

אך עדיין קשה, וליחזי ברשות דמאן יתבן, וליהוי איךד המוציא מחבירו עליו הראייה [נראה ברשות מי נמצאות האבנים, ויטול הוא את השלימות, כיון שהשני דינו הוא "המוציא מחבירו עליו הראייה" (4)?]

ומשנין: לא צריכא, מדובר במקרה דייתבן בחצר דתרייהו [שהאבנים נמצאות בחצר של שניהם].

אי נמי, ברשות הרבים, שאין אף אחד מהם מוחזק, ולכן חולקים בשוה.

ואיבעית אימא, [אם תרצה, אפשר לתרץ באופן אחר], גם אם נעמיד באופן שהיו בחצר של אחד מהם, עדיין עליהם לחלוק בשוה, כיון שאינו נחשב כמוחזק, דשותפין בכי האי גוונא, לא קפדי אהרדי [שותפים אינם מקפידים אם החפץ המשותף נמצא ברשות אחד מהם] (5).

שנינו במשנה: אם היה אחד מהן מזכיר מקצת אבניו, נוטלן ועולות לו מן החשבון.

ואין אחד מהם מוחזק יותר מחבירו – סגי בעד אחד.

אמנם, יעויין בפרי יצחק, שלמד בדברי הר"ן שדוקא במציאה עד אחד נאמן, כיון שנאמר "עד דרוש אחיך אותו", מכאן שיותר לתת את האבידה למי שדורשה. אך בעלמא לא מאמינים לעד אחד.

עוד יש לדון, לפי מה שכתבו התוס' דהכא חשיבי שניהם מוחזקים, כיון דהוי ממון המוטל בספק. ואם כן שוב הוי העד אחד כנגד החזקה? אך יש לדחות לפי דברי הגר"א וסרמן, דחשיבי מוחזקים רק מכח פסק הדין ד"יחלוקו", כיון דהוי ממון המוטל בספק. אך היכא דאיכא עד אחד, שוב אינו מוטל בספק.

4. הקשה הרא"ש [בתוספות], מדוע מי שהאבנים ברשותו נחשב כמוחזק? הרי האבנים הגיעו לרשותו על ידי בני רשות הרבים שפינו אותם לשם, ומאי שנא מ"גודרות" [בעלי חיים ההולכים ממקום למקום] שאין להם חזקה, כיון שהגיעו תחת ידו מעצמם?

ומבאר תוספות הרא"ש, שהחזקה בסוגייתנו שונה מכל מקום. כיון שגם התובע וגם המוחזק נחשבים כ"מרא קמא", באבנים הללו. ולכן אין מוציאים את האבנים מהמוחזק אפילו בטענת

ש.מ.א.

עוד יש להקשות, הרי כאן התפיסה היתה אחר שנולד הספק, וקיימא לן שתפיסה אחר שנולד הספק אינה מועילה [ועיין בזה בקונטרס הספיקות, כלל ג אות ו].

אננם קושיית זו שייכת רק אם נאמר שבני רשות הרבים פינו את האבנים מרשות לרשות. אך לפי מה שנתבאר לעיל בדעת התוספות, שפינו את האבנים באותה רשות, לא קשיא. שהרי היה תפוס בממון עוד קודם שנולד הספק.

5. רש"י פירש שהשותפים מקנים כל אחד את חצירו לחבירו כדי שיוכל להניח שם את חפציו. ולכן לא שייך לומר "המוציא מחבירו עליו הראייה", שהרי אין כאן "מוציא".

והקשה קצות החושן [קפט ס"ק א] מדוע רש"י נזקק לומר שכל אחד מהשותפים מקנה לחבירו את חצירו, הרי די בכך אם נאמר, שהשותפים אינם מקפידים זה על זה, והוי כדברים העשויים להשאל ולהשכיר, וכגודרות, שאין בהם חזקה?

אמנם לפי מה שכתבנו בהערה הקודמת בשם הרא"ש לא קשיא. כיון שבסוגיין שניהם נחשבים כמרא קמא, ואילו היה אחד מהם תפוס אפילו בטענת ש.מ.א, אין לנו להוציא את הממון