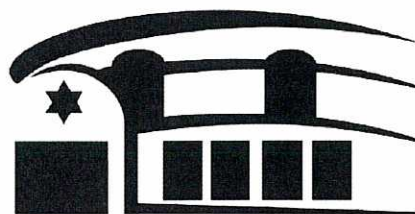


BRS AFTERNOON KOLLEL



Sponsored by Frohlich Financial Group, LLC

SURVEY OF SHAS SUGYAS

המוציא מחבירו עליו הראיה - WEEK #11

RABBI EFREM GOLDBERG

פרשת וארא תשע"ט

THIS WEEK'S LEARNING HAS BEEN SPONSORED BY

ELI AND SARAH MALKA NEGER

FOR A REFUAH SHLEIMA FOR ANITA Yael BAS RUS TOVA

AND LEILUI NISHMAS Leah BAS YITZCHAK MOSHE HACHOHEN

*TO SPONSOR A WEEK OF LEARNING, EMAIL RABBI SHABTAI AT RSS@BRSONLINE.ORG



The Dr. Yitzchak Belizon z"l
BEIS MEDRASH OF BRS
בית מדרש יצחק יעקב בליון של ק"ק בוקה רטון



(א) בנח קמא קיט. לשל
 (ב) כחוטות יב: [בנח
 נהרל קלט. ע"ג] (ג) עי
 חוס' ב"ק מז. ד"ה
 אפילו, (ג) לשל נט,
 (ד) [למן] דל קיט.,
 (ה) כחוטות יב: (ו) עין
 גליון הש"ס סוכה יב. על
 רש"י ד"ה צאז הזה,
 (ז) לקמן קי"ה (ח) עיי"ש
 ב. תד"ה לפיכך,
 (ט) צ"ל צו: ד"ה לימא
 (ב"ש,) (י) לקמן קיז
 ע"ב.

הגהות הב"ח

(א) רש"י ד"ה שניהם מולקין הכל לפי הגובה לפי מה שהאחד היה גבוה ממזירו: (ב) תוס' ד"ה וליחזי וכו' דהתם מפורש ממזר הסוגיא:

הגהות הגר"א

[א] תוס' ד"ה הבית.
משום כו'. ג"צ וכ"כ
הרא"ש. ורי"ף ורמב"ם כ'
דנחלקו מודי רננן לר' יוסי
וע' רי"ף וע"ל קי"ז כ'
ד"ה וכן כו'. (ועמ"ש
רבינו נח"מ ס' קס"ד
ס"ק ד' ולא כמס"ש
גליקוט):

הגהות מהר"ב

דנשבורג
אן תוס' ד"ה לימא
תהוי כו' או בחצר
שאינה של שניהם.
מלת שאינה נמחק:

הגהות וציורים

[ח] במשנות ויברולטום
 בראשונים ובכתי'
בראותו **ההראותו**
 [צ] שיש' ליג 'שילתא,
 'אחבור', וכן בספור [ד]
 'תחיתא' אחבור' [ד]
 [חזי'] ויש' להוסיף ו'
 שיש'ש' כצלה
 בששונות וכו' [ז] כמל
 משכיר' (רש"ש, וכו')
 בראשונים (ובכתי')
 [ט] ויש' להוסיף מקטבו
 דשכ' מהר, וכו'
 בכמה מהוסיף (וכתי')
 [י] לפי' ההבוא' לפי'
ההדא, מההשיל'
 (גליון), [י] כיה
 ההשיל', וההשיל' השין
 וכו' אמנים יש' עליון
 וראו' [א] תנציל' חס'
 וכו' תנציל' חס'
 (רש"ש, וכו') בארז'
 ובכתי' (ובכשונות)
 [ב] **החזותה** (לגזי)
 [ג] **צילן** בלתי' מהר
 ובכתי', וכו' (בכתי')
 [ד] **סא** לא' (ציל'
 שכגור, וכן בספור,
 יעב"ז)
 (גליון) וכו'
 שיש'ש' [ט] סא' לא'
 (גליון), [ט] ציל' ארז'
 (רש"ש, וכו') בארז'
 ובקצת כתי': [ט] סא'
 לא' מקום הנתח' לא'
 וכן תכנה' לא' מנדל'
 ובגדוד' יצטרף' מקום'
 הנתח' וכו', למטה
 ובספרה וכו', וכן ארז'
 רש"ש' של ארז'
 [ק] נציל' דחתם'
 פירש' ר"י (עני' עותק,
 וכו') מההרשאה' (שחקון'
 עני' דפדפי', ועני' הנתח'
 [ע] **צילן מירשש'**
 (האח"מ, ובדפדפי' "ס')

הבית וההגידה של שנים. כגון שני אחים שמתקין אחד נטל בית ואחד נטל עליה של גביו והאחים של חומת הבית מן מקרת הבית המחמונה שהיא קרקעיתה של עליה ולמעלה של עליון והימנה ולמטה של מחמון: שניהם חופפים. הכל לפי (6) הגזיה

שנים שנפלו שניהם
באבנים ובעפר ורואין
השתבר אם היה אחד
נוטל ועולות לו מן
רואין מכלל ^א דאיכא
סא נפיל אי בחבטא
מאי חולקין נחוי אי
איתבור ^ב אי בחבטא
^ג לא צריכא דנפיל
א דפניניה וליחוי מאן
הו בני רשות הרבים
שות דמאן יתבן וליחוי
עלוי הראייה לא
דתרייהו אי נמי

ממקום נמוך: מקצת אבניו.
שלימות: ועולות לו מן החשבון.
שחצרו יקח אחרות כנגדן ובגמרא
מפרש מאי יכול כנגדן שלימות או
שצורות: **גמ'** מפלג דאיכא מיליקים
שליה. דמפולתו לו היקד נפלה: וכן
בבבא נפלה. ותמחה ליחצור
דפרסית: אי בבבא נפלה. כחצנת
מקל ועליתא ליחצור: אי הבי.
דליכא לנימס עלייה: רישא אמאי
תנא חזקין. יכול העלין הרמוקות
אם כחצנת נפול ואם כחצנת נפול
יכול העלינות הן שלימות וכן
שצורות: לא קפדי אהדדי. למנימס
רשותא לדידה דאפקורי מפקר ליה
כל חד רשותיה לגבי חצריה להניח
סס חפציו הלכך כי נמי יתכן ברשות
דחד מינייהו לא הוי אדקד מניחא
דברשותא דהוי נמי יתכי דהא לא
קפיד עליה מלפולתיה דוחמת: דאמר
איני יודע. כרי ושמת כרי עדיף^א:
חייב לשלם. דכרי עדיף: פטור
משלם. חוקי ממנוח בזוקת מריה^ב
ואריך ליטעב שאני יודע: עסק
שבועה וכו'. וה"נ כיון^ג דמודה
במקלם ואמר לויני יודע כמקלם
דחייב שטעה דאוריני ממוס הולאה
במקלם: לחשבון שבורות. (שכנגדן^ד)
נוטל שצורות כנגדן וזה יכול את
אלו לפי המשפט: לחשבון שלימות.
(שכנגדן^ה) אף הוא יכול שלימות
כנגדן: למכנא רווחא. יש לבנים
העשיות כמלגם שהוא רחם מחצירו:
אי? כינא דמעבדא. יש מיט שטעין
ממנו לבנים שמעובד ומנוצל
מחצירו: כותני^ו הבית והעלייה.
ונפחתה העלייה גרס ולא גרס הכא
של שנים דהא כשוכר קאי כדאמר
בגמרא: וכן בעל הבית. משכיר:
חייב. וכן על מנוח שמונוח על
כשחוא

עזרא (חמשה ג') וצגמרא^ח מפרש פלוגמיו: גמ' אב' בארבעה פא.
יניה או עריב^ט למטה וכסירה להשמע צו ישתמש: חציו למטה.
פתחה בארבעה יורד ודר צבית לגמרי ולא כפיין ליה לדור חציו למטה
לו ולמה אנו כופין את המשכיר לקולטו עמו צבית: כי
ח: דשעבד הבית לגבי ע'ייה. דאי לא שעבדו למה ליה למימר
גפן מודליה שקורין פלד'א: פרסקא. אינן שפירוחיו אפרסקין:
לכר

והעלייה: וליחזיו בדרשות רמזן קיימו בו, ו"ח" דהלא פשיטא ליה דלא ירי פנול לרשות דחד מינייהו שכן רגילות פשוטא שאליו ונפל נמנעו בשוה ובריש צנח צמח (דף ד.) פריך פשוטא דלס נפל הכותל דהוי של שניהם ומשני לא צריכא דנפל

הבית *והעליה של
חולקין בעצים
אלו אבנים העשויות ^ט
מהן מכיר מקצת אבני
החשובן: ^{יג} מדרקתנו
למיקם עליהו אי בח
נפיל אי הכי רישא
בבבא נפיל עלייתא
נפיל תתייתא איתבו
בליליא וליחוינהו בצפ
פנינהו ולישיליה דפני
ואולו לעלמא וליחוי בר
אידך המוציא מחביו
צריכא דייבתן בבצ
ברשות הרבים ואיכ
האי גוונא רבי קפדי
מהן מכיר כו' והלא
פשוטא ואי לא אירא

יקח י' אל שצורות דוקא כנגדו: --
הבית והעלייה של שנים. צקונט'
לא גרס של שנים ולר"מ
וראה דלע"ג דמוקי לה בגמ' בשובר
ומשכיר מ"מ שרץ לחימיו של שנים
כיון דקחמי זה צעל הית וצעל
עלייה ובמראל דמוקי לה בשובר
ומשכיר ^א משום דצחאין שחלקו אין
על המחמתו לצנות תהרה אל קסה
אז אין עול לצנות מוא קאמר בגמרו'
מחמתו שאל לכל פלריס שומעין'
למה צל לסכך כיון דאין מוטל עליו
דצחאין שחלקו מיירי:
א דא"ל עלייה זו וגפ' אורא י"ה.
ויתן לו שכר ככבר דר שאל
דר חזי יתן חזי כדאמר בהאומני
(לעיל דף עט.) גב' שובר את החמור
ומת לו צחאי הדרכ ויתן לו שכר של
חזאי הדרכ וס' ד"ה וס' פירשמי
אמאי לא אמר הכא וצקוף השואל
(לעיל דף קד.) גב' המשכיר צית לחצרו
ונפול אל י' דצדמיס ליקח יקח
ולשבור יסבור כדאמר גב' תמור:

רב אמר ברובה ושמואל
אמר ברובה אבל בארבעה לא אדם דר חציו למטה ו
אמר בארבעה אין אדם דר חציו למטה וחציו למעלה
וזו אודא אלא דאמר ליה עלייה סתם לוגר ליה א
צריכא דא"ל עלייה זו שאני משכיר לך כי סלקא
חות בהדה אי הכי מאי למימרא אלא אמר רב אשי
גבי בית זה אני משכיר לך דהא שעביד בית ל
רבין בר רב אדא אמר ר' יצחק "מעשה באחד שאמר ל
פרסך זה אני מוכר" לך ונעקר הפרסך" ובא מעשה לפ
אתה להעמיד לו פרסך כל זמן שהדלית קיימא ב

המקרה שקרין אשכנזי"ך ודומה לו במקרה ועוזי (את) ירושלים בספר
שאינו מחוסר אלא מקום הנחת כלי אחד וכנגדו יתן כלי אחר^מ כגון
לומר מקת תשימו למטה ומקת תשימו למעלה: בארבעה. כיון ש
ומניו למטה: אודא. וזלי גרס לו: אודא אחרית. אס
שקע. צודה קיימת: וזלי נחתא. אס תפסות נחית צדה גור אס
מגנב צדי מת וזלי קא חזי ליה דעליה וזלי קאמר נחית: דלית

א א ב ג מיי פ"ד מהל'
שכנים הל' ג קמג עשין
פכ טוש"ע ח"מ סי' קסד
סעף ג:
ב ד ה מיי שס טוש"ע
שס סעף ד:
ג ו ז ח מיי פ"ה מהל'
שכירות הלכה ח קמג
עשין פט טוש"ע ח"מ סי'
שיב סעי' יח:
ד טו מיי שס טוש"ע שס
סעי' כ:

לעזי דעם "א"


פירוש
אשר ב"ר ירמיה
מעוצה, רלפח טיט
(סומחין על ע"ה
(רש"י סוכה פו ע"א
ד"ה מעוצה ועיין רש"י
ביק דף סא ע"ב ד"ה
מעוצה וז"ל דף ג ע"ב
ד"ה אגס וסא דף כ"ב
ע"ד). פ"י א"א
פירוש דלית, גפן שמדולת
על הכלבוסות (רש"י חולין
דף כ"ב ע"ב ד"ה גפן ועיין
רש"י כחצות דף קיא ע"ב
ד"ה דלית ורש"י פ"ב
מנחות דף פו ע"ב ד"ה
מלדנין ורש"י יחזקאל
(ל. פ.)

יְבוּטִי רַשׁ"י

[illegible]

שם אלא סברא הוא אסור ליהנות מן העולם הזה בלא ברכה, והקשה הפני"א כ"כ ליהוי ברכה ראשונה דאורייתא דהא סברא הוי דאורייתא ודחק שם בזה. ולענין לא קשה דהא דסברא הוי דאורייתא אפילו בדין חדש שלא נכתב בתורה אין זה אלא בדיני ממונות, שדיני ממונות וקנינים היו גם קודם מתן תורה, אבל לא באיסורים ומצוות. דנהי דהוי סברא מ"מ הרי אין כאן אזהרה וציווי השם יתברך וממילא אין כאן איסור או מצוה. והא דמצינו בכמה דוכתי בש"ס דסברא סגי גם במידי דאיסורא כגון בנדה כה, א, דקאמר שם אלא אי אמרת בעכור מחלוקת ל"ל קרא סברא בעלמא הוא, וכן בשבועות דף כב שבועה שלא אוכל ושתה חייב איבעית אימא סברא ואיבעית אימא קרא, וז"ל תוס' שם ד"ה ואיבעית אימא קרא בסופ"ק דקדושין לה, ב גבי כל שישנו בהשחתה אמר הכי וכן בכמה מקומות. ותימה כיון דאיכא סברא ל"ל קרא דהכי פריך בפ"ב דכתובות כב, א גבי הא דאמר רב הונא וכו' ויש לחלק דיש דברים שאין הסברא פשוטה כ"כ וצריך הפסוק להשמיענו הסברא עכ"ל תוס', הרי מצינו דסברא מהני באיסורי, צ"ל דכל זה אינו אלא כשהסברא היא גילוי מילתא ולא דין חדש, וכמו שתי' בכלל אכילה דדין אכילה ישנו בתורה ושפיר שייך להוסיף מסברא דגם שתיה בכלל אכילה משא"כ הכא איך נחדש מצות ברכה מסברא.

וזוהי כוונת הב"ח דהבטה כזו שהוא משמר את הדבר נהי דקיי"ל לענין קנין דאפילו בכוה אינו קונה מ"מ תפוס מקרי (וכעין שאמרו בגיטין עז דורק לה גיטה אפילו ברחוק מאה אמה אם יכולה לשומרו הוי גט, ועיין פני"ש שם דהוא מדאורייתא). ולהב"ח מדוייק לשון יושבין שכ' הרמב"ם להורות דמיירי בהבטה בקביעות כגון שמשמר, ובקצוה"ח שם מקשה על הב"ח שכ' בדברי הרא"ש דה"ה באומר אני מושך הבהמה לקנות כלים שעלי' דהוי מוחזק מספק ומקשה קצוה"ח כיון דלא קנה הבהמה אין זה ברשותו, וי"ל דהב"ח לשיטתו סובר דגם בכוה מקרי מוחזק, וגם להב"ח דוקא בסימטא או בחצר של שניהם כמש"כ רמב"ם מקרי מוחזק משום דראוי לקנין, אבל ברה"ר לא מקרי מוחזק ביושב.

נתברר לנו בס"ד ד' אופני ספיקות בממון: א) שניהם מוחזקין, ב) שניהם אינם מוחזקין, ג) אחד מוחזק, ד) אחד מוחזק ולא ידעינן מנו. וכל ההלכות הנ"ל משמע שהן מדאורייתא, ואע"ג דליכא קראי צ"ל דהוי מסברא, וכדפריך בגמ' ריש הפרה על המע"ה ל"ל קרא סברא הוא, אלמא דמלתא דיליף מסברא הוי מדאורייתא. וראיתי בפנ"י ריש פ' כיצד מברכין בהא דמסיק גמ' 

מהדורא תניינא

דהוי מדין מוחזק דכל אחד מוחזק בחציו ולכך חולקין. והובא דרש"י והריב"א ס"ל דחולקין מדין ממון המוטל בספק והר"ן חולק על זה. ובאות ד' נתבאר דהרמב"ם והתוס' פליגי בשאלה זו. דהרמב"ם דס"ל לאו דווקא אוזוין ור"ת דסובר דווקא אוזוין אודו לשיטתייהו בשנים אדוקים בטלית. דהרמב"ם ס"ל דנשבע רק על השאר אבל מה שתפוס נשבע רק ע"י גלגול משום דס"ל דחולקין מטעם ממון המוטל בספק. אבל התוס' דס"ל דחולקין מטעם אחד מוחזק ומוציא מחבירו ס"ל דמעיקר הדין נשבעין אפילו על מה שתפוסים, ולכן ס"ל התוס' דהוי מיגו להוציא.

והנה בדין שנים אדוקים בשטר בדף ז: יש ג"כ מחלוקת תוס' והרמב"ם, וז"ל הרמב"ם בפרק י"ד מהלכות מלוה ולוה הל' י"ד. "שנים שהן אוזוין בשטר המלוה אומר שלי הוא והוצאתיו להפרע בו ממך. והלוה אומר פרעתי וממני נפל. אם היה השטר יכול לקיימו זה נשבע שאין לו בדמים אלו פחות מחציין. וזה ישבע שאין לו בדמים אלו פחות מחציין וישלם הלוה מחצה. ואם אינו יכול לקיימו ישבע הלוה היסת שפרעו. וילך לו" עכ"ל. ובהגהות מימוניות כתב ע"ז, "אבל באלפסי כתב ויחלוק דקאמר לדמי ניירא וצ"ע" ע"כ. הרי שפירש הרמב"ם שמשלם הלוה מחצה, פירוש מחצה מסכום ההלוואה. ורב אלפס פליג וס"ל דמי ניירא. ועוד יש לדקדק דבגמרא כתוב שנים אדוקים בשטר ואילו הרמב"ם כתב שנים שהיו אוזוין בשטר. והתוס' נראה דס"ל כהרב אלפס. דז"ל התוס' שם דף ז: בד"ה ויחלוק "ואין חולקים את החוב כמו שכתוב בשטר אלא כמו ששוה לו למכור מזה יפרע החצי דאי לא תימא הכי אלא חצי החוב ממש גבי טלית מי חולקין ממש הא אפסדוהו" עכ"ל (ויש לדקדק בדברי התוס' דהתוס' רוצים

(ז) מבאר דמחלוקת הרמב"ם והתוס' בשנים אדוקים בשטר אי חולקים לפי הסכום הנקוב בשטר או כמה ששוה למכור בשוק אזלי לשיטתייהו בשנים אוזוין בטלית, ובשנים אדוקים בטלית, ובזה גם פליגי הטור ובית יוסף, המחבר והרמ"א, ותמה על המהר"מ שי"ף. (ח) מבאר הירושלמי באיש ואשה תפוסים בנט אליבא דסברת הרמב"ם וגם דבעי תפיסה הראויה לגירושין. חוקר אי חסרון כריתות ביכול לנתקה הוא דין בונתן או דשני דינים הם ונתן, וכריתות. ומסביר בזה התוס' וירושלמי ובגליון תוס' חולק על זה. מבאר הירושלמי אי דיני ונתן האמורים בבפני נכתב הם מיוחדים לכריתות או שהם דומים לכה"ת. מסביר הירושלמי הנ"ל גם לפי התוס' על פי הפני משה. (ט) מסביר למה הצריכו התוס' לאנן סהדי, ומבאר ע"פ מ"ש הבדל בין מוחזק לכעין מוחזק. מסביר התוס' בענין מגו להוציא, ומחדש דאפילו אי בעי תפיסה הראוי לקנין זהו דוקא בתפיסה שפוסק הדין ולא בכעין מוחזק שאין מוציאין מהמוחזק מספק, ומתרץ בזה קושיית התומים על התוס' בענין המחליף פרה בחמור. (י) מתרץ בכמה פנים קושיית רע"א בכתובות דף ל למה לא הביאו התוס' ראיה מגמ' מפורשת בב"מ דף ז. מביא תירוצי ההגהות מרדכי לקושיית התוס' בזה אומר חציה שלי דיהא נאמן במגו דכולה שלי, ומבאר כמה פליג עם התוס'. מביא חידוש של האור שמח דלהירושלמי אין אומרים מגו לאפטורי מממון רק לאפטורי משבועה. מבאר מחלוקת התוס' והר"ר דודי ע"פ מה שמבאר לעיל במיגו שאינו להוציא וגם להחזיק אינו, וכן מבאר בזה מחלוקת המובא בתומים.

ז

לעיל באות ב' הובא דיש להסתפק ביחלוק דשנים אוזוין אי הוי מדין ממון המוטל בספק חולקין. או

סימן מז

בענין ברכת הנהנין

ואכלת ושבעת וברכת (ס' י').

"אלא סברא היא, אסור לאדם להנות מעולם הזה בלא ברכה" (נרבות ל"ה ע"ה).

א

בכת הסברא לחדש דין מה"ת

(והנה באמת מצינו עוד בנדה כ"ה ע"א
 "למ"ל קרא סברא בעלמא היא"
 אך פשוט דאין זה ענין לסוגיא דידן אלא
 ענין אחר הוא דנחלקו שם חכמים ור'
 יהושע בשפיר שאינו מרוקם אם מטמא
 משום ולד לר' יהושע מטמא ולחכמים אין
 כאן ולד, ונחלקו אמוראי לרשב"ל מיירי
 בעכור דלר' יהושע חיישינן שהיה ולד
 ונימוח אבל בצלול לכו"ע אין כאן ולד,
 ולריב"ל מחלוקת בצלול, והקשו לרשב"ל
 ממה דר' יהושע דריש מקרא "דאין
 הקב"ה עושה עור לאדם א"כ נוצר"
 ואת"ל דמיירי בעכור משום דאמרינן
 שהולד נמוח הרי אין זה משום עור כלל,
 ולמ"ל קרא, הרי דאין כאן סברא
 מחודשת לחדש הלכה, אלא סברא
 בעלמא ולא גזה"כ, ודו"ק). ומ"מ בהני

הנה מבואר בכרכות ל"ה ע"א דברכת
 הנהנין סברא היא דאסור לאדם
 להנות מעוה"ז בלי ברכה, ואף דברהמ"ז
 דאורייתא מ"מ ברכת המוציא אינו אלא
 מדרבנן וכן כל ברכה ראשונה דמה דיליף
 שם מק"ו כשהוא שבע מברך כשהוא רעב
 לא כ"ש כבר כתבו שם התוס' דע"כ לאו
 ק"ו גמורה היא דא"כ ברכה ראשונה מה"ת
 ובדף כ' ע"ב שם מבואר דאינו אלא
 מדרבנן ע"ש היטב.

וצ"ע דבשני מקומות מצינו שהקשו בגמ'
 "למ"ל קרא סברא היא", בכתובות
 כ"ב ע"א לגבי הפה שאסר הוא הפה
 שהתיר ובב"ק מ"ו ע"ב לגבי המוציא
 מחבירו עליו הראיה, הרי לן דסברא
 דאורייתא, ומאחר דמסקנת הסוגיא דבה"נ
 סברא היא למה לא הוי דאורייתא.

תרי סוגיות בכתובות ובב"ק חזינן דיש
בכח הסברא לחדש דין מה"ת.

לחדש דת ומצוה, אבל פשוט דיש בכח
הסברא לחדש דין בדיני הראיות והנהגת
הממון ולק"מ.

ונראה לחלק בין סברא שכלית של הגיון
צרוף דגדרי הדין המתחייבים מן
ההגיון מה"ת הם, וזה המבואר בשתי
הסוגיות הנ"ל, דגם הא דמהמוציא מחבירו
עליו הראיה וגם הא דהפה שאסר יסודם
בהגיון פשוט, אבל סברת הלב המוסרית
כהא דאסור לאדם להנות מעוה"ז בלי
ברכה לאו מה"ת הוא. ונראה עוד פשוט
דמסברא זו דאסור לאדם להנות מעולם
הזה בלא ברכה, בודאי לא נדע כמה יכרך
ומתי יכרך דאין הכרח שיכרך דוקא לפני
אכילה ושמא בברכה אחת בכל יום סגי,
ועוד דלא נדע על איזה הנאה חייב לברך
ועל איזה פטור ובאם יכרך לפניה או
לאחריה, ובפרט למה שביאר רש"י בכל
עיקר סברא זו "דכיון שנהנה צריך להודות
למי שבראו" ושמא די בהודאה כללית על
כל הבריאה, וע"כ דאין לנו בזה אלא חיוב
כללי על האדם להודות בטובת הבורא
ונמסר לחכמים לקבוע על מה יכרך וכמה
ומתי ובאיזה מטבע והוי כשאר הלכות
שנמסרו לחכמים דהוי מדרבנן, ודו"ק בזה.

ונראה עוד דאף אם סברא זו גמורה היא
מ"מ אין בכח הסברא לחדש
מצוה על האדם דכבר כתבתי במקום אחר
(עיין מה שנתבאר בזה לקמן סימן נ' אות
ד') דלאחר שניתנה תורה בסיני אין לנו
אלא מה שכתוב בתורה ואין בכח הסברא

והנה מצינו דשפיכת דמים היא מן
העבירות שבהן אמרו "יהרג ואל
יעבור" ובסנהדרין אמרו דסברא היא, מה
חזית דדמא דידך סומק טפי" הרי שקבעו
הלכה דאורייתא מסברא, ולשתי הדרכים
הנ"ל הדברים מתקבלים, דגם סברא זו
מושתתת על הגיון משפטי וגם בה לא
חידשו מצוה אלא הלכה, וז"פ.

ובעיקר גדר הסברא וכחו עיין עוד בתוס'
שבועות כ"ב ע"ב לגבי מה
שאמרו "איבעית אימא קרא איב"א סברא"
שהקשו מהא דכתובות כ"ב למ"ל קרא
סברא היא ותירצו "ויש לחלק דיש דברים
שאין הסברא פשוטה כל כך וצריך הפסוק
לאשמועין סברא" ולפי זה יש מקום לומר
דגם סברא זו שאמרו בברכות לאו סברא
גמורה היא וכיון דליכא קרא לא הוי
דאורייתא, אך באמת נראה יותר דרק
במקום שאמרו איב"א קרא איב"א סברא,
יש סמך לומר דלא סברא גמורה היא אבל
כשאמרו סתם סברא היא, אין להטיל דופי
בתוקף הסברא, ודו"ק כי קצרתי.

שו"ר שהפני יהושע בר"פ כיצד מברכין
אכן נקט דברכות הנהגין מה"ת הן
משום סברא זו והצל"ח דחה דבריו וכתב
שאיז לדמות סברא לסברא. ע"ש.

הראשונים שאין דיננו אלא במציאה והפקר אבל לא במכר ובמתנה, שאין קנין ארבע אמות אלא תקנה משום אינצויי בהפקר, ולשון הגמרא משמע דקנות בכל דבר דשוניהו רבנן כחצרו, ומשמע מדבריו שאם קנין ד' אמות הוא מדין חצר יש לו להועיל אף במכר ומתנה. ונראה לבאר שאם ד' אמות אינו מדין חצר אלא הוא תקנת קנין יש טעם לומר שאינו קונה במכר ומתנה, שלשיטת רש"י בב"מ שהבאנו לעיל שד' אמות הוא תקנת קנין והקנין נפעל על ידי הפקעת רשות אחרים לתפוס בו, אין טעם לזה להועיל אלא במציאה שיכולים אחרים לתפוס בה, ולכן יש מקום לקנות על ידי הפקעת רשות אחרים, אבל במכר ומתנה שהחפץ הוא של המוכר או הנותן מתנה ואין רשות לאחרים לתפוס בו, אין מקום לזכיה ע"י הפקעת רשות אחרים.

רשות לאחרים לתפוס בו. וצ"ל שתקנת קנין ד' אמות בגט שונה מתקנתו במציאה, שבגט תיקנהו בתורת זכיה להדיא ולא בתורת הפקעת רשות אחרים.

ב. מחצה על מחצה

איתא בגמרא, היכי דמי מחצה על מחצה אמר ר' שמואל בר רב יצחק כגון שהיו שניהן עומדין בארבע אמות. ונראה שבשניהן עומדין בארבע אמות הד' אמות נחשבים לגמרי שלו ולגמרי שלה. ומאחר שהם שלה יש לה להיות מגורשת ומאחר שהם שלו אין לה להיות מגורשת, וא"כ יש בזה תרתי דסתרי שהוא ספק על פי דין. וכן יש לדייק מלשון המשנה מגורשת ואינה מגורשת דהיינו שיש לה להיות מגורשת ודמיא ¹²³⁴⁵⁶⁷ לה להיות אינה מגורשת. ודמיא למ"ש לעיל (עב. בענין מהיום ולאחר מיתה) בביאור פסקי הרמב"ם בקידושי כולן תופסין בה ובקידושי שפחה חרופה, שהם ספקות על פי דין. ולא דמי לגט שהוא מחצה ברשותו ומחצה ברשותה דהוי אגידא גביה ואינה מגורשת כלל, דכאן הוא כולו ברשותו וכולו ברשותה. ועפ"י יש לבאר גם

ועפ"י יש לבאר את קנין הבטה, דליכא למ"ד שהבטה קונה אלא בהפקר ולא במכר ומתנה (ב"מ קיח.), שיש לומר שגדר קנין הבטה הוא הפקעת רשות אחרים לזכות בו, ולא שייכא במכר ומתנה. אך א"כ קשה למה מהני קנין ד' אמות בגט דגם שם אין הפקעת רשות אחרים שייכת, שאין

לענין שימור המקום למעלה ממחיצות. ולדברינו ניחא, שדין מינטר הוא דין בפ"ע דצירוף אויר החצר לחצר, שלזה מהנו מחיצות שמאחר שהן עשויות לגדור המקום לכן המקום שלמעלה מהם נחשב למקום מגודר. משא"כ דופני כלי שאינם באים לגדור המקום ולכן אינם חלים בעד האויר שלמעלה מהכלי, אף שלענין שימור אין לחלק בין כלי למחיצות קבועות. עיין בזה בקונטרס שושנת העמקים שבסוף ספר גן שושנים ח"א סימן ח'. (הרב מנחם גנק שליט"א)

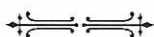
לסתור את טענת המוחזק, ולא בספק על פי דין שאינו ניתן לבירור.

ג. אגיד גביה

איתא בגמרא, אמר רב כהנא הכא בח' אמות מצומצמות עסקינן וגט יוצא מארבע אמות שלו לד' אמות שלה והא אגיד גביה. צ"ע למה הוצרכה הגמרא לטעמא דאגיד גביה, הא אף שבממונות בכה"ג שהיה חצי חפץ בד' אמות של ראובן וחציו בד' אמות של שמעון היה הדין דיחלוקו משום שיש לכל אחד תפיסה בחצי החפץ שבד' אמותיו, מ"מ לענין גט א"א לזה להועיל שאין בגירושין זכיה לחצאין, שא"א שיהיה חצי הגירושין שלו וחציו שלה. וא"כ קשה למה הוצרכה הגמרא לדין המיוחד בגט דאגידא גביה שהוא משום דבעינן ונתן בידה כמ"ש רש"י (עח: ד"ה והא אגיד גביה), הא בלא"ה א"א שיהיו כאן גירושין.⁵⁸

מ"ש הגמרא לקמן (עח:) אליבא דרבי יוחנן, שניהם יכולין לשומרו שניהם אין יכולין זהו מחצה על מחצה, דהיינו שבשניהם יכולים לשומרו אמרינן שהגט הוא לגמרי תחת שמירתה ויש לה להיות מגורשת, וגם לגמרי תחת שמירתו ואין לה להיות מגורשת, דהוי ספק גירושין על פי דין.

ועפ"ז מבוארים דברי התוספות לקמן (עח: ד"ה מחצה על מחצה). דאיתא שם בגמרא, וכן לענין החוב זרוק לי חובי וזרקו לו קרוב למלוה זכה הלואה קרוב ללואה חייב מחצה על מחצה שניהם יחלוקו. וכתבו התוספות, "הכא לא שייך לומר המוציא מחבירו עליו הראיה דאין כאן ספק". ונראה שכוונתם במ"ש דאין כאן ספק היא שאין כאן ספק הניתן לבירור, משום שהוא ספק על פי דין. ואין אומרים המוציא מחבירו עליו הראיה אלא בספק הניתן לבירור שאז אפשר להתובע



58 אחד מן התלמידים הציע דמיירי שהתורף בידה והתופס בידו, דמאחר שעיקר הגט בידה בעינן טעמא דאגידא גביה לומר שאינה מגורשת. מידי דהוי אגט בידה ומשיחה בידו. ורבינו הסכים לו.

לאסור על השוכר כמו שיכול להקדיש, והר"ן ר"פ השותפין כתב הטעם דמשכיר יכול לאסור, משום דקונם מפקיע מידי שיעבוד, ולפי"ז אינו ענין להא דמשכיר יכול להקדיש, דע"י ההקדש לא נפקע זכות השכירות, כמ"ש תוס' כתובות נ"ט דקדושת דמים אינו מפקיע משיעבוד, ומ"מ אסור לשוכר לדור בו, כיון דגוף הבית קדוש והקדש מעורב בחלקו, כמ"ש תוס' ב"מ דצ"ט, ונראה דהר"ן מפרש, דלא אסר את הנכסים, אלא שאסר עליו הנאתו, ובכה"ג היה מותר לשוכר לדור בבית, דאין השוכר מהנהגו בזה, דמשתמש בזכותו ומשו"ה איצטריך לטעמא דקונמות מפקיע מידי שיעבוד, אבל תוס' מפרשים, דאיירי באוסר נכסיו ולא איצטריך לטעמא דהפקעת שיעבוד, דאפילו אם אין השיעבוד נפקע ג"כ אסור, כיון דקדושה חלה על גוף הבית, והא דשרי למ"ד ויתור מותר, אי אמרינן דלא קפיד, היינו כמ"ש רשב"ם דלענין עמידה אין החצר שלו, וזהו כמו בשביעית, דלענין לקיטת הפירות גם הקרקע הפקר, ואין יכול לאסור עליו דריסת הרגל, נדרים מ"ב, והיינו דלענין זה גוף הקרקע הפקר, ואינו דומה לשכירות, דהתם גוף הדבר הוא של משכיר לכל מילי, אלא דיש לשוכר זכות להשתמש בשל משכיר, אבל לענין דריסת הרגל, או לקיטת הפירות בשביעית, גוף השדה הוי הפקר.

רנח איכא דקפדי ואיכא דלא קפדי, גבי ממונא לקולא וכו'. ופירש רשב"ם דמותר מסתמא להעמיד שם בהמותיו, ולא חיישינן שמא הוא מאיכא דקפדי והוי שואל שלא מדעת, והנה בכל ספק ממון, דקולא למוחזק ולא אסרינן ליה מטעם ספק איסורא דגזל, היינו משום דאיסור גזל הוא בתולדה מדיני ממון, וכיון דבדיני ממון שייך להמוחזק ליכא איסור גזל, אבל הכא, לענין להשתמש לכתחילה שלא מדעת בעלים, הרי אין הספק בזכותי ממון, אלא אם יש כאן איסור גזל או לא, והוא ספק איסור גרידא, ומ"מ אמרינן ספק ממונא לקולא, והיינו, דספק איסור גזל שאני מכל ספק איסור, דהכא מותר מספק להשתמש שלא מדעת בעלים, וצ"ע דהא מנא תיתי, ומה טעם ספק גזל קיל מכל ספיקא דאיסורא, ובפ"ק דב"מ דף ו', פרשי אינשי

מספק שבועה, ולא פרשי מספק ממונא, ופריך מאי שנא, ומאי פריך, דהא שנא ושנא, דספק איסור שבועה הוא ככל האיסורין, דאזלינן בספיקא לחומרא, אבל באיסור גזל ספיקו לקולא, וצ"ע.

רנט אי דאיכא דרכא אחריתא רשע הוא אפילו עוצם עיניו עיין מה שהקשה בס' חפץ חיים כלל ו' בבמ"ח ס"ק י"ד.

רס דף ג"ח. זילו חבוטו על קבריה, ופירשב"ם דהוא שודא דדייני, וקצת משמע מזה, כפירשב"ם לעיל ל"ה דשודא צריך אומדן דעת הנותן ולא מה שירצה הדיין לעשות.

רסא תוד"ה מציינ מערתא וכו' דאברהם נקרא אדם, ולפי"ז לא היה צריך לציין קברו של יעקב, דלא מצינו דנקרא אדם, ובגמ' קאמר נסתכלת בדמות דיוקני, והוא יעקב, ובעיקר תירוצם תימה, דעל קושייתם השניה, מקבר שלפני הדיבור דלא איתר ב"י אלא לטומאת מגע, לא תירצו כלום, דמה בכך שנקרא אדם, מ"מ הוא קבר שלפני הדיבור, ואין מציינין אלא לדבר הטמא באוהל, מו"ק ה'.

רסב דף ג"ט. לענין חלון וזיו מבואר בגמ' דכופין על מידת סדום, ויכול להוציא זיו לחצר חבירו בע"כ היכא דליכא היזיקא לבעל החצר. ובתוס' לעיל י"ב בשם ריצב"א כתבו, דפשיטא שיכול למחות בו, אלא דבמרדכי פ' כיצד הרגל כתב הטעם דיכול למונעו שלא יכנס בו משום דאי בעי לאוגוריה הוה משכת לאוגוריה אבל בזיו ליתא להך טעמא.

רסג דף ס. שאין אדם עשוי שסותמים אורו בפניו ושותק, ופירשב"ם, ומדשתיק אודויי אודי ליה, דשלא כדין החזיק מעיקרא, ולכאורה א"צ לזה, דאפילו החזיק מעיקרא כדין, מ"מ מדשתיק אחולי אחיל גביה, ושמא טעמו, כיון דשיטת רשב"ם דחזקת חלונות צריכה ג' שנים, ה"ה מחילת החלונות צריכה ג' שנים, והא דמהני לאלתר, הוא משום הודאה, אבל אין נראה כן.

רסד אין עושין חלל תחת ר"ה ור"א מתיר, לכאורה פלוגתייהו באיסור, וי"ל דפליגי בדיני ממון, דר"ה אינה הפקר, אלא שייכה לרבים להשתמש בה כדרך תשמישה, ולענין תשמיש כזה שאין לו רשות, הוי גזל הרבים, כשואל

כאן שנוי חפץ מקח טעות הוא אף בלא תוספת דמים. היה זמן שחיטה והיו דמי הנמכרים לשחיטה ביוקר מאותם הנמכרים לחרישה ואי אפשר להתבונן בכך, הרי זה אינו חוזר כלל ונשאר השור ביד הלוקח שהמוציא מחבירו עליו הראיה ואף על פי שרוב בני אדם לחרישה הם לוקחים שרוב האנשים הם עובדי אדמה אין הולכין בממון אחר הרוב לא אמרו רוב אלא באיסורין. ואף על פי שבמסכת קידושין בשמועת תינוק הנמצא אמרו שאם רוב גויים גוי ורוב ישראלים ישראל לענין התזרת אבדה, טעם הדברים שאין בה שום חזקה למוצא אבל כל שיש חזקה לאחד אין מוציאין מידו מטעם רוב. דבר זה כך אתה דנו בין שידור שניהם זה לזה שלא התנה לו אם לחרישה אם לשחיטה בין שיאמר לוקח לחרישה לקחתיו ושיאמר המוכר לשחיטה התנית ולשחיטה מכרתיו. היה השור ביד הלוקח ולא פרע המעות עדיין נעשה האחר המוציא מחבירו. נתברר הדבר שהוא מקח טעות אלא שהמוכר כבר הוציא מעותיו ואין לו במה לשלם אף המוכר אומר לו זכה בשורך בשביל המעות שאני חייב לך ואם יש לו מעות יתן לו מעות ואי אפשר לסלקן בשורו שאין בעל חוב דוחה אצל המטלטלין כשיש לו מעות כמו שביארנו בפרק א' ולמדנוהו משמועה זו. וגירסא זו שבכאן לפי שיטתנו היא אי דליכא לאשתלומי מיניה וכו'. ומכל מקום יש גורסין אי דליתנהו לזוזי ומפרשים אם אותם המעות אינם בעין אף על פי שיש לו מעות ומכל מקום במקח טעות אם המעות בעין מעות חוזרות. וגדולי הפוסקים הביאוה בשיטה אחרונה.

יש גורסין בכאן אי דאיכא לאשתלומי מיניה רצה לומר מן השור כלומר שהוא שוה עדיין כדמים שנתן יקבלנו במעותיו ואפילו יש לו מעות ללוה או אפילו היו המעות בידו בעין. ומתוך לה כשאין בשור עכשיו בכדי להשתלם ממנו. וזה אינו שכל מקח טעות בודאי אם יש לו מעות מחזירים אם דוקא אותן המעות בעצמן או אפילו מעות אחרות כל אחר לפי שיטתו. ויש גורסין גירסא זו ומפרשים בדרך אחרת כלומר אי דאיכא לאשתלומי מיניה ר"ל שיש למוכר עדיין להשתלם מן הלוקח ר"ל שלא נפרע עדיין אפילו נתברר שאינו מקח טעות יחזיר לו שורו בתורת פרעון. ומתוך לה בשכבר נפרע. ולפי הפירושים אתה למד את הדינים ותפוס לשון ראשון וכמו שכתבנו בפ"א. ע"כ לשון הרב המאירי ז"ל.

דף מ"ו ע"ב: וכי אזלינן בתר רובא באיסורא. כלומר כגון תשע חנויות אבל בממונא כלומר ולא ידעין אי מחייב ליה מעיקרא כלל ומשום רובא נפוק ממונא מחזקת מאריה בהא לא אזלינן בתר רובא. הרא"ה ז"ל.

שנאמר מי בעל דברים תובע יגיש ראיה אליהם. כלל גדול נתן משה רבינו עליו השלום לשבעים זקנים ואהרן וחורו שלא ידינו שום אפוקי ממונא בדעת מכרעת וברובא אלא בראיה. סברא הוא דכאיב ליה כאיבא אזיל לבי אסיא, לא היה צריך משה להזהירן דפשיטא הוא דלא גרע דין אחד ממשפט הרופאים שאין הרופא דן את החולה לפי סברתו לבדו עד שאומר לו החולה ראשי כבד עלי ובמקום פלוני ומשנתה עלי במקום פלוני למקום פלוני ולפי שהוא מראה לו פנים הוא דן אותו, כך התובע צריך להראות לו פנים שתביעתו חזקה וברורה כלומר בעדים. ה"ר יהונתן ז"ל.

מתקין לה רב אשי הא למה לי קרא וכו' דכאיב ליה וכו'. כלומר ובהא אפילו סומכוס מודה דזמנין דהמוציא מחבירו עליו הראיה ובמאי דפליגי סומכוס ורבנן ליכא ראיה מקרא כלל. אי נמי פשיטא ליה דליתא לסומכוס והילכתא כרבנן דלא איצטריך קרא כלל. הרא"ה ז"ל.

אין נזקקין אלא לתובע תחילה. הקשו בתוספות לפירוש רש"י ולמה אין נזקקין לו עכשיו כדי שלא לטרוח בית דין תרי

זימני וכדאמרינן בפרק המקבל גבי שטר דכתיב ביה שנין סתמא וכו' דמסקינן התם דמילתא דעבידא לגלויי היא ואטרוחי בית דין תרי זימנא לא מטרחינן. וי"ל דשאני התם דמילתא דעבידא לגלויי טפי היא אבל הכא דילמא מילי בעלמא הוא דקאמר להשטמט מבעל דינו ואין שומעין לו לעכב בכך מעותיו של זה. והראב"ד פירש ראובן שתבע את שמעון וכו' כמו שכתוב בנימוקי יוסף. הרשב"א ז"ל. עיין פסקי הרא"ה.

נאמני המפרשים כתבו שאין נזקקין וכו' הוא מי שעושה עצמו נתבע מתחילתו. רצה לומר שאין לו תובע אלא שהוא מתירא על כך ובה לבית דין ואומר להם הרי שהוגד לי שפלוגי קובל עלי שלא בפני ומדנו עלי שאני חנוק בידו ומצד שאני יודע מהו ושאיני רוצה לעמוד בחזקה זו אני תובעו לדין בפניכם שיבא ויפטרני או יברר טענותיו שיש לו עלי לכך נזקקין לו. ומכל מקום אם הוזלו נכסיו כל כך עד שאין מוצא למכור בשווי מחשש רינון זה נזקקין לו וכופין את חבירו לברר את טענותיו או לפטרו. ועל דרך זו הם מפרשים זו השמועה. המאירי ז"ל.

וזו לשון הראב"ד ז"ל: הא דאמר רב נחמן מנין שאין נזקקין אלא לתובע תחילה. כך היא הנוסחא בהלכות הרב ז"ל וכך פירושה לפי פשוטה, ראובן תבע שמעון כמנה ושמעו טענותם ולא גמרו הדין כי לא היה ראובן התובע לפניו או שבא וחייבו שבועה לנתבע ולא בא ראובן לקבל שבועתו, ובא שמעון הנתבע תחילה ובא לבית דין ואמר הריני מזומן לשמוע גמר הדין או להשבוע לראובן הזקיקוהו שיבא לפניכם ויקבל גמר דינו או שבועתו אין נזקקין לו כי יאמר ראובן אולי ישים בלבו האל ויודה, אבל אם יבא ראובן שהוא תובע תחילה ויאמר הזקיקוהו שישמע גמר דינו או שישבע לי אם הוא חייב שבועה בודאי נזקקין לו והאי תחילה כאלו אמר בתחילה. ופעמים שנוזקקין אף לנתבע תחילה כגון דזילי נכסיה מחמת תביעתו ויאמר שמעון הפסד גדול הוא כשלא יגמר דיני או כשלא יקבל שבועתו שסבורין בני אדם כי תביעתו עיקר ואיני מחייב לו ממון זה וקא זילי נכסאי הדין ודאי נזקקין לו ומכריחין אותו לשמוע גמר דינו ולקבל שבועתו. ע"כ.

וכתב הרא"ה ז"ל שהפירוש הנכון בזה הוא מה שפירש הראב"ד ז"ל וכתב עוד פעמים שנוזקקין לנתבע וכו'. ומיהו היכא דקא טעין תובע שיש לו ראיות ועדים במקום אחר שאינו יכול לבררם עכשיו מסתברא דלא כייפינן ליה דפקע שעבודיה ולא אמרינן דכייפינן ליה אלא דקאמר בלאו טעמא אחרינא כלל דלא בעי למידן בהדיה. ומכאן סמכו כמה שנהגו כשאדם מוכר קרקעותיו להחרים סתם בב"ה שכל מי שיש לו תביעה על אותו קרקע יבא לבית דין אף על פי שאינה כיוצא בזה. ע"כ לשוננו.

וזו לשון הר"מ מסרקסטא ז"ל: התובע ממון מחבירו בבית דין וטען הנתבע אתה חייב לי כך וכך כשתפרעני אפרע לך ולא קא מודה תובע קמא בהכי אין נזקקין תחילה אלא לתובע תחילה ובתר הכי לזדקקו לתובע בתרא, ואי זיילי נכסי דנתבע קמא אי לחייבו לזבונני השתא ומפרע נזקקין תחילה לנתבע ראשון ובתר הכי לזדקקו לתובע קמא ואי נחייבו לזיבין וליפרע אף על גב דזיל נכסיה. לגאון ז"ל. אף על גב דתפוס שטרא בהמנותא בתרי כשרי אי פרעיה השתא ואהדר ליה שטרא מצי אחרומי עליה סתם על כל מאן דאיתפרע מיניה תרי זימני בלא דינא. ע"כ.

וזו לשון ה"ר ישעיה ז"ל: מניין שאין נזקקין לתובע תחילה. פירש רש"י כגון ראובן תובע וכו'. וצריך לומר לפירושו דמיירי שיש לו לראובן שטר דאי לא הוי שמעון נאמן במיגו דאי בעי אמר לא היו דברים מעולם או פרעתין ואף אם יש

פרק ג

מאי שנא
דיני נפשות
דאזלינן
בתר הרוב
מדיני
ממונות

איך
אמרין
המע"ה
הרי ספק
גזל אסור
מה"ת

ועפ"י מה שנתבאר לנו יצא מזה דעפ"י מסקנת הש"ס בריש פרק בן סורר הולכים בדיני נפשות אחר הרוב, דקים להו לחז"ל דכללאל הוא בתורה לילך בתר הרוב בכל הדינים בשוה אף בדיני נפשות, ומעתה קמה ונצבה התמיה הגדולה מאי שנא דין ממון מנפשות, איך יתכן שיהיה חמור ענין זה להוציא ממון מיד מוחזק מלהרוג נפש, ולמה אין הולכין בממון אחר הרוב להוציא מן המוחזק. ונלענ"ד דהנה באמת יש לדקדק בהא דאמר שמואל¹, כי אזלינן בתר רובא באיסורא, אבל בממונא לא אזלינן בתר רובא. כיון דגם בדיני נפשות אזלינן בתר רובא הו"ל לפרש באיסורא ובדיני נפשות. ולשיטת הש"ס הוי ליה למימר אבל בממונא ובדיני נפשות לא אזלינן בתר רובא². ועל כן נראה דהיסוד בזה למ"ד דאין הולכין בממון אחר הרוב, הוא דשאני דיני ממונות מכל דיני התורה. דכבר נתקשו האחרונים בהא דקיי"ל דכל ספק ממון המוציא מחבירו עליו הראיה, למה לא יהיה ענין זה ככל ספק איסור של תורה, והלא לאו דלא תגזול הוא כלאו דלא תאכל חלב³. ובספר אורים ותומים בקיצור תקפו כהן אות כ"ג הביא ענין זה, ודחה כל התירוצים שנאמרו בשם הגדולים שלפניו. וכתב שם דאין קושיא כלל, כי כך הוא המצוה והלאו שלא תגזול, דוקא גזל ודאי ולא ספק, וכמו שאמרה תורה ממזר ודאי ולא ספק, עשירי ודאי ולא ספק, יעו"ש. ואין דבריו מתישבים על הלב, דהרי לא מצינו על זה שום רמז בתורה להתיר ספק גזל, דבמעשר ילפינן מקרא, וכן בממזה וגם בגמ' לא נזכר חידוש זה שספק גזל מותר, ובגמ' נאמר דענין זה סברא הוא דהמוציא מחבירו עליו הראיה⁴. ונראה שכלל הוא במשפט גדרי זכות ממון שכל ספק הנוולד בזה, הוא חוזר לעיקרי הגדרים של שלטון וזכות ממון שבין אדם לחבירו. וכמו שעיקרי הגדרים של זכות ממון אינם חוקים עפ"י התורה אלא היסוד בהם הסכמת שכלנו שהמגביה מציאה יהיה שלו, ופירות שדהו

1 בבא בתרא (צב).

2 לענ"ד י"ל דלק"מ על הש"ס, מכיון דעיקר חידושו של שמואל הוי דלא אזלינן בתר רובא בממון, משו"ה אמר שמואל 'בממונא לא' ולא הו"ל להזכיר דיני נפשות דלא איירי בהו כלל. אמנם לשיטת רבינו דאזלינן בתר רובא בדיני נפשות קשה, אמאי בחר שמואל טפי דאזלינן בתר רובא באיסורא והו"ל באיסורא ובדיני נפשות, וכקושיא רבינו. וע"ע בפ"א (הערה 36).

3 קונטרס הספיקות (כלל ו ס"ז): "והוי יודע שהרוב כנסת הגדולה בכללי קים לי (הו"מ סי' כ"ה ס"ז) הביא בשם הרב מוהר"ר יחיאל באסן ז"ל שהיה שואל מאי טעמא אומרים קים לי בממונא ולא באיסורי, והרי בממון אם אין הלכה כן הוי ליה גזל ביד המוחזק וגזל נמי איסורא הוא. והשיב דבשלמא גבי איסורא אי אזלינן לחומרא יצאנו מידי איסורא, אבל כשנשים חלוקין על ממון אפילו אי לא אמרינן קולא לנתבע אין אנו יוצאין מידי איסור גזל, שהרי אם הדין הוא כדברי האומרים להחזיק הוי ליה גזל ביד המוציא, ולכן היכא דקיימא ממוןא תיקום, ע"כ. ושמעתי מחכמי דורינו שיחי שנתמהו על דבריו באמרום שהקושיא מעיקרא ליתא, משום דבספק איסורא נמי אזלינן בתר חזקה הן לאסור הן להיתר, והכא נמי איכא חזקה להיתרא והיא חזקת ממון או חזקה קמייטא. ובעניותי לא נכנסו דבריהם באנן, דאפילו אי נימא דחזקת מרא קמא היא חזקה המכרעת כדרך שמכרעת חזקה קמייטא בספק איסור, חזקת ממון לחוד בלי חזקת מרא קמא ודאי חזקה שאינה מכרעת היא, דלאו מקרא ילפינן לה ואין לה ענין לחזקה קמייטא דבאיסורי וכו'. אך גם בדברי מוהר"ר באסן ז"ל לא נתקרה דעתי העניה, שהרי לדידן דקיימא לן כשמואל דאין הולכין בממון אחר הרוב ואפילו רובא מסייע להמוציא לא מפקין מהמוחזק, ומה יענה התם, נהי דמתורת ממוןא לא מצינו לאתויי עליה נתי עליה מתורת איסורא, שהרי כשהבית דין רואין באחד שעובר על ספק איסור כופין אותו ומפרישין הימנו, וגזל נמי איסורא, והתם יצאנו ידי איסור מכל וכל, שביד המוציא לא יהיה איסור כיון דרובא מסייע ליה ורובא מהני באיסורי".

4 בבא קמא (מז): "א"ר שמואל בר נחמני מניין להמוציא מחבירו עליו הראיה, שנאמר מי בעל דברים (רש"י התובע) יגש אליהם, יגש ראייה אליהם. מתקין לה רב אשי הא למה לי קרא, סברא הוא, דכאבי ליה כאיבא אזיל לבי אסיא".

וולד בהמתו יהיה שלו, וכל כה"ג. וכן דרכי הקנינים במה שאדם מוסר מקניניו לחבירו כתבו גדולי האחרונים שאינם חוקים שיהיה דוקא ע"ז, וכשהסכימו רוב המדינה שיגמר קנין ע"י סיטומתא וכה"ג, הוא קנין מן התורה⁵. ומשו"ה גם ספק הנופל בזה חוזר לכלל זה, שהיסוד בזה סברת החכמים שהחליטו שכן ראוי להיות שהמוציא מחבירו עליו הראיה. דכל זמן שלא יבורר בראיה ברורה שנפקע זכות בעלים הראשונים, הוא ראוי להיות הבעלים והשליט בכל אופני השתמשות. ומשו"ה לא שייך לדון בזה מספק איסור גדל, דמתחילה עלינו להחליט מי הוא הבעלים שראוי להיות בידם שליטת והשתמשות החפץ, ואח"כ יחול דין איסור גזילה. וכיון דעפ"י משפט סברת השכל החפץ שייך למוחזק, הרי זה חפץ שלו כאילו זכה בו עפ"י שאר הסכמת שכללים, והתופס ממנו הוא הגוזל. ויתבאר עוד ענין זה בס"ד בפרטות במקום אחר⁶. ולפי"ז כל הכללים השונים בדיני ממונות שאינם מפורשים בתורה, הם שונים עפ"י משפט זה, כמו ברי ושמא דקיי"ל ברי עדיף היכא שאין שניהם מוחזקים, ולהוציא מיד מוחזק לא מהני. דהטעם בזה דמי שיש לו טענה מעולה מחבירו הסברא מחייבת שיהיה זכותו גדול מחבירו, אבל נגד זה יתרון הזכות של המוחזק עולה נגד יתרון של טענה טובה דחבירו. ומהאי טעמא ס"ל לשמואל כיון דדין לילך בתר רוב הוא חוק התורה, אף שאינו בירור גמור דהרי ידעין דיש מיעוט, מ"מ אמר רחמנא שעלינו להתנהג בכל דרכי התורה עפ"י הרוב. אבל כל זה בדינים שעיקריהם הוא חוק התורה. אבל בספק ממון שיסודו הוא גדר הזכות, וכן כללי הספיקות כמו כן הם גדרים של זכות ממון שתלויים בדעת והסכמת השכל וסברא הישרה, הנה כשיש לתובע רוב המסייעו שע"ז ראוי להיות זכותו גדול בהחפץ שטוענים עליו, אבל נגד זה זכות הנותן להתבע במה שהוא מוחזק עולה נגד כח הזכות של התובע. ובזה יש מקום לומר דמה דאמר שמואל כי אזלינן בתר רובא באיסורא אבל בממונא לא אזלינן בתר רובא, הוא הכונה דבדינים שיסודם חוק התורה אמרה תורה ליזיל בתר רוב⁷. אבל בממון שיסודו הוא

מתחילה
עלינו
להחליט
מי הוא
הבעלים
לפי משפט
השכל,
ואח"כ
יחול איסור
גזילה

5 דבר אברהם (ח"א ט"א): "אבל לענ"ד נראה שדברי החת"ס ז"ל מוצקים דסיטומתא הוי קנין דאורייתא וראוי לקבוע הלכה כמשה ויסוד גדול לזה מירושלמי קידושין (פ"א ה"ה) וכו"ה במ"ד ובילקוט רות, וזאת לפנים בישראל שלף איש נעלו ונתן לרעהו בראשונה היו קונים במנעל ובסנדל חזרו לקנות בקצצה כו' היו מביאין חבית מלאה אגוזים וקליות ושוברים לפני התינוקות והתינוקות מלקטין ואומרים נקצץ איש פלוני מאחוזתו כו' חזרו להיות קונים בכסף כו' חזינו מזה דקנין חליפין כל עיקרו מנהגא הוא ונשתנה עניינו מזמן לזמן בהשתנות המנהג, והרי חליפין ודאי לכלי עלמא הוי דאורייתא דדברי קבלה והוא הלכה למשה מסיני והיאך תלי במנהגא, ובעל כרחך צ"ל דתרווייהו איתנייהו ביה הלכה ומנהגא, והיינו שלא נאמרה בו ההלכה מפורש דמעשה הקנין הוא בכלי ובמסירה מן הקונה למקנה דוקא דא"כ היאך חזרו לקנות בקצצה ומאי נהגו דקאמרי למנהג מה זה עושה הרי הללמ"מ הוא, אלא דההלכה היתה כללית לכל שיקבע למנהג אצל התגרין לקנות בו יהא קנין גמור, ומשו"ה בראשונה שנהגו במנעל וסנדל הוה מנעל וסנדל דאורייתא ומשחזרו לקנות בקצצה הוה קצצה דאורייתא, וכן בכל זמן וזמן כפי מנהג התגרין. והא דנחלקו רב ולוי בב"מ אי בכלי של קונה אי בכלי של מקנה צ"ל דלא נחלקו אלא בפרטי המנהג הקדום איך הונח שעל פיו אנו נוהגים ולא נשתנה בימינו מחדש, אבל אלו הנהיגו התגרין מחדש בכלי של מקנה אה"נ דהוה מהני אפילו למ"ד בכלי של קונה משום דפנים חדשות היו באין לכאן."

6 ש"ה (פ"ב ד"ה ונלענ"ד): "דלא יתכן בשום פנים לומר, דהענין מה שאנו מיחסים החפץ לראובן הוא מחמת ששמעון מוזהר עפ"י התורה שלא לגזול ממנו, אלא הדבר הוא להיפוך דאיסור גזילה הוא לאחר החלטת הענין בחוקי גבולי הבעלים, כ"כ נראה דגם מצות פריעת בעל חוב הוא אחר החלטת ענין החוב עפ"י דין משפטי, שאם חל על ראובן חיוב תשלומים מסוג חוקי המשפט אז הוסיפה תורה אזהרה ומצוה לשמור לשלם חיובו שחייב עפ"י חוק משפטי ואף דבהשקפה ראשונה הוא דבר תמוה איזה הכרח וחייב על האדם יהיה לעשות דבר בלי ציווי ואזהרת התורה, אבל כשנעמיק בענין היטב יש להבין ענין זה, דהרי גם החיוב וההכרח לעבודת ה' ולמלאות רצונו ית', הוא ג"כ ענין חיוב והכרח עפ"י משפט השכל וההכרח, כ"כ הוא חיוב והשיעבוד ממון הוא חיוב משפטי."

אין ענין
הבעלות
תלוי
באיסור
גזילה, אלא
הדבר הוא
להיפוך

7 היינו ד'איסורא' שאמר שמואל לא הוי איסור ממש ולאפוקי מדיני נפשות, אלא מיירי בדינים שיסודם 'חוק התורה',

הסכמת שכלי, גם בירור הספיקות תלוי עפ"י שכל וסברא, אם לא במקומות שמפורש בתורה, כמו דיני עדות ושבועות שהם חוקי התורה ככל המצוות⁸.

לעומת 'ממונא' שהוא לפי חוקי המשפט השכלי, ולפי"ז שפיר אמרין דאזלינן בתר רובא בדיני נפשות ככל חוקי התורה, אבל בממונא דתלוי ב'חוקי המשפט' סברא היא דהמוציא מחבירו עליו הראיה. ולפי"ז פליגי רב ושמואל בגדרי חוקי המשפט אי אמרין סברת המוציא מחבירו עליו הראיה גם נגד רוב.

8 נלענ"ד דאין הכרח לחלק בין 'חוקי התורה' ל'חוקי המשפט', ושפיר י"ל דלא הוו שני ענינים נפרדים. וז"ל הקונטרס הספיקות (שם): "ויראה לי דפירוקא דהאי מלתא (אמאי לא חיישין לספק גזל) כך הוא, שלא אסרה התורה את הגזל אלא מה שהוא של חברו מצד הדין אבל מה שהוא שלו מצד הדין לא אסרתה עליו התורה, והלכך ספק ממון שהדין בו המוציא מחבירו עליו הראיה גם דררא דאיסורא לית בה כשאנינו מחזירה". ועי' בדברי רבינו (ש"ה פ"א) דביאר כוונתו עפ"י שיטתו ד"כל דיני ממונות אינם כדרך כל מצוות התורה, וקודם שחל עלינו מצות ה' לשלם או להשיב, צריך שיוקדם עלינו חיוב משפטי, אמנם נראה מפשטות דברי קונה"ס, דאיסור גזל אינו תלוי במה שהחפץ הוי של חברו 'באמת' אלא במה שהוא של חברו 'מצד הדין', ואע"פ שחזקת ממון אינה מכרעת את המציאות בתורת ודאי כמבואר בדברי (עי' הערה 3). ועי' ברש"י (יבמות צט: ד"ה ובכור) וז"ל: "והכא גזל ליכא דהמוציא מחבירו עליו הראיה". אמנם לכאורה סברא זו קשה, דבוודאי שעצם איסור גזל תלוי במה ששייך 'באמת' לחבירו ולא במה שהבי"ד נאלץ להשאיר את החפץ אצל המוחזק מחסרון ידיעה; וכסברת רבינו, דענין 'בעלות' קדם לאיסור גזל ולא להיפוך (עי' הערה 6). ובוודאי שאסור לגזול ממון חברו אע"פ שאין לחבירו ראייה להוציא את החפץ הגזול מידו. אלא נלענ"ד דאיסור גזל אינו תלוי במה שהחפץ ב'בעלות' חברו אלא במה שהחפץ הוי 'ממון' חברו. וז"ל הגמ' בסוכה (לה): "(אתרוג) ערלה פסול. מאי טעמא, פליגי בה רבי חייא בר אבין ורבי אסי. חד אמר לפי שאין בה היתר אכילה (פה"מ לרמב"ם שם: שהרי אמר ה' פרי ואלה אינם ראויים לאכילה בשום פנים), וחד אמר לפי שאין בה 'דין ממון'. קא סלקא דעתיה מאן דבעי היתר אכילה, לא בעי דין ממון, ומאן דבעי דין ממון, לא בעי היתר אכילה. תנן של תרומה טמאה [פסול]. בשלמא למאן דאמר לפי שאין בה היתר אכילה שפיר, אלא למאן דאמר לפי שאין בה דין ממון אמאי, הרי מסיקה תחת תבשילו. אלא, בהיתר אכילה, כולי עלמא לא פליגי דבעינן, כי פליגי בדין ממון. מר סבר היתר אכילה בעינן, דין ממון לא בעינן. ומר סבר דין ממון נמי בעינן. מאי בינייהו, איכא בינייהו מעשר שני שבירושלים אליבא דרבי מאיר. למאן דאמר לפי שאין בה היתר אכילה, למאן דאמר לפי שאין בה 'דין ממון' מעשר שני ממון גבוה הוא". הנה דבר שאסור בהנאה מדאורייתא, אין בו 'דין ממון', וז"ל הקונטרס דברי סופרים (סי' א אות ט): "והנה הא ודאי דבאתרוג בעינן שיהא שלו דשאל פסול לכ"ע וא"כ במה נחלקו במעשר שני אליבא דר"מ, וצ"ל דגם ר"מ מודה דגוף המעשר הוא של הבעלים אלא שאין לו בו דין ממון וכו' וכן בערלה גוף הדבר הוא של הבעלים אלא שאין לבעלים בו דין ממון, ומשו"ה ליתא במכירה וכו', ע"ש". וכ"כ בקצה"ח (סי' תו ס"ק ב). ועי' בכ"ז בש"א (פ"ז עמ' 102). ועי' ברמב"ם (גניבה פ"א ה"א) 'כל הגונב 'ממון', רמב"ם (גזו"א פ"א ה"ג) 'איזה הוא גזל, זה הלוקח 'ממון' האדם בחזקה; רמב"ם (ח"מ פ"ו ה"א) 'המזיק 'ממון' חברו חייב לשלם נזק שלם; רמב"ם (ח"מ פ"ז ה"א) 'המזיק 'ממון' חברו היזק שאינו ניכר'.

ולפי"ז יש לחלק בין גדר 'בעלות' ל'דין' ממון, ואם התובע אינו יכול להוציא מהמוחזק לפי 'חוקי התורה', אפילו טוען ברי והנתבע שמא, החפץ כעת כ'אבוד' ואינו ממון של התובע אפילו קמי שמיא, ואע"פ שהוא שלו. אלא הו"ל שפיר ממונו של הנתבע משום דמצד הדין יכול להחזיק בו, ומשו"ה ליכא בזה ספק גזל כלל. ומה שהתובע נשאר 'בעלים' על החפץ מצטמצם לכך, שיכול להביא ראיה ולהוכיח את טענתו כדי להחזיר את החפץ ל'ממונו'. ועי' מש"כ בש"א (פ"ט עמ' 144) דדין ממון אינו תלוי בגדר החפצא אלא ביכולת מצד הדין להנות מהחפץ, ומשו"ה א"א לקדש אשה באיסור הנאה דרבנן בשיטת הרמב"ם. והנה ברמב"ם (גזו"א פט"ו ה"א) מבואר דהמוציא אבידה שאין בו סימן דרך הנחה, אסור ליגע בה, 'ואם יבא ליטול אותה הרי אבד 'ממון' חברו בידו שהרי אין לו בה סימן להחזירה בו'. וגם בספק הינוח הרי זה לא יגע בו. ואם עבר ונטלו 'זכה בו ואינו חייב להחזירו'. והקשה ע"ז הרב המגיד, וז"ל: "זו באמת קשה ודאי והיאך יזכה בו ויהיה שלו והלא קודם יאוש בא לידו, ואין צ"ל בודאי הינוח דלאו כל כמיניה לנטול ויזכה לו אלא אפילו ספק הינוח ודאי לא זכה בו דהא ספקא הוא אם הוא דרך נפילה וזכה בו כדין המוצא דבר שאין בו סימן או שהוא דרך הנחה והכי בא לידו קודם יאוש וספיקא בכה"ג לחומרא". אמנם י"ל לענ"ד דביטול הדברים אין מניעה בזכית חפץ של חברו מצד 'בעלות' אם החפץ אבוד ממנו ואינו ממונו. אלא התורה הטילה מצוות השבה בכה"ג. ובדבר שאין בו סימן ליכא מצוות השבה וממילא אפשר לזכות בו. אבל בספק הינוח אסור לכתחילה ליגע בו מכיון דשמא מבטל בזה את האפשרות מהבעלים לחזור לדבר. ואם כבר נטלו, אינו חייב להחזירו משום דליכא ודאי חיוב תיקון דשמא הוא דרך נפילה. וברמב"ם (גזו"א פ"ז ה"ה) מבואר דיאוש שלא מדעת הוי דלא מתייבאש כלל ולא דבעינן יאוש משעת הגבהת המציאה, וז"ל: "יאוש שלא מדעת אפילו בדבר שאין בו סימן אינו יאוש, כיצד, נפל ממנו דינר ולא ידע בו שנפל אע"פ שכשידע בו שנפל יתייבאש הרי זה אינו יאוש 'עתה עד שידעו הבעלים שנפל', אבל אם עדיין הבעלים אומרים שמא נתתיו לפלוני או שמא במגדל הוא מונח או שמא טעיתי

אין הכרח לחלק בין 'חוקי התורה' ל'חוקי המשפט'

איסור גזל אינו תלוי במה שהחפץ ב'בעלות' חברו אלא במה שהחפץ הוי 'ממון' חברו

שיטת הרמב"ם ב'ספק הינוח'

פרק טו

כתב בשיטה מקובצת סוף פרק קמא דכתובות לענין תינוק הנמצא דברוב עכו"ם ונגח תורא ידידיה לתורא דידן דמשלם נזק שלם, דהא דקיי"ל אין הולכים בממון אחר הרוב הוא דוקא בישראל דאיכא חזקת מרא קמא ולא בנכרי דליכא לנכרי חזקת מרא קמא. כן הביא שם בשם הרמב"ן, הרשב"א והרא"ש ז"ל, יעו"ש¹. ולא בארו דבריהם מאיזה טעם הוא אין לנכרי דין חזקת מרא קמא. ובספר רי"ט אלגזי ריש פרק ב' דבכורות, בד"ה והנה לפי האמור, עמד על זה וכתב שהוא מטעם דסברי דגזל נכרי אינו מן התורה. ועל פי זה מסיק דלהנך דסברי דגזל נכרי אסור מן התורה, אית לנכרי חזקת מרא קמא, יעו"ש². ודבריו תמוהים בעיני דמה ענין איסור והיתר למשפטים. ועוד אם נימא דכל חזקת אדם בשלו הוא רק מחמת איסור גזילה שאסור לגזלו, הלא לענין זה סגיא לן אם איכא איסור גזילה מדרבנן, דעל כל פנים אי אפשר לגזול ממנו מחמת איסור דרבנן. על כן ענין זה לא נתבאר כלום. ובין אם נאמר דחזקת מרא קמא הוא מדין חזקה קמייתא ובין מדין מוחזק קשה, מה שאני נכרי מישראל לענין זה. אח"כ מצאתי בקונטרס הספיקות כלל ו' אות ד' שעמד על זה וכתב דלא ידע טעמייהו מדוע לא יהיה לנכרי חזקת מרא קמא.

לא בארו
דבריהם
מאיזה
טעם הוא
דאין לנכרי
דין חזקת
ממון

ונראה לענ"ד לבאר ענין זה על פי מה שכתבו הראשונים ז"ל בבבא מציעא דף ק' ע"א בפרק השואל במחליף פרה בחמור וילדה דיחלוקה, דפריך הש"ס וליחזי ברשותא דמאן קיימא וליהוי אידך המוציא מחבירו עליו הראיה, דאע"ג דקיי"ל הגודרות אין להם חזקה, הני מילי היכא דידיעין ודאי שהוא של ראובן, דאע"ג דהשתא ברשות שמעון נינהו אין לו בהם חזקה, אבל הכא דודאי האם קנויה ללוקח והולד נמי אפשר דדידיה הוא כיון דברשותא ידידיה נינהו, דינא הוא דלוקמינהו בחזקתיה, עכ"ל השיטה מקובצת בשם הר"ן³.

1 כתובות (טו): "מצא בה תינוק מושלך אם רוב עובדי כוכבים עובד כוכבים, אם רוב ישראל ישראל, מחצה על מחצה ישראל וכו' מחצה על מחצה ישראל למאי הלכתא, אמר ריש לקיש לנזקין (רש"י: דתנן (ב"ק לז) שור של ישראל שנגח לשור של כנעני פטור, ושור של כנעני שנגח לשור של ישראל בין תם בין מועד משלם נזק שלם, וישראל לישראל תם משלם חצי נזק ומועד משלם נזק שלם) ה"ד אי נימא דנגחיה תורא דידן לתורא ידידיה לימא ליה אייתי ראיא דישאל את ושקול, לא צריכא דנגחיה תורא ידידיה לתורא דידן, פלגא משלם ואידך פלגא אמר להו אייתי ראיא דלאו ישראל אנה ואתן לכו". ובשיטה מקובצת (שם): "והרשב"א כתב וז"ל ואוקימנא לנזקין וקשיא לן אפילו רוב כותים נמי לימא להו אייתינהו ראיא דלאו ישראל אתון ושקולו דהא אין הולכין בממון אחר הרוב לאפוקי ממוןא מחזקת מאריה, וי"ל דכיון דמספקא לן אי כותי אי ישראל אם רוב כותים 'ככותי חשבינן ליה' וכיון דככותי חשבינן ליה 'לית ליה חזקה דממונא' דנימא אוקי ממוןא בחזקת מאריה אבל בישראל דודאי אית ליה חזקה דממונא לא אזלינן ביה אחר הרוב. ע"כ. וכ"כ הרא"ה ז"ל וכו'. וכ"כ הרא"ש ז"ל דכיון דרוב כותים אנו מחזיקין אותו בחזקת כותי 'ושב אין חזקת ממון לכותי' ע"כ. וכ"כ הרמב"ן ז"ל וז"ל וכיון דכותי הוא 'לית ליה חזקה דממונא' וכו'". וע"ע שם שיטה ישנה 'דבחזקת כותי קאי ומפקינן מיניה'.

2 מהרי"ט אלגזי (בכורות פ"ב אות יז סק"י): "אלא דאעיקרא דמלתא צריך לדעת מאיזה טעם כתבו הראשונים הנז"ל דגוי לית ליה חזקת ממון, דמאחר דקיי"ל דגזל גוי אסור, ומתבאר מדברי הר"ם בפ"א מהל' גניבה וכו', וכיון דמן התורה ממונו של גוי אסור לגזלו א"כ אמאי לא יהיה לו חזקת ממון בישראל. וע"כ צ"ל דכל הראשונים הנז"ל שכתבו כן ס"ל כסברת רש"י בפרק ד' מיתות (סנהדרין נז) וכו' דגזל וגניבת הגוי אינו אסור אלא מדרבנן וקראי אסמכתא בעלמא וכו' וכיון דמן התורה התיר ממונו של גוי לישראל ומותר לגזלו, א"כ פשיטא דלית ליה חזקת ממון, דכממון הפקר דמי דכל הרוצה ליטול נוטל, וא"כ הוא יוצא לנו דלדעת הר"ם והסמ"ג והטור ודעמיה דס"ל דגזל גוי אסור מן התורה יש לגוי חזקת ממון, ואמרינן לגבי גוי אוקי ממוןא בחזקת מאריה כדין ישראל כיון דיש לו זכות בממונו ולא הוי הפקר".

3 ב"מ (ק): "המחליף פרה בחמור וילדה, וכן המוכר שפחתו וילדה, זה אומר עד שלא מכרתי וזה אומר משלקחתי, יחלוקו וכו' גמרא אמאי יחלוקו וליחזי ברשות דמאן קיימא וליהוי אידך המוציא מחבירו עליו הראיה, אמר רב חייה בר

וכן כתב שם בשם הריטב"א⁴. ובהשקפה ראשונה דבריהם תמוהים, דמה ענין גודרות לדין מוחזק. דהא דגודרות אין להם חזקה הוא לענין הוכחה וראיה, דבשאר מטלטלים נאמן לומר לקוח הוא בידי אף שידענו דמעיקרא היה של אחרים, כיון דודאי באו לרשותו על ידי בעלים, ולשאלה לא חיישינן, נאמן לומר שלקחן. אבל בגודרות דאפשר דנכנסו לרשות התופסן שלא מדעת בעלים, ליכא הוכחה שמכרן או שנתנן. אבל הכא פריך בגמ' מדין המוציא מחבירו עליו הראיה ולא מחמת איזו הוכחה וראיה⁵. וכן קשה בדברי התוס' דף ק' ד"ה וליחזי שהקשו גם כן מהא דגודרות אין להם חזקה⁶. אבל בדברי התוס' אפשר ליישב בדוחק דזה גופא מתרצים שם דז"ל, וי"ל כיון דאיכא דררא דממונא דיש ספק בדבר בלי טענותיהם וטוען ברי הלוקח אם הוא ברשותו אין להוציא מידו, עכ"ל. היינו דבאו לפרש דאין כונת הש"ס מדין חזקה וראיה, אלא דכונת הש"ס מדין תפיסה ומוחזק זכה בולד. אבל גם זה דחוק להעמיס בדבריהם. לכן נראה לי כיון שדין מוחזק אינו מטעם אלמות ותקיפות, אלא משום שהדבר בחזקתו נקרא חבירו מוציא ועליו הראיה. ועד כאן לא מיקרי מוחזק לומר שהדבר בחזקתו אלא היכא דשייך הכלל של החזקה כל מה שתחת יד אדם הוא שלו. אבל אם החפץ שעומד בחצירו אינו מוכיח כלום שלבעל הרשות הוא, בכה"ג לא מיקרי מוחזק. דמוחזק הוא שהדבר עומד בחזקתו על פי מה שנראה ומוחזק לנו. ומהאי טעמא נקטו הראשונים לשון 'מוחזק' ולא 'מחזיק'. ולפי זה דמישך שייך ענין מוחזק להכלל של החזקה מה שביד אדם הוא שלו, שפיר יש לדון כיון דבגודרות ליתא להאי כללא, דמנפשיה עיילי, שלא יהיה שייך בהו כלל ענין מוחזק. ועל זה תרצו דמה דאמרינן דבגודרות אין להם חזקה אין הכונה דבגודרות ליכא האי כללא דחזקה כל מה שתחת יד אדם הוא שלו. אלא היכא שידעין ודאי דהוה לראובן אין לשמעון חזקה בהם, היינו דהוכחת מה שביד אדם שלו אינה מועלת בגודרות להפקיע מהבעלים הראשונים, אבל בסתמא אם אנו רואים גודרות ברשות של אחד, בודאי גם בהם

לא מיקרי
מוחזק
אלא היכא
דשייך
ההוכחה
שכל מה
שתחת יד
אדם הוא
שלו

אבין אמר שמואל בעומדת באגם. ובשטמ"ק (שם): "גמ' וליחזי ברשותא דמאן קיימא. פירוש וְאִם איתא ברשותא דחד מינייהו ואפילו דלוקח לוקמה בחזקתיה וליהוי מוכר מוציא מחבירו ועליו הראיה אע"ג דקיי"ל בפרק חזקת הגודרות אין להם חזקה הני מילי היכא דידעין ודאי דהוה לראובן דאע"ג דהשתא ברשות שמעון נינהו אין לו בהם חזקה, אבל הכא דודאי האי קנויה ללוקח ולד נמי אפשר דדידיה הוי כיון דברשותיה נינהו דינא הוא דלוקמניהו בחזקתיה. הר"ן".

4 שטמ"ק (שם): "וז"ל הריטב"א, וליחזי ברשותא דמאן קיימא וכו'. ולישנא משמע שאם נולד ברשות לוקח על המוכר להביא ראיה ואם תאמר והא קיי"ל הגודרות אין להם חזקה וכן העבדים. יש לומר דהכא עבד קטן המוטל בעריסה הוא שיש לו חזקה ופרה באותרא דמסירן לרועה שיש להם חזקה כדאיתא התם. אי נמי דהתם הוא דליכא אלא טענת חזקה בלחוד אבל הכא דאיכא מכר ודאי דפרה ושפחה גופייהו מהניא חזקה לגבי הולדות לענין זה. עד כאן".

5 אמנם בשו"ת תת"ס (אהע"ז סי' פ) מבואר דחזקה מה שביד אדם הוא שלו הוי נמי מטעם המע"ה ולא מטעם הוכחה כמש"כ רבינו, וז"ל: "חזקת מה שביד אדם הוא שלו לא ידעתי לה מקום ושום סברא, אדרבא בב"ק קאמר הש"ס דהמוציא מחבירו עליו הראי' סברא הוא מאן דכאיב לי כאיכא אזיל לבי אסיא מבואר שאיננו חזקה שהוא שלו אלא אין שום אדם יכול להוציאו מידו אלא בראי' ברורה ואפי' רוב מנגדי איננו ראי' מספקת להוציא מידו דאולי שלו הוא ועוד אפי' המחזיק טוען שמא ומסופק אם הוא שלו מ"מ צריך אידך להביא ראי' מספקת דמאי חזית להוציא מידי וליתן לזה והכלל לע"ד חזקת ממון איננו חזקה כלל רק ספיקו עצום כל כך עד שאין אדם יכול להוציא ממנו בלי ראי' ברורה". ועי' לקמן (הערה 16 עמ' 245).

כחת"ס
מבואר
דחזקה זו
אינה בגדר
הוכחה

6 תוס' (ב"מ ק. ד"ה וליחזי): "וא"ת וכי נמי הוי הולד ברשות לוקח אין זה הוכחה דקנאה דהא אמרינן בח"ה (ב"ב לו.) הגודרות אין להן חזקה משום דשמא מאליהן באו לרשותו או תפסן ברחוב כשהן הולכות לרעות וכו' וי"ל כיון דאיכא דררא דממונא ויש ספק בדבר בלא טענותיהן וטוען ברי הלוקח, אם הוא ברשותו אין להוציא מידו, אבל אם היה טוען שמא סברא הוא שלא תועיל חזקתו מספק".

16

איכא חזקה זו וכל מי שנוטל מרשותם דיינינן ליה כגזלן. ומשו"ה בדררא דממונא שהספק לפנינו חשיב מוחזק אף בגודרות.

וכן נראה לי ענין זה ממש"כ התוס' בבא מציעא דף ח' ע"ב ד"ה או דילמא, דאם רכוב לא הוי קנין כלל לא חשיב מוחזק גם כן. ואם רכוב במקום מנהיג לא קני, או שנים שתפוסים בטלית אף אם לא יקנו שניהם בכ"ה"ג מ"מ מיקרי שניהם מוחזקים כה"ג, אם טוען כל אחד שהוא לבדו הגביה, יעו"ש⁷. שהטעם בזה משום דכל היכא שתפיסתו מוכחת לכלל שמה שביד אדם הוא שלו, תפיסה כזאת ראויה שתועיל לקנין, וכן לענין מוחזק. ואם אינה מועלת לקנות בעל כרחך שתפיסה כזאת אינה מוכחת על ענין זה שהוא הבעלים. וכיון שאינה מוכחת על ענין זה, אינו נקרא מוחזק כלל. ובספר ש"ש ש"ד פ"ג ופי"ד הביא ראיות סמוכות לזה דתפיסה תליא בקנין. ועיי"ש מה שהוקשה לו מחצר שאינו משתמר ואינו עומד בצדו⁸. ולפי מש"כ הכל תלוי בזה אם במקום כזה שהוא מוכיח שהחפץ הוא של בעליו חשיב הדבר ברשותו ונקרא מוחזק⁹. ומהאי טעמא מחלקינן בין קרקע למטלטלים. דבקרע אינה יוצאת מרשות בעלים שהחזקו בה כבה, אם לא על ידי חזקה של ג' שנים. ומטלטלים אם הם ביד אחר הם ברשות אחר. כמו לענין טענת לקוח, כמו כן לענין תפיסה ומוחזק. דבקרע ליכא הוכחה שהם של הלוקח אם לא בחזקת ג' שנים, ובמטלטלים איכא הוכחה מיד. ומשו"ה עדיפא חזקת התופס מחזקת מרא קמא, דחזקה דהשתא מוכחת דאינן של מרא קמא. ומשו"ה גם לענין מוחזק כמו כן בקרקע נקראים הבעלים הראשונים לעולם מוחזקים ועל התופס להביא ראיה. ובמטלטלים על הבעלים להביא ראיה.

כל היכא שתפיסתו מוכיחה שהדבר הוא שלו, ראוי שתועיל לקנין, וכן לענין מוחזק

7 ב"מ (ב): "היו שנים רוכבין על גבי בהמה, או שהיה אחד רוכב ואחד מנהיג, זה אומר כולה שלי וכלי וחלוקו". ושם (ח): "רכוב במקום מנהיג איבעיא ליה, מאי (רש"י) אמר שמואל חז קני, ומבעיא ליה לרב יהודה היכא דאיתנהו לתרווייהו, הי עדיף, רכוב עדיף דהא תפיס בה, וכי אמרינן משיכה קני היכא דליכא רכוב, אבל במקום רכוב לא, רכוב עדיף דהא תפיס בה, או דלמא מנהיג עדיף דאזלא מחמתיה". ובתוס' (שם ד"ה או דלמא): "לקמן מוכיח שפיר ממתניתין דרכוב לחודיה קני מאחר שקרוי מוחזק דאי אפילו לחודיה לא קני סברא הוא דאפי' מוחזק נמי לא הוי, וכן לעיל דקאמר אילמא מהא שנים אוחזין האי אמר כולה אגבהתי אבל שנים שהגביהו לא קנו התם נמי אע"ג דכמו שהם שניהם תפוסים לא קנו מקרי מוחזק כיון דאם היה מגביה לחודיה אילו לא היה חבירו תפוס בצד השני היה קונה, לכך איקרי מוחזק אפילו עם חבירו".

8 ש"ש (ש"ד פ"ג): "אלא דלפי מה שכתבנו בספר קצה"ח (סי' ר"ב סק"ז) דתפיסה מהני אפילו בחצר שאינו משתמר ואינו עומד בצדו, ומשום דקנין חצר בעי קרא לרבות מונח בידו ובעינן דומיא דידו, אבל מונח בחצירו ומוחזק בה כיון דמוחזק לא צריך קרא, וכדאמרין שם בריש פרק הפרה (ב"ק מו) הא לא צריך קרא דמאן דכאיב ליה כאיביה אזיל לגבי אסיא וסברא הוא ע"ש, א"כ אפילו אינו משתמר ואינו עומד בצדו כל שעומד הדבר בחצירו מוחזק ותפוס הוא". ושם (ש"ד פ"ד): "ותפיסה תליא בקנין וכמבואר ברמב"ן בס' הזכות ע"ש פרק הכותב (כתובות מג: מדפי הרי"ף) וז"ל וכיון דלמדנו בראיות ברורות שאין נאמן בשטר הכתוב על שם חבירו לומר לקוח הוא בידי וכו', והטעם לפי שהמטלטלין כיון דנקנין במסירה והגבהה ותפיסתו עצמה שהוא תופס בהן היא קונה לו, נאמן הוא לומר לקוחין הן בידי ולא מפקין ממונא מידא דמוחזק, אבל בשטר שאין תפיסתו קנין ואינו מוחזק כלל אלא בנייר שלו אם טען בענין כך וכך נמסר לי עליו הראיה, אלא דלמאן דאמר אותיות נקנין במסירה קסבר רבא כיון דתפיסתו קנין, דהא בכל מסירה קונה עשאוהו כשאר מטלטלין דנאמן עכ"ל, הרי דתפיסה תליא בקנין, וכיון דרשות השותפין אין קונין זה מזה הוא הדין תפיסה לא מהני זה נגד זה, והוי ליה כמונח ברשות הרבים, ואע"ג דכתבתי בפרק י"ג דתפיסה עדיפא מקנין לענין חצר שאינה משתמרת דאפילו אינו עומד בצדו מהני לתפיסה ולא לקנין, היינו משום דעכ"פ חצירו מיהא הוי והוי ליה רשותו דנימא ביה המע"ה, אבל רשות של שניהן לאו כלום הוא נגד בעלים דהוי ליה כמונח על גבי קרקע כל זמן שאינו כולו ברשותו".

9 היינו דגם בחצר שאינה משתמרת ואינו עומד בצדה יש 'הוכחה' שהדבר הנמצא בה הוי של בעל החצר. משו"ה תפיסה כזו מהני לענין מוחזק. ומה שלא מועיל לענין קנין 'אינו משום דלא נראה כהבעלים של החפץ' - דאל"כ גם לענין מוחזק לא היה מועיל - אלא 'מסיבה אחרת' וכמש"כ הש"ש דלקנין חצר בעינן דומיא דידו. ועי' לקמן (ד"ה ולפי"ז עמ' 214).

ועפ"י מש"כ נראה לי בהא שחולק הש"ש בש"ד פי"ג ופי"ד על הש"ך שכתב בסימן צ"א דבחצר של שניהם לא מוקמינן בחזקת מרא קמא כיון דשניהם מוחזקים בו, ומכל שכן כששניהם אדוקים בו⁴⁰. ובש"ש דחה דבריו ומדמה ליה לסימטא דאמרינן בגמ' בפרק השואל לענין מחליף פרה בחמור דבסימטא מוקמינן בחזקת מרא קמא, וסימטא נמי הוי רשות לשניהם⁴¹. ולענ"ד אין דברי הש"ש נכונים בזה. דלפי מה שכתבנו בזה הכל תלוי אם המקום מוכיח על חזקת בעליו, וחצר של שניהם ודאי מוכיח דשל שניהם הוא. והנה היכא דידענו שהחפץ היה של אחד מהם והוא עכשיו בחצר של שניהם וטוען השני שלקח חציו, ודאי דאינו נאמן, כמו בגודרות, כיון דהוי רשות לשניהם לא יצא הדבר מרשותו. אבל בדררא דממונא שהספק לפנינו הוי בחזקת שניהם, כמו בגודרות⁴². לפי זה, מה שמוכיח בספר ש"ש⁸ מהא דחצר השותפים אינו קונה מרשות בעלים אפילו למחצה, אינו ראיה לענין תפיסה. והחילוק בין חצר של שניהם לסימטא הוא פשוט. דבסימטא לא הוי רשות לאחד מהם רק על ידי השתמשות. וכל זמן שהחפץ של המוכר הוא חצר של מוכר ורק אם הלוקח מושך ממקום זה למקום אחר נעשה חצירו של הלוקח כמש"כ רבינו חיים כהן⁴³. וכל זמן שלא נשתמש אחד מהם אינו רשותם. ומשו"ה בחפץ שיש לו חזקת מרא קמא לא נפיק בסימטא מחזקת מרא קמא, דלא נכנס לרשות אחר עדיין כלום. אבל בחצר של שניהם דהוי רשות שניהם בלי השתמשות, וכל חפץ הנמצא בחצר זה בחזקת שניהם הוא, י"ל דהוי שניהם מוחזקים ולא מוקמינן בחזקת מרא קמא כמש"כ הש"ך. וכל שכן כששניהם אדוקים בו, ודאי נפיק מחזקת מרא קמא. ומה שכתב בש"ש⁴³ להוכיח כדבריו מהא דתפיסה תליא בקנין ובחצר של שניהם

בעומדת
הפרה
בסימטא
אזלינן
בתר מרא
קמא,
ובחצר של
שניהם,
הדין הוא
שיחלוקו

40 ש"ך (ח"מ סי' צא סקל"ג): "ולענין דינו של הסמ"ג כששניהם אדוקים בדינר או שהדינר מונח ברשות הרבים וכו' אם כן דינו צ"ע אי נימא גם בזה אוקמה אחזקת מרא קמא. חדא, דלא מצינו כן אלא בעומדת באגם שהוא מקום הראוי לקנות לשניהם, אבל לא בחצר של שניהם וכל שכן כששניהם אדוקים בו, ואף במונח הדינר ברשות הרבים צ"ע, ד"ל דדוקא בפרה ושפחה וכו' י"ל מוקמינן לה בחזקת מרא קמא משום דכל היכא דאיתא ברשותא דמרא איתא, אבל דינר כיון דמעוט להוצאה ניתנו א"כ לא שייך לומר מרא קמא".

41 ש"ש (ש"ד פי"ג): "אמנם לענ"ד נראה דסימטא הוי ליה נמי כמו חצר של שניהם ממש וכדמוכח בתוס' קידושין (כה: ד"ה בהמה הב') ע"ש שכתב בשם רבינו חיים כהן, דהיינו טעמא דמשיכה קונה בסימטא משום דהוי כחצירו כיון שיש לו רשות להניח שם חפציו, ומכי אנח ליה מוכר הוי ליה חצירו ואח"כ כשמשכה לוקח והזיזה ממקומה למקום אחר הוי ליה חצר של לוקח, ומהאי טעמא נמי לא מהני מסירה בסימטא משום דהוי ליה רשות מוכר ע"ש, אלמא כל דין חצר עלה, דסימטא הוי ליה חצר דכולי עלמא וכל אחד יש לו רשות להניח שם חפציו, ומשום הכי קונה משיכה שם".

42 היינו דבחצר של שניהם לא מהני הוכחה כל מה שתחת יד אדם הוא שלו 'לענין הפקעת החפץ מהבעלים הראשונים'. ואין הלוקח נאמן שלקח חציו. וכמו בגודרות, ע"ל לעיל (ד"ה ונראה עמ' 211). אבל מ"מ יש הוכחה 'בסתמא', כגון בהמתליף פרה בחמור שהספק לפנינו, דחצי הולד הוא שלו. ולכן מהני תפיסה לענין חציו ולא אזלינן בתר מרא קמא.

43 ש"ש (ש"ד פי"ז): "ובעיקר הדין בחצר של שניהם נראה לענ"ד דגם בזה מוקמינן בחזקת מארי קמא ולא אמרינן כיון דאם תפס בכולה הוי מוחזק בכולה השתא דברשות שניהם הוי ליה כאלו זה מוחזק בחציה וזה בחציה, דכל שאינו תפוס בכולה הוי ליה כמו לא תפס כלום נגד מרא קמא, וראיה מהא דאיתא ריש פרק קמא דמציעא (ח) אמר רמי בר חמא זאת אומרת המגביה מציאה לחבירו קנה חבירו דאי סלקא דעתך לא קנה חבירו תיעשה זו כמי שמונחת על גבי קרקע וזו כמי שמונחת על גבי קרקע ולא יקנה לא זה ולא זה, אלא לאו שמע מינה המגביה מציאה לחבירו קנה חבירו ע"ש, ומבואר דאי לאו דמגביה מציאה לחבירו קנה חבירו הוי ליה כמונחת על גבי קרקע אלמא דאין הגביה וזכיה לחציה אלא מצד מגביה מציאה לחבירו דאז הוי ליה כאלו מגביה כל אחד חלקו בעד חבירו, וא"כ הכא במונח בחצר של שניהם הוי ליה נמי כמונח על גבי קרקע דרשותו או ידו אינו זוכה לו אלא אם מגביה כולו או שהוא כולו ברשותו, והכא כיון דרשות מוכר נמי הוא מעכב על הלוקח שלא לזכות בו והוי ליה כמונחת על גבי קרקע ומוקי לה בחזקת מרא קמא, דבזה לא שייך מגביה מציאה לחבירו דבעלים לא מצו מזכה לאחר אלא ע"י אחר ולא על ידו".

או כששניהם אדוקים ותפסי בכרכשתא דאי לאו משום דמגביה כל אחד לחבירו אמרינן תעשה זו כמי שמונחת על גבי קרקע, וזו כמי שמונחת על גבי קרקע, אין דבריו נכונים כלל. דהרי לענין זה כתבו בתוס' פרק קמא דבבא מציעא שהבאנו לעיל¹⁴ דלענין מוחזק סגי לן אם רק תפיסה כזאת מועלת לקנין אם היה תופס בעצמו. וכמו שהוכיחו מסוגית הש"ס דאף אם מגביה לחבירו לא קנה חבירו מ"מ בשנים אוחזים בטלית הוו שניהם מוחזקים אם כל אחד טוען כולה שלי. וכיון דבכה"ג חשיבי מוחזקים היכא דליכא מרא קמא, כמו כן י"ל דגם היכא דאיכא חזקת מרא קמא נפיק מרשות מרא קמא והוי בחזקת שניהם. ודברי הש"ך נכונים בלי פקפוק כלל. כללא דמילתא, כל תפיסה שמוכחת שהדבר שלו הוא, על פי כלל החזקה כל מה שביד אדם הוא שלו, מהראוי שתועיל לקנין, וכן לענין חזקת ממון. וסימטא אינה מועלת לתפיסה משום שאינה מועלת לקנין גם כן, ורק על ידי השתמשות נעשה חצירו. וזה שייך במשיכה ולא לענין מוחזק, אם לא שהחזיק במקום זה על ידי השתמשות דאז נראה שהוא חשוב רשותו גם לענין תפיסה. כנלענ"ד בענין זה.

ולפי"ז י"ל על פי מה דאמרינן במסכת סוכה ריש פרק לולב הגזול דסתם עכו"ם גזלני ארעתא נינהו¹⁴, דאצל העכו"ם ליכא כלל הך חזקה שכל מה שבידם הוא שלהם כיון דחשידי על הגזל. וכיון דליכא הך חזקה אין רשותם משהו אותם למוחזק לומר שהדבר בחזקתם. אף דרשות העכו"ם קונה לו כמו ידו, כיון דמכניס לרשותו הוי כמו ידו, מ"מ לענין חזקת ממון לא מהני לו רשותו. דבאמת אין תפיסה תלוי בקנין, דלא כמו דמשמע מדברי הש"ס⁸. דהרי בחצר שאינה משתמרת אף דאינה קונה מ"מ הוי רשות לענין מוחזק. אלא דעיקר הכלל הוא כמש"כ שהוא להיפוך, דקנין תלוי בתפיסה אם הדבר מוכנס לרשותו שהוא מוכיח שהוא שליט עליו אז נגמר מעשה הקנין. ולתפיסה בעינן שיהיה מוכיח שהוא הבעלים. ובהא דהביא הש"ס מהרמב"ן⁹ דתפיסה בשטרות תלוי אם אותיות נקנות במסירה או לא, נלענ"ד שעיקר הטעם בה דכיון דאין אותיות נקנות במסירה אין בהם הכלל חזקה מה שביד אדם הוא שלו כיון שהם על שם אחא אבל אם נקנות במסירה, תפיסתו בהן מוכיח שהם שלו ככל מטלטלים. ולפי זה, י"ל דאף דבעכו"ם ליכא האי כללא חזקה דכל מה שתופס הוא שלו, מ"מ קונה לו רשותו כמו ידו. דרק להיפוך מה שאינו מועיל לקנין הוא מורה דנגרע חזקה זו שמה. ומשו"ה אין מועיל להוציא מרשות בעלים על ידי טענה וכפירה. וכן מוכח ענין זה מדברי הראשונים שהבאנו¹⁰ ששקלו וטרו אם בגודרות חשוב מוחזק להוציא מחזקת מרא קמא, ולא היה קשה להם איך מהני בגודרות קנין חצר והכנסה לרשות. אלא ודאי דקנין ממש שנעשה על ידי מקנה וקונה אינו שייך לענין זה, ורק להיפוך היכא דהמעשה אינה מועלת לקנין יש מקום לדון דלא חשיב גם כן מוחזק. היינו היכא דלא חשיב תפיסה כלל שאינה מוכחת שהדבר שלו, אינו חשיב מוחזק גם כן. אבל אם אינה מועלת לקנין מצד אחא, כמו חצר שאינה משתמרת, או שנים שהגביהו דהוי חסרון מצד שלא נגמר מעשה של הגבהה על ידי אחד, ענין זה אינו מגרע חזקת ממון. ומשו"ה בגודרות אף אם נימא דתפיסה לא מהני בהו אינו חסרון במעשה הקנין, ורק בטענה וכפירה אינם יוצאים מחזקת מרא קמא. ועל זה כתבו דיש חילוק בין טענה וכפירה, שעל ידי דררא דממונא שבהם שוים גודרות לשאר מטלטלים

באמת אין תפיסה תלוי בקנין אלא דקנין תלוי בתפיסה המוכיחה שהוא הבעלים

14 סוכה (ל). "אמר להו רב הונא להנהו אוונכרי כי זבניתו אסא מנכרי לא תגזזו אתון אלא לגזוזיהו אינהו ויהבו לכו, מאי טעמא סתם נכרים גזלני ארעתא נינהו (רש"י: ושמא אותו קרקע מישראל הוה) וקרקע אינה נגזלת".

שהמוחזק בהם הוא בחזקתו, ובטענת לקוח הוא בידו, שלא על ידי דררא דממונא אינם יוצאים מרשות בעלים. כנלענ"ד בענין זה⁴⁵.

סיכום
דברי רבינו
ד'מוחזק'
היו בגדר
הזכרה

לא מצינו
מקור
בש"ס
ל'חזקה'
מה שתחת
יד אדם
הוא שלו

שיטת
הרמב"ם
ד'חזקה'
זו עיקרה
בדיני טוען
ונטען

15 סיכום דברי רבינו, דמוכח מהראשונים (עי' הערות 4 ו-5) שהיות אדם 'מוחזק' בדבר הוא משום היותו תחת ידו שחזקת מה שתחת יד אדם הוא בגדר הזכרה שהוא שלו, ולכן לא רק שאין להוציא בלא ראייה ממי שתפוס בדבר, אלא אפילו בדברא דממונא שיש ספק לפנינו מי הבעלים, התופס חשוב כהבעלים גמורים. ולפי זה, המחליף פרה שילדה בחצר של שניהם בחמור, יחלוקו הואיל ושניהם מוחזקים ונראים כהבעלים של הפרה, ולא נאמר שעל הלוקח להביא ראייה להוציא ממרא קמא, כמו בסימטא. ובגוי, הטעם שאינו חשוב 'מוחזק' הוי משום שליכא 'הזכרה' שהדבר שמתחת ידו הוי שלו, דהא 'סתם נכרים גזלני נינהו'. משו"ה אין לנכרי חזקת ממון כמו ישראל.

אמנם לא מצינו מקור בש"ס לחזקה ש'מוכיחה' שמה שתחת יד אדם הוא שלו, וז"ל האור שמה (מלוה ולוה פ"ב ה"ו): "והנראה לי ברוך דחזקה דמה שתחת יד אדם הוא שלו, היא חזקה אשר לא מצאנוה בש"ס, רק מקורה מהך דאומר אמנה היא (כתובות יט). אע"ג דאיכא מיגו דאי בעי קלתיה, ואי בעי הוי מחיל ליה וכי"כ, ולכן ברירא דמילתא דאין ה"נ דזו 'לא עדיפא מחזקת ממון דהמע"ה' וכו' ויפה אמר המשל"מ שחזקה זו לא נזכרה בש"ס, שבאמת אין זו חזקה כלל, רק כפי מה שבארתי דמה שהוא תחת ידו הוא בחזקת שהוא שלו, ו'לא למיהב לאחריא'". וכ"כ החת"ס (עי' לעיל הערה 6 עמ' 211). ומה שלוה המוחזק אינו נאמן לומר שהדבר שברשותו הוי של אחר להפקיעו מתיבתת המלוה, כמבואר ברמב"ם (מלוה פ"א ה"ד), משום דכל דבר שהוא ברשות ליה ויכול להשתמש בו צריך ליעדו לפרעון חובו. לכן טענתו היא 'להפקיעו' משעבוד המלוה. ולפי זה, אמנם ענין מוחזק הוי משום חזקה שמה שתחת יד אדם הוא שלו, כמש"כ רבינו, אבל לא מפני שהוא מוחזק מוכח שהוא בעלים והוי אידך המוציא מחבירו שעליו הראיה, אלא להיפך, משום שהאחר בא 'להוציא' ממה שתחת ידו עליו לברר שאין מוחזקותו של זה ראייה לבעלותו. והיותו בגדר 'מוציא' תלוי בנידון, וכמו שיבואר בהמשך.

הנה מדברי הרמב"ם (ט"ז פ"ח ה"א) נראה שלא כדעת רבינו, שחזקת מה שתחת ידו של אדם היא הזכרה על הבעלות, שהרי הוא תולה חזקה זו 'בדיני טוען ונטען', כלומר איזו טענה חשיבה 'להחזיק' ביחס לטענה אחרת שהיא 'להוציא', וז"ל: "כל המטלטלין בחזקת זה שהן תחת ידו אע"פ שהביא התובע עדים שהמטלטלין הללו ידועין לו. 'כינצד' בגד זה או כלי זה שבידך או שבתוך ביתך שלי הוא ואני הפקדתי אצלך או השאלתיהו לך', והרי העדים שהן יודעין אותו מקודם ברשותי, והנבטע אומר 'לא כי' אלא אתה מכרתו לי או נתתו לי במתנה, הרי זה הנתבע נשבע היסת ונפטור". נידוע ש'כינצד' ברמב"ם אינה הדגמה אלא בא להגדיר את תוכן ההלכה, ולא הוי כמו 'כגון'. מבואר מדברי הרמב"ם שמאחר שהטוען הוא מרא קמא שהרי ידוע לו החפץ בעדים, צריך המוחזק לטעון 'לא כי אלא אתה מכרתו לי או נתתו לי במתנה', ובלא טענה זו, אין בכוח חזקת מה שהדבר נמצא כעת תחת ידו לגרע חזקת המ"ק, שהרי המ"ק הוא הבעלים האחרונים שידועים לנו, והוא טוען 'הפקדתי אצלך או השאלתיהו לך'. נטענת מרא קמא כשלעצמה, שלי הוא, בעדים, אינה מספקת אלא הוא צריך לנמק כינצד הגיע החפץ לנטען, וכן עולה מכל כהנ"י שהגרסא היא 'שלי הוא ואני הפקדתי' שלא כנוסח הדפוסים 'שלי הוא או הפקדתי'. ומה שנאמן המוחזק בטענתו הוא משום שהדיון הוי על החפץ עצמו 'למי הוא שי"ך', ולא על אופן יציאת החפץ מיד מרא קמא שהרי אין צריך למכור בעדים, וכעת הוא ב'רשות' התופס שמשמש בו. לכן המ"ק הוא 'המוציא' מ'רשות' המוחזק ועליו להביא ראייה. זהו ה'דין' שכל המטלטלין בחזקת זה שהן תחת ידו, ולא כמש"כ רבינו ד'חזקה דהשתא מוכחת דאינן של מרא קמא' (עי' לעיל ד"ה וכן עמ' 213). ולפי דברינו, שפיר כתב הרמב"ם דהמוחזק טוען ברי, דאם התופס אינו יודע איך הגיע הדבר לידי, שוב הדין הוי על אופן הוצאתו מהמ"ק לידי והוי חזקה שאין עמה טענה, ועליו הראיה להוציא מהמ"ק. וכ"כ הקצה"ח (סי' קלג סק"א) 'דמטלטלין נמי טענה בעי', וכ"כ הנתניבות (שם). וז"ל כרבינו יונה (ב"ב כח): שכמותו נקט רבינו, ע"ש.

וכל זה כשהדבר אינו עשוי להשאל ולהשכיר, אבל בדבר שעשוי להשאל ולהשכיר, הדין חוזר לאופן יציאת הדבר מהמ"ק. והטעם לכך משום ד'חזקתו' של הכלי להיות שאול או שכור אצל אחר, כמבואר ברמב"ם (ט"ז פ"ח ה"ט) ד'עיקר עשיית אלו הכלים אינן למכירת עצמן ולא להשתמש בהן בעל הבית בביתו אלא להשאלן לאחרים כדי ליהנות כנגדן או להשכירן וליטול שכר'. וכשהמ"ק טוען שהכלי שאול או שכור 'כחזקתו', על התופס לברר את טענתו שהמ"ק מכר לו או נתן לו שהרי הוא 'המוציא' את הכלי מחזקתו, כמבואר ברמב"ם (ט"ז פ"ח ה"ג), וז"ל: "במה דברים אמורים בדברים שאין עשויין להשאל ולהשכיר וכו' אבל דברים העשויין להשאל ולהשכיר אע"פ שהן תחת ידו של זה ואע"פ שלא השאל לו כלי זה ולא שכרו לו בעדים, 'הרי הן בחזקת בעליהן', כינצד ראובן שהיה לו כלי העשוי להשאל ולהשכיר ויש לו עדים שהוא ידוע לו והרי אותו הכלי תחת יד שמעון וראובן טוען שהוא שאול או שכור, ושמעון טוען אתה מכרתו לי אתה נתתו לי במתנה אתה משכנתו ביד, אינו נאמן". מיהו כשאין המ"ק טוען שכור או שאול אצל, לא צריך לדון על הוצאת הכלי מחזקתו ולכן חוזר הדין להיות על הכלי עצמו כבשאר מטלטלים, כמבואר ברמב"ם (ט"ז פ"ח ה"ה), וז"ל: "אין כל הדברים האלו אמורים 'אלא בשוהיה בעל הכלי טוען אני הפקדתי אצלך או השאלתיהו אצלך', אבל אם טען שכלי זה היה שלו ונגנב או אבד או נגזל והביא עדים שהוא ידוע לו, וזה שהוא תחת ידו אומר איני יודע אבל 'אחרים' מכרוהו לי

כשלא
תובע שכור
או שאול,
התופס
'מוחזק'
אע"פ
שתפסו
לא מוכיח
כלום על
בעלותו

או נתנוהו לי במתנה, אע"פ שהוא מדברים העשוין להשאיל ולהשכיר מעמידין את הכלי ביד זה שהוא בידו ואינו נשבע כלל 'שהרי אין לו טוען'. הנה לא אמרין דדבר שעשוי להשאיל ולהשכיר הוי לעולם בחזקת מ"ק למרות שתפסיתו של התופס לא מוכיח כלום על בעלותו. והטעם לכך משום שלא בעינן גדר הוכחה נגד מ"ק - ודלא כרבינו. אלא הכל תלוי במה דנים, באופן הוצאת הכלי מהמ"ק או בקיום החפץ אצל התופס. וזה תלוי בטענת התובע כמו שבארנו. ולפי זה, שפיר יש ליישב את קושית הלח"מ, וז"ל: "קשה דנהי דבנגנב או נגזל אינו נאמן דאחזקי אינשי ברשיעי לא מחזקינן (עי' מ"מ) אבל נאבד אמאי אינו נאמן דאין כאן טעמא דאחזקי וכו' ואולי בנאבד נמי אי איתא דאבד מי שמצאו היה מכריזו כדין ההכרזה על האבידה ומי שלא עשה כן רשע גמור הוא וגזלן הוא וא"כ לא מחזקינן אינשי ברשיעי". ולפי דברינו כשהתובע עצמו טוען 'אבד' לא צריך לדון על אופן הוצאת הדבר ממנו, וחוזר הדין כמו בשאר מטלטלים. ונלענ"ד בכה"ג אם טוען התופס ברי שהמ"ק מכר או נתן לו, כל שכן שמעמידים את הכלי בידו. ובתזון יחזקאל (ב"ב פ"ב ה"ב) מוקים את דברי הרמב"ם דוקא בדברים מונחים במקום משומר דלא מחזקינן באבידה, וז"ל: "ומסתברא מילתא שדוקא בדברים כאלה שהם מונחים במקום משומר, ואין ביד המחזיק לקחתם מעצמו אם לא נמסרו מיד ליד, אז תפסיתו שהוא תופסם ברשותו 'הוכחה שהם שלו', שעיקר הדין שכל המטלטלין בחזקת זה שהם תחת ידו, מפני שבמציאותם תחת ידו של המחזיק יש בה נמי משום 'ראיה' שבאו לידו מכח בעליהם הראשונים במכר או במתנה וכו' והא שכתב הרמב"ם בהל' טוען ונטען 'אבל אם טען שכלי זה היה שלי ונגנב או אבד או נגזל וכו' אע"פ שהוא מדברים שעשויים להשאיל ולהשכיר מעמידים אותו ביד זה שהוא בידו היינו דוקא בכלי כזה שדרכו שיהיה שמור ומונח בבית או בחצר המשומרת, אז לא מחזקינן שבא לידו מהבית או מהחצר המשומרים דרך גנבה או גזלה. ומהאי טעמא נמי לא מחזקינן את דבריו שנאבד ממנו משם. והדברים האמורים שם בלחם משנה צ"ע". אולם לענ"ד לא משמע מהרמב"ם דדין 'כל המטלטלין בחזקת זה שהן תחת ידו' הוי דוקא בדבר שמונח במקום משומר, שהרי הרמב"ם (שם ה"א) סתם ולא חילק. ועוד ביאר הרמב"ם (שם ה"ה) טעם ההלכה שמעמידים את הכלי ביד התופס הואיל ולא טוען שכור או שאול. שו"ר דכ"כ בספר התרומות (שער מט ח"ג אות א), וז"ל: "מעמידין אותו ביד זה שהוא תחת ידו, 'שהרי אין לו טוען', שהרי לא טען עליו שהשאלו לו או השכירו לו 'או שהוא גנבו ממנו' אלא שנגנב ממנו ואין ידוע מי גנבו ממנו. וכן דעת הר"מ ז"ל". נומה שכתב שבטוען נמי שהוא גנבו ממנו, לא מוזכר ברמב"ם. והטעם לכך לענ"ד משום דבטוען 'אנבת ממני' אין טענתו תואמת את חזקת הכלי כשכור או שאול, ולכן חוזר הדין להיות כמו בשאר כלים שאינם עשויים להשאיל ולהשכיר כמו שבארנו. ועי' גידולי תרומה (שם).

כשהתופס
מודה
שהדבר היה
של המרא
קמא

ואפילו כשהתופס הודה שהדבר שייך למ"ק ואינו יודע בבירור איך יצא ממנו, בכה"ג נמי מקרי מוחזק כל עוד שהמ"ק לא טוען שכור או שאול אצלו, כמבואר ברמב"ם (טו"ז פ"ח ה"ז-ח), וז"ל: "מי שהיו בידו דברים העשוין להשאיל ולהשכיר אע"פ שהודה ואמר לו 'יודע אני שהם שלך אבל פלוני מכרם לי או נתנם לי במתנה', אין מוציאין אותן מידו, אפילו הביא זה עדים שהיו ידועין לו, 'שאדם עשוי למכור את כליו'. טען זה עליו ואמר שאני השכרתים לך או השאלתים לך מוציאין אותן מידו". הנה היה מקום לומר שחזקתו על הדבר רעועה ומוציאין מידו, הואיל והתופס עצמו ידע שהדבר היה שייך למ"ק ואינו יודע בבירור איך הדבר הגיע לפלוני שלקח ממנו. וחוזר הדין להיות על איך יצא הדבר מחזקתו. קמ"ל שאין עליו לברר איך הגיע הדבר לפלוני, שהרי אדם עשוי למכור את כליו, ואין עליו לדעת איך הדבר יצא מחזקתו. וסגי ליה לטעון ברי שפלוני מכר או נתן לו - כל עוד שהמ"ק לא טוען שהשכיר או השאלו לו.

גדר 'מוחזק'
בגדרות,
בנכרי
ובחצר של
שניהם

ובגדרות סגי למ"ק להביא ראיה שהוא המ"ק ותו לא, וז"ל הרמב"ם (טו"ז פ"י ה"א): "בהמה או חיה שאינה שמורה אלא מהלכת בכל מקום ורועה, 'אינה בחזקת זה שתפסה מאחר שהיא ידועה לבעלים', כיצד הביא התובע עדים שהבהמה הזאת ידועה לו וזה התופס טוען אותה נתתה לי אתה מכרתה לי אינו נאמן, 'שאין היותה תחת ידו ראיה שהרי היא הלכה מעצמה ונכנסה ברשותו', לפיכך אם לא הביא ראיה תחזור הבהמה לבעליה וכו'". הנה כוונת הרמב"ם לומר שאין היותה תחת יד התופס ראיה שהמרא קמא מכרה או נתנה לו שהרי אפשר שהלכה מעצמה לרשותו. ולכן אין הבהמה בחזקת התופס כלל, וללא ראיה על המכירה היא חוזרת לבעליה 'ממילא'. ומכאן אתה למד שבעלמא שרק בטענת מכרת או נתת לי מה שתחת ידו של אדם הוא 'ראיה' שהוא שלו. ודלא כמו בדבר שעשוי להשאיל ולהשכיר שצריך התובע לטעון שאול או שכור כמו שבארנו. עוד נפ"מ לפי דברינו, כשאין עדים שראו שהבהמה או הכלי אצל התופס ויש לתופס מיגו שלא היו דברים מעולם ואין בידו כלום: בדבר העשוי להשאיל ולהשכיר הוי מיגו להחזיק, כמבואר ברמב"ם (פ"ח ה"ד). כיון שהדבר חשוב ברשותו וזקוקים לטענת התובע, ובגדרות הוי מיגו להוציא כיון שיש ריעותא בענין כניסה לרשות עצמה. וכ"כ תומים ס"י עב סקל"ח. וע"ע ש"ך (שם סקל"ה), ונתיבות (שם סקל"ו). ולפי כל זה, גם אם כל מטלטל שתחת יד נכרי יהיה בחזקת גזול, ולא רק בקרקע (עי' הערה 45) מ"מ צריך לעיין אם הגדר הוי כמו בגדרות והוא צריך להוכיח את המכירה, או כמו בדבר העשוי להשאיל ולהשכיר דבעינן טענת המ"ק ש'גזל ממנו', כמו שבארנו. ולגבי קושית הראשונים דכתובות (עי' הערה 4), עי' שיטה ישנה דמשמע שלנכרי יש חזקת ממון. ולפי זה, בחצר של שניהם יהיה הדין כמו הש"ש, ודלא כרבינו.

דינא דהממע"ה, חו לא הוי ממנו של כהן אלא של ישראל, וא"כ ה"נ לא הוי קנין כספו:

עפ"י שני עדים שאמרו מת בעלה ואח"כ צא בעלה, תנא וחייבת בקרבן:

(ה) ע"ד מצינו באיסורין, דאזלינן בחר חזקה. ודין זה חלוק מדין עדים, דעדים מזרזין את הספק, וחזקה אינה מזרזת כלל את המעשה, כדמוכח מהא דמהני חזקה אפילו בחרמי דסתר, כמו בשני שבילין [פסחים י"ט ע"א], ואילו היה מטעם צירור, ודאי לא שייך צירור בחרמי דסתר, אלא דגז"כ שמעמידין כל דבר בחזקתו. ולכאורה היה נראה, דכיון דחזקה אינה מזרזת את הספק ומ"מ מהניא להיות הדין ודאי, ז"ל שנשתנה הדין ע"י החזקה, וכמו ציטוט ברוב, דהאיסור נהפך להיות היתר, ה"נ בחזקה דכוותה. דבשלמא בעדים, דסומכין עליהם אף שלא נשתנה הדין ע"י הגדתן, היינו משום דנריך להאמין להם שכן הוא האמת כדצריהם, אבל בחזקה, שהמעשה מוטלת בספק גם אחרי החזקה, כגון באשת איש שורק לה בעלה גט ספק קרוב לו או לה, ומ"מ דנין אותה כודאי אשת איש וחייבת חנק אם זינתה, א"כ נראה דגז"כ, דאפילו אי קמי שמיא גליא שנאגרה, מ"מ דינא כה"ל. כן היה נראה מסברא. אבל באמת אינו כן, כמבואר ספ"ב דשבויות [י"ט ע"א], שני שבילין, אחד טמא ואחד טהור, הלך באחד מהן ונכנס למקדש, הוה ושנה וטבל, והלך בשני ונכנס, חייב קרבן ממ"נ, או על הכניסה הראשונה או על השניה, ואף דכל פעם שנכנס היה לו חזקת טהרה, מ"מ לא נשתנה דינו בשביל החזקה, דאי נימא דדין חזקה כדן ציטוט ברוב, אין כאן ממ"נ, דהא בכל פעם שנכנס היה טהור משום חזקה. ורציה זו הביאה בתוס' ס"פ האשה שנאמר מלה (כ"ז ע"א) ודאי איסור. ובמהרש"ל שם [בבבב] הביא מדין ציטוט בתערובות, אבל כונת תוס' להוכיח דדין חזקה אינו כדן ציטוט, דציטוט ברוב, האיסור מתהפך להיות היתר, ובחזקה אינו כן, דלאו כולהו צדדא מתחא מחתינהו:

[מהשמות] אבל בתוס' ר"ד צ"ב ל"א [ע"ב] כתב דאם נתערבה חתיכת חלב בשמים של שומן, בטלה ברוב וכו', אע"פ ששלשה צנ"א מותרין לאכול שלשתן, אם אדם אחד אכל שלשתן מציא חטאת, שהרי צירור אכל חלב, ומבואר דעמו דדין ציטוט ברוב שוה לדין חזקה, וכן נראה דעת מהרש"ל צח"ש ספ"ב דכחצות [שם], והיינו ציבש ציבש: [ע"כ מהשמות]

(ו) והשתא יש להסתפק בדינא דהממע"ה, למסקנת הגמ' דתקפו כהן מוציאין מידו, וא"כ הוא אלא המוחזק בתורת ודאי שלו ולא בתורת ספק, איזה דין ודאי הוא, אם הוא כדן ציטוט ברוב, שהדין משתנה ע"י הציטוט, וה"נ כן, דאפילו אי קמי שמיא גליא שהוא של ראובן

(ב) וביאור הסוגיא שם, דמסקתא להו בגמ' בדינא דהממע"ה, אם הוא דין ודאי או אינו אלא ספק, דכיון דלא ידעינן של מי הוא, אין כח לצי"ד לעשות שום מעשה בזה, וממילא נשאר אלא המוחזק, דאין אנו יכולין להוציא ממנו, וממילא אם תפס השני, ג"כ אין להוציא ממנו, מהאי טעמא גופא דאין לעשות מעשה מספק, והוי דינא דכל דאלים גבר, וא"כ גם בשעה שהוא אלא הראשון אינו אלא ספק שלו ולא ודאי שלו, ואם קידש אשה בממון זה אינה אלא ספק מקודשת. או דילמא דדינא דהממע"ה הוא דין ודאי ולא ספק, דכמו דבאיסורין אזלינן בחר חזקה והוי דין ודאי ולא ספק, ה"נ בממון אזלינן בחר חזקת ממון, והוא ג"כ דין ודאי, דספק ממון נשאר אלא המוחזק בתורת ודאי, ואם קידש אשה בממון זה הוי ודאי קידושין, ומש"ה אי תפס איך מפקינן מיניה. וזהו דפריך, אי אמרת תקפו כהן אין מוציאין מידו, משום דדין מוחזק אינו דין ודאי אלא משום דמסקתא א"ל לעשות מעשה ולהוציא ממנו, א"כ גם בשעה שהוא אלא אינו אלא ספק שלו, ואין יכול לפטור ודאי חיוז מעשר בספק שלו, אלא על כרחך דתקפו כהן מוציאין מידו, משום דדין מוחזק הוא דין ודאי ולא מטעמא דכל דאלים גבר, ומש"ה הוי ודאי שלו לכל הדינים, ויכול לנאת באחריו כזה צום ראשון, וכן יכול לפטור בזה ודאי חיוז מעשר שלו:

(ג) [למסקנת הגמ' דתקפו כהן מוציאין מידו, וא"כ הממע"ה הוא דין ודאי ולא מטעם ספק, ועל כרחך דיש איזה לימוד מקרא. וקשה דבר"פ הפרה [ב"ק מ"ד ע"ב]: מנין להממע"ה, ופריך רב אשי הא ל"ל קרא, סברא הוא, דכאיז ליה כאיזא אזיל לצי אסיא, ותימה דמהא סברא לא ידעינן רק דאין מוציאין מטעם ספק, אבל מנ"ל בלא קרא דהוא דין ודאי. ולמסקנת רב אשי, מוכרח פסק הרמז"ם [בבבב פ"ה ה"ג] דתקפו כהן אין מוציאין מידו, דדין מוחזק אינו אלא ספק ולא דין ודאי:]

(ד) והנה מצינו בתורה דינים שונים אין להמנהג בספיקות. (א) דין עדים, שנריך להאמין להם שכן הוא כדצריהם, אבל אי קמי שמיא גליא שאין האמת כדצריהם, אף שהם עדים כשרים, מ"מ לא נשתנה הדין כלל מכפי שהוא באמת מפני הגדתן. ואם שני עדים מעידין על הדבר שהוא היתר, ואחד יודע שהוא איסור, אסור לו להאכיל למי שאינו יודע, ואם האכילו עובר משום לפני עור, שאף שמי שאינו יודע נריך לסמוך על העדים, מ"מ לא נשתנה הדין בשביל הגדתן. וזה מבואר במשנה [פ"ז ע"ב], ניסת