

## סימן כ"ג

שייך לתקפו כהן סי' ע"ב

## דין תפיסה בספק ירושה

אוצר החכמה  
36395

## בספק ירושה לא מועיל תפיסה כלל

**נחלקו** הפוסקים האם בספק ירושה מועיל תפיסה כמו בשאר הספיקות, או דגרע טפי מכל הספיקות והיורשים מוציאים מיד התופס.

**דהנה** הש"ך בתקפו כהן כאן הביא בשם האו"ז והגה"מ שנקטו בפשיטות שמועיל תפיסה גם בספק ירושה, וכ"כ להלן בסי' צ"ז בשם המהרש"ך, וכ"מ במאירי (ב"ב קלא.).

**אמנם** מדברי הרא"ש (יבמות פ"ד ס"ח) מוכח שבספק ירושה לא מועיל תפיסה כלל, דכתב שם לענין ספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי מיתנא דקי"ל חולקין, ואפי' אם תפס אחד מהם את כל הנכסים מוציאים מידו לחלוק בשווה עי"ש, וכן פסק בשו"ע (אבה"ע סי' קס"ג ס"ו). וקשה דבשלמא הרא"ש אזיל לשיטתו שלא מועיל תפיסה בתיקו ולכן כתב שמוציאים מיד התופס, אבל לשיטת השו"ע דס"ל בכל הספיקות שמועיל תפיסה אמאי מוציאים מידו. וגם לדעת הרא"ש יש להקשות דהכא הרי אין אחד מהם מוחזק יותר מחבירו וכשאין אחד מהם מוחזק מועיל תפיסה לכו"ע (ועי' להלן סי' נ"ה). וכתבו האחרונים (שערי תורה ח"ב כלל כ' פרט א', דברי אמת כללים קי"ל אות ח', ישרש יעקב יבמות לז:) להוכיח מדבריו שבספק ירושה לא מועיל תפיסה כלל ואפי' במקום שאין אחד מהם מוחזק, וגם לשיטת השו"ע שבכל הספיקות מועיל תפיסה בירושה לא מהני.

**וכ"כ** להדיא רבינו ירוחם (מישרים נתיב כ"ו סוף ח"ב) לגבי דין זה של ספק ויבם וז"ל, וכל מקום ספק ירושה אפי' אחד מן היורשין מוחזק, אין מועיל לו חזקה שנאמר באחר המוציא מחבירו כו', כי הנכסים הם בחזקת המת עכ"ל, הרי שכתב להדיא שלא מועיל תפיסה בספק ירושה וביאר הטעם משום שהנכסים הם בחזקת המת.

**וכ"מ** מדברי הרמב"ם, דהנה בגמ' ב"ב קלא. מספק"ל בדין הנחלה דר' יוחנן בן ברוקא אם דווקא שכיב מרע יכול להנחיל לאחד מהבנים או אפי' בריא ולא איפשטא, וכתב הרמב"ם (פ"ו מנחלות ה"ד) וז"ל ואם היה בריא אינו יכול להוסיף ולא לגרוע לא לבכור ולא לאחד משאר היורשין ע"כ, ור"ל דכיון דהוא ספק מוקמין ליה בחזקת היורשין ולא קנה, וכ"פ בשו"ע (חור"מ סי' רפ"א ס"ה). ומסתמת לשון הרמב"ם והשו"ע שלא כתבו דאי תפס לא מפקינן מיניה וכדרכם בכל הספיקות, משמע שלא קנה כלל ואפי' אם תפס מוציאים מידו, וכ"כ הנמוק"י שם שאפי' אם תפס היורשין מוציאים מידו.

**וקשה** דבשלמא הנמוק"י אזיל לשיטתו שלא מועיל תפיסה בתיקו ולכן מוציאים מיד התופס, וכמ"ש הש"ך בתקפו כהן כאן, אבל לדעת הרמב"ם והשו"ע שמועיל תפיסה בכל הספיקות למה לא עוזר גם כאן תפיסה. ועמד בזה הש"ך (בתקפו כהן לעיל סי' ט') וכתב שלפעמים מודה הרמב"ם שלא מועיל תפיסה עי"ש, ולא פירש לנו טעמו של דבר ועי' מש"כ בהערות שם.

**ובשו"ת** לחם רב (לבעל הלח"מ סי' רי"ז) תירץ שאף לדעת הרמב"ם שמועיל תפיסה בכל הספיקות, מודה הוא דבספק ירושה לא מועיל תפיסה כיון דנכסי בחזקת יורשים קיימא, ולכן סתם הרמב"ם שבריא שהנחיל נכסיו לא קנה כלל ואפי' אי תפס מפקינן מיניה כיון שהנכסים עומדים בחזקת כל היורשים.

**וכ"כ** הכנה"ג (חור"מ סי' רמ"ו הגב"י כ"ו) בשם מהר"ש גאון, וביאר לפי"ז גם את דברי הרמב"ם (רפ"ו מהלכות זכיה) שהנותן כל נכסיו לאשתו הוה ספק אם עשאה אפוטרופוס ומספק לא קנתה, ומשמע שאפי' אם תפסה מוציאים מידה

וקשה דמ"ש מכל תיקו דמהני תפיסה (וכה"ק בתקפו כהן סי' ט'), ולהנ"ל ניחא דבירושה לא מהני תפיסה כלל.

**[והכנה"ג]** שם תמה עליו דאין שום סברא לחלק בין ספק ירושה לשאר הספיקות שמועיל תפיסה, ולכן כתב לידחק שבאמת מועיל תפיסה והרמב"ם סמך על שאר המקומות שפירש שאם תפס אין מוציאין מידו ולא כן רוכלא הוא ליחשיב וליזיל בכל מקום שמועיל תפיסה עי"ש. ומש"כ רבינו ירוחם שאין מועיל לו חזקה, כתב הכנה"ג (שו"ת בעי חיי ח"א סי' ר"ו) לדחות שבאמת יעזור תפיסה, ואין כוונת רי"ו לתפיסה אלא למוחזקות ור"ל שאין אחד מהם מוחזק יותר מחבירו. אמנם במק"א (ח"ב סי' ק"ו דף קח:) הביא ראייה למהר"ש גאון שלא מועיל תפיסה בספק ירושה מדברי רבינו ירוחם, והאריך בענין זה בהרבה מקומות (יעוין בכנה"ג סי' כ"ה הגב"י נ"א ופ"א, סי' ק"ח הגב"י ל"ה, רמ"ו כ"ו ור"נ ל', ובמהדו"ב סי' ד' הגב"י ו'. וכן בשו"ת בעי חיי ח"א סי' קי"ב, קס"ד, קפ"ה ור"ו, ובח"ב סי' ק"ו).

**ולפי"ז** יש ליישב מה דאיתא בגמ' (קידושין דף עה.) עשרה בנ"א שפירש אחד מהם ובעל הולד שתוקי שמשתיקין אותו מנכסי אביו, ואפי' אם תפס מנכסי אחד מהם שמת מוציאין מידו עי"ש, ומשמע שלא מועיל תפיסה בספיקות וכמ"ש הריטב"א שם וצ"ע לשיטת הרמב"ם (ועי' מש"כ לעיל סי' ט'). ולהנ"ל מיושב דבספק ירושה מודה הרמב"ם שלא מועיל תפיסה.

**ובגט** פשוט (סי' קכ"ב סק"ח) תירץ עפ"י"ז הא דפסק הרמב"ם שהיורשים כלקוחות ומחזירים זה לזה ביובל, אף דלכאור' ס"ל לרמב"ם דהוה ספק אם יש ברירה ואיך מוציאין ממון מספק, ולהנ"ל י"ל שכיון שהנכסים בחזקת היורשים הם לא מהני תפיסה של אחד ולא חשיב בחזקתו (ובמהרש"ם ח"ב סי' רכ"ד אות ב' ציין לשער המלך פ"ג מגירושין ה"ד, ושם חלק על הגט פשוט דמאחר שכבר חלקו הו"ל בחזקתו לגמרי והמע"ה. ובשו"מ מהדו"ת ח"א סי' נ"ו יישב קושייתו אך דחאו באופ"א עי"ש).

**ובזה** מיושב גם הא דבכורות דף מז. לגבי מי שלא שהתה אחר בעלה ג"ח וניסת וילדה דלא הוה בכור לנחלה, ומקשי בכור הוא דלא הוה הא כפשוט שקיל ואמאי ליזיל לגבי האי ולדחיה וכו', והקשה בספר שושנת יעקב (דינא דגרמי בהערות על התקפו כהן סי' א') דנימא דנפק"מ בכה"ג דתפס דמספק לא מפקינן מיניה לשיטת הרמב"ם שמועיל תפיסה עי"ש, וי"ל דבירושה לא מהני תפיסה וכנ"ל.

**נמצינו** למדין שעכ"פ לדעת הרמב"ם והרא"ש ורבינו ירוחם לכאור' ספק ירושה גרע משאר הספיקות ולא מהני ביה תפיסה כלל וכן פסק בשו"ע. וע"ע בשו"ת מהרש"ש (ח"ב סי' ג') ובמהריב"ל (ח"א סי' ס"ב) ובבית שלמה (חומ"מ סי' פ"ג), וראה בקובץ דרכי הוראה (ח"ה עמוד קס"ט) ובספר דיני ממונות (ח"ד ש"ג פ"ו סי"ג) שהביאו עוד מהרבה פוסקים שדנו בענין זה.

### הטעם שלא מועיל תפיסה בספק ירושה

**וצ"ב** סברת החילוק בין ספק ירושה לכל הספיקות שלא מועיל בו תפיסה, והטעם שכתב רבינו ירוחם שהנכסים הם בחזקת המת לא נתברר כוונתו (ובשו"ת מהרש"ם (ח"ז סע"ד) הבין כוונת רי"ו כפשוטו שהמת נחשב מוחזק בנכסים שלו עי"ש וצ"ב), ומצאנו בזה כמה ביאורים.

א. **י"ל** עפ"י מש"כ הריב"ש (סי' ק"ס) שבכל ספק בירושה נחשבים היורשים מוחזקים משום דאין ספק מתנה והנחלה מוציא מידי ודאי ירושה דאורייתא (ועי' ברמ"א סי' ר"נ ס"ג ובכנה"ג וביאור הגר"א שם). ומבואר בריב"ש דבכה"ג לכו"ע מוציאין מידו ואפי' לשיטת הרמב"ם שתקפו כהן אין מוציאין מידו, וכ"כ בספר מר ואהלות (חומ"מ סל"ג דף קלג:) בשם הפני משה ועי"ש שהאריך בזה. ועי' בשו"ת מהר"י לבית לוי (סי' י"ח) שכתב דאפי' אם רוב הפוסקים ס"ל להוציא מיד היורש בכ"ז אין מוציאין מה"ט.

**ולפי"ז** י"ל (ושו"ר שכן ביאר הכנה"ג בשו"ת בעי חיי ח"ב סק"ו ועי"ש) שלכן כתב הרמב"ם

שבריא שהנחיל לאחד מבניו לא קנה ולא מהני תפיסה, כיון שאין ספק הנחלה מוציא מידי ודאי ירושה, וכן בנותן נכסיו לאשתו אין ספק מתנה מוציא מידי ודאי ירושת הבנים. אבל עדיין צ"ב מש"כ הרא"ש לגבי ספק ויבם שלא מועיל תפיסה ובזה ל"ש לומר אין ספק מוציא מידי ודאי דשניהם הוו ספק וצ"ע.

ב. בשו"ת מבי"ט (ח"א סו"ס רפ"ד) ביאר מש"כ רבינו ירוחם שהנכסים הם בחזקת המת, דר"ל שהיורשים הם כשותפין ולכן לא מועיל תפיסה של אחד מהם. וכתב הכנה"ג (שם ובח"א סי' ר"ו דף רנה:) שכוונתו שכיון ששותפין אינם מחזיקים זה על זה לכן גם לא מועיל תפיסתם בנכסי הירושה, ואפי' הוא בביתו של אחד מהם הו"ל כמאן דליתנהו כיון שלא עלתה לו חזקה ואינו נחשב תפוס בממון עי"ש.

והיינו דס"ל למבי"ט ששותף אינו יכול לתפוס את ממון השותפות במקום ספק, וכן מבואר בשו"ת פרח מטה אהרן (ח"ב סע"ט) ששותפין אינם יכולים לתפוס זה מזה. אך בשבו"י (ח"א סי' קס"ב) ובשו"ת רע"א (ח"ג סי' ל"ז) נקטו שמועיל תפיסה בשותפין וכ"מ בשו"ת תומת ישרים (סי' קע"ז) עי"ש.

וצ"ב אמאי אין שותף יכול לתפוס משותפו במקום ספק לדעת המבי"ט, ואף דבשותפין לא שייך לומר חזקה מה שתחת יד אדם הרי הוא שלו כיון שאין ראייה מאחיזתו שהוא שלו, אבל במקום דררא דממונא למה לא יוכל לתפוס. וי"ל שתפיסה מועיל רק באופן שקיים חזקה מה שתחת יד אדם הרי הוא שלו משא"כ בשותף שאין לו חזקה, וכמו שלדעת כמה פוסקים לא מועיל תפיסה בגודרות כיון שלא מועיל בו חזקה וכמו שיתבאר להלן סי' ל"ג.

ג. בישורש יעקב שם כתב לבאר דמש"כ רי"ו שהנכסים הם בחזקת המת ר"ל שכל היורשים נחשבים מוחזקים בנכסים בשוה, וכמ"ש בריטב"א שם וז"ל, דבהני נכסי שניהם מוחזקים

יחד וכו' דכיון דמחמת ירושה הם באים ודמי כמאן דתפיסי בהו תרויהו וכו' וכ"כ בנמוק"י שם, ולכן אפי' אם תפס אחד מהם מוציאין מידו עכ"ד. ולפי דבריו מובן לשון הרי"ו שהנכסים בחזקת המת ור"ל ששניהם מוחזקים מכוחו.

ועדיין צ"ב שהרי לדעת השו"ע מועיל תפיסה גם כשיש מוחזק גמור וכ"ש כאן שאינו ממש מוחזק. וי"ל דל"ד דבשלמא בעלמא מועיל תפיסה במקום מוחזק כי עכשיו לאחר שתפס התובע הוא המוחזק וא"א להוציא מידו, אבל בירושה שהמוחזקות היא לא מכח המציאות אלא מחמת השם יורש שלו א"כ גם אם אחד תפוס בהכל עדיין נחשב הראשון מוחזק ומוציאין מהתופס.

ועי' בשו"ת בעי חיי (שם סי' ר"ו) שכתב וז"ל, שאני תפיסת היורש משאר תפיסה דעלמא דכל אחד בא בטענה מחולקת, אבל כאן כולם באים בטענה אחת זה התופס מכח ירושה בא גם האחר מכח ירושה בא ע"כ, ואולי כוונתו לסברא הנ"ל שכיון שאינם באים בטענות מחולקות לכן כולם נחשבים מוחזקים.

ד. בשערי תורה שם כתב לבאר עפ"י מה שכתב הרמב"ם שלא מועיל תנאי בירושה משום שנאמר לחוקת משפט, וי"ל דכיון שהקפידה התורה בירושה שלא יעזור תנאי לכן גם לא מועיל תפיסה, וחולקין בכדי שיתקיים עכ"פ מקצת ירושה דאורייתא עי"ש.

ה. בישועות מלכו (פ"ב מנז"מ ה"ה) ובישועות ישראל (חור"מ סו"ס מ"ט) כתב שהטעם שלא מועיל תפיסה בספק ירושה, משום שבשעה שנולד הספק זכה היורש בכל הנכסים מדין יאוש והו"ל בודאי שלו ולכן א"א לתפוס, ולא דמי לכל הספיקות שמועיל תפיסה כיון שהספק התעורר בגרמת הנתבע ובאיסורא אתא לידיה לכן אינו קונה ביאוש, אבל בירושה שהיורש לא גרם לספק אלא מורישו לכן יכול לזכות ביאוש ושוב א"א לתפוס עי"ש.

## י"א דבספק ירושה מהני טפי תפיסה

**עכ"פ** נתבאר דעת הפוסקים שבספק ירושה לא מועיל תפיסה וגרע משאר הספיקות. ומאידך יש שנקטו לכאן להיפך דבספק ירושה מהני טפי תפיסה.

**דהנה** דעת הראב"ה שלא מועיל תפיסה בכל הספיקות, ואעפ"כ לגבי בריא שהנחיל לאחד מבניו כתב הראב"ה שאם תפס אין מוציאין מידו, וקשה דהרי הנכסים הם בחזקת היורשין ואמאי מהני תפיסה, ומשמע דס"ל דבספק ירושה עדיף טפי כיון שהנכסים אינם בחזקת היורשים מספק.

**ובתקפו** כהן כאן כתב דהוא דוחק לומר שהראב"ה חולק על הראשונים שכתבו שהיורשין נחשבים מוחזקים בספיקות. ויש ליישב שאע"פ שבסתמא היורשין נחשבים מוחזקים וכמ"ש הש"ך, אין זה חזקה גמורה כיון שהנכסים לא באו לידו מעולם וספק אם זכה בו מעיקרא, ולכן אם תפס המקבל אין מוציאין מידו. וכ"מ

בנוב"י (מהדו"ת חו"מ מ"ה) ובדברי חיים (מתנת שכי"מ ט"ז בהג"ה) ועי' בחק"ל (יו"ד ח"ג סק"כ עמוד קיט:). ועד"ז כתב בשו"מ (מהדו"ב ח"ב סט"ז) שבספק ירושה הולכין אחר הרוב להוציא מן היורשים.

**ובתומים** כתב ליישב את דברי הראב"ה, דשאני הכא בבריא שהנחיל לאחד מבניו שהתופס יכול לומר קי"ל כשיטת הראשונים שנפשטה האיבעיא דאפי' בבריא מועיל הנחלה, או דמיירי בתפס קודם שנולד הספק או ברשות. ועוד תירץ שבהנחלה דריב"ק יש סברא שיעזור תפיסה כיון שיש לו יד בעזבון מורישו דהוא יורש בלי צוואתו, וא"כ שהוא יש לו יד כשתופסו תופס ברשות דהא יש לו חלק בעזבון וכל חפץ ומטלטלין יש לו יד בו ליקחו לרשותו וכדו' וא"כ הוה תפס ברשות ונכון וברור ע"כ. ור"ל שכיון שגם בלי הצוואה הרי הוא יורש חלק מהנכסים א"כ יש לו זכות בכל חפץ ליקחו לרשותו ונחשב כתפיסה ברשות ולכן יכול לעכב גם את כל הירושה מספק, ונתבאר לעיל סי' י"א עי"ש.

## סימן כ"ד

שייך לתקפו כהן סי' ע"ב

## הטעם שאין חוששין בספק ממון לגזל

שו"ת תפוח

**[וראה** זה חדש בשו"ת דרכי נועם (יו"ד סי' ב' והו"ד בגנזי חיים כללי קי"א א') שדן לענין מה שנחלקו הראשו' בהרווחת הזמן אי חשיבא רבית קצוצה, וכתב דמספק יכול המלוה לומר קים לי דלא הוה ר"ק, אע"ג דבדבר איסור תורה אין לומר קים לי להקל, הנ"מ כשהמחלוקת תלוי בהבנת סוגיית התלמוד, אבל בכאן שאין הדבר תלוי אלא בסברא מבלי שום ראיה לא לכאן ולא לכאן, כדאי היא סברת הרמב"ם ורביותו לסמוך עליהם בשיקול דעתם כו', אם היה מחלוקת כשאר המח' התלויים בהבנת פשט סוגיית הגמ' אין ראוי לומר קים לי בדבר שהוא איסור תורה, אבל להיות שהם סברות חלוקות למפרשים יכול לומר קי"ל כיון שמן הגמ'

**המהרי"ק** (שורש קמ"ט והו"ד בש"ך כאן ובכנה"ג סי' כ"ה הגב"י ס"ג) כתב שא"א לומר קים לי רק בממונות אבל באיסורים א"א לומר קים לי לסמוך על דעת המיקל, וז"ל ומה מאוד הייתה שגגה גדולה ומכשילה תחת יד מי שאמר דמצי בעל הקאפ"ה למימר קים לי כרבינו שמחה דבעלת ה' פטורה מציצית, מההיא שכתב המרדכי דפרק נערה תפס החתן ואמר קי"ל כרש"י דמהני ליה תפיסתו, דאנן מי מדמינן איסורא לממונא והלא הלכה רווחת היא בישראל עד כי תינזקות של בית רבן יודעין אותם דספק איסורא לחומרא וספק ממונא לקולא, חלילה לא תהא כזאת בישראל וכו' עי"ש.

אין שום גילוי לא לאסור ולא להתיר ע"כ. וצ"ב  
דאיך יכול למעשה להקל מספק, ואולי ספק כזה  
שתלוי בסברא אין צד האיסור שלו צד גמור (יעוין  
ברש"י הוריות ג: ד"ה איכא וכתובות נו. ד"ה הא קמ"ל)  
ולכן אזלי' ביה לקולא, ואפשר עוד שכוונתו שאם  
נראה לו כדעת המתיר יכול לסמוך על הבנתו,  
משא"כ במקום שנחלקו בראיות שאין בידינו  
להכריע וכמ"ש האחרונים.]

**וידוע** להקשות דכמו דבספק איסור א"א לומר קים  
לי כיון דספיקא דאורייתא לחומרא כך  
בספק ממון ניחוש לספק איסור גזל ויצטרך  
להחמיר לשלם. וכה"ק בכנה"ג (שם אות ז') וז"ל,  
שמעתי משם הרב הגדול כמה"ר יחיאל באסן ז"ל  
שהיה שואל מה טעם אמרי' קים לי בממון ולא  
במלתא דאיסורא והרי בממון נמי אם אין הלכה כן  
הו"ל גזל ביד המוחזק וגזל נמי איסורא הוא ע"כ.  
ומצאנו כמה דרכים בישוב קושיא זו.

#### א. אם יחמיר יעבור התובע בגזל

**המהר"י** באסן תירץ וז"ל, דבשלמא לגבי איסור  
אי אזלינן לחומרא יצאנו מידי איסור,  
אבל כששנים חלוקין על הממון אפילו אי לא  
אמרי' קים לי אין אנו יוצאין מידי איסור גזל, שהרי  
אם הדין הוא כדברי האומרים להחזיר הו"ל גזל  
ביד המוציא ולכן היכא דקאי ממונא תיקום ע"כ.  
וכן תירץ גם בבני משה (הלכות גביית חוב).

**ור"ל** דבספק ממון אין המוחזק צריך לחוש  
לאיסור גזל ולשלם, כיון שאם ישלם הרי  
יעבור התובע בספק גזל, ומאחר שממנ"פ א"א  
לצאת מחשש גזל אמרי' ממונא היכא דקאי תיקום.  
והכנה"ג כתב לדמות תירוצו זה למש"כ מהראד"ב  
(מה"ר אברהם די בוטון והוא בעל הלח"מ בשו"ת לחם רב  
סי' קל"ב, והביאו בכנה"ג סי' ק"מ הגה"ט כ') לגבי ספק  
חרם הקהילות, שהמוחזק אינו צריך להחמיר  
ולחוש מספק לחרם כיון שאם באמת פטור יהיה  
חבירו התובע בחרם.

**וראה** בבעל התרומות (שער כ"ט ח"ב ס"ו) שכתב  
ואוקי ממונא בחזקת מריה עדיף טפי כי

היכא דלא נפגע בספק גזל ונעשה מעשה בידים  
ע"כ. וכתבו בשו"ת דברי אמת (סי' ט') ובשערי  
תורה (ח"ב כלל ט"ו) שכוונת הבעל התרומות לתירוצו  
של המהר"י באסן, ור"ל דכיון שממנ"פ יעבור אחד  
מהם על איסור גזל לכן עדיף לומר שב ואל תעשה  
כדי לא לעשות מעשה בידים. וכע"ז מבואר במ"מ  
(פ"א מיבום ה"ה) ועי' בברכ"י (סי' כ"ה י"ג).

**ולפ"ז** במקום שרק הנתבע הוא בספק איסור גזל  
אבל התובע בודאי אינו עובר בגזל צריך  
הנתבע לשלם, כיון דספיקא דאורייתא לחומרא  
וע"י שיחמיר ע"ע יצא מהספק. ובאחרונים הביאו  
את דברי המהר"י באסן והוציאו מזה כמה נפק"מ  
וכדלהלן.

א. **לפי** דברי המהר"י באסן י"ל שגוי אינו יכול  
לומר קים לי ומספק חייב לשלם, כיון  
שמוטל על הגוי לחוש לספק איסור גזל, ואם יחמיר  
וישלם לא יעבור הישראל איסור דגזל עכו"ם מותר.  
וכ"כ בשו"ת מהרש"ם (ח"ב סע"ו) ובחלק"י (ח"ב סי'  
ס"ה) ובשו"מ (מהדו"ת ח"ג סק"ב ד"ה ומה שאמר)  
ובאמרי אש (יו"ד סי' קי"א) ובשו"ת תשורת ש"י (סי'  
רצ"ב וסי' תקכ"א).

**אמנם** לדעת האחרונים (פמ"ג בתיבת גמא פר' לך לך  
א' ובפר' תזריע ב' וחת"ס ח"ו ליקוטי תשובות סי'  
כ"ה) שעכו"ם אינו צריך כלל להחמיר בספק איסור,  
א"כ יכול העכו"ם לטעון קי"ל (שו"ר שכ"כ בבית  
משולם סי' ב' עי"ש עוד, ואמנם בספר שדה יצחק למהר"ץ  
חיות סי' א' אות ז' כתב להקשות על המהר"י באסן מהא  
דכתובות טו: בתינוק הנמצא בעיר שמחצה ישראל מחצה  
עכו"ם שאי"צ להחזיר לו אבידתו מספק, ואמאי לא יצטרך  
הישראל להחמיר מספק והעכו"ם יכול להקל מספק, ותירץ  
שעכו"ם חייבים להחמיר בספיקות שלהם עי"ש, וכן  
לשיטת הפוסקים דגזל עכו"ם דאורייתא יכול הגוי  
לומר קים לי (וכ"כ בזכרונות אליהו ג' אות ל"ד). וע"ע  
להלן מש"כ בדעת התומים, ועי' להלן בסו"ס נ"א  
לענין אם גוי יכול לומר קים לי כמיעוט פוסקים,  
ומש"כ בהערה 390 אם גוי יכול לתפוס בספיקות.

ב. **הנה** דעת הרבה פוסקים שהמחוייב לשלם  
מדין תורה וספק אם פטרוהו חז"ל,

שלפי המהרי"ב א"א לומר כן כי מספק צריך להחמיר ולתובע מותר לסמוך על הק"ו.

ט. בשו"ת מהרש"ך (ח"א סי' ס"ד) כתב שא"א לומר קים לי כנגד יתומים קטנים, והכנה"ג (סכ"ה הגב"י כ"ד, סי' פ"ד הגב"י י"א, סי' ר"צ פ"ט) תמה עליו דאיזה סברא יש לחלק בין יתומים קטנים לגדולים. ולהנ"ל י"ל שכיון שהתובע הוא יתום ואינו מצווה על ספק איסור גזל לכן חייב התובע להחמיר ולשלם וא"י לומר קי"ל ודוק.

י. בספר חקר הלכה (בעניני ספיקות אות ה') כתב דבספק גזל דקי"ל הממע"ה, אם הוולא הגזילה לפחות משה פרוטה שוב יצטרך להחמיר ולהשיבו, כיון שגזול חייב בהשבה אפי' אם הוולא לפחות משו"פ, ומאידך התובע לא יעבור באיסור גזל כיון שקיבל פחות משה פרוטה.

יא. בחשק שלמה (סכ"ה אות י"א) כתב שלפי"ד מהר"י באסן יש לערער בהסכמות דתלו בפלוגתא דרבוותא דמטילים חרם כדי שע"כ יוציא הלה ממנו כי יחוש לספק איסור (ר"ל שנהגו בספק ממון להטיל חרם כדי שיחמיר וישלם), דמכל מקום הציבור נכנסין בספק גזל בקום ועשה שמוציאין מזה הממון ונותנים לתוך רשותם כו' עי"ש.

יב. יש לדון בתביעת ממון שהנתבע ממנ"פ חייב לשלם לצאת ידי שמים והספק הוא האם חייב גם בדיני אדם, ובפשטות הדין הוא הממע"ה ופטור, אך לפי המהר"י באסן י"ל שחייב הנתבע לחוש לאיסור גזל ולשלם, והתובע לא יעבור באיסור גזל כיון שעכ"פ יש חיוב לצי"ש (ועכ"פ לדעת הפוסקים שמועיל תפיסה בחיוב לצי"ש). וכ"כ בשערי תורה שם ובשו"ת חת"ס (יו"ד סי' רמ"א) בשם חתנו, וביארו עפ"י את שיטת המהרשד"ם שהביא הש"ך (ביו"ד סו"ס קע"ז) שבספק רבית קצוצה חייב המלוה להשיב את הרבית מספק, והש"ך חולק עליו דבכל גוונא הממע"ה, ולהנ"ל יש ליישב דעת המהרשד"ם שלכך צריך המלוה להחמיר כיון שבאבק רבית יש חיוב לצי"ש וא"כ לא יעבור הלוח איסור גזל. ועי' בחקר הלכה שם.

מוקמין ליה אדינא דאורייתא וחייב לשלם (וכמשנ"ת לעיל סי' י"ד), ולהנ"ל יש לבאר שהטעם הוא משום שהנתבע הוא בספק איסור גזל תורה משא"כ התובע שבודאי לא יעבור על גזל מדאו' ולכן חייב הנתבע להחמיר, וכ"כ בשער משפט (סי' ס"ז סק"ד בשם אחיו) ובשו"ת כת"ס (חו"מ סי' ט' ד"ה וכשאני) ובפרדס יוסף (משפטים כ"ג י"א) ובשו"ת תשורת ש"י (סי' תל"ג) ובשם אריה (קו' רוב וספק בממון אות מ') ובשו"ת חבצלת השרון (חו"מ סי' ח').

ג. באחיעזר (ח"ב סכ"ג) דן על ממון עניים שיש ספק אי רשאי לשנותו לצדקה אחרת או שזכו בו העניים כבר, וכתב שלפי המהר"י באסן יצטרך להחמיר כיון שכלפיו הוא ספק גזל והעניים בודאי לא יעברו עי"ש.

ד. בחלקת יואב (ח"א סי' ו') דן לעניין איסור פנוי מת דיש להחמיר בו במקום ספק, כיון דהוה גזל המת דקנה מקומו, ואם יחמיר לא יעבור המת באיסור כיון שהמת פטור ממצוות. וכ"כ בשו"ת דבר יהושע (סי' כ"ו אות ג').

ה. הגרש"ק (בנדר זריזין דף יח:) כתב עפ"י הנ"ל שבספק הקדש צריך להחמיר כיון שלהקדש אין איסור גזל, וכ"כ בעולת שלמה (תמורה כו ע"ב) ודובב מישרים (ח"ג סי' רנו).

ו. בספר ונגש הכהן (כלל ה' פרט ט') כתב לעניין המחזיק בנכסי הגר ונולד לו בן ספק בן קיימא, שחייב להחזיר מחשש איסור גזל, ואם יתברר שהבן הוא באמת בן קיימא הרי לא יעבור בגזל. וכ"כ בשו"ת בית שלמה (או"ח סל"ו בהגה"ה).

ז. בשו"מ (מהדו"ת ח"ג סכ"א) כתב ע"ד הגמ' ב"ב כא: כופין בני מבואות זה את זה שלא להושיב ביניהם לא חייט כו' בעי רהב"י בר מבואה אבר מבואה אחרינא מאי תיקו, וכתב שמספק צריך להחמיר כיון שגרמא בנזקין אסור ומניעתו של התובע אין בו משום גזל.

ח. בשד"ח (מערכת אל"ף פאה"ש אות צ"ד) הביא דיש שפירשו הטעם שאין עונשין מן הדין משום דשמא יש פרכא לק"ו והמע"ה, וכתב

**ועד"ז** כתב המגיה לתרוה"כ (סי' שפ"ו) וכן בשו"ת ראשי בשמים (חור"מ סי' י"ד) ובשו"ת מהר"ש ענגיל (ח"ה סי' ע"ח י"ז ועי"ש עוד בח"ו סי' קי"ב ב') שבספק קים ליה בדרכה מיניה צריך להחמיר, כיון שגם בודאי קים ליה בדרכה מניה הרי חייב לצי"ש וא"כ התובע לא יעבור בגזל משא"כ הנתבע. וכ"כ בשו"מ (מהדו"ת ח"א סמ"ב) לעניין ספק אי הוה רק גרמא או נזק גמור, דחייב מה"ט דבגרמא ג"כ חייב לשלם לצי"ש. ובלב שלמה (חור"מ סי' פ"ב) כתב ג"כ שלפי דברי המהר"י באסן צריך לחייב בכה"ג, וזה דקדוק נכון וחזק שאפי' כל הרוחות שבעולם אין מזיזין אותו, אבל מה נעשה שלא מצאנוהו בספרי הפוסקים ע"כ. ועי' בשו"ת רבי אליעזר גורדון (סי' ט"ו אות ט"ו) שכתב ג"כ לחייב בכה"ג עפ"י המהר"י באסן, וכתב שגם לפי דברי התומים דלהלן שהתורה התיירה ספק גזל הכא דחייב לצי"ש לא התיירה התורה וחייב.

**יג. בשו"ע** (יו"ד סי' ד' ס"ד) הביא מחלוקת בשותף שניסך את יין השותפות אם נאסר היין וחייב לשלם לשותפו או לא, וכתב הש"ך דמספק חייב דמצי הניזק לומר קים לי כמאן דאוסר בהנאה, מה תאמר דקי"ל כהמכשיר, א"כ קח לך היין שאיני רוצה להכניס עצמי בספק ותמכרנו אתה כיון שגרמתי לי היזק וקח לי אחר במקומו ע"כ. ודבריו צ"ב מאיזה טעם יכול לומר כן. וכתב בישועות יעקב (ביו"ד שם בהגהות מבין המחבר) לבאר עפ"י המהר"י באסן הנ"ל, והיינו דהמזיק צריך לחוש לספק איסור גזל ולשלם, והניזק אינו עובר בגזל כיון שנותן למזיק את כל היין ואם באמת אינו יין נסך הרי לא הפסיד כלום, ועי' בבית משולם שם מש"כ בזה.

**יד. עוד** יש לדון לפי דברי המהר"י באסן, דבמקום שמלבד איסור גזל עובר הנתבע עוד איסור, ומאידך התובע לא יעבור אלא באיסור גזל, דבכה"ג צריך להחמיר ולשלם ולא אמרי' ממונא היכא דקאי תיקום כיון שאצלו הוא ספק שני לאווין ואצל התובע הוא רק ספק גזל. וכ"כ

הברוך טעם (בשו"ת סו"ס ב') ובנדרי זריזין (דף ז ע"א) לדון שבספק צדקה חייב להחמיר כיון דאם הוה צדקה הרי הוא עובר באיסור גזל ואיסור נדר והם שני איסורים, משא"כ העניים שאינם עוברים אלא באיסור גזל בלבד.

**וכ"כ** בשו"מ (מהדו"ת ח"א סמ"ב ד"ה והנה וח"ג סי' נ"ב) לבאר דמה"ט כתב הרשב"א (ב"ק דף ב:) שספק נזקין להחמיר, כיון שהמזיק עובר גם באיסור גזל וגם באיסור מזיק משא"כ התובע שעובר רק בגזל עי"ש.

**טו. בשו"מ** (מהדו"ת ח"א סי' פ') דן במה שנחלקו הראשונים אם מועיל תפיסה בחיוב לצאת ידי שמים, ויל"ד אם התופס יכול לומר קים לי כדעת הראשונים שמועיל תפיסה ולא מפקינן מיניה (ועי' לעיל סי' י' מש"כ בזה). וכתב שלפי דברי המהר"י באסן י"ל שאינו יכול לומר קים לי, כיון שיש לו ספק איסור גזל גמור משא"כ הנתבע שהוא רק בספק חיוב לצי"ש ובודאי אינו עובר בגזל גמור.

**טז. עוד** כתב בשו"מ שם ליישב עפ"י משה"ק הגאון מוהר"ח"כ ראפפורט <sup>אוצר החכמה</sup> זצ"ל אהא דכתב הרי"ף בריש המפקיד לגבי הספיקות בכפל שהבעלים חולקין עם השומר, ובהכרח צריכים הבעלים והשומר לבוא לגנב עם הרשאה, וקשה דכל מידי דאיהו לא מצי עביד שלוחיה לא מצי עביד ואיך יכול לתת הרשאה. וכתב השו"מ דלהנ"ל ניחא כיון שלגנב יש איסור גזל על הכפל ולהם אין איסור גזל שוב חייב להחמיר ולשלם להם אפי' מספק עי"ש. ועד"ז כתב בשו"ת רבינו משולם איגרא (חור"מ סי' י"ט ה') שלפי מהר"י באסן אינו יכול לדחות כ"א כיון דחייב ממנ"פ עי"ש, ועי' באהבת דוד (ק' הספיקות כלל ז' <sup>אוצר החכמה</sup> <sup>36395</sup> <sup>אנת ז')</sup>).

**יז. בשו"ת** בית שמואל אחרון (חור"מ סי' ט') כתב עוד שלפי המהר"י באסן אם הנתבע בודאי אינו עובר בגזל אך עומד בספק איסור אחר ולתובע יש איסור גזל, צריך הנתבע ג"כ להחמיר ולשלם כיון שיצא לגמרי מהספק איסור שלו, ואף

שעי"ז יעבור התובע בספק גזל עכ"ז צריך הנתבע לצאת מידי הספק איסור שלו ולשלם. וכגון בספק השבת רבית צריך המלוה להחמיר ולהשיבו כיון שיצא לגמרי מספק מצות וחי עמך, ואם יחמיר לא יעבור הלזה אלא באיסור גזל עי"ש.

**ובשו"ת** רשמי שאלה (ח"מ סמ"ח) חלק עליו, שכיון שממנ"פ אין אנו יוצאין מידי ספק איסור ואם יחמיר המלוה לחוש למצותו יעבור הלזה בספק גזל, א"כ שב ואל תעשה וממונא היכא דקאי תיקום, ולא דמי להא דלעיל שהנתבע עומד בספק שני לאוין והתובע רק בלאו אחד משא"כ הכא ששניהם בספק איסור אחד הם.

**יח. בתקפו** כהן (סי' ל"ח) כתב לעניין עושה בגפן זה ואוכל בגפן אחר שאין בעה"ב יכול לעכב את שכרו מספק, כיון דהכובש שכר שכיר עובר בחמשה לאוין וגם בעשה כו' אם כן לא מהני תפיסה מכח ספק ממקום אחר עי"ש. וצ"ב מה לי לאו אחד דאזלי לקולא מ"ל חמשה לאוין. וכתב בספר פתחי דין (סי' י') לבאר עפ"י דהמהר"י באסן שכיון שהפועל עובר רק על איסור גזל והבעה"ב עובר בה' לאוין לכן צריך בעה"ב להחמיר ולחוש לאיסור עי"ש, והוא כסברת הברוך טעם הנ"ל באות י"ד (ולפי משנ"ת לעיל בשם הישועות יעקב אזיל הש"ך לשיטתו דס"ל ביו"ד סי' ד' כהמהר"י באסן).

**אך** קשה דהא לגבי ספק השבת רבית כתב הש"ך (ביו"ד סו"ס קע"ז) שמספק פטור והממע"ה ודלא כדעת המהרשד"ם, ולפי המהר"י באסן לכאורה צריך להחמיר ולהשיבו כיון שממנ"פ חייב המלוה לצאת ידי שמים (וכדלעיל אות י"ב), וכן מהטעם שנתבאר באות י"ז שלמלוה יש ספק מצות השבת רבית וללוה אין ספק מצוה זו, וע"כ שהש"ך חולק על המהר"י באסן וסובר שאין לחוש כלל לאיסור גזל בספק ממון (ועי' בתשובות חדשות לרע"א (יו"ד סי"ג) שהביא את דברי התקפו כהן הנ"ל, וכתב שאין לפרש כוונתו שצריך לשלם מדין ספיקא דאורייתא לחומרא, דבש"ך יו"ד סי' קע"ז ל"מ כן עכ"ד, ואולי כוונתו לתירוץ ולדחיה הנ"ל ודו"ק).

**יט. בשערי** תורה (טעה בדבר משנה סי' ו' וכ"ו) כתב שלפי דברי המהר"י באסן אף שיכול לומר קים לי ופטור בדיני אדם אבל לצאת ידי שמים חייב לשלם כדי לצאת מידי ספק גזל, אלא שבי"ד אינם יכולים להוציא מידו ולהכשיל את התובע אבל הנתבע עצמו מוטל לחוש ולהחמיר. וכ"מ בחלקת יואב (ח"א סי' ו') עי"ש. אמנם כבר הקשה בתומים דבכל הפוסקים נקטו בפשטות שאין שום חיוב לשלם לצי"ש, ואפי' בטענת קי"ל כמיעוט פוסקים כתב הכנה"ג (בסי' כ"ה הגב"י י"ב) שפטור מלצי"ש. וע"ע להלן מש"כ הבי"ש אחרון והברית אברהם.

**[והנה בספר** אורח משפט (סי' כ"ה ד"ה מש"כ הכנה"ג) כתב להוכיח מהסמ"ק שבספיקא דדינא חייב לשלם לצי"ש, וכתב שלכך ס"ל להרמב"ם דמהני תפיסה בתיקו כיון שחייב לצי"ש, וזה דלא כמשמעות כל הפוסקים שפטור, ועי' בשו"ת בנין עולם (אבה"ע סי' כ"ג) ובחידושי הרי"ם (חור"מ סע"ה סק"ח) וצ"ע.]

**כ. בראשי** בשמים (סמ"ך אות כ"ח) הביא שנחלקו הפוסקים בסי' ע"ה סי"ב במי שמשביע את חברו בטענת שמא עפ"י עד אחד והנתבע טוען שמא, אי אמרי' מתוך שאינו יכול ליטע משלם או לא, דלדעת הט"ז פטור ולדעת הש"ך חייב, וכתב שלפי המהר"י באסן ודאי חייב שהרי יש לנתבע ספק גזל ומאידך התובע אינו עובר בספק גזל כיון שעד אחד נאמן באיסורים ונאמן להתיר לו איסור גזל.

**כא. הנה** רב הונא ורב יהודה ס"ל דברי ושמא ברי עדיף, וכתבו בשערי תורה (ח"א כ"ח פרט ו') ובשו"מ (מהדו"ת ח"ד סמ"ב) ובאבן שוהם (סי' ע"ז) לבאר דהטעם דברי עדיף וחייב הוא משום שהנתבע צריך לצאת מידי ספק איסור גזל, ואם ישלם לא יהיה התובע בספק איסור כיון שטוען ברי ואינו חושש לאיסור, וכמבואר בכתובות כב: שאדם נאמן לטעון ברי בספק איסור.

**וכ"כ** בשו"ת באר יצחק (אבה"ע סי' ו') ובכתבי הקה"י (הנדפס בקוה"ס עם פירוש ערוגות הבושם



סי' א'), ועפ"י תירצו את קושיית הפנ"י (כתובות דף יב:) דאמאי צריך סימנים בהשבת אבידה למ"ד ברי ושמא ברי עדיף והרי המאבד טוען ברי והמוצא שמא, ולהנ"ל א"ש כיון שהמוצא אינו עובר כלל בחשש גזל שהרי אינו מחזיקו לעצמו והא דברי עדיף הוא רק מחמת שעובר הנתבע בספק גזל.

**וכ"כ** בספר לפלגות ראובן (סי' א') דהיינו טעמא דמ"ד ברי ושמא ברי עדיף, וכן הא דס"ל לרב דהולכין בממון אחר הרוב הוא מטעם זה שצריך לחוש לאיסור גזל והתובע יכול לסמוך על הרוב (ועי' בקובץ בית אהרן וישראל גליון כ"ט עמוד ט"ו). ולפי"ז כתב לחדש שבקנסות לכו"ע ברי ושמא לאו ברי עדיף, כיון שכל זמן שלא פסקו ב"ד לחייבו לא חל החיוב ואינו עובר בגזל, ומיושב קושיית התוס' בב"ק דף מו. אר' יהודה דס"ל ברי ושמא ברי עדיף ובספק נזקין ס"ל דלאו ברי עדיף, דדווקא בפלגא נזקא דקנסא לאו ברי עדיף משא"כ בעלמא עי"ש.

**כב. בספר** פלגי מים (קו"א סי' א' אות י"ז) ביאר הטעם שא"א לומר קים לי כנגד הכרעת השו"ע והרמ"א וכמו שיתבאר להלן בסי' נ', כיון שהנתבע צריך לחוש לאיסור גזל, והתובע אין לו חשש גזל דיכול לסמוך על הכרעת השו"ע כמו שסומך על הכרעתו באיסור והיתר.

**וראה** עוד בשו"מ (מהדו"ת ח"א סי' ע"ב וס"פ וח"ג סכ"א ובמהדו"ד ח"ב סר"ו וח"ג סי' פ"ד) ובבית שאול (דמאי פ"א מ"א) וכן בכת"ס (גיטין נה. ד"ה והנה הטור) ובית מרדכי (סי' ל), שהוציאו מדברי המהר"י באסן עוד כמה נפק"מ עי"ש.

**ובגוף** דברי המהר"י באסן תמהו האחרונים דאיוה סברא יש להקל בספק איסור מחמת שאם יחמיר יעבור חבירו על ספק איסור, ומה יתיר לו לעבור על איסור כדי שלא להכשיל את חבירו. ומלשוננו משמע שכיון שאין אנו יוצאין מידי ספק לכן יכול להקל, ויתכן שהוא כעין מש"כ הפמ"ג (או"ח סי' קצ"ד א"א סק"ג) דלא אמרי' ספיקא דאו' לחומרא רק במקום שע"י שיחמיר יצא מהספק

משא"כ במקום שגם לאחר שיחמיר ישאר הספק, וכגון בודע לברך רק ברכה ראשונה של בהמ"ז דמספק"ל אי יצא יד"ח בברכה זו אי"צ להחמיר עי"ש (וכ"כ בספר עין התכלת אות מ"א בשם רב מפורסם וכו' וכבר נודע שכוונתו לבעל הבית הלוי), וכע"ז י"ל בנד"ד שכיון שא"א לצאת מהספק לכן אזלי' לקולא, ואף שהנתבע יצא מהספק כשיחמיר בכ"ז כיון שממנ"פ יהא כאן ספק איסור או אצל התובע או אצל הנתבע אינו צריך להחמיר וצ"ע.

**עוד** יש להקשות אמאי לא יתחייב לשלם במתנה גמורה לתובע שאז חבירו לא יעבור איסור ויוכל הנתבע לצאת מידי ספק גזל. וי"ל עפ"י מש"כ הר"ן (חולין דף כב.) לגבי טומטום שאינו יכול להביא עולת ראייה מספק שמא הוא חולין בעזרה, וקשה שהרי יכול להקדישו על תנאי ויצא מהספק, ותירץ שמספק אין לו חיוב להתנדב, ור"ל שמדין ספיקא דאו' לחומרא חייב רק להחמיר בגוף הספק ולא להתנדב. וא"כ ניחא שגם בספק גזל אינו מחוייב ליתנו במתנה (ואף לפי מש"כ האמרי בינה (שחיטה סכ"ד ודיינים סי' נ') שעכ"פ מדרבנן מודה הר"ן שחייב להקדישו על תנאי וכדמוכח בב"ב פא ע"ב, אך י"ל דבממון לא גזרו ובפרט שאם יחמיר יעבור התובע, ועי' בחקר הלכה שהו"ל). אך עדיין תיקשי דעכ"פ יהא מונח עד שיבוא אליהו ולא יעברו כלל איסור, וכה"ק בשערי תורה שם.

**עוד** הקשו האחרונים דהא קי"ל ברי ושמא לאו ברי עדיף ופטור, ולפי המהר"י באסן אמאי לא יצטרך להחמיר ולחוש לאיסור גזל מספק, והמלוה הרי טוען ברי ונאמן שלא לחוש לאיסור וכמש"ל. ועוד קשה דלשיטתו אמאי אין הולכין בממון אחר הרוב והנתבע יכול לומר קים לי כמיעוט פוסקים והרי התובע יכול לסמוך על הרוב שאינו עובר על גזל משא"כ הנתבע, וכה"ק בתומים (קת"כ סכ"ג) ובשער משפט וחת"ס שם ובקוה"ס (כ"א ס"ו).

**ויש** שכתבו ליישב (שערי תורה שם, ארצות החיים סי' י"א אר"י סק"ט, שו"מ מהדו"ק ח"א סי' קל"ט,

מהרש"ם ח"ב סי' רכ"ד אות י"א, שם אריה שם אות י"ז)  
 דבאמת בכל ספק ממון אין להקשות מאי טעמא  
 אינו צריך לחוש לאיסור גזל, כי יש הכרעה של  
 חזקת ממון ששייך למוחזק וגם באיסורים סומכים  
 על חזקה (וכמו התירוצ' החמישי דלהלן). וקושייתו  
 של המהר"י באסן הייתה רק על דין קים לי, והיינו  
 דבספיקא דדינא לא שייך הכרעה של חזקה וא"כ  
 אמאי לא חיישי' לאיסור גזל, וע"ז שפיר תירץ  
 המהר"י באסן שאי"צ להחמיר כיון שגם לתובע  
 הוא ספק גזל. וא"כ לא קשה מברי ושמא דפטור,  
 דהתם טעמא הוא משום שיש לו חזקת ממון  
 שמכריע להיתר (ובשם אריה שם אות כ"ב כתב עוד עד"ז  
 דס"ל שספק גזל לא אסרה התורה אבל <sup>אוצר החכמה</sup> ספיקא דדינא אינו  
 בכלל המיעוט וכמ"ש השעה"מ פ"ג מגירושין לענין עשירי  
 ודאי, וע"ע בשמן רוקח או"ח סי' ד' עד"ז).

**אך** עדיין יקשה דהא גם בספיקא דדינא אין  
 הולכין בממון אחר הרוב, שהרי לדעת רוב  
 האחרונים יכול לומר קים לי כמיעוט הפוסקים  
 (וכמ"ש גם המהר"י באסן גופיה בשו"ת שלו סי' י"ז)  
 ולדברי המהר"י באסן תיקשי מדוע אינו צריך  
 לחוש לספק איסור שלו כיון שהתובע יכול לסמוך  
 על הרוב. ובאג"מ (יו"ד ח"א סק"ג) כתב ליישב  
 שכיון שמדינא אין הולכין אחר הרוב, א"כ אין  
 התובע יכול לסמוך על הרוב מאחר דבדיני ממונות  
 אין הכרעת רוב להוציא ועובר על ספק גזל עי"ש.  
 ובשו"ת חיים מדבר (חו"מ סי' ו') תירץ דאמרי' סמוך  
 מיעוטא לחזקת הממון והו"ל כפלגא ופלגא ול"ש  
 כאן דין רוב. ועוי"ל שהמהר"י באסן סובר שאין  
 מושג של רוב פוסקים כיון שלא דנו ביניהם ואינו  
 נחשב רוב גם לענין איסורים וראה להלן סי' נ"א.

**ובשו"ת** בית שמואל אחרון שם וכן בשו"ת ברית  
 אברהם (אבה"ע סי' ס"ג) תירצו עוד,  
 שקושייתו של המהר"י אינה על הבי"ד שיכופו  
 את הנתבע לשלם ולפרוש מהאיסור, אלא על הבעל  
 דבר שפטור לגמרי ואמאי אי"צ לחוש לאיסור גזל  
 ולשלם לצאת ידי שמים, וע"ז תירץ שכיון שגם  
 שכנגדו הוא בספק איסור לכן פטור לגמרי, וא"כ  
 ל"ק מברי ושמא דבאמת חייב לצאת ידי שמים.

ובדמשק אליעזר (כללי תפיסה סי' ד') הוסיף דלפי"ז  
 מיושב גם מה שאין הולכין בממון אחר הרוב,  
 דבאמת במקום רוב חייב לצאת ידי שמים.

**אבל** בחלק"י (ח"א סי' ו') כתב להיפך, שכל  
 השאלה של המהר"י באסן הייתה רק על  
 הבי"ד מדוע אינם צריכים להפריש את הנתבע  
 מאיסור גזל, וע"ז שפיר משני שבית דין אינם  
 יכולים לחייבו לשלם כיון שממנ"פ יעבור אחד  
 מהם באיסור עי"ש. ומשמע מדבריו שהבעל דבר  
 בעצמו באמת צריך להחמיר ולשלם כדי לצאת  
 מידי ספק, וכבר נתבאר לעיל שבפשטות אין שום  
 חיוב לצי"ש בספק ממון.

### ב. ספק גזל מותר

**בתומים** (קת"כ סכ"ג) תירץ על קושיית המהר"י  
 באסן וז"ל, אבל עיקר הקושיא מעיקרא  
 ליתא, כי כך היו המצווה והלאו של לא תגזול היינו  
 גזל ודאי אבל גזל ספק אם הוא בידך אין כאן  
 איסור גזל, דכך הלכה נאמרה הממע"ה ומי שתפס  
 יכול להחזיק, ואין כאן ספק איסור כלל כי לא  
 אסרה תורה גזל בכה"ג, ועל תנאי זה נאמר לאו  
 דלא תגזול דווקא בודאי אבל אם יש בידו והוא  
 ספק מותר, כמו דלא אסרה תורה ממזר ספק  
 ומעשר ספק וכדומה הרבה, ולכך אפי' לצי"ש אין  
 כאן חשש ע"כ. ועו"כ (שם בסי' קכ"ז) דלא אסרה  
 התורה רק ודאי גזל ולא ספק, וכן דינו של יוצר  
 עולם כי מה שהוא ספק מותר לזכות בו ע"כ.

**ומבואר** בתומים שהטעם שאפשר לומר קים לי  
 ואין צריך לחוש לאיסור גזל הוא משום  
 שכך נאמרה ההלכה שספק גזל מותר, וכמו דממזר  
 ודאי אמר רחמנא ולא ספק הכ"נ באיסור גזל לא  
 נאסר אלא ודאי גזל. וכ"כ הנתה"מ (כללי תפיסה  
 סק"ב ובשו"ת רבי יעקב מליסא או"ח סי' ט' ובנחלת יעקב  
 ב"מ ו':) ובחמד"ש (גיטין דף ב': ובשו"ת או"ח סי' כ"ח)  
 ובארצות החיים (סי' י"א אר"י סק"ט) <sup>אוצר החכמה</sup> ובשו"מ (מהדו"ג  
 ח"א סכ"ה ומהדו"ה ח"א ס"ע ומהדו"ר ח"א סי"ד, וסותר את  
 עצמו ממה שנקט בכ"מ כהמהר"י באסן כמ"ש), ובשערי  
 תורה (ח"ב כט"ו) האריך להוכיח כן. ועי' בישועות

יעקב (י"ד סי' ש"ה סי"ב) שכתב כע"ז לעניין ספק פדיון הבן דאזלי' לקולא ולא אמרי' ספיקא דאורייתא לחומרא דהתורה לא חייבה בפדיון אלא בודאי ולא בספק וכמו לגבי ממזר.

**והדבר** צ"ב דמנין לנו לחדש שספק גזל התירה תורה, ובשלמא לגבי ממזר יש מקור לדרוש דממזר ודאי אמר רחמנא ולא ספק וכן בערלה ובמעשר אבל בגזל לא מצאנו שדרשו כן, וכה"ק בחידושי הרי"ם (כתובות יב: ובש"ת א"ח סי' ה') ובשער"י (ש"ה פ"א). ונאמרו בזה כמה דרכים.

א. **ב"מ** התלמוד (ב"ק ס"ו ע"ב) כתב לבאר עפ"י דעת הרמב"ם שספיקא דאורייתא לקולא מה"ת, והיינו משום שדיני התורה נאמרו על הוודאי ולא על הספק ורק נבילה ודאי נאסר וכדו', והכ"נ דכתיב לא תגזול לא נאסר אלא ודאי גזל ולא ספיקו, וחז"ל לא גזרו בממונות עי"ש. וכ"כ המנ"ח (ובמהדורת מכון ירושלים נדפס בסוף ח"א) ובשד"ח (מערכת גימ"ל אות ע').

**אך** בתומים משמע שהוא גזיה"כ דספק גזל שרי רחמנא לכו"ע ושלא כדבריהם (ואמנם השד"ח שם כתב שלא ראה את התומים), ועוד דעדיין תיקשי לשיטת הרשב"א וסייעתו שספיקא דאו' לחומרא מה"ת.

ב. **בשער** משפט (סי' ס"ז סק"ד) ובש"ת בית אפרים (מהדו"ת אבה"ע ס"ז) ובאתון דאורייתא (כלל ג') כתבו דלענין ממון לא אמרי' ספיקא דאורייתא לחומרא, כיון דילפי' בגמ' ב"ק מו: מקרא דהממע"ה ומוכח בפסוק שאין צריך לחוש לאיסור גזל (ואע"פ דבגמ' שם מסיק פשיטא למ"ל קרא מאן דכאיב ליה כאיבא אזיל לבי אסיא, י"ל דס"ל כמ"ש הפנ"י (שם ובגיטין מח:)) שלפי האמת כן נלמד מהפסוק ולא מסברא עי"ש. אבל עדיין צ"ב מאי מקשי פשיטא והא איצטריך להתיר ספק גזל, וכה"ק בבית אפרים ובש"ת הרי"ם וצ"ע.

**ועד"ז** כתב באורח משפט (סי' כ"ה) שכמו שבספק נפשות אזלי' לקולא כדילפינן

מוהצילו העדה, הכ"נ בספק גזל דכתיב משפט אחד יהיה לכם (ובזה תירץ קושיית התוס' בב"ב נ: דלמ"ל קרא שספק נפשות להקל תפול"ל מדין הממע"ה, ולהנ"ל ניחא דהמקור לדין הממע"ה הוא מוהצילו העדה).

ג. **המנ"ח** שם הבין בכוונת התומים שכך נאמרה הלכה למשה מסיני שספק גזל מותר. ולפי"ז כתב לדון שבגוי לא אמרי' הממע"ה כיון שההלכה נאמרה לישראל דווקא ולא לעכו"ם, וכ"כ בדמשק אליעזר (סי' כ"ח) וע"ע באמרי בינה (אבה"ע סל"א). [ובמהרי"ט אלגאזי (בכורות פ"ב אות ט"ז א' ועי"ש באות י"ז או"ק ו') כתב שבכל ספק ממון שבין עכו"ם לישראל חולקין כיון שהגוי אינו נחשב מוחזק, ועי' מש"כ לעיל בדברי המהרי" באסן.]

ד. **בעונג** יו"ט (סי' קי"א בהערה) ובכסף הקדשים (חומ"מ סי' שנ"ט) כתבו שסברא הוא שהתורה לא אסרה ספק גזל כיון שאם יחמיר לשלם יעבור התובע באיסור גזל, ומסתברא שלא החמירה תורה אם עי"ז יעבור חבירו איסור עי"ש. ואולי זהו כוונת המהרי" באסן דלעיל שכיון שכשיחמיר יעבור התובע בספק גזל לכן יש סברא שהתורה הקילה בו.

**והנה** בנחל יצחק (סו"ס ו') נקט עפ"י התומים שכיון שלא אסרה התורה ספק גזל א"כ מותר אפי' לכתחילה לגזול במקום ספק עי"ש. וכן מוכח לכאור' ברשב"ם ב"ב נז: דאיכא דקפדי שלא יכנסו לחצרם ואיכא דלא קפדי ומספק אפשר ליכנס, ולכאור' הטעם הוא שספק גזל התירה התורה, ועי' בקוב"ש (שם אות רנ"ח) ובשער"י (ש"ה פ"א).

**אמנם** בשו"ת מהרש"ם (ח"ב רכ"ד י"א) כתב שאף שספק גזל מותר היינו דווקא לאחר שהחזיק, אבל לכתחילה אין לו לתפוס ולגזול דזה לא התירה התורה, וכדמוכח בב"ק צט: גבי מגרומתא דמנעך מספק גזילה. וכ"כ בשערי תורה שם ובשם אריה (אות ט') והגרי"פ פערלא (ל"ת רע"ו) ובחידושי הגר"ז בענגיס (ח"ב סי' ל"ז), ועי' להלן סי' מ"ו מש"כ בשם התומים.

### ג. הגזל הוא בשוא"ת

**השבו"י** (ח"א סי' נ"א ובכללי קי"ל סק"כ) כתב ליישב שאפשר לומר קים לי ואין צריך לחוש לספק גזל כיון שאיסורו הוא בשב ואל תעשה. ובפתחי תשובה (חור"מ סו"ס כ"ה) הביא בשם הברכ"י (שם י"ג) שהסכים עם תירוצו זה. וכ"כ בשו"ת קרית מלך רב (ח"ב סי' י"ב וסי' מ"ד, וכתב שם דמה"ט תקנו חז"ל שאין הולכין בממון אחר הרוב משום דחיישי' לאיסור גזל ושוא"ת עדיף עי"ש) ועי' בשו"ת תשורת ש"י (סי' ת"מ) מש"כ עפ"י.

**ודבריהם** צ"ב שהרי גם בספק עשה וכגון בספק ברהמ"ז וכדו' אמרי' ספיקא דאו' לחומרא, וצריך להחמיר אע"פ שהוא ספק בשוא"ת. ואולי ס"ל כדעת הפמ"ג בכ"מ (אור"ח סי' י"ז א"א סק"ב ובסי' ש"ה מ"ז סק"ד ושד"מ מ"ז סק"א ותל"ג א"א סק"י ועוד) שגם לשיטת הרשב"א הסובר שספיקא דאו' לחומרא מה"ת, היינו דווקא בספק לאו אבל בספק עשה אזלי' לקולא מה"ת, וא"כ י"ל שרבנן לא החמירו בממון (איברא דבפמ"ג סי' שד"מ משמע שבספק לא תעשה אזלי' לחומרא אפי' בשב ואל תעשה ובספק עשה אפשר להקל אפי' אם עובר בקום ועשה וצ"ע).

**עוד** יש להקשות דלפי דבריו אין מותר לתפוס לכתחילה בטענת קי"ל, וכמ"ש השבו"י בעצמו (בכללי קי"ל סק"ב) שאין איסור לתפוס לכתחילה, והרי עובר בקום ועשה בספק גזל וצ"ע.

### ד. ממון אפשר בחזרה

**עוד** תירץ בשבו"י שם שכיון שממון אפשר בחזרה לכן אין חייב להחמיר בו. ועי' בעין הרועים (למהרש"ם ערך קים לי) שכתב דלפי"ז בספק גזל דרבים כגון במיצר שהחזיקו בו רבים א"א לומר קים לי כיון דליתא בחזרה.

**והברכ"י** שם הקשה עליו דאכתי יהיה מחוייב להחזיר לצי"ש עי"ש. אמנם בשבו"י משמע שכוונתו הוא שלא נאמר דין ספיקא דאו'

לחומרא באיסור שאפשר לתקנו כשיתברר הספק, וכיון שאפשר בחזרה לכן אי"צ להחמיר ולשלם אפי' לצי"ש, והוא סברא מחודשת.

**ועי'** בתוס' ב"מ דף ו'. שכתבו אהא דאמרי' דפרשי אינשי מספק שבועה ולא פרשי מספק ממונא כיון דממון איתא בחזרה, דר"ל שאם לא יזכור יחזיר אבל אין לומר שאם לא יזכור יעכבנו דא"כ גם מספק שבועה לא יפרוש ע"כ. ולפי השבו"י י"ל כפשוטו דבספק ממון כיון שישנו בחזרה יכול להקל ולעכבו מספק משא"כ בספק שבועה, וא"כ מוכח בתוס' שלא כדבריו ועי'.

### ה. חזקת הממון מתיר

**בקה"ס** (כ"א ס"ו) כתב בשם חכמי דורו דקושיא מעיקרא ליתא, משום דבספק איסורא נמי אזלי' בתר חזקה הן לאסור הן להתיר, והכא נמי איכא חזקה להתירא והיא חזקת ממון או חזקה קמייטא ע"כ (וכ"כ בחק"ל מהדו"ב חור"מ סי' ב'). והקוה"ס דחה דאפי' אי נימא שחזקת מר"ק היא חזקה המכרעת אבל חזקת ממון לחוד בלי חזקת מר"ק ודאי אינו חזקה המכרעת, וא"כ בשלמא המר"ק יכול לומר קים לי אבל התופס איך אומר קי"ל עי"ש.

**וגם** בשערי תורה (ח"ב כט"ו) הביא תירוצו זה בשם גדולי דורו, וכתב שזה מיישב רק כשהספק הוא במציאות שאי"צ לחוש לאיסור גזל כיון שיש חזקת ממון, אבל בספיקא דדינא דלא שייך הכרעת חזקה לדעת הרבה פוסקים אכתי תיקשי. וכתב שלכן הוקשה למהר"י באסן רק על דין קים לי שאין בו הכרעת חזקה, דבספק במציאות ל"ק כיון שיכול לסמוך על הכרעת החזקה וכנ"ל. וע"ע בשם אריה (אות ל"א) מש"כ לפי"ז.

### ו. גזל הוא כשאינו שלו מדינא

**בקה"ס** כתב ויראה לי דפירוקא דהאי מלתא כך הוא, שלא אסרה תורה את הגזל אלא מה שהוא של חבירו מצד הדין אבל מה שהוא שלו

מצד הדין לא אסרתה עליו התורה, הלכך ספק ממון שהדין בו הממע"ה גם דררא דאיסורא לית בה כשאינו מחזירה ע"כ.

**ובשער"י** (ש"ה פ"א וכן בחידושי רבי שמעון נדרים סי' ז) האריך בזה, ותוכ"ד שגדר איסור גזל הוא שלא יגזול איש את חברו דבר שעפ"י תורת המשפטים שייך לו, אבל אם לפי משפט התורה יכול לעכבו אף אם באמת אינו שלו אין בו משום גזל, ולכן בספיקות שמצד דיני הממונות פטור דספק ממון להקל ממילא אינו עובר בזה על איסור גזל עי"ש, וכ"כ באגר"מ (יו"ד ח"א סי' ק"ג) במכתבו לבעל האבי עזרי והדברים ידועים.

**ועי' רש"י** בע"ז (דף כד: ד"ה מכאן) שכתב לגבי ספק בכור וז"ל, ואין בו אלא משום גזילת מתנ"כ אפי' הוא ודאי וזהו ספק הוה הכהן מוציא מחבירו ועליו הראיה וכו', וכיון שהוא ספק אפי' גזל ליכא דראיה על כהן עכ"ל, ונראה דכוונתו להנ"ל שכיון שמוטל על המוציא להביא ראיה ממילא אין בו משום גזל (ובשד"ח ג' אות ע') כתב שכוונת רש"י שספק גזל מותר, אך בלשונו משמע שכיון שעל הכהן להביא ראיה לכן אינו גזל).

### ז. חיישי לבנין דמעלי

**בשו"ת** חת"ס שם תירץ וז"ל, הנה בכל מצות עשה שבתורה שמכין אותו עד שתצא נפשו אין רשות לירד לנכסיו כדי שיניח תפילין או יעשה סוכה, ונ"ל הטעם משום דלמא נפקין מיניה בנין דמעלי וכבש"ס בב"ק דף קי"ט ע"א, ואפי' מאן דפליג במסור מודה בשאר איסורים, אך באיסורים הנוגעים בממון כגון מצוה לפרוע חוב ולהשיב גזל ואונאה ורבית, עד שמכין עד שתצא נפשו מוטב לירד לנכסיו, ואי משום בנין דמעלי הלא זה הממון אינו שלהם ויתמי דאכלי דלאו ידיהו לזלו בתר שבקיהו.

**אך** כך זה בודאי, אבל בספק אע"ג בשאר ספק איסור דאורייתא דלהחמיר נמי מכין אותו עד שיסיר מספק איסור, מכ"מ הכא בספק ממון אין

מכין אפי' בגופו דע"י יסורי גופו יתן הממון המסופק, ואולי נפקי מיניה בנין דמעלי ולדידהו לא הוה ספק איסורא דאינהו לא עבדי איסורא ולא מוטל עליהם מצות פריעת בע"ח ולא השבת גזילה וספק ממון ידיהו קולא לנתבע, ע"כ ספק ממונא לקולא אע"פ דכל ממונא אית ביה איסורא עכ"ל. ור"ל שבספק ממון אין יורדין לנכסיו משום דלמא נפקין מיניה בנין דמעלי.

**ובאמרי** בינה (דיינים סי' מ"ט) תמה עליו טובא, חדא דהיכן מצינו להקפיד ע"ז שיכניס את עצמו בספק איסור בשביל הבנים, ועוד אף ספק גזל אם כלפי שמיא הוה גזל חייבין היורשים להשיבו, ועוד דא"כ בגר שאין לו יורשין מאי איכא למימר, ועוד דהיכא דאיכא רוב דהוה כודאי לענין איסורא אמאי אין מוציאין ממון, ועוד דעכ"פ יהיה חייב להשיבו לצאת ידי שמים וזה לא שמענו וצ"ע.

### ח. אינו צריך להפסיד מחמת האיסור

**החידושי** הרי"ם (כתובות יב: ובשו"ת אר"ח סי' ה') כתב ליישב, דכמו דחזינן בהשבת אבידה דשלו קודם אף בהפסד מרובה ואינו מחוייב להוציא עד חומש ממונו להשיב את האבידה, וע"כ משום שבמצוות ממוניות אינו מחוייב להפסיד ממונו בשביל חברו, ולכן באמר לשנים גזלתי לאחד מכם קי"ל דמניח גזילה ביניהם ומסתלק אי לאו משום קנסא, כיון דמאי חזית דממונא דחברך עדיף מממונא דידך. וזהו הטעם שספק ממוןא לקולא ולא הוה ספק גזל, כי באמת אינו רוצה לגזול את זכותו של חברו ואם הוא שלו רצונו להחזיר לו, רק מחזיק בשל עצמו שגם זכותו שוה לשל זה מספק, ואינו מחוייב ליתנו לזה ולהפסיד זכות ספיקו בשביל זכות ספיקו של התובע דמאי אולמיה מדידיה ואינו מחוייב להפסיד ממון בשביל איסור גזל, ועי"ש שהאריך.

**ובעי"ז** כתב בשו"ת אבנ"ז (יו"ד סי' שמ"ב) דספק גזל מותר דלא חמיר ספק ממון חבריה מספק ממון ידיה, ולכן בספק הינוח לא יטול כיון שהוא אין לו זכות בו א"כ דין ספק גזל

כדין שאר ספק איסורים עי"ש. ועי' בארץ צבי (ב"ק ב:) שכתב לבאר עפ"י את שיטת הרשב"א שספק נזקין להחמיר, והיינו משום שהצריכה

התורה לשלם מיטב וחזינן דצוותה התורה שיוותר המזיק משלו עבור הניזק וא"כ צריך להחמיר גם במקום ספק.

## סימן כ"ה

שייך לתקפו כהן סי' ע"ב

## קים לי בהא כפלוני ובהא כפלוני

**יש** לדון בתביעת ממון שיש שתי סיבות לחייב את הנתבע, ושניהם תלויים בפלוגתא דרבנותא, האם יכול המוחזק לומר קים לי בספק זה כהפוסקים שפוטרים אותי וכן במחלוקת השניה קים לי כדעת מי שמזכה אותי או לא. וכגון אם הקדיש שכר הבית לעניים ואח"כ חזר בו, ונחלקו הראשונים האם שכר הבית נחשב דבר שלא בעולם וא"כ יכול לחזור בו, וגם נחלקו האם בעניים יש חסרון של דבר שלא בעולם או לא, ורוצה המוחזק לטעון קים לי כשיטת הרמב"ם ששכר בית נחשב דבר שלא בעולם, וקים לי כשיטת החולקים על הרמב"ם שגם הקדש לעניים אינו חל בדבר שלא בא לעולם וא"כ לא חל ההקדש.

**וכתב** הש"ך בשם המהר"י בן לב דיכול המוחזק לומר בכה"ג קי"ל בהא כפלוני ובהא כפלוני ולכן יכול לחזור בו מההקדש, וכ"כ המהר"א ששון. ודעת מהר"י לבית לוי והמהרש"ך שאינו יכול לחזור בו דא"א לומר תרי קים לי, וכ"כ התומים (בקת"כ כאן ובסי' י"ט). ובשבו"י (כללי קי"ל סי"ג) פסק כהש"ך.

**ויש** לדון משני טעמים שא"א לומר קים לי בהא כפלוני ובהא כפלוני וכדלהלן.

### אם חייב מטעם ספק ספיקא

**הטעם** הראשון (המבואר במהר"י לבית לוי ובמהרש"ך) שא"א לומר קי"ל בהא כפלוני ובהא כפלוני, משום דבכה"ג יש ספק ספיקא לחייבו, שהרי יתכן שבספק הראשון הלכה כדעת המחייבים אותו, ואפי' אם אין הלכה כן שמה חייב

מחמת הספק השני. וכגון בנידון הנ"ל של שכר הבית יש ס"ס דשמא שכר הבית נחשב דבר שבא בעולם וא"כ חל ההקדש, ואפי' אי הוה דבר שלא בעולם שמא הלכה כדעת הרמב"ם שבהקדש לעניים אין חסרון של דבר שלא בא לעולם ולכן אינו יכול לחזור בו כיון שיש ס"ס כנגדו.

**והש"ך** דחה טענה זו מתרי טעמי, חדא דאין מוציאין ממון בספק ספיקא כיון שאין הולכין בממון אחר הרוב וכמו שהאריך להלן בסי' ק"כ (וכ"כ הכנה"ג (סכ"ה הגב"י פ"ב) דמה"ט יכול המוחזק לומר תרי קים לי).

**ועוד** דשמא ספק פלוגתא דרבנותא לא חשיבא ספק ספיקא, וכמ"ש המהר"י בן לב בכמה מקומות (ח"ג סי' מ"א ונ"א ונ"ה וח"ד סי' ב' ועוד) שספק פלוד"ר אינו נחשב ספק ספיקא בין לעניין איסורא בין לעניין ממונא, ולכן אפי' אם אפשר להוציא ממון בס"ס עם כל זה בפלוד"ר שאינו נחשב ס"ס אין להוציא ויכול הנתבע לומר קים לי בהא כפלוני ובהא כפלוני.

**ובתומים** כתב עוד טעם דאפשר לומר קים לי בהא כפלוני ובהא כפלוני אפי' אם נחשב ספק ספיקא, דהנה הש"ך (בתקפו כהן סי' פ"ח) כתב בשם הבעה"ת שמועיל תפיסה בפלוד"ר משום דעביד איניש דינא לנפשיה, וא"כ מה"ט גם בשני ספיקות יכול לעשות דין לעצמו ולעכב את הממון, כיון שאם פסק הדיין לחייב אפי' בס"ס דינו דין וא"כ יכול לפסוק כן לעצמו במקום הדיין. וכן לפי הטעם שכתב הש"ך בסי' ע"ט שמועיל תפיסה כיון שטענת קים לי חשיבא כטוען ברי, א"כ גם בס"ס