

סוגיית 'זה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי'

א] קושיית התוס' דליהמן במיגו: תוס' ד"ה וזה נוטל עד וא"ת נימא.

בתי' התוס' דל"א מיגו להוציא: תורי"ד ד"ה והאומר. (שיטמ"ק ד"ה וז"ל גליון באה"ד ובגליון תוס' תירץ, שו"ת בית הלוי ח"ג סי' ל"ג ד"ה והנה הרמב"ן באה"ד והנראה דהא דכתב הרא"ש עד וקצת דוגמא, וד"ה ומהדברים, ועי' היטב בשיטמ"ק ו. בשם תלמידי רב"י ד"ה וא"ת באה"ד ויראה למורי עד הסוף)

ב] עוד תירוצים בראשונים: רמב"ן ד"ה והאומר, (וכ"ה בקיצור בב"ב לב: ד"ה וגמרי לה) רשב"א ד"ה זה עד ואיכא, ר"ן ד"ה וזה, (עי' שיטמ"ק ד"ה וז"ל גליון (הנ"ל) עד עוד כתוב בתוס') נמ"י ד"ה וזה נוטל רביע, מרדכי סי' רט"ז, והג' הב"ח שם סק"ג, הגהות מרדכי סי' תט"ז באה"ד וכן מצאתי עד זה אומר, תוס' רבינו פרץ.

(עי' עליות דר"י ב"ב לב: ד"ה אמר רבא באה"ד הא דתנן עד ויל"פ, לג. ד"ה כי אמינא באה"ד שלא מצינו תורת מיגו עד והיכא, ודו"ק דיש כאן ב' סוגי מיגו מממון לממון) הג' אמרי ברוך סי' פ"ג ש"ך סק"ז.

ג] קו' התוס' דנימא אין ספק מוציא מידי וודאי: תוס' ד"ה וזה באה"ד וא"ת עד הסוף.

שיטמ"ק בשם גליון ד"ה והקשו עוד התוס'. (ריב"ש סי' של"ו ד"ה והראיה באה"ד אי משום דאין אומרים מיגו להוציא ספק מידי וודאי, ועי' ברכ"ש סי' ב' בשם הגר"ח דאין ספק מוציא מידי וודאי - הוא מדין וודאי)

ביאור בתי' התוס': עי' חמדת שלמה ד"ה מתני' שנים אוחזים והנראה בהסברת דבריהם עד ולפ"ז. ועי' שו"ת רעק"א ח"ב סי' ד' ד"ה אך באה"ד ובתוס', נחלת דוד על התוס'.

מילואים לסוגיין:

א) עוד בשיטת התוס' שכל דהוה מיגו להוציא: וכן הוא בחידושי הרמב"ן, ויל"ע מהרמב"ן בב"ב לד: ד"ה ובכל הנך [שכתב דבשנים אוחזין ברי ושמא ברי עדיף דלית לחד מיניהו חזקה דממונא, וא"כ למה לעניין מיגו נחשב להוציא?] (עי' תרומת הדשן סי' שי"ד שכל דרוב מהני בשנים אוחזין בטלית, דהתפיסה מועיל רק לעניין שלא נימא מיגו או כל דאליהם) ועי' רמב"ן ב"מ ו. סוד"ה והיכא.

ב) (אם מועיל חזקת מר"ק בשנים אוחזין: עי' בפלוגתת הש"ך בסי' צ"א סוסקל"ג עם השב שמעתתא ש"ד פ"ד, ועי' קצוה"ח סי' פ"ב סקי"ג)

ג) עי' חי' הגרשש"ק ריש וסוף סי' ד'.

ויראה למורי נ"ר שנוכל לתרץ לפי הגירסא זו ולומר דבכהאי גוונא אמרינן מיגו לאפוקי ממונא דכיון דאומר אגדתיה ניהליה על פיו והחזיקו בה שעד עכשיו היינו סבורים שהיא של שניהם וכיון שמודה שמכרה לו אלא שלא נתן לו הדמים עדיין דין הוא שנאמין אותו שזהו הפה שאסר הוא הפה שהתיר¹ שכן יראה מהסברא שאם היה ראובן מוחזק בקרקע אחת ואמר לשמעון אמת שמכרתיה לך אבל לא נתת לי המעות עדיין נאמן מיגו שהיה יכול לומר לא מכרתיה לך וכענין זה לא אמרינן מיגו לאפוקי ממונא כיון שחזקת הנתבע היא על פי הודאת התובע אבל כשאין החזקה מכח התובע לא אמרינן ביה מיגו לאפוקי ממונא כדאמרינן בבבא בתרא דאמר ליה מלוה ללוה הב לי מאה זוזי דאזיפתך בשטרא אמר ליה ולא פרעתינהו אמר ליה ולא הדרת אוזפינהו מינאי בכי הא לא נאמין למלוה במיגו שהיה יכול לומר לא נפרע השטר ומאחר שהודה שנפרע השטר ודאי אינו נאמן האחר במיגו לאפוקי ממונא. תלמיד ה"ר יונה.

רמב"ן: [בסוגיין]

והאומר חציה שלי ישבע שאין לו בה פחות מרביע. איכא דקשיא ליה ולישתבע ולישקול חציה מגו דאי בעי אמר כולה שלי ויש לו חציה בשכועה, כדאשכחן (כ"ב ע' ב') גבי שטר כ"ס היוצא על היתומים דנאמן בשכועה ומשום מיגו, וניחא ליה כיון שזה תופס ועומד וזה תופס ועומד אין זה מוציא מיד חבירו משום מיגו, ומכאן יש לו ראייה שאין אומרים מיגו לאפוקי ממונא אלא לאוקומי ממונא ברשותא דמריה. וזו אינה ראייה דכי אמר כולה שלי הא לא שקיל אלא חצי מה שהוא טוען אף האומר חציה שלי אין לו אלא חצי מה שהוא טוען, שאם אתה אומר יש לו הכל יותר אתה מאמינו בטענה זו ממה שאתה מאמינו באותה טענה של כולה שלי, ומה שזה מודה לו הרי הוא כאלו חלק אותו חצי וכבר נטלו, והיאך תאמר מיגו שהיה זה יכול לתבוע ממנו גלימא שלו נאמין אותו כשהוא טוען בטלית אחר הרי בטענת חצי זה אין לו דרך ליטול אותה לגמרי, אלא שורת הדין כך היא לעולם אינו נוטל אלא חצי טענתו בלבד, והדין שאמרו שאין אומרים מיגו לאפוקי ממונא אפשר הוא אבל יש לי לדקדק עליו ובפ' חזקת הבתים (ל"ב ב') יתבאר בס"ד.

רמב"ן: [בבא בתרא]

וגמרי לה דלא אמרינן מגו לאפוקי ממונא משנים אוחזין בטלית זה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי זה ישבע שאין לו בה פחות מרביע, ואמאי לא משתבע אחציה ולישקול חציה מגו דאי בעי אמר כולה שלי, אלא שמע מינה דלא אמרינן מגו לאפוקי ממונא, והרי אלו צריכין לפרש מה יעשה רבה במשנתינו, ולפי דעתי שזו אינה ראייה דכי אמר כולה שלי אינו נאמן אלא ליטול מחצית מה שטוען, כי אמר נמי חציה שלי אינו נאמן אלא ליטול חצי טענתו, וכבר פירשתי זה במקומו. ואי קשיא לך הא דאמרינן במסכת

וזה לשון גליון: וזה נוטל רביע. כתוב בתוספות כדאמרינן בגמרא האי מיגו גופיה וכו' צריכין התוספות להביא ראייה דאם לא כן הוה אמינא דלא הוי מיגו טוב דשמא אינו מעיז פניו ברצון לתבוע הכל כדאמרינן במודה מקצת וכופר הכל. עוד כתוב בתוספות דהתם היינו טעמא משום דאפילו הוה שתיק וכו' פירוש אחרי שכבר טען הא שטרא אם היה שותק והיה מחזיק באותה טענה די אבל הכא צריך לטעון שום דבר. ובגליון תוספות תירץ אין לומר מיגו אלא במקום שיש לו טענה אחרת על אותו ממון וכו'. ונראה שהגליון נראה לו דחוק מה שהתוספות קורין מיגו להוציא אם היינו מאמינים לו על החצי, דהא להחזיק היה דאגן סהדי דמאי דתפיס כל חד ידידיה הוא דהוי חציו לכל חד לכך רצה לומר הגליון דודאי גם זה דהכא הוי להחזיק אבל אין לומר מיגו אלא היכא שהיה לו טענה אחרת גם להחזיק דהיינו על אותו ממון, אבל כשטוען חציה שלי דהוי להחזיק אין להאמינו במיגו שהיה טוען כולה שלי דטענה זו היתה להוציא חצי האחר דהיינו ממון אחר, אבל בגמרא קאמר שפיר דאי לאו איערומי היה נאמן על הרביע מיגו דאי בעי אמר כולה שלי דטענה זו הויה להחזיק ברביע האחר דהא בלא זה טוען יותר ממה שנותנים לו. עד כאן.

בית הלוי:

בו מיגו הא קשה טובא, והנראה דהא דכ' הרא"ש דכיון דאמר שטרא מעליא זכה בקרקע שהוא מחזיק בה אין עיקר כוונתו משום שכבר טען טענתו הראשונה דאין זה עיקר הטעם ורק משום דבהך עובדא מעשה שהי' כך הי' שכבר טען דיש לו שטר מעליא דאם לא הי' טוען כן מקודם רק בהתחלה הי' אומר מזויף בודאי דלא הי' נחשב למיגו שיהי' משקר ולומר על מזויף שהוא טוב דלא חציף לומה על מזויף טוב הוא ורק דהאי גברא כיון שכבר אמר עליו שהוא שטר מעליא יש לו מיגו שלא הוי מודה שהי' מזויף ומש"ה הוכרח הרא"ש לכתוב הלשון דכיון דאמר שטר מעליא אבל עיקר כוונת הרא"ש בחילוקו בין קרקע למטלטלים דבקרקע כיון שהוא מחזיק בה אע"ג דבמה דטוען עתה הוא להוציא מ"מ הרי בטענת המיגו [שהיא טענה הראשונה] הי' מוחזק דאם הי' נשאר בטענתו הראשונה כיון שיש לו שטר וגם דר בו מש"ה גם עתה שהוא להוציא מהני אבל בזווי הא גם בטענת המיגו הי' רק מוציא מש"ה לא מהני, וניחא הך דב"מ דהרי שם אם הי' טוען לקוחה הי' הוא מוחזק דיש לו חזקת ג' שנים ורק ע"י שהודה שירד לפירות בתורת משכנתא נעשה מוציא מש"ה מהני בו מיגו כיון דעל עיקר הדבר שיהי' נחשב מוציא יש לו מיגו, וקצת דוגמא לחילוק זה מצינו

ומהדברים הנ"ל יתבאר דמה שהביא במרדכי ריש ב"מ בשם ר"ת דמש"ה אינו נאמן לומר חצי שלי במיגו דכולה שלי משום דמיגו מממון לממון לא אמרינן ועיין בנמוק"י שהביא שם עוד תירוצים ולפום רהיטא הי' נראה דהם חולקים על עיקר הכלל דמיגו להוציא לא אמרינן מדהוכרחו לומר תי' אחרים על קושי' התוס' ולפי הנ"ל י"ל דהיכא דגם בטענת המיגו הי' ג"כ מוציא גם הם מודים דלא אמרינן מיגו להוציא רק ס"ל כהרא"ש דאם בהמיגו היה מוחזק אז אמרינן מיגו גם להוציא ומש"ה הוכרחו לתרץ באופנים אחרים:

זה נוטל שלשה חלקים וזה נוטל רביע. איכא דקשיא ליה האומר חציה שלי יטול חציה בשבועה מיגו דאי בעי אמר כולה שלי דנשבע ונוטל חציה, ומיגו בשבועה [אמרין] כדאמרין בשילהי פרק המוכר את הבית (ב"ב ע"ב) ואסיקנא התם המפקיד אצל חברו בשטר ואמר החזרתי נאמן מיגו דאי בעי אמר נאנסו ואקשינן כי אמר נמי נאנסו מי לא משתבע ופריקנא מאי נאמן נאמן ובשבועה, ויש לתרץ דלא אמרינן מיגו דאי בעי לרבות כתביעה נתן ליה כל מאי דתבע השתא, אבל הכי הוא דאמרין מיגו דאי בעי אמר במאי דתבע טענה אחרת ברורה מזו ניהמניה במאי דאמר השתא, אי נמי מאי דאורי כמי שהוא מוחלק ועומד ונמצא שאין חולקין אלא על חציה בלבד, ואם כן אין [מן] הדין שכיין ששניהם תפוסין באותו החצי שניתן אותו לזה כולו אלא שכמו שאין נותנין לו רק חצי מה שהוא תובע באומר כולה שלי כך כשאינו תובע אלא חציה אין נותנין לו אלא מחצית מה שהוא תובע, וכדאמרין בתוספתא מכליתין (פ"א ה"א) כללו של דבר אין נשבע אלא על חצי טעון בלבד ואיתא נמי בירושלמי.

ר"ן:

וזו נוטל רביע. וא"ת ואמאי אינו נוטל אלא רביע, לשקול חציה בשבועה מיגו דאי בעי אמר כולה שלי והיה נוטל חציה בשבועה דשאין לו בה פחות מחציה. וכי תימא מיגו בשבועה לא אשכחן, ליתא, דהא אמרי' בפרק המוכר את הבית⁶ גבי שטר כס היוצא על היתומים דנאמן לומר החזרתי בשבועה מיגו דאי בעי אמר נאנסו ומהימן בשבועה.

יש מי שתירץ⁷ דכיון שזה תופס ועומד וזה תופס ועומד הוה ליה כל חד וחד כאילו מוחזק בכולה וחבירו כאילו מוציא מידו, וה"ל האי מיגו לאפוקי ממונא ומיגו לאפוקי ממונא לא אמרי'⁸, ומכאן למדנו דין זה. ואחרים אומרים דמיגו אפי' לאפוקי ממונא אמרי' ליה⁹, וכ"ת א"כ

לשקול חציה בשבועה משום מיגו, לא קשיא, דלעולם לא אמרי' מיגו אלא בטענות שקולות, אבל הכא יותר נוח לו לומר חציה שלי שאינו מעיז פניו בחבירו כל כך מלומר כולה שלי שיצטרך להעזי לגמרי¹⁰. ועוד שאין אומרים מיגו אלא באותו דבר עצמו שהוא תובע או כופר, אבל מדבר לדבר לא ואפי' שהיו אותם שני דברים שקולים, לפי שאפשר שבדבר אחד הוא מעיז ובדבר אחר אע"פ שהוא שקול כמותו אינו יכול להעזי¹¹. ועוד שאילו היה נוטל חציה יותר היה נוח לו לומר חציו ושיטול כל תביעתו מלומר כולה ושלא יטול אלא חציה. ולפיכך כשם שאילו אמר כולה שלי אינו נוטל אלא חצי טענתו אף באומר חציה שלי אינו נוטל אלא חצי טענתו¹². והיינו דאמר' בתוספתא¹³ כללו של דברי אינו נוטל אלא חצי טעון בלבד.

אלא הכי הוה לי' למימר א"ר יוסף מגו לאפוקי ממונא לית לי' ¹⁴⁰. הא דתנן ¹⁶⁰ זה אומר כולה שלי וז"א חציה שלי, זה שאומר כולה שלי ישבע וכו' וזה שאומר חציה שלי ישבע כו', ולא אמר דזה שאומר חציה שלי, יטול חציה בשבועה מיגו דאי בעי טעין כולה שלי שהיה נשבע ונוטל חציה, אלמא כיון דדין ב' (אומרים) [אוחזים] אחד דתם להיות כל א' כמו שתפוס המוחזק בחצי מה שחולקין, נמצא הטוען כולה שלי דמהניא לי' תפיסה לב' חלקים, שהרי אין חברו חולק עליו אלא בחציה הלכך לא אמרינן בה תו מגו לאפוקי ממונא ¹⁶¹. ואיכא מאן [דתריץ] הך קושיא, דלא אמרינן מגו בכה"ג שאין בידו לטעון טענה שהיה נאמן בה באותה תפיסה עצמה שהוא תובע, אלא א"כ הוא תובע יותר ממה שהוא תובע עכשיו, דאיכא למימר שאין אדם מעיז פניו לתבוע יותר. ויש לפרש דרבה סבירא

פירות, והיה טוען דאית לי' זוזי [גבי] יתמי אין כאן מגו כלל, שלא מצינו תורת מיגו אלא במי שבא לזכות בממון מתוך שהיה יכול לזכות באותו ממון עצמו בטענה אחרת, וכיון שהיה מודה רבה בר שרשום שהקרקע הוה של יתומים, כבר הוה מוחזק ועומד בחזקתם, וכשהיה תובע אותם מעות אין להאמינו בתביעת הממון מתוך שהי' יכול לטעון על הקרקע ולומר שהוא לקוחה בידו, ולא דמיא להא דאמר' גבי הנהו עיזי דאכלו חושלא בנהרדעי ¹⁶⁰, דאמרין, יכול לטעון עד כדי דמיהן, דהתם עיזי גופיהו היה תופס עיזן, והיה נאמן בהם לעכבן בתורת משכון, מתוך שהי' יכול לעכבם ולטעון שלי הם, מה שאין לומר כן בעובדא דרבה ב"ש, דלא שייך למימר שיודה שהקרקע של יתומים ויחזיק בו למשכון בשביל זוזי יתירי שהיה תובע מתוך שהיה יכול לומר שהי' לקוחה בידו, שא"א לומר כן, דקרקע בחזקת בעליה עומדת ואין בה תפיסה בתורת משכון. והיכא אמרי' ברוך:

פרק חזקת הבתים להדיא. ג"כ, אמנס מדצרי הרמנ"ן שמנאר בלס"ז ריש ג"מ (נשיטה מקובצת ב"מ ב' ע"א) דל"ה והאומר חציה שלי, איחא כזה הלשון, והדין שאמרו שאין אומרים מיגו לאפוקי ממונא אפשר הוה, אבל יש לי לדקדק עליו, ונפרק חזקת הבתים ממנאר בס"ד, עכ"ל. ונשמע עוד שם מדצרי הרמנ"ן, דאף אי אמרינן מיגו להוציא מ"מ יש גוונא דלא אמרינן. על דרך משל, כשאחד טוען לחבירו שמגיע לו ממנו חוב ממון והלה כופר, וביד הנגזע יש כלים עשויין להשאל ולהשכיר שקנאם מהמוצע, וביד המוצע היה לטעון על אותן הכלים שהשאלים (ל"א) [ג' ו'] היה נאמן להוציא בטענה זו הכלים ממנו, עם כל זה אינו נאמן על תביעת חובו במיגו שהי' יכול לטעון שקר שלא מכר לו אותן הכלים, ומיגו להוציא כזה וכדומה לזה בודאי לא אמרינן. זה תורף כוונת הרמנ"ן, יעו"ש:

שיטמ"ק:

והקשו עוד בתוספות דנימא דאין ספק מוציא מידי ודאי וכו' כדאמרין בפרק החולץ וכו'. ואין לתרץ דלכך אין מאמינין לו על הרביע בשבועה משום דאית ליה מיגו והוי להחזיק דכיון דאין ספק מוציא מידי ודאי אז הודאי הוי כמוחזק ואי אמרת מיגו אז הוי מיגו להוציא. גליון.

ריב"ש:

אמר לא חללי והרואים שהביאו מקריבים דרב אידי וכו' לחו רואים היא דהתם טעמיהו דלצ"י ורבא מביא דה"ל דהתם ליכא מגו אי משום דהוה ליה מגו במקום עדים כפי גרסת דאיהו קריב טפי אי משום דאין אומרים מגו להוציא ספק מידי ודאי לפי הגרסא דלא גריס טפי כמו שכתבת גם אתה. ומיהו גם הראיה שהבאת מההוא דאיתיה כהדי דהכלה תרתיין שני

דף ב מהני שנים אחזין וכו' עיין פני יסוּטע שטקעס למס לי
 צנח דרישא דכא מסיפא יכיס מוכח ככל, ולכאורס מראס
 לי לפמ"ס חוססות ליישב כקשיו דלא אחריין אין ספק מו"א מידי
 ודאי דכחא אין סברא לומר כואיל וכחאי על אף כחאי כחמר יכיס
 שלו, וסמראס כסברא דכריס דכשלמא גבי יורש ככח שיש לו
 לסיס יורש כחאי זה ככח צעלמו יוכל לגרוס שירש ככל רק כיכא
 דאיכא יורש אחר יורש כחמר ג"כ כחאי כואיל וכוא ג"כ יורש פ"כ
 אחריין כואיל חס יס לו כח ודאי לכיות ראו שירש ככל וכשני ספק
 פ"כ אין ספק מו"א מידי ודאי אכל גבי פליט שששני אומר שזס
 שסוען טולס שלי לא טשס קנין רק צכחאי שלא כגביס רק חאי פליט
 ופ"כ אין לו ודאי זכות שיופיל לכחאי כחמר כן נראס פשוט ככוונס
 דכריס, ונפ"ז יס לדון צחמד רוכב ואחד-מנסיג או שניכס רוכביס

רעק"א:

ובתוס' ריש ב"מ (דף ב' ע"א ד"ה וזה) חילקו דבטלית אין
 חציו זה מועיל לחצי השני, והיינו דחצי שהוא
 מודה לו הוא ענין בפ"ע, ועל חציו השני דרנין עליו
 שניהם שוים אבל בספק ויכס זה בודאי שם היורש על
 הנכסים וזה ספק יורש ע"ש. א"כ ה"נ בנ"ד דזה בודאי
 יש לו זכות חברא, וזה ספק, ומכ"ש להריטפ"א דמחלק
 שם (ד"ה זה אומר) דבטלית ששניהם מוחזקים, הוי כמו אן
 סהדי א"כ הכא נ"ד דומה ממש לספק ויכס.



נחלת דוד:

שם בא"ד וא"ת מ"ש מספק ויכס כו' ויש
 לומר כו'. ותירוצם אינו מובן דהא גם
 כאן יש לומר שזה ודאי הגביה את המציאה
 וזה ספק אם הגביה וא"כ דמיא ממש לספק ויכס
 והתוס' נקטו לענין ספק ויכס הסיבה שמצידה
 באה לו הזכות בנכסיו דהיינו מפאת שהוא יורשו
 ולענין מציאה נקטו מה שמודה לו בחלק שיש
 לו בנכסיו ולכך כתבו דלא דמיין להדי אכל
 באמת שניהם שווים בסברא דגם כאן מודה לו
 שהוא הגביה בודאי וא"כ הדרא ק' לדוכתי
 והנכון כמו שתי' בהגהות מרדכי דשאני הכא
 שאינו ודאי אלא ע"י הודאת השני משא"כ
 בספק ויכס שהיכס הוא ודאי בלא הודאתו עיי"ש
 באריכות קצת ועי"ל דשאני התם דלהספק עצמו
 ג"כ הדבר ספק דהא אינו יכול לטעון ודאי
 משא"כ כאן שהוא טוען ודאי רק שהספק הוא
 לב"ד וזהו פשוט וכמעט שהוא כעין תי' ההגמ"ר
 ועיין:

תרומת הדשן:

וא"ת כיון דשמעון מוחזק הוא בממון ראובן ולוי
 בזהובים שלהם, בחזקת שניהם חשיב כאילו שניהם
 מוחזקים בעצמם, והכי איתא בתוס' בריש ב"מ¹⁶ במתניתין
 דמה שהנפקד תופס במנה שלישי בחזקת שניהם הוי
 חשיב כאלו עצמם מוחזקים בו. וא"כ איכא נמי הכא
 חזקת ממון לראובן ובעי לוי לאפוקי מיניה מכח רוב.
 וכה"ג איתא נמי בתוס'¹⁷ בההיא מתניתין דגבי טלית
 אע"פ ששניהם מוחזקים בשוה, מ"מ אי הוי בעי חד
 מינייהו לזכות כנגד חבריו מכח מגו לא מצי, דמגו
 להוציא לא אמרינן, אלמא דחשיב אפוקי ממונא כה"ג.
 נראה דיש לחלק בההיא דנפקד תופס בחזקת שניהם. וי"ל
 דלא חשיב חזקת ממוןא כה"ג רק לענין ההוא מילתא
 דקאמר עלה בתוספת דחשיב כמו שהן עצמם מוחזקים,
 דלא נימא כל דאליס גבר, דבלאו הכי דינא דכל דאליס
 גבר דומים קצת לדינא דפרסאי, והיכא דאיכא קצת טעמא
 דחינן ליה ואמרינן יחלוקו. וכן לא אמרינן מגו בחזקה כל
 ההיא סוגיא דדחינן למיגו, אבל לעולם לענין שתעמוד
 החזקה של ממון כנגד הרוב לדחותו בעינן חזקה גמורה
 שהוא עצמו מוחזק בממון.

ותרע דיש לחלק, דהא במרדכי בשם ר"י והגיליון פ"ק
 דכתובות שהבאתי לעיל שפירשו דלגבי אבידה
 לא מהני חזקת ממון נגד הרוב, הואיל ולא מדעת בעלים
 באתה האבידה לידו. ולענין שנים אחזין בטלית חשבינן
 להו מוחזקים לענין דלא נימא כל דאליס גבר ואפי'
 לענין דלא אמרינן מגו משום דחשיבי חזקה, אע"כ נגד
 הרוב לדחותו בעינן חזקה גמורה ואלימתא. ואין לומר

רמב"ן: [בבא בתרא]

ובכל הנך דיני בין בדינא דיחלוקו בשבועה או בלא
 שבועה בין בכל דאליס גבר אי נמי ביהא מונח, הני מילי
 בבריא ובריא אבל בבריא ושמא בכולהו בריא עדיף דהא
 ליכא אחד מינייהו חזקה דממונא, אבל היכא דאיכא חזקה
 דממונא בין דאיתיה השתא ברשותיה, בין דמוקמינן ליה
 אחזקה דמרה קמא כגון המחליף פרה בחמור לרבנן, אפילו
 בבריא ושמא חזקה דממונא עדיפא, דלא קיימא לן כסומכוס
 כלל אלא כרבנן דאמרי זה כלל גדול בדין המוציא מחברו
 עליו הראיה, ואפי' ניזק אומר בריא ומזיק אומר שמא
 כדאיתא בקמא פרק שור שנגח את הפרה (מ"א) ולקמן בפרק
 הפירות.

רמב"ן: [בבא מציעא]

ברשותיה קיימי והמע"ה, ואם תשאל למה אמרו תקפה אחד
 בפנינו מוציאין אותה מידו והלא אין זה מוחזק יותר מזה,
 תשובתך הרי אמרו כיון דתפסי אנן סהדי דמאי דתפסי דידיה
 הוא וכל אחד אחד מוחזק במחצה יותר מחבירו. וזה דעתי
 בדיני תפיסות הללו.

סוסי תוספתא

דסיפא היא. ולענין דינו של הסמ"ג בשניהם אדוקים דייגר או שהדיגר מונח ברשות הרבים, נראה ג"כ כיון שלא כתב כן אלא על פי פירושו במשנה וכבר נחבאר שאין הפירוש כן, אם כן דינו ז"ע אי ניימא גם בזה אוקמה מחזקת מרא קמא. חדא, דלא מצינו כן אלא בעומדת-באגס שהוא מקום הראוי לקנות לשניהם, אבל לא בחצר של שניהם וכו"ש בשניהם אדוקים זו, ואף במנהג הדיגר ברשות הרבים ז"ע, ד"ל דדוקא בפרה ושפחה וכו"ג י"ל מוקמינן לה בחזקת מרא קמא משום דכל היכא דאיתא ברשומא דמרא איתא, אבל דיגר כיון דמעמדה להוצאה ניתנו ח"כ לא שייך לומר מרא קמא. מיהו מ"ש הסמ"ג דהמנוי ישבע ויטול, ודאי לא מסתבר, דלמה יהא כח חנוני יפה משל בעל הבית. ונראה דאם שניהם אדוקים דייגר יתלוקו בשבועה דקין שנים אוחזין בטלית, וכדעת התוס' [ב"מ ב' ע"ב ד"ה אי תנא] והר"ש [שם ס' א'] ריש פרק שנים אוחזין דאפילו ודאי אחד מהן רמאי יתלוקו. ואם הדיגר מונח ברשות הרבים, כל דאליס גבר כההוא ארבה דפרק חזקת הצמים כיון שאין שום אחד מוחזק בו. וכל מה שכתבתי נ"ל

שב שמעתתא:

ועוד נראה דיותר שייך חזקת מרא קמא היכא דשניהן מוחזקים בו מהיכא דאינו עומד ברשות שניהן, וראיה מהא דאמרינן פ' הכותב (כתובות דף פ"ד) ולר' טרפון דמנחי היכא, רב ושמואל דאמרי תרווייהו והוא שצבורין ומונחין ברשות הרבים אבל בסימטא לא, ופירש"י לא אמר ר' טרפון כל הקודם זכה דכיון דמקום הראוי לקנין הוא כדאמרינן בעלמא דמשיכה קונה התם אין זה הפקר וזכו בהן היורשין משעת מיתה והמחזיק בו שם כמחזיק בביתו, ורבי יוחנן ור"ל דאמרי תרווייהו אפי' בסימטא ע"ש, ומבואר דלרב ושמואל אם היה מונח ברשות הרבים מהני תפיסת כל הקודם להוציא מחזקת היורשים, ובסימטא משום שאינו מקום הפקר הוי כמונח בבית היתומים, ואף ע"ג דתופס נמי אית ליה רשות בסימטא אפילו הכי כיון שהיה בחזקת היתומים והשתא נמי מונח ברשות שיש גם ליתומים רשות הרי הוא בחזקת היורשין ולא מהני תפיסת הקודם, ומוכח מזה דיותר אלים חזקת מרא קמא כשמונח ברשות שיש גם לבעלים חלק בו, וכיון דלרבנן מהני חזקת מרא קמא אפי' ברשות הרבים ראוי לומר יותר חזקת מרא קמא בסימטא וברשות שניהן. ובשניהן אדוקין נראה דאם שניהן תפסי בכרששתא, וכהאי דשנים אוחזין בטלית פ"ק דמציעא בזה נמי מוקי לה בחזקת מאריה קמא דכל זמן שאינו תחת ידו לגמרי הוי ליה כמונח ע"ג קרקע אי לאו דמגביה מציאה לחבירו, וכדמוכח פ"ק דף ח' דמתני' שם מיירי דתפסי לה בכרששתא, ובמוכר ולוקח לא שייך מגביה מציאה לחבירו דהבעלים אינן יכולין לזכות אלא ע"י אחר וכמ"ש, אבל אם שניהן אדוקין בו ממש זה בידו מחציתו וזה בידו מחציתו בזה כיון דהוי ליה כמאן דפסיק וכדאי' פ"ק דמציעא דף ז' האי סודרא כמאן דפסיק ובוזה כל אחד מאי דנקט בידיה ידיה הוא ומהני תפיסה ודוק.

(ג) מוגו דהעמיד הקרקע בחזקת המחזיק. אע"ג שלא החזיק שלש אמרינן, כ"כ כה"ג בכללי מגו [נ"ח], והוא ממה דאמרינן בפרק חזקת הצמים [ל"ז ע"ג] הלכתא כרבה בארעא ע"ש בתוס'. וראיתי בתומים [ס"ט] דהוא הדין למערער אם יש לו מגו נמי לא הוי להוציא אע"ג דאינו מוחזק בקרקע ומשום דאית ליה חזקת מרא קמא ע"ש. ואני מוסיף דאע"ג דהמערער שצא להוציא אינו מוחזק בקרקע וגם אין לו חזקת מרא קמא וכההיא דשטרס ויפא דהלכה כרבה בארעא אע"ג דאינו דר בקרקע אלא בעדים הראשונים מוחזק בה נמי אמרינן מגו. וראיה מהא דכתבו תוס' סוף כתובות [ק"ט ע"ג ד"ה אס טען] גבי עשאה סימן לאחר דאמרינן עלה דאי טען ואמר חורמי ולקחתי נאמן, ופירשו תוס' באין כתי' יוצא ממקום [אחר] דאית ליה מגו דאי בעי אמר מזויף וכ"כ הרא"ש שם [ס' י"ב] ע"ש, וכן כתב הרמ"א בסימן קמ"ו [ס"ג] וכן בטור שם [ס"ה], ואע"ג דאינו מוחזק כלל בקרקע וחזקת מרא קמא לא שייך התם דהא טוען חורמי ולקחתי אס כן כבר יצאה מחזקת מרא קמא ידיה דהולתו שעשאה סימן לאחר. ואע"ג דהרי"ף מפרש שם דאיתיה לקרקע תומי ידיה, היינו משום דהוא מפרש ככתב ידו יוצא ממקום אחר אלא שהחזיק שלש שנים ע"ש ואם כן ודאי בעי תחת ידו. אבל לפי מה דמפרש תוס' והר"ש והטור באין כתב ידו יוצא ממקום אחר אפילו אינו מוחזק כלל ע"ש בר"ן [ס"ד ע"ג מדפי הרי"ף]. ולכן נראה דע"כ לא מהני מגו להוציא אלא נגד חזקת ממון דתומי ידיה דהיא אלימא טובא, אבל קרקע לעולם אינו תחת יד בעלים ואינו שייך ביה אלא חזקת מרא קמא ומשום הכי מהני ביה מגו להוציא מחזקת מרא קמא, וכמבואר אצלנו בש"ס [ש"ד פכ"ד] דקרקע לעולם אין לה חזקת ממון כיון שאינו תחת יד ממש אלא חזקת מרא קמא, ומשום הכי המערער כל היכא דאית ליה מגו יכול להוציא מיד היושע בה אפילו בטענה לקוח אס אית ליה מגו. ומוה נראה דהוא הדין במטלטלין היכא דהוא עומד ברה"ר דאין שום אחד מהם מוחזק אע"ג דאית ליה חזקת מרא קמא מהני מגו נגד חזקת מרא קמא, ודוקא בזמן דאיתיה תחת ידיה ממש דהוא אלים טובא בזה הוא דלא מהני מגו להוציא:

חידושי הגרש"ש:

שמצינו שפיו אינו מחייב קנס היינו דבקנס לא נתברר בב"ד אמיתת המעשה ע"י הודאת בע"ד וכמו שבארנו בכמה ראיות במק"א דבקנס ליכא בירור ע"י בע"ד. ועדים מהני הרי עדים עדיפא. ומייתי מקרבן להפך. ומסיק דפיו עדיף דהרי אינו בהכחשה. (ומה דבקנס לא מהני הוא רק משום דאינו בע"ד על קנס דענין קנס הוא כמלקות ומיתה והממון הוא תוצאת הקנס). ולפי"ז אם בטלית איכא עדים לשניהם הרי לא עדיף טענת כ"א. ואף לשיטת הפוסקים דעד המסייע אינו פוטר הרי דראיית עד אחד מהני לחיוב שבועה ולא לפטור, אבל בכה"ג לכו"ע נראה דליכא שבועת התורה דהרי איכא הכחשה בבירור זה, כיון דלשניהם יש עדים במקצת. וגם בע"א אס לכ"א יש עד ליכא שבועת התורה, וצריך לעיין בזה.

אנחנו פשטות דברי התוס' ודברי הש"ס לקמן אינם מורין כן, אלא נראה דכל מה שאנו מסופקים והדבר בחזקת שניהם חשבינן כאילו אנן סהדי אף דליכא הוכחה ע"ז מתפיסתו, וערך הספק עושה האנן סהדי דהרי בתוס' רצו לחקור באחד אומר כולה שלי והשני אומר חצי' שלי שיהי' בזה דין אין ספק מוציא מידי ודאי ואם יהי' ענין אנן סהדי בזה הרי אין כאן ספק אלא דאנן סהדי הוא אחר ערך ענין ספק כנ"ל.

בהא דמבואר בלשון התוס' כאן ד"ה ויתלוקו דאנן סהדי דיש לכ"א ודאי החצי דלפ"ז באחד אומר כולו שלי והשני חצי' שלי למה נוטלים ג' חלקים דענין זה אינו תלוי בטענתם, דהרי כאן הם לא רק כמוחזקים אלא בגדר חזקה דמה שביד אדם שלו הוא, ולכאורה היה מקום לומר דאנן סהדי רק דיש לכ"א בטלית זו, אבל ערך דינו של כ"א אינו ידוע דגם אם יש לכ"א חלק קטן היה ראוי להיות תפוס בטלית. אמנם לפ"ז לכאורה קשה מה דמבואר בגמ' לקמן לדחות הראיה ממשנה דכי היכי דאנן סהדי להאי אנן סהדי להאי, ולפ"ד עדיין איכא חיוב שבועה. דלכאורה בטלית שיהי' עדים לכל אחד על חלק קטן ממנה וכ"א טוען שכולה שלו אז יתחייבו שניהם בשבועת התורה מדר"ח. אבל באמת י"ל דבכה"ג שניהם יפטרו דהרי ענין שבועת מודה במקצת והעדאת עדים הוא דע"י שנתברר על המקצת בזה חשבה תורה לטענת התובע מעולה במקצת לחייב שבועה כמו שכ' בתוס' דף ד' ע"א, ובזה מובנת כל הסוגיא דילפינן ק"ו העדאת עדים מפיו מק"ו דאחרי דהבירור של המקצת גורם שבועה על השאר ולפ"ז אם הבירור על המקצת עדיף אין לילף על בירור גרוע ממנו, והי' דנים שאחרי