

ור"י דפטור, אצל כאן בשזכ מכיר מקלת אצניו וז"ל ח"י, ו"ל דגם לר"י ור"י חייב משום דעל אלה האצנים הוי ספק אצלו אם שלו הן או של חצירו ודמי לספק בתולדה, וע"כ דפשיטא ל"י להש"ס דלמאן דס"ל ח"י ח"י פטור ח"י לחלק בספיקו ולעולם חוקי ממונה בחזקת מרי ופטור ומשום דספק גזל התורה התייר וכו"ל. עכ"פ הנה הוכחנו דע"כ בשלה הוכחות נודקות מהא דשלהי מכלתין דצ"ק דע"כ ספק גזל מותר מה"ת וכמשנ"ת.

הנ"ל דרך גזל ודאי אסרה התורה ולא ספק, וממילא דא"י אם נתחייבתי פטור בכל האופנים. ועיין בצ"מ ד' קט"ז ע"ב: אם כי אחד מכיר מקלת אצניו נועטן וכו', ופריך בגמ' שם: והלא מה עומק וכו' אלא דא"ל איני יודע לימא תיכוי תיובתא דר"י דליתמר מנה לי צידך והלא אומר ח"י כי ר"י ור"י אמרי פטור וכו', ולכאורה לסדרת הרשב"א ז"ל הנ"ל תיקשי מאי פריך בגמ' לימא תיכוי תיובתא דר"י, הא יש לחלק דרך צא"י ח"י דהוי ספק אם נעשה עליו המקרה והחיוז או לא, לכן ס"ל לר"י

## סימן לג

### בענין אם מהני תפיסה מחמת ספק

ר"ק מחייבין ל"י גם ד"ל משום כ"ע כיון שלגבי הלוה ליתא לספק איסור, ובאמת כ"כ בח"ס יו"ד סי' רמ"א, אלא שגם הוא ז"ל דחה ד' הכנה"ג הנ"ל מהא דא"י ח"י דפטור וממה שאומרים קים לי נגד רוב הפוסקים עיי"ש] ובקונטרס הספיקות כלל א' אות ו' הביא מה שתמכו חכמי דורו דמעיקרא לק"מ דהא באיסורין נמי מהני חזקה צ"מ, וכאן הא איכא ג"כ חזקה או חזקת מ"ק או חז"מ. ובקוה"ס שם השיג על דבריהם משום דאפילו אי נימא דחזקת מ"ק הוא חזקה המכרעת כמו כל חז"ק צ"מ איסור, אצל חז"מ הא ודאי אינה מכרעת ול"מ צ"מ איסור, ועיקר קושית מהרי"ב הוא דלמה מהני תפיסה מספק דהא הוי ספק איסור וחז"מ ל"מ לענין איסור עכ"ד. ולכן תי' הוא ז"ל דאיסור גזל תלי בהממון דהא הממון הוא של השני עפ"י דין אז איסור מדין גזל, ובאם אינם שלו עפ"י דין לית דזה משום איסור גזל, ולהכי צ"ל הני דא"י להוציא ממנו עפ"י דין לית דזה ג"כ משום איסור גזל עיי"ש. ועדיין אינו מספיק דמ"מ תיקשי ממה שיכול לתפוס בספיקא דדינא נגד רוב הפוסקים, וע"ז תיקשי הא כיון דרוב הפוסקים ס"ל דהדין עם השני והממון שלו והוא מוחזק בזה ג"כ, א"כ יהי' איסור לו לזה לתפוס משום ספק איסור גזל, דהא רוב הפוסקים ס"ל דהממון הוא של חצירו עפ"י הדין ובאיסורין כה"ג סמכין עליהו ומ"ש ממון מאיסורין. גם בהשגתו על חכמי דורו יש לתמוה, דלדבריו תיקשי מה מתרץ המהרי"ב דגם לגבי השני יהי' ספק איסור גזל, הא אם נולד מן התופס ונחזיר לצעלים הראשונים, לא יהי' לגבי מ"ק שום ספק איסור לפי"ד, כיון שחזקה דמעיקרא מסייע לו וחזקה דהשתא נגד חזקה דמעיקרא הא לאו כלום הוא. והיטב אשר דיבר בשם ארי' שם בקונטרס ר"ס אות י"ז לישב קושית החכמים הנ"ל דלק"מ, ומהרי"ב שפיר הקשה למה מהני קים לי בספק בפלוגתא, לפי המצואר צמל"מ ה' עדות פ"ו וה' טו"ל פ"ב וכו"ה בחב"ש סי' כ"ע דבספיקא דדינא לא מוקמינן אחזקי, [וגדחין עפ"י מ"ש צישוי"ע אור"ח סי' ת"ג ס"ק א' עיי"ש דקלס"י לדבריו, ולפלא שלא בעיר מזה דבספיקא דדינא ל"ש לאוקמי אחזקה וכו"ל] א"כ למה מצי אחר קים לי בממונה הא הוי ספק איסור וכאן הא ל"ש חזקה, וע"ז שפיר תירץ דאכתי לא נתקן מידי דגם לגבי אידיך הוי ספק איסור, ועיקר קושיתו הוא

א) תנן במהני דריש צ"מ: שנים אוחזין בטלית וכו' זה אומר כולה שלי וז"ל כו"ש, דקתני: זה ישבע וזה ישבע, ומדייק בפנ"י במקומו שם מלישנא דמתניתין דאם אחד מהם ח"י לישבע בצירור שהרי אדם מדקדק בשבועתו וא"א ללמנא צמטע רגע, והשני טוען בצירור גמור דודאי שהשני זכה, ואף דקיי"ל בכל דוכתי הממע"ה ואפילו צברי ושמא, היינו היכא שהוא מוחזק קודם שגולד הספק, אצל הכא שרואה לתפוס מחמת ספק ל"מ תפיסתו, ול"ש כאן הא דא"י אם גזלהיך דפטור כיון שאין לשום אחד מהן חזקה מ"ק, ולריך דוקא שיטעון וישבע צברי שאין לו זה פחות מחל"ה עיי"ש. וכן מלאתי מפורש כדבריו גם בחי' הריעצ"א שם צריש צ"מ שכתב כן ח"ל: ובכל הנה דנין צין דדינא דיתלוקו בשבועה או בלא שבועה צין בכל דאלים גבר או ציהא מונח הני מילי צברי וצרי, אצל צברי ושמא בכולהו צרי עדיף דהא ליכא לחד מינייהו חזקה דממונה כי עכ"ל. ויש להטעים ג"כ את דבריהם עפ"י מה שח"ק בכנה"ג צכללי תפיסה אות ז' בשם מהרי"ב מ"ט אמרין קים לי בממונה ולא באיסורי והא גם בממון איכא ספק איסור גזל, ותירץ שכהן לא נתקן מידי כיון שגם להשני איכא להאי ספק איסור גזל לכן היכי דקיימא ממונה תיקום, וכבר נתקשו ע"ז באחרונים מהא דצ"ש למה לא נימא צרי עדיף כיון שלחצירו ח"י שום ספק איסור [עיין צ"מ צ"ש אחרון חו"מ שאלה ע' מה שתמה על קושית האור"ח, והחליט דודאי ח"י כונת מהרי"ב לחייב אותו בדרך אמת אחרי שהדין הוא דמוקמינן אחזקתי דממונה ואין צ"ד מוליחין, וכ"כ הש"ך יו"ד סס"י קע"ז גבי ריבית, אם כי שם ל"ש ספק איסור להלוה אם המלוה יחזיר לו, ופי' שם דעיקר קושית המהרי"ב הוא על שמא ושמא דפטור גם מללאת יד"ש, וצ"ב"ש לא הקשה דהא באמת חייב שם ללאת יד"ש עכ"ד. אכן המעיין בכנה"ג יראה צעניו דקושיתו הוא גם על ד"ל שהקשה דלא ליהני תפיסתו, ובאמת למה ישתנה ספק איסור זה דגזל מכל ספיקות שבתורה דמחמירין עליו ומפסידין ממנו מן הספק, ומש"כ מד' הש"ך גבי ריבית, הנה באמת שם צ"ש"ך מציא בשם המהרשד"ם להיפוך דבספק ר"ק צ"ד מוליחין ממנו, ושפיר י"ל דס"ל להרשד"ם כשיטת הראשונים דס"ל דגם גבי אצק רבית חייב ללאת יד"ש אלא שאין הצ"ד מוליחין ממנו, ובספק אם הוא

שלשניהם הו"ל ספק איסור, וע"כ דה"ע משום דאוקמינן מילתא אחזקת חיובא דידה וכדכתיבנא ודו"ק.

**הרי** לפנינו פלוגתא הראשונים בצו"ש בשניהם מוחזקין בשוק, אם אמרינן צ"י אוקי ממונא בחזקת מרי או דברי עדיף, דהתום ס"ל דגם צכ"ג היכי שניהם מוחזקין נמי אמרינן אוקי ממונא בחזקת מרי, ולהרמב"ן והרמב"ם וכן צחי הרמ"ה על צ"ב ד' ל"ד אמרינן צכ"ג דברי עדיף. ומאי דקשיא לשיטתם מהאי סוגיא דר"פ הבית והעלי, עיין שער משפט סי' קס"ד סעי' ח' מ"ש לתרץ דע"כ דס"ל כתי' הראשון של התום שם, דש"ה דכחי חשיב מוחזק כיון שאנו יודעין שהחי שלו כיון שידוע שהצננים הם של שניהם בשותפות וכו', משא"כ בשנים אוחזין וכו"ג שאין לדבר מוחזק שחי של שניהם ורק עכשיו נולד הספק עפ"י טענותיהם עיי"ש.

**ב) והנה** כבר ידוע מש"כ הש"ך חו"מ סי' ע"ה ס"ק כ"ג דגם בספק פירעון קודם הכלואה חשיב כא"י אם פרעתי וחייב, וצח"ת שם ס"ק ו' כתב שכן מוכח מהא דאמר אב"י כאן דחיישין שמה ספק מלוה ישנה יש לו עליו ופרשי חושבי מספק שצוה ולא פרשי מס' ממונא, וקשה אם נחזיק שהחמת כדבריו דיש לו על השני ספק מלוה, א"כ הא מותר לו לתפוס ולהחזיק של חצירו בידו דהו"ל ח"י אם אני חייב נך ולמה ישבע הלא שור"ד דיש לו לתפוס, ואם כי שקר הוא דאין לו עליו שום כ' מלוה ישנה הדר תיקשי נימא מיגו דחשיד וכו', ועכ"ל כמ"ש הש"ך דא"י להחזיק את של חצירו מחמת ספק מלוה ישנה ולכך רמו שצוה כי היכי דיפרש עכ"ד.

**אמנם** רבותינו האחרונים ז"ל כתבו לדחות ראיהו בפשיטות ד"ל דאב"י לשיטתו קאמר לה דס"ל צ"ב ד' קל"ה ע"א דגם ח"י אם נתחייבתי חייב, וכמ"ש ג"כ בתום כתובות ד' י"ב ע"ב ד"ה ר"ה, ולשיטתו שפיר קאמר דחיישין שמה ספק מלוה ישנה י"ל עליו, עיין צנ"ל סי' ע"ה ס"ט וכבר קדמו בזה בשו"ת צרית אברהם ח' חו"מ סי' ז' ובשם ארי' שם אות כ' מביא זה גם בשם סי' שערי צינה עיי"ש.

**ולפי"ד** ז"ל יש מקום לומר לפי משמעות הסוגיא שם צ"מ דר' יוחנן דאמר שצוה זו תק"ח הוא וכו' לית לי הא דאב"י דמלוה ישנה, וכמ"ש ברש"י שם ד' ו' ע"א ד"ה אב"י אמר, וי"ל דר"י לשיטתו איזל דס"ל דהאי פלוגתא דמנה לי בידך והלא אומר ח"י דפטור, וא"כ ח"א לדידי לחוש לס' מלוה ישנה דא"כ תיקשי בחמת למה משצעינן אותו יפטר מה"ע דהוי כמו ח"י אם נתחייבתי, [אכן עיי"ש בשטמ"ק דאיפשר דאב"י מפרש הא דר' יוחנן עיי"ש] וכן ה"י איפשר לומר גם צמ"ש הפני"ש שם צ"מ דרבה דפריך: מ"ע אמרה תורה מודה מקל"ה בטענה ישבע יהא נאמן במיגו דכופר בכל, ע"כ לית לי הא דאב"י, דאי חית לי ה"ע דס' מלוה ישנה א"כ מאי פריך רבה חולי בחמת ח"ן לו ספק מלוה ישנה רק כנגד מה שטוען עיי"ש, ולהל"ל י"ל דגם רבה איזל לשיטתו בזה דהא גם איכו ס"ל צ"ב קל"ה דא"י אם נתחייבתי פטור, ול"ש לדידי ה"ע דמלוה ישנה דא"כ בחמת פטור וכנ"ל.

**אכן** עיין צנ"ל סי' ע"ה ס"ט מ"ש ליישב דברי הנתיב"מ סי' ל"ב ס"ק ב' צמח שחולק שם עמ"ש"ה האו"ת בשם הר"ן דכשמחל לו כל תביעותיו שיש לו עליו שוב ל"ש לומר שמה ספק מלוה ישנה י"ל עליו ואין משצעינן אותו, ובנתיב"מ שם השיג

ע"מ שאומרים קים לי בצפיקא דדינא כמבואר בדבריו להדיא עיי"ש, [ועפ"י] יש ליתן טעם מספיק צמ"ש"כ הש"ך צ"כ ח"כ סי' ו' דבצפיקא דמעשה ל"מ תפיסתו ומוציאין ממנו ובצפיקא דדינא ח"מ, והיינו משום דבצפיקא דדינא ל"ש חזקה ח"כ יחי להשני ג"כ ספק איסור אם יולאו ממנו ויחזירו לו, לא כן בצפיקא דמעשה דאיכא חזקה מ"ק לכן י"ל דאם תפס מפקינן מיני ומחזירין למי שחי לו חזקת מ"ק ודו"ק] וכיון דברי ושמא ל"ש רק בצפיקא דמציאות דבספק דדין הא ל"ש צו"ש עש"ך חו"מ סי' קל"ט ס"ק ו', ח"כ הא איכא חז"מ משו"ה ל"א צרי עדיף דמוקמינן אחזקת מרא קמא וחזקה הא מהני גם באיסורים, ורק בצפיקא דדינא הקשה המהרי"צ משום דהתם ל"מ חזקה אצל לא בצפיקא דמציאות משום דמוקמינן על חזקתו.

**ועפ"י** הוסיף שם עוד ליתן טעם נכון צמח דקיינ"ן דא"י אם פרעתי חייב, דהוא משום דכיון דאיכא להמלוה חזקת חיוב שמשייב לו נגד החז"מ שמשייב להלוה, לכן אמרינן דחייב משום דאוקי חזקה נגד חזקה, ולהלוה שטוען ספק שא"י ח"פ הא הוי ספק איסור גזל, ולהמלוה הטוען צרי הא לית לי שום ספק איסור, לכן מוציאים מיד הלוה משום ספק איסור. עיי"ש מ"ש עוד לפי"ז דלשיטת הרמב"ם דס"ל סד"ה מה"ת להקל, נמלא דפיקר חיובא של ח"י ח"פ אינו חלל מדרבנן, ומיישב עפ"י"ז כמה קושיות עיי"ש ודפח"ח. ומה מאד ילדק לפי דבריו ז"ל שיטת הרמב"ם והפני"ש ז"ל שהצאנו לעיל, דכאן נמי בשניהם מוחזקין כיון דשוין הן הא ודאי יש לנו לומר דברי ושמא צרי עדיף, כיון דלכטוען שמה איכא ספיקא דאיסורא, ולהטוען צרי ח"ן שום ספק, ודאי דמוציאין מידו ונותנין להטוען צרי, דאף אי נימא דגם זה חשיב מוחזק מה שניהם מוחזקין צו, הא יש לומר אוקי חזקה נגד חזקה וצרי עדיף כיון שאין לו שום ספק איסור וכנ"ל וזה נכון לכאורה.

**אמנם** מצינו לרבותינו בעלי התום ז"ל דס"ל ממש להיפוך, עיין צ"מ ד' קט"ז ע"ב בתום ד"ה לימא שהוכיח מן הסוגיא שם דע"כ גם בשניהם מוחזקין בשוק שמונה צרשות שניהם, נמי אמרינן אוקי ממונא בחזקת מרי ולא אמרינן צ"י דברי עדיף עיי"ש, ומדצריהם למדנו ג"כ לדחות דברי השם ארי' הנ"ל בטעמא דא"י ח"פ חייב, דע"כ התם טעמא אחרונה איכא במילתא משום דחזקת חיוב שאיח לי להמלוה עדיף וחלים עובא מחז"מ של הלוה, וכמו דצטלמא אמרינן בכל ספק דמוקמינן מילתא אחזקתיה ואמרינן דלא נהחדש צו שום דבר, וכאן נמי מוחזקין שצו"ן לא נפרע חובו ולא נשתנה חזקת חיובא דידה וכמ"ש"כ הע"ז חו"מ סס"י ע"ה דא"י ח"ג פטור משום דמוקמינן לי אחזקת פטור, וא"י ח"פ חייב משום דמוקמינן לי אחזקת חיוב עיי"ש, תדע שהרי צא"י ח"פ מצינו שאמרו דחייב גם בשניהם טוענין שמה במקום דלמלוה לא הו"ל למידע. ובש"א סוף אות י"ח שם הביא במרומת דבריו דצטוענין שניהם שמה פטור אף צא"י ח"פ עיי"ש, וכונתו למ"ש צ"ך סי' ע"ה ס"ק ס"ה עיי"ש וצח"ת ס"ק י"ט, אצל מה יענה למ"ש המל"מ ז"ל ה' שאלה פ"ד ה"א בשם הרשב"א פ' הזורק דמקום דלא הו"ל להמלוה למידע לא מגרע ספיקו וחייב הלוה מדינא לשלם, עיי"ש ובקל"ה סי' ע"ה סס"ק ו' וכ"כ גם בהפלאה כתובות ד' י"ב ע"ב צח"ת ור"ה מדעת עצמו לדבר פשוט עיי"ש, הרי דמחייבי לי רבותינו גם צכ"ג

מזי לישבע שא"צ כמ"ש בשטמ"ק שם לדקדק כן מפירש"י משום דאפילו גלימא דעל כתפי' שיעבד לו, ומוכיח מזה דיכול לישבע גם בלשון להד"ס, א"כ אפילו מספק מזי לישבע כיון דסד"א מה"ט לקולא, ולק"מ דהא חנן ע"כ מחזקין שצחמת מספיקא חייב הוא מן הדין להשיב לחזירו ודאי דאסור לו לישבע כיון דהדין עם חזירו וג"ז פשוט.

**אמנם** צע"כ עלינו להודות לר' הפני"ז ז"ל שמדייק מלישנא דמתניתין דבעינן שיבי' יכול דוקא לישבע בצרי שכולה שלו, דמזה משמע דאי מספקא לי' ואומר שמה הגבצתה תחלה אז הדין דצרי עדיף, וריבועא דמתניתין כוותיכו דיוקא שלא תני חלל דין צרי וצרי ולא תני רבותא טפי שגם בצו"ש נמי דינא הכי הוא דחולקין, חלל ע"כ דה"ל דצו"ש צרי עדיף בשניהם מוחזקין, [לכך מה שז"ל צה עפ"י סברת הרשב"א חליצא דאציי שהצאנו לעיל לחלק בין ספק במקרה לבין ספק בחולדה, דלפ"ז הי' איפשר לומר גם כאן דאף אי נימא דס"ל לאציי ככ"מ דמנה לי בידך והכל אומר א"י דפטור, מ"מ גבי שנים אוחזין בעלית י"ל דס"ל דצרי עדיף, משום דכיון שבעה שרונה ליקח את העלית יש לו עליו ספק להטוען שמה אם העלית הזה של הפקר הוא דמותה לכל אדם וגם הוא רשאי לזכות בו, או אולי כבר זכה בו חזירו ושוב אינו רשאי זה ליעלו, והספק הזה נשאר קיים גם אח"כ כשאוחז כבר את העלית בידו והוי כמו ספק על החתיכה אם הוא חלב או שומן דאסור מה"ט לאציי כפי סברת הרשב"א ז"ל שהצאנו לעיל, ונמלא דכאן ודאי הו"ל למימר דצרי עדיף משום שאין לו ספק איסור בהאי עלית, ולהטוען שמה הא הו"ל ס"ג דאיסורין כה"ג אסור מה"ט, וי"ל צה הרבה חלל שאין לנו לריכין לזה לפי שיטת רבותינו הראשונים ז"ל דקיימין השתא דס"ל דששניהם מוחזקין אמרינן מן הדין דצרי ושמא צרי עדיף ודו"ק] ומ"מ לא תיקשי מאי דקאמר אציי טעמא דספק מלוה ישנה ולא נקט דו"ל שיש לו ספק בהגבצת העלית גופה אף דצכ"ג נמי מתחייב לפי"ד, דו"ל בפשטו דה"ט דל"ק אציי שמה י"ל איזה ספק בהגבצ' לפימ"ש צבי שער משפט סי' קל"ח ס"ק ג' דגם הריטב"א והרמב"ן הנ"ל לא איירי חלל בשאחזים בשפת הצגד, דאף דדינא הוא דחולקין מ"מ הא ליכא חזקה אלימתא לכ"א חלל משום דהוא ממון המוטל בספק והוי בחזקת שניהם ככה"ג אמרינן צרי עדיף, חלל אם הם אוחזים בגוף הצגד כיון דכל מה שחול אוחז בו כמאן דפסיק דמי א"כ הוי צה כמוחזק גמור ולא אמרינן צי צרי עדיף עיי"ש, א"כ לפי"ז י"ל דמשו"ה הוא דקאמר טעמא דמלוה ישנה דמהני גם לגבי מה שחפס צידו, לפי המבואר שם צר"ש וצ"ח חו"מ סי' קל"ח סק"ה צס הרבה מרבותינו ז"ל דס"ל דגם על מאי דחפס צידו חייב שצוה עיי"ש, ועל מה דחפס צידו הא לא נוכל להשבינו מה"ט שמה יש לו ספק על הגבצת החפץ לפי"ז דהא א"כ צחמת מיפטר לר' השע"מ הנ"ל, לכן נקט אציי ה"ט דסי' מלוה ישנה דמהני גם צמאי דחפס צידו ומהני ג"כ ככ"מ שמחייבין לי' שצוה, וכמ"ש בשטמ"ק שם צס הרבה מן הראשונים ז"ל דלא תיקשי לאציי מכל הלין דאוכח מנהון דלא אמרינן מגו דחשיד וכו', דכחלוהי איכא למימר שמה ספק מלוה וכו', וחגוני ופועלים איכא למימר שמה אחד מהם י"ל ספק מלוה ישנה על צכ"ג וכו',

ע"ז וכתב הטעם משום שז"ל ג"כ שמה מסופק הוא צחמת טענה גופה, רק שנדחק שם צחמת"מ ליישב לפי"ז מאי דלא קאמר כן בגמ' צ"מ שם הא חששא דמספקא לי' בהגבצת העלית ולמה קאמר ספק מלוה ישנה. וצני"ל מתרץ לה באופן נאות דו"ל צחמת ס"ל לאציי א"י א"י פטור משום דחז"מ עדיף, וא"כ צשנים אוחזין דשניהם מוחזקין אם א' יטעון צרי כולה שלי והשני שמה צודאי דאין מוילאין מן המוחזק המסופק, דהא גם צשניהם מוחזקין נמי אמרינן אוקי ממונה אחזקה ופטור צ"י א"י וכמ"ש בתוס' צ"מ קט"ז ע"ב, וא"כ שפיר י"ל דהדין הוא כהנה"מ דג"ז מספקא לן דילמא מסופק הוא בעיקר הדבר, רק דשם צשנים אוחזין א"ל כן דא"כ צחמת פטור לפי"ז, לכן קאמר ספק מלוה ישנה וצוה חייב דהוי כאומר א"י א"י כמ"ש סי' פ"ה ס"ק ו' דספק פירעון קודם להלוואה הוי ג"כ כא"י א"י, ואף אי נימא דהוי כא"י א"י מ"מ צתופס חפץ שאני דמאן שם לי ולריך שומא ואסור להשתמש בו בלא גזינא דצ"ד כמ"ש צ"ח סי' ע"ב ס"ק ע"ח, וא"כ יש לנו חזקה המצררת לאסור התשמיש ומצטל התפיסה עיי"ש צני"ל, וכן העיר צוה גם צבי צ"ח חו"מ סי' ז' עיין דצדריהם, ופשיטא לי' לצטל נחיי"ל כשיטת רבותנו בעלי התוס' ז"ל דגם צשניהם מוחזקין נמי אמרינן אוקי ממונה צחזקה מרי' ופטור וכנ"ל.

**ולבאורה** יש להוכיח מן הש"ס שם דע"כ ס"ל לאציי דא"י א"י חייב, שהרי פריך שם צגמ': ולאו אמרינן תפיס ממונה מספיקא משחצב נמי מספק, ואי נימא דס"ל דספק גזל שאני מכל ספק איסור משום דספק גזל התורה התייר, א"כ מאי מדמה ספק ממון לספק איסור שצוה, ורק אי נימא דס"ל לאציי א"י א"י חייב וספק גזל אסור מה"ט, שפיר פריך שם הש"ס חליצא דאציי לשיטתו, וכבר העיר צוה צש"א שם אות ח'. אמנם י"ל דגם אי נימא כמ"ש צנח"ל דס"ל לאציי ככ"מ דא"י א"י פטור, וא"כ הא לפי"ז ע"כ דס"ל לאציי דספק גזל מותר מה"ט, מ"מ א"ש ולק"מ דהא בהאי ספק ממון דאיירינן כאן ע"כ דמדינא חייב, או משום דהוי כמו א"י אם פרעתי או מטעמא דמאן שם לי שכתבו האחרונים ז"ל, חלל ודאי דחייב מן הדין לשלם דחלי"ה למה נשבע אם צחמת פטור הוא מן הדין וכמו שכתבנו, ושוב לא נ"מ בין ספק איסור גזל לספק איסור השצוה כיון דמדינא חייב א"כ אם לא יראה לשלם ודאי גזלן הוא. ועיי"ש צתוס' ד"ה ממון איפשר צחזרה שפירשו דאם לא יזכור יחזיר ולא יעבדנו מספק, חלל אין לפרש שאם יזכור שאינו חייב לו יחזיר חלל אם לא יזכור יעבדנו מספק דא"כ גם מספק שצוה לא יפרוש, ולכאורה הא י"ל שאף שלגבי ממון אם לא יזכור יעבדנו מספק, מ"מ יפרוש מן השצוה מה"ט שיחוש שמה יזכור שאינו חייב לו שאז יש לו ענה על הממון להחזירם ועל השצוה אין לו עוד ענה לתקן האיסור, וע"כ דה"ט שלא פירשו כן בתוס' משום דהא כאן מספק חייב הוא לשלם מן הדין, דחלי"ה הא לא היינו משצעינן אותו ואם צדעתו שלא לשלם אם לא יזכור הא גזלן הוא ולא יפרוש גם מן השצוה וכנ"ל וז"פ.

**ולחנם** נתקשה שם צבי נ"ח על צ"מ אי נימא דס"ל לאציי דסד"א מה"ט לקולא, א"כ האיד חייבה רחמנא לישבע שצוה שא"צ, הא כיון שאם צודאי מגיע לו מלוה ישנה

פ"ז מ"ש לתרץ עפ"י סברה זו הקושיא המפורסמת במש"ש דבטעם וגשצט תחלה בלא נק"ח לריך לישצט מחדש, ותיקשי דנימא מיגו דחשיד ותי' כנ"ל דכסה"ג כשר מה"ת, [עיין בשו"ת בשמים ראש סי' ר"ד מ"ש ציטוט קושיא זו] ובקלוה"ח שם מיישצ ג"כ עפ"י מ"ש רש"י לפרש הא דפריך שם בסוגיא דצ"מ מהא דג' שצעות משציעין אותו, דלא פריך אלא משצועה שאינו צרשותו, משום דצזא הא אתה חושדו עכשיו על הממון וכ"כ גם בצפני' ריש צ"מ צתוד"ה ובכולי עיי"ש וצ"צ מאד. וגסתרים צזא מש"כ צמה"פ על הירושלמי ריש צ"מ שם ד"ה סליקו דפשיטא לי' שם דלאציי ודאי דגזן צעדים פסול מה"ת לשצועה, ולא נחית לחלק בין גזל לשעצז ובין חשוד לגזן עיי' כפירתו, אשר לפי"ד הגרעק"א ז"ל הדבר מוכרח לחלק כן אליצא דאציי ממנתיתין דשנים אוחזין דסתמא קתני, ובדאי דגם צאם שנים אוחזין צכלי שעושין צו ארי' דינא כן הוא וע"כ לריך לחלק כנ"ל, גם לא הציא ד' התוס' צ"ק ק"ח הנ"ל דעל שעצז גם חשוד על השצועה לא מיפסל אלא מדרצן וכנ"ל. ואולי יתישצ ג"כ עפ"י משכ"ק צחי' הרשצ"א שצעות לי' וכן הקשה צאוי"ת סי' ל"צ ס"ק י' צמאי דאמר אציי שצצעות ל"צ : הכל מודים צכנגדו חשוד על השצועה, ופריך : דחשיד מאן וכו' ולימא לי' מי יימר דמשצצט, והקשו דילמא אציי ס"ל כר"פ דאזלינן צתר דאורייתא וכמש"ש צד' לי' אציי משחק צקוציא וכיון דחשוד על השצועה מיפסל מה"ת ואין שנגדו לריך שצועה דהוי משואילי' לכן חייצ עיי"ש. [עיין מהר"ם מיינן סי' כ"צ צבה"ה מ"ש לפרש הסוגיא דשצעות הנ"ל צטו"ט וייתישצ גם קושיא זו] ולפי"ד התוס' צ"ק ק"ח הנ"ל לק"מ, כיון דגם חשוד על השצועה לא מיפסל מה"ת צמה שצזז עצז. ולפי הנ"ל הא לאציי לשיטתו מוכרח כן ממחני' דשנים אוחזין, דאל"ה תיקשי מכלי שעושין צו ארי' וא"כ מה"ת לי' משואילי' כלל דהא כשר הוא לשצועה מה"ת, ואי אזלת צתר דאורייתא הא שפיר מלי לישצט וליפטר, ואי אזלת צתר דרצן דמיפסל לשצועה הא מדרצן לריך שנגדו לישצט ומי יימר דמישצצט וצ"ג.

**אמנם** ציתר ד' הגרעק"א ז"ל יש להעיר צהם הרצה, דמש"ש דאציי לשיטתו דס"ל אי עציז מהני ולדידי' אס חצל כלי ארי' א"ל להחזיר, הנה אמת שהתוס' כתבו כן לקמן ד' קט"ו ע"א ד"ה וחייצ עיי"ש, ומתרגי' דמ"ש אציי שם קט"ו ע"א גצי כלי ארי' זיל אהדר דהוא משום שנטלו צשוגג עיי"ש, אצל הא מלינו להרצה מן הראשונים ז"ל דס"ל לגמרי דרך אחרת צדין המשכון, עיין שטמ"ק צ"מ קרי"ג מ"ש וז"ל : ומפרקין א"ל רצא שא"ה דא"ק השצ תשיצ לו, כלומר ונתרצו להשצזה כל הכלים צין שעושים צהם ארי' וצין שא"ע שאם משכון צין צרשות צין שלא צרשות כל שהוא לריך להם שאינו עשיר לריך להחזירם כסדר הזה, ולאציי נמי השצ תשיצ כה"ג דריש לי' דליתתא התם וכו', ומכאן למדנו השצת משכון לכלים שעושין צהם ארי' וזו היא ששינוי ואת המחרישה ציוס, ולקמן נמי אמרינן זיל אהדר לי' דהו"ל דצר שעושין צו ארי' עכ"ל, הרי דס"ל דמ"ש אציי זיל אהדר לי' גצי כלי שעושין צו ארי' דהוא משום דכך הדין גצי כל מין משכון צין לאציי וצין לרצא, ואף דלפי"ד הא שפיר קונה את המשכון ואינו עוצר עליו עוד צל"ת, מ"מ הא עוצר על עשה דהשצ תשיצ, וי"ל דמשום עשה דהילא

וכן שומרים י"ל ספק מלוה ישנה על המפקיד עיי"ש. [וזה דלא כמ"ש צטמ"ק שם צשם מהר"ש די ווידאש דלא אמר אציי אלא גצי תופס צטליתו וכדומה אצל לא צלוה ונפקד, שצאוי"ת צכללי מיגו החזיק צדצרי, והרי כל הראשונים תפסו להיפוך שצצרי אציי מכוונים גם לכל עוי"ת המחייבים שצועה, וכן מטין ד' התוס' שם צצ"מ דף ו' ע"א ד"ה ספק מלוה עיי"ש ודו"ק].

**ומה** מאד יתישצ לן עפ"י גם קושיא מן הגרעק"א ז"ל שהקשה צחידושיו לצ"מ על האי מנתיתין דשנים אוחזין עיי"ש צדצרי צד' ג' ע"צ תוד"ה ובכולי לטעמא דאציי דחיישין לספק מלוה ישנה י"ל עליו, א"כ צשנים אוחזין צכלי שעושין צו ארי' צזא שפיר נימא מיגו דחשיד, דהא אס אתה חושדו שתקף צשל חצירו על מלוה, הא עצר על לאו דלא יחצול רחיים דאף אס חצלו צשוק עוצר לאידך תירוצא דהתוס' לקמן ד' קט"ו ע"א ד"ה אלמנה. ותינן שם דע"כ אציי לשיטתו אזיל דס"ל אי עציז מהני ולדידי' צחצל כלי ארי' אף שעצר על לאו מ"מ מה דעציז עציז ומה שמחזיקו עתה צידו שוצ אינו עוצר, וי"ל דעיקר מיגו דחשיד היינו על שעת כפירה גופה דאס אתה חושדו על ידי כפירה זו לגזן מה הרווחנו שצצועה, אצל מה שאנו חושדין אותו על העצר ל"ש מיגו דחשיד דסתמא עתה חזר למוטצ, אצל לדין דקיללי' דאי עציז לא מהני ולדין צחצל כלי ארי' לא קני ולריך להחזירו כמ"ש המהרש"א לקמן ד' קרי"ג ע"א צתוס' ד"ה ואת המחרישה, א"כ צכל רגע שמחזיקו צידו עוצר צלאו ושפיר שייך מיגו דחשיד, ומוכיח שם מזה דלא קיללי' כאציי צהא דמלוה ישנה, ונדחק שם ליישצ שיטת הראשונים שפסקו כותי' דאציי עיי"ש.

**והנה** מ"ש הגרעק"א ז"ל לחלק צין חשוד מלשעצז לצין חשוד על שעת הכפירה, זה ודאי סברה נכונה וציחור צצרי הוא אף דע"כ גם אציי מודה דגם גזן לשעצז פסול לשצועה, וכמ"ש צמתני' דשצעות מ"ה דצכל מין גזן אמרינן דשנגדו נשצט ונוטל, דמשמע ודאי אף צגונא דל"ש לפוסלו משום שמתחייצ השתא צהשצזה, וכמו סוחרי שציעית וכו' דג"כ פסולים הם לשצועה צעד העצר הרי דגם על העצר מיפסל, אמנם י"ל כמ"ש צתוס' צ"מ ד' ה' ע"צ ד"ה דחשיד דגזן לא פסיל לשצועה אלא מדרצן, [וציחורו צטמ"ק דכאן צמתניתין דשנים אוחזין ל"ש לומר דלהוי חשוד אממונא מיהת מדרצן, משום דלא קנסוהו רצן אלא צמקום ששייך לומר שנגדו נשצט ונוטל, אצל לא צמתניתין דכמו שזה חשוד לכפור כן זה חשוד להצוע שלא כדין לכך לי' שנגדו נשצט, וגם אין לפוטרו צלא שצועה וכו' עיי"ש] ואף אנו נאמר כן אליצא דאציי דס"ל לחלק דצאם אינו חשוד אלא מן העצר אין פסולו אלא מדרצן וכאן לא איכפת לן צזה, אצל אס אתה חושדו על שעת כפירתו חשוד הוא גם על השצועה מה"ת. ועיין קלוה"ח סי' ל"צ ס"ק א' שמיישצ עפ"י סברה זו מש"כ התוס' צצ"ק ק"ח דהא דחשוד על השצועה אינו פסול אלא מדרצן, דקשיא לפי"ד למח פריך הגמ' גצי שצצות מודה צמקלת נימא מיגו דחשיד הא מה"ת לא מיפסל, ותי' ג"כ כנ"ל דהתוס' לא כתבו כן אלא דלא מיפסל מה"ת על מה שעצר כצר על השצועה וכיו"צ דאיפשר עשה תשוצה, אצל אס אתה חושדו שרואה לגזול עכשיו צזה אפילו מה"ת שצצתו שצצות חנם עיי"ש. ועיין ג"כ צנתה"מ סס"י

דאמרינן גס צזכ אוקי ממונא בחזקת מרי' וכנ"ל, וכן הראינו לדעת דיש לנו שני דרכים צפ"י דברי אצוי צהא דספק מלוה ישנה או דס"ל לאצוי צכ"מ דא"י א"י פטור, וכאן נמי אס הי' לנו ספק צהגצבה החפץ גופי' הו"ל למיפטור ורק על ספק מלוה ישנה הוא דמתחייב מטעם שנתצאר לעיל וכמ"ש צנח"ל, והאי פירושא מתאים לשיטת התוס' דס"ל דגס צשניחבס מוחזקין נמי אדמרינן אוקי ממונא בחזקת מרי' ומיפטור צברי ושמה וכנ"ל, וי"ל נמי להיפוך דאח"כ דס"ל לאצוי דא"י א"י חייב צכ"מ ומשום דברי ושמה צרי עדיף, וגס צספק על צהגצבה הטלית גופה ג"כ מתחייב מה"ט, וצשע"ה זו קיימי רבותינו הראשונים דצשניחבס מוחזקין אדמרינן דצ"ש צרי עדיף וכמו שנתצאר.

מן הלי"ת לא אדמרינן מיגו דחשיד וכו'. וקלרתי צכל הני"ל משום שלפי דברינו לעיל יתיישב צפשוטו קושית מרן צהרעק"א ז"ל הני"ל, דהל"ל צבר כחצנו דצחמת ס"ל לאצוי דתלינן צכל מה שאיפשר להסתפק עליו, ולאו דוקא משום ספק מלוה ישנה לחוד אלא דמספקין נמי שמה יש לו איזה ספק גס צגוף צהגצבה החפץ וכיוצא צו מספיקות אלו שייכות צכל מיני כלים וגס צכלי שטושין צו א"י, ושפיר מצענינן לי לפי שיטת הרמב"ן והרע"ב א"ה הני"ל דגס צכ"ג חייב העוטן שמה, משום דצמקום צשניחבס מוחזקין אדמרינן דברי ושמה צרי עדיף וכמ"ש ודו"ק.

**הארכנו** צע"ה לצאר פלוגתא רבותינו הראשונים ז"ל צהאי דינא דצ"ש צשניחבס מוחזקין אי צרי עדיף או

## סימן לד

### בדין יאוש ברשותו

יאוש כמו דמהני צאצידה מקמי דאחא לידו, והא דל"מ יאוש צאצידה צתר דאחא לידו עעמא אחרונא אית צי משום דנעשה שומר וידו כיד הצעלים, דצגזילא ל"ש זה וכמ"ש התוס' צצ"ק ד' נ"ו ע"ב דצגזלן ל"ש דין שומר וז"פ] אמנם נראה לדחות וליישב דברי התוס' גס לשיטת הרמב"ן דל"מ יאוש צרשותו, לפימ"ש צמה"א ה' קנין חצר ס"י ה' לדקדק מלשון הרמב"ן ז"ל דרק צשומר שבר ס"ל דל"מ צי יאוש משום דדמי לפועל דידו כיד הצעלים, אצל צש"ח שפיר מהני צי יאוש גס להרמב"ן עיי"ש, וע"כ דהרמב"ן ס"ל להלכה צריי דשומר אצידה הוי כש"ש, הא מיהת שפיר כחצו התוס' שס צצ"ק ס"ו הני"ל דקיימא אליבא דרצב דמספקא לי ציאוש דגזילה אי ילפינן מיאוש דאצידה, דרצב לשיטתו כיון דס"ל דשומר אצידה כש"ח דמי, ודאי דלדידי' מהני צי יאוש גס צתר דאחא לידו לענין לקנות גוף החפץ דל"ד ליאוש צרשותו גצי ש"ח וכנ"ל ודו"ק כי נכון הוא צע"ה. וצחרומת הכרי שס הקשה ג"כ על הרמב"ן הני"ל, ממ"ש צכריתות כ"ד גצי שוכ"ג שחזמו עדיו דכלל במחזיק צו זכה, והתם ע"כ ל"ה הפקר רק יאוש ומ"מ מהני אף שהוא צרשותו. ור"ה לתרץ דש"ח משום דהוי אצודה מכל אדם דמהני גס צרשותו, וכמו מל"ל מפי ארי צצית צעלים. ושצ דחה זה ממ"ש עוד צסוגיא: אצל אמרו רצב שורו הוא צעלמו מידע ידע דלא רצב ולא מפקיר, ואי נימא דהוי כמו זוטו של יס כי אינו מפקיר לי מאי הוי עיי"ש, וכן צמגי' לא תירץ קושיא זו רק משכ"ק מאצידה ש"ח ס"ב סומן, תי' דל"ה אצודה מכל אדם ומזה לא הזכיר כלום. ולענ"ד זה לק"מ וצפשוטו נראה דעיקר מאי דמתצנינן לי כמו אצודה מכ"א, הוא משום דע"י הגמ"ד ממילא נתייאשו הצעלים, ומחמת זה הוי ג"כ אצודה מכל אדם, אצל צאס אמרו שהוא צעלמו רצב שורו, מכיון דאמרינן דהוא אינו מתייאש משום דערה ואייתי עדים א"כ ל"ה אצודה מכ"א כלל, ואס אחרים מתייאשים ממנו כיון שאינם יודעים את האמת מה לנו ציאוש דאחרים הא צעלים אינם מתייאשים ממנו כלל, וז"פ וצורר לענ"ד, וגמלא

(א) **תנן** צשלהי צ"מ: אמר ר' שמעון כל שהעליון וכו' והשאר של תחתון, ופרש"י: ועליון הוא גופי' אפקורי מפקר להו לגצי' וכו'. הקשו האחרונים האך מהני כאן יאוש הא הוי כמו יאוש צרשותו דהא לא הפקיר צהדיא ואין זה אלא יאוש צעלמא, וכצ נודע שיטת הרמב"ן צפ"צ צצ"מ המוצא צקלוב"ה רס"י רנ"ע וצנח"מ שס דצרשותו ל"מ יאוש. ועמ"ש צנח"מ ס"י קס"ז לתרץ מה שהשמיטו הפוסקים האי דינא דהעיקר שייך להעליון, וכתצ שס דלר"ש דס"ל הטעם משום יאוש והפקר כיון שא"י לכנוס ולטול שפיר אדמרינן דמפקיר גס את העיקר ע"ש. ולדבריו ז"ל יקשה גס לדינא הא כיון שהעיקר ודאי צרשות העליון הוא הא הוי יאוש צרשותו דלא מהני. ולכאורה יש להוכיח מכאן כשיטת רבותינו הראשונים ז"ל החולקים על הרמב"ן וס"ל דמהני יאוש גס צרשותו, וכמ"ש צס' תרומת הכרי ס"י רס"ב להוכיח מד' התוס' והרא"ש צ"מ כ"ו דפליגי צזה על הרמב"ן, שהרי כחצו שס גצי כותל חדש דמשו"ה הוא מחליו ולפנים דצעה"צ משום דלא מתייאש, הרי דאס ה"י מתייאש ה"י מועיל יעו"ש, ואי כהרמב"ן הא אף אס מתייאש ל"מ, והרי הרצ"ח צשעמ"ק שס צחמת מתרץ כן דל"מ הלאש מה"ט עיי"ש. וצנח"מ רס"י רנ"ט כתצ ליישב ד' התוס' שס צ"מ כ"ו ד"ה ליזל צתר צחרא דקיימי ג"כ צשיטת הרמב"ן, רק דש"ח דכיון דאיכא ג' צני אדם הוי כחצר שאינה משתמרת עיי"ש, אצל מה יענה לר' התוס' שס לעיל צהא דכותל חדש דמשמע דפליגי על הרמב"ן ז"ל צזה. ולכאורה יש להוכיח כן גס מד' התוס' צ"ק ס"ו ע"א ד"ה הכא שכתצו שס לתרץ דמאי דילוף ליאוש קני צגזל צתר דאחי לידו מיאוש דאצידה, אעפ"י שאין יאוש מועיל צאצידה צתר דאחי לידו, היינו משום דצמליאש נמי מועיל מיהת הלאש גס אח"כ לענין גוף החפץ ורק דמים חייב לשלם עיי"ש, ומשמע דס"ל להתוס' דמהני יאוש גס צרשותו, דהא צאצידה כיון דנעשה עליו שומר הוי כמו יאוש צרשותו והאך מהני הלאש. [ומ"מ לדעת הרמב"ן לא קשה קושית התוס', דשפיר יליף גזילה דמהני צי