

- סימן א ביסוד חיובא דכותל אי הוי מצד הרחקת נזיקין או מצד תיקוני החצירות. .... 3
- סימן ב בפלוגתת הרמב"ן ורא"ש בכונס לתוך שלו בהוצא ודפנא. .... 12
- סימן ג חידוש הרא"ש בדין מחילה בכותל, וחידוש הרא"ה בסמיכת קורות, ויסוד "חיוב כותל". .... 17
- סימן ד עוד בדברי הרא"ש ובביאור ספקת הברכ"ש במחילה מחצר לגג. .... 29
- סימן ה עוד ברמב"ן ונמו"י בדין כונס לתוך שלו, ודברי הגר"א בזה. .... 34
- סימן ו פלוגתת הראשונים בשינוי השיעורים והמנהגים במשנה ובגדר המנהג בהוצא ודפנא, [תוד"ה בגויל]. .... 37
- סימן ז בחילוק בין תפיסה ומוחזק, ובדין תפיסה לפני ואחרי הספק. .... 43
- סימן ח תפיסה בפסק של יחלוק, ונגד כחו של דררא דממונא. .... 55
- סימן ט בגדר דררא דממונא ובחילוק בין ב' אוחזין לכותל בזה. .... 64
- סימן י שהו הרבה 'מוחזקות' וחזקה כ"מ שתח"י. .... 76
- סימן יא דרך חדשה בגדר חזקה כ"מ שתח"י. .... 88
- סימן יב ביאור דברי הרשב"א להלן [ד], ובגדרי חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו. .... 94
- סימן יג בגדר ד' אמות בכרם, ובפלוגתת הראשונים ביסוד דינא ד"אומר לו לגזור". .... 104
- סימן יד בטעמא דליכא גם הרחקה דכלאים לתוס', ובדברי התוס' רי"ד. .... 115
- סימן טו בדברי הרמב"ן בחיוב הרחקה מצד כלאים לרבנן ולרבי יוסי, ובדין מקיים כלאים דמחייב הרחקה. .... 120
- סימן טז בדברי היד רמ"ה, שבלא גדר מהיזק ראייה ואתי גנבי חייב בגניבה. .... 127
- סימן יז פלוגתת הראשונים בדין התראה בכלאים, מצד כלאים או מצד גרמי. .... 133
- סימן יח גדר הניחותא בכלאים, 'תנאי באיסור' או שהיא קובעת את עיקר השם כלאים, ובדין אין אדם אוסר דבר שאינו שלו, ובדברי הרמב"ן למה לא מחייבים בכלאים מצד שור המזיק. .... 140
- סימן יט היזק שאינו ניכר, ולמה הניחותא של הכלאים ניכר. .... 149
- סימן כ בגדר ההתחייבות של כותל למ"ד היזק ראייה לאו שמיה היזק, ובפלוגתת הראשונים במסיפס. .... 153
- סימן כא הערות בשו"ט בסוגי' ובתוס'. .... 160
- סימן כב ביסוד דינא דהיזק ראייה, ובפלוגתת הראשונים אי גינה חמיר מחצר. .... 163
- סימן כג פלוגתת הראשונים בדין נפל שאני. .... 174
- סימן כד שי' הרמב"ם בגינה, וביאור פלוגתת הלישנא קמא והלישנא בתרא. .... 176
- סימן כה פלוגתת הראשונים בדין קנין דברים באומר 'חייב אני לך' ובשעבוד הגוף בלי שעבוד נכסים, ובגדר ממוני גבך בזה. .... 179
- סימן כו קנין אתן. .... 192
- סימן כז קנין דברים בחליפין ושאר קנינים. .... 199
- סימן כח בגדרי שותפות וחלוקת שותפות. .... 203
- סימן כט קונטרס בדין 'דעת מקנה' בקנינים וביאור הגדר בדין 'לך חזק וקני'. .... 210
- סימן ל הערות דף ד בדיני חזית. .... 224
- סימן לא סוגי' דמקיף וניקה [ד:], ובחיובא דסומך לו כותל [ה:]. .... 229
- סימן לב הערות קצרות בסוגי' דחזקה א"א פורע תוך זמנו. .... 252
- סימן לג כפייה על הצדקה וכפייה על שאר מצוות. .... 256



## סימן א

## ביסוד חיובא דכותל

## אי הוי מצד הרחקת נזיקין

## או מצד תיקוני החצירות.

**פרק א הוכחות שזה מדיני תיקוני חצרות** < הקדמה - הערות קצרות במשנה. > ביאור החילוק בין מזיקין דב"ק למזיקין דב"ב [פרק לא יחפור] - ולכן דין כותל נמצא בב"ב ולא בב"ק. < למה נקבע מזיק זה של היזק ראייה הכא בפרק השותפין ולא בפרק לא יחפור, ומוכרח דנאמר חיובא דכותל מצד חיובא דשותפין בתיקוני חצירות, ולא מצד היזק ראייה בעלמא. > תיקוני חצרות מדיני החלוקה של השותפות או דין כללי בכל שכנים. < דיון באחרונים אי הוי דיני חלוקה או דיני תיקוני חצרות. > מתמה בעיקר הלכה זו דמה המקור לחיוב זה. < מקור מהנחה"מ בדין שכנים שקנו זה אחר זה. > מה שיש לדון למה הכא מיקרי 'בעיה משותפת'. >

**פרק ב מחלוקת אי הוי דין תיקוני חצרות או דין הרחקת נזיקין.** < בפלוגתא הפוסקים האם מתחלק ההוצאות כפי הבעלות או חצי חצי, ותלוי האם מצד תיקוני החצירות הוא או מצד הרחקת נזיקין הוא, [רש"ש ונתה"מ]. > תוספת ביאור בכל הנ"ל. < מחדש דבמסיפס [מחיצת י' טפחים שיהא נתפס עליו כגנב] מודי כו"ע דמחלקים ההוצאות לפי ממון. > מביא דכבר נחלקו הראשונים בהנך צדדים האם מצד תיקוני החצירות הוא או מצד הרחקת נזיקין הוא, דדנו מצד גירי דיליה בחיובא דכותל. > מתמה דלפי דרכם קשה למה איכא דיני כותל ולא סגי בהוצא ודפנא. >

## פרק א

## הוכחות שזה מדיני תיקוני חצרות

## הקדמה - הערות קצרות במשנה.

"השותפין שרצו לעשות מחיצה בחצר - בונין את הכותל באמצע" - ויעויין בסוגי' להלן [ב: - ג.] דנחלקו בביאור הדין של המשנה - ופלוגתאם תלויה במחלוקת אי היזק ראייה שמיה היזק או לא.

לל"ק ביאור המשנה הוא דמיירי ששותפין חילקו ודווקא אם 'רצו' לבנות כותל הדין הוא דחייבין לבנות כמנהג המדינה, אבל אם לא רצו לבנות כותל בכלל - לא חייבין, דהיזק ראייה לאו שמיה היזק.

לל"ב היזק ראייה שמיה היזק, וחייבין לבנות כותל - וא"כ קשה הלשון "רצו לעשות מחיצה" דמשמע דלתלוי ברצונם - ופירשו שהכוונה בלשון "רצו לעשות מחיצה" היינו "רצו לחלוק" דמחיצה מלשון חלוקה - והעמידו בחצר שאין בו דין חלוקה, ולכן הדין חלוקה תלוי ברצונם.

ומה שאמרו במשנה - "מקום שנהגו בגויל" - מתפרש בתרי אנפי - או שאזלינן בתר המנהג גם בסוג של הכותל וגם בשיעור או רק בסוג, אלא דכבר ממילא חייבים בשיעורים, וזה יבואר להלן.

ומה שאמרו במשנה - "לפיכך אם נפל" - זה כבר דין אחר דלא שייך כלל לדיני שותפין, אלא לדיני טוען ונטען, ובאמת שדין זה שייך למסכת ב"מ בב' אוחזין בטלית וכדומה - אלא שזה מובא כאן רק כתוצאה מתקנת כותל - דאחרי שיש תקנה כזו שוב פשוט דחולקים, ובגמ' להלן מבואר שכל החידוש בזה הוא דווקא באופן שנפל לרשות א' והוא מוחזק.

"וכן בגינה וכו'" - ביארו בגמ' [להלן ד']. דגם כשאין מנהג בגינה - הוי כנהגו לעשות מחיצה - וחייבין - והטעם דהכא בגינה כו"ע ס"ל דאיכא מחייב של היזק ראייה - וכמבואר להלן [ב:]: - דבגינה כו"ע מודי "דאסור לאדם לעמוד בשדה חבירו בשעה שהיא עומדת בקמותיה" - והיינו דאסור להסתכל משום עין הרע.

"ובבקעה" - הכא שונה מגינה - דדווקא בנהגו לגדור חייבים לגדור - דלכו"ע ליכא היזק ראייה בבקעה, ויש לעיין האם המנהג מחשיב את הנזק כהיזק ראייה במקום ההוא, או דחייב בבנייה מצד עצם המנהג, ובעזה"י יבואר להלן.

רש"י כתב "ורוב תשמישן בחצר" - וע' במהר"ם שפירש שבא לומר דטעמא דהיזק ראייה רק שייך בחצר לפני הבתים ולא מאחורי הבתים ששם אין היזק ראייה.

הכל כמנהג המדינה - פירש"י "אם מנהג לבנות בגויל אין חבירו יכול לומר איני חפץ אלא גזית" - ודיקדק הרמב"ן מלשון רש"י שהמנהג קאי דווקא בסוג החומר ולא בשיעור שהשיעורים כבר נקבעו ע"י חז"ל ואינם תלויים במנהג - ולהלן יבואר בזה בראשונים.

**ביאור החילוק בין מזיקין דב"ק למזיקין דב"ב [פרק לא יחפור] - ולכן דין כותל נמצא בב"ב ולא בב"ק.**

בגדר הדין היזק ראייה כבר הסתפקו האחרונים <sup>1</sup> אי הוי צער לחבירו שרואה בו מילי דצניעותא או דמונע את חבירו מלהשתמש בחצירו בתשמישין דצניעותא, והיינו האם הוי נזקי גופו לגופו או נזקי גופו ממנו שצמצם את שימושו של חצירו, והביאו ראייה מהרמב"ן [נ"ט. - סוף עמוד א' - ד"ה ומסתברא] שכתב בהדי' דהוי נזקי גופו לגופו, ומשמע כצד א' - ולהלן בסוגיות בעמוד ב' נרחיב בזה.

והנה במזיקין במס' ב"ק איכא חיוב תשלומין על הנזק והכא אין תשלומין כיון דלא הוי אלא גרמא בעלמא, וכל הנידון כאן הוא דלכתחילה צריכים להרחיק את המזיק אבל אין כאן נידון של תשלומין - לשלם לו על הצער או על צמצום התשמישין.

ביאור הדברים - בריש ב"ק שנינו שיש ד' אבות נזיקין ונאמרו בהם ב' דינים שונים:

[א] שמירתן עליך - שחייב לשומרו מלהזיק.

[ב] יש דין דמשלמין את הנזק ממיטב.

והנה בב"ב המזיקין הם שונים, דבריש פרק לא יחפור הביאו כמה מזיקין שצריכים הרחקה, דתנן מרחיקין את הזפת וכו', וכפשוטו היה מקום לומר שהרחקה של המזיקים היא מהדין הראשון של 'שמירתן עליך' דשנינו בריש ב"ק, אלא דליכא תשלומין כיון דהוי 'גרמא'.

אולם אינו כן, דכל ההרחקות דפרק לא יחפור הם רק מדרבנן לדעת המבי"ט בקרית ספר [פ"ט דשכנים] וע"ע בספר הישר לר"ת [סי' תרט"ז] שג"כ כתב כן - ובטור [ח"מ סי' קנ"ה] הביא מתשו' הרא"ש [כלל ק"ח סי' י'] דמדין דרכיה דרכי נועם אתינן עלה, ופשוט דדין שמירתן עליך דריש ב"ק הוא מה"ת מעיקר דין מזיק וכמבואר שם בכל הילפותות ואינו דין דרבנן ואינו דין צדדי מדין דרכיה דרכי נועם - ועיין בהערה <sup>2</sup> לשון הרמב"ם בזה - ומכל זה מוכרח שהמזיקים של לא יחפור שונים לגמרי מהמזיקין בב"ק גם מצד החיוב הרחקה.

ועוד שיש הרבה מזיקים בלא יחפור שפטורים לגמרי אפילו מהרחקה ואומרים שעל הניזק להרחיק - עיין בזה בהערה <sup>3</sup> - ולא מצאנו כן בב"ק.

<sup>1</sup> אהא"ז [שכנים ב' ט"ז], חידושי ר' ראובן [ב' ד'], קה"י [סי' ה'].

<sup>2</sup> והעירני ידידי הגאון רבי יוסף בנימין פינקוס שליט"א לדברי הרמב"ם בהקדמה למשניות שביאר למה דב"ק וב"מ קודמין לב"ב - וז"ל "אה"כ בבא בתרא וענינה במשפטי חלוקת הקרקעות, ודינים השייכים בבתיים משותפים, ודיני שכנים, ובטול קשרי מסחר בהגלות מום, ודינים המסופקים בעניני מקח וממכר והיאך לדון בהם, ודיני ערבות והירושות. ואחר חלק זה מפני שכולו קבלה ודברי סברא, ולא נתבארו במקרא", וכפשוטו היה משמע שגם הדיני הרחקה אינם מבוארים בפסוקים - ואולי משום שזה מדרבנן אכן משמע שהם דברי קבלה וסברא שהם גם דאורייתא - ואולי הוי דאורייתא אבל אינו אלא דין צדדי - ולא מעיקר פרשת מזיק.

<sup>3</sup> והיינו דמצאנו הרבה מזיקין בפרק לא יחפור שלשיתת רבי יוסי פטור באינו גירי דיליה - וכגון לש"י רש"י [כ"ב:]: דוקא במים מעליו לתחתון [ב"מ קי"ז], ועוד במרעיד אפדנא [ב"ב כ"ה:], ובנמלי בסולם [שם כ"ד:] רק אלו הוי גירי, ותוס' שם חולק - וקשה דמ"ש מריש ב"ק דליכא פלוגתא כזו.

והביאור בכל זה היינו מבואר בברכ"ש [סי' י"ג וסי' י"ד] בשם הגר"ח, דהנידון הוא כך - דאי עושה בתוך שלו אז אין בו תורת מזיק כלל ומה"ט בזפת וסולם [שקפץ ממנו נמיל] ואילן [שהגיעו השרשים לתחום חבירו] וריחיים ותנור, בכל הני עיקר התשמיש נשאר וקיים בתוך שלו, הלכך לא חיילא ביה תורת מזיק, וכל פרשת מזיק דריש ב"ק מצד "שמירתן עליך" הוא רק באופן שהמזיק עצמו מגיעה לרשות חבירו [וע"ע בזה בנתה"מ סי' קנ"ה ס"ק י"ח] - והארכנו ביאור הדברים באמרות אברהם ב"ק [פרק קמא סימן ג פרק ב]. ונמצא, דהדין הרחקת נזיקין דמיירי כאן בבניית הכותל מצד היזק ראייה, ודאי דלא שייך לשמירתן עליך דריש ב"ק, דכאן הרי עושה בתוך שלו לגמרי, ורק שייך לפרק לא יחפור, וזה יסוד החילוק בין מזיקין דב"ק למזיקים דב"ב, ומה"ט מקומה של היזק ראייה הוא בב"ב.

**למה נקבע מזיק זה של היזק ראייה הכא בפרק השותפין ולא בפרק לא יחפור, ומוכרח דנאמר חיובא דכותל מצד חיובא דשותפין בתיקוני חצירות, ולא מצד היזק ראייה בעלמא.**

אלא דלפי"ז יש לעיין דלמה נקבע החיוב כותל בריש ב"ב בדיני שותפין, דיותר הו"ל לקובעו להלן בפרק לא יחפור בדיני הרחקת נזיקין בנזקי שכנים - דזהו יסוד חיובא דכותל מדין היזק ראייה, וזה תמיהא רבתי, וכבר תמה בזה באהא"ז [שכנים פ"ב הל' ט"ז - ד"ה והנה לפי וכו', וע"כ נראה דלפי דברינו וכו'].

וע"כ דמוכרח מהכא דאף דתחילת הדין כותל הוא מצד היזקא דצריכים שמירה נגד ההיזק ראייה, אכן סוף דינא מצד חובת השותפין אתינן עלה, דתיקנו 'תקנת כותל' בשותפין שחלקו, ולהלן נגדיר יותר את הגדר בהאי חיובא, ונוכיח יסוד זה מכמה חידושים בראשונים ובפוסקים.

ובאמת דחידוש זה כבר מוכרח מתחילת המשנה, שהרי חייבים לבנות דווקא כותל של אבנים - וכמבואר בכל המשנה - ויש לעיין - דלמה צריך דווקא כותל אבנים ולא סגי במחיצה של הוצא ודפנא, שהרי גם מחיצה כזו מסלק את ההיזק ראייה, והיינו דכמו דמצינו דמרחיקין זפת, כמו"כ נימא דמרחיקין היזק ראייה, וזה תמיהא רבתי, דמה ענין כותל לכאן ומה ענינו של 'מנהג כתלים' לכאן.

ומכאן הוכיחו האחרונים [אהא"ז שם, חי' ר' ראובן סי' א' ס"ק א', חזו"א סי' א' ס"ק ו' ד"ה והיכי] דע"כ דאין זה דין פשוט מצד הרחקת נזיקין.

ורצו לפרש דבאמת הך כותל אינו מדין הרחקת נזיקין דהיזק ראייה כלל, אלא מצד תיקוני החצירות אתינן עלה, והיינו - דכמו דאיכא טענת תיקוני החצירות לכל התיקונים של השותפין, ובהנך תיקונים כל השותפין חייבים בהוצאות ומשועבדים זה לזה בכל הנזקים המשותפים, כמו כן י"ל הכא דתיקוני החצירות הוא שכל אחד ואחד יקבל חצר בלי היזק ראייה.

ומה דתלה הגמ' נידון זה בנידון של היזק ראייה, י"ל דאי לאו שמיה היזק א"כ א"צ שיקבל חצר בלי היזק ראייה, ודומה ממש למשנה להלן [ז] שיש חיוב לבני החצר המשותף להעמיד בית שער כנגד היזק ראייה של בני רשה"ר, וכמו"כ הכא נימא כן, והיינו דמ"ל היזק ראייה מבעלים אחד נגד חבירו ומ"ל היזק ראייה מבני רשה"ר שמזיקים את שניהם ושניהם צריכים הצלה מרשה"ר.

ובאמת שהסוגי' בעמוד ב' הביאו ראייה מהמשנה להלן [ז] דהיזק ראייה שמיה היזק - והיינו דאי לאו שמיה היזק א"כ כבר לא משועבדים זה לזה לבנות בית שער דכבר לא הוי בכלל תיקוני החצר - הרי לנושה כל סוגי' אחד של תיקוני החצירות - וזה תלוי בנידון אי היזק ראייה הוי היזק או לא - דאי לא הוי היזק א"כ אין כאן קלקול שצריך תיקון.

ולולי דבריהם לומדים שהגמרא דימתה ב' סוגיות שונות - כיון שתלויות זב"ז, והיינו דבמשנה דידן קאי בנזקי שכנים דכל אחד ואחד מזיק לשני - ולהלן [ז] איירי בנזק שמגיע לשניהם כהדדי בלי שיש מזיק שאפשר לתובעו - והנידון שם מצד תיקוני החצרות - והדמיון בגמרא היא דאי היזק ראייה הוא היזק לגבי משנה דידן - ולכן כאו"א חייב בכותל מצד נזקי שכנים - וכלל פרק לא יחפור - א"כ גם בחצר המשותף כשיש היזק ראייה מהרשה"ר - מיקרי קלקול החצר - וחייבים לתקן מצד תיקוני החצרות - ואי לא הוא היזק בנזקי שכנים א"כ לא הוא קלקול גם בתיקוני חצרות.

אולם האחרונים למדו שהכל סוגי אחת - דבשניהם כל הנידון הוא איכא קלקול החצר בהיזק ראייה משותף - ולכן חל חוב משותף על שניהם לתיקוני חצרות.

והוכחת האהא"ז לעיקר מהלך זה הוא ממה דחיוב כותל זה לא הביאו בפרק לו יחפור ביחד עם כל הרחקות נזיקין, ורק הביאוהו הכא בפרק השותפין, וע"כ דמחיובי השותפין הוא להעמיד לו חצר מתוקן, ומתיקוני החצירות הוא.

ועפי"ז מיושב נמי למה בעינן כותל דוקא ולמה בעינן כמנהג המדינה ולמה חייב דוקא בגויל ובגזית וכדומה, דאינו מצד היזק ראייה בעלמא, דמצד היזק ראייה היה סגי בהוצא ודפנא, אלא דמצד תיקוני החצירות הוא, ומצד זה באמת אזלינן כמנהג המדינה, דכמו דבכל עניני החצירות המשותפת הרי יש דעות שונות בין השותפין באיזה דרגא לתקן את התיקונים, ובזה פשיטא דאזלינן כמנהג המדינה כמו כן בתיקוני החצירות דהיזק ראייה אזלינן כן.

ובאמת דעיקר הך נידון למה חייבים בכותל 'אבנים' ולא סגי בהוצא ודפנה - עיין להלן [סימן ב'] שהבאנו מהראשונים שדנו בזה וביארו בזה - והרבה יש לדון בדבריהם על פי המהלך הזה של האחרונים - וכדיבואר.

### **תיקוני חצרות מדיני החלוקה של השותפות או דין כללי בכל שכנים.**

ובעיקר חידוש זה יש לדון ולמר בזה באופן אחר קצת - דיעויין בדברי הגר"נ פרצוביץ זצ"ל [חי' ר' נחום ס"ק כ"ד ד"ה והנה הגרא"ז, ושיעורי ר' נחום סי' ג'] שחידש שאף אי נימא כהאחרונים שאינו דין מצד נזקי שכנים וככל פרק לא יחפור - אולם א"צ לומר שזה ממש כשאר תיקוני חצירות בעלמא - אלא דהגדר בזה הוא דמדיני החלוקה הוא, והיינו דבזכות תביעת חלוקה יש לכאו"א תביעה שהחלוקה תעמיד לו "חלק מתוקן" - ועיין להלן מה שיש לדון בסברא זו.

ודקדק כן מלשון הטור [סי' קנ"ז] שכתב בזה"ל, "הילכתא היזק ראייה שמיה היזק, לפיכך שנים שהם שותפין בחצר, אם יש בו דין חלוקה יכול כ"א מהם לכוף את חברו לחלוק, ואפי' לעשות ביניהם מחיצה למנוע כל א' מהביט לחבירו", ומשמע שזה מדיני החלוקה מה שחולקים ע"י מחיצה שמונע היזק ראייה, ואינו כשאר דינים של תיקוני החצירות, ודו"ק - [ועיי"ש שכתב שהנפ"מ בחידוש זה הוא - דכבר שייך בזה טענה דכי איתרצאי בחלוקה לא איתרצאי אלא בלי כותל, וכמבואר בראשונים, וכמבואר בעמוד ב'] - עיי"ש.

אכן האחרונים דימו דין זה לדין בית שער שאינו אלא תיקון החצרות - ולא דיני חלוקה - עיין בזה בחידושי ר' ראובן [שם] ובחזו"א [שם] שלא הוסיפו את הדין חלוקת השותפין - ומבואר שכך הדין בכל שכנים - [ועיין בחידושי ר' נחום שיש ב' דינים] - ודו"ק.

### **דין באחרונים אי הוי דיני חלוקה או דיני תיקוני חצרות.**

ובאמת שכבר הקשה באהא"ז להלן בהמשך דבריו [ד"ה אכן לפי דברינו] דלכאו"א תמוה - דהכא לא שייך תיקוני חצרות כעין הדין של המשנה להלן [ז] בבית שער - דבשלמא בבני החצר המשותף - י"ל שהשותפות מחייבת אותם ומשעבדת אותם זה לזה להוציא הוצאות על תיקוני החצר המשותף - דמה לי קלקול גדול מה לי קלקול של היזק ראייה, אכן הכא היתה כבר חלוקה - וכבר אינם שותפין - ואינם אלא שכנים - ומה משעבדם זה לזה.

ותירץ דמכאן מוכרח כדנקט הגר"נ פרצוביץ זצ"ל - והיינו דהכא באמת הוי דין אחר - דהלכתא דחלוקה והזכותיות של החלוקה מחייבות ומשעבדות לעשות חלוקה בצורה מתקנת, ודו"ק - ועיין בהערה<sup>4</sup> שעיקר סברת האהא"ז שונה מסברת הגר"נ פרצוביץ זצ"ל - אף דלתרווייהו נאמרה ההלכה דווקא בחלוקה.

וכפשוטו איכא נפ"מ לדינא בדין דרכו של הגר"נ פרצוביץ זצ"ל לדרכו של החזו"א וחדושי ר' ראובן - דלדרכו של הגר"נ פרצוביץ זצ"ל יתחדש דבשנים שקנו זה אחר זה - וכל אחד קנה חצי חצר - דבכה"ג ליכא תקנת כותל של המשנה - דרק בשותפין שחלקו נאמרה הלכה זו - אולם לדרכם של החזו"א וחדושי ר' ראובן נקטו דגם בשנים שקנו זה אחר זה חצי חצר - דאיכא תקנת כותל של המשנה.

איברא - דמדברי ר' ראובן [שם] למדנו שיש לדחות - דבאמת א"צ שותפות אלא דגם שכנים שאינם שותפים ויש להם 'בעיה משותפת' שהביעה הזו יש לו תיקון משותף, דג"כ משועבדים זה לזה, ומצאנו כן במקיף וניקף שהניקף חייב למקיף גם נגד ההיזק שיבא מבחוץ אף דאין להם שום שותפות כלל ואינם אלא שכנים בעלמא, וכן בגמרא בב"מ לגבי שיירא ההולכת במדבר ועמדו עליהם ליסטים שחייבים כהדדי בהוצאות כולם אף דחלק מהשיירא יכולים לטפל לבד ולא צריכים את ההגנה המשותפת - וה"ה הכא - אף אי לא מיקרי שותפים אלא שכנים אכתי יש כאן ביעה משותפת של היזק ראייה והתיקון המשותף של כותל מחייב את שניהם.

#### **מתמה בעיקר הלכה זו דמה המקור לחיוב זה.**

אולם לא ברור מה המקור של המחייב הזה בשיירא וכדומה שאינם שותפים - דבשלמא בשותפין הרי סו"ס משועבדים זל"ז בעיקר הממון - אכן הכא מה מחייב את כל בני השיירא בתיקון לבעיה משותפת.

#### **מקור מהנתה"מ בדין שכנים שקנו זה אחר זה.**

ובעיקר האי נידון - עיין בנתה"מ [סי' קנ"ז ס"ק ג'] דדן בחידוש הרא"ה דחיובא דכותל הוא גם לענין השתמשות לקורות, ודן שם לחלק בזה בין שותפין לשנים שקנו זה אחר זה, ודייק במלואי משפט דמשמע דזה ברור דנקט דעצם תקנת כותל שייכא גם בשכנים שקנו זה אחר זה - בלי הלכות חלוקה, ודו"ק.

ובעיקר הנך סברות שכשיש בעיה משותפת שניהם חייבים זל"ז - עיין בארוכה בנתה"מ [סוף סימן קעח] - והביא גם דין שיירא - וברור דגם בלי שותפות יש הלכה כזו.

<sup>4</sup> ועיין היטב בלשון האהא"ז שלא משמע שהוא למד כעיקר סברת הגר"נ פרצוביץ זצ"ל - אף דתלה את הדין דווקא בחלוקה בושכנים בלי שהיה להם חלוקה ליכא דין זה - אלא שכתב שזה בגדר תנאי דע"מ כן חילקו שיהיה בלי היזק ראייה - וצ"ע הכוונה בזה.

וז"ל האהא"ז שם "ולכן ע"כ דכאן אינו משום מזיק אלא מדין התחייבות השותפין וכמו כופין אותו לבנות בית שער ודלת לחצר וכו"ל, אכן באמת לכאורה הא לא דמיא להתם, דהתם היינו מדין התחייבות השותפין ומשום דהו עכשיו שותפין בחצר, וכן בכופין אותו לבנות חומה לעיר הוא משום דהו שותף בעיר, אבל הכא כיון שחלקו בטלה חלוקתם ואינם שותפין כלל, ומנין שיתחייבו האחד לחבירו בתיקון חצר חבירו שאינו שייך לו כלל.

אמנם ע"ז הסמיך הרמב"ם שפיר דינא דמוכר גינה להך דשותפין שחלקו את החצר, דכמו דחייב הלוקח דהו מתנאי המכירה ועל דעת כן מכר לו, וא"כ אותו הדין ואותו הטעם נמי בשותפין ששניהם מוכרים ולוקחים זמ"ז ועל דעת כן חלקו שיהיו שניהם מחוייבין לעשות המחיצה ולא שייך זה כלל למוכר בעין יפה מוכר דלא שייך כ"א זכותים בשדה חבירו דאדרבא הא חזינן דגם במוכר מחויב הלוקח לעשות גדר אף דמכר לו בעין יפה משום דזה שייך לתקוני החצר שנצטרך בשביל המכירה ושמוטל על הלוקח, וא"כ שפיר מיושב דברי הרמב"ם דתרווייהו בהדי הדדי שייכא, שותפין שחלקו ומכור גינה לחבירו, דטעמא מאי מחייבין בשותפין שחלקו לבנות כותל משום נתפס כגנב משום דמוכר שדה לחבירו על הלוקח לבנות הכותל, והכא ששניהם לוקחים הם מחוייבים שניהם לבנות הכותל", עכ"ל.

### מה שיש לדון למה הכא מיקרי 'בעיה משותפת'.

ובאמת שיש לדון בעיקר הדברים - הרי כפשוטו יש לומר דהכא איכא ב' הזיקות שונים - דכל א' מזיק לחבירו בנפרד, ודלא ככל הנך גוונא דלעיל - ששם גוף החסרון שצריך תיקון הוא 'חסרון משותף' - כמו בית שער וכמו שיירא שבאו עליו לסטים - ואולי רק בכח"ג חייבים זה לה וכהדדי.

אכן נראה שהביאור כך - הרי פשוט לי ששיירא גם לו יצויר וכל אחד היה לו בעיה אחרת - לחלק מהם יש בעיה מצד החיות רעות בדרך וחלק מצד הלסטים בדרך - אלא שלכולם יש פתרון משותף שיעמידו שומר לשיירא - דאכתי חייבים זה לזה.

ונראה שהגדר בזה הוא שכל חסרון והיזק שיש לשנים - ויש תיקון משותף להן חסרון, בכל כח"ג מתחייבים לסייע זל"ז לתקן ביחד - שהרי היום דנים שהחסרון הוא מה שחסר להם התיקון - והיינו שהשיירא מוגדרת כשיירא בלי שומר - והסיבות לזה שצריך שומר הם שונות אבל החסרון מוגדר כשיירא בלי שומר - ובזה הם שותפים.

וה"ה הכא שהצטרות של השכנים מוגדרות כצטרות שחסר להם כותל - והיינו 'שכנות מקולקלת' - שכנות בלי כותל - והשכנים חייבים לתקן את הקלקול המשותף בבניית הכותל - כיון שהכותל הוא התיקון לחסרון - ולא אכפת לן מה ששורש החסרון הוא בנפרד בהיזק ראייה עצמאי לכל אחד ואחד - ועיין להלן [סימן ב'] דגם בב' גגות בב' צדי רשה"ר שכל אחד בונה חצי כותל ומעדיף - דגם זה מיקרי תיקון משותף דומה לגוונא הנ"ל בשיירא.

### סברת הגר"נ פרצוביץ זצ"ל בחלוקה.

ובעיקר דברי הגר"נ פרצוביץ זצ"ל הערני תלמיד אחד נ"י שיש לדון - שמה הסברא בזה שהחלוקה צריכה להעמיד חלקים מתוקנים - והיינו בלי היזק ראייה ולכן החלוקה מחייבת כותל - הרי אי כל שנים לא צריכים הפרדה ופרטיות ברמה כזו - א"כ מהיכתי תיתי שחלוקה צריכה להעמיד רמה יותר גבוהה של פרטיות - וצ"ע - הרי שנים שקנו חצר ביחד - אי לכתחילה יקנו חצי חצי בתור שכנים, אז לא חייבים בכותל ואין זכות להיות בלי היזק ראייה - ואיך נאמר דאי קנו בתור שותפין ושוב חלוקים דבכה"ג יש זכות בחלוקה לחייבם להעמיד להם כותל - כדי שיהיה להם פרטיות ברמה יותר גבוהה מאילו התחילו בהפרדה מתחילתה - וצ"ע.

עוד העירני תלמיד אחד בעיקר סברת הגר"נ פרצוביץ זצ"ל - דיתכן לומר שזו הלכה דוקא באופן שחולקים אבל א"צ לומר שזה זכות בחלוקה עצמה אלא דהוי זכות בצר השותפין - והיינו שיש לומר שהחייב כותל הוא חיוב 'תיקון החצר המשותף' לפני חלוקה - והיינו כך - שהתיקון הוא להעמידו כחצר שיש בו כותל - שבזה היא ראויה לחלוקה מתוקנת - וחלוקה מתוקנת היינו חלוקה בלי שיהיה בה היזק ראייה - וממילא דא"צ לומר שזה דין חדש בחלוקה עצמה - אלא שמתקנים את החצר להעמידה לחלוקה.

אולם יש לעיין בזה - דלא מצאנו זכויות של שותפין כלפי הזמן של אחרי החלוקה - דאי לא בנו בית שער בתור שותפין וחלקו - שוב לא יוכלו לחייב זא"ז - ומה שייך זכות של השותפין לענין הזמן של אח"כ - וצ"ע.

### פרק ב

#### מחלוקת אי הוי דין תיקוני חצרות

#### או דין הרחקת נזיקין.

**בפלוגתא הפוסקים האם מתחלק ההוצאות כפי הבעלות או חצי חצי, ותלוי האם מצד תיקוני החצירות הוא או מצד הרחקת נזיקין הוא, [רש"י ש ונתה"מ].**

הרי לנו דאין הסוגי' עוסקת בדין הרחקת נזיקין דהיזק ראייה, אלא דהסוגי' עוסקת בדין תיקוני חצירות של היזק ראייה, ודו"ק - איברא דמצאנו בזה מחלוקת בראשונים.

דהנה, עיין רש"י שכתב בד"ה באמצע - זה נותן חצי וכו', ועיין בפרישה [סי' קנ"ז ס"ק י'] שדייק שרש"י בא לאפוקי דלא מיירי בחלקו דוקא בחצי חצי אלא גם כשאחד יקבל יותר מחבירו - אכתי חייבים חצי חצי כהדדי באבנים ובמקום אבנים ולא חייבים לפי ערך גודלם של החצר של כל אחד ואחד, וכ"כ היד רמ"ה שם [מובא בטור], וע' שטמ"ק כאן [ד"ה בגויל] שכתב דזהו האריכות במשנה זה נותן ג' וכו' ולא כתב דנותנין בשוה - דהיה משמע דדוקא כשהוא בשוה אז נותנים חצי חצי, ודייק כנ"ל גם מרש"י.



אכן עיין ברש"ש שהביא מלהלן [ז':] דבכופין לבנות בית שער לחצר, כל השותפין משתתפין לפי הכמות והגודל של הבעלות שלהם וכמה יש לכאן"א בחצר, והקשה הרש"ש דה"ה דנימא כן הכא, וע' נתה"מ [סי' קס"א ס"ק א'] שכבר הק' כנ"ל.

וחילק הנתה"מ בפשיטות, דהכא חייב משום היזק ראייה זל"ז והתם אתינן עלה מצד ההיזק ראייה מרשות הרבים נגד בני החצר, לכן כשבאים להנצל מהיזק ראייה 'חיצוני' - אז כאן"א משלם לפי מה שהוא ניצל מההיזק, אבל כשבאים א' נגד חבירו, וכאן"א הוא מזיק, אז ל"ש לדון מצד מזיק גדול או מזיק קטן דחיובן שוה בלהרחיק א"ע מלהזיק, ודו"ק.

ונוסיף בזה עוד, דאי חייבים בכותל מצד זה שא' בא כנגד חבירו, וכאן"א הוא מזיק, א"כ שורת הדין הוא שהיו צריכים לבנות ב' כתלים, אלא דכיון דכותל א' יהיה מיותר - לכן נשתנה הדין ותיקנו דסגי בכותל א', אולם כיון דמעיקר הדין כל א' באמת חייב כותל נפרד בפני עצמו - א"כ שוב אין לחלק את ההוצאות כפי בעלותם - כיון דמעיקר הדין כל אחד חייב בכותל שלם, ורק בכופין לבנות בית שער לחצר, התם מתחילה לא חיילא החיוב אלא על כותל א', והתם שפיר אמרינן דכל השותפין משתתפין לפי בעלותם ולפי ממונם בחצר, ודו"ק.

ועיקר דברי הנתה"מ מפורשים ביד רמ"ה שכתב האי דינא וביאר דמדין סילוק ההיזק אתינן עלה ולכן שוין כהדדי - וז"ל: "וכיון דתרווייהו בהאי היזקא כהדדי ניהו - דתרווייהו מזיקי אהדדי ומחייבי בהדדי לסלוקי היזק ראייה מהדדי - דינא הוא דיהבי כהדדי" - ועיין בהערה <sup>5</sup>.

והנה, הרש"ש הביא ראייה מהתם כיון שהוא למד דכאן לא דנים מצד מה שכאן"א הוא מזיק כלפי חבירו, רק כמו דהתם כיון דהיזק ראייה שמיה היזק, שוב יש לשניהם תביעה על שניהם לסלק משניהם את ההיזק ראייה שמגיע לשניהם, כמו כן הכא שניהם מחוייבים לשניהם לסלק משניהם את ההיזק ראייה שמגיע לשניהם.

ומה שהמקור של ההיזק ראייה הוא מחבירו לא אכפת לן בזה שהרי אין דין שלהם כלל, ודומה להיזק ראייה שבא מבחוץ שגם שם תובעין א' את חבירו לסלק ההיזק ראייה שמגיע לשניהם ודו"ק <sup>6</sup>.

### תוספת ביאור בכל הנ"ל.

ונוסיף בזה ביאור, דלפי הרש"ש מתחילה חיילא חיוב משותף על שניהם לבנות כותל א', וזה מתיקוני החצר לסלק מתרווייהו את ההיזק ראייה המשותפת, והיינו דלא אמרינן דשורת הדין הוא שהיו צריכים לבנות שני כתלים, רק דכיון דכותל א' יהיה מיותר אז נשתנה הדין ותיקנו דסגי בכותל א', אלא דמתחילת הדין חיילא דין על שניהם לבנות כותל א', וממילא דהדין בזה כמו בכופין לבנות בית שער לחצר, דהתם כל השותפין משתתפין לפי בעלותם וממונם בחצר, ודו"ק.

<sup>5</sup> והרמ"ה הוסיף בזה ביאור, דבאמת א"א לומר שהכותל בא לאשבוחי שדה [ואז באמת היו מתחלקין כפי בעלותן], שהרי אדרבה אין כאן אשבוחי שדה דמצד אחר יש להם חיסרון בתשמיש ובמקום, דהכותל מצמצם את שימוש במקום הכותל, וע"כ שכל הכותל רק בא נגד המזיק דהיזק ראייה, ושוב תרווייהו שוין בזה.

<sup>6</sup> והנה, הרש"ש הוכיח מתוס' להלן ולא מהגמ', ונראה שיש ביניהם חילוק, שהרי בגמ' כתוב שאם יש חשש גנבים במחוץ, אז אלו שיותר קרובים לגבול משלמין יותר כיון דהרויחו יותר, ובתוס' הוסיפו דכשיש עשיר בפנים ויש עני על הגבול, אז העשיר חייב יותר כיון שהוא הרויח יותר.

ונראה דמי שהוא יותר קרוב לגבול, אז אכפת לו יותר ורוצה יותר את הכותל כיון שיש לו יותר סיכון ויותר "צד הפסד", משא"כ עני ועשיר שניהם רוצים זה כמו זה וכן הוא בהיזק ראייה בחצר גדולה וחצר קטנה ששניהם רוצים זה כמו זה, רק דאחרי שעשו את השמירה, אז הרויח העשיר יותר ממון בסילוק הגנבים והרויח החצר הגדול יותר מקום בלי היזק ראייה, ודו"ק, ולכן למד הרש"ש שזה דומה יותר לתוס' ולא הוכיח מהגמ'.

הרי לנו דהיד רמ"ה והנתה"מ ס"ל דהכא מדין הרחקת נזיקין ומצד היזק ראייה הוא דאיתנן עלה, אכן ברש"ש נתחדש כהאחרונים [אהא"ז ר' ראובן וחזו"א] דמדין חיובי השותפין בתיקוני החצרות הוא, ונפ"מ לדינא האם משלמין בשוה או לא.

ועיין בחזו"א [סי' א' ס"ק י"ד] דהק' על הרמ"ה כקושי' הרש"ש, והוסיף עפ"י הבנתו דהוי כתיקוני החצר כבית שער וכדומה, והסיק דע"כ צ"ל דכוונת הרמ"ה כאידך גיסא דלא דייננן כן אלא מצד ההיזק המשותף שביניהם שכל א' מזיק לחבירו, ודו"ק.

**מחדש דבמסיפס [מחיצת י' טפחים שיהא נתפס עליו כגנב] מודי כו"ע דמחלקים ההוצאות לפי ממון.**

והנה עיקר החילוק הוא דהיכא דבאים להזיק זה את זה אז מעיקר הדין כל א' חייב בכותל שלם, ולכן חייבים חצי חצי, ורק בכופין לבנות בית שער לחצר, התם מתחילה לא חיילא החוב אלא על כותל א', והתם שפיר אמרינן דכל השותפין משתתפין לפי בעלותם וממנם בחצר.

וחילוק זה מצאתי בדברי הגר"א קוטלר זצ"ל [משנת ר' אהרן שכנים פרק ב' הי"א ס"ק כ"ב - עמוד מ"ד], והוסיף בזה חידוש לדינא, דלפי"ז יהיה נפ"מ במסיפס בין שני השותפין.

והיינו כך - דהיכא דליכא חיובא מצד היזק ראייה אכתי חייבים לבנות מסיפס - שזה מחיצת י' טפחים - וזה כדי שיהיה נתפס עליו כגנב, ובזה פשיטא דלא מיקרי מזיקין זה לזה, דלא מצאנו דין שמירה ע"ע לא יזיק את חבירו בלהיות נתפס עליו כגנב<sup>7</sup>, וע"כ שזה מתיקוני החצירות ותו לא, וממילא חידש דבמסיפס של י' טפחים - הכא ע"כ יודה הרמ"ה לרש"ש דיתחלקו ההוצאות כפי הרווחים וכפי ממנם, ודו"ק.

**מביא דכבר נחלקו הראשונים בהנך צדדים האם מצד תיקוני החצירות הוא או מצד הרחקת נזיקין הוא, דדנו מצד גירי דיליה בחיובא דכותל.**

ובאמת דכבר הביא הגר"נ פרצוביץ זצ"ל [חידושו ס"ק כ"ד - עמוד כ"א] דנחלקו הראשונים בעיקר ספק זה, דהנה, הראב"ן ואו"ז הקשו דאיך מחייבים חיובא דכותל הא קיי"ל כר"י דבהרחקת נזיקין רק מחייבים בגירי דיליה, ולמה היזק ראייה חשיב כגירי דיליה, ולמה מחייבים חיובא דכותל, ותירצו דהיזק ראייה חשיב כגירי דיליה, וחזינן מדבריהם דעיקר ההרחקה הכא הוא מצד הרחקת נזיקין דמזקי זה לזה - וכדרכו של הרמ"ה ונתה"מ.

אולם מאידך גיסא, עיין בר"י מיגאש [ו':] ומאירי [שם] דהקשו בב' גגין בב' צידי רשה"ר דלמה מחייבים בכותל, הא לא הוי גירי דיליה, וקשה דמאי שנא דלא הקשו כבר במשנה ריש מכילתין בחיובא דכותל, וע"כ דהכא מצד תיקוני חצירות איתנן עלה וכל דחשיב נזק סגי לחייבו בהוצאות של תיקון זה - ויש להעיר דהר"י מיגאש הקשה דווקא מחלון - וכנראה ששיטתו מתפרשת באופן אחר - ועיין בזה להלן [סימן ד'] בזה.

**מתמה דלפי דרכם קשה למה איכא דיני כותל ולא סגי בהוצא ודפנא.**

אולם כעת קשה - דכבר הביאו האחרונים ב' הוכחות לעיקר חידוש זה:

א [קשה ממה שהבאנו לעיל [פרק א] מהאחרונים דהוכיחו דמדהביאו לדין כותל הכא בפירקין ולא בלא יחפור, מזה היה משמע דמדין תיקוני החצירות הוא ולא מדין הרחקת נזיקין הוא, ומעתה הדרא קושי' זו לדרכו של הפוסקים והנתה"מ דמדין הרחקת נזיקין הוא,

<sup>7</sup> ועיין בזה נמי בחי' ר' ראובן [סי' א' ס"ק ב] ובחי' ר' ארי' לייב [סי' צ"ג ס"ק ד] דג"כ נקטו בפשיטות דאין כאן נידון מצד הרחקת מזיק.

דא"כ למה מקומו הכא, ולא להלן בפרק לא יחפור, ועיין בזה להלן [סימן ג פרק ג] מה שביארנו בזה ליישב קושי' זו.

ב[ חייבים לבנות דווקא כותל של אבנים - וכמבואר בכל המשנה - ויש לעיין - דלמה צריך דווקא כותל אבנים ולא סגי במחיצה של הוצא ודפנא, שהרי גם מחיצה כזו מסלק את ההיזק ראייה, והיינו דכמו דמצינו דמרחיקין זפת, כמו"כ נימא דמרחיקין היזק ראייה, וזה תמיהא רבתי, דמה ענין כותל לכאן ומה ענינו של 'מנהג כתלים' לכאן - וע"כ דמדיני תיקון חצירות הוא - וקשה על הראשונים ואחרונים דנקטו דדין הרחקת נזיקין הוא - ויבואר בזה להלן [סימן ב'] שכבר הקשו כן הראשונים וכדיבואר.

## סימן ב

**בפלוגתת הרמב"ן ורא"ש  
בכונס לתוך שלו בהוצא ודפנא.**

פלוגתת הרמב"ן והרא"ש למה לא מהני הוצא ודפנא נגד היזק ראייה, ונפ"מ ברוצה לכנס לתוך שלו, דהרמב"ן למד מצד הרחקה גמורה, והרא"ש למד מצד מעותיו אנפרות. < מעורר דכפשוטו סובר הרמב"ן דמצד הרחקה נזיקין הוא, והרא"ש סובר דמצד תקנת השתופין היא. < מביא את קושיות הרא"ש על הרמב"ן דע"כ ליכא טענת הרחקה גמורה בהרחקת נזיקין, ומבאר את דברי הרמב"ן באופן אחר דמצד תקוני חצירות אתינן עלה. < ד' נפ"מ לדינא בין הרמב"ן לרא"ש. < דן בזה לדרכם של האחרונים דהוי דין בחלוקה. < מתמה בשיטת הרמ"א. <

**פלוגתת הרמב"ן והרא"ש למה לא מהני הוצא ודפנא נגד היזק ראייה, ונפ"מ ברוצה לכנס לתוך שלו, דהרמב"ן למד מצד הרחקה גמורה, והרא"ש למד מצד מעותיו אנפרות.**

עיקר דינא דמתני' דמטעם היזק ראייה אתינן עלה תמוה, דמהיכי תיתי דכופה על גויל וגזית, ומהיכי תיתי דכופה עליו הנך שיעורים, הרי הכל מודים דאיכא חיוב בהרחקת נזיקין, ובחיוב זה הרי פשיטא דסגי בהוצא ודפנא, ומה כל הנידון כאן לחייבו כהמנהג ובכתלים - ולעיל [סימן א] הבאנו בזה את דברי האחרונים בזה.

ובאמת שקושי' זו הק' הרמב"ן במשנה [ד"ה ופירוש מקום שנהגו] וז"ל, "ואע"ג דהאי כותל דקתני במשנה לא עבדינן ליה אלא משום היזק ראייה, כדאסיקנא בגמ', ובהוצא סגי לה, אפי"ה כופין זא"ז לבנות כותל בנין, שמא יפול והלה אינו רוצה לבנות, ונמצא צריך להתעצם עמו בדין, ובין כך ובין כך יהיה ניזוק בהיזק ראיתו".

וכ"כ הנימוק"י [בד"ה הכל כמנהג המדינה - וטעמא דבענין שיעורים גדולים וכו'], והוסיף הנמו"י, דלפי"ז יתחדש לדינא דגם אי אחד רוצה לכנס לתוך שלו בהוצא ודפנא, ואינו מבקש השתתפות חבירו בהוצאות הבנין ובמקום הכותל, דהכל משלו, אעפ"כ חבירו מעכב עליו וכופהו לגויל וגזית בין שניהם, שהרי אינו רוצה להתעצם בדין עמו, ומצאתי בחזו"א [סי' א' ס"ק ו' בהתחלה] דלדעת הרמב"ן גם אם בדיעבד כבר כנס לתוך שלו בהוצא ודפנא מכריחו לסתור.

והרא"ש להלן [סימן ה] יישב קושי' הרמב"ן באופן אחר, ואיכא ביניהם נפ"מ לדינא, דהרא"ש כתב שיכול למנוע את חבירו אם הוא ירצה לעשות הוצא ודפנא - שהרי יש לו טענה כנגדו שאינו רוצה להשתתף כל יום בהוצאות ועושה מעותיו 'אנפרות', ולכן הוא מעדיף בנין כותל כמנהג המדינה, ויכול לחייבו על כך, דבהוצא ודפנא הוא עושה את מעותיו אנפרות, וזה כל הסיבה דלא מהני הוצא ודפנא או כל כותל אחר שהוא פחות ממנהג המדינה - ועיין בהערה <sup>8</sup> שהבאנו את לשון הרא"ש.

אולם יש להעיר שיש ביניהם חילוק, דכל הטענה הזאת רק קיימת בעושים בשותפות ולא בנפרד, ולכן בכונס לתוך שלו וכל ההוצאות הוא שלו - בכל כה"ג מותר לבנות של הוצא ודפנא ואינו מעכבו - אולם הנמו"י חידש שגם אז הוא מעכבו, אלא שכל זה לפי טעמו של הרמב"ן אבל לטעמו של הרא"ש אינו כן.

<sup>8</sup> וז"ל הרא"ש - "ונראה כפירושא קמא שלא נתנו חכמים גבול וקצבה למי שיש לו לסלק היזקו מחבירו שיעשה דבר קיים לדורי דורות אלא מספיק מה שמסלק היזקו ממנו לפי שעה ואם אחר זמן יזיקנו יש שופטים בארץ דאי לא תימא הכי מחיצת הכרם אם תפרוץ תיאסר תבואת חבירו ויצטרך בעל הכרם לבנות גזית אלא ודאי לא נתנו חכמים גבול לבנין אלא במקום שיציאת הבנין על שניהן שיכול האחד לומר אי אפשר לעשות מעותי אנפרות ולהוציא הוצאות בכל יום".

ונמצא דפליגי בעיקר הדין כותל, דתרוייהו מודי דבתחילת הדין מצד הרחקת נזיקין צריך עכ"פ מחיצה ובזה סגי בהוצא ודפנא, אבל מה שצריך הוספה דוקא כותל אבנים ודוקא כפי המנהג ולא סגי בהוצא ודפנא, בזה כבר פליגי, דהרמב"ן למד דהך מחייב עצמו מצד הרחקה נזיקין דהיזק ראייה כבר מחייב "הרחקה גמורה", והיינו דוקא בכותל, דבמחיצה הרי יכול ובנתיים ינזק שוב מהיזק ראייה.

והרא"ש למד דמצד היזק ראייה היה סגי באמת במחיצה, אלא דהיות ולא עושים מחיצה לכאול"א בנפרד ומשתתפין אהדי וכתבאר לעיל, וממילא כיון שדעות בנ"א שונות בזה, שיש שרוצים הוצאת מועטות כהוצא ודפנא, ויש שרוצים כותל כדי שלא יהיו מעותיו אנפרות והוצאת כל יום, בזה הוצרכו חז"ל לתקן תקנה ביניהם ותיקנו דצריך כותל וכמנהג המדינה, [ורק כשיש מנהג להוצא ודפנא סגי בזה], ואה"נ דאין דרך לכפות תקנה כזו, דמי שרוצה דוקא בהוצא ודפנא ולא מקבל את הטענה שלא יהיו מעותיו אנפרות, אז הוא יכול לכנס לתוך שלו בהוצא ודפנא וכל התקנה היתה רק לשנים שרוצים כותל א' באמצע ולא מוכנים להיות כונס לתוך שלו.

**דן בפלוגתא זו כלפי הצדדים אי מצד הרחקת נזיקין הוא, או מצד תקנת השותפין היא.**

והנה - לעיל [סימן א] חקרנו לעיל אי הדין כותל מצד תיקוני החצירות הוא אי מצד הרחקת נזיקין - ויש לדון בפלוגתא זו אי מצד תיקוני החצירות הוא אי מצד הרחקת נזיקין.

שמצד אחד יש לומר שהרמב"ן טוען טענה מצד הרחקת נזיקין והיינו שיש תביעה על ההרחקה של היזק ראייה, ובתביעה זו יש טענה "שלא יתעצמו בדין", דאי יתעצמו בדין הרי בנתיים יהיה להם היזק ראייה - אכן יש לומר דאדרבה - זו גם טענה בדין תיקוני חצרות, והרא"ש חולק מטעמא "שיש שופטים בארץ" ויתכן שזו טענה לב' הצדדים - וכן טענת אנפרות ברא"ש היא טענה לכל הצדדים - אכן כד נעיין בדבר יבואר דאינו כן, ואדרבה - הרמב"ן ודאי למד דדיינינן מצד תיקוני החצירות, והרא"ש ודאי למד מצד הרחקת נזיקין דיינינן לה, וכדיבואר.

**מביא את קושיות הרא"ש על הרמב"ן דע"כ ליכא טענת הרחקה גמורה בהרחקת נזיקין, ומבאר את דברי הרמב"ן באופן אחר דמצד תקוני חצירות אתינן עלה.**

דהנה, הרא"ש הוכיח כשיטתו והביא ג' טענות נגד הרמב"ן:

א] הוכיח מגג הסמוך לחצר דהתם מבואר דא"צ אלא מעקה, ומשמע שא"צ שיהיה כותל, ואי מצד טענת היזק ראייה מצי לטעון שיסלק את הנזק לעולם, א"כ מ"ש חלוקת שותפין מגג הסמוך לחצר, ולפי הרא"ש ניהא דהתם אינם בונים ביחד - ועיין בהערה<sup>9</sup> המשך דברי הרא"ש.

ב] עוד הק' הרא"ש, דאיזה טענה יש לסלק היזק ראייה לדורי דורות, דבכל מזיק סגי לסלקו לפי שעה, ואם אח"כ יזקנו מחדש הרי "יש שופטים בארץ".

ג] הרא"ש הוכיח טעם זה ממחיצת הכרם שג"כ יכול ליפול ויאסרו אח"כ, ולא שמענו שיצטרך מחיצת הכרם בגויל וגזית.

ובישוב דעת הרמב"ן ביאר החזו"א [סי' א' ס"ק ו' ד"ה והיכי] עפ"י מה שיש לדון בעיקר חיובא דכותל, די"ל דבאמת הך כותל אינו מדין הרחקת נזיקין דהיזק ראייה כלל, אלא מצד תיקוני החצירות אתינן עלה - והיינו כנתבאר לעיל בריש דברינו, ודו"ק.

<sup>9</sup> אלא דהרא"ש הק' ע"ע מב' גגות בב' צידי רשה"ר שמשמע שחייב בכותל דוקא אף דאינם בונים כהדדי, ותי' דהתם מיירי דמרצונו הוא בונה כותל, אבל אין כאן חיוב בנין כותל.

ומעתה א"ש, דלעולם י"ל דהרמב"ן והנמו"י מודי לרא"ש בגג לחצר ובמחיצת הכרם, וכן מודי נמי לסברת הרא"ש דבדיני הרחקת נזיקין לא נאמר דין שההרחקה תהיה לדורי דורות שהרי "יש שופטים בארץ", אלא דחוץ מהמחייב של הרחקת נזיקין [דמצד זה באמת סגי בהוצא ודפנא], הרי יש מחייב נוסף מצד תיקון החצרות דמשועבדים בני החצר זה לזה בהנך חיובים לדאוג שלא יהיה בהם היזק ראייה ועוד היזקות, וה"ה כאן, דמ"ל דהיזק ראייה מבפנים ומ"ל היזק ראייה מבחוץ, דמשועבדים זה לזה לכל תיקוני החצרות, וכל זה בנד"ד ולא מגג לחצר דהתם רק א' מזיק את חברו, וכן לא שייך כל זה במחיצת הכרם, דהתם דנים את בעל הכרם כמזיק [ומה"ט מתרינן ליה דוקא].

והיינו דאחרי דהיזק ראייה שמי' היזק, שוב כבר בעינן תיקון חצירות מהך נזק לדורי דורות - ודווקא בדיני הרחקת נזיקין א"צ הרחקה לדורי דורות - ואין להוכיח מגג לחצר וכן ממחיצת הכרם שהם מדיני הרחקת נזיקין - לדין אחר של תיקוני חצרות.

וכ"ז לפי הנמו"י ורמב"ן, אבל בדעת הרא"ש מוכרח איפכא, דמכל הקושי' שהק' הרא"ש על הרמב"ן מוכרח דסובר דמדיני הרחקת מזיק בעי כותל, הלכך שפיר מדמה להו אהדדי, וע"כ דלדידיה לעולם היה סגי בהוצא ודפנא, רק דעשו תקנה לשניהם דכיון דע"כ יצטרכו לבנות כותל א' כהדדי ודעותיהם שונות בזה, הלכך קבעו חז"ל דאיכא טענה שיבנו כותל כפי המנהג, דהמנהג נקבע כדעת בנ"א, וזה כדי שלא יהיו מעותיו אנפרות, ושפיר כונס לתוך שלו.

וכבר העיר בחי' ר' ראובן [שם סוס"ק א'] דהרא"ש לא למד דמצד תיקוני החצירות אתינן עלה, דאל"כ לא הק' כלום על הרמב"ן, והיינו דגם הוא למד ברמב"ן כהחזו"א, ופשוט.

הרי לנו דמכח הקושיות של הרא"ש מוכרח דמצד הרחקת נזיקין אתינן עלה, והישוב בשיטת הרמב"ן הוא משום שהוא למד דמצד התקנה אתינן עלה.

#### הוספות.

אולם אכתי יש לעיין בשיטת הרא"ש - דלהלן [סימן ג] הבאנו מהרא"ש לגבי זה דמהני מחילה - דע"כ דלאו מדין הרחקת מזיק הוא, ועיי"ש שיישבנו את הסתירה בדבריו דאינו סתירה.

בעיקר סברת הרא"ש מצד אנפרות - יש לדון האם נאמר כאן גדר מסויים או דין בפי עצמו - ועיין בזה להלן [סימן ג'] מה שנתבאר בזה - שזה השורש של הדין "תקנת כותל".

**ביאור סברת לחלק בין תיקוני חצרות להרחקת נזיקין - אי איכא טענה שלא יתעצמו בדין.**

ונראה להוסיף סברא בעיקר החילוק בין תיקוני חצרות להרחקת נזיקין לגבי הך טענה של הרמב"ן דבעינן שלא יתעצמו בדין - דלכא' גם בתיקוני חצרות היה אפשר לומר שיש שופטים בארץ - ולמחר יתקנו שוב את הנזק - ונראה שהביאור בזה הוא כך.

שורש הטענה של תיקוני חצרות מתחיל כך:

כמו שבכל אדם שיש לו הוצאה ממונית בתוך נכסיו - ועושה תיקון לעצמו - כאן המהלך הוא שכעת הוא מתעסק לשנות את המצב - יש כאן מצב מקולקל והוא עושה שהמצב יהיה מצב תקין - ואין לו טוען ונטען עם עצמו להרחיק את הנזק מעצמו כמו בכל הרחקת נזיקין בין שנים - אלא שהוא מתעסק לעשות את המצב למצב תקין.

וזה ברור שמצב כזה - שכל כמה זמן חוזר הבעיה אינו מצב תקין ומושלם - ודווקא אי אין לו כסף אז הוא מוכן לוותר אבל מצד עצמו ודאי המצב אינו מצב תקין.

וממילא שה"ה כשהמצב הוא מצב כללי בין קבוצת אנשים - וכגון בעלי החצר שצריכים בית שער או שיירא שעמד עליהם לסטים - הרי גם כאן הנידון הוא איך עושים את המצב

למצב תקין - והסברא של תיקוני חצרות אומרת שבעיה משותפת שיש לה תיקון משותף - הממונות נופל על כולם ביחד - ומצב שהקבוצה יתעצמו בין כל כמה זמן והבעיה תחזור על עצמה אינו מצב תקין - ולכן ברור למה צריכים אבנים ולמה לא מהני להיות כונס לתוך שלו.

אולם אם מתעורר טוען ונטען בין שנים על הרחקת נזיקין - באותו רגע שהוא הרחיק הוא פטור - שקיים כל חיובו - ואם יתעורר הנידון מחדש אז "יש שופטים בארץ" וכמוכרח ממחיצת הכרם.

#### **ד' נפ"מ לדינא בין הרמב"ן לרא"ש.**

ונראה שיהיה כמה נפ"מ לדינא בין הרא"ש לרמב"ן - וכדלהלן:

א [נחלקו בהדי' בכונס בתוך שלו בהוצא ודפנא דלפי הרא"ש פטורים ולפי הרמב"ן חייבים].

ב [בב' גגות בב' צדי רשה"ר מבואר שכל אחד בונה חצי כותל - והרא"ש לשיטתו כתב בהדי' דכיון דלא בונים ביחד - לכן התם באמת סגי בהוצא ודפנא דליכא טענת אנפרות - אולם לפי הרמב"ן חייבים בכותל ממש מדין תיקוני חצרות].

אולם יש לעיין האם אפשר ללמוד שהמקרה הזה היא בעיה משותפת שיש לה תיקון משותף - דעיין בזה לעיל [סימן א' סוף פרק א] לגבי שיירא שצריכה שמירה מלסטים שהדין בזה שכולם חייבים כהדדי - והכא סו"ס הוי ליה ב' חצאי כתלים שונים - והיכן התירום המשותף - אולם עיין היטב מה שנתבאר שם - ונראה דשפיר מיקרי 'תיקון משותף' בזה שיהיה כותל ביניהם - חצי אצל כל אחד.

ג [בחלוקה שאחד קיבל חצר גדולה והשני חצר קטנה - הרי לפי הרא"ש דהוי מדיני נזקי שכנים יהיו חייבים חצי חצי ולפי הרמב"ן שזה דין מצד תיקוני החצרות הכא דומה לבית שער שזה נקבע כפי הבעלות שיש לכל אחד ואחד בחצר - ופלוגתא הרש"ש והנתה"מ מיתלי תלי בפלוגתא זו של הרמב"ן והרא"ש].

ד [יש להוסיף - דלעיל [סימן א] הבאנו דנחלקו הר"י מיגאש והאור זרוע בפלוגתא זו - ולפי מה שנתבאר הכא נחלקו נמי בכל הנך ג' נפ"מ - ובאמת שיש כאן נפ"מ רביעית - שהרי עיקר פלוגתתם היא האם יש מקום להקשות על המשנה כאן דבהיזק ראייה ליכא גירי דיליה - או רק בחלון וכדומה מקשים קושי' זו - והיינו דאי מצד תיקוני חצרות ליכא דין גירי דיליה ואי מצד הרחקת נזיקין יש דין גירי דיליה].

#### **דיירים שמתקנים קלקול משותף - ואחד רוצה לתקן לבד ברמה פחותה.**

יש לדון בבנין של כמה דיירים שרוצים לתקן קלקול מסויים - ויש כמה דרכים וכמה דרגות של התיקון - דלכא' צריכים לקבוע כפי מנהג המדינה - ויש לדון אם אחד יכול לומר שהוא יעשה את התיקון ברמה פחותה מהמנהג והכל יהיה על חשבוננו - וכפשוטו היה אפשר לומר שזו פלוגתא הרמב"ן והרא"ש - דדומה לכונס לתוך שלו בהוצא ודפנא.

אולם אחרי כל מה שנתבאר כאן הרא"ש יודה לרמב"ן דכך הדין - ששם אינו מדין הרחקת נזיקין - ודווקא הכא נחלקו דכאן חולקים אי מצד הרחקת נזיקין אי מצד תיקוני חצרות - אבל התם ודאי מדין תיקוני חצרות אתינן עלה - ופשוט.

#### **דן בזה לדרכם של האחרונים דהוי דין בחלוקה.**

איברא - דלפי מה שנתבאר לעיל [סימן א] מהגר"נ פרצוביץ זצ"ל [חי' ר' נחום ס"ק כ"ד ד"ה והנה הגרא"ז, ושיעורי ר' נחום ס' ג'] דלמד דלפי הך צד דחייב מצד "תיקוני חצירות" הרי דאינו כתיקוני חצירות בעלמא, אלא דהכא הגדר בזה הוא שיש לכא"א תביעה בתוך תביעת החלוקה שיהיה לו "חלק מתוקן", והבאנו שדקדק כן מדברי הטור [סי' קנ"ז]

דמשמע מדבריו שזה מדיני החלוקה מה שחולקים ע"י מחיצה שמונע היזק ראייה - והבאנו שגם האה"ז תלה בדין חלוקה [בסברא אחרת מהגר"נ] - ודלא כהאחרונים שדימו לשיירא שבאו עליהם לסטים.

ולפי"ז יתחדש דאדרבה - שהרמב"ן עצמו יודה לרא"ש בב' צידי רשה"ר דהתם באמת לא בעינן כותל - דהתם ליכא שותפות וליכא חלוקה - ונמצא שמודים זל"ז לעיקר הדין אבל מתרי טעמי, שהרא"ש ס"ל כן משום דליכא סברת 'אנפרות' - והרמב"ן ס"ל כן מדליכא דין תיקוני שותפין דמעולם לא היו שותפין.

עוד צריכים להוסיף - דלפי דרך זו יתחדש חידוש - דאף שהרמב"ן החמיר בכונס בתוך שלו והרא"ש מקל - אכן מצאנו גם לאידך גיסא - קולא לדעת הרמב"ן וחומרא לדעת הרא"ש - דבקנו זה אחר זה - ומעולם לא היתה ביניהם שותפות וחלוקה, דלפי הרמב"ן לא יהיה חיוב כותל וסגי בהוצא ודפנא - ולפי הרא"ש יהיה חיוב כותל באבנים - דמצד הלכות מזיק אכתי איכא דין הרחקת נזיקין גם בכה"ג - ודו"ק.

#### **מתמה בשיטת הרמ"א.**

אולם יש לעיין - הרי הרמ"א [סי' קנ"ז סעיף ד'] הביא את המחלוקת בין הנמו"י ורמב"ן דס"ל דאינו כונס לתוך שלו לרא"ש שס"ל שכונס לתוך שלו, ומאידך גיסא - לעיל מיניה בשו"ע [שם סעיף ג'] פסק המחבר דמשלמין חצי חצי תמיד, וזה צע"ג - דלמה לא הביא הרמ"א שלפי מה שנחלקו הרמב"ן והרא"ש בכונס לתוך שלו דנחלקו נמי בדין זה - וכנתבאר לעיל דפלוגתת הרש"ש והנתה"מ מיתלי תלי בפלוגתא זו - וצ"ע - וזה יבואר להלן [סוף סימן ג].

#### **ביאור בסברת הרא"ש למה חולק על הרמב"ן.**

יש לעיין - דאף אי סובר הרא"ש שיש כאן חיוב של הרחקת נזיקין אכן סו"ס יש כאן גם את הדין הכללי של תיקוני חצרות - ולמה מהני להיות כונס לתוך שלו.

והעירני תלמיד אחד ששיירא שרוצים לשלם עבור שומר - אף אם הדין הוא שחייבים להשתתף בשומר על רמה טובה כפי מנהג הדינה ולא בשומר גרוע - אכן אם אחד יביא לעצמו שומר גרוע - הרי אף דלא מהני כלפי החיובים שלו כלפי כולם - אכן סו"ס הרי הוא יצא מכלל השיירא לענין הצורך בשומר - ולא גרע מאחד בשיירא שאין לו ממון שצריך שמירה מגנבים דפשוט שהוא פטור - ויש לומר שזו שיטת הרא"ש.

ויש לומר שהרמב"ן חולק בכל זה - וסובר - שעד כמה שהוא כלול בתוך החסרון המשותף - אז הדין הוא שהוא צריך להשתתף בפתרון המשותף - ועדיין יש לדון בזה.



## סימן ג

### חידוש הרא"ש בדין מחילה בכותל, וחידוש הרא"ה בסמיכת קורות, ויסוד "חיוב כותל".

**פרק א במה שיש לתמוה על חידוש הרא"ש למה מהני מחילה בכותל** > דן בדברי הרא"ש, דלכא' יש לדמות את החיוב כותל לקרע כסותי ולא לחיוב כותל שפועל חייב לבעה"ב, דרק בזה יהני מחילה כיון שזה רק מחייב א', וזה דומה לחיוב מנה, משא"כ בניית כותל מצד היזק ראייה. > זכות תביעת בניית כותל - ומתמה בזה. > דן מצד תיקוני החצירות או מצד זכויות בחלוקה דבהנך ב' דרכים שפיר שייך מחילה, ומתמה שהרא"ש לשיטתו צ"ע. > ד' נפ"מ בין הצדדים - אי מצד הרחקת נזיקין אי מצד תיקוני חצרות. > מקשה עוד - דסו"ס לכו"ע איכא גם דינא דהרחקת היזק ראייה חוץ מהדין הנוסף מצד תיקוני החצירות או מצד זכויות בחלוקה. > מביא כמה סברות לבאר דע"כ צ"ל דבחיוב כותל ליכא חיוב של הרחקת נזיקין כלל, וכל החיוב אינו אלא מצד זכויות בחלוקה או מצד תיקון החצירות. > מתמה מגג סמוך לחצר וב' גגות בב' צדי רשה"ר דודאי דאיכא דין מחיצה של הוצא ודפנא - וכן מהדמיון של הרא"ש למחיצת הכרם. >

**פרק ב שיטת הרא"ש שתיקנו "חיוב כותל" מכח התביעה של 'אל תזיקני'.** > מבאר שתיקנו "חיוב כותל" מכח התביעה של 'אל תזיקני', ולא שבאמת יש חיוב הרחקת נזיקין והכותל הוא עצה בעלמא לזה - והפקיעו בזה את הדין הפשוט של הרחקת נזיקין ואעפ"כ מהני כונס לתוך שלו בהוצא ודפנא. > עיקר הטענה שאינו עושה מעותיו 'אנפרות' היא סיבת התקנת של כותל. > מקשה - דאף אי תיקנו "חיוב כותל", הא סו"ס סיבת החיוב מתחדשת תמיד, ואיך מהני מחילה - ומביא מהגרש"ק שהתביעה של מחר כלולה בתוך התביעה של היום. > מתמה - דסו"ס ה'אל תזיקני' מתחדש כל רגע - והמחר מחייב את המחר בלי המחייב של היום. > מבאר - שאף אי נפל הכותל וחייבים לבנות שוב - אכן אין כאן טענה חדשה אלא המשך לטענה הראשונה. > דרך נוספת בעיקר דברי הרא"ש. >

**פרק ג הרחבה באחרונים ביסוד חיובא דכותל.** > מבאר למה תקנת כותל אינו בפרק לא יחפור - לפי הראשונים שזה מדין הרחקת נזיקין. > עיקר חידוש זה מוכרח ממה דמשלם לו אח"כ היכא דא' בנאו לבד. > מביא את שיטת הרא"ה שיכול לתבוע השתמשות בכותל לקורותיו. > הוספה - שכו"ע מודי דאיכא טענה לסמיכת קורות. > מבאר בזה נמי את שיטת הרמב"ן דבעינן כותל בלי התעצמות בדין.

## פרק א

### במה שיש לתמוה על חידוש הרא"ש למה מהני מחילה בכותל

**דן בדברי הרא"ש, דלכא' יש לדמות את החיוב כותל לקרע כסותי ולא לחיוב כותל שפועל חייב לבעה"ב, דרק בזה יהני מחילה כיון שזה רק מחייב א', וזה דומה לחיוב מנה, משא"כ בניית כותל מצד היזק ראייה.**

כתב הרא"ש [סי' ב'] דיכול למחול על החיוב בנין כותל, והקשה דמ"ש מקרע כסותי דיכול לחזור בו, ותי' הרא"ש דדומה למחילת מנה דאחרי שמחל דכבר ליכא חיוב נוסף, וכ"ה בעליות דרבינו יונה [להלן ג']. עלה בידנו].

אולם צ"ב, דמ"ש קריעת כסותי דחוזר בו מחיוב מנה שאינו חוזר בו, וצ"ל דבחיוב מנה איכא חיוב חדא ומחייב חדא - והיינו מעשה הלואה או מעשה גזלה או מעשה מזיק - ואחרי שמחלו הרי נפטר מכל החיוב, אבל קרע כסותי אינו מחילה, אלא שנותן רשות להזיק, וה"נתינת רשות" צריכה להמשיך לעולם עד שיקרע את הבגד - הלכך שפיר יכול לחזור בו, והיינו משום שכיון שבעלותו בחפץ [שזה הסיבה שא"י לקרוע] ממשיכה בחפץ, א"כ ה"ה ד"הנתינת רשות" צריכה להמשיך כל רגע ורגע שבעלותו ממשיכה, ושפיר מצי חוזר בו שמכאן ולהבא כבר לא תועיל הנתינת רשות, וכן חילק בקובש"ע [ריש ב"ב].

זאת ועוד, כשחייב מנה לחבירו מוחלו ומסלק בזה את כל תביעתו, אבל בקרע כסותי אין בו תביעת ממון שתחול בה המחילה, כן הוסיף הגר"ב דצ"ל בברכ"ש [סי' א' בהגה"ה א'].

ומעתה בנד"ד איכא תרתי, דמצד א' דומה לקרע כסותי שהחיוב מתחדש כל רגע - וצריך מחילה כל רגע, דכל רגע ורגע של היזק ראייה היא סיבה בפני עצמה לחיוב כותל - וכשמוחלו הרי זה כבנה כותל, וכשחוזר בו הרי זה כנפל הכותל - וכן הק' בקובש"ע.

ועוד תמה בזה הברכ"ש, דדומה לקרע כסותי שאין כאן תביעה על מעשה הלואה או גזילה, אלא שתמיד הוא לא נותן לו רשות להזיקו בהיזק ראייה, והמחילה היא רק נתינת רשות - ושפיר מצי לחזור בו, ולכא' הדמיון לקרע כסותי בקושי' הרא"ש הוא נכון<sup>10</sup>.

### זכות תביעת בניית כותל - ומתמה בזה.

וכשנדקדק בדברי הרא"ש נראה דבקושי' למד שהמחייב מתחיל מ"אל תזיקני בהיזק ראייה" ולכן זה באמת דומה לקרע כסותי, דהמחייב מתחיל שלא להזיקני ובזה דומה לתביעה לא לקרוע כסותי, אכן בתירוץ חזר מזה הרא"ש, וכתב דהתביעה היא "תביעת כותל" ולכן כבר דומה למנה, וא"ש השו"ט ברא"ש.

ביאור הדברים:

זה ודאי שכשפועל חייב להעמיד כותל לבעה"ב, אז שפיר שייך ע"ז מחילה כמו בחיוב מנה לחבירו, וזהו כוונת הרא"ש בתירוץ, דכאן הוא חייב לחבירו "כותל".

אולם הא גופא קשה, דכשפועל חייב כותל, הרי זהו עצם חיובו, אבל כששותף חייב לחבירו כותל, הרי יסוד התביעה היא תביעת "אל תזיקני" והכותל הוא רק היכי תמצי להרחקה, ולכן אם הוא רוצה לסלק את התביעה אז א"א ע"י מחילת כותל, דצריך למחול על ההיזק ראייה והיינו על עיקר התביעת "אל תזיקני", והנתינת רשות להזיקו צריכה להמשיך כל רגע ורגע, ושפיר יכול לחזור בו, ואכתי דומה לקרע כסותי, וצ"ע.

### דן מצד תיקוני החצירות או מצד זכויות בחלוקה דבהנך ב' דרכים שפיר שייך מחילה, ומתמה שהרא"ש לשיטתו צ"ע.

והנה לעיל [סימן א] הבאנו חקירה בעיקר החיוב כותל - דאף דכפשוטו יש לומר דהוי כותל מצד הרחקת נזיקין דהיזק ראייה - אכן האחרונים צידדו לומר שאינו כן - ופירשו את הדברים בב' אופנים.

א] חיובא דכותל אינו מצד הרחקת נזיקין דהיזק ראייה, אלא מצד תיקוני החצירות כסוגי' דבית שער - וכן הדין בשיירא שעמדו עליהם לסטים שצריכים כולם להשתתף בהוצאות של השומר, ואי נימא כן א"ש דברי הרא"ש דלהכי שפיר שייך בזה מחילה דמוחל על זכותו בתיקוני החצירות, וא"ש, ודו"ק.

ב] עוד צידדו לומר דאינו ממש ככל תיקוני חצרות כבית שער - דסו"ס אינם שותפין דכבר חילקו - אלא דהוי מהזכויות של החלוקה עצמה להעמיד חלקים שאין בהם היזק ראייה - ואי הוי מהזכויות של החלוקה - אז שפיר שייך מחילה, וא"ש, ודו"ק.

איברא דסו"ס תמוה - דלעיל [סימן ב] הבאנו את פלוגתת הרמב"ן והרא"ש בכונס בתוך שלו בהוצא ודפנא - ומבואר ברא"ש דמדמי למחיצת הכרם דליכא טענה שמא יפול - ומזה מוכרח שהרא"ש עצמו למד שכותל דמתנ' מצד הרחקת נזיקין דהיזק ראייה - כמו במחיצת הכרם - ודו"ק - ולשיטתו הדרא קושי' לדוכתא.

### ד' נפ"מ בין הצדדים - אי מצד הרחקת נזיקין אי מצד תיקוני חצרות.

ונחדד את הדברים - לעיל [סימן ב'] הבאנו כמה נפ"מ אי הכותל הוא מצד תיקוני חצרות או מצד הרחקת נזיקין.

א] נפ"מ אי מצי כונס לתוך שלו.

ב] נפ"מ בב' גגות בב' צדי רשה"ר.

<sup>10</sup> ע' קובש"ע [ס"ק א] שכתב דמחילה מהני כאילו התקבלתי, ויש לעיין דאולי כ"ז בתנאים, שהמציאות של "נתינת מנה" והמציאות של "אי - נתינת מנה" שוין - דאפוכי מטרותא למה לי [דגם אי היה נותן היה מחזיר] ומה ששתי המציאויות דומין זל"ז סגי להחשב קיום תנאי, ודו"ק, אבל למחול חיוב של "ממוני גבך" לא מהני סברא זו, ועוד תמוה, דלפי הקובש"ע חסר בלשון הרא"ש את עיקר התירוץ, ויש לדחות.

ג] נפ"מ אי צריכים להשקיע בכותל כפי גודל הבעלות שיש לו בחצר [רש"ש ונתה"מ].  
 ד] כעת זכינו לנפ"מ רביעית - אי חשיב כקרע כסותי או לא - וממילא אי מהני מחילה או לא - ומעתה תמוה שיטת הרא"ש - דלשיטתו למה מהני מחילה - דלמה מיקרי חיוב כותל.

**מקשה עוד - דסו"ס לכו"ע איכא גמ דינא דהרחקת היזק ראייה חוץ מהדין הנוסף מצד תיקוני החצירות או מצד זכויות בחלוקה.**

ותירא מזה - דבאמת איכא כאן קושי' אלימתא, הרי כל הנידון לעיל אי מצד תיקוני החצירות או מצד זכויות החלוקה אתינן עלה, כל זה אינו אלא כלפי החיוב הנוסף למה בעינן דווקא כותל אבנים כמנהג המדינה ולמה לא סגי בהוצא ודפנה, אבל ודאי דעיקר החיוב של הוצא ודפנא ודאי שחייב בו - והיינו מצד הרחקת נזיקין - וצ"ע.

והיינו, דשני דינים נאמרו בהך כותל, דחוץ מהדין הרחקה הפשוטה של היזק ראייה שמצאנו כבר בכל שני שכנים, בנוסף לזה איכא נמי חיוב כותל גמור כמנהג המדינה - ודווקא התוספת הזו היא מצד תיקוני החצירות או מצד זכויות החלוקה, ומעתה קשה - דבעיקר החיוב הרחקת נזיקין על המחיצה של הוצא ודפנא לא מהני מחילה, ותמוהין דברי הרא"ש דפוטר לגמרי - וצ"ע.

**מביא כמה סברות לבאר דע"כ צ"ל דבחיוב כותל ליכא חיוב של הרחקת נזיקין כלל, וכל החיוב אינו אלא מצד זכויות בחלוקה או מצד תיקון החצירות.**

ובביאור שי' הרא"ש צריכים להקדים דע"כ דבחיובא דכותל לא אתינן עלה כלל מצד דיני הרחקת נזיקין דעלמא כמו בכל פרק לא יחפור, דהכא שאני דליכא מחייב כז כלל, ויש בזה כמה סברות באחרונים - וכדיבואר.

א] י"ל דבכל פרק לא יחפור רבנן הפכו תשמישין רגילים [בור אילן סיד גפת וסולם] למזיק, והיינו דאחרי שהחילו בהם חלות דין מזיק אז בזה הם כבר חייבוהו בהרחקה, וממילא די"ל א"כ דבב' חצירות שפתוחות זל"ז הכא אין כאן תשמיש המזיק, רק עצם המציאות של השכנות והמצב ביניהם ממילא גורם נזק דראיה, וי"ל דלא שייך ע"ז פרשת הרחקת נזיקין דפרק לא יחפור, וחידוש זה למדתי מדברי האבי עזרי - עיין בהערה <sup>11</sup>.

ב] הגרש"ש <sup>12</sup> ביאר בזה דסיד ובור וכדו', התם העשן או הבל או לחות או חום או ריח שחודר לתוך של חבירו מהתשמישין שלו, אבל בהיזק ראייה לא חודר כלום אליו, והיינו דאף דכל המזיקין דפרק לא יחפור אכתי מיקרי דעושה בתוך שלו, ולכן אינם בכלל הד' אבות, וכדיבארנו בריש דברינו, והיינו דהסיד והתנור נשארים אצלו בשעת ההיזק ובשעה שהוא משתמש בו, אכן אכתי אנו רואים שהנזק חודר מהם לתוך של חבירו, לא כן בהיזק ראייה, הלכך אין בו דיני הרחקה כמו כל הרחקת נזיקין.

ג] יש סברא נוספת - מובא באהא"ז [שכנים] ובחידושי ר' ראובן [סי' א' ס"ק ג'] דשאני היזק ראייה דיכול לומר לו שלא יסתכל, וזה דלא ככל המזיקין שממילא מזיקין, אולם דבריהם הם נגד הרמב"ן [נ"ט] והרא"ש [כאן] שכתבו בהדי' דא"א להשמר מלהסתכל.

<sup>11</sup> דיעויין באבי עזרי [מהדו"ק שכנים ג'- ג'] דכתב שם דחלון הוא תשמיש המזיק בהיזק ראייה, ושפיר שייך ע"ז דיני הרחקה, ובוזר מבאר את דברי הר"י מיגא"ש [להלן ו'] דמק' על חלון דלמה א"צ הנזק להרחיק, ותי' דהוי גירי דיליה, והק' דהו"ל להק' כן כבר בתחילת המסכתא בחיובא דכותל, וע"כ דשאני חלון מב' חצרות פתוחות דהכא ליכא לא יחפור - וע"ע להלן [סימן ד].

<sup>12</sup> חידושו [סי' א' סוס"ק ג' - ד"ה ועפ"ז יש לבאר, וד"ה ולפי"ז אפשר לומר] - וכ"ה בחידושי ר' שמואל [ריש סימן א] בשמו.

ואחרי כל הסברות הנ"ל מובן שתקנת כותל אינו כשאר הרחקת נזיקין בעלמא, אלא דכל החיוב מתחילתו אינו אלא מצד הזכויות בחלוקה - או כדרכם של האחרונים דהוי מצד תיקון החצירות - ושפיר מהני מחילה על הנך זכויות שאין כאן היזק ראייה כלל.

**מתמה מגג סמוך לחצר וב' גגות בב' צדי רשה"ר דודאי דאיכא דין מחיצה של הוצא ודפנא - וכן מהדמיון של הרא"ש למחיצת הכרם.**

אולם יש לעיין דא"כ למה בגג סמוך לחצר איכא דין הרחקה במחיצה בעלמא [וכמבואר בעמוד ב] - הרי התם ליתא להנך תרי דינים, לא את הדין של בית שער מצד תיקוני החצרות - ולא את הזכויות של חלוקה - וע"כ דהתם נאמרו דיני הרחקת נזיקין בלי שייכות לחיוב כותל, וזה קשה לכל הדרכים דלעיל - עיין בהערה <sup>13</sup> - וכבר עמד בזה בחידושי הגרא"ל מאלין זצ"ל [סי' צ"ד ס"ק ב'] עיי"ש היטב.

ויתירא מזה - הרי מפורש ברא"ש דגם בב' גגות בב' צדי רשה"ר דודאי דאיכא בזה דין מחיצה של הוצא ודפנא - וכדהבאנו לעיל [סימן ב'] בשיטת הרא"ש - דלדעתו - כל דליכא טענת 'עושה מעותיו אנפרות' שפיר מצי בונה בהוצא דפנא - ומוכרח שיש ב' דינים, דתמיד חייבים מצד הרחקת נזיקין בהוצא ודפנא אבל בכותל של חלוקת השותפין יש דין נוסף של כותל - וא"כ למה איכא דין מחילה על הכל.

ועוד - דודאי דאיכא חיוב הרחקת נזיקין לשיטת הרא"ש וכדהוכחנו לעיל ממה דמדמה למחיצת הכרם - וזו שיטת הרא"ש דחולק על הרמב"ן דלכן אין לכנוס לתוך שלו.

וע"כ דנצטרך לומר דאיכא תרי דינים בחיוב זה - גם מצד הרחקת נזיקין וזה סגי בהוצא ודפנא - וגם מצד תקנת השותפין [לפי הרמב"ן] שזה מחייבו בכותל אבנים - ולפי הרא"ש הדין נוסף שמחייבו באבנים - היינו שלא יעשה מעותיו אנפרות - אבל עיקר המחייב של הוצא ודפנא מצד הרחקת נזיקין עדיין קיים - ומעתה - איך מהני מחילה בדין של הרחקת נזיקין - הרי זה דין של קרע כסותי - וצ"ע.

## פרק ב

### שיטת הרא"ש שתיקנו "חיוב כותל"

#### מכח התביעה של 'אל תזיקני'.

**מבאר שתיקנו "חיוב כותל" מכח התביעה של 'אל תזיקני', ולא שבאמת יש חיוב הרחקת נזיקין והכותל הוא עצה בעלמא לזה - והפקיעו בזה את הדין הפשוט של הרחקת נזיקין ואעפ"כ מהני כונס לתוך שלו בהוצא ודפנא.**  
ונקדים ליישב עיקר הקושי - הקשינו כך:

הרי לפי הרא"ש אינו כותל מצד תיקוני חצרות אלא מצד הרחקת נזיקין - וע"כ דעיקר התביעה היא 'אל תזיקני' והכותל אינו אלא בגדר היכי תימצי להרחקה - ולמה לא מיקרי קרע כסותי - ומה שייך לומר שיש כאן חיוב ממון של חיוב כותל לחבירו - וזו תקנת חכמים - הא דווקא בדין תיקוני חצרות שייך לומר כן ולא בדין הרחקת נזיקין.

וביארנו האחרונים שכתוב כאן חידוש ברא"ש - שבאמת יש כאן חוב של ממון - שחייב לו כותל כמו פועל - וזו היתה התקנה - ואינו חיוב סילוק היזק ראייה - והתביעה כאן שונה מכל פרק לא יחפור - דבכל פרק לא יחפור - הרי התביעה העיקרית של כל פק לא יחפור הוא "אל תזיקני" - אלא שנתנו גדרים לתביעה - והיינו שמה יכולים לתבוע מכח תביעה זו - ובדרך כלל המהלך הוא שמכח התביעה העיקרית של 'אל תזיקני' זיכו אותו בתביעה של

<sup>13</sup> והיינו דלדרכו של האבי עזרי קשה דדוקא בחלון שזה תשמיש מיוחד איכא היזק ראייה - דהרי הכא ליכא תשמיש המיוחד שנוכל להגדירו כמזיק, וצ"ע - וקשה נמי לשאר הדרכים [הגרש"ש"ק והאהא"ז].

הרחקת נזיקין - אכן הכא מכח התביעה של 'אל תזיקני' זיכו אותו בתביעה ממונית של כותל.

והיינו מכח זכותו לתבוע 'אל תזיקני' תיקנו לו זכות לתבוע כותל - וממילא דאי מחיל לחיוב כותל שוב פטור מכל התביעה שהרי זו זכותו מכח התביעה של 'אל תזיקני' - ועיקר התביעה של 'אל תזיקני' לא מחייב כלום בלי הגדרים שקבעו חז"ל מכח הך תביעה.

ואין לומר שכאן התביעה היא תביעת כותל בלי התביעה העיקרית של 'אל תזיקני' - דא"כ מה יהני מה שיהיה כונס לתוך שלו בהוצא ודפנא - הא סו"ס תיקנו חיוב כותל - וכמו שפועל שחייב כותל לא יכול לעשות הוצא ודפנא גם הוא לא יכול - וע"כ שהמהלך בזה הוא שאם הוא כונס לתוך שלו בהוצא ודפנא מהני כיון שבזה הסתלקה עיקר זכותו לתבוע 'אל תזיקני' - שהרי הוא כבר לא מזיק אותו - וכיון שסדר התביעה על כותל הוא שדווקא מכח זכותו לתבוע 'אל תזיקני' הוא דתיקנו לו זכות לתבוע 'כותל' - א"כ אי נפל תחילת התביעה שוב נפל סוף התביעה - נפל היסוד נפל הבנין - ודו"ק.

ועייין בחידושי הגרא"ל מאלין זצ"ל [סי' צ"ד ס"ק ב' וג'] שכתב - שאחרי שזה 'חיוב כותל', שוב י"ל דא"צ לכל התירוצים של האחרונים לבאר למה ליכא טענת היזק ראייה בתורת הרחקת נזיקין, דאדרבה, דאף אי נימא דאיכא מזיק של היזק ראייה מצד פרק לא יחפור - וזה מחייב הרחקת נזיקין - אכן כיון דכל דיני הרחקת נזיקין הם מדרבנן בפרק לא יחפור - א"כ הכא בכותל של ב' שכנים חייבו חכמים 'תקנת כותל' במקום החיוב הכללי של לא יחפור של הרחקת נזיקין.

ונחיד את הדברים עוד - 'אל תזיקני' תמיד מחייב הרחקת נזיקין והכותל הוא היכי תימצי בהרחקה - וכאן הפקיעו חכמים את החיוב הרחקת נזיקין מכח התביעה של 'אל תזיקני' ובמקומו חייבו חיוב כותל - הרי ממילא כל ההרחקות הם מדרבנן, וחייבוהו בכותל והפקיעו חיוב הרחקה, ודו"ק.

שאלנו שאלה - הרי מלבד הדין של כותל יש דין הרחקת נזיקין - וזה מחייב עכ"פ הוצא ודפנא - וחיוב הוצא ודפנא אינו חיוב ממון אלא חיוב הרחקת נזיקין - ולהיכן נעלם חיוב זה במחילה - הרי כלפי זה איכא חיוב חדש כל רגע ולמה לא מיקרי קרע כסותי - והתשובה היא שאה"נ - אלא דחכמים הפקיעו את החיוב של הרחקת נזיקין וממילא דליכא מחייב של הוצא ודפנא - ואעפ"כ אי כנס בהוצא ודפנא מהני כיון דאז מסתלקת תחילת התביעה של 'אל תזיקני' - כן הבנתי מדברי הגרא"ל מאלין זצ"ל - ועיין היטב בשיעורי רבי שמואל [עמוד טו ועמוד כא] שנתעורר בכעין זה - דסו"ס איכא בזה ב' דינים - וכנראה זה המהלך.

### **עיקר הטענה שאינו עושה מעותיו 'אנפרות' היא סיבת התקנת של כותל.**

אולם הרבה יש לתמוה בעיקר המהלך בזה - ונבאר את הדברים דבר דבור על אופניו: הרי מבואר ברא"ש [סימן ה'] שלעולם היה סגי לן בהוצא ודפנא לולי הטענה שאינו רוצה להשתתף כל יום בהוצאות ועושה מעותיו 'אנפרות', ומשמע שזה לא חיוב חדש שחייב לו 'כותל' - אלא שיש לו טענה צדדית - וצ"ל דאדרבה - דברי הרא"ש משלימים זה את זה - דמחמת הטענה של 'אנפרות' נתחדש גדר חדש ותקנה חדשה של חיוב כותל במקום התקנה הרגילה של הרחקת נזיקין ע"י הוצא ודפנא - ולכן במקום שאין טענת אנפרות - וכגון בב' גגות בב' צדי רשה"ר - הכא ליכא טענת אנפרות והכא דהרא דהוצא ודפנא.

ביאור הדברים - דבאמת הטענה של אנפרות אינה טענה נכונה - שהרי כיון שבכל הרחקת נזיקין הכלל בזה הוא דסגי לן בהוצא ודפנא שהרי 'יש שופטים בארץ' - וכדהוכיח הרא"ש - א"כ מה אכפת לן טענתו שהוא רוצה כותל אבנים מחמת טענת אנפרות - הרי עיקר החיוב של הרחקת נזיקין לא מחייב הוצאה כזו - וע"כ שהטענה של אנפרות בא בתור מהלך לחדש גדר חדש - שהרי כיון שהדין הרחקת נזיקין הרגיל יגרום לטענת אנפרות -

הלכך היו צריכים לחדש גדר חדש - שכאן באמת ליכא דין רגיל של הרחקת נזיקין - אלא תקנת כותל.

ועדיין צ"ב - ובהמשך יבואר הגדר בזה - דהאיך מהני מה ששינו את עיקר הגדר בתקנה זו - הא סו"ס עיקר התביעה לא דורשת יותר מהוצא ודפנא - ויבואר.

ויתירא מזה - הרי אכתי קשה - דלמה הפקיעו את הדין הרגיל - הרי היה להם להוסיף דין נוסף של חיוב כותל בלי להפקיע את הדין הרגיל - הרי ממילא הדין הרחקת נזיקין של הוצא ודפנא קיימת בכל האופנים שאין טענה אנפרות - וא"כ בדאיכא טענת אנפרות אכתי יכלו להוסיף תביעה נוספת של חיוב כותל - אבל למה היו צריכים להפקיע את הדין הרגיל - ואי לא היו מפקיעים אז באמת לא היה מהני מחילה על הדין הרגיל - וצ"ע - ולהלן יבואר - ועיין עוד להלן [סימן ד] דרך חדשה ברא"ש ליישב קושי' זו.

**מקשה - דאף אי תיקנו "חיוב כותל", הא סו"ס סיבת החיוב מתחדשת תמיד, ואיך מהני מחילה - ומביא מהגרשש"ק שהתביעה של מחר כלולה בתוך התביעה של היום.**

אולם אכתי ק', דאף שיש חיוב ששייך בו מחילה ובנקודה זו כבר לא דומה לקרע כסותי ולמחיצת הכרם, אכן כיון דסיבת המחייב בחיוב כותל היא 'אל תזיקני' - והרי הטענה של 'אל תזיקני' היא טענה שמתחדשת כל רגע, א"כ שוב לא יהני מחילה כלפי הסיבה של מחר, דכיון דהמצב של שכנות והיזק ראייה מתחדש תמיד, כמו"כ לא יהני מחילה.

ועיין בזה בחידושי הגרשש"ק [סימן ב - במהדור' שנפמ"ח] שעמד בזה ופירש שעל כל המצב של שכנות שיהיה כאן תיקנו חיוב א' ע"י כותל גם ביחס לחיוב של מחר, ואחרי שמחלו מחל את הכל.

והביא בזה את הדין מחילת כתובת אשה דמהני מחילתה, והקשה - שכמו שהאישות הקודמת גורמת להחייב כמו כן גם האישות דאח"כ גורמת לחיוב הכתובה, ומ"מ מהני מחילה<sup>14</sup> - וקשה כנ"ל - וביאר דודאי דכיון דמה דאיכא מעיקרא שעבוד כתובה הוא משום קנין האישות בכלל, דכל קנין אישות הוא קנין עולמי כמו שכתב הר"ן בנדרים [כ"ט], וכל הקנין הזה בתור 'יחידה אחת' גורם לשעבוד הכתובה, ונמצא דגם עכשיו דיש לה שעבוד הוא גם כן מצד האישות של אח"כ, וכיון שמוחלת עכשיו הרי מחלה גם את הסיבה שמחייבת שתבוא אח"כ, ולא שייך כאן ענין מחילה בדבר שלב"ל, דהסיבה האחרונה אינה מחודשת שתתחדש אח"כ.

וע"ד זה ביאר הכא במחילת שעבוד הכותל, וז"ל: "כיון דמה שעשו חז"ל שעבוד לאחד על השני לבנין הכותל אינו כי אם משום הרחקת ההיזק בעתיד, כדי שיוכלו להשתמש בחצר בלא היזק ראייה גם בעתיד הרחוק, ואם כן כבר יש לכל אחד מעכשיו זכות שעבוד גם משום הסיבה האחרונה שתבוא אחרי המחילה, וכיון שהיה לו כבר זכות שעבוד זה ומחל, שוב אי אפשר שיתחדש מחדש שעבוד על בנין הכותל דגם שעבוד זה היה קודם וכבר נמחל, וזה ברור", עכ"ל.

ונוסיף על דבריו - הרי מחמת טענת 'אנפרות' חידשו חז"ל חיוב כותל וזה כולל את המחר - דאל"כ איזה סיבה יש לו לתבוע כותל - הרי להרחקת נזיקין של היזק ראייה סגי לן בהוצא ודפנא - וע"כ שהרחיבו את התביעה של 'אל תזיקני' - שהוא לא תובע את ה'אל תזיקני' של היום אלא ה'אל תזיקני' של מחר - [ואף דתמיד איכא טענה שיש שופטים בארץ אכן הכא איכא טענה שמעותיו יהיו אנפרות] והיינו שה'אל תזיקני' של מחר כלול ב'אל תזיקני' של היום - והרי מחל על התביעה של 'אל תזיקני' - ובטלה כל תביעתו.

<sup>14</sup> רק דאיכא למ"ד דבסוף ביאה אינה מוחלת מטעם אחר, ובכתבה לו התקבלתי מהני לכו"ע.

**מתמה - דסו"ס ה'אל תזיקני' מתחדש כל רגע - והמחר מחייב את המחר בלי המחייב של היום.**

אולם אכתי קשה - דסו"ס כל יום ויום סגי להיות מחייב בפנ"ע, שה'אל תזיקני' של מחר ושל השנה הבאה ושנה לאחריה לא גרע מה'אל תזיקני' של עכשיו, וגם הוא מחייב על עוד כמה שנים שלאחריו - ובקצרה - אף שהיום צריך את המחר - אבל המחר לא צריך את היום.

הרי המחר יכול לחדש תביעה חדשה אע"ג שהמחר כבר חייב היום - הרי המחר מחייב בב' אופנים, א' בתור חלק מהחיוב של היום, ב' גם בתור חיוב של מחר - שזה יכול כלול כמה שנים אח"כ.

הרי פשוט שאם הוא יסתור את הכותל אח"כ - הרי פשוט שיחזור החיוב כותל - ואי חלקו את השותפות בתור גוים [שפטורים מתקנת חכמים] ושוב נתגירו - הרי החיוב יתחיל מהרגע שנתגירו, וע"כ שזה חיוב שמתחדש כל רגע.

ונחיד את הדברים עוד - דמה קורה כשהוא מוחל - הרי אף אי נימא דתיקנו חז"ל חיוב א' לכל השנים כהדדי, וכעת חייבים בכותל א' עבור כל השנים כהדדי, א"כ - עד כמה שכבר חייבים כותל מצד עכשיו שפיר חיילא המחילה כלפי המחר, אבל עד כמה שהחיוב כותל של מחר הוא מחמת ה'אל תזיקני' של מחר - א"כ ע"כ דכלפי זה אין כאן מחילה - ואין כאן יותר מנתינת רשות לא לבנות ובגדר קרע כסותי, וכלפי החלק הזה של המחייב ליכא מחילה.

**מבאר - שאף אי נפל הכותל וחייבים לבנות שוב - אכן אין כאן טענה חדשה אלא המשך לטענה הראשונה.**

ונראה כך - שאלנו שאלה - הרי מלבד הדין של כותל יש גם דין הרחקת נזיקין - וזה מחייב עכ"פ הוצא ודפנא - וחיוב הוצא ודפנא אינו חיוב ממון אלא חיוב הרחקת נזיקין - ולהיכן נעלם חיוב זה במחילתו - הרי כלפי זה איכא חיוב חדש כל רגע ולמה לא מיקרי קרע כסותי - והבאנו את התשובה של הגרא"ל מאלין זצ"ל - שאה"נ - אלא דחכמים הפקיעו את החיוב של הרחקת נזיקין וממילא דליכא מחייב של הוצא ודפנא - ואעפ"כ אי כנס בהוצא ודפנא מהני כיון דאז מסתלקת תחילת התביעה של 'אל תזיקני' - ושאלנו דלמה היו צריכים להפקיע את הדין הזה.

עוד שאלנו - דלמה מחמת טענת אנפרות הוא יכול לתבוע יותר מהוצא ודפנא - הא סו"ס עיקר הטענה היא הרחקת נזיקין וזה סגי בהוצא ודפנא ומה המהלך בזה לשנות את גדר התקנה.

ונראה שהתהליך בכל הנ"ל היה כך:

התביעה העיקרית של 'אל תזיקני' בפרק לא יחפור באמת לא מחייבת יותר מהוצא ודפנא - אולם הכא חידשו שהתביעה של אל תזיקני היא תביעה אריכתא מתמשכת - והיינו שכללו את כל הטענות של 'אל תזיקני' כהדדי לעשותם לתביעה אחת - וממילא דכבר ליכא טענה עצמאית של 'אל תזיקני' על היום בלי המחר.

רק בדרך זו של תביעה מתמשכת שכוללת גם את המחר - בזה ניתן לזכותו בתביעת כותל - שהרי בלי התביעה גם על מחר אין באמת סיבה לכותל שהרי יש שופטים בארץ.

הרי לנו - שכדי להגיע לתקנת כותל היו צריכים לשנות את עיקר התביעה של 'אל תזיקני' לעשותו לתביעה מתמשכת - המחר עם היום והיום עם המחר - ונתחדש בזה - שאף אי נפל הכותל - אכתי חייבים לבנות שוב - אלא דבזה אין 'טענה חדשה' של 'אל תזיקני' אלא

'המשך' לטענה הראשונה של 'אל תזיקני' - והיינו שהוא ממשיך לטעון את האתמול היום - וממילא שאי מחל את האתמול כבר בטלה כל המשך התביעה.

טענת אנפרות היא סיבה בעלמא לחייבו בכותל - אכן סו"ס א"א לזכותו בתביעה של כותל של אבנים אי שורש התביעה שלו הוא 'אל תזיקני' עכשיו - כמו בכל פרק לא יחפור - וע"כ שטענת אנפרות כאן היא סיבה להרחיב את עיקר הטענה של אל תזיקני - וכעת זה שונה מכל לא יחפור - שזו תביעה מתמשכת שכוללת את כל המצב שהם ביחד.

בזה מובן עיקר סברת הגרא"ל מאלין למה הפקיעו את התביעה הרגילה של הרחקת נזיקין שמחייבת הוצא ודפנא - הרי סגי להו להוסיף חיוב ולמה היו צריכים להפקיע את החיוב הרגיל.

אלא דהן הן הדברים - אין כאן תוספת בעלמא אלא שינוי גדר בעיקר ה'אל תזיקני' - ובגדר החדש שזה אל תזיקני מתמשך - בזה באמת ליכא תביעה על הוצא ודפנא כלל - רק תביעת כותל - והרי כדי להפקיע את התביעה של 'אל תזיקני' של כל יום ויום בפני עצמו כללו את כל התביעות לתביעה אחת, ורק בדרך זו נהיה כאן תקנת כותל.

### עדיין צ"ע.

סו"ס עדיין צ"ע - דהאיך שייך לעקור את התביעה של 'אל תזיקני' של מחר - ולהגדיר אותה כהמשך של התביעה של היום - הא סו"ס לפי האמת אין שום נפ"מ כלל וכלל בין היום ולמחר - והמחר לא גרע כלל מהיום - והאיך יתעלם סיבת התביעה הזו של מחר ויהיה מיתלי תלי בחיוב של היום דאהני בה מחילה - ואכתי צ"ע.

### דרך נוספת בעיקר דברי הרא"ש.

אולם עיין להלן [סימן ד] שהבאנו דרך נוספת בעיקר דברי הרא"ש - קרוב לדרך הנ"ל - אלא שיש בזה כמה נפ"מ לדינא - וכדיבואר.

## פרק ג

### הרחבה באחרונים

### ביסוד חיובא דכותל.

**מבאר למה תקנת כותל אינו בפרק לא יחפור - לפי הראשונים שזה מדין הרחקת נזיקין.**

לעיל [סימן א] הבאנו שהאחרונים הוכיחו - דמדהביאו לדין כותל הכא בפירקין ולא בפרק לא יחפור, דמזה היה משמע דמדין תיקוני החצירות הוא ולא מדין הרחקת נזיקין הוא, ומעתה הדרא קושי' זו לדרכם של הפוסקים והנחה"מ - דמדין הרחקת נזיקין הוא, דא"כ למה מקומו הכא, ולא להלן בפרק לא יחפור.

ולפי מה שנתבאר הכא א"ש - הרי מצד אחד מוכרח שהרא"ש למד שזה מצד פרק לא יחפור - שהרי הרא"ש מדמה למחיצת הכרם - ומוכרח דמצד הרחקת נזיקין אתינן עלה - ואעפ"כ מוכרח שאין זה סוף דינא דתביעה זו - דאף דתחילת התביעה היא מצד פרק לא יחפור - והיינו מצד 'אל תזיקני' - ולכן באמת מהני להיות כונס לתוך שלו - ואינו תיקוני חצרות כשיטת הרמב"ן - אולם מחמת אנפרות נהיה כבר לתקנת כותל - ונתבאר שמחמת זה כבר השתנה עיקר התביעה של 'אל תזיקני' - ולכן הוא יכול לחייב כותל - וא"ש נמי למה אין מקומו בפרק לא יחפור אלא בפרק השותפין שזו כבר הלכה בפני עצמה בשכנים שבונים ביחד כותל - וזה כבר 'חובת כותל' - וזה שונה מכל פרק לא יחפור.



### עיקר חידוש זה מוכרח ממה דמשלם לו אח"כ היכא דא' בנאו לבד.

בעיקר יסוד זה מצאנו הרחבה באחרונים שהוכיחו כן - ויעויין בברכ"ש [סי' א'] ובאבי עזרי [שכנים מהדו"ק פ"א סוף ה"ב] שהוכיחו כן ממה דמצאנו להלן [ה']. דאחרי שאחד כבר בנה את הכותל - השני מחוייב לשלם לו, והקשה דאי כל הכותל היה היכי תימצי בעלמא לסלק את ההיזק ראייה מדין הרחקת נזיקין - א"כ כבר מסולק ההיזק, ומה הדין אי הרחק חבירו בשבילו את התנור או ריחיים, אטו יש כאן תביעה, וה"ה הכא, וע"כ שאין הכותל היכי תימצי להרחיק אלא שחכמים חייבוהו בחיוב כותל ואי חבירו בנה לו אז הוא חייב לו ממנו דכותל.

### מביא את שיטת הרא"ה שיכול לתבוע השתמשות בכותל לקורותיו.

והנה - לעיל [סימן ב] הבאנו את פלוגת הרא"ה והרמב"ן האם יכול לכנוס לתוך לו בהוצא ודפנא אבל כו"ע מודי דיכול לכנוס לתוך שלו בכותל אבנים כפי המנהג, איברא דהנמו"י הביא שם "הוספת דברים" מהרא"ה, וכתב, דהטעם דאין לכנוס לתוך שלו, הוא משום שיכול לתבוע השתמשות בכותל לקורותיו, ואי יכנוס חבירו לתוך שלו שוב אין לו השתמשות בזה, וא"צ לקבל ממנו את זכות ההשתמשות במתנה, וגם א"צ לשלם על זה, ומזה למד הנמו"י דגם בכותל אבנים אין לכנוס לתוך שלו - ועיין בהערה <sup>15</sup> מה שהרחבנו בזה.

איברא, דעיקר דברי הרא"ה הם פלא, דמנלן זכות השתמשות בקורותיו אי טעמא דכותל משום היזק ראייה, וכן הק' הט"ז [מובא בנתה"מ סי' קנ"ז ס"ק ג'] - ועיין בהערה <sup>16</sup> מה שהבאנו בזה מהנתה"מ - וע"ע בהערה <sup>17</sup> מה שהוספנו עוד בשיטתו.

<sup>15</sup> דהנה - יש לעיין, דלמה טענת הרא"ה מיקרי "הוספת דברים", הרי זהו דין עצמו עם טעם אחר, דלרמב"ן ונמו"י הטעם דאין לכנוס הוא כדי שלא להתעצם בדין, ולרא"ה הטעם בזה הוא כדי שישתמש בכותל - ועיין בביתאור הגר"א [סי' קנ"ז ס"ק כ"ד] שביאר בזה שבאמת יש ביניהם נפ"מ בכונס לתוך שלו בגויל וגזית יותר ממנהגא וכש"כ כפי המנהג, דלרא"ה שפיר מצי מעכבו משא"כ לנמו"י ורמב"ן דאינו מעכבו דאינו פחות מהמנהג, וכן מדויק ברא"ה, עיי"ש וכן נפסק ברמ"א, ומעתה פשיטא מהו "ההוספת דברים" ברא"ה, דיש נפ"מ בהך תוספות לענין הכונס לתוך שלו בגויל וגזית יותר ממנהגא.

אכן נראה יותר פשוט, דברמב"ן ונמו"י מבואר דטעמא הוא משום שלא יתעצם בדין, ונראה דזה טעמא לתרתי, א] למה לכתחילה כופין על כותל כמנהג ולמה לא סגי בהוצא ודפנא להיזק ראייה, ב] למה מעכבו מלכנוס לתוך שלו, אבל לרא"ה ליכא טעם כלל על עיקר הכפייה לחייבו בכותל במקום הוצא, ואינו אלא טעם דמעכבו מלכנוס את הכותל שממילא חייב בו.

ונמצא דהרא"ה ע"כ מודה לרמב"ן ונמו"י דעיקר הדין במשנה שחייב דוקא בכותל הוא "כדי שלא יתעצם בדין", ורק הוסיף טעם בזה לענין העיכוב מלכנוס ביותר מהמנהג, וכן נראה מסדר הדברים בדברי הנמו"י, דאחרי שהביא את הרא"ה הוא עדיין ממשיך עוד נפ"מ מטעמא דלא יתעצם בדין עיי"ש, ולפי"ז א"ש טובא "הוספת דברים", שהרי הרא"ה הוא באמת רק הוספה בעלמא.

<sup>16</sup> ותירץ הנתה"מ [שם] די"ל דמזכותי החלוקה הוא, ואי יש בחצר דין חלוקה אז י"ל דכיון דממילא יש כאן כותל, שוב תיקנו דמדיני החלוקה הוא דיכול כבר לזכות בכותל לענין השתמשות ג"כ, [ואם אין בו דין חלוקה ורק הסכימו לעשות חלוקה, י"ל דאדעת' דהכי עושים חלוקה], ולא נתבררה כוונתו, ויתכן דכוונתו בזה הוא דקודם החלוקה היה לכולם את הכל ועכשיו כל א' זכה בחלקו, אבל מקום הכותל יצאה מכלל שימוש, ולהכי תיקנו דלא יחול החלוקה על שימוש הכותל וישאר בה דין שותפות, כדי שלא יפסידו את שימושו - ולפי"ז מסיק הנתה"מ דשנים שקנו בנפרד זה על יד זה, אז הדין דשפיר יכול א' להכנס לתוך שלו, דהכא כבר ליכא למימר דמהזכויות של החלוקה היא, ודו"ק.

ונראה דלמדנו מהכא תשובה נוספת לקושית האחרונים [ריש סימן א] דמה שייטא להכא דינא דכותל, דאי מצד הרחקת נזיקין אז מקומו בפרק לא יחפור, ומעתה י"ל דאף אי נימא דעיקר הכותל בא מצד הרחקת נזיקין, אכן סו"ס נתחדש בתקנת כותל דין נוסף דבעיקר החלוקה קיבלו זכויות בכותל לשימושים שלהם.

והנה, הבאנו לעיל [סימן א פרק ב] את דברי הנתה"מ [סי' קס"א] לחלק בין היזק ראייה בכותל דשניהם חייבים בהוצאות שוה בשוה, לדלת ובית שער שכאו"א משלם כפי חלקו, וביאר שם דכאן הכותל הוא מצד ההיזק ראייה שכאו"א עושה לחבירו, ובבית שער ההיזק ראייה היא מההיק ראייה שנגרם להם מבחוץ, שכאו"א זוכה בזה שהושבח חלקו ומשלם כפי חלקו.

ועיין באבי עזרי [שם] שביאר שעל פי היסוד הנ"ל שיש חיוב כותל בתור תקנה - בזה היה מובן שיטת הרא"ה שיש לו זכות הנחת קורות, דאינו זכות נוסף בעלמא [וכמו שהבאנו לעיל מהנחה"מ], אלא דיסוד החיוב הוא "חיוב כותל", ולהכי יש לו ממילא את הזכויות וההשתמשויות שבאות ממילא בכותל, דזכות כותל זכ"ל ליה רבנן.

### הוספה - שכו"ע מודי דאיכא טענה לסמיכת קורות.

והוסיף בזה הגרא"ל מאלין [סי' צ"א ס"ק א' ד"ה והנראה בזה, ולהלן סי' צ"ב ד"ה אבל לשיטת הרא"ה] כדבריו - אלא שהוסיף בזה עוד נקודה עמוקה, דלולי שהיה לו זכות השתמשות בקורות בכותל שוב לא יכולנו לומר שיש לו זכות תביעת כותל, דאם אין לו כלום בכותל אין תביעת ממון על כותל, ומה שיש לו הצלה מהיזק ראייה אינו זכות ממון בכותל כיון דכותל של חברו ג"כ יכול להצילו מהיזק ראייה, וע"כ דרך בזה שיש לו זכות השתמשות בכותל בזה חיילא עיקר הזכות תביעת כותל, ודו"ק.

ובדעת הרא"ה יש לדון בכל זה, דמצד עצם החיוב כותל, הרי כל החיוב הוא מצד שלא יתעצמו בדין, וכבר ביארנו שזה מצד הרחקה של היזק ראייה שהוא עושה לחברו ולכן חולקים בהוצאות שוה שוה, אבל אם נדון מצד ה"הוספת דברים" של הרא"ה, א"כ אין זה אלא זכות השתמשות בעלמא וזה כבר בכלל תיקוני החצירות, דכל חצר זוכה בהשתמשות זו, וממילא דזה כבר דומה לבית שער דהכא ההוצאות אינם שוה בשוה אלא כפי השבח של כל א'.

ולפי"ז יהיה חידוש, שראובן שירצה לכנס לתוך שלו בכותל יותר מהמנהג או שוה למנהג, דאז כל תביעת שמעון עליו הוא מצד הזכות השתמשות, דבכה"ג יצטרך שמעון לשלם כפי חלקו [אי הוי יותר מחלקו של ראובן] ולא שוה בשוה, והיינו שאם יש לשמעון חצר יותר גדולה אז יהיה לו יותר השתמשות מהקורות, ואז הוא חייב יותר, דזה כבר שייך לתיקוני חצירות, וזה חידוש.

איברא שזה אינו, שהרי לעולם ראובן אינו נפטר מחצי ההוצאות מצד זה שהוא מזיק וחייב חצי מההרחקה, דמה שהיה מוכן להכנס לתוך שלו אינו פטור על על הדין הרחקת מזיק, ואדרבה רק משום שהוא לקח ע"ע את כל החיוב מצד מזיק [בזה שהוא כונס לתוך שלו] הוא דנולד הטענה החדשה דקורות, אבל מעולם לא נפטר מחיוב זה, ולכן אינו נפטר בתשלומין של פחות מחצי.

<sup>17</sup> ונראה דמעיך דברי הנתה"מ מוכרח מה שנתבאר לעיל דיסוד דינא דהרחקת נזיקין מצד דיני החלוקה נינהו, והיינו, דלעיל [סימן ב] ביארנו בנמו"י וברמב"ן דמזכותי החלוקה הוא יכול לתבוע את עיקר הכותל, דעיקר הטענה דשלא יתעצם בדין הוא זכות לתבוע סילוק גמור של ההיזק ראייה ותביעה זו היא תביעה בתוך זכות החלוקה, וכל זה בנוסף לעיקר ההרחקה מפרק לא יחפור כזפת וסולם ותנור.

ומעתה א"ש הך "הוספת דברים" דאינו חידוש בפנ"ע, אלא דכמו דעיקר חידוש דכותל הוא מהלכות חלוקה, כמו"כ הוסיפו בו עוד חידוש דיש לו זכות השתמשות, אבל אם עיקר דין כותל היה מדין הרחקת נזיקין, וכמו דמשמע מהרא"ש שמדמה למחיצת הכרם, שוב היה ק' לומר דבאו וחידשו בהל' חלוקה זכות נוסף מכוח הך כותל שהוא היכי תמצא בעלמא להרחקת נזיקין [וכעין זה ראיתי בדברי הגר"נ פרצוביץ צ"ל].

אולם מיניה וביה מדוקדק בנתה"מ נגד זה, שהנתה"מ כתב דבב' שקנו זה ע"י זה לא נאמר דינו של הרא"ה, ומפורש בדבריו דרך הך דין נוסף [דאינו כונס לתוך שלו בכותל אבנים] ליכא, אבל עיקר חיובא דכותל משמע דנאמרה גם בלי דיני חלוקה, וזה תמוה, דבנמו"י ורמב"ן מבואר דטענת שלא יתעצם הוא טעמא דכותל, ובלא זה סגי בהוצא ודפנא בין שניהם, ואי טענה דלא יתעצם הוא מהלכות חלוקה שוב ליתא לדין זה בשנים שקנו, והו"ל לנתה"מ לומר דבגוונא זו ליתא לעיקר דין כותל, ומוכרחין אנו לומר שהנתה"מ מחלק בין טענת הרא"ה שדוקא טענה זו הוא מדין חלוקה, לטענת הרמב"ן ונמו"י שזה מעיקר דיני הרחקת נזיקין.

איברא, דממנפ"ש דברי הנתה"מ צ"ע, שהרי הרמ"א מירי גם בכונס לתוך שלו יותר ממנהגא ופחות ממנהגא והביאם ביחד, ולא הביאם כב' הלכות נפרדות, והנתה"מ קאי על דברי הרמ"א ולא רק על דברי הרא"ה, ובפחות ממנהגא איכא טענת הרמב"ן ונמו"י שזה דייקנו שכבר לא שייך לזכותי חלוקה, וא"כ בגוונא זו יודה הנתה"מ שגם בשני לקוחות יכול לעכבו, וא"כ ק' דהנתה"מ היה צריך לחלק בין יותר ממנהגא לפחות ממנהגא, ואם ס"ל לנתה"מ דגם טענת הרמב"ן היא מדיני החלוקה אז היה צ"ל דכל עיקר דין כותל הוא רק בחלוקה ולא בב' לקוחות, וצ"ע.

והיה אפ"ל דלעולם ס"ל כהרא"ש, דעיקר הכותל מצד אנפרות, וזה שייך בכל שכנים ולא דוקא בשותפין, וכונס לתוך שלו אסור רק מצד הרא"ה, וזהו רק בשותפין גם לקולא וגם לחומרא, עכ"פ כל זה חידוש - אבל א"א לסבור כהרמב"ן וכהרא"ש, שהרמב"ן ונמו"י הוציא דינם מהמשנה ולרא"ש א"א להוציא דין זה דמצד אנפרות כבר חייב בכותל כמנהג.

והוסיף דא"כ ע"כ צ"ל דכו"ע מודי לדינו של הרא"ה, אלא דסברי דאחרי שהוא כונס לתוך שלו בכותל<sup>18</sup>, אז כבר בטלה סיבת התקנה, דרק כל עוד שיש היזק ראייה הוא דאיכא זכות תביעת כותל, ולהכי סברי הרא"ש והרמב"ן דליכא חיוב באופן זה אבל כו"ע מודי לעיקר האי דינא שיש עליו זכות תביעת השתמשות של קורות.

ובדעת הרא"ה כתב הגרא"ל מאלין דלכא' קשה דלמה לא יוכל לכנס לתוך שלו - הרי לכא' הראשונים צודקים שיוכל לבטל את החיוב כותל - הרי לו יצויר ויתחדש באופן אחר [בלי כתלים] שכבר לא יהיה חסרון של היזק ראייה - הרי פשוט שיתבטל כל התביעת ממון של כותל - והרי ע"י זה שכונס לתוך שלו בטלה ההיזק ראייה ואיך הוא יכול לכופו לבנות כותל ביחד.

וביאר דודאי דבדיעבד - היכא דכבר כנס לתוך שלו אין לתובעו גם לדעת הרא"ה - וכל הדין של הרא"ה הוא דין לכתחילה - וכן מבואר בחזו"א [אלא שהביא חולקים בזה]. והגדר בזה הוא - דכל עוד שהוא לא כנס לתוך שלו ודאי שהוא יכול לכפות אותו לבנות כותל - והיינו שתובעו להשתתף בחצי מהממון של הכותל שהוא עומד לבנות - שהרי זו תביעתו - ועוד שהוא יכול לתפוס ממון מדין נחתינן לנכסיו.

וכנראה שצ"ל שתפיסת ממון מיקרי שהוא כבר תפס את החצי כותל שהוא חייב לו - שהרי כל חיובו לו הוא לשלם את חצי ההוצאות - וכנראה שאחרי שכבר תפס את חצי הכותל - כבר לא יהני מה שיכנס לתוך שלו - שהרי הוא כבר זכה בחצי כותל - וכמו שפשוט שלא יהני לכנס אחרי שבנה את הכותל מממונו - שהרי כבר זכה בכותל מחמת ההיזק ראייה - ולא יהני עכשיו מה שיכנס - וממילא דלפי הרא"ה - כל מה דמהני לכנס היינו לפני תפיסת הממון.

ועיי"ש שהוסיף שהראשונים חולקים דס"ל דהיכא שהוא כונס - אז מעיקרא לא תיקנו את התקנה - ולא שמכאן ולהבא מתבטלת התקנה - עיי"ש - ולא ברור לי עד מתי הוא יכול לכנס לתוך שלו לשיטת הראשונים שחולקים.

### **ב' הערות בדברי הגרא"ל מאלין זצ"ל.**

אולם העירני תלמיד אחד - שיש לדון בעיקר היסוד שמתבאר כאן בדברי הגרא"ל מאלין זצ"ל - שייסד - שבלי שימושים של קורות ליכא חוב ממון - שהרי ודאי ששייך להקנות לחבירו קנין גוף לפירות בכותל ידיה - והכא נימא שמקנה לו שיהיה לו בכותל את השימושים של הצלה מהיזק ראייה - וזה יחייבו לא לסותרו - וה"ה שיש לומר שזיכוהו חכמים בזכות זו בכותל - וצ"ע - וע"ע להלן [סימן ד'] שהגר"ש רוזובסקי זצ"ל חידש שבגג הסמוך לחצר לא שייך חוב ממוני כיון שאין לו שימושים בגוף הכותל וכונתו ע"ד הנ"ל - וגם עליו יש להקשות קושי' זו.

עוד העירני תלמיד אחד - הרי בבית שער שכולם בונים ביחד - הרי כל אחד תובע את ממנו של חבירו שישתתף עמו בבית שער - והרי אין לאף אחד כלום בבית שער מלבד הצלה מהיזק ראייה, ואעפ"כ יש לכל אחד תביעת ממון על חבירו.

והגדר של התביעה היא פשוטה - שעצם זה שיש לי שותפות בבעלות של בית שער - והרי ממנוך משועבד לממוני להעמיד עבורי בית שער שמציל אותי מהיזק ראייה, וזה עצמו התביעה - הוא תובע את ממון חבירו להשתתף עמו בבניית בית שער שמציל אותו - והרי כעת הוא שותף בבית שער הזה.

<sup>18</sup> והיינו באופן שכבר ליכא היזק ראייה, דהיינו באבנים לרמב"ן ובהוצא ודפנא לרא"ש.

וכמו כן הכא - כל אחד הוא שותף בכותל המשותף שמציל את שניהם מהיזק ראייה - והרי ממון חבירו משועבד לו לבנות עבורו כותל כזה - ודו"ק.

#### תוספת ביאור.

ועיי"ש עוד בדברי הגרא"ל מאלין זצ"ל, דמדמה ליה למי שקיבל ע"ע חיוב כותל בלי היזק ראייה, דגם על זה יש מנהג המדינה, וא"כ שפיר שייך בזה מחילה ודו"ק.

ומעתה נראה דאף דבכרם כשמחלו יתחייב שוב מחמת הדין הרחקה אח"כ, כקרע כסותי, והמחילה אינה מחילה רק נתינת רשות בעלמא, אבל כאן שחייבו כותל, הך חיוב הוא בר מחילה וכיון שמחלו כבר פטור, ונראה מדברי ר' ראובן [סי' א' ס"ק ג'] דמפרש את דברי הרא"ש במחילה ע"ד זו, וכן הוא בגרא"ל [שם] בביאור דברי הרא"ש.

#### מבאר בזה נמי את שיטת הרמב"ן דבעינן כותל בלי התעצמות בדין.

וי"ל עוד, דכל עיקר סברת הרמב"ן דבעינן כותל [ולא הו"ד] כדי שלא יהיה התעצמות בדין, וליכא בזה טענה "שיש שופטים בארץ" [וכדטען בזה הרא"ש], י"ל דכל זה נתחדש בעיקר הגדר ב"חיובא דכותל", ודו"ק - אלא דלא ברירה לי הסברא בזה.

אלא דלפי"ז יתחדש דה"ה דמגג לחצר איכא חיובא דכותל, והרא"ש כתב דאינו כן, אולם, להלן [סימן ד] הבאנו מהגר"א דלמד ברמב"ן דבאמת גם מגג לחצר בעינן כותל, וא"ש כנ"ל.

## סימן ד עוד בדברי הרא"ש ובביאור ספקת הברכ"ש במחילה מחצר לגג.

ספקת הברכ"ש במחילה מחצר לגג. < יסוד האבי עזרי לחלק בדין היזק ראייה בין בכותל להיזק ראייה דחלון. > מה שיש לדון בגג לחצר. < כמה קושיות בשיטת הרא"ש. > דרך חדשה בעיקר שיטת הרא"ש. < ספקת הגר"ש רוזובסקי זצ"ל אי הוי מצוה ממונית או חוב ממון ממש. > הוכחה בדעת הרא"ה דהוי חוב ממון ממש. < הנפ"מ בחקירה אי איכא דין נחתין לנכסי. > ביאור ספקת הברכ"ש - אי הוי מצוה לשמים או חוב ממון. < חקירה נוספת - האם הוי חוב כותל או חוב סיוע בכותל חבירו. > חידוש הגרא"ל זצ"ל בעני ועשיר.

### ספקת הברכ"ש במחילה מחצר לגג.

יעויין בברכ"ש [סוף סימן ב] שהסתפק האם מהני מחילה גם בחיוב מחיצה בגג סמוך לחצר - וצריכים לעיין דמה שורש הספק בזה.

והעירני בזה ידידי הגאון ר' שמחה פוברסקי שליט"א שבספק זה של הברכ"ש יתחדש דרך אחרת בעיקר שיטת הרא"ש בגדרי תקנת כותל - וייסד את הדברים על פי דברי האבי עזרי שהבאנו לעיל [סימן ג פרק א].

### יסוד האבי עזרי לחלק בדין היזק ראייה בין בכותל להיזק ראייה דחלון.

דהנה יעויין באבי עזרי [מהדו"ק שכנים ג'- ג'] שייסד שהיסוד של כל פרק לא יחפור הוא שרבנן הפכו את התשמישין הרגילים - כגון בור אילן סיד גפת וסולם - ועשאו למזיק לענין הדין הרחקת נזיקין, והיינו דאחרי שהחילו בהם חלות דין מזיק אז בזה הם כבר חייבוהו בדין הרחקת נזיקין - וביאר בזה שיש לומר דבב' חצרות שפתוחות זל"ז - הכא אין כאן תשמיש המזיק, רק עצם המציאות של השכנות והמצב שביניהם גורם ממילא היזק ראייה, וי"ל דלא שייך ע"ז פרשת הרחקת נזיקין דפרק לא יחפור.

והוכיח חידוש זה מדברי הר"י מיגא"ש [להלן ו'] דהקשה על חלון - דלמה א"צ הניזק להרחיק, ותי' דהוי גירי דיליה, והק' דהו"ל להק' כן כבר בתחילת המסכתא בחיובא דכותל, וע"כ דשאני חלון מב' חצרות פתוחות דהכא ליכא דין הרחקת נזיקין מצד פרק לא יחפור - ודווקא חלון מיקרי תשמיש שמזיק אותו - ודינו לסותמו מדין הרחקה - ודווקא בזה הקשה הר"י מיגאש דסו"ס אינו גירי דיליה - דבב' חצרות שפתוחות זה לזה אינו מדין הרחקת נזיקין מצד היזק ראייה - והכא הוי דין אחר מצד תקנת כותל - והיינו כיסוד האחרונים שיש חיוב כותל גם בלי הדין של היזק ראייה והדין הכללי של הרחקת נזיקין מהפרק לא יחפור.

### מה שיש לדון בגג לחצר.

אולם לעיל [שם פרק א] הקשינו עליו - דא"כ למה בגג סמוך לחצר איכא דין הרחקה במחיצה בעלמא [וכמבואר בעמוד ב] - הרי ליכא טענת אנפרות וע"כ דסגי בהוצא ודפנא ככל כונס לתוך שלו - וקשה שאיזה דין זה - הרי לדעת הרא"ש ליכא דין כותל כה"ג וע"כ שזה דין פשוט של הרחקת נזיקין - וקשה שגם שם לא דמי לחלון - דדוקא בחלון שזה תשמיש מיוחד מיקרי מזיק מצד ההיזק ראייה - אבל בגג ליכא תשמיש המיוחד שנוכל להגדירו כמזיק, ואיזה דין מחייבו במחיצה של הוצא ודפנא.

### כמה קושיות בשיטת הרא"ש.

וידידי הגאון ר' שמחה פוברסקי שליט"א האיר את עיני בביאור חדש בדברי הרא"ש לבאר את כל הנ"ל - דבאמת - דעד כאן למדנו עפ"י הגרא"ל מאלין זצ"ל שבאמת יש ב' דינים בכותל השותפין - והקשינו כמה קושיות - וכדלהלן:

א] שאלנו שאלה על שיטת הרא"ש דמהני מחילה בכותל כיון דהוי חיוב ממון - שהרי מלבד הדין של כותל יש גם דין הרחקת נזיקין - וכדמוכרח מגג לחצר ומב' גגות בב' צדי רשה"ר דמהני בהוצא ודפנא - וא"כ הרי הדין היזק ראייה מחייב גם הוצא ודפנא - והרי החיוב הוצא ודפנא אינו חיוב ממון אלא חיוב הרחקת נזיקין - וקשה דלהיכן נעלם חיוב זה במחילה - הרי כלפי זה איכא חיוב חדש כל רגע ולמה לא מיקרי קרע כסותי.

והבאנו מהגרא"ל מאלין - שבאמת 'אל תזיקני' תמיד מחייב הרחקת נזיקין ותמיד הכותל הוא היכי תימצי בהרחקה - אלא שבתקנת כותל בשותפין הפקיעו חכמים את החיוב הרחקת נזיקין מכח התביעה של 'אל תזיקני' - ובמקומו חייבו חיוב כותל - הרי ממילא כל ההרחקות הם מדרבנן, וחייבוהו בכותל והפקיעו חיוב הרחקה, ודו"ק.

ב] עוד שאלנו - הרי מבואר ברא"ש [סימן ה] שלעולם היה סגי לן בהוצא ודפנא לולי הטענה שאינו רוצה להשתתף כל יום בהוצאות ועושה מעותיו 'אנפרות', ומשמע שזה לא חיוב חדש שחייב לו 'כותל' - אלא שיש לו טענה צדדית.

וביארנו דצ"ל דאדרבה - דדברי הרא"ש משלימים זה את זה - דמחמת הטענה של 'אנפרות' נתחדש גדר חדש ותקנה חדשה של חיוב כותל במקום התקנה הרגילה של הרחקת נזיקין ע"י הוצא ודפנא - ולכן במקום שאין טענת אנפרות - וכגון בב' גגות בב' צדי רשה"ר - הכא ליכא טענת אנפרות והכא הדרא דינא דהוצא ודפנא.

ג] עוד שאלנו - דלמה הפקיעו את הדין הרגיל - והיה להם להוסיף דין נוסף של חיוב כותל בלי להפקיע את הדין הרגיל - הרי ממילא הדין הרחקת נזיקין של הוצא ודפנא קיימת בכל האופנים שאין טענה אנפרות - וא"כ בדאיכא טענת אנפרות אכתי יכלו להוסיף תביעה נוספת של חיוב כותל - אבל למה היו צריכים להפקיע את הדין הרגיל - ואי לא היו מפקיעים אז באמת לא היה מהני מחילה על הדין הרגיל - וצ"ע - ועיי"ש מה שנתבאר בכל זה.

### דרך חדשה בעיקר שיטת הרא"ש.

וידידי הגאון ר' שמחה פוברסקי שליט"א האיר את עיני בביאור חדש בדברי הרא"ש לבאר את כל הנ"ל - ואמר - שזה באמת שורש ספקת הברכ"ש.

והיינו שיש לומר שהרא"ש באמת למד שאין שני דינים בחצר - וע"ד האבי עזרי - דלא מצאנו הרחקת נזיקין אלא בחלון שזה תשמיש המזיק - אבל בחצר ליכא דין כזה כלל וכלל - ולפי"ז נצטרך לומר שגם בגג הסמוך לחצר וגם ב' גגות בב' צדי רשה"ר - בכולהו ליכא דין הרחקת נזיקין - וע"כ דכולהו כלולים בתוך התקנת כותל.

והיינו שיש ב' דינים שונים של 'אל תזיקני' - דבפרק לא יחפור נתחדש בטענת 'אל תזיקני' שיש דין הרחקת נזיקין - ודין חלון כלול בזה, אבל בחצר נתחדש טענה חדשה של 'אל תזיקני' - שהטענה הזו מחייבת תקנת כותל.

ונמצא שגם המחיצה של הוצא ודפנא בגג נגד חצר ובב' גגות בב' צדי רשה"ר - כוליהו כלולים בתקנת כותל - שהרי אין דין הרחקת נזיקין בתביעה כזו של 'אל תזיקני' - כיון שאין כאן תשמיש המיוחד - ודו"ק - והמקור לכל זה הוא מהר"י מיגאש הנ"ל שהקשה מחלון ולא הקשה מב' גגות או גג נגד חצר.

ולפי"ז - סדר דברי הרא"ש הם כך - שהרא"ש הקשה על הרמב"ן שסובר דלא מהני להיות כונס לתוך שלו בהוצא ודפנא - והוכיח דמהני ממחיצת הכרם בהוצא ודפנא אף דיפול אח"כ - שהרי 'יש שופטים בארץ' - ומכאן מוכרח ששניהם מצד הרחקת נזיקין - וקשה - שחלוקין ביניהם - דמחיצת הכרם הוא מדין לא יחפור והכא מדין התקנה של כותל.

והביאור - דתרווייהו בנויים על הטענה של 'אל תזיקני' - ופיר הוכיח ממחיצת הכרם שעיקר הטענה של 'אל תזיקני' לא מחייב פתרון לדורי דורות שהרי 'יש שופטים בארץ' - ואין לחלק בזה בין התקנות.

ולפי דרך זו - אין תקנת כותל בנויה על טענת אנפרות - אלא שתקנת כותל בנויה על זה שאין דין הרחקת נזיקין מצד היזק ראייה בגג ובחצר וכדומה - דדווקא בחלון שזה תשמיש מיוחד איכא דין זה - וע"כ חייבו תקנת כותל - וממילא דכל הטענה של אנפרות אינו אלא לבאר למה בתקנת כותל לא סגי בהוצא ודפנא - ולמה חייבו דווקא באבנים בהך תקנת כותל - ודו"ק, אבל עצם התקנה של כותל קדמה לטענת אנפרות - ובכל מחיצה של הוצא ודפנא מתקיימת תקנת כותל.

והנפ"מ בין הנך תרי דרכים יהיה אי מהני מחילה בתקנת מחיצה של הוצא ודפנא בב' גגות בב' צדי רשה"ר וכן בגג סמוך לחצר - ודו"ק, וכאן מתחיל ספקת הברכ"ש - עד כאן דברי ידידי הגאון ר' שמחה פוברסקי שליט"א - והדברים נפלאים.

### **ספקת הגר"ש רוזובסקי זצ"ל אי הוי מצוה ממונית או חוב ממון ממש.**

והנה אף דנתבאר לנו מה שייך תקנת כותל בהוצא ולמה שייך בזה מחילה - אכן אכתי לא נתבאר עיקר הספק של הברכ"ש - ובביאור עיקר הספק מצאנו הסבר בשיעורי ר' שמואל. דהנה יעוי"ש שחקר בגדר החיוב בניית כותל - אם הוא חיוב ממוני או שהוא רק מצוה - אלא שיש לחבירו זכות תביעה על קיום המצוה - ומש"כ הרא"ש דתביעת ממון יש ביניהם - היינו דהוי מצוה דממונא ויש לכל אחד בזה דין תובע על קיום המצוה ומשום שהחיוב מצוה הוא בשביל, וכל כה"ג שהוא מצוה לחבירו יש לחבירו דין תובע ובע"ד על קיום המצוה - והביא על זה כמה דוגמאות - וכגון החזרת רבית דילפינן לה מקרא דוחי אחיך עמך, וכתבו הראשונים דליכא בזה שעבוד נכסים ולהכי לא נחתין לנכסי' ורק כופין אותו עד שיאמר רוצה אני, והיינו דאין זה אלא מצוה ולא חוב ממון, ומ"מ כתבו הראשונים דהלוא יכול לתבוע להמלוה בב"ד שיחזירנו לו, ואם המלוה מודה במקצת מתחייב שבועה דאורייתא כדין כל מודה במקצת של ממון, ואם כופר הכל חייב שבועת היסט כדין כופר הכל, והרי להדיא דאף בדבר שהוא מצוה ולא חוב ממון שייך ג"כ דין תובע ובע"ד מדאורייתא, והביאור בזה הוא משום דהוא מצוה ממונית וע"כ אף דלית לי' גבי' מנה מ"מ כיון דהמצוה היא ליתן לחבירו ואי"ז מצוה לשמים גרידא, ע"כ יש לחבירו דין תובע ובע"ד והרי"ז כמו כל תביעת ממון.

וע"ד זה רצה לפרש את דברי הרא"ש דמש"כ דתביעת ממון יש ביניהם אין כונתו דהוא חוב ממון ממש, אלא באמת הוא רק מצוה לבנות כותל, ומ"מ כיון שהוא מצוה לחבירו משו"ה חשיב חבירו תובע ובע"ד על קיום המצוה, וחשיב בזה דתביעת ממון יש ביניהם, ומהאי טעמא מהניא ג"כ מחילה, כיון דחבירו תובע ובע"ד על המצוה, וכמו כן ברבית קצוצה ג"כ כתבו הרבה ראשונים דשייך מחילה ע"ז, ודו"ק.

### **הוכחה בדעת הרא"ה דהוי חוב ממון ממש.**

אלא שהעיר [שם] דמדברי הרא"ה מבואר להדיא דס"ל דהחיוב לבנות כותל הוא חיוב ממוני גמור, דלשיטתו יכול לעכב ממנו לכנוס בתוך שלו ולבנות גויל או גזית חבירו מחמת סמיכת קורות - עיין בזה לעיל [סימן ג] - והדברים תמוהין - דהא כל עיקר חיובו אינו אלא משום היזק ראייה וא"כ מהיכי תיתי שיוכל לתובעו לבנות הכותל באופן שיוכל לסמוך עליו, וע"כ צ"ל דס"ל דהוא חיוב ממוני שחייב לו הכותל, ומשו"ה יכול לתובעו כותל משותף שיוכל לסמוך עליו - אולם אי נימא דהוא רק חיוב מצוה - א"כ ודאי דלא שייך שיוכל לתובעו לבנות הכותל באופן שיוכל לסמוך עליו, אמנם כ"ז הוא מוכרח רק בדעת הרא"ה וכמש"כ, אולם בדעת הרא"ש עדיין יש לחקור במש"כ דתביעת ממון יש ביניהם אם הוא

חיוב ממוני גמור, או שהוא רק חיוב מצוה ורק דכיון שהוא מצוה לחבירו ע"כ חשיב חבירו בע"ד על קיום המצוה.

ולעיל [סימן ג] הבאנו מהגרא"ל מאלין שהוסיף עוד לאידך גיסא - דלולי הזכות סמיכת קורות לא היה נחשב כחוב ממון של כותל כיון שהוא לא קיבל כלום - עיי"ש.

### **הנפ"מ בחקירה אי איכא דין נחתינן לנכסי'.**

והביא נפק"מ בעיקר הספק - היכא דאינו רוצה לבנות אי נחתינן לנכסי' כמו בכל חיובי ממון, דאי נימא שהוא חיוב ממוני ממש, א"כ ודאי דהיכא דאינו רוצה לבנות נחתינן לנכסי' כמו בכל מי שחייב לחבירו מנה מדין שעבוד נכסים, אולם אי נימא שהוא חיוב מצוה גרידא ורק שהוא מצוה לחבירו וכמו בהחזרת רבית קצוצה וכו"ל, א"כ ליכא בזה שעבוד נכסים ול"ש דין נחתינן לנכסי' דאיכא בחיובי ממון, ורק מדין כפי' על המצוות הוא דכייפינן להגברא לבנות הכותל - עיי"ש מה שדן בזה.

### **ביאור ספקת הברכ"ש - אי הוי מצוה לשמים או חוב ממון.**

ועל פי זה חקר עוד בספק זה של הברכ"ש - לגבי החיוב מחיצה בגג הסמוך לחצר, אי יהני בזה מחילה - ותלה בספק הנ"ל, דאי נימא דכוונת הרא"ש דהוי חיוב ממון ממש, וכאילו חייב לו מנה דמי, א"כ אין זה שייך אלא בכותל השותפין שחייבום חכמים לבנות כותל בשותפות והוא חיוב ממון גמור, דשייך ע"ז אפי' קנין התחייבות לבנות בשותפות וכו"ל, אולם בגג וחצר דלא שייך לומר שיש לבעל חצר זכות ממון על בעל הגג שיבנה לו כותל, כיון דגם אחר שבונה אין לו שום זכות ושום בעלות ממונית בכותל, אף שהכותל מונע אותו מהיזק ראי', אבל מ"מ אין לו שום קנין וזכות בהכותל להשתמשות אפי' בשביל מניעת ההיזק, ורק שבמציאות הוא מונע אותו מהיזק, ובודאי מסתבר שלא יועיל קנין התחייבות לבנות כותל זה, שאין לו בו שום זכות ובעלות, וא"כ ל"ש לומר שיש לבעל הגג חיוב ממוני לבנות הכותל, אלא הוא רק דין שצריך לבנות כותל בשביל למנוע היזק ראי', אף שהוא חיוב כותל ולא דין איסור היזק ראי' - אכן כיון דאין זה חיוב ממוני אלא חיוב מצוה, א"כ י"ל דלא תועיל בזה מחילה, דלא דמי למש"כ הרא"ש בכותל השותפין דהתם הוא חיוב ממוני ומשא"כ בזה.

וביאר שהספק הוא האם באמת מהני מחילה במצוה ממונית - והרי זה הגדר בגג הסמוך לחצר הלכך מהני - או דרק בחיוב ממון ממש מהני - הלכך מהני בכותל השותפין ולא בכותל הסמוך לגג - עכתו"ד הגר"ש רוזובסקי זצ"ל בנידון זה.

### **חקירה נוספת - האם הוי חיוב כותל או חיוב סיוע בכותל חבירו.**

בעיקר הגדר של 'חיוב כותל' יש להסתפק עוד בהגדרה אחרת - ונקדים - שבאמת שותפין שונה מגג וחצר וכדומה, דכיון שיש כאן 'נזק הדדי', והכותל שיפסיק נזק של ראובן היא הכותל שיפסיק נזק של שמעון.

ומעתה יש מקום לחדש שתביעת ראובן לשמעון אינה תביעת כותל, אלא שתובעו לסייעו בכותלו וכן להיפך, הרי דהמחייב לשמעון אינו אלא בתוך כותלו שראובן רוצה לבנות, והרי"ז חיוב ממון שמתחדש ע"ז שראובן בונה, דלכתחילה כשבאו חכמים לחייבם בדין כותל לא תיקנו חיוב שביסודו הוא ב' כתלים אלא שמתקיים ביחד על ידי כותל אחד, אלא דלכתחילה הטילו חיוב כותל אחד על שניהם, וכל חיוב של שמעון אינו אלא סיוע בכותלו של ראובן.

נמצא שאין כאן "חיוב כותל", רק "חיוב ממון בכותל של ראובן", וכשראובן מוחלו אז הוא פטור לגמרי, וכשראובן יבנה הוא יצטרך כבר לבנות לבד, דשמעון כבר לא משועבד לו כלל לסייעו בבנינו.



לדרך זו יש תשובה חדשה לעיקר הקושי' האיך מהני מחילה הרי החיוב של אל תזיקני מתחדש כל רגע ורגע - אולם להנ"ל א"ש שהחיוב נאמר בבניית כותל שלו - ופטרו מלהשתתף בחיוב זה - ודו"ק, ועיין בהערה <sup>19</sup>.

וכן נמי מורה לשון הרא"ש, שכתב בהדי' "חיוב ממון לסייעו בבניית כותלו", [ויש לדון דאם יבנה ויפול, דמהו הדין אח"כ], וכל זה בשכנים, אבל בגג לחצר, שם חיובו הוא להמציא לו כותל, וי"ל דחיוב זה באמת מתחדש כל רגע ועל זה לא יהני מחילה, ועיין היטב בברכ"ש [סי' א' וב'] דנראה יותר שהלך בדרך זה.

אולם לפי מה שהבאנו מהברכ"ש [סוף סי' ב'] שהסתפק בגג לחצר האם שייך בזה מחילה, הרי משמע דגם בכה"ג שייך לבאר חיוב ממון לחבירו, ולא חיוב כותל בעלמא - וצ"ע.

#### חידוש הגרא"ל זצ"ל בעני ועשיר.

ועיין בחידושי הגרא"ל זצ"ל [סוף סי' צ"ד] דג"כ הבין כן, והוסיף בזה חידוש לדינא, דמה הדין בא' עני וא' עשיר, האם העשיר חייב עכ"פ לבדו, והעיר בזה הגרא"ל זצ"ל, דאם היינו אומרים דכל א' חייב כותל בפני עצמו, דכך החיוב, א"כ היכא דהעני אינו יכול לקיים חיובו שוב הדרא החיוב על העשיר, דאיך יפטר בה שהעני אנוס מלקיים חיובו, אכן אי כל החיוב לסייע את חבירו, והיינו דאין כאן שני חיובים של כותל אלא שכשא' בונה השני מתחייב בחיובא ידידיה דלכתחילה רק חייבו חיוב א', א"כ היכא דהעני לא בונה אין העשיר חייב לבנות לבד, ודו"ק.

וכתב, דלפי"ז בשני גגין בשני צידי רשה"ר דכל א' חייב כותל לבד אלא שעושין פשרה [וזה עושה חצי לצד צפון וזה עושה חצי לצד דרום], הכא אינו כן, דהכא כל א' חייב חיוב כותל בפני עצמו, וא"כ היכא דהא' עני והא' עשיר, הכא העשיר חייב, וסיים בה הגרא"ל, "וזה חידוש נפלא".

<sup>19</sup> ואכתי יש לעיין דסו"ס החיוב לסייעו בבנינו הוא מחמת המצב השכינות המתמשכת, דמצב זה ממשיך להיות סיבה לחיבו להשתתף בבנינו עוד ועוד, ואף דמצד הבניה של היום שפיר מוחלו, אבל מצד זה שהוא חייב לסייעו למחר אכתי לא חיילא החיוב וליכא מחילה, וצ"ע.

## סימן ה

**עוד ברמב"ן ונמו"י  
בדין כונס לתוך שלו,  
ודברי הגר"א בזה.**

דעת הגר"א בביאור שיטת הרמב"ן ונמו"י [דלא מהני להיות כונס בתוך שלו]. < ספק בשי' הנמו"י ורמב"ן האם מהני לכנוס לתוך שלו בכותל אבנים בפחות ממנהג המדינה, או דגם זה כהוצא ודפנא. < בכנס לתוך שלו בדיעבד האם תובעו לסתור כותלו, [ובענין חצי הוצאתיו בנמו"י], ודן בדברי החזו"א דאינו תובעו לסתור בדיעבד, וביאור הגר"א בזה.

**דעת הגר"א בביאור שיטת הרמב"ן ונמו"י [דלא מהני להיות כונס בתוך שלו].**

יעויין בביאור הגר"א [סי' קנ"ז ס"ק כ"ד] שכתב דהמקור לדעת הרמב"ן והנמו"י דלא מהני לכנוס לתוך שלו הוא מלהלן [י"ז:] בתוס' [ד"ה מרחיקין], דמבואר שם שמרחיק זפת עוד לפני שיש כותל, וביארו בתוס' בשני אופנים, או משום שמקלקל לכותל שיבא אח"כ ע"י קילקול קרקע או שטוען שיש טורח בסילוקן ולא יסלק מיד כשירצה לבנות כותל, והטעם השני דומה לכונס מחיצה של הוצא ודפנא ברשותו - דשמא כשיפול לא יבנו אותו מיד, ושמא יתעצמו בדין, עכתו"ד.

ולכא' תמוה, דהרא"ש הוכיח ממחיצת הכרם דע"כ דאין דין הרחקה על מחר, והטעם שהרי יש שופטים בארץ, וע"כ צ"ל שיש ביניהם חילוק, דהכא ע"י המחיצה הוא מסלק את המזיק, וכל הנידון הוא דאולי מחר יתחדש המזיק שוב, ולזה לא חיישינן ואין חיוב הרחקה ע"ז, ועל זה אמרינן "יש שופטים בארץ", אבל בזפת אינו כן שהרי המזיק נמצא עכשיו, וחייב לסלקו עכשיו אף שהנזק שיצא ממנו הוא רק אח"כ כשהניזק יבא, דסו"ס הרי המזיק עומד לפנינו כאן, ושוב קשה, דמהו הוכחת הגר"א משם, דגם הכא כבר סילק את המזיק ע"י זה שהוא כונס לתוך שלו בהוצא ודפנא, ועל זה הדרא הטענה "יש שופטים בארץ".

עוד הוכיח הגר"א [שם בליקוט] כהרמב"ן ונמו"י מב' גגין בב' צדדין ברשה"ר שצריך אבנים - והרא"ש דחה שמה שמבואר בגמרא שיש אבנים דאינו מדינא.

והיה אפ"ל בגר"א כהאהא"ז וחזו"א דהכל מצד תיקוני החצירות, ומה שמביא הוכחה מלהלן [י"ז] דמיירי בהרחקת נזיקין, י"ל דרק הביא הוכחה דעכ"פ מיקרי נזק אף דאינו חשש אלא על למחר, אבל גוף החיוב אינו אלא מצד תיקוני החצר על השותפין, רק דאם נזק של מחר לא היה נזק בהלכות מזיק אז גם לא היה תביעה דתיהוי החצר כבית שער.

**ספק בשי' הנמו"י ורמב"ן האם מהני לכנוס לתוך שלו בכותל אבנים בפחות ממנהג המדינה, או דגם זה כהוצא ודפנא.**

הרמב"ן ונמו"י חידשו שיש חיוב כותל אבנים, ולא מהני בכונס לתוך שלו, והטעם לזה הוא שמתחייב בזה כדי שלא יתעצמו בדין כשיפול המחיצה של הוצא ודפנא.

ויש להסתפק דיתכן דסברא זו רק מחייבו שיבנה כותל אבנים ותו לא, אכן מה שהכותל הוא גויל או גזית לא אכפת לן דאין "שיעורים" בהתעצמות, והיינו דההפרש ביניהם אינו כ"כ עד שיוכל לטעון שאינו רוצה להתעצם בדין כשיפול הכותל של לבנים ולכן הוא חייב לעשות גויל.

ולפי צד זה צ"ל דהטעם דתיקנו כותל אבנים [לאפוקי מהוצא ודפנא] היינו מצד התעצמות, אבל הטעם דצריך דוקא גויל וגזית זה כבר מטעם אחר שכבר קבעו חז"ל כהמנהג אבל

בכונס לתוך שלו בפחות מהמנהג שפיר דמי, ולפי"ז יתחדש דלשי' הנמו"י ורמב"ן רק במחיצה של הוצא ודפנא א"י לכונס לתוך שלו<sup>20</sup>.

אולם בדברי הגר"א מדוקדק דאינו כן, שכתב בהדי' הלשון "פחות מהמנהג", ולא כתב הוצא ודפנא [ומה שכתב הנמו"י "הוצא ודפנא" ולא כתב "פחות מהמנהג" אינו דיוק נגד הגר"א, דרק בהוצא ודפנא כדאי לו להיות כונס לתוך שלו, דאם כבר עושה לבנים בתוך שלו, אז כבר שוה לו יותר לעשות גויל בשותפות]<sup>21</sup>.

והנה, הנמו"י והרמב"ן שאלו ב' שאילות שונות, שהנמו"י שאל ל"ל הנך שיעורים גדולים, והרמב"ן שאל ל"ל בנין אבנים, ושניהם תירצו מצד התעצמות, ומעתה נראה דבנמו"י מדויק שגם השיעורים הם שיעורים של התעצמות ודו"ק, אבל ברמב"ן א"צ לומר כן, אלא דבאבנים זה כבר נגד התעצמות, והשיעורים הם כבר מנהג בעלמא, כן היה אפשר לחלק ביניהם, ויש לדחות ודו"ק.

**בכנס לתוך שלו בדיעבד האם תובעו לסתור כותל, [ובענין חצי הוצאתיו בנמו"י], ודן בדברי החזו"א דאינו תובעו לסתור בדיעבד, וביאור הגרא"ל בזה.**

יש לעיין דמה הדין אם כבר בנה הוצא ודפנא בתוך שלו, ולכאן' הפשטות בזה הוא שצריך לסותרו, וכ"ה לדעת הרא"ה אם כבר כנס לתוך שלו בגויל, אכן החזו"א [סי' א' ס"ק ו'] מחלק דלדעת הרא"ה א"צ לסתור כותלו.

והחזו"א הוכיח כן, שהרי הרא"ה כתב דא"י לתבוע את חצי הוצאותיו היכא דבנה וכנס לתוך שלו, ואף דבבקעה שפיר מצי תובע, היינו משום דהתם אין זכות לקורות וכאן הרי אינו רשאי להניח קורות בכנס לתוך שלו, ומה"ט פשיטא דא"צ לשלם את חצי הוצאותיו, וכתב החזו"א דמה שייך נידון אם צריך לשלם או לא הרי הנתבע יכול לתבוע שיסתור את כל הכותל ואז הוא יפסיד את הכל, וע"כ דאין כזה תביעה לסתור את הכל.

אלא שהביא החזו"א דמדברי הט"ז והנתה"מ מבואר דיכול לתבוע לסתור את כל הכותל, ודחה דבריהם [אלא דהק' ע"ע דא"כ מהו ה"הוספת דברים" ברא"ה הרי דדינו של הרא"ה אינו חמור כ"כ, ותי' דאף דיש גירעון - דרק לכתחילה מצי למונעו - אבל סו"ס יש גם הוספה לענין גויל וגזית שאינו כונס לתוך שלו.

והנה, מלשון הרמ"א שהרכיב את דברי הרא"ה והנמו"י ביחד, והביאם כחד דין דלא לכונס, מזה היה נראה דתרוייהו בדיעבד, וכהט"ז ונתה"מ - וטענה דומה לזה מצאתי בחידושי הגרא"ל [סי' צ"א ס"ק ב'].

ובעיקר הוכחת החזו"א העירני תלמיד אחד נ"י - שיש מקום לדחות את הדברים וללמוד כהט"ז ונתה"מ דשפיר מצי לתובעו לסתור, דיתכן דכוונת הרא"ה הוא רק דעל הצד שהיה יכול לתבוע ממנו את חצי הוצאותיו, אז ע"כ היינו אומרים שהכותל הוא שלו לענין סמיכת הקורות כמו שבנה ביחד, ואז ודאי שלא היה יכול לתבוע לסתור, שהרי כל התביעה לסתור אינו משום שבנה באיסור, רק משום שלא העמיד וקיים חיובו לחבירו, ואם ישלם חבירו

<sup>20</sup> ולפי"ז החידוש של הרא"ה אינו דווקא באופן שהוא כונס לתוך שלו יותר מהמנהג או כהמנהג - דבזה חידש הרא"ה דלא מהני, אלא דגם בכונס לתוך שלו בפחות מהמנהג באבנים [כגון מנהג בגויל וכונס בלבנים] - גם בזה חידש הרא"ה דלא מהני, וכן מדוקדק בלשונו של הרא"ה שלא כתב בכונס לתוך שלו באבנים "יותר או שוה למנהג", אלא שכתב 'סתם אבנים', ולאבנים הרי מודה גם הרמב"ן כשזה פחות, וע"כ כדברינו.

<sup>21</sup> ולדברינו מוסבר טפי מה שביארנו להלן [סימן ו] ברשב"א בעיר חדשה [בדברי התוס'] דרק בנהגו הוצא ודפנא עושה בהוצא ודפנא, דזהו מנהג שעוקר את עיקר הדין כותל, והביאור כנ"ל, דגויל כלפי גזית אינו הך דין של כותל כלפי הוצא ודפנא.

הרי שפיר העמיד לו חיובו ואין תביעת סתירה כלל, ורק אחרי שכבר מסיק הנמו"י שא"י לתבוע חצי הוצאותיו, שוב יכול לתבוע שיסתור<sup>22</sup>.

ולכא' מסברא היה נראה דלא שייך לומר כהחזו"א, דהנה, תקנ"ח אינו איסור רק חיוב, וא"א לעכבו מלבנות בטענה שהבניה אסורה, שחז"ל לא אסרו ואינם אוסרים על מישהו לבנות כתלים בתוך שלו, ועד כמה שרוצה לבנות שפיר מצי לבנות, ורק אם יבנה על הקרקע שמשועבד לבנין הכותל המשותף אז הוא יכול לעכבו, דאז הוא סותר והוא מפקיע שעבודו שחייב לחבירו ושפיר מעכבין ליה.

ומעתה קשה דא"כ כבר לא משכחת לה דינו של הרא"ה דמעכבין לו לכתחילה, דתמיד יוכל לבנות תוך שלו [במקום המיועד לבנין] כותל משלו, ונימוקו עימו שאח"כ יבנה הכותל המשותף, ומה שעושה עכשיו לא שייך לחיוב המשותף, ומה שאח"כ ממילא יפטר מהחיוב המשותף אינה סיבה לעכבו עכשיו מלבנות, שחז"ל לא אסרו רק חייבהו ואין זה נגד חיובו, רק שגורם לחיובו להפקע ממילא.

ורק אם נאמר כהנתה"מ והט"ז שמשועבד קורות גם אם יבנה משלו ויכנס, ויצטרך לסתור, אז משכחת לה עיכוב בי"ד, אבל לחזו"א לא משכחת לה טענה שנוכל לעכבו מלכנס לתוך שלו וצ"ע.

איברא דשוב מצאתי דכבר דן בזה בחי' הגרא"ל [סי' צ"א ס"ק א' ד"ה ואשר ע"כ נראה] ליישב קושי' זו על החזו"א, דהגרא"ל עצמו נקט בפשיטות כדרכו של כהחזו"א, וביאר דהטעם לומר כסברת החזו"א הוא דזה ודאי דכשנסתלק הסיבה להיזק ראייה דאז פשיטא דכבר ליכא חיוב כותל כלל, ושוב ליכא תביעה על שימוש הקורות.

והוסיף הגרא"ל לבאר איך באמת מונעים אותו לכתחילה להיות כונס לתוך שלו, דהנה, עיקר התביעה היא "תביעת כותל", והיינו תביעת תשלומי ההוצאות בבנין הכותל, ונכסיו משועבדים לתביעה זו, וממילא דהיכא דעדיין לא כנס לתוך שלו שפיר מצי לחייבו בחצי ההוצאות ולהוציאם ממנו בגביית שיעבוד נכסים בע"כ, וממילא דכבר לא יבנה שוב בכונס לתוך שלו, דממילא כבר שילם [בגבייה בע"כ] את חצי ההוצאות לבנין כותל משותף, ודו"ק.

<sup>22</sup> והיינו שהטעם שבאמת אינו תובע חצי הוצאותיו מבואר שם שאינו רשאי להניח קורות, וק', הרי אם שילם חצי הוצאותיו שפיר יכול להניח קורותיו, והביאור דרק משלם חצי הוצאות הבניה ולא הקרקע מתחת, דיכול לומר שהקרקע לא הייתי צריך לשלם שהייתי משתמש בקרקע שלי דאינך יכול להכריחני לקנות קרקע לכותל, ואם ישתמש בקורות הרי משתמש בכותל ובקרקע, וקרקע לאו ידידיה, וזה מיקרי שונא נתנות יחיה, דעצם זה שכותלו עומד דקרקע של חבירו וכמו בביקעה, אין זה בכלל שונא מתנות שהרי חבירו בא בע"כ והעמידו לכותלו שם, והשונא מתנות הוא מה שאח"כ ישתמש לקורות.

[ומה שכתב הרא"ה לעיל דאינו רוצה למיזבן ואינו רוצה מתנה היינו זכות השתמשות לקורות, ומה שכתב אח"כ חצי הוצאותיו, היינו הוצאות הכותל דומיא בביקעה].

## סימן ו

## פלוגתת הראשונים

## בשינוי השיעורים והמנהגים במשנה

## ובגדר המנהג בהוצא ודפנא, [תוד"ה בגויל].

**פרק א' בפלוגתת הראשונים בגויל בפחות מכשיעור גויל, ובגדר המנהג בהוצא ודפנא.** < שיטות הראשונים בזה, ב' מחלוקות בראשונים, בפחות מכשיעור אבנים, ובפחות מהוצא ודפנא. > בביאור פלוגתת הראשונים גויל בפחות מכשיעור גויל, דשורש פלוגתתם בגדר מנהג הוצא ודפנא אי איתרבי בכלל כותל או דדין מחיצה עליו ואינו כותל, וממילא דמנהג הוצא ודפנא איכא שני מנהגים, דאיכלל בזה מנהג לא לגדור. < ביאור שיטת הרשב"א ורבינו יונה בדין הוצא ודפנא בעיר חדשה, ופלוגתת התוס' והרא"ש תלוי בפלוגתא דלעיל. > יש לדחות ולפרש שיטת התוס' באופ"א, דגם התוס' סברי דהוצא ודפנא לאו בכלל כותל הוא, ופליגי בגדר גויל בפחות מכשיעור גויל. < דן בדברי הרא"ש דמנהג על פחות מהוצא ודפנא דסגי בהוצא ודפנא דשיטה זו לא סותר את שיטת הרשב"א בעיר חדשה. >

**פרק ב בגדר המנהג שטות בפחות מהוצא ודפנא [ר"ת] ובמנהג לא לגדור [רשב"א].** < ביאור הצדדים בגדר המנהג שטות בפחות מהוצא ודפנא [ר"ת]. > בדברי הרשב"א במנהג לא לגדור, ונפ"מ בב' הנך דרכים בר"ת, והרשב"א דוחה. < ב' מהלכים בגדר המנהג שטות, ונפ"מ האם ילפינן מהכא דלא מהני מנהג אף היכא דכתיב הכל כמנהג המדינה. > הערה בתוס'. <

## פרק א'

## בפלוגתת הראשונים בגויל בפחות מכשיעור גויל,

## ובגדר המנהג בהוצא ודפנא.

**שיטות הראשונים בזה, ב' מחלוקות בראשונים, בפחות מכשיעור אבנים, ובפחות מהוצא ודפנא.**

תוס' חידשו ג' חידושי דינים, וכדלהלן:

א] כל מה שכתוב במשנה שיעורים בגויל וגזית, היינו משום שיש שיעור מלמעלה, ואין להוסיף יותר מהנך שיעורים אף אי נהגו כן, והיינו משום שכיון שאין שום צורך בהך הוספה שוב אין ההוספה מחייבת אותם כלום.

ב] מאידך גיסא, אם יש מנהג על פחות מהנך שיעורים שכתובים במשנה, אז שפיר מצי עביד כהנך שיעורים, דאין שיעור מלמטה, וזה חידוש גדול, אכן התוס' הוכיחו חידוש זה מהלכה אחרת, דסו"ס בשיעור שפחות מזה הרי אכתי לא גרע מהוצא ודפנא, וכמו דחידשו במשנה דמהני מנהג להוצא ודפנא - כמו כן מהני המנהג בכותל אבנים בפחות מהנך שיעורים, אולם בחידוש זה חולק הרא"ש [ריש מכילתין] וסובר דחז"ל קבעו את השיעור גם מלמעלה וגם מלמטה, וע"כ דס"ל דגרע מהוצא ודפנא.

ג] החידוש השלישי של תוס' הביאו מר"ת דחידוש שמנהג שנהגו בפחות מהוצא ודפנא [כגון במחצלות] לאו כלום הוא דמנהג שטות הוא, והרא"ש מודה בזה, עיין בזה להלן ברא"ש [סי' ה'] שהביא חידוש זה, אלא דעל חידוש זה מצאנו חולקים, עיין בזה בהגהות אשר"י וברמב"ן, דלדידהו מנהג זה הוא גם מנהג, וכתב בהגהות אשר"י דאין לומר על מנהג שאינו מנהג.

הרי לנו ב' פלוגתות בראשונים:

א] הרא"ש ותוס' חולקים בסברת התוס' דחידוש דמהני מנהג על פחות מהנך שיעורים כיון דסו"ס בפחות מזה לא גרע מהוצא ודפנא, [וכמו דמנהג מהני בהוצא ודפנא כמו כן מנהג מהני בפחות מהנך שיעורים].

ב] הר"ת והרמב"ן חולקים האם פחות מהוצא ודפנא הוא מנהג שטות או לא - ולדידהו כל מנהג הוא מנהג.

[והתוס' הביאו דין דר"ת כאן, והרא"ש המתין, דלתוס' נצרך שאחרי ששיעור פחות מהני מדין הוצא ודפנא, שוב ק' למה הביאו דוקא הוצא ודפנא, וע"ז תי' התוס' דרוצים לחדש

דינו של ר"ת, אבל הרא"ש ס"ל דממילא אין לפחות מכשעור, ולכן לא הוקשה ופשוט] - ועיין בהערה <sup>23</sup>.

**בביאור פלוגתת הראשונים גויל בפחות מכשעור גויל, דשורש פלוגתתם בגדר מנהג הוצא ודפנא אי איתרבי בכלל כותל או דדין מחיצה עליו ואינו כותל, וממילא דבמנהג הוצא ודפנא איכא שני מנהגים, דאיכלל בזה מנהג לא לגדור.**

והנה בפלוגתת הרא"ש והתוס' בפחות מכשעור, הרא"ש הוכיח שיטתו שהביא מהגמ' שלמדו מהמשנה "דד' אמות עומד ברוחב ו'" וגמרא זו קשה לדעת התוס' דלדידיה גמ' בפחות מזה הוא ע"כ עומד, ותי' המהרש"א דכוונת הגמ' שם הוא דלעמוד בתורת גויל צריך שיעורין אלו, אבל לא בתורת גויל שפיר עומד גם בלי הנך שיעורים.

עכ"פ שיטת הרא"ש צ"ב, דתוס' שפיר הוכיחו דאיכא מנהג של הוצא ודפנא, ומנהג זה הוא ע"כ פחות מגויל אף בגויל בפחות מכשעור גויל, ושוב מהני מק"ו, דאי מנהג הוצא ודפנא הוי מנהג כש"כ דגויל בפחות מכשעור גויל מהני ושיטת הרא"ש תמוה - וצ"ע.

והמוכרח מזה דלדעת הרא"ש גויל בפחות מכשעור גויל שאני מהוצא ודפנא, והביאור, שיש לחקור בגדר החידוש דמהני הוצא ודפנא, דמצד א' י"ל דנתחדש דאף דאינו כותל כשאר הכתלים מאבנים אכן סו"ס איתרבי בכלל כותל, והיינו דבכלל תקנת כותל איכלל גם מחיצה דהוצא ודפנא והחילו בו חלות דין כותל כשאר כתלים לענין תקנה זו, או דלמא דבאמת הוצא ודפנא אינו כותל בכלל, דמחיצה שמה ולא שמה כותל, אלא דבמנהג להוצא ודפנא נתחדש תרתי, א' היכא דנהגו לא לבנות כותל כלל, התם מהני מהני המנהג להפטר מתקנת כותל, ב' כל זה בתנאי דנהגו עכ"פ במחיצה, דמנהג מחיצה פוטר ממתקנת כותל. נמצא דבמנהג להוצא ודפנא איכא ב' מנהגים, א' מנהג לא לבנות כותל, ב' מנהג לחייבו עכ"פ במחיצה.

ונראה דהרא"ש למד כדרך השניה, דדוקא בנהגו בהוצא ודפנא הוא דמהני הוצא ודפנא שהרי במנהג להוצא ודפנא, איכא שני מנהגים, א' מנהג לא לבנות כותל, וזה מה שפוטר מתקנת כותל, ב' מנהג להתחייב במחיצה במקום החיוב כותל, אבל במנהג לגויל בפחות מכשעור גויל, התם ליכא מנהג לא לבנות כותל, דאדרבה המנהג הוא לבנות כותל, אלא דנהגו לבנות כותל רעוע, ועל זה קבעו חכמים במשנה דלא מהני מנהג, דזה נגד השיעורים שקבעו חכמים, ודו"ק.

<sup>23</sup> והנה תוס' רק כתבו מנהג שטות למי שנהג בפחות מהוצא ודפנא ולא במי שנהג ביותר מהשיעורים במשנה, וע"כ דאין זה מנהג שטות, [וכן מוכרח ברמב"ן דמצד א' הוא חולק על ר"ת, ובפשטות דאזיל כהגהות אשר"י דלדידהו מנהג זה מנהג, ואפי"ה ס"ל דאם המנהג הוא בפחות מהשיעור אז לא אזלינן כהמנהג], וע"כ דמה שהמנהג לא דיקדק בשיעורים אינו שטות, אלא דחז"ל דיקדקו יותר, ורק לקבוע דסוג כותל הוא כותל בזה כבר אמרינן דהוי מנהג שטות, וזהו הנידון אי עבדינן כן או לא.

אולם אין זה נכון, דבאמת קושי מעיקרא ליתא, דלעולם י"ל דתמיד מיקרי מנהג שטות, אלא דכוונת התוס' הוא דכיון דרק על ה"סוג כותל" נאמר במשנה "הכל כמנהג המדינה", ולא על שיעור הכותל, א"כ החידוש בר"ת דאעפ"כ הוי מנהג שטות הוא דוקא על מה שנאמר "הכל כמנהג המדינה" דגם התם אכתי מיקרי מנהג שטות, אבל פשיטא דנגד מה שחז"ל קבעו ולא אמרו כלל "הכל כמנהג המדינה" דפשיטא דבזה נמי חשיב מנהג שטות, דעצם ה שנהגו נגד תקנת חז"ל הוא השטות.

ובביאור המשנה, למה כתבו סוגים של אבנים כגויל גזית וכו' והו"ל למימר בונין כותל והכל כמנהג המדינה, וצ"ל דכל מה שמפרשין דמנהג המדינה קאי בסוג האבנים ולא בשיעור האבנים היינו משום שלפני כן הביאו רשימה של "סוג אבנים", ורק אח"כ הביאו רשימה של "שיעורים של אבנים", ולכן דייקו שהלשון "מנהג המדינה" קאי על זה ולא קאי על זה, [והיינו לקודם ולא לאחר כ'], אולם אכתי ק' דסו"ס לדעת הרא"ש א"ש, אבל לתוס' אכתי קאי האי לשון גם על אח"כ דקאי לענין לפחות מהשיעור, וזה יבואר.

אולם התוס' סברי דהוצא ודפנא בכלל כותל הוא דאיתרבי, ואינו חפצא חדשה בפני עצמה, וכין שכן שפיר יש להוכיח מהוצא ודפנא דכמו דמהני הוצא ודפנא כ"כ דמהני כותל רועע כמו גויל בפחות מכשיעור גויל, וא"ש שורש פלוגתתם.

**ביאור שיטת הרשב"א ורבינו יונה בדין הוצא ודפנא בעיר חדשה, ופלוגתת התוס' והרא"ש תלוי בפלוגתא דלעיל.**

ונראה דכבר מצאנו דפליגי בהך פלוגתא של הרא"ש ותוס' בביאור הדין דעיר חדשה, דהנה, עיין ברשב"א [ד"ה בלבנים] וברבינו יונה [ריש מכילתין] דדנו בעיר חדשה דמה הדין וביארו דכופין "לפחות שבכתלים" וס"ל דלא סגי בהוצא ודפנא, ולכא' דין זה צ"ע, דהוצא ודפנא אחרי דנתרבה הרי הוא כפחות שבכתלים, וא"כ למה לא מהני.

וי"ל דכיון דזה הרבה פחות בר קיימא מאידך כתלים, א"כ הרי"ז כ"כ כותל מחודש, ורק במקום שיש ע"ז מנהג הוא דאיתרבי והוא דחשיב בכלל כותל, והיינו כמו שנתבאר בשיטת התוס' דלעולם דהוצא ודפנא איתרבי בכלל כותל לענין הך תקנה, אכן כל זה הוא רק היכא דנהגו כן, ובעיר חדשה שלא נהגו כן ליכא מנהג כזה.

אכן מדקדוק לשון רבינו יונה נראה לומר בזה עוד, שהרבינו יונה הוכיח דין זה מלשון המשנה שכתב בונין את "הכותל", וכותל סתם לא משמע בהוצא ודפנא, והרשב"א לא הוסיף ראיה זו.

ונראה דרבינו יונה הבין דהוצא ודפנא הוא מחיצה ולא כותל, וכדיבארנו לעיל בדעת הרא"ש, וזהו שכתב דמדקדק במשנה דחכמים חייבו "כותל", והוצא ודפנא אינו כותל, וע"כ דבמנהג הוצא ודפנא נתחדש דאפשר להפטר מחיוב זה ע"י מנהג מפורש להתחייב במחיצה במקום כותל, ובעיר חדשה ליכא מנהג כזה הלכך הדרא לעיקר התקנה, כן נראה בביאור הך דין לשיטת רבינו יונה, ומדהשמיט הרשב"א הוספה זו היה מקום לומר דיתכן דהרשב"א חולק בזה, [שו"ר קרוב לזה בחת"ס בד"ה בונין את הכותל], הרי לנו דהרא"ש והתוס' חולקים בפלוגתת הרשב"א ורבינו יונה.

**יש לדחות ולפרש שיטת התוס' באופ"א, דגם התוס' סברי דהוצא ודפנא לאו בכלל כותל הוא, ופליגי בגדר גויל בפחות מכשיעור גויל.**

אולם יש מקום לומר דכו"ע מודי דהוצא ודפנא אינו בכלל כותל, דמחיצה היא ומחיצה אינה כותל, וכו"ע מודי דבמנהג להוצא ודפנא איכא ב' מנהגים, א' מנהג לא לבנות כותל, ב' מנהג לחייבו עכ"פ במחיצה, ואכתי פליגי התוס' והרא"ש בגויל בפחות מכשיעור גויל, האם ילפינן לה מהוצא ודפנא או לא.

דנראה דזהו הביאור בשי' התוס', דלעולם מודים התוס' לרא"ש דחו"ל קבעו שיעורים גם מלמעלה וגם מלמטה, דבתקנתם קבעו מהו השיעור הנצרכת לקיום הכותל, אלא דהתוס' לומדים דכמו דכשיש מנהג על "מחיצה" אז הרי הוא פטור מכותל לגמרי, א"כ כל הנך שיעורים הם רק בהל' דכותל, אבל כשיש מנהג על פחות מהנך שיעורים, הרי גם זה אכלל בדי מנהג מחיצה ומהני מתורת מנהג מחיצה.

וזהו הלשון בתוס' "דאפי' אם נהגו בהוצא ודפנא", וכוונתם דנתחדש מנהג מחיצה שפוטרת מחיוב כותל, ובזה פליג הרא"ש דהרא"ש למד דסו"ס גויל הוא תמיד כותל, אלא דהפחית מכשיעור, ומנהג בטעות הוא דאין זה שיעור מספיק, [שו"ר כעין זה בנחל"ד] - ועיין בהערה <sup>24</sup>.

<sup>24</sup> ולפי"ז גם לתוס' צריך רשימה קודם של סוגים ואח"כ רשימה של שיעורים שמנהג המדינה קאי רק למעלה [על סוג האבנים] ולא למטה [על השיעורים], ומה שאפשר לעשות פחות מהשיעור אין זה מנהג של "שיעור" חדש, אלא

**דן בדברי הרא"ש דבמנהג על פחות מהוצא ודפנא דסגי בהוצא ודפנא דשיטה זו לא סותר את שיטת הרשב"א בעיר חדשה.**

והנה, הרא"ש כתב דבמקום שנהגו בפחות מהוצא ודפנא דלדעת ר"ת הוי מנהג שטות, א"כ כיון שאין זה מנהג שוב מחייבין ליה בפחות שבכתלים, וכתב הרא"ש שחייב עכ"פ בהוצא ודפנא, והעירני בזה ידידי הגאון הרב יהודה בן שלמה שליט"א דזה דלא כהרשב"א בעיר חדשה, שהרי לרשב"א נתחדש בעיר חדשה דצריך עכ"פ בפחות מבכתלים, ולא כלל בזה הוצא ודפנא, דהוצא ודפנא רק מהני היכא דאיכא עכ"פ מנהג, וא"כ הכא בנד"ד דנהגו במנהג שטות [בפחות מהוצא ודפנא], שוב לא יהני המנהג כלל, ויצטרך יותר מהוצא ודפנא דבעי פחות מבכתלים, ולכא' יש כאן מחלוקת.

אולם לפי"ז תמוה שיטת הטור, שמצד א' הביא את הרשב"א ורבינו יונה בעיר חדשה ולא הביא שהרא"ש חולק, והבית יוסף הביא מ"מ ורבינו ירוחם כהרשב"א ורבינו יונה ולא הביא חולק, ויתירא מזו קשה דהרשב"א דייק דינו מהגמ', וצ"ע על הרא"ש.

ולדברינו נחא, דלעולם אין כאן מחלוקת וכו"ע מודי לרשב"א, שהרי י"ל דמנהג מחצלות היא מנהג שטות, אבל זה ודאי שיש בזה מנהג עכ"פ על "מחיצה", ובזה מופקע ופטור מחיוב כותל, והיינו דכבר נתבאר דבמנהג להוצא ודפנא איכא ב' מנהגים, א' [מנהג לא לבנות כותל, ב] מנהג לחייבו עכ"פ במחיצה, ובמנהג למחצלות איכא עכ"פ ב' הנך מנהגים, אלא דכיון דמחצלות אינו בכלל מחיצה לגבי קיום התקנה, א"כ לא נפטר מתקנת כותל בלי מחיצה ראויה, ושפיר מתחייב עכ"פ בחיוב מחיצה, ולכן שפיר מחייבין ליה בהוצא ודפנא, אבל כל זה אחרי דאיכא מנהג לא לבנות כותל, אבל בעיר חדשה שאין שום מנהג, התם הדרא עיקר התקנה דחייב בתקנת כותל, וזה דוקא באבנים, וא"ש.

ונראה דכן מדוקדק בלשון הרא"ש שהביא ר"ת "אתרא דנהגי בהוצא ודפנא דאף זה נמי קרוי מחיצה במקום שנהגו בו, אבל פחות מכאן אינו ראוי למחיצה".

## פרק ב

### בגדר המנהג שטות בפחות מהוצא ודפנא [ר"ת] ובמנהג לא לגדור [רשב"א].

#### ביאור הצדדים בגדר המנהג שטות בפחות מהוצא ודפנא [ר"ת].

הרשב"א בהמשך דבריו מביא נידון האם מנהג לא לגדור לגמרי פוטר, [והנידון הוא אי ילפינן כן מגינה דמהני כזה מנהג או לא ילפינן, עיי"ש], והרשב"א דן שם האם יש לפשוט ספק זה מדברי ר"ת בפחות מהוצא ודפנא.

ונקדים בביאור שורש החידוש במנהג שטות של ר"ת בפחות מהוצא ודפנא, דיש לבאר דבר זה בב' אופנים.

א' במחצלות שנופל תמיד הרי יש בו הרבה היזק ראיה, וא"כ הרי יש כאן "מנהג לא לגדור" מהיזק ראיה בשלמותה, [דרך מציל ממקצת היזק ראיה], וזה גופא השטות מה שאינם מקפידים על היזק ראיה בשלמותה, ולפי"ז יש ראיה ברורה דמנהג לא לגדור כלל וכלל ודאי דמנהג שטות הוא.

וביותר ביאור, השטות הוא בזה גופא דנהגו נגד תקנת חז"ל, דתקנת חז"ל לחשוש לחשש היזק ראיה ולפטור את ההיזק ע"י תקנת כותל או עכ"פ מחיצה כהוצא ודפנא, וכאן נהגו לא לחשוש להיזק ראיה, וזהו השטות מה שנהגו נגד תקנת חז"ל.

דע"י שינוי השיעור לשיעור יותר קטן בזה השתנה מכותל למחיצה, ודו"ק, דכמו דיש סוגים בתוך הכותל עצמו, כמו"כ מחיצה או כותל הוא סוגים שונים.



ב] אולם יתכן לאידך גיסא, דלעולם זה מיקרי שיש כאן "מנהג לגדור", דסו"ס גודרים במחצלות, וא"כ אין כאן מנהג נגד תקנת חז"ל כלל, אלא דכל השטות בזה הוא רק במה שמחשיבים מחצלות למחיצה, דבאמת אינו מחיצה דאין זה כלום כיון שזה נופל תמיד, ולכן מחייבים אותו לגדור לפחות בהוצא ודפנא, שהרי בעצם יש כאן מנהג לגדור, אבל באתרא דנהיג לא לגדור כלל, ודאי שאינו שטות, והמנהג הזה שפיר פוטר.

### **בדברי הרשב"א במנהג לא לגדור, ונפ"מ בב' הנך דרכים בר"ת, והרשב"א דוחה.**

והרשב"א הביא הנך ב' דרכים בגדר המנהג שטות של ר"ת, ומתחילה למד הרשב"א כהדרך הראשון וכתב דיש לפשוט בזה בק"ו, והיינו דאי נימא דהשטות הוא בזה גופא דנהגו נגד תקנת חז"ל, דתקנת חז"ל היתה לחשוש לחשש היזק ראייה ובמחצלות נהגו לא לחשוש להיזק ראייה, וזהו השטות מה שנהגו נגד תקנת חז"ל, א"כ כש"כ בנהגו לא לגדור כלל דודאי דאיכא בזה שטות, ואין מנהג כזה.

אכן לפי הצד השני ליכא ראייה, דאי נימא דלעולם זה מיקרי שיש כאן "מנהג לגדור", דסו"ס גודרים במחצלות, וא"כ לעולם אין כאן מנהג נגד תקנת חז"ל כלל, אלא דכל השטות בזה הוא רק במה שמחשיבים מחצלות למחיצה, א"כ י"ל דלעולם בנהגו נגד תקנת חז"ל דאין בזה שטות, ושפיר מהני מנהג נגד התקנה להפטר מכל התקנה.

אולם שוב הוסיף בה הרשב"א דגם לצד השני, דלעולם י"ל דהשטות הוא על מה שמחשיבים את המחיצה דמחצלות כמחיצה, אכן סו"ס יש כאן מנהג "לא לגדור" בגדר גמור, שהרי בין נפילה לבניה נהגו לא להקפיד על היזק ראייה, ואם מנהג לא לגדור פוטר, א"כ הרי הוא פטור על יותר ממחצלות ואיך מחייבין ליה על יותר ממחצלות לר"ת, ולא אכפת לן מה שמחצלות הוא שטות, דסו"ס פטור מצד אחר, דהו"ל כאתרא דנהגי לא לגדור במקצת, ודו"ק בזה.

ומכאן הוכיח הרשב"א שאף כשיש מנהג לא לגדור, ואינו שטות, אעפ"כ חייבוהו חכמים, וכמו"כ באתרא דנהגי לא לגדור לגמרי יהיה חייב, אף שאינו שטות.

הרי דלמדנו מזה יסוד שחכמים חייבוהו לגדור אף נגד מנהג שאינו מנהג שטות.

### **ב' מהלכים בגדר המנהג שטות, ונפ"מ האם ילפינן מהכא דלא מהני מנהג אף היכא דכתיב הכל כמנהג המדינה.**

ובסיכום נמצא שיש כאן ב' צדדים לבאר את המנהג שטות דר"ת, וממילא שיש כבר ב' צדדים לבאר למה לא יהני המנהג לא לגדור, די"ל דהמנהג לא לגדור הוא בעצמו מנהג שטות, וי"ל עוד דאף אי אינו מנהג שטות, [ובמחצלת השטות הוא במחצלת עצמן], אבל סו"ס נתחדש דאין דין על מנהג [לא לגדור] לפוטרו, דחכמים מחייבים למרות הך מנהג, ובר"ת בעצמו במחצלת איכא ב' צדדים, די"ל דהשטות במחצלות הוא דזה גופא שיש בו מקצת מנהג שלא לגדור הו"ל שטות, וי"ל דהשטות הוא רק בזה שמחשיבים אותו כשמירה, ועד כמה שיש מנהג שלא לגדור בלאו הכי אין זה פוטר.

והנה בר"ת מבואר עוד דילפינן מהכא דלא סמכין על כל מנהג אף היכא דכתוב "הכל כמנהג המדינה", והרשב"א והרא"ש לא הביאו הוספה זו מר"ת, ורק בהגהות אשר"י הביאו וכן בתוס'.

ונ' דתלוי בב' הצדדים הנ"ל, ד"הכל כמנהג המדינה" בא לומר שהמנהג קובע מהו כותל ומהו מחיצה במקום זה, אבל לא כתוב ב"הכל כמנהג המדינה" שהמנהג קובע אם היזק ראייה שמיה היזק או לו.

ולכן, אם השטות הוא בזה שלא מקפידים על היזק ראייה לגמרי, שוב אין ללמוד לכל מקום שכתב "הכל כמנהג המדינה", דעד כמה שהמנהג בא לחדש דאינו היזק גמור, הרי על זה לא

כתוב כלל "הכל כמנהג המדינה", אבל אם השטות הוא בזה דהחשיבהו ככותל, שוב יש ללמוד מכאן דלא אזלינן בתר מנהג לגמרי.

**הערה בתוס'.**

בתוס' ס"ל דחצר קיל מגינה [בעמוד ב'] ולדבריו מקום שנהגו לא לגדור פטור וכאן הביא ר"ת, וזה סתירה, ולהלן יבואר.

## סימן ז

### בחילוק בין תפיסה ומוחזק, ובדין תפיסה לפני ואחרי הספק.

**פרק א ביאור תחילת דברי התוס'.** < הערה בתחילת התוס'. < ביאור קושי' התוס'. < תוספת בקושי' התוס' מהסוגי' בב"מ [ק]. < פלוגתת רש"י ותוס' למה לא מהני תפיסה בבקעה. >

**פרק ב עיקר הגידון של התוס' לגבי תפיסה - לפני ואחרי הספק.** < תפיסה קודם ובשעת הספק או לאחר הספק. < דינים נוספים של תפיסה. < למה לא הביאו הכא סוגי' דבכור ולמה לא הקשו מכל הממע"ה. < מוכרח מהתוס' דתפיסה גרע ממוחזק. >

**פרק ג בחילוק בין מוחזק לתפוס.** < מוכיח ומבאר שיש שני דינים במוחזקות, דעצם החזקת ממון היא חזקה ככל החזקות, ויש גם דין תפוס מדין הממע"ה, ומביא כן מהמהרי"ק ופנ"י וקצוה"ח. < הבהרה - חילוק בין תפוס למוחזק - מיישב למה התוס' לא הקשו מכל דין הממע"ה. < הנפ"מ בין הנך תרי דינים יהיה בתפיסה בספיקות [בתפיסת ברי ותפיסה ברשות]. < מבאר בזה את דברי הראשונים בדין רוב בעכו"ם. < תרי ותרי ספיקא דאורייתא. < מבאר בזה את דברי התוס' בב"מ [ק] לענין גודרות [וזה חידוש בכל הדין דגודרות אין להם חזקה]. < מצב של 'נראה כבעלים' הוא מצב של חזקת ממון - אבל החזקה בעלמא בלי נראה כבעלים אינו אלא כתפוס - ובגדר תפיסה ברשות. < סיכום הנפ"מ בין הנך ב' דינים, ונפ"מ לגבי רוב - וביאור דברי התוס' הכא. < חידוש של חכמי דורו של הקונטרס הספיקות. >

**פרק ד תוספת עומק בעיקר הגדר בחזקת ממון מדיני החזקות, דמישך שייכא בדין הממע"ה.** < הרבה תמיהות בעיקר האי יסוד. < מבאר שחזקת ממון תלויה בזכויות של המוחזק להחזיק ממנו באופן שלא יעלו צדדים וספיקות במוחזקות שלו, שהרי מבואר בתרומת הדשן שחזקת ממון 'אית ביה טעמא דהמע"ה', וזה הגזה"כ של מי בעל דברים וזה הכלל גדול בדינא, ומה"ט מהני נגד חזקת הגוף.

## פרק א

### ביאור תחילת דברי התוס'.

#### הערה בתחילת התוס'.

במשנה מבואר דלולי דין המשנה דתיקנו חכמים לבנות כותל אז כאו"א היה יכול לטעון שהכותל הוא שלו, ורק אחרי שבמשנה נתחדשה תקנה שכופין זא"ז לבנות ביחד אז הוא דיחלוק, והיינו דלולי זאת היו בונים לבד [כשחבירו אינו רוצה כמנהג], ולכן אם בנו כמנהג שוב אינו ראייה שבנו ביחד, ורק אחרי שכופין זא"ז אז כבר מוכרח שבנו ביחד.

ולפי"ז, אם המנהג לבנות בהוצא ובנו בגויל וגזית שעל זה אין כפייה, אז כבר לא מוכרח שבנו ביחד, ושפיר יכול לטעון שזה שלו, כן העיר הגר"נ פרצוביץ זצ"ל - ויש לדון בכמה אופנים כשלא עשה כפי התקנה אלא יותר מהתקנה - על פי המחלוקות בין הרא"ש והרמב"ן והרא"ה - ועיין בזה בהערה <sup>25</sup>.

<sup>25</sup> והיינו כך - הרי נחלקו הרא"ה והרמב"ן בכונס לתוך שלו, דלרא"ה אפי' בכונס ביותר מהמנהג הדין דמעכב עליו ואינו יכול לכנס דא"י לסמוך קורות, ועוד שאינו יכול לבנות הכל ממון שלו בין שניהם, דשונא מתנות יחיה, ויכול לכפותו שיעשהו את כל הכותל בשותפות בהוצאות ביחד כדי שיוכל לסמוך קורות בלי לקבל זכות זה במתנה, ומעתה לדבריו א"י לטעון שעשה את הכל לבד גם בכותל שהוא יותר מהמנהג - והיה מקום לומר דכה"ג מוכרח ששניהם הסכימו לעשות יותר מהמנהג - ואז יש אנון סהדי שחולקים, והיינו דלא כהגר"נ פרצוביץ זצ"ל.

אכן זו טעות - דסו"ס גם לפי הרא"ה אין אנון סהדי ששניהם שילמו להך כותל שהוא יותר מהחייב - דדווקא במשנה שיכולים לחייב זא"ז להשתתף בהוצאות כפי המנהג - אז יש אנון סהדי שלא עשה אחד לבדו בלי לחייב את חבירו - אבל בבונה יותר מן המנהג א"א לכפות את חבירו להשתתף - גם לרא"ה - ושוב ליכא אנון סהדי - שהרא"ה חידש רק שאם הוא רוצה הוא יכול לעכבו מלעשות בעצמו - אבל אין אנון סהדי שעכבו.

עוד שי לדון באופן שיש מנהג בגויל ועשו בהוצא, דלפי הרא"ש הוא יכול לכנס לתוך שלו, וא"כ ליכא "לפיכך" באופן זה, והיה מקום לדון דלפי הרמב"ן והרא"ה דא"י לכנס לתוך שלו בהוצא ודפנא - א"כ יש תקנה בכה"ג והדרא לן הראיה מה"לפיכך" - אכן גם זו טעות - דסו"ס הוצא ודפנא אינה כפי התקנה - ואינם יכולים לכוף זא"ז להשתתף בהוצאות של ההוצא ודפנא, ושוב ליכא אנון סהדי.

**ביאור קושי' התוס'.**

בתחילת דברי התוס' נתחדש דין, דגם כותל שאין בו תקנ"ח לבנות ביחד, ואין עליו כפיית ב"ד לבנות ביחד, כשכותל זה נפל, גם בכה"ג הדין הוא יחלוקו, והוסיפו התוס' חידוש נוסף - שיש לדון דמה הדין אם הכותל הזה נפל לרשות א' מהם, האם בכה"ג מהני זה שזה מונח ברשותו לומר שהוא התפוס - ואהני לן תפיסתו לומר לחבירו הממע"ה, או לא - וחידשו התוס' דלא מהני התפיסה הזו - ואכתי אמרינן יחלוקו, ולא אמרינן בזה הממע"ה, והרשב"א ורבינו יונה חולקים על כך חידוש דין - ויבואר.

תוס' הקשה על החידוש דין הנ"ל מהמשנה שלנו, שהרי מפורש במשנה דרך אחרי שכופין אותו לבנות אז אמרינן יחלוקו, וזהו שאמרו במשנה "לפיכך וכו' האבנים של שניהם", ומבואר דדווקא מחמת התקנ"ח לבנות ביחד ולכפות על זה, אז הוא דאמרינן יחלוקו, וזה גם במקום שנפל לרשותו של אחד מהם - והיינו מצב של תפיסה, וזה סותר לדין שחידשו התוס', ולרשב"א ורבינו יונה [הנ"ל] א"ש - ועיין בהערה <sup>26</sup>.

והנה התוס' הביאו מקור לחידוש דין הזה מהגמ' להלן [ד:]: בבקעה, שהרי בקעה הוא ממש כמו חצר - אלא דאין בו תקנ"ח ואין בו דין כפייה לבנות ביחד, ואעפ"כ כתוב בגמ' להלן דא"צ חזית לא לזה ולא לזה, וע"כ דגם בלי חזית הדין הוא יחלוקו כמו עם ראיית חזית, והיינו גם באופן שנפל הכותל לרשות של א' מהם, וצריכים ליישב את שיטת הרשב"א ורבינו יונה - ויבואר.

**תוספת בקושי' התוס' מהסוגי' בב"מ [ק].**

יש תוספת דברים בקושי' התוס' - שהרי התוס' הביאו סוגי' דב"מ [ק.]: - ששם למדנו 'כלל' בהלכות תפיסה בספיקות, דהתם מבואר דהמחליף פרה בחמור ונולד וולד ויש ספק האם נולד לפני המכירה [ושייך למוכר] או אחרי המכירה [ושייך ללוקח], דאז הדין הוא יחלוקו, ומבואר שם דאחרי יחלוקו מהני תפיסה להכריע כא' מהצדדים, והמקור לזה ממה דמבואר שם שרואים באיזה רשות הולד נמצא - והמע"ה, ומוכרח דתפיסה מהני במקום יחלוקו.

והקשו התוס' דנמצא דסוגי' דב"מ [ק.]: סותרת לדין הנ"ל שהוכיח מהגמ' להלן [ד:]: בבקעה, דהתם אמרינן דא"צ חזית דבלאו הכי תמיד נאמר יחלוקו, והיינו דלא מהני תפיסה להוציא מהדין יחלוקו <sup>27</sup>.

הרי לנו שבאמת התוס' הק' ב' קושיות, א] קשה מהדין החדש שחידשו מכת הגמ' להלן [ד:]: על המשנה שלנו שרק אחרי הכפייה והתקנה איכא יחלוקו, ב] קשה מהדין הנ"ל וכן מהסוגי' להלן [ד:]: על הסוגי' בב"מ [ק.].

**פלוגתת רש"י ותוס' למה לא מהני תפיסה בבקעה.**

צריכים לבאר את החידוש דין של התוס' ואת הדין שמבואר בבקעה, דלמה באמת אמרינן יחלוקו [בלי חזית מכאן ומכאן] ולמה לא מהני התפיסה של הנפילה - והביאור לזה לא כתוב מפורש בתוס', ודין זה מתפרש בתרי אנפי:

א] הפסק דין בספק הזה הוא יחלוקו [דבכל דררא דממונא <sup>28</sup> הדין הוא יחלוקו], ונתחדש הכא דלא מהני תפיסה כשבי"ד צריכים לפסוק יחלוקו מספק.

<sup>26</sup> יש להוסיף עוד - הרי כל מה דדיני חלוקת האבנים שייכים הכא במשנה ולא בב"מ בדינים של החלוקה בב' או חזין או ביחלוקו בולד שנולדה מהפרה - כל זה הוא רק משום שכל הדין יחלוקו הוא תוצאה מהתקנ"ח לחייבם לבנות כותל ביחד, ורק מטעם זה מקומו של הדין יחלוקו הוא במשנה בריש ב"ב, וממילא דמונח בקושי' התוס' עוד דבאמת דין זה שייכא לריש ב"מ, דגם לולי התקנה איכא בזה דין יחלוקו.

<sup>27</sup> ויש להעיר קצת, דקושי' זו מב"מ [ק.]: וכן התירוץ - לא שייכי הכא - אלא להלן [ד:]: ששם למדנו את המקור לדין כאן, ונמצא שהגמ' שם סותרת לסוגי' בב"מ [ק.]: ואין זה ענין לכאן כלל, וצ"ע.

[ב] באופן אחר י"ל דעצם זה שאין חזית הוא כבר "הוכחה וראיה" דשניהם בנאוהו, [דאנן סהדי שאם א' היה בונה דודאי שהיה עושה חזית, ולכן הדין הוא דיחלוקו], ו"הוכחה וראיה" זו מהני נגד תפיסה להוציאו ממוחזקת, וברש"י להלן [ד':] מבואר כהפירוש השני. והנה - זה פשוט מאד שלפי דרכו של רש"י לא מתחילה הקושי' השניה של התוס', והיינו דלק"מ הדין של התוס' מב"מ [ק:], דהתם הדין יחלוקו הוא מצד ספק [והיינו דבכל דררא דממונא - והיינו ספק אמיתי בלי טענותיהם - הדין הוא יחלוקו], ויתכן דתפיסה מהני שם ואעפ"כ לא מהני הכא נגד הראיה והוכחה מחזית, ועיין בהערה <sup>29</sup> דגם הקושי' הראשונה לק"מ לדרכו של רש"י.

ומעתה ברור - שהתוס' חולקים על הרש"י, דלמדו את הגמ' להלן [ד':] דיחלוקו הוא מספק, ולא מהני תפיסה מיחלוקו של ספק, ולית להו סברת רש"י דהעדר חזית הוא ראיה והוכחה, ושי' תוס' מבואר בתורת האוהל [מובא בגידו"ש עמוד ג' טור א'] דיכול לומר לא עשיתי חזית כיון דהייתי אנוס, ועיי"ש שהוא דן בזה האם באמת יש טענה כזו, וזו פלוגתת רש"י ותוס'.

### פרק ב

#### עיקר הנידון של התוס'

#### לגבי תפיסה - לפני ואחרי הספק.

#### תפיסה קודם ובשעת הספק או לאחר הספק.

תוס' הקשו דמ"ש כותל שנפל דלא מהני תפיסה של בעל החצר שלתוכה נפל הכותל - ממחליף פרה דמהני התפיסה אי נולדה הולד בחצר שלה - והתוס' חילקו בין תפיסה לאחר הספק לתפיסה קודם הספק.

והיינו שבכותל יש ספק מתחילה כשהכותל עמד - והיינו שכשיש טוען ונטען לאחר נפילה מתברר שתמיד הכותל גם כשזה עמד היה במצב מסופק - כן ביאר בחידושי הגרנ"ט [עמוד ז' בנדפמ"ח] - ולהלן [...], יבואר דנחלקו הראשונים אי באמת חשיב שיש ספק לפני כן - אבל בולד הספק הוא בשעת הלידה - והיא שעת התפיסה.

ומזה מוכרח דבאמת א"צ לפני הספק, וסגי אי הוי בשעת הספק, וכן הוכיחו בקונטרס הספיקות [כלל ב' סעיף ז' - ד"ה וזה ימים טוענים] בשי' התוס' דידן.

ועיקר יסוד זה שיש חילוק בין תפיסה לאחר הספק לתפיסה קודם הספק - הוכיחו כבר התוס' בב"מ [ו:] וכן הוא בתוס' בכתובות [ריש כ']. ליישב את סתירת הסוגיות [ב"מ כתובות], דהנה - בסוגי' של תקפו כהן איירי כשנולד ספק בכור והספק הוא אי הוי לכהן או לישראל, והדין הוא דאי תקפו כהן [תפיסה] מוציאין מידו, והיינו דלא מהני תפיסה בספיקות.

ומאידך מצאנו בכתובות [כ] שכשיש שטר שעדים מעידים עליו שהחתימות פסולות, ועדים אחרים מכשירים את השטר, וכבר תפס המלוה לפני שהעדים פסלוהו, דבזה מהני תפיסתו, ויש כאן סתירות הסוגיות האם מהני בזה תפיסה או לא.

<sup>28</sup> ספק אמיתי בלי טענותיהם [תוס' ב"מ ב'./ב:].

<sup>29</sup> הרמב"ן סוף המשנה [ד"ה ואיכא דקשי' ליה וכו' ולדידן לא קשי' וכו'] מוסיף דלדרכו של רש"י גם ליכא קושי' א' דהראיה מהעדר חזית הוא רק בבקעה שיש תקנת חזית, אבל בחצר אין תקנת חזית ושוב אין ראיה מהעדר חזית, ולכן בטלה דין שהתוס' חידשו, ושוב ליכא קושי' על המשנה.

והנה, הקצה"ח [סימן קנ"ז ס"ק ג'] [ובחי' הרמב"ן כתב וכו'] תמה על הרמב"ן הנ"ל - הרי אם לא היה דין כפייה ולא היה "לפיכך" בחצר, הרי אז חצר היה ודומה לגמרי לבקעה, וכמו דבבקעה מהני ראיה מהעדר חזית כמו"כ היה מהני בחצר, ועיין להלן בסוגי' [ד':] מה שביארנו בזה.

והתוס' מחלקים, דבתקפו כהן [בכור] התם התפיסה היא לאחר הספק ששעת הספק היא הלידה והוא תפס אח"כ - אבל בשטר התפיסה היתה לפני הספק, דכבר תפס לפני שנפסלו העדים, וזו גם כוונת התוס' כאן לחלק בין מחליף פרה לכותל, ודו"ק.

### דינים נוספים של תפיסה.

ויש לדעת - דאף דהכא נתבאר שיש אופן דמהני תפיסה בספקות - והיינו בתפיסה קודם הספק - אכן יש עוד אופנים שמהני בהם תפיסה - והיינו בתפיסת ברי ובתפיסה ברשות - ויבואר בזה בהמשך.

### למה לא הביאו הכא סוגי' דבכור ולמה לא הקשו מכל הממע"ה.

והנה בקובש"ע [ס"ק ח'] תמה, שהתוס' כאן חידשו חידוש דין בתפיסה בספקות - דחידשו דתפיסת לאחר הספק לא מהני, ותמוה דהו"ל להוכיח כן מסוגי' ארוכה בבכור ד"תקפו כהן מוציאין מידו", וכמו שהביאו התוס' בכל מקום, שהרי זהו ממש הנידון בסוגי' דבכור האם "תקפו כהן" מוציאין מידו או לא, וזהו גופא המסקנה<sup>30</sup>.

ויש ליישב שהרי בתקפו כהן לא מהני התפיסה נגד המוחזק - והכא ליכא מוחזק - דלולי התפיסה הדין הוא יחלוקו - וי"ל דמהאי טעמא לא הביא מתקפו כהן מוציאין מידו ודו"ק.

אולם - א"כ יש כבר להקשות לאידך גיסא - דכיון דהכא לא הוי כנגד מוחזק - א"כ למה באמת לא מהני התפיסה - והיינו שהיה לו להתוס' להקשות קושי' פשוטה על הגמרא להלן [ד] דמוכרח דלא מהני תפיסה אף שלא כנגד מוחזק - דלמה באמת לא מהני - דמה גרע מכל מוחזק אחר - הרי הכא אין כנגד בעל החצר שום מוחזק.

ובנוסח פשוט - היה להם להתוס' להקשות מעיקר הסוגי' של ב"ק [מ] דמבואר דכלל גדול בדינא דהמע"ה - והכא נמי בעל הרשות הוא מוחזק - ויכלו לתרץ שכל מוחזק שמתחדש לאחר לידת הספק לא מהני המוחזקות שלו - אבל למה לו להקשות מהמחליף פרה בחמור - וצ"ע.

### מוכרח מהתוס' דתפיסה גרע ממוחזק.

ואשר מוכרח מזה - שהתוס' ס"ל דעצם התפיסה גרע - דתפיסה גרע מכל מוחזק אחר שהוא מוחזק בלי שייכות לספק - והיינו כך - דבכל ספק מזיק אמרינן שהניזק צריך להביא ראיה כיון שהמזיק הוא מוחזק - וזה הסוגי' בב"ק [שם] - והרי התם, החזקתו של המזיק בממונו היא החזקה בלי שייכות לספק - שהרי תמיד הוא החזיק בממונו עוד לפני שהיה ספק ובלי שייכות לספק - אבל בהמחליף פרה וכן בכותל - הכא המוחזק מחזיק בולד או בכותל מחמת הצד שלו בספק - והיינו דדילמא הכותל שלו הוא ודילמא הולד נולד אח"כ ועל הצד הזה הוא מחזיק - וזה מיקרי 'תפיסה' - שהוא מחזיק בו מחמת הצד שלו בספק - וזה גרע מכל מוחזק אחר - הלכך שפיר היה צריך להוכיח מהסוגי' במחליף פרה דגם תפיסה מהני - ושפיר חילק בין לפני לאחר הספק.

אולם עיקר יסוד זה צריך ביאור דמה החילוק בין מוחזק לתפוס - הא חד דינא נאמרה - הממע"ה - ומאי שנא מחמת הספק או לא מחמת הספק - וצ"ע - ויבואר להלן [פרק ג] - ועיי"ש עוד דנתבאר גדר שונה לחלק בין מוחזק לתפוס.

<sup>30</sup> ושם ציינו לקונה"ס כאן.

## פרק ג

## בחילוק בין מוחזק לתפוס.

**מוכיח ומבאר שיש שני דינים במוחזקות, דעצם החזקת ממון היא חזקה ככל החזקות, ויש גם דין תפוס מדין הממע"ה, ומביא כן מהמהרי"ק ופנ"י וקצוה"ח.**

והנה בביאור החילוק בין מוחזק לתפוס צריכים להקדים שיש דין של חזקה כ"מ שתחת יד אדם שלו - והדין הזה בנוי על איחזוקי אינשי בגזילה לא מחזקין - וזה דין אחר מהדין של מוחזק - ודין זה יבואר בהמשך התוס' להלן [סימן י] - וכעת נבא לחלק בין ב' דינים של הממע"ה - תפוס ומוחזק - ותחילת הדברים בזה נמצאים בחידושי ר' שלמה כתובות [סימן ח'], וע"ע בהערה <sup>31</sup>.

ונתחיל בדברי המהרי"ק שחידש שחזקת ממון דומה לחזקת איסורים, עיין בזה בדבריו [שורש ע"ב] שכתב שמקור לחזקת ממון הוא מבית המנוגע [שהכהן סומך על חזקה לומר שהנגע לא התקטן], וזה גם המקור לחזקת איסורים.

ודבר זה מפורש בראשונים בטעמא דלאו ברי עדיף, דמבואר דהחזקה "מגרעת" בברי ושוב לא מהני הברי נגד השמא, והגדרה זו מבוארת בלשון הבעל המאור [כתובות ט"ז]. וז"ל, "חזקה דממונא מרעא ליה לדיבורא דידה כי היכי דמרעא ליה לשחיטה חזקת איסור שהבהמה עומדת בה בחייה", הרי שהוא גם מדמה חזקת ממון לחזקת איסור.

ויש לעיין דאמרו בב"ק בהפרה דהדין חזקת ממון הוא מסברא ד"מאן דכאיב ליה כאיבא אזיל לבי אסיא", וזה היסוד להמוציא מחבירו עליו הראיה, והיינו דדין זה הוא רק דין על המוציא שאינו מוציא בלי ראיה, אבל אינו דין חיובי בהכרעת הממון, ואיך יהני סברא זו 'לגרע' בטענתו של הברי, ומדברי הבעל המאור הנ"ל מבואר שחזקה זו היא ממש כמו חזקה באיסורים [וכדהביא משחיטה] שהוא דין חזקה חיובית, ולא סברא בעלמא לא להוציא, ולהכי באמת היא יכולה לגרע בטענתו, וע"כ דמבואר הכא שיש דין נוסף בממון שהחזקה עצמה מכרעת כמו בחזקת איסור וזה מלבד הסברא ד"מאן דכאיב ליה כאיבא".

הרי לנו ב' דינים במוחזק בממון, א' סברא דאין להוציא מהמוחזק בלי ראיה, וזה משום דמאן דכאיב וכו', ב' חזקת ממון שהיא הנהגה המכריעה את הספק ממון כמו שחזקת איסור מכריעה בספק איסור.

והדין הנוסף של "חזקה" מוכרח מגוף הדין דברי ושמא לאו ברי עדיף, שהרי יש להקשות, שאם כל הדין מוחזק הוא רק מצד סברא "דמאן דכאיב ליה כאיבא", א"כ בזה י"ל דא"צ ראיה ברורה, וגם רוב מהני וגם ברי ושמא מהני, דסו"ס יש כאן מקצת ראיה, [וגם זה נקרא "אזיל לבי אסיא"], וע"כ שיש דין נוסף של חזקה שמכריעה, וזה אלימא מרוב ומברי ושמא, וזוהי החזקת ממון שהיא כעין חזקת איסורים - והן הן דברי הבעל המאור דלכן היה צריך הסבר בברי ושמא למה לא מוציא ממון - והתשובה היא שהחזקת ממון שדומה לחזקת איסור מגרעת בכח של הברי.

גוף הדברים מפורשים גם בפנ"י [גיטין - ריש הניזקין] שבא לבאר דגם למ"ד דלאו ברי עדיף וגם למ"ד דרוב לא מוציא ממון, דזה אינו מסברא "דמאן דכאיב ליה כאיבא", דאולי רוב וב"ש סגי לראיה כזו, רק דמגזה"כ אתינן עלה, וכן ביאר את דברי רש"י שם שהוצרך להביא גזה"כ דמי בעל דברים לדין הממע"ה אף דאמרו שזה סברא דמאן דכאיב, וע"כ

<sup>31</sup> חלק גדול מההוכחות ליסוד זה שמעתי בבחרותי ממז"ר הגאון הגדול הרב ר' ברוך דוב פוברסקי שליט"א - ונמצאים בספרו בד קודש [ח"ב סימן מ'], אלא שיש כאן תוספת מקורות והגדרת הדברים קצת באופן אחר, וע"ע בהרחבה גדולה בזה בדברי ידידי הגאון ר' ירוחם דגני שליט"א בספרו קונטרס כלל גדול על הקונטרס הספיקות [סימן י"ט] ועוד.

שהפסוק נצרך בדין ברי ושמא ורוב, וכן נראה מהראב"ד בב"ק [מ"ו], ויתכן דבגזה"כ נתחדש הך חזקת ממון המבואר בבעה"מ ובמהרי"ק.

יסוד זה מפורש גם בקצוה"ח [סי' ר"פ ס"ק ב'], דהק' למה מהני חזקת ממון נגד רוב, הא רובא וחזקה רובא עדיף, ותירץ דתמיד החזקה בנויה על הדין של אתמול, והכא בממון החזקה בנויה על הדין של היום, שהיום הוא מוחזק לפנינו, ועכ"פ מכל הנידון ברובא וחזקה מוכרח דאיתנין עלה מצד חזקה כמו חזקה באיסורים, רק דעדיפא מיניה, ומבואר דמצד הסברא דמאן דכאיב ליה כאיבא שפיר היה יכול להוציא, וגם התוס' בב"ב [קל"ה] מדמה ענין "רובא וחזקה" בממון כמו שמצאנו בקצוה"ח הנ"ל, וכן מתבאר מתוך דברי היד רמה בב"ב [צ"ב: ס"ק י"ג].

הרי סמך גדול בראשונים שהרי בתוס' וביד רמ"ה לגבי רוב ובבעל המאור לגבי ברי שומא למדנו שיש דרגא אחרת של הכרעה של מוחזקות ששייכת לדיני ההכרעה של חזקה דמעיקרא - ואינו דין פשוט של הממע"ה.

ובענין זה מצאנו עוד - דהנה בדין "תרתית לריעותא" וכגון במקוה נתחדש שיש הכרעה של ב' חזקות נגד חזקה א' - ועיין בדברינו באמרות אברהם כתובות [סימן ב' פרק ה'] שנתבארו הגדרים בדין זה בארוכה, ובקצוה"ח [סימן ל"ד ס"ק ה'] מבואר דזה שייך גם בחזקת ממון, ואזיל בזה לשיטתו, ועיין בנתה"מ [שם ס"ק ט"ו] שחולק וסובר דחזקת ממון אינו חזקה כשאר החזקות, ואינו אלא מצד מאן דכאיב ליה וכו', ופולגתם בהנ"ל שהקצוה"ח אזיל בזה לשיטתו שלמד שיש דין נוסף מלבד הדין הממע"ה וזה דין חזקת ממון וזה מהני נגד רוב וכדומה, וע"ע בש"ש [ש"ו פ"ג] וע' מה שהביא מהמהרי"ק, ומכל הדברים מוכרח כנ"ל, וע"ע בנתה"מ [סימן ע"ה ס"ק ד'] שנחלקו הקצוה"ח במשובב עם הנתה"מ בנקודה זו ששם האריך הנתה"מ לפרש שהמע"ה הוא דין אחר.

וע"ע בקצוה"ח [סי' נ"ט ס"ק א'] דאזיל בזה שוב לשיטתו - דמדמה ברי עם חזקת הגוף לברי עם חזקת ממון, וע"ע רש"י [כתובות [ע"ה]: שכתב - "חזקת ממון עומד כנגדה להכחיש" - וגם הכא מבואר שיש דין חזקת ממון שהוא דין חיובי שבא לגרע זכות האשה, ודו"ק.

ולסיכום - הרי לנו כמה מקורות שיש דין נוסף במוחזקות - וזה דין ודאי ככל דיני חזקה שהם קובעים דין ודאי - וזה מלבד הסברא הפשוטה דמאן דכאיב ליה כאיב' וכו', והבאנו לזה מקורו מהמהרי"ק ובעל המאור ורש"י בריש הנזקין עפ"י הפנ"י, וכן מהקצוה"ח בג' מקומות, ותוס' בב"ב [קל"ה] - ועיין עוד בדברינו באמרות אברהם כתובות [סימן ט"ו] שהבאנו ראיות נוספות לחידוש זה, ואכמ"ל.

### **הבהרה - חילוק בין תפוס למוחזק - מיישב למה התוס' לא הקשו מכל דין הממע"ה.**

והנה - אף שיש הרבה ראיות ליסוד זה אכן עיקר הדברים צ"ב - והרבה יש לתמוה בזה מעיקר הסוגי' בב"ק [מו], ועיין בזה להלן [פרק ד'] מה שהוספנו בעומק הדברים, דמוכרח שהדין הממע"ה אינו דין פשוט - ועוד מוכרח דהך חזקה דדומה לאיסורים מישך שייכא בעיקר הסברא של הממע"ה - ונמצא שאין כאן ב' דינים שונים שלא שייכים זל"ז - ודו"ק.

ואעפ"כ זה ברור - שבכל מוחזק רגיל שהמוחזקות שלו לא שייכת לספק - דבלי שייכות לספק הוא היה מוחזק - בכל כה"ג יש חזקת ממון ויש אלימות מיוחדת בתור הכרעה בממון - אבל בתפוס מחמת הספק - הכא אינו אלא בגדר סברא דהמע"ה דמאן דכאיב ליה כאיבא - ודו"ק - ולהלן יבואר הנפ"מ בזה.

עכ"פ - בזה מבוארים דברי התוס' הכא - דלא הקשו מהדין הממע"ה - דלכא' היה להם להקשות קושי' פשוטה על הגמרא להלן [ד] דמוכרח דלא מהני תפיסה אף שלא כנגד מוחזק - דלמה באמת לא מהני - דמה גרע מכל מוחזק אחר - הרי הכא אין כנגד בעל החצר



שום מוחזק כמו בתקפו כהן בבכור - והיינו - שהיה להם להקשות מעיקר הסוגי' של ב"ק [מו] דמבואר דכלל גדול בדינא דהממע"ה - והכא נמי בעל הרשות הוא מוחזק - ולפי הנ"ל א"ש - דלולי הסוגיות של תפיסה היינו לומדים שכל הדין של הממע"ה כולו מישך שייכי בחזקת ממון - ולא מצאנו דיני תפוס אבל בסוגי' בב"מ [ק] שפיר חשיב כתפוס - ושפיר הקשו מהתם.

**הנפ"מ בין הנך תרי דינים יהיה בתפיסה בספיקות [בתפיסת ברי ותפיסה ברשות].**  
ובאמת שיש מקורות נוספים לחלק בין תפוס למוחזק - שמצאנו ביניהם נפ"מ לדינא - וכדיבואר.

הרי מצאנו דיני תפיסה במקום ספק, דאף דקיי"ל דלא מהני תפיסה בספיקות דתקפו כהן מוציאין מידו, [ודלא כהרמב"ם], אכן בתפיסה ברשות ובתפיסה קודם הספק ותפיסת ברי מהני תפיסה.

אכן מצאנו חילוק ביניהם בקונה"ס [כלל ג' - ז'], דביאר שם דמהני תפיסה בחזרה מכל תפוס אף באופנים דאהני ליה תפיסתו וכגון שתפס קודם הספק או שתפס תפיסת ברי, אולם סו"ס אינו 'מוחזק' רק 'תפוס' ושפיר מהני תפיסה ממנו, ואעפ"כ לא מהני לתפוס בחזרה ממי שתפס תפיסה ברשות [והיינו דהגיע לידו לכתחילה בהיתירא], ומבואר מזה דחלוקה תפיסה ברשות מתפיסת ברי ומתפיסה קודם הספק וכדומה בעצם יסוד דינו, דאף דמהני הנך תפיסות במקום ספק, אבל אינם כתפיסה ברשות שנעשה "למוחזק" ובדידהו הרי הוא רק כ"תפוס" בעלמא, הלכך מהני לתפוס הימנו בחזרה - ועיין להלן בטעמא דתפיסה ברשות מיקרי מוחזק ולא תפוס.

ועצם יסוד זה לחלק בין תפוס למוחזק, הראני ידידי הגר"י דגני שליט"א דכן מבואר בשו"ת חתם סופר [חו"מ סימן קע"ג סוד"ה ועוד], "אבל כל דוכתי הנ"ל נהי אין לבעה"ב דין חזקת ממון מ"מ אין לעניים וכהנים שום חזקה וה"ל ס' שקול ומי שישנו בידו מאן מרמי לי' מיני' לא מטעם חזקת ממון אלא שאין ב"ד נזקקין לספק זה", עכ"ל, וכן מבואר נמי בשו"ת רבי עקיבא איגר [מהדורא קמא סימן קל"ו סוד"ה וא"כ י"ל] "מ"מ מספק אין מוציאין מהמוחזק כמו בכל ספק ממון בליכא חזקת ממון, כגון בהוא ארבא דמהני תפיסה אח"כ דפשיטא דל"ש לומר דנולד עתה החזקה להכריע הספק, א"ו דבפשוטו דבספק אין עושין מעשה להוציאו ממוחזק, א"כ גם בתרי ותרי הכי הוא", עכ"ל.

**מבאר בזה את דברי הראשונים בדין רוב בעכו"ם.**

עוד מוכרח מהראשונים יסוד זה שיש שני דינים בחזקת ממון, דין מסברא ד"מאן דכאיב ליה" שאין להוציא בלי ראייה, ודין נוסף דאיכא חזקת ממון כמו באיסורים, דיעויין בדברי הרמב"ן הרשב"א והרא"ה [סוף פ"ק דכתובות] דמבואר שם דבעכו"ם הולכים בממון אחר הרוב להוציא ממנו, וביארו בטעמא דמילתא דכיון שהוא עכו"ם שוב לא שייך גביה חזקת ממון, וקשה דעיקר דין הממע"ה שפיר שייך גביו, ועיין בקונטרס הספיקות [כלל ו' ס"ד] שתמה בזה.

וע"כ דא"נ דדין תפוס שהוא סברא בעלמא דמאן דכאיב ליה כאיבא ודאי שייך בעכו"ם, אבל הדין חזקת ממון שהבאנו לעיל מהמהרי"ק והבאנו מהפנ"י שזה נלמד מהפסוק של מי בעל דברים, דין זה לא ילפינן לעכו"ם, ודו"ק.

**תרי ותרי ספיקא דאורייתא.**

עוד נפ"מ מצאנו בזה בדין תרי ותרי - דלפי השיטה דהוי ספק דאורייתא דלא מוקמינן בחזקה, ואעפ"כ מספק לא מוציאין ממון, ומהני בזה תפוס להחזיקו אצלו מדין הממע"ה, וקשה דאי כל הדין הוא מצד חזקת ממון כעין חזקת איסור - אז ודאי דלא עדיפא חזקת

ממון מחזקת איסור ומוכרח דבכה"ג אינו אלא בגדר תפוס, וזה מפורש בחידושי ר' שלמה [כתובות סימן ח'].

**מבאר בזה את דברי התוס' בב"מ [ק'] לענין גודרות [וזה חידוש בכל הדין דגודרות אין להם חזקה].**

וע"ד זה מתבאר נמי מדברי הגרשש"ק [שע"י ש"ה פט"ו] והגרנ"ט [ריש ב"מ סימן קל"ח] בישוב קושי' האחרונים על התוס' בב"מ [ק'], דהקשו התוס' דאיך אמרינן בהמחליף פרה בחמור שיש דין מוחזקות והממע"ה, הא גודרות אין להם חזקה, ומבואר בתוס' דגודרות אין להם חזקה הוא חסרון גם בהממע"ה, וזה תמוה, דדוקא בחזקת ראייה שבנויה על הראיה של איחזוקי אינשי בגניבה לא מחזקינן מצאנו דגודרות ליכא ראייה - שהם נכנסים ויוצאים בעצמם ויכול לגזולם בלי דרך חטיפה וגזלנותא, וכל זה יבואר להלן בדברינו בדין חזקה כ"מ שתחת יד אדם שלו - וכבר תמהו בזה הרש"ש והתומים [קיצור תק"כ ס"ק נ"ג נ"ד] דמה זה שייך לדין מוחזקות.

ותירץ הגרשש"ק ששיטת התוס' היא דגודרות כיון שנכנסים מאליהן שוב ליכא חזקת ממון, והיינו שכתוב בתוס' חידוש גדול, דגם בדין הממע"ה לא סגי בזה שהממון "נמצא תח"י, דבעינן שהממון יהיה אצלו, דהיינו "מוחזק" ולא סתם "מחזיק" בעלמא, ולזה בעינן שיהיה תופסו ומחזיקו כדרך בעלים, ואין בגודרות תפיסה שנראה כבעלים, כיון שמעצמו עייל ונפיק, וממילא דחסר גם בדין הממע"ה, ועיין בגרנ"ט [ב"מ סי' קל"ח בד"ה ועיין], וצ"ל דעד שאינו תופסו כבעלים אינו 'אצלו' לענין זה שיוכל לומר לו שילך לבי אסי', וזה חידוש גדול שחידשו התוס' - ודו"ק.

אולם בתירוצם של התוס' חידשו - דסו"ס ע"י טענת ברי מהני מדין תפוס, ומבואר שיש ב' דינים, והיינו דכלפי עיקר הטענה של הממע"ה מיקרי 'תפוס' גם בגודרות - ומה דבעינן שיחזיקו בתורת בעלים באופן שיהיה נראה כבעלים - מוחזק ולא מחזיק - היינו כלפי הדין נוסף של חזקת ממון - ודו"ק.

אולם עיקר דבר זה דנקטו התוס' דבעינן מוחזק ולא סגי לן בתפוס - ולכן הקשו מגודרות - דבר זה צ"ב - דלמה לא מהני תפוס - וביאר בזה ידידי הגאון ר' ירוחם דגני שליט"א [קונטרס כלל גדול סימן טז - סוף קונטרס הספקות] שמבואר בסוגי' בב"מ [מן] דכלל גדול בדינא הממע"ה ולכן לא מהני רוב ולכן לא מהני ברי ושמא - ונתבאר לעיל דכוונת הסוגי' שם היא לדין חזקת ממון ולא לדין תפוס.

והנה שם בסוגי' מבואר נמי דטעמא דחכמים דסומכום דלא אמרינן יחולקו בדררא דממונא היינו דבמקום מוחזק ליכא יחולקו - דמוחזק אלימא להו מיחולקו דדררא - ודין זה מבואר שם בסוגי' בהדי הדין רוב וברי שומא נגד מוחזק.

ומהכא למדנו דעיקר סברת חכמים נגד הדין יחולקו בדררא הוא מצד החזקת ממון שבו ולא מצד התפיסה - והיינו דיחולקו דדררא עדיפא מתפוס - ודו"ק - וזה המקור לקושי' התוס' דלא מהני בגודרות כיון דהוי דררא - וא"ש - והדברים נפלאים - וחידשו התוס' דלגבי זה מהני תפיסת ברי - ולשונם שם - "אבל אי תפס מספק - סברא הוא שלא תועיל חזקתם מספק" - והיינו שנתחדש סברא מסויימת בתפיסה בדררא דלא מהני בספק - וע"ע להלן [סימן ח פרק ב] במה שנתבאר בעיקר דברי התוס' בתפיסת ברי מיחולקו.

**מצב של 'נראה כבעלים' הוא מצב של חזקת ממון - אבל החזקה בעלמא בלי נראה כבעלים אינו אלא כתפוס - ובגדר תפיסה ברשות.**

למדנו מהגרשש"ק את עיקר ההגדרה של מוחזק לעומת תפוס - והוא - שמצב של 'נראה כבעלים' הוא מצב של חזקת ממון - אבל החזקה בעלמא בלי נראה כבעלים אינו אלא כ'תפוס' - ומטעם זה ליכא מוחזקות בגודרות ואין כאן יותר מתפוס - וכנראה שזה גם

הטעם לגבי תפיסה ברשות דמיקרי מוחזק ולא תפוס - כיון שיש לו סוג החזקה של נראה כבעלים.

וכנראה דתמיד כשהוא מחזיק בממונו עוד לפני שהיה ספק ובלי שייכות לספק - הכא החזקתו היא החזקה של נראה כבעלים - אבל בהמחליף פרה וכן בכותל - אף שנפל בעצמו ונולד מעצמו והוא לא תפס - אבל סו"ס המוחזק מחזיק בולד או בכותל מחמת הצד שלו בספק - והיינו דדילמא הכותל שלו הוא ודילמא הולד נולד אח"כ ועל הצד הזה הוא מחזיק - וזה מיקרי 'תפיסה' - שהוא מחזיק בו מחמת הצד שלו בספק - והיינו דכל כה"ג אין החזקתו החזקה של נראה עליו כבעלים.

### **סיכום הנפ"מ בין הנך ב' דינים, ונפ"מ לגבי רוב - וביאור דברי התוס' הכא.**

ולסיכום - הרי למדנו דאיכא ד' נפ"מ בין הנך תרי דינים, א' [לגבי תפיסה בספיקות, ב' [לגבי עכו"ם, ג' [לגבי תרי ותרי דהוי תפוס ואינו מוחזק, ד' [לגבי גזירות דאיכא תפוס וליכא מוחזק, ועיין עוד באמרות אברהם שנים אוחזין [סימן ב' פרק ב'] דנפ"מ גם לגבי ב' אוחזין. ויתחדש חידוש - שכמו שבעכו"ם מהני רוב להוציא, כמו כן מהני רוב להוציא גם בגזירות במחליף פרה וכדומה שאינו אלא תפוס, וכן בתפיסת ברי יהני נמי רוב להוציא, וכן בתרי ותרי, [אלא דבלאו הכי לא יהני הכרעה דרוב מצד הדין של תרי ותרי], ודו"ק. ועיין עוד בהאי ענינא באמרות אברהם שנים אוחזין [סימן נ'] בדין תקפו כהן ובגדרי הממע"ה וחזקת ממון - ונתחדשו שם שיש חמש דרגות בזה.

### **חידוש של חכמי דורו של הקונטרס הספיקות.**

והנה מצאנו חידוש של חכמי דורו של הקונטרס הספיקות [כלל א' סעיף ו'], שתירצו על הקושי' הידועה שבכל ספק ממון איכא נמי ספק גזל, וקשה, הרי ספק גזל הוא ספק איסור והאיך מקילין בזה, ותירץ דמקילין בממון מצד הכרעה של חזקה והכרעה זו מכרעת גם בדיני ממון וגם בדיני איסור כמו כל האיסורים שמוכרעים על ידי חזקה.

ותמוה - הא סו"ס איכא דיני תפוס בלי מוחזק, ובכה"ג יחזור הקושי' שיהיה כאן איסור גזילה מספק, ולמדנו מדבריהם שהם למדו שאין ב' דינים, גם חזקה וגם הממע"ה - אלא עיקר הך דין דהמע"ה הוא דין חזקה ככל החזקות - ותו לא, וזה דלא כהראשונים בעכו"ם וכו', ולדידיה באמת קשה מתרי ותרי - וכמו שהעיר בחידושי ר' שלמה [שם].

ויש להעיר שהרי אמרו בגמרא הממע"ה מצד הסברא דמאן דכאיב ליה כאיב' וכו', ולדידיה הכוונה בזה לחזקת ממון ועיין בזה להלן [פרק ד'].

### **פרק ד**

#### **תוספת עומק בעיקר הגדר בחזקת ממון מדיני החזקות,**

#### **דמישך שייכא בדין הממע"ה.**

### **הרבה תמיהות בעיקר האי יסוד.**

אף שהוכחנו לעיל שיש ב' דינים בהמע"ה, א' [דין חזקת ממון דמהני נגד רוב ונגד ברי ושמא, ב' [דין פשוט של הממע"ה מצד מאן דכאיב ליה וכו' - אכן יש בזה הרבה תמיהות - וכדלהלן.

א' הרי בב"ק [מ"ו] מובא סברת מאן דכאיב ליה וכו' וזה בעמוד א' - ומובא נמי הך דין דאין הולכים בממון אחר הרוב, וזה בעמוד ב' - ולמדנו לפי כל הנ"ל דע"כ דחלוקין נינהו בב"ק מ"ו בעמוד א' ובעמוד ב', ותרתי נינהו, דבעמוד א' דמבואר ד'כלל גדול בדינא' - ומזה ממעטינן רוב וברי ושמא והיינו ע"כ גזה"כ דחזקת ממון ובעמוד ב' כתוב סברא דהמע"ה שזה מצד דכאיב ליה כאיב', וזו סברא אחרת שלא שייכת לגזה"כ הנ"ל ומהני ביה רוב וברי ושמא, וקשה דבעמוד א' כתוב הלשון ד'כלל גדול בדינא - הממע"ה - וקשה דלמה

קרינן ליה לדין חזקה בעמוד א' בשם "כלל גדול בדינא הממע"ה", הא לא שייכא להממע"ה, וצ"ע – הא דין אחר מצד חזקת איסורים.

ב] הבאנו מהקצוה"ח [סימן ר"פ] דהקשה דלמה רובא לא עדיפא מחזקת ממון, הרי רובא עדיפא מחזקה, ותירץ דתמיד החזקה בנויה על הדין של אתמול, והכא בממון החזקה בנויה על הדין של היום, שהיום הוא מוחזק לפנינו, ולא הבנתי עומק הדברים מה יישב בזה, הרי סו"ס מצד החזקה שמכרעת שהוא פטור או שהוא בעלים, הרי על זה אנו מסתפקים ומה מהני מה שהממון בידו כעת, הא זה כח אחר מצד הממע"ה דכאיב ליה כאיבילי, ואין זה ענין להכרעה של חזקה עפ"י האתמול שהיה פשוט שהיה פטור או בעלים וכדומה.

ג] עו"ק מה שהקצוה"ח [שם] הביא מהתרומת הדשן שביאר שהדין הממע"ה ביחד עם החזקת ממון מצטרפין – ואלימא החזקה מחמת הדין הממע"ה שיש בה, ולא ברור הגדר בהאי צירוף, ולשונו של התרומת הדשן הוא שהחזקת ממון 'אית ביה טעמא דהממע"ה', ומשמע שזה לא 'צירוף' אלא יותר מזה, וצ"ע הגדר בזה.

ד] עוד קשה, הרי בכל הסוגיות בכתובות מבואר שחזקת ממון עדיפא מחזקת הגוף אף שחזקת הגוף היא חזקה בשורש הספק וחזקת ממון היא חזקה בתוצאה שהיא ההוצאת ממון, ותמיד חזקת הגוף עדיפא מכל החזקות מטעם זה, ומאי שנא חזקת ממון שאינו כן, והרי חזינן דלר' יהושע לא מהני חזקת הגוף נגד חזקת ממון וכמבואר בהדי' בכתובות [ע"ה] וגם לר"ג לא מהני אלא בצירוף ברי ושמא, וקשה דמאי אולמיל' חזקת ממון בזה ועיין בהערה <sup>32</sup>.

ה] עוד יש להעיר – מצד אחד המהרי"ק למד מבית המנוגע וקשה דהאיך יליף מאיסורים, ורש"י ריש הנזיקין למד מקרא דמי בעל דברים יגש, וקשה, הרי היכן מרומז בקרא רוב וברי ושמא, ולפי דברינו היכן מרומז חזקת ממון של הקצוה"ח דמהני נגד רוב וברי ושמא, והכל צריך בירור והגדרה.

ו] הבאנו לעיל [סוף פרק ג] מחכמי דורו של הקונטרס הספקות דחידוש הך דין דחזקה בממון כעין איסורים, אלא דלדידהו מוכרח שאין ב' דינים – ועיקר הך דין דהממע"ה הוא דין חזקה ככל החזקות – ויש להעיר שהרי אמרו בגמרא הממע"ה מצד הסברא דמאן דכאיב ליה כאיב' וכו', ולדידיה הכוונה בזה לחזקת ממון וצ"ע.

ז] יש קושי' אלימתא – באמרות אברהם שנים אוחזין [סימן מ"ט] נתבאר שיש ממון שהוכרע שהוא של פלוני על פי הדין הממע"ה – בהכרעה ודאית – ואעפ"כ אכתי איכא ספק כלפי שמיא, והנפ"מ בהך ספק כלפי שמיא הוא לגבי חובת הבאת ביכורים על הספק וכלפי הדין קנין כספו, ובאמרות אברהם [שם סימן נ'] נתבאר מהשערי יושר שיתכן נפ"מ גם לגבי חמץ [לולי הדין אינו ברשותו], ומבואר עוד דגם למ"ד דמהני תפיסה בספיקות [תקפו כהן אין מוציאין אותו מידו] אכתי נקטינן שההכרעה לטובת המוחזק לפני התפיסה היא הכרעה ודאית [לדרכו של השערי יושר] – ומוכרח דלשני הצדדים הממע"ה אינו סברא בעלמא לא להוציא מספק אלא שיש ע"כ חזקת ממון להעמיד את הממון בחזקתו בודאות – ואעפ"כ אכתי איכא ספק כלפי שמיא כלפי דינים מסויימים של איסור שתלויים בממון – וקשה דאי הוי חזקה ממש למה לא נכריע את כל הספיקות שתלויים בהך ספק ממון – גם לביכורים וגם קנין כספו וגם לבל יראה.

**מבאר שחזקת ממון תלויה בזכויות של המוחזק להחזיק ממנו באופן שלא יעלו צדדים וספיקות במוחזקות שלו, שהרי מבואר בתרומת הדשן שחזקת ממון 'אית ביה**

<sup>32</sup> אולם קושי' זו תלוי' בגדרים בצירוף של החזקת ממון, וכמבואר באמרות אברהם כתובות [סימן י"ז].

**טעמא דהממע"ה, וזה הגזה"כ של מי בעל דברים וזה הכלל גדול בדינא, ומה"ט מהני נגד חזקת הגוף.**

ונראה דאף דנתבאר דחזקת ממון והממע"ה הם שני כחות שונים, אולם בתרומת הדשן למדנו שיש ביניהם שייכות, וחזקת ממון 'אית ביה טעמא דהממע"ה', וכן מבואר מעיקר הסוגי' דכלל גדול בדינא הממע"ה שזה המקור לחזקת ממון.

ונראה שאף על פי שהרז"ה והמהרי"ק מדמים חזקת ממון לחזקת איסורים, אכן סו"ס באיסורים כל הנידון הוא על דיני החפצא, משא"כ בממונות ששם הדינים של הממון לא נמצאים בחפץ אלא שאנו דנים את הזכויות והבעלויות של המוחזק, ובהנך זכויות עצמם חיילא לחזקת ממון.

ונראה שהגדר בחזקה זו הוא כך - ונתעוררתי לדברים ע"י תלמיד אחד:

כמו שמצאנו בסברא דהממע"ה שאנו אומרים שא"א להוציא ממנו בלי להביא ראיה דכאיב ליה כאיבי' וכו', כמו כן החזקת ממון שתמיד אומרת לא להעלות ספיקות ולא לשנות את הדין של החפץ מהדין של אתמול, הכא החזקת ממון אומרת שזכותו של המוחזק שלא יעלו כנגדו צדדים וספיקות בהחזקתו בממונו.

ונוסיף עוד:

תמיד החזקה מתייחסת לדינים שאנו דנים בהם - האם היה בהם שינוי או לא, ולכן באיסורים שהדינים הם בחפצא אז החזקה היא מיניה וביה בדיני החפצא, אבל בממון שהדינים הם במוחזק שהוא בע"ד על הדינים של עצמו, הכא זכותו לתבוע שלא להעלות כנגדו ספיקות בממונו כעין מה שכל חזקת איסור מכרעת מצד עצמה בדיני החפצא.

הן הן דברי הקצוה"ח שכח החזקה נמצא כעת בהחזקתו בממונו ודלא ככל חזקת איסור שבנוי על האתמול, והיינו שבהחזקתו בממונו מונח זכות להחזיק את הממון בלי שיעלו כנגדו צדדים האם זה שלו או לא, והן הן דברי התרומת הדשן שחזקת ממון 'אית ביה טעמא דהממע"ה', וזו כוונת הגמרא כלל גדול בדינא הממע"ה, שהכל נובע מזכותו כנגד חבירו להחזיקו באופן שאין להעלות צדדים כנגדו.

ומה"ט ביאר הקצוה"ח שאין כחו של רוב להוציא מחזקת ממון וחלוק מכל חזקה שבנוי אך ורק על האתמול, וכאן זה בנוי על ה'החזקה' של היום שלא נותנת לדון את הצד של הרוב כנגד החזקתו, וזה גם הכח המיוחד של חזקת ממון כנגד חזקת הגוף אף שהיא בשורש הספק שהרי זכותו שלא יעלו כנגדו צדדים ולהסתפק על ממונו.

ונראה שזה נמי הביאור בבעל המאור שיש כח מיוחד של חזקת ממון בדין ברי ושמא להשוות ריעותא בברי, והיינו הכח של "מרעא ליה לדיבורא דידה", והגדר בזה ברור, הרי ד'ברי' בא להעלות את הצד שלו בממון, וכנגד מוחזק א"א להעלות צד - שזה עיקר כחו, שהחזקת ממון אומרת שא"א להעלות צדדים ולהסתפק על ממונו בלי סיבה מיוחדת ובלי ריעותא מיוחדת והאיך יעלה ה'ברי' את הצד שלו בממון כנגד החזקת ממון, ודו"ק.

ונראה דזה נמי הביאור במקור לדין חזקת ממון, מצד אחד יליף מבית המנוגע אף דלא יליף ממון מאיסור, ומצד שני הגזה"כ של 'מי בעל דברים יגש' וכמו שדקדק הפנ"י בדברי רש"י, והרי הגזה"כ תמוה, דהיכן מרומז ענינו של רוב וברי ושמא והיכן מרומז חזקת ממון מדין חזקות.

אלא שהביאור כנ"ל, דהכא כתוב שהוא הבע"ד וזכותו לתבוע את מה שחזקה תמיד מכרעת מצד עצמה באיסורים, ואינו ילפותא ממש רק 'גילוי' בהסתכלות על ספיקות - דדנים כפי זכותו בתורת בע"ד מצד הפסוק של 'מי בעל דברים יגש'.

אחרי כל הנ"ל למדנו שאין כאן חזקה כפשוטו – הלכך לא מהני גם לדיני האיסור שתלויים בהך ממון, ורק לדיני איסור שתלויים בחו"מ – כהקדש וכדומה – עיין בזה באמרות אברהם שנים אוחזין [סימן מ"ט] – הכא אחרי שהוכרע הממון בחו"מ אמרינן דשוב ליכא הקדש.

## סימן ח תפיסה בפסק של יחלוקו, ונגד כחו של דררא דממונא.

**פרק א חילוק בין תפיסה מיחלוקו לתפיסה מהממע"ה** < בדברי הקונטרס הספיקות למה לא מהני כאן תפיסת ברי, ומקשה דזה סותר לעיקר הכלל בתפיסה לאחר הספק. < מתמה עוד דמוכרח מהדין תפיסה לאחר הספק דשפיר חשיב כ'קם דינא'. < מבאר דאיכא בזה שני נידונים, שינוי הפסק דין של הספק, ושינוי מהפס"ד של הבעלי דינים, ולא מהני תפיסת ברי לשנות את הפסק דין של הספק. < ביאור עיקר השו"ט אי מהני תפיסה קודם הספק או לא. <

**פרק ב פלוגתת רבינו יונה והתוס' בתפיסת ברי ביחלוקו.** < דקדוק בלשון רבינו יונה כחילוק הנ"ל. < דקדוק לשון התוס'. < מיישב את קושי' הקובש"ע למה לא הביאו התוס' מקור מבכור, ולמה התוס' לא הקשו מכל מוחזק להדין של כותל. < מדקדק כן מרבינו יונה שהביא מתפיסה בב' אוחזין ולא בתפיסה בבכור. < מעורר דהתוס' לא הביאו גם דינא דתפיסה בב' אוחזין, ומייסד דתפיסות רק מהני בספיקות שבנויים על טענות, ולא בספיקות דדררא דלא שייכי לטענות, ומה"ט פשיטא למה לא מהני תפיסה בכותל. < חילוק בין לפני הספק ללאחר הספק. < שורש פלוגתתם לשיטתיהו בגדר הספק של דררא דממונא. <

**פרק ג פלוגתת הראשונים אי כותל חשיב כתפיסה לפני הספק או לאחר הספק.** < סיכום פלוגתת התוס' ורבינו יונה למה ליכא תפיסת ברי בספק של דררא בכותל. < מביא דפליגי הראשונים אי כותל הוי לפני או אחר הספק, ומבאר למה לתוס' מיקרי לאחר הספק. < מבאר דפליגי בסברת הגריעותא בתפיסה לאחר הספק, ולשיטתיהו פליגי אי בכותל הספק חיילא למפרע. < דרכו של הגר"ש רוזובסקי זצ"ל בכל הנ"ל. <

## פרק א חילוק בין תפיסה מיחלוקו לתפיסה מהממע"ה

**בדברי הקונטרס הספיקות למה לא מהני כאן תפיסת ברי, ומקשה דזה סותר לעיקר הכלל בתפיסה לאחר הספק.**

לעיל [סימן ז] הבאנו את התוס' בכתובות [כ'] דמחלק בין שטר לבכור - דשטר הוא קודם הספק ובכור הוא לאחר הספק - והיינו ממש כמו שחילקו התוס' הכא בין כותל ומחליף - דכותל הוא לאחר הספק ומחליף הוא לפני הספק.

והנה, התוס' בכתובות [שם] מחלק עוד בין שטר לבכור, דבשטר איכא תפיסת ברי, ובבכור איכא תפיסת שמא, ומדבריו מבואר דגם לאחר לידת הספק מהני תפיסת ברי, ולפי"ז הקשה הקונה"ס [כלל ב' פרק ז' ד"ה אבל התבוננתי] דאף דהתוס' חילקו בין כותל למחליף, ומצד החילוק בין קודם הספק ללאחר הספק דומה כותל לבכור ולכן אין בשניהם תפיסה - אכן מצד תפיסת ברי כבר דומה כותל לשטר, וא"כ מצד זה הדין הוא דתפיסתו היא תפיסה המועילה, והדרא קושי' התוס' לדוכתא - דלמה לא מהני התפיסה בכותל - וצ"ע - ועיין בהערה <sup>33</sup>.

והביא הקונטרס הספיקות מאחיו לחלק בין תפיסה מיחלוקו לתפיסה מהממע"ה, דבתפיסה מיחלוקו לא מהני גם תפיסת ברי, ורק בתפיסה מהממע"ה מהני ברי דהתם הוא לא בא לשנות את הדין בתפיסתו, ולכן מהני בו תפיסת ברי - ועיין בהערה <sup>34</sup>.

<sup>33</sup> ייצא לדון שם דאולי שי' התוס' דתפיסת ברי לא מהני, וחולק על תוס' בכתו' - שהרי התוס' בב"מ השמיט תירוצו זה ונראה דחולק בזה, אכן אכתי קשה שהרי תוס' בב"ב להלן [ק"ה] נקט כהתוס' בכתובות, וק' לומר דבחד מסכתא הוא סותר את משנתו.

<sup>34</sup> יש להעיר בעיקר חילוקו של אחיו מהר"ח בקונה"ס דמחלק בין תפיסה ביחלוקו לתפיסה בהממע"ה, דהנה, בעיקר מעלת תפיסת ברי ביאר הקונה"ס [כלל ב' אות ד'], דהתורה רק נתנה דין חזקת ממון למי שמסופק, וכיון שהוא אינו מסופק, שוב אין כלפיו חזקה כלל, ולכן מהני תפיסת ברי כיון שאינו נגד הכרעת החזקת ממון, אלא דכלפיו ליכא חזקת ממון.

ומעתה צ"ב, דמ"ש יחלוקו מהממע"ה הרי בשלמא אם לברי היה כח נגד חזקת ממון, אז היה אפ"ל דנגד חזקת ממון יש כח כיון דאינו עושה שינוי דין, משא"כ ביחלוקו, וכנ"ל, אבל כיון דגם נגד חזקת ממון אין לו כח כלל, ורק דתמיד לא חשיב כבא כנגדו - שהרי כלפיו ליכא ספק כלל, א"כ ה"ה ביחלוקו יש לומר כן, וצ"ע.

ויש לעיין דמה כוונתו במה שהוא אומר שהוא לא בא לשנות את הדין בתפיסתו - וכפשוטו כוונתו - דמעיקרא הממע"ה והשתא הממע"ה, אכן אכתי פלא, דמעיקרא לפני התפיסה נפסק לטובת ראובן ועכשיו לאחר התפיסה של שמעון נפסק לטובת שמעון, ואין לך שינוי גדול מזה, וצע"ג - ועיין בהערה <sup>35</sup>.

### **מתמה עוד דמוכרח מהדין תפיסה לאחר הספק דשפיר חשיב כ'קם דינא'.**

עוד יש להקשות מעיקר הדין של תפיסה קודם הספק - דהנה - יעויין בקונה"ס [ג' - ו'], ד"ה ויראה בעיני בטעמייהו] שכתב דשעת הספק סגי וא"צ קודם הספק, והוכיח כן מהאחרונים <sup>36</sup>, משיטתם בנולד ספק אח"כ לטיבותא ואכמ"ל, וביאר דע"כ דאין החיסרון בתפיסה עצמה, אלא דכל החסרון הוא דתפיסה אינה יכולה לשנות דין, וכיון שהוא תופס לאחר הספק אז כבר "קם דינא דהמע"ה" ותפיסה א"י לשנות דין זה, ומה"ט מהני בשעת הספק, דאין כאן "קם דינא", ואדרבה כבר אמרינן ד"קם דינא" לטובת התופס.

ומעתה קשה - דא"כ מאי שנא תפיסת ברי מתפיסה לאחר הספק, והיינו דאיך לענין תפיסה ברי אמרינן דאין כאן 'שינוי דין' דתמיד אמרינן הממע"ה, ולענין לאחר הספק אמרינן דלא מהני תפיסה דכבר "קם דינא", וצ"ע.

### **מבאר דאיכא בזה שני נידונים, שינוי הפסק דין של הספק, ושינוי מהפס"ד של הבעלי דינים, ולא מהני תפיסת ברי לשנות את הפסק דין של הספק.**

והנראה בזה, דב' נידונים שונים נינהו:

א] מה דינו של הספק מצד עצמו - והיינו דבדברא דינו יחלוק, ובארבא דינו כל דאלימ גבר, ובב' אוחזין דינו יחלוק וכו'.

ב] מה דינם של הבעלי דינים, שזה הדין בפועל, שראובן או שמעון יזכה.

ובתפיסת שמא מבואר בקונטרס הספיקות [כלל ג'] דא"א לשנות את דינם של הבעל דין, ולכן בעינן דוקא קודם או שעת הספק, ובזה איכא חיסרון גם כשנפסק הממע"ה, דסו"ס דינו של הבעל דין משתנה מראובן לשמעון, ואין בכח תפיסת ספק לשנות דין זה, אבל בתפיסת ברי שפיר מצי לשנות דינו של הבעל דין, אף ד"קם דינא".

אכן גם תפיסת ברי מוגבלת - דדינו של הספק עצמו א"י לשנות, דאין דינו של הספק משתנה מיחלוק להמע"ה גם ע"י תפיסת ברי, ומה"ט תפיסת ברי מהני בשטר דהתם - אף דמשתנה דינם של הבעל דין, אבל לא משתנה דינו של הספק, אבל ביחלוק לא מהני תפיסת ברי לשנות את דינו של הספק עצמו, ודו"ק.

שו"ר בגידולי שמואל בב"ב [עמוד ב' אות ג - ד] שכתב מעצמו את סברת הקונה"ס במעלת ברי, וכ' דסברא זו מהני גם בדברא דממונא וזהו ממש כמו ששאלנו על הקונה"ס.

[וכעיקר דברי הקונה"ס דמהני ברי כיון שאינו נגד החזקה, כדבריו יש להוכיח מעיקר הסוגי' בב"מ [ו':] דמבואר שם דמה דמהני תפיסה הוא סימן שאין הכרעה גמורה בהמע"ה, ורק למ"ד דמוציאין מידו יש הכרעה בהמע"ה, וכן מבואר נמי בקונה"ס [כלל א'] ובקוה"ע [סי' ע"א] - ועפ"י כתב שם הקוה"ע, וכן בקונה"ס [כלל א' - סעיף ח'] דלמ"ד אין מוציאין מידו, אינה אלא ספק מקודשת אם הבעלים יקדש אשה אף כשלא תפסו הכהן - ויחלוק זה הביא מאחיו מהר"ח.

ויש לתמוה דלמה לא אמרינן כן נמי בתפיסת ברי, דכיון דלדידן מהני עכ"פ תפיסה ברי, זה כבר ראייה שהוא אינו בעלים בודאי - והביאר כנ"ל, דכיון דברי אינו נגד הממע"ה כלל, דכלפיו אינו ספק ואינו חזקה, שוב א"א לומר דאינו פסק ודאי, ודו"ק].

<sup>35</sup> ואין לומר דהמע"ה אינו פס"ד, שהרי בקונה"ס [כלל א' פרק ח] מבואר דהנידון אי ת"כ מוציאין או לא תלוי בזה אי דין הממע"ה הוא דין ודאי או שהוא דין ספק, דאי הוי ודאי לא מהני תפיסה, והרי אזלינן כעת למסקנה דלא מהני, וע"כ שיש פסק ודאי - ולדרכו של הגרשש"ק תמיד חשיב כפסק ודאי - ותמיד מקודשת - ויש להוסיף - דלנתבאר לעיל [סימן ז פרק ג] בגדר מוחזקות דמי לחזקת איסור דברור שיש בזה פסק ודאי.

<sup>36</sup> שארית יוסף ש"ך ומהריב"ל דנקטו בשי' התוס' דצריך דוקא קודם ודלא כהאחרונים, ודלא מתוס' דידן.



### **ביאור עיקר השו"ט אי מהני תפיסה קודם הספק או לא.**

ומעתה יש לעיין דאי עיקר החידוש הוא ש"קם דינא" והספק לא יכול להשתנות - א"כ מה הקס"ד של התוס' דגם לפני הספק יהיה דין זה - הרי מעולם לא נפסק הדין יחלוקו אי עדיין לא חל הספק.

ונראה דקס"ד שהדין בזה הוא - דלא יתכן שישתנה דינו של הספק ע"י תפיסת ברי, וזה גם לפני הספק, דבשלמא אם היה דין שא"א לשנות את הדין של הבעל דין גם בתפיסת שמא, אז שפיר אמרינן דלפני הספק דאכתי לא חיילא הדין של הבעל דין כלל אז שפיר מהני תפיסה, אבל אם מיירי לענין שינוי דינו של הספק, א"כ סו"ס חיילא אח"כ ספק של דררא בלי דין של יחלוקו - והרי דינו של ספק הזה אמור להיות יחלוקו, ונמצא דהתפיסה שינתה את הדין יחלוקו של הספק.

וחידוש התוס' - שמה שלא יחול דין יחלוקו בספק של דררא זה לא אכפת לן, ורק אכפת לן אחרי שכבר חיילא הדין יחלוקו מכח הדררא, דאז אמרינן דשוב לא ישתנה ד"קם דינא", אבל אם בשעת החלות ספק כבר חיילא דין הממע"ה מכח התפיסה, בזה לא אכפת לן, וזהו חידושו של התוס' כאן.

### **פרק ב**

#### **פלוגתת רבינו יונה והתוס'**

#### **בתפיסת ברי ביחלוקו.**

#### **דקדוק בלשון רבינו יונה כחילוק הנ"ל.**

ונראה להוכיח כהקונה"ס מרבינו יונה להלן [ד'. ד"ה פשיטא ל"צ] שהביא בארוכה את קושי' התוס' כאן [...וק' לן, הא דתלי ליה וכו'], וביאר דבריו דבכותל הואיל וזה לאחר הספק אז "אין האבנים יוצאים מדין חלוקה מחמת שנפלו לרשות א' אלא יחלוקו כמשפט הראשון", והיינו דלא יתכן "שינוי המשפט", ואם המשפט הוא חלוקה אז לא משתנה המשפט להממע"ה, והיינו דאין הנידון כאן מצד שינוי הדינים של הבעל דין בעצמם, שהרי יש כאן תפיסת ברי ותפיסת ברי מהני לזה, אלא שהשינוי הוא שינוי בגוף ה"משפט", מיחלוקו להממע"ה, וזה לא יתכן, וזהו שהדגיש רבינו יונה דאין האבנים יוצאים מ"דין יחלוקו".

ותירא מזה למה הוסיף רבינו יונה "שחוזרים למשפט הראשון", הא זה פשיטא לן דאי לא מהני תפיסה דאז ודאי דחוזרים למשפט הראשון, דהא לא אהני לן התפיסה, וזה לשון מיותר, אלא דע"כ - שכל כוונתו בזה היא לבאר את ה"סיבה" דלא מהני יחלוקו, דכיון שזה "סותר למשפט הראשון" לכן אין בזה תפיסה, ודו"ק.

#### **דקדוק לשון התוס'.**

והנה יש לדקדק את לשון התוס' - שפירש דהא דלא מהני תפיסה הכא הוא משום "שלא יפסיד האחר כחו", ומדוקדק שאין החסרון מצד שינוי "המשפט" וכדמשמע בלשונו של רבינו יונה, אלא מצד זה שאין בו כח להפסיד כחו של חבירו ע"י תפיסה - ולהלן יבואר פלוגתא זו.

**מיישב את קושי' הקובש"ע למה לא הביאו התוס' מקור מבכור, ולמה התוס' לא הקשו מכל מוחזק להדין של כותל.**

והנה בקובש"ע [ס"ק ח'] תמה, שהתוס' כאן חידשו חידוש דין בתפיסה בספיקות דחידשו דתפיסת לאחר הספק לא מהני, ותמוה דהו"ל להוכיח כן מסוגי' ארוכה בבכור ד"תקפו כהן מוציאין מידו", וכמו שהביאו התוס' בכל מקום, שהרי זהו ממש הנידון בסוגי' דבכור האם "תקפו כהן" מוציאין מידו או לא, וזהו גופא המסקנה - וכבר הבאנו קושי' זו לעיל [סימן ז]

- ויישבנו דיתכן דדווקא נגד המממע"ה לא מהני תפיסה - משא"כ הכא לא הוי נגד המממע"ה - הלכך לא הביאו משם.

אולם לפי הנ"ל יש להוסיף בפשיטות - ולאידך גיסא - והיינו דהכא ביחלוקן גרע טפי - שבאמת ב' נידונים נינהו, דכאן בכותל אפי בתפיסת ברי לא מהני וגרע מתפיסה בבכור, דהרי"ז חסרון מצד תפיסה בשינוי דינו של הספק, וזה נידון בפנ"ע דלא מהני אפי' בברי, ומה"ט לא הביא הך סוגי' דבכור - אלא הביאו מלהלן [ד] - וכוונתם ששם מבואר שיש חסרון בתפיסה בזה שלא מהני נגד יחלוקן - והגריעותא הזו גרע טפי דלא מהני גם בתפיסת ברי - וכדאיירי הכא - וכל זה מוכנס לתוך הקושי' שלכן הביאו את המקור מלהלן [ד].

עוד שאלנו לעיל [סימן ז] - דלמה התוס' לא הקשו מכל דין מוחזק דמהני - ולמה לא יהני המוחזקות של כל התורה כולה בכותל - הא הוא לא בא להוציא ממוחזק ולמה לא יהני ולמה הקשה ממחליף פרה ולא הקשה מכל מוחזק והיה לו להביא את הסוגי' בב"ק [מו] - וביארנו דכאן אינו מוחזקות - אלא תפוס - ותפוס ומוחזק תרתי נינהו.

אולם לפי הנ"ל א"ש בפשיטות - שהרי הקשו מהמחליף דמהני תפיסה - ובאו בזה להוכיח דלא רק דמהני התפיסה - אלא דאף בתפיסה מיחלוקן איכא דין הממע"ה דבהמחליף איכא דין יחלוקן.

והיינו שזה עיקר הנידון בתוס', שמקודם הביאו מקור מלהלן [ד] להוכיח דליכא שום תפיסה שבעולם במקום יחלוקן - ולכן הקשו לסוגי' דהמחליף פרה להוכיח דמצאנו תפיסה ביחלוקן - וא"ש.

#### סיכום.

ולסיכום - מהקושי' והתשובה של אחיו של הקונטרס הספקות למדנו שעיקר הנידון ועיקר הסוגי' שבתוס' הזה - הוא סוגי' ונידון אחר מכל הסוגיות של תפיסות והממע"ה - שכאן אנו מתמודדים עם הפסק של יחלוקן ולא עם הפסק של מוחזקות - ולכן גם המקורות וגם הקושיות שבתוס' הגיעו מסוגיות שקשורות אך ורק ליחלוקן.

#### מדקדק כן מרבינו יונה שהביא מתפיסה בב' אוחזין ולא בתפיסה בבכור.

ובאמת שגם חידוש זה מבואר ומדוקדק בדברי הרבינו יונה [שם], דהנה בב"מ לעיל מיניה [ו']. מבואר דתפיסה לא מהני משנים אוחזין, והטעם לזה דהוי תפיסה מיחלוקן, ומוכרח כן, שהרי התם תפיסת ברי היא ולמה לא מהני בזה תפיסה, וע"כ דגם מזה מוכרח כיסודו של הקונה"ס וזו ראייה גדולה - ועיין בהערה <sup>37</sup>.

ועיין היטב ברבינו יונה שהביא הך דין דב"מ [ו']. בתקפה א' בפנינו בתפיסה משנים אוחזין - להוכיח דבזה לא מהני תפיסה, ולא הביא מבכור - וקשה דלמה השמיט בכור והביא טלית.

וע"כ דמוכרח כנ"ל, דמה שלא הביא דין בכור ובמקומו הביא דין תפיסה משנים אוחזין, היינו משום שבזה איכא חידוש הנוסף, דגם בתפיסת ברי לא מהני, והיינו ממש כמו התוס' דידן, ועיין נמי ברשב"א [ד']. בד"ה ל"צ דנפיל וכו', איכא למידק וכו', שרק הביא מתקפה א' בפנינו, והיינו כנ"ל.

<sup>37</sup> ובאמת דהקונה"ס היה צריך להק' דמ"ש דבב"מ [ו']. בתפיסה מב' אוחזין דלא מהני תפיסת ברי, מתפיסה בשטר [כתו' כ'] דמהני בתפיסת ברי, והיה מיישב כנ"ל, דב' אוחזין דומה לכותל דהוי יחלוקן, וכאן יש שינוי בדינו של הספק משא"כ בשטר.

**מעורר דהתוס' לא הביאו גם דינא דתפיסה בב' אוחזין, וע"כ דהו' ב' דינים שונים למה לא מהני תפיסה.**

איברא, דהתוס' חידשו דין דלא מהני תפיסת ברי' לשינוי דין, ולא הביאו לא מתקפו כהן ולא מתפיסה בב' אוחזין, והיה אפשר לומר ששנים אוחזין הוא דין חלוקת ודאי - וכשיטת התוס' בריש ב"מ - והכא יחלוקו של דררא דמונא הוי יחלוקו של ספק - ותרתי גינהו - ונימא שרבינו יונה למד כהרא"ש ריש [ב"מ] דגם שנים אוחזין הוי חלוקת ספק - הלכך שפיר מדמי להו אהדדי - ותוס' הכא אזלי לשיטתייהו מדבריהם בב"מ - ועיין באמרות אברהם שנים אוחזין [סימן ג' פרק א] בביאור פלוגתא זו של התוס' והרא"ש - וע"ע להלן [סימן ט].

אולם זה אינו - דכבר הבאנו באמרות אברהם [שם] ששיטת התוס' להלן [לד] היא שזה דין חלוקת ספק ושיטת הרא"ש - וע"כ דהכא נמי אזיל בשיטה זו - וממילא דהדרא הקושי' לדוכתא.

ובביאור שיטתו י"ל דלמד באופ"א מרבינו יונה והקונה"ס, [ולהלן נוכיח עוד דכבר פליגי התוס' ורבינו יונה ביסוד האי דינא] -

דנראה דרבינו יונה והקונה"ס למדו דלא מהני תפיסה בב' אוחזין ובמחליף פרה מטעם א', והוא משום שא"א לשנות את הפס"ד של יחלוקו דחיילא כבר בספק, והתוס' למדו דאין כזה דין, וע"כ דאיכא שתי סברות נפרדות למה ליכא תפיסה בהנך ב' דינים - וכדלהלן.

א' לגבי ב' אוחזין י"ל עפ"י מה שכתבו התוס' להלן [ל"ד] דהא דלא אמרינן כל דאלים גבר בב' אוחזין הוא משום שאין להניח לא' שיגזול את חברו דחזקה כל מה שתחת ידו אדם שלו הוא, וי"ל דהביאור בזה הוא דמעשה תפיסה במקום חזקה דכל מה שתחת ידו אדם שלו היא מעשה גזילה, ולכן לא מהני שם תפיסה<sup>38</sup>, ודו"ק.

ב' בכותל שאין מוחזקות - ע"כ דליתא לחסרון זה - וע"כ שכאן החסרון הוא מטעם אחר, והגדר בזה הוא, דלא חיילא תפיסה בספק דררא<sup>39</sup>, ודלא כרבינו יונה - שהחסרון הוא מצד שינוי הדין דיחלוקו, אלא דבהך סוג ספק - והיינו ספק דדררא - בספק כזה לא מהני תפיסה מחמת הכחות שיש לבעלי דינים בצדדים שלהם מכח הדררא - וכדיבואר.

**מייסד דתפיסות מהני רק בספיקות שבנויים על טענות, ולא בספיקות דדררא דלא שייכי לטענות, ומה"ט פשיטא למה לא מהני תפיסה בכותל.**

דהנה, ספק דררא דמונא הוא ספק בלי טענותיהם, וספק דארבא וספק בב' אוחזין וכדו' הוא ספק ע"י טענותיהם, וספק בלי טענותיהם מיקרי בלשון התוס' ב"מ [ב':] "ספק גמור", והיינו שזה סוג ספק מעולה מחמת היותו שייך למציאות, ולא נולד מכח הבעלי דברים, דהמציאות לפנינו מעמידה את שני צדדי הספק - והם לא 'המציאו' את שני הצדדים - וע"ע להלן [סימן ט'] בביאור הגדר שיש באלמות של צדדי הספק דדררא בזה שחל בלי טענותיהם.

והנה הבאנו לעיל את לשון התוס' - דהא דלא מהני תפיסה הוא משום "שלא יפסיד האחר כחו", והיינו שאין החסרון מצד שינוי "המשפט" וכדהבאנו מלשונו של רבינו יונה, אלא מצד זה שאין בו כח להפסיד כחו של חברו ע"י תפיסה, ומבואר הכא ד"כח הבעל דין" אלים טפי בספק דדררא מבשאר הספיקות, ולכן לא מהני כנגדו תפיסה לגרע כחו.

<sup>38</sup> ובבכור ובמחליף פרה דליכא חזקה כל מה שתחת ידו אדם שלו, התם ע"כ מטעמא אחרינא אתינן עלה.

<sup>39</sup> ושאיני בכור כדיבואר.

והביאור בזה הוא דחלוקין ספק דררא משאר ספיקות, דבספק בלי דררא, התם הבעל דין "יוצרים" את הספק, וספק דידהו הוא, משא"כ בספק של דררא, התם הספק שייך למציאות, ושני הצדדים בהך "ספק אמיתי" נותנים כח לבעלי דינים.

והיינו דהצד בספק שהלידה היתה לפני המכירה נותן כח למוכר, והצד בספק שהלידה היתה לאחר המכירה נותן כח ללוקח, ולא שמוכר ולוקח עצמם יוצרים את הצדדים ע"י טענותיהם, וזהו האלימות של שני הצדדים בספק של דררא <sup>40</sup>.

ומעתה י"ל דתפיסה מהני רק היכא דכל הכח בספק של ה"בעל דין שכנגדו" נוצר ע"י ה"בעל דין שכנגדו", דאז יכול בעל דין א' לגרע את הצד בספק של ה"בעל דין שכנגדו" ע"י התפיסה כיון שזה לא "צד אמיתי", דכל הצד נעשה ע"י ה"בעל דין שכנגדו", וזהו גופא הכח של בעל דין א' נגד ה"בעל דין שכנגדו" לגרע כחו ע"י תפיסה.

אבל אם זה צד אמיתי מכח המציאות שעצם המציאות נתן כח ל"בעל דין שכנגדו", אז אין בכחו לבא לגרע את הך צד ע"י תפיסה, דכחו בספק בא מהמציאות, והן הן דברי התוס' שכתבו ד"לא יפסיד האחר כחו", דזה כל הדין וכל החסרון בתפיסה בדררא, ודו"ק.

ובזה מיושב דמה"ט לא הביאו התוס' הך דין דב' אוחזין דהתם הוא ספק של טענות ובעלי דברים, וע"כ דהתם מטעם אחר לא מהני תפיסה וכדיבארנו לעיל, ודו"ק <sup>41</sup>.

#### חילוק בין לפני הספק ללאחר הספק.

ובזה נצטרך לבאר את החילוק בין לפני הספק ללאחר הספק, דבאופן שהיה תפוס מעיקרא כמו במחליף פרה, התם הוא לא בא לגרע את כח ה"בעל דין שכנגדו", אלא דכחו הוא לכתחילה "כח גרוע", דצדדי המציאות אמנם נתנו לו כח כבעל דין אלא דבמצב של "מוציא" הוא קבל כחו, דכך נולד הספק אצלו שהשני כבר מוחזק, משא"כ בתופס אחר, כ"כ דאז הוא בא לגרע כחו ע"י התפיסה <sup>42</sup>.

<sup>40</sup> ועיין בנחל"ד ריש ב"מ [סוף ב'] שהקשה טובא על ביאורו של התוס' בדררא דממונא, והק' דלשון הגמ' הוא שיש דררא דממונא להאי ויש דררא דממונא להאי, ולתוס' דדררא דממונא קאי על גוף הספק עצמו לומר דבלי טענותיהם יש ספק לבי"ד, א"כ מה זה שייך לומר להאי ולהאי, ולפי הרבינו יונה ורשב"ם דהכוונה שייכות ממון א"ש, עיי"ש, ולדברינו א"ש, דהמעלה בספק בלי טענותיהם הוא בזה גופא דלכל א' מהבעלי דברים איכא מעלה שיש לו צד גמור וצד אמיתי בספק, וזהו הכוונה "להאי ולהאי", דזה הפועל יוצא.

<sup>41</sup> באופן אחר היה אפשר לבאר את שיטת התוס' בזה עפ"י מה שיש להקדים בעיקר הגדר של תפיסה, דהנה מוחזקות ותפיסה שייכא לבעלי דברים ולטענות של בעל דין, ועיין להלן [בהערה] מה דהרחבנו בזה להוכיח דטענות ותפיסות שייכי אהדדי.

ומעתה אחרי דמבואר דמוחזקות ותפיסת שייכי לטענות, א"כ נראה לחדש דבספיקות של בעל דין ושל טענות, התם שייך שתפיסה יעשה שינוי דינים מיחלוקו להממע"ה או מראובן לשמעון, אבל בסוג ספק שהספק מופקע מטענות ומבעלי דברים, התם אין כח לתפיסות לשנות את הדינים ולקבוע דינים בספק, ודו"ק בכל זה.

ומה"ט נראה דלא מהני טענת ברי ותפיסת ברי בכותל לאחר הספק, דכותל הוא דררא דממונא, אולם אם בשעת לידת הספק היה מוחזק, כמו במחליף פרה, התם י"ל דמעיקרא לא חיילא דין יחלוקו נגד המוחזקות, דמוחזקות מגרעת בספק בעיקרו, שחיילא הספק במצב של מוחזקות, ולכתחילה ליכא דין בדררא כזו שיהיה יחלוקו, ורק כשתופס לאחר הספק הוא דלא מהני לשנות את דיני הך ספק, כיון דסוג ספק אחר הוא.

<sup>42</sup> והיה אפשר להקשות, דא"כ בבכור שהוא גם ספק דדררא - עיין בקה"י [ב"מ סי' ט'] - דגם הכא נימא דלא יהני תפיסה מטעם זה וא"כ שפיר הו"ל התוס' להביא מקור משם.

אולם אין זה קשה כלל דאדרבה, הרי התם הספק נולד ברשותו של הישראל, והוא המוחזק והוא הטוען הממע"ה, וכחו של הכהן הוא "כח גרוע", דכך נולד הספק אצלו שהשני מוחזק, [ולחכי ליכא דין יחלוקו], ומעתה נמצא שיש לישראל ב' כחות, א' כח מצד הדררא ב' כח מצד המוחזקות, והתפיסה לא בא נגד הכח מהדררא אלא נגד הכח שנולד לו ממוחזקות, [דבזה בא להכריע שיהיה לכהן דין מוחזק במקום הישראל], ונגד כח זו שפיר מהני תפיסה ודו"ק.

ואכתי צ"ב עיקר הדבר - שמבואר בתוס' שיש נפ"מ בין לגרע כח שכבר קיים לבין כח שלכתחילה חל ביחד עם הגריעותא שהשני תפוס - דמאי שנא - דסו"ס זה כחו של הצד הזה בספק ומה לי קודם ומה לי לאחר מכן - וצ"ע - אכן כן כתוב בדברי התוס' - וצ"ב.

### **שורש פלוגתתם לשיטתייהו בגדר הספק של דררא דממונא.**

ויש מקום לומר דאזלי בזה עוד לשיטתייהו בגדר הדין דררא דממונא - עיין בהערה <sup>43</sup> - ואינו מוכרח.

### **ביאור התוס' בב"מ [ק].**

הרי לנו לסיכום - שמהקושי' והתשובה של אחיו של הקונטרס הספקות למדנו שעיקר הנידון ועיקר הסוגי' שבתוס' הזה - הוא סוגי' ונידון אחר מכל הסוגיות של תפיסות והממע"ה - שכאן אנו מתמודדים עם הכח של דררא שיש בצדדים של הבע"ד ולא עם הפסק של מוחזקות כמו בתקפו כהן - ולכן גם המקורות וגם הקושיות שבתוס' הגיעו מסוגיות שקשורות אך ורק לדררא.

ונראה להוסיף - הרי לעיל [סימן ז פרק ג] הארכנו בדין מוחזק ותפוס - ונתבאר שם מהגרשש"ק שקושי' התוס' בב"מ [ק] היא שצריכים מוחזק לאפוקי מהכח של דררא, וגודרות חשיבי כתפוס ולא כמוחזק, ולא מהני בזה תפוס - ותירצו התוס' דגם תפיסה מהני היכא דהוי תפיסת ברי - והיינו דגם במחליף פרה דמבואר הכא דהוי תפיסה קודם הספק - אכן אכתי בעינן תפיסת ברי מחמת הכח של דררא שיש בצדדים של הספק - ועיי"ש מה שנתבאר שם בטעמא דמילתא למה לא סגי לן בתפיסת שמא בשם ידידי הגאון ר' ירוחם דגני שליט"א - דברים נפלאים.

הרי לנו דכל הסוגי' של תפיסה בדררא איירי ממילא בתפיסת ברי - דלולי זה איכא כח לדררא יותר מהתפיסה - אלא שקושי' התוס' היתה דתפיסה לא מהני אפילו בברי - וכמבואר להלן [ד] ועל זה חילקו דלא סגי לן בברי אלא דבעינן נמי קודם הספק - וכל השו"ט בזה הוא מצד תפיסה בדררא - וכנ"ל - ודו"ק.

### **פרק ג**

#### **פלוגתת הראשונים אי כותל חשיב**

#### **כתפיסה לפני הספק או לאחר הספק.**

### **סיכום פלוגתת התוס' ורבינו יונה למה ליכא תפיסת ברי בספק של דררא בכותל.**

הרי לנו דנתבאר לעיל דפליגי הרבינו יונה והתוס' למה ליכא תפיסת ברי בדררא דממונא בכותל, דהתוס' למדו שזה דין מצד גוף הספק דלא מהני תפיסה בספק דררא כיון דצדדי הספק שייכי למציאות ולא לטענותיהם, ורבינו יונה למד דכבר קם דינא דיחלוקן, ומה"ט לא מהני ביה תפיסה, דלא משתנה הפס"ד של הספק ע"י תפיסה, וע"ד הקונה"ס, וביארנו דפלוגתא זו תלויה בפלוגתתם בביאור דינא דדררא דממונא האם הכוונה מצד שייכות ממון או מצד שבלי טענותיהם יש ספק לבי"ד.

והנה, להלן יבואר דפליגי רבינו יונה והתוס' עוד אי כותל חשיב כתפיסה לפני הספק או לאחר הספק, ויבואר - דהנך תרי פלוגתות תלויות זה בזה, דפלוגתתם למה לא מהני תפיסה ופלוגתתם אי חשיב כלפני הספק או כאחרי הספק תלויים בזה בזה.

<sup>43</sup> והיינו שהיה מקום לדון דלדעת התוס' דררא דממונא היא ספק לבי"ד בלי טענותיהם וכדבאנו מדברי התוס' בריש ב"מ, וזה ספק אלים דהמציאות עצמה מעמידה את צדדי הספק לבעל דין, אולם רבינו יונה לא למד כן כיון דלשיטתו אין זה מעליותא דדררא דממונא, דלדעת רבינו יונה "דררא דממונא" היינו "שייכות ממון", וכמבואר להלן בדבריו בב"ב [סוף ל"ה]. וכשיטת הרשב"ם [שם], וא"כ כבר ליתא לכל הנ"ל, ולהכי ע"כ למד דכל החסרון של תפיסה לאחר הספק הוא מצד דלא תפסינן מיחלוקן לשנות את דינו של הספק, ודו"ק - ואינו מוכרח - ודו"ק.

**מביא דפליגי הראשונים אי כותל הוי לפני או אחר הספק, ומבאר למה לתוס' מיקרי לאחר הספק.**

דהנה, התוס' נקטו דכותל הוא תפיסה לאחר הספק, כיון שיש ספק גם כשהכותל עדיין עומד אבל רבינו יונה [שם] והרשב"א [שם] חולקים עליו, ותירצו את קושי' התוס' מהמשנה - דבאמת לא יהיה יחלוקו כשנפל לרשות של א' מהם - והיינו כהפשות בסוגי' [ד.], ודלא כהתוס' דמירי בשהו הרבה - שאין לידת הספק אלא כששני הבעלי דינים טוענים על הבעלות בכותל, והרי רק טוענים אח"כ כשהכותל נפל, ודלמא לא היו טוענים כלל אם היה עדיין עומד, ולכן תפיסתו הוא לפני הספק.<sup>44</sup>

ושיטת התוס' קשה דאיך דנו התוס' דאיכא כבר ספק למפרע, והגרנ"ט [בחדש עמוד ז'] כתב דהתוס' מודי דאין ספק עד שהבעל דין טוענים על הכותל, אבל אחרי שטוענים על הכותל אז מתברר שאין זה ספק חדש, אלא דצדדי הספק כבר היו בעולם, ועכשיו בטענתם מתברר דלמפרע תמיד היה כאן ספק, ושוב הו"ל תפיסה לאחר הספק.

וע"כ שרבינו יונה חולק בסברא זו, וס"ל דע"כ דלא מהני להחשיב את הספק כספק למפרע, כיון דסו"ס כל הטוען ונטען בספק זה רק נתחדש אח"כ, וצ"ב דמה שורש פלוגתתם בזה.

**מבאר דפליגי בסברת הגריעותא בתפיסה לאחר הספק, ולשיטתייהו פליגי אי בכותל הספק חיילא למפרע.**

ונראה פשוט, דלפי רבינו יונה דכל הנידון בלאחר הספק הוא רק דבזה כבר חשיב שבא לשנות את המשפט הראשון, א"כ כל זה דוקא כשכבר הוחזק לן דין יחלוקו, ופשוט שזה רק לאחר שטוענים דאז איכא 'ספק בפועל', ופשוט שזה דוקא בב' אוחזין ולא בכותל, דאף לדברי הגר"ט אכתי לא יתכן לומר דהוחזק לן דין יחלוקו למפרע.

והיינו דאף אם הספק עצמו חיילא למפרע, אכן כיון דלא טוענים עליה א"כ א"א לומר דלמפרע הוחזק לן דין יחלוקו, וע"כ דסברת הגרנ"ט לא שייכא בשיטת הרבינו יונה, ומה"ט באמת רבינו יונה חולק וסובר דהוי תפיסה לפני הספק.

אבל התוס' למדו בזה דהחסרון בזה הוא ד"ל לא יפסיד האחר כחו", והיינו דא"א לגרע בכחו דחיילא מכח הצד במציאות שאומר שזה שלו, דספק של דררא הוא ספק אמיתי, ולפי"ז פשוט דהך צד בספק שכותל היה שלו היה קיים כבר כשהכותל עמד, דעצם זה שהכותל עמד בין שתי החצירות הוא הצד שהכותל שייכא לשניהם, ומתברר דהיה לכל א' צד בספק זה כשהכותל כבר עמד והוא בא לגרע כח זה בתפיסה עכשיו אחרי שיש לו כבר את כחו, ושפיר חשיב כלאחר הספק, וא"ש טענת הגרנ"ט דדיינינן ליה דחיילא הספק למפרע, ודו"ק.

<sup>44</sup> והנה מבואר ברשב"א וברבינו יונה דבכותל שנפל מהני תפיסה כיון דהוי תפיסה לפני הספק [דרך התחילו לטעון עליו אחרי התפיסה], ומה"ט א"ש למה הוצרכו ל"לפיכך", אולם מעתה קשה, דהתוס' הוכיחו מבקעה [שנפל שם כותל] דלא מהני בו תפיסה וע"כ משום דהוי כתפיסה לאחר הספק [ולכן לא מהני בו תפיסה], וקשה דא"כ איך ביארו רבינו יונה והרשב"א דמהני תפיסה בכותל שנפל בחצר [לולי הלפיכך].

ולדעת הרשב"א מיושב, שהרשב"א למד שם באופ"א [לעיל ב.]. דעצם זה שאין חזית היא עצמה הראיה שהיא של שניהם וזה דוקא בבקעה [וכדעת רש"י שם], ולכן מצד יחלוקו אולי תפיסה היה מהני דהוי לפני הספק, ורק מחמת הראיה של העדר חזית לא מהני, ובחצר דאין כזו ראייה שוב היה מהני בו תפיסה, ולק"מ - ודו"ק.

אבל רבינו יונה תירץ קושי' זו באופ"א, [וכנראה שלמד כתוס' דהעדר חזית אינו ראייה], ותירץ דאם הכותל יכול אחרי שכבר שניהם השתמשו בו כשהיה עומד, ולשניהם יש חזקת תשמישין, שוב לא מהני נפילה ותפיסה דהוי כבר בחזקת שניהם, וכל מה דהיה מהני נפילה הוא אי נפל מיד, ולזה א"צ לחשוש כשבאים לתקן תקנת חזית, ודו"ק.

ונראה דמדוקדק בתוס' דמה"ט כתבו התוס' דבהמחליף פרה "הזכר מבורר" קודם הלידה, דלדידיה הנידון הוא אי יש צדדים בספק או לאידך גיסא ש"הזכר מבורר", ודלא כרבנו יונה שהנידון בזה הוא האם הוחזק לן דין יחלוקו או לא.

### **במה שיש לדון בכל הנ"ל בתוספת עומק.**

עדיין צריכים להעיר בכל הנ"ל - דמצד אחד אי מיקרי ספק למפרע כשהכותל עדיין עמד - א"כ מוכרח דלא קאי על הפסק דין של יחלוקו דזה ודאי ליכא למפרע - וע"כ דרק קאי על הכח של דררא - וזה דין בגוף הצדדים עצמם, ושפיר הוי למפרע - אכן כבר הערנו לעיל - דא"כ מה לי תפיסה קודם ומה לי אח"כ - הא האיך התפיסה מגרעת בכח אלים גם אי חיילא ביחד - וכמו במחליף פרה - וצ"ע.

והיה מקום לדון בהגדרה נוספת - דלעיל נתבאר ב' צדדים, או הכח של הפסק של יחלוקו [רבינו יונה] או הכח בצד שלו בספק שעל ידו הוא מקבל יחלוקו [תוס'] - אכן יש צד שלישי שניתן לדון בשיטת התוס' - דקאי על הזכות של כל בע"ד שיש בצד שלו בספק - ומחמת הך זכות הוא זוכה ביחלוקו - והיינו לא היחלוקו עצמו אלא הזכות לחלוקה - ויש לדון שזה כבר נמצא למפרע בכותל שעומד שיש לו זכות כלפי המצב שאולי בעתיד יהיה לו צד בספק - ולדרך זו יותר מוסבר למה איכא נפ"מ אי בא לגרע זכות לאחר שכבר חל או שהוא לא נותן לזכות זו לחול מעיקרא - ודו"ק.

### **דרכו של הגר"ש רוזובסקי זצ"ל בכל הנ"ל.**

וראיתי דרך נוספת בזה בשיעורי הגר"ש רוזובסקי זצ"ל [אות י"ז] לבאר למה גרע תפיסה מיחלוקו משאר תפיסה - דלכן לא מהני אפילו בתפיסת ברי אף דתפיסת ברי בכל מקום מהני.

וביאר בזה דכיון דסיבת היחלוקו נשארה גם אחרי התפיסה, דהיינו ה"דררא דממונא", הלכך לא משתנה הדין ע"י התפיסה, משא"כ בהממע"ה בשטר [וכן בבכור אם היה ברי], הרי התם סיבת הפסק דין היא המוחזקות לישראל וללוה, והך מוחזקות בטלה ע"י התפיסה, הלכך שפיר מהני ביה תפיסה לבטל את הדין.

ולדבריו צ"ל דתפיסה לפני הספק מהני, דאף דנשאר הסיבה שהיא הדררא, דכל מה דאכפת לן מה שנשאר סיבת היחלוקו הוא רק כדי שלא תעקור את הדין יחלוקו, אבל לענין שלא יחול הדין יחלוקו מעיקרא לזה שפיר מהני התפיסה<sup>45</sup>.

והנה, לדבריו לא מבואר למה כותל מיקרי לאחר הספק, דאף אי נימא דסיבת הספק היתה קודם, אבל כיון דלא חיילא דין יחלוקו, א"כ התפיסה רק מעכב את היחלוקו מלחול, והרי"ז כלפני הספק, וע"כ צ"ל כדברינו.

וידידי הרה"ג ר' ירוחם דגני שליט"א הק' על עיקר דברי הגר"ש רוזובסקי זצ"ל, דבבכור איכא חזקת מ"ק לצד של ישראל, וזה לא פקע כלל, ואיך מהני כנגדו תפיסת ברי.

וביאר בזה עפ"י המהרש"א בב"מ [ק'] דאין חזקת מ"ק כלל במקום מוחזק, וא"ש, ולכא' אין זה ברור, דלפי הך צד בקוה"ס [כלל א'] דחזקת מ"ק היא חזקה דמעיקרא, הרי ודאי דסיבת החזקה עדיין קיימת, וצ"ע.

<sup>45</sup> ולדבריו מוכרחים אנו לומר דהא דבב' אוחזין לא מהני תפיסה היינו ע"כ מטעם אחר, דהתם נמי בטלה סיבת היחלוקו ע"י התפיסה של א' מהם, וע"כ צ"ל כדברינו לעיל, דהוי תפיסת גזילה, והיינו דלא כרבנו יונה שמדמה אהדדי, והיה אפשר לבאר כן את שי' התוס' דלכן לא הביאו התוס' מקור [דלא מהני תפיסת ברי בכותל] מב' אוחזין.

## סימן ט

## בגדר דררא דמונא

## ובחילוק בין ב' אוחזין לכותל בזה.

**פרק א שני מהלכים בגדר ב' אוחזין, ושני מהלכים בחילוק בין כותל וב' אוחזין.** < בקושי הקצוה"ח למה כותל חשיב דררא דמונא יותר מב' אוחזין, דדמי זה לזה. < בדברי האחרונים למה ב' אוחזין אינו דררא דמונא, וחלוק מכותל, דבב' אוחזין איכא ודאות לכל א' בחצי ידיה. < ביאור פלוגתת התוס' ריש ב"מ נגד התוס' בב"ב והרא"ש [ריש ב"מ] בגדר שנים אוחזין בטלית, ולדעת הרא"ש שוב קשה דמאי שנא מכותל. < דרכו של הגר"ש רוזנבסקי זצ"ל - דבעינן סיבה ולא סגי לן בראיה וסימן - ונפ"מ בתרי ותרי. < מתמה דלכא' בתרי ותרי איכא נאמנות לכל צד - וחלוק מספק ע"י טענות - ולמה לא מיקרי דררא. < מבאר שהמציאות של 'ספק' - היינו 'צדדים' לכאן ולכאן - ולא 'אחוזים' לכאן ולכאן ולא 'חסרון ידיעה'. < מבאר למה בעינן צדדים לפנינו ולא סגי בראיות כעדים. < מתמה דבכותל לא עדיף מתרי ותרי. < מביא מרבינו יונה - שהכותל משמש לחצרות של שניהם - ומבאר שהשימוש של הכותל הוא חלק מהגדרתו. >

**פרק ב דרך חדשה לבאר דאוחזין עצמו שייכא בטענות ומיקרי ספק ע"י טענותיהם.** < דן - דגם אי תרי ותרי מיקרי דררא - אכן אולי אוחזין עצמו חשיב כטענות ממש - ודן מצד חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו דבעי טענות בדין של שנים אוחזין - וממילא דמיקרי ספק "על ידי" טענותיהם ולא "בלוי" טענותיהם. < מבאר דבדין הממע"ה 'מוחזקות' בכלל 'טענות' נינהו, וממילא דגם זה מיקרי ספק "על ידי" טענותיהם ולא "בלוי" טענותיהם. >

**פרק ג עוד בדברי הקצוה"ח בזה.** < מבאר למה "האוחזין" שיש בכותל לא סגי לומר דליכא כדא"ג, "דאין לנו להניח לא' שיגזול וכו'", דבכותל יתברר מיהו הגזול. < עוד ישוב בקושי הקצוה"ח. < קושי הקצוה"ח מ"כולה שלי חצי שלי". >

## פרק א

## שני מהלכים בגדר ב' אוחזין,

## ושני מהלכים בחילוק בין כותל וב' אוחזין.

**בקושי הקצוה"ח למה כותל חשיב דררא דמונא יותר מב' אוחזין, דדמי זה לזה.**

תוס' הקשו דמאי שנא "ההוא ארבא" דלא אמרינן בזה יחלוקו, אלא אמרינן ביה כל דאלים גבר, מכותל דאמרינן ביה יחלוקו, ותירצו דהכא בכותל חשיב דררא דמונא משא"כ שם, ורבינו יונה להלן ד' [ד"ה פשיטא - וכו' - ועל מה שהיה התלמוד מקשה] מבאר דהקושי' היא על הש"ס, דפשיטא ליה דבלי ה"לפיכך" דדינו יחלוקו, ולמה פשיטא ליה, הרי אפשר לומר בזה כל דאלים גבר, ובזה א"ש ההמשך בדברי התוס', דבלי לבאר דאין דין כל דאלים גבר לק"מ, ורק אחרי שנתבאר למה אין כל דאלים גבר ויש יחלוקו, שוב מקשינן דא"צ ללפיכך.

ויסוד זה דבדררא ליכא כל דאלים גבר מבואר להלן [ל"ד:]: דמ"ש מחליף פרה מההוא ארבא ות' כנ"ל, וה"ה בנד"ד דגם כותל חשיב כדררא.

והקשה בקצוה"ח [סי' קנ"ז ס"ק ג'], הרי בתוס' ריש ב"מ מבואר דבב' אוחזין הדין הוא יחלוקו, וליכא כל דאלים גבר, והטעם בזה הוא משום ד"אנן סהדי דמאי דתפיס האי ידיה הוא", וכ"כ תוס' [ב"ב ל"ד] בשם ר"ת, והא דלא תי' כהגמ' הנ"ל, היי"ט משום דב' אוחזין בטלית אינו ספק של דררא דמונא, וזה מפורש בריש ב"מ [סוף דף ב:], והק' הקצוה"ח דלכא' כותל דומה לגמרי לב' אוחזין ולא למחליף וממילא דקשה בזה תרתי:

א [הול"ל דכותל הוא אוחזין - ולכן אין בו כל דאלים גבר, וכמש"כ להלן [ל"ד]].

ב [למה באמת הוי דררא יותר מב' אוחזין].

והוסיף הקצוה"ח דאולי נחלק בין ב' אוחזין לכותל, דהתם אוחזין ממש משא"כ כאן, אלא דהביא מהרמב"ם דביושבין בצד ערימה ג"כ חולקין, וכ"ה בטור ובשו"ע, וא"כ ה"ה כאן דרשות שניהם עומדת בצד הכותל דנמי מהני לזה, וכמו"כ בגג העומד על ב' כתלים דמפורש בריב"ש דאין דררא, וחשיב אוחזין וה"ה כאן בכותל נימא כן.



**בדברי האחרונים למה ב' אוחזין אינו דררא דממונא, וחלוק מכותל, דבב' אוחזין איכא ודאות לכל א' בחצי ידיה.**

וצריכים להבין למה באמת ב' אוחזין לא מיקרי דררא דממונא, הרי סו"ס עצם האחיה גורמת ספק, ואינו כארבע שאין שום דבר שגורם ספיקות, והכל תלוי בטענותיהם - הלכך מוגדר כחסרון ידיעה, דצדדי הספק מתחילים ע"י טענותיהם - אבל בב' אוחזין הצדדים מתחילים ע"י האוחזין - דומי' דמחליף פרה.

ובביאור שי' התוס' כתב הקה"י וכ"כ הגר"נ פרצוביץ זצ"ל, דלמה אין דררא בב' אוחזין, הא באוחזין עצמן יש ספק בלי טענות, וע"כ משום דהוי חלוקת ודאי - חצי חצי - דאנן סהדי דמאי דתפיס האי ידיה, וא"כ אין ספק כלל, ולכן אין דררא, אבל הכא המקום עצמו הוא בספק, ולכן אין ודאות של 'חצי חצי' לשניהם, הלכך שפיר הוי ספק, ושפיר הוי דררא<sup>46</sup>.

נמצא דגם ההוא ארבע אינו דררא וגם ב' אוחזין אינו דררא - אכן מתרי טעמים שונים, דבההוא ארבע אין לנו צדדים כלל, רק חסרון ידיעה, וצדדי הספק מתחילים ע"י טענותיהם, אבל באוחזין הוי איפכא דבאמת יש צדדין לשני האוחזין הללו גם בלי טענותיהם, שהרי הם האוחזין, [ובזה באמת דומה לדררא], אלא דאדרבה - הכא חסר לנו בעיקר הספק, כיון דע"י הב' אוחזין הוי כבר ודאי.

הוי אומר דבכל דררא איכא תרתי, גם חלות ספק וגם שהחלות ספק באה ע"י טענותיהם, ובההוא ארבע באמת יש כאן ספק, אבל רק ע"י טענותיהם, לעומת ב' אוחזין דאף דא"צ לטענותיהם לשני הצדדים אבל סו"ס אין כאן ספק<sup>47</sup>.

ומעתה ברור דחלוקין כותל מאוחזין בזה גופא, דבכותל איכא ספק מיהו האוחז לעומת טלית שודאי שניהם אוחזין, דבכותל הבעלים הוא הבונה והוא מחזיק את כל הכותל בחצירו [שאם א' בנאו הרי פשיטא דבנאו ברשותו], הרי דבכותל יש אחיה אחת בכולו והספק הוא מי האוחז, אבל בטלית שניהם ודאי אוחזין ואין אוחזין בכולו רק בחציו.

ומעתה בכותל הספק הוא כבר בלי טענותיהם למי שייך הכותל, דברשותו של מי עומד הכותל, ומיושב ב' קושי' הקצוה"ח:

א] אין חלוקה מחמת אוחזין אלא כשב' אוחזין אחיה של חצי חצי [שאז האחיה עצמה אומרת יחלוקו חצי לכל א'], ולא כשיש ספק מיהו האוחז כמו בכותל.

ב] יש דררא בכותל כיון דהספק הוא מיהו האוחז, וא"א לפשוט את הספק בכותל כמו בטלית ולומר דשניהם אוחזין והוי של שניהם, שהרי הכא רק א' אוחז.

**ביאור פלוגתת התוס' ריש ב"מ נגד התוס' בב"ב והרא"ש [ריש ב"מ] בגדר שנים אוחזין בטלית, ולדעת הרא"ש שוב קשה דמאי שנא מכותל.**

אולם יש לתמוה, דהנה יעויין היטב בתוס' בב"ב [ל"ד] וברא"ש ריש ב"מ דמדבריהם מבואר דלא כהתוס' בב"מ בתרתי:

א] בתוס' בב"מ מבואר דאנן סהדי דלכא"א יש חצי, ומאידיך, בתוס' בב"ב [ל"ד] וברא"ש ריש ב"מ מבואר דאנן סהדי דלשניהם יש בו "חלק", ולא כתבו שיש לכל א' בהם חצי.

<sup>46</sup> ולענין ערימה של חיטין, התם הוי בחצר של שניהם או בסימטא שקנוי' לשניהם או בד' אמות של שניהם, וה"ה בגג על ב' כתלים י"ל כן.

<sup>47</sup> או דנימא בנוסח אחר דבאמת יש ספק גם באוחזין אבל כל זה אחרי הטענות, דמצד האוחזין באמת אין כאן ספק רק ודאי של חצי חצי.

[ב] תוס' בב"מ כתב דכיון דאנן סהדי דלכא"א יש חצי - הלכך שפיר חולקין חצי חצי, ובתוס' בב"ב [ל"ד] וברא"ש ריש ב"מ כתבו דאין זו סיבת היחלוקו אלא דהוי סיבה בעלמא לא לומר כל דאלימ גבר.

ובאמת דפשוט דהא בהא תלי', דאי איכא אוחזין - ואיכא נמי אנן סהדי שיש לכל א' חצי - אז החלוקה יכולה להיות חלוקת ודאי, וזה כבר הסיבה ליחלוקו כיון שיש הוכחה שיש לכל אחד חצי, אבל אי אין כאן אחיזה של חצי חצי, אלא דלכא"א איכא "חלק" בתוך האחיזה, א"כ באמת אין זו סיבה ליחלוקו, ואינו אלא סיבה בעלמא למנוע כל דאלימ גבר, והיינו דמחמת הודאי חלק אין לנו להניח את הא' שיגזול את חבירו, ושוב י"ל דאחרי דאין כל דאלימ גבר דאז החלוקה היא מטעם ספק.

ושורש פלוגתייהו בזה הוא, דלתוס' בב"מ סברי שיש כאן אחיזה אחת של חצי חצי אבל הרא"ש ותוס' בב"ב סברי שיש כאן ספק מיהו האוחז, ויש צד ודאי לכל א' וא', [וזהו הודאי חלק שיש לכל א'], ועיין באמרות אברהם שנים אוחזין [סימן ב] בארוכה בביאור הגדרים בזה.

ומעתה ק' תלת:

א] למה ב' אוחזין אינו "דררא דממונא", הא אין כאן תפיסת ודאי אלא תפיסת ספק.

ב] למה כותל הוא דררא יותר מב' אוחזין, דגם שם יש תפיסת ספק ומאי שנא.

ג] למה לי טעם חדש למנוע כל דאלימ גבר, דכמו דבב' אוחזין אין להניח לא' שיגזול את חבירו כמו"כ בכותל נימא הכי.

**דרכו של הגר"ש רוזובסקי זצ"ל - דבעינן סיבה ולא סגי לן בראיה וסימן - ונפ"מ בתרי ותרי.**

ועיין בשיעורי רבי שמואל [אות טו] שביאר באופן אחר - והקדים שיש לחקור בגדר דררא דבלי טענותיהם יש ספק לבי"ד - דבכל ספק לולי הטענות אין כאן כלום, אבל בדררא הפירוש הוא שבלי טענותיהם יש 'ראיה' לכל צד של הספק בלי טענותיהם דבמחליף פרה הצד שלפני המכירה הוא 'ראיה' לצד של המוכר והצד אחרי המכירה הוא 'ראיה' לצד של הלוקח.

או דילמא דראיה לכל צד לא סגי - אלא דבעינן יותר מזה שבלי טענותיהם רואים את הסיבה שגרמה לכל צד - שהצד לפני ואחרי המכירה הם הסיבות לבעלות של כל אחד ואחד - ולא רק ראיות שזה לשניהם.

והגר"ש רוזובסקי זצ"ל נקט דלא סגי לן בראיה לכל צד דנקט דתרי ותרי לא מיקרי דררא דממונא - אף שרואים את הראיה לכל צד - אבל במחליף פרה רואים את הסיבה לבעלות - והיינו הסיבה לכל צד.

ולפי"ז ביאר שבשנים אוחזין - האחיזה אינה יותר מראיה לכל צד ולא סיבה לבעלות שאחיזה לא נותנת בעלות - אלא שהיא ראיה שיש צד בעלות.

ולגבי כותל - עדיין קשה דמאי שנא מב' אוחזין - וביאר שעצם ההמצאות של הכותל על יד חצרו היא 'סיבה' שהוא בנה - וכן לחבירו - והבנייה היא הסיבה לבעלות.

**מתמה דלכאו' בתרי ותרי איכא נאמנות לכל צד - וחלוק מספק ע"י טענות - ולמה לא מיקרי דררא.**

ונראה שצריכים לדון בעיקר יסוד דבריו - דלמה תרי ותרי לא חשיב דררא - וכפשוטו יש לומר דמה לי תרי ותרי ומה לי טענות של בע"ד - הרי התורה נתנה נאמנות גם לעדים וגם לטענות - וא"כ מה לי ספק שבנוי על נאמנות של עדים או שבנוי על נאמנות של טענות. אולם זו טעות - שבאמת - התורה לא נתנה שום נאמנות לטענות - הרי למה להאמינו אי יש לו נגיעות לטעון את טענתו - והיכן מרומז נאמנות ידידה - אלא שהביאור כך - דלטענות יש דין להתייחס אליהם אף שאין אנו מאמינים להם ואינם כעדים שיש דין להאמין להם - וזה יסוד ברור - והארכנו להוכיח כן ולהגדיר את הגדר בזה - עיין בדברינו באמרות אברהם [שנים אוהזין סימן ז כתובות סימן יד] - עיי"ש היטב.

וממילא שפשוט שצריכים לחלק בין טענות לעדים, שבטענות אנו אומרים דמאן יימר לן דאיכא ספק - הרי אין כאן יותר מטענות - ואולי המציאו את הצדדים והטענות - ודלא כעדים שנאמנים לשני הצדדים - ועיין בקובש"ע בסוגיין שכתב דבלי דררא חשיב כ'חסרון ידיעה' ולא כספק - והביאור בדבריו הוא משום שאולי הם 'המציאו' את הצדדים והרי הם מכחישים זא"ז והיכן הצדדים הברורים - אולם בעדים אינו כן - שכאן גם לולי הטענות אנו יודעים שיש לכל אחד 'צד' - שהרי התורה האמינה לעדים ויש להם נאמנות ברורה - ודלא כטענות שאין להם נאמנות - וממילא שבתרי ותרי העדים מוכיחים לנו שיש ב' צדדים - וממילא שברור שהם לא המציאו את הצדדים שלהם - ואינו חסרון ידיעה אלא ספק - וא"כ קשה - דמאי גרע עדים מכל דררא אחרת.

**מבאר שהמציאות של 'ספק' - היינו 'צדדים' לכאן ולכאן - ולא 'אחוזים' לכאן ולכאן ולא 'חסרון ידיעה'.**

וצריך לומר כך, ונקדים בהקדמה אחת:

צריכים לדעת שספק אין פירושו 'אחוזים' לכאן ולכאן וספק אין פירושו 'חסר ידיעה', אלא שספק פירושו שיש 'צדדים', צד איסור נגד צד היתר ועומדים זה כנגד זה, ולכן תמיד צריכים להגדיר את צדדי הספק לקבוע מה גדר הספק, ועיין באמרות אברהם כתובות [סימן ב] שנתבאר שכפי העמדת צדדי הספק כך נקבע אם יש בזה דין חזקה שחזקה פירושו הנהגה בספק ורק חזקה שמתייחסת לצדדי הספק מכרעת בספק, ויש בזה הרבה נפ"מ לדינא במחזיקין מאיסור לאיסור ובספיקא דדינא ובספק תערובת, וכו'.

ויסוד זה מוכרח משיטת הרמב"ם, שאף ששיטת הרמב"ם דספק דאורייתא לחומרא מדרבנן, אולם אכתי מוכרח שהרמב"ם יודה שספק דאורייתא לחומרא מהתורה בספק של איקבע איסורא, וזה מוכרח מהדין אשם תלוי שמחייבו בספיקות וזה מהתורה, ועיין בזה בש"ש [ש"א פ"א] בשם הפר"ח, והיינו בחתיכה א' משתי חתיכות, וע"כ דשאני בזה איקבע איסורא שגם לפי הרמב"ם שזה מהתורה דשפיר יש בזה דין להחמיר מהתורה.

והנה זה פשוט שמצד אחוזים ליכא שום נפ"מ בין ספק בעלמא לספק דאיקבע איסורא, וכל החילוק ביניהם הוא מצד הצדדים, שצדדים של איקבע איסורא הוא צד איסור שיותר קיים לפניך מספק דעלמא, דבספק של חתיכה א' שעומדת לפניך מתוך שתי חתיכות הרי הצד איסור עומד לפניך יותר, ויותר צריכים להתחשב בצד הזה ולראות אותו כספק.

ומעתה הדין ספק לקולא היינו לא להתייחס ולא להתחשב בהך צד איסור, ובזה י"ל שהרמב"ם מודה באופן שהצדדים עומדים יותר לפניך שא"א לא להתייחס ולכן הכא לחומרא מהתורה, וכל זה אחרי שיש מהלך וגדר בספיקות וספק היינו צדדים בספיקות.

וזה גם הביאור בשיטת הרשב"א [ח"א תשובה ת"א] דלמה דהיתירא דס"ס הוא מדין רוב - ומוכרח שאין כוונת הרשב"א דס"ס הוא ממש רוב במציאות, ויש הוכחה לזה שא"כ גם אם א' מהספיקות אינם שקולות אכתי יהני, שהרי צד אחד הוא חמישים אחוז של היתר וגם צד מועט של היתר מוסיף להשוותו ליותר מחמישים אחוז, וכבר האריך בזה בש"ש [ש"א פי"ח], וע"כ שגדר הרוב הוא אחרת - שהרוב כאן הוא רוב בצדדי הספק, שכשיש צד אחד להיתר וצד אחד לאיסור ושוב מוסיפים עוד צד של היתר, הרי לנו ספק בג' צדדים, ב' צדדי היתר וצד אחד איסור, וגם בזה נאמר דינא דרוב.

והיינו באופן שמסתפקים אי אישה זינתה ברצון תחת בעלה - הרי הצד איסור הוא רצון ותחתיו כהדדי, והצד היתר הוא 'אינו תחתיו' לחודיה גם אם יהיה רצון, ויש צד נוסף של היתר דהיינו 'אונס' אפילו אם יהיה תחתיו, הרי לנו ב' צדדים כנגד צד אחד, והספק מורכב מג' צדדים.

ועיין בקונטרס הספיקות [כלל ו' סעיף ז'] שכתב "שתלתא צדדי הספק לפנינו", והיינו כנ"ל, ובנד"ד הצד איסור המוחלט הוא רצון תחתיו ויש ב' צדדים מוחלטים להיתירא, אינו תחתיו [גם רצון] ואונס [גם תחתיו].

והדבר מוכרח - שהרי פשוט שאין הכוונה דמהני בס"ס משום שיש 'רוב מקרים', דמאן יימר לן שמצד המקרים זה באמת הרוב. והרי א"א להוכיח שבמקרים רוב זנות הם באינו תחתיו או באונס דיתכן שמצד מספר המקרים תחתיו ורצון הוא לא פחות - וע"כ כנ"ל.

#### **מבאר למה בעינן צדדים לפנינו ולא סגי בראיות כעדים.**

ונראה לבאר דטעמא דתרי ותרי לא מיקרי דררא דממונא - דהיינו משום שבדררא דממונא צריכים לראות את הצדדים של הספק בעצמו - והביאור כך - בדררא דממונא יש הכרח לשני הצדדים ולא המציאו את הצדדים על ידי טענות - אלא שיש נפ"מ אם ההכרח לצדדים הוא חלק מהספק עצמו או דמצד הספק אין הכרח לצדדים, וכל ההכרח הוא מכח חיצוני שמוכיח לנו שהצדדים מוכרחים - והיינו האם הספק עומד מכח עצמו או שהספק עומד מכח אחר מעורב בו.

מי שרואה מחליף פרה - ולידה של וולד - הוא רואה את ההכרח לב' הצדדים - הוא רואה צד לפני וצד אחרי - אכן כשיש ראיה של עדים על שני הצדדים, הכא לא מהני - שכאן הצדדים של הספק אינם מוכרחים - אלא מכח עדים הם מוכרחים - וכמו שהצדדים בהוא ארבע אינם מוכרחים - כמו כן ע"י עדים הצדדים אינם מוכרחים מצד עצמם אלא מצד העדים שמבחוץ.

ומעתה ברור למה ב' אוחזין לא מיקרי דררא - שהאוחזין אינו אלא ראיה בעלמא מצד חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו - והיינו דהוי כמו שכל בע"ד אוחז את העדים והוי תרי ותרי 'באוחזין' של הבע"ד - וזה אינו בכלל דררא - ומה שהחזקה נמצאת באחיטזה שבתוך הטלית לא מייחס את הראיה לגוף הספק כיון שהפסק הוא מי הגביהו קודם - והוי כאוחז עדין בתוך הטלית - כן נראה בעומק דברי הגר"ש רוזובסקי זצ"ל.

ונוסיף בזה ביאור - הבאנו לעיל את שיטת הרמב"ם באיקבע איסורא שיש דין שכשהצד איסור הוא לפנינו שוב א"א להתעלם ממנו - ולכן הרמב"ם מחמיר בספק של איקבע איסורא כיון שא"א להתעלם מצד שעומד לפנינו - וכנתבאר לעיל - ונראה דכמו כן הכא.

בדררא דממונא נאמר שיש כאן 'ספק גמור' וכלשון התוס' בב"מ [ב: / צז.] - וזה משום שכשהצדדים מוכרחים מצד הספק עצמו - אז דנים שהצדדים עצמם עומדים לפנינו -

וממילא שזה סוג ספק שא"א להתעלם משום צד - וממילא - שההכרעה היחידה שיש בספקות של ממון שבאמת לא מתעלמת משני הצדדים והיא מתייחסת לשני הצדדים כהדדי - היינו ההכרעה של יחלוקו - וזה באמת כחו של הצדדים הללו שעומדים לפנינו לדרוש התייחסות לכל צד - ובזה הספק דומה לספיקות באיסורים באיקבע איסורא - ודו"ק.

אולם בתרי ותרי - אנו רואים את העדים לפנינו והעדים רואים את הצדדים - אנחנו לא רואים את הצדדים אנחנו מאמינים לצדדים מכח העדים שהם רואים את הצדדים ובכה"ג לא מיקרי שיש צדדים לפנינו - וכן ברור באיקבע איסורא דלא מהני תרי ותרי על חתיכה לפנינו להחשב כאיקבע איסורא ומטעם הנ"ל.

#### **מתמה דבכותל לא עדיף מתרי ותרי.**

אולם מעתה קשה מאד הדין של כותל - דלמה מיקרי דררא - הרי מי שרואה את החצר שעומדת בצד הכותל אינו רואה את הבעלות בכותל - הרי החצר אינו אלא ראייה על הכותל שמצדו - 'השכנות' של כל אחד על יד הכותל דומה לאוחזין על יד טלית - ועיין בהערה <sup>48</sup> מה שיצאנו לדון בדברי הגר"ש רוזובסקי זצ"ל בזה שרצה לומר שהחצר היא סיבה לכותל - ויש לשאול - הרי דרכו של עולם הוא לחנות רכב על יד חצרו - וכשמצאו רכב בין שני חצרות - אטו נימא שהחצר היא סיבה לחנות כאן ולכן מיקרי דררא - הרי ברור דגרע מאוחזין בטלית, והכא מאי שנא - ומה שהחצר עצמה צריכה את הכותל לא מעלה ולא מוריד - וצ"ע - ועיין להלן מה שיש לבאר בדבריו.

#### **מביא מרבינו יונה - שהכותל משמש לחצרות של שניהם - ומבאר שהשימוש של הכותל הוא חלק מהגדרתו.**

ונראה לבאר שגם אם אוחזין ותרי תרי לא חשיבי כדררא - אכתי יש מקום להבין למה כותל מיקרי דררא - וכדיבואר.

ונקדים בדברי רבינו יונה להלן [ד. סוף ד"ה פשיטא לא צריכה] שכתב בטעמא דכותל הוי דררא - "שהרי הכותל הזה עומד לתשמיש החצר - לזה ולזה".

ונראה שכוונתו שחצר אינה 'ראיה חיצונית' בעלמא שאומרת שהכותל שלו - וכוונתו כך: ונקדים - המציאות של כותל אינו צירוף וקיבוץ אבנים בצורה ישרה ככותל - אלא כותל הוא חפצא שמשמשת את החצר למטרות מסויימות - סמיכת קורות - מניעת היזק ראייה - וזה חלק מההגדרה של גוף הכותל מה שהוא עומד לחצר שאליה הוא שייך.

ונוסיף - המציאות של מחיצה היא שחוצצת בין ב' רשויות [כלאים צואה ערווה] או שהיא יוצרת רשות וכגון בסוכה ורשות היחיד - המחיצה תמיד מצטרפת לרשות מסויימת לשמש אותה בצורה מסויימת - וכך נמי בכותל - אלא שבכותל יש יותר שימושים ממחיצה - וכדלעיל - ונמצא שזה שהכותל הזה "עומד לתשמיש החצר לזה ולזה" הוא חלק ממהות

<sup>48</sup> הגר"ש רוזובסקי זצ"ל ביאר שהחצר היא סיבה לבניית החצר - וסיבה [חצר] עדיפה מסימן [עדים] אלא שיש לדון שחצר אינה אלא סיבה למה הוא יבנה את הכותל אבל אין בחצר סיבה לבעלותו והדיון הוא על בעלותו - ולא על הבנייה - נמצא שדווקא במחליף שאנו רואים את הסיבה לצדדי הספק עצמם - בזה אנו רואים את הצדדים עצמם אבל הכא בכותל רואים רק את הסיבה לסיבה - ולא את הסיבה לספק עצמו - וצריך לומר דסיבה לסיבה של הצד בספק גם סגי לן לדררא - ולכן כותל מיקרי דררא - לעומת אוחזין שאינו סיבה כלל וכן תרי ותרי אינו סיבה כלל - ותרוייהו אינם אלא בגדר ראיות - ודו"ק.

אולם עדיין קשה - שאין זה אפילו 'סיבת הבנייה' - שהרי ההמצאות של הכותל על יד חצרו לא 'גורמת' לבניית הכותל כמו שלידה לפני המכירה 'גורמת' לבעלות של המוכר - אלא - שיש 'הסתברות' שאדם זר לא בא לבנות כאן ויש 'הסתברות' שמיש סמוך לכאן בנה - ונמצא שההמצאות של הכותל על יד חצרו אינו יותר מראיה והסתברות שהוא בנה ולא שאחרים בנו - ואכתי צ"ע.

הכותל - והיינו דאיזה 'סוג' כותל עומד לפנינו - כותל שצמודה והוא חלק מחצרו של ראובן או שכותל שצמודה והוא חלק מחצרו של שמעון.

ונוסיף - מי שעומד בצל של כותל של בנין גדול - אין הכוונה שהכותל הוא כותל לשני כיוונים, כותל לבנין וכותל למי שעומד בצלו - אלא שהכותל הוא כותל של הבנין וזה שעומד שם 'מחדש' ו'מוציא' שימושים שלו מהכותל - אבל הכותל מוגדר כפי הצורה שהעמידו אותו - זה מציאותו וזו הגדרתו.

וכן נמי בכותל שבין ב' חצרות - או שזה כותל של ראובן ושמעון מחדש ומוציא שימוש מהכותל או איפכא - ויש גם צד שלישי שאולי שזה של שניהם וזה כותל משותף, אכן סו"ס יש ג' צדדים במהות גוף הכותל ובעצם הגדרתו.

כשמסתפקים על הבעלות של הכותל - מסתפקים בהגדרת הכותל - האם זה כותל שהוא חלק מהחצר של ראובן או שהוא חלק מהחצר של שמעון - ונמצא שהצדדים הם צדדים בתוך הכותל עצמו.

ומעתה אף אי נימא שהחצר היא ראייה לבעלות על הכותל - [ודלא כהגר"ש רוזובסקי זצ"ל שרצה לומר שזו סיבה], אכתי מיקרי דררא דממונא - שהרי אינה 'ראייה חיצונית' לבעלויות על הכותל - אלא שהצד של ראובן מוכנס בתוך הכותל עצמו - ונמצא שההכרח לצדדים של הספק נמצא בתוך צדדי הספק עצמו - ולכן אנו רואים את הצדדים לפנינו - וממילא שכבר דומה לדררא.

אנו רואים לפנינו כותל - שיש בכותל עצמו ב' אפשרויות לעצם הגדרת מציאותו - או בתור כותל שמשמש לראובן או בתור כותל שמשמש לשמעון - נמצא דגם בזה אנו רואים בעצמינו את הצדדים של הספק בזה שאנו רואים את הספק.

'ראייה' שאינה ראייה חיצונית גם מיקרי דררא - דהעיקר הוא שאנו דנים שרואים את הצד בעצמו בזה שרואים את העובדה - גם בהמחליף וגם בכותל, אבל בטלית שזו ראייה חיצונית - דאמרינן - חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו - הלכך שפיר מהני.

להמחשה - כשנסתפק על בגד אי הוי מבגדי כוהן גדול וממילא שיש בו קדושה או שאינו בגד של כהן גדול אלא בגד של חולין - הכא הפרטים של הבגד אינם 'סימנים' בעלמא בתור 'ראייה חיצונית' על השייכות של הבגד לכהונה גדולה - אלא שזה חלק ממהותו של הבגד שזה משמש את הכהונה גדולה.

### ביאור באופן אחר - וע"ד הנ"ל.

והעירני תלמיד אחד דיתכן לחדש עוד - דכוונת הגר"ש רוזובסקי זצ"ל היא ג"כ ע"ד הנ"ל - שבאמת גם הוא למד שהעיקר בדררא הוא שהראייה היא חלק מצדדי הספק ולא ראייה חיצונית בעלמא כעדים - אלא שיש בזה הגדרה אחרת ויש נפ"מ בדין הדרכים.

כל דבר שהחצר צריך ודורש אותו - נחשב שהוא קשור ושייך לחצר - ודיון על הדבר ודיון על החצר הוא דיון אחד - ולכן אם אנו נסתפק האם מטלטלין שנצרכים לחצר שייכים לחצר הזה - אז אמרינן שהחצר אינה 'ראייה חיצונית' שהמטלטלין שייכים לבעל החצר - אלא שאנו דנים אם המטלטלין הללו הם חלק מהחצר - וממילא שכשיש ספק לאיזה צד לשייך את הכותל - אז אנו דנים על החצר והכותל ביחד - וממילא שהחצר מוכנס לצדדי הספק.

וממילא דגם לדרך זו - רכב שחונה על יד חצר לא נצרך לחצר ושונה מכותל על יד חצר שהכותל נצרך לחצר - אכן הנפ"מ יהיה בסוג מטלטלין שמצד עצמם נצרכים לחצר - והיינו

שהחצר צריכה את הסוג מטלטלין הללו והוא נמצא בין ב' חצרות - דלדרכינו - דווקא בכותל שכל השלמת הכותל בתור כותל היא אך ורק בשייכותו לחצר - דאז הוי חלק מהספק - אבל מטלטלין לא צריכים את החצר - ורק שהחצר צריכה אותם - ודו"ק<sup>49</sup>.

### **שיטת הרשב"א לחלק בין המקום לכותל.**

עיינן להלן [סימן יב] שבאבי עזרי נקט בשיטת הרשב"א ליישב את הסתירות בדבריו - שמקום הכותל הוא ספק של דררא והכותל עצמו אינו ספק של דררא - וצ"ל שהכותל עצמו היינו ממש אוחזין בטלית - שהוא אוחז על ידי המקום - אבל המקום עצמו הוא ספק אמיתי עד היכן גבול המקומות של ב' החצרות.

### **פרק ב**

#### **דרך חדשה לבאר**

#### **דבאוהזין עצמו איכא טענות**

#### **ומיקרי ספק ע"י טענותיהם.**

**דן - דגם אי תרי ותרי מיקרי דררא - אכן אולי אוהזין עצמו חשיב כטענות ממש - ודן מצד חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו דבעי טענות בדין של שנים אוהזין - וממילא דמיקרי ספק "על ידי" טענותיהם ולא "בלי" טענותיהם.**

כל דברינו דלעיל מתבססים על הנחה של הגר"ש רוזובסקי זצ"ל דתרי ותרי לא חשיב כדררא דממונא - וממילא ברור למה טלית לא מיקרי דררא דממונא - אולם אין זה פשוט דיעויין בחידושי ר' שלמה [כתובות סימן ח] בשיטת רעק"א - דנקט דתרי ותרי באמת מיקרי דררא דממונא - עיי"ש - ולדרך זו צריכים לבאר באופן אחר למה טלית לא מיקרי דררא דממונא - דלמה גרע מתרי ותרי.

ונראה - דאוהזין גרע טפי מתרי תרי - והביאור כך - דנראה לחדש דהאוהזין עצמו הוא הטענותיהם - והיינו דמה לי טענות ע"י פיו מה לי טענות ע"י ידים - תרויהו מיקרי טענות. אולם לכאן זו טעות גדולה - הרי התוס' בב"ב [לד] אמרו דבשנים אוהזין אתינן עלה מצד חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו - והביאו על זה את הדין של נסכא דר"א - והרי חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו היא הוכחה או הנהגה ודאית - וכדיבאר להלן [סימן י], עכ"פ תמוה מאד לומר דגם אוהזין מיקרי טענות - דמה לי טענות ע"י פיו מה לי טענות ע"י ידים - הרי מי שיחזיק בידים שלו "ראיה של עדים" או הנהגה ודאית של 'חזקת ממון' - אטו גרע מכל ראיה אחרת דמיקרי דררא דממונא - וצ"ע.

אולם נראה פשוט - דהנה - כבר הביא בחו"ש מרן הגר"ד ב"מ [סי' ד] בשם הגרי"ל דיסקין זצ"ל דאף ד"חזקה כל מה שתחת ידו"א צ"ע טענה לכו"ע [כשאינו נגד מ"ק], אבל בב' אוהזין שפיר צריך טענה - הבאנו דבריו באמרות אברהם שנים אוהזין [סימן ט פרק א] וכן הבאנו [שם] מהברכ"ש שיש חידוש בחזקה זו לגבי נסכא בב' אוהזין בתפס מב' אוהזין וע"א העיד והוא אומר אין חטפי ודידי חטפי, וע"ע [שם סימן יז פרק א] שהבאנו הוכחה גדולה לחידוש זה ממה שאמרו תנא תנא דר' חייא.

והביאור בזה, שהתפיסה מצד עצמה נראית כתפיסת גזלנותא כיון שהם תוקפים זה מזה, ולכן דווקא כשטוען כולה שלי אז הוא דרואים אצלו את ה"חזקה כל מה שתחת ידו", וכן

<sup>49</sup> אולם העירני תלמיד אחד - שלפי דרך זו יהיה נפ"מ בבגד רגיל ששנים אוהזין בה שאינו דררא דממונא שרק הטענות והאוהזין מקשרים אותם לבגד, ולעומת טלית של מצוה בשעת התפלה - שנצרך לשניהם - דאז נימא דזה הוי דררא - וזה דבר רחוק - וא"כ מאי שנא כותל שנצרך לחצר - ויש לחלק ודו"ק.

בטענת חבירו דאז הוא דרואים אצל חבירו את החזקה כל מה שתחת ידו, עכ"פ בלי טענה ליכא "חזקה כל מה שתחת ידו", ודו"ק.

ומעתה ברור ופשוט למה ההחזקה של הטלית אינה דררא - שהרי הספק הזה הוא ספק דווקא 'על ידי טענותיהם' - ולא דמי למי 'שמחזיק' עדים בידים וכדומה - ודו"ק.

ובאמת דגדולה מזה - הרי לו יצויר ולא היתה שום 'התעצמות' - אז באמת היה פשיטא טלית הוא של שניהם ומדין חזקה כל מה שתחת ידו, וע"כ שההתעצמות שבתפיסה גרמה לספק, והך התעצמות היא היא גוף הטענות, ודו"ק.

וכל זה בטלית אבל בכותל כבר נתבאר, שעצם מציאותו של הכותל, שנבנה בין ב' החצרות, הרי חלק ממהותו של הכותל הוא שייכות לחצר מסויימת - וכנתבאר.

והיה מקום לדון - דא"נ שמצד הלכות חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו אכתי בעי טענה - אכן דל מהכא החזקה שיש באוחזין, הא למה לא נימא שהאוחזין המציאותי הוא עצמו דבר שגורם לנו להסתפק - וזה מצב מסויים בטלית המסופקת.

וזו טעות גדולה - שהרי האוחזין בלי הראיה שיש באוחזין אינו כלום - כמו שספינה שעומדת קרוב לשני בעלי דינים שהמצב הזה לא מוגדר כדררא - ועוד - שזה כעין טענותיהם - וברור.

**מבאר דבדין הממע"ה 'מוחזקות' בכלל 'טענות' נינהו, וממילא דגם זה מיקרי ספק "על ידי" טענותיהם ולא "בלי" טענותיהם.**

אולם יש להעיר - שיש באוחזין גם צד הממע"ה לכל צד - אכן נראה שגם כאן צריך טענה כמו חזקה כ"מ שתחת יד אדם - ודו"ק.

אולם לגופו של דבר נראה עוד - דגם אי לא בעינן טענות בהמע"ה - אולם הכא ודאי אמרינן דמה לי טענות ע"י פיו מה לי טענות ע"י ידים - ואף דלעיל בחזקה כ"מ שתח"י אדם דחינו סברא זו - אכן הכא בהמע"ה שאני - והיינו טעמא - דתרוייהו מיקרי טענות - וזה גם באוחז אחד - ולא רק בב' אוחזין.

ונוכיח כן - דהנה בחידוש דין ד"ברי ושמא ברי עדיף" ביאר הבית יעקב [כתו' ט': בא"ד על הרא"ש] דתפיסה בשמא נגד טענת ברי לא חשיב מוחזק, וע"ד זה כתב נמי האגרות משה [חו"מ סי' כ"ד בתשו' להגרא"מ שך זצ"ל] דחסר במוחזקות, והוכיח כן מהתוס' [כתובות ע"ו, וב"מ ק'] דטענת שמא לא מיקרי מוחזק במקום מ"ק, ועיין בזה עוד בהערה<sup>50</sup>, ולאידך גיסא מצאנו בזה עוד, דבההוא ארבא אף דאינם מוחזקים כטלית אכן אכתי מיקרי מוחזקים לענין זה דשלישי מיקרי גוזל [ב"ב ל"ה:], דע"י הטענות מיקרי דשניהם מוחזקים, ובר"י מיגא"ש בב"ב [ל"ד:] מבואר דברי ושמא בלי שום מוחזק, אמרינן דהברי חשיב מוחזק.

עכ"פ למדנו מכל הנ"ל דמוחזקות ותפיסה מישך שייכא לטענות, וזה גם הסיבה דמהני תפיסת ברי גם לאחר הספק, דמעליותא דהך תפיסה דאית ביה טענה אלימתא, ומה"ט מצאנו ג' חידושים:

א [טענות מוסיפים במוחזקות.

ב [טענת עצמם חשיבי כמו מוחזקות.

ג [טענות גרועות מגרעות במוחזקות.

<sup>50</sup> וכן מצאנו בסומכוס דמוחזקות מעכב יחלוקו בדררא דוקא במוחזקות בטענת ברי, ומבואר דבטענת שמא חסר בגוף המוחזקות, ודו"ק.



ועצם חידוש זה - דתפיסה ומוחזקות וטענות שייכי זל"ז הוא חידוש - והרחבנו בזה באמרות אברהם כתובות [סימן יד] - ושם נתבאר יסוד הכח שנתחדש בטענה דבע"ד - ושם [פרק ד] נתבאר יסוד דינא דהממע"ה דלמה שייך להלכה זו. ומעתה נראה פשוט, דא"א לומר דספק סביב מוחזקות הוא ספק בלי טענותיהם, דאדרבה, זהו גופא הטענה, מה שיש לשניהם מוחזקות - ודו"ק.

### פרק ג

#### עוד בדברי הקצוה"ח בזה.

**מבאר למה "האוחזין" שיש בכותל לא סגי לומר דליכא כדא"ג, "דאין לנו להניח לא" שיגזול וכו'", דבכותל יתברר מיהו הגזול.**

אולם אכתי קשה - דאכתי לא ביארנו לדעת התוס' בב"ב והרא"ש דל"ל טעמא דדררא בכותל, דתיפוק ליה מצד טעמא דאוחזין, דכמו דבטלית האוחזין סגי למנוע כל דאלים גבר, כמו כן בכותל האוחזין סגי למנוע כל דאלים גבר, ובקצרה התוס' בב"ב [ל"ד:] סותרת לתוס' ריש ב"ב, דבתרווייהו איכא סברא שאין לנו להניח את חבריו שיגזול, וסברא זו קיימת גם בכותל אף דאיכא ספק מיהו האוחז, ודו"ק, ועיין בהערה <sup>51</sup>.

ונראה לומר עפ"י דברי הקונטרס הספיקות [כלל א פרק ד] דחזקת מ"ק מהני בשנים שיושבין ע"י ערימה בסימטה, וחזקת מ"ק לא מהני בב' אוחזין, דבב' אוחזין החזקת מ"ק סותרת למוחזקות, ובערימה החזקת מ"ק רק מבררת מי הבעלים, ואז ממילא רק הוא המחזיק [שהרי סימטה מחזיקה את החפץ עבור מי שהניח חפציו שם, וכשיתברר מיהו הבעלים אז ממילא הסימטה מחזיק את החפץ עבורו, ויש להעיר דכל זה בסימטה ולא בד' אמות דהתם י"ל שיש ספק מי הגיע קודם, דגם מי שאינו בעלים היה יכול להגיע קודם].

ומעתה נראה, דאי כל דאלים גבר הוא סברא שמי שמתאמץ יותר נוקטים שהאמת עמו והוא ינצח, א"כ בשנים שיושבין ע"י ערימה שפיר אמרינן כדא"ג, ולא אמרינן יחלוקו [כהרמב"ם] <sup>52</sup>, די"ל דשפיר מהני בזה כדא"ג כיון דבזה יתברר מיהו הבעלים ולמי הסימטה, ושוב לא אכפת לו ששנים יושבים על יד הערימה, שהרי סו"ס אין כאן גזילה, שהרי נתברר מיהו המחזיק, ורק בב' אוחזין שלשניהם יש חזקה כל מה שתחת ידו, הרי התם ודאי דגזיל לעיני בי"ד.

ומעתה נראה דה"ה בכותל דמה"ט נמי צ"ל כל דאלים גבר, ואין כאן סברא דלא להניח שיגזול את חבריו, ולכן הביאו התוס' סברת דררא, [ולפי"ז התוס' יסברו דב' יושבין בצד ערימה בסימטה - בלי ד' אמות - דלעולם אמרינן כדא"ג, דהכא באמת ליכא דררא, ודו"ק].

#### עוד ישוב בקושי' הקצוה"ח.

ויתכן לומר בזה באופ"א, דהנה שי' הרא"ש דכל דאלים גבר נאמר רק לראשון שתופס, והנה אם המריבה התחילה אחרי נפילת הכותל, א"כ נפילת הכותל עצמו הוא כבר קיום של הדין כל דאלים גבר, שהרי הרשות שלהם ממילא תופס עבורם, וא"כ קושי' התוס' היא

<sup>51</sup> ולנתבאר לעיל בתוס' דלית ליה סברא דהקונה"ס, ולדידיה לא מדמינן ב' אוחזין לדררא לענין זה דתפיסה לא מהני בב'י, ותרי דינים נינהו, לפי"ז תוס' היה יכול גם ליישב כן את סתירת הסוגי' מכותל למחליף, דלעולם תפיסה מהני אחר דררא, ולא מהני אחר ב' אוחזין, דאין לנו להניח לאחד שיגזול, וכותל מיקרי אוחזין לענין זה ולכן אין לנו להניח לאחד שיגזול, וזה קושי' יתירא על קושי' הקצוה"ח לפי דרכינו דלעיל, וגם קושי' זו יתיישב.

<sup>52</sup> והקונטרס הספיקות מיירי להרמב"ם דס"ל דהדין בזה הוא יחלוקו, ולדידיה ע"כ צ"ל דכל דאלים גבר הוא סילוק ולא מצד הסברא שמי שמתאמץ האמת איתו והוא ינצח.

דנימא כל דאלימ גבר, ואז הנפילה עצמו היא קיום של הדין כל דאלימ גבר, ונפסק כבר, וע"ז תירצו דדררא היא סיבה לא לסמוך על כדא"ג ושוב מחליפים ליחלוקן.

והנה, כאן אין להק' דא"צ טעמא דדררא, תיפוק ליה דטעמא משום ב' אוחזין, דטעמא דב' אוחזין אינו הסיבה רק "שאין לנו להניח שיגזול", אבל כאן שהכדא"ג נעשית מעצמו, שוב אין סברא כזו, ומה"ט הוצרך להביא ביאור חדש מטעם דררא, ומיושב קושי' הקצוה"ח<sup>53</sup>.

**קושית הקצוה"ח מ"כולה שלי חצי שלי".**

הקצוה"ח [שם] הק' עוד על התוס', דבז"א כולה שלי וז"א חצי שלי הדין זה הוא דזה נוטל רביע וכו', ומעתה מיושב קושי' התוס', דאחרי ה"לפיכך" תמיד הרי"ז חצי חצי, ולזה בעינן "לפיכך" באופן כזו.

ובשיעורי רבי שמואל [אות י"ח] הביא מהגידו"ש שחילק, דדוקא בב' אוחזין שהספק בא ע"י טענותיהם, שוב משתנה הספק ע"י טענותיהם בכולה ומחצה, לא כן בספק דדררא, דהספק לא משתנה ע"י הטענות כיון דהספק לא שייך לטענות.

ותמה עליו הגאון ר' שמואל רוזובסקי זצ"ל, הרי כשאומר חצי שלי יש הודאה בחצי, ולא שייך לדין ודברים כלל, וכל הספק נשאר האם החלק השני הוא לגמרי ידיה או דחברי', ובחלק השני שפיר הדרא הסברא דדררא דממונא, ויש ליישב בזה, ועיין בהערה<sup>54</sup>.

והקה"י כאן תי' דבכולה שלי ובחצי שלי הק' התוס' ריש ב"מ דנימא מיגו ונאמינו על חצי דהיה יכול לטעון כולה שלי, ותי' דהוי להוציא דהשני מוחזק בחצי השני, וכל זה שייך בב' מוחזקין חצי חצי, משא"כ הכא שא' מוחזק והספק הוא מי המוחזק, ולכן אין זה מיגו להוציא, ושפיר הוי מחלקינן גם בלי ה"לפיכך".

ולכא' זה ק', דזה דווקא לפי התוס' בב"מ, אבל לתוס' בב"ב הרי אין כאן אוחזין של חצי חצי, אלא שלשניהם יש ודאי "חלק", וא"כ לכא' המיגו להאמינו מרביע עד חציו אינו

<sup>53</sup> ואי ק' לך, הרי משכחת לה כל דאלימ גבר כשיש מריבה בכותל עומד, [והתם כל דאלימ גבר ע"י מעשה בנין נוסף עליו], ואז שפיר שייך טעמא דאוחזין, והתשובה לזה הוא דאה"נ, אלא דתוס' רצה לבאר למה גם בנפילה הדין הוא כן, ופשוט.

אולם נראה יותר פשוט דהרי תוס' באו לחדש דלאחר נפילה אמרינן יחלוקו גם בלי כופין של המשנה, ולא מהני תפיסה דנפילה לאפוקי מיחלוקו כיון דתופס לאחר הספק, והק' התוס' דהתפיסה עצמה תהני מדין כל דאלימ גבר, ולא אכפת לן דין כל דאלימ גבר בעמידת הכותל, וכל הקושי' היא רק על כל דאלימ גבר בנפילה, ודו"ק, ואה"נ דבעמידת הכותל הטעם היא מצד אוחזין, אבל אין זה הנידון של התוס'.

<sup>54</sup> וחשבתי דאולי תלוי מהו סיבת הדררא, דאם הדררא כדביארנו דכותל עומד בין ב' חצירות הרי הספק לפנינו מהו והיכן המיצר, ויש בזה הרבה צדדים בין זה לזה, ואז א"ש דכשמחלק חצי כותל מהספק אז ישאר ספיקות של דררא בחצי השני, אכן אם הדררא הוא רק בזה דהיות ועמד לפנינו כותל שמשמש לראובן, וגם משמש לשמעון וגם משמש לשניהם כהדדי, דא"כ הרי"ז ג' צדדים שמצד עצם הכותל עומד לפנינו וזה בלי טענותיהם, ורק הנך ג' צדדים עומדים לפנינו. ואף דמצד עצמינו יש להסתפק דאולי ראובן בנה ג' חלקים ושמעון רבע, אכן אין זה צד ששייך לספיקת דררא, אלא זה אנחנו מסתפקין מעצמינו, ודומה כבר לספק בארבע שאנחנו מעצמינו מסתפקין כל האפשרויות.

ולפי"ז י"ל דמה שמודה שחציו ידיה, הרי מודה לא' מצדדים של הדררא, וא"א להעלות צד חדש בספק דאולי ג' חלקים, דזה לא שייך לספק דררא, ורק בטלית י"ל כן שהרי האחיזה המשותפת הוא על מקום המסופק, ושם יש אחיזה חצי חצי, ואם מקום המסופק הוא כולו יש חצי חצי בכולו וה"ה בחציו, אבל כאן לא נולד ולא נתחדש לצד חדש של הדררא ע"י הודאתו, ולכן הספק נשאר כמו שהיה.

אכן אין זה אלא טעות, שהרי אף אי נימא דעכשיו יש רק ב' צדדים או השתמשות שוה או השתמשות כולו לחבירו [דע"י הודאה סילק צד דהשתמשות הוא כולו ידיה] א"כ הרי"ז סגי שיהיה חלוקה דג' חלקים אף דאין זה בדררא, דלא גרע ממחליף פרה שאין צד של חצי חצי ופשוט.

להוציא, וע"כ שלפי התוס' יש תי' אחר, [דהוי מממון לממון], וא"כ ה"ה כאן י"ל כן ושוב צ"ע.

## סימן י שהו הרבה 'מוחזקות' וחזקה כ"מ שתח"י.

**פרק א שהו הרבה ובחילוק בין הממע"ה לחזקה כ"מ שתח"י אדם.** < בדברי הר"י בתירוץ דשהו הרבה - שנפילת כותל לרשותו לא מיקרי חזקה כל מה שתחת ידו - ודומה לגודרות ולדברים העשויים להשאל. < מתמה למה רק הכא הוצרכו ל"שהו הרבה" לדחות את חסרון של גודרות ולא לעיל בתוס' ומחלק בין מוחזקות לחזקה כ"מ שתח"י, דתרתי ניהו. < מבאר דהשו"ט בסוגי' מתחילה במוחזקות והמסקנה הוא דאיכא בזה חזקה כ"מ שתח"י מצד ה"שהו הרבה" - ומתמה מלשון הגמרא הממע"ה. < הבהרה - לאו דווקא בספיקות של דררא דממונא נאמר דין הממע"ה. < מבאר דאיחזוקי אינשי בגניבה לא מחזקינן לא שייך אלא דווקא בדרך גזלנותא. < הוכחה לכל הנ"ל מקרקע. <

**פרק ב עוד הערות בתוס'.** < בדברי הקצוה"ח דהחסרון של "שותפין לא קפדי" גרע טפי מגודרות, דהכא איכא חסרון גם בדין הממע"ה. < ב' הערות בפשט מהגר"ח מטעלז. <

**פרק ג קושי' רעק"א דל"ל מיגו, וביסוד הגרנ"ט.** < בקושי' רעק"א דל"ל מיגו, ומביא כמה דרכים באחרונים בזה. < יסודו הגדול של הגר"ט ליישב קושי' זו, דחידש דגם חזקה כל מה שתחת ידו שלו מהני מדין הממע"ה, וממילא דבזה חלוק אני בניתי מטענת לקוח. < הוכחה גדולה להגרנ"ט מלשון הגמרא להלן. < הבהרה בביאור דברי הגרנ"ט. < הוכחת הגרנ"ט מתוס' [ל"ג] דגם חזקה כל מה שתחת ידו שלו מהני מדין הממע"ה. < הוכחות מגדולי האחרונים דלא למדו כן. < ביאורו של הגאון ר' שמואל רוזובסקי זצ"ל בדברי התוס' [ל"ג]. < מביא הרבה הוכחות דגם לפי הגרנ"ט יש ראייה מתוך האחזוקי אינשי אבל זה לא מהני להוציא ממון - ומוכרח כן מכמה דוכתי ומיישב הרבה קושיות על הגרנ"ט. < מוכיח דכבר נחלקו הראשונים בפלוגתא זו, דהרמב"ם ע"ד הגרנ"ט והתוס' כהאחרונים, ונפ"מ בעיקר דין דברים העשויים להשאל.

### פרק א

#### שהו הרבה

#### ובחילוק בין הממע"ה לחזקה כ"מ שתח"י אדם.

**בדברי הר"י בתירוץ דשהו הרבה - שנפילת כותל לרשותו לא מיקרי חזקה כל מה שתחת ידו - ודומה לגודרות ולדברים העשויים להשאל.**

בתירוץ של הר"י לסתירה בין המשנה שלנו לגמ' להלן בקושי' מבקעה, חידש בזה הר"י שבאמת זהו קושית הגמ' להלן [ד.], ותירוץ דמיירי ב"שהו הרבה".

והביאור - דמעתה מיירי דאיכא טענת לקוח, ולולי ה"שהו הרבה" הרי פשיטא דליכא טענת לקוח, דראינו ברור שזה נפל לרשותו, ואין כאן מוחזק כלל כשיודעים איך החפץ הגיע לרשותו, דכמו דדברים העשויים להשאל ולהשכיר וגודרות דפשיטא דאין בהם חזקה כל מה שתחת ידו, דיסוד דינא דחזקה כל מה שתחת ידו בנוי על האנן סהדי דאיחזוקי אינשי בגניבה לא מחזקינן, וכאן שהגיע לרשותו או שהיה יכול להגיע לבד אין ראייה שאינו גנב, וע"כ דצריך הוכחה חדשה, ובקצרה, באכנים שנפלו לרשותו איכא חסרון של גודרות.

וזה שאמרו דמיירי ד"שהו הרבה", וזה סוג הוכחה אחרת שלא בנוי על איחזוקי אינשי בגניבה לא מחזקינן אלא דהכא האנן סהדי הוא דמדלא מיחה הרי יש כאן הוכחה שמכר [והוכחה זו יש לדמות לראיית חזקת ג' שנים].

וכעין זה הביא הגר"נ פרצוביץ זצ"ל [ס"ק י"ד] מדברי רבינו גרשום להלן [ל"ו] שכתב לגבי עבד קטן המוטל בעריסה דלאלתר הוי חזקה, וכתב שם דמיירי בשהו ב' או ג' ימים, ומשמע דרק בשהו הוא דאיכא הוכחה מדלא מיחה<sup>55</sup>.

ואח"כ הוסיף להק' על זה ב' קושיות:

א] שותפין לא קפדי אהדדי הוא סברא שלא יהיה הוכחה גם ב"שהו הרבה", ועל זה תי' דמיירי דשהו יותר מהנצרך ומהרגיל לשותפין.

<sup>55</sup> ועיי"ש עוד שהיבא מחלוקת בעיקר דין דשהו הרבה, דהביא מהרא"ש דחולק על דין זה, וכן הביא מהנתה"מ [סי' קע"ט ס"ק א'] דגבי אומן לא אמרינן כן, והוכיח כן גם בשיטת הרשב"ם דחולק בדין זה.

ב] אי נתחדש מושג חדש של "שהו הרבה" א"כ למה סברא זו לא מהני גם בכל גודרות, ועל זה תי' דבגודרות הבעלים לא ידעי, ושוב ליכא הוכחה משתיקתם, ואה"נ שאם ידעו הבעלים דאז שפיר איכא הוכחה בשהו הרבה.

**מתמה למה רק הכא הוצרכו ל"שהו הרבה" לדחות את חסרון של גודרות ולא לעיל בתוס' ומחלק בין מוחזקות לחזקה כ"מ שתת"י, דתרתני ניהו.**

והנה לעיל בתוס' היה פשוט שנפילת האבנים גם בלי "שהו הרבה" מיקרי מוחזק, ולכן הק' דלמה אמרינן יחלוקו גם אחרי נפילה, ותירצו דלא מהני כיון דהוי תפיסה לאחר הספק, וקשה, דלמה התם לא הוצרכו ל"שהו הרבה" להיות מוחזק, וכאן הוצרכו, דגם התם נימא דאיכא חסרון של גודרות דידעינן איך הגיע החפץ לרשותו, ולמה הוצרכו לבא לטעמא דתפיסה לאחר הספק.

ובאמת דקושי' זו קשה גם בהמחליף פרה, דלמה מהני שם תפיסה הא התם הוי נמי כגודרות, דידעינן למה הולד נמצא ברשותו דנולד שם, ואיך איכא הוכחה מהמוחזקות שלו, ולמה התם לא בעינן "שהו הרבה".

וכן קשה נמי בבכור, דלמה מהני המוחזקות של הישראל בבכור, הא סו"ס כל מה שהוא מוחזק הוא משום שהבכור נולד אצלו, ואין כאן ראה כלל מהחזקתו שהוא שלו.

ומבואר מכאן דב' דינים שונים נאמרו בהלכות מוחזקות, ולא שייכי אהדדי כלל:

א] דין הממע"ה, ודין זה הוא סברא בעלמא "דמאן דכאיב ליה כאיבא וכו'", וכמבואר בריש הפרה, ולעיל [סימן ז פרק ג] הבאנו שיש בזה ב' דינים דין תפוס ודין מוחזק שיש בה חזקת ממון.

ב] חזקה כל מה שתחת ידו שלו הוא, וזו ראייה על הבעלות, והראיה בנויה על ההוכחה דאיחזוקי אינשי בגניבה לא מחזקינן - וכן מבואר בהדי' בנתה"מ [סימן קל"ח ס"ק י"א] ד"איחזוקי אינשי בגניבה לא מחזקינן" הוא טעמא דחזקה כל מה שתחת יד אדם שלו, ובזה הוא נאמן נגד המרא קמא, וחזקה זו מובאת בשבועות [מ"ו:] בסוגי' דכלים העשויים להשאיל, והדברים מפורשים ברבינו יונה בב"ב [מ"ה:] ד"ה ראה עבדו ולהלן מ"ו ד"ה עלה] דמפורש דמצד טעמא דאיחזוקי אינשי מהני החזקה ומפורש נמי דמהני בתורת 'ראיה' לומר לקוחין הן בידי, [ויש להעיר דמה שכתבנו דאיחזוקי אינשי וכו' שייך לחזקה כ"מ דתחת יד אדם אינו מוכרח, דיתכן דתרתני ניהו, ועיין בהערה <sup>56</sup>].

וחלוקה זה מבוארת בדברי רבותינו האחרונים - עיין בשע"י [ש"ה פט"ו] ובאהא"ז [טוען ונטען ריש פ"ח ד"ה ולכן כתבת] ובקובש"ע [ח"ב סימן ט'], ובשיעורי ר' שמואל בסוגיין - שכולם למדו שהדין השני הוא 'ראיה' והדין הראשון הוא דין פשוט מצד הממע"ה בלי ראיה.

<sup>56</sup> דיעויין במ"מ מלוה ולוה [פ"א ה"ד] שהביא חזקה דכ"מ שתחת יד אדם שלו בשם הרמב"ן, ובמשנה למלך שם כתב שחזקה זו לא מצאנו בכל הש"ס, ופלא, הרי מהסוגי' הנ"ל מפורש שיש חזקה כזו, והגר"א [רמב"ם פרנקל שם] הביא סוגי' דנסכא שמי שחוטף במקום עד אחד אינו נשבע דידעינן שהיה של הראשון, ומוכרח שיש חזקה כ"מ שתת"י שלו הוא, ויש מקור לדבריו מהרא"ש ריש ב"מ ומהתוס' ב"ב [ל"ד:] דתרוייהו כתבו דבשנים אוחזין יש 'ראיה' שחצי מהטלית הוא שלו, וכמבואר בגמ' ריש שנים אוחזין "אנן סהדי דמאי דתפיס האי ידיה הוא", וכתבו שהמקור לדין זה הוא מ'נסכא', ומפורש כהגר"א, ודו"ק.

עכ"פ מבואר שיש אנן סהדי במטלטלין, וקשה על המ"מ, ויתכן דכוונת המ"מ הוא דאף דדין איחזוקי אינשי בגניבה לא מחזקינן מצאנו, אולם זה דוקא כשהוא טוען שזה שלו והוא לא גנב, אבל חזקה כל מה שתחת יד אדם שלו במ"מ ובברמב"ן מירי כשהוא מודה שזה לא שלו, אלא שהוא טוען שזה פקדון אצלו, והכא כבר ליכא נידון מצד איחזוקי אינשי וזו טענת המ"מ.

וחלוקין בזה, דבהוכחה של חזקה כל מה שתחת ידו שלו הוא, התם איכא חסרון של גודרות כיון דהתם כבר ליכא הוכחה על בעלותו מכח זה שהבהמה נמצא אצלו, אבל בדין הממע"ה דלא אתינן עלה מצד הוכחה כלל, אלא מצד סברא בעלמא "דמאן דכאיב ליה כאיבא וכו'", התם ליכא חסרון של גודרות, ובקונטרס הספיקות [כלל ב' ס"ג] מפורש דליכא חסרון גודרות בתפיסה מדין הממע"ה<sup>57</sup>, וכתב כן מסברא בפשיטות, וכלשונו "דאי מתורת תפיסה, מה ענין גודרות אין להם חזקה לתפיסה".

והנה בספיקות שייך לומר הממע"ה, אבל כשיש חזקת מ"ק ע"י עדים, ועכשיו החפץ עומד ביד פלוני והוא טוען על זה לקוח, הרי על זה פשיטא דא"י לומר לחבירו הממע"ה, דאין כאן לידת הספק כלל, ורק בספיקות נאמר הילכתא דהמע"ה, ולכן הכא בטענת לקוח צריכים להוכחה וזה מצד חזקה כל מה שתחת ידו, ורק בהמחליף פרה בחמור וילד וכן בבכור, דבכל כה"ג איכא לידת הספק, ובזה דוקא היה מהני הממע"ה כיון שיש כאן ספק לפנינו, ודין הממע"ה היה מהני גם בספק כותל שהרי ספק לפנינו מי בנה את הכותל, אלא דלא מהני מצד תפיסה לאחר הספק, אבל אה"נ אי היה מוחזק קודם הספק שפיר היה מהני תפיסתו.

אולם השתא מתעוררת טענה חדשה, שטוען לקוח, ועל טענה זו כבר ליכא ספק לפנינו דמהיכי תיתי להסתפק בזה, דהיכן רואים לפנינו את הצד שאולי לקחו, ועל זה שפיר צריך ראיה, וצריכים לבא לדין חזקה כל מה שתחת ידו, ולכן הדרא לכאן החסרון של גודרות, [שיודעים האידך הגיע לרשותו], ובזה אמרינן דלא מהני החזקה כל מה שתחת ידו בלי "שהו הרבה", אבל אה"נ, כל עוד שהנידון הוא מצד הממע"ה, התם ליכא חסרון של גודרות, ולא אכפת לן בזה דידיעין איך החפץ נכנס לרשותו.

ואין להקשות דאחרי שיש הוכחה דחזקה כל מה שתחת ידו, א"כ שוב ל"ל דין הממע"ה, ופשוט שזה לק"מ, דפשוט שנצרך בגוונא דידן שנפל מעצמו לרשותו או בגודרות דשוב ליכא בזה דין חזקה כל מה שתחת ידו, ובזה צריכים לבא לדין הממע"ה או דברים עשויים להשאל וכדומה דליכא ראיה מהחזקתו דבזה שפיר מהני הממע"ה<sup>58</sup>.

וה"ה דבאחד שחייב לחבירו ממון מחמת חוב או היזק, דהנידון אינו על בעלות אלא האם הא חייב או פטור, דפשיטא דעל זה ליכא סברא דאיחזוקי אינשי, וליכא בזה דין חזקה כל מה שתחת ידו, ובזה בעינן לדינא דהמע"ה, וכל דברינו מבואר בקצרה בקובש"ע [ח"ב סי' ט' ס"ק א' - ה'].

**מבאר דהשו"ט בסוגי' מתחילה במוחזקות והמסקנה הוא דאיכא בזה חזקה כ"מ שתת"י מצד ה"שהו הרבה" - ומתמה מלשון הגמרא הממע"ה.**

ומעתה נמצא דבקושי' הגמ' "פשיטא" דמיירי בנפל בלי שהה, התם מיירי הגמ' בדין הממע"ה, וע"ז אמרינן דהכא פשיטא דליכא דין הממע"ה כיון דהוי לאחר הספק, ולאחר הספק ליכא תפיסה מדין הממע"ה, ועל זה תל' דשהו הרבה, והיינו דיש דין נוסף מצד חזקה

<sup>57</sup> וצ"ע מתוס' בב"מ [ריש ק']. דמבואר התם דאיכא חסרון של גודרות גם בהמחליף פרה דמדין הממע"ה אתינן עלה, [אכן גם התם מבואר דבתפיסת ברי מהני וליכא חסרון של גודרות], וכבר תמה בזה הרש"ש [שם] והתומים בקיצור תק"כ [אות נ"ג נ"ד] - והגרש"ש בשע"י [ש"ה פט"ו] כבר הוכיח מכל זה דגם במוחזקות של הממע"ה בעינן החזקה כבעלים - אכן כבר הבאנו דבקונטרס הספיקות [כלל ב' ס"ג] מפורש דליכא חסרון גודרות בתפיסה מדין הממע"ה, וע"כ דבשי' התוס' נקטו דכוונת הגמ' מצד חזקה כל מה שתחת ידו, ורק בתירוץ התוס' חידשו דמדין הממע"ה אתינן עלה - ועיין בדברינו לעיל [סימן ז] - ועיין מה שכתב בזה ידידי הגאון ר' ירוחם דגני שליט"א בקונטרס כלל גדול [סי' ט"ז וסי' י"ז].

<sup>58</sup> וקשה דודאי דגנב שטוען שלקח דברים העשויים להשאל או גודרות, דודאי שהוא גנב מצד פרשת גניבה, וזה פשוט, וקשה דלמה אין ע"ז דין איחזוקי אינשי, ועיין בזה להלן [פרק ב'] בזה.

כל מה שתחת ידו, ובזה לא אכפת לך מה שזה לאחר הספק כיון דמדין ראייה והוכחה אתינן עלה, ושני דינים נפרדים נינהו, ואף דהכא לא שייך ההוכחה הרגילה שיש בכל דין של חזקה כל מה שתחת ידו, דהכא ליכא משום איחזוקי אינשי בגניבה לא מחזקינן, אכן איכא הוכחה עכ"פ ב"שהו הרבה".

ויש כאן הערה גדולה בפשט - הרי הסוגי' בקס"ד אירי בדין הממע"ה ובמסקנה איירי בדין אחר - בדין חזקה כ"מש תח"י אדם שלו - והכינו דבאו לאפוקי דין זה - ולשיטת התוס' יש להעיר דעיקר חסר מן הספר שלא כתוב דאייריב שהו הרבה - אכן יותר יש להעיר דלמה אמרו במסקנה לשון הממע"ה - הא אדרבה - במסקנה באו לאפוקי מדין זה - ולדרכו של הגרנ"ט - מובא להלן [פרק ג] א"ש.

#### **הבהרה - לאו דווקא בספיקות של דררא דממונא נאמר דין הממע"ה.**

ויש להבהיר כאן נקודה חשובה - הרי בדברי הקובש"ע וכן הוא בדברי הגר"ש רוזובסקי זצ"ל - דדווקא בספיקות של דררא דממונא נאמרה הלכה של הממע"ה - ולכן בטענת לקוח דליכא ספק דדררא דממונא ליכא למימר כן, ולא הבנתי דבריהם בזה, הרי מתני' דב' אוחזין אינה דררא דממונא וכמפורש בב"מ [ב:]- ומאידך, מבואר שם דשפיר שייך סברא דהמע"ה בב' אוחזין - עיי"ש.

זאת ועוד - הרי בכל ספק חוב שאינו דררא דממונא אף אי איכא רוב אינו מוציא ממון, והרי הכא ליכא סברת חזקה כ"מ שתחת יד אדם, וע"כ דפטור מחמת הדין הממע"ה, וגם ברוב אינו מוציא ממנו מחמת הדין הממע"ה, ופשוט.

וע"כ דעיקר החילוק בזה הוא כך - דבטענת לקוח ליכא שום צדדים לפנינו שלקחה מלבד מה שהוא טוען כן נגד המ"ק דלקחה - אבל אין לנו שום סיבה לדון ולהעלות צד כזה נגד המ"ק, אבל בכל ספק אחר אף דלא נתקיים בזה התנאים של ספק של דררא דממונא - וכגון בספק של ב' אוחזין - הרי סו"ס אחרי טענותיהן אנו רואים לפנינו צדדים - וכן בספק חוב כשיש כנגד המוחזק רוב שמוכיח שחל חיוב ממון, הלכך שפיר שייך בזה הממע"ה, ודו"ק.

#### **מבאר דאיחזוקי אינשי בגניבה לא מחזקינן לא שייך אלא דווקא בדרך גזלנותא.**

לכא' קשה - הרי הדין חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו בנוי על הסברא דאיחזוקי אינשי בגניבה לא מחזקינן - ולכן בגודרות ובדברים העשויים להשאיל ליכא חזקה זו, וקשה שפשוט שגם בגודרות וגם בדברים העשויים להשאיל דאי טוען שהם שלו דלקחם, הרי פשיטא דעובר על לא תגזול אף דהבהמה נכנסה אליו מעצמה, ולמה ליכא חזקה הרי איחזוקי אינשי בגניבה לא מחזקינן.

ומבואר הכא שכיון שאין זה גזילה ב"דרך גזלנותא וחטיפה" כיון שהבהמה נכנסת מעצמה לביתו, דשוב ליכא חזקה עליהם דלא גוזלים בכה"ג, וכן מבואר נמי מהדין שדברים העשויים להשאיל ולהשכיר אינו נאמן לטעון עליהם לקוחין הן בידי, [עיין בזה בשבועות מ"ו], ועיין בהערה <sup>59</sup>, והיינו דבזה ליכא טענה של איחזוקי אינשי כיון שבא אליו בהיתירא, ועיין בהערה <sup>60</sup>.

<sup>59</sup> אולם באמת בדין זה מצאנו מחלוקת ראשונים, דשיטת הר"ח ורש"י בשבועות מ"ו דנאמן לטעון לקחתי, ורק כשיש עוד ריעותא דבעה"ב לא רגיל למכור חפציו והוא הצניען תחת בגדו, דדוקא בכה"ג ליכא טענת לקוח, אכן רוב ראשונים חולקים, עיי"ש בתוס' ריטב"א רשב"א ר"ן שחולקים, והביאו כן מהרי"ף, וכ"ה ברמב"ם.

<sup>60</sup> ויש לדון בבעה"ב שטוען שהלוקח גנב ולא שהשאלו, וכן בגודרות כה"ג שהוא אומר שגנבם מתוך ביתו ולא מרשה"ר, ועיין בנתה"מ [ריש סימן קל"ה] שלמד שבכה"ג כו"ע מודי שנאמן כנגדו בטענת לקוח, והתוס' רק כתבו שאינו נאמן כשאומר סתם שהם גנובים ולא שאתה גנבת, אכן באחרונים מבואר דחולקים, עיין בדברי משפט [שם]

וכן מבואר באגרות משה [חו"מ ח"א סי' י"ז ד"ה ולכן הנכון], והוסיף שהרי זה פשוט דכל כפירת ממון הוא גזילה אלא דודאי דכולהו חשידי בזה, ורק אמרינן דאיחזוקי אנשי לא להיות נתפס 'בדרך גזלנותא', דרק מזה הם יראים, וממילא דבגודרות דליכא פחד כזה ליכא חזקה.

וכבר קדמהו בזה בתומים [סימן קל"ג ס"ק ה'] שכתב שכל שבא בהיתירא לידו ליכא עליו חזקה שהוא לא יגנוב דהא בכל כפירת ממון הוא עבר על לא תגזול, דדוקא באיסורא אתי לידיה איכא חזקה, וכלשונו, "אבל לגנוב לא חיישינן דגניבה אינה שכיחה, דמירתת שמא יתפס וכל העולם בוז יבוזו לו ואנה יוליך חרפתו", הרי דליכא חזקה כלפי האיסור גניבה אלא כלפי מה שמתבזה, וברור.

וע"ד זה מבואר בהדי' ביד רמה בחזקת הבתים [ל"ו – ס"ק ע"ה] שכתב שאף דאמרינן להלן בסוגי' [שם ל"ג] דלא חציף איניש למיגזר דקלא וכו', וא"כ יש חזקה ששלו לקח, אכן בגודרות אין כאן "איכסיף" כיון שנכנס מאליו ולא רואים כשהוא נוטל, ולכן אין כאן חזקה ושפיר חציף איניש בזה.

### הוכחה לכל הנ"ל מקרקע.

ויש להוכיח יסוד זה מקרקע – הרי בקרקע כשטוען טענת לקוח – הדין דבעי ג' שנים וכמבואר בפרק חזקת הבתים, וכבר עמדו בזה הראשונים דמאי שנא ממטלטלין, והסברא כנ"ל, שכיון שהחזקה רק אומרת דאיחזוקי אינשי לא לעשות גזילה ב"דרך גזלנותא וחטיפה", אבל אין שום חזקה שאומרת שאין אנשים עוברים על הלאו של לא תגזול, ולכן, אף דודאי יעבור על הלאו של "לא תגזול" אם ידור בחצר חבירו שלא ברשותו ע"י טענת לקוח – ואף דקרקע אינה נגזלת אבל פשוט דעובר על לא תגזול – עיין בהערה <sup>61</sup> שהוכחנו

---

ובתומים [סימן צ' ס"ק ח'] דבגודרות גם בטוען גנובים אין לו טענת לקוחין הן בידי, ועיין במהרש"א בתוס' בשבועות [שם].

<sup>61</sup> והיינו שיש להעיר על מה שנקטנו כדבר פשוט דקעבר על לאו דלא תגזול ביושב בקרקע חבירו שלא מדעתו. הרי בתוס' בריש איזהו נשך מבואר שאין לא תגזול בקרקע כיון שא"א לזוזה ממקומה, ועיין בפנ"י דנהי דנתמעט מצד קרקע אינה נגזלת אכן סו"ס לאו מיהא איכא, ולזה איצטריכא ליה לטעמא דאינה זזה ממקומה, אולם בתוס' בריש מרובה מבואר דבאופן של משיג גבול איכא לאו, והיינו דזה מיקרי הוצאת קרקע ממקומה, וכן מפורש ברמב"ם [גניבה פ"ח ה"א] דאיכא לאו במשיג גבול וכן מפורש ברש"י בחומש בפרשת שופטים [י"ט י"ד] בלאו של לא תשיג גבול, והביא כן מהסיפרי.

והמשנה למלך [ריש פ"ד דמלוה] כתב דכמו דמצאנו ברמב"ם עה"ת [בהר] ובחינוך [של"ז] דאף דנתמעטו קרקעות מאונאה אבל כל זה מהתשלומין אבל מהלאו לא נתמעטו, כמו כן סובר הרמב"ם [הנ"ל] לחלק כן בגזילה בין הלאו לתשלומין.

ולענין תקף חבירו מביתו ונכנס אליו היה מקום לדון דכאן מודים הרמב"ם והתוס' במרובה לתוס' באיזהו נשך דליכא לאו שהרי הקרקע מצד עצמה נשארה במקומה ולא נשתנה כלום אצלה ודלא כהשגת גבול שגבולותיה של הקרקע נשתנו.

וראיתי בקה"י ב"ק [סימן ל"ז] שהוכיח שאין לאו בכה"ג דאל"כ מה דנו בכל הסוגי' בסוכה [ל"א] בדין סוכה גזולה דתלוי אי קרקע נגזלת או לא, הא סו"ס לאו איכא, וזה סגי לדין מצהבב"ע, ומוכרח דגם לאו ליכא בזה.

אולם בסוף דחה דנהי דאיכא בזה לאו, הא מיהת דאכתי לא מיקרי מצהב"ע דדוקא כשהעבירה חלה בגוף המצוה הוא דאיכא מצהב"ע, וזה החילוק של הירושלמי בין קורע בשבת לאכילת מצה דבקורע בשבת איכא עבירה לגבירא אבל במצוה עצמה ליכא עבירה משא"כ באכילת מצה שהעבירה היא בגוף המצוה והמצוה היא המצוה.

ושוב הביא מהריטב"א בסוכה שם דמפורש דאיכא עבירה דהקשה דלמה לא מיקרי מצהב"ע, ותירץ דהעבירה אינה בקרקע עצמה, ומבואר והיינו ע"ד הירושלמי, וגם בשערי יושר [שער ג' פרק י"ט ואם אמנם] ובאבי עזרי [סוכה מהדו"ק] ביארו כן את דברי הריטב"א בסוכה שם, וכבר קדמם בכל זה בחמדת שלמה [סימן ל'].

הא מיהת מפורש בריטב"א דאיכא לאו דגזילה בכה"ג בקרקע, אבל כיון שאין העבירה בקרקע עצמה לא מיקרי בזה מצהב"ע, ומפורש גם באבי עזרי שם דאיכא בזה לאו של גזילה.



כן, אכן סו"ס לא נקרא שעושה גזילה ב"דרך גזלנותא וחטיפה", ורק על גזילה ב"דרך גזלנותא וחטיפה" איכא איחזוקי אינשי לומר שלא עשה כן וע"כ שהוא מוחזק – ודומה לגודרות ועיין בהערה <sup>62</sup>.

וכל זה מפורש בריטב"א ריש חזקת הבתים [תחילת הגמ' תוד"ה מנין] שביאר טעמא דליכא מוחזקות בקרקע, וז"ל, "אין תפיסתן [קרקע] ראייה, שהוא דבר שאדם יכול להיכנס לתוכו", והיינו דהדגיש דחסר ב"ראייה" של המוחזקות, כיון דבקלות נכנס לרשותו של חבירו בלי להקרא עליו גנב, והיינו דאין זה נקרא לעשות גזילה ב"דרך גזלנותא", וע"ע כה"ג בלשון המהרי"ט [חלק ב' חו"מ סי' ל'] שכתב דהא דקרקע אין חזקתה לאלתר כמטלטלי הוא משום שכל אדם יכול ליכנס לתוכה שהארץ לעולם עומדת עיי"ש, ודו"ק, והיינו כנ"ל, וכן המשמעות בלבוש חו"מ [ריש סימן ק"מ] עיי"ש <sup>63</sup>, הרי דכולהו באו לבאר למה ליכא בקרקע את הראיה מצד הסברא דאיחזוקי אינשי בגניבה לא מחזקינן. אלא שיש להעיר שבקרקע מצאנו שאין דין מוחזקות מצד הממע"ה ג"כ, וזה מטעם אחר, ועיין מה שהבאנו בזה באמרות אברהם [חזקת הבתים - סימן א' פרק א'] בטעמא דמילתא.

### פרק ב

#### עוד הערות בתוס'.

**בדברי הקצוה"ח דהחסרון של "שותפין לא קפדי" גרע טפי מגודרות, דהכא איכא חסרון גם בדין הממע"ה.**

תוס' הביאו מקור לדין דשותפין לא קפדי מריש פרק הבית ועליה, ולכא' תמוה, שהרי התם אתינן עלה מדין מוחזק והמע"ה, דהתם איכא לידת הספק ושפיר מהני ביה הממע"ה, ואין שם חסרון מצד תפיסה לאחר הספק [כמבואר לעיל בתוס'], וא"כ התם א"צ לדון כלל מצד דין חזקה כל מה שתחת ידו, דהתם סגי לדון מצד דינא דהמע"ה. ומעתה קשה שהרי בדברים העשויין להשאיל וכן בגודרות וכן דינא דשותפין לא קפדי הדדי, הרי כל החסרונות האלו הם רק בנוגע לדין חזקה כל מה שתחת ידו, דהתם מצד

ועיי"ש עוד בקה"י שהביא דברים מפורשים מהתשובת הרא"ש [כלל צ"ה ס"ק א'] דמי שגזל קרקע חבירו דמנע ממנו מלהכנס, דליכא בזה גזילה כיון שקרקע בחזקת בעליה עומדת, אולם היכא שהשתמש בקרקע איכא לאו של גזילה.

וכשלמדנו את הריטב"א בסוכה [הנ"ל] אמר לי בני הבה"ח ישראל נ"י דע"כ דכוונתו דחלוק גזילת גוף הקרקע מגזילת שימושים, ולכן לא מיקרי עבירה בגוף הסוכה, דנהי שיש גזילה במעשה ישיבה שזה המעשה שימוש, אבל סו"ס בסוכה עצמה ליכא עבירה, ודו"ק, והן הן דברי הקה"י שם בביאור דברי הרא"ש הנ"ל.

שוב ראיתי בחזו"א [ב"ק ט"ז י"ט] דג"כ חילק דפשיטא ליה דאיכא גזילת שימושים ביושב בקרקע של חבירו בלי רשות, אכן אין הסוכה חשיבא כסוכה גזולה בזה, אלא דדן שם לענין מצהבב"ע, עיי"ש.

ולפי זה יש לומר דלעולם גם התוס' באיזהו נשך מודה שמשכחת לה לאו דלא תגזול גם במשיג גבול וגם בתקף חבירו, אכן אין זה גזילת קרקע רק גזילת שימושים של קרקע, והתם חיפשו התוס' היכי תימצי של גזילת גוף הקרקע, עיי"ש בדבריהם.

<sup>62</sup> שוב הראוני במשאת משה [ריש חזקת הבתים] דג"כ מדמה קרקעות לגודרות בסברא זו של "דרך גזלנותא וחטיפה", ובאמת שהדברים מדוקדקים, שאמרו חזקה כ"מ ש'תחת ידו' הוא שלו, דעיקר האיחזוקי אינשי הוא רק על דברים שהם 'תחת ידו' לאפוקי מקרקע שאינם 'תחת ידו', וכן גודרות שאינם ממש 'תחת ידו' דעיילי ונפקי, דבדידהו ליכא חזקה ממש.

<sup>63</sup> וז"ל, "אע"פ שאדם נאמן לטעון על המטלטלין שבידו לקוחין הן בידו, היינו משום שיש רגלים לדבר דאם לא כן היאך באו לידו אם לא שזה נתנו לו מדעתו, אבל קרקע שאינה זאת ממקומה ובכל מקום שהיא בחזקת בעליה היא עומדת, ולא שייך בה לומר דאם לא כן היאך באה לידו של זה, שאם היה בידו והוא עובדה אפשר שהוא הלך לתוכה ועבד בה בלא ידיעת הבעל".

ראיה והוכחה אתינן עלה, וחסר בהוכחה וראיה בכל הנך גוונא, אבל בדין הממע"ה דאינו מצד הוכחה א"כ מה אכפת לן בזה, וא"כ איך הוכיחו דין דשותפין לא קפדי הדדי באופן זה. וכתב הקצוה"ח [סי' קפ"ט ס"ק א' - "וראיה לדבר"] דשותפין לא קפדי גרע מכולהו, דכאן אינו מוחזק כלל, והוכיח כן מקושי' הנ"ל, וביאר, דכיון דפירש"י דשותפין לא מקפידין כלל ומה"ט משאילין זה לזה מקום בחצר, א"כ שוב אינו מוחזק כלל, וא"א לומר בזה הממע"ה, דמאן יימר שהחפץ אצלו בהחזקתו והשני הוא המוציא, דיתכן דהיה כאן השאלת מקום בחצר, ופשוט.

ויש לעיין, דכאן אין הנידון אם בעל החצר השאיל לו מקום לאבניו או לא, דאף שהוא תמיד משאיל לו מקום, הא מי יימר דבעל החפץ רוצה שיקחו ממנו את החפץ להניחו בחצר של השותף, ואי אינו רוצה שוב יש ראיה מדלא מיחה, ומכאן מוכרח דשותפין לא קפדי כתוב תרתי, א] בעל החצר לא מקפיד שישאירו אצלו חפצים, ומשאיל חצירו לזה, ב] שותף לא אכפת לו מה שחפץ השותפות מונח אצל חבירו, וזה חידוש נוסף, ועיין בזה בחי' הגרנ"ט [סי' קס"ז ד"ה ובכל זאת שפיר] דכתב כן.

### **ב' הערות בפשט מהגר"ח מטעלו.**

הגר"ח מטעלו העיר כאן הערה בשיטת התוס' בדין גודרות, שיש להוכיח דשי' התוס' בגודרות היא שי' שלישית, ודלא כהרמב"ם ורשב"ם.

דהנה, שי' הרמב"ם הוא דאין בהם חזקה כלל אפילו לאחר ג' שנים כיון דלאו בני שטרא נינהו כקרקע, ורק בקרקע תיקנו חזקת ג' שנים, ושי' הרשב"ם הוא דאיכא בהם חזקת ג' שנים, והביאור בזה הוא, דאף דאין בזה את הסברא של חזקת ג' שנים, אכן כך תיקנו חז"ל דכל מה שאין בו "חזקה כל מה שתחת ידו" ככל מטלטלין, בזה תיקנו כבר חזקת ג' שנים.

איברא דשי' התוס' מצד א' הוא כהרמב"ם, אולם לא מטעמו של הרמב"ם, דלאו מצד לאו בני שטרא לא מהני אלא מטעמא אחרינא, דהכא בגודרות לא שייך סברא ד"מדלא מיחה" איכא ראיה דדידיה הוא, דבבהמה ליכא ראיה כזו, דסו"ס א"י היכן הוא, ושוב בטלה ראיית חזקת ג' שנים.

עוד העיר הכא הגר"ח מטעלו שיש הוכיח דהזמן של שהו הרבה אינו ג' שנים, רק פחות, דאל"כ למה אמרינן דקתני "מקום אגב אבנים", הא י"ל דשהו הרבה, ועשו חזקת ג' שנים בקרקע, וע"ז באו בראיית לפיכך, וע"כ צ"ל דלא ניחא ליה להעמיד בשהו כ"כ הרבה זמן, ואחרי שבאו על האבנים ממילא נפשט המקום.

### **פרק ג**

#### **קושי' רעק"א דל"ל מיגו,**

#### **וביסוד הגרנ"ט.**

### **בקושי' רעק"א דל"ל מיגו, ומביא כמה דרכים באחרונים בזה.**

הקשה הגרעק"א בגליון הש"ס [סוף המסכת] דל"ל מיגו, הרי יש טענת לקוח ויש טענת אני בניתיה, ושזין נינהו, דתרווייהו באות מכח החזקה דכל מה שתחת ידו, ולמה צריך מיגו כלל, הא הך נאמנות עצמו דאיכא בטענת לקוח איכא גם באני בניתיה, ונאמרו בזה כמה דרכים באחרונים.

הגר"ח מטעלו תירץ דהעדר חזית אינו ראיה לתוס' - ורק לרש"י הוי ראיה, עיין בזה בדברינו [סימן ג' פרק א] - אולם י"ל דסו"ס גם לשיטת התוס' איכא בזה סברא, וסברא זו עושה את הטענה של אני בניתיה לטענה גרוע, וכל זה בטענת אני בניתיה ולא בטענת לקוח [שהרי אין חזית בלקוח], ובטענה גרוע אינו נאמן בלי מיגו, וכמו דמצאנו בסיטראי דגם

צריך מיגו מטעם זה, וכן מפורש ברא"ש [כתו' פ"ה], וה"ה דטענת מחלת לי צריך מיגו, ומה"ט בעי הכא מיגו, ועיין עוד בהערה <sup>64</sup> בזה.

והגר"ח שמואלביץ זצ"ל אמר בזה באופן אחר, דמבואר בלשון הרמב"ם [סופ"ב דשכנים] דדין האבנים כדין המקום, ועפי"ז י"ל דלעולם לא מהני חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו באופן דלא מהני על כל הטענה, והיינו דכיון דעל המקום ליכא חזקה כ"מ שתח"י, ולא יהיה נאמן על זה רק על האבנים, א"כ כבר א"א להאמינו גם על האבנים כיון דדין האבנים תלוי בדין המקום, אכן כל זה בטענת בניתיה דאז הם תלויים זה בזה, [שאם הוא בנה הרי אז דין האבנים תלוי בדין הכותל], אבל בטענת לקחתיה, הרי בזה לא שייך דין האבנים לדין המקום, דתרתיה נינהו, [דמה שקנה קנה ומה שלא קנה לא קנה], ומה"ט נאמן רק בטענת בניתיה במיגו שהיה טוען לקחתיה, ודו"ק.

ובאה"א"ז [שכנים פ"ב הי"ח] כתב ליישב קושי' רעק"א, דיצא לחדש דהך דין דחזקה כ"מ שתחת יד אדם שלו הוא - לא מהני - אלא באופן שהיא מחדשת דין חדש ולא מהני באופן שהיא בא לסתור את מה שהיה, ועיין בזה בהערה <sup>65</sup>.

ומעתה, באופן שהוא טוען אני לקחתיה ולא ידעין עד עכשיו שהוא לקחו אז שפיר מהני, ושפיר אמרינן דלקחו אף דקודם לכן היה יחלוקו או חזקת מרי' קמא - אבל באופן שהיה יחלוקו, והיינו דנקטינן מספק ששניהם בנו את הכותל, אז אינו נאמן לטעון שהוא בנאו שהרי בזה הוא אומר נגד היחלוקו, ולכן צריכים על זה מיגו.

**יסודו הגדול של הגר"ט ליישב קושי' זו, דחידוש דגם חזקה כל מה שתחת ידו שלו מהני מדין הממע"ה, וממילא דבזה חלוק אני בניתיה מטענת לקוח.**

והגרנ"ט רצה לומר כאן דבר חדש, דהנה לעיל [סימן י] חילקנו דחזקה כל מה שתחת ידו שלו מצד ראייה והוכחה היא, והמע"ה מצד סברא דמאן דכאיב ליה כאיביא הוא, ותרתיה נינהו, וכתבאר.

ובעיקר יסוד זה חולק הגרנ"ט, דיצא לחדש דאיחזוקי אינשי וחזקה כל מה שתחת ידו שלו הוא לא מהני בגדר ראייה כלל, וכל דינו אינו אלא מצד מוחזק ומדין הממע"ה, אלא דתמיד כשיש ספיקות [כמו במחליף פרה וכדומה] התם הוא יכול לטעון שהוא מוחזק והמע"ה כיון שממילא יש כאן ספק לפנינו, אבל כשאין ספיקות כלל [כגון בטענת לקוח ממרא קמא], התם ליכא שום סברא לומר שסו"ס הוא המוחזק שהרי אין כאן ספק כלל, ובדרך הראשונה למדנו דשוב אהני לן איחזוקי אינשי בתור ראייה וזה דין אחר לגמרי, וחידוש הגרנ"ט דא"צ לומר כן - אלא שיש לומר דאינו אלא ספק והיינו דאהני לן סברא דאיחזוקי אינשי לומר שיתכן שבאמת לקחו, ונמצא דשוב איכא לידת הספק לפנינו, ומעתה הדרא לן דינא דמוחזק, דגם הכא איכא ספק.

הרי לנו דאיחזוקי אינשי וחזקה כל מה שתחת ידו שלו אינם בגדר ראייה אלא דעל ידם איכא עכ"פ ריעותא וספק, ושוב אהני לן דין מוחזק מדין הממע"ה.

<sup>64</sup> אולם אף שיש בזה סברא שזה ששניהם בנו ביחד [מחמת ההעדר חזית], ובמחליף פרה הרי אין סברא שהוא של שניהם, וא"כ מה הק' התוס' לעיל דמדמהני תפיסה במחליף דה"ה דמהני נמי בכותל שיש לחלק וכו"ל דאולי נימא דתפיסה לא מהני נגד סברת "העדר חזית", אולם זה לק"מ, שהרי פשיטא ליה לתוס' דתפיסה שפיר מהני נגד סברת העדר חזית, דסו"ס סברא זו אינו יותר מרוב ורוב לא מהני להוציא מתפוס, וכל כחו אינו אלא לאשוויי טענה גרועה, עכ"ד.

<sup>65</sup> והוכיח כן, דאל"כ הרי כל מוחזק שבא להוציא ממרי קמא, הרי למה אינו טוען שהוא המוחזק הראשון, ולמה הוא צריך לבא דוקא בטענת לקחתיה, הרי כמו שיש הוכחה שהמרי קמא הבעלים מכח החזקה כ"מ שתח"י, כמו"כ יש הוכחה שהוא הבעלים מכח החזקה כ"מ שתח"י, וע"כ שאין נאמנות לסתור את מה שידענו כבר לולי החזקה, רק לחדש עוד שהוא לקחו, [ועיי"ש שהוכיח כן עוד].

ומעתה י"ל דאי אתינן עלה מצד מוחזק, שוב הדרינן לכללא דבעינן "תפיסה לפני הספק", ובזה שפיר מחלקינן בין טענת בניתיה וטענת לקחתיה, דכלפי "ספק בניתיה" הרי ספק זה כבר היה בזמן הבנין וכבר נפסק וכמו שכתבו התוס' לעיל, אכן ספק לקוח הוא ספק חדש אחרי נפילת הכותל, ולכן רק ע"ז מהני מוחזק, ושפיר בעינן לבא למיגו.

הרי לנו מהפכה גדולה - דאין כאן ב' דינים, דין דאיחזוקי אינשי וחזקה כל מה שתחת ידו שלו ודין הממע"ה - וכדנקטו העולם דתרתני ניהו - אלא הכל דין אחד - דין הממע"ה, אלא שבטענת לקוח ליכא התחלה לדין הממע"ה לולי הסברות של איחזוקי אינשי וחזקה כל מה שתחת ידו שלו - דליכא ספק.

ומעתה - אף שהעולם ביארו דווקא בטענת לקוח איכא חסרון של גודרות ודברים העשויים להשאיל כיון דחסר הראיה של איחזוקי אינשי וחזקה כל מה שתחת ידו שלו - אבל בדין הממע"ה ליכא חסרון כזה, וקשה שהרי לפי הגרנ"ט תרוויהו דין אחד - ודו"ק.

אכן פשוט שזה לא קשה מידי - שהרי גם הגרנ"ט מודה דלולי הסברא דאיחזוקי אינשי וחזקה כל מה שתחת ידו שלו ליכא ספק וממילא דליכא דין הממע"ה - אכן בכל הספקות איכא ספק גם בלי סברא דאיחזוקי אינשי - ופשוט.

### **הוכחה גדולה להגרנ"ט מלשון הגמרא להלן.**

ויש להעיר - דלפי דרכו של הגרנ"ט א"ש למה כתוב למסקנה להלן [ד.]. הממע"ה - ודו"ק - שהרי לפי האחרונים - אדרבה - הרי בתירוץ של 'שהו הרבה' חזרה בה הגמרא - שכבר אינו מדין של הממע"ה - אכן לדרכו של הגרנ"ט א"ש היטב - ועיין להלן [סימן יא] ביאור אחר בדין איחזוקי אינשי וחזקה כל מה שתחת ידו שלו - וגם לביאור זה א"ש הסוגי'.

### **הבהרה בביאור דברי הגרנ"ט.**

הרי לנו שבאמת יש ב' מהפכות בדברי הגרנ"ט:

א] דין איחזוקי אינשי וחזקה כל מה שתחת ידו שלו ודין הממע"ה חדא ניהו.  
ב] כל הסוגיות של תפיסה בספקות - [תפיסה אחרי הספק ותפיסת ברי ותפיסה ברשות וכדומה] - כולוהו שייכי נמי בטענת לקוח - וזה החידוש שנתחדש הכא בתוס'.

והנה - שמענו בי מדרשא הרבה דרכים לפרש את דברי הגרנ"ט לומר שבאמת מעולם לא התכוין למהפכה כל כך גדולה - ולמדו שגם לדבריו יש חילוק - דבטענת לקוח איכא פשטות או סברא וכדומה - וחלוק מכל הדין של הממע"ה - ואמרו כן ליישב הרבה קושיות שיש עליו - ולהלן ניישב את כל הקושיות בעזה"ת.

אולם פשוט וברור שאינו כן - שהרי שכל שנפרש שכוונת הגרנ"ט לחלק בין דין הממע"ה לדין איחזוקי אינשי וחזקה כל מה שתחת ידו שלו בכל אופן שיהיה - שוב לא נוכל לומר שהדין של תפיסה קודם הספק ולאחר הספק שייך נמי הכא - דפשוט וברור שכל החילוקי דינים בתפיסה נאמרו אך רק בדין הממע"ה ולא בדין של ראיה ולא בדין של פשטות ולא בדין של סברא - ופשוט.

### **הוכחת הגרנ"ט מתוס' [ל"ג] דגם חזקה כל מה שתחת ידו שלו מהני מדין הממע"ה.**

והנה, עיקר חידושו של הגרנ"ט הוכיח מהתוס' להלן [ל"ג:] שמי שליקט פירות והניחן ברשה"ר דאין בזה חזקה כל מה שתחת ידו, ואי אינו אלא הוכחה ובירור א"כ למה לא מהני היכא דהנחתן אח"כ ברשה"ר, וע"כ דמדין מוחזק הוא, והנידון בבי"ד היה כשהיה ברשה"ר ואז אינו מוחזק.

### **הוכחות מגדולי האחרונים דלא למדו כן.**

אולם יש הוכחות מגדולי האחרונים שלא למדו כן:

א] בעיקר טענתו על התוס' - כבר תמה הגרעק"א [מובא בחדש ריש ב"ב - בהגהת שו"ע סי' קל"ז סעיף ב'] דאיך יתכן שיצטרך להיות ברשותו - הא יש כבר הוכחה.

ב] יעויין בביאור הגר"א [רמב"ם פרנקל פ"א מלוה ולוה ה"ד] דכתב דהמקור לדינא דחזקה כ"מ שתח"י אדם שלו הוא מסוגי' דנסכא דר' אבא, ויעויין בברכ"ש [ב"ב סי' ל"ה] שביאר שמה שלמדנו מנסכא הוא דע"א רק מחייב שבועה כשמעיד על ממון ודאי, ולא על ספק ממון, ואיך מעיד שחטף את של חבירו, הא אפשר דבאמת ידיה הוא, וע"כ דחזקה כ"מ שתח"י הוא דין ודאי, ויעיין בהערה <sup>66</sup>.

ג] התוס' להלן [ל"ד:] הביאו את הדין חזקה כל מה שתחת ידו בב' או חזין - והתוס' הביאו מקור לדין זה מנסכא - והכוונה ע"כ כנ"ל דבא להוכיח דהוי ראייה - וכן מפורש בלשון התוס' עיי"ש היטב, וכן מביא הברכ"ש [שם] מהנתיבות, וע"כ דלדבריהם שיטת התוס' [לד:] היא דהוי ראייה והוכחה - וממילא דמוכרח נמי שלמדו דכוונת התוס' לעיל מינה [ל"ג:] הוא ג"כ ראייה והוכחה - דפשיטא דתוס' לא פליגי ביסוד זה מדבריהם [ל"ג] לדבריהם [ל"ד:] - ובישוב שיטת הגרנ"ט בסתירה זו יעויין להלן.

עכ"פ ראינו שרעק"א והנתה"מ והברכ"ש - כולם חולקים בעיקר יסוד זה, ולדבריהם צ"ל באופן אחר בביאור דברי התוס'.

### **ביאורו של הגאון ר' שמואל רוזובסקי זצ"ל בדברי התוס' [ל"ג].**

ועיין בזה בדברי הגאון ר' שמואל רוזובסקי זצ"ל שיישב את עיקר הקושי דמיירי בהניחן ברשה"ר לכתחילה, דע"מ כן לקחם ובוזה ליכא חזקה כל מה שתחת ידו.

ונראה לבאר דבריו, דודאי דגנב שטוען שלקח דברים העשויים להשאיל או גודרות, דודאי שהוא גנב מצד פרשת גניבה, וזה פשוט, ואפי"ה אין ע"ז דין איחזוקי אינשי, והביאור בזה דרך איחזוקי אינשי לא לעשות ב"דרך גניבה", והיינו להוציא חפץ מרשות בעליו באופן שלא יהיה לו שום תירוץ - דרך גזלנותא וחטיפה, ואי גנבו באופן שיש לו תירוץ שיש לו טענת "השאלה" או טענת "גודרות" וכו', אבל בגונב באופן שיש לו תירוצים התם חסר כבר ב"דרך גניבה", ודו"ק - וכבר הארכנו בזה לעיל [סימן י'] להוכיח כן - ונראה דע"ז זה י"ל נמי דבגונב והניחם מיד ברשה"ר דליכא על זה דין של גנב כדרך הגנבים.

**מביא הרבה הוכחות דגם לפי הגרנ"ט יש ראייה מתוך האחזוקי אינשי אבל זה לא מהני להוציא ממון - ומוכרח כן מכמה דוכתי ומיישב הרבה קושיות על הגרנ"ט.**

בעיקר דרכו של הגרנ"ט יש לדעת - שיש כמה הוכחות דאף דלמד דאיחזוקי אינשי וחזקה כ"מ שתח"י אדם אינו אלא מדין הממע"ה ולא מדין ראייה, אכן גם הוא מודה שיש 'רמה מסוימת' של ראייה דלא מהני להוציא ממון ממרי' קמא - ומהני בנידונים אחרים - ולכן דווקא לגבי הוצאת ממון מחזקתו הוא דבעינן לבא לדין הממע"ה - אבל בעלמא שפיר מהני הראיה שיש בסברא דאיחזוקי אינשי בגניבה לא מחזקין - ולהלן הראיות.

א] מוכרח שחזקה כ"מ שתח"י מהני להוכיח שהיתה נתינת גט, ושהאשה לא חטפה את הגט, וזה מבואר בגיטין [כ.], ולכן גט שכתוב על גודרות לא מהני לראיה שקיבלה את הגט - [ומה דהגט ניתן כהלכתא הוא כבר חזקה אחרת שכדין ניתן], ומוכרח שהדין חזקת כ"מ שתח"י אדם אינו דין הממע"ה גרידא, דהממע"ה מהני רק בממון ולא בתור ראייה לדבר שבערוה, וע"כ דמוכרח שיש בזה ראייה - אלא שהראיה מהני לדבר שבערוה ולא להוצאת ממון ממ"ק - ודומה לרוב דמהני לדבשב"ע ולא להוציא ממ"ק.

<sup>66</sup> ובשיעורי ר' נחום [ב"מ עמוד י'] הוכיח כן עוד, דלמה נקטינן דהתופס הוא גזלן, הרי איכא שיטות בראשונים דמהני תפיסת ברי נגד מוחזק וע"כ דהכא מצד חזקה כ"מ דתח"י אתינן עלה, ורק נגד הממע"ה מהני תפיסה, ויש לעיין בראיה זו דהכא איכא למימר דאין כאן לידת הספק הלכך לא מהני בזה תפיסה, ודו"ק.

[ב] התומים [סי' ק"מ ס"ק ב'] הביא מספר התרומות דסברת איחזוקי אינשי שייך נמי בקרקע, ולפי"ז הדרא קושי' מ"ש קרקע ממטלטלין דבקרקע בעינן מוחזקות של ג' שנים. ולדרכו של הגרנ"ט י"ל דזהו הטעם דבקרקע ליכא טענת לקוח, דאף דשפיר איכא ספק ע"י האיחזוקי אינשי, אבל גם בכל הספיקות לא מהני תפיסתו נגד מרא קמא, וכההיא דבר שטיא, וזהו טעמא דבעי ג' שנים, וע"ע בהערה <sup>67</sup> בזה.

אכן כל זה תמוה, דהספר התרומות עצמו כתב דמהני איחזוקי אינשי בקרקע לפטור משבועת היסת, וע"כ שיש בו ראייה ולא רק שזה עושה ספיקות, וע"כ צ"ל דבאמת יש בו ראייה, אבל לא אלימא הך ראייה להוציא ממרא קמא ורק מהני להפטר משבועה, ודו"ק.

[ג] דבר זה מוכרח מיניה וביה בעיקר המהלך של הגרנ"ט - דשמעתי מקשים דלפי דרכו של הגרנ"ט - בכל טענת לקוח דזכה בה מחמת הדין הממע"ה - דיהני תפיסת ברי של המ"ק לתפוס בחזרה מהלוקח כמו דמהני בכל מוחזק, [והיינו לדעת הראשונים דמהני תפיסת ברי לאחר הספק], וזה פלא גדול - אכן לפי הנ"ל א"ש שהרי יש גם ראייה נגד המ"ק - וזה מעכב תפיסתו - ודו"ק.

וע"ד זה ביארנו בגדר מוחזקות בג"ש לפי דרכו של הרמב"ן בהולכי אושא - עיין בדברינו באמרות אברהם [חזקת הבתים סימן ה] בביאור דברי הרמב"ן.

[ד] לעיל הבאנו את סתירת התוס' - שהגרנ"ט למד בתוס' [לג] שבטענת לקוח ליכא יותר מהממע"ה - ומאידך להלן [לד] מבואר דבאו לומר שיש 'בירור' בחזקה כ"מ שתח"י אדם - ויליף כן מנסכא - וזה מהני בב' אוחזין.

והברור בזה שמעולם לא אמר הגרנ"ט שכל הדין של איחזוקי אינשי וחזקה כל מה שתחת ידו שלו אינו אלא בתורת הממע"ה - שפשוט שכל דבריו אינם אלא להוציא ממ"ק - אבל בנסכא ובב' אוחזין דליכא מ"ק כנגדם, בכל כה"ג שפיר איכא ראייה ובירור - והביאור עפ"י הנ"ל שיש 'רמה מסויימת' של ראייה ובירור באיחזוקי אינשי, אלא שזה לא מהני להוציא נגד מ"ק - ולכן דווקא בנסכא ובב' אוחזין ס"ל דמהני בתור ראייה דבתרווייהו ליכא מ"ק כנגדם - אולם זה נסתר מסוגיין בכותל - וצ"ל דאלימא לן דררא דממונא נגד ראייה זו דבררא איכא מוחזקות וכמבואר בתוס' בב"מ - ובכותל איכא דררא דממונא - ודו"ק.

[ה] שמעתי מקשים על הגרנ"ט מהסוגי' בב"מ [כח] שיש ב' עדים שאמרו על בגד שראובן ארגו וב' אחרים אומרים שנפל משמעון - אמרינן ששמעון קנאו ממנו - "עדי אריגה ועדי נפילה - תנתן לעדי נפילה, דאמרינן זבוני זבנה, ומאיניש אחרינא נפל, הרי לנו שכאן מיש טוען לקחתי אינו מוחזק כלל - דנפל ממנו, ודומה לתוס' להלן [לג] שהניחם ברשות אחרת - וזה קשה על הגרנ"ט דנקט דכל כה"ג חסר במוחזקות - אולם יש ליישב שגם הגרנ"ט מודה דבכל מוחזק מדין הממע"ה - דלא צריך להחזיקו תמיד וגם בנפל עדיין רואים את זה אצלו ודינו כמוחזק - ודווקא בהניחם ברשות אחרת ס"ל דבטל המוחזקות - ודו"ק.

**מוכיח דכבר נחלקו הראשונים בפלוגתא זו, דהרמב"ם ע"ד הגרנ"ט והתוס' כהאחרונים, ונפ"מ בעיקר דין דברים העשויים להשאל.**

ובאמת דבעיקר דברי הגרנ"ט מצאנו פלוגתא מפורשת בראשונים, דהנה, במשנת ר"א שכנים [עמ' כ"ד בהגה"ה] הביא את פלוגתת הרמב"ם והתוס' בדברים העשויים להשאל ולהשכיר, דדעת הרמב"ם [טו"נ פ"ח] הוא דדברים העשויים להשאל ולהשכיר דאין בהם

<sup>67</sup> והנה, מדברי הגרנ"ט משמע דאיחזוקי אינשי מרע ליה למרא קמא וממילא דשוב מהני מוחזק כיון שאינו נגד מרא קמא, ומהלך זה יהיה קשה בנד"ד, שהרי כאן למה לא יהני בקרקע מדין מוחזק אחרי שכבר אין מרא קמא, דכבר הוכחנו דמהני מוחזקות בקרקע היכא דליכא מרא קמא, וע"כ צ"ל כדברינו, דהך דאיחזוקי אינשי רק עושה ספיקות, ובספיקות לא מהני מוחזקות בקרקע נגד המ"ק.

חזקה היינו דוקא בדברים שמיוחדים מתחילתם להשאילן, אבל דעת התוס' בשבועות [מ"ו] גם ביש בו רגילות להשאלה ליכא חזקה, ורוב ראשונים אזלי בזה כהתוס' <sup>68</sup>.

ובמשנת ר' אהרן [שם] ביאר פלוגתתם עפ"י הנ"ל, דדעת התוס' הוא דבעינן ראייה והוכחה נגד מרא קמא, וחזקה כ"מ שתחת ידו שלו הוא מהני בתורת ראייה וא"כ אי איכא צד שהגיע לידו בתורת השאלה שוב ליכא בזה חזקה, ולכן סגי בזה בספק, אכן הרמב"ם למד דמתורת מוחזק אתינן עלה, ומדין הממע"ה הוא, וכדרכו של הגרנ"ט, וע"כ דבזה שזה עשויין להשאיל נקטינן דאין כאן תפיסה כלל, וע"כ דמיוחד ועשוי מתחלתו להשאלה, ובלי זה ליכא חסרון במוחזקות מצד הממע"ה, ואיך אנו מוציין אותו מידו מספק, וע"כ דבתורת ודאי אין לו בזה תפיסה.

ועיין בדברי הגר"נ פרצוביץ זצ"ל [ב"ב שיעור כללי סי' ב'] שהביא את דברי הרמב"ם [פ"ט טו"נ הי"ג] דמיירי בחזקת מטלטלין, וכתב בזה לשון של הממע"ה, ואזיל בזה לשיטתו, אולם אכתי יש להעיר מלשון הרמב"ם [פ"י ה"א] לגבי גודרות שכתב שאין ראייה מתפיסתן כיון שהולכים מעצמן, הרי מיירי בחזקת ממון ואמר בזה לשון ראייה, וצ"ע.

<sup>68</sup> עיין ברי"ף בתשו' [סי' ע"ד], והביאוהו רמב"ן ורשב"א וריטב"א ורא"ש [שבועות מ"ו:] והסכימו לו, וכ"ה דעת ר"ת בס' הישר [סי' תצ"ו] ובתוס' ב"מ [קט"ז]. [ושבועות [שם], וכ"ה בראב"ד בהשגות [טוען ונטען שם ה"י] וכ"ה במ"מ [שם] בשם רוב המפרשים וקצת גאונים, וכ"ה בנמוק"י [ב"מ סופ"ט], וכולהו כהתוס' ודלא כהרמב"ם.

## סימן יא דרך חדשה בגדר חזקה כ"מ שתח"י.

ב' דרכים בדין חזקה כ"מ שתחת יד אדם שלו. < דרך שלישית - דע"י הסתמא דמילתא נהיה חזקה של ודאות לומר שהוא בעלים. < תוספת ביאור בהגדרה זו - יש כאן הלכה שמתבססת על סתמא שאומרת שהממון נראה כשלו - והוכרע ונפסק עליו שכן דינו. < ביאור בשיטת הרמב"ם - למה 'ראיה דלפיכך' מהני במקום ולא מהני באבנים. < מבאר שזה תלוי אי החזקה בנויה על סתמא או שהיא בנויה על בירור. < תוספת ביאור ובמה שיש להעיר עליו. < הוכחות שבב' אוהזין לא שייך חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו מצד ראיה ואנן סהדי < יסוד הדברים ש'הנהגה' היא במשפטי הממון שעל ידי 'סתמא' נקטינן שהמוחק הוא הבעלים. < בדברי האבי עזרי בביאור שיטת הרמב"ם בדברים העשויים להשאל ולהשכיר עפ"י הנ"ל. < הרמב"ם והתוס' פליגי לשיטתייהו. < הערה בדין שותפין לא קפדי בספק שותפין [מהרש"א מהר"ם]. <

### ב' דרכים בדין חזקה כ"מ שתחת יד אדם שלו.

לעיל הבאנו ב' דרכים בדין איחזוקי אינשי בגניבה לא מחזקינן, ויש כאן ב' דרכים בחזקה כ"מ שתח"י אדם שלו:

א[ ראיה כעין אנן סהדי שהלוקח הוא הבעלים, ומהני להוציא ממון.

ב[ הגרנ"ט למד שאינו ראיה אלא שיש כאן סברא שעושה ספקות, ושוב מהני מדין תפיסה בספקות, וזה הדין הרגיל של הממע"ה בכל הספקות, אולם הוספנו שמוכרח שיש בחזקה זו ראיה ולא רק שזה עושה ספקות, אלא שס"ל דלא אלימא הך ראיה להוציא ממרא קמא, ומה"ט סובר הספר התרומות דמהני להפטר משבועה, ומה"ט מהני נמי בגט לומר שיש כאן גט ביד האשה - ואינו ספק בעלמא.

ומה"ט כל טענת לקוח דזכה בה מחמת הדין הממע"ה - לא יהני תפיסת ברי של המ"ק לתפוס בחזרה מהלוקח כמו דמהני בכל מוחזק, כיון שיש ראיה כנגדו.

עוד הבאנו דכנראה דנחלקו בזה הרמב"ם והתוס' בדברים העשויים להשאל ולהשכיר, דדעת הרמב"ם [טו"נ פ"ח] הוא דדברים העשויים להשאל ולהשכיר דאין בהם חזקה היינו דוקא בדברים שמיוחדים מתחילתם להשאל, אבל דעת התוס' בשבועות [מ"ו] דגם ביש בו רגילות להשאלה ליכא חזקה, ורוב ראשונים אזלי בזה כהתוס' - ופלוגתתם היא אי בעינן ראיה והוכחה להוציא מהמרא קמא, ואז חזקה כ"מ שתחת ידו שלו הוא מהני בתורת ראיה - או דמתורת מוחזק אתינן עלה, ולא בעינן הוכחה גמורה לזה.

### דרך שלישית - דע"י הסתמא דמילתא נהיה חזקה של ודאות לומר שהוא בעלים.

אולם יש דרך שלישית בעיקר חקירה זו - ויעויין בשיעורי ר' שמואל [ס"ק ג] שביאר את הדברים ותוכן הדברים הוא דחזקה כ"מ שתחת יד אדם שלו, אף דהויא חזקה המבררת, מ"מ אין הביאור בזה דהוי הוכחה ובירור שכלי בעלמא, דבאמת אין כאן ראיה גמורה שהחפץ שלו, אלא שהגדר בזה הוא, שכיון דאחזוקי איניש בגזלנא לא מחזקינן - אמרינן דמסתמא הוא שלו, וע"כ חייל בזה דין חזקה דמחזקינן שהוא שלו, ומחמת החזקה הוא דאנו פוסקים שהחפץ שלו ומוציאין מיד המוחזק והתפוס, ונמצא דאף דיסוד החזקה הוא מטעם ראיה ובירור, מ"מ לאו מכח הראיה אנו פוסקים הדין, דאי"ז ראיה גמורה ואנן סהדי, אלא דסתמא דמילתא כן הוא, וע"י הסתמא חייל דין חזקה, ומתורת חזקה הוא דפוסקין הדין בודאות ומפקינן מן המוחזק והתפוס.

**תוספת ביאור בהגדרה זו - יש כאן הלכה שמתבססת על סתמא שאומרת שהממון נראה כשלו - והוכרע ונפסק עליו שכן דינו.**

ונוסיף קצת בזה - שבאמת יש כאן הלכה במשפטי הממון - הרי כל טוען ונטען מתחיל מזה שממון של הניזק והנגזל והמלוה והמוכר הוא ממון שלו, והמזיק וגזלן ולוה ולוקח חייב לבעל הממון מחמת אחד מהחיובים הללו - ופשוט שאין שום התחלה לשום דיני ממונות



עד כמה שיוכל לטעון שהממון שעליו דנים אינו של חבירו כלל – אלא של המזיק וגזלן הוא – ולמדנו מ'נסכא' דאין טענה של 'דידי חטפי' – שפשוט לנו שהמוחזק הוא הבעלים ומכאן מתחיל דיני ממונות וטעון ונטען – וזה היסוד של ההנהגה במשפטי הממון שנתחדש בדין חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו ודו"ק – אלא שדין זה במשפטי הממון אינה הלכה בעלמא אלא הלכה שמתבססת על סברא שהסברא והסתמא שאומרת שהממון נראה וסתמא הוי שלו – הוכרע ונפסק עליו שכן דינו.

והוסיף לי בזה ידידי הגאון רבי בנימין כהן שליט"א מדברי רש"י בשבועות [מ"ז. ד"ה לישלם] שכתב בטעמא דאינו נאמן לומר דידי חטפי בנסכא – "ולא כל הימנו של כל חוטף לומר שלי חטפי" – ועיין עוד ברש"י [שם לב: ד"ה לישלם] שכתב "שאין כל החוטפין נאמנים לומר שלי גזלתי דא"כ אין לך גזלן שמשלם ואפילו יש עדים" – הרי שאינו 'ראיה' אלא שאין התחלה למשפטי הממון ולטעון ונטען בלי קביעת עובדה בסיסית – לומר שמוחזק הוא בעלים.

### הוכחה גדולה מלשון הגמרא להלן.

ויש להעיר – דלעיל [סימן י] הקשינו דלמה כתוב למסקנה להלן [ד.]. הממע"ה – ודו"ק – שהרי לפי האחרונים – אדרבה – הרי בתירוץ של 'שהו הרבה' חזרה בה הגמרא – שכבר אינו מדין של הממע"ה – והערנו שם דלפי דרכו של הגרנ"ט א"ש היטב – אולם נראה דגם לדרך זו א"ש דסו"ס דין איחזוקי אינשי וחזקה כל מה שתחת ידו שלו – מתבססת על עיקר ההחזקה של הממע"ה – ששורש הדין בזה הוא שמשפטי הממון קובעים עובדות בסיסיות שמוחזק הוא בעלים – והיינו הרחבה של הדין הממע"ה – ודו"ק.

### ביאור בשיטת הרמב"ם – למה 'ראיה דלפיכך' מהני במקום ולא מהני באבנים.

הגר"ש רוזובסקי וצ"ל הוכיח דרך זו בדברי הרמב"ם – דיעויין ברמב"ם [פ"ב שכנים ה"ח] שכתב – "והואיל ומקום הכותל משל שניהם, אם נפל הכותל הרי המקום והאבנים של שניהם ואפ"ל נפל לרשות אחד מהן" – ומשמע מדבריו דכל מה דאמרינן דהאבנים של שניהם הוא רק מחמת דהמקום של שניהם, והיינו דרק על המקום מהני הסברא דלפיכך, והאבנים בתר המקום גרירי, דכיון דהמקום של שניהם ע"כ גם האבנים של שניהם, וצ"ע דלכאורה אותה ראיה שיש לנו לגבי המקום לומר דהוא של שניהם שייך ג"כ לגבי האבנים, וכשם שלגבי המקום ידעינן שהוא של שניהם משום דעל מקום שניהם בנו את הכותל, ה"נ ידעינן על האבנים שהם של שניהם משום דמשל שניהם בנו את הכותל, ומה זה שחילק הרמב"ם בזה בין המקום להאבנים, וצ"ע.

וביאר שמקורו של הרמב"ם הוא עפ"י מה שהקשו התוס' במתני' [ד"ה לפיכך בסופו], דאמאי קתני במתני' דהמקום של שניהם הא פשיטא דהוי של שניהם, דעל המקום לא שייך לתרץ דמיירי בנפל לרשותא דחד מינייהו, ובתוס' תירצו דאידי דנקט אבנים נקט המקום, עיי"ש.

ויש לומר דהרמב"ם לא הוה ניחא לי' בתירוץ זה, וע"כ פירש דהא דנקט מתני' דהמקום של שניהם הוא משום דזהו הטעם דהאבנים של שניהם וזהו שכתב דהואיל ומקום הכותל של שניהם אם נפל הכותל הרי המקום והאבנים של שניהם, אכן עיקר הדבר צ"ב דלמה לא יועיל הטעם דלפיכך על האבנים בעצמם לומר דהם של שניהם.

וביאר בדעת הרמב"ם, וכע"ז כתב בספר אבן האזל, דס"ל דהראיה דלפיכך אינה ראיה מספקת להוציא על ידה מן המוחזק או מן התפוס, ואשר ע"כ לגבי האבנים דאחד מהן מוחזק בכל האבנים כיון שנפלו לרשותו לא סגי בהראיה דלפיכך לפסוק עי"ז שהם של שניהם, ולא מבעיא אי נימא דאותו שנפלו האבנים לרשותו חשיב מוחזק ממש בהאבנים, א"כ בודאי י"ל דהראיה דלפיכך אינה מועלת להוציא מרשותו, אלא אפ"ל אי נימא דלא

נחשב למוחזק ממש בנפלו לרשותו מ"מ תפוס מיהא הוי, וס"ל להרמב"ם דגם מתפוס אי אפשר להוציא ע"י הראיה דלפיכך, ומשו"ה בעינן דוקא להטעם דהואיל והמקום של שניהם ע"כ האבנים של שניהם, דרך על המקום מהניא הראיה דלפיכך לפסוק שהוא של שניהם, ומשום דעל המקום אין אחד מהם מוחזק ולא תפוס, ומשא"כ לגבי האבנים, אלא דמאחר שנפסק על המקום שהוא של שניהם, שוב אמרינן דגם האבנים הם של שניהם, ומשום דעתה יש כבר חזקה כל מה שתחת ידו של אדם שלו, דהאבנים שעל המקום שהוא של שניהם הם של שניהם, וחזקה כ"מ שתחת ידו ש"א שלו מהניא להוציא אף ממוחזק, וע"כ האבנים של שניהם, וא"ש היטב בזה מש"כ הרמב"ם דהואיל והמקום של שניהם ע"כ האבנים של שניהם וכמש"נ.

### **מבאר שזה תלוי אי החזקה בנויה על סתמא או שהיא בנויה על בירור.**

אולם ביאר שם הגר"ש רוזנבסקי זצ"ל שדבר זה תלוי בגדר החזקה של כ"מ שתח"י אדם שלו הוא - דאי נימא שהוי חזקה המבררת מצד אנן סהדי, א"כ קשה שהרי ס"ל להרמב"ם דהראיה דלפיכך אינה מספקת להוציא מהתפוס, וע"כ דלא סגי לי' בטעמא דלפיכך על האבנים, א"כ לא יועיל ג"כ מה דהאבנים היו על המקום שנפסק עליו שהוא של שניהם מאחר דכל מה שפסקנו על המקום שהוא של שניהם הוא רק מכח הראיה דלפיכך, וראיה זו הרי אינה מספקת עבור האבנים.

והוסיף דאף דאיכא כאן חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו, מ"מ כיון דהך חזקה אינה באה אלא מכח הלפיכך שאינו מספיק להוציא מתפוס וכנ"ל, ה"נ דהחזקה שבאה מחמת כן לא תוכל להוציא מן התפוס, ומשום דהך חזקה דכל מה שתחת ידו של אדם שלו היא חזקה המבררת, וכל כה"ג דמתורת בירור אתינן עלה, אין כח בהחזקה לברר יותר מהראיה דלפיכך שהיא באה מחמתה, וכיון דס"ל להרמב"ם דמדת הבירור והראיה דלפיכך אינה מספקת להוציא מן התפוס, ה"נ מסתבר דהחזקה כ"מ שתח"י אדם שלו שבאה ע"י הראיה דלפיכך אינה מספקת בכה"ג להוציא מן התפוס, דהך חזקה היא חזקה המבררת.

ובתוספת ביאור - אף אי כל חזקת כ"מ שתח"י יכולה להוציא ממוחזק כיון שהיא בנויה על ראייה של איחזוקי אינשי שהיא ראייה גמורה - אבל הכא ליכא איחזוקי אינשי בגניבה - אלא שאנו בונים את הדין של חזקת כ"מ שתח"י מכח הראיה של הלפיכך, וכיון שהראיה הזו אינה ראייה גמורה להוציא, שוב לא מהני גם להוציא על ממון שדינו של הממון הוא בתולדה מהממון הזה, שזה הכלל - כל בירור שאינו בירור גמור - אף דסגי לן בבירור שאינו גמור לדבר אחד, אכתי לא יהני לדבר שני שהוא בתולדה מהדבר הראשון אם הדבר השני צריך בירור גמור - דדווקא בירור שהתקבל בדבר הראשון כבירור מוחלט נהיה לדבר מוחלט גם כלפי הדברים האחרים שהם בתולדה מהם [וכבר חילק כעין זה בריש גיטין לגבי ע"א ורוב בתולדה, שבזה חלוקין נאמנות מבירור].

אולם לדרך השניה א"ש - שיש מקום לומר דאף דהראיה דלפיכך אינה מספקת להוציא האבנים ממוחזק או מתפוס, מ"מ מאחר דמחמת ראייה זו נפסק הדין על המקום שהוא של שניהם, ממילא דהאבנים עומדים בחזקת שניהם וחייל בהו דין חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו דמחזקין שהם של שניהם ומוציאין אותם ממאן דנפלו לרשותו, ולא איכפת לן השתא מכח איזה מדת בירור נפסק על המקום שהוא של שניהם, שהרי אין אנו באים להוציא האבנים ע"י ראייה והוכחה בעלמא מדהיו מונחים על מקום שניהם, אלא ע"י הדין חזקה שנעשה מכח הראיה והסתמא, וכיון דעכ"פ הכי נקטינן עפ"י פסק ב"ד שהמקום של שניהם, הרי יש בזה מידת "סתמא" המספקת בכדי שיחול דין חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו על האבנים שהם של שניהם, ומוציאין אותם עי"ז מן התפוס או המוחזק - וא"ש בזה מש"כ הרמב"ם דהואיל והמקום של שניהם אם נפל הכותל הרי המקום והאבנים של שניהם, וכמש"נ.

ואף שעל המקום בעצמו ליכא דין חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו - שהרי המקום אינו תחת ידו - אכן ע"י המקום הוא מחזיק 'החזקה של סתמא כבעלים' באבנים שהיו על המקום, ובכל 'החזקה של סתמא כבעלים' נאמרה הלכה של חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו - ונהפכה הסתמא לחזקה גמורה במשפטי הממון - ודו"ק - ועיין להלן [סימן יב] הוכחה גדולה לסברא זו מהרשב"א.

#### **תוספת ביאור ובמה שיש להעיר עליו.**

ובתוספת ביאור - הרי אם נתחדש בחזקת כ"מ שתח"י שכל 'החזקה של סתמא כבעלים' נהפכה למוחזקות מוחלטת, א"כ כמו שהסתמא של איחזוקי אינשי נהפכה למוחזקות מוחלטת, ה"ה שהסתמא של הלפיכך יהפך להיות מוחזקות מוחלטת - ודו"ק.

אלא שיש בזה חידוש, שהרי על המקום עצמו ליכא דין חזקה כ"מ שתח"י - שהרי כאמור - אינו תחת ידו, אלא שהמקום של הכולל הוא עצמו 'הידו' שהאבנים מוחזקים בו בדין חזקה כ"מ שתח"י - ונמצא שהחזקה של המקום באבנים היא החזקה מכח סתמא בקרקע והסתמא נהפך למוחזקות מוחלטת באבנים - לא בקרקע, אלא שהדין להתהפך להיות מוחזקות מוחלטת - הוא הוא עצם הדין של חזקה כ"מ שתח"י - ודו"ק.

אלא שיש להעיר - הרי כל 'החזקה של סתמא כבעלים' מכח איחזוקי אינשי היא החזקה גמורה בתוך ידו שהוא 'ידו מוחלטת' שעושה 'החזקה מוחלטת', אלא שהנראה כבעלים שיש בהחזקה המוחלטת אינה נראה כבעלים מוחלטת אלא נראה כבעלים ברמה של 'סתמא' - אולם הכא המקום הוא היד שמחזיק את האבנים, והמקום עצמו אינו מקום שלו ברמה מוחלטת אלא ברמה של סתמא כבעלים, ונמצא שכל החזקה אינה החזקה מוחלטת - וגרע מכל דין חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו שהחזקה היא מוחלטת - ודו"ק - וצ"ע.

#### **הוכחות שבב' אוחזין לא שייך חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו מצד ראייה ואנן סהדי.**

ונראה שיש מקור נוסף לעיקר גדר זה מהסוגי' בשנים אוחזין לפי שיטת התוס' בריש ב"מ שיש אנן סהדי שכל אחד אוחז חצי - ולכן יש ראייה על כל אחד שהוא ודאי שלו - אכן יש בזה תימא גדולה - וכבר עמד בזה הגרשש"ק [ב"מ סימן ד'] דלכא' לא יתכן לומר דכוונת התוס' הכא לדין חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו, שהרי נתבאר לעיל שהדין חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו היא בגדר ראייה שבנויה על הסברא דאיחזוקי אינשי בגניבה לא מחזקינן, והכא ע"כ דלא שייך למימר הכי, מכמה סיבות, וכדלהלן.

א] בזה אומר חצי שלי אמרינן שחצי חצי עובר לחצי של הטלית ואיכא חזקה ואנן סהדי על רבע שלו ורבע של חברו, וזה תימא גדולה - הרי בלי טענתו של חצי יש לנו הוכחה מציאותית ששנים שאוחזין ביחד דע"כ שהגביהו ביחד, וזה אנן סהדי מסברא שמוכיח שכך היה, וכעת שזה אומר חצי שלי - הרי הוא אומר ממש כמו החזקה וכמו האנן סהדי וכמו הסברא, והיינו שהוא אומר שהגביהו כהדדי כמו שהחזקה עצמה אומרת - והשני סותר את החזקה, הרי לנו שזה שאומר חצי שלי מודה למה שהאנן סהדי תמיד מוכיח גם בלי הודאתו, ולמה לא נלך כדבריו אחריש הוא בא 'לאשר' את מה שהוכחנו מעצמינו מסברא, ולמה יפסיד ויזכה רק ברבע, הרי הוא אומר כמו האנן סהדי דידן - כן הק' הגרשש"ק [שם].

ב] הקשו בתוס' דהאיך מדמינן מנה שלישי לשנים אוחזים בטלית, וביארו שגם במנה שלישי חשיבי שניהם מוחזקים משום שהנפקד תופסו בחזקת שניהם.

ומבואר מדבריהם דגם התם שייך הך אנן סהדי דמאי דתפיס האי ידיה ומאי דתפיס האי ידיה וחשיב כאילו אנו יודעים שיש לכל אחד חצי - ואי נימא דכוונת התוס' לאנן סהדי של בירור והוכחה אינו מובן האיך אפ' לומר כן במנה שלישי, דגם אי הנפקד תופס את המנה בחזקת שניהם - הא אנן סהדי שאינו של שניהם שהרי בגמרא אמרו שבמנה שלישי אין

החלוקה יכולה להיות אמת ולא יתכן שיהיה בירור וראיה שכנגד מה שידוע לנו – וכן הקשה בקובש"ע בב"ב [ס"ק קנ"ג].

ג] עוד יש לתמוה מהדין אדוקין בגוף הטלית דקיי"ל שכל אחד נוטל עד מקום שידו מגעת והשאר חולקין בשבועה, ואם נפרש את דברי התוס' כפשוטם צ"ע, דמה שייך לומר שכעת יש הוכחה מציאותית שכל החלק באמצע שבין שני האחיות – שחציו ממש שייך לאחד וחציו שייך לשני – דמהיכי תיתי נימא כן – וצ"ע.

**יסוד הדברים ש'הנהגה' היא במשפטי הממון שעל ידי 'סתמא' נקטינן שהמוחזק הוא הבעלים.**

ועיין עוד באמרות אברהם שנים אוחזין [סימן ב פרק ב] שהבאנו עוד כמה קושיות מהסוג הזה – והבאנו מהקובש"ע שמזה מוכרח שגם ההלכה של חזקה כ"מ שתחת יד אדם היא הלכה ולא בירור – כעין חזקת ממון.

אולם בשיעורי אבי עזרי [ריש ב"מ] הלך בדרך זו שהבאנו מהגר"ש רוזובסקי זצ"ל – ודיקדק בלשון התוס' שכתבו "כאילו" שהיה נראה שחזקה זו אינה ראייה והוכחה אלא שזה הלכה, וביאר דמה שאמרו 'איחזוקי אינשי בגניבה לא מחזקינן' – הכוונה שהלכה זו בנויה על 'סתמא' מסויימת דכפשוטו אמורים לנקוט דמי שמחזיק חפץ הרי הוא הבעלים, וזהו דאמרינן 'איחזוקי אינשי בגניבה לא מחזקינן' – לא בתורת ראייה אלא בתורת 'הנהגה' ו'סתמא' – דכך נקטינן.

ונראה שזה הביאור ביישוב כל הנך קושיות בשנים אוחזין – והוא – דדינא הוא שכל שתופס נקטינן שהוא הבעלים, ולכן מובן למה כשהתפיסה משתנית מחצי חצי לרבע רבע דגם הדין בעלות משתנית לרבע רבע, וכן בשטר וכן באדוקין בגוף הטלית – הרי כל הקושיות היו שבתורת 'ראייה מציאותית' לא שייך לומר שהראייה משתנית ממקום למקום בטלית כפי טענתם, אבל בתורת 'הלכה' נאמרה שנקבעה ההלכה כפי התפיסה וכל שמשנתנה התפיסה משתנה נמי ההלכתא.

והגרשש"ק [שם] התייחס לחלק מהקושיות הנ"ל בשנים אוחזין – וחידש דע"כ צ"ל דנתחדש הכא דהדין חזקה כל מה שתחת ידו אינו כפשוטו אלא שהוא "כפי ערך הספק", וכיון שהספק הוא רק בחצי לכן המוחזקות והאנן סהדי הם רק בחצי, ויש כבר חזקה לכל א' רק על רבע, וממילא מי שאומר חצי אינו אומר כהחזקה כיון שהחזקה משתנה לרבע, ובזה מיושב נמי למה מיקרי ספק מוציא מידי ודאי, שהרי כל התפיסה והאנן סהדי הם רק "כפי ערך הספק", ואם אין ספק מוציא מידי ודאי, אז אין כאן ספק כל עיקר, עכתו"ד הגרשש"ק – וכנראה שכוונתו לכל הנ"ל.

**בדברי האבי עזרי בביאור שיטת הרמב"ם בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר עפ"י הנ"ל.**

באבי עזרי [שם] הוכיח שיטתו משיטת הרמב"ם בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר, דכבר הבאנו דדעת הרמב"ם [טו"נ פ"ח] הוא דדברים העשויים להשאיל ולהשכיר דאין בהם חזקה היינו דוקא בדברים שמיוחדים מתחילתם להשאילן, אבל דעת התוס' בשבועות [מ"ו] דגם ביש בו רגילות להשאילה ליכא חזקה, ורוב ראשונים אזלי בזה כהתוס'.

ולעיל הבאנו מהמשנת ר' אהרן דביאר את שיטת הרמב"ם בדרכו של הגרנ"ט דבסוף הכל מצד הממע"ה וכל הדין חזקה כ"מ שתח"י אדם ואיחזוקי אינשי בגניבה לא מחזקינן אינו אלא ליצור ספק וריעותא במ"ק, עיי"ש.

אולם באבי עזרי למד ע"ד האחרונים הכא שיש הלכה של חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו הוא – וזו הלכה ולא ראייה, אלא שהלכה זו בנויה על סתמא מסויימת דכפשוטו אמורים לנקוט דמי שמחזיק חפץ הרי הוא הבעלים, וזהו דאמרינן 'איחזוקי אינשי בגניבה לא מחזקינן' –

וכנתבאר דאינו בתורת ראייה אלא בתורת 'הנהגה' ו'סתמא' – דכך נקטינן – ולכן נתחדש דאף חפץ שרגילים להשאילו שפיר הוי בכלל חזקה זו.

### **הרמב"ם והתוס' פליגי לשיטתייהו.**

לפי"ז היה נראה שהרמב"ם והתוס' פליגי לשיטתייהו – והיינו שהרמב"ם למד דסגי בתור 'סתמא' כדי להחיל מכח זה מוחזקות, ולא בעינן ראייה, הלכך מהני גם בכלים שרגילים להשאיל אי אינם מיוחדים לזה, ולשיטתו למד דמהני הדין מוחזקות במקום הכותל להכריע על המוחזקות בבנים, אכן התוס' למד שזה ראייה ולכן לא מהני ברגילים להשאיל, ולשיטתו אין ללמוד מהמקום לאבנים, ודו"ק.

אולם התוס' בריש ב"מ ע"כ למד ג"כ ע"ד הרמב"ם, ודו"ק, אכן י"ל דשיטת התוס' בב"ב היא דלא כהרמב"ם, גם בסוגיין וגם להלן [לד] דב' אוחזין חשיב חלוקת ספק – והיינו דלשיטתייהו למדו שזו ראייה ברורה ולכן ס"ל דלא יתכן לפרש שיש אנן סהדי של חזקה כ"מ שתח"י על חצי חצי – וכדהקשינו לעיל.

### **הערה בדין שותפין לא קפדי בספק שותפין [מהרש"א מהר"ם].**

כתבו התוס' שלכאו' קשה דמה התירוץ שהו הרבה – הא אמרינן בריש הבית והעליה "דשותפין לא קפדי אהדדי" ותירצו "דהכא מיירי דשהו יותר מכדי רגילות דאטו משום דשותפין נינהו לא יקפידו עד עולם", והקשה המהרש"א דלמה לא הביאו יסוד זה של שותפין לא קפדי אהדדי לעיל בתחילת התוס' – והיינו דמה קושי' התוס' מהבית ועליה דחזינן דמהני תפיסה וא"כ ה"ה בכותל יהני תפיסה – הרי התם כבר תירצו דשותפין לא קפדי ולכן לא מהני תפיסה, וא"כ ה"ה כאן דנימא דלא מהני תפיסה מחמת זה ששותפין לא קפדי אהדדי – ותי' דהתם ידוע דהיה של שניהם וכאן לא היה ידוע שהיו האבנים של שותפין.

והק' המהר"ם, הרי סו"ס בסוף התוס' שפיר הק' דכאן נימא שותפין לא קפדי, והו"ל לתרץ דאינו ידוע, ותי' המהר"ם דמיירי לאחר שכבר יש "לפיכך" ואז הוי כבר ודאי שותפין – ודבריו תמוהין, שהרי תוס' מיירי הכא לולי החידוש של "לפיכך" – והיינו שבאו לומר שיש חידוש ב"לפיכך" במקום ששהו הרבה ולולי לפיכך מהני השהו הרבה להכריע שזה שלו – וצ"ע.

והנה לכאו' א"צ שיהיה ודאי ידוע, ומהו כוונת המהרש"א כלל, הרי אי הוי שותפין הרי משאיל מקומו ואינו מוחזק כלל, וא"כ הכא אי הוי ספק שותפין אז הרי"ז "ספק מוחזק", וספק מוחזק אינו מוחזק [קצוה"ח פ"ח – ט'], וכן הק' הגרנ"ט על המהרש"א.

ותירץ דאי יש ספק אי השאיל מקום, הרי על זה יש חזקה שלא השאיל ולכן אינו ספק מוחזק, דהקרקע והמקום ידיה הוא מדין חזקת מ"ק, שאומר שלא השאיל, ושוב הו"ל מוחזק ודאי, וא"ש דברי המהרש"א.

ומעתה מיושב נמי דברי המהר"ם, דבסוף התוס' בעינן הוכחה דשהו הרבה, ואי הוי ספק שותפין כבר אין הוכחה, ודו"ק, כ"כ הגרנ"ט [שם].

והגר"נ פרצוביץ צ"ל תי' באופן יותר פשוט, דבזה שהוא טוען לקוח הוא מודה שהיה של שניהם והוא לקוח [דאי אומר כולה שלך הרי אין לו קרקע], ושוב הו"ל שותפין דלא קפדי.

## סימן יב

**ביאור דברי הרשב"א להלן [ד],  
ובגדרי חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו.**

**פרק א הוכחה בדברי הרשב"א דדין חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו,** היא הנהגה משפטית ודאית, ולא תלויה בבירור של סברא. < בדברי הרשב"א דבכחל ליכא דין יחלוקו של רביע וג' חלקים באומר כולה שלי וחצי שלי - כיון שדומה לב' אדוקין בגופו של טלית חצי חצי. < מבאר למה המקום הוא שלהם חצי חצי וממילא דהוי אדוקין בגופו ממש. < מוכיח מהרשב"א שהדין חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו לא מחייב שיהיה 'ודאות' של 'הוכחה ברורה' במקום שמחזיק את ממונו - וסגי לזה מה שהמקום הוא שלו ב'סתמא'. >

**פרק ב ישוב האחרונים בסתירת הרשב"א אי הוי חלוקת ספק או חלוקה של ב' אדוקין.** < סתירת הרשב"א אי מדין ב' אדוקין או מדין יחלוקו מספק. < דרכו של הגר"נ פרצוביץ זצ"ל בזה. < תוספת דברים מהגר"ש רוזובסקי זצ"ל בזה.

**פרק ג דרכו של האבי עזרי לחלק בין המקום לאבנים אי הוי ספק של דררא, וחיידוש בדין חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו.** < דרכו של האבי עזרי בזה - דרך המקום הוא דררא דממונא ויחלוקו מספק, ובאבנים ליכא דררא דממונא. < באבנים יש דין יחלוקו מצד ב' אדוקין, ובמקום מצד דררא. < חיידוש גדול - ספק של דררא שלא תלוי בטענותיהם לא משתנה בטוען כולה וחצי. < ביאור בלשון הרשב"א - "ומסתמא חלק חצרו של זה מתפשט עד מחציתו". < גם לדרך זו מוכרח שהדין חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו אינו בירור והוכחה - אלא 'הלכה של סתמא'. >

**פרק ד חיידוש הרשב"א שיש דין נסכא בכחל שנפל לרשותו של אחד ובא אחר ופינה אותו, וסיכום החידושים בגדר הדין חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו.** < חיוש הרשב"א ששייך דין נסכא באבנים שנפלו לרשותו. < מתמה דהכא גרע - דעדי כאן נתבאר דחזקה כ"מ שתח"י אדם שלו אינה סברא אכן הכא הוי כגודרות. < נתחדש ברשב"א שהדין חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו אינה סברא ולא מתבסס על איחזוקי אינשי בגניבה לא מחזקינן באופן שלא באים נגד מרי' קמא להוציא ממנו - וגם בגודרות ודברים עשויים להשאל איכא חזקה בגוונא זו - גם באופן שראינו שנכנסו מאליהן. < דן בשיטת הרשב"א אי חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו נגד מ"ק מהני דווקא באופן דאיכא סברא וראיה או לא. < דן אי הרשב"א למד שכותל הוא דררא או לא. >

## פרק א

## הוכחה בדברי הרשב"א

## דדין חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו,

## היא הנהגה משפטית ודאית,

## ולא תלויה בבירור של סברא.

**בדברי הרשב"א דבכחל ליכא דין יחלוקו של רביע וג' חלקים באומר כולה שלי וחצי שלי - כיון שדומה לב' אדוקין בגופו של טלית חצי חצי.**

יעויין ברשב"א להלן [ד]. שביאר את השו"ט בסוגי' שם שהמקשן הקשה דפשיטא שיחלוקו את המקום והאבנים - והיינו שגם בלא 'לפיכך' צריך להיות הדין דיחלוקו - ולמה לי לפיכך - והיינו כרש"י ותוס'.

והק' הרשב"א על עיקר קושי' הגמרא - דאיכא נפק"מ באופן שזה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי - דלולי הדין 'לפיכך' היה הדין דיחלוקו לג' רבעים ורביע - ושפיר חידש לנו המשנה שיש ראייה דלפיכך - דמעתי הדין הוא יחלוקו שוה בשוה.

ותירץ הרשב"א וז"ל - "דהתם בשלא היו תפוסין בשוה זה כזה בכל הנכסים וכו' אבל כאן שהמקום על כרחנו מוחזק ביד שניהם להיותו מחצה על מחצה - דמי מהם מוחזק בו יותר - ומסתמא חלק חצרו של זה מתפשט עד מחציתו וזה עד מחציתו - והרי האבנים כאילו מוחזקין ותפוסין כולן ביד שניהם בשוה זה כזה", עכ"ל.

כוונת הרשב"א שהטעם דחולקים באבנים הוא משום דשניהם מוחזקים בגוף האבנים - וזה משום שכל אחד הוא בעלים על חצי המקום - ודומה לשנים אוחזין בטלית - אולם קשה - דבב' אוחזין בטלית נאמרה הלכה של יחלוקו דג' חלקים ורביע - ומאי שנא מוחזקים ותפוסים בכחל.

ומוסיף בזה הרשב"א שבאמת אינו כאוחזין בעלמא בכרכשתא - אלא כאדוקין בגוף הטלית שהדין בזה הוא דנוטלין עד היכן שידו מגעת - ובזה ליכא דינא דיחלוקו דג' חלקים ורביע.

והדברים מדוקדקים ברשב"א שהרי בתחילה כתב - "וכל שביד כל אחד ואחד מהם הרי הוא כאלו הוא שלו וכדאמר' התם בפ"ק דמציעא [ג']. גבי טלית אנן סהדי דמאי דתפיס האי ידיה הוא ומאי דתפיס האי ידיה הוא" - ולשון זה נאמר בגמרא [שם] על אוחזין בעלמא בכרכשתא - אלא ששוב הוסיף "ואלו היו שניהם אדוקין בטלית זה במחציתו וזה במחציתו אף על פי שזה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי אין מוציאין את הרביע מתחת ידו של זה ונותנין לחבירו" - והכא כוונתו כבר לדין של אדוקין בגופו של טלית חצי חצי.

ופשוט שהרשב"א הוצרך לזה - שהרי דווקא באדוקין בגופו של טלית חצי חצי הוא דליכא דין חלוקה של ג' חלקים ורביע באחד אומר כולה שלי ואחד אומר חצי שלי - דדינא הוא דנוטל עד שידו מגעת - אבל באוחזין בעלמא בכרכשתא איכא יחלוקו דג' חלקים ורביע. ויש להעיר דלמה הביא את לשון הגמרא 'אנן סהדי דמאי דתפיס האי ידיה הוא' דקאי על אוחזין בכרכשתא אי קאי באדוקין בגופו של טלית - וצ"ל דבלשון הזה כתוב שכל אחיזה בטלית דינו כאנן סהדי, אלא דבאדוקין בגופו של טלית - בכה"ג האוחזין הוא בגופו של הטלית כפי מה שנמצא בתוך ידו ממש - אבל עיקר האנן סהדי קאי גם הכא - והרשב"א הביא גמרא זו לפרש דבאדוקין איכא אנן סהדי ממש במה שתחת ידו - ועיין בהערה <sup>69</sup> במה שיש להעיר בזה.

#### **מבאר למה המקום הוא שלהם חצי חצי וממילא דהוי אדוקין בגופו ממש.**

ובטעמא דמילתא דמיקרי מוחזקים באבנים - היינו משום דהוי כמוחזקים חצי חצי במקום - אולם צריכים להבין דלמה מיקרי מוחזקים חצי חצי במקום. ופירש הרשב"א "שהמקום על כרחנו מוחזק ביד שניהם להיותו מחצה על מחצה - דמי מהם מוחזק בו יותר - ומסתמא חלק חצרו של זה מתפשט עד מחציתו וזה עד מחציתו". ולא ברור כוונתו במה שכתב "דמי מהם מוחזק יותר - דמסתמא חצרו מתפשט" - שהרי כפשוטו משמע שאין זה אלא 'סתמא ופשטות' והיינו שהסתכלות הפשוטה היא שמקום שנמצא בין ב' חצרות מתפשט שוה בשוה בין שניהם - ולהלן יבואר עוד בזה - עכ"פ מה שלא היה הרי אין כאן בירור של סברא לומר שזה חצי חצי - וא"כ קשה דהא בדין 'ידו מגעת' צריכים להגיע לדין חזקה כ"מ שתחת יד אדם שלו הוא - וכנתבאר - דלכן הביא את הגמרא של אנן סהדי דמאי דתפיס האי ידיה - והיינו שיש דין 'ודאות' כיון שידוע לנו שזה בידו ממש - והרי הכא הודאות בבעלותם על החצר אינה אלא על חלק החצר שעל יד הכותל שרק שם ידוע לנו שהיא של שניהם - וא"כ רק בחלק הזה שייך לומר חזקה כ"מ שתחת יד אדם שלו הוא, אבל החלק של החצר שמתחת לכותל אין בו ודאות - אלא דמספק הוא שלו - וכלשונו - "דמי מהם מוחזק יותר" - ומה שייך לומר כאן חזקה כ"מ שתחת יד אדם שלו הוא.

**מוכיח מהרשב"א שהדין חזקה כ"מ שתחת יד אדם שלו לא מחייב שיהיה 'ודאות' של 'הוכחה ברורה' במקום שמחזיק את ממונו - וסגי לזה מה שהמקום הוא שלו ב'סתמא'.** וצ"ל כך - דמקום כזה דנקטינן שהוא שלו - גם אי לא הוי ודאות של סברא - אכן סו"ס מחמת הפשטות והסתמא דיינינן דהוי מקום שלו, א"כ ממילא דכל מה שנמצא במקום הזה -

<sup>69</sup> והיינו שבאמת נלקו אי חלוקה של ב' אוחזין היא חלוקת ודאי או חלוקת ספק ואי הוי חלוקת ספק א"כ ע"כ שהביאור בגמרא דאנן סהדי אינו כפשוטו - אלא הכוונה לפסק ב"ד - ועיין מה שנתבאר בזה בדברינו באמרות אברהם שנים אוחזין [סימן יז פרק ב] בארוכה בזה - ומכל זה בא הרשב"א לאפוקי ולומר שיש כאן אנן סהדי של בירור על מה שהוא מחזיק לדנו כודאות ממש - וא"כ ה"ה בתופסים בגופו של טלית איכא להך אנן סהדי.

אחרי דנקטנו שזה 'מקום שלו' - דינו כמוחזק בו בתור 'ידו מגעת' - דכבר נקטנו מחמת הסתמא שהמקום הוא כמו בידו ממש.

איברא שזה מיתלי תלי במה שנתבאר לעיל [סימן יא] מהגר"ש רוזובסקי זצ"ל בגדר הדין חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו - דאינה בגדר בירור של סברא אלא בגדר 'סתמא' דמכח הסתמא נקטינן בודאות שהוא הבעלים כשיש 'מצב של החזקה' בחפץ שהסתמא של ההחזקה אומרת שהיא שלו - שהרי גם ברמב"ם היה מוכרח שאם מקום האבנים היא שלו בראיה לא מוחלטת שאינה בדרגא להוציא ממון - ואעפ"כ מהני לקבוע דין חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו באבנים להוציא ממון ברמה מוחלטת - וה"ה דחזינן כן בדברי הרשב"א - ועיקר גדר זה הבאנו מהאבי עזרי להוכיח כן מריש ב"מ - עיי"ש - וא"ש.

והיינו דאף דעיקר הדין של חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו בנויה על איחזוקי אינשי בגניבה לא מחזקינן - ולכן לא מהני בגודרות דליכא לחזקה זו - אכן אף דתחילת הדין הוא מצד סברא של איחזוקי אינשי בגניבה לא מחזקינן - אכן סוף הדין בזה הוא הנהגה משפטית בכל אחיזה שיש בה את הסברא של איחזוקי אינשי בגניבה לא מחזקינן דשוב נפסק ודאות שהיא שלו אף היכא דליכא סברא בגוונא זו ממש - וכגון בכל ב' אוחזין בטלית, הרי עיקר הסברא של איחזוקי אינשי בגניבה לא מחזקינן לא יכולה להכריע בודאות שיש לכל אחד חצי בודאות ובאדוקין תחת ידו זה שלישי וזה ב' שלישי - הרי א"א להכריע מסברא דכך הודאות, אכן כיון שבכל אחיזה רגילה של טלית [שאינו גודרות] איכא סברא של איחזוקי אינשי בגניבה לא מחזקינן - שוב נעשה להנהגה משפטית שיש בזה ודאות.

וה"ה בכותל זה דאף דעיקר הכותל אינו בתור בירור של סברא אכן סו"ס יש סתמא שזה שלו מכח איזה הסתכלות פשוטה - וכדיבואר - ושוב חל הנהגה משפטית שכיון שהוא אוחז בזה באבנים מכח החצר שוב חיילא דין חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו.

## פרק ב

### ישוב האחרונים בסתירת הרשב"א

#### אי הוי חלוקת ספק או חלוקה של ב' אדוקין.

#### סתירת הרשב"א אי מדין ב' אדוקין או מדין יחלוקו מספק.

עכ"פ מבואר ברשב"א שיש כאן חלוקה של ב' אדוקין בגופו של טלית - כיון שהכותל עמד על מקום שחצי שלו וחצי של חברו - וממילא שהמקום מחזיק לשניהם חצי חצי - והדין הוא עד שידו מגעת - ולכן הכא ליכא חלוקה של ג' חלקים ורביע בכולו שלי וחצי שלי.

אולם בהמשך דברי הרשב"א נראה כסותר משנתו - דהנה הרשב"א הקשה דהיאך מהני נפל לרשותא דחד מינייהו - הא מאחר והאבנים עמדו ברשות שניהם א"כ הו"ל ככלי שנפל מחצירו של ראובן לחצר שמעון דודאי לא מהני תפיסת שמעון להוציאו מחזקת ראובן - ולמה הכא דיינינן כפי הרשות שנפל לתוכה.

וז"ל: "ואכתי קשיא לי דמ"מ המקום לשניהם הוא, וכיון שהמקום לזה כזה גם האבנים העומדים בכל חלק ממנו מוחזקות לבעל המקום הזה וכיון שכן הרי זה כמו שנפל כלי מחצירו של ראובן לחצרו של שמעון ושמעון טוען שהוא שלו שאין שומעין לו".

ותירץ הרשב"א - "וי"ל דאפי' המקום אין אנו דנין בו בבירור שהוא של שניהם אלא מפני שנפל בו המחלוקת וכיון שאין אחד מהם מוחזק בו יותר מן השני מן הספק אנו דנין בו שיחלוקו ככל דבר המוטל בספק, וכיון שלא נפל המחלוקת גם על המקום מתחלה עד שנפלו האבנים לרשותו של זה הרי אבנים אלו בספק ביד זה ואין מוציאין אותן מידו".

למדנו מדברי הרשב"א - שאף שהדין הוא שכלי שנפל מחצירו של ראובן לחצר שמעון דודאי לא מהני תפיסת שמעון להוציאו מחזקת ראובן - דהוי תפיסה ממוחזק - אכן הכא



מעולם לא היה השני מוחזק - אלא שהוא זכה באבנים מדין יחלוקו והגדר של היחלוקו הכא הוא דין של ממון המוטל בספק יחלוקו - ובכה"ג מהני תפיסה - והיינו טעמא דאכתי לא פסקו יחלוקו על האבנים עד שנפלו והוי תפיסה קודם הספק.

ולכא' צ"ע - שהרשב"א סותר את משנתו, דבתחילת דבריו כתב הרשב"א דאיכא ודאות שהמקום שייך חציו לזה וחציו לזה דמסתמא חלק זה מתפשט עד מחצה וחלק זה מתפשט עד מחצה - ונמצא שכל אחד הוא מוחזק בחצי, והיינו חלוקת ודאי עד שידו מגעת - ובסוף דבריו כתב הרשב"א דהא דחולקים הוא מדין ממון המוטל בספק. ויש כאן סתירה גם בסברא וגם בלשון - וכדלהלן:

א] 'בלשון' הרשב"א מפורש בסוף שיש חלוקת ספק ומתחילה מבואר שזו חלוקת ודאי מצד עד שידו מגעת.

ב] גם 'בסברת' הרשב"א איכא סתירה, שהרי עיקר סברתו באה לומר דאכתי לא פסקו יחלוקו עד שנפל בו מחלוקת הלכך הוי תפיסה לפני הספק ולפני שזכה בו מכח היחלוקו - וקשה דכל זה שייך רק בדין יחלוקו של ספקות אבל בדין ידו מגעת נאמרה הלכה של חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו - ודין זה לא מיתלי תלי בספקות ובטוען ונטען - אלא שכך הדין תמיד שמי שמחזיק חפץ הוא בעלים - וא"כ שוב הוי תפיסה ממוחזק - וצ"ע.

#### דרכו של הגר"נ פרצוביץ זצ"ל בזה.

וביאר הגר"נ פרצוביץ זצ"ל [ס"ק נט] על פי מה שהערנו לעיל ברשב"א בתחילת דבריו שכתב "דמסתמא חלק חצירו של זה מתפשט עד מחציתו וזה עד מחציתו" - וביאר שפשוט שאין כוונתו דאיכא ראייה והוכחה גמורה שהמקום שייך לשניהם בשוה, וממילא פשוט דהך "מסתמא" לא הוי כראייה ברורה, אלא כוונתו דכיון דאיכא 'סתמא' שהמקום של שניהם - וממילא דיינינן לכל אחד מהם כמוחזק בחצי המקום ומה"ט זכה כ"א בחצי המקום - והיינו דין חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו שבנוי על 'סתמא' ולא שבנוי על 'בירור'.

ורצה לחדש חידוש - שמש"כ הרשב"א בסוף דבריו דהוי ממון המוטל בספק - אין כוונתו לומר דהפסק על המקום הוא פסק מדין ממון המוטל בספק חולקים, אלא דבא לומר שעצם הספק על המקום לא הוכרע דאכתי איכא ספק לב"ד של מי המקום - אלא שיש סתמא האידך להתנהג בספק זה - וזו כוונת הרשב"א שזה ספק ולכן אינו בכלל חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו מדין בירור אלא מדין הנהגה בספק - ומיושב עיקר הסתירה ברשב"א - דמצד אחד יש כאן דין של חזקה כ"מ דתח"י אדם שלו - ומאידך איכא ספק.

והיינו כנתבאר לעיל דמעולם לא למד הרשב"א שהדין חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו הוא דין מסברא אלא דן של הנהגה משפטית - וכך ביאר הגר"נ פרצוביץ זצ"ל הכא.

אלא דאכתי קשה עיקר דברי הרשב"א - דאי עדיין איכא דין חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו - א"כ מה תירץ הרשב"א - דמאי שנא מכלי שנפל מחצירו של ראובן לחצר של שמעון דודאי לא מהני תפיסת שמעון להוציאו מחזקת ראובן - דהוי תפיסה ממוחזק - שבשלמא אי הכא הוי דין של יחלוקו מספק - שוב א"ש החילוק אכן אי כוונת הרשב"א לדין חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו - אלא שזה דין של הנהגה בספק - א"כ הקושי במקומה עומדת.

וביאר בזה הגר"נ פרצוביץ זצ"ל שכיון שכל הפסק על המקום הוא רק פסק מספק - א"כ אין זה אלא לאחר שבאו לדין על המקום והוכרע הדין דהמקום של שניהם, אבל קודם שנפסק הדין על המקום אכתי לא דיינינן שהמקום הוא של שניהם - ונמצא שבנפל לרשותו של אחד מהם לא הוי תפיסה ממוחזק.

והנה לעיל הערנו שיש ב' סתירות, הסתירה בסברא והסתירה בלשון - והגר"נ פרצוביץ זצ"ל יישב את הסתירה בסברא - אולם אכת לא יישב את הסתירה בלשון הרשב"א - שהרי

הרשב"א כותב בהדי' שיש דין 'יחלוקו מספק' - וכלשונו - "מן הספק אנו דנים בו שיחלוקו ככל דבר המוטל הספק" - ואכתי צ"ע.

### **תוספת דברים מהגר"ש רוזובסקי זצ"ל בזה.**

גם הגר"ש רוזובסקי זצ"ל הלך קרוב לדרך הזו - אלא שתמה בזה שלא משמע כן בלשון הרשב"א - וכדלעיל - אלא שהוסיף בזה עוד - דאי הוי דינא דחזקה כ"מ שתח"י אדם שלו - אף אי הוי דינא דחזקה כ"מ שתח"י אדם שלו מספק - וכנתבאר - הא סו"ס איכא דין ודאי של חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו ולא מהני תפיסה ממנו - ובזה ליכא לחלק בין קודם הספק ללאחר הספק - ורק ביחלוקו אפשר לחלק בין קודם הספק ללאחר הספק - ודו"ק.

ולכן רצה לפרש שכוונת הרשב"א אינה לדין חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו אלא לדין מוחזק של הממע"ה בספקות - ובדין הזה לא מהני תפיסה לאחר הספק שכבר נפסק הממע"ה - אבל לפני כן שפיר מהני תפיסה - דאדרבה התפוס הוא המוחזק בתפיסתו - אלא דסו"ס כל הדרכים תמוהים מלשון הרשב"א.

## **פרק ג**

### **דרכו של האבי עזרי**

**לחלק בין המקום לאבנים אי הוי ספק של דררא,  
וחידוש בדין חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו.**

**דרכו של האבי עזרי בזה - דרק המקום הוא דררא דממונא ויחלוקו מספק, ובאבנים ליכא דררא דממונא.**

אולם מצאנו דרך חדשה ברשב"א בדברי האבי עזרי שכנים [פרק ב הלכה יח חמישאה] - ויסוד דבריו בזה לחלק בין המקום לאבנים, וחידוש בזה שהמקום הוא דררא דממונא דהוי ספק בלי טענות אבל האבנים הוא ספק עם טענות.

ובביאור דבריו - עיין לעיל [סימן ט] מה שהארכנו לבאר למה הכותל מיקרי דררא דמאי שנא מב' אוחזין בטלית - ולפי הרשב"א יש לומר דא"נ - הכותל עצמו היינו ממש אוחזין בטלית - שהרי הוא אוחז באבנים על ידי המקום - שהרי אחיזה בטלית בלי הראיה שבאחיזה אינה כלום ודומה ממש לההוא ארבא - והראיה שיש באחיזה נמי לא סגי לן לדין דררא דגם תרי ותרי לא חשיב כדררא, ונמצא דעיקר הספק הוא מי הגביה קודם את הטלית וכן מי בנה את הכותל - ולא רואים לפנינו מציאת שמחייבת ב' צדדים כמו במחליף פרה - והאוחזין של המקום באבנים ואוחזין בטלית לא יור ספק מגוף המציאות בלי הראיה שבו.

אולם המקום עצמו הוא ספק אמיתי צד גוף המציאות עצמה - שהרי כל חצר וכל מקום יש לו גבול ויש לו סוף - ואנו רואים לפנינו ב' חצרות בב' צדדי מקום הכותל - וזה יוצר לנו ספק עד היכן גבול המקומות של ב' החצרות.

### **באבנים יש דין יחלוקו מצד ב' אדוקין, ובמקום מצד דררא.**

על פי יסוד זה ביאר האבי עזרי עוד - שכל מה שהרשב"א אמר בסוף דבריו שיחלוקו מספק - היינו על המקום, אבל על האבנים ליכא דין יחלוקו של ספק - אלא דאחרי הספק על המקום שנפסק יחלוקו מספק - שוב הוי 'חצי חצי' על המקום - וממילא דשוב הוי מוחזק ואדוקים על האבנים ואז חל הדין יחלוקו על האבנים מחמת הדין של ב' אדוקין.

ומעתה א"ש - שהרשב"א בתחילת דבריו בא לומר שיחלוקו של ב' אדוקין מהני נגד טענת חצי וכולו שלא יהיה חלוקה של ג' חלקים ורביע - אכן בסוף דבריו הקשה דאי הוי אדוקין ממש מה מהני תפיסה - ותירץ שהאדוקין של האבנים מיתלי תלי במקום - והמקום מיתלי תלי ביחלוקו של ספק - והספק אינו אלא אחרי שנפל - ונמצא שהפסק של יחלוקו במקום

הכותל לא נפסק אלא אח"כ - וממילא שהשנים אדוקים לא התחיל אלא אח"כ - והוא כבר תפס לפני כן - וא"ש.

והיינו דתמיד באוחזין בחלוקה של 'עד שידו מגעת' - הרי איכא אנן סהדי מיד גם לפני הספק - אכן הכא ה'יד שעל ידו הוא אוהז את האבנים הו המקום - וה'יד הזה לא נפסק שהוא יד שלו אלא מכח הדין של יחלוקו בדררא דממונא - והפסק הזה רק נאמר לאחר מכן בזמן שיש טוען ונטען ומחלוקת - הלכך הפסק של ידו מגעת מעוכב עד לאחר שכבר תפס.

**חידוש גדול - ספק של דררא שלא תלוי בטענותיהם לא משתנה בטוען כולה וחצי.**

אלא דעדיין קשה דלמה לא אמרינן יחלוקו של רביע וג' חלקים לגבי מקום הכותל - שעליו ליכא דין ב' אדוקין - וביאר באבי עזרי שעל המקום יש דין דררא דממונא והספק הזה לא תלוי בטענותיהם, וספק שלא תלוי בטענותיהם לא משתנה בטוען כולה וחצי לחלוקה של ג' חלקים ורביע - ודו"ק.

ועיקר חידוש זה הביא הגר"ש רוזובסקי זצ"ל בשם הגידולי שמואל דליכא חלוקה של ג' חלקים ורביע בספק של דררא כיון שהספק הזה לא תלוי בטענותיהם - ועיי"ש שתמה בזה. והיה מקום לומר שמי שמודה שחצי שלו הוא מודה לפסק של יחלוקו ולכן הפסק של יחלוקו לא משתנה ע"י הודאה ידידי דאדרבה הוא מודה לפסק הזה, אכן אינו כן, שהרי הוא מודה שמעולם לא היה לו שייכות לחצי השני - אכן הפסק של יחלוקו בדררא נובע מכח זה שכל אחד יש לו צד אמיתי בכל החפץ והדרך לא להתעלם מכל צד לגמרי הוא בפסק של יחלוקו - ואחרי שהוא מוציא חלק מהחפץ מהספק שוב ליכא כח של דררא לגביו בהך חצי - וצ"ע - אכן לכאן כך מוכרחים לחדש לדרך זו ברשב"א - ואכתי צ"ע.

**ביאור בלשון הרשב"א - "ומסתמא חלק חצרו של זה מתפשט עד מחציתו".**

והנה לעיל הבאנו את לשון הרשב"א שכתב "אבל כאן שהמקום על כרחנו מוחזק ביד שניהם להיותו מחצה על מחצה - דמי מהם מוחזק בו יותר - ומסתמא חלק חצרו של זה מתפשט עד מחציתו וזה עד מחציתו - והרי האבנים כאילו מוחזקין ותפוסין כולן ביד שניהם בשוה זה כזה", עכ"ל.

ונתבאר דע"כ דליכא בירור של סברא לומר כן ואינו אלא סתמא ופשטות וכלשונו "ומסתמא" - אולם אחרי דברי האבי עזרי מוכרח ופשוט שאין כאן סברא - דאדרבה - כל הפסק הוא פסק של יחלוקו בספק - וצ"ל שהכוונה בזה היא של "הסתמא" היינו מכח הפסק של יחלוקו - וזה דוחק גדול בלשון הרשב"א לפרש שמה שכתב "ומסתמא חלק חצרו של זה מתפשט עד מחציתו וזה עד מחציתו" - היינו מכח יחלוקו - וצ"ע - אבל כן צ"ל לדרך זו.

והיה מקום לומר שהרשב"א חידש את סברא של יחלוקו בדררא בסוף דבריו - ומתחילה כוונתו היתה לסברא של סתמא וכפשטות לשונו - אולם א"א לומר כן דא"כ מעולם לא תירץ הרשב"א את עיקר הקושי של ג' חלקים ורביע, דרק תירץ על האבנים דהוי אדוקים עד שידו מגעת - והוא לא תירץ כלום על המקום למה ליכא רביע וג' חלקים, ואז ממילא גם באבנים עצמם יחזור הדין לג' חלקים ורביע, ולדרכו של האבי עזרי מיושב - דצ"ל דתמיד ידע הרשב"א שיש דררא במקום וגם היה פשוט לרשב"א דספק של דררא מהני נגד הסברא של ג' חלקים ורביע, ולכן רק הוצרך ליישב את הקושי על האבנים - וצ"ל עוד דבהמשך דברי הרשב"א בתשובה על תפיסה ממוחזק לא נתחדש לו עיקר החידוש שזה ספק של דררא אלא דנתחדש לו דמחמת זה הוי תפיסה לפני הספק - ודו"ק.

עכ"פ לפי"ז יהיה מוכרח שכוונת הרשב"א בתחילת דבריו "ומסתמא חלק חצרו של זה מתפשט עד מחציתו וזה עד מחציתו" שכל זה מכח יחלוקו - אכן כבר נתבאר שזה דוחק גדול בלשון הרשב"א, וצ"ע.

**גם לדרך זו מוכרח שהדין חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו אינו בירור והוכחה - אלא 'הלכה של סתמא'.**

עכ"פ גם לדרך זו של האבי עזרי עדיין צריכים לומר שהדין חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו אינו דין פשוט של בירור והוכחה - אלא הלכה של סתמא - וכנתבאר לעיל - שהרי באמת אין שום הוכחה כלל שהמקום הוא שלו - ואדרבה - רק מחמת יחלוקו של ספק של דרא נפסק כן - וא"כ מה שיידך לדון ולומר שיש הוכחה על האבנים מכח ההחזקה על ידי המקום כשהמקום עצמו אינו יותר מיחלוקו של ספק.

#### פרק ד

#### חידוש הרשב"א שיש דין נסכא

**בכותל שנפל לרשותו של אחד ובא אחר ופינה אותו,**

**וסיכום החידושים בגדר הדין**

**חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו.**

**חיוש הרשב"א ששייך דין נסכא באבנים שנפלו לרשותו.**

והנה בסוגי' שם הקשו בגמרא - דפשיטא שהמקום והאבנים של שניהם - ותירצו "דנפל לרשותא דחד מיניהו" - וכבר הבאנו את דברי הרשב"א בזה למה לא מיקרי תפיסה ממוחזק - אולם בגמרא שם תירצו עוד "אי נמי דפנינהו חד לרשותא דידיה" - וקס"ד דבכה"ג הוי מוחזק וליכא יחלוקו וקמ"ל דמטעמא דלפיכך איכא חלוקה.

ועיין ברשב"א שהביא שיש מפרשים שהוא פינה את האבנים בפני עדים - ותמה בזה הרשב"א "ואינו מחזור בעיני - שא"א לומר בשנפלו במקום הכותל ממש ופינן משם לפי שא"א לאבני הכותל ליפול במקומו של כותל ממש וע"כ הם נופלין או ברשותו של זה או ברשותו של זה - וכיון שכן - אם נפלו ברשותו של ראובן ועמד שמעון ופינן לרשותו בכי הא ודאי נראין הדברים דאפילו בעלמא מוציאין אותו מידו, דאע"פ שאין המקום והאבנים ידועין לאחד מהן ולא לשניהם בשותף - מ"מ כיון שנפלו ברשותו של זה ולא היה שמעון מוחזק בהן מתחלתו - הרי זה ככלי הנמצא בביתו של ראובן ובא שמעון והוציא משם בעדים שהדין נותן שמוציאין אותו מידו ומחזירין אותו לראובן, וזהו דין נסכא דר' אבא [ל"ג:], ואף על פי שלא נחלקו עליהן מתחלה מ"מ כיון שברשותו של ראובן היו הדין היה נותן שיהיו שלו וראובן מוחזק בהן".

ברשב"א מבואר שהאבנים שאנו יודעים שנפלו לרשותו של ראובן - אנו דנים שראובן הוא בעלים עליהם עד כדי כך ששייך בזה דינא דנסכא דר"א - והיינו שאם ע"א יעיד ששמעון חטף מראובן, הוא חייב שבועה - שדנים בודאות שזה שייך לראובן - ומכח זה רצה הרשב"א לחדש שפשוט שמחזירים את מה שפינה לרשותו של זה שנפל האבנים אליו - היכא דאיכא עדים על זה - ודו"ק.

**מתמה דהכא גרע - דעדי כאן נתבאר דחזקה כ"מ שתח"י אדם שלו אינה סברא אכן הכא הוי כגודרות.**

וזה תמוה מאד - הרי עיקר הדין של חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו הוא דין של בירור שבנוי על זה שאנשים לא גנבים - אכן הכא זה נפל לרשותו - וצ"ל דגם הכא מבואר כנתבאר לעיל שהדין חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו אינו דין בירור - אלא שהכל בנוי על סתמא.

אולם הגר"ש רוזובסקי זצ"ל תמה בזה עוד - דהא הכא ידעינן בבירור שנכנסו לרשותו דרך נפילה, ומה שייכא בזה חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו<sup>70</sup>.

ונבאר קושינו - הרי לעיל [פרק א] נתבאר דעיקר הדין של חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו בנוי על סברא של איחזוקי אינשי בגניבה לא מחזקינן - ולכן לא מהני בגודרות דבגודרות ליכא לחזקה זו - אכן אף דתחילת הדין הוא מצד סברא של איחזוקי אינשי בגניבה לא מחזקינן - אכן סוף הדין בזה הוא הנהגה משפטית בכל אחיזה שיש בה את הסברא של איחזוקי אינשי בגניבה לא מחזקינן דשוב נפסק ודאות שהיא שלו אף היכא דליכא סברא בגוונא זו ממש - עיי"ש.

אולם הכא שהכותל נפל לרשותו, הרי ליכא בזה דין איחזוקי אינשי בגניבה לא מחזקינן והוי ממש כגודרות שנכנסים בעצמם לרשותו - והכא נמי האבנים נכנסו בעצמם בנפילה - ושוב ליכא דין חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו כלל וכלל.

**נתחדש ברשב"א שהדין חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו אינה סברא ולא מתבסס על איחזוקי אינשי בגניבה לא מחזקינן באופן שלא באים נגד מרי' קמא להוציא ממנו - וגם בגודרות ודברים עשויים להשאיל איכא חזקה בגוונא זו - גם באופן שראינו שנכנסו מאליהן.**

וביאר הגר"ש רוזובסקי זצ"ל - שמוכרח ברשב"א דכל מה דבעינן בחזקה כ"מ שתח"י אדם שלו גדר של בירור וראיה מכח סתם אינשי לאו גזלני נינהו, דזהו דוקא במקום שבא להפקיע מחזקת מרא קמא ע"י החזקה כ"מ שתח"י אדם שלו, אבל במקום שהוא המוחזק הראשון בחפץ וטוען שהוא שלו, ולא היה ידוע לנו קודם לכן שום בעלים אחר, בכל כה"ג איכא דינא דחזקה כ"מ שתח"י אדם שלו גם בנפל מאליו בלי הסברא של איחזוקי אינשי בגניבה לא מחזקינן, והיינו שאנו מחזקינן שהוא שלו אף על גב דליכא שום ראיה והוכחה.

וחידש מכח זה שבארבא המונחת בנהר שהוא רשות הרבים, ובא אחד וחסף ואומר שהיא שלו, או אפי' אם רק נפל לרשותו וטוען שהיא שלו, מחזקינן שזה שלו, ואף דליכא שום ראיה וכו"ל - והא דבההיא ארבא הדין כל דאלים גבר, ולדעת מקצת ראשונים יכול כ"א לחזור ולתפוס, היינו דוקא ברבו עליה קודם וכבר נעשה ספק אצלינו, וממילא לא מהניא תפיסתו לאחזוקי שהיא שלו, אבל לפני שאנו יודעים מטענת אחר עלי' ונכנס לרשותו, נאמן לומר שהיא שלו ומחזקינן הכי, ואם בא אחר ותפס הו"ל גזלן, ואפילו תפס אחר לפני שטען ג"כ הוי גזלן כיון שהראשון טוען עכשיו והי' מונח קודם ברשותו, כן מוכרח בדברי הרשב"א.

וזוהו שהביא הרשב"א מנסכא דר' אבא, דחשבינן להתופס כודאי גזלן, דהוא מטעם הנ"ל, כיון שהיתה הנסכא ברשות זה קודם לכן.

אולם הוסיף בזה הגר"ש רוזובסקי זצ"ל עוד שרואים מהרשב"א שאפילו אם הנסכא היתה מדברים העשויים להשאיל ולהשכיר או גודרות שאז ליכא ראיה כלל ממה שאוחז הראשון דהוא שלו, אכתי אמרינן בזה חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו, והחוטף הוא הגזלן, וש"מ דבמקום דליכא מר"ק איכא דין חזקה בכל גוונא.

והיינו שיש לדון האם נאמרה הלכה של נסכא בגודרות - כיון שהדין חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו בגודרות אינה סברא - וברשב"א הכא מוכרח שיש דין נסכא גם בגודרות.

<sup>70</sup> ועיי"ש שהוסיף - שאין לומר דמטעם דין מוחזק גרידא אתי עלה הרשב"א, דז"א, דהרי לשיטת הרשב"א הרי לא נולד עדיין הספק, וממילא דלא חייל הדין מוחזק, אלא ודאי דמדין חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו הוא, וכמו שהביא עלה מנסכא דר"א.

והוסיף דמוכרח עוד דלא רק בגודרות דעלמא איכא דין נסכא אלא גם בגודרות בכה"ג שראינו אותם נכנסים מאליהם לרשותו - דגם בכה"ג איכא דין נסכא - והיינו דדינינן להו כשלו ומי שבא וחסף מוציאים ממנו ומחזירים לו.

**דן בשיטת הרשב"א אי חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו נגד מ"ק מהני דווקא באופן דאיכא סברא וראיה או לא.**

והנה לעיל נתבאר ברשב"א שכל אחד הוא מוחזק באבנים מכח המוחזקות בקרקע - ויש לכל אחד דין חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו - ומחזיקים באבנים חצי חצי עד שידו מגעת - הקשינו שאין ראיה ובירור שהקרקע הוא שלו ואיך איכא בזה דין חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו - והוכחנו מהכא דדינא דחזקה כ"מ שתח"י אדם שלו בנויה על סתמא ולא בעי סברא וראיה - והרי זה בגדר משפט ממוני לנקוט שהוא הבעלים כיון שהוא מחזיק בו.

והקשינו דחזקה כ"מ שתח"י אדם שלו לא מהני בגודרות - והיינו משום שבגודרות ליכא סברא של איחזוקי אינשי בגניבה לא מחזקינן - וממילא דליכא חזקה שהחזקה בנויה על סברא וראיה - וביארנו דדווקא באופן שיש בירור וסברא בעיקר החזקה החפץ - אז הוא דאמרין דאיכא משפט ממוני לדון על פי סתמא שהוא הבעלים במה שהוא מחזיק - אבל בגודרות דמופקע - ומתחילה ליכא סברא וראיה דהולך בעצמו וליכא מעשה גזלנותא וליכא איחזוקי אינשי בעיקר החזקה - הכא מעיקרא ליכא משפט ממוני לדון אותו כבעלים - כן היה מוכרח ברשב"א לעיל במה שכתב שכל אחד הוא מוחזק באבנים מכח המוחזקות בקרקע.

אולם הכא כבר מוכרח ברשב"א דאיכא דין מיוחד של חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו בלי מ"ק - ודין זה נאמר גם בגודרות - וע"כ שאינה אלא משפט ממוני לנקוט שהוא בעלים בלי שום סברא - וברור שאין שייכות בין חזקה הזו בלי מ"ק לסברא של איחזוקי אינשי בגניבה לא מחזקינן.

ומעתה יש לומר בשיטת הרשב"א דחזקה כ"מ שתח"י אדם שלו נגד מ"ק מהני דווקא באופן דאיכא סברא וראיה - ומוכרח כן ממה דבגודרות ליכא חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו וזה משום בבגודרות ליכא סברא של איחזוקי אינשי בגניבה - וכל חידוש הרשב"א בסוגיין בתחילת דבריו דמיקרי מוחזק על האבנים חצי חצי עד שידו מגעת אינו אלא בסוגיין דליכא מ"ק ולכן לא אכפת לן מה דליכא סברא וראיה מכח החזקה זו - ודו"ק.

אולם לעיל [פרק א] דייקנו שהרשב"א הביא מהסוגי' בב"מ דאיכא אנן סהדי לכל אחד - ולכא' כוונתו בזה דאיכא סברא וראיה - וכפשוטו צ"ל דמכאן מוכרח דבעינן סברא וראיה - ואכתי צ"ע.

**דן אי הרשב"א למד שכותל הוא דררא או לא.**

הגר"ש רוזובסקי זצ"ל העיר כאן הערה גדולה - דלכא' פשוט שכל החידוש הזה שחזקה כ"מ שתח"י אדם שלו דלא בא נגד מ"ק דלא בעי סברא והוכחה - שכל זה לא שייך דוקא בדליכא דררא דממונא, אבל בגוונא דאיכא דררא דממונא פשיטא שאם יפול לרשות אחד מהם מאליו, באופן שלא יהא הוכחה מכח מה הוא אצלו, דלא נימא חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו, שהרי יש כאן ספק במציאות דילמא הוא של השני, דדוקא היכא דליכא שום דררא לבעלים אחר והוא המוחזק הראשון וטוען שהוא שלו, אז הוא דאמרין דאיכא בזה דין חזקה.

ומעתה הרי ממש"כ הרשב"א דאם נפלו האבנים לרשותו מאליהם איכא חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו - מזה מוכח להדיא דס"ל דהכא לא חשיב דררא דממונא, דאל"כ הרי ודאי דל"ש לומר שיועיל מה שנפל לרשותו לעשות דין חזקה, דהיכא דאיכא דררא דממונא ודאי דלא מחזקינן ע"י נפילה גרידא דהממון שלו.

מכח זה הוכיח הגר"ש רוזובסקי זצ"ל שלא שייך לפרש כוונת הרשב"א במש"כ דמסתמא חלק חצירו של זה מתפשט עד מחציתו וכו' שהוא משום דררא דממונא - שהרי הרשב"א עצמו בהכרח דס"ל דהכא ליכא דררא דממונא כלל.

איברא דלפי דרכו של האבי עזרי שיש חילוק בין המקום לכותל ואבנים - ורק במקום יש דין דררא דממונא ולא באבנים - שוב א"ש - שהרי באבנים איכא חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו בלי סברא - אבל באבנים ליכא ספק של דררא דממונא - ודו"ק.

## סימן יג בגדר ד' אמות בכרם, ובפלוגתת הראשונים ביסוד דינא ד"אומר לו לגדור".

הקדמה קצרה. < מביא מהראשונים דאיסור כלאים תלוי בעירובי, ולכן סגי במחיצה אף דאיכא יניקה מהני כיון דליכא עירובי, ומביא לזה כמה הוכחות. < פלוגתת הראשונים האם הוא גודר מצד כלאים או מצד מחרישה, ורש"י הביא מהמשנה להלן [כ"ו], ולשיטתו מבואר דהמשנה מיירי בשני הרחקות, ונפ"מ לדינא דסגי במחיצת י' למחרישה. < מביא מלשון רש"י דשיעור ד' אמות בכלאים מצד עבודת מחרישה אתינן עלה, ומוכיח כן מכמה דוכתי - ומתמה בזה. < מבאר דבזה נהיה המקום למקום כרם, ומבאר דלהכי רק בכרם איכא הרחקה זו ולא ביחידית [אף דגם בזה איכא מחרישה], דביחידית לא נאמר הלכה של "מקום גפן", כמו שבכרם נאמר דין של "מקום כרם". < מקשה מבבל דבהרחקת המחרישה מצד הלכת שכנים סגי בב' אמות לא כן לגבי כלאים דאכתי בעי ד' אמות, ומתמה עוד בעיקר דין ה' אי הוי סברא או הלכה למשה מסיני. < מבאר דאף דיסוד הדין בנוי על סברא דמקום המחרישה בטל לכרם אכן איכא בזה נמי הלכות "שיעורים" מהללמ"ס. < מביא מהראשונים טעמים שונים למה על בעל הכרם להרחיק אי מצד כלאים אתינן עלה, ומבאר דלפי רש"י דיסוד דינא דד' אמות מצד עבודת הכרם דחילא ביה דין "מקום כרם", דבזה א"ש, דהכרם עצמו בא לתחמו של חבריו. < חידוש דין ונפ"מ בכל הנ"ל בראשי השורות, דהוכחנו דבראשי השורות ליכא הרחקה בכלאים מצד עבודת הכרם, ונפ"מ בזה בין הרחקת נזיקין להרחקה בכלאים. < מבאר עוד דגם ההרחקה בכלאים בראשי השורות היא רק מצד תקנה ר"ג ובי"ד, וממילא דהכא לא חשיב בעל הכרם כבא לתחמו של חבריו, ושניהם מרחיקין כהדדי. >

### הקדמה קצרה.

ג' דינים נאמרו בכלאים, איסור זריעה, איסור מקיים בזה שהוא מניחן ולא עקרון, ודין קידש שהגידולין נאסרו בהנאה אם גדלו בכלאים ביותר מא' ומאיתיים, והכא בברייתא מבואר דהדין קידש הוא דוקא כשגדלו ביחד מדעתו, ולכן בעינן נתייאו ו"ניחותא", והיינו דע"י זה שהוא "מקיים כלאים" בזה הוא אוסר את התבואה, והדין השלישי הוא רק בכלאי הכרם ולא בכלאי זרעים אף דשני הדינים הראשונים שייכי גם בכלאי זרעים.

עוד מצאנו שמתחלקין בשיעור ההרחקה בין זרע לזרע, דרק בכרם השיעור הרחקה הוא ד' אמות, לא כן בגפן יחידית דהתם בגפן יחידית שיעור ההרחקה הוא ו' טפחים, וי"א ג' טפחים, ועיין בזה בהערה <sup>71</sup> - [וכרם היינו כשיש בו ב' שורות לבית הלל או שורה א' של חמש לב"ש וכמבואר במשנה [פ"ד - מ"א], וגפן יחידית היינו אפי' שורה א' של ק' גפנים לב"ה, וכמפורש ברמב"ם], ובדין הרחקת כלאי זרעים איכא כמה שיטות, או טפח וחצי או ג' טפחים והגר"א חידש שהשיעור בזה הוא ו' טפחים, ועיין בהערה <sup>72</sup>.

<sup>71</sup> וזה מפורש בכלאים [פרק ג' מ"ז] וכן מבואר להלן [פרק ו' משנה א'], ולדעת ר"ע [פ"ו - מ"א] השיעור דגפן יחידית הוא ג' טפחים, והרמב"ם [שם] פוסק ו' טפחים, וכן משמע דנקטו כן הר"ש והרא"ש [ריש פרק ז' דכלאים] וכו' הפשטות בלשון הרמב"ן בב"ב [ריש י"ט : ולהלן פ"ג], אכן מהתוס' בב"ב [ל"ז : ד"ה אינו, פ"ב ד"ה זורע] נראה דפסקו כר"ע - וכן נראה בתוס' להלן [יט] ולהלן [פב], כדציין הרש"ש.

<sup>72</sup> כתבו הר"ש והרא"ש [פרק ג' משנה א'] דהשיעור הרחקה בזרעים אינו אלא טפח ומחצה, והיינו שיעור יניקה, וכן הוא ברמב"ם [הל' כלאים פ"ד ה"ט] ובפירוש המשנה [שם], וכן הוא שיטת הר"י מיגאש [סי' כ"ו] והר"ח [שבת פ"ה.], אולם שיטת רש"י [שבת פ"ד:] ושיטת ר"י ור"ת בתוס' [שם פ"ה.] דבעינן ג' טפחים, והיינו שלא יתערבו היניקות זו בזו, דרש"י מודה דהיניקה היא טפח ומחצה, והר"ש חולק בזה גופא אי חיישינן במה דיתערבו היניקות, ועיין עוד ברמב"ן בשבת [שם] שלמד דבעינן ג' טפחים, וסובר דגם היניקה היא ג' טפחים.

ובגר"א בשנו"א מצאנו חידוש דסובר דהיניקה והחיוב הרחקה בירק יחידית הוא ו' טפחים, וזה שיעור היניקה, והיתירא דערוגה הוא מצד ראש תור, והחזו"א [סי' ז' ס"ק י"ד] הק' מב"ב [י"ט] דמבואר דיניקה הוא רק ג' טפחים, ותיירץ דצ"ל דיניקתן לאחר ג' טפחים היא מועטת, ועיין שם בסוף דבריו דנקט דאין להחמיר כהגר"א כיון שזה נגד כל הראשונים, וע"ע בדרך אמונה [ביאור ההלכה פ"ד ה"ט] שהביא את כל השיטות בזה.

ויש לעיין מדברי הרמב"ם עצמו [כלאים פ"ג ה"י] דאינו לוקה בכלאים אלא בתוך טפח, אף דסובר שהיניקה הוא טפח ומחצה, וצ"ע, ועיין בערוה"ש [יו"ד סי' רצ"ז ס"ק נ"ג] דנדחק בזה דצ"ל דעיקר היניקה היא עד טפח ומתפשט עוד עד טפח ומחצה, וע"ד החזו"א בישוב שיטת הגר"א.



**מביא מהראשונים דאיסור כלאים תלוי בעירובי, ולכן סגי במחיצה אף דאיכא יניקה מהני כיון דליכא עירובי, ומביא לזה כמה הוכחות.**

מבואר בברייתא דמהני גדר להתיר איסור כלאים, וקשה דאיך מהני על זה גדר, הא סו"ס ינקי שני המינים ביחד מתחת לגדר, ועיין בזה בתוס' להלן [י"ט. ד"ה המבריק] וברבינו יונה [כאן] שכתבו דכלאים בעי גם יניקה וגם עירובי, ובמחיצה ליכא עירובי הלכך כבר לא עובר, וביסוד זה האריך התורת זרעים [ריש כלאים עמוד מ'].

והביא התו"ז [שם] מהרמב"ם בפירוש המשנה [ריש פ"ג דכלאים] שכתב "ושמור אלו העיקרים, והוא, שכלאים אין האזהרה בו אלא למראית העין, לפיכך כשיראה הצמח האחר מובדל הוא מותר, ואפילו היה סמוך לו", והיינו דגם אי רק לפי מראית העין נראים כמובדלים [בלי מחיצה] מהני להיתירא, דסו"ס אין כאן עירובי, וזה כל האיסור.

והרמב"ם הוכיח כן, "כמו שאמרנו בראש תור חטיין", והיינו דהתם מבואר דחטים הגדלים בתוך שדה שעורים אלא שהם המשך משדה חטיין ונראים כסוף השדה חטיין כבר אינם בעירובי, ולא חשיב ככלאים.

וכן מבואר נמי ברש"י ותוס' בשבת [פ"ה] בסוגי' דערוגה דכל האיסור כלאים הוא רק מצד עירובי ולכן סגי בהיכירא בעלמא דלא גדלין ביחד, וע"ע בדברינו בספר זרעא קיימא [כלאים קונטרס ד'] מה שהארכנו בזה.

וגדולה מזה מצאנו בתורת זרעים [שם] ובמקד"ד [ס' ס"א ס"ק ב' ד"ה והנה], דמבואר דמותר לזרוע זרעים של שני מינים כשיש פחות מא' מכ"ד בא' מהמינים, והוכיחו מהרמב"ם דלאו מצד ביטול ברוב אתינן עלה, אלא מצד דבשיעור כזה של שני מינים לא ניכר העירובי בין שני המינים, ולא חיילא בזה איסור כלאים כלל.

אולם בעיקר דברינו דיניקה לחודי' לא אוסרת, וכל האיסור הוא מצד העירובי, יש חולקים בזה, דיעויין בקובש"ע [ריש לא יחפור] שכתב שלפי שיטת הר"י מגאש כאו"א בפנ"ע אוסר, גם עירובי' לחודיה וגם יניקה לחודי', ולדידיה ע"כ צ"ל דמיירי שיש גם צונמא דמפסיק את היניקה.

ובתורת זרעים [שם] הביא שיטות לאידך גיסא דמקילין טובא, דברמב"ן ורשב"א בשבת [סוגי' דערוגה] מבואר דלא רק דבעינן עירובי' לאיסור כלאים אלא דעירובי' לחודי' נמי לא סגי ורק בהדי' יניקה נמי אסור.

ולהלן [סימן יד] הבאנו את לשון הרמב"ן דמבואר דכל מה דדוקא בעל הכרם חייב לגדור הוא משום שהאיסור כלאים תלוי בעירובי, דאי היה תלוי רק ביניקה אז לא היינו מחייבים דוקא את בעל הכרם.

---

הר"ש הק' דהכא [פרק ג' משנה א'] מבואר דשיעור הרחקת הירקות הוא טפח ומחצה, ולעיל [סוף פ"ב] מבואר שבעינן ו' על ו' טפחים, ותירץ, "הני מילי בשדה גדול שיש בו ירק הרבה, אבל הכא דאין זורע מכל א' ואחד אלא מעט לא חיישינן", עכ"ל.

ולא איתברר מהו השיעור של "מעט", ועיין חזו"א [סי' ח' ריש ס"ק ה'] דמבואר מהר"ש דגם בין ערוגה לערוגה סגי בטפח ומחצה, דכן מתבאר מדבריו בערוגה בין הערוגות, אלא דלמד [שם] דה"ה דשורה אצל שדה סגי בטפח ומחצה, ורק בב' שדות בעינן ו' על ו' טפחים, והא דמבואר במשנה [פ"ג מ"ג] דמהני בתלם להפסיק, היינו היכא דליכא טפח ומחצה.

אולם אין זה פשוט, דיעויין בזה בר"ש [פ"ג מ"ג] בשורה בשדה הביא ב' דרכים בפלוגת התנאים, ועיין מה שהארכנו בזה באמרות אברהם - זרעא קיימא [כלאים ציונים והערות - פרק ג' משנה א'].

**פלוגתת הראשונים האם הוא גודר מצד כלאים או מצד מחרישה, ורש"י הביא מהמשנה להלן [כ"ו], ולשיטתו מבואר דהמשנה מיירי בשני הרחקות, ונפ"מ לדינא דסגי במחיצת י' למחרישה.**

בדין "אומר לו גודר" נחלקו הראשונים מצד מה אומר לו גודר, האם אומר לו גודר מצד המחרישה כדי שלא יכניס המחרישה בשדהו, והיינו עבודת הכרם, או מצד איסור כלאים, דהכלאים יאסור את תבואתו.

והנה ברש"י וברמב"ן וברשב"א מבואר דההרחקה כאן בא מצד כלאים, אולם בתוס' מבואר דההרחקה הוא מצד עבודת הכרם שזה המחרישה, ויותר מפורש כן בתוס' בב"ק [ריש ק':].

ועיין היטב בלשון רש"י בריש דבריו שחולק על התוס' וכתב "שלא יאסרו וכו'" וכן כתב בסוף דבריו "דבהכי הוי כלאים", וכן הוא בב"ק [ק:], "אומר לו גודר שלא יוסיף וכו' ותאסור", וכ"נ מהרא"ש [סוף סי' ה'] שאם יפול יצטרך להעמיד מחמת האיסור כלאים עיי"ש, וברבינו יונה מבואר כהתוס' ודלא כהראשונים, דטעם ההרחקה מצד מחרישה.

והנה להלן במשנה [כ"ו] מבואר דצריך הרחקת ד' אמות משדה חבירו, "א' גפנים וא' שאר אילנות", ובגמ' מבואר הטעם בזה דמשום "עבודת הכרם" מרחיק, ו"עבודת הכרם" היינו כדפירש רש"י [י"ח]. "שהיו חורשים הכרם במחרישה, וכן בשעת הבציר היו בוצרים אותם בעגלות וצריכים להן מקום פנוי ד' אמות שלא תיכנס עגלות מחרישתו קרקע חבירו".

ובתוס' וברבינו יונה הכא הביאו הך משנה בנוגע למחיצת הכרם שנפלה, ומאידך, ברמב"ן וברשב"א לא הביאו הך משנה, ובפשטות א"ש דהרמב"ן והרשב"א אזלי בזה לשיטתייהו, דלדידהו אין לזה שום שייכות להכא, שהרי התם ההרחקה בא מחמת עבודת הכרם והמחרישה והעגלות וכו', וכאן מיירי מצד איסור כלאים, ותוס' הביאו דלשיטתו איירי הכא בהרחקה דמחרישה -

אולם מעתה דברי רש"י תמוהין, שהרי רש"י הביא הך משנה אף דלדידהו ההרחקה כאן הוא מצד כלאים, ומה זה שייך לכאן, וצ"ע.

ואשר נראה בזה, דיעויין ברש"י [להלן י"ח], ובעיקר בתוס' להלן [כ"ו ד"ה אי גפנים] שנתקשו שם בלשון המשנה, דלמה קתני דמרחיקין מן השדה "אחד גפנים ואחד שאר אילנות", דלמה לא נכלל כרם בהדי' שאר אילנות, ועיין שם ברש"י שלמד שכרם צריך הרחקה גם מצד איסור כלאים, ואילנות רק מחמת המחרישה, ולכן הם כתובים בנפרד.

ותוס' חולק בזה, והוכיחו דלא מיירי כלל במשנה באופן של כלאים, שהרי אין זרעים בשדה השני, וע"כ דהחידוש בזה הוא דלא נימא דבעי ד' דוקא בכרם שמצינו כבר שיעור כזה לענין כלאים, וא"כ ה"ה למחרישה, וקמ"ל דה"ה באילנות.

ולפי"ז א"ש לשיטתייהו דתרווייהו הביאו משם וחלוקין נינהו, שהרי לפי רש"י שני דינים נאמרו שם, ורש"י הביא משם את הדין של כלאים, אבל לתוס' דהתם מיירי רק מצד מחרישה, לדידהו א"ש דגם הכא וגם התם מיירי רק מצד מחרישה ולא מצד כלאים.

והרמב"ן והרשב"א שלא הביאו משם, היינו משום שהם למדו כתוס' שם דהתם לא מיירי מצד כלאים, וע"כ דכאן מיירי בחיוב אחר של מחיצה, ודלא כהמשנה שם, הלכך לא הביאו. ויהיה בזה גם נפ"מ לדינא, דהנה, הרבינו יונה העיר דכאן מבואר דמהני המחיצה להתיר כלאים, ולזה בעינן י' טפחים כמבואר בפ"ק דעירובין, ומוכרח דסגי בזה גם כלפי חיוב דעבודת הכרם מצד מחרישה, דבהכי מהני למונעו מלעבור לשדה חבירו ולזמור ולארות - ולכן בעינן י' למחרישה ומוכרח דמהני גם לכלאים, אכן לדעת הרמב"ן והרשב"א ליכא

ראיה כלל, דכאן מיירי לענין איסור כלאים גרידא, אבל לרש"י, אף דלמד כהרמב"ן ורשב"א, אכתי קיימא ראיית הרבינו יונה שהרי המשנה איירי בשיעור של גדר אחד לשניהם.

**מביא מלשון רש"י דשיעור ד' אמות בכלאים מצד עבודת מחרישה אתינן עלה, ומוכיח כן מכמה דוכתי - ומתמה בזה.**

יעויין בלשון רש"י שכתב "אא"כ הרחיק ממנו ד' אמות כדי עבודת הכרם דבהכי הוי כלאים", ולשון זה ד"כדי עבודת הכרם" הוא לשון הגמ' על המשנה שם דמרחיקין ד' אמות, והטעם לזה הוא מצד שזה השיעור שנצרך לעבודת המחרשה.

ולכא' כפשוטו היה נראה, דהגם שהבאנו דלדעת רש"י [י"ח] נאמרו ב' דינים במשנה שם, א [הרחקה דכלאים ב] הרחקה דמחרשה, אכן מש"כ בגמ' [שם] דמרחיקין ד' אמות "כדי עבודת הכרם" זה רק טעמא דהרחקה דמחרשה, וא"כ למה פירש"י דגם דין כלאים תלוי בעבודת הכרם.

ומוכרח מזה דטעמא דכלאים דאסורים תוך ד' אמות הוא משום שזה השיעור לעבודת הכרם, וזהו באמת יסוד השיעור של ד' אמות, דכדי עבודתו הוא המקום שנצרך לכרם, וכ"ה ברש"י עירובין [ג':] וכ"ה בר"ש ורע"ב כלאים [פ"ד משנה א'] דזה שיעור עבודה בשוורים ומחרשה כשחורשים ובוצרים, וכ"ה במהר"י קורקוס [ריש פ"ז כלאים].

ובאמת דפשוט דהמקור לכל זה הוא מלשון המשנה בכלאים [ריש פרק ו'] שכתבו שם "ונותנים לו עבודתו ד' אמות", ומפורש שהשיעור של ד' אמות הרחקה בכרם הוא מצד שזה שיעור "עבודתו", ומפורש כנ"ל, ודו"ק.

ונמצא דלרש"י מפורש הטעם כבר במשנה ובגמ' שם, דטעמא דעבודת הכרם נאמרה על דין הרחקה דכרם גם מדין כלאים וגם מדין מחרישה.

איברא דעיקר הדבר צ"ב דלמה עבודת הכרם והמחרשה קובעים את ההרחקה מהכרם, דמה ענין זה לזה, ואין לדחות דמדרבנן היא דכבר מפורש בראשונים שזה מה"ת, ועיין בזה בהערה <sup>73</sup>.

עוד יש לעיין בזה, שאם העבודה עצמה היא הסיבה שצריכים להרחיק, א"כ מאי שנא דבגפן יחידית אין הדין כן, שהרי כל ההרחקה של ד' אמות הוא רק בכרם, אבל בגפן יחידית השיעור הוא ו' טפחים, וקשה שהשיעור הרחקה במחרשה הוא ד' אמות גם בגפן יחידית, וכמבואר שם במשנה דגם באילן א' צריך הרחקה מצד נזיקין בד' אמות מצד מחרשה, וא"כ מאי שנא דליכא הרחקה כלאים של ד' אמות גם בגפן יחידית בכלאים, וכן באיסור כלאים הדין ד' אמות הוא דווקא כשיש לגפנים צורה של כרם ולכן בשורה א' של ק' גפנים אין הרחקה ד' אמות, כיון דאינו כרם בלי ב' שורות שזה צורה של כרם, ופשוט שבשכנים צריכים להרחיק שורה של ק' גפנים מפני המחרשה - ומצאתי בתורת הארץ [פרק י' אות כ"א] שנתקשה בזה, ועיין בהערה <sup>74</sup> מה שדן בזה.

<sup>73</sup> דהנה, יעויין בחזו"א [כלאים סי' י' ס"ק י"א וס"ק ט"ז] דיצא לדון אי דין ד' אמות הוא דין דאורייתא או דין דרבנן, אכן בדרך אמונה הביא מהראשונים שזה מדאורי' [ע' בשטמ"ק ב"ק ק': בשם התוס' שאנץ, ובשטמ"ק מנחות ט"ו: בשם רבינו פרץ].

<sup>74</sup> ומתחילה טען דאולי ביחידית אין הדרך לעבוד במחרשה, ואח"כ דחה ביאור זה, דגם בשורה א' של ק' גפנים אין הרחקה ד' אמות, כיון דאינו כרם בלי ב' שורות, ובאמת דדבריו נדחין גם בגפן א', וכדמוכרח מהא דלענין שכנים דין יחידית כדן כרם, ומוכח דעבודתה הויא ג"כ במחרשה, וכמש"כ.

ובדרך אחרת רצה לחלק דע"כ דאין עיקר הטעם משום מחרשה, אלא דמגזה"כ ידעינן דכרם מקדש טפי מיחידית, ושוב דחה דמפשוט לשון המשנה והגמ' והראשונים משמע שהעיקר מצד העבודה, וצ"ע.

מבאר דבזה נהיה המקום למקום כרם, ומבאר דלהכי רק בכרם איכא הרחקה זו ולא ביחידית [אף דגם בזה איכא מחרישה], דביחידית לא נאמר הלכה של "מקום גפן", כמו שבכרם נאמר דין של "מקום כרם".

והנראה בזה, ונקדים ביסוד דין ד' אמות דעבודת הכרם, דכבר הבאנו את לשון רש"י בעירובין דטעמא דד' אמות בכלאים הוא מצד השיעור מחרישה, ובסיום דבריו כתב ד"הנך ד' אמות בטלי לכרם וככרם דמי", וכן הוא בר"ש ורא"ש בריש פ"ד דכלאים, וכן כתוב ברש"י בעירובין [צ"ג. ד"ה הכי גרסינן] לגבי ד' אמות - "וכיון שצריך לו הוי כרם עצמו", והיינו דמבואר בלשון זה שאינו שיעור הרחקה בעלמא כדי שלא להתערבב, רק דדינא של הנך ד' אמות כגופו של כרם, וזה מבואר בהד"ל בדין קרחת בריש פ"ד דכלאים, דמבואר שם שאם נחרבה הכרם, ונשאר כרם משני הצדדים, הדין הוא דמתחברים לכרם א' ע"י זה שמבטלים את הקרקע שביניהם להיות ככרם [אם אין בו יותר מח' אמות], ומדברי הראשונים מבואר שהד' אמות עבודת הכרם גם מצטרף לכרם, וגם הנך ד' אמות מהני לבטל את הקרקע שביניהם כמו שהכרם עצמו מבטלו, ומפורש שאינו הרחקה בעלמא, אלא דדינו כגופו של כרם, ויש לזה הוכחות נוספות, עיין בהערה <sup>75</sup>.

והנה - לעיל הבאנו ששיעור ד' אמות הוא מה"ת, [ולולי הראשונים שאמרו שזה מה"ת היה אפשר לטעון שזה תקנה דרבנן נראה כמעורב בתוך הכרם, דמקום מחרישה נראה ככרם, וכדצידד החזו"א], אבל אחרי דמצאנו בראשונים שזה דאורי"י, צ"ל דאיכא סברא דאורי"י שכל מה שהוא לצורך הכרם מתבטל להיות חלק מהכרם מה"ת, וזה כולל מחרישה ועבודתה, דגם מקום זה הוא לצורך הכרם, ולהכי א"ש למה נקטו הראשונים שבתוך ד' חשיב כלאים מה"ת - [והעירובי' כאן הוא סוג חדש של עירובי' - והיינו נטיעה וזריעה בתוך כרם - ולא עירובי' בין גפנים לזרעים מחמת השיעור מחרישה שביניהם - אבל אין הרחקה מה' אמות של הכרם - שלא צריכים להתרחק כמה טפחים מכרם כיון שהעירובי' היא סוג אחר].

עוד נראה להקדים, דשאני דין כרם מדין יחידית, דבכרם יש איסור נטיעה בתוך כל המקום והקרקע שנקרא שמו "מקום כרם", דהקרקע של כרם ג"כ מצטרף להיות חלק מהכרם, אבל ביחידית אינו כן, דכל האיסור הוא שלא לערבב עוד מין עם הגפן עצמה, אבל אין "מקום" ואין "קרקע" מסביבו שחל בו שם "מקום הגפן", וע"כ דהשיעור עבודה דו' טפחים הוא רק שיעור שבתוך כך מקום אמרינן שיש עירובי' בין הגפן עצמה לזרעים, ודו"ק, ועיין בהערה <sup>76</sup> שהבאנו הוכחות ליסוד זה.

<sup>75</sup> ונראה להוכיח כן עוד מהשיעור מפורשות [פ"ד מ"ח] דלחד תנא השיעור הוא בח' אמות, ורק בפחות מח' אמות בין השורות מצטרפות להיות כרם אחד, והסברא בשיעור זה פ' הר"ש סיריליאן [פ"ד תחילת ה"ו], "דהא כי מצטרפי עד שמונה, היינו טעמא דשדינן ד' אמות לזו וד' אמות לזו, וכיון דפגעה עבודה בעבודה קידוש איכא ומצטרפין, ואי איכא שמונה, לא מצטרפי דהאי לחודי' קאי והאי לחודי' קאי", עכ"ל.

והיינו, דכיון דבעינן ד' אמות לעבודת הכרם, חשבינן דהד' אמות הוא גופו של כרם עד כדי כך ששתי השורות נהיו לאחת כשנוגעות העבודות זו בזו, אבל אם הד' אמות עבודה היה רק שיעור הרחקה שבשיעור זה חשיב הזרע כמעורבב עם הכרם, א"כ כשנוגעים השיעורי עבודה זה בזה אין כאן צירוף, ומוכרח שעבודת הכרם היא חלק מגוף הכרם.

<sup>76</sup> ויסוד החילוק בין כרם ליחידית, דלזה איכא תורת "מקום" ודלא כיחידית שכל הנידון הוא מצד העירובי' עם הגפנים עצמם, האי חילוק כבר ייסד לנו בתורת זרעים [פ"ב - מ"ח בד"ה ונראה דהנה], דלכן חריץ וגת שבתוך הכרם, אף שהוא עמוק ורחב ד' וזה רשות בפנ"ע ואין עירובי' דזרעים בתוך הגת לגפנים שבכרם, אבל כיון שאויר כרם מקיפם [וכמבואר בירושלמי], להכי חיילא בהך מקום דין כרם, ושפיר מצטרף, ואסור לזרוע בו, וכמבואר במשנה [פ"ה מ"ג]. וגדולה מזה מצאנו בדין אויר הכרם מקיפו להלן שם [פ"ה מ"ד] ברא"ש דהוכיח מהחידוש של בית, דע"כ מוכרח דמקום גדור ד' מחיצות באמצע הכרם אסור לזרוע בו זרעים, דאמרינן דאויר הכרם מקיפו, ורק בבית שבאמצע הכרם פקע הימנו שם כרם ומותר.

ומעתה יבואר היטב החילוק בין יחידית לכרם בדין ד' אמות, דמה"ט גופא לא שייך ביחידית שיעור ד' דמחרישה, דבשיעור מחרישה בכרם נתבאר, דהד' אמות שנצרכים לעבודת הכרם מצטרפים ומתבטלים לגוף הכרם להיות נידון כקרקע הכרם וכמקום הכרם, והיינו דרק אחרי שמצאנו שבקרקע עצמו חל תורת כרם, שוב אמרינן דהך כרם מתפשט ומתרחב ומצרף אליו גם את הקרקע שהיא מקומה של הך מחרישה, להצטרף ולהמשיך את גוף הכרם.

אולם כל זה בכרם, אבל בגפן יחידית שממילא אין שום דינים בקרקע ובמקום עצמו, וכל הדינים מתייחסים לעצמותה של גפן, הכא הדין 'שיעור מקום' נאמר רק לענין זה שיחשב הזרע האחר כמעורבב עם גוף הגפן, ולכן לא אכפת לן מה דגם לגפן איכא מחרישה ואיכא עבודת ד' אמות, דסו"ס אין קרקע של גפן להרחיבו לשטח של המחרישה.

ונמצא דאף דביארנו דלרש"י הדין הרחקה מצד נזקי שכנים והדין הרחקה מצד כלאים בתרומיהו נאמר שיעור מחרישה, אכן תרתי נינהו - ומתחלקין בגפן יחידית, דבגפן יחידית איכא הרחקה של נזקי שכנים וליכא הרחקה דכלאים, דלגבי כלאים כל השיעור דמחרישה הוא רק היכי תמצוי לקבוע שהוא חלק מ"המקום כרם", ובגפן ליכא "מקום גפן", ודו"ק.

ולמשל מצאנו נפ"מ פשוטה ביניהם, דהנה מצאנו דין בתוספתא [כלאים פרק ג הלכה ו'] "כרם שנטוע כהלכתו ושורה אחת יוצא ממנו כשהוא מודד נותן לכרם ארבע אמות ולשורה

---

ועיי"ש עוד שהוסיף, דלפי"ז מבואר למה מחלקינן בין מחיצה המפסקת ביחידית ובכלאי זרעים למחיצה המפסקת בכרם, דבכרם בעי במחיצה רוחב ד' כמו במחיצת שבת, משא"כ ביחידית, והחילוק, דביחידית העיקר הוא שנראים כמובדלים זה מזה, דכל האיסור הוא העירבובי עם הגפן, ולהכי אין בה כל דיני מחיצה, משא"כ בכרם, שצריכים להפסיק בגוף המקום לומר שמכאן ואילך אינו מקום כרם, ודו"ק, וע' עוד בזה להלן.

והנה מצאנו היתר בכלאים - והוא כשיש היכר שמבדיל בין הגפנים לבין הזרעים - וכגון שהוא הופך את ענפי הגפנים לצד אחר, ועיין בתורת זרעים [שם] שהביא שיש ראשונים שנראה מדבריהם שזה מותר בגפן יחידית, ואינו מועיל בכרם, והיינו כנ"ל ששני דינים שונים נינהו.

ומקור נוסף לזה, דבכלאים [פ"ב מ"י] גבי תבואה בתבואה בבית רובע, כתב הר"ש ובלבד שלא יהא מוקף מין א' במין אחר מד' רוחותיה דאז לא מהני הרחקה, וכתב ע"ז המשנה ראשונה דע"כ שיש שיעור דכבר מהני הרחקה, שהרי מצאנו דבקרחת הכרם מותר לזרוע באמצע כשיש ט"ז אמות לכל רוח, וע"כ שיש איזשהו שיעור שכבר מהני הרחקה.

איברא, דכבר דחה המקד"ד [סי' ס"א ס"ק ה' עמוד 463] להך הוכחה של המשנה ראשונה, דבאמת שאני כרם מזרעים, דבכרם, אם לא חל על המקום "שם כרם" שוב אין איסור לזרוע שם, שהרי כל האיסור הוא לזרוע על מקום שחל בו תורת כרם, ובשיעור קרחת בט"ז אמות כבר פקע תורת כרם מהמקום, וזה כל הנידון, האם יש תורת כרם או לא, אבל בתבואה בבית רובע, התם הנידון הוא אי הוי שדה א' ואז איכא עירבובי או דהווי ב' שדות ואין עירבובי, ואם זה מוקף מד' רוחותיה אז חשיב שדה א', והוי עירבובי, ואין זה ענין לכרם.

ויסוד זה דהכל תלוי בשם "כרם" הוכיח המקד"ד מדברי התוס' בעירובין [צ"ב] בחצר גדולה שיש בו כרם ועל ידו איכא חצר קטנה, דדיני הגדולה על הקטנה ולכן אסור לזרוע בקטנה זרעים, דחשיב ככלאי הכרם כיון דאיכא שם כרם בקטנה ע"י הכרם בגדולה, והיינו כנ"ל.

וביסוד זה יישב נמי במקד"ד [עמוד 459] את הסתירה ברמב"ם שהביא דין מחפה וניכוש בכלאי זרעים, ובכלאי הכרם הביא רק מחפה, וביאר דבכלאי זרעים כל זריעה וכל תולדותיה אסורים, אבל בכרם האיסור הוא לעשות כרם בכלאים, אבל אחרי שיש כבר כלאים בכרם, ורק גורם שיגדלו עוד וכגון במנכש, הכא כבר ליכא איסור, ורק בכלאי זרעים אסור בזה שמוסיף את עצם הכלאים, עיי"ש ה"ה, וע"ע בביאור הדברים הנ"ל בדברינו בזרעא קיימא [קונטרס י' סוף פרק א'].

ואגב יש להעיר דלדברינו כאן ליתא לחידושו של התורת זרעים [פ"ד - מ"ט] בביאור לש' הרמב"ם במפוזרות, דחידוש דיש דין כרם שמתייחס גם לקרקע ויש דין כרם שמתייחס רק לגפנים, וגם בזה יש דין ד' אמות, דלפי דברינו, כל הדין ד' אמות שייך רק בהדי הקרקע.

וע"פ יסוד זה ביארנו בזרעא קיימא [כלאים קונטרס ו' פרק ד' ס"ק א' ב'] את יסוד החילוק לענין קידש בין קרחת בחורבנו למפוזרות בתחילת מטעתו, דבתרומיהו מתבטל עוד קרקע לכרם חוץ מהד' אמות בכל צד, רק דבתחילת מטעתו הוא מוסיף יותר "קרקע" לכרם וזה ממש כקרקע של הד' אמות עבודה, וכן הבאנו מהר"ש סיריליאוי דמדמה להו אהדי, אבל בקרחת יש רק ביטול "למקום" שביניהם, ולהכי אין הקרקע עצמה כרם, ולכן אין כאן קידש.

ו' טפחים, היה נטוע כהלכתו וגפנים החיצונים נראין מבנתים כשהוא מודד מבפנים נותן לכרם ארבע אמות ולשורה ששה טפחים", והנה פשוט שבנזקי שכנים מצד מחרישה צריך להרחיק גם את השורה שיוצא ממנו ד' אמות, ורק בהלכות כלאים נותנים לשורה הזו דין של גפן יחידית - ופשוט.

חילוק כעין זה יבואר להלן לענין ראשי השורות, דאף דלגבי הרחקת נזיקין ליכא חילוק בין ראשי השורות לצידי השורות, אכן לגבי כלאים מתחלקין, עיי"ש.

**מקשה מבבל דבהרחקת המחרישה מצד הלכת שכנים סגי בב' אמות לא כן לגבי כלאים דאכתי בעי ד' אמות, ומתמה עוד בעיקר דין זה אי הוי סברא או הלכה למשה מסיני.**

אולם אכתי יש לעיין בזה, דלהלן [כ"ו] בדין הרחקת שכנים מחלקינן בין בבל לא", דבבבל מרחיקין רק ב' אמות דמחרישתן קצרה [רש"י], וקשה, דלמה לא מצאנו חילוקים כאלו גם בדיני כלאים, וכמו דבהרחקת שכנים לא עשו רבנן "לא פלוג", ושיהיה ד' אמות בכל מקום, אלא דמחלקינן בין מקום למקום, כמו"כ בכלאים נחלק בין א"י לבבל, דאם הנך ב' שיעורים תלויים בזה בזה לענין כלאים ולענין הרחקת נזיקין, א"כ למה מתחלקים בבבל, ומצאתי בתורת הארץ [פרק י' אות כ"א] שנתקשה בזה, וצייד דאולי אה"נ דבבבל השיעור יהיה רק ב' אמות, ועיין בהערה <sup>77</sup> מה שהבאנו מהאחרונים בזה.

והנראה בזה, דלעיל הבאנו מהראשונים דד' אמות הוא מה"ת, ומצד עבודת הכרם, אולם בקרית ספר [ריש פ"ו] מצאנו בזה סתירה, דבתחילת דבריו פ' בהדי' כהראשונים דמצד מחרישה ושוורים וכו' אתינן עלה, וזהו שיעור ד' אמות, ומאידך, בהמשך דבריו פ' דשיעור ד' דעבודת הכרם ושיעור ו' טפחים ביחידית "דהני שיעורים בכלל הללמ"ס", וכפשוטו זה נראה כסתירה, שאם זה מצד המחרישה הרי זה סברא בעלמא דכרם דמי, וכדלעיל, ולמה לי הללמ"ס, ורק ביחידית דליכא סברת מחרישה בעי הילכתא, ומה שייכת ההל"מ בגפן יחידית לדין ד' אמות בכרם דהוי מסברא.

**מבאר דאף דיסוד הדין בנוי על סברא דמקום המחרישה בטל לכרם אכן איכא בזה נמי הלכות "שיעורים" מהללמ"ס.**

ובישוב הך שמעתתא נראה, דע"כ דב' דינים נאמרו בהרחקה דד' אמות, דיסוד הדין ד' אמות היא סברא בעלמא שבנויה על ה"מציאות" של הצורך למחרישה, דבזה מתרחב גופו של כרם ומצטרף ומתבטל אליו כל הך מקום שנצרך לכרם.

אולם, בהללמ"ס נתחדש עוד, דאף דיסוד הדין ד' אמות הוא סברא שבנויה על ה"מציאות" של הצורך למחרישה, אולם אתי' "הילכתא" ואוקמיה לדין "שיעור", והיינו, דנשתנה דין ד' אמות דעבודת הכרם מ"סברא" שמתייחסת ושמרחיבה את ה"מציאות" של הכרם, ונעשו

<sup>77</sup> ועיין בדרך אמונה [פ"ז ס"ק ב'] שכ' דבתוס' בב"ב [פ"ג] ובשטמ"ק בשם תוס' הרא"ש מבואר דלא מחלקינן בשיעור ד' אמות בין בבל לארץ ישראל, אולם דכשנעיין שם נראה דהוכחה זו קשה, ואדרבה, הרי תוס' שם לא מייירי בדין ד' אמות של הרחקה מהכרם, אלא בדין ד' אמות דרצופין, ותוס' הוכיחו שם מהסוגי' דשיעור ד' דרצופין לא תלוי במחרישה [מדאיכא מ"ד דבעי ח' אמות], וע"כ דתלוי בקיום האילנות [תוס' הרא"ש שם בשטמ"ק], ומה"ט חידשו התוס' דלא מחלקינן בין א"י לבבל, ומשמע מזה דאדרבה בדין הרחקת ד' אמות דודאי תלוי במחרישה [וכמבואר בראשונים] דהתם פשוט שצריכים לחלק בין בבל לא", וצע"ג.

וראיתי בערוה"ש שיישב בזה, דלא אזלינן בתר בבל כיון דברוב העולם אין השיעור כבבבל, ודבריו תמוהין, דלמה לענין שכנים אזלינן בבבל כבבל ולא עשו כרוב העולם.

ועוד, דמוכרח מיניה וביה מתוס' הנ"ל בב"ב [פ"ג] דלא כהערוה"ש, ומסברא שפיר מחלקינן בין א"י לבבל, שהרי לענין רצופין [שזה המרחק בין שורות הכרם] מבואר דשפיר היינו צריכים לחלק בין בבל לא"י אם באמת זה היה תלוי במחרישה, ורק משום שלא תלוי במחרישה להכי לא מחלקינן, וזה נגד הערוה"ש, דמזה מבואר שבהרחקת ד' אמות שתלוי במחרישה דצריכים לחלק.

הנך ד' אמות לדין "שיעור" שמתיחס ושמרחיב את ה"דין כרם", ואגמר בהילכתא "דשיעור ד' אמות" דעבודת הכרם ניתוסף לכרם.

ובזה נאמר חידוש בבבל, דהתם המחרישה היא ב' אמות ולא ד' אמות כמחרישה דא"י, והחידוש הוא דהתם כבר לא דיינינן מצד המציאות שהיא בב' אמות, ואמרין דד' אמות מתבטלות לכרם דזהו ה"שיעור" הרגיל במחרישה, ומתרי טעמי י"ל דד' אמות הוא השיעור הרגיל עיין הערה <sup>78</sup>, ומה"ט לא מצאנו חילוקים בשיעורים בין בבל לא"י אף דבדין הרחקת שכנים מצאנו חילוקים, דהכא ניתוסף הילכתא, ונשתנה הסברא לדין שיעור <sup>79</sup>.

וכעין זה מצאנו בשיעור מ' סאה במקוה - שזה שיעור שכל גופו עולה בהם וכדכתיב ורחץ את כל בשרו - והרא"ש [מקוואות ס"ו ס"א] כתב שלא פלוג באדם לשער לכל אחד לפי גופו, ויש אחרונים שלמדו שזו תקנת חכמים - עיין בפרישה ובדרישה [יו"ד סימן רא] ובחלקת יואב [ח"ב סימן לז], אולם בלבוש [יו"ד סימן ר"א] מפורש שזה מה"ת, שלא חילקה בזה התורה - וכ"כ החזו"א מקוואות [תניינא סימן ט ס"ק ב] וע"ע בחכמת אדם [קכב - ד] שזה שיעור מה"ת - וה"ה בנד"ד דלא חילקו בין בבל לארץ ישראל.

### דברי התוס' רי"ד שיש הלכה למשה מסיני בשניהם.

והנה ז"ל התוס' רי"ד להלן [יט:]: "דכל עיקר כלאים אינו אלא מפני התערובת שנראין גפנים וזרעים גדילים כאחת שהרי לגפן יחידית נותנין לה ששה טפחים ולה' גפנים שחשובין כרם נותנין להן עבודתן ד"א, ואטו טפי משתרשי שרשים דהני מהני אלא משום דקי"ל הלכה למשה מסיני שעבודת הכרם היא ד"א, ועבודת גפן יחידית הוא ששה טפחים אם זורע זרעים בתוך עבודתן נראים כי הן גדילים כאחת והן כלאים".

למדנו מדבריו שיש שיעור הלכה למשה מסיני של עבודת הכרם - אולם נראה שכוונתו לחלק בין גופן יחידית לכרם בזה - שבא לומר שאף שבשניהם יש שיעור עבודה ובשניהם יש הלכה למשה מסיני - אבל חלוקין נינהו בגדרים שלהם - שהלכה למשה מסיני בכרם הוא שד' אמות היינו כרם, והלכה למשה מסיני של שיעור ו' טפחים בגפן יחידית הוא שיעור עבודתו שבזה נראה כגדילים ביחד.

**מביא מהראשונים טעמים שונים למה על בעל הכרם להרחיק אי מצד כלאים אתינן עלה, ומבאר דלפי רש"י דיסוד דינא דד' אמות מצד עבודת הכרם דחיילא ביה דין "מקום כרם", דבזה א"ש, דהכרם עצמו בא לתחומו של חבירו.**

והנה לדעת רש"י והרמב"ן צ"ב, דלמה דוקא בעל הכרם חייב לגדור מצד כלאים, וקושי' זו הק' השטמ"ק בב"ק [ק': ד"ה אומרין לו גדור] ונאמרו בזה כמה תירוצים - וכדלהלן:

א] הרמ"ה ורבינו יונתן בשטמ"ק [שם] תירצו - דרק ענבים [ולא עצים] נאסרין, ומיירי כשהענבים עדיין לא הגיעו לפול [ולכן הם עדיין לא נאסרים], והתבואה הגיע כבר לשליש, ואל"כ אה"נ, דתרווייהו בונים הדדי, וכן הביא המאירי כאן דמיירי שאין ענבים בגפן כלל.

ב] עוד פירש המאירי דבאמת י"ל דשניהם צריכים לגדור, אלא דאם א' מהם מסרב אז הוא צריך לשלם שהוא חייב באחריותו, ג] עוד פירש המאירי דכיון דסתם שדות לזריעה קיימא ולא לנטיעה, א"כ נמצא דבעל הכרם בא לשנות, ומי שמשנה מהרגילות חייב והוא המזיק.

ד] עוד פירש המאירי [שם] דרק הכרם מיקרי מזיק לענין כלאים, והוא משום שהגפן אזיל אצל התבואה [נופו ושרשיו].

<sup>78</sup> או כסברת הערוה"ש שכן הוא ברוב העולם דעיקר מחרישה בד' אמות, או דדיינינן כשיעור שוורים שזה ד' אמות לעומת חמורים, [ועי' בב"ב כ"ו ברבנו גרשום].

<sup>79</sup> ורק בדין רצופין בין שורה לשורה, התם דנו התוס' בב"ב [פ"ג] לחלק בין בבל לא"י, דשם ליכא הילכתא, וקס"ד דכולו מסברת מחרישה, וקמ"ל שזה מסברת קיום האילנות.

ה' הרמב"ן בקונטרס דינא דגרמי [ד"ה תו איכא למידק היכי שמעינן, וכן בד"ה וזה טעם לכל אלו] פירש "שהרי הגפנים אלו הן שהולכין ונתערבין עם תבואתו של חבירו", ובחידוש הרמב"ן כאן כתב "ואע"ג דקיי"ל כר"י דאמר על הניזק להרחיק את עצמו, כיון שיש איסור בדבר מחמת הכלאים שהערבוב מבטל את השורה, מחייבין אותו לגדור, שהוא המקיים כלאים בכרם, שבא לתחומו של חבירו ואין חבירו נכנס בתחומו", ועיין להלן [סימן טו] מה שביארנו בדברי הרמב"ן.

ו] גם התוס' רי"ד פי' ע"ד זה שהניקה דגפן רחוק טפי, ולכן מיקרי שהוא בא אצלו, עיי"ש. ז] כתב היד רמ"ה בביאור הברייטא שאומרים לו לבעל הכרם לגדור "כדי שלא יסכך גפנו על תבואת זרעו", ומפורש שהגפן הוא זה שעושה את הכלאים שהוא המסכך.

ח] נראה דבדברי רש"י כאן שכתב "כדי עבודת הכרם - דבהכי הוי כלאים" מתבאר שיש ישוב נוסף לקוש' זאת, דבדבריו מבואר דלא רק דטעמא דד' אמות מצד מחרישה אתינן עלה, אלא דמבואר בזה עוד דמה"ט עליו לגדור, דמטעם זה נמצא שכל הכרם נכנס לתוך רשותו של חבירו, דמקום המחרישה בטל לכרם וככרם דמי, ובהו בא רש"י ליישב את קוש' הראשונים, ודו"ק, דהכרם עצמו נכנס לתוך חבירו.

**הבהרה - המרחק של ד' אמות היינו מגזע ולא מהענפים - וגם בזה יש חילוק בין יחידית לכרם.**

ויש לדעת - דלמה לא אמרו הראשונים כרש"י - עוד קשה דלמה כתב היד רמ"ה שהגפנים יסככו על התבואה - הא לפני שמסככים הם כבר נכנסים לתוך הד' אמות - וצ"ע.

והתשובה לב' השאלות הם אחד - שפשוט שכל הדין של תוך ד' - היינו מהגזע ולא מהענפים - וכמפורש ברמב"ם [כלאים ריש פרק ז] וע"כ שכל הראשונים שדיברו על ההקדמות של הענפים - היינו דאיירי בגזע שהוא רחוק יותר מד' ובכה"ג רק אסור מצד מסכך אם הגפנים יתקרבו - ורש"י איירי תוך ד' מהגזע - ואין מחלוקת לדינא.

עוד יש לדעת - דדין זה של ריחוק ד' אמות מהגזע - היינו ד' אמות מהגזע של גפנים וכן מהאור שבין הגפנים, כיון שכולו כרם - אכן בהרחקה של ו' טפחים ביחידית - וכגון שורה אחת של ק' גפנים שדינה היחידית - הכא אינו מתרחק מהאור שביניהם - ועיין בדרך אמונה [שם] שחילוק זה הוא פשוט - וכל זה על פי הנ"ל שיש חפצא ששמו 'מקום כרם' וזה כולל את האור שבין הגפנים אבל אין 'מקום גפנים' - ודו"ק.

**חידוש דין ונפ"מ בכל הנ"ל בראשי השורות, דהוכחנו דבראשי השורות ליכא הרחקה בכלאים מצד עבודת הכרם, ונפ"מ בזה בין הרחקת נזיקין להרחקה בכלאים.**

ונראה דאיכא נפ"מ בכל הנ"ל לגבי ראשי השורות, דהנה, עבודת המחרישה היא רק בצידי השורות לא בראשי השורות, ובזרעא קיימא [קונטרס ה' פרק ב' ס"ק ב'] הוכחנו כן מהגר"א בשנות אליהו [פ"ו - מ"ו] דמחלק בין ראשי השורות לצידי השורות לגבי השיעור ד' אמות, ולכא' צ"ע שהרי גם בראשי השורות איכא עבודת הכרם דהופכים שם את המחרישה משורה לשורה, וכמבואר בהדי' בר"ש סיריליא בריש פ"ד דכלאים [בביאורו לשיטת הרא"ש שם], וצ"ע.

ופשוט שהביאור בזה הוא עפ"י הנ"ל, דאף דצריך להפוך את המחרישה משורה לשורה בראשי השורות, וגם זה צריך שיעור ד' אמות, אבל אין ההיפוך הזה בכלל העבודה בגוף הכרם, וזה רק היכי תימצי בעלמא להעביר את המחרישה להתחיל שוב את עבודתה, ופעולה כזו לא מתבטלת להיות חלק מגוף הכרם, ורק בצדדיו ששם מתקיים גוף החרישה, התם חשיב מגוף הכרם - ודו"ק.



ומעתה נראה דמצאנו חילוק נוסף בין כלאים להרחקת נזיקין, דנראה פשוט, דאף דמצד כלאים ליכא הרחקה דד' אמות בראשי השורות, אכן מצד הרחקת נזיקין אכתי איכא הרחקה, דסו"ס המחרישה יכול להכנס לתוך של חבירו כשבאים להופכו משורה לשורה, דאף דלא חיילא תורת כרם בראשי השורות, אכן רק לענין כלאים דנים מצד חלות תורת כרם, לא כן לענין נזיקין.

### סיכום הנפ"מ בין הרחקה דמחרישה להרחקה של ד' אמות בכלאים.

הרי לנו - דאף דהרחקה דמחרישה בין שכנים תלויה בשיעור מחרישה וגם הרחקה של ד' אמות בכלאים נמי תלויה במחרישה - אכן חלוקין נינהו בכמה דינים:

- א] יש ביניהם נפ"מ בגפן יחידית.
- ב] ע"ד זה יש לחלק נמי ביניהם בשורה של ק' גפנים שאין בהם צורה של כרם, או בשורה שיוצאת מהכרם, והיינו כנ"ל.
- ג] עוד נפ"מ ביניהם לגבי בבל דרק בשכנים מצד מחרישה יש להקל בב' אמות - לא כן לגבי כלאים.
- ד] עוד נפ"מ ביניהם לגבי ראשי השורות.

**מבאר עוד דגם ההרחקה בכלאים בראשי השורות היא רק מצד תקנה ר"ג ובי"ד, וממילא דהכא לא חשיב בעל הכרם כבא לתחמומו של חבירו, ושניהם מרחיקין כהדדי.**

איברא, דלפי האמת מבואר דגם בראשי השורות איכא הרחקה בכלאים, אולם נראה דאעפ"כ אכתי יהיה חילוק בין הרחקת נזיקין להרחקת כלאים בראשי השורות, וכדיבואר.

דהנה, כבר הבאנו [זרעא קיימא שם] מהחזו"א [כלאים י"ב - י"א] דגם בראשי השורות מוכרח בהד' בירושלמי שיש הרחקה, ודלא כהגר"א, ותמוהין דברי הגר"א בזה, וכן הבאנו [שם ס"ק ג'] מהר"ש ורא"ש [כלאים פ"ו מ"ו] דכתבו בהד' כהחזו"א ודלא כהגר"א, עוד הבאנו [זרעא קיימא שם] שיש סתירה ברא"ש בדין ראשי השורות, דאף דהתם [כלאים פ"ו מ"ו] נקט כהר"ש וכהחזו"א, אכן לעיל [כלאים פרק ד' מ"ג] משמע כהגר"א דאין עבודת הכרם כלל בראשי השורות.

ובישוב הענין הבאנו [זרעא קיימא שם] בזה הערה נוספת בעיקר דינא דד' אמות, דכבר דייק מרן הגאון בעל הדרך אמונה שליט"א בביאור ההלכה [ריש פ"ז דכלאים] דנראה מגירסת הגר"א בתוספתא דד' אמות דכרם הוא דין דרבנן, דז"ל התוספתא [ריש פ"ד], "ר"ג ובית דינו התקינו שיהיו מרחיקין ד"א מעיקרי הגפנים ולגדר", [והיינו תקנה מיוחדת לאסור מאחורי הגדר], והגר"א מחק וגרס, "מעיקרי גפנים ולשדה", ולפי גירסתו משמע שכל דין הרחקת ד' אמות בכרם הוא מתקנת ר"ג ובית דינו, וצ"ע, דכבר הבאנו מהראשונים שהוא דין תורה והוספנו מהקריית ספר שיש בזה גם הללמ"ס, וצ"ע.

ועיין בזרעא קיימא [קונטרס ה' פרק ג'] מה שיישבנו בזה, דבאמת איכא ג' דינים בדין ד' אמות בכרם, דבצידי השורות איכא דין תורה מצד הסברא דמחרישה, ועל זה הוסיפו בהללמ"ס דין נוסף לאוקמיה להאי דינא אשיעורא, ונפ"מ בזה לגבי בבל, [ועיי"ש בס"ק ב' נפ"מ נוספת לגבי עריס].

אולם כל זה בצידי השורות, אבל בראשי השורות נתחדש דין שלישי מתקנת חכמים מבי"ד של ר"ג, והכא נתחדש דין נוסף דגם בלי הנך סברות דמתבטל המקום להיות "מקום כרם" אכתי חייבו חכמים הרחקה דד' אמות, ובזה יישבנו את סתירת הרא"ש, ובזה יישבנו את שיטת הגר"א מקושי' החזו"א מהירושלמי, עיי"ש בארוכה.

איברא דמעשה היה נראה דיהיה נפ"מ גם לגבי ההלכה של "אומרים לו גדור", דאחרי שמבואר ברש"י דכל מה דאמרינן דבעל הכרם חייב בהרחקה הוא משום שהכרם עצמו

מתקרב לשדה חבירו, א"כ נראה לומר דכל זה הוא רק בצידי השורות, לא כן בראשי השורות, וכלפי דין זה ע"כ נקטינן דשניהם מזיקים זה את זה, ודו"ק.

אכן אינו מוכרח, דמה דנתחדש כאן בגדר הדין נוסף דהגדר בזה הוא גם בלי הנך להתבטל למקום להיות "מקום כרם", דאכתי חייבו חכמים הרחקה דד' אמות, חידוש זה אינו מוכרח, דיתכן דאין נפ"מ בגדר האי תקנה, ולפי"ז גם להרחקת כלאים בדין אומר לו גזור אכתי יתחייב בעל הכרם, ודו"ק.

## סימן יד

**בטעמא דליכא גם הרחקה דכלאים לתוס',  
ובדברי התוס' רי"ד.**

ביאור סברת ר"י דבעינן גירי דיליה, וביאור בסברת התוס' למה מחרישה עדיף מגירי דיליה. < סברת התוס' ורבינו יונה - למה חולקין על רש"י, וסברת התוס' רי"ד קשה דלמה בעל הכרם צריך ומה לי מה שיש לו ב' סיבות, ובדברי הגר"נ פרצוביץ בזה. < ביאור בדברי התוס' רי"ד דב' מזיקין זה את זה בהך נזק גופא, הכא נשתנו דיני הרחקה, והי כעין דין תיקוני חצרות, וליכא דין זה אם אחד מהם חל עליו 'שם מזיק'. < ביאור נוסף בתוס' רי"ד דנתחדש במזיקין זא"ז שגם "תשמיש שעושה נזק" צריכים להרחיק - אף דלא חיילא בה דין מזיק. < דרכו של הגר"ש רוזנבסקי זצ"ל בזה. < דן בכמה נפ"מ בין רש"י לתוס' ובכמה נפ"מ בין הדרכים שנתבארו בשיטת התוס'. < דרך חדשה בביאור שיטתו.

**ביאור סברת ר"י דבעינן גירי דיליה, וביאור בסברת התוס' למה מחרישה עדיף מגירי דיליה.**

תוס' הקשה משיטת רבי יוסי, דהנה, כבר פליגי ר"י ורבנן בהרחקת נזיקין - דדעת ר"י דעל הנזיק להרחיק, ופשוט דמזיקין של ב"ק לא שייך לחייב את הנזיק להשמר - אלא דכבר הקדמנו בריש מכילתין דהכא בב"ב הכל מדרבנן ומצד דרכיה דרכי נועם, והטעם דעיקר שם מזיק היינו 'שור ברשה' ר', אבל תשמישין של האדם שתוך כדי שמושן ברשותו הם מזיקין לחבירו, בזה ליכא תורת מזיק כלל מה"ת, וסובר ר"י דגם אחרי שרבנן חידשו תורת מזיק להם לענין הרחקה, היינו דוקא באופן של גירי דיליה, והגדר בגירי דיליה הוא דבעינן שיהיה כבר מזיק מוכן מיד, וכמבואר בתוס' [להלן כ"ב: ד"ה לימא] שהנמיה והסיד והמים מוכנים כבר להזיק, ודלא כאילן שצריך עוד לגדול, ושרשיו יזיקו רק לאחר זמן, ולהכי הקשו התוס' דאיזה מזיק איכא עכשיו שאפשר לדון אותו כמזיק של גירי.

ועיין בתוס' ב"ק [ריש ק:] שזה מצד המחרישה והמחרישה חשיבא כגירי דיליה, ולכא' קשה דבגירי בעינן שיהיה כבר מזיק מוכן מיד, וכדהבאנו - והרי המחרישה בא רק לאחר זמן, דבכרם לפנינו אכתי ליכא מחרישה, וצ"ל דכוונת התוס' דמחרישה עדיף מגירי, והביאור בזה - שאחרי שהמחרישה תבא, אז הרי המחרישה עצמו יזיק בידים ממש, ובזה עדיפא מגירי דיליה, וכן המשמעות בלשון רבינו יונה.

והגדר בזה, דמחרישה ברשות חבירו הוא כבר מזיק של ב"ק, אלא דמצד ב"ק א"א לחייב הרחקה של הכרם עצמו רק של המחרישה, אלא דמודה ר"י דהיכא דהמזיק של ב"ב יהפך להיות מזיק של ב"ק, דאז גם מצד ב"ב אפשר לתבוע הרחקה ודינו כגירי דיליה.

**סברת התוס' ורבינו יונה - למה חולקין על רש"י, וסברת התוס' רי"ד קשה דלמה בעל הכרם צריך ומה לי מה שיש לו ב' סיבות, ובדברי הגר"נ פרצוביץ בזה.**

והנה הבאנו לעיל דפליגי רש"י והראשונים על התוס' - והם למדו שהנזק כאן מצד איסור כלאים - דלא כהתוס' דמצד מחרישה אתינן עלה - ולכא' דמטעם הנ"ל חולקים התוס' על רש"י - דס"ל דדווקא במחרישה אפשר לדון את בעל הכרם כמזיק - אבל בכלאים אינו כן - דבכלאים גם בעל התבואה מזיק את בעל הכרם - ובהיזק זה הרי הם מזיקים זא"ז כהדדי, א"כ א"א לחייב את בעל הכרם מטעם זה, וע"כ דהטעם בזה הוא מצד הנזק של המחרישה שזה מוטל על בעל הכרם בלבד.

וכ"ה בתוס' רי"ד, שדחה את שיטת רש"י וכתב, "דהיה הדין למצע ד' אמות שביניהם או לבנות הגדר, ששניהם מזיקין זא"ז, ושניהם נאסרינן", ומה"ט ממשיך שם לפרש כהתוס' - ועיין היטב שקושיתו היא לא רק לר"י אלא גם לרבנן דר"י.

אולם הדבר פלא, דאף דלבעל הכרם איכא ב' סיבות, מצד חרישה ומצד כלאים, אכן סו"ס גם לבעל התבואה איכא סיבה א' - מצד כלאים, ושוב יתחייבו ביחד - ומה תירצו כלל, ומ"ל שתי סיבות ומ"ל סיבה אחת, הא גם סיבה אחת סגי לחייבו בחיוב גמור.

והגר"נ פרצוביץ זצ"ל [ס"ק ט"ז] ביאר בזה, דבדיני הרחקת נזיקין א"א לתבוע מחבירו הרחקה מתשמישו כשאין לו זכות להעמיד תשמישו שם, הלכך בעל הכרם אין לו זכות לתבוע מבעל התבואה להרחיק כיון דגם לולי תבואתו אסור לו לבעל הכרם להעמיד שם את הכרם, [והיינו דבין אם יעמיד בעל התבואה זרעים שאין בהם כללים כלל או שלא יעמיד שם כלום הרי תמיד יצטרך בעל הכרם להרחיק מחמת המחרישה], א"כ אין בעל הכרם יכול לתובעו כלל על ההרחקה מצד כללים.

ומעתה מבואר דבעל הכרם אין לו זכות לתבוע נזיקין לכרמו, אבל בעל התבואה שפיר יש לו זכות להעמיד שם תבואתו, שהרי אין לבעל הכרם שום תביעת הרחקה עליו, וממילא דיכול לעכבו מלהעמיד שם כרמו בלי מחיצה, ומה"ט רק תובעין מבעל הכרם, ואף דגם בעל התבואה אין לו להניח שם תבואתו מצד מזיק דכללים, אכן מצד מזיק זה שניהם שוין, ושניהם תובעין זה את זה להרחיק, דשניהם אין להם זכות כהדדי, ורק דתחילת תביעתו של בעל הכרם בטילה כיון שהוא מצד עצמו אין לו תביעה כלל, כן נראה בביאור הדברים - ועיין בהערה <sup>80</sup> במה שיש לדון בדבריו.

**ביאור בדברי התוס' רי"ד דבב' מזיקין זה את זה בהך נזק גופא, הכא נשתנו דיני הרחקה, והי כעין דין תיקוני חצרות, וליכא דין זה אם אחד מהם חל עליו 'שם מזיק'.**  
עוד נראה לבאר בשיטת התוס' בב' אופנים אחרים למה לא מחייבים על הנזק של כללי הכרם - והיינו על פי טענת התוס' רי"ד ששניהם מזיקים זא"ז, ואיכא נפ"מ בין הנך ב' אופנים - וכדיבואר.

באופן הראשון נראה, די"ל דבאופן ששנים מזיקין זא"ז בהיזק אז י"ל דאין דין הרחקה על כל א' בפנ"ע, דעד כמה שא' מזיק הרי השני מזיקו בהך נזק עצמו ולכן לא חייבו הרחקת נזיקין, והיינו דאף אי בהיזק ראיא אמרינן שיש חיוב, אולם התם כאו"א הוא מזיק בהיזק ראיא בפנ"ע, ורק ההרחקה שוה בשניהם, דהרחקה א' מועילה לשניהם, אבל כאן גם בנזק עצמו הרי זה א', שאין הכרם מזיק לתבואה והתבואה לכרם אלא שהעירבובי' של שניהם ביחד מזיק ביחד את שניהם, ונמצא דגם בעל התבואה מצטרף לבעל הכרם להך היזק עצמו, ובאופן כזה היה אפ"ל דאין דין הרחקה כלל מפרשת הרחקת נזיקין לדעת התוס' והתוס' רי"ד - ועיין להלן שהבאנו סברא כעין זה מהגר"ש רוזנבסקי זצ"ל.

ונראה לחדש דהכא עדיין איכא דין הרחקה אלא שהדין הרחקה היא כמו בית שער, והיינו שביחד צריכים לתקן קלקולי החצרות מהיזק ראיא משותפת מבחון, וכמו"כ כאן, וזהו התביעה זל"ז.

<sup>80</sup> אולם אין דבריו פשוטים כלל, דהנה, ע' רשב"א להלן [כ"ו ד"ה ולענין ספק הלכה] וברבינו יונה שם [ד"ה ולענין שיעור] דנחלקו אם יכול לתבוע הרחקה לפני שיש לו זרעים או לא, וגם לרבינו יונה שסובר שהוא יכול לתובעו, היינו משום שיכול אח"כ להביא זרעים - ועיין פרישה [קנ"ה ס"ק ל"ו] דבקרקע לא זרועה א"צ להרחיק כלל.

ומעתה נראה, שאם היתה תביעה בסתמא על קרקע לא זרועה מצד עצמה, אז היה מובן טענת הגר"נ פרצוביץ זצ"ל דבלי שייכות לבעל התבואה אין אפשרות לכרם שלו להיות שם, אולם אחרי דבעינן שיהי לו שם זרעים או שיהיה לו אפשרות בעתיד להביא זרעים [כדי לתבוע את ההרחקה], א"כ בשלמא לפני שהביא את תבואתו, שהרי יכול לומר שהיה מביא זרעים שאינם אסורים באיסור כללי הכרם - עיין ברמב"ם כללים [פרק ה הלכה ו] דרק תבואה וירקות אסורים - אכן באופן דהך תבואה שהביא לכאן נמצא כבר כאן, א"כ כבר אין טענה שהיה יכול להביא אחרים שאין בהם כללים, ונמצא דכעת כל תביעתו הוא רק מחמת התבואה, ודו"ק בזה - ומה שזרע אחרי התבואה הוא מצד חדש שיתחדש אז - ואכתי צ"ע.

ובקצרה אם התביעה היא מחמת הזרעים העתידיים - א"כ אחרי שיש לו תבואה כבר הרי א"א כבר לומר שהוא תובע מצד התבואה העתידית, שהרי הוא כבר זרע, ודוק, וא"כ הדרא כבר הטענה, דמאי אולמ' האי מהאי, הא גם הוא הביא לכאן מזיק, ולמה תובעו הרחקה, וצ"ע - איברא דיתכן דתמיד יש לו תביעה מחמת התבואה העתידית - ואכתי יש לדון בזה.

ונוסיף בזה ביאור, דלעיל [סימן א'] הבאנו חקירה באחרונים האם חיובא דכותל שייכא לדין בית שער או לדין הרחקה מזיק מצד לא יחפור, והבאנו דהנחה"מ מחלק בין בית שער לכותל השותפין של היזק ראייה, דהכא מצד מזיקין אתנן עלה, וביסוד הדברים כל א' היה חייב כותל נפרד א' לחבירו, רק דמתפשרים בכותל א', אכן בבית שער כל החיוב לכתחילה הוא כותל א', אולם הכא בכלאים היה נראה דגם הנחה"מ יכול להודות דלא שייך שכל א' יהיה חייב כותל בפני עצמו, דהכא הכל א', ושוב הדרא לן דינא דתיקוני חצירות, ודו"ק. והיינו דהרחקה דפרק לא יחפור לא קיימת בסוג נזק כזה - והכא כל ההרחקה אינה אלא מצד פרשה אחרת של בית שער והמסתעף.

ומעתה י"ל דהחיוב תיקוני החצירות ותשמישיו שייך אך ורק לשמושין של חצר שיש בהם "שם תשמיש", אבל אם התשמיש הוא מזיק מטעם אחר, שוב אין תביעה כלל לתקנו מקילקולו, דכיון דאין לא רשות להשתמש בכרם במקום זה מחמת הנזק של המחרישה, הרי כרם זה חל עליו "שם מזיק" ויצא מכלל "תשמיש", וכל הזכות לתבוע תיקון החצר ומשמישיהם בטילה כלפי כרם זה, וקודם הוא צריך להרחיקו כדי שלא יהיה מזיק, ומה"ט מוטל על בעל הכרם לבד להרחיק, ודו"ק.

ומעתה י"ל דלפי האמת ליכא ב' סיבות לבעל הכרם וסיבה אחת לבעל התבואה דא"כ באמת קשה דלמה לא נחייב את שניהם, וע"כ דכל מה שכתב התוס' רי"ד שעל שניהם חיילא החיוב הרחקה, היינו לפני הדין מזיק ולפני החיוב הרחקה דמחרישה, אבל אחרי דחיילא דין זה, כבר בטל דין הראשון, ומעתה רק מוטל על הבעל הכרם להרחיק, ודו"ק, אולם יש דיוקים בדברי התוס' רי"ד דאין זו כוונתו, ועיין בזה בהערה <sup>81</sup>.

**ביאור נוסף בתוס' רי"ד דנתחדש במזיקין זא"ז שגם "תשמיש שעושה נזק" צריכים להרחיק - אף דלא חיילא בה דין מזיק.**

ובאופן א"ה היה אפשר לפרש כך, דהנה, הרחקה נזיקין היא "הרחקה מזיק מתשמיש", ובמזיקין זא"ז בהך היזק עצמו [יותר מהיזק ראייה וכתבאר לעיל], אז א"א לומר שיש חיוב הרחקה כיון דשניהם מזיקין בהך נזק, וליכא דין "הרחקה מזיק ממזיק" דרק ממזיק לתשמיש איכא הרחקה, וע"כ צ"ל דנתחדש הכא דלא חיילא בהו תורת מזיק כלל במזיקי זא"ז והיינו טעמא דעד כמה דהיה חיילא בהו תורת מזיק הרי אז ממילא היה נתבטל החיוב הרחקה - ודו"ק.

וע"כ דנתחדש הכא דין חדש, דנתחדש שגם "תשמיש שעושה נזק" צריכים להרחיק, וזהו החידוש כאן, [דלו יצוייר והיה באמת חיילא בה "שם מזיק" שוב לא היה יכול לתבוע הרחקה בהך נזק גופא, וכתבאר].

אולם, אחרי שניתוסף כאן נזק נוסף, שבנזק הנוסף רק בעל הכרם הוא המזיק, שוב חיילא בכרם "שם מזיק" שצריך הרחקה, ומצד שני, אין בעל הכרם יכול לתבוע הרחקה התבואה, שרק מתשמיש חייבים להרחיק ולא ממזיק, הרי דמה שנהיה למזיק מחמת מחרישה מבטל את החיוב הרחקה ממנו בתורת איסור כלאים.

ויש נפ"מ בין הנך ב' דרכים, דלדרך הראשונה ההרחקה היא רק מדין מחרישה, ולדרך השניה ההרחקה היא גם מדין מחרישה וגם מדין כלאים, ודו"ק.

<sup>81</sup> ויש בזה שני דיוקים, א' לשון התוס' רי"ד הוא "ששניהם מזיקין ושניהם נאסרין", והיינו דמחיצה בא מצד זה ושניהם הם מזיקין זא"ז, ולפי דברינו אינו כן שהרי אין לו תורת מזיק, והול"ל "נאסרין" ותו לא, ומשמע שיש גם תביעה מצד מזיק ואינו דין תיקון החצירות גרידא, ב' אם היה החיוב מצד תיקון החצירות אז הוי שיימינן כפי שוויות הכרם והתבואה, וכמבואר בדין בית שער, וכמוש"כ הרש"ש ריש מכילתין, ובקושי' התוס' רי"ד משמע דשניהם שוין מדכתב "למצע ד' אמות" ולא כתב "לפי חלקו", וע"כ דהוי כמזיקין [ויש לדחוק דכוונתו כפי חלקם].

ומדברי התוס' רי"ד יותר משמע כהדרך השניה, ועיין להלן [סימן טז] בדברי היד רמ"ה, דשם ביארנו דאיכא נפ"מ בין הנך ב' דרכים ביחס לקושי' היד רמ"ה, והוכחנו דלדעת היד רמ"ה נקטינן כדרך הראשונה.

### **דרכו של הגר"ש רוזובסקי זצ"ל בזה.**

שו"ר דרך נוספת בזה בשיעורי ר' שמואל [סוף ס"ק לא] שכתב טעם אחר בשיטת התוס' דס"ל דליכא דין הרחקה מדין כלאים וכל ההרחקה היא רק מדין מחרישה וזה דין רק על בעל הכרם, וביאר - שכיון שהאיסור כלאים חל על התערובת שנעשית ע"י שניהם, א"כ נמצא דגם בהיזק הענבים משתתף בעל הענבים, שגם על ידו נעשית התערובת האוסרת ומחמת זה הוא דנאסרים הגפנים, ונמצא דאיהו הוא דאזיק אנפשי', וכל כה"ג שהוא ג"כ פושע במעשה ההיזק על עצמו, ליכא כלל דין הרחקה, וגם כל דין מזיק ל"ש בזה, ומעתה מיושב היטב הא דבעל התבואה אי"צ להרחיק משום כלאים ואפי' היכא דיש ענבים, וזהו שכתבו התוס' דבעל הכרם צריך לגדור משום עבודת הכרם, וכמש"נ דמשום כלאים אין כאן כלל דין הרחקה - עכתו"ד.

והיינו שהוא הוסיף עוד - דלעיל נתבאר שאין כאן דין הרחקה מפרשת לא יחפור כיון ששניהם מזיקים זא"ז בהך היזק עצמו - והוסיף בזה הגר"ש רוזובסקי זצ"ל דליכא שום דין הרחקה - ולעיל פירשנו דאיכא עכ"פ דין הרחקה מצד בית שער, אלא דדינא דמחרישה מפקיע את הדין הרחקה הזו מצד בית שער - ודו"ק.

### **דן בכמה נפ"מ בין רש"י לתוס' ובכמה נפ"מ בין הדרכים שנתבארו בשיטת התוס'.**

ונראה שיש לדון בכמה נפ"מ בין רש"י לתוס' וגם בכמה נפ"מ בין הדרכים שנתבארו בשיטת התוס'.

דהנה יש לדון בבבל - דלעיל [סימן יג] נתבאר דבבבל איכא דין הרחקה של ב' אמות מצד המחרישה וד' אמות מצד כלאים, ולכא' מה הדין בכרם במרחק של ג' אמות - דמצד אחד ליכא לדון מצד מחרישה וכל הדיון אינו אלא מצד כלאים, דבזה יהיה נפ"מ בין רש"י לתוס' אי איכא דין הרחקה או לא.

והנה אי שיטת התוס' היא דגם לגבי כלאים איכא דין הרחקה - אלא שהוא לומד שמחמת זה שזה היזק אחד לשניהם דשוב אין החיוב אלא מצד בית שער - אלא דמחמת זה שבעל הכרם חייב מצד מחרישה בטל כל הדין בית שער - א"כ בכה"ג יחזור הדין הרחקה מצד בית שער ויהיה לו חיוב הרחקה מחמת זה - גם לשיטת התוס' - ודו"ק.

אולם לדרכו של הגר"ש רוזובסקי זצ"ל שביאר שהתוס' לומדים שבמזיקים זא"ז ליכא דיון כלל וכלל על כלאים - דליכא בזה נזקי שכנים בכל כה"ג - א"כ גם בכה"ג התוס' יחלוק על רש"י - ודו"ק.

עוד יש לדון לאידך גיסא - שיש מקום שרש"י יודה לתוס' דרק מחמת מחרישה חייב להרחיק בלי הדין הרחקה של כלאים - והיינו דלעיל [סימן יג] נתבאר דבראשי השורות או בגפן יחידית וכדומה - דבכל כה"ג ליכא דין הרחקה ד' אמות מצד כלאים אכן איכא הרחקה מצד מחרישה - ובכל כה"ג יודה רש"י לתוס' דמצד מחרישה צריך הרחקה - ודו"ק.

### **דרך חדשה בביאור שיטתו.**

והעירני תלמיד אחד <sup>82</sup> לדרך חדשה בשיטת התוס' לבאר למה תוס' לא פירשו כרש"י דמצד כלאים צריך בעל הכרם לגדור, והרי ברור דאי נימא דהד' אמות של הכרם הם המשך של הכרם והם נכנסו לשדה של התבואה, א"כ פשוט שהוא צריך לגדור.

<sup>82</sup> הרב משה אקסלרוד נ"י.

וביאר בזה, דכמו שביאר רעק"א [מובא להלן] לצד א' דגדר הניחותא הוא שהוא עושה את התערובת לכלאים, והיינו דבלאו הכי אמרינן דבמקרה הם ביחד אבל מצד הבעלים אין כאן תערובת, א"כ י"ל דגם בכרם הוא עושה שהתבואה נמצא בתוך הכרם, וזה מקומו, ולא רק שהתבואה נמצא בכרם במקרה אלא שגם מצדו התבואה היא בכרם וממילא שזה מקומו.

והוסיף שי"ל בזה עוד, דכיון שהוא עשה גדר לכרם הרי מצידו זה כרם בלי מחרישה ובלי ד' אמות, ואף דבמציאות יש מחרישה הא אי מצידו אין מקום מחרישה ואינו כרם, הרי לא אכפת לן במציאות שהוא מביא לכאן מחרישה דכיון דמצידו זה כרם בלי מקום מחרישה א"כ המחרישה הוא במקרה, ומצידו אכתי לא חיילא בהנך ד' אמות תורת כרם, ודומה לגפן יחידית דלא אכפת לן במחרישה] - וכנתבאר לעיל [סימן יב].

הלכך אמרינן דבעל הכרם א"צ להרחיק, דכל עוד שהוא רוצה ולא נתייאש מלגדור א"כ הכרם הוא בלי ד' אמות, וממילא דגם בעל התבואה צריך הרחקה וגדר כמותו, דבמצב של היום הרי שניהם עושים את הכלאים כהדדי, דהכרם אכתי לא נכנס לתבואה, ומה"ט אתינן עלה מצד מחרישה לדעת התוס', דבשלמא אי היינו אומרים שהכרם ממילא נמצא במציאות אצל התבואה א"כ א"ש למה מחייבים דוקא את בעל הכרם וי"ל שזה שיטת רש"י, ודו"ק

83

אולם אחרי שיש כבר חיוב מצד מחרישה, א"כ כבר מוטל עליו לגדור לבדו מצד זה, ושוב הדרא דינא שבזה שהוא לא גודר לבד הרי ממילא הוא מביא את הכרם לתבואה, ונמצא דכעת רק הוא עושה את הכלאים כמו לרש"י, שאחרי שהוא לא גודר ממילא נמצא שהוא כבר מכניס את כל הד' אמות, ושוב הוא חשיב כעושה כלאים בעצמו.

<sup>83</sup> אולם אכתי אינו ברור דכל מה שהכרם לא הגיע לתבואה היינו משום שלא נתייאשו מלגדור וזה עצמו מחייב את בעל הכרם לגדור כדי שכרמו לא יכנס אצלו, אכן זה אינו דגם בעל התבואה חייב בזה לדאוג שלא יהיה תבואתו בכרם חבירו, ונמצא שעל ידי שניהם דיינינן ליה לכרם לכרם בלי ד' אמות, ושניהם מחוייבים בהאי מחיצה.

## סימן טו

## בדברי הרמב"ן

בחייב הרחקה מצד כלאים לרבנן ולרבי יוסי,  
ובדין מקיים כלאים דמחייב הרחקה.

**פרק א שיטת הרמב"ן דמחמת איסור מקיים כלאים מיקרי גירי דיליה.** < מדויק בדברי הרמב"ן דרך מחמת זה שהאיסור כלאים תלוי בעירובובי להכי חייב בעל הכרם. < מחלק בין הטעמים למה מיקרי גירי דיליה - ולמה דווקא בעל הכרם מיקרי המזיק. < מבאר עוד ברמב"ן בדעת חכמים הבין הרמב"ן למה בעל הכרם מיקרי מזיק, ורק בדעת רבי יוסי הוצרך לפרש שבא לתחמום של חבריו. < מעורר דמה שייטא להכא דין מקיים כלאים, ומוכרח שזה הקובע לגבי מי מיקרי המזיק, ומיישב בזה את החילוק בין ר"י לרבנן בדעת הרמב"ן, ומבאר עוד דטעמא דמקיים כלאים מחייבו להרחיק, הוא משום דיסוד שיטת ר"י הוא דהמזיק יש לו זכות השתמשות ולכן על הניזק להרחיק, אבל כשיש איסור צדדי הדרא דינא דעל המזיק להרחיק. < דברי הרמב"ן דאיסור מקיים כלאים מחייבו במחיצה וכשאינו גודר חייב משום גרמי סותרים לרמב"ן במי שלא העיד לחבירו, ומחלק עפ"י הנ"ל [דיסוד שיטת ר"י הוא דהמזיק יש לו זכות השתמשות ולכן על הניזק להרחיק]. <

**פרק ב ביאור ברמב"ן למה רק בעל הכרם מיקרי מקיים כלאים, ובישוב שיטת רש"י בגדר הדין מקיים כלאים.** < מביא פלוגתת הראשונים אי מקיים כלאים בעי מעשה, וברמב"ן משמע דא"צ, ומעורר דלמה דוקא בעל הכרם עובר על אסור מקיים כלאים. < מיישב עפ"י יסוד מהבית הלוי דלא כל מי שמניח ולא עוקר מיקרי מקיים. < יסוד החילוק בין משקולות חמץ וכלאים - שהייה של עשייה או שהייה של עובדה ומציאות. < ביאור דברי הרמב"ן למה בעל הכרם מיקרי המקיים. < ביאור חדש בפלוגתת הרמב"ן והתוס'. < ביאור חדש בדברי הרמב"ן דאין כוונתו לאיסור מקיים כלאים. <

## פרק א

## שיטת הרמב"ן

## דמחמת איסור מקיים כלאים

## מיקרי גירי דיליה.

**מדויק בדברי הרמב"ן דרך מחמת זה שהאיסור כלאים תלוי בעירובובי להכי חייב בעל הכרם.**

תוס' הביאו את פלוגתת רבי יוסי ורבנן, ודעת רבי יוסי דרך בגירי דיליה חייב המזיק להרחיק את עצמו, ואל"כ אמרינן דעל הניזק להרחיק את עצמו, ותוס' דנו בזה לשיטתייהו שכל הדין דאומר לו גדר הוא מצד המחרישה, אכן הרמב"ן לומד כרש"י דמצד כלאים אתינן עלה, ולשיטתו דן בזה, דלפי שיטתו דאומר לו גדר הוא מצד כלאים א"כ למה מיקרי גירי דיליה.

וז"ל הרמב"ן בחי' כאן [ד"ה נפרצה], "ואע"ג דקיי"ל כר"י דאמר על הניזק להרחיק את עצמו, כיון שיש איסור בדבר מחמת הכלאים שהעירובוב מבטל את השורה, מחייבין אותו לגדור, שהוא המקיים כלאים בכרם, שבא לתחמום של חבריו ואין חבריו נכנס בתחומו, כנ"ל, ואחרים אמרו דלא אתי' כר"י אלא כרבנן דאמרי על המזיק להרחיק א"ע", עכ"ל.

ויש כאן הערה בפשט, דמה שכתב הרמב"ן "שהעירובוב מבטל את השורה" לכא' כוונתו דאם האיסור היה מצד יניקה, אז באמת הרי הם שוין, דיונקין כהדדי, אבל כיון שהאיסור כלאים הוא מצד העירובובי, לכן שייך לומר שהוא בא לתחמום של חבריו, וכל זה ראייה לנתבאר לעיל [סימן יג] דאיסור כלאים מצד העירובובי אתינן עלה, ודו"ק.

ובעצם קושי' הרמב"ן בשיטת רבי יוסי, עיין ברמב"ן בסוף קונטרס דינא דגרמי [ד"ה ואי קשיא לך גבי מחיצת הכרם] שביאר קושי' זו יותר, וכתב, דכל גירי דיליה מתחיל מיד, אבל כאן רק אחרי שנפרצה הוא מתחיל לגדול, ותי' כנ"ל.

והנה הרמב"ן לא ביאר למה מיקרי דבעל הכרם בא לתחום חבריו, וי"ל דזה מחמת הענפים שמתפשטים, וכמוש"כ המאירי, או כמוש"כ בדעת רש"י דהחלות "שם כרם" מתפשט.

איברא דמלשון הרמב"ן בקונטרס דינא דגרמי [ד"ה תו איכא למידק היכי שמעינן, וכן בד"ה וזה טעם לכל אלו] יש משמעות דוקא ע"ד המאירי, וזה לשונו, "שהרי הגפנים אלו הן שהולכין ונתערבין עם תבואתו של חבריו", ודו"ק.



**מחלק בין הטעמים למה מיקרי גירי דיליה - ולמה דווקא בעל הכרם מיקרי המזיק.**  
והעירני תלמיד אחד דלפי"ז י"ל דבאמת הרמב"ן אזיל לשיטתו, דהנה לעיל [סימן יג] הבאנו כמה תירוצים מהראשונים ליישב למה דווקא בעל הכרם הוא המזיק - ביארנו דיתכן דלפי רש"י עצם הכרם נכנס לשדה חבירו כשהמחיצה נופלת, ויתכן שזה מיקרי גירי דיליה - כיון דמיד זה נכנס בנפילת המחיצה - וא"כ לא קשה מרבי יוסי, והרמב"ן שלמד כהמאירי שהענפים נכנסים אז י"ל שאין זה גירי דיליה, כיון שזה גודל מעט מעט והרי"ז כאילן ששרשיו גודלים מעט מעט, ומעתה י"ל דמה"ט רש"י כתב טעמא דעבודת הכרם הכא לפרש למה גם לרבי יוסי מיקרי גירי דיליה ולאפוקי משיטת הרמב"ן.

אולם יש לדחות - דבאמת איכא נפ"מ אחרת בין הנך תרי טעמי, דטעמא של המאירי קאי גם בגפן יחידית וטעמא דרש"י קאי רק בכרם, וא"כ א"ש דמה"ט פירש הרמב"ן מצד הענפים דרצה לחדש דגם ביחידית מיקרי גירי דיליה.

**מבאר עוד ברמב"ן דבדעת חכמים הבין הרמב"ן למה בעל הכרם מיקרי מזיק, ורק בדעת רבי יוסי הוצרך לפרש שבא לתחמומו של חבירו.**

אולם עיקר דברי הרמב"ן בקושיתו תמוהין, דלמה הק' קושי' זו על רבי יוסי דוקא דגם לרבנן קשה דמהיכי תיתי דבעל הכרם הוא המזיק הרי שניהם מזיקים זה לזה, וכדהבאנו לעיל [סימן יד] מהתוס' רי"ד, וצ"ע.

ותירא מזו קשה דהרי חזינן נמי דלשיטת רבנן באמת ניחא ליה, דאחרי שתירץ הרמב"ן שהוא בא לתחום חבירו, שוב הוסיף בזה שיש חולקים דרק אזלי לרבנן, ולכא' קשה, דלמה לרבנן ניחא טפי דאיזה סברא פשוטה איכא בדעת רבנן לומר שדוקא הוא המזיק ואין חבירו מזיקו, דגם לרבנן צ"ל ככל התירוצים שהבאנו לעיל [סימן יג] - וכמוש"כ הראשונים ליישב את שיטת רבנן.

והיה אפ"ל, דבשי' רבנן פשיטא ליה דאיכא לאוקמי כרבינו יונתן דאין ענבים בכרם, או כהמאירי שבעל הכרם בא לשנות כיון שסתם שדות לזריעה, אבל אכתי פשוט שאין זה בכלל גירי דיליה, ורק אחרי דלר"י בעינן גירי דיליה וליכא, כיון שרק גודל אח"כ, ובשיטת ר"י היה צריך לחדש סברא חדשה - שצריך לומר שהוא בא לתחמומו וכו', ודו"ק.

אולם אכתי קשה, דמה שייך הך סברא "שבא לתחום חבירו" לענין גירי דיליה, ונראה, דיסוד דינא דר' יוסי דאין צריך להרחיק כיון דיש לו זכות להשתמש בתוך שלו, אכן עד כמה שהשתמשות מיקרי השתמשות בשל חבירו, שוב אין לו זכות ושוב הדרא דינא דגם בלי גירי דיליה על המזיק להרחיק, ואלו דברי הרמב"ן, אולם לא נראה כן מהרמב"ן, וכפשוטו נראה דכוונתו לסברא אחרת, וכדיבואר.

**מעורר דמה שייטא להכא דין מקיים כלאים, ומוכרח שזה הקובע לגבי מי מיקרי המזיק, ומיישב בזה את החילוק בין ר"י לרבנן בדעת הרמב"ן, ומבאר עוד דטעמא דמקיים כלאים מחייבו להרחיק, הוא משום דיסוד שיטת ר"י הוא דהמזיק יש לו זכות השתמשות ולכן על הניזק להרחיק, אבל כשיש איסור צדדי הדרא דינא דעל המזיק להרחיק.**

והנה, עיקר דברי הרמב"ן צ"ע, דלמה ליה לרמב"ן להכניס כאן את האיסור "מקיים כלאים", דהנה, כבר הקדמנו בתחילת הסוגי' דבכלאים איכא ג' דינים:  
א] איסור לזרוע זרעים בכלאים, ואיסור זה הוא איסור כללי בכל כלאי זרעים.

[ב] ניתוסף בזה איסור נוסף דאסור לקיים את הכלאים [ואף אם אחר זרעו וצריך לעוקרו], וזהו האיסור מקיים כלאים, ואיסור זה הוא איסור כללי בכל כלאי זרעים.<sup>84</sup>

[ג] חוץ מהנך תרתי, הרי בכלאי הכרם נתוסף איסור נוסף מיוחד לכלאי הכרם, וזה שהכלאים עצמן שגודלים אח"כ נאסרין בהנאה, ודין זה הוא דוקא בכלאי הכרם, ולא בשאר כלאי זרעים.

והדין הנוסף הזה הוא המזיק והוא הדין "קידש" בסוגיין שאוסר פירותיו, ומעתה קשה, דא"כ למה ליה לרמב"ן למימר דהוא בא לתחום חבירו ולכן הוא המקיים והוא העובר על "איסור מקיים", דמאי שייטא להכא איסור מקיים, הא יותר הול"ל דבא לתחום חבירו בזה שהוא האוסר את התבואה.

ונראה דכוונת הרמב"ן בזה היא כך, דכל הנידון בין ר"י ורבנן בגירי דיליה הוא דווקא באופן שהרחקה היא מדין מזיק וניזק, ואז נחלקו מי מחוייב להרחיק, המזיק או הניזק, ועל זה חידש הרמב"ן שכשיש איסורא, אז העובר על האיסור הוא צריך להרחיק, וכיון שבעל הכרם הוא המקיים את הכלאים לכן הוא העובר על האיסור כלאים, ואז פשיטא שהוא זה שצריך להרחיק, וכאן לא שייך לומר על הניזק להרחיק.

ובאמת דאין זה הלכתא בעלמא דמי שעובר על איסור שהוא צריך להרחיק, אלא דכבר ביארו בזה הגר"נ פרצוביץ זצ"ל [אות י"ח] והקה"י [סי' ג'] דביסוד הדברים גם ר' יוסי מודה דהמזיק צריך להרחיק, אלא שסובר שכיון שהמזיק יש לו זכות השתמשות א"כ מהיכי תיתי שהוא צריך להרחיק את עצמו, דלמה לו להפסיד את השתמשותו, אדרבה, נימא שהניזק ירחיק והוא יפסיד, ויסוד זה מבואר בדברי רבי יוסי שאמר "זה נוטע בתוך שלו", והיינו דיסוד הדין דעל הניזק להרחיק בנוי על זה שיש לו זכות השתמשות, ד"זה נוטע בתוך שלו", אולם כל זה כשיש לו זכות השתמשות, אבל אם בלאו הכי אין למזיק זכות להיות שם מטעם אחר, א"כ שוב הדרא דינא דהמזיק ירחיק.

וזהו כוונת הרמב"ן כאן, דמחמת הדין מקיים כלאים אין לו זכות למזיק להיות שם, ושוב הדרא להכא הדין הפשוט שהרחקה היא על המזיק, עכתו"ד - ועיין להלן שבזה מתיישבת סתירה אחרת ברמב"ן.

ומעתה מיושב היטב למה א"ש שיטת רבנן, ורק הוקשה לו בשיטת רבי יוסי דלמה חשיב גירי דיליה, דאה"נ, דבאמת זה היה פשוט לרמב"ן דבעל הכרם "בא לתחום חבירו", ולהכי פשוט למה בעל הכרם הוא המזיק, ומה"ט פשיטא למה לשי' רבנן עליו להרחיק, אולם זה אכתי לא סגי לענין גירי דיליה ואכתי קשה שיטת רבי יוסי, ועל זה חידש הרמב"ן עוד, דעצם זה "שבא לתחום חבירו" כבר קובע שהוא זה שעובר באיסור מקיים כלאים, ואם הוא עובר על האיסור, אז בזה מודה רבי יוסי שהעובר על איסור הוא צריך להרחיק.

**דברי הרמב"ן דאיסור מקיים כלאים מחייבו במחיצה וכשאין גודר חייב משום גרמי סותרים לרמב"ן במי שלא העיד לחבירו, ומחלק עפ"י הנ"ל [דיסוד שיטת ר"י הוא דהמזיק יש לו זכות השתמשות ולכן על הניזק להרחיק].**

איברא דאכתי ק' דברמב"ן בקונטרס דינא דגרמי [ד"ה והיודע עדות] - מובא בקובש"ע [אותיות י"ב - י"ג] - כתב, שמי שלא העיד לחבירו לא מיקרי גרמי, שהרי החיוב אינו

<sup>84</sup> דבאמת עיקר דין מקיים במחלוקת שנויה, דפשיטא בדעת ר"ע שזה מה"ת, ולקה, ובשיטת רבנן נחלקו, ועיין ברמב"ם ריש כלאים שסובר שזה אסור מה"ת גם לת"ק דר"ע, וע' משנה למלך שם דר"ל שמותר לכתחילה, וע' תוס' ב"ק [פ"א] שזה מדרבנן, ועיין בזרע קיימא [קונטרס י"א פרק ב'] מה שהארכנו בזה בכל השיטות, וכאן מהרמב"ן נראה כהרמב"ם.

חיוב לחבירו אלא חיוב לשמים, ורק במחיצת הכרם שחייב לחבירו ממון של מחיצת הכרם, הכא מה שאינו בונה מיקרי גרמי.

ולפי"ז כתב הקובש"ע [שם] שאם חיובו לבנות הוא רק מצד מה שהכרם נאסר, א"כ שפיר חשיב כהרחקת מזיק וחייב, אבל אם כל חיובו הוא מצד האיסור של מקיים כלאים, א"כ שוב הרי"ז דומה לעדות, ואין זה גרמי בזה שאינו בונה ונהיה מזה נזק.

ולפי"ז תמוהין דברי הרמב"ן דסותר משנתו, דהכא בשיטת רבי יוסי נקט דמטעם מקיים כלאים חייב לגדור, ומאידך - מדבריו לענין עדות מבואר דפטור בכה"ג, וסותר משנתו, וצע"ג.

ועפ"י מה שהבאנו לעיל מהגר"נ פרצוביץ זצ"ל והקה"י א"ש, דכבר נתבאר דביסוד הדברים גם ר' יוסי מודה דהמזיק צריך להרחיק, אלא שסובר שכיון שהמזיק יש לו זכות השתמשות א"כ מהיכי תיתי שהוא צריך להרחיק את עצמו, אולם כל זה כשיש למזיק זכות השתמשות, אבל אם בלאו הכי אין למזיק זכות להיות שם מטעם אחר, א"כ שוב הדרא דינא דהמזיק ירחיק, וכבר נתבאר דזה כוונת הרמב"ן כאן, דמחמת הדין מקיים כלאים אין לו זכות למזיק להיות שם, ושוב הדרא להכא הדין הפשוט שההרחקה היא על המזיק.

וממילא דמיושב נמי סתירת הרמב"ן, דנמצא דעיקר החיוב הרחקה אינו מצד מקיים, רק דהאיסור מקיים הוא סיבה בעלמא דלהכי הדרא לכאן הלכות הרחקה מצד דיני מזיק וניזק, וזה כבר מחייבו לגדור, ומעתה פשוט דזהו הגרמי, מה שאינו גודר מדין מזיק וניזק, עכתו"ד, ועיין בזה בהערה <sup>85</sup> שיש מקום לדון בעיקר דבריהם דלא משמע כן מהרמב"ן, ויש לדון בדרכים אחרים בדברי הרמב"ן ועיין בזה בהערה <sup>86</sup>.

ובעיקר דבריהם עדיין יש להעיר - שמי שהניח תשמיש מסויים שמזיק לחבירו בהיזק שאינו גירי דיליה - ושוב נשבע לסלקו משם או שמתחילה נשבע שהוא לא יניח שם

<sup>85</sup> ובאמת דכן משמע נמי ברמב"ן בקונטרס דינא דגרמי [שם בסוף דבריו], דהעמיד יסוד, דכשאין איסור אז א"כ המזיק להרחיק, כיון דאינו גירי ודו"ק. איברא שיש לעיין בדבריהם, ונקדים בזה בסברא פשוטה, דמה הדין לשיטת רבנן [דחולקים על ר"י] כשיש מזיק וניזק, אבל הניזק עובר איסור לשמים וממילא הוא צריך הרחקה מחמת האיסור, האם הוא יכול עדיין לתבוע הרחקה מהמזיק או דנימא דכיון דבלאו הכי הוא צריך להרחיק א"כ אין לו תביעה על המזיק.

ונראה פשוט שיש לו תביעה, שאף שמצד דיני איסור והיתר הוא אינו יכול להיות כאן, אכן אין זה מתיר את המזיק להזיק, דאיך יפקע האיסור על המזיק להזיקו, ושפיר תובע מהמזיק להרחיק, ואז ממילא יסולק הנזק והרי אז כבר יסולק ממילא גם האיסור לשמים ולא יצטרך להרחיק, כן נראה פשוט, והיינו דהאיסור על הניזק לא מגרע כלל.

וא"כ נראה דה"ל דלרבי יוסי באופן שיש איסור לשמים גם למזיק וגם לניזק, דפשיטא דאע"ג דגם לניזק יש איסור, אבל אין האיסור על הניזק מגרע כלל, וא"כ כיון דנתבאר בדבריהם דביסוד הדברים גם לרבי יוסי צריך המזיק להרחיק כמו לרבנן, א"כ אף דלניזק יש גם איסור, אבל כיון שהמזיק אסור להיות כאן, הרי הדרא דינא דהרחקת ניזקין מוטל על המזיק.

ומעתה קשה, דלפי"ז ל"ל לרמב"ן לחדש דבאיסור מקיים כלאים מיקרי בעל הכרם המקיים כלאים והוא עובר על האיסור, הרי אף אי נימא דבדיני מקיים כלאים שניהם בכלל האיסור מקיים כלאים, [דאף דהכרם בא בתחומו, סו"ס גם בעל תבואה מקיים כאן כלאים בזה שמניחן ואינו גודרן], ואפי"ה המזיק צריך להרחיק, דאחרי שאין לו זכות להיות כאן, שוב הדרא דינא דעל המזיק להרחיק, ולא אכפת לן דגם לניזק איכא איסור להיות שם בלי גדר, וצע"ע.

<sup>86</sup> ובאופן מחודש היה אפ"ל, דלעולם דברי הרמב"ן הם כפשוטם, דצריך להרחיק בגלל האיסור מקיים, ולכן הדגיש הרמב"ן שהוא המקיים ולא חבירו, וזה לר' יוסי, ולענין הרמב"ן בדינא דגרמי בידוע עדות, עייש"ה ברמב"ן שמבואר שם, שאחרי שתירץ דכאן מצוה וכאן ממון, הוסיף דכאן יש יאוש.

והעירני תלמיד אחד שי"ל שזה ב' תירוצים נפרדים, א' לרבנן י"ל דכאן זה ממון ושם זה מצוה, וזה גרמי וזה לא גרמי, ב' לר' יוסי הרי אין זה גירי, וע"כ שסיבת המחיצה כאן הוא ג"כ מצוה ואיסורים ולא לחבירו, וכבר דומה לעדות, וע"ז י"ל עוד תירוצו דכיון דהעדר המחיצה בפנ"ע אינו אוסר רק בהדי יאוש, ויאוש דבעלים הוא הפועל כאן, שוב י"ל דזה גרמי ויותר שייך אליו, אבל בעדות שזה בלי שום פעולה מצד העדים אין זה גרמי, וא"כ ב' דברי הרמב"ן עולין יפה בקנה א', אולם מלשונו שם משמע שאין כאן ב' תירוצים, רק תירוצ' א'.

תשמיש זה - האם נימא שהאיסור שבועה לשמים יבטל ממנו את הזכות להיות שם וכעת המזיק יוגדר כמזיק של גירי דיליה - וכנראה שהדין לא יהיה כן, ומעתה צ"ב דמאי שנא איסור מקיים כלאים איסור שבועה - וכעת צ"ע.

### פרק ב

**ביאור ברמב"ן למה רק בעל הכרם מיקרי מקיים כלאים,  
ובישוב שיטת רש"י בגדר הדין מקיים כלאים.**

**מביא פלוגתת הראשונים אי מקיים כלאים בעי מעשה, וברמב"ן משמע דא"צ,  
ומעורר דלמה דוקא בעל הכרם עובר על איסור מקיים כלאים.**

והנה בעיקר חידושו של הרמב"ן דבעל הכרם עובר על איסור מקיים כלאים, נראה דדבריו שנויים במחלוקת דמצאנו מחלוקת הראשונים באיסור מקיים כלאים, דשיטת רש"י במכות [כ"א: ד"ה משכחת] ובמו"ק [ב':] דמה שרואה ואינו מבטלו ואינו עוקרו חשיב בזה כבר כמקיים כלאים ולוקה, ובתוס' במכות [ד':] הביא כן מהערוך שג"כ סובר כן, והק' התוס' דהוי לאו שא"ב מעשה ולר"ע אין לוקין עליו, ולהכי חולקים התוס' ופי' דע"כ דרק בדאיכא בו מעשה חשיב כמקיים, והיינו דקעביד מסביבו גדר קטנה - ועיין בהערה <sup>87</sup>.

ומשמע הכא מהרמב"ן דמיקרי מקיים כלאים גם בלי שום מעשה, ומוכרח דסובר כרש"י, איברא דאינו מוכרח, שהרי יתכן דגם לתוס' כל מה דבעינן מעשה היינו כדי לחייבו במלקות אבל לענין איסור יש לומר שמודה שא"צ מעשה, וכן מבואר בטורי אבן במגילה [י"ג], והכא לענין איסור קיימא.

אולם הטורי אבן הביא מהתוס' בעבודה זרה [ס"ד] דמשמע דגם לענין איסור בעינן מעשה, ושוב הדרא הראיה שהרמב"ן סובר כרש"י, ואף דהאחרונים [טורי אבן שם, שער המלך כלאים פ"א ה"ג, רעק"א בגליון הש"ס ע"ז שם] תמהו בזה על התוס' דלכא' דווקא לענין מלקות צריך מעשה והאיך נקט דגם לענין איסור בעי מעשה, אכן כן מבואר בתוס', וא"כ הדרא הראיה דהרמב"ן כרש"י.

אולם אכתי יש לעיין בזה, דלמה נקט הרמב"ן דרק בעל הכרם עובר על האיסור של מקיים כלאים, הא איסור מקיים כלאים הוא בזה שהוא מניחן ולא עקרן ולא גודרן, וא"כ למה דוקא בעל כרם הוא המקיים, ומבואר כאן ברמב"ן, דכיון דהכרם גורם לכלאים "שהרי הגפנים אלו הן שהולכין ונתערבין עם תבואתו של חבירו", א"כ הרי הוא המקיים.

והיה נראה ששיטת הרמב"ן דרק חשיב כמקיים אם הוא גורם את הכלאים - אולם זה לא יתכן - שהרי מי שיטע כרם וזרעים בתוך שדה חבירו בכלאים, אטו נימא דאין בעל השדה מיקרי מקיים את הכלאים בזה דמניחן ולא עקרן, ורק הנוטע הוא המקיים, הא ודאי שאינו כן, שהרי מפורש במשנה [פ"ז מ"ז] דגם ב"רוח שעלעלה גפנים ע"ג התבואה" דיגדור מיד, ופשוט שאם הוא לא יגדור מיד דאז הוא המקיים את הכלאים, וכן במשנה [פ"ה מ"ו] ש"רואה ירק בכרם ואמר כשאגיע וכו'" דגם שם איכא איסור מצד מקיים כלאים, אטו

<sup>87</sup> ובעיקר של רש"י והערוך דסברי דלוקה בלי מעשה אף דר"ע סובר דלאו שא"ב מעשה אין לוקין, וכדהוכיחו התוס', נראה ליישב עפ"י מה שמבואר בר"ש סיריליאוי כירושלמי ריש פ"ח דכלאים, דמבואר שם בירושלמי דלר"ע לקי במקיים גם בלי מעשה, ופי' שם הר"ש סיריליאוי דר"ע מקיש מקיים לזורע, ומהיקש זה יליף ר"ע דלקי במקיים כמו בזורע אף דליכא במקיים שום מעשה.

עכ"פ נתבאר הכא דאיכא שתי שיטות במקיים כלאים, אולם כפשוטו נראה דאיכא נמי שלישית, דז"ל הר"ח במו"ק [ב':], "פי' מקיים, שמצא שדה זרועה כלאים, ועבדה הוא וצמחה, ונתקיים הכלאים בעבודתו, שגורם לו הצמחה והפרחת פרי", ומפורש מצד א' דבמקיים בעינן מעשה, אבל מאידך מבואר דלא סגי במעשה דגדר קטנה וכשי' התוס', אלא דבעינן מעשה של "הפרחת פרי", ופשוט שעל ידי גדר קטנה ליכא הפרחת פרי, ודו"ק, הרי לנו ג' שיטות במקיים כלאים.

נימא דמיירי דוקא שהוא זרע את הירק, ולמה הכא נקט הרמב"ן שרק הוא מיקרי מקיים בגלל שהוא הגורם.

### **מיישב עפ"י יסוד מהבית הלוי דלא כל מי שמניח ולא עוקר מיקרי מקיים.**

והנראה בזה, דכבר הבאנו דשיטת רש"י דלא בעינן מעשה קטן כעשיית גדר, ובזה שהוא מניח ולא עקרון הוא כבר עובר על איסור מקיים כלאים, אולם, יעויין בעבודה זרה [ס"ד]. דהתם פירש"י כהתוס' דמקיים היינו ע"י גדר קטנה, וסותר משנתו.

ותי' הבית הלוי [ח"א סי' ל"ה ס"ק ב'] דהתם מיירי בכלאים של עכו"ם [וכמבואר בסוגי'], ומה שרוצה הישראל בו והישראל אינו עוקרו בזה אכתי לא חשיב כמקיים כלל, דרק בכלאים ידידיה מקיימו כן, ולהכי פירש"י שם כתוס', ואין כאן שום סתירה בדברי רש"י.

ונראה דבזה מיושב מה שהבאנו לעיל שהעירו כל האחרונים על התוס' בע"ז [שם], דלמה פירש דמיירי דוקא ע"י מעשה, הא התם לאו לענין מלקות מיירי, ולהנ"ל ניחא, שכיון שהכלאים הם של העכו"ם, א"כ כמו שרש"י פירש דמיירי ע"י מעשה כמו כן תוס' פירשו כן, ופשוט.

### **יסוד החילוק בין משקולות חמץ וכלאים - שהייה של עשייה או שהייה של עובדה ומציאות.**

ונראה לבאר דבריו עפ"י יסוד גדול:

מצאנו ג' איסורים שדומים זה לזה - א' משקולות פגומים, ב' חמץ בפסח ג' כלאים שגודל ברשותו - והצד השווה בין כולם הוא שהוא עובר עבירה כל רגע ורגע שהם נמצאים ברשותו - בלי שיעשה בהם שום מעשה - אלא שיש ביניהם הבדלים מסויימים - דיעויין בארוכה בדברינו באמרות אברהם פסחים [סימן ד'] שהוכיח האור שמח שיש נפ"מ ביניהם לגבי מלקות - דבאמת כולו מיקרי לאו שאין בו מעשה ולכן אין בהם מלקות - אכן מה יהיה הדין כשעשאו ע"י מעשה - והוכיח שבמשקולות ליכא מלקות, אבל בחמץ וכלאים יש מלקות.

ועיי"ש שביארנו את הדברים דשאני משקולות מכלאים בעצם יסוד דינם, דבמשקולות, האיסור הוא בגוף ה"עובדא" ובעצם ה"מציאות" שנמצאים משקולות ברשותו, אולם בכלאים אינו כן, דהתם יסוד האיסור אינו בגוף ה"עובדא" ובעצם ה"מציאות" שכלאים נמצאים ברשותו, אלא האיסור הוא בזה שהוא "מקיימו" בזה שהוא אינו עוקרו, והיינו דאף דאין שום עשייה 'פעילה' ואין שום מעשה 'חיובי' מצידו, אכן אכתי דיינינן ליה דבזה שאינו עוקרם - בזה הוא "נותן קיום לכלאים", והיינו שזה "שהייה של עשייה" למרות שאין כאן פעולה - והיינו 'פעולה לא פעילה', ודו"ק - ועיי"ש שהבאנו כמה ראיות לזה.

ומעתה פשוט, דאחרי דבמשקולות האיסור הוא בגוף ה"עובדא" ובעצם ה"מציאות" שנמצאים משקולות ברשותו, לזה א"ש למה לא מהני בזה שום מעשה, שהרי מעשים מצטרפין ל"עשייה ידידיה", ולא מצטרפין לעובדות ולמציאויות, והבאנו שכן משמע באור שמח - אולם בכלאים אינו כן, דהתם יסוד האיסור אינו בגוף ה"עובדא" שכלאים נמצאים ברשותו, אלא האיסור הוא בזה שהוא "מקיימו" בזה שהוא אינו עוקרו, דדיינינן ליה דבזה שאינו עוקרם שהוא "נותן קיום לכלאים", וזה "שהייה של עשייה", ולעשייה זו שפיר מצטרף מעשה, ודו"ק - הפעולה הלא פעילה נהפכה להיות פעולה פעילה.

ועיי"ש עוד שהוכחנו שגם בחמץ האיסור אינו העובדה והמציאות של חמץ ברשותו אלא זה שהוא מקיימו ומחזיקו - והבאנו על זה משל, דלכל אדם יש כלים בביתו ויש גם אבק ועפר בביתו, אכן חלוקין נינהו, דהאבק "נמצא בביתו" והכלים הוא "מחזיק בביתו", זה עובדא וזה עשייה, ולכן מהני ביטול חמץ לדונו כעפר - וזה ההבדל בין משקולות שעבור במה שיש לו של אחרים בביתו ולא בעינן 'שלו כלל', שהרי עצם ההמצאות שלהם הוא

האיסור ומה נפ"מ אי הוי שלו או לא, אבל בחמץ כל האיסור הוא בזה שהוא מחזיק בהם, ורק בחמץ שלו הוא מחזיק ולא בחמץ שאחרים הניחו שם [בלי שקביל עליהם אחריות] - שהם 'נמצאים' בבית שלו והוא לא מחזיק אותם, ודו"ק.

והבאנו עוד שהדברים מדוקדקים היטב בלשונות הרמב"ן, דהנה, מצאנו לשון "רוצה בקיומן" בר"ש סירליאו [כלאים ריש פ"ח] וברמב"ן [ריש ב"ב] לגבי כלאים - ובזה מוגדר האיסור כ"שהייה של עשייה" בכלאים, והך לשון עצמו מצאנו נמי ברמב"ן בריש פסחים דכתב "דהתורה עשאו כאלו ברשותו לעבור עליו בשני לאוין כיוון שדעתו עליו - והוא רוצה בקיומו", אלא דבזה חלוקין, דבכלאים יש כאן "מעשה קיום" ע"י ה"רוצה בקיומו", ובחמץ איכא "מעשה החזקה" ע"י ה"רוצה בקיומו", דמקיימם אצלו - והן הן הדברים - וא"ש.

אחרי הקדמה זו נראה לומר דהן הן דברי הבית הלוי - דבכלאים שלו הוא מיקרי 'מקיים' גם שלא עושה עשייה חיובית - אכן בכלאים של אחרים - במה הוא מיקרי 'מקיים' - הא אין כאן עשייה - ולכן כשיש עשייה מיקרי עשייה של קיום גם בשל אחרים.

#### **ביאור דברי הרמב"ן למה בעל הכרם מיקרי המקיים.**

ומעתה נראה דעל פי הנ"ל נוכל לחדש חידוש דין אחרי חידושו של הבת הלוי - ולומר דלו יצויר והרוח היה מביא חיטה ושעורה - חטה לראובן ושעורה לשמעון - בזה נראה לחדש שיש מקום לומר בשיטת הרמב"ן דאין קיום כלאים לא לראובן ולא לשמעון, ודומה לכלאים בשדה חבירו - שהרי הוא מקיים חיטה ולא כלאים וחבירו מקיים שעורה ולא כלאים - ודווקא אי יעשו גדר קטן אי יעברו על מקיים כלאים - וזה חידוש - ודו"ק.

וממילא - לפי שורת הדין אין מקיים כלאים לשניהם ששניהם נטעו כשהיתה מחיצה - ושוב נפל והכלאים נעשה ממילא - ודומה לרוח שהביא ב' מינים לראובן ולשמעון - אלא דהכא חידש הרמב"ן דלו יצויר ואחד מהצדדים היה גורם לכלאים - נמצא שהוא לא מחזיק מין אחד אצלו אלא שהוא מחזיק את המין שהוא הגורם לכלאים של שני המינים - וכאן חידש הרמב"ן - שא"צ שהוא יקיים את שני המינים של הכלאים, וסגי לן בזה שהוא מקיים את המין שהוא הגורם לכלאים של שני המינים - ובזה מייחסים אליו את כל המצב של הכלאים - ודו"ק.

#### **ביאור חדש בפלוגתת הרמב"ן והתוס'.**

והעירני תלמיד אחד דלכאו' י"ל דכל זה לשיטת רש"י אבל לשיטת תוס' ליכא מקיים רק כשהיה מעשה של מקיים כעין גדר קטן, ומעתה י"ל דמה"ט לא למדו התוס' כהרמב"ן ורש"י דאומר לו גזור מצד כלאים אתינן עלה דחסר בגירי דיליה ולית ליה תירוצו של הרמב"ן מצד מקיים כיון שאין כאן מעשה קטן, ואזלי התוס' לשיטתו שלמדו מצד מחרישה וכוונתם בזה ליישב את קושית הרמב"ן מגירי דיליה, וזה ביאור חדש בשיטת התוס'.

#### **ביאור חדש בדברי הרמב"ן דאין כוונתו לאיסור מקיים כלאים.**

איברא שהיה נראה באופן אחר לגמרי בביאור דברי הרמב"ן, שהיה מקום לחדש שאין כוונתו כלל לאיסור מקיים כלאים, אלא לדין מסויים של מקיים כלאים ביחס לקידוש הכרם, ובזה יתיישבו כל הקושיות, והדברים יבוארו להלן [.....] בדברינו בביאור הגדר של הניחותא בכלאי הכרם, אולם מדקדוק לשון הרמב"ן בקונטרס דינא דגרמי יותר משמע דמצד איסור מקיים אתינן עלה, עיי"ש ה', ויותר נראה להכריע כדברינו הכא.

**סימן טז**  
**בדברי היד רמ"ה,**  
**שבלא גדר מהיזק ראייה**  
**ואתי גנבי חייב בגניבה**

מביא את דינו של היד רמ"ה שמי שלא גדר מהיזק ראייה ושוב אתי גנבי שהוא כבר חייב על הגניבה, ולכא' מוכרח דלמד כאן כהתוס'. < מתמה בסכרת היד רמ"ה דלמה אינו כעדות, ומבאר דינו כפורץ את הגדר. > מוסיף ביאור בזה עפ"י המאירי דהתראה הופכו למעשה ועשייה של "אי - גידור". < מתמה - דביד רמ"ה בב"ב וכן בשטמ"ק בב"ק משמע דלמד דאומרים לו גדר מצד כלאים. > מביא ג' קושיות על היד רמ"ה, [1] בפטור בור מכלים, [2] בפטור עבדים משומרים, [3] בדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס < מבאר שכוונת הרמ"ה לבאר שחייבים את הכותל וההרחקה עצמה - ולא חייבים על ההיזק עצמו - לא להזיקו - וממילא דדווקא הכא חייבים גם לגבי גנבים. > מקור שהחייב הוא חייב הרחקה ולא חייב מניעת הנזק. < מבאר שהוכחת הרמ"ה היא ממה שחשיב גרמי כעשייה ידיה - וממילא דהוי כפורץ - ולכן חייב גם על גנבים > מהלך חדש ביד רמ"ה דלמד דכל המחיצה מצד כלאים אלא דבהלכות גרמי איכא חידוש דבעי מעשה היזק והנידון הוא אי מעשה דכרם ומעשה דגנבים מתיחסים אליו ולענין זה השוים הרמ"ה אהדדי.

**מביא את דינו של היד רמ"ה שמי שלא גדר מהיזק ראייה ושוב אתי גנבי שהוא כבר חייב על הגניבה, ולכא' מוכרח דלמד כאן כהתוס'.**

יש לעיין הרי בסוגי' איכא ב' חלקים:

א] למה בעל הכרם צריך לגדור וזהו הנידון בין תוס' לרש"י אי מצד כלאים אי מצד מחרישה ואי מצד שניהם ואי מצד איסור מקיים כלאים, וכנ"ל.

ב] אחרי שבעל הכרם צריך לגדור מה שאינו גודר כבר גורם נזק, וכאן כו"ע מודי דהנזק הוא כלאים והיינו מה שהתבואה נאסרת, וכו"ע מודי דנזק זה מיוחד לבעל הכרם כיון שעליו היה מוטל לגדור, ומה שאינו גודר מיקרי גרמי, ולכן מחייבים אותו - ופשוט.

והנה בשלמא, אם היה צריך לגדור מחמת כלאים, וכמבואר ברש"י ורמב"ן וכן לדרך א' בתוס', שוב מובן מהו החיוב כאן מצד גרמי, שהרי הוא היה צריך להעמיד מחיצה נגד הכלאים, ומה שהוא לא גדר דנים אותו כעשה, והיינו כאילו שהכלאים הגיעו לכאן על ידו, אבל אם הדין הוא שצריך להעמיד מחיצה נגד מחרישה, א"כ איך אפ"ל שמה שהוא לא גדר הרי"ז כעשה וכאילו הביא לכאן כלאים, שהרי לא היה מוטל עליו למנוע את הכלאים, וצ"ע.

והנה עיין לעיל [סימן יד] שהבאנו כמה דרכים בשיטת התוס' דלמה הוא לא מחייב הרחקה מצד האיסור כלאים על שניהם מלבד החיוב הרחקה מצד המחרישה, ונתבאר שם לדרך אחת - דבאמת הבעל הכרם חייב מצד שניהם - עיי"ש - ונראה דלדרך זו א"ש למה חייב על ההיזק מצד הכלאים - ודו"ק.

אמנם היד רמ"ה [ס"ק י"ח] הוציא מסוגי' זו חידוש גדול, שמי שלא גדר מהיזק ראייה ושוב אתי גנבי שהוא כבר חייב על הגניבה, ולכא' יש לטעון בזה דמה השייכות בין הנך תרתי - דשתי תביעות נפרדות נינהו, ועוד דהיכן חידוש זה מרומז בסוגי' זו. וע"כ דמוכרח מהיד רמ"ה תרתי.

א] היד רמ"ה למד דלא כרש"י והרמב"ן שסוברים שהמחיצה בא מצד כלאים, רק מצד מחרישה, וכשיטת התוס'.

ב] הוא למד בתוס' כשאר הדרכים בתוס' רי"ד, ונמצא שכל הגדר מצד מחרישה ולא מצד כלאים וחייב על כלאים, ושפיר הוכיח מסוגי' כאן, ודו"ק.

ועיקר שיטת התוס' בזה אפשר ליישב גם דלא כהיד רמ"ה, ועיין בזה בהערה <sup>88</sup> מה שהבאנו בזה.

### **מתמה בסברת היד רמ"ה דלמה אינו כעדות, ומבאר דדינו כפורץ את הגדר.**

ומעתה ק', דלמה מיקרי גרמי, הרי חייב במחיצה רק נגד המחרישה, ואיך אמרינן שחייב כיון דדיינינן ליה כאילו הביא לכאן את הכלאים, שהרי כמו שמי שחייב עדות לשמים ולא העיד שאינו גרמי כיון שאין לניזק שום שייכות עמו בהך חיוב, וההפסד הוא ענין צדדי, וההפסד לא מתייחס למה שלא העיד, כמו"כ באדם א', מה שהיה מרויח כלאים מן הצד לא מתייחס לזה שהוא לא גדר, שהרי זה ענין צדדי לחיוב גדר.

וצ"ל דלמד הרמ"ה, שמי שחייב לחבירו מחיצה ואינו בונה, הרי דנים אותו שכבר היה לחבירו מחיצה זו והוא פרצו, וכיון שלחבירו היה מחיצה דמהני ליה גם נגד כלאים וגם נגד גנבים, א"כ הרי הוא פרצו נגד זה ג"כ, ושפיר מחייבין ליה גם על הכלאים וגם על הגניבה.

### **מוסיף ביאור בזה עפ"י המאירי דהתראה הופכו למעשה ועשייה של "אי - גידור".**

ועיין במאירי כאן שהק' שאע"פ שהוא לא עשה את הכלאים, אבל כיון שהתרו בו ולא עשה, הרי זה כאילו עשה את הכלאים, וז"ל [סוד"ה נפרצה] "ואעפ"י שלא עשה מעשה הואיל והתרה לגדור ולא עשה, ואח"כ בא ההיזק, הרי הוא כעושה בידים".

ונראה שהכוונה בזה הוא שיש "מצב" ומציאות שלא גדר, ויש "מעשה" ועשייה של "אי - גידור", והיינו כנתבאר לעיל [סימן טו] שיש מעשה ועשייה של קיום כלאים - ולא דומה למשקולות ששם זה עובדה מציאותית ולא עשייה - וסובר המאירי שהתראה מגדיר את המצב כעשייה של קיום.

וכעין זה ידוע מהגר"ח שלפי מה שידוע שאונס אינו פטור בעאלמא אלא שהוא מגדיר שהעשייה לא מיוחסת אליו - שוב שייך לחדש עוד שמי שהתנה תנאי שאם לא יבא ל' יום אז יהיה גט - והוא לא בא באונס - דאמרינן שהאונס ינתק ממנו את ה"לא - באתי" ולא נתקיים התנאי - וקשה דסו"ס הוא לא בא, והרי יש כאן "מצב" ומציאות של "לא - באתי", אולם יש מצב ומציאות שהוא לא בא ויש עשייה ומעשה של "לא - באתי" - ומחמת האונס אמרינן שהעשייה והמעשה של "לא - באתי" לא היה כאן, וה"ה כאן שיש כאן מעשה של "אי - גידור", והך מעשה חשיב כמעשה פירצה.

וזה הביאור בדבריו - שאף שהמצב של ה"אי - גידור" מיוחס לחיוב מצד המחרישה בלבד שרק כלפי מה שאתה צריך לגדור אומרים שהוא לא גדור לענין הזה - אכן אחרי שדנים שיש כאן מעשה פירצה דידיה - הרי המעשה הזה מיוחס לכל מה שנמצא במעשה - ודו"ק - וזה כולל גם כלאים.

### **מתמה - דביד רמ"ה בב"ב וכן בשטמ"ק בב"ק משמע דלמד דאומרים לו גידור מצד כלאים.**

איברא דעיקר דבריו תמוהין - ונראין כסותרין זא"ז - וכדיבואר:

הרי בשטמ"ק ב"ק [ק'], הק' היד רמ"ה את קושי' הראשונים דלמה בעל הכרם מיקרי מזיק, ותירץ כרבינו יונתן דמירי שאין ענבים, ולכן אין בעל התבואה גם חשיב מזיק, ואי היה

<sup>88</sup> דיעויין בזה בדברי הגר"נ פרצוביץ זצ"ל שהביא מהרמב"ן בדד"ג [בהתחלה בד"ה תו איכא למידק היכי שמעינן] שהק' דמהו הראיה מהכא דד"ג, הא תיפוק ליה ש"שורו הוא דלא טפח באפיה", ותל' דכאן בעי יאוש, ומעתה עפ"י ז"ל שהיאוש פועל שזה כבר חשיב כגרמי, וי"ל עוד, דהגם שמצד מעשיו אין קשר בין החרישה לכלאים, אולם י"ל דע"י יאוש שפיר מצטרפין החרישה לכלאים, אכן זה לא היה מהני בדעת היד רמ"ה דא"כ האיך הוא מדמה לגנב, שהרי בגנבים אין ענין של יאוש כלל.



לומד כהתוס' דמצד מחרישה אתינן עלה לא קשה מידי, וע"כ כרש"י דמצד כלאים חייב לגדור, ולכא' אי המזיק כאן הוא מצד איסור כלאים, ולכן צריך לגדור, א"כ הרי"ז ע"כ כרש"י וכהרמב"ן, ושוב אין ראיה לענין גנבים, דדוקא לשיטת התוס' דמצד מחרישה אתינן עלה, אז הוא דאיכא ראיה דמהיזק ראיה לגניבם יש לחייבו, אכן אם הרמ"ה לומד כהרמב"ן אז ליכא ראיה ונמצא שהרמ"ה סותר משנתו, וצ"ע, שוב הראוני שכבר עמד בקושי' זו בדרך אמונה פ"ז דכלאים אות ר"ו [בציון הלכה].

ובאמת דמיניה וביה סותר משנתו כאן, דלעיל [בסוגיין כאן] כתב היד רמ"ה בביאור הברייתא שאומרים לו לבעל הכרם לגדור "כדי שלא יסכך גפנו על תבואת זרעו", ומפורש דמדין כלאים הוא, והיינו כמוש"כ בב"ק [שם], וצ"ע.

[ואגב - זה אין להקשות דלמה לי' לומר שמסכך גפנו, הא תוך ד' אמות יש כבר כלאים, תוך ד' מהגזע בעינן ואיירי בגזע שהוא רחוק יותר מד' ובכה"ג רק אסור מצד מסכך אם הגפנים יתקרבו].

**מביא ג' קושיות על היד רמ"ה, 1] בפטור בור מכלים, 2] בפטור עבדים משומרים, 3] בדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס.**

עוד יש לעיין בעיקר דברי הרמ"ה, דמצאנו בכמה דוכתי דמי שמחוייב שמירה מחמת דין אחד - לא מחייבים אותו על תוצאות אחרות שלא שייכות למחייב הזה - וכל זה קשה על הרמ"ה - ומצאנו בזה ג' אופנים - וכדלהלן:

א] הקה"י [סי' ג'] הקשה מבור שפטור על כלים, שהק' [שם] שהואיל וממילא הוא חייב לכסות את הבור, מחמת הדין ממון המזיק, שוב הדרא דינא שכל מה שיפול לתוכו יתחייב עכ"פ מדינא דגרמי, דכיון שממילא היה חייב לכסות ולא כיסה ושוב נגרם הנזק, הרי הוא חייב, וביושב הקושי' היה אפ"ל, דכיון דחייב לכסות רק נגד ממון אחר ולא נגד כלים שוב לא מיקרי גרמי נגד ממון אחר, אולם לפי דעת הרמ"ה לא שנא, והדרא הקושי' לדוכתא - וצ"ע - ועיין בהערה <sup>89</sup>.

ב] עוד הקשה בזה באילת השחר - דלמ"ד דשומר שקיבל שמירה בעבדים וקרקעות דפטורים מתשלומין אבל אכתי יש דין שמירה שחייב לשמור, וקשה דתיפוק ליה דאכתי חייב בתשלומין מדין גרמי, והתם ודאי חייב שמירה לחבירו [ונדחק לומר דס"ל לרמ"ה דאין דין שמירה עליהם כלל].

ג] כמו"כ יש לעיין דלמה צריכים לבא לדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס לחייב את השומר [והיינו כשיש שייכות בין האונס לפשיעה] הא תיפוק ליה מצד החידוש של הרמ"ה, ואיך שייך לומר דאיכא מ"ד דפוטר.

**מבאר שכוונת הרמ"ה לבאר שחייבים את הכותל וההרחקה עצמה - ולא חייבים על ההיזק עצמו - לא להזיקו - וממילא דדווקא הכא חייבים גם לגבי גנבים.**

ונראה כך:

יש להעמיד ב' צדדים בגדר החיוב הרחקה וחיוב שמירה מהיזק שלו לממון חבירו:

<sup>89</sup> והיינו דלדברי הרמ"ה יש לדון דמה יהיה הדין אם חייב לגדור לשמים, אבל אין לו חיוב לגדור לחבירו, שי"ל שכל מה שחידש הרמ"ה שמה שאינו גודר מיקרי שעשה כלפי כל הנפ"מ שיצאו מזה, היינו דוקא משום שהוא חייב גם לחבירו ולא גדר לחבירו, אבל אם חייב לשמים אינו כן - וכתב בזה הקה"י שבאמת אינו חייב את החיוב כיסוי לבעל הכלים, אלא שזה חיוב כללי דרמי רחמנא שלא יהיה כאן תקלה, ואף דהסיבה היא "מחמת" בני רשה"ר, אפי"ה אינו חייב "להם", אלא חיוב דרמי רחמנא עליו כדי שהם לא ינזקו, ודלא כהיזק ראיה ומחרישה שזה חיוב להך שכן שהזיקו בסוף בהיזק דגניבה.

אולם עיקר דבריו אינם פשוטים, דמגלן זאת דדין שמירתן עליך הוא חיובא לשמים ולא חיובא לכל מי שיכול להנזק - ושמעתי שהשיעור פתיחה בב"ק של הגר"ח שמולבין וצ"ל היה להוכיח דדין לשמים הוא.

א] חיוב להפסיק את הנזק עצמו - והיינו חיוב למנוע את ההיזק שבנפילה לתוך הבור, וחיוב למנוע את ההיזק ראייה וההיזק של כלאים לחצר חבירו, וחיוב למנוע גניבה ואבידה מהפיקדון - ואף שהדרך למניעה זו היא על ידי כיסוי לבור ושמירה לפיקדון ומחיצה והרחקה לכלאים וגנבים, אכן לא זה גוף החיוב - אלא גוף החיוב היינו מניעת ההיזק עצמו - וכל הדרכים הם אופנים שונים של קיום דינו.

ב] חיוב על השמירה עצמה - והיינו חיוב כיסוי לבור, וחיוב שמירה לפיקדון, וחיוב הרחקה או מחיצה כנגד ההיזק ראייה וכלאים, ומניעת ההיזק עצמה אינה אלא 'סיבת החיוב' - ודו"ק.

והנפ"מ בין הנך ב' צדדים יהיה כך - שאם נתחדש בגרמי שלא לעשות מחיצה או כיסוי או שמירה נחשב כמעשה חיובי בכיוון ההפוך - והיינו שנחשב כמעשה לפרוץ מחיצה ולבטל שמירה ולפתוח כיסוי - דאז יהיה תלוי בגדר של עיקר החיוב.

שאם עיקר החיוב היינו גוף הכיסוי והשמירה והמחיצה עצמם - דאז הפירצה בכולם כוללת את כל מה שכלול בפירצה - ואם יש דברים נוספים שכלולים בפירצה - אז הכל נכלל בתוך החיוב גרמי שלו - אכן אם החיוב הוא מניעת נזק הנפילה לבור ומניעת הגניבה ואבידה של הפיקדון - דאז כלול בגרמי דווקא החיוב עצמו - והיינו שאנו מצמצמים את החיוב למחייב - שאם בבור הוא חייב מניעת היזק של בהמה ולא של כלים - א"כ דנים את הפתיחה של הכיסוי כמביא וכגורם אך ורק להיזק של הבהמה וזה לא שייך לכלים - וכן בשמירה של הפיקדון, שרק כנגד הדבר שצריך מניעה דנים אותו כגורם.

ונראה שהיד רמה חילק בין שומרים ובור ששם החיוב הוא מניעת הנזק עצמו, לעומת נזקי שכנים שכאן החיוב הוא גוף ההרחקה והמחיצה ולא מניעת עצם הנזק - ומיושב הנך קושיות.

אולם צריכים להוסיף - שהרי ודאי שאין גרמי בבור ובשומרים - שכל החיוב אינו אלא חיוב בור וחיוב שומרים ולא אדם המזיק מדין גרמי - וע"כ שכל החידוש שמה שהוא לא עושה חשיב כעשייה חיובית הפוכה - כל זה הוא דווקא בחיוב עשייה - חיוב להרחיק או חיוב לעשות מחיצה - שאז דנים בגמרי שאם הוא לא עשה - הרי הוא עושה מעשה קירוב ומעשה פרצה - אולם בבור ושומרים שאין דין עשייה כלל - ששם העשייה היא רק היכי תימצא בעלמא של המניעה - התם ליתא לדין זה כלל של גרמי.

#### מקור שהחיוב הוא חיוב הרחקה ולא חיוב מניעת הנזק.

ונראה להביא מקור שהחיוב הוא חיוב הרחקה ומחיצה - ולא חיוב מניעת הנזק - דהנה הבאנו לעיל [סימן ד] לחלק בין היזק ראייה בחלון להיזק ראייה בחצר הסמוך לגג שכל הפרק לא יחפור רק מחייבו להרחיק את התשמיש שמזיק לו - וזה החלון - אכן בחצר הסמוך לגג ליכא תשמיש המזיק - והרי לא מחייבו להרחיק את הנזק עצמו - ולכן ליכא מחייב רגיל של לא יחפור מגג לחצר - וע"כ שיש תקנה חדשה של 'חיוב כותל' וזה חיוב ממוני - ויש הרבה הלכות בחיוב כותל - וכגון סמיכת קורות ואינו כונס לתוך שלו - ובתקנה הזו כבר לא בעינן גירי דיליה - עיי"ש כל הנפ"מ בזה - ודו"ק - ולכן הר"י מיגאש לא הקשה את הקושי' על היזק ראייה דאינו גירי דיליה אלא על חלון ולא על ב' חצרות ולא על גג הסמוך לחצר.

ונראה שאם החיוב בפרק לא יחפור היה לא להזיק בהיזק ראייה - א"כ אין מה לחלק ביניהם - שבשניהם יש היזק ראייה - וכל מה שעושים למניעת ההיזק אינו אלא כהיכי תימצא למניעת ההיזק ראייה - וע"כ שתחילת החיוב היינו הרחקה של התשמיש - שזה תשמיש שמזיק והתשמיש צריך הרחקה או מחיצה - ובזה מחלקים שבחצר ליכא תשמיש המסויים ולכן צריכים לבא לדין חדש של תקנת כותל.

ואגב יש להעיר - הרי ברור שהרמ"ה לא למד כהרמ"ה שיש חיוב ותקנת כותל שכוללת גם את הזכות של סמיכת קורות - שא"כ ה"ה שיש לומר שהזכות בכותל כוללת גם שמירה נגד גנבים - ואז לא צריכים ללמוד את החידוש של גנבים מכאן ושפיר יש ללמוד מעיקר תקנת כותל - ודו"ק.

**מבאר שהוכחת הרמ"ה היא ממה שחשיב גרמי כעשייה ידיה - וממילא דהוי כפורץ - ולכן חייב גם על גנבים.**

הרי לנו שיישבנו את ההבדל בין שומרים ובור לחיוב לא יחפור - ודו"ק, אולם דיין לא יישבנו איך הוכיח הרמ"ה דין זה מכלאים, הרי בכלאים כל המחיצה היא מחמת הכלאים ולא מחמת המחרישה - וכאן תחילת הכותל מהיזק ראה וסופו מחמת גנבים - ודו"ק.

אולם לפי הנ"ל גם זה מיושב - והיינו שהרמ"ה בא לומר שמחיצת הכרם אינה חיוב לא להזיק בכלאים אלא חיוב הרחקת התשמיש של כרם או חיוב מחיצה כנגד התשמיש של כרם - וממילא דמהאי טעמא אי בניית המחיצה חשיב כפורץ - דלו יצויר והיה חיוב לא להזיק בכלאים, א"כ לא היה חשוב כפורץ - אלא שהיה דומה לשומר ולמזיק של בור שהוא חייב כלפי הדבר המסויים הזה - אכן כיון שזה חיוב על המציאות של ההרחקה או הכותל - שוב חשיב כפורץ.

הרמ"ה ראה את החידוש הזה בסוגיין דלכן מיקרי גרמי - והיינו ע"ד המאירי שצריכים מעשה - וההתראה מגדירה את האי עשייה כעשייה - והיינו כפורץ גדר - ונראה - דלעולם י"ל שהרמ"ה למד דמצד כלאים הוא חייב לגדור ולא מצד מחרישה, ואכתי הוכיח מהכא מהיזק ראה לגנבים, שהרמ"ה הוכיח מהחידוש בסוגי' ד"אי - גידור" מיקרי מעשה ועשייה לענין גרמי, וכמו שהבאנו מהמאירי, דהכא נתחדש דאף דבכל גרמי הוא עושה מעשה כל דהו, אבל כאן הוא לא עושה כלום, וזהו החידוש כאן, שלא לגדור מיקרי מעשה ועשייה לענין גרמי היכא דאיכא התראה - וכל זה משום שיש חיוב מחיצה ולא חיוב על היזק הכרם - ולכן חשיב כפורץ - וזה מעשה ידיה.

ומכא החידוש שנתחדש לגבי גרמי - דמוכרח דהוי כפורץ - מהכא מוכרח עוד דלא שנא גנבים לא שנא היזק ראה - דאי לגבי כלאים מיקרי 'פורץ' א"כ ה"ה לגבי היזק ראה דנמי חשיב כפורץ - ואי חשיב כפורץ - אז יש סברא פשוטה למה חייב גם על גנבים - וכנתבאר לעיל - שכל מה שכלול בפרצה מתייחס אליו.

אכן דרכינו כאן הוא דרך מחודש, דכפשוטו נראה דלא משמע מהרמ"ה שרק בא לחדש הלכה בגרמי.

**מהלך חדש ביד רמ"ה דלמד דכל המחיצה מצד כלאים אלא דבהלכות גרמי איכא חידוש דבעי מעשה היזק והנידון הוא אי מעשה דכרם ומעשה דגנבים מתייחסים אליו ולענין זה השוים הרמ"ה אהדדי.**

וי"ל בשיטת הרמ"ה באופ"א, דהנה, יעויין ברא"ש בדיני גרמי [לא יחפור סי' י"ח] שהביא שהפורץ גדר בפני בהמתו ונאבדה דאינו גרמי, וקשה דמאי שנא ממחיצת הכרם דחשיב גרמי, וחילק דסו"ס הבהמה יצאה מאליו, אבל במחיצת הכרם ברי היזקא, ויש מעשה ע"י עירבוב גפנו ויאוש.

וכתב הטור דברא"ש מבואר דחולק על היד רמ"ה הנ"ל, וביאר הש"ך [הובא בנחל"ד כאן] בכוונתו, דס"ל לרא"ש דצריך ברי היזקא, ובהמה שיצאה וגנבים שיגנבו תרווייהו לא חשיבי ברי היזקא, ולכן בתרווייהו ליכא גרמי.

ובדעת היד רמ"ה צ"ל דבהמה שפיר חשיב גרמי, ומה שמבואר בגמ' דלא חשיב גרמי היינו טעמא דהגמ' מיירי בלי התראה, והברייא בכלאים מיירי בהתראה, וזה החילוק, והך דגנבים מיירי נמי בהתראה, וזה חידוש גדול.

והביאו מהב"ח שחולק וס"ל שבאמת דעת הרא"ש בזה כהרמ"ה, ותרווייהו מודי דבגנבים ובכרם חייב מצד גרמי ובפורץ לפני בהמה פטורים, והחילוק בזה הוא דבתרווייהו איכא "מעשה", דבגנבים איכא מעשה של הגנב, ובמחיצת הכרם איכא מעשה מצד היאוש ומצד העירבוב של הכרם הלכך בשניהם חייבים מצד גרמי, משא"כ בבהמה, התם הבהמה יצאה מאליו ולא נעשה בה מעשה, ולכן ליכא חיוב מצד גרמי, והמשמעות הפשוטה ברא"ש היא כהב"ח, ודלא כהנחל"ד, ועיין בזה בהערה <sup>90</sup>.

ומבואר הכא שיש יסוד וחידוש בגרמי, דאין כאן חיוב מחודש אף בלי "מעשה מזיק", רק דהיות ויש "מעשה מזיק" בכרם שעושה מעשה ע"י היאוש, וכן בגנב יש מעשה היזק ע"י הגנב, והמעשה של הגנב מתיחס לזה שפרץ את הגדר [או שלא בנאן] כיון שהוא אחראי והוא גרם להך מזיק של הגנב, ורק בכה"ג יש גרמי, אבל בבהמה אינו כן, דהתם הניזק יצא מאליו, ואין שם שום מעשה היזק, ולכן לא שייך בכה"ג דינא דגרמי, דצריך שיהיה כאן תורת מזיק שיתיחס אליו כדי לחייבו.

ומעתה י"ל דהיד רמ"ה אזיל ממש בדרך זה, אלא שחולק על הרא"ש בנקודה אחת, שהיד רמ"ה למד שהיאוש לא פועל, והוא רק תנאי צדדית באיסור כלאים - ע' שיעורי ר' אלחנן שחקר בזה, ולהלן [סימן יז] הרחבנו בזה - וממילא דכבר הוקשה לו דהיכן יש מעשה בכרם, וחסר במזיק.

ועל זה תירץ הרמ"ה שיש כאן סיכוך הכרם, והיינו שהכרם לא גודל במקומו גרידא אלא אח"כ הכרם עוד ימשיך ויצא ממקומו ויעשה מעשה מסכך, ולכן חיילא בכרם "שם מזיק", וכל זה מתיחס אליו כיון שהוא לא גדר, [ואף דרק אח"כ זה יסכך, אבל זה סגי שיהיה לו שם מזיק כבר כשגדלים ביחד כל א' במקומו].

וי"ל דזהו נמי כוונת הטור שהרא"ש חולק, שהרא"ש שכתב שיאושו הוא מעשה והוא עושה, ע"כ דחולק בתרתי, א' לרא"ש יאוש פועל, ודלא כהיד רמ"ה שסובר שזה תנאי בעלמא וזהו המעשה, ב' י"ל דהרא"ש ס"ל דצריך מעשה ידיה, ומעשה של אחרים לא מתיחס אליו, ולכן מעשה דמסכך לא היה מהני, שזה מעשה של אחרים, וא"כ ה"ה מעשה של הגנבים הוא מעשה דאחרים ולכן ליכא חיוב.

ומעתה זכינו לביאור נוסף ביד רמ"ה שלמד מכאן שהחידוש כאן הוא שמעשה דכרם מתייחס אליו מדין גרמי וחשיב כמעשה ידיה, וא"כ ה"ה דגם מעשה דגנבים יתייחס אליו.

ומעתה י"ל דבפורץ גדר בפני בהמתו, הרי כ' הנחל"ד דלדעת היד רמ"ה שפיר חשיב כגרמי אם היה התראה, ולדברינו י"ל דאינו גרמי כלל, דאין כאן מעשה דאחרים רק בממילא.

אולם אכתי יש לדון בעיקר דברינו, שהרי נראה דלשיטת הרמ"ה מפורש דחייב בפורץ גדר, וצ"ע.

<sup>90</sup> והיינו דבאמת ברא"ש לא כתוב שבהמה לא חשיב כברי היזיקא, וכדעת הנחל"ד אלא שכתב ד"מאליו יצא", וזה משמע בהדי' כהב"ח, ויתכן שאולי למדו הנחל"ד והש"ך דהלשון ד"מאליו יצא" אין הכוונה שחסר במעשה, רק דכבר אינו ברי היזיקא, שהרי הוא החליט מאליו לצאת, והכוונה דחסר בברי היזיקא.

## סימן יז

**פלוגתת הראשונים בדין התראה בכלאים,  
מצד כלאים או מצד גרמי.**

**פרק א ביאור למה בעינן התראה לגרמי.** < פלוגתת הראשונים אי התראה מצד קידש או מצד גרמי, והנפ"מ בזה. > שיטת המאירי בזה דחסר בעשייה של גרמי בלי התראה. <

**פרק ב התראה לענין איסור וקידוש.** < פלוגתת הראשונים למה בעינן התראה לענין קידוש. > דרכם של האחרונים בביאור האי פלוגתא, [ובדברי החת"ס ברמב"ן דבעינן ניהותא על האיסור כלאים]. < ביאור בגדר של המחשבה של הניהותא שחלוק ממחשבת פיגול דהכא סגי בניהותא בעלמא, ומוכרח דע"כ דדנים את הניהותא כאילו חושב כן בהדי', דהא מצד מקיים כלאים אתינן עלה בהאי ניהותא. > עפ"י הנ"ל אפשר לבאר דרך חדש בביאור פלוגתתם, דלא פליגי האם במציאות סומך על חבירו והאם סומך על מה שכבר עשה פעם מחיצה, אלא דרק על ידי התראה אפשר לדון את הניהותא כרוצה אם שני המינים היו כבר מופרדים. < הערה בעיקר דברי הרמב"ן, דלמה מתרינן ביה לא נתרה ולא יהיה אסור, ומבאר עפ"י המקד"ד שיש מ"ע למיעוטי תיפלה.

## פרק א

**ביאור למה בעינן התראה לגרמי.**

**פלוגתת הראשונים אי התראה מצד קידש או מצד גרמי, והנפ"מ בזה.**

מבואר בברייתא דדוקא בנתייבאש והיינו שיש ניהותא של הבעלים, הוא דנאסר הכרם והתבואה, והיינו כמבואר בתוס' שזה מטעם דזרוע ובא רק נאסר בניהותא דומי' דזרוע לכתחילה, והיינו דוקא כשיש ניהותא דהיינו בנתייבאש מלגדור, ויש להסתפק האם דינא דהתראה שייכא להך דין או לא, ונחלקו בזה הראשונים.

דהנה, כתבו התוס', "ואם לא התרו בו אינו חייב באחריותו", ומשמע דבלי ההתראה קידש ונאסר, אלא דהדין בזה הוא שאינו חייב באחריותו, וכן משמע מרבינו יונה [ד"ה והא דקתני א"ל גדור], וכן נראה להוכיח מהיד רמ"ה שכתב דכמו דבמחיצת הכרם דחייב רק בהתרו בו, כמו כן בלא גדר כנגד היזק ראייה ובאו גנבים דג"כ חייב מצד גרמי, זה דוקא אם התרו בו, ומבואר דכאן ההתראה הוא כדי להתחייב, והיינו ע"כ משום דבגרמי לא מתחייב בלי התראה, ולא לענין קידש או לא קידש, דבבאו גנבים ליכא ענין של קידוש.

אולם מאידך גיסא, ברמב"ן [ד"ה א"ל גדור] כתב "ואם לא א"ל גדור לא קידש", והרמב"ן מדמה האי דינא לעיקר הדין דנתייבאש שביארו התוס' שזה מטעם דרק נאסר בניהותא ומה"ט צריך התראה.

וכן מוכרח מהרמב"ם, דהרמב"ם הביא את הדין של הברייתא באופן שבעל הכרם והתבואה הם בעלים אחד, דס"ל אין אדם אוסר דבר שאינו שלו, וע"כ דלא מיירי לענין מזיק, רק לענין איסור, וזה כמבואר נמי בתוס' בב"ק [ק'] דלהך מ"ד שאין אדם אוסר דבר שאינו שלו ע"כ דס"ל דבב' בעלים לא נאסרו שניהם, [וע"כ דאומרים לו בי"ד לגדור ולא חבירו וכמבואר ברבינו גרשום], וע"כ כהרמב"ן, דלענין קידש אתינן עלה.

הרי דפליגי בתרתי לתוס' צריך התראה לענין התשלומין ולא לענין להאסר, ולרמב"ן צריך התראה להאסר ולא לענין התשלומין, והנפ"מ בין ב' הפלוגתות יהיה בב' אופנים, א' באופן של היד רמ"ה דאין כלאים רק גנבים, דלתוס' צריך התראה מצד חיובא דגרמי, ולא לרמב"ן, ב' באופן של הרמב"ם בבעלים א', דלרמב"ן מתרה, ולתוס' אינו מתרה.

ובביאור שורש פלוגתתם לענין תשלומין, י"ל דשורש פלוגתם בגדרי גרמי, דלכא' רק מצד גרמי בעי התראה, וי"ל בזה עפ"י מש"כ בקונטרס דינא דגרמי [ד"ה ומשום הך קושי' איכא], שהביא נידון אי גרמי הוא מעיקר הדין או דהוי קנסא ומה"ט בעי ההתראה, דאי הוי קנסא י"ל דלא קנסו בשוגג, וי"ל דזהו שיטת התוס' והרמ"ה ורבינו יונה, אולם הרמב"ן אזיל לשיטתו דהסיק [שם] שגרמי אינו קנס, ושפיר חולק כאן לשיטתו.

אכן בתוס' קשה לומר כן, דתוס' להלן [כ"ב:] כתבו בשם הריצב"א דגרמי הוא קנס אולם כתבו דבהך קנס קנסו שוגג אטו מזיד כמו שר"מ קנס שוגג אטו מזיד בהיזק שאינו ניכר, עיי"ש, וקשה, דהו"ל להוכיח מברייתא זו דלא קנס בכה"ג שוגג אטו מזיד, וצ"ע, וע"כ דאין זה הטעם כאן.

ואולי י"ל דכאן זה שי' הר"י, ושם נראה דהר"י חולק ואינו קנס, והר"י [תוס' נ"ד. ד"ה חמור] כתב שהוא מדרבנן, וי"ל דלר"י שזה מדרבנן, אז יש דין דצריך מזיד והתראה. ועיין ברבינו יונה, דז"ל, "דבכגון דא לא אסיק אדעת' דחייב, ולכן צריך התראה" ומשמע כנ"ל, אי מצד קנס, או מצד דרבנן.

והיה אפ"ל באופ"א דכוונתו דהוי אונס, ולשי' התוס' דאונס פטור באדם המזיק באונס גמור לכן פטור, אבל הרמב"ן אזיל לשיטתו דבאונס גמור חייב, ולכן א"צ התראה מצד זה.

### **שיטת המאירי בזה דחסר בעשייה של גרמי בלי התראה.**

אמנם במאירי מדויק שיש בזה סיבה אחרת ולא אתינן עלה מצד דינא דגרמי אלא דסברא מסוימת היא במי שחייב לגדור ולא גדר דמחייבין ליה מצד גרמי, וז"ל [סוד"ה נפרצה] "ואעפ"י שלא עשה מעשה הואיל והתרה לגדור ולא עשה, ואח"כ בא ההיזק, הרי הוא כעושה בידים".

והיינו שהחידוש בגרמי הוא דמה שהוא לא עשה הרי הוא כעושה, וכל זה הוא רק משום שלא עשה נגד ההתראה, ודו"ק, והיינו דלעיקר דין גרמי בעינן כאן התראה, ובאמת דהמאירי בהמשך [זה כפל בשמועה, בסוף] נראה כהתוס' דקידש, ורק דלא חייב באחריות. ויתכן דבזה גופא פליגי דאי דין גרמי הוא שחייב על הנזק, ולא שחשיב כאילו עשה, שוב יש לחייבו גם בלי התראה, אבל אם חייב על הנזק דדנים אותו כאילו עשה, שוב י"ל ד"אי - בניית מחיצה" רק מיקרי "פרצה" כשלא בונה נגד ההתראה.

ויש להוסיף בזה, דהגר"ח חידש דכמו דאונס אומר שאין כאן מעשה לענין קיום תנאי, ה"ה דאונס אומר דאין כאן מעשה של "לא באתי", ואם היינו דנים האם יש כאן "מצב ומציאות" שהוא "לא בא", הרי ודאי שהוא לא בא, אבל אם דנים שיתחס אליו "מעשה אי - ביאה", הרי ע"ז מהני אונס לומר שזה לא מתחס אליו, ונראה דסברת המאירי הוא שרק חשיב "מעשה אי - גידור" כשלא גדר נגד התראה.

## **פרק ב**

### **התראה לענין איסור וקידוש.**

#### **פלוגתת הראשונים למה בעינן התראה לענין קידוש.**

הבאנו שנחלקו הראשונים עוד אי בעינן התראה מצד האיסור, והיינו שהאם נאסר בלי התראה או לא, דהנה הרמב"ן כתב מפורש שכמו שצריך נתייאש, כמו"כ בלי התראה אין כאן ניהותא דבעלים ובדעת התוס' צ"ע, שהרי אם בעינן ניהותא, הרי מאן יימר לן דיודע שיהיה כאן כלאים כדי שיאסר, ומהרמב"ן משמע שידוע רק שאין ניהותא דחושב שבעל התבואה יסייע, וממתין, וזה לא מיקרי ניהותא עד שאומרים לו גזור<sup>91</sup>.

<sup>91</sup> והיה אפ"ל דלתוס' רק איסור מספק וספק דאורי' לחומרא, ולרמב"ן אסור מודאי, ורק דלחייבו ממון צריך התראה דמספק אין להוציא אף דקידש רק מספק, ובפרט לפי מש"כ מהמהאירי דפשיטא דל"ל התראה לענין הממון. וכן מוכרח גם ברמב"ן דהיה ספק, דאל"כ ק' קושי' הקובש"ע ס"ק דלא ליתרו ולא ליאסר, וע"כ שהיה אסור מספק, ומתרה כדי שיהיה מותר ע"י מחיצה, וכוונת הרמב"ן הוא רק דאם לא יתרה לא יהיה ודאי קידש, ושוב אסור מספק וא"י לתובעו מספק ואכתי צ"ע.

ועי' רשב"א [ד"ה אומר לו גדור] דאזיל כהרמב"ן, וביאר הטעם למה בעינן התראה לאיסור, "אלמא לעולם לא קידש ואפי' בתוס' מאתיים אלא אם כן 'נראה' דניחא ליה או שהוא מתייבש מלסלקו, והכא נמי אם לא שאמרו לא גדור ונתייבש לא קידש שאני אומר שמא סבור הוא שאינו חייב לגדור", והרמב"ן הוסיף בטעמא דמילתא למה טועה וסבור כן, וז"ל "וזה שאין הגפנים והתבואה של אחד, וכסבור שעל שניהם לגדור, אם לא אמרו לו גדור ונתייבש לא קידש, ואעפ"י שהוסיף מאתיים", וכן הוא בנימוקי יוסף ובחיל' הר"ן שם טועה כיון שחושב שגם השני חייב לגדור, ולהכי בעי התראה.

אולם מהרמב"ם [שם] מבואר דגם בלי טעמא של הרמב"ן [דסומך על זה שעל חבירו לגדור] אכתי בעי התראה, שהרי להרמב"ם מירי בבעלים אחד, וק' דלמה בעי התראה, ואין לומר דחיישינן שמא אינו יודע שיש דין לגדור ולזה בעי התראה, שהרי אין דין שיהיה לו נוחתא ב"איסור הכרם", אלא דסגי בניחותא בתערובת ובמציאות של הכלאים, שהרי פשוט שגם מי שלא יודע הלכות כלאים ויש לו כלאים בכרמו דנאסר וקידש הכרם דסו"ס ניחא ליה בגוף הכלאים.

ועי' בדרך אמונה [כלאים פ"ז-ה"ז] ובביאור ההלכה שביאר דכיון שכבר גילה דעתו מתחילה בבניית המחיצה סובר דא"צ לגלות דעתו שוב ולהכי לא מיקרי דניחא ליה בהך כלאים, ודו"ק, וצ"ע בזה האם נקטינן דכן הוא הסתמא בכל מי שהיה לו מחיצה, וצ"ע<sup>92</sup>. ובעיקר תמוה, דבכל כלאים לא מצאנו שיצטרך להתרותו, וברואה ירק בכרם א"צ להתרותו ומאי שנא הכא דבעי התראה, [ולרמב"ן י"ל דאין כאן משהו אחר, אבל לרמב"ם קשה].

**דרכם של האחרונים בביאור האי פלוגתא, [ובדברי החת"ס ברמב"ן דבעינן נוחתא על האיסור כלאים].**

וצריכים לבאר פלוגתת הראשונים אי בעינן התראה לאיסור או לא, ועי' מה שהבאנו בזה בהערה<sup>93</sup> כמה דרכים בזה באחרונים, שיש שתלו פלוגתתם האם נאמן לומר שחשב שהשני יגדור, ויש שתלו פלוגתתם מהו הסתמא האם סומך על אחרים או לא, עיי"ש.

<sup>92</sup> ויש מקום לפרש כן גם בשיטת הרשב"א שהרשב"א לא הזכיר כלל שסומך על חבירו לגדור, אלא דעיקר הסברא בזה צ"ע, ודו"ק.

<sup>93</sup> דהנה, בביאור ההלכה [דרך אמונה פרק ז' דכלאים הל' י"ז] שכתב שאין כ"כ נפ"מ בפלוגתא זו, שהרי אי באמת טעה וחשב שא"צ לגדור שוב ליכא נוחתא ולכו"ע לא נאסר, ואי לא טעה בזה אז לכו"ע איכא נוחתא, וכל המחלוקת הוא רק אי מאמינים לו דטעה או לא.

ובשיעורי ר' אלחנן [ריש ב"ב] נקט דפליגי מהו הסתמא, האם סתמא ניחא ליה או דסתמא לא ניחא ליה אלא דטועה דקסבר שאין עליו לגדור, וכבר דחינו דבריהם, וצ"ע.

אולם מתחילה רצה לחדש דפליגי בכל האופנים, דרצה לחדש דלשיטת התוס' א"צ נוחתא לאיסור כלאים, ובאמת גם בלי הניחותא חיילא הכלאים, אלא דמה דלא ניחא ליה עוקר את הכלאים, ולכן אף דהכא הוא טועה וחושב שא"צ לגדור אפי"ה אין כאן "לא ניחא ליה" בכלאים, ונמצא דגם אי באמת טעה יש כאן כלאים, והרמב"ן סובר דבעי נוחתא כדי שיחול האיסור והרי אין כאן נוחתא כשטועה.

אולם דחה דלא יתכן לומר דחיילא האיסור גם בלי נוחתא, דודאי דבעי נוחתא לאיסור, ומפורש דבנאנס מלעקור את הכלאים דודאי דלא נאסר, אף דאין כאן "לא ניחא ליה" לעקור את הכלאים.

ותירא מזו יש לדחות, דהר"י לשיטתו סובר ביבמות [פ"ג] דכלאים מיקרי אוסר דבר שאינו שלו במחשבה כתקרובת ע"ז, ואי לא בעי מחשבה לעצם האיסור אין זה כתקרובת ע"ז דבעי מחשבה לאיסור, ועוד דבר"י [מובא ברמב"ן בקונטרס דינא דגרמי] מבואר דלא חשיב מעשה דגפנו [להתחייב מדין שור המזיק] כיון דמחשבת הבעלים הוא האוסר, וכל זה לשיטת הר"י בעל התוס', ולא יתכן לומר הכא דס"ל לר"י דכלאים א"צ מחשבה רק דע"י המחשבה הוא מציל את הכלאים, וזה מופרך מיניה וביה, ועיין להלן [סימן יח - יט] בעיקר סברות הללו מה שהבאנו מהחת"ס ורעק"א בזה.

וע"כ דמוכרח דחולקים מהו הסתמא וכדברי ר' אלחנן, או כהגר"ק דחולקים האם מאמינים לו או לא, והיינו דכל פלוגתתם הוא רק היכא דאין אנו יודעים, וחולקים מה הדין בספק, אבל אין כאן מחלוקת בעיקר דין נוחתא בכלאי

אכן כל הנך דרכים תמוהין שהרי סו"ס מפורש בתוס' דבעינן התראה לענין החיוב תשלומין, והטעם לזה הוא משום "שאינו סובר להיות חייב כל שעה", והיינו דאף דיודע דחייב לגדור מצד מחרישה אכן בענין המחרישה הוא חושב שהוא יכול להתעכב, ולזה בעי התראה לגדור עכשיו.

ולכא' קשה דסו"ס למה אינו מבין שהוא צריך לגדור עכשיו מצד כלאים, שהרי כלאים בעי מחיצה מיד וע"כ משום שלענין כלאים הוא סומך על חבירו, דאל"כ אלא שהוא חושב שהוא צריך לגדור א"כ למה לי התראה לענין החיוב תשלומין, הא ממילא הוא יודע שהוא צריך לגדור מחמת הכלאים, אלא דע"כ צ"ל דסומך על חבירו, וע"כ דמוכרח בדעת התוס' דאף אי באמת סומך על חבירו אכתי מקרי ניהותא בכלאים דסו"ס נתייאש מלגדור לפי שעה בזה שהוא לא התעסק בלתבוע את חבירו, וע"כ דזה עצמו סגי להחשב כניהותא לקיים כלאים, ועיין בחת"ס דג"כ כתב כן בדעת התוס' דסו"ס הו"ל לתבוע את חבירו, ושוב צ"ב דמה שורש פלוגתתם<sup>94</sup>, וצ"ע.

**ביאור בגדר של המחשבה של הניהותא שחלוק ממחשבת פיגול דהכא סגי בניהותא בעלמא, ומוכרח דע"כ דדנים את הניהותא כאילו חושב כן בהדי', דהא מצד מקיים כלאים אתינן עלה בהאי ניהותא.**

איברא דנראה לומר בביאור פלוגתתם באופן אחר, ויש להקדים בזה חידוש בעיקר הגדר של הניהותא בכלאים, דכבר ביארו דשאני ניהותא דכלאי הכרם ממחשבת פיגול, דבפיגול, המחשבה היא מחשבה חיובית מתי לאכול את הקרבן, ובמחשבה זו הוא קובע שם פיגול על הקרבן, אולם בכלאים אינו כן, דהכא אין כאן מחשבה חיובית לקבוע כאן כלאים, אלא שיש כאן ניהותא למצב של כלאים, דניהא ליה והוא מרוצה בהך מצב.

ובסברא זו ביאר הגר"ש רוזובסקי [ב"ב ס"ק ל"ג] למה הניהותא בכלאים מיקרי "גרמי" וכמבואר ברמב"ן [בקונטרס דינא דגרמי], ולעומת זאת מחשבת פיגול חשיב כמזיק בידים וכמבואר בתוס' ב"ק [ק'], דשאני מחשבה מניהותא, דמחשבה הוא "פעולת מחשבה" וחשיב כמזיק בידים, אבל בניהותא דכלאים, שאין כאן שום פעולה חיובית מצידו, אלא שהוא משלים עם העובדה שיש כאן כלאים, זה לא מיקרי "פעולה" של מחשבה.

והוסיף [שם] דלא בעינן אפילו שיהיה ניהא ליה בגוף התערובת באופן חיובי, אלא דעצם זה דניהא ליה "לא להפריד" ולא לעקור את התערובת סגי, דמתייאש מלגדור, דגם זה סגי לניהותא בכלאים אף דלא חשב בהדי' על התערובת עצמה, וזה ודאי לא מיקרי מעשה בכלאים, עכתו"ד.

הכרם - אולם כבר הוכחנו מיניה וביה בתוס' דאינו כן, וע"כ צ"ל דמחלוקתם הוא ביסוד דינא דניהותא בכלאי הכרם, וכדיבואר.

<sup>94</sup> ועיין חת"ס שם שפירש דלפי הרמב"ן צ"ל דמיירי בא' שלא יודע הלכות כלאים כלל, ואומרים לו היינו בי"ד, ולכן שפיר יכול לטעון שהוא לא ידע כלל על האיסור כלאים ולכן הוא לא תבע את חבירו, אולם נראה שיש בזה ב' קושיות:

א] אי באמת לא ידע על האיסור כלאים א"כ למה ליה לרמב"ן לחדש סומך על חבירו, הא הו"ל שהוא לא חושב כלל שצריכים מחיצה, ומזה שהוא דן על המחיצה שהרו חייב מבואר דשפיר יודע על הצורך בהרחקת כלאים.

ב] עיקר דבריו דבעינן ניהותא על האיסור כלאים הם חידוש גדול, דלא מבעי' ליה אם ענינו של הניהותא הוא דבזה חיילא עיקר השם כלאים - וכדהבאנו להלן [סימן יט] מרעק"א - דאז פשיטא דא"צ שיהיה לו ניהותא על האיסור, וסגי בניהותא על העובדא שהם בכלאים זה עם זה, אלא דגם אם נימא דהניהותא הוא תנאי בחלות איסור כלאים, וכדהבאנו להלן [סימן יח], הא סו"ס מאן יימר דצריך ניהותא על זה שהם יהיו אסורים, הא אי נימא כן אז בכל כלאים היה צריך התראה, גם ברוואה ירק בכרם, ואף בבבילים א' כתב הרמב"ם דבעינן התראה ולמה לא בעינן בכל כלאים כדי שנדע שהוא יודע הלכות כלאים, ופשוט שאינו כן, וצ"ע ג.



ונראה דמבואר כאן חידוש, דבאמת יש להסתפק האם המצב של הכלאים בעצמו אוסר או שהבעלים אוסר בזה שהוא נחשב כ"מקיים" כלאים, דנאסר מחמת זה ש"קיים" את הכלאים, ומהרמב"ם מבואר כהצד השני, דז"ל הרמב"ם [כלאים פ"ה-ה"ח], "אחד הנוטע ואחד המקיים כגון שראה כלאים צמחו בכרמו והניחם הרי זה קידש", ומשמע דקידש מחמת זה שעבר על האיסור מקיים כלאים, וכן הוכחנו להלן [סימן יח] ברמב"ן.

ומעתה, אם בעינן שיחשב כמקיים כלאים ע"י הניחותא א"כ ע"כ בעינן דהניחותא בכלאים תתייחס לגוף התערובת דאל"כ לא חשיב כ"מקיים" בהך כלאים, וקשה שהרי נתבאר דלא בעינן ניחותא על גוף התערובת אלא דסגי בזה שאינו גודר, וע"כ דרואים דנתחדש בהך ניחותא דדיינינן ליה למי שהחליט לא לעקור כמי שהחליט שיהיה כאן כלאים, והיינו דבניחותא לא לעקור את הכלאים מונח ניחותא להניח גוף הכלאים, ולהכי דינו כמקיים כלאים, ושפיר נאסר.

**עפ"י הנ"ל אפשר לבאר דרך חדש בביאור פלוגתתם, דלא פליגי האם במציאות סומך על חבירו והאם סומך על מה שכבר עשה פעם מחיצה, אלא דרק על ידי התראה אפשר לדון את הניחותא כרוצה אם שני המינים היו כבר מופרדים.**

ועפ"י הקדמה זו יש מקום לבאר ביאור חדש בפלוגתת הראשונים אי בעינן התראה לדין קידוש.

דהנה, נראה דחידוש זה דדיינינן למי שיש לו ניחותא לא לעקור כניחותא להניח את גוף הכלאים, חידוש זה יותר מובן במי שרואה ירק בכרם, אבל במחיצת הכרם אפשר לחלק כיון ששני המינים כבר היו, וכבר היה ביניהם מחיצה אלא דנפרצה, וסתם דעתו היה ששניהם מופרדים זו מזו, ולא גילה דעתו דמעכשיו דנפרצה דכעת נשתנה דעתו ומעכשיו כבר ניחא ליה בגוף הכלאים, ובגוונא זו יש מקום לדון האם שייך לדון את הניחותא "לא לגדור" כניחותא ב"גוף הכלאים", ויש בזה ב' צדדים.

שמצד א' יש לומר דכיון דדעתו עד עכשיו היה דבין הנך ב' מינים ליכא תערובת ושיהיה ביניהם מחיצה, א"כ י"ל שמה שאינו גודר לא מיקרי ניחותא בגוף הכלאים ושוב אין לדונו כמקיים כלאים, דסו"ס עד שנפרצה היה דעתו שאינם בתערובת <sup>95</sup>.

אולם מאידך גיסא אנו רואים סו"ס דניחא ליה לא לגדור, וי"ל א"כ דעכשיו כבר נשתנה דעתו, ושפיר דנים דמעתה הרי הוא מקיים כלאים ע"י הניחותא, הרי דאיכא סברא לשני הצדדים.

ובנקודה זו חידשו הראשונים דין התראה, דסברי דכל דאיכא "צד רחוק" שסומך על השני לגדור, ואין כאן "הוכחה" דברור לו שרק הוא צריך לגדור, שוב לא מחשיבים את הניחותא שלא לעקור כניחותא בגוף הכלאים, ולא חשיב כמקיים, ורק בניחותא כזו דידוע לנו דאינו סומך על חבירו וידוע לנו שאינו סומך על מה שהיה כבר גדר, רק אז י"ל דהניחותא מחשיבו כמקיים כלאים, ולזה בעינן התראה להחשיבו כמקיים כלאים.

ונמצא דבאמת ליכא פלוגתא בין התוס' לראשונים האם ב"מציאות" הוא סומך על חבירו לגדור, שאם כוונת הראשונים כפשוטו שהוא יודע שצריך מחיצה אלא שסומך על חבירו לגדור, א"כ למה לא תבע כן מחבירו, וכבר הבאנו מהחת"ס שפירש כן בתוס' דלכן מקרי תמיד ניחותא בדעת התוס' דכיון דסו"ס למה לא תבעו.

<sup>95</sup> ויש להסביר הדברים לפמש"כ בורעא קיימא כלאים [קונטרס ג' פרק ג' סק"ב], דבעצם שני מינים נחשבים שתי שדות, וכדאשכחן לענין פאה דזרע אחר הוי הפסקה, אלא שחידשה התורה לענין כלאים דאיכא חפצא של "שדה כלאים", וחשיבי ב' המינים שדה אחת. וא"כ י"ל דהיכא דגילה דעתו מעיקרא שזורעם בנפרד, הוו ב' שדות גם משום שהם מינים נפרדים, ואע"פ שנפלה המחיצה אכתי אינם נחשבים כשדה אחת.

וע"כ דכו"ע מודי דסתם דעתו דעליו לגדור או לתבוע מחבירו, אלא שסו"ס יש לו "צד רחוק" שיכול לסמוך על חבירו שאולי הוא יגדור בעצמו, וגם לרמב"ם שהכל בבעלים אחד אכתי יש לו "צד רחוק" שיכול לסמוך על המחיצה של אתמול כגילוי דעת שאינו רוצה בעירבובי, ואהני לן הך "צד רחוק" שיהיה "גריעותא בניחותא", אלא דגריעותא זו לא מגרעת לכל הניחותא, אלא דלא חשיב כמקיים ע"י הניחותא, והיינו דהדרך אמונה למד דכן הוא האמת דבאמת סומך על מה שכבר בנה מחיצה, ולדברינו אין זה מחשבה אמיתית אלא שעכ"פ יש לו "צד רחוק" לענין זה דחסר כעת בכל הניחותא.

וי"ל דשורש פלוגתת הראשונים הוא בחידוש זה, דהוכחנו ברמב"ם דבעינן התראה לדין קידוש, דהרי מיירי בבעלים א', וברמב"ם מפורש עיקר האי יסוד דקידוש בכלאים תלוי בדין מקיים, וא"ש לשיטתו, ולהלן [סימן יח] נוכיח גם מהרמב"ן דג"כ סובר דהקידוש תלוי בדין "מקיים", ואזיל לשיטתו וסובר דלא נאסר אלא ע"י התראה, ובדעת החולקים י"ל דחולקים בעיקר האי חידוש, והיינו דלתוס' י"ל דהגדר במחשבה היא דאינו אלא תנאי בעלמא באיסור ולא פועלת כלום.

או די"ל דכו"ע מודי דדין קידוש תלוי בדין מקיים כלאים, אלא דסברי דלא מחלקינן בין הניחותא דמחיצת הכרם לניחותא בכל כלאים, ותמיד דיינינן לניחותא לא לעקור כניחותא בגוף הכלאים, ולא בעינן התראה, ודו"ק.

**הערה בעיקר דברי הרמב"ן, דלמה מתרינן ביה לא נתרה ולא יהיה אסור, ומבאר עפ"י המקד"ד שיש מ"ע למיעוטי תיפלה.**

כבר העירו האחרונים דלפי הרמב"ן דלא נאסר אלא ע"י התראה, א"כ למה מתרינן ביה, לא נתרה ולא יאסר, ועי' בזה בקובש"ע.

ונראה דמכאן הוכחה לדברי המקד"ד שמה שאמרו למיעוטי תיפלה <sup>96</sup> בע"ז [סד], הכוונה בזה שבאמת יש מ"ע למעוטי תיפלה מלבד האיסור מקיים כלאים, דהנה, שנינו בכלאים [פרק ז' מ"ו] שאנס שהחזיר לו שדה שיש בו כלאים בחוה"מ ועליו לעקור ע"י פועלים שבמועד לוקחים יותר כסף משאר השנה, ודנו שם ד"עד כמה הוא נותן לפועלים", ואמרו שם "עד שליש", וביאר הר"ש שמצוה עד שליש, וכן הוא בשנו"א "משום מצות עשה שלא יהיה נראה כמקיים כלאים", וק' דאיזה מצות עשה איכא הכא.

ועי' מקד"ד [עמוד 455] שהוכיח מהכא שבכלאים יש דין נוסף, דחוץ מהאיסורים יש גם מ"ע "למיעוטי תיפלה", וזה מ"ע על כל כלל ישראל לאו דוקא על הבעלים, דרק מקיים הוא איסור דתלוי בבעלים, אבל הכא ממילא ליכא דין מקיים, וע"כ דמשום מ"ע אתינן עלה, ובמצוה זו חייבים כל ישראל.

והוכיח כן מהסוגי' בע"ז [ס"ד] דמיירי בכלאים של עכו"ם, ואינו כלאי הכרם שיהיה חשש איסור הנאה ואפי"ה יש לו מצוה לעוקרו, וע"כ שיש מצוה למיעוטי תיפלה אפילו בשל אחרים, והמצוה הוא "שלא יהיה כלאים בא"י" אף שאין משהו שעובר על מקיים כלאים, דמיירי בשל עכו"ם.

והוסיף שם שכל דין זה הוא רק באנס או בעכו"ם שזרעו בכוונה, אבל בעלו מאליהן אין עליהן שם כלאים כלל, וליכא בהם דין "למיעוטי תיפלה".

והוסיף דזהו המצוה שיש על שלוחי ב"ד שיוצאין לעקור כלאים ונוטלין שכרן מתרומת הלשכה [ריש שקלים ובמגילה י"ג], דמצוה דרמי על כל כלל ישראל הוא, ואינו דין על

<sup>96</sup> תיפלה מלשון "תפל" - עיין איוב [פרק א פסוק כב] - "בכל זאת לא חטא איוב ולא נתן תיפלה לאלקים" - ועיין באבן עזרא [שם], דהיינו, דבר גרוע המחוסר תיקון, ואין לו קיום - ועיין פירוש הרד"ק [יחזקאל פרק יג פסוק י], וברש"י [שם פרק כב פסוק כח].

בי"ד גרידא, ונראה בדבדברי המקד"ד מיושב הערת הטורי אבן [מגילה שם], שהק' דלרבנן דר"ע ליכא איסור כלל במקיים כלאים, וא"כ למה בי"ד עוקרין, ולהנ"ל מיושב. ונראה דאיכא ראייה ברורה ליסוד זה מדברי הרמב"ן הנ"ל, דסובר דבלי ההתראה ליכא איסור, וק' דא"כ למה מתרינן ביה, לא נתרה ולא יאסר, ולפי המקד"ד א"ש, דכיון דאחרי שיש כלאים אמרינן שיש מצוה על כלל ישראל למיעוטי תיפלה, א"כ הכא כבר איכא כלאים אלא דלא נאסר כיון שלא חשיב עדיין מקיים כלאים, ורק ע"י ההתראה הוא דחשיב כמקיים כלאים, אבל סו"ס תיפלה איכא, ולהכי מתרינן בו לעקור מחמת המצות עשה, ושוב הדרא ליה דין מקיים כלאים לענן קידוש, והיינו דאף שהוא מצוה על כלל ישראל, אבל אחרי שמתרין בו הוא מתחייב טפי, משום שיש לו דין מזיק ע"י הניחותא של קידוש, ודו"ק.

## סימן יח

## גדר הניחותא בכלאים,

**'תנאי באיסור' או שהיא קובעת את עיקר השם כלאים,**

**ובדין אין אדם אוסר דבר שאינו שלו,**

**ובדברי הרמב"ן למה לא מחייבים בכלאים מצד שור המזיק.**

**פרק א פלוגתת הראשונים בדין אאדשא"ש בכלאים, ובגדר הניחותא בכלאים.** < מביא דין אין אדם אוסר דבר שאינו שלו, ומביא פלוגתת הראשונים בטעמא דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו בכלאים, דמ"ש מבשר וחלב. > מביא את ביאורו של רעק"א בפלוגתת התוס' והר"ש אי מדמינן כלאים לתקרובת ע"ז או לא. < מביא מרעק"א דלא חיילא עיקר החלות כלאים בלי הניחותא והמחשבה, ועפ"י זה מיישב את קושי' הר"ש על התוס' דמ"ש כלאים ממלאכה במי חטאת. > דרך חדשה - דפליגי בעיקר הניחותא של כלאים אי הוי דין בעיקר החלות כלאים ועירבובי' - ודומה לתקרובת ע"ז, או איפכא דהוי דין צדדי ודומה דווקא למי חטאת. > נחלקו לשיטתייהו במסכך כרמו על תבואת חבירו אם הכרם עצמו נאסר או לא. >

**פרק ב בדברי הרמב"ן דלמה הגפן שאוסר לא דומה לשור המזיק ובמה דפליגי עוד בגדר הניחותא.** < מביא מהרמב"ן דנחלקו הראשונים בטעמא - דלמה במחיצת הכרם חייב דוקא מדין גרמי ולא מצד ממונו המזיק. > במה דפליגי אי מעשה הגפנים הוא "מעשה בידים" שעושה הגפן לתבואה, או "גרמא בעלמא". < במה דפליגי אי חשיב מחשבת הבעלים הוא האוסר או לא. > סיכום הב' דרכים בגדר הניחותא דכלאים, עפ"י ג' חידושים בשיטת הר"י בגדר הניחותא בכלאים. >

**פרק ג מהלך חדש דניחותא בקידוש מיתלי תלי בדין מקיים כלאים.** < הקדמה למהלך חדש בגדר הניחותא של כלאים, דהניחותא משווה אותו כמקיים, ודין קידוש תלוי בדין מקיים. > ביאור חדש בפלוגתת הראשונים אי מדמינן מחשבת כלאים לתקרובת ע"ז בדין אין אדם אוסר דבר שאינו שלו, וביאור חדש בפלוגתת הראשונים אי הוא חשיב מזיק ע"י יאוש או שהגפנים הם המזיקים. < מיישב בזה את דברי הרמב"ן, למה חשיב גירי דיליה ע"י האיסור מקיים כלאים ד"ל דלא קאי כלל על ה"איסור של מקיים" אלא על זה שהקיום הוא האוסר. >

## פרק א

## פלוגתת הראשונים בדין אאדשא"ש בכלאים,

## ובגדר הניחותא בכלאים.

**מביא דין אין אדם אוסר דבר שאינו שלו, ומביא פלוגתת הראשונים בטעמא דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו בכלאים, דמ"ש מבשר וחלב.**

צריכים לעיין בעיקר הגדר של הק' ניחותא בכלאים, ולבאר מה ענינה ואיך היא פועלת בדין קידוש הכרם, וזה יבואר מתוך הסוגי' של אין אדם אוסר דבר שאינו שלו, דהנה, תנן בפרק ז' משנה ד' "המסכך את גפנו על גבי תבואתו של חבירו, הרי זה קידש וחייב באחריותו, רבי יוסי ור"ש אומרים אין אדם מקדש דבר שאינו שלו"<sup>97</sup>, ואף דבברייתא הכא מבואר דהתבואה והכרם נאסרין, היינו דוקא למ"ד אדם אוסר דבר שאינו שלו אבל מ"ד דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו, א"כ ע"כ דליתא לבריייתא זו וכמבואר בהדי' בתוס' בב"ק [סוף ק.], וכבר הבאנו דמה"ט הביא הרמב"ם ברייתא זו בבעלים אחד.

ובעיקר דינא דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו בכלאים הק' הר"ש והרא"ש דמ"ש מבשר וחלב דאדם אוסר דבר שאינו שלו, והביאו דיש מחלקים בין איסורים שתלויים במחשבה ככלאים דתלויים בניחותא דבעלים, דדומה לע"ז דשם מבואר דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו כיון דתקרובת ע"ז תלויה במחשבה, משא"כ בשר וחלב דאינו תלוי במחשבתו, ועי' בתוס' בהערל [יבמות פ"ג] שגם כן הק' קושי' זו דמ"ש כלאים מבשר וחלב, ותי' הר"י כנ"ל.

<sup>97</sup> וגם במשנה אח"כ הביאו דין זה בההיא דזרע כרמו בשביעית דאמר ר"ע אין אדם אוסר דבר שאינו שלו, ואגב למדנו ממשנה זו דאין הכוונה שבעלות של השני מעכבת את האיסור, אלא הכוונה בזה דבעינן שיהיה לו בעלות כדי שיכול לאסור, ולהכי גם בשל הפקר לא מהני אף דליכא בעלות של השני, דהכא הרי מיירי בשביעית, וכן הוכיח הגרשש"ק [סוף ב"ב בענין אין אדם אוסר דבר שאינו שלו, עמוד קי"ח] מרש"י בע"ז [נ"ב ד"ה דכתיב ובאו בה וכו'], דבעינן דוקא קנין, ולא מהני בשל הפקר.

והר"ש והרא"ש תירצו באופן אחר, דע"כ דגם באיסור שתלוי במחשבה יכול לאסור, ושאינו ע"ז מאידך איסורים דלאו שמיה תקרובת אי אינו שלו, וע"כ דהא דבכלאים אינו אוסר כרם חבירו הוא משום דילפינן מקרא "כרמך, כרמך ולא כרם אחר", ורבנן ילפי מקרא לרבות כרם דאחר<sup>98</sup>, ובתוס' ישנים יבמות [שם] חולקים על הר"י שם, והביאו בזה את דרשת הר"ש דילפינן מקראי.

עכ"פ מבואר דפליגי הר"ש והרא"ש על הר"י בעל התוס' אם הא דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו הוי בדבר שתלוי במחשבה או לא.

והר"ש ורא"ש הק' על שיטת התוס' מעושה מלאכה במי חטאת ובפרת חטאת דאוסר אף תלויה במחשבה, דגם התם בעינן ניהותא במלאכה, ולהכי דחו פירוש זה.

**מביא את ביאורו של רעק"א בפלוגת התוס' והר"ש אי מדמינן כלאים לתקרובת ע"ז או לא.**

ועיין בדברי הגרעק"א בביאור עיקר פלוגת הר"ש והתוס', ומתוך דבריו נוכל ליישב נמי את קושי הר"ש על התוס'.

וז"ל רעק"א בגליון השו"ע [סי' רנ"ג סעיף ב' מהדורת טלמן], "נ"ל ביאור שורש פלוגתתם, דתוס' ס"ל דכל מעשה שאינו אוסר בלתי המחשבה, לגבי זה אינו יכול לאסור דבר שאינו שלו, והר"ש ס"ל דדוקא לגבי עבודת גילולים דהמעשה בעצמותו אינו איסור גופיה כמו שחיטה וכדומה רק במחשבתו משוי ליה תקרובת ע"ז, משו"ה אין מחשבתו מהני לשל חבירו וממילא אין כאן איסור לפנינו, משא"כ בפרה שהמלאכה בעצמותה הוא הפסול, אלא שהתורה אמרה שהמלאכה בלי הניהותא אינו פוסל, משו"ה כל דניחא לעושה המלאכה מיקרי מלאכה גמורה, וממילא נפסל במעשה מלאכה, וכמו כן כלאים, התערובת בעצמותו היא הכלאים, רק דאם דעתו לעקרה לא מיקרי תערובת, ומשו"ה כל שמסכך ומערב בידיים מיקרי תערובת גמורה, וממילא הוי כלאים", עכ"ל.

הרי דרעק"א מחלק בין מחשבה שהיא היא עצם האוסר למחשבה שרק קובעת שהמעשה היא מעשה שיכולה לאסור, דלר"ש רק מחשבה שהיא עצם האוסר כתקרובת ע"ז לא מהני ע"י חבירו, אבל במי חטאת שהמעשה פוסל והמחשבה רק קובעת את המלאכה למלאכה - בזה שפיר מהני מחשבת חבירו, ולהכי סובר דגם בכלאים לולי הגזה"כ שפיר יכול לאסור את של חבירו - דכלאים דומה לזה.

אולם הר"י בעל התוס' סובר דכל מחשבה לא מהני בשל חבירו, ולכן גם מחשבה בכלאים לא מהני, אף דהתם אין המחשבה עצמה אוסרת, שהעירבובי' אוסרת, דכללא הוא בכל מחשבה שאינה אוסרת.

ולפי"ז כתב רעק"א דיהיה נפ"מ לדינא לענין חזרה בשבת בתבשיל של חבירו, דהכא פשיטא שהכוונה "לא להחזיר" לא פועלת, רק העקירה מהכירה אוסרת, וע"כ דהכוונה היא רק כוונה צדדית, ויהיה נפ"מ בזה אי יכול לאסור תבשילו של חבירו, ועיין בהערה<sup>99</sup> במה שיש לדון בדמיון של רעק"א לדין חזרה בשבת.

<sup>98</sup> ועיי"ש שפירשו עוד דבכלאים "בעינן דומי' דלא תזרע דניחא ליה ואין אדם ניחא ליה ונהנה בשל אחרים", ומשמע דבמלאכה במי חטאת לא תלוי ב"הנאה" אלא ב"ניהותא".

<sup>99</sup> יש להעיר - שאם הדין אין אדם אוסר הוא דין באיסורים - דדוקא לאסור אינו יכול - א"כ הכא בחזרה קשה שהרי הוא לא בא לאסור כלום - אלא שבתוצאה מהמעשים שלו אמרינן שהמעשה של חזרה כבר דומה למעשה בישול כיון שהוא חשב לא להחזיר - ולכן אסור להחזיר - ונמצא דהכא חל האיסור במעשה חזרה שכעת הוא מעשה איסור - והוא לא הא לאסור כלום בשל חבירו - וצ"ל שהדין אאדבשא"ש אינו דווקא בבא לאסור - אלא שכל קביעה בממון חבירו לא חל ולכן עצם זה שהוא קובע שהקדירה לא 'מעוה' לחזור לא חל - וכבר העירני בזה ידידי

אולם לדברי רעק"א אכתי ק' קושי' הר"ש על הר"י בעל התוס', דלמה מחלקינן בין מי חטאת לכלאים, דהתם מהני מחשבה של אחרים והכא בכלאים לא מהני מחשבת אחרים, ונראה דאפשר לבאר נקודת המחלוקת בנקודה אחרת.

**מביא מרעק"א דלא חיילא עיקר החלות כלאים בלי הניחותא והמחשבה, ועפ"י זה מיישב את קושי' הר"ש על התוס' דמ"ש כלאים ממלאכה במי חטאת.**

והנראה בזה, דבאמת יש ב' חידושים בדברי רעק"א, א' [מה שביאר לחלק בגדרי פעולת המחשבה בין מי חטאת וכלאים לתקרובת ע"ז, וזה עיקר חידושו של רעק"א, ב'] בדרך אגב חידש לנו עוד חילוק בין מחשבה במי חטאת לכלאים, דמתוך דברי רעק"א מדויק דאף דשזין בזה שאין המחשבה עצמה אוסרת, אלא שהמלאכה אוסרת והערבוביא עצמה אוסרת, אבל אכתי איכא נפ"מ ביניהם בעיקר חלות המחשבה.

והיינו, דבמי חטאת אין המחשבה חיילא במי חטאת שהוא הממון חבירו, אלא שהיא חלה במעשה המלאכה עצמו להשוותו למלאכה גמורה, וכלשונו, "כל דניחא לעושה המלאכה מיקרי מלאכה גמורה", ונמצא דהמחשבה חיילא במעשה שהוא עצמו עשה, ואין כאן חלות בשל חבירו, דהמעשה שבו חיילא המחשבה הוא מעשה ידיה, אבל בכלאים אינו כן, דהתם חיילא המחשבה בגוף הכלאים לקובעו ככלאים, והיינו שהיא חלה בממון חבירו, ואף שאין המחשבה "אוסרת" כמו בתקרובת ע"ז אבל אכתי חיילא בממון חבירו ודלא כמחשבה במי חטאת, דז"ל, "רק דאם דעתו לעקרה לא מיקרי תערובת", הרי דהמחשבה קובעת את גוף הכלאים ועצם התערובת, דעל ידה מיקרי תערובת, ונמצא דהמחשבה חיילא בממון חבירו.

ונראה דהגדר בזה הוא, דכל שלא קבעם כן דיינינן שב"מקרה" הם ביחד אבל אין זה "מקומן", ורק כשיש לו נוחותא הוא דאמרינן שזה "מקומן", ואז קבעם שיהיו ביחד, ורק בזה הוא דנהיו לעירבובי', וזהו יסוד דינא של הניחותא בכלאים.

והנה - יש כאן הערה חשובה בעיקר דברי הרעק"א שחידש שהמחשבה קובעת את הכלאים לכלאים, שיש לדון דמה הדין בזריעה עצמה - דלפי דבריו מה הנפ"מ בין זריעה לקידוש - ונראה שיש מקור לדבריו ממה דמצאנו דגם בזריעה משכחת לה גוונא דחסר בנחותא - ועיין בזה בהערה <sup>100</sup>.

---

הגאון הרב מנחם כהן שליט"א שהאחרונים דנו מצד לשמה או דינים אחרים שאינם דינים של איסור שלא יחול בשל חבירו מחמת דין זה.

עוד יש לחלק בין מחשבה דחזרה בשבת לכל הנך מחשבות, וכבר עמד בזה באבי עזרי, דבחזרה בשבת התם גם אם הורידוהו ע"י מעשה קוף בלי שום מחשבה אפי"ה נאסר, ואדרבה, מחשבה להחזיר מתירו בחזרה, ובוה פשוט דגם ע"י אחר שפיר נאסר דלא גרע מעשה קוף.

אולם יש להעיר דבחת"ס [תוס' עמוד ב'] וכן מדויק בלשון רעק"א הנ"ל דגם בכלאים העיקר הוא הכלאים והמחשבה לעוקרו הוא המתירו, אכן ודאי שאין זה הפשטות, ונראה דכוונת רעק"א לנתבאר לעיל [סימן יז] דאף דהניחותא אוסרו וקובעו ככלאים אכן התוכן של הניחותא הוא שהוא מניחו ולא עוקרו או שהוא נתיימש מלגדור, ולא שיש מחשבה חיובית שרוצב בכלאים, ולהלן [סימן יט] יבואר דגם כוונת החת"ס הוא כן.

<sup>100</sup> והנה, הבאנו מרעק"א דסובר דהניחותא בכלאים קובעת את העירבובי' והחלות כלאים, ובלי מחשבתו ליכא כלאים, והבאנו דכן צידד הגרש"ק לולי מה שהוכיח מהירושלמי, ובוה ביארנו את שי' הר"י בעל התוס', וביארנו, דהגדר בזה הוא, דכל שלא קבעם כן דיינינן שב"מקרה" הם ביחד אבל אין זה "מקומן", ורק כשיש לו נוחותא הוא דאמרינן שזה "מקומן", ואז קבעם שיהיו ביחד, ורק בזה הוא דנהיו לעירבובי'.

אולם נראה דקשה טובא ללמוד כן, דהנה, שני דינים נאמרו בכלאים, א' האיסור זריעה, וזה גם בכלאי הכרם וגם בכלאי זרעים, ב' מה שהכרם נאסר בתוצאה מהזריעה כלאים, ודין זה של קידוש הכרם הוא דוקא בכלאי הכרם.

והנה בשלמא אם נימא דהמחשבה בכלאים היא דין צדדי, א"כ שפיר י"ל דדין זה נאמר דוקא בדין קידוש הכרם, ולא באיסור זריעה, אולם אם נימא דהמחשבה נצרכת לקבוע את עיקר השם כלאים, ובלי המחשבה אין כאן חלות שם כלאים כלל, א"כ יתחדש דהיכא דליכא מחשבה וניחותא לא יהיה איסור זריעה כלל, שהרי לא זרע בעירבובי' -

ומעתה י"ל דזה גופא פלוגתא הר"י בעל התוס' והר"ש, דהר"ש סובר דהדין אין אדם אוסר דבר שאינו שלו במחשבה, היינו דוקא כשהמחשבה היא האוסרת וכמוש"כ רעק"א וזה דוקא בתקרובת ע"ז, אולם נראה דהר"י בעל התוס' סובר, דגם אם המחשבה לא אוסרת, אבל כיון שהמחשבה צריכה לחול בממון חבירו לקובעו ככלאים, על זה נאמר הכלל ד"אין אדם אוסר דבר שאינו שלו" שאין מחשבה ידידה חיילא בשל חבירו, ותו לא נאסר, ועי' בחי' הגר"ש שקאפ [שם, עמוד 234] שחילק כעין זה.

ומעתה י"ל דכבר ליתא לנפ"מ של רעק"א בחזרת תבשיל של חבירו, דלכו"ע מחשבה צדדית בתבשילו של חבירו ודאי דחיילא, דהכא אין המחשבה פועלת כלום בגוף תבשילו של חבירו, דרק קובע שאין מקומו כבר בכירה, ובזה כו"ע מודי דמהני בשל חבירו.

**דרך חדשה - דפליגי בעיקר הניחותא של כלאים אי הוי דין בעיקר החלות כלאים ועירבובי' - דומה לתקרובת ע"ז, או איפכא דהוי דין צדדי ודומה דווקא למי חטאת.**

אולם נראה לבאר את עיקר פלוגתתם באופן אחר מהמבואר ברעק"א:

דהנה - מבואר מדבריהם - דחוץ ממה דפליגי האם מחשבה של כלאים יכולה לחול בשל חבירו [לולי הגזה"כ], [או דרק מחשבה שהיא דומה לתקרובת ע"ז לא מהני בשל חבירו], הרי דפליגי עוד האם אפשר לדמות את מחשבת כלאים למחשבה במי פרה.

ולבאר דבר זה נראה שצריכים לפרש קצת באופן אחר מרעק"א - והיינו דאף דמבואר מתוך דברי רעק"א שפשוט לו שהמחשבה בכלאים קובעו ככלאים, ובלי זה אין עירבובי' ותערובת, וכלשונו "דאם דעתו לעקרה לא מיקרי תערובת", אולם נראה דבזה גופא פליגי הר"ש והתוס' - והיינו שנחלקו בעיקר הגדר של הניחותא בכלאים.

הר"י למד כנתבאר ברעק"א - שהמחשבה של כלאים באה לקובעו בתור עירבובי' בדרגא כזו שיש בזה איסור כלאים - והמחשבה חלה בעיקר השם כלאים ולכן הוא חידש תרתי, א] מחשבה זו לא דומה למחשבה במי חטאת ששם אינו אלא כוונה צדדית, ב] אדרבה מחשבה זו יותר דומה לתקרובת שער השם תקרובת חלה במחשבה זו.

---

[שהרי לעיל בהערה נתבאר שהדין אאדבשא"ש אינו דווקא בבא לאסור - אלא שכל קביעה בממון חבירו לא חל - וכדמוכח מעיקר דברי רעק"א בחזרה בקדירה - וה"ה הכא לגבי עירבובי' בכלאים].

ולפי"ז היה צריך לומר, שמי שזרע כלאים של חבירו, לא רק דלא יאסרו הגפנים ותבואה דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו, אלא דגם לא עבר על האיסור זריעה, דכל האיסור הוא רק לזרוע כלאים, והיינו ב' מינים בעירבובי', וכיון דלא מהני מחשבתו בשל חבירו, שוב לא מיקרי כלאים וליכא איסור, דדיינינן דב"מקרה" הם כאן, ואין זה מקומם, ואינם בתערובת.

אולם לא יתכן לומר כן, דכל הפלוגתא אם אין אדם אוסר דבר שאינו שלו נאמרה במתני' רק לגבי קידוש הכרם, אבל אין תנא שמתיר את האיסור זריעה בשל חבירו מטעם דליכא כלאים בדבר שאינו שלו, וצ"ע.

ובספר זרעא קיימא [קונטרס ט' סוף פרק א'] תמהנו כן, ונשארו בצ"ע, ומטעם זה ביארנו [שם פרק ב'] את שי' הר"י בעל התוס' במהלך אחר, בלי חידושו של רעק"א הנ"ל.

איברא דכעת נראה דלא קשה מידי - ואדרבה - דבאמת מצאנו דין כעין זה בזריעה עצמה דחסר בכל התערובת - אלא שלמדנו כאן שהמצב של התערובת נקבע יותר בקלות במעשה זריעה מגוונא דידן - וכדיבואר.

והיינו דודאי שיש שם עירבובי' גם בלי מחשבתו - אולם יש דרגות של עירבובי' וקביעות מקום לעירבובי' - דנראה דכל דברי רעק"א אינם אלא בזרוע ובא, דכבר קיימי הנך ב' מינים ובאים לקובע בהם מצב חדש של תערובת, דבזה נקטינן דבלי מחשבתו לא חיילא בהו חלות שם תערובת בדרגא שאפשר לחייב משום כלאים, אכן בזרוע ב' מינים נראה דאינו כן, דהתם עצם הזריעה בתערובת הוא מעשה של עירבובי' דקובעת אותם כעירבובי' גם בלי שום מחשבה, וזה האיסור, ובכה"ג יאסרו בהנאה גם בלי מחשבה וניחותא דבעלים, וא"ש.

ויש מקור לזה דבאמת בזריעה עצמה משכחת לה סברת רעק"א דחסר בעיקר העירבובי' - וכעיקר סברת רעק"א - דהנה יעויין במקד"ד ריש הלכות כלאים שג"כ נקט כיסוד הזה, והוכיח כן ממה דמצאנו דגם בזריעה עצמה איכא אופן שחסר בניחותא - והיינו באופן שזורע כדי לבדוק שדהו, וזורע בו פשתן בתוך החיטה לבדיקה בעלמא - דלא הוי כלאים מטעם דחסר בכל הניחותא, עיי"ש היטב, [ונקט דבגוונא זו מודי רבנן לר"ע דמשכחת לה קיום כלאים אי יחליט אח"כ אינו עוקרו אחרי הבדיקה], ודו"ק.

והר"ש חולק בכל הנ"ל - ואדרבה - לדעתו אין לדמות לתקרובת ע"ז ויש לדמות למי חטאת - והיינו משום שהוא סובר שאין המחשבה בכלאים קובעת כלום בעצם החלות כלאים, ואינה אלא תנאי בעלמא כדי שיחול האיסור ע"י התערובת, אבל גם בלי מחשבתו שפיר חיילא בו "שם כלאים", ולהכי חולק הר"ש על סברת התוס' בתרתי, א] הר"ש סובר דמחשבה בכלאים דומה למחשבה במי חטאת, דבתרווייהו ליכא חלות בממון חבירו, והתוס' חידשו כסברת רעק"א דהמחשבה נצרכת לקובעו ככלאים, ודו"ק, ב] מהאי טעמא גופא סובר הר"ש שאין לדמות לתקרובת ע"ז - ודו"ק.

**נחלקו לשיטתייהו במסכך כרמו על תבואת חבירו אם הכרם עצמו נאסר או לא.**

ונראה להוסיף עוד דאזלי בזה עוד לשיטתייהו במה שנחלקו במסכך כרמו על תבואת חבירו האם הכרם עצמו נאסר או לא - ועיין בבזה בהערה <sup>101</sup>.

## פרק ב

### בדברי הרמב"ן

#### דלמה הגפן שאוסר לא דומה לשור המזיק

ובמה דפליגי עוד בגדר הניחותא.

**מביא מהרמב"ן דנחלקו הראשונים בטעמא - דלמה במחיצת הכרם חייב דוקא מדין גרמי ולא מצד ממונו המזיק.**

ונראה להוכיח דכבר פליגי הראשונים בפלוגתא זו, והר"י בעל התוס' אזיל בזה לשיטתו. דהנה, בב"ק [ק.] מבואר דמאן דמחייב במחיצת הכרם ס"ל דגרמי חייב שאין כאן מעשה בידים, ועי' ברמב"ן בקונטרס דינא דגרמי שהק' וז"ל, "תו איכא למידק היכי שמעינן מהאי מתני' דדיינינן דינא דגרמי, הא ממונו הוא דאזיק, שהגפנים שלו הם שהולכין ומתערבין עם תבואתו של חבירו ואוסרים אותה, ומאחר שעליו לגדור מפני האיסור ולא אמרינן ביה על הניזק להרחיק את עצמו, אמאי לא ליחייב לכו"ע, הא שורו הוא דלא טפח באפיה, מאחר

<sup>101</sup> דהנה יסוד לזה מפלוגתא אחרת בין התוס' לירושלמי, דלכא' איכא הוכחה ברורה מהירושלמי נגד דברי רעק"א, וע"כ דהר"ש כהירושלמי והר"י בעל התוס' חולק, וכדיבואר.

דהנה, עיי"ש בגרשש"ק [שם, עמוד קי"ח] שהעיר בדברי הירושלמי והרמב"ם שמבואר דבמסכך כרמו על תבואתו של חבירו, דאף דהתבואה לא נאסרה, אבל הכרם ששייך לו שפיר נאסר, והק' הגרשש"ק, שאם לא חל העירבובי' בתבואת חבירו, הרי גם הכרם מותר, דכלאים בעי' ב' מינים, וע"כ שהכרם אינו מעורבב בתבואה אם התבואה אינה מעורבבת בו, וע"כ דמוכרח מזה דשפיר חיילא כאן חלות כלאים ועירבובי' גם בשל חבירו, וע"כ דכל הניחותא הוא תנאי בעלמא שנצרכת לחלות איסור בכרם, וזה בהדי' דלא כסברת רעק"א, ודו"ק.

אלא דעיי"ש בגרשש"ק שהביא שבתוס' ביבמות [פ"ג. סוד"ה ר"י] מפורש דלא חיילא האיסור גם על הכרם, דאין כאן כלאים כלל ומותר, ועיי"ש שהביא שיש מקום לומר דהבבלי חולק בדין זה על הירושלמי, עיי"ש, ובביאור שי' התוס' חידש הגרשש"ק דחידשו התוס' דעצם האיסור כלאים לא חיילא אלא על שני המינים כהדדי, ואי לא חיילא על א' לא חיילא נמי על השני.

אולם עפ"י הנ"ל א"צ לחידוש זה, די"ל בזה באופן אחר, דפליגי בזה גופא וסברי דבאמת הניחותא נצרכת כדי שיחשב כלאים ועירבובי' וכמדויק בדברי רעק"א, ולהכי הכרם והתבואה תלויים זה בזה, דבלי הניחותא לא חיילא כאן עירבובי' וכלאים, ובאמת דמשמע כדברינו מלשון התוס' שכתבו "אין כאן כלאים, והכל מותר", ומשמע שלא חל כאן עיקר הכלאים.

ומעתה א"ש שני הדיבורים של תוס' לשיטתם, דשיטת התוס' דהמחשבה קובעת את עצם הכלאים והתערובת, ולהכי סוברים התוס' [פ"ג.] דהכרם והתבואה תלויים זה בזה וכשמחשבתו לא מהני בתבואה לא מהני נמי בכרם, ולשיטתם אזלי [פ"ג:] וסוברים דכלאים דומה לתקרובת ע"ז כיון דתרווייהו חיילו בממון חבירו ודלא כמי חטאת דחיילא במעשיו, וזה שי' התוס'.

אולם הר"ש שהביא שם בהמשך דבריו את הירושלמי דמחלק בין התבואה לכרם, ע"כ דאזיל בשי' הירושלמי וסובר שאין המחשבה קובעת את עצם הכלאים והתערובת אלא שהיא תנאי בעלמא בחלות האיסור והקידוש, ולשיטתו אזיל שסובר שמחשבה בכלאים דומה למחשבה במי חטאת, ששניהם לא חלים בממון חבירו, וא"ש.



שהיה לו לגדור ולא גדרה, ומפרקי לה רבנן ז"ל להך קושי', דלא מיתסר מחמת עירבוב לחודיה אלא מפני שנתייאש מלגדור 'ויאוש' הוא הגורם האיסור' והוא הגורם לו להתחייב, וכו', כך פ' הרב ר' יצחק הצרפתי בעל התוס'.

ואיכא דסליק אדעתיה לתירוצי שאני הכא שאין כאן נזק אלא מחמת גרמא שאף הגפנים שלו אינם מזיקים את התבואה אלא שהם גורמים לאיסור שיבוא, וכו', עכ"ל הרמב"ן.

לפי השיטה שניה חשיב כשורו שגורם היזק ולכן אין חיוב מצד זה בפרשת שור המזיק - וכל החיוב בזה אינו אלא מצד האדם שהוא גמרי במה שהוא נותן לגפנים לגרום היזק כשור - ואף שבכל שור המזיק אין לחייב מצד גרמי - בנוסף לעיקר החיוב שור המזיק - שהרי תמיד ליכא ברי היזיקא שהשור יזיק, אכן הכא ברי היזיקא שהגפן יזיק - ודו"ק.

**במה דפליגי אי מעשה הגפנים הוא "מעשה בידים" שעושה הגפן לתבואה, או "גרמא בעלמא".**

הרי דפליגי בב' פלוגתות - וכדיבואר:

דהנה - בראשונה פליגי אי מעשה הגפנים הוא "מעשה בידים" שעושה הגפן לתבואה, או שזה "גרמא בעלמא" שהגפן גורם לתבואה.

ובביאור פלוגתא זו עיין בברכ"ש להלן [סי' י"ז] ובחידושי הגר"ש רוזובסקי זצ"ל [סימן ג] - ונתבאר בדבריהם שנחלקו בגדר העירבובי' שמכחו חל האיסור - ותמצית דבריהם מתפרשים בב' אופנים:

א] נחלקו אי המעשה שמחיל את העירבובי' אוסרת - התהוות העירבובי' - מה שנהיה למעורב - והתהוות הזו מיקרי מעשה של הגפן וחשיב כמעשה נגיחה של שור, וזו שיטת הר"י ולכן שפיר מדמה לשור לולי הניחותא של האדם, אכן השיטה שניה סוברת שהמצב שהוא מעורב - והיינו שאחרי ההתהוות של העירבובי' יש כבר מצב של עירבובי' - והמצב הזה הוא האוסר - ולפי זה כבר לא דומה למעשה נגיחה של שור - ששם הנגיחה עצמה מזיקה ולא המצב שנהיה אחרי הנגיחה - ולכן הוא סובר שדומה לשור שגורם היזק שהבעלים פטור.

ב] נחלקו אי המצב של העירבובי' עצמו אוסר - ויש לומר ששור שיוצר מצב שמזיק ג"כ חייב ולא מיקרי גורם - וה"ה שהגפן נחשב כשור - וזו שיטת הר"י, או שיש לומר שהמצב של העירבובי' עצמו לא אוסר - אלא שהגידול ביחד בעירבובי' אחרי שהם כבר במצב של עירבובי' הוא האוסר - והגידול עצמו הוא תהליך שמתחדש אחרי שהגפן יצר את המצב של העירבובי' - וזה מיקרי שהגפן 'גורם' היזק - וזה שורש פלוגתתם.

**במה דפליגי אי חשיב מחשבת הבעלים הוא האוסר או לא.**

הרי לנו דנתבאר דפליגי אי מעשה הגפנים הוא "מעשה בידים" שזה "גרמא בעלמא" - אולם נראה שיש כאן מחלוקת אחרת, דהר"י ס"ל דבאמת אין זה היזיקא דגפנים כלל אלא היזיקא דבעלים ע"י היאוש, וזהו הגרמי, והפ"י השני חולק וסובר דהגפנים הם האוסרים, אלא שאוסרים ע"י גרמא, וצ"ב שורש פלוגתתם, דכו"ע מודי דבעינן לניחותא וליאוש.

ונראה דפליגי בפלוגתא דלעיל, והר"י בעל התוס' אזיל לשיטתו, דסובר דהמחשבה היא זאת שקובעת את העירבובי' לכלאים, ולולי מחשבתו אין כאן את הרמה של העירבובי' וכלאים שנאסרת, ולהכי אמרינן שבעלים במחשבתו הוא המזיק ולא הגפנים, והרי הוא ומחשבתו חשיבי גרמי, דלדידיה אין הגפנים עושים את העירבובי' אלא שהוא במחשבתו קובע את העירבובי', ולכן אין הגפנים נחשבים כמזיקים.

הרי לו יצויר והשור היה עושה נגיחה - אבל לא היתה שום משמעות ושום נזק מכח הנגיחה בלי כוונה של הבעלים בנגיחה לייחודה כנגיחה - הרי בזה לא היינו אומרים שיש שור המזיק - וה"ה בנד"ד.

אולם הפירוש השני סובר כהר"ש, ולדידהו אין מחשבתו אלא תנאי בעלמא, וע"כ שהגפנים הם המזיקים, ואין כאן גריעותא בהיזיקא מצד הגפנים בזה דבעינן מחשבתו כיון שאינו אלא תנאי בעלמא, ומה"ט הוצרכו לפרש שהגפנים רק גורמים, ולא מזיקים ממש, ודו"ק.

**סיכום הב' דרכים בגדר הניחותא דכלאים, עפ"י ג' חידושים בשיטת הר"י בגדר הניחותא בכלאים.**

וכעת נסכם בקצרה את שני הצדדים בגדר הניחותא דכלאים, דהנה, כבר נתבאר דפליג הר"י על הראשונים בג' מחלוקות:

א] הר"ש מדמה ניחותא דכלאים למלאכה במי חטאת והר"י מחלק.

ב] הר"ש מחלק בין תקרובת ע"ז לניחותא דכלאים והר"י מדמה אותם.

ג] הר"י והי"א ברמב"ן נחלקו האם ע"י ניחותא דכלאים אמרינן דכבר לא חיילא האיסור ע"י המינים בעירבובי' אלא ע"י הבעלים, וזו דעת הר"י, והי"א סברי דבאמת מצד הגפנים אתינן עלה, [ומטעם אחר לא דיינינן ליה כשורו].

ונתבאר דלכו"ע תקרובת ע"ז שאני ששם המחשבה היא היא עצם ההקרבה, והיא היא עצם האוסר, וכו"ע מודי דבמי חטאת אין המחשבה אלא לקבוע שהמלאכה היא מלאכה, ופשוט דחלוקין זה מזה, דהמחשבה חיילא במלאכה ולא בממון חבירו הלכך פשיטא דמהני האי מחשבה, משא"כ בתקרובת שהמחשבה היא היא האוסר אז פשיטא שאינה יכול לחול בממון חבירו.

איברא דבניחותא דכלאים יש לדון דמצד א' פשיטא דא"א לומר דהוי כתקרובת, אכן אכתי י"ל דלא דומה למי חטאת דגם בכלאים המחשבה צריכה לחול בממון חבירו, וזה משום דכאן המחשבה קובעת את הכלאים לכלאים, וזה סברת הר"י דמה"ט לא דומה למי חטאת ושפיר שייך לדמותו לתקרובת, אכן הר"ש סובר דכל המחשבה אינה אלא תנאי בחלות איסור וא"כ ע"כ דאין המחשבה חילא בממון חבירו, ושוב דומה למי חטאת דהתם לא חיילא בממון חבירו.

ובזה פליגי הראשונים האם הוא האוסר ואין כאן מעשה שורו או דהגפנים האוסרים, והר"י אזיל שוב לשיטתו בזה שהוא האוסר שהוא קבוע את הכלאים לכלאים.

### פרק ג

#### מהלך חדש דניחותא בקידוש

#### מיתלי תלי בדין מקיים כלאים.

**הקדמה למהלך חדש בגדר הניחותא של כלאים, דהניחותא משווה אותו כמקיים, ודין קידוש תלוי בדין מקיים.**

נראה לחדש דאיכא מהלך נוסף בר"י דבזה אפשר כבר להבין דהניחותא בכלאים הוא ממש כמו הניחותא דתקרובת ע"ז:

ונקדים בזה, דהנה עד כאן נתבאר דדין ניחותא הוא דין מסויים באיסור שחל על הכלאים, דנאמר בזה דרך ע"י הניחותא חיילא האיסור על הכלאים, אולם נראה לחדש בזה עוד, דבאמת, חוץ מהאיסור דחיילא על הכלאים הרי איכא דין נוסף בכל כלאים, אפילו בכלאי זרעים, וזה דין מקיים כלאים.

והנה, גם איסור מקיים כלאים תלוי דוקא בניחותא דבעלים, דעצם זה שגודל אצלו כלאים אין זה עצם האיסור, אלא מה דניחא ליה בזה, ולהכי מותר לומר לכשאגיע אלקטנו, דלא רק דלא חייל איסור קידוש באומר לכשאגיע אלקטנו, אלא דגם איסור מקיים ליכא.

והיה אפשר לומר דהנך תרי דינים תלויים זה בזה, דאף דדין מקיים כלאים נאמר גם בכלאי זרעים ודין קידוש ואיסור הכלאים הוא דוקא בכרם, וכמבואר במשנה [בריש פ"ח], וע"כ דתרתני נינהו, אולם אכתי י"ל דדין קידוש תלוי באיסור מקיים, דאיסור קידוש חיילא מחמת זה דקעבר על איסור קיום כלאים בכרם, וזהו האוסר, ולהכי לא נאסר אלא בניחותא, דרק אז חשיב כמקיים כלאים.

ובאמת דכן מבואר בלשון הרמב"ם [כלאים פ"ה-ה"ח], וז"ל, "אחד הנוטע ואחד המקיים כגון שראה כלאים צמחו בכרמו והניחם הרי זה קידש", ומשמע דהכלאים לא נאסרים מחמת עצם הערבוביא, אלא מחמת האיסור נטיעה או מחמת האיסור מקיים כלאים, ולהלן נאריך בזה.

**ביאור חדש בפלוגתת הראשונים אי מדמינן מחשבת כלאים לתקרובת ע"ז בדין אין אדם אוסר דבר שאינו שלו, וביאור חדש בפלוגתת הראשונים אי הוא חשיב מזיק ע"י יאוש או שהגפנים הם המזיקים.**

ונראה דאחרי הקדמה זו י"ל בזה דבר חדש, דבאמת י"ל דהתערובת הוא תערובת גם בלי מחשבתו, ואין הניחותא קובעת את ה"שם כלאים", ואפי"ה דמי לתקרובת ע"ז, ואפי"ה הבעלים במחשבתו מיקרי הגורם והאוסר ולא הגפנים.

והיינו שי"ל שכל האיסור לא חיילא בכרם ע"י השם כלאים עצמו, דגם אי שמו כלאים אכתי לא נאסר, ונאסר רק ע"י זה שהוא "מקיים" את הכלאים, וזהו הניחותא, שבזה חשיב כמקיים כלאים, ודו"ק, ורעק"א לא למד כן - דלפי רעק"א היה פשוט שאחרי ששמו כלאים שוב ממילא נאסר, והכא נתחדש שהמציאות של הכלאים לא אוסרת את עצמה אלא זה שהבעלים "מקיימו", ודו"ק.

ונראה דבזה גופא פליגי, דהר"י בעל התוס' דמדמי לתקרובת ע"ז היינו משום שבשניהם הניחותא אוסרת, והיינו דבע"ז הוא "חושב מחשבת הקרבה" ובכלאים הוא "מקיימו ע"י מחשבתו", ובתרווייהו גוף האיסור מונח במחשבתו, אולם הר"ש דמחלק לומד דהמחשבה אינה אלא תנאי צדדי.

ואלו דברי הרמב"ן [קונטרס דינא דגרמי] דכתב שהוא הגורם והוא האוסר, שהרי ע"י זה שהוא מקיימו נאסר, והשיטה שחולקת סובר כהר"ש דהמחשבה אינה אלא תנאי צדדי.

**מיישב בזה את דברי הרמב"ן, למה חשיב גירי דיליה ע"י האיסור מקיים כלאים די"ל דלא קאי כלל על ה"איסור של מקיים" אלא על זה שהקיום הוא האוסר.**

ובזה מיושב קושי' חמורה בדברי הרמב"ן [ריש ב"ב], דהנה, מבואר דבמחיצת הכרם בעל הכרם חייב להרחיק, וק' דלר' יוסי על הניזק להרחיק את עצמו, דדוקא בגירי דיליה אמרינן שמזיק מרחיק והכא אין קידוש הכרם גירי דיליה.

ותירצו התוס' דחשיב גירי דיליה ע"י המחרישה, עי' מהר"ם ותוס' בב"ק [ק:], אולם הרמב"ן תירץ "כיון שיש איסור בדבר מחמת הכלאים שהעירבוב מבטלת את השורה, מחייבין אותו לגדור שהוא המקיים כלאים בכרם, שבא לתחמו של חברו, ואין חברו נכנס בתחמו, כך נראה לי".

ומבואר בדבריו דמה דחייב לגדור מצד איסור מקיים כלאים זה מה שמחייבו באחריות גם לחבירו, וכבר תמהו בזה האחרונים האיך חיובו לשמים לגדור מחייבו ממון לחבירו, ועי'

בזה בקה"י [סוסי' ה'] ושיעורי הגר"ש רוזובסקי זצ"ל [ס"ק ל"ב] וחידושי ר' נחום [ס"ק י"ח], ועיין מה שביארנו בזה לעיל [סימן טו].

ונראה דעפ"י דברינו אפשר לומר דבר חדש ברמב"ן, דאין כוונת הרמב"ן מצד האיסור שיש במקיים כלאים, אלא כוונתו מצד דמי שמקיים הוא המקדש, דקידוש תלוי בקיום, ונמצא שהוא המזיק בגלל שהוא האוסר, ודו"ק.

אולם מלשון הרמב"ן בקונטרס דינא דגרמי מבואר דמצד איסור מקיים אתינן עלה, עייש"ה, וזה משמע כדנקטו האחרונים דמצד האיסור מקיים כלאים אתינן עלה.

## סימן יט היזק שאינו ניכר, ולמה הניחותא של הכלאים ניכר.

בקושי האחרונים למה כלאים הוא היזק ניכר הרי לא רואים את הניחותא, ומביא כמה דרכים בזה, וכפשוטו נראה דהר"י סותר משנתו בעיקר הגדר בניחותא של כלאים. < בכלאים אין מחשבה חיובית לקובעו ככלאים - דמה שמתייאש מלגדור היא הניחותא. < בפלוגת הרמב"ם והתוס' בגדר הדין אינו ניכר, ובשוב הקושיות ממטבע שנפסלה מלכות. < בדין היזק שאינו ניכר בצורם אופן פרה. < בדברי הרמב"ן בדינא דגרמי למה כלאים מיקרי היזק ניכר, ובעיקר הנידון מהו הנזק ומהו המזיק בכלאים. <

**בקושי האחרונים למה כלאים הוא היזק ניכר הרי לא רואים את הניחותא, ומביא כמה דרכים בזה, וכפשוטו נראה דהר"י סותר משנתו בעיקר הגדר בניחותא של כלאים.**

בתוס' [ד"ה וחייב באחריותו] הקש דלמה חייב באחריותו - הא כלאים הוי היזק שאינו ניכר - והרי היזק שאינו ניכר לא שמה היזק ולמה חייב - "ונראה לר"י דהאי חשיב היזק ניכר שהרי ניכר הוא שהוא כלאים כשרואה הגפנים בשדה - ומטמא - אף על פי שרואין השרץ על הטהרות - לא חשיב היזק ניכר דמי יודע אם הוכשרו" - ומבואר שהחילוק בין טומאה לכלאים הוא דבטומאה לא רואים האם מוכשר לקבל טומאה או לא, ומבואר בתוס' דבדאיכא משקין ע"ג טהרות דאז שפיר חשיב כהיזק ניכר, וכ"כ בקובש"ע [ס"ק י'], ועיין בתו"ג גיטין [נ"ג] דמתמה בזה דא"א לומר כן.

והק' החת"ס והקובש"ע דמ"ש דטומאה מיקרי אינו ניכר, הרי גם בכלאים לא רואים את הניחותא, ועיין בחת"ס שרצה לומר בזה דהר"י סובר שא"צ ניחותא, ואדרבה, הכלאים מצד עצמן נאסרים, אלא דע"י מחאה שרוצה לעקרו בזה הוא מבטל את הכלאים.

אולם קשה לומר כן - שהרי תוס' כאן הוא מהר"י בעל התוס', ועיין לעיל [סימן יח] שהבאנו מהר"י בעל התוס' ביבמות [צ"ג] דמוכרח דחולק וסובר שהמחשבה פועלת, שהרי הוא מדמה מחשבה זו למחשבה בתקרובת ע"ז, וכן מבואר נמי בר"י שהביא הרמב"ן [בקונטרס דינא דגרמי] דלכן לא מיקרי הגפנים שור המזיק וחשיב כגרמי כיון שהגברא הוא האוסר, וכבר ביארנו דמהכא מוכרח שהמחשבה פועלת, וכל זה הוא דעת הר"י בעל התוס' ואיך סותר משנתו כאן.

ומצאנו באחרונים [כן הוא בשיעורי ר' אלחנן ובחו"ש מרן הגר"ד בשם הגר"ח], שכל המחשבה של כלאים היא תנאי צדדי בעלמא, והכשר בטומאה הוא מעיקר דיני מגע, אכן ק' לומר כן, שהרי גם הכשר לא פועל כלום, ואינו אלא תנאי בעלמא, דפשיטא דרק הטומאה עצמה פועלת

ויתירא מזה, הרי כבר נתבאר דלא יתכן לומר בשיטת הר"י דהמחשבה אינה אלא תנאי צדדי באיסור, שהרי כבר הבאנו מהר"י בעל התוס' דלדידה המחשבה היא האוסר, וכדלעיל - ונמצא דדברי הר"י סותרים זה את זה.

ובאמת דמוכרח כן עוד ממה דהר"י בעל התוס' מחלק בין מחשבה במי חטאת למחשבה בכלאים לגבי דינא דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו, דע"כ דמחשבה בכלאים פועלת, ובזה חלוק ממחשבה במי חטאת, הרי לנו דאיכא סתירה מיניה וביה בשיטת הר"י, וצע"ג.

**בכלאים אין מחשבה חיובית לקובעו ככלאים - דמה שמתייאש מלגדור היא הניחותא.**

ואשר מוכרח מזה - והעירני לזה ידידי הגאון רבי נחום בר חיים שליט"א, וברור לי דזה נמי כוונת החת"ס, דכבר ביארנו לעיל [סימן יז] דחלוק ניחותא דכלאים מניחותא דפיגול, דהכא בכלאים אין מחשבה חיובית לקבוע את הכלאים ככלאים כמו בפיגול, אלא אדרבה

מה שמתייאש מלגדור ומה שמניחן ולא עוקרן היא היא המחשבה עצמה, וא"צ מחשבה חיובית, ואדרבה זה כל החידוש בניחותא דכלאים מה שדנים את זה כמחשבה לכלאים ומעתה י"ל דכיון דבלי שיש מחשבה לעקרו הרי דממילא איכא בזה ניחותא הרי דזה כבר "ניכר", דמה שאין אנו רואים אותו מתעסק לגדור, בזה אנו רואים את הניחותא.

וזה נמי כוונת החת"ס שיש כאן חזקה דמעיקרא שהפירות לא הוכשרו עד שלא תראה בהם הכשר, לעומת כלאים דאדרבה הרי איכא כאן חזקה של ניחותא, דעד שאין אנו רואים בו שהוא מתעסק לגדור - הרי בזה איכא כבר מחשבה של ניחותא, ואין כוונתו דא"צ ניחותא לאוסרו, אלא כוונתו דבסתמא איכא כוונה.

איברא דנראה פשוט שזה תלוי בפלוגתת התוס' והרמב"ן דלעיל האם בעינן התראה לענין האיסור, דרק לתוס' דא"צ התראה הוא דאיכא למימר דבסתמא איכא כבר מחשבה וניחותא אבל לרמב"ן דבעינן התראה לעצם הניחותא אז פשוט דא"א לומר דהניחותא הוא ניכר, ודו"ק.

**בפלוגתת הרמב"ם והתוס' בגדר הדין אינו ניכר, ובישוב הקושיות ממטבע שנפסלה מלכות.**

ועיין בקובש"ע [בסוגיין וכ"ה בדבריו בב"ק ס"ק קכ"ח] שכתב שיש כאן חידוש בתוס', שי"ל שהגדר בהיזק שא"נ כאן הוא שגוף הנזק הוא רוחני ולא נראה כלל, אבל כאן מבואר דאינו כן, דאי גוף הנזק אינו נראה אלא דאיכא ראייה וסימן מבחוץ שיש היזק - והיינו כגון שנראה לנו מבחוץ שיש נזק מהכלאים או מהשרץ, אז הוי היזק ניכר אף שהנזק עצמו לא ניכר.

אכן כבר דייק האבהא"ז ברמב"ם [חובל דמזיק פ"ז הל' א' ושם באהא"ז הל' ד'] דחולק שכתב שצריך "דנשתנה הדבר ונפסדה צורתו", והיינו שלדעת הרמב"ם ע"כ שאנו רואים את הנזק עצמו, והרמב"ם ע"כ יסבור דגם במשקין אין היזק ניכר, וכן נראה לדייק מרש"י בב"ק [ה'.] "דאין הנזק ניכר בגוף הפירות דלא חסר להו", ובגיטין [נ"ג.] כתב "שלא נשתנו כמות שהיו".

וכתב שם הקובש"ע שיהיה נפ"מ במטבע שפסלתו מלכות, דלתוס' יהיה היזק ניכר ולרמב"ם אינו ניכר, וזה תמוה, שהרי פליגי אמוראי בב"ק [צ"ז] בזה, וא"כ קשה תרתי, א' איך תוס' נוקט כצד א' דהוי ניכר, הא אכתי קשה למ"ד השני, ב' איך פסק הרמב"ם דהוי היזק ניכר, הא כל שאינו ניכר ממש בחסרון בעיקר צורתו אינו מקרי ניכר, [וכן הק' האהא"ז על הרמב"ם].

והנראה בזה, דבאמת שרץ ע"ג טהרות ומציאות של כלאים עדיפי ממטבע שפסלתו מלכות, שהרי הכא אנו רואים את סיבת הנזק בשעת הנזק, ואף דא"צ להמשיך כל הזמן, דגם בעוקר כלאים וכן במוריד את השרץ מהאוכל אכתי מיקרי ניכר, אכן כיון ששייך שגם כשיש כבר את הנזק דאכתי יכולים לראות את סיבת הנזק עם הנזק, כבר חשיב בזה כניכר, אבל בפסלתו מלכות התם אין סיבת הנזק נראה במטבע, דרק המלכות היא סיבת הנזק, וזה לא נראה עם הנזק, ומיושב בזה שיטת התוס'.

וכן צ"ל ליישב את קושי' התו"ג ממנסך דמיקרי היזק שאינו ניכר וקשה דסו"ס הרי זה ניכר ע"י מעשה מנסך, והתשובה כנ"ל, שאף ששם אנו יודעים שיש נזק ע"י כך מעשה, אבל אין המעשה מנסך נראה ביחד עם הנזק בשעת הנזק, דרק לפני הנזק נראה מעשה זו, משא"כ בכלאים ובשרץ ודו"ק.

ובישוב הקושי' על הרמב"ם נראה, דס"ל דלהך מ"ד הוי ניכר ממש, והביאור, שזה ודאי שכסף אמיתי וכסף מזויף תרתי נהו - וברור שמי שישנה את הכסף האמיתי ויעשהו לכסף מזויף, הרי"ז פשוט שזה נזק של ממשות וזה נזק ניכר ממש בחפץ, וכ"ה ברש"י [שם סוף

צ"ז] דכתב דכסף בלי צורה אינו כסף וצורה ניכר לכל שכבר אינו כסף, ומ"ש להפוך צורתו לצורת זיוף או 'משחק' - או לשנות את הצורה עצמה, שסו"ס הרי"ז משהו אחר לגמרי, וזהו נמי כוונת הרמב"ם במה שכתב "נפסלה צורתו".

### בדין היזק שאינו ניכר בצורם אוזן פרה.

עו"ק מצורם אוזן פרה, דהקובש"ע תלאו בפלוגתא הנ"ל בין הרמב"ם לתוס' שהרי מום באוזן אינו גוף הנזק אלא שהוא סימן בעלמא על הנזק שבו והנזק הוא הפסול, וזה כמו שרץ ומים או כמו עירבובי' של כלאים.

ועיין בתוס' [ב"ק סוף צ"ח] דפליגי בזה אמוראי, והרמב"ם פסק דהוי היזק ניכר, ועל הרמב"ם ק' כנ"ל, ועל התוס' נמי קשה מאידך מ"ד, שהרי הוא דומה לשרץ ומים.

והנראה בזה, דיעויין שם, שהמחלוק' היא האם סתם בהמה למזבח קאי, והיינו האם ניכר הוא שהבהמה היא הקדש, ואז לכו"ע הנזק ניכר, או שלא עומד למזבח ואז פשיטא ליה לגמ' שהנזק אינו ניכר, והרמב"ם פסק כמ"ד דסתם בהמות למזבח קאי ולכן הנזק ניכר.

ואף דלא נשתנה צורתו, ולכא' הרי זה כמו שרץ, אכן זה אינו שהרי לרמב"ם בהמה זו "בעל מום", וזה נראה עליו, וזה מיקרי נשתנה צורתו כמו מטבע שנפסלה, וכל הנידון בשרץ ועירבובי' הוא משום דהנך הם רק סיבות בעלמא לנזק [דגם אחרי שכבר לא ניכרים העירבובי' והשרץ - הנזק במקומה עומדת] משא"כ מום שזהו הפסול עצמו ודו"ק, וזה ניכר.

ואידך מ"ד ס"ל דגרע טפי, דכיון דלא מוכרח כלל שהוא הקדש, הרי דבזה הוא גרע טפי, דדומה לטומאה בלי הכשר שכל החפצא לאו בר היזיקא הוא, דבעל מום אינו כלום בחולין, וע"ע בהערה <sup>102</sup> במה שיש להעיר עוד בכל הנ"ל.

### בדברי הרמב"ם בדינא דגרמי למה כלאים מיקרי היזק ניכר, ובעיקר הנידון מהו הנזק ומהו המזיק בכלאים.

הרמב"ם בדד"ג [ד"ה תו איכא למידק היכי שמעינן] הקשה דאיך הוכחנו דגרמי חייב, הא הו"ל ממנו שהזיק, ותירץ דבעי יאוש והיאוש פועל, עיי"ש, וזה בשם הר"י בעל התוס', ותי' עוד דהממון עצמו רק עשה גרמי, כיון שאין הגפנים עצמם אוסרים, ורק גורמים לאיסור שיבא, והרמב"ם תמה בזה דא"כ הו"ל הזיק שאינו ניכר, ולכן ע"כ חולק וס"ל דהערבוב הוא הנזק והו"ל כשורו שנגח, וכוונתו למה שכתב [שם] להלן [ד"ה והנך פירכי] דבאמת כלאים הוי היזק שא"נ, ורק משום שהערבוב אוסרו הוא דהוי היזק ניכר כיון שהעירבוב עצמו ניכר לכל.

והביאור בהנך ב' צדדים הוא, דלצד א' העירבוב עצמו הוא הנזק ואז נתחדש תרתי, א' הערבוב עצמו ניכר, וזהו הנזק, ולא כמטמא ומדמע שהנזק הוא האיסור גרידא והאיסור לא

<sup>102</sup> ומה שהוכיחו התוס' בסוף דע"כ היזק ניכר הוא, דאל"כ הרי חייב רק במזיד, וצ"ב הרי קנסו שוגג אטו מזיד לר"מ גופא במטמא ומדמע וצ"ע, וכן הק' הגליון הש"ס ב"ק ק': ובתוס' רעק"א משניות כלאים אות ד' [מובא בחדש] [והיינו דהכא קאי לר"מ].

והוסיף דאולי כאן זה מה"ת ושם מבואר שרק בדרבנן קנסו שוגג אטו מזיד, והק' דכאן מקיים כלאים הוא רק מדרבנן לרבנן דר"ע, וכמבואר בתוס' ב"ק פ"א [או דיש לאוקמי' בכלאים דחו"ל] ונראה, דאיסור מקיים הוא רק מדרבנן אבל מה שנאסר התבואה במקיים זה מה"ת.

ובשי' הרמב"ם הרי לדעתו מקיים כלאים הוא אסור מה"ת אכן כבר כתב האהא"ז דכיון דלשיטתו גרמי בשוגג פטור, א"כ בלאו הרי רק מיירי במזיד.

אכן דברי התוס' תמוהין, שהרי מיירי הכא בהתראה, וכן הק' בתו"ג [שם], ובלאו הכי מיירי רק במזיד, וע' מהר"ם [כאן] דרק בפורץ שייך כן ולא במי שלא גדר, וכוונתו נראה כהמצפה איתן [ב"ק ק:]: שצריך כוונתו דוקא להזיק וכאן סתם לא גדר בגלל עצלות, דאי היה רוצה להזיק למה המתין שיפול לבד.

נראה כלל, ב] אם העירבוב הוא הנזק אז שפיר חשיב כנזק הנעשה בידים ע"י הגפנים, וזה שיטת הרמב"ן, אכן לתירוץ שני מבואר דהאיסור עצמו הוא הנזק והעירבוב עושה איסור, וזה כבר גרמי דבהמתו, ואינו בידים, ועוד דתו לא הוי היזק ניכר.

אולם עיקר הדבר תמוה שהרי גם כשנפרדו מהדדי עדיין האיסור קיים בתוכו, והיינו דמזה מוכרח דהעירבוב עצמו אינו הנזק ורק האיסור שנולד ממנו הוא הנזק, ועל זה תי' הרמב"ן שזהו שינוי שחוזר לברייתו, והיינו דסו"ס במצב כזה יש עירבוב, ובמצב הזה העירבוב הוא הנזק, ועיין עוד החידושי ר' שמואל [סי' ג' אות ג' וד'] מה שהוסיף בזה.

אכן כל זה תמוה שהרי בשלמא בשעטנו י"ל כן, אבל כלאים אוסרים גם אי יעקרו את העירבובי, וע"כ צ"ל שהנזק הוא האיסור ולא העירבובי, וצ"ע.

וע"כ צ"ל באופן אחר, והוא דעיקר הנידון הכא אינו בהגדרת "גוף הנזק" אלא בהגדרת "גוף המזיק", והיינו האם האיסור הוא ה"מזיק" או שהעירבובי הוא ה"מזיק", ואי נימא שהעירבובי הוא המזיק א"כ שפיר י"ל שהמזיק ניכר וזה כבר סגי להיזק ניכר, וזה גם מיקרי שהגפנים הזיקו בידים, אבל אם האיסור שחל מכח העירבובי הוא המזיק אז כבר חשיב מזיק ע"י גרמי, וכיון שהמזיק אינו ניכר שוב חשיב היזק שאינו ניכר, ודו"ק.

ובאמת דבתוס' משמע דעיקר הנידון בהיזק ניכר או לא היינו מצד ה"מזיק" האם ה"מזיק" ניכר לנו והיינו השרץ, ורק ע"י המים ניכר המזיק כמזיק [דבלא זה אין החפץ בר היזיקא כלל], אבל זה ברור דלא בעינן שהנזק יהיה ניכר, דטומאה לא ניכר, ובדרך הראשונה ברמב"ן נקטנו דחולק וכל הנידון היה האם ה"נזק" ניכר או לא ולכן הנידון היה מהו ה"נזק" בכלאים, אכן בדרך השניה מבואר דגם הרמב"ן ס"ל כהתוס' בזה, ודו"ק.



## סימן כ

**בגדר ההתחייבות של כותל  
למ"ד היזק ראייה לאו שמיה היזק,  
ובפלוגתת הראשונים במסיפס.**

**פרק א גדר ההתחייבות למ"ד היזק ראייה לאו שמיה היזק.** < מביא מהאחרונים [רעק"א חת"ס והחזו"א] דגדר ההתחייבות הוא לבנות כדי לסלק היזק ראייה. < מביא כמה הוכחות ונפ"מ מחמת גדר הנ"ל. < ראיית רעק"א דגם הכא איכא דין להיות כונס לתוך שלו בהוצא ודפנא. < סיכום. >

**פרק ב בפלוגתת הראשונים במסיפס.** < גמ': "הוי אמינא במסיפס בעלמא", מביא דאיכא תרי דינים במסיפס, ודברי התוס' בזה. < מביא את דרכו של רבינו יונה בזה, ומוכיח כדרכו של רעק"א והחזו"א דההתחייבות [למ"ד גודא] היא על לסלק היזק ראייה. < מביא את שיטת התוס' והרשב"א דחולק על רבינו יונה, ולדידיה ליכא הוכחה לכל הנ"ל, ולדידיה איכא שיעור כותל מצד חלוקה דבר קיימא, ולא מצד סילוק היזק ראייה. < מביא את פלוגתת הראשונים בגדר סברת "התעצמות בדין" אי שייכא לדיני היזק ראייה או לדיני חלוקה, ונמצא דפליגי הכא אי כל ההתחייבות הוא מצד הרחקת היזק ראייה או לא. < שיטת רש"י ותוס' בכל הנ"ל, דפליגי בפלוגתא הנ"ל, ולשיטתייהו בסוגי' דנפל שאני. >

## פרק א

**גדר ההתחייבות של כותל  
למ"ד היזק ראייה לאו שמיה היזק.**

**מביא מהאחרונים [רעק"א חת"ס והחזו"א] דגדר ההתחייבות הוא לבנות כדי לסלק היזק ראייה.**

ללישנא דגודא, מבואר במשנה דבעינן כותל רק מצד ההתחייבות, דס"ל להאי לישנא דהיזק ראייה לאו שמ"י היזק, וכפשוטו היה נראה שההתחייבות היא לבניית כותל - אכן יש הרבה ראיות שאינן כן - אלא שגדר ההתחייבות הוא שמתחייבים זה לזה שיסלקו את ההיזק ראייה - וכן מפורש בחזו"א [סי' א' ס"ק א' ד"ה ואפשר דעד] וקרוב לזה מבואר בחת"ס [במשנה בד"ה שרצו לעשות מחיצה], ולהלן יבואר כן מרעק"א - ויבואר שלכן יש חיוב חכמים בדבר לקבוע את השיעורים והסוג כותל, וע"כ שהכותל שייך לדיני היזק ראייה, אלא שקשה - שהרי למ"ד לאו שמיה היזק ליכא כותל של היזק ראייה והאיך יש דינים בכותל - וע"כ שיש כותל במקומות שכולם מודים שיש היזק ראייה, וכגון מה שפירשו התוס' בנפל שאני ואיירי בכותל בין שנים - והכא תיקנו תקנת כותל של היזק ראייה - והם התחייבו לכותל כזה.

**מביא כמה הוכחות ונפ"מ מחמת גדר הנ"ל.**

להלן כמה הוכחות ונפ"מ לחידוש זה.

א [צ"ב לשון רש"י שכתב "דחייביה חכמים שיבנו בין שניהם", הרי כל ההתחייבות היא ע"י האומדנא שלהם, ותו לא - ולפי"ז א"ש, דחכמים כבר מחייבים אותם באיזה אופן נתחייבו לסלק היזק ראייה, וא"ש.

ב [ע"ד זה יש להקשות נמי על רש"י במשנה [ד"ה לפיכך] שכתב "חייבום חכמים", ולכאוי קאי גם לל"ק - ולהנ"ל מיושב.

ג [יש כמה דקדוקים במשנה לל"ק שצריכים ביאור - שבראשונה יש לדייק שבגויל ובגזית וכו' צריכים דוקא כשיעור ולא יותר אף אם מנהג המדינה הוא יותר, וכמבואר בתוס', וקשה שאם הם התחייבו לבנות כותל ואין על זה שום חיוב מצד חכמים, א"כ הרי הם התחייבו כמו מנהג המדינה, ואיך שייך לפטור אותם בזה לכותל פחות מהמנהג - ומכאן הוכיח הגר"נ פרצוביץ זצ"ל [ס"ק ד' וס"ק ל"ג] יסוד הנ"ל - וא"ש.

ד [איך מחייבים אותם נגד המנהג של מחצלת [לדעת ר"ת דהוי מנהג הדיוט], הא הכל תלוי בהתחייבותם ובאומדנא, וגם מהכא הוכיח הגר"נ פרצוביץ זצ"ל כנ"ל.

[ה] עוד הוכיח כן מהמשנה שכתוב "וכן בגינה", ומבואר להלן בגמ' דדין זה קאי על גויל וגזית, דגם בגינה חייבים בגויל וגזית, אף דלא נתרצו ולא נתחייבו, כיון דבגינה איכא היזק ראייה לכו"ע, ומבואר א"כ דלענין היזק ראייה בעינן גויל וגזית, ואי נימא דגויל וגזית בחצר הוא רק מצד שכך האומדנא דכשמתחייבים זה לזה מתחייבים כפי המנהג א"כ אין כאן "וכן", וע"כ דגם בחצר גדר ההתחייבות הוא דהתחייבו לסלק היזק ראייה כחייב חכמים.

[ו] נראה להוסיף - שיש עוד נפ"מ לדינא בחידוש זה, חוץ ממה דלא מתחייב יותר מהנך שיעורים וחוץ ממה דמתחייב יותר ממנהג הדיוט של מחצלת - שהנה הרשב"א כתב דבעיר חדשה אין הוצא ודפנא, רק פחות שבכתלים, וזה רק יתכן למ"ד דהיזק ראייה הוי היזק ואז חכמים הוא דמחייבים את הסילוק של היזק ראייה, אבל אם הם בעצמם התחייבו לסלק את ההיזק ראייה, א"כ למה נימא שחייבום חכמים בפחות שבכתלים, ולמה לא תיסגי בהוצא ודפנא, דמנלן אומדנא על יותר מהוצא ודפנא, ולהנ"ל ברור דדין זה הוא גם לל"ק, והיינו דכשרוצים לסלק את ההיזק ראייה אז כבר חייבום חכמים איך לסלק, והיינו ע"י פחות שבכתלים.

#### **ראיית רעק"א דגם הכא איכא דין להיות כונס לתוך שלו בהוצא ודפנא.**

יש מקור נוסף לזה - דהנה עיקר יסוד זה מפורש ברעק"א [תשו' קפ"ד - מהדו"ק] שהביא קושי' אחיו [ר' בונים אב"ד דמטרסדורף], שהקשה דמהו הראיה בגמ' דהיזק ראייה לאו שמיה היזק מהא דקתני "רצו", הא דילמא לעולם י"ל דאזלינן למ"ד היזק ראייה שמיה היזק, אלא דלדידיה מהני בכונס לתוך שלו, ועל זה הוא דבעינן התרצות וקנין שלא יוכל להיות כונס לתוך שלו ולא על עיקר הכותל שעיקר הכותל חייב מדין היזק ראייה.

ותי' רעק"א דגם למ"ד דכל הכותל הוא רק מצד ההתחייבות, אכן כל ההתחייבות הוא רק לסלק את ההיזק ראייה, ולכן באמת מהני בכונס לתוך שלו גם באופן שעשו קנין, וא"ש, אלא דעיי"ש שדחה שא"א לחדש חידוש כזה.

אולם עיין בהגהות על רעק"א [מהדור' אריאל] שהביא קושי' עצומה מהגר"י הוטנר זצ"ל - שהרי אי איירי למ"ד היזק ראייה שמיה היזק וכל ההתחייבות אינה אלא להמנע להיות כונס לתוך שלו, הרי ממילא דאיירי שהוא לא כנס - וא"כ איך אמרו שלפיכך יחלוקו - הרי גם בלי ההתחייבות הדין הוא יחלוקו וזה מחמת החיוב של היזק ראייה - וזו סובה פשוטה למה לא פירשו כן את המשנה - ומעיקרא לא קשה קושי' אחיו של רעק"א - ועיין מה שיישב בזה במילואים - ודו"ק.

#### **הוכחה מהתוס' שהוא חולק על היסוד הנ"ל.**

והנה - מבואר בגמ' שהיתה התחייבות לבנות כותל, וכתבו התוס' להלן [ג. ד"ה כי רצו] דמהני ההתחייבות כיון ד"קנו ושעבדו נכסיהון לבנין הכותל".

ועיין בחזו"א [סי' א' ס"ק א' ד"ה ואפשר] שכתב דא"צ לזה, די"ל דמתחייבים זה לזה לבנות כותל בזה שהם מקנים זה לזה את הזכות ראייה לחצרו של חברו, והיינו שראובן מוחל זכות הראייה שלו בחצר של שמעון לשמעון והרי זה כנותן לו זכות לחצר גדורה וממילא שחייב לבנות כותל נגד הך היזק ראייה, והיינו דהכא מבואר בחזו"א את כל היסוד שהתחייבות לבנות כותל אינה התחייבות בעלמא אלא שהיא התחייבות לקבל על עצמו דין היזק ראייה.

ומזה שהתוס' לא פירשו כן בפשיטות, מזה מבואר שהתוס' לא למדו כן, ובאמת, דלפי מה שהערנו להלן לגבי מסיפס שהתוס' לא למדו כרבינו יונה, אלא כהרשב"א, א"כ הרי ממילא מוכרח דלא למדו ע"ד החזו"א, וכן ביארנו להלן [סימן כא] בביאור דברי התוס' [ד"ה בונים את הכותל באמצע] וכן ביארנו להלן [סימן כג] בדברי התוס' [ד"ה נפל שאני], ונמצא שהתוס' אזיל בזה לשיטתו בכמה דוכתי.

ועיין רש"י לעיל בסוגיין שכתב דגם להך מ"ד קשה דלמה לא מהני התחייבות - הא הוי קנין דברים - אכן לדרכו של רבינו יונה י"ל קצת דלא כהחזו"א, די"ל דאינו מחילת זכות שלא יסתכל ברשות חבירו דא"כ אינו קנין דברים, אלא דצריך להקנות לו הך זכות והרי זה כקנין דברים.

### סיכום.

הרי לנו כמה הוכחות ליסוד הנ"ל - אולם להלן יבואר שיש בזה מחלוקת בראשונים בהמשך הסוגי' - וכדלהלן - וע"ע להלן [סימן כג] שהבאנו מחלוקת רש"י ותוס' בזה.

### פרק ב

#### בפלוגתת הראשונים במסיפס.

**גמ': "הוי אמינא במסיפס בעלמא", מביא דאיכא תרי דינים במסיפס, ודברי התוס' בזה.**

הגמ' שו"ט הכא דבאמת קס"ד הוי סגי במסיפס בעלמא, וקמ"ל דלא סגי בזה אלא דבעי כותל, ולכא' משו"ט זו אפשר להוכיח את היסוד הנ"ל שנתבאר לעיל דיסוד ההתחייבות הוא דהתחייבו להשמר מהיזק ראייה.

אלא דנראה דעיקר חידוש זה תלוי בפלוגתת הראשונים, דהכא בסוגי' דמסיפס מבואר דנחלקו הראשונים בעיקר הנך שיעורים של רוחב הכותל, ותלוי בהנ"ל, ונבאר את הדברים.

דהנה, בגמ' להלן [ת"ש אין חולקין את החצר וכו'] מבואר דבכל חלוקה חייבים עכ"פ במסיפס, ולהלן [ו':] מבואר דהא דבעינן מסיפס היינו כדי שלא יתפס עליו כגנב, ולזה בעי י' טפחים, כן חידש ר"נ.

והנה, בתחילת הסוגי' הקשו דלמ"ד דהיזק ראייה לאו שמיה נזק, ורצו לבנות, א"כ למה אמרו בונים את הכותל, הא בונים "אותו" מבעיא ליה, וביארו דקס"ד דרצו לבנות מסיפס, ועל זה הקשו התוס' [ד"ה הוי אמינא במסיפס] דממילא מחוייבים במסיפס גם בלי שירצו, ומכאן הוכיח דתרי גוויי מסיפס איכא, ומחוייבים במסיפס בלי גויל וגזית והם רצו בגויל וגזית, ואכתי מיקרי מסיפס כיון שיש בזה חלונות, וזה לא מהני להיזק ראייה, אכן בקמ"ל נתחדש דבונים "כותל", והיינו דההתחייבות היתה על כותל בלי חלונות, ולכן לא כתוב "אותו" אלא "כותל".

**מביא את דרכו של רבינו יונה בזה, ומוכיח כדרכו של רעק"א והחזו"א דההתחייבות [למ"ד גודא] היא על לסלק היזק ראייה.**

אולם נחלקו בזה הראשונים, דיעויין ברבינו יונה [ד"ה אלא מאי גודא] דתלת גוויי כתלים מצאנו:

א [המסיפס הגרוע שחייבים גם בלי התרצות הוא מסיפס בפחות מעשרה, וע"כ דלפי קס"ד זה לית לן הך דר"נ דבעי י' מצד נתפס כגנב.

ב [אם היה כתוב "אותו" במשנה היינו אומרים דהתרצו על מסיפס מיתדות בלי גויל וגזית <sup>103</sup>, ומיירי בי' טפחים, דא"צ ד' אמות אלא להיזק ראייה, [וקרי ליה מסיפס כלפי מחיצת ד' אמות דמיקרי כותל].

<sup>103</sup> זה לא מוכרח, דיתכן דהיה כותל אבנים של י' טפחים, וכדיארנו להלן [סוס"ק ה' בהערה] בדעת הרא"ש, ודייקנו כן גם מלשון רבינו יונה.

ג] לפי"ז קשה מה שאמרו במשנה גויל וגזית וכו', וע"כ דלצדדין קתני, והיינו דדוקא במקום שנהגו להיזק ראייה אז כופין על היזק ראייה ואז חייבין בגויל וגזית, וזה באמת מיירי בגובה ד' אמות, אבל בקס"ד רק התחייבו על מחיצת עשרה.

וכל זה לפי הקס"ד, דקס"ד דבסתם התרצות רק חייבים במסיפס [של י' טפחים בלי גויל וגזית], וקמ"ל דבסתם התרצות באמת חייבים בכותל של ד' אמות בגויל וגזית.

כן דרכו של רבינו יונה בסוגי' אלא דהקשה על עצמו דלמה באמת צריך ד' אמות אחרי ההתחייבות, והא סתם מחיצה י' טפחים, ותל' משום "דאמרינן דמסתמא להשמר מהיזק ראייה נתכוונו".

ובביאור הדברים נראה דבזה גופא שו"ט הקס"ד והמסקנה, דבקס"ד למדנו דאיכא התחייבות על גוף המחיצה עצמה, ובזה הוי השיעור י' טפחים ככל מחיצה, וקמ"ל דההתחייבות לא היתה אגופא דכותל, רק על הרחקת היזק ראייה, וזה ממש כדביארנו לעיל מרעק"א והחזו"א, וממילא דהכל משתנה לגדרי היזק ראייה וכבר צריך ד' אמות עם גויל וגזית, הרי לנו מקור מפורש לסברת הרעק"א והחזו"א בסוגי'.

איכא דמדברי רבינו יונה נתחדש עוד בעיקר האי חידוש של רעק"א והחזו"א, והוא:

א] לעיל מבואר דאיכא נפ"מ לגבי גויל ביותר מו' ולגבי פחות מהוצא וכו' ושאר פרטי דינים, אולם מרבנו יונה למדנו דעיקר דין כותל אבנים של ד' אמות וכל הדין דאזלינן בתר מנהג המדינה בסוג האבנים, כל זה נתחדש אחרי שבאים לקבל ע"ע דין היזק ראייה אכן בקס"ד שלא רצו בזה, ורק רצו בכותל ותו לא, אז היה סגי במחיצת עשרה בהוצא ודפנא, וכל דיני הכותל רק חיילו אחרי חידוש זה.

ב] עיקר האי חידוש נלמד משינוי לשון במשנה, דזה שכתבה המשנה לשון "כותל" ולא לשון "אותו", שינוי זה בא ללמד על עיקר חידוש זה, ולולי זה המשנה היתה כתובה לצדדין וכל דיני מנהג המדינה היו חלים רק באופן שיש מנהג להזהר בדיני היזק ראייה, דו"ק.

**מביא את שיטת התוס' והרשב"א דחולק על רבינו יונה, ולדידיה ליכא הוכחה לכל הנ"ל, דלדידיה איכא שיעור כותל מצד חלוקה דבר קיימא, ולא מצד סילוק היזק ראייה.**

אולם הרשב"א חולק בתרתי.

א] לדעת הרשב"א קיימא כבר בקס"ד כר"נ דבעינן מסיפס מצד מיתפס כגנב, ופשוט א"כ שאין מחיצה פחות מ' טפחים וזה במסיפס הגרוע שחייבים בה גם בלי התרצות.

ב] גם זה פשיטא ליה דצריך גויל וגזית, כיון שיש סברא דלא שייך חלוקה כשיהיה התעצמות בדין אחרי שיפול, ולזה בעינן כותל בר קיימא, וזה דוקא בגויל וגזית, וזה דלא כרש"י ודלא רבינו יונה.

וממילא מבואר מכל הנ"ל דהרשב"א חולק בהנך ג' כתלים:

א] המסיפס שחייבים בו תמיד בלי תהחייבות הוא מסיפס של י' טפחים של גויל וגזית.

ב] בקס"ד [אם היה כתוב "אותו ולא "כותל"] הוא דהיה התרצות על מסיפס יותר טוב, והיינו במסיפס של ד' אמות עם חלונות.

ג] קמ"ל [בלשון "כותל"] דהתרצו על כותל בלי חלונות.

ומדברי התוס' מוכרח כהרשב"א:

א] מפורש בתוס' דהמסיפס הגרוע הוא י' טפחים, וכר"נ, ולא פחות מזה וכסברת רבינו יונה.

ב] לתוס' הדין מנהג המדינה הוא במסיפס, [והמשנה לאו לצדדין נכתבה].

[ג] לפי"ז צ"ל דהמסיפס הוא ד' אמות, דכל הנך שיעורים של רוחב הכותל רק נאמרו בכותל שיש לו גובה של ד' אמות, ודו"ק.

ואגב למדנו הכא חידוש בגדר ד' אמות לתוס' ולרשב"א, דהנה שיעור ד' אמות לרבינו יונה הוא מצד היזק ראייה וכנתבאר, ולרשב"א לא יתכן ד' אמות מצד היזק ראייה אם יש בו חלונות, וצ"ל דד' אמות הוא שיעור כותל וזה דומה לדין גויל שהוא גם מדיני כותל, וחיובא דכותל זה הוא בלי היזק ראייה, ויתכן שיש בזה זכות העמדות קורות ושהשכן לא יוכל להכנס לתוך שלו, וכל זה בלי שייכות להיזק ראייה, ועיין היטב ברבינו גרשום בסוגי' דנפל שאני דמפורש דאיכא דין ד' אמות בלי שייכות להיזק ראייה, וע"ע בהערה <sup>104</sup>.

והנה, לרשב"א ג"כ אפ"ל ע"ד שביארנו ברבינו יונה שהקס"ד היתה שהיה התרצות על גופא דכותל וקמ"ל דההתרצות היא על סילוק ההיזק ראייה, וע"ד החזו"א, ומה"ט למסקנה בעינן דוקא כותל סתום בלי חלונות.

אכן י"ל דחולק על כל היסוד של החזו"א, וס"ל דגם למסקנה אתינן עלה מצד אומדנא, דכיון דבלאו הכי מוכרח דלרשב"א השיעור ד' אמות והשיעור גויל וגזית לא שייכי להיזק ראייה, דגם כשיש בו חלונות חייבים בהם, א"כ שוב י"ל דה"ה דהדין דבעינן "כותל סתום" בלי חלונות, דגם זה לא שייך להיזק ראייה והכל מצד האומדנא.

אלא דלפי"ז הדרא כל הקושי' וההוכחות מהמשנה, א] איך מחייבים דוקא שיעורים של ו' ולא יותר אף אי נהגו ביותר, דאי תלוי הכל באומדנא, הרי האומדנא הוא כמנהג המדינה, ב] מה החיסרון במנהג למחצלת וכדו' דהכל תלוי באומדנא, והאומדנא הוא כהמנהג.

אולם נראה דלרשב"א מיניה וביה לשיטתו איכא תשובה לקושיות הללו, דלרשב"א יש חיוב חכמים על "חלוקה בר קיימא" גם בלי התרצות מפורשת לכותל, דס"ל דגם במסיפס חייב בגויל ובדבר של בר קיימא, והכל לפני החיוב כותל, ונמצא דהא דחייבוהו חכמים [במשנה] בשיעורים וחייבוהו בסוג מסויים כפי מנהג המדינה, כל זה בא מצד הדין "חלוקה בר קיימא", והיינו שיהא חלוקה בלי התעצמות בדין, ודין זה קיים גם במסיפס בלי שייכות להיזק ראייה, וא"כ כש"כ דבכותל איכא דין זה, בלי שייכות להיזק ראייה, ודו"ק.

נמצא דאף דאין הוכחה מהרשב"א דלית ליה סברת הרבינו יונה, אכן מאידך גיסא, כל ההוכחות לסברת רבינו יונה [מהא דבעינן ד' אמות, ומהשיעורים ברוחב, ומהא דלא מהני מחצלת] דלמד ע"ד החזו"א, הנך הוכחות ליתא לדעת הרשב"א.

**מביא את פלוגתת הראשונים בגדר סברת "התעצמות בדין" אי שייכא לדיני היזק ראייה או לדיני חלוקה, ונמצא דפליגי הכא אי כל ההתחייבות הוא מצד הרחקת היזק ראייה או לא.**

והנה בעיקר מה דמבואר הכא דאיכא סברא דגם במסיפס בעינן גויל וגזית מצד התעצמות [שלא יצטרך לצעוק עליו בבי"ד תמיד], אשר זהו סברת הרשב"א ורמב"ן מצד חלוקה בר קיימא, הרי הביאו מקור לזה מהמ"ד דהיזק ראייה שמיה היזק דכותל בעי בר קיימא ושיהיה בלי התעצמות, וקשה דזה סברת הרמב"ן למה א"א להיות כונס לתוך שלו בהוצא ודפנא, והרא"ש הקשה עליו ממחיצת הכרם [שאינו גויל וגזית וג"כ יכול ליפול], והק' עליו עוד "שיש שופטים בארץ", ומבואר הכא דהבנת הרא"ש ברמב"ן הוא דכל הטענה מצד התעצמות בא בהלכות הרחקת נזיקין, [ולכן הק' הרא"ש על הרמב"ן ממחיצת הכרם ומזה שיש שופטים בארץ], הרי דלדידיה אין דמיון לחלוקת בר קיימא.

<sup>104</sup> ועיין עוד בתחילת דברי הרשב"א שביאר את שיטת רש"י, ולדבריו איכא מסיפס של יתידות בגובה ד' אמות אף דלא מונע היזק ראייה, וע"כ כנ"ל.

וע"כ דמוכרח מיניה וביה בראשונים האלו דחולקים ביסוד סברת התעצמות, ולדידהו סברת התעצמות לא שייכא להרחקת נזיקין, וע"כ דגם למ"ד דהיזק ראייה שמיה היזק כל מה דבעינן כותל אבנים דוקא בהנך שיעורים ברוחב הוא מצד זה דבעינן חלוקה גמורה וחלוקה גמורה היינו בלי היזק ראייה לדורות, ודו"ק.

ובזה באמת מיושב קושית הרא"ש על הרמב"ן, דאה"נ, דמצד סברת התעצמות בדין בהרחקת נזיקין ליכא טענה, וכדמוכרח ממחיצת הכרם ומהטענה שיש שופטים בארץ, וכל הטענה של התעצמות רק נתחדש בחלוקה בר קיימא, שהחלוקה ג"כ תהיה בלי היזק ראייה, ושיעמוד כן בלי היזק ראייה לדורי דורות.

ובדעת הרא"ש מוכרח דלית ליה סברת התעצמות מצד חלוקה דבר קיימא [דאל"כ מה הקשה על הרמב"ן], וממילא דכבר ליכא מקור לעיקר סברת חלוקה בר קיימא, וע"כ דהכא במסיפס ילמד הרא"ש כרבינו יונה, ולדידיה כל החיובים של חז"ל כאן בשיעורים הוא מצד היזק ראייה, וכל ההתחייבות והקנין שלהם הוא מצד היזק ראייה, וע"ד החזו"א<sup>105</sup>.

ובאמת דאזיל בזה לשיטתו עוד, דלשיטתו דמותר להיות כונס לתוך שלו בהוצא ודפנא, הרי א"כ ק' עליו קושי' ר' בונם איגר [מובא לעיל ס"ק א'], וע"כ צ"ל כתיורצו של רעק"א דלא התחייבו כותל סתם אלא דהתחייבו כותל מדין היזק ראייה, ולשיטתו, ורק לרשב"א דלית ליה דינא דכונס לתוך שלו, ול"ל ליה קושי' ר' בונם, לדידיה א"צ לתירוצו של רעק"א ולדידיה א"ש גם בלי לחדש דההתחייבות הוא מצד דינא דהיזק ראייה ורק מצד חלוקה דבר קיימא אתינן עלה.

**שיטת רש"י ותוס' בכל הנ"ל, דפליגי בפלוגתא הנ"ל, ולשיטתייהו בסוגי' דנפל שאני.**

והנה בשיטת רש"י יש לדקדק דאזיל בכל זה כרבינו יונה שהרי ברש"י מבואר דמסיפס גרוע [לפני ההתחייבות] הוא מסיפס מיתידות "נמוכים", ומשמע דאין בהם עשרה ודלא כר"נ, וקשה דלמה לא למד כר"נ, וע"כ צ"ל דלמד הכא כרבינו יונה, דלפי הקס"ד בסוגי' ליתא לדינא של ר"נ, ודו"ק.

ובשיטת התוס' עיין בחזו"א שכתב [שם] דמהתוס' להלן [ג']. נראה דלא כדבריו, ולדעת התוס' ההתחייבות הוא חיוב כותל בעלמא ולא דין הרחקה דהיזק ראייה, ועיין להלן [ס"ק י'] דנוכח [מתוס' ד"ה בונין באמצע] שתוס' למד כהרשב"א, דלית ליה סברת החזו"א דמצד היזק ראייה אתינן עלה.

<sup>105</sup> איברא דשוב התבוננתי דכמו דס"ל לרא"ש דכל מה דאיכא כותל של אבנים ושיעורים של אבנים הוא מצד זה שאינו רוצה שמעותיו יהיו אנפרות, ומה"ט באמת מהני להיות כונס לתוך שלו, א"כ בקס"ד - אי היה כתוב לשון "אותו" ולא לשון "כותל" - דקס"ד כשהתחייבו לבנות מסיפס ביהוד [לא מצד היזק ראייה], דלכא' גם בזה איכא טענה שלא רוצה לעשות מעותיו אנפרות, ולמה ירצו לבנות משל הוצא, וע"כ צ"ל דלפי הך קס"ד קבלו ע"ע לבנות כותל של י' טפחים של אבנים בשיעורים אחרים ברוחב, ולא בשיעורים של המשנה, ודו"ק.

ונראה דגם ברבינו יונה עצמו מדויק כן, דכשרבינו יונה הקשה דאיך קס"ד דאיירי במסיפס, הא במשנה נשנו כל ההלכות של הכותל, בלשון רבינו יונה בקושי' זו מדוקדק דרק הקשה מהשיעור ד' אמות [דלזה בעינן גויל של ו' וכו'], ולא הקשה כלל מעצם זה דבעינן אבנים במקום שנהגו כן, ומשמע דזה שבעינן אבנים כמנהג הוא גם במסיפס, ולכא' היינו מצד טעמא דאינו רוצה שיהיה מעותיו אנפרות, ודו"ק.

ועיין לעיל ברבינו יונה דהביא את סברת הרא"ש דיכול להיות כונס לתוך שלו בהוצא ודפנא, ורק בסוף הוסיף "שיש מפרשים" שיש טענה מצד התעצמות, אכן לא נראה דזה עיקר שיטתו, ולשיטתו אזיל בזה כהרא"ש.

אולם יש לתמוה בכל זה טובא, דהרבינו יונה כבר הקשה דבמשנה מפורש כל הנך שיעורים, ותיירץ דהמשנה קתני לצדידיו, וכל הנך שיעורים קאי דוקא באופן שנהגו להזהר בהיזק ראייה, וקשה, דא"כ למה לא קתני במשנה את כל השיעורים של כל הנך אבנים לפי כותל שיש לו גובה י' טפחים, וצ"ע.

ובאמת דכל זה לשיטתו כאן בסוגי', דכבר מבואר בתוס' דבדין מסיפס ס"ל כהרשב"א, שחייב בגויל וגזית כמנהג המדינה, וע"כ דלאו מדין היזק ראייה בעינן להנך שיעורים. ועיין להלן [סימן ,,,,] בסוגי' דנפל שאני דמבואר שם דנחלקו רש"י ותוס' בפלוגתא זו, ואזלי לשיטתייהו כאן דכבר נחלקו בפלוגתת רבינו יונה והרשב"א שהיא שורש פלוגתא זו. אלא שיש להעיר בכל דברינו בשיטת הרא"ש, שהרי הבאנו מהחזו"א [שם] שכתב דמהתוס' להלן [ג']. נראה דלא כדבריו, ולדעת התוס' ההתחייבות הוא חיוב כותל בעלמא ולא דין הרחקה דהיזק ראייה, והרא"ש עצמו הביא הך תוס', וע"כ דגם הרא"ש חולק על סברת החזו"א, ושוב הדרא קושי' ר' בונים לדוכתא, וע"כ צ"ל דהרא"ש מיישב את קושי' רעק"א כהתירוץ השני ברעק"א שם.

## סימן כא הערות בשו"ט בסוגי' ובתוס'.

ישוב קושית התוס' על דברי רש"י במסיפס. < ביאור הטענה "כי אתרצאי לחלוק ע"מ שלא לעשות גודא" [תוס' ד"ה וכיון דרצו], דמבואר הכא דהדין היזק ראייה מצד דיני חלוקה אתינן עלה. < ביאור בדברי התוס' ד"ה "בונים אל הכותל באמצע", והוכחה נוספת דהתוס' לא למדו כרבינו יונה אלא כהרשב"א. < "כי איתרצאי למיעוטי אורא", רש"י ראשונים.

### הערה בפשט – "שרצו לחצות מיבעי".

הגמ' מקשה ללישנא דהיזק ראייה שמייה היזק, דלפי"ז "שרצו לחצות מיבעי", ולכא' יש להק', דהא י"ל דלעולם ד"רצו" אמחיצה של הוצא ודפנא קאי, ומחייבים אותם כותל אבנים מצד שלא יהיה מעותיו אנפרות, ומה קשה להו.

אולם זה אינו, שהרי אם זה היה כתוב במשנה אז היה משמע דכוונת המשנה לומר שרק חייבים בכותל אחרי ה"רצו" של מחיצה, ובלי ה"רצו" של מחיצה היו פטורים לגמרי, וזה אינו, שהרי למ"ד דהיזק ראייה שמייה היזק, לדידיה חייבים בלי שום התרצות כלל, ומה"ט ע"כ פשיטא דלמ"ד דהיזק ראייה שמייה היזק דרצו דוקא א"חלוקה" קאי, ורק למ"ד לא שמייה היזק אז רצו א"מחיצה" קאי.

### ישוב קושית התוס' על דברי רש"י במסיפס.

פרש"י "רצו אחלוקה" ובאין בו כדי חלוקה, וק' דלחצות מיבעי, וע' במהרמ"ש ומהר"ם שביארו דאי קס"ד דרק חייבים במחיצה ומסיפס ולא בכותל, א"כ יש 'קיצור לשון' דמצי לכתוב "לחצות ע"י מחיצה" בלשון "לעשות מחיצה", כדי לכתוב "אותו" אח"כ, דאי היה כתוב "רצו לחצות" היו כותבים אח"כ "בונים את המחיצה", ולכן שפיר שינו ללשון מחיצה מלשון לחצות, ורק הק' "לחצות מיבעי" למסקנה דבלאו הכי כתוב "כותל" ולא כתוב "אותו", וע"ע במהרמ"ש ומהר"ם וכן ברמב"ן מה שיישבו בזה עוד.

### ביאור הטענה "כי אתרצאי לחלוק ע"מ שלא לעשות גודא" [תוס' ד"ה וכיון דרצו], דמבואר הכא דהדין היזק ראייה מצד דיני חלוקה אתינן עלה.

בגמ' מבואר דללישנא דהיזק ראייה שמייה היזק, ע"כ ד"רצו" היינו דרצו לחלוק, וע"כ דאין בו דין חלוקה, והק' בתוס' דלמה אוקמינן ליה דוקא בכה"ג, וביארו בתוס' דקס"ד שיכול לומר "כי אתרצאי לחלוק ע"מ שלא לעשות גודא".

אולם צ"ב דמהו הקס"ד בזה, הא סו"ס למ"ד דהיזק ראייה שמייה היזק, הרי עכשיו אחרי החלוקה הרי הם שכנים שיש ביניהם היזק ראייה.

ומבואר כאן כמו דנתבאר לעיל שזה מהזכותיות של החלוקה לתבוע הרחקת נזיקין דהיזק ראייה, ואינה תביעה בפני עצמה, ולעיל [סימן א'] הבאנו כן מהגר"נ פרצוביץ זצ"ל שדייק כן בטור, וכן נתבאר נמי ברמב"ן ונמו"י דתמיד אין טענת התעצמות וכאן איכא טענת התעצמות, ולכן לא סגי בהוצא ודפנא, דא"נ דמצד הרחקת נזיקין דעלמא סגי בהרחקה דהוצא ודפנא ועכשיו צריך הרחקה לדורי דורות.

וביארנו בזה דיסוד הדברים הוא דשותפין מפריעים ומגבילים זל"ז בהשתמשויות שלהם, וכאן גם אחרי חלוקה ההשתמשויות של כל א' וא' ממשיך להפריע ע"י היזק ראייה, וע"כ ד"חלוקה גמורה" מחייבת הרחקת היזק ראייה.

נמצא שיש כאן ב' סיבות להרחקה של היזק ראייה, חדא ככל היזק ראייה בין ב' שכנים, ב' הכא איכא גם סיבה שניה, דהכא נתחדש הרחקה יתירא כדי שיהיה "חלוקה גמורה", ועל זה היה מהני תנאי ד"אדעתא דהכי וכו'", ועיין בכל זה בחי' ר' נחום [ס"ק כ"ד וס"ק כ"ה].



ולפי"ז נראה דפשיטא שהיה חייב עכ"פ בהוצא ודפנא, אבל לא בכותל כמנהג המדינה, דמצד ההיזק ראייה הפשוט סגי עכ"פ בהוצא ודפנא, ורק בדין הנוסף מצד היזק ראייה ליכא חיוב בקס"ד הזה.

ולפי הנ"ל מבואר דהמשנה חידשה תרתי, א] המשנה חידשה שצריך דוקא גויל וגזית והיינו מטעם שלא יהיה התעצמות מהזכויות של החלוקה, ב] עוד נתחדש דאין כזו טענה "כי אתרצאי לחלוק ע"מ שלא לעשות גודא", והטעם לזה צ"ל ע"כ משום דהוי ליה להתנות כן ואיכא אומדנא דרצו חלוקה גמורה.

ועיין בטור ובמשנה למלך, מובא בקצוה"ח [סי' קנ"ח ס"ק א'], דס"ל דבגינה לפי האמת טענה זו ד"כי אתרצאי לחלוק ע"מ שלא לעשות גודא" אכתי קיימא, וביאר הקצוה"ח דחמיר היזק ראייה של חצר יותר מגינה, וזה תלוי בפלוגתא דלקמן, ולכאן כל זה לגבי התוספת דין מצד "חלוקה גמורה", אכן מצד עיקר הדין היזק ראייה דשכנים אכתי היה חייב אלא דמצד זה סגי בהוצא ודפנא, וא"כ עכ"פ היינו צריכים לחייבם בהוצא ודפנא ומהטור משמע דפשוט לגמרי.

ובביאור הדבר ביאר הגר"נ פרצוביץ זצ"ל [שם], דע"כ צ"ל דשותפין גריעי מכל שכנים דכיון דכבר הגבילו א' לחבירו בעיקר ההשתמשויות, והיה היזק ראייה לפני החלוקה, א"כ יתכן דלא מצי תבעי חלקים טובים בלי שום היזק ראייה, וגרעי בזה מכל שכנים, ועל זה בעי תקנה חדשה של כותל שנתחדש בהלכות חלוקה דאדרבה, דע"י כותל איכא חלוקה גמורה, וזה ליתא בגינה.

**ביאור בדברי התוס' ד"ה "בונים אל הכותל באמצע", והוכחה נוספת דהתוס' לא למדו כרבינו יונה אלא כהרשב"א.**

כתבו בתוס' דלמ"ד היזק ראייה שמה היזק קס"ד דאף דבונים באמצע לגבי ההותאות אבל לא לגבי מקום הכותל, וצ"ב דמהו הפשרה בין מקום הכותל להוצאות.

וביאר בזה הגר"נ פרצוביץ זצ"ל [ס"ק כ"ח] דהדין הרחקת נזיקין אינו יכול לבטל לגמרי את כל השימוש שלו, וא"כ כיון שהשימוש שמביא להיזק ראייה בא מכל מקום ומקום בחצירו, נמצא שהוא מפסיד את השימוש בהך מקום שעליו בונים את הכותל, וכלפי מקום זה נשאר הדין דהניזק צריך להרחיק כדי שהמזיק לא יבטל שימושו, ולכן אם יכנס הניזק לתוך מקום הניזק, אז לא יבטל המזיק את שימושו ושפיר יוכל לתבוע הרחקת מהמזיק ע"י כותל, ועיי"ש עוד בדבריו זצ"ל מה שהוסיף בזה.

ולכאן צ"ל דיצטרך לשלם על חצי הכותל וגם על חצי המקום, דגם זה בכלל ההוצאות, רק דלא אמרינן שיפסיד חלק מההשתמשות בחצר.

איברא שיש לתמוה, הרי לפי רבינו יונה דומה כותל מצד היזק ראייה שמי' היזק לכותל מצד היזק ראייה לא שמה היזק, דתרווייהו דין א', וכתבאר עפ"י סברת החזו"א, ומהכא מוכרח שתוס' לא למד כרבינו יונה, אלא כהרשב"א, ובלאו הכי כבר הוכיח כן החזו"א מתוס' להלן [ג.], וכבר נתבאר כן בשיטת התוס' לעיל במסיפס, ולהלן יבואר עוד דפליגי בזה בסוגי' דנפל שאני.

**"כי איתרצאי למיעוטי אוירא", רש"י ראשונים.**

"כי איתרצאי למיעוטי אוירא" - עיין ברש"י, והביאור בזה, דבלי התרצות יש מסיפס נמוכה מתחת לד' אמות, וע"י ההתרצות נתחייב לבנות עד ד' אמות, אבל לא נתחייב לבנות במקומו, ואין הכוונה שמוותר על אויר ממש, רק שמתחייב לבנות כנגד אויר, אף שיש בזה יותר הוצאות.

אכן רבינו גרשום כ' "נתרציתי שלא אשתמש באוירא דידך", ומשמע שיהיה כזה זכות להשתמש באויר עצמו ועל זה התחייב לוותר עליו, ורבינו יונה הביא כזה פשט וכ"ה בהרשב"א [תשו' ח"ג סי' קנ"ה].

## סימן כב

### ביסוד דינא דהיזק ראייה, ובפלוגתת הראשונים אי גינה חמיר מחצר.

**פרק א חוקר ביסוד דינא דהיזק ראייה, ובחילוק בין מילי דצינעה ושאר עסקיו.** < הקדמה. > ביסוד המחלוקת האם היזק ראייה שמיה היזק או לא דפליגי האם חשיב נזק או לא. < מוסיף, דכו"ע מודי דהוי נזק, ורק פליגי האם היזק צריך להשמר, דבא"א להשמר כו"ע מודי דהוי נזק. > מבאר באופ"א עפ"י דקדוק בדברי רש"י דמודי דצינעה וחולקים בשאר עסקיו, והוכחת הגרנ"פ דפלוגתתם בראיית שאר עסקיו. < תוספת דברים בזה מהגרנ"פ פרצוביץ זצ"ל. > מוסיף לבאר באופן שלישי - דאחרי דאיכא היזק ראייה מצד שאר עסקיו שוב מצי תובע גם מצד מילי דצינעה. < מבאר איך שאר עסקיו אהני ליה למילי דצינעה שלכן א"צ להשמר מהמזיק. >

**פרק ב פלוגתת הרא"ש והתוס' בגינה אי חמיר טפי מחצר או לא.** < מביא את פלוגתת הרא"ש והתוס' האם גינה חמיר מחצר או איפכא - והנפ"מ ביניהם - ומתמה בשיטת הרא"ש. > < מבאר את שיטת הרא"ש [עפ"י הנ"ל] למה אין כאן סברות הפוכות. > < מבאר את שיטת התוס', דמצד היזק ראייה דשאר עסקיו קיל חצר מגינה. > < מבאר את דעת הרא"ש, דע"י דאיכא נזק מצד שאר עסקיו שוב הדרא דינא דגם במילי דצינעה א"צ להשמר ומיקרי מזיק גם על זה, הלכך חצר חמיר מגינה. > < מוכיח כדברינו מלשון הרא"ש דהרכיב טעמא דשאר עסקיו בהדי' מילי דצינעה - ומבאר שורש פלוגתתם. > < מתמה - דמנפ"ש פטור - שכל אחד יש לו פטור אחר - דמצד מילי דצינעה עליו לשמור על עצמו - ומצד שאר עסקיו הרי יש מנהג ובוזה מהני המנהג שהרי שאר עסקיו קיל טפי. > < מחדש שיש הבדל בין עיקר השם נזק והתביעה של הנזק, ובמנהג לא להרחיק חסר בתביעה ולא ב'שם נזק', ומחלק בין מי שבא לקיים את התביעה 'חלקית' למי שבא לבטל את התביעה חלקית מחמת המנהג שחל בחלק מהתביעה. > < מיישב בזה את הרא"ש - דאהני לן התורת נזק דמילי דצינעה לעשות את הנזק של היזק ראייה להיזק כללי - ושוב לא מהני המנהג על חלק מהנזק. > < תוספת ביאור. >

**פרק ג האם היזק ראייה הוא היזיקא דגופא או דממונא.** < ספיקת האחרונים האם היזק ראייה היא היזיקא דגופא או דממונא, ובסתירת הרמב"ן בזה. > < מיישב דתלוי בפלוגתא האם היזק ראייה הוי היזק או לא, דבזה חלוק שאר עסקיו ממילי דצינעה. > < מדייק דגם לרמב"ן מוכרח דלמ"ד שמיה היזק, אחרי טעמא דשאר עסקיו כבר הדרא טעמא דמילי דצינעה > < בפלוגתת הראשונים האם איכא חזקה בהיזק ראייה > < קושי' גדולה בשי' התוס' ממקום שנהגו לא לגדור למקום שנהגו בפחות מהוצא ודפנא.

## פרק א

### חוקר ביסוד דינא דהיזק ראייה, ובחילוק בין מילי דצינעה ושאר עסקיו.

#### הקדמה.

נראה להקדים דמצאנו לשונות סותרים ברש"י וברא"ש האם היזק ראייה הוא רק מילי דצינעה, או גם מדברים אחרים, עוד מצאנו סתירות בעיקר החומר של היזק ראייה בין גינה לחצר, עוד מצאנו סתירות האם מיקרי היזק לגוף או היזק לממונו, ונראה דכד נעיין בעיקר שורש פלוגתא זו יתיישבו כל הנך קושיות, ובעזה"ת יבואר שורש האי דינא.

#### ביסוד המחלוקת האם היזק ראייה שמיה היזק או לא דפליגי האם חשיב נזק או לא.

והנה, בעיקר הפלוגתא בהיזק ראייה שמיה היזק או לאו שמיה היזק, כפשוטו היה נראה דנחלקו האם דינו כמזיק או לא, [והיינו דכיון דכל הנזק נעשה מתוך הפעולות הפשוטות היום יומיות, דבכל פעולותיו הוא ממילא רואה את חברו בלי שום מעשה מסויים, ויתכן דמחמת זה לא מיקרי מזיק], וזה שורש פלוגתתם.

אולם לא משמע כן, דבסוגי' הביאו הוכחה מבית שער, אף דהתם לא דנים מצד המזיק שהרי הנזק בא מבחוץ, ואין כאן נידון של א' שהוא מזיק את חברו שחייב להרחיק, ומהכא משמע דלא נחלקו אי הוי מזיק או לא, אלא דנחלקו האם היזק ראייה היא בכלל "נזק" או לא, ומעתה א"ש, דאי אינו בכלל נזק אז י"ל דליכא חיובא גם מצד דינא דבית שער, דכל התביעה בבית שער הוא רק לתבוע הרחקת נזק מכל בני החצר, ופשוט.

[ועיקר הסברה בזה י"ל דכיון דההיזק נוצר מזה שהוא חי עם אחרים, דרק מי שחי בעולם לבד לא רואים אותו אחרים, א"כ מה שרואים אותו הוא חלק מעצם החיים החברתיים, ולא חיילא בזה תורת נזק כלל].

והנה לעיל [סימן א'] הבאנו את הנידון באחרונים האם חיובא דכותל מצד היזק ראייה, מצד חיובא דבית שער אתינן עלה או מדיני הרחקת מזיק ומטענת "אל תזיקני" אתינן עלה, והבאנו מהחזו"א דבזה פליגי הרמב"ן ורא"ש האם מצי לכנוס לתוך שלו בהוצא ודפנא או דמצי טוען שהוא רוצה הרחקה לדורי דורות.

ולכא' היה אפשר להוכיח מסוגי' זו דהביאו הך דבית שער, דע"כ דלאו מדין הרחקת מזיק ומטענת "אל תזיקני" אתינן עלה, אלא מצד חיובא דבית שער.

אולם מאידך אפשר להוכיח נמי איפכא, דממה דהביאו הך דגג לחצר אף דרק א' מהם ניוזק, וע"כ דמוכרח דלאו מדינא דבית שער הוא אלא מדין "אל תזיקני", הרי דאיכא בזה סתירה מיניה וביה.

וע"כ צ"ל כנ"ל, דיסוד המחלוקת אינו האם מיקרי "מזיק" או לא, אלא דיסוד המחלוקת הוא האם מיקרי "נזק" או לא, והיינו שיש לדון האם ראייה בעלמא חשיב נזק, או דילמא דלא חשיב נזק כלל.

**מוסיף, דכו"ע מודי דהוי נזק, ורק פליגי האם הניזק צריך להשמר, דבא"א להשמר כו"ע מודי דהוי נזק.**

איברא, דמהסוגי' מוכרח דאינו כן, דמוכרח דכו"ע מודי דשפיר חשיב נזק, והיינו דכו"ע מודי דגוף הראיה בשל חבריו ודאי דמיקרי נזק שיש עליו תביעת הרחקה, שהרי מבואר בגמ' דבכמה גווני כו"ע מודי שיש חיוב הרחקה מצד היזק ראייה - וכדלהלן:

א] מבואר דחלוק חצר לחצר מגג לחצר, דמחצר לחצר הוא יכול לשמור מהיזק ראייה, לא כן מגג לחצר, ומשמע דכו"ע מודי דחשיב נזק ורק פליגי אי עליו להשמר או לא.

ב] כן מצאנו נמי בבית - דגם הכא מבואר דכו"ע מודי דשמיה היזק, דכיון דא"י לשמור שוב מודי כו"ע דהוי נזק.

ג] כן למדו התוס' בנפל שאני דמצי לטעון דאינו יכול לשמור כיון דכבר הורגלו לא להשמר, ולכן כו"ע מודי דשמיה היזק.

ומפורש בכל הנ"ל, דכל מה דפליגי אי שמיה היזק אי לא, היינו דוקא באופן שיכול לשמור, אבל באופן דלא מצי לשמור ליכא פלוגתא כלל, והיינו דכל מה דס"ל דלא חשיב נזק הוא רק משום דמצי להשמר ממנו.

איברא דכל זה תמוה, דנמצא דפליגי הכא בפלוגתת ר"י ורבנן האם על הניזק לשמור את עצמו או לא, ולמה דוקא בהיזק ראייה פליגי אמוראי בב' סברות בפלוגתא זו, וצ"ע.

והפשוט בזה, דכו"ע מודי דמה שרואה מילי דצינעה של חבריו דשפיר מיקרי נזק, וכו"ע מודי דמצי להשמר וצריך להשמר ממילי דצינעה, ואין זה ענין לפלוגתת ר"י ורבנן, דהכא כו"ע מודי דכך הדרך במילי דצינעה להשמר מהשני - שלכתחילה המנהג הוא שהצורה שעושים מילי דצינעה היינו במקום מוצנע באופן שזה שמור מחבירו - וכל זה בלי שכנים ואחרים שרואים ממקומות אחרים - הלכך בכל אופן שיש דרך להשמר נקבע שכך הצורה של השימוש הזה - וממילא דא"ש דלכן אף אי חשיב נזק אכן עליו להשמר שלא יראו את המילי דצינעה ידיה, ובהנך אופנים שאינו יכול להשמר - אז כו"ע מודי דשמיה היזק.

ויש לומר דכל פלוגתתם הוא - האם מה שהוא גורם לו להשמר ולצמצם את ההשתמשות של החצר, האם זה מיקרי נזק או דילמא לא, דממילא הדרך הרגילה היא לצמצם ולהזהר במילי דצינעה, ומה שמצמצם בזה עוד אינו נזק שכך הדרך - כך היה נראה באופן פשוט לבאר פלוגתא זו.

אולם להלן יבואר דפלוגתתם מתפרשת בב' אופנים אחרים - ותחילת הדברים דכו"ע מודי שהדרך היא להשמר ולכן לפי שורת הדין לא מיקרי נזק היכא שהוא יכול להשמר, ותחילת פלוגתתם היא בנקודה אחרת - וכדיבואר

**מבאר באופ"א עפ"י דקדוק בדברי רש"י דמודי במילי דצינעה וחולקים בשאר עסקיו, והוכחת הגרנ"פ דפלוגתתם בראיית שאר עסקיו.**

ונקדים בזה בסתירת דברי רש"י בעיקר דינא דהיזק ראיא, דמצד א' מבואר ברש"י [תחילת ב' עמוד ב'] שכתב "איני חפץ שיראה עסקי", ומאידך מבואר ברש"י בהמשך [תחילת ג' עמוד א'] דמיירי במילי דצינעה, וזה סתירה, דהאם כל הנידון הוא מצד "שאר עסקיו" או מצד "מילי דצינעה".

ואשר נראה בזה, דבאמת איכא ב' ענינים שונים בהיזק ראיא, א' כל עסקיו, ב' מילי דצינעה, וי"ל דכו"ע מודי דמילי דצינעה הוא נזק, אלא דכו"ע מודי דמצי להשמר וצריך להשמר ממילי דצינעה, דהכא כו"ע מודי דהדרך בזה הוא להשמר מהשני, [ולכן בהנך אופנים שאינו יכול להשמר אז כו"ע מודי], ומה"ט כו"ע מודי דאין התחלת דינו של היזק ראיא מצד מילי דצינעה.

וכל פלוגתתם הוא אך ורק בשאר עסקיו, דלמ"ד שמיא נזק אמרינן דגם מה שרואה שאר עסקיו מיקרי נזק, ולדידיה היזק ראיא כוללת גם מילי דצינעה וגם שאר עסקיו - הלכך שפיר נקטינן ד"שמיא נזק", ולמ"ד דלאו שמיא נזק חולק בזה גופא, ולדידיה שאר עסקיו לא חשיבי נזק ואינן בכלל הדין היזק ראיא כלל.

והנה זה פשוט דכו"ע מודי דאינו יכול להשמר ואין דרך להשמר מראיית חבירו בשאר עסקיו, דשאר עסקיו כולל הכל, וא"כ א"א לעשות כלום בחצר, הלכך על הצד שזה נזק אז שפיר מצי לתבוע הרחקה, וכל פלוגתתם הוא רק האם גם זה נכלל בתוך ההיזק של ראיא או לא, ודו"ק.

והדברים מדוקדקים ברש"י, דמה"ט כתב בתחילת הסוגי' בביאור עיקר פלוגתתם דפליגי בשאר עסקיו האם מצי לטעון "איני חפץ שיראה עסקי", דזה עיקר פלוגתתם, אכן בסוגי' הסוגי' מיירי התם בדין גג לחצר למה לכו"ע אמרינן דאיכא בזה היזק ראיא ושמיא היזק, דהכא מיירי במילי דצינעה דלא מצי להשמר, ובזה כו"ע מודי דאיכא בזה היזק ראיא.

**תוספת דברים בזה מהגר"נ פרצוביץ זצ"ל.**

ויש לדעת - שעצם חידוש זה דלמ"ד היזק ראיא שמיא היזק דהנזק הוא מצד ראיית שאר עסקיו ולא מצד מילי דצינעה מוכרח מיניה וביה בסוגי'.

וכבר הוכיח כן הגר"נ פרצוביץ זצ"ל [ס"ק ל"א] מהסוגי' לגבי בית שער, שהרי בבית שער מבואר דמיירי בחצר לפני חלוקה, וכולהו כהדדי בהך חצר, וא"כ ממילא צריכים להשמר זה מזה ממילי דצינעה, וע"כ דכל הנידון הוא מצד שאר עסקיו שאינו רוצה שהרבים יראו את שאר עסקיו, [והוכיח כן עוד מהרשב"ם להלן נ"ט ומהסוגי' שם, עיי"ש היטב בדבריו], ודו"ק.

והוסיף לבאר עוד דחלוקין נינהו שאר עסקיו ממילי דצינעה בחומר התביעה, דכפשוטו משמע דבמילי דצינעה י"ל שהראיה עצמה היא הנזק - שמה שחבירו רואה אותו הוא חפצא של נזק, אכן בלשון רש"י משמע דלגבי שאר עסקיו אינו כן שרש"י כותב - "דאיני חפץ שתראה עסקי", והיינו דמלשון זה היה משמע שבאמת גם הוא מודה שאינו "חפצא של נזק" אלא שיש מושג חדש של "טענה של נזק", וזה שכתב בלשון "איני חפץ" - שטוען כן בלי שיש כאן מציאות של נזק.

**מוסיף לבאר באופן שלישי - דאחרי דאיכא היזק ראייה מצד שאר עסקיו שוב מצי תובע גם מצד מילי דצינעה.**

ונראה דעפ"י כל הנ"ל אפשר להוסיף נקודה נוספת שכלולה בפלוגתא זו - ויש לפרש פלוגתתם באופן שלישי - ולהלן [פרק ב'] נוכיח כן בשיטת הרא"ש.

דהנה - נתבאר כאן דבאמת כו"ע מודי דלראות מילי דצינעה מיקרי היזק אלא דפליגי בשאר עסקיו אי נכללו בכלל היזק ראייה או לא - ויש לומר שאף שתחילת פלוגתא זו היא ברמת החומרא שיש בנזק של ראיית שאר עסקיו, אכן אין זה סוף פלוגתתם - אלא דאחרי שנכלל היזק ראייה מצד שאר עסקיו בכלל היזק ראייה - שוב יש לדון - האם היזק ראייה הוא היזק אחד כללי, שכולל את כל הסוגים של היזק ראייה, או שכל היזק הוא סוג בפני עצמו ודנים אותם כל אחד בפני עצמו.

והיינו שהיה מקום לדון בכל פרק לא יחפור - שכל נזק ונזק של תנור וסולם וכדומה שהוא עושה לחבירו - דכולהו חדא נינהו ויש תביעת הרחקה כללית על כולם כהדדי - אולם אינו כן, אלא שדנים את כל אחד ואחד בפני עצמו - דאף שכולם באים מהשכנות של השכן כהדדי - אכן סו"ס כל אחד ואחד מוגדר כהיזק בפני עצמו - ומאידך - בהיזק ראייה דשאר עסקיו פשוט שאינו כן - שכאן - כל סוג וסוג של שאר עסקיו אינו היזק בפני עצמו - אלא כולם בכלל היזק ראייה אחת נינהו.

אולם בהיזק ראייה של מילי דצינעה יש מקום לחקור - האם כל הנזק שנגרם מחמת ראייה ידידה חדא נינהו ומילי דצינעה כלולים בכלל שאר עסקיו - או שכל סוג וסוג של נזק דנים בנפרד - מילי דצינעה לוד ושאר עסקיו לחוד - כיון שהם ב' רמות שונות - ודומה לתנור וסולם וכדומה - ולהלן יבואר כמה נפ"מ בחקירה זו.

והנפ"מ יהיה שאחרי שנתחדש ששאר עסקיו כלולים בכלל היזק ראייה - שוב נכללו שניהם בכלל היזק ראייה אחת כללית מילי דצינעה ושאר עסקיו כהדדי - ונמצא שאף שבאמת א"א לתבוע את הנזק של מילי דצינעה מצד עצמו - כיון שמצד זה עליו לשמור על עצמו, אכן כיון שמילי דצינעה הוא נזק - אלא שאין עליו תביעה של הרחקה כיון דעליו להשמר - אכן אחרי שהוא כלול בכלל הנזק של שאר עסקיו - והרי א"א להשמר משניהם - א"כ סו"ס יש כאן נזק כללי מראיה ידידה שא"א להשמר ממנו - שהרי שניהם כלולים בתור נזק אחד - ודו"ק.

ונחיד את הדברים - שאם היינו אומרים שמה שעליו לשמור על עצמו במילי דצינעה דמחמת זה בטלה דין נזק דמילי דצינעה - אז פשוט שא"א לכלול נזק בהדי' שאר עסקיו אכן אי נימא שמילי דצינעה הוא באמת נזק - אלא שבטלה התביעה הרחקה ממנו כיון דעליו להשמר - אז שפיר יש לומר שהוא כלול בכלל הנזק של שאר עסקיו - ובתרווייהו כהדדי ליכא תביעת הרחקה - וע"ע בהערה <sup>106</sup> במה שיש לדון בזה עוד.

<sup>106</sup> והיה מקום לדון בזה עוד - דבאמת אהני זה לזה - דהיה מקום לומר דלולי המילי דצינעה לא היינו מחשיבים את ההיזק ראייה של שאר עסקיו כנזק - ורק מחמת המילי דצינעה הוא דנכלל בכלל היזק - וזה כל פלוגתתם - אי הוי נזק אחד וממילא דנכלל בכלל היזק ראייה או דוו כמה נזיקין - ואי נימא כן נמצא דאהני ליה מילי דצינעה להיזק של שאר עסקיו - דמחמתו יש נזק כללי שתחילתו במילי דצינעה וסופו בשאר עסקיו - ומאידך שאר עסקיו אהני ליה למילי דצינעה לעשותו לסוג נזק שא"א להשמר מהמזיק - שמה שהוא יכול להשמר ממילי דצינעה בפני עצמו אינו טענה כיון שזה רק חלק מהנזק.

אולם א"א לומר כן שהרי בבית שער מוכרח ששאר עסקיו הוי תביעה בפני עצמה בלי מילי דצינעה - ומוכרח א"כ דפליגי בתרתי, א] אי שאר עסקיו הוי נזק, ב] אי הוי נזק שוב יש לומר עוד שכלול בכלל מילי דצינעה.

והיה מקום לדון ולומר שזה ודאי שהבית שער לא נעשה להציל מהנזק של מילי דצינעה - שהרי ממילא איכא נזק של מילי דצינעה וכו"ל, ומוכרח שהוא בא להציל את רק הנזק של שאר עסקיו - אולם הנזק עצמו שנעשה ע"י הרבים כל רגע ורגע שהם רואים הוא נזק שמתייחס גם לשאר עסקיו וגם למילי דצינעה - וזה שכל רגע ורגע יש

**מבאר איך שאר עסקיו אהני ליה למילי דצינעה שלכן א"צ להשמר מהמזיק.**

נחדד את הדברים עוד - עצם זה שהוא יכול להשמר ממילי דצינעה בפני עצמו אינו טענה - כיון שזה רק חלק מהנזק - והרי לא שייך להשמר משניהם, ומעולם לא היה עליו תביעה להשמר מחלק מהנזק - והיינו שכל מה שנתחדש שמילי דצינעה אין בה תביעת הרחקה הוא משום שמילי דצינעה מצד עצמו הדרך להיות מוצנע אבל מילי דצינעה בתור חלק מנזק כללי לא דורש להיות מוצנע - וחוזרת התביעה על שניהם כהדדי שיתרחקו ממנו.

ויש להוסיף עוד בביאור הדברים - אם יש טענה נפרדת על תנור וסולם להפטר הרחקה - הרי כל אחד דורש הרחקה ידיה ולא מצטרפים כהדדי לחייבו וכל אחד נפטר כפי הסברות בדיני ההרחקה ידיה, אכן הכא היזק ראייה כולל הכל - וחדא הוא - הלכך דנים את הנזק בתור כללי והרי א"א להשמר מכולו.

עיקר הנפ"מ בין הנך ב' דרכים יהיה דאחרי שהוא תובע תביעה על היזק ראייה של שאר עסקיו - האם באמת חל תביעה גם מחמת המילי דצינעה או לא - ולהלן [פרק ב] יבואר דנחלקו בזה התוס' והרא"ש.

### פרק ב

#### פלוגתת הרא"ש והתוס' בגינה

#### אי חמיר טפי מחצר או לא.

**מביא את פלוגתת הרא"ש והתוס' האם גינה חמיר מחצר או איפכא - והנפ"מ ביניהם - ומתמה בשיטת הרא"ש.**

ונראה, דעפ"י דברינו הכא יתיישב ויתבאר היטב פלוגתת הרא"ש והתוס' בגינה אי חמיר טפי מחצר או לא, וכדיבואר.

דהנה - עיין תוס' שהק' דל"ל דינא דגינה אחרי דכבר אמרינן דין היזק ראייה בחצר, ותיירץ דנפ"מ לגויל, והיינו דנקטו התוס' דכמו דלמ"ד היזק ראייה לא שמיה היזק חמיר עין הרע דגינה מהיזק ראייה דחצר, א"כ ה"ה דלמ"ד היזק ראייה שמיה היזק נמי אמרינן כן, וא"כ ל"ל דינא דגינה אחרי דנאמר דינא דחצר, דודאי דלא פליגי בסברות הפוכות.

אמנם הרא"ש [סי' ו' ד"ה ומסקינן פירושא] כתב שאינו כן, ולמ"ד היזק ראייה שמיה היזק חמיר היזק ראייה דחצר טפי מהיזק ראייה דגינה, והנפ"מ בזה הוא, דאף דמנהג לא לגדור פוטר בגינה, אבל אינו פוטר בחצר, ותוס' ע"כ יחלוק בדין זו.

ואיכא נפ"מ נוספת בהאי פלוגתא, דיעויין בקצוה"ח [סי' קנ"ז ס"ק א] לענין אי איכא טענה ד"כי איתרצאי אדעתא דליכא מחיצה" בחצר שאין בו דין חלוקה ונתרצו לחלוק, דבחצר ליתא להך טענה וכמבואר בסוגי', וי"ל דבגינה איכא טענה כזו, דגינה יותר קיל מחצר.

ועלינו לבאר שורש פלוגתתם, ובעיקר יש לעיין דש' הרא"ש תמוה, דאיך נחלקו בסברות הפוכות, והיינו דהאם גינה יותר חמור או פחות חמור מחצר.

**מבאר את שיטת הרא"ש [עפ"י הנ"ל] למה אין כאן סברות הפוכות.**

והנה - אם היינו מפרשים כדרך הראשונה הפשוטה - שכל פלוגתתם היא האם צריכים להשמר ממילי דצינעה או לא - והיינו על פי מה שנתבאר לעיל - דכל מה דהיזק ראייה לאו שמיה היזק היינו משום דמצי להשמר, אכן היכא דאינו יכול להשמר, אז כו"ע מודי דהיזק

---

נזק של מילי דצינעה מחבירו לא מסלק את הנזק הזה שיש מהרבים, אלא שהבית שער יכול להציל משאר עסקיו דממילא הוא לא תובע הצלה ממילי דצינעה - אכן סו"ס נזק אחד כללי הוא בעיקר החפצא של הנזק - ולא דנים שהשותף קדם לרבים ששניהם מתחדשים כל רגע ורגע - איברא שזו טעות - ש הרי סו"ס מקום זה כבר לא מיועד למילי דצינעה - ודומה לרשה"ר - וכבר לא חשיב כנזק כלל וכלל - ודו"ק.

ראיה שמיא היזק, ומעתה א"ש, דשאני גינה מחצר בזה, דגינה פשיטא דא"א להשמר כלל, דאיך יכניס גינתו לתוך ביתו, ורק במילי דצינעה י"ל דיכניס לביתו.

ולפי"ז א"ש שיטת הרא"ש בפשיטות, דבאמת אין להוכיח דגינה חמיר מחצר, דאדרבה לעולם י"ל דחמיר טפי היזק ראיה במילי דצינעה [חצר] מהיזק ראיה בעניני עין הרע [גינה], ולכן לא מהני מנהג לא לגדור בחצר אף דמהני בגינה, והיינו כדנקט הרא"ש, אלא דבחצר אמרינן דבמילי דצינעה הוא יכול לשמור ולהכי ס"ל להך מ"ד דלאו שמיא נזק אף דגינה שמיא נזק, אבל למ"ד היזק ראיה שמיא היזק, דאמרינן דאין עליו דין לשמור ממילי דצינעה, התם באמת אמרינן דחצר חמיר, ומעתה דברי הרא"ש מובנים דאין כאן סברות הפוכות, ואדרבה, שיטת התוס' צ"ב.

#### **מבאר את שיטת התוס', דמצד היזק ראיה דשאר עסקיו קיל חצר מגינה.**

איברא דעפ"י מה שביארנו בדרך השניה לעיל א"ש גם שיטת התוס', דכבר נתבאר דכו"ע מודי דלראות מילי דצינעה מיקרי היזק ופלוגתתם אינו אלא בשאר עסקיו אי מיקרי היזק או לא, וחלוקין נינהו, דבמילי דצינעה יכול להשמר בתוך ביתו - לא כן שאר עסקיו שאינו יכול להשמר, ולכן פליגי אי יש היזק ראיה או לא.

ומעתה מיושב שיטת התוס', דזה מוכרח דשאר עסקיו באמת קיל טפי מעין הרע, דמה"ט איכא מ"ד דס"ל דהיזק ראיה לאו שמיא היזק בחצר, אף דבגינה נקטינן דעין הרע חשיב היזק, [והיינו דלדידיה מילי דצינעה לאו שמיא נזק כיון שהוא יכול להשמר בזה] [וזה לכו"ע] ובשאר עסקיו הוא סובר דאינו נזק כלל, ודלא כעין הרע שהוא נזק וא"א להשמר, עכ"פ זה שפיר מוכרח דגם למ"ד היזק ראיה שמיא היזק דשאר עסקיו קיל טפי מעין הרע, ושפיר הקשו התוס' דלמה ליה להביא דינא דגינה אחרי שכבר אמרו דינא דחצר, ועוד, דאי מהני מנהג לפטור בגינה כש"כ דיהני בחצר, זו שיטת התוס'.

#### **מבאר את דעת הרא"ש, דע"י דאיכא נזק מצד שאר עסקיו שוב הדרא דינא דגם במילי דצינעה א"צ להשמר ומיקרי מזיק גם על זה, הלכך חצר חמיר מגינה.**

איברא דשיטת הרא"ש מתבאר בדרך השלישית - והיינו דגם לפי מה שהוכחנו שנחלקו בשאר עסקיו - אכן הוספנו דס"ל שכל הנזקים של היזק ראיה - כולם חדא נינהו - וממילא שכל הך טענה דיכול להשמר הוא רק טענה היכא דליכא נזק של שאר עסקיו אכן היכא דאיכא נזק של שאר עסקיו - שוב נכללו שניהם בנזק אחד וכולם בכלל התביעה - ושוב ליכא טענה שעליו לשמור.

וא"ש א"כ למה למ"ד היזק ראיה שמיא היזק דחצר חמיר טפי מעין הרע, דאף דלמ"ד לא שמיא היזק קיל טפי, דכו"ע מודי דשאר עסקיו קיל מעין הרע ועין הרע קיל ממילי דצינעה, אלא דבמילי דצינעה איכא קולא דמצי לשמור וצריך לשמור.

ומעתה פשוט - דלמ"ד לא שמיא היזק - רק דיינינן מצד שאר עסקיו, והרי שאר עסקיו באמת קיל טפי - הלכך ס"ל דאין בהם דין היזק ראיה, אכן למ"ד דשמיא היזק - אז ע"כ הדרא דינא דהיזק ראיה גם מצד מילי דצינעה, דכבר א"צ לשמור מצד מילי דצינעה, שכולה נזק אחד וכולה תביעה אחת - וממילא דכבר שפיר דיינינן גם מצד מילי דצינעה, ופשוט דמילי דצינעה יותר חמור מעין הרע לכו"ע, ודו"ק.

#### **מוכיח כדברינו מלשון הרא"ש דהרכיב טעמא דשאר עסקיו בהדי' מילי דצינעה - ומבאר שורש פלוגתתם.**

הדברים מוכרחים בדברי הרא"ש שכתב "אבל למ"ד היזק ראיה שמיא היזק בחצר דתדירי ביה תשמיש צנוע וגם משמשים בה בכניסה ויציאה נפיש היזיקא מהיזק דגינה", ומבואר מדבריו שיש גם מילי דצינעה, וגם שרואה אותה בכניסתו וביציאתו, ומשמע כרש"י דגם שאר עסקיו בכלל היזק ראיה.



אלא שיש לדייק - דלמה הוצרך לפרש כן דוקא הכא כשבא לפרש למה לא מהני מנהג בהיזק ראייה אף דמהני בגינה, ולפי הנ"ל ניחא, דדוקא הכא צירף הרא"ש את שניהם למ"ד היזק ראייה שמיה היזק, דרק בזה הוא דנתהפך היזק ראייה דחצר להיות יותר חמור מהיזק ראייה דגינה, והיינו כנ"ל, והדברים מדוקדקים.

ונוסיף עוד - שמוכרח מכאן שאין לפרש כדרך הראשונה דפליגי אי צריכים לשמור על עצמו במילי דצנעה או לא - דא"כ למה הוסיף הרא"ש טעמא דשאר עסקיו - הא יש לומר דלעולם מילי דצנעה יותר חמור מגינה - וכל פלוגתתם אינו אלא אי דרכם להצניע ולשמור במילי דצנעה או לא - ושוב ליכא סברות הפוכות - ומזה שהוצרך להוסיף טעמא שאר עסקיו מורח שהוא למד דווקא כדרך הזו.

ונוסיף בזה עוד בביאור שורש פלוגתת התוס' והרא"ש, והוא, דלתוס' אין שייכות בין מילי דצניעה לשאר עסקיו, ואי חיילא בו שם נזק לענין שאר עסקיו, אין זה ענין למילי דצניעה, ורק דיינינן מצד שאר עסקיו וזה קיל מעין הרע, ולענין מילי דצניעה הוא חייב לשמור את עצמו - אבל הרא"ש סובר, דמילי דצניעה ושאר עסקיו למ"ד היזק ראייה שמיה היזק - כולו חדא מילתא היא, הלכך דנים גם מצד מילי דצניעה - ודו"ק<sup>107</sup>.

**מתמה - דממנפ"ש פטור - שכל אחד יש לו פטור אחר - דמצד מילי דצניעה עליו לשמור על עצמו - ומצד שאר עסקיו הרי יש מנהג ובזה מהני המנהג שהרי שאר עסקיו קיל טפי.**

אולם יש קושי גדולה בעיקר הדברים - דמבואר הכא ברא"ש דלא מהני מנהג לא לגדור בחצר אף דמהני בגינה כיון דחצר חמיר טפי, וקשה דאי נימא דרק מחמת שאר עסקיו הוא דחשיב מילי דצניעה להיזק, והרי שאר עסקיו מצד עצמם קיל טפי מגינה - א"כ למה לא נימא דלעולם מהני מנהג לא לגדור לפטור מצד היזק ראייה דשאר עסקיו, וממילא דגם ליכא היזק ראייה מצד מילי דצניעה, דתלויים זה בזה.

והיינו דבאמת לא מצטרפים זל"ז - דממנפ"ש פטור - שכל אחד יש לו פטור אחר - דמצד מילי דצניעה עליו לשמור על עצמו - ומצד שאר עסקיו הרי יש מנהג ובזה מהני המנהג שהרי שאר עסקיו הם ע"כ קיל טפי מעין הרע דגינה - מדנחלקו בו - וא"כ איך מהני דברים שבצנעה לסייע לשאר עסקיו לבטל את המנהג.

**מחדש שיש הבדל בין עיקר השם נזק והתביעה של הנזק, ובמנהג לא להרחיק חסר בתביעה ולא ב'שם נזק', ומחלק בין מי שבא לקיים את התביעה 'חלקית' למי שבא לבטל את התביעה חלקית מחמת המנהג שחל בחלק מהתביעה.**

והביאור בזה כך - ונקדים בכמה הקדמות פשוטות:

[א] מה שאפשר לשמור במילי דצנעה לא מבטל ממנו את השם נזק - אלא שבטל ממנו תביעת הרחקה - דלמה ליה למזיק להרחיק - הא אדרבה - שהניזק ירחיק.

[ב] כשיש מנהג לא לגדור או לא להרחיק - יש לומר בזה בב' אופנים, או שבכה"ג לא חידשו חכמים את הדין נזק של לא יחפור - ובטל ממנו תורת נזק במקום זה, או שיש לומר שבכה"ג חידשו חכמים - דאף דלא בטל ממנו השם נזק - שהרי מה שקבעו כנזק דינו כנזק בכל מקום - אלא שביטלו ממנו את התביעת הרחקה - ואמרו שבכל מקום שמוותרים על הנזק והתביעה - שוב ליכא תביעה כלל.

<sup>107</sup> ויש להוסיף בזה עוד עפ"י מה שהבאנו לעיל מהגר"נ פרצוביץ זצ"ל, דחלוקין נינהו מילי דצניעה משאר עסקיו, דבמילי דצניעה י"ל שהראיה עצמה היא הנזק, אכן בלשון רש"י משמע דלגבי שאר עסקיו איכא טענה "דאיני חפץ שתראה עסקי", ומשמע דאינו "חפצא של נזק" אלא "טענה של נזק".

ונראה שהרא"ש נקט כהדרך השניה - דחסר בתביעה אף דלא חסר בנזק עצמו - וממילא נמצא דמצד ההסתכלות על הנזק עצמו - הרי יש כאן נזק שכולל גם שאר עסקיו וגם מילי דצנעה, דעיקר ה'שם נזק' במילי דצנעה מעולם לא בטל ממנו הגם שעליו לשמור את עצמו - ועיקר ה'שם נזק' בשאר עסקיו גם לא בטל במקום מנהג - ורק דאין תביעה בכח"ג - אלא דסו"ס בתרוייהו חסר את עיקר התביעה - דממנפ"ש ליכא תביעה להרחקה - דמצד מילי דצנעה עליו לשמור, ומצד שאר עסקיו אהני המנהג.

אולם נראה לחדש הנחה שלישית בשיטת הרא"ש - והוא - שזה לכא' פשוט שמי שתובע הרחקה מחבירו על נזק כללי, וחבירו מרחיק את המזיקים בכמה וכמה הרחקות שונות - אלא שבסך הכל יש הרחקה על כל הפרטים השונים של הנזק - הרי בכח"ג פשוט דמהני שהרי סו"ס נתקיימו דיני ההרחקה בכלולותם ושוב אין לו תביעה להרחיק - דאף דכל פרט פרט של ההרחקה לא סגי - אבל ביחד אהני כולם להיות קיום של ההרחקה.

אולם כל זה בבא לקיים את דיני ההרחקה - אבל בבא להפטר מהחיוב הרחקה מחמת מנהג לא להרחיק - והמנהג מתייחס רק לחלק מהתביעה ולא לכל התביעה - דנראה דהכא יש לדון בזה, דאולי כל מה שחכמים אמרו שאין תביעת הרחקה במקום שנהגו לא להרחיק - שכל זה במקום ששייך לבטל את כל התביעה כולה - אבל במקום שיש מנהג על חלק מהתביעה - והחלק השני של התביעה במקומו עומדת - א"כ הכא יש לומר דמעולם לא ביטלו חכמים את התביעה - דא"א לומר שנהגו לא לתבוע תביעה זו - דחלקו נהגו לתבוע - ומה שנהגו לא לתבוע את חלק מהתביעה אינה כלום - דסו"ס החלק השני של התביעה עדיין קיימת שהרי אין כנגדה מנהג - ושוב לא בטלה תביעה זו כלל וכלל.

**מיישב בזה את הרא"ש - דאהני לן התורת נזק דמילי דצנעה לעשות את הנזק של היזק ראיה להיזק כללי - ושוב לא מהני המנהג על חלק מהנזק.**

ובזה מיושב שיטת הרא"ש מקושי' הנ"ל - והיינו דלעיל הקשינו - דממנפ"ש פטור - שכל אחד יש לו פטור אחר - דמצד מילי דצנעה עליו לשמור על עצמו - ומצד שאר עסקיו הרי יש מנהג ובזה מהני המנהג שהרי שאר עסקיו הם ע"כ קיל טפי מעין הרע דגינה - מדנחלקו בו - וא"כ איך מהני דברים שבצנעה לסייע לשאר עסקיו לבטל את המנהג.

ולפי מה שנתבאר אינו כן - שהרי גם אי עליו לשמור על עצמו במילי דצנעה הא סו"ס תורת נזק עליו - וכנתבאר - וממילא שהנזק של היזק ראיה כולל בו גם מילי דצנעה וגם שאר עסקיו - ואף דליכא תביעה להרחיק מצד זה אכן סו"ס איכא נזק דמילי דצנעה לענין זה שיש היזק כללי של היזק ראיה על הכל - ומעתה פשוט דממנפ"ש לא בטל התביעה משניהם, דמצד מילי דצנעה אין לבטל תביעתו ולומר לו להצניע ולשמור עצמו שהרי עיקר טענה זו אינו אלא כשבא לתבוע הרחקה מצד מילי דצנעה בפני עצמו - שבזה שייך ובזה ראוי שיצניע את עצמו אכן כיון שלא שייך לשמור את עצמו בשאר עסקיו והרי שניהם כלולים בתור תביעה אחת - שוב פשוט שהתביעה על שניהם קיימת - דממנפ"ש אין לבטלה - דמצד לשמור על עצמו לא שייך לגבי שאר עסקיו, והכל תביעה אחת ומה שיכול להשמר בחלק מהתביעה אינה סיבה לבטל את חלקה כיון שכולה תביעה אחת היא שלא שייך לשמור - ומה שיש מנהג כנגד החלק השני של התביעה אינו כלום - דכל מה שביטלו את התביעה כשיש כנגדו מנהג - היינו דווקא כשהמנהג באמת יכול להתייחס לתביעה לבטלו - אבל הכא המנהג הוא על שאר עסקיו - והרי על שאר עסקיו מעולם ליכא תביעה בפני עצמה - אלא על כל ההיזק ראיה כאחת - והרי כנגד זה לא מהני המנהג - וממנפ"ש התביעה במקומה עומדת - וא"ש.

**תוספת ביאור.**

ונוסיף ביאור - אין לומר שהמנהג כבר פטרו משאר עסקיו - וממילא שלא חיילא תביעה דמילי דצינעה שמצד מילי דצינעה עליו לשמור - שהרי המנהג מתבסס על זה שדנים מילי דצינעה ושאר עסקיו כתרתי - וכשיטת התוס', וממילא דכלפי מילי דצינעה עליו להשמר כמו למ"ד דלא חוששים למילי דצינעה - ולגבי שאר עסקיו מהני המנהג.

אולם לפי הרא"ש אינו כן - שהרי פשוט שהמנהג לא מהני על מילי דצינעה בפני עצמם, דחמיר טפי מגינה - אלא דמילי דצינעה מצד עצמו עליו להשמר, אכן אחרי ששניהם חדא נינהו א"כ המנהג צריך לפטור את כל הנזק כולו מחיוב הרחקה - וזה הרי לא יתכן כיון שכלול בנזק הזה הנזק של מילי דצינעה - ומה שאין לו תביעה על מילי דצינעה מצד עצמו [לולי שאר עסקיו] לא מבטלו מלהיות נזק - דודאי נזק הוא - אלא דבפני עצמו לא היה לו תביעת הרחקה - וביחד עם שאר עסקיו אית ביה תביעה על שניהם, ועל התביעה של שניהם כאחד הרי לא מהני המנהג - שהמנהג מתבסס על זה דהנך תרי נזיקין תרתי נינהו - והרי אינו כן - ודו"ק - וא"ש למה לא חל המנהג - וא"ש.

**פרק ג****האם היזק ראייה הוא****היזיקא דגופא או דממונא.**

**ספיקת האחרונים האם היזק ראייה היא היזיקא דגופא או דממונא, ובסתירת הרמב"ן בזה .**

כבר חקר באהא"ז [שכנים פ"ב הט"ז] האם היזק של היזק ראייה היא מצד צער, דמצערו בהסתכלות עליו, או דמצד זה שממעט תשמישיו אתינן עלה, דמחמת ההסתכלות הוא ממעט תשמישיו<sup>108</sup>.

וצריכים להעמיק בעיקר החקירה - הרי ודאי שאם הוא ישתמש וחבירו יראה אותו - הרי שודאי שיהיה לו נזק בגופו, ואי ימנע מלהשתמש כיון שחבירו יכול לראות אותו - הרי בזה היה לו נזקי ממונו - וכפשוטו ב' הצדדים תלוי מה היה בפועל - אולם זה אינו - דודאי דדנים שלמעשה הוא לא ישתמש - אכן יש לדון בזה בתרי אופנים:

א] המניעה עצמה היא מיעוט תשמישים וזה נזקי ממונו.

ב] זה שמיעוט תשמישים נהיה בזה שהתשמישים נהפכו לתשמישים שיש בהם צער הגוף - לכן דנים את הנזק לנזק של גופו.

ולכא' יש בזה סתירה בדברי הרמב"ן, דהרמב"ן להלן [נ"ט] כתב בהדי' דנזקי אדם באדם הוא, ובזה ביאר את שיטת הרי"ף בתשובה דליכא דין חזקה בהיזק ראייה דהוי כקוטר א ובית הכסא דבנזקי אדם ליכא דין חזקה, ומאידך עיין היטב ברמב"ן בסוגיין [ד"ה אלמא] דכתב דהא דאיכא נזק של היזק ראייה מבית לחצר לכו"ע גם למ"ד היזק ראייה לאו שמה היזק, היינו משום "דכיון דקביע בבית לא מצי האיך לאשתמושי כלל בחצר", והיינו דלהכי גרע מכל היזק ראייה מחצר לחצר דלא מצי לאשתמושי כלל, עכ"פ מבואר מדבריו דמצד ממעט תשמישיו אתינן עלה.

<sup>108</sup> אלא דהקשה דלפי הצד השני שהוא ממעט בתשמישיו א"כ מאי אולמיה האי מהאי, דלמה למעט תשמישיו של הרואה כדי לא למעט תשמישיו של הניזק, אימא איפכא דתשמישיו של הרואה עדיף, ועל זה תירץ האהא"ז דע"כ דדוקא היכא דאית לניזק זכות השתמשות בשל חבירו כמו דוושא אז איכא תביעה כזו, אכן עיקר דבריו לא הבנתי, דלמה מיקרי ממעט תשמישיו של המזיק, הא רק מחייבים אותו לבנות כותל ותו לא, ועוד, זה שהוא מחוייב להשמר מלהזיק לא מיקרי מיעוט השתמשות, ורק הניזק נתמעט תשמישיו, וצ"ע.

**מיישב דתלוי בפלוגתא האם היזק ראייה הוי היזק או לא, דבזה חלוק שאר עסקיו ממילי דצינעה.**

ובישוב הסתירה היה אפשר לומר דזה שורש פלוגתתם, דלמ"ד היזק ראייה שמה היזק, דיינינן ליה כנזקי גופו, והוי נזק חמור ולכן שמה נזק - ודווקא לפי המ"ד הזה כתב הרמב"ן דליכא חזקה כיון דהוי נזקי גופו, אכן למ"ד דלאו שמה נזק, לדידיה צ"ל דלעולם לא חשיב כנזקי גופו אלא דהנזק בזה הוא מה שממעט תשמישיו, וסובר דזה לא מיקרי נזק - והסברא בה כנתבאר לעיל דעליו להשמר - דכו"ע מודי דצריך להשמר במילי דצינעה והדרך להשמר במילי דצינעה ויכול להשמר במילי דצינעה - ולכן מה שהצטמצם השימוש לא מיקרי נזק דרך הדרך, ולכן מצאנו דכו"ע מודי דבאופן שאינו יכול להשתמש בו כלל - דבזה הוא מודה דשמה נזק - דגם מיעוט תשמישין הוא בכלל נזק.

ונמצא דכל פלוגתתם היא האם הוי נזק של גופו - שזה נזק חמור ובזה ליכא תביעה שעליו להשמר - דנזק חמור הוא, ואי הוי נזקי ממון אז איכא טענה שעליו להשמר. אולם דרך זו קשה - שהרי הסברא אי עליו להשמר או לא תלוי ברגילות של מילי דצינעה - ומה לי אי הוי נזקי גופו או נזקי ממון, וצ"ע.

הלכך נראה לומר כך - דכבר הבאנו את מה שנתבאר לעיל דכו"ע מודי דצריך להשמר במילי דצינעה והדרך להשמר במילי דצינעה ויכול להשמר במילי דצינעה, והמחלוקת הוא בשאר עסקיו אי גם זה בכלל היזק ראייה או לא, ובזה כו"ע מודי דאינו יכול להשמר, רק דפליגי אי הוי נזק בכלל - וכן הוכיח הגר"נ פרצוביץ זצ"ל מבית שער.

ומעתה י"ל, דבשאר עסקיו כיון דע"כ אינו יכול להשמר א"כ ע"כ דאין כאן מיעוט תשמישין דע"כ ישתמש, וע"כ דרק מצד היזקא דגופו אתינן עלה, ומה"ט אמרינן דלמ"ד היזק ראייה שמה היזק, דיינינן ליה כנזקי גופו, ודוקא לשיטה זו כתב הרמב"ן דליכא חזקה כיון דהוי נזקי גופו, אבל מה שכתב הרמב"ן דהמזיק הוא מצד מיעוט תשמישיו היינו למ"ד דרק דנים מצד מילי דצינעה דבזה שפיר יכול להשמר, ונמצא דלדידיה אין כאן היזקא דגופו דמצי להשמר, וזה כל הנזק מה שנתמעטו תשמישיו - וזה נזקי ממון - אלא דלא חשיב כנזק כיון דאדרבה - עליו להשמר - אלא דבזה חילק הרמב"ן בין מי שאינו יכול להשתמש כלל למי שיכול להשתמש קצת - דמי שאינו יכול להשתמש כלל ודאי דמיקרי נזק.

**מדדיק דגם לרמב"ן מוכרח דלמ"ד שמה היזק, אחרי טעמא דשאר עסקיו כבר הדרא טעמא דמילי דצינעה**

אולם קשה, שהרי הרמב"ן [נ"ט] כתב בהדי' דמצד מילי דצינעה חשיב נזקי גופו, וע"כ צ"ל כדברינו לעיל בדקדוק לשון הרא"ש, דאחרי דאיכא חפצא של נזק בראיה מצד שאר עסקיו, א"כ כבר א"צ להשמר כלל גם מצד מילי דצינעה, וממילא דגם מצד מילי דצינעה הדרא דינא דהיזק ראייה דמצידו שפיר מצי עביד מילי דצינעה בלי להשמר, ומצד זה כבר מיקרי נזקי גופו.

והיינו דלמ"ד היזק ראייה שמה היזק לדידיה גם מילי דצינעה מיקרי נזקי גופו, לא כן למ"ד היזק ראייה לאו שמה נזק לדידיה צריך להשמר.

**בפלוגתת הראשונים האם איכא חזקה בהיזק ראייה**

והנה מצאנו פלוגתא האם מהני חזקה בהיזק ראייה או לא, עיי"ש ברמב"ן, וכתב בקה"י [סי' ה'] דלפי דברי הרמב"ן נראה דזה גופא פלוגתתם, האם הוי בכלל נזקי גופו או בכלל נזקי ממון, דאי הוי בכלל נזקי ממון דממעט תשמישו בחצירו, א"כ שפיר איכא בזה דין חזקה כמו בכל נזקי שכנים.

ונראה דשורש פלוגתתם הוא בזה, דהרמב"ן למד עפ"י דרכינו דהכל מתחיל מצד "שאר עסקיו" וכדדייקנו ברש"י, וכן דייקנו נמי ברא"ש, וכיון שכן איכא כבר חפצא של נזק בראיה ידיה מצד נזקי גופו בשאר עסקיו, ושוב הדרא דינא דגם מה שרואה מילי דצינעה הוי בכלל נזקי גופו כיון דכבר א"צ להשמר, אכן החולקים למדו דלכו"ע ליכא נזק מצד שאר עסקיו, והכל מצד מילי דצינעה ותו לא, ורק פליגי האם באמת צריך להשמר במילי דצינעה או לא, ואם צריך להשמר א"כ כל הנזק הוא מצד מיעוט תשמישין בחצירו, וזה ודאי נזקי ממונו.

וכבר ביארנו לעיל דיתכן דזה נמי פלוגתת הרא"ש והתוס', עיין בזה לעיל בדברינו.

**קושי' גדולה בשי' התוס' ממקום שנהגו לא לגדור במקום שנהגו בפחות מהוצא ודפנא.**

תוס' כאן ס"ל דגינה חמיר טפי מחצר, ומוכרח מזה דחצר פטור במקום שנהגו לא לגדור, אולם מעתה קשה מדברי התוס' לעיל [עמוד א'] דחייב לגדור במקום שנהגו בפחות מהוצא ודפנא, דהרשב"א הוכיח דאי חייב בגוונא זו, א"כ ה"ה דחייב במקום שנהגו לא לגדור, דפחות מהוצא ודפנא עדיף עכ"פ ממקום שנהגו לא לגדור, ואי מנהג לא לגדור לגמרי מהני, א"כ כש"כ דמהני בפחות מהוצא ודפנא, וצ"ע.

## סימן כג פלוגתת הראשונים בדין נפל שאני

פלוגתת רש"י ותוס', וביאור האחרונים בזה דתלוי האם העדר חזית הוא ראייה או לא. < מביא את ג' קושיות האחרונים על שיטת רש"י, ומיישב דשיטת רש"י דההתחייבות הכא הוא מצד סילוק היזק ראייה [כרעק"א וחזו"א]. < מבאר דנחלקו רש"י ותוס' לשיטתייהו האם ההתחייבות הוא מצד סילוק היזק ראייה או לא. <

**פלוגתת רש"י ותוס', וביאור האחרונים בזה דתלוי האם העדר חזית הוא ראייה או לא.**  
ע' רש"י ותוס' דנחלקו בביאור הסברא דנפל שאני, דרש"י למד מצד זה שכבר נתרצו הראשונים בכותל לפני הנפילה, ותוס' למד מצד זה שכבר הורגלו בדבר הצנע בלי להשמר ולהזהר זה מזה, ולכן כבר אינם יכולים להשמר.

ועיין במהרש"א שהקשה, דמהיכי תיתי דהראשונים עשו ביחד ונתרצו זה לזה, דילמא א' כנס לתוך שלו, ואין לומר דמירי כשיש עדים, שהרי דווקא במשנה שכתוב "רצו" - אז י"ל דאיכא עדים שמעידים שרצו [וכמוש"כ התוס' בעמוד א'] אבל כאן לא כתוב ש"רצו" ואיך נאמר שיש עדים על ההתרצות.

וביארו באחרונים דרש"י ותוס' אזלי לשיטתייהו, דכבר נתבאר לעיל [סימן ז' פרק א'] דפליגי בדין העדר חזית, דלרש"י חיסרון חזית הוא ראייה דשניהם בנו, וא"כ שפיר איכא ראייה, אבל תוס' נייד משיטת רש"י בזה, דלדבריו חיסרון חזית אינו ראייה בחצר רק בביקעה, ושוב אין ראייה דהתרצו.

אולם אין זה פשוט, וקשה לומר כן, שהרי כבר כ' הקצה"ח [הבאנו להלן בסוגי' דחזית] דכל פלוגתת רש"י ותוס' הוא רק למ"ד היזק ראייה שמיה היזק, אבל למ"ד היזק ראייה לאו שמיה היזק שפיר שייך חזית, וחסרון חזית הוא ראייה גם בחצר, ושוב ק' לומר דזהו שי' התוס' וזהו סברתו לחלוק [חוץ אי ניימא כמוש"כ שם ברשב"א, וכן ברמב"ן דלא כהקצה"ח].

**מביא את ג' קושיות האחרונים על שיטת רש"י, ומיישב דשיטת רש"י דההתחייבות הכא הוא מצד סילוק היזק ראייה [כרעק"א וחזו"א].**

והנראה בזה, ונקדים, דבשי' רש"י הק' בתוס' הרא"ש ובמהר"ם ג' קושיות:

א [מגלן דנתרצו ראשונים על יותר מכותל אחד, דאולי רק נתרצו לבנות כותל א' ותו לא.

ב] גם אם נתרצו הראשונים הא סו"ס איך זה מחייב את האחרונים.

ג] למה מחוייב לבנות רק עד ד' אמות ולא יותר, הא כיון שהראשונים בנו יותר א"כ גם הם יתחייב בזה, וכולהו קושי' לק"מ לשי' התוס', ודו"ק.

ועל קושי' ג' תי' רבינו יונה שנתרצו לסלק היזק ראייה, וממילא דא"צ יותר מד' אמות [דמה שהוסיפו לא היתה ע"ז התרצות דנקטינן שרק התרצו על היזק ראייה ותו לא].

ועיין בשטמ"ק שכתב דלפי"ז מיושב נמי קושי' א', דלפי זה הרי לא התחייבו כלל על כותל, אלא על סילוק היזק ראייה ובזה אין נפ"מ בין כותל א' לב' כתלים.

ועפי"ז י"ל דמיושב נמי קושי' ב' [דאיך זה מחייב את האחרונים], דכשמתחייבים לסלק היזק ראייה, ועושים קנין על כך התרצות, אז הגדר בקנין הוא שראובן משעבד את חצירו להשתמשות של מילי דצינעה דשמעון, ומוחל לו זכותו להסתכל - ובזה הוא מקנה לו חצר גדורה - וכדהבאנו החזו"א [סימן א' ס"ק א] - וממילא שכבר א"א להסתכל מחצירו של ראובן לעכב מילי דצינעה בחצירו של שמעון, ולענין זה קנוי לשמעון זכויות ושעבודים כנגד חצר של ראובן שמשם כבר א"א להסתכל, וכן איכפא, וממילא, כמו ששמעון מוכר

את כל שדהו וכל הזכויות שלו בחצר, כמו"כ הוא מוכר את הנך זכויות ושעבודים בחצירו של ראובן.

אבל אם היינו לומדים שהיה התחייבות של בניית כותל גרידא, שוב קשה, דאף אי משעבד את נכסיו לבנות את הכותל, אכן אכתי אין השעבוד שייך לחצר זו, דכל נכסיו משועבדים, ומהיכי תיתי שחצר זו הוא אפתיקי, וע"כ כרבינו יונה.

**מבאר דנחלקו רש"י ותוס' לשיטתייהו האם ההתחייבות הוא מצד סילוק היזק ראייה או לא.**

וממילא א"ש, דתוס' חולק על רבינו יונה, וכנתבאר לעיל [סימן כא בתוס' ד"ה בונים באמצע], ולמד כהרשב"א, דהיה סתם התחייבות כותל, וכן מבואר מתוך דברי התוס' לענין מסיפס, וזה נמי כמבואר בתוס' להלן [ג'], וכמוש"כ החזו"א - מובא לעיל [שם].

ופשוט דלשיטתו א"י ללמוד כאן כרש"י, ורק לדעת רש"י שלמד כרבינו יונה, וכדהוכחנו מזה דחולק על הרשב"א בסברת התעצמות [מדס"ל דמהני יתדות נמוכות למסיפס הגרוע], לדידיה מוכרח כרבינו יונה, וא"ש רש"י לשיטתו.

**סימן כד**  
**שי' הרמב"ם בגינה,**  
**וביאור פלוגתת הלישנא קמא והלישנא בתרא.**

דרכו של האהא"ז דל"ב ליכא תירוץ של מסיפס דס"ל כר"נ דבעינן מסיפס י' מצד נתפס עליו כגנב, וזה רק לרבינו יונה. < עפ"י י' יתחדש עוד דליכא דין היזק ראייה מצד עין הרע, וליכא דין ד' אמות בגינה. < תמיהא בשיטת הרמב"ם בגינה, וישובו של האהא"ז עפ"י הלישנא בתרא. < במה שדנו לומר שהשו"ט בסוגי' הוא אי הוי משום נתפס כגנב או לא. < ביאור בזה דגויל וגזית מישך שייכי 'לתקנת כותל' - זה נתחדש גם בדין נתפס עליו כגנב. < דרך אחרת ברמב"ם דתלוי אי הוי נזקי גופו או נזקי ממונו. <

**דרכו של האהא"ז דל"ב ליכא תירוץ של מסיפס דס"ל כר"נ דבעינן מסיפס י' מצד נתפס עליו כגנב, וזה רק לרבינו יונה.**

מצאנו מחלוקת בין הל"ק לל"ב - דהנה - בלישנא בתרא בסוגי' מבואר דלית להו הך תירוץ דחייב עכ"פ במסיפס, ולשון "כותל" קמ"ל דבעינן כותל ולא מסיפס, וצ"ב למה ומה שורש פלוגתתם.

וביאר בזה האהא"ז דלפי התירוץ הזה דמיירי במסיפס קשה, דגם בלי ההתחייבות חייב במסיפס, וכבר עמדו בזה בתוס', ותירץ ברבינו יונה דע"כ צריכים לחדש בזה דאיכא ב' דרגות במסיפס, מסיפס דפחות מ' ומסיפס י' שהתחייבו עליה, [ודלא כהתוס'] שחילקו כהרשב"א באופן אחר, אכן קשה דבפחות מ' לא יתכן דמצד שלא יהיה נתפס עליו כגנב כבר צריך עכ"פ י' [ומה"ט התוס' למדו באופן אחר], וע"כ דלדרך זו צ"ל דהלישנא קמא לית להו הך דר"נ מצד נתפס כגנב, ודו"ק, וכ"כ הרבינו יונה [שם].

ועפ"י דרך זו מיושב למה חולקים הל"ק והל"ב, דשיטת הלישנא בתרא היא כר"נ וע"כ דליתא להאי תירוץ, וכל זה לפי דרכו של רבינו יונה, אבל לפי דרכו של התוס' אינו כן, דגם להך קס"ד דבעי מסיפס אכתי ליכא סתירה לר"נ, עיי"ש בתוס'.

**עפ"י י' יתחדש עוד דליכא דין היזק ראייה מצד עין הרע, וליכא דין ד' אמות בגינה.**

ומעתה הוסיף, דבאמת לפי ר"נ שיש דין דנתפס כגנב, הרי לדידיה דלק"מ עיקר הקושי' מגינה, די"ל דמיירי במחיצת י' טפחים מצד הדין שלא יהיה נתפס עליו כגנב, וכל מה שהקשו ותירצו בל"ק, כל זה דלא כר"נ, אבל להלכה דקיי"ל כר"נ ליתא לכל הנ"ל, וא"כ כבר א"צ לחדש שיש היזק ראייה בגינה, ויתכן דכל ענינו של עין הרע אינו אלא מצד מידת חסידות, ורק לל"ק היו צריכים לחדש כן, אבל לעולם י"ל דל"ב וזה להלכה דליתא לכל הנ"ל.

**תמיהא בשיטת הרמב"ם בגינה, וישובו של האהא"ז עפ"י הלישנא בתרא.**

והנה - דברי הרמב"ם [פרק ב' דשכנים הט"ז] בדין גינה תמוהין, דהרמב"ם כתב דסגי לן בכותל של י' טפחים בגינה, וכבר עמד בזה הראב"ד דבסוגיין מבואר דמדין היזק ראייה צריכים מחיצה, ולזה בעינן ד' אמות ולא סגי בזה ב' טפחים, וצע"ג.

ועיין במגדל עוז שהביא מחכמי לונזיל שהקשו כן להרמב"ם מהך גמ', דמפורש שיש היזק ראייה גם בגינה, ותירצו שם בשם הרמב"ם, דאין היזק ראייה בגינה כיון דאין דרך בנ"א לדור בגינות, ומה שאמרו בגמ' דצריך מחיצה מצד עין הרע, על זה דחה הרמב"ם דכל זה אינו אלא דיחוי בעלמא, ולא קיי"ל כן להלכה, דלהלכה קיי"ל דעין הרע אינו אלא מידת חסידות, עכתו"ד.

וכל זה תמוה דמגלן לחדש כן נגד גמ' מפורשת, וביאר בזה האהא"ז עפ"י דרכו דפליגי בזה הל"ק והל"ב, דל"ב קיי"ל להלכה כר"נ דממילא חייבים במסיפס מצד דינא דלא יהיה



נתפס עליו כגנב, ולעולם לא קשה כלל, דפשיטא דאיכא למימר דאין בזה היזק ראייה כלל, ואין זה נגד הסוגי', דאדרבה המקור לכל הנ"ל הוא מהל"ב, ודו"ק.

### **במה שדנו לומר שהשו"ט בסוגי' הוא אי הוי משום נתפס כגנב או לא.**

ויעויין בחידושי הרמב"ן להלן [ד]. שהביא את הישוב לשיטת הרמב"ם - וז"ל: "ויש מי שאומר שאין גדר הגנה והבקעה אלא כדי שיהא נתפס כגנב ואינו זקוק אלא למחיצה עשרה שאין בה משום היזק ראייה, והא דאקשינן מינה לעיל להיזק ראייה משום דקס"ד מדקתני 'וכן', דמשום היזק ראייה הוא, ולבסוף הדרינן מהך סברא ומפרקינן אגויל וגזית - כלומר לאו משום היזק הוא כלל אלא אגויל ואגזית הוא דקתני 'וכן', ואנן נמי הכי קיי"ל - ואף על גב דאליבא דלישנא קמא איתמר - כך השיב הרב רבי משה הספרדי ז"ל בתשובותיו, וכן כתב בחבוריו, ואינו נכון ולא כן דעת כל רבותינו ז"ל", עכ"ל הרמב"ן.

ועיין באהא"ז שהביא את הרמב"ם בזה וכתב שמכל השקלא וטריא דגמ' מוכח דלא כדבריו - דאי נימא דאין בגינה אלא מחיצה עשרה טפחים משום נתפס כגנב, א"כ לכתחילה למה הביא הגמ' ראייה לפשוט דהיזק ראייה שמיה היזק מגינה - הא בגינה ליכא ד' אמות כלל אלא עשרה טפחים משום נתפס כגנב, ומה זה ענין להיזק ראייה, וע"כ דהמקשה נמי סובר דבגינה קאי על היזק ראייה ועל ד' אמות ולא משום נתפס כגנב.

ואי נימא הראשונים שהמתרץ חזר בו - א"כ למה ליה לשנויי שינויא דחיקא "גינה שאני כדר' אבא דאמר ר' אבא אסור לו לאדם שיעמוד על שדה חבירו" - לישני ליה האמת - דבגינה לא מיירי כלל משום היזק ראייה וד' אמות, אלא י' טפחים ומשום נתפס כגנב, ולא שייך לומר כלל דמשני שינויא דחיקא היכא דאיכא תירוץ אחר כהלכתא, והביא שכבר כבר הקשה כן בלח"מ.

### **ביאור בזה דגויל וגזית מישך שייכי 'לתקנת כותל' - וזה נתחדש גם בדין נתפס עליו כגנב.**

ויעויין בחידושי הגרא"ל מאלין זצ"ל [סימן צג] שביר את השינוי בסוגי' - דבאמת בכל השו"ט של הסוגי' נקטו שיש חיוב כותל מצד היזק ראייה ומצד עין הרע - ואז באמת הוי ד' אמות ככל דין היזק ראייה - אלא שלאחר שהקשו בגמרא דקשה לשון "וכן בגינה" ותירצו דקאי בדין גויל וגזית - הכא נשתנה כל הסוגי' וכהביאו הרמב"ן - והביאור כך.

דבאמת תמוה עיקר התביעה של נתפס כגנב - ויש לומר שזה בכלל "תקנת כותל" - והיינו תקנה מיוחדת על שנים שחייבים ביחד לבנות כותל ותיקנו ביניהם תקנת כותל - דהיכן מצאנו דין שהאדם צריך שמירה על עצמו שלא יגנוב - וע"כ שכמו שנתבאר במשנה לעיל שיש תקנה מיוחדת של "תקנת כותל" - עד כדי כך שמצאנו גם תביעה של סמיכת קורות - שוב יש לומר שגם המחיצה של נתפס עליו כגנב נמי הוי בכלל הך תקנה - ואי נימא דליכא תקנת כותל מגג לחצר א"כ ה"ה דליכא תקנת כותל בדין נתפס כגנב אי לא הוי אלא לאחד ולא לשניהם.

וביאר שם שהדין גויל וגזית הוא חלק מהדינים של תקנת כותל - דאל"כ למה לי הנך שיעורים - וממילא שיש לומר שדווקא לאחר שהקשו בגמרא דקשה לשון "וכן בגינה" ותירצו דקאי בדין גויל וגזית - הכא נשתנה כל הסוגי' - והיינו דמדנאמרו הלכות גויל וגזית מוכרח דתקנת כותל כוללת גם דינא דנתפס עליו כגנב - וא"ש שיטת הרמב"ם.

### **דרך אחרת ברמב"ם דתלוי אי הוי נזקי גופו או נזקי ממונו.**

ויעויין בשיעורי ר' שמואל שהביא מהאחרונים שתירצו את דעת הרמב"ם באופן אחר, וכן מבואר נמי בחידושי הגר"נ פרצוביץ זצ"ל - וכדלהלן:

דבאמת גם אליבא דהמקשן חיוב כותל בגינה הוא רק מטעם שיהא נתפס עליו כגנב, ולא מחייב יותר מעשרה טפחים דל"ש היזק ראי' בגינה, ומ"מ פריך דמהך דינא מוכח דהיזק ראי' שמי' היזק, והיינו לפי מש"כ לעיל לחקור ביסוד הדין היזק ראי' למ"ד שמי' היזק, אי חשיב נזקי גופו, ומשום דההיזק הוא במה שמביט בו בעת שמשתמש בחצר, או דחשיב נזקי ממונו, ומשום דמחמת שיכול חבירו להביט בו הוא נמנע מלהשתמש בהחצר, ונמצא דאין הנזק רק מחמת מניעת ההשתמשות, וכבר הבאנו מדברי הרמב"ן בסו"פ חזקת הבתים דחשיב נזקי גופו, והיינו שמזיק את גופו, עיי"ש דמדמי לה לקוטרא וביה"כ, אכן בדעת הרמב"ם יש מקום לומר דס"ל דהיזק ראי' הוא מצד מניעת ההשתמשות.

והנה בהך חיובא דמחיצת עשרה כדי שיהא נתפס עליו כגנב יש להבין לכאורה דמהיכי תיתי שיתחייב לבנות כותל מחמת זה, דאטו משום שהוא חושדו שמא יגנוב צריך לבנות כותל, אמנם י"ל דאי נימא דהיזק ראי' יסודו הוא מחמת מניעת ההשתמשות, ושייך שיתחייב לבנות כותל מחמת זה, א"כ י"ל דה"נ גם דינא דמחיצת עשרה שיתפס עליו כגנב, הוא מה"ט, והיינו דכיון דמשום שהוא חושש שמא יגנוב, ע"כ הוא נמנע מלהניח חפציו בחצירו ונמצא דמחמת עמידתו של חבירו בחצר שלו אינו יכול להשתמש בחצירו כראוי, [אף אם לא יגנוב בפועל] א"כ איכא בזה היזק דמניעת השתמשות ומשו"ה הוא דמחייב לבנות כותל י' טפחים.

ומעתה י"ל דזהו מאי דפריך הגמ' דמהא דקתני וכן בגינה, דמחייב מחיצת עשרה, מוכח דהיזק ראי' שמי' היזק, ומשום דבשלמא אי ס"ל דשמי' היזק, ונמצא דיש זכות לתבוע שיוכל להשתמש בחצירו כראוי בלא שום מניעה, א"כ ה"נ שייך שיתחייב בגינה מחיצת עשרה שיתפס עליו כגנב ולא יהי' מניעת השתמשות, אכן אי ס"ל דלאו שמי' היזק, וא"כ ליכא זכות תביעה על מה שמונע ממנו השתמשות א"כ למה מחויב במחיצת עשרה מצד מניעת השתמשות. והא דמשני הגמ' מהא דר"א דאסור לאדם שיעמוד וכו' היינו דלפי"ז באמת החיוב כותל בגינה הוא משום נזק ממש, דעינא בישא, [ומחויב בכותל ד"א לפי"ז], וע"כ אין ראי' מזה דיש זכות תביעה על מניעת השתמשות.

ולפי"ז הרי למאי דקיי"ל להלכה דהיזק ראי' שמי' היזק, ויש זכות תביעה על מניעת השתמשות, א"כ א"ש דבגינה מחייב רק מחיצת עשרה מדין נתפס עליו כגנב, שהוא ג"כ מצד מניעת השתמשות, ולא בעינן לפי"ז לשינויא דעינא בישא, ומיושב לפי"ז מש"כ הרמב"ם בתשובה דהך שינויא אינו אליבא דהלכתא, ומשום דלמאי דקיי"ל היזק ראי' שמי' היזק א"צ לזה. ולפי"ז נמצא דגם לדעת המקשה ליכא חיוב כותל ד"א בגינה וכמש"כ, וזהו שפסק הרמב"ם דשיעור הכותל בגינה הוא י"ט, ולא תקשי דדבריו אינם אליבא דהמקשה, דלדברינו א"ש היטב, כן כתבו האחרונים.

וכתב בזה הגר"ש רוזובסקי זצ"ל שזה דחוק לומר דגם להמקשן כל החיוב בגינה הוא רק עשרה טפחים, דבפשטות משמע דמתחילה הוה ס"ל דגם בגינה איכא חיוב ד"א מדין היזק ראי'.

## סימן כה

**פלוגתת הראשונים בדין קנין דברים  
באומר 'חייב אני לך' ובשעבוד הגוף בלי שעבוד נכסים,  
ובגדר ממוני גבך בזה.**

**פרק א' שי' הראשונים בגדר החיסרון קנין דברים, ובדין "חייב אני לך מנה" דחיילא ע"י החלות חיוב בנכסים.** ◇  
הקדמה: ב' דרכים בעיקר החסרון של קנין דברים. ◇ ביאור החסרון של קנין דברין שאין חפץ על מה לחול. ◇ ביאור הדין  
ד"חייב אני לך מנה", דמהני ע"י קנין, וביאור בכוונת רש"י בשעבוד קרקעות ומטלטלין, דמבואר דמעלתו של כל שעבוד הגוף  
הוא בזה דחיילא בקרקע ומטלטלין אח"כ. ◇ שעבוד הגוף חייב מעיקרא אף דאיכא רק נכסים אח"כ. ◇ זהו הביאור בשיטת  
הר"י וברבינו אליהו בתוס' ריש אעפ"י. ◇ סיכום השיטות - ר"י - רבינו אליהו - רש"י. ◇ בראיית רבינו אליהו משו"ח  
שמתנה להיות שואל, ובקושי המהרש"א, והביאור, דהחובת שמירה אינו בכלל דברים כיון דבסוף חיילא החיוב תשלומין  
בממון. ◇

**פרק ב' שי' הרמ"ה דליכא קנין דברים בשעבוד הגוף מחמת הממוני גבך.** ◇ ביאור דברי הרמ"ה שהקשה דמאי שנא  
התחייבות לחלוקה מ"חייב אני לך מנה", ומבואר דלדידיה לא מהני שעבוד נכסים, שה"ג מצד עצמו אינו קנין דברים. ◇  
פלוגתת הר"י והיד רמ"ה. ◇ ביאור תירוצו של הרמ"ה דבחיוב אני לך מנה וכן בקנין לבנות כותל איכא "ממוני גבך", אבל  
בחלוקה הרי זה "ממונך גבך". ◇ מקור מהיד רמ"ה לעיקר יסוד דממוני גבך. ◇ יסוד החידוש של היד רמ"ה הוא בגדר ממוני  
גבך - שזה היסוד של כל שעבוד הגוף. ◇ ביאור בר"י וברבינו אליהו - דמה דמהני שעבוד נכסים להגדיר את שעבוד הגוף  
לחפץ ולהוציאו מכלל קנין דברים - הוא משום שהממוני גבך מיקרי חפץ באופן שכבר 'התממש חלקי' בחלות שעבוד נכסים.  
◇ תוספת דברים. ◇

**פרק ג' דברי התוס' בדין קנין דברים לגבי בנין הכותל ולגבי שומר שהתנה, ובדין שעבוד נכסים בזה.** ◇ פלוגתת התוס'  
והרמ"ה לשיטתייהו למה בבנין כותל ליכא חסרון של קנין דברים, אי מצד שעבוד נכסים אי מצד "ממוני גבך". ◇ דן האם יש  
נפ"מ בין הרמ"ה לתוס' באומר "אבנה לך כותל" וקנו מידו. ◇ ביאור בשיטת התוס' למה בשומר אינו קנין דברים. ◇ ביאור  
בשיטת הרמ"ה למה התחייבות בשומרים לא הו' בכלל קנין דברים.

## פרק א'

**שי' הראשונים בגדר החיסרון קנין דברים,  
ובדין "חייב אני לך מנה" דחיילא ע"י החלות חיוב בנכסים.**

**הקדמה: ב' דרכים בעיקר החסרון של קנין דברים.**

כשנעיין היטב בדברי הראשונים יבואר דאיכא ב' דרכים בביאור ענינא דקנין דברים,  
דנחלקו האם כל שה"ג בלי ש"נ הוא קנין דברים או לא, ויש בזה נפ"מ טובא להבנת כל  
הדינים בסוגיין, ונפ"מ לדינא בקנין אתן, וכדיבואר, ושיטת רש"י ורבינו יונה [בסוגיין]  
ושיטת התוס' [בסוגיין ובריש באעפ"י] דתמיד בעינן שעבוד נכסים, והיד רמ"ה בסוגיין  
חולק.

**ביאור החסרון של קנין דברין שאין חפץ על מה לחול.**

זה לשון רש"י, "ואין חליפין קנין אלא דבר הנקנה, או מכר או מתנה או שעבוד קרקעות  
שהקנין חל עליו או על המטלטלין" וכוונתו דכאן בחלוקה אין על מה לחול, והפעולה של  
החלוקה עצמו היא "פעולה", וכמו "דהליכה למקום פלוני" היא פעולה ולא חיילא בו קנין  
שהרי"ז דבר שא"ב ממש, ורק על חפץ חיילא קנין, כמו"כ חלוקה היא פעולה, וכ"ה בנמו"י  
כאן, שכתב ממש כלשון רש"י והוסיף "על איזה דבר חל הקנין, הא חלוקה א"ב ממש",  
וכאן א"י לחול על החלקים דלפני החלוקה ליכא חלקים.

ועצם הדמיון ל"הליכה למקום פלוני" [שזה פעולה ולא חפץ] מצאנו דברי רבינו יונה [ד"ה  
עלה בדיננו] ובשו"ע [סי' ר"ג סעיף א'] וברמב"ם [סוף פ"ה דמכירה], ועיין נמי בלשון  
הנתה"מ חידושים [סי' קנ"ז ס"ק ד'] שכתב בהדי' שהקנין צריך לחול על "חפץ".

**ביאור הדין ד"חייב אני לך מנה", דמהני ע"י קנין, וביאור בכוונת רש"י בשעבוד קרקעות ומטלטלין, דמבואר דמעלתו של כל שעבוד הגוף הוא בזה דחיילא בקרקע ומטלטלין אח"כ.**

והנה, יש לעיין דלמה ליכא חסרון של קנין דברים במתחייב עצמו ממון, שאומר לחבירו "חייב אני לך מנה", ומתחייב בזה ע"י קנין חליפין, וכבר דנו בזה הראשונים, וכדיבואר, ונראה דברש"י כאן מבואר המהלך בזה, ולהלן יבואר דהיד רמ"ה חולק על רש"י בזה.

דנהג, מה שכתב רש"י "שעבוד קרקעות וכו' או מטלטלין" צ"ב, דכל שעבוד נכסים חיילא ע"י שעבוד הגוף, ושעבוד הגוף תמיד חיילא ע"י ההלואה או הגניבה או הנזיקין, וממילא הוא דחיילא השעבוד נכסים, ודברי רש"י קשין דבאיזה אופן מיירי שעושה קנין לקנות את השעבוד נכסים.

והפשוט בזה דרש"י מיירי באומר "חייב אני לך מנה", ומתחייב בזה ע"י קנין חליפין, ובזה ביאר רש"י דחיילא מחמת ה"שעבוד קרקעות או מטלטלין", והיינו דגם זה מיקרי חפץ, ושפיר יצא מכלל קנין דברים - ועיין בהערה <sup>109</sup> במה שיש להעיר בשעבוד מטלטלין.

אולם קשה דל"ל טעמא דשעבוד נכסים כלל, הא סו"ס איכא שעבוד הגוף, שהרי 'הוא' חייב לשלם, ולמה פירש רש"י שהקרקע והמטלטלין הם "החפץ" שחל עליהם הקנין, הא הקנין הוא קנין שחל על גופו, שהרי 'הוא' משועבד.

וע"כ דמבואר הכא ברש"י, דגם שעבוד הגוף מצד עצמו הוא קנין דברים, ורק משום שעבוד הגוף נגבה במטלטלין או קרקע, והם ה"גמר" של השעבוד הגוף מה שחל בהם השעבוד נכסים, ועל ידם איכא חפץ ואיכא מקום חלות בחפץ, דסו"ס השעבוד והגבייה הם בחפץ, הלכך כבר יצא מכלל קנין דברים - ולהלן יבואר שעיקר המהלך בזה ברש"י מפורש בשיטת הר"י ורבינו אליהו בתוס' ריש פרק אעפ"י.

### **שעבוד הגוף חיילא מעיקרא אף דאיכא רק נכסים אח"כ.**

ואכתי קשה, דאיך לכתחילה חיילא שעבוד הגוף, שאם שעבוד הגוף מיקרי דברים, א"כ מה יהני השעבוד נכסים, דאם לא יחול השעבוד בגופו מעיקרא, איך יהני מה שהנכסים אינם בכלל "דברים", הרי אם אין התחלה [בשעבוד על גופו] אין סוף [בשעבוד על נכסיו].

ומבואר כאן ברש"י דכיון דאיכא סיבה בשעבוד הגוף שמכחו תחול שעבוד נכסים, והשעבוד נכסים הוא הגמר והוא הבפועל של השעבוד הגוף, שוב דיינינן ליה לשעבוד הגוף מעיקרא כקנין שחל על חפץ, דזה גמר קנינו של השה"ג, לחול על חפץ - אולם סו"ס הדבר צ"ב דעיקר השעבוד הגוף אינו אלא סיבה לשעבוד נכסים ומה מהני להחשיבו כקנין על חפץ - ולהלן [פרק ב] יבואר המהלך בזה.

עכ"פ עצם חידוש זה דמחמת השעבוד נכסים לא חשיב השעבוד הגוף כקנין דברים - דבר זה מתבאר בהדי' מדברי רבינו יונה כאן [עלה בידנו] שכתב "ואין קנין מועיל אלא בהקנאת קרקע או מטלטלין או בחיוב נכסים כגון שמחייב הנכסים בקנין [חליפין], מנה או מאתיים, אבל אם קנו מידו ללכת למקום פלוני או לעשות כל דבר הרי"ז קנין דברים", והיינו דכל "חובת גברא" - "לעשות כל דבר" דהיינו "פעולה", א"ב ממש ולכן הרי"ז בכלל "קנין

<sup>109</sup> אולם קשה, שהרי מטלטלין אינו גובה אלא מיניה ידידה, ואין על המטלטלין חלות שעבוד ולכן א"א לטרוף מהם מלקוחות, דרק בקרקע גובים מלקוחות, וא"כ מהו החלות בחפץ שנתחדש הכא במטלטלין, ועל איזה שעבוד מיירי הכא, שו"ר קוש' זו בחי' ר' שלמה [כתובות סי' י"ב] שהק' כנ"ל על דברי הר"י בתוס' בריש פרק אעפ"י - מובא להלן, דמבואר בהדי' מדבריו דמטלטלין מהני לענין זה וחשיב כאילו שיש כאן שעבוד.

ונראה דכוונתו עפ"י הקצוה"ח [סי' ט"ל ס"ק א', וסי' צ"ה ס"ק ג'] דהוכיח שמה"ת יש שעבוד גם במטלטלין, וכבר ביארו דמיניה ידידה איכא שעבוד נכסים ג"כ, ונפ"מ לדין קדימה בבע"ח מיניה ידידה, ועיין בזה באמרי בינה הלואה [סי' ב'], [מובא במילואי חושן שם הערה 3], ונראה דעל השעבוד הזה קאי רש"י הכא.

דברים", וכל התחייבות ממונית של "חייב אני לך מנה", הגדר בזה הוא ששעבוד הגוף נגמר בנכסים, ולכן חיילא מעיקרא, ולזה קרי ליה רבינו יונה "חייב נכסים - כגון שמחייב הנכסים בקנין [חליפין]", דכיון דנגמר בנכסים קרי ליה "חייב נכסים".

**זהו הביאור בשיטת הר"י ורבינו אליהו בתוס' ריש אעפ"י.**

עיקר המהלך ברבינו יונה וברש"י מתבאר מתוך קושי הר"י בתוס' בכתובות [ריש פרק אעפ"י] שהרי הר"י הקשה על עיקר הדין דשל "חייב אני לך מנה" - דקשה דאיך מהני באופן שאין לו נכסים, ואין לו אפי' שו"פ - דהאיך מתחייב שעבוד הגוף בתוס' כתובה, ואמר בזה הר"י, "דבשלמא כשיש לו [שו"פ] - והיינו מטלטלין או ממון] הוא משעבד נכסיו לזה החוב", ואין כוונתו שיש שעבוד נכסים במטלטלין כמו בקרקע, דלא גובין מטלטלין מלקוחות, אלא דכוונתו לחלות שעבוד מיניה דידיה [וכדהבאנו לעיל בהערה מהקצוה"ח], ונמצא דהשעבוד הגוף תמיד נגמר בנכסיו, ובלי שיש לו נכסים עכשיו לא יכול שעבוד הגוף לחול כלל, זה קושיתו.

עכ"פ מקושת הר"י ברור דסובר כרש"י דשה"ג הוא קנין דברים בלי שחל שעבוד בנכסים, ועיין בזה גם בחי' ר' שלמה [כתובות סי' י"ב] דלמד כן בשיטת הר"י, דרק ע"י השעבוד נכסים הוא דיצא השעבוד הגוף מכלל קנין דברים, וכדברינו ברש"י ורבינו יונה - ועיין בהערה <sup>110</sup> שהוכחנו שכוונת הר"י שיש חסרון מצד קנין דברים.

ורבינו אליהו שם השיב דמהני בלי נכסים, והיה מקום לומר שבא לחדש בזה דחייב גברא ושעבוד הגוף אינם בכלל קנין דברים - ועיין בהערה <sup>111</sup>, אולם כשנדייק בדברי רבינו אליהו נראה דכוונתו דמעליותא דשעבוד הגוף הוא בחלות שעבוד בגוף הנכסים, אלא שחידש דכיון דכשיהיה אח"כ נכסים יחול השעבוד בהם מכח השעבוד הגוף - א"כ כבר מעכשיו לא חשיב שעבוד הגוף כקנין דברים, שהרי סופם לחול בחפץ - ולכן כבר חל מעכשיו, וז"ל "שמעבד עצמו לזה החוב עתה, ולכשיהיו לו נכסים חל שעבודו מעתה".

ומבואר דבלא זה לא היה שעבוד הגוף חל כבר מעכשיו, וכן מוכרח מלשון הרא"ש [שם] שג"כ הביא את שיטת רבינו אליהו, וכתב "דלא מיקרי קנין דברים אלא ההיא דריש ב"ב שותפין שהתנו לחלוק שאין לו לקנין על מה לחול, אבל הכא הוא משעבד עצמו לחוב גמור מעכשיו, והנכסים כשיקנה חל עליהם השעבוד", ויש מקום ללמוד ברבינו אליהו באופן אחר, ועיין בזה בהערה <sup>112</sup>.

<sup>110</sup> והנה - יש להעיר - הרי הר"י לא הזכיר דין קנין דברים בקושי - ואדרבה - הוא רק הזכיר דבשלבל"ע, אולם זה פשוט מאד שכוונתו לחסרון של קנין דברים - דסו"ס מבואר בדבריו דהיכא דכבר חיילא השה"ג באופן שהיה לו נכסים בשעת מעשה, אז הנכסים שקונה אח"כ ממילא משתעבדים מכח השה"ג, אבל במי שאין לו נכסים איך משתעבד אח"כ הא הוי ליה דבשלבל"ע, ולכא' מה כל הקושי בזה, הרי כמו דכשיש לו נכסים שוב חיילא ממילא על הנכסים שקונה אח"כ מכח השה"ג, א"כ גם כשלא היה לו נמי נימא שחל השעבוד על גופו.

אלא שפשוט ששורש הקושי היא דאי לא היה לו נכסים אז השה"ג מעיקרא לא חיילא, וזה מפורש בלשונו שכתב "אבל אותו שאין לו - היאך ישתעבד נכסיו שיקנה לו אח"כ, כיון שלא נתחייב לה, היינו דבשלבל"ע", ומה שכתב "כיון שלא נתחייב לה", היינו דלא חיילא גם השה"ג, ואז אמרינן דתחילת החלות שה"ג יהיה רק אח"כ כשיקנה נכסים, וזה חשיב כדבשלבל"ע, ודו"ק, והא דלא חיילא השה"ג מעיקרא, היינו ע"כ משום דהוי קנין דברים.

וכל זה מפורש בתירוצו של הרבינו אליהו - שמבואר בדבריו שהוצרך לפרש דבכה"ג ליכא חסרון של קנין דברים, וקשה שמה ענין קנין דברים להכא - וע"כ דעל זה עומד כל קושית הר"י, וכבר הבאנו מחי' ר' שלמה [כתובות סי' י"ב] שג"כ הבין כן בשיטת הר"י.

<sup>111</sup> אלא שעיקר הך צד צ"ב - דמאי שנא "שעבוד הגוף" מכל חייב גברא "כחלוקה" - ויש לחלק - ועיין בזה להלן [פרק ב] דיבואר בשיטת היד רמ"ה שחילק בין שעבוד הגוף לחלוקה בדין קנין דברים, ולמדו דשה"ג מצד עצמו אינו קנין דברים - והיה מקום ללמוד כן בשיטת רבינו אליהו.

<sup>112</sup> דיעויין במשנת ר"א [שכנים בהתחלה בהגה"ה] דלא למד כן את שיטת רבינו אליהו, אלא דלמד בכוונתו דחוב ממון ושעבוד הגוף מצד עצמם לא הווי קנין דברים גם בלי חלות בחפץ, עיי"ש בביאור הדברים, והביאור בזה הוא

אולם קשה שהרי גם בקנין לעשות חלוקה נמי נימא כן שהרי החלוקה חיילא בסוף בחלקים עצמם, אלא דזה לא קשה מידי, שהרי החלקים הם עדיין "מחוסרי חלוקה" ומחוסרי קנין כדי שיחולו, ורק כאן ששעבד את גופו וכשיקנה את הנכסים ממילא יחולו החיוב על הנך נכסים, והיינו דבשעבוד הגוף מונח כבר סיבה דממילא תחול השעבוד על הנכסים, משא"כ בקנין לחלוק אכתי לא מונח שום סיבה שתחול הקנין על החלקים, דקודם צריכים לחלוק, הלכך חלוקה שפיר חשיב כקנין דברים ודו"ק.

### סיכום השיטות - ר"י - רבינו אליהו - רש"י.

הרי לנו דנחלקו הר"י ורבינו אליהו אי אהני לן שעבוד נכסים של מחר להגדיר את השעבוד הגוף של היום כחלות קנין על חפצא - ובזה יצא מכלל קנין דברים או דלא מהני - אכן הא מיהת ברור בדברי שניהם דמהני וצריכים שהשעבוד נכסים יגדיר את השעבוד הגוף כחלות קנין על חפץ ואל"כ הוי קנין דברים - ובשיטת רש"י מבואר כדבריהם אלא דלא מבואר בדבריו אי ס"ל כהר"י או כרבינו אליהו.

**בראיית רבינו אליהו משו"ח שמתנה להיות שואל, ובקושיית המהרש"א, והביאור, דהחובת שמירה אינו בכלל דברים כיון דבסוף חיילא החיוב תשלומין בממון.**

איברא, דרבינו אליהו הביא ראייה לדין זה דמהני בלי שיש לו נכסים מכל שו"ח שמתנה להיות כשואל, וע"כ דמתנה כן ע"י קנין וע"כ דאינן קנין דברים.

והקשה שם המהרש"א, דמהו הראיה משואל, דילמא מיירי בשו"ח שיש לו נכסים כבר עכשיו, ומה הראיה למתחייב בל שיש לו מעות עכשיו, ותיריך דחייב עצמו לשמור מעכשיו. ובפשטות היה נראה דכוונתו בזה הוא דתמיד בשומרים הרי זה כאין לו מעות עכשיו, דשאני חיובא דשומרים מכל "חייב אני לך מנה", דב"חייב אני לך מנה" עיקר החוב הוא לממון שיהיה לו אח"כ, אבל בשומרים עיקר החוב הוא שמירה, והממון הוא דין שני, וא"כ כיון דהשמירה היא דין בפנ"ע, וזה חיוב נפרד בלי שום שייכות לשעבוד נכסים, א"כ ממילא מוכרח דשייך חיוב גברא בלי נכסים, דחיוב שמירה היא חיוב דרמי על גופו בלי שום שעבוד נכסים, ולכא' זהו הביאור הפשוט בהוכחת רבינו אליהו, והיינו דלא כרש"י.

והיינו דאין כוונתו כנתבאר לעיל דמחמת החיוב נכסים שחל בסוף להכי לא מיקרי חיוב הגוף קנין דברים וכסברת רש"י ורבינו יונה, אלא דכוונתו ד"חייב אני לך" מצד עצמו לא חשיב קנין דברים, והיינו דבא להוכיח דא"צ שיחול ההתחייבות על שום חפצא, ושעבוד הגוף על הגברא יצא מכלל קנין דברים.

ועיין לעיל בהערה שביארנו דיתכן דזהו באמת כוונת רבינו אליהו, עיי"ש, ולפי"ז א"ש בפשיטות הראיה משו"ח.

עפ"י מה שכתבנו להלן [פרק ב] בביאור שיטת היד רמ"ה, ויש משמעות בלשון רבינו אליהו כדבריו, שכתב "אבל מה שמשעבד גופו להתחייב לדבר זה משתעבד ואין זה קנין דברים בעלמא", ומשמע דשעבוד הגוף בלי הנכסים יצא מכלל קנין דברים, [ודלא כמשמעות הרא"ש שהבאנו, דמדבריו משמע דלמד כדרכינו ברבינו אליהו].

ומה שכתבו התוס', "שמשעבד עצמו לזה החוב עתה, ולכשיהיו לו נכסים חל שעבודו מעתה", יתכן דאין כוונתו למה שכתבנו, אלא דכוונתו כך, דאף דהר"י למד דבעינן שעבוד נכסים לאפוקי מידי קנין דברים, ומה"ט הקשה דמה יהיה במי שאין לו נכסים כלל, [דבשלמא במי שיש לו נכסים בשעת ההתחייבות ואח"כ קנה עוד, דאז א"ש דסו"ס השה"ג לא היה קנין דברים מתחילתו, ולהכי מהני גם לנכסים שקנה אח"כ, אכן במי שלא היה לו כלל לא מהני מה שיקנה אח"כ], ועל זה חולק רבינו אליהו, דשה"ג מצד עצמו אינו קנין דברים כלל, ולכן לא אכפת לן מה שקונה אח"כ נכסים, וזה כוונתו, דאם אך חיילא השה"ג, אז גם כשקונה נכסים אח"כ, אז ממילא יהיו משועבדים מעצמם.

ומה שאמר רבינו אליהו "שמשעבד עצמו לזה החוב עתה" היינו דלא מקרי קנין דברים מצד עצמו, ועל זה הוסיף "ולכשיהיו לו נכסים חל שעבודו מעתה", דאז כבר ליכא חסרון מצד דבשלבל"ע.

אולם נראה ליישב את ההוכחה משו"ח גם לדרכינו, והוא, דבאמת גם בשומרים איכא שעבוד נכסים וחיוב תשלומין דחיילא על החפץ בסוף, אלא דהיות והחיוב תשלומין אינו בהתחלה, ורק כשלא ישמור ויאנס אז יחול החיוב ואז יחול החיוב נכסים, א"כ הרי זה כשעבוד הגוף למי שאין לו ממון, דהחיוב שמירה עמודת בפני עצמו, ורק כשלא ישמור יחול החיוב ממון והשעבוד נכסים, ואעפ"כ נתחדש דדיינינן ליה לחובת הגוף לשמור כחיוב חפץ, כיון שסופה לחול בחפץ של הנכסים, ומה"ט כבר חיילא חובת הגוף בשמירה כיון שסופה לחול לחיוב נכסים.

ועיין היטב בלשון המהרש"א שם, וז"ל, "דהתם משמע שאינו מקנה לו שום נכסים אלא שמשעבד עצמו בקנין לעשות לו שמירה מעולה כשואל, ולהתחייב אם לא יעשה כן", ונראה דמה שכתב אחרי החובת שמירה "ולהתחייב אם לא יעשה כן", כוונתו כנ"ל.

וממילא דשפיר הוכיחו ד"חייב אני לך מנה" מהני גם באופן שאין לו נכסים עכשיו, דגם התם אמרינן דחיילא עכשיו מחמת החיוב נכסים של אח"כ.

ומעתה א"ש נמי מה החסרון בחלוקה, דבחלוקה אין שום שייכות לחיוב ממון, שהרי צריך עוד מעשה חלוקה ואין נכסים שעליהם תחול החיוב, משא"כ הכא דזה גוף החיוב שמירה, "שמור או שלים", והאי - שמירה מעצמה מחייבת ממון, ודלא כחיוב לעשות חלוקה דאכתי מחוסר חלוקה עצמה, ודו"ק<sup>113</sup>.

## פרק ב

### שי' הרמ"ה דליכא קנין דברים בשעבוד הגוף

#### מחמת הממוני גבך.

**ביאור דברי הרמ"ה שהקשה דמאי שנא התחייבות לחלוקה מ"חייב אני לך מנה", ומבואר דלדידיה לא מהני שעבוד נכסים, שה"ג מצד עצמו אינו קנין דברים.**

נתבאר לעיל דשיטת רש"י ורבינו יונה והר"י בתוס' דבעינן שעבוד נכסים להוציא מידי קנין דברים, אכן מדברי היד רמ"ה בסוגיין מבואר שחולק.

דהנה, ז"ל היד רמ"ה [כ"ו] "לא מהני קנין אלא היכא דקני מיניה אגופא דממונא, אבל היכא דקנו מידי למעבד הקנאה כיון דלא מקני ליה לגופא דממונא, בההיא קנין לא משתעבד לאקנויי ליה", ומבואר דקנין צריך לחול על חפץ, וכשמשעבד את עצמו לקנות וה"ה לחלוק, הואיל ולא נקנה ולא חיילא כלום בחפץ, אין זה אלא קנין דברים בעלמא, וזה כמוש"כ מהראשונים.

אכן הרמ"ה ממשיך להקשות שם, "ואפי' קנו מידיה דמחייב למיפלג לא משתעבד, דא"כ לוקמי' מתני' בהכי כפשטא, דמשמע שרצו לעשות חלוקה, ועדיין לא עשו, ולא איצטריך לאוקמה כשחלקו, והא טעמא דלא משתעבד, דלא מהני הודאה במילתא דלא הוי מחייב ביה אלא היכא דהוי יכול לאקנויי או לחיובי' נפשי' בגווא, כדאמרינן בהנושא את האשה גבי

<sup>113</sup> ועיין הפלאה שהקשה דמנלן דאזלינן למ"ד משעת אונסים הוא משועבד, דיתכן דאזלינן למ"ד משעת משיכה הוא משועבד, ועיי"ש שלמד את דברי התוס' באופ"א, וכן הוא בקוה"ע [סי' ל"ח ס"ק ח'], ולדבריהם אין כאן שייכות לדין שמירה כלל [וי"ל דהר"י לית ליה ראייה זו שהר"י סובר דשמירה ותשלומין לחוד, ובאמת אינו חייב בדשמירה כלל ורק חייב בתשלומין, וכ"כ הפלאה להקשות על המהרש"א, וי"ל דזהו באמת שי' הר"י].

שו"ר בחי' ר' שלמה [כתובות סי' י"ב ס"ק א' ד"ה והנה ראיית] שהביא מחלוקת בפוסקים האם במתנה להיות כשואל האם איכא חיובי שמירה לזה או דאין כאן אלא חיוב תשלומין בעלמא, ונפ"מ האם יש שבועת שומרים על כך חיוב שחייב את עצמו או לא, דהקצוה"ח נקט דאיכא גם דיני שמירה והמהר"א ששון נקט שאין כאן חיוב שמירה.

"חייב אני לך מנה בשטר", אבל גבי חלוקה וכיו"ב, כיון דליכא אנפ דמשעבד ביה נפשי למיפלג היכא דלא מחייב מדינא למיפלג, כי אודי נמי דמיחייב בהני ולא כלום היא".

קוש' הרמ"ה היא, דגם אחרי דהוי קנין דברים מצד דלא חיילא על הרוחות עצמן דאיירי לפני חלוקה, אכן כמו שאפשר ליצור חיוב גברא ושעבוד הגוף בלי שיחול על נכסים וכמו ב"חייב אני לך מנה", כמו"כ ע"י קנין אפשר להתחייב בחלוקה בשעבוד הגוף ואינו קנין דברים, מצד שעבוד הגוף וחיוב גברא, והיינו דחלוקה קנין לחלוקה שזה קנין על ה"פעולה של חלוקה", מהתחייבות לחלוקה שזה "שעבוד הגוף לחלוקה", ולמה לא יהני כמו כל שעבוד הגוף של "חייב אני לך מנה"

ובקוש' זו הבאנו דכבר חילקו בזה רש"י והר"י ורבינו יונה, וכן למדנו נמי ברבינו אליהו, דס"ל דכיון דשעבוד הגוף תחול על גוף נכסים, [עכשיו כשיש לו, או לפחות אח"כ כשיקנה], הלכך אינו קנין דברים, משא"כ בחלוקה שעדיין מחוסר קנין הוא, וכנתבאר לעיל בשיטתם.

ונראה דמקושית הרמ"ה מבואר דהרמ"ה חולק על הראשונים בסברא זו, דהרמ"ה סובר דשעבוד הגוף לא מיקרי חלות קנין בחפץ מחמת השעבוד נכסים שחל מכחו, דאם עיקר החיוב חיילא בגוף לא מהני מה שאח"כ חיילא בממון, דא"כ למה לא מהני קנין כזה גם על חיוב חלוקה, והיינו עכ"פ באומר "חייב אני לך לחלוק".

#### **פלוגתת הר"י והיד רמ"ה.**

ושורש פלוגתתם כך, שהר"י ורבינו אליהו חידשו דכמו דקנין דחיילא מעיקר על חפץ אינו קנין דברים, כמו"כ כשחיילא בשעבוד הגוף ושוב חיילא בנכסים דנמי אינו קנין דברים, אבל הרמ"ה חולק בזה, דרק מה שמעיקרא חיילא בחפץ אינו קנין דברים, וע"כ דבחיוב אני לך - לא מהני השעבוד נכסים להגדיר את השעבוד הגוף כקנין על חפץ - ושפיר הקשה דהוי קנין דברים - ופשוט.

**ביאור תירוצו של הרמ"ה דבחיוב אני לך מנה וכן בקנין לבנות כותל איכא "ממוני גבך", אבל בחלוקה הרי זה "ממונד גבך".**

ומחמת קוש' זו חידש הרמ"ה בתירוצו, דחלוקה קנין להתחייב על חלוקה מקנין להתחייב מנה, ובביאור החילוק ביאר הרמ"ה, וז"ל, "אבל קנו מידו שחייב לתת כו"כ, או לבנות כותל או לזון, מסתברא דלאו קנין דברים בעלמא הוא, [דאף] שהנתינה עצמה אינה ממון [רק פעולה], האי לאו אגופא דנתינה קנו מיניה, אלא אגופא גממונא קנו מיניה, [והיינו דהקנין אינו על הפעולה רק על הממון], דמחייב למיתב לה כו"כ ממון, [והיינו שעבוד הגוף מצד עצמו אינו בכלל קנין דברים שזה חיוב ממון ולא חיוב פעולה], ועוד דכיון ד'קנייה לממונא בגביה', איחייב למיתביה ניהליה".

ונראה בביאור דבריו ד"חייב אני לך מנה", גם אם אינו חיוב שחיילא בחפץ אבל נוצר כאן "ממוני גבך", וכלשונו "דקנייה לממונא בגביה", ודו"ק - וע"ע בשערי יושר [שער ה פרק ב ד"ה אמנם יש לדון] מה שכתב בדברי הרמ"ה הללו.

והיינו שהסיבה של כל חיוב ממון הוא משום שנחשב שיש אצל הלזה ממון דמלוה, וזה גם כשאין לו שום ממון כלל ולא לקח ממנו ממון, דכמו דבמזיק את חבירו שחל דין "ממוני גבך" ע"י המעשה היזק, כמו כן מהני קנין חליפין ליצור ולקנות הך "ממוני גבך", ונוסיף בזה עוד, דכמו דמקנה לו חפץ שלו כמו כן מקנה לו "ממון אצלו".

נמצא, דע"י הקנין חיילא החיוב והשעבוד הגוף - אלא ששעבוד הגוף היינו ממוני גבך - והיינו חפץ - שהרי כל ענינו של השעבוד הגוף והחיוב גברא - היינו לתת לו את שלו והיינו את ה"ממוני גבך" ואת זה הוא קונה בחליפין.



ומעתה מובן החילוק בין התחייבות לחלוק להתחייבות לזון או לבנות כותל, דבכולהו שיין לומר "ממוני גבך", דממונא דמזונות וממונא דכותל קני, ולא שיין התחייבות לפעולה, אבל בחלוקה לא שיין "ממוני גבך", דכיון דע"י חלוקה אין ראובן נותן לשמעון את חלקו של ראובן, אלא ששמעון מוציא מהשותפות חלק שלו, [וזה יבואר אח"כ בסוגי'], א"כ ע"כ שאין זה "ממוני גבך" אלא "ממונך גבך", שנותן לו את ממונו, אלא שיש כאן חיוב לעשות מעשה, וזה כבר קנין דברים כן נראה בשי' הרמ"ה כאן בסוגי'.

### מקור מהיד רמה לעיקר יסוד דממוני גבך.

ובאמת שכבר הארכנו בעיקר יסוד זה שיש מושג ממוני של ממוני גבך - עיין בזה באמרות אברהם יש נוחלין [סימן כז] - והבאנו הרבה מקורות לעיקר יסוד זה שיש ממון של המלוה אצל הלוה - אף שזה ממון אינו מסויים - וזה גם בלוה שאין לו שו"פ.

ועיי"ש שהבאנו מדברי הגאון רבי חזקיהו יוסף שרייבר שליט"א שהביא על זה דברים מפורשים ביד רמה ומרדכי - שדנו בגדר מחילה - דז"ל המרדכי בריש סנהדרין [סי' תרע"ט] דביאר דמחילה א"צ קנין - "אבל במחול לך שהוא כבר מוחזק אין צריך קנין", ומשמעות דבריו היא שבאמת יש כאן תורת הקנאה ורק דא"צ "מעשה קנין" מאחר שהממון בחזקתו של הלוה.

ועיי"ש בהמשך דבריו במרדכי [שם סי' תר"פ] שכתב "אם מחל חוב לחבירו שיש לו עליו הן בשטר הן בע"פ וכו' קנה' הואיל והחוב ביד הלוה - זכה' 'במה שבידו' - כאותה ששנינו 'ברשות הלוקח' כיון שקבל עליו מוכר - קנה לוקח" - וכוונתו לדמות לסוגי' בב"ב [פה:] דקנה לוקח את ממון המוכר שהוא בכליו דלוקח כיון שהכלים הללו הם 'רשותו' - והכא נמי דנים כאילו שיש כאן ממון בעין של המלוה בתוך רשותו ובתוך כליו של הלוה - וכלשונו "והחוב ביד הלוה - זכה במה שבידו" - ובא לומר בזה דהכא נמי הממוני גבך דמלוה נמצא ברשותו של הלוה.

והביא עוד שלשון זה ממש מצאנו נמי ביד רמה להלן [קמ"ז: סי' פ"ג] - דאיירי שם לענין מכירת שט"ח שמלוה מצי מחיל - וביאר "משום דלא קנייה לוקח לממונא דשטרא קנין גמור דהא אין אדם מקנה לחבירו דבר שאינו ברשותו, אלא שעבודא דשטרא בלחוד הוא דקני - הילכך כיון דחזר המלוה ומחלו מחול, דהא ממונא ברשותיה דלוה קאי - ותניא ברשות לוקח כיון שקיבל עליו מוכר קנה לוקח".

עכ"פ מפורש בדבריו שיש מושג של ממוני גבך לענין ששייך להקנותו בלי מעשה קנין - והיינו שאחרי שיש ממון של המלוה אצל הלוה מכח ההלוואה - שוב שייך להקנותו ללוה.

### יסוד החידוש של היד רמה הוא בגדר ממוני גבך - שזה היסוד של כל שעבוד הגוף.

אלא דהכא חידש עוד ששייך גם ליצור את הממון הזה ע"י קנין חליפין - והיינו שאחרי שממוני גבך הוא מציאות של 'ממון אינו מסויים' של המלוה שנמצא אצל הלוה - וכנתבאר - שוב שייך עוד שראובן יקנה לשמעון 'ממון אינו מסויים' אצלו, והממון הזה יבא לידי ביטוי בזה שכשגובים אותו הוא מתממש לממון מסויים - ואי נימא שחל הקנין על החפצא של הממוני גבך - שוב יש לומר שזה כל הדין של חייב אני לך.

ונמצא שלמדנו הכא מה ענינו של שעבוד הגוף - שהרי בקושי' סבר היד רמ"ה ששעבוד הגוף הוא חובת גברא לשלם ממון - וא"כ למה לא הוי דברים והאיך זה נוצר ע"י קנין - ומאי שנא מהליכה וכל פעולה אחרת, ובתשובה נתבאר שאינו חיוב גברא בעלמא אלא חפצא של ממון מופשט - ממון שאינו מסויים - והחפצא של ממון נוצרה ונקנה לו ע"י הקנין - שהוא קונה אותו, והשעבוד הגוף לשלם הוא כבר תולדה מזה.

נמצא שסדר הדברים הוא כך - שבקנין הוא מקנה לו חפצא של ממוני גבך - והקנין עצמו לא צריך ליצור את החיוב גברא - שהרי זה כבר דבר דממילא - שאחרי שיש לראובן ממון

אצל שמעון שחל ע"י קנין - שוב פשוט דשמעון חייב לשלם לו ממון זה שהוא שלו - ופשוט - ונמצא שהקנין בעצמו לא החיל חיוב פרעון על הגברא - אלא שהוא החיל חלות קנין בחפצא של הממון המופשט - והחיוב בגברא בא בתולדה מזה - וממילא שאין כאן קנין דברים במעשה קנין עצמו.

**ג' דרגות וסוגים שונים של ממון ברמות שונות - שיוצאות מכלל קנין דברים, ממון בעין, שעבוד נכסים, ממוני גבך.**

ונראה לחדד את הדברים עוד - הרי באמת יש ג' דרגות וג' סוגים שונים של ממון ברמות שונות - שכולם יוצאות מכלל קנין דברים:

הדרגא הראשונה היא ממון בעין - והיינו שיש בו קנין גמור ובעלות גמורה ומוחלטת - וזה ברור שקנין על ממון כזה לא נכלל בכלל קנין דברים.

הדרגא השניה היא שעבוד נכסים אינו קנין גמור שהרי אחרים יכולים לקנות את הממון המשועבד אלא שהוא קצת קנוי למלוה לענין זה שיוכל לטרוף מהם - הרי לנו ממון בעין שיש לו בו מקצת החזקה ומקצת קנין - אבל הקנין בממון הזה לא נגמר ולא נשלם בכל הקרקעות - ורק ע"י הגבייה בקרקע מסויימת יושלם ויתממש הממון להיות בעלות גמורה בגדר 'שלו' - בקרקע ההיא - מכח החצי קנין שהיה לו בכל הקרקעות.

ונחדד את הדברים עוד - המקצת קנין של שעבוד מוגדר כמקצת קנין כיון שהממון שמשועבד לו לא עומד לו בצורה מוחלטת ככל בעלות אחרת שעומדת לו בצורה מוחלטת - הרי בכל בעלות הדין ברור שאחרים לא יכולים לקנות את הממון נגד בעלותו שהרי זה עומד לו בצורה מוחלטת, משא"כ בשעבוד - הרי אחרים יכולים לקנותו נגד השעבוד כיון שזה עומד לו בצורה לא מוחלטת, ונמצא שיש ב' דרגות שונות של קשר ממוני לממון - בעלות ושעבוד.

אולם זה צריכים לדעת - שכשהוא גובה את הממון של החוב, הרי אז בטל כל השעבוד כולו מכל הקרקעות - אכן אין הכוונה שבטל השעבוד ובמקומו חל פרעון וגבייה בממון מסויים - אלא אדרבה - השעבוד של מקצת קנין בכל נכסיו התממש התקיים בקרקע המסויים שהוא גבה - והשעבוד עצמו נעשה ונהיה לקנין מוחלט ככל בעלות דעלמא ע"י הגבייה.

ולדוגמא - ביבום יש זיקה ועל ידי הזיקה היבם קונה אותה להיות אשתו לכל דבר - אכן אין הכוונה שהזיקה מתבטלת ובמקומה חיילא אישות של היבם, אלא אדרבה - הזיקה עצמה נהיתה לאישות גמורה ע"י היבום - וכך היא מתקיימת - שהרי זה כל דינו של זיקה להיות זקוקה שתתממש ותתקיים ביבום - וכמו כן הכא, ע"י הגבייה השעבוד עצמו נהיה לבעלות מוחלטת גמורה - היה כאן שעבוד בכל הקרקעות שנהיה לבעלות בקרקע א' - שהרי זה עיקר דינו של שעבוד - להיות משועבד להתממש ולהתקיים בגבייה.

ונוסיף עוד - דלו יצויר ושעבוד לא היה יכול להתממש בגבייה - אז מתחילה הוא לא היה קיים - שהרי כל ענינו וכל מציאותו של ממון זה שיש לאדם מקצת קנין בממון - הוא אך ורק להתממש ולהתקיים בגבייה - ופשוט.

הדרגא השלישית היא 'ממוני גבך' - דהכא ליכא קנין גמור וגם ליכא ממון גמור - שהרי הממון אינו בעין - הוא לגמרי מופשט - וגרע טפי משעבוד - שהרי הממון של ממוני גבך קיים גם בלוח שאין לו ממון כלל - ודלא כשעבוד שחל עכ"פ בממונו - וממילא שהקנין שיש לו בממון של ממוני גבך אינו קנין בעין.

אלא שיש לדעת שגם בממוני גבך הגדר בגבייה היא כנתבאר לעיל בשעבוד נכסים - והיינו שכל הממון והקנין של ממוני גבך יבואו לידי מימוש בגבייה - ובלי שיוכל להתממש בתור ממון מוחלט - הרי אין לו קיום - דמה שייך בעלות על ממון מופשט - שכל מציאותו אינו

אלא לענין זה שהוא יתממש בממון מסויים בגבייה - וממילא שאין הכוונה שע"י הגבייה מתבטל הממוני גבך ובמקומו חיילא גבייה ובעלות מוחלטת על ממון מסויים - אלא שהכוונה בזה היא - שהממוני גבך עצמו מתממש בתור בעלות מוחלטת בממון מסויים - כמו ששעבוד נכסים מתממש בגבייה בקרקע מסויימת - ובאמת דמבאי טעמא לא בעינן מעשה קנין לקנות את הממון שגבו וסגי ביחוד מעות - וכמבאר בנתי"מ - וכבר נתבאר דבר זה בדברינו באמרות אברהם יש נוחלין [סימן כז].

והנה - בממוני גבך נחלקו הראשונים - האם סגי לן בסוג קנין ובסוג ממון כזה לצאת מכלל קנין דברים או לא, ויתכן לומר שכל מה שחידש היד רמה שממוני גבך מיקרי חפצא לענין זה ששייך לקנותו ולהחיל בו קנין, וכבר לא הוי קנין דברים, שכל זה משום שהממון המופשט של ממוני גבך מתבטא אח"כ בממון גמור בגבייה - הרי נמצא שלממון הזה גופא יש ב' צדדים, הממון בתור חוב הוא ממון מופשט והממון בתור גבייה הוא ממון מסויים ומבורר - ויש לומר שחיילא בו קנין בתור חוב מחמת זה שהוא עצמו יש בו צד של ממון מסויים - והיינו דלכן חיילא בו קנין גם בתחילה במצב שהוא רק עתיד להיות ממון מסויים וממון מיוחד.

**ביאור בר"י וברבינו אליהו - דמהני שעבוד נכסים להגדיר את שעבוד הגוף לחפץ ולהוציאו מכלל קנין דברים - משום שהממוני גבך מיקרי חפץ באופן שכבר 'התממש חלקי' בחלות שעבוד נכסים.**

אחרי הקדמה זו נוכל לבאר את שיטות הראשונים - רש"י ותוס' - הר"י ורבינו אליהו - דס"ל דממוני גבך ושעבוד הגוף מיקרי קנין דברים - אלא דמהני שעבוד נכסים ובעינן שעבוד נכסים לעשותו לחפצא שהוא בר קנין - ולכן לא שייך להתחייב ולומר חייב אני לך מנה ולהתחייב בקנין - בלי שיש לו שו"פ - שהרי אין כאן חפצא להחיל בו קנין - אבל כשיש לו שו"פ אז יש לפנינו חפצא - שעבוד נכסים - ושפיר חיילא בו קנין ודו"ק - ועיין בזה לעיל [פרק א].

אולם שאלנו דאיך לכתחילה חיילא שעבוד הגוף, שאם שעבוד הגוף מיקרי דברים, א"כ מה יהני השעבוד נכסים, דאם לא יחול השעבוד בגופו מעיקרא, איך יהני מה שהנכסים אינם בכלל "דברים", הרי אם אין התחלה [בשעבוד על גופו] אין סוף [בשעבוד על נכסיו].

ומבאר ברש"י ותוס' דכיון דאיכא סיבה בשעבוד הגוף שמכחו תחול שעבוד נכסים, והשעבוד נכסים הוא הגמר והוא הבפועל של השעבוד הגוף, שוב דיינינן ליה לשעבוד הגוף מעיקרא כקנין שחל על חפץ, דזה גמר קנינו של השה"ג, לחול על חפץ - אולם סו"ס הדבר צ"ב דעיקר השעבוד הגוף הוא חובת גברא - ואינו אלא סיבה לשעבוד נכסים - ומה מהני להחשיבו כקנין על חפץ אי הוי חובת גברא - וצ"ע.

ונראה דאחרי מה שנתבאר הכא הביאור כך - הרי נתבאר ביד רמ"ה שהחפצא של שעבוד הגוף היינו ממוני גבך - והקנין חיילא בממון המופשט של ממוני גבך - אלא דממילא שהוא חייב לו לתת לו את שלו אבל זה תוצאה ולא על זה חל הקנין - ונתחדש דסגי לן בממוני גבך להחיל בו קנין ולא מיקרי דברים - ונתבאר עוד שאף שממוני גבך הוא ממון מופשט - אבל סו"ס הוא מתבטא ומתממש ומתקיים בגבייה בתור ממון מיוחד ומסויים - ממון ממשי.

וע"ד זו נראה לומר בראשונים שהם סוברים שממון מופשט אינו ממון ששייך שיחול בו קנין במצב שהוא עדיין מופשט - ולא מהני מה שהממון המופשט יגיע לידי מימוש בגבייה בתור ממון ממשי - שהרי סו"ס במצב שלו בתור חוב אינו אלא ממון מופשט - איברא - שהם סוברים שזה יהיה תלוי אם יש לו נכסים או לא - שהרי אם יש לו נכסים, אז יש שעבוד נכסים מכח הממוני גבך - ואז הממוני גבך עצמו 'מתממש חלקי' בתור 'ממון משעבוד'.

והיינו שכמו שכשיש גבייה של החוב - הרי אז הממון הזה של הממוני גבך מגיע לידי 'מימוש' בממון של הגבייה - כמו כן כשיש קרקעות ומטלטלין וחל עליהם שעבוד נכסים<sup>114</sup> - גם בכה"ג הממון עצמו מגיע לידי 'מימוש חלקי' בזה שחל על הקרקעות והמטלטלין 'מקצת קנין' של שעבוד נכסים מכח הממוני גבך - ודו"ק.

ויתכן שזו כוונת הראשונים - דמה דמהני שעבוד נכסים להגדיר את שעבוד הגוף לחפץ ולהוציאו מכלל קנין דברים - אין זה מצד השעבוד בגופו של המתחייב לתת לו - דמה זה שייך לנכסים - אלא הכוונה בזה לממוני גבך - והיינו דכל מה דממוני גבך מיקרי חפץ הוא באופן שהממוני גבך כבר התממש בשעבוד נכסים [לפי הר"י] או מה שהוא יכול להתממש בשעבוד נכסים כשהיה נכסים [לפי רבינו אליהו] - והיד רמ"ה סובר דגם בלי זה אמרינן שהממוני גבך מיקרי חפצא מחמת הממון של הגבייה העתידית.

שאלנו - שאם חובת הגוף דומה לחיוב הליכה - פעולה - א"כ מה מהני ביה שעבוד נכסים, ואיך מתחיל השעבוד הגוף מחמת השעבוד נכסים שלאחר מכן - אלא הביאור כך שא"צ שהקנין יחיל חובת גברא - שכאמור - זה כבר תוצאה ממה שיש לו אצלו ממון - בתור ממוני גבך - והרי בממוני גבך עצמו חיילא הקנין כיון שבאופן שיש נכסים - אז לכתחילה חל הממוני גבך במצב שיש בו ביטוי של ממשות בשעבוד נכסים - והיינו שהשעבוד נכסים עצמו הוא האופן שבו קיים הממוני גבך.

אלא שהיה מקום עדיין להקשות שסו"ס יש סדר לדברים - שהרי קודם צריכים שיחול הממוני גבך ושוב לאחר מכן חיילא שעבוד נכסים - והרי ממוני גבך מצד עצמו אינו ממשות.

אולם זו אינה טענה - שהביאור כך - שממוני גבך כזה שאם הוא יחול הוא יחול בתור ממון שהתממש והתקיים חלקי בשעבוד נכסים - אז לכתחילה הוא חל באופן זה - דמעיקרא ליכא חסרון של קנין דברים בממון כזה שאם הוא חל הוא חל בתור ממון ממשי - שהרי הוא קיים במצב של שעבוד נכסים - ודו"ק בזה היטב.

### תוספת דברים.

כן היה נראה לפום ריהטא - אולם להלן [סימן כו] יבואר שיתכן שהשעבוד נכסים מהני גם בלי לבא לממוני גבך - עיי"ש.

### פרק ג

#### דברי התוס' בדין קנין דברים

#### לגבי בנין הכותל ולגבי שומר שהתנה,

#### ובדין שעבוד נכסים בזה.

**פלוגת התוס' והרמ"ה לשיטתייהו למה בבנין כותל ליכא חסרון של קנין דברים, אי מצד שעבוד נכסים אי מצד "ממוני גבך".**

יעויין בתוס' [ד"ה כי רצו מאי הוי ניהדרו בהו] - שהעירו דלא הקשו בגמרא דהוי קנין דברים למ"ד דמחיצה גודא - וביאר בטעמא דמילתא "דאיכא למימר דקנו ושעבדו נכסיהן לבנין הכותל - אלא למ"ד פלוגתא לא מהני קנין דקנין דברים בעלמא הוא דלא מסיק אדעתיה שקנו ברוחות".

ומבואר דלמ"ד גודא לק"מ, דמתחייב בשעבוד נכסים לבנות כותל, ומבואר דבעי התחייבות לשעבוד נכסים, ולא מהני שה"ג בגברא, והיינו ממש כשיטת הר"י בתוס' ריש אעפ"י, ולשיטתו אזיל הכא, וכן הבאנו לעיל מרש"י ורבינו יונה, דכל חיוב ושעבוד הגוף צריך

<sup>114</sup> והרי גם במטלטלין במיניה ידיה חל השעבוד וכמו שהוכחנו לעיל [פרק א] בשיטת רש"י והר"י.

לחול בחפצא וזהו הכוונה כאן שעבוד נכסים ופשטות כוונתו דקנו מידו בהדי' על זה שיהיה שעבוד נכסים - ויש לעיין בשיטת רבינו אליהו בזה - אכן לפי היד רמה דלא בעינן שעבוד נכסים א"צ לכל זה.

ויש להקשות - דלמה לא אמרינן כן בחלוקה שיש שעבוד נכסים, וצ"ל בפשיטות דלא שייך בחלוקה שעבוד נכסים, דאיך משעבד נכסיו לחבירו כדי שחבירו יקח את שלו מהשותפות דחלוקה נותנת לכל אחד ת שלו - ועיין בזה להלן [סימן ...] - ופשוט.

והנה הרמ"ה אזיל כאן לשיטתו - שכתב, דכמו דשייך חיוב מנה, וכנתבאר לעיל דנוצר ע"י הקנין חליפין חפצא של 'ממוני גבך', וזה לא שייך בחלוקה דהוי 'ממונך גבך' ולא 'ממוני גבך', אבל לבנות כותל שפיר שייך "ממוני גבך", ולהכי כתב הרמ"ה "דקנו מידו שחייב לתת כו" [חייב אני לך מנה] או לבנות [והיינו בנין כותל] או לזון, מסתברא דלאו קנין דברים וכו' דהאי לא אנתניה [מעשה בנין ומעשה הזנה] גופא קני מידו, אלא אגופא דממונא קני מידה דמיחייב למיתב ליה כך וכך ממון", והיינו חיוב דממוני גבך.

והוכיח כן מקושי' התוס' דהסוגי' רק הקשה למ"ד פלוגתא, והרמ"ה לשיטתו לא הוצרך לבא לדין שעבוד נכסים ליישב קושי' זו, וא"ש בשעבוד הגוף, ותוס' לשיטתייהו הוצרכו לזה.

ואף דכאן הרי הכותל יהיה שלו, עכ"פ החצי ידידה, ואיך שייך על זה "ממוני גבך", אכן הביאור בזה, דאכתי חייב להעמיד לו הך כותל שממון ידידה יעמוד בתור כותל עבור החצי של חבירו, ואת זה הוא חייב לחבירו שממונו יעמוד לו ויש לו זכות בזה לענין שהיה לו כותל ביחד עם כחצי ידידה, ואינו כחלוקה שחייב להעמיד לחבירו את חלק חבירו וזה לא שייך ע"י "ממוני גבך".

#### **דן האם יש נפ"מ בין הרמ"ה לתוס' באומר "אבנה לך כותל" וקנו מידו.**

וממשיך הרמ"ה דחיוב בנין כותל רק שייך באופן שהוא "מתחייב", אבל בלשון "הבטחה" לא מהניש הרי הוא הרי מחייב עצמו על הפעולה של לבנות וזה כבר לא מהני והו"ל קנין דברים, עיי"ש"ה.

והיינו דתרי גוונא איכא, דב"חייב אני לך כותל" הרי חייב עצמו בחפצא של כותל ובדמים של כותל, וזה "ממוני גבך" - ודומה ל"חייב אני לך מנה" ומהני בזה קנין, אבל בהבטחה של "אני אבנה לך" אז החיוב חל על הפעולה, וזה כבר קנין דברים.

והיה מקום לומר דבזה יהיה מחלוקת בין התוס' לדעת היד רמ"ה, שהרי המשמעות הפשוטה בתוס' היא דבלי שעבוד נכסים בהדי' לא מתחיל כולם, ובזה אין נפ"מ בין מי שאומר "חייב אני לך כותל" למי שאומר "אבנה לך כותל" - וא"כ מסתבר שבתרוייהו מהני השעבוד נכסים, אבל לדעת הרמ"ה איכא נפ"מ בין הנך תרי גוונא, דלדידה דא"צ שעבוד נכסים וסגי בחיוב בנין דהו"ל כחיוב מנה, [דמהני מצד "ממוני גבך"], הרי דס"ל דאין החיוב על הפעולה בפנ"ע, אכן כשיש התחייבות על הפעולה עצמה, אז פשיטא לרמ"ה דלא מהני, ובזה נחלקו התוס' והרמ"ה.

אולם - דלפי מה שנתבאר לעיל בשיטת התוס' והר"י - דכל מה דמהני שעבוד נכסים לגבי שעבוד הגוף - היינו עד כמה שהשעבוד הגוף הוא בגדר ממוני גבך - א"כ חיוב לעשות פעולה שיש כנגדו שעבוד נכסים - באופן כזה לא אהני לן השעבוד נכסים להפקיע מיניה דין קנין דברים.

ונראה עוד - דמאן יימר לן ששייך שעבוד נכסים על הבטחה של אבנה לך כותל - דדילמא אינו אלא אלא חיוב פעולה - ולא שייך בזה תביעה ממונית ומה שייך שעבוד נכסים - שהוא בגדר ערבות - על הבטחה כזו.

אולם עיין בזה להלן [סימן כו] מה שיש לדון בזה - ובדברי הטור שהביא פלוגתת הרא"ש והרמ"ה באבנה לך כותל.

### **ביאור בשיטת התוס' למה בשומר אינו קנין דברים.**

והנה - יעויין בתוס' [ד"ה קנין דברים בעלמא הוא] שהביא מב"מ [צד] דמתנה ש"ח להיות כשואל - ומוקי לה בקנו מידו - והקשה דלמה לא הוי קנין דברים הוא וכתבוה תוס' דהוי "קנין גמור - שמשעבד את עצמו שאם יאנס שישלם".

ולכא' קושי' התוס' היא שמעשה שמירה הוא מעשה ופעולה כמו הליכה, וכמו חלוקה, ובהתחייב לעשות פעולה הוי קנין דברים, והרי זו הסיבה שבחלוקה הוי קנין דברים - וחידשו התוס' "דמשעבד נפשו שאם יאנס ישלם".

ונראה דהביאור בזה כמו שביארנו לעיל [פרק א'] במהרש"א [ריש אעפ"י], דכיון דשמירה אינה דין בפנ"ע - לשמור - אלא דהוי דין "שומר או תשלם", הרי דמכח החיוב שמירה נולד חיוב ממון לשלם על מה שלא שמר, ובחיוב ממון זה איכא גם שעבוד נכסים - כמו כל חיוב ממון, שוב אמרינן דהחיוב שמירה בסוף חיילא בחפץ ואינו קנין דברים, וי"ל דבקושי' התוס' נקט דאינם תלויים זב"ז.

אכן אכתי ק', דלמה לא כתבו התוס' בהדי' דגם בשומר איכא שעבוד נכסים, הרי לעיל בתוס' הקודם לגבי בנין כותל כתבו בהדי' דאיכא שעבוד נכסים בבניית הכותל - ולמה הוצרכו להדגיש שם, הרי תמיד יש שעבוד נכסים, וע"כ דחלוקין נינהו, ועיין בהערה <sup>115</sup> מה שיש לדון שיש חידוש בכותל שיש שעבוד נכסים.

ועוד י"ל בזה, דהנה, החיוב ממון והשעבוד נכסים שיש בכל שומר בא לחייבו ולשעבדו על מה שלא שמר, והיכא שיש תנאי - והיינו שהשומר שינה את החיוב שמירה לחיוב יותר חמור, הרי בכה"ג נראה דא"צ לחדש חיוב ממון נוסף ושעבוד נכסים נוסף כלפי החיוב החדש, שיש לומר שתמיד היה חייב על מה שלא שמר, ומה ששינה את דרגת השמירה לא שינה כלום בגוף החיוב ממון וגוף השעבוד נכסים, דהחיוב הוא לשלם על מה שלא שמר, ותו לא, ורק השתנה כאן הרמה והדרגא של השמירה ושל ה'אי-שמירה', וממלא דא"ש דברי התוס' דממילא איכא כבר שעבוד נכסים על כך חיוב שמירה חדשה שהוא חייב את עצמו - ורק בכותל היה צריך להדגיש שיש שעבוד נכסים.

### **ביאור בשיטת הרמ"ה למה התחייבות בשומרים לא הוה בכלל קנין דברים.**

אכן לש' הרמ"ה דלא מהני לחדש חיוב לחבירו בזה שסופו להיות שעבוד נכסים - וכמבואר לעיל בריש [פרק ב'] - ורק מחמת סברת ממוני גבך אתינן עלה, א"כ קשה כאן דהאיך מהני תנאי זה לחייב את עצמו לחבירו חיוב שמירה שלא היה חייב בה, ואולי נימא דגם בהתחייבות הזה איכא "ממוני גבך" על "השומר או שלים" דממילא דחשיב כממונות ולא כדברים.

אולם י"ל עוד בזה, דהנה, ההפלאה [ריש אעפ"י] הקשה על המהרש"א דאולי בכל שומר יש חיוב לשמור, וכאן שהתנה להיות כשואל יש רק חיוב תשלומין, ואין התחייבות על המעשה שמירה, ולפי"ז א"ש שיטת הרמ"ה.

וע"ע בחי' ר' שלמה [כתובות סי' י"ב ס"ק א' ד"ה והנה ראיית] שהביא מחלוקת בפוסקים האם במתנה להיות כשואל - האם באמת איכא חיובי שמירה לזה או דאין כאן אלא חיוב

<sup>115</sup> ויתכן לומר דבשומר פשיטא שיש שעבוד נכסים ככל חיוב ממון, אבל בבניית כותל יש חידוש, שהרי הוא בונה כותל לעצמו - שהרי החצי של שמעון יהיה לשמעון, והחידוש הוא דנכסיו של שמעון משועבדים לראובן שיכול לעשות מהם כותל לשמעון כדי שהך כותל ישמש את ראובן לחצי ידידה - ודו"ק.

תשלומין בעלמא, ונפ"מ האם יש שבועת שומרים על כך חיוב שחייב את עצמו או לא, דהקצוה"ח נקט דאיכא גם דיני שמירה והמהר"א ששון נקט שאין כאן חיוב שמירה. ובאופ"א י"ל דאין שמירה "מעשה שמירה" כהילוך וחלוקה, אלא שנהיה "שומר" ע"י הקנין, והקנין יצר חלות דין "שומר", וכמו שחלות דין "פועל" אינה קנין דברים, ה"ה שחלות דין "שומר" אינו קנין דברים - ולזה העירני תלמיד אחד נ"י.

## סימן כו קנין אתן

**פרק א ב' דרכים בדין קנין אתן ובעיקר החסרון של קנין דברים.** < סיכום הדינים - קנין דברים, ובדין חייב אני לך למה אינו קנין דברים. > < "קנין אתן" - ב' דרכים לבאר מה החסרון בזה. > < ביאורו של היד רמ"ה למה לא מהני "קנין אתן". > < ב' דרכים בביאור דינא דקנין אתן, דלמה מהני. > < דרך חדשה בעיקר החסרון של קנין דברים - דלא חל משום דהוי חיוב שלא מצאנו כמותו בתורה, ולכן מהני 'קנין אתן' - דסו"ס דומה לחיוב ממון לחבירו. > < תוספת ביאור - דדומה למצוה ממונית. > < ב' נפ"מ בין ב' הנך דרכים. > < נפ"מ שלישית בקנין שטר, והרמ"ה לשיטתו. > < נפ"מ נוספת בשעבוד הגוף בלי שעבוד נכסים. > < הערה בקנין חליפין בחלות שליחות ובחיוב גירושין. >

**פרק ב בדין אבנה לך כותל.** < דן האם יש נפ"מ בין הרמ"ה לתוס' באומר "אבנה לך כותל" וקנו מידו. > < דברי הטור והב"י בשיטת התוס' והרמ"ה בבנין כותל. > < בסתירת הרמ"א בקנין אתן. >

## פרק א ב' דרכים בדין קנין אתן ובעיקר החסרון של קנין דברים.

### סיכום הדינים - קנין דברים, ובדין חייב אני לך למה אינו קנין דברים.

לעיל [סימן כה] נתבאר דלא מהני קנין על פעולה כעין הליכה, וקנין לחייב חלוקה מיקרי קנין על פעולה, וקנין מהני רק כשבא לקנות חפץ במכר או מתנה - ולגבי התחייבות וכגון 'חייב אני לך' - הכא מהני ע"י קנין דלא חשיב כפעולה אלא דחשיב כקנין על חפץ, ונתבאר בזה בתרי אנפי:

א] דעתו של היד רמה הוא מצד ממוני גבך - דגם ממוני גבך אף שהוא ממון מופשט אבל סו"ס חשיב כעין חפץ לגבי קנין אלא שזה חפץ לא מסויים.

דעתו של התוס' וכן מבואר ברש"י - דמצד שעבוד נכסים מהני - ונתבאר דגם זה בנוי על הממוני גבך.

עוד נתבאר שכל זה מבואר נמי בתוס' הכא לגבי כותל - שכתבו שיש שעבוד נכסים, וביארנו דזו נמי כוונתו לגבי שומרים אף דלא מפורש בדבריו שיש שעבוד נכסים - אכן לפי היד רמ"ה בתרויהו איכא ממוני גבך על החיוב ממון שהוא חייב לו בכותל וכן בתשלומי שומרים.

### "קנין אתן" - ב' דרכים לבאר מה החסרון בזה.

והנה כפשוטו כל מה דמהני "חייב אני לך" - היינו בתור 'התחייבות' - שהוא מתחייב לחבירו מנה - אבל אי אומר לחבירו - 'אתן לך מנה' - הרי בזה לא חיילא חיוב ממון אלא 'חיוב פעולה' - לתת לחבירו מנה - ופעולה זו דומה לפעולה של חלוקה.

והיינו - דאף דבתרויהו איכא ממון ביד חבירו אחרי המתנה ואחרי החלוקה - והוא חייב לעשות פעולה שתביא את הממון ליד של חבירו - אכן אין כאן חיוב ממון לחבירו - אלא חיוב פעולה שהתוצאה תהיה ממון לחבירו - אלא שההסבר למה לא מהני קנין אתן ישתנה להנך ב' דרכים - לפי דרכם של התוס' ולפי דרכו של היד רמה.

דהנה - לפי היד רמ"ה הרי פשוט שאין כאן ממוני גבך - דב"קנין אתן" הוא לא מקנה לחבירו כלום, ואדרבה - הוא אומר שהוא יקנה לחבירו אח"כ, וממילא שאין כאן מציאות של 'ממוני גבך', דממוני גבך פירושו - שכבר הקנה לחבירו שיהיה לו ממון אצלו, והכא הוא אומר בהדי' שהוא רק יקנה לו אח"כ, וע"כ שהוא רק מתחייב לעשות את הפעולה של נתינת מתנה, וזה ממש כהליכה.

אולם לפי התוס' דבעינן שעבוד נכסים, הרי בזה פשוט דליכא שעבוד נכסים לחיוב של פעולה של נתינה - דרק כשיש שעבוד הגוף הוא שיש לומר שיש עליו שעבוד נכסים - וזה



רק שעבדוה גוף של ממונות, אבל על פעולות ליכא שעבוד נכסים - וא"ש למה לא מהני קנין אתן.

### ביאורו של היד רמ"ה למה לא מהני "קנין אתן".

ובאמת דיעויין בדברי היד הרמ"ה והנמו"י דס"ל דלא מהני "קנין אתן", וכ"ה שי' הגאונים [מובא בנמו"י] ולדידהו דומה לחלוקה - ומלשונו של היד רמ"ה שהאריך בדין זה מדוייק ככל דברינו הנ"ל.

וז"ל, "שכיון שאין הקנין נופל על החיוב, ולא על גוף הממון" לכן הוי קנין דברים, ואזיל בזה לשיטתו שהוצרך לפרש בב' אופנים כיון שיש ב' אופנים לצאת מכלל קנין דברים, ותרוייהו ליכא הכא ב"קנין אתן".

א [מה שכתב "שאין הקנין נופל על החיוב", כוונתו כלפי החיוב גברא וה"שעבוד הגוף" שיש בו מהלך של "ממוני גבך", ובא לומר בזה דב"קנין אתן" ליכא דין כזה, והיינו כנתבאר לעיל שהרי אינו מקנה לחבירו כלום, ואדרבה הוא אומר שיקנה לו אח"כ, ושוב אין כאן ממוני גבך - ופשוט.

ב [מה שהוסיף "ולא על גוף הממון", הכא כבר מיירי בחלות על החפץ שהיא גוף הממון, דהכא ליכא חלות קנין על גוף הממון, דרק מתחייב בגברא לתת ולעשות את הנתינה.

### ב' דרכים בביאור דינא דקנין אתן, דלמה מהני.

והנה יעויין בשו"ע [סי' רמ"ה ס"א] שהביא מחלוקת בדין קנין אתן - שמתחילה כתב "אבל אם כתב בשטר 'אתננו לו' - אף על פי שהעידו עליו העדים לא זכה המקבל" - וכתב הרמ"א "ואפילו אם קנו מידו דהוי קנין דברים", ועיין בסעיף ב' שכתב השו"ע, "וי"א שאם קנו מידו מהני לשון אתן" - והמקור מתשובת הרשב"א - הרי דפליגי הראשונים ויש דס"ל דמהני קנין על אתן, ועיין ביד רמ"ה שהביא שיטה שמהני קנין אתן ואינו בכלל קנין דברים - וצ"ב שיטתם.

ודבריהם נתפרשו בתרי אנפי - עיין בזה במשנת ר"א [ריש סי' א'] ובחידושי ר' שמואל [סימן ד' ס"ק ג']<sup>116</sup> ובאבי עזרי [פ"ח מזכיה ומתנה ה"ו] - והיוצא מדבריהם הוא דבדרך א' יש לומר דבאמת לא חיילא קנין על מעשה נתינה ומעשה להקנות דהוי קנין דברים - אלא דמפרשים שכוונתו לחלות שעבוד - וביאר באבי עזרי דמתקנים דבריו לפרשם כפי האומדנא שיהני - ובזה יצא מכלל קנין דברים - והוסיף הגר"ש רוזובסקי צ"ל דאזלי להנך שיטות ששייך לשעבד חפץ מסויים<sup>117</sup>, ואז מפרשים שכוונתו לשעבדו לענין זה שהוא יוכל לתופסו בעצמו - ודו"ק - והוסיף הגר"א קטלר דחיילא שעבוד מחודש על החפץ לענין זה שחייב להקנותו לו - וצ"ל דכל זה בגדר אומדנא שכך רוצה שיחול באופן המועיל.

וצריכים להוסיף דבחלוקה לא שייך לומר כן - כיון שבחלוקה הוא לוקח את שלו, ורק שייך שעבוד על נכסי ראובן בשביל שמעון ולא כששמעון נוטל את שלו.

ונראה שאם מתקנים לשונו כפי האומדנא באופן המועיל - א"כ גם לפי היד רמ"ה נימא שכוונתו לחייב עצמו בממון הזה, ומהני מצד ה"ממוני גבך" - ודו"ק.

<sup>116</sup> וע"ע בשיעורי ר' שמואל [ס"ק נב / נ"ג].

<sup>117</sup> ובעיקר שיטת המהרי"ט - דכל שעבוד הגוף לחפץ מסויים מיקרי קנין דברים - עיין בזה ברעק"א בשו"ע [סי' קצ"ה / א] שחולק, ועיין כו"ה רעק"א [ריש פרק הזהב].

**דרך חדשה בעיקר החסרון של קנין דברים - דלא חל משום דהוי חיוב שלא מצאנו כמותו בתורה, ולכן מהני 'קנין אתן' - דסו"ס דומה לחיוב ממון לחבירו.**

אולם ביאור רבותינו - במשנת ר"א ובחידושי ר' שמואל [שם] - שיש דרך אחרת לבאר - ולעולם לא מהני מצד אומדנא בעלמא לתקן דבריו באופן המועיל - אלא שנתחדש כאן חידוש בעיקר דינא דקנין דברים.

והיינו - שנתחדש שעיקר החסרון של קנין דברים אינו בזה שאין חפץ - שיש לומר שקנין חל גם כשאין חפץ לקנות - אלא שהגדר בזה הוא כך - דכל חיוב שלא מצאנו כמותו בתורה בדיני ממונות הוי קנין דברים, והרי לא מצאנו חיובים לחבירו על פעולות - הליכה נתינה חלוקה - ורק מצאנו חיוב ממון לחבירו, ולכן לא מהני קנין ליצור דבר כזה - שקנין לא יכול לחדש חיוב שלא קיים כמותו - ועיין נמי בחי' ר' נחום.

ועל פי הגדר הזה יש לומר שגם חיוב נתינה לחבירו מהני אף שאין כאן חפץ - שהעיקר הוא שיש סוג כזה של חוב ממון - ויש לומר ששיטה זו חידשה שגם זה כלול בחוב ממון - ולא מיקרי חיוב פעולה - אף דעדיין לא הקנה לו ממון - דסו"ס עיקר החיוב הוא לתת לו ממון - ולכן שייך בזה קנין אף שאינו ככל חיוב ממון אבל סו"ס גם זה כלול בחיוב ממונות לחבירו - עיין היטב בדבריהם.

והיינו שעיקר החידוש כאן הוא דלעולם א"צ שיחול על חפץ - והעיקר שלא יהיה כפעולה של הליכה - שהרי לא מצאנו חיוב כמותו לחבירו - וחיוב נתינה דומה לחיוב של ממון.

אולם סו"ס לא נתבאר עיקר דבריהם - דלמה חוב כזה כלול בחיוב ממון לחבירו - הא באמת לא מצאנו חיוב כזה שחייבים נתינת ממון לחבירו שאינו בגדר חוב ממוני - וצ"ע.

#### **תוספת ביאור - דדומה למצוה ממונית.**

והביאור בזה נראה דמצאנו כוונתה - והיינו שיש מושג של מצוה ממונית כעין השבת ריבית והענקה - דמצד א' ליכא שעבוד נכסים - ומאידך הרי הוא בע"ד להשביעו שבועת היסט - וכבר האריכו בזה רבותינו - והגדר בזה הוא שחבירו מיקרי בע"ד על המצוה שלו כיון שהיסוד של המצוה בנוי על זה שהממון מיועד אליו ואמור להיות שלו - וכבר האריכו רבותינו בעל השערי יושר וכן בכמה דוכתי בחידושי הגר"ש רוזובסקי זצ"ל - ועיין בזה באמרות אברהם יש נוחלין [סימן ג] - ואכמ"ל.

ויש לומר דה"ה הכא שהוא מקנה לחבירו זכות תביעה על מעשה נתינה אליו - וגם זה כלול בחיוב ממונות.

וממילא שיש לומר שעיקר המחלוקת מיתלי תלי בחסרון של קנין דברים, שאם החסרון הוא בזה שאין חפץ, א"כ לא יהני כה"ג שהרי סו"ס אין חפץ, אכן אם החסרון הוא שלא מצאנו חיוב כוונתה בחו"מ - הרי שיש לומר שמצאנו כן במצוות ממוניות - שהתורה העמידה אותו בע"ד לתבוע את מצות חבירו - וה"ה הכא בקנין אתן הוא מקנה לחבירו זכות להיות 'תובע' על הנתינה הזו - הלכך שפיר מצי תובעו.

#### **ב' נפ"מ בין ב' הנך דרכים.**

ועיין במשנת ר"א [שם] שהביא שמצאנו מקור לפלוגתא זו דבאמת יש ב' נפ"מ בין הנך ב' דרכים - וכדלהלן:

א] לדרך הראשונה שיש שעבוד בחפץ - אז שפיר שייך לתבוע את החפץ אח"כ מהיורשים, אכן לפי הצד השני שאין שעבוד כיון שעדיין מחוסר הקנאה - אלא שהגברא חייב נתינת ממון לחבירו - ולפי"ז א"א לתבוע מהיורשים, ועיי"ש שהביא את ספיקת הב"ש [סי' נ"א] ביורשים, ותלה פלוגתתם בהנ"ל.

[ב] יש לדון דמה הדין בקנין אתן לראובן - ומכר המקנה לשמעון - האם ראובן מוציא משמעון, והביא דכבר נחלקו בזה המשנה למלך [פ"ח דמכירה בסוף] והמהר"א ששון - ועיין עוד בקצוה"ח [סי' ר"ו ס"ק א] - ותלוי בהנ"ל.

### **נפ"מ שלישית בקנין שטר, והרמ"ה לשיטתו.**

ונראה עוד, דיהיה נפ"מ האם מהני קנין אתן ע"י שטר או לא, דבקצוה"ח [סי' רמ"ה ס"ק א] הביא את קושי' המ"מ מהסוגי' בגיטין דכתב בשטר "אתננו לך" והדין דלא קנה, והקשה דיהני מדין קנין אתן, ות"י המ"מ דחלוקין שטר מחליפין, ורק בחליפין מהני.

ונראה הכוונה שאם יש שעבודים בחפץ עצמו, א"כ כמו דשטר קונה קרקע ה"ה דקונה שעבוד קרקע ולמה לא יהני קנין אתן בשטר, אבל לפי הרמ"ה ומשנה למלך דאינו אלא שעבוד הגוף בגברא לתת - ולא חיילא כלום בחפץ, א"כ שטר לא יהני על זה, אכן שפיר יהני בזה חליפין דמהני גם בלי חפץ - ויש לומר שהמ"מ אזיל בשיטתם.

וראיתי שהרמ"ה עצמו כתב כדברי המ"מ, וביאר כנ"ל, וצ"ל כנתבאר לעיל דלשיטתו שייך בזה ממוני גבך - ובישוב עיקר הקושי' מהסוגי' בגיטין עיין בקצוה"ח [סי' רמ"ה שם] שביאר דקושי' מעיקרא ליתא.

### **נפ"מ נוספת בשעבוד הגוף בלי שעבוד נכסים.**

ובאמת דנראה שיש נפ"מ נוספת פשוטה - שבאמת זה צריכים לדעת שעיקר המהלך כאן הוא נגד הראשונים שהוזכרו לעיל - וזה מתרי טעמי:

א] הרי פשוט וברור שרש"י ותוס' שביארו דחייב אני לך אינו קנין דברים דווקא מחמת השעבוד נכסים שבו - שזה ודאי דפליגי בעיקר יסוד זה - דאי כל החסרון הוא דלא מצאנו כמותו בחו"מ - הרי זה אינו - דודאי דמצאנו שעבוד הגוף בלי שעבוד נכסים בחו"מ - ולמה מיקרי קנין דברים בשעבוד הגוף בלי שעבוד נכסים - ומוכרח שהם למדו שהעיקר הוא שיהיה חלות על חפצא - ופשוט.

ב] פשוט דלא מהני קנין אתן לפי הך צד דבאו לדמות למצוה ממונית - שהרי באמת ליכא שעבוד נכסים במצוה ממונית ובאמת שרבותינו פירשו דלדרך זו ליכא שעבוד נכסים בקנין אתן ונפ"מ ביורשים ולקוחות.

ויש להוסיף - שגם היד רמ"ה שפירש שבכל חוב ממון איכא ממוני גבך - גם לדידיה אין לפרש כן - שהרי סו"ס הכא בקנין אתן לדרך זו ליכא ממוני גבך וכתבאר.

וע"כ שזו שיטה חדשה דס"ל ד'חייב אני לך' מהני כפשוטו - שהרי מצאנו הרבה סוגים של חיוב ממון לחבירו בתורה - ולמה לא יוכל לעשות קנין על חיוב ממון לחבירו, והוצרכו לחדש שגם חיוב נתינה לחבירו כלול בכלל הדין ממון לחבירו לענין זה דמהני בזה קנין.

### **הערה בקנין חליפין בחלות שליחות ובחיוב גירושין.**

יש להעיר בעיקר דין קנין דברים - הרי מצאנו כמה גווני בקנין חליפין דלכאו' נראין כקנין דברים, דכבר מצאנו במינוי שליח דמהני בו קנין [וכמו שנהגו במכירת חמץ], וכן ב"תנאים" נהגו לחייב את החתן להינשא לה עד זמן מסויים, וזה נמי ע"י קנין חליפין, וכן הראני ידידי הגאון ר' יצחק קליימן שליט"א דמבואר ברמ"א ובבית שמואל אהע"ז [סי' ...], דמהני קנין לחייבו בגירושין, ולכאו' כל כה"ג אינו אלא קנין דברים בעלמא, וצ"ע.

ועיין ברמב"ם [מכירה פ"ה] שהביא כמה גווני דעבדינן קנין חליפין, ואעפ"כ אינם נצרכים כלל, ורק דנהגו כן, והביא שליחות, עיי"ש, אכן אכתי קשה לי משיטת הר"י ברצלונאי [מובא ברשב"א ריש האיש מקדש] דמהני קנין חליפין בשליחות נגד החסרון של מילי, ומוכרח עכ"פ דחיילא הקנין, ומזה קשה - וכן מהך דגירושין המבואר בבית שמואל נמי קשה, וכנ"ל, ועוד דברמב"ם לא כתוב שאינם מועילים אלא שהם לא נצרכים, וצ"ע.

ויש להעיר - דלפי הנוסח שנתבאר לעיל שכל חיוב שלא מצאנו כמותו בתורה הוי קנין דברים, ולא מצאנו חיובים על פעולות, ולכן לא מהני קנין על זה, אבל בכל דבר שמצאנו בו חיוב בדיני התורה, התם הדין דגם פעולה לא הוי בכלל קנין דברים, שוב יש לומר דמצאנו חיוב גירושין ולכן שייך בזה קנין, ועוד - דבשליחות אף שאינו חייב לו אבל מצאנו חלות דין שליחות ושפיר מצינן להחיל חלות כזו ע"י קנין - ודו"ק.

אולם זה יש לדעת דכבר נתבאר לעיל דעיקר מהלך זה הוא נגד רש"י והר"י ורבינו יונה דס"ל דשעבוד הגוף חשיב קנין דברים אף דמשכחת לה שעבוד הגוף בדיני התורה - ולכן בלי שעבוד נכסים הוי קנין דברים - וזה גם נגד היד רמ"ה - דאל"כ למה ביאר דשה"ג מהני מצד ממוני גבך, ואכתי צ"ע.

ובעיקר דין קנין דברים - עיין עוד בקצוה"ח [סימן רמ"ה ס"ק א / סימן ר"ג ס"ק א / סימן ר"ו ס"ק א].

### קנין דברים בפשרה ובמחילה.

עוד יש לעיין - דלמה ליכא חסרון בחליפין בפשרה או במחילה - עיין תוס' סנהדרין [ו] - ולכא' מוכרח כהביאור הזה דתלוי אי איכא חוב כזה מה"ת.

אולם מצאנו דברים מפורשים בזה - דיעויין בחו"מ [סימן יב סעיף יז] שהשו"ע הביא שאף שנתרצו הבעלי דינין בפשרה - אכתי יכולים לחזור בהם כל זמן שלא קנו מידם, דפשרה צריכה קנין, אבל אם קנו מידם, אין יכולים לחזור בהם - ועיין ברמ"א שקנין חליפין לאו דוקא, אלא ה"ה אם נתן שטר עליו [ב"י בשם תשובת ריטב"א], או אחד משאר דרכי הקניה [רשב"א בתשובת שאלה].

ושוב הביא הרמ"א מהמרדכי - "יש אומרים כשמקבל קנין על הפשרה צריך להקנות לו החפץ, שלא יהא קנין דברים" - וכתב בסמ"ע - שכל זה דווקא בנתבע שמקנה לו "ליתן", "ואתן" הוה קנין דברים - לכן הוא צריך להקנות לו את החפץ, אבל בתובע סגי שיקנה מידו לוותר ולמחול לנתבע מה שבידו - וציין למבואר בשו"ע [סימן ע"ג סעיף י"ט].

אולם בפתחי תשובה [שם] הביא מהט"ז [סימן ר"ג סעיף א' בהג"ה] שחולק עליו וס"ל דקנו מידו למחול הוי ג"כ 'קנין אתן' - והביא שהסכימו עמו בתומים [אורים סקי"ג] ובנתה"מ [משה"כ סקי"ג], ולכן הכריע שצריך לומר בפירוש "אני מוחל לך עד סך שיאמרו הפשרנים" - וגם הביא מהנו"ב [מהדו"ק חו"מ - ס"ס ל"א] שהשיג על הסמ"ע בזה.

## פרק ב

### בדין אבנה לך כותל.

**דן האם יש נפ"מ בין הרמ"ה לתוס' באומר "אבנה לך כותל" וקנו מידו.**

יש לעיין בדין אבנה לך כותל - ועיין ביד רמ"ה שכתב שהחיוב בדין כותל שייך רק באופן שהוא "מתחייב", אבל בלשון "הבטחה" לא מהני שהרי הוא מחייב עצמו על הפעולה של בנין - וזה כבר לא מהני והו"ל קנין דברים, עייש"ה.

והיינו דתרי גוונא איכא, דב"חייב אני לך כותל" הרי חייב עצמו בחפצא של כותל ובדמים של כותל, וזה "ממוני גבך" - ודומה ל"חייב אני לך מנה" ומהני בזה קנין, אבל בהבטחה של "אני אבנה לך" אז החיוב חל על הפעולה, וזה כבר קנין דברים.

והיה מקום לדייק שיהיה בזה מחלוקת בין התוס' ליד רמ"ה, שהרי המשמעות הפשוטה בתוס' היא דבלי שעבוד נכסים בהדי' הוי קנין דברים, ובזה אין נפ"מ בין מי שאומר "חייב אני לך כותל" למי שאומר "אבנה לך כותל" - וא"כ - אם כתבו התוס' דמהני שעבוד נכסים - היה משמע דמהני בתרוייהו, אבל לדעת הרמ"ה איכא נפ"מ בין הנך תרי גוונא, דלדידיה

דא"צ שעבוד נכסים וסגי בחיוב בנין דהו"ל כחיוב מנה, [דמהני מצד "ממוני גבך"], הרי דס"ל דאין החיוב על הפעולה בפנ"ע, אכן כשיש התחייבות על הפעולה עצמה, אז פשיטא לרמ"ה דלא מהני, ובזה נחלקו התוס' והרמ"ה.

אולם - דלפי מה שנתבאר לעיל [סימן כה] בשיטת התוס' והר"י - דכל מה דמהני שעבוד נכסים לגבי שעבוד הגוף - היינו עד כמה שהשעבוד הגוף הוא בגדר ממוני גבך - א"כ חיוב לעשות פעולה שיש כנגדו שעבוד נכסים - באופן כזה לא אהני לן השעבוד נכסים להפקיע מיניה דין קנין דברים.

ונראה עוד - דמאן יימר לן ששייך שעבוד נכסים על הבטחה של אבנה לך כותל - דדילמא אינו אלא חיוב פעולה - ולא שייך בזה תביעה ממונית ומה שייך שעבוד נכסים - שהוא בגדר ערבות - על הבטחה כזו.

אולם אחרי מה שנתבאר לעיל במשנת ר"א בדרך הראשונה שב'קנין אתן' נתחדש שכוונת הגברא להקנות 'שעבוד מחודש' על החפץ לענין זה שהוא חייב להקנותו לו - א"כ ה"ה שיש מקום לדון כן בשיטת התוס' שכוונתו באבנה לך כותל לשעבד לו נכסיו להתחייב לו בממון של כותל.

#### **דברי הטור והב"י בשיטת התוס' והרמ"ה בבנין כותל.**

ונראה להביא מקור לזה - דהנה - בעיקר הך דין של אבנה לך כותל - עיין בטור [סימן קנז] שהביא בזה מחלוקת - שהביא מהרמ"ה דדווקא דקנו מיניה דמיחייב ליתן כך וכך דהוי דרך התחייבות ודרך שיעבוד דשיעבד נפשיה להכי דלאו קנין דברים הוא - והוסיף "אבל אם קנו מידו 'לתת' כך וכך או 'לבנות' - כיון שאין קנין נופל על החיוב ולא על גוף הממון אלא על הנתינה עצמה והנתינה אין בה ממש אלא מעשה בעלמא הוי קנין דברים ומצי דהר ביה" - והיינו דברי הרמ"ה דלעיל - ומוסיף "ואיכא מרבוותא דסבירי להו דקנין לתת לאו קנין דברים הוא דלא מיקרי קנין דברים אלא במי שקנו מידו לחלוק או להשתתף או לילך", והוסיף הטור "ויראה מדברי א"א הרא"ש ז"ל דלבנות לא הוי קנין דברים" - והיינו שהביא מהרא"ש דמהני באבנה לך כותל.

ועיין בב"י [שם] שכתב על מה שהביא הטור מהרא"ש - "נראה - דהיינו מדפרכינן בגמרא [ג.] אלישנא דבתרא וכי קנו מידו מאי הוי קנין דברים בעלמא הוא - וכתב הרא"ש [שם סי' ג.] למאן דאמר מחיצה גודא ניחא דכיון דקנו ושעבדו נכסיהם לבנין הכותל לאו קנין דברים הוא - ומפרש רבינו דהכי קאמר - כיון דקנו לבנות הכותל הוה ליה 'כאילו' שעבדו נכסיהם".

והיינו שהרא"ש כתב ממש כהתוס' שהיה שעבוד נכסים, אבל הב"י פירש שהטור פירש שבאמת לא היה שעבוד נכסים - אלא דחשיב 'כאילו' שהיה שעבוד נכסים גם אי לא שעבדו נכסיהם - ועיין בדרישה מה שפירש בזה.

והב"י חולק וז"ל: "ולי נראה דאדרבה - דלכך האריך בלשונו לומר דבעינן שיקנו מידו בלשון הזה - כלומר שהוא משעבד נכסיו לבנין הכותל - הא לאו הכי קנין דברים הוא", עכ"ל.

וכוונת הב"י לחלוק עליו ולומר דכיון דמיירי דווקא כשבא בהדי' לשעבד נכסיו, הרי נמצא דבלא זה מודה הרא"ש לרמ"ה דהוי קנין דברים - ואין בזה פלוגתא, ואדרבה, לרא"ש ולתוס' מהני דווקא כשהיה שעבוד נכסים בהדי' ולרמ"ה א"צ לזה, ומהטור משמע דהרא"ש מיקל והרמ"ה מחמיר, ומהרא"ש עצמו נראה איפכא שהוא המחמיר דמחייב שיהיה שעבוד נכסים.

ונראה דמהכא איכא מקור למה שנתבאר לעיל במשנת ר"א שבקנין אתן נתחדש שכוונת הגברא להקנות שעבוד מחודש על החפץ לענין זה שחייב להקנותו לו - וא"כ ה"ה שיש מקום לדון כן בשיטת התוס' והרא"ש שכוונתו באבנה לך כותל לשעבד לו נכסיו להתחייב לו בממון של כותל - וזו כוונת הטור בביאור שיטתם.

#### **בסתירת הרמ"א בקנין אתן.**

אולם הרמ"א סותר משנתו - דיעויין בדבריו [סי' רמ"ה] שכתב שלא מהני קנין אתן, ומאידך - עיין בדבריו [סי' קנ"ז סעיף ד'] שהביא ב' דיעות אי מהני קנין לבנות כותל - ולפי מה שנתבאר בטור הרי תלויים זה בזה, דלבנות כותל לא מיירי באופן ששעבד נכסיו בהדי', אלא דממילא משועבדים וכנתבאר ברא"ש, ודווקא לפי הרמ"ה אינו משועבד ממילא, והרמ"א הביא פלוגתא זו, וצ"ע.

## סימן כז קנין דברים בחליפין ושאר קנינים.

ב' דרכים בביאור דברי רש"י דדין קנין דברים נאמר בחליפין. < מביא י"א נפ"מ לדינא בין חליפין לכל הקנינים. > ביאורם של האחרונים דמדין גמ"ד אתינן עלה. < ביאור בדברי המהרי"ט דחלוק חליפין מכל קנין שחליפין מחייב גם תשלומין ודמי החפץ. > תוספת ביאור בחילוק בין כל קנין לחליפין שתמיד יש מעשה קנין שקונה את החפץ ביחד עם גמ"ד והכא הקנין חליפין פועל בגמ"ד בעצמה. < ביאור דברי רש"י כאן. >

### ב' דרכים בביאור דברי רש"י דדין קנין דברים נאמר בחליפין.

יש הערה בדין קנין דברים, שהמשמעות הפשוטה בדברי רש"י היא דדין קנין דברים נאמר דווקא בחליפין - ובחי' ר' נחום מבואר דלמד כן, ועיין בשטמ"ק בב"מ [מ"ו] בשם הרא"ש דהמשמעות כן.

אולם הגר"ש רוזובסקי זצ"ל למד דכוונת רש"י איפכא שבא לומר חידוש - דבחליפין היה קס"ד דמהני כיון שנאמר בו לקיים כל דבר - והכא היה קס"ד דלא בעי חפץ כלל, ועל זה נתחדש דגם הכא בעינן חפץ, וכל זה בחליפין, אבל בקנינים אחרים שביסודם הם מעשה קנין שמתחסס לחפץ, הכא פשיטא דלא היה מהני ודו"ק.

### מביא י"א נפ"מ לדינא בין חליפין לכל הקנינים.

ונראה לבאר בזה עוד - דבאמת מצאנו כמה דברים חדשים ומחודשים בקנין חליפין מה שלא מצאנו כדוגמתם בקנינים אחרים.

א [עיין בברכ"ש [קידושין סוף סי' כ"ו וסי' ה' ס"ק ה'] שכבר תמה הגר"ח על הרמב"ם דלמה תיקנו קנינים בפעוטות בכל הקנינים חוץ מחליפין.  
ב [ע' סוגי' ב"מ [י"א]:] דלהקנות מתנות כהונה א"א בחליפין דטוה"נ אינו ממון לקנין חליפין לחול עליו, דהוי קנין גרוע כמבואר בשטמ"ק [מובא בקצות רע"ה - א'].  
ג [עפ"י חידושו בתוס' בערכין [ל'] דלא מהני חליפין בשכירות ובמתנה ע"מ להחזיר וכדומה.

ד [בתוס' [סנהדרין ו']. / קידושין ס"ה: / ב"ב מ']. דנו והכריעו דא"צ עדות לקיום הדבר בחליפין, והשטמ"ק בב"ב [שם] בשם הראב"ד מביא דבאמת צריך, וכ"ה בש"ך חו"מ [סי' פ"א ס"ק כ"ב], ופשטות נ' דנחלקו בזה הר"מ וראב"ד במכירה [פ"ה ה"ט] - ולכא' ק' דמ"ש ממשיכה והגבהה, וכן הק' התוס' הרא"ש קידושין [ס"ה].

ה [בריטב"א בקידושין [כ"ב: סוד"ה תנא אף בחליפין] מבואר דעבד כנעני אינו קונה עצמו בחליפין לקנין איסור אף דקונה עצמו בכסף, וכסף מהני לקנין איסור, וכ"ה דעת הרא"ש ורמב"ן [גיטין ל"ט].

ו [עיין ברמב"ם [פ"ה מכירה ה"י] דשאני חליפין דחוזר בו אחרי הקנין אם עסוקין באותו ענין, ודלא כשאר קנינים דדוקא תוכד"ד, ועיי"ש במ"מ שהביא כן מראשונים בב"ב [קי"ד], וע' יד רמ"ה ורבינו יונה [שם בב"ב].

ז [עיין בתוס' קדושין [כ"ו:]] מובא מרבינו שמעי' דקנין סודר רק מהני לפני הקונה, ולא מהני שלא בפני הקונה מדין זכין, וצ"ב, דמ"ש וע' פנ"י שתמה בזה.

ח [יתירא מכל זה, הרי בחליפין מצאנו דשייך גם באופנים שאין שם חפץ הנקנה כלל, וכל החליפין רק נצרך לחזק איזה חלות דין, וכגון בסנהדרין [ו'].] דאמרינן דבי"ד שעושים פשרה בין הבע"ד דבעינן לזה קנין כדי שלא יחזרו בהן, וע' תוס' [שם] שביארו, ד"אלימא מילתא טפי ע"י קנין".

ט] ועיי"ש עוד בתוס' שדנו עוד דמחילה תיבעי קנין אף דאין חפץ הנקנה.  
 י] כעין זה מצאנו ברשב"א בריש האיש מקדש בשם הרב ברצלוני דיהני קנין סודר במינוי שליחות לענין חיסרון מילי, וצ"ע.

וכל זה צ"ב דמאי שנא חליפין מכל הקנינים שלכן מצאנו בחליפין סידרה שלימה של הלכות שונות מכל הקנינים, וצ"ע.

### ביאורם של האחרונים דמדין גמ"ד אתינן עלה.

ואמר בזה בברכ"ש [שם] דבקנין זה העיקר הוא הגמ"ד ולא המעשה קנין עצמו, והביא שם מהגר"ח דלכן בפעוטות תיקנו קנינים אחרים ולא תיקנו קנין סודר, דהכא הגמ"ד עצמו הוא הקנין, וזה לא שייך בפעוטות שכל החיסרון שלהם הוא מצד גמ"ד, עכתו"ד.

וע"ד זה מבואר נמי מהרי"ט [על הרי"ף] בקידושין [ג]. שכתב לדמות סודר לסיטומתא שאינו מעשה קנין רק דבמקום שרגילים בזה זה יוצר גמ"ד וה"ה בנד"ד דסודר, והדבר אברהם [ח"א סי' א' ענף א' אות ג'] הביא כן מהירושלמי דסיטומתא וחליפין חדא נינהו, וכל חליפין בנוי על מנהג התגרין.

וע"ד זה שמעתי בשם הגר"נ פרצוביץ זצ"ל שאמר שכל הקנינים הם קנינים בחפץ הנקנה והכא הקנין הוא בין המקנה לקונה, והיינו בגמ"ד.

ובאמת שהדברים מבוארים בלשון הגמרא בב"מ [מ"ז] ביאור דינא דחליפין שאמרו שם "ניחא ליה לקונה [של החפץ] דליהוי מקנה [של החפץ] קונה [את הסודר] כי היכי דליגמר וליקני ליה", הרי לנו שמפורש שעיקר טעמא דחליפין מטעמא דגמ"ד אתינן עלה, וכלשונו "כי היכי דליגמר וליקני ליה".

ונראה להוסיף בזה ביאור, דבאמת כל הקנין הוא היכי תימצי "לקיים כל דבר" כלשון הפסוק, ולא לקנות את גוף החפץ, וכן הוא לשון הריטב"א בקידושין כ"ב: סוד"ה תנא אף בחליפין] בביאור למה שחידש שם דלא מהני חליפין בשיחרור עבד, "דאין הקנין אלא לקיים הדברים ודברים לא מהני בעבד כנעני לקנין איסור שבו", ומטעם הנ"ל ביאר היד רמ"ה למה לא מהני עסוקין לחזור בו בכל הקנינים ואעפ"כ מהני בחליפין, וזה לשונו, "וכיון דלא מטי הנאה לידיה דמקנה בהאי קנין גופי", אלא לקיומי למילתא בהאי קנין בעלמא הוא דהא בעי ליה, כל כמה דעסוקין באותו ענין יכיל למיהדר ביה דאכתי לא גמר ומקני".

וכן הוא לשון רש"י בב"מ [מ"ז] שכתב "גאולה זו מכירה - שמכר לו מכירה גמורה בדמים, ולא קיבל מעות, ובאין לקיים דברי מכירתן על ידי קנין", וקנין היינו סודר שפועל "קיום דברי מכירתן".

ונראה דמהאי טעמא מהני בשליחות ובפשרה ובמחילה וכדומה שאינם במהלך של קנינים כלל וכלל, והביאור כנ"ל, שיש כאן קיום הדברים בין משלח לשליח וכו', ואין זה דווקא בקנינים.

ונראה שהדברים מפורשים נמי בלשון התמוה של התוס' רי"ד שכתב "לקיים את המכירה וכו' אעפ"י שאין כאן לא כסף ולא שטר ולא חזקה קנאו בסודר", וק' הא סודר הוא הקונה, וזה במקום הכסף ושטר וחזקה, וכמו דבכסף אין סודר, כמו"כ בסודר אין כסף, ומהו כוונתו, ונ' דכוונתו הוא דחסר במעשה הקנין שמתייחס לגוף החפץ דבכסף שטר וחזקה המעשה קנין מתייחס לגוף החפץ שהכסף הוא תמורת החפץ והשטר כתוב על החפץ והחזקה הוא פעולה בתוך החפץ, משא"כ בחליפין שהקנין לא מתייחס לחפץ, ורק מתייחס לגמ"ד, ודו"ק, וע"ע בלשון התוס' רי"ד בקדושין [שם] - [ג' פעמים] "שנותן את הסודר



כדי שלא תוכל לחזור בו", וזה הביאור נמי למה בעינן עדות לקיום הדבר ד'לקיים את הדברים' צריך דברים דיש בהם אלימות, והיינו לפני עדים, ופשוט.

**ביאור בדברי המהרי"ט דחלוק חליפין מכל קנין שחליפין מחייב גם תשלומין ודמי החפץ.**

והנה יעויין באבני מילואים [סימן כ"ט ס"ק ב'] שהביא מהרי"ט שהאריך בדין חליפין ויצא לדון בדבר חדש, והוא שכל מכירה מורכבת משני חלקים, א' קנינו של הלוקח בחפץ של המוכר, ב' חיובו של הלוקח לשלם, ויש לדון שזה פשוט שהמוכר לא יכול לחזור בו ולהחזיר את החפץ אליו, אבל מה מחייב את הלוקח בתשלומי דמיו, וחידוש שיש מקום לומר שהוא באמת לא חייב, והוא באמת יכול לבטל את המקח אם לא ישלם, ורק קנה את האפשרות של זכייה בחפץ שאם ירצה לקיים את המקח אז הוא יכול על ידי תשלומין.

ועיין ברכ"ש [קידושין סימן ד' ס"ק ד'] דבתוך דבריו מבואר דפשיטא ליהש הקנין בחפץ מחייב את כל המקח משני צדדיו, עיי"ש, אולם במהרי"ט מבואר שיש צד שאינו כן.

אולם מוסיף המהרי"ט שכל זה בכל הקנינים, אבל בחליפין אינו כן, והיינו שבחליפין נתחדש שיש כאן "קיום הדברים", וכיון ש'הדברים' כוללים את כל 'דברי המקח' גם קנין החפץ וגם תשלומי דמיו, שוב מהני החליפין להחיל את כל המקח משני הצדדים, ודו"ק.

**תוספת ביאור בחילוק בין כל קנין לחליפין שתמיד יש מעשה קנין שקונה את החפץ ביחד עם גמ"ד והכא הקנין חליפין פועל בגמ"ד בעצמה.**

ונוסף ביאור: דהנה, הבאנו דין סיטומתא דמהני מצד מנהג התגרים, וע"כ שזה היכי תימצי בעלמא לגמ"ד, ויש שרצו לומר דמזה מוכרח שכל הקנינים מצד גמ"ד אתינן עלה דומיל דסיטומתא ורק שהגמ"ד נפעל ע"י המעשה קנין.

אכן זה אינו - ועיין בדברינו באמרות אברהם שנים אחזין [סימן נט] שהבאנו הרבה הוכחות שאינו כן - וכגון מה דמצאנו נפ"מ בין עכו"ם לישראל, ומה דמהני לזה לא מהני לזה וכן איפכא, אטו גמ"ד נפעלת אצלם בצורות שונות, ועו"ק דמה כל החילוקי דינים שיש בכל מעשה קנין ואיזה שייכות יש ביניהם לגמ"ד, ועוד שהשיעור ג' טפחים בהגבהה שייך ללבוד ומה שייך הלכות לבוד לגמ"ד, הא לבוד מגדיר את החפץ כ'לא מוגבהה' על פי 'דין' אבל במציאות פשוט שהוא מוגבהה, ומה תלוי הדין הזה לגמ"ד, ועוד דמה כל המחלוקת וכל החסרון של קנין המועיל וקנין שאינו מועיל, הא סו"ס יש כאן גמ"ד מה אכפת לן באיזה מעשה קנין הוא מגיע לגמ"ד.

וע"כ שהביאור כך, שכל ענינו של קנינים זה הלכות, אלא שהתורה חילקה את הקנינים לתרתי, ולא כל הקנינים פועלים באותה צורה, והיינו כך:

שתמיד יש 'דברי מקח' בין כל מוכר ללוקח, אבל תמיד אין בכחם של הנך 'דברים' לקנות מעצמם, אלא שיש גזה"כ [וזאת התעודה בישראל] ב'סיטומתא' שזה מנהג של כל יום של התגרין, והכא נאמרה הלכה שה'דברים' שביניהם מקבלים תוקף ואלימות, והדברים בעצמם קונים.

ויש גזה"כ נוספת בחליפין שלא רק מנהג התגרין נותנת תוקף לדברים וגמ"ד אלא שגם חליפין [שאינו מנהג התגרין] כשנעשה בדיני חליפין דגם בזה נתחדש ש'הדברים' מקבלים תוקף של גמ"ד מוחלטת ו'הדברים' עצמם פועלים, והיינו כלשון רש"י "ובאין לקיים דברי מכירתן על ידי קנין".

אבל בשאר קנינים קבעה התורה מעשים מיוחדים שהם בעצמם פועלים העברת בעלויות במקום שיש גמ"ד, וב' פרשיות נפרדות נינהו, ולכן מצאנו את כל החילוקי דינים שביניהם.

ואכתי קשה דמהיכי תיתי לחלק ביניהם כך, ועוד, הרי גם בחליפין עצמו איכא הלכות במה והאיך קונים ואי אינו מעשה קנין רק היכי תימצוי של נתינת תוקף לגמ"ד א"כ מה שייד לומר שכלי עושה גמ"ד ופירות לא עושה גמ"ד, וצ"ע, ועיין מה שנתבאר בזה באמרות אברהם [קידושין סימן ח].

#### **ביאור דברי רש"י כאן.**

והן הן דברי רש"י הכא דכיון שעיקר הקנין הוא קנין של גמ"ד - א"כ יתכן דלא בעינן בזה חפצא - ודלא ככל הקנינים שחלים בחפצא - וזה מה שרש"י בא לחדש דאף דבקנין חליפין הדין כן.

### סימן כח בגדרי שותפות וחלוקת שותפות.

**פרק א דברי הראשונים בחלוקת שותפות והוכחות שגדר שותפות - היינו בעלות אחת.** < ג' קולות בחלוקת שותפין. >  
 דרכו של הגאון ר' ראובן זצ"ל בביאור גדר שותפות - שבשותפות איכא בעלות אחת ורשות כללית. < מביא ראיות נוספות להנ"ל. >  
 < הוכחה ממה דקס"ד דשותף יכול לתרום בכל השותפות גם בשותף דקפיד. >  
 < ראייה מהאור שמח - דדווקא חצי פרוטה בשותפות חסר בדין לכם. >  
 < הערה - בחילוק בין תפוסת הבית לשותפות. >  
**פרק ב בגדר חלוקת שותפות.** < ביאור הגדר בחלוקת השותפין, דמצד א' איכא כאן קנין חדש ומאידך יש כאן בירור החלקים, ואינו סתירה. >  
 < ביאור נוסף בגדר חלוקת השותפין, דאף שיש לו בה חלק אבל חלקו משתנה ע"י החלוקה, ומבאר דזה דומה להפרשת תרומה דחילת תרומה בהפרשה [וחל בה דינים נוספים] אף דהיה כבר מעורב בטבל, וגם הכא אינו קונה מחבירו אלא שחלקו משתנה ע"י קנינו. >  
 < דברי הגר"ש רוזובסקי זצ"ל שחלוקה אינה מעשה בירור בעלמא. >  
 < תוספת ביאור - דין הפרשה ודין חלוקה. >  
 < מבאר למה איכא בזה חליפין, וצ"ל דלא שייך לשנות חלקו עד שחבירו לא משנה חלקו. >  
 < נפ"מ בין שני הדרכים האם אומר בחלוקה שיש כאן הקנאה לחבירו או לא [רמב"ם ורמ"ה], ועוד נפ"מ בביאור הא דיש ואין ברירה בחלוקת השותפות, אי הו"ו יורשים או לקוחות. >  
 < דברי הגר"ז בגדר דין חלוקה - דגם למ"ד דאין ברירה וחשיב כלקוחות - אכתי הוי מעשה חלוקה ולא מעשה מקח. >  
 < הוכחה של הגר"ש רוזובסקי זצ"ל ליסוד הנ"ל - דאל"כ קשה מקנין אתן. >

### פרק א דברי הראשונים בחלוקת שותפות והוכחות שגדר שותפות - היינו בעלות אחת.

#### ג' קולות בחלוקת שותפין.

בתירוצ' הגמ' נתחדש דאף דבפשטות המשנה מיירי דרצו לחלוק, אבל הכוונה באמת שחלקו כבר, ועיין יד רמ"ה [אות כ"ה].

וצ"ב דא"כ מהו החידוש, ובתוס' מבואר דהחידוש בזה הוא דבכה"ג א"צ לומר "לך חזק וקני" וכן הוא ברא"ש וברשב"א ורבינו יונה.

וצ"ב דלמה מקילין הכא טפי משאר קנינים דבעינן למימר הכי, ועיין בזה ברשב"א דחלוקה אינה אלא בירור החלקים, והיינו דלא קנה דבר חדש אלא שקנה את חלקו מתוך החלוקה.

ויש להוסיף דמצאנו חילוק אחר - דיעויין בקצוה"ח [סי' רמ"ג ס"ק ז'] שהביא מהר"ן דאפוטרופוס אינו עושה קנינים מה"ת, אבל אפוטרופוס עושה "חלוקה" בשותפות כיון שאינה הקנאה חדשה ואינו אלא בירור החלקים - והיינו כנ"ל.

ועיין בחי' ר' ראובן [סי' ג'] שמבאר דזהו נמי טעמא של ההגהות מיימוני [מובא בפלפולא חריפתא] דחידש דא"צ נעל גדר ופרץ כמו בכל חזקה, אלא דסגי הכא בהילוך בעלמא וזה לשון הגמ' ש"הלך והחזיק", [ודלא כפירוש רש"י] והביאור בזה, שאינו קונה "דבר חדש", והוא רק מברר את החלקים ולהכי מקילין בזה טפי.

והק' [שם] דלפי"ז כשא' קנה א"כ ממילא דכבר קנה השני, דהחלק שנשאר הוא ממילא חלקו, אמנם כתב דלא משמע כן בראשונים שהרי הרשב"א ורבינו יונה והרא"ש, כולוהו כתבו דמהני כשא' יקנה אף דעדיין לא קנה השני, דהשני ממילא יקנה מצד חליפין, דקרקע נתחלף בקרקע, וזה תמוה דל"ל טעם זה, והא בלאו הכי נתבררו החלקים.

**דרכו של הגאון ר' ראובן זצ"ל בביאור גדר שותפות - שבשותפות איכא בעלות אחת ורשות כללית.**

וביאר בזה ר' ראובן [שם] בהקדמה בביאור עיקר יסוד דינא דשותפות, דשותפות אינה "שכינות" של ב' חלקין לא מבוררים, אלא שבשותפות נתחדש שיש קנין ובעלות א' על הכל, וזה סוג קנין חדש, וחצי מהך בעלות על כולו הוא של ראובן וחציו הוא של שמעון, וכן הביא מהגר"ב דצ"ל.

וביאר ר' ראובן, דזה דומה לחילוק בין חצי אשה שאינה מקודשת למקדש לאחר ל' ב"שרגא דליבנא" דהיום יש מקצת קידושין ואין בזה חסרון של חצי אשה, וכמובן דלא שייך לעשות חצי קידושין גרידא בלי שזה חלק מהקידושין גמורים, וזה "שרגא דליבנא", וה"ה כאן, שיש כאן קנין גמור, אלא שחצי הקנין והבעלות שייך לא' וחציו שייך לשני.

ויסוד זה הוכיח ר' ראובן [שם] מהסוגי' דחולין [קל"ה] דמבואר שיש צד דשותפות של עכו"ם פוטר מתרו"מ, ויש צד שאינו פוטר, עיי"ש ברש"י ותוס' ובפלוגתא אמוראי בזה, ולכא' צ"ב, הא עד כמה שהישראל הוא בעלים הרי יש לו חיוב גמור, וחלק העכו"ם הוא חלק בפנ"ע שאינו מבוררת, ואיך זה פטר את החלק של הישראל שהוא חלק שחל בו חיובא בלי פטור עכו"ם.

ואשר מוכרח מזה שהעכו"ם הוא שותף בכל התבואה לגמרי ולכן הוא פוטר את הכל, והצד שהוא אינו פוטר הוא משום דמאן יימר ד"קנין שאינו גמור" של עכו"ם, והיינו "חצי קנין" של עכו"ם, מאן יימר שזה פוטר בכלל.

### מביא ראיות נוספות להנ"ל.

ובאמת דמצאנו מקורות נוספים לעיקר חידוש זה - דיעויין בשער המשפט [ריש סימן ער"ה] שכתב ששותף של גר זוכה בחלקו של הגר כשמת בלי לדעת שהוא מת, וע"כ משום שזה בעלות א'.

ונראה מקור לזה מהטור [ריש קע"ו] שכתב ששותפין צריכים קנין בהתחלה כשנותנים את המעות של שניהם ביחד בכיס אחד, אכן הב"ח הביא מהמרדכי דא"צ וסגי בדיבור, והמהרי"ק [שורש כ'] מחלק בין תחילת השותפות דבעי קנין להמשך השותפות שכבר לא בעי קנין וסגי בדיבור, וקשה דאיך ראובן קונה חצי בעלות במעות שמביא שמעון בדיבור בעלמא, וע"כ שיש רשות של השותפות, והך רשות שייכת לשניהם, והממון שייך לרשות - הלכך לא בעינן מעשה קנין להכניסו לרשות הפרטית של כל אחד ואחד.

ויסוד זה מוכרח נמי מדברי הרא"ש בתשובה [כלל צ"ט סוף אות ג'] דראובן שהוא שותף עם שמעון אינו יכול למכור חלקו שיזכה לאחר חלוקת השותפות ללוי דדומה לשדה זו לכשאקחנה תהא קנויה לך, ומפורש דחלוקה היא כעין הקנאה חדשה ולכן מיקרי הקנאה על דבר שלא בא לעולם, ועיין בהערה <sup>118</sup> מה שתמהנו בזה, וע"כ שהבעלות של השותפות היא בעלות אחרת משותפת.

וע"ע בקצוה"ח [ריש קע"ו] דאף דחצר השותפין לא מהני לקנות זה מזה, אבל ששותף אחד יזכה חצי של ממון חבירו להיות עימו שותף, זכייה זו שפיר מהני בחצר השותפין, ותמה בזה הנתה"מ דמאי שנא, ולהנ"ל א"ש דתמיד לא מהני לומר שהחצר יחזיק ממון עבור האחד לקנותו נגד השני - אכן הכא הוא לא בא לקנות חצי חפץ נגד השותף - אלא אדרבה - נוצרה כאן בעלות חדשה משותפת - ובעלות זו היא עבור שניהם ולבעלות של שניהם - וזה מתאים לבעלות של החצר - ורק כשאחד קונה לעצמו בלי להיות של שותפו - הכא אין החזקת החצר מחזיקה באופן זה.

כל הנך ראיות מצאתי בקונטרסי השיעורים נדרים [שיעור כ"ו], ועיי"ש עוד מה שהאריך בזה והביא בזה עוד ראיות.

<sup>118</sup> וקשה לי ממה שהביא הרשב"א להלן [קכ"ו]: ששותף יכול למכור חלקו, "וכדאמרינן בפרק המוכר את הבית [ס"ב]: פלגא דאית לי בארעא פלגא אלמא יכול הוא למכור", וכעת צ"ע.

### הוכחה ממה דקס"ד דשותף יכול לתרום בכל השותפות גם בשותף דקפיד.

הוכחה נוספת לזה יש להביא ממה שמצאנו בדברי הגר"א בביאורו [יו"ד סימן של"א ס"ק פ"א] שכתב דמהרמב"ם משמע דשותף דלא קפיד תורם לכתחילה, ומבואר דלית ליה גזירה של לא קפיד אטו קפיד שמובא בירושלמי, ולמד שהבבלי חולק בזה על הירושלמי.

אלא דצ"ב דמה המקור לזה - ותי' הגר"א דס"ל לרמב"ם שהמקור לזה הוא מדאמרינן בבבלי בריש האיש מקדש "אתם ולא שותפין וכו' ולא התורם את שאינו שלו" ומדאמר ולא התורם את שאינו שלו משמע דאפילו בדיעבד לא מהני וזה כלה דרשה למטע שותפין - וכל זה דלא כהירושלמי.

דהנה הירושלמי ס"ל דבשותף דקפיד לא בעי קרא למעט שאינו מפריש - וע"כ שהפסוק הוא אסמכתא - ומדין גזירה של אינו קפיד אטו קפיד.

ולפי"ז המיעוט בבבלי קאי בשותף שלא תרם כשיעור, והיינו דבכה"ג דינו כקפיד ועל זה יש מיעוט לעיכובא, והרמב"ם מיירי בלא קפיד שתורם כשיעור, ובזה ליכא מקור שיש גזירה וזה מקור לשיטת הרמב"ם.

למדנו מהכא מדברי הגר"א דבבבלי מוכרח שהיה קס"ד - לולי המיעוט - דשותף יכול לתרום את הכל - גם את החלק של השותף שלו, ומוכרח שיש כח בעלים לשותף בכל הבעלות - עכ"פ לענין תרומה - ודו"ק.

### ראיה מהאור שמח - דדווקא חצי פרוטה בשותפות חסר בדין לכם.

ראיה נוספת ראיתי בזה באור שמח [הלכות ספר תורה פרק ז' הלכה א'], שהביא מהסוגי' בסוכה [כ"ז:] וברש"י [ד"ה כל] שכתב דאחרי שמצאנו שכל ישראל יוצאים ידי חובת סוכה בסוכה אחת, א"כ מוכרח שיש לכל אחד פחות מש"פ - וזה מוכרח ששואל סוכה מחבירו יוצא ידי חובתו שאין דין לכם כיון דבפחות מש"פ ליכא לכם, והקשה האור שמח שבפחות מש"פ יוצא ידי חובת אחר, וע"כ מיקרי לכם ומוכרח כן מערבה שאין בה שוה פרוטה וחשיב לכם - וצ"ע.

ותירץ האור שמח "וטעמו - משום דבצירוף ממונו הוי ממון, דכל ממונו הוא מתחלק לפחות מפרוטה, ובצירוף ממונו גם האתרוג שפחות מפרוטה הוי שלו".

למדנו מדבריו דחלוק שותפות שיש לכל שותף פחות משו"פ דחסר ב'לכם' מבעלים פרטיים שלא חסר ב'לכם' בפחות משו"פ, וכוונתו בזה לדחות את קושי' המנ"ח [מצווה שכ"ה אות ט'] דלפי רש"י איך יוצאים ידי לכם בערבות שלא שוות פרוטה, ולהנ"ל מיושב.

והסברא לחלק היא, דשותפות הוא ממון בפני עצמו ואינו מצטרף לכלל ממונו לומר שיש לו בעלות בזה היכא דליכא בעלות של שו"פ לכל אחד ואחד בשותפות, אבל אתרוג של פחות משו"פ מצטרף לכל בעלותו על כל ממונו וכעת יש לו בעלות של יותר משו"פ.

### הערה - בחילוק בין תפוסת הבית לשותפות.

והנה כבר ידוע להוכיח שתפוסת הבית חשיב כרשות אחת כללית - ועיין בחידושי ר' שמואל [ב"ב סימן כ"ו ס"ק ד'] שחילק בזה בין תפוסת הבית לשותפות - והיינו שבשותפין איכא שני חלקים ברורים אלא שהם מעורבבים ביחד, לעומת תפוסת הבית שזה בעלות אחד, ודלא כנתבאר כאן - אכן מכל הנ"ל מוכרח דתרוייהו הוי רשות אחת - עיין בדברי באמרות אברהם יש נוחלין [סימן יט] מה שנתבאר בחילוק ביניהם.

### פרק ב בגדר חלוקת שותפות.

**ביאור הגדר בחלוקת השותפין, דמצד א' איכא כאן קנין חדש ומאידך יש כאן בירור החלקים, ואינו סתירה.**

אחרי הקדמה הנ"ל ביאר ר' ראובן ענין החלוקה בשותפות - שפשוט שאינו בירור החלקים גרידא, אלא שיש כאן תרתי, א' כאו"א לוקח חצי קנינו בחצי מהשדה, ב' חוץ מזה הרי כל א' קונה חצי קנין חבירו שהיה לו בהך חלק ובזה הוא "משלים" את קנינו מחצי קנין לכולו קנין.

ולכן, מצד א' יש קולא בקנינים הואיל ואינו "קנין חדש" ואינו אלא "השלמה בעלמא" של "חצי קנין" שהיה לו כבר, ומצד שני הוא "קנין חדש" עד כמה שחבירו היה בעלים, ולכן מצאנו ביה תרתי, א' כאו"א צריך לקנות מחבירו בחליפין שסו"ס יש כאן קנין חדש, ב' מאידך, איכא קולא בזה שא"צ לומר "לך חזק וקני", וא"צ חזקה גמורה כנעל וגדר, וסגי הכא בהילוך.

**ביאור נוסף בגדר חלוקת השותפין, דאף שיש לו בה חלק אבל חלקו משתנה ע"י החלוקה, ומבאר דזה דומה להפרשת תרומה דחיילא חלות תרומה בהפרשה [וחל בה דינים נוספים] אף דהיה כבר מעורב בטבל, וגם הכא אינו קונה מחבירו אלא שחלקו משתנה ע"י קנינו.**

ובאופ"א היה נראה, דאף דאם ענין השותפות הוא כמו שהגדירו בחי' ר' ראובן זצ"ל, וכדהביא כן מהגר"ד זצ"ל, אכן אכתי יש מקום להגדיר את ענינו של החלוקה בדרך אחרת, והענין בזה הוא כך, דחלוקה אינה "הפרדה" גרידא, אלא "דנשתנו" החלקים ע"י ההפרדה, והיינו דהחלקים עצמם שהיו בפנים בתוך השותפות נשתנו ע"י החלוקה לצורה אחרת.

ונראה לבאר יסוד זה מהפרשת תרומה, דהנה, ידוע דהתרומה עצמה נמצאת בטבל מעורב בה עוד לפני הפרשה ויש בזה הרבה חידושי דינים מחמת זה

א' כל סיבת האיסור של טבל הוא מצד התרומה המעורבת בה, וכמפורש בתוס' יבמות [פ"ו] בשם רש"י, וכן הוא בר"ן נדרים [פ"ד].

ב' מה"ט כתב התוס' והרא"ש בנדרים [י"ב] דאינו דבר הנדור [תרומה] כיון דהאיסור לא חיילא ע"י האדם.

ג' מה"ט חשיב אתרוג דטבל כאתרוג השותפין [וכמבואר בתוס' פסחים ל"ח: וסוכה ל"ה:].

ד' מה"ט כתב הקצוה"ח [סי' רמ"ג ס"ק ז'] דאף דלר"ן אפוטרופוס אינו עושה קנינים מה"ת, אבל אפוטרופוס מפריש תרומה [לולי המיעוט], דכמו דעושה "חלוקה" השותפות כיון שאינו הקנאה חדשה רק בירור החלקים, כמו"כ הוא עושה הפרשה מטעם הנ"ל.

ה' ומה"ט כתב האו"ש [מקואות א' ח' אות י"ג] דלשי' הירושלמי נקטינן דהפרשה היא חלות התורה, ומהני בקטן היכא דגדול עו"ג.

ו' מה"ט כתב האחיעזר [ח"ב סי' ל"ח ס"ק י'] דאף דהקדש לא מהני באינו ברשותו וכמו כן שאר הקנינים, אבל הפרשת תרומה מהני, כיון שהוא רק בירור החלקים.

וע"ע בדברינו באמרות אברהם - זרעא קיימא תרומות [חידושי סוגיות סימן א פרק א] שהבאנו בזה הוכחות רבות ליסוד זה והרבה נפ"מ וחידושי דינים.

אכן מאידך מוכרח דאין הדברים כפשוטם, דלכא' קשה בזה כמה תמיהות:

א' הר"ן עצמו בנדרים [י"ב] כתב טעם אחר למה הוי דבר האסור אף דבנדרים פירש כהראשונים.

[ב] טבל אין בו קדושה ורק איסור אבל תרומה יש בו קדושה [ועיין בזה היטב בלשון התוס' בנדרים].

[ג] תוס' ביבמות [שם] הקשה דאיך אסור כהן בטבל, הא מותר בתרומה.

[ד] תוס' רעק"א [ריש פ"ב דנדרים] וברש"ש [נדרים י"ב] הקשו דאיך מהני תרומה לפני גמר מלאכה כשאין עדיין איסור טבל.

וע"ע בדברינו באמרות אברהם - זרעא קיימא תרומות [חידושי סוגיות סימן א פרק ב] שהבאנו הרבה תמיהות נוספות בעיקר יסוד זה.

ומכל זה מוכרח, דע"י ההפרשה עצמה משתנה צורת התרומה מאשר לפני ההפרשה, והיינו דאיכא ב' צורות שונות לתרומה, צורת תרומה בתוך הטבל וצורת תרומה לאחר הפרשה, והיות ודין הפרשה הוא חלות דין בעיקר הטבל, הרי בכחו להפוך "תרומת טבל" ל"תרומה שהופרשה" ונשתנה דינו, ותרומה בתוך הטבל אין בה קדושה ואינו אסור לפני גמר מלאכה ואסור לכהן - ולפי הר"ן הוי דבר נדור [לולי הטעם השני] כיון דסו"ס נשתנתה צורתה.

אכן, כיון דהך צורת תרומה אינה חלות חדשה כשאר הקדש, אלא שהתרומה עצמה "פשטה צורה ולבשה צורה", לכן יש בה הרבה קולות לענין אפוטרופוס ואינו ברשותו וגדול עו"ג וכדו'.

וזהו נמי ענין החלוקה, וכמו שמדמה הקצוה"ח [סי' רמ"ג ס"ק ז] בדין אפוטרופוס - דחלוקה דומה להפרשת תרומה, דהך חצי קנין בכלול משתנה, ונהפך לקנין גמור, והיינו דקנין א' על כולו - ששניהם שותפים בהך קנין - קנין זה נהפך לב' קנינים נפרדים וכא"א הוא בעלים על חצי שלו, וא"צ לקנות כלל מחבירו, אלא דקנינו שהיה לו מקודם משתנה, וזהו בירור החלקים, וזהו הקולות בחלוקה ב"לך חזק וקני" וגם ב"חזקה דהילוך".

וע"ע בדברינו באמרות אברהם - זרעא קיימא תרומות [חידושי סוגיות סימן ב] שהארכנו עוד לבאר עיקר יסוד זה.

### **דברי הגר"ש רוזובסקי זצ"ל שחלוקה אינה מעשה בירור בעלמא.**

ובעיקר האי חידוש - ראה בחידושי ר' שמואל [סימן ד ס"ק ה] שג"כ כתב קרוב לזה - והעיר שמה שכתב הרשב"א כאן שחלוקת שותפין אינו אלא בירור חלקים - אין הכוונה שהוברר הדבר למפרע והיינו מלשון 'בירור' - אלא הכוונה מלשון 'בורר' - שעושים פעולה של חלוקה שמבררת לו את חלקו מתוך השותפות.

והגר"ש רוזובסקי זצ"ל הוכיח כן משיטת רש"י בגיטין [מז:]: שהגדר בשותפות הוא שיש לכל אחד שותפות בכל חיטה וחיטה - וע"כ שמה שהוא מוציא ומברר בחלוקה אינו חלק מסויים אינו מבורר שמבררים אותו - וע"כ כנ"ל.

והוסיף שגם בשיטת התוס' דמבואר שיש לכל שותף חצי אכן יש לומר שאין הכוונה שיש חצי מסויים כלפי שמיא של ידוע לנו - אלא שיש חלות של חלק אינו מסויים גם כלפי שמיא - ושוב מוכרח שחלוקה היא 'עשייה' וחלות - ולא מעשה בירור בעלמא.

### **תוספת ביאור - דין הפרשה ודין חלוקה.**

ונוסיף ביאור - הרי הפרשת תרומה היא נדר - וכדמוכרח מהדין 'שאלת חכם' על תרומה ומהדין 'מופלא סמוך לאיש', וכמבואר בדברי רש"י בנדה [מ"ו:] בהדי' לדמותו, ופשוט א"כ שנוצרה כאן חלות תרומה ע"י ההפרשה, ופשוט ששונה המציאות והדינים של התרומה שלאחר הפרשה מהתרומה המעורבת בו לפני הפרשה - ואעפ"כ התרומה החדשה נוצרה מכח התרומה הקודמת - אלא שנתחדש מעשה מסויים ומחודש ששמו 'הפרשת תרומה' שכחה ליצור תרומה חדשה מכח התרומה המעורבת בטבל.

וה"ה חלות חלוקה - דהוי חלות חדשה ועשייה חדשה מצד הלכות שותפות - שכמו שבטבל נתחדש דין הפרשה כמו כן בשותפות נתחדשה דין חלוקה - וכחה של חלוקה ליצור את הבעלויות הפרטיות מכח הבעלות הכללית - ודו"ק - ועיין להלן מה שהבאנו מהגרי"ז בגדר דין חלוקה.

**מבאר למה איכא בזה חליפין, וצ"ל דלא שייך לשנות חלקו עד שתבירו לא משנה חלקו.**

אכן לפי"ז אכתי תמוה תרתי, דלעיל הבאנו מהראשונים שיש כאן חליפין על החלקים, וקשה תרתי:

א] למה לי חליפין הא אם ראובן מוציא ומשנה את חלקו לחלק גמור בחצי, הא ממילא מה נשאר הוא של שמעון ולמה ליה חליפין.

ב] מהו החליפין, שהרי שמעון לא קיבל כלום מראובן - ומה החליפין כאן.

והביאור בזה הוא, דכיון שמשנתין החלקים, א"כ ע"כ דצריך פעולה בשני החלקים ביחד, דלא שייך שראובן יהפוך קנינו לקנין גמור בחלק א' כשמעון עדיין מקצת בעלים שם, ומוכרחין לפעול בב' הצדדים ביחד, וקנין של ראובן אינו מתחיל בלי זה שיש חליפין לשמעון, וזה נמי ענין החליפין כאן, דאינו ממון של ראובן שעובר לשמעון, אלא שתמורת זאת שראובן קונה חלק מסויים גם שמעון קונה חלק מסויים, והיינו שהקנינים שלהם תלויים זב"ז, וגם זה חליפין - לא חלק מול חלק אלא קנין מול קנין.

**נפ"מ בין שני הדרכים האם אומר בחלוקה שיש כאן הקנאה לחבירו או לא [רמב"ם ורמ"ה], ועוד נפ"מ בביאור הא דיש ואין ברירה בחלוקת השותפות, אי הווי יורשים או לקוחות.**

ונראה דאיכא נפ"מ בין הנך ב' דרכים ובזה יבואר פלוגתת הראשונים, דהנה, עיין היטב ברמב"ם [פ"ב שכנים ה"י] שהביא סוגי' זו, ודייק הנצי"ב מלשונו של הרמב"ם דכוונתו לחדש דלא כהרמ"ה בעיקר הקנין בחלוקה, דהרמ"ה סובר דבעינן שבחלוקה יאמרו דבהקנאה הזו כל א' גם קונה את החלק שלו והוא גם מקנה את חלקו לחבירו, אולם מהרמב"ם מדוייק דחולק בזה - וסובר דכל א' קונה חלקו ולא צריך כלל הקנאה מחבירו.

ונראה דפליגי בפלוגתא הנ"ל, דלדרכו של ר' ראובן הרי איכא גם הקנאה מחבירו על חלקו, דרק בהקנאת חבירו שייך להשלים בעלותו בחלקו לבעלות גמורה, אבל לדרכינו דמחדש חלקים חדשים, אז נראה דאינו קונה כלום מחבירו, והכל מעצמו, ודו"ק.

ועיין עוד באבי עזרי [שכנים פ"ב ה"י מהדו"ק] שביאר בזה עוד ברמב"ם למה לא בעינן קנין נפרד לשניהם ולמה איכא חידוש דמהני חזקה בחלוקת השותפות, עיי"ש שיש דברים ששייכים לכאן.

והנה, לפי ביאורו של ר' ראובן קשה דאיך שייך יש ברירה, והיינו שכל א' קיבל את חלקו, ועיי"ש שביאר בזה, דבאמת יש ב' סוגי בעלות בכל שותפות, א] בעלות בשעת השותפות, ב] בעלות לאחר החלוקה, ויש ברירה ואין ברירה שייכי לבעלות השניה אי הוי יורש או לוקח.

ואכתי לא נתברר לי כוונתו, דאיך שייך לומר שקונה מחבירו את חלקו - שהרי יש לו לראובן "חצי קנין" בתוך "קנינו הגמור" של ראובן - ואפי"ה אינו נחשב כלוקח.

אכן לדברינו י"ל כנ"ל, דודאי דענין החלוקה הוא להפוך ב' "חצי קנינים" על כולו לב' חלקים נפרדים של "קנין גמור", ומעיקר השותפות הוא שיש כזה כח ודין חלוקה, אכן מאן יימר דכל אחד קיבל את מה שהיה מיועד לו מתחילת השותפות להיות שלו, דיתכן שמצד



החלוקה היה מיועד שדוקא חצי זה ילך לחבירו, והרי"ז ספק, וכ"ה בתוס' גיטין [מ"ז] שיש ספק אולי קיבל את כל חלקו או את כל חלק חבירו או חצי חצי.

והיינו, דאף דפעולת החלוקה היא ליצור חלקים חדשים - להפוך "שותפות" שהוא קנין א' שחציו לזה וחציו לזה - לב' קנינים נפרדים - אבל למ"ד אין ברירה לא ברור שהחלק שהוא קיבל היה באמת מיועד לו מתחילת השותפות, וזהו הנידון ביש ברירה ואין ברירה, אבל גם אם אין ברירה, אין הוא עושה חזקה מחבירו, רק שהוא זוכה במה שזוכה ע"י חלוקה.

**דברי הגרי"ז בגדר דין חלוקה - דגם למ"ד דאין ברירה וחשיב כלקוחות - אכתי הוי מעשה חלוקה ולא מעשה מקח.**

ויעיין בשיעורי ר' שמואל שהביא כאן בשם מרן הגרי"ז זצ"ל יסוד גדול בחלוקת יורשין - והגר"ש רוזובסקי זצ"ל הוסיף דה"ה שי"ל כן גם בשותפין.

דהנה - מצאנו מחלוקת אי יש ברירה ואחין שחלקו יורשים הם או אין ברירה ואחין שחלקו לקוחות - ואמר הגרי"ז דאף למ"ד אין ברירה ואחין שחלקו לקוחות נינהו - אכן אין הביאור בזה דחלוקה הוי הקנאה מחודשת שכ"א מקנה לחבירו, אלא לכו"ע הוי זה 'מעשה חלוקה', ורק דנחלקו בדין המעשה חלוקה גופא - האם הוי עלה 'דין לקוחות' - והיינו דהוי 'עסק מחודש' שאינו שייך לירושה, ומה שכל אחד עומד בחלקו אחר החלוקה הוא מצד החלוקה ולא מדין יורש, ומשו"ה שייך ביה דין דמחזירין זל"ז ביוכל ומשום דהחלוקה עצמה הויא עלה דין מקח - ואף שמצד עצם זכות השותפות שיש לכ"א יכול ליטול מחצה, ואשר ע"כ חשיב מעשה חלוקה וכנ"ל.

או דיש ברירה - ואין החלוקה 'עסק מחודש', אלא דהוי גמר וברירה בדין הירושה או השותפות, ומה שכל אחד עומד בחלקו אית לי' דין יורש ע"ז, וע"כ אין מחזירין זל"ז ביוכל, אבל בזה כו"ע מודו דאין כאן 'הקנאה מחודשת', וכן בחלוקת שותפין, וכנ"ל.

**הוכחה של הגר"ש רוזובסקי זצ"ל ליסוד הנ"ל - דאל"כ קשה מקנין אתן.**

והגר"ש רוזובסקי זצ"ל הוכיח כן מיניה וביה בסוגי' - שבאמת יש כאן קושי' עצומה - הרי הבאנו לעיל את המחלוקת בראשונים אי 'קנין אתן' הוי קנין דברים או לא - אכן זה ברור בסוגי' דקנין לחלוק שפיר חשיב קנין דברים, ולכאורה צ"ע דמ"ש מקנין אתן להנך ראשונים דס"ל דמהני - וה"נ נימא גם כאן דיועיל.

ועיין לעיל מה שנתבאר בזה דלא שייך על זה שעבוד נכסים או ממוני גבך - כיון שכל אחד לוקח את שלו - הלכך לא דמי לקנין אתן - ועיין מה שכתב בזה הגר"ש רוזובסקי זצ"ל.

אולם הוסיף - שכל מה שאפשר ליישב בזה - היינו רק למ"ד יש ברירה - דאין כאן שום מקח רק מעשה חלוקה, אבל למ"ד אין ברירה דהווי כלקוחות - א"כ נימא דיועיל קנו מידו לחלוק וכמו בכל קנין אתן.

וייש בזה על פי הנ"ל - דקנין לחלוק חשיב קנין דברים ומשום דאין מקנה לו שום דבר - אלא שעושים חלוקה.

אולם הקשה - דעדיין יל"ע בזה, דנהי דכד אתינן עלה מתורת 'חלוקה' אין כאן 'הקנאה' כי אם מעשה חלוקה בעלמא, אבל מ"מ הא יכולין לעשות החלוקה בדרך הקנאה זה לזה, דלכאורה מסברא כל חלוקת שותפין אפשר לעשותה גם ע"י הקנאה שכל אחד מקנה לחבירו את חלקו, וכמו שיכולין להקנות לאחר, ובכה"ג הרי לא הוי קנין דברים, וא"כ נימא דכשקנו מידם לחלוק נתכוננו להקנאה ויועיל להנך ראשונים - ועיין מה שכתב בזה.

## סימן כט

### קונטרס בדין 'דעת מקנה' בקנינים וביאור הגדר בדין 'לך חזק וקני'.

**פרק א בגדר דין "לך חזק וקני" ובפלוגתא אי בעי קנין מצד המקנה.** פלוגתת הקצוה"ח והנתה"מ האם בעינן דעת מקנה או סגי בניחותא דבעלים - ונפ"מ לגדר דינא ד"לך חזק וקני". פלוגתת הקצוה"ח והנתה"מ לשיטתייהו בכמה דוכתי. פלוגתת רש"י והשיטה לא נודע בקידושין - ודברי הגרשש"ק בזה. סיכום הראיות דא"צ קנין מצד המקנה.

**פרק ב 'לך חזק וקני' בתור קביעת המעשה למעשה של הוראת בעלות.** ביאור נוסף בגדר דין ד"לך חזק וקני", דדוקא בקנינים של "הוראת בעלות" בעינן לשון "לך חזק" כדי שלא יהיה כאן מעשה של "הוראת גזילה". תוספת דברים מהגר"נ פרצוביץ זצ"ל בזה - ונפ"מ בין הדרכים. מעורר - הרי אנו לא רואים את ההוראת בעלות בחזקה של שותף בחלוקה.

**פרק ג עוד בפלוגתת הקצוה"ח והנתה"מ בדין דעת מקנה** מוכיח דלדעת הנתה"מ איכא דין דעת מקנה, ודלא כהאחא"ז בזה - ושלח שני מהני אך ורק מצד מעשה קוף להודיע. ביאור בסברת הש"ך עפ"י דברי החמד"ש בגמ' במעילה [כ"א] ד"עשאן כמעטן של זיתים". בדברי הקצוה"ח ונתה"מ ב"לך חזק וקני" בדבר שלא בא לעולם, ונראה דרעק"א [שם] הסתפק האם מהני בניחותא דמקנה או דבעינן דעת מקנה. פלוגתת הקצוה"ח ומהרי"ט ושאגת אריה בדין "כל מי שיגיע לולבי בידו הרי הוא לו במתנה" [סוכה מ"ב], ומשם מוכרח עוד דעת הנתה"מ שבעינן דעת מקנה, ולדידיה חמיר טפי מהקצוה"ח.

**פרק ד ביאור דעת הרמב"ם, דמקדש אשה בדבר שאינו מקפיד.** ישוב לקושי' על הקצוה"ח מדברי הרמב"ם בדבר שאינו מקפיד דמקדש בו את האשה. דרכו של האבני מילואים בביאור דברי הרמב"ם דבסתמא איכא דעת מקנה בדבר שאינו מקפיד. תוספת ביאור בסברת האבני מילואים, דכמו דמצאנו הפקר בגללים וסופי תאנים ב"סתם דעתו", ה"ה דמצאנו כן בדעת מקנה.

**פרק ה דרכו של הנו"ב בשיטת הרמב"ם בדבר שאינו מקפיד** דרך שלישית מהנו"ב בביאור הרמב"ם דבאינו מקפיד יכול לקדש בו את האשה, דמתורת הפקר אתינן עלה. שורש פלוגתת הנו"ב ואבני מילואים בדעת מקנה בדבר שאינו מקפיד. גדר ההפקר לדרכו של הנו"ב בדבר שאינו מקפיד, ומהלך נוסף בהפקר דגללים וסופי תאנים. מבאר שאינו הפקר ממש - אלא דבטלה מיניה התורת ממון כעין איסורי הנאה. מוכיח שהרבה למדו דגללים אינו חלות הפקר ממש. תוספת דברים.

**פרק ו דין אורח אצל בעה"ב.** פלוגתת הראשונים בדין אורח אצל בעה"ב. יסוד גדול מהגאון ר' אליעזר משה בגדר ההקנאה בדין אורח אצל בעה"ב - דהוי הפקר כעין מתנה ודומה לכל מי שיגיע לולבי לידו. כמה תמיהות בדרכו של הגאון ר' אליעזר משה - ומתמה על מה שהק' בשיטת הר"ש בדין זה. מביא את דרכו של הגאון ר' אליעזר משה בגדר ההקנאה בסוגי' בסוכה [מ"ב:] שאומר "כל מי שיגיע לולבי בידו הרי הוא לו במתנה", ובגדר הניחותא של הבעלים בכל הפקר לעניים ובגדר הדין הקנאה באורח אצל בעה"ב, והוכחה בשיטת הר"ש דבעינן דעת מקנה בכל הקנאה ולא מהני קנין מצד הקונה. ביאור סוגי' הגמ' באלו מציאות בר"י בר"י דהפקיר לכל חוץ מהאי גברא.

## פרק א

### בגדר דין "לך חזק וקני" ובפלוגתא אי בעי קנין מצד המקנה.

**פלוגתת הקצוה"ח והנתה"מ האם בעינן דעת מקנה או סגי בניחותא דבעלים - ונפ"מ לגדר דינא ד"לך חזק וקני".**

מבואר כאן בראשונים שיש קולא דחלוקה מהני בלי לומר "לך חזק וקני" - וצריכים לדון בטעמא דהך קולא דלמה מהני בלי "לך חזק וקני" - וגם צ"ב מה הגדר בעיקר דין זה שצריכים לומר "לך חזק וקני".

ועיין באהא"ז [שכנים פ"ב ה"י] שביאר בזה עפ"י מה שחקר ביסוד דינא דכל הקנינים, דדן שם האם דעת מקנה פועל בקנין, או דכמו דסגי במעשה קנין דקונה ה"ה דסגי בדעתו של הקונה, וא"צ דעת המקנה, ובניחותא מצד המקנה סגי לן - אף שהוא אינו פועל כלום בהקנאה, ולפי הצד דבעינן דעתו של המקנה לפעול בקנין - יש לומר שזה יסוד דינא ד"לך חזק וקני", דבאמירה זו זה חל ונקבע הדעת מקנה, ומה"ט מבואר נמי למה בחלוקה א"צ לזה, שהרי הוא לוקח את שלו - וכתבאר לעיל, הלכך שפוט למה ליתא לדין זה.

אכן כבר הביא ע"ז את פלוגתת הקצוה"ח ונתה"מ [סי' רמ"ד ס"ק ב'] אי בשליח מתנה איכא חסרון של מילי [לדעת הקדוש מרוש] בשליח עושה שליח בשליח מתנה - והביא שלפי דעת הקצוה"ח לא מהני שליח עושה שליח, והנתה"מ טוען דהקנאת השליח אינו

"מעשה שליחות" כלל, דאינו אלא מעשה קוף בעלמא, ולא בעינן לזה הלכות שליחות כלל, ופלוגתתם תלויה בהנ"ל.

והא"ה"ז הוכיח כהנתה"מ מהרמב"ם, בדבררים שבעה"ב אינו מפסיד, יכול לקנות בלי דעת הבעה"ב ולקדש בהם אשה, וא"צ הקנאתו דבעלים, ועיין להלן [פרק ד] מה שהבאנו בזה ליישב קושי' זו על הקצוה"ח.

### **פלוגתת הקצוה"ח והנתה"מ לשיטתייהו בכמה דוכתי.**

ונראה דהקצוה"ח אזיל בזה לשיטתו [סי' קכ"ו ס"ק ט"ו וט"ז], דמבואר שם בש"ך דמהני מתנה ע"י שליח עכו"ם, והקצוה"ח חולק דאין שליחות לעכו"ם, וכן מבואר נמי דלמחבר מהני שליח על דבשלב"ל במתנה, ולקצוה"ח לא מהני, והמחבר והש"ך ע"כ ס"ל כדעת הנתה"מ דאין כאן מעשה הקנאה כלל ואינו אלא מעשה קוף הלכך לא בעינן שליח בפרשת שליחות.

ונראה עוד - שהקצוה"ח במשובב [סי' ס"ו ס"ק א'] אזיל בזה לשיטתו במה דסובר דכל החסרון בקנין בדבר שאינו ברשותו היינו רק בהקנאה, ולכן חידש שאפשר לזכות בדבר שאינו ברשותו - והביא כן מהריב"ש, ולכאן מוכרח מדבריו דבכל הקנאה לא מהני ההקנאה מצד הקונה ע"י נישותא דבעלים - דאי היה סגי בנשיתא דבעלים, א"כ תמיד בכל אינו ברשותו יהי עכ"פ מצד הקונה, וע"כ כנ"ל.

### **פלוגתת רש"י והשיטה לא נודע בקידושין - ודברי הגרשש"ק בזה.**

ונראה דבפלוגתא זו פליגי נמי רש"י והשיטה לא נודע בקידושין [מ"ג] בטביחה ומכירה - דמבואר שם דמכירה מיקרי "ע"י אחר" - ומזה יליף לטביחה, ופירש"י בטעמא דמכירה מיקרי על ידי אחד שהוי ע"י הלוקח, והקשה עליו השטלנ"ל דאכתי בעי דעת מוכר ולמה מכירה מיקרי ע"י אחר אי בעינן דעת המוכר, וע"כ שרש"י למד דסגי בהסכמה ונישיתא, הלכך לא חשיב המוכר כמי שפועל בקנין - ושפיר חשיב ע"י אחר - בלוקח.

ויש להוסיף דאף דסו"ס בעינן נישותא דידיה אכן יש לומר שאין הנישותא שלו שייכת דוקא למכירה שנעשה ביניהם - אלא דבאופן כללי אינו מקפיד על החפץ הזה לגבי כל מה שיעשו לה - בין שיאכלו או שישרפו או שיקנו - הלכך נישותא דידיה לא מגדיר אותו כחלק מהמכירה.

אולם השטלנ"ל למד דבעי דעת מקנה - וכדעת הקצוה"ח, ולכן ס"ל דלא חשיב ע"י אחר - ונראה דאזיל בזה עוד לשיטתו - שכתב שם שהדין הוא ששליח לד"ע לא מהני במכר - ומוכרח שיש לו דין שליחות ולא הוי מעשה קוף בעלמא.

והנה - יעויין בתוס' בכתובות [ל"ג:] דס"ל דאיסור"נ חשיבא כאיתא במכירה לעכו"ם, והטעם כנ"ל, דכלפי עכו"ם ליכא חסרון של הקנאה באיסור"נ, והישראל שהוא הבעלים א"צ להקנות, דסגי בנשיתא דידיה, ודו"ק.

ועיקר הך יסוד כבר הוכיח השערי יושר [שער ז' פרק י"ב] ממה דמכירת גזל לא מהני דהוי אינו ברשותו, ואעפ"כ הגזלן יכול למכור את החפץ לגזל.

והביאור בזה, שכלפי הגזלן הרי"ז ברשותו, ומהני קנין מצד הקונה וא"צ הקנאת המוכר וסגי בהסכמתו, ובחידושי ר' שמואל קידושין [סי' י'] האריך להוכיח כשיטת רבו הגרשש"ק בזה דמהני קנין מצד הקונה, ובאמת דהגרשש"ק אזיל בזה עוד לשיטתו בחידושו [ב"מ ריש סי' כ"ב] דהשיג על המשובב הנ"ל בזה, דא"כ למה לא מהני ע"י קנין מצד הקונה.

**סיכום הראיות דא"צ קנין מצד המקנה.**

ובעיקר האי ענינא, עיין להלן מה שהבאנו עוד בענין זה - עכ"פ מכל הנ"ל מבואר דמהלך זה אינו פשוט כלל בביאור דברי הראשונים כאן, דהך חידוש דבעינן דעת מקנה נסתר מהמחבר [שליחות בדשלבל"ע] ומהש"ך [שליחות עכו"ם], ומרש"י במכירה דמיקרי "ע"י אחר", ומתוס' במכירת איסוה"נ לעכו"ם, ומדין מכירת גזילה לנגזל.

**פרק ב****'לך חזק וקני' בתור****קביעת המעשה למעשה של הוראת בעלות.**

**ביאור נוסף בגדר דין ד"לך חזק וקני", דדוקא בקנינים של "הוראת בעלות" בעינן לשון "לך חזק" כדי שלא יהיה כאן מעשה של "הוראת גזילה".**

באופן אחר יש לבאר גדר דינא ד"לך חזק וקני", דהנה כבר תמהו דאי מצד דעת מקנה אתינן עלה, א"כ למה צריך דוקא לשון "לך חזק וקני", והול"ל "לך וקני", ועיין עוד בב"ק [נ"ב.] דצ"ל "לך משוך וקני", וגם שם הול"ל "לך קני".

ומכאן מוכרח דהאמירה שייכת לגוף המעשה קנין - והיינו דהקנין נגד המקנה נהיה לקנין ע"י הבעלים אף שהוא לא חשיב כ'מקנה'.

והביאור בזה הוא כך - דכל הנך קנינים [חזקה ומשיכה] הם בגדר הוראת בעלות - ויש לומר שבלי רשות הבעלים הרי"ז "הוראת גזילה" ולא "הוראת בעלים", ולכן צריך רשותו ואמירתו, ושוב הוי בכלל מעשה דהוראת בעלות, ולכן צריך דוקא לומר לשון "חזק" ולשון "משוך".

ומעתה א"ש, דמה"ט בשותפות דכבר היה שלו קודם, א"כ מה שיושב שם אינו הוראת גזילה כלל, וא"צ לאמירתו להפקיע את ההוראת הגזילה שבו, ודו"ק.

**תוספת דברים מהגר"נ פרצוביץ זצ"ל בזה - ונפ"מ בין הדרכים.**

כדברים הללו ראיתי בחידושי הגר"נ פרצוביץ זצ"ל, [בלי הדיוק לשון "חזק" ולשון "משוך"], והוסיף שאף שהרשב"א כתב בטעמא דדין זה דהוי "בירור החלקים" - אכן הרא"ש לא כתב כן שחלוקה היא 'בירור חלקים', אלא שכתב שזה היה של שניהם, דזה סגי לענין זה - והיינו כסברא הנ"ל.

והוסיף עוד שיהיה נפ"מ בין הנך תרי דרכים, דלפי דרכו של האהא"ז שהכל שייך להלכות דעת מקנה, א"כ כששותף אחד קונה את החלק של השותף השני, אכתי יצטרך לומר "לך חזק קוני", דהכא איכא דעת מקנה, אבל לדרך השניה יתחדש שא"צ דסו"ס איכא 'הוראת בעלות' גם בלי אמירתו - כיון דאין כאן מעשה גזילה, וברשב"א שכתב לשון "בירור החלקים", יותר משמע כהאה"ז.

**מעורר - הרי אנו לא רואים את ההוראת בעלות בחזקה של שותף בחלוקה.**

אולם יש לדון בעיקר הך סברא, דאם נימא דרואים את חזקתו כהוראת בעלות ולא כמעשה גזילה בגלל שעכ"פ בתורת שותף יכול להחזיק כאן, א"כ שוב אין כאן שום הוראת בעלות לענין חלוקה להיות בעלים לבד, והיכן איכא בזה חזקה כלל.

וע"כ צ"ל דמעשה חזקה קונה, ואף אם אנו לא יכולים לראות כאן הוראת בעלות, [דדילמא מצד זה שהוא שותף עביד כן], אכן סו"ס המעשה מצד עצמו הוא מעשה של הוראת בעלות - וא"כ ה"ה דא"צ אמירת "לך חזק וקני", דאין לחשוש לזה שנראה לנו כגזילה כיון שלא ראינו רשות הבעלים, אך כיון דסו"ס המעשה מצד עצמו הוא הוראת בעלות לכן מהני.

והנה יש כאן דקדוק בלשונות התוס' והרא"ש, דבתוס' לא כתוב הך חידוש לשון של הרא"ש, ויש לדייק עוד דבתוס' כתוב "והו"ל כקנו מידם ברוחות", וצ"ע מה כוונתו בזה, והרא"ש לא כתב כן, שו"ר שהגר"נ פרצוביץ צ"ל עמד בזה.

### פרק ג

#### עוד בפלוגתת הקצוה"ח והנתה"מ

#### בדין דעת מקנה

**מוכיח דלדעת הנתה"מ איכא דין דעת מקנה, ודלא כהאהא"ז בזה - ושליח שני מהני אך ורק מצד מעשה קוף להודיע.**

והנה, דעת הקצוה"ח בדין דעת מקנה ברורה דאיכא דין קנין מצד המקנה, אולם דעת הנתה"מ אינה ברורה - שהנתה"מ כתב דשליח עושה שליח בשליח מתנה וליכא חסרון של מילי - ובאהא"ז נקט דהא דמהני - היינו דאיכא קנין מצד הקונה - ונראה להוכיח שאינו כן - והיינו דאף דלפום ריהטא היה נראה כן ממה שציין [שם] לדברי עצמו לעיל [סי' קפ"ב ס"ק ב'], אכן לאחר עיון קל בדבריו שם מבואר איפכא, ואדרבה דעת הנתה"מ כהקצוה"ח דבעינן דעת מקנה.

דהנה, הנתה"מ חידש דין פשוט, דאף דברור דבעינן דעת להחיל חלות הפרשה בתרומה, וממילא פשוט שבהפרשה ע"י אחר דבעינן שליחות כשירה ע"י גדול שהוא יעשה חלות הפרשה בדעת במקום הבעה"ב, אכן זה ברור דמי שיאמר שאם ירדו גשמים יהיה 'זה' תרומה על 'זה' דשפיר מהני, וא"כ ה"ה דמי שיאמר דמה שיפריש הקטן אני עושה לתרומה דמהני אפילו במחשבה, דקטן מעשה קוף בעלמא הוא דקעביד, ולא גרע מ'גשם', ופשוט - והכא מהני שלא בתורת שליחות אלא מצד דלא גרע מגשם.

וע"ד זה הוסיף הנתה"מ בשולח שליח קטן במתנה, דדוקא באמר בהדי' לקטן לומר לגדול "לך חזק וקני" הוא דאמרינן דהקטן עשה מעשה קוף, ודעת הגדול הוא הדעת מקנה כמו בתרומה, ואז לא בעינן שליחות, ולהכי מהני ע"י פסולים לשליחות, אבל אי אמר המוכר לקטן לך מכור לא אמר כלום, וכן אם אמר המוכר לקטן שהוא שליח של הקונה "לך משוך וקני", שוב לא יהני מה שהגדול [הקונה] משך אח"כ ולא נימא בזה דסו"ס איכא בזה ניחותא מצד המקנה באמירתו "לך חזק וקני".

הרי דמבואר בהדי' דגם במקנה איכא שליחות והיינו על הדעת מקנה, אלא דפשוט דמהני מה שהמוכר מודיע דעתו ע"י הקטן, וכי גרע מקוף דיכול נמי להודיע דעתו לאחר ע"י קוף.

ועכ"פ זה ברור ומוכרח, דמזה דהנתה"מ מדמה לה לתרומה, ברור א"כ דאיכא דעת מקנה כמו דברור דבתרומה איכא דעת הפרשה בתרומה, וכדילפינן מקרא "דלדעתכם", אלא דנתחדש דמהני להודיע ע"י מעשה קוף.

וסברא זו היא היא סברת הנתה"מ בשליח עושה שליח במתנה גם להלן [סימן רמ"ד] - והיינו דאף דחולק שם על הקצוה"ח, אכן ברור שאין כוונתו כהבנת האהא"ז דס"ל דסגי בניחותא של הבעלים הראשונים - והיינו דכיון דהבעלים הראשונים שלחו א"כ ממילא דכלול בזה ניחותא עכ"פ - דלא אכפת ליה שיקנה הקונה מעצמו - ואדרבה, בזה מודה להקצוה"ח דכיון דדעתו היתה שהשליח יקנה שוב אין כאן דעת מקנה מצד הבעלים.

אלא דסובר דאכתי מהני בשליח שני, וביאר בזה "ולו יהא אלא שזרקו שליח ע"י גירא לחצר המקבל דקנה", הרי דמה דמהני ע"י שליח נוסף הוא משום דאין כוונתו של השליח הראשון שהוא ממנה שליח שני במקומו, אלא כוונתו להשתמש בשליח שני כמעשה קוף להודיע למקבל שהוא [השליח ראשון] מקנה לו [למקבל] את החפץ של המשלח, אבל אה"נ אי יאמר השליח ראשון לשליח השני שהוא [השליח שני] יקנה את החפץ למקבל,

ויהיה שלוחו בזה, בכה"ג מודה הנתה"מ לקצוה"ח דלא יהני והדרא החסרון של מילי, ולא אמרינן דממילא מהני מצד ניהותא דבעלים הראשונים, וברור.

**ביאור בסברת הש"ך עפ"י דברי החמד"ש בגמ' במעילה [כ"א] ד"עשאן כמעטן של זיתים".**

איברא דזה נראה פשוט דלדעת הש"ך - מובא בקצוה"ח [סי' קכ"ו] - דסתם ופסק דמי ששולח שליח עכו"ם דמהני, דמזה לכאו' משמע דמהני קנין מצד הקונה, וסגי בניהותא דבעלים.

אולם נראה לומר דגם זה אינו מוכרח, ונקדים בדברי החמד"ש, דהנה, נחלקו האחרונים בביאור דברי הגמ' במעילה [כ"א], דהק' שם דאיך אפשר למעול ע"י חש"ו, הא לאו בני שליחות ניהו, ותרצו ד"עשאן כמעטן של זיתים", ומבואר דלא בעינן דיני שליחות לחייב את הבעה"ב וסגי בזה שגורם את המעילה לחייב את הבעלים, והק' הפנ"י בקידושין [מ"ב]: דא"כ איך שייך דינא דישלד"ע במעילה ומה הביאו בסוגי' שם, הרי הכא לא שייך להלכות שליחות כלל, ועיי"ש מה שתירץ בביאור הסוגי' שם, וע"ע בזה בשער המלך סוף הלכות מעילה מה שכתב בזה.

אולם מצאתי בחמד"ש [קידושין שם במהדו"ת - בנדפמ"ח תשכ"א עמוד ע"ט] שביאר דבנותן מתנה לא בעינן שליחות כלל, דתמיד סגי כשמודיע למקבל ע"י השליח, והשליח לא קעביד אלא מעשה קוף בעלמא, ולהכי מי שישלח מתנה ע"י עכו"ם דיהני, והיינו ממש כדינו של הש"ך, וזהו כוונת הגמ' כ"מעטן של זיתים", וכתב דרק בקידושין בעינן שליחות על הדיבור, עיי"ש.

מדברי החמד"ש אפשר ללמוד את עיקר חידושו של הנתה"מ, אלא דנקט דבסתמא אמרינן דמהני מצד זה שמודיע דעתו ע"י השליח דלא גרע מקוף בעלמא.

וזה עכ"פ מוכרח דאין כוונת החמד"ש דמהני מדין קנין מצד הקונה, דא"כ למה הק' מקידושין דבעי שליחות, הא ודאי דבקידושין איכא דין דעת הבעל, שהרי הוא הקונה, ולמה הוצרך ליישב דהא דבעי שליחות בקידושין היינו מצד הדין דיבור, וע"כ דכוונתו הוא דתמיד ב"סתם דעתו" איכא דעת מקנה להקנות אף כששולח ע"י שליח, וסגי שהשליח יודיע, וא"כ ה"ה בקידושין<sup>119</sup>.

**בדברי הקצוה"ח ונתה"מ ב"לך חזק וקני" בדבר שלא בא לעולם, ונראה דרעק"א [שם] הסתפק האם מהני בניהותא דמקנה או דבעינן דעת מקנה.**

והאמת דיש משמעות נוספת בנתה"מ דבעינן דעת מקנה ולא מהני קנין מצד הקונה, דהנה, אף דדעת הקצוה"ח [סי' קכ"ג ס"ק א'] דמהני אמירת "לך חזק וקני" על דבר שלא בא לעולם, ויכול הקונה לקנות אח"כ כשבא לעולם, והחזו"א [חו"מ סי' א' ס"ק ה'] חולק עליו בזה דאין כח באמירתו כלום, והגרעק"א [ח"ג סוף סי' פ"א] נסתפק בדין זה, ומדברי רעק"א היה נראה דצדדי הספק הם עפ"י הנ"ל האם בעינן "דעת מקנה" או דסגי בניהותא דבעלים ותו לא, עיי"ש"ה, ולפי"ז יש משמעות מהקצוה"ח דסובר דסגי בניהותא בעלמא, וכן היה נראה מהגהותיו של בעל הקה"י זצ"ל על הקצוה"ח שם.

<sup>119</sup> ובאופן אחר קצת מצאנו בזה בחמד"ש לעיל [שם עמוד ע"ו] דחילק דאולי רק באופן שהוא נותן חפץ לקטן ועכו"ם להקנות בשליחות, אז לא אכפת לן שהוא לאו בר שליחות דאז כבר לא בעינן שליחות, דאז גילה דעתו להקנות בעצמו, והקטן לא יעשה אלא מעשה קוף בעלמא להודיע ולהעבירו למקבל, אבל בגדול אמרינן דדעתו לשליחות ממש, והיינו עפ"י דברי הנתה"מ הנ"ל דמשכחת לה תרי גווני בזה, אלא דמשמע מדבריו דסתם דעתו בשולח שליח פסול דתמיד יהני מצד המעשה קוף, וממילא דאז איכא שליחות, ומהנתה"מ לא מוכרח כן, עכ"פ בדעת הש"ך אפשר לומר כן.

ובאמת דכבר הביא בחידושי ר' שמואל קידושין [סי' י' ס"ק ז'] דכפשוטו נראה דדין זה מבואר בהדי' בשו"ע [סי' רמ"ג] דנחלקו בזה הראשונים, [ולא הביא בזה את דברי הקצוה"ח שהוכיח כן מהרמב"ן בב"ק], וביאר הגר"ש רוזנבסקי זצ"ל שהצד דמהני היינו מצד סברת רבו הגרשש"ק דמהני קנין מצד הקונה, עכ"פ לפי כל הנ"ל איכא סתירה בקצוה"ח.

אולם נראה דאין סברא זו מוכרחת כלל להקשות כן על הקצוה"ח, ואדרבה, מכאן אנו לומדים דסובר דגם דעת מקנה נמשכת ולא כלתה, ומהני גם אח"כ להצטרף למעשה קנין דלוקח, שהרי מוכרח מכמה דוכתי דסובר דבעינן קנין מצד המקנה דוקא.

איברא, דכבר העיר שם הגרש"ר דהנתה"מ [רמ"ג ס"ק ו'] חולק דס"ל דנחלקו הנך תרי דיעות בשו"ע [שם] אי מיקרי דבשלבל"ע, אבל באופן שהוא באמת דבשלבל"ע, אז ודאי דלא מהני לכו"ע, והיינו דלשיטתו מבואר דאמירת "לך חזק וקני" לא מהני בדבר שלא בא לעולם, עיי"ש, ומזה מוכרח דהנתה"מ למד דלכו"ע לא מהני קנין מצד הקונה, ודו"ק.

הרי לנו דהסברא בזה איפכא, דדעת הנתה"מ להחמיר טפי בדין דעת מקנה מדעת הקצוה"ח, דסובר בזה כסברת החזו"א דבעינן דהדעת מקנה יהיה כבר בדבר שבעולם, ודלא כהקצוה"ח דסובר דמהני גם לפני כן דלא כלתה דעתו.

**פלוגתת הקצוה"ח ומהרי"ט ושאגת אריה בדין "כל מי שיגיע לולבי בידו הרי הוא לו במתנה" [סוכה מ"ב], ומשם מוכרח עוד דעת הנתה"מ שבעינן דעת מקנה, ולדידיה חמיר טפי מהקצוה"ח.**

ונראה דמצאנו כה"ג גם במקום אחר דדעת הנתה"מ להחמיר טפי, דמבואר עכ"פ דפשיטא דגם לנתה"מ איכא דין דעת מקנה.

דהנה, מבואר בסוכה [מ"ב] שאומר "כל מי שיגיע לולבי בידו הרי הוא לו במתנה", וכבר האריך בזה השאגת ארי' [סי' ס"ב ס"ג] דאיכא בזה חסרון של ברירה, וביאר דרק למחר חיילא המתנה ולא חיילא למפרע ולכן לא אכפת לן מה שאינו מבורר היום, עיי"ש.

והקצוה"ח [סי' ס"א ס"ק ג'] הביא קושי' זו מהמהרי"ט [סי' כ"ב] וגם הוא יסד כיסוד הנ"ל של השאגת אריה, והקצוה"ח דחה את עיקר הקושי' דמהני בזה מצד "דעת מקנה כללי", דמקנה לכל מי שירצה לזכות בו, וביאר דכבר מצאנו כן במינוי שליחות שאומר "כל השומע קולי יכתוב גט לאשתי", דממנה לכל העולם, ורק דההוא שירצה לעשות שליחותו יעשה, אבל מצד המשלח כולם מנויים כשליחים, וממילא דכל כה"ג לא שייכא לברירה, וביאר דגם בהקנאה הוא מקנה לכולם כהדדי, וכנ"ל, והיינו שיש כאן חידוש בגדר דעת מקנה דמהני באופן כללי אף דדעתו לא מתייחדת לקונה מסויים, [וגם בשאר חלויות שייך כן], ונראה דהשאגת ארי' לא ניחא ליה בחידוש זה.

וגם בנתה"מ מבואר דלא ניחא ליה בסברא זו דעיי"ש שהביא את דברי הקצוה"ח הנ"ל, וכ' בזה"ל "והיא סברא דקה כקורי עכביש", והיה נראה דבאמת דעתו בזה כהמהרי"ט ושאגת ארי' דבעינן דעת מקנה במסויים, אלא דאין חסרון של ברירה אלא בלמפרע, והכא אינו למפרע, [ועיקר חידוש זה של המהרי"ט הנ"ל בענין ברירה כבר הביא הנתה"מ בסימן קפ"ב ס"ק ב'].

עכ"פ מכל הנידון מבואר דלא מהני קנין מצד הקונה, וראיתי בעמק סוכות [שם] שהביא מהמהרי"ט עצמו [סי' ק"נ] דצייד ג"כ דאולי הקנין מהני מצד הקונה בכה"ג ושוב ליכא חסרון של ברירה, ולהלן הבאנו כן גם מהגאון ר' אליעזר משה.

עכ"פ יהיה נפ"מ לדינא, דאי נלמד דרק מהני מדין קנין מצד הקונה א"כ לא יהני קנין כעין זה לקטנים, דבדידהו רק אתינן עלה מצד דעת אחרת מקנה, ופשוט

## פרק ד

## ביאור דעת הרמב"ם,

## דמקדש אשה בדבר שאינו מקפיד.

**ישוב לקושי' על הקצוה"ח מדברי הרמב"ם בדבר שאינו מקפיד דמקדש בו את האישה.**

והנה, באהא"ז הנ"ל הביא על פלוגתא זו בין הקצוה"ח לנתה"מ את דברי הרמב"ם באישות [פ"ה ה"ח] דדבר שאין בעה"ב מקפיד יכול ליטול ולקדש בו את האשה, ואף דמבואר ברמב"ם דאיכא בזה ספק, אכן מבואר בפוסקים דכל הספק הוא רק האם באמת אינו מקפיד או לא, אבל בדבר שהוא ודאי אינו מקפיד שוב פשיטא ליה דיכול לקנות, ומשמע שהוא קונה אף דליכא בזה דעת מקנה, ומבואר כהנתה"מ דסגי בניחותא דבעלים, ודעת הקצוה"ח בזה צ"ע, [ולדברינו גם שיטת הנתה"מ צ"ע].

וכפשוטו היה אפשר ליישב את דברי הרמב"ם לדעת הקצוה"ח, דמיירי על דבר שאינו מקפיד בו כלפי כל העולם מחמת פחיתותו וחוסר שוויותו, ובכה"ג י"ל דכבר אין בזה תורת ממון כלפי הבעלים אף דלא הפקירו מפורש, וכעין מה דמבואר בכמה דוכתי דגללים "איפקורי מפקיר להו" [ב"ק מ"ח, ב"מ כ"ז], וכעין זה נמי בסופי תאנים דמבואר בגמ' דבזמן שאין בעה"ב מקפיד עליהם [פסחים ו'] דהוה הפקר ופטורים מן המעשרות ואין בהם משום גזילה, ובכה"ג פשוט דמודה הקצוה"ח דא"צ דעת מקנה, ומהני קנין מצד הקונה, דקונה מהפקר, ופשוט.

אולם קשה לומר כן, דע"כ לא מיירי בדבר דאינו מקפיד בה עד כדי כך שהוא הפקר ממש כההיא דסופי תאנים, שהרי זה דין פשוט דהוה הפקר דאין בהם משום גזל, וא"צ שהרמב"ם יחדש לנו דמהני לקנותם לקדש בהם את האשה, דמ"ש מכל הפקר, ומה קמ"ל הרמב"ם בזה, וע"כ דבא לחדש אופן של קניית חפץ מהבעלים אף בלי דעת מפורשת.

**דרכו של האבני מילואים בביאור דברי הרמב"ם דבסתמא איכא דעת מקנה בדבר שאינו מקפיד.**

והקצוה"ח עצמו האיר את עינינו בזה בדבריו באבני מילואים [סי' כ"ח ס"ק מ"ט] שביאר את שיטת הרמב"ם בזה, דבאמת אתינן עלה מצד מתנה אף דליכא דעת מקנה בהדי', ולא אתינן עלה מתורת הפקר כלל.

ובביאור הדברים הקדים האבני מילואים בזה, דאף דבמתנה בעינן דעת מקנה, אכן זה ברור דא"צ דעת מקנה דוקא לאדם מסוים, וזה מבואר בהדי' בסוכה [מ"ב:] שאומר "כל מי שיגיע לולבי בידו הרי הוא לו במתנה", וע"כ דמבואר הכא דאיכא דעת מקנה כללי לכל מי שיקנה, וכבר הבאנו לעיל [פרק ג] את שיטת הקצוה"ח בדין זה דחידש דסגי בדעת מקנה כללי כמו דסגי בדעת מינוי שליחות כללי, והבאנו דכנראה דהמהרי"ט ושאגת אריה ונתה"מ חולקים בחידוש זה.

ועפ"י חידוש זה חידש עוד דה"ה בדבר שאינו מקפיד אמרינן כן, ולשונו בזה "דחונן ונותן דבר מועט למי שיטול שלא מדעתו", הרי דחידש הרמב"ם דגם זה כלול בדעת מקנה כללי, והיינו ד"סתם דעתו" בדבר זה הוא "שחונן ונותן לו".

ומדברי האבני מילואים נראה דהרמב"ם מיירי דוקא ב"דבר מועט" דבזה איכא למימר ד"סתם דעתו" בזה כבר חשיב כגמ"ד להקנאה, אבל ב"דבר חשוב" אכתי סובר האבני מילואים דבעינן גמ"ד מפורשת להקנאה כההיא דלולב דאומרים כן בהדי'.

וסברת האבני מילואים בזה הוא, דבשלמא בסופי תאנים, התם אין לו בהם שום קפידה כלל, דמחמת פחיתותם אינם עומדים לו לשום שימוש, וממילא לא אכפת לו שיבואו אחרים



לדורסם ולהזיקם, הלכך נעשים הפקר לגמרי, אכן הכא מיירי בדבר שיש לו ערך גם בשבילו, ועומד לשימוש ידיה ומקפיד עליהם שלא ידרסו ויזיקו, אכן מחמת זה שהם "דבר מועט", שוב איכא בהם סתם דעת להקנאה "דחונן ונותן דבר מועט למי שיטול שלא מדעתו".

והיינו דאין זה "ניחותא בעלמא" דלא אכפת לן שיקנו אחרים, וכהבנת האהא"ז בשיטת הנתה"מ, אלא דסתם דעתו בחפץ הוא שיש לו בזה גם "דעת חיובית להקנאה", שהוא נמצא 'תמיד' במצב של "חונן ונותן למי שיטול", ודו"ק.

אולם זה ברור דאין זה ענין לדברי הקצוה"ח בשולח שליח וכדהק' האהא"ז, דמי ששלח שליח, דודאי כוונתו בזה שהשליח עצמו יקנה, ואין גמ"ד של הקנאה מצד הבעלים כלל, ואדרבה, דעת הבעלים הוא שהגמ"ד והדעת מקנה של השליח יחיל את הקנין, וסברא פשוטה היא <sup>120</sup>, ורק אי היה סגי בניחותא בעלמא [וכדעת הנתה"מ], אז היה מהני גם בשולח שליח, דסו"ס איכא ניחותא דבעלים שיעשו בממונו קנין, ופשוט.

**תוספת ביאור בסברת האבני מילואים, דכמו דמצאנו הפקר בגללים וסופי תאנים ב"סתם דעתו", ה"ה דמצאנו כן בדעת מקנה.**

ונראה להוסיף ביאור בעיקר סברת האבני מילואים, דהנה, בעיקר דין גללים ד"איפקורי מפקיר להו" [ב"ק מ"ח, ב"מ כ"ז], וכן בסופי תאנים דמבואר בגמ' דבזמן שאין בעה"ב מקפיד עליהם [פסחים ו':] דהוה הפקר ופטורים מן המעשרות, צריכים לעיין, דלכא' קשה שהרי הפקר בעי דיבור, ואיזה הפקר חיילא בלי שום דיבור.

והמאירי בב"מ [ל':] הק' קושי' זו, וביאר בזה המאירי דכל זה בממון דעלמא, אבל ב"ממון מאוס או שיש בו טורח בלקיטתו או מצד פחיתת הדבר", בכל כה"ג אמרינן דסתמא מפקיר להו, והמשמעות בהמשך דברי המאירי הוא דאנן סהדי דבכה"ג ודאי מפקיר להו הלכך לא בעינן דיבור, ורק היכא דליכא אומדנא דהוי דברים שבלב אז בעינן דיבור, וסברא כעין זו מצאנו במחנ"א [ריש זכיי' מהפקר] דהא דבעינן הפקר בפני א' מה"ת לדעת הרמב"ם הוא מצד דליכא אנן סהדי דרצה להפקיר, אבל בכל הנך [גללים וסופי תאנים] דאיכא אנן סהדי לא בעי בפני א', ולהכי סוברים התוס' דמהני הפקר על בהמה דהשאלו לעכו"ם בשבת דאנן סהדי שאינו רוצה לעבור על איסור שבת.

וסברא זו היא כעין סברת האבני מילואים לחלק בין כל ממון לדבר מועט לענין גמ"ד בהקנאה, והיינו דאף דבלולב וכדומה בעינן דעת מפורשת להקנות אף דהוי הקנאה כללית, אכן ברמב"ם מיירי בדבר מועט, "וחונן ונותן דבר מועט למי שיטול שלא מדעתו", ובכה"ג מהני כבר "סתם דעת הקנאה", וזה כעין סברת המאירי והמחנ"א בהפקר דגללים וסופי תאנים שלא ע"י דיבור ושלא בפני א', ודו"ק.

<sup>120</sup> וסברא זו מבוארת נמי בשליח לתרומה דכבר הקשו דלמה לי שליחות, הא איכא כבר גמ"ד ומחשבה של הבעלים ומחשבה מהני בתרומה וע"כ כיסודו של הטורי אבן דמחשבה רק מהני כשגמר בדעתו להחיל תרומה ע"י הק' מחשבה, לא כן כשגמר דעתו שהשליח יתרום - וה"ה בנד"ד דנימא כן.

## פרק ה

**דרכו של הנו"ב בשיטת הרמב"ם  
בדבר שאינו מקפיד**

**דרך שלישית מהנו"ב בביאור הרמב"ם דבאינו מקפיד יכול לקדש בו את האישה, דמתורת הפקר אתינן עלה.**

והנה, הבאנו ב' דרכים בדברי הרמב"ם בדבר שאינו מקפיד דמהני לקידושין ותרומהו סברי דמתורת מתנה אתינן עלה:

[א] לדרכו של האהא"ז בדעת הנתה"מ מהני ע"י נישואת בעלמא דלא אכפת לו דיקנה, וגם זה סגי בתורת מתנה, דאיכא קנין לגמרי מצד הקונה.

[ב] אף לדרכו של הקצוה"ח דבעינן דעת מקנה בכל הקנאה, אכן כבר חידש האבני מילואים סברא בדבר מועט מהני סתם דעתו "דחונן ונותן לכל מי שיזכה בו שלא מדעתו", וגם זה בכלל דעת מקנה.

אולם איכא בזה מהלך שלישי, דיעויין באבני מילואים [שם] שהביא חידוש מהנו"ב, דהך דין ברמב"ם לא מהני אלא באינו מקפיד כלפי כל העולם, דאי מקפיד לאדם א' אז הדרינן בזה לפלוגתת ב"ה וב"ש האם מהני הפקר לעניים או לא.

הרי דמבואר בדבריו דלא מהני אלא בתורת הפקר, ולא מהני בתורת מתנה, והאבני מילואים פליג עליו בזה גופא דאינו בתורת הפקר אלא בתורת מתנה, והיינו "דחונן ונותן דבר מועט למי שיטול שלא מדעתו", ובמתנה לא אכפת לן במה שרק רוצה להקנות לאנשים מסויימים - ופשוט.

והנפ"מ יהיה כך, דלפי האבני מילואים לא יצא מרשותו עד שהלה יקנה, ולהכי לא אכפת לן בזה שאינו אלא לאנשים מסויימים, ולפי הנו"ב מיד יצא החפץ מרשותו, ולכך לא חיילא אלא אי אינו מקפיד לכל העולם.

**שורש פלוגתת הנו"ב ואבני מילואים בדעת מקנה בדבר שאינו מקפיד.**

בביאור שיטת הנו"ב - דגם בכה"ג בעינן הפקר לכל העולם מבואר ב' חידושים:

[א] הנו"ב מודה לעיקר חידושו של הקצוה"ח דבמתנה בעינן הקנאה ודעת מקנה, דאי כדרכו של האהא"ז בדעת הנתה"מ דסובר דסגי בנשואת לקנות, אז פשוט דא"צ "אי - קפידה" לכל העולם, דאינו דין הפקר כלל, דמהני מצד מתנה.

[ב] הנו"ב חולק על חידושו של הקצוה"ח דמהני "דעת מקנה כללי", וא"צ דעת מקנה דוקא לאדם מסויים, דאף דיסוד זה כבר הוכיח הקצוה"ח מהסוגי' בסוכה [מ"ב]: שאומר "כל מי שיגיע לולבי בידו הרי הוא לו במתנה", אכן כבר הבאנו שגדולי האחרונים חולקים עליו בחידוש זה, וכפשוטו גם הנו"ב חולק בזה, וממילא דחולק בעיקר הבנתו בדברי הרמב"ם.

ומחלוקת זו מבוארת להדי' מתוך דברי הנו"ב, דהנו"ב כבר תמה בעיקר דברי הרמב"ם, שהק' "מאין המציא הרמב"ם חידוש זה, ומה בכך שאין בעה"ב מקפיד מ"מ כל זמן שלא הפקירו בפירוש במה יצא מרשותו".

ומתחילה רצה ללמוד דמיירי בפניו, "וכיון דלוקח בפני הבעלים דבר מועט כתמרה וכדומה, מסתמא מוחל לו בשעת לקיחה וזכה בו מדעת חבירו", ופשוט דאין כוונתו בזה ל"נישואת" בעלמא [ולשון מחילה לא דוקא, אלא דעיקר כוונתו בזה היינו כלשונו "מדעת חבירו"], אלא דהכא מודה לסברת האבני מילואים בדבר מועט אמרינן דאיכא בזה "דעת נתינה" כיון דמיירי על אדם מסויים לפניו, ודוקא בכה"ג מודה הנו"ב לסברת האבני מילואים, ורק בהקנאה כללית לא מהני, ודלא כחידושו של הקצוה"ח בדין "כל מי שיגיע לולבי בידו הרי הוא לו במתנה".

אלא דבהמשך דבריו הביא הנו"ב שהמפרשים לא למדו ברמב"ם דמיירי דוקא בפניו, ומזה הוכיח דע"כ דמדין הפקר אתינן עלה, ומה"ט חידש שאם מקפיד כלפי אדם א' שוב הדרינן לפלוגתא ב"ה וב"ש בהפקר לעניים ולא לעשירים.

**גדר ההפקר לדרכו של הנו"ב בדבר שאינו מקפיד, ומהלך נוסף בהפקר דגללים וסופי תאנים.**

אולם עיקר דברי הנו"ב צריכים ביאור, דהרי הכא לא היה כאן הפקר ועל איזה הפקר מיירי הנו"ב, והדרא עיקר קושי' הנו"ב על הרמב"ם, ד"מה בכך שאין בעה"ב מקפיד מ"מ כל זמן שלא הפקירו בפירוש במה יצא מרשותו".

ובגדר הדברים למדנו יסוד נוסף מתוך דברי הנו"ב בגדר ההפקר של דבר שאינו מקפיד, דכתב על דין זה, "ואם זה בהפקר ממש [דבעינן הפקר לכל העולם ואם הפקר לכל העולם חוץ מאדם א' ג"כ לא מהני וכמבואר באלו מציאות], ק"ו דבר שאינו מפקירו בפירוש אלא שהדבר הוא מעצמו הפקר שאינו מקפיד עליו", ומתבאר מתוך דבריו דהפקר זה הוא חלות דממילא, ונראה דכתוב כאן חידוש בעיקר גדר ההפקר של גללים וסופי תאנים דגם בדידהו שייכא חלות הפקר דממילא.

ועיין בביאור מהלך זה בהמשך - ונמצא דאיכא ב' דרכים בהפקר של גללים וסופי תאנים, דלעיל [פרק ד'] ביארנו עפ"י המאירי ומחנ"א דהוי הפקר ידיה אלא דחיילא ע"י אומדנא, והכא למדנו דחיילא מעצמה.

ונראה דאיכא מקור להנך ב' דרכים בראשונים, דבתוס' בב"מ [ל': ד"ה אפקרה] ובשבת [י"ח: ד"ה דמפקרא] מבואר דהיכא דאיכא אנן סהדי דמפקיר בלבו מהני, והיינו ע"ד המאירי הנ"ל, אכן בר"ן בריש פסחים מבואר דבעי דיבור בביטול אי הוי מטעם הפקר אף דגם התם איכא אנן סהדי מחמת איסור ב", וכפשוטו הוא חולק בזה גופא וסובר כדברי האחרונים דבלי דיבור לא מהני כלל, [ובמאירי שם באמת נראה דגם בחמץ איכא גמ"ד מחמת חומר האיסור, וכנ"ל, ומש"כ "עשו בו מחשבה כמעשה" לא ברור], ולדעת הר"ן ע"כ דהסברא בגללים וסופי תאנים הוא כדברינו לעיל, ודו"ק.

ונראה דכמו דדרכו של האבני מילואים בדברי הרמב"ם בדין "דבר שאינו מקפיד" בנויה על הסברא הראשונה בסופי תאנים, כמו כן סברת הנו"ב בנויה על הסברא השניה בסופי תאנים, והיינו דמעצמם לית בהו תורת ממון כיון דאין לו בהם שום שימוש, ולהכי א"צ דיבור, דהוי הפקר דממילא לענין זה שיוכלו כו"ע לקנותו, ואף שאינו ממש כגללים שיכול להזיקם ולדורסם דסו"ס יש לו בהם שימוש ועומדין לו לשימוש, אכן כיון דהוי דבר מועט, שוב אינו מקפיד שיבואו ויזכו בו, ולהכי הווי הפקר מעצמם.

**מבאר שאינו הפקר ממש - אלא דבטלה מיניה תורת ממון כעין איסורי הנאה.**

אלא שצריכים לבאר דמה הגדר בהך הפקר דחיילא מעצמו - ונראה כך:

דבאמת אין הכוונה בזה דהוי הפקר ממש, אלא דזה דומה לאיסורי הנאה דאף להנך דסברי דשייכא לבעלים, אכן אין בהם תורת ממון כלל מחמת האיסור הנאה דחיילא בהם, וה"ה בגללים, די"ל דלעולם שייכי לבעלים אולם אין בהם תורת ממון כלל ע"י זה שאין לו שוויות בהם ואין לו בהם קפידה כלפי כל העולם, ואין כאן חלות הפקר ולכן לא בעי עשייה דבעלים ולהכי לא בעי דיבור, ודו"ק.

וצריכים להוסיף, דזה ודאי דהיכא שהוא רוצה בהנך גללים דאז לא נהיה להפקר, וזה מבואר בהדי' בתוס' ב"מ [ס"ח: ד"ה הא איכא - אכן היכא דאין לו צורך בהם התם מצד עצמם נתבטלה מהם תורת ממון.

**מוכיח שהרבה למדו דגללים אינו חלות הפקר ממש.**

ונראה להוכיח שמוכרחים ללמוד כדרך זו בשיטת כמה מרבתינו - דאף דהבאנו דבגללים וסופי תאנים איכא הפקר ע"י סתם דעתו, אולם מוכרח דאיכא בזה מהלך אחר, דכבר מבואר בהרבה אחרונים<sup>121</sup> דכל עשיית חלות בעי דבור, ולענין זה נאמר בשבועות [כ"ו] דתרומה וקדשים הוו שני כתובים דחילו במחשבה.

יסוד זה הוכיחו בשיטת הרשב"א בקידושין [נ] ליישב את שיטתו מהסוגי' בשבועות [כ"ו] הנ"ל<sup>122</sup> - והוסיפו ביסוד זה בשיטת הר"ן בנדרים [סוף נערה המאורסה] ליישב את קושי' רעק"א עליו, וכן בדברי הר"ן ריש פסחים, וחלק מהאחרונים נקטו בהדי' דגם בהפקר נאמר כלל זה דעיקר החלות בעי דבור.

ולדידהו קשה דמ"ש דבגללים אמרינן ד"איפקורי מפקיר להו", והדרא קושי' המאירי שהק' דאיך מהני בלי דיבור, והיה אפשר לחדש ולומר דגם הכא מהני ע"ד המאירי דדברים שבלב כל אדם כדיבור חשיב גם לענין זה - אולם לפי כל הנ"א ש בפשיטות דבאמת לא חיילא כאן דין גמור של הפקר.

**תוספת דברים.**

ובהאי ענינא - עיין היטב באמרות אברהם גיטין השולח [סימן ה] מה שכתבנו בזה.

**פרק ו****דין אורח אצל בעה"ב.****פלוגתת הראשונים בדין אורח אצל בעה"ב.**

הנה, באורח שאוכל אצל בעה"ב נחלקו הראשונים האם קונה את האוכל, ומתי הוא קונה את האוכל, דהנה, במשנה למלך [שכירות סוף פי"ב] מבואר בשם המהרי"ט דאינו קונה לקדש בו את האשה, והביא מרבינו יונה דשפיר קנה לקדש בו את האשה, ובקובש"ע פסחים [אות קל"א] הוכיח דדעת הרשב"א דלא קנה, דלמד דעיקר תקנת דמאי היתה במזמין אורחים ולא במוכר סתם, דבמוכר סתם איכא פטור מה"ת מצד לקוח, ומבואר ברשב"א דמזמין אורחים לא חשיב לקוח, וכן הביא מהר"ן בנדרים [ל"ד: לאפוקי אי אזמניה], והביא עוד מהתוס' בפסחים [כ"ט] דעכ"פ בשעת אכילה עצמה ודאי קנה, ומהר"ן משמע דגם אז לא קנה, אלא שהביא דברמ"א [אהע"ז סי' כ"ח] באמת נפסק להלכה כרבינו יונה דשפיר קנה לקדש בו את האשה.

ולעומת זאת מהתוס' בקידושין [מ"ג ד"ה שלא] הוכיח הקה"י [ב"מ סי' מ"ח] דקנה כבר בהגבחה, דכתבו - דגזבר שאמר לשליח לאכול ככר זה של הקדש, דמעל השליח כשהגביה, ומבואר שקנה בזה שמגביה, ועיי"ש עוד מה שמוכיח מהרמב"ם בדין זה.

וכפשוטו היה אפשר לבאר פלוגתתם דכו"ע מודי דסתם דעתו שאינו מקפיד אי יקנה, אלא שאין כאן דעת מקנה, ונחלקו אי מהני קנין מצד הקונה או לא, אולם אינו מוכרח כלל, וי"ל דנחלקו אי כלול דעת מקנה למתנה בהנחתו לפני האורחים, והיינו דנחלקו אי איכא בזה אומדנא ואנן סהדי או לא.

וי"ל בזה עוד עפ"י דברי האבני מילואים דלעיל בדבר שאינו מקפיד דיכול לקנות אף דלא היה כאן דעת מפורשת להקנאה, אלא דאמדינן דעתיה "דחונן ונותן דבר מועט למי שיטול

<sup>121</sup> ברכ"ש קידושין [סי' א'], אבי עזרי [פ"ג אישות ופ"ו גירושין], וקרוב לזה בחי' הגרנ"ט [נדרים בענין יש יד לקידושין], אהיעזר [ח"ב סי' י"ט ס"ק ג] דבר אברהם [ח"א סי' ט"ז ס"ק ז], חידושי ר' שמואל פסחים [סדר הדף בהתחלה].

<sup>122</sup> ובאופן אחר בביאור הרשב"א עיין בחזון יחזקאל נדרים [א' ז].

שלא מדעתו", א"כ י"ל ע"ד זה הכא דהיכא דאין בעה"ב מקפיד על כילוי החפץ באכילה, א"כ ה"ה דחונן ונותן להאי אורח עצמו אי ירצה לקנות, ומאידך י"ל דרק אינו מקפיד על כילוי דרך אכילה, אכן אין כאן סתם דעת להקנאה ואין כאן דעת מפורשת על הקנאה אלא על אכילה.

וגם לנו"ב י"ל דהכא הוי כהקס"ד בנו"ב [שם] וכדבאנו לעיל דקונה לפני בעה"ב, דסתמא הוא דמוחל לו ומקנה לו למתנה לזכות בו, ופשוט.

**יסוד גדול מהגאון ר' אליעזר משה בגדר ההקנאה בדין אורח אצל בעה"ב - דהוי הפקר כעין מתנה ודומה לכל מי שיגיע לולבי לידו.**

הבאנו לעיל את פלוגתת האחרונים בגדר הדין דמבואר בסוגי' בסוכה [מ"ב:] שאומר "כל מי שיגיע לולבי בידו הרי הוא לו במתנה", דהקצוה"ח למד דאיכא בזה "דעת מקנה כללי" לכל מי שיקנה, אולם הבאנו מהמהרי"ט ושאגת ארי' דחולקים, דס"ל דבעינן הקנאה מסוימת, איברא דבסוף הבאנו מהעמק סוכות שהביא ממק"א במהרי"ט דאפ"ל דאתינן עלה מצד קנין מצד הקונה, וסגי בניחותא מצד המקנה.

ומדברי הגאון ר' אליעזר משה למדנו דג"כ נקט כהמהלך הנ"ל, דבהגהותיו לפ"ה דפאה כתב "ומצינו הפקר כעין מתנה בפ"ד דסוכה כל מי שיגיע לולבי בידו הרי הוא לו במתנה", הרי דקרי ליה "הפקר כעין מתנה", ונראה דכוונתו כדרך הנ"ל, ונבאר את הדברים.

דהנה, הגאון הנ"ל ביאר ביסוד זה ד"הפקר כעין מתנה" דהפקר כזה מהני גם אי הוי רק לעניים ולא לעשירים, ועפ"י פשיטא ליה דבכל "הפקר לעניים", אף דלא חיילא ההפקר מדין הפקר, אכן אי זכו בהו העניים שפיר זכו, והיינו מכח הדין הזה מדין "הפקר כעין מתנה", אלא דשאני מכל הפקר דיכול לחזור בו לפני שזכו.

ודין זה כתב בהדי' גם אח"כ בהגהותיו שם בריש פ"ו, ועיי"ש שהוכיח כן דא"כ כל המזמין אורחים ונותן לפנייהם מנות איך יכולים ליטלם, שהרי לא הפקיר אלא להם", ובא בזה להוכיח נגד הר"ש דסובר דבהפקר לעניים אי נטלם העניים לא זכו בהם, דע"כ דאינו כן, שהרי א"כ מה נימא באורחים, וע"כ דשפיר קנו, וכוונתו בכל זה כמו שכתב בהגהותיו לעיל עפ"י הסוגי' בסוכה [מ"ב] ד"כל מי שיגיע לולבי בידו הרי הוא לו במתנה", דאתינן עלה מצד "הפקר כעין מתנה".

**כמה תמיהות בדרכו של הגאון ר' אליעזר משה - ומתמה על מה שהק' בשיטת הר"ש בדין זה.**

ולפום ריהטא אין דבריו מובנים וצריכים עיון היטב, דאיכא בזה ג' תמיהות:  
א] באורחים איכא נתינת רשות מפורשת ליטול ולאכול את האוכל, ולמה לא יוכלו ליטלו ולאכול, ומה זה שייך ללולב דהתם בעינן לזה דעת מקנה דצריך הקנאה בלולב, הרי שני דינים שונים נינהו.

ב] עוד קשה, דמה אורחים אצל בעה"ב שייכי לנידון של זכייה דמיירי ביה הר"ש, ואיך מקשה הגאון הנ"ל על הר"ש דיהני זכייה דאל"כ קשה מאורחים, הא אורחים אינו אלא נתינת רשות בעלמא.

ובישוב הנך קושיות היה אפשר לדחוק דכוונתו כרבינו יונה וכהוכחת הקה"י מהתוס' בקידושין וכנפסק ברמ"א [סי' כ"ח שם] דאורח יכול לקדש את האשה במנה ידידה, וכוונתו להקשות דאיך זכו בהם האורחים.

אולם זה אינו מתרי טעמי, ראשית כל דא"כ הו"ל להביא את דברי הראשונים והרמ"א, זאת עוד, דמלשוננו שכתב "איך יכולים ליטלם" משמע דקאי רק על נטילה בעלמא ולא על נטילה לשם קנין לקידושין, ודו"ק.

אולם בעיקר קשה, דאין להקשות קושי' בלשון "צריך עיון גדול" על הר"ש משיטה זו כשרבים חולקים עליו בזה, הא דילמא שיטת הר"ש ככל החולקים, ומכל זה היה נראה דקושיתו מסתם אורחים בלי מחלוקת הראשונים.

[ג] אין להקשות על הר"ש מהדין ד"כל מי שיגיע לולבי בידו הרי הוא לו במתנה", דהתם הרי איכא דעת מקנה להקנותו וכדהבאנו לעיל - וממילא הוא דשפיר זכו בהם, משא"כ בהפקר לעניים דעשה חלות הפקר, וכיון דלא חיילא הרי א"כ מהיכי תיתי דאיכא הכא גם דעת מקנה ודעת נתינה, ודבריו צ"ע.

[ד] כעין זה קשה נמי בקושיתו מאורחים, דגם אי נימא דסובר כהנך שיטות דמהני לקנות באורחים, הא לעולם י"ל דמצד דעת מקנה אתינן עלה וכתבאר לעיל בכמה אופנים, וא"כ י"ל דדוקא באורחים איכא "אנן סהדי" דמקנה, אבל היכא דאיכא דעת להפקיר, התם מהיכי תיתי דדעתו נמי להקנות, וצ"ע.

**מביא את דרכו של הגאון ר' אליעזר משה בגדר ההקנאה בסוגי' בסוכה [מ"ב:] שאומר "כל מי שיגיע לולבי בידו הרי הוא לו במתנה", ובגדר הניחותא של הבעלים בכל הפקר לעניים ובגדר הדין הקנאה באורח אצל בעה"ב, והוכחה בשיטת הר"ש דבעינן דעת מקנה בכל הקנאה ולא מהני קנין מצד הקונה.**

איברא, דאף דלא איתברר לן איך הק' הגאון הנ"ל על הר"ש, אכן סו"ס עיקר שיטתו לדמות הנך דינים אהדדי, צ"ב, ונראה דכד נעיין בביאור שיטתו יבואר דע"כ דהגאון ר' אליעזר משה למד ע"ד האהא"ז בדעת הנתה"מ, וכדהבאנו נמי מהעמק סוכות בשם המהרי"ט.

והיינו דסובר דבאמת בכל הקנאה דעלמא א"צ דעת מקנה כלל, וסגי בנתינת רשות ובניחותא מצד הבעלים, וזה קרי ליה "הפקר כעין מתנה", וממילא דפשוט דבכל עשייה וחלות הפקר איכא עכ"פ ניחותא דההוא יטול או יקנה, וזה ממש כסברת האהא"ז בדעת הנתה"מ דבכל מינוי שליחות להקנאה איכא עכ"פ ניחותא מצד הבעלים הממנה דהקונה יכול לקנות ממנו גם בלי השליחות.

ויסוד זה הוכיח מלולב, דלמד דאין חפצא של "דעת מקנה כללי" לכל מי שיקנה [חידושו של הקצוה"ח], ולא ניחא ליה לפרש דכוונתו רק לאותו א' שיקנה בסוף [ע"ד המהרי"ט ושאגת ארי'], וע"כ דמהך דלולב מוכרח דסגי בניחותא בעלמא, וזה קרי ליה "הפקר כעין מתנה", וממילא דגם בכל הפקר לעניים איכא עכ"פ ניחותא זו, ושפיר יכול לקנות.

וכוונתו באורחים להוכיח דסגי בניחותא דבעלים לנטילה וכילוי גם אם זה רק לעניים ולא לעשירים, ולא בעינן לכל, וממילא דפשיטא ליה דבכל הפקר לעניים איכא נמי ניחותא כזה, ופשוט, ומה דסובר דיכול לקנות כשיש ניחותא דבעלים, זה כבר היה פשוט לגאון הנ"ל דזה כבר הוכיח מלולב, ובפ"ו בהוכחה מאורחים רק בא להוכיח דשייך ניחותא כזה אף דאינו לכל העולם ואינו ענין לפלוגתת ב"ש וב"ה.

ומעתה מוכרח דלדידיה אורח יכול לקנות אם רוצה לכו"ע, דמוכרח כן מלולב, והא דנחלקו הראשונים, היינו דנחלקו אי סתם דעתו של האורח לקנות בהגבהה זו או לא, אכן מה שיכול לקנות אם רוצה ברור לו לפום סברתו כיון דאיכא קנין מצד הקונה.

והיינו דלשיטתו דהוכיח מלולב דאיכא קנין מצד הקונה כשיש ניחותא, וזה קרי ליה "הפקר כעין מתנה", א"כ ה"ה דבכל אורח פשיטא דאיכא ניחותא כזו, וא"כ ה"ה דבכל הפקר לעניים הוא כן, ופשיטא א"כ דעני שרוצ לקנות דיכול לקנות.

אולם הר"ש דסובר דבכל הפקר לעניים ליכא זכייה כלל, ע"כ דסובר דע"י ניחותא דבעלים א"א לקנות, דבעינן דעת מקנה, והכא איכא דעת הפקר וליכא דעת מקנה, וממילא דאינם

יכולים לזכות בה כלל, דסו"ס ליכא הכא דעת מקנה, ואיכא ראיא ברורה מהר"ש דסובר דבעינן הקנאה ודעת הקנאה מהבעלים.

**ביאור סוגי' הגמ' באלו מציאות בר"י בר"י דהפקיר לכל חוץ מהאי גברא.**

בגמ' בב"מ [ל':] מבואר דר"י בר"י רצה להפקיר את העצים באופן שההוא גברא לא יוכל לקנותם, והפקיר לכל העולם חוץ מהאי גברא, וע"ז הק' דסו"ס הוי הפקר לעניים ולא הוי הפקר, ומכאן הוכיח הנו"ב דאפי' לאדם א' מיקרי הפקר לעניים ולא לעשירים, ומכאן הוכיח הר"ש [שם] דבהפקר לעניים לא חיילא ההפקר, [ולא דבאמת חיילא אלא דחייב במעשרות], ואי לא חיילא שוב אין לעניים בהם זכות, ולהכי ההוא גברא לא היה יכול לזכות בעצים.

ותמה האבני מילואים [שם] דמבואר בתוס' דכל מטרת ר"י בר"י היה שהעולם לא יכשלו בגזל ולכן הפקירו, ואי נימא דשייכא "דעת מקנה כללי" וכמבואר בההיא דפ"ד דסוכה בלולבים, א"כ ה"ה דהוי מצי לעשות כן, ולא יכשלו בגזל, ובזה ליכא חסרון של הפקר לעניים, ותירץ דכיון שזה רק דעת מקנה, א"כ לא יצא מרשותו עד שההוא יזכה בה, ואי ידרסו ויזיקו את העצים בלי לזכות בהם הרי איכא בזה גזל, ולהכי הפקירו.

ואף דברור שיש עיצה אחרת, דיכול גם למחול על הגזל למי שיזיק, וכבר תמה בזה האמרי משה [סי' ל"ז בהגה"ה], וביאר דמזה יצאו תקלות אחרות, דיקנה מי שיקנה ויחשוב שהוא הפקר ויקדש בה את האשה.

אולם נראה דאה"נ דאיכא מהלכים שונים אכן סו"ס כבר יותר פשוט להפקיר, ואף דהוי הפקר לעניים ולא חיילא, הא מסקינן בגמ' דלפי האמת הוא הפקר לכל העולם, ושפיר חיילא, אלא שאמר לההוא גברא שלא הפקר כלפיו, ולהכי יותר פשוט להפקיר, ועיי"ש היטב בדברי האבני מילואים שהביא את מסקנת הגמ' שם דלפי האמת הוא הפקר לכל, ואולי כוונתו בזה לדברינו ליישב קושי' זו.

אולם הגאון ר' אליעזר משה [שם] למד את הגמ' באופן אחר, ולדבריו לא קשה קושי' האבני מילואים, דודאי דהיה עיצה ע"י "הפקר כעין מתנה" וכההיא דלולב, אבל קושי' הגמ' היתה, דכיון דסתמא הוא רצה להפקיר וכיון דהפקר לעניים אינו הפקר א"כ פשוט דכוונתו היתה להפקר לכל העולם, ולא להפקיר חוץ מההוא גברא, ולמה ההוא גברא לא היה יכול לקנות, זו קושי' הגמ', ודו"ק.

עכ"פ, עיקר הקושי' על הסוגי' באלו מציאות קשה גם לנו"ב, דאין הקושי' תלויה בביאור שיטת הרמב"ם בדבר שאינו מקפיד, אלא דעיקר הקושי' היא מהסוגי' בסוכה בהקנאת הלולב לכל מי שיזכה בו, דמפורש במשנה דאיכא מהלך של הקנאה לכל חוץ מא' בלי החסרון של הפקר לעניים, וזה לא שייך לפלוגתת האחרונים בביאור הגדר בהקנאה זו, ופשוט.

## סימן ל

### הערות דף ד

#### בדיני חזית<sup>123</sup>

**פרק א הערות בדיני חזית** > ביאור החידוש במשנה דמהני חזית בכותל שנפל. > בפלוגתא הרי"י מיגאש והרא"ש האם מהני חזית בחצר, ופליגי האם הוי אנן סהדי או לא. >

**פרק ב בדברי התוס' ריש פירקין בדיני חזית** > ביאור פלוגתא רש"י [בסוגיין] והתוס' [ריש פירקין ד"ה לפיכך], האם היחלוקו בבקעה הוא מצד זה דביחלוקו בספיקת לא מהני תפיסה, או מצד ההוכחה מהעדר חזית. > בדברי הרמב"ן דלא היה מהני העדר חזית בחצר, וקושי' הקצוה"ח עליו > מיישב את שיטת הרמב"ן עפ"י מה דמוכרח דבחלק מהכותל איכא יחלוקו כיון דחייבים שניהם במסיפס, ושוב לא מהני חזית כלל כיון דאין חזית לחצי כותל. > בדברי הקצוה"ח בשוב לשיטת הרמב"ן. > ש' התוס' בחזית בחצר, ובדברי הקצוה"ח בזה. > בדברי הרמב"ן בחזית לחצי כותל.

## פרק א

### הערות בדיני חזית

#### ביאור החידוש במשנה דמהני חזית בכותל שנפל.

עיין לעיל במשנה - "בבקעה כונס לתוך לו ועושה חזית - לפיכך אם נפל וכו' שלו" וזה תמוה דמה החידוש בזה, וי"ל דהחידוש הוא דחזית מהני להוציא מחבירו באופן שהאבנים נפלו לתוך רשות חבירו, וק' דרק בגלל זה עשו את החזית, דאי נפלו האבנים לחלקו אז הוא ממילא מוחזק על האבנים ושלו הם, ורק על האבנים שנפלו לחלק חבירו צריך חזית, וא"כ מה החידוש.

והנה, לש' הרי"י מיגא"ש [בסוגיין] דחזית רק מהני בבקעה כיון דבבקעה אין דין כפייה לבנות כותל בשותפות, ולכן מהני ראייה דחזית לומר שלא בנו בשותפות, אבל בחצר שכופין לבנות בשותפות התם לא מהני ראייה דחזית, א"כ י"ל דהכוונה ב"לפיכך" דווקא כאן בבקעה יהני להוציא ע"י חזית וזה בא לאפוקי מחצר, ולא שיש חידוש בבקעה אלא שרק בבקעה יש חידוש, ודוחק, ועוד דהרא"ש חולק וס"ל דגם בחצר מהני חזית, ולדידיה דהרא"ש הקושי' לדוכתא.

וי"ל דעיקר מעלתו של החזית הוא כדי שחבירו לא יוכל להשתמש בכותל בעודו עומד לסמיכת קורות, אבל ב"לפיכך" נתחדש עוד דגם אי נפל לרשות חבירו דיכול גם להוציא ע"י החזית, וזה חידוש נוסף, ופשוט, [וע' בהמשך].

**בפלוגתא הרי"י מיגאש והרא"ש האם מהני חזית בחצר, ופליגי האם הוי אנן סהדי או לא.**

כתוב לעיל במשנה - בבקעה כשבנו מדעת שניהם עושים חזית מכאן ומכאן – והנה בסוגיין הק' דלא יעשו חזית כלל, ותירצו דחיישינן לרמאי שיעשה בצד אחד, והק' הרי"י מיגא"ש דגם בחצר נחשוש לרמאי שיעשה בצד שלו, ולמה לא תיקנו ג"כ שיעשו חזית בב' צדדים, ותי' דמוכרח מזה דבחצר ליכא ראיית חזית.

ועיין קצוה"ח [סי' קנ"ז ס"ק ז'] שהביא מהרא"ש שחולק ולדידיה ראיית חזית מהני גם בחצר, דראיית חזית הוא אנן סהדי, וצ"ל דראיית חזית לר"י מגא"ש אינו אנ"ס מדנקט דתמיד איכא חשש רמאי בחזית, וכן מוכיח הקצוה"ח מהר"י מיגא"ש שכתב דחלונות דלא שייך ע"י רמאי באמת יהני כהוכחה גם בחצר.

<sup>123</sup> מהדו"ק - ישיבת בית שמואל.



ועוד דברמב"ן מבואר דלא מהני חזית להוציא, דכתב דלמעלה מד' אמות דאין דין כפייה לבנות ביחד, גם התם לא מהני חזית לר"י מיגא"ש דמוחקין בשותפות עד ד' אמות וחזית לא מהני להוציא, וע"כ דאינו אנון סהדי<sup>124</sup>.

עכ"פ לפי הרא"ש דמהני חזית לצד א', א"כ למה באמת לא עבדינן תקנתא לב' צדדים בחצר, ושיעשו חזית לשני הצדדים, ועיין מאירי שכתב [סוף המשנה] דגם לרא"ש ודעימ' ליכא תקנת חזית כיון דאין חשש רמאי בחצר, כיון דבעל החצר נמצא קרוב ודלא כמו בבקעה.

ונראה דאזלי לשיטתייהו, דלר"י מיגאש כל מה דלא מהני חזית בחצר הוא מחמת כפייה ומחמת זה דליכא אנון סהדי דתמיד יש חשש רמאות, ולשיטתו שיש חשש רמאות אז גם בחצר שפיר מק' דהו"ל לתקן בשני הצדדים מחמת הרמאות, אבל הרא"ש ס"ל דחזית הוא אנון סהדי בחצר, דאף אם בבקעה אין בחזית אנון סהדי [מחמת הרמאין] אבל בחצר דאין חשש רמאין לכן ודאי מהני, ומה"ט א"צ משני הצדדים.

### פרק ב

#### בדברי התוס' ריש פירקין

##### בדיני חזית

**ביאור פלוגתת רש"י [בסוגיין] והתוס' [ריש פירקין ד"ה לפיכך], האם היחלוקו בבקעה הוא מצד זה דביחלוקו בספיקת לא מהני תפיסה, או מצד ההוכחה מהעדר חזית.**

תוס' לעיל ריש פירקין [ד"ה לפיכך] חידש דכותל שנפל לרשות א' מהם יחלוקו גם בלי התקנ"ח ובלי הדין "לפיכך", ותוס' הביאו מקור לחידוש זה מהגמ' הכא [ד':] בבקעה, שהרי בקעה הוא ממש כמו חצר אלא דאין בו תקנ"ח ואין בו דין כפייה לבנות ביחד, ואעפ"כ כתוב בגמ' הכא דא"צ חזית לא לזה ולא לזה, וע"כ דגם בלי חזית הדין הוא יחלוקו כמו עם ראיית חזית, והיינו גם באופן שנפל הכותל לרשות של א' מהם,

אלא דזה גופא צ"ב דלמה הדין כן בבקעה, דלמה אמרינן יחלוקו [בלי חזית מכאן ומכאן] ולמה לא מהני אח"כ תפיסה בזה שהכותל נפל לרשות א' מהם, והביאור לזה לא כתוב מפורש בתוס', אולם דין זה מתפרש בתרי אנפי:

א) [יחלוקו מספק] [והיינו משום דבכל דררא דממונא, הדין הוא יחלוקו], ונתחדש הכא דלא מהני תפיסה כשב"ד צריכים לפסוק יחלוקו מספק.

ב) באופן אחר י"ל דעצם זה שאין חזית הוא כבר "הוכחה וראיה" דשניהם בנאוהו, [דאנון סהדי שאם א' היה בונה דודאי שהיה עושה חזית, ולכן הדין הוא דיחלוקו], ו"הוכחה וראיה" זו מהני נגד תפיסה להוציא ממחוזת, וברש"י בסוגיין [ד':] מבואר כהפירוש השני.

<sup>124</sup> ויש לעיין דלפי הרמב"ן איך מוציאין תמיד בנפילה ע"י חזית, הא ע"כ דלדידיה רק בעינן חזית לאבנים שנפלו ברשות חבירו, דעד כמה שנפל אצלו אין אלימות לחבירו עליו, וע"כ דעיקר דינא דחזית היינו להוציא.

ופשוט, דכיון דכשעמד הכותל נפסק מחמת החזית שזה שלו לענין להשתמש בקורות, א"כ נפשט הספק כבר לפני התפיסה, ושוב לא מהני נפילה לרשותו, ובזמן שעמד הרי אין ב' אוחזין, רק ספק מיהו האוחז, דאיכא ספק מיהו הבעלים על מקום הכותל, וכאן מיירי הרמב"ן כשעדיין עומד ברשות שניהם, דהחלק למעלה מד' אמות עומד ברשות שניהם, ואז לכתחילה לא מהני החזית כלום [וזה נגד הקצה"ח שכתב דזה ב' אוחזין, וכדלהלן].

ועיין באהא"ז [פ"ו משאילה, מובא במלואי חושן] שתירץ באופן אחר, דבנפל איכא חזקת תפיסה, אבל בלמעלה מד' אמות התם איכא חזקה כ"מ שתחת יד אדם הרי הוא שלו, וזה שני דינים נפרדים.

והנה תוס' הקשה [שם] דמאי שנא כותל שנפל משאר תפיסה בספיקות דהדין בהם יחלוקו ומהני בהם תפיסה כמו במחליף פרה בחמור, והרי זה פשוט שלפי דרכו של רש"י לא מתחילה קושי' זו של התוס', דהתם הדין יחלוקו הוא מצד ספק [והיינו דבכל דררא דממונא – והיינו ספק אמיתי בלי טענותיהם - הדין הוא יחלוקו], ויתכן דתפיסה מהני שם ואעפ"כ לא מהני הכא נגד הראיה והוכחה מחזית.

עכ"פ זה מוכרח, דתוס' ודאי חולקים על הרש"י, דלמדו את הגמ' בסוגיין [ד':] דיחלוקו הוא מספק, ולא מהני תפיסה מיחלוקו של ספק, ולית להו סברת רש"י דהעדר חזית הוא ראיה והוכחה, ושי' תוס' מבואר בתורת האוהל [מובא בגידו"ש עמוד ג' טור א'] דיכול לומר לא עשיתי חזית כיון דהייתי אנוס, ועיי"ש שהוא דן בזה האם באמת יש טענה כזו, וזו פלוגתת רש"י ותוס'.

### **בדברי הרמב"ן דלא היה מהני העדר חזית בחצר, וקושי' הקצוה"ח עליו**

והנה תוס' [שם] הקשו קושי' נוספת, דלמה אמרו "לפיכך", דרק מחמת התקנ"ח והכפייה לקיים תקנ"ח אז הדין יחלוקו, הא הכא בבקעה מבואר דהדין יחלוקו גם בלי זה, ועיין ברמב"ן [לעיל בסוף המשנה - ד"ה ואיכא דקשי' ליה,,, ולדידן לא קשי' וכו'] דמוסיף דלדרכו של רש"י גם ליתא לקושי' זו.

וביאר בזה, דהראיה מהעדר חזית הוא רק בבקעה כיון שיש שם תקנת חזית, אבל בחצר שאין תקנת חזית שוב אין ראיה מהעדר חזית, וי"ל דבאמת דהתם ליכא דין יחלוקו בלי התקנ"ח, ושוב ליכא קושי' על המשנה.

הרי דאיכא ב' הוכחות דהתוס' למדו את הגמ' [ד'] דיחלוקו, ולא מהני תפיסה מיחלוקו, ולית ליה סברת רש"י דהעדר חזית הוא ראיה.

והנה, הקצוה"ח [סי' קנ"ז ס"ק ג' - ובחי' הרמב"ן כתב וכו'] תמה על הרמב"ן הנ"ל, שהרי אם לא היה דין כפייה ולא היה "לפיכך" בחצר, הרי אז חצר היה דומה לגמרי לבקעה, וכמו דבבקעה מהני ראיה מהעדר חזית כמו"כ היה מהני בחצר, דטעמא דלא מהני העדר חזית כראיה בחצר, היינו משום דאין תקנת חזית בחצר, והא דאין תקנת חזית בחצר הוא רק משום שאינו ראיה גמורה, ולכן לא מהני נגד ראיית לפיכך וכפי' דתמיד תולין ברמאי, וכן מפורש ברמב"ן<sup>125</sup>, אבל אם חצר היה כמו בקעה היה תקנת חזית ושוב היה ראיה<sup>126</sup>.

**מיישב את שיטת הרמב"ן עפ"י מה דמוכרח דבחלק מהכותל איכא יחלוקו כיון דחייבים שניהם במסיפס, ושוב לא מהני חזית כלל כיון דאין חזית לחצי כותל.**

ונראה ליישב, דהנה הרמב"ן וראשונים פליגי על רש"י, דלל"ק [לעיל ב':] מבואר דעכ"פ מסיפס בעינן, ורש"י למד דהיינו ביתידות להראות מקום החלוקה, והרמב"ן [ועוד] חולקים שם [בד"ה אית תנא בונין אותה] וז"ל "אבל מה שפירש"י יתדות תקועות אינו מחייב, שאין השותפין חולקין לעולם אלא בכותל בנין כדי שלא יהיו כל היום מתעצמים בדין וכי היכי דקיי"ל היזק ראיה שמיה היזק דבנין כותל אבנים ולא כותל של הוצין ויתדות, ור"ח ז"ל פי' כותל חלול חלונות".

<sup>125</sup> והיינו, דכן מבואר ברמב"ן עצמו [במשנה ד"ה לפיכך] ובר"י מיגאש [בסוגיין], דז"ל הרמב"ן "אפי' היה שם חזית מצד א' הכל של שניהם, דאמרינן ליה כיון שאתה יכול לכופו לבנות לא בנית משלך והאי חזית אם הוא דבנית ליה".

<sup>126</sup> ויש להעיר, דכל הקושי' הוא רק רמב"ן לשיטתו, שהרי לרשב"א לק"מ, דהרשב"א [בד"ה לפיכך - במוסד הרב קוק כאן במשנה, לפיכך השני – וברשב"א הישן בסוגיין ד. ד"ה לפיכך] כתב דטעמא דליכא תקנת חזית בחצר הוא טעם צדדי, דבבקעה שהרבה נמצאים שם מורגש ויודעים אחרים אם יש חזית, לא כן בחצר, ושוב לא יהיה תקנת ע"י החזית וא"כ גם אם חצר היה כבקעה לענין כפיית בנין כותל, אכתי לא היה בו ראיה מהעדר חזית, אכן לרמב"ן דלא למד כן הדרא קושי' לדוכתא.

ומכאן יש להוכיח דטענת התעצמות הוא מהזכותיות של החלוקה, ולא מעיקר דין היזק ראייה, דא"כ מה מדמה התעצמות דהיזק ראייה להתעצמות דמסיפס, ומוכרח דגם הדין היזק ראייה הוא גם מצד הזכויות של החלוקה.

עכ"פ לפי"ז נראה פשוט, שגם בלי הלפיכך במשנה ודאי שכופין על מסיפס של אבנים, וא"כ אף אי היה כאן כותל, ואי רצה לבנות כותל, אכתי תובעו בחצי מהוצאותיו של המסיפס עכ"פ, וא"כ ע"כ שהוא שותף בחלק מהכותל, וא"כ כל הלפיכך במשנה הוא רק בנוגע לכל האבנים, דודאי על חלק מהאבנים שפיר תחול הדין יחלוקן, ודו"ק.

והנה, הרמב"ן כתב לעיל במשנה [ד"ה לפיכך] דבכותל למעלה מד' אמות, אף דאינו כופה על למעלה מד' אמות, אכתי לא מהני חזית, דאין חזית לחצי כותל, וא"כ ה"ה בנידון דידן, וא"ש הרמב"ן.

### **בדברי הקצוה"ח בישוב לשיטת הרמב"ן.**

והנה, במסקנת הגמ' [ד':] מבואר הטעם דתיקנו חזית מכאן ומכאן, דלא יהיה רמאי, וכתב הקצוה"ח [סי' קנ"ח ס"ק ג'] חידוש, דלפי"ז כבר אין ראייה מהעדר חזית, דכיון דבלאו הכי לא עשו חזית, דגם אם שניהם בנו אכתי היו צריכים לעשות חזית וא"כ כבר אין ראייה מהעדר חזית.

ולפי"ז כתב הקצוה"ח [סי' קנ"ז ס"ק ג'] דא"ש שיטת הרמב"ן דגם אם חצר היה כמו בקעה, הרי סו"ס למסקנה אין ראייה בהעדר חזית, וכל מה שאמרו שם בסוגי' דלא ליתקנו ב' חזית ואז יהיה ראייה בהעדר החזית, אבל למסקנה אין כזו ראייה, ולכן אין קושי' כאן במתני' על חצר.

אכן ברור שאין זה ישוב בדעת הרמב"ן, רק ישוב נוסף על הקושי' התוס', שהרי הרמב"ן כתב בהדי' דאיכא חילוק בין חצר לבקעה, ולא חילק בין המסקנה והקס"ד.

ומדברי הרמב"ן יש להוכיח נגד חידושו של הקצוה"ח, ולהלן שם [סי' קנ"ח ס"ק ג'] הביא הקצוה"ח שהטור למד דלמסקנה נשאר ראיית העדר חזית נגד הקצוה"ח, וכמו"כ יש להוכיח כן מהרמב"ן כאן [אלא דשם הוכיח הקצוה"ח בש"י רש"י עצמו נגד הטור ברש"י].

וביאור החילוק נראה פשוט, שי"ל שאנן סהדי דמי שבונה לבד עושה חזית, דאל"כ אין ראייה על בעלותו, אבל מה דשנים עושים חזית הוא רק לאפוקי מחשש שא' יעשה חזית ברמאות, וי"ל דמה דלא חששו לחשש זה אינו פירכא לומר דלא ידעי מדין חזית כלל, רק דלא חששו לזה, ואכתי נקטינן דידעי מחזית ומה שאין חזית הוא ראייה עכ"פ שא' לא בנה.

### **ש"י התוס' בחזית בחצר, ובדברי הקצוה"ח בזה.**

הבאנו שיטת הר"י מגא"ש והרמב"ן דחזית לא מהני בחצר, ופשטות דבריו רק לל"ב ולא לל"ק, והבאנו מהר"ן ורשב"א גם לל"ק, אכן ש"י הרא"ש דאין נפ"מ בין חצר לבקעה כלל ותמיד מהני חזית, והמשנה היתה יכולה לכתוב גם בחצר דין חזית, אלא דהמתין עד בקעה, והקצוה"ח [סי' קנ"ז ס"ק ז'] הביאם.

[והמאירי הביא פלוגתא זו בסוף דבריו על המשנה, וכשהביא את השיטה שלא מחלק בין חצר לבקעה כתב, דהא דלא כתוב ברישא דין חזית לשניהם דאין חשש שיהיה רמאי ויעשה חזית כמו בבקעה, דהכל מורגש בחצר [דקרוב לעיני בעל החצר] ולכן לא תיקנו חזית משני הצדדים].

ובש"י התוס' [לעיל ריש פירקין ד"ה לפיכך] י"ל, דתוס' כתב "דכיון דאין חזית לא לזה ולא לזה" משמע דלו יצויר והיה חזית בחצר, אז שפיר היה מהני להוציא, וכשיטת הרא"ש, והקצוה"ח [ס"ק ו'] הביא את דברי הש"ך שהוכיח מהתוס' הוזה כהרא"ש, ודחה ראייתו,

וכתב דלעולם שי' התוס' דלא מהני חזית, אלא דתוס' מיירי בלי דין כופין ובלי הלפיכך, ואז שוה חצר לבקעה ומהני בשניהם<sup>127</sup>.

אולם יש להביא ראיה בשי' התוס', דמהו קושי' התוס' "דא"צ לפיכך", הא י"ל דלפני ה"לפיכך" לא היו אומרים יחלוקו כשיש לאחד חזית, אבל אחרי הלפיכך מהני ראיית לפיכך אפי' נגד חזית, ומיושב קושי' התוס', ומכאן מוכרח דבחצר יש ראיה דחזית, ומהני נגד הלפיכך, כן הוכיח הגר"נ פרצוביץ כהש"ך.

### **בדברי הרמב"ן בחזית לחצי כותל.**

עיין ברמב"ן [שם] שטוען טענה נוספת, דכיון דהכותל הוא חצי חצי עד ד' אמות, א"כ למעלה הוא כבר מוחזק לשניהם, ולא מהני חזית להוציא ממוחזק, ולכאור' תמוה, דא"כ מה מהני כשנפל לרשות א' מהם, דאיך מוציאים.

ונראה, דבנפל לרשות א' מהן לק"מ, דכבר פסק חזית בזמן שעמד דדידיה הוא [לענין למנוע מהשני סמיכת קורות], וכאן דכבר נפסק לפני התפיסה הרי"ז מהני ששוב לא יהני תפיסתו, ורק בגוונא של למעלה מד' אמות, שבעודו בעמידה יש חצי חצי.

ואי קשי' לך, דגם בנפל, הרי כשעמד היה ברשות שניהם ואיך חזית מוציא, ולק"מ, דהרי"ז ספק מיהו המוחזק באבנים וכותל, ואין זה ב' או חזין, [ודלא כהקצוה"ח] והכרעת החזית הוא שהוא מוחזק ואין זה להוציא.

<sup>127</sup> אלא דבקצוה"ח יש משמעות שהוכחת התוס' בקושי' בנויה כך:

דכמו דבבקעה חולקין מחמת ראיית "העדר חזית" א"כ ה"ה דבחצר יש ראיה כזו [בלי הלפיכך], וזה לא יתכן, דא"כ לק"מ המשך דברי התוס' להקשות מהמחליף פרה ודו"ק, ותמוה.

## סימן לא

סוגי' דמקיף וניקף [ד':],  
ובחיובא דסומך לו כותל [ה'].<sup>128</sup>

פרק א הערות בפלוגתא הראשונים אי מיירי מצד היזק ראיא או מצד מניעת רגלי האדם, ואי מיירי בפנימיות או חיצוניות. < פלוגתא הראשונים אי מיירי במחיצות החיצונות או פנימיות, ובפלוגתאם אי מיירי מצד רגלי אדם ובהמה או מצד היזק ראיא, ובפלוגתאם האם היכא דנהגו לא לגדור דליכא היזק ראיא האם איכא עכ"פ נהנה מצד היזק ראיא, וי"ל דתלוי אי המחייב הוא מצד נהנה או מצד יורד. < פלוגתא רש"י ותוס' בלשון הגמ' "היקיפא יתירא" [ב"ק כ':]. < מבאר דלרש"י איכא ב' נידונים, א' מצד תקנת כותל מצד היזק ראיא, ב' מצד נהנה דחייב מצד נהנה על היזק ראיא אף דליכא בזה תקנה. < הוכחות דרש"י כאן אזיל בשיטתו בב"ק דמיירי בפנימיות. < בפלוגתא הראשונים הא"ך מוחה להפטר מנהנה [וכמבואר בריש פירקין דפטור לשלם בבקעה], האם מוחה שאינו רוצה כלל או דסגי ליה בנשירותא בר זוזא, וביאור הנפ"מ בין הפטור לבנות בבקעה מצד תקנת המשנה לחיוב תשלום מצד נהנה. < הערה: מצאנו ג' שיטות בראשונים האם ומתי הוא יכול להפטר בזה שהוא רוצה לבנות את הפנימיות ולכן ליכא הנאה מהחיצוניות. <

**פרק ב בעיקר חיובא דמתני', מצד יורד או מצד נהנה.** < בפלוגתא רב הונא וחייא בר רב, בדברי התוס' ובדברי הרמב"ן באינה עשויה לגדור, ובפלוגתא רש"י ותוס' בחיוב דמי קנים, דמה הסברא בזה, ונחלקו לשיטתייהו אי מיירי בחיצוניות או בפנימיות. < בעיקר פלוגתא הראשונים אי מצד נהנה או מצד יורד, ובדברי האב"י עזרי דאיכא יורד על הנהנה, ותוספת ביאור בזה דתלוי אי בפרשת נהנה נאמר הלכות במעשה לקיחת הנאה [תוס' ב"ק ק"א]. < ביאור פלוגתא הרמב"ן ורבינו יונה לשיטתייהו האם הוא מוחה בפשיטות שאינו רוצה או לא, ותלוי בפלוגתאם האם הסוגי' מיירי מצד נהנה גרידא וא גס מצד יורד על ההנאה. < מבאר דגם בש"ך מצאנו צירוף של יורד ונהנה במאכיל בעל האוכל לבהמת חבירו. < ביאור פלוגתא שני התירוצים בתוס' [פלוגתא רבינו יונה והרמב"ן] האם נאמר הלכה של מעשה לקיחה בנהנה או לא, דפליגי האם נהנה הוי מלוה הכתובה בתורה דמתחייב על המעשה או דחייב מצד ממוני גבך. < דרך חדשה בסוגי' ובש"ך מהברכ"ש, דתרי סוגי נהנה נתחדשו, ונפ"מ אי בעי מעשיו או מעשה בהמתו, ומקיף ניקף והש"ך במאכיל לבהמתו מיירי בלי מעשה, ונפ"מ ביניהם אי מדין מלוה הכתובה בתורה הוא או לא. < מבאר דרש"י ותוס' פליגי [מחיצות פנימיות וחיצוניות] האם נהנה הוא חייב על הזכות בנהנה או על המעשה נהנה, דהזכות בנהנה במחיצות החיצוניות לא מצטרף לשדה הפנימי והוי כמבריה ארי, ומוסיף לבאר עפ"י הגרש"ק שחידש דפשיטא דאין המקיף יכול לסתור אפילו את החיצוניות, וע"כ דהמחיצות שייכות לשדה הפנימי והם גודרים אותה. < מבאר עוד בזה עפ"י מה דנחלקו ביסוד חיובא דיורד אי הוי מצד "ממוני גבך" ואז לא שייך לצירוף עם נהנה, או דמצד מוציא ממון על פיו אתינן עלה, ומביא דכבר פליגי בזה הראשונים, דפליגי האם היורד עצמו יכול לומר "אטול עצי ואבני". <

**פרק ג מהלך מחודש בביאור שיטת הרשב"א דהמחייב מצד היזק ראיא ומצד רגלי האדם ובהמה כהדדי.** < סתירה ברשב"א האם מיירי מצד רגלי האדם ובהמה או מצד היזק ראיא. < מבאר דטעמא דהרשב"א דלא יתכן לחייב מצד היזק ראיא אינו משום שאין כאן חפצא של היזק, אלא משום דחסר בפרשת יורד, דלא מיקרי עשויה לגדור. < מבאר דלפ"ז יתכן דמצד יורד אתינן עלה מצד רגלי האדם ובהמה, אכן מצד נהנה המחייב הוא ההיזק ראיא. <

**פרק ד בפלוגתא ת"ק ור"י, ובפטור על ג' הראשונות מצד קם דינא ומצד מחילה ובדין עמד ניקף מדין קא משתרשיה ליה.** < תמצית הסוגי'. < בדברי רש"י דפוטר על הראשונות כיון דכבר יצא זכאי בדין, ובפלוגתא הרמב"ן ור"ז"ה לשיטתו אי מצד קם דינא אי מצד מחילה, ותלוי אי מצד יורד אי מצד נהנה. < בדרכו של הר"ז"ה ורבינו יונה מצד קם דינא, דשייך כבר לפני שהתחיל הנהנה, דדנים דכבר נפסק שהמחיצות לא עומדות לו כלל. < בעיקר דין גילוי דעת דניקף, ובדברי הגרש"ק מדין משתרשיה. <

**פרק ה משנה להלך ה' עמוד א' פלוגתא הראשונים בחיובא דסומך לו כותל, האם זכה בגוף הכותל או דמצד נהנה אתינן עלה, ודרכו של הרמב"ם בסוגי' דמקיף וניקף.** < פלוגתא הנמו"י ורבינו גרשום האם זכה בכותל או דמצד נהנה אתינן עלה. < סברת הנמו"י דבזכה בכותל אתינן עלה מצד מקח וממכר, ודברי הקצוה"ח בזה. < בדברי הנתה"מ דמחלק דהתם נחלקו האם חייבים דמי קנים בזול משא"כ הכא, והחילוק בין מקח וממכר לנהנה. < מביא נפ"מ נוספת בין מקח וממכר ונהנה לגבי קם דינא. < ב' המשניות שני סוגיות נינהו, דין מקח וממכר ודין נהנה, ואיכא ביניהם נפ"מ טובא, ומקשה משיטת הרמב"ם במקיף וניקף, ומיישב דהרמב"ם מודה דלחייא בר רב שני המשניות שני סוגיות נינהו, והוא פוסק כרב הונא. < בסברת רבינו גרשום למה חולק על הנמו"י דליכא הכא מו"מ, ומה החידוש במשנה לשיטתו. < מבאר דלשיטת התוס' ורבינו גרשום שני המשניות אתינן עלה מצד נהנה, וצריכים לבאר את כל החילוקים ביניהם. < הוכחות מהתוס' דלא למד כרבינו יונה והנמו"י, וע"כ רבינו גרשום. < דרכו של רעק"א דתוס' למדו דאיכא חיוב נהנה ע"ש העתיד ודלא כמקיף וניקף, [דלא כהראשונים]. < ביאור הפלוגתא האם שייך חיובא דנהנה ע"ש העתיד, דתלוי אי נהנה מלוה הכתובה בתורה או לא. < ג' ביאורים בדברי רש"י דמגלה דעתו דניחא ליה.

## פרק א

## הערות בפלוגתא הראשונים

<sup>128</sup> מהדו"ק - ישיבת בית שמואל.

**אי מיירי מצד היזק ראייה או מצד מניעת רגלי האדם,  
ואי מיירי בפנימיות או חיצוניות.**

**פלוגתת הראשונים אי מיירי במחיצות החיצונות או פנימיות, ובפלוגתתם אי מיירי מצד רגלי אדם ובהמה או מצד היזק ראייה, ובפלוגתתם האם היכא דנהגו לא לגדור דליכא היזק ראייה האם איכא עכ"פ נהנה מצד היזק ראייה, וי"ל דתלוי אי המחייב הוא מצד נהנה או מצד יורד.**

יש לעיין באיזה מחיצות מיירי הכא, ונחלקו בזה רש"י ותוס' בב"ק [כ':] אי מיירי במחיצת הפנימיות שבין שדהו לשדותיו של חבירו, או בחיצוניות שבין שדה חבירו לרשה"ר, וכתב הרשב"א דהכא משמע כרש"י, מדהביאווהו להך משנה בהד"י שאר משניות דמיירי בינו לבין חבירו, וזה משמע כרש"י, והנחל"ד דייק מהרמב"ם כרש"י מדכתב דהכותל בנוי על מקום שניהם.

והנה, בהגה"ה ברש"י [תוס' מרנא שמואל לרבינו שמואל - רשב"ם] כתב דלא מיירי בין בקעה לבקעה, והיינו כשיטת התוס', והוסיף דמצד רגלי הבהמות מהני המחיצה, ולהכי סגי ב' טפחים.

ופשטות לפי תוס' נמי מיירי מצד רגלי בהמות, דמצד היזק ראייה אכתי איכא היזק ראייה מהשדות של השכן, חוץ אי נימא דהיזק ראייה דרבים גרע טפי, וכנתבאר לעיל [ב':].

אכן הרשב"א כתב דגם לרש"י מיירי מצד הזיקא דרגלי האדם ובהמה, וביאר דכיון דאין היזק ראייה בבקעה, שהרי מיירי במקום שלא נהגו לגדור, שוב י"ל דאין כזה הנאה כבר, וע"כ דמצד רגלי אדם ובהמה.

אבל מרש"י בב"ק [שם] מבואר דמיירי אחרי שכבר הקיף במחיצות חיצוניות, ועכשיו בא להקיף בפנימיות, וא"כ ע"כ דכבר סילק את רגלי האדם ובהמה, וע"כ דעכשיו מצד היזק ראייה אתינן עלה<sup>129</sup>, וצ"ל דרש"י חולק על סברא זו, וס"ל דאף דהיזק ראייה לאו שמה היזק לענין חיוב כותל, אבל בדין נהנה אכתי חשיב כנהנה מהסילוק היזק ראייה.

והעירני בזה תלמיד אחד דיתכן דפליגי בזה, דבאמת איכא קצת היזק ראייה בבקעה כמו בגינה אלא דאינו אלא חודש א' בשנה, ולכן לא סגי בזה לתבוע הרחקה, וכמבואר בתוס' לעיל [ב':], ולפי"ז כיון דאיכא חפצא של היזק שוב אמרינן דסו"ס חשיב כנהנה בשמירה מהך נזק, וזו סברת רש"י, אכן בדעת הרשב"א צ"ל דשיעור כזה של היזק ראייה אינו בכלל נזק כלל, ולא רק דלא תובעין על זה הרחקה, ושוב לא מקרי נהנה מה שנשמר מזה, ועיין בהערה<sup>130</sup>.

<sup>129</sup> והעירני בזה תלמיד אחד דברש"י שם מבואר דהקיפו רק בג' מחיצות, ולא בד' מחיצות, וא"כ לא אהני ליה החיצוניות, אולם יש לדחות - דמפורש ברש"י בהמשך דאם גדר את הרביעית דזה כבר מיירי באופן שלכתחילה כבר קנה ד' שדות, וא"כ הדרא הראיה לדוכתא.

והעירני תלמיד אחד דאיכא הוכחה נוספת דרש"י הכא למד מצד היזק ראייה, שהרי כתב דצריך שומר בעומד בקומותיה, וזה רק לענין היזק ראייה, דמצד רגלי בהמה תמיד אינו רוצה שיסתובבו שם, ודו"ק.

<sup>130</sup> ויש לדון האם רגלי אדם ובהמה בכלל נזק הוא או לא, ואי לא בכלל נזק הוא ואין על זה דין הרחקה נזיקין, א"כ איך אמרינן דשמירה מהיזק של רגלי האדם ובהמה מיקרי נהנה הא אי לאו שמה היזק גם אינו בכלל נהנה, וק"ו הוא, דהיזק ראייה בעלמא הוא "חפצא של נזק" רק דכיון שאין כאן שיעור היזק, דאינו אלא חודש בשנה לכן לא סגי להחשב כנזק גם לענין זה דכבר אינו בכלל נהנה, ולכא"ו אי רגלי אדם ובהמה אינו נזק, אז הפירוש דאינו אפילו חפצא של נזק, ואיך נאמר בזה דין נהנה.

וע"כ שיש בזה דין הרחקה נזיקין, וכל מה שלא מצאנו חיוב מחיצה מצד זה בבקעה הוא משום שכל א' חייב לסגור את הבהמות של רשה"ר מבקעתו בלי שייכות לבקעה של חבירו, וחבירו לא מקרי מזיק כלפי זה, דהנזק בא מרשות הרבים, וצ"ל דגם ליכא תביעה מצד בית שער או עיר שתובעין שמירה והכא נמי יוכלו כמה בקעות כהדי לתובע שמירה א' מחבירו על מחיצה א' גדולה שמונעת רגלי במה מבחוץ, וע"כ דהכא כל א' וא' הוא לבד.

עוד העירוני בזה בביאור סברת הרשב"א דיתכן דהרשב"א סובר דכל המציאות של היזק ראייה אינו היזק אמיתי לולי שתיקנו בזה תקנ"ח דהרחקת נזיקין, וממילא דבבקעה דלא תיקנו דשוב לא חיילא בזה תורת היזק, וממילא דאין כאן מציאות של היזק כלל, ולא שייך בזה נהנה, ורש"י חולק וסובר דאיכא מציאות של היזק גם בלי התקנה, ודו"ק.

ויש להוסיף בזה עוד באופן אחר, דברמב"ן ותוס' ונמו"י מבואר דיסוד החיוב בסוגי' מצד יורד אתינן עלה, והיינו דדיינינן לה כשדה העשויה לגדור אף דנהגו לא לגדור, ועיין בראשונים דסו"ס "ושדה העשויה לגדור וצריכה היא לכך" אף דלא נהגו בזה, ורבינו יונה חולק ולדידיה מדין נהנה אתינן עלה, ולהלן [פרק ב] ביארנו דכו"ע מודי דמדין נהנה חייב רק דחולקים האם צריכים לבא לפרשת יורד כדי לחייב מצד נהנה או לא.

ויתכן דזהו יסוד טענת הרשב"א, שהרי גם הוא למד כדרכו של הרמב"ן דמצד יורד מחייבין ליה, דסובר הרשב"א דלא יתכן דחשיב "עשויה היא לגדור וצריכה היא לכך" אי היזק ראייה לאו שמיה היזק, וע"כ דרק כלפי רגלי אדם ובהמה מיקרי "עשויה היא לגדור וצריכה היא לכך", ומה"ט לא למד כרש"י דמצד היזק ראייה אתינן עלה, אכן בשיטת רש"י י"ל דס"ל כרבינו יונה, דמצד נהנה אתינן עלה ולא מצד יורד, וסו"ס יש בזה נהנה, דנשמר מעין הרע בהך חודש שיש לו תבואה, ודו"ק.

והדברים מדוקדקים ברשב"א, דכשכתב הרשב"א דפטור בלא גדר רוח רביעית כתב הטעם "שלא נהנה", ומיד אח"כ כשבא לחלוק על רש"י דאין הטעם מצד היזק ראייה כיון שנהגו לא לגדור, שם לא כתב שלא נהנה ורק כתב שלא מחייבין ליה, וע"כ כנ"ל, דאף דנהנה אכן אכתי לא מחייבין ליה כיון דאין זה בכלל "עשויה לגדור".

הרי לן דלרש"י מיירי בפנימיות ובד' אמות ומצד היזק ראייה, ולתוס' מיירי בחיצוניות ובי' טפחים ולענין רגלי האדם ובהמה.

ואיכא ביניהם נפ"מ נוספת, דלרש"י הוא צריך לשלם לו חצי מההוצאות של כל מה שבנה, אבל לתוס' דמיירי בחיצוניות, שוב א"צ לשלם ככולם אלא כפי מה שנהנה לפי המיצר שלו, וכבר חילק כן בטור [סי' קנ"ח], מובא בנחל"ד.

### **פלוגתת רש"י ותוס' בלשון הגמ' "היקיפא יתירא" [ב"ק כ':].**

והעירני בזה תלמיד אחד דנחלקו רש"י ותוס' לשיטתייהו, דמבואר בב"ק [כ':] דהמקיף חשיב כחסר בהגך מחיצות כיון שהוא גרם לו "היקיפא יתירא", והקשו התוס' דלשיטתם א"ש, דעיקר ההיקף הוא בשביל עצמם, ורק ה"היקיפא יתירא" [בזה שאין שדותיו צמודות] הוא מחמת השדה הפנימי, אבל לרש"י כל המחיצות הם רק בגללו, ולא שייכא כאן לשון "היקיפא יתירא".

אולם רש"י כבר נזהר מזה שכתב דמיירי שהראשון כבר גדר את החיצוניות, ונמצא דלשון "היקיפא יתירא" א"ש כלפי הפנימיות, שהם "יתירא" על החיצוניות, ודו"ק, שו"ר שכבר דקדק כן רבינו יונה בהדי' דזה כוונת הגמ' "היקיפא יתירא" לפי רש"י.

אכן תוס' לא הבינו כן ברש"י, שהרי לתוס' דמיירי בהיזק רגלי בנ"א הרי ע"כ דליכא חיצוניות ופנימיות, דא"כ הפנימיות לא מועילים כלום, ולדידיה שפיר הקשה דקשה הלשון "היקיפא יתירא", ודו"ק.

**מבאר דלרש"י איכא ב' נידונים, א] מצד תקנת כותל מצד היזק ראייה, ב] מצד נהנה דחייב מצד נהנה על היזק ראייה אף דליכא בזה תקנה.**

והנה מצאנו סתירה ברש"י, דהא דבג' מחיצות אין מחייבין אותו, פירש"י דכמקום שנהגו לא לגדור דמי וזו סיבת הפטור, אבל בב"ק [שם] פרש"י שפטור כיון שאינו נהנה דרק גדר ג' רוחות והרביעית פתוחה, וכן פ' הגה"ה.

ואין כאן סתירה, דרש"י כאן הק' דנתחייבו חצי הוצאת מצד "חיוב כותל" וכתקנת חז"ל, והיינו כמו במשנה ריש פירקין, ועל זה תירץ דבבקה לא נהגו וליכא תקנה, אכן בב"ק הק' דסו"ס נחייבו מצד נהנה, וכמו בגדר כל הד' מחיצות, ועל זה תירץ דאינו נהנה, ועיין היטב בנמו"י דמבואר כנ"ל, דתרי נדונים נינהו.

אכן לפי"ז תמוהין דברי הגה"ה דהוכיח דהכא אינו מצד היזק ראייה, ולא מיירי במחיצות הפנימיות, דא"כ ק' דבבקה הו"ל מקום שנהגו לא לגדור, וק' דלעולם י"ל דמצד ה"חיוב כותל" באמת פטור, ורק מצד נהנה עדיין צריך לשלם, וכדיארנו מהנמו"י דתרי ענינים נינהו.

וצ"ל דהגה"ה בא להוכיח דע"כ אינו מצד היזק ראייה, דאין כאן היזק ראייה כלל, דהרי מיירי בבקה, והיינו כסברת הרשב"א שהזכרנו דהכיא דהיזק ראייה לאו שמיה היזק אז ליכא נהנה בזה.

### **ב' הוכחות דרש"י כאן אזיל בשיטתו בב"ק דמיירי בפנימיות.**

והנה ברש"י כאן נמי יש להוכיח דאזיל לש"י בב"ק ומיירי בפנימיות, דאי בחיצוניות מה הק' כלל דיתחייב מצד שאר משניות שיש חיוב כותל, ועל זה תירץ דמיירי בבקה, דלעולם י"ל דמיירי בגינה אבל מיירי בחיצוניות, ופשוט דאזיל לשיטתו דמיירי בפנימיות.

עוד מבואר כן בהמשך הסוגי' שאמרו שמשלם "לפי מה שגדר", ועיין פרש"י דהיינו חצי ההוצאות, ומכאן מוכרח שוב דאזלי לשיטתו דמיירי בפנימיות דאי בחיצוניות אינו "חצי ההוצאות", רק כפי הנאתו, וכבר הבאנו מהטור [סי' קנ"ח] שכתב בהדי' דבזה איכא נפ"מ בין רש"י לתוס'.

ופלא על רבינו יונה [סוף דבריו במשנה] שכתב דרש"י בב"ב חזר בו מפירושו בב"ק, והכא למד דמיירי במחיצות החיצוניות, וצ"ע.

והעיר הנחל"ד דאיכא נפ"מ נוספת בין רש"י לתוס' דלתוס' סגי ב' טפחים דזה סגי לרגלי בהמות ואדם, ולרש"י בעינן ד' אמות, דלדידיה אתינן עלה מצד היזק ראייה.

**בפלוגתת הראשונים האיך מוחה להפטר מנהנה [וכמבואר בריש פירקין דפטור לשלם בבקה], האם מוחה שאינו רוצה כלל או דסגי ליה בנטיירותא בר זוזא, וביאור הנפ"מ בין הפטור לבנות בבקה מצד תקנת המשנה לחיוב תשלום מצד נהנה.**

יש לעיין לש"י רש"י דמיירי במחיצות הפנימיות בד' אמות ומצד היזק ראייה, א"כ מבואר הכא שאפשר לתבוע תמיד מצד נהנה, וא"כ מה אהני לן דינא דמתני' ריש פירקין דרק במקום שנהגו חייב בבקה, הא תמיד אפשר לחייבו, שיכול לבנות קודם חבירו ושוב יחייבו, והרשב"א תי' בשם הרמב"ן דיכול למחות לכתחילה ולומר שאינו רוצה, ואז פטור גם מדין נהנה.

וכן הוא ברבינו יונה [בעלה בדינו], אלא שהוסיף שמוחה לומר דניחא ליה בבר זוזא, ומשמע דעכ"פ לבר זוזא יכול לטעון ויצטרך לשלם, והרבינו יונה הוכיח מסוגי' דנהנה דאפשר דלטעון כן, ומשמע דליכא טענה פשוטה שאינו רוצה במחיצה כלל, מדהוצרך לזה ק' דלמה אין טענה סתם שאינו רוצה ותו לא, וכשי' הרמב"ן, ועיין נמי ברא"ש דמדוקדק כרבינו יונה, עיי"ש, וצ"ב שורש פלוגתייהו, וזה יבואר להלן [פרק ב].

אולם בעיקר הקושי' דמה אהני לן מתני' ריש פירקין לפטור בקעה, הא סו"ס יתחייב תמיד מצד נהנה, ונראה דאיכא נפ"מ גם בלי מחאה, והוא, דבמשנה הוא תובעו לכתחילה לפני הבנין משא"כ הכא וכן כתב רבינו יונה [במשנה], ועוד שא"כ הוא כבר תובעו גם על מקום הכותל, אבל הכא אין התביעה אלא אחרי הבנין, ולכן לא משכחת לה תביעה על מקום הבנין, ויכול למחות על זה אף בלי למחות על כל הכותל, [אבל פשיטא דהכא מיירי גם



באופן שבונה על מקום של שניהם וכמבואר ברמב"ם, דסו"ס דדומה לעשויה ליטע שג"כ נוטע בתוך של חבריו], אולם נראה דאף אי לא בנה במקום שניהם אכתי מצי תובעו על ההוצאות של מקום הכותל, ודו"ק, ועוד נפ"מ דלפי תקנת המשנה מצי תובעו גם אם ג' רוחות עדיין פתוחות, משא"כ הכא דרק בגדר את כולם יכול לחייבו, ופשוט.

**הערה: מצאנו ג' שיטות בראשונים האם ומתי הוא יכול להפטר בזה שהוא רוצה לבנות את הפנימיות ולכן ליכא הנאה מהחיצוניות.**

יש לעיין דלשיטת התוס' דמיירי בחיצוניות, הא א"כ איך יש כאן דין יורד ודין נהנה, הא יכול לומר שרוצה לבנות את הפנימיות, ואז אין לו שום תועלת מהחיצוניות, ועיין ברשב"א וברמב"ן שמדבריהם נראה דבמקום שנהגו לא לגדור אין כזו טענה, והיינו דהנאה תלויה במנהג, וכיון דלא נהגו כן שוב ליכא טענה שיעשה כן אף שהמקיף עצמו עשה כנגד המנהג. אכן הרשב"א להלן [סוף דבריו על המשנה] כתב שיש כזו טענה, ואה"נ דרק משלם על תנאי שלא יבנה אח"כ את הפנימיות, ואי יבנה יפטר למפרע, ורבינו יונה כתב שתלוי, שאם לא יטעון אז הוא צריך לשלם, ואם הוא יטעון כן אז יהיה פטור, ולא ירדתי לשורש פלוגתא זו.

### פרק ב

#### בעיקר חיובא דמתני',

#### מצד יורד או מצד נהנה.

**בפלוגתא רב הונא וחייא בר רב, בדברי התוס' ובדברי הרמב"ן באינה עשויה לגדור, ובפלוגתא רש"י ותוס' בחיוב דמי קנים, דמה הסברא בזה, ונחלקו לשיטתייהו אי מיירי בחיצוניות או בפנימיות.**

בעיקר פלוגתא רב הונא וחייא בר רב, עיין ברמב"ן [גם במשנה וגם בגמרא] שכתב דפליגי אי אדם עשוי לגדור בעצים ובקנים בר זוזא או לא, דרב הונא סבר דעשוי לגדור באבנים ולכן הו"ל כיוורד בעשוי ליטע דצריך לשלם, דאנן סהדי דניחא ליה, והרי"ז כעושה על פיו וככל חיובא דיורד, וכדיבואר, אבל חייא בר רב ס"ל דעשוי לגדור בקנים בר זוזא, ולכן הו"ל אינו עשוי ליטע, ולכן יכול לומר לו א"צ לשלם על יותר מזה, והוסיף בזה הרמב"ן [במשנה] "דעל יותר מזה יכול לומר לו טול עצים", והוסיף עוד [בגמ'] דפליגי בתרתי, א] האם אבני בנין או קנים, ב] האם כשער הזול או לא].

והנה כאן מיירי בבקעה דלא נהגו לגדור, והגדר "דעשוי לגדור" מבואר כאן ברמב"ן "ושדה העשויה לגדור וצריכה היא לכך", והיינו דאף דלא נהגו לגדור, אכן סו"ס יש בזה תועלת, ולדידיה הגדר במה חשיב "אינה עשויה", היינו דיותר עומד לזרעים מאילנות עיי"ש, משא"כ הכא דרק לא נהגו ותו לא, ודו"ק.

ולהלן יבואר דרבינו יונה סובר דסוגי' זו לא שייכא לדין יורד, ולדידיה אתינן עלה מצד חיובא דנהנה, וי"ל נמי כסברות הנ"ל, אלא דלכן מיקרי נהנה כיון דעשוי לכך, ולחייא בר רב לא מיקרי נהנה כיון דאינו עשויה לכך, ודו"ק.

ולעיל [פרק א] ביארנו דפלוגתא רש"י והראשונים האם שייך לדון הכא מצד היזק ראייה או דכיון דהיזק ראייה לאו שמיה היזק דשוב ליכא בזה תביעה, דגם זה תלוי בפלוגתא הזו האם מחייבין ליה מצד יורד או מצד נהנה, דמצד יורד קשה לומר שמיקרי עשויה לגדור אי לאו שמיה היזק.

והנה בתוס' [ד"ה דמי קנים] הק' דמ"ט דחייא בר רב דאף דהוי כשדה שאינה עשוי' ליטע הא שמין לו וידו על התחתונה וישלם או את היציאות או את השבח, ולכא' מדויק מדבריו דלרב הונא דיינינן ליה כעשוי' ליטע ובזה פליגי, דרק לחייא בר רב דיינינן ליה כאינו

עשוי, ולכן הק' דעדיין ק' שיטת חייא בר רב, ובעיקר קושית התוס' כבר תירץ הרמב"ן בפשיטות דבאינו עשויה ליטע יכול לומר לו טול עציך וה"ה כאן דאומר לו כן, ורק על דמי קנים בזול הוא משלם, וכנ"ל, וקשה דמה נדחקו התוס', וכן הק' הנחל"ד [סוף ד"ה המקיף] וכן הוא בפורת יוסף כאן.

והנראה בזה, דיעויין בנתה"מ [סי' שע"ה ס"ק ב'] שחידש דהך טענה "דטול עציך" ליכא אלא היכא שיכול ליטלו, אבל בצבע שא"א ליטלו התם אין כזה טענה, ונראה דכאן יש לדון, דמצד אחד אפשר ליטלו, אכן מצד שני אינו נוטלו דצריך הוא להנך מחיצות לדידיה, ובפרט לתוס' דמיירי במחיצות החיצוניות שהוא כבר נטלם אצלו לגמרי, וי"ל דזהו פלוגתת תוס' ורמב"ן אי חשיב בזה אפשר ליטלו או לא.

וע"ע בברכ"ש [סי' ח'] שכתבו ששיטת התוס' הוא כרב האי גאון והבעל המאור דס"ל דגם באינה עשויה ליטוע דאינו יכול לומר טול עציך ואבניך.

וכוונת התוס' בתירוץ הוא דגם באינו עשוי, עכ"פ הוא נהנה אח"כ מהשבח שנעשה לו והכא הוא לא נהנה כלל, דזהו טענתו, שהוא אומר דלא נהנה בכלל.

והוסיף תוס' דסגי ליה "בנטירותא בר זוזא" ולא כתב דסגי ליה בשל קנים, והקשה דא"כ למה חייב בשל קנים ותירץ, וכל השו"ט תמוה דהול"ל מתחילה דסגי ליה בשל קנים, וכמבואר כן בהד"ל ברש"י, וצ"ע.

ונראה דרש"י ותוס' פליגי בזה לשיטתייהו, ותלוי אי מיירי בחיצוניות או בפנימיות, דכוונת התוס' בזה הוא שאם היו בונים את הכותל אצלו אז ודאי שהיינו דנים מצד האיכות של המחיצה, שמצטרף כותל טוב ליד חצירו, אבל כיון שאין הכותל אצלו, ואינו אלא משתמש מרחוק, א"כ אין לו אלא את "השימוש" של הכותל ולא את גוף הכותל, וכלפי השימוש אין נפ"מ בין קנים לנטירותא בר זוזא לעכב רגלי בהמת ואדם, ושפיר הוקשה להם לתוס' דא"כ למה שישלם קנים, ועל זה תירץ דצ"ל דע"ז חשיב עשוי ליטע, ודו"ק, והיינו כמוש"כ הרמב"ן דלכו"ע חשיב עכ"פ כעשוי ליטע כלפי קנים.

אולם רש"י חולק דז"ל, "דסגי לי בגדר קנים, וא"א בהוצאה של אבנים", ואזיל לשיטתו, והיינו דרש"י למד דמיירי בפנימיות וא"כ יש לחצירו את גוף הנך מחיצות עצמם ושוב ליכא טענה שיש לו רק את השימוש, ולכן הוצרך רש"י לומר דלא ניחא ליה בהוצאת אבנים.

ונראה דכוונתו בזה דודאי דנהנה גם משל אבנים רק דבהוצאות אינו רוצה, והיינו שטוען "טול אבניך", וכסברת הרמב"ן דסובר דמצי לטוען "טול אבניך".

**בעיקר פלוגתת הראשונים אי מצד נהנה או מצד יורד, ובדברי האבי עזרי דאיכא יורד על הנהנה, ותוספת ביאור בזה דתלוי אי בפרשת נהנה נאמר הלכות במעשה לקיחת הנאה [תוס' ב"ק ק"א].**

והנה בעיקר דברי הראשונים כאן דאתינן עלה הכא מדין יורד, ולכא' קשה מהסוגי' בב"ק [כ:'] שכתב שם דתלוי בפלוגתא דזנוזל"ת, ומה זה שייך דין נהנה לדין יורד.

ועיין היטב ברבינו יונה בארוכה דלמד את הסוגי' מצד נהנה, ולא הביא דינא דיורד, ועיין היטב שהמקור לדבריו הביא מהסוגי' בב"ק דמצד נהנה אתינן עלה ולא מצד יורד, אבל ברמב"ן ותוס' ונמו"י ורשב"א מבואר דאתינן עלה מצד דינא דיורד, ולדידהו צ"ע.

וי"ל עפ"י המבואר בתוס' [ב"ק שם] וכן הוא להלן בתוס' [י"ב: ד"ה כופין], דיסוד הפטור בנהנה בלא חסר הוא מצד דכופין על מידת סדום, וי"ל דזה פטור גם ביורד, וזהו התלי' בגמ' שם, דכמו דבלי חסר מיקרי מידת סדום לענין פטור מחיובא דנהנה, כמו"כ לענין פטור מחיובא דיורד מיקרי מידת סדום.

אכן באבי עזרי שכנים [פרק ג' הלכה ג' - מהדורא רביעאה] כתב דהכא שאני דהכא מיירי דלא נטע את העצים בתוך רשותו של חברו, ואין לו יותר מ"השתמשות במחיצות", וממילא דאין זה יורד ממש, ואין כאן יותר מ"יורד על הנהנה", ואין זה יורד פשוט, ומצד שני אינו נהנה פשוט, דכיון דנעשה לו בעל כרחו, הלכך אינו בפרשת נהנה כפשוטו, ולכן צריכים לבא גם מדין יורד, ולכן אי מצד נהנה פטור באופן שאין חסר, אז שוב אין מה לחייבו גם מצד יורד.

אולם יש לתמוה, דמהו הטענה שזה בעל כרחו, דהא זה אינו מיקרי בע"כ כיון דאנ"ס דניחא ליה, דהרמב"ן כתב בטעמא דחייב יורד "דודאי ניחא ליה", והיינו דבכל יורד יש אנן סהדי דניחא ליה, וכן ראיתי בברכ"ש [סי' ג' ס"ק א'] דהרי"ז כבר כעושה מדעתו, והנמו"י בב"מ [ק"א] כתב יותר דכיון דראה ושתק, הרי"ז כעושה מדעתו, וכ"כ הריטב"א [שם].

ומעתה פשוט שאין לומר דהכא זה בע"כ ולהכי בעינן לפרשת יורד דגם בלי פרשת יורד הרי ניחא ליה, ולמה אין לחייבו מצד נהנה ותו לא, ועו"ק שהרי נהנה פטור בע"כ רק לדעת התוס' ישנים [כתו' ל'], ולא לדעת רש"י והריצב"א [שם].

ועפ"י דרכו נראה ובאופן א' קצת, דבאמת בפרשת נהנה נאמרו הלכות, דבנהנה חידשו התוס' ב"ק [ק"א]. בתי' א' דנהנה נאמר בג' אופנים, או בנהנה ע"י מעשיו או ע"י מעשה בהמתו או ע"י הנאת גופו, וכן הוא ברא"ש [ב"ק פ"ט סוף סי' י"ז], והביאור בזה, דצריך מעשה של לקיחת הנאה, ובתירוץ שני חולקים שם התוס' וסברי דליכא דינא דלקיחת הנאה.

והנפ"מ בין הנך ב' תירוצים הוא אי מקיף וניקף אתינן עלה מצד נהנה, שהרי כאן ליכא מעשה ידיה ואין הנאת הגוף, הלכך לתירוץ ראשון לא שייך לחייבו מצד נהנה, והיינו דכפשוטו סוגי' דמקיף וניקף עומדת כסתירה לתירוץ זה בתוס', דהכא מוכרח דאין הלכות ודינים במעשה הלקיחה, וע"כ דלאו מדין נהנה גרידא אתינן עלה, וע"כ דאהני לן פרשת יורד לחייבו מצד נהנה.

והיינו דאי נימא כהתירוץ הראשון דבעינן דוקא ע"י מעשה, א"כ לפי"ז כבר צריך לבא לפרשת יורד, דאיכא למימר דכיון שהוא עושה ונותן לו מדעתו, הרי"ז כלקיחה ידיה, ונמצא דע"י פרשת יורד הושלם תנאה דלקיחת הנאה, ושפיר מחייבין ליה על ידי פרשת יורד מצד פרשת נהנה.

ומעתה ברור פלוגתת הרמב"ן ורבינו יונה אי אתינן עלה רק מצד נהנה או דבעינן הכא גם הלכות יורד, די"ל דרבינו יונה ס"ל כתירוץ ב' דא"צ "מעשה לקיחת הנאה", והעיקר בזה הוא שנהנה, והרמב"ן ס"ל כתי' א', ולכן לפי רבינו יונה כאן הנהנה מחייב מצד עצמו בלי פרשת יורד, ודו"ק.

ובדברינו אפשר ליישב קושי' חמורה וסתירה גדולה בשיטת הרשב"א ועיין בזה להלן [פרק ג'].

**ביאור פלוגתת הרמב"ן ורבינו יונה לשיטתייהו האם הוא מוחה בפשיטות שאינו רוצה או לא, ותלוי בפלוגתתם האם הסוגי' מיירי מצד נהנה גרידא וא גם מצד יורד על ההנאה.**

ומעתה נראה דזהו נמי הביאור בפלוגתת רבינו יונה והרמב"ן שהבאנו לעיל, דהנה, הבאנו מהרשב"א בשם הרמב"ן דבסוגי' זו תמיד הוא יכול למחות לכתחילה ולומר שאינו רוצה, ואז פטור לשלם, אכן מאידך מבואר ברבינו יונה [בעלה בידינו], שמוחה לומר דניחא ליה בבר זוזא, ומשמע דעכ"פ לבר זוזא יכול לטעון ויצטרך לשלם, והרבינו יונה הוכיח מסוגי' דנהנה דאפשר דלטעון כן, ומשמע דליכא טענה פשוטה שאינו רוצה במחיצה כלל, וק' דלמה אין טענה סתם שאינו רוצה ותו לא, וכשי' הרמב"ן, וצ"ב שורש פלוגתייהו.

וי"ל דתלוי בעיקר דינא דמקיף, דהבאנו לעיל דהרמב"ן כתב דטעמא משום יורד, ובטעמא דחיוב יורד ביאר הרמב"ן כאן, "דודאי נחא ליה", והיינו דבכל יורד יש אנן סהדי דניחא ליה, וכן ראיתי בברכ"ש [סי' ג' ס"ק א'] דהרי"ז כבר כעושה מדעתו, והנמו"י בב"מ [ק"א] כתב יותר דכיון דראה ושתק, הרי"ז כעושה מדעתו, וכ"כ הריטב"א [שם], וזה חידוש לומר דמייירי בראה ושתק וכן תמה האהא"ז [שכנים פ"ג ריש ה"ד]<sup>131</sup>, אבל אף אי לא נימא כן, הרי יש אנן סהדי דודאי היה רוצה, ונמצא דהרי"ז כעושה על פיו, והוסיף הגרנ"ט כאן דשוב הו"ל כמוציא הוצאות על פיו ולכן חייב.

ומעתה פשוט דלכן כתב הרמב"ן שאם ימחה ויאמר שאינו רוצה, דאז כבר פטור, וא"צ לפרש טעמא למה אינו רוצה, דהפקיע את עיקר המחייב במחאתו.

אכן ברבינו יונה שם [עלה בידינו] מבואר דאין הטעם במשנה מצד יורד אלא משום חיוב נהנה, ולכן צריך טענה למה אינו נהנה מזה, דלדידיה א"צ אלא בנטירותא בר זוזא, ובהדי' [שם] ברבינו יונה דלמד טענה זו מתוך סוגי' דנהנה, עייש"ה וכתב הדי' לאהני לן הך טענה לומר דאין כאן נהנה וכלשוננו "ואף דזה נהנה וזה לא חסר חייב, הרי זה טענה נכונה, שא"צ הוצאות בנין זה", ודו"ק.

ועיין להלן [פרק ג'] דפליגי עוד רבינו יונה והרמב"ן לשיטתייהו אי מצד נהנה אי מצד יורד לגבי הפטור על ג' הראשונות, אי שייך הכא מחילה [באופן שבנה את הרביעית], וכבר ביארנו שם דרק שייך מחילה אי נימא דמצד יורד אתינן עלה.

**מבאר דגם בש"ך מצאנו צירוף של יורד ונהנה במאכיל בעל האוכל לבהמת חבירו.**

ונראה לבאר בזה עוד, דמצאנו כעין חידוש זה בש"ך, דהנה כשבהמה אוכלת ברשה"ר הרי"ז חייב מדין נהנה, ואין זה דין משתרשי כמבואר בקצוה"ח [סי' רמ"ו], דהיה יכול להתענות, והיינו דאין כאן יותר מהנאה.

וכתב הש"ך [סי' שצ"א] דלפי תי' א' בתוס' [ב"ק ק"א], הרי אם מישוהו אחר יאכיל את הבהמה בעל כרחיה, הרי אין כאן מעשה בהמתו ואין הנאת גופו ואין פרשת נהנה כלל וכן הביא מהמהרש"ל, אולם יצא לחדש דבאופן שהבעלים של האוכל יאכילו אז יתחייב כבר מדין יורד כיון "דנתכוין להשביח", וזה חידוש.

ונראה דהביאור ב"נתכוין" הוא דאז הוי "כעושה מדעתו", ולכן מיקרי יורד, ונראה דהמקור לצירוף זה בין יורד לנהנה הוא מסוגי' דידן, דגם כאן מצינו יורד על "נהנה", ולא על הממון עצמו<sup>132</sup>.

**ביאור פלוגתת שני התירוצים בתוס' [ופלוגתת רבינו יונה והרמב"ן] האם נאמר הלכה של מעשה לקיחה בנהנה או לא, דפליגי האם נהנה הוי מלוה הכתובה בתורה דמתחייב על המעשה או דחייב מצד ממוני גבך.**

הבאנו לעיל את פלוגתת הראשונים האם אתינן עלה מצד נהנה גרידא או מצד צירוף של נהנה ויורד, וביארנו דפלוגתתם תלויה בעיקר דינא דנהנה האם נאמר בזה הלכות לקיחת הנאה או לא, והיינו כפלוגתת ב' התירוצים של התוס' בב"ק.

<sup>131</sup> והעירני בזה תלמיד אחד - דתמוה מאד לומר דבעינן ראה ושתק לחיוב נהנה שהרי הכא במחיצות מה שייך ראה ושתק, שהרי לרוב ראשנים מייירי במחיצות החיצוניות, ומה לו למחות על מחיצה שחבירו עושה ברשותו, הרי אין זה ענינו ואיזה שתיקה אנו רואים כאן, וגם לרש"י לא ברור דהמחיצה עומד ברשותו, דרק ברמב"ם מפורש שעומד במקום שניהם, וצע"ג.

<sup>132</sup> ועיין בהמשך דברינו שהבאנו בזה ביאור אחר מהברכ"ש, דחידש דתרי סוגי נהנה מצאנו, חד על ההנאה וחד על הממון, ונפ"מ אי דהנהנה על הממון הוא מלוה שאינה כתובה בתורה.

ונראה לבאר את שורש פלוגתתם, ומתחילה עלינו לבאר עיקר האי סברא דבעינן מעשה לקיחה, דלכא' קשה שאם המחייב הוא על ההנאה א"כ מה לי איך הגיע הנאה זו לרשותו הא סו"ס יש כאן הנאה<sup>133</sup>.

וצריכים להקדים בביאור הגדר בחיוב נהנה, דהנה, הברכ"ש הביא שהקשה לגר"ח [סי' ז'] ממה דמצאנו דין קלב"מ בחיוב נהנה, והקשה דחיוב נהנה הוא חיוב מסברא מצד ממוני גבך, ואיך שייך בזה קלב"מ, והשיב לו הגר"ח דאדרבה, דחיוב נהנה אינו חיוב מסברא מצד ממוני גבך, רק שהוא מההלכה דהוי כמלוה הכתובה בתורה.

והיינו דבאמת כבר פליגי הפוסקים האם גם בהלואה או שאר חיובי ממוני גבך דחייב מסברא האם גם בהנך פוטר קלב"מ או לא, וע"כ דלהנך פוסקים מוכרח דאינו חיוב מצד ממוני גבך אלא שמעשה ההנאה מחייבו הלכך מהני בזה פוטר קלב"מ על המעשה כמו דמהני על מעשה מזיק או מעשה גניבה.

ובאמת דבקצוה"ח [סי' ל"ח] מפורש דפשיטא ליה דמהני בזה קלב"מ גם בחוב, ועיין ברשב"א ב"מ [צ"א] שהביא בנידון זה ב' דיעות, ועיין בחי' ר' מאיר שמחה [ב"ק ע':] דס"ל דפליגי בזה אמוראי, ולר"פ מהני קלב"מ בחיוב ממוני בגבך, וע"ע בזה בקהלות יעקב כתובות [סי' כ"ח] מה שהביא בזה.

ונראה דלפי הך צד דאינו ממוני גבך כשאר חוב, אלא דהמעשה נהנה הוא מעשה המחייב, א"כ שפיר י"ל דנאמרו תנאים והלכות בהך מעשה, ונאמרו בזה ג' אופנים, או בנהנה ע"י מעשיו או ע"י מעשה בהמתו או ע"י הנאת גופו, דהמעשה הוא המחייב, ולא גוף הנאה מחייבו, וזהו ש' התוס' בתי' א' וזהו שיטת הרא"ש דבעינן דוקא בהנך אופנים.

ונראה דלדרך השניה בתוס' יתכן לומר דהחיוב הוא על ההנאה עצמו, ולכן א"צ מעשה לקיחה, דגוף ההנאה נמצא גביה הלכך אין כאן תנאים והלכות איך הוא יהנה דהעיקר הוא שיש לו הנאה, ותו לא.

והיינו דשורש השו"ט בין הגר"ח לברכ"ש [בקושי' מקלב"מ] האם חיוב נהנה הוי כמלוה הכתובה בתורה או כמלוה שאינה כתובה בתורה, והשורש בזה הוא, דהאם מחייבין ליה על ה"מעשה נהנה" או דמחייבין ליה על ה"חפצא של נהנה" שזכה בה, וביארנו דיתכן שזה שורש פלוגתת ב' התירוצים בתוס' שם.

ויש סמוכין לסברא זו בתירוץ השני של התוס' ברשב"א, דיעויין ברשב"א בתשובה [ח"ד סי' י"ג] שכתב שאינו משלם כעידית אלא מבינונית, דהוי כשאר בע"ח<sup>134</sup>, והוסיף שם עוד, "אלא ממונו של זה שהיו הפירות שלו בידו של בעל הפרה, שכבר נהנית", ומשמע דדיינינן ליה כ"ממוני גבך", ודלא כהגר"ח.

ונראה דאזיל לשיטתו שהביא שיטה דס"ל דשייך דינא דקלב"מ גם בממוני גבך, וא"כ גם בנהנה שפיר שייך דין קלב"מ, ודו"ק.

איברא דבעיקר נידון זה האם נהנה הוא מלוה הכתובה בתורה או שהוא ממוני גבך כפשוטו, מצאנו ראיה ברורה כהגר"ח דהוי מלוה בכתובה בתורה שחייב במעשיו וכעין מעשה מזיק, דיעויין בסוגי' ב"מ [צ"ט] דכמו דמצאנו במזיק דשמן סאה כנגד כל הבית סאה לראות כמה היזק מצד זה, כמו כן בנהנה שמין כן, ומכאן הוכיח הגרא"ל מאלין [ריש סי' ס"ט] דע"כ

<sup>133</sup> ועיין באמרות אברהם [כיצד הרגל] שהבאנו בזה את דרכו של הגרשש"ק, ועיין שם מה שתמהנו בדבריו.

<sup>134</sup> ועיין בקצוה"ח [סי' שצ"א] דמשלם בזיבורית, דהכא ליכא נעילת דלת, וע"כ דפליגי אי אמרינן בזה לא פלוג [גם בדליכא נעילת דלת] או לא, ותלוי בפלוגתת התוס' ר"פ ב"ק [ז'] ותוס' ב"מ [ע"ז]: דנקטו דלא אמרינן לא פלוג, אכן ברשב"א [גיטין מ"ט] מבואר דאמרינן בזה לא פלוג – דמדויק בדבריו שאם היה בינונית מדרבנן שהיה שייך לא פלוג, עייש"ה, והכא אזיל הרשב"א לשיטתו.

שזה חיוב מחודש דמעשיו מחייבים אותו, דאי נימא כפשוטו, וכמשמעות הפשוטה ברשב"א דממונו גביה, א"כ מה שייך בזה שמין, ופשוט, ודו"ק.

ונראה להוסיף ביאור וגדר בעיקר דברי הגר"ח דהחיוב בא על המעשה נהנה, והיינו דלא קנה את ההנאה אלא דמתחייב על המעשה, והביאור כך: דשאני שוכר חפץ חבירו שמתמש בשל חבירו ממי שנתנו לו רשות להשתמש בחפץ חבירו, דשוכר זכה בגוף ההשתמשות, והשתמשות ידיה הוא, ומשלם על זה שהוא זכה בהשתמשות דבשלו הוא משתמש, אבל בנתינת רשות, הרי לא זכה בהשתמשות וההשתמשות לאו ידיה הוא, דלא זכה בה כלל אלא שיש לו רשות להשתמש בשל חבירו, ונראה דגם בנהנה הוא משתמש בשל חבירו, ולא זוכה בגוף ההשתמשות, ועל המעשה ההשתמשות הוא משלם, ולפי התירוץ השני דזכה בחפצא של ההשתמשות, אז הוי כשוכר דדיינינן ליה דבידיה קמשתמש.

ובדעת הרשב"א ובתירוץ השני של התוס' דביארנו דליכא הלכות ותנאים בנהנה, לדידהו היה נראה דלמדו איפכא, ואדרבה, דבהשתמשות בשל חבירו שלא ברשות הוא זוכה בגוף ההשתמשות, ועל זה הוא צריך לשלם, וזה כעין חיובא דממוני גבך, ודו"ק.

**דרך חדשה בסוגי' ובש"ך מהברכ"ש, דתרי סוגי נהנה נתחדשו, ונפ"מ אי בעי מעשיו או מעשה בהמתו, ומקיף ניקף והש"ך במאכיל לבהמתו מיירי בלי מעשה, ונפ"מ ביניהם אי מדין מלוה הכתבה בתורה הוא או לא.**

עכ"פ לפי מה שנתבאר לעיל בברכ"ש דיסוד דינא דנהנה מצד מלוה הכתובה בתורה אתינן עלה, עפ"י זה חידש הברכ"ש עוד, דהנה, הבאנו לעיל מהש"ך שחידש דלפי תי' א' בתוס' [ב"ק ק"א] דבעינן מעשה האדם או בהמתו, א"כ אם מישוהו אחר יאכיל את הבהמה בעל כרחיה, הרי אין כאן מעשה בהמתו ואין הנאת גופו ואין פרשת נהנה כלל וכן הביא מהמהרש"ל, אולם יצא לחדש דבאופן שהבעלים של האוכל יאכילו או יתחייב כבר מדין יורד כיון "דנתכוין להשביח", וזה חידוש.

וביארנו דכוונתו דגם הכא מצאנו יורד על "נהנה", ולא על הממון עצמו, והמקור מהסוגי' שלנו.

אולם הברכ"ש [ריש סי' ז'] ביארו באופ"א, דחידש דתרי סוגי נהנה מצאנו, חד על המעשה הנאה וחד על הממון של ההנאה שזוכה וקונה, והנפ"מ ביניהם דאי הנהנה הוא על הממון של ההנאה אז לא נאמר החידוש של הגר"ח דהחיוב בא על המעשה והוא מלוה הכתובה בתורה אלא דאז הרי זה כבר מלוה שאינה כתובה בתורה, ושפיר שייך בזה קלב"מ, ודו"ק.

ובזה ביאר את הסוגי' דאף דבסוגיין ליכא דין מעשה גופו ומעשה בהמתו, ואעפ"כ מצאנו דין נהנה, וזה דלא כהסוגי', [ועל זה ביארנו לעיל דמצד דין יורד נתחדש דהוי במקום מעשיו], וחידש הברכ"ש דהכא יש דין חדש של נהנה וזה בהדי' דין יורד, דבזה איכא דין ופרשה חדשה של נהנה שקונה את גוף הממון, וזה המחייב, וזה בלי הדין נהנה הרגיל, ורק בזה לא צריך את הכללים של מעשה גופו ומעשה בהמתו, והיינו דהדין מעשה הוא הלכה מסוימת מצד זה שהמעשה הוא המחייב, ולכן לא בעינן להנך כללים באופן שבעל הממון הוא יורד לתוך נכסיו ונותנו לו, ודו"ק.

והעיר בזה הגר"ש רזובסקי זצ"ל [ס"ק ק"ב], דבזה מבואר נמי סברת הש"ך דכשבעל האוכל מאכילו אז הוא יורד והוא קונה את ההנאה, ולכן חייב גם בלי מעשיו, ודו"ק.

והחילוק בין שני הדרכים הוא כך, דשני הדרכים מודי דתחילת החסרון בנהנה הכא בסוגיין הוא מצד דחסר בגדרים במעשה הלקיחה של הנהנה, וכמבואר בתוס' בב"ק [ק"א], ושני הדרכים מודי דכל מה דאיכא גדרים במעשה הלקיחה הוא משום שאינו זוכה בגוף הנהנה, ורק מתחייב על מעשה הנהנה, אלא דלדרכו של הברכ"ש אהני לן יורד דכבר א"צ לגדרים

במעשה הלקיחה, דכבר זוכה בגוף הנהגה ע"י זה שהבעלים על הנהגה יורד ומקנה לו את הזכות השתמשות, ולדרכינו אינו כן, אלא דביורד גופא הושלם תנאה דמעשה לקיחה, והוי כעושה על פיו, והוא המהנה את עצמו, ודו"ק.

ונפ"מ דלדרכו של הברכ"ש באופן שהוא יורד על הנהגה כבר לא חשיב מלוה הכתובה בתורה, וחייב קלב"מ, ולדרכינו אכתי חשיב מלוה הכתובה בתורה גם באופן של יורד על הנהגה, ופטור בקלב"מ, ודו"ק.

[אלא דגם לדרכינו מצאנו הך גדר חדש בנהגה דזוכה בגוף הנהגה, וזה שיטת התוס' בתירוץ השני ושיטת רבינו יונה אלא דזה מהני גם בלי יורד, ולדידהו תמיד נקטינן דזהו הגדר בדין נהנה, וכבר ליכא קלב"מ].

והגר"ש רוזנבסקי זצ"ל [אות ק"ג בסוף] הוסיף בזה עוד נפ"מ בין הנך תרי מיני יורד בקטן, דלפי הך צד בדברי הרא"ש בשני דיני גזירות דקטן מתחייב בהלואה לכשיגדל ולכא' כל זה בהלואה דהוי מלוה שאינה כתובה בתורה לא כן בנזק דלא מתחייב לכשיגדל דזה כבר חיוב התורה, א"כ ה"ה דיהיה נפ"מ בזה בין הנך תרי מיני חיובי נהנה, [ולדרכו של הברכ"ש יהיה נפ"מ בין נהנה ע"י יורד - דבקטן חייב - לנהנה בלי יורד - דבקטן פטור, ולדרכינו יהיה נפ"מ בזה בין הרמב"ן והראשונים בכל נהנה - דבקטן פטור - לרבינו יונה בכל נהנה - דבקטן חייב].

**מבאר דרש"י ותוס' פליגי [מחיצות פנימיות וחיצוניות] האם נהנה הוא חייב על הזכות בנהנה או על המעשה נהנה, דהזכות בנהנה במחיצות החיצוניות לא מצטרף לשדה הפנימי והוי כמברית ארי, ומוסיף לבאר עפ"י הגרש"ש"ק שחידש דפשיטא דאין המקיף יכול לסתור אפילו את החיצוניות, וע"כ דהמחיצות שייכות לשדה הפנימי והם גודרים אותה.**

ונראה דעפ"י דרכינו הנ"ל דנחלקו רבינו יונה והרמב"ן האם הגדר בנהנה הוא זוכה בגוף ההשתמשות [מלוה שאינה כתובה בתורה] או דמתחייב על המעשה נהנה [מלוה הכתובה בתורה], בזה יש מקום לבאר את שורש פלוגתת רש"י ותוס' האם מיירי במחיצות החיצוניות לפי סברת הגהות חו"י על הרי"ף.

דהנה בהגהות חו"י על הרי"ף [אות ב] ה'ק' דלתוס' דמיירי במחיצות החיצוניות הא אינו אלא מברית ארי מנכסי חבירו דפטור, והוסיף בזה עוד לבאר, דבשלמא לרש"י שפיר יש כאן חיוב כיון דמיירי במחיצות הפנימיות, אבל לתוס' אין זה אלא מברית ארי, והביא מתוס' ב"ק [נ"ח] דכאן החיוב הוא כעין יורד ואינו כמברית ארי, והק' דבחיצוניות לא שייך יורד.

ובביאור דבריו נראה, דאם לא נוכל לדון את ההשתמשות של המחיצות כהשבחה בגוף השדה שוב הדרא לן דאינו אלא מניעת היזק ואינו אלא כמברית ארי, ורק אם דנים את הנהנה כהשבחה בגוף השדה אז הוא דאמרינן שיש כאן חיובא דנהנה, ובוה חלוק הפנימיות מהחיצוניות, דכלפי הפנימיות אמרינן דהשדה עצמה מוקפת ויש בה את המחיצות הללו, אבל ככלפי החיצוניות אמרינן דהמחיצות רק עומדות מן הצד כמניעה, ומעכבים את הנזק כמברית ארי.

אולם נראה דיתכן דזה תלוי בשני הצדדים בנהנה, דאי מחייבין על זה שיש בשדה הפנימי את החפצא של ההשתמשות של המחיצות, בזה שפיר מחלקין בין בפנימיות לחיצוניות, אבל אי מחייבין על זה שבשדה הפנימי יש מעשה השתמשות במחיצות, א"כ גם בחיצוניות איכא מעשה השתמשות, וזה סגי להוציא מכלל מברית ארי, ודו"ק.

ויש להוסיף כאן, דהנה יעויין בחי' הגרש"ש"ק זצ"ל [ב"ב ריש סי' ד'] דהעיר הערה גדולה, דזה ברור דאי מחייבין ליה לשלם מדין נהנה, אז אינו יכול לסתור את המחיצות, וצ"ל דגם

אי מיירי במחיצות החיצוניות דג"כ אינו יכול לסותרם, והיינו ע"כ שיש לו זכות בהנך מחיצות שהם גודרים את שדהו, ועיי"ש שדן דבאיזה קנין זכה בהם, וביאר דודאי דלא זכה בגוף המחיצות אלא בהשתמשות המחיצות, ולזה סגי בקנין ע"י תחילת ההשתמשות, עיי"ש, עכ"פ מכל זה מבואר דודאי שיש צירוף בין השתמשות המחיצות לגוף השדה, שהם שייכי לשדה לענין זה שהוא זכה בהם זכות השתמשות, ואל"כ אין זה אלא בכלל מבריה ארי, וזהו הנידון כאן, האם החפצא של ההשתמשות של המחיצות שייכי לשדה לענין שבהשתמשות בשדה הוא זוכה בהם שכבר אינו יכול לסותרם, או לא, ודו"ק.

**מבאר עוד בזה עפ"י מה דנחלקו ביסוד חיובא דיורד אי הוי מצד "ממוני גבך" ואז לא שייך לצירוף עם נהנה, או דמצד מוציא ממון על פיו אתינן עלה, ומביא דכבר פליגי בזה הראשונים, דפליגי האם היורד עצמו יכול לומר "אטול עצי ואבני".**

אולם יתכן לבאר את כוונתו של הגהות חו"י על הרי"ף באופן אחר, דחידש כאן מהלך בגדר דין יורד, דס"ל דיורד הוא דין "משביח" וזה דין "ממוני גבך", וכשיש לפנימי "השתמשות בעלמא" בכתלים של החיצוני, דאז אין זה "ממוני גבך", וסובר דזה המקור לשיטת רש"י דמיירי בפנימיות, שהרי בחיצוניות ס"ל לרש"י דליכא דין יורד כלל, ובלי יורד ליכא לחייבו מצד נהנה דחסר בלקיחת הנאה, ורק בפנימיות איכא למימר דגופן של כתלים עומדים כאן.

אכן תוס' ע"כ למדו דיסוד דינא דיורד אינו מצד ממוני גבך אלא מצד זה שהוא "עושה שליחותו" "ועושה מדעתו", וכדהבאנו מהגרנ"ט דהוי כמוציא ממון על פיו, וזה כדהביא מהנמו"י וריטב"א בב"מ [ק"א], ולכן שפיר שייך לצרף דין יורד לדין נהנה, והיינו דבזה שהוא עושה על פיו אמרינן דהושלם בזה תנאה דלקיחת הנאה בפרשת נהנה, אבל אי תחילת דינו של פרשת יורד הוא בזה שממוני גבך, א"כ לא שייכא כלל ללקיחת הנאה באופן שאינו אצלו אלא במחיצות החיצוניות.

ובאמת דכבר פליגי בזה הראשונים האם יורד מדין ממוני גבך הוא או מצד שהוא "עושה בשליחותו", דיעויין בחי' הגרנ"ט שהביא פלוגתא הראשונים בשטמ"ק [ב"מ ק"א] האם היורד עצמו יכול לומר "אטול עצי ואבני", דלדעת הרא"ה כבר זכה בהם בעל השדה ולדעת הרשב"א יכול לומר כן כל עוד שלא אמר בעל השדה דמיהן אני נותן, ומבואר דפליגי האם כל החיוב מתחיל מזה שהוא קנה את האבנין ועצים [רא"ה] או דגם בלי לקנות חייב כיון שעשה על פיו [רשב"א], וזה כפלוגתא הנ"ל.

וביאר בזה את שיטת הרמב"ם דמיירי דוקא במחיצות הפנימיות והוסיף, "ובלבד שיהיה מקום הכותל לשניהם", והראב"ד פליג, וביאר דפליגי בדין יורד האם בעינן שיקנה את הממון וזה דוקא בעומד במקום שניהם, אבל אי מצד עושה על פיו א"צ שיהיה על מקום שניהם.

ויש להעיר בכל זה עוד, דלעיל הבאנו ב' דרכים בצירוף נהנה ויורד, דלדרכו של הברכ"ש משתנה הגדר בנהנה וזוכה בממונא דנהנה, והוי כבר כמלוה של כתובה בתורה, ולדרכינו שרק הושלמה מעשה הלקיחה אכתי הוי בכלל מלוה הכתובה בתורה, ונראה דגם זה תלוי בהנ"ל, דאי ביורד אתינן עלה מצד ממוני גבך, אז ע"כ צ"ל כדרכו של הברכ"ש, ודו"ק.



## פרק ג

## מהלך מחודש בביאור שיטת הרשב"א

## דהמחייב מצד היזק ראייה ומצד רגלי האדם ובהמה כהדדי.

## סתירה ברשב"א האם מיירי מצד רגלי האדם ובהמה או מצד היזק ראייה.

בשיטת הרשב"א איכא סתירה גדולה, דהנה, בתחילת הרשב"א מבואר דלאו מצד היזק ראייה אתינן עלה כיון דהיזק ראייה לאו שמיה היזק וע"כ דמצד רגלי האדם ובהמה אתינן עלה, והרשב"א למד דמיירי במחיצות הפנימיות, ומבואר ברשב"א דליכא חשש רגלי האדם ובהמה מרשות א' על חבירו אלא מצד רגלי האדם מרשות הרבים, ובהמשך דבריו הקשה הרשב"א דלרש"י דמיירי בפנימיות הא' א"כ ליכא הכא "הקיפא יתירא", ותירץ, דמיירי שכבר עשה לעצמו מחיצות חיצוניות נגד רגלי האדם, וכש"כ שידאג לעצמו לפני שידאג בזה לחבירו.

ולפי"ז צ"ל דלדעת הרשב"א מיירי שהוא מצידו בנה את הפנימיות מצד היזק ראייה אף דלאו שמיה היזק, [דאין לו צורך אחר בהם], רק שתובע את חבירו מצד היזק רגלי האדם, דאין תביעת נהנה על היזק ראייה, וע"כ דגובה המחיצות הם ד' אמות. וא"ש דיוק גדול ברשב"א, דבתחילת דבריו דחה שאין כאן כותל מצד היזק ראייה אלא מצד רגלי האדם, ולמה לא הוסיף דא"כ כבר מיירי ב' טפחים, [וכמו שהוסיף בזה הרשב"ם ברש"י], והתשובה, דמטעם אחר מיירי בד' אמות, וזה משום דמיירי בפנימיות, ואין לו תועלת בפנימיות אלא מצד היזק ראייה.

איברא דהעירני בזה תלמיד אחד, דלפי"ז הרשב"א סותר משנתו, דבתחילת דבריו מבואר דליכא תביעה מצד היזק ראייה, אלא מצד רגלי האדם, ולמסקנת הרשב"א מיירי כשיש כבר חיצוניות, וא"כ ע"כ דליכא תביעה על הפנימיות מצד רגלי האדם, דלא אהני לן כלום הנך מחיצות לשמור מרגלי האדם כיון שיש כבר חיצוניות, וצע"ג.

והיה אפשר לומר דלעולם התביעה היא מצד רגלי האדם ובהמה על הפנימיות, והביאר כך, דיתכן דהרשב"א מודה דאפשר לחייב את הפנימי מצד המחיצות החיצוניות ג"כ, וא"כ עד כמה שהפנימי טוען שאין לו הנאה בפנימיות מצד רגלי האדם ובהמה מחמת החיצוניות, א"כ המקיף יחייבו מצד החיצוניות עצמן מצד רגלי האדם ובהמה, וע"כ דהפנימי יחזור לתביעה מצד הפנימי, דזה פחות, ודו"ק.

אולם נראה דזה אינו דאי נימא דהרשב"א מודה שאפר לחייב גם מצד החיצוניות, א"כ למה לו לדחוק דמיירי בפנימיות היקפא יתירא הוא מחמת החיצוניות, הא יותר הול"ל דמיירי באמת מצד החיצוניות עצמן ואז היקפא יתירא א"ש כפשוטו, וע"כ שהרשב"א חולק, ולדעתו א"א לחייב כלל מצד החיצוניות, דדינן כמבריה ארי, וכדהבאנו לעיל [ס"ק י"ג] דבזה פליגי רש"י ותוס', ושוב הדרא הקושי' לדוכתא, דע"כ דהפנימיות אהני לן רק מצד היזק ראייה, ולא מצד רגלי האדם ובהמה, והרשב"א סותר משנתו.

**מבאר דטעמא דהרשב"א דלא יתכן לחייב מצד היזק ראייה אינו משום שאין כאן חפצא של היזק, אלא משום דחסר בפרשת יורד, דלא מיקרי עשויה לגדור.**

והנראה בזה, ונקדים בזה בדברינו לעיל [ס"ק א'], דהבאנו את פלוגתת הרשב"א ורש"י האם שייך כאן נהנה מצד היזק ראייה אי היזק ראייה בבקעה לאו שמיה היזק או לא, וביארנו דפלוגתתם תלוי בפלוגתא אחרת, דברמב"ן ותוס' ונמו"י מבואר דיסוד החיוב בסוגי' מצד יורד אתינן עלה, והיינו דדיינינן לה כשדה העשויה לגדור אף דנהגו לא לגדור, ועיין בראשונים דסו"ס "ושדה העשויה לגדור וצריכה היא לכך" אף דלא נהגו בזה, ורבינו יונה

חולק ולדידיה מדין נהנה אתינן עלה, ולעיל [ס"ק ח'] ביארנו דכו"ע מודי דמדין נהנה חייב רק דחולקים האם צריכים לבא לפרשת יורד כדי לחייב מצד נהנה או לא.

ויתכן דזהו יסוד טענת הרשב"א, שהרי גם הוא למד כדרכו של הרמב"ן דמצד יורד מחייבין ליה, דסובר הרשב"א דלא יתכן דחשיב "עשויה היא לגדור וצריכה היא לכך" אי היזק ראייה לאו שמיה היזק, וע"כ דרק כלפי רגלי אדם ובהמה מיקרי "עשויה היא לגדור וצריכה היא לכך", ומה"ט לא למד כרש"י דמצד היזק ראייה אתינן עלה, אכן בשיטת רש"י י"ל דס"ל כרבינו יונה, דמצד נהנה גרידא אתינן עלה ולא מצד יורד, וסו"ס יש בזה נהנה, דנשמר מעין הרע בהך חודש שיש לו תבואה, ולזה מודה הרשב"א, דאיכא כאן חפצא של נהנה, אלא דכיון דחסר בפרשת יורד שוב ליכא לחייבו מצד הנהנה, ודו"ק.

**מבאר דלפי"ז יתכן דמצד יורד אתינן עלה מצד רגלי האדם ובהמה, אכן מצד נהנה המחייב הוא ההיזק ראייה.**

ומעתה נראה עוד, דיתכן דגם אי איכא כבר חיצוניות ששומרות מצד רגלי האדם ובהמה, הא סו"ס השדה מצד עצמה מיקרי "עשויה לגדור" גם מצד רגלי האדם ובהמה, דכיון דתמיד יש אפשרות למקיף להרוס את המחיצות החיצוניות, ויצטרך לגדור מצד רגלי האדם ובהמה, א"כ השדה מצד עצמה אכתי מיקרי עשויה לגדור מצד רגלי האדם ובהמה, ולכן יש כאן פרשת יורד על הגידור מצד רגלי האדם ובהמה, דסו"ס אכתי מיקרי שעושה על פיו.

אולם פשיטא דלא יתכן לחייבו על זה, דסו"ס אין כאן נהנה, דליכא שום שימוש בהנך מחיצות מצד רגלי האדם ובהמה כל זמן שהחיצוניות עומדות ושומרות בפועל מצד רגלי האדם ובהמה, דאף דהמחיצות החיצוניות חשיבי כמבירה ארי ואין לחייב מצידם אכן סו"ס בפועל אין כאן רגלי האדם ובהמה, ושוב אין כאן שום שימוש בהנך מחיצות ופשוט.

איברא דהשתא נראה לחדש, דאיכא כבר מחייב מצד הנהנה של היזק ראייה, דכבר נתבאר, דכל מה דליכא מחייב מצד הנהנה של היזק ראייה, היינו משום דלא מיקרי עשויה לגדור כלפי זה, וחסר בפרשת יורד, והיינו דבכל יורד הוא מוציא ממון על פיו, והכא הוא לא מוציא ממון על פיו, אכן אי ממילא חשיב כעשויה לגדור מצד רגלי האדם ובהמה, וכלפי זה יכול להשקיע ומיקרי מוציא ממון על פיו, שוב כבר דיינינן ליה כיורד, ושוב מיקרי נהנה גם מצד ההיזק ראייה, ודו"ק.

והיינו שיש לדון דשדה שעשויה ליטע פירות, ונטע פירות, אלא דמחמת "זנות הארץ" גדלה תבואה במקומה [ועיין כעין זה בירושלמי ריש כלאים דכשהיו זורעים חיטה היה מוציא זונין, וזה מיקרי "זנות הארץ"], דהיכי נדיינא להאי דינא, דנראה דמצד פרשת יורד אפשר לחייבו כיון דבכל יורד הוא מוציא ממון על פיו וגם הכא ההוצאה הוא על פיו כיון שזה עשויה ליטע פירות, אלא דא"צ לשלם על פירות כיון שבסוף הוא לא קיבל פירות, אכן סו"ס כיון שיש כאן נהנה על תבואה שפיר מצי לחייבו מצד הנהנה על תבואה אף דכלפי תבואה לא מיקרי יורד, ודו"ק.

וה"ה בנד"ד, דמצד יורד אין מחייב על היזק ראייה, אכן אחרי שחל כאן הלכה של יורד מצד רגלי האדם ובהמה, שוב הדרא כאן הדין נהנה מצד היזק ראייה, וא"ש דברי הרשב"א.

## פרק ד

### בפלוגתת ת"ק ור"י,

**ובפטור על ג' הראשונות מצד קם דינא ומצד מחילה**

**ובדין עמד ניקף מדין קא משתרשיה ליה.**

### תמצית הסוגי'.

מצאנו כמה דרכים בסוגי' בביאור פלוגתת ר"י ות"ק:

[א] לרב הונא נחלקו בזה דלר"י הכל לפי מה שגדר ולרבנן מקילין בדמי קנים בזול.  
 [ב] לחייא בר רב נחלקו בזה דלר"י משלם דמי קנים בזול ולרבנן מקילין בדמי נטירותא,  
 והיינו דמי שומר.

[ג] לר"י בגדר רביעית חייב לשלם על כולם, ולרבנן מקילין ורק חייב על הרביעית ולא על  
 ג' הראשונות.

[ד] לר"י חייב על כל הד' רוחות ולרבנן רק בעמד ניקף חייב על כולם אבל בעמד מקיף  
 והקיף את הרביעית אז מקילין ואז חייב הניקף רק על הרביעית.

[ה] לרבנן מחמירין עליו ותמיד מגלגלין עליו את כולם ולר"י רק מגלגלין בעמד ניקף,  
 ולישנא זו האחרונה אזלא כהסוגי' דב"ק.

ויש כאן הערה, דלישנא ב' דפירש רש"י "דמי שומר" לדידיה מוכרח לכאן דמהני השומר  
 רק לשמור מרגלי אדם ובהמות ולא מדין היזק ראייה, ודלא כפירש"י דלמד דמצד היזק  
 ראייה אתינן עלה, אכן עין במאירי דנראה דמדין היזק ראייה אכתי מהני ע"י שומר שלא  
 יעמדו שם הרבה להסתכל.

**בדברי רש"י דפוטור על הראשונות כיון דכבר יצא זכאי בדין, ובפלוגת הרמב"ן  
 ורז"ה לשיטתו אי מצד קם דינא אי מצד מחילה, ותלוי אי מצד יורד אי מצד נהנה.**

והנה בסברת רבנן בלישנא ג' עיין ברש"י שפירש שכבר יצא מהן זכאי בבי"ד, ותוס' חולק,  
 והק' עליו דגם דברביעית יצא זכאי עד הטפח האחרון, ובביאור שי' רש"י עיין רבינו יונה  
 דכבר נפסק בבי"ד בג' רוחות דין כאן נהנה כלל, ופוטור דקם דינא, ולא יתחייב שוב עליהם,  
 ולרבי יוסי אמרינן הדר דינא.

וכן פי' הרז"ה, והוסיף שהעמידוהו לדין בג' רוחות ובי"ד פטרוהו, ונראה דבזה מיושב מה  
 שהקשו התוס' דבאמצע מחיצה לא מעמידים אותו לדין, רק בשגמר.

אכן הרמב"ן במלחמות בסוף דבריו [וחד לישנא לחי' בר רב] כתב הטעם דהוי מחילה,  
 דלכתחילה רק עשה שלש, ומחל כיון דיודע דאין על מה לתבוע, ולר"י לא מחל.

וק' דהרי מה מהני מחילה, הא הנהנה ממשיך גם אח"כ, וכתב הרמב"ן דכבר אינו יורד,  
 דיורד הוא רק באדעתא להשתלם, משא"כ כאן, ונראה דזה לשיטתו, אבל לרבינו יונה  
 דליכא הכא הלכות יורד, ורק מצד נהנה אתינן עלה, א"כ הרי א"א למחול, ולכן לשיטתו  
 מבאר מצד קם דינא, וכן מדויק ברמב"ן דרק מחמת יורד שייך מחילה.

ובביאור שי' תוס' נראה בכוונתו דמדין יורד אתינן עלה, וס"ל דליכא אנ"ס כלל דניחא ליה  
 במחיצות, ורק מתחיל האנ"ס על המחיצה האחרונה, ורק אז מתחיל דינא דיורד.

**בדרכו של הרז"ה ורבינו יונה מצד קם דינא, דשייך כבר לפני שהתחיל הנהנה, דדנים  
 דכבר נפסק שהמחיצות לא עומדות לו כלל.**

איברא דדרכו של רבינו יונה והרז"ה תמוה, שהרי קם דינא שייך בד' שדות והשדה באמצע  
 נאבד לו דרך, דאז כאו"א אומר הממע"ה, ונפסק שאין לו דרך, ושוב קנה א' את כל  
 השדות, דאף דממנפ"ש יש לו דרך אצלו אכן כיון שכבר נפסק הדין קם דינא ואין לו דרך,  
 אבל כאן לא נפסק שום דין, דאכתי אין כאן נהנה על הג' רוחות, שהרי פשוט שלא היה כאן  
 הנאה כלל, ואין על מה לדון כלל ולמה נפסק שאין לו עליו טענה ותביעה לפני דחיילא  
 עיקר התביעה, ואיך שייך בזה קם דינא<sup>135</sup>.

<sup>135</sup> ועיין בחידושי ר' נחום [ס"ק ע"ה] ובשיעורי ר' שמואל [ס"ק ק"ו] שני דרכים בזה.

והנ' בזה, דיסוד הפטור בזנוזל"ח כבר נתבאר בארוכה דדנים דההנאה לא הגיע מהשני, אלא שנוצר מממנו וע"י שחסר שוב דנים שבא ממנו [וע' בזה באמרות אברהם פרק כיצד הרגל בארוכה].

ונראה לחדש שיש עוד אופן שנוצר הנאה בלי שבא ממנו, והוא במחיצות, דכיון דהמחיצות הם בשביל המקיף, שהוא עשאו לעצמו, א"כ המחיצות משמשות ועומדות לחצירו, רק שגם הניקף יש לו שימוש מהם, אכן אם אנחנו דנים שהשימוש של המחיצות מצד עצמם הם למקיף כיון שעשאו לעצמו בחצירו, [ואף לרש"י שזה בינו לניקף, אכתי אין ראייה שזה עומד חצי על שדהו, ורק לרמב"ם מיירי שעומד על חצי של חבירו ג"כ - עיין קצוה"ח], והשימוש שהניקף הוציא הוא שימוש שהוא "המציא", ואין זה נהנה מחבירו, וכעין הנאה בלי חסר, ורק דכאן גם כשיש חסר אין זה ממנו, וכל מה שזה ממנו הוא משום שנתחדש שדנים שהמחיצות מצד עצמם משמשות גם את הניקף, וממילא דכבר י"ל דהנהגה הוא מחבירו.

והיינו, שכשתובע המקיף לניקף, הוא תובעו בתרתי, א] הוא תובעו על זה שהמחיצות נעשות ועומדות גם עבור הניקף, ב] ממילא הוא כבר תובע עבור הנהגה והשימוש שיוצא לו מהנך מחיצות, ועיין בזה בהערה <sup>136</sup>.

ומעתה י"ל, דכשתובעו לדין כשיש ג' מחיצות, אז נפסק כבר וקם דינא בגות המחיצות, דכיון דאכתי ליכא שום התחלה של נהנה א"כ ע"כ דהנך ממחיצות לא עומדות כלל בשבילו, ורק עומדות למקיף שבנאן ברשותו, ואף דא"א לפסוק שהוא פטור על הנהגה כיון דאכתי לא התחיל הנדיון בזה, אבל זה כבר נפסק בדין שמחיצות עומדות רק בשבילו ושייך ע"ז קם דינא.

ולכן גם אם אח"כ יהיה הנאה ושימוש לחבירו מהך מחיצות, אכתי דנים שהוא יצר את השימוש, דמצד המחיצות עצמם אין השימוש עומד לניקף, וכאליו המציא מעצמו את השימוש, ודו"ק.

### **בעיקר דין גילוי דעת דניקף, ובדברי הגרש"ש"ק מדין משתרשיה.**

ע' קצוה"ח [סי' קנ"ח ס"ק ו'] דמבאר לש' רש"י ור"מ דמייר בפנימיות די"ל דאז זוכה לו חצירו, והיינו דאף דמצד נהנה פטור דזנוזל"ח פטור, אבל זוכה בגוף המחיצות, אכן לתוס' צ"ב, וכתבו התוס' בב"ק [שם] דגלי אדעת' דניחא ליה בהוצאה [ואינו כדר בחצר חבירו בחינם], וצ"ב דאיזה מעלה יש כאן, ובתוס' מבואר עוד, דבזה כבר לא אכפת לן מה דליכא חסר, וחייב בנהנה בלי חסר, והסברא בזה צ"ב.

והגרש"ש"ק [ב"ק סי' י"ט אות ו', ושערי יושר ש"ג פכ"ה] ביאר דמדין משתרשי ליה אתינן עלה, והיינו דיסוד הדבר הוא כך: בחולין [קל"א] מבואר דאנסו בית המלך ונתן לו תרו"מ חייב, דקא משתרשי ליה, והק' התוס' דאוכל מתנות כהונה נמי יהיה חייב, ולמה פטור מצד ממון שאין לו תובעין, ותי' דתמיד יש טענה שהייתי מתענה, והק' הקצוה"ח [סי' רמ"ו בסוף] דבאלו נערו חייב על נהנה גם באכילה, ומבואר דאין כאן טענת הייתי מתענה, ומבואר דיש ב' דינים, דין נהנה ודין משתרשי א] בדין נהנה חייב גם אי היה יכול להתענות, ובדין משתרשי פטור, ב] בדין נהנה פטור בממון שאין לו תובעין ובמשתרשי ליה חייב.

<sup>136</sup> ונראה להוסיף בזה, דכבר הבאנו לעיל מח' הגרש"ש"ק צ"ל [ב"ב ריש סי' ד'] דהעיר דברור דאי מחייבין ליה לשלם מדין נהנה, דאז פשיטא דאינו יכול לסתור את המחיצות, וצ"ל דגם אי מיירי במחיצות החיצוניות דג"כ אינו יכול לסותרם, והיינו ע"כ שיש לו זכות בהנך מחיצות שהם גודרים את שדהו, וכל זה רק שייך אחרי שנפסק שהמחיצות הם מחיצות שגודרות את הפנימי, והם מחיצות של שדה זו, וע"כ דגם זה בכלל התביעה שהמחיצות שייכי להתם, ודו"ק.

והביאור בחילוק זה הוא דבמשתרשי ליה הוא יוצר "ממוני גבך", דממון של תרו"מ מרויח לו ממון ידידיה כיון שיש ודאות שבית המלך היה לוקחו, משא"כ אם "הייתי מתענה" דבאכילה אין ודאות, ושוב אין "ממוני גבך", אלא שיש טענה בעלמא על המעשה נהנה, ועל מעשה נהנה חייב, ולא במקום שאין לו תובעין, אבל במשתרשי ליה חייב גם באין לו תובעין שהרי יש כאן אצלו ממון של כהן.

ועפי"ז הסתפק הגר"ש רוזובסקי זצ"ל [להלן ח' ס"ק ק"פ] דלפי הך צד בדברי הרא"ש בשני דייני גזירות דקטן מתחייב בהלואה לכשיגדל ולכאן כל זה בהלואה דהוי מלוה שאינה כתובה בתורה לא כן בנזק דלא מתחייב לכשיגדל דזה כבר חיוב התורה, א"כ ה"ה דיהיה נפ"מ בזה בין קמשתרשי ליה דדומה להלואה דדמוני גבך לחיובי נהנה שהוא מלוה כתובה בתורה, ודו"ק.

ועפי"ז ביאר הגרש"ש"ק דכיון דגילה דעתו לשלם על המחיצות, הרי דאצלו הם שוין ממון, וממילא דהוי כבר בכלל קמשתרשי ליה, ולכו"ע חייב, דאף אי זנוול"ח פטור היינו מצד פרשת נהנה דבאים להתחייב על המעשה נהנה, אבל בקמשתרשי ליה אינו כן, דאכתי חייב על הממון עצמו.

אולם הגרש"ש"ק [שם סי' כ'] תמה, דכל הגילוי דעת הוא רק על דמי המחיצה הרביעית, ואין מזה ראייה דדמי כל המחיצות שוין לו ממון, וצע"ג, ועוד יש לתמוה בעיקר סברת הגרש"ש"ק, דע"כ דמי שגילה דעתו דמוכן לשלם דלא הוי קמשתרשי, דא"כ איך אמרינן הייתי מתענה, הא כל יום הוא משלם על אוכל ומה טענתו דהיום הייתי מתענה, וע"כ דרק באופן שלא שייך כגון באנסו בית המלך, התם קמשתרשי ליה, אבל היכא דתמיד מוכן לשלם אכן כיון דאכתי לא מוכרח לשלם, שסו"ס הוא יכול להתענות, שוב לא מיקרי קמשתרשי ליה, וצע"ג.

## פרק ה

### משנה להלן ה' עמוד א'

**פלוגתת הראשונים בחיובא דסומך לו כותל,  
האם זכה בגוף הכותל או דמצד נהנה אתינן עלה,  
ודרכו של הרמב"ם בסוגי' דמקיף וניקף.**

**פלוגתת הנמו"י ורבינו גרשום האם זכה בכותל או דמצד נהנה אתינן עלה.**

מבואר במשנה דחייב לשם מצד נהנה על הכותל שלמעלה מד' אמות כשסמך לו כותל אחר כיון שבזה הוא יכול לעשות תקרה, וקשה דבמשנה הקודמת יש לו הנאה כבר עכשיו מההיזק ראייה ומבהמות שלא יכולים לעבור והכא הוא עדיין לא בנה את התקרה, ואיזה נהנה יש כאן, כן הקשו בריטב"א ובנמו"י.

ועיין רבינו גרשום דרצה לומר דבאמת רק מיירי באופן שהוא כבר עשה את התקרה, ולמד דמה שכתוב במשנה דלא העמיד עליו את התקרה, דהכוונה בזה הוא דהעמידו על קונדסין כנגד הכותל, והמשנה באה לחדש דגם זה מיקרי נהנה, דאף דהכתל עצמו לא מחזיק לו את התקרה אכן כיון שהוא משתמש בו ככותל בבית, דהעמיד כנגד קונדסין שוב חשיב כנהנה.

אולם הנמו"י עצמו כתב דכיון דזכה בגוף הכותל שוב אמרינן דחייב אף דעדיין לא בנה את התקרה, והיינו דהנמו"י כתב דחייב אף דעדיין לא העמיד את התקרה כיון שגילה דעתו שרוצה בה, ושוב הקשה דאיך קנה ותירץ מצד קנין חצר, וקשה דלמה פשיטא ליה דקנה מחמת הגילוי דעת, וע"כ דבלאו הכי לא שייך לחייבו על מה שעתיד להעמיד תקרה.

ובעיקר קנין חצר צ"ל דאף דהך תוספת למעלה מד' אמות בנוי על כותל המשותף, ואין שותף קונה מחבירו בחצר המשותפת, אכן הכא החצר הוא מהקום שמתחת לכותל, וזה חצירו שקונה לו.

### סברת הנמו"י דבזכה בכותל אתינן עלה מצד מקח וממכר, ודברי הקצוה"ח בזה.

והסברא בזה מבואר כבר בקצוה"ח [סי' קנ"ח ס"ק ו'] בביאורו לשיטת הרמב"ם בסוגי' דמקיף וניקף, דכתב הרמב"ם דבמקיף וניקף חייב הניקף במחצית הכותל רק כשהכותל בנוי על מקום שניהם, ובלאו הכי רק חייב דבר מועט כפי מה שיחייבוהו הדיינים, וביאר בזה המ"מ דזה משום שהוא זכה במחצית הכותל בקנין חצר כיון שזה בנוי על מקום חצירו, וביאר הקצוה"ח דזה כבר לא שייך לסוגי' נהנה, דזה כבר מקח וממכר.

וביאר דאיכא כמה נפ"מ בין נהנה למו"מ, א] מו"מ רק שייך בכותל שבין שניהם ושהוא בנוי על מקום של שניהם, ולא בכותל שעומד בינו לרשה"ר, דהתם רק שייך נהנה, שרק משתמש בכותל.

ב] רק במקח וממכר הוא משלם את הכל, אבל בנהנה הוא משלם דבר מועט כפי מה שנהנה, זה החילוק ברמב"ם בין כותל שבנוי על מקום שניהם לכותל שלא בנוי על מקום שניהם.

ג] רק בנהנה יש דיון האם צריכים חסר או לא, אבל במקח וממכר חייב גם בלי חסר, וביותר דבכל מו"מ אין לך חסר גדול מזה, דרק בנהנה שגוף הממון עדיין שייך לחבירו והוא רק נהנה ממנו התם יש לדון שלא חסר אכן במו"מ הרי גוף הממון של חבירו נהיה שלו "ואין לך חסר גדול מזה", ובזה ביאר את סברת הגמ' בב"ק בסוגי' דלעיל במקיף וניקף דבעמד ניקף וגילה דעתו דכבר חייב גם למ"ד זה נהנה וזה לא חסר פטור, דהביאור בזה דהתם כבר חייב מצד מו"מ.

אלא דהוסיף בזה, דסברא זו לא מהני אלא לרמב"ם ולרש"י דלמדו דמיירי בכותל שבין שניהם ושהוא בנוי על מקום של שניהם, ולא מהני סברא זו לתוס' דלמד דמיירי בכותל שעומד בינו לרשה"ר, דבזה ליכא פרשת מקח וממכר רק דין נהנה.

ד] במו"מ אמרינן דכיון שהוא משלם על זכייתו בגוף הכותל לכן חייב עוד לפני שיש לו הנאה מהכותל, דא"צ נהנה כלל בחיובא דמו"מ, ופשוט, דאטו נימא שמי שקנה לולב לפני סוכות דאין לו חיוב דמים, הא אין חיוב דמים מצד השימוש אלא מצד הקנין בגופו, ודו"ק. ובזה ביאר את דברי הב"י דבעמד ניקף חייב אף דרק הקיף את השלישית, ותמה עליו הדרכי משה הא סו"ס מבואר בטור דברביעית פתוח אין שום חיוב כלל, ותירץ דהטור מיירי לשיטת התוס' דמיירי במחיצות החיצוניות, וזה רק מצד נהנה, וליכא נהנה עד דליכא ד' מחיצות, והב"י מיירי בפנימיות ובפנימיות איכא חיוב מצד מו"מ ובזה לא בעינן שיהנה, עכתו"ד.

ועפ"י כל הנ"ל נראה דזהו נמי הביאור ברבינו יונה ונמו"י שהקשו למה מגלגלין עליו לשלם הכל עוד לפני שבנה את התקרה ותירצו שכיון שזכה בכותל עצמו שוב חייב גם לפני כן, והביאור בשו"ט זה, דבקושי' נקטו דמדין נהנה הוא ולהכי הקשו דאכתי לא השתמש בהם עד שבונה את התקרה, דומה להקיף ג' רוחות, ובתשובה הוא תירץ דאינו מדין נהנה אלא מדין מקח וממכר, עכ"פ בדברי הנמו"י מבואר שיש כאן מקח וממכר, ועיין בזה בהערה <sup>137</sup>.

<sup>137</sup> ועיין בלשון הנמו"י שכתב "דאע"ג דלא אמר ליה אידך תקנה לך חצירך, ברור לו שעל דעת כן בנאו שיהיה שלו כל זמן שירצה", וצ"ל דהיינו בתנאי שישלם, ועיין עוד ברשב"א בב"מ [ק"א מובא נמי בנמו"י שם] שכתב בטעמא דיורד לתוך רשותו של חבירו דאינו יכול לומר עיצי אני נוטל, והיינו דוקא לאחר שהלה אומר דמיהם אני נותן,

ופלא על הקצוה"ח שהביא את הנמו"י בתחילת דבריו ולא הוסיף להוכיח דחייבים מצד מו"מ עוד לפני הנהגה מהנמו"י עצמו שזה מה שבא הנמו"י ליישב, והיינו דג' רוחות מוקפות דומה לסומך כותל בלי תקרה, דבתרווייהו ליכא נהנה ובתרווייהו איכא חיובא דמו"מ, ולהלן יבואר שיטתו בזה.

**בדברי הנתה"מ דמחלק דהתם נחלקו האם חייבים דמי קנים בזול משא"כ הכא, והחילוק בין מקח וממכר לנהנה.**

ונראה דאיכא חילוק נוסף בין הנך שני דינים של מקח וממכר ונהנה, דיעויין בנתה"מ [סי' קנ"ז ס"ק ז'] שהקשה, דמאי שנא דבסוגי' דמקיף וניקף שאם גדר הניקף את הרביעית בקנים דאז משלם דמי קנים בכל הארבע, ולעומת זאת, הכא מחייבין ליה הכל ולא כפי מה שהוא סמך אליו, עוד הקשה דלמה איכא מחלוקת אמוראי במקיף וניקף האם חייב בדמי קנים בזול והכא נראה דכו"ע מודי דחייב כפי האבנים של הכותל.

ותירץ הנתה"מ דחלוקין נינהו, דכיון דהכא מיירי שהוא רוצה להניח עליו את הקורות והתקרה, א"כ לזה הוא ע"כ צריך לזכות בגוף הכותל, ולכן הוא צריך לשלם את החצי של גוף הכותל, אכן במקיף וניקף דרק מהני נגד היזק ראייה ובהמות, א"כ אין זה אלא מדין נהנה, שהוא משתמש בכתלים, והכא א"צ לשלם את כל הממונות של הכותל, וא"ש למה פליגי הכא, ולמה כו"ע מודי דרק חייב כפי מה שגדר, הרי לנו דאיכא נפ"מ נוספת בין נהנה למקח וממכר לגבי שיעור החיוב, דכמה חייבים לשלם.

ועפי"ז הוסיף הנתה"מ [שם] לבאר את דברי הרמ"א שהביא מהמרדכי בדין של המשנה בסומך לו כותל, דגם בלי שעשה שום מעשה או היכר דניחא ליה במה שבנה חבירו, אכן אם נהנה מבנינו של חבירו חייב לשלם כפי מה שנהנה, וביאר הנתה"מ דהכא חייבים כבר מדין נהנה, ולא כפי מה שגדר, ולפי"ז כתב הנתה"מ שאם הוא סמך לכותל חבירו כותל של עצים, ולא יסמוך על הכותל שום תקרה, א"כ אנו כבר רואים שהוא לא צריך בנין אבנים לביתו, ופשוט שלא יתחייב יותר מנהנה.

**מביא נפ"מ נוספת בין מקח וממכר ונהנה לגבי קם דינא.**

וכעין קושית הנתה"מ איכא להקשות עוד לפי הלישנא דקם דינא דרק חייבים על המחיצה הרביעית, ופטור על הג' מחיצות הראשונות, דמאי שנא דלא אמרינן כן הכא, דמאי טעמא לא יחלקו כאן ר"י ות"ק דאי יצאו מבי"ד זכאי לפני שסמך לו כותל דפטור גם אח"כ אם סמך לו כותל.

ועפ"י הנ"ל מיושב, דהכא בסמך לו כותל אתינן עלה מקח וממכר והכא לא שייך סברא זו, דרק מדין נהנה שייך סברא זו, דכבר ביארנו לעיל [פרק ג'] יסוד הסברא בזה והכל מצד נהנה, אבל במקח וממכר לא שייך למימר דלפי שזכה במקח היה פטור ולכן נפטרנו גם לאחר שקנה את המקח, ופשוט.

---

וביאר הרשב"א, "שהרי כשבנה זה או נטע, ע"ד שיקנה הלה אם ירצה בנה או נטע, והו"ל כאליו נתן מטלטלין בחצר חבירו וא"ל לכשתרצה לקנות מטלטלין אלו הרי אלו קנויים לך בכך וכך, ואמר הלה תקני לי חצרי או שגלה דעתו כו', קנה ואין חבירו יכול לחזור בו", הרי שיש כאן אומדנא על קציצת מקח.

ועיין בחי' ר' נחום [ס"ק צ'] דדייק דאיכא בזה מחלוקת בין רבינו יונה לנמו"י, דהלשון ברבינו יונה הוא "יכול זה לזכות בחצי הכותל להשתמש בו", ורצה לדייק מכאן דלא זכה בגוף הכותל אלא בהשתמשות הכל, ודלא כהנמו"י, עוד רצה לדייק דלא נראה מדברי רבינו יונה שיש אומדנא שרוצה להקנות לו, אלא דמצי לקנות בע"כ, וביאר דאית ליה זכות לקנות בע"כ בהשתמשות של האבנים והכותל כיון שהעמידם ברשותו בע"כ, דבעל האבנים אין לו רשות להעמיד את האבנים ברשותו בלי לתת לו אפשרות להשתמש בהם, וזה מהני בע"כ בלי אומדן דעת, עכתו"ד, ולא הבנתי, דאיזה קנין מהני בע"כ של הבעלים, ולא מצאנו כמותו, דמה שהוא העמידם ברשותו שלא ברשות לא מפקיע ממנו זכות בעלים מהם, ולא שייך זכיה בממון בעלים ואפילו לענין השתמשות שלא ברשות בעלים, וצע"ג.

**ב' המשניות שני סוגיות נינהו, דין מקח וממכר ודין נהנה, ואיכא ביניהם נפ"מ טובא, ומקשה משיטת הרמב"ם במקיף וניקף, ומיישב דהרמב"ם מודה דלחייא בר רב שני המשניות שני סוגיות נינהו, והוא פוסק כרב הונא.**

הרי דלמדנו מהנתה"מ דשני המשניות שני סוגיות נינהו, ואיכא ביניהם נפ"מ טובא, דכיון דהכא מיירי בסמיכת תקרה להכי ברור דבגילוי דעת הוא רוצה לזכות בכותל, ושוב הו"ל מקח וממכר, ושוב לא שייך בזה מחלוקת אמוראי אי דמי קנים בזול או לא, ושוב לא שייך הכא נידון של חסר או לא, ושוב לא שייך בזה נידון של קם דינא, ושוב לא אכפת לן מה שהוא עדיין לא נהנה בהעמדת התקרה, והן הן דברי הנמו"י בסוגיין.

אכן במקיף וניקף דא"צ אלא שימוש בעלמא בכותל מצד שמירה מהיזק ראייה ומבהמות ורגלי האדם, התם אינו זוכה כלל והתם בעינן שיהנה כבר והתם פליגי אי דמי קנים בזול, והתם איכא נידון של זה נהנה וזה לא חסר, והתם איכא נידון של קם דינא, ולשיטת הראשונים דהסוגי' מיירי במחיצות החיצוניות, לדידהו פשיטא דמיירי בנהנה ולא בזכה בגוף הכותל וכדחילק כבר הקצוה"ח, ופשיטא דהתם לאו מדין מקח וממכר אתינן עלה.

ומעתה קשה שיטת הרמב"ם, דהקצוה"ח בנה את כל שיטתו של מקח וממכר בדברי הרמב"ם בסוגי' דמקיף וניקף, וקשה דאיך נקט הרמב"ם בסוגי' זו דמצד מקח וממכר אתינן עלה, הא התם ודאי מדין נהנה הוא, אטו נימא דלשיטת הרמב"ם דנחלקו במקח וממכר האם משלמים דמי קנים בזול, ואטו נימא דאיכא נידון של זה נהנה וזה לא חסר במקח וממכר, וצע"ג.

ועל זה יישב הגאון ר' שמואל רוזובסקי זצ"ל [ס"ק צ"ד] וכן הוא באהא"ז, דבאמת כבר מבואר ברשב"א דסוגי' דב"ק דדן מצד נהנה ולא חסר קאי לחייא בר רב, עיי"ש בטעמא דמילתא, עכ"פ יתכן לומר דגם הרמב"ם למד כן, אלא דהרמב"ם למד דשורש פלוגתייהו בעיקר דינא דחיוב מקיף וניקף, האם בהקיף ד' [או דהקיף ג' וגילה דעתו ע"י השלישית] האם הוא זוכה בחצי מהכתל או לא, ורק לחייא בר רב איכא נידון של דמי קנים בזול, ורק לדידיה איכא נידון של לא חסר, והסוגי' כוותיה, דלרב הונא הכל מדין מקח וממכר.

הרי לנו דלפי הראשונים חלוקים נינהו שני המשניות, דבמקיף וניקף מיירי מצד נהנה ובסמך לו כותל מיירי מצד מקח וממכר, ולרמב"ם נקטינן דבזה גופא פליגי רב הונא וחייא בר רב, ולרב הונא שני המשניות אתינן עלה מצד מקח וממכר ורק לחייא בר רב מחלקינן ביניהם, ורק לדידיה מקיף וניקף מיירי מצד נהנה ובסמך לו כותל מיירי מצד מקח וממכר, ודו"ק.

אלא דלפי"ז יש להעיר, דלמה התם בעינן ד' רוחות והיינו שעד שהוא לא נהנה ליכא חיוב, והכא בסמך לו כותל לא בעינן שיהנה, הא תריווייהו מדין מקח וממכר נינהו ובמקח וממכר א"צ שיהנה, וצ"ל, דהכא בסמך לו כותל איכא גילוי דעת דכבר רוצה בכותל וזוכה בו, וה"ה דבמקיף וניקף דהיכא דגילה דעתו דמהני גם בג' רוחות וכדהביא הקצוה"ח מהב"י, אכן הכא מיירי בעמד מקיף והקיף ד' רוחות, דבכה"ג ליכא גילוי דעת שרוצה בהם, ובכה"ג רק זוכה במחיצות מחמת דין יורד, דאנן סהדי דיחא ליה, וליכא אנן סהדי רק כשיש לו ד' מחיצות.

**בסברת רבינו גרשום למה חולק על הנמו"י דליכא הכא מו"מ, ומה החידוש במשנה לשיטתו.**

עכ"פ כל דברינו לחלק בין שני המשניות הם רק לפי הראשונים שכתבו בהדי' דהכא הוא זכה בכותל, אבל כבר הבאנו שרבינו גרשום חולק ולא למד כן, וע"כ דפליג וסובר דגם הכא מדין נהנה הוא ולא גלי דעתו לזכות בכותל אלא להשתמש בזה, ויתירא מזה הרי כתב הנתה"מ בהדי', דרק משום שהוא סומך את התקרה הוא דנקטינן דזוכה בכותל, דלולי זכיה



בכותל אין לו להניח עליו את התקרה, ובזה גופא מחלק רבינו גרשום דמיירי באינו מעמיד עליו את התקרה ושוב ליכא סברא שהוא יזכה בכותל.

אלא דהא גופא קשה דמאי קמ"ל המשנה, הרי בשלמא לראשונים קמ"ל דאיכא בזה דין מקח וממכר ודלא כהמשנה הקודמת ולהכי חייבים אף בלי העמדת התקרה, אכן לפי רבינו גרשום דמיירי מצד נהנה הרי ע"כ דמיירי דכבר הניח את התקרה כנגדו על קונדסין, וכמפורש בדבריו, דאל"כ ליכא בזה דין נהנה, וא"כ מאי קמ"ל המשנה, אטו נימא דהמשנה בא לדש שיש בזה נהנה לדיורין בתוך ביתו על ידי כותל חבירו.

ונראה דאדרבה, דקמ"ל המשנה דאעפ"י דלא הניח עליו את התקרה דחייב מצד נהנה, דלא תימא דרק בעומד להניח עליו את התקרה הוא דחייב מצד מקח וממכר, אבל אי לא עומד להניח עליו את התקרה דאז ליכא מחייב של מקח וממכר, ועל זה קמ"ל מתני' דאיכא מחייב חדש מצד נהנה ודו"ק.

**מבאר דלשיטת התוס' ורבינו גרשום שני המשניות אתינן עלה מצד נהנה, וצריכים לבאר את כל החילוקים ביניהם.**

ובהמשך יבואר דגם התוס' למדו כרבינו גרשום דשני המשניות מצד הנה אתינן עלה, ומעתה הדרא כל הקושיות, וניישבם א' א':

א] מאי שנא דהתם בעינן שיהנה כבר והכא לא בעינן, וזה יישבנו דאדרבה גם הכא בעינן שיהנה כבר, ולהכי התנה רבינו גרשום דהכא מיירי בהניח את התקרה על קונדסין.

ב] למה התם איכא קם דינא והכא ליכא, וי"ל דתוס' אזלי בזה לשיטתייהו, דלא למד את הסוגי' מצד קם דינא, אלא מצד אנו סהדי דלא ניחא ליה בהוצאות, וזה רק שייך בג' רוחות.

ג] לכא' קשה לרבינו גרשום ולתוס' דכיון דגם הכא מצד נהנה אתינן עלה, א"כ למה לא פליגי אמוראי גם הכא בדמי קנים בזול, ותירץ בזה בחי' ר' נחום [ס"ק צ"ב] דטעמא דחייא בר רב דמשלם דמי קנים בזול הוא משום שיכול לומר דלדידיה סגי ליה בנטירותא בר זוזא, וזה רק שייך התם דמיירי מצד נזק בהמות והיזק ראייה, אכן הכא דבעי סמיכת תקרה הרי ודאי דניחא ליה בכותל אבנים, וא"ש.

**הוכחות מהתוס' דלא למד כרבינו יונה והנמו"י, וע"כ רבינו גרשום.**

והנה אף דהתוס' לא למדו כרש"י והרמב"ם בסוגי' של מקיף וניקף ולדידהו מיירי בחיצוניות, ולא שייכא בהו מקח וממכר, אכן סו"ס הכא מיירי בחלק של הכותל שעומד מעל החלק של השותפות, והכא שפיר מצי ללמוד כרבינו יונה והנמו"י.

אולם מתוס' מוכרח דלא למדו כן, דיעויין בדברי התוס' הכא שהקשו דלמה חייב כשבנה כותל כנגדו הא זה נהנה וזה לא חסר פטור, ותירץ דגילה דעתו דניחא ליה ולכן חייב וזה כמו דמצאנו לעיל בעמד ניקף דג"כ חייב אף אי זה נהנה וזה לא חסר פטור, ועוד תירצו בתוס' דשפיר חשיב חסר כיון שבגללו הוא צריך להגביה כדי סלק את ההיזק ראייה בשום ענין.

והנה בתוס' בב' התירוצים מוכרח שהוא חולק וסובר דמיירי דלא קנה ולא זכה בגוף הכותל אלא כרבינו גרשום, דכיון דהתוס' הביאו על זה את הגילוי דעת של הניקף בסוגי' דלעיל והתם הרי מיירי שהמחיצות אינם בינו לבין חבירו אלא ברשה"ר, ופשוט א"כ שלא קנה ע"י הגילוי דעת, וע"כ דלאו מדין מקח וממכר הוא <sup>138</sup>.

<sup>138</sup> ובביאור סברת התוס' למה מהני בגילה דעתו של הסומך, ע"כ לא למד כהקצוה"ח, וכבר הבאנו לעיל [...], מהגרש"ש"ק שזה מדין קמשתרשי ליה, ועיי"ש מה שתמהנו בזה.

וכן בתירוץ השני מבואר בתוס' שהוצרך לבאר למה אין כאן חסר, ומוכרח מזה דליכא קנין על גוף האבנים ומדין מקח וממכר, דאי הוי כמקח וממכר לא אכפת לן בחסר ועוד דאין לך חסר גדול מזה, וכדהבאנו הקצוה"ח.

**דרכו של רעק"א דתוס' למדו דאיכא חיוב נהנה ע"ש העתיד ודלא כמקיף וניקף, [דלא כהראשונים].**

עכ"פ לכאן תוס' יתרץ קושי' הראשונים עפ"י דרכו של רבינו גרשום, איברא דמדברי רעק"א מבואר דלא למד את התוס' כרבינו גרשום, וכדיבואר.

דהנה, עיין ברעק"א שהקשה דאיך אמרו התוס' דאין כאן חסר, הרי אחרי שיניח הקורות והתקרה על הכותל הרי הם מכבידים על הכותל וזה עצמו חשיב חסר, וע"כ צ"ל דכיון שעדיין לא העמיד עליו תקרה לכן לא מיקרי חסר, אולם הק' רעק"א, דא"כ מה קשה הרי עכשיו אכתי ליכא נהנה, וכל הנהנה רק מתחיל אחרי שהוא מעמיד את התקרה ואז איכא כבר חסר, ותירץ דכוונת התוס' הוא שיכול להעמידם על קונדסין, ואז כבר לא יהיה חסר וזה כוונת התוס' דגם בזמן הנהנה לא יהיה חסר.

עכ"פ מכל דברי רעק"א מבואר דסובר דמדין נהנה אתינן עלה וע"ש העתיד, וכן הוא בלשונו בהדי' "הא עתה אפילו נהנה לא הוי, אלא דחייב על שם סופו שדעתו ליתן עליו את התקרה", הרי בהדי' דמחייבו בנהנה ע"ש סופו, וקשה דמאי שנא מג' רוחות דלא מהני אף דיכול לגדור את הרביעית.

והיינו דקושי' הנמו"י וריטב"א דאיך מגלגלין עליו את הכל אם עדיין לא נהנה הדרא לדוכתא לשיטתו של רעק"א בתוס', וצ"ע.

וצ"ל דהנהנה מתחיל כבר עכשיו כיון שדעתו להשתמש בסוף, וכלשונו של רעק"א "דחייב על שם סופו שדעתו ליתן עליו את התקרה", ובגדר ג' מחיצות אכתי לא ראינו דדעתו להקיף את הרביעית ולהשתמש בזה בג' להיקף מחיצות, ונראה דהראשונים ורבינו גרשום חולקים בזה גופא וסובר דהשתמשות רק מתחיל מתי שהוא משתמש בפועל.

**ביאור הפלוגתא האם שייך חיובא דנהנה ע"ש העתיד, דתלוי אי נהנה מלוח הכתבה בתורה או לא.**

ויתכן דשורש פלוגתייהו תלוי בשני הדרכים שביארנו לעיל [פרק ב], דהנה הבאנו לעיל ב' דרכים בנהנה, האם באמת הוי מלוח שאינה כתובה בתורה, וכדברי הגר"ח, ואז הכל תלוי במעשה נהנה, ואין בה קלב"מ וקטן פטור, או דהוי מלוח שאינה כתובה בתורה, ואית ביה קלב"מ וקטן חייב, והיינו משום שהוא זכה בחפצא של ההשתמשות ולא רק שהוא נתחייב במעשה נהנה.

והבאנו מהברכ"ש שלמד דעכ"פ בנהנה באופן שהוא יורד על הנהנה דהתם משתנה הנהנה לדין אחר, ואף אי תמיד הוי מלוח הכתובה בתורה, וכדברי הגר"ח, והכל תלוי במעשה נהנה, ואין בה קלב"מ וקטן פטור, אכן באופן שהוא יורד על הנהנה אז הוי כבר מלוח שאינה כתובה בתורה, ואית ביה קלב"מ וקטן חייב.

ויתכן דבזה פליגי רבינו גרשום ורעק"א בשיטת התוס', דאי כל המחייב הוא מצד המעשה נהנה, והוי מלוח הכתובה בתורה, וכדברי הגר"ח, אז לא שייך מעשה נהנה עד שהוא לא משתמש בפועל, ולזה הוצרך רבינו גרשום להעמידו בהעמיד כבר את התקרה, אכן אי נלמוד דבאופן שהוא יורד על הנהנה אז הוי כבר מלוח שאינה כתובה בתורה, [או דתמיד הוא כן], אז י"ל דהנידון הוא מצד החפצא של ההשתמשות, דהך מציאות של השתמשות דמונח גביה מחייבו בתשלום, דאז איכא למימר דבבנין הכותל כבר זכה וכבר קיבל את החפצא של ההשתמשות "על שם סופו שדעתו ליתן עליו את התקרה", דכבר כעת אית ליה

אפשרות כזה, והאפשרות הוא חפצא וזכות השתמשות, אף דבפועל לא עשה עדיין מעשה שימוש.

**ג' ביאורים בדברי רש"י דמגלה דעתו דניחא ליה.**

יעויין בדברי רש"י [ד"ה מגלגלין עליו את הכל] שביאר בטעמא דמגלגלין עליו דזה משום שהוא "מגלה דעתו דניחא ליה בהגבהה דהאיך".

ובחי' ר' נחום [ס"ק צ"ד] הביא ג' ביאורים בדברי רש"י הללו, או דכוונתו כהראשונים דליכא נהנה כלל, וע"כ דבעינן "דמגלה דעתו דניחא ליה" כדי שיזכה בחצי מהכותל, ותחול כאן מקח וממכר, או דכוונתו כהתוס' דהוי לא חסר, ולזה בעינן "דמגלה דעתו דניחא ליה" וכההיא דעמד ניקף, או דכוונתו להנתה"מ דלמה לא חולקים הכא אי משלמים דמי קנים בזול, וע"כ דקנה את הכותל ולזה בעינן "דמגלה דעתו דניחא ליה".

## סימן לב

## הערות קצרות

בסוגי' דחזקה א"א פורע תוך זמנו<sup>139</sup>.

הערות בפשט דברי רש"י ותוס' במשנה. < ביאור הצדדים בגדר הדין חזקה דא"א פורע תוך זמנו, א] מדין בירור, ב] מדין טענה גרוע כיון דאינו עומד לכך, ג] החזקה מבטלת את הטענה. < בפלוגתא הסמ"ע והקצוה"ח האם בעינן טענת ברי, ואיכא בזה מהלך נוסף בגדר דינא דא"א פורע תו"ז. < בסתירת הסמ"ע דמבואר דלמד דמדין בירור הוא מדמהני לדין הוחזק כפרן. < מבאר בדעת הסמ"ע דתרתא אית ביה, אלא דמצד האנן סהדי לא מהני בהוצאת ממון. < מקור בסוגי' דהחזקה עצמה היא הבירור והיא נצרכת רק לפטור משבועה, אבל לגבי ממון א"צ חזקה כלל וחזקה גם לא מהני, ולכן ר"ל לא הזכיר לשון חזקה ורק הביאורו בסוף הסוגי'. <

## הערות בפשט דברי רש"י ותוס' במשנה.

במשנה נאמרו ב' דינים כשהבונה כותל תובע מחבירו תשלום, והדין דעד ד' אמות הוא נאמן שהוא שילם, ולמעלה מד' אמות אין צריך לסייעו כלל, אבל אם בנה לעצמו כותל כנגדו כדי להעמיד עליהם תקרה, שוב יתחייב כיון שהוא מגלה דעתן שהוא זוכה בכותל, אבל הכא כבר לא נאמן שהוא שילם.

והחילוק בין הנך תרי דינים מבואר ברש"י, דכיון שהחייב עד ד' אמות "הוא משפט גלוי" שוב אמרינן דודאי היה תובעו לפני כן בבי"ד, אבל הדין השני אינו גלוי ולכן לא ידעינן אי תבעו, ושוב לא נאמן שהוא שילם, דכיון שהמשפט לא גלוי שוב אינו עשוי ליתן עד שיחייבוהו בי"ד.

והיה נראה שהתוס' חולקים מדכתבו דבסיפא אמרינן שבחזקת שהוא לא נתן רק אחרי שאנו יודעים שקודם הוא תבעו לבנות ביחד והיה מסרהב בו, ופטרוהו מלבנות ביחד, ורק אז אמרינן דבחזקת שהוא לא נתן, ולא ניחא להו בטעמו של רש"י [דכיון שהמשפט לא גלוי שוב אינו עשוי ליתן עד שיחייבוהו בי"ד], אכן זה אינו דתוס' באים אחרי רש"י, ופשוט שלא חולקים, דתוס' באו להוסיף דלו יצוייר ולא ידעינן שהוא תבעו קודם, א"כ יכול לטעון שמתחילה הוא בנאו ביחד, וכבר נאמן ששילם במיגו שהיה יכול לטעון שבנאו ביחד.

וכ"כ היד רמ"ה [ד"ה והיכי] דכתב שאם יש לו טענה שהוא בנאו ויש על זה מיגו, א"כ נאמן להפטר, וכתב דמצינן למימר דמיירי שיש עדים שהוא בנאו לבד, דשוב אין לו מיגו, אלא דכתב היד רמ"ה דסו"ס הוי מיגו נגד חזקה, וזה ספק כמבואר בסוגי', ולכן לא מוציאין ממנו מספק.

וע"ד זה משמע באמת ברש"י [ד"ה סמך לו כותל] שכתב "לאחר שבנאו האחד למעלה מד' אמות, ולא רצה האחר לסייעו", הרי דמבואר דמיירי בכה"ג שהאחד בנאו בלי סיוע, וידעינן דכן היה, ופשוט.

**ביאור הצדדים בגדר הדין חזקה דא"א פורע תוך זמנו, א] מדין בירור, ב] מדין טענה גרוע כיון דאינו עומד לכך, ג] החזקה מבטלת את הטענה.**

יש לדון בגדר האי דינא דא"א פורע תוך זמנו, שיש לצדד בזה כמה צדדים, ועיין בזה באחרונים, [אבן האזל שכנים פ"ג ה"ב, ח"י הגרא"ל ח"א ריש סי' צ"ה, שיעורי ר' שמואל ס"ק קי"ד וס"ק קט"ז] שהביאו בזה ב' צדדים, או דמצד חזקה המבררת היא, והיינו אנן סהדי, או דמצד דהוי טענה גרועה.

והביאור בצד זה הוא, דכל לוח שטעון פרוע נפטר מצד כח טענת פרוע כיון דעומד לפרעון, ולולי טענה זו לא היינו פוטרים אותו מצד הממע"ה כיון דאיכא חזקת חיוב, וזה מוכרח

<sup>139</sup> מהדו"ק - ישיבת בית שמואל.

שהרי בטענת איני יודע אם פרעתיך הוא משלם מצד החזקת חיוב, וכן בהחזקת כפרן באותו ממון שאינו נאמן דבמה מוציאת ממנו אלא דע"כ דאיכא חזקת חיוב ורק נאמן בזה בטענת פרוע, וכיון שכן י"ל דרק טענת פרוע נאמן כיון דעומד לכך אבל טענת מחילה לא נאמן וכמבואר במרדכי בסוגיין, והטעם לזה ע"כ הוא משום שחוב לא עומד לכך, הלכך ליכא טענה כזה, וה"ה דתוך זמנו לא עומד לפרעון הלכך טענת פרוע אינה טענה בכה"ג.

אולם לדרך זה א"צ לבא לחזקה שאין אדם פורע וסגי בזה שלא עומד לכך כמו במחילה, אכן אכתי איכא למימר ע"ד זה ובאופן אחר קצת, דאף אי נימא דטענת מחילה נאמן, והיינו דכל טענה מתקבלת גם אם אינו עומד לכך, חוץ מאיני יודע או החזקת כפרן דלאו בכלל טענה ניהו, אכן ע"י החזקה אמרינן דהטענה מתבטלת ונעקרת, ושוב ליכא טענה כלל, ושוב הו"ל כטענת איני יודע או כטענת החזקת כפרן דלאו בכלל טענה ניהו, וע"ד זה מבואר בקובש"ע [ס"ק ל'], וע"ע בשיעורי ר' שמואל [שם] בזה.

ואיכא נפ"מ טובא בזה, דהנה עיין בשב שבעתתא [ש"ו פכ"ב] שכתב דהא דאמרינן דמוקמינן אחזקה מה"ת בתרי ותרי, ורק מדרבנן לא מוקמינן, כל זה בחזקה אבל ברוב לא אמרינן כן, וביאר, דכיון שרוב הוא בירור הלכך אמרינן דתרי כמאה ולא מהני בירור אחר, ורק חזקה דאינה אלא הנהגה בעלמא, דמוקמינן אחזקתיה הראשונה, התם דוקא מהני במקום תרי ותרי, ודו"ק.

ועפ"י הוסיף הש"ש דה"ה דבתרי ותרי דנחלקו האם פרע תו"ז או לא, דבכה"ג לא ינהי החזקה להכריע דפשיטא דחזקה זו לאו מתורת חזקה דמעיקרא הוא, ופשיטא דחזקה מצד אנן סהדי הוא, הלכך הרי זה כסברא בעלמא ולא מהני, ונראה דאי לאו בתורת בירור הוא, אלא דגרע לטענתיה, או דטענה גרועה היא מצד שחוב לא עומד להפרע תו"ז, א"כ אחרי התרי ותרי לא מהני דסו"ס אית ליה טענה גרועה ואיך יפטר, ודו"ק.

**בפלוגתת הסמ"ע והקצוה"ח האם בעינן טענת ברי, ואיכא בזה מהלך נוסף בגדר דינא דא"א פורע תו"ז.**

אכן נראה דאיכא בזה מהלך נוספת, דהנה, יעויין בסמ"ע [סי' ע"ח ס"ק ב'] שכתב שדוקא בטענת ברי נאמן להוציא ממנו כשטוען שפרע תוך זמנו, והמקור לזה הוא מהמרדכי דהמרדכי מסתפק במת המלוה וטוען הלוה דנפרע תו"ז, האם ליורשים מהני הך חזקה להוציא ממנו אף דאינם אלא שמא והלוה ברי ויש לו גם חזקת ממון עיי"ש, עכ"פ מהכא הוציא הסמ"ע דבעינן טענת ברי.

ולכא' קשה דהא טענינן תמיד חשיב כטענת ברי, וכמבואר ברא"ש [ריש פ"ב דכתובות], ות' בזה הגאון ר' שמואל רוזובסקי זצ"ל, עפ"י מה שהביא הקצוה"ח [סי' קנ"ז ס"ק ב'] דאין טענינן להוציא אלא לפטור, וע"כ דהכא ליכא טענינן כלל, וממילא דנשאר להם רק טענה דידעה, ולכן לא הוי אלא שמא, וזו המקור לסמ"ע דבעי טענת ברי.

אכן עיין בקצוה"ח [שם ס"ק א] על הסמ"ע [שם] דטוען דלעולם ליכא הוכחה דבעינן טענת ברי, דלעולם י"ל דסגי גם בטענת שמא, אלא דהתם מיירי כשהלוה הוא ברי, ופשוט דברי עדיף משמא להחזיק, וזה מהני גם נגד האי חזקה, אכן היכא דליכא ברי, אלא דתרווייהו שמא, אז י"ל דבאמת מהני החזקה ג"כ, וא"צ צירוף טענת ברי לחזקה.

ומבואר דפליגי בצדדים דלעיל, דהקצוה"ח למד שחזקה א"א פורע מהני מדין בירור<sup>140</sup>, ואזיל לשיטתו בש"ש דפשיטא ליה דמדין בירור הוא, ודו"ק

<sup>140</sup> והיה אפשר לומר דהקצוה"ח למד כדרך השני דנתבטלה טענתו ע"י החזקה, הלכך שפיר נקט דלא אכפת לן בתובע כלל אי טענתו ברי או לא, אולם נראה דלעולם הקצוה"ח למד דדוקא מדין בירור אתינן עלה, דאי רק מהני

אכן ע"כ הסמ"ע למד בזה באופן אחר מדבעי לזה צירוף טענת ברי של התובע, וי"ל דהסמ"ע למד שכל ענינו של החזקה אינה אלא להחליש טענתו עד דמהני נגדו טענת ברי, ואינו עוקר את הטענה כמו בהחזק כפרן, וכדומה.

ובאופן אחר י"ל דהסמ"ע למד דכל ענינו של האי חזקה היא חיזוק ואלימות לטענת התובע, ולכן בעי דוקא טענת ברי, ונראה דאין המרדכי סתירה לקצוה"ח, די"ל דג"כ למד שזה מהני מדין בירור ורק לא מהני נגד ב"ש, וכן נראה מלשונו שדוקא בלוח ברי לא יהני.

### **בסתירת הסמ"ע דמבואר דלמד דמדין בירור הוא מדמהני לדין הוחזק כפרן.**

והגאון ר' שמואל רוזובסקי זצ"ל הק' ממה דמבואר בסמ"ע [ריש סי' ע"ח] דגם למד דמהני בתורת בירור, מדמהני להשוותו להוחזק כפרן, והיינו דמי שטען פרעתיך תו"ז כבר אינו נאמן אח"כ לטעון דשוב פרעתי אפילו בזמנו, דהוחזק כפרן, ועיין בזה בסמ"ע שם ס"ק ה' ובש"ך שם ס"ק ז' ובאמרי ברוך שמבאר את הסמ"ע כן, וכ"ה בהדי' בביאור הגר"א ס"ק ח' שכ' בהדי' "דחזקה כעדים", עכ"פ מכל זה מוכרח דבתורת בירור אתינן עלה, מדמהני להשוותו לכפרן, דעצם זה שהוא לא זכה בדין אינו משווהו ככפרן כלפי טענה זו.

### **מבאר בדעת הסמ"ע דתרתי אית ביה, אלא דמצד האנן סהדי לא מהני בהוצאת ממון.**

וליישב הקושי י"ל דלעולם תרתי אית ביה, א' חזקה מדין אנן סהדי וע"ד הקצוה"ח, ב' חזקה מצד חיזוק הטענות, דלעולם י"ל דהך אנן סהדי מהני לענין בירור להחזיקו ככפרן, אבל לענין הוצאת ממון אין כאן ראייה מספקת, ולענין זה רק מהני להיות לחיזוק הטענות, אבל לענין הוחזק כפרן סגי לן בראיה כזו.

וכבר מצאנו כעין זה ברמב"ם [פט"ז אישות הכ"ו] לגבי החזקה ואנן סהדי דאין אשה מעיזה פניה בפני בעלה ונאמנת שהיא נתגרשה, אכן אכתי לא נאמנת על התוספת כתובה, דלגבי ממון אין כאן בירור גמור, ואף דלענין עיקר הכתובה היא נאמנת, וכבר הקשה הראב"ד דמ"ש, אכן החילוק בזה מבואר במ"מ דעיקר הכתובה רק אתינן עלה מצד מדרש כתובה, דזה תלוי על ההיתר נישואין ולא על הגירושין עצמו, משא"כ לענין התוספת דזה תלוי האם באמת נתגרשה, בזה לא נאמנת, עכ"פ מבואר דמהני הך חזקה ואנן סהדי לענין דבר שבערוה ולא לגבי ממון, ודו"ק, וה"ה דבנד"ד נימא כן, דמהני לענין לברר שהוא הוחק כפרן ולא לענין הוצאת ממון.

ומצאנו עוד כעין זה בחזקה כ"מ שתח"י אדם שלו הוא, דלמד הגרנ"ט דאינו ראייה להוציא ממ"ק, ורק מסייע למוחזק ומצד שני מבואר בגיטין שיש ראייה ממה דחזקה כל מה שתח"י שלה היא דהגט היא שלה וקיבלה אותו בתורת גירושין, והיא מגורשת, וה"ה בנד"ד.

**מקור בסוגי' דהחזקה עצמה היא הבירור והיא נצרכת רק לפטור משבועה, אבל לגבי ממון א"צ חזקה כלל וחזקה גם לא מהני, ולכן ר"ל לא הזכיר לשון חזקה ורק הביאוהו בסוף הסוגי'.**

ובאמת שיש קצת סמוכין לזה מתוך הסוגי' עצמה, דאיכא מקור בסוגי' דהחזקה עצמה היא הבירור והיא פוטרת משבועה, אבל לגבי ממון א"צ חזקה כלל, ויש כבר מקום לומר דלא מהני, דהנה, בדברי ר'ל לא כתוב כלל ענינו של חזקה, דרק אמרו בזה סברא בעלמא, ורק בהמשך הסוגי' כשבאו לפטור משבועה, התם כתב דכבר ליכא שבועה כיון שיש כאן חזקה, והגאון ר' שמואל רוזובסקי זצ"ל כבר עמד בדיוק זה.

---

לבטל טענתו להפטר, הא כל זה מהני כשלתובע עצמו יש טענה, אבל אי גם הוא טוען טענת שמא איך מהני מה דנתבטלה טענתו של הנתבע.

ונראה דאדרבה, דאין חזקה לענין להוציא, שהרי אין כאן ראייה ברורה לענין הוצאת ממון, אבל אלימות לטענה איכא, אבל להלן בסוגי' כשרוצים לפוטרו משבועה, ע"ז שפיר מהני הבירור, וע"ז גם צריך בירור, וא"ש.

## סימן לג

### כפייה על הצדקה

### וכפייה על שאר מצוות.

פרק א ביאור פלוגתת בעלי התוס' בדין כפייה במצוה שמתן שכרה נכתב בצדה, וביאור שיטת הקצוה"ח בחילוק בין מ"ע לל"ת בדין כפייה, ובדין כפייה בעשה ול"ת. < מביא את פלוגתת הר"י ור"ת האם במ"ע שמתן שכרה בצדה שיש עמו לאו - האם גם הכא ליכא כפייה או לא - ובשיטת הריב"א בדין כפייה במתן שכרה בצדה. < בפלוגתת הקצוה"ח ונתה"מ בדין כפייה על המצוות - אי בעינן בי"ד, או דהוי דין על כל יחיד ויחיד לאפרושי מאיסורא, ומתמה בשיטת הקצוה"ח. < בדין הכאה מדין תוכחה - ומה שיש ליישב בזה את שיטת הקצוה"ח. < יסוד גדול המאחרונים דכפייה בתורת משפטים וחור"מ וכפייה על המצוות תרתי נינהו. < מתמה בזה מכמה סוגיות. < מבאר בזה את שיטת הקצוה"ח שיש דן מסויים של כפייה המסורה לבי"ד וזה כולל גם כפייה בגט וגם כפייה במ"ע. < על פי זה מבואר שיטות הראשונים בדין כפייה על הצדקה וכפייה במצוות. <

פרק ב שיטת הריטב"א ביסוד דינא דכפייה על הצדקה. < בדברי הריטב"א בר"ה [ו] בדין כפייה על הצדקה. < בדברי הריטב"א בכתובות [מז] בדין כפייה על הצדקה. <

פרק ג שיטת היראים בדין כפייה בהשמטת כספים. < חילוקו של היראים בין בי"ד בא"י לחו"ל בדין כפייה. < מה שיש לדון בשיטתו. < תוספת דברים. <

פרק ד שיטות הראשונים בכפייה בל"ת. < שיטות הראשונים בכפייה בל"ת. < במה שיש לתמוה מהדין הכאה בעלמא של יחיד. <

## פרק א

### ביאור פלוגתת בעלי התוס'

**בדין כפייה במצוה שמתן שכרה נכתב בצדה,  
וביאור שיטת הקצוה"ח בחילוק בין מ"ע לל"ת בדין כפייה,  
ובדין כפייה בעשה ול"ת.**

**מביא את פלוגתת הר"י ור"ת האם במ"ע שמתן שכרה בצדה שיש עמו לאו - האם גם הכא ליכא כפייה או לא - ובשיטת הריב"א בדין כפייה במתן שכרה בצדה.**

מבואר בסוגי' בב"ב [ח:'] שכופין על הצדקה, והק' שם בתוס' שהרי מבואר בחולין [ק"י] דבמצוה שמתן שכרה נכתב בצדה אין בי"ד של מטה מוזהרין עליה, וקשה דבצדקה מתן שכרה נכתב בצדה, ותירצו שם בתוס' כמה תירוצים, ר"ת תירץ דמיירי בכפייה בדברים, והר"י תירץ דכיון דבצדקה איכא לאו, א"כ שוב ליכא להך כלל דמתן שכרה נכתב בצדה, ושפיר כופין.

ומבואר דפליגי הר"י ור"ת האם במ"ע שיש עמו לאו האם גם הכא ליכא כפייה או לא, וצ"ב שורש פלוגתתם, עוד צ"ב דאיזה סברא איכא לחלק בין לאו לעשה, דאי נאמר כלל דבמתן שכרה נכתב בצדה ליכא כפייה א"כ מ"ש לאו מעשה.

עוד תירצו שם בתוס' בשם הריב"א, דהא דאין מוזהרין בי"ד לכפות על מצוה שמתן שכרה נכתב בצדה, הכוונה בזה דבי"ד אינם נענשים אם לא יכופו, אבל בכל אופן איכא עלייהו דין כפייה, וצ"ב פשרה זו, דאי מופקע מדין כפייה א"כ למה עדיין חייבים, והעירני בזה עוד ידידי הגאון רבי אריאב עוזר שליט"א לדברי המרדכי [שם] שהביא את דברי הריב"א הללו וביאר דבאמת תרתי נאמר כאן, א] דבי"ד אין נענשים על זה, ב] דאין מכין עד שתצא נפשו, וסגי בהכאה בעלמא, וצ"ב דמה שייכי הנך ב' דברים אהדדי, ולמה נשתנו דוקא הנך ב' פרטים בעשה שמתן שכרה בצדה, ואיך שייכי אהדדי הנך ב' פרטים.

**בפלוגתת הקצוה"ח ונתה"מ בדין כפייה על המצוות - אי בעינן בי"ד, או דהוי דין על כל יחיד ויחיד לאפרושי מאיסורא, ומתמה בשיטת הקצוה"ח.**

והנה, ידוע פלוגתת הקצוה"ח ונתה"מ [סי' ג'] בדין כפייה על המצוות, דמבואר בכתובות [פ"ו] דבמ"ע מכין אותו עד שתצא נפשו לקיים מצוותו, והקצוה"ח כתב, דבעינן לזה בי"ד, והנתה"מ חולק דדין הוא על כל יחיד ויחיד לאפרושי מאיסורא, והנתה"מ הביא גמ'



מפורשת בהמניח דאדון ששיחרר עבדו ואסרו בזה על השפחה דהדין הוא שהוא כופה את העבד בהכאה להפרישו, אף שאינו ב"ד, והקצוה"ח חילק בין מ"ע לל"ת, דרק בל"ת כל יחיד ויחיד מפרישו בהכאה, וההיא דהכאה קאי בל"ת.

עוד חילק הקצוה"ח במשובב שם דבאמת חלוקין נינהו עשה ול"ת בענין אחר, דבעשה מכין אותו עד שתצא נפשו, ובל"ת אינו אלא בהכאה בעלמא, ורק ברודף וכדומה מכין אותו עד שתצא נפשו דרק שם ניתן להצילו בנפשו<sup>141</sup>, והביא הקצוה"ח במשובב שכבר הוכיחו "בעלי מוסר הראשונים" שעשה חמור מלאו [ומגיה הבין דלכא' הכוונה לרמב"ן עה"ת ביתרו לענין עשה דוחה ל"ת, אכן ראיתי במשנת יעב"ץ ריש חו"מ שהביא דברמב"ן בשיר השירים מפורש דרק בעשה מכין עד שתצא נפשו ולא בלאו, כיון דעשה חמיר מלאו].

ולכא' שיטת הקצוה"ח צ"ע, דמנלן כל הנך חילוקי דינים, דאף דאיכא סברא לחלק בין עשה לל"ת, הא אכתי בעינן מקור לשני דיני כפייה א' של ב"ד וא' של יחיד, וכן לחילוקים בשיעור הכאה, דבב"ד השיעור הוא עד שתצא נפשו וביחיד השיעור הוא הכאה בעלמא, וקשה דמה המקור לכל הנך חילוקי דינים.

### בדין הכאה מדין תוכחה - ומה שיש ליישב בזה את שיטת הקצוה"ח.

והנראה בזה, דהנה, בביאור דינא דהכאה בסוגי' דהמניח לאפרושי מלאו, עיין ביש"ש [ב"ק פ"ג סי' ט'] דעיקר היסוד בהכאה להפרישו הוא מצד חיוב תוכחה, וכמבואר בערכין "יכול לא יסטרנו ולא יכנו על דבר תוכחה", ומבואר דאיתרבי הכאה בכלל מצות תוכחה<sup>142</sup>, והנה, מבואר בגינת ורדים [.....], דדין תוכחה הוא רק על ל"ת, ולא על מ"ע, דבמ"ע שם כל החיוב הוא רק מצד ערבות, ועפ"ז העירני ידידי הגאון רבי אריאב עוזר שליט"א דממילא מתיישבין דברי הקצוה"ח דלכן רק בל"ת מותר להכותו, ולכן במ"ע רק ב"ד כייפינן, וע"כ דהנתה"מ אזיל כהחולקים דסברי דמצות תוכחה כולל גם מ"ע, וביש"ש עצמו מבואר בהדי' כהנתה"מ דגם על מ"ע יש כפייה של יחיד וע"כ דלמד דאיכא דין תוכחה גם במ"ע.

והוסיף, דלדברי הקצוה"ח א"ש דברי הר"י בתוס' דמחלקין דבצדקה איכא כפייה הגם שמתן שכרה כתובה בצדה, כיון שיש בו ל"ת, וקשה דמאי נפ"מ, ולהנ"ל א"ש, שהרי י"ל דכל הדין דמתן שכרה בצדה נאמרה על הדין המיוחד של כפיית ב"ד, אבל כפיית כל יחיד ויחיד דמדין תוכחה הוא לא נאמר בזה שום קולא, וחייבים בה גם במתן שכרה בצדה, עכתו"ד.

אולם יותר נראה דגם הקצוה"ח מודה ליש"ש דאיכא דין תוכחה גם במ"ע, ודלא כהגינת ורדים ואפי"ה מחלק ביניהם, וזה כמבואר בהדי' בדבריו דעשה חמור מל"ת, ולא משמע דמחלק ביניהם להחמיר בל"ת בדין תוכחה, אלא אדרבה, דמחמיר בדין כפייה בעשה מחמת חומר העשה מל"ת, ונבאר את הדברים.

<sup>141</sup> ומכאן מוכרח דלמד הקצוה"ח שעד שתצא נפשו היינו עד מיתה ממש, וזה דלא כרבינו יונה כתובות [שטמ"ק שם] דהכוונה בזה הוא דרק עד שתחלישו, והא"ש פ"ד ממרים הק' דאיזה ענין יש בזה שתצא נפשו, הא העשה לא יתקיים בזה, וצ"ל דלמד הקצוה"ח דדין כפייה היא שלא יבטל את העשה, ואי מת לא ביטלו אף דלא קיימו.

<sup>142</sup> אולם בפרי יצחק [ח"א סימן כ"ו] הביא מהשאג"א דלאפרושי מאיסורא הוא מה"ת, וצידד הפרי יצחק דיתכן דמצד תוכחה היא, אכן הביא מהב"ח [יו"ד סימן ש"ג] בשם הרא"ש שזה רק מדרבנן וסמכין לה ללפני עיוור, ומה"ט א"צ להודיע למי שיש לו כלאים בבגדו בשוק אם לא יודע, שיש דין של כבוד הבריות, ורק במי שידוע קורעין לו את בגדו, והוסיף הפרי יצחק דפשוט דאין כאן לפני עיוור ממש דאפילו בחד עברא דנהרא ליכא לפני עיוור, ובאמת דכן מפורש בתוס' בשבת [ג']. ועיין בגליון הש"ס מה שציין שם.

**יסוד גדול המאחרונים דכפייה בתורת משפטים וחז"מ וכפייה על המצוות תרתי נינהו.** ונקדים בדברי האחרונים [מובא במילואי חושן שם] בביאור שיטת הנתה"מ, דהנה, הקצוה"ח הוכיח כשיטתו מהתוס' ריש סנהדרין, שהביאו דמבואר בגיטין [פ"ח] דבעינן דוקא בי"ד לכפייה על הגט, ומכאן קשה על הנתה"מ<sup>143</sup>, ובשע"י [שער ה' פ"ו] ובתשו' חת"ס [חו"מ סי' קע"ז] דחו דהך דגיטין שאני, דדומה לכל עניני ממון, דבזה נאמר דתורת המשפטים נמסרה לבי"ד, וכמו דספק ממון לקולא, ולא דיינינן ליה מצד הספק איסור גזילה, דכל ענינא דגזילה הוא רק אחרי שכבר נקבע הענין הממוני, דאיסורו הוא רק להעמיד את המשפט שנקבע, ואי אזלינן בעיקר המשפט לקולא, שוב לא שייך להחמיר גם באיסור גזילה, וכמו כן בנד"ד, דענין המשפט נמסרה לבי"ד, וע"ד זה נימא נמי הכא דכל עניני הכפייה של משפטים ג"כ נמסרה לבי"ד, וזה נלמד מקרא דאשר תשים לפניהם ולא לפני הדיוטות.

ובזה ביארו בחת"ס ושע"י את הדין בי"ד בכפייה של גט, דהכא בעינן בי"ד להוצאת אשה מתחת בעלה כיון שזה ענין של משפט שהרי יש בזה טוען ונטען, ודו"ק, ובאמת, דחידוש זה שחידשו האחרונים העיר ידידי הגאון רבי אריאב עוזר שליט"א, דזה מתבאר נמי מכל הנידון של עביד איניש דינא דנפשיה בריש המניח דהבע"ד על עצמו נעשה לבי"ד, דק' דלמה לא דיינינן בזה מצד דינא לאפרושי מאיסורא דגזילה ואפילו אחר יכול לכפותו, וכבר הק' כן בקובש"ע בב"ק שם, ולהנ"ל א"ש דזה ענין של משפט, וכל הכפייה של עניני משפט נמסרה לבי"ד.

ולפי"ז כתב השע"י, דאף אי כפייה של כל המצוות שייכא בכל יחיד ויחיד, אבל כפייה על מצות פריעת בע"ח, גם למ"ד דשעבודא לאו דאורייתא, בזה צריך בי"ד, דעניני ממון הוא משפט, ומצוה ששייכת למשפט שייכא לבי"ד.

#### **מתמה בזה מכמה סוגיות.**

אולם אף דדבריהם מוכרחין, מדלא מהני הכאה בעלמא בממונות, וכדחזינן בריש המניח דבעינן לבא לדין מיוחד של עביד איניש דינא דנפשיה, אכן אכתי דבריהם תמוהין ונסתרינן מיניה וביה בסוגי, דלדידהו איך הביאו בסוגי דכתובות [פ"ו] דינא דמכין אותו עד שתצא נפשו בלולב וסוכה ושאר מ"ע על האי דינא דפריעת בע"ח, הא התם מדיני בי"ד הוא, והכא דינא דכל יחיד ויחיד הוא, ותרתי נינהו, וע"כ דמוכרח מיניה וביה דגם מ"ע בעי בי"ד, ולזה הביאו דין כפייה דמ"ע בהדי' דין כפייה על משפטים, וזה כבר הוכחה לקצוה"ח דתרווייהו דין א', ועיין היטב בדברי הקצוה"ח דמרהיטת לשונו משמע דנחית לדיוק זה.

ויתירא מזה דבאמת מוכרח כהקצוה"ח, דמפורש בגמ' בכתובות שם "בד"א בל"ת אבל במ"ע וכו'", ובל"ת הכוונה לעונש מלקות, וזה ודאי דקאי על בי"ד, וא"כ גם ההמשך קאי על בי"ד, וטענה זו שמעתי מידידי הגאון רבי אריאב עוזר שליט"א.

עוד מבואר בהדי' כהקצוה"ח מהמצוות שמתן שכרה בצדה, דאמרינן בחולין [ק"י] ד"אין בי"ד של מטה מוזהרין עליה, ומוכרח דכפייה על שאר מ"ע "מוזהרין עליה בי"ד", ואינו דין של כל יחיד ויחיד בפנ"ע, וזו טענה אלימתא.

עוד מבואר בהדי' בסנהדרין [י"ח] לגבי כה"ג דאית ליה בי"ד של ע"א, אכן לענין מ"ע ול"ת דינו בבי"ד של ג', ועיין ביד רמ"ה דאירי לענין כפייה על המצוות, ולגבי זה אמרינן

<sup>143</sup> והאז"ש ממרים פ"ד יישב בזה את שיטת הנתה"מ, דהכא איכא דין לרצונו, ולא סגי בכוונת מצוה כשאר המצוות, וליכא רצון אלא ע"י זה דאמרינן שרוצה לשמוע לדברי חכמים, וזה רק מהני בכפייה של בי"ד, שאז ברור לו שזה ע"י חכמים.

דבעי בי"ד של שלשה, ומפורש כהקצוה"ח, אכן במאירי שם מבואר דאיירי לענין מכת מרדות דרבנן, ועיי"ש עוד בערול"נ ובהגהות ר' יוסף ב"ר רפאל [שם].

**מבאר בזה את שיטת הקצוה"ח שיש דן מסויים של כפייה המסורה לבי"ד זה כולל גם כפייה בגט וגם כפייה במ"ע.**

ואשר מוכרח מכל זה כדרכו של הקצוה"ח, ונבאר את שיטתו, ונקדים, דכבר הבאנו דהקצוה"ח הוכיח כשיטתו מהתוס' ריש סנהדרין, שהביאו דמבואר בגיטין [פ"ח] דבעינן דוקא בי"ד לכפייה על הגט, והקצוה"ח הביא דילפינן כן מגזה"כ מיוחד של אשר תשים לפנייהם, דדרשינן אלו כלי הדיינים, ונראה דמכאן יסוד לכל דברי הקצוה"ח, וביאור הדברים הוא, דכמו דפשיטא דענייני משפטים מסורים להכרעת בי"ד, וכמו דפשיטא דעונשים של מיתה ומלקות מסורים לבי"ד, כמו כן ילפינן דדיני כפייה של "עד שתצא נפשו" נמי מסורין לבי"ד, וזה דין בפנ"ע דילפינן מקראי ד"אשר תשים לפנייהם" דאלו הכלי זיין של בי"ד, ואין זה חלק מכל דיני המשפטים דהכרעתם מסורה לבי"ד [וכדנקטו החת"ס ושע"י], אלא דדין בפנ"ע הוא.

וקיבלו חז"ל דדין זה של כפייה כולל דיני כפייה של המשפטים עצמם וזה כולל גם את הכפייה של גט וכסברת האחרונים דגם הכא איכא טוען ונטען להוציאה מתחת בעלה, וקיבלו חז"ל דזה כולל גם דיני כפייה של מ"ע, וזהו סוגי' הגמ' בכתובות [פ"ו] דמבואר שם דמכין אותו עד שתצא נפשו בלולב ובפריעת בע"ח חדא גינהו, ותרווייהו מדינא ד"אשר תשים לפנייהם".

וכל זה בעשה, אבל בל"ת דלא חמיר כעשה [וכדחילק הקצוה"ח בשם ראשונים בעלי המוסר] הכא לא איתרבי בכלל האי קרא, וממילא דלית בהו דינא דכפיית בי"ד, אולם בדידהו אכתי איכא דין הכאה בעלמא מחמת דינא דתוכחה, וכדמרבינן בערכין, וזהו סוגי' דהמניח בשיחרר עבדו, ואף דגם בעשה איכא תוכחה, אכן איתרבי ביה דין נוסף של כפיית בי"ד מצד חומרא דידיה.

וממילא א"ש למה במ"ע הדין כפייה היא בבי"ד והשיעור כפייה היא עד שתצא נפשו, ובל"ת הדין הוא דין ביחיד ואינו אלא בהכאה בעלמא, דבאמת שני דינים הם, דבלאו מדין "תוכחה" אתינן עלה, ובעשה מדין "אשר תשים לפנייהם" אתינן עלה.

אולם צריכים להוסיף כאן ביאור, דלפי"ז יתחדש דיחיד יכול להכות גם במ"ע דהכא איכא עכ"פ דינא דתוכחה, אולם זה אינו, דלכא' ברור דמשפטים ובגט ליכא אפילו היתירא להכאה בעלמא <sup>144</sup>, ומשמע דבזה גרע כפייה דמשפטים מל"ת דעלמא דעכ"פ יכול להכותו מדין תוכחה, וע"כ צ"ל דכמו דההכרעה בדיני משפטים הפקיע התורה מהכרעתו של כל א' וא' ומסורה לבי"ד, כמו כן כל ענייני כפייה במשפטים ובגט מסרה הכתוב לבי"ד, דכל מה דמסורה לבי"ד מופקע בזה היחיד, וממילא דלא מהני בזה אפילו הכאה בעלמא מצד תוכחה, דכל הך ריבוי שיש הכאה של יחיד בתוכחה נתמעט בדין זה ד"אשר תשים לפנייהם".

ונראה דע"ד זה נמי מבואר במ"ע לדעת הקצוה"ח, דאף דלא גרע מ"ע מל"ת, וכמו דיחיד כופה לאפרושי מאיסורא, כמו כן במ"ע נימא כן, אלא דהן הן הדברים, דאחרי דענייני כפייה דמ"ע מסרה הכתוב לבי"ד, שוב מופקע אפילו מדינא דהכאה בעלמא של תוכחה.

<sup>144</sup> וזה מוכרח ממה דבעינן לחדש דין מיוחד של עביד איניש דינא דנפשיה, וכדלעיל, וכן כתב בשובב בהדי' וז"ל, "כי לדברי המחבר א"כ הדיוט בעלמא יכול לכוף אגט במקום שכופין להוציא, וזה ודאי פסול אם הדיוט מעשה על גיטא ואע"ג דמצוה ליתן גט הא לפנייהם ולא לפני ההדיוטות", ומשמע דגם בהכאה בעלמא ליכא עישוי דיחיד.

### על פי זה מבואר שיטות הראשונים בדין כפייה על הצדקה וכפייה במצוות.

ומעתה נחזור לדברי התוס' בדין כפייה בצדקה, דהנה, צדקה היא מצות עשה שמתן שכרה כתוב בצדה, ולכן מצוה זו מופקע מפרשת כפייה, וממילא דהדרא דינא להכאה בעלמא מדין תוכחה, ודין עשה זו כדין לאו, וממילא מיושב שיטת הריב"א למה בי"ד לא נענשין על זה, ולמה אינו אלא בהכאה בעלמא, דכל הדין הכא אינו אלא מצד תוכחה של כל אדם, דאחרי דדינא ד"אשר תשים לפניהם" פקע הימנו, שוב הדרא דינא דהוי כל"ת דאיכא ביה דין הכאה, ואלו דברי הריצב"א, דהכא ליכא חיובא דבי"ד, ורק חייבים מדין תוכחה וכיחידים דמי, וממילא הדרא דינא דליכא הכאה עד שתצא נפשו.

ובזה ניישב פלוגתת התוס', דכבר הבאנו דר"ת תירץ דמיירי בכפייה בדברים, והר"י תירץ דכיון דבצדקה איכא לאו, ומבואר דפליגי הר"י ור"ת האם במ"ע שיש עמו לאו האם גם הכא ליכא כפייה או לא [כשמתן שכרה כתוב בצדה], וצ"ב שורש פלוגתתם, עוד צ"ב דאיזה סברא איכא לחלק בין לאו לעשה, דאי נאמר כלל דבמתן שכרה נכתב בצדה ליכא כפייה א"כ מ"ש לאו מעשה.

ולהנ"ל ניחא, דכולהו אזלי הכא כהקצוה"ח, ופשיטא א"כ למה ליכא הפקעה מכפייה בלאו כשמתן שכרה נכתב בצדה כמו בעשה, דכל דין זה הוא רק בדין כפייה של בי"ד מגזה"כ של "אשר תשים לפניהם", אלא דהריב"א סבר דלעשה עצמו הדרא דינא דכפיית בי"ד, ובזה חולקים הר"י ור"ת, דאחרי דעשה איכלל בדינא דכפייה של בי"ד מגזה"כ של "אשר תשים לפניהם", שוב מופקע לגמרי מדין הכאה דיחיד, ואף דהכא במתן שכרה נכתב בצדה בי"ד לא כופין, אכן סו"ס נתמעט לגמרי מהך פרשה, וע"כ דמיירי הכא רק בכפייה בדברים, וזה סברת ר"ת.

והר"י מודה בזה לר"ת, אלא דטענתו דהכא איכא כפייה עכ"פ מצד הל"ת, דלכו"ע לא איכלל הל"ת מעיקרא בכלל הדין כפייה של בי"ד, ודינו בהכאה בעלמא, וא"ש, ויתכן דהריב"א מודה לזה, אלא דהריב"א הוסיף דגם בדליכא לאו איכא כפייה מצד העשה עצמו, ונפ"מ בכיבוד אב ואם דליכא לאו ואיכא עכ"פ כפייה של הכאה בעלמא, ודלא כהר"י דלדידיה ליכא כפייה כלל בכיבוד אב ואם.

אלא דמעתה קשה על ר"ת, דלדידיה הדרא הקושי', דלמה ליה לדחוקי דמיירי בכפייה בדברים, הא סו"ס איכא כפייה מצד הלאוין, ובזה ליכא גזה"כ של "אשר תשים לפניהם".

ונראה דשורש פלוגתת ר"ת והר"י הוא בפלוגתא אחרת, דפליגי בגדר לאו ועשה שבאו כהדדי, דהנה, מבואר בתוס' סוף חולין דפליגי הראשונים בעשה שאינו דוחה ל"ת ועשה האם עכ"פ נדחה הלאו, ולכא' פלוגתתם בזה הוא, דבכה"ג דאיכא עשה ולא האם כל ענינו של הל"ת הוא לחזק את העשה, וא"כ כמו דהעשה לא נדחית, כמו כן הלאו, דרק בא לסייעו, ולכן דינו כמותו, או דתרתני נינהו, ואף דהעשה לא נדחה, אבל הל"ת שפיר נדחה.

ומעתה נראה לחדש דיהיה נפ"מ נוספת בפלוגתא זו, דיהיה נפ"מ בכל כפייה של עשה ול"ת לדעת הקצוה"ח, דאחרי דחילק בין עשה דרק בי"ד כופין לל"ת דרק היחיד כופה, דמעתה יש להסתפק מה דינו של כל כפייה של עשה ול"ת, דלכא' זה פשוט דהבי"ד כופין דלא גרע מכל עשה, אבל יש להסתפק האם היחיד יכול לכפות עכ"פ מצד הל"ת, ולספק זו עוררני בחור א', וי"ל דתלוי בזה, דאי חשיבי העשה ולא כאחד, א"כ כמו דהעשה נמסר לבי"ד, ואין ליחיד דין כפייה בו, כמו כן הלאו נמסר לבי"ד, ואין ליחיד דין כפייה מצד הלאו, אולם אי העשה ולא תרתני נינהו, א"כ אף דליכא דין כפייה של היחיד על העשה, אכן אכתי על הלאו, יהיה דין כפייה, ודו"ק.

ומעתה נראה דבזה פליגי הר"י ור"ת הכא, דאי בעשה שמצוה שמתן שכרה נכתב בצדה אכתי איכא הפקעה מהכפייה של כל יחיד, וכנתבאר לעיל בשיטת הר"י ור"ת, א"כ יש

להסתפק מה דינו של עשה זו כשיש עמו לאו, האם ההפקעה חיילא גם על הלאו או לא, ותלוי האם הלאו שיש עמו תמיד נגרר אחריו בהפקעה זו, או לא, וא"ש פלוגתתם.

## פרק ב

### שיטת הריטב"א

#### ביסוד דינא דכפייה על הצדקה.

#### בדברי הריטב"א בר"ה [ו] בדין כפייה על הצדקה.

בסוגי' בר"ה [ו.] ילפינן "מוצא שפתיך תשמור ועשית", ודרשינן "ועשית, אזהרה לבי"ד שיעשוך", והק' שם בגמ' דל"ל קרא, הא כפייה בקרבנות ילפינן כבר מ"קריב אותו" דכופין אותו עד שיאמר רוצה אני, וחילקו בין אמר ולא אפריש לאפריש ולא אקריב, ועיין בתוס' [ד"ה יקריב] שהק' דל"ל קרא דיקריב אותו, הא מ"ש מכל מ"ע דמבואר בכתובות [פ"ו] דמכין אותו עד שתצא נפשו, ותירצו דהכא נאמר ברצונו, וקס"ד דליכא כפייה בזה, עכ"פ מקושי' התוס' מבואר דכפייה זו של בי"ד דומה לכפייה של כל המצוות, ומבואר בהדי' כהקצוה"ח דבכל מ"ע דין כפייה רמי על הבי"ד.

ועיין ריטב"א שהביא מהירושלמי דהביא דמקרא זה ילפינן נמי דין ממשכנין, ויתכן א"כ דזה החידוש מיוחד, דילפינן הכא דגם ע"י ממשכנין מתקיים דינא דכפייה, [ויתכן א"כ דבכל עשה דליכא גילוי הקרא בזה, דליכא דין כפייה בזה, וכן בל"ת דרק להכאה בעלמא איתרבי בסוגי' דערכין, דגם ליכא ממשכנין בזה, ואכתי צ"ב].

והריטב"א למד דגם חוב צדקה דיליף מהאי קרא ד"בפיך זו צדקה" דבחוב זה נמי ממשכנין, וגם בזה קאי קרא דהכא, ואדרבה, עדיף מכל חוב דהכא אפילו בערב שבת ממשכנין, אף דבשאר חובות לא ממשכנין בע"ש, עיי"ש.

אולם הק' הריטב"א, דהוי מצוה שמתן שכרה נכתב בצדה, ואיך כייפינן, ואי ילפינן הכא מקרא ומגזה"כ מיוחד של "ועשית", א"כ נילף נמי לכל המצוות שמתן שכרה נכתב בצדה דכייפינן מגזה"כ זה.

ותירץ הריטב"א, דהכא גלי קרא ולא ילפינן מיניה למצוות אחרות, וביאר דחלוקין נינהו, "דהכא לאו משום מצוה דרמיא עליה בלחוד כייפינן ליה, אלא מפני שחייב עצמו ונכסיו לגבוה או לעניים, וכשם שכופין אותו לפרוע מה שחייב להדיוט, שלא יהא כח הדיוט חמור משל הקדש", ומבואר דהכא בצדקה אתינן עלה מצד שני דיני כפייה, חדא מצד המצוה, אלא דמצד זה נאמר כלל דכל מצוה שמתן שכרה נכתב בצדה דליכא בזה כפייה, אלא שיש בזה דין כפייה אחרת, וזה מצד החוב ממון, וכדמצאנו נמי בהדיוט, וזהו נמי שורש הדין כפייה בקרבנות כמו בצדקה.

ויש להוסיף בזה עוד, דבאמת מצד הדין כפייה של מצוות לא שייך כפייה גם בקרבנות, וכטענת התוס' דבעינן רצון, וגזה"כ דהכא דמרבה כפייה גם היכא דבעינן רצון אינו מצד המצוה, אלא מצד החוב, וככפייה על חוב של הדיוט דמי.

#### בדברי הריטב"א בכתובות [מז] בדין כפייה על הצדקה.

אולם לכא' קשה, שהרי בסוגי' בכתובות [פ"ו] מבואר דכפייה של פריעת בעל חוב עצמו אתינן עלה מצד כפייה של מצוות, דהביאו את הדין כפייה על לולב כמקור לדין כפייה על מצות פריעת בע"ח, ומעתה, אי נימא דמצד המתן שכרה שנכתב בצדה ליכא כפייה מצד הדין כפייה של מצוות, א"כ גם בחוב ליכא כפייה בכה"ג, שהרי תרווייהו דין אחד נינהו.

ונראה פשוט, וסייעני לזה ידידי הגאון רבי נחום בר חיים שליט"א, דכוונת הריטב"א דאף דבאמת חד דין כפייה לתרווייהו, דגם המצוה וגם החוב שייכי לדין כפיית מצוות, אולם

המתן שכר שנכתב בצדה קאי על המ"ע של צדקה, ולא על החוב של צדקה, וממילא דהחוב לא נתמעט מכפיית בי"ד וא"ש, וברור.

והנה, כל זה בחוב של צדקה וכלשונו של הריטב"א "מפני שחייב עצמו", אולם מה יהיה בצדקה דעלמא דלא חייב עצמו וליכא חוב, ולכא' הכא דזרא קושי' הריטב"א לדוכתא, וי"ל דהריטב"א יכול ליישב שם כשאר התירוצים של התוס', דבאמת כל הכפייה התם היא כפייה של יחיד, ומדין תוכחה אתינן עלה, ופשוט, וכנתבאר.

אולם הריטב"א עצמו יישב קושי' זו, עפ"י דרכו הכא, דיעויין בדברי הריטב"א בכתובות [מ"ט ד"ה אבל היכא דאמיד] דהק' שם את קושי' התוס' דאיך כופין בצדקה, והתם לא איירי בחוב של צדקה, ותירץ הריטב"א, וז"ל, "אבל לענין צדקה כייפינן מפני מחסורם של עניים, וכדכתב רחמנא ועשית אזהרה לבי"ד שיעשוך", וממשיך הריטב"א להק' על עצמו, "ואע"ג דההוא גבי נודר כתיב" והיינו דהתם הסברא הוא מצד החוב של צדקה, וכדבריו בר"ה, והכא ליכא חוב, ותירץ, "גלי רחמנא בצדקה שהוציא מפיו וה"ה לכל צדקה משום מחסורם של עניים", עכ"ל.

הרי מבואר הכא דדינא ד"יעשוך" אינו דוקא בצדקה היכא דאיכא חוב ממש, אלא דהתורה דנה את כל מצוה צדקה כאילו שיש כאן חוב מחמת מחסורם של עניים, ושוב רמי עליו הכפייה מצד מחסורם של עניים, ומצד זה ליכא מתן שכרה בצדה, ורק מצד מצות הנתינה עצמה איכא מתן שכרה בצדה, ומצד זה באמת ליכא כפייה, כן נראה בביאור שיטתו.

### פרק ג

#### שיטת היראים

#### בדין כפייה בהשמטת כספים.

#### חילוקו של היראים בין בי"ד בא"י לחו"ל בדין כפייה.

הנה, היראים היא שיטה יחידאה שסוברת דמצות השמטת כספים הוא רק בזה שהוא אומר משמט אני, וכתב היראים [מצות השמטת כספים] שבי"ד כופין על זה, אלא דבעינן לזה בי"ד של א"י, אבל בחו"ל ליכא כפייה בזה, דלא אמרינן בזה שליחותיהו קעביד, דמילתא דלא שכיחא היא.

והוכיחו מזה האחרונים - עיין בזה בתועפות ראם [מגיה שם] ובישועות דוד [אהע"ז סי' ו'] - שמכאן מוכרח כדעת הקצוה"ח, שהרי הכא איכא כפייה מצד מ"ע, ולמה לא יהני גם בחו"ל גם בלי דין בי"ד כלל, ומזה מוכרח כהקצוה"ח דעל מ"ע בעינן בי"ד - ודו"ק.

#### מה שיש לדון בשיטתו.

אולם כבר הק' על היראים [תועפות ראם, מגיה שם], שהרי מפורש שיש דין כפייה על המצוות מצד בי"ד גם בחו"ל בזה"ז, שהרי בסוגי' בחולין [ק"י] מבואר דרב חסדא הכה על כיבוד אב ואם, וטענו כנגדו, שהרי זה מצוה שמתן שכרה נכתב בצדה, ולמה לא טענו כנגדו מצד זה שלא היה סמוכין, וע"כ דלא בעי לזה סמוכין, ודברי היראים נסתריין.

ובישוב הקושי' שמעתי מידידי הגאון רבי אריאב עוזר שליט"א דע"כ צ"ל בזה לאידך גיסא, דמכאן ראייה לדרכו של הנתה"מ, ודוקא בהשמטת כספים הוא כן, דזה כבר כפייה על ממון, והיינו כחילוקו של החת"ס וגרשש"ק בשיטת הנתה"מ, דגם אי בכל מ"ע איכא כפייה ביחיד אכן בעניני ממון בעינן כפייה מצד בי"ד, והכא בהשמטת כספים זה עניני ממון, וא"ש, ורק בכיבוד או"א זה מצוה, ודו"ק.

#### תוספת דברים.

אלא דא"כ יתקשה כדהקשינו לעיל בשיטת האחרונים דאיך הגמ' בכתובות [פ"ו] מדמה מ"ע דסוכה למ"ע דפריעת בע"ח, הא הכא זה עניני ממון, וצ"ע.

**פרק ד**  
**שיטות הראשונים**  
**בכפייה בל"ת.**

**שיטות הראשונים בכפייה בל"ת.**

הנה, הבאנו את פלוגתת הקצוה"ח והנתה"מ אי מחלקינן בין עשה לל"ת, אולם עיין במנ"ח [מצוה ח'] דנקט בהדי' כהנתה"מ דלא מחלקינן בין עשה לל"ת, אלא דסובר כהקצוה"ח דמסורין לבי"ד, וזה גם בעשה וגם בל"ת, והך כפייה בפרק המניח בכופה את עבדו, התם הכוונה שרשות בידו, אבל אינו חיוב כלל על היחידים, אבל הבי"ד מזהירים ומחוייבים גם בעשה וגם בל"ת.

וראיתי במשנת יעב"ץ [ריש חו"מ] שהביא דכדבריו מפורש ברמב"ם בספר המצוות מצות עשה קע"ו "שציוונו למנות שופטים ושוטרים שיכריחו לעשות מצוות התורה ויחזירו את הנוטים מדרך האמת אליה בעל כרחם, ויצוו לעשות הטוב ויחזרו מהרע", עכ"ל, וכן הביא נמי מהר"ן בחולין [קל"ב:] ומרעק"א כתובות [פ"ו] דלא מחלקינן בין עשה לל"ת.

והפשטות בדבריהם היא דבתרומתו רמי חיובא אבי"ד, וע"כ צ"ל דלדבריהם רשות ביד כל אדם להכות, וזהו סוגי' דהמניח, ואינו חיוב אלא על הבי"ד, ורק הרמב"ן בשיר השירים [ד' י"א] מחלק בזה כהקצוה"ח בין עשה לל"ת.

ולדבריהם הביאור הוא, דמגזה"כ ד"לפניהם" ילפינן דדיני כפייה מסורים לבי"ד גם בעשה וגם בל"ת, אלא דאין בה הפקעה מדין הכאה בעלמא של יחיד שזה מדין תוכחה.

**במה שיש לתמוה מהדין הכאה בעלמא של יחיד.**

אולם מעתה קשה, דה"ה דבממונות יהני עכ"פ הכאה בעלמא מדין תוכחה, ולמה לי דינא דעביד איניש דינא דנפשיה, וכקושי' הקובש"ע, ועוד, אטו יהני גם בגט מעושה עכ"פ בהכאה בעלמא מדין תוכחה, ואכתי צ"ע.

## מפתח מפורט בסוף

### סימן א ביסוד חיובא דכותל אי הוי מצד הרחקת נזיקין או מצד תיקוני החצירות.

פרק א הוכחות שזה מדיני תיקוני חצרות < הקדמה - הערות קצרות במשנה. > ביאור החילוק בין מזיקין דב"ק למזיקין דב"ב [פרק לא יחפור] - ולכן דין כותל נמצא בב"ב ולא בב"ק. < למה נקבע מזיק זה של היזק ראייה הכא בפרק השותפין ולא בפרק לא יחפור, ומוכרח דנאמר חיובא דכותל מצד חיובא דשותפין בתיקוני חצירות, ולא מצד היזק ראייה בעלמא. > תיקוני חצרות מדיני החלוקה של השותפות או דין כללי בכל שכנים. < דיון באחרונים אי הוי דיני חלוקה או דיני תיקוני חצרות. > מתמה בעיקר הלכה זו דמה המקור לחיוב זה. < מקור מהנחה"מ בדין שכנים שקנו זה אחר זה. > מה שיש לדון למה הכא מיקרי 'בעיה משותפת'. < סברת הגר"נ פרצוביץ זצ"ל בחלוקה.

פרק ב מחלוקת אי הוי דין תיקוני חצרות או דין הרחקת נזיקין. < בפלוגתא הפוסקים האם מתחלק ההוצאות כפי הבעלות או חצי חצי, ותלוי האם מצד תיקוני החצירות הוא או מצד הרחקת נזיקין הוא, [רש"ש ונתה"מ]. > תוספת ביאור בכל הנ"ל. < מחדש דבמסיפס [מחיצת י' טפחים שיהא נתפס עליו כגנב] מודי כו"ע דמחלקים ההוצאות לפי ממון. > מביא דכבר נחלקו הראשונים בהנך צדדים האם מצד תיקוני החצירות הוא או מצד הרחקת נזיקין הוא, דדנו מצד גירי דיליה בחיובא דכותל. < מתמה דלפי דרכם קשה למה איכא דיני כותל ולא סגי בהוצא ודפנא.

**סימן ב בפלוגתא הרמב"ן ורא"ש בכונס לתוך שלו בהוצא ודפנא.** < פלוגתא הרמב"ן והרא"ש למה לא מהני הוצא ודפנא נגד היזק ראייה, ונפ"מ ברוצה לכנס לתוך שלו, דהרמב"ן למד מצד הרחקה גמורה, והרא"ש למד מצד מעותיו אנפרות. > דן בפלוגתא זו כלפי הצדדים אי מצד הרחקת נזיקין הוא, או מצד תקנת השותפין היא. < מביא את קושיות הרא"ש על הרמב"ן דע"כ ליכא טענת הרחקה גמורה בהרחקת נזיקין, ומבאר את דברי הרמב"ן באופן אחר דמצד תקוני חצירות אתינן עלה. > הוספות. < ביאור סברת לחלק בין תיקוני חצרות להרחקת נזיקין - אי איכא טענה שלא יתעצמו בדין. > ד' נפ"מ לדינא בין הרמב"ן לרא"ש. < דיירים שמתקנים קלקול משותף - ואחד רוצה לתקן לבד ברמה פחותה. > דן בזה לדרכם של האחרונים דהוי דין בחלוקה. < מתמה בשיטת הרמ"א. > ביאור בסברת הרא"ש למה חולק על הרמב"ן.

### סימן ג חידוש הרא"ש בדין מחילה בכותל, וחידוש הרא"ה בסמיכת קורות, ויסוד "חיוב כותל".

פרק א במה שיש לתמוה על חידוש הרא"ש למה מהני מחילה בכותל < דן בדברי הרא"ש, דלכא"ו יש לדמות את החיוב כותל לקרע כסותי ולא לחיוב כותל שפועל חייב לבעה"ב, דרך בזה יהני מחילה כיון שזה רק מחייב א', וזה דומה לחיוב מנה, משא"כ בניית כותל מצד היזק ראייה. > זכות תביעת בניית כותל - ומתמה בזה. < דן מצד תיקוני החצירות או מצד זכויות בחלוקה דבהנך ב' דרכים שפיר שייך מחילה, ומתמה שהרא"ש לשיטתו צ"ע. > ד' נפ"מ בין הצדדים - אי מצד הרחקת נזיקין אי מצד תיקוני חצרות. < מקשה עוד - דסו"ס לכו"ע איכא גם דינא דהרחקת היזק ראייה חוץ מהדין הנוסף מצד תיקוני החצירות או מצד זכויות בחלוקה. > מביא כמה סברות לבאר דע"כ צ"ל דבחיוב כותל ליכא חיוב של הרחקת נזיקין כלל, וכל החיוב אינו אלא מצד זכויות בחלוקה או מצד תיקון החצירות. < מתמה מגג סמוך לחצר וב' גגות בב' צדי רשה"ר דודאי דאיכא דין מחיצה של הוצא ודפנא - וכן מהדמיון של הרא"ש למחיצת הכרם.

פרק ב שיטת הרא"ש שתיקנו "חיוב כותל" מכח התביעה של 'אל תזיקני'. < מבאר שתיקנו "חיוב כותל" מכח התביעה של 'אל תזיקני', ולא שבאמת יש חיוב הרחקת נזיקין והכותל הוא עצה בעלמא לזה - והפקיעו בזה את הדין הפשוט של הרחקת נזיקין ואעפ"כ מהני כונס לתוך שלו בהוצא ודפנא. > עיקר הטענה שאינו עושה מעותיו 'אנפרות' היא סיבת התקנת של כותל. < מקשה - דאף אי תיקנו "חיוב כותל", הא סו"ס סיבת החיוב מתחדשת תמיד, ואיך מהני מחילה - ומביא מהגרש"ש"ק שהתביעה של מחר כלולה בתוך התביעה של היום. > מתמה - דסו"ס 'אל תזיקני' מתחדש כל רגע - והמחר מחייב את המחר בלי המחייב של היום. < מבאר - שאף אי נפל הכותל וחייבים לבנות שוב - אכן אין כאן טענה חדשה אלא המשך לטענה הראשונה. > עדיין צ"ע. < דרך נוספת בעיקר דברי הרא"ש.



פרק ג הרחבה באחרונים ביסוד חיובא דכותל. < מבאר למה תקנת כותל אינו בפרק לא יחפור - לפי הראשונים שזה מדין הרחקת נזיקין. < עיקר חידוש זה מוכרח ממה דמשלם לו אח"כ היכא דא' בנאו לבד. < מביא את שיטת הרא"ה שיכול לתבוע השתמשות בכותל לקורותיו. < הוספה - שכו"ע מודי דאיכא טענה לסמיכת קורות. < ב' הערות בדברי הגרא"ל מאלין זצ"ל. < תוספת ביאור. < מבאר בזה נמי את שיטת הרמב"ן דבעינן כותל בלי התעצמות בדין.

**סימן ד עוד בדברי הרא"ש ובביאור ספקת הברכ"ש במחילה מחצר לגג.** < ספקת הברכ"ש במחילה מחצר לגג. < יסוד האבי עזרי לחלק בדין היזק ראייה בין בכותל להיזק ראייה דחלון. < מה שיש לדון בגג לחצר. < כמה קושיות בשיטת הרא"ש. < דרך חדשה בעיקר שיטת הרא"ש. < ספקת הגר"ש רוזובסקי זצ"ל אי הוי מצוה ממונית או חוב ממון ממש. < הוכחה בדעת הרא"ה דהוי חוב ממון ממש. < הנפ"מ בחקירה אי איכא דין נחתינן לנכסי'. < ביאור ספקת הברכ"ש - אי הוי מצוה לשמים או חוב ממון. < חקירה נוספת - האם הוי חיוב כותל או חיוב סיוע בכותל חבירו. < חידוש הגרא"ל זצ"ל בעני ועשיר.

**סימן ה עוד ברמב"ן ונמו"י בדין כונס לתוך שלו, ודברי הגר"א בזה.** < דעת הגר"א בביאור שיטת הרמב"ן ונמו"י [דלא מהני להיות כונס בתוך שלו]. < ספק בשי' הנמו"י ורמב"ן האם מהני לכנוס לתוך שלו בכותל אבנים בפחות ממנהג המדינה, או דגם זה כהוצא ודפנא. < בכנס לתוך שלו בדיעבד האם תובעו לסתור כותלו, [ובענין חצי הוצאתיו בנמו"י], ודן בדברי החזו"א דאינו תובעו לסתור בדיעבד, וביאור הגרא"ל בזה.

**סימן ו פלוגתת הראשונים בשינוי השיעורים והמנהגים במשנה ובגדר המנהג בהוצא ודפנא, [תוד"ה בגויל].**

פרק א' בפלוגתת הראשונים בגויל בפחות מכשיעור גויל, ובגדר המנהג בהוצא ודפנא. < שיטות הראשונים בזה, ב' מחלוקות בראשונים, בפחות מכשיעור אבנים, ובפחות מהוצא ודפנא. < בביאור פלוגתת הראשונים גויל בפחות מכשיעור גויל, דשורש פלוגתתם בגדר מנהג הוצא ודפנא אי איתרבי בכלל כותל או דדין מחיצה עליו ואינו כותל, וממילא דבמנהג הוצא ודפנא איכא שני מנהגים, דאיכלל בזה מנהג לא לגדור. < ביאור שיטת הרשב"א ורבינו יונה בדין הוצא ודפנא בעיר חדשה, ופלוגתת התוס' והרא"ש תלוי בפלוגתא דלעיל. < יש לדחות ולפרש שיטת התוס' באופ"א, דגם התוס' סברי דהוצא ודפנא לאו בכלל כותל הוא, ופליגי בגדר גויל בפחות מכשיעור גויל. < דן בדברי הרא"ש דבמנהג על פחות מהוצא ודפנא דסגי בהוצא ודפנא דשיטה זו לא סותר את שיטת הרשב"א בעיר חדשה.

פרק ב בגדר המנהג שטות בפחות מהוצא ודפנא [ר"ת] ובמנהג לא לגדור [רשב"א]. < ביאור הצדדים בגדר המנהג שטות בפחות מהוצא ודפנא [ר"ת]. < בדברי הרשב"א במנהג לא לגדור, ונפ"מ בב' הנך דרכים בר"ת, והרשב"א דוחה. < ב' מהלכים בגדר המנהג שטות, ונפ"מ האם ילפינן מהכא דלא מהני מנהג אף היכא דכתיב הכל כמנהג המדינה. < הערה בתוס'.

**סימן ז בחילוק בין תפיסה ומוחזק, ובדין תפיסה לפני ואחרי הספק.**

פרק א ביאור תחילת דברי התוס'. < הערה בתחילת התוס'. < ביאור קושי' התוס'. < תוספת בקושי' התוס' מהסוגי' בב"מ [ק]. < פלוגתת רש"י ותוס' למה לא מהני תפיסה בבקעה. < פרק ב עיקר הנידון של התוס' לגבי תפיסה - לפני ואחרי הספק. < תפיסה קודם ובשעת הספק או לאחר הספק. < דינים נוספים של תפיסה. < למה לא הביאו הכא סוגי' דבכור ולמה לא הקשו מכל הממע"ה. < מוכרח מהתוס' דתפיסה גרע ממוחזק.

פרק ג בחילוק בין מוחזק לתפוס. < מוכיח ומבאר שיש שני דינים במוחזקות, דעצם החזקת ממון היא חזקה ככל החזקות, ויש גם דין תפוס מדין הממע"ה, ומביא כן מהמהרי"ק ופנ"י וקצוה"ח. < הבהרה - חילוק בין תפוס למוחזק - מיישב למה התוס' לא הקשו מכל דין הממע"ה. < הנפ"מ בין הנך תרי דינים יהיה בתפיסה בספיקות [בתפיסת ברי ותפיסה ברשות]. < מבאר בזה את דברי הראשונים בדין רוב בעכו"ם. < תרי ותרי ספיקא דאורייתא. < מבאר בזה את דברי התוס' בב"מ [ק'] לענין גודרות [וזה חידוש בכל הדין דגודרות אין להם חזקה]. < מצב של 'נראה כבעלים' הוא מצב של חזקת ממון - אבל

החזקה בעלמא בלי נראה כבעלים אינו אלא כתפוס - ובגדר תפיסה ברשות. < סיכום הנפ"מ בין הנך ב' דינים, ונפ"מ לגבי רוב - וביאור דברי התוס' הכא. < חידוש של חכמי דורו של הקונטרס הספיקות. פרק ד' תוספת עומק בעיקר הגדר בחזקת ממון מדיני החזקות, דמישך שייכא בדין המממע"ה. < הרבה תמיהות בעיקר האי יסוד. < מבאר שחזקת ממון תלויה בזכויות של המוחזק להחזיק ממנו באופן שלא יעלו צדדים וספיקות במוחזקות שלו, שהרי מבואר בתרומת הדשן שחזקת ממון 'אית ביה טעמא דהממע"ה', וזה הגזה"כ של מי בעל דברים וזה הכלל גדול בדינא, ומה"ט מהני נגד חזקת הגוף.

### סימן ח תפיסה בפסק של יחלוק, ונגד כחו של דררא דממונא.

פרק א חילוק בין תפיסה מיחלוק לתפיסה מהממע"ה < בדברי הקונטרס הספיקות למה לא מהני כאן תפיסת ברי, ומקשה דזה סותר לעיקר הכלל בתפיסה לאחר הספק. < מתמה עוד דמוכרח מהדין תפיסה לאחר הספק דשפיר חשיב כ'קם דינא'. < מבאר דאיכא בזה שני נידונים, שינוי הפסק דין של הספק, ושינוי מהפס"ד של הבעלי דינים, ולא מהני תפיסת ברי לשנות את הפסק דין של הספק. < ביאור עיקר השו"ט אי מהני תפיסה קודם הספק או לא.

פרק ב פלוגתת רבינו יונה והתוס' בתפיסת ברי ביחלוק. < דקדוק בלשון רבינו יונה כחילוק הנ"ל. < דקדוק לשון התוס'. < מיישב את קושי' הקובש"ע למה לא הביאו התוס' מקור מבכור, ולמה התוס' לא הקשו מכל מוחזק להדין של כותל. < סיכום. < מדקדק כן מרבינו יונה שהביא מתפיסה בב' אוחזין ולא בתפיסה בבכור. < מעורר דהתוס' לא הביאו גם דינא דתפיסה בב' אוחזין, וע"כ דהו"ב דינים שונים למה לא מהני תפיסה. < מייסד דתפסות מהני רק בספיקות שבנויים על טענות, ולא בספיקות דדררא דלא שייכי לטענות, ומה"ט פשיטא למה לא מהני תפיסה בכותל. < חילוק בין לפני הספק ללאחר הספק. < שורש פלוגתתם לשיטתייהו בגדר הספק של דררא דממונא. < ביאור התוס' בב"מ [ק].

פרק ג פלוגתת הראשונים אי כותל חשיב כתפיסה לפני הספק או לאחר הספק. < סיכום פלוגתת התוס' ורבינו יונה למה ליכא תפיסת ברי בספק של דררא בכותל. < מביא דפליגי הראשונים אי כותל הוי לפני או אחר הספק, ומבאר למה לתוס' מיקרי לאחר הספק. < מבאר דפליגי בסברת הגריעותא בתפיסה לאחר הספק, ולשיטתייהו פליגי אי בכותל הספק חיילא למפרע. < במה שיש לדון בכל הנ"ל בתוספת עומק. < דרכו של הגר"ש רוזובסקי זצ"ל בכל הנ"ל.

### סימן ט בגדר דררא דממונא ובחילוק בין ב' אוחזין לכותל בזה.

פרק א שני מהלכים בגדר ב' אוחזין, ושני מהלכים בחילוק בין כותל וב' אוחזין. < בקושית הקצוה"ח למה כותל חשיב דררא דממונא יותר מב' אוחזין, דדמי זה לזה. < בדברי האחרונים למה ב' אוחזין אינו דררא דממונא, וחלוק מכותל, דבב' אוחזין איכא ודאות לכל א' בחצי ידיה. < ביאור פלוגתת התוס' ריש ב"מ נגד התוס' בב"ב והרא"ש [ריש ב"מ] בגדר שנים אוחזין בטלית, ולדעת הרא"ש שוב קשה דמאי שנא מכותל. < דרכו של הגר"ש רוזובסקי זצ"ל - דבעינן סיבה ולא סגי לן בראיה וסימן - ונפ"מ בתרי ותרי. < מתמה דלכא' בתרי ותרי איכא נאמנות לכל צד - וחלוק מספק ע"י טענות - ולמה לא מיקרי דררא. < מבאר שהמציאות של 'ספק' - היינו 'צדדים' לכאן ולכאן - ולא 'אחוזים' לכאן ולכאן ולא 'חסרון ידיעה'. < מבאר למה בעינן צדדים לפנינו ולא סגי בראיות כעדים. < מתמה דבכותל לא עדיף מתרי ותרי. < מביא מרבינו יונה - שהכותל משמש לחצרות של שניהם - ומבאר שהשימוש של הכותל הוא חלק מהגדרתו. < ביאור באופן אחר - וע"ד הנ"ל. < שיטת הרשב"א לחלק בין המקום לכותל.

פרק ב דרך חדשה לבאר דבאוחזין עצמו איכא טענות ומיקרי ספק ע"י טענותיהם. < דן - דגם אי תרי ותרי מיקרי דררא - אכן אולי אוחזין עצמו חשיב כטענות ממש - ודן מצד חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו דבעי טענות בדין של שנים אוחזין - וממילא דמיקרי ספק "על ידי" טענותיהם ולא "בלי" טענותיהם. < מבאר דבדין הממע"ה 'מוחזקות' בכלל 'טענות' נינהו, וממילא דגם זה מיקרי ספק "על ידי" טענותיהם ולא "בלי" טענותיהם.

פרק ג עוד בדברי הקצוה"ח בזה. < מבאר למה "האוחזין" שיש בכותל לא סגי לומר דליכא כדא"ג, "דאין לנו להניח לא' שיגזול וכו'", דבכותל יתברר מיהו הגוזל. < עוד ישוב בקושי' הקצוה"ח. < קושית הקצוה"ח מ"כולה שלי חצי שלי".

## סימן י שהו הרבה 'מוחזקות' וחזקה כ"מ שתח"י.

פרק א שהו הרבה ובחילוק בין הממע"ה לחזקה כ"מ שתח"י אדם. < בדברי הר"י בתירוץ דשהו הרבה - שנפילת כותל לרשותו לא מיקרי חזקה כל מה שתחת ידו - ודומה לגודרות ולדברים העשויים להשאל. < מתמה למה רק הכא הוצרכו ל"שהו הרבה" לדחות את חסרון של גודרות ולא לעיל בתוס' ומחלק בין מוחזקות לחזקה כ"מ שתח"י, דתרתני נינהו. < מבאר דהשו"ט בסוגי' מתחילה במוחזקות והמסקנה הוא דאיכא בזה חזקה כ"מ שתח"י מצד ה"שהו הרבה" - ומתמה מלשון הגמרא הממע"ה. < הבהרה - לאו דווקא בספיקות של דררא דממונא נאמר דין הממע"ה. < מבאר דאיחזוקי אינשי בגניבה לא מחזקינן לא שייך אלא דווקא בדרך גזלנותא. < הוכחה לכל הנ"ל מקרקע.

פרק ב עוד הערות בתוס'. < בדברי הקצוה"ח דהחסרון של "שותפין לא קפדי" גרע טפי מגודרות, דהכא איכא חסרון גם בדין הממע"ה. < ב' הערות בפשט מהגר"ח מטעלז.

פרק ג קוש'י רעק"א דל"ל מיגו, וביסוד הגרנ"ט. < בקוש'י רעק"א דל"ל מיגו, ומביא כמה דרכים באחרונים בזה. < יסודו הגדול של הגר"ט ליישב קוש'י זו, דחידש דגם חזקה כל מה שתחת ידו שלו מהני מדין הממע"ה, וממילא דבזה חלוקה אני בניתי מטענת לקוח. < הוכחה גדולה להגרנ"ט מלשון הגמרא להלן. < הבהרה בביאור דברי הגרנ"ט. < הוכחת הגרנ"ט מתוס' [ל"ג] דגם חזקה כל מה שתחת ידו שלו מהני מדין הממע"ה. < הוכחות מגדולי האחרונים דלא למדו כן. < ביאורו של הגאון ר' שמואל רוזובסקי זצ"ל בדברי התוס' [ל"ג]. < מביא הרבה הוכחות דגם לפי הגרנ"ט יש ראייה מתוך האחזוקי אינשי אבל זה לא מהני להוציא ממון - ומוכרח כן מכמה דוכתי ומיישב הרבה קושיות על הגרנ"ט. < מוכיח דכבר נחלקו הראשונים בפלוגתא זו, דהרמב"ם ע"ד הגרנ"ט והתוס' כהאחרונים, ונפ"מ בעיקר דין דברים העשויים להשאל.

**סימן יא דרך חדשה בגדר חזקה כ"מ שתח"י.** < ב' דרכים בדין חזקה כ"מ שתחת יד אדם שלו. < דרך שלישית - דע"י הסתמא דמילתא נהיה חזקה של ודאות לומר שהוא בעלים. < תוספת ביאור בהגדרה זו - יש כאן הלכה שמתבססת על סתמא שאומרת שהממון נראה כשלו - והוכרע ונפסק עליו שכן דינו. < הוכחה גדולה מלשון הגמרא להלן. < ביאור בשיטת הרמב"ם - למה 'ראיה דלפיכך' מהני במקום ולא מהני באבנים. < מבאר שזה תלוי אי החזקה בנויה על סתמא או שהיא בנויה על בירור. < תוספת ביאור ובמה שיש להעיר עליו. < הוכחות שבב' אוחזין לא שייך חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו מצד ראייה ואנן סהדי. < יסוד הדברים ש'הנהגה' היא במשפטי הממון שעל ידי 'סתמא' נקטינן שהמוחזק הוא הבעלים. < בדברי האבי עזרי בביאור שיטת הרמב"ם בדברים העשויים להשאל ולהשכיר עפ"י הנ"ל. < הרמב"ם והתוס' פליגי לשיטתייהו. < הערה בדין שותפין לא קפדי בספק שותפין [מהרש"א מהר"ם].

**סימן יב ביאור דברי הרשב"א להלן [ד], ובגדרי חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו.**

פרק א הוכחה בדברי הרשב"א דדין חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו, היא הנהגה משפטית ודאית, ולא תלויה בבירור של סברא. < בדברי הרשב"א דבכותל ליכא דין יחלוקו של רביע וג' חלקים באומר כולה שלי וחצי שלי - כיון שדומה לב' אדוקין בגופו של תלית חצי חצי. < מבאר למה המקום הוא שלהם חצי חצי וממילא דהוי אדוקין בגופו ממש. < מוכיח מהרשב"א שהדין חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו לא מחייב שיהיה 'ודאות' של 'הוכחה ברורה' במקום שמחזיק את ממונו - וסגי לזה מה שהמקום הוא שלו ב'סתמא'. < פרק ב ישוב האחרונים בסתירת הרשב"א אי הוי חלוקת ספק או חלוקה של ב' אדוקין. < סתירת הרשב"א אי מדין ב' אדוקין או מדין יחלוקו מספק. < דרכו של הגר"נ פרצוביץ זצ"ל בזה. < תוספת דברים מהגר"ש רוזובסקי זצ"ל בזה.

פרק ג דרכו של האבי עזרי לחלק בין המקום לאבנים אי הוי ספק של דררא, וחידוש בדין חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו. < דרכו של האבי עזרי בזה - דרק המקום הוא דררא דממונא ויחלוקו מספק, ובאבנים ליכא דררא דממונא. < באבנים יש דין יחלוקו מצד ב' אדוקין, ובמקום מצד דררא. < חידוש גדול - ספק של דררא שלא תלוי בטענותיהם לא משתנה בטוען כולה וחצי. < ביאור בלשון הרשב"א - "ומסתמא חלק חצרו של זה מתפשט עד מחציתו". < גם לדרך זו מוכרח שהדין חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו אינו בירור והוכחה - אלא 'הלכה של סתמא'.

פרק ד חידוש הרשב"א שיש דין נסכא בכותל שנפל לרשותו של אחד ובא אחר ופינה אותו, וסיכום החידושים בגדר הדין חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו. < חיוש הרשב"א ששייך דין נסכא באבנים שנפלו

לרשותו. < מתמה דהכא גרע - דעדי כאן נתבאר דחזקה כ"מ שתח"י אדם שלו אינה סברא אכן הכא הוי כגודרות. < נתחדש ברשב"א שהדין חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו אינה סברא ולא מתבסס על איחזוקי אינשי בגניבה לא מחזקינן באופן שלא באים נגד מר' קמא להוציא ממנו - וגם בגודרות ודברים עשויים להשאיל איכא חזקה בגוונא זו - גם באופן שראינו שנכנסו מאליהן. < דן בשיטת הרשב"א אי חזקה כ"מ שתח"י אדם שלו נגד מ"ק מהני דווקא באופן דאיכא סברא וראיה או לא. < דן אי הרשב"א למד שכותל הוא דררא או לא.

**סימן יג בגדר ד' אמות בכרם, ובפלוגתת הראשונים ביסוד דינא ד' אומר לו לגדור.** < הקדמה קצרה. < מביא מהראשונים דאיסור כלאים תלוי בעירבובי, ולכן סגי במחיצה אף דאיכא יניקה מהני כיון דליכא עירבובי, ומביא לזה כמה הוכחות. < פלוגתת הראשונים האם הוא גודר מצד כלאים או מצד מחרישה, ורש"י הביא מהמשנה להלן [כ"ו], ולשיטתו מבואר דהמשנה מיירי בשני הרחקות, ונפ"מ לדינא דסגי במחיצת י' למחרישה. < מביא מלשון רש"י דשיעור ד' אמות בכלאים מצד עבודת מחרישה אתינן עלה, ומוכיח כן מכמה דוכתי - ומתמה בזה. < מבאר דבזה נהיה המקום למקום כרם, ומבאר דלהכי רק בכרם איכא הרחקה זו ולא ביחידית [אף דגם בזה איכא מחרישה], דביחידית לא נאמר הלכה של "מקום גפן", כמו שבכרם נאמר דין של "מקום כרם". < מקשה מבבל דבהרחקת המחרישה מצד הלכת שכנים סגי בב' אמות לא כן לגבי כלאים דאכתי בעי ד' אמות, ומתמה עוד בעיקר דין זה אי הוי סברא או הלכה למשה מסיני. < מבאר דאף דיסוד הדין בנוי על סברא דמקום המחרישה בטל לכרם אכן איכא בזה נמי הלכות "שיעורים" מהללמ"ס. < דברי התוס' רי"ד שיש הלכה למשה מסיני בשניהם. < מביא מהראשונים טעמים שונים למה על בעל הכרם להרחיק אי מצד כלאים אתינן עלה, ומבאר דלפי רש"י דיסוד דינא דד' אמות מצד עבודת הכרם דחיילא ביה דין "מקום כרם", דבזה א"ש, דהכרם עצמו בא לתחומו של חבירו. < הבהרה - המרחק של ד' אמות היינו מגזע ולא מהענפים - וגם בזה יש חילוק בין יחידית לכרם. < חידוש דין ונפ"מ בכל הנ"ל בראשי השורות, דהוכחנו דבראשי השורות ליכא הרחקה בכלאים מצד עבודת הכרם, ונפ"מ בזה בין הרחקת נזיקין להרחקה בכלאים. < סיכום הנפ"מ בין הרחקה דמחרישה להרחקה של ד' אמות בכלאים. < מבאר עוד דגם ההרחקה בכלאים בראשי השורות היא רק מצד תקנה ר"ג ובי"ד, וממילא דהכא לא חשיב בעל הכרם כבא לתחומו של חבירו, ושניהם מרחיקין כהדדי.

**סימן יד בטעמא דליכא גם הרחקה דכלאים לתוס', ובדברי התוס' רי"ד.** < ביאור סברת ר"י דבעינן גירי דיליה, וביאור בסברת התוס' למה מחרישה עדיף מגירי דיליה. < סברת התוס' ורבינו יונה - למה חולקין על רש"י, וסברת התוס' רי"ד קשה דלמה בעל הכרם צריך ומה לי מה שיש לו ב' סיבות, ובדברי הגר"נ פרצוביץ בזה. < ביאור בדברי התוס' רי"ד דבב' מזיקין זה את זה בהך נזק גופא, הכא נשתנו דיני הרחקה, והי כעין דין תיקוני חצרות, וליכא דין זה אם אחד מהם חל עליו 'שם מזיק'. < ביאור נוסף בתוס' רי"ד דנתחדש במזיקין זא"ז שגם "תשמיש שעושה נזק" צריכים להרחיק - אף דלא חיילא בה דין מזיק. < דרכו של הגר"ש רוזובסקי זצ"ל בזה. < דן בכמה נפ"מ בין רש"י לתוס' ובכמה נפ"מ בין הדרכים שנתבארו בשיטת התוס'. < דרך חדשה בביאור שיטתו.

**סימן טו בדברי הרמב"ן בחיוב הרחקה מצד כלאים לרבנן ולרבי יוסי, ובדין מקיים כלאים דמחייב הרחקה.**

פרק א שיטת הרמב"ן דמחמת איסור מקיים כלאים מיקרי גירי דיליה. < מדייק בדברי הרמב"ן דרק מחמת זה שהאיסור כלאים תלוי בעירבובי להכי חייב בעל הכרם. < מחלק בין הטעמים למה מיקרי גירי דיליה - ולמה דווקא בעל הכרם מיקרי המזיק. < מבאר עוד ברמב"ן דבדעת חכמים הבין הרמב"ן למה בעל הכרם מיקרי מזיק, ורק בדעת רבי יוסי הוצרך לפרש שבא לתחומו של חבירו. < מעורר דמה שייטא להכא דין מקיים כלאים, ומוכרח שזה הקובע לגבי מי מיקרי המזיק, ומיישב בזה את החילוק בין ר"י לרבנן בדעת הרמב"ן, ומבאר עוד דטעמא דמקיים כלאים מחייבו להרחיק, הוא משום דיסוד שיטת ר"י הוא דהמזיק יש לו זכות השתמשות ולכן על הניזק להרחיק, אבל כשיש איסור צדדי דררא דינא דעל המזיק להרחיק. < דברי הרמב"ן דאיסור מקיים כלאים מחייבו במחיצה וכשאנו גודר חייב משום גרמי סותרים לרמב"ן במי שלא העיד לחבירו, ומחלק עפ"י הנ"ל [דיסוד שיטת ר"י הוא דהמזיק יש לו זכות השתמשות ולכן על הניזק להרחיק].

פרק ב ביאור ברמב"ן למה רק בעל הכרם מיקרי מקיים כלאים, ובישוב שיטת רש"י בגדר הדין מקיים כלאים. < מביא פלוגתת הראשונים אי מקיים כלאים בעי מעשה, וברמב"ן משמע דא"צ, ומעורר דלמה דוקא בעל הכרם עובר על אסור מקיים כלאים. < מיישב עפ"י יסוד מהבית הלוי דלא כל מי שמניח ולא עוקר מיקרי מקיים. < יסוד החילוק בין משקולות חמץ וכלאים - שהייה של עשייה או שהייה של עובדה ומציאות. < ביאור דברי הרמב"ן למה בעל הכרם מיקרי המקיים. < ביאור חדש בפלוגתת הרמב"ן והתוס'. < ביאור חדש בדברי הרמב"ן דאין כוונתו לאיסור מקיים כלאים.

**סימן טז בדברי היד רמ"ה, שבלא גדר מהיזק ראייה ואתי גנבי חייב בגניבה** < מביא את דינו של היד רמ"ה שמי שלא גדר מהיזק ראייה ושוב אתי גנבי שהוא כבר חייב על הגניבה, ולכא' מוכרח דלמד כאן כהתוס'. < מתמה בסברת היד רמ"ה דלמה אינו כעדות, ומבאר דדינו כפורץ את הגדר. < מוסיף ביאור בזה עפ"י המאירי להתראה הופכו למעשה ועשייה של "אי - גידור". < מתמה - דביד רמ"ה בב"ב וכן בשטמ"ק בב"ק משמע דלמד דאומרים לו גדר מצד כלאים. < מביא ג' קושיות על היד רמ"ה, 1] בפטור בור מכלים, 2] בפטור עבדים משומרים, 3] בדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס. < מבאר שכוונת הרמ"ה לבאר שחייבים את הכותל וההרחקה עצמה - ולא חייבים על ההיזק עצמו - לא להיזק - וממילא דדווקא הכא חייבים גם לגבי גנבים. < מקור שהחייב הוא חיוב הרחקה ולא חיוב מניעת הנזק. < מבאר שהוכחת הרמ"ה היא ממה שחשיב גרמי כעשייה דידה - וממילא דהוי כפורץ - ולכן חייב גם על גנבים. < מהלך חדש ביד רמ"ה דלמד דכל המחיצה מצד כלאים אלא דבהלכות גרמי איכא חידוש דבעי מעשה היזק והנידון הוא אי מעשה דכרם ומעשה דגנבים מתיחסים אליו ולענין זה השווים הרמ"ה אהדדי.

#### סימן יז פלוגתת הראשונים בדין התראה בכלאים, מצד כלאים או מצד גרמי.

פרק א ביאור למה בעינן התראה לגרמי. < פלוגתת הראשונים אי התראה מצד קידוש או מצד גרמי, והנפ"מ בזה. < שיטת המאירי בזה דחסר בעשייה של גרמי בלי התראה. < פרק ב התראה לענין איסור וקידוש. < פלוגתת הראשונים למה בעינן התראה לענין קידוש. < דרכם של האחרונים בביאור האי פלוגתא, [ובדברי החת"ס ברמב"ן דבעינן ניהותא על האיסור כלאים]. < ביאור בגדר של המחשבה של הניחותא שחלוק ממחשבת פיגול דהכא סגי בניהותא בעלמא, ומוכרח דע"כ דננים את הניחותא כאילו חושב כן בהדי', דהא מצד מקיים כלאים אתינן עלה בהאי ניהותא. < עפ"י הנ"ל אפשר לבאר דרך חדש בביאור פלוגתתם, דלא פליגי האם במציאות סומך על חבירו והאם סומך על מה שכבר עשה פעם מחיצה, אלא דרך על ידי התראה אפשר לדון את הניחותא כרוצה אם שני המינים היו כבר מופרדים. < הערה בעיקר דברי הרמב"ן, דלמה מתרינן ביה לא נתרה ולא יהיה אסור, ומבאר עפ"י המקד"ד שיש מ"ע למיעוטי תיפלה.

#### סימן יח גדר הניחותא בכלאים, 'תנאי באיסור' או שהיא קובעת את עיקר השם כלאים, ובדין אין אדם אוסר דבר שאינו שלו, ובדברי הרמב"ן למה לא מחייבים בכלאים מצד שור המזיק.

פרק א פלוגתת הראשונים בדין אאדשא"ש בכלאים, ובגדר הניחותא בכלאים. < מביא דין אין אדם אוסר דבר שאינו שלו, ומביא פלוגתת הראשונים בטעמא דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו בכלאים, דמ"ש מבשר וחלב. < מביא את ביאורו של רעק"א בפלוגתת התוס' והר"ש אי מדמינן כלאים לתקרובת ע"ז או לא. < מביא מרעק"א דלא חיילא עיקר החלות כלאים בלי הניחותא והמחשבה, ועפ"י זה מיישב את קושי' הר"ש על התוס' דמ"ש כלאים ממלאכה במי חטאת. < דרך חדשה - דפליגי בעיקר הניחותא של כלאים אי הוי דין בעיקר החלות כלאים ועירבובי' - ודומה לתקרובת ע"ז, או איפכא דהוי דין צדדי ודומה דווקא למי חטאת. < נחלקו לשיטתייהו במסכך כרמו על תבואת חבירו אם הכרם עצמו נאסר או לא. < פרק ב בדברי הרמב"ן דלמה הגפן שאוסר לא דומה לשור המזיק ובמה דפליגי עוד בגדר הניחותא. < מביא מהרמב"ן דנחלקו הראשונים בטעמא - דלמה במחיצת הכרם חייב דוקא מדין גרמי ולא מצד ממונו המזיק. < במה דפליגי אי מעשה הגפנים הוא "מעשה בידים" שעושה הגפן לתבואה, או "גרמא בעלמא". < במה דפליגי אי חשיב מחשבת הבעלים הוא האוסר או לא. < סיכום הב' דרכים בגדר הניחותא דכלאים, עפ"י ג' חידושים בשיטת הר"י בגדר הניחותא בכלאים.

פרק ג מהלך חדש דניחותא בקידוש מיתלי תלי בדין מקיים כלאים. < הקדמה למהלך חדש בגדר הניחותא של כלאים, דהניחותא משווה אותו כמקיים, ודין קידוש תלוי בדין מקיים. < ביאור חדש בפלוגתת הראשונים אי מדמינן מחשבת כלאים לתקרובת ע"ז בדין אין אדם אוסר דבר שאינו שלו, וביאור

חדש בפלוגתת הראשונים אי הוא חשיב מזיק ע"י יאוש או שהגפנים הם המזיקים. < מיישב בזה את דברי הרמב"ן, למה חשיב גירי דיליה ע"י האיסור מקיים כלאים די"ל דלא קאי כלל על ה"איסור של מקיים" אלא על זה שהקיום הוא האוסר.

**סימן יט היזק שאינו ניכר, ולמה הניחותא של הכלאים ניכר.** < בקושית האחרונים למה כלאים הוא היזק ניכר הרי לא רואים את הניחותא, ומביא כמה דרכים בזה, וכפשוטו נראה דהר"י סותר משנתו בעיקר הגדר בניחותא של כלאים. < בכלאים אין מחשבה חיובית לקובעו ככלאים - דמה שמתייאר מלגדור היא הניחותא. < בפלוגתת הרמב"ם והתוס' בגדר הדין אינו ניכר, ובישוב הקושיות ממטבע שנפסלה מלכות. < בדין היזק שאינו ניכר בצורם אוזן פרה. < בדברי הרמב"ן בדינא דגרמי למה כלאים מיקרי היזק ניכר, ובעיקר הנידון מהו הנזק ומהו המזיק בכלאים.

**סימן כ בגדר ההתחייבות של כותל למ"ד היזק ראייה לאו שמיה היזק, ובפלוגתת הראשונים במסיפס.**

פרק א גדר ההתחייבות של כותל למ"ד היזק ראייה לאו שמיה היזק. < מביא מהאחרונים [רעק"א חת"ס והחזו"א] דגדר ההתחייבות הוא לבנות כדי לסלק היזק ראייה. < מביא כמה הוכחות ונפ"מ מחמת גדר הנ"ל. < ראיית רעק"א דגם הכא איכא דין להיות כונס לתוך שלו בהוצא ודפנא. < הוכחה מהתוס' שהוא חולק על היסוד הנ"ל. < סיכום.

פרק ב בפלוגתת הראשונים במסיפס. < גמ': "הוי אמינא במסיפס בעלמא", מביא דאיכא תרי דינים במסיפס, ודברי התוס' בזה. < מביא את דרכו של רבינו יונה בזה, ומוכיח כדרכו של רעק"א והחזו"א דההתחייבות [למ"ד גודא] היא על לסלק היזק ראייה. < מביא את שיטת התוס' והרשב"א דחולק על רבינו יונה, ולדידיה ליכא הוכחה לכל הנ"ל, ולדידיה איכא שיעור כותל מצד חלוקה דבר קיימא, ולא מצד סילוק היזק ראייה. < מביא את פלוגתת הראשונים בגדר סברת "התעצמות בדין" אי שייכא לדיני היזק ראייה או לדיני חלוקה, ונמצא דפליגי הכא אי כל ההתחייבות הוא מצד הרחקת היזק ראייה או לא. < שיטת רש"י ותוס' בכל הנ"ל, דפליגי בפלוגתא הנ"ל, ולשיטתיהו בסוגי' דנפל שאני.

**סימן כא הערות בשו"ט בסוגי' ובתוס'.** < הערה בפשט - "שרצו לחצות מיבעי". < ישוב קושית התוס' על דברי רש"י במסיפס. < ביאור הטענה "כי אתרצאי לחלוק ע"מ שלא לעשות גודא" [תוס' ד"ה וכיון דרצו], דמבואר הכא דהדין היזק ראייה מצד דיני חלוקה אתינן עלה. < ביאור בדברי התוס' ד"ה "בונים אל הכותל באמצע", והוכחה נוספת דהתוס' לא למדו כרבינו יונה אלא כהרשב"א. < "כי איתרצאי למיעוטי אוירא", רש"י ראשונים.

**סימן כב ביסוד דינא דהיזק ראייה, ובפלוגתת הראשונים אי גינה חמיר מחצר.**

פרק א חוקר ביסוד דינא דהיזק ראייה, ובחילוק בין מילי דצינעה ושאר עסקיו. < הקדמה. < ביסוד המחלוקת האם היזק ראייה שמיה היזק או לא דפליגי האם חשיב נזק או לא. < מוסיף, דכו"ע מודי דהוי נזק, ורק פליגי האם הניזק צריך להשמר, דבא"א להשמר כו"ע מודי דהוי נזק. < מבאר באופ"א עפ"י דקדוק בדברי רש"י דמודי במילי דצינעה וחולקים בשאר עסקיו, והוכחת הגר"פ דפלוגתתם בראיית שאר עסקיו. < תוספת דברים בזה מהגר"נ פרצוביץ זצ"ל. < מוסיף לבאר באופן שלישי - דאחרי דאיכא היזק ראייה מצד שאר עסקיו שוב מצי תובע גם מצד מילי דצינעה. < מבאר איך שאר עסקיו אהני ליה למילי דצינעה שלכן א"צ להשמר מהמזיק.

פרק ב פלוגתת הרא"ש והתוס' בגינה אי חמיר טפי מחצר או לא. < מביא את פלוגתת הרא"ש והתוס' האם גינה חמיר מחצר או איפכא - והנפ"מ ביניהם - ומתמה בשיטת הרא"ש. < מבאר את שיטת הרא"ש [עפ"י הנ"ל] למה אין כאן סברות הפוכות. < מבאר את שיטת התוס', דמצד היזק ראייה דשאר עסקיו קיל חצר מגינה. < מבאר את דעת הרא"ש, דע"י דאיכא נזק מצד שאר עסקיו שוב הדרא דינא דגם במילי דצינעה א"צ להשמר ומיקרי מזיק גם על זה, הלכך חצר חמיר מגינה. < מוכיח כדברינו מלשון הרא"ש דהרכיב טעמא דשאר עסקיו בהדי' מילי דצינעה - ומבאר שורש פלוגתתם. < מתמה - דממנפ"ש פטור - שכל אחד יש לו פטור אחר - דמצד מילי דצינעה עליו לשמור על עצמו - ומצד שאר עסקיו הרי יש מנהג ובוזה מהני המנהג שהרי שאר עסקיו קיל טפי. < מחדש שיש הבדל בין עיקר השם נזק והתביעה של הנזק, ובמנהג לא להרחיק חסר בתביעה ולא ב'שם נזק', ומחלק בין מי שבא לקיים את התביעה 'חלקית'

למי שבא לבטל את התביעה חלקית מחמת המנהג שחל בחלק מהתביעה. < מיישב בזה את הרא"ש - דאהני לן התורת נזק דמילי דצנעה לעשות את הנזק של היזק ראייה להיזק כללי - ושוב לא מהני המנהג על חלק מהנזק. > תוספת ביאור.

פרק ג האם היזק ראייה הוא היזקא דגופא או דממונא. < ספיקת האחרונים האם היזק ראייה היא היזקא דגופא או דממונא, ובסתירת הרמב"ן בזה. > < מיישב דתלוי בפלוגתא האם היזק ראייה הוי היזק או לא, דבזה חלוק שאר עסקיו ממילי דצינעה. > < מדייק דגם לרמב"ן מוכרח דלמ"ד שמיה היזק, אחרי טעמא דשאר עסקיו כבר הדרא טעמא דמילי דצינעה > בפלוגתא הראשונים האם איכא חזקה בהיזק ראייה < קושי' גדולה בשי' התוס' ממקום שנהגו לא לגדור למקום שנהגו בפחות מהוצא ודפנא.

**סימן כג פלוגתא הראשונים בדין נפל שאני** < פלוגתא רש"י ותוס', וביאור האחרונים בזה דתלוי האם העדר חזית הוא ראייה או לא. > < מביא את ג' קושיות האחרונים על שיטת רש"י, ומיישב דשיטת רש"י דהתחייבות הכא הוא מצד סילוק היזק ראייה [כרעק"א וחזו"א]. > < מבאר דנחלקו רש"י ותוס' לשיטתייהו האם ההתחייבות הוא מצד סילוק היזק ראייה או לא.

**סימן כד שי' הרמב"ם בגינה, וביאור פלוגתא הלישנא קמא והלישנא בתרא.** < דרכו של האהא"ז דל"ב ליכא תירוץ של מסיפס דס"ל כר"נ דבעינן מסיפס י' מצד נתפס עליו כנגב, וזה רק לרבינו יונה. > < עפ"ז יתחדש עוד דליכא דין היזק ראייה מצד עין הרע, וליכא דין ד' אמות בגינה. > < תמיהא בשיטת הרמב"ם בגינה, וישובו של האהא"ז עפ"י הלישנא בתרא. > < במה שדנו לומר שהשו"ט בסוגי' הוא אי הוי משום נתפס כנגב או לא. > < ביאור בזה דגויל וגזית מישך שייכי 'לתקנת כותל' - וזה נתחדש גם בדין נתפס עליו כנגב. > < דרך אחרת ברמב"ם דתלוי אי הוי נזקי גופו או נזקי ממונו.

**סימן כה פלוגתא הראשונים בדין קנין דברים באומר 'חייב אני לך' ובשעבוד הגוף בלי שעבוד נכסים, ובגדר ממוני גבך בזה.**

פרק א' שי' הראשונים בגדר החיסרון קנין דברים, ובדין "חייב אני לך מנה" דחיילא ע"י החלות חיוב בנכסים. < הקדמה: ב' דרכים בעיקר החסרון של קנין דברים. > < ביאור החסרון של קנין דברים שאין חפץ על מה לחול. > < ביאור הדין ד"חייב אני לך מנה", דמהני ע"י קנין, וביאור בכוונת רש"י בשעבוד קרקעות ומטלטלין, דמבואר דמעלתו של כל שעבוד הגוף הוא בזה דחיילא בקרקע ומטלטלין אח"כ. > < שעבוד הגוף חיילא מעיקרא אף דאיכא רק נכסים אח"כ. > < זהו הביאור בשיטת הר"י וברבינו אליהו בתוס' ריש אעפ"י. > < סיכום השיטות - ר"י - רבינו אליהו - רש"י. > < בראיית רבינו אליהו משו"ח שמתנה להיות שואל, ובקושיית המהרש"א, והביאור, דהחובת שמירה אינו בכלל דברים כיון דבסוף חיילא החיוב תשלומין בממון.

פרק ב' שי' הרמ"ה דליכא קנין דברים בשעבוד הגוף מחמת הממוני גבך. < ביאור דברי הרמ"ה שהקשה דמאי שנא התחייבות לחלוקה מ"חייב אני לך מנה", ומבואר דלדידיה לא מהני שעבוד נכסים, שה"ג מצד עצמו אינו קנין דברים. > < פלוגתא הר"י והיד רמ"ה. > < ביאור תירוצו של הרמ"ה דבחיוב אני לך מנה וכן בקנין לבנות כותל איכא "ממוני גבך", אבל בחלוקה הרי זה "ממוני גבך". > < מקור מהיד רמה לעיקר יסוד דממוני גבך. > < יסוד החידוש של היד רמה הוא בגדר ממוני גבך - שזה היסוד של כל שעבוד הגוף. > < ג' דרגות וסוגים שונים של ממון ברמות שונות - שיוצאות מכלל קנין דברים, ממון בעין, שעבוד נכסים, ממוני גבך. > < ביאור בר"י וברבינו אליהו - דמהני שעבוד נכסים להגדיר את שעבוד הגוף לחפץ ולהוציאו מכלל קנין דברים - משום שהממוני גבך מיקרי חפץ באופן שכבר 'התממש חלקי' בחלות שעבוד נכסים. > < תוספת דברים.

פרק ג דברי התוס' בדין קנין דברים לגבי בנין הכותל ולגבי שומר שהתנה, ובדין שעבוד נכסים בזה. < פלוגתא התוס' והרמ"ה לשיטתייהו למה בבנין כותל ליכא חסרון של קנין דברים, אי מצד שעבוד נכסים אי מצד "ממוני גבך". > < דן האם יש נפ"מ בין הרמ"ה לתוס' באומר "אבנה לך כותל" וקנו מידו. > < ביאור בשיטת התוס' למה בשומר אינו קנין דברים. > < ביאור בשיטת הרמ"ה למה התחייבות בשומרים לא הוו בכלל קנין דברים.

**סימן כו קנין אתן**

פרק א ב' דרכים בדין קנין אתן ובעיקר החסרון של קנין דברים. < סיוכום הדינים - קנין דברים, ובדין חייב אני לך למה אינו קנין דברים. < "קנין אתן" - ב' דרכים לבאר מה החסרון בזה. < ביאורו של היד רמ"ה למה לא מהני "קנין אתן". < ב' דרכים בביאור דינא דקנין אתן, דלמה מהני. < דרך חדשה בעיקר החסרון של קנין דברים - דלא חל משום דהוי חיוב שלא מצאנו כמותו בתורה, ולכן מהני 'קנין אתן' - דסו"ס דומה לחיוב ממון לחבירו. < תוספת ביאור - דדומה למצוה ממונית. < ב' נפ"מ בין ב' הנך דרכים. < נפ"מ שלישיית בקנין שטר, והרמ"ה לשיטתו. < נפ"מ נוספת בשעבוד הגוף בלי שעבוד נכסים. < הערה בקנין חליפין בחלות שליחות ובחיוב גירושין. < קנין דברים בפשרה ובמחילה. < פרק ב בדין אבנה לך כותל. < דן האם יש נפ"מ בין הרמ"ה לתוס' באומר "אבנה לך כותל" וקנו מידו. < דברי הטור והב"י בשיטת התוס' והרמ"ה בבנין כותל. < בסתירת הרמ"א בקנין אתן.

**סימן כז קנין דברים בחליפין ושאר קנינים.** < ב' דרכים בביאור דברי רש"י דין קנין דברים נאמר בחליפין. < מביא י"א נפ"מ לדינא בין חליפין לכל הקנינים. < ביאורם של האחרונים דמדין גמ"ד אתינן עלה. < ביאור בדברי המהרי"ט דחלוקת חליפין מכל קנין שחליפין מחייב גם תשלומין ודמי החפץ. < תוספת ביאור בחילוק בין כל קנין לחליפין שתמיד יש מעשה קנין שקונה את החפץ ביחד עם גמ"ד והכא הקנין חליפין פועל בגמ"ד בעצמה. < ביאור דברי רש"י כאן.

**סימן כח בגדרי שותפות וחלוקת שותפות.**

פרק א דברי הראשונים בחלוקת שותפות והוכחות שגדר שותפות - היינו בעלות אחת. < ג' קולות בחלוקת שותפין. < דרכו של הגאון ר' ראובן זצ"ל בביאור גדר שותפות - שבשותפות איכא בעלות אחת ורשות כללית. < מביא ראיות נוספות להנ"ל. < הוכחה ממה דקס"ד דשותף יכול לתרום בכל השותפות גם בשותף דקפיד. < ראיה מהאור שמח - דדווקא חצי פרוטה בשותפות חסר בדין לכם. < הערה - בחילוק בין תפוסת הבית לשותפות.

פרק ב בגדר חלוקת שותפות. < ביאור הגדר בחלוקת השותפין, דמצד א' איכא כאן קנין חדש ומאידך יש כאן בירור החלקים, ואינו סתירה. < ביאור נוסף בגדר חלוקת השותפין, דאף שיש לו בה חלק אבל חלקו משתנה ע"י החלוקה, ומבאר דזה דומה להפרשת תרומה דחיילא חלות תרומה בהפרשה [וחל בה דינים נוספים] אף דהיה כבר מעורב בטבל, וגם הכא אינו קונה מחבירו אלא שחלקו משתנה ע"י קנינו. < דברי הגר"ש רוזובסקי זצ"ל שחלוקה אינה מעשה בירור בעלמא. < תוספת ביאור - דין הפרשה ודין חלוקה. < מבאר למה איכא בזה חליפין, וצ"ל דלא שייך לשנות חלקו עד שחבירו לא משנה חלקו. < נפ"מ בין שני הדרכים האם אומר בחלוקה שיש כאן הקנאה לחבירו או לא [רמב"ם ורמ"ה], ועוד נפ"מ בביאור הא דיש ואין ברירה בחלוקת השותפות, אי הווי יורשים או לקוחות. < דברי הגר"ז בגדר דין חלוקה - דגם למ"ד דאין ברירה וחשיב כלקוחות - אכתי הוי מעשה חלוקה ולא מעשה מקח. < הוכחה של הגר"ש רוזובסקי זצ"ל ליסוד הנ"ל - דאל"כ קשה מקנין אתן.

**סימן כט קונטרס בדין 'דעת מקנה' בקנינים וביאור הגדר בדין 'לך חזק וקני'.**

פרק א בגדר דין "לך חזק וקני" ובפלוגתא אי בעי קנין מצד המקנה. < פלוגתת הקצוה"ח והנתה"מ האם בעינן דעת מקנה או סגי בניחותא דבעלים - ונפ"מ לגדר דינא ד"לך חזק וקני". < פלוגתת הקצוה"ח והנתה"מ לשיטתיהו בכמה דוכתי. < פלוגתת רש"י והשיטה לא נודע בקידושין - ודברי הגרש"ש ק בזה. < סיוכום הראיות דא"צ קנין מצד המקנה.

פרק ב 'לך חזק וקני' בתור קביעת המעשה למעשה של הוראת בעלות. < ביאור נוסף בגדר דין ד"לך חזק וקני", דדוקא בקנינים של "הוראת בעלות" בעינן לשון "לך חזק" כדי שלא יהיה כאן מעשה של "הוראת גזילה". < תוספת דברים מהגר"נ פרצוביץ זצ"ל בזה - ונפ"מ בין הדרכים. < מעורר - הרי אנו לא רואים את ההוראת בעלות בחזקה של שותף בחלוקה.

פרק ג עוד בפלוגתת הקצוה"ח והנתה"מ בדין דעת מקנה < מוכיח דלדעת הנתה"מ איכא דין דעת מקנה, ודלא כהאחא"ז בזה - ושליח שני מהני אך ורק מצד מעשה קוף להודיע. < ביאור בסברת הש"ך עפ"י דברי החמד"ש בגמ' במעילה [כ"א] ד"עשאן כמעטן של זיתים". < בדברי הקצוה"ח ונתה"מ ב"לך חזק וקני" בדבר שלא בא לעולם, ונראה דרעק"א [שם] הסתפק האם מהני בניחותא דמקנה או דבעינן דעת



מקנה. < פלוגתת הקצוה"ח ומהרי"ט ושאגת אריה בדין "כל מי שיגיע לולבי בידו הרי הוא לו במתנה" [סוכה מ"ב], ומשם מוכרח עוד דעת הנתה"מ שבעינין דעת מקנה, ולדידיה חמיר טפי מהקצוה"ח.

פרק ד ביאור דעת הרמב"ם, דמקדש אשה בדבר שאינו מקפיד. < ישוב לקושי' על הקצוה"ח מדברי הרמב"ם בדבר שאינו מקפיד דמקדש בו את האשה. < דרכו של האבני מילואים בביאור דברי הרמב"ם דבסתמא איכא דעת מקנה בדבר שאינו מקפיד. < תוספת ביאור בסברת האבני מילואים, דכמו דמצאנו הפקר בגללים וסופי תאנים ב"סתם דעתו", ה"ה דמצאנו כן בדעת מקנה.

פרק ה דרכו של הנו"ב בשיטת הרמב"ם בדבר שאינו מקפיד < דרך שלישית מהנו"ב בביאור הרמב"ם דבאינו מקפיד יכול לקדש בו את האשה, דמתורת הפקר אתינן עלה. < שורש פלוגתת הנו"ב ואבני מילואים בדעת מקנה בדבר שאינו מקפיד. < גדר ההפקר לדרכו של הנו"ב בדבר שאינו מקפיד, ומהלך נוסף בהפקר דגללים וסופי תאנים. < מבאר שאינו הפקר ממש - אלא דבטלה מיניה התורת ממון כעין איסורי הנאה. < מוכיח שהרבה למדו דגללים אינו חלות הפקר ממש. < תוספת דברים.

פרק ו דין אורח אצל בעה"ב. < פלוגתת הראשונים בדין אורח אצל בעה"ב. < יסוד גדול מהגאון ר' אליעזר משה בגדר ההקנאה בדין אורח אצל בעה"ב - דהוי הפקר כעין מתנה ודומה לכל מי שיגיע לולבי לידו. < כמה תמיהות בדרכו של הגאון ר' אליעזר משה - ומתמה על מה שהק' בשיטת הר"ש בדין זה. < מביא את דרכו של הגאון ר' אליעזר משה בגדר ההקנאה בסוגי' בסוכה [מ"ב]: שאומר "כל מי שיגיע לולבי בידו הרי הוא לו במתנה", ובגדר הניחותא של הבעלים בכל הפקר לעניים ובגדר הדין הקנאה באורח אצל בעה"ב, והוכחה בשיטת הר"ש דבעינן דעת מקנה בכל הקנאה ולא מהני קנין מצד הקונה. < ביאור סוגי' הגמ' באלו מציאות בר"י בר"י דהפקיר לכל חוץ מהאי גברא.

#### סימן ל הערות דף ד בדיני חזית .

פרק א הערות בדיני חזית < ביאור החידוש במשנה דמהני חזית בכותל שנפל. < בפלוגתת הרי"מ יגאש והרא"ש האם מהני חזית בחצר, ופליגי האם הוי אנן סהדי או לא.

פרק ב בדברי התוס' ריש פירקין בדיני חזית < ביאור פלוגתת רש"י [בסוגיין] והתוס' [ריש פירקין ד"ה לפיכך], האם היחלוקו בבקעה הוא מצד זה דביחלוקו בספיקת לא מהני תפיסה, או מצד ההוכחה מהעדר חזית. < בדברי הרמב"ם דלא היה מהני העדר חזית בחצר, וקושי' הקצוה"ח עליו < מיישב את שיטת הרמב"ם עפ"י מה דמוכרח דבחלק מהכותל איכא יחלוקו כיון דחייבים שניהם במסיפס, ושוב לא מהני חזית כלל כיון דאין חזית לחצי כותל. < בדברי הקצוה"ח ביישוב לשיטת הרמב"ם. < ש' התוס' בחזית בחצר, ובדברי הקצוה"ח בזה. < בדברי הרמב"ם בחזית לחצי כותל.

#### סימן לא סוגי' דמקיף וניקה [ד:], ובחיובא דסומך לו כותל [ה:].

פרק א הערות בפלוגתת הראשונים אי מיירי מצד היזק ראייה או מצד מניעת רגלי האדם, ואי מיירי בפנימיות או חיצוניות. < פלוגתת הראשונים אי מיירי במחיצות החיצונות או פנימיות, ובפלוגתתם אי מיירי מצד רגלי אדם ובהמה או מצד היזק ראייה, ובפלוגתתם האם היכא דנהגו לא לגדור דליכא היזק ראייה האם איכא עכ"פ נהנה מצד היזק ראייה, וי"ל דתלוי אי המחייב הוא מצד נהנה או מצד יורד. < פלוגתת רש"י ותוס' בלשון הגמ' "היקיפא יתירא" [ב"ק כ']. < מבאר דלרש"י איכא ב' נידונים, א] מצד תקנת כותל מצד היזק ראייה, ב] מצד נהנה דחייב מצד נהנה על היזק ראייה אף דליכא בזה תקנה. < ב' הוכחות דרש"י כאן אזיל בשיטתו בב"ק דמיירי בפנימיות. < בפלוגתת הראשונים האין מוחה להפטר מנהנה [וכמבואר בריש פירקין דפטור לשלם בבקעה], האם מוחה שאינו רוצה כלל או דסגי ליה בנטירותא בר זוזא, וביאור הנפ"מ בין הפטור לבנות בבקעה מצד תקנת המשנה לחיוב תשלום מצד נהנה. < הערה: מצאנו ג' שיטות בראשונים האם ומתי הוא יכול להפטר בזה שהוא רוצה לבנות את הפנימיות ולכן ליכא הנאה מהחיצוניות.

פרק ב בעיקר חיובא דמתני', מצד יורד או מצד נהנה. < בפלוגתת רב הונא וחייא בר רב, בדברי התוס' ובדברי הרמב"ם באינה עשויה לגדור, ובפלוגתת רש"י ותוס' בחיוב דמי קנים, דמה הסברא בזה, ונחלקו לשיטתייהו אי מיירי בחיצוניות או בפנימיות. < בעיקר פלוגתת הראשונים אי מצד נהנה או מצד יורד, ובדברי האבי עזרי דאיכא יורד על הנהנה, ותוספת ביאור בזה דתלוי אי בפרשת נהנה נאמר הלכות במעשה לקיחת הנאה [תוס' ב"ק ק"א]. < ביאור פלוגתת הרמב"ם ורבינו יונה לשיטתייהו האם הוא מוחה בפשיטות שאינו רוצה או לא, ותלוי בפלוגתתם האם הסוגי' מיירי מצד נהנה גרידא וא גם מצד יורד על ההנאה. < מבאר דגם בש"ך מצאנו צירוף של יורד ונהנה במאכיל בעל האוכל לבהמת חבירו. <

ביאור פלוגתת שני התירוצים בתוס' [ופלוגתת רבינו יונה והרמב"ן] האם נאמר הלכה של מעשה לקיחה בנהנה או לא, דפליגי האם נהנה הוי מלוה הכתובה בתורה דמתחייב על המעשה או דחייב מצד ממוני גבך. < דרך חדשה בסוגי' ובש"ך מהברכ"ש, דתרי סוגי נהנה נתחדשו, ונפ"מ אי בעי מעשיו או מעשה בהמתו, ומקיף ניקף והש"ך במאכיל לבהמתו מיירי בלי מעשה, ונפ"מ ביניהם אי מדין מלוה הכתובה בתורה הוא או לא. > מבאר דרש"י ותוס' פליגי [מחיצות פנימיות וחיצוניות] האם נהנה הוא חייב על הזכות בנהנה או על המעשה נהנה, דהזכות בנהנה במחיצות החיצוניות לא מצטרף לשדה הפנימי והוי כמבריה ארי, ומוסיף לבאר עפ"י הגרש"ש ק שחידש דפשיטא דאין המקיף יכול לסתור אפילו את החיצוניות, וע"כ דהמחיצות שייכות לשדה הפנימי והם גודרים אותה. < מבאר עוד בזה עפ"י מה דנחלקו ביסוד חיובא דיורד אי הוי מצד "ממוני גבך" ואז לא שייך לצירוף עם נהנה, או דמצד מוציא ממון על פיו אתינן עלה, ומביא דכבר פליגי בזה הראשונים, דפליגי האם היורד עצמו יכול לומר "אטול עצי ואבני".

פרק ג מהלך מחודש בביאור שיטת הרשב"א דהמחייב מצד היזק ראייה ומצד רגלי האדם ובהמה כהדדי. < סתירה ברשב"א האם מיירי מצד רגלי האדם ובהמה או מצד היזק ראייה. > מבאר דטעמא דהרשב"א דלא יתכן לחייב מצד היזק ראייה אינו משום שאין כאן חפצא של היזק, אלא משום דחסר בפרשת יורד, דלא מיקרי עשויה לגדור. < מבאר דלפי"ז יתכן דמצד יורד אתינן עלה מצד רגלי האדם ובהמה, אכן מצד נהנה המחייב הוא ההיזק ראייה.

פרק ד בפלוגתת ת"ק ור"י, ובפסוק על ג' הראשונות מצד קם דינא ומצד מחילה ובדין עמד ניקף מדין קא משתרשיה ליה. < תמצית הסוגי'. > בדברי רש"י דפוטר על הראשונות כיון דכבר יצא זכאי בדין, ובפלוגתת הרמב"ן ורז"ה לשיטתו אי מצד קם דינא אי מצד מחילה, ותלוי אי מצד יורד אי מצד נהנה. < בדרכו של הרז"ה ורבינו יונה מצד קם דינא, דשייך כבר לפני שהתחיל הנהנה, דדנים דכבר נפסק שהמחיצות לא עומדות לו כלל. > בעיקר דין גילוי דעת דניקף, ובדברי הגרש"ש ק מדין משתרשיה.

פרק ה משנה להלן ה' עמוד א' פלוגתת הראשונים בחיובא דסומך לו כותל, האם זכה בגוף הכותל או דמצד נהנה אתינן עלה, ודרכו של הרמב"ם בסוגי' דמקיף וניקף. < פלוגתת הנמו"י ורבינו גרשום האם זכה בכותל או דמצד נהנה אתינן עלה. > סברת הנמו"י דבזכה בכותל אתינן עלה מצד מקח וממכר, ודברי הקצוה"ח בזה. < בדברי הנתה"מ דמחלק דהתם נחלקו האם חייבים דמי קנים בזול משא"כ הכא, והחילוק בין מקח וממכר לנהנה. > מביא נפ"מ נוספת בין מקח וממכר ונהנה לגבי קם דינא. < ב' המשניות שני סוגיות נינהו, דין מקח וממכר ודין נהנה, ואיכא ביניהם נפ"מ טובא, ומקשה משיטת הרמב"ם במקיף וניקף, ומיישב דהרמב"ם מודה דלחייא בר רב שני המשניות שני סוגיות נינהו, והוא פוסק כרב הונא. > בסברת רבינו גרשום למה חולק על הנמו"י דליכא הכא מו"מ, ומה החידוש במשנה לשיטתו. < מבאר דלשיטת התוס' ורבינו גרשום שני המשניות אתינן עלה מצד נהנה, וצריכים לבאר את כל החילוקים ביניהם. > הוכחות מהתוס' דלא למד כרבינו יונה והנמו"י, וע"כ רבינו גרשום. < דרכו של רעק"א דתוס' למדו דאיכא חיוב נהנה ע"ש העתיד ודלא כמקיף וניקף, [דלא כהראשונים]. > ביאור הפלוגתא האם שייך חיובא דנהנה ע"ש העתיד, דתלוי אי נהנה מלוה הכתובה בתורה או לא. < ג' ביאורים בדברי רש"י דמגלה דעתו דניחא ליה.

**סימן לב הערות קצרות בסוגי' דחזקה א"א פורע תוך זמנו.** < הערות בפשט דברי רש"י ותוס' במשנה. > ביאור הצדדים בגדר הדין חזקה דא"א פורע תוך זמנו, א' מדין בירור, ב' מדין טענה גרוע כיון דאינו עומד לכך, ג' החזקה מבטלת את הטענה. < בפלוגתת הסמ"ע והקצוה"ח האם בעינן טענת ברי, ואיכא בזה מהלך נוסף בגדר דינא דא"א פורע תו"ז. > בסתירת הסמ"ע דמבואר דלמד דמדין בירור הוא מדמהני לדין הוחזק כפרן. < מבאר בדעת הסמ"ע דתרתיה אית ביה, אלא דמצד האנן סהדי לא מהני בהוצאת ממון. > מקור בסוגי' דהחזקה עצמה היא הבירור והיא נצרכת רק לפטור משבועה, אבל לגבי ממון א"צ חזקה כלל וחזקה גם לא מהני, ולכן ר"ל לא הזכיר לשון חזקה ורק הביאוהו בסוף הסוגי'.

#### סימן לג כפייה על הצדקה וכפייה על שאר מצוות.

פרק א ביאור פלוגתת בעלי התוס' בדין כפייה במצוה שמתן שכרה נכתב בצדה, וביאור שיטת הקצוה"ח בחילוק בין מ"ע לל"ת בדין כפייה, ובדין כפייה בעשה ול"ת. < מביא את פלוגתת הר"י ור"ת האם במ"ע שמתן שכרה בצדה שיש עמו לאו - האם גם הכא ליכא כפייה או לא - ובשיטת הריב"א בדין כפייה במתן שכרה בצדה. > בפלוגתת הקצוה"ח ונתה"מ בדין כפייה על המצוות - אי בעינן בי"ד, או דהוי דין על כל יחיד ויחיד לאפרושי מאיסורא, ומתמה בשיטת הקצוה"ח. < בדין הכאה מדין תוכחה - ומה שיש ליישב בזה את שיטת הקצוה"ח. > יסוד גדול המאחרונים דכפייה בתורת משפטים וחו"מ וכפייה על

המצוות תרתי נינהו. < מתמה בזה מכמה סוגיות. < מבאר בזה את שיטת הקצוה"ח שיש דן מסויים של כפייה המסורה לבי"ד זוה כולל גם כפיה בגט וגם כפייה במ"ע. < על פי זה מבואר שיטות הראשונים בדין כפיה על הצדקה וכפייה במצוות.

פרק ב שיטת הריטב"א ביסוד דינא דכפייה על הצדקה. < בדברי הריטב"א בר"ה [ו] בדין כפייה על הצדקה. < בדברי הריטב"א בכתובות [מז] בדין כפייה על הצדקה.

פרק ג שיטת היראים בדין כפייה בהשמטת כספים. < חילוקו של היראים בין בי"ד בא"י לחו"ל בדין כפייה. < מה שיש לדון בשיטתו. < תוספת דברים.

פרק ד שיטות הראשונים בכפייה בל"ת. < שיטות הראשונים בכפייה בל"ת. < במה שיש לתמוה מהדין הכאה בעלמא של יחיד.