

Baba Basra Sources 59

רבי עקיבא איגר מסכת כתובות דף כ עמוד א

אוקי תרי להדי תרי כו' מידי דהוי אנכסי דבר שטיא. תמיה לי דלאיזה ענין מביא ראייה מבר שטיא וכי עדיין לא ידענו דמספק לא מפקי' ממונא והרי פרכינן בפשיטות ומגבי' ביה כבשטרא מעליא ואמאי תרי ותרי נינהו הרי דמפשט פשיטא ליה דבתרי ותרי אין גובין, ואי דהראיה על הא דמקרקע לא קרעינן והיינו דאם תפס מהני ומביא ראייה מבר שטיא דמהני תפיסה, הא באמת בבר שטיא לא מהני תפיסה ונהי דהטעם דבקרקה ל"ש תפיסה אבל במטלטלין מהני עכ"פ ליכא ראייה משם על תפיסה דמהני, וזהו תמיה עצומה לכאורה. ואף דנראה דרש"י ד"ה ואוקי ממונא נזהר מזה. ודקדק לפרש ואם קרקע היא תעמוד בחזקת המוכר ועל זה קאי הראייה מנכסי דבר שטיא. אבל מ"מ אין זה תעלה דהא זה ל"ש להאוקימתא דאין נאמנים דאוקי תרי להדי תרי ואוקי ממונא בחזקת מריה דזה פשוט דבספק אין מוציאין ממוחזק ובקרקה מי מקרי מוחזק זה אינו שייכות להאוקימתא, וזה ענין ודין בפני עצמו בקרקע מי מקרי מוחזק. וי"ל למה דמבואר ביבמות (דף לא) דההיא דבר שטיא הטעם דתרי ותרי ספיקא דרבנן ומדאורייתא בכל תרי ותרי מוקמי אחזקה מש"ה מוקמי הקרקע בחזקת מרא קמא אבל למ"ד תו"ת ספיקא דאורייתא דתרי ותרי מסלקין לכל החזקות ה"נ לא מוקמי הקרקע בחמ"ק, והנה בפשוטו היה נראה כיון דאסתלק חזקת מ"ק מוקמי הקרקע ביד המוחזק דא"א להוציא מהמוחזק, אבל בכדי ליישב קו' הנ"ל י"ל דלמ"ד תו"ת ספיקא דאורייתא מסלקין לכל החזקות ואפי' חזקת מוחזק ולא אלים חזקת המוחזק כלל במקום תו"ת והדין דיחלוקו, ולזה בתחלה פרכי' ומגבי' ביה כבשטרא מעליא היינו דמגבי' ביה כולא הא תו"ת נינהו, דעכ"פ אין גובה כולו, ור"נ הו"מ לשנוייה באמת לא מגבי' ביה כולו אלא יחלוקו אבל ר"נ ס"ל לקושטא דמלתא דבתו"ת אין מגבי' כלל דקיימי' חזקת ממון דתרי ותרי ס' דרבנן ועל זה מביא ראייה מבר שטיא דבתו"ת לא מסלקין החזקות.

תקפו כהן סימן ו

ועוד נראה בעיני לחלק בין ספק בכור לתיקו, דבשלמא בספק בכור לא תלי בסברא כלל ואי אפשר בשום פנים בעולם לומר שהוא בכור ודאי, ואפ"ל יהיו כל החכמים שבעולם לפנינו לא יוכלו לומר שהוא בכור ודאי לכך מוציאין מידו. מה שאין כן בתיקו דתלי בסברא ואלו היו חכמי הש"ס לפנינו והיו אומרים שהדין כן היינו שומעים להם, רק שמפני שהעלו בתיקו אין אנו רשאים לחלוק על דבריהם ולפסוק דין ברור מה שנשאר אצלם בספק, ואפילו הסברא שלנו נוטה לפסוק דין ברור אין אנו רשאים לחלוק על דבריהם, א"כ כל שתפס יכול הוא לומר לאידך אייתי את ראייה להוציא, כי אמינא הסברא אמת כמו שאני סובר. ואפשר שלכך סתמו מתחלה חכמי הש"ס דבריהם והעלו בתיקו, לומר שמסופק להם הענין כדי שאם יתפוס האחר אין מוציאין מידו, משא"כ בספק הנולד בבכור מצד עצמו. וכה"ג מחלק הרשב"א להדיא במשמרת הבית דף ס"ו עמוד א (בית ג' ש"ב) ע"ש.

(ואין להקשות דהא בש"ס פ"ק דמציעא מייתי ראייה מספק בכור לשאר ספק, דמייתי ראייה מכח כ"ש למאי דהוה ס"ד אספק בכור אין מוציאין א"כ כ"ש בשאר ספק וק"ל).

וחלוק זה מוכרח לדעת הסמ"ג, שהרי גם הוא פסק בעשין ע' דף קמ"ו ריש ע"ב גבי מזיק ממון חבירו בדבר שאין דרכו להניחו בכלי, ובעיא זו לא איפשטא הלכך אם תפס אין מוציאין אותו מידו עכ"ל. וכן כתב אח"כ שם גבי מסור בריש עמוד ג', אם תפס הנמסר אין מוציאין מידו כו' שהרי בפרק הכונס בעי אמימר אם עשו תקנת נגזל במסור וסלקא בתיקו כו'. וכ"כ עוד בעשין פ"ב דף קנ"ז ע"ג גבי הקנה השדה (לאחר) [לאחד] ומטלטלין לאחר כו' וז"ל, ואם תפסן האחר אחר שקנה חבירו הקרקע אין מוציאין מידו שהרי בעיא היא שם ולא איפשטא עכ"ל, וכ"כ עוד שם בעשין פ"ב דף קס"ג ע"ב. ובעשין צ"ה דף קפ"ג ע"ג כתב דבספק בכור מוציאין מידו. ואי אפשר לומר לדעתו החלוקה הראשון שכתבתי בסמוך סי' ה', שהרי הוא למד כן מספק בכור לשאר ספק ממון, וגם הביא דברי רש"י גבי תרי ותרי וכמו שהבאתי לשון הסמ"ג למעלה סי' ב', אלא ודאי צריך לתרץ כמו שכתבתי עתה, דיש חילוק בין ספק בכור דלא תלי בסברא כלל משא"כ בתיקו. וכן מוכרח בהגהות מיימוני לפי מ"ש לקמן סי' י"ד דס"ל בתיקו מהני תפיסה, ובספ"ט מהלכות טוען (הי"ב) כתב כהסמ"ג בעשין צ"ה וכמ"ש לעיל סי' ב', אלא ודאי כמו שכתבתי.

וכן מוכרח בדברי הסמ"ג גופיה מיניה וביה בעשין ע' גבי מסור דיש לחלק בכך, שכתב וז"ל, אם תפס הנמסר אין מוציאין אותו מידו אלא נשבע בנק"ח וזכה במה שתפס, ואם לא תפס אין מוציאין מיד המוסר אלא בראיה ברורה, שהרי בפרק הכונס (דף ס"ב ע"א) בעי אמימר אם עשו תקנת נגזל במסור לישיבע וליטול אם לא ונשאר בתיקו, ושון ר"ח ור"ח משה ורש"י שכמו דתיקו דאיסורא לחומרא מכל וכל כך תיקו דממונא לקולא מכל וכל, ולא כדברי רב האי גאון שפירש יחלוקו, ועוד שאין הלכה כסומכוס, ועוד כי אף סומכוס אינו אומר דבריו כי אם בספק שראוי להסתפק כי ההיא דשור שנגח את הפרה ונמצא עובר בצדה ואינו ידוע אם קודם שנגח ילדה או לאחר שנגח ילדה שאף לבעלי דינין הדבר בספק

עכ"ל. הרי להדיא דרוצה לחלק דאפילו אי הוי קי"ל כסומכוס ל"ד לתיקו, והיינו ע"כ מטעם שכתבתי דגבי תיקו יוכל הבעל דבר לומר אין הדבר ספק אצלי אלא הסברא נוטה לי בבירור שהדין עמי. וכה"ג ממש מחלקין התוס' פרק חזקת הבתים דף ל"ב ע"ב ד"ה והלכתא בין ספק דתרי ותרי ובין ספיקא דדינא ע"ש. ועוד אוכיח לקמן בסימן (ל"ד) [י"ד] ובסי' צ"ו מדעת רשב"ם והרמ"ה לחלק בכך. ואפשר שמטעם זה ג"כ לא כתבו מהרמ"א ומהר"מ יפה ובית חדש בחושן משפט בשום מקום דקי"ל בתיקו לא מהני תפיסה כמו שכתבו ביו"ד גבי ספק בכור דקי"ל הלכה דמוציאין מידו, וכמו שהבאתי דבריהם למעלה סימן ה'.

קונטרס הספיקות כלל ד אות ד

ד ולדעתי העניה מצאתי טעם אחר לחלק ביניהן, והוא על פי מה שהעלו האחרונים ז"ל דבספיקא דדינא באיסורי לא אמרינן אוקמה אחזקה קמייטא, משום דבשביל חזקה קמייטא לא נפשטה הבעיא, ולא שייך חזקה קמייטא אלא בספק במציאות דוקא. וכבר כתבתי למעלה בכלל ב' [סעיף א'] משמיה דהרמב"ן דכתב דמשום הכי בספק דתרי ותרי מהני תפיסה, משום דכל תרי ותרי ספיקא דאורייתא, ואפילו באיסורי לא מוקמינן בכה"ג אחזקה קמייטא, ושם העליתי דכו"ע מודי ליה בהאי מילתא, דכל ספק דבאיסורי לא הוי מוקמינן על חזקה קמייטא, בממונא בכה"ג מהני תפיסה, ולפי"ז יש לנו טעם נכון דבספק בכור דהוא ספק דמציאות ובכה"ג באיסורי מוקמינן אחזקה קמייטא, גם בממונא לא מהני תפיסה לאפוקי מחזקת מרא קמא, מה שאין כן בתיקו ובעיא דלא איפשטא, דבאיסורי בכה"ג לא מהני חזקה קמייטא, בממונא שפיר מהני תפיסה ולא מהני חזקת מרא קמא דאיך לאפוקי מיניה דהתופס. וזהו נראה בעיני בטעמייהו דהתוס' בחזקת הבתים [ל"ב ע"ב ד"ה והלכתא] וז"ל, והלכתא כרבה בארעא, רבינו שמואל פירש דמספקא לן כמאן הלכתא, וצריך לדחוק ולחלק בין ספיקא דתרי ותרי לספיקא דדינא, דהא דלא אוקמא בחזקת מרא קמא כמו בנכסי דבר שטיא דאמרינן [כתובות כ' ע"א] אוקי תרי בהדי תרי ואוקי נכסי בחזקת בר שטיא, התם הוי תרי ותרי כמאן דליתנהו דמי ואוקי ארעא בחזקת מרא קמא, אבל הכא דמספקא לן דינא כמאן, לא שייך כולי האי למימר אוקי אחזקת מרא קמא ונוציא מיד המוחזק, ע"כ. וביאור דבריהם, לפי דבפרק ד' אחים [יבמות ל"א ע"א] אסיק הש"ס דתרי ותרי ספיקא דרבנן ומדאורייתא מוקמינן גם בכה"ג אחזקה קמייטא, ומוכיח כן מבר שטיא דזבין נכסיה כמו שהבאתי בכלל ב' [סעיף א'], אלמא דאי הוי ספיקא דאורייתא, אפילו בקרקע הוי מוקמינן לה בחזקת המוחזק עכשיו ולא בחזקת מרא קמא, והטעם כיון דליכא חזקת מרא קמא אין במה להוציא מהמוחזק ואפילו היא מקרקעי, והלכך גם בספיקא דדינא אי נימא דלא שייך בה אוקי אחזקת מרא קמא אין מוציאין מיד המוחזק בה. והנה הרב ז"ל בסי' ו' מביא דברי התוס' הללו והשיא אותן לכונה אחרת, באמרו משום דבספיקא דדינא מצי למימר שהסברא הזאת אמת כמו שאומר, וזה כטעם השני שהבאתי בשמו [סעיף ג']. ותמה אני, דאפילו לשיטתו זה לא מהני אלא במטלטלי, דשם מהני תפיסה בטוען ברי ומצי למימר דכל התופס בתיקו כטוען ברי הוא, אבל במקרקעי דאפילו טוען ברי להדיא לא מהני, ובנכסי דבר שטיא אפילו בשטוען הלוקח ברי דכשהוא חלים זבין מפקינן מיניה, וכ"ש בתיקו שאינו טוען ברי ממש אלא סברא נוטה, והאי דרבה מקרקעי היא, ומה שפירשתי בדבריהם הוא ברור.

מהרש"א [חדושי הלכות] מסכת בבא מציעא דף ק עמוד א

בד"ה הא מני כו' כדאשכחן בריש שור שנגח כו' עכ"ל כתב בס' חכמת שלמה תימה מה ראייה מביא מהתם דמהני חזקת ממון כו' אבל הכא דאיכא חזקת מרא קמא דעדיף כו' עכ"ל והאריך בקושיא ובתירוצים ע"ש אולי איזה תלמיד כ"כ שהם דברים תמוהין דמה שייך חזקת מרא קמא היכי שהשני מוחזק ממש בממון ולא אמרו חזקת מרא קמא אלא כי הכא שאין א' מהם מוחזק כגון בעומדת באגם ובסימטא דאמרי' הכא לרבנן דאית להו בעלמא דחזקת ממון מהני אית לן למימר דה"נ מהני חזקת מרא קמא להעמיד הממון בחזקתו והוה ליה כאילו הוא מוחזק ממש בממון וכן הוא לשון התוס' בפרק חזקת הבתים בד"ה ומ"ש מהא דתנן המחליף כו' דעד כאן ל"פ עליה התם בהשואל אלא משום דאזלינן בתר חזקת ממון ומוקמינן בחזקת מרא קמא כו' ובפ' בית כור בד"ה ארעת' תרתי כו' כתבו וז"ל כדאשכחן גבי מוכר שור לחבירו ונמצא נגחן דאזלינן בתר מוחזק בעמות עתה אף על פי שתחילה היו של לוקח ולא אמר בחזקת בעלים הראשונים קיימא כו' ע"ש וכן מוכח בכמה דוכתין דלא שייך חזקת מרא קמא היכי שהשני מוחזק ממש בממון גם מה שהקשה ממה שפירשו התוספות לעיל שאם טוען הלוקח שמא לא מהני חזקת ממון אף על פי שלפי האמת יש לו חזקת מעוברת כו' אין כאן קושיא כלל דהתם ליכא חזקת ממון כלל גבי שמא כמו שהוכיחו מההיא דגודרות מה שאין כן בהך דריש שור שנגח דאיכא חזקת ממון לבעל הפרה ושפיר מהני עם חזקת מעוברת אפי' לסומכוס והא דמיינת התוספות מהך דשור שנגח אינו ראייה לשמעתין אלא שהוא מלתא באנפי נפשיה להקשות עלה מהך דשאלה היום ושכרה למחר דלא מהני חזקה וכך היא הקושיא בפרק שור שנגח בתוס' ע"ש וגם אם כתבו לעיל בהנך בבוא דלא זו אף זו קתני מכח הך קושיא חזרו כאן דצ"ל דיחלוקו לא קאי אשאלה היום כו' גם לפי טעותו לא ידעתי ליישב לפי רשב"ם מה שהקשו התוס' מהך דפרה שנגחה השור כו' אהך דשאלה היום כו' ולא ראייתי בשום מקום שיהיה ר"י חולק על פי' רשב"ם בסברא זו שכתב לפי דרכו ואין להאריך בדחוקיו ותו לא מידי ודו"ק:

חדושי הריטב"א מסכת בבא בתרא דף לב עמוד ב

הוא ערבא וכו' והא שטרא. פי' שטר החוב עם שטר התקבלתי, דאילו בשטר החוב אינו גובה כלום שהרי אינו מדבר אלא בין המלוה והלוה.

כי האי גונא. פי' רוצה היה לדעת אם יאמר כדבריו, א"נ משום דהכא אינו שקר כל כך כמו זיוף, והראשון יותר נכון ששטר פרוע שטורף ממנו לקוחות שלא כדין, שקר ועולה הוא לשהותו כדאיתא בפרק שני דכתובות (י"ט ב'). מחמת שייפי וסומקי אכתי איתיה לשעבודא דשטרא. פי' ונקט שייפי וסומקי משום דנפקי על ידי הדחק, ואומר רבינו נר"ו דה"ה שנתן לו מעות צרורין בארנקי דלאו פרעון הוא עד שיתיר וימנה וכמשכון בעלמא הם.

עליות דרבינו יונה מסכת בבא בתרא דף לב עמוד ב

ומסתברא לי דדוקא בשטר אמנה. אבל בשטר זייפא דציורי צייריה, אף על פי שכיון החתימות עד שיהו מתקיימות, לא מחזקין לי' לארעא בידיה מחמת ההוא שטרא, כיון שלא הגיע השטר לידו מיד בעל הקרקע, דדוקא היכא דכתובה בעל הקרקע להאי שטרא להאי, ויהביה בידיה דקאי, דהוא (ניכר) [ניהו] דאחזקיה בההוא ארעא, אבל ע"י ציור לא חשבינן לי' מוחזק. תדע, דמפליגין בכי האי טעמא בעובדא דההוא ערבא, דא"ל ללוה הב לי מאה זוזי דפרעתי למלוה עליוך כו', איסתפק רב אידי בר אבין אי אמר' בה מגו אפי' לאפוקי ממונא, אף על גב דרב אידי בר אבין גופיה פסק כר"י בזוזי, משום דדלמא טפי הו"ל מוחזק אהאי שטרא, כיון דלוה שבקי' להאי שטרא ניהליה מחמת שחזר ולוה ממנו, והוא ניהו דאחזקיה ע"י שטר זה בחיוב הממון, אלא דאב"י פשיט לי' דמ"מ אפוקי ממונא בזוזי. ורב האי גאון ז"ל, כתב בעובדא דההוא ערבא מאי תבעי לי' והא איהו דאמר הלכתא כותי' דר"י בזוזי. הא חזוק גדול הוא למאי דאמר' דשטרא זייפא דההיא מעשה קמייתא לאו שטרא זייפא הוא. ורב אלפסי ז"ל כתב, דבשטר דציורי ציירי מודה רבה דחספא בעלמא הוא, [ולא אמרי' בי' מה לי לשקר והא ודאי אף על גב דנתקיים בחותמיו קאמר הרב דמודה רבה דחספא בעלמא הוא] שאם לא נתקיים הרי לא שייך בי' מה לי לשקר, דכי אמר שטרא מעליא הוא לא הי' נאמן כיון שאין זה מודה בו וכל זה סיוע למ"ש.

רא"ש מסכת בבא בתרא פרק ג סימן יז

יז וצ"ל דרבה בר שרשום סבירא ליה כרב הונא בריה דרב יהושע דמפרש בשילהי מכילתין טעמא דאין נזקקין לנכסי יתומים משום צררי ואיהו קים ליה בגויה דלית ליה צררי הלכך מצי למיפרע מהם דאי סבר כרב פפא דאמר משום פריעת בעל חוב מצוה ויתמי לאו בני מיעבד מצוה ניהו. היאך היה רוצה לעכב הקרקע בידו אפילו יהא אמת כדבריו כיון שאין מחויבין לפרוע חובת אביהן נמצא גוזל היתומים וכדבר הונא נמי פסקין לקמן. מיגו דאי בעינא אמרי לקוחה היא בידי פירש רשב"ם דמהימניא בלא שבועה דאין נשבעין על הקרקעות. וקשה נהי דאין נשבעין שבועה דאורייתא מדרבנן מיהא נשבעין. כמו שמדקדק רב האי גאון מההיא דכתובות (דף פז ב) אהא דפוגמת כתובתה ועד אחד מעידה שהיא פרועה דאין נפרעת אלא בשבועה סבר רמי בר חמא שבועה דאורייתא אמר רבא שתי תשובות בדבר. חדא דכל הנשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין. ועוד דאין נשבעין על כפירת שיעבוד קרקעות הלכך ליתא להך שבועה אלא מדרבנן. ועוד דמסתמא על חזקת קרקעות נשבעין כמו שנשבעין על חזקת מטלטלין כדאמר בשבועות (דף מ ב) אהא דאמר מנה לי בידך וכו' ואמר רב נחמן עלה דמשביעין אותו שבועת היסת וכמו שתקנו שבועה על כפירת מטלטלין ה"ה על כפירת קרקעות דלא מסתבר לחלק שאני מטלטלין דשייך בהן שבועה דאורייתא במודה מקצת הלכך הבא מחמת חזקה צריך שבועה נהי דחזקה במקום שטר עומדת היינו לענין זה שאין מוציאין הקרקע מתחת ידו משום דלא מצי לאיזדהורי בשטרו לעולם ושבועה מיהא בעי. וא"ת א"כ מאי אהני לרבה בר שרשום טענה זו מה לי שבועה זו מה לי שבועה דהבא ליפרע מן היתומים. וי"ל דלא מצרכין שבועת היסת אלא היכא דטעין טענת ברי והכא ליכא טענת ברי שאין ודאי ליתומים שקרקע זו אינה לקוחה בידו א"נ רבה בר שרשום ה"ק אי מהדרנא ליתמי ואמתין מליפרע עד שיהו גדולים ואפרע מהן בשטר שיש לי על אביהן הא אמור רבנן הבא ליפרע וכו' ולא ארויח בהמתנה זו ליפטר מן השבועה הלכך טוב לי לכבוש שטר המשכנתא ואגבה ממוני מהן לאלתר ובשבועה ממה שאמתין עד שיגדלו וגם אז לא אוכל לגבות מהן אלא בשבועה. אבל אי לאו דאמור רבנן הבא ליפרע וכו' היה מחזיר להן הקרקע והיה גובה מהן בשטרו בלא שבועה לכשיגדלו ותירוץ זה נוח לי מן הראשון דכל דמצי אבוהון למיטען ולהשביע טענין ליתמי^י ומשבעין אפילו בשמא. כי קא אמינא נמי אית ליה זוזי יתירא בהדייהו מהימנינא^א משמע [אפילו] לפי תירוץ הראשון שגם לאחר שיאכל הפירות צריך לפטור עצמו במיגו דאי בעי אמר לקוחה היא בידי ואלמלא מטעם המיגו היה נשבע גם לאחר שאכל הפירות ואף על פי ששטר בידו:

תוספות רי"ד מסכת בבא בתרא דף לג עמוד א

(יא) הא אמור רבנן הבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה נרא' לי דלא הו"ל לרבה בר שרשא שטרא על הני זוזי דאי הוה לי' שטרא הוה משתבע בקושטא ושקיל. ולא הוה עביד כולי האי אלא מלוה ע"פ. הו"ל עילוי' דלא הוי מצי לאפוקי מנייהו דחיישי' דילמא פרעיה אבוהון וכיון דאלו הוה אבוהון קיים והוה טעין פרעתיך הוה נאמן דקי"ל המלוה

את חבירו בעדים א"צ לפורעו בעדים השתא דמית ב"ד טוענין בעבור היתומים כל מה שהיה יכול אבוהון למיטען והאי דמייתי לא יפרע אלא בשבועה שהיא מלוה בשטר משום דמינה ילפינן דכל מה דהוה מצי אבוהון למיטען טוענין בית דין בעבור היתומים. ובמלוה בשטר אי טעין ואמר פרעתיך דינא הוא דמשתבע מלוה דלא פרעי' ושקיל. ואי לא טעין לא טענינן לי' כדאמר ר"פ בשבועות. אבל גבי יתמי ב"ד טוענין בעבורם כל מה שהי' אבוהון יכול למיטען ומשבעי' לי' וה"ה למלוה ע"פ ב"ד טוענין בעבורם דילמא פרעי' אבוהון ופטר' להו לגמרי:

(יב) וכי גדלי יתמי תא ואישתעי דינא בהדיהו. כתב ר' שמואל זצוק"ל. ואי נמי מלוה ע"פ הוא כי גדלי יתמי וישתעי דינא בהדיהו וישבע ויטול. כדאמר ר"פ בשמעתא בתרייתא דמכילתין. הילכת' מלוה ע"פ גובה מן היורשין. והנ"מ שיש עדים שהלוהו ונשבע שלא פרעו ויטול. ואינו נראה לי דלא פסק רב פפא דגובה מן היורשין אלא היכא דליכא למיחש לפרעון. כגון שהודה. או דשמת' ומית בשמת' או שלא השלים זמנו ליפרע דלא עביד אינש דפרע בגו זימני':

עלויות דרבינו יונה מסכת בבא בתרא דף לג עמוד א

היתה שדה ממושכנת בידו מאביהן של יתומים, ואין עדים בדבר, ואכלה ג"ש בחיי אביהן, וכלו שני המשכונה, והיה לו חוב אחר על אביהן של יתומים, ואכל פירות השדה עד שנפרע בהן מאותו החוב, ואח"כ החזיר השדה ליתומים, וגלה את הדברים, ואמר, אחר שכלה ימי המשכונה אכלתי פירות השדה כנגד (מ)החוב¹⁷⁶ שהיה לי על אביהן של יתומים [על פה], ולפי שאין נזקקין לנכסי יתומים קטנים עשיתי כך, אף על פי שיש עדים על אכילת הפירות, נאמן, מתוך שהיה יכול לומר לקוחה היא בידי, שהרי אכלה ג"ש בחיי האב. ואין היתומים משביעין אותו שבועת היסת, לפי שאין יודעין אם היה אביהן חייב לו ואם לאו. אין משביעים שבועת היסת אלא בטענת בריא. ועוד, שהרי משיב אבידה הוא, שמחזיר את הקרקע ליתומים והיה יכול לטעון עליו לקוח היא בידי, והמשיב אבידה לא ישבע.

ר"י מיגאש מסכת בבא בתרא דף לב עמוד ב

רבא בר שרשם וכו' עד אשתעי דינא בתרייהו. רבא בר שרשם לא אכלה בחיי אבוהון דיתמי שני חזקה דאילו אכלה בחיי אבוהון שני חזקה הוה יכול למיטען לקוחה היא בידי אלא האי דאכלה שני חזקה לאחר דמית אבוהון הוא דאכלה ומשום הכי דאיכא עלה קלא דארעא דיתמי היא לא קיימא עליהו חזקה דהא אין מחזיקין בנכסי קטן דכיון דהוה ידע דקטן לאו בר מחאה הוא איבעי ליה לאזדהורי בשטריה והיינו דקאמר ליה לקוחה היא בידי לא מצית אמרת דהא נפק עלה קלא דארעא דיתמי הוא וחזקה לא קיימא לך עלה דהא לא אחזיקת בחיי אבוהון אלא לבתר דמית אבוהון הוא דאחזיקת בה ואין מחזיקין בנכסי קטן הילכך זיל אהדרה לארעא ליתמי ולכי גדלי אשתעי דינא בהדיהו אבל השתא לית לאשתעי דינא בהדיהו דהא אמרי' (ערכין דף כ"ב ע"א) אין נזקקין לנכסי יתומים אלא אם כן היתה ריבית אוכלת בהן. והאי דקאמר ליה לקוחה היא בידי לא מצית אמרת דהא נפק עלה קלא דארעא דיתמי הוא. משום דאי לא נפיק עלה קלא דארעא דיתמי הוא אלא רבא בר שרשם הוא דקא מודי דיתמי הוא לא הוה אמרינן בכי הא לקוחה היא בידי לא מצית אמרת דכי אמרינן אין מחזיקין בנכסי קטן הני מילי היכא דידיעא דהאי ארעא דאבוהון דיתמי הוא וקא טעין איהו דזבנה אבל היכא דלא ידיעא דארעא דיתמי היא אלא איהו הוא דקא מודה דארעא דאבוהון הוה וקא טעין דזבנתה מיניה אמרינן בהא מיגו דאי בעי אמר דהאי ארעא דידי הוא ולא דאבוהון דיתמי הוה מעולם מהימן כי אמר נמי השתא דהאי ארעא דאבוהון דיתמי הוה דזבנתה מיניה מהימן ואף על גב דלא אכלה שני חזקה בחיי אבוהון משום דהפה שאסר הוא הפה שהתיר.

חדושי הרמב"ן מסכת בבא בתרא דף לג עמוד א

אמור רבנן הבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה. ובדין דהוה ליה למימר אמור רבנן אין נזקקין לנכסי יתומים קטנים, אלא שהוא רוצה היה להמתין עד שיגדילו ובלבד שלא ישביעוהו. ואיכא דקשיא ליה כי אמר לקוחה היא בידי הא מחוייב לישבע היסת דשבועה דרבנן נשבעין ואפי' על הקרקעות כדאמרינן (כתובות פ"ז ב') גבי הפוגמת כתובתה וכדכתבו הגאונים, ולאו קושיא היא, דהא אין היתומים טוענין אותו בבריא ואין נשבעין על השמא היסת, הא בבריא נשבע אף על פי שהחזיק, וכן כתב הרב רבי יוסף הלוי ז"ל בפרק לא יחפור והרב רבי משה הספרדי תלמידו ז"ל הסכים על ידו. ואיכא מאן דאמר אפילו טענו בריא נמי פטור דכיון דאכלה שני חזקה כמאן דנקיט שטרא דמי, ובתשובה לגאון שדרו ממתיתבתא לכך נקראת חזקה שהיא כשמה ולא מחייב שבועה וכן דעת הר"ר שמואל ז"ל. ותמהני למה ליה לרבה בר שרשו למיעבד הכי, בששלמו ימי משכנתיה ליתי לבי דינא ולימא לה למילתא בצורתה ויתבע את היתומים בחובו קודם שיחזירנה לידם, ונאמן עד כדי דמי הקרקע מגו דאי בעי אמר זבינתה, כדינא דעיזי דלקמן (ל"ו א'), ודהוה גברא דחבל סכינא דאשכבתא (ב"מ קט"ז א') ולא בעי לאשתבועי כיון דאיכא מגו. ונראה משום דיתמי קטנים נינהו וכי אמר משכנתא היא גבאי ושליו ימי משכנתי מפקינא לה מיניה, ולא מזדקקין לפרוע חובו עד שיגדילו ולכשיגדילו ליכא מיגו, ולא מהימן ההיא שעתא במגו דמצי אמר כשהם קטנים לקוחה היא בידי, דהאידינא לא מצי למימר ב[ה] הכי ואינו נאמן במה שהוא אומר עכשיו זוזי יתירי אית לי גבי אבוהון. וא"ת הרי כשבא לבית דין כשהם קטנים אמר

דזוזי יתירי אית ליה גביה וההיא שעתא איכא מגו, נהי דאיכא מגו כיון שהן קטנים אין נזקקין לטענותיו, לא יהא אלא שיביא עדים כלום מקבלין אותן שלא בפני בעל דין, אבל לדעת מקצת הגאונים ז"ל שאומרים שהמלוה על המשכון אין לו אלא בשבועה חמורה אף על פי שהוא נאמן במגו אין אתה צריך לטעם שאמרנו. וא"ת לדבריהם מאי אהני ליה לרבה בר שרשו כי אכל דהא אף על גב דאיכא מגו שבועה בעי, לא תקשי לך שלא אמרו כן אלא במוציא מיד חברו כגון המוציא משכון מתחת ידו ואומר כך וכך יש לי עליו, שכיון שאין טענתו על גופו של משכון והוא נוטל מחברו נשבע ונוטל כדין המכיר כליו וספריו ביד אחר (ב"ק קי"ד ב'), שאע"פ שיש לומר בה מגו נשבע ונוטל, אבל הכא אם קדם ואכל מה שאכל אכל, שכל דיני מגו כך הן שאם יתבעוהו היתומים יאמר להם אין לכם בידי כלום, אבל אין אותו הדין ברור אצלנו ויש לנו עליו תשובות, ובמסכת שבועות (מ"ה ב') נשא ונתן בו וצורנו יצילנו מכל חטא ושגיאה.

ונראה מדברי הר"ר יהוסף הלוי ז"ל שמפרש לה בדרך אחרת, ואומר שרבה בר שרשו מודה היה ליתומים שהקרקע שלהם וכבר שלמו ימי המשכונה, אלא כך אמר אם אחזור להם הקרקע ואתבע אותם לגבות בין מזו בין משאר נכסים כדין בעל חוב בעינא אשתבועי, לפיכך לא אתבע אותם אלא אחזיק בקרקע והם אינן יכולין להוציא מידי שאני נאמן בדין מגו, ואף על פי שהם קטנים כיון שאין אנו נזקקין למכור כלום מנכסיהם ולא מוציאין מידם אלא מה שהוא ברשותי ואני נאמן עליו לומר שהוא שלי אינן יכולין להוציא ממני, ואמר ליה אביי לקוחה היא בידי לא מצית אמרת הילכך על כרחך תחזיר הקרקע שבחזקת היתומים הוא, ומחמת ראית שטרך יש לך לתבעם ואינן נזקקין לעמוד עמך בדין עד שיגדילו דחיישין לצררי אי נמי לשובר כיון דליכא מגו דתפיסה אלא ראייה דשטרא.

אמר ליה לקוחה היא בידי לא מצית אמרת. פירש ר"ח ז"ל דכיון דאיכא עליה קלא דארעא דלאו דיליה קא אכיל הוה ליה לאזדהורי בשטריה דמחאה גופה משום קלא הוא והכא כיון דאיכא קלא כמחאה דמיא, וכך פירשה הרב רבי שמואל ז"ל, ויש אומרים דהוה אתו סהדי ומסהדי דארעא במשכנתא אתא לידיה ומשום הנהו סהדי הוא דנפק קלא שלא חזר ולקוחה וכל כי האי גונא כיון שיש עדים שירד ברשות שוב אין לו חזקה כדמוכח בפירקין (ל"ט ב' נ' ב' עיין שם בדברי רבינו). ואחרים אמרו דלאו לדינא אתא לקמיה דאביי ולא דינא קאמר ליה אלא עצה טובה קמ"ל דגברא רבה הוא ולא מיבעי ליה למעבד הכי. ולדברי ר"ח ז"ל צריך שיהא קלא דלא פסיק והוחזק בבית דין שכל קול שלא הוחזק בבית דין אינו קול כדמפורש בדוכתיה (גיטין פ"ט ב').

ולי נראה דהכי קאמר ליה לקוחה היא בידי לא מצית אמרת דבעית לאיתויי סהדי שהחזקת בה בחיי אבוהון ואין מקבלין עדים שלא בפני בעל דין כיון דאיכא קלא [דארעא] דיתמי היא, כדאמרינן בפרק הגוזל (ק"ב א') גבי בר חמוה דרבי ירמיה דטרק גלי באפיה דרבי ירמיה. כלומר שהיה רבי ירמיה דר בבית והתינוק נכנס שם ונעל בפניו, ואמרינן שלו הוא תובע כיון דקיימא בחזקה דאבוה כלומר שהיו הבתים ידועין ומוחזקין לאביו וזה צריך לעדי חזקה, וכאן נמי כיון דאיכא עלה קלא דארעא דיתמי היא כלומר שהכל יודעין שהיא של אביהן, [נ"א: ב"ד] או אפטרופוס שלהן תובעין, ורבה בר שרשו צריך עדי חזקה מעתה ואין מקבלין עדים שלא בפני בעל דין, ואי ליכא קלא בהכי אפילו באין יתומים לתבוע בעדים דשל אבותן או במקח אין כח ביד היתומים להוציא מידו כדאתמר התם בתינוק שתקף בעבדיו וכו', הילכך מיחייב לאהדורה ניהלייהו וכי גדלי יתמי אי אית ליה עידי חזקה מהימן בדין מגו.

וכי גדלי יתמי זיל אשתעי דינא בהדיהו. ששטר היה לו. ומה שאמר הרב רבי שמואל ז"ל דאפילו מלוה על פה גובה, לא אמר כלום הואיל וליכא מגו, שאין חזקתו מועלת לו לפי שאין מלוה על פה נגבית מן היורשין אלא בשחייב מודה או שמתוה ומית בשמתיה או בתוך זמן כדריש לקיש, ואלו הוה הכי לא הוה אמר אמור רבנן הבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה.

חדושי הרשב"א מסכת בבא בתרא דף לג עמוד א

הא אמור רבנן הבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה, איכא למידק דעדיפא מינה הו"ל למימר דאמור רבנן אין נזקקין לנכסי יתומים קטנים ואפי' בשבועה נמי לא גבי דהא קטנים ניהו וכדמשמע מדאמר ליה אביי זיל אהדרה וכי גדלי יתמי אישתעי דינא בהדיהו, וי"ל דכל עצמו לא היה חושש על ההמתנה אלא על השבועה, ואיכא למידק אי משום שבועה כי אכיל לה נמי הא לא איפטר ליה מידי שבועה במגו דלקוחה היא בידי, דהא אי תבעי ליה יתמי שבועה בעי דלקוחה היא בידו דאע"ג דאין נשבעין על הקרקעות ה"מ דאוריתא אבל היסת נשבעין וכן דעת כל הגאונים ז"ל וכן כתב הרב אלפסי ז"ל ומוכחי לה מפוגמת כתובתה, וי"ל דשאני הכא דאין היתומים יכולין לתבוע בבריא ואין נשבעין היסת על טענת שמא, וי"מ עוד דכל שיש לו חזקה אינו נשבע, וכן כתב גאון ז"ל דחזקה כשמה, וא"ת עוד למה ליה לרבא דאכיל להו והדר אמר יבא לב"ד ויאמר כן מעתה ויהא נאמן מגו דאי בעי אמר לקוחה היא בידי, יש מפרשים דאלו אמר כן מעיקרא לא היה נאמן ליטול בלא שבועה דכיון שהוא אינו תובע שום דבר בגופו של קרקע אלא שהוא בא ליטול מעות אין לך תופש נוטל בלא שבועה שכל הנוטלין נשבעין, וכן הורו הגאונים ז"ל בטוען על המשכון וכן כתב הראב"ד ז"ל, אלא שיש בזה קושיא בשמעתא קמיייתא דכל הנשבעין גבי אומן אומר שתיים קצצת לי וכמו שכתבתי בפירקין בשמעתא דאומן, ויש מפרשים דכיון דיתומים קטנים ניהו א"א לו ליפרע עכשו וכיון שכן אלו אמר כן מעיקרא מפקינן לה לארעא מיניה ולכי גדלי יתמי ומשתעי דינא בהדיהו הא אזל ליה מגו:

א"ל לקוחה היא בידי לא מצית אמרת דהא נפק עלה קלא דארעא דיתמי היא, פר"ח ז"ל עיקר מחאה אמאי היא כי היכי דנשמע לוקח ומזדהר בשטריה הכא כיון דידעת דאית עלך קלא דארעא דיתמי קא אכלת כמחאה דמי ויאמרו לך ב"ד איבעי לך למיזדהר בשטרא דזביני, וי"מ פי' לפירושו של ר"ח ז"ל כגון שיצא קול זה קודם שהחזיק שלש שנים הא לאו הכי לא עדיף קול ממחאה ממש, ועוד דוקא בדאתחזק קלא בבי דינא הא לאו הכי לא דכל קלא דלא אתחזק בבי דינא לאו קלא הוא כדאיתא בשילהי פ' בתרא דגיטין (פ"ט ב'), ולי נראה שאינו צריך דאיתחזק בבי דינא דהא לאו מדינא אתיין לה אלא משום דעביד איניש לאיזדהורי בשטרא ולא עביד קא אתי' לה והילכך בכל כי האי נמי עביד איניש לאזדהורי בשטריה דלא ניחא ליה לאיניש דלקרויה איניש גזלנא, והראב"ד ז"ל פי' דלאו למימרא דאי טעין לקוחה היא בידי לא מהימן דודאי אי טעין מהימן דלא מבטלין חזקה משום קלא אלא לא מצית אמרת דכסיפא לך מילתא קאמר: ויש מפרשים דהא נפק עלה קלא דארעא דיתמי היא דמעיקרא בתורת משכונא אתא לידך וכל דידיעא מילתא דמעיקרא בתורת משכונא אתא לידך תו לא מצית אמרת חזרתי ולקחתי משום דהו"ל כאיכא עדים וראה דאמרי' לקמן (מ"ו א') בשמעתא דאומן דאפי' אחר דלאו אומן לא מהימן, ומיהו דין זה נחלקו עליו רבוותא ז"ל ל שהרב בעל העיטור ז"ל כתב משם הרב אבן מגש ז"ל שהעיד משם רבו הרב אלפסי ז"ל שיש לו חזקה ויכול לומר חזרתי ולקחתי, וכן העיד הרב בעל העיטור ז"ל שהשיב לו ר"ת ז"ל כל שלא נודע שיש עדיין שטר משכונה ידוע, שבתוך זמן המשכונה ודאי לכו"ע אינו יכול לומר חזרתי ולקחתי, והיינו דאמר רבא בר שרשום אכבשה לשטר משכונתא, ואמרי' נמי לקמן (ל"ה ב') במשכונתא דסורא אי כביש לשטר משכונתא ואמר לקוחה היא בידי הכי נמי דמהימן, ומסייעי לה להאי סברא מדתנן (מ"ב א') אריס אין לו חזקה ואוקימנא באריסי בתי אבות הא אריס דעלמא יש לו חזקה ואף על גב דלא ירד מאריסותו, שאילו ירד אפי' אריס בתי אבות יש לו חזקה כדתניא לקמן, וקשה לי קצת על ראייה זו דהא דאמרי' דאריס אין לו חזקה היינו אפי' נחת לכולה, ואף על גב דמעיקרא לפלגא והשתא לכולה וכדאקשינן עלה אריס אין לו חזקה אמאי מעיקרא לפלגא והשתא לכולה ומשום הא איצטרך לאוקומה באריסי בתי אבות שדרכן להכניס לבתיהן כל הפירות ואח"כ מוציאין על יד על יד לבעל הבית, ובכי הא ודאי באריס דעלמא לעולם יש לו חזקה, אי נחית לכולה אית ליה חזקה בכולה ואי נחית לפלגא אית ליה להעמיד ראייתם דהא דתנן אריס אין לו חזקה אין לו חזקה כלל קאמר ומדאוקימנא באריסי בתי אבות כלומר שהן אריסין ידועין לכל ימיהן ולא אוקימנא בכל אריס ובחלק אריסותו כלומר שאין לו חזקה כלל ואפי' באותו פלגא דהוא אוכל, אלמא משמע דאריס דעלמא לעולם יש לו חזקה, אי נחית לכולה אית ליה חזקה בכולה ואי נחית לפלגא אית ליה חזקה לפלגא דמצי אמר חזרתי ולקחתי כיון שאינו ידוע לכמה שנים ירד לאותה אריסות, דאי לא איבעי ליה למחויי, והא דאמרי' דבדאיכא עדים וראה אפי' אחר אינו נאמן מסתברא לי דהתם דוקא במטלטלין ובחזקה דלאלתר דתפיסתו אינה ראייה דהא איכא עדי פקדון אבל בקרקע דבחזקת שלש כל חזקת שלש ראייה היא דאי לא איבעי ליה למחויי, והא דאמר רבא התם אי דאיכא עדים וראה אחר אמאי מהימן אמטלטלין בלחוד קאמר ולא אעבדים, דעבדים כיון דחזקתן שלש שנים ואין דרך הבעלים להניחן כ"כ ביד נפקד אפי' איכא עדים וראה נאמן לומר חזרתי ולקחתי, אבל אומן לעולם לא שדרכן להניחו הרבה אצל האומן ללמדו אומנות, וכבר כתבתי יותר מזה בבבא מציעא בפ' המקבל גבי עובדא דמלוה אומר חמש ולוה אומר שלש בס"ד:

זיל אהדרה ניהלייהו וכי גדלי יתמי תא ואישתעי דינא בהדייהו, תמיהא לי דהא משמע דיתמי לא נחתי השתא לדינא בהדי רבא בר שרשום אלא אביי הוא דבעא מיניה אימא לי גופא דעובדא משום קלא דנפיק עליה, דאם איתא הו"ל למימר אתו יתמי ותבעי ליה א"נ אתא אפטרופא דיתמי וקא תבע ליה אתו לקמיה דאביי, אלא ודאי משמע כדאמרן, וכיון שכן מאי קאמר ליה זיל אהדרה נישבקייה דניכול והדר ניהדרה ניהלייהו, ומהימן במאי דאכיל ואפי' בלא מגו דהא יתמי לית להו עליה במאי דתפיס שום טענת ברי ואיהו נמי דקא אתי לה בטענת מגו ואפי' לבתר דאכיל, אמאי הא בלאו הכי נמי נאמן במאי דאכיל ופטור משבועה כדאמרן, וי"ל דאי לאו מגו וארעא מדינא הדרא פירי נמי בטענת בריא אתו עליה יתמי משום דמימר אמרי ליה את פירי דארעא דידן קא אכלת, ואף על גב דאמרי' לקמן אמר רב זביד אי טעין ואמר לפירות ירדתי נאמן אלא דכי טעין מרי ארעא בברי דלא הורידו אית ליה עליה שבועת היסת כדן טוען על חברו מנה והוא כופר בו ויתמי לא מצו טענו עלי' בברי, אפ"ה כיון דאינהו טעני בברי פירי דארעא דידן אכלת טענת ברי היא זו, דאי לא תימא הכי לא שבקת חיי לכל יורש כל אחד ואחד יטול מתוך ביתו ויאמר אביך מכרו לי או זוזי הוו לי עליה ואינהו לא ידעי, אלא ודאי כדאמרן, כנ"ל:

ולכי גדלי יתמי אשתעי דינא בהדייהו, פר"ש ז"ל ותשבע ותטול ואפי' במלוה על פה וכדקיי"ל דמלוה על פה גובה מן היורשין, ואגב חורפיה דמרנא לא עיין בה דעל כרחין הא מלוה בשטר היתה דאי במלוה ע"פ אי מיית אבוהון בגו זמניה אפי' בלא שבועה שקיל כדאמרי' לעיל בריש מכלתין גבי הקובע זמן לחבירו והלכתא כריש לקיש ואפי' מיתמי ואף על גב דאמר מר הבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה חזקה לא עביד איניש דפרע בגו זמניה, ואם תאמר דרבא בר שרשום ס"ל כאביי דאמר עביד איניש דפרע בגו זמניה כ"ש שהוספת דאי כותיה ס"ל אפי' בשבועה נמי לא שקיל, ואביי גופיה היכי הוה א"ל לך גדלי אשתעי דינא בהדייהו ותשבע ותטול, ולדידן נמי אי עבר זמניה לא שקיל כלל דטענין להו ליתמי מאי דמצי טעין אבוהון דהא אי בעי אמר פרעתי שהרי אפי' בשטר כ"ש קיי"ל (ע' ב') דאינו גובה אלא מחצה

דמלוה אבל מחצה דפקדון לא משום דטענין להו דילמא נאנס ואף על גב דשטרא בידא דמפקיד, כ"ש בהאי דעל פה הוא, והא דאמר' מלוה ע"פ גובה מן היורשין היינו בדמית בגו זימניה א"נ כשחייב מודה או מית בשמתיה וכיוצא בו, ולאפקי מלקוחות דאפי' בכי האי גוונא לא גבי מינייהו ודבר ברור הוא, אלא הכא מלוה בשטר היתה, וכן פ"ח ז"ל:

יד רמ"ה מסכת בבא בתרא דף לב עמוד ב

(נא) רבא בר שרשום הוה איכא עליה קלא דהוה ארעא דיתמי. נ"א נפק עליה קלא דקא אכיל ארעא דיתמי אתא לקמיה דאביי. א"ל אימא לי איזי גופה דעובדא היכי הוה. אמר ליה האי ארעא במשכנתא הוה נקיטנא לה מאבוהון דיתמי, והוה אית לי זוזי אחריני גביה בשטרא ואכלתה שני משכנתא. ואמינא אי מהדרנא לה לארעא ליתמי ואמינא דזוזי אחריני אית לי גבי אבוהון, הא אמור רבנן הבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה. אלא אכבשיה לשטר משכנתא ואוכלה שיעור זוזאי, דמגו דאי בעינא אמינא לקוחה היא בידי מהימנא, [כי אמינא דזוזי יתירי אית לי גביה מהימנא]. אמר ליה אביי לקוחה היא בידי לא מצית אמרת, דהא נפק עלה קלא דארעא דיתמי היא. אלא השתא אהדרה נהליהו ולכי גדלי יתמי תא אשתעי דינא בהדיהו.

האי מעשה איכא לאוקומיה, בין בדאכלה לארעא שני חזקה בחיי אבוהון, בין לאחר מיתת אבוהון, בין דלא אכלה שני חזקה כלל. דאי אכלה שני חזקה בחיי אבוהון אף על גב דאיכא סהדי דהאי ארעא דאבוהון דיתמי הוה, אי לאו דנפק עליה השתא קלא דארעא דיתמי היא הוה מצי רבה בר שרשום למימר לקוחה היא בידי, דהא אכלה שני חזקה בחיי אבוהון. ואי משום דקטנים ניהו ואין מקבלין עדים שלא בפני בעל דין. הני מילי היכא דקימא ארעא בידא דקטן, אבל היכא דלא קימא בידיה כי היכי דמקבלין מיניה סהדי דהוה קימא ארעא בחזקה דאבוהו, מקבלין נמי עדי חזקה עליוה. והוא הדין לשאר עדויות דמפקי לה מחזקתיה. ודיקא נמי ממעשה דבר חמוה דר' ירמיה דטרק גאלי באפי דרבי ירמיה דמיפרש בהגוזל [בתרא] (קמא) (ב"ק דף ק"ב ע"א) דשמעת מינה דאי לאו דטרק גאלי באפי דרבי ירמיה הוה מקבלין להו לעידי חזקה מיניה דר' ירמיה. אלא כיון דנפק עלה קלא השתא דארעא דיתמי היא כמאן דקימא השתא בידא דיתמי דמי. ואף על גב דמייתי האיך עידי חזקה לא מקבלין להו, דאין מקבלין עדים שלא בפני בעל דין. וכל שכן היכא דלית להו ליתמי ראייה אחרית כלל, דמהני להו קלא לאוקומה בחזקתיהו כדברירנא לעיל (אות לח ד"ה אנפא). דכל היכא דמיקריא האי ארעא דפלניא היא ומקריא בשמיהא כמאן דקימא ארעא בחזקתיה קאי, ומוקמינן לה בידיה עד דמייתי האי ראייה בעידי חזקה או בשאר אנפי ראיות. הכא נמי כיון דנפק עלה השתא קלא דארעא דיתמי היא ולא נפק עלה קלא מעיקרא דארעא דאיניש מעלמא היא, מוכחא מילתא דמעיקרא נמי בשמא דאבוהון הוה מיקריא. דאי לא הכי לא הוה נפיק עליה דרבה בר שרשום קלא דארעא דיתמי קא אכיל. ואף על גב דכי נפק קלא, לבתר חזקה דרבה בר שרשום הוה דנפק. כיון דמקמי דליתו עידי חזקה הוה דנפק, ארעא בחזקת יתמי קימא ואין מקבלין עדים שלא בפני בעל דין. וממאי דביתומים קטנים עסקינן מדאמר ליה אביי לכי גדלי יתמי תא אשתעי דינא בהדיהו, דשמעת מינה דהשתא קטנים הוו. והיינו דאמר ליה אביי לקוחה היא בידי לא מצית אמרת דהא נפק עלה קלא דארעא דיתמי היא ובחזקתיהו קימא, ואין מקבלין עדים שלא בפני בעל דין. אלא השתא אהדרה לארעא נהליהו ולכי גדלי יתמי אשתעי דינא בהדיהו, או תביא עידי חזקה גמורה או תוציא שטר חובר ותשבע ותפרע.

ומשכחת לה נמי כגון דאכלה שני חזקה לאחר מיתת אבוהון, וכגון דליכא ראייה דהאי ארעא דיתמי היא אלא מחמת האי קלא. דאי לאו האי קלא מגו דאי בעי אמר דידי הוה מהימן דהא ליכא עדים דאבוהון דיתמי היא, כי אמר של אביכם היתה ולקחתיה ממנו נאמן, ומגו דיכיל למימר לקוחה יכיל למימר זוזי אחריני אית לי גביה. אלא השתא דנפק עלה קלא דארעא דיתמי היא אהני קלא לאחזוקה בדיתמי כדברירנא לעיל, הלכך אף על גב דמייתי נמי רבה בר שרשום עידי חזקה ולא כלום הוה. חדא דאין מקבלין עדים שלא בפני בעל דין, ועוד דאין מחזיקין בנכסי קטן. והיינו דאמר ליה אביי לקוחה היא בידי לא מצית אמרת דהא נפק עלה קלא דארעא דיתמי היא, וכיון דאיתחזקה לה בארעא דיתמי לא קימא לך חזקה בגוה דאין מחזיקין בנכסי קטן. אלא השתא אהדרה נהליהו, ולכי גדלי יתמי תא אשתעי דינא בהדיהו ותשבע על שטר חובר ותפרע. דאלו השתא אפילו בשבועה נמי לא, דקימא לן אין נזקקין לנכסי יתומים אלא אם כן היתה רבית אוכלת בהן.

אי נמי משכחת לה כגון דלא אכלה שני חזקה כלל. והוא דליכא ראייה דהאי ארעא דאבוהון דיתמי הוא, דאי לאו קלא מגו דאי בעי אמר מעיקרא דידי הוה כי אמר לקוחה היא בידי אי נמי זוזי יתירי אית לי גביה מהימן. השתא דנפק עלה קלא דארעא דיתמי הוה אתחזקא לה בדיתמי ולא מצי למימר לקוחה היא בידי דהא לא אכלה שני חזקה כלל. וכי טעין נמי זוזי אחריני אית לי גביה לא מהימן דהא ליתיה למגו כלל.

והני תלתא אנפי דפרישנא בהאי עובדא כולהו לענין דינא הילכתא ניהו. מיהו פשטיה דעובדא לא משמע אלא כפירושא בתרא. דאי כפירושא קמא אי נמי לפירושא תנינא לא רהיט ליה פשטיה דעובדא שפיר. דאי הוה אתי מכח חזקה לא הוה סגיא דלא לימא ליה רבה בר שרשום לאביי דאכלה שני חזקה. דכולהו הני עובדי דאתי בהו בעל דין מכח חזקה לא סגיא דלא מפריש בהו דאכלתה שני חזקה. ומדלא איכפל רבה בר שרשום לאודועיה לאביי אלא דאכלה שני משכנתא, למימר דשלמי להו שני משכנתא ולא הוה אכיל לה השתא מחמת משכנתא אלא מחמת הנך זוזי יתירי דהוו ליה גביה,

ולא אמר ליה דאכלה שני חזקה. ש"מ דרבה בר שרשום לאו מכח חזקה הוה אתי, אלא מחמת דלא הוה להו ראייה ליתמי דארעא דידהו היא. ובדין הוא דהוה יכול למימר מגו דאי בעינא אמינא דידי היא מהימנא, והאי דנקט לקוחה היא בידי משום דלא מצי אמר דידי הות מעיקרא משום ידיעא מילתא דלא נחית לה אלא משנים מועטות, ואמטול הכי נקט לקוחה היא בידי. ועוד מדלא אצטרך אביי למימר ליה אלא לקוחה היא בידי לא מצית אמרת דהא נפק עלה קלא דארעא דיתמי היא, ש"מ דלאו משום דאין מקבלין עדים שלא בפני בעל דין קאמר ליה ולא משום דאין מחזיקין בנכסי קטן, דא"כ לא הוה סגיא דלא הוה א"ל עיקר טעמא דקא דחי לה לחזקתיה. דאלו טעמא דנפק עלה קלא דארעא דיתמי היא אכתי לאו טעמא הוא, דהא כל תובע נמי אף על גב דאית ליה ראייה דארעא דידהו היא אתיא חזקה דנתבע ומרעא לה לראיה דתובע. ואם איתא דרבה בר שרשום מכח חזקה הוה אתי, לא סגיא דלא הוה מודע ליה אביי דמהאי טעמא מבטיל לה לחזקתיה. ומדלא אמר ליה אלא משום דנפק עלה קלא דארעא דיתמי היא, ש"מ דלאו מכח חזקה הוה אתי אלא מחמת דלא הוה ראייה ליתמי. וכיון דאמר ליה אלא השתא אהדרה ניהליו לאו למימר דלכי גדלי אכתי מצי טעין בגוה, אלא לאיפרועי מינה זוזי, דאלו השתא אפילו לאיפרועי נמי לא כדברירנא. ועוד דקשיא לפירושא תנינא דמוקים לה בדאכלה שני חזקה לאחר מיתת אבוהון היכי דמי. אי הוה סבר רבה בר שרשום דליכא סהדי דארעא דיתמי היא, למה ליה למיתי מכח חזקה בלאו הכי נמי הוה מהימן. ואי הוה סבר דאיכא סהדי דארעא דיתמי היא ובעיקר דינא הוה טעי דלא הוה ידע דאין מחזיקין בנכסי קטן. אמאי איכפל אביי למימר ליה דהא נפק עלה קלא דארעא דיתמי היא, הא איהו נמי אדעתא דהכי הוה נחית והוה סבר דקימא ליה חזקה בנכסי קטן ואדרבה עיקר מילתא דלא הוה ידע הוה ליה למימר ליה, דלימא ליה הכי לקוחה היא בידי לא מצית אמרת דאין מחזיקין בנכסי קטן. אלא מחורתא דהאי עובדא כפירושא בתרא. מיהו ודאי כלהו הני תלתא פירושי לענין דינא הילכתא נינהו.

ושמעין מינה אליבא דהני תרי פירושי בתראי, דמאן דאכיל ארעא ואתי ונפק עליה קלא ארעא דפלניא הוא דקאכיל בקלא דלא פסיק, ואתא ההוא פלניא וקא תבע ליה. מחייבין ליה לנתבע לאיתויי ראייה דדידיה היא בעידי חזקה או בשאר אנפי דראיות. ואי לא מפקינא לה מיניה ומוקמין לה בידא דההוא פלניא דנפק עליה קלא דארעא דידהו היא, דארעא בחזקתיה קימא ולא מפקינן לה מיניה אלא בראיה.

וכי תימא ומנא תימרא דכי אהני קלא למהוי כראיה דארעא דיתמי היא ודילמא למהוי כמחאה. לא ס"ד חדא מדאמר ליה אביי לקוחה היא בידי לא מצית אמרת דהא נפק עלה קלא דארעא דיתמי היא, אלמא כי אהני קלא לברורי דארעא דיתמי היא הוא דאהני. דאי למהוי כמחאה למה ליה לאביי למימר ליה מילתא דאתיא מכלליה דקלא, הוה ליה למימר ליה דהא נפק עלה קלא דארעא דיתמי קאכלת. ועוד אי למהוי כמחאה דאחזיק בה אימתי אי בחיי אבוהון, הא מדקאמרין נפק עלה קלא דקאכיל ארעא דיתמי וקאמר ליה אביי נמי לקוחה היא בידי לא מצית אמרת דהא נפק עלה קלא דארעא דיתמי היא. ש"מ דכי נפק קלא לבתר דנפלי להו נכסי קמי יתמי הוא דנפק. וא"כ כיון דאכלה שני חזקה בחיי אבוהון אפילו תימא נמי דקלא כמחאה דמי, הוה לה מחאה לאחר שני חזקה ולא מהניא ולא מידי. דטפי מתלת שנין לא מזדהר איניש בשטריה, ומצי אמר אי הוה מחית בתוך שלש הוה מזדהרנא בשטראי. ואי דאחזיק בה לאחר מיתת אבוהון היכי דמי אי דאיכא סהדי דהאי ארעא דאבוהון היא, מאי איריא דנפק עלה קלא דארעא דיתמי היא, כי לא נפק עלה קלא נמי לא בעי מחאה דאין מחזיקין בנכסי קטן. אלא לאו דליכא סהדי דאבוהון היא. ולמאי אהני לי האי קלא אי למהוי כמחאה, כיון דליכא ראייה דארעא דיתמי היא כי איכא מחאה נמי מאי הוי. נהי דמהניא מחאה לבטולי חזקה, כי ליכא חזקה נמי כיון דלית להו ליתמי ראייה דדידהו היא אף על גב דלית ליה חזקה לרבה בר שרשום נמי לא מפקינן לה מיניה. אלא על כרחיך כי אהני לן קלא למהוי להו ליתמי ראייה דהאי ארעא דיתמי היא כדברירנא. ודיקא נמי מדשני אביי בגופיה דקלא ונקט מילתא דאתיא מכלליה, דכי נפק קלא דקאכיל ארעא דיתמי הוא דנפק. ואלו אביי לא אמר ליה לרבה בר שרשום אלא דהא נפק עלה קלא דארעא דיתמי היא. ואי למהוי כמחאה לישנא דקלא גופיה הוה ליה למימר דהא נפק עלך קלא דקאכלת ארעא דיתמי דהוא לישנא דשייך טפי במחאה כדאמרין לקמן היכי דמיא מחאה פלניא גזלנא הוא דאכיל לה לארעאי בגזלנותא ולמחר תבענא ליה בדינא הוה מחאה אלא מדשבקינן ללישנא דנפק ביה קלא ונקט מילתא דאתיא מכלליה, ש"מ דלאו למהוי כמחאה הוא דאיצטרך ליה. אלא לברורי דארעא דיתמי היא הוא דאיצטרך ליה, דכל היכא דמית חזקה האי ארעא בשמיה דפלניא בחזקת שהיא שלו ראייה היא כדברירנא בהאי פירקא גבי זה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי. והכא כיון דנפיק עלה קלא דארעא דיתמי היא, איתחזקא לה בדיתמי ומיחייב נתבע לאיתויי ראייה היכי אתיא לידהו כדברירנא לעיל.

ספר העיטור אות מ - מחאה דף מג טור א

וכן רבה בר שרשום נפק עליה קלא דקא אכיל ארעא דיתמי א"ל אביי אימא לי גופא דעובדא היכי הוה אמר ליה ארעא במשכנתא הוה וכו' שמעין מיהא דאף על גב דאתא לידהו במשכנתא וכבשיה לשטר משכנתא ולא ידיעא שטרא בידא דלוקח אית ליה חזקה משום מגו דאי בעי אמר לקוחה היא בידי מעיקרא אי נמי חזרתו ולקחתיו הימנו ורבוותא דילן דמייתו סיעתא מיהא דלית ליה חזקה וסמכינן אפירושא דר"ח דקאמר לקוחה בידי לא מצי אמר דהא איכא עליה קלא ולא מילתא היא דר"ח לא קאמר לקוחה היא לא מצי אמר דהא במשכנתא בא לידך אלא הכי פי' בנוסחא דיליה הא

דחשיבת לקוחה היא בידי דכיון דידיעא מילתא דבמשכנתא אתת לידי לא מצי אמר ליה דהא איכא עלך קלא דאכלת ארעא דיתמי ויתמי לאו בני מחילה נינהו ולא

ספר העיטור אות מ - מחאה דף מג טור ב

איבעי להו למחויי עיקר מחאה אמאי כי היכי דליזדהר בשטרא הכא דידיעת עלך קלא דארעא דיתמי קא אכלת כמחאה דמיא ויאמרו לך ב"ד איבעי לך למיזדהר בשטרא ודין חזקה ליכא הכא והכין לישנא דר"ח וש"מ דלא אמר אלא משום קלא דארעא דיתמי ולישנא דגמרא מוכח דקאמר רבה בר שרשו נפק עליה קלא דאכיל ארעא דיתמי ש"מ משום קלא הוא דלא מצי למימר לקוחה היא בידי וכל היכא דאיכא קלא לא בעי מחאה. אבל ליכא קלא ובהתירא אתא לידיה אי כבשיה לשטר משכנתא מצי למימר לקוחה הוה בידי מעיקרא ואי ידיע מילתא בסהדי מצי טעין חזרתי ולקחתיה ממנו. ורבה בר שרשו' משום קלא לא מצי טעין וליכא דידיע עד דאמר ליה אבבי אימא לי גופא דעובדא היכי הוה ונקיטין דמשכנתא בעי מחאה ור"ש נמי הכי משמע דגרסינן בגיטין בסיקריקון היכי דמי אי דאכלה שני חזקה אפילו לוקח ראשון אי טעין ואמר חזרתי ולקחתיה הימנו בתקנתא דרבנן ואכלה שני חזקה אפילו דאתא לידיה באיסורא כל שכן בהתירא ורבינו אבן מגש כתב בכתובות באין מחזיקין בנכסי קטן. דוקא שבא בטענת האב שלקחה מאבי הקטן. אבל בטענת הבן שלקחתיה ממך אחר שגדלת נאמן. והני מילי דאכיל לה בתורת משכון או שלא היתה לקוחה גמורה וכיוצא בה. אבל בתורת גזלנותא לא. ודבר זה קיבלנו מרבינו הגדול ומצוי אצלנו בתשובה בכתב ידו פי' דרבינו אבן מגש ולסברא דילן דאמרינן דכיון דאתחיל כשהוא קטן. אף ע"ג דאכיל כשהוא גדול לאו חזקה היא משום דקטן לא ידע ולא מצי לדחויי. ולא בר מודעא הוא אבל כי נקיט ליה בתורת משכנתא איבעיא ליה למחויי ולמימר באפי סהדי ולאודועי' דבמשכנתא הוא דנקיט לה. ואף על גב דההוא לא נהירא לן. כדאיתא לעיל. איכא למשמע. והרב המחבר אמר דשואל יש לו חזקה ומשמע ה"ה במשכנתא סתמא דלא קביע ליה זמן. וא' נמי במשכנתא דסורא אי כבשיה לשטר משכנתא והכי מסתבר לן מדאמרי' גבי משכנת' דסורא אלא איבעי לי' למחויי ואי לא איהו דאפסיד אנפשי' ואמאי ניתקון תרי חד למרי משכנת' וחד לאידך. ולא ליבעי מחאה אלא לאו ש"מ במחאה תליא מילתא

ספר העיטור אות מ - מחאה דף מג טור ג

ואריס דעלמא דלאו אריס דבתי אבות אית להו חזקה אף על גב דאורח דאריס למיכל שנים ושלוש דומיא דאריסי בתי אבות אית להו חזקה דקי"ל איבעי ליה למחויי דיש מחאה לחצאין. ואף על גב דלא יכול למימר פלו' גזלנא הוא איבעי ליה לאודועי לסהדי ולמימר לאו ארעתא דידיה הוא ומשכנתא הוא בידיה אי נמי לפירא ואריסותא אחתיניה. ואי לא איהו דאפסיד אנפשיה והא דאמר אומן אין לו חזקה אי דאיכא עדים אחרים אמאי יש לו חזקה דווקא היכא דראה. אבל לא ראה מיגו דיכיל למימר החזרתיו לך (אחר) מהימן הילכך גבי קרקע נמי אף על גב דאתא לידיה בתורת שאלה או במשכנתא או בכיוצא בה מצי למימר לקוחה היא בידי דאיבעי ליה למחויי דאיכא למימר החזיר לו שטר משכונא וכתב לו שטר מכר עד דידיע מילתא דשטר משכונ' בידיה וכן השיב לפני רבינו יעקב אם יש שטר משכונא ידוע ביד לוקח או ביד שלישי אינו יכול לטעון ואי כביש ואינו ידוע יכול לטעון והכי נקיטין וכל מי שאוכל קרקע בהתירא בעי מחאה ואי לא מחי איהו דאפסיד אנפשיה ודוקא דליכא קלא אבל איכא קלא דאכיל ארעא דלאו דיליה איבעי ליה לאיזדהורי בשטרא וכן הילכתא