שאילות שמואל (סימן צד דף סז ע"ב טור ד), דעיקר סברת הש"ך דמהני תפיסה גם במקום פלוגתא בתפיסה מטעם קי"ל, אבל בספק בענין, ודאי לא מהני ליה ספק תפיסה.

עכ"ד. קנב

לכו"ע בספק במציאות לא מהני תפיסה, וכ"ש ספק תפיסה

ב וכן בקודש חזיתי להגאון רבי ישראל משה [אב"ד רודיס לפני כשלש מאות שנה] בשו"ת משאת משה (ח"א אבה"ע סימן ג עמוד שמ הוצאת מכון נחלת ישראל קרית ספר התשס"ח) שכתב, שכבר הביאו האחרונים דברי הרד"ך, קנב דאפילו למ"ד דמפקינן מיד

גם הרד"ך והרב משאת משה סבורים כן

כל שהוא, וכגון ביורשי כתובת אמם שלא נשבעה בכה"ג כולם יודו ויאמרו הוה תפיסה, כיון שהחוב בודאי, ויש רק חשש בעלמא דשמא נפרעה ואין חובה על היורשים להשבע, עכת"ד. ובזה מקרבים הדעות אל עמק השווה דגם הש"ך מודה דבספק במציאות לא הויה תפיסה, וגם המהרי"ט מודה דבספק כל שהוא הוה תפיסה.

קכו נראה שכונתו למ"ש בשו"ת הרד"ך (בית ב חדר יב סוף עמוד עד הוצאת זכרון אהרן) דאפילו לפי מ"ש המרדכי זכרו לברכה בפ"ק דב"מ (סימן רכא) וז"ל, כל דבר שתחילת דינו המוציא מחבירו עליו הראיה, אין מועלת תקיפה שלאחר כך ומוציאין מיד התוקף, כדמסיק רבא בפ"ק דב"מ (דף ו ע"ב) גבי ספק בכורה ותניא כותיה. עכ"ל. בנידון דידן מודה הוא שאין מוציאין מידה, דדוקא כי הויה דספק

לדעת הרא"ש דלא מהני, לספק דתלוי באבנת דלבא, בפשות נראה דהאי ספק דאבנתא דליבא הוא ספק במציאות, ונמצא דאזיל כל בתר איפכא, דספק במציאות קיל טפי ומהני ביה תפיסה. ומ"מ נראה שלא אמר כן אלא בבעיא שעלתה בגמרא בתיקו, וכגון הויה דשכיב מרע שהקדיש והבריא אם חוזר (עיין ב"ב דף קמח ע"ב), ויש לפלפל עוד בדב"ק. ואחר המחילה רבה אנא עניא הנראה לעניות כתבתי. וע"ע לעיל (סימן פג), מ"ש בזה.

קכה ויש להעיר הערה רבתא לאורייתא שלפי מ"ש לעיל מיניה (סימן לג אות ה בהערה) דברי מהר"י אלפנדי שכתב, דגם לדעת החולקים דלא מהני תפיסה בספק בתפיסה, היינו דוקא היכא דיש ספק אם חייב לו ורוצה להכריע מכח תפיסתו דחייב לו, אך היכא שחייב לו בבריא, רק יש צד של ספק

המחזיק בו השתא משום תפיסה בספק, היינו דוקא בספק במציאות, ברם בספק פלוגתא דדבוותא מצי זכי מטעם קי"ל כנודע. עכ"ד. ועיין בתקפו כהן (סימן קג) שהביא ראייה מדברי הרד"ך (בית ב חדר ט עמוד סז הוצאת זכרון אהרן) שגם הוא מכת הסוברים דספק בתפיסה הוא תפיסה. ונמצאת למד, דגם לדעת הרד"ך בספק במציאות לא מהני ליה תפיסה. וכ"ש ספק תפיסה.

ג) וביותר ראיתי בזה גילוי מסכים בדברי רבינו החזו"א (ח"מ סימן י אות טו) שכתב, דמ"ש הקצוה"ח (והובאו דבריו לעיל סימן נב) דכיון דספיקא היא בתפיסה עצמה לא מהני תפיסה, נראה דבמקום דהספק הוא אי תפיסה מוציאה מחזקת מרא קמא, או עדיין חזקת מרא קמא קיימת - מספיקא קיימא חזקת מרא קמא. אבל אם הספק הוא בדין אם אמרו חכמים בגזל דדבריהם שמוציאין כשתפס או שכשתפס העמידו דבריהם כדין דאורייתא ואין מוציאין מידו, ובספיקא דדינא הרי מהני תפיסה לומר קים לי ומה שהוא מוחזק אלים טפי מחזקת מרא קמא, ויטעון קים לי שדין גזל דדבריהם כדין גזל דאורייתא כשתפס ואין מוציאין מידו. עכ"ד. הרי שלך לפניך, דהגם דרבינו החזו"א סבירא ליה דבספיקא דדינא תפיסת ספק היא תפיסה, מ"מ בספק במציאות כשאנו מסופקים אם חזקת מרא קמא קיימת או לא מודה ועוזב לסברתו, וכתב דלא הוא תפיסה ומוקמינן בחזקת מרא קמא. קכז

ד) והנה בדרך זו ראיתי להרב צבי הירש קאלישר זצ"ל בספרו מאזניים למשפט (דיני הכרעת הרב מאזניים למשפט) תפיסה סימן יד סעיף א, ובביאור מאזניים למשפט שם ס"ק א - ב), דלאחר שהביא מחלוקת מהרי"ט והש"ך כתב וז"ל, ולי נראה הכרעה, שאם לדעה אחת מהני תפיסה מעיקר הדין, אמרינן קים לי, ובהא מודה המהרי"ט דהוה תפיסה. אבל אם לכל הדיעות הדין כספק ולא זכה מספק רק על ידי תפיסה, לא אמרינן קים לי, שהרי לאידך דעה ודאי לא זכה, ולהך דעה נמי עיקר הדין ספק, הוי כעין ס"ס. ולפיכך באלמנה שתפסה מטלטלין למזונותיה (כתובות דף צו ע"א), כיון דיש פלוגתא אי מהני תפיסה מרשות יורש, מהני תפיסה,

הכרעת הרב מאזניים למשפט

מזניחין אותו, כיון דאנו מסופקים אם באמת הבעלים הקדישוהו לגמרי, וא"כ לכו"ע לא תהני תפיסת הגבאים. והגם דאיכא גם ספיקא בפלוגתא דדבוותא אם הס"ת בחזקת היורשים או הגבאים, כיון שיש מהפוסקים שהשוו דברי החולקים וכמ"ש לקמן (סימן קב אות ג - ד), יש לנו למיזל בתרייהו דאפשי בפלוגתא לא מפשינן, וביחוד שגם רבינו הש"ך פסק בענין הס"ת דהוא בחזקת הנותן (עיין לקמן סימן קב אות ו). ולדרכינו ניחא דרבינו הש"ך מודה בספק במציאות דלא מהני ספק בתפיסה ולא יסתור משנתו.

בכור שהכהן עצמו מסופק בדבר ואין לנו על מי להישען, אבל בנדון דידן דאיכא דבוותא דקא מסייעי לה ומחזיקין ידה אין להביא ראיה משם להוציא מידה, דמאן דעבד כמר עבד ומאן דעבד כמר עבד, שיכולה היא לומר קים לי כהני רבבי ואייתי את ראייה. עכ"ד.

קכז והנה בעיקר חידשנו זה דבספק במציאות לא מהני תפיסה לכו"ע, נפיק מן קדמוי דינא רבתא לאורייתא בנידון דידן אודות חזקה בספר תורה, דמאן דאמר דהוה בכלל ספק במציאות אין

כיון דלחד דיעה מהני תפיסה בבירור, ולא מחמת ספק. עכ"ד. קכ"ח וביאור דבריו דכל היכא דאיכא דעה דסברה דבודאי מהני תפיסה, בכה"ג שפיר הויא תפיסה. ולדרכינו יבואר, דלתופס יש בית אב להשען עליו, היא הדעה הסוברת כן להדיא, לא כן היכא דאין לנו דעה ברורה הסוברת דמהני תפיסה בכה"ג אלא רק מספק נחשב תפוס דבכה"ג לא מהני תפיסה. קכ"ט ואם כי יש לפלפל במ"ש 'ובהא מודה המהרי"ט דהוה תפיסה', מ"מ שמעינן דשמייע ליה וסבירא ליה לעיקר הסברא האמורה.

סימן פט

הערה על אחרוני האחרונים שלא הזכירו מכל דברי רבותינו בזה

ולא אכחד, דמצאתי ראיתי לכמה מאחרוני האחרונים שנראה שנקטו להלכה כדברי רבינו הש"ך דכל ספק בתפיסה הוה תפיסה. גל עיניך וראה למ"ש בשו"ת הרי"מ אלטר מגור (או"ח סימן ה) שג"כ נקט בפשטות כהש"ך דמהני תפיסה גם בספק בתפיסה. קל ואמנם לא הביא מכל דברי רבותינו אלא קיבל הוראות רבינו הש"ך אבי כל תופ"ס.

גם הגאון הראש"ל רבי בן ציון מאיר חי עוזיאל זצ"ל בספרו השופט והמשפט (עמוד 246) לאחר שהביא לדברי מהרי"ט וראיתו מהגמרא, פלפל בחכמה בדבריו וכתב לדחות ראיתו, ומסיים, דיוצא שאין ראיה מכרעת מסוגיא זאת להוכיח כדברי מהרי"ט, והדר דינא שגם בספיקא דפלוגתא בדין תפיסה, דינו ככל ספק דפלוגתא ודינא, דאם תפס לא מפקינן מיניה. והדבר מסור בכל זאת בעיני הדיין לפסוק ע"פ הטענות וצירוף הצדדים. וגם בזה מהניא טענת קים לי להחזיק תפיסתו, דכך לי טענת קים לי בעיקר הדין או בדין תפיסה. עכ"ד. ושנה דבריו (שם בעמוד 462) וכתב, דבמחלוקת הפוסקים אם מהניא תפיסה, חשובה ככל מחלוקת שבממון דמעיקר דינא אם תפס לא מפקינן מיניה, והדבר מסור לדיין להוציא דין ברור ומוחלט מידו בצירוף צדדים וברורים בנידון שלפניהם. עכ"ד. קכ"א והאמת

תפיסה ודו"ק.

קל ובעיקר חידושו שם שכתב דאפילו בגוי יכול לטעון קי"ל כה"ג, עיין במ"ש לתמוה עליו הגר"א הכהן אב"ד סוכטשוב וחתנא דבי נשיאה דרבינו הנתיבות, בהגש"פ זכרון נפלאות (עמוד יד ירושלים תשס"ט), ובמ"ש בצידי הגליון בשו"ת אך טוב לישראל (ח"ג סימן יג) בסוף התשובה, ובכללי הקי"ל לעיל (סימן יט) ויש להאריך ולקצר אני צריך.

קלא ולפי דבריו יש לומר כן גם בקרקע דאי תפס לא מפקינן מיניה, דאיכא כמה מרבוותא

קכ"ח וכבר עמדנו בדין זה לעיל (סימן עא אות ב - ג, וסימן עב, וסימן פב אות א).

קכ"ט ולפי זה בנידון דידן גבי חזקת ס"ת - כיון דגם בדעת מהרש"ל יש להסתפק אי סבירא ליה דהס"ת בחזקת יורשים כשנתן בסתמא, דיש שפירשו שדברי המהרש"ל איירי היכא דכך היה מנהג המקום שכל הנותן ס"ת לבית הכנסת במתנה גמורה הוא נותן, וממילא אין ללמוד מדבריו לשאר מקומות שאין מנהג כזה (וכמ"ש לקמן סימן קב אות ג - ד). ונמצא שאין לנו דעה ברורה הסוברת דמהני תפיסה בכה"ג, ובזה נמצא שלפי דברי הרב עינים למשפט לא מהני

אגיד שלא ידעתי למה העלים עינו הבדולח מכל הני רבוותא קדמאי ובתראי, דרבים וטובים מרבותינו הקדמונים חלקן על ההכרעה הזו, גם לרבות מה שכתב 'דכך לי טענת קים לי בעיקר הדין או בדין תפיסה' – והיינו שגם בספק בתפיסה יכול לטעון קי"ל כמו שטוענים בכל ספק בעיקר הדין, הנה לעיל (סימן ט) עמדנו לבאר החילוק בין ספק בקים לי לספק בתפיסה. ע"ש ומשם בארה. ומ"מ גם איהו גופיה לא סגר דלתי ושערי החולקים, שהרי כתב 'והדבר מסור בכל זאת בעיני הדיין'. קל"ב

סימן צ

דברי ידידנו הדיין המצויין הגר"צ דידי שליט"א בזה

(א) ובאתי בזה בשיג ושיח עם ידידי הדיין המצויין הרב הגאון רבי צבי דידי שליט"א ראה דספק בתפיסה לא הוה תפיסה מסברת האומרים קי"ל נגד מרן

ראיה ושירטט וכתב לי בזה הן אומר והן דברים וזת"ד, דהנה בעצם מחלוקת הש"ך והפוסקים אם יכול להפוס כאשר יש מחלוקת בעצם התפיסה, חשבתי להביא ראיה ממה שנוהגים בכל המקומות שלא לומר קים לי כנגד מרן, ומוציאים מהמוחזק, והרי יש דעת הרדב"ז בפשטות שלא סובר כלל זה, ואמנם בשו"ת יביע אומר (חלק ז חושן משפט סימן ב אות ב) הביא סתירה ברדב"ז בזה, ומבאר שבאמת גם הרדב"ז סובר בעלמא שאין לומר קי"ל נגד מרן. ע"ש. ומ"מ מידי ספק ומחלוקת לא יצאנו, שהרי מצאנו חברים מקשיבים לדעה זו וכמ"ש בשו"ת יביע אומר (חלק ג חושן משפט סימן ד אות ה) דכבר נודע שגם בני ספרד לא כולם קבלו עליהם לדון ולאפוקי ממונא כפסק מרן, וכמ"ש הכנה"ג (סימן כה הגב"י אות ו), והגט פשוט בכללים (סו"ס א), שבעיר שאלוניקי ובעיר קושטא נהגו לפסוק שהמוחזק יכול לטעון קים לי גם היפך פסק מרן בש"ע. וכ"כ החקרי לב (מהדו"ב חח"מ סימן ג דף קע"ג ע"א) שגם מנהג הספרדים שבחול"ל כן הוא. עכ"ד. וכיון דאיכא מקצת מקומות מבני ספרד הסוברים דליתא לכלל זה, מעתה ישאל השואל איך מוציאים ממון ע"פ כלל זה כאשר הנתבע יכול לומר קי"ל כהסוברים שאין כלל זה. קל"ג ומכאן מוכח שהמנהג בזה כמהרי"ט ודעימיה החולקים על הש"ך, דכאשר על עצם התפיסה או הקים לי יש מחלוקת אין לומר בזה קי"ל. קל"ד

קל"ג ויש להוסיף עוד ע"ד, דאין לומר דהטעם בזה משום דלא אמרינן קי"ל כנגד המנהג וכאשר נהגו ללכת אחרי מרן השו"ע תו לא מצי למימר קי"ל, דכלל זה גופיה אי אמרינן קי"ל נגד המנהג במחלוקת שנוי עיין לעיל (סימן קיב אות ו), ע"ש.

קל"ד א"ה א"ך ס"ט, ואעידה לי עדים נאמנים לדברי ידידנו הגר"צ דידי שליט"א דלך נא ראיה למ"ש מרן הגר"ע יוסף זצ"ל בשו"ת יביע אומר (חלק

דסבירא ליה כן גם בקרקע וכמ"ש לקמן (מסימן קטו והלאה).

קל"ב ונראה עוד דתלוי במחלוקת האחרונים אם כיום שפוט דגל הקים לי יכול לטעון קים לי אפילו כסברת איזה פוסק הגם שלא הכריע בבירור דעתו. ולעיל בכללי הקי"ל (סימן טו) הבאנו פלוגתא דרבוותא בזה בין הרב טהרת המים לשאר פוסקים. ע"ש.

ב ואפשר שגם הש"ך יודה בזה, דהנה בתקפו כהן (סימן פז) מבאר, שתפיסה היא מדין עביד איניש דינא לנפשיה, ולכן בתיקו לא מועילה תפיסה אף שהיא מחלוקת הפוסקים, הואיל ובא לפשוט ספק שאין עליו פשיטות לעולם, והוי כדיין הטועה בדבר משנה שחוזר הדין. עכ"ד. והנה לכאורה נראה דגם יסוד קבלת הכלל שאין לומר קי"ל נגד מרן, דומה לדין תיקו, כיון שבא להכריע בדבר שא"א להכריע נגדו - מכח הקבלה שקבלו על עצמם ללכת בתר פסקי מרן השו"ע בכל אשר יאמר כי הוא זה. ואם כן היות ויוצא לנו מהמנהג שאין לומר קים לי נגד מרן ולא תועיל תפיסת התופס בכה"ג, ממילא יוצא מזה ג"כ, שהמנהג הוא שלא לומר קים לי כשהמחלוקת היא בעצם הקי"ל והתפיסה. ומעתה יש לומר דגם רבינו הש"ך יודה בזה, דהוי כתיקו וכדברים שאם יפסוק בהם הדיין, הוי טועה בדבר משנה שחוזר הדין, ושוב א"א לו לתפוס או לומר קים לי. רק עכ"פ אם לפי ראות עיני הדיין נראה לו במקרה פרטי זה לפסוק כמ"ד שתועיל התפיסה יכול להכריע, היות ולא מכריע בדין הכללי (בדבר משנה) אלא בנושא הדין שבא לפניו בלבד וכמ"ש הש"ך בדין תיקו. ולו משפט הבחירה לרחק או לקרב. עכת"ד. והגם שיש עוד לפלפל בדבריו דבריו נאמנו מאד לקרב ולא לרחק.

סימן צא

בתר איזה רובא אזלינן רובא בענין או רובא בעיקרא דדינא

א וכשנעמוד למניין נראה דרוב הפוסקים שנגלו לעינינו בחסדי שמים סבירא להו דספק בתפיסה לא הוה תפיסה. קלה

בתר רוב האחרונים שקיבלנו הוראות מרן גם בתשובה, מוכח דבכל ספק קים לי אין לומר קים. וכמ"ש ידידנו הרב הנזכר. ודו"ק.

קלה ואלה שמות אלופי התורה שהוזכרו במערכה זו הסוברים שספק בתפיסה לא הוה תפיסה או שיש להסתייע מדבריהם לזה [ולא הוזכרו כפי סדר הדורות כפי שהורגלתי מנעורי, אלא על פי מה שליקטתי בסדר הסימנים דלעיל אחת הנה ואחת הנה, ובפוסק שנראה שסותר דבריו או שנחלקו בדבריו - ציינתי בסוגריים]:

- א. מהרי"ט
- ב. הכנה"ג
- ג. בעל ההשלמה
- ד. ספר המאורות

ט חושן משפט סימן א) בדין קים לי נגד פסק מרן בתשובה, שאין לומר קים לי נגד מרן בתשובה, הגם שיש חולקים על זה ולא חייש לה מורינו הרב זצ"ל, והלא מצי למימר התפוס קים לי כמקצת רבוותא דסבירא ליה דל"א קי"ל כדעת מרן בתשובה, וע"כ לומר כמ"ש ידידנו הרב הנזכר נר"ו, דהיינו טעמא כיון דבהא פליגי אי מצי למימר קים לי לא אמרינן קים לי. ובאמת המעיין בתשובה ביביע אומר יראה שהזכיר (באות א) שכ"ד הרב חיד"א דיש לצדד שאין הכרח לומר שקיבלנו הוראות מרן ע"ש. וכבר הבאנו לעיל (סימן לח) דדעת הרב חיד"א דבכל ספק אי מצי למימר קים לי, אמרינן קים לי. ע"ש. ומעתה בזה יכון ויעמוד בשיטתו דמצי התופס לומר קי"ל כהחולקים שלא קיבלנו הוראות מרן בתשובה, אך לפי מ"ש בשו"ת יביע אומר הנזכר, דיש לנו ללכת

ספר

סימון צא

התפיסה

קנט

מ. הרב בני אברהם (בספק במוחזקות וסתר משנתו)

מא. הרב סם חיי

מב. מהר"ם מלמד

מג. הגאון רבי יוסף הלוי נזיר

מד. הרב דת ודין

מה. מהרא"ם

מו. הרב שער יהושע

מז. הרב מאמר המלך

מח. מר ואהלות

מט. שו"ת משנת ר' אליעזר

נ. הרב ישמח לב

נא. הרב און אהרון

נב. הרב דבר משה (שנוי במחלוקת)

נג. אורים גדולים

נד. הרב פרח מטה אהרן (שנוי במחלוקת)

נה. הריב"ש

נו. מהרי"ו

נז. מטה שמעון

נח. מהר"ח אלגאזי תלמיד מהרי"ט

נט. הרדב"ז

ס. החות יאיר

סא. הרב ברוך טעם

סב. הרי"ף

סג. הרמב"ם

סד. הרמב"ן

סה. הרא"ה

סו. הרשב"א (שנוי במחלוקת)

סז. רבינו קרשקש

סח. התרומת הדשן

סט. מהר"ם מרוטנבורג

ע. הראב"ד

עא. המרדכי

עב. הנימוקי יוסף

עג. הרב המגיד

עד. מרן השו"ע

ה. המאירי

ו. הצמח צדק

ז. הפרי חדש

ח. מהר"י בן לב

ט. בנו מהרדב"ל לעניין בספק במוחזקות

י. הר"י הלוי

יא. משפט צדק

יב. הר"ש הלוי

יג. הר"ש חיון

יד. מהרש"ך

טו. מהרח"ש

טז. בנו רבי משה שבתאי

יז. הרב פליטת בית יהודה

יח. מהר"ב הלוי

יט. מהר"א סיראלוז,

כ. מהר"ם אלמושנינו

כא. מהר"ש בן ויליסיד

כב. מהר"ר דוד אגוזי

כג. שו"ת פני משה

כד. מהר"י אלפנדרי

כה. מהר"י די בוטון בספק במוחזקות

כו. הרא"ש

כז. הטור

כח. שבות יעקב

כט. הרב קנין פירות

ל. מהר"ם תאגיז

לא. שמש צדקה משם כל גדולי האחרונים

לב. ובנו רבי משה חיים מורפורגו

לג. הרב בית שלמה

לד. הגאון רבי ישראל יעקב אלגאזי

לה. הגאון רבי דוד פארדו

לו. הגאון רבי יוסף קובו בשם רוב האחרונים

לז. הרב בתי כהונה

לח. רבי אליה אלפאנדרי

לט. מוהרשד"ם

ומנגד אי אפשר להעלים עינינו לעשרות פוסקים קלו² אחרים הסוברים כרבינו הש"ך דספק בתפיסה היא תפיסה. ואנחנו לא נדע מה נעשה בהאי פלוגתא.

ומן שמיא אנהירו לעיינין מ"ש הג"ר אליקים גאטיניו [מחכמי איזמיר לפני מאתיים חמישים שנה] בספרו אגורה באהלך [ומוזכר במשנה ברורה סימן תרנא סק"ח, ובשער הציון סימן רד סקל"ט] (דף נב ע"א טור א וצינו הרב מטה שמעון סימן כה בכללי הקים לי אות נח

הכרעת
מהר"א
גאטיניו

במחלוקת)	עה. הרמ"א
ד. הרד"ך (הוכחת הש"ך בתקפו כהן סימן קב - קג)	עו. החלוקת מחוקק
ה. מהר"מ יפה (הוכחת הש"ך בתקפו כהן סימן קד)	עז. הרב משכנות הרועים
ו. הדרישה (שם)	עח. רבי יעקב גדישא
ז. חידושי הגר"ט בדעת התוספות (שנוי במחלוקת)	עט. רבי אברהם יצחקי
ח. מהרשד"ם	פו. קונטרס הספיקות
ט. מהר"א ששון	פא. קצות החושן
י. מהרש"ך (שנוי במחלוקת)	פב. הרב זרע אמת
יא. מהריב"ל (שנוי במחלוקת)	פג. אחיו מהרד"ך
יב. מהרדב"ל (שנוי במחלוקת)	פד. הרב באסאן בן דורו של הרב חיד"א
יג. כנה"ג (שנוי במחלוקת)	פה. הרב בית דוד מסלוניקי
יד. מהרר"ש (שנוי במחלוקת)	פו. הרב זכור לאברהם אלקלעי
טו. הרב פרח מטה אהרן (שנוי במחלוקת)	פז. הרב פנים במשפט
טז. הרב משכנות הרועים (סתר משנתו)	פח. הרב שערי רחמים פרנקן
יז. הרב טהרת המים	פט. הגאון שואל ומשיב
יח. הרב חקרי לב	צ. מהר"ש ענגיל
יט. בנו הרב ארח משפט (חזון)	צא. שו"ת דברי חיים
כ. הרב כהונת עולם	צב. מהר"ם שפירא
כא. התומים	צג. הרב תירוש ויצהר
כב. הרב נתיבות המשפט מליסא (יש לפקפק בזה)	צד. שיעורי רבי שמואל ורבי חיים מטלו בדעת התוספות
כג. מהרש"ף	צה. אורח משפט (אנוליק)
כד. מהר"י חאנדאלי	צו. הרב שושנת יעקב
כה. הרב דבר משה (שנוי במחלוקת)	צז. הגרע"א
כו. הרב אשר לשלמה	צח. המשנה למלך
כז. הרב שער אשר	צט. שם יוסף
כח. הרב פאת נגב	ק. הרב שערי תורה
כט. הרב תורת חסד (שנוי במחלוקת)	קלו ואלה שמות הגיבורים גדולי הפוסקים שהוזכרו במערכה זו הסוברים דוהו תפיסה:
ל. הרב לב מבין (כתב בקרקע וכ"ש במטלטלין)	א. הש"ך
לא. הרב נאמן שמואל	ב. הרשב"א (הוכחת הש"ך בתוקפו כהן סימן קב ושנוי במחלוקת)
לב. הרב חשק שלמה	ג. הרמ"א (הוכחת הש"ך בתוקפו כהן סימן קד ושנוי במחלוקת)
לג. הרב זכור לאברהם	
לד. הפתחי תשובה (אין הכרח ברור)	

דף יד ע"ב טור ג), שיצא לדון בבעל שמכר בנכסי צאן ברזל של אשתו בלא ידיעתה שדעת הרמב"ם (עיי' בהלכות אישות פרק כב הלכות טו - טז, ובהלכות מכירה פרק ל הלכה ה) דמכרו קיים, וכנגדו שמנה נסיכי אדם הלא המה הרי"ף (ביבמות דף כב ע"א מדפי הרי"ף) והרא"ש (ביבמות פרק ז סימן א דף סו ע"א) והר"ה (על הרי"ף ביבמות שם במאור הגדול ד"ה ואף על פי) והר"ח (מובא בטור אה"ע סימן צ עיפים יג-יד) והרמב"ן (במלחמות ה' על הרי"ף ביבמות דף כב ע"א מדפי הרי"ף), ועיי' במגיד משנה הלכות אישות פרק כב הלכה טו) והרשב"א (ביבמות דף סו ע"ב ד"ה והדין הזה, וכן גם דעת הריטב"א שם סו ע"ב ד"ה אם רצה הבעל) ור"י (ב"ב דף נ ע"א תורה אילמא, ובטור אה"ע סימן צ סימן יג - יד) ורי"א"ז (פסקי הרי"א"ז בכתובות פרק ו הלכה א) דס"ל דמכרו בטל. והגם שנראה שהקונה מוחזק ויכול לטעון קי"ל כהרמב"ם, כיון דלא ברירא לן אי מיקרי מוחזק אזלינן בתר רובא, ואף דלא ימלט מהפוסקים דס"ל דאף דלא ידעינן מי מקרי מוחזק, יכול התופס לומר קי"ל כמ"ד דאני מוחזק, מ"מ אפשר דהיכא דרובא דרבוותא סבירא להו דלא הוא מכירה, וגם רובא דרבוותא סבירא להו דלא מהני תפיסה בכה"ג דהוה ספק בתפיסה, אין לתפוס כהנך מיעוטא דמיעוטא. עכ"ד. ומעתה "אנדע די פשריה", דעשה רבינו אליקים פשרה בעניין, דאע"ג דבעלמא יש לומר קי"ל כהנך פוסקים דס"ל דגם בספק בתפיסה הוא תפיסה, היינו דוקא היכא דאותו מוחזק אין כנגדו רוב פוסקים באותו עניין שאומרים שאינו מוחזק, אך היכא דאיכא גם רוב פוסקים באותו עניין שאומרים שאינו מוחזק, וגם יש לפנינו דעת רוב הפוסקים דס"ל דכל ספק בתפיסה לא הוא תפיסה, הוי מיעוטא דמיעוטא, וכבר אמרו בגמרא בע"ז (דף לד ע"ב) דאפילו רבי מאיר דחייש למיעוטא לא חייש למיעוטא דמיעוטא. וכיוצא בסברא זו כתב החקרי לב (חאה"ע סימן מה דף ק ע"א טור ב) והו"ד לעיל (בדיני הקי"ל סימן יח). ע"ש. ובפני יהושע בפסחים (דף ב עמוד א ד"ה ומיהו בעיקר) כתב ע"ז, דהוה כעין ספק ספיקא. ע"ש.

ומעתה מה נאוו על ההרים (הם דברי תורה החמורים עיי' חגיגה דף י ע"א) רגלי מבשר משמיע שלום - הוא רבינו אליקים שעשה שלום במרומיו לבאר האי דינא.

ב) ואמרת אלקטה באמרי"ם מדברי רבותינו אם הם מסכימין ומעריכים לפשרה הנזכרת, ומצאתי בחפשי'ה להגאון רבי ניסים גבאי [אב"ד קושטא לפני כמאתיים וחמישים שנה] בשו"ת פאת נגב (סימן לא דף פח ע"א טור ב) שכתב, דהיכא דפליגי מי הוא המוחזק דאזלינן בתר רובא, היינו או בתר רובא בעיקר הדין, או בתר רובא דאמרי שזה המוחזק. וכן מתבאר מדברי הרב בית דוד (סימן עג קלז), והרב דבר משה (חומ"מ סימן כח קלח), ואף

קל"ז ולקמן (סימן צו אות ד) כתבנו להעיר בדברי קדשו. ע"ש.

קל"ח נראה שכונתו למ"ש שם הרב דבר משה (בדף לג ע"א טור א) בנידונו, דיכול שמעון להוציא אכסדרה לרה"ר כמו שהוציא ראובן. ואף אם

לה. ספר דברי הגאונים

לו. הרב שואל ומשיב

לז. רבי משה זקן מאזוו

לח. הרב שמחת כהן

לט. שו"ת מנחת יצחק ויס

שהרב פרח מטה אהרן (ח"א סימן כו) אזיל בתר רובא דעיקר הדין לא תברא, דהווי משום דסובר בנידונו דהמחלוקת שקולה מי הוא המוחזק. עכ"ד.

עוד כתב בשו"ת פאת נגב (ח"מ סימן מז דף קב ע"ב טור ג) בענין זה וז"ל, היכא דהמחלוקת בעיקר הדין שקול, נראה דאזלינן בתר רובא דאמרי מי הוא המוחזק. וכן היכא דהוי מחלוקת שקולה מי הוא המוחזק, אזלינן בתר רובא בעיקר הדין. ברם היכא דהני תרי רובי סתרי אהדדי, דרובא סברי דראובן הוא המוחזק, אבל בעיקר הדין רובא מסייעים לשמעון, מי אמרינן דכיון דהלכה כהרוב דסברי דראובן הוא המוחזק לא משגיחין אם רובא בעיקר הדין מסייעים לשמעון, שהרי כבר נפסקה ההלכה שהוא המוחזק, ויכול לומר קי"ל, או דילמא דהך מילתא דמצי למימר קי"ל כשניים מהמורים, היינו מטעם דלא אזלינן בממון אחר הרוב, כיון שהוא מוחזק, היינו היכא דליכא לספוקי כלל בחזקתו, אבל היכא דאיכא פוסקים דסברי דאינו מוחזק לא מצי למימר כמיעוט וחזר הדין דבתר רובא בעיקר הדין אזלינן. ובכהאי גוונא איכא לאיסתפוקי בהא דכתבו הרבה מן הגדולים ז"ל דהיכא דהמחלוקת היא בתפיסה עצמה, אי הווי תפיסה או לא, דאין לומר קי"ל אלא אזלינן בתר רובא, דאיברא דהיכא דהמחלוקת בעיקר הדין שקול, איכא למימר דאזלינן בתר רובא בענין אי הווי תפיסה או לא. וכן היכא דהמחלוקת שקול בענין התפיסה אזלינן בתר רובא בעיקר הדין. אבל היכא דהרוב סברי דהוי תפיסה, ובעיקר הדין רובא מסייעים לשני, או היכא דהרוב סברי דלא הווי תפיסה, אבל בעיקר הדין רובא מסייעי לתופס, היכי דיינינן. ובכל אלו החלוקות יש לעמוד בדברי הפוסקים, ומה שנוגע לנ"ד הוא, היכא דהרוב סברי דלא הווי תפיסה, אבל בעיקר הדין רובא מסייעי לתופס, שמתבאר מדברי מוהר"ש מתוך מ"ש (בסימן כט ובסו"ס עו), לענין תפיסה אחר שנולד הספק, דאע"ג דרובא סברי דלא הווי תפיסה, וסובר הרב שם דהיכא דהווי מחלוקת בתפיסה עצמה אין לומר קי"ל ואזלינן בתר רובא, אפילו הכי אם הרוב בעיקר הדין מיהא מסייעים לתופס, לא מפקין מיניה. והביא שכ"נ מדברי כמה מרבנותא. עכ"ל. ומדבריו יוצא שיש לנו לילך בכך דין בתר רובא בעיקר הדין. קל"ט

שהבאנו דהרב דבר משה סתר משנתו בזה.

ראובן פתח חלון באכסדרה מצד שמעון, יכול שמעון לבנות ולהאפיל בלי שום הרחקה אם הוא מנהג המדינה להוציא כל אחד ואחד אכסדרה לרשות הרבים לפני ביתו. והגם דבהא פליגי רבוותא מי נקרא מוחזק בהיזק ראייה המזיק או הניזק, אית לן למיזל בתר רוב דעות כמו שהסכימו הרבנים דכיון שכן רובא דרבוותא ס"ל דיוכל שמעון להאפיל בטענת קי"ל והדין דין אמת. ע"כ. חזינו ראינו דאע"ג שיש רבים הסוברים שהניזק הוא המוחזק, אזיל בתר רובא דעלמא דסבירא ליה דיכול לטעון המזיק בהיזק ראייה קי"ל, דהווי המוחזק. וע"ע לקמן (סימן צז) מה

קל"ט ובהמשך דברי הרב פאת נגב דמסיק (שם דף קג ע"א טור א) דבקרקע, כיון דמצאנו פוסקים רבים דס"ל דבכל ספיא דפלוגתא דרבוותא העומד בתוכו נקרא מוחזק ולא המרא קמא, אף שלפי הנראה רובא דרבוותא סברי דאף בפלוגתא דרבוותא המרא קמא הוא המוחזק ולא העומד בתוכו, מ"מ אם בעיקר הדין רובא מסייעים לעומד בתוכו, חזר הדין למ"ש הפוסקים דבכה"ג אזלינן בתר רובא ואין מוציאים אותה מיד הלוקח התופס. עכ"ד. ולפי זה יש

עוד ראייה
מדברי הרב
פאת נגב
לזה

ג) וכן מצאתי ראיתי שכתב עוד בשו"ת תורת חיים למהרח"ש (חלק ג סימן ט) דאמנם כל זה דלא מהניא האי תפיסה, היינו היכא דליכא אלא מעוטא דמסייעי ליה, אבל כל דאיכא רוב הפוסקים דמסייעי ליה בעיקר הדין מעיקרו נראה דאין מוציאים הממון ממי שהוא בידו. דכשרוב הפוסקים בעיקר הדין מעיקרו מסכימים עם התופס, איכא למימר דאז אין מוציאים מידו אלא מניחין הנכסים ביד מי שהוא בידו, כיון דרוב הפוסקים מסכימים בעיקר דינו והכי מסתבר. עכ"ד. וכיצ"ב כתב בשו"ת מהר"י בן לב (חלק ב סימן מא), דהוה לן למיזל בתר רובא בהך דינא כיון דליכא מוחזק, דהא בהא פליגי. ע"כ. וכן נראה מבואר בכנה"ג (סימן ד הגב"י אות כו) שכתב, דכיון דאין לומר בזה קים לי, אית לן למיזל בתר רובא, וכן הכרעת הפוסקים שכתבו דבספק בתפיסה לא מהני תפיסה, ולכן יש לילך אחרי רוב הפוסקים. עכ"ד.

סימן צב

ראיות מדברי רבינו הש"ך לחידוש הנוכח

א) ואשר ישלח את קצה המטה אשר בידו ויטבול אותה ביערת הדבש, הם דברי רבינו הש"ך הכהן הגדול מאחיו, וישב ידו אל פיו ותארנה עיניו, שנראה להביא ראיה ברורה בכמה מקומות מדברי קדשו דאע"ג דסובר דבספק בתפיסה הויה תפיסה, מ"מ היכא דאיכא רובא דרבוותא בעיקרא דדינא דס"ל דלא הויה תפיסה, גם איהו מודי ואזיל דיש לנו ללכת אחרי רובא אעיקרא דדינא.

הנה כתב הש"ך (י"ד סימן רנט סק"ו) בענין חזקת ספר תורה שרוצים היורשים להוציא מבית הכנסת, דדעת מהרש"ל (סימן טו), דהס"ת ברשות הקדש ולא כל כמיניה לאפוקי מחזקת הקדש, אלא א"כ התנה ברבים או בפני עדים בשעה שהקדיש. והביא דבדברי מהרי"ק מצאנו סתירה דלגבי כלי כסף שנתן בבית הכנסת בסתמא פסק (בשורש קסא) שהם בחזקת הקדש, ואילו בס"ת כתב (בשורש ע), שהוא בחזקת הבעלים ששמו נקרא עליו, ר"ל על מי שאומרים זה ס"ת של פלוני. והביא מ"ש לבאר בזה בתשובת מהר"י כהן מקראקא (סימן כא), דבס"ת שדרך ומנהג העולם להניחו בבית הכנסת וידוע, דשם האב נקרא על הס"ת, א"כ מי יוציאה מחזקת האב, כי מה שהניח הס"ת לשם - אין ראיה שהיא של הקהל, כי בזמנים אלו עיקר כתיבת ס"ת להניח לקרות בס"ת ברבים, וגם קדושתו

ראיה
מדברי
הש"ך
בענין
חזקת ס"ת

יש לומר כן בשו"ת באר מים חיים (ח"א חו"מ סימן ו) [לרבי ניסים חיים רפאל מוצירי זצ"ל מחכמי יון לפני יותר ממאתיים שנה] שג"כ כתב לגבי תפיסה בקרקע דיש לנו ללכת בתר רובא בעיקרא דדינא. ע"ש. ודון מיניה ומיניה. ועיין לקמן (סימן קלה אות ד).

לומר דכ"ש שהדין כן במטלטלין, דשייך בהם טפי דיני תפיסה, ואם בעיקר הדין רובא מסייעים לתופס, אע"ג דהוה ספק בתפיסה אין מוציאים מידו. וה"ה להיפך דהיכא דהוה רובא בעיקר הדין הסוברים ואומרים דא"ז של התופס - לא תועיל תפיסתו. וכן

גדול ואין ראוי בכל מקום להניח ס"ת, ולכן אין ראייה, כי אף שהניחוהו שם בבית הכנסת, אין ראייה שהקדישו. אבל הכלי כסף אין המנהג להניחם בבית הכנסת, ובאם לא הקדישוהו לא היו מניחים אותם בבית הכנסת, רק היו משתמשים בהם בבית הכנסת בשעת הצורך, ואחר כך היה לוקחם לביתו. וכתב ע"ז הש"ך וז"ל, וסברותיו נכונים ומתיישבים על הלב. וגם במה שחילק בין כסף לס"ת, סברא נכונה היא, כי קשה להוציא דבר מחזקת בעליו אם לא בהוכחה מבוררת. והארכת בדיון ס"ת, כי שמעתי שרב אחד פסק גם בס"ת שהיא של הקדש, לכן הוצרכתי להביא ראייה ולהאריך בראיות וטעמים דלא כוותיה. עכ"ד. ולכאורה יש לעיין אמאי לא יוכלו הגבאים עצמם לומר קים לי כהנך רבוותא, והלא הם תפוסים ועומדים, והגם דהוי ספק בתפיסה עצמה שדין זה עצמו שנוי במחלוקת הא דעת הש"ך גופיה דמהני תפיסה בכה"ג. [וכ"ש אי נחשביה לתפיסה בפלוגתא דרבוותא, ולא כספק בתפיסה דכתב הש"ך בתקפו כהן (סימן קז) דרוב הפוסקים סוברים דמהני תפיסה בכה"ג] ואשר יראה בזה דכיון דשיטת מהרש"ל היא שיטת מיעוט הפוסקים, שכנגדו עומדים דברי המהרי"ק ומהר"י מקראקא, וכן מבואר בפשטות בשו"ע (או"ח סימן קנ סעיף כ), וכן הסכמת הרמ"א, דאין הציבור יכול להחזיק בס"ת, לא חש רבינו הש"ך להך שיטה לומר קים לי, דאף דספק בתפיסה מהניא, לא מהניא כנגד הכרעת רוב הפוסקים קמ

וכאמור. קמא

קמ' ובתשובה בענין הזה לקמן (סימן קיא) שהבאתי בס"ד שכ"ד שבעים פוסקים.

קמא וידעתי בני ידעתי שיבואו להשיבני, שלא זו הדרך ולא זו העיר בהבנת רבינו הש"ך, שהרי בדברי מהר"י מקראקא מפורש, שהטעם והסיבה לזה שבס"ת אין לומר שהקדישו לגמרי משום 'שבזמנים אלו עיקר כתיבת ס"ת להניח לקרות בס"ת ברבים, וגם קדושתו גדול ואין ראוי בכל מקום להניח ס"ת, ולכן אין ראייה, כי אף שהניחוהו הוא לשם בבית הכנסת אין ראייה שהקדישו'. וא"כ זו הסברא דאורייתא דלא התכון להקדישה, ולא מכיון דלא אמרינן קי"ל בספק בתפיסה כנגד ריבוי פוסקים, מה גם דכוליה האי הוה ליה לרבינו הש"ך לפרש שזה טעמו. והשב אשיב לו, דאי משום הא, לא היה לש"ך לפסוק כדברי מהרי"ק, דהלא גם בזמן רבינו המהרש"ל [שנולד בשנת ה' ר"ע, שלושים שנה אחר פטירת מהרי"ק בשנת ה' ר"ם] עיקר כתיבת ס"ת היתה כדי לקוראה בציבור, וגם כן לא היה ראוי בכל מקום להניח ס"ת, וא"כ יש לומר דאין ראייה ממה שנתנו הס"ת בבית הכנסת שהקדישוהו, ואפילו הכי

פסק מהרש"ל דאין הס"ת יוצא מחזקת הציבור. וע"כ דלא שמיע ליה כלומר לא סבירא ליה הני סברות, וא"כ הדרא קושיא לדוכתה, דאמאי לא חש רבינו הש"ך לומר קים לי כמהרש"ל בזה. ולביאורינו אתי שפיר היטב דלא חש לדעת מהרש"ל מהאי טעמא. וגם אין לומר משום דדעת מהרש"ל הוה דעה יחידאה ובכה"ג ל"א קי"ל, דבשו"ת אך טוב לישראל (ח"ה סימן כד אות ה) מצאנו לו חבר הוא מהר"ם אלשיך (סימן כז) שכתב כוותיה. [ושו"ת מהר"ם אלשיך היה לפני עיני קדשו של רבינו הש"ך שהרי מזכירו כמה פעמים בחיבורו הגדול על השו"ע אפס קצחו תראה בחו"מ סימן עד ס"ק כז ובסימן ככו ס"ק קה ועוד. ואפשר שידע רבינו הש"ך מדבריו בזה ולא חש להזכירן כיון דלית הלכתא כותיה]. וע"כ לומר, דכל כהאי גוונא דרוב הפוסקים בעיקרא דדינא כתבו דלא הוה תפיסה גם רבינו הש"ך מודה ואילו לזה. והגם שבספר תקפו כהן כשדן בנידונים אלו לא נחית להאי חילוקא. מ"מ דברי תורתו עניים במקום אחד ועשירים במקום אחר. ועיין לקמן (אות ג), שמצאתי בס"ד שהדברים נרמזים בספר תקפו כהן.

(ב) עוד יש להביא ראיה מדברי הש"ך במקום אחר, דהנה כתב מרן השו"ע (חו"מ סימן רמ"ב קכח סעיף א) וז"ל, הפורע חובו של חבירו שלא מדעתו, אפילו היה בשטר, ואפילו היה עליו משכון ונטלו זה שפרע, אין הלוח חייב לשלם לו, ונטל משכונו בחנם, והרי אבד זה הנותן, מעותיו. ואפילו אם היה המלוה דוחקו לפרוע, שמא היה הלוח מפייס את המלוה ומוחל לו. ע"כ. וכתב הרמ"א בהגה וכן נראה לי עיקר. ודלא כיש חולקין ואומרים דחייב לשלם (טור בשם ר"ת והרא"ש). עכ"ד. אמנם בסמ"ע (שם ס"ק ג) כתב, דנראה לו עיקר כיש חולקין ואומרים דחייב לשלם, וכמ"ש הטור דכן היא דעת הרא"ש דס"ל כר"ת, ובפרט מאחר שמהרי"ו [המובא בציונים שם] שהיה בתראי ג"כ פסק כוותיהו. עכ"ד. וכה"ג כתב הב"ח (שם אות ב, והביא דבריו הש"ך ס"ק ה) דדעת הרא"ש כר"ת, והלכך ה"ל ספיקא דדינא והמע"ה ואי תפס הפורע לא מפקינן מיניה. עכ"ד.

כל קבל דנא ראיתי דרבינו הש"ך (שם ס"ק ה) רוח אחרת היתה עימו וגלייה לדרעיה ונפל נהורא בבית מדרשא וזת"ד, דהעיקר כמו שכתבו רבותינו בשולחן ערוך דהפסיד הפורע מעותיו. ואפילו תפס הפורע, מפקינן מיניה לפי שכן נראה עיקר בש"ס דילן. גם אביא בסמוך יותר משלשים פוסקים דסברי כן. וא"כ פשיטא דהחולק בטל בשלשים. דאפילו יסברו הרא"ש ומהרי"ו כן, יחידים הם נגד כל הנך רבוותא יותר משלשים פוסקים. עכ"ד. וכ"כ הגר"י איבשיץ וצ"ל באורים (סימן קכח ס"ק ה) דהנכון עם הש"ך דרוב הפוסקים ס"ל כן. עכ"ד.

ולא אבין נפלאות ממני ולא אדע, יען דכבר כתב הש"ך בספרו הקדוש תקפו כהן (סימן קז), דבכל פלוגתא דרבוותא מהני תפיסה, ושכן כתבו יותר מארבעים פוסקים גדולים ומפורסמים דמהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא, ואין לך עין יפה יותר מזה התורם מארבעים. עכ"ד. וא"כ כאן שמצאנו ראינו שכן דעת ר"ת והרא"ש והטור ומהרי"ו והסמ"ע והב"ח, הלא יש לנו לומר דכל אלה חברו יחדיו אל כל אותם ארבעים פוסקים הסוברים דמהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא ויחד יעלו ארבעים וששה פוסקים דסבירא להו בנידון זה דיהני ביה תפיסה, וא"כ אמאי כתב רבינו הש"ך דדעת המיעוט הכא בטילה בשלושים, הלא אינם המיעוט, ולא תשחית בעבור הארבעים וששה. ולדרכינו מה נאוו הדברים והם מתוקים מדבש ונופת צופים, דאתה הראת לדעת דשפתי רבינו הש"ך ברור מיללו, דכל כהאי גוונא יש לנו ללכת אחרי רובא בעיקרא דדינא. וכיון דרובא דרבוותא בעיקר הדין פסקו דאין חייב הלוח לפרוע למי שפרע לו. לא משגחינן במה שיש פוסקים רבים ככל שיהיו הסוברים דמהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא. ומעתה דון מיניה לנ"ד דגם לדעת רבנו הש"ך היכא דבעיקר אותו הדין שאנו דנים, רוב הפוסקים סוברים דא"ז של התופס, אע"ג דבעלמא סבירא ליה לרבינו הש"ך דהויא תפיסה, בכה"ג לא הויא תפיסה.

ועל זה וכיוצ"ב אמר הכתוב "בדרך עדותיך ששתי כעל כל הון" (תהלים קיט, יד), ברוך שנתן תורה לעמו ישראל, וברוך שבחר בהם ובמשנתם.

ג) ולכשנדקדק נראה שהדבר מבואר ורמוז ביני שיטי בדברי רבנו הש"ך בתקפו כהן (סימן קב) שכתב להביא ראיה דספק בתפיסה עצמה היא תפיסה, ממ"ש בתשובת הרשב"א (ח"א סימן שיא), דטעמו של הרמב"ם שפסק בספק בכור, דתקפו כהן אין מוציאין מידו, משום דפסק כרב המנונא (בבא מציעא דף ו ע"ב), דאף על גב דרב חנניא ודאי ס"ל דתקפו כהן מוציאין מידו, כל היכא דפליגי תרי אמוראי, ולא איפסקא הלכתא כחד מנייהו, מספיקא לא מפקינן ממונא ממאן דתפיס, אלא ממונא היכא דקאי ליקום. עכ"ל. אלמא, אפילו היכא דפליגי בתפיסה עצמה, לא מפקינן ממאן דתפיס. ואף על גב ששאר כל הפוסקים ס"ל גבי ספק בכור תקפו כהן מוציאין מידו וכמו שכתבו התוספות (ב"מ דף ו ע"ב ד"ה פוטר), וכמו שמשמע באמת פשט הסוגיא בבבא מציעא (שם), אבל מכל מקום ילפינן שפיר מתשובת הרשב"א, דבעלמא היכא דקי"ל דמהני תפיסה בפלוגתא דאמוראי או דרבוותא, אפילו היכא דפליגי בתפיסה עצמה, דינא הכי. וספק בכור שאני מכמה טעמים וכמו שחלקתי לעיל (סימן ה). עכ"ד. וחזינן מהכא שפסק הש"ך בדין דתקפו כהן דמוציאין מידו, וכ"כ להדיא בריש ספרו תקפו כהן (סימן א), דהגם דדעת הרמב"ם דתקפו כהן אין מוציאין מידו ונראה שכ"ד הרשב"א (במשמרת הבית דף מו ע"א ובתשובה ח"א סימן שיא) וכ"פ השו"ע (יורה דעה סימן שטו סעיף א), מ"מ לדינא תקפו כהן מוציאין מידו דכן דעת רוב הפוסקים. עכ"ד. ועיין עוד בדבריו (בסימן ב) שכתב שגם דעת הסמ"ג (עשין ריג) כהרמב"ם, דתקפו כהן אין מוציאים מידו. ושכן נראה דעת מוהרד"ך (בית ב סימן ט) שכתב לדברי הרמב"ם, והוסיף דלא מצאנו שהראב"ד חלק ע"ד. עכ"ד. ומשמע דלדעתו גם דעת הראב"ד כן. ובתקפו כהן (סימן ה) הביא מדברי המהרד"ך (שם) שכתב, שנראה שגם דעת הרי"ף כהרמב"ם דתקפו כהן אין מוציאין מידו. ע"ש. ולכאורה תמוה הלא רבנו הש"ך הוא בעל הדעה דמהני תפיסה גם כשיש ספק בתפיסה, והיאך שביק כל הני רבוותא הרמב"ם וסיעת מרחמוהי ופסק דתקפו כהן מוציאין מידו ולא יוכל הכהן לומר קי"ל כהנך רבוותא. ולדרכינו ניחא דכיון דהכרעת רובא דרבוותא דתקפו כהן מוציאין מידו כן יש לנו לפסוק, ואע"ג דבעלמא פסקינן דמהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא או בספק בתפיסה, הבו דלא לוסיה עליה, שתחשב תפיסה מספק כתפיסה גם במקום שרוב הפוסקים בעיקרא דדינא חולקים על מוחזקותו. וכמשנ"ת.

סימן צג

עוד ראיה מהש"ך והקצות החושן דיש לילך בתר רובא בעיקרא דדינא

דיו מעמד
שלושתן
בגוי

וראה ראיתי למרן השולחן ערוך (חושן משפט סימן קכו סעיף כב) שהביא מחלוקת הפוסקים אם קנה במעמד שלושתן כשהנפקד או הלווה גוי, ואמר לו ישראל המפקיד או המלווה, תנהו לישראל פלוני במעמד שלושתן, דיש מי שאומר שאין חילוק בין ישראל לעובד כוכבים במעמד שלושתן. ויש מי שחולק ואומר שאם הנפקד או הלווה עכו"ם לא

קנה. וכתב ע"ז הרמ"א בהג"ה דבכל ענין אם כבר נתן העובד כוכבים מה שבידו לישראל המקבל, אין מוציאים מידו. וכן בכל מקום שאין הקנין נתפס בו, אם זכה וקבלם כבר, שוב לא מפקינן מיניה. עכ"ד. וכן כתב הרמ"א לעיל (ח"מ סימן סו סו"ס יז), ומקורו שהור בתרומת הדשן (סימן שיג). והש"ך (סימן סו ס"ק סו, ובסימן קכו ס"ק צד) חלק ע"ד וכתב, דכיון דאין קניין כיצד יהני תפיסתו, ולכן פסק דלא מהני ליה תפיסה. ע"ש.

ורבינו הקצות החושן (סימן קכו ס"ק טו) הביא דברי הש"ך, ונטה מדבריו ומסיק, דבודאי צ"ל דסבירא ליה לתרומת הדשן, דמהני תפיסה בכל דבר שלא היה קנין המועיל, והכא מדין תפיסה אתי עלה. וא"כ מ"ש הש"ך (בסימן סו שם) דגם התרומת הדשן לא סבירא ליה דיועיל תפיסה, וחולק על הדרכי משה (שם סעיף יח) והגידולי תרומה (שער נא ח"ד סימן א) שהבינו כן מדברי התרומת הדשן ע"ש, לא כיון יפה בזה. עכ"ד.

והנה לפי דרך לימודנו נראה, דנידון זה מישך שייך לדיני תפיסה, אי מהני תפיסה בכל דבר שלא היה בו קניין מועיל. דדעת הש"ך דליכא למ"ד דמהני תפיסה בכה"ג, ולדעת הקצות החושן מהני תפיסה, ושכן דעת כמה וכמה מרבוותא.

ומעתה הוי מחלוקת בתפיסה וככל דין ספק בתפיסה, דבמה שחלק הש"ך וכתב דליכא למ"ד דמהני תפיסה בכה"ג, הטיל ספק בתפיסה עצמה. וקשה להלא לשיטת הש"ך דספק בתפיסה הויא תפיסה, וכנגדו רבינו הקצות החושן התבררה דעתו לעיל (סימן נב) דסובר דספק בתפיסה לא הויא תפיסה. וכאן נמצא "ונהפוך הוא" לדינא, דלדעת הש"ך שכתב כאן דליכא למ"ד דתועיל תפיסה בכה"ג, אי הוה מחלוקת בתפיסה, יש לנו לפסוק לשיטתו בעלמא דהויא תפיסה. ולדעת הקצות החושן שכתב דאיכא כמה מ"ד דסבירא ליה דמהני תפיסה בכה"ג, כאן דהוה ספק בתפיסה יש לנו לפסוק לשיטתו בעלמא דלא הויא תפיסה.

ונראה להוכיח מהכא דבכל ספק בתפיסה יש לנו ללכת בתר רובא בעיקר הדין, דגם רבינו הש"ך וגם רבינו הקצות"ח אולו הכא בתר רובא בעיקר הדין, ולא בתר רובא דעלמא דדיני תפיסה. ולכן הש"ך דכתב דליכא מ"ד דסבר דמהני תפיסה בכה"ג, פסק דכיון דאין קניין לא מהני תפיסתו, משא"כ הקצות החושן דהוכיח שכן דעת הרב תרומת הדשן והרב גידולי תרומה והרב דרכי משה, נמצא שבעיקרא דדינא רובא דרבוותא ס"ל דמהני תפיסה כנגד דעת הש"ך ולכן פסק דהוה תפיסה. ודו"ק.

סימן צד

ראיה מהרב חקרי לב דיש ללכת בתר רובא בעיקרא דדינא

וכאשר דימיתי כן ראיתי להרב חקרי לב (ח"מ סימן צד) שכתב להדיא כן, דראשית אמריו עלה ונסתפיק ע"מ שכתב הטור (ח"מ סימן קז ס"ג) בשם הרא"ש ז"ל, דהאידינא

שתקנו הגאונים לגבות מטלטלי דיתמי, כל שיעבוד וסמך המלוה על מטלטלי כמו על מקרקעי וכופין אף במטלטלי. וכן עמא דבר. ע"כ. וכ"כ הרמב"ם (הלכות מלוה ולוה פרק יא הלכה יא) שכבר תקנו הגאונים האחרונים שיהא בעל חוב גובה מהיתומים ממטלטלי שירשו מאביהן, וכן דנין ישראל בכל בתי דינים שבעולם. עכ"ד. ויש להסתפק בזה בחוב שאינו ברור ותפס ויש לו מיגו, אי אחר תקנת הגאונים חשיב תפיסה וגובה, או לא חשיב תפיסה ומפקינן מיניה, כיון דיש סוברים דגם בזמנינו תפיסה דלאחר מיתה אינה כלום, גם בדאית ליה טענת מיגו.

ומסיק החקרי לב, דדעת גדולי האחרונים דכל שהמחלוקת בתפיסה לא מצי אמר קי"ל, ואף דהסכמת רבני האחרונים דאפילו הכי מצי אמר קי"ל כמו שהביא דבריהם הרב חשק שלמה והרב מטה שמעון, קמ"ב הרי ידוע דכל ספק או מחלוקת הפוסקים בתקנה יד בעל התקנה על התחתונה אף שהוא מוחזק, דמספק אוקמה אדין תורה כמ"ש הרא"ש (כלל נה סימן ז), והביאו הטור (אהע"ז סימן קיח), וכ"כ מהריב"ל (ח"א סימן מה ומו), ומהריק"ש בתשובה (סימן סח), ובתשובת גינת ורדים (חומ"מ כלל ו סימן ה), והרב משנה למלך (הלכות מלוה פרק כא הלכה ח). ואף אם ימצא חולק בזה שגם בתקנה מצי המוחזק לומר קים לי, מ"מ בצירוף דהוי ספק בתפיסה יש לצדד דלא מצי אמר קים לי. עכ"ד. קמ"ג הרי שלך לפניך דהגם שאם נמצא דיש מי שסובר שגם בתקנה המוחזק מצי אמר קים לי, כיון דרובא דרבוותא לא סבירא להו הכי, והוה רובא בעיקרא דדינא, ואף שלדעתו יש לנו לפסוק בעלמא דספק בתפיסה הויה תפיסה, מ"מ צרוף צורף לדעת גדולי האחרונים דלא מהני תפיסה בספק בתפיסה, וכל כהאי גוונא יש לצדד דלא יכול לומר קים לי.

מחלוקת
הפוסקים
בתקנה

סימן זה

מקב"ץ ועולה לדברי הפוסקים הסוברים דאזלינן בתר רובא בעיקרא דדינא

וכן נראה דעת הכנה"ג דיש ללכת בתר רובא בעיקרא דדינא. וכ"נ דעתו בשו"ת בעי חיי בשמונה מקומות (ח"א חומ"מ סימן צח דף קיב ע"ב ריש טור ג, ובסימן צט דף קיג ע"א טור ב, ובסימן קא דף קיד ע"א טור ב, ובסימן קב דף קיד ע"ב טור ד, ובסימן קד דף קיח ע"ב טור ד, ובסימן קה דף קכא ע"א סוף טור ב, ובסימן קז דף קכו עב טור ג, ובסימן קט דף קכט ע"ב טור ג), שסובב הולך אחרי עיקר זה, דכל היכא דבהא פליגי מי הוא המוחזק, אינו נקרא מוחזק ואית למיזל בתר רובא דרבוותא בעיקר הדין. ע"ש.

דעת
הכנה"ג

טור א) חולק ע"ז, וס"ל, דגם בספק תקנתא ובתפיסה מספק יכול התופס לומר קים לי. ואמנם כבר הבאנו לעיל (סימן לה) שהעירו ע"ד הרב בני אברהם שטר משנתו בזה. ואכמ"ל.

קמב עיין לעיל סימן לה.
קמ"ג ולפור' נראה דהגאון רבי אברהם מיוחס [מחכמי קושטא לפני כמאתיים חמישים שנה] בספרו בני אברהם (חלק אבן העזר סימן א דף יב ע"א

וכן דעת כל רבותינו הנזכרים לעיל שענו ואמרו כולם כאחד דבכל ספק בתפיסה לא הוא תפיסה ויש לנו לילך בתר רובא דהיינו בתר רובא בעיקרא דדינא, ולא בתר רובא דעלמא, כיון שכבר הכריעו דבעלמא לא הוא ספק בתפיסה. וכן נראה דעת האב ובנו רבי שמשון מורפורגו בשו"ת שמש צדקה (שאלה לו דף מ"ד טו"ד). ומר ברי"ה רבי משה חיים מורפורגו (שם חו"מ סימן ב דף טו ע"א טור ב). וכ"כ הגאון רבי ישראל יעקב אלגאזי זצ"ל [מח"ס ארעא דרבנן ואביו של המהרי"ט אלגאזי מחכמי איזמיר והיה הראשון לציון לפני כשלש מאות שנה] בספרו נאות יעקב (סימן ג דף י"ב ע"ג), דכל היכא דאעיקרא דדינא מי מוחזק אנן קיימין, לא שייך למימר קי"ל ויש לנו ללכת בתר רוב דעות. עכ"ד.

וכן נראה דעת הגאון רבי דוד פארדו בשו"ת מכתם לדוד (ח"ב חו"מ סימן לד דף רלו ע"ב טור ד). ע"ש. וכ"נ מתשובת הג"ר אליה אלפאנדרי זצ"ל, והיא לו נדפסה בשו"ת גבעות עולם למהר"י קובו (סימן לד דף סז ע"ב טור ד). וכ"נ דעת הרב בשו"ת פני משה (ח"א סימן צא דף רכח ע"ב טור ד). ע"ש.

עוד נראה שכ"ד הג"ר אברהם ענתבי זצ"ל בשו"ת מר ואהלות (חלק חושן משפט סימן לג דף קלג ע"ב טור ג). ע"ש. וכן מבואר בשו"ת משנת ר' אליעזר די טולידו (ח"א חו"מ סימן יא דף לד ע"ב טור ג ובח"ב חאה"ע סימן יח דף ע ע"א טור ב). ע"ש. וכ"כ הרב משכנות הרועים אלחייך (מערכת הש' אות כה דף שיח ע"ב טור ג). וכ"נ מדברי הרב שושנת יעקב שטיינר (דף לו ע"ב טור ד) וכתב שם שכן דעת הרמ"א.

סימן צו

עוד פוסקים ההולכים בתר רובא בעיקרא דדינא

א) ויגעתי ומצאתי כדי מידתי מדברי הפוסקים אלה נוספו על הראשונים חברים מקשיבים חבל נביאים דכולהו סבירא להו להאי מילתא דבכל כהאי גוונא דאיכא ספק בתפיסה יש לנו ללכת אחר רובא בעיקרא דדינא ואלה שמותם למספר שמות כל זכ"ר:

ראשית אמרינו עיין לכהן הגדול מאחיו רבי פרחיה אהרן שאמר עם הספר בשו"ת פרח מטה אהרן (חלק א דף סז ע"א טור ב) לדון בענין מי נחשב מוחזק בהיזק ראיה, ושמצאנו בהיא דרבה (ב"ב דף לב ע"ב) דהיכא דקאי ארעא תיקום יש שיטות אחרות האומרות דאוקי ארעא בחזקת מאריה. וא"כ גם כאן יאמרו כן, נמצא דאיכא פלוגתא דרבוותא מי הוה מוחזק, ובכיוצ"ב כתב מהריב"ל (ח"ב סימן מא) ומהרש"ח (סימן לו) ופוסקים אחרים, דאזלינן בתר רובא. ובנ"ד רוב הפוסקים מסייעים לבעל החלונות, במחלוקת אם יכול לבנות ולהאפיל כנגד חלונותיו אפילו שפונים לחצירו, דלא יכול לבנות כנגד חלונותיו דנחשב הוא מוחזק בהם. ובא בשניות הרב פרח מטה אהרן (סימן מח דף צח ע"ב טור ג) ואסף וקיבץ כל הדעות לנידון זה בטוב טעם ומסיק, דכיון דהוי פלוגתא

דעת הרב פרח מטה אהרן

דרבוותא אי הוה מוחזק או לא, בהא לא מצי למימר קי"ל, דכמו שיש מסייעים למזיק לומר קי"ל, כן יש פוסקים מסייעים לניזק לומר קי"ל והוה ליה כאילו אין אחד מהם מוחזק, והדין הוא דאזלינן בתר רובא, ורוב הפוסקים מסייעים לניזק בדין זה של עשן. וכ"כ בכנה"ג (חור"מ סימן קנג הגה"ט אות כא) ונאספו שמה כל הפוסקים האחרונים שהסכימו לזה. ע"כ. ואל השלושה ל"ו בא הרב הנזכר (סימן עח דף קנ ע"ב טור ג), שג"כ כתב כן. ומכל הני מילי חזינן דדעת הרב פרח מטה אהרון דיש ללכת בתר רובא בעיקרא דדינא.

וכן מצאתי בשו"ת הון רב להגאון רבי רפאל אלעזר נחמיאש [אב"ד שלוניקי לפני מאתיים וחמישים שנה] (חלק ב בחלק התשובות סימן יא דף סד ע"א טור ב) שעלה לדון מי נחשב מוחזק בהיזק עשן של תנור וכיריים, והביא דברי 'הכהן הגדול קדוש ה'" (כונתו להרב פרח מטה אהרן בסימן מח דף צח עב טור ג והר"ד לעיל) שכתב, דאזלינן בתר רובא אעיקרא דדינא. ושכ"נ בכנה"ג (סימן כה הגהב"י אות מ).

דעת מהר"א נחמיאש

וכן מצאתי ראיתי לרבי אליהו אלפאנדרי [ראש רבני קושטא לפני כשלוש מאות שנה מחבר ספר מכתב מאליהו], שהעד העיד בנו האיש בתשובה שהובאה בשו"ת גבעות עולם לרבי יוסף קובו, (חור"מ סימן לד דף סז ע"ב טור ד), דכבר לימדונו רבותינו האחרונים ז"ל הלא המה מהרשד"ם ומהרימ"ט ומורי הר"ם ז"ל בכמה מתשובותיו דכל שיש ספק בתפיסה הדר דינא לדין התורה הגמור דאחרי רבים להטות, וע"ש בנידונו דאזיל בתר רובא בעיקרא דדינא. ע"ש. וכן כתב הגאון רבי חיים יצחק [מחכמי שלוניקי לפני כמאתיים שנה] בספרו אהל יצחק בשלש תשובות (חושן משפט סימן ג דף מה עא ריש טור א, סימן ד דף מו ע"ב טור ג, וסימן ה דף מז ע"א טור א) שדן בעניין קרקע בחזקת מי [דהיינו פלוגתא דהרשב"ם והתוספות שיובא לקמן בעזה"ת (סימן קטו אות א) ע"ש], ומסיק, דכיון דבהא פליגי מי הוא המוחזק אין לומר קים לי, וחזר הדין לסיני דאחרי רבים להטות. ודן שם בכל עניין על פי רובא בעיקרא דדינא. ע"ש. ועיין להרב ארח משפט חזן (חור"מ סימן כה דיני תפיסה אות סד) שכתב דגם לדעת מהר"י הלוי ז"ל שסובר דל"א קי"ל היכא דפליגי בקי"ל עצמו (והר"ד לעיל סימן מא אות א), מ"מ אם רוב מהפוסקים הם הסוברים דהוי מוחזק, מודה מהר"י הלוי ז"ל דיכול לומר קי"ל עיין בתשובת מהר"ש פרימו בספר כהונת עולם (סימן טו"ב). עכ"ד. וגם מדבריו שמענו דאזלינן בתר רובא בעיקרא דדינא.

דעת מהר"א אלפאנדרי

ב) וכן בקודש חזיתי לרבי אליהו חיון זצ"ל בתשובה והיא ל"ו נדפסיה בשו"ת תנא דבי אליהו מני (סימן כב עמוד קכו הוצאת אהבת שלום) שישב על מדוכה זו ומסיק בנידונו, דהנה כתב הרב כנסת הגדולה (סימן קנג סוף אות כא) דהיכא דבהא פליגי מי מקרי מוחזק המזיק או הניזק [וכגון בהיזק ראייה דפתיחת חלונות דהוא פלוגתא דרבוותא וכמ"ש לקמן (סימן קכח) ע"ש]. אית לן למיזל בתר רובא, והיינו רובא בעיקר הדין. וכמ"ש הרב פרח מטה אהרן. עכ"ד.

דעת מהר"א חיון

ובהמשך דבריו כתב מהר"א חיון דהרב לחם שלמה בולה (בסוף קונטרס חזקת הבתים בדף קלג ע"א), השיג על הרב פרח מטה אהרן דאיך כתב דרוב הפוסקים סבירא להו דיכול לעכב עליו מלבנות, דהלא רוב הפוסקים סבירא להו דהמזיק הוא המוחזק. ובזה הרב לחם שלמה לשיטתיה אזיל דס"ל (בסוף קונטרס חזקת הבתים דף קלו ע"ד) דאזלינן בתר רוב דעות מיהו הנקרא מוחזק. ולכן השיג על הרב פרח מ"א. ולפי האמור לא קשה מידי אחרי הסליחה רבה, דהרב פרח מ"א לא איכפת ליה כי אם ברובא דעיקר הדין וכמו שכתב בהנך תלת דוכתי. עכ"ד.

ג) עוד חמותי ראיתי בשו"ת פני אהרן אמארליו (חור"מ סימן לה) שצדיק עתק תשובת רעהו רבי משה לידידי זצ"ל [כך שמו, והיה מחכמי סלוניקי לפני יותר ממאתים וחמישים שנה, והוא הרב המגיה של ספר סם חיי לרבי חיים עשאל זצ"ל, וכן חיבר ספר דרשות מעשה ניסים על מר חמיו רבי ניסים שויליו זצ"ל] שכתב שם (דף קלא ע"א טור א) לחקור היכא שיש ספק בין הבכור לפשוט בממוץ, מי נחשב מוחזק, וכתב ע"ז וז"ל, וראיתי למוריני הרב נר"ו^{קמב} שכתב, דהא דאמרינן דהיכא דבהא פליגי מי הוא המוחזק, ואין שום אחד מהם תפוס דאזלינן בתר רובא, היינו בתר רובא שאומרים שהוא המוחזק, ולא בתר רובא דעיקר הדין, ונראה דרבים הם הסוברים דהפשוט הוא מוחזק. עכ"ד. ואנכי תמיה דמנא ליה, זה דמאי חזית דנתפוס האי רובא ולא האי רובא, דאם נתפוס רובא דינא א"כ אין עדיפותו של פשוט כלל, ואדרבא יש לנו לתפוס רובא דעיקר דינא, איבעית אימא סברא איבעית אימא גמרא, אבע"א סברא, דמאחר דהא דהמוחזק מצי למימר קים לי כמיעוט נגד רבים הוא קלישא, וכמעט ולא נתפשט בין הפוסקים, וכמ"ש בספר בני אהרן לפפא (סימן כד, והובאו דבריו לעיל סימן ב אות א) שהאריך מדברי הפוסקים בחולשת האי קים לי, ועיננו הרואות כמה הפליגו לדבר בחולשת האי קי"ל, היאך נקום אנן ונעזוב רובא דמינכר שהוא הדין דין אמת לכו"ע, ונתפוס עיקר הטפל שהוא הקי"ל שהוא מוחזק.^{קמח} ודיו שהחזיקוהו היכא שהוא מוחזק ממש וכמ"ש דגדול כח המוחזק, אבל היכא שאינו תפוס לא זה ולא זה, משום דרבים דאית ליה דהפשוט מוחזק לא אמרינן דנחשב מוחזק, ולא עזבינן רובא דינא דהדין עם הבכור. ואיבעית אימא גמרא - דיש למיגמר זה מדברי רבותינו הפוסקים שכ"כ מהרח"ש (בח"ג סימן מט) בהדיא, דהגם דאזלינן בתר רובא דעלמא דאע"ג שהוא תפוס אין תפיסתו תפיסה בספק בתפיסה, מ"מ אי איכא רובא בעיקר הדין מצי למימר קים לי אף שלרוב הפוסקים אין תפיסתו תפיסה. ע"ש. וכן דעת הרב כרם

פוסקים דבעלמא דנים אותו כמוחזק ורק לאחר שנחשיבו למוחזק יוכל לטעון: 'קים לי כמיעוט הפוסקים הכא בעיקר הדין שמזכים אותי', בכל כהאי גוונא יש לומר שאינו מוחזק כדי לטעון קים לי, דהאי טענת קים לי כמיעוט הפוסקים היא טענה קלושה, ויש לנו ללכת אחרי רובא בעיקר הדין.

קמ"ד הנה מורו הרב היה מהר"ם אמארליו וכמ"ש בספר מצבות שאלוניקי (ח"ב עמוד 712). ודעת מהר"ם אמארליו בזה כבר הזכרנו לעיל (סימן לו אות א).

קמ"ה וביאור דבריו, דהיכא דבעיקר הדין שדנים אינו נחשב מוחזק, ורק מחמת שיש רוב

שלמה (סימן לו), והרב פרח מטה אהרן (ח"א סו"ס כו), ומהר"י כולי (בתשובה המובאת בסוף ספר שמות הגיטין). עכ"ד. ובדברי קדשו כתוב לאמר דהיכא שיש ספק מי מוחזק ואין שום אחד מהם תפוס, יש לנו ללכת בתר רובא דעיקר הדין. ודון מיניה ואוקי באתרין דלסברתו, גם בעניין ספק בתפיסה, יש לנו ללכת בתר רובא דעיקר הדין בכל ענין וענין.

ד (דעת הרב) וכ"כ הרב שמחה הכהן זצ"ל, הובאו דבריו בספר בית דוד [לרבי דוד יוסף אב"ד שלוניקי לפני כשלוש מאות שנה] (סימן צג דף צה ע"ג), ששם ישבו כסאות למשפט כסאות ל'בית דוד' על המדוכה, מי נחשב מוחזק בעניין היזק ראייה כשהמזיק בונה גדר קטנה לסלק היזקו, וכתב הרב שמחה הכהן, די"א דהניזק הוא המוחזק וי"א שהמזיק נקרא מוחזק, וא"כ כל שהוא ספק ופלוגתא דרבנותא מי משניהם נקרא מוחזק, והמזיק הוא בונה בשלו ורובא דרבנותא קיימי בשיטתיה דסגי במעקה כל שהוא לסלק היזקו, וכמ"ש בטור (חור"מ סימן קנו דין כא) ובב"י (שם), ודאי דהדין כותיה וסגי במחיצה כל דהו לסלק לפי שעה היזק ראייה. עכ"ד. והגם שבא רעהו וחקרו הרב המחבר (שם דף צו ע"א טור ב) והעיר על מקצת דבריו. מ"מ בסוף דבריו הסכים עימו לדינא. ע"ש. וגם מהני מילי חזינו ראינו דדרך הפוסקים לומר דדל מהכא מי המוחזק כיון דבהא פליגי ואזלינן בתר רובא בעיקר הדין. וכן יש להסתייע לסברא זו מדברי הרב יד המלך לנדא על הרמב"ם (הלכות עבדים פרק ח סוף הלכה ד). ע"ש.

ואף אמנם יש להעיר דכאן נראה דהרב בית דוד ג"כ ס"ל דאזלינן בתר רובא בעיקרא דדינא והנה לעיל (סימן צא אות ב) הבאנו שהרב פאת הנגב כתב שהרב בית דוד (סימן עג) הוא מכת הסוברים דאזלינן בתר רובא דעלמא, ונראה שכונתו למ"ש הרב בית דוד (שם דף סח ע"ב טור ג) בדינא דהיזק ראייה אי איכא חזקה לאלתר וז"ל, אמנם עם כל זה שביארנו שלא מצינו ב' פוסקים שסוברים דחלון חזקתו לאלתר אף שיש בו היזק ראייה, מ"מ ראינו שרבים מהרבה כתבו בספריהם ופסקו בפשיטות, דחזקת חלון לאלתר אף שיש בה היזק ראייה, מפני שיכול בעל החלון לומר קים לי כמ"ד דחזקת חלון לאלתר, אף שיש היזק ראייה. עכ"ד. ועין בעין נראה דסובר דאזלינן בתר רובא דעלמא שהם רוב פוסקים שכתבו שיכול לטעון קים לי אע"ג דליכא רובא בעיקרא דדינא. ומ"מ בדברים אלו לא סתר משנתו, דדוקא היכא דיש ספק מי הוא המוחזק וכנידונו בסימן צג די"א דהניזק הוא המוחזק וי"א דהמזיק הוא המוחזק, בזה כתב, דדל מוחזק מהכא כיון דבהא פליגי ואזלינן בתר רובא דעיקרא דדינא, אך היכא שאין ספק מי המוחזק אלא שיש מיעוט פוסקים בעיקרא דדינא, ומצאנו רוב פוסקים שכותבים שיכול לטעון קים לי כמיעוט אזלינן בתרייהו.

ה (דעת הרב) וכן בקודש חזיתי ראיתי בשו"ת שער אשר קובו (חור"מ סימן ל עמוד רכא הוצאת מכון הכתב), שג"כ כתב דהיכא דבהא פליגי מי נקרא מוחזק אזלינן בתר רובא בעיקר הדין, ולא מצי שום חד מינייהו למימר קי"ל, ואפילו היכא דרובא סברי דאידיך הוא המוחזק אפילו

הכי לא מצי לומר קים לי אלא כי מתרמי ליה ספק שקול בעיקר דינא, אבל אי הוו להו תרי רובי דסתרי אהדדי, וכגון דרוב דעיקר הדין מסייע לשמעון, ורוב דחזקה מסייע לראובן, לא מצי ראובן למימר קי"ל כמיעוט דאזלינן בתר רובא בעיקר דינא וכמ"ש הרב דבר משה (ח"ג סימן חי) והרב פאת נגב. עכ"ד. [וע"ש שהשוה נידון זה גם להיכא דפליגי אי מצי למימר קי"ל, דדינם שווה]. ולאחר הדברים האלו הרי להתבררה ההלכה דבכל ספק בתפיסה יש לנו ללכת בתר רובא בעיקרא דדינא.

סימן צו

הפוסקים שסוברים דיש ללכת בתר רובא בעניין ולא בעיקרא דדינא

ואל זה אביט דהנה בספר לחם שלמה בולה (בסוף קונטרס חזקת הבתים סימן טז דף קלו ע"ד) דברי מהר"א די פלורנטין וזהר פני משה (בסימן יד ונדפס בסוף ספר תורת חיים ח"ג) דמהר"א די בוטון ז"ל (בשור"ת לחם רב סימן קנד), והרב פני משה (ח"א סימן טז) כתבו דלדעת רשב"ם ומהר"ם ז"ל בספיקא דדינא לא אמרינן דמארי קמא הוא המוחזק אלא ארעא היכא דקאי תיקום, ודיינינן בשב ואל תעשה. והקשה הרב, דהרי כיון דרובא דרבוותא כתבו דמאריה קמא הוא המוחזק איך פסקו דשב ואל תעשה עדיף, והרי כיון דבהא פליגי אית לן למיזל בתר הרוב דעות.

ומהר"ש פלורנטין (הובא שם) כתב לתרץ, דאינהו ס"ל דהא דאמרינן בספיקא דדינא דמי מיקרי מוחזק דאזלינן בתר רוב דעות, היינו דוקא כגון ששניהם שוים ואין שום אחד מהם עומד ומוחזק יותר מחבירו, כגון אם נפלה המחלוקת מי הוא המוחזק, המזיק או הנזיק וכיוצא בזה, שאין להם עדיפות לזה יותר מזה, התם הוא דאמרינן דאזלינן בתר רוב דעות מי הוא הנקרא מוחזק, אבל אם האחר הוא מוחזק בקרקע והאחר עומד בחוץ לא אזלינן בתר רוב דעות אלא שב ואל תעשה. עכ"ל.

והנה גם אם נקבל חילוקו של מהר"ש פלורנטין, קמ"מ מ"מ שמעינן דיש אופנים שבהם מצאנו פלוגתא אם יש ללכת בתר רובא דעלמא או בתר רובא דעיקרא דדינא, וכבר כתב מהר"א חיון (והור"ד לעיל סימן צו אות ב) דהרב לחם שלמה סבירא ליה דיש לנו לילך אחרי רובא דעלמא. ע"ש. וכן מצאתי מבואר שכתב מהר"ם אמארליו בספרו דבר משה (ח"ב סימן כה דף גל ע"א טור א), אלא שבח"ג (סימן חי דף עה ע"א טור א) הדר ביה קמ"מ וכתב דגם מ"ש רבוותא דהיכא דבהא פליגי מי מוחזק, אזלינן בתר רובא, בעיקר הדין אמרוהו,

קמ"מ וכבר הבאנו לעיל (מסימן יב והלאה) מחלוקת הפוסקים, אי מצי לצרף דעת פוסק שסותר עצמו לקים לי. ע"ש.

קמ"ו ועיין בספר חשק שלמה [להגאון רבי חיים ניסים שלמה זצ"ל מחכמי קושטא לפני יותר ממאתיים שנה] (סימן כה אות מ) שהקשה ופלפל בדבריו. ואכמ"ל.

לא במאי דפליגי מי הוא המוחזק. עכ"ד. ומ"מ כיון דמצאנו ראינו דיש פוסקים הסוברים שיש לנו ללכת בתר רובא דעלמא, ולא בתר רובא בעיקרא דדינא מעתה העלמ'ה יוצאת, דהרי למ"ד דאזלינן בתר רובא בעיקרא דדינא, זוכה האחד, ולמ"ד דאזלינן בתר רובא דעלמא זוכה השני, וכבר מצינו בכנה"ג (ח"מ סימן כה הגהב"י אות מא) שכתב, דכל ספק בתפיסה לא הוה תפיסה, ואפילו שני פוסקים אומרים שאינו מוחזק לא הוה תפיסתו תפיסה. עכ"ד. ואפילו אי נימא דאחד מהשניים נחשב תפוס יותר מחבירו, הלא כיון שיש חולקים ואומרים דאין תפיסת ספק תפיסה, גם הם מצטרפים ואומרים דאינו תפוס, ואין זה שלו. ושוב נכנסנו לבית הספק. וע"ע להרב זכר דבר בבנישתי (דף עה ע"א אות יד).

סימן צה

עוד נפקא מינה לדינא בענין בתר איזה רובא אזלינן

ויש עוד לסלסל ולפלפל בהכרעה הנזכרת, דיש לנו ללכת בתר רובא בעיקרא דינא והוא במ"ש בשולחן ערוך (חושן משפט סימן שלו סעיף י), היה עושה בגפן זה לא יאכל בגפן אחר, ואי אכל לא מפקינן מיניה ולא מנכינן מאגריה. ומיהו גפן שמודלת על גב חברתה, ועושה באחד מהם, יכול לאכול מהשניה. ע"כ. והוא נמי בעיא דלא איפשטא בגמרא בב"מ (דף צא ע"ב), וכתב בביאור הגר"א על השו"ע (שם ס"ק ט), דהטעם שפסק בשו"ע דאי אכל לא מפקינן מיניה דפסק כשיטת הרמב"ם בספק ממונא. עכ"ד. והיינו דהוא ספק ממונא דמהני תפיסה לדעת השו"ע ואין לזה שייכות לנידון דידן בספק בתפיסה.

ואמנם הרמב"ם (הלכות שכירות פרק יב הלכה י) השמיט האי דינא דאם אכל, ותמה עליו הרב לחם משנה שם, ובאבן האזל (שם) פלפל בחכמה דכיון דקיי"ל (ב"מ דף צב ע"א, וברמב"ם הלכות שכירות פרק יב הלכה יג, ובשולחן ערוך חושן משפט סימן שלו סעיף טז) פועל משל שמים הוא אוכל, וחידוש הוא שחדשה תורה דפועל יאכל, א"כ אם יש ספק באופן זה אם הוא נכנס בדין היתר פועל או לא נכנס, דעת הרמב"ם דמספק אינו אוכל וגם חייב לשלם אם יאכל, דאין לו זכות היתר אכילה מספק, והוא ק"ו מדין פשיעה בשאלה בבעלים דבכל הבעיות שהסתפקו בגמרא בב"מ (דף צו ע"א) אי הוי שאלה בבעלים פסק הרמב"ם (הלכות שאלה ופקדון פ"ב הלכה ח) דפשע בה הרי זה משלם, והוא תימה כיון דפסק בפשיעה בבעלים פטור, א"כ הני בעיות הוה ספיקא דדינא, ולמה חייב לשלם, וצ"ל דהיכי שחייב הוא לשלם אלא שחידשה התורה בו של"צ לשלם, אם יש ספק אין לך בו אלא חידוש. וכ"ש כאן, דמהני סברא זו שלא תועיל תפיסתו. עכ"ד. ולפי דבריו נפיק דאיכא לנו פלוגתא בדין תפיסה ממש, לדעת מרן השו"ע בדעת הרמב"ם, אי תפס לא מפקינן מיניה וכדעת הרמב"ם בכל בעיא דממונא בגמרא, וכמ"ש בביאור הגר"א. ולדעת האבן האזל שאני האי בעיא משאר בעיות דלא אפשטו, והכא אי תפס בה מפקינן מיניה, ולהכי השמיט הרמב"ם ולא זכר שיר דאי תפס לא מפקינן מיניה.

והנה כבר התבאר לנו בס"ד, דדעת השו"ע בכל ספק בתפיסה דלא הויא תפיסה. ולפי האמור יוצא שאם נלך אחרי דברי השו"ע בכל דיני ספק בתפיסה דסבירא ליה דלא הויא תפיסה, נמצא שגם כאן יש לנו לומר דלא הויא תפיסה. אלא דכיון שכתבו הפוסקים דבכל כהאי גונא יש לנו ללכת בתר רובא בעיקרא דדינא, גם כאן יש לנו ללכת אחרי פסק מרן השו"ע בעיקרא דדינא, ואי תפס לא מפקינן מיניה. קמ"ח

סימן צט

דעת הרב טהרת המים בספק בתפיסה

ואצא חופשי ללקט אורות בדברי רבותינו וראיתי למוה"ר אברהם הכהן [מחכמי סלוניקי לפני כמאה וחמישים שנה] בספרו טהרת המים (מערכת הק' אות מט דף קמו ע"א טור ב) שכתב, דיש כמה סוגיין דהוו נהיגי הראשונים שלא לומר קי"ל, ואחר זמן נשתנה מזמן לזמן, וכגון מה דמצינו כמה פוסקים דס"ל דהיכא דבהא פליגי אם הוי מוחזק לא אמרינן קים לי, ואזלינן אחר רוב פוסקים. וכמ"ש הרב מטה שמעון (בכללי הקי"ל ס"ק נח), ולדידן דנתרבה דגל הקי"ל אין לילך אחר הכרעות כל דאיכא שני פוסקים המסייעים למוחזק נגד הכרעת רב העיר, ואנן בדין עכשיו דזיכנו ה' וראינו דנתרבה דגל הקי"ל ואפילו איכא מאה ספקי, ואפילו דהם שני פוסקים לקבל אלפא (פירוש כנגד אלף), לעולם המוחזק יאמר קי"ל ואין מוציאין מידו וכו'. וליכא לעז על הראשונים, דגם הן אם היו נמצאים בזמן הזה בראותם דספרים פתיחו להרבות דגל הקי"ל היו ג"כ דנין כן, דגדול כח המוחזק. עכ"ד.

ומעתה שוב בני ישראל נבוכים הם באר"ש, דהלא בכל ספק בתפיסה איכא מחלוקת אם נחשב תפוס, ולפי דברי הרב טהרת המים גם היכא דאיכא רובא דרבוותא דסברי בעיקרא דדינא שהוא של המוחזק, אין לנו ללכת אחרי הרוב כלל, דכנגד זה יוכל השני לטעון קי"ל כמיעוט הפוסקים בעיקרא דדינא שא"ז שלו, ויחד עם זה קי"ל כהני רובא דרבוותא דפסקי דבכל ספק בתפיסה לא הוה תפיסה, ונמצא שהחפץ בחזקת בעליו המרא קמא והוא המוחזק בו. ולכל חד איכא רובא ומיעוטא לזה ואיכא רובא ומיעוטא לזה, קמ"ט

הכא, דסותר בזה את דעת מרן השו"ע בעלמא. ומ"מ נראה דלכל הדיברות, כיון דהכריע מרן הכא דאם אכל לא מפקינן מאגריה, בודאי שא"א להוציא ממנו. קמט כלומר דהתפוס אית ליה רובא דרבוותא בעיקרא דדינא האומרים שזה שלו. ומיעוטא דרבוותא הסוברים דבכל ספק בתפיסה הויא תפיסה. וכנגדו יש למרא קמא מיעוטא דרבוותא

קמ"ח ואמנם לדעות החולקות הסוברות דיש לנו ללכת תמיד בתר רובא דעלמא, יש לנו להסתפק טובא איך יכריעו בזה, דלכאורה גם אם הפועל אכל, הבעלים מצי למימר דכיון דאכילתו היא מספק דלדעת הרמב"ם בכה"ג לא מהני תפיסה, וגם דעת מרן השו"ע בעלמא, דספק בתפיסה לא הויא תפיסה תו לא מצי למימר קי"ל כדברי מרן השו"ע

ואנחנו לא נדע מה נעשה והיאך נכריע, היכא שעל כל צעד ושעל דגל הקי"ל מופיע. ועל כיוצא"ב כתב הרב טהרת המים (שם דף קמז ע"ב טור ד) שכתבו הפוסקים - דדגל הקי"ל עולבנא דדייני הוא.

סימן ק

דברי הרב מאזניים למשפט בספק בתפיסה

וראיתי להרב מאזניים למשפט קאלישר (דיני תפיסה סימן ו סעיף יג) שכתב וז"ל, כלל גדול בדיני תפיסה, היכי שספק בהא גופא אם איפשטא האיבעיא או שיש פלוגתא דרבוותא בהא גופא, אז יהבינן ליה למי שזכות לו משני צדדין, דה"ל ספק ספיקא ספק שמא נפשט לזכותו, ואת"ל לא נפשט אכתי ספיקא הוא, ובס"ס מפקינן מחזקת מרא קמא. עכ"ד.

מסקנתו
לדינא

ולדבריו יש לעיין היכא שיש בדינו פלוגתא דרבוותא בספק בתפיסה אי מהני תפיסה, ונוסף גם הוא מחלוקת בעיקרא דדינא, ורוב הפוסקים סבירא להו בין בספק בתפיסה ובין בעיקרא דדינא דאין זה של התופס, אי אכתי יכול התופס לומר דהוה ספק ספיקא ואין מוציאין מידו. דשמא הוה שלו בעיקרא דדינא, וגם אם ת"ל דלא הוה שלו שמא ספק בתפיסה מהני. ובאמת כבר מילתו אמורה של הרב מאזניים למשפט (והו"ד לעיל סימן פח אות ד) דכל היכא דאיכא מ"ד דתפיסתו היא בודאי בכה"ג שפיר מצי למימר קי"ל, ולפי זה כאן לשיטתו גם כן יוכל התפוס לומר קי"ל כמיעוטא, כיון דבעיקרא דדינא איכא מ"ד דס"ל דהוי שלו בודאי.

ומיהו אגן לדידן חזינן מדברי רוב הפוסקים דלעיל, דלא ס"ל הכי, שהרי כתבו דאזלינן בתר רובא בעיקרא דדינא, ואע"ג דאפש"ל ספק ספיקא בכה"ג לא שמיע להו כלומר לא סבירא להו. ואע"ג דמצאנו שכתבו הפוסקים דכשיש ספק ספיקא בספיקא דדינא והוא תפוס מפקינן אפילו מחזקת מרא קמא, דהחזקה דמרא קמא לא מכריעה את הספק דפלוגתא דרבוותא ואוקי ממונא בחזקת מי שהממון אצלו (עיין שו"ת יביע אומר חלק ח חו"מ סימן ב אותיות ד - ט) ³⁷ היינו דוקא כשבצלמא נחלקו רבותינו אי הוי שלו, וכשיש שני צדדים

הערה על
דבריו

הוי ספק ספיקא דפלוגתא דרבוותא, ובכל ספק מהספקות האלה רוב הפוסקים סבירא להו שהמקח קיים. הן מטעם דבשוגג לא אמרינן אין שליח לדבר עבירה, והן מטעם שעל כל פנים המעשה קיים, ועוד הרי הספק ספיקא עצמו נחשב לרוב, ויש לומר דלכו"ע אזלינן בתר רובא ולא אזלינן בתר מרא קמא. עכ"ד. ועתה תחזה עד כמה רחוק נידונו מנידון דידן

בעיקרא דדינא הפוסקים שזה שלו, ורובא דרבוותא הפוסקים דבכל ספק בתפיסה לא היא תפיסה. ק"ו והנה שם עסיק באורייתא בענין היתר מכירה בשביעית. וע"ש (באות ו) שכתב לבאר, דהטעם שאין לחוש לדברי החזו"א (שביעית סימן כד סק"ד ד"ה ולפיכך) שכתב, דהמכירה הוה עבירה ועל ידי שליח לא מהני דאין שליח לדבר עבירה, כיון

חזקים לומר דהוה שלו מפקינן מחזקת מרא קמא, אך היכא שאנו באים לדון על עצם תפיסתו הגם שיש אומרים דגם בספק בתפיסה הויה תפיסה, ויש גם קצת שיטות הסוברות בעיקרא דדינא שהם של התופס, מ"מ אין מוציאין מחזקת מרא קמא, דכיון דהספק הראשון בענין ספק בתפיסה, לרובא דרבוותא לא הוה תפיסה, וכיון שעל זו התפיסה גופא אנו דנים אין לצרפו לספק, דהא יש לומר ההיפך דשמא המרא קמא הוא המוחזק דלא מהני תפיסת שכנגדו מספק, והמרא קמא יטען קי"ל כהפוסקים שפסקו בעיקרא דדינא דהוה שלו, ובכל כה"ג מוכרחים אנו ללכת בתר רובא דרבוותא בעיקרא דדינא. וכמשנ"ת.

סימן קא

אופנים דלכו"ע לא מהני בהו תפיסה

א) וטרם נבא לפרק נגמר הדין ראיתי לכמה מגדולי רבותינו האחרונים שחידשו כמה מקרים דלכו"ע לא מהני בהו ספק בתפיסה. וזה יצא ראשונה מ"ש לדון הגאון מהרי"ש נתנוזן זצ"ל בשו"ת שואל ומשיב (מהדורה תניינא חלק א סימן פ ד"ה והנה בשנת) שנשאל בזו הלשון, שאלתו בראובן שהיה גבאי של עניי ארץ ישראל, ויש לו שלוחים אשר הם משולחים ממנו לעיירות קטנות ולכפרים לגבות המעות. והוא נוטל שכר שליחות מהקופה, ואינה משתלמת אלא לסוף השנה, ולוקח בכל השנה מאה רובל כסף. והנה בנסוע האיש לגבות מעות וגבה ונסע לביתו, פשע בהמעות הנ"ל, ונגנב ממנו ערך שמנים רובל כסף, והגבאי הנ"ל החריש לו, כי המתין עד כלות הזמן שיצטרך לשלם לו המאה רובל כסף, וכעת בא לדון עמו. ופלפל בחכמה בכל דברי הרב השואל, ומסיק וז"ל, דלדינא יפה כתב מעלתו שיוכל לומר קי"ל כהראב"ד (הובאו דבריו בטור ביו"ד סימן קסא), והרא"ה (בספר החינוך מצוה שמג), דלצאת ידי שמים מועיל תפיסה, וכאן הרי השליח יש צד לחייבו בידי שמים בממון שנגנב ממנו, והגבאי הוא תפוס כעת בממון, ואף שהמחלוקת בתפיסה עצמה העלה התקפו כהן (סימן קב) דמועיל לומר קי"ל דלא כהמהרי"ט, וא"כ יוכל לומר קי"ל. ואמנם נראה דכאן לא שייך לומר קי"ל, דעד כאן לא שייך קי"ל אלא היכא שבא מכה עצמו, אבל כאן הגבאי עצמו הלא אין המעות שלו רק ששייך לעניי א"י, וא"כ איך יכול הגבאי לטעון עבורם קי"ל. ואין לומר דהוה הגבאי כיד עניים, דזה אינו, דכיון דהוה ממון שאין לו תובעים עד שפטור משמירה (עיין ב"ק דף צג ע"א ההוא ארנקה), א"כ פשיטא דהעניים לא יוכלו לטעון קי"ל, דמי מהעניים יטעון קי"ל, וא"כ שוב לא שייך קי"ל. כך נראה לומר דבר חדש, דלא שייך קי"ל רק אם זה שמוחזק במעות הוא יוכל לטעון קי"ל

תפיסת הקהל תפיסה וחזקה קמייתא של הבעלים ויורשיו – הוה חזקה, וכמ"ש לקמן (סימן קיא), דכ"ש שאין לומר בנידון זה ספק ספיקא.

אודות ספק בתפיסה, דאדרבא רובא דרבוותא סבירא להו דלא מהני תפיסה מספק, וכל שכן בנידון חזקת הס"ת דגם רובא דרבוותא סבירא להו דלא הוה

דהמעות הם שלי, ואף הב"ד יכול לטעון עבורו, אבל כאן הגבאי צריך לתת להגבאי אחר והאחר לאחר עד שיגיע לעניי א"י, ומי יטעון קי"ל, הא עניים בודאי אינם מוחזקים כיון דלא קיץ, ומי יטעון קי"ל, והרי לא נתברר שיעור התפיסה בשביל כל אחד ואחד, ולא שייך קי"ל. קנא

וממשיך הרב שואל ומשיב דנראה לומר עוד בזה דהנה הכנה"ג (ח"מ סימן כה כללי הקים לי אות ז), הקשה בשם מהר"י בסאן, דאמאי כל ספק ממון קולא לנתבע והמע"ה ויוכל לטעון קי"ל, והא הוה ליה ספק גזל וספק איסור, וכתב ליישב, דגם להיפך יש ספק גזל. ולפי זה כאן דהגבאי על השליח אין לו אלא רק ספק גזל לצאת ידי שמים, אבל מדינא השליח פטור, והשליח יש לו תביעה על הגבאי בספק גזל ואיסור, דאם פטור אף לצאת ידי שמים נמצא שהגבאי מעכב שכרו שמגיע לו בדיני אדם ואליו נושא את נפשו, ולכן לא שייך קי"ל, שספק גזל שלו אלים יותר. עכ"ד.

כיצד מהני טענת קי"ל הלא הוה ספק גזל

ב וכיוצא"ב חמותי ראיתי אור, להגאון רבי שאול קצנבלוגן זצ"ל בשו"ת מגן שאול (סימן קמו) שנשאל אודות מעשה שהיה, שמטורף לגמרי אחד שהיה הולך ומזיק באור שמבעית לקטנים, וגם יש חשש מפני דליקה ממנו ומבטל מתורה ותפילה, וגם הוא עצמו בחשש סכנה תמיד כידוע דרך המשוגעים מזיקים, והוא בעודו בשכלו הניח מעות תחת ידי אחד על נדוניה לבתו הבוגרת להשיאה, ועשתה שידוך ונתבטל, ובאה לפני שאלה אם יכולין ליקח ממנו מתחת ידי השליש הנ"ל ולהעמיד לו שומר לשמרו, או שזכתה בתו הנ"ל ואין רשות לקחת ממנה ע"ז.

חובת שמירת מטורף מממונו

ובין הבתרי"ם כתב והעלה, דהנה הנתיבות בכלליו (סימן כה סעיף כא) כתב, דע"י שליח לא מהני תפיסה, וכן דעת הגרע"א בתשובה (קמא סימן קג). ואילו בתומים (שם) ובפת"ש (סו"ס כה) בשם הרא"ש כתבו דמהני. וכיון דיש עוד להסתפק יען שהנפקד אינו טוען קים לי כהך דיעה, רק ששואל אם מותר לקחת ממנו זה לצורך שמירת המטורף, אפשר דבכה"ג לא שייך כלל קים לי. וא"כ בזה יש לחלק ולומר, דהיכא דהוא מוחזק בידו אנו טוענין בעדו קים לי, משא"כ בכה"ג למה נטעון קים לי בעד הבת ולא בעד האב ומאי חזית וכו'. וא"כ בכה"ג הוה ספק בתפיסה עצמה, חדא, שמא כהנתיבות והגרע"א דתפיסה ע"י שליח לא הוה תפיסה, ושמא אין אנו רשאין לטעון קים לי להבת ולא להאב, ובכה"ג לכו"ע לא מהני התפיסה. עכ"ד. וע"ע בשו"ת מהר"ש ענגיל (ח"ג סימן יב) שכתב דכל היכא שיש עוד ספק שלא יהיה של התופס מלבד הספק בתפיסה, שפיר מוציאים מידו, דהוה ספק ספיקא. ושכ"ד הקצוה"ח (סימן פו ס"ק יד) והנתיבות המשפט (שם ס"ק ט). ע"ש. ואין להעיר על זה מכמה מדברי רבותינו שכתבו דל"א ספק ספיקא בממון להוציא מיד התפוס, קנב ולא עת האס'ף.

קנא ויש ללמוד מדבריו לנידון דידן בחזקת ס"ת קנב דשאני הכא שיש ספק בתפיסה עצמה וכבר וכמ"ש לקמן (סימן קיג אות ז). ע"ש. ביארנו כן לעיל (סימן ק).

יעלה ויבא בסימונים הנאים לעיקרא דדינא בחזקת ס"ת

סימן קב

נידון חזקת הס"ת

(א) והנה כבר מילתי אמורה בריש אמי"ר שכל מה שסובבו אלינו מן השמים לעסוק בנושא חוזר וידו בידון חזקת הס"ת זה הוא אודות מעשה שהיה בחזקת ס"ת שעמדנו עליו בס"ד בשו"ת אך טוב לישראל חזקת הס"ת (ח"ה סימן כד, ועיין עוד במענה למענה סימן כד), שנשאלתי ממור"ר הרה"ג רבי גדעון בן משה שליט"א אב"ד ירושלים, באחד שת"רם לפני שנים ס"ת לבית הכנסת ונפטר, ועל הספר לא נכתב אם נתרם או הוקדש, ולא ידועה כוונת התורם. ולאחר זמן התגלו בו בעיות והונח בקרן זוית. ועתה יורשיו מבקשים את הספר כדי לתקנו ולקרוא בו בבית הכנסת שלהם, והגבאים מתנגדים להוציאו מרשותם. מה דינו.

וסוף דבר הכל נשמע העלתי שם בזה הלשון: יעלה ויבא בהאי דינא, שבנידון דידן יד היורשים על העליונה, ולכן הם יכולים להוציא את הס"ת מידי הגבאים ולתקנו וליתנו לאיזה בית הכנסת שיחפצו, ומצוה נמי איכא בידם, שלא ישב הס"ת ככלי אובד חס ושלום, וכן לא יעשה. ולרווחא דמילתא יבצעו תמימים, וישלמו סכום הראוי לבית הכנסת, וגם זה יהיה לעילוי נשמת אביהם המנוח, והאמת והשלום אהבו. ע"כ.

ועתה באתי להרחיב היריעה ולגול את האבן, אשר שמו החולקים על הפסק שכתבנו שם, וראשית אמרינו נראה דנידון זה שייך לכל מה שהזכרנו עד עתה בדין ספק בתפיסה ובמוחזקות, והיינו דכיון דנחלקו רבותינו מי המוחזק הגבאים או היורשים, הוי כלפי הגבאים ספק בתפיסה ובמוחזקות, וכל כה"ג כבר הכריעו הפוסקים דאזלינן בתר רובא, ויש לנו לעמוד למניין ולראות מהי דעת רוב מניין ורוב בניין של רבותינו בנידון זה. ואבא בשניות מדברי סופרים בדברי רבותינו בזה, והיה הקצ"ר אמיץ.

(ב) כתב מהרי"ק (שורש ע) דבס"ת שנתנו לבית הכנסת לא שייך חזקה, דעשוי מתחילתו על מנת כן שיקראו בו ברבים, ולא יצא מחזקת הבעלים. וכ"פ פסק מרן השו"ע (או"ח ומהרש"ל סימן קנ"ג סעיף כ) וז"ל, יש מי שאומר שספר תורה שהוחזק שהיה של אבותיו של ראובן, אין הצבור יכולים להחזיק בו. ע"כ. וכ"כ הלבוש (שם סעיף כ).

ואולם הגאון מהרש"ל (סימן טו הוצאת יחדיו) בתשובה, עלה ונסתפק באחד שנתן ס"ת להיכל מכמה שנים ועמד שם, והיו על הספר תורה מעילין של הקדש שהן של צבור, והיתה בפני המקדיש כמה שנים בהיכל, ולא שמע אדם שהיה אומר שלי הוא ולא נתתיה לחלוטין, ומסיק, שהגם שהיתה נקראת על שמו אינו יכול לקחת הס"ת לעצמו אם אין לו ראייה, דחזקה שהוא אקדשה והוא חשיב מוציא, ועליו הראייה. וק"ו בן בנו של

ק"ו שמת האב ולא היה פוצה פה, ועתה באים היורשים בטענת שמא שאין להוציא מחזקת ודאי. עכ"ד.

ג) ובעיקר מחלוקת זו נחלקו הפוסקים בכמה ענינים יפרדו לכמה ראשים: האחד אם דעת מהרש"ל היא דוקא היכא דאיכא אומדנא דמוכח או שהיה מנהג לתת את הס"ת לבית הכנסת במתנה גמורה או דלמא גם היכא שנתן את הס"ת בסתמא ואין שום מנהג אמרינן דנתנו במתנה לגמרי. והשני, האם דעת מהרי"ק ומרן השו"ע היא דוקא היכא שהתנה בפירוש שלא מתכון להקדיש, או אפילו כשהקדיש בסתמא, יש לנו לומר שלא מקדיש לגמרי מטעמים שונים. והשלישי כמי נקטינו לדינא כמהרי"ק או מהרש"ל.

דברי
האחרונים
במחלוקת
הנ"ל

והנה רבינו הט"ז (או"ח סימן קנג סקט"ו) כתב, דמהרש"ל נחלק על המהרי"ק והשו"ע ומסיק דהעיקר כהשו"ע. אמנם הרב גינת ורדים (ח"מ כלל ג סימן יז) כתב, דמהרש"ל איירי כשהיה מנהג ידוע בעיר שכל המביא ס"ת לבית הכנסת הוא מביאו לשם הקדש. ובסוף דבריו מייתי ראיה מצד המנהג שכתב וז"ל, ומשום הכי ראיתי ושמעתי שבני אדם המתנדבין ס"ת לבית הכנסת היו מתנין ברבים שאינה לחלוטין ואם כן אותו שלא התנה איהו דאפסיד אנפשיה. עכ"ד מהרש"ל, אמנם הט"ז לא דק להבין טעמו של מהרש"ל וכתב עליו שחולק עם מהרי"ק, וכאשר כתבנו הוא הנכון. עכ"ד הרב גינת ורדים. והיינו דבסתמא כשאין מנהג ידוע בעיר שכל המקדיש ס"ת לבית הכנסת מקדישו לגמרי, יש לנו לפסוק דאין יוצא מחזקת הבעלים. וכמ"ש מהרי"ק והשו"ע. וכן מבואר להדיא בגינת ורדים (שם), והביא שכ"נ דעת מהרש"ך בתשובה (ח"ב סימן ח). ועיין בשו"ת בני חיי אלגאזי (יו"ד סימן רנח) שפלפל בארוכה בדעת מהרש"ך. ואכמ"ל. וכ"נ דעת המבי"ט בתשובה (ח"ב סימן קעא), שכתב שבכל חפצים שהקדיש אפילו אמר בפירוש שהקדיש לאותו הקהל שהיה מתפלל עמהם קודם, אם עתה הוא מתפלל במקום אחר, יכול להוליך את קודשיו או קודשי אבותיו למקום שבו מתפלל. עכ"ד.

ד) ונראה בס"ד להביא עוד ראיה לדברי הגינת ורדים, דהמהרש"ל איירי בנידונו כשהיה מנהג ידוע בעיר שכל המקדיש ס"ת לבית הכנסת הוא מקדישו לגמרי, ורק מי שלא היה רוצה להקדישו לגמרי היה מפרש כן להדיא, ואם לא עשה כן נמצא שהוא על דעת המנהג. דהנה בשו"ת גינת ורדים (שם בד"ה נמצינו) כתב דספר תורה לכולי עלמא הוה מדברים העשויים להשאל ולהשכיר. ע"ש. ובשו"ת חזון נחום (סימן פה אות ד) ביאר דכוונת הרב גינת ורדים, להא דשנינו בשבועות (דף מו ע"ב), דרבא אפיק זוגא דסרבלא וספרא דאגדתא מיתמי בדברים העשויים להשאל ולהשכיר. ובתוספות (שם ד"ה וספרא) כתבו משם ר"ת, דכל שכן שאר ספרים דהוי בכלל דברים העשויים להשאל ולהשכיר. ואולם דעת רש"י בשבועות (שם ד"ה מיתמי), דשאר ספרים לא הוי דברים העשויים להשאל ולהשכיר. ובמרדכי בשבועות (רמז תשעה), מביא דעת רש"י שספרים אינם בכלל דברים העשויים להשאל ולהשכיר וכותב, שכן המנהג בכל אשכנז, ושכן פסק המהר"מ מרוטנבורג הלכה

ראיה
נוספת
דאין
המהרש"ל
חולק

למעשה. וזה שכתב בגינת ורדים דס"ת לכו"ע הוה מדברים העשויים להשאל ולהשכיר, דכונתו לפלוגתת רש"י ותוספות הנ"ל בשאר ספרים, ובס"ת כו"ע מודי. והטעם נראה כמ"ש מהרי"ק שכן המנהג שנותנין ס"ת לבית הכנסת לפי שעה בהשאלה. עכ"ד. ועיינ בספר יסודי ישורון פלדר (ח"ב עמוד קסב).

ובאמת בנידון זה רבינו הרשב"א בתשובה (ח"ו סימן קיט) פסק כדעת ר"ת. דגם שאר ספרים הוה בכלל דברים העשויים להשאל ולהשכיר. וכן מבואר במהרש"ל בים של שלמה ב"ק (פ"י סימן ל) שכתב וז"ל, ולענין ספרים פסק מהר"ם בפרקין (הובא במדכי ב"ק סימן קסב ובשבועות סימן תשעח) דלא נהגו כר"ת אלא כרש"י, שהמנהג באשכנז כרש"י, לחשוב ספרים מדברים שאינם עשויין להשאל ולהשכיר. ודבר תימה הוא בעיני להחזיק מנהג הרע לפסק הלכה, שעובר על המקרא "וצדקתו עומדת לעד" (תהילים קיא, ג), בפרט בימיו, שהיו כל הספרים של קלף, ולא היו מתקלקלין מהר, ואף עתה שכל הספרים של נייר קלוש, ובדפוס, שמתקלקל מהר, והוא פסידא דלא הדר, ורבים גדולים וחשובים מונעים מלהשאל ספרים, אפילו הכי לא נראה להחזיק המנהג, אלא העיקר כדברי ר"ת בזה. שהכל תלוי כפי ראות עיני הדיין. עכ"ד.

ומעתה יש להתבונן, דאם דעת המהרש"ל דכל המקדיש ס"ת בסתמא גם היכא שאין המנהג להקדישו לגמרי, מוקדש הס"ת לגמרי, קשה כיצד הזוהר שישאלו ס"ת לציבור, הלא נפיק חורבא מיניה, שאם ישאל בסתמא ולא יפרש להדיא שהשאלו, יפסיד את הס"ת, שיאמרו כולם שבודאי הקדישו לגמרי. ואולם, אי נימא שכל דברי מהרש"ל שאין הס"ת יוצא מחזקת הציבור הם רק במקום שיש מנהג דכל הנותן ס"ת לבית הכנסת על דעת להקדישו לגמרי, ניחא, דמאחר שזהו המנהג, א"כ כשמשאל לבית הכנסת את הס"ת, מחוייב הוא לגלות דעתו שרק משאלו ולא מקדישו, וכל שלא פירש בעת ההשאלה שאין רצונו להקדישו, איהו הוא דאפסיד אנפשיה. נמצא עולה דדברי המהרש"ל דהס"ת נשאר בחזקת הציבור איירי דוקא כשהיה מנהג ידוע בעיר שכל המביא ס"ת לבית הכנסת הוא מביאו לשם הקדש, וכמ"ש הגינת ורדים בדעתו. [ועיינ בשו"ת אך טוב לישראל (ה"ד סימן יג) מ"ש בענין ההיתר להשכיר ס"ת].

ה) ובסוף תשובת מהרש"ל כתב, שהסכים עימו מה"ר יצחק בר בצלאל. ע"ש. וכן מבואר הפוסקים הסוברים כמהרש"ל בשו"ת מהר"ם אלשיך (סימן כז), שנשאל באחד שתרם ס"ת וכעבור כמה שנים היה לו מריבה עם הקהל, וכעת בשנותו את טעמו רוצה להוציא את הס"ת משם, באומרו שהקדיש את הס"ת בתנאי שיוליכנו לכל בית הכנסת שירצה, והקהל טענו כי זה כמה שנים מוחזקים בס"ת בחזקה שהקדישו סתם בלא תנאי, והשיב, יראה שהדין עם הקהל מכמה טעמים, חדא, דלאחר שהקדיש את הס"ת הופקע זכותו ממנו ואין לו בו אלא טובת הנאה לנותנו לאיזה בית הכנסת שירצה, וקי"ל דכל דבר שאין לבעליו בו אלא טובת הנאה זכה הראשון שנכנס ברשותו הראויים לקבלו כמו שכתבו התוספות בבבא קמא (דף קט ע"ב

ד"ה ומה דבר), וכיון שהס"ת ברשותם, זכו הם מן הסתם, וזה שבא להוציא מידם באומרו תנאי היו דברי, עליו להביא ראיה שהתנה כך בפירושו. ועוד, הא פסק הטור (י"ד סימן רנח) שהאומר תנו ס"ת לבית הכנסת יתנו לבית הכנסת שהוא רגיל בה, והטעם הוא דאזלינן בתר אומדן דעת, וא"כ גם בנ"ד שהקדיש הס"ת, אין ספק דאומדן דעתו היה ליתנו לבית הכנסת שהורגל בו, ומאחר דזכו בו, לאו כל כמיניה תו להפקיע כח הבית הכנסת ההוא באשר ישנה קביעותו עתה, וא"כ כיון דמן הסתם הם ודאי זוכים, נמצא שהוא בא להוציא, ועליו הראיה שהתנה בפירושו. עכ"ד. אמנם בשו"ת אפרקסתא דעניא (חלק א סימן מח הערה ב) כתב, דמ"ש מהר"ם אלשיך דהוה בחזקת הקהל היינו דוקא בנידון דידיה שיש אומדנות לכך וכמ"ש בשו"ת מהרי"א הלוי (ח"ב סימן יט דף יא ע"ב טור ג) דגם הרש"ל לא מיירי רק בכה"ג, אבל בסתם גמור גם רש"ל מודה עש"ה. עכ"ד.

ו) כל קבל דנא הנה הגאון רבי אליהו מזרחי בשו"ת הרא"ם (סימן נג) רוח אחרת היתה עימו, שנשאל ג"כ בנידון זה, ותשובתו הרמתה דכל אפיין שוין, דאומדנא ודעתא דכל הנודרים סתמא על אותו בית הכנסת שמתפללים בו הם נודרים, וכשהם יוצאים שיוציאו הספר תורה והחפצים למקום שילכו להתפלל ולקבוע תפלתם, שמעולם לא יצא מתחת רשותו אף על פי שנתנה ביד הגבאים, משום דאומדנא דדעתא שלא בחר להקדישה לבית ההוא אלא מפני שהיה קובע שם תפלתו, והלא אין זה דומה אלא למי שפירש בעת נדרו שעל תנאי זה הוא נודר ומתנדב, שבזה אין חולק כלל, וגם בניהם במקום הבעלים קיימי. עכ"ד. וסמך ע"ד סמיכה בכל כוחו בשו"ת מהרי" בן לב (חלק ג סימן קכב), וכתב, דמי הוא שיבא אחרי הרב הגדול הרא"ם לחלוק על דבריו. עכ"ד. וכן נראה דעת רבי יוסף כ"ץ מקראקא בשו"ת שארית יוסף (סימן נא) שכתב דס"ת דרך ומנהג העולם להניחו בבית הכנסת, שעיקר כתיבת ס"ת נועדה לקרות בס"ת בצבור, וגם קדושתו גדולה ואין ראוי להניחו בכל מקום, ולכן אין ראיה שהקדישוהו בעלים. עכ"ד. ורבינו הש"ך (י"ד סימן רנט סק"ו) העתיק דבריו וסמך עליהם. ע"ש.

ז) והגם אמנם, שראיתי להגאון רבי אהרן פרחיה זצ"ל בשו"ת פרח מטה אהרן (ח"ב סימן צח דף קמב ע"ב ד"ה מעתה) שכתב, שכל דברי הרא"ם ומהריב"ל שיוכלים בעלי ההקדש להוליך הקדשם אל מקום אחר שהולכים להתפלל שם, אינו אלא כשיצאו במחלוקת וקטטה או שגרשוהו הקהל, דבזה אמדינן דעתיה דלא הקדיש בכה"ג, אבל כשרוצה להוציא את הס"ת מבית הכנסת זה לבית הכנסת אחר לא אמרו הרא"ם ומהריב"ל, דליכא אומדנא כלל. עכ"ד. ולענ"ד נראה לכאורה כן דהמעייין יראה שטעם זה של קטטה ומחלוקת אינו אלא לסניף בעלמא. וכן העיר ע"ד הגאון רבי רפאל יצחק מאייו זצ"ל משלוניקי בשו"ת שפת הים (י"ד סימן כה דף מ ע"ד ד"ה הן אמת). ע"ש.

הפוסקים
הקדמונים
הסוברים
כמהרי"ק

דברי
הרא"ם
נאמרו בכל
גוונא

סימן קג

דעת הפוסקים שהס"ת בחזקת הקהל

א) ובהיותי בזה כן בקודש חזיתי להרב אליה רבה (סימן קנג אות לב) שכתב לבאר, דהחילוק בין כלי הקודש שהם בחזקת הקהל (וכמ"ש בשו"ע או"ח סימן קנג סעיף יח), לבין ס"ת שהוא בחזקת היורשין שיכולים למוכרו (וכמ"ש בשו"ע שם סעיף כ), דשאני ס"ת דקאי בקדושתיהו אף כשמוכרם, ולכן גם אם ימכרו היורשים את הס"ת לא נחשב שהוציאום מהקדש, משא"כ שאר כלי הקודש. ועוד י"ל דבס"ת איירי שהתנה שלא יחול עליה קדושה. עכ"ד. וחילוק גדול יש בין תירוצו הראשון לשני, דלפי תירוצו הראשון גם בסתמא אמרינן שהס"ת של היורשים, ולתירוץ השני רק כשיודעים שהתנה שלא יחול עליה קדושת בית הכנסת, הא בסתמא הוי הס"ת מוקדש לגמרי לבית הכנסת. ועיין בפמ"ג (שם משב"ז ס"ק טו ובאשל אברהם ס"ק מג), דתפס לו לעיקר תירוצו השני של האליה רבא, דדברי מרן השו"ע איירי דוקא כשהתנה שלא יחול עליה קדושה, אבל בסתמא חל עליה קדושה. וכ"כ הגאון רבי יהודה עייאש בספרו מטה יהודה (או"ח סימן קנג ס"ק ג דף כט ע"ג), וכן מבואר בביאור הגר"א, וכמ"ש במשנ"ב (שם ס"ק צט ובשעה"צ ס"ק פג), וכן ביאר דעת הגר"א בדמשק אליעזר לאנדא (ח"א סימן קנג ס"ק מח) דאיירי בשו"ע כשידוע שנתן הס"ת בתורת שאילה. וכ"כ הרב ערוך השלחן (או"ח סימן קנג סעיף מג). ואמנם נראה שהטעם שכתב כן הערוך השלחן לפי שמנהג מדינתו היה, שכל המקדיש כונתו להקדיש לחלוטין אא"כ התנה בפירוש שלא יצא הס"ת מחזקתו, וכמ"ש להדיא בערוך השלחן (י"ד סימן רנט סעיף ט). ולפי זה כיום שלא שמענו על מנהג שכזה, ואדרבא כולם רוצים שהס"ת ישאר בחזקתם, יש לומר דגם איהו מודי ואזיל שהס"ת לא יוצא מחזקת בעליו.

ב) גם הגאון כמוהר"ר רפאל אנקאוה בשו"ת קרני רא"ם (סימן רכד) כתב, שמדברי כמה מרבתינו האחרונים נראה דס"ל דדברי מרן בשו"ע איירי כשיש מנהג ברור - דהמקדיש לא מקדיש באופן גמור וכמ"ש המטה יהודה, וכ"נ דעת המחצית השקל בהבנת המג"א שם (ס"ק מג), וכ"נ דעת הרמ"א (י"ד סימן רנט סו"ס ב), וכ"נ דעת החת"ס (ח"מ סימן קמג). וכדברים האלו כתב מדיליה בספר מנחת יהודה פיקהולץ (ח"א דף ה ע"ב טור ג) ע"ש. ולפי זה כל היכא שהקדיש בסתמא ואין מנהג ברור הס"ת בחזקת הקהל. וכן בקודש חזיתי להרב שמו יוסף בן וואליד (סימן קעה) שהביא מחלוקת הפוסקים בזה ואסיק, שהקהל יכולים לומר קי"ל דבהכניסו סתם זכו בו. ומה גם דדעת מרן נוטה כן. עכ"ד. וכ"כ בשו"ת ישיב משה שתרוג (ח"ב סימן קג), דהס"ת בחזקת הקהל. וכ"כ בשו"ת שאילת יצחק אלבוים (תנינא סימן קכח) שאין בכוח התורם להוציא את הס"ת מבית הכנסת אם לא התנה מראש. וכ"כ בשו"ת הרב"ז (סימן מב), שאין הס"ת בחזקת המקדיש ויורשיו לא יכולים להוציא את הס"ת לבית הכנסת אחר. וכ"כ בשו"ת שאילת משה וסרמן (סימן ג) כפסק הערוך

דברי הרב קרני רא"ם

השלחן. וכ"כ בשו"ת מחנה יהודה פיקהולץ (ח"א סימן ג) דהגבאים מוחזקים ויכולים לטעון קי"ל כמהרש"ל. [ובשו"ת אפרקסתא דעניא (ח"א סימן מח) הזכיר שראה דבריו וחלק עליו, וכתב, ואני על משמרתי אעמודה].

סימן קד

הספק מי נקרא מוחזק

והנה כבר כתב בספר בני חיי אלגאזי (י"ד סימן הנח דף נו ע"ב טור ג) בענין חפצי הקדש שהוקדשו לבית הכנסת, וז"ל, ועתה לא באתי לידי מידה זו לחקור בנידון דידן מי נקרא מוחזק, כי מלתא דא צריכה רבא ובעיא צילותא, כי יש פנים לומר כי הקהל הוא המוחזק כיון דזכו מסתמא בהקדש זה ויאמרו קי"ל ככל הני רבואת דאית להו דזכו הקהל בהקדש זה, והיורשים הבאים להוציא מחזקתן עליהם להביא ראיה, או אפשר שהיורשים הם המוחזקים כיון שהקדש זה מעולם לא יצא מתחת ידם ורשותם. עכ"ד. [ועיין בשו"ת קרני רא"ם אנקאוהו (סימן רכג דף רטז ע"ב טור ג) שביאר יותר את ספיקן של הרב בני חיי]. ומיהו גם הרב בני חיי פשיטא ליה (שם דף נח ע"א ד"ה איברא) דכל כהאי גוונא שיש ספק אם הקדיש וחל ההקדש מתחילתו או לא, בהא כו"ע מודו דאוקי ממונא בחזקתו, ועל ההקדש להביא ראיה. ע"כ. [ועיין לעיל (סימן כד אות א בהערה) דדין זה מראש צורים אראנו מכמה מרבותינו הראשונים ושכ"ד מרן השו"ע. ע"ש]. וכן הדבר בס"ת שיש ספק הן במציאות והן בדין אם הקדיש מתחילתו את הס"ת לגמרי. וכן ראיתי בשו"ת שמש צדקה מורפורגו (ח"א או"ח סימן יד דף כג ע"ב ד"ה ומעתה) שכתב, שנידון זה מיתלא תלי וקאי בפלוגתא דרבנותא אם ספק הקדש לחומרא או לקולא, דאם ספק הקדש לקולא, א"כ גם כאן הוא בחזקת היורשים, ואם לחומרא בית הכנסת הוא המוחזק. ולדינא פסק, שאם היורשים טוענים שלא הקדישו והוא שלהם, לכו"ע הדין עם היורשים דהו"ל ספר הקדש מתחילתו. עכ"ד. ושנה דבריו עוד (שם סימן טו דף כד ע"ג ד"ה ואמינא), ושם (דף כד ע"ד ד"ה ואם) זכר למ"ש מהר"ש חיון בשו"ת בני שמואל (בקונטרס התפיסה בסוף הספר סימן לו דף פח ע"ג) שנתן טעם לשבח בזה דכתב, דמאן דסבר דתפיסה מהניא ואין מוציאין מיד התופס, ס"ל דהתופס הוא המוחזק והרוצה להוציא עליו הראיה, וא"כ בנ"ד אין לדון כן, כיון שאיך יטעון התופס קים לי כמי שסובר דתפיסה מהניא, הרי בהא פליגי אי התופס מוחזק או בעליו הראשונים. עכ"ד. הא קמן שהיורשים הם הנחשבים כמוחזקים, דאוקמינן ממונא בחזקת מאריה. והבט ימין וראה כל מה שהארכנו בכל עניני ספק בתפיסה וכבר התבאר לעיל בס"ד (סימן צא ובהערה שם) דרובא דרבנותא סבירא להו דספק בתפיסה או במוחזקות לא הויא תפיסה, אלא שיש אומרים שיש לנו ללכת אחרי הרוב בעיקר הדין שבכל דין ודין.

סימן קה

דעת רוב הפוסקים דהס"ת בחזקת המקדיש או יורשיו

ויצאתי לבקש את שאהבה נפשי, וכאשר ירדוף הקורא בהרים הגבוהים הם רבותינו הפוסקים נוחם עדן. ועינא דשפיר חזי דבנידון דידן רובא דרבוותא פסקו, דהס"ת בחזקת הנותן או היורשים, ונקטו שכן דעת מרן השו"ע, ויש שסברו דכיון שמקדיש הרי מפסיד מצותו וכמ"ש התורת חיים בסנהדרין (דף כא ע"ב ד"ה ונראה), ולמטוניה ודאי שלא הקדיש את הס"ת לגמרי לבית הכנסת, וגם אי נימא כהחולקים שלא מפסיד מצותו לא מחית איניש נפשיה לספיקא (עיין בשו"ת מהרש"ם ח"א סימן מח דף לו ע"ב טור ג). קנג ויש שכתבו דלכל הדברות כיון שכך הוא המנהג כיום שלא מתכון להקדיש לגמרי, בכל גוונא לא יוצא הס"ת מחזקת הבעלים. ואציגה נא דעת הפוסקים בזה.

ראשון לציון הנה הוא רבינו המהרי"ט (י"ד סימן ה) שכתב, אודות ס"ת דמסתמא לשום כך הוקדש שיהיה עמו וקרא בו כל ימי חייו, ומסתמא בניו אחריו כיוצא בו, ואין בני העיר זו יכולין למחות על ידיהן, ואל מקום אשר יהיה שמה הרוח ללכת ילכו וספר תורה עימם. עכ"ד. וכ"פ הט"ד (או"ח סימן קנג ס"ק טו) שהס"ת בחזקת היורשים. ע"ש.

וכן מצאתי להגאון משכנות הרועים אלחאי"ך (מערכת הס' אות כט) שפסק דהס"ת בחזקת היורשים וכמ"ש הרא"ם. [וכבר עמדנו על דעתו בענין ספק בתפיסה לעיל (סימן מו אותיות א - ג) ע"ש]. וכ"כ הג"ר מרדכי כרמי זצ"ל בספר דברי מרדכי (סוף סימן קנג) דבודאי כונת המהרי"ך שצריך רק שיתברר להם שהחזק שהוא של אבותיו של זה, כלומר, שהניחו בבית הכנסת. אבל לא הצריך כלל שיתברר להם באיזו דרך הניחו אלא מסתמא אנן דנין ואומרים שמתחילה עשוי ע"מ כן, לפי שהדבר ידוע שכך הוא המנהג, והשיג ע"ד הרב אליה רבא והמטה יהודה דלא נראה כן מדברי המהרי"ך גופא, ומסתימות לשון השו"ע. ע"ש. ושנה דבריו בספרו מאמר מרדכי (סימן קנג ס"ק כא).

גם הגאון רבי יוסף אלמליח אב"ד רבאט שבמרוקו בספרו תוקפו של יוסף (ח"ב סימן עד) פסק להדיא כפסק מהרי"ך והשו"ע, ודלא כמהרש"ל. ע"ש. וכן דעת מרנא ורבנא

התו"ח רוצה לחזור בו, בכה"ג כתב הרב זצ"ל דינו, דהגבאים מוחזקים באופן גמור ולכן יכולים לטעון קים לי, אך היכא דלא יודעים בכלל אם הקדיש שנתן את הס"ת בסתמא ומימילא הגבאים לא נחשבים כמוחזקים גמורים בזה שפיר יש לומר דאיכא אומדנא דמוכח שלא הקדיש כדי שלא יפסיד מצותו. והערה זו כתבתיה כבר בתשובה באך טוב לישראל (ח"ה סימן כד בהערה), ועוד נפלפל בזה לקמן (סימן קיד אות ח).

קנג ומה שכתב מרן הראש"ל הגר"ע יוסף זצ"ל בשו"ת יביע אומר (ח"ז י"ד סימן כה אות ד) שלא יכול לטעון המקדיש את הס"ת שמתחרט על הקדשו כיון שלפי התו"ח מפסיד מצותו, דהגבאים יכולים לטעון קים לן כהחולקים על התו"ח שאינן מפסיד מצותן. ע"ש. אין מזה קושיא על דבריננו, דכל דברי קדשו הם דוקא שהקדיש מתחילה את הס"ת לגמרי, אלא שלאחר זמן כששמע לסברת

הגר"ח פלאג"י זצ"ל בשו"ת חקקי לב (חיו"ד סימן מח דף פז ע"ג) שכתב, ודבר פשוט הוא שכל הכותב ס"ת הוא כדי לקיים מצות כתיבת ס"ת ואינו מקדישו לחלוטין וכו'. ע"ש. והניף ידו שנית בספר חיים (סימן מד אות יד), שהביא מדברי האחרונים הנ"ל שאם מקדיש הס"ת לציבור נתבטלה המצוה ממנו, כיון ששוב אינו שלו. והזכיר דכ"כ הגאון רבי שמואל יהודה קצנבלוגן מוינאציה והגאון רבי אביגדור צוידאל שם (סימן יח), והסכים עמם מוה"ר יצחק גרשון בתשובה שהודפסה בשו"ת נחלת יעקב (סימנים יז - יח), דמסתמא המכניס ס"ת לבהכ"נ לא נתכוון להקדישו לגמרי לציבור, ולכן יכול בעל חוב לגבות ממנו. עכ"ד. קנ"ד.

ושלישיים על כולו מ"ש עוד הגר"ח פלאג"י זצ"ל בספרו משא חיים (מערכת הס' אות קעב) דהמנהג באיזמיר שיכול המקדיש להוציא הס"ת מבית הכנסת לכל מקום שירצה. הוא ויורשיו אחריו אפילו עד עשרה דורות, וכן יש לנהוג בכל מקום שכך הוא המנהג. ע"ש. קנ"ה וע"ע בספרו רוח חיים (חו"מ סימן צו אות ג) שכתב, דמצאנו שבע"ח גובה חובו מספר תורה אפילו שנותנו בבית הכנסת וע"כ שלא הקדישו לגמרי. וכ"כ הרבנים בשו"ת נחלת יעקב (סימן יז - יח). עכ"ד. (והם התשובות הנזכרות לעיל בהערה). גם הרב פתח הדביר (סימן שו אות י) כתב, דדלדידן לא שייך איסור כשמקדיש ס"ת בשבת לבית הכנסת (עיי' בשו"ע או"ח סימ שלט סעיף ד), דהאינא כל המביא ס"ת לבית הכנסת אינו מקדישו לציבור לחלוטין שאם עושה כן אפשר שלא קיים המצוה וכמ"ש הרב תורת חיים ודעימיה. ומאחר שכן שרי להביאו בשבת ויו"ט לבית הכנסת דליכא חשש מקדיש בשבת, שאינו מוציאו מרשותו, דגם אחר שהביאו לבית הכנסת והניחו בהיכל, אכתי ברשותא דמאריה איתיה כולי ס"ת ואין לזרים איתו וליכא צד סרך איסור כלל. עכ"ד.

בארו' מן הסתם אינו מקדישו וכמ"ש מהרי"ק. וכן השיב בסימן יח הר"ר יצחק גרשון זצ"ל [מחכמי איטליה שבאותו הדור] דאין ספק שהיו יכולים לעשות כן, דמסתמא כשעושה ס"ת ומביאה לבית הכנסת לקרות בו ברבים מניחה שם אדעתא שלכל רצונו יוכל ליקח אותו משם ולעשות בה מה שליבו חפץ, ועתה למה יגרע כחם מכח ההוא גברא דאתו מחמתיה. עכ"ד.

קנ"ה ואל תאמר שכן היה המנהג רק באיזמיר, שכבר העד העיד בנו האיש המג"א שכן המנהג כיום, וכמ"ש לקמן (סימן קז אות א).

קנ"ה והמעיי' שם בשו"ת נחלת יעקב [שהוא אוסף של שאלות ותשובות בענייני ממונות ואיסור והיתר, בעריכתו של רבי יהושע יעקב היילפרין, שהיה תלמיד מהר"ם פאדובה ורבי אביגדור צוידאל מונציה, ממגורשי פולין שהגיעו לאיטליה. בין המשיבים בעל השל"ה, בעל ה"לבושים", ועוד] יראה, שהשאלה הנשאלת שם שבאו בעל חוב לאחר מיתת הלווה, ולקחו את הס"ת מהיכל הקודש אם עשו נכונה, ובסימן יז השיב הר"ר שמואל יהודה קצנבלוגן [רבה של ונציה לפני כארבע מאות שנה], דעשו נכונה, דהמביא ס"ת בבית הכנסת ומניחו

סימן קו

עוד פוסקים הסוברים דהס"ת בחזקת הבעלים

א) וזה חזיתי ואספרה, להג"ר שלמה קלוגר בספר החיים (סימן קנג סעיף כ הוצאת מכון חכמת מוס"ף והולך ומונה לדעות הפוסקים בזה) וזה חזיתי ואספרה, להג"ר שלמה עמור (סב) שהעלה, דכל היכא דלא ידעינן אם התנה כשהקדיש לס"ת, וגם איכא עדי ראייה [פירוש עדים שראו את הס"ת בבית הכנסת דאז לא יכולים לטעון הגבאים דיש להם מיגו שהיו אומרים החזירו או לא היו דברים מעולם] בזה ודאי לא הוה חזקת הגבאים חזקה, ויכולים התורמים להוציא את הס"ת מבית הכנסת. עכ"ד. וכן שנה דבריו עוד בשו"ת האלף לך שלמה (חאו"ח סימן סד - סה), דהס"ת בחזקת בעליו ויורשיו עומד. ע"ש. וע"ע במ"ש הגאון הנזכר בשו"ת שנות חיים (סימן ריא).

עוד ראיתי להגאון כמוהר"ר יצחק בן וואלד זצ"ל בשו"ת ויאמר יצחק (ח"א או"ח סימן כב), שהעלה שהס"ת בחזקת התורם, ומיהו שם איירי קודם שהכניסו את הס"ת לבית הכנסת. ובאמת בנו הר"ר יוסף בן וואלד בשו"ת שמו יוסף (סימן קעה) כתב, דמה שפסק מר אביו שהוא בחזקת היורשים, כיון שעדיין לא נכנס הס"ת לבית הכנסת. ואמנם המעיין בתשובת ויאמר יצחק יראה דבסוף התשובה צדיק עתק לחבל נביאים רבותינו הפוסקים שכתבו דהס"ת בחזקת המקדיש גם לאחר שנכנס הס"ת לבית הכנסת. מה גם שכבר מילתנו אמורה לעיל (סימן לו אות ט וסימן לט) שהרב ויאמר יצחק מר ניהו רבה, הסובר דבכל ספק בתפיסה לא מהני תפיסה. וא"כ כיון שישנה מחלוקת מי המוחזק היורשים או הציבור, הוה ספק במוחזקות וכל כה"ג יש לנו ללכת אחרי רוב הפוסקים, ורוב הפוסקים כתבו בנידון זה דהס"ת בחזקת בעליו קיימא.

וכן מצאתי בחפשי'ה להגאון רבי אברהם אדאדי בספרו השומר אמת (סימן ג סעיף יד) שכתב, דמסתימות דברי המהרי"ק ומרן השו"ע מוכח דגם כשהביאו אותו אבותיו בסתמא, הדין כן דלא יוצא מחזקת המקדיש, ואע"ג דאינן כאן ראייה ברורה שלא הקדישו לגמרי, וכן נראה משו"ת התשב"ץ (חלק ד חוט המשולש טור א סימן ז).^{קני} עכ"ד. גם בספר מגן גיבורים כתבו הגאונים המחברים רבי מרדכי זאב אטינגא ורבי יוסף שאול נתנון זצ"ל (שלטי הגיבורים סימן קנג סק"ו), דכשנתן את הס"ת לבית הכנסת בסתמא לא הקדישו לגמרי. וכ"כ הגר"ש נתנון בספרו שואל ומשיב תליתאה (חלק ג סימן פו), דכשנתן לבית הכנסת ס"ת ונפטר, אפילו אם גילה דעתו בחייו שרוצה ליתנו לבית הכנסת במתנה גמורה, עכ"פ מידי ספיקא לא נפיק, והיורשים מוחזקים, דירושה ממילא קאתיא. עכ"ד.

גם בשו"ת יד הלוי במברגר (ח"א סימן לב) פסק, דהס"ת בחזקת היורשים, ואולי עיקר סמיכתו של מהרש"ל היתה כיון דמנהג מקומו היה שכשנותן ס"ת לביהכ"נ מתנה בפני עדים שאינו מקדישו לחלוטין, וכיון דבעובדא שנשאל עליו לא נעשה כן איהו דאפסיד אנפשיה, משא"כ במקומותינו שלא ראינו מנהג זה, י"ל דגם מהרש"ל מודה לפסק הש"ע וט"ז. עכ"ד.

ב) ולך נא ראה למ"ש בשו"ת ריב"א אונגר (חיו"ד סימן קלד), שהביא לנו מן החדש, דכל מה שפסק השו"ע שהוא בחזקת היורשים היינו דוקא כשהם טוענים טענת ברי, אך היכא שהם טוענים שמא, בזה יש לפסוק כמהרש"ל דהס"ת בחזקת בית הכנסת. וכתב ע"ז (שם דף פ ע"א טור ב), ואל תשיבנו למה תפיסת הציבור מהני יותר מתפיסת היורש, אומר אני מילתא בטעמא, דלאחר דקיי"ל דתפיסה לאחר שנולד הספק בטענת שמא לא מהני לכו"ע, והא דתפיסה קודם שנולד הספק מהני אפילו בטענת שמא, וכתב האורים ותומים (בקיצור תקפו כהן סימן כג - מג ד"ה ולהבין דברי), דה"ה בתפס בעת לידת הספק דהתפיסה והספק באין כאחד, וא"כ תפיסת הציבור היא בעת לידת הספק, דהיינו שניתן לביהכ"נ שלהם, ולכן מהני אפילו בטענת שמא, משא"כ תפיסת היורש, שהיא תפיסה לאחר שנולד הספק. עכ"ד. וי"ל ע"ד לא עת האס"ף ומ"מ גם לדבריו כשטוענים היורשים טענת ברי, הס"ת בחזקתן.

תשובת
ריב"א
אונגר

ג) גם בשו"ת מהר"י הלוי (ח"ב סימן יט דף יא ע"ב טור ד) כתב, דאף אם נאמר דמהרש"ל חולק ע"ז, מ"מ רבים נגדו והם בתראי והלכה כבתראי. עכ"ד. וכן מצאתי ראיתי שכן דעת הגאון הנצי"ב בשו"ת משיב דבר (ח"ב סו"ס עה), דהס"ת בחזקת מקדישו. וכ"נ דעת הגאון רבי יצחק אלחנן זצ"ל בשו"ת עין יצחק (סימן ט) למדקדק היטב בלשון השאלה שם. וע"ע לקמן (סימן קיד אות ו) במ"ש לפלפל בדבריו.

הכרעת
האחרונים

וכ"נ דעת הרב ארחות חיים כהנא (סימן קנג אות כ) שהביא בשתיקה את כל דברי הפוסקים דהס"ת בחזקת היורשים. ע"ש. וכ"כ הגאון רבי אהרן ליבוש הורוויץ זצ"ל בשו"ת הרי בשמים תנינא (סימן קמה), דהעיקר שהס"ת בחזקת הבעלים, ושכן נראה דעת הש"ך ביו"ד (סימן רנט ס"ק ו), ועל כן גם הציבור לא יכול ליטעון קי"ל כמהרש"ל, כיון דמבואר בתשובת חות יאיר (סימן קסה) דבמקום שהמחבר והרב בהג"ה סתמו דבריהם והסמ"ע והש"ך אין חולקים עליהם אין יכול לומר קי"ל, ובפרט שמתשובת מהרש"ל נראה שהיו אומדנות והוכחות שהבעלים הקדישו. הס"ת, ע"ש. ואין ללמוד מדבריו למקום דליכא שום אומדנא. עכ"ד.

דעת גאוני
אשכנז בזה

גם בשו"ת מהרש"ם (ח"א סימן מח) פסק כן בפשיטות, דכיון שהמנהג שאין הס"ת שייך לבית הכנסת, לכן רשאי הבעלים ליקחנה לעצמו לביתו, וה"ה למניין אחר קטן מזה, ומ"ש הרב השואל דבשעה שבאו לדין לא היו עדים של ראה, ובעלי בית המדרש מוחזקים, לפי האמור אין להם דין מוחזקים, כיון דעל פי המנהג רשאי בעל הס"ת ליקחנה לעצמו והוא המוחזק, דבעלי בית המדרש יש להם רק דין שוכר ושואל, ואין גוף הס"ת שלהם, אלא של בעל הס"ת, וקיי"ל דהמשכיר נקרא מוחזק לגבי שוכר. עכ"ד. גם בספרו דעת תורה (או"ח סימן קנ סעיף כ) כתב, לעיקר כדעת הרב גינת ורדים שכשאין המנהג ידוע אין הציבור יכול להחזיק בטענת ספק בס"ת, מאחר שהם מודים שהוא של פלוני. עכ"ד. וכ"ד הגאון רבי מאיר אריק זצ"ל בשו"ת אמרי יושר (ח"א סימן עז), דבודאי מי שנותן ס"ת לבית הכנסת הרי הס"ת ברשותו, ויכול להוציאו משם לאיזה מקום שירצה. ע"ש.

תשובת
הרב בכורי
שלמה

ד) שוב ראיתי בשו"ת בכורי שלמה רזכטה (ח"ב יו"ד סימן כח) שהאריך למענינו בדין זה. וכתב (באות ג) דאילו היה רואה המהרש"ל סברת מהרי"ק והשו"ע, לא היה חולק, ומדלא הביאו מוכח שלא ראהו ובכה"ג אין לחוש לדבריו, וכמ"ש הרמ"א (חו"מ סימן כה סוף סעיף ב). ועיי' בתומים בקיצור תקפו כהן (סימנים קכג - קכד), ובנתיבות בדיני תפיסה (סימן כה סעיף כ), ומקורו מתשובת חות יאיר (סימן קסה),¹⁷ דבאופן זה אף דאיכא שני דיעות שחולקים על הרוב אין המוחזק יכול לומר קים לי, שאותם ב' הדיעות לא ראו דברי רוב הפוסקים בזה. וגם יש לצרף שכ"ד הרב עובדיה מברטנורא שהרי המהרי"ק (בשורש ע) כתב ששאלה זו שאלו ר' עובדיה מברטנורא וכתב לו שיפסוק ג"כ כמו שפסק הוא דהבעלים מוחזקים, וא"כ מי ראה אלה הפוסקים ולא יפסוק כמותם ע"ש. ועוד כתב שם (באות ד) דכבר כתבו הפוסקים דהיכא דאפשר לפרש דברי היחיד כסברת המרובים וכגון בנידון דידן, אפילו יחיד אין כאן, שלא יכולים לטעון קי"ל כותיה. ע"ש. ובהמשך דבריו (באות ז) כתב, דפשיטא דהוה הקדש בטעות לפי דברי התו"ח דכשיקדיש הס"ת לגמרי מפסיד מצותו וממונו, ולא מחית איניש נפשיה לספיקא. ונראה שגם דעת הלבוש והגר"א כהשו"ע, וכן נמצא דעת מהר"ל מפראג בכתביו, ועוד הביא (באות ח) קרוב לעשרים פוסקים הסוברים כהתו"ח ע"ש, וסוף דבריו (שם אות יא) דרובא דרובא מהפוסקים סבירא להו כשיטת השו"ע שיורשי המנדב המה מוחזקים מצד אביהם. וגם דעת רש"ל לא מוכרחת שחולקת על השו"ע, והיורשים יש להם חזקה מצד ירושה, אבל הקהל אין להם ודאי חזקה רק ספק חזקה ואין ספק מוציא מידי ודאי, ולכן הדין ברור כשמש דאין הקהל יכולים אפילו לומר קים לי. עכ"ד.

אם היו רואים דעות החולקים ונימוקם היו חוזרים בהם, ומקורו אחד מהרמ"א (בחו"מ סימן כה ס"ס ב), ועוד דאין לומר קי"ל כנגד מרן השו"ע והרמ"א, ומקורו טהור מדברי חות יאיר והתומים והנתיבות שהביאו דבריו. ודו"ק.

קנ"ה הנה נא הואלתי לבאר דהרב בכורי שלמה כ"ל תרי טעמא בקבא חדא אמאי לא יכולים הקהל לטעון קי"ל, טעמא קמא, דכיון שלא ראו הפוסקים הסוברים שהס"ת בחזקת הקהל את דברי החולקים, ממילא א"א לומר קי"ל כותיהו, דאפשר

ה) גם הגאון רבי רפאל אנקאוה זצ"ל בשו"ת קרני רא"ם (סימן רכג דף רטז ע"ב טור ג) כתב, דמפסק מרן הקדוש בשו"ע (או"ח סימן קנג סעיף כ) מוכח דמרן הוא מכת הסוברים דאם הניח ס"ת בבית הכנסת בסתם יכול אח"כ לקחתו והוא הקרוי מוחזק, ואפילו היורשים נקראים מוחזקים ויכולים להוציאו, וזה פשוט. והן אמת דבתשובה אחרת (בסימן רכד) נראה דהדר ביה, שכתב שמדברי כמה מרבתינו האחרונים נראה דס"ל דדברי מרן בשו"ע איירי כשיש מנהג ברור דהמקדיש לא מקדיש באופן גמור וכמ"ש המטה יהודה, וכן נטתה דעתו לפרש בדעת מרן השו"ע דאיירי דוקא במקום מנהג אך בסתמא לא יכול להוציאו, מ"מ סיים אמריו, דכיון דראינו דהמנהג הוא שלא מקדישים ס"ת לגמרי, דהכל על דעת המנהג. ע"ש. הרי לדינא ג"כ מסכים לדבר [והנהגה בהגלות נגלות לנו דברי מרן השו"ע בכמה מקומות, דבכל ספק בתפיסה לא הוה תפיסה וכמ"ש לעיל (סימן נח והלאה), יש לנו לקיים פסקו של מרן גם הכא ולומר דגם בסתמא כשנתן הס"ת לבית הכנסת, לא הוה בחזקת הציבור, דאין תפיסתם תפיסה].

סימן קז

המנהג בדורות האחרונים בנתינת הס"ת לבית הכנסת

א) ונוסף גם הוא, שבס"ת מצאנו קולא יתירה שכן המנהג שלא להניחו בביתו כמ"ש הש"ך (יו"ד סימן רנט סק"ו) [ומטע"ז הש"ך שהוא אבי אבות השיטה דמהני ספק בתפיסה, הכא פסק דלא מהני תפיסת הציבור והס"ת לא יוצא מחזקת היורשים].

גם הרמ"א (יו"ד סימן רנט סעיף ב) כתב, שגם בס"ת הולכים אחר המנהג ואם המנהג שכשירצה חוזר ולוקחו הכל ע"ד המנהג. ע"כ. וכ"כ הב"ח (יו"ד סימן רנט אות ז) ושכ"נ גם דעת מהרש"ל. ע"ש. ולדבריו גם מהרש"ל יודה, דכיון דהמנהג כיום דנשאר הס"ת ברשות בעליו וכמ"ש המג"א (סימן קנג ס"ק כב ומג), אזלינן בתר המנהג, והס"ת בחזקת היורשים. ולפי"ז תו אין הגבאים יכולים לומר קי"ל כמהרש"ל, דגם המהרש"ל מודה בהא. וכן בקודש חזיתי להרב משפטי שמואל קלעי (סו"ס ח) שכתב, שגם במקדיש ס"ת אמרינן דכל המקדיש על דעת המנהג מקדיש. ע"ש. וכ"כ הג"ר מאיר מלמד זצ"ל [שהיה ראש הישיבה ביון לפני כארבע מאות שנה] בשו"ת משפט צדק (ח"ב סו"ס סח), דאם המנהג להקדיש ס"ת, הנותנים צריכים להביא עדים שהקדישום על תנאי, ואם אפילו נוהגים שלא להקדיש ורוב הציבור יודעים שהקדיש, או שיש עדים שהקדיש, ה"ז ברשות הציבור. עכ"ד. ומשמע דכל היכא שהמנהג שלא להקדיש, או שלא ידוע המנהג ואין עדות כל שהיא, הס"ת בחזקת המקדיש. וכן מבואר בגינת ורדים (יו"ד כלל ג סימן יד) דגדול כח המנהג, דאפילו שהקדיש איזה דבר בפירוש אתי מנהגא ומפקיעו מקדושתו, ע"ש דבריו שהוכיח כן מדברי רבותינו הראשונים. ואכמ"ל.

וכן מתבאר מדברי המג"א (סימן קנג סק"ב) שכתב, דמנהג העולם היום למכור ס"ת אפילו נתנו מתחלה לבית הכנסת לקרות בו, וכיון שנהגו כן הו"ל כאלו התנו מתחלה בהדיא שלא תחול קדושת רבים עליהן, ולפ"ז נראה דלכו"ע אין להחמיר בזה בדיעבד, ומ"מ לכתחלה בודאי טוב להתנות בהדיא שאין נותנה לחלוטין. עכ"ד. וכ"פ הרב משנה ברורה (סימן קנג ס"ק צט), והגם שהביא דברי הפוסקים שפירשו בדעת מרן השו"ע דאיירי דוקא כשידוע שהשאל את הס"ת ולא נתן בסתמא, ואעפ"כ פסק כהמג"א מכח המנהג. וכן הבאנו לעיל (סימן קה) שכ"כ הגר"ח פלאגי ושכן יש לנהוג בכל מקום. ע"ש. וכ"כ בשו"ת דעת סופר (יו"ד סימן צו) שכך מנהג ישראל תורה, וגער בקהילה שלא רצו לקבל ס"ת באופן זה אלא רק כשיקדיש התורם הס"ת לגמרי, שעל ידי זה גורמים לאחרים להתרשל במצוה, ושארית ישראל לא יעשו עולה. ע"ש. וכ"כ בשו"ת תפילה למשה להגאון המופלא רבי משה לוי זצ"ל (ח"ג סימן כד אות ד), שלפי מה שנוהגים, שאין נותנים את הס"ת במתנה גמורה לביהכ"נ, רק משאילים אותו לצבור לקרוא בו, שפיר יוצאים יד"ח מצות כתיבת ס"ת מהתורה בזה, דהס"ת עדיין נחשב שלו. עכ"ד.

ב) עוד ראיתי לחבל אחרונים שכתבו כן ומהם בשו"ת בית ישראל לנדא (ח"א סימן כה) שכתב דאע"פ שהקהל הם המוחזקים, מ"מ העיד המג"א שהמנהג שאין מקדישים את הס"ת לגמרי, והביא שכ"כ בספר קטן הנקרא מקנה [והוא ליקוט על דיני מכירת חמץ מבעל מחבר טהרת ישראל] שבסוף הספר בפירוש באר יצחק (אות יא) שהאריך הרבה בזה, ומסיק דאם לא הקנה את הס"ת בקניין סודר וכיוצ"ב לבית הכנסת, לעולם נשאר ברשותו של המקדיש, דהיכי דאיכא להסתפק בלשון המתנה על המקבל להביא ראיה כמבואר בשו"ע (ח"מ סימן רמו סעיף ה). עכ"ד. וכ"כ בשו"ת צור יעקב הורוויץ (סימן קח), שלא הקדישו הס"ת לגמרי, ושכ"ד הרב השואל שם הר"ר יוסף יהודה נבנצל זצ"ל אב"ד ברדשין. ע"ש. וכ"כ בשו"ת באר חיים מרדכי רולר (ח"א סימן ט) דפשיטא שיכול המקדיש להוציא את הס"ת למקום שרוצה, דהוה כהתנה במפורש כיון שכן המנהג, וכן היורשים הבאים מכוחו, וזה פשוט וברור כי אותו כח שיש לאב הנחיל ליורשיו אחריו. ושנה דבריו עוד (בח"ב סימן ו), ועוד לו שם (בסימן סב) שהביא דברי ידידו בשו"ת הרב"ז (סימן מב) שכתב, שאין הס"ת בחזקת המקדיש ויורשיו לא יכולים להוציא את הס"ת לבית הכנסת אחר. וכתב עליו, כי בטלה דעתו הרחבה נגד דעת כל גאוני בתרא שלא כתבו כן. וזאת היא דעתי דעת תורה להלכה ברורה. עכ"ד. גם בשו"ת הלל אומר פוסק (סימן עט), העלה שבדין בעלות הס"ת נשאר בבעלות המקדיש. קנט¹ וכ"כ בשו"ת מהר"י שטייף (סימן פג), דבסתמא הס"ת בחזקת יורשים. גם בשו"ת חזון נחום ויינדפלד (סימן פה אות ו) יצא לדון

לו, דבודאי כל אדם ניחא לי שיעשו בס"ת כמה שיותר מצות ואפילו עומד וצווח מחמת בורותו אין שומעים לו דבטלה דעתו אצל כל אדם. עכ"ד.

קנט¹ אלא שאם רוצה להוציא מנהג היפה בית הכנסת שיש בו מאות מתפללים לנהג הרעה בית הכנסת קטן במרתף ובמיעוט מתפללין אין שומעים

בדבר חדש, דאיכא אומדנא שלא הקדישו, כיון שאסור למכור ס"ת, ומה לי מכרו להדיוט ומה לי מכרו לשמים. ע"כ. וכ"נ דעת הגאון רי"י קנייבסקי זצ"ל שהובאה בארחות רבינו מהדורה חדשה (ח"ג עמוד רפ אות ז) שבשנת תשל"ו קיבל ס"ת ישן מבית הכנסת בהולנד שהפסיקו להתפלל בו, והשקיע בו ממון לתקנו, ואמר, שאינו יודע אם קיים בו את המצוה של כתיבת ס"ת, משום שלא ידוע בעליו שנאבד זכרם, ורק גבאי בית הכנסת נתנוהו לו ואפשר שלא נהיה שלו על ידי כך וכו'. עכ"ד. הרי שהגם שהגבאים נתנו להגאון הנזכר הס"ת במתנה, עדיין הסתפק שאין זה שלו, והטעם כאמור דהתורם לבית הכנסת בסתמא אין זה על דעת להקדישו לגמרי. וי"ל.

סימן קה

המקדיש ס"ת אם מפסיד מצותו

ולך נא ראה להגאון רבי דוד שפרבר זצ"ל בשו"ת אפרקטא דעניא (ח"א סימן מח), שיצא לדון בזה, וכתב, דגם אם נאמר כהחולקים על התו"ח דיוצא יד"ח מצות כתיבת ס"ת בכתיבה לחודה ולא מפסיד המצוה כשנותנה לבית הכנסת, מ"מ לא מחית איניש נפשיה לספיקא, ובלא הקדישה להדיא, לית מאן דחש לומר דבסתם נתינה לבהכ"נ הו"ל כמסירה לצבור לגמרי, דהרי גם לדעת הבני יונה (י"ד סימן רע סעיף ד) שחלק על התו"ח וסבירא ליה דלא מפסיד מצותו כשמקדיש לס"ת, לעיל מזה (סעיף ג) כתב וז"ל, וכן כשחייב לישראל גובין מס"ת כ"ז שלא הקדישה כו'. וכתב הגאון מבוטשאטש בספרו דעת קדושים על הלכות ס"ת (מקדש מעט דף ב ע"ב סק"ט) דמ"ש הרב בני יונה שלא הקדישה היינו שלא הקדישה בפירוש לצבור אף שהעמידה בביהכ"נ, ושכ"כ המהרי"ט (חיו"ד סו"ס ה) והאורים (סימן צו ס"ק נו כצ"ל, ובנדפס הוא ט"ס), והש"ך (י"ד סימן רנט סק"ו - כצ"ל), הרי שכשהניחו בסתמא גם למ"ד שלא מפסיד המצוה לא התכוין להקדיש לגמרי. עכ"ד. וכ"כ בספר בני ציון ליכטמאן (סימן קנג ס"ק כא), דהעיקר כמהרי"ק, דבודאי לא ראה המהרש"ל תשובתו, וכ"כ הגאון מטשיבין זצ"ל בשו"ת דובב מישרים (חלק א סימן צא), דכיון דהמג"א (סימן קנג ס"ק כב) כתב דמשום שהמנהג הוא כן הוי כהתנה מתחילה, ומשום הכי אפילו נתנה הס"ת לבית המדרש לקרות בו רשאי למכרו, ועל כן גם בנדון דידן לדעתי הדבר ברור דיוכל היורש להוציאה לבית המדרש אחר. עכ"ד. וכ"ד הגר"א אונטרמן זצ"ל הוב"ד בשו"ת שאילת משה וסרמן (סימן ג) בסוף תשובתו, שהס"ת בחזקת היורשים מטעם התו"ח, וכ"פ הגר"מ פיינשטיין זצ"ל בשו"ת אגרות משה (חאו"ח סימן נב ענף א), שלאחר שהביא ג"כ פסק השו"ע (או"ח סימן קנג סעיף כ) ודברי הט"ז הנ"ל, כתב, שהעיקר כמו שפסק השו"ע שאין הס"ת יוצא מחזקת היורשים, כי בודאי המכניס ס"ת לבהכ"נ כוונתו אך ורק כדי שיזכו הצבור בקריאתו, ולא הקדישו כלל, שאם מקדישו הרי ביטל מצות כתיבת ס"ת וכמ"ש התורת חיים, וכי נימא שהוא שוטה כזה שכל כך טרח והוציא ממון לקיים מצות

טעמים
נוספים
דהס"ת לא
יוצא
מחזקת
הבעלים

עשה של כתיבת ס"ת ועתה יאבדנה בידים במה שימסרנו לחלוטין בתורת הקדש לבית הכנסת, אלא ודאי שאין כוונתו בזה אלא לקריאה בעלמא, וכל שלא אמר בפירוש שהוא מקדישו לחלוטין, אגן סהדי שלא הניחו אלא לקריאה בצבור, והרי הוא עודנו עומד ברשותו. עכ"ד.

וכדברים האלה כתב הרב דבר אליהו לרמאן (סימן צו דף ק"ז ע"ב טור ד) שנשאל היכא שהקדיש במפורש ס"ת לבית הכנסת, אם עדיין המקדיש הוא הבעלים על הס"ת, וכתב דאפילו במקדיש ס"ת לגמרי יש לומר שהוא הקדש בטעות ע"פ דברי התו"ח שכתב, דכשמקדיש הס"ת לבית הכנסת מפסיד מצותו, כי אומדנא דמוכח טובא דאין אדם רוצה ליגע את עצמו כ"כ ולכתוב ס"ת לשם מצוה ויתננה לאחר שלא עמל בה ולהיות נדחה מהמצוה שלא יהיה לו חלק בה כאחר הפחותים, ומבואר ברמ"א (סימן רז סעיף ד) דבמתנה דברים שבלב הויין דברים וכתב הסמ"ע (שם סק"י), דבאומדן דעת כל דהו מבטל המתנה, וה"נ בנ"ד אם היה יודע הנותן שלא עשה מצוה במה שהקדיש הס"ת, ואפשר עוד קרוב לעבירה, בודאי לא היה נותן וממילא המתנה בטילה. ומ"מ היכא דהקדישו במפורש ישאל על הקדשו. עכ"ד. קט

סימן קט

הכרעת גדולי פוסקי דורינו

גם גדולי פוסקי דורנו שישבו על מדוכה זו העלו, דהס"ת בחזקת המקדיש ויורשיו, כ"כ דעת חכמי הדור הגאון רבי שלום משאש זצ"ל רבה של ירושלים בשו"ת שמ"ש ומגן (חלק ב סימן כט), והעלה בקצרה, שדעת פוסקים רבים שהספר תורה ביד היורשים, ויכולים להוציאו מהבית כנסת שהיה עד עכשיו, וזה הנראה להלכה ולמעשה. עכ"ד. וכ"פ הגאון רבי חיים דוד שלוש זצ"ל, הרה"ר לנתניה, בשו"ת חמדה גנוזה (ח"ג סימן כח אות ד). ועיין להגאון הראש"ל הגרש"מ עמאר שליט"א בשו"ת שמע שלמה (ח"מ ח"ג סימן א - ג) שיצא לדון בנידון דומה לזה, והעלה הוא ועימו מו"ר הגרב"ש סלומון זצ"ל, והדיין הרב חיים שלמה שאנן נר"ו במותב תלתא כחדא, דיש ללכת בתר אומדנא, ובספק מוחזקות של היורשים מול חזקת הבית הכנסת יד היורשים גוברת. עכ"ד. קט

שנמסר לציבור, עיין מ"ש בזה בשו"ת בית יצחק שמלקיס (יו"ד חלק ב סימן פד - פה), ובמ"ש חתנו הרה"ג רבי נתן לוין זצ"ל בשו"ת בית נדיב (הוצאת מכון ירושלים עמוד כא בענין קנין בספר תורה שנמסר לציבור) ואכמ"ל.

קסא ומה שהעיר ע"ד ידידנו הגר"י חדאד שליט"א הו"ד בשלהי תשובתי בשו"ת אך טוב

קס ובשלהי תשובתו מוסיף עוד סברא וזת"ד, כיון דבנ"ד לא מסר את הס"ת ליד הגבאי רק העמידה בארון הקודש של בית הכנסת כדרך העולם. והנה דעת רשב"ם (ב"ב דף ע"ט ע"א ד"ה הכי קאמר) והתוס' (שם ד"ה ואין מועלין ובע"ב ד"ה אימור), דאין חצר להקדש, ולכן אם ישאל על הקדשו יכול להוציא הס"ת מרשות הקהל. [ועל עצם הקניין בספר תורה

אב"ד הרבני בת"א בתשובה, והיא ל'ו נדפס'ה בקובץ יוסף חיים (סימן ו), ושוב הודפסה בספרו שו"ת משפטי הבשן (ח"ב סימן לח) בנידון כיוצ"ב, שהספר תורה בחזקת הבן היורש, ורשאי להעביר הס"ת לבית כנסת אחר, ואין הגבאים יכולים לתובעו. עכ"ד. וכ"פ בהלכה ברורה (ח"ז סימן קנג סעיף סד - סה), שמי שנתן ס"ת לבית הכנסת רשאים הוא או יורשיו לקחתו לאחר מכן. וכ"כ בספר חוק ומשפט להגאון רבי שאול גבאי נר"ו (אורה חיים סימן צז), ובספרו שערי דעת עמ"ס בבא בתרא (עמוד כט). ע"ש.

סימן קי

אם הס"ת נחשב ממון או טובת הנאה

א ואני טרם אכלה לדבר ראיתי להגאון רבי אברהם אדאדי בספרו השומר אמת (בקונטרס אמר שומר שבסוף הספר סעיף לו מהדורה חדשה עמוד קעה) שכתב, דמה שהיורש יורש אינו אלא טובת הנאה שיכול להחליט היכן ליתן הס"ת ולא להוציאו לגמרי מחזקת הקדש, וכבר כתב הרמ"א (בחור"מ סימן רעו סעיף ו), דאין היורשין יורשין דברים שאין בהם ממש או טובת הנאה בעלמא שאינו ממון. עכ"ד. וכן העיר ידידנו הגר"י חרדא שליט"א על מה שכתבנו בתשובה (הו"ד בסוף התשובה באטו"ל שם) דבאמת עיקר מה שדיברו הפוסקים האחרונים הוא בענין אם הס"ת שניתן לבית הכנסת הוא בחזקת הבעלים או בחזקת הגבאים, אך לענין אם שייך בו ירושה, יש לדון לפי דברי הרמ"א (שם) דטובת הנאה אין היורשים יורשים ולכן אף אי נימא דהבעלים נקרא מוחזק אבל אפשר דהיורשים אינם נקראים מוחזקים, ולא יצא הדבר מידי מחלוקת, ואיכא למימר המוציא מחברו עליו

טובת
הנאה אין
לה ירושה

תשובת מו"ר הגר"ש סלומון זצ"ל שם (בסימן ג) שלא עוסקת בנושא זה מ"מ כבר העד העיד בנו הגר"ש עמאר שליט"א שהסכים לדינא לכל הדברים האמורים, והיינו שאע"פ שהיה תנאי עם בית הכנסת שלא יוכל להוציא את הס"ת מהעיר ראשון לציון, וכעת הבן שגר בכפר סבא רוצה להוציאו בטענת אומדנא - שאילו היה האב יודע שהבן יגור במקום אחר לא היה מגביל שלא להוציא את הס"ת מהעיר, וכמ"ש בריש אמיר בתשובת הגר"ח שאנן שליט"א (בסימן א), בכל כהאי גוונא יש לנו ללכת בתר אומדנא. וגם מזה יש לנו לדון מינה ולאוקי באתרין, דבנידון דידן יש ג"כ אומדנא שכתבו הפוסקים שנתן על דעת שהוא ובניו יהיו בבית הכנסת, וכל שכן שלא נתן את הס"ת ע"ד שלא ישתמשו בו.

לישראל דשם מיירי שהתנה בפירוש שבנו יוכל להוציא הס"ת מבית הכנסת ולהעבירו למקום אחר, וכמ"ש שם הגר"ש (בסימן ב) בתשובתו להגר"ח שאנן שליט"א (ד"ה ולענ"ד), דבנידון זה א"צ לפלפל אם בסתם כונתו להקדישו לגמרי או לא, שהרי התנה בפירוש שבנו יוכל להוציאו מבית הכנסת בכל עת שיחפון, וכל הדין הוא על מה שנכתב בפרוטוקול שיוכל להעביר את הס"ת רק לבית הכנסת בעיר ראשון לציון. ע"ש. וא"כ א"ז נוגע לנ"ד. עכ"ד. ואשיבה ידי ואען ואומר שהן אמת נכון הדבר כדברי הרב המעיר, מ"מ המעיין בתשובות שם בשמע שלמה יראה דנטתה דעתם כהני רבוותא דגם כשנתן בסתמא לא הקדישו, לגמרי וכמו שמבואר בכל תשובת הגר"ח שאנן ועוד בתשובת הגר"ש עמאר (שם סימן ב סוף אות א) וגם

הראיה. ועדיין הדבר צריך תלמוד, דדילמא דוקא הוא יכול להוציא משם ולא יורשיו, אא"כ התנה כן בפירוש, ויש בזה כעין ס"ס, שמא אף הבעלים עצמם אינם יכולים להוציאו משם כל שנתנהו בסתם, ואת"ל דיכולים, שמא דווקא הם ולא היורשים. ועיין ביבי"א (ח"ח חו"מ סימן ב אותיות ז - ט) דבמקום ס"ס לא מוקמינן ממונא בחזקת מריה, ובפרט דבנ"ד יש ספק מי נקרא המוחזק. עכ"ד הנפלאים.

ב) והנה המעיין בדברי הרב השומר אמת (שם סימן ג סעיף יד מהדו"ח עמוד יז) יראה שפסק להדיא דהעיקר כדברי מהרי"ק שאין הס"ת בחזקת הציבור וכפסק השו"ע. ולהאמור יש לעיין טובא דהלא השו"ע כשכתב דינו כתב הדין ביורשים שהס"ת בחזקתן לגמרי, שהרי כתב וז"ל, יש מי שאומר שס"ת שהוחזק שהיו של אבותיו של ראובן אין הציבור יכולים להחזיק בס. עכ"ל. ומאחר שפסק הרב השומר אמת כן, היאך כתב בקונטרס אמר שומר שדין היורשים הוא רק לענין טובת הנאה שאין בו דין ירושה.

והביאור בזה, דהיכא שהקדיש לגמרי והשאיר לו טובת הנאה, בזה כתב דאינו יורש. אך כל היכא שלא הקדיש לגמרי אלא הקדיש בסתמא, בזה יש לומר דלא יוצא הס"ת מחזקתו, והוה שלו לגמרי, ואדרבא מה שנתן לבית הכנסת אינה אלא טובת הנאה. וכ"כ בשו"ת מהר"י הלוי (ח"ב סימן יט דף יב ע"א) דאין כאן רק טובה הנאה, דגבי ס"ת שלא הקדישו למסור לציבור גוף הס"ת הוא של בעליו ללמוד בה. ע"ש. וע"ע בהשומר אמת (סימן ג סעיף טו - טז). וכן נראה באמת מדברי הפוסקים הנזכרים לעיל, דהיכא שנתן את הס"ת בסתמא לבית הכנסת הס"ת בחזקת הבעלים באופן גמור וממילא היורשים יורשים את הס"ת והרי הוא בחזקתן לכל דבר, דירושה ממילא קא אתיא, וכבר מילתנו אמורה דאין הגבאים נחשבים כמוחזקים גמורים אלא כספק מוחזקים ובארנו בארוכה דכל כה"ג לא הוה מוחזקות ותפיסה, ושכ"נ דעת מרן השו"ע.

סימן קיא

בואו חשבון

ועתה יאמרו המושלים בממלכת התורה בואו חשבון, בואו ונחשב חשבונה של תורה למעלה משבעים פוסקים סוברים דהס"ת בחזקת הבעלים וכשנפטר עובר לחזקת היורשים, וכמ"ש מהרי"ק, וכ"ד רבי עובדיה מברטנורא, והרא"ם ומהר"י בן לב, וכן נראה בפשטות דעת מרן השו"ע והרמ"א, וכ"כ הלבוש, וכן מבואר במבי"ט ובמהרי"ט, וכ"כ המהר"ל מפראג והרב שארית יוסף, וכ"כ הט"ז והש"ך והמג"א, וכן נתבאר בדברי הרב תורת חיים וכל סיעת מרחמוהי, וכ"ד הגינת ורדים ומהרש"ך והרב בני חיי, וכ"כ הרב שמש צדקה מורפורגו ושכ"ד הרב בני שמואל, וכן מבואר בדעת הרב משפטי שמואל קלעי, ובשו"ת משפט צדק, וכ"כ הרב משכנת

הרועים אלחאיך, והרב דברי מרדכי כרמי ובספרו מאמר מרדכי, וכ"כ הגר"ח פלאגי זצ"ל בכמה מחיבוריו, ושכ"ד חכמי איטליה הם הרבנים הגאונים רבי שמואל יהודה קצנלבוגן ורבי אביגדור צוידאל ורבי יצחק גרשון, וכ"ד הרב פתח הדביר, וכ"פ הגר"ר שלמה קלוגר בכמה מספריו, וכן מתבאר בדברי הגאון מוהר"ר יצחק בן וואליד זצ"ל, וכ"פ הגר"א אדאדי, ושכ"נ מדברי רבינו צמח בן התשב"ץ, וכ"פ רבי מרדכי זאב אטינגא ורעהו מהרי"ש נתנזון, וכ"כ הרב יד הלוי במברגר, ובשו"ת ריב"א אונגר, והרב דבר אליהו לרמאן, ומהרי"א הלוי, וכ"כ גם הגאון הנצי"ב, וכ"נ דעת רבי יצחק אלחנן, וכ"פ בספר ארחות חיים כהנא, ובשו"ת הרי בשמים, ושם ציין שכ"ד החות יאיר, וכן תתבאר דעת התיבות. וכ"פ בשו"ת מהרש"ם, וכ"ד הגאון רבי מאיר אריק זצ"ל, וכ"כ בכורי שלמה רזכטה, וכתב שם שכן תהיה דעת התומים. וכ"פ הר"ר רפאל אנקאוה, וכ"ד הרב משנה ברורה, וכ"פ בשו"ת חזון נחום וויידנפלד, ובשו"ת בית ישראל לנדא והביא שכ"כ בספר קטן הנקרא 'מקנה'. וכ"כ בשו"ת צור יעקב הורוויץ, וכ"ד הרב השואל שם הר"ר יוסף יהודה נבנצל זצ"ל אב"ד ברדשין. וכ"פ בשו"ת באר חיים מרדכי רולר, ובשו"ת הלל אומר פוסק, ובשו"ת מהרי" שטיין, ובשו"ת אפרקסתא דעניא, וכתב שכ"ד הרב בני יונה, ושכ"ד הגאון מבוטשאטש. וכ"נ דעת הרב דעת סופר, וכ"פ בספר בני ציון ליכטמאן, והגאון מטשיבין, וכ"ד הגרא"י אונטרמן והגר"מ פיינשטיין. וכ"נ דעת הגר"מ לוי זצ"ל. וכ"פ רבנן בתראי, הגאון רבי שלום משאש זצ"ל והגאון רבי חיים דוד שלוש זצ"ל והגאון רבי ניסים בן שמעון שליט"א, והגאון הראש"ל הגרש"מ עמאר שליט"א ומו"ר הגרב"ש סלומון זצ"ל, והדיין הרב חיים שלמה שאנן נר"ו, וכ"פ הגאון הראש"ל הרב דוד יוסף שליט"א בהלכה ברורה. וכ"פ בספר חוק ומשפט ע"פ כל דברי הפוסקים הנ"ל.

הרי אספתי לפניך יותר משבעים איש מזקני ישראל אשר ידעת כי הם זקני העם, דכולם כאחד עונים ואומרים, שהס"ת בחזקת המקדיש ובחזקת יורשיו.

סימן קיב

הטעמים שאין לומר קי"ל בנידון דידן

(א) והמעייין בכל דברי רבותינו הנזכרים יראה, שהפוסקים הסוברים שהס"ת בחזקת היורשים השיבו הדק היטב הדק על כל טענות החולקים, וגם לא חששו לומר קים לי כהפוסקים החולקים והלא דבר הוא, שהלא ידעת אם לא שמעת לכלל הידוע והמפורסם שהביאו הכנה"ג (ח"מ סימן כה הגהב"י אות יג) דהמוחזק מצי למימר קים לי כשני פוסקים אפילו אם יש אלף פוסקים שכנגדו. והגם שכלל זה שנוי במחלוקת, עיין בש"ך (ח"מ סימן קכח ס"ק ה) שנראה מדבריו דאין לומר קים לי כדעת מיעוט פוסקים [ושם בנידונו יש את דעת ר"ת הרא"ש מהרי"ו הב"ח והסמ"ע ע"ש] כשיש כנגדם יותר משלושים פוסקים [והו"ד לעיל (סימן צב אות ב) ע"ש]. וכ"נ מדברי מהריט"ץ (החדשות סימן צד) שכתב,

קים לי
כנגד רוב
הפוסקים

דלא אמר רבינו שמואל הכי (שניתן לומר קים לי) אלא כששני גדולי הפוסקים חולקים ושניהם שוים, דאף על גב דהסברא נותנת לפסוק כר"ת, מכל מקום מצי למימר כיון שהוא תפוס קים לי כרש"י, אבל בדבר שיש רובא דמנכר שסוברים סברא אחת אין לתופס לומר קים לי כמיעוט לעבור על דברי תורה שאמרה "אחרי רבים להטות" (שמות כג, ב). עכ"ד. והמעייין במהריט"ץ יראה שבנידונו אין שלושים פוסקים כנגד דעות המיעוט, ואעפ"כ כתב דאין לומר קים לי כנגד רוב הפוסקים. ומ"מ כבר פשט דגל הקים לי ונהגו בכל מקום כמ"ש הכנה"ג, וכ"כ בשו"ת יביע אומר (חלק ג חושן משפט סימן ה אות כד) ובשו"ת עטרת פז (חלק א כרך ג חושן משפט סימן ג אות ה), מפי סופרים ומפי ספרים.

ומעתה ישאל איש מעם רעהו, מה זה ועל מה זה שלא חששו כל הני רבוותא קדמאי ובתראי לדגל הקים לי אשר הונף ואשר הורם תחת כל עץ רענן.

(ב) ובאמת בתוך דברי רבותינו וביני שיטי, מצאנו כמה טעמים למה לא נקטו כל הני רבוותא את טענת הקים לי שיאמרו הגבאים. וכבר התבאר דלא נחשבת תפיסת הגבאים לתפיסה. וכן ראיתי למהר"ם חאגיז בלקט הקמח (יו"ד בהלכות כללים דשייכי לריבית אות ב - ג דף לו ע"ב טור ד והלאה) שכתב וז"ל, כלל גדול בדין מדברי הפוסקים, דכל היכא שאין התופס טוען ברי שהוא עצמו מסופק, אינו מועיל תפיסה, אלא א"כ תפס קודם שנולד הספק או שתפס ברשות דאז מהני, ולא מקרי תפס ברשות אלא כשנתן לו להיות שלו לגמרי ולא בדרך שאלה ופקדון, וכן דעת הש"ך בתקפו כהן כמה פעמים בחיבורו. עכ"ד. קס"ב וכיוצא"ב כתב בשו"ת מהרי"ט (חלק א סימן קנא ד"ה שוב חזר). ע"ש. וכ"כ בספר

כמה
טעמים
דלא שייך
כאן קי"ל

טור ג) שהביא דברי רבותינו הנזכרים, וכתב להעיר דכל הני רבוותא דס"ל דלא מהני תפיסה בדרך שאלה ופקדון, היינו משום דס"ל דתפיסה לאחר שנולד הספק לא הוה תפיסה, ולכך לא מהני. וממשיך הרב ארח משפט (דף יא ע"א טור א), ובוה האמנתי דלא ימצא פוסק שיסבור דלא מקריא תפיסה ברשות אלא דחשיבא תפיסה לאחר שנולד הספק. עכ"ד. והיינו דלמ"ד דמהני תפיסה לאחר שנולד הספק, גם תפיסה בדרך שאלה ופקדון הוה תפיסה. ואמרתי אבא אעירא ע"ד דכבר כתבנו שגם דעת הש"ך דתפיסה בדרך שאלה לא הוה תפיסה. ואע"פ שדעת הש"ך בכמה מקומות דמהני תפיסה גם לאחר שנולד הספק, שהרי דעת הש"ך בתקפו כהן דמהני תפיסה בעיאי דלא איפשטא, הגם שכל בעיא דלא איפשטא הוה תפיסה לאחר שנולד הספק, וכמ"ש התומים בקיצור תקפו כהן (סימן כג - מג) וז"ל, דעת הש"ך בחיבור זה (סימנים ז, סה, ע, פה) שבכל מקום כספק איבעיא

קס"ב והנה בעניין זה בתפיסה שבאה בדרך שאלה ופקדון ראה ואביטה להרב כנה"ג (הו"מ סימן ד הגהת ב"י אות י) שצדיק עת'ק דברי הפוסקים בזה, שהתרומת הדשן (סימן שכא) כתב, דלא מהני האי תפיסה. ומהריב"ל (בח"א סימן יח) הביא דבריו וכתב עליו דלא נמצא כן בשום פוסק. ומוהרש"ח ז"ל (סימן מב ובסימן לו) הביא דבריהם והכריח כהרב תה"ד מדברי כמה פוסקים, וכתב שדבריו הם אמיתיים לדעת כל הפוסקים. וכ"כ הרב תוקפו כהן (סימן ט), והרב שבות יעקב (בח"ב כללי הקי"ל סק"ו) דהעיקר כדברי תה"ד. עכ"ד. וכן מבוואר בתומים בקיצור תוקפו כהן (שם) דבדרך שאלה ופקדון לא מקרי תפיסה ברשות דלא נתנו לו אלא לפקדון. עכ"ד.

ואמנם ראיתי להגאון רבי אליהו רתמים חזן מסלוניקי [מחכמי איזמיר לפני כמאתיים שנה בנו של החקרי לב ודודו של רבי חיים פלאג'י זצ"ל] בספרו ארח משפט (הו"מ סימן ד דיני תפיסה הגהב"י אות ד דף י ע"ב

תפיסה
בדרך
שאלה
ופקדון

מאזניים למשפט קאלישר (דיני תפיסה סימן ה סעיף ב) ושה"ה לכל נתינה בטעות דלא חשיב כמוחזק במתנה. ע"ש. ומזה יש ללמוד לנידון דידן, דהגבאים אין להם טענת ודאי, שלא אומרים דבוראי התורם שנתן את הס"ת לבית הכנסת כונתו הייתה ליתנו בהקדש גמור, אלא שאומרים שכך נראה מדלא התנה בפירושו, ובכל כה"ג לא חשיבא טענת ודאי, וממילא אינם תפוסים, דתפיסתם לא הוה קודם שנולד הספק, דעל הצד שנתם להם את הס"ת בדרך שאלה תו אינם תפוסים, והוה ספק בתפיסה משעה קמייתא. [ולא דמי למחלוקת האחרונים בתופס בשעת הספק וכמ"ש לעיל (סימן נא אות ג) הבט ימין וראה].

ג) וכבר הבאנו לעיל (סימן קב אות ה) דבמהרש"ל ומהר"ם אלשיך שיש מן הפוסקים שפירשו דבריהם באופן שלא יחלקו על דברי מהרי"ק והשו"ע, ובזה פגענו בכלל החשוב בדיני קי"ל שכתב בכנה"ג (ח"מ סימן כה הגהב"י אות מב) משם הרב משפטי שמואל (סימן צו), דמה שכתב מהרי"ק ז"ל (שורש קמט) דאין לומר קי"ל כפלוני היחיד היכא שרבים חולקים עליו, דוקא כשהרבים פירשו דבריהם שחלקו על היחיד. והיחיד פירש דבריו בפירוש שהוא כנגד הרבים, אבל אם דברי היחיד יש לפרשם כדברי הרבים, אפילו יחיד אין כאן. ע"כ. וכן מצאתי בס"ד שכ"כ הגאון רבי מרדכי הלוי זצ"ל ראב"ד מצרים [אביו של הרב גינת ורדים] בשו"ת דרכי נועם (ח"מ ס"ס טו) שכתב, שהסברא מכרעת דלא אמרינן שיכול לומר קים לי אלא כשדברי אותו הפוסק הם ברורים שחולק, אבל אם בדבריו יש נטיה לכאן או לכאן, ויש מפרשים דבריו היפך שאר הפוסקים ויש מפרשים ומשום דבריו לשאר הפוסקים אפילו בדוחק, לא שמעינן ליה לומר קים לי כנגד המרובים, כפי אותם המפרשים דבריו באופן שחולק שנאמר לו מי ומי אמר לך שהוא חולק דאפוישי פלוגתא לא מפשינן. עכ"ד. וכ"כ הגר"ח פלאגי' בספר גנוזי חיים (כללי הקים לי סוף אות כא דף קל ע"א טור ב ובמהדורה החדשה של כללי הקים לי שהובאה בספר משפטי הלוי להגר"ר הלל יצחק הלוי נר"ו ח"ג שער ד עמוד קצו), דהיכא דיכולים אנו לפרש סברת היחיד שהוא כדברי המרובים אפילו יחיד אין כאן ולא יאמר קי"ל, ושכ"כ הרב משפטי שמואל (סי' צו) ומוה"ר לב

ל"א קי"ל
כשאפשר
להשוות
סברת
החולק

שכירות דמיקריא תפיסה ברשות, והלא לא לשם תפיסה נתן לו אלא נתנו לו בדרך הלואה. עכ"ד. ובפשטות נראה ליישב דרב המרחק בין שאילה להלואה דכלל אמרו בתלמוד (בכתובות דף פד ע"א ובקידושין דף מז ע"א ועוד) דהלואה להוצאה ניתנה והיינו דבמה שהלווה לו הרי הוא שלו לגמרי, אלא שחייב להחזיר. וא"כ כלפי התפיסה נמי יש לומר דשפיר מיקרי תפוס ממש בזה, ולכן כשיש ספק לא מחויב להחזיר, לא כן היכא דניתן לו בתורת שאילה שאין לו שום תפיסה בעיקר החפץ שאינו שלו, ומחוייב להחזירו בדמותו ובצלמו, בכל כה"ג לא חשיבא תפיסה.

דלא איפשטא, או ספק מחלוקת הפוסקים, התופס הוה כתופס לאחר שנולד הספק, דהספק נולד כאשר נסתפקו חכמי ישראל בנדון שדנו עליו ומאו נולד הספק, וכל התפיסה הוה לאחר שנולד הספק, והוה דעת הש"ך. אבל לבבי לא ידמה כלל בזה וכו' עכ"ד. אתה הראת לדעת דהגם שדעת הש"ך דתפיסה לאחר שנולד הספק הוה תפיסה, אעפ"כ סבירא ליה דלא מהני תפיסה בדרך שאלה. עוד ראיתי שהקשה הרב אורח משפט (שם דף יא ע"א טור ב), דלטעם התומים שכתב דלכך לא מהני תפיסה בדרך שאילה דלא ניתן לתפיסה אלא לשאילה, מה יענה התומים למ"ש התוקפו כהן (בסימן סא) דאם היא בדרך הלואה או

ספר

סימן קיב

התפיסה

קצט

שלמה (חור"מ סי' נג דף ע"ב סוף טור ג), ועיין במכתב שלמה (סימן ב - ג) ובידי דוד (סימן קכו). עכ"ד. ועיין להרב אורח משפט חזן (חור"מ סימן כה אות לו דף לט ע"ב טור ד) מ"ש בזה ואכמ"ל.

ד) עוד אמרתי לבאר, דהנה כדי לטעון קים לי הציבור צריך להיות מוחזק, וכבר כתב בשו"ת יביע אומר (חלק ז חושן משפט סימן י אות ה), דאפילו לגבי גביית מיסים שיש הרבה פוסקים דמחשיבים את הציבור למוחזק, הני מילי כשיש טענת ודאי ולא ספק, ושכן מוכח מהר"ן בתשובה (סימן י), ושכ"כ הגאון ר' יצחק אלחנן בספר נחל יצחק (סימן ד ענף א). ע"ש. ומעתה בנידון דידן אודות הס"ת שהציבור ג"כ באים בטענת ספק, כיון שלא יודעים בודאי שהבעלים הקדיש, כל כהאי גוונא לא הוו מוחזקים. ולכאורה האי מילתא, תלי וקאי בהאי דינא אי קים לי הוא טענת ברי או שמא ועמדנו בזה לעיל בכללי הקים לי (סימן טו אות ג). ואכמ"ל בזה. ומ"מ כיון שבדעת מהרש"ל ודעימיה יש לפרש ג"כ שלא חולקים על המהרי"ק והשו"ע וכאמור לעיל, בזה נראה דלכו"ע הוה טענת קים לי מספק, דעל מי שבאים לסמוך הוא גופיה שנוי במחלוקת, וערבך ערבא צריך. ושוב נמצא שאינם מוחזקים כיון שכל טענתם מספק.

ה) מה גם שפשטות לשון מרן השו"ע, דהס"ת בסתמא בחזקת היורשין והוה ליה קים לי נגד מרן השו"ע. והגם שפוסק שפירושו סובל שני פירושים יכול המוחזק לומר קי"ל כהאי פוסק על פי פירוש זה וכמ"ש בכנה"ג (חור"מ סימן כה הגהב"י אות יט) ומצאנו למקצת פוסקים (והובאו לעיל סימן קג אות א), דפירשו את דברי מרן השו"ע דאיירי במקום שהתנה שאינו מתכוין להקדיש לגמרי, הא בסתמא לא יוצא מחזקת הציבור, מ"מ המתבונן עיניו תחזינה מישרים בלחץ זה הדחק לומר כן בדעת מרן השו"ע, דכולי האי היה לשו"ע לפרש ולא לסתום. ומלבד זאת כבר כתב הגאון רבי ישעיה יוסף פונטרמולי זצ"ל בספרו פנים במשפט (חור"מ סימן כה כללי הקים לי אות כב), דפוסק שסובלים דבריו שני פירושים היכא דהספק הוי בסברת המיעוט נגד הרוב אין לומר קים לי. עכ"ד. וא"כ גם כאן אין לפרש כדברי מרן השו"ע כדעת המיעוט ולומר קי"ל. מה גם שבהגלות נגלות לנו דעת מרן השו"ע, שבכל ספק בתפיסה או במוחזקות לא הויה תפיסה כנגד מרא קמא וכמ"ש לעיל (סימן נח והלאה), השתא הוי קים לי כנגד מרן, דגם כאן התגלתה דעתו דעת עליון של מרן השו"ע דכל ספק בתפיסה או במוחזקות לא הויה תפיסה. וכל שכן דהמנהג מקדמת דנא שלא להקדיש את הס"ת לגמרי.

ו) עוד יש לומר ע"פ מ"ש הכנה"ג (שם אות כא) דאין לומר קים לי אלא היכא דפליגי בסברא לא היכא שחולקין במנהג, ושכ"כ מוה"ר ישראל אבא ז"ל הובאו דבריו בספר משפט צדק (חלק א דין ט). עכ"ד. וכן מצאתי ראיתי להגאון רבי מרדכי הלוי בשו"ת דרכי נועם (חלק חושן משפט סימן טו) שאין לומר קים לי לאחר שפסקו חכמי הדור את ההלכה או כאשר יש מנהג שהתפשט. ע"ש. וכ"כ הרב אורח משפט חזן (דיני תפיסה סימן ד אות מט)

קים לי
במקום
מנהג

קי"ל
בטענת
ספק

משם מהר"י אדרבי (סימן תד) דתפיסה נגד המנהג לא מהני. ע"כ. ועוד כתב באורח משפט (שם אות סימן כה אות קג), דאין אומרים קי"ל נגד המנהג, ושכ"כ הרב חשק שלמה להגר"ח ניסים שלמה זצ"ל (סימן כה אות צד) ע"ש. וכ"כ הגר"ח פלאגי בספרו גנוזי חיים (דגל הקי"ל דף קלא ע"א טור ב) דהמנהג פשוט, שאין לומר קי"ל נגד המנהג. והפוסק כנגד המנהג הוה כטועה בדבר משנה ושכ"כ חמשה עשר פוסקים [ושם הזכיר דעת פוסק אחד ההולך יחידי בדרך וסובר דאמרינן קי"ל גם נגד המנהג, ולא קיימא לן כותיה]. וכאן בנידון דהס"ת שהעיד המג"א דהמנהג הוא שלא מקדיש את הס"ת לגמרי, החולקים ע"ז הוה כחולקים במנהג ולא בסברא. והגם שבהמשך דבריו (שם בע"ב טור ג) כתב הגר"ח פלאגי דהיכא שיש מחלוקת במנהג שפיר מצי למימר קי"ל, נראה דכאן לא הוה מחלוקת במנהג, דהפוסקים הסוברים שהס"ת בחזקת הקהל לא אמרו כן מטעם מנהג אלא שכתבו דא"א להוציא מחזקת הקדש ולא חלקו בעצם המנהג, משא"כ הפוסקים הסוברים דהס"ת בחזקת בעליו הזכירו שכך המנהג דהס"ת לא יוצא מחזקת בעליו. ועיין בספר פנים במשפט פינטרמולי (חומ"מ סימן כה כללי הקי"ל אות כח דף צו ע"ב טור ג, ושם אות מח דף צט ע"א טור ב), ובספר דבר המשפט לרבי חיים הכהן זצ"ל אב"ד טריפולי (חומ"מ סימן כה אות ה). [גם מ"ש הכנה"ג (שם באות לו) דאין לומר קי"ל אלא במרא קמא או כשהתפיסו המלוה להיות שלו שייך בנידון דידן, ועיין בספר פנים במשפט פינטרמולי (חומ"מ סימן כה כללי הקי"ל אות נ דף צט ע"א טור ב). ואכמ"ל.

ז) עוד יש לצדד דאין לומר קים לי בדבר דלא מסתבר טעמיה וכמ"ש הכנה"ג (שם אות קיג) היכא דלא מסתבר טעמיה (כו), וכאן הלא כבר מילתנו אמורה דלדעת התו"ח מפסיד מצותו אם הקדיש את הס"ת לגמרי, ואפילו אם לא נפסוק כותיה לא יהיה הדבר בגדר ספק ולא מחית איניש נפשיה לספיקא, לאבד ממונו בידו. וכבר הבאנו לעיל (סימן קו אות ד) דמהרש"ל ודעימיה לא ראו דברי החולקים, ובכה"ג ל"א קי"ל. מה גם שבנידון דידן דהס"ת מונח בארון ולא משתמשים בו, פשיטא דלכו"ע ביד היורשים להוציא הס"ת מבית הכנסת, דאמדינן דלא התכוין להקדיש בכה"ג שלא ישתמשו בס"ת.

סימן קיג

בענין הנ"ל ובענין הכרעת הדיין בפלוגתא דרבוותא

א) עוד מצאנו ראינו לרבינו המהרש"ל גופיה ביש"ש (ב"ק פ"ב סימן ה), והוב"ד בנתיבות המשפט (סימן כה דיני תפיסה סעיף כ), דאם הדיין הכריע בפלוגתא דרבוותא כאחד מהן, אין השני יכול לטעון קים לי. עכ"ד. וכ"נ מדברי הרדב"ז (חלק ב סימן תתכה) שכתב, שאם הדיין מומחה לרבים, והוא דעתו לפסוק כאחד מבעלי המחלוקת, לא מצי בעל הדין לומר קים לי כדברי החולק, אלא מוציאין ממנו בעל כרחו, דלא עדיף מהפקר מומן או הפקעתו, דכיון שהוא מומחה אין לו אלא מה שענינו רואות לזמנו ושעתו. עכ"ד. וכ"כ בשו"ת דרכי

קי"ל כנגד
דיין
שהכריע

נועם להג"ר מרדכי הלוי (ח"מ סימן טו), משם מהר"י קשטרו בתשובה (סימן צג). ע"ש. וכן מתבאר בחקרי לב (ח"מ א סימן לח דף נ ע"א טור א ובהוצאת מכון המאור עמוד קנב) ע"ש. ואפשר דכל הני רבוותא דלא חשו בפסק זה דחזקת ס"ת לדברי מהרש"ל ודעימיה, היינו נמי טעמא דידהו דהכריעו מכחו של מהרש"ל שכתב דאין לומר קי"ל כנגד הכרעת הדיין, כנגד מ"ש בדין חזקת ס"ת.^{קט}

ב) ובעוברי בין הבתרים ראיתי להגאון רבי דוד מסלוניקי בשו"ת בית דוד (ח"ב ח"מ סימן הכרעת דיין כנגד קי"ל נג דף נה ע"ב טור ד) דגם הוא מחדש בטובו, דעיקר כלל הקים לי לא היה ולא נברא אלא מחמת חוסר כח ההכרעה שאין יכולין להכריע בין סברותיהן של החולקים, אבל אם הדיין יכול להכריע כסברת אחד מהן יכול לדון ע"פ הכרעתו וכמ"ש בתלמוד (עיין ב"ב דף קלא ע"א, ובסנהדרין דף ו ע"ב), דאין לדיין אלא מה שעניו רואת, דכשהדיין נראה לו איזה פוסק ודעתו מכרעת כסברת הפוסק האחר צריך לדון כפי מה שדעתו נוטה. וכן מבואר בתשובות הגאונים (סימן כג), ועיין בתשובות הרשב"א החדשות (סימן שכב), וכן נראה דעת מהרלנ"ח ז"ל (סימן קכח). עכ"ד. וכן מצאתי בחפשי'ה להגאון מהר"א אזולאי על הלבוש (ח"מ סימן סימן יד אות יח) שג"כ כתב דאם קבלו הדיין לדון כפי מה שיורוהו מן השמים, אין הבעל דין יכול לומר קים לי בהיפך. ע"כ.^{קט} ומעתה בכל תשובות הפוסקים שנשאלו בזה הכרעתם הכרעה, ואם אנו נלך בנידון הזה שבא לפנינו כהכרעת גדולי רבותינו תו לא ימצו הגבאים למיטען קי"ל, דהדיין יכול להכריע כסברת החולק וכ"ש בנ"ד שרבים אשר עימנו.

ג) וכן בקודש חזיתי להגר"ח פלאג"י בספרו סמיכה לחיים (חאה"ע סימן ט דף ס ע"א טור א), שהביא דברי הרב בית דוד הנזכר, וכתב עליו שדבריו הם ראייה אלימתא לדברי גדול אדוננו מרן מלכא הגאון מור זקני בספרו הבהיר חקרי לב (חאה"ע סימן מה דף ק ע"א טור ב ובח"מ ח"א סימן לח דף נא ע"ב טור ג) שכתב כדברים האלה, דטענת זוכיית הקי"ל הוי עולבנא דדייני דלא ידעי להכריע ע"פ לימודם וסברתם, אבל כל שביד הדיין להכריע במחלוקת

השו"ע, ונמצא שלא אמר סברתו בהחלט דכל המקדיש ס"ת גם בסתמא כונתו להקדיש לגמרי. וגם מצאנו ראינו כאן, דעל פי דעתו אין לומר קי"ל בכה"ג, ויחד עם כל הטעמים הנזכרים תו אין לחוש לקי"ל וכאמור.

קס"ד ומיהו שם סיים אמריו דכל זה כשהדיין דן מכת סברות הפוסקים או מכת עיונו, אבל אם המוחזק ת"ח וטוען הוא בהדיא קים לי כדעת המועטין כנגד הרבים כל שהמועטין כדאין לסמוך עליהם לא מפקינן מיניה. עכ"ד.

קס"ג ובה ראיתי להרב טהרת המים שכתב בשו"ר טהרה (במערכת ה' אות יג דף נג עמוד א טור א), דכל היכא דהמפרש לא אמר הסברא בהחלט, וגם מצינו ראינו לאותו פוסק דכתב במקום אחר להיפך מה שרצו הכא לפרש בדעתו, כל כה"ג גם לענין קי"ל. דממונא לא חשיב זה קי"ל. והגם דבטהרת המים במקום אחר רמותי דיצא עוררין בהצד הראשון מ"מ בהצטרפות הצד השני, ואיכא עוד הכרעות הפוסקים בזה אין לחוש לקי"ל ולא לסב"ל. עכ"ד. והנה נידון דידן ממש שווה אל עניין זה דגם בדברי מהרש"ל יש שפירשו דעתו באופן שלא יסתור דברי

הפוסקים המסכימים לזה

ע"פ סברתו אין לדיין אלא מה שענינו רואות. עכ"ד. הרי להדיא דאם הדיין יכול להכריע בדעתו יכול לפסוק כסברתו ולהוציא מיד המוחזק שלא לומר קי"ל. ועם ששמעתי אומרים ע"ד הרב מור זקני הללו שהם דברים מחודשים וראה זה חדש ולדחות דגל הקים לי אשר נהגו כן מימי עולם, אתה הראת לדעת שנמצא חבר טוב בסברא זאת להרב מור זקני, תנא דמסייע ליה הוא הרב בית דוד בתשובה הלזו, ומי לנו גדול מומחה ופקיע ואילן גדול לסמוך עליו. עכ"ד הגר"ח פלאגי. ואולם הדר תבריה לגזויה, דבהמשך דבריו הביא מ"ש הרב דרכי נועם בתשובה (ח"מ סימן טו) לתשובת הרדב"ז (ח"ב סימן תקכה) שכתב, דכיון שהדיין הוא מומחה ודעתו היא לפסוק כסברת אחד מבעלי המחלוקת, לא מצי למימר קים לי, דלא עדיף מהפקר ממון או הפקעתו דכיון שהוא מומחה אין לו אלא מה שענינו רואות לזמנו ושעתו. עכ"ד. וכתב עליו הרב דרכי נועם, דהגם דאין לנו כיום מומחה שיוכל להפקיר, מ"מ נפקא מינה לכשקבלוהו עליהם לדון ביניהם כפי מה שיורהו מן השמים, אין הבעל דין יכול לומר קים לי כמו הכת האחרת. עכ"ד. וכתב ע"ז הגר"ח פלאגי שמדברי הרב דרכי נועם נראה שרק במומחה או שקיבלוהו עליהם הוא דמהני ליה להכריע ושלא לומר קי"ל, ולעומתו לפי דברי הרב בית דוד נראה דבכל דיין מיירי דאם יש בידו להכריע לא מצי למימר קי"ל. וכבר ראיתי להרב מטה שמעון (בכללי הקים לי אות ח) שהביא הך תשובת הרב בית דוד אשר הוא חולק על הרב דרכי נועם, ולבסוף ישב דגם הרב בית דוד מיירי, כגון שקבלוהו עליהם או בדיין מומחה, הא לאו הכי לא. עכ"ד.^{קסח} ולפי זה מבואר יוצא דדוקא היכא שקיבלוהו עליהם ובידו להכריע בין שתי הסברות הוא דבטל הקים לי, ונראה שבחתימה על מסמך הבוררות סגי כדי להחשיבו כקיבלוהו עליהם וגם שבידו להכריע. וכמ"ש לקמן (אות ד) מדברי הרב משפטי עוזיאל.

ד) וצא ולמד מ"ש בשו"ת משפטי עוזיאל (חלק ד חו"מ סימן י), שאין טענת קים לי מהניא לבטל פסק בית דין. והראיה ממה שכתב הרדב"ז הנ"ל, ואם לבך נוקפך לומר שאין בדורותנו דין דיין מומחה, על כל פנים מדין קבלוהו עליהם, לכל הדעות חייבים שניהם לקיים פסק דין, ואינם יכולים לטעון קים לי. וכ"כ הרב מטה שמעון (חו"מ סימן כה כללי

הסכמת
האחרונים
בדיני קי"ל

וקים לי להכרעת הדיין שלא קיבלתי אותו עלי – אינה הכרעה, ולעומתו יטען המרא קמא דהוא נחשב מוחזק כיון דטוען קי"ל שלאחר הכרעת הדיין תו לא מצי התופס לטעון קים לי, נמצא שאנו מתגלגלים ובאים לתפיסת התופס שתהיה שנויה במחלוקת, וככל ספק בתפיסה, הן מצד התופס והן מצד המרא קמא. וגלגל הוא שחוזר בעולם לעיקרא דדינא בכל חיבורנו זה בענין ספק בתפיסה. ובוה יש ללכת אחרי הרוב בעיקרא דדינא וכמ"ש לעיל (סימן צא והלאה).

קסח וממוצא דברים אתה למד דבדיין שהכריע ולא קיבלוהו עליהם, איכא פלוגתא דרבוותא אי מצי למימר קי"ל, שיש אומרים שרק בדיין שקיבלוהו עליהם, תו לא מצי למימר קי"ל. ויש אומרים דבכל הכרעת הדיין לא מצי למימר קים לי. והדברים יורדים ובאים לפלוגתא דרבוותא אי אמרינן קי"ל היכא דנחלקו בקים לי, וכבר עמדנו ע"ז לעיל (סימן לח והלאה).

מחלוקת
אי אמרינן
קים לי
בדיין
שהכריע
ולא
קיבלוהו
עליהם

ומעתה אם יכריע הדיין כנגד התופס, נמצא שמצד אחד יש תופס שטוען קי"ל כהפוסקים המזכים אותי,

הקים לי אות יד דף יב ע"ב טור ג) וכו', ומסתברא לומר שדיין שקיבלוהו עליהם אעפ"י שאינו חכם גדול שידוע להכריע, רשאי לפסוק לפי הכרעתו וכו'. עכ"ד.

וכ"כ הגר"נ גולדברג בספר משפטי ארץ (חלק א עמוד 79) דנראה שבקבלו עליהם לדון הן לדין והן לפשרה, יש להוציא ממון על פי רוב פוסקים, ולא להתחשב בקים לי. וגם אם קבלו פשרה קרובה לדין, גם כן מסתבר שיש לפסוק כרוב הפוסקים ולא לדון בקים לי, דמה שאין לטעון קים לי, נראה שהוא בכלל 'פשרה הקרובה לדין', שיש הרבה חולקין וסוברים שאין לטעון קים לי וכו'. ע"ש. וגם אני נשאתי את ידי והלכתי בדרכיהם. ומעתה יש לומר כיון שבאו לפני כל הני רבנותא לשאול וקבלו עליהם דעתם דעת עליון, גם המה בחרו בדרכיהם שלא לחוש לומר קים לי כמהרש"ל.

אי אמרינן
כמה קי"ל

ה) והמעייין בספרן של צדיקים, עיניו תחזינה מישרים דלהרבה פוסקים לא אומרים כמה קים לי, וכבר הארכנו בזה בדיני הקי"ל (סימן יח) ע"ש. וכאן צריך לומר יותר מאחת ושש אחת ושבע - קים לי כמהרש"ל, וקים לי כהפוסקים שפירשו שא"ז כנגד מרן השו"ע, וקים לי דספק בתפיסה הויא תפיסה, וקים לי שאפשר לומר קי"ל כהפוסק בהא ולא בהא, קי"ל שהכנסת הס"ת להיכל נחשב כמעשה קניין בתחילתו לגבאים, ושבעת הנתינה שנתן לגבאים נתן להם ביד ולא הניח בארון הקודש דא"כ אין קניין להקדש בחצר, קי"ל וקים לי כהחולקים על התו"ח שלא מפסיד מצותו כשמקדיש, ועוד כמה קי"ל [עייין בספר סמיכה לחיים פלאגי (סימן ט דף טו ע"ב טור ד) וחלק מהקי"ל שהזכיר שם ג"כ שייכים לנידון דידן], ובכה"ג נראה, דהגם שפשט דגל הקים לי לומר אפילו כמה קים לי מ"מ כאן בנידון דידן שיש לנו כמה וכמה טעמים שלא לומר קי"ל, וגם אם אומרים קי"ל צריך לומר כמה קי"ל וביניהם קי"ל גרוע כולי האי לא אמרינן. דעיקר מה שכתבו הפוסקים לומר כמה קים לי כשהוא מוחזק בודאי. וכ"כ מהר"י בן שנג"י בספר דת ודין (סימן יד דף יד ע"ב טור ד), דאע"פ דהיכא דפליגי אי מצי למימר קי"ל אמרינן קי"ל, מ"מ היכא שצריך לומר כמה קי"ל וביניהם קי"ל גרוע כגון דקי"ל כהפוסק בהא ולא בהא - כל כה"ג מגרע כח המוחזק. ועיין למוהר"ח זצ"ל בשו"ת שמחת כהן (ח"מ סימן מז) שנראה שהסכים לדבריו. קי"ל גם בשו"ת אגורה באהליך גאטיניו (ח"מ סימן ב דף נב ע"א

כ וסימן כב) בין הרב המחבר לרעהו מהר"א חיון זצ"ל, שנחלקו היכא שיש כמה קי"ל, ואחד מהקי"ל הוא כפוסק אחד שפסק כן, אם מתייחסים לשאר הקי"ל או לא, שלדעת מהר"א חיון יש לטעון כמה קי"ל, ולא מספיק לומר רק קי"ל כוותיה דאותו פוסק, ולעומתו דעת הרב המחבר מהר"א מאני דבכה"ג הוה כטענה אחת של קים לי כאותו פוסק ותו לא. וע"ש בעמוד קטו תשובת מהר"א מאני על תשובת מהר"א חיון שבסימן כב עמוד קכה. ואכמ"ל. וא"כ לשיטת

קס"ו שהרי הש"ך הסובר דספק בתפיסה הוה תפיסה פסק דהס"ת בחזקת בעליו. וגם המהרש"ל דפסק דס"ת בחזקת הגבאים פסק, דאין לומר קי"ל לאחר שהכריע הדיין וכמ"ש לעיל (אות א).

קס"ז די"א דכל שלא היה מעשה קנין כהלכתו בתחילתו לגבאים, לא הוי ברשותם עיין לעיל (סימן קח בהערה).

קס"ח וצ"א ולמד דברי רבותינו במחלוקת שהיא לשם שמים בשו"ת תנא דבי אליהו מאני (סימן

טור ב) כתב, דהיכא דהמוחזק הוא בספק אי מוחזק יחשב או לא, ואיכא עוד על גביו ג' קים לי לדעתי בזה לא אמרה אדם מעולם שיזכה במה שהוא תופס בידו. עכ"ד. [וע"ע בנידון זה מ"ש לעיל בדיני הקים לי סימן יח]. וכיוצ"ב כתב בספר סמיכה לחיים פלאג"י (חאה"ע סימן ט דף סה ע"א טור א) [הוב"ד לעיל בדיני הקי"ל סימן סימן יג] ע"ש.

ו) עוד רגע אדבר ע"פ מ"ש הגאון השואל ומשיב (מהדורה תניינא חלק א סימן פ ד"ה והנה בשנת והוב"ד לעיל סימן קא אות א) שכתב דגבאי צדקה לא יכולים לטעון קי"ל עבור העניים. ע"ש. ודון מיניה ואוקי באתרין לנ"ד גבי ס"ת שהגבאים טוענים דהם מוחזקים, דחזינו ראינו שהגם שפסק השואל ומשיב כדברי הש"ך דמהני תפיסה גם כשיש ספק תפיסה עצמה, מ"מ כיון שבנידונו אע"פ שהיה הממון ביד הגבאים, כיון דלא זוכים הגבאים בממון לעצמם שוב לא יכולים לטעון קים לי, ודון מיניה ואוקי באתרין דגם כאן הגבאים עצמם הם שליחי הציבור, ואין הם יכולים לטעון קים לי כהפוסקים האומרים דהס"ת בחזקתן, דהם הלא רק שליחי הציבור.

גבאי צדקה לא יכולים לטעון קי"ל עבור הציבור

והנה כיוצ"ב כתב בשו"ת מהרש"ג (ח"ב סימן לט) והוב"ד בחזו"ע שבת (ח"ג עמוד קלט סוף הערה ז), שגבאי בית הכנסת שהניח בע"ש נרות דולקות על ספסל אחד שיושבים עליו, לא נעשה הספסל בסיס לדבר האסור, שיהיה אסור לטלטלו בשבת, שאין הכלים של בית הכנסת קנינו של הגבאי, כי אינו אלא ממונה להשגיח עליהם ולנהל את בית הכנסת כתיקונו, ולכן אין הוא יכול לאסור דבר שאינו שלו, שספסל שיושבים עליו אין מן הדרך לייחדו להדלקת נרות עליו בבית הכנסת, הילכך לא נעשה בסיס לדבר האסור. עכ"ד. והסכים עימו לדינא בחזון עובדיה הנזכר. והציבור עצמו מלבד שלא עשו שום מעשה תפיסה או כונת תפיסה בס"ת אינם מוחזקים, וגם אינם טוענים כלום, ואפילו אם חלק מהציבור יטען על חזקת הס"ת הלא לא נתברר שיעור תפיסת כל אחד ואחד בס"ת, ואפילו אם יטלו הגבאים הרשאה מכל הציבור כולם וימנו אחד שיטען קי"ל בשביל כולם, נראה דלא יהני, דהציבור עצמו לא מוחזק בזה, ותדע שאין אחד מהציבור נחשב כבעלים על זה מדין בסיס לדבר האסור שהוזכר לעיל, שאם נתן אחד מהציבור נרות על ספסל בית הכנסת, כל שכן שלא אוסר את הספסל, דאפילו הגבאי שהוא חלק מהציבור ונוסף גם שהוא אחראי על בית הכנסת לא אוסר, כל שכן בסתם איש מהציבור שלא אוסר. ומוכח מיניה דאין לאף אחד מהציבור שם בעלים על חפצי בית הכנסת. ועוד ראייה, שהרי אם יסתלקו כל אנשי הציבור הנוכחי מבית הכנסת הזה ויבואו ציבור אחר, שוב יהיו הם הציבור, וזהו אות וסימן שאין ציבור זה נחשב למוחזק, ואין כאן שם בעלות ומוחזקות כלל על הס"ת שיכולים לטעון קי"ל.

ראיה לזה מדיני מוקצה

שנראה שמהרש"ל לא חש לכל הני מחלוקות, מ"מ יש לנו לחלק את אותם הסברות לכמה קי"ל.

מהר"א חיון גם כאן לא סגי לומר קי"ל כמהרש"ל ותו לא דישי לנו עוד כמה מחלוקות בענין, והגם

סימן קיד

דחיית כמה ראיות שהביאו מדברי הפוסקים דהס"ת בחזקת הקהל

(א) וטרם אכלה לדבר ידעתי שיהיו בלומדים אשר יספרו לטמון מוקשים ואמרו מי יראה למו, כלומר שנעלמו מעיני דברי הפוסקים שנראה מדבריהם שהס"ת בחזקת הגבאים, ועל כן אמרתי לסלק טענתם, ואביא את דברי הפוסקים שלפום ריהטא נראה להביא ראיה מדבריהם שהס"ת בחזקת הגבאים, ומה שיש לדחות בס"ד, והמעיינים יראו כי טוב ופרי מעלליהם ועיוניהם יאכלו.

כתב הב"י (יו"ד סימן רנא אות ה) בשם מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג סימן תקמב), דלאחר שנתן ממונו לצדקה וכבר בא ליד הגבאי, אין לבניו וליורשיו שום כח יותר משאר עניים, והקהל יעשו הטוב בעיני ה' ואדם, דכל מאי דאתי אדעתא דידהו קא אתי. עכ"ד. וע"ש בשיירי כנה"ג (הגהב"י אות כא). ולא קרב זה אל זה לנידון דידן, דבודאי שבכל ממון שנתן להקדש אין לו שום רשות בזה יותר, לא כן בס"ת דאיכא כמה טעמים לומר שלא מקדיש הס"ת לגמרי, הן מצד המנהג והן מצד סברת התו"ח האמורה שכשהקדיש הפסיד מצותו. תדע דהא חילקו הפוסקים וביניהם המהרי"ק (שורש ע ושורש קסא) ומרן השו"ע (או"ח סימן קנ"ג סעיף יח, כ) בין התורם ס"ת לתורם כלי כסף, והטעם דבס"ת אין כונתו להקדיש, משא"כ בכלי כסף.

(ב) וראיתי בשו"ת מהריט"ץ (הישנות סימן רי) שדן באחד שת"ת והתנה שיוכל להוליכו לכל מקום שילך, ולאחר פטירתו רוצה בנו ליקח הס"ת למקום שהוא דר, וכתב על זה שתנאי זה לא שייך אלא בעודו בחיים שיכול ללכת לצאת ולבא, אבל לאחר מותו בטלה זכותו, דהא לא התנה על מנת שתהיה לו זכות ולזרעם ולזרע זרעם עד סוף כל הדורות, וכיון שהתנה שיוכל להוליכו, משמע דוקא בעוד יש בו הרוח להוליכו רוצה לזכות בו והיתה עמו וקרא בו, אבל אחרי מותו אין לו כלום, הילכך פשיטא דאין בעל חוב ולא היורשים לו בו זכות כלל, וזהו פשוט לע"ד. עכ"ד. ואין להביא ראיה מזה שדעת מהריט"ץ שהקהל הם המוחזקים, דשאני בנידון דידיה שהתורם התנה שיוכל להוליכו, ולא פירש שיהיה כן גם לזרעו לכן גרע טפי, שגילה דעתו דמקפיד רק שיוכל הוא להוליכו כרצונו, אך לא על יורשיו. ודו"ק. ועיין בשו"ת מהרי"ט (ח"ב יו"ד סימן ה). ואכמ"ל.

(ג) גם מדברי הרב משפטי שמואל קלעי (שאלה טו) שכתב, על כלי כסף שנתרמו לבית הכנסת שאפילו המתנדב את אותם הכלים אחר שהגיע ליד הקהל לא יכול ליקח מהם חזרה, ע"ש דבריו, אין ראיה לנ"ד גבי ס"ת, דהא המהרי"ק (בשורש ע) שהוא מרא דשמעתא

החילוק בין כלי כסף לס"ת

הנותן ממונו להקדיש אינו בעלים כלל על זה

כשמתנה תנאי בחייו פעמים ומגרע כוחו

דבס"ת אין לציבור חזקה בו, עכ"ז בכלי כסף שנתרמו כתב (בשורש קסא) שהם של הציבור, והחילוק כאמור, דבס"ת אין כונתו להקדיש מכמה טעמי תריצי, משא"כ בכלי כסף.

ד) ואל תשיבני ריקם ממ"ש רבי יוסף אלמליח זצ"ל [אב"ד במרוקן לפני יותר ממאתיים שנה] בשו"ת תקפו של יוסף (ח"ב סימן מג דף לג ע"ב טור ג), באחד שקודם מיתתו הקדיש ס"ת בפני עדים לגבוה שאין אשתו גובה מהס"ת כתובתה ע"ש, דמדבריו אלו אין להביא ראיה דיוצא הס"ת מחזקת המקדיש, דהמעייין שם יראה דפירש הרב תקפו של יוסף דבריו, דשאני התם דהקדיש הס"ת לגמרי והוה קדושתו כמו קדושת הגוף כקונמות, דקי"ל הקדש וקונם מפקיע מידי שיעבוד בעל חוב וכתובת אשה, וכמ"ש בשו"ע (חו"מ סימן קיז סעיף ז). עכ"ד. ולעולם אין לומר דכל המקדיש ס"ת בסתמא יוצא הס"ת מחזקתו. ותדע שהרב תוקפו של יוסף עצמו פסק (בח"ב סימן עד) להדיא כפסק מהרי"ק והשו"ע, דהס"ת בחזקת היורשים ודלא כמהרש"ל. ע"ש.

גם הרב תקפו של יוסף פסק כמהרי"ק

ה) גם מה שראיתי בשו"ת שופריה דיוסף בירדוגו (חו"מ סימן יד) שכתב, דאין להוציא הס"ת מחזקת ההקדש. המעייין בלשון השאלה עיניו תחזינה מישרים, שכולם מודים שהקדיש את הס"ת לגמרי, אלא שכעת היורשים רוצים למכור את הס"ת כיון שהם דחוקים בפרנסתם. קסט ורחוק ענין זה כרחוק מזרח ממערב מנידוננו בתרתי, חדא דשאני נידון דידן דאין יודעים שהמקדיש הקדיש בפירושו, ועוד שאין היורשים רוצים למכור את הס"ת ולהוציא מעותיו לחולין אלא רק להעבירו לבית הכנסת אחר.

גם מדברי הרב שופריה דיוסף בזה אין סתירה לדברים הנזכרים

ו) והלום ראיתי אחרי רואי למ"ש הגאון רבי יצחק אלחנן זצ"ל בשו"ת עין יצחק (סימן ט) וז"ל השאלה, אודות הס"ת שידוע דהיה שייך לאבי היורשת, אך שהתה בביהכ"נ זה כמה שנים והדין מבואר באו"ח (סימן קנג סעיף כ) בשם המהרי"ק (סימן ע), דאין הציבור יכולים להחזיק בו וכמש"כ הט"ז דכן מסתבר. ויש לבני הביהכ"נ עדים אשר המנוח נתן להם במתנה את הס"ת הזאת, ודעת כת"ר דלא יועילו העדות, כיון שהם מן ביהכ"נ הזאת, ואף דיש להם ס"ת אחרת עכ"ז הא מבואר במהרי"ק שם דלא מהני עדות בני העיר, רק כשיהיה להם ס"ת אחרת מדויקת וכשרה כמותה וכפי שהובא בט"ז שם. ונשאלתי לחוות דעתי בזה. והס"ת הזאת כתבה הגאון הצדיק מו"ה נפתלי זצ"ל בעל סמיכת חכמים. ובתשובה נחית למחלוקת הפוסקים אי מהני סילוק העדים מזכותן שיש להם בס"ת הזה, וכתב ע"ז (שם באות ח) בזה הלשון, ומ"מ כיון דזה גופא הוי ספיקא דדינא ע"כ אין מוציאין מן אנשי ביהכ"נ, דהמוציא מחבירו עליו הראיה, ולכן אם העדים מסלקין את עצמם מזכותן שיש להם בס"ת הזאת, מהני עדותן כנ"ל. ואף דהש"ך (בחו"מ סימן לו ס"ק לב) העלה דהוי ספיקא דדינא אם מהני סילוק, די"ל דגם בפסול נוגע בעינן תחילתו בכשרות, מ"מ כיון שאנשי ביהכ"נ מוחזקין, מהני תפיסתן לומר קים לי כשיטת הפוסקים דמהני סילוק,

פלפול והבנת דברי הרב עין יצחק

וידוע דאף בספק ספיקא אין מוציאין מן המוחזק. עכ"ד. ובשו"ת אך טוב לישראל (ח"ה) סימן כד אות ה) בתשובה בנידון זה צירפתי דעתו לדעת החולקים וסוברים שהקהל הם המוחזקים גם היכא דנתן בסתמא. ועתה הדרנא בי, דהלא בלשון השאלה הביא דעת הני סרכין תלתא מהרי"ק השו"ע והט"ז שכתבו שהס"ת בחזקת היורשים, ולא הזכיר שום חולק על הני רבוותא, ומשמע שמסכים עימם, וכל תשובתו סובבת והולכת אם מהני סילוק העדים או לא, ועל זה קאמר דשאני נידונו מנידון השו"ע, דהגם דלעולם כשנתן ס"ת בסתמא הרי זה בחזקת יורשים, מ"מ שאני הכא דיש עדות שהס"ת ניתן במתנה, אלא שישנה מחלוקת אם מהני עדות זו או לא, בכה"ג הווי אנשי בית הכנסת מוחזקים, ויכולים לטעון קים לי כהני רבוותא דס"ל דמהני סילוק העדים, והגם שתפיסת הגבאים מיתלא תליא בעדות העדים אם אכן נתן במתנה, ונמצא ששוב הווי כספק בתפיסה, מ"מ כיון שאין הספק על התפיסה ישירות אלא באופן עקיף על עדות העדים סבירא ליה להרב עין יצחק לחלק בין הדבקים, דבכה"ג נחשבים הציבור מוחזקים ויכולים לטעון קי"ל. ודו"ק.

ז) גם הלום ראיתי בשו"ת בנין אב (ח"א סימן סח) שהעלה, שהס"ת בחזקת הציבור, ומיהו המעיין שם בסוף התשובה (אות ה עמוד שטז) יראה שכתב דאירי כשהמקדיש מודה שהקדישו אלא שכעת רוצה להוציאו למקום אחר, ונידונו איירי כשלא יודעים דעת המקדיש. זאת ועוד שבסוף תשובתו (שם) כתב וז"ל, אולם מאידך יש לקבוע אמדון דעתו של הנותן, שודאי כונתו היתה שיהיה קדש לה' על מנת שיקראו בו ברבים, שהרי לשם כך נותנים ספר תורה וזו המצוה האידנא כפי שכתב הש"ך והב"י (יו"ד בסימן ע"ר) ומבואר בחשן משפט (סימן רמו סעיף א), דלעולם אמדינן דעת הנותן, ועיין בתשובת הרשב"ץ (ח"ג סימן רפט), דאמדינן דעת הנותן אפילו לאפוקי מהקדש, שנשאל שם, באשה שצותה כל נכסיה לאנשי עירה והיה לה אח שהיה זקוק, ופסק, דאמדינן דעתה שאם היתה יודעת שאחיה יהא זקוק ודאי שלא היתה נודרת, וק"ו בנדון זה שיש לאמוד דעת הנותן שכל רצונו להקדיש ספר התורה על מנת שיקראו בו ברבים. ועל כן אם בבית הכנסת הנ"ל יש עוד ספרי תורה רבים, ובמקום אחר זקוקים לספר התורה ודאי שדעת הנותן שיעבירוהו למקום אחר על מנת לקרות בו, שהרי זו כל הזכות והרצון שבהקדשת ספר התורה. עכ"ד. נמצא שבנידון דידן לכל הדעות כיון שהס"ת יושב ללא שימוש, בודאי שלא לזה היתה כונת המקדיש. וכן יש לומר על מה שהעלה בשו"ת אשמח בהשם חירארי (ח"מ סימן ה), שיש להשאיר הס"ת אצל בית הכנסת, והמעייין שם יראה דהשאלה שנשאל, דשם איירי שאשת המנוח רוצה להשאיר את הס"ת באותו בית הכנסת, והיורשים רוצים לקחת את הס"ת למקום אחר, ויש אנשים ששמעו שאומר המנוח שהכל לאשתו, ויש ג"כ אומדנות מוכחות לזה, ולכן פסק שם דיש להשאירו באותו בית הכנסת, לא כן בנידונו שהיתה העלמ'ה יוצאת מה רצון המקדיש שלא פירש דעתו ונפטר לבית עולמו.

ח) והנה בתשובה הנדפסת מקדמא דנא בשו"ת אך טוב לישראל (ח"ה סימן כד) הבאתי קים לי כהחולקים על התו"ח דחלק מהפוסקים הנזכרים דס"ל דהס"ת בחזקת הבעלים או יורשיו נקטו כן גם

קים לי
כהחולקים
על התו"ח

מטעמא דכיון דהקדיש הפסיד מצותו וכמ"ש התו"ח. ובהערה שם (עמוד קפ הערה 20) הבאתי מ"ש בשו"ת יביע אומר (ח"ז יו"ד סימן כה אות ד) לדברי הגר"ח פלאגי בספר חיים (סימן מד אות יד), שהעיר על דברי הט"ז (או"ח סימן קנג ס"ק טו) שכתב, שאם לא התנה התורם שיוכל לקחת את הס"ת מתי שיחפוץ, איהו אפסיד אנפשיה. וכתב ע"ז, שאפילו אם תורם הספר תורה מחסרון ידיעה לא התנה שישאר הספר תורה בחזקתו, ואפילו אם הקדישו בפירוש לבהכ"נ, מחמת שלא ידע שאם נותנו לבהכ"נ בתורת הקדש איבד מצותו, י"ל דאדעתא דהכי לא נתן, והו"ל כמקדיש בטעות. עכ"ד. וכתב מרן הראש"ל הגר"ע יוסף זצ"ל לדחות דבריו, שהואיל והרבה אחרונים סוברים שגם אם הקדישו לא פקעה ממנו מצות כתיבת ס"ת, לא חשיב בכה"ג הקדש בטעות כדי להוציאו מידי גבאי בהכ"נ, כיון שהקדישו בפירוש, והם מוחזקים בס"ת, ויכולים לטעון קים לי כהנך פוסקים דס"ל שבכל אופן לא נתבטלה מצותו, וסוגיאן דעלמא דמצי המוחזק לטעון קים לי אפילו במיעוט פוסקים נגד רוב הפוסקים, וכמ"ש בגט פשוט (בכללים כלל א). וכ"כ אחרונים רבים ציינם שם, ומסיק, דעכ"פ בכה"ג מיהא אמרינן כדברי הט"ז דאיהו דאפסיד אנפשיה, ואינו יכול להוציא הס"ת מבהכ"נ שהקדישו לשם. עכ"ד. ונראה שדעתו דעת עליון, שבכל ספק אמרינן שהגבאים מוחזקים בזה והם יכולים לטעון קים לי כהני רבנותא. ואמנם יד הדוחה נטויה לומר שאין להביא ראיה מזה לנידון דידן, דהתם איירי כשהקדיש הבעלים בפירוש את הס"ת, ורק עתה רוצים להפוך דעתו ולומר שהיה זה הקדש בטעות מסברת התו"ח כדי שלא יאבד מצותו, ובזה יש לומר שהגבאים מוחזקים, כיון שהקדיש בפירוש והמוציא מחבירו עליו הראיה, לא כן בנידון דידן שהיתה העלמיה, מה היה רצון המקדיש. עכ"ד.

ובהמשך התשובה (עמוד קפג) הבאתי דברי ידידנו הרב הגאון רבי יאיר חדאד שליט"א שכתב להעיר וז"ל, מדברי מרן זיע"א ביבי"א (ח"ז חו"ד סימן כה אות ד) שהביא כת"ר שם בהערה, נראה יותר שדעתו דעת עליון דהגבאים נקראים מוחזקים אף היכא דאינה ידועה דעת הנותן, דלפום טעמא דכתב שם דכיון שאיכא פוסקים רבים שסוברים שגם אם הקדישו לא פקעה ממנו מצות כתיבת ס"ת, יכולים הגבאים לומר קים לן כהנך פוסקים, א"כ גם בנתנו בסתמא שייך טעם זה. ואף שכתב שם 'כיון שהקדישו בפירוש', נלע"ד דלאו דוקא נקט הכי, שהרי בא בדבריו לדחות דברי הגר"ח"פ, ואיהו מיירי בב' האופנים, גם בנתן בסתמא וגם באמר שמקדישו. ואי סבירא ליה כותיה בחדא ופליג עליה בחדא, כל כי הא הוה ליה לפרושי. וכידוע שמרן זצ"ל דרכו לבאר דבריו באר היטב, וכאן שדחה דברי הגר"ח"פ בסתמא, נראה יותר דס"ל דגם בנתן בסתמא הוי ספק, והגבאים מוחזקים. עכ"ד.

הערת
הגר"י
חדאד
שליט"א

ואמרתי אשיבה ידי כבראשונה להשיב ולבאר, דיש להכריח כמ"ש דכל מה שכתב ביביע אומר דיכולים הגבאים לטעון קים לי כהחולקים על התו"ח שלא מאבד זכותו, היינו דוקא כשהקדיש לגמרי ועכשיו רוצה לחזור אך לא היכא שיש ספק בעצם הנתינה,

התשובה
על הערתו

שאו יש לנו לומר שאינם מוחזקים כלל. ואפרש שיחתי דהנה לכאורה גם אם הקדיש במפורש יש להקשות ע"ד היביע אומר אמאי לא חשיב ליה כנתינה והקדש בטעות, דבכה"ג לא הוה נתינה או הקדש, וממילא תו אינם מוחזקים, ואע"ג דיש החולקים על הרב תורת חיים וסוברים דלא מפסיד זכותו כשמקדיש, הלא כלל גדול אמרו בתלמוד דלא מעייל איניש נפשיה לספיקא, וכ"כ בשו"ת מהרש"ם (והו"ד לעיל סימן קה), וזו תמיהה רבתי. וע"כ לומר דכיון שיש צד שהגבאים מוחזקים בודאי, הוי כעין ספק ספיקא, ספק אם חש התורם לדברי הרב תו"ח, וגם את"ל דחש אכתי יוכלו לומר הגבאים קי"ל כהחולקים דלא מפסיד מצותו. ובכה"ג דאיכא ספק ספיקא ושכנגדו תפוס בודאי, ליכא חזקת מרא קמא, וכמ"ש ביביע אומר (ח"ח חו"מ סימן ב אותיות ז - ט) ע"ש. ומעתה יתבאר היטב, דדוקא היכא שכנגדו תפוס בודאי אז יכול להוציא מחזקת מרא קמא, אך היכא שיש ספק בעצם המוחזקות מעיקרא דשמא לא כיון כלל להקדיש את הס"ת, ונמצא שאינם מוחזקים כלל, לכן תו לא יהני להם לטעון לספק ספיקא או קי"ל דיש ספק בעצם מוחזקותם, נמצא שאנו מוכרחים לחלק בדין ובסברא בין היכא שהקדיש במפורש, להקדיש בסתמא. וכאשר דימיתי כן ראיתי להרב אגרות משה (חאו"ח ח"א סימן נב ענף א ד"ה ואני מוסיף) שכתב הבהרה לחלק יצאה בין היכא שהקדיש בפירוש שאין לומר דהוי הקדש בטעות, משום סברת התו"ח שמפסיד מצותו, לבין היכא שלא הקדיש בפירוש דיש לומר דאמדינן לדעתו שלא התכוון להקדיש לגמרי שלא יפסיד המצוה ע"ש דבריו. וע"ע בספרי מענה למענה (סימן כד מ"ש בזה). ודי בזה.

העולה מן האמורים: המקדיש ס"ת בסתמא לבית הכנסת, נשאר הס"ת בחזקתו, ויכול להוציאו מבית הכנסת זה לבית הכנסת אחר. וכן כשנפטר המקדיש של הס"ת, כל בעלותו עוברת ליורשים וכן דעת למעלה משבעים פוסקים. והן הנה חוץ מכמאה פוסקים הסוברים דבמטלטלין כל ספק בתפיסה לא הויא תפיסה ומוקמינן בחזקת המרא קמא. ואני על משמתי אעמודה. והנראה לענ"ד כתבתי. ועם החולקים הסליחה רבה. וה' יאיר עיני במאור תורתנו הקדושה אמן.

סימן קטו

בענין תפיסה וספק בתפיסה בקרקע

הנה נא הואלתי לבאר עד עתה כל דיני ספק בתפיסה במטלטלין. ובעוברי בין הבתריים בדברי הפוסקים ראיתי שיש פוסקים אשר יצאו לחלק בין ספק בתפיסה במטלטלין לבין ספק בתפיסה בקרקע. ולמען לא יחסר המזג אמרתי אקום ואשנה פרק זה ואלקטה באמריים מדברי רבותינו הפוסקים. וכדרכי בקודש עד עתה הבא נבא לכל דברי הפוסקים אשר השיגה ידי יד כהה בחסדיו יתברך, להביא דבריהם ולפלפל ולסלסל לאמיתה של תורה, פעם בארוכה ופעם בקצרה. וכמעשהו בראשון כן מעשהו בשני.

ותצא דינ'א גם בהאי מילתא. ומה' אשאל מענה לשון שלא אכשל בדבר הלכה. וזה החלי בעזרת צורי וגואלי.

א והנה נידון זה דספק תפיסה בקרקע מראש צורים אראנו בפלוגתא דרבוותא דרבנן קמאי, דלדעת ר"י בב"ב (דף לב ע"ב תוד"ה והלכתא) ורבים אשר איתו, בכל ספיקא דדינא דפלוגתא דרבוותא אמרינן - קרקע בחזקת מרא קמא. ולדעת רשב"ם (שם ד"ה הלכתא) ודעימיה, הקרקע בחזקת מאן דקאי השתא.^{ק"ל} ומעתה לפני מלכים יתיצב, מאן מלכי רבנן, דבכל ספק בתפיסה בקרקע אי מהניא - היא בכלל מחלוקת זו דנחלקו בה ר"י ורשב"ם אי מהניא תפיסה בקרקע בפלוגתא דרבוותא, ולדידן הוה מחלוקת בעצם התפיסה.

מחלוקת ר"י ורשב"ם

ויעיין בתקפו כהן (סימן צו) שכתב, דהרא"ש (שם סימן יג) פליג על רשב"ם וסבר דלא מהני תפיסה בקרקע בפלוגתא דרבוותא אלא רק במטלטלין, דבקרקע לא שייך תפיסה וכמ"ש בשם הרבה פוסקים לעיל (סימן נח). עכ"ד. ע"ש. ובתומים בקיצור תקפו כהן (שם) חלק ע"ד וכתב דהרא"ש סבירא ליה כרשב"ם. ע"ש. וע"ע במעשה תקפו (שם הערה 345). ואקצר. והגאון מליסא בנתיבות המשפט (בדיני תפיסה אות כב) כתב, דבפלוגתא דרבוותא אין מוציאין מיד המוחזק אפילו בקרקע ולא הוחזק ג' שנים, דיכול המוחזק לומר קים לי. ובמשפטי האורים (שם) כתב, דגם בתיקו מהני תפיסה בקרקע, דתיקו הוא כפלוגתא דרבוותא כמ"ש הש"ך בתקפו כהן (סימן עח), דכיון דיכול לפשוט האיבעיא יכול לומר קי"ל כשתפס, ולהכי מהני ביה נמי תפיסה בקרקע.^{קט"א} ע"כ.

דברי הש"ך התומים והנתיבות

ב ובענין זה מצאתי ראיתי לדברות קדשו של הרב שער אשר קובו, קול לו קול אליו בתשובה ארוכה מיני אר"ש (ח"ב סימן כו עמוד קטז הוצאת מכון הכתב) שהביא למחלוקת הרשב"ם ור"י הנ"ל, והוסיף דחזינן לקצת מן הפוסקים מרבני האחרונים דשקלו וטרו

דברי הרב שער אשר

מספק. עכ"ד. ומשמע מהרשב"ם דבכל ספק בפלוגתא דרבוותא אמרינן דארעא היכא דקאי קאי.

ואמנם בתוספות כתבו, דנראה לר"י דהיינו טעמא דהלכתא בארעא כרבה וכתב יוסף בוזי משום דאמרינן הכא מיגו לאוקמי ממונא ואית לן לאוקמי ארעא בחזקת מרה דקיימא השתא. עכ"ד. והיינו דבכל פלוגתא דרבוותא דלא מצוי למימר מיגו, ארעא בחזקת מרא קמא קאי.

ק"עא ויש להעיר בזה דהא רבינו הש"ך גופיה, לא הכריע דמהני תפיסה בתיקו וכמ"ש בתקפו כהן (סימן עז ע"ש. וע"ע במ"ש בזה לעיל בסימן לא אות א) שהכל לפי ראות עיני הדיין. וא"כ יש לומר דכל שכן בקרקע דלא תועיל תפיסה בתיקו. ויש עוד לפלפל בזה ואכמ"ל.

ק"ע ומחלוקתם קדמא ואולא על מה שאמרו בגמרא (דף לב טו"א) ההוא דאמר לחבריה מאי בעית בהאי ארעא? א"ל, 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. אמר רב אידי בר אבין הלכתא כותיה דרבה בארעא. וכתב הרשב"ם (ד"ה הלכתא), דמספקא ליה לרב אידי בר אבין טעם של מי משניהם נראה יותר הלכך פוסק כרבה דאמרינן מה לו לשקר ויעמוד על מקחו דכיון דלא אתברירו טעמיהם של רבה ורב יוסף המוציא מחבירו עליו הראיה, דהיכא דקיימא ארעא תיקום ולא נוציא

מקור המחלוקת ר"י ורשב"ם

במחלוקת זו ואסיפא דמילתייהו הם אמרו דכיון דפליגי מי נקרא מוחזק אזלינן אחר הרוב דעיקר הדין, לאפוקי היכא דהמחלוקת שקולה בעיקר הדין, דאזלינן בתר רוב האומרים שהוא מוחזק כנודע. אמנם אנכי הרואה בתשובות כמה וכמה מרבני האחרונים, דהסכימו לעשות כסברת הרשב"ם ודעימיה, דארעא היכא דקיימא תיקום לו, ותו לא אזלינן בזה בתר הרוב, משום דהו"ל כמו שהוא תפוס במטלטלין שהוא מוחזק בפועל, דהגם דפליגי בתפיסה עצמה הדר דינא דיכול לומר קי"ל, כמו שיצא הדבר מפומיה דמהרימ"ט קע"ב, והכנה"ג, קע"ג וכל הפוסקים הבאים אחריהם נמשכו אחר דבריהם, זולת קצת שלא הלכו בדרך זה, ורבנן בתראי שראו את דבריהם המה ראו כן תמהו עליהם כנודע, ועל כן נשתמשו ביסוד הזה גם גבי קרקע, והם אמרו דמי יכול לעשות מעשה בידים ולהוציאו לזה שעומד ומשתמש בתוך הקרקע. עכ"ד.

סימן קטז

דעת הרב פני משה בעניין הנ"ל

(א) ובמש"ך תור"ה הביא הרב שער אשר חבל נביאים דכולהו בחדא מחתא סבירא להו ^ב תשובות הפני משה בעניין זה דארעא היכא דקאי קאי, ויען שיש לנו לברר דעת הרוב ככל ספק בתפיסה, יש לנו גם כאן לברר דעת הרוב מה פסקו בתפיסה בקרקע בפלוגתא דרבוותא ובשאר ספיקות, על כן אבא אל שמותם וארד אל העי"ן בדבריהם.

והנה בראש ובראשונה כתב הרב שער אשר, שכ"פ הרב פני משה בנבנישתי בח"א (סימן סו) שהיא התשובה שהשיב הרב באחרונה, וגם הרב פני משה גופיה מזמן רב מקודם נשתמש ביסוד זה בח"ב (סימן צז), רק דבאותו הזמן לא חש לסברתו כיעו"ש. עכ"ד.

(ב) ואפרש שיחתו, דהנה הרב פני משה בח"ב (סימן צז דף קפג ע"ב טור ד) כתב וז"ל, נודע ^{דברי הרב פני משה בחלק ב} אצלנו מ"ש התוספות בכ"ב (דף לב ע"ב ד"ה והלכתא) דחילקו לדעת הרשב"ם בין כשהספק במציאות כגון ההיא עובדא דבר שטיא (בכתובות דף כ ע"א) דמספקא לן אי שוטה הוה בעת שמכר ואין ממכרו ממכר או חלים זבן וממכרו ממכר, ולהכי אומרים חכמים אוקי ארעא בחזקת מאריה קמא שהוא בר שטיא ומוציאים מיד הלוקח, אבל כשהספק הוא בפלוגתא דרבוותא דפליגי בהך חזקה אי הוה חזקה מעלייתא או לא, אית לן דארעא היכא דקיימא תיקו, ונקרא מוחזק מי שהוא יושב ודר בתוך הקרקע. קע"ג ואף כי גם פרט

קע"ב במ"ש שכ"ד מהרימ"ט צ"ע דהבאנו לעיל (סימן כא), דברי מהרימ"ט דס"ל דבכל ספק בתפיסה לא מהני תפיסה.

קע"ג בדעת הכנה"ג בספק בתפיסה עיין במ"ש לעיל (סימן כב אות ב - ד, וסימן מב).

קע"ד והטעם והסברא בזה כתב הגאון ר' עקיבא איגר הגרע"א בטעם על המשנה למלך (הלכות שכירות פרק ז הלכה ב, והוא מתשובותו הרמת'ה במהדורה קמא סימן לו עמוד צו הוצאת מכון המאור), דיש לומר דחזקת מרא קמא הוא כמו

זה במחלוקת הוא שנוי, והן רבים הסוברים דאף בפלוגתא דרבוותא מרא קמא הוא המוחזק, ואם כן יאמר האומר כיון דהך פלוגתא נמי ספיקא הוי הדרא ארעא למרא קמא, אי מהא לא איריא דכיון דהמחלוקת בחזקה עצמה אי מרא קמא הוא המוחזק או הדר בתוכה, במחלוקת דכה"ג לא שייך למימר אוקי ארעא ביד מארי קמא שהוא המוחזק, כיון דבהא מילתא גופא הוא דמספקא לן, אם כן מוקמינן ארעא ביד מאן דקיימא ביה כיון שהוא בשב ואל תעשה ולא בחזקת מארי קמא כיון שחזקתו במחלוקת שנויה. ושוב נסוגה קסת'ו קסת' גיבורים אזור, והביא דברי הפוסקים החולקים על זה, ומסיק (דף קפד ע"א טור

כל עניני החזקות דמוקמינן אחזקה שלא השתנתה ממקודם, וכמו בחזקת איסור והיתר. ומשום הכי בספיקא דינא דלא שייך לומר אוקי אחזקה דמוקודם, דלעולם לא היתה חזקה דהוא בספיקו מתחילתו ועד סופו, וכמ"ש הכנה"ג (ביו"ד סימן יח הגהות הטור אות ג, וסימן כח הגהות הטור אות ג), והמשנה למלך (בהלכות טומאת צרעת פ"ב ה"א), דמשום חזקה לא הוכרע הדין, מימילא אין עושין מעשה להוציא מיד המוחזק. והן אמת דלפי מה שהזכיר שם במשנה למלך משם מהר"א ששון (סימן רו) ודעימיה שכתבו, דדוקא בספיקא דרבוותא אמרינן ארעא היכא דקאי קאי, אבל בספיקא דינא אוקמינן בחזקת מאריה קמא, מבואר – דאין טעמם דהחזקה מכריעה את הדין, דא"כ גם בספיקא דינא נימא הכי דכיון שהחזקה לא מכריעה את הדין אין להוציא מיד המוחזק. אבל לפי מ"ש החולקים והסוברים דגם בספיקא דינא נמי לא שייך לומר אוקי ארעא בחזקת מאריה קמא, שפיר יש לומר דהטעם כנ"ל דבספיקא דינא לא שייך לאוקמי אחזקה. עכ"ד. וע"ע בשו"ת יביע אומר (חלק ח חושן משפט סימן ב אות ה) שהוסף עוד גופך מדיליה בביאור העניין.

והלא ידעת אם לא שמעת החקירה שחקר הרב קונטרס הספיקות (כלל א אות ה) מהו הטעם והסברא דאיכא חזקת מרא קמא בממונא, דאפשר לומר דחזקת מרא קמא בממון היא מכח חזקה קמייתא דאיסורא הוא דאתיא, וכמו דבכל ספק איסורא מעמידין הדבר בחזקת מה שהיה מתחילה קודם שנולד הספק, בין להתירא בין לאיסורא כדיליף בחולין (דף י"ע ב), הכי נמי בממון כשנולד בו ספק אם הוא של ראובן או של שמעון, מעמידין אותו בחזקת מי שהיה מתחילה. ואפשר עוד לומר, דחזקת מרא קמא בממון לא מחזקה קמא כמו באיסורא. דממונא מאיסורא לא ילפינן

בכה"ג, וחזקת מרא קמא מעין חזקת ממון ממש היא, והיינו דכמו דבחזקת ממון הסברא נותנת שאין להוציא הימנו בלי ראייה, הכי נמי אין להוציא מחזקת מרא קמא בלי ראייה, דכל שידוע שהיתה שלו מתחילה, אף שהוא עומד ברשות הרבים או באגם, בי גזא דבעלים איתא, וחשבינן ליה כאילו עדיין הוא מוחזק, דל ספיקא מהכא וישאר הממון ביד הבעלים הראשונים וכו'. ודעתי יותר מסכמת דחזקת מרא קמא אינה חזקה המכרעת כמו חזקה קמא באיסורא, אלא מעין חזקת ממון דמסברא ידעינן לה. עכ"ד.

ולפי האמור נחא מה שבקונטרס הספיקות (כלל ה אות ו) הביא לדברי מהר"א ששון בשו"ת תורת אמת (סימן רו), שכתב לדייק מדברי התוספות בב"ב (דף לב ע"ב ד"ה הלכתא), דהתוס' לא אמרו בדעת הרשב"ם דארעא היכא דקיימא תיקום אלא בפלוגתא דרבוותא, אבל בספיקא דינא בלי פלוגתא דרבוותא, אינהו נמי מודי דאמרינן אוקי ארעא אחזקת מרא קמא, שהרי כתבו התוספות בסוף דבריהם 'אבל הכא דמספקא לן הלכתא כמאן', אלמא דוקא בכה"ג כלומר פלוגתא דרבוותא דמספקא הלכתא כמאן. ויפה דקדק מדבריהם. עכ"ד. והיינו דמאחר שנטה ליבו לב הארי של רבינו בעל הקונטרס הספיקות לומר – דחזקת מרא קמא אינה כחזקת איסור, אלא היא חזקה כסברת המוציא מחבירו עליו הראיה, לכן כתב דגם בספיקא דינא יש לומר דאוקמינן אחזקת מרא קמא. משא"כ אי הוה מדמינן ליה כחזקת היתר ואיסור דהחזקה לא השתנתה ממקודם, א"כ כי היכי דבספיקא דפלוגתא דרבוותא אמרינן דאין להעמיד אחזקת מאריה קמא דלא שייך לומר אוקי אחזקה ממקודם, ה"ה בספיקא דינא ארעא היכא דקיימא תיקום. וכמ"ש הגרע"א. ועיין לעיל במ"ש (סימן פד אות ג) בענין כל תורה שיש לה בית אב. ודון מיניה.

(א) דעינינו הרואות דסברא זו דכל היכא דהמחלוקת בחזקה לא חשיב המרא קמא מוחזק, יחידאה היא, וכל גדולי האחרונים לא חשו לה, דהמהריב"ל בכמה תשובות (עיין בשו"ת מהר"י בן לב ח"א סימן פ' עמוד רא מהדורת זכרון אהרן, ושם סימן מח עמוד רח, ובסימן עט עמוד שטו, ובסימן פ עמוד שכא ועוד) כתב דבפלוגתא דרבוותא אוקמי ארעא בחזקת מאריה, וכ"כ מהרש"ך (בח"א סימן קמח) ובכמה מתשובות בכל ספריו, וגם מהרשד"ם (חו"מ סימן שמא - הוצאת זכרון אהרון - עמוד ער ד"ה נמצא) דעתו כן, וגם מהר"א ששון (סימן רז) כתב דסמכו כל הפוסקים לפסוק דמרא קמא מקרי מוחזק אף בפלוגתא דרבוותא. וכיון שכן הדרין אעיקרא דדינא, דבכל ספיקא דדינא ופלוגתא דרבוותא בענין קרקע, אוקי ארעא בחזקת מרא קמא דהוא המוחזק. עכ"ד.

(ג) כל קבל דנא, דהרב פני משה בח"א (סימן סו) [והיא התשובה המאוחרת יותר מהתשובה שבחלק ב], אזיל כל בתר איפכא וזכר ש"ר (שם דף קנו ע"ב טור ד) לדברי הרשב"ם דבמקום ספק, ארעא היכא דקאי קאי. וכתב, דהיה נראה שהיא סברא יחידית אלא שראיתי להרב לחם רב למהר"א די בוטון (סימן קנד), שהביא משם מהריב"ל שמהר"ם הוא בשיטת רשב"ם. וכיון דאיכא ב' בסברא הזו - הרשב"ם ומהר"ם הנזכר, הוליד מכאן הרב בעל לחם רב בתשובה הנזכרת, דכיון דהך פלוגתא גופא במחלוקת היא שנויה דלרשב"ם ומהר"ם הוא המוחזק. וכיון שדבר זה עצמו מי הוא המוחזק הוא שנוי בפלוגתא, ראוי לפסוק דשב ואל תעשה, וארעא היכא דקאי תיקום. עכת"ד. [ועיין במ"ש לקמן (סימן קיח אות ג) על הסתירה הזו בדברי הרב פני משה].

(ד) עוד כתב הרב שער אשר שכ"פ בתשובת מהר"ם שלטון [מגדולי חכמי קושטא לפני יותר משלש מאות שנה]. ומצאתי בס"ד לתשובתו, והיא ל"ו נדפסה בשו"ת בני משה (סו"ס מו דף צט ע"ב טור ד) וכתב וז"ל, נראה דכל כי האי ארעא היכא דקיימא תיקום, ולא עבדינן בה עובדא, וכיון דאמרינן בפרק חזקת הבתים בפלוגתא דרבה ורב יוסף ארעא היכא דקיימא תיקום ולא עבדינן בה עובדא להוציא מזה לזה, אע"ג דבשאר דוכתי מוקמינן אמריה קמא, הכא נמי דמספקינן מי הוא המוחזק אוקמינן מלתא אדוכתייה וכדקאי קאי. עכ"ד.

סימן קיז

דעת מהר"ם אמרליו בעניין הנ"ל

(א) עוד ציין הרב שער אשר שכ"ד הגאון רבי משה אמרליו זצ"ל בכמה מתשובותיו דארעא היכא דקאי תיקום. וראשון לצי"ן הנה הינה תשובתו הנדפסת בשו"ת עוללות הכרם (סימן יד הודפס בסוף שו"ת תורת חיים למהר"ש כרך ג הוצאת זכרון אהרן) ושם (עמוד סג) בנידונו כתב, דכיון דרוב הפוסקים סבירא להו דהלוקח הוא המוחזק, חזר הדין לסיני

ו"אחרי רבים להטות" (שמות כג, ב). ע"כ. והמעייין שם יראה דלא פסק שבכל ספק בתפיסה בקרקע ארעא היכא דקאי קאי, אלא שבאותו הנידון שדן בו, כיון דרבו הפוסקים האומרים כן אזלינן בתרייהו. תדע, דבשלהי תשובתו הביא דברי מה"ר אברהם די בוטון (סימן קנד) והרב בעל פני משה ז"ל בח"א (סימן סו) שכתבו, דכיון דלדעת רשב"ם ומהר"ם בספיקא דדינא לא אמרינן דמאריה קמא הוא המוחזק, אלא דיינינן בשב ואל תעשה וארעא היכא דקאי קאי. והקשה ע"ז דהלא כיון דרובא דרבוותא סבירא להו בזה דמאריה קמא הוא המוחזק כמ"ש הרב בעל פני משה ז"ל בח"ב (סימן צז), א"כ איך פסקו דשב ואל תעשה עדיף ומוקמינן ארעא היכא דאיתיה כדעת רשב"ם ומהר"ם, דכיון דבהא פליגי אית לן למיזל בתר רוב דעות. וכבר כתבתי על זה במקום אחר באורך, הלא הוא כתוב בספר כרם שלמה להרב אדוני אבי השם ישמרהו בחלק חו"מ (סימן נ) יע"ש, קט"ה ומ"מ בנדון דידן אפילו הרב בעל לחם רב ז"ל והרב בעל פני משה מודו, דהכא ליכא למימר ארעא היכא דקאי תיקום מכמה טעמי תריצי. עכ"ד. חזינו ראינו דלא הכריע דבכל ספק בקרקע ארעא היכא דקאי קאי, אלא אדרבא רובא דרבוותא ס"ל דארעא בחזקת מרא קמא קאי, ורק היכא דאיכא רובא בעיקרא דדינא שהוא של המוחזק, יש לפסוק דארעא היכא דקאי קאי, [וכבר הבאנו לעיל (סימן צא והלאה) דהכי הלכתא בכל ספק בתפיסה דיש ללכת בתר רובא בעיקרא דדינא. ע"ש]. ובשלהי תשובת הרב פני משה הסכימו לכל דבריו מה"ר שמואל פלורנטין ומו"א רבי שלמה אמארליו זצ"ל. ע"ש. נמצא שגם הם מסכימים ומעריבים לזה.

(ב) ולא אכחד דסמוך ונראה לתשובתו הובאה תשובת מהר"ש פלורנטין שבסוף דבריו כתב ליישב תמיהת מהר"ם אמארליו הנזכרת וז"ל, ונ"ל לתרץ דאינהו (מהר"א די בוטון והפני משה) סבירא להו, דהיכא אמרינן בספיקא דדינא דמי מיקרי מוחזק דאזלינן בתר רוב דעות, היינו דווקא כששניהן שוין ואין שום אחד מהם עומד ומוחזק יותר מחבירו, כגון, אם נפלה מחלוקת מי הוא המוחזק המזיק או הניזק וכיוצא בזה שאין להם שום עדיפות לזה יותר מזה, התם הוא דאמרינן דאזלינן בתר רוב דעות מי הוא הנקרא מוחזק, אבל אם האחד הוא מוחזק בקרקע והאחד עומד מבחוץ, בזה לא אזלינן בתר רוב דעות, אלא שב ואל תעשה עדיף. קט"ו עכ"ד. קט"ו ונראה דמהר"ם אמארליו לא שמיע ליה כלומר לא סבירא

תשובת
מהר"ש
פלורנטין

מכון הכתב.

קע"ו ועייין בשו"ת מגן שאול לרבי שאול חנניה (סימן יא דף כא ע"ד) שהביא תשובות עוללות הכרם הנזכרת וכתב, שחילוק זה כתב מורי הרב ודברים של טעם ושל ריח בהם נאים הדברים למי שאמרן. [וציינו בהגהות רע"א על המשנה למלך בהלכות טוען ונטען פט"ו הי"א].

קע"ה לקמן (סימן קיח) הבוא נבוא לתשובת אביו הרב כרם שלמה. ואפשר שהרב דבר משה סידר תשובות אביו ולכן כתב כאן 'וכבר כתבתי על זה במקום אחר...'

קע"ו ועייין במ"ש להעיר ע"ד מהרש"פ הללו בשו"ת שער אשר קובו (ח"ב סימן כ עמוד עא הוצאת

ליה להאי חילוקא אלא סובר דהארץ לעולם עומדת, ולכן אין לזה תפיסה יותר מלזה, ומטעם זה פסק דבספק בקרקע יש לנו ללכת תמיד בחר המרא קמא.

ג) עוד הזכיר הרב שער אשר שכ"כ מהר"ם אמאריליו בתשובת דבר משה (ח"ב סימן ט).

תשובתי
השנייה של
הרב דבר
משה

והנה שם (דף ס ע"א טור ב) שאול נשאל מהר"ם אמאריליו באחד שמכר שדהו והיה תנאי במכירה שלא ככל דיני התנאים, והמוכר רוצה לבטל המכירה לפי שלא נתקיים התנאי, ואע"פ שלא היה נעשה התנאי כדיני התנאים, טוען קים לי כהנך רבוותא שבדיני ממונות לא בעינן לדיני התנאים אלא רק בגיטין וקידושין (עיין ברמב"ם הלכות אישות פרק ו הלכה יד, ובשו"ע חו"מ סימן רמא סעיף ט).

וכתב ע"ז, דנחזי אנן, דמאחר דיש מחלוקת מי הוא המוחזק ולכאורה המוכר הוא המוחזק, אך אחר קצת השקפה נראה שהלוקח הוא המוחזק. וראיה לזה ממה שהביא בבית יוסף (חושן משפט סימן כט מחודשים אות יג) שכתב הרשב"א (ח"א סימן תתקעב וח"ב סימן רכט) על ראובן שהוציא שטר על שמעון שמכר לו כרם אחד, והלה טוען כי לא מכרו לו אלא על תנאי שאם יפרע לו ש' דינרין שהלוהו לזמן פלוני יחזיר לו השטר ויבטל המכר, והביא עדים מעידים כדבריו. ופסקו הברורים^{קע"ב} שאפילו העידו עידי השטר בפירוש שלא היה שום תנאי במכירה, כיון שיש עדים שהיה שם תנאי, אוקי תרי לבהדי תרי ואוקי נכסי בחזקת המוכר כנכסי דבר שטיא. וכתב הוא ז"ל על זה, ואני אומר שאין דמיונם עולה יפה, דשאני הכא שלדברי כולם לוקח זה כדין ירד לכרם זה שהמוכר החזיקו בכסף בשטר ובחזקה, וכמו שכתוב בשטר המכירה, אלא שהתנה לפי דבריו שאם יתן לו מעותיו תוך זמן פלוני שתבטל המכירה, וכיון שהחזיק זה כדין לדברי כולם, אלא שזה טוען שיש לו להסתלק מחמת תנאי ומביא עדים, וזה טוען שאין מכירתו מתבטלת ומביא עדים, העמד הכרם בחזקת זה שהיה מוחזק בה עכשיו. עכ"ד.^{קע"ט} למדנו מהכא דהיכא דהקונה ירד כדין לקרקע שהחזיקו הלוקח בכסף ובשטר ובחזקה, אלא דעכשיו אומר לו המוכר שיסתלק מכח התנאי והלוקח משיב שאין בתנאי כח לסלקו כיון שעמד שעה אחת

קע"ח היינו אלו שבאו לפניהם לברר הדין.

קע"ט ובש"ך בתוקפו כהן (סימן נח) הביא דברי הרשב"א הללו וכתב, דלכאורה משמע מדבריו דאפילו בקרקע מהני תפיסה ברשות. ושוב הדר ביה וכתב דלאחר העיון נראה דלא פליג על הפוסקים שכתבו דלא מהני תפיסה בקרקע. וגם מדברי תשובת הרשב"א שבב"י (חו"מ סימן מב מחודש ה) שכתב, ומיהו אי מטלטלי ניהו ותפס מדעת הבעלים קנינהו וכו'. משמע דבקרקע לא מהני תפיסה אפילו בתפס מדעת הבעלים. ולכן נראה דבהך דתשובת רשב"א (שבח"א סימן תתקעב) שאני כיון

שלדברי כולם ירד בו ברשות להיות שלו עכ"פ לזמן שלש שנים, אלא שאחר הזמן יחזיר לו המכר, א"כ עכ"פ הוא בעליו עליו עד אותו זמן, שהרי ירד ברשות להיות שלו ולזמן ג' שנים, וגם אפילו לחלוטין כשלא יביא מעות לסוף ג' שנים, א"כ בכה"ג לא שייך למימר אוקי בחזקת מרא קמא, דאדרבא הלוקח הוא הנקרא בעל הקרקע. ובפרט שהיה הזמן ג' שנים, שהוא שני חזקה. עכ"ד. ועיין בש"ך (חו"מ סימן שיב סק"ד) שפסק דלא מועילה תפיסה ברשות בקרקע. וע"ע בביאור מעשה תקפו על ספר תקפו כהן (סימן נח הערה 232).

בקרקע מיקרי מכר גמור, והבא להוציאו מכח התנאי עליו הראיה שהתנאי מהני לכו"ע ובכה"ג מוקמינן ארעא בחזקת זה שהוא מוחזק עכשיו, דהתנאי הוא ספק וכולם מודים במכר. עכ"ד.

ד) ואמרתי אבא אעיר'ה דהיאך כתב הרב שער אשר שמתשובה זו של מהר"ם אמארייליו מוכח דבכל ספיקא בקרקע אמרינן היכא דקאי קאי, דהא יד הדוחה נטויה לומר דהתם לא מצד הספק מי נקרא מוחזק אתינן עלה, אלא הוא משום דהלוקח נראה בפנינו שהוא המוחזק בודאי, והמוכר הוא בספק, דהמכירה ודאי היתה אלא שיש ספק אם מועיל תנאו, ולכן אין ספק מוציא מידי ודאי, וארעא בחזקת הלוקח קאי ועל המוכר להביא ראיה. וא"כ, דוקא בזה כח הלוקח יפה יותר מכח המוכר, אך בכל ספק אחר מי נקרא מוחזק ואין שום כח אחד יפה יותר מהאחר, נראה דאזלינן בתר מרא קמא.

הערה על הרב דבר משה

וכאשר דימיתי כן ראיתי, שבהמשך תשובת הרב דבר משה, צדיק עתק לתשובת מהרש"ח שכתב, דלא פליג הרשב"א ז"ל אשאר רבוותא שהביא התם, דשאני נידון הרשב"א דהתנאי הוא ספק וכולם מודים במכר, אבל היכא דיש תנאי ודאי, כגון אם נתן ראובן לשמעון קרקע במתנה על מנת שיתן לו מאתיים זוז, ונתן המאתיים זוז בעל כרחו אז אמרינן אוקי ארעא בחזקת מרא קמא, אף על גב דהנותן החזיקו בדין למקבל, מ"מ כיון דאיכא פלוגתא דרבוותא אם נתינה בעל כרחו שמייה נתינה הוה ליה ספק אם קיים התנאי או לא, ואמרינן דאוקי ארעא בחזקת מרא קמא. אבל בנדון הרשב"א דבתנאי עצמו נפל ספק אי הוי תנאי או לא, אז ודאי שכולם מודים דאוקי ארעא בחזקת הלוקח. עכ"ד. ומעתה אין להביא מדברי הרב דבר משה הנ"ל ראיה לכל ספק במוחזקות ובתפיסה דקרקע היכא דקאי קאי. וזה לך האות שאין נידונו שייך לנידון זה, דבכל תשובתו לא זכר ש"ר מהר"ם אמארייליו מדברי הרשב"ם דהוא הראש וראשון הסובר דארעא היכא דקיימא תיקום, והיינו טעמא דנידונו עדיף מנידון הרשב"ם, דבנידונו לכו"ע כיון דהוה מכירה ודאי וספק בתנאי לא מוציאים מיד הלוקח שהוא ודאי. משא"כ בשאר ספק בתפיסה בקרקע.

ה) גם בתשובה אחרת שבשו"ת דבר משה אמארייליו (ח"א אה"ע סימן מא) וצינינה הרב שער אשר קובו, כמקור נאמן דפסק דבכל ספק בקרקע ארעא היכא דקאי קאי. יש להעיר, דהנה שם ראשית אמריו (דף קנח ע"א טור א - ב) העיר הרב דבר משה על הני פוסקים דס"ל דלא מפקינן ממונא וארעא היכא דקיימא תיקום, דאדרבא איפכא מסתברא דבכל ספיקא דינא בקרקע אמרינן אוקי ארעא בחזקת מרא קמא, והיאך קראו לקונה מרא דקרקע ושיוכל הוא לומר קים לי. ויש לומר, דלהכי פסקו הני רבוותא כן דהלוקח הוא המוחזק, דאע"ג דרובא דרבוותא פסקו דבכל ספיקא דינא ודפלוגתא דרבוותא בענין קרקע, אוקי ארעא בחזקת מרא קמא דהוא המוחזק, וכמ"ש הרב פני משה בבבנישתי ז"ל בח"ב (סימן צז) יעוין שם, מ"מ חזינן להרב לחם רב ז"ל (סימן קנד) דפסק, דבכל ספיקא דקרקע כסברת

תשובת השלישית של הרב דבר משה

הרשב"ם, דיעמוד הלוקח על מקחו. וכ"כ הרב פני משה בח"א (סימן סו דף קנו ע"ב טור ד ודף קס ע"ב טור ד) דארעא היכא דקאי תיקום.

ושוב העיר הרב דבר משה דהלא הרב פני משה סתר משנתו בזה, ויישב, דנראה דהתשובה שבחלק ב היא תשובה שכתב כשעדין לא יצא טבעו של הספר לחם רב בעולם, וכמ"ש בספר כרם שלמה (חאה"ע סימן לו והובא לקמן). עכ"ד. ומ"מ שמעינן מיניה דלפום ריהטא הוה סבירא ליה דבודאי קרקע בחזקת מרא קמא קיימא, אלא שכתב ליישב דעת החולקים הסוברים דהלוקח מצי למימר קים לי, ולא סמך על דבריהם להלכה, שהרי הביא שם עוד כמה טעמים שזוכה הלוקח בנידונו.

ו) והנה במ"ש מהר"ם אמארייליו דהתשובה שבשו"ת פני משה שבחלק ב היא התשובה הקודמת בזמן, וכיון שלא ראה דברי הרב לחם רב שפסק דארעא היכא דקאי תיקום, לכך פסק דארעא בחזקת מאריה קמא תיקום. כן בקודש חזיתי להג"ר משה ישראל [אב"ד רודיס לפני כשלש מאות שנה] בשו"ת משאת משה (חו"מ ח"א סימן נ עמוד שנו הוצאת מכון נחלת ישראל קרית ספר התשס"ח ועוד לו בח"ב סימן יט שם עמוד תקפט) שהביא תשובת מוהר"ש קימחי שעמד על הסתירה הנ"ל בדברי הרב פני משה, וכתב ע"ז, ברם מחוורתא דתפסינן עיקר כמ"ש הרב בתשובה שבח"א (סימן סו), כי לא כתב הרב מ"ש באינך תשובות אלא על פי מה שהיה סבור דסברת רשב"ם יחידאה היא, ברם משנגלו דברי הרב לחם רב וראה דכן דעת מהר"ם ג"כ הדר אזיל ומודה דמצי למימר קים לי. עכ"ד. ובאמת בדברי הרב פני משה בח"א (דף קפד ע"א טור א) נקט בלשון של זהורית וכתב, דכמעט סברא זו יחידאה היא, והיינו דלא הוה ממש סברא יחידאה, אלא שרוב ככל הפוסקים חולקים עליה כמבואר שם בהמשך דבריו. ועוד שהוסיף שם, דלדעת מהרימ"ט ומהרח"ש דס"ל דבכל ספק בתפיסה לא הוה תפיסה, כל שכן בחזקת קרקע היכא דבמחלוקת הוא שנוי מי נקרא מוחזק המרא קמא או מי שבקרקע דלא תהני חזקת מרא קמא כיון דבהא פליגי, ואעפ"כ פסק כדברי החולקים דארעא בחזקת מרא קמא קיימא. וא"כ קשה לומר דאילו היה רואה בעת שכתב את תשובתו שבחלק ב לתשובת הרב לחם רב הוה מהדר קא מהדר ביה, דמאי שנא דהאי פסקא סמך טפי משאר פסיקות שאר רבנן שהביא דבריהם ולא חש לדבריהם. וכל שכן על פי המבואר לקמן (סימן קכא אות וקלח אות א) שבתשובות אחרות הרב לחם רב סתר משנתו. וכבר הבאנו לעיל (סימן קיז אות א) דמהר"ם אמארייליו גופיה בעוללות הכרם תמה על הרב פני משה בח"ב, דהגם שראה דמהר"ם סבירא ליה כהרשב"ם לא היה לו לפסוק כן. ע"ש. ומעתה גם על הרב דבר משה גופא תעבור כוס התמיהה, דאמאי כתב דאילו היה רואה הרב פני משה בעת שכתב תשובתו שבחלק ב את דברי הרב לחם רב הוה מיהדר קא הדר ביה. וצ"ע.

סדר סימני
התשובות
של מהר"ם
אמארייליו

ז) אתה הראת לדעת דהאי דינא דגם בספק בקרקע ארעא היכא דקאי, המהר"ם אמארייליו איך ולא ורפיא בידיה. וכשנבא לסדר הזמנים עיננו תחזינה מישרים, שהתשובה

שבעוללי הכרם כתבה מהר"ם אמאריליו באדר התע"ט, ותשובה זו שבשו"ת דבר משה כתבה בתמוז תצ"א, וזו משנה אחרונה. ומ"מ מידי סתירה לא נפקא, ולפי זה יש לנו לומר כמ"ש הפוסקים דכל היכא שהפוסק סותר משנתו אין לנו לצרף דעת הפוסק בזה לומר קים לי (ולעיל סימן יב והלאה עמדנו על זה). וזה יכון גם על הרב פני משה בנבנישתי וגם על הרב דבר משה אמאריליו ששניהם סתרו משנתם. שו"ר בספר פני אהרן לרבי אהרן אמאריליו [והוא אחיו של מהר"ם אמאריליו] (ח"מ סימן לד דף קכד ע"א טור ב) שכתב, דאפילו הוה המחלוקת בתפיסה עצמה חזר הדין לומר קים לי. אמנם כל זה הוא במטלטלין אבל בקרקעות לא מהני תפיסה. ודחה דברי אחיו הרב דבר משה (חיו"ד סימן כב דף מג ע"ג, ובאבן העזר סימן מא) שכתב דמהני תפיסה גם בקרקע, דאחר המחי"ר זה מנא ליה. עכ"ד. הרי שנקט בדעת אחיו דסבירא ליה דגם בקרקע מהני תפיסה.

ח ולאחר כותבי כל זאת הראני ה' להגר"ח פלאגי בשו"ת חקקי לב (סימן ט"ב דף פז ע"א טור ב) שכתב להעיר ככל אשר הערנו, דכיון דמהר"א די בוטון והפני משה סתרו משנתם אין לצרפם למניין הפוסקים, והגם שהרב כרם שלמה (ויובא לקמן סימן קיה אות ג) ובנו הרב דבר משה עמדו על דברי הפני משה, ומ"מ הסכימו שתשובת הרב הפני משה שבח"א (סימן סו) דס"ל כפירוש הרשב"ם דקרקע היכא דקאי תיקום היא העיקר, לפי שסמך על דברי מהר"א די בוטון וטעמא דמילתא שהיא האחרונה, שאז נגלית לו תשובת הרב לחם רב ע"ש, ולע"ד נראה עדיין דיש להשיב על זה דהא מיהא אין לסמוך ע"ד מהר"א די בוטון שסתר עצמו בכמה תשובות. ומה גם שכותב כמסתפק שנטתה דעתו לדעת רשב"ם, זאת ועוד דכיון דנתגלה להרב פני משה סברת החולקים כי רבים המה כמ"ש בח"ב מה מקום לחזור מפני סברת מהר"א די בוטון, ואדרבא יותר פוסקים מביאים סברת ר"י החולק על הרשב"ם. עכ"ד. ומ"מ מודה במקצת הגר"ח פלאגי (שם דף פז ע"ב טור ג) דסברתו האחרונה של הרב פני משה לפי סדר השנים היא דהיכא דקיימא ארעא תיקום. ע"ש.

מצאתי את
שאהבה
נפשי
בדברי
הגר"ח
פלאגי
שהעיר
ככל הנ"ל

סימן קיה

דעת מהר"ש אמאריליו בעניין הנ"ל

א עוד הזכיר הרב שער אשר דכן כתב בכרם שלמה להגאון רבי שלמה אמאריליו [הוא אביו של רבי משה אמאריליו הנזכר לעיל והיה מחכמי סלונקי לפני כשלש מאות וחמישים שנה] (אה"ע סימן לז דף צז ע"א טור א) דארעא היכא דקאי קאי.

ובכאי לפני המלך רבינו אשר, אמר עם הספר ישוב מחשבתו, דיש להעיר ע"ז, דהנה שם כתב הרב כרם שלמה, דנמצא העולה מן האמור שדעת הר"ש יפה ומהר"ש ז"ל והרב פני משה ז"ל, דס"ל דבספיקא דדינא נקטינן כדעת הרשב"ם ומורהו הרב רבי מאיר

התשובה
הראשונה
בכרם
שלמה

(הובא בתשובת הרא"ש כלל א שאלה ח), דמוקמינן היכא דאיתיה הוא ביד המוחזק בו, דשב ואל תעשה עדיף טפי, אף הכי בנ"ד כיון דאיכא פלוגתא קרקע היכא דקאי תיקום. ושוב הביא מי שחלק ע"ז וסיים וז"ל, ולעד"נ שלא נזוז מהכלל המסור בידינו דכשהמחלוקת הוא בגופא דחזקה מי מקרי מוחזק אזלינן אחר רוב דעות, ובנ"ד רובא דרובא מסייעין למקבל המתנה. עכ"ד. רק בעיניך תביט דלא פסק בסכינא חריפא דארעא היכא דקיימא תיקום, אלא רק בנידונו דרובא מסייעין למקבל מתנה, ואדרבא אזיל בתר הכלל דכשיש מחלוקת בגוף הדבר מי מקרי מוחזק אזלינו בתר רובא.

ב ואלום, לך נא ראה לתשובה אחרת בכרם שלמה (ח"מ סימן נ דף קעה ע"א טור ב) שנעשה שוא"ל מדעת, באחד שנתן לאחר את הקרקע בחובו ושוב עומד לערער על זה לבטל המכירה כיון שלא היה שם קניין. והביא דברי הרב פני משה ז"ל (בכ"א סימן סו) שנשאל על כיוצ"ב, והשיב, דאע"ג דאיכא פלוגתא במוכר קרקע בעבור דמי חוב אם קנה אם לאו, מ"מ כיון דהלוקח החזיק בקרקע ועמד בו, אמרינן אוקי ארעא היכא דקאי השתא. ולמד זה מדברי הרב לחם רב ז"ל (סימן קנד) דכתב, דכיון דמהר"ם ורשב"ם ז"ל ס"ל דאוקי ארעא היכא דאיתיה, אף אנן הכי דיינינן בשב ואל תעשה. יע"ש. והרב כרם שלמה כתב ע"ז דיש לדקדק איך סמך הרב פני משה על דברי הרב לחם רב ז"ל הללו, הלא הוא ז"ל כתב שם בסוף תשובתו דאין הדבר ברור בעיניו, ועוד דהלא כל האחרונים הכריעו דמאריה קמא מקרי מוחזק.

ג ועוד תמ'ה תמ'ה יקרא (שם בע"ב טור ג) בשם הגאון רבי אברהם גאטיניו ז"ל, דכיון דבהא פליגי מי מקרי מוחזק אית לן למיזל בתר רוב דעות, והיאך כתב הרב דראוי לדון בשב ואל תעשה וארעא היכא דקיימא תיקום. ושוב הזכיר הרב כרם שלמה בהמשך דבריו מדברי רבותינו לקדושים אשר באר"ש, דס"ל דארעא בחזקת מרא קמא דהוא תמיד המוחזק. ועוד העיר, דגם מה שהסתמך הרב פני משה על תשובת מהריב"ל ומהר"א די בוטון שכתבו דקרקע היכא דקאי קאי, הלא בתשובות אחרות סתרו משנתם בזה, וכתבו דבקרקע לעולם מרא קמא הוא המוחזק, וא"כ אין להביא ראיה מדבריהם, כיון דסתרו דבריהם ידיה אדידיה, וכמ"ש הפוסקים דפוסק הסותר דבריו אין להביא ראיה ממנו.⁹⁹ וגם מהר"ם בנבנישתי ז"ל בשו"ת פני משה בח"ב (סימן צו דף קפד ע"א טור א) אחר שהביא סברת הרשב"ם והחולקים, על הכל העלה עפ"י הכרע רוב גדולי הפוסקים דלעולם מרא קמא הוא המוחזק והכי ראוי לדון. עכ"ד. ומן התימה על הרב פני משה בח"א איך לא עלה דעתו דעת עליון כל זה, ומ"מ לענין דינא אף שכתב הרב פני משה ז"ל בח"ב כן, מ"מ למ"ש בח"א צייתנין דהם דבריו האחרונים. ועוד דגם רבוותא בתראי סוברים כן כנזכר שם. עכת"ד.

המשך
התשובה
הנ"ל

המסקנא
בדעת
מהר"ש
אמארילריו

ד) הנך רואה בעיניך דלמרות כל העקולי ופישורי שמצא על תשובת הרב פני משה בחלק א, מ"מ מסתמך ואזיל על דבריו ופוסק דקרקע היכא דקאי קאי. ואמנם עיין בשו"ת שער אשר קובו (ח"ב סימן כ עמוד עג הוצאת מכון הכתב) שציין לתשובה זו דהרב כרם שלמה, וכללו בכת הפוסקים הסוברים להיפך דקרקע בחזקת מאריה קמא דהוא המוחזק. ע"ש. וקשיא טובא, דפעם אחת מנה את הרב כרם שלמה בכת הסוברים דמרא קמא הוא המוחזק, ופעם אחרת מנהו בכת הסוברים דקרקע היכא דקאי קאי, ובשניהם ציין לאותה התשובה. וצ"ע. ומ"מ אנן בתראי חזינן דלא נפקינן מפלוגתא, דהלא הזכיר דכל האחרונים הכריעו דמאריה קמא הוא המוחזק, וכן דעת מוה"ר אברהם גאטיניו.

דעת הרב
מעיל
שמואל
בתפיסה
בקרקע

ה) עוד באו לציין ברינה בתשובת הרב שער אשר שגם הרב מעיל שמואל [להג"ר חיים שמואל פלורנטיין זצ"ל מחכמי שלוניקי לפני יותר משלש מאות שנה] (סימן קכא דף קג ע"ב טור ג - ד) כתב כן. וספרים פתיחו וראיתי שישב על מדוכה זו, ושם צדיק עתק תשובת הרב פני משה בקיצור בחלק א (שם), דפסק דארעא היכא דקיימא תיקום, ונקט כדבריו.

סימן קיט

עוד בדעת רבותינו האחרונים בעניין הנ"ל

דעת הרב
מרי"ש בזה

א) עוד ציין הרב שער אשר שכן הסכימו הרב מרי"ש [הוא הגאון רבי יוסף שמואל מתלמידי מהר"ם אמאריליו. ושמו יקובנו רבי יוסף בן שמואל מודיאנו (או מודיאנו) זצ"ל, וחותם יוסף שמואל על שם אביו, והיה מחכמי שלוניקי לפני כשלש מאות חמישים שנה] ומה"ר אלעזר הלוי בתשובת אגורה באהלך [לרבי אליקים גאטיניו, מחכמי איזמיר לפני מאתיים וחמישים שנה] [דח"ן ע"א טור ב]. עכ"ד.

דעת
מהר"א
הלוי
ומהר"א
גאטניו

ב) ואמרתי אעלה בתמ"ר (בתורת מר), דהן אמת שכ"כ הגאון רבי יוסף שמואל שם, דקרקע היכא דקאי קאי, מ"מ עינא דשפיר חזי שהגאון רבי אלעזר הלוי הוא בר פלוגתתו בזה, ואזיל כל בתר איפכא, שכתב שם (דף נט ע"ב טור ג) וזת"ד, ואין להביא ראייה דהאחרון שהוא בה עכשיו חשיב מוחזק מ"ש הרשב"ם וסייעת מרחמוהי דהיכא דקיימא ארעא תיקום, ואף דחולקים עליו כמה מרבוותא יאמר קי"ל כדברי הרשב"ם וכמ"ש מהר"א די בוטון (הנוזר בסימן קנד), הא ליתא, חדא, דלא פסק הכי שם ולא סמך על זה שם וכמו שסיים אמרו דאין הדבר ברור, וכן בסימנים אחרים (עיין בסימן קמט, וקנח, וקסג, וקעא, וריט) הוא פסק דמארי קמא הוא המוחזק. יע"ש. ועיין להרב משנה למלך (בהלכות שכירות פ"ז ה"ב) דכתב דצ"ע הני תשובות דמהר"א די בוטון דסתראי נינהו. עכ"ד. הרי דאזיל כל בתר איפכא, וכתב דקרקע בחזקת מרא קמא עומדת. וכן מתבאר בתשובת מה"ר אליקים גאטניו שהוא הרב המחבר שו"ת אגורה באהלך שכתב לעיל מיניה (שם דף נו ע"א טור א), לחלוק על דברי הגאון רבי יוסף שמואל. ע"ש. וא"כ עד שמביא הרב שער אשר ראייה

מדברי הרב יוסף שמואל, יביא ראייה מהשניים החולקים על דבריו, הלא המה מהר"א הלוי ומהר"א גאטניו, דטובים השניים מן האחד.

ג) ומה שציין עוד הרב שער אשר שכ"כ בתשובת ראש משביר (ח"מ סימן יד דף יט ע"ב שו"ת ראש משביר הוא למהר"ש טור ד וסימן מו דף ע ע"א טור ב), ומר הוא דאמר דמאן ספין ומאן רקיע להוציא הקרקע מיד הלוקח נגד הרבנים אחרוני זמנינו. עכ"ד. הנה תשובת ראש משביר היא להגאון רבי יוסף שמואל הנזכר ושם בתשובתו הרמתה הביא את כל התשובה הנ"ל הנדפסת בשו"ת אגורה באהלך. ואין זו דעת עוד פוסק דחזי לאיצטרופי לרוב מנין.

ד) ועוד ציין בשער אשר שכ"פ הרב זרע אברהם [הוא מני"ר רבי אברהם בן דוד יצחקי זצ"ל והיה ראשון לציון לפני כשלש מאות שנה] (ח"מ סימן ח דף צח ע"ב טור ג) שכתב, דכיון דחזקת מאריה קמא רוע התרועעה פור התפוררה, בכל ספיקא דדינא דיינינן ליה לזכות המוחזק כדפירש הרשב"ם. עכ"ד. ומיהו שם בהמשך תשובתו יישב דבריו גם לדעת ר"י החולק, נמצא א"כ שחש לדעת החולקים.

ה) וציין עוד בשער אשר שכ"כ במטה שמעון [להגאון רבי מרדכי שמעון, מחכמי קושטא ושלוניקי לפני כמאתיים שנה] (סימן קמ ס"ק יז דף קעב ע"ב טור ג) וע"ש שהביא מדברי הכנה"ג (ח"מ סימן קמ סק"ד) בשם מהר"ש יפה מתשובה כת"י, דבפלוגתא דרבנותא לא אמרינן קרקע בחזקת בעליה הראשונים עומדת, אלא המחזיק בו ידו על העליונה. ומיהו כשהמחלוקת היא בשכירות בהא אמרינן דקרקע בחזקת בעליה הראשונים עומדת. עכ"ד. והרב מטה שמעון תמה ע"ז וכתב וז"ל, ולא ידעתי למה הביא הרב זה בשם מהרש"י הלא היא סברת הרשב"ם, והתוספות חולקים בזה. ולו יהיה דסברת התוספות הוי יחידאה וכמ"ש מהר"י כולי במשנה למלך (פ"ז דשכירות דין ב) על כל פנים הוה ליה להביא דברי הרשב"ם וכו', ושוב מסיק דלענין הלכה בפלוגתא דרבנותא לא אמרינן קרקע בחזקת מרא קמא קאי אלא היכא דקיימא תיקום, וכסברת הרשב"ם, וכן הכריעו האחרונים. ע"כ.

ו) עוד ציין הרב שער אשר שכ"פ הרב משאת משה [הוא הגאון רבי ישראל משה זצ"ל אב"ד רודיס לפני כשלש מאות שנה] (בח"א ח"מ סימן מט עמוד שנב הוצאת מכון נחלת ישראל משה עמוד שנב).

ובאמת המעיין בתשובת הרב משאת משה שם יראה שאין זו רק דעת הרב משאת משה, שבסוף התשובה הסכים עימו ג"כ הרב הגאון רבי יצחק רפאל, מחכמי ודייני קושטא שבאותו הדור. ובתשובה שלאחריה (בסימן נ) הסכים עימו לדינא מוהר"ש קימחי והזכיר סברתו (שם עמוד שנו). ומצאתי שגם בתשובה אחרת הרב משאת משה (ח"ב ח"מ סימן יח עמוד תקפג) צרוף צורף לדברי רבינו הרשב"ם דקרקע היכא דקאי קאי, ושנה דבריו גם בסימן שלאחריו (סימן יט שם עמוד תקפט). ע"ש.

(ז) עוד הוסיף הרב שער אשר שכ"כ הרב אשדות הפסגה [הוא רבי יוסף נחמולי מחכמי שלוניקי לפני מאתיים וחמישים שנה] (ח"מ סימן י דף פא ע"ב טור ד ודף פג ע"א טור א).

דעת הרב אשדות הפסגה

ועיין שם דפסק דארעא היכא דקאי קאי ומסתמך ואזיל על כל הנהו רבנן קדישי שהוזכרו לעיל, והם תשובת לחם רב, והרב פני משה בח"א, והרב משאת משה, והרב כרם שלמה. ובסוף התשובה הביא להני סרכין תלתא מחכמי קושטא שהסכימו על ידו, הלא המה רבי רפאל יצחק ירושלמי, והרב חיים יעקב המון, והרב ישעיה שלמה קמחי זצ"ל. ע"ש.

(ח) עוד כתב הרב שער אשר שכ"כ הרב לחם שלמה (דף קלו ע"ד) [הוא הגאון רבי שלמה בולה בנו של הראשון לציון רבי רפאל משה בולה זצ"ל, מחכמי ירושלים לפני כמאתיים חמישים שנה].

דעת הרב לחם שלמה

ועיין שם שצדיק עתק לכל מ"ש בתשובת עוללות הכרם ומ"ש להשיב ע"ז מהר"ש פלורנטין והו"ד לעיל (סימן צז). ואין בזה חדש. ע"ש.

(ט) גם מ"ש בשער אשר שכ"כ בספר זרע יעקב [להג"ר יעקב בן נאים זצ"ל, מחכמי אלג'יר לפני כמאתיים וחמישים שנה] (סימן טז דף כד ע"ב טור ד), חזיתי דהן בקודש נהדיר, ששם הביא דברי הרשב"ם וכתב שבתשובת הרא"ש מתבאר שכ"ד מהר"ם. וכן נראה דעת הרא"ש ונמצא דהני תלת רבוותא סוברים דהיכא דאיכא פלוגתא דרבוותא ומספקא לן כמאן, היכא דקיימא ארעא דהיינו מאריה דהשתא - תיקום.

דעת הרב זרע יעקב

סימן קב

דברי הרב משחא דרבנותא ובדעת הכנה"ג בעניין הנ"ל

(א) עוד הציב לנו ציונים הרב שער אשר וציין להרב משחא דרבנותא [לרבי מסעוד אלפסי זצ"ל, ראב"ד תוניס לפני מאתיים וחמישים שנה] (דף קסה ע"א טור א), שגם הוא מכת הסוברים דארעא היכא דקאי קאי.

ונספרה בציון הלז, דאיברא ששם נראה שכך נוטה דעתו, וכ"כ עוד בשלהי תשובתו (דף קסו ע"א טור א), דלא מפקינן ארעא מחזקת מארא דקיימא השתא, עכ"ד, ומיהו שם (דף קסה ע"א טור א) כתב הרב משחא דרבנותא להעיר בדברי הכנה"ג מצאנו סתירה בזה, דפעם אחת (ח"מ סימן קמ הגה"ט אות יד) הביא תשובת מהר"ש יפה שכתב דבפלוגתא דרבוותא לא אמרינן קרקע בחזקת בעליה הראשונים עומדת אלא המחזיק בו ידו על העליונה. ובהמשך דבריו (שם בהגה"ב"י אות יח) הביא פלוגתא בזה וכתב משם המהרי"ט (ח"ב ח"מ סימן לא), דהיכא דפליגי ארעא בחזקת מאריה קמא קיימא, ומהריב"ל ז"ל (ח"א כלל פט) כתב על פירושו הרשב"ם ז"ל שכבר הכו המפרשים האחרונים על קדקוד זאת

מעיר דהכנה"ג סותר עצמו

הסברא. ויראה לכאורה מתוך דברי מהר"ש הלוי ז"ל (ח"מ סימן נד) שדעת מהריב"ל שלא לחוש כלל על דברי הרשב"ם ז"ל וליתא, שלא כתב כן אלא לומר שאין סברתו מחוורת, אבל לענין דינא ודאי שהמוחזק מצי למימר קים לי כהרשב"ם והרא"ש ורבינו יעקב בעל הטורים. עכ"ד. ועוד בא השלישיה מה שכתב הכנה"ג (סימן קמט הגה"ט אות סו) בשם מהר"ש חיון, דכיון דאיכא פלוגתא דרבוותא ארעא בחזקת מאריה קמא. עכ"ד. ונמצא שהרב כנה"ג סתר משנתו בזה.

וכתב ע"ז הרב משחא דרבותא (שם) דמה שהביא הכנה"ג מתשובת מהרי"ט דארעא בדעת המהרי"ט בזה בחזקת מאריה קמא קיימא, בתשובה זו איירי שהיה מכניס בהמותיו לחצר חבירו להכניסן למרתף, דלרשב"ם בבבא בתרא (דף כט עמוד ב ד"ה אנא בשכונני) לא הוה חזקה לבעל החצר, ^{קפא} ובהא שפיר קאמר דארעא בחזקת מאריה קמא, דחזקת המחזיק בספק תליא מילתא אי מקריא חזקה או לא. עכ"ד.

ב) והנה לפי מ"ש הרב משחא דרבותא, כיון דאיכא ספק תפיסה של התופס אוקמינן בחזקת מאריה קמא, הא לאו הכי גם מהרי"ט יודה לסברת הרשב"ם דארעא היכא דקאי תיקום.

ואמנם נראה דאליבא דאמת דעת מהרי"ט דבכל ספק בקרקע לא הוה כלל תפיסה, דהא לא שייך בה תפיסה דהארץ לעולם עומדת, וכן מתבאר מ"ש מהרי"ט בתשובה לחלק כן בדעת מהריב"ל (והו"ד לעיל סימן כב). וכל שכן לפי דעת מהרי"ט גופיה דבמטלטלין ספק בתפיסה לא הוה תפיסה וכמבואר לעיל (סימן כא), ומעתה כ"ש דבקרקע לא הוה תפיסה. וכאשר דימיתי כן ראיתי דהרב כנסת הגדולה (ח"מ סימן זכר הגהת ב"י אות לב) ארבעתים ישלים בנידון זה והביא פלוגתא דרבוותא בזה, ומסיים אמריו, דנשאל מהריב"ל (ח"א סימן קיח), על מוכר שנתאנה יותר מכפל והיה הלוקח מוחזק בקרקע, והשיב הרב דכיון דאיכא פלוגתא דרבוותא העמד קרקע בחזקת מאריה קמא, ולזה הסכימו מורי הרב ז"ל (חלק חושן משפט סימן יב קפב) ומה"ר אברהם מוטאל ז"ל [ראש הישיבה בסלוניקי לפני כשלש מאות שבעים שנה, תלמיד רבי שמואל חיון מח"ס בני שמואל], הובאו דבריו בספר בני שמואל בתשובה (סימן כט) וכן הסכימו מהר"ש חיון ומהר"א די בוטון בתשובות

עוד בירור
בדעת
המהרי"ט
בתפיסה
בקרקע

כן אמנם בתשובה אחרת (בח"א בסימן קיב) כתב, דכל שיש ספק בתפיסה אי לא מהניא מוקמינן לה בחזקת מרא קמא. ואי במטלטלין אמרינן הכי כל שכן בארעא דלעולם קרקע בחזקת בעליה עומדת. עכ"ד. ונראה שהוא ט"ס בכנה"ג אשר לפני וצ"ל בסימן קיב. ועיין בתשובת מהרי"ט (ח"מ סו"ס כ), ועוד לו שם (סוף סימן כח) שכתב, דכל שאתה יכול להרבות ספקות וספקי ספקות מעמידין את הקרקע בחזקת מרא קמא והוא מקרי מוחזק. עכ"ד.

קפא זה לשון רשב"ם (שם) אנא בשכונני גוואי הואי: בחדרים הפנימים היתה עיקר דירתי והייתי עובר דרך עליך ומשתמש עמך בבית החיצון שדרת בו ברשותי, ולכך לא מחיתי. ע"כ. ועל פי זה כתב במהרי"ט שם דחיונן דטעמא דרשב"ם שלא עלתה חזקה למחזיק, היינו משום דכיון שהיה משתמש עמו בדריסת הרגל לא היה חושש למחות, אלמא מה שהיה בשכונני גואי ועובר עליו, חשיב כמו מחאה. עכ"ד. **קפב** הנה בשו"ת מהרי"ט בסימן יב לא מצאתי שכתב

(סימן קנו) והרב עצמות יוסף [לרבי יוסף אבן עזרא, היה תלמידו של ר' שמואל די מודינא, ורבה של סופיה בבולגריה לפני כארבע מאות שנה] (קידושין פרק האיש מקדש הלכה ז, מהדורת לייטנר עמוד קעד ד"ה ובעיקרי) ומהר"ם די בוטון (סימן נא). עכ"ד. ונראה שלכך דעת הכנה"ג עצמו נוטה. ומ"מ נמצאנו למדים שדעת מורו ורבו של הכנה"ג הוא רבינו המהרי"ט דקרקע בחזקת מאריה קמא. וכמשנ"ת בס"ד.

ועדיין צריכים אנו למודעי מה דעת הכנה"ג בזה, דמצאנו במקומות נוספים שג"כ סתר משנתו בזה, דהנה בכנסת הגדולה (חור"מ סימן כה בכללי הקי"ל אות מט) הביא דברי מהר"א די בוטון בתשובה (בסימן קמא) שכתב, דבספיקא דינא יכול מי שהוא עכשיו מוחזק בקרקע לומר קי"ל כמ"ד דבספיקא דינא מי שהוא בתוך הקרקע נקרא מוחזק. ולבסוף כתב שאין זה ברור בעיניו. עכ"ד. וגם בזה סתר אהליו משאר מקומות שפסק דקרקע בחזקת בעליה עומדת.

סתירה
נוספת
בדעת
הכנה"ג

ג) והן אמת שראיתי בספר לב מבין נאברו (דף קמה ע"ב טור ג) שהביא שהרב מטה אשר קובו [הוא רבי אברהם קובו, זקנו של הרב שער אשר קובו] (סימן ט דף יט ע"ב טור ד) כתב, דהרב כנה"ג הביא משם מהר"ש יפה דבפלוגתא דרבוותא לא אמרינן קרקע בחזקת בעליה הראשונים עומדת אלא המחזיק בו זכה בו. וגם הרב כנה"ג מסכים עמו מדלא כתב עליו כלום. עכ"ד. והעיר ע"ז הרב לב מבין, דאין זה הכרח לומר דהרב כנה"ג יסבור כדעת מהר"ש יפה מדלא כתב עליו כלום, כי כבר ידוע דהרב כנה"ג לא אמרינן דפסק להלכה אלא היכא דגילה דעתו להדיא, אבל היכא דלא גילה דעתו להדיא לא אמרינן דס"ל הכי, כי זה דרכו לציין ולרמוז חידושי דינין מפי ספרים ומפי סופרים איש על שמו והמעייין יראה אם הוא כהלכה או לא, ויגדל התימא שהרי ראינו למרן החביב בכנסת הגדולה (חור"מ סימן רכז הגב"י אות לב) הביא אמבוהא דרבנן דס"ל דאוקי ארעא בחזקת מאריה. ואיך אפשר לומר דסבירא ליה כמהר"ש יפה ז"ל, וכל שכן לפי מה שמבואר בתשובת בעי חיי (תחור"מ סימן קנג) שכתב דסברת מהר"ש יפה היא סברא יחידית נגד כל הני רבוותא שהזכיר שם, וא"כ קשה היאך כתב לסברת מהר"ש יפה כמו שהיא כהלכה למשה מסיני, דאדרבא נדחה קראו לה. עכ"ד.

דעת
הכנה"ג
בתפיסה
בקרקע

ד) עוד העיר הרב פני מבין (דף קמה ע"א טור א) דהיאך הביא הכנה"ג סברת מהר"א די בוטון בכללי הקי"ל בשתיקה, הלא בסימנים אחרים (עיי' סימן קנג וסימן רל) כתב מהר"א די בוטון להיפך, דקרקע בחזקת מרא קמא קאי, וא"כ אנו יכולים לומר סמי חדא מקמיה תרתי, וביחוד דבסימן קנד נראה דעתו כמסתפק, וא"כ בודאי דדעתו היא מסכמת כמ"ש במקומות אחרים דקרקע בחזקת בעליה המרא קמא עומדת, ותגדל התמיהה דבכנה"ג גופא (חור"מ סימן רכז הגב"י אות לב) כתב דמהריב"ל ס"ל דקרקע בחזקת מרא קמא קאי, ושכן הסכימו מוהרש"ח ומהר"א די בוטון, ומהר"ם די בוטון (בסימן נא), יע"ש. נמצא דאיהו גופיה צירף למהר"א די בוטון בהדיה מהריב"ל דקיימי בחדא שיטה דארעא בחזקת מאריה

תמיהה על
הכנה"ג

קמא קאי, וא"כ איך אותה תשובה דסימן קנד כתבה בלי שום חולק, מאחר דרבים לוחמים והוא עצמו הדר תבריה לגזיזיה. עכ"ד.

ה) וסוף דבר מסיק הרב פני מבין (שם דף קמה ע"ב טור ג), דדעת הרב כנסת הגדולה דהדבר ברור דלא סבירא ליה כמהר"ש יפה, אלא דקרקע בחזקת מאריה קמא קאי. וכ"פ מהר"א קובו בספר מטה אשר (סימן ט), דבפלוגתא דרבוותא קי"ל אוקי ארעא בחזקת מאריה קמא כמ"ש מהריב"ל (בח"א סוף כלל כ) ומהרש"ם ומהרש"ך ומהרש"ח ומהר"א די בוטון. עכ"ד. שו"ר בכנה"ג (ח"מ סימן קמט הגה"ט אות לב, ובהגהב"י שם אות מ) שכתב, דלענין הלכה כיון דאיכא פלוגתא דרבוותא אוקי ארעא בחזקת מאריה ובעל הקרקע הוא המוחזק ומצי למימר קים לי. ע"ש. וכן כתב הגר"ח פלאג"י בשו"ת חקקי לב (סימן ט"ו"ב דף פח ע"א טור א), שדעת הכנה"ג דארעא בחזקת מאריה קמא. ע"ש. ועיינן בשו"ת רבי אליעזר די טולידו (ח"מ סימן פז), ולהג"ר חיים כהן [אב"ד טריפולי לפני יותר ממאה שנה] בספרו דבר המשפט (ח"מ סימן קמט אות לא). ותשקוט האר"ש.

ו) עוד ראיתי להרב פני מבין (דף קמה ע"א טור ב) שהעיר שגם הרב מהריב"ל סתר משנתו בזה, דבמקום אחד (חלק א סימן קח) כתב דארעא בחזקת מארא קמא. ובתשובה אחרת (ח"א בתחילת כלל יג וח"ב סימן מ) כתב, דאין לומר העמד קרקע בחזקת היתומים היורשים כיון דזהו הספק עצמו.

וגם על הגאון מהר"ח שבתאי העיר הרב פני מבין (שם דף קמה ע"ב טור ד) דסתר משנתו בזה, ומ"מ בנו מהר"ם שבתאי בספר תורת משה (ח"מ סימן ט) פסק להדיא דהמוחזק בו זכה בו, וקשה דהחליט הדבר כמשה מפי הגבורה ולא נשא את שמותם דהני אשלי וברבי מהריב"ל ומהרש"ם ומהרש"ך שכתבו דבפלוגתא דרבוותא ארעא בחזקת מרא קמא, והוא ז"ל סתם הדברים בלי שום חולק. עכ"ד.

סימן קכא

דברי הרב שמחת יאודה בעניין הנ"ל

א) נתנה ראש ונושבה לדברי הרב שער אשר שציין לגדולי האחרונים שפסקו דמהני תפיסה בקרקע, ועוד יסד בציון שכ"פ הרב שמחת יאודה [הרב חיים יהודה אליעזר זצ"ל מדייני איזמיר לפני מאתיים וחמישים שנה^[29]] (סימן סב דף פ ע"ב טור ד).

דכמה שבתות לא היה מביא פירות לביתו ובליל שבת היו מקפידים אשתו ובניו למה לא הביא פירות אפילו מעט בשבוע זאת? והיה משיב להם "מה אעשה לכם דזאת השבוע בא לידי ב' וג' ספרי הפוסקים הצריכים

קפ"ג והיה בן דורו של הגר"ח פלאג"י, שכתב עליו בספרו לוח ארו (דף ה עמוד א) בזו הלשון: וזכור אוכרינו לטוב להרב המובהק השקדן בתורה כמה"ר יאודה אליעזר ז"ל בעל ספר שמחת יאודה,

ואבא היום אל העיון בדב"ק שכתב וז"ל, ואיך שיהיה לענין דינא לפי דעת הרשב"ם כל שהיא ספיקא דדינא בפלוגתא דרבוותא, אוקי ארעא בחזקת מאן דקאי השתא, ולזה הסכים הרמב"ן בחידושיין בב"ב (דף לב ריש ע"ב), והנימוקי יוסף בב"ב (דף טז ע"ב מדפי הרי"ף), וכ"נ דעת הרשב"א בתשובה שהביאה מרן בב"י (בסו"ס קנה), וזה דעת הריטב"א ז"ל ב"ב (דף כה ע"א ד"ה ספק), הביאו הרב פרח מטה אהרן (ח"א סימן כו). והרא"ש בתשובה (כלל א סימן ח ד"ה וגם בעל העיטור) בשם רבו הר"ם ז"ל. סוף דבר כל הני רבוותא סברי כדעת הרשב"ם דבספיקא דדינא בפלוגתא דרבוותא אוקי ארעא בחזקת מאן דקאי השתא. האמנם ראיתי לגדולי האחרונים דלא חשו לזה ותפסו העיקר לדינא דלעולם מרא קמא הוא העיקר, וכדכתב מהר"א די בוטון ז"ל בתשובותיו (סימן קמט, קנו, קסג, קעא, וריט). יע"ש. ואף דמצינו להרב גופיה דתבריה לגזיזיה דבסימן קנה כתב היפך זה, מ"מ מאחר דאשכחן להרב ז"ל דבכל הני דוכתיה טובא פסק דמאריה קמא עיקר, הא ודאי סמי חדא מקמיה כל הני דוכתיה דכתיבנא, וכן ראיתי למהרש"ך (ח"א סימן קסט) ומהרימ"ט ז"ל (חומ"מ סימנים כ, כח, לב, וסד) שכתבו כן. יעו"ש.

הראשונים
שטוברים
כרשב"ם

ומסיים אמריו (שם דף פא ע"א טור א) ואיך שיהיה לענין דינא, כבר כתבנו שדין זה דפלוגתא דרבוותא לענין קרקע במחלוקת הוא שנוי, דלפי דעת רשב"ם וסייעתיה היכא דקיימא ארעא תיקום, אמנם ר"י בעל התוספות והאחרונים ז"ל סבירא ליה דאין לחלק כלל בין תרי ותרי לספיקא דדינא, דלעולם מוקמינן לה בחזקת מרא קמא. ולפי זה נראה דדין זה הוא בספק מי הוא המוחזק, ואית לן למימר שב ואל תעשה שאני, ותיקום ארעא בחזקת מאן דקאי השתא, וכמ"ש מהר"א די בוטון בתשובה (בסימן קנה).

מחלוקת
הרשב"ם
ור"י

האמנם ראיתי למרן החב"ב בכנסת הגדולה בכללי הקי"ל (חומ"מ סימן כה הגהב"י אות מ דף 199) דכתב בשם מהרש"ח, דבכל כה"ג לא יכול למימר קי"ל, משום דבהא פליגי אי הוי מוחזק או לא, ואית לן למיזל בתר רובא דרבוותא, ומעתה בנידון זה לפי מה דחזינא דרובא דרבוותא הסכימו לשיטת הרשב"ם דבספיקא דדינא מיהא מוקמינן ארעא בידיה מאן דקאי השתא, וכמ"ש הרב משנה למלך (פ"ו מהלכות שכירות ה"ב), ולזה נראה דהסכים מוהר"ש יפה, הכי קי"ל. עכ"ד.

ואם בתוך לימודו בחידושי ערבה שנתו ושואלין לנשמתו מה חידש בלימודו ידע להשיב, כי שמעתיה בפומיה שגור בפיו בעת ההיא בספר זכרון לפניו. עכ"ד.

קפ"ד וע"ע בכנה"ג (חומ"מ סימן ד הגהב"י אות כו. ובסימן קנו הגהב"י אות יח ד"ה אמנם, ובסימן רמו הגהב"י אות כו).

לי ללמוד וזה קודם לאכילת פירות, אשריו ואשרי חלקו. תנצב"ה. עכ"ד. וגם בנו רבי רחמים ניסים יצחק פלאג' זצ"ל בספרו אבות הראש (בהקדמה לחלק ב באות יא), העיד על הרב שמחת יאודה בשבח המגיע לכתב"ם: כך היה מנהגו של רבי יהודה האי תנא דידן הרב שמחת יאודה, דין הוא הד"ר חזר על חידושיו ובתורתו יהגה ביום שבת קודש, דקביע ליה עידיניה

והנך רואה בעיניך, דעיקר הכרעתו בנידון זה היתה מכיון דהוה פלוגתא מי המוחזק. וכתב הרב כנסת הגדולה דבכה"ג אזלינן בתר רובא, יש לנו לילך אחרי הרוב. ולדעתו רובא דרבוותא סבירא להו כרשב"ם.

ב) ובוזה יש להעיר בתרתי, חדא דאם מסתמך ואזיל על הכנה"ג הלא הוא גופיה כתב הערה על דבריו לחלק בין קרקעות למטלטלין, ומסקנת דבריו דבקרקע לא חשיב תפיסה, וארעא בחזקת מריה קמא קאי, וכמ"ש לעיל (סימן ככ אות ה). ועוד, דלדעתו דרובא דרבוותא פסקו כן, והלא עיניך ברכות בחשבון על שער בת רבים, מי הם הרבים, דכיון דבכל מקום שמצאנו סתירה בדברי הפוסק אין להחשיבו לסברת קים לי, יש לנו לעיין טובא אי נחשבים רבים, ועוד ידובר בזה לקמן בס"ד כשנאמר באו חשבון (לקמן סימן קלט אות א בהערה).

סימן קנב

דברי הרב שפת הים בעניין הנ"ל

עוד שניה ופיר'ש הרב שער אשר שכ"ד הרב הרב שפת הים [הוא הגאון רבי רפאל יצחק מאיו מחכמי איזמיר לפני כמאתיים וחמישים שנה] [אה"ע סימן י], דבכל ספק בקרקע - ארעא היכא דקאי קאי.

ונעלה ונבא בדברי קדשו, דהנה בתחילת תשובתו (דף ס ע"א טור א) הזכיר לכל הני רבוותא הפוסקים המסכימים לרשב"ם דאזלי ומודו לשיטת הרשב"ם (וכבר הוזכרו לעיל), ומוסיף שכ"ד מהר"י קולון (שורש קיח) דבפלוגתא דרבוותא לא אמרינן קרקע בחזקת בעלים הראשונים קיימי. קפח

והרב שפת הים מוסיף והולך (שם דף סא ע"א טור ב) דעדיפא מיניה נראה מדברי הש"ך הוכחה מדעת הש"ך דמהני תפיסה בקרקע דבפלוגתא דרבוותא ותפס קרקע מצוי טעין קים לי, דעל מה שכתב מרן בשו"ע (חור"מ סימן עא סעיף יט) וז"ל, אין נאמנות מועיל לגבי לקוחות, אפילו התנה בפירוש שיגבה מהלקוחות בלא שבועת המלוה. והוא הדין למלוה מוקדם הבא לגבות, שצריך לישבע, אף על פי שכתוב בשטרו נאמנות. עכ"ל. וכתב הש"ך (ס"ק מב) דצ"ע דין זה, כי הרא"ש בכתובות (פ"ט סימן כב) שהוא מקור דין זה לא פסק כן בפשיטות, רק שכתב, כיון דנפיש רמאי נכון להחמיר כדברי ר"ח (הובא בתוס' ר"ד בכתובות דף פח ע"ב ד"ה ור"ח ז"ל), וא"כ כיון דהראב"ד בהשגות (על הרי"ף בכתובות דף מז ע"ב מדפי הרי"ף) חולק, וכן דעת בעל המאור (שם) והרמ"ה (הובא ברא"ש שם) דהיכא דקדם הנאמנות בשטר ללקוחות מהני, א"כ מאן לימא לן דאי תפיס מלוה מהלקוחות ואינו רוצה לישבע דלא מצוי למימר קים לי כהני רבוותא דס"ל הכי. עכ"ד. הרי דכי תפיס מלוה מהלקוחות אינו אלא נכסים המשועבדים

לו דהיינו קרקעות של לוח שמכר ללקוחות, דאלו מטלטלין לא מצי למיפק מנייהו דמטלטלי לא משתעבדי לבעל חוב, ואפילו אם שיעבדו המלוה אגב קרקע, השתא דתקינו הגאונים דמשום תקנת השוק לא מהני בהן שיעבוד לאפוקי מיד הלוקח (כמבואר בשו"ע חו"מ סימן ס סעיף א) א"כ לא משכחת תפיסה למלוה אלא בקרקע שמכר הלוח ללקוחות, וקאמר הש"ך ז"ל דמהני תפיסתו לטעון קי"ל. עכ"ד.

ושוב בהמשך דבריו (בדף סב ע"ב טור ג) נסוג הרב שפת הים אחור, וכתב דמ"ש הש"ך ז"ל, דאי תפוס מלוה מהלקוחות ואינו רוצה להישבע בטענת קים לי - דמהני תפיסתו, דבר חידוש הוא כיון דאין תפיסה בקרקע. והאריך בפלפולו ליישב דברי הש"ך וסוף דבר (דף סג ע"א טור ב) נשאר בדברי הש"ך. בצ"ע. ע"ש. ומ"מ מביני שיטי נראה דהוא ג"כ מכת הסוכרים דגם בקרקע היכא דאיכא פלוגתא דרבוותא לא מוציאים מיד המוחזק השתא.

סימן קכג

ראיה מדברי מרן השו"ע דלא מהני תפיסה בקרקע

א ואמרתי להעיר בדב"ק של הרב שפת הים דלעיל. ראשית, דעד שהביא ראיה מהש"ך דס"ל דמהני תפיסה בקרקע, יש להביא ראיה מדברי מרן השו"ע דלא חש לכל הני רבוותא¹⁹¹ דס"ל דמצי המלווה לומר קי"ל כוותיהו לאחר שתפס, אלא פסק בסתמא דלא מהני שום נאמנות לגבי הלקוחות, וכך מסיים בב"י (שם אות יט ד"ה ולענין) דכתב בעל התרומות (ח"ה סימן ג) בשם הרמב"ן (ספר הזכות דף מז ע"ב) שהגאונים פה אחד כתבו שאין נאמנות מועיל לגבי לקוחות אפילו קדמה נאמנות למכירה וטרח להעמיד דבריהם, ולענין הלכה כיון דהרי"ף והרמב"ם והרא"ש מסכימים לדעת אחת וכל הנך רבוותא סברי כוותיהו הכי נקטינן. עכ"ד. ומכאן יש ללמוד לדעת מרן השו"ע דאע"פ דמצי התופס למימר קי"ל כהני רבוותא לא חש כלל לזה, והלוחך ילך לפסוק כדעת הרי"ף והרמב"ם והרא"ש דלא מהני אפילו אם תפס¹⁹² ואם כנים אנו בזה יצא לנו גילוי מסכים מדברי השו"ע דבפלוגתא דרבוותא בקרקע לא מהני תפיסה, וקרקע בחזקת מרא קמא עומדת. ועיין לעיל (סימן נח והלאה) דהבאנו דהכי סבירא ליה למרן השו"ע במטלטלין דספק בתפיסה לא הוה תפיסה, וכל שכן דבקרקעות לא יהני תפיסה. ומעתה לפי הכלל הקבוע במסמרות דלבני ספרד אין לטעון קי"ל נגד מרן השו"ע, נפיק דבספק בתפיסה לא מהני

הראיה
מדברי מרן
השו"ע

דבריהם לעיל (סימן ג), מ"מ הדבר שנוי במחלוקת. ועיין בב"י (בחור"מ סו"ס ד) שהזכיר מעניין הקים לי. ומ"מ מהאי מילתא גופא יש ללמוד דחשיב ליה מרן השו"ע לבעל הקרקע דהקרקע בחזקתו.

¹⁹¹ ומרן בב"י הזכיר דברי הראשונים החולקים בזה.

¹⁹² קפ"ו וידעתי גם ידעתי מ"ש האחרונים דמרן הבית יוסף לא שמיע להו לדיני קים לי והבאנו

תפיסה בין מטלטלין ובין בקרקע. [ובעזר השי"ת לקמן (סימן קכז) נברר עוד דעת מרן בספק בתפיסה בקרקע].

(ב) עוד אמרתי אבא אעיר'ה על הרב שפת הים דבסימן לפני כן (סימן ט) הביא לתשובת הרב רבי משה בנבנשתי גאטיניו [והרב המחבר בריש תשובתו מכנהו 'משה איש האלהים'], דנראה דסבירא ליה דקרקע בחזקת מאריה קמא קיימא. ע"ש. וגם מני"ר חזי לאצטרופי לכת הסוברים דקרקע בחזקת בעליה המרא קמא עומדת.

דעת מהר"ם
בבבנשתי
גאטיניו
דלא מהני
תפיסה
בקרקע

סימן קנד

דעת מהר"ם פרישקו בעניין הנ"ל

ומ"ש עוד הרב שער אשר שכ"כ ה"ר רבי שמואל חיים בספר ידיו של משה [כצ"ל להגאון רבי משה פרישקו זצ"ל] [חור"מ סימן לו].

אחר המח"ר יש להעיר, דהמעייין שם (דף מח ע"א טור א) בתשובה, תחזינה עיניו דמהר"ם פרישקו לא כתב כן להדיא, אלא שהרב המגיה [הוא הגאון רבי שמואל חיים כמבואר בהקדמתו לחיבור, והיה רבה של קושטא לפני כמאתיים שנה] כתב כן בדרך אפשר בדעתו ולא נחית כלל לכלל האי פלוגתא דרבנן ותלמידיהון בזה. ואין להביא מזה ראייה שכן דעת הגר"מ פרישקו זצ"ל.

הערה על
הרב שער
אשר

ואדרבא מן שמיא מצאתי, דבתשובה אחרת בשו"ת ידיו של משה (חור"מ סו"ס ו דף לו ע"א טור א) כתב, דכבר אמרו דכל שיש מחלוקת אי חשיבא תפיסה או לא חזר הדין לתפוס סברת הרבים. עכ"ד. ואמר כן במטלטלין, ומעתה כל שכן שיאמר דהדין בקרקע. שו"ר להגר"ח פלאגי בשו"ת חקקי לב (סימן טו"ב דף פח ע"א סוף טור א) שהעיר כן על הרב המגיה הנזכר. וברוך שכיונתי.

בתשובת
מהר"ם
פרישקו
מבואר
דבמחלוקת
בתפיסה
לא מהני
תפיסה

ואין לומר דלכל הפחות נקיט מיהא חדא שכן היא דעת רבי שמואל חיים, שכן גם הוא כתב כן רק בדרך אפשר, ובדעת הרב ידיו של משה, ולא גילה לנו דעתו דעת עליון בזה.

סימן קנה

דברי הרב לב מבין בעניין הנ"ל

(א) עוד ציון היא דורש ה"ן לה, מה שציינ הרב שער אשר שגם בדברי מה"ר יצחק נאברו [מחכמי ודייני איזמיר לפני מאתיים שנה] בספר לב מבין (דף קמד ע"ב סוף טור ד) מבואר, דארעא היכא דקאי תיקום. ע"כ.

ובזה יש לי להשיב, דהמעיינ בדבריו יראה דבתחילה הזכיר לדברי הכנה"ג בשם מהר"א די בוטון שכתב דארעא היכא דקאי תקום, ותמה ע"ד היאך הביא דבריו בשתיקה בעוד שבמקומות אחרים סתר מהר"א די בוטון משנתו בזה, וגם הרב כנה"ג הביא במקומות אחרים תשובות רבות של רבותינו הפוסקים דסבירא להו דארעא בחזקת מרא קמא, ומסיק, דבודאי דעת הכנסת הגדולה דארעא בחזקת מרא קמא קאי, וכמ"ש כל זה לעיל הבט ימין וראה לעיל (סימן קכ אות ה).

הזכיר
מהערה
על הכנה"ג

ב והן אמת דבהמשך כתב הרב לב מבין (דף קמה ע"ב טור ד) וזת"ד, הנה הרב פרח מטה אהרן (ח"א סימן כו דף סו טור ג) כתב, דהמוחזק בתוכו חשיב מוחזק. וכ"כ מהר"י בארקי, דהיכא דהמחלוקת שקולה המוחזק בתוכו הוא המוחזק. ועיינ להרב משנה למלך (פ"ז מהלכות שכירות ה"ב) מ"ש בזה, וע"ש להרב המגיה [הוא מה"ר יעקב כולי זצ"ל מחכמי ירושלים לפני כשלש מאות שנה, ובעל המעם לועז] דאסף וקיבץ להקת הנביאים כמעט רובא דרבוותא דפסקי דמי שהוא מוחזק בתוכו עכשיו מוקמינן בידיה ע"ש, ומה שהוכיח שם הרב המגיה דהרשב"א ג"כ סבירא ליה כהרשב"ם, ¹⁹⁹ כ"כ הרב פרח מטה אהרן (שם) בהמשך דבריו. והוא ז"ל הביא שהרב פרח מטה אהרן (בח"ב סימן צז) כתב דסברת הרשב"ם סברא יחידאה היא וכעת לא מצאתי שכתב כן ²⁰⁰. עכ"ד.

עוד רבים
הסוברים
דארעא
היכא דקאי
קאי

ג ואמנם המעיינ היטב שם במסקנת הרב לב מבין (שם דף קמו ע"א טור א) עיניו תחזינה מישרים שישב ההדורים לדעת כל הרבנים, שלאחר שהביא עשרה דברייא דהני רבוותא קדישי ²⁰¹ דס"ל דקרקע בחזקת המוחזק בתוכה קאי, כתב, דבנידונו ק"ו הדברים דהאשה המוחזקת בה זכתה בטענתה, חדא מטעמה דהיא מוחזקת. ובר מן דין דרוב דעות הן המסייעים את האלמנה דקרקע אגב קרקע לא קני, וא"כ לא קנו אותם מקבלי המתנה, וגם איכא מ"ד דהאשה היא נחשבת למרא קמא מפני שיעבוד כתובתה וכו'. עכ"ד. ובאמת נראה דלא לשוא צרוף צורף דרובא דרבוותא סבירא להו בנידונו דאין מקבל המתנה

המסקנא
בדעת הרב
לב מבין

קפ"ח ולקמן (סימן קכח) עמדנו בס"ד על דעת הרשב"א בזה. ע"ש.

קפ"ט כבר תיקנו ברמב"ם פרנקל שצ"ל הרב פני משה (שם) ולא הרב פרח מטה אהרן. וכבר עמדנו לעיל (סימן קטז) בס"ד על דברי הרב פני משה. קצ' הלא המה הרב פני משה בחלק א, והר"ש יפה, ומהר"ח שבתאי ומהר"ם בנו, ומהר"ש אמארליו ובנו מהר"ם, ומהר"ש פלורנטין, והרב עדות ביהוסף [להרה"ג רבי יוסף אלמושיניו זצ"ל הרב הראשי של בלגרד שבסרביה לפני שלש מאות וחמישים שנה] (בח"א סימן לא), ומה"ר שמואל מדליאנו [הוא רבי יוסף שמואל] הו"ד בספר אגורה

באהליך (דף ח"ן ע"ב), והרב פרח מטה אהרן בח"א, ומהר"י כולי בהגהתו לספר משנה למלך (פ"ז משכירות ה"ב). וכולהו רבוותא אילין סבירא להו דקרקע בחזקת המוחזק קאי. ע"כ. ואעירה בעדותיו, בדברי הרב פני משה כבר הערנו לעיל (סימן קטז) דהן נסת'ר מתשובה לתשובה. וכיוצ"ב הערנו לעיל (סימן קכ אות ו) על מהר"ח שבתאי. גם בדברי הרב פרח מטה אהרן יש לעיין טובא, דאי סבירא ליה דספק בתפיסה במטלטלין לא הוה תפיסה כל שכן בקרקע דלא הוה תפיסה, וכבר עמדנו על דעתו בזה לעיל (סימן לז). ומה שכתב לתשובת מהר"י שמואל שהובאה בשו"ת אגורה באהליך עיין מ"ש לעיל (סימן קיט).

שהוא הצד הטוען כנגד האשה קנה, ועוד שגם באשה עצמה יש לומר דהיא מרק קמא וכאמור. דכיון דבכל ספק בקרקע לא יצא הדבר מידי פלוגתא, לא הכריע לומר דהקרקע בחזקת האשה המחזיקה מהאי טעמא לחודיה, דבכה"ג הלא יכולים לומר אלו שכנגדה קי"ל כהני רבוותא דקרקע בחזקת מרא קמא קאי, והאלמנה לא מוחזקת כלל. ואם כנים אנו בזה נמצא דעדיין צריכין אנו למודעי, היכא דאין לומר כל הני צירופים אם גם כן יפסוק דארעא היכא דקאי קאי.

ואולם משלהי דבריו (שם) שכתב וז"ל, וכבר ידעת שכל שאתה יכול להרבות בספיקות וספקי ספיקות שלא להוציא מיד המוחזק מרבין, אפילו היכא דהספק הוא אי נקרא מוחזק או לא כאשר העלו האחרונים. עכ"ד. נראה דד"א עביד בשתיים ועלתה לו, חדא שבכל ספק בתפיסה או במוחזקות לא מפקינן מיד התופס. ועוד שגם בקרקע היכא דהוה ספק לא מפקינן מיד התופס.

סימן קכו

דעת הגר"ח פלאגי בעניין הנ"ל

והנשאר בציון קדוש יאמר לו, שציין הרב שער אשר למורנו הרב רבי חיים פלאגי בספר חקקי לב (ח"ב חו"מ סימן טו"ב). שג"כ דעתו דעת עליון דבכל ספיקא בקרקע ארעא היכא דקאי קאי:

והנה הגר"ח פלאגי האריך למעניתו בחקירה זו (ושם דף פז ע"א טור א) וסוף דבריו סיכמ אמריו וכתב, דאיך שיהיה הנה מתבאר דבמחלוקת זו בספיקא דדינא בפלוגתא דרבוותא אי מקרי מוחזק מאריה קמא או מאן דקאי השתא, הגם דהתוספות (ב"ב דף לב ע"ב ד"ה והלכתא) ורבינו ירוחם (מישרים נתיב י חלק ו דף לה טור ג) והגהות מימוניות (הלכות טוען ונטען פרק טו הט"ו אות ט) סבירא להו דאמרינן אוקי ארעא בחזקת מרא קמא, מ"מ רבו הסוברים דארעא היכא דקיימא תיקום כסברת רשב"ם, והם הרמב"ן בחידושיו ב"ב (דף לב ריש ע"ב) והרשב"א בתשובה שהביאה מרן בב"י (חו"מ סו"ס קנה), והריטב"א ב"ב (דף כה ע"א ד"ה ספק) ומהר"ם (בתשובת הרא"ש דלקמן) והרב נימוקי יוסף ב"ב (שם דף טז ע"ב מדפי הרי"ף). ומה גם דיש לצדד דהרא"ש (שו"ת הרא"ש כלל א סימן ח) קאי כותיה, ועיין למהרימ"ט בתשובה (ח"ב חו"מ סימן עה) שישב קושית התוספות ור"י על פירוש הרשב"ם הלזה. וכן הוא דעת מהריק"ו (שורש קיח) ומרן בשו"ע (חו"מ סימן קנד סעיף ז) קצ"א כנראה מתשובת מהרימ"ט (ח"א סימן קיד). ע"ש, וכן הוא דעת מור"ם ומהר"ח ש כנראה מתשובת מהרימ"ט (ח"ב חו"מ סימן כח), וכן הוא דעת מהר"ש יפה בתשובה כ"י שהביא הכנה"ג (חו"מ סימן קמ

הגה"ט אות יד), וכ"כ מהר"א די בוטון בספר לחם רב (סימן קנד), וכ"כ בשמו הפני משה (ח"א סימן 10) והסכים עימו להלכה דהיכא קיימא ארעא תיקום, ומכאן יש לתמוה על מהר"י באסן בתשובה (סימן נו דף לד ע"ב טור ד) שכתב וז"ל, ומ"מ כיון דהוא פלוגתא דרבוותא חזר הדין דקרקע בחזקת בעליה הראשונים עומדת, דאין מי שמסכים עם סברת הרשב"ם שכתב דלא אמרינן קרקע בחזקת בעליה עומדת בספיקא דדינא. וכבר הארכתי בזה פעמיים ושלוש. עכ"ל. ואחר המחילה רבה תמהני טובא איך כתב דאין מי שמסכים לסברת רשב"ם, מאחר שמצינו שלמים וכן רבים דקיימי כוותיה. עכ"ד.

והמשיך הגר"ח פלאגי (שם דף פז ע"ב טור ד) והביא לדברי הרב מטה אשר קצב³ שכתב, דרוב הפוסקים ס"ל דבספיקא דדינא בפלוגתא דרבוותא דקרקע בחזקת מרא קמא, והעיר ע"ז, דאדרבא רבו כמו רבו בראשונים וברבני האחרונים דס"ל כפירוש הרשב"ם דהיכא דקיימא ארעא תיקום. עכ"ד.

ועוד תמה הגר"ח פלאגי בהמשך דבריו (דף פח ע"א סוף טור ב) על מר זקנו החקרי לב דהן נסתיר מתשובה לתשובה, וכן העיר (שם דף פט ע"א טור ב) שכן נמצאה סתירה בדברי מהר"א מוטאל, קום והתהלך בארשיו אר"ש ברזל לאורכה ולרחבה. והמעייין בדברי מהר"י כולי בהגהתו על המשנה למלך (פרק ז מהלכות שכירות הלכה ב) יראה, שכבר קדמו בהערותיו.

סימן קבו

בירור דעת מרן השו"ע בענין הנ"ל

א) וטרם אכלה דברי הרב שער אשר בכל הציונים והמקורות שציין, חובה עלינו להזדקק למ"ש הגר"ח פלאגי שנראה מדברי מרן בשו"ע דסבירא ליה ג"כ דארעא היכא דקאי קאי וכמ"ש המהרי"ט. וכבר קדמו מהר"י כולי בהגהתו על המשנה למלך (פרק ז מהלכות שכירות הלכה ב), ע"ש. דכיון שדעת מרן לדידן בני ספרד היא המכריעה לנו, דקיימו וקיבלו עליהם שלא לזוז מהוראות מרן השו"ע ימין ושמאל ושאיין לטעון קי"ל נגד מרן וכפי שהרחיב בזה הגאון הראש"ל רבי יצחק יוסף שליט"א בספרו עין יצחק (חלק ג כללי קים לי סעיף ג עמוד תקעו הוצאת שנת תשע"ד) ע"ש. ולא עת האס"ף. ומעתה גם אם יארכו הדברים חובה עלינו לבארם כאשר יבאר עד תומו וזה החלי בעזרת צורי וגואלי.

החובה לבאר דעת מרן השו"ע

וראשית הבא נבא לבאר כונת דב"ק של הגר"ח פלאגי באומרם את אלה דברים הדברים האלה. הנה בתשובת מהרי"ט (בח"א סימן קיד) יצוא יצא לדון במחלוקתן של ראשונים נוחי נפש אם יש בהיזק ראייה חזקה או לאו, שיש מן הגדולים שאמרו שאין לו

תשובת מהרי"ט

חזקה כלל וכקוטרא וכבית הכסא דמיין, ויש מהם שאמרו שיש לו חזקה, ולא עוד אלא אפילו לא עברו שני חזקה, משראה הנזק ושתק הוי חזקה לאלתר, כמו שכתב הרמב"ם ז"ל (הלכות שכנים פרק ז הלכה ו), וכך תפס הרב מה"ר יוסף קארו לעיקר בפסקיו (ויובא לקמן לשונו הוזה בשלחן ערוך), דמששתק הוי חזקה לאלתר, ולפי שראה שבמחלוקת היא שנויה, תפס סברא זו לסייע את המוחזק כאותה שאמרו הילכתא כוותיה דרבה בארעא, היכא דקיימא ארעא תיקום. עכ"ד.

ב) וזה לשון מרן השו"ע (ח"מ סימן קנד סעיף ז), הרי שפתח חלון לחצר חבירו וכו' וידע הניזק ולא ערער, הרי זה החזיק בחלון, ואינו יכול אחר כך לחזור ולערער עליו לסתום. הגה וכן ראוי להורות מאחר שכבר החזיק זה בחלון, אף על פי שרבים חולקים וסבירא להו דאין חזקה מהני בהיזק ראייה. עכ"ל. ולפירושו זה נמצא שגם דעת מרן השולחן ערוך והרמ"א יסברו כהרשב"ם, שהרי פסק מרן על פי ביאורו של מהרי"ט הוא משום דהילכתא כרבה דארעא היכא דקיימא תיקום, והיינו כפירוש הרשב"ם המבואר לעיל, ודלא כפירוש ר"י ודעימיה דס"ל דלעולם ארעא בחזקת מרא קמא קאי, ושאני התם דאמרו דהילכתא בארעא כרבה כיון דאיכא מיגו.

ג) ולכאורה היה אפשר לפרש דברי מרן באופן אחר, דיש כאן כדי השב בכמה אופנים, דהנה במאי דפשיטא ליה למהרי"ט שזה הטעם והסיבה שפסק מרן השו"ע יש לעיין טובא דבב"י לא הזכיר ולו ברמז ענין זה. גם בכסף משנה על הרמב"ם (הלכות טוען ונטען פרק טו הלכה ט) לא הזכיר מהאי ענינא. וכולי האי היה לב"י לבאר וטעמו ונימוקו, דאיכא בזה נפק"מ רבתא לאורייתא.

ועוד, דבהמשך תשובת מהרי"ט שם נתן טעם אחר לפסק מרן השו"ע, שכתב וז"ל, ועוד כיון דאיכא פלוגתא דרבוותא לא מחית איניש נפשיה לספיקא לשתוק. וכ"כ הרשב"א ז"ל בתשובה (חלק א סימן אלף קמד) על פותח חלון לחורבת חבירו שאין לו לזה לשתוק, מאחר שרבתה מחלוקת בחכמי ישראל דהיזק ראייה אם יש לו חזקה אם לאו, ושמא יעמוד ב"ד ויאמר שיש לו חזקה, ומטעם זה פותח לחורבה יש לו חזקה כדכתב הריב"ש ז"ל בתשובה (בסימן תעא), נמצא דאחד חזקת חלון בהיזק ראייה ואחת חזקת שאר נזקין, חזר המנהג להיות דין מוסכם שתהיה להם חזקה לאלתר, ולזה תפס הרב מהרי"י קארו ז"ל סברא זו בסתם. עכ"ד. נמצא א"כ שאף לדעת מהרי"ט סמך מהרי"י קארו דעתיה גם על הסברא הנזכרת.

א) והנה המהרי"ט גופיה בתשובה (חלק ב בחושן משפט סימן כ) פסק דלא כרשב"ם בזה, שנשאל אודות מכירת קרקע שנתאנה המוכר ומכר שוה מאתיים במנה ורוצה לחזור בו מהמכירה וכתב על זה, דודאי כיון דפלוגתא דרבוותא היא אם המקח קיים, דלרבינו תם וסיעתו המקח בטל מעיקרו, הרי אמרו העמד קרקע על חזקתו. ולא תימא כיון דודאי מכר אלא דספק דדינא היא ארעא היכא דקיימא תיקום, שכן רצה הרשב"ם ז"ל לומר

בב"ב (דף לב ע"ב ד"ה הלכתא) בההוא דגחין ולחיש ליה לרבא וכו' דאמרינן הלכתא כוותיה דרבה בארעא, דהיכא דקיימא ארעא תיקום ביד המחזיק בה, וכתבו התוס' (שם ד"ה והלכתא) לדעתו צריך לחלק בין ספיקא דמונא לספיקא דדינא, ולא נהירא אלא דתרווייהו כי הדדי נינהו ומוקמינן ארעא בחזקת מרא קמא. עכ"ד. ומעתה ניחא לנו לומר שלא חולק בהדיא על מרן השו"ע, אלא שגם מרן השו"ע לא פסק כהרשב"ם, שהרי פירש טעם נוסף במה שפסק מרן השו"ע דאיכא חזקה לנויין. ויש לנו ללכת אחר טעם זה, דהרי בעלמא בכל ספק בתפיסה כבר התבארה בס"ד דעת מהרי"ט (סימן כא) ודעת מרן השו"ע (סימן נח והלאה) דתרווייהו סבירא להו דספק בתפיסה לא הוה תפיסה, וכל שכן דבקרקע לא הוה תפיסה. ובזה נראה דאיצטמדי חצבא, ואין להביא ראיה מדברי מרן השו"ע, אלא העיקר כמו שנתבאר, דעתו דעת עליון דבכל ספק פלוגתא דרבוותא בקרקע אזלינן בתר מרא קמא.

ב) ולא אכחד, דלסברא הראשונה שכתב מהרי"ט מצאנו תנא דמסייע ליה, דהרב פרח מטה אהרן (ח"א סימן כו דף סו טור ג) הביא דגם הרשב"א מסכים לזה הפירוש, דמטעם ספק פלוגתא דרבוותא מוקמינן בהיזק ראיה וכיוצ"ב בחזקת מאן דאוקי ביה. עכ"ד. וכונתו דבבית יוסף (חושן משפט סימן קנה אות סב) הביא לשון הרשב"א (ח"ג סימן קסב) בתשובה שכתב, כבר ראית שדעתי נוטה לדעת רבינו יעקב, דכל נזקים אלו שהן בנזקי הגוף יכול לומר סבור הייתי שאני יכול לקבל ואיני יכול. ומכל מקום רוב חכמי ישראל וגם רבותינו נ"ע לא הסכימו לכך וכמו שכתבתי בפרק לא יחפור (ב"ב דף כג ע"א ד"ה והרמב"ן), ולפיכך למעשה אני אומר שאם כבר פתח לו חלונותיו או סמך קוטרא ובית הכסא אין מחייבין אותו לסתמם ולא לסלק, ואם בא לפתוח אין מניחין אותו לפתוח ולסמוך לכתחלה, דומה למ"ש (ב"ב דף לב ע"ב) ארעא היכא דקיימא תיקום זווי היכא דקיימי לוקמי. עכ"ל. הרי לו דגם הרשב"א דימה העניין וכתב דזהו הטעם בענין פתיחת החלונות דאין מחייבין אותו לסותמן, כדין ארעא היכא דקאי קאי.

דברי הרב פרח מטה אהרן בזה

סימן קכח

בדעת הרשב"א בדיני חזקה היזק ראיה

א) ונכסוף נכספתי אל בית אדוננו הרשב"א מה דעתו דעת עליון בעניני היזק ראיה, דנראה שיש בזה ה"ן אומר וה"ן דברים, דהן אמת דמהתשובה שהזכיר הב"י הנ"ל נראה כמסתפק בזה, אמנם המעיין בהמשך דברי הבית יוסף שם, יראה שהביא תשובת הרשב"א נוספת (ח"ו סימן צז) דכתב להדיא, דהיכא שיש היזק ראיה אפילו בא בטענה אין לו חזקה, דכקוטרא ובית הכסא דמי לדעת הרי"ף, וכן קבלנו הלכה למעשה כדבריו. עכ"ל. והדבר צריך למודעי היאך דעתו הגדולה הכריעה בפלוגתא זו.

ספק בדעת הרשב"א

ומצאנו בעוד כמה מתשובותיו שנראה כמסתפק, עיין בתשובת הרשב"א (ח"א סימן אלף התשובות שהרשב"א מסתפק בהם) ששאלו דעתו בענין היזק ראייה אי איכא חזקה והביא רק פלוגתא דרבנותא ולא הכריע. ושנה דבריו בתשובה נוספת (ח"ב סימן קפ), דזו מחלוקת רבותינו הראשונים בזה, ובית דין הבא אחריהם יבור לו את הדרך הנכונה. עכ"ד.

ב) כל קבל דנא בתשובות רבות מכריע רבינו הרשב"א כדעת הרי"ף בתשובה והביאה שמונה תשובות שהרשב"א מוכריע בהם (בכ"ב דף ב ע"ב) דלהיזק ראייה אין חזקה, עיין בתשובת הרשב"א (ח"א סימן תתקנ) שכתב, דקיי"ל דהיזק ראייה אינה חזקה כדעת רבינו הגדול ז"ל [הוא הרי"ף] ע"כ, ובא בשניו' (ח"א סימן אלף קט) דדברי הרב אלפסי שכתב בתשובה דהיזק ראייה אין לו חזקה וכקוטרא ובית הכסא, נראין לנו עיקר. ע"כ. ויבא השלישי (ח"ב סימן רנז) דנקט בסתמא להלכה ולמעשה, דחלון שיש בו היזק ראייה לעולם אין בו חזקה. ע"כ.

וארבעה וחמשה ישליים (ח"ב סימן רסח) שכתב, דקרוב אני לומר שאפילו מחילה בפירוש לא מועילה בהיזק ראייה, שיכול לומר סבור הייתי אני יכול וכקוטרא ובית הכסא. ע"כ. ועוד לו בתשובה נוספת (ח"ג סימן קנג) כתב, דתפוס בדיניו מרבנותינו נוחי נפש דבחלונות שיש בהם היזק ראייה אין לו חזקה וכ"ד הרי"ף. ואת הש"ש (ח"ג סימן קס) שכתב, כן דעתי נוטה כדברי הרב אלפסי ז"ל דהיזק ראייה אין לו חזקה וכקוטרא ובית הכסא. עכ"ד.

ובשביעית יצא בתשובה נוספת (בח"ג סימן קפ) בענין זה וסיים אמריו בפלוגתא זו, דבכיוצ"ב אין לדיין אלא מה שעניו רואות, אבל אנו דעתנו נוטה לעשות מעשה כדברי הרב אלפסי והרמב"ן, דלית ליה חזקה בהיזק ראייה. עכ"ד.

ועל השמינית התשובה שהזכיר בב"י (חושן משפט סימן קנה אות סב) שכתב הרשב"א (ח"ז סימן צז) להדיא, דבכל מקום שיש היזק ראייה אפילו בא בטענה אין לו חזקה דקוטרא ובית הכסא דמי כדעת הרב אלפסי. וכן קיבלנו הלכה למעשה כדבריו. עכ"ד.

והנראה בזה בס"ד, דהגם שבתחילה הסתפק הרשב"א היאך להכריע בזה מ"מ מסקנתו להלכה ולמעשה כהרי"ף, וביחוד שמעיד שקיבלו הלכה למעשה כדברי הרי"ף, ולא מסתבר לומר שאחרי שקיבלו הלכה למעשה, שוב הסתפק בזה, ואנן אית לן למיזל בתר רוב בניין ורוב מניין של תשובותיו דמסיק בהם כהרי"ף דלית לן חזקה להיזק ראייה.

ג) ומכאן יש להעיר על מ"ש בשו"ת בני משה שלטון (סימן טל דף פג ע"ב טור ג), שלאחר הערה על הרב בני משה שהביא מה שצדיק עתק רבינו הב"י (ח"מ סימן קנד אות יז) לתשובת הרשב"א (בח"ג סימן קס) שכתב, דדעתו נוטה כדעת הרי"ף דהיזק ראייה אין לו חזקה וכקוטרא ובית הכסא הוא. כתב להשיג, דצריכים אנו לומר דתשובה זו נראה דלהלכה אמר כן ולא למעשה, שהרי בתשובה אחרת (בח"ג סימן קסב) כתב הרשב"א, דלמעשה אני אומר שאם כבר פתח לו חלונותיו או סמך קוטרא ובית הכסא אין מחייבין אותו לסתמם ולא לסלק ואם בא

לפתוח אין מניחין אותו לפתוח ולסמוך לכתחילה. עכ"ל. ואחר המחי"ר נראה דהרב בני משה לא חזו עיני קודשו שאר תשובות הרשב"א בזה, שבהם כתב להלכה ולמעשה כדברי הרי"ף, ומאחר שקיבלו הלכה למעשה איך אפשר לומר שחזר בו [וכיוצ"ב העיר הרב המגיה על המשנה למלך (פ"ז מהלכות שכיירות הלכה ב) בדברי הרא"ש ע"ש. ודו"ק]]. ואדרבא נראה שזאת התשובה (ח"ג סימן קס) שעלה ונסתפיק בה, היא קדמא ואזלא, להכרעתו בשאר תשובותיו דפשיטא ליה דפסקינן כהרי"ף ולית ליה חזקה בהיזק ראייה כלל.

ד) והטעם שהוצרכנו לכל זה, להראות לעיני כל ישראל, דגם רבינו הרשב"א לא פסק בעניין זה דהיזק ראייה דארעא היכא דקאי קאי כסברת הרשב"ם. ולדרכנו יבואר דכל מה שהזכיר הרשב"א את אלה הדברים בתשובה (ח"ג סימן קס), לפי שהיה מסופק היאך להכריע, ודימה זאת למה שאמרו בגמרא דמספק ארעא היכא דקאי תיקום, אך ממה שהכריע אחר כן דהעיקר כהרי"ף דלית ליה חזקה בהיזק ראייה שמעינן דאזיל כל בתר איפכא דאדרבא ארעא בחזקת מארייה קמא תיקום. ולכן לא יכול להזיקו בהיזק ראייה. ודו"ק.

הוכחה
דהרשב"א
לא פסק
כהרשב"ם

ובזה המצא תמצא סברת הרשב"א לסייענו דארעא בחזקת בעליה עומדת. ^{קצ} ועיין בשו"ת מהרשד"ם (חלק יורה דעה סימן עז) שכתב וז"ל, ומעיד אני עלי שמים וארץ שמורי

הרשב"א דסבירא ליה דארעא בחזקת בעליה עומדת, דלאו מהאי טעמא פסק דאין המזיק מוחזק אלא כיון דהוה מילתא דאיסורא.

ואמנם רבינו הש"ך בתקפו כהן (סימן קכז) כתב להעיר על מהר"א ששון, דמה בכך שהוא איסור, מכל מקום אם נחייבו לסלקנו – הוה ליה הפסד ממון ושייך ביה שפיר המוציא מחבירו עליו הראיה, והא בספק בכור נמי איכא מילתא דאיסורא, ואפילו הכי אמרינן ביה המוציא מחבירו עליו הראיה, וכן היכא דאיכא מחלוקת בין הפוסקים אי הוי ריבית קצוצה או אבק רבית, הלא מהר"א ששון גופא (בסימן קס) פסק, דאם כבר נתן הריבית אין מוציאין מידו, דאמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה, אף על גב דהוי מילתא דאיסורא. ועוד הארכתי בזה בספרי ש"ך (בי"ד סימן רנט ס"ק יד), דאפילו היכא דהוי מילתא דאיסורא – אמרינן ספק ממונא לקולא. ע"ש. ואף על גב שהיה אפשר לחלק בין איסור שאינו מזיקו בגופו לאיסור שמזיקו בגופו, מי הנביא שהגיד לנו לחלק בכך, ויותר נראה שהדין עם המוחזק, ומצי למימר קים לי. עכ"ד. וע"ע להרב כנסת הגדולה (הגהות בית יוסף חושן משפט סימן כה בדיני תפיסה אות סט – ע), מ"ש בזה.

הערת
הש"ך ע"ד

קצ וידעתי ביני ידיעתי למ"ש מהר"א ששון בשו"ת תורת אמת (סימן קלט), דהמזיק לא יכול לומר קים לי כנגד הניזק, דכי אמרינן טענת קים לי בממון ולא בדבר איסור, ולכן בקוטרא ובית הכיסא, וכן בשאר המקומות שיש איסור כדיון נזקי גוף אפילו שיהיה אפשר שימצא מי שיחלוק ויסבור שהמזיק הוא המוחזק, אין ראוי לומר בזה קים לי כדבריו, דהא הך מילתא מילתא דאיסורא הוא, שבהיזק הגוף – אין לומר קים לי כפלוני, שהרי אין כאן ממון. רק איסורא שאסור להזיק לחברו. ודמיא הא למה שכתב הרשב"א ז"ל (בתשובה (חלק ג סימן קפ) הביאה הרב מהר"י קארו ז"ל (בבית יוסף ח"מ" סימן קנד אות יז) וז"ל, אף הרמב"ן מודה להרי"ף שאין היזק ראייה חזקה. ויתר מכאן אמר ז"ל שאפילו היה הניזק מוחל וסובל אומרים לבעל החלון אסור לך זה, לפי שבכל שעה שאתה מסתכל בו ומזיקו בראייתך אתה עובר ואי אפשר לך לעולם לשמור עצמך מלהסתכל בו וכו'. א"כ כנ"ד נמי בכל שעה שהוא מזיק את חברו הוא עובר. עכ"ד. ומדבריו מבואר דמה שהכריע הרשב"א דאין חזקה להיזק ראייה, היינו מטעם דהוה מילתא דאיסורא, ולפי זה אין להביא ראייה מדברי

ביאור
מהר"א
ששון
בדעת
הרשב"א

הגדול מהרי"ט זצ"ל כאשר בדין אחד היה לו סברת הרשב"א ז"ל, היה אומר הרי הרשב"א גדול הפוסקים. ע"כ. ושנה דבריו עוד בשו"ת מהרשד"ם (חלק חושן משפט סימן קעד) שכתב, שמעתי מפי מורה ז"ל שהיה שוקל סברת הרשב"א כמעט כרוב שאר הפוסקים ולכן מצי למימר קים לי כהרשב"א. ע"כ. ועיין במ"ש לעיל (בכללי הקי"ל סימן ט אות א).

סימן קכט

מחלוקת האחרונים בדעת הרשב"א בענין הנ"ל

(א) ולאחר כותבי כל זאת ראיתי להרב בית דוד מסלוניקי (ח"מ סימן עג דף סז ע"ב טור ג - דברי הרב בית דוד בזה) דנחית ג"כ לברר דעת הרשב"א בענין חזקה בהיזק ראייה, וכתב דמהרש"י ז"ל בתשובה (סימן רלו דף מב ע"ג) ג"כ הקשה הסתירה בדברי הרשב"א, ומסיק דקושטא דמילתא הוא שלענין היזק ראייה ס"ל להרשב"א כהרי"ף, דאין לו חזקה ואפילו פתח יסתום, ולא כתב הרשב"א ז"ל דאין מחייבין אותו לסתום אלא על מחלוקת אחרת, דאיכא מ"ד דאע"ג דהיזק ראייה אין לו חזקה, מ"מ אם הביא עדים או שטר שקנה ממנו לפתוח חלון על חצירו שפיר דמי, אבל לדעת ר"ת (ב"ב דף כג ע"א תוס' ד"ה אין), אפילו ראייה אינו מועיל דיכול לומר סבור הייתי לקבל ואיני יכול עוד, ועל כיוצ"ב כתב הרשב"א שאם פתח מכיון שקנה זכות זה, לא יסתום דכיון דיש לו שטר מכירה אין לנו לסלקו, אבל במחלוקת אם היזק ראייה יש לו חזקה, פשיטא דס"ל להרשב"א דאפילו פתח יסתום, ולפי הדברים האמיתיים הללו שכתב מהרש"י וקלסם הרב כנה"ג (ח"מ סימן קנד הגהת ב"י אות מג) אין ראייה מהרשב"א דמהני חזקה כל שהיא בהיזק ראייה, דשאני התם שפתח ברשות המוכר שמכר לו לפתוח ולכך חשיב מוחזק, כי בעל החצר הורידו לכך לפתוח על חצירו במכר שמכר לו בשטר או בעדים שמעידים כן, וכיון שבעל החצר הורידו ומסר בידו הוי מוחזק גמור, ולכך כשהמוכר חוזר בו ואומר סבור הייתי שיכולתי לקבל והשתא איני יכול יותר, ויש מחלוקת אי מהניא טענה זו או לא, יכול לומר קי"ל כמ"ד דלא מהניא ואין מחייבין אותו לסתום, אבל היכא דאין ראייה לראובן בשטר או בעדים, ויש ספק אם ירד ברשות או לא, ויש מחלוקת אי מהני חזקה להיזק ראייה או לא, לא אמרינן שבעל החלון מוחזק, אלא בעל החצר מוחזק שלא יוכל לומר קי"ל כמ"ד שיש חזקה להיזק ראייה, אלא אדרבא בעל החצר יאמר קי"ל דאין חזקה. ושור"ר למהרי"ט ז"ל (ח"ב ח"מ סו"ס עה), שהבין כונת הרשב"א כפירוש מהרש"י ז"ל שהוא לענין כשיש לבעל החלון ראייה בשטר או בעדים, ועל פי זה כתב דאין ראייה מהרשב"א שבעל החלון מוחזק לענין אחר. עכ"ד. ובדברות קדשו השמיענו כאמור דאין להביא ראייה דפסק הרשב"א כרשב"ם דקרקע היכא דקאי קאי. ולא קרב זה אל זה, וכמשנ"ת לעיל בס"ד.

ב) ולא אכחד, דראיתי להרב משנה למלך (הלכות שכירות פ"ז ה"ב) שהביא מה ששאל מוהר"ח אלפאנדרי להרב בעל מעשה חייא [לרבי חייא הרופא, מחכמי צפת וירושלים לפני כארבע מאות שנה] (סימן א) על תשובת הרשב"א (ח"ב סימן רצד, הובאה בב"י חושן משפט סימן שיב אות טו) שכתב וז"ל, ומיהו דברים אלו שאמרתי כדעת המפרשים, דכל האומר בית זה בכך וכך לשנה סתם, נתעברה השנה נתעברה לשוכר, אבל אני אומר להלכה שכל שנה סתם אינה אלא כשנים הפשוטות שהם הרוב, ואין חודש העיבור בכלל אלא ברא בתחלת שנה ואמר שנה זו. ואתה דרוך על הדרך שדרכו הראשונים נ"ע. ועוד דאפוקי ממונא הוא, ולראשונים שאמרו שנתעברה לשוכר ואין מוציאין מידו שומעין. עכ"ל. והקשה הרב הנזכר דאדרבא נימא דהקרקע בחזקת בעליה עומדת וכמ"ש בתשובה (חלק ו סימן קנו, והביאו מרן בב"י חו"מ סימן שיב אות כב), וע"ז כתב הרב משנה למלך לתרץ דהרשב"א קאי בשיטת הרשב"ם, דבפלוגתא דרבוותא אפילו בקרקע סובר דמהני תפיסה. ע"כ.

ג) והגם אמנם דשערי תירוצים לא ננעלו בזאת הקושיא דהנה הרב משנה למלך גופא הביא שהרב מעשה חייא יישב בזה אלא שדבריו סתומים. עכ"ד. ואקח את ספר התורה הזה מעשה חייא (סימן א עמוד 332 הוצאת מכון הכתב) וראיתי אליו שלאחר שהביא קושיית מהר"ח אלפנדרי הנזכרת, הרבה להשיב (שם עמוד 335) דשאלה זו אינה צריכה לפנים ולא ננעלו שערי תשובה לפניה, כי דוקא במקום דמספקא לן אמר קרקע בחזקת בעליה עומדת, אמנם בנידון עיבור החודש לשוכר ליכא ספיקא בזה, דהראשונים פסקו דהמשכיר בית לחבירו לשנה סתם ונתעברה השנה שהוא לשוכר, דסבירא להו דפירוש שנה היא שנה כמות שהיא עם עיבורה, והוה ליה כמתנה בפירוש שנה ועיבורה, וזהו שאמר הרשב"א: 'ועוד אפוקי ממונא הוא' שהוא קום ועשה, ולא שייך בכי האי לומר חזקה בחזקת בעליה עומדת, כי מאי דאמר הכי הוא במקום ספק לא במקום ודאי. עכ"ד. ועיין בקונטרס הספיקות (שם סוף אות ח) שכתב דגם מוהרי"ט מוכרח לפרש את דברי הרשב"א כן, ע"ש. אתה הראת לדעת שאין הכרח לפרש בדברי הרשב"א דסבירא ליה כרשב"ם דבכל ספק, ארעא היכא דקאי קאי. קצ"ד

ד) עוד רגע אדבר, דהנה מהר"י כולי [שהוא הרב המגיה על המשנה למלך] כתב, דנראה דהרשב"א סבירא ליה דבכל ספק בקרקע ארעא היכא דקאי קאי, וחיליה דידה ממ"ש בתשובת הרשב"א (ח"ג סימן קסב הביאו הבי" חו"מ סימן קנה אות סב) בדין היזק ראייה, דכיון דאיכא פלוגתא דרבוותא אם כבר פתח חלונותיו או סמך קוטרא ובית הכסא אין מחייבין

שהיא. וע"ע בסמ"ע (שם ס"ק כג). ורק על הטעם שהזכיר הרשב"א שהוא משום דאפוקי ממונא הוא, הקשו דאהאי סברא יש לומר בהיפך דאוקי ממונא בחזקת מאריה. וכבר יצאנו בזה ידי חובת השבה מעליא.

קצ"ד ואין להעיר מדברי מרן השו"ע (החו"מ סימן שיב סעיף טו), שממה שפסק ג"כ דנתעברה לשוכר, דס"ל דקרקע היכא דקאי קאי, דהוא דינא דמשנה בבבא מציעא (דף קב ע"א), ומשום דכשהשכיר הבית לשנה על דעת שנה כמות

אותו לסותמן או לסלק, ואם בא לפתוח אין מניחין אותו לפתוח ולסמוך לכתחילה, דומה למה שאמרו ארעא היכא דקיימא תיקום, זווי היכי דקיימי לוקמו, עכ"ל הרשב"א, ומשמע דסובר דבפלוגתא דרבוותא מהני תפיסה ואפילו בקרקעות וכהרשב"ם, דאי סבירא ליה כר"י שהוא משום מיגו מה דמיון הביא לנידון שלו. עכ"ד. ולפי מ"ש לעיל (סימן קכח אות ב) דמסקנת הרשב"א דבכל היזק ראייה לא אמרינן דארעא היכא דקאי קאי אלא בעל הקרקע הוא המוחזק, נמצא שיש לדחות ראייה זו.

סימן קל

עוד בענין הנ"ל ובדעת קונטרס הספיקות

(א) וראה ראיתי בקונטרס הספיקות (כלל ה אות ח) שהבי"ד המשנה למלך ומהר"י כולי הנ"ל וכתב להקשות על זה, דהנה הרשב"א בגיטין (דף עה עמוד א ד"ה ולענין) כתב, ולענין ממונא יש להסתפק אי הוה נתינה בעל כרחו שמייה נתינה, ואם נתן לו קרקע ע"מ שיתן לו מאתיים זוז ונתן לו בעל כרחו מספיקא לא מפקינן ממונא, וקרקע בחזקת בעליה עומדת. ומיהו ודאי מסתברא לענין מטלטלין אם מסרם לו ע"מ שיתן לו מאתיים זוז לא מפקינן להו מיניה, דמטלטלין היכא דקיימי לוקמו ונתינה בעל כרחו הווי נתינה. עכ"כ. וקשה דאי תפיסה מהני בפלוגתא דרבוותא, למה כתב הרשב"א 'ומסרם ליד המקבל', דהיינו תפיסה ברשות דמהני אפילו בתיקו, תיפוק ליה דאפילו תפס אותן המקבל מתנה לא מפקינן מיניה, כיון דתפיסה מהני בפלוגתא דרבוותא. ואף שהרב תקפו כהן ז"ל (בסימן צב) לא נעלם מעיניו דבר זה, והביא לשון הר"ן (גיטין דף לו ע"א מדפי הרי"ף סוד"ה ולענין הלכה) והרב המגיד (פ"ח מהלכות גירושין הכ"א) שג"כ כתבו כן, וכתב דאין מכאן ראייה, דלשון 'ומסרין' דנקטו, מילתא פסיקתא נקטו, ולא נחתו השתא לדיני תפיסה, ונסתייע לזה שהרי דעת הרב המגיד דאפילו בתיקו מהני תפיסה, ויש לדחות דבאמת בתלתא הוי חזקה, וכיון שכולם תפסו בלשונם 'ומסרין' לאו באקראי הוא, אלא דסברי דתפיסה לא מהני בהו, ודרך הראשונים לשמור המלות. עכ"ד.

(ב) שוב הביא בקונטרס הספיקות בהמשך דבריו שמהר"י ט (ח"ב סימן עה) הניח בדעת הרשב"א דבפלוגתא דרבוותא לא מהני תפיסה בקרקעות ודלא כהרשב"ם, ואף שהרשב"א בב"ב (דף לב ע"ב ד"ה א"ל רב יוסף) נראה שמפרש גם כן כמו הרשב"ם דהלכתא כרבה בארעא משום דספיקא הוא, התם משום דאיתרע חזקת מרא קמא דהבעלים, דמיד שאמר המחזיק שטרא מעליא הוא, זכה המחזיק בקרקעו המוחזקת תחת ידו. וכן הא דהביא הב"י (חור"מ סימן קנה אות סב ובסימן קנד אות יז) בשמו מענין חזקה בהיזק ראייה, הא שם נשאל הרשב"א בענין שטר מכר אם מועיל לנזקין כקוטרא ובית כסא, וכן היזק ראייה לדעת הרב אלפסי אי אית ביה חזקה, וע"ז כתב שלמעשה אני אומר שאם כבר פתח חלונותיו, או סמך קוטרא ובית הכסא, אין מחייבין אותו לסתום ולא לסלק, ואם בא

הערת
קונטרס
הספיקות
על
המהר"י ט

לפתוח, אין מניחין אותו לפתוח ולסמוך לכתחלה. ע"כ. והיינו נמי מהאי טעמא דמיד שמכר ניזקין אלו בשטר איתרע חזקת מרא קמא, ודבריו נאותין, אבל לא יושיענו מוהרי"ט בדבריו לפרש אידך תשובתו של הרשב"א שהביא הב"י (חו"מ בסימן שיב אות טו) בענין שכירות חודש העיבור, שכתב הרשב"א דהוה של השוכר דאפוקי ממונא הוא, ואי פסק דלא כהרשב"ם דארעא בחזקת מרא קמא הלא אדרבא גם שם יש לומר אוקמינן ארעא בחזקת מרא ויצטרך לשלם השוכר על חודש העיבור, דהתם לא איתרע חזקת מרא קמא כלל.

ג) ומכח קושיא זו כתב בקונטרס הספיקות לבאר (שם באות ט) שמה שנראה משתי תשובות הרשב"א דבפלוגתא דרבוותא מהני תפיסה [היינו מהתשובה דחזקה בהיזק ראייה ומהתשובה דחודש העיבור לשוכר], משום דאינה תרווייהו פלוגתא דרבוותא דאחר חתימת הש"ס הוא, אבל האי דגיטין (דף עד ע"ב) בנתינה בעל כרחו פלוגתא דרבוותא שנזכרה בש"ס, ומשום הכי לא מהני. עכ"ד. ויסוד דבריו דבפלוגתא שאינה בתלמוד יש בכוחנו להכריע ולכן מהני תפיסה, משא"כ בפלוגתא שבתלמוד. קצ"ה

ד) וחזות קשות הוגד לי, דמה יענה הרב קונטרס הספיקות ביום שידובר בו שאר תשובות הרשב"א שהזכרנו לעיל (סימן קכח) בענין אם יש חזקה להיזק ראייה שהוא פלוגתא שאינה בתלמוד אלא מרבותינו הראשונים, והלא פסק הרשב"א בכל אלו התשובות כהרי"ף דלא הוה חזקה, כלומר דלא נחשב כתפוס בדבר, ואדרבא ארעא בחזקת מאריה קמא קיימא, ולא יכול להיזקין. וע"ע בקונטרס הספיקות (כלל ז אות ח) שהאריך לבאר בדעת

דביאר דקונטרס הספיקות הוא מכת הסוברים שאין עושים ספק דרבנן לקולא היכא דהוי ספק מחמת חסרון ידיעה לרוב העולם, ולכן כתב דספק פלוגתא דרבוותא לא חשיב ספק. וראש המדברים בזה הוא רבינו הרדב"ז (ח"ד ר"ס רצו) שכתב וז"ל, דלא אמרינן ספיקא דרבנן לקולא אלא היכא שהספק נפל מצד עצמו דלא ידעינן היכי הוה עובדא, אבל הכא שהספק נולד מחמת חסרון ידיעתנו דלא ידעינן כמאן הלכתא לא אזלינן לקולא וזה נכון ומוסכם. עכ"ד. והיינו כדברי קונטרס הספיקות דספק בפלוגתא דרבוותא לא חשיב ספק. ע"כ. ואמנם שם בנועם שיח (אות יז) הביא דעת החולקים בדבר, וסבירא ליה דגם בספק בפלוגתא דרבוותא שפיר חשיב ספק, ושכן הכרעת רוב הפוסקים, וכן הכריע שם (באות כב), ע"ש. וכ"כ בשו"ת יחיה דעת (חלק ד סימן נב) דדברי הרדב"ז הם בניגוד לגדולי האחרונים. ואכמ"ל. ולפי האמור יוצא שגם בספיקא בפלוגתא דרבוותא, שפיר חשיב ספק ואין לנו להוציא מיד הבעלים. וכאמור.

קצ"ה וברג"ע נראה לי דברי הרב קונטרס הספיקות (כלל ה אות ט) בחילוקו הנ"ל דלחלק יצא בין ספק המזכיר בש"ס לפלוגתא דרבוותא שאחר חתימת הש"ס, דבפלוגתא דרבוותא שלאחר חתימת הש"ס כולי עלמא מודי דבזה מהני תפיסה ואפילו בקרקעות, משום דבכהאי גוונא ראוי להדיין להכריע בדבר. וכמ"ש בשם הרא"ש בסנהדרין (פ"ד סימן ו), דהיכא שנחלקו שני גדולים בפסק הלכה לא יאמר הדיין אפסוק הדין כמי שארצה, ואם עשה כן הוי דין שקר, אלא אם חכם גדול הוא גמיר וסביר ויודע להכריע כדברי אחד בראיות ברורות ונכוחות הרשות בידו. עכ"ד. וכל שאינו יכול להכריע בדבר לאו דיין הוא בדבר הזה, וימשוך ידו הימנו עד שידון מי שלבו שלם בדבר ויודע להכריע, ולא שידון על פי חסרון ידיעה ידיעה לשוויה ספיקא ולוקמה אחזקת מרא קמא כדרך שמעמידין בספק דמציאות, דספיקא דדינא שלא נזכר בש"ס לאו שמייה ספק. עכ"ד. ועיין בספר נועם שיח זוהרי (ח"ב סימן ט אות טז),

מסקנת הרב קונטרס הספיקות

הערה על הרב קונטרס הספיקות

עוד מדברי קונטרס הספיקות בזה

ספק דרבנן לקולא בחסרון ידיעה

הרשב"א אי מהני תפיסה ברשות בקרקע, וסוף דבריו נטתה דעתו לומר דלדעת הרשב"א לא מהני תפיסה בקרקעות משום דקרקע אינה נתפסת. ע"ש. וא"כ יש לנו לדון מינה דה"ה בתפיסת קרקע בפלוגתא דרבוותא, דג"כ לא מהני תפיסה לדעת הרשב"א. וכמשנ"ת.

סימן קלא

פלפול בדברי קונטרס הספיקות בענין הנ"ל

א והנה בקונטרס הספיקות (כלל ח אות א) כללא כ"ל וכתב בענין תפיסה בספיקא דינא וז"ל, ולענ"ד כללא הוא דכל תפיסה שהיא קונה בגזלה להתחייב באונסין על ידה מיקרי תפיסה, וכל שאינה קונה בגזילה להתחייב באונסין על ידה לאו שמה תפיסה בהאי, והייתי סבור לומר דזהו טעמא דלא מהני תפיסה בקרקעות כמו שנתבאר משום דקרקע אינה נגזלת, ואפילו החזיק בה הגזולן באחד מדרכי הקנין לעולם ברשות בעלים עומדת, ואין הגזולן חייב על אונסים כדתנן בב"ק (דף ק"ז ע"ב) הגזול שדה ושטפה נהר אומר לו הרי שלך לפניך, וכן פירש הרשב"ם בב"ב (דף ק"ה ע"ב ד"ה דהתם), דבקרקע הוא דאמרינן לעולם בחזקת בעלים הראשונים קיימא דקרקע אינו נגזלת, אבל במטלטלין הלך אחר המוחזק משניהם. עכ"ד הרב קונטרס הספיקות.

ב ובדעת הרשב"ם כבר התבאר דרך היכא דהוי כנכסי דבר שטיא אמרינן דאוקמי ארעא בחזקת מאריה. אך היכא דהוה פלוגתא דרבוותא, בזה ארעא היכא דקאי קאי וכמו שחילקו התוספות (כ"ב דף לב ע"ב ד"ה והלכתא) בדעתו. ויש להעיר דעיקר סברת הרב קונטרס הספיקות קמה וגם ניצבה גם בפלוגתא דרבוותא בקרקע דלא מהני ביה תפיסה, כיון דאכתי נמי לאו שמיה תפיסה דקרקע אינה נגזלת. והגם דהזכרנו לעיל (סימן קל אות א) דהוא גופיה לחלק יצא בדעת הרשב"א בין היכא דהוה פלוגתא בש"ס דפסקינן דארעא בחזקת מאריה קמא, לבין היכא דהוה פלוגתא דרבוותא שאחר חיתום התלמוד דמהני תפיסה כיון שיש בידינו להכריע, מ"מ בעצם עיקר סברתו דלא מהני תפיסה משום דקרקע אינה נגזלת וכל כהאי גוונא לא הוה תפיסה, שייך לומר כן גם בפלוגתא דרבוותא דלאחר חיתום התלמוד. קצ"ו

ג ולמען לא יחסר המזג אביא מ"ש עור בקונטרס הספיקות (כלל ח אות ה) וז"ל, אף על פי דקיימא לן דבקרקעות לא מהני תפיסה, היינו דוקא נגד חזקת מרא קמא, אבל היכא דליכא חזקת מרא קמא ודינו יחלוקו מהני תפיסה גם בקרקעות, וכן משמע להדיא מתוך לשון הרמב"ן בדיני תפיסה (בבא מציעא דף ו ע"א) והגם שראיתי להמשנה למלך (פרק טו

קצ"ו ואמנם לפי מה שכתב שם (סימן קל אות ג בהערה) דסבירא ליה דאין עושים ספק דרבנן לקולא בספק חסרון ידיעה יש לישב קצת. ודו"ק.

קצ"ו ואמנם לפי מה שכתב שם (סימן קל אות ג בהערה) דסבירא ליה דאין עושים ספק

מטוען ונטען ה"ה) שכתב היפך מזה, דברקעות אף שתחילת דינו יחלוקו לא מהני בו תפיסה כלל אלא חולקין, דרקקע כל היכא דאיתא ברשות בעלים איתא. ולדעתי נראה כמו שכתבתי, דלא איתמר האי כללא דאין תפיסה בקרקעות אלא נגד חזקת מרא קמא דוקא. עכ"ד. ואכמ"ל בזה. ומ"מ מדברי המשנה למלך ג"כ שמענו ראינו דסבירא ליה דרקקע בחזקת מרא קמא, ומימילא בכל ספק בקרקע לא מהני כלל תפיסה. שו"ר במשנה למלך (הלכות טוען ונטען פט"ו הי"א, עמוד שיב טור שני בהוצאת פרנקל) שנראה שלזה נוטה דעתו. ע"ש.

סימן קלב

הן אומר והן דברים דדעת מרן השו"ע דלא מהני תפיסה בקרקע בפלוגתא דרבוותא

א) והנה במה שהבאנו לעיל (סימנים קכו - קכז), דכתב הגר"ח פלאגי דמדעת מרן השו"ע נראה דסבירא ליה דארעא היכא דקאי קאי, והשגנו על זה. ע"ש. מצוה להביא מן החדש מ"ש מר בריה דרבנא הגאון רבי אברהם פלאגי בספרו שמע אברהם (ח"ב סימן מא דף קטז ע"א טור ב) וזת"ד, דרך לימודי נתקשיתי בדברי מרן השו"ע בחו"מ הנותן רי"ח טוב ס"ך קצ"ד דפסק וז"ל, האומר לחבירו חצי שדה אני מוכר לך שמין כמה שוה ונותן לו מהכחוש שבה, ומקבל עליו הלוקח לעשות בחלקו מקום הגדר ומאחורי הגדר חריץ וכו'. עכ"ל. והוא מהמשנה והגמרא בב"ב (דף קז ע"ב - דף קח ע"א). וקשה לי על מרן במאי דפסק למילתיה בפשיטות בסכינא חריפא דמקבל עליו קאי ללוקח, דהרי אנכי הרואה להרא"ש ברמזיו (שם בקיצור פסקי הרא"ש פרק ז סימן ד), דכתב להדיא ונותן לו המוכר בחצי שלו. גם הנימוקי יוסף שם על הרי"ף (דף נא ע"ב מדפי הרי"ף) ורש"י אשר לו מסביב פירשו, דמקבל הוא המוכר. והא ודאי מתוך שהבינו בפשיטות מלשון הרי"ף דעל המוכר קאי, וא"כ הגם שהרמב"ם בפירוש המשניות ובחיבורו ביד החזקה (הלכות מכירה פרק כא הלכה כב) כתב ומקבל עליו הלוקח כיעו"ש, מר היכי שביק להרי"ף והרא"ש נגד הרמב"ם, דהוא היפך הכלל דמסר לנו מרן הקדוש בהקדמתו דהיכא דב' מג' עמודי הוראה קיימי בסברא אחת נקיט כתרי מנייהו כאשר מורגל זה בפי כל יודעי דת ודין. קצ"ח

בדין המוכר שדה לחבירו ונותן חריץ וכו' חריץ

ומשמע דמשוי ליה להאי יש מי שאומר דעה יחידאה. וכ"כ בפסקי הרי"ד (שם), דמקבל עליו המוכר חלקו מקום הגדר. וכן מצאתי בקובץ שיטות קמאי (שם) דפירש רבינו יהודה אלמאדרי דמקבל עליו המוכר. וכן מובא שם שפירש רבינו יצחק קרשקש. וכן יש לדקדק בדברי רבינו ירוחם במישרים (נתיב יא ח"א והובא בקובץ שיטות קמאי. ע"ש). וע"ש ברש"ש (ד"ה והוא).

קצ"ח עשה הרב סימן לסימן, וכונתו לסימן ריח סעיף כ.

קצ"ח וכפירוש הזה שהמוכר נותן לו מקום הגדר, מצאתי שכן פירשו הר"ג מאור הגולה (שם ד"ה ומקבל) והרב אברהם בן יצחק מנרבונא בפירוש הראב"י אב"ד בב"ב (שם). וכ"נ דעת רבינו ברוך מארץ יון שפירש דמקבל עליו המוכר ויש מי שאומר הלוקח. ע"ש.

ב והביא הרב שמע אברהם (שם דף קיז ע"א טור א) מ"ש הרב חסדי דוד על התוספתא (ב"ב פרק ו ה"ח דף מט ע"ד ובהוצאת וגשל הוא בעמוד תלג), שנתן טעם לדברי הרמב"ם שפסק שהוא משל לוקח, משום דיד הלוקח על התחתונה דאוקי ארעא בחזקת מאריה קמא, ועכ"פ הוי ספיקא דדינא, ולכך פסק מרן בספרו כדעת הרמב"ם לבד. וכ"כ כל הפוסקים. וקצת קשה על מור"ם בהגה שהגיה את דברי הטור דהמוכר נותן מחלקו המקום, דהא בקרקע לא שייך תפיסה והמרא קמא הוא המוחזק. עכ"ד הרב חסדי דוד. והרב שמע אברהם מעיר ע"ד וז"ל, ואנכי לא ידעתי מאי קשיא ליה על מור"ם, דבראותו מור"ם למרן דסגר לנו את פתח הבית ביתה יוסף, מהיכי תיתי שלא לבא אל האר"ש כקורא להגיה דעת אחרת מקנה דהוא על המוכר, ועוד דמשמעות דברי החסדי דוד דלא שייך בזה שיאמר קים לי משום דלא שייכא תפיסה בקרקע, וא"כ על מגן הביא מור"ם סברת הטור כי אין בה מועיל ולא נפקא לן מידי, ואי לזאת הך מילתא דפשיטא ליה למר הרב חסדי דוד, לדידי צריכא רבה, דכל חכם לב יראה דשורש דבר זה הוא בב"ב (דף לב ע"ב) דארעא היכא דקיימא תיקום, ובין גדולי הראשונים איכא מערכה מול מערכה היכי פסקינן.

ובהמשך דבריו (דף קיז ע"ב טור ג) הביא הגר"א פלאגי האי פלוגתא דרבוותא מי נקרא מוחזק בקרקע המרא קמא או הלוקח, ובסוף דבר מסיק (שם טור ד) דבכגון דא דהספק הוא בעיקר המכירה אי קנה הלוקח גם מקום לגדר או לא קנה מעיקרא, אית לן למימר דאוקי ארעא בחזקת מאריה קמא ולא בחזקת הלוקח, דדוקא היכא דהקניה ברורה ונפל הספק בדבר המעכב מבחוץ במשפטי התנאים שביניהם דיוכל לבטל המכירה, בהא הוא דאמרו דהיכא דקאי ארעא קאי, כן נלע"ד לחלק בדבר, ולא אצא חפשי אם יהיה דבר סת"ר לי בהאי חידושא. עכ"ד. קצט

קרקע, אם לא היו עומדים בשורה הזאת, או שהיו מקורבים פחות מארבע אמות, או מרוחקים יותר מט"ז אמה, או שלקחן זה אחר זה, או שמכר לו שנים בתוך שדהו ואחד על המצר, או שנים בתוך שלו ואחד בתוך של חברו, או שהפסיק בור או אמת המים או רשות הרבים ביניהם, הרי זה אין לו קרקע, לפיכך לא קנה האילנות שביניהם ואם יבש האילן או נקצץ ילך לו. עכ"ד. הרי דס"ל דבתיקו קרקע בחזקת מרא קמא קאי.

והנה מצאנו דינים מוסכמים שאמרו בגמרא ופסקוה הרמב"ם והשו"ע דבהם ארעא בחזקת בעליה עומדת ואין להם שייכות לתפיסה בקרקע בפלוגתא דרבוותא והלא המה מ"ש רבנו הרמב"ם (הלכות שכירות פרק ז הלכה ב) שכתב וז"ל, המשכיר בית לחבירו לשנה ונתעברה השנה נתעברה לשוכר, השכיר לחדשים

קצט וקצת סמך יש להביא לדברי הרב שמע אברהם ממ"ש הרב יד רמה (בב"ב שם) וז"ל, היכא דעיקר ספיקא בעיקר הדבר המכור ליכא למימר הכא דמוכר בעין יפה מוכר. וע"ש בהמשך דבריו שג"כ פירש דהחריץ ובן חריץ משל לוקח. ובוה נראה דלטעמיה אזיל, דכל שיש ספק על עצם הדבר אם נמכר, לא קנה לוקח. וכמ"ש הרב שמע אברהם.

והנה עיין להרב המגיד (הלכות מכירה פכ"ד ה"ד) שכתב, דאע"ג דהרמב"ם דרכו לפסוק בכל תיקו דממון אם תפס אין מוציאין מידו. גבי קרקע אין לומר תפיסה מועלת דבחזקת בעליה עומדת. עכ"ד. ומטעם זה פסק הרמב"ם שם דבכל הני בעיות דלא אפשרו בגמרא בב"ב (דף פג ע"א ע"ב) שעלו בתיקו דאין לן קרקע. ע"ש. וכ"פ מרן בשו"ע (חושן משפט סימן רטז סעיף ז) דאע"ג דהקונה ג' אילנות יש לו

סמך לדברי הרב שמע אברהם

דעת הרמב"ם ומרן השו"ע בתפיסה בקרקע בתיקו

דברי הרב חסדי דוד

דינים המוסכמים דקרקע בחזקת בעליה עומדת

ג) נמצאנו למדים מילתא רבא לאורייתא, דיש לנו גילוי מסכים בדברי מרן השו"ע דבכל פלוגתא דרבוותא בקרקע ארעא בחזקת מרא קמא קאי, ולכן פסק שהלוקח מקבל עליו לעשות בחלקו מקום הגדר, וכל כך היה הדבר פשוט בעיני הרב חסדי דוד עד שהעיר למה הזכיר הרמ"א דברי הטור בזה הלא לא מצי למיטען קים לי כנגד המרא קמא. וגם הרב שמע אברהם מודי ואזיל דהיכא דאיכא ספק בעצם המכירה אוקי ארעא בחזקת מאריה. ולהאמור ארווח לן לדין בני ספרד דבכל פלוגתא דרבוותא בקרקע ארע"פ שהלוקח תפוס תו לא יוכל לטעון לומר קי"ל, דהוה קי"ל כנגד מרן השו"ע דלא אמרינן, ולכל הפחות היכא דאיכא ספיקא בעיקר הדבר המכור, וכאמור.

העולה מן המדובר

עוד יש להביא ראיה לזה ממ"ש הרמב"ם (הלכות זכיה ומתנה פרק ה הלכה ט), וז"ל, היו שני השטרות במכר או שניהם במתנה, אם הוסיף בשני כלום הרי הראשון קיים שלא כתב השני אלא מפני התוספת, ואם לא הוסיף ביטל שטר שני את הראשון ואין לו אחריות אלא מזמן השני, לפיכך כל הפירות שאכל הלוקח מזמן ראשון עד לזמן שני מחזיר אותם, ואם היה על אותה שדה חוק למלך בכל שנה, הנותן או המוכר נותן אותו החוק עד זמן השטר השני. עכ"ל. והרב המגיד ביאר טעמו של הרמב"ם שפסק, שאם לא הוסיף ביטל שטר שני וכו', לפי שבגמרא בכתובות (דף מד ע"א) נחלקו רפרם ורב אחא בזה ופסק כרפרם מפני שקרקע בחזקת בעלים עומדת. עכ"ד. הרי לן דבפלוגתא דרבוותא הכריע הרמב"ם דקרקע בחזקת מרא קמא קאי. ובדרכו הלך מרן השו"ע (ח"מ סימן רמ סעיף ב), ג"כ מהאי טעמא, וכמ"ש בבאר הגולה (שם אות י). ועיין מרכבת המשנה על הרמב"ם (שם) ובאבן האזל (שם). ובמ"ש הגר"צ אלחנן בספרו נחל יצחק (ח"א סימן מג סעיף כג עמוד תנב הוצאת

ראיה נוספת להנ"ל

יתר. ע"כ. ובשו"ע (ח"מ סימן ריה סעיף יד) כתב לשון הרמב"ם. וכתב הרב מגיד משנה (שם) דרשב"ם ז"ל בב"ב (דף קה ע"א ד"ה הלך אחר) פירש, דיד המוכר שהוא מוחזק בקרקע על העליונה הלכך אם פחת להכי אמר ליה הן חסר הן יתר אם הותיר להכי אמר ליה מדה בחבל ע"כ. וזה דעת המחבר וכן נ"ל. ואפילו בא מוכר ליקח מעות כופין את הלוקח ליתן בשותתיר לפי שהקרקע בחזקת בעליה עומדת וכן אמרו בענין שכירות בב' לשונות סותרים כמו שיתבאר פ"ז מהל' שכירות. עכ"ד. ובפרק ז מהלכות שכירות היינו הדין הנ"ל, במשכיר בית לחבירו לשנה ונתעברה השנה. ואמנם אין להביא מזה ראיה דבפלוגתא דרבוותא נמי ארעא בחקת מרא קמא. דהא רשב"ם שהוא מאריה דשמעתא דארעא היכא דקאי קאי, הכא מודי.

נתעברה למשכיר, הזכיר לו חדשים ושנה בין שאמר לו דינר לחדש י"ב דינר בשנה, בין שאמר לו שנים עשר דינר לשנה דינר בכל חדש, הרי חדש העיבור של משכיר, שהקרקע בחזקת בעלים, ואין מוציאין דבר מיד בעל הקרקע אלא בראיה ברורה. ע"כ. וכ"פ מרן בשו"ע (ח"מ סימן שיב סעיף טו). ואמנם מלשון הרמב"ם שכתב דהקרקע בחזקת בעלים וכו', יש לדייק קצת הדין כן גם בפלוגתא דרבוותא ובמשנה למלך (שם) פלפל בחכמה ועמדנו על דבריו לעיל (סימן קכט אות ב) ע"ש.

עוד כתב הרמב"ם (הלכות מכירה פרק כה הלכה יא) וז"ל, האומר לחבירו בית כור עפר אני מוכר לך מדה בחבל בין חסר בין יתר, או שאמר בית כור אני מוכר לך בין חסר בין יתר מדה בחבל, הלך אחר הפחות בשלשונות ואין לו אלא כדן אם חסר אם

מכון ירושלים) להביא מדברי הרמב"ם ראייה לשיטת הרא"ה (בשיטה מקובצת כתובות דף צד ע"ב), ע"ש ולפי זה נמצא שגם הרא"ה הכי סבירא ליה.

סימן קלג

פלפול בתשובת אבקת רוכל בענין הנ"ל

א) ואמרתי לחשוף מים מגבא, אין מים אלא תורה, מתורת מו"ר פאר הדור מרן הראש"ל הגר"ע יוסף זצ"ל בשו"ת יביע אומר (חלק ח חושן משפט סימן ב סוף אות ו) שהביא ר"ש בשו"ת נוכח השלחן (סימן ט דף מא סע"ג) כתב, שכיון שרוב הפוסקים ס"ל כרשב"ם, וכ"פ מרן בשו"ת אבקת רוכל (סימן קכו), הכי נקטינן, ולא אזלינן בתר חזקת מרה קמא. עכ"ד. וכונתו עמ"ש מרן בתשובה הנזכרת (עמוד תמ הוצאת שיח ישראל ד"ה ועוד אני אומר) וז"ל, ועוד שהרי ראובן דר בבית ומוחזק בו ואתה בא להוציאו מביתו הוא יכול לומר קי"ל.^{1א} והרב המו"ל שם (הערה *) הביא שזו דעת הרשב"ם הנ"ל דבספק פלוגתא בקרקע אזלינן בתר חזקה דהשתא. ע"ש.

והרב נוכח השלחן (שם עמוד קיג טור ב הוצאת מכון הכתב), לאחר שהביא דברי מרן באבקת רוכל כתב וז"ל, וא"כ אנן שקיבלנו הוראות מרן ז"ל ודבריו בתשובה הם הלכה למעשה בפרטות ועדיף טפי מפסקיו שבשו"ע וכמ"ש הרב חיים שאל (בח"א סימן עד אות יא)^{1ב} הא ודאי אין לזוז מדין זה, והלכה ומורין כן דארעא היכא דקיימא תיקום, וכפירושו רשב"ם. עכ"ד.

ב) והנה כבר הוכחנו לעיל (סימן נח והלאה) דדעת מרן השו"ע שבכל ספק בתפיסה בפלוגתא דרבוותא במטלטלין לא מהני תפיסה, ומזה יש לנו לומר דכל שכן דבקרקע לא הוה תפיסה. ומצאנו ראינו גם ראיות לזה וכמשנ"ת לעיל. וא"כ יש לומר דאין להביא

^{1א} ובאמת במאי דפשיטא ליה למר הרב נוכח השלחן האחרונים אמ דברי מרן בתשובה עדיפים מפסקיו וריבאמת במאי דפשיטא ליה למר הרב נוכח השלחן האחרונים אמ דברי מרן בתשובה עדיפים מפסקיו

^{1ב} ובאמת במאי דפשיטא ליה למר הרב נוכח השלחן האחרונים אמ דברי מרן בתשובה עדיפים מפסקיו

דבריו בתשובה הם הלכה למעשה ועדיפים טפי מפסקיו, מספקא להו לרבנן קדישי די בכל אתר ואתר, וכבר עמד ע"ז בשו"ת יביע אומר (חלק ט חושן משפט סימן א) ועינא דשפיר חזי, דאין הדבר מוסכם ואיכא בזה פלוגתא דרבוותא. והגם שנראה שדעת מו"ר הגר"ע יוסף זצ"ל ג"כ נטתה דעתו בזה דיש לנו לומר שקיבלנו דעת מרן בתשובה. מ"מ לא נקט דברי מרן בתשובה עדיפים ממה שכתב בשו"ע, כיון דספקי רבנן הוה פתיחי קמאי וראה לכמה וכמה פוסקים דכתבו שלא קיבלנו הוראות מרן השו"ע בתשובה.

¹ הנה שם זכר הרב נוכח השלחן שכ"ד מהר"ם והרמב"ן והרשב"א והריטב"א בשם י"א, ואחריו נמשכו הפני משה והרב פרח מטה אהרן והלחם רב ומהר"ש יפה ומהר"י ברקי. עכ"ד. וכבר פלפלנו בכמה מדברי רבותינו שזכר. ואכמ"ל.

^{1א} האי קי"ל אינו כדעת רשב"ם אלא בנידון אחר השייך שם ולא הזכיר מרן בתשובה כלל למחלוקת הר"י והרשב"ם ומ"מ ממשמעות לשונו שכתב דחשיב כתופס שיכול לטעון קי"ל, דיין הרב נוכח השלחן דפסק בזה כסברת הרשב"ם.

ראיה ממעשה רב דתשובת הרב אבקת רוכל, דנראה ששם כתב כן לרווחא דמילתא ולא שזו דעתו. וכן יש לדקדק בלשון קדשו של מרן שכתב 'ועוד שהרי ראובן דר בבית ומוחזק בו ואתה בא להוציאו מביתו הוא יכול לומר קי"ל', והנה אי הוה פשיטא ליה להלכה דקיי"ל כרשב"ם, הוה ליה למימר כן גם ללא טענת קים לי, דהלכתא כוותיה. ובלאו הכי המעיין שם יראה שכל הנידון שם הוא בתפיסה בקרקע כנגד האלמנה שלא נחשבת כלל למרא קמא, ואנו עיקר נידוננו הוא אי מהני תפיסה בקרקעות בפלוגתא דרבוותא כנגד מרא קמא. ובאמת בכל התשובה שם לא זכר ש"ר מרן באבקת רוכל מדברי הרשב"ם בזה, ואי סבירא ליה כוותיה לכל הפחות היה לו להזכיר דבר בשם אומריו ולהביא גאולה לעולם (עיין באבות פ"ו מ"ו) ולדרכנו ניחא, דאין לזה שייכות כ"כ לגילוי דעתו בתפיסת קרקע כנגד מרא קמא.

סימן קלד

דעת מרן בעל היביע אומר בתפיסה בפלוגתא דרבוותא בקרקע

א ועיין בשו"ת יביע אומר הנזכר דמקב"ץ על ההרים הרמים לדברי רבותינו בענין זה. ולא הכריע לדינא בהאי פלוגתא גופה דרשב"ם ור"י. ואדרבא מצאתי בס"ד דנראה שדעת מורנו ורבנו מרן הגר"ע יוסף זצ"ל נוטה דבכל פלוגתא דרבוותא בארעא, ארעא בחזקת מרא קמא, דלך נא ראה למ"ש בשו"ת יביע אומר (חלק ח חושן משפט סימן א אות א) אודות הדין שכתב מרן בשו"ע (בחו"מ סימן רמא סעיף ד), דיש אומרים שכשם שצריך המוכר לסיים הממכר, כך הנותן, כיצד הכותב לחבירו קרקע מנכסי נתונה לך, הואיל ולא סיים הדבר שנתן לו, ואינו ידוע, לא קנה כלום וכו'. ויש חולקים ואומרים שבין במכר ובין במתנה יכול להקנות דבר שאינו מסוים. ע"כ. והביא פלוגתא דרבוותא איך פסקינן בכה"ג כשמרן השו"ע כתב יש אומרים ויש חולקים, ומסיק, דכיון דהוה ספיקא דדינא אוקי ארעא בחזקת מאריה. עכ"ד.

תשובת
מרן זצ"ל

ב עוד מצאתי בשו"ת יביע אומר (חלק ט חושן משפט סימן ז אות ג) שיצא לדון, בענין קרקע או בית שהגוי מוחזק בו וישראל מערער ותובע את הקרקע מן הגוי, ונשאר הדבר לפנינו בספק, איך הדין, וכתב דהנה הלכה רווחת בכתובות (דף כ ע"א) אוקי תרי בהדי תרי ואוקי ארעא בחזקת בר שטיא. אלמא דמוקמינן לארעא בחזקת מרא קמא, ועיין בתוס' (ב"ב דף לב ע"ב) דהיכא דמספקא לן דינא כמאן הלכתא כגון בפלוגתא דרבוותא, לא שייך לומר אוקמה בחזקת מרא קמא להוציא מידי המוחזק ע"ש, וע"ע בשו"ת הרא"ש (סימן פה אות יא) שכתב, וכך קבלתי מפי מוריניו רבינו מאיר, דהיכא דאיכא פלוגתא דרבוותא לא מפקינן ממונא מספק, והכי אמרינן בב"ב (דף לב ע"ב) דהיכא דקיימא ארעא תיקום, ולפי"ז הוא הדין כשהגוי מוחזק בקרקע אין להוציאו מחזקתו. ושוב הביא דיש לפקפק בזה מכמה טעמי חדא דהגויים גוזלים קרקעות, וכמ"ש בגמרא בסוכה (דף ל ע"א) אמר להם רב הונא

לסוחרים כשאתם קונים הדסים מן העכו"ם לא תקצצו אתם את ההדס מן הקרקע אלא הם יקצצוהו וימכרו לכם, משום שסתם עכו"ם "גזלני ארעתא נינהו" וקרקע אינה נגזלת, (שאינה קנויה להם), הילכך יקצצו הם את ההדסים כדי שיהיה יאוש בעלים בידם ושינוי רשות בידכם, וכשיש יאוש ושינוי רשות קנו. וכ"פ הרמ"א בהגה (ר"ס תרמט). ועוד יש לומר ע"פ מ"ש בשו"ת קול אליהו (ח"א האו"ח סימן מב) שגם כן כתב בזה, משום שהשופטים שלהם מקבלים שוחד. ועוד שהרי הרב המגיד (פכ"ז מהלכות מלוה ולוה ה"א - כצ"ל) כתב, שהשטרות שעולים בערכאות של גוים, שחתומים עליהם עדים עכו"ם פסולים הם, ולא שייך בהם דינא דמלכותא דינא, משום שאין בדבר תועלת למלכות ואינם אלא דבר שבין אדם לחבירו, וכן הסכים בספר בית השואבה (דף קמב ע"א אות יב) וכתב, שהדבר ידוע ומפורסם שאלו השופטים אשר בערי טורקייא מפורסמים הם שמקבלים שוחד, וא"כ הדבר פשוט שאין שום ראייה מהשטר שביד העכו"ם, שאין לשטר שבידו דין שטר כלל ועיקר, והקרקע שבידו היא בחזקת גזל. ע"ש.

ג) ולאחר כל הני מילי פוסק ביביע אומר שם, דגם בגוי אמרינן דארעא בחזקת מרא קמא, דאין לחוש לגזלתם וכמ"ש הסמ"ג (סוף עשין קלג), דהני מילי בזמנא שהיו העכו"ם גוזלים הקרקעות מישראל, משא"כ בזמנינו שכבר קנאום בכיבוש, וכ"כ בספר התרומה (בסוף הל' ארץ ישראל). וכ"כ בשו"ת הרדב"ז (ח"א סימן תקיד), וכן הובא בברכ"י (או"ח סימן תרמט סק"ב). וגם לשוחד אין לחוש וכמ"ש בספר ברכות המים (דף מו ע"א) דאפשר שבזמן הזה אשתני למעליותא, שהשלטונות מקפידים מאד על שופט שמקבל שוחד ומענישים אותו, וכ"כ הרה"ג רבי יום טוב ישראל בספר מנהגי מצרים (עמוד כא) שהמנהג הוא שהישראל קוצץ ההדס בידיו, ולא ראינו ולא שמענו מעולם מי שהקפיד על כך, וכמ"ש בשו"ת הרדב"ז (ח"א סימן תקיד), ובשו"ת רבינו בצלאל (סימן ב). וכן הוא המנהג בירושלים. ע"כ. וכ"כ הרה"ג ר' אהרן בן שמעון בספר נהר מצרים (דף מו ע"ב). ולכן אם באו ישראל ונכרי להתדיין לפנינו על אודות קרקע שנמצא בחזקת הנכרי, ויש ספק בדבר לענין הלכה, מוקמינן לארעא בחזקת הנכרי, ולא מפקינן מיניה. ע"כ. והנה מכל אלה הדברים, הנך רואה בעיניך דאע"פ שיש מחלוקת גדולה בין הפוסקים בזה אי איכא חזקת מרא קמא לגוי הכריע מורינו ורבינו דאיכא לגוי חזקת מרא קמא,¹⁷ ומעתה כל שכן בישראל דכל היכא דאיכא פלוגתא דרבוותא בארעא יש לנו לילך בתר מרא קמא.

וכבר מילתינו אמורה דכיון דהאי לוקח תפיסתו בספק, ממילא יש צד דאינו מוחזק, וא"כ נמצא דקרקע בחזקת בעליה עומדת ומרא קמא מצוי למימר קים לי. ועל כן הדרין השתא למה שנראה דדעת מרן בשו"ע דספק בתפיסה לא מהני בין בקרקע ובין במטלטלין.

¹⁷ עמדנו על עיקר הדין בזה לעיל בכללי הקי"ל (סימן יט).

¹⁸ רג ואע"ג דלעיל מיניה באותה תשובה (אות ב) כתב דאין לגוי טענת קים לי. עיין שם. וכבר

סימן קלה

דעת הפוסקים דגם בתפיסה בקרקע יש ללכת אחרי הרוב בעיקרא דדינא

א ניהדר אנפין לדברי הרב שער אשר קובו דהאריך למעניתו בדין תפיסה בקרקע, ולאחר שהביא כל הפוסקים הנ"ל דסברי דמהני תפיסה בקרקע, כתב (שם) דכנגד כל הפוסקים שכתבו דבפלוגתא דרבוותא ארעא היכא דקאי קאי, מצאנו ראינו כמה מהפוסקים שלא הלכו בדרך זו, רק הם אמרו דגם בזה יש לילך אחר רוב הפוסקים דעיקר הדין נלך, ואי המחלוקת בעיקר הדין שקולה, אזלינן בתר הרוב מהחזקה וכמאן דסברי דמרא קמא הוא מוחזק. עכ"ד. והיינו דבפלוגתא דרבוותא בתפיסה בקרקע אזלינן בתר רובא, ורוב הפוסקים סבירא להו דקרקע בחזקת מאריה קמא, ולא תועיל תפיסת התופס מספק להוציא מידי המרא קמא. וגם כאן ציין דברי הפוסקים בזה, ותחזינה עיננו בשובו לציון, ונבא בעזרת השם ובישועתו לכל ציון וציון בביאור מקורותיו כדרכנו בקודש.

דברי הרב שער אשר קובו

ב ראשון לציון הנה הינם, מה שציין לדברי האב ובנו הרב ותלמידו הוא מה"ר יוסף חזן בספר חקרי לב (ח"ב חו"מ סימן פג"ד) ושכ"כ מר בריה דרבנא הגאון רבי אליהו חזן (שם בחו"מ סימן פב"ה).

דברי החקרי לב ובנו

ומצאתי עוד להרב חקרי לב במהדורא בתרא (חו"מ סימן יב עמוד קנט הוצאת מכון המאור) שכתב וז"ל, וזה לי קרוב לעשר שנים היה לי ויכוח גדול בזה עם רב אחד מבני דורנו, שנקט לעיקר דק"ל כמ"ד דכל ספק בדין ארעא היכא דקיימא תיקום, ואני הארכתי בזה בתשובה אחרת דק"ל עיקר כדעת רוב הפוסקים דבכל ספק אמרינן ארעא בחזקת מאריה קמא. עכ"ד.

וכן מצאתי להרב בנו רבי אליהו חזן בחיבורו ארח משפט (חו"מ סימן כה הגהב"י אות פז דף מד ע"א טור א) שכתב, דגם בקרקע כיון דבהא פליגי אין לומר ק"ל אלא אזלינן בתר רוב דעות, עכ"ד.

ג עוד יסד בציון הרב שער אשר הנזכר, שכן מבואר בתשובת פאת נגב (חו"מ סימן מז) [והוא לרבי ניסים גבאי אב"ד בקושטא לפני כמאתיים וחמישים שנה] שכתב, דגם בזה אזלינן בתר רוב דעות. והנה שם (דף קב ע"ב טור ג - ד) נראה שהכריע כהסכמת הפוסקים דבמטלטלין גם כשיש ספק בתפיסה גדול כח התופס ולא מפקינן מיניה, ומיהו בקרקעות

דברי הרב פאת הנגב

¹⁷ נראה שכונתו למה שהביא שם (הוצאת מכון המאור בעמוד רפח בסוף הקטע הראשון) דברי בנו של הכנסת הגדולה שחילק בתפיסה בין מטלטלין לקרקע.

¹⁸ יגעתי ולא מצאתי דברי הרב חקרי לב שכתב כן שם להדיא. ומיהו אני באתי אחרי המלך הרב שער אשר ומלאתי את דבריו, ומצאתי שכ"כ הרב חקרי לב במקום אחר וכמ"ש לקמן.

דליכא תפיסה היכא דפליגי מי הוה מוחזק המרא קמא או העומד בתוכה היום, דינא דאזלינן בתר רובא. אלא שעלה ונסתפיק בתר איזה רובא אזלינן, אי הוי בתר רובא דאמרי מי הוא המוחזק או בתר רובא בעיקר הדין, וכבר עסקנו בדברי תורה הללו לעיל (סימן צא והלאה). ע"ש.

(ד) עוד ציין הרב שער אשר דכ"כ הרב באר מים חיים (ח"א חו"מ סימן ו) [לרבי ניסים דברי הרב באר מים חיים] רפאל מוצירי זצ"ל מחכמי יון לפני יותר ממאתיים שנה] שכתב, כדברי הרב פאת נגב.

ובס"ד ספרים פתיחו קדמאי, ותחזינה בציון עינינו וראיתי ששם נעשה שוא"ל, באחד ששכר מערה מחבירו ובעל הבית הלך ומכר המערה לאחר, וטוען השוכר שהוא בר מצרא, עם מי הדין. ובתשובתו הרמת'ה הביא פלוגתא דרבוותא מי נחשב מוחזק השוכר או הלוקח, ומסתמיך ואזיל ע"ד המהרח"ש בספר תורת חיים (ח"א סימן נו) שנשאל כנ"ד, והשיב דאע"ג דאיכא פלוגתא אי איכא דינא דבר מצרא בשכירות או לא, מ"מ הלוקח הוא המוחזק כדעת כל הפוסקים, ואף שמצאנו דלדעת הרמ"ה (עיין בשו"ת הרמ"ה סימן רעד, ובשו"ת תורת חיים למהרח"ש ח"א סימן ס הוצאת זכרון אהרן עמוד קמו) בן המצר הוי מוחזק, הוי יחידאה בדבר ולא מצי השוכר או הממשכן לומר קי"ל. ותו מאחר דבהא פליגי מי מיקרי מוחזק אזלינן בתר רובא דס"ל דהלוקח הוא המוחזק. עכ"ד. הרי לן דלדעתו כל היכא דפליגי בהא גופא מי נחשב המוחזק בקרקע, אזלינן בתר רובא בעיקרא דינא.

(ה) והנה אין לומר דסבירא ליה להרב באר מים חיים דגם כנגד מרא קמא ארעא היכא דקאי קאי, דכבר הביא הרב שער אשר (חלק ב סימן כ עמוד עג) שדעת הרב מהרח"מ (הרב רפאל חיים מוצירי) בתשובת באר מים חיים (ח"א חו"מ סימן י) דארעא בחזקת מרא קאי.

ואפרש הדברים דבתשובת באר מים חיים הנ"ל (דף צב ע"א טור ב) הביא מחלוקת הפוסקים בזה, ומוסיף והולך דהכרעת רוב האחרונים דארעא בחזקת מרא קמא קאי, ושכ"כ מהר"א די בוטון (סימן קל) דאפילו בספיקא דדינא אוקי ארעא בחזקת מרא קמא. והכי ס"ל למהרי"ט (בחו"מ סימן כח), דדוקא בדאית ליה מיגו הוא דאמרינן ארעא היכא דקאי תיקום, אבל היכא דלית ליה מיגו בהא אמרינן אוקי ארעא בחזקת מרא קמא, וכן ס"ל למהרש"ך (ח"א סימן כפו) וכמ"ש הכנה"ג (חו"מ סימן קמט הגהת הטור אות נא), וכנגד זה הביא דהמהרש"ח ס"ל דהמחזיק הוא המוחזק, והיא סברתו שהביא משם הרב כרם שלמה (אבה"ע סימן לו) דשב ואל תעשה עדיף. והמורם מן האמור הוא דלפי רוב הפוסקים אף בפלוגתא דרבוותא אמרינן אוקי ארעא בחזקת מריה קמא ומפקינן מן המחזיק בה. עכ"ד. הרי שכאן נמצא וכאן היה, דדעת הרב באר מים חיים דכלפי מרא קמא, קרקע בחזקת בעליה עומדת אלא

דעת הרב באר מים חיים בתפיסה בקרקע כנגד מרא קמא

שכשהספק בין הלוקח לבר מצרא, יש לנו לפסוק דארעא היכא דקאי קאי ואין מוציאין מהלוקח כיון דרובא בעיקרא דדינא הכי סבירא להו.¹¹

סימן קלו

עוד מדברי הפוסקים הסוברים דלא מהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא בקרקע

עוד ראיתי להרב שער אשר בתשובה אחרת (סימן כ עמוד עב הוצאת מכון הכתב) שהביא עוד מדברי הפוסקים וסייעתם, הסוברים דלא מהני בתפיסה בקרקע וארעא בחזקת מרא קמא קאי. וכתב דרבו כמו רבו מרבני האחרונים דסברי בפלוגתא דר"י ורשב"ם דאזלינן בתר המרא קמא דהוא המוחזק היפך שיטת הרב לחם רב והרב פני משה, וכ"כ הרב רבי חסדאי בן פרחיה [מחכמי שלוניקי לפני יותר משלש מאות שנה] בספרו תורת חסד (סימן ריג דף קמו ע"ב טור ד) דבכל פלוגתא דרבוותא בקרקע, אזלינן בתר מרא קמא. ובהמשך דבריו (דף קמח ע"א טור ב) דחה דברי הלחם רב שכתב דארעא היכא דקאי קאי. ומר הוא דאמר שדעת כל האחרונים להיפך, דמרא קמא הוא המוחזק, וכ"פ הרב כרם שלמה (בחו"מ סימן ג),¹¹ ומהרה"מ בתשובת באר מים חיים (ח"א חו"מ סימן י).¹¹

ליקוט
התשובות
בה

סימן קלו

בענין הנ"ל ופלפול האחרונים בדין תפיסה ביורד ברשות

א עוד הגיד בציון הרב שער אשר (שם) דגם מרן זקנו כמהר"א קובו בתשובת מטה אשר¹² (סימן י וסימן יב) ועוד כמה אחרונים כתבו, דקרקע בחזקת מאריה קמא קאי. עכ"ד.

ציון הרב
שער אשר

כנגד מרא קמא.

¹¹ וצ"ע ממה שהבאנו לעיל שצירף לרב כרם שלמה לכת החולקים, וכבר הערנו כן בס"ד לעיל (סימן קיח אות ד).

¹² ר"ח הוא הגאון רבי ניסים חיים רפאל מוצרי שהוכרנו דבריו לעיל (סימן קלה אותיות ד - ה).

¹³ ספר מטה אשר הוא לרבי אשר שלם, ולאחר פטירתו נאספו תשובותיו, פירושו ודרשותיו, בידי חתנו, חכם רפאל חיים אברהם בן חכם שמואל קובו. ולזה מתכון הרב שער אשר באומרו 'הוא מרן זקני כמהר"א קובו' היינו רבי אברהם קובו הנ"ל.

¹¹ ובדרך זו אבא נא אע"ר בדינא דבר מצרא, דהיכא שיש ספק אי הלוקח הוא המוחזק או לא כתב הרמ"א (חושן משפט סימן קעה סעיף מה) דבמקום שהפוסקים חולקין, או יש בו דינא דבר מצרא אין מוציאין מיד הלוקח, הואיל ומוחזק. עכ"ד. דלפי האמור אין לומר דסבירא ליה דגם כנגד מרא קמא ארעא היכא דקאי קאי. וכן מבואר ממקרקע מקומו טהור דהאי דינא הוא הרב תרומת הדשן (סימן שמ) דאסבר לן מר מילתא בטעמא דבפלוגתא דרבוותא זוכה הלוקח, כיון דאיהו מיקרי מוחזק. שהרי מדין תורה זוכה הוא בקניינו, והמצרן בעי לאפוקי מיניה מטעם תקנת חכמים עליו להביא ראיה, דבהכי תיקנו חכמים. עכ"ד. ומימילא אין ראייה כלל מזה לתפיסה

הערה
בדברי
הרמ"א
בדינא דבר
מצרא

וכאן בציון זה קיצר הרב שער אשר במקום שהיה לו להאריך, ונספרה בציון הלז.

והנה בשו"ת מטה אשר הנזכר עולה ובא (סימן ט עד סימן יד) נידון זה מהני סרכין תלתא רבי שמואל פלורנטין ורבי אברהם קובו, והביאו משפטם אל רבי משה אמריליו, ואני אתנהלה לאיטי לרגל המלאכה בדברי קדשם:

ותחילת נידונם הובא שם (סימן ט דף יט ע"א טור ב) מעשה אשר נעשה בראובן ושמעון מעשה שהיה בירד ברשות נחשב מוחזק
שהיו אחים שלא חילקו חצירות, ומת שמעון וחילקו ב"ד החצירות, ונפל חלק יתומת שמעון בחצר הקטנה, ואף שגזרו ב"ד שלא תהיה כניסה ויציאה מחצר הקטן לגדול, הגדיל חסדו ראובן להיטיב עם יתומת שמעון לפתוח פתח בחצר הקטנה לצאת לשוק דרך החצר הגדולה, בתנאי שאם יעבירו יתומי שמעון החצר לאחרים או אפילו יתנוהו בנדוניא לאחותם, שיסתמו הפתח, שלא הניח לפתחו אלא לצורך אלמנת שמעון והיתומים. כ"ז בא בכתב משנת השפ"ד. וכבר עברו מאז ועד עתה כמה יורשים ולוקחים, ועדיין הפתח פתוח כמאז מקדם. ועתה שהחצר הקטנה ביד הלוקח, טוענים בני החצר הגדולה לסותמה מכמה טעמים. ועתה הצדק עם מי.

ושם (דף יט ע"ב טור ג) הביא תחילה וראש תשובת רבי שמואל פלורנטין, שראשית אמריו יצא לדון במי שירד ברשות, וכתב, דכבר ידועה המחלוקת שכתב הטור (חו"מ סימן קנ סעיף ג) וגם מרן הב"י (שם), משם הרמב"ן ב"ב (דף לה ע"ב ד"ה דאי ובי"מ דף קי ע"א ד"ה הא) והרא"ש ז"ל ב"ב (פרק ג סימן טז), דהיכא שידוע שבתורת משכונא אתיא לידיה אין לו חזקה לעולם, אפילו אם ידוע ששלמו ימי המשכונא והחזיק ג' שנים אח"כ. והרמ"ה ב"ב (דף לה ע"ב סימן סו והובא בטור שם) כתב, דאם אכלה ג' שנים שהם שני חזקה אחר שכלו ימי המשכונא יש לו חזקה. וכ"כ רבי יהודה אלברצלוני. ומרן בב"י הביא תשובת הרשב"א ז"ל (ח"ג סימן קנד) שהביא את ב' הדעות. ע"ש. נמצא שהוא מערכה מול מערכה. ומצאתי למהר"ח הכהן ז"ל (בסימן קפ דף קיד) אחר שפלפל בחכמה בדברי הפוסקים כתב וז"ל, כלל הדברים דהאי מלתא דיורד ברשות תליא בפלוגתא דרבנותא כדכתיבנא, וכיון שכן יש לדון בזה דאין לו חזקה דהוי ספיקא דדינא מחמת פלוגתא, דאוקמינן ארעא בחזקת מרא קמא, וכמ"ש הריב"ש ז"ל בתשובה (סימן שכז), דמסורת היא בידינו מגדולי האחרונים ועליהם אנו סומכים, והסכימו לזה הרבה מהאחרונים. ומהרשד"ם (חו"מ סימן רמט) רוח אחרת עימו, ואין הלכה כמותו. עכ"ל. והן אמת דכל זה לא שייך לנידון דידן, דכל זה המחלוקת הוא כשהבאים לדין הם מי שנתן הרשות ומי שירד, אז אמרינן כיון דאיכא פלוגתא אוקי ארעא בחזקת מרא קמא, אבל בנידון דידן דבין מי שנתן הרשות ובין מי שנטל הרשות כבר חלפו עברו לבית עולמם ובאו פנים חדשות בשתי החצרות, והבאים לדין הם היורשים או הלוקחים, אפשר דכלהו מודו דטענינן ללוקח דאפושי בפלוגתא לא מפשינן דהכו דלא להוסיף עלה, דלא אתמר אלא היכא דהם עצמם באים לדין דאז שייך לומר אוקי ארעא בחזקת מרא קמא, אבל היכא דנשתנה שאין באים לדין הם עצמם כי אם הלוקחים, ודאי

דטענינגן ללוקח דעל זה הוא עיקר מחלוקתם. וסברא זאת לא נפלאה היא כי מאיש לוקחה זו הוא מהרש"ך (ח"ב סו"ס קלא). עכ"ד.

ובדברי קדשיו כתבו לאמר, שתיים שהם אחת, דבכל פלוגתא דרבוותא בקרקע אוקמינן ארעא בחזקת מרא קמא. ועוד דהיינו דוקא היכא דאיכא מרא קמא והוא בא לדון, אך אם מת ובאו מחמתו, בזה טענינן ללקוח שקנה את הקרקע.

ומסדר הדורות נראה שהוא רבי שמואל פלורנטין שהזכרנו לעיל (סימן צז) שהובא בתשובת כרם שלמה, ושם גם כן יצא הרב לחלק ולומר, דהיכא אמרינן בספיא דינא דמי מקרי מוחזק דאזלינן בתר רוב דעות, היינו דוקא כששניהם שווים ואין שום אחד מהם עומד מוחזק יותר מחבירו, אבל אם האחד מוחזק בקרקע והאחד עומד בחוץ, בזה לא אזלינן בתר רוב דעות אלא שב ואל תעשה עדיף. עכ"ד. וכאן אזיל לשיטתו, דכתב דטענינן ללוקח שהוא השתא בקרקע, וארעא היכא דקאי תיקום, דסוף סוף הוא תפוס בזה. והוא רבינו שמואל מתחילתו ועד סופו¹ דאזיל בסברא דאורייתא דאפושי בפלוגתא לא מפשינן.

מהר"ש
פלורנטין
לשיטתו

ב ובא רעהו וחקרו הוא הגאון מהר"ר אברהם קובו הנ"ל (שם בסימן י), וכתב (דף כב ע"א טור א ב), דסברת מהרש"ך ז"ל סברא יחידאה היא, ורבים הם החולקים עליו, הלא המה האיתנים מוסדי הארץ מהר"א די בוטון (בסימן ריט), וכ"כ גם משנהו הרב הגדול מהרח"ש (ח"א סימן כד), וכן מצאתי למהר"ש וילסייד ז"ל הובא פסקיו במהרח"ש (שם בסימן נד) בהסכמת מהר"ד אגוזי ז"ל. ע"ש. וכל הני רבוותא סבירא להו דגם ביורש כל שירד מתחילתו ברשות לא הוה חזקתו חזקה. ומפורש יוצא בנידון דידן דלא חיישינן לדברי מהרש"ך כיון שרוב הפוסקים חולקים עליו. עוד כתב שם (דף כב ע"ב טור ג), ואל תשיבני ממ"ש הרב המאסף לכל המחנות (הוא הכנה"ג חו"מ סימן קמ הגה"ט אות יד) שהביא דברי המהר"ש יפה שכתב דפלוגתא דרבוותא לא אמרינן אוקי ארעא בחזקת מרא קמא, אלא המחזיק בו ידו על העליונה. חדא שהרי רוב הפוסקים חולקים עליו וכמו שהביא הרב החבי"ב עצמו ז"ל בכנסת הגדולה (שם הגהב"י אות יח), והחולקים עליהם שהביא שם לא נחלקו אלא משום דמספקא להו אי חזקות שלנו דין קרקע יש להן או דין מטלטלין, ברם אי לא הוה האי דמספקא להו והוה פשיטא להו שדין קרקע יש להן כתקנות שהתקינו רבני גאוני עירנו, י"ל ודאי שהיו אומרים דאוקי ארעא בחזקת מרא קמא. עכ"ד.

תשובת
מהר"ר
אברהם
קובו

וביאור דבריו, דכיון דיש צד דהחזקות שלנו בקרקע יש להם דין מטלטלין, אם כן הוה פלוגתא דרבוותא במטלטלין דאין לומר דהוה בחזקת מרא קמא, דהוה ספק בעצם המוחזקות דלא הוה חזקה. משא"כ בכל חזקת קרקע דעלמא יש לומר קרקע בחזקת בעליה עומדת, ולא מהני ביה תפיסה כלל.

¹ אמארליו, והתשובה הכא היא מתמוז התק"ד כמוזכר בריש אמיר בתשובת מהר"א קובו (בסימן י).

² דבכרם שלמה התשובה היא מחודש אדר התע"ט כמוזכר בריש אמיר בתשובת מהר"ם

ובהמשך דבריו (דף כד ע"ב סוף טור ג) מביא רבי אברהם קובו לדברי הרב פני משה (ח"ב סימן צז) הנ"ל דפוסק ג"כ דארעא בחזקת מאריה קמא תיקום, וסמך ע"ד סמיכה בכל כוחו להלכה למעשה. ר"א

וב' תשובות דהני רבוותא דפליגי, הוו כשני כתובים המכחישים זה את זה בנידונם. ויבא הכתוב השלישי ויכריע ביניהם היא תשובת מהר"ם אמאריליו (שם סימן יא) שירד הכרעת מהר"ם אמאריליו להציל ולהכריע בין הני רבוותא וכתב (דף כח ע"א טור א) דהדין דין אמת דסבירא לן דלא כמהרש"ך, ואף שמצאנו לו חבר הוא מה"ר שמואל גאון בספר משפטים ישרים (סימן לז), מ"מ לענין דינא כבר איפשטא הלכתא מרובא דרבוותא ראשונים ואחרונים בענין המחלוקת הקדומה אי יורד ברשת יש לו חזקה לדון, דאין לו חזקה מתרי טעמי, חדא כיון דהריב"ש העיד בשם האחרונים דהסכימו דלית ליה חזקה והלכה ככתראי. גם את השני, דלו יהיה מחלוקת שקול בין האחרונים, הסכימו ז"ל דבכה"ג אוקי ארעא בחזקת מרא קמא. ודלא כמהרשד"ם ז"ל דכל האחרונים דחו דבריו ואזלינן בתר רובא, והגם שהרב עדות ביעקב ז"ל (הוא מה"ר יעקב די בוטון בסימן נז) כתב והוכיח, דהמחזיק הוא המוחזק, אין להביא ראיה ממנו, דהמעייין שם בתשובתו יראה דלא סמך רק ע"ז בתשובתו, ועוד לו יהיה כן סברת הרב עדות ביעקב מוחלטת, כיון דחזינן לרובא דרבוותא דפליגי עלה הוה ליה כאותה שאמרו האחרונים ז"ל, דהיכא דבהא פליגי אזלינן בתר רובא. כל שכן שהרב עדות ביעקב בסימן קמה כתב בפשיטות, דבפלוגתא דרבוותא בהווא דיורד ברשות אוקי ארעא בחזקת מרא קמא. עכ"ד.

ג) עוד כתב שם מהר"ם אמאריליו (דף כח ע"ב טור ג), דממה שכתב הכנה"ג (חור"מ סימן קמ הגה"ט אות יד) דברי המהר"ש יפה דבפלוגתא דרבוותא לא אמרינן קרקע בחזקת מרא קמא קאי, אלא המחזיק ידו על העליונה עכ"ד, נראה דאין להביא משם לא סיעתא ולא תיובתא, דהרי הדברים שתומים, ואין תשובת הרב הנזכר בידינו לראות הדברים אהיכא קאי, דהיאך יתכן לומר דמהר"ש יפה יכחיש מושכל ראשון דכתבו כל הפוסקים בכה"ג דנידון דידן דאוקי ארעא בחזקת מרא קמא, גם האחרונים בהסכמה עלו כן, והיאך הרב כנה"ג הוה מייטי דבריו כסתם משנה כאילו אין חולק עליו, מאחר שהוא בעצמו לא כתב כן בכנסת הגדולה (חור"מ בסימן קנ הגה"ט אות יב ואות כא), אלא ודאי דלא בכה"ג דנידון דידן קאי. אלא מיירי דומיא דנידון הרשב"א ז"ל דמייטי שם הרב כנה"ג ז"ל (חור"מ סימן קמ הגה"ט אות יב), דהיכא דלוקח ירד בדין לדברי כולם, ואח"כ נפל ביניהם ספק באיזה תנאי, דלדעת קצת רבוותא הדין עם הלוקח, ולדעת קצת הדין עם המוכר, בכה"ג כתב מהר"ש יפה ז"ל דלא אמרינן אוקי ארעא בחזקת מאריה קמא, כיון דמשמכר המוכר כבר יצא

(סימן קטז). ושוב ראיתי דמהר"ם אמאריליו (שם בסימן יא דף כט ע"א סוף טור א) העיר לו על זה. ע"ש.

ר"א ולא זכר ש"ר המסכים דהרב פני משה גופיה הדר תבריה לגזויה בתשובה אחרת שחזר בו מן האמור, וכבר עמדנו על זה לעיל בס"ד

הקרקע מרשותו ונכנס ברשות הלוקח. ומשום הכי אמר מהר"ש יפה דבשכירות אמרינן אוקי ארעא בחזקת מרא קמא, כיון דלדברי כולם הקרקע מהמשכיר הוא והספק הוא בשכירות, וכאשר דימיתו כן ראיתי אח"כ שכ"כ בכנה"ג בשיירי (מהדורא בתרא חו"מ סימן קם אות ה) ע"ש. עכ"ד.

הרי לנו שנוקט לסברא פשוטה דבעלמא בכל ספק בקרקע, אוקי ארעא בחזקת מאריה קמא.^{ריב}

ד) וממשיך מהר"ם אמאריליו וכותב, דיש לנו להסתפק מי הוא המוחזק, שהרב פרח מטה אהרן (שם) כתב דהיכא דאיכא פלוגתא אהא גופא מי הוא המוחזק וכיוצ"ב אזלינן בתר רובא. עכ"ד. ומהר"ם אמאריליו העיר ע"ז (שם דף כט ע"ב טור ג) דאמנן יש לומר דהיינו דוקא כשאין שום אחד מהם מוחזק יותר מחבירו, אבל כשהוא מוחזק וקאי בתוך הבית שב ואל תעשה עדיף.^{ריג} ונפקא מינה לנידון דידן דבעל החצר הגדולה לא מצי לסתום המעבר לפי טעם זה, דאין הראשון מוחזק יותר מחבירו. וצריך לראות רוב הפוסקים למי מסייעים. ואם באנו למחלוקת מי הוא המוחזק בהא קחזינן דרוב הפוסקים סוברים דמרא קמא הוא המוחזק. עכ"ד. ומה"ר אברהם קובו (בסימן יב בדף לב ע"ב טור ג) כותב ע"ז וז"ל, אמר הצעיר גם אני אבא אחריו כיאודה ועוד לקרא ואומר דהן אמת דהדין דין אמת דבהא ודאי אזלינן בתר רובא וכמ"ש הכנה"ג (חו"מ סימן קנג הגה"ט אות כא) ובשיירי כנה"ג (סימן קנו הגהב"י אות חי) וכן נמי בכללי הקי"ל (אות מ), ומכל מקום הא קחזינן לרוב הפוסקים דסוברים דמרא קמא הוא המוחזק דמלבד אותם שהביא הרב פני משה זאת ועוד זו למ"ש הכנה"ג שם, שכן כתב הרב בני משה (בסימן לט)^{ריז} וכן כתב הרב בעל נחלה ליהושע ז"ל (בסימן לא) יע"ש. וודאי דזכה ראובן לדין כיון שהוא מארי קמא כמ"ש מהר"ם אמאריליו. עכ"ד.

עוד מדברי מהר"ם אמאריליו

דארעא היכא קאי קאי. ועוד כתב (שם דף ל ע"ב טור ג) דביחוד שמהרה"ש כתב שכן נעשה מעשה רב מי יוכל לחלוק. עכ"ד. והוא דעת הרב פני משה עצמו (בח"א סימן סו). וכ"כ הרב פרח מטה אהרן (ח"א סימן כו דף סו ע"ב טור ג). ע"ש.

^{ריג} והנה זאת הסברא דכשהאחד מוחזק יותר מחברו, לא אזלינן בתר רוב דעות אלא שב ואל תעשה עדיף הובאה לעיל (סימן צו) בשם מהר"ש פלורנטיין שיישב תמיהת מהר"ם אמאריליו. ע"ש. וכאן נראה דסבר וקיבל תשובתו הנ"ל. ומיהדר קא הדר ביה. ומצאתי בשו"ת חקקי לב (סימן טו"ב דף פח ע"א טור ב) שכתב כן בדעת פוסקים רבים. ע"ש.

^{ריז} נראה שכונתו לרבי משה שלטון, ושם דן אודות עניני היזק ראייה. ולא מצאתי היכן כתב כן. ואולי הוא מחבר אחר.

^{ריב} ומ"מ לדינא בנידונו כתב מהר"ם אמאריליו (שם בדף כט ע"א טור ב) דאע"ג דרוב הפוסקים לא סבירא להו דקרקע היכא דקאי קאי, מ"מ כיון דאנן בעינן להוציא המחזיק מחזקתו שב ואל תעשה עדיף.

עוד ראיתי שבדברי קדשו של מהר"ם אמאריליו (שם דף ל ע"א טור ב) כתוב לאמר, דהגם שמהר"ש הלוי (בסימן נד) כתב, דאין לחוש לסברת הרשב"ם דארעא היכא דקאי קאי, לע"ד נראה דאין לסמוך ע"ה, כיון דמהרה"ש רבו חולק עליו. ואין ספק דאילו היה רואה דברי רבו היה חוזר בו. וכמ"ש הוא עצמו (בסוף סימן נב) דכיון ששמע שרבו הרב לא מסכים עימו כתב הוא ז"ל, גם אני מה שכתבתי יהיה להלכה ולא למעשה. וכבר הוכיח רבו מהרה"ש דנקטינן כפירוש הרשב"ם, ולו יהיה מחלוקת הלא בנידונו הקרקע בחזקת בעליה עומדת, וכל שכן שיש לנו לומר

המשר דברי מהר"ם אמאריליו

ה) ושוב מהר"ם אמאריליו (סימן יג) חוזר וניעור בדברו אליו. והביא (בדף לד ע"א טור ב) פסק מהר"ם אמאריליו את מחלוקת הפוסקים ביורד ברשות אי יש לו חזקה, ושכסוף ספר עזרת הנשים (דף נד ע"א) מייתי רובא דרבוותא דסברי דיש לו חזקה. וכתב וז"ל, אלא דאנן בדידן כתבינן דאי מצרפינן לכת הקודמים דסוברים דיורד ברשות אין לו חזקה, עם רבני האחרונים המסכימים דאין לו חזקה או מעיקר הדין או מטעם דאוקי ארעא בחזקת מאריה קמא נראה דיותר יהיו המסכימים דאין לו חזקה ואוקי ארעא בחזקת המחזיק שבנידון דידן הוא הבעל הבית. עכ"ד.¹⁰⁷ ועיין בסימן יד מ"ש ע"ז מהר"א קובו בשלישית.

והנה אחר הדברים האלו שמענו ראינו, דהני תרי צנתרי דדהבא מוהר"ר שמואל פלורנטיין, ומהר"ר אברהם קובו, מסכימים בעיקר הסברא והדין דקרקע בחזקת בעליה עומדת. וגם מהר"ם אמריאליו, מודה ואומר, דאם באנו למחלוקת מי הוא המוחזק בהא קחזינן דרוב הפוסקים סוברים דמרא קמא הוא המוחזק. וכל שכן באופן שיש לצרף עוד פוסקים בעיקרא דדינא הסוברים כן. וכמשנ"ת.

סימן קלח

מסקנת הרב שער אשר בתפיסה בקרקע בפלוגתא דרבוותא

א) נתנה ראש ונשובה לדברי הרב שער אשר (בסימן כ שם), שגם הוא כתב להעיר על דברי הרב לחם רב שכתב (סימן קנד) דקרקע היכא דקאי קאי, דמלבד דשם בסימן קנד לא החליט המאמר ומר הוא דאמר שאין הדבר כ"כ ברור בעיניו, עוד בה דקא סתר אהלו בכמה תשובות אחרות כמו שיוכל הרואה לראות שם (בסימן קל, וקמב, וקסג, וקצ) וא"כ סמי חדא מקמיה ארבע. עכ"ד. וכבר עמדנו ע"ז לעיל (סימן קכ אות ד, וקא אות א וקלח אות א) שכבר קדמו ואזלו רבותינו בהערה זו.

עוד כתב להעיר הרב שער אשר (שם) וז"ל, גם הרב פני משה בח"א (סימן טו) שנמשך אחר תשובת לחם רב אחד, הרואה יראה שלא היה לרב ישיבה אחת בעולם דבח"ב (סימן צז) כתב להיפך, דמרא קמא הוא המוחזק כדעת רוב הפוסקים, ואמנם אי משום הא לא אריא דתשובתו שבח"ב קדמא ואזלא ועדיין לא יצא טבעו של ספר לחם רב בעולם, משא"כ בח"א שהיא האחרונה שראה תשובת לחם רב ונמשך אחריו, אמטו להכי איכא למימר דאולי הדר מר משמעתיה וכו'. עכ"ד. וכבר עמדנו לזה לעיל בס"ד (סימן טו אות א). ע"ש.

¹⁰⁷ ובודרך פסקו זו לצרף דעות הפוסקים מכמה מחלוקות, דרך בקסת'ו מהר"א גטניו בשו"ת אגורה באהליך והו"ד לעיל (סימן צא אות א). ע"ש.

דעת הרב
שער אשר
בתפיסה
בקרקה

ב והנה שאר התשובה של הרב שער אשר בסימן כ לא נמצאה וחבל על דאבדין, ומ"מ נראה דהרב שער אשר לא חש לכל הני רבוותא דסבירא להו דארעא בחזקת מאריה קמא, ודעתו כאז כן עתה, דארעא היכא דקאי קאי אלא שכתב לכל הני רבוותא בדרך פלפול ולימוד דהגם שרבו כל האחרונים הנזכרים, אכתי מצי למימר קי"ל דארעא היכא דקאי תיקום, כדמוכח למדייק מדבריו שם. וכן נראה מתשובתו העיקרית בזה (ח"ב סימן כו עמוד קיז והוזכרה לעיל), דלא חש להני רבוותא דסבירא להו דארעא בחזקת מארי קמא קאי, שמשיים וכותב, דמאחר עלות חבל נביאים והמבואה דרבנן בתראי דעבדי עובדא הכי, מאן חשיב להוציא הקרקע מתחת ידו של התופס ולעבור אדרבנן ומוריא לא יעלה על ראשו, ובודאי דכך יפה לנו וכך היא חובתנו למיזל אבתריהו ותחת כפות רגליהם נלך, ואנן בדידן הכי דיינינן ועבדינן עובדא בכל יומא. עכ"ד. וע"ע שם בהמשך התשובה (עמוד קיח) שחזור על הראשונות, וקול קרי בחיל דהן רבים עתה הסוברים דמהני תפיסה גם לאחר שנולד הספק. וגם כי פליגי בתפיסה עצמה דמטלטלין, רבו האומרים דשפיר מצי למימר קי"ל כמ"ד דמהני התפיסה. וכן קבעוה לפסק הלכה כל רבני האחרונים והכי עבדינן ומורינן בבית מדרשא כוליה יומא. עכ"ד.

וקושטא דמילתא דבזה אזיל לשיטתו שכתב דבכל ספק בתפיסה הוא תפיסה, ומחשיב גם תפיסת הקרקע תפיסה, אך לכל הני רבוותא שהזכרנו לעיל (סימן צא בהערה) דסבירא להו דבספק בתפיסה במטלטלין לא הוא תפיסה, כל שכן בקרקע דלא הוה תפיסה. ואם כן לדידן שוב הוי מחלוקת בתפיסה עצמה בין במטלטלין ובין בקרקע.

סימן קלט

פרק נגמר הדין

א עוד רגע אדבר, דמצאתי בס"ד לחבל אחרונים הסוברים דלא מהני תפיסה בקרקע, וכ"נ מדברי להרב זכור לאברהם אלקלעי (ח"ב חושן משפט אות ת ערך תפיסה דף פז ע"א) וכ"כ בספר קנין גוף וקנין פירות להגאון רבי נתן עמרם [הרב הראשי לאלכסנדריה לפני כמאתיים שנה] (חור"מ חלק ב מערכת הת' ערך תפיסה אות יא ואות טז ואות מב ואות נו) דלא מהני תפיסה בקרקע, וקרקע בחזקת בעליה עומדת. ע"כ. וכ"כ בספר מאזניים למשפט קאלישר (דיני תפיסה סימן ז סעיף ב, וסימן ט סעיף ה), ע"ש. וע"ע במ"ש הרב משחא דרבנותא אלפסי (חור"מ סימן רמא סעיף ג). ואכמ"ל.

עוד
אחרונים
הסוברים
דלא מהניא
תפיסה
בקרקה

ובכל הני מילי סגר עלינו המדובר, דחזינו ראינו דרבנן קדישי די בכל אתר אתר ואתר, איש לדרכו פנה וכל אחד קרי ועני דרובא דרבוותא סבירא ליה כוותי. ואם נאמר בואו חשבון, בואו ונחשב חשבוננו של עולם בכל הדברים האמורים בדין זה, נמצא שכת

הסוברים דלא מהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא בקרקע, וארעא בחזקת מרא קמא קאי^{טז}
 רבו כמו רבו על הני רבנן דפליגי וסברי דמהני ביה תפיסה.^{יז}

בחזקת מרא קמא
 כו. הרב חקרי לב (סתר משנתו)
 כז. בנו הרב אורח משפט
 כח. הרב משנה למלך
 כט. הרב מעשה חייא
 ל. רבי אברהם פלאג'^י
 לא. הרב חסדי דוד פארדו
 לב. מרן השו"ע
 לג. הרב פאת נגב
 לד. הרב באר מים חיים
 לה. הרב תורת חסד וכתב דכל האחרונים סוברים
 דמרא קמא הוא המוחזק
 לו. הרב כרם שלמה (שנוי במחלוקת)
 לז. מהר"ש פלורנטיין
 לח. סמ"ג
 לט. ספר התרומה
 מ. ברכי יוסף
 מא. הרב ברכות המים
 מב. הרב יו"ט ישראל
 מג. הרדב"ז
 מד. הרב נחל יצחק
 מה. הרב נהר מצרים
 מז. הרב יביע אומר
 מז. הרב זכור לאברהם אלקלעי
 מח. הרב קנין פירות
 מט. הרב מאזניים למשפט
 ועוד חזי לאיצטרופי כמאה פוסקים שהבאנו לעיל
 בס"ד, הסוברים דכל ספק בתפיסה במטלטלין לא
 מהני תפיסה וכל שכן בקרקע.
 י"ז ואלה שמות הגיבורים גיבורי האר"ש הלוחמים
 במלחמת התורה הסוברים דמהני תפיסה
 בקרקע בפלוגתא דרבוותא:

טז וכתב הבא נבא לחשבון לדברי הפוסקים חכמי
 האר"ש, שפסקו או שנראה מדבריהם,
 דארעא בחזקת מרא קמא קאי ולא מהני תפיסה
 בקרקע בפלוגתא דרבוותא ואלקטם כאשר יעלה אחת
 הנה ואחת הנה מכל דברי הסימנים האמורים:
 א. ר"י
 ב. הרא"ש (שנוי במחלוקת)
 ג. רי"ן
 ד. הרא"ה
 ה. הגה"מ
 ו. מהריב"ל (סתר משנתו)
 ז. מהר"א ששון (בספיקא דדינא ובפלוגתא דרבוותא
 פוסק כרשב"ם)
 ח. מהרשד"ם
 ט. מהרש"ך
 י. פני משה (בח"ב סתר משנתו)
 יא. מהר"ם אמאריליו וכתב דרובא דרבוותא הכי
 סבירא ליה (שנוי במחלוקת)
 יב. מהר"א די בוטון בלחם רב (ברוב תשובותיו)
 יג. ר' אברהם גאטניו
 יד. רבי אלעזר הלוי
 טו. רבי אליקים גאטניו בשו"ת אגורה באהליך
 טז. מהרי"ט
 יז. מהר"ש חיון
 יח. מהר"א מוטל (סתר משנתו)
 יט. כנה"ג
 כ. מהר"ם די בוטון
 כא. עצמות יוסף
 כב. מהר"ם נבנישתי גאטניו
 כג. מהר"ם פרישקו
 כד. מהר"י באסן
 כה. הרב מטה אשר וכתב דרוב הפוסקים ס"ל דקרקע

ב ונראה בס"ד למסקנא דדינא בכל זה, דכיון דיש מהפוסקים שפסקו דבספק בתפיסה בקרקע לא אזלינן בתר רובא דרבוותא, אלא הלוקח היכא דקאי קאי, ויש אומרים בהיפך דקרקע בחזקת בעליה עומדת, ויש אומרים דיש לילך אחרי רוב הפוסקים בכל עניין ועניין לגופו. ה"ן הכרעה שלישית מכרעת במקצת, והיינו דהיכא דאיכא רוב פוסקים הסוברים בעיקרא דדינא דארעא בחזקת מאריה קמא קאי בודאי דפסקינן הכי הלכתא, דכיון דאית לן 'תרי רובי', היינו רובא בעיקרא דדינא, ורובא דרבוותא דעלמא דס"ל הכי, פשיטא שיש לנו ללכת אחריהם.

אולם היכא שיש לנו רוב פוסקים בעיקרא דדינא הסוברים דארעא היכא דקאי קאי, בזה אכתי מידי ספק לא יצאנו, דהלא כנגד רוב זה עומדים ג"כ 'תרי רובי' דעלמא רוב הפוסקים הסוברים דבכל תפיסה בקרקע לא מהני תפיסה, יחד עם רוב הפוסקים הסוברים שאפילו במטלטלין לא מהני תפיסה, וכל שכן בקרקע. ובייחוד דהוכחנו בס"ד דתנא גבן הוא רבנו השו"ע נמי סבירא ליה הכי, ועל כן בכהאי גוונא ראוי לבא אל הפשרה הקרובה לדין.

ג וממוצא הדברים אתה למד, שגם בספק בתפיסה במטלטלין, היכא דאיכא רובא בעיקרא דדינא הסוברים דאין החפץ של התופס [וכמו נידון דידן בחזקת הס"ת],

א. הרשב"ם	יח. הרב כרם שלמה (שנוי במחלוקת)
ב. הרמב"ן	יט. הרב מעיל שמואל
ג. הרא"ש (שנוי במחלוקת)	כ. הרב ראש משביר
ד. רבינו מאיר רבו של הרא"ש	כא. הרב זרע אברהם
ה. מהריק"ו	כב. הרב מטה שמעון
ו. הרב פני משה (בחלק א סתר משנתו)	כג. הרב משאת משה
ז. הר"ש יפה	כד. רבי יצחק רפאל מקושטא
ח. מהר"ח שבתאי	כה. מהר"ש קימחי
ט. מהר"ם בנו	כו. הרב אשדות הפסגה
י. מהר"ש אמארליו (שנוי במחלוקת)	כז. הרב לחם שלמה בולה
יא. בנו מהר"ם (שנוי במחלוקת)	כח. הרב זרע יעקב
יב. מהר"ש פלורנטין (שנוי במחלוקת)	כט. הרב משחא דרבנותא
יג. הרב עדות ביהוסף	ל. הרב שמחת יאודה
יד. הרב פרח מטה אהרן	לא. הרב שפת היים
טו. מהר"י כולי	לב. קונטרס הספיקות
טז. הנתיבות המשפט	לג. הרב שער אשר קובו
יז. מהר"ם שלטון	לד. הרב נוכח השלחן

פשיטא דלא מהני ביה תפיסה, כיון דאית לן נמי 'תרי רובי' - היינו רובא בעיקרא דדינא, ורובא דהפוסקים בעלמא דבכל ספק בתפיסה לא מהני תפיסה. אולם היכא דאיכא רובא בעיקרא דדינא דסברי דהוא של התופס, בזה ג"כ מידי ספק לא יצאנו, שכן קמה וגם ניצבה כנגד זה רובא דרבוותא הסוברים דספק בתפיסה לא הוה תפיסה, ועימהם גם דעת מרן השו"ע וכמשנ"ת. ועל כן ראוי לעשות גם בזה פשרה, ויבצעו תמימים והיה ה' עם השופט להביא אותם אל הפשרה הקרובה לדין.^{ר"ח}

בין בקרקע ובין במטלטלין דלא הוה תפיסה אין מזניחין אותו.

^{ר"ח} ומיהו לדידן בני ספרד הבוחר לנהוג בזה כדעת מרן וכמו שהתבאר, דבכל ספק בתפיסה