

הערות וצינונים פרק לא יחפור

דף יז. הספק לחורף תשע"ב - פרק חזקת מדדף מב. עד סוף הפרק פרק יש נוהלין מדף קכג ע"ב פרק לא יחפור עד דף כג

א. הקדמה - בענין הרחקת נזקין בפשוטו נראה דאינו אותו מחייב של נזקי ממון דמסכת בבא קמא דיש חיוב שמירה על גופו וממונו שלא יזיק ואם לא שמר חייב לשלם, אלא הוא הלכה חדשה בהלכות שכנים שיש חיוב לאדם להרחיק תשמיש שמוזיק לחברו עכשיו או שיזיק אותו אח"כ, ולחלן כה ע"ב נחלקו רבנן ור' יוסי האם בכל היזק יש חיוב הרחקה או רק היכא שהוא גירי דיליה, והכונה בגירי דיליה כתב רש"י שההיזק בא ע"י האדם בעצמו, וטעמא דר' יוסי דפטור מלהרחיק משום שעל הניזק להרחיק את עצמו, והיינו שאדם אינו מחויב לבטל מתשמישו כדי שלא יזיק לחברו, [ונחלקו הראשונים האם כל המשניות בפרקין דלא ר' יוסי ע"י ברש"י ותוס' להלן כב ע"ב].

יש לברר האם חיוב הרחקה הוא מהתורה או מדרבנן, ביד רמה לקמן כו ע"א כתב דטעם האיסור של נזקי שכנים הוא משום לפני עור לא תתן מכשול או משום ואהבת לרעך כמוך משמע דהוא מהתורה, ועי' בטור [סי' קנ"ה] דמשמע מדבריו נמי דהוה מהתורה וז"ל כי דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום והקפידה תורה שלא יעשה בתוך שלו דבר הגורם היזק לחברו, ועי' בבבאור הגר"א [קנ"ה סק"ח] שכתב לבאר דעת הרמב"ם דספק הרחקת נזיקין אסור כיון דמן התורה נזקין אסור' אזלינן לחומרא, אולם ברש"י לקמן כה ע"ב [ד"ה ונותן דמים] נראה שהחיוב הרחקה הוא מדרבנן מתקנת חכמים, וכן כתב בקרית ספר פ"ט משכנים וז"ל דיני הרחקות נראה דהוה מדרבנן דמן התורה אם היזק חייב לשלם אלא שחכמים תקנו הרחקה כדי שלא יבוא לחברו היזק מחמתו, ומדבריו מבואר דחיוב תשלומים הוא מהתורה והיינו דיש לו תורת מזיק מהתורה אלא חיוב הרחקה הוא מדרבנן, ועי' בקר"ס פ"ה מנזקי ממון דבכל נזקי ממון אין איסור מזיק כלל, וברמב"ן במלחמות בסוגיא דחרדל נמי משמע דהוא רק דין דרבנן, ועי' ברבנו יונה להלן כה ע"ב במחלוקת רבנן ור' יוסי שכתב שטעמא דרבנן דחייב אף במקום דלא הוה גירי דיליה משום חומרא שהחמירו חכמים להרחיק לכתחילה, ומבואר שלר"י שמחייב רק בגירי הוא מחמת דחשיב מזיק מעיקר הדין, ועי' חזו"א [סי"ב סק"ו] שכתב דעיקר דינים אלו נמסר לחכמים מה מיקרי עושה בתוך שלו ומה מיקרי מזיק לחברו, ואחרי הכרעתם הוי דין תורה.

וצ"ב מה הטעם שאין חיוב של נזקי ממון בהרחקת נזקין ומדוע אינו חייב בשמירה מדין ממונו המזיק, **והנה** בנתה"מ [קנ"ה ס"ק י"ח] עמד בהא דמבואר בשו"ע שם סעי' לג ב' שיטות היכא שלא הרחיק בהרחקות המבוארות בפרק והיזק אם חייב לשלם, דעת הראב"ד שאם היזק פטור אולם דעת בעל העיטור והרא"ש שחייב, ותמה מדוע גרע מכל חיוב של נזקי ממון שחייב בתשלומין.

וכתב לבאר שבכל הד' אבות נזקין שממונו הולך ומזיק מכיון שמכיון שיכול לשמור את ממונו ברשותו שלא יזיק, התורה מחייבת אותו לשמור, ולכן כשלא שמר הוא חייב לשלם, אבל הני דפרק לא יחפור כדי לשמור שלא יזיק צריך להימנע מלהשתמש בדבר, ובכה"ג שיתבטל מלהשתמש התורה לא חייבה בהלכות נזקין, שהרי אין לו אפשרות להשתמש ולשמור שלא יזיק לכן מהתורה אינו מחויב להימנע מלהשתמש, והוסיף עוד דבכל המזיקים דב"ק אין הניזק יכול לשמור עצמו שהרי לא יודע באיזה צורה המזיק יזיקנו לכן התם מוטל השמירה על המזיק, אבל הכא הרי יודע באיזה אופן יהא ניזוק לכן על ניזוק לשמור את עצמו שלא ינזק, וביאר שזהו טעמו של ר' יוסי שחולק על רבנן שאין חובת הרחקה בביטול תשמיש דלא גירי, ונראה מדבריו דיש כאן ב' סברות א' מצד המזיק שאין לו אפשרות שלא להזיק רק במניעת השתמשות, ב' מצד הניזק שיכול לשמור את עצמו שלא ינזק אבל בכל ממונו המזיק אין הניזק יכול לשמור את עצמו.

אולם יש להעיר שהרי במשנה תני וסד בסיד, ובגמ' לקמן יט ע"א איכא צד שמספיק שיסוד בסיד וא"צ להרחיק, וא"כ מדוע אומר הנתה"מ שאין יכול לשמור את המזיק הרי הסיד הוא כמו גדר ששומר את השור שלא יצא, ועוד יש להעיר שנראה מדבריו דא"יז כלל רק נזקי שכנים אלא בכל נזקי ממון איתא להך כללא שאם אין לאדם אפשרות לשמור שלא יזיק בכה"ג התורה לא חייב לשלם אם היזק, והקשו ע"ד הנתה"מ מהא דאמר ר' אלעזר ב"ק מה. דמועד אין לו שמירה אלא סכין והיינו שאסור לקיימו, ומ"מ מועד אם היזק חייב לשלם ומבואר דאף כשאין אפשרות לשמור שלא יזיק מ"מ חייב לשלם, ואפשר דהתם היה לו אפשרות מעיקרא לשמור שלא יבוא לכלל מועד דכשהיה תם היה לו אפשרות לשמור ואפשר דבכה"ג התורה חייבה בתשלומים כיון שהיה לו אפשרות שלא יגיע למצב כזה כלל, אולם נראה כמש"כ דבדברי הנתה"מ מבואר דהך סברא לא נאמר רק בכה"ג שהניזק יכול לשמור עצמו וזהו סברת ר"י על הניזק להרחיק את עצמו, וא"כ בשור מועד הניזק לא יכול לשמור עצמו כמו בכל ד' אבות נזיקין שהרי לא יודע מתי השור יבוא להזיקו, ועי' ברשב"א בסוף הסוגיא של חרדל יח ע"ב שכתב דאין חיוב לבעל הדבורים מצד שן כיון דאינם בני שמירה, משמע כסברת הנתה"מ דכל שאין יכול לשמור אין חיוב ממון המזיק.

והנתה"מ כתב שם שמדברי תוס' והרמב"ן מבואר שלא כדבריו שתוס' לקמן כו. הקשה לגבי רקתא אמאי אין חיוב של אש דהוה כאס"ו שנפלו מראש גגו, והרמב"ן בסוגיא דחרדל הקשה אמאי בדבורים אין חיוב של שן, ועי' ברמב"ן בקו' דיני דגרמי [בסופו] דהקשה לגבי אילן ובור אמאי אין בעל האילן חייב על מה שהשרשים מתפשטים מדין שור, ומבואר מדבריהם שהיה מקום לחייב מדין ממון המזיק אף בכה"ג שיש ביטול תשמיש, אולם בתוס' ר"יז כו ע"א נראה כדברי הנתה"מ, ובאמת דבהרבה מהראשונים סברי בכל הרחקות נזקין דאף באופן שהרחיק חייב לשלם אם היזק, עי' לקמן כ ע"ב בנמוק"י בשם בעל העיטור וכ"כ הטור קנ"ה בשם הרא"ש ועי' דפליגי על סברת הנתה"מ, [ועי' להלן כו ע"א בסוגיא דרקתא מה שנתבאר עוד בענין זה].

עי' בברכת שמואל סי' י"ג מש"כ לבאר בשם הגר"ח שביאר באופן אחר כל הענין דחלוק נזקי שכנים מהא דב"ק דהכא ליכא דין מזיק כלל, משום דכל הפרשה של מזיק הוא כשנכנס בשל חברו ומזיקו אבל הכא אינו נכנס בשל חברו אלא שהוא משתמש בשלו והנזק מגיע לחברו ממילא, [ועי' חזו"א יא א' ז"ל נראה דקביעות הרחקות נמסרה לחכמים כי לעולם אין שימושי בנ"א

מצטמצמים כל אחד בחלקו כי החופר בור בצד המיצר משמש קרקע של חברו לו לכותל והנוטע אילן שרשיו נכנסין לחברו וכן בחלונות וכן בכל הרחקות השנויות ונצטוונו שחכים ישקלו הדברים כפי הראוי והנכון לפי טבע העולם ומה שראו חכמים להתיר ע"כ משעבד חלק שמעון לראובן לתשמיש זה, ואם הוא מוחה בו באלמות נגד הדין הרי זה כמזיקו בגרמא והוא אבזיריהו דגזל ומה שאסרו חכמים אם ראובן עושה באלמות הרי זה מזיק לחברו, וע"ע חזו"א יד יד].

ב. מתני' לא יחפור אדם בור סמוך לבורו של חברו וכו'. רש"י בד"ה [אלא א"כ] כתב דטעם הרחקה הוא מפני שהחפירה הסמוכה לבור מחלשת כותלי הבור ומרפה אותן, ומבואר דנזק מתיחס לכותלי הבור מחמת החפירה וכדמבואר בגמ' בע"כ דכל מרא ומרא דקא מחיית מרפית ליה לארעאי כ"כ מהר"ם כונת רש"י, **אבל** תוס' כתבו דבגמ' לקמן יט ע"א מבואר דטעמא דמתני' הוא משום מתונתא, [דהיינו שהמים מחלחלים ומזקים את הבור].

ובדעת רש"י י"ל כמש"כ הרמב"ן והר"ן דכל מה שמבואר בגמ' דהנזק משום מתונתא הוא רק לגבי אמת המים ונברכת כובסים, אבל בנזק דבור ושיח ומערה אינו מחמת המים, ומדויק קצת ברש"י שכתב בד"ה [נברכת כובסים] חופר חפירה 'בעומק אמה' והיינו דלא הוה עמוק כ"כ כמו בור דרישא דמתני', דהתם הנזק הוא רק מחמת החפירה דסתם בור עמוק יותר מנברכת כובסים [כדמבואר ב"ק ג ע"א דסתם בור עמוק י' טפחים], אבל אמת המים ונברכת כובסים הנזק הוא מכח המים לכן אף אם אינו עמוק כ"כ ג"כ יש חיוב הרחקה, ובהו א"ש מה שהאריך רש"י לבאר בנברכת כובסים דמי גשמים מתכנסים וכו' וכונתו בכל זה שההיזק שם הוא מחמת המים ודלא כמו בבור שהוא רק מחמת החפירה, וכן מבואר בשטמ"ק לקמן יט. בשם הראב"ד דבאמת המים ונברכת כובסים אין חיוב הרחקה משום כל מרא ומרא, והטעם משום שאין החפירה עמוק כ"כ כמו בחפירת בור שהוא י' טפחים, [ועי' חזו"א יג ה].

אולם הרשב"א כתב כתוס' שההיזק הוא מחמת המים דהקשה דאם הנזק בבור ושיח הוא מחמת החפירה עצמה כרש"י מה מהני הא דסד בסיד הרי הנזק כבר נעשה, ועי' בריטב"א שכתב דהסיד הוא צריך להעמיד הקרקע שהרפה שלא יתרפה יותר, ועי' חת"ס שכתב לבאר דעת הרמב"ם דהא דקתני וסד בסיד אינו אלא לאמת המים אבל לא בור ושיח ומערה. [והנה תוס' ד"ה לא שיח דנו מדוע א"א ללמוד הכל מהא דקתני בור ולכאורה כ"ז לשיטתם דס"ל שההיזק בבור הוא גם מחמת ה מתונתא אבל לרש"י לכאורה ללמוד מבור].

ג. תוס' ד"ה לא יחפור. ואומר ר"י וכו', כתבו תוס' דצרכי לב' הטעמים דהא ר' יוסי לקמן בפרקין סבר דאין חיוב הרחקת נזקין אלא א"כ הנזק נעשה ע"י גירי דיליה והכא הנזק דכל מרא ומרא חשיב גירי, אלא דאי לאו משום מיא לא היה צריך להרחיק ג' טפחים, ומשמע מדבריהם דהיה סגי בהרחקה של פחות מג"ט אלא דמחמת נזק המים צריך שיעור של ג"ט, ועי' בביאור הגר"א סי' קנ"ה ס"ק לא שכ"כ בכונת תוס', וכן מדויק ברשב"א שכתב דלא היה צריך הרחקה כולי האי, אולם בתוס' הרא"ש בשטמ"ק כתב דלא היה צריך הרחקה כלל משום מרא ומרא לבד.

וצ"ב כונת תוס' דכיון דהנזק של המים אינו גירי דיליה מה מהני שתחילת הנזק היה ע"י גירי דיליה, ובדרישה [סי' קנ"ה אות י"ח] ביאר שמכיון שכל החפירה בקרקע היא כדי שיכנס לתוכו מים נמצא שהנזק מתחיל מיד דרפיון הקרקע גורם למים שיבאו, ולכן חייב לר"י נמי אף על הנזק שנעשה אח"כ אע"פ שהמשך הנזק לא הוה גירי דיליה, והיינו דהחייב הרחקה בנזק של גירי דיליה אינו מחמת רק על הנזק שנעשה בגירי, אלא שכל שיש בהשתמשות של המזיק מזיק של גירי כל ההשתמשות אסורה, דסברת ר"י היא משום שחופר בתוך שלו כדמבואר בדף כה ע"ב ולכן היכא שיש בהשתמשות של חפירה של בור יש נזק של גירי יש חיוב הרחקה אף על הנזק של המים שיבאו אח"כ דעל השתמשות כזו ל"ש לומר שעושה בתוך שלו, ועי' בחי' הגר"י מש"כ לבאר בזה.

דף יז:

ד. גמ' אמר אביי מכותל בורו שנינו, וליתני אלא א"כ הרחיק מבורו ואנא ידענא דמכותל בורו. כך גרס רש"י ופירש שכונת הגמ' להקשות שאף אי תני מבורו אנא ידענא דמכותל בורו, דאם הוא מחלל הבור א"יז כונס לתוך שלו כלום, ופעמים שהוא סותר כותלו אם הוא רחב משלושה, כונת רש"י דע"כ מיירי שהראשון שחפר בורו הרחיק שלוש טפחים מן המיצר, וא"כ כונת התנא אלא א"כ הרחיק היינו שהשני שבא לחפור בור צריך להרחיק ג' טפחים מכותל בורו של חברו, שאם הכונה מחלל הבור לא היה צריך להרחיק כלל אלא היה יכול לסמוך סמוך למיצר שכבר חברו הרחיק ג"ט, **וצ"ב** מנלן לרש"י דמיירי בכה"ג שכבר הרחיק הראשון ג"ט הא אביי סבר בהמשך הבא לסמוך סומך, ועוד דאף אם הראשון הרחיק מנלן שעשה הראשון את כל ההרחקה, ותוס' כתב באמת דלא גרסינן הכי משום דאם קתני מבורו לא הוה ידעינן מהו שיעור הכותל דאפשר שהכותל הוא רק ג"ט וחיוב הרחקה הוא מחלל הבור. **והרמב"ן והר"ן** כתבו לבאר דאף אם הראשון סמך סמוך למיצר ומותר לו לסמוך מ"מ אין לשני חיוב הרחקה לבד ולעולם מתחלק שניהם בהרחקה, [דלא כתוס' ד"ה אביי שכתבו שלאביי אם סמך בהיתר על השני מוטל כל ההרחקה], ולכן אם חיוב הרחקה בין ב' בורות הוא רק ג' טפחים על כל אחד מוטל עליו הרחקה טפח ומחצה, ואם הראשון סמך סמוך למיצר כשבא השני לחפור לא היה צריך להרחיק יותר מטפח ומחצה, וכיון דתני' במתני' דמרחיק ג' טפחים ע"כ שחיוב הרחקה הוא מכותלו של הבור דמיירי שהראשון כבר הרחיק ג"ט וממילא מוטל על השני שיעור זה והיינו דמקשה הגמ' אמאי לא קתני מבורו.

עוד כתב רש"י דע"כ שהוא מכותלו דאם הוא מחלל הבור פעמים הוא סותר כותלו אם הוא רחב יותר מג', וצ"ע כונתו שהרי אם כונתו שהראשון הרחיק בחצרו יותר מג' דיכול השני להרחיק רק ג"ט מחלל בורו ולסתור כותלו זה תמוה טובא מהכ"ת יכול להיכנס לתוך מיצר של חברו, ועי' בתוס' הרא"ש בשטמ"ק שכבר הקשה כן על רש"י.

הערות וצינונים פרק לא יחפור

דף יז:

א. גמ' איתמר הבא לסמוך בצד המיצר אביי אמר סומך רבא אמר אינו סומך, בשדה העשויה לבורות דברי הכל אינו סומך, כי פליגי בשדה שאינה עשויה לבורות. לכאורה טעמא דאביי דסומך משום שסבר שכל החיוב הרחקה הוא רק כשהניזק לפנינו וכיון שהוא שדה שאין עשויה לבורות לא חשיב נזק כלל, אבל בשדה העשויה לבורות יש לו תביעה של הרחקה דחשיב שיש כאן נזק שהרי עשויה לבורות, ורבא ס"ל דאף באינה עשויה לבורות נמי יכול לומר לו הכי משום כי היכא דאת אימלכת וכו', ומשמע בגמ' דס"ל לרבא דאע"פ שאין כאן נזק עכשיו מ"מ יש לו זכות תביעה של הרחקה דהרי יש לו אפשרות לעשות בורות, **אולם** הריטב"א כתב דסברת רבא היא דיכול לומר לו כי היכא דאת אימלכת וחפרת וכו' דלכן חשיב כשדה העשויה לבורות, והיינו דלפי הריטב"א סברת רבא היא דמכח הך סברא חשיב שיש כאן נזק עכשיו ולא שיש כאן זכות תביעה הרחקה על דבר שלא בא הניזק, ויש לדון היכא דשדהו של הראשון הוא שדה העשויה לבורות ושל חברו הוא אינה עשויה אם יוכל לומר לו כי היכא ואפשר דתלוי בהנ"ל, ועי' בחידושי ר' מאיר שמחה, ועי' לקמן יח ע"א שנתבאר שדעת הר"י מגאש דלא כהריטב"א.

ב. גמ' איכא דאמרי בשדה שאינה עשויה לבורות ד"ה סומך כי פליגי בשדה העשויה לבורות אביי אמר סומך. הקצה"ח [סי' קנ"ה ס"ק י"א] הקשה לאביי דסומך לכתחילה מבואר דכשבא חברו א"י"צ להרחיק אלא השני שבא לחפור צריך להרחיק, וקשה מדוע אין לראשון חיוב הרחקה הרי עכשיו גם הוא מזיק לשני, ובשלמא לדעת תוס' דעל השני מוטל כל ההרחקה א"ש דאין לראשון חיוב הרחקה, אבל לראשונים דפליגי וסברי שהשני צריך להרחיק רק ג"ט א"כ אמאי אין לראשון חיוב להרחיק ג"ט, וכתב בקצה"ח דא"א לומר משום דסמך בהיתר דהיינו שהיה מותר לסמוך כיון שלשני לא היה בור, שהרי שיטת רש"י בסוף הסוגיא דחרדל דסמך בהיתר אינו מועיל, דהיינו אף שחפר בור ואח"כ מכר שדהו נמי חייב להרחיק דעל המזיק להרחיק את עצמו, [ורק באילן התירו משום הפסד מרובה].

וכתב הקצה"ח דסבר אביי דלאו משום שסמך בהיתר אלא שיש הלכה נוספת דמכיון שקדם לסמוך הוא מטיל את כל הדין הרחקה על השני, [ואף בלוקח לאביי יהיה השני צריך להרחיק משום קדימה] ורבא סבר שקדימה לא מהני והיינו דדין הרחקה הוא גם כשהניזק עדיין לא נמצא כאן שהרי רבא סובר שאסור לו לסמוך לכתחילה וממילא ה"ה כשבא הניזק אח"כ דצריך הראשון להרחיק אפילו במקום שהיה לו מותר לסמוך כגון בלוקח כיון דקדימה לא מטילה את החיוב הרחקה על השני.

והקשה הקצה"ח א"כ מ"ט מודה רבא ללישנא בתרא בשדה שאינה עשויה לבורות דסומך וא"צ להרחיק כשבא השני לחפור דאף דמותר לו לכתחילה לסמוך משום דאין השדה עשויה לבורות מ"מ יהיה חייב להרחיק כשבא השני שהרי סברת רבא היא שאין דין קדימה ואפילו במקום שסמך בהיתר כמו בלוקח צריך להרחיק א"כ ה"ה שדה שאינה עשויה לבורות, ותי' הקצה"ח דבסמך בהיתר גמור מודים הראשונים שדין הרחקה מוטל על השני וממילא הראשון א"צ להרחיק.

ג. גמ' אבל הכא כל מרא ומרא וכו'. המאירי כתב ב' סברות מדוע כל מרא ומרא חשיב גירי דיליה או משום דאילו היה כאן בור היה ניזק לכן חשיב הניזק דגירי, וי"א דכיון שכבר עכשיו הקרקע מוזקת לענין בורו חשיב שהניזק כבר נמצא, **ונראה** שנחלקו בזה הראשונים, דרבנו יונה כתב דכל סברת רבא דכל מרא ומרא היא רק ל"ב דפליגי בשדה העשויה לבורות, אבל ל"ק שנחלקו בשדה שאינה עשויה לבורות ל"ש הך סברא דכל מרא ומרא דכיון שאינה עשויה אין כאן נזק עכשיו, ואף דאמר רבא דיש לו טענה של כי היכי מ"מ א"א לומר שיש כאן נזק עכשיו, ומבואר מדבריו דסברת כל מרא ומרא הוא דחשיב שההניזק נמצא עכשיו וזה מחייב הרחקה, ולכן בשדה שאין עשויה לבורות א"א לומר דההניזק נמצא עכשיו, אלא שיש כאן סברא חדשה של כי היכא, **אבל** הרשב"א כתב ד"א דאף בשדה שאין עשויה לבורות אפשר לומר ה"ט דכל מרא ומרא, ואפשר לומר דס"ל שהסברא של כל מרא ומרא אינו מחשיב שכבר עכשיו יש את הנזק, אלא שהסברא הוא שאילו היה הבור לפנינו עכשיו היה חייב בהרחקה לכן יש תביעת הרחקה אף קודם שיש בור, ועי' להלן שהרמב"ן כתב סברא זו לענין גפת ויבואר שם ביאור הענין, אולם באמת שאינו מוכח לפרש כן בדעת הרשב"א ד"ל דהרשב"א סבר כסברת הריטב"א לעיל באות א' דסברת כי היכי דאת וכו' הוא דע"י חשיב שדה העשויה לבורות וא"כ אפשר דמה"ט אפ"ל כל מרא ומרא דחשיב שההניזק כבר נמצא לפנינו.

ד. בדעת אביי שאף בעשויה לבורות סומך כתב מהרש"א לקמן יח. [בתוס' ד"ה דיקא נמי] דס"ל לאביי דכל מרא ומרא לא הוה גירי דילה ולכן אין חיוב הרחקה, [וכ"כ הרע"א קו' הרחקת נזקין בתחילתו], והנה תוס' סוד"ה מרחיקין כתבו דהא דאמר רבא טעמא דכל מרא ומרא הוא רק ל' יוסי אבל לרבנן א"צ לה"ט דבלא"ה אסור לסמוך, ולפ"ז נמצא שנחלקו אביי ורבא בתרתי א' האם לרבנן יש חיוב הרחקה קודם שבא הנזק, ב' האם כל מרא ומרא חשיב גירי דיליה לפי ר' יוסי.

אולם עי' בחת"ס שם ע"ד המהרש"א שחולק ע"ד וכתב דסברת אביי לאו משום דכל מרא ומרא לא הוה גירי דיליה, אלא משום דאביי סבר דאין חיוב הרחקה קודם שבא הניזק וכיון שאין כאן בור לפנינו לכן ל"ש לחייב בהרחקה, וכן מבואר בהדיא בראשונים עי' רמב"ן ור"ן בהמשך דברי הגמ' על סלע הבא בידים, ולפי"ז נחלקו במחלוקת אחת האם יש חובת הרחקה קודם שבא הניזק שאביי סבר אע"פ שיש סברא של כל מרא ומרא והקרקע חשיב ניזוקה מ"מ כ"ז שאין כאן בור לפנינו אין חיוב הרחקה שההיזק מתיחס לבורו וכיון שאין הבור לפנינו אין חובת הרחקה, אבל רבא חולק שיש חובת הרחקה קודם שבא הניזק. ואפשר דאזלי לטעמיהו שהרמב"ן לגבי גפת סבר שאף שאין כאן היזק לפנינו יש חיוב הרחקה, ולכן סבר שסברת כל מרא אינו מחשיב שההיזק כאן אלא שזה סברא לחייב בהרחקה גם לר"י, ולכן אביי חולק שכל זמן שאין ההיזק כאן אין חובת הרחקה, אבל תוס' חלקו שגדר הדין של כל מרא הוא דחשיב שההיזק נעשה כאן ולכן הוצרך מהרש"א לפרש בדבריהם שאביי חולק על כל מרא ומרא, דאם היה מודה היה חייב בהרחקה שהרי ההיזק הוא לפנינו.

ה. תוס' ד"ה אביי אמר סומך. וקשה לרשב"א דהא מפסיד הוא שאם יטע אילן יצטרך להרחיק כ"ה אמה וכו', והיינו דאע"פ שאין הבור מזיק לאילן מ"מ כיון שמונע מחברו את האפשרות לסמוך את האילן סמוך למיצר אמאי זה עצמו לא חשיב היזק דהא סתם שדה עשויה לאילנות, ומבואר מקושית תוס' דסברו דכמו שיש חיוב הרחקה שלא יזיק תשמיש של חברו ה"נ חייב להרחיק אם מונע ממנו השתמשות, וביארו בזה דזהו נמי טעם ההרחקה בבור שלא ימנע ממנו השתמשות ולא רק שלא יזיק את הבור. **המהרש"א** כתב הא דלא הקשו תוס' כן אף לרבא מה מהניא הרחקה ג"ט הא מפסיד לבעל האילן שיהא צריך להרחיק כ"ג אמה, וכתב לבאר דלרבא כיון שזה כונס לתוך שלו ג"ט ולא משתמש בשל חברו לא שיד להקשות שגורם לו היזק שצריך להרחיק דמה שבעל האילן צריך להרחיק הוא בשביל שלא יזיק, ורק לאביי דסבר דיכול לסמוך סמוך למיצר חברו ומשתמש בקרקע חברו בשביל כותל בורו הקשו תוס' דמ"מ דזה עצמו יחשב היזק כיון שמונע את חברו מלסמוך מחמת שבא להזיקו, ולפי"ז כל קושית תוס' היתה רק אמאי מרחיק כ"ה הרי משתמש בשל חברו בשביל כותל בורו, וכן משמע בלשון תוס' שכתבו דהא מפסיד שאם יטע אילן יצטרך להרחיק 'יותר', והיינו דיש כאן עוד ג"ט שצריך להרחיק, ותי' תוס' דמ"מ כיון דסיבת ההרחקה הוא כדי שלא יזיק לכן לא מוטל על בעל הבור הרחקה מה"ט, דלא חשיב משתמש בשל חברו אלא הוא עושה בור בשלו וחברו צריך להרחיק כדי שלא יזיק, דאל"כ כל כ"ה ירחיק, וצ"ב כונתם דלפי מש"כ מהרש"א דכבר בקו' ידעו תוס' דלרבא לא קשה וכמש"כ א"כ מאותו טעם נמי אין חיוב הרחקה לכל הכ"ה אמה ומה כתבו בתי' דאל"כ, ועי' בחי' הגר"נ זצ"ל. **והנה** תוס' העמידו כל קושיתם רק על הל"ק אבל ללי"ב דבאינה עשויה לבורות כו"ע מודו דסומך לא הקשו, וטעמא דללי"ב כיון שמותר לסמוך בעשויה דכ"ז שאין הנזק לפנינו אין חיוב הרחקה, א"כ ה"נ כל זמן שאין אילן לא חשיב מזיק במה שגורם שיצטרך להרחיק, ובעיקר קושית תוס' צ"ב אמאי הקשו שיהא אסור לסמוך, ולכאורה היה להם להקשות דאע"פ שמותר לסמוך מ"מ אין לבעל האילן חיוב הרחקה.

ו. תוס' אביי. אומר ר"י דלשתי הלשונות צריך השני להרחיק ו' טפחים, צריך להבין איך יכול לשעבד קרקעו של חברו בשביל בור הרי הכותל של חברו ומדוע יוכל למנוע ממנו להשתמש בקרקע שלו, **והנתיב"מ** [סי' קנ"ה ס"ק י"ב] כתב לבאר דכיון שאם ירחיק רק ג' טפחים יסתור צדדי כותל בורו שהוא ברשות חברו לכן צריך להרחיק ו"ט, [ויש לעיין שיוכל א"כ לחפור בור קטן שלא יהיה ברוחב של בורו של הראשון ולא יסתור הכתלים שבצדדים], ועי' ביד רמה [אות כ"ד] שכתב שצריך השני להרחיק רק ג"ט כיון דקים להו לרבנן דהזיקא דמרפא לקרקע הוא רק בג"ט ולא יותר ודלא כהנתיב"מ, ועי' ברמב"ן וברשב"א שכתב ג"כ דסגי בהרחקה של ג"ט משום שיוכל לומר לו לא דיך שלא הרחקת מהמיצר שלי תזיקני להרחיק ולכנוס בתוך שלי יותר מדיני.

ז. גמ' תנן לא יחפור אדם סמוך לבורו של חברו וכו' בשלמא לאביי נחא. צ"ב דנהי דמותר לו לסמוך מ"מ הרי במשנה קתני שהשני צריך רק ג"ט ולמבואר בתוס' השני חייב להרחיק את כל ה' טפחים, ובראשונים כתבו להוכיח מקושית הגמ' דבאמת אינו מחויב השני להרחיק רק ג"ט ודלא כתוס', ובדעת תוס' כתב הרא"ש דקס"ד הגמ' השתא שהחובת הרחקה היא רק ג"ט וזה מרחיק טפח ומחצה וזה טפח ומחצה ולכן על השני להרחיק רק ג"ט.

ח. גמ' סלע הבא בידים שאני. והיינו שבבא בידים אביי מודה לרבא שאסור לסמוך זו גירסת רש"י, ומבואר בגמ' דבסלע הבא בידים אביי מודה שיש חובת הרחקה קודם שבא הניזק, והרמב"ן תמה דהא טעמא דאביי חולק על רבא משום שסבר דמכיון שאין כאן בור נמצא שאין הניזק לפנינו וממילא אין חובת הרחקה א"כ מה הטעם שבבא בידים שאני, ועי' בלשון הרשב"א והר"ן שנראה מדבריהם שיש יותר היזק בזה דז"ל הר"ן דכשאני בא בידים אין חברו ניזוק בחפירתו אלא אם ימלך לחפור בור וכיון דליתא לבור דלא מיתזק מהשתא סומך, אבל סלע הא בידים אם יסמוך בצד המיצר מעכשיו יהא ניזוק הבור בכך כמו שקרקע רפוי גם הסמוכים לבור מתמתמסים ונופלין עכ"ל, ונראה כונתו דחשיב היזק לקרקע ולא כלפי הבור ולכן יש חובת הרחקה ממעכשיו אף לאביי, אבל הרמב"ן סבר דמ"מ כיון שהבור אינו לפנינו אין סברא לחלק בין בא בידים ללא בא בידים.

ותוס' כתבו דיש ספרים דגרסי דקושית הגמ' היא על רבא דמשמע דרק בבא בידים אסור לסמוך אבל בלא בא בידים לא, והיינו דלאביי א"ש הברייטא דאע"פ דתמיד יכול לסמוך מ"מ בא בידים שאני ואסור לסמוך בור אלא א"כ הרחיק ג"ט, והתוס' הקשה ואין נראה לר"י לחלק בין בא בידים ללא בא בידים, וביאור קושיתם י"ל ע"פ משה"ק הרמב"ן ובר"ן דהא דפליג אביי דמותר

לסמוך בור סמוך למיצר היינו משום דליתא לניזק וא"כ אין סברא לחלק בין אם הוא בא בידים ללא בא בידים דכיון שחברו לא חפר בור ואין כאן ניזק איזה חיוב הרחקה יש. **והתוס'** כתבו בשם ר"י דיש לחלק דבא בידים הקרקע מתבקעת ונופלת, ויש לפרש פלוגתתם דנחלקו במה שנתבאר לעיל האם אביי שחולק על רבא הוא משום דסבר דאי ליתא לניזק אין חיוב הרחקה ולכן אין סברא לחלק בין בא בידים ללא בא בידים, וסברת ר"י היא כמש"כ מהרש"א דאביי לית ליה הך סברא דכל מרא ומרא חשיב גירי דליה אבל לעולם אף אביי יכול לסבור שיש חיוב הרחקה אף קודם שבא הניזק, וא"כ בקרקע דבא בידים הניזק ניכר טפי ולכן אביי מודה בזה דאסור לסמוך וחשיב גירי דליה וכסברת הר"ן.

ט. רש"י ד"ה אלא לאביי קשיא. ועל כרחך לא הוזכר שם כותל אלא ללמדנו ששיעור כותל כדי הרחקת המיצר, מבואר ברש"י שהמקור שהראשון הרחיק הוא מלשון המשנה מכותל בורו, במהרש"א הקשה דרש"י בתחילת העמוד מבאר שאף אם לא היה כתיב 'מכותל בורו' ידעין דמדקתני בורו ידעין שהראשון הרחיק דאל"כ פעמים שא"יז כונס לתוך שלו, ושמעתי לישב דיש להבין דרש"י לעיל הכריח דע"כ הראשון הרחיק ג' מן המיצר דאל"כ פעמים אין זה כונס לתוך שלו, אבל מ"מ יש להקשות מנלן דחייב הראשון להרחיק ואפשר דמיירי שהרחיק אבל לא שבאמת הראשון חייב להרחיק, וכן הק' הרשב"א בד"ה ואתמר עלה.

ונראה דרש"י מישב קושיא זו בזה שכתב דמהא דקתני לא יחפור סמוך לבורו למדנו שעצם שיעור ההרחקה בין בור לבור ו' טפחים, שהרי מכיון שהראשון הרחיק חייב השני ג"כ להרחיק, והוסיפה הגמ' דממה דקתני כותל בורו נפק"מ למקח וממכר ע"כ מוכח שהראשון חייב להרחיק שיעור זה דאל"ה איך אפשר לקרותו כותל הבור אטו כל מה שיוסף הראשון מדעתו שיעור מהבור להמיצר יחשב כותל, ע"כ רק משום דהוזק הראשון להרחיק שיעור זה חשיב הכותל חלק מהבור וממילא ה"ה לגבי מקח וממכר נמכר ביחד כשאמר הבור וכותליה, ומדויק בלשון של רש"י שכתב בהא דתנן כותל בורו למדנו בה שהכותל בורו של ראשון מילא כל ג' טפחים 'שהוזק' גם הוא להרחיק מן המיצר, וא"כ אין כאן סתירה דבתחילת הסוגיא רק הוכיחו שאם הראשון הרחיק ע"כ צריך השני צריך להרחיק שיעור ג' טפחים כדי שיהא ביניהם ו' טפחים, אבל מזה שכתוב מכותל בורו למדנו שחייב הראשון להרחיק ג' מן המיצר.

הערות וציונים פרק לא יחפור

דף יז:

א. גמ' מרחיקין את הזבל ואת הגפת וכו' טעמא דאיכא כותל הא ליכא כותל לא. לכאורה כונת הגמ' להקשות על רבא דסבר אינו סומך וכן כתבו בהדיא התוס', אולם יש לעיין שהרי לל"ק אביי מודה דבשדה העשויה לבורות אינו סומך, וע"כ צ"ל שס"ל לגמ' דחשיב שדהו כמי שאינה עשויה לכתלים ולכן לאביי יכול לסמוך וכל הקושיא היא רק לל"ק דאמר רבא שאף באינה עשויה אינו סומך, ויש לעיין למבואר בריטב"א שכל הטעם של רבא דכי היכא דאת אימלכת הו בדוקא דמכיון שחפר בור נעשה כשדה עשויה לבורות לכאורה הכא ל"ש לומר כן שהרי א"א לומר שאינו עומד לגפת, ולכאורה מבואר הר"י מגא"ש שהובא להלן.

והנה תוס' כתבו להקשות הרי רבא ביאר טעמו משום דכל מרא ומרא והכא ל"ש ה"ט, ולכאורה אם קושית הגמ' היא לפי ל"ק דאף באינה עשויה לבורות חולק רבא מה מהקשה תוס' הרי לל"ק לא אמר רבא טעמא דכל מרא ומבואר שתוס' ס"ל כדעת הרשב"א שאף בשדה שאינה עשויה לבורות איכא טעמא דכל מרא ומרא, אבל לדעת רבנו יונה שבאינה עשויה לבורות ל"ש טעמא דכל מרא א"כ ה"ה הכא בגפת נמי, אולם עי' ריטב"א כאן שכתב להקשות כתוס' מהא דר"י והרי דעת הריטב"א דל"ק נמי איכא טעמא דכל מרא ומרא ולמבואר א"א לומר טעמא דכי היכא בגפת ואפשר שלפי הריטב"א קו' הגמ' היא גם לל"ק לאביי משום שעשוי לכתלים ודלא כתוס' שכתבו שקושית הגמ' היא רק לרבא.

ב. תוס' ד"ה מרחיקין את הגפת. ותימה מאי קושיא הכא ודאי מותר לסמוך בשאין כותל וכו'. יש להקשות מדוע לא תמהו כן תוס' בתחילת הסוגיא על עיקר דברי רבא דאמר שלא יסמוך בורו הרי יכול לסלקו כשיחפור השני בור, וצ"ל שהיה פשוט לתוס' שבבור לא יועיל שישלך את הבור אח"כ כיון שכבר נעשה ההיזק דכל מרא, ויש לדייק כן בלשון תוס' שכתבו דהני נמי מקלקלין משמע שכונתם שבבור פשיטא שיש קלקול לכשיבנה, וכן נראה בריטב"א שכתב ז"ל והני כיון שמזיקין ממקומן כחופר בור דמי דמרפין לארעא, והיינו שאף לר"י דסבר דדוקא בגיריה דיליה איכא חיוב הרחקה ה"נ דמי לחפירת בור דכל מרא ומרא דחשיב גיריה דיליה.

ג. תוס' בא"ד. ועוד אומר ר"י דבכל אלו יש טורח בסילוקן ולכך מעתה יכול לעכב עליו כי יש לחוש שמא לא ימהר לסלקו כשירצה לעשות כותל, **ביאור** הך סברא שאינו רוצה להתעצם עמו בדין יש לפרש בתרתי דבאמת כל החיוב הרחקה מצד ההנזק שעושה הוא רק אח"כ כשיזיק, אלא דכמו שיש חיוב הרחקה על עצם ההיזק ה"נ יש לו תביעה של הרחקה שלא רוצה להתעצם עמו בדין דבהלכות שכנים יש תביעת הרחקה אף על טענה כזו ולא רק על נזק ממש, [אולם יש לדון בזה דלכאורה החיוב הרחקה הוא רק היכא שאחד מזיק את חברו, אלא דצ"ל דכיון שחושש שלא יסיר מיד נמצא שעד שהוא יסיר את הנזק הוא יזיק אותו איזה זמן ולכן יש לו זכות שיסיר ממנו את הנזק עכשיו], וי"ל באופ"א דבאמת כיון שאח"כ יבוא הנזק יש לו תביעת הרחקה מצד ההיזק כבר מעכשיו, אלא דיש סברא לומר דכיון שהנזק עדיין לא הגיע יוכל לסמוך מעכשיו דכופין על מידת סדום דזה נהנה וזה לא חסר, ועי"ז כתבו תוס' דשיש לו טענה דאינו רוצה להתעצם עמו בדין לכן אין זה מידת סדום אבל לעולם הך סברא דאינו רוצה להתעצם עמו בדין לא הוה סברא מספקת שמחייב בהרחקה, ועי' באבי עזרי בקו' הרחקה נזקין שהאריך בזה.

עיין רא"ש שהביא שרבנו יונה כתב סברא אחרת דחיישינן שמא יחזיק בסמיכת דברים הללו ג' שנים ויטעון שיש לו חזקה שברשות סמך, והרא"ש כתב לדון לפי"ז שלא יהא רשאי לפתוח חלון לחורבת חברו מחשש שמא יחזיק, אולם הרא"ש חולק על סברת רבנו יונה שאם מתירים לו להשתמש לא יהא לו חזקה, דכל שאין יכול למחות אין לו חזקה, ועי' קצה"ח קנה סק"ה מש"כ בביאור הדבר ועין מש"כ בזה בסוף פרק חזקת הבתים דף נט ע"א.

ד. תוס' בא"ד. וא"ת מאי פריך וכו' וי"ל דההוא טעמא לא קאמר אלא אליבא דר"י והכא פריך אליבא דרבנן, **לכאורה** כל קושית תוס' היא רק לפי תי' הב' שכתבו דהגפת לא מזיק את הקרקע עכשיו, אבל לפי דרך הראשונה שהנזק כבר נעשה עכשיו לכאורה הוא גירי דיליה וחייב בהרחקה מיד אף לר"י, [מיהו אפ"ל דכל מה שכתבו תוס' שיש נזק לקרקע מ"מ לא הוה נזק גמור שמחייב הרחקה של ג"ט אלא יש קצת קילקול בקרקע, אלא דיש לדון דהרי תוס' בריש פרקין כתבו דבכה"ג יש חיוב הרחקה על הכל מדין גירי דיליה, ועיין דרישה קנה סמ"ז מש"כ בביאור דברי התוס'].

ובעיקר מש"כ תוס' דקושית הגמ' אינה אלא לרבנן ולא לר"י דבגפת לא הוה גירי דיליה צ"ב שהרי בתוס' לקמן כב: כתבו דכל הני מתני' דפרק לא יחפור קאי כר"י, וצ"ל דכונתם הוא דהיכא שיש כבר כותל דאסור לסמוך גפת אבל הכא מייירי במקום דליכא כותל עדיין ובכה"ג לר"י מותר לסמוך גפת, [ועי' בנתה"מ קנ"ה ס"ק י"ג שכ"כ].

והנה הרמב"ן תמה על הדרך הראשונה של התוס' דבגפת חשיב שיש נזק מיד הא בכל הקושית הגמ' בהמשך א"א לומר שהנזק הוא מיד בשעת שסמך וא"כ מה מקשה הגמ' על רבא, ועי' בחת"ס מש"כ לישב, והיה אפשר לומר דאף תי' קמא דתוס' מודה לתי' הב' דבכל המקומות יש לו חיוב הרחקה עכשיו כיון שיהא טורח בסילוקן ואין רוצה להתעצם עמו בדין, וכל סברת תוס' הוא רק לגבי גפת משום דהתם אפשר לסלקו מיד ולכן הכא הוצרכו תוס' תי' אחר.

והרמב"ן פירש באופ"א דקושית הגמ' היא אף לר' יוסי שאע"פ דסבר ר"י דכל החיוב הרחקה הוא רק בגירי דיליה והכא כ"ז דליכא כותל אין כאן נזק מ"מ כיון שאם היה כותל היה כאן נזק בגירי דיליה אף ר"י מודה שיש כאן חיוב הרחקה, והיינו דלתוס' כל החיוב הרחקה לדעת ר' יוסי הוא רק בכה"ג שנעשה עכשיו נזק ע"י גירי, אבל הרמב"ן סבר דא"צ שיהא נזק עכשיו אלא כל דבר שאילו הניזק היה לפנינו היה ניזוק בגיריה זה מחייב עכשיו בהרחקה, **ועי'** באבי עזרי [בקו' הרחקת נזקין אות טז] שביאר סברת הרמב"ן דסברת ר"י דיש חיוב הרחקה בגירי דיליה אין הכונה שיעשה הנזק בגירי דיליה, אלא שזהו דין על המזיק דאם הוא מעמיד מזיק שיכול להזיק ע"י גירי זה מחייב בהרחקה, והיינו דקאמר ר"י דאין חיוב הרחקה באילן שסמוך לבור משום שהוא עושה בתוך שלו ולא מעמיד כאן מזיק כלל אבל היכא שהוא מעמיד מזיק חייב אע"פ שהניזק לא נמצא עדיין.

ולפי סברת הרמב"ן צ"ל דהא דקאמר הגמ' דבבור איכא חובת הרחקה אף לר"י משום דכל מרא ומרא אין הכרח לומר דיש כבר את הנזק עכשיו וכמש"כ ברבנו יונה, אלא אע"פ שכל הנזק הוא מתיחס לבור שיהיה אח"כ מ"מ סבר ר"י שיש חובת הרחקה בכה"ג, אבל לתוס' שחלקו על הרמב"ן ע"כ ס"ל דלר"י כל החיוב הרחקה הוא רק בכה"ג שהנזק נעשה עכשיו בסמיכת דבר המזיק ובבור הקרקע עכשיו היא מוזקת לגבי בורות אבל בגפת ל"ש לומר כן.

והנה הרמב"ן לקמן כב: כתב דכל המשניות דלא יחפור קאי כר"י והיזק דמיתונתא נמי חשיב גירי דיליה [ודלא כתוס' בריש פרקין דרק כל מרא ומרא הוה גירי דיליה], וא"כ צ"ב אמאי הוצרך רבא לבאר דטעמא דאסור לסמוך בשדה העשויה לבורות משום כל מרא ומרא והיינו דרואים את הנזק עכשיו כלפי בור הרי אפי' בכה"ג דכל הנזק אח"כ חשיב גירי דיליה וכמו שכתב בגפת, ועי' באבי עזרי [בקו' אות י'] שכתב דצ"ל דכונת הגמ' כאן רק כלפי בור שאין בו מים וכמש"כ הרמב"ן בריש פרקין דבזה כל הגירי דיליה הוא רק מחמת כל מרא ומרא ע"י עוד מש"כ בדבריו.

דף יח.

א. גמ' דירה שאני. פרש"י שאין לנו לאסור דירתו אלא א"כ ההיזק מוכן, והיינו דאף לפי רבא דסבר דאסור לסמוך מ"מ היכא שבא לעשות דירתו כאן אין לנו לאסור דירתו כ"ז שהניזק עדיין לא נמצא, **אולם** הר"י מגאש כתב לפרש כונת הגמ' באופ"א דדירה שאני אין הכונה על התחתון שהוא בעל חנות או הרפת כרש"י, אלא על העליון שדר שם אמרינן דאין אדם עשוי לעשות דירתו אוצר ולכן כ"ז שאין בעליה אוצר יכול לפתוח התחתון חנות או רפת בקר, והקשה הר"י מגאש הא אמרינן לעיל דלרבא אף בשדה שאין עשוי לבורות אינו סומך דיכול לומר כי היכא דאת אימלך וה"נ אמאי לא יוכל לומר לו שיעשה בביתו אוצר, ותי' דהכא ל"ש כלל שיעשה מביתו אוצר ולכן לא חיישינן לכך אבל התם עביד איניש שחופר בור אף במקום שאין עשויה לבורות.

והנה בעיקר קו' הר"י מגאש מהא דשדה שאין עשויה לבורות צ"ב הא התם הראשון שחפר היה גם אין עשוי לבורות ולכן יש לשני טענה כנגדו, אבל הכא הראשון התחתון הוא עושה רפת בקר או חנות שזהו עומד לכך וא"כ אין לשני כלל טענה של כי היכא דהוא לא שינה מהמצב הרגיל שלו, ומבואר דהר"י מגאש ביאר דסברת רבא דכי היכא הוא זכות טענה חדשה שמחייב בהרחקה ודלא כמש"כ הריטב"א [שהובא לעיל] דביאר שהסברא של כי היכי הוא דע"י טענתו נעשה הבור כשדה העשויה לבורות, דלריטב"א היכא שהראשון הוא בשדה העשויה לבורות אין לשני זכות טענה דכל הסברא הוא רק כיון שהוא שדה שאין עשויה לבורות אין בכוחו להפקיע את הזכות של השני נמי לחפור בור ולהפוך אותה לשדה העשויה אבל כשהראשון הוא שדה העשויה לבורות אין לשני הך טענה. **והנה** הרשב"א תמה על פירוש זה דהגמ' לקמן כ. נסתפקה כיבד וריבץ לאוצר מהו האם בכה"ג יכול התחתון לפתוח חנות או רפת בקר אי חשיב שאוצר קדים או שהוא קדים, ולפי' הר"י מגאש דכל הסברא היא משום שהוא לא שכיח א"כ הכא הרי כבר שכיח, ועי' בקצה"ח ס"י קנ"ה סק"ג מש"כ לישב בזה.

ב. **גמ' דיקא נמי דקתני אם היתה רפת בקר קודמת לאוצר מותר.** פרש"י דמדויק דמדתני הכי רק גבי רפת בקר ולא בשאר הרחקות ש"מ דבכל הרחקות אסור ורק כאן מותר מה"ט דדירה שאני, והנה בתוס' כתבו דלאביי ליכא הך דיוקא דבכל מקום מותר לסמוך ואין חידוש בדירה יותר מכל ההרחקות, **אולם** הרשב"א כתב לבאר דכונת הגמ' דירה שאני דאף לאביי שסבר דמותר לסמוך כ"ז שהניזק אינו לפנינו מ"מ בנזק של גירי דיליה מודה אביי שאח"כ כשבא דבר הניזק חייב להרחיק, ומ"מ הכא בדירה אינו מחויב להרחיק דאין לנו לאסור דירתו, ועוד הוסיף הרשב"א דהכא חנות הוא גירי המתחדש ויכול ליתן אש חדשה וכן כשיגרף הרפת יכול לחדש עוד אחד וע"כ דיש כאן סברא חדשה דדירה שאני.

ומבואר מדברי הרשב"א דאביי מודה דנזק דגירי הוא חמיר טפי דאע"פ שמותר לסמוך מ"מ חייב להרחיק וצ"ל דכיון שהוא מזיק בידים אע"פ שמותר לו לסמוך מ"מ חייב להרחיק כשיבוא ההיזק, [ועי' בתוס' לקמן כה: ד"ה עני והעשיר] שחולק בהדיא על הרשב"א ואזיל לשי' הכא שכתב דלאביי א"צ ה"טו דדירה שאני, ונמצא נחלק עם רבא בג' דברים חדא האם יש חיוב הרחקה בנזק שאינו גיריה קודם שבא הניזק, ועוד בנזק דגירה האם יכול לסמוך ויסיר אותו כשיבוא הנזק, ועוד בנזק של בור האם אסור לסמוך כבר עכשיו האם יש סברא של כל מרא ומרא.

והנה לרבא מבואר בתוס' דאין יכול לסמוך ע"ד שסיר אותו כשיבוא הניזק דיש לו סברא שאין רוצה להתעצם עמו בדין, וא"כ צ"ב אמאי לאביי מותר לסמוך ואמאי לית ליה הך סברא דאינו רוצה להתעצם עמו בדין דמנלן לעשות פלוגתא חדשה בין אביי ורבא, וביארו בזה דהך סברא דאינו רוצה להתעצם הוא תביעת הרחקת נזיקין וכמש"כ לעיל דבעצם חייב להרחיק מיד אלא דכופין על מידת סדום וסברא דאין רוצה להתעצם הוא רק להור את הך סברא, ולכן לאביי דבנזק שאינו גיריה דיליה אין תביעת הרחקה קודם שבא הניזק א"כ ה"ה נמי אין סברא של התעצמות דזה לא הוה סברא בפני"ע וכל החיוב הרחקה הוא רק אח"כ כשיבוא ההיזק, אבל לרבא שיש תביעה של הרחקה קודם שבא הניזק ה"ה יש תביעה של התעצמות וכמש"כ, וצ"ב לפי הרשב"א אמאי בבור אין חיוב הרחקה אח"כ כשיבוא השני לחפור בור הרי בור חשיב היזק דגיריה ועי' ברשב"א לקמן כב ע"א.

מיהו עיקר דברי הרשב"א צ"ב דלקמן כב: [בסוף העמוד] כתב דבגפת אם קדם צריך להסירו אח"כ כשיבנה השני כותל וכמש"כ הכא לגבי רפת, והרי לגבי בור משמע בגמ' דלאביי א"צ להרחיק כשבא השני אלא על השני מוטל כל ההרחקה, וא"א לומר דהרשב"א סבר כמש"כ המהרש"א דאביי סבר דכל מרא ומרא לא חשיב גירה דילה ולכן רק בגפת ושאר הרחקות חייב להרחיק כשסמך כותל דלעיל יז: מוכח מדבריו שחולק על המהרש"א, **ואפ"ל** דבבור אע"פ שחשיב שיש כאן גירי מחמת כל מרא ומרא מ"מ כל ההיזק הוא עכשיו וכשבא חברו לעשות בור לא מתחדש כלום אלא הנזק כבר נעשה, אבל בגפת שההבל ממשיך מכח מה שהניח או בחנות של נחתומים שהאש ממשיכה מכח מה שהדליק בתחלה לכן התם חשיב שיש המשך למעשיו וחייב בהרחקה כשיבוא הנזק אח"כ ועיין.

ג. **תוס' ד"ה הא ליכא אוצר.** הוי מצי לשנויי ה"ה כי ליכא לא סמך והא קמ"ל דהבלא קשה לאוצר, צ"ב הרי הגמ' מביאה שבביריתא התם קתני 'אם היתה רפת בקר קודמת לאוצר מותר', וא"כ איך אפ"ל שהחידוש הוא שהבלא קשה, ועי' מהר"ם מש"כ.

הערות וציונים פרק לא יחפור

דף יח.

א. **תוס' ד"ה דיקא נמי.** ותימא דלעולם בשאר הרחקות נמי מותר לסמוך וכו' לאשמעינן רבנותא דאע"ג דהוי גירי דיליה אם היתה קודמת לרפת בקר מותר דהשתא הוה חידוש אפילו לר"י, ואי אשמעינן בשאר לא הוה חידוש אלא לרבנן, צ"ב הא תוס' כתבו לעיל דאם הניח גפת קודם שבא הכותל לא חשיב גירי דיליה דכ"ז שאין כאן דבר הניזק לא חשיב גירי, וא"כ אמאי רפת בקר חשיב גירי קודם שיש כאן אוצר, ומה החידוש בזה שמותר לסמוך קודם שבא הניזק, והיה אפשר לפרש דכונת תוס' הוא כמש"כ הרשב"א דבחנות של נחתומים ורפת בקר הוה גירה המתחדש ולכן בזה יש חידוש טפי שמותר לסמוך משא"כ בכל ההרחקות אע"פ שאם יש כותל חשיב גירה מ"מ קודם שבא דבר הניזק לא חשיב גירה כמש"כ תוס'.

אולם מדברי מהרש"א נראה שלא הבין כן כונת התוס', דהמהרש"א הקשה על תוס' דאם יש חידוש לאביי דבנזק של גירה מותר לסמוך קודם לכן א"כ בבור היה צריך להשמיע חידוש זה דהא מבואר בגמ' דכל מרא ומרא חשיב גירי דיליה, והמהרש"א כתב דאביי לית ליה ה"ט דבור חשיב גירי דאביי לית ליה ה"ט דכל מרא ומרא ולכן כל החידוש מצינו רק ברפת, ולמבואר שקושית תוס' היתה מחמת דבחנות הוא גירי המתחדש מה הקשה המהרש"א דהיה להשמיענו חידוש זה בבור הרי בבור לא הוה גירי המתחדש, ולכאורה מבואר דהמהרש"א פי' דקו' תוס' אף אם לא הוה גירי המתחדש, וא"כ צ"ע דכה"ג לא חשיב גירי כמש"כ התוס' לעיל לגבי גפת כיון שאינו מזיק עכשיו, ועי' בחת"ס שעמד ע"ד המהרש"א.

וי"ל דכונת המהרש"א הוא דבאמת קושית תוס' היתה מחמת שברפת בקר הוה גיריה המתחדש, אלא שאם היה אסור לסמוך לאביי בכה"ג דאע"פ שבשעת שסמך ליכא גירי מ"מ אח"כ שהנזק מתחדש חשיב גירי היה חיוב הרחקה דאין זכות קדימה כשהנזק בגירי, א"כ ה"ה בבור נמי היה צריך להיות שלא יהיה היתר של קדימת המזיק, דאע"פ שבשעה שסמך לא היה ניזק מ"מ כשבא השני לסמוך בור ההיזק של הבור עכשיו הוא מכח הכל מרא ומרא שהיה מעיקרא, ולכן בכה"ג נמי אין זכות קדימה דחשיב שהנזק הוא נזק של גירי ולכן הוצרך לחדש דאביי לית ליה כל מרא ומרא.

בעיקר דברי מהרש"א דאביי חולק על כל מרא ומרא בבור יש לעיין דא"כ נמצא שלאביי אין חיוב הרחקה בבור, וכל מה שכתבו תוס' בתחילת הפרק שאף ר' יוסי מודה בבור הוא רק לרבא, וקשה שתו' להלן כב ע"ב כתבו שהמשנה דדין כר"י ועיין.

ב. **גמ' טעמא דעבודת הכרם הא לא משום עבודת הכרם לא.** פרש"י דאע"פ שהשרשים מתפשטים ומזיקים לעכב המחרישה ולחפירת בור, **והרמב"ן** תמה ע"ז דלענין היזק שלא יוכל לחרוש אף אביי מודה שחייב להרחיק, דכל סברת אביי שאין חיוב הרחקה הוא משום שכל זמן שאין בור חשיב שאין כאן ניזק ואין חיוב הרחקה של נזקי שכנים בכח"ג, אבל הכא לענין שלא יוכל לחרוש חשיב שהניזק קיים דהרי כל השדה היא עבור חרישה, ולכן חולק הרמב"ן דקושית הגמ' היא רק לענין חפירת בור, ובדעת רש"י מבואר דסברת אביי היא דלא חשיב מעשה נזק לעצם הקרקע אלא דחשיב שיש כאן ביטול השתמשות דעושה בשלו ועי"ז לא יוכל חברו להשתמש וכה"ג נמי סבר אביי דלא חשיב מזיק ועי' מהרש"א, והא דמבואר שצריך להחיק משום עבודת הכרם הוא כמו שכתב רש"י מחמת שמזיקו בידים, עי' בחי' הגר"נ מש"כ לבאר.

ג. **גמ' דיקא נמי דקתני היה גדר בנתים זה סומך לגדר מכאן זה סומך לגדר מכאן.** פרש"י דאע"פ שהשורשים נכנסים תחת הגדר ומתפשטים לשדה חברו מותר וע"כ משום דמיירי דאיכא צומנא שמפסיק, והקשה הרמב"ן מדוע יותר פשוט לגמ' בסיפא יותר מהא דקתני ברישא היה גדר בנתים דמיירי שיש צומנא מהא דקתני ברישא שיש חיוב הרחקה משום עבודת הכרם, וכתב לישב שכונת הגמ' להביא מהסיפא דקתני זה סומך לכאן וזה סומך לכאן דמשמע דלשניהם מותר לסמוך אע"פ שבכח"ג שהניזק לפנינו אף לאביי אינו סומך כמו שמבואר בגמ' לעיל בבאו לחפור בבת אחת, וה"נ כל אילן מזיק לחברו אלא ע"כ צ"ל שמפסיק צומנא ולכן מותר לו לסמוך, אבל ברישא דמיירי שיש רק אלן אחר ממילא אין צריך להעמיד לאביי שמפסיק צומנא ולכן מקשה הגמ' לרבא מהתם.

ד. **גמ' ה"ק ואי לאו צומנא והיו שרשי יוצאים וכו'.** פרש"י דהכונה שהוא סמך שלא כדת, והתוס' תמהו עליו א"כ יקוץ וכתבו לישב דבאילן אינו קוצץ אלא א"כ נותן דמים, **והרמב"ן** הביא פירוש בשם הרב אב ב"ד דמיירי שמעיקרא סמך כיון שהיה צומנא ואח"כ נסתלק הצומנא ושוב אינו חייב להרחיק, והק' הרמב"ן דלא מחזור לו שאם כל מה שסמך כיון שהיה צומנא איך יכול להמשיך לסמוך כשנעקר הצומנא, והיינו דלא יכול לזכות בסמיכה כיון דרק בשעה שיש צומנא אינו נחשב למזיק אבל לאחר שנסתלק הצומנא חייב בהרחקה וסבר הרמב"ן דלא דמי ללוקח דהתם זכה בהשתמשות כשהיה ברשותו אבל הכא לא זכה אלא שלא היה לו חיוב הרחקה באותו שעה כיון שבפועל היה צומנא.

ועי' בשיעורי הגר"ש שתמה עוד על הראב"ד מהא דמבואר לעיל ב: מחצת הכרם שנפרצה דאומר לו גזור וחיוב הגדר שם הוא גם משום עבודת הכרם כמש"כ תוס' שם, ועי' בקצה"ח [קנ"ד ס"ק ו] שדימה פלוגת הרמב"ן והראב"ד במה דמבואר שם בשו"ע לענין היזק רא"י שאם פתח חלון כנגד כותלו של חברו ונפל הכותל האם חייב לסתום החלון, דהתם נמי מעיקרא היה אסור לו לפתוח חלון אלא שכיון שהיה שם כותל בפועל לא היה מזיק לחברו.

ה. **תוס' ד"ה הכא.** נחלקו רש"י והריב"ם אם הכונה שהאילן ביד לוקח או אילן ביד מוכר, ומלשון תוס' משמע דריב"ם מודה לרש"י שיש היתר של לוקח כשהאילן ביד מוכר אלא דהלשון לא משמע כן, אבל הריטב"א כתב דמוכר בעין יפה הוא מוכר ואין היתר דלוקח, והיינו דאמרינן שאם מכר שדה לחברו ובא הלוקח ועשה בור מחויב המוכר לקוץ את האילן מכיון שאמרינן שמכר לו בעין יפה שהאילן לא יזיק את הבור, ועי' ברע"א בקו' הרחקת נזקין [ד"ה ונבאר ג"כ] שהביא דהבית יוסף סי' קנד כתב בשם תשובות הרשב"א שאדם המוכר לחברו חצר והשאיר את הבית שמחויב לסתום את חלונות של הבית ולא אמרינן שכיון שהיה קודם יכול להחזיק דאמרינן מוכר בעין יפה הוא מחזיק ולכן מחויב לסתום החלונות כדי שלא יזיקנו לחצר, וה"נ י"ל שיהא חייב לעקור האילן כיון שהוא מזיק לבור, וכתב דיש לחלק דהתם החלון הוא מבטל את עיקר השימוש של החצר, אבל הכא יש עוד שימושים בשדה וכתב דמסברא אין לחלק בזה, וכן מבואר בריטב"א בסוגיין כסברת הרע"א,

אולם מרש"י מבואר דס"ל שכה"ג לא אמרינן מוכר בעין יפה הוא מוכר, ואפשר דחלוק מהך דהרשב"א דהתם ההיזק כבר קיים בשעת מכירה, אבל הכא הרי לא היה ההיזק בשעת מכירה שצריך לחפור בו בו, אבל בדעת הריב"א י"ל סברא זו דכה"ג מוכר בעין יפה הוא מוכר לכן העמיד שהאילן נמצא אצל הלוקח, ויש לדון שהתוס' כתבו דלשני הפירושים יש להקשות אמאי לא נעמיד בכח"ג שהמוכר היה לו בור ואילן ומכר שניהם שלפי רש"י אם הלוקח יש לו בור אין בעל האילן צריך להרחיק, ולמבואר יש לדון שהרי הכא יש כבר את הדבר הניזק ובכח"ג אפשר לומר דדומה למש"כ הרשב"א בתשובה שם בחלון המזיק לחצר דכה"ג יש חיוב הרחקה דבשעת המקח איכא ההיזק ואפשר לומר בכח"ג מוכר בעין יפה הוא מוכר. עי' בקצה"ח [קנ"ה ס"ק יג] מש"כ לבאר הכרם של רש"י שחולק על הריב"ם.

ו. **תוס' בא"ד.** אבל לפר"ת קשה לר"י מאי איריא אילן קדם אפילו בור קדם נמי, הקצה"ח [קנה ס"ק ט"ז] כתב שיסוד הדין של חזקה בנזקין אין הכונה שקונה זכות להזיק את חברו, דל"ש לקנות זכות זו וכמו שביאר הרא"ש שאם אדם אומר לחברו קרע כסותי והיפטר יכול לחזור בו משום שלא קנה זכות להזיק את חברו אלא שמחל לו על תביעת הנזק, ולכן יכול לחזור בו, והכא בחזקת נזקין הרי אין יכול לחזור בו וביאר הקצה"ח שגדר הדין הוא דהוה כסמך ברשות ובהיתר, דכמו בכל סמך בהיתר על הניזק להרחיק את עצמן ה"נ כיון שמחל לו או קנה ממנו זכות זו חשיב כמו שסמך בהיתר וממילא על הניזק להרחיק את עצמו.

ולפי"ז מישב ישב קושית תוס' על ר"ת מדוע א"א לומר דאף בכח"ג שבור קדם, וכתב שהרי כמו שכתבו התוס' קודם לכן לפי דעת רש"י והריב"ם דכה"ג שעשה הבור קודם ומכר שניהם אילן קדם קרינ ביה, לכן ה"נ לפי ר"ת כיון שכל ההיתר של לקוח הוא מחמת שהוא נחשב סמך ברשות דהיינו שסמך בהיתר שהיה קודם לכן אילן קדם קרינ ביה וא"ש.

ז. **גמ' מרחיקין את החרדל מן הדבורים.** פרש"י שאוכלין את החרדל ומחדד את פיהם ואכלות את הדבש שלהן, מבואר ברש"י שההיזק הוא במה שהדבורים נכנסים לתוך רשות של בעל החרדל, ותמה הרשב"א [בע"ב ד"ה ועל] הרי תורך ברשותי מאי בעי, ולכן פירש הרשב"א דההיזק הוא דריח החרדל מזיק את הדבורים, עיי"ש שהקשה א"כ אמאי לא הוה גירה דילה, ובדעת רש"י צ"ל דחויב הרחקה דנזקי שכנים מחייב אף כה"ג שהניזק נכנס לרשות המזיק ולא דמי לחיוב מזיק דעלמא דכה"ג שיכול לומר לו תורך פטור ועיין.

הערות וצינונים פרק לא יחפור

דף יח:

א. בביאור סוגיא חרדל כתבו הראשונים כמה דרכים בכל מהלך הסוגיא, ועי' בקצה"ח קנ"ה שסיכם ד' שיטות, ונבאר שיטת רש"י ותוס', גמ' ואי דלא סמך היכא משכחת לה, הגמ' מקשה לרבא דסבר שאין סומך איך סמך בעל דבורים מעיקרא, דבשלמא לאביי דמותר לסמוך מיירי שבעל הדבורים סמך תחלה ולכן סברי רבנן דעל השני שהוא בעל החרדל מוטל כל ההרחקה, וזה א"ש לדעת תוס' לעיל דלאביי כשחפר הראשון בור קודם שבא הניזק על השני מוטל כל ההרחקה וצריך להרחיק ו' טפחים, אבל לדעת הראשונים שם דסברי דאין על השני להרחיק רק ג"ט לכאוי ה"ה כאן סגי בזה וכ"כ בקצה"ח שם, **אולם** החזו"א [ב"ב ס"יג סק"א] כתב דכל סברת הראשונים הוא רק בבור משום דהראשון אין לו זכות להשתמש בקרקע של חברו לכותל בורו, ולכן סגי בהרחקה ג"ט שזהו השיעור שהוא מזיק לחברו, אבל הכא דבשל עצמו הוא משתמש על השני מוטל כל ההרחקה, אבל בראשונים רמב"ן ורשב"א מבואר כמש"כ בקצה"ח דאם בבור סגי בהרחקה ג"ט ה"ה הכא בעל החרדל סגי בחצי הרחקה, ור' יוסי סבר דבעל החרדל יכול לומר דאין לו חיוב הרחקה ומותר לו לסמוך דאע"פ שהיה מותר לו לראשון לסמוך מ"מ כן שעשה קצת שלא כהוגן שסמך על המיצר במקום שחברו עתיד לבסוף לזרוע חרדל, וביאור הך סברא דעשה שלא כהוגן ביארו דאע"פ שסבר אביי שמותר לסמוך והיינו שבהלכ' שכנים אין לשני תביעת הרחקה אבל מ"מ חשיב שסומך מזיק, ולכן כל הסברא שיש לשני חיוב הרחקה אינו אלא היכא שרק הוא מזיק לראשון וחברו הוא ניזק שבזה יש לניזק תביעת הרחקה, אבל אם הראשון גם מזיק אין לו זכות למנוע את השני מלסמוך דמה שסמך בתחלה אינו סיבה להחשיבו ניזק, [עי' משנת ר' אהרון שכנים עמוד ס"ז ובחי' ר' אריה ליב סי' צו].

וכתבו תוס' דהא לגבי בור על השני מוטל כל ההרחקה דהתם משום דמרפי לארעא ומזיק השני בידים לכותל בורו של הראשון, ומשמעות התוס' נראה דהוא מזיק גמור שכתבו ומזיק השני בידים, אולם הא לעיל יז. כתבו תוס' דכל מרא ומרא אינו מחייב הרחקה ג"ט ועי"כ דאין כונתם כאן דחשיב מזיק בידים, אלא ע"כ דסברת תוס' הוא דאע"פ שהראשון עשה שלא כהוגן מ"מ הכא בבור מוטל על שני כל חובת ההרחקה דמזיק הוא בידים, והיינו דכל הסברא שיש לשני שגם הראשון מזיקו ולכן מחויב נמי בהרחקה מ"מ כיון שהוא מזיקו בידים יש עליו יותר תביעת הרחקה דחשיב מזיק יותר מהראשון, **ועיקר** הסברא דבור מזיק בידים נראה דהוא הלכה של אדם המזיק, ועי' רמב"ן סוף קו' דיני דגרמי שדן לגבי כל הרחקות דלא יחפור האם חייב לשלם וכתב דזה פשוט שבבור חייב משום שכל מרא ומרא, משמע מדבריו דחשיב מזיק יותר, **[והנה]** לעיל הובא מש"כ במהרש"א לעיל יח. דאביי סבר דכל מרא ומרא לא חשיב גירי דיליה, וצ"ב דהכא בתוס' מבואר דאף לר"י על השני מוטל חיוב הרחקה וחשיב גירי דיליה, ואפשר דכל סברת מהרש"א הוא רק בדעת אביי כשבא הראשון לסמוך דככה"ג כיון שאין לחברו ובור לא חשיב גירי דיליה אבל הכא שבא לסמוך כשיש לחברו בור חשיב גירי דיליה אף לאביי].

ב. אבל לרבא דסבר דבא לסמוך אינו סומך מקשה הג' היכא סמך בעל הדבורים, וכתב התוס' בתו"ד שקושיית הגמ' היא כך וז"ל אלא לרבא דאמר לא סמך היכא משכחת לה דבעל החרדל ירחיק כל ההרחקה, ולר"י לא ירחיק כלל דכיון דתרויהו מזקי אהדדי על כל אחד מוטל חצי הרחקה עכ"ל, והנה **הרע"א** תמה על עיקר קושיית הגמ' די"ל דלרבנן דבורים לא מזקי לחרדל לכן מותר לבעל הדבורים לסמוך מעיקרא ולר' יוסי נמי כיון דלא הוה גירי דיליה יכול לסמוך, אלא דבעל החרדל יכול לאח"כ לסמוך דיש לו טענה אף חברו מזיקו וכמו לאביי שמותר לסמוך בתחלה ויש לו תביעת הרחקה, ועי' בנתה"מ קנ"ה ס"ק י"ג מש"כ לבאר, **וע"ע** בחזו"א שתמה ע"ד הרע"א שהרי מבואר בגמ' דר"י לדבריהם דרבנן קאמר וא"כ א"צ שיהא הנזק ע"י גירי דיליה, [בעיקר מש"כ תוס' דהשתא סבר שלרבנן תרויהו מזקי, עי' בלשון רש"י שכתב ו'אית ליה לר' יוסי דאלו שניהן מזיקין ה' משמע דאף בקושיית הגמ' רק ר' יוסי ס"ל הכי אבל לרבנן לא].

הרמב"ן הביא פרש"י ומבואר מדבריו סברא אחרת ממש"כ תוס', דביאר הא דלאביי סבר ר"י דמותר לבעל החרדל לסמוך הוא משום שיכול לומר לו דאע"פ שהיה לו זכות לסמוך ואין לשני טענה דעליך להרחיק חצי הרחקה, מ"מ כיון שאתה לא מרחיק ה"ה אני לא ארחיק, ומשמע מדבריו דלא משום שהראשון עשה שלא כהוגן יש לו זכות להשאיר אלא דכל הזכות בתחלה הוא שלא יהא מחויב להרחיק כשיבוא חברו, אבל לרבא דאסור לסמוך איך יכול השני לסמוך ולמה לא יוכל לכפות את הראשון להרחיק חצי הרחקה, **והקשה** הרמב"ן מ"ש דבבור חייב השני בחצי הרחקה ולא יוכל לומר לו דאם אתה אינך מרחיק אף אני לא ארחיק, וכתב הרמב"ן ב' סברות חדא דבבור חצי הרחקה מהניא למעט את ההיזק ולכן על השני מוטל הרחקה אבל הכא בחרדל ודבורים חצי

הרחקה לאו כלום, ועוד כתב הרמב"ן דהתם בבור בשעה שהראשון חפר כבר נעשה כל ההיזק לבור השני ולכן אין מה לחייב את הראשון בהרחקה אבל הכא הראשון ממשיך להזיקו ולכן יש לו טענה דאם הוא לא מרחיק אף אני לא ארחיק, מבואר ברמב"ן דהא דר"י מתיר לבעל החרדל לסמוך אינו רק היתר לסמוך אלא שיש לו זכות לטעון דאם הראשון מרחיק אף אני לא ארחיק ואם הראשון ירחיק חצי הרחקה השני נמי יהא מחויב להרחיק. והנה עצם החילוק שכתב הרמב"ן לבור התוס' חלקו ע"ז דתוס' ס"ל דהשני חייב בכל ההרחקה, ומש"כ דהראשון כבר עשה כל הנזק תוס' בריש פרקין כתבו דכל הנד דמתני' מיירי בדאיכא מים וא"כ ממשיך לעשות הנזק אבל הרמב"ן שם חולק דאיכא מתני' אופן של היזק של בור בלא מים כלל.

ג. אמר רב פפא בלוקח. פרש"י דמיירי שזרע חרדל ואח"כ מכר חצי שדהו הלוקח בא והעמיד דבורים ובכה"ג היה מותר לו לסמוך, [והגמ' חוזרת בה ממה דקס"ד מעיקרא דמיירי שבעל הדבורים סמך תחילה אלא מיירי שבעל החקדל סמך], וכתבו תוס' דהשתא סבר הגמ' דלרבנן דבורים לחרדל לא מזקי ולכן על בעל החרדל להרחיק עצמו כיון שלעולם על המזיק להרחיק את עצמו אע"פ שסמך בהיתר, וכתבו תוס' דהא דמבואר דבאילן שאין חיוב הרחקה בלוקח משום דהתם איכא הפסד מרובה, והרמב"ן כתב טעם אחר משום ישוב ארץ ישראל אין חובת הרחקה באילן, וע"ע ברמב"ן במלחמות שכתב ע"ד רש"י דהתם מיירי בלוקח אחד ולכן אי"צ להרחיק אבל הכא מיירי בב' לוקחין דהיינו שהיה לו משרה וירק וחרדל ודבורים ומכר את שניהם ואע"פ שאצלו היה ברשות מ"מ על המזיק להרחיק את עצמו, והטעם כיון שמד שמכר את זה הוא מזיקו והוה כבאין לסמוך בבת אחת, והיינו דכל הסברא שסמך בהיתר אי"צ להרחיק כיון שזכה בתשמיש אבל כאן מיד חשיב מזיק ולא זכה בתשמיש המזיק.

ור' יוסי סבר דאע"פ שבעל החרדל מזיק גם לבעל הדבורים מ"מ כיון שלא עשה שלא כהוגן שהרי סמך בהיתר דמיירי בלוקח לכן על בעל הדבורים להרחיק את הכל, והיינו דס"ל לתוס' דהיכא שגם השני מזיק את הראשון אין לו היתר לסמוך כדי לחייב בהרחקה ולכן על השני מוטל כל ההרחקה, אבל הרמב"ן כתב דאף לפרש"י אין כונת ר' יוסי שכל ההרחקה מוטל על בעל הדבורים, אלא ר"י סבר דתרווייהו מזקי אהדדי ולכן אם לא ירחיק בעל החרדל מותר לבעל הדבורים לסמוך ואם ירחיק חצי הרחקה אף הוא בעל הדבורים חייב להרחיק, והרמב"ן אזיל לטעמא דלא כתוס' דליכא כאן סברא שסמך הראשון כהוגן או שלא כהוגן אלא לעולם לעולם יש לשני טענה שהראשון לא יכול לחייב אותו בהרחקה, אלא דכיון ששניהם מזיקים אם הראשון מרחיק על השני מוטל נמי להרחיק, ועי"ש שכתב הרמב"ן דלמסקנה אי"צ להעמיד בלוקח אלא אף בסמך באיסור יכול השני לומר שאם הראשון מרחיק חצי אף אני ארחיק.

ד. ומקשה הגמ' א"ה מ"ט דרבנן, דהמקשן לא הבין דיש סברא דבלוקח שסמך בהיתר יהא מחויב בהרחקה ומדוע אמרו שמרחיקין את המשרה מהירק אע"פ שהמשרה מזיק את הירק מ"מ הרי הוא סמך בהיתר, וכ"ש בחרדל ודבורים דהמקשן סבר דשניהם מזיקים וא"כ כיון שסמך בעל החרדל בהיתר כ"ש שצריך בעל הדבורים להרחיק, ועוד מ"ט דר"י אפילו משרה וירק נמי, ופרשו תוס' וכן משמע ברש"י דאמאי חולק רק בחרדל הא ע"כ סברת ר"י היא שהמזיק קדים ולכן בעל החרדל אינו מחויב בהרחקה א"כ ה"ה נמי משרה ירק נמי היה צריך להיות שלא ירחיק, וכתבו תוס' דהטעם משום דאע"פ שהם מזיקים מ"מ סמכו בהיתר, וכונתם דמקשה הגמ' דאם ר"י סברא דיש סברא של סמך בהיתר ולכן רק על בעל הדבורים להרחיק א"כ במשרה וירק היה צריך לחלוק על רבנן ולומר דכיון שהמשרה קדם בעל הירק ירחיק.

ה. אמר רבינא קסברי רבנן על המזיק להרחיק את עצמו. והיינו דהשתא קאמר רבינא שיש דין דעל המזיק להרחיק עצמו אע"פ שסמך בהיתר ולכן אע"פ דמיירי בלוקח מ"מ מוטל עליו כל חובת הרחקה דרק החרדל מזיק את הדבורים, וס"ד דר"י סבר נמי דרק בעל החרדל מזיק ולכן מקשה הגמ' מכלל דר"י סבר על הניזק להרחיק את עצמו כיון דאמר דבעל החרדל סומך ובעל הדבורים מרחיק, ומשני דר"י לדבריהם דרבנן קאמר דבמשרה וירק דרק אחד מזיק עליו מטל כל ההרחקה אבל בחרדל ודבורים דכל אחד מזיק את השני בעל הדבורים יעשה את כל ההרחקה.

וצ"ב דעיקר התי' חסר מהספר דהו"ל לרבינא למימר דעל המזיק להרחיק עצמו אע"פ שהוא ברשות, ובחי' הגר"נ זצ"ל [אות כ"ב] לבאר דמעיקרא קס"ד שדינא דהרחקת נזיקין היא שלא לסמוך דבר המזיק אבל אם סמך ברשות אין חיוב הרחקה, ואתי רבינא לחדש דעל המזיק להרחיק את עצמו והיינו שיש עוד הלכה בהרחקת נזיקין דכל שהוא מזיקו בפועל הוא מחויב בהרחקה, דלא רק שאסור לסמוך, ולכן אין חילוק בין סמך ברשות לשלא ברשות אלא לעולם כל שהוא עכשיו מזיק יש חובת הרחקה.

ומבואר למסקנת הגמ' דלרבא שאינו סומך אף בכה"ג שסמך בהיתר יש חיוב הרחקה ולכן בעל החרדל צריך להרחיק, והנה בגמ' לא מוזכר האם חובת הרחקה היא רק לאחר שיבוא בעל הדבורים או כמו שסבר רבא שאסור לסמוך ה"ה נמי מחויב בהרחקה מיד דחשיב מזיק, והנה הרמב"ן הביא גירסא בגמ' אמר רבינא קסברי רבנן על המזיק להרחיק את עצמו וטעמא דאיכא ירק, והיינו דאע"פ שיש חובת הרחקה מ"מ כ"ז רק כשיש כבר את דבר הניזק אבל קודם לכן אינו מחויב להרחיק, וצ"ב טעמא דמילתא אמאי אין לו חובת הרחקה מיד כמו שאסור לסמוך, וביאר הגר"נ דנתחדש בדברי רבינא הלכה חדשה דאף שסמך ברשות אם מזיק חייב להרחיק, ולכן כל החיוב להרחיק הוא רק בשעה שבה הניזק דנעשה הנזק בפועל אבל קודם לכן כיון שסמך ברשות אין חיוב הרחקה, ורק באיסור סמיכה דמעיקרא אסור לסמוך קודם שבה הניזק.

ודעת ר' יוסי דסבר שאע"פ שהראשון בעל החרדל מזיק מ"מ על בעל הדבורים מוטל כל ההרחקה כיון שהוא מזיקו, וצריך ביאור שהרי לכאורה ר' יוסי לא חולק בעיקר סברת רבנן שיש חובת הרחקה מחודש אף בסמך בהיתר שהרי מ"מ הוא מזיק וא"כ מה

הטעם שהשני מחויב בכל ההרחקה הרי סו"ס שניהם מזיקים והיה צריך להיות שכל אחד יעשה חצי הרחקה, והביאור דאע"פ דמצד דיני המזיק מוטל על כל אחד חובת הרחקה אבל השני שבא לסמוך מזיק יש לו מחייב עצמי להרחיק, וממילא אפשר להטיל את כל ההרחקה עליו.

ו. **נמצא** למסקנת הגמ' מבואר דעל המזיק להרחיק את עצמו ואין היתר של סמך בהיתר דאף בלוקח צריך להרחיק, ומשמע שלאבני אין הכרח ליסוד זה אלא ס"ל דמהני הא דסמך בהיתר, אולם מדברי הקצה"ח [סי' קנ"ה י"א] נראה שהבין דאף לאבני דסבר דבא לסמוך בצד המיצר סומך מודה נמי שאין את ההיתר של סמך בהיתר וסבר נמי שבלוקח על הניזק להרחיק את עצמו, [ובחי' הגרש"ש צידד שנחלקו האם סמך בהיתר מהניא, והכרח לכך צ"ל דלא מסתבר לומר שיש ב' מחלוקות בין אבני ורבא אם סמך בהיתר מהניא ועוד אם בא לסמוך סומך], ולכן הקשה אמאי לגבי בור אין חייב הראשון להרחיק כשבא השני, וכתב דבשלמא לדעת תוס' דעל השני מוטל כל הרחקה א"ש, אבל לדעת הרמב"ן דאין השני מחויב להרחיק רק ג"ט קשה, וכתב לבאר דנחלקו אבני ורבא בהלכה חדשה כשקדם הניזק דלא מוטל עליו חובת הרחקה, ואבני סבר דמי שקדם הוא זכה בהשתמשות ובוזה גופא חולק רבא דלית ליה ה"ט דזכה בקדימתו, ולפי"ז ה"ה בלוקח נמי ל"ש לומר שזכה בקדימתו כיון דמיד שמכר יש לשני זכות לעכב עליו ומה שקדם בהשתמשות אינו נותן לו זכות קדימה, עיי"ש דהקשה א"כ לל"ב מ"ט דרבא בשדה שאינה עשויה לבורות שסומך ואמאי אין חיוב הרחקה לשני הרי אין לו זכות קדימה עיי"ש מש"כ לבאר.

הערות וציונים פרק לא יחפור

דף יט.

א. **גמ' איבעיא להו וסד בסיד תנן או סד בסיד תנן וכו' א"כ ליערבינהו וליתנינהו.** החזו"א כתב להוכיח מדאמר הגמ' דאפשר לכתוב את כל הפשנה בבא אחת דאסור לחפור בור אף סמוך לכותל של חברו ולא רק סמוך לבור, וכמש"כ הרמב"ם פ"ט משכנים ה"א, **אלא** דהקשה דאם כונת הגמ' שיכתבו את כל המשנה בבא אחת דהיינו לא יחפור בור וכו' וגפת וכו' סמוך לכותל או בור של חברו א"כ נמצא שיש חיוב להרחיק גפת אף מבור של חברו, וזה אינו דכל ההיזק של ההבל הוא רק לכותל ולא לכותל הבור, [והביא דבשטמ"ק כתב בשם הראב"ד משמע דאיכא חיוב הרחקה של גפת אף מבור], אלא כתב דכונת הגמ' דליתני 'לא יחפור בור סמוך לבורו של חברו וגפת סמוך לכותל ג"ט וסד בסיד', והיינו שיעור ההרחקה וחיוב של סד בסיד קאי על כל המשנה, עיי"ש עוד מש"כ לדון בזה.

בעיקר הספק של הגמ' האם בעינן הרחקה וסד בסיד או דסגי בסיד לבד סגי עיי' בקצה"ח [קנ"ה סק"ח] שכתב דאין הכונה שסגי הרחקה של משהו ויסוד בסיד דמה יחזיק את הכותל, אלא הכונה שהוא מרחיק ג' טפחים וסד בסיד עיי"ש מש"כ לישב בזה תוס' ד"ה בא.

ב. **גמ' רישא הזיקא דמתונא סיפא הזיקא דהבלא.** מכאן הוכיחו תוס' בריש פרקין דרישא דמתני' דלא יחפור בור שיח וכו' לאו משום כל מרא ומרא אלא משום מיתונא, ודלא כרש"י במשנה שכתב דההיזק בבור הוא מחמת החפירה, **אולם** הראשונים כתבו דבסוף העמוד קא עביד הגמ' צריכותא לאמת המים ונברכת כובסים משמע דבור שיח ומערה לאו משום מיתונא, ולכן כתב הרמב"ן והר"ן דרישא דבור ושיח לאו משום מיתונא אלא ההיזק משום כל מרא ומרא, וא"כ הדר קושית הגמ' דלעירבינהו שהרי תני ב' סוגי נזקים ברישא, **ועי'** בלשון חי' הר"ן בריש פרקין שכתב וז"ל ומיהו אפילו איכא מים דאיכא מיתונא בהרחקה ג"ט סגי דהיזק דמיתונא בכולה רישא דמתני' שייכא והיינו דאמרין בגמ' "משום דלא דמי האי הזיקא להאי הזיקא רישא משום מיתונא" אלמא בכולה רישא שייך מיתונא" וא"ש.

ג. **לענין הלכה** לגבי סד בסיד נחלקו הראשונים, הרא"ש כתב ולא איפשטא הלכך אם עשה אחד מהן אין כופין לעשות יותר, **והנה** מלשון הרא"ש שכתב 'אם עשה' משמע דרק אם עשה סיד או הרחיק יותר א"א לכופו, אבל מתחלה קודם שעשה הרחקה יכול לכופו להרחיק ולסוד בסיד, וכן כתב בקצה"ח [קנ"ה סק"ז] בכונת הרא"ש ודימה למש"כ הרמב"ם בסעי' ג' שם לענין כיבד וריבץ לאוצר שיכול לעכב עליו אבל אם כבר עשה אין יכול לעכב עליו, והוסיף עוד דאף היכא שעשה בור ולא נתן בתוכו מים חשיב כמו קודם שעשה שהרי ההיזק הוא מחמת המים וא"כ לא יתן לתוכו מים אלא א"כ יסוד בסיד, **אבל** בש"ך שם סק"ח מבואר דדברי הרא"ש הם אפילו לכתחילה וכן מתבאר מדברי הגר"א שהובא בהמשך, ועיי' בבית הלוי [ח"ב סי' מו ב'] דהטור כתב בדעת הרא"ש דמותר אף לכתחילה.

אבל הרמב"ם פ"ט מהלכ' שכנים ה"א חולק על הרא"ש וכתב דצריך להרחיק ולסוד בסיד, **והמגיד משנה** שם כתב דכיון דמעיקרא קאמר הגמ' פשיטא דוסד בסיד תנן דהיינו שצריך את שניהם, אע"פ דהגמ' דוחה כיון דבעיא דלא איפשטא נשאר הפשיטא דמעיקרא, [ועיי"ש בכס"מ שתמה דהרמב"ם בהלכ' י' לגבי הרחקת כותל מכותל לא כתב דבעינן תרתין], אבל בביאור הגר"א [קנ"ה סק"ן] כתב דטעמו של הרמב"ם הוא משום דפסק בכל ספק הרחקת נזיקין הוא לחומרא שהרי פסק בסוף פ"ט לענין כיבד וריבץ לאוצר שהגמ' נסתפקה אם חשיב שקדם האוצר לרפת בקר דבכל אלו בעל האוצר מעכב עליו.

וביאר הגר"א שם דיסוד פלוגת הרמב"ם והרא"ש הוא האם ספק הרחקת נזקים הוה בכלל ספק איסור לחומרא או ספק ממונא דלקולא, דדעת הרמב"ם דכיון דמה"ת נזקין אסור לכן אזלינן בספק לחומרא, [ומבואר מדבריו לכאורה דהאיסור להזיק בנוזקי שכנים הוה מהתורה, ודלא כנה"מ שהובא בריש פרקין דהוא מדרבנן], אבל הרא"ש סבר דאע"פ שהאיסור להזיק הוה מהתורה מ"מ לא הוה בכלל הכלל של ספק איסורא אלא כיון דהוה מילי דממונא הוה בכלל הדין של ספק ממונא לקולא ולכן אין חייב לסוד בסיד.

וביאר הדברים מבואר בברכת שמואל [סי' ט"ו] דזה פשוט דאף להרא"ש היכא שיש ספק במזיק כגון האם לענין חיוב שמירה אם שומר שורו כדן אף הרא"ש מודה דספק לחומרא ואי"ז בכלל הדין של ספק ממונא, דיסוד החיוב של שמירת נזקין בעלמא הוה חיוב כלפי שמיא שצריך לשמור שורו ואי"ז תביעה של בן אדם לחברו, אלא דסבר הרא"ש דבהרחקת נזקין אינו מוגדר כמזיק לשמים אלא יסוד החיוב היא מכח התביעה של השני שהראשון לא יזיקנו, [וטעמא אפשר כיון שהוא עושה בתוך שלו לכן אין לו תורת מזיק כלפי שמיא], ולכן סבר הרא"ש דזה לא נדון של איסור אלא נדון של ממון האם חברו יש לו זכות לעכב עליו וסבר הרא"ש דכמו שיש כלל שספק איסורא לחומרא ה"נ ספק ממונא לקולא, ואין כונתו משום שהוא נחשב מוחזק ואמרינן המוציא מחברו עליו הראיה, דכאן אין הנדון של מי הממון, אלא הנדון הוא האם מוטל עליו חיוב הרחקה ולכן ל"ש כאן הכללים של הממע"ה, אלא דסבר הרא"ש דזה נדון של ספק ממונא וכמש"כ שיש לחברו תביעה עליו להרחיק ובהו יש כלל דספק ממונא לקולא, אבל הרמב"ם למד דהחיוב הרחקה בנוזקי שכנים הוה מחמת שיש איסור מן התורה להזיק ואינו מחמת תביעת השני אלא הוה מחמת איסור על עצם ההזיק ולכן חשיב ספק איסורא דהוה כמו בכל ספק חיובי שמירה שהוא נדון כלפי שמיא.

והנה ברמב"ם מבואר דאף בספק דהרחקת נזקין היכא שתפס אין מוצאים מידו וביאר הגר"א דבכה"ג סבר הרמב"ם הוה ספק ממונא לקולא, ואע"פ שעל עצם החיוב הרחקה הוה נדון של איסורים מ"מ בתפס חשיב ספק ממונא וצ"ב בטעמא דמילתא, ועי' בשיעורי הגר"ש מש"כ בזה, ועי' באבי עזרי סוף הלכ' שכנים מש"כ לבאר.

ד. בדעת הרא"ש דאזלינן לקולא הקשה בבית הלוי [ח"ב סי' מו] דבטור משמע דאף מותר לכתחילה לעשות איזה שירצה, ואילו בספק של כיבד וריבץ לאוצר דפסק הרא"ש ג"כ דאזלינן לקולא משמע דרק בדיעבד אם סמך אי"ז להרחיק אבל לכתחילה לא יכול לסמוך ודלא כמש"כ כאן לענין סד בסיד וכן דייק בדעת הטור, וכתב **בבית הלוי** דיש סברא לחלק בין רפת בקר להכא דהתם לאחר שסמך את הרפת הוה ודאי מזיק אלא כל הנדון שם הוה האם יש לו זכות קדימה לכן בזה סבר הרא"ש דאע"פ דאזלינן לקולא מ"מ לכתחילה לא יעשה, אבל היכא בסוגיין הספק הוה האם סגי בהרחקה כזו שלא יחשב מזיק לכן התם סבר הרא"ש דמותר אף לכתחילה, ועי' ברע"א בסוף הקונטרס דכתב גם חילוק זה דבספק נזקין דודאי מזיקו לכתחילה אין יכול לסמוך, אולם לפי מה שביאר הגר"א דסברת הרא"ש היא משום דחשיב ספק ממונא לקולא לכאורה אין סברא לחילוק זה, ועי' בחי' הר' ראובן סי' ח' מש"כ לבאר בזה.

ה. גמ' זרעים תיפוק ליה משום מחרישה, הרע"א תמה לדעת ר"ח ור"ת לעיל דלמסקנת הגמ' רבא חזר בו ובכל הרחקות מותר לסמוך אי"כ איכא נפק"מ גדולה איכא היכא דבשעת החרישה לא היה כותל ואח"כ בנה כותל דצריך להרחיק את הזרעים מהכותל דאם כל ההזיק היה מחמת המחרישה הרי היה לו היתר לסמוך, וכן תמה לדעת הרמב"ם דכונת הגמ' בלוקח היינו בבי' לוקחים אבל בלוקח אחד יש היתר דסמך בהיתר אי"כ י"ל דאיכא נפק"מ אם חרש ומכר חצי שדהו ובנה חברו כותל שלא יוכל לזרוע וצ"ע, **ובחזו"א** כתב לדון על עיקר דברי רע"א דלר"ת כמו שבחפירת בור מודה רבא משום דכל מרא ומרא ה"ה נמי מחרישה איכא ה"ט דכל מרא ומרא, אולם הרע"א כתב במשניות בריש פרקין דבחרשה ל"ש הסברא דכל מרא ומרא, שהרי משמע בתוס' דלר"ת ור"ח הדר בכל שנויא דלעיל יח ע"א הגמ' מקשה מהא דמרחיקין את הזרעים ואת המחרישה וכו' ודוחה הגמ' קמ"ל הניקשי לכותל ומשמע שלמסקנה אי"ז להאי שינויא אלא מותר לסמוך אף לרבא כ"ז שאין הניזק לפנינו ואי"כ ע"כ דליכא במחרישה משום כל מרא ומרא, ולענין אם חרש ואח"כ מכר כתב בחזו"א דמסתבר שיוכל לזרוע שהרי אם מכר לחברו קרקע שזרעה כבר לכאורה פשיטא שיוכל לזרוע שוב ושוב כיון שמעיקרא זה הקרקע שיש לו ואי"כ ה"ה היכא שכבר חרש כיון שאין לו סיבה לחרוש רק כדי לזרוע ע"כ דבשעה שמכר לו חצי שדהו השני השאיר אצלו זכות לזריעה.

ועי' באבי עזרי [קו' הרחקת נזקין אות ל"ד] שכתב לישב לדעת ר"ח ור"ת דהרי מבואר בגמ' לגבי רפת בקר דכיבד וריבץ לאוצר חשיב שכבר האוצר קיים כאן אי"כ ה"נ הכא כיון שחרש חשיב שכבר הזרעים נמצאים כאן ולכן כשקדם וחרש חשיב שהזרעים כבר כאן ויוכל לזרוע אפילו אחרי שבנה כותל, אלא יש לדון לרש"י דאף בלוקח אין היתר ועל המזיק להרחיק עצמו ה"ה כאן יהא מחויב בהרחקה והדא קו' לדוכתא.

ו. תוס' ד"ה המבריך את הגפן. ואומר ר"י וכו', עי' במהר"ם שביאר כל דברי תוס' דבמבריך את הגפן יש חלק של הגפן שנמצא בתוך האדמה ויש שנמצא מבחוץ, ועצם האיסור של כלאים הוה רק כשיש עירבוב מבחוץ ולא עירוב שיונקים אחד מהשני בתוך האדמה ובכה"ג שהרחיק ג' טפחים סגי בהכי, אבל כלפי החלק שנמצא בתוך הקרקע אין איסור של כלאים דיכול לזרוע בצדדים שלהם אפילו סחות מג"ט דאע"פ שהזרעים יונקים מהגפן מ"מ אין איסור של כלאים בכה"ג, אלא שכתבו תוס' שאם הוא נמצא ע"ג ממש אע"פ שאין איסור של כלאים ביניקה מהקרקע מ"מ ע"ג יש איסור חדש שמרכיב גפן וזרעים ביחד וזה רק בכה"ג שהוא ע"ג ולא מן הצדדים, ועי' ברמב"ם מש"כ לבאר אמאי מן הצדדים אין איסור הרכבה.

הערות וציונים פרק לא יחפור

דף יט:

א. **אמר רב טובי בר קיסנא אמר שמואל ריקק אינו ממעט בחלון**, ברש"י מבואר דהכלל הוא דכשיש חלון במקום שיש מת הטומאה יוצאת למקום השני וכדי למנוע מהטומאה לצאת צריך למעט את החלון, וכתב רש"י דהחידוש הוא כיון דעדיין הוא ראוי לאכילה לא מבטל ליה התם להיות מחיצה, מבואר ברש"י דכדי שהטומאה לא תצא צריך לעשות מחיצה וכיון שלא ביטל את הרקיק שם אין כאן מחיצה, וכן משמעות דברי הגמ' דמקשה דכל דבר שמקבל טומאה "אינו חוצץ" בפני הטומאה, **אולם** בחי' הגר"ח על הש"ס כתב לבאר דכל הנדון של הגמ' אינו דין של מחיצה, דהנה בתוס' כתבו דיש כמה שיעורים של חלונות וע"כ דבעצם אין לטומאה שיעור באיזה גודל של נקב היא יוצאת למקום אחר דבעצם היא יכולה להעביר טומאה אף בנקב משהו, אלא שהדין הוא דהטומאה נכנסת ע"י חלון ושיעורים הללו הוא לקבוע מהו גודל של החלון, וא"כ המיעוט בחלון הכא אינו לעשות חציצה שהטומאה לא תצא, אלא כל השיעורים הללו הוא כדי למעט משיעור של חלון ולכן אם מבטל ליה ממעט משיעור של חלון אבל אם אינו מבטל לא חשיב שנתבטל שם חלון והטומאה עוברת, ולפי"ז ביאר דברי תוס' להלן בסוגיא ויבואר שם, ויבואר עוד להלן מה שיש לדון בכ"ז.

ב. **גמ' אבל ריקק דממאיס אימא ביטולי מבטיל ליה קמ"ל**, ברש"י [ד"ה הא חזו] מבואר דצריך לבטלו שיהא שם ולא שיטלו לאחר זמן, והיינו שזה פשוט דלולא הדין של שמואל כדי למעט בחלון היה צריך שינחנו שם ואין דעתו לפנותו מיד אבל לא היה בדעתו לבטלו, והחידוש של שמואל הוא דצריך לבטלו, וכ"כ ברבנו יונה עיי"ש, אבל בר"י מגאש כתב דהחידוש הוא דאף במידי דלא חזי לאדם אלא לכלבים אי לא מבטל ליה אינו ממעט דקס"ד דכיון דלא חזי ליה לדירה מבטיל ליה, ויבואר עוד להלן. **והנה** הראשונים נחלקו בשיעור הביטול, בתוס' כ. [ד"ה אתיא] מבואר שצריך ביטול עולמית, אבל הריטב"א כתב דסגי בביטול לזמן.

ג. **גמ' ותיפוק ליה דהוה דבר שהוא מקבל טומאה אינו חוצץ בפני הטומאה**, תוס' ביארו דקושית הגמ' היא דאפילו אם יבטלנו מ"מ אינו חוצץ כיון דהוה דבר שמקבל טומאה, **אבל** הרמב"ן והרשב"א כתבו דאם באמת יבטלנו הוא חוצץ אלא קושית הגמ' היא דמשמע מדברי שמואל דהאופן היחיד שאינו חוצץ הוא כשאין כאן ביטול ואמאי הא אף היכא שהוא דבר שמקבל טומאה אינו חוצץ אם לא ביטלו, **והנה** במקדש דוד [סי' מט אות ב'] ובשיעורי הגר"ש תמהו על סברת תוס' דאיזה חסרון של דבר שאין מקבל טומאה אינו חוצץ יש כאן, דאם באנו לדון בהלכת מחיצה א"ש דאין כאן מחיצה, אבל כאן מכח הביטול הוא נעשה לחלק מן החלון וא"כ איך תעבור הטומאה דחסר בשיעור של החלון להעביר את הטומאה, ועיי' בקה"י [סי' יב] שכתב לבאר דכיון שהביטול כאן אינו ביטול גמור דהרי אינו מבטלו במעשה אלא דקובע בדעתו שלא יטלנו משם לכן כל המיעוט בחלון הוא מחמת שיכול להיות מחיצה של החלון וממילא אין שיעור בחלון להעביר את הטומאה אך כיון שאין כאן מחיצה כיון שמקבל טומאה ממילא אינו ממעט בחלון.

ד. **והנה** בעיקר הך דינא דכל דבר שהוא מקבל טומאה אינו חוצץ בפני הטומאה, חקר **בקו"ש** האם הוא מכיון שנטמא בחלון הרי"ז בכלל הא דמבואר במשנה באהלות פ"ג מ"ה דכל דבר טמא שאינו ממעט בחלון, והרי מבואר שם במשנה דאף דבר שאין בו טומאת מת כגון כזית מן הנבילה ועדשה מן השרץ ושתי וערב המנוגעים דאינו חוצץ דדבר טמא אינו חוצץ, או"ד שזהו דין מיוחד שדבר הראוי לקבלת טומאה מן המת אינו חוצץ ולא דוקא משום שהוא טמא ממש, והוכיח כן מהא דקאמר הגמ' דכלי חרס מגבו חשיב דבר שאין מקבל טומאה והרי בעצם כלי חרס יכול לקבל טומאה אם נטמא מתוכו, אלא ע"כ דא"י"ז תלוי האם הוא ראוי לקבלת טומאה אלא אן הוא טמא בפועל ולכן כלי חרס מגבו אינו נטמא מחמת המת, והנה בר"י מגאש משמע דכונת הגמ' היא דכיון שמקבל טומאה ונטמא לכן אינו יכול להיות חציצה לטומאה, וצ"ע האם כונתו דכיון שנטמא השתא מן המת בפועל לכן אינו חוצץ דהא חזינן דא"י"ז שיהא טמא טומאת מת דוקא כדמבואר במשנה בטהרות.

והנה תוס' בסוגיין איכא כמה ראיות דאף בכה"ג שהדבר בעצמו לא נטמא הוא ג"כ אינו חוצץ אם ראוי להיות טמא, דתוס' כתבו [ד"ה רואין] דאם סמכו בדבר שמקבל טומאה אינו חוצץ אע"פ שאין לו אפשרות לנטמא, וכן בד"ה ועכו"ם הקשו תוס' אמאי ממעט הרי אית ליה טומאת זב אע"פ שעכשיו לא נטמא במת, וא"כ צריך לבאר הא דהוכיח הקו"ש דקאמר הגמ' דכלי חרס דמגבו אין קבלת טומאה אמאי לא חשיב בכלל ראוי להיות טמא, ועיי' בשיעורי הגר"ש מש"כ בביאור הך דינא.

ה. **תוס' ד"ה מאי איריא**, השתא ס"ד דנקט ריקק דוקא משום דאית ביה תרת, במהרש"א כתב דתוס' דייקו את לשון הגמ' דקתני מאי אירי ריקק "אפילו עבה נמי" והיינו שריקק הוא סברא פשוטה יותר, ומיהו כתב המהרש"א לבאר דאין כונת תוס' דה"ט דהוא דבר רק שעשוי ליפול הוא סברא בפני"ע שאינו חוצץ דא"כ מנל לגמ' להקשות מאי איריא ריקק אפילו עבה נמי, הא בריקק איכא ב' סברות שאינו ממעט ובעבה רק סברא אחת אלא ע"כ דזה שהוא עשוי ליפול אינו סברא בפני"ע אלא בצירוף הסברא שהוא לא ביטלו, וס"ל לגמ' דעיקר הסברא הוא מחמת שלא ביטלו והוא לבד סברא כדי שלא יהא ביטול ולכן מקשה הגמ' אפילו עבה נמי.

ו. **תוס' ד"ה שנילושה במי פירות**, הוה מצי לשנויי כגון שאין בו כביצה, ונראה מדבריהם דפחות מכביצה אינו מקבל טומאה ולכן ממעט בחלון, ואתי שמואל למימר דבעינן נמי שיבטלנו, ולפי"ז ה"נ התם מיירי מיירי שביטלו ולכן ממעט את החלון, וכן כתב הר"ש

שם דטעמא דמתני' היא כיון שפחות מכביה אינו מקבל טומאה מהתורה, [ואע"פ שמדברנן הוא מקבל טומאה מ"מ כה"ג חוצץ ויבואר להלן], **אולם** דעת רש"י בפסחים לג': דאף פחות מכביצה מקבל טומאה צריך להבין כונת המשנה, וכן הוא דעת הרמב"ם ריש פט"ו מטומאת מת ה"ג [ועי' ברמב"ם בפירוש המשנה פ"א מטהרות מ"ב ש"כ], ועי' ברמב"ם שם שכתב דהא דפחות מכביצה הוא ממעט בחלון משום שאינם מוכשרין ואינן חשובים אצלו ואין דעתו לפנות ולפיקך ממעט החלון, מבואר מדבריו דהחילוק בין כביצה לפחות מכביצה הוא דבכביצה אמרינן שלבסוף יטלנו עו"כ אין דעתו לבטלו שם אבל בפחות מכביצה אין דעתו לטלו משם, **ועי'** ברע"א במשניות באהלות שם שכתב להקשות לפי"ז א"כ מה חידש שמואל הרי מן המשנה למדנו שיש דין ביטול דזהו החילוק בין כביצה לפחות מכביצה, וא"כ מה מקשה הגמ' קושית על שמואל תקשה על המשנה, והגר"ש כתב דהרמב"ם יפרש דשמואל לא חידש את עצם הענין שצריך ביטול, אלא כמש"כ הר"י מגאש דנפק"מ לגבי הכלבים, ועי' באבי עזרי [הלכ' טומאת אוכלין פ"ד ה"א] שכתב דלולא שמואל צריך שבדעתו שלא ליקח את הדבר הזה מכאן אבל לא שיבטלנו שישאר שם ולכן לשמואל התם בפחות מכביצה צריך להיות שיהא דעתו שיתבטל שם.

ז. תוס' ד"ה רואין, אלא אומר ר"י וכו' עי' בכל דברי תוס' ומבואר שיש כאן ג' תי' או שאם סותם בדבר שאין יכול לעמוד בפני"ע אינו חוצץ והיינו שסתימת ארעי לא חציצה היא, ועוד דאם עומד ע"י דבר שמקבל טומאה אינו חוצץ, ור"י הוסיף דאם עומד ע"י כלי אע"פ שהוא מקבל טומאה אינו חוצץ, ועי' בט"ז ובש"ך בנקודת הכסף סי' שע"א מש"כ לדון בכל זה, ובמש"כ ר"י דאם סמכו בכלי אע"פ שהוא לא מקבל טומאה אינו חוצץ צ"ב הרי אם היה סותם עם הכלי בעצמו היה חוצץ וא"כ אמאי כה"ג שסמכו אינו חוצץ, ועי' ברא"ש פ"ו דאהלות שם שנתקשה בזה וכתב דהכל הלכות הן, דנתנה הלכה שא"א להעמיד כלי שיחצצו כה"ג אף שהם עצמם חוצצים ועי' בקה"י סי' יג.

דף כ.

ח. גמ' והמים כולם אין ממעטים בחלון, פרש"י דכיון שאם ינטל הכלי אין המים יכולים לעמוד בפני"י לכן אינו חוצץ, וצ"ע אמאי לא כתב משום דמים מקבלים טומאה, וכ"כ הרמב"ם פט"ו ה"ב, ובדעת רש"י כתב הגר"ש צ"ל דמייירי במים סרוחים דאינם ראויים לשתיה וכה"ג אינו מקבל טומאה.

ט. תוס' ד"ה היא גופא תיחוצ, התם מייירי בממעט חלון מכשיעור אבל אינו סותם כל החלון להכי בעי ביטול אבל היכא דסותם כל החלון וכו' ודאי לא בעי ביטול, **ביאור** דבריהם ביאר בחי' הגר"ח [על הש"ס] ע"פ דרכו דיש חילוק בין אם ממעט את החלון דהתם אינו מדין מחיצה אלא דממעט השם חלון דהחלל שנשאר חשיב נקב ולכן בזה צריך ביטול, אבל היכא דסותם כולו מהני מדין מחיצה ובוה אין צריך ביטול דכיון שסתם כולו אין לטומאה מהיכן לצאת, [ולפי הגר"ח יש לבאר מש"כ תוס' [בד"ה שעלו] בשם ר"ת דעשבים שעלו אינו מחיצה לענין אוהל אבל לענין למעט בחלון ממעטים, וכן בד"ה ועוף דאף דבע"ח לא חשיב מחיצה לענין למעט בחלון קיל יותר דאינו כי אם למעט שיעור חלל החלון ולא לאשווי מחיצה.

אבל בראשונים [רשב"א וריטב"א] כתבו הך דינא וכתבו סברא אחרת דכה"ג שלא סתום לגמרי איכא תרתי לגרעונא דליכא סתימה גמורה ועוד שאינו מבטול, ומבואר מדבריהם דהיכא שאף הא דממעט שיעור החלון הוא מדין מחיצה אלא דמחיצה גרועה היא דלא סותם לגמרי, אבל בסותם לגמרי חשיב מחיצה טובה יותר וכה"ג אף שלא ביטלה הוה מחיצה.

והנה בעיקר דברי תוס' הקשה במהרש"א אמאי הכא אין התבן והקש חוצצים שהרי ממעטים את כל שיעור החלון, וכונתו דהלשון חוצצין משמע דקאי על סתימת כל החלון, וכתב מהרש"א דע"כ צ"ל דל סברת תוס' הוא רק לגבי כלי חרס ולא לגבי תבן וקש, וצ"ב טעמא דמילתא, וכן כתב מהרש"א דמש"כ תוס' בשם ר"ר שמואל דכלי עץ השעוי לנחת א"צ ביטול מייירי נמי בסותם כל החלון אבל לר"י ור"ת רק בכלי חרס אמרינן הכי דהיכא שסותם כל החלון א"צ ביטול וכן מבואר בתוס' בשבת מד': דרך לגבי כלי חרס אמרינן הך דינא וצ"ב מה הסברא לחלק בזה, ובמהרש"א הביא שבר"ש במשנה שם מבואר דאף בתבן וקש אמרינן כן אלא דהכא כיון שאין סותמים את כל החלון כיון הך סברא שיש את הכלי חרס לכן צריך לדין ביטול, וכן משמע מדברי הרשב"א כאן דאין לחלק בין כלי חרס לשאר מילי, וצ"ב באמת מה הכרח של תוס' הרי התבן והקש אינו סותם כל החלון וכמש"כ הר"ש.

י. תוס' ד"ה בחבית, ונראה לר"ת דהכא מייירי שהגרורות בולטות חוץ לפי חבית כל סביבותיו ומכסות לגמרי שאין נראה כלל, והיינו שאין החבית נראית בתוך הבית כיון שמכוסה בגרורות, והקשה **בחזו"א** דמ"מ יטמא באוהל כיון שמאהיל על הבית, והוה כמו אוכלין שגיבילן בטיט שמונחים באוהל המת שמטמא אע"פ שעצם האוכל אינו נראה בבית, וכתב החזו"א לבאר דהגרורות מצטף יחד עם המחיצה ולא חשיב שמאהיל על הבית אלא חשיב שיש כאן מחיצה שמפסקת בין הכלי לאוהל, [עי' חזו"א אוהלות י"ח סק"ד]

יא. תוס' ד"ה ועכו"ם שיש בחלון, כיון דמדאורייתא לא מקבלי טומאה, מבואר בתוס' דאף היכא שמקבל טומאה מדברנן מ"מ חוצץ, וכן כתב הר"ש [אהלות פ"ג מ"ה] דפחות מכביצה אף שאינו מקבל טומאה מהתורה מ"מ מדברנן הוא מקבל טומאה.

יב. תוס' ד"ה אתיא אימה, ואיירי בגוסס שימות קודם שיצא השבת ואמר דשם תהא קבורתו, מבואר בתוס' דבעינן ביטול לעולם דאל"כ אמאי הוצרך לומר דשם תהא קבורתו, אולם יש לעיין במש"כ תוס' [בד"ה כיון] דאבר ששכב בחלון מייירי בקוף שעשוי

לטייל ואטו ישאר שם לעולם, [עוד מבואר די שחיתוב קבורה בנפלים ועי' ברש"ש], אבל **בראשונים** [ברשב"א ובריטב"א] מבואר דאיי"צ ביטול לעולם אלא בביטול לזמן סגי, והעירו דבריטב"א בסוכה מבואר דבעינן ביטול לעולם, וי"ל, ועי' **בקו"ש** [אות סט] שכתב לבאר דעת הראשונים שחלקו על תוס' בד"ה היא גופא דאף היכא שסותם כל החלון צריך ביטול מקושית הגמ' בשבת דאיכא איסור בונה, דס"ל דלא כתוס' שצריך ביטול לעולם אלא ביטול לשעה ולכן ליכא איסור בונה.

הערות וציונים פרק לא יחפור

דף כ:

א. מתני' ואם הזיק משלם מה שהזיק. כתב בנמוק"י בשם בעל העיטור דמהא דקתני במתני' די שחיתוב תשלומים אע"פ שהרחיק ה"ה בכל נזקי שכנים חייב בתשלומין אף באופן שהרחיק כבר, אלא הא דכתבה המשנה כן רק בתנור משום דהזיק של אש מינכר לכוי"ע, וכ"כ הטור [סי' קנ"ה סעי' לג] דכן כתב הרא"ש אלא שהוא מחלק דבנמיה פטור עיי"ש, [ועי' בשו"ת הרא"ש כלל ק"ח י'], **אמנם** המאירי כתב בשם מקצת המפרשים דדוקא בתנור חייב כיון שהזיקן ניכר אבל נזקין האמורים במשניות שלפניהם אס' הרחיק פטור שאין כאן פשיעה, וכן מתבאר בשו"ע שבסי' קנ"ה סעי' א' פסק דינא דמתני' דבתנור אס' הרחיק חייב לשלם, ובסעי' ל"ג הביא ב' דעות בכל נזקי שכנים היכא דסמך ולא הרחיק אס' חייב לשלם או לא, ומבואר דחלוק שאר הרחקות נזקין מהזיק דתנור, ועי' בנתה"מ [סי' ק"י] שכתב דאע"פ שהטור הביא שיטת בעל העיטור דחייב לשלם אף כשהרחיק מ"מ המחבר לא פסק כוותיה, וצ"ב טעמא דמילתא ומה הסברא לחלק בין תנור לשאר הרחקות נזקין.

והנה במשנה ב"ק סא ע"ב תנן המדליק בתוך שלו עד כמה תעבור הדליקה ראב"ע אומר רואין אותו כאילו הוא באמצע בית כור וכו', עיי"ש דאיכא כמה שיטות מהו השיעור שאם הדליק בתוך שלו ואח"כ הלכה האש לתוך של חברו שהוא פטור מלשלם, **והקשה** הר"י שם מ"ש ממתני' דהכא דחייב לשלם אע"פ שהרחיק, וכתב לישב ז"ל הכא דלפי צורך שעה קא מדליק וקא מרחיק כשיעורא וקא עברה דליקה יתירה משיעורא קא מזקא אנוס הוא דמאי הוה ליה למעבד הלכך מכה בידי שמים היא, והתם גבי תנור כיון דתדיר הוא מדליק אי בעי ליה לעיוני אי איכא הזיקא לחברו נסליק הזיקא וכיון דלא עביד הכי פושע הוא ולפיכך חייב עכ"ל. מבואר בר"י דאע"פ שהרחיק כאן מ"מ לא סגי בהך הרחקה ולכן היה לו לשמור שלא יזיק ואין כאן פטור של אנוס, דאע"פ שהרחיק מ"מ אית ליה תורת מזיק ולכן חייב לשלם אבל התם כיון שהרחיק כדין פטור, והטעם שבאמת לא הצריכו חכמים שיהא חייב להרחיק שיעור גדול שלא יוכל להזיק, ביאר הנתה"מ [קנ"ה סק"א] דאילו היה מחייבים אותו רבנן שיעור גדול כ"כ לא היה יכול לדור בבית כלל דהיינו שלא היה יכול להשתמש בתנור ולכן לא הטילו עליו חיוב הרחקה גדול כ"כ ולכן אף לאחר שהרחיק מחויב הוא עדיין לשמור, ומבואר לפי"ז דחלוק שאר הרחקות דנזקי שכנים דהתם אחר שמרחיק כשיעור חשיב אנוס ופטור מלשלם, אבל הכא דאף בתר ההרחקה יכול להזיק ומטל עליו חיובי שמירה לכן חייב לשלם אע"פ שהרחיק כיון שלא שמר כדין, ועי' בריטב"א שמבואר כסברת הנתה"מ עיי"ע קצה"ח קנה א'.

ונראה להוסיף בזה עוד דהנה ידוע מש"כ בנתה"מ דבנזקי שכנים אין חיוב של ד' אבות נזיקין כיון שלא יכול לשמור ואע"פ שיכול שלא להשתמש לא מוטל על אדם למנוע ממנו השתמשות כדי שלא יזיק, אולם עי' היטב בנתה"מ שם שכתב דכ"ז רק היכא שהניזק יכול לשמור עצמו שלא ינזק אבל אם הניזק לא יכול לשמור את עצמו בכה"ג המזיק חייב אע"פ שדבר זה גורם לו שלא להשתמש, וא"כ הכא באש הניזק לא יכול לשמור את עצמו דכדי שלא ינזק צריך לילך מביתו, ולכן בכה"ג חיוב תשלומים אינו מדין נזקי שכנים אלא הוא חיוב גמור של אש, אלא דמצד עיקר הדין באמת היה מוטל עליו חיוב הרחקה גדול אלא כמש"כ הנתה"מ דלא יוכל לדור בביתו אס' לא יוכל להדליק התנור לכן התירו לו להדליק את התנור אבל מ"מ חיוב השמירה מוטל עליו ולכן אס' הזיק חייב לשלם מדין אש, [אולם בלשון המאירי משמע דחיוב תשלומים אינו מדין אש אלא מצד נזקי שכנים שכתב דהכא היזקן ניכר וי"ל נמי דהכא כיון שיכול לשמור יש כאן יותר פשיעה מצידו].

ובדעת העיטור והרא"ש י"ל כמו שכתב בחזו"א [סי' י"ד אות י"ד] דכל ההרחקות דלא יחפור שיעור ההרחקה הוא בסתמא, ואם רואה שהוא מזיק מחויב בהרחקה גדולה יותר, ולכן היכא שהזיק איגלאי מילתא שהיה יכול להזיק ולא חשיב אנוס דהיה יכול לעמוד עליו מעיקרא ולכן משלם, והיינו דלא אמרו חכמים דחשיב אנוס לאחר שהרחיק אלא שחיבו לכל הפחות שיעור הרחקה כזה, ועי' בקצה"ח קנ"ה סק"א מש"כ לישב קו' הר"י ולמבואר כן צ"ל בדעת העיטור והרא"ש, ועיי"ע לקמן כו ע"א בפלוגתת הראשונים לענין חיובי תשלומים בנזקי שכנים.

ב. מתני' ואם הזיק משלם מה שהזיק. כתב רש"י ואעפ"כ מעכבים עליו השכנים להרחיק בכל שיעורים הללו שמא ידליק בתיאם ואין לו מה לשלם, **צ"ב** כונת רש"י בזה אטו כל חיובי הרחקה הוא רק מה"ט והרי איכא איסור להזיק אע"פ שהוא מתכוון לשלם [עי' קה"י ב"ק סי' א] והתביעה של הרחקה בעצם מחמת שזה שימוש שיכול להזיק, ועי' בחידושי הגר"י מש"כ לבאר בכונת רש"י, ואפשר לומר דהנה ברש"י מדויק מעכבים עליו השכנים משמע דכונתו דלא רק אלו שגרים בעליה אלא כל מי שגר מסביב, ויותר מפורש ברש"י ב"ק סא ע"ב שפי' אהא דמייתי התם מתני' דלא יעמיד תנורו וכו' ופי' דבני העיר מעכבין עליו, [ועיי"ש בתוס' ד"ה לא יעמיד], וכן כתב הב"ח סי' קנ"ה בכונת הטור דאף היכא שיש לאדם אחד בית ועליה חייב להרחיק דהשכנים מסביב מעכבים עליו,

ועי' בביאור הגר"א [קנ"ה סק"ד] דהביא בשם מהרי"ק שדייק כן בלשון המשנה דקתני לא יעמיד תנור וכרים אלא אי"כ הרחיק וכו' ולא תני כמו בסיפא לא יפתח רפת בקר תחת אוצרו ועי"כ דיש חיוב הרחקה בכל גוונא, ואפשר דהך תביעת הרחקה שונה מכל הרחקות נזיקין ולכן כתב רש"י טעם חדש לכך, אולם ברמב"ם [פ"ט משכנים הי"א] משמע דכל תביעת הרחקה היא בבית ועליה ולא לשכנים מסביב ודלא כדעת רש"י.

ג. **מתני' ר"ש אומר לא נאמר שיעורים הללו אלא שאם הזיק פטור מלשלם.** הנה בגמ' ב"מ קיח ע"ב משמע דהך דינא הוא מהדברים דנתנו חכמים רשות ואם הזיק פטור מלשלם ולא הוה פטור של אונס, אולם עי' היטב בגמ' ב"ק סא ע"ב דמקשה על הא דמשמע במשנה שם דר"ש אמר דלא נתנו חכמים שיעור בדליקה ולעולם חייב, ומשמע דהכא פטור מדין אונס דאם הוא מדין ברשות מה קשיא לגמ' הא ברשות שיק רב בתנור, ועי' בשיעורי הגר"ש משי"כ בזה.

ד. **גמ' תנא אם היתה רפת בקר קודמת לאוצר מותר.** לעיל יח ע"א דייקה הגמ' דטעמא דהך דינא משום דדירה שאני דאין לנו לאסור דירתו של אדם, ותוסי' שם כתבו דכ"ז רק לרבא, אבל לאב"י דס"ל הבא לסמוך סומך אין הכרח לסברא של דירה ואע"פ דהוה מזיק דגירי, וכן כתבו תוסי' להלן כה ע"ב דכל שסמך בהיתר אין צריך להרחיק אע"פ שהוא מזיק של גירי, אולם הרא"ש כתב ואע"פ דהוה גירי דילה משום דירה שאני, והקשה הרע"א דהרי הרא"ש פסק להלכה בסוגיא דחרדל כר"ח ור"ת דמסקנת הגמ' דכל מה שאמר רבא שאינו סומך הוא רק בבור משום דכל מרא ומרא אבל בשאר נזקין יכול לסמוך קודם שבא הנזיק וא"כ קשה אמאי הוצרך הרא"ש לטעם שדירה שאני הא מעיקר הדין מותר לסמוך כשאין נזק, **והרע"א** בקו' הרחקת נזקין כתב שמוכרח מכאן דס"ל לרא"ש דלמסקנה אע"פ שמותר לסמוך כ"ז שהנזק אינו לפנינו מ"מ בנזק של גירי אף שמותר לסמוך דליכא סברא דכל מרא ומרא מ"מ כשיבוא הנזק צריך להרחיק, ולכן הוצרך הרא"ש לומר דדירה שאני כדי שלא יהא מחויב להרחיק אח"כ כשיבוא הנזק, ואף אב"י דסבר סומך מ"מ בנזק דגירי מודה אב"י דצריך להרחיק אח"כ כשיבוא הנזק, [וזהו שיטת הרשב"א לעיל יח ע"א שאף לאב"י דסומך מ"מ בנזק דגירי צריך להרחיק, והרשב"א הוסיף דהכא הוה גירי המתחדש ואף אב"י מודה דאין ההיתר של סמך בהיתר].

אולם החזו"א [ב"ב יג ח'] תמה ע"ד הרע"א דבגמ' משמע דלאב"י א"ש כל הקושיות של הגמ' על רבא דמותר לסמוך ואף אח"כ א"צ להרחיק, ולרע"א בכה"ג דהוה יג"י המתחדש אף לאב"י צריך הרחקה, ועוד שבתוסי' כתבו דלאב"י א"צ לה"ט דדירה שאני ואין דרך הרא"ש לנטות מדברי תוסי' וכן הוא בתוסי' הרא"ש יח. בשטמ"ק דלאב"י נחא ע"ש.

ושמעתי לבאר די"ל דכל סברת הרא"ש היא רק ברבא, דאע"פ ששיטת הרא"ש למסקנה דלרבא מותר לסמוך כ"ז שאין נזק מ"מ לא הוה מטעמא דאב"י, דהנה נחלקו אב"י ורבא האם בבור איכא חיוב הרחקה מיד דכל מרא ומרא וטעמא דאב"י דלית ליה כל מרא ומרא י"ל כמו שביאר בקצה"ח דסברת אב"י היא דכיון שהראשון קדם לכן הוא זכה בהשתמשות ועל השני מוטל כל חיוב הרחקה, ולכן אע"פ שיש סברא של כל מרא מ"מ מי שקדם בהשתמשות זכה, אבל רבא לית ליה היתר של קדימה ולכן סבר רבא דאף אם אין לו חיוב הרחקה ויכול לסמוך מ"מ אם אח"כ הוא מזיק של גירי צריך להרחיק דהא הוא מזיק, וכל מה שמותר לו לסמוך מעיקרא כיון שאין נזק, ולכן סבר רבא דהיכא דיש כל מרא ומרא דחשיב שיש כבר נזק אסור לו לסמוך לכתחילה אבל אב"י דאית ליה סברא של קדימה יכול לסמוך ואף אם אח"כ הוא מזיק של גירי על השני מוטל כל חיוב ההרחקה.

ה. **גמ' בעי אב"י כיבד וריבץ לאוצר מהו.** הקשה רבנו יונה ללישנא קמא דלעיל דנחלקו אב"י ורבא רק בשדה שאין עושה לבורות דאב"י אית ליה דסומך דאינה עשויה א"כ מה נסתפק אב"י הכא דכיון שכבד וריבץ הרי"ז גילה דעתו שרוצה לעשות אוצר וא"כ הרי הוא נעשה שדה עשויה לבורות ומה הספק, ותי' רבנו יונה דאב"י אית ליה נמי סברת הגמ' לעיל דדירה שאני, וכל מה דמשמע לעיל בגמ' דאב"י לית ליה הך דדירה שאני אינו אלא לפי ל"ב דבכל גוונא סומך, **אולם** צ"ב דהרי לעיל ביאר רבנו יונה דכל קושית הגמ' היא רק לל"ק דל"ב דנחלקו רק בשדה העשויה אבל באינה עשויה לכו"ע סומך אף לרבא ל"ק דאפשר להעמיד כל הכ"ת שם בשדה שאינה עשויה ולרבא סומך וא"כ ע"כ דקו' הגמ' היא רק לל"ק ומשמע לגמ' דמייירי באינה עשויה וא"כ הא דקאמר הגמ' דירה שאני היא רק לרבא באינה עשויה אבל לאב"י לא וצ"ל דמ"מ אף אב"י מודה בזה ועי'.

והנה הר"י מגאש ביאר לעיל כונת הגמ' דירה שאני דלא שכיח שאדם יעשה דירתו אוצר, [דהיינו דקאי על העליון], והקשה בקצה"ח קנ"ה סק"ג א"כ מה מסתפקת הגמ' כאן כיבד וריבץ הרי בכה"ג הוא כבר שכיח וליכא ה"ט דדירה שאני, וכתב לישב דאב"י הסתפק לשיטתו דאית ליה דאפילו בשדה העשויה לבורות סומך והיינו אף היכא שהוא שכיח נמי סומך, ועי"ש עוד משי"כ לישב הא דהשהמיט הרי"ף הספיקות של הסוגיא.

ו. **גמ' תמרי ורמוני מהו.** פרש"י מי הוה התחלת אוצר או"ד אין אוצר ביין ושמן, מבואר דאין כאן נזק לתמרי ורימוני וכל הנזק הוא משום שיכול לעשות אח"כ אוצר של תבואה, ותמה **הרשב"א** דכמו שמבואר במשנה שבאוצר של יין מותר דאינו מזיק א"כ ה"ה הכא אמאי אסור, ותי' הרשב"א ב' דכל מה שהתירו ביין הוא רק עד שיעשה אוצר של דבר אחר שיעשה היזק, ואה"נ אח"כ צריך להרחיק והכא נסתפקה הגמ' האם צריך להרחיק אח"כ או"ד דלא חשיב תחילת אוצר ואי"צ להרחיק אח"כ, **מבואר** מדברי הרשב"א דלכתחילה יכול לסמוך וכל הנדון האם חייב להרחיק אח"כ, ועי' בחידושי הגר"ש [סי' יד] שתמה דהרשב"א לעיל ז: כתב סברת תוסי' דאין יכול לסמוך ע"מ לסלק דיכול לטעון שאין הוא רוצה להתעצם עמו בדין, וא"כ אין יכול לסמוך עכשיו ע"ד שיסלק אח"כ כשיבוא הנזק, ועי"ש שהאריך לבאר ע"פ משי"כ הרשב"א יח. דלאב"י מותר לסמוך כל מזיק אבל במזיק של גירי חייב

להרחיק אח"כ כשיבוא הנזק ע"ש עוד בכ"ד, ועוד תי' הרשב"א שם דרך בין התירו דלא עתיד לעשותו דבר אחר אבל תמרי ורימוני יכול לעשות דבר אחר.

ז. **בעיקר ספק הגמ'** ע"י בנתה"מ סק"ג דן האם כשפתח רפת בקר ועדיין לא הביא שם את הבהמתו האם אמרין נמי שקדם או דהוה בכלל הספק של הגמ', וכתב דהכא דאמרין דירה שאני א"צ שיתחיל את ההיזק אלא בפתיחת הרפץ או החנות סגי, אבל בכל המזיקים צריך שיתחיל ההיזק ממש, [ובזה מישב קושית רע"א בהא דכתב הרא"ש טעמא דדירה שאני], ויש לעיין מהא דאמרין לעיל יט ע"א דאם חרש חשיב שכבר הניח זרעים, וכן מסתבר בהא דכתבו תוס' לעיל בריש פרקין דההיזק של בור הוא כל מרא ומרא בצירוף המיתונתא וא"כ אם חפר בור ועדיין לא הניח מים לתוכו לא חשיב שקדם וע"י בכ"ז.

ח. **גמ' תיקו.** נחלקו הראשונים להלכה האם בספיקות אזלינן לחומרא ככל ספק איסור או אזלינן לקולא והוה כספק ממון וע"י לעיל יט. בספיקות דוסד בסיד שנתבאר ענין זה במקצת.

הערות וציונים פרק לא יחפור

דף כ:

א. **מתני' ואיני יכול לישון מקול הנכנסים והיוצאים.** רש"י בגמ' לקמן כא ריש ע"א [ד"ה סיפא] משמע דהכונה שאין יכול לישון היינו מעצם הקול של אלו שנכנסים ויוצאים, וכן משמע במאירי, **והקשה** הרשב"א א"כ מה הסברא בסיפא של המשנה שאין יכול לעכב עליו מקול הפטיש וריחיים הרי קולם יותר חזק מקול הנכנסים והיוצאים, ועוד הקשה מהא דקאמר בגמ' אביי דסיפא דמתני' דתני ולא מקול התינוקות מייירי בחצר אחרת, ואם הקול הוא הרעש של הנכנסים והיוצאים מה יועיל שהם בחצר אחרת.

ולכן פירש הרשב"א דכונת המשנה שאינו יכול לישון היינו שמרבה עליהם את הדרך ע"י ריבוי נכנסין ויוצאין וזהו החילוק בין הרישא לסיפא דמקול הפטיש אין לו זכות עיכוב, **ובדעת** רש"י כתב הסמ"ע [קניין סק"י] דההבדל בין הרישא לסיפא הוא דבסיפא הוא עושה הקול בתוך ביתו ולכן אין יכול למחות עליו דביתו יכול לעשות מה שירצה, אבל ברישא הקול הוא של הנכנסים והיוצאים שעושים רעש בחצר, והחצר משותפת לכל השכנים ולכן יכולים למחות, ובהא ד"ש קושית הרשב"א נמי דהא דשרי אביי בחצר אחרת כיון שאין להם זכות למחות דאין להם זכות בהך חצר, [וצ"ל דבני אותו חצר מוחלים על ההיזק], **ונראה** לפי"ז דדינא דמתני' דיכולים בני החצר למחות אי"ז מהלכות נזקי שכנים, שהרי חיוב הרחקה של נזקי שכנים הוא אף היכא שעושה בתוך שלו כדמבואר בכל הפרק ואף אם לא נכנס ממש בשל חברו שהרי בקוטרא ובית הכסא חייב להרחיק, אלא צ"ל דעצם הרעש דקול הפטיש אינו היזק שמחייב בהרחקה, ולכן כל הנדון כאן הוא מצד הלכ' שותפין דמכיון שכל בני החצר שותפים בחצר יש להם זכות לעכב שלא יכנסו כל מי שרוצה, וכן צ"ל בדעת הרשב"א דסבר דאף אין תביעה של רעש אף בחצר דנזק כזה לא הוה בכלל תביעת נזקין, אלא דסבר הרשב"א דיש כאן תביעה חדשה מדיני השותפין שמרבה עליהם את הדרך דכיון שיש ריבוי נכנסים ויוצאים יכולים בני החצר למחות והיינו נמי מדין זכות השותפין.

אמנם צריך להוסיף דלאו כללא הוא דרעש אין לזה שם מזיק אלא הגדר הוא דאין לו זכות בנזקי שכנים לתבוע הרחקה על רעש, דהנה הרמ"א שם פסק כסברת רש"י ותוס' דהיזק של רעש אינו בכלל נזקי שכנים, וכתב הרמ"א דאם הוא חולה דהרעש מפריע לו יש לו זכות תביעת הרחקה, וצ"ל דהסברא בזה דמה שאין נוח לאדם מה שיש לו רעש אי"ז בכלל היזק, ורק אם יש לו היזק כגון שהוא חולה יש לו זכות תביעת הרחקה על הרעש, ומקור דברי הרמ"א הוא תשובת הריב"ש ושם הוכיח ענין זה מהא דמבואר לקמן כג. דיש חיוב הרחקה בקוטרא ובית הכסא והתם נמי ההיזק הוא הריח והוה נמי ממש כמו רעש, אלא כיון שהוא דבר שמפריע לכולם חשיב דבר זה כנזק שיש עליו תביעה בנזקי שכנים.

עוד ביאור בדעת רש"י כתב בפתיח תשובה [סי' קנ"ה סק"א] דההבדל בין הרישא לסיפא הוא ע"פ מה שיש לדייק בלשון המשנה 'אבל עושה כלים יוצא ומוכר בשוק' וצ"ב מאי אתי המשנה לחדש בזה, וע"כ דכל ההיתר של קול הפטיש הוא כיון שאין לו אפשרות אחרת לעשות ענין זה לכן מותר לו לעשות אפילו בקול גדול, אבל ברישא כיון שיכול למכור בשוק ואי"צ למכור בביתו לכן איכא לשכנים תביעת הרחקה, ע"ש שכתב דלכן אותם שיש לו מקום שמוכרים י"ש דאין להם אפשרות למכור בשוק ככה"ג אע"פ שיש רעש גדול אין לשכנים תביעת הרחקה, אבל לפי הדרך הראשונה אף ככה"ג איכא תביעת הרחקה.

ב. **ברמב"ם** [פ"ו משכנים ה"א] איכא ביאור חדש במתני' וז"ל חנות שבחצר יכולים השכנים למחות וכו' אבל אין יכולים למחות בידו ולומר אין אנו יכולים לישון מקול הרחיים 'שהרי החזיק לעשות כן', מבואר ברמב"ם דבעיקר הדין יש תביעה של נזקי שכנים גם על עצם הרעש ודלא כשאר הראשונים אלא דהכא כיון שכבר החזיק אין יכולים לעכב עליו, וצ"ב א"כ אמאי ברישא דמתני' יכולים לעכב עליו הרי יש לו חזקה, וכתב בכסף משנה דסבר הרמב"ם דברישא לא מהני חזקה אצל נכנסים והיוצאים כיון שהם אחרים וכמש"כ הרמב"ם פ"א ה"ה, והיינו דבסיפא ההיזק הוא של קול הפטיש והא היזק קבוע אבל נכנסים ויוצאים כל פעם הוא משתנה לכן יכול לטעון מעיקרא היתי סבור לקבל אבל עכשיו הוא נזק אחר לכן אין לו חזקה בזה, והנה מש"כ הכס"מ דכ"כ הרמב"ם לקמן תמהו באחרונים דהרמב"ם שם כתב טעם אחר דאין חזקה בקול הנכנסים והיוצאים משום שזה היזק קבוע כמו עשן ואבק ולא מטעמא דכתב הכס"מ, וע"י בקה"י סי' י"ד שהאריך לבאר כונת הכסף משנה, וע"י בנתה"מ קניין סק"א.

ג. **מתני' ואיני יכול לישון.** הפתחי תשובה [קנ"ו א'] הביא בשם השואל בתשובות חת"ס דרצה לומר דכל הטענה שאין יכול לישון הוא בלילה שזהו זמן שינה, דבזמן הש"ס היו דרכם למכור בלילה כדמבואר בגמ' ריש חזקת הבתים דבני מחווא עבדי ביום ובלילה, אלא שכתב לדחות דשינה אין הכונה בלילה אלא דאין לו מנוח מחמת בלבול הקול, ועוד דאיכא תינוקות שישנים ביום, ועוד יש פועלים המשכמים למלאכתם לחנות, ועי"ש מש"כ לדחות מהא דריש חזקת הבתים.

דף כא.

ד. **גמ' אלא סיפא אתאן לתינוקות של בית רבן ומתקנת יהושע בן גמלא ואילך.** כתב הנמוק"י דאע"פ שהיו יכולים ללמד בבתי כנסיות ובתי מדרשות המיוחדים לכך תקנת ריב"ג היתה שיהיו מלמדים מצויים וילמדו בכל מבוי ומבוי, ומשמע לפי"ז דקודם התקנה שהיו לומדים בירושלים או בכל פלך ופלך לא היה זכות לכל אחד ללמוד בכל מבוי ומבוי והיו צריכים ללמוד דוקא בבית כנסיות ומדרשות המיוחדים לכך ולא היה להם זכות להזיק השכנים, והתקנה היתה שיכולים ללמוד בכל מבוי אע"פ שיש בזה נזק לבני המבוי, ועי' בחת"ס.

והנה נחלקו הראשונים האם כל דבר מצוה נמי יכולים לעשות במבוי או רק ללמד תינוקות של בית רבן, **דהטור** [קנו ג] כתב וה"ה נמי לכל מילי דמצוה כגון לחלק צדקה או להתפלל בעשרה וכן פסק בשו"ע שם, אבל **הב"י** שם כתב דמדברי רש"י והרמב"ן נראה דלא התירו לכל דבר מצוה אלא לתקן ריב"ג, וצ"ב לפי הטור דהתירו בכל מצוה אמאי בעינן לתקנת ריב"ג הא כל אחד שירצה ללמד הוא עושה מצוה ואף בלא תקנת ריב"ג, [ואולי דקודם התקנה היה על האב מוטל ללמוד עם בנו ולכן היכא ששולח אותו אצל מלמד לא מקיים את חובתו ומצוה כה"ג אינו יכול להזיק ועי'].

ה. **גמ' ולמדתם אותם ולמדתם אתם.** תוס' כתבו דיש ספרים דלא גרסי ולמדתם אתם ודריש ולמדתם אותם משמע אתם בעצמכם, וביאר מהרש"א דהיכא דאית לו אב מחויב ללמד בנו דכתיב בהדיא בקרא ולמדתם אותם את בניכם, אלא כונת הגמ' דאם אין לו אב מחויב ללמוד בעצמו ואין אחר מחויב ללמדו אלא חייב ללמוד מעצמו, וזה ילפינן מקרא אחרינא כדמבואר בקידושין. **הרמב"ם** פ"א מת"ת הלכה ב-ג כתב דכשם שמחויב ללמד אדם את בנו ואת בן בנו תורה כך מחויב ללמד את התלמידים שאינו בניו דכתיב ושיננתם לבניך אלו תלמידך שהתלמידים קרוין בנים, [וכתב הרמב"ם דהא דכתבה תורה בנים הוא להקדים בנו לבן חברו ועד חילוק כתב דלבנו צריך להוציא הוצאות דהיינו לשכרו לו מלמד כדי שילמדו אותו אבל לאחרים אינו מחויב לשכור מלמד], **וצ"ב** דכאן משמע בגמ' דמקרא ולמדתם אותם אין חיוב ללמד בן חברו ורק ר' יהושע בן גמלא חידש ענין זה וברמב"ם משמע שהוא מהתורה, ועי' בקו"ש [אות ע] שהקשה כן וכתב דאפשר דהקרא מיירי לאחר שלימד אותם דהתלמידים קרוין בנים אבל אין חיוב מהתורה ללמד, **והחת"ס** כתב באופ"א דלולא תקנת ריב"ג כל החיוב ללמד בן חברו תורה הוא רק היכא שרוצה ללמוד וחילוק יש בין ללמד בנו ללמד בן חברו, דללמד בנו חייב אף אם בנו אינו רוצה דצריך לכופו לכך, אבל לבן חברו מחויב ללמד רק אם הוא רוצה וחידש ריב"ג גדר מחודש דכל אחד מחויב ויכול לכופו בן חברו ללמוד תורה, ועי"ע בלחם משנה שם מש"כ לישב בה.

ו. **גמ' אחד מבני החצר שביקש לעשות רופא.** בערוך השולחן [קנ"ו ד] הקשה לפי דעת הראשונים דכל דבר מצוה מותר לעשות ולא רק לימוד תורה אמאי אינו רשאי להיות רופא הרי ריפוי הוא מצוה גדולה, וכתב בשם הט"ז דכיון שהרופא יכול לילך לחולה אי"ז מצוה כ"כ, וכתב דהטור באמת אינו גורס רופא או אומן אלא גריס רופא אומן דהיינו שמלמד אומנות הרפואה ובה ליכא מצוה, והנה ברש"י פרש"י 'מוהלי' והב"י כתב דרש"י לית ליה ה"ט דבכל מצוה מותר ואפשר דלא פירש רופא משום דפעמים הוה פיקוח נפש ולכן מותר ולכן פירש מוהל ועי'.

ז. **גמ' בספרא דמתא.** פרש"י מלמד כל תינוקות שבעיר ויש שם רעש גדול, **הרמב"ן** תמה על רש"י כיון דשריא משום מצוה כ"ש הכא דאיכא מצוה גדולה יותר שלומדים יותר, וכתב הרמב"ן דאפשר דכיון שהוא שונה ליותר מחמישים תלמידים מעכב עליו דאין זה מצוה מן המובהר שהרי היה עליו למנות עוד מלמד, ולכן כתב הרמב"ן כותב שטרות או ס"ת, ומבואר מדברי הרמב"ן אלו דשאר מצות אין היתר.

ח. **גמ' ואמר רבא סך מיקרי דדקי עשרין וחמשה.** בתוס' מבואר דפחות מכ"ה אין בני העיר יכולים לכופו זה את זה להשכיר מלמד והתקנה היתה רק מכ"ה וכ"כ הרא"ש, [אלא יהיו צריכים לילך לעיר אחרת], אבל **הנמוק"י** כתב דאף פחות מכ"ה יכולים לכופו לשכור מלמד אלא החידוש הוא דעד כ"ה סגי במלמד אחד ומכ"ה צריך ריש דוכנא שסייע לו, והא דתני בגמ' עד מ' היינו דמארבעים לא סגי בריש דוכנא אלא צריך עוד מלמד, וכונת הגמ' עד נ' היינו דסגי בשתיים ולא צריך יותר, אבל לדעת תוס' כונת הגמ' כפשוטו דרק מארבעים צריך עוד ריש דוכנא אבל פחות מכאן אי"צ, וכן מתבאר בתוס' ד"ה מתקנת דאם היו הולכים לעיר אחרת היו מתחלקים בין ב' המלמדים שם והיה לכל אחד קצת פחות מארבעים וכל הדין שצריך ריש דוכנא הוא מארבעים והילך.

הערות וצינונים

פרק לא יחפור

דף כא:

א. **גמ' שקל ספסירא למקטליה.** צ"ב איך יכול להרוג והיכן מצינו שעל דבר כזה יש חיוב מיתה בידי אדם, ועי' באילת השחר שכתב דאפשר שלמיגדר מילתא אפשר להרוג אע"פ שהעבירה בעצמה אינה מחיבת כן, כהא דמבואר ביבמות צ ע"ב באחד שרכב על הסוס והרגו וה"נ ראה שיש צורך למיגדר מילתא.

ב. **גמ' אמר רב הונא האי בר מבואה דאוקי ריחא ואתא בר מבואה חבריה וקמוקי גביה דינא הוא דמעכב עלויה דא"ל קא פסקת לה לחיותי.** הב"י [סי' קנ"ו ז] כתב דכל דינים אלו הם מדרבנן מפני תיקון העולם, ונראה מדבריו דא"ל תלוי בנזקי שכנים דכולה פרקין אלא הלכה חדשה, וצ"ב גדר האיסור ואפשר דהוה כהשגת גבול ודנים אותו כגזלן, אולם יש חולקים דהוא איסור תורה, ע"ע בחת"ס כאן שכתב ז"ל דודאי שורש דין זה הוא בתורה דכתיב ושפטתם צדק בין אישו יבן אחיו ופרש"י בין הדיורים והכל בכלל בין דיורי בתים בין תנורו כרים וחלונות וחצרות וכו' ומסרן הכתוב למרע"ה ודייקין שיחוקו חוקים באילו וכיוצא ונעשה דיניהן דין תורה ממש ע"ש ונראה מדבריו שלאחר תקנת הרחקת נזקין יש בזה איסור דאורייתא, עי' בפתחי תשובה קנ"ו סק"ג שהאר"ק בכ"ז.

ג. **גמ' לימה מסייע ליה מרחיקין מצודת הדג מן הדג כמלא ריצת הדג.** רש"י כתב אלמא אע"ג דלא מטא לידיה מרחקין משום דא"ל פסקת לחיותי, מבואר ברש"י דס"ל לגמ' דהתם נמי ש"ך ה"ט דקאמר רב הונא דקא פסקת לחיותי, וכן כתבו תוס' בתי' הבי' ומפורש יותר בדבריהם בקידושין נט ע"א [ד"ה עני] ע"ש, ואע"פ דהכא הנדון הוא היכא דהראשון עושה בביתו ובא השני לפתוח בביתו נמי חנות אחרת, אבל במצודת הדג הראשון לא עושה בביתו, מ"מ ס"ל לגמ' דאין סברא לחלק בזה אלא כיון שלכל אחד יש זכות לדוג דגים יכול לומר לו קא פסקת לחיותי ומכיון שקדם להיות ראשון אין לחברו זכות ליקח לו.

אבל בתוס' בתי' הראשון כתבו דטעמא דמרחיקין מצודת הדג הוא מדין עני מהפך בחררה ובא אחר וקדם וזכה בו דנקרא רשע וכ"כ תוס' בקידושין שם, וצ"ב א"כ מה מדמה הגמ' נדון דעני מהפך בחררה דבפשוטו התם א"ל תביעה ממונית שיתרחק ממנו אלא הוא הלכה דחשיב רשע, אבל רב הונא חידש דיש לו זכות למנוע ממנו לפתוח חנות והוא תביעה ממונית, והנה בריטב"א בקידושין שם נראה דיסוד הדברים חד הוא דהסברא דמרחיקין מצודת דג הוא מדין עני מהפך בחררה הוא, והסברא בזה הוא משום דיכול לומר לו שהרי יכול לילך למקום אחר לדוג דגים ולכן חשיב רשע, וכתב הריטב"א וכמו שמצינו בסוגין דיכול לומר לו קא פסקת לחיותי, דיכול לילך למקום אחר לפתוח את החנות, והיינו דבשניהם יש תביעה אחת שיכול לילך למקום אחר למצוא דגים או פרנסתו, ולכן מיייתי הגמ' ראייה דאית ליה הך סברא דיכול למכור במקום אחר, ואה"נ דהכא היא תביעה של ממון שלא לפתוח חנות והתם הוא רק תביעה דחשיב רשע מ"מ סברא אחת היא, [וטעמא דמילתא דהתם חשיב רק רשע י"ל דכיון דלא מייירי שפותח בביתו לכן חשיב רק רשע].

ד. **גמ' שאני דגים דיהבי סייארא.** ברש"י מבואר דכיון שנתן מזונו בתוך מלא ריצתו ע"כ דנים אותו כאילו הוא כבר זכה בזה וחשיב גזל, אבל הכא מי שבא אצלי יבוא ומי שבא אצלך יבוא, משמע ברש"י דהכא אם בא לחנות של חברו כשיש כבר לוקחים בפנים ומוציא אותם ככה"ג חשיב נמי כגזל [ועי' פתחי תשובה קנ"ו סק"ג], והתוס' בקידושין כתבו בשם אביו של ר"ת דמייירי שנתן דג מת במצודתו והדגים האחרים באים אליו וכיון שע"י מעשה באים אליו הוי כאילו גזלו, ובקצה"ח סי' [רע"ד ג] כתב לדון דאפשר דבכה"ג הוי גזל גמור דזכה בהם ע"י קנין משיכה כיון שהדגים הולכים מחמתו, וע"ש בנתה"מ שפליג על סברת קצה"ח. ע"ע בר"י מיגש שביאר דע"י שפרס מצודה כל הדגים בורחים מהמקום הזה כיון שרואים הרבה מצודות יודעים הם שבאים לתופסם ונמצא דמצודת השני מפסידה לגמרי, אבל אם לא היה יהבי סייארא ולא היו בורחין מאותו מקום שהביא מצודה אין בזה איסור כלל דכיון שיכולים לילך למצודה זו או למצודה אחרת אין מעכב עליו דיכול לומר לו מן השמים פסקו לך שהוא ילך אצלי ולא אצלך.

ה. **גמ' לימא רב הונא דאמר כר"י וכו'.** צ"ב דבגמ' מבואר דרק היכא שפותח חנות באותו מבוי איכא טענה דפסקת לחיותי וא"כ אפשר דהתם מייירי אף היכא דב' החנויות אינם במבוי אחד וא"כ מדוע שלא יכול לחלק, וע"כ צ"ל דס"ל לגמ' השתא דכיון שאחד מזיק את השני דכיון שהוא מחלק והשני אינו מחלק איכא נמי ה"ט דפסקא לחיותי אפי' היכא שאינם במבוי אחד. ותי' הגמ' דא"ל אנא פליגנא אמגוזי את פלוג שויסקי, בפשוטו כונת הגמ' דכיון שיכול לעשות כמהו א"ל בכלל יורד לאומנותו כלל, מיהו ברש"י פירש דכל הטענה של יורד לאומנותו הוא רק באופן שזה העמיד תחלה והרגיל השתכר ואח"כ בא השני אבל הכא דשניהם היו בתלה ל"ש ה"ט כלל.

ו. **גמ' מיתבי עושה אדם חנות וכו' מפני שיכול לומר לו אתה עושה בתוך שלך אני עושה בשלי.** משמע בגמ' דהסברא דאין יכול לטעון קא פסקת לחיותי משום דכל אחד יש לו זכות תביעה שכל אחד עושה בתוך של עצמו, ודלא כמש"כ לעיל בשם הריטב"א דכל הסברא שיכול למנוע ממנו משום שיכול לומר לו שיעשה במקום אחר אבל כיון שהוא גם דר באותו מבוי לכן אין לו כח למנוע ממנו.

ז. גמ' ר"ה בריה דר"י פשיטא בר מתא אבר מתא אחרתי מצי מעכב ואי שיש בכרגא דהכא לא מצי מעכב, בר מבואר אבר מבואה דנפשיה לא מצי מעכב. והיינו שחולק על רב הונא וס"ל דאם דם עמו באותו מבוי אין מעכב עליו ואין לו טענה שיורד לאומנתו, אבל אם בא מעיר אחרת מעכב עליו אבל אם משלם כרגא אין יכול לעכב עליו, וכתב רש"י דאין יכול לעכב עליו כל העיר, והיינו דאף אם משלם מס יש חילוק דאע"פ שאין יכול לעכב עליו את כל העיר מ"מ באותו מבוי יכול לעכב עליו, ועי' ברמב"ן שכתב לבאר לדעת רש"י הא דאמרין בגמ' כופין בני מבאות זה את זה שלא להושיב ביניהן לא חייט וכו', דמשמע דדוקא ביניהן היינו כיון שיש כבר חייט אבל משמע דבשאר העיר יכולים לפתוח, וע"כ דמייירי בדיהיב כרגא דיכול למנוע ממנו לפתוח באותו מבוי אבל בכל העיר אין יכול למנוע ממנו, וביאר הרמב"ן דהא ר"ה בריה דר"י נסתפק האם בר מבואה יכול לעכב על בן מבוי אחר, והיינו דבכל העיר יכול לעשות מה שירצה כמו שאם היה נותן מס יכול לעשות ונסתפקה הגמ' אם באותו מבוי יכול לפתוח או כיון שגר במבוי אחר אינו יכול, עי' בב"י קנ"ו שכתב לבאר בדעת רש"י באופ"א.

ונראה הביאור בכ"ז דהיכא שלא דר באותו העיר יכולים לעכב עליו שלא לפתוח כלל חנות באותו מקום והתם נראה דלא מטעם דיורד לאומנתו, אלא דהזכות לפתוח חנות הוא רק מי שמשלם מס של העיר, ולכן אף אם לא גר כאן יכול לפתוח היכא שמשלם דאז יש לו זכות, והנדון של יורד לאומנתו של חברו שיש רק אם בא לפתוח באותו מבוי וכמש"כ הריטב"א בקידושין דיכול לומר לו שילך למקום אחר לפתוח ואין לו זכות להפסיד לו, ובריטב"א שם כתב דהטעם דלשכנו אינו יכול לומר כן משום דכיון דהלה דר במבוי זה אין מלאכתו מזדמנת לו יפה במקום אחר כמו כאן, וה"ט שיש רק כיון שהוא גר באותו מבוי, אבל אם גר בעיר אחרת אע"פ שהוא משלם מס לאותו העיר ויש לו זכות לפתוח באותו העיר מ"מ באותו מבוי אין לו זכות לפתוח דיכול לומר שילך למקום אחר דאין יוכל לומר שאין מלאכתו מזדמנת יפה כמו במקום אחר שהרי לא גר כאן ואין לו חילוק באיזה מבוי לפתוח.

ולפי"ז נראה דהספק של הגמ' האם היכא שגר במבוי אחר האם יכול לפתוח באותו מבוי שיש כבר דהספק הוא האם יכול לומר לו כיון שאין גר באותו מבוי הרי יכול ליד למקום אחר לפתוח חנותו, או"ד דיכול לומר לו דאין מלאכתו מזדמנת יפה כאן כמו במקום אחר ולכן רוצה לעשות דוקא כאן, ועי' ברבנו יונה שביאר ספק הגמ' דלא כרש"י דזה פשיטא דבאותו מבוי יכול לעכב על בן המבוי השני, וכל הנדון כאן הוא רק האם יכול לפתוח סמוך למבוי הראשון האם בזה יש טענה של פסקת לחיותי, הרמב"ם פ"ו משכנים ה"ח ביאר כל הסוגיא באופ"א ועי' בב"י שהאריך בביאור שיטת הרמב"ם.

הערות וציונים פרק לא יחפור

דף כב.

א. מתני' מי שהיה כותלו סמוך לכותל חברו לא יסמוך לו כותל אחר אלא א"כ הרחיק ד' אמות. בגמ' מבואר דהחידוש הוא שאם בא לבנות כותל סמוך לכותל חברו צריך להרחיק ד"א משום דוושא, [דהיינו שצריך לשייר מקום להילוך בני"א שע"י הילוך בני"א מקשה הקרקע שלא יפלו הכתלים], וצריך להבין היכן מצינו חיוב כזה בנזקי שכנים שצריך ליתן מקרקע שלו לחברו, וכל מה שמצינו בפרק לא יחפור הוא רק שאסור לעשות השתמשות בשלו שהיא מזקת אבל כאן הכותל בעצמו אינו מזיק אלא דע"י שסומך כתלו אין אפשרות לעבור בחצרו ולעשות דוושא ואמאי מחויב ליתן לחברו משלו.

וכתבו רבנו יונה והרשב"א דע"כ צ"ל הכא דמייירי הכא שקנו מן המלך דבסתמא נשתעבדו לו ד' אמות בשביל הדוושא [וכנראה דזה מונח במכירה], ולכן כשחברו קונה מהמלך השדה שע"י צריך להרחיק כיון שהראשון כבר זכה בחצר חברו שישתעבד עבורו בשביל דוושא, ולפי"ז דינא דמתני' אינו תלוי בחיוב הרחקת נזיקין בעלמא, ועי' ברשב"א לקמן בע"ב בהא דדנו הראשונים האם כל המשניות דלא יחפור הוא אף לרבנן או גם לר"י דסבר דבעינן גירי דיליה, וכתב הרשב"א דהך מתני' לכו"ע היא כיון דלא שייך להרחקת נזיקין כיון שקנה זכות דוושא מן המלך, אלא שצ"ע א"כ אמאי תני הכא בפרקין, [וצ"ב מ"ש קונה מחברו מקונה מן המלך, ואטו יש אומדנא מיוחדת דבקונה מן המלך הוא זוכה בדוושא, ואפשר דא"כ אף בזכה מן ההפקר נמי זוכה בזכות של דוושא וכ"כ בהדיא בנמוק"י], ועוד כתבו די"ל דמייירי הכא שהחזיק ג' שנים וכמו בהמשך המשנה לענין חלוטות דמייירי שהחזיק ג' שנים וכפרש"י, ואף לפי זה אינו חיוב של הרחקת נזיקין.

אבל בתוס' בסוגיין מבואר דחלקו על הראשונים וסבר שחיוב הרחקה כאן הוא מדיני הרחקת נזיקין, דהתוס' הקשו בהא דמבואר בגמ' שיש לשני חיוב הרחקה הרי רבא סבר בריש פרקין הבא לסמוך אינו סומך וא"כ איך הותר לראשון לסמוך את הכותל, וכן מוכח בתוס' בע"ב [ד"ה לימא] שכתבו דמתני' קאי אף לר"י דסמיכת הכותל חשיב גירי דילה דמיד שסמך הכותל מונע הדוושא, וכבר הוכיח כן הקצה"ח [קנ"ה סק"ו], ותמה בקצה"ח היכא יכול להשתמש בקרקע חברו שלא מדעתו, וע"כ צ"ל דמהלכות שכנים נתנו חכמים לראשון שסמך זכות של דוושא בחצרו של השני ודנו את השני למזיק וצ"ע, [וע"ע ביד רמה בריש פרקין שכתב לגבי בור דהראשון יכול לסמוך בור ולהשתמש בקרקע חברו שיהיה כותל בורו כדמצינו לענין דוושא], ועי' בספר אילת השחר משי"כ לבאר.

ב. תוס' ד"ה וקמא היכא סמך. וא"ת לרבא דאמר בריש פרקין דאסור לסמוך קמא היכא סמך ואפילו לפי ר"ת וכו', לכאורה כונת תוס' להקשות שמזיק לחברו בזה שסומך כותלו שע"י חברו צריך להרחיק אח"כ בשביל הדוושא של הכותל הראשון, וצ"ב דאם כונתם שהשני צריך להרחיק הוא כדי שלא יזיק הראשון שסמך ומונע ממנו דוושא הא בכה"ג לכאורה אין תביעת הרחקה וכמש"כ

תוסי' לעיל יז ע"ב [ד"ה אביי] דהבא לחפור בור אין לו חיוב הרחקה כיון שמזיק את חברו שירצה אח"כ ליטוע אילן ויהא מחויב להרחיק כ"ה אמה כדי שלא יזיק לבור, אלא דזה לא חשיב מזיק מכיון שחברו בעל האילן אסור לו לסמוך מחמת שהוא מזיק את בעל הבור ולכן ממילא אין לראשון חיוב הרחקה דחובת הרחקה היא רק כשסומך כאן מזיק, וא"כ ה"נ מה שחברו אסור לו לסמוך הוא מפני שהוא מזיק את הראשון, **אלא** נראה דכונת תוסי' להקשות דמכיון שאם הראשון לא היה סומך היה השני משתמש בקרקע שלו עבור הדושה של כותלו נמצא שהראשון מזיקו במה שסמך כותלו סמוך למיצר שלא יהא לכותלו דושה [ואע"פ דבמתני' הרי מיירי שהשני שבא לסמוך אינו מעונין בדושה שהרי מחייבים אותו להרחיק, מ"מ אית ליה תביעה שהראשון מזיקו שלוקח את הדושה שלו שיש לו זכות בקרקע שלו, ופשוט].

אולם עיי' ברשב"א שהקשה כקושית תוסי' אלא שהקשה אמאי אינו מחויב הראשון בהרחקה הרי מונע את השני שיהא צריך להרחיק אח"כ [וזהו ממש קושית תוסי' לעיל יז: דבעל הבור מזיק את בעל האילן שיהא צריך להרחיק אח"כ, אולם במהרש"א שם מבואר דקושית תוסי' היא באופ"א ונתבאר שם], **וצ"ב** א"כ אמאי לא הקשה בכל הרחקת נזיקין איך מותר לניזק לסמוך הרי גורם למזיק לעשות הרחקה אח"כ, [וזהו סברת תוסי' שם לעיל דאין חיוב הרחקה בזה שגורם שהמזיק צריך להרחיק כדי שלא יזקנו], וצ"ל דזה היה ברור לרשב"א דבכל ניזק אין צריך להרחיק דגורם למזיק להרחיק דהרי אם יבאו שניהם לסמוך ע"כ שהמזיק חייב להרחיק לכן מותר לניזק לסמוך, אבל הכא אם מעיקרא יבאו שניהם לעשות כותל כל אחד יכול למנוע מהשני לסמוך לכתלו ויכול לתבוע ממנו הרחקה לכן הקשה דע"י זה שסומך הראשון מחדש אח"כ על השני חובת הרחקה וזה גופא יחשב כמזיק.

ג. תוסי' בא"ד, וי"ל דלא אסר רבא לסמוך אלא מילתא דמגופא אתי הזיק אבל הכא הכותל אינו מזיק כלום אלא שגורם למעט הדושה, מדברי הקצה"ח [קנ"ה ו'] נראה שהבין דכונת תוסי' הוא כמש"כ הרמב"ן דהראשון יכול לסמוך כיון שאין כאן נזק עדיין דאינו אלא מונע טוב מבעליו, דכ"ז שאין כותל אין כאן בעלים למנוע אותו ואין כאן נזק, [אבל לאחר שסמך הראשון והשני בא למנוע בעלים חשיב שהכותל הוא מזיק דהנזק לפנינו, [ובזה חשיב אף גירי דיליה כמש"כ תוסי' בע"ב].

אולם במשנת ר' אהרון [עמוד סח] כתב דכונת תוסי' דסברת רבא דאסור לסמוך כיון שהוא סומך מזיק מוטל עליו לדאוג שממנו לא יזיק ולכן אסור לו לסמוך אף קודם שבא הניזק, אבל כאן כיון שעצם הכותל אינו עושה את מניעת הדושה לכן אף לרבא אין איסור לסמוך שהרי לא סומך כאן מזיק, אבל כשהשני בא לסמוך כותל נראה דאע"פ שהכותל בעצמו אינו מזיק בעצם, מ"מ מחויב בהרחקה כיון שפעולה כזו עושה עכשיו הזיק לחברו מיד וכמש"כ תוסי' בע"ב דחשיב גירי דיליה ולכן אע"פ שעצם ההיזק לא בא מהכותל בעצמו כיון שזה נגרם ע"י הנחת הכותל אסור לו לסמוך.

ד. תוסי' בא"ד. הרע"א בגליון הש"ס תמה ג' תמיהות ע"ד תוסי' דהא אמאי הקשו דהול"ל לגמ' להקשות ממתני' דדושה שמוקדמת מחרדל, וקשה דאם היתה הגמ' מקשה מכאן אפשר לישב דמיירי בלוקח ולכן מותר לרבא לסמוך, ועוד אמאי הקשו תוסי' רק לרבא הא לאב"י נמי תקשה דהרי לר"ת טעמא דפליגי רבנן על ר"י בחרדל ודבורים כיון שרק החרדל מזיק את הדבורים, אבל אף לרבנן היכא דתרוייהו מזיקי אהדדי הדין הוא שאין על השני את כל חיוב הרחקה וכמש"כ תוסי' לעיל דכיון שהוא עשה שלא כהוגן אף השני יכול לסמוך, וא"כ ה"ה הכא בדושה דשניהם מזיקים נמי אמאי על השני מוטל כל ההרחקה, ועוד דת"י תוסי' לא יועיל לאב"י דהשני יכול לטעון דמה שאני מזיקך במניעת הדושה אף אתה מזיקני בזה וממילא איני מחויב בהרחקה, ומבואר דהרע"א פירש דהראשון שסמך יש לו דין של מזיק וחשיב שלא כהוגן.

אולם במשנת ר' אהרון שם כתב דכונת תוסי' דאין עליו שם מזיק כלל כיון שלסמוך כותל לא חשיב בכלל מזיק ולכן יכול לסמוך ואין עליו טענה דעשה שלא כהוגן, וע"ע באב"י עזרי בקו' הרחקת נזקין שכתב לבאר דאף לפי הבנת רע"א דחשיב מזיק מ"מ אין כאן טענה דעשה שלא כהוגן וכמו שכתבו תוסי' לעיל דבבור ליכא חד סברא כיון שהשני מזיק לראשון בידים א"כ ה"ה הכא השני שבא לסמוך כותלו חשיב מזיק השני בידים ולכן עליו מוטלת כל ההרחקה, [והנה מקושית רע"א מבואר דהיסוד שכתבו תוסי' דהיכא שהראשון עשה שלא כהוגן והשני עשה נמי של כהוגן דלא מוטל עליו הרחקה הוא אף היכא שהראשון סמך מזיק שלא היה גירי והשני עשה מזיק של גירי דילה, דהרי הכא אף אם נימא דהראשון יש לו שם של מזיק מ"מ א"א לומר דחשיב גירי, וכל סברת תוסי' שם בבור שעל השני מוטל כל ההרחקה היא כיון שמזיק לראשון "בידים" וצ"ב גדר הדברים].

דף כב:

ה. גמ' אלא אמר רבא ה"ק מי שהיה כותלו סמוך לכותל חברו ונפל וכו'. תוסי' הקשו אמאי המשנה העמידה ענין זה באופן שהיה כותל ונפל, ומדוע לא קתני באופן זה שאם בא לבנות כותל סמוך לחברו לא יבנה, ורבנו יונה כתב לישב לאשמעינן רבותא דאפילו היכא שכבר היה כאן כותל בתחלה בריחוק ד' אמות חייב להרחיק כשבונה עוד כותל ולא יוכל לומר דהכותל חזק דדשו בו כבר, **וע"ע** ברבנו יונה שהביא גי' אחרת בגמ', ועיי' ר"י מגאש שכתב פירוש חדש בכל החיוב בנית כותל למניעת דושה.

ו. גמ' הכא במאי עסקינן בבא מן הצד. פרש"י שאין הכותל האחרון מהלך לאורך כותל הראשון, הקשה בחזו"א הרי מונע ממנו את הדושה דאע"פ שאין יכול לילך שם מ"מ אין יכול לילך כמו שהיה מעיקרא, ועיי"ש בחזו"א שכתב חידוש דכל הדין שאם מונע ממנו דושה אסור לו לסמוך כ"ז תקנו רק לגבי כותל אבל דבר אחר לא, שהרי מצינו דמרחיקין את הזרעים מן הכותל ג"ט, ומשמע דרק

בשביל היזק הכותל אסור אבל בלא"ה מותר, ואמאי אין איסור משום מניעת הדוּוּשָׁא, אלא ע"כ דהתקנה של הדוּוּשָׁא היתה רק בכח"ג שהוא בונה כותל.

ז. **תוס' ד"ה אלא אמר רבא.** וליכא למימר דדוקא בכח"ג שהיה רחוק כבר ד"א והרחיק הראשון קאמר דלא יסמוך, נראה דס"ד של תוס' היה דכיון שהיה מתחלה ד' אמות בין ב' הכתלים והמקום היה מיעוד לכך שהולכים ביניהם לכן אם נפל חייב להרחיק דכבר החזיק שילכו ע"י הכותל לחזק את הכותל, אבל כשלא היה כאן ב' כתלים והמקום לא היה מיעוד לכך שילכו דוקא ליד הכותל אפשר דבכח"ג אין חיוב להרחיק וע"ז הוכיח דבכל גוונא איכא חיוב.

ח. **גמ' כאן מרוח אחת כאן מב' רוחות.** נחלקו הראשונים האם היכא שעושה כותל מב' רוחות האם צריך שירחיק מכל כותל וכותל ד' אמות, או"ד דכותל אחד מרחיק טפח כשיעור חלון וכותל השני ד"א, ע"י ברא"ש וברשב"א.

ט. **תוס' ד"ה אבל משום דוּוּשָׁא לא.** ולר"י נראה דניחא ליה לשנוי בעיר חדשה דומיא דרישא, ע"י ברע"א שתמה מנלן לתוס' דרישא דמתני' מיירי דוקא בעיר חדשה.

הערות וציונים פרק לא יחפור

דף כב:

א. **מתני' מתני' ואת הכותל מן המזחילה ד' אמות.** בתוס' מבואר דמיירי שמכר לו את הזכות לזקוף שם סולם דאל"ה אין מחויב ליתן לחברו זכות בחצרו להנחת סולם, ונמצא דחיוב הרחקה אינו מדין נזקי שכנים אלא שקנה זכות זו וכעין מש"כ הראשונים לעיל לגבי דוּוּשָׁא, אולם דעת תוס' בדוּוּשָׁא דאף אי לא קנה זכות מהמלך נמי הוא חייב להרחיק, וצ"ל דלא כל תשמיש תיקנו חז"ל שיש לו זכות בחצר חברו ופשוט, **ועי' ברמב"ם [פ"ט ה"ח]** שכתב דאיירי שהחזיק במזחילה ומדין חזקה לנזקין וע"י ברמב"ן וברשב"א מש"כ לדון בזה, וע"י בב"י קנ"ה סעי' ט"ז.

ב. **גמ' מודה ר' יוסי בגירי דיליה.** פרש"י חיצים הבאים מיד גופו של בעה"ב ממש, וכ"כ לקמן כה. דמטו לי הזיקא מתוך ידו של מזיק, ויותר מפורש ברש"י בבא מציעא ק"ז ע"א דמקשה הגמ' בהא דקאמר התם לענין ב' אנשים הגרים בבית אחד זה בבית וזה בעליה דאם בעל העליה נוטל ידיו ונשפך לתחתון דרחב"י אמר התחתון צריך לתקן את התקרה, ומקשה הגמ' והא מודה ר' יוסי בגירי דיליה, ופרש"י אע"ג דעל הניזק להרחיק את עצמו וכו' אבל היכא דאדם עצמו מזיק וזורק בו חיצו כי הכא דשופך המים על ראשו מודה הוא דלאו גרמא דנזקין הוא דתפטר אלא מזיק ממש ואדם מועד לעולם ער וישן שוגג ומזיד, ונראה מדברי רש"י שכתב 'דמזיק ממש הוא ואדם מועד לעולם' דגירי דיליה אינו שייך להרחקת נזיקין דשכנים אלא שהוא חיוב הרגיל של אדם המזיק וחיוב הרחקה הוא מצד שהאדם מחויב לשמור עצמו שלא להזיק לחברו, והיינו דבכל נזקי שכנים סבר ר"י דעל הניזק להרחיק עצמו כיון שהמזיק עושה בתוך שלו אין לו חיוב לשמור עצמו שלא להזיק, אבל בגירי שהוא אדם המזיק אין פטור של עושה בתוך שלו ולכן חייב להרחיק עצמו, והנה רש"י כתב דטובא איכא במתני' דלא הוה גירי דיליה, והיינו דכל ההרחקות דפרקין לא הוה גירי דיליה, וטעמא דמילתא דבכל ההרחקות אינם באים מתוך ידו של בעה"ב ול"ש לחייב לר"י דאין מחייב הרחקה של נזקי שכנים.

אולם פשטות הסוגיות נראה דאף ר' יוסי אית ליה חיובי הרחקה בנזקי שכנים אלא דסבר דכל החיוב הרחקה הוא רק במזיק דגירי, וכן נראה מלשון המשנה דקתני מרחקין את הסולם ומשמע דאף אם יאמר שהוא ישמור של תקפוץ הנמיה ג"כ חייב, וע"כ דבמקום שיש היזק דגירי יש חיוב הרחקה דנזקי שכנים, ודבר זה מתבאר בדברי הגמ' דאמר דהכא בנמיה חשיב גרמא בנזיקין ומ"מ חייב בהרחקה משום דהוה גירי, וכמו שמבואר ברש"י שכל החיוב הרחקה הוא רק בכח"ג שמיד שמניח הסולם קפצה הנמיה דכח"ג חשיב שבא מידו, ומבואר שאם ההיזק לא היה בא מיד אע"פ שהוא גרמא אין חובת הרחקה, והיינו שלר"י חובת הרחקה הוא רק בכח"ג שהוא בא מידו.

ונמצא שאף לר' יוסי איכא חיוב הרחקה של נזקי שכנים אלא דכל חיובי הרחקה נאמר רק במזיק כזה שההיזק נעשה בגופו, ולכן אף בהיזק שע"י גמרא אם ההיזק חשיב שבא מידי של בעה"ב חייב להרחיק, וזה דינא דמתני' שמרחקין את הסולם מהכותל, ולא דמי לכל מזיק של בב"ק דהתם יוכל לומר שישמור שלא יהא היזק אבל הכא אין יכול לומר אני אשמור שלא יקפוץ הנמיה דכל שיתכן שיא כאן היזק רבנן חיבו הרחקה, ויותר מזה נראה דבמשנה מדייק דמרחקין את הסולם מן הכותל ומשמע שאף אם סמך באיסור צריך להרחיק את הסולם, וצ"ב הא עכשיו אינו מזיק של גירי ורק בשעת סמיכה היה לו דין גירי, ומשמע דבכל גוונא אף באופן שאם אחר סמך או שנסמך מעצמו צריך להרחיק, וטעמא דמילתא דלאחר שיש במעשה סמיכה של סולם היזק חז"ל חייבו הרחקה בעצם על כל המעשה ולכן חייב אף על החלק של הנזק שלא מזיק בגירי.

אולם יש לעיין במש"כ רש"י בב"מ 'דגירי חשיב אדם המזיק ולא גרמא הוא', משמע דהיכא דהוה היזק שנעשה בגרמא אין חיוב הרחקה, והרי הכא בסוגיין קאמר הגמ' דהיזק דנמיה היא גרמא ומ"מ איכא חיוב הרחקה, ואפשר שכנת רש"י ב"מ לבאר הטעם

שיש חיוב תשלומין שכתב לשון דלאו גרמא היא שיפטר, והך לישנא לכאורה קאי על חובת תשלומין ולא על חיוב הרחקה, וכונתו דהתם חייב העליון לשלם כיון שהוא מזיק בידים, אבל אם היה רק גרמא לא היה חייב לשלם, דאע"פ שבמקום שהוא גרמא חייב להרחיק כמו שמוכח בסוגיין מ"מ אין חיוב לשלם, דנראה שאף שלר' יוסי בלא פרשה של נזקי שכנים היה פטור אף כשהזיק כיון שיש פטור של עושה בתוך שלו, אבל מ"מ לאחר שרבנן חיוב הרחקה היכא שהוא מזיק בידים חייב לשלם ככל היזק שנעשה בידים, אלא שבמקום שהוא רק גרמא הוא פטור מלשלם, ועי' בחי' הרג"נ מש"כ.

ג. דעת תוס' דגירי דיליה היינו דמאותו מתחיל הנזק, וכתבו תוס' דבכל הרחקות דפרקין קאי נמי כר"י וכן דוושא דמאותה שעה שסומך הכותל מומע הדוושא ולכן חשיב שמאותו שעה מתחיל הנזק, וכן כתבו תוס' לעיל יז ע"א דחפירת בור חשיב גירי דיליה משום דכל מרא ומרא והיינו מכיון שמאותו שעה מתחיל הנזק, וכן מתבאר בתוס' לעיל יז ע"ב דלר"י מותר לסמוך גפת קודם שסמך השני כותל דלא חשיב גירי כיון שהנזק לא מתחיל מיד בשעה שסמך, **וביאר** סברת תוס' ביארו דכל ההיתר של ר"י דעל נזק להרחיק את עצמו כיון שהמזיק משתמש בשלו, אבל אם כשבא להשתמש הנזק מתחיל מיד סבר ר"י דלא חשיב משתמש בשלו אלא חשיב שמעמיד כאן מזיק ובכח"ג הוא מוגדר כשימוש המזיק ולא כעושה בתוך שלו, ולכן סבר תוס' לעיל יז ע"ב [ד"ה מרחיקין] דאף במזיק דגירה אם הניזק לא נמצא [כההיא דהניח גפת קודם שסמך כותל] א"א לומר שהוא מוגדר כמניח תשמיש המזיק דליתא לניזק עדיין, וכן ה"ט נמי בנוטע אילן סמוך לבור כיון שבשעת הנטיעה השרשים עדיין אינם קיימים ל"ש לומר שהוא סומך מזיק. **והנה** תוס' בריש פרקין מבואר לגבי בור דר"י מודה משום כל מרא ומרא ואע"פ שההיזק של ג"ט הוא מכח המיתונתא וזה לא חשיב גירי מ"מ ס"ל לתוס' דר"י מודה לרבנן דאם סומך תשמיש של גירי מחויב בכל ההרחקה עבור כל ההיזק שעושה אותו תשמיש ולכן אף דהנזק דכל מרא הוא פחות מג"ט מחויב בהרחקה של כל הג"ט, ועי' בחי' ר' אריה ליב [סי' צ"ז] שהאריך לבאר ענין זה דאף ר"י מודה שיש חיוב הרחקה בנזקי שכנים אלא דס"ל דרק היכא שהוא מזיק של גיריה, ואין הכונה של ר' יוסי דבמזיק של גירי יש לו תורת מזיק וחייב בהרחקה מחמת ההיזק שעושה, אלא דאף ר"י סבר דיש חיובי הרחקה דשכנים בתשמיש המזיק של גירי ע"י"ש. **הרמב"ן** כתב דהיסוד של גירי הוא דהנזק נעשה ממקומו דהיינו דאף היכא שהנזק לא התחיל מיד כתוס' ג"כ חשיב גירי אלא דצריך שהנזק יעשה ממקומו וכל הרחקות דמתני' מזיקים ממקומם דבור איכא משום כל מרא ומרא או משום מיתונתא דהמים אינם מלחלין אלא ממקומם הם מזיקים, ולכן בנוטע אילן סמוך לבור של חברו שהשרשים צריכים לילך למקום אחר לכן בכח"ג אין חיוב הרחקה, וסברת הרמב"ן נמי י"ל ע"ד מש"כ בתוס' דחשיב שסומך כאן מזיק אלא שהרמב"ן סבר דאין צריך שהנזק יהא מיד אלא דכל שממקומו הוא מזיק חשיב סמיכת דבר המזיק, [ועי' היטב דהרמב"ן כתב דהיזק דנמיה חשיב גירי אבל נזקין דמתני' שמזיקין ממקומם הוה עדיפי מגירי דממש הוא וצ"ב כונתו], ועי' ברמב"ן שכתב דמזיק דגירי אסור לסמוך אפילו קודם שבא הניזק וכן כתב לעיל יז ע"ב לגבי גפת, וטעמא משום דכל שממקומו הוא מזיק יש תביעת הרחקה אף קודם שבא ההיזק. **אלא** דהקשה הרמב"ן אמאי מרחיקין את הזרעים מן הכותל הרי כל ההיזק שם הוא רק לאחר שהושרשו הזרעים בקרקע והנזק לא במקומו ואמאי לא הוה דומיא דאילן דפליג ר"י, וכתב הרמב"ן כתב דאפשר משום דהשרשין קודם השרשה יונקים כל לחות הקרקע ומפני כך מחלידין אותם ומעלין עפר תיחוח וכיון שהם יונקים בטבעם קודם השרשה נמצא ההיזק נעשה מאותו מקום שזרעו, וכן צ"ל לדעת תוס' דגירי היינו שההיזק נעשה מיד דאע"פ שהשרשים עדיין לא באו מ"מ מתחלה מחלידין ומעלין עפר תיחוח, וע"ע ברשב"א בכ"ז.

ד. גמ' ה"נ זמנין דבהדי דמנח ליה יתבא בחור וקפצה. פרש"י בעוד שאוחז בסולם קפצה, מבואר ברש"י דדוקא אם בשעה שהוא אוחז קפצה הנמיה חייב אבל אם לאחר שהניח את הסולם באה הנמיה אין חייב, וכן מבואר בתוס' כו. דרק בכח"ג חייב אבל אם הנמיה באה אח"כ לא חשיב גירי וכן משמע ברמב"ם פ"ט ה"ז שכתב שלא תקפוץ הנמיה בעת שמניח הסולם, והנה לרש"י שצריך שיהא מתוך ידי אפטר דרק בכח"ג שאוחז חשיב שהנזק יוצא מידו, וכן לתוס' דהנזק מתחיל מיד אפשר דרק בשעה שעדיין הוא אוחז הסולם צריך שיבא ההיזק.

והנה בחזו"א [סי' י' אות א'] תמה איזה מעשה נזק איכא בזה שמחזיק את הסולם וקופצת הנמיה ואמאי אם תקפוץ אח"כ לא יתחייב ע"י"ש מש"כ לישב בכמה דרכים, ובסו"ד כתב דשמא היא קופצת בעודו הסולם בידו והוא מקרב את הנמיה שעל הסולם בידים לשובך, [ואין כאן חיוב של מעמיד בהמה על קמת חברו כיון שלא המזיק על דבר הניזק ממש], ועי' בשיעורי הגר"ש בזה.

ה. גמ' והא גרמא הוא. נחלקו הראשונים בביאור קושית הגמ' הר"י מגאש כתב דקושית הגמ' היא בין לרבנן ובין לר"י משום דאף לרבנן דמחייבי בהרחקה היכא דלא הוה גירי מ"מ בעינן שהנזק יבוא ממנו כגון שרשים של אילן דהוא נטע את האילן שמביא שרשים וכן שאר הרחקות, אבל היכא שהנזק לא בא ממנו דהוא רק הניח סולם והנזק אתי ממילא אמאי חייב, וע"ז תי' הגמ' דגרמא בנזקין אסור ולכן יש חיוב הרחקה בכח"ג נמי, וצ"ב מש"כ דבאילן לא חשיב גרמא והרי באילן השרשים שמזיקים עדיין לא נמצאים ואמאי לא חשיב גרמא [ועי' בנמוק"י כאן שכתב לדמות היזק דאילן לנמיה דשניהם חשיבי גרמא בנזקין]. וצ"ל דסברי רבנן דבאילן דנים את האילן עצמו כמזיק בזה שהוא מוציא שרשים ולכן איכא חיוב הרחקה אבל בנמיה ההיזק הוא ע"י הנמיה והוא לא העמיד את הדבר המזיק כלל אלא הניח סולם שנמיה תוכל לעלות עליו ולעשות נזק וכה"ג גרמא הוא, [וכן מוכח בתוס' דקושית הגמ' היא נמי לרבנן דתוס' כתבו דהיה אפשר להקשות גם על דוושא דגרמא הוא, ואם כל קושית הגמ' היא רק לר"י

א"כ בדושה לא מפורש בגמ' דקאי גם לר"י ורק הכא קאמר הגמ' לימא מתני', [ואף דשיטת תוס' דכולה פרקין אף לר"י מ"מ בגמ' אינו מפורש], אלא מוכח דסברי תוס' דקושית הגמ' היא אף לר"י.

אולם רבנו יונה והריטב"א כתבו דקושית הגמ' היא רק לפי ר"י אבל לרבנן דלא בעי גירה דילה לא קשה, והיינו דלרבנן שיש חיוב הרחקה בנזקי שכנים אף היכא שהוא לא גירי קסבר הגמ' דאף היכא שהוא רק גרמא חייב אבל לר"י דבעינן שיסמוך דבר המזיק קסבר הגמ' דאם גרמא פטור היינו שלא מיוחס אילו כ"כ וליכא חיוב הרחקה, ונמצא שנחלקו הראשונים האם גדר החיוב של הרחקה נזיקין הוא תלוי אם יש לו דין מזיק בהלכ' נזיקין שלדעת הר"י מגאש רבנן לא חידשו מחייב חדש של נזיקין אלא שרבנן אמרו דמה שבדיני ב"ק יש לו תורת מזיק בכה"ג בין שכנים חייב להרחיק, אבל לדעת רבנו יונה והריטב"א לדעת רבנן שיש חיוב הרחקה אף בדבר שאין לו תורת מזיק ע"כ שגדר הרחקה הוא מחייב חדש כל שנעדה נזק לחברו, ועי' בשיעורי הגר"ש.

ו. רש"י ד"ה גרמא בנזיקין. ואפילו למאן דלא דאין דינא דגרמי ופטור מלשלם אסור לגרום וכו', הרמב"ן כתב דמשמע ברש"י דסבר דמאן דאית ליה דגרמי חייב ה"ה נמי סבר דגרמא בנזיקין חייב, ותמה ע"ד דמשמע כמה דוכתי דלכו"ע גרמא בנזיקין פטור, וע"ע בקו' דיני דגרמי שתמה הרמב"ן בזה, וע"ע ברש"י ב"ק נה : על דברי הגמ' דקאמר דד' דברים העושה אותם פטור מדיני אדם פרש"י 'וקסבר' גרמא בנזיקין פטור, ודייק הש"ך סי' שפ"ו סק"ד משמע מדברי דאיכא מד"א דאית ליה דגרמא בנזיקין חייב.

ז. תוס' ד"ה והא גרמא בנזיקין הוא. תימא דלא פריך לעיל גבי דושה, והיינו דתוס' לשיטתם דחיוב הרחקה בדושה הוא גם מצד הרחקה נזיקין אבל לראשונים דחיוב הרחקה הוא רק מצד שקנה מן המלך לא שיד להקשות כן, ועי' בר"י מגש שכתב באמת דמה"ט לא מקשה הגמ' לעיל לימא מתני' דלא כר"י משום דחיוב הרחקה דדושה אינו תלוי ברבנן ור"י, מיהו ע"ש דפליג על הראשונים דמייירי שקנה מן המלך או שהחזיק אלא כתב דחיוב הרחקה הוא מדיני שכנים אלא דכיון שבנה הכותל מיד זכה בזכות של דושה בחצר חברו והשני מחויב להרחיק.

ח. תוס' ד"ה זאת אומרת. ומעיקרא ס"ד כי היכא דפטור ה"י דמותר, צ"ב דאף אם גרמא בנזיקין פטור הא איכא איסור דלא גרע מחיוב של השבת אבידה היכא שרואה ממון חברו שאבודים או הולך לאיבוד שחייב להצילם כדמבואר בב"מ כט. ראה מים ששוטפין ובאים דחייב להציל, וכתב בקו"ש דשאני הכא כיון שיכול הניזק להציל את עצמו אין חיוב של השבת אבידה בכה"ג, ויש להוסיף דכיון שהכא ההיזק בא מכח שעושה בתוך שלו אין לו חיוב למנוע עצמו מהשתמשות כיון שחברו יכול לשמור עצמו, וע"ע ביד רמה שביאר תי' הגמ' דאסור משום ואהבת לרעך כמוך, וצ"ב מאי קס"ד דהגמ' הא הך דינא פשוט הוא, וע"כ צ"ל כנ"ל דעושה בתוך שלו.

ט. תוס' בא"ד. וחילק ר"י לשון אחד דגרמי חייב היינו שעושה הוא עצמו היזק לממון חברו, וכונתו שעושה את הנזק בדבר הניזק עצמו כשורף שטרתי של חברו, אבל בפורץ גדר בפני בהמת חברו אין עושה היזק מעשה בממון של חברו ולכן לא הוה אלא גרמא, **והנה** הרא"ש כאן כתב לחלק כתוס' אלא שכתב 'ויש לחלק דכל היכא דהוא בעצמו עושה ההיזק לממון חברו וברי היזקא מיקרי דינא דגרמי וחייב', והוסיף הרא"ש עוד תנאי דבעינן נמי ברי היזקא כדי לחייב משום גרמי, וכתב שם הרא"ש דשיסה בו את הכלב לאו גרמי הוא כיון דלאו ברי היזקא דשמא לא ישך הכלב, וע"ש שכתב דשאר שדברים אין המעשה בגוף הממון, **ומבואר** דתוס' והרא"ש נחלקו האם שיסה בו את הכלב חשיב שעושה בעצמו ההיזק, דתוס' בקושיתם הזכירו שיסה בו ע"כ סברי בתי' דזה לא חשיב מעשה בגוף הנזק אבל הרא"ש חולק על פרט זה ולכן הוצרך להוסיף דבעינן נמי ברי היזקא, ועי' בנמוק"י שכתב רק הך סברא דברי היזקא, וע"ע בדיני דגרמי לרמב"ן ובש"ך שפ"ו סק"ד בכ"ז.

הערות וציונים פרק לא יחפור

דף כג.

א. גמ' אמר להו רב יוסף אפיקו לי קרקור מהכא, בפשוטו נראה דכיון שע"י הקזת הדם אתי העורבים לכן איכא חיוב הרחקה, **אולם** צ"ב דמשמע בגמ' דקאי אף לר"י דרק היכא דהוה גירי דיליה איכא חובת הרחקה, שהרי הגמ' מקשה 'והא גרמא הוא' ולעיל ביארו הראשונים דכל קושית הגמ' והא גרמא לענין נמיה היא רק לר"י אבל לרבנן איכא חיוב הרחקה אף אם גרמא מותר, וכ"כ רבנו יונה דכיון דק"ל כר"י ע"כ דקאי נמי לר"י, וטעמא דחשיב גירי ביאר רבנו יונה משום דכי אתו עורבים היו האומנין מפריחים אותם, והיינו דלא היה הולכים מעצמם אלא ע"י האומנין וחשיב מעשה דידהו, **אולם** בדעת תוס' כתב הגר"ש דא"א לפרש כן דלקמן כו ע"א מבואר דרבה בר חנן היה לו דקלים גבוהים שציפורים ישבו עליהם והיו מזיקים לפרדס של ר' יוסף והיו מפסידיים הפרדס, ואמר לו ר"י שיקוף את הדקלים, וכתב תוס' [ד"ה אבל בגפנים] דמייירי שנטע דקלים גבוהים ולכן חשיב גירי דיליה, אבל אם נטע גרעין ואח"כ גדל האילן לא חשיב גירי דיליה דממילא קא גדל, אבל הרא"ש שם כתב דכשהיה רואה בעל האילן שהיו יושבים על האילן היה מפריחן והיו מזיקים הפרדס ולפי"ז אין חילוק איזה אילן נטע, וסברת הרא"ש היא כמש"כ רבנו יונה כאן שהאומן מפריח את העורבים לכן חשיב גירי דיליה, אבל לתוס' צ"ל דכמו דהתם אם הציפורים באים מחמת שנטע אילן גבוה ה"ה נמי הכא כיון שבאים העורבים מחמת הקזת הדם חשיב גירי דיליה, ומפורש כן בתוס' לקמן כו ע"א [ד"ה זיקא] שכתבו דלרבינא דאין חיוב

הרחקת נזקין ברקתא כיון דהרוח ממטי ליה הי"נ הכא אין חיוב מה שהעורבים באים מחמת הקזת הדם דחשיב ככוח אחר מעורב בו, וכל הסוגיא כאן היא כמר בר רב אשי שחולק שם על רבינא.

אמנם צ"ב עדיין דברשיי מבואר לעיל גבי נמיה דחשיב גירי דילה משום דבעוד שהוא אוזוז את הסולם קפצה הנמיה ומבואר דאם אחרי שהניח את הסולם קפצה הנמיה לא חשיב גירי דליה וא"כ אמאי הכא חשיב גירי הרי העורבים לא היו באותו שעה אלא באו אח"כ, ועי' בחזו"א [ב"ב סי' י' סק"א] שכתב דהכא לגבי עורבים כיון שדרך העורבים לבוא על הדם חשיב גירי אבל התם אין הדרך של הסולם לגרום שתבוא הנמיה לכן לא חשיב גירי אלא א"כ קפצה כשאוזוז הסולם.

ב. גמ' והא אחזיק להו. ביסוד דין חזקת נזקין נחלקו הראשונים, דעת הריב"ם בתוס' דלא דמי לכל חזקה דקרקעות, דהתם קי"ל דכל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה והיינו שצריך לטעון איך בא לידו הקרקע ע"י מכר או מתנה, אבל בחזקת נזקין אין צריך טענה אלא אמרינן מדלא מיחה ג' שנים מחל לו, אבל תוס' חלקו וסברי דבעינן חזקה בטענה שיאמר שהוא קנה ממנו זכות השתמשות, והראשונים הוכיחו מהמשנה דמרחיקין את השובד ומהסוגיא כאן דרק אם אית ליה טענה מהני חזקתו ויבואר בהמשך, והריב"ם הוכיח כדבריו מהא דאמרינן לעיל דף ו'. לענין חזקת תשמישין דמבואר שם דמהני חזקה שלא בטענה, ודימה חזקת תשמישין כההיא דלעיל דמשתמש בשל חברו לחזקת נזקין, [ועי' בקצה"ח סי' קנ"ג סק"ג שדן לפי שיטות הראשונים אלו דמהני חזקה בלא טענה בחזקת תשמישין איך זכה בזכות השתמשות דבשלמא אם צריך טענה אמרינן שקנה ממנו בקנין, אבל אם אי"צ טענה במה זכה בהשתמשות, וכתב לישב שם דקונה מדין אכילת פירות וכמו שמצינו דאכילת פירות חשיב מעשה קנין לגבי קרקע, ואף לדעת הראשונים בעלמא דאכילת פירות לא הוה קנין הכא חשיב קנין כיון שלא בא לזכות בגוף הקרקע באכילת הפירות אלא בא לזכות בשיעבוד בממון של חברו וזה זוכה אף באכילת פירות.

והנה בקצה"ח [קנ"ה ס"ק ט"ז] תמה על עיקר הך דינא דחזקת תשמישין דהא ברא"ש לעיל פרק השותפין סי' ב' הקשה על הא דאמרינן לגבי היזק ראייה שאם יש עדים שכל אחד מחל לשני בנין הכותל אין יכול לחזור בו ולא דמי לאומר קרע כסותי והפטר דיכול לחזור בו [דלכאורה אין כאן אלא נתינת רשות ולא שקיבל זכות ממונית], וכתב הרא"ש דכיון שיש לו זכות לתבוע שיעשה כותל והוה תביעת ממון ממילא מהני קנין או מחילה על תביעת הממון שלא יהא מחויב להעמיד לחברו כותל, ותמה הקצה"ח דבשלמא לגבי חזקת תשמישין שיד לומר שזכה בזכות השתמשות בשל חברו, אבל הכא בחזקת נזקין לא שיד לומר כן שהרי בשלו הוא עושה אלא שיש לחברו זכות תביעת הרחקה ולכן אף שהסכים מעיקרא ומחל לו ע"ז אמאי לא יוכל לחזור בו דהוה כקרע כסותי דיכול לחזור בו דלא נתן לחברו כלום.

ולכן כתב בקצה"ח דצ"ל דהא דמהני חזקת נזקין לאו מדין מחילה, אלא שהוא הלכה חדשה דהרי מצינו בנזקי שכנים דהיכא שסמך בהיתר אין חייב להרחיק, וא"כ הי"נ הכא מכיון שהניזק נתן רשות למזיק לעמוד כאן ברשות לכן יש לו זכות קדימה ואין יכול לחייב אותו בהרחקה אח"כ ובכה"ג כו"ע מודו דסמך בהיתר מהני, וכל מה שמבואר בתוס' בסוגיא דחרדל דלא מהני סמך למסקנת הסוגיא סמך בהיתר כ"ז היכא שעמד מעצמו אבל היכא שעמד ברשות הניזק כו"ע מודו דמהני סמך בהיתר.

ובאחרונים תמהו טובא על יסוד זה דנמצא דא"י תלוי בקנין זכות אלא שהוא הלכה של סמיכה בהיתר, ובראשונים הזכירו דחזקה מהני משום שקנה זכות תשמיש כאן, ועוד כתב בחזו"א [סי' יא סק"ה ד"ה ומהאמור] דלפ"ז לא מהני חזקה רק לאחר שהעמיד שם התשמיש וקודם לכן לא מהני ולא משמע הכי, וכתב בחזו"א שם לישב קושית הקצה"ח דזה שעושה ברשותו דבר המגיע ממנו נזק לשכנו חשיב כמשתמש בשל חברו, [והיינו דמצד הלכ' שכנים נתנו לחברו זכות בשל חברו שלא ינזק, ולכן כשחברו נותן לו רשות חשיב כמקנהו רשותו לענין הך שימוש ולכן שייך קנין בזה, ועי' בשיעורי הגר"ש לעיל ו' ע"א באות קמ"ט שהביא שכ"כ באחרונים דשיך לעשות קנין על ההשתמשות המזוקת, ומה שהקשה הקצה"ח מקרע כסותי והפטר דיכול לחזור בו, כתבו לחלק דוקא התם ל"ש לומר שיש מעשה קנין כיון דאין לו תועלת מהקריעה, אבל בחזקת נזיקין שיש לו תועלת מהקנין שיד בו קנין וחזקה בזה, ועי"ש עוד בשיעורי הגר"ש אות קנ"ב באופ"א.

ג. תוס' ד"ה והא אחזיק להו, פירש ריב"ם וכו', מדברי הריב"ם מבואר דמהני חזקה שלא בטענה ומ"מ בעינן חזקת ג' שנים, והקשה בשיעורי הגר"ש לעיל ו' ע"א [אות קנד] דכל מה דמצינו דבעינן חזקת ג"ש אינו אלא בטענת מכר דמצי אמר ליה אחוי שטרך אבל אם אין צריך חזקה אם טענה אמאי בעינן ג"ש, והנה הראשונים נחלקו על הריב"ם וסי"ל דא"צ ג' שנים עי' ברשיי לעיל ו' ע"א, ועי"ש בגר"ש שם אות קמ"ז שהביא כל השיטת בזה.

ד. תוס' ד"ה כקוטרא ובית הכסא דמו, ודאי אם לה היו עורבים היה סובל אע"ג דאנינא דעתיה, מבואר בתוס' דיש לו זכות תביעת הרחקה בין מצד העורבים בין מצד מה שיש לו כאן דם, ורק שאם לא היה עורבים היה סובל אע"פ שיש לו זכות תביעת הרחקה, ומבואר דכמו שיש תביעת הרחקה לרעש שעושים העורבים אם הוא איסטניס שאין יכול לסבול הרעש, ועי' ברמ"א קנ"ו סי"ב לגבי קול הפטיש דמבואר במשנה שאין חיוב הרחקה בשביל זה וכתב הרמ"א שאם הוא אדם חולה שהקול מזיק לו יכול למחות וכתב בביאר הגר"א דהמקור הוא מסוגיין דאפיקו ליה קורקור, [ועי"ש בביאור הגר"א קנ"ה ס"ק קי"ז וצ"ב].

ה. מתני' מרחקין את השובד מן העיר חמישים אמה, בנמוק"י כתב דחיוב הרחקה הוא משום דההיזק שעושים היונים הוא כשן, ואע"פ שאין קנין גמור ביונים ואין בהם גזל אלא מפני דרכי שלום מ"מ לענין הרחקה נזקין עשו אותו כשלו וחייב מדין שן, אבל

הרמב"ן במלחמות בסוגיא דחרדל ודבורים כתב דאם היה קנין גמור בדבורים היה חייב מדין שן אבל כיון שכל קנינים אינו אלא מפני דרכי שלום אין חייב על נזקיהם מדין שן אלא דרבנן חייבו הרחקה כיון דשכיח הההיזק ידידיה, ועיי' בקצה"ח קנ"ה סק"ט.

ו. **גמ' אמר ר"פ אמר רב זביד ז"א טוענין ללוקח טוענין ליורש**, מכאן הקשו הראשונים על דעת הריב"ם דבחזקת נזקין מהני חזקה בלא טענה וא"כ מה הכונה טוענין הרי אי"צ טענה, ורבנו יונה כתב דצ"ל דאין כונת הגמ' טענת מכר אלא שטוענים שהמערער לא מיחה, דאע"פ שא"צ טענת לקוחה היא מ"מ הלוקח צריך לטעון הך טענה שלא היה כאן מחאה, אבל **הרמב"ן** כתב דהכא מיייר לענין יונים ול"ד לשאר חזקת נזקין, וביאור דבריו כתב הגר"ש לעיל דף ו ע"א אות ק"נ ע"פ מש"כ הראשונים דביונים לא הוה כשאר הרחקת נזקין אלא שהוא מדין מזיק של שן ולא מדין נזקי שכנים וע"כ התם בעינן טענה מכירה ולא מהני בטענת מחילה, אולם הרמב"ן הובא לעיל ביאר דלא מדין מזיק דשן חייב התם.

הערות וציונים פרק לא יחפור

דף כג:

א. **מתני' חוץ לחמישים אמה הרי הוא של מוצאו**, בתוס' כתבו משום דאזלינן בתר רוב העולם ואע"פ שבממון אין הולכים אחר הרוב כ"ז משום דאיכא מוחזק, [וכדאמרינן בב"ק מו: דהמוציא מחברו עליו הראיה וכ"ז רק במוציא ממוחזק], והנה **ברש"ש** נראה שהבין דתוס' באו לבאר דאם לא אזלינן בתר רוב בממון היכא דאין מוחזק היו צריכים לילך אחר קרוב [ואע"פ דהוא חוץ לני אמה והוה קרובא שאינו מוכח] והקשה הרש"ש דמאותו טעם דלא אזלינן בממון אחר רוב משום דבעינן ראייה נמי לא ניזיל בתר קורבא, וכסברת הרש"ש מבואר ברמב"ן בהמשך דברי הגמ', **ועי'** בשיעורי הגר"ש שכתב לבאר דאין כונת תוס' דאם לא אזלינן בתר הרוב היה הדין לילך אחר הקרוב, אלא דכונת תוס' הוא דאע"פ שהרוב אינו מכריע היה הדין יחלוקו כיון שיש ספק של מהיכן נפל, ע"כ לא חשיב מוחזק אלא חשיב כתפיסה לאחר שנולד הספק מכיון שאם באנו לדון מעיקרא למי הוא שייך יש כאן פסק של יחלוקו. (והנה דעת רש"י ב"מ כד: דלפי רשב"א דברוב עכו"ם חייב להכריז דלא אזלינן בתר רוב בממון אף כשאין מוחזק ודלא כתוס' כאן וצ"ע ממתני' אמאי חוץ לחמישים הרי היא של מוצאו ועיי' מש"כ שם לישב).

ב. **מתני' מחצה על מצה יחלוקו**, הקשו באחרונים [קו"ש ובחי' הגרש"ש] דכיון דהוא אבידה וק"ל בב"מ כח ע"א דסימנים וסימנים יניח, וא"כ ה"ה הכא כיון שיש ספק למי שיד האבידה היה צריך להיות יהא מונח, וכתבו לישב דהתם באבידה בשעה שבעל האבידה הגביה את החפץ נתחייב בהשבה ולכן לא יכול ליתן לשניהם דכיון דכתיב עד דרוש אחיד וצריך ליתן לבעלים הגמורים וכיון שאינו יודע למי ליתן לכן יהא מונח, אבל הכא הספק של מי האבידה היא עוד קודם שהגביה את האבידה וכבר חל פסק של יחלוקו מכח הספק ומעולם לא נתחייבו בהשבה, **והנה** הרע"א בב"מ שם הקשה להיפך אמאי אמרינן התם יניח ואמאי לא אמרינן יחלוקו דכיון שהחלוקה יכולה להיות אמת [ולכאורה כונת רע"א דחשיב תרוייהו מוחזקים כיון שהמוצא תופס בחזקת שניהם כמו שמצינו לגבי מנה שלישי שהנפקד תופס בחזקת שניהם, ונראה דאף לפי מה שהבין רע"א דהמוצא חשיב מוחזק מ"מ במתני' אמרינן יחלוקו וכמש"כ דהכא הפסק של יחלוקו הוא קודם שהגביה את האבידה], ולמבואר באבידה ל"ש לומר יחלוקו כיון דיש חיוב השבה.

ג. **גמ' אמר רב חנינא רוב וקרוב הולכין אחר הרוב**, כתב הריטב"א דהלכתא גמירי לה דקרוב עדיף מרוב, ויש להוסיף ע"פ מש"כ הפנ"י בביצה דף י ע"ב דמצינו בתורה דרוב מהני לענין נפשות אבל קרוב לא מצינו דמהני רק בעגלה ערופה דהוה מידי דאיסורא לכן הכרעת הרוב עדיף מקרוב, אולם בקו"ש כאן ביאר באופ"א ע"פ מה דמבואר בחולין יא. דרובא וחזקה רובא עדיף ומשום דרוב הוא מברר את הספק וחזקה אינו בירור של הספק אלא הנהגה במקום ספק ולכן הרוב עדיף מכיון שהוא מברר שאין כאן ספק וממילא אין מקום להנהגה של חזקה, וכן נמי לגבי קרוב דקרוב אינו ענין של בירור אלא הוא הנהגה בספק ולכן כשיש בירור של רוב אין מקום להכרעה של קרוב, ועיי' שהוכיח מתוס' להלן דגדר הדין של קרוב אינו מברר את הספק.

אולם יש לעיין בזה דהנה מצינו ב' דיני רוב דאיכא רובא דליתא קמן ורובא דאיתא קמן, ומצינו באחרונים שכתבו שחלוק ביסודו ב' דיני של הרוב דרובא דליתא קמן הוא בירור גמור וכן כתב הרע"א בכתובות יג. דע"א לא מהני נגר רוב דכל הנאמנות של ע"א הוא רק במקום ספק אבל היכא שיש הכרעה לספק אין נאמנות לע"א, אבל כנגד רובא דאיתא קמן ע"א נאמן ומשום דרובא דאיתא קמן אינו בירור גמור אלא הוה הנהגה במקום הספק וטעמא דלא הוה כרובא דליתא כיון שיש מיעוט לפנינו גם לכן אינו אלא הנהגה בספק, וכן מבואר בתוס' הרא"ש ב"מ ו ע"ב דרובא דאיתא קמן לא חשיב ודאי, ולפי"ז יש להקשות דבסוגיא מבואר דר"ח אמר אף ברובא דאיתא והרי בכה"ג אינו בירור וא"כ מדוע שנילך אחר רוב ולא בתר קרוב, ועיי' בשיעורי הגר"ש שביאר דאף אם ננקוט שרוב אינו בירור מ"מ עדיף מקרוב משום דרוב מכריע את הספק משא"כ קרוב אינו מכריע את עצם הספק, אלא הסברא של קרוב הוא לומר שאין אנו מסתפקים כלל אלא שבא מן הקרוב, ולכן היכא שיש רוב הקרוב אין יכול קבוע שאין כאן ספק כיון שהרוב מספק דאפשר שהוא מהרוב ולכן בכה"ג ל"ש הכרעה של קרוב כיון שיש ספק לפנינו.

ד. תוס' ד"ה רוב וקרוב, וא"ת מאי קמ"ל מתני' היא תשעה חנויות כולן מכרות וכו', ותוס' תי' א' דהתם איכא תרי רובא רוב חנויות ורוב טבחים בסביבות העיר ולכן התם פשיטא דלא אזלינן בצר קרוב, מבואר בתוס' דתרי רובא הוא סברא מהתורה, וצ"ב דאם קרוב עדיף מרוב אחד מה נפק"מ בזה שיש כאן ב' רוב אטו הוה בירור אלים יותר, **ובחת"ס** ביאר דהיכא שהספק מאיזה חנות הבשר יצאה בזה הקרב יכול לקבוע שיצא מהחנות הקרובה יותר, אבל אם דלתות אינם נעולות יש כאן עוד ספק דשמה הבשר אתי מעלמא ולא רק מאיזה חנות היא יצאה ולכן אפשר שנפל מעוברי דרכים שהיה במקום ונמצא דבכה"ג הקרוב אינו מתנגד לרוב ולכן בכה"ג לא אזלינן בתר קרוב, דרך באופן שהקרוב מתנגד לרוב אזלינן בתר קרוב אבל אם אין סתירה בין הרוב לקרוב אזלינן בתר הרוב, ועוד תי' תוס' דנמצא באמצע, **ועי'** בתוס' רי"ד שכתב באופ"א דכל הנדון של קרוב הוא רק אם נמצא בסביבה של החנות אבל אם לא נמצא כלל בסמוך לחנויות אלא במבאות של העיר ל"ש נדון של קרוב, ואף אם נמדוד דהוא קרוב לחנות ההיא מ"מ כיון שיצא ממקום שמוכרים ל"ש נדון של רוב, [והסברא בזה הוא דכל שאין שיכות למקום שמוכרים ל"ש כלל נדון של קרוב], עוד כתבו תוס' לישב דר"ח חידש דאזלינן בתר רוב אף בקרובא דמוכח, וביאר בקו"ש דקורבא דמוכח הוא דיש הוכחה מצד עצמו שהוא בא ממנו משא"כ קורבא דלא מוכח אין ראיה מצד עצמו אלא דמ"מ הוא קרוב יותר מאשר לחברו, ולמבואר לעיל יתכן דקורבא דמוכח הוא ענין של בירור כרוב וקרובא דלא מוכח הוא ענין של הנהגה במקום ספק, וזהו חידושו של רב חנינא דאף קורבא דמוכח אינו ענין של בירור אלא הנהגה בספק ולכן קרוב עדיף.

ה. בתוס' רי"ד כתב לישב קו' תוס' דכל הנדון בסוגיא של רוב וקרוב הוא רק כשיש ב' חנויות אחת שמוכרת בשר כשרה והיא קרובה והשניה יש בה רוב בשר טריפה והיא רחוקה, והנדון האם אזלינן בתר רוב או קרוב, אבל בטיחנות יש כאן רוב ביאות של היתר כנגד הביאה של איסור של הטריפה ולכן התם אין סברא כלל לילך אחר הקרוב, ורק בטיחנות דהתם יש רק ב' ביאות והספק האם הוא בא מהרוב או מהקרוב, **וביאר** דבריו דיסוד הספק בטי' חנויות הוא מאיזה חנות הבשר פרש, ולכן כשיש ט' צדדים שהבשר פרש מחנות של הכשירה הרוב קובע שהיא כשירה, ואע"פ שהטריפה היא קרוב מ"מ מכריעים ע"פ הרוב דהכרעה הרוב כאן היא הכרעה על עצם הספק, אבל כשיש ב' חנויות והנדון מאיזה חנות הבשר פרש בזה אין לנו הכרעה ממצד עצם הפרישות מי פרש והתם יש לנו הכרעות אחרות דיש סברא לומר דכיון שיש רוב בשר יש לתלות שפרש ממקום הרוב ועוד סברא לתלות שהוא מהקרוב ולכן בזה יש לנו נדון האם הולכים אחר הרוב או אחר הקרוב, **[ויש להוסיף]** כאן עוד מש"כ בשערי ישר [ש"ג פ"א ד"ה ונלעני"ד] דענין רוב של תשעה חנויות הוא מחודש מאוד דבשלמא בדינים אזלינן בתר הרוב משום דמסתבר דאם רוב הדינים כווננו לדבר אחד האמת היא כדבריהם, אבל כאן בטיחנות הרי אם נבוא לדון שהבשר נפרש מטיחנות שמוכרת בשר שחוטה מחמת שהרוב מצוי בהם בירור זה אינו אמת, דהרי על כל חנות מעשרה חנויות אלו לא נוכל להחליט שהבשר בא ממנה כיון שכלפי כל אחד יש תשעה חנויות שמכחישות אותה, וא"כ א"א לומר שיש כאן הכרעה של רוב, אלא כתב הגרש"ש דצ"ל דכיון שיש ט' צדדים לצד הכשרות וצד אחד לצד שהוא טריפה ולכן דומה לדינים דכשיש ט' צדדים שמכריע צד אחד הולכים אחר הרוב וזהו ענין אחרי רבים להטות, ולפ"י בב' חנויות ויש ספק מאיזה חנות הבשר פרש האם מחנות שיש רוב בשר או מהקרוב התם ע"כ צ"ל דזה גזה"כ לילך אחר הרוב דמה שיש הרבה חתיכות שם א"יז רוב כמו דינים לומר שפרש משם, אלא ע"כ דזהו גזה"כ דאף בכה"ג אזלינן בתר הרוב והתם אמרינן דקרוב קודם.

והנה האחרונים דנו בכל ט' חנויות האם באופן שהחנות שמוכרת בשר טריפה יש בה בשר יותר מכל החנויות הכשרות האם בכה"ג אזלינן בתר הרוב של הכשרות או"ד דבכה"ג אזלינן בתר רוב הבשר שבחנות הטריפה דאנו תולים שפרש משם, [ועי' בפתחי תשובה סי' ק"י סק"ב שהביא שנחלקו בזה החוות דעת והבינת אדם] ומדברי תוס' רי"ד לכאורה מוכח דלא אזלינן בתר רוב בשר שהרי מבואר מדבריו דכיון שיסוד הספק הוא איזה פרישה היה אזלינן בתר רוב חניות ולא אחר הקרוב, ורק בב' חנויות שאין רוב ביאות אזלינן אחר הרוב.

ו. גמ' מתיב ר' זירא והיה העיר הקרובה אל החלל ואע"ג דאיכא אחריתי דנפישא, פרש"י שיש בעיר הזאת רוב עם יותר מהעיר הקרובה, ומשמע דכונת הגמ' להקשות דנימא דבני העיר האלו יביאו עגלה ערופה וכ"כ הרמב"ם פ"ט מרוצח ה"ו, אולם בתוס' רי"ד כתב פ"י א' דכונת הגמ' היא דלא יבאו כלל עגלה ערופה כיון שאיכא גזה"כ דהעיר הקרובה מביאה ואם היא אינה יכולה להביא אין מביאים כלל עגלה ערופה, ומשני הגמ' דילתא, והיינו דליכא עיר גדולה באכלוסיא יותר מהעיר הקרובה.

והקשה בתוס' רי"ד דאע"פ שאין עיר אחת גדולה מ"מ כיון שיש כמה עירות קטנות שבין כולם איכא יותר אנשים ממה שיש בעיר הקרובה א"כ אמאי לא נזיל בתריהו וכמו שמצינו לעין ט' חנויות שאומרים שהחתיכה באה מהכשרות כיון שיש ט' חנויות, ותי' דבטי' חנויות הנדון הוא האם החתיכה פרשה מחנות הכשרה או מחנות הטריפה וכל הטי' החנות הכשרות מכחישות ואומרות שלא יצאה מהחנות של הטריפה וכיון שיש איכא ט' צדדים לומר שהבשר אינו מהחנות של הטריפה אזלינן בתר הרוב, אבל בעגלה ערופה הנדון הוא מאיזה עיר צריך להביא את העגלה ערופה ואף שיש רוב לומר שלא בא מהקרוב מ"מ כיון שאין הרוב קובע מאיזה עיר יצא הרוצח, דאין ביאת עיר זו מסיעת לזו ואין העירות הרחוקות יכולות לפסוק שלא בא מהקרוב ולכן אזלינן בתר הקרוב שהכרעת הקרוב היא שהרוצח יצא משם, והוסיף בתוס' רי"ד דבעגלה ערופה אם היה העיר הקרובה עיר של עכו"ם וטי' עירות של ישראל סמוכים העירות של ישראל אזלינן בתר רוב של ישראל לומר שלא בא מהעיר של עכו"ם והעיר של ישראל הקרובה תביא עגלה ערופה, [כתב עוד דה"ה נמי אם יש נדון בטי' חנויות של השבת אבידה למי שיד הבשר הרוב לא יכריע שהוא לא של הקרוב אלא הקרוב יכריע כיון שהרוב לא אומר מאיזה חנות היא אלא הרוב אומר פושט את הספק שמהחנות של הטריפה לא יצאה.

ז. **גמ' וליזיל בתר רובא דעלמא**, בתוס' רי"ד ביאר ע"פ דרכו דקושית הגמ' היא דיש עיר גדולה שנמצאת רחוקה דניזל בתרה, ומשני הגמ' דיושבת בין ההרים ואין לבני אותה העיר דרך לבוא לכאן, אבל בתוס' רי"ד הביא פי' דקושית הגמ' היא דניזל בתר רוב של כל העירות שנמצאות כאן שהם יותר מהעיר הקרובה.

ח. **תוס' ד"ה בדליכא**, ובסוטה תניא מנין שאם נמצא סמוך לעיר שאין בה ב"ד שמניחין אותה וכו', כתב הגרנ"ט ובאפקי ים [ח"א סי' כו] לישב ע"פ מש"כ בתוס' רי"ד בסוגיין דהדין קרוב שאמרה תורה להביא עגלה ערופה הוא רק מעיר שיכולה להביא, ולכן אף שיש עיר של עכו"ם שקרובה יותר כיון שאין מבאים משם מביא מעיר של ישראל הקרובה וכמש"כ, וא"כ ה"נ כיון שמעיר שאין ב"ד אין יכול להביא מתקיים דין קרוב בעיר שממנו יכול להביא.

הערות וציונים פרק לא יחפור

דף כג:

א. **גמ' תנן ניפול הנמצא בתוך חמישים אמה הרי הוא של בעל השובך ואע"ג דאיכא אחרינא**, בתוס' מבואר דאף לס"ד דאזלינן בתר קרובא מ"מ רק בתוך חמישים אמה הרי של בעל השובך דחוץ לחמישים אמה הוה קורבא דאינו מוכח ואע"פ שיונים שטים שלושים ריס מ"מ כיון שבתוך נ' הם אוכלים מסתבר לומר שהוא שיעור הקרובא דמוכח.

ותי' הגמ' "דליכא" ובפשוטו נראה דכונת הגמ' דליכא כלל עוד שובכין וכן כתבו תוס' בד"ה בדליכא, וצ"ב א"כ פשיטא ומה החידוש במתני' דהרי הוא של בעל השובך, וי"ל דהחידוש הוא כמש"כ תוס' דלא נימא דהוה של עוברי דרכים עכו"ם והרי הוא שלו אלא דתלינן שהוא של בעל השובך, ועוד י"ל דהחידוש הוא דבעל השובך אינו מתיאש כיון שברור לו שיתלו שהוא בא מהשובך שלו שהוא קרוב, וברש"י פירש אהא דקאמר הגמ' לגבי עגלה ערופה בדליכא דהפירוש הוא דאין עיר שגדולה ממנה וא"כ אפשר לפרש הכא דליכא שובך יותר גדול ממנו אבל מ"מ איכא הרבה שובכים קטנים ששוה לאותו שובך, והנה בתוס' רי"ד הביא פי' אחד דמצרפין את כל העריות לרוב כנגד הקרוב, ולפי"ז ה"ה הכא נמי אם היו הרבה שובכים היו מצטרפין וע"כ צ"ל כתוס' דכונת הגמ' דליכא הוא דאין בכלל שום שובך כאן, ורש"י חולק דליכא דאין מצרפין כמה עריות להיות רוב, אמנם בתוס' א"א לפרש כן שכתבו ד"ה מתיב רי"ז דקושית הגמ' לא היתה מחמת הרוב של כמה עיאות ונראה דחולקים ג"כ על סברת התוס' רי"ד.

ב. **גמ' א"ה אימא סיסא וכו' ואי בדליכא ודאי מההוא נפל**, לפי תוס' דמייירי שלכא כלל עוד שובך כאן א"ש הלשון דודאי מההיא נפל, אבל לרש"י דאיכא עוד שובכים אלא שהם שווין בגוולם א"כ צ"ב מהו הלשון "ודאי מההיא נפל", והנה תוס' הוכיחו בד"ה [ואי בדליכא] דאף בכה"ג איכא דין קורבא, אמנם אכתי צ"ב לשון הגמ'.

ג. **תוס' ד"ה ודאי**, וא"ת דילמא מעוברי דרכים נפל, הקשה **מהרש"א** א"כ אמאי בתוך נ' הרי הוא של בעל השובך הא שמא מעוברי דרכים נפל, ותי' מהרש"א דעוברי דרכים לא הוה רובא דעלמא, וכונתו דכשיש שובך שהוא קרוב אין העוברי דרכים סיבה מספקת כדי לספק שמא מהם נפל אלא תולים בקרוב אבל חוץ לחמישים שאין כאן קרובא דמוכח הקשו תוס' דעוברי דרכים הוא סיבה מספקת לספק שמא נפל מהם.

ג. **גמ' הכא במאי עסקינן במדדה**, פרש"י הלכך תוך נ' אמה של בעל השובך ואע"ג דאיכא אחרינא חוץ לחמישים אמה דנפיש, והיינו דכיון שאין יכול לדדות חוץ לחמישים ע"כ מוכח לאו מדין קרוב הוא אלא שהוא ראויה ברורה שהוא בא מהשוך ההוא ולכן עדיף מרוב דאין כאן ספק כלל, וכתב רש"י וחוץ לחמישים נפק ליה מתורת מדדה וקם ליה בתורת מפריח ואיכא למיזל בתר רובא דעלמא, **והרמב"ן** הקשה על רש"י דלא משמע בגמ' דחוץ לחמישים מייירי כשהוא מפריח ומשמע דכל המשנה מייירי בחד גוונא, ועוד א"כ בתוך נ' הוה מצי לחלק בין מדדה למפריח, ולכן כתב הרמב"ן בשם ר"ת דגם בסיפא מייירי במדדה לא דכיון שאין יכול לדדות יותר מנ' ע"כ אנו תולים שנפל בעוברי דרכים שעברו כאן משא"כ בתוך נ' אנו תולים שבא מהשובך.

דף כד.

ד. **גמ' א"ל רבא רוב ומצוי קאמרת רוב ומצוי ליכא למאן דאמר**, פרש"י דמיו רבים יותר משל עליה ועוד שהן תדירין לזוב משם, צ"ב כונת הגמ' דהנה כתבו תוס' בד"ה אמר אביי דמייירי הכא בדם הנמצא בגג פרוזדור מן הלול ולפנים, וכתבו תוס' דטעמא שהוא קורבא דמוכח משום דמן החדר א"א שהדם יבוא לשם אלא א"כ שחתה ביותר כדמופרש בנדה, וא"כ מה מהני שהוא גם רוב וגם מצוי ומה סברא היא זו שמצוי כאן הרבה דם הרי כיון שכדי שהדם יגיע לגג של הפרוזדור צריכה האשה לעשות שנוי גדול א"כ שם אין רוב ומצוי אכתי תקשה, וצ"ע, ועיי' בשטמ"ק בשם הר"י מגאש ובשיעורי הגר"ש.

ה. תוס' ד"ה דתני רבי חייא, אבל אי גרסינן דתני תימא היכא מייתי מהכא דרוב ומצוי הוא דילמא משום דרוב וקרוב אזלינן בתר הרוב כר"ח, **בש"ש** [ש"ד פ"א] כתב לישב קושית תוס' דע"כ משום דרוב ומצוי הוא ולא מדין רוב וקרוב, דהא קי"ל כשמואל דמהתורה אין אשה טמאה רק בהרגשה, וא"כ נמצא דאע"פ שהספק מתעורר בשעת מציאת הדם אבל מ"מ לידת הספק הוא על שעת ההרגשה האם היתה כאן הרגשה של פתיחת המקור או שהיה כאן הרגשה אחרת וממילא הדם בא שלא בהרגשה ואין היא טמאה, וא"כ כתב הש"ש דכיון שהספק נולד במקום הקביעות האם היתה הרגשה [ונדמי לעכו"ם שלקח חתיחה מחנות אחת ואח"כ נסתפק מאיזה חנות לקח דהספק נולד במקום הקביעות, א"כ רוב לא יכול להכריע את הספק דבמקום קבוע א"א לילך אחר הרוב, וזהו שהוכיח הגמ' דע"כ רק משום שיש כאן עוד סברא של "מצוי" לכן היא טמאה, ולכן לולא דברי ר' חייא דשורפין עליו את התרומה וחייב על ביאת מקדש, הו"א דכל הנדון בדם הנמצא בפרוזור הוא נדון מדרבנן האם היא טמאה מדרבנן שהרי מדרבנן טמאה אף בלא הרגשה וא"כ אין הכרח לומר שהספק נולד במקום הקביעות ומדרבנן אפ"ל דטמאה מדין דרוב וקרוב הולכים אחר הרוב, אבל מדברי ר"ח ע"כ יש הכרח לומר שהוא נדון של דאורייתא ולכן ע"כ צ"ל דמדין רוב ומצוי דא"א לילך אחר הרוב לבד, ועי"ש בש"ש דמבואר מדבריו שהגדר של מצוי הוא מדין רובא דליתא קמן, וברובא דליתא קמן לא אמרינן כל קבוע כמחצה על מחצה דמי, ועי' בשערי ישר ש"ד פ"ג מש"כ לדון בכ"ד הש"ש.

ו. תוס' ד"ה וס"מ רובא דאורייתא, חשיב ליה רובא דליתא קמן, בש"ש שם תמה אמאי חשיב דם רובא דליתא הא האשה לפנינו וא"כ הוה רובא דאיתא קמן, וכתב **בש"ש** לבאר דע"כ רוב דמים באים מן המקור ב' דיני רוב איכא דהוה רובא דאיתא מחמת שהאשה לפנינו ועוד חשיב נמי רובא דליתא קמן, וא"כ השתא דקאמר הגמ' דרובא דהדר ביה וסבר שאם רוב וקרוב הולכים אחר הקרוב אף כנגד "מצוי" אזלינן אחר הקרוב, אבל לר"ח דהולכים אחר הרוב א"א לומר הכא דאזלינן בתר הרוב מחמת רוב דאיתא קמן דכיון דמיירי שהרגישה ביצאת הדם וכמש"כ א"כ בכה"ג הרוב אינו יכול להכיע כיון שהספק נולד במקום הקביעות, וע"כ רק משום דיש כאן גם רוב דליתא קמן דזהו המצוי ובזה אף במקום קבוע הולכים אחר הרוב והיינו דאמר רבא ש"מ רובא דאורייתא.

ז. תוס' בא"ד, חשיב ליה רובא דליתא קמן דרובא דאיתא קמן ל"צ למידק ש"מ דקרא כתיב אחרי רבים להטות, הקשה **מהרש"א** דלעיל הקשו תוס' מה חידש ר"ח דרוב וקרוב אזלינן בתר הרוב הא מתני' דט' חנויות, ולמבואר בתוס' י"ל דט' חנויות הוא רובא דאיתא קמן ולכן רוב עדיף אבל ר"ח חידש דאף ברוב דליתא קמן נמי הדין כן, [וכונתו דכיון דלא מפורש בקרא דאחרי רבים להטות א"כ אם רוב עדיף בט' חנויות עדיין לא נדע ברוב דליתא קמן], וכתב **הגר"ש** לישב ע"פ מש"כ באחרונים דרובא דליתא קמן הוא רוב אלים יותר [וכיון דברובא דאיתא המיעוט ג"כ לפנינו], וכמו שכתב הרע"א דאין ע"א נאמן נגד רוב דליתא קמן שהרוב מברר דאין כאן ספק כלל אבל כנגד רוב דאיתא קמן ע"א נאמן, ולכן אם לא היה דין של רוב בתורה לא אזלינן אף בתר רובא דליתא קמן אבל לאחר שנתחדש דאחרי רבים להטות ואזלינן בתר רוב כ"ש רובא דליתא קמן [ועי' ש"ש פ"ט], ולכן הקשו תוס' דאם ברובא דאיתא לא אזלינן בתר קרוב אלא בתר הרוב כ"ש ברובא דליתא וא"כ אף דר"ח קאי רק ברובא דליתא מ"מ כבר ידעינן כן מהך משנה, **[מיהו]** בעצם הך כללא מצינו דיש נמי מעלה לרובא דאיתא מלרובא דליתא ועי' בתשובת רע"א [תנינא ק"ג] שכתב לענין דין דסומך מיעוט לחזקה דאמרינן רק ברובא דליתא ולא ברובא דאיתא כיון שהרוב לפנינו ולכן כתב נפס"מ לענין הולכים בממון אחר הרוב עי"ש].

ח. גמ' לא דכו"ע אית ליה דר"ח וכו' ומר סבר חריפא דנהרא נקט ואתאי, פרש"י שמא מתחלה נפלה באמצעות הנהר במקום חזקו ומרוצת המים הביאתה ולא הניחתה לנטות ימין ושמואל, **צ"ב** דכיון דאינו אלא ספק שמא מתחלה הגיע בלאמצע הנהר איך אפשר לילך אחר הרוב בכה"ג שהרי יש כאן קרובא דמוכח שבא מעיר של ישראל, דלכאורה כל סברת ר"ח היא כשהרוב הוא ברור ולכן עדיף מקרוב אבל כשיש ספק האם יש רוב אמאי אין הקרוב מכריע וצ"ע.

ט. גמ' והני מילי חמרא אבל ענבי מצנעי, כתב הרא"ש דכונת הגמ' היא רק למד"א קרוב עדיף דיש חילוק בין ענבים ליין, אבל לפי ר"ח ענבים נמי מתורים דאזלינן בתר רוב, אבל הרמב"ן כתב דכונת הגמ' דאפילו לפי ר"ח נמי אסור כיון דהכא לאו מדין קרוב הוא אלא מקומו ממש וחזקה כאן נמצא וכאן היה, ובפשוטו כונת הרמב"ן לסברת הגמ' בכתובות בסוף המדיר דכאן נמצא כאן היה הוא סברא דלא להסתפק כלל ואמרינן נמי לענין ממון ולכן ה"ה נמי אלים טפי כנגד רוב.

י. תוס' ד"ה לימא משום דסבר כר"ח, וליכא ליממר דשריא משום ספק ערלת חו"ל מותרת דהא אי לית ליה כר"ח אלא רוב וקרוב אזלינן בתר קרוב א"כ הו"א ודאי ערלה, כתב בקו"ש דמבואר בתוס' דלקרוב יש דין ודאי והיינו דחשיב בירור גמור ולא כמש"כ לעיל דהוא מדין הנהגה, דאם הוא דין של הנהגה לא היה דין ודאי וכמש"כ בתוס' הרא"ש בשטמ"ק לגבי עשירי ודאי דרוב לא חשיב בירור ואין כאן עשירי ודאי, כתב בקו"ש ד"ל דכל סברת תוס' היא רק לפי הצד דקרוב עדיף מרוב וע"כ משום דחשיב בירור גמור, אבל לדעת ר"ח דרוב עדיף ע"כ משום דקרוב אינו דין ודאי, ואף היכא דליכא רוב המתנגד לקרוב אי"ז דין ודאי.

אמנם בש"ש [ש"א פ"א] כתב לתמוה ע"ד הפנ"י שכתב בהא דאמרינן לגבי ממזר דממזר ודאי ולא ממזר ספק דה"ה היכא שהוא ממזר מכח רוב ג"כ חשיב ממזר ספק דכיון דרוב אינו בירור גמור לכן אי"ז בכלל ודאי וכ"כ הפנ"י לענין חזקה ותמה דהכא כתבו תוס' דהיכא שהתורה הצריכה ערלה ודאי קרוב חשיב ודאי ואין סברא לחלק בין קרוב לרוב, ולמבואר ברמב"ן אפ"ל דאם קרוב

עדיף הוא סברא אלימא מרוב דבכל רוב כיון שיש מיעוט אין לזה דין ודאי אבל קרוב הוא הלכה ודאית ככאן נמצא כאן היה ואין אנו מסתפקים כלל ולכן יש לזה דין של ודאי.

יא. תוס' בא"ד, דהא אי לית ליה דר"ח, הקשה הרש"ש מנלן לתוס' באמת דאי לית ליה דר"ח דרוב עדיף חייב להיות דקרוב עדיף דילמא אף אי לית ליה דר"ח דרוב עדיף קרוב נמי אינו עדיף אלא הוא ספק ושקולים הם, [וכמו שמשמע בתוס' ד"ה דתני בתו"ד], ובקו"ש [אות פח] כתב דלא מצינו אלא פלוגתת דר"ח ור"ז אם רוב עדיף או קרוב עדיף לכן אין סיבה לדון שיש עוד צד דהוה ספק.

דף כד:

יב. גמ' ואי איכא רברבי בהדיהו אימור באברורי הוה מנחי, הקשה בקו"ש דאף שיש לתלות שנפלו יחד אם הגדולים מ"מ אמאי לא הוה ספק דהרי יש כאן רוב לתלות שהוא של העכו"ם וא"כ יש כאן רוב וקרוב, וכעין זה הקשה הקצה"ח [סי' רס"ב סק"ב] על המשנה באלו מציאות כה ע"א מצא כלי ולפניו פירות דאמרינן שהוא של בעל הכלי והקשה דאף שהוא קרוב לתלות שנפל מהכלי מ"מ ר"ח אמאי דאזלינן בתר רוב ואפשר לתלות שנפל מרוב עוברי דרכים, וכתב הקצה"ח דלסברת הרמב"ן דר"ח מודה היכא שהוא במקומו ממש כמו היכא שמצא בתוך הכרם ה"ה הכא חשיב כמקומו ולכן לא אזלינן בתר הרוב, ולפי"ז ה"נ י"ל כיון שיש סברא אמאי לקח ג"כ את הקטנים עמו חשיב כמקומו ממש, אבל עדיין צ"ב לדעת הרא"ש דפליג על סברת הרמב"ן, ובנחל"ד בב"מ כתב לישב המשנה שם בב"מ דחשיב רוב ומצוי דכה"ג מודה ר"ח כדאמרינן בסוגיא לענין דס הנמצא בפרזדור וא"כ אפשר דה"ה בכה"ג חשיב רובו ומצוי.

הערות וצינונים פרק לא יחפור

דף כד:

א. מתני' מרחיקין את האילן מן העיר עשרים וחמש אמה, בגמ' מבואר דטעמא דמתני' משום נוי העיר, ובראשונים מבואר דאין זה מדין הרחקת נזקין אלא הלכה חדשה, **וברשב"א** דייק ברש"י דאינו נוהג רק בארץ ישראל דבגמ' [בד"ה לא חמימא] פרש"י דאייז "תפארתה של ארץ ישראל" ומשמע דכל הסברא של נוי העיר אינו נוהג בחו"ל, והראשונים הוכיחו כן מהא דמקשה הגמ' ותיפוק ליה דאין עושים שדה מגרש וכו' והרי הך דינא אינו נוהג רק בארץ ישראל וע"כ דכל דינא דמתני' אינו נוהג בחו"ל, **אולם** ביד רמה כתב דדינא דמתני' נוהג אף בחו"ל והתם נמי איכא דינא דנוי העיר, ולכן כתב היד רמה דהך דינא דאין עושים שדה מגרש וכו' נוהג אף בחו"ל מדרבנן דאל"כ מה מקשה הגמ' וכמו שהוכיחו הראשונים, ויעי' בחי' הגר"ש [סי' י"ט] שהוכיח בדעת הרמב"ם כהיד רמה דאין חילוק בין חו"ל לא"י ובכל מקום איכא משום נוי העיר.

ב. גמ' ל"צ אלא לר"א דאמר עושים מגרש שדה ושדה מגרש, ובש"ך סי' קנ"ה סק"י י"ב כתב דברוב ספרים גרסינן בדעת ר"א עושין שדה מגרש "ולא" מגרש שדה, והקשה א"כ איך קאמר הגמ' דא"ש לר"א, וכתב הש"ך דע"כ צ"ל דמתני' מייירי בחו"ל ולכן לרבנן דאין עושים שדה מגרש גם בחו"ל אין עושים אבל לר"א רק בא"י אין עושים ולא בחו"ל ומתני' בחו"ל ולכן תמה ע"ד הטור עיי"ש, ועי' שהביא דבילקוט איתא לבי הגי' עיי"ש ועי' בחי' הגר"ש.

ג. גמ' מ"ש גבי בור דקתני קוצץ ונותן דמים ומ"ש הכא דקתני קוצץ ואינו נותן דמים, צריך להבין אמאי לא מקשה הגמ' יותר דהכא מבואר דאף היכא שהאילן קדם את עיר הדין הוא שקוצץ, ולגבי בור מבואר במשנה לקמן כה ע"ב דאם האילן קדם לא יקוצץ ואמאי מקשה הגמ' רק ממה דהכא נותן דמים והכא אינו נותן והו"ל לגמ' להקשות בעיקר הדבר דחזינן שיש חילוק בעצם הזכות לסמוך, וכתב הר"ן דזה היה פשיטא לגמ' דהזיקא דרבים שאני ולכן יקוצץ אפילו כשהאילן קדם, אלא דכל קושיית הגמ' היתה רק לגבי נתינת דמים וביאר הר"ן דהטעם דנותן דמים בקדם הבור הוא משום ישוב אילנות [וכדמבואר בירושלמי] ולכן קס"ד הגמ' דסברא זו אין לחלק בין הזיקא דיחיד להזיקא דרבים, ועי' תי' הגמ' דגם על סברא זו איכא חילוק בין הזיקא דיחיד להזיקא דרבים, **והנה** בתוס' לעיל יח ע"ב כתבו דטעמא דנותן דמים באילן הוא משום דאיכא הפסד מרובה ולפי"ז נמי יש לפרש דקס"ד דהגמ' דאין חילוק בין הזיקא דיחיד להזיקא דרבים לענין זה, אבל הקשה הר"ן דרש"י לקמן ע"ב פירש דטעמא דבאילן ובור נותן דמים כיון שהאילן אינו מזיק מיד אלא לאחר זמן ולכן אמרו רבנן שלא יקוצץ בלא נתינת דמים, והקשה הר"ן א"כ מה מקשה הגמ' ממתני' דהכא ל"ש טעמא דהתם דהכא כיון שההיזק הוא משום נוי העיר א"כ יש כבר נזק מיד דאם שותל אילן גדול פשיטא שמיד איכא משום נוי העיר ואף אם הוא רק נוטע אילן אי"ז נוי העיר וא"כ מה מקשה הגמ', ואולי י"ל בדעת רש"י דכיון שאין כאן מזיק גמור ס"ל לגמ' שדומה לבור ואילן [ועי' ח"י הגר"ן].

ד. גמ' ספק זה קדם וכו' קוצץ ואינו נותן דמים, מ"ש מבור דאמרת לא יקוצץ, ביאור הס"ד של הגמ' דאף דהכא לעולם צריך לקוצץ וא"כ מאי קמדמי לבור, מ"מ ס"ל לגמ' דהחיוב לקצוץ הוא רק בתנאי שאח"כ ישלם לו ובמקום ספק שאין משלם לו אח"כ אינו צריך לקצוץ כמו באילן ובור שבספק אינו קוצץ, ומשני הגמ' שדין הקציצה אינו שיד לדון תשלומין ואפילו במקום שלא ישלם אח"כ מ"מ צריך לקצוץ.

והנה הגר"ש שם הקשה לדעת הרשב"א והראשונים דאין בני העיר יכולים למחול על נטיעת האילן א"כ מה מקשה הגמ' הרי בבור ואילן הוא נדון של ממון ולכן בספק אזלינן לקולא אבל הכא דהוא משום נוי העיר הוא נדון של איסורים גרידא ולכן מספק חייב

ומה קמדמה הגמ' כלל, ועוד דמלשון הגמ' משמע שהוא תביעת נזקין דקאמר שאני היזקא דיחיד מהזיקא דרבים, ואפשר דאף להרשב"א אף שתחילת הדין הוא נדון של איסורים מ"מ נתנו רבנן לזה גדר תביעה של ממון אלא דמ"מ מחילה לא מהניא דאין הם בעלי דברים למחול אלא שיש להם רק את הזכות לתבוע הממנות.

ה. גמ' היכי דמי גורן שאין קבוע אמר ר' יוסי בר חנינא כל שאינו זורה ברחת, ברש"י כתב דגורן בקבוע היינו שזורה בכלי אבל אינו קבוע א"צ לזרות ברחת "אלא הרוח מנשבת בכרי והמוץ נדף מאליו", משמע מרש"י דנדף מהרוח לבד בלא סיוע האדם כלל, והנה לקמן כו. נחלקו בגמ' האם רקתא חשיב גירי דיליה כיון שהולך מכח הרוח ע"י הכאתו, ובתוס' הקשו לרבינא דסבר דלא חשיב גירי דיליה מ"ש ממתני' דמרחיקן גורן מהעיר, ותי' דרבינא מפרש דמתני' לא קאי כר"י אלא לרבנן דמחייבי הרחקה אף בלא גירי, והנה לכאורה כל מה שרקתא חשיב גירי למאן דפליג על רבינא הוא כיון שהוא עושה בידו כגון ברקתא שזורק בידו לרוח וכן הכי בגורן קבוע שעושה ברחת וזורק את המוץ לרוח בכלי, אבל גורן שאינו קבוע לכאורה לא חשיב גירי דהוא מניחו על הארץ וממילא הרוח נטלתו משם, וא"כ לפי"ז גורן שאין קבוע לא הוה כר"י דאין זה גירי כיון שאינו עושה בידו כלום, ונמצא דלרש"י רישא דמתני' חשיב גירי ובסיפא לא הוה גירי, ולא קשה כ"כ דשי' רש"י לעיל כב: דהרבה משניות לאו כר"י, ועי' ברשב"א שהוכיח כדעת רש"י דכולה פרקין דלא כר"י ממתני', אבל לתוס' דסבר דכולה פרקין כר"י צ"ב א"כ אמאי גורן שאינו קבוע חייב בהרחקה, אולם בחזו"א [סי' י"ד אות יא] כתב דאף אם אם אינו זורה בידו חשיב נמי גירי וז"ל ונראה דאף גורן שאינו קבוע חשיב גירי דאע"פ שאינו זורה ברחת מ"מ כשמניח שיזרו ברוח הו"ל זורה בהנחה זו עכ"ל ומבואר דהחזו"א פ"י דזה חשיב מעשיו מה שמניחו לרוח שיזרנו. והנה בר"י מגאש בשטמ"ק כתב לפרש דלא כרש"י דגורן שאינו קבוע הוא לא זורה ברחת אלא זורה בידו, ולפי"ז י"ל דכל החילוק הוא בשיעור ההרחקה אבל מ"מ עדיין למד"א דסברי דרקתא חשיב גירי ה"ה גורן שאינו קבוע כיון דהוה מתוך ידו.

ו. גמ' רב אשי אמר מה טעם קאמר כדי שלא יזיק, כתבו הראשונים דהא דלר"א מוכח מהא דהוצרכה המשנה כאן לפרש טעמא שלא יזיק היינו כדי לומר דטעמא דמתני' הוא משום הרחקת נזקין ודלא כמתני' דמרחיקין את האילן מן העיר שהוא לאו מדין הרחקת נזקין אלא חיוב חדש משום נוי העיר.

ז. הנה משמע בגמ' דלרב אשי כל המשנה מיירי רק בגורן קבוע ולא מפורש בגמ' האם לרב אשי איכא חיוב הרחקה בגורן שאינו קבוע כאב"י או דפליג לגמרי על אב"י וסבר דבגורן שאין קבוע אין חיוב הרחקה כלל, ונראה שנחלקו הראשונים בזה, דהנה הריטב"א דלר"א אע"ג דגורן שאין קבוע חשיב גרמא דגירי מ"מ לא אסרו גרמא דגירי אלא בדבר קבוע כמו סולם ונימה, מבואר מדברי הריטב"א דרב אשי שחולק על אב"י דמתני' מיירי רק בגורן קבוע לית ליה חיוב הרחקה כלל בגורן שאין קבוע, ומבואר עוד בריטב"א דאע"פ שעושה ברחת וחשיב גרמא דגירי מ"מ כיון שאינו קבוע ליכא חיוב הרחקה, [וכן כתב הפרישה בסי' קנ"ה אות כח], אבל בנמוק"י כתב במתני' דכל החיוב הרחקה הוא רק בגורן קבוע דנעשה ברחת אבל גורן שאינו קבוע שאינו זורה ברחת אלא הרוח מנשבו בעצמו לא קביע הזיקא שלפי שעה מסתלק ועוד שאינו הולך למרחוק ומשום היזק מועט כזה לא חייבו להרחיק, מבואר בנמוק"י דסבר כהריטב"א דלרב אשי אין חיוב הרחקה בגורן שאין קבוע אמנם נראה שחולק על הריטב"א דהחילוק בין גורן קבוע לאינו קבוע הוא באופן הנזק דבאינו קבוע לא נעשה הנזק ברחת כלל ולכן אין חיוב הרחקה.

והביאור בזה מבואר בב"י [סי' קנ"ה] דהרי הגמ' אומרת אמר ריב"ח הכי דמי גורן שאינו קבוע וכו' ומשמע דדין זה אינו תלוי באב"י ורב אשי ולכו"ע אית ליה הך חילוק דהיכא שזורה ברחת חשיב גורן קבוע ולכן אע"פ שלא עושה כן בקביעות חשיב גורן קבוע, וגורן שאינו קבוע היינו שזורה שלא ברחת, ונמצא דלפי הריטב"א כל החילוק של ר' יוסי בר חנינא הוא רק לאב"י אבל לפי רב אשי החילוק בין גורן קבוע לאינו קבוע הוא תלוי בעצם הנזק האם הוא בקביעות ולא באיזה אופן הוא עושה את ההיזק ברחת או שלא ברחת, ועי' בדרישה שם.

והנה ברמב"ם נראה שסבר דרב אשי אינו חולק לדינא על אב"י אלא דמפרש המשנה באופן אחר, דבפרק י' משכנים ה"ב פסק דינא דמתני' והעתיק את כל לשון המשנה ומשמע דכרב אשי דסיפא פירושא דרישא, ובפרק י"א ה"א כתב הרמב"ם מי שעשה גורן בתוך שלו או מלאכה שיש אבק וכו' צריך להרחיק כדי שלא יזיק, וכתב הלחם משנה דהכא לא יהיב הרמב"ם שיעור להרחקה כמו שכתב לגבי גורן דהכא מיירי בגורן שאינו קבוע, והיינו דרב אשי אינו חולק על אב"י רק בפירוש המשנה, [אולם צריך להסיף דהרי להלכה קי"ל כר"י דאין חיוב הרחקה רק בגירי דלילה וא"כ צ"ל דהרמב"ם יפרש כהר"י מגאש דגורן שאינו קבוע מ"מ נעשה ע"י ידיו ולכן חשיב גירי דילה או כמש"כ החזו"א, ועי' בביאור הגר"א קנ"ה ס"ק צ"ג שכתב בדעת השו"ע כהלחם משנה, ועי"ע בחזו"א שם.

ח. בשו"ע קנ"ה סעי' כב כתב דחיוב הרחקה בגורן קבוע הוא אף הגורן קדם את העיר אלא דנותן דמים כמו באילן קדם את העיר במשנה הקודמת, והנה במשנה לעיל לגבי אילן מבואר דנותן דמים רק באילן ולכאורה התם חייב לקצוץ משום נוי העיר אבל מנלן דבהרחקת נזקין כה"ג נמי אין סמך בהיתר, וכתב בחזו"א דלמדו הפוסקים באילן וכתב דה"ה בנבלות וקברות ובורסקי, ויש לדון לסברת תוס' לעיל יח: דמשום הפסד מרובה האם הוא בכל הרחקת ג"כ או לא.

דף כה.

ט. מתני' מרחיקין את הנבלות ואת הקברות ואת הבוסקי מן העיר חמישים אמה וכו', מבואר בגמ' נחלקו ת"ק ור"ע דלת"ק אין עושה בכל רוח ובמזרח מרחיק נ' אמה, ולר"ע בכל הרוחות מרחיק נ' ובמערב אינו עושה כלל, והקשה החזו"א לת"ק איך יכול לעשות במזרח דאע"פ שהוא מרחיק נ' מ"מ כיון שיש הרבה עירות שהם למזרח אותו העיר וא"כ נמצא שעושה אותם במערב של אותם עירות, עי"ש מש"כ, ועי"ע בתפארת ישראל במשניות מש"כ.

י. מתני' מרחיקין את המשורה מן הירק, בגמ' לא אתפרש מהו שיעור הרחקה, והראשונים כתבו דבתוספתא מבואר דחרדל ודבורים הוא נ' אמה, ועי"ע מש"כ לענין משרה מירק, עי' ברמב"ן וברשב"א.

הערות וציונים פרק לא יחפור

דף כה:

א. מתני' אם הבור קדמה קוצץ ונותן דמים, פרש"י דכיון שברשות נטע שאינו מזיק עד זמן גדול לא חייבהו חכמים לקוץ בלא דמים בשביל הפסד יחיד, צ"ב מש"כ רש"י "דברשות" דהרי הבור קדם והוה שלא ברשות, ובשטמ"ק הביא בשם רבנו יונה שכתב בשם רש"י אע"פ שנטע שלא ברשות, [ע"י לעיל כד : שהובא דהראשונים הקשו לפרש"י מה מדמה הגמ' להא דלא יטע אילן סמוך לעיר הא התם הוא מזיק מיד עי"ש מש"כ], והראשונים כתבו עוד טעמים בתוס' לעיל יח : כתב משום הפסד מרובה חייבהו לשלם, ברמב"ן לעיל כתב משום ישוב העולם, ועי' ברבנו יונה כתב משום שחשו על הפסד אילנות, ועוד כתב רבנו יונה דכיון שאין כאן מזיק של גירי בדיעבד לא חייבהו חכמים לקוץ בלא דמים, מבואר מדברי רבנו יונה שהוא סברא בכל הנזקין ולא רק באילן, ולעיל הובא דבשו"ע כתב דה"ה בהיזק דגורן נמי אינו מחויב להרחיק בלא נתינת דמים ובחזו"א כתב דה"ה היזק דשובך ונבלות וקברות, יש לדון האם בכל המזיקים אמרינן הכי.

ב. מתני' ר' יוסי אומר אע"פ שהבור קדם לא יקוץ שזה חופר בתוך שלו וזה נוטע בתוך שלו, נחלקו הראשונים האם לר"י יש חיוב לשלם היכא שהזיק או דר"י פליג על רבנן שאין חיוב הרחקה, ברמב"ן בדיני דגרמי כתב דלר"י כיון שיש סברא דעל הנזיק להרחיק את עצמו אף אם הזיק פטור מלשלם, וכתב הרמב"ן דאף למאן דדאין דינא דגרמי וחשיב הכא גרמי כיון שיש סברא דעל הנזיק להרחיק את עצמו אינו מחויב לשלם דאם חייב בהרחקה יהא מחויב לשלם, אולם ביד רמה כאן [אות קה] כתב דר' יוסי אינו פוטר אלא מחיובי הרחקה אבל אם הזיק אף לר"י חייב לשלם והיינו דאף לר"י היכא דלא הוה גירי דילה חשיב מזיק ונחלקו רק האם רבנן חייבו הרחקה, והרמב"ן בדיני דגרמי הביא עוד שיטת הראב"ד בזה ויבואר בזה עוד להלן בעזה"י בסוגיא דרקתא. עוד הקשה הרמב"ן בדיני דגרמי אמאי אין מדין שור דהרי השרשים ממונו הוא והולכים ומזיקים, עי"ש מש"כ הרמב"ן לישב ועי' בשיעורי הגר"ש בריש פרקין מש"כ לבאר בכונת הרמב"ן, ועי' בתוס' רי"ד שכתב לישב באופ"א ועי' עוד בנתה"מ קנ"ה ס"ק י"ח מש"כ.

ג. תוס' ד"ה עני והעשיר הוה, רבותא נקט שהיה עני ולא איבעיא להו לאסוקי אדעתיהו וכו', אע"פ שסמך בהיתר וכו', במהרש"א ביאר דתוס' מקשים לפי פירוש ר"ח ור"ת דלמסקנת הסוגיא בחרדל רבא מודה לאב"י דבכל המזקין מותר לסמוך חוץ מבזר משום דכל מרא ומרא וא"כ הקשו תוס' אמאי צריך להרחיק הרי סמך בהיתר, ואע"פ שהוא גירי דיליה מ"מ למסקנת הגמ' אף בנזק דגירי איכא היתר של סמך בהיתר כדמבואר ברפת בקר.

אולם צ"ב דמשמע דהתוס' באו לבאר דיש כאן חידוש בהא דקתני שהיה עני מעיקרא, ומשמע דכונת תוס' לומר דאע"פ שהיה עני והוה כשדה שאין עשויה לבורות מ"מ השתא חייב להרחיק כיון שהוא מזיק ולכך הקשו תוס' דמדוע אין כאן את ההיתר של סמך בהיתר, אמנם א"כ קשה אמאי הקשו תוס' רק לפי פירוש ר"ת דלמסקנה רבא חזר בו ולכאורה אף לפי רש"י ור"י דסברי דלרבא ליכא היתר דסמך בהיתר נמי קשה דכיון שהוא שדה שאינה עשויה לבורות הא קי"ל כלי"ב דאב"י ורבא פליגי רק בשדה עשויה א"כ באינה עשויה יכול לסמוך ותקשה אמאי צריך להרחיק כאן, ונראה דלפירוש רש"י ור"י אף אם הוה שדה שאין עשויה לבורות מ"מ צריך להרחיק, דהרי בקצה"ח [קנ"ה יא] ביאר דהא דמבואר בגמ' ללי"ב דבשדה שאינה עשויה השני צריך להרחיק את כל ההרחקה ולא אמרינן על המזיק להרחיק את עצמו כיון דבבור תרוייהו מזקי ההדדי ולכן מוטל כל ההרחקה על השני שסמך, וא"כ כ"ז רק בבור אבל הכא כיון שרק הם מזיקים מוטל עליהם כל ההרחקה ולכן הקשו תוס' רק לר"ת דאית דאף לרבא איכא היתר דסמך בהיתר, וכן לפי מש"כ בקצה"ח עוד לישב ע"פ סברת הר"י מגאש בגפנים דכיון שהוא שדה שאינה עשויה לאו כל כמינה דהשני

לחפור כאן בורו לחייב את הראשון בהרחקה, וא"כ י"ל דכ"ז רק בבור דשדה שאינה עשויה לבורות הוא מצד עצם השדה אינה עשויה אבל הכא הרי כתבו הראשונים דסתם חורבה עומדת לבנות אלא דהכא דמעיקרא היה עני לא חשיב שדה שאינה עשויה מצד החפצא אלא שהגברא לא היה יכול לבנות ולכן לכו"ע על הראשון להרחיק.

ד. תוס' בא"ד, אומר ר"ת דהכא ה"ט דלא קביעא תשמישיהו כל כך כי הנך דלעיל, **ביאור** הדברים מצינו ב' דרכים, **בהגהות אשר"י** כתב דכיון דלא קביע כ"כ וליכא טורח בסילוקן לכן אין היתר של סמך בהיתר, והיינו דאף לאחר שסמך בהיתר חשיב מזיק אלא שרבנן התירו לו כיון שיש טורח בסילוק, [והובא בנתי"מ קנ"ה ס"ק י"א], ועי' בשיעורי הגר"ש שכתב סברא אחרת כיון דלא קביע לכן חשיב שסומך כל פעם מזיק מחדש, והדברים מפורשים ביד רמה לעיל [אות לא] עיי"ש שחילק בין חנות ורפת בקר להכא דהתם בחנות שסמך בהיתר יכול לסמוך ולהדליק אש חדשה ולא חשיב שסומך מזיק, דהתם כיון שהוא תשמיש קבוע ע"כ כשסמך החנות מעיקרא זה ע"ז גופא ניתן לו זכות לעשות חנות שדרך החנות שכל פעם הוא מדליק לכן מותר לו להוסיף אש כל פעם, אבל הכא דהתשמיש אינו קבוע לכן לא חשיב שמעיקרא סמך כאן השתמשות של כתישת שומשום ולכן כל פעם סמיכה חדשה של מזיק.

ה. תוס' בא"ד, ועוד דהכא באיסור סמך דכל מרא ומרא דמחית מרפי לארעי, **לכאורה** כונתם דאף לר"ת דאית ליה דסמך בהיתר א"צ להרחיק כ"ז בשאר מזיקים אבל בכל מרא ומרא לא כדמבואר לגבי בור, וה"נ בשעה שסמך איכא כל מרא ומרא וכן משמע בפלפולא חריפתא סיי"ו ס"ק כ', [והידוש הוא דבשלמא בבור מרעיד את הקרקע לגבי בורות דלא יוכל לחפור בור אח"כ, אבל הכא הוא מרעיד את הכותל ולכאורה כל ההיזק הוא רק בשעה שיש כותל קיים ומבואר שיש נזק בקרקע גם לגבי בנין כותל], **אולם** צ"ב דאם קושית התוס' היתה כמש"כ דכיון שעני הוא חשיב כשדה שאינה עשויה לבורות א"כ ל"ש לומר כל מרא ומרא, **ובביאור הגר"א** [קנד ע"ד] כתב דכונת תוס' דל"ש לומר סמך בהיתר כיון שהוא מזיק עכשיו בידים, וזהו וכנתם דכל מרא ומרא עכשיו בשעה שהאפדנא בנוי, והיינו דכל שעכשיו הוא מזיק בידים לא מהני מה שסמך בהיתר דהרי חשיב אדם המזיק, וסברא זו מבואר ברא"ש שכתב דהרמב"ם כתב דאם נעשה נזק לאפדנא חייב לשלם כיון שהוא מזיקו בידים, ועי' בנתי"מ קנ"ה ס"ק י"ז שכתב דאף להסוברים בכל הרחקות נזקין שהוא פטור מלשלם אם היזק הכא חייב כיון שהוא מזיקו בידים, וסברא זו מבואר ברמב"ן בדיני דגרמי שכתב לדון האם בכל הרחקת נזיקין חייב לשלם אם היזק וכתב דבבור כיון דכל מרא ומרא חייב לשלם דכמאן דאזיק בידים, [והגר"א ביאר בזה הא דמבואר שם ברמ"א דאם היה לאדם כותל כנגד ביתו וחברו פתח חלון ולא היה מזיקו בהזיק ראייה כיון שהיה כותל וכתב הרמ"א שאם נפל הכותל בעל החלון צריך לסתום את החלון כיון שעכשיו הוא מזיקו בידים כדמבואר הכא], **אולם** צ"ב לשון תוס' שכתבו "דהכא באיסור סמך" משמע דהכל מרא הוא בסמיכה, ועי' בהגהות אשרי שכתב כתוס' בלא הך תוספת דהכא באיסור סמך, ועי' בשיעורי הגר"ש מש"כ.

ו. והנה לפי פירוש ר"ת דהכא חייב להרחיק כיון דלא קביעי תשמישתא, משמע דאם היה סוג השתמשות שהיה קבוע היה פטור מלהרחיק אע"פ שהוא מזיק בידים, [ולא נראה שנחלקו ב' תי' תוס' האם חשיב מזיק בידים], **וצ"ב** היכן מצינו פטור של אדם המזיק בכה"ג דלכאורה כל הסברא דאדם עושה בתוך שלו הוא רק לגבי היזק של תשמישים, אבל באדם המזיק לכאורה ל"ש הך היתרא, ונראה כמש"כ לעיל כב ע"ב בדעת רש"י דגירי דיליה היינו כוחו וכונת הגמ' דמודה ר"י היינו שמודה לענין חיוב הרחקה, וזה כל הנדון כאן האם לפי ר"י יש חובת הרחקת נזקין בהיזק דגירי ואה"נ אם יעשה היזק חייב לשלם, [ועי' במשנת ר' אהרן עמוד פ' שנראה דהבין שיש פטור בעושה בתוך שלו אף כלפי אדם המזיק].

הערות וציונים פרק לא יחפור

דף כו.

א. גמ' הוה קא אזיל רקתא וכו' א"ל כי אמרינן מודה ר"י בגירי דיליה הני מילי היכא דקא מכוחו הכא זיקא הוא דקא ממטי ליה, מבואר דנחלקו רבינא ומר בר אשי האם היכא דכח אחר מעורב בו חשיב גירי דיליה, **והנה** לעיל נחלקו הראשונים בגדר דגירי דיליה דעת רש"י דבעינן דווקא כוחו או מעשה ידיה ותוס' כתבו דגירי היינו שמזיק מיד, והרמב"ן כתב דגירי היינו שמזיק ממקומו, ויסוד הדברים נראה מדברי הראשונים דהגדר של גירי הוא שסומך מזיק ולא מודה בזה ר"י דיש חיוב הרחקה, אלא שנחלקו הראשונים מה ההגדרה של סמיכת מזיק האם הוא מה שמזיק מיד בשעת הסמיכה או מפני שממקומו הוא מזיק, אמנם כאן נחלקו בגמ' באיזה אופן צריך להיות הסמיכה של הדבר המזיק [ולא באיזה אופן נעשה הנזק] האם כשסומך ע"י כח אחר מעורב בו חשיב שהוא סומך מזיק כמו שמצינו לענין שבת דזורה ורוח מסיעתו, דכמו שמצינו דחשיב מעשיו לענין איסור ה"נ חשיב מעשיו לענין מזיק, או דגירי הוא רק אם הוא סומך את המזיק בכוחו ולכן היכא דכח אחר מעורב לא חשיב שסומך כאן מזיק, [ולענין שבת א"צ כוחו וסגי במה שהוא חשיב מעשיו ולכן חייב בזורה ורוח מסעיתו], ולכן אע"פ שהוא מזיק מיד מ"מ כיון דסמיכת המזיק לא נעשה בכוחו אין חיוב הרחקה דמלבד אופן ההיזק בעינן נמי שהוא בעצמו יסמוך את המזיק, [והנה רש"י בד"ה כתב דלפי ר"א זורה ורוח מסעיתו

חשיב כוחו, ומשמע דרש"י מפרש דכו"ע סברי דבעינן כוחו אלא דסבר דאף היכא דכח אחר מעורב בו חשיב ככוחו, ונראה דרש"י אזיל לטעמיה דגירי היינו שהנזק נעשה ע"י כוחו לכן הוצרך לפרש כן הכא דהוה כוחו, ועי'.

ב. תוס' ד"ה זיקא דקא מטי ליה, תימא לר"י דליחייב משום אש מידי דהוה אאבנו סכינא ומשאו שהניחו בראש גגו ונפלו ברוח מצויה והזיקו, **הנחה"מ** [קנ"ה ס"ק י"ח] כתב לישב קושית תוס' שהחייב של ד' אבות נזיקין ל"ש כלל במזיק בנזקי שכנים משום דכל החייב של ממונו המזיק הוא רק בכח"ג שהוא יכול לשמור ממונו שלא יזיק וכיון שהוא אינו שומר על ממונו חייב, אבל כאן אין יכול לשמור על ממונו דבשביל לשמור צריך לימנע מלהשתמש והתורה לא הצריכה בנ"א לימנע מלהשתמש, ולכן אין חייב לשמור וממילא פטור מלשלם אם הזיק, [ותמה הנחה"מ אמאי הקשה תוס' כן רק על רקתא והרי בכל המזיקים אפשר לחייב אותו מדין ממון המזיק, ובחדל דוברים אפשר לחייב משום שן עי"ש], **ועי'** בתוס' ר"י דשמבאר בדבריו כסברת הנתיבות.

ואפשר לישב דעת תוס' דהנה בברכת שמואל [ס"י כ'] כתב בשם הגר"ח לבאר אמאי לפי ר' יוסי דעל הניזק להרחיק את עצמו אין מחייבים את המזיק משום ד' אבות נזיקין, וביאר דהחייב של מזיק הוא רק היכא שהולך לרשות חברו אבל כשעושה ברשות עצמו אין זה בכלל החייב של ושמירתן עליך ולכן סבר ר"י דעל הניזק להרחיק את עצמו, אלא דבכח"ג דהוה גירי דיליה חייב אף שעומד ברשותו וכמו שכתב הרמב"ם דגירי דיליה הוא כמו שזרק חציו מרשותו לרשות חברו, והיינו דזה לא מוגדר כעושה בתוך שלו אלא עושה בשל חברו ולכן כה"ג חייב מדין מזיק דעלמא, [אלא דיש עוד חידוש נוסף בגירי דיליה דרבנן חייבו הרחקה אף באופן שמצד הלכ' מזיק לא היה צריך להרחיק וכמש"כ לעיל כב ע"ב], ולפי"ז י"ל דכל קושית תוס' היא רק ברקתא משום דאע"פ שעושה ברשותו מ"מ הרקתא נכנס לרשות חברו ומזיקו ולכן דוקא בזה הקשו תוס' שיתחייב מדין מזיק דאש, אבל בכל הרחקות כגפת וזבל אינו נכנס לרשות חברו אלא מזיק ממקומו [וכמש"כ הרמב"ן לעיל כב ע"ב], ונראה דענין זה מתבאר מדברי הרמב"ן בקו' דיני דגרמי שכתב הרמב"ן דלר"י דעל הניזק להרחיק עצמו אין חיוב תשלומים כיון שאומר לו לניזק שירחק עצמו ומקשה הרמב"ן אמאי לא מחייבנן באילן משום דשורו ולא טפח ליה באפיה או משום אש, וכונתו נראה דהכא בשרשים מכיון שהם נכנסים לרשות חברו ממילא יתחייב בתשלומין וגם יהיה לו חיוב הרחקה כמו בכל ד' אבות נזקין שיש לו איסור להזיק, אבל בכל הנוקין דלא יחפור כתב הרמב"ן דהוא מזיק ממקומו ואינו נכנס לחברו ולכן ל"ש לחייב מדין ממונו המזיק.

ג. תוס' בא"ד, ואומר ר"י דלא דמי לאש דאין חייב משום אש אלא כשעושה האדם לבדו כדכתיב המעביר את הבעירה וכו' "ודמי לליבה וליבתו הרוח", **ביאור** כונתם תוס' הוא ע"פ מה שכתבו תוס' בב"ק נט ע"ב [ד"ה לבתה] ובדף ס ע"א [ד"ה ליבה] דלבתה הרוח את האש ברוח מצויה חייב והיינו שאם אחד הדליק גחלת ובא רוח מצויה וליבתה את האש חייב משום אש דאע"פ שהרוח ליבתה את האש מ"מ חשיב המעביר את הבעירה, דבמעביר את הבעירה כתוב דכל שעשה אש שיכולה להזיק ע"י רוח מצויה חייב, ולכן אע"פ שאין כאן רק גחלת והרוח ליבתה חשיב מעביר את הבעירה, אבל בליבה וליבתה הרוח פטור כיון דהרוח בעצמה אין בכוחה ללבות את האש ומעשה שלו לא ליבה לבד חסר כאן במעביר את הבעירה, וכתבו תוס' דאבנו סכינא ומשאו הוה כליבתה הרוח דכיון שהוא הניח בראש גגו והיינו הבערת האש לכן אע"פ שהרוח גרמה הנזק דהוה כמו שמסר את האש לרוח מצויה שתוליד האש למקום אחר אבל רקתא הוה כליבה וליבתה הרוח.

ובאבן האזל [פ"ד מנזקי ממון ה"ז] הקשה אמאי רקתא חשיב כליבה וליבתה הרוח הרי כיון שהוא מנפץ הכיתנא ומוציא את הרקתא והרוח רק מוליכה את הרקתא א"כ הרי"ז דומה ממש ללבתה הרוח דחשיב אש, וכתב באבן האזל לבאר דהכא חשיב נמי שהרוח יצרה את עצם המזיק דיציאת הרקתא היא ג"כ ע"י הרוח, ומש"כ תוס' דאי לאו רוח לא הוה רקתא אזלא כל עיקר ביאר באבהא"ז דהכונה שלא היתה יוצאת כלל, **והנה** תוס' ביאר בהמשך דבריהם קושית הגמ' מג' עפ"י דמעיקרא ס"ל לגמ' דכל יצירת המזיק היא ע"י הרוח דאע"פ שהג' יוצא מתחת הפטיש מ"מ ג' עצמו הוא לא דומה לגחלת דגחלת חשיב אש ויש כאן יצירת מזיק אבל ג' אין לה קיום ולא חשיב יצירת מזיק כלל וכל יצירת המזיק נעשית מכח הרוח ולכן מקשה הגמ' דא"כ ה"ה ברקתא, וע"ז משני הגמ' דניחא ליה דתיזול, וכתבו תוס' דע"י ההכרה שלו הוליד את הג' למקום אחר שיוכל להזיק וע"כ חשיב שיש כאן יצירת מזיק שלו ואח"כ הרוח הולכה אותה למקום אחר ונמצא דהוה כמו רוח שמוליכה את הגחלת.

ד. תוס' בא"ד, במהרש"א כתב סברא אחרת לחלק דבאס"ו שהניחו בכונה בראש גגו כדי שיפלו חייב מדין אש אבל הכא ברקתא לא עשה כן בכונה ודעתו רק לנפץ הכתנא ע"כ לא קרינן ביה המבעיר את הבעירה, [ומדבריו נראה דאין כונתו לפרש כן בתוס'], וביאר דבריו נראה גם לפי מש"כ דיסוד המחייב באש הוא במה שהוא מבעיר הבעירה וע"כ באס"ו שהניחו בכונה במקום שיכול ליפול חשיב שהוא הבעיר אש שיכול לילך להזיק ברוח מצויה, אבל ברקתא שכונתו לדבר אחר לא חשיב מבעיר את הבעירה, ויסוד סברא זו מבואר ברמב"ן בדיני דגרמי ע"ש שכתב שברקתא הרוח עושה להיפך מרצונו דהוא מנפץ הכיתנא כדי שיפול הרקתא לארץ לכן לא חשיב מבעיר את הבעירה משא"כ באס"ו שהוא הזמין את הרוח לאש.

ועי' ברשב"א בסוגיין שכתב באופ"א דבאש היא עצמה שורפת והרוח רק מוליכה אותה למקום אחר וכן באבנו סכינא ומשאו הנזק נעשה ע"י כובד האבן וחדוד הסכין והרוח עושה רק מעשה הולכה בעלמא, אבל ברקתא עיקר הנזק נעשה ע"י הרוח דהרקתא מצד עצמה אינה ראויה להזיק רק הרוח מכה את הרקתא על בנ"א, וצ"ע א"כ אמאי מקשה הגמ' מרקתא הא התם חיובו מדין אש והרוח אינו מכה ע"ג בנ"א וע"י באבן האזל שם מש"כ לבאר בדעת הרשב"א.

ה. **תוס' בא"ד**, משום דלא פליג ר"י ורבנן לענין חיוב תשלומין אלא לענין הרחקה, **בפשטו** היה אפשר לפרש דכונת תוס' רק הכא לענין רקתא כיון דהוה גרמא [כדמבואר בגמ' בב"ק סא.] לכן בזה כו"ע מודו שאין חיוב תשלומין, וכל הנדון ברקתא הוא רק לגבי חיוב הרחקה, אבל לגבי שאר מזיקים במזיק דלאו גירי דיליה היה אפ"ל שפלוגתא רבנן ור"י האם גם לגבי חיוב תשלומין, **אולם** בלשון תוס' לא משמע כן, ונראה מדבריהם דבכל המזיקים אין מחלוקת ר"י ורבנן כלל לגבי חיוב לשלם רק לענין חיוב הרחקה, וכן כתב הרמב"ן בקו' דיני דגרמי דמסיק דכל המחלוקת בין רבנן ור"י במזיק דלא גירי הוא רק לגבי חיוב הרחקה אבל אין חיוב לשלם ורק במזיק דגירי חייב לשלם ע"י שכתב מדין אש או משום גרמי.

וביאור הדברים כתב בברכ"ש [סי' י"ט] דאף לרבנן שיש חיוב הרחקה מ"מ אין חיוב מדין ד' אבות נזיקין מכיון שהוא עושה ברשותו אין לו חיוב של מזיק, אלא שרבנן חידוש בנזקי שכנים שיש חיוב הרחקה, אבל בגירי דיליה חשיב כמזיק ועושה בשל חברו וכמש"כ הרמב"ם לכן התם לכו"ע אם הזיק חייב בתשלומים, אמנם אף לר"י בהיזק דגירי חיוב הרחקה אינו רק מצד שיש לו שם מזיק, אלא חובת הרחקה היא מדיני שכנים וכמש"כ לעיל כב: כמה ראיות לכך דאף ר"י מודה שיש חיובי הרחקה אלא דסבר דזה נאמר רק באופן שההיזק נעשה באופן של גירי.

ביד רמה [אות ק"ה] כתב דאפילו לפי ר"י דעל ההיזק להרחיק את עצמו ה"מ לענין הרחקה אבל לענין תשלומין לכו"ע אם הזיק משלם מה שהזיק, וביאור דבריו דסבר דלכו"ע איכא דין מזיק ולכונחייב לשלם וכמש"כ שם דבכל המזיקים איכא תולדה דד' אבות נזיקין, אלא דסבר ר"י שבדבר שאינו גירי אין חיוב הרחקה נזקין אלא יכול לסמוך ע"י לשלם, אלא אפילו במקום שיש לו רשות להשתמש מ"מ יש לו שם מזיק ולכן חייב בתשלומין, ולפי דעת הרמ"ה לא קשה קו' תוס' שיתחייב מדין אש דאף דחייב משום אש מ"מ יש לו עדיין רשות לשמוך כמו בכל הרחקות דמתני' דחייב מדין מזיק ומ"מ יש לו רשות לסמוך.

והרמב"ן כתב שיטה ג' בענין זה והוא שיטת **הראב"ד** שכתב דאף במזיק של גירי אין חיוב תשלומים, וביאור דבריו דסבר הראב"ד דמכיון שהוא עושה בתוך שלו לפיכך אין בזה דין מזיק כלל ואפילו במקום דהוה גירי דיליה לא הוה מזיק, וכתב הראב"ד דהא דאמרינן לעיל והא גרמא הוא קאי אכולה פרקין דמדקתני חייב להרחיק ולא חייב ע"כ שאין בזה חיוב מזיק ולכן מקשה הגמ' והא גרמא הוא ואיך יתחייב בהרחקה, והיינו דהטעם דהוה גרמא ולא גרמי או אש משום שהוא עושה בתוך שלו ואין בזה חיוב של אש, ובברכ"ש כתב שהראב"ד אזיל לטעמיה בשטמ"ק שכתב שהטעם שאין חיוב של אש משום שאין זה מקום פשיעה, והפירוש בזה הוא כיון שהוא עושה ברשותו צריך שיהיה מקום פשיעה כדי להתחייב בחיוב של אש, וזהו מש"כ הראב"ד שבכל גירי דיליה אין חיוב של גרמי ולא חיוב של אש כיון דלא חשיב כפשיעה גמורה ברשות חברו, נמצא שיש ג' שיטות בזה דעת הרמב"ן ותוס' דבמזיק דגירי לכו"ע חייב להרחיק ואם לא הרחיק חייב לשלם, לפי היד רמה בכל ההרחקות אף ר"י מודה לכך שחייב לשלם ורק נחלקו לענין חיובי הרחקה, ג' דעת הראב"ד דאף במזיק דגירי אין חובת תשלומים כיון שהוא עושה בשלו, [וע"ע לעיל כ ע"ב שנתבאר דעת הראשונים דבכל ההרחקות אף לאחר שהרחיק חייב לשלם].

ו. **תוס' בא"ד**, וא"ת מ"ש מנמיה דאפילו לר"י מרחיקין וכו' ומיהו התם משום דזימנין דבהדי דמנח וכו' כדאמרן לעיל, צ"ב כונת תוס' דהרי בגמ' מפורש לעיל דכל מה דחשיב גירי הוא רק מכיון דזימנין דבהדי וא"כ מה חידשו תוס' ומיהו וכו', ועי' **בחזו"א** שכתב דצריך לפרש דכונת תוס' הוא דבהדי דקא מנח חשיב גירי "אף לרבינא", והיינו שהחידוש של תוס' הוא דבהדי דמנח רבינא מודה דלא הוה ככח אחר, והטעם בזה עי' בשטמ"ק בשם תוס' שאנץ שכתב דמייירי שקופצת להסולם בעוד שהסולם בידו וכ"כ בחזו"א שם בתו"ד.

הערות וציונים פרק לא יחפור

דף כו.

א. **מתני'** לא יטע אילן סמוך לשדה חברו אלא א"כ הרחיק ממנו **ארבע אמות**, בגמ' מבואר דטעמא משום עבודת הכרם, ופרש"י דכשיחרוש יכניס את המחרשה לשדה חברו, וברש"י לעיל יח ע"א הוסיף וכן בשעת הבציר בוצרין בעגלות וצריך להן מקום פנוי ד"א ויכנס לשדה חברו, והנה ברש"י שם כתב [בד"ה טעמא משום] דהך היזק מזיקו בידים ולפי"ז נראה דאף ר' יוסי דמצריך גירי דיליה מודה לזה, **אולם** יש לדון דהנה בכל ההרחקות דפרק לא יחפור ההיזק נעשה בדבר שסומך בעצמו אבל הכא בעבודת הכרם הרי ההיזק לא נעשה במה שסמך את האילן עד למיצר אלא ההיזק הוא דמחמת שסמך אילן יבוא להזיקו אח"כ בידים ונמצא דהחיוב הרחקה עכשיו אינו מחמת שסומך כאן דבר המזיק אלא שע"י מה שסומך עכשיו אילן גורם לו להזיק אח"כ, וא"כ אפשר דבכה"ג אף ר"י מודה דהוא חיוב הרחקה מחודש, ועי' **ביריב"א** לעיל יח. שכבר עמד בזה וכתב דלמדנו כאן חידוש בהלכות הרחקה דאף היכא שאינו מזיקו עכשיו אלא שיגרום לו היזק מכח הסמיכה חייב להרחיק וז"ל

והנה בתוס' לעיל ב ע"א [ד"ה אומר לו גזור] כתב דטעמא שצריך להרחיק כאן הוא אף לר"י משום דחשיב גירי דיליה, ובמהר"ם שם כתב דכונת תוס' כמש"כ תוס' ב"ק ק ע"א דחשדינן ליה לבעל הכרם שיביא מחרשתו לשדה חברו, ומשמע דכונתו דכה"ג שיביא מחרשתו הוא מזיק בידים ואמאי תלוי בר"י ורבנן, ואפשר דכונתו דכיון שאח"כ יזיק בידים יש בו את החומר של גירי דיליה דאף ר"י מודה בזה עכשיו שחייב להרחיק, אולם ברמב"ן לעיל ב. כתב דמתני' רבנן ולא ר"י כיון דלא הוה גירי דיליה, וע"ע בשיעורי הגר"ש לעיל שהאריך בכ"ז.

ב. גמ' א"ל זיל קוץ, בתוס' כתבו דמיירי שנטע אילנות גבוהים דאי נטע גרעין ואח"כ גדל אינו מחויב לקצוץ דבכה"ג לא חשיב גירי דיליה, ו**כונתם** נראה ע"פ מה דמבואר לעיל לגבי נמיה דטעמא דחשיב גירי דיליה משום דבהדי דקא מנח הסולם אתי נמיה, וה"ה הכא מיד בשעה שהוא נוטע את האילן גבוה הציפורים מוכנים כדי לישב ע"ג הדקלים, אבל אם נטע גרעין אינו באותו שעה אלא אח"כ וכה"ג לא חשיב גירי, ולפי"ז כל הגירי היה בשעה שנטע את האילן ויש להקשות א"כ אמאי מחויב עכשיו לקוץ את האילן הרי עתה האילן קיים כבר אין הנזק נעשה בגירי דהרי באים ציפורים חדשים כל הזמן ואין אותם ציפורים שהיה מוכנים מאותו שעה שנטע, אלא הביאור בזה כמש"כ לעיל דאף ר' יוסי מודה דהיכא שיש היזק של גירי יש חיוב הרחקה אף אף בהשתמשות הזו יעשה נזק שלא ע"י גירי דרבנן כבר אסורו וחיובו הרחקה על כל ההשתמשות ולכן ה"נ כאן כיון שמעיקרא היה אסור לו לנטוע אילן כזה ממילא חלה עליו חובת לקוץ את האילן וכמש"כ לעיל לגבי נמיה.

אולם הרא"ש כאן כתב דמיירי שבעל האילן היה מפריח את הציפורים כשהיו יושבים על הדקל והיו מזיקים את הגפנים ולא חשיב גירי דיליה וכתב הרא"ש דכמו דאמר ר' יוסי אפיקו לי קורקור מהכא דהתם נמי היו מפריכים אותו מקיזי הדם ולכך חשיב גירי דיליה וכמש"כ רבנו יונה לעיל, ולפי"ז אין חילוק בין אם נטע גרעין או אילן גבוה, [ולדעת תוס' צ"ב מ"ט בהא דאמר ר"י הוה גירי ולעיל נתבאר דסברת תוס' דכיון שבאו העורבים מחמת מקיזי הדם חשיב נמי גירי שהרי תוס' כתבו דלפי רבינא דבכח אחר לא חשיב גירי ה"נ לא חשיב גירי אבל למר בר אשי חשיב גירי דמכיון שע"י הדם באים העורבים חשיב גירי ודו"ק].

ועי' בשיעורי הגר"ש לעיל ב ע"א [אות כט] שכתב לדון בחידוש של הנתה"מ דיש חיוב של גירי דממונא דאף בכה"ג שלא נעשה גירי ע"י האדם בעצמו אלא ע"י ממונו ג"כ חייב ולכן כתב הנתה"מ דמחיצת הכרם שנפרצה חשיב גירי דממונו, והקשה עליו ממה שכתבו תוס' דאם נטע גרעין אין כאן גירי כיון שהאילן ממילא גדל ואף דליכא גירי דיליה מ"מ אמאי לא יתחייב והא איכא גירי דממונו

ג. גמ' א"ל אנא לא קייצנא דאמר רב האי דילקלא וכו', והיינו דטען לו דכיון שיש איסור של כל תשחית אינו רוצה לקוצץ את האילן, והקשה הרמב"ן דכיון שהוא מחויב ע"פ דין מצוה הוא להפסיד כל מה שיש לו ולא יפסיד לחברו, ולכן כתב הרמב"ן דרבא לא הודה לו וסבר דבאמת אינו מחויב להרחיק יותר מד"א אמות ורק לדחות אותו אמר כן, [וכן נראה ברמב"ם פ"ו מהלכ' מלכים ה"ח שפסק בדמקום היזק אין איסור לקצוץ אילן], **אולם** בתוס' כאן מבואר דאינו ידחויא בעלמא שהרי הקשו ממתני' דבור קודם קוצץ ונותן דמים והרי איכא איסור דכל תשחית ות"י דמיירי באילן סרק ומבואר דבאילן הנותן פירות אסור לקוץ, ועי' **בקו"ש** [אות צ"ד] שכתב דכיון שיש איסור לאדם להשחית אף עץ שלו לכן איכא סברא לומר מאי חזיר איסור מזיק מאיסר של כל תשחית ועוד כתב דאיסורא חמיר דממונא אתיהיב למחילה אבל איסור לא.

דף כו:

א. גמ' אין מעילה בגידולין, טעמא דהך מילתא כתב בקצה"ח בסי' ר' סק"א ע"פ מש"כ הרמב"ן לקמן עט. דמעילה איכא רק באופן שהוקדש ע"י קדושת פה, אבל גידולין שלא הוקדשו בקדושת פה אלא דממון של הקדש הוא ליכא בהו מעילה, ועי' ברשב"ם לקמן עט. דמשמע דטעמא דאין מעילה משום דלא נעשה הגידולין ממון של הקדש ומשמע דלהקדש אין זכות של ארעי אשבח, עי' באחזר סי' י"ח ובמנחת ברוך סי' ל' שכ"כ, ועי' אבי עזרי הלכ' מעילה שתמה על זה ועי' קו"ש לקמן ואכמ"ל.

ב. גמ' רבינא אמר לא קשיא הכא בתוך ט"ז הכא חוץ לט"ז אמה, והיינו דטעמא דשל הקדש הבאים בשל הדיוט לא מועלים כיון שהוא חוץ לט"ז ושל הדיוט בשל הקדש אין מועיל דהוה תוך ט"ז אבל לאחר ט"ז מועלין, **צ"ב** ממ"נ אם הגידולים של בעל האילן מה החילוק בין חוץ לט"ז או בתוך ט"ז הרי זה ממונו, ומבואר דאם האילן צריך אותו בשביל היניקה חשיב נחשב של בעל האילן אבל אם אינו צריך את השורשים בשביל יניקת האילן חשיב שהקרקע היא הצמיחה את השורשים, ולכן אף בהקדש אינו שלו ופקע הקדושה כיון דמדיני הממון אינו של הקדש והוה כמו תרנגולת שמרדה, מיהו צ"ב אמאי הוה רק של בעל הקרקע והרי זה ברור שהאילן ג"כ גורם לכך וצ"ת, ואפשר דהא דזוכה בעל האילן ברשותו היא זכות של ארעי אשבח, וזכות זו אינה מחייבת שתהא שלו תמיד, דהיכא שהקרקע של השני גרמה לשרשים אע"פ שגם האילן גרם לכך אין לזה זכות של ארעי אשבח, וכ"ז באופן שהאילן א"צ לשרשים, ויסוד זה דארעי אשבח הוא זכות נוספת של אדם בממון חזין לקמן עט. לגבי הקדש דדעת הרשב"ם שם דגידולי הקדש אינם שייכים להקדש למד"א אין מעילה בגידולים והיינו ששאת הזכות של ארעי אשבח אין להקדש ויסוד זה כתב במנחת ברוך ויבאר שם כל הענין.

הערות וצינונים

פרק חזקת הבתים

דף לח.

א. מתני' שלוש ארצות לחזקה, עיקר הסוגיא דחזקת ג' שנים לעיל בריש חזקת הבתים, ונביא בקצרה שיטות הראשונים העקריות שנוגע להבנת המשנה והסוגיא כאן, הנה מסקנת הגמ' לעיל כט ע"א דטעמא דבעינן בקרקע חזקת ג' שנים אלא אמר רבא דשנה ושנתיים אדם שומר שטרו אבל יותר מג' שנים אינו שומר את השטר ולכן בג' שנים הוה חזקה, **א'** הקצה"ח הביא מהרמב"ן [לקמן מב.] שכתב דעיקר טעם החזקה הוא מפני שהבעלים שותק והיינו דיש ראייה דהוא של המחזיק מדלא מיחה, ומעיקר הדין היה צריך להיות דלאלתר איכא חזקה דאין אדם נותן שישבו בקרקע שלו אפי' שעה אחת ושותק, אלא דבתוך ג' שנים איכא למערער טענה דאחוי שטרך ולכן אפי' שלא מיחה אין לו חזקה דיוכל לומר לו אחוי שטרך וכן מבואר בריטב"א לעיל כט. עיי"ש, [והאחרונים האריכו טובא בשיטה זו ואכמ"ל], **ב'** הקצה"ח כתב דיסד דין חזקת ג' שנים אינו ראייה מדלא מיחה, אלא שהוא תקנת חכמים דכיון שאין דרך אדם לשמור שטר אחרי ג' שנים בזמן שהמערער שותק, והמערער לא הפסיד כיון שהיה לו אפשרות בתחלה לערער, ודייק כן מלשון הרמב"ם [פ"א מטוען ה"ב] שכתב הואיל ולא מחית הפסדת על עצמך, וז"א שיש כאן תקנה לשניהם למחזיק שאחר שלוש יהא שלו ולמערער שצריך למחות תוך ג' שנים, וכן מבואר ברא"ש בריש חזקת הבתים דהוה תקנת חכמים וכן מדויק ברש"י כתובות דף יז ע"ב [ד"ה שני זקה] עיי"ש, ג' ברמב"ן לקמן מב. הביא י"א בהא דמבואר התם דאם אכל בפני האב שנה ומת האב והמשיך הבן שלאכול עוד ב' שנים דהוה חזקה וכתבו דכ"ז רק אם הבן הוא גדול דיכול למחות בפניו אבל בבנו קטן שאין יכול למחות בו אין כאן חזקה, וביארו באחרונים דס"ל ל"א דיסוד דין חזקה הוא דיש כאן ראייה מדלא מיחה ג"ש, ולכן בבנו קטן אין הראיה דלא מיחה דאין יכול לשמור שטרו, דהרמב"ן סבר דיש ראייה מיד אבל הי"א סברי דהראיה היא גם אחר ג' שנים דניתן למערער זכות למחות כדי שהמחזיק ישמור את השטר ולכן אם לא מיחה ג' שנים המחזיק מאבד את השטר דכיון דלא מיחה כ"כ הרבה לא היה צריך לשמור שטרו ולכן זה ראייה שהוא שלו.

ב. רשב"ם ד"ה היה, "שהרי אין מי שיגיד לו למחזיק שמיחה זה ויזהר בשטרו דהא אין שיירות מצויות הלכך כיון שאינו יכול למחות אפי' דלא מיחה לא הפסיד בשתיקתו והיה לו לזה המחזיק להיזהר בשטרו שהרי יודע שאין בעל הקרקע יכול למחות, **והנה** ממש"כ הרשב"ם שהרי אין מי שיגיד למחזיק שמיחה זה ויזהר בשטרו, מבואר דס"ל דיסוד דין המחאה הוא כדי שישמור את השטר ודלא כהרמב"ן דהמחאה היא על עצם מה שיושב בקרקע שאינו שלו, **אולם** ממש"כ הרשב"ם "ולא הפסיד בשתיקתו" נראה דיסוד דין חזקת ג"ש הוא כמש"כ הקצה"ח שהוא תקנת חכמים וע"כ הכא לא תיקנו שיפסיד בשתיקתו, דאם חזקת ג"ש הוא מחמת שיש ראייה משתיקתו א"כ הכא כיון שלא ישמעו את המחאה אין ראייה ממה ששותק ולא היה צריך הרשב"ם לפרש דלא הפסיד בשתיקתו, אמנם בגמ' כתב הרשב"ם [ד"ה לעולם] דטעמא דחזקת שלוש שנים הוא משום דמצי טעין ליה מחזיק אמאי לא מחית בתוך ג' ומשמע דלאו משום תקנת חכמים אלא דמדלא מיחה.

והנה הרשב"ם בסו"ד כתב "והיה לו לזה המחזיק להיזהר בשטרו שהרי יודע שאין בעל הקרקע יכול למחות", ומשמע דאם לא היה לו אפשרות לשמור את השטר מאיזה טעם שיהיה היה הדין דאית ליה חזקה אפי' שלא היה יכול למחות, **וצ"ב** איזה ראייה יש לו למחזיק שהקרקע שלו כיון דכאן המערער לא היה צריך למחות, [ואם כל החזקה היא מחמת שהיה יכול למחות ואם לא היה יכול למחות, א"כ אף אם לא היה לו אפשרות לשמור השטר לא היה מפסיד המערער וכ"ש אם היא משום תקנת חכמים נמי אמאי יפסיד המערער ככה"ג הרי אין לו אפשרות למחות], ומבואר מדברי הרשב"ם דבמקום שאין צריך לשמור את השטר הקרקע שיד לו גם בלי הראיה של מדלא מיחה כיון שהוא מוחזק, וכמו שמצינו במטלטלין דמוחזק עדיף ממרא קמא, ועי' בריטב"א לעיל כט. שכתב כע"ז, ולפי"ז כל הראיה של מדלא מיחה הוא רק כדי שהמחזיק אינו צריך לשמור את השטר דאם לא היה צריך למחות היה על המחזיק לשמור את השטר לעולם דשמא ימחה המערער, אבל לאחר שאין טענה של אחוי שטרך והמחזיק מוחזק בקרקע על המערער להביא ראייה להוציא ממנו, ועי' בחי' ר' ראובן שכתב כן בדעת הרשב"א דזהו יסוד דין חזקה דאחר ג"ש חשיב מוחזק.

ג. והנה לשיטת הרמב"ן שצריך ראייה שהקרקע שלו ובלי ראייה אין דין מוחזקות בקרקע וכמש"כ הרמב"ן דהראיה היא מדלא מיחה מיד, וא"כ הכא שלא היה צריך למחות ליכא חזקה כי אין לו ראייה של מדלא מיחה, ודלא כמש"כ הרשב"ם דליכא חזקה כיון שהיה צריך לשמור את השטר, **אולם** עי' ברמב"ן שם שכתב וז"ל ובמקום חירום דאי נמי לא ידע ביה הוה ליה לאזדהורי בשטרי לעולם, ולכאורה אמאי הוצרך הרמב"ן לפרש דליכא חזקה כיון שיש טענה של אחוי שטרך הרי להרמב"ן חזקת ג' שנים הוא ראייה מדלא מיחה וא"כ הכא דהמחאה לא נשמעת ליכא הך ראייה דמדלא מיחה, והביאור בזה דסברת הרמב"ן דאין אדם רואה חברו יושב בקרקע ושותק הוא אף כשנמצא במקום חירום ולכן אף באופן שלא ברור לו שיגיע המחאה צריך למחות על זה שחברו יושב בקרקע, וסברא זו מתבאר בתוך דברי הרמב"ן שם במש"כ דמהני חזקה אף שקטן מחזיק דיש טעמא מדלא מיחה, וכן מבואר שם בהא דמיחה בפני בנ"א שאין יכולים לומר לו עיי"ש.

ד. מתני' ר' יהודה אומר לא אמרו ג' שנים וכו', ברשב"ם מבואר דר"י חולק על הטעם דעד ג' שנים מיזדהר אינש בשטרא, והוא דמבואר לקמן מא. דלפי ר"י בפניו הוה חזקה מיד, משום דסבר ר"י סבר דאין אדם נותן לחברו שיחזיק בקרקע שלו אפילו רגע אחד, אלא הא דבעינן ג' שנים הוא רק כיון שנמצא באספמיה שהוא מרחק גדול, אבל אם הוא נמצא עמו בעיר הוה חזקה מיד, ולכאורה כונתו לפי שיעור הזמן שצריך לידע שחברו יושב בקרקע שלו, אולם ברבנו יונה כתב דלר"י כיון שתיקנו ג' שנים היכא

דאזיל לאספמיא השוו רבנן מידותיהם דבכל גוונא בעינן ג' שנים אף שהוא מקום שאינו רחוק כ"כ מהלך שנה, אלא דסבר ר"י דכל שהוא בפניו לאתער הוה חזקה דהיה צריך למחות מיד, עיי"ש עוד בכ"ד רבנו יונה, ונחלק ר"י על ת"ק וסבר דמגליל ויהודה איכא חזקה וטעמא דהך מילתא דסבר דאף בשעת חירום יכול לבוא ולמחות ויבואר עוד להלן לט ע"א.

ה. רשב"ם ד"ה אפי' היה ביהודה והחזיק ביהודה, בעיר אחרת נמי לא תיהוי מחאה, **הקשה החת"ס** דאם מחאה שלא בפניו לא הוה מחאה אף אם הוא נמצא יחד באותו עיר ממש לא הוה מחאה אלא א"כ הוא בא לפניו למחות, וכמו ששמע ברשב"ם [בד"ה אי קסבר מחאה] דהנדון הוא אף בשניהם דרים בעיר אחת, וצ"ל דאם מיירי בעיר אחת אע"פ דלא הוה מחאה מ"מ הוה חזקה דכיון שהוא נמצא עמו באותו העיר הוא שמע מהחזקה אלא שצריך לבוא למחות בפניו ולכן כיון שלא בא לא הפסיד, אבל בעיר אחרת לא.

דף לח:

ו. אמר רב יהודה אמר רב אין מחזיקין בנכסי בורח, ברשב"ם בד"ה מחזיקין כתב דבורח ל"ד אלא ה"ה לכל מרחיקי ארצם אלא אורחא דמילתא נקט, אבל תוס' כתבו דדוקא בורח אבל באיניש דעלמא יכול לבוא למקום שהמחזיק נמצא ולמחות, וכתב הרשב"ם דרב סבר כר' יהודה דמחאה שלא בפניו לא הוה מחאה דהא אמר במתנ"י דילך שנה ויחזור שנה וכו', אולם רב לא סבר לגמרי כר"י דהרי במשנה מבואר דלפי ר' יהודה כיון דמחאה שלא בפניו לא הוה מחאה צריך לילך למחזיק ולמחות בפניו, אבל לרב דאין מחזיקין משום דבעינן מחאה בפניו ה"ה נמי שאין חזקה דאינו מחויב לילך למחות בפניו, [ועי' ברשב"ם להלן לט. ד"ה ויבוא לשנה אחרת שמבואר דר' יהודה חידש דיש חיוב לילך למחזיק ולמחות], (והנה הרשב"ם במשנה כתב דר"י נחלק עם רבנן האם טעמא דחזקה ג"ש הוא משום דעד ג' שנים אדם שומר את השטר, והיה אפשר לומר דלרבנן דטעמא דחזקה הוא משום דעד ג' שנים הוא שומר את השטר ע"כ אם הוא נמצא במקום רחוק שצריך לבוא למחות המחזיק ישמור את השטר שהרי יודע שלא יבוא, אבל לפי ר' יהודה דטעמא דחזקה לאו משום שהוא שומר את השטר אלא שחכמים תיקנו לו ג' שנים כדי שיוכל לחזור מאספמיא שהוא מקום רחוק ע"כ חייב לחזור ולמחות).

אבל לפי תוס' שכתבו דמייירי רק בבורח אבל בשאר בנ"א לא י"ל דסברי דלפי רב רק בורח אין כאן חזקה שאין יכול לבוא אבל בשאר בנ"א שיכולים לבוא איכא חזקה וכמו שסבר ר"י דצריך לבוא לכאן למחות.

ז. רשב"ם ד"ה מחזיקין בנכסי בורח, דכי היכא דמחאה שלא בפניו הוה מחאה משום דחברך חברא אית ליה וכו' ה"נ נודע לו שהחזיק זה בקרקע שלו והוא לא מיחה ולפיכך הפסיד, משמע ברשב"ם דכמו שאנו אומרים שהמחאה שלא בפניו לא הוה מחאה משום דהמחאה לא נשמעת ה"ה נמי החזקה לא נשמעת, ודלא כמו שכתבו בתוס' בסוגין כמה פעמים [ד"ה מחאה ובד"ה אין מחזיקין] דהחזקה נשמעת יותר מן המחאה, ועי' לעיל ברשב"ם ל ע"א שמבואר נמי שיטתו כן, **וצ"ע** דא"כ תקשה קושית תוס' [בד"ה אין] שהקשו בהא דקאמר הגמ' בע"א דלפי ת"ק ע"כ מחאה שלא בפניו הוה מחאה משום דאם לא הוה מחאה אמאי החזיק ביהודה והוא ביהודה הוה חזקה הרי הוא מיחה שלא בפניו, הא י"ל דהחילוק בין יהודה וגליל הוא האם החזקה נשמעת דמיהודה לגליל החזקה לא נשמעת אבל מיהודה ליהודה החזקה נשמעת ואה"נ דלא הוה מחאה רק אם הולך בפניו למחות, ועי' ברשב"א ובר"ן שכתבו לישב קו' תוס' באופ"א ואפשר לישב כן בדעת הרשב"ם, ועי' בחי' ר' מאיר שמחה משי"כ לישב.

והנה ברשב"ם בע"א [ד"ה לעולם קסבר] כתב בסו"ד וכיון דלא הוה מחאתו של מערער מחאה חזקתו של זה נמי לא הוה חזקה ומשמע דלא כמשי"כ בע"ב דיש כאן חזקה אלא שאינה מועלת כיון דלא יול למחות, וצ"ב דכאן כתב דאם אין המחאה נשמעת ה"ה אין החזקה נשמעת, ואפשר דהתם מיירי בגליל ויהודה דשעת חירום דשירות אין מצויות ולכן אפשר דהתם החזקה נשמעת, אבל בע"ב הרשב"ם מיירי בבורח והתם כמו שאין מחאה נשמעת ה"ה החזקה לא נשמעת דהתם ל"ש לומר כלל את הסברא דחברך חברא אית ליה.

ח. גמ' מיחה בפני בני אדם שאין יכולים לומר לו לא הוה מחאה, הקשה הריטב"א דכיון דסבר שמואל דמחאה שלא בפניו הוה מחאה משום דחברך חברא אית ליה, וכמו שמפורש בגמ' לעיל כט. דזהו טעמא דמחאה שלא בפניו הוה מחאה וא"כ אמאי מיחה בפני בנ"א שאין יכולים לומר לא הוה הא חברא דחברא, וכתב הריטב"א דסבורים העדים דמכיון שמיחה בפניהם ולא בפני אנשים רגלים ע"כ אינו רוצה שידעו מזה והוה כמו שאומר להם שלא יספרו המחאה לאחרים.

והנה מדברי הרמב"ן לקמן מב. נראה באופ"א וז"ל "דאמרינן דרגלים לדבר שמכרה לו שבוש הימנו", והיה אפשר לפרש בכונת הרמב"ן ע"פ משי"כ ביד רמה כאן דהלכתא כרב דאפשר למחות אף בפני בנ"א שאין יכולים לומר לו כיון דלעיל בריש פרקין קתני דטעמא דמחאה שלא בפניו הוה מחאה דחברך חברא אית ליה ומבואר מדבריו דשמואל פליג על הך סברא דחברך חברא אית ליה, ולפי"ז צ"ל דטעמא דמחאה שלא בפניו הוה מחאה משום דאמרינן שהעדים בעצמם ילכו למחזיק להודיע המחאה וא"כ כ"ז רק בבני אדם שיכולים לילך אבל באלו שאין יכולים לילך לא, וזהו משי"כ הרמב"ן דבכל מחאה שאינו בוש מהמחזיק הוה מחאה שאנו תולים שהעדים ילכו למחזיק אבל כאן שהוא בוש מן המחזיק שיוודע שלא ילכו לכן לא הוה מחאה, **ועי'** ברבנו יונה שכתב ב' פירושים האם הא דמיחה בפני בני אדם שאין יכולים לומר לו הכונה בני אדם שאין דרכם לילך לעיר שבו נמצא המחזיק, ולפי היד רמה והרמב"ן ע"כ צריך לפרש כמשי"כ רבנו יונה דהכונה בפני בנ"א שאין יכולים לומר היינו שאין דרכם לילך משום דשמואל לית ליה סברא דחברך חברא אית ליה.

הערות וצינונים פרק חזקת הבתים

דף לט.

א. [דף לח:] גמ' אמר רב זביד פלניא גזלנא בור דקא אכיל ארעא בגזלנותא ולמחא תבענא ליה בדינא, הרשב"ם כתב ב' פירושים האם צריך לומר לו למחר תבענא ליה בדינא, או דאורחא דמילתא דכך הוא אומר לאחר המחאה וכן כתבו תוס', והרא"ש הוסיף לבאר דכונת הערער להסביר דבריו דאומר לעדים דלא יתמהו אמאי הוא מוחה בפניהם יתבע את המחזיק לב"ד ע"כ הוא אומר למחר תבענא ליה לבי דינא לכן הוא מודיע השתא את המחאה שלא יוכל המחזיק לטעון שיש לו חזקה.

והנה הרשב"ם כתב דהנדון כאן הוא במחאה שלא בפניו ומשמע דבמחאה בפניו אף אם אומר לו פלניא גזלנא הוא, והסברא כמו שכתב הרשב"ם דאם רק אומר פלניא גזלנא הוא והעדים יאמרו למחזיק כיון שלא פירט אמאי הוה גזלן לא ידע אמאי סבור שהוא גזלן אבל כשאומר בפניו ל"ש לומר כן, וכן יש לפרש ע"פ מש"כ הרשב"ם בהמשך דכשמוחה בפני אחרים אם הוא אמר רק פלניא גזלנא הוא רק בא לפגמו בפני אחרים אבל בפניו ל"ש לומר ה"ט שפוגם אותו בפני אחרים לכן אף בלשון דפלניא גזלנא הוא הוה מחאה.

ב. גמ' רב פפא אמר לדידיה לא תימורן לאחרני תימורן, כתבו תוס' דרב פפא לא פליג על שמואל דאמר שמיחה בפני בני"א שאין יכולים לומר לו דלא הוה מחאה דהתם מיירי בזקן וחולה שאין יכולים לילך למקום של המחזיק אבל הכא הרי יוכלו לילך למקום של המחזיק ולומר לבני העיר, מבואר בתוס' דכונת הגמ' חבא דחברך אין הכונה שיוציאו את הקול מאותו מקום ששמעו את המחאה אלא שילכו עד לאותו העיר ושם יאמרו לבני העיר, והנה הריטב"א כתב ע"ד של תוס' וז"ל ומיהו מיחה בפני בני"א שאין יכולים לומר לו גילוי מילתא איכא שעושה בדבריו במטמניות ושלא כדין מוחה והיינו דלא אמרינן דפליגא הא דשמואל עכ"ל, ואזיל הריטב"א לשיטתו דביאר לעיל דשמואל נמי סבר מהך סברא דחברא דחברך אית ליה אלא דבזקן וחולה ל"ש לומר הכי דאמרי דכיון שמיחה בפניו ע"כ אין רוצה שנספר המחאה,

אולם ביד רמה כאן כתב דרב פפא לית ליה דשמואל ונראה לפי מה שביארנו לעיל דהיד רמה ביאר דשמואל פליג על הסברא דחברא חבא אית ליה וטעמא דשמואל דמחאה שלא בפניו הוה מחאה היינו משום דאמרינן דהעדים בעצמם ילכו למחזיק למחות בפניו וא"כ ה"ה כשאמר לעדים שלא ילכו לא הוה מחאה כיון דליכא הך סברא דחברך חבא אית ליה ולכן אף בכה"ג לא הוה מחאה ומשו"ה ע"כ ר"פ לית ליה דשמואל, ועי' בלחם משנה פ"א מטו"נ ה"ז שכתב בדעת הרמב"ם דסבר דר"פ חולק על שמואל.

ג. גמ' אמרו ליה לא מפקינן שותא אמר רב פפא הא קאמרי לא מפקינן שותא, טעמא דמילתא כתב הרשב"ם משום דכונת העדים שלא יאמרו המחאה לו למחזיק ולא לאחרים, וכתב הש"ך בס"י קמ"ו סק"ג דאם אמרו העדים למחזיק שמיחה אך הוסיפו שהם אמרו דאמרו למערער שלא יאמרו לו המחאה לא הוה מחאה, וכתב בקצה"ח שמבואר בש"ך דאם לא אמרו למחזיק שאמרו למערער שלא יאמרו ורק אמרו לו שמיחה חשיב מחאה אע"פ דין אין כאן מחאה אלא כיון שהמחזיק אינו יודע שאין כאן מחאה ע"פ דין, ובקצה"ח חולק ע"ז דכיון שע"פ דין אין כאן מחאה א"כ אף שהמחזיק היה סבור שיש כאן מחאה מ"מ עלתה לו החזקה, וכתב הקצה"ח דכמו שאם יבאו שנים ויאמרו למחזיק שהמערער מילה ונתברר שלא אמר להם כלל דהוה חזקה ה"ה כאן נמי כיון דלא חשיב מחאה כה"ג יש כאן חזקה, ויש לעיין בדבריו דאם החזקה היא משום שאין טענה של אחוי שטרך א"כ הכא היה דשמע שמיחה היה צריך לשמור את השטר ומאי נפק"מ דהיה טעות, אבל לסברת הקצה"ח דחזקת שלוש שנים הוא תקנת חכמים אפשר דבכה"ג איכא נמי לתקנה כיון שבאמת לא היה כאן מחאה בפועל.

ד. גמ' אמר רבא אמר ר"נ מחאה שלא בפניו הוה מחאה, פרשב"ם ולא בעינן שישלח שלוחו למחות בפניו אלא כיון שמיחה שלא בפניו הוה מחאה שהרי הדבר יכול להגיע לאזניו ואפילו לא ידע המחזיק מחאתו של מערער לא חיישינן מאחר שמיחה כהוגן, מבואר ברשב"ם דהחילוק בין אם מחאה שלא בפניו הוה מחאה או לא הוה מחאה הוא האם סגי במה שהמחאה יכולה להגיע לאזניו של המחזיק או שצריך שיהא ברור שיבוא, ולא שבשניהם זה ברור שהוא ישמע מהמחאה אלא שנחלקו האם ע"י חברך חבא אית ליה ברור שייגיע או האם צריך לבוא בעצמו למחות דשמא אם לא ישמע מהמערער בעצמו לא יתן על לב ענין המחאה, וכן משמע ברשב"ם לעיל לח: ד"ה מחזקין בנכסי בורח דאף אם מחאה שלא בפניו הוה מחאה ברור שהמחאה נשמעת, ועי' ביד רמה אות צ"ב, ואפשר לומר עוד צד שנחלקו האם שומע או לא.

והנה הרשב"ם סיים ואפילו לא ידע המחזיק מחאתו של מערער לא חיישינן מאחר שמיחה כהוגן, ולפירושו דלמד"א מחאה שלא בפניו הוה מחאה דסגי במה שיכול הדבר להגיע לאזניו א"ש דאף אם לא הגיע נמי הוה מחאה דהרי מעיקרא היה הדבר מסופק האם ישמע את המחאה, אבל אף לפי סברת היד רמה נמי הדין כן וכמו שמבואר בראשונים בריש פרקין דכיון שהוא עשה מה שמוטל עליו ואין עליו טענה של מדלא מיחה לכן אע"פ שלא שמע המחזיק אין לו חזקה, ועי' ברמב"ם פ"א מטוען ונטען ה"ה שמבואר טעם אחר וצ"ב.

ה. גמ' איתביה רבא לר"נ אמר ר"י לא אמרו שלוש שנים אלא כדי שיהא באספמיא וכו' ואי ס"ד מחאה שלא בפניו הויה מחאה וכו', הרשב"ם הקשה דתקשה על רבא מרישא דמתני' וכונתו דהרי בגמ' לעיל לח. מבואר דטעמא דת"ק דאין חזקה מיהודה לגליל אבל מיהודה ליהודה הוה חזקה משום דס"ל לת"ק דמחאה שלא בפניו הוה מחאה וא"כ מה הקשה לר"נ מדרי' יהודה, וכתב הרשב"ם דרבא מוקי לה לרישא במילי אחרי, וביאור דבריו נראה דהרשב"ם בהמשך [בד"ה ויבוא לשנה אחרת] כתב דרבא סבר דלא נחלקו רבנן ור"י אם מחאה שלא בפניו הוה מחאה אלא לכו"ע לא הוה מחאה וצריך לבוא בפניו ולמחות, אלא דרבנן סברי דכיון שהוא שעת חירום אין למערער חיוב לילך למחות בפני המחזיק, אבל ר"י חולק ע"ז גופא דיש חיוב לבוא ולמחות, אבל ביהודה ויהודה סברי רבנן דיש חזקה וטעמא דכיון שלא הוה שעת חירום והוא יכול לבוא לכן חייב לבוא ולמחות ואם לא הגיע אית ליה חזקה, וכל המחלוקת הוא האם יש חיוב לבוא ממקום אחר ולמחות ולכן הוכיח רבא מדרי' דמחאה שלא בפניו לא הוה מחאה דאף רבנן אין חולקים ע"ז, ע"י במהרש"א שביאר כמש"כ, [וע"ע חידושי הר"ן לעיל בתחילת הסוגיא].

וע"ז השיב ר"נ דלעולם סבר ר"י דמחאה שלא בפניו הוה מחאה אלא דר"י עצה טובה קמ"ל דיבוא לכאן למחות, והיינו דר"י חולק על רבנן דאף שיהודה וגליל שעת חירום מ"מ המחאה נשמעת עדיין, אלא דמ"מ עצה טובה שיבוא למחות, אבל רבנן סברי דהמחאה אינה נשמעת בשעת ירום ולכן לא הוה חזקה ואע"פ דרבנן סברי דמחאה שלא בפניו הוה מחאה בשעת חירום שאני, [ולכאורה איכא שיטה שלישית בביאור פלוגתיהו דת"ק ור"י במשנה, דבגמ' לעיל לח: כתב הרשב"ם "דרב" דאמר מחאה שלא בפניו לא הוה מחאה סבר כר"י ולפי"ז מבואר דת"ק חולק ע"ז גופא האם מחאה שלא בפניו הוה מחאה].

ומבואר מדברי הרשב"ם דבין לרבא ובין לר"נ החזקה נשמעת אפילו במקום רחוק ואף במקום דליכא מחאה, בדעת רבא מבואר דסבר דלרבנן אין חיוב לבוא מגליל ליהודה למחות אבל מ"מ החזקה נשמעת, ולפי ר"י דסבר דחייב לבוא למחות כיון דמחאה שלא בפניו לא הוה מחאה, וכן לפי ר"נ מבואר דלפי רבנן החזקה נשמעת אבל לא מהני מחאה דהוה שעת חירום, והנה הרשב"ם לעיל לח: ד"ה בנכסי בורח כתב דאם מחאה שלא בפניו הוה מחאה דהיינו שהמחאה נשמעת ה"נ החזקה נשמעת ומשמע דאם אינו מחאה החזקה לא נשמעת, וכל דבריו התם אינו לפי דעת רבא ור"נ הכא דמבואר דהחזקה נשמעת והמחאה לא נשמעת, ואפשר לומר לפי מש"כ בתוס' דבין החזקה ובין המחאה נשמעת אלא שיש עוד הלכה לבוא ולמחות ובה נחלקו ר"י ורבנן, אולם רהיטת הרשב"א לא נראה שיש כאן הלכה חדשה שצריך לבוא ולמחות אלא דכאן חולק הרשב"ם על מש"כ לעיל.

והנה לפי רבא דנחלקו ת"ק ור"י ביהודה וגליל האם יש למערער חיוב לבוא לפני המחזיק ולמחות נראה דיסוד המחלוקת הוא ע"פ מש"כ הרשב"ם במשנה דבגמ' לקמן מא. מבואר דלפי ר"י בפניו לאלתר הוה חזקה כיון דסבר ר' יהודה דטעמא דחזקת שלוש שנים לאו משום שזהו הזמן ששומרים שטרו אלא כדמבואר דהמקום הרחוק ביותר באספמיא לוקח ג' שנים להחזיק ולילך ולחזור למחות אבל בפניו הוה חזקה מיד דאין אדם רואה שחברו יושב בקרקעו ושותק, וא"כ לרבנן דטעמא דג"ש משום דזהו השיעור שנוהר בשטרו ע"כ במקום רחוק אע"פ שהמחזיק יודע שהמערער שמע מן החזקה מ"מ יודע הוא שאין שירות מצויות ואפשר שלא יבוא למחות לכן עדיין הוא נזהר בשטרו, אבל לר"י דטעם של מחאה הוא שאין אדם שותק כשרואה שחברו יושב בקרקעו א"כ אף שהוא במקום חירום מ"מ אינו שותק על ענין זה ולכן בא למחות, וזהו טעמא נמי לרבנן דביהודה ויהודה הוה חזקה דאע"פ שאינו מחויב לבוא ולמחות מ"מ כיון שהמחזיק יודע שאם המערער רוצה יכול לבוא ולמחות לכן אחר ג"ש אינו שומר שטרו, ולכן אין למערער טענה של אחוי שטרך לאחר ג"ש ומשו"ה הוה חזקה.

ו. בתוס' מבואר באופ"א פלוגתיהו דת"ק ור' יהודה לפי דעת רבא, דכו"ע אית להו הך סברא דמחויב לילך ולמחות כיון שמחאה שלא בפניו לא הוה מחאה, אלא שנחלקו האם ביהודה וגליל שומעים את החזקה כיון שהוה שעת חירום, דת"ק סבר דאין שומעים את החזקה ולכן אין טענה מדלא מיחה, אבל ביהודה ויהודה ששומעים את החזקה צריך לילך למחות בפניו דמחאה שלא בפניו לא הוה מחאה, אבל ר"י סבר דאף ביהודה וגליל שומעים את החזקה אע"פ שהוא שעת חירום ולכן צריך לבוא ולמחות, ומבואר בתוס' דבמקום ששומעים את החזקה שומעים את המחאה לכו"ע, אלא שנחלקו האם יש עוד ענין לבוא ולמחות בפניו, וטעמא דמד"א דמחאה שלא בפניו לא הוה מחאה לאו משום שהוא לא שומע את המחאה אלא אע"פ ששומע צריך לילך בפניו ולמחות וטעמא דמילתא מבואר ברשב"א להלן מב. [סוף ד"ה ומ"מ] דכיון שלא בא לפניו למחות סימן שהוא בוש הימנו ואין רצונו לשקר בפניו של מחזיק, אבל הרשב"ם חולק ע"ז וס"ל דאם מחאה שלא בפניו לא הוה מחאה משום דאין שומעים בזה מחאה או כיון שאינו ברור שישמע לכן לא הוה מחאה וכמש"כ באות ד' ולכן הנדון האם צריך לבוא הוא כיון שלא שומעים את המחאה,

ועולה מדברי תוס' שלפי רבא לכו"ע יש חיוב לבוא ולמחות אלא המחלוקת היא האם החזקה נשמעת, ונראה דתוס' חלקו על הרשב"ם בטעמא דר"י, והרשב"ם ס"ל דר"י פליג ולית ליה טעמא דאחוי שטרך וכמש"כ ולכן ס"ל שצריך לבוא ולמחות אבל לפי תוס' אפשר דר"י נמי מודה לטעם דאחוי שטרך וכמש"כ ביד רמה ולכן לכו"ע אם צריך לבוא ולמחות אין בזה חילוק בין רבנן ור"י, וע"כ המחלוקת היא האם שומעים את החזקה או לא.

ולפי ר"נ כו"ע סברי דמחאה שלא בפניו הוה מחאה ואין צריך למחות בפניו אלא דמ"מ באותו מדינה צריך, אלא דלרבנן דשעת חירום הוא ולכן אין שומעים את המחאה, אבל ר"י סבר דהמחאה נשמעת דבאספמיא שהוא מקום רחוק אין שומע וצריך לבוא למדינה שנמצא שם ואמר ר"י שצריך לבוא בפניו משום דעצה טובה.

הערות וציונים פרק חזקת הבתים

דף לט:

א. גמ' כל מילתא דמתאמרא באפי תלתא לית בהי משום לישנא בישא, בראשונים נאמרו כמה דרכים בביאור הך דינא וביאר היטב כל הענין בחפץ חיים כלל ב' עיי"ש, א) הרשב"ם כתב דהכונה "לית ביה לישנא בישא" היינו באופן שדיבר על חברו בפני ג' שיכולים לספר לאותו אדם כך אמר עליך פלוני, והיינו דלא חשיב רכילות, ב) הרמב"ם [הלכ' דעות פ"ז ה"ה] כתב שההיתר דאפי תלתא הוא אפילו אם יספרו דבר זה לאחרים דאין כאן איסור של לשון הרע, והביאור בזה כתב בח"ח דיסוד האיסור של רכילות ולשון הרע הוא רק אם הוא הולך וטוען מזה לזה אבל אם הוא דבר שהוא עתיד להתגלות אין בזה איסור של לשון הרע ולכן כשאמרו באפי תלתא עתיד הדבר להתגלות ואין איסור, אולם צריך להבין עיקר הך היתר דאפי תלתא דהא משמע דאם אחד סיפר לג' בני"א אחר זה ליכא ההיתר דאפי תלתא וכל ההיתר הוא רק כשיספר לשלשתם בבת אחת, וקשה דכיון שג' יודעים מזה הרי הדבר מפורסם וא"כ מ"ש מסיפור באפי תלתא, ועוד קשה עיקר הסברא בזה דאין יהיה מותר לפרסם הרי אם הוא [אחד מהשלושה] לא יספר נמצא שיש רק ב' מפרסמים ובאופן שאמר בפני ב' ליכא היתר דצריך ג' מפרסמים וא"כ אין מתחיל ההיתר, ואין לומר משום שיש את המספר בעצמו דע"ש בחפץ חיים שכתב דאם שנים סיפרו בפני שנים אחרים אין היתר של אפי תלתא דהמספרים אינם נכנסים בחשבון כיון שמצוי שהמספר מתחרט, ועי' בח"ח [בבאר מים חיים אות ט"ז] שכתב דאולי כל ההיתר דאפי תלתא הוא משום ששיערו חז"ל דא"א שכל השלושה יתאפקו מלגלות ובודאי יגלה אחד מהם, ולפי"ז לכן אף כשאחד יודע שהוא לא יספר יש כאן ההיתר דאפי תלתא.

ונראה לבאר בזה עוד שההיתר דאפי תלתא הוא מחמת שהסיפור נאמר באפי תלתא, דהיינו שסיפור שמספרים בפירסום השומעים יפרסמו דבר זה, אבל כשלא סיפרו באפי תלתא אע"ג דאיכא ג' אנשים שיודעים מזה מ"מ הם לא יפרסמו דכך טבע האדם שדבר שמספרים אותו באופן של פירסום אנשים מספרים אותו, ולכן נראה דא"צ ג' מפרסמים אלא צריך שאופן שמיעת הסיפור הוא יהיה בפני ג' אנשים שיכולים לפרסם וזה עצמו סיבה שהשומעים יפרסמו, והנה בח"ח שם אות ה' שכתב שאם אחד מהג' היה יראה אלוקים שלא יספר אותו לאחרים אין ההיתר לגלות כיון שהוא בודאי לא יפרסם ובכה"ג לא חשיב באפי תלתא, ולמבואר נראה הסברא בזה דכשברור שאחד לא יספר מעיקרא לא נחשב שמספר את הסיפור בצורת מפורסמת ולכן לא חשיב שהוא נעשה באפי תלתא והרי"ז כאלו שסיפר רק בפני ב' ורק שיש ג' שיכולים לספר את חשיב שהאופן שהוא מספר הוא בפירסום.

ג) תוס' בסוגיין ד"ה לית ליה כתב לאותו שאומר לפני ג', ובערכין טו ע"ב [ד"ה כל] ביארו יותר דהכונה דיש פעמים שאדם אומר דבר שיש לו ב' משמעויות כגון שהוא דבר שאינו גנאי גמור כגון הא דמבואר שם בסוגיא שאומר שמצוי אש בביתו של פלוני, ולכן אם אומר אותו באפי תלתא ע"כ שלא אמר כן בלשון שמתפרש לגנאי ולכן הם יכולים לספרו למי שירצו כיון שהמספר לא עבר בלשון הרע כשיספר, [והתוס' הוכיחו כפי זה מגוף הסוגיא שם ועיי"ש היטב בסוגיא מה שיש לדון בהז].

ד) ברש"י בערכין יז. פירש וז"ל "שהבעלים אמרהו בפני ג'", והיינו שמכיון שהוא עצמו סיפר זאת בפני שלושה שיכולים לגלות לאחרים יגלה דעתו שאינו גנאי אצלו דבר זה ולכן יכולים לספרו לאחרים, ועי' ברבנו יונה בסוגיין שכתב עוד פירוש בענין זה, ועיי"ש בח"ח בכל הפרטים בענין זה.

ב. גמ' מד"א בפני שנים קסבר מחאה שלא בפניו לא הוה מחאה, ברשב"ם פירש דכיון שצריך מחאה בפניו די לו בב' עדים שיעידו שמיחה בו וכיון שמיחה בפניו אין לך גילוי מילתא גדול מזה שהרי ודאי ישמע המחזיק שמיחה בו זה ויזהר בשטרו, צ"ב כל הלשון הרשב"ם שבמיחה בפניו אין לך גילוי מילתא הרי בפניו הוא שמע ואי"ז שיד לגילוי מילתא, [והנה משמע בגמ' דלהך מד"א אם ימחה שלא בפניו בפני ג' לא הוה מחאה ואע"פ שלכאורה זה ברור שישמע מזה דהא כו"ע אית ליה דרבה בר רב הונא דהדבר מתפרסם, אלא מבואר דאם מחאה שלא בפניו לא הוה מחאה לאו משום שאינו שומע את המחאה אלא משום דלא בא בפניו למחות אינו ירא וכמ"ש"כ לעיל בשם הרשב"א לקמן מב ע"א ועיין].

ג. גמ' אבע"א דכו"ע וכו' והכא בהא קא מיפלגי מד"א בפני ב' סהדותא בעינן מד"א בפני ג' גילוי מילתא בעינן, ברשב"ם כתב ודי לנו בשני עדים שיעידו שמיחה זה בתוך ג' ואם יבוא הדבר לאזניו יבוא דמאחר שיכול לבוא לאזניו של מחזיק בשום ענין בעולם הוה מחאה וכו', נראה מדברי הרשב"ם דכונת הגמ' סהדותא היינו דעיי"ז יש אפשרות שיבוא המחאה לידי המחזיק לכן כשיש שנים שיכולים לפרסם הדבר ויבוא למחזיק חשיב מחאה, [ומשמע דאין ענין שאופן המחאה בעצם תהא בשנים, ואם יש אפשרות שיתפרסם באופן אחר היה סגי בכך], אבל בתוס' כתבו דאי לאו משום סהדותא היה סגי באחד דאף באחד יש חברא דחברא וכו' ומבואר בתוס' דמצד אופן עשית המחאה צריך ב' דצריך שיהא ב' במעשה המחאה, ועי' ברבנו יונה שמשמע דצריך לעשות את המחאה בפני ב' דעיי"ז איכא חברא דחברא ומשמע דזהו הלכה דכך הוא צורת המחאה ודלא כרשב"ם דאין הלכה מיוחדת באיזה אופן לעשות המחאה אלא דבעינן עכ"פ שיוכל להתגלות, ועיי"ע בתוס' ר"ד וביד רמה שביארו פלוגתא הגמ' באופ"א.

והנה מדברי הרשב"ם מבואר דאף באופן שאי"ז ודאי שיבוא המחאה ליד המחזיק חשיב מחאה וכן מפורש בדבריו בע"א [ד"ה מחאה של בפניו] שכתב שהרי הדבר יכול להתברר, ומבואר דאף אם לא שמע אין לו חזקה שהרי מיחה המערער, וצ"ב אי טעם המחאה כדי שיהא נזהר בשטרו וכיון שלא הגיע לאזני המחזיק לכאורה אין טענה של אחוי שטרך ואמאי אית ליה חזקה, [ואם משום דתקנת חכמים היא א"ש], ונראה לבאר דכיון שענין המחאה הוא כדי שיהא נזהר בשטרו לכן לעולם מוטל על המחזיק

לשמור השטר דשמה מיחה המערער ולא שמע דתיקנו דסגי שימחה באופן כזה שיוכל המחאה לבוא לאזניו של מחזיק ולכן לעולם מוטל עליו לברר שמא מיחה ויוכל לאבד השטר, אלא שאם יודע בודאי שלא מיחה תוך ג"ש מאבד השטר אבל בלא בירור מוטל עליו חובת בירור ולכן חייב לשמור השטר, ונראה להוכיח כן דהא מבואר במשנה לעיל דהיכא שהמערער נמצא במקום רחוק ולא יכול למחות כיהודה וגליל ליכא חזקה, וביאר הרשב"ם דהמחזיק אינו מאבד השטר, וצריך להבין אטו כל מחזיק יודע היכן נמצא המערער ואם יאמר שלא ידע שנמצא במקום חירות וימאר שאיבד השטר פשיטא של יהא חזקה, וטעמא דמילתא נראה דבעצם למערער היה זכות טענה דאחוי שטרך לעולם, אלא שלאחר ג"ש דהמחזיק מאבד השטר אין לו טענה כזה אבל כ"ז רק כשהיה כאן אבל אם לא היה מוטל על המחזיק לברר שכבר יוכל לאבד שטרו ונצא דחובת הבירור היכן נמצא המערער מוטל על המחזיק.

ד. בעיקר הדין דמחאה בפני ב' נחלקו הראשונים היכא שמיחה בפני הבעלים בלא עדים והבעלים מודה בזה אם נאמן לומר שקנה במיגו שהיה יכול לומר שלא מיחה בו, הרא"ש ס"י לא כתב בשם הרמב"ן דאית ליה מיגו שהיה יכול לומר לו לא מיחת, אבל הרא"ש חולק ע"ז וכתב וליתא דלא שיד להזכיר כאן מיגו דהיה לו להזיזו בשטרו כיון דידע שזה מיחה, וס"ל לרא"ש דאין נאמן במיגו כנגד הרעוואתא דאחוי שטרך, והרע"א תמה דהרי במשנה ריש פ"ב דכתובות מפורש דתוך ג"ש נאמן יכול לומר לקחתיה ממך במיגו דלהד"ם ומבואר דאמרינן מיגו כנגד טענה של אחוי שטרך ולא חשיב כאן סהדי, [ועי' בבית הלוי ח"ג ס"י לו].

ה. תוס' ד"ה סהדותא בעינן, ואע"פ שלשון הרע אינו נשמע לפי שמעלמים אותו מבנ"א, **בחפץ חיים** שם בהגה"ה כתב דבפשוטו נראה בתוס' דלמדו שההיתר של אפי תלתא הוא שהם יפרסמו את הדבר ולכן כתבו דבעצם אף באחד היה שייך היתרא דאפי תלתא דחברך חברא אית ליה אלא שכתבו תוס' שאחד מעלים אותו מבנ"א, אולם כתב דאפשר לפרש דכונת תוס' הוא דלא התירו כשהוא מספר בפני אחד כיון דכשהוא מספר בפני אחד אין המספר נזהר באופן שהוא מספרו אלא אומרו באופן שיכול לישמע בזה לשון הרע וסומך שהם לא יספרו אותו לשום אדם, אבל כשמספר בפני ג' נזהר שישמעו אותו באופן שלא ישמע גנאי על חברו וכמשי"כ.

ו. גמ' אמר רבא הילכתא צריך למחות בסוף כל ג', וג', פרשב"ם דאע"פ שמיחה פעם אחת מ"מ אם יעברו ג"ש יאבד השטר ולכן צריך למחות בסוף כל ג', אבל הראשונים [רבנו יונה והרא"ש] לעיל ל ע"ב כתבו משום דאמרינן דאם לא מיחה שוב סימן שחוזר בו מן המחאה, ועוד כתב הרא"ש דכל ענין המחאה הוא כדי שיתבע אותו בדין ומכיון שעבר ג' שנים ולא תבע אותו בדין מתיאש מתביעתו ולא נזהר בשטרו, **והנה** ברמב"ן לעיל ל ע"ב כתב כסברת הרשב"ם דכיון שלא מיחה ג"ש איבד את שטרו ואית ליה מוחזקות דאין לו טענה של אחוי שטרך, וצ"ב דהרי להרמב"ן דהראיה היא מיד מדלא מיחה א"כ כיון שמיחה מיד א"כ מה מהני שמאבד שטרו מ"מ הרי הוא כבר מיחה בו, ואפשר דכל מה דמהני המחאה היא רק לאכילה אחת, וכדחזינן דגידל בר מניומי סבר שצריך למחות כל שנה ושנה והיינו דכל שנה יש אכילה נפרדת וצריכה מחאה חדשה, אלא דמ"מ ליכא חזקה כיון דתוך ג"ש אית ליה עדיין טענה של אחוי שטרך ולכן לאחר ג"ש שמאבד את השטר צריך למחות בסוף כל ג' וג'.

ז. תוס' ד"ה וצריך למחות בסוף כל ג', אין לפרש שלא ימא לאחר המחאה לקחתיה כדפ"ה וכו', וכן כתב הראשונים לעיל דכל שהוא מודה דמעיקרא ירד בתורת גזלנות אינו נאמן לומר לקחתיה, **והרמב"ן** הביא ראיה לכך מהא דמבואר לקמן מו ע"א לגבי פקדון שאם יש עדים שהפקיד אצלו אינו נאמן לומר שקנה ממנו אותו, והיינו דכל שידוע באיזה אופן בא החפץ לידו חסר בתפיסה שלו דתפיסת גזלנות לא יכולה ליצור מוחזקות אח"כ, ועי' ברשב"א לעיל לג'.

תוס' בא"ד, ולהאי טעמא הא דאמר לעיל אכלה שית אין לך מחאה גדולה מזו פליגא אהך דהכא, וכונתם דלפי טעם הראשונים דצריך למחות שלא יאמר חזרתי ולקחתי ל"פ אהך דהכא דהתם לא טוען כן, **והראשונים** לעיל שם עי' ברא"ש תי' לפי מש"כ דאם לא מיחה אמרינן שחזר בו מן המחאה ולכן הכא לא יכול לחזור בו מן המחאה כיון שיש שטר מכר, ואף אם יאמר בפירוש אינו נאמן לחוב ללוקח, ועוד י"ל דהיכא שמכר ויש לשני שטר חשיב כמי שכל דרע מוחה דהשטר קיים כל שעה.

ח. גמ' ערער וחזר וערער אם מחמת טענה ראשונה ערער אין לו חזקה ואם לא יש לו חזקה, כתב הרשב"ם דאם מיחה בסוף שלוש השנים השניות וחזר וטען טענה אחרת הרי הודה שהמחאה הראשונה אינה אמת ואית ליה חזקה, **והרא"ש** כתב דהכונה דאית חזקה מכח ג' שנים הראשונות שהרי נתברר שלא היתה כאן מחאה כלל, ועי' בר"י מגאש שכתב דרק אם שינה ב' פעמים הוה חזקה, והוסיף הרשב"ם וה"ה למוחה בתוך ג"ש משתי טענות המכחישות זו את זו דאין כאן מחאה כלל, לא ראשונה ולא שניה והוה חזקה בסוף ג' וכו', וכונת הרשב"ם דאם מיחה כל שנה בג' שנהים צריך שישנה ב' פעמים דהתם החזקה אינו אלא בסוף ג' שנים ואע"פ ששינה מיד אין לו חזקה, ומש"כ הרשב"ם בסו"ד שהוזק כפרן עי' ברא"ש שחולק ע"ז דלא חשיב הוחזק כפרן אלא ע"י ששינה טענתו בב"ד.

הערות וציונים פרק חזקת הבתים

דף מ.

א. תוס' ד"ה מחאה בפני ב', וא"ת ומה מועיל הכתיבה והא לא חשיב שטר אם לא נעשה מדעת מי שהוא חובתו וכו', ועדות נמי לא חשיב דמפיהם ולא מפי כתבם, כונתם קושיתם דבפרשה של שטרות בתורה נתחדש דהצורה של שטר הוא רק כשנעשה מדעת המתחייב וע"כ הכא דליכא דעת המתחייב שהוא המחזיק לא חשיב שטר, ועוד הקשו דא"א לפרש דיועיל מדין עדות דהרי איכא חסרון של מפי כתבם דעדות בשטר לא חשיב עדות, [ועי' בברכ"ש סי' נח שהוכיח מדברי תוס' דס"ל דבשטרי ראייה נמי איכא דין של דעת המתחייב ודלא כמש"כ תוס' להלן עז. ד"ה חוזר] דבשטר ראייה אין דין דעת המתחייב, ולפי"ד תוס' התם מבואר דכדי להוריד החסרון של מפי כתבם בשטר אינו מחמת דעת המתחייב דהרי בשטרי ראי' א"צ דעת המתחייב אלא דגוה"כ הוא דבשטר אין חסרון דמפי כתבם ועיין].

ב. תוס' בא"ד, וי"ל דתקנת חכמים היא שיהא חשיב עדות לבטל את החזקה בעדות כל דהו, דבדבר מועט מבטלים את החזקה וכו', יש לברר אם כונת תוס' דגדר תקנת חכמים היא דיחשב עדות ואע"פ שלא מהני בעלמא עדות בכתב משום דהוה מפי כתבם הכא רבנן תיקנו דתהני עדות בכתב, או"י דתקנת חכמים היא דחשיב שטר אע"פ שלא נעשה מדעת המתחייב, ונפק"מ בזה באיזה נוסח צריך לכתוב את המחאה האם בנוסח של עדות ששמעו שפלוני מיחה או בנוסח של שטר ויבואר להלן.

והנה בנמוק"י כתב וז"ל וכתבו האחרונים דצריך שיכתבו בלשון שליחות פלוני העדנו על עצמו לכתוב עליו שמיחה, אבל כתבו שמענו פלוני שמיחה כה"ג לאו עדות הוא ומפיהם ולא מפי כתבם אמר רחמנא, ואע"ג דבכל שטר בעינא צוואת המקנה דומיא דספר המקנה היינו בדבר שבינו לחברו אבל במחאה ומודעא אין הדבר תלוי אלא בו שיכתבו בלשון שליחות, וכן כתב הר"ן עיי"ש, **ובפשוטו** כונתם דהדין דדעת המתחייב אינו מי שבאים לחייב אלא בעינן דעת עושה השטר ולכן בכל השטרות שעושה השטר הוא המתחייב צריך דעת המתחייב אבל הכא המערער הוא עושה המעשה שמחזיק את הקרקע תחת ידו לכן צריך דעתו, ותוס' ס"ל דדעת התמחייב הוא כפשוטו מי שמתחייב בפועל, והנה בקצה"ח [קמו סק"ג] נראה שהבין כונה אחרת בדברי הנמוק"י, עיי"ש שהקדים דבכתיבת מחאה ל"ש תורת שטר כלל, משום דיסוד דין שטר מצינו רק במכר או בהלוואה וכונתו נראה דרק היכא שהשטר פועל קנין או ראייה על מעשה הלואה נתחדש פרשה של שטר, אבל הכא הוא סיפור דברים על מעשה מחאה ל"ש לדון בזה תורת שטר כלל, וביאר דכונת הנמוק"י ע"פ שיטת רש"י ובעה"מ דבכל שטר טעמא דאין חסרון של מפי כתבם כיון שהוא נכתב מפי כתבו של עושה השטר, ולכן הכא שכותבים בלשון של שליחות הו"ל כאילו שהמערער בעצמו כותב ולכן אין בו חסרון דמפי כתבם, ומשמע בקצה"ח שהבין דמהני מתורת עדות ולא מדין שטר וכמש"כ דל"ש תורת שטר במחאה, ולפי"ד נמצא שלכו"ע הכתיבה מהני רק מדין עדות אלא שנחלקו האם צריך לשון של שליחות.

וכתב הקצה"ח דלפי דעת הרמב"ן שחולק על הבעה"מ וסבר דבשטר שנעשה מדעת המחייב אין חסרון של מפי כתבם משום דהתורה אמרה דשטר שנעשה כתיקונו אין חסרון דמפי כתבם ולא משום דהוה מפי כתבו וא"כ במחאה ומודעא דלא מצינו תורת שטר ע"כ צ"ל דהרמב"ן יפרש כמש"כ תוס' דכתיבת המחאה הוה תקנת חכמים ואין חילוק באיזה לשון יכתבו ואי"צ שיכתבו בלשון של שליחות אלא אפילו בלשון עדות נמי מהני, [והנה יש להעיר דבקצה"ח שם סק"ד פירש בכונת תוס' דתקנת חכמים היא דבכל יוכל לבטל את החזקה כיון שיסוד חזקת ג' שנים הוא תקנת חכמים כמש"כ בסי' ק"מ, ולפי"ד להרמב"ן שחולק וס"ל דחזקת ג"ש לא תקנתא היא לכאורה ל"ש סברת תוס' גבי כתיבת מחאה וי"ל, ועי' בהגהות מילאי חושן שהביא דבביאור הגר"א כאן ס"ק י"ז ציין ע"ד הרמ"א שפסק כהנמוק"י שצריך לכתוב בלשון של שליחות את תי' תוס' דתקנת חכמים וכו' והיינו שהגר"א פירש דתוס' ס"ל נמי שהתקנה היתה דיש לזה דין של שטר ולא רק דמהני מדין עדות, ודלא כמו שפירש בקצה"ח דלתוס' מהני רק בתורת עדות.

ג. תוס' בא"ד, ועוד אומר ר"י ששמע מר"ת שנהגים לשולח העדים עדותם באיגרת לב"ד וחשיב עדות, **לכאורה** כונת תוס' דאה"נ אין כאן דין שטר [דהא ליכא דעת המתחייב] מ"מ לר"ת דסבר דכתיבת העדים מהניא מדין עדות ה"נ הכא מהני הכתיבה מדין עדות ורק כשיבא לפני ב"ד תועיל דאז יש הגדה לפני ב"ד, ועי' בנתה"מ כח סק"ו שכתב דלפי שיטת ר"ת דיכול לשלוח אדם באיגרת לב"ד כ"ז שלא בא ליד ב"ד יכולים העדים לחזור בהם דעדיין לא הגידו העדות בב"ד ואין כאן חוזר ומגיד דלא נתקבל בב"ד.

ד. תוס' בא"ד, והא באמרינן בפ"ב דכתובות כותב אדם עדותו על השטר ומעיד עליה אחר כמה שנים וכו', **בפשוטו** קושית תוס' היא לר"ת דאין חסרון של מפי כתבו רק באלם א"כ אמאי צריך שיהיה זוכר אותה לאחר כמה שנים הרי אין חסרון דמפי כתבם ויכול למסרה לב"ד, אולם צ"ב דכיון דאינו זוכר עדותו איך יועיל לשלוח אותו לב"ד ולכאורה הרי"ז דומה לאלם דאיכא פסול דמפי כתבם כיון שאינו בר הגדה השתא וה"נ כיון שאינו זוכר את העדות חשיב לא בר הגדה, והיה אפ"ל דס"ל לתוס' דאלם הוא פסול הגוף ולא מחמת שבפועל אין יכול לומר והכא באינו זוכר ל"ש פסול דאלם ולכן הקשו דמ"מ יועיל מדין עדות, ועי"ז תי' דכיון שאין מוסר אותה לב"ד לא מהני מדין עדות, [וזה שלא כדברי הנתה"מ באות הקודם].

אלא דצ"ב מש"כ בתי' הב' "ועוד שמא עד אחד בכתב אין חשבו עדות שאין שטר אלא בב' ולהכי לא מהני בההיא דכתובות אפילו יוצא בכת"י אלא אם זוכר בראית עדות", ואם קושיתם היתה דתהני מדין עדות מאי נפק"מ דלא מהני ע"א בשטר הא הכא הנדון היה שיועיל מדין עדות, והיה אפ"ל דהשתא סברי תוס' דלא מהני מדין עדות וכמש"כ דחשיב כאלם דלא הוה בר הגדה אלא דסברי תוס' דמ"מ יועיל מדין שטר ובהא אין חסרון מה שעכשיו אינו זוכר העדות, כיון דבשטר אמרינן נחקרה משעת חתומה ובאותה שעה היה בר הגדר אבל אם הוא מדין עדות לא חשיב עדות רק משעה שבא לפני ב"ד ולכן התם בעינן שיהא בר הגדה בשעת מסירה לב"ד, ועי"ז כתבו תוס' דע"א בשטר לא מהני ולכן אפילו אם ימסור אותו לב"ד לאו כלום הוא, **אולם** צ"ב דמשמע בתוס' דבכל שטר בעינן דעת המתחייב ולא רק בשביל שלא יחשב מפי כתבם בעינן דעת המתחייב אלא שזהו הצורה של שטר הנלמד מספר המקנה

וא"כ מנלן דלר"ת שסבר דמהני למסור עדות בכתב לב"ד מ"מ מנלן שיועיל שטר בלא דעת מתחייב, ועי' בקו"ש אות קס"ו שנראה שנתקשה כן בתוס'.

והנה בברכת שמואל [ס"מ] הביא דבש"ך סי' ל"ט סק"ט ע"ד הרמ"א שם שהכשיר שטר בלא דעת המתחייב כתב הש"ך דדבר זה תלוי בפלוגתת רש"י ור"ת האם יש חסרון של מפי כתבם בכותב עדותו לב"ד ואנן קי"ל כרש"י דבעינן דעת המתחייב בסי' כח ולא מהני שטר בלא דעת המתחייב, **והרע"א** שם בגליון השו"ע הביא שהתומים תמה שם ע"ד הש"ך דכל פלוגתיהו דרש"י ור"ת הוא רק בכותב איגרת לב"ד בתורת עדות אבל הדין שטר של התורה שנאמר בו כמי שנחקרה עדותו בב"ד הוא רק ע"י דעת המתחייב, והיינו דבש"ך מבואר דכל מה שצריך דעת המתחייב בשטר הוא רק כדי שלא יהא חסרון של מפי כתבם, ועי' בתוס' בכתובות כ ע"א שמבואר בדביהם דאף לר"ת לא מהני שטר בלא דעת המתחייב ודלא כמו שמשמע בדבריהם כאן, ועי' בחי' ר' ראובן יבמות סי' כ"ח שהעמיד שיש כאן ב' שיטת דעת תוס' בכתובות דהא דבעינן דעת המתחייב בשטר אינו בשביל שלא יהיה חסרון של מפי כתבם ולכן סברי תוס' שם דאף לר"ת בעינן דעת המתחייב בשטר, אבל תוס' כאן סברי דהא דבעינן דעת המתחייב הוא רק כדי שלא יהיה מפי כתבם ולכן לר"ת דאין חסרון של מפי כתבם אלא באילם ה"נ מהני שטר בלא דעת המתחייב.

ה. תוס' בא"ד, וא"ת מאי קמ"ל כיון דזכות הוא לו ובמחאה וכו', **בהגהות** ראמ"ה כתב דכל קושית תוס' הוא רק לר"ת דמהני בתורת עדות ולכן הקשו אמאי תני בגמ' א"צ לומר כתבו אבל לפר"י דאיכא תקנת חכמים דאע"פ שמדיני שטר א"א לכתוב תיקנו להציל א"כ הכא אפשר שתיקנו רק בכה"ג שהוא אמר לכתוב וקמ"ל דא"צ לומר כן, אולם צ"ב דאם קושית תוס' היא רק לר"ת אמאי הוצרכו תוס' להזכיר כיון "שזכות" הוא לא ועיין.

ו. גמ' קנין בפני ב' וא"צ לומר כתבו, בתוס' הוכיחו דא"צ ב' עדים כדי שיחול הקנין, **אבל** בתוס' סנהדרין ו ע"ב [ד"ה צריכה] כתבו דבעינן ב' עדים על המעשה קנין, ומה שהקשו תוס' מפרק הזהב כתב תוס' שם דסתם גורן מצוין שם בנ"א, אולם לכאורה כל זה רק בקנין סודר ולא בשאר קנינים וכן מבואר בשטמ"ק בשם הראב"ד שכתב דאף בקנין סודר בעינן עדים, ומ"מ כתב הראב"ד דאם הוא עושה חליפין ע"י נעלו כמו שכתוב בפסוק שלף איש נעלו א"צ עדים, ומשמע דטעמא דבעינן עדים דלא יחשב כחוכא ולכן במה דכתיב הקרא א"צ עדים, ועי' שנחלקו הרמב"ם והראב"ד פ"ה ה"ט ממכירה, ועי"ש באבן האזל, ועי' היטב ברשב"ם כאן דמשמע נמי דבעינן ב' עדים בשביל הקנין.

ז. רשב"ם ד"ה הודאה, דקי"ל המלוה את חברו בעדים א"צ לפרעו בעדים, בחת"ס העיר דהכא בהודא לכו"ע א"צ לפרעו בעדים אף למד"א דצריך לפרעו בעדים כדמבואר בשבועות מא ע"ב ואמאי תלי ליה הרשב"ם בזה, **וכתב** הרשב"ם בסו"ד ועכשיו כשיש בידו שטר וכו' אפילו הוציא המלוה כתב ידו של לוח גובה מנכסים בני חוין ואינו נאמן לומר פרעתי כ"ש בשטר שיש בו עדים, צ"ב מה הוצרך הרשב"ם להביא מכתב ידו, ועוד צ"ב מה שכתב כ"ש ואמאי הוה כ"ש ואיזה סברא יש יותר בשטר דכתב ידו מעדים, וביאר ברע"א [ח"ב ק"י] דהחידוש של הרשב"ם דהא דאין נאמן לומר פרעתי בשטר הוא אף היכא שאין אלימות לשטר שיכול לגבות ממשועבדים, דהכא שהודה בפני שנים סבר הרשב"ם דאין גובים ממשועבדים וזהו שכתב כ"ש דכמו בכתב ידו דאין גובה ממשועבדי מ"מ אינו נאמן לומר פרעתי ה"נ הכא בעדים שכתבו שטר דמצד צורת השטר היה צריך לגבות מ"מ אינו נאמן לומר פרעתי.

ח. רשב"ם ד"ה קיום שטרות בפני ג', ודומה לבי' עדים ששמעו מפי עדים שלמעלה שהשטר כשר ועד מפי עד פסול, נראה מדבריו דאינו אלא פסול מדרבנן דבדאורייתא אם ב' חשיב ב"ד אין חילוק בין ב' לג', ומשמע דכל החסרון הוא משום שהוא כעד מפי עד שאינם יודעים רק מכח מה שהעדים שחתמו אומרים להם שזהו חתימתם, ומשמע לפי"ז שאם הדינים בעצמם מכירים שזהו כתב העדים יהני קיום בשנים או שבכה"ג שיקימו השטר ע"י דימוי חתימות לא הוה כעד מפי עד, ועי' בסמ"ע מו סק"ז שכ"כ, אבל הש"ך שם סק"ו חולק ע"ז ועי' ברבנו יונה כאן.

הערות וציונים פרק חזקת הבתים

דף מ:

א. גמ' אמרי נהרדעא כל מודעא דלא כתיב ביה אנן ידעינן ביה אונסא דפלניא לאו מודעא היא, דעת הרשב"ם שנהרדעי חידשו שצריך שהעדים יכירו וידעו את האונס ולהלן יבוא כל השו"ט בגמ' לדעת הרשב"ם, **והנה** הראשונים נחלקו אי בכה"ג שלא מכירים האונס האם לא כותבים שטר מודעא כלל וכן כתב רבנו יונה, אבל הרשב"א כתב שכותבים משום דשמא איכא עדים שיודעים האונס או יתברר אונסו אח"כ ונוכל לבטל המכירה ע"י המודעא, אבל רבנו יונה כתב דלא יכתבו דע"י כתיבת המודעא יוזל הקרקע דיאמרו דלא לחנם נכתב המודעא, וכן פסק בשו"ע ר"ה סעי' ה' ועי"ש בקצה"ח מש"כ להקשות לדעת הרשב"א.

ג. גמ' אי דגיטא ומתנתא גילויי מילתא בעלמא היא, ברשב"ם מבואר דהכא לכו"ע א"צ שהעדים ידעו האונס דאם אינו אנוס אין סיבה אחרת שיתן המתנה או גט וע"כ שאם הוא אומר שהוא אנוס ע"כ שהוא כדבריו, ורק במכירה שמקבל ממון יש סברא לומר דשמא הוא צריך עכשיו מעות ולכן כותב מודעא אבל מתנה שלא מקבל כלום ע"כ שיש לו אונס, ומשמע ברשב"ם דכל מה דמהני מודעא הוא רק אם באמת אנוס על המתנה אבל אם אומר שאין לו גמירת דעת מסיבה אחרת לא מהני מודעא כה"ג, **אולס** ברבנו יונה וברא"ש כתבו וז"ל פ"י הרי הוא מגלה דעתו במסירת המודעא שאינו נותן מתנה זו בנפש חפצה ולא נחא ליה דליקני ול"ד לזביני דכיון שמקבל זוזי אגב זוזי גמר ומקנה ומה שהוא מוסר מודעא כדי שיוכל לבטל המכר כשיהיו לו מעות, ואע"פ שיודע שדברי אותה המודעא שמסר בפני עדים דברי שקר הם הו"א מודעא לבטל המתנה עכ"ל, מבואר מדבריו דבמתנה א"צ אונס כדי לבטל המתנה אלא ה"ה כל היכא שאין לו גמירות דעת גמורה מהניא לבטל המתנה, וכן הוא דעת הרמב"ם [פ"י ממכירה ה"ג] שאין הולכין במתנה אלא אחר גילוי דעת הנותן, והביאור בזה כתב **בזכר יצחק** [סי' לא] דמתנה וגט בעינן רצון וכמו שכתב הרמב"ם הלכ' גירושין דכתיב בקרא והיה אם לא תמצא חן בעיניו, אבל בכל הקנינים בעינן רק גמירות דעת ולכן רק במכר בעינן שיהא אונס, [וצ"ב מה המקור דבמתנה בעינן רצון יותר מכל מקח] וע"ע בזכר יצחק סי' סח שביאר באופ"א החילוק בין מכירה למתנה וגט.

ג. גמ' והאמר רבא לא כתבינן מודעא אזבינא לעולם, מודה רבא היכא דאניס וכמעשה דפרדיסא, ברשב"ם ביאר דטעמא דרבא דלא כתבינן מודעא אזבינא משום דממ"נ אם מיירי בשדה סתם הרי הדין הוא דתליוהו וזבין זבינא ולא מועיל שיכתוב מודעא, ואם מיירי שאנסו אותו על שדה זו א"כ א"צ מודעא כיון דהעדים שראו האונס יכולים להעיד על האונס וא"צ לכותב מודעא, **ולפ"י?** צריך לפרש דהגמ' מקשה באיזה אופן אמרי נהרדעא שצריך לכתוב במודעא אן ידעינן וכו', דבגט ומתנה א"צ דגילוי מילתא ובזבינא בשדה סתם לא מהניא מודעא ובשדה זו א"צ לכתוב מודעא כלל כיון שהעדים רואים את האונס, **[וכתב]** הרשב"ם דרב הונא שסבר דאף בשדה זו זבינא זבינא חולק על רבא, והיינו דלקמן מח ע"ב מבואר דסבר רב הונא דמהני כתיבת מודעא וע"כ דאע"פ דזבינא זבינא מהניא כתיבת המודעא].

ותי' הגמ' דבמעשה דפרדיסא כתבינן מודעא כדאמרי נהדעי, ופ"י הרשב"ם כה"ג דמעשה דפרדס דלקמן מתוך פחד שמפחידין אותו להפסיד הפרדס לגמרי בלא דמים קמזבין ליה אין בלבו למכור לגמרי עד שינצל מן הפחד וכו', וצ"ב דמשמע ברשב"ם שיש כאן תוספת פחד מכל מכירה באונס, והרי בכל תליוהו לכאורה הוה אונס של מיתה והתם נמי מפסיד דמים, **והרמב"ן תמה על הרשב"ם דהרי במעשה דפרדיסא הוא שדה זו ובכה"ג אין צריך לכתוב מודעא וכמו שכתב הרשב"ם בעצמו דאיכא עדים על עצם האונס, **ועוד** תמה הרמב"ן על עיקר סברת הרשב"ם אמאי אין כתבין מודעא על שדה זו ואע"פ דאיכא עדים מ"מ אמאי לא יכתבו כדי שידעו באופן שהעדים אינם לפנינו, ועוד הק' דמשמע מדברי הרשב"ם דלפי רב הונא לא מהני כתיבת מודעא בשדה סתם, ולא מצינו חילוק בין שדה זו לשדה סתם, ולכן כתב הרמב"ן לפרשכל הסוגיא באופ"א ע"י"ש היטב, ועי' בנתה"מ בפתיחה לסי' ר"ה מש"כ ע"ד הרמב"ן.**

ובבית יוסף [סי' ר"ה] ביאר דכונת הרשב"ם ע"פ מש"כ בהמשך בשם ר"ח דהכא האונס אינו ברור מצד עצמו רק ע"י מסירת המודעא, דאע"פ שהעדים ראו שתבע אותו וטען המחזיק שהוא שלו ואח"כ כתב לו שטר מכירה, מ"מ אינו מוכרח שמכר באונס ולא חשיב שיש כאן עדים על האונס דשמא אח"כ נתרצה, וכל מה דמהני הוא רק משום שאמר להם קודם שכתב השטר מכירה שהוא מוסר מודעא שמה שהולך למכור הוא באונס, ולכן בכה"ג אע"פ שהוא שדה זו כיון שהעדים בעצמם לא ראו את האונס בכה"ג כתבינן מודעא אף שדה זו ואיכא דינא דנהדעא דבעינן שיכתבו דמכרין את האונס, [ועי"ש שכתב הב"י דמה שכתב הרשב"ם שהכא מפחידין אותו לגמרי וכו' כונתו לבאר דאונס כי האי חשיב אונס], ומה שהקשה הרמב"ן שלא מצינו דעה לחלק בין שדה סתם לשדה זו עי"ש בב"י שכתב שמצינו כן בהגהות בשם ר"י וריצב"א, ועי"ש בב"ח שהקשה על הב"י דאם באמת אין ידוע לעדים שהוא מכור באונס רק ע"י שהוא אמר להם שאינו מוכר בלב שלם אלא אנוס הוא, הרי לאו מפיו אנו חיים וכה"ג לא חשיב שהעדים יודעים שהוא אנוס, אלא כתב הב"ח דזה עצמו שהמחזיק אמר בפני עדים לית לך עלי ולא מידי והיינו שמכחיש שהוא שלו כבר ג' שנים, ואח"כ רואים שיש לו שטר מכירה שכתב לו עכשיו שמכר לו וע"כ שהוא מכר באונס דהשטר הוא הכחשה למה שאמר ונמצא שהעדים מכירין את האונס, אלא כונת הגמ' דבמעשה דפרדיסא חלוק משאר אונסים דבכל אונס הגוף לא הוה זבינא זבינא אבל הכא כל האונס הוא רק אונס ממון על שדה זו בכה"ג היה אפ"ל דאף בשדה זו זבינא זבינא ורק מכיון שמסר מודעא אמרינן דלא הוה זבינא זבינא.

ד. גמ' וכמעשה דפרדיסא דההוא גברא וכו', מבואר בגמ' דמהניא כתיבת מודעא בכה"ג אבל לולא המכירה היתה קימת, והקשה **הנתיבות** [סי' ר"ה ס"ק יד] דאיך המכירה קימת כיון שזה שמחזיק בקרקע טוען שהוא שלו והרי באמת הוא גזלן עליה א"כ איך יחול המכירה הרי הוא אינו ברשותו של הבעלים, ואין חילוק בין קרקע למטלטלין שהרי מבואר בב"מ ז. דקרקע שאין יכול להציא בדינים אין יכול הקדישה, וכתב דמוכח מכאן כמש"כ הב"ש [סי' כ"ח ס"ק ט"ז] דלגזלן בעצמו אין חסרון של אינו ברשותו דהיינו שהנגזל יכול למכור לגזלן ורק כשהוא מכור לאדם אחר חשיב אינו ברשותו, ודלא כמש"כ שם הב"ש בשם שארית יוסף דאף לגזלן עצמו אין יכול להקנות.

ואפשר אולי לישב דכל מש"כ בשארית יוסף דאף לגזלן א"א להקנות הוא רק במטלטלין שיש לו קניני גניבה, אבל בקרקע דאין לו קניני גניבה בכה"ג יכול להקנות לגזלן בעצמו, וכל מה דמבואר בב"מ דקרקע שאין יכול להיצאה בדינים חשיב אינו ברשותו הוא רק למכרו לאחר אבל לגזלן עצמו בקרקע כו"ע מודו דיכול להקנות, ואכמ"ל.

ה. **רשב"ם ד"ה גילוי מילתא בעלמא הוא**, ומשו"ה תיקנו בגיטין דלא למיכתב גיטא עד שיבטל הבעל כל מודעות, וכן כתב הרשב"ם בעי"א [ד"ה ואין צריך לומר כתובין] והיינו דכתבין ביטול מודעי בשטרי מכירה ומתנה דמעתה לא תועיל המודעה, והקשה **הנתי"מ** [סי' ר"ה סק"ז] דאיך מהני ביטול על המודעה הרי לפי הרשב"ם לא מהני מסירת מודע אלא בכה"ג שהוא אנוס על המתנה או על הגט וא"כ מה יועיל שהוא מבטל המודעה הרי מ"מ אנוס הוא על המתנה והגט, **ובקצה"ח** [ר"ה סק"ח] הביא הרשב"ם לענין גט ותי' דבגט מיירי באותם שכופין אותו לגרש מחמת הדין ובכה"ג שמחויב להוציא אע"פ שאנוס הוא ואינו רוצה מ"מ הוה כמו תליוהו וזבין כיון שמחויב ע"פ דין לגרש, ולכן מהני ביטול המודעה וחשיב שיש כאן רצון, אבל צ"ע מהרשב"ם בעי"א שכתב כן לענין מתנה. **ובנתי"מ** כתב לישב דהרי מבואר בגמ' דאיכא אופנים דאף במתנה לא מהניא ביטול המתנה אלא בכתיבת מודעה ככגון בההיא דקידש אשה ע"ת שיתן לה כל ממונו וכה"ג לא חשיב שאין לו רצון ואנוס בעצמו אלא חשיב אנוס מחמת דבר אחר ולכן בכה"ג מהני ביטול המודעה, **והנה** בתוס' להלן מח ע"ב [ד"ה אמר רבא] הביא דברי הרשב"ם שכתב דבמתנה מהניא ביטול המודעה וכתבו תוס' דכ"ז רק היכא דלא ידעין אונסא אבל אם ידעין אונסא לא מהניא ביטול המודעה, ולמבואר בנתי"מ י"ל דהיכא דידעין א"כ אפשר דהאנוס הוא מחמת דלית ליה גמירות דעת ולכן לא מהניא התם אבל אי לא ידעין אפשר דהאנוס הוא בכה"ג דאונסא דנפשיה כדמבואר בגמ' ולכן מהניא ביטול המודעה, ועי' קו"ש אות רג שביאר דברי תוס' באופ"א דס"ל לתוס' כהרא"ש דבמתנה גילוי דעת לבד סגי וא"צ שיהא אנוס, ולכן אם ידוע האנוס לא מועיל ביטול המודעה דסו"ס אין לו גמירות דעת כיון שהוא אנוס, אבל אם לא ידוע האנוס ורק סתם גילה דעתו שלא קרוצה המתנה.

ו. **הנה בעיקר הענין של מודעה עי' בחידושי הגרש"ש** [סי' כז] שחקר בגדר הך דינא האם מסירת מודעה היא גילוי מילתא שאינו חפץ במכירה והוה מכירה בלא גמירת דעת מחמת שהוא אנוס, או"ד דיסוד דין של מודעה הוא דין שהוא מעשה שמבטל את המכירה או המתנה שיעשה אח"כ, **והנה** הרשב"א בקידושין דף נ. כתב לבאר אמאי במודעה אין חסרון של דברים שבלב, וכתב התם לאו דברים שבלב נינהו אלא ברים מגולין הם לעדים, אלא שהוא ירא מלגלותן בשעת מעשה מחמת אונסו, וה"ט דאמרין כל מודעה דלא כתיב ביה אנא ידעין ביה באונסיה דפלניא לאו מודעה היא, ומבואר ברשב"א דאין כח למודעה לבטל המכירה אלא דחשיב אנוס על המעשה ולא הוה דברים שבלב דהוא מגולה לעדים, [ועי' ברע"א בשו"ע יו"ד סי' ר"א ע"ד הש"ך סק"ב שכתב לענין מסירת מודעה בנדר דעיי' המסירת מודעה לא הוה דברים שבלב, ומשמע כמש"כ הרשב"א דמסירת המודעה מהניא דעיי' אין לו גמירת דעת גמורה בעשית המעשה].

אולם הגרש"ש שם הוכיח דעיי' ענין של מודעה הוא פעולה חדשה שאדם עושה לבטל המעשה, דהרי מצינו דאדם יכול לבטל את המודעה הא כיון שכל ענין מודעה הוא מגלה שהוא אנוס, והרי הרשב"ם כתב דבמתנה וגט לא מהני המודעה אלא א"כ הוא אנוס וא"כ מה יועיל ביטול המודעה הרי סו"ס הוא אנוס ואין יחול הקנין אלא ע"כ דהמודעה היא חלות מחודשת שמבטלת את המעשה ולכן כה"ג שביטל את המודעה המעשה קיים, ואולם צריך לבאר דמה מהני ביטול המודעה מ"מ הוא אנוס וזהו הקושיא שהקשנו לעיל אות ה', ועיי"ש ב"י הגרש"ש ד"ה ועפ"י מש"כ לבאר בזה, **ועוד** יש לדון דהנה מדברי הרשב"ם מבואר דלפי רב הונא לקמן מח ע"ב יוצא דאין חילוק בין שדה זו לשדה סתם ובכולה הדין דתליוהו וזבין זבינא זבינא, ומ"מ סבר רב הונא דאם כותב מודעה המכירה בטילה והרי בכה"ג לא חשיב מכירה באנוס כיון דאגב זוזי גמר ומקני, ועיי' דמודעה הוא כח חדש לביטול המכירה ועיין היטב בכ"ז.

ז. **גמ' האי מתנתא טמירתא לא מגבינן ביה**, ברבנו יונה והרא"ש הוכיחו מכאן דכדי לבטל מתנה אי"צ שיהא אנוס אלא דכל שאין לו גמירות דעת ליתן את המתנה בלב שלם ובנפש חפצה וכמש"כ הזכר יצחק שצריך רצון גמור ולא סגי בגמירות דעת דקנינים, ודלא כמש"כ הרשב"ם דגילוי מילתא בעלמא היא דעיי' אנוס הוא דהכא לאו אנוס הוא.

הערות וציונים פרק חזקת הבתים

דף מא.

א. **מתני' כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה**, מלשון המשנה משמע דהא דבעינן טענה אינו משום דכדי להוציא קרקע מחזקת מרא קמא בעינן תרתי חזקות ג"ש וטענה, אלא דכל כח החזקה היא כשיש עמה טענה, דהיינו דהחזקת ג"ש שהיא עושה אותו מוחזק בקרקע כ"ז רק כשיש עמה טענה שאומר שקנה ממנו או אביו קנה ממנו, **והנה** אם חזקת ג"ש הוא תקנת חכמים אי"ש דזהו צורת התקנה דרק ג"ש וטענה מוציא ממר"ק, אבל לפי דעת הרמב"ן דאיכא ראייה מיד מדלא מיחה המערער וכל מה דבעינן ג"ש דלא יהא טענה של אחוי שטרך א"כ אמאי בעינן טענה הרי יש כבר ראייה מיד, וצ"ל דהרמב"ן כתב דמדשתק רגלים לדבר שמכר לו וא"כ י"ל דאם אינו טוען יש כאן ריעותא ולכן רק עיי' הטענה אפשר להוציא מכח הראיה של מדלא מיחה, **ועי' בקה"י סי' יח אות ז' שכי"כ**. **והנה** ברמב"ם [פ"ד מטו"י ה"ב] כתב אע"פ שלא טען אין מוצאין אותו מידו עד שיביא זה המערער עדים שהיא שלו, משמע דרק היכא שיש למרא קמא עדים צריך טענה אבל אם אין לו עדים אע"פ שהמחזיק אומר שלא אמר לי אדם דבר מעולם דלא הוה רק כטענת שמא מ"מ אין מוצאין את הקרקע מהמוחזק וכן פסק בשו"ע קמ"ו ט', **ועי' במרדכי כאן** [סי' תקל"ד] שכתב רבנו יקר

מסתפק מאן דלית ליה שום עדות ידוע בקרקע ומערער על חברו וא"ל מה אתה עושה בתוך שלי וא"ל שלא אמר לי אדם דבר מעולם, ומיהו לא אצא עבורך עד שתברר בעדים שהיא שלך, וכתב רשב"ט דטענה נכונה היא מהא דאמר לעיל גבי ארבא אי תפס לא מפקינן מינה, ועי' בקה"י סי' כ"ו שהביא שהגר"א דן בראיה שהמרדכי הביא, וצ"ב דכשאומו של אדם דבר מעולם הרי"ז כהודאת בע"ד שלא קנה ואינו שלו וא"כ אמאי אין חברו יכול להוציא, ו**בקה"י** כתב בשם הנתה"מ דהוה כהשבת אבידה דמי שיושב בקרקע חייב בשמירה לבעלים, ועיי' בקה"י מש"כ לבאר באופן אחר, [ויש לדון למד"א בברי ושמא ברי עדיף האם הכא יוכל להוציא הממון ממי שיושב בקרקע כיון שטוען שמא, ונדון זה שיד אף במטלטלין שא"צ טענה אמאי המר"ק לא יזכה מדין ברי ושמא ועיי'].

ב. רשב"ם כל חזקה שאין עמה טענה, בין בחזקת ג"ש דקרקע בין בחזקת יום אחד כגון הנך דאמרן לעיל וכו', מבואר דסבר הרשב"ם דחזקת תשמישים נמי בעינן טענה דלא כמש"כ הריב"ם לעיל בתוס' כג ע"א, ולמבואר באות הקודם ה"נ הטענה היא לאשווי את המוחזקות, ומשמע ברשב"ם דבמטלטלין אין צריך טענה וכמש"כ ברבנו יונה לעיל כח ע"ב דרק בקרקע בעינן טענה אבל במטלטלין התפיסה לבד היא ראייה שהיא שלו, ודלא כמש"כ בקצה"ח סי' קל"ג א' דבמטלטלין נמי בעינן טענה, **אולם** אף ברבנו יונה לעיל מבואר דכל מה דאין צריך טענה במטלטלין הוא רק כשאומר שלא רוצה להשיב לו כלום אבל כשאומר לו שלא אמר לי אדם דבר מעולם הוה הודאה שאינו שלו וממילא זוכה בזה המרא קמא וא"י מדין חזקה שאין עמה טענה אלא דהוה כהודאה שהיא אינו שלו.

[והנה בעיקר מש"כ הרשב"ם דחזקת תשמישים היא ביום אחד, צ"ב דלקמן נט. מבואר דהוצאת ז"ז אין לו חזקה רק לאחר ג"ש וכן מבואר בסוגיין דחלונוט לר' ישמעאל בפניו לאלתר הוה חזקה אבל לפי רבנן בעינן ג"ש, ועי' בטור קניג שביאר הסברא לחלק בין תשמיש גדול שמחסר מהקרקע כחלונוט ז"ז אבל דברים קטנים שאין רגילות לכתוב עליהם שטר אין החזקה בג"ש אלא מיד].

ג. תוס' ד"ה שלא אמר לי אדם דבר מעולם, בתוס' הקשו דלעיל כח ע"ב מבואר בגמ' להיפך דלא פשיטא דמקשה הגמ' למאן דיליף חזקת ג"ש משור המועד אלא מעתה חזקה שאין עמה טענה תהוי חזקה, ובתחלה תי' דכל קושית הגמ' התם היא לבתר דקס"ד הכא דנעשה טענינן וקמ"ל דלא אבל התם דילפינן משור המעודת זמא נעשה טענינן, וכתבו תוס' ומשני דס"ד נטעון ליה אנן דכיון דלא מיחה ג"ש ודאי מכר או מחל, וביאר בהמרש"א דמש"כ תוס' או מחל אין כונתו לסוגיין דהכא לא מוזכר סברא זו של מחילה וכל מה שכתבה הגמ' דס"ד דנטעון לו שקנה והיה לו שטר ונאבד, אבל לעיל כח: מוזכר בתוס' דס"ד של הגמ' דאף אם אמר שלא אמר לי אדם דבר מעולם הוה חזקה דאמרין שמחל לו, ועיש עוד מש"כ במהרש"א לישב מש"כ תוס' כאן בד"ה אמרי לי בסו"ד.

ובעיקר הך דינא דהיכא שאמר לא אמר לי דבר אפשר היה לזכות ע"י שטענינן שמחל, עי' ברשב"א ובריטב"א לעיל כח: שכתבו דא"א לפרש כן דבדבר שבעין ל"ש מחילה וכל מה שיש לדון מחילה הוא על זכויות אבל הכא שבא לזכות בגוף הקרקע ל"ש לדון על מחילה ולכן כתב הראשונים דהתם כונת הגמ' שלא אומר שלא אמר לי אדם דבר מעולם אלא שותק ואומר שהוא שלו, ולכן ס"ד דאף בלא חזקה היא שלו, [מיהו בכונת תוס' יש לישב כמש"כ הרשב"ם בסוף העמוד דטענת מחילה היינו שאמר לו שיעשה קנין והוה כאומר לו לך חזק וקני, ועי' בברכת שמואל סי' כ"ה אות ד' מש"כ בשם הגר"י סלנטער זצ"ל] ולמבואר בראשונים אפשר לישב קושית תוס' דכל קושית הגמ' כאן היא כיון דתני במשנה שלא אמר לי אדם דבר מעולם, אבל התם כונת הגמ' חזקה שאין עמה טענה היא שאומר שהיא שלו ואנו יכולים לדון דשמא קנה ממנו.

ד. תוס' ד"ה כמאן כר' יהודה, ברע"א הקשה הרי בגמ' לעיל לט ע"א אמר ר"י דכל מה שאמר ר"י שצריך לבוא ולמחות אינו אלא עצה טובה וא"כ מעיקר הדין סבר ר"י נמי דמחאה שלא בפניו הוה מחאה ומ"מ בפניו לאלתר הוה חזקה, ועי' במהרש"א במהדורא בתרא שכתב דתוס' סברי דר"י לא נשאר עם זה ולא מסתבר דרב ענן סבר הכי, ועי' בחזו"א ליקוטים סי' כ"א לדף מא מש"כ לבאר.

ה. גמ' רב ענן שקל בידקא וכו' א"ל זיל הדר והא אחזיק לי, ברשב"ם מבואר דמעיקרא טען רב ענן שבניתי כותל ע"פ ובצואתו כדאמר לקמיה דאתא וסייע גודא בהדאי, והקשו תוס' דלא משמע הכי בגמ' ועוד אמאי לא אמר לו ר"י מעיקרא מחילה בטעות, וברבנו יונה כתב והיה סבור ר"י כי מה שאמר והא אחזיק לי חזקה שיש עמה טענה קאמר ולפיכך השיבו ר' נחמן כמאן כ' יהודה וכו', ולפי"ז יש לישב כונת הרשב"ם דר"י לא הבין שזה מה שאמר לו רב ענן ואה"נ היה יכול לומר לו מיד דמחילה בטעות הוא.

ו. גמ' א"ל והא אחיל דאתא וסייע בגודא, הקשו הראשונים הרי לא מהני מחילה על קרקע וכל מה דמהני מחילה הוא על זכויות, וברשב"ם פירש דכיון שיש לו עדים שראו שמסייע בגודא ע"כ כמאן דאמר לך חזק וקני דמי, ולא מחילה היא אלא שהכונה שהקנה לו את הקרקע [ועי' ברשב"א כח ע"ב שכתב דרק הכא אפשר לפרש כן הלשון מחילה כיון דהגמ' הוסיפה דאתא וסייע בגודא], והרמב"ן כתב דמירי הכא בכותל שהיה רב ענן מחויב לבנות מצד היזק ראייה וחויב הכותל מוטל על שניהם ובנאו רב ענן כל הכותל בחצר חברו, ובעל החצר רוצה לסתור הכותל כדי לבנות אותו באמצע כדתקני במשנה בונים את הכותל באמצע, ועי' טען רב ענן דבזה שבנה הכותל בחצרו ע"כ שמחל לו על הזכות תביעה של היזק ראי וממילא צריך חברו לבנות כל הכותל ברשותו, ועי' עוד בראשונים שהביאו עוד פ"י דכונת הגמ' דכיון שסייע לו יהיה לו חזקה לאלתר דהוה כמו דלי ליה לצנא ופירי דלאלתר הוה חזקה.

ז. **גמ' א"ל מחילה בטעות היא את גופיה וכו'**, הראשונים דייקו דמשמע בגמ' דרק משום שהוא לא ידע לכן לא זכה בו רב ענן אבל אם הוא היה יודע משמע בגמ' דאע"פ שרב ענן לא היה יודע מ"מ היה זוכה בזה, וקשה הרי כיון שלא ידע הרי"ז כמו עודבר בנכסי הגר וקסבור שהוא שלו דמבואר בגמ' ביבמות דלא זכה בו, וכתבו הראשונים בשם הראב"ד דכל היכא דאיכא דעת אחרת מקנה קונה אותו הקונה אף כשלא היה לו דעת קנין, **ובאחרונים** האריכו טובא בכ"ז ע"י בקצה"ח סי' ער"ד וברע"א תשובה ל"ז, **ועי' בקה"י כאן [סי' כז]** ובדבריו מבואר דסברת הראב"ד היא דהיר עיקר היסוד של מעשה קנין הוא שהאדם מתנהג בדבר כאילו שהוא הבעלים, ולכן ע"י מעשה קנין הוא נעשה בעלים על הדבר ולכן אף בדבר שהוא לא שלו אבל מתנהג בו כבעלים ולשני יש כונה להקנת לו את החפץ לכן הוא זוכה בו, אבל באופן שהוא לא מתנהג עם החפץ בתורת בעלים בכה"ג אף אם יהיה דעת אחרת מקנה לא יקנה אותו ובזה מישב כמה קושיות בדעת הראב"ד ע"י"ש.

ח. **תוס' ד"ה אמר ליה מחילה בטעות**, והקשו תוס' דבגמ' ב"מ מבואר דסבר ר"י דמחילה בטעות היא מחילה, **הנה** מה שדימו תוס' נדון דסוגיין לכל מה דמבואר בב"מ לכאורה י"ל דהתם הנדון הוא לגבי פירות שכבר אכל [כגון בההיא דאסמכתא או כשמכר פירות שלא באו לעולם ואכלן כשבאו לעולם], והתם הנדון הוא על דברים שכבר אכל האם צריך לשלם כיון שהיה בטעות ובזה יש סברא לומר דמכיון שמחילה היא סילוק שמא אף בטעות הוא חל, אבל הכא הנדון הוא על המעשה קנין שנעשה שאמר לו לך חזק וקני האם כיון שהיה רק בטעות האם חשיב שיש כאן מעשה קנין ולכאורה הכא כיון שהיה בטעות לא היה מעשה קנין כלל, [וכל הלשון של מחילה הוא ל"ד וכמש"כ לעיל] ועי' בקו"ש אות קע"א שהקשה כן, והנה בתוס' כתבו לדמות אף קנין בטעות למחילה בטעות דכתבו בתו"ד הא דמבואר בגיטין לענין קנין בטעות וצ"ב מה הסברא דקנין בטעות הוה קנין, **ועי' בקצה"ח סי' קמ"ב** שכתב עד"ז דהביא דבהגהות אשר"י כתב דטעמא דמחילה בטעות הוה מחילה משום דהוה כיאוש וכמו דכל יאוש בטעות דהוה יאוש כמו שמצינו באבידה ה"נ בכל טעות, ולכן כ"ז רק היכא שהוא מחויב לחברו דיכול לזכות מן ההפקר בחוב כיון שחברו נתיאש, אבל הכא בדרב ענן לא יכול לזכות דצריך למעשה קנין ולא שיד דעת אחרת כיון שהמוכר לא נתכון להקנות.

והנה הרמב"ן כתב עוד סברא דלא דמי דהתם באסמכתא הרי הסכים ליתן לחברו אלא דהיה בטעות משום שסבר דבכה"ג הקנין חל והטעות היה על החלות, אבל הכא בדרב ענן הרי היה סבור שנותן לחברו את של חברו ולא היה סבור שנותן משלו וא"כ אף דהתם מחילה בטעות הוה מחילה כיון שכבר הסכים אבל הכא מעולם לא הסכים ליתן לחברו דבר שהוא שיד לו, **והרמב"ן** כתב סברא זו לישב לפי דרכו שהנדון כאן היה שבנה חברו את כל הכותל בחצרו והיה שיד לדון כאן מחילה בטעות כיון דהוא נדון של מחילה על זכויות ושעבודים של תביעת היזק ראייה ודמי למחילה דב"מ שמוחל על זכות תביעת אכילת פירות, ועי' תי' הרמב"ן דמ"מ לא דמי דהכא מעיקרא לא היה סבור ליתן את שלו אלא היה סבור שהוא של חברו אבל התם יודע שנותן את שלו והיה סבור שהקנין הועיל ולכן הוה מחילה בטעות.

דף מא:

ט. **גמ' על מה נחלקו על כת אחת שאחד אומר מנה והשני אומר מאתיים**, כתב הנמוק"י דטעמא דלא אמרינן דהוה עדות מוכחשת ואף לרב הונא דסבר בב' כיתי עדים המכישים זו את זו דזו באה בפני עצמה ומעידה וזו באה בפני עצמה ומעידה, אבל אחת מכת זו ואחת מכת זו לא דיש כאן אחד שקרן, ותי' דהכא אמרינן דטעו בין מאתיים למאה, וכמו שכתבו תוס' דלא דייק בהו סהדי ולכן אמרינן דאינם משקרים, **ויש** להעיר אם חיישינן דטעו אמאי אין חוששין שמא טעו בין מאה לפחות ממאה ושמא אף לא ראה מנה ועי', ומדברי הנמוק"י מוכח דהך דינא דב' עדים המכישים זה זה אמרינן אף בע"א המכחיש ע"א, ועי' בש"ד סי' ל"א שהביא שנסתפקו בדבר חכמים בריסק אם ע"א בהכחשה מצטרפין לעשות אחרת, ועי"ש בהגהות תח"ס שהביא ראייה מהנמוק"י כאן, אולם בעיקר סברת הראשונים שכתבו דאמרינן דיכול לטעות בין מנה למאתים העיר באילת השחר שהרי זה פשוט לכאורה דאם שני עדים יעידו שלוח מנה ויבוא עד שלישי ויעיד שלוח מאתיים יפסל לעשות ע"י הב' שאמרו שהוא לוח רק מנה ולמה לא נימא שטעה כמו שאנו אומרים כאן.

והנה בתוס' כתב דאף לב"ה דאמרינן בכלל מאתיים מנה מ"מ באחד אומר חבית של יין ואחד אומר חבית של שמן דאינם מצטרפים דהתם ל"ש למימר דעבידי דטעו אלא נחלקה עדותם, **מיהו** עי' בתוס' ר"י"ד כאן שנראה סברא אחרת בזה דלא משום דבזה עבידי דטעו אלא דהתם ל"ש כלל הסברא דמכלל מאתיים מנה דהוה ב' חפצים שונים.

הערות וצינונים פרק חזקת הבתים

דף מא:

א. **גמ' ההוא גברא דדר ביה קשתא וכו' אית לך סהדי דדר ביה איהו דזבנת מניה אפילו חד יומא אוקימנא בידך**, ברשב"ם מבואר דלולא שמביא עדים שהוא דר ביה חד יומא לא היו עושים טענינן, וטעמא דמילתא נתבאר בכמה אופנים, **בקצה"ח** [סי' קמ"ו סק"ט] כתב בשם מהרי"ט שצריך עדים דדר ביה חד יומא כדי להוכיח שהוא לוקח מאותו פלוני שאומר שקנה ממנו, דאם לא מביא ראייה דדר בה חד יומא אמרינן שלא היה מעיז פניו לומר אני לקחתי ממך ולכן טען מפלגא זבינתא, וכתב בקצה"ח דהוליד מזה המהרי"ט חדשות דלכן אם יש לו שטר שקנה מאותו פלוני א"צ עדים שדר ביה חד יומא כיון שזה ברור שהוא לוקח ממנו, וסברא זו כבר כתב בתוס' ר"י"ד כאן דבעינן שיהא ראייה שהוא לוקח ולכן אף בשטר סגי, והמהרי"ט דייק כדבריו ברשב"ם [בד"ה אייתי סהדי]

"שכתב כדי לאמת דבריו", ושוב לא תצטרך להביא עדים שלקחה מבעליו אותו שמכרה לך דטענין ללוקח, ומשמע דצריך להוכיח דבריו שהוא קנה ממנו ולזה בעינן ב' עדים.

והקשה בקצה"ח דברש"ם לעיל ל ע"ב מפורש דאף אם יש לו שטר מ"מ צריך עדים שדר ביה המכור חד יומא ומבואר דלא כמשי"כ המהרי"ט שצריך ראיה שהוא לוקח, **ולכן** כתב בקצה"ח דבעינן עדים שדר ביה חד יומא כדי שיהא אומדנא שהוא קנה מהמרא קמא ובל"ז אין עושים טענין, [והיינו דכדי לעשות טענין בעינן שיהא רגל"ד שכך הוא], ודייק כן ברש"ם שכתב ושוב לא תצטרך להביא עדים "שלקחה מבעליו אותו שמכר לו", ולפי המהרי"ט שצריך ראיה שהוא לוקח היה הרש"ם צריך לכתוב ושוב לא תצטרך להביא עדים "שלוקח אתה" דבשביל זה צריך עדות שדר ביה חד יומא, **ובקה"י** [סי' כא] הקשה דלא מצינו בדיני טענין הך כלל כזה שצריך אומדנא ורגל"ד כדי לעשות טענין, ועוד שהרי הראשונים דנו דאף בטענה דלא שכיח עושים טענין, [ואפשר דכל סברת הקצה"ח הוא רק הכא שבה הוצאת ממון דמוציא הקרקע מהמרא קמא וע"כ בעינן רגל"ד, ול"ד לכל טענין ליתמי ולקוחות שהוא טענה ליפטר מחוב דבזה א"צ רגל"ד].

ולכן כתב בקה"י דטעמא דלא משום דלטענין בעינן אומדנא אלא דאם לא מביא עדים יש כאן ריעותא בטענה של הלוקח והיינו דאין לנו ספק ונאמן בטענה שהוא קנה מהמוכר אבל אם אין עדים שדר ביה חד יומא יש כאן ריעותא בטענתו, וסברא זו מפורש בראשונים **ברמב"ן וברש"א ובנמוק"י** ע"ש היטב בדבריהם שכתבו דאם אין עדים שדר ביה חד יומא מיחזי כשיקרא, אולם בדברי הרמב"ן יש לעיין שבתחילת דבריו כתב וז"ל דלא טענינן ליה אגן לקחה מן הראשון אלא א"כ יש עדים "שרגלים לדבר שלקחה" כיון שדר בה חד יומא, ומשמע כונתו שצריך איזה ראיה שהטענין הוא אמת ולכן צריך עדים שדר בו יום אחד דבזה ניכר שבאמת קנה ממנו וע"כ עושים טענין וכמשי"כ הקצה"ח, ועי' ברע"א שכך הביא דברי הרמב"ן באופן זה, אולם בהמשך כתב הרמב"ן שאם ליכא עדים אינו נאמן במיגו לטעון ששהמוכר דר ביה חד יומא במיגו שהיה יכול לומר לו אנא זבינתא מינך, כיון שאם אין עדים שהיה גר שם יום אחד אמרינן דשקורי משקר ע"ש וצ"ב.

ב. והנה הראשונים כתבו דלא נאמן לומר קמי ידי דר ביה חד יומא במיגו שהיה יכול לומר מינך זבינתא, **והנמוק"י** כתב סברא דאין אומרים מיגו היכא שלאחר המיגו אין עדיין נאמנות והכא דבעינן לדין טענין לאחר המיגו אינו נאמן וכ"כ ברבנו יונה, וביאר בחי' ר' **ראובן** [סי' יב] דמיגו אינו בירור שכך היה אלא שהוא דין בטענות דנפטר בטענתו ע"י המיגו אבל אינו ראיה ובירור, ולכן א"א לעשות טענין כ"ז שלא נודע ברור שהוא היה המוכר, [וביאר בזה משי"כ הרמב"ן דאינו נאמן במיגו וז"ל ואי לא טעין אגן לא טענין ליה משום דמחזי כשיקרא הואיל ולא דר בה ואי משום דהאי אמר הכי אגן לא טענין שלא מפיו אנו חיים, וביאר דאע"פ שטוען כך אין כאן נאמנות ברורה אלא שנפטר בטענתו וא"א לסמוך ע"ד ולכן בעינן לעדים], ועי' בתוס' רי"ד משי"כ לבאר, **אולם** בתוס' לעיל ל ע"א מבואר דאף אם טוען קמי ידי דר ביה חד יומא נאמן במיגו, אלא שכתבו תוס' דאם בתחלה טען מפלגיא זבינתא דזבנא מינך לא יהא נאמן במיגו כיון דהוה מיגו למפרע שהרי כבר טען מפלגיא זבינתא.

ג. הרמב"ן והרש"א הביאו דהראב"ד כתב דצריך הלוקח להביא ראיה שהוא קנה את הקרקע מן המוכר, ולא סגי במה שהביא עדים שדר ביה חד יומא, [והיינו דטעמא דבעינן עדים הוא דלא"ה יש ריעותא וכמשי"כ בשם הרש"א], וכ"כ ביד רמה [אות קיח], והוכיח כן מהא דאמרינן בהמשך דלא שביק איניש זוזי בכדי ואם לא ידעינן שקנה ל"ש לומר הך סברא דאפשר שבאמת לא קנה [ובאמת לדרכו של המהרי"ט צ"ב כונת הגמ' שם], אולם למבואר בתוס' רי"ד ע"כ שחולק על הראב"ד דבזה שמביא עדים שדר ביה חד יומא כבר נאמן שקנה ממנו, **והרמב"ן** כתב דאין צריך להביא ראיה שקנה והוכיח כן שהרי אדם שאוחז מטלטלין וטוען שקנה אותם מפלוני הרי אנו טענים שקנה אותו פלוני מהמרא קמא אע"פ שאין לו עדים שהוא קנה מאותו פלוני, וא"כ ה"ה בקרקע כיון שהוא טוען שקנה מאותו פלוני נאמן, **ומבואר** ברמב"ן דאף במטלטלין צריך טענה וכמשי"כ בקצה"ח [סי' קלג א'] ודלא כמשי"כ רבנו יונה לעיל כח ע"ב דרק בקרקעות צריך טענה, וצריך לבאר דהא הרמב"ן כתב דאינו נאמן במיגו לומר שדר ביה חד יומא דכדי לעשות טענין צריך שיהא ברור שהוא ישב בו יום אחד, וא"כ אמאי חולק על הראב"ד לענין זה שא"צ ראיה בעדים שקנה מהלוקח הא היכא שאין הדבר ברור א"א לעשות טענין, והביאור כתוב הרמב"ן שם דהיכא שהוא החזיק ג"ש מיחזי ודאי כלוקח ולכן חזקה זו חשיבא שהוא דבר ברור שלקח ממנו ולכן בזה היא ראיה ברורה שאפשר לעשות אח"כ טענין.

ד. כתב הרע"א בשו"ע [סי' קמז] דאם אין עדים שדר ביה חד יומא אלא המוכר נמצא לפנינו ואומר שהוא קנה את הקרקע מן המערער דמסברא אמרינן שא"צ כה"ג עדים שדר חד יומא אלא שנאמן בטענתו ע"י בחזקה של המחזיק, אבל כתב הרע"א דהנמוק"י לעיל כט. חולק ע"ז דאין נאמנות כה"ג אלא צריך עדות דדר ביה חד יומא, [דבנמוק"י שם כתוב דבשוכרים חשיב חזקה כיון שהם יושבים בשליחות של המשכיר ומבואר דרק כיון שהוא בשליחות מהניא החזקה אבל בלא"ה לא], וכסברת הרע"א כתב הריטב"א בסוגין, והנה אם הא דבעינן עדים דדר ביה חד יומא משום שצריך הוכחה דהוא היה לוקח כה"ג שהוא לפנינו וטוען לכאורה א"צ לראיה אלא נאמן בטענתו, אבל אם הוא משום דיש ריעותא היכא דליכא עדים שדר ביה חד יומא אפשר דבכה"ג נמי איכא ריעותא, ועי' בחידושי הגר"ש סי' שהאריך לבאר בזה.

ה. גמ' וכי אדם אין אדם עשיו ליקח ולמכור בלילה, הרמב"ן כתב דרב סבר דכיון דשיך שיקח וימכור בלילה נעשה טענין והיינו דכיון דכל הסיבה שצריך עדים הוא מחמת שיש ריעותא שמא לא קנה הרי כיון דשיך שקנה בלילה אין ריעותא, ועי"ש עוד בסו"ד

הרמב"ן שמבואר הכי ור' חייא סבר דל"ש כן, **אמנם** לפי הקצה"ח שצריך ראייה כיד לעשות טענין צ"ב מה הקשה לו רב, **והרע"א** עמד בזה שהוא הביא שסברת הרמב"ן הוא שום שיש רגלים לדבר וכמשי"כ, ולכן כתב הרע"א דבזה גופא נחלקו רב ור' חייא מ"ט בעינן עדים שדר ביה חד יומא האם משום שצריך רגלים לדבר או שצריך שלא יהא ריעותא וזהו סברת רב ולכן הקשה דאדם עשוי ליקח ולמכור בלילה וא"צ עדים שדר ביה חד יומא.

ו. **גמ' אי טעינן קמיה ידי זבנה מינד נאמן במיגו דאי בעי אמר מינד זביתיה**, מלשון הגמ' משמע דאינו נאמן אלא במיגו, אבל הך טענה דקמיה ידי אינה טענה מספקת, ונחלקו בזה **הרע"א וקצה"ח** [קמו סוף סק"יב] כתבו דאין צריך למיגו אלא נאמן בטענה גרידא והוכיח כן מלשון הרשב"ם לעיל לע"ב וכן משמע ברשב"ם בסוגיין, [והרע"א הכריח כן שכתב דאיך אפ"ל דנאמן במיגו לטעון אנא זביתנא מינד שהרי הוא יודע שלא קנה מן המרא קמא אלא מהמוכר שלו והרי המוכר שלו יכול להוציא שטר שהוא קנה ויסתור טענתו שטעון אנא זביתנא מינד וע"כ שיש נאמנות בטענה של קמי ידי מצד עצמה], **אולם** בתוס' והרא"ש לעיל ל ע"א מוכח דבעינן למיגו ואינו נאמן בטענה לבד, וטעמא דמילתא כתב בנתה"מ קמו כב] דבעי בחזקה שהמחזיק יבוא בטענת עצמו, ונכונתו נראה דכדי להיות נאמן בחזקה שיש עמה טענה הוא בטענה שהוא בא מחמת עצמו אבל בטענה שלא מכח עצמו אינה יכולה לסייע לדין חזקה שיש עמה טענה, **ועי' בקה"י שם שביאר ע"פ דרכו דהא דבעינן עדים שדר בו יום אחד ואל נאמן במיגו דאם אין עדים יש ריעותא ולכן אף אינו נאמן לומר קמי ידי.**

ז. **גמ' שלוש לקוחות מצטרפין אמר ר"ז וכולם בשטר**, פרשב"ם דאם אין להם שטר איכא קול וחייב למחות, אבל בלא שטר יכול לטעון דלא מיחה כיון דכל אחד מהם לא החזיק רק שנה ולא אחזיק כדמחזיק אינשי, וצ"ב מה כונתו דלא החזיק כדמחזיק אינשי, הרי כל אחד אכל כדרו ורק שאכל רק שנה אחת, והול"ל דכיון שכל אחד לא החזיק יותר משנה לא ראה צורך למחות וכן כתב בנמוק"י ע"י"ש.

דף מב.

ח. **רשב"ם ד"ה מנכסים בני חורין**, וכגון שמודה שלא פרעו, צ"ב דבכה"ג פשיטא שאין גובים ממשעבדי דהרי הלקוחות יכולים לטעון שפר, **ועי' במהרש"א** שהקשה כן על הא דאמרן גבי מוכר שדהו בעדים דטורף ממשעבדי, והרי כיון דליכא שטר יכולים הלקוחות לטעון שפרע המוכר האחריות.

ט. **גמ' אכלה האב שנה והבן שנתים הרי זו חזקה**, כתב הרמב"ן י"מ דכונת הגמ' דמייירי בבנו גדול דבבן קטן ליכא חזקה, דכיון דעיקר המחאה הוא כדי שהלוקח יזהר בשטרו וקטן לאו בר אזהרה בשטרא הוא וממילא אין ראייה ממה שלא מיחה המערער, [וכתבו הי"מ דלפ"ז דומה לאופן שהגמ' אומר אח"כ אכלה בפני האב או בפני הבן והתם נמי בבנו גדול דוקא כומשי"כ תוס'], **אבל** הרמב"ן כתב ואין אני מוחזק בטעם זה דטעם דחזקת ג' שנים אינו משום שלא נזהר בשטר בלחוד הוא, אלא טעם החזקה דכיון דשתיק רגלים לדבר שקנה אלא שיכול לומר לו תוך ג"ש אחוי שטרך, וה"נ בבן קטן אע"פ שאין טענה דאחוי שטרך מ"מ לא היה לו לשתוק והיה צריך למחות, וכתב הרמב"ן דכיון שאין טענה דאחוי שטרך היה צריך להיות שהחזקה תהא מיד אלא שלא מסתבר שמי שאין לו דעת הרויח לכן אף בכה"ג איכא חזקה בג"ש.

והנה בקצה"ח [קמ א] נראה דהבין בכונת הרמב"ן שהראיה של מדלא מיחה היא מיד והיה צריך להיות באמת שמיד הוה חזקה אלא דסבר הרמב"ן דיש עוד ריעותא חדשה דאחוי שטרך, **ועי' בחי' ר' ראובן [סי' יא]** ובקה"י מש"כ לבאר כונת הרמב"ן, **ועי' באבי עזרי פ"א מטוען שביאר באופ"א.**

הערות וציונים פרק חזקת הבתים

דף מב.

א. **מתני' האומנין וכו' אין להם חזקה**. הרשב"ם פירש דמייירי באומן שמתקן כלים וכדומה והיינו מטלטלין, ואע"ג דאין חזקת מטלטלין כחזקת קרקע, דלא בעינן ג' שנים אלא בקרקע אבל במטלטלין מי שמוחזק שעה אחת נאמן לומר לקוח הוא בידי, מ"מ אומן שהדרך ליתן לו לתקן אינו נאמן, **אולם** המאירי הביא דיש מפרשים אף באומן קרקע שהוא בנאי דהחידוש הוא שאין לו חזקת ג' שנים, וכן כתב הרמב"ם בפירוש המשנה ובהלכות טוען ונטען פ"ג ה"ד, **ועי' שו"ע קמט סעי' כח** שכ"כ ובביאור הגר"א שם כתב דפי' כן דמשמע כן במתני' דומיא דאריסין דהוה בקרקע, וכן משמע בגמ' לקמן מז ע"ב דמייירי אף באומן קרקע, ע"י בתוס' שם ד"ה ומעמידין, וצ"ב מדוע הרשב"ם פי' דמייירי רק בבעלי אומנות דמטלטלין.

והנה הרמב"ם שם כתב דכל הדין שאין לאומן חזקה הוא רק בכה"ג שידוע בעדים שנתנו לו בתורת אומנות, אבל אם לא ידוע אם בא לידו בתורת אומנות יש לו חזקה, והנתה"מ [קמט יג] כתב שכן משמע בלשון השו"ע שם, אלא שכתב שמדברי התוס' מז ע"ב נראה שחולקים ע"ז וס"ל שלעולם אומן אין לו חזקה אע"פ שלא ידוע שבא לידו בתורת אומנות, אלא כל שטוען המערער שבא לידו בתורת אומנות אין לו חזקה, וכתב דנראה כדברי תוס' שהרי במשנה משמע דמייירי ג"כ באומן של מטלטלין והרי התם כל אומן

אינו נאמן ולא מיירי דוקא בכה"ג שידוע שבא לידו בתורת אומנות כמו שמבואר בשו"ע קל"ד סעי' א', [ואפשר שהרשב"ם ס"ל כהרמב"ם שרק בידוע בעדים שנתן לאומן אלא שסבר שיש חילוק בין אומן קרקע לאומן מטלטלין, ולכן לא פ"י המשנה באומן קרקע אלא במטלטלין דמשמעות המשנה שבכל גוונא אומנין אין לו חזקה אף שלא היה ידוע שבא לידו בתורת אומנות].

ב. מתני' במה דברים אמורים במחזיק אבל בנותן מתנה והאחין שחלקו נעל גדר ופרץ הרי"ז חזקה. פרשב"ם דבד"א קאי על כל האופנים המוזכרים בפרק דהיינו דאיכא אופנים דליכא חזקה כלל כאומנין וכו' ואיכא כאלו דיש להם חזקה רק לאחר ג' שנים, אבל איכא אופנים דיש חזקה מיד אע"פ שהם אומנין או כשאר האופנים המוזכרים במשנה, והיינו בכה"ג שהבעלים מודה שהקנה כמו שכתב הרשב"ם, והיינו שאם עשו קנין חזקה הרי הקרקע נקנה להם, וכן מבואר ברמב"ם בפיה"מ שכתב בד"א שאין לאיש חזקה בנכסי אשתו והיינו שהחידוש במשנה דאם מודה שייד קנין חזקה אף באותם שאין מוחזקות של ראייה, אמנם צריך לבאר הרי הא דאיכא קנין חזקה בקרקע היא משנה מפורשת בקידושין ומה מחדשת המשנה כאן דקנין חזקה איכא אף באותם שאין להם מוחזקות, ונראה שמאותם טעם דאין להם מוחזקות בקרקע משום דתפיסתם אינו מראה ראייה על בעלות, קס"ד דה"נ ל"ש מעשה קנין חזקה בקרקע דיסוד מעשה קנין דחזקה היא הוראת בעלות, לזה אתי התנא שתפיסתם אינו ראייה רק במוחזקות של ראייה אבל לגבי מעשה קנין כשהמרא קמא מודה חשיב מעשה קנין.

ג. רשב"ם ד"ה אין להם חזקה. נאמן זה המוחזק לומר לוקח הוא ביד, משמע מדבריו שמחזקות במטלטלין לא סגי במה שהוא תחת ידו אלא צריך טענה וזה מש"כ שנאמן המוחזק לומר לקוח הוא ביד, אולם דעת רבנו יונה בריש פרקין כח ע"ב דכל הדין של חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה נאמר רק בקרקע, אבל במטלטלין זוכה במה שהוא תפוס בידו, אמנם הקצה"ח [קלג א'] כתב שאף במטלטלין בעינן טענה ואפשר דכן הוא דעת הרשב"ם ואכמ"ל.

ד. רשב"ם בא"ד. דסתם לוקח מטלטלין בלא עדים הוא קונה ובלא שטר, צ"ב כונתו מש"כ בלא עדים אטו אילו היה קונה בעדים לא היה חזקה לאלתר הרי העדים אינם תח"י בכל שעה, ועוד מש"כ בלא שטר קשה דמשמע דאם היה שטר לא היה לו חזקה מיד משום דאיכא טענה דאחוי שטרך, וצ"ב דהא לעיל לו ע"א מבואר בגמ' דעבד קטן המוטל בעריסה איכא חזקה מיד, ומבואר דבדבר שהוא תפוס בו איכא חזקה אע"פ שכותבים שטר על עבדים ורק בקרקע איכא דינא דחזקת ג"ש.

ובאמת דהקצה"ח [קלה א] הקשה קושיא זו ע"ד הרמב"ן שכתב שבקרקעות בעינן ג' שנים, דבאמת היה צריך להיות חזקה בקרקעות מיד משום דאיכא ראייה מדלא מיחה, אלא דליכא שעד ג"ש איכא טענה דאחוי שטרך, והקשה הקצה"ח א"כ אמאי בעבד קטן איכא חזקה לאלתר והרי עד ג"ש איכא טענה דאחוי שטרך, וכתב הקצה"ח לישב דבגמ' שם מבואר דבעבד קטן איכא ראייה מהתפיסה דאימא לא מנשיא ברא והוה ראייה גדולה כ"כ לכן אית לה חזקה לאלתר וליכא טענה דאחוי שטרך, משא"כ בקרקעות הראיה של מדלא מיחה לאלתר אינה ראייה כ"כ גדולה ולכן התם איכא טענה דאחוי שטרך עד ג"ש, ולפי"ז נראה דה"ה נמי במטלטלין אע"פ שאיכא ראייה מכח תפיסתו דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן מ"מ אינה ראייה ברורה כמו אימא לא מנשיא ברא ולכן אילו היו כותבים שטר על מטלטלין היה הדין דליכא חזקה רק עד ג"ש.

אולם בעיקר יסוד זה שאם היו כותבים שטר במטלטלין איכא טענה דאחוי שטרך, ע"י בברכ"ש [סי' כו] שכתב מסברא דיש לחלק בין קרקעות למטלטלין, דמטלטלין שעצם התפיסה מורה על מוחזקות אף אם היו כותבים שטר אין טענה דאחוי שטר, דכל מה שמבואר ברמב"ן הוא רק בקרקע שאין תפיסה בקרקע ואין ראייה על מוחזקות רק מכח אכילת פירות, ע"כ במקום שיש טענה דאחוי שטרך אין ראייה מאכילת פירות, ועיקר יסוד זה נראה מדברי רבנו יונה ריש פרקין שכתב לחלק לגבי הדין של חזקה שאין עמה טענה שדוקא בקרקע לא הוה חזקה משא"כ במטלטלין, וכתב ב' סברות שם או משום דליכא מוחזקות בקרקע או משום שבקרקע ל"ש הסברא דאחזוקי אינשי בגנבי, ולפי"ז יתכן כסברת הברכ"ש שאף אם היו כותבים שטר על מטלטלין ליכא טענה דאחוי שטרך, [ויש לדון לפי"ז בשטר הלואה דמבואר להלן עו ע"א שנמכרים בכתיבה ומסירה אם יהא חסרון במוחזקות ויהא טענה דאחוי שטרך, או ד"ל דכל הסברא של אחוי שטרך הוא רק במקום שהשטר נעשה לראיה ובמכירת שטרות השטר לא נעשה לראיה על למעשה קנין].

ה. רשב"ם ד"ה הרי זה חזקה. לבלתי חזור זה בזה כיון דברשות חברו החזיק, צ"ב כונתו מדוע לא פ"י כפשוטו דהוה חזקה לענין זה שהקרקע נעשת שלו ומדוע הוצרך לפרש לענין זה שלא יכול לחזור בו, וע"י ברמב"ם פ"א ממכירה ה"ב ז"ל אבל אם נקנה המקח באחד מהדברים שהוא נקנה בהם קנה הלוקח ואינו צריכים עדים כלל וואין אחד מהם יכול לחזור בו, ובביאור הגר"א ציין שכן הוא לשון המשנה ריש פרק הזהב ובקידושין כו ע"א לענין קנין קרקע.

דף מב:

א. גמ' אבהו דשמואל ולוי תנו שותף אין לו חזקה וכ"ש אומן. פרשב"ם דשותף יש יותר סברא שיהא לו חזקה משום דאית ליה מיגו שהיה לו חלק בו לכן יכול לטעון שקנה מחברו חלקו, אבל אומן אין לו הך מיגו שלא היה לו חלק בו, ובהא דאמר שמואל אומן אין לו חזקה אבל שותף יש לו חזקה, פ"י הרשב"ם דטעמא דשותף יש לו חזקה כיון דאם איתא דלא מכר לו חלקו היה לו לעבוד את האדמה ולאכול פירות, ולכאורה צ"ב אמאי הוצרך לסברא חדשה, ולמה לא פירש כמו שכתב בד"ה הקודם דיש סברא בשותף שיש לו חלק בקרקע דלכן יכול לטעון שקנה חלק חברו, ובפשוטו י"ל שאי"ז סברא מוכרחת אלא היא רק סברא למה הוא חידוש יותר מאומן, ולכן הוצרך לומר שיש כאן סברא מוכרחת ממה שהוא בעצמו אכל את כל הפירות ולא אכלו ביחד ע"כ זה ראייה שהוא

מוחזק לבדו שדרך של שותפין שאוכלין יחד, אלא דא"כ יש להקשות להיפך אמאי לא כתב הרשב"ם סברא זו בתחלה שיש יותר חידוש בשותף מאומן משום שהוא אכל לבדו ולא אכלו בשותפות, וצ"ל שהרשב"ם הוסיף עוד סברא שאף שאכל לבדו ויש עוד סברא לומר שהיה לו חלק קודם אפי"ה אין לשותף חזקה וא"כ כ"ש באומן שאין לו חזקה.

ב. גמ' אמר רב נחמן וכו' לומר שנוטל בשבח המגיע לכתפים בשדה שאינה עשויה ליטע כשדה עשויה ליטע. בביאור דברי הגמ' נחלקו רשב"ם ותוס', וכן נחלקו מה הכונה שבח המגיע לכתפים, הרשב"ם פי' דהיינו פירות גמורין כקמה לקצור וענבים לבצור, ומשמע מהרשב"ם דאיכא כאן ב' דינים א' שנוטל כאריס בשבח המגיע לכתפים, ב' שנוטל בשדה שאין עשויה ליטע כשדה העשויה ליטע, וכן מבואר ברמב"ן ובנמוק"י דכונת הרשב"ם הוא שהדין הראשון הוא שאם ירד השותף לשדה ככה"ג שהיו שם פירות גמורין אלא שהיו צריכים לקרקע קצת מקבל כאריס למחצה ולשליש ורביע, דבעלמא ביורד שלא ברשות כה"ג אין נוטל כלום שהבעלים יכול לומר לו שכיון שהוא גמר פירי איני צריך לאריסותך שהרי עומדין ליתלש, ועוד חידוש יש בשותף שאף אם ירד לשדה שאין עשויה ליטע מקבל כשדה עשויה ליטע, [והסברא בזה נראה שצורת קנין של שותפים מעיקרא הוא שדעתם שכל אחד יעשה רוח לשותפות, ולכן אע"פ שהיה שדה שאין עשויה ליטע מ"מ יכול לירד לשדה ולעשות בו מעשה להשביח ויחשב כשדה העשויה ליטע].

אולם תוס' נראה שחלקו על ההבנה בדברי הרשב"ם שהקשו מדוע הוצרך לכתוב הך ענינא שנוטל בשבח המגיע לכתפים הרי עיקר החידוש הוא הענין שנוטל בשדה שאין עשויה ליטע כשדה העשויה ליטע ונוטל כאריס, ונראה מדבריהם שהבינו שלרשב"ם יש כאן רק חידוש אחד לומר שנוטל בשדה שאין עשויה ליטע כעשויה ליטע, אלא שכתבו תוס' דיש לומר בדעת רש"י שיש חידוש במה שנוטל בשבח המגיע לכתפים שנוטל כאריס ולא הוה ככל יורד לשדה שעשויה ליטע שנוטל כקבלן, [ונראה שתוס' חלקו על הרמב"ן והנימוק"י משום שתוס' ס"ל דמשמע ברשב"ם שאף בפירות גמורים ממש שאינם צריכים לקרקע כלל הוא מקבל כמו שכתב מהר"ם שהובא באות ד', ואילו לפי הנמוק"י כה"ג שאין צריכים לקרקע כלל אינו מקבל כלל].

ג. תוס' ד"ה אבל שותף יש לו חזקה. וא"ת א"כ ליתני במתני' שותף וכו' ויש לחלק, **במהר"ם** ביאר דכונת תוס' דיש לחלק בין אריס לשותף משום דאריס הוא ב' סוגי אריסים דיש אריס בתי אבות ויש אריס רגיל ומתני' מיירי בסוג אריס של בתי אב, אבל שותף כל אחד קובע לעצמו איזה סוג שותפות הוא עושה ולכן התם א"א לכתוב כלל במשנה דשותף אין לו חזקה, ועי"ש עוד שכתב דהרשב"ם שהביא פירוש רבנו גרשום במשנה היא מכח קושית התוס', ותוס' חלקו על גירסת רבנו גרשום.

ד. תוס' בשבח המגיע לכתפים. ולא פירכא היא וכו', ביאר מהר"ם דאע"פ דהכא בשותף שירד הרי יקבל אף אותם פירות שנגמרו לגמרי וא"כ אף פירות אלו הוה בכלל שבח המגיע לכתפים, וכתב לבאר דלרשב"ם כל פירות שראוי לישא אותם חשיב בכלל שבח המגיע לכתפים, ולכן בסוגיין אף פירות שנגמרו לגמרי הוה בכלל שבח המגיע לכתפים, אלא שלענין בע"ח דלא גבי ממטלטלין מיירי שאותם פירות אינם גמורים לגמרי אלא עדיין צריכים את הקרקע, אולם ע"י בנמוק"י דמשמע דדוקא אותם שהם צריכים לקרקע הוא נוטל, ולכאורה טעמא שתוס' חלקו כמו שמבואר בהמשך דבריהם שחלקו על המנוק"י בכונת הרשב"ם.

ה. תוס' בא"ד. ולר' אלחנן נראה וכו' אלא משמע דשבח המגיע לכתפים נמי הוי נכסים ששבח מאליהם, וכתב מהר"ם שלפ"ז כונת הגמ' בפרק יש נוחלין לדון איזה שבח ששבחו נכסים מאליהן ירשו אחיו עמו, ואומרת הגמ' שאם הוא מגיע לכתפים שראוי לשאת בכתף פשיטא שיקבלו, אלא דמיבעיא ליה בדיקלא ואלים דאינו ראוי לשאת בכתף האם יורשין עמו, ור"ת חולק וסבר דפירות גמורין לא הוה בכלל שבח ששבחו מאליהן ולכן הוכיח משם דפירות גמורין לא הוה בכלל שבח המגיע לכתפים.

ו. תוס' בא"ד. ואומר רשב"א דאין תימא לפרש"י וכו', המהר"ם פירש דכונת תוס' להקשות ב' קושיות א' לפרש"י מה כונת הגמ' דשבח המגיע לכתפים היינו נכסים שנפלו ממקום אחר הרי גדלו מהקרקע, ועוד אמאי נוטלים הם הרי גם להם יש בארצם, ביאור קושיא זו כתב בשיעורי הגר"ש בפרק יש נוחלין [אות קעג] שהרי האח שאמר שיש לו עוד אח ונתן לו חלק משלו הרי לא נתן לו כל חלקו המגיע לו, שהרי לפי דבריו האח השני צריך ליתן לו ג"כ חלק משלו, וא"כ הקשו תוס' שכמו שגדלו פירות בחלק שנתן לאח שמת כמו"כ גדלו פירות בחלק של האח השני שהיה צריך ליתן חלק ממנו לאח שבא, וא"כ י"ל שהפירות שגדלו בארצו קיבל שהרי אותם פירות היו צריכים להגיע לאח, והפירות שגדלו ברשות אח המת יחזרו לאותו אח שנתן לו מעיקרא הפירות, [מבואר בתוס' דלפי ר"ת א"ש דחשיב נכסים שנפלו לו ממקום אחר, וטעמא דמילתא כיון דלר"ת העיקר תלוי בטירחא וכיון שטרח בהו חשיב נכסים שנפלו לו ממקום אחר, וכן הקו' הב' לא קשה כיון שטרחו אין טענה שלהם גדלו בארצם, שמה שטרחו זה סיבה עצמית שיקבלו את שלהם וממילא על חלקו של המת יש סיב שיקבלו משום נכסים שנפלו ממקום אחר.

ותי' תוס' על הקושיא הראשונה הוכיחו תוס' דבסוגיא מבואר שפירות חשיב כנכסים שנפלו ממקום אחר וא"ש לפרש"י, ועל הקושיא הב' כתבו תוס' ואע"פ שגם לקחו נגדם בחלקם דהם טרחו והם אכלו אבל מה שהמת טרח לא לא יקחו בטורח המת כמהו, והגר"ש ביאר דכוונת תוס' לפרש דכיון שטרחו מקבלים מדין יורד ולכן מה שטרח האח למה לא יקבלו, אולם הקשה הגר"ש דאם כונת תוס' דמדין יורד אתינן עלה א"כ לא יקבל כל הפירות אלא ככלל יורד, ועי' חזו"א חו"מ סי' טו מש"כ לבאר שכונת תוס' שמקבלים את כל הפירות מדין קם דינא ולא משום יורד, [ומש"כ תוס' אבל מה שהמת טרח וכו' צ"ב הרי לרש"י שבח המגיע לכתפים אינו תלוי בטירחא אלא בפירות גמורים ועי' בחידושי הב"ח הודפס במהדורת עוז והדר מש"כ לבאר, דכונת תוס' שהם

טרחו ולא שהטירחה היתה בשביל שיגדל ויצמח, אלא שטירחא מוטעת זו סגי כדי שתחשב נכסים שנפלו ממקום אחר, וזה היה השו"ט בתוס' האם טירחא מועטת זו מחשיבה את הנכסים ממקום אחר, וע"ז תי' שמכיון שהם טרחו זה שלהם ולכן כל מה שהמת טרח ג"כ חשיב ממקום אחר, ולא נכסים עצמם, ונמצא שלפי רש"י יש ג' אופנים בפירות א' ללא טירחא כלל וזה דיקלא ואלים וזה חשיב חלק מהקרקע שהמ' הסתפקה אם י לאח חלק בו, ב' אם יש טירחא גמורה שזה נכסים שנפלו ממקום אחר, ג' היכא שהיה קצת טירחא שבוזה חידשו תו' לרש"י דהוה כנכסים שנפלו ממקום אחר.

ז. **תוס' בא"ד.** ואע"ג דאריס נוטל בשבח דאתי מעלמא ממילא כדמשמע במי שאחזו הכא שיוורד שלא ברשות סבר גמרא דאין לו ליטול בשבח הבא מאילו כדין אריס, והנה תוס' בגיטין עז ע"ב כתבו דאריס מקבל גם מה שבח מאילו דגדר קנין של אריס הוא 'שמדי' שנעשה אריס זכה בחלק מהקרקע, ולפי"ז נראה דכ"ז ש"ך רק באריס אבל ביוורד שלא ברשות ל"ש לומר שזכה בחלק מהקרקע ולכן התם רק בשבח של הפירות זוכה, וע"י באילת השחר מש"כ לבאר בכונת תוס'.

הערות וציונים פרק חזקת הבתים

דף מג.

א. **גמ' אמאי נוגעין בעדותן הן.** נחלקו הראשונים בביאור קושית הגמ' ומצינו ג' דרכים בזה, א) הרשב"ם פ"י דכל זמן שלא חלקו לגמרי אם יטול שום מערער כלום מן השדה יפסידו שניהם ונמצא דלעצמו מעיד, והקשה הרשב"א דכיון שלא חלקו אמאי אין כאן פסול של בעל דבר שמעיד על עצמו ולא הוה פסול של נגיעה, וכתב דאורחא דתלמודא הוא דמרגיש בתי' שיכול לתרץ ומקשה לפי מה דאפשר לתרץ, וכונתו שהרי הגמ' אומרת דמיירי שקנו מידו ובכח"ג אינו בע"ד אלא נוגע מפני שמעמידה בפני בע"ח וכונת הגמ' מעיקרא להקשות כן וכ"כ הריטב"א, **(ב) אולם** בתוס' רי"ד מבואר דסבר דליכא הכא פסול של בע"ד, וביאר בקושית הגמ' שכיון דאפשר לעשות פלגין נאמנות שאין אנו מקבלים את העדות על עצמו אלא על החלק של חברו, אלא הא דאיכא פסול של נגיעה ביאר התוס' רי"ד משום שכל מה שהוא בא להעיד הוא רק להנאתו עצמו, דהיינו שיקבלו העדות על עצמו נמצא שיש נגיעה בעדות זו ולכן אינו נאמן אף על חברו, ומבואר דס"ל לתוס' רי"ד שיש בנגיעה חשש משקר ולכן אע"פ שאין אנו מקבלים את העדות על עצמו מ"מ יש חשש משקר בעדות זו, אבל הרשב"א חולק על תוס' רי"ד דס"ל דליש לומר כאן פלגין כמו שמבואר בהמשך דבריו בסוגיין, וביאור פלוגתתם תלוי בגדר פסול של בע"ד בממון [וכדיבואר ענין זה להלן] האם הוא פסול דלא חשיב עד כמו במעיד על עצמו, או דהוה עד פסול והוה כמו שמעיד על קרוב דיש לו תורת עד אלא שהיא עדות פסולה, דהנה ברמב"ן והרא"ש במכות ו ע"ב כתבו בשם הראב"ד דיש חילוק בין היכא שמעיד על עצמו ועל אחר למעיד על קרוב ואחר, דהיכא שהוא עד פסול שמעיד על קרוב א"א לעשות פלגין אלא אמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה כיון שיש כאן עדות פסולה, אבל היכא שמעיד על עצמו דאין לו תורת עדות בכח"ג מכיון שאינו עד כלל אפשר לעשות פלגין, וצ"ל שהתוס' רי"ד למד דבע"ד בממון אינו עד כלל ולכן אפשר לעשות פלגין, אבל הרשב"א סבר דחשיב עד ולכן א"א לעשות פלגין ואם לא היינו מקבלים את העדות היו אומרים עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, [ויש לדון עוד שאף אם בע"ד אינו עד ואמרינן פלגין, מ"מ י"ל דפסול נוגע אינו משום חשש מקר אלא עדות פסולה, וממילא יהא כשר לעשות, וע"י בש"ד ל"ד ס"ק כח שהביא מחלוקת המרדכי והריב"ש האם בפסול נוגע אפשר לעשות פלגין]. ג) רבנו גרשום כתב לבאר דקושית הגמ' היא בכח"ג שכבר חלקו שאע"פ שבא מערער על חלק חברו ואינו בע"ד מ"מ חשיב נוגע כיון שאם המערער יזכה בממון יתבטל החלוקה ויהא חייב ליתן לחברו מחלקו ולכן חשיב נוגע באותו עדות, וע"י להלן מש"כ בדברי הרשב"ם שנחלקו הסמ"ע והט"ז האם בכח"ג יש חסרון של נוגע, ומדברי רבנו גרשום מבואר כהסמ"ע.

ב. **גמ' דכתב לה דין ודברים אין לי בנכסיה.** ע"י בחידושי הר"ן שכתב דהחידוש של שמואל הוא דלא חשיבין לקנוניא דנסתלק רק כדי שיוכל לבוא להעיד, [אבל הא דמהני סילוק הוא פשיטא], מיהו ע"י ברשב"א נראה שחולק ע"ז, דהקשה מדוע לאחר שנסתלק אין חשש קנוניא, ומשמע דהחידוש של שמואל אינו ענין זה, וצ"ב א"כ מה החידוש ששותפין מעידין זה לזה הרי הקנה לחברו חלקו.

ג. **גמ' הכא במאי עסקינן שקנו מידו.** ברשב"ם מבואר שקנו בקנין סודר, ומבואר דמהני בקנין סודר בלשון של דין ודברים, והיינו שמעיקרא ס"ל לגמ' שהטעם שלא מהני לשון של דין ודברים כיון שהוא שלו לא הוה אלא לשון תפילה כמש"כ הרשב"ם, ותי' הגמ' שבמקום שעשה קנין ע"כ מתפרש לשון של דין ודברים בתורת הקנאה, אבל תוס' בכתובות פג ע"א כתב דלא מהני קנין על לשון דין ודברים, אלא הכונה שאמר בפירוש שהוא מקנה לו, וע"י בהגהות אשר"י שהביא פלוגתתם. **והקשה** רבנו יונה איך מהני הקנין הא הוה ממון שאין יכול להוציאו בדינים וא"כ איך יכול למכור, וכתב דכיון שע"י הקנין יכול להוציאו בדינים כיון דע"ז שמקנה חלקו יוכל להעיד דתו אינו נוגע לכן חשיב שיכול להוציאו בדינים, [וצ"ב כונתו דהרי לאחר שמכר צריך להעיד וא"כ איך חל הקנין מעיקרא הרי בשעת ההקנאה לא היה בפועל ברשותו, ואפשר דרק משום דהוה אינו ברשותו מחמת שאין יכול להוציאו בדינים אמרינן כן, ולא מחמת שהחסרון דאינו ברשותו כגזלן], וע"י בקצה"ח סי' ל"ז סק"י שכ"כ וע"י רע"א לקמן דף קמ ע"א שכתב סברא זו ורבנו יונה שם לא כתב כן.

ד. גמ' וכי קנו מידו מאי הוה הרי מעמידה בפני בע"ח דאמר רבין וכו'. הרי"י מגאש לקמן מה. על הך דינא דרבין דאין מעיד מפני שמעמידה בפני בע"ח דהיינו שאינו רוצה להיות לזה רשע ולא ישלם, והקשה דכיון שאינו רוצה להיות לזה רשע אטו נחשוד אותו שרוצה להעיד עדות שקר, ותי' דאינו חושש לצאת ידי שמים אלא עיקר דעתו הוא שלא יחשב רע בעיני הבריות ולכן אינו רוצה להיות לזה רשע ולא ישלם, ועוד תי' דאע"פ שהוא עדות אמת אינו נאמן להעיד עדות של נגיעה, ועי' במהר"ם מד ע"ב שכתב ב' תי' אלו, וביאור פלוגתתם לכאורה תלוי בגדר פסול של נוגע דהלבוש ריש סי' ל"ז כתב דפסול נוגע משום דאדם קרוב אצל עצמו, והסמ"ע שם כתב ולא ידעתי מנין לו הא ופשוט הוא משום דחשדינן ליה בדבר שיגיע אילו הנאה ממנו, ומשמע מדבריו דהוא משום חשש משקר, [ועיי' שם שתמה ע"ד הראשונים שכתבו דלחובתו נאמן], והש"ך כתב דמקור הלבוש היא מקושית הרי"י מגאש דאיכא פוסל נוגע מפני שמעמידה בפני בע"ח, והיינו כתי' ה' של הרי"י מגאש אבל לתי' הראשון של הרי"י מגאש נוגע פסול משום חשש משקר כמש"כ הסמ"ע ולכן הוצרך לתי' הרי"י מגאש באופ"א, ועי' בקצה"ח שם, [והנה בתוס' רי"ד באות א' מבואר דהוא פסול משום דאית ליה הנאה ומשום חשש משקר], ועי' בחידושי הגר"ש סכ"ג בכ"ז.

ה. גמ' וכי מיסלק נפשיה מינה מי מסתלק והתניא. צ"ב מה סברה הגמ' הרי הקשה לחברו חלקו ומדוע יהא כאן פסול של נוגע, והרשב"ם פ' דאיכא חשש דקנוניא אולם מדברי הרשב"א מבואר דא"א לפרש כן, שכתב להקשות מדנפשיה מודע אין חשש של קנוניא, ועי' בחידושי ה"ב"ח שכתב דס"ל לגמ' דיש חסרון של נוגע משום דבעינן תחילתו וסופו בכשרות, וכיון שהיה לו נגיעה מעיקרא פסול.

ו. גמ' בני עיר שנגנב ס"ת שלהם ואם איתא לסתלקו בי תרי מינייהו ולדיינו. הקשה רע"א בגליון הש"ס והקצה"ח [לז' י] איך מהני הקנין הרי הוא אינו ברשותו וכמו שהקשנו בשם רבנו יונה באות ג, ועיי' בקצה"ח שכתב דל"ש לתרץ כמש"כ לעיל דדוקא בקרקע איכא הך סברא דבאים כאחת אבל במטלטלין ל"ש לומר כן, והרע"א כתב בשם הגר"ש אייגר לישב ע"פ מש"כ השטמ"ק ב"ק לג. בשם הרמ"ה דבדבר שאינו ברשותו מהני לעשות קנין והקנין יחול לכשיבוא לרשותו, ולכן הכא כיון שלאחר שיעידו יוכל לחזור לרשותו חל הקנין, אולם הרע"א דן שם דאפשר דכל מה דמהני הוא רק כשיבוא לרשותו מכאן ולהבא ואין חסרון של דבר שלא בא לעולם בזה, אבל למפרע לא מהני הקנין, והקצה"ח כתב דאפשר דמקנה לגנב בעצמו דבכה"ג אין חסרון של אינו ברשותו, [ועיי' שכבר נחלקו האחרונים בזה], אמנם העיר שמלשון הרשב"ם משמע שהו מקנה לבני העיר, [ויש לדון דאפשר דהגנב לא ירצה לזכות בזה דעיי' זה שיזכה יעידו עליו ובי"ד יחייבו אותו להחזיר הגניבה א"כ א"א לזכות לו בע"כ ועיי'], ועי' בחידושי הגר"ש [סכ"ג אות יב] שכתב לישב ע"פ מש"כ באבן האזל בדעת הרב"ם דגדר השותפות בבני העיר אינה ככל שותפות ובכה"ג א"צ מעשה קנין גמור כדי להקנות אלא בסילוק סגי שיצא מרשותו עיי'.

ז. גמ' לסתלקו בי תרי ולידינו. מלשון הגמ' משמע שישתלקו כדי להיות דינים, ועי' ברשב"א שכתב דל"ד דינים אלא ה"ה עדים נמי, ועי' במהר"ם שהעיר בזה כבר, ועי' בתוס' בנדה נ ע"ב שכתב דכונת הגמ' דוקא דינים דבזה אין חסרון של תחילתו וסופו בכשרות וא"ש קושית תוס' כאן וכ"כ ביד רמה [אות קל].

ח. גמ' שאני ס"ת דלשמיעה קאי. פרשב"ם דחשיב עדיין נוגע כיון שהוא צריך לשמוע קריאת התורה, וכתב בקו"ש דמוכח מכאן דפסול של נגיעה אינה דוקא בנגיעה של ממון אלא כל רוח כגון הכא לשמוע קריאת התורה חשיב נוגע, והש"ך [לז' סק"י] הוכיח כן מהא דקאמר הגמ' דחשיב נוגע משום דמעמידה בפני בע"ח דהא אינו רוח ממון דכל מה שהוא רוצה שם הוא רק שלא יהא לזה רשע ולא ישלם, ועי' בקצה"ח שם סק"ד שכתב לישב הוכחת הש"ך דכיון שכדי שלא יהיה לזה רשע יהא מחויב לשלם ע"כ חשיב נגיעה של ממון.

והנה בהא דקאמר הגמ' דס"ת דלשמיעה קאי חשיב נוגע, יש להקשות קושית הרי"י מגאש דאטו יעבור באיסור עדות שקר כדי לקיים מצות קריאת התורה, והכא ל"ש לתרץ דאין רוצה להיות רע בעיני הבריות דהתם הוא לא רוצה להיות לזה רשע ולא ישלם אבל הכא ל"ש לומר הך סברא, ועי' צ"ל דפסול נגיעה הוא אינו משום חשש משקר, אולם אפשר דהכא ל"ש להקשות כן כלל דהכא כיון שמרויח ששומע קריאת התורה איכא נגיעה גמורה ול"ד להתם שאין לו רוח אלא שהוא מניעה שלא יחשב רע בדבר אחר דבזה יש להקשות דא"י עדיף ממעיד עדות שקר.

ט. רשב"ם ד"ה נוגעין בעדותן הן. דכ"ז שלא חלקו לגמרי אם יטול המערער יפסידו שניהם, מבואר ברשב"ם דלאחר שחלקו ליכא פסול נגיעה מצד עצם החלוקה, וצ"ב דאם יזכה המערער הרי נתברר שכל החלוקה היתה בטעות ועי' בסמ"ע ל"ז סק"ה שכתב דכיון שלפי דבריו עדי המערער שקרנים ולפי דבריו המערער לוקח שלא כדין אמרינן ליה מזלך גרם ואין לו זכות לבטל את החלוקה לכן לא נחשב נוגע, וכתב הס"ז דמשמע מדברי הסמ"ע דאם לאחר שחלקו הערער הוא רק על חלק אחד של שותף בכה"ג איכא פסול של נגיעה והטעם משום דכה"ג שבא רק על חלק חברו ולא על חלקו תתבטל החלוקה לגמרי, והס"ז כתב לדון בזה שלאחר שחלקו לא תתבטל החלוקה ודייק כן מהרשב"ם שאם כדברי הסמ"ע מדוע לא פ"י הרשב"ם דמייירי לאחר חלוקה ובא לערער רק על חלק אחד של השותפות, ובאמת שברבנו גרשום מבואר כהסמ"ע שאף בכה"ג יהא איסור, עי' בקצה"ח ונתה"מ שם.

י. תוס' ד"ה מפני שמעמידה בפני בע"ח. וי"ל דאינו נפסל בשביל כך לעדות, בחי' הגר"ח מטעמו על ב"מ [בענין חיוב אחריות דמוכר] ביאר דכונת תוס' דבהחייא דראובן שמכר שדה לשמעון בעצם חשיב הוא בעל דבר כיון שבע"ח שלו בא לגבות מקרקע שהוא שיעבד, אלא דמכיון שאין לו נפק"מ בזה שהרי מכר שלא באחריות לכן מספיק זה שיש לו תערומת דיכול לדון עמו וחשיב נדון שלו, אבל הכא שאינו בע"ד כלל לכן מה שבא אחד לערער על הקרקע ויש לו תערומת מחמת הך סברא לא חשיב בע"ד, דהך סברא אינה סיבה דיחשב נוגע בשביל דבר מועט כזה, [ועי' מחנ"א עדות סי' ה מש"כ לבאר בתוס'].

יא. תוס' ד"ה וליסלקו. וא"ת בעינן תחילתו וסופו בכשרות, לעיל הובא דתוס' בנדה כתבו דרך בעדות בעינן תחילתו וסופו והכא כונת הגמ' לדינים, והנה בעיקר קושית תוס' יש להעיר אמאי לא הקשו כן לעיל בתחילת דברי הגמ', ועי' בש"ד [ל"ז לב] שכתב דרך הכא בס"ת מעיקרא היו פסולים אבל לעיל אפשר דקנו מינה קודם שבא המערער, וכמו שפירש הרשב"א דקושית הגמ' מעיקרא היתה דאע"פ שכבר קנו מינה מ"מ הרי הוא נוגע דהרי מעמידה בפני בע"ח ונמצא שמתחילתו היה בכשרות.

יב. תוס' בא"ד. ואומר ר"י דלא שיד תחילתו בפסלות הכא כיון שאין פסלות תלויה בגוף אלא בממון, הנה בראשונים מצינו כמה דרכים לישב קושיא זו, **הרשב"א** הביא בשם הראב"ד דכיון דכל הפסול הוא משום חשדא לא אמרינן דבעינן תחילתו בכשרות דכשירד החשד הוא כשר, ומבואר מדברי הראב"ד דכל הפסול של נוגע הוא משום דחשוד לשקר ואי"ז פסול הגוף ולכן כשירד החשד של שקר הוא כשר לעדות, [אלא שצ"ב אמאי אין כאן פסול של בע"ד דכ"ז שלא נסתלק יש לו חלק בס"ת, והגר"ש כתב לבאר דשותפות בס"ת אינו שותפות גמורה ולכן לא הו' הבע"ד אלא נוגע].

ועוד כתב הרשב"א בשם הראב"ד דבעל דבר לא הוה עד כלל, ולכן בכה"ג אין פסול דבעינן תחילתו בכשרות, והוכיח כן מהא דאמרינן במכות אלא מעתה רובע יציל הרוג יציל [וכונתו דהגמ' מרשה דכל בע"ד מכיון שהוא ראה את העדות יציל דתתבטל העדות משום דנמצא אחד מהם קרוב או פסול, ותי' הגמ' במקיימי דבר, והיינו שבע"ד אינו עד, ולמד הראב"ד דכונת הגמ' דכל הפסול של נמצא אחד קרוב או פסול הוא רק באחד שהוא עד פסול, אבל אם אין לו תורת עד לא מצטרף לעדות לפסול העדים הכשרים, וכן לענין תחילתו בכשרות הוא דין פסול בשעת הראיה שאם הוא עד פסול הוא פוסל העדות אבל אם אין לו שם עד אינו פוסל], והרשב"א תמה עליו דמוכח בסוגיא בסנהדרין י ע"א דבע"ד בממון יש לו תורת עד פסול ולא הוה כמו כל עדות על עצמו דאין לו תורת עד ועי' קו"ש שביאר כונת הרשב"א, ועוד הקשה הרשב"א דאם בע"ד אינו עד מדוע צריך לסלק עצמו ואמאי לא נעשה פלגין כמו שמבואר בסנהדרין בפלוני רבעני לרצוני, אלא ע"כ דבע"ד חשיב עד אלא ע"כ דחשיב עד פסול, ומכאן מבואר ברשב"א דלא כתוס' ר"י"ד שהובא באות א'. [ומבואר שנחלקו ב' תי' הראב"ד מה הפסול של נוגע לפי א' הוא משום חשש משקר, ולפי ב' הוא מחמת שהוא בע"ד, והנה בחי' ר' ראובן [סי' טז] כתב דמבואר דהראב"ד חולק על הרשב"א להלן קכח ע"א בטעמא דבעינן תחילתו וסופו בכשרות שכתב דכיון דכתיב או ראה בעינן דמשעת ראית המעשה יהא ראוי להעיד, דלפי סברא זו אף שאין לו שם עד מ"מ בשעת ראיה לא היה ראוי להעיד, אלא צ"ל שהראב"ד למד שכונת הקרא או ראה הוא דכל שהיה פסול בשעת ראיה אילו היה לו שם עד מעיקרא הוא פוסל אותו אף אח"כ כשחזר להיות עד כשר אבל אם אין לו תורת עד מעיקרא ל"ש פסול של או ראה].

והרמב"ן תי' דלא שיד פסול של תחילתו בפסלות אלא אם הוא מעיד למי שהיה פסול להעיד עליו בתחלה כגון שהיה קרוב ועתה נתרחק דנמצא שהיה עליו פסול מעיקרא, אבל כאן מתחלה היה כשר להעיד לבני העיר אלא שהיה בעדות הזו עדות גם על עצמו, ולכן עכשיו שנסתלק והוא מעיד רק על ממון של בני העיר חשיב תחילתו וסופו בכשרות, ועי' בחי' ר' ראובן מש"כ לבאר בכ"ז.

הערות וציונים פרק חזקת הבתים

דף מג:

א. גמ' אמאי שמירה בבעלים היא. פרש"ם שכל אחד משמר קצת מן השותפות בביתו, והיינו שכל אחד שומר עבור חברו, אולם תוס' כתבו דאם התחילו לשמור ביחד כל אחד בשעה הוא משמר חלקו משמר חלק חברו וחברו נמי משמר חלקו וחלק חברו, ומשמע דלא כהרשב"א, ונראה דהרשב"א לא העמיד באופן ששניהם שומרים יחד אלא כל אחד משמר חצי דסבר הרשב"א דבכה"ג ששניהם נמצאים כאן כל אחד משמר חלקו ואין משמר חלק חברו כיון שהוא נמצא כאן לא מוטל עליו לשמור חלקו.

וכתב הרשב"א וכיון שהיה ראובן משמר בשעה שנגנבה או אבד מחלקו בבית שמעון הרי שמעון פטור מחלק ראובן שהרי ראובן עמו במלאכתו, **צ"ב** אמאי העמיד הרשב"א הציור של שמירה בבעלים באופן זה שהוא עמו במלאכתו בשעת גניבה הרי מסקנת הגמ' בפרק השואל הוא כמש"כ תוס' דסגי במה שהיה עמו במלאכתו בתחילת השמירה, [ואפ"ל הא דהוצרך הרשב"א לפרש דיש כאן שמירה בבעלים בשעת גניבה, משום די"ל דשותפים שכל אחד שומר לחברו אין כאן קבלת שמירה כמו בכל שומר, אלא שכל שעה שהיא אצלו הוא משמר, וא"כ מה שבתחלה שמה אי"ז סיבה לחייב אותו ברגע אח"כ וכל רגע והא סיבה מחודשת לחיוב שמירה לכן בעינן שבשעת גניבה הוא שמירה בבעלים, והוא חידוש דבפשוט מה שכל שותף צריך לשמור לחברו הוא מתנאי השותפות דמעיקרא, ודו"ק], ועי' בחי' חת"ס.

ב. רשב"ם ד"ה אמר רב פפא. דהיינו שמירה בשכר שמשמר כל השדה, כתב הרש"ש דצ"ל שכונת הרשב"א על עומרי שבשדה או שעומד ליתלש דחשיב תלוש דאם הוא מחובר הרי הוא כקרקע דליכא חיובי שמירה, ועוד העיר על מש"כ הרשב"א אונסין שהרי ש"ש חייב רק בגו"א. ומש"כ הרשב"א דס"ד דשומר חנם הוא דבלא חלק חברו היה צריך לשמור חלקו ולא ליהוי שומר שכר, ביאר

רבנו יונה שלא חשיב ש"ש דאין כונת השמירה היום הוא מחמת שחברו ישמור למחר לכן לא חשיב שמקבל שכר על השמירה, לכן הוה רק שומר חנם קמ"ל דלא אמרינן הכי אלא חשיב שמקבל שכר מחמת שמירת חברו למחר.

ג. **גמ' אמר ר"ש רישא בראובן שגזל שדה לשמעון ומכרו ללוי ואתא יהודה וקא מערער דלא ליזיל שמעון לאסהיד וכו'.** נחלקו הראשונים אם לשמעון יש עדים שראובן גזלו ממנו, בתוס' כאן כתבו דיש לו עדים שגזלו ממנו ולכן אם יבוא לפסול עדים של יהודה הוא חשיב נוגע, שעי"ז יוכל להוציא השדה אח"כ מלוי, ולפי"ז צריך לפרש דמייירי שהעדים עדיין לא באו לב"ד להעיד ע"ז, [ועי' באות ו' מש"כ בשם התומים], אבל רבנו יונה והרשב"א כתבו דאע"פ שאין לו עדים מייירי ששמעון הוציא קול בב"ד שראובן גזל ממנו השדה וחשיב נוגע על פי עצמו, [ולדעת תוס' מבואר דלא חשיב נוגע מחמת שהוציא קול אלא א"כ יש עדות ברורה, וכן מבואר בתוס' הרא"ש בשטמ"ק דלא פסלינו נוגע אלא באופן שנודע בעדים], ועי' בטור סי' ל"ז שהביא ב' השיטות.

ד. **גמ' דכיון דאסהיד ליה דלוי הוא היכי מצי מפיק ליה מיניה.** שהרי הודה וכיון שיש הודאת בע"ד לא יוכל להוציא ממנו את הקרקע וממילא אין כאן פסול של נוגע, כתב הנמוק"י דמוכח מכאן דכל הפסול של נוגע הוא רק באופן שבא לידו הנאה אבל לחובתו דלא מטי לידה הנאה אין פסול של נוגע, **והסמ"ע** ריש סי' ל"ז הביא דהלבוש כתב דפסול נוגע הוא מחמת שהוא קרוב ולא משום חשש משקר וחלק עליו והוכיח דלא כהלבוש מהא דמשמע בגמ' דלחובתו אין פסול של נוגע, דאם הוא משום דחשיב כקרוב אין חילוק בין אם הוא לזכותו או לחובתו.

והנה הקצה"ח שם סק"א וסק"ט כתב לדחות הראיה מכאן דאע"פ שפסול נוגע הוא דהוה כקרוב מ"מ הכא יהא נאמן, שהרי מבואר בגמ' לעיל ע"א דאם הוא נסתלק אין פסול נגיעה וא"כ הכא כשבא להעיד שהקרקע היא של לוי מלבד העדות שמעיד שהיא של לוי יש כאן ג"כ הודאת בע"ד שהקרקע אינו שלו, וחשיב כאילו שהוא נסתלק מהחלק שיש לו בו וכדאמרינן לעיל דהיכא שנסתלק אין פסול של נוגע, ולכן הכא יש לו נאמנות כשהוא לחובתו דע"י העדות נסתלק מהממון אבל לעולם נוגע פסול אף לחובתו, **והנה** הש"ך שם הביא ג"כ מש"כ הסמ"ע וכתב דאפשר דכל מה שכתב הלבוש דנוגע פסול משום קרוב הוא רק היכא שהוא לזכותו אבל לחובתו לא חשיב כבע"ד ולכן יכול להעיד לחובתו וכתב שזה דוחק, וביאור דבריו עי' בחידושי ר' **ראובן** [ב"ק סי' י"ט] שביאר דאף אם הפסול של נוגע הוא מדין קרוב מ"מ אינו קרוב בעצם אלא כל הפסול הוא רק כשיש לו קירבה לדבר וקירבה יש לו רק בכה"ג שהדבר נוגע לזכותו אבל כשהוא לחובתו לא שיד לומר שהוא קרוב עי"ש בכ"ד.

ה. **גמ' ובההוא זכותא דמפקי מלוי ליפקי מיהודה.** הראשונים כתבו דיש כמה הכ"ת לישב, עי' ברמב"ן דיש לומר דמייירי באופן כזה שאין לגזל דהיינו לשמעון עדים שהוא של אבותיו ויש לו עדים רק שראו שראובן גזל ממנו וליהודה יש עדים שהוא של אבותיו ולכן קודם לכן רוצה לפסול את עדי יהודה ואח"כ יוכל להוציא מלוי.

ו. **גמ' דא"ל השני נח לי הראשון קשה הימנו.** הקשה **בתומים** [לז יז] לפירוש תוס' דמייירי הכא דלשמעון היה עדים שראובן גזל אותו ממנו א"כ מהו הסברא דהשני נח לי הרי הב"ד כבר יודעים שיש לו עדים שהוא שלו והרי בכח העדים להוציא הקרקע מיהודה א"כ שהב"ד יעכבו את יהודה שלא יקח הקרקע מלוי, ותי' התומים דע"כ צ"ל דמייירי שהעדים העידו בב"ד שלא בפני בע"ד וא"כ אין לב"ד כח לקבל העדות ומ"מ יודעים שיש עדות כזו ולכן חייבים לדון אותה אח"כ.

והנה בעיקר הך סברא כתבו הראשונים בשם ר"ח דכ"ז רק כשידוע לב"ד דהראשון הוא בע"ד קשה, אבל אם לא היה בע"ד קשה מבואר דלא אמרינן הך סברא ולא חשיב נוגע, אולם ברשב"ם כתב דאיכא למימר דזהו מחשבתו של שמעון ואין לנו להכשיר אלא עד דפשיטא לן דאינו נוגע כלל, מבואר ברשב"ם דאף היכא דלא ברור שיהודה איש קשה נמי פסול להעיד, וכן כתב הרמב"ן בהדיא דלא כהר"ח דוקא באופן שברור לנו שהוא קשה, ומבואר שנחלקו הראשונים היכא שיש ספק נוגע האם פסול לעדות או לא, ואפשר דהוא תלוי בגדר פסול של נוגע דאם הוא מחשש משקר אף מספק א"א לקבל אותו.

ז. **רשב"ם ד"ה ואי בעי אימא.** וכן גבי זה אומר של אבותי אמר ר"נ כל דאלים גבר, כונת הרשב"ם להוכיח דבמקום שיש פסק של כל דאלים גבר והקרקע היא ביד המוחזק א"כ חזינן כאן דבספיקות אזלינן בתר מי שתפוס בקרקע, [ומבואר דסבר הרשב"ם דלאחר דין של כל דאלים גבר אין אחד יכול לתפוס מחברו ודלא כמש"כ הראשונים לעיל לד ע"ב], **אולם** צ"ב דהרשב"ם לעיל לד: כתב דגדר הדין של כל דאלים גבר הוא מי שיגבור ידו בין בכוח בין בראיות וכמו שכתב הרא"ש שם דמי שהוא שלו ימסור נפשו עליה יותר, וא"כ כיון שמי שגבר בראיות הוא זוכה א"כ אי"ז מדין תפיסה ומוחזקות בספיקות אלא הוא זוכה מכח הדין שהביא ראהה שהיא שלו.

וכתב הרשב"ם וגבי נכסי דבר שטיא אמר נמי אוקי תרי לבהדי תרי ואוקי קרקע ארעא בחזקת בר שטיא, והקשה **בקו"ש** דהתם מעמידים הקרקע בחזקת בר שטיא כיון שהיה מרא קמא, והכא הנדון הוא על מוחזקות בספיקות, וצ"ע.

דף מד.

ח. **רשב"ם בא"ד.** ובתר הכי אפילו מייתי יהודה סהדי לא מצי טעין וכו' שכבר פסל שמעון עצמו ועד אחר עמו עדיו של יהודה וכו', **בתומים** [לז כ] הקשה דכיון דעכשיו נתברר שמה ששמעון בא להעיד לפסול את העדים של יהודה הוא משום שרצה לטובת עצמו

א"כ עכשיו נתברר שהיה לו נגיעה בהך עדות ואמאי נאמן, וע"כ צ"ל דכיון דבשעה שהנדון בא לפנינו לא ראינו בזה צד של נגיעה וכבר נתקבלה העדות לכן א"א לפסול את העדות אח"כ ע"פ סברת נגיעה.

ט. תוס' ד"ה דוקא מכר. ונראה דפירש כן משום דאי באחריות הוי שמעון נוגע בעדות דאע"ג דהוי שיאוש ושינוי רשות וכו', מבואר בתוס' דאם מכר באחריות הוה נוגע דאין כאן הפסד לשמעון דיכול להוציא הגזילה מיד לוי שהרי יכול לוי לחזור על ראובן שהרי באחריות מכרה לו, והש"ך [לזו כט] תמה היכן מצינו חילוק זה שאם קנה באחריות אין דין של יאוש ושינוי רשות, ובחי' הגרש"ש סי' כה כתב לבאר דבעצם כל אדם אינו רוצה לקנות מגזלן שהרי אין לו רצון להפסיד לחברו ולכן בעצם היה צריך להיות שבכל קונה מגזלן יש מקח טעות וביטול מקח, אלא דאם קנה שלא באחריות הוא יפסיד אם המקח יתבטל אבל בקנה באחריות לא יפסיד כלום אם המקח יתבטל ולכן אע"פ שמצד הדין יאוש ושינוי רשות קונה מ"מ המקח בטל וא"כ תחזור הגזילה לבעלים וממילא הוה נוגע בעדות, ועי' נמוק"י משי"כ בדברי הרשב"ם דאם מכרה באחריות חשיב שהגזילה ברשות הגזלן ולא חשיב שינוי רשות, ועי' קה"י פסחים על הסוגיא דהרנינו אצלו שביאר דברי הנמוק"י דכשיש חיוב אחריות לא חשיב שינוי רשות אלא חשיב ברשות הגזלן, ע"ע בחת"ס.

י. תוס' בא"ד. וקשה לר"י דבירושלמי אמר דיאוש מועיל בקרקע דאע"ג דאינה נגלת מ"מ מהני בה יאוש, מבואר דס"ל לתוס' דמהני יאוש בקרקע, והרשב"ם ס"ל דיאוש בקרקע לא מהני כיון דקרקע אינה נגזלת, וכונתו דכל מה דמהני יאוש בגניבה הוא כיון שהחפץ אינו ברשותו דיש לגנב קניני גניבה אבל קרקע דאינה נגזלת ואין בה קניני גניבה משו"ה לא מהני בה היאוש דחשיב יאוש ברשות, ורש"י ותוס' בסוכה ל ע"ב כתבו דלא מהני יאוש בקרקע דנפקא לן מקראי, וצ"ע כונתם הא קאי מיירי לענין גזילה דאין קניני גזילה בקרקע ולא לענין יאוש, וביארו בתרומת הכרי סי' שע"א ובקהלות יעקב [בסוכה סי' כא] דהטעם דלא מהני יאוש בקרקע משום דקרקע בחזקת בעליה עומדת והיינו דלעולם היא ברשותו ולא מועיל יאוש ברשות וכ"כ בנתה"מ סי' שס"א, וא"כ אם היה קניני גניבה בקרקע היה מועיל להוציא מרשות הבעלים ככל גניבה והיה מועיל היאוש.

והנה בהא דהוכיחו תוס' מהירושלמי דמהני יאוש בקרקע עי' בתוס' סוכה ל ע"ב שכתבו דכונת הירושלמי דמהני יאוש בקרקע מיירי באופן שנשתקע שם הבעלים, והביאור בזה דהיכא שנשתקע שם הבעלים חשיב הקרקע אינו ברשותו ולכן מהני היאוש, ותוס' כאן למדו דיאוש אינו תלוי בקניני גניבה אלא דאף בקרקע יש מעשה גניבה ולכן מהני בו היאוש דמ"מ הוא אבוד מהבעלים.

וכתבו תוס' וגבי עבד משמע דמהני בו יאוש אע"ג דאיתקש לקרקע, אולם רבנו יונה [בסוף הסוגיא מה. ד"ה עלה בידנו] כתב לחלק בין עבדים לקרקעות, ז"ל גזל קרקע ונתיאשו הבעלים לא קנה לוקח, שאין אדם מתיאש בלבו מן הקרקע, אע"פ שאומר בפיו שנתיאש, שהרי הוא מצפה שהוא או בניו יוציאו הקרקע מיד הגזלן, ואין הקרקע דומה למטלטלין שיש בהם יאוש מפני שיכול למוכרן ולהבריתן ולא נודע מקומן איה, אע"פ שאמרו העבדים כמו קרקעות וכמו שאין הקרקע נגזלת כך אין העבדים נגזלים ואין הגזלן חייב באחריותו, אבל לענין יאוש העבדים כמטלטלין הן שהרי יכול להבריתן עכ"ל, מבואר מדבריו שאע"פ שעבדים הוקשו לקרקעות מ"מ לענין יאוש לא הקשו דאין הלכה שלא מהני יאוש בקרקע אלא שאף שאומר שמתיאש אמרינן שאין כונתו לכך דלעולם מצפה שיהא אפשרות להוציא הקרקע מרשותו, אבל בעבדים ל"ש סברא זו, ולמדנו מדבריו סברא חדשה דלעיל נתבאר בשם אחרונים שהטעם שלא מהני יאוש בקרקע משום דקרקע בחזקת בעליה עומדת ולעולם הוה יאוש ברשות, אולם אף לפי סברא זו צ"ב משי"כ תוס' שהרי כל הסברא שבקרקע חשיב יאוש ברשות הוא רק בקרקע אבל בעבדים ל"ש סברא זו שהרי אינם תחת ידו וא"כ אע"פ שעבדים הוקשו לקרקעות מ"מ לענין יאוש אי"ז הלכה בקרקע אלא סברא דחשיב יאוש ברשות ובעבדים אי"ז ברשות ולכן מהני היאוש וצ"ע קושית התוס'.

הערות וציונים פרק חזקת הבתים

דף מד.

א. גמ' נהי דמיאש מגופיה מדמיה מי מיאש. משמע בגמ' דמהני יאוש מהדמים אלא דבפועל לא נתיאש, והקשו דדבר זה תלוי במה שנחלקו האחרונים האם מהני יאוש בחוב, ואפשר דתלוי בטעמים שם עי"ש בקצה"ח סי' קס"ג, **אולם** מדברי הרשב"ם מבואר שכונת הגמ' יאוש הוא מחילה, [עי' שיעורי הגר"ש ב"מ כ ע"ב בענין יאוש בחוב מש"כ בכ"ז].

ועי' בקו"ש [אות קפ"ד] שדן בעיקר דברי הגמ' דמשמע שאע"פ שהתיאש מגוף הגזילה מ"מ מהדמים י"ל שלא התיאש, ותמה דאם סתם גניבה יאוש בעלים ולא בגזילה כיון שלא יודע מי גזלה מה הסברא לחלק בין גוף הגזילה לדמים, הרי כמו שהתיאש מההחפץ עצמו אותו סברא יש לומר אף על דמי החפץ, וכתב לישב ד"ל דאת הדמים לעולם יוכל לתבוע אם יתברר לו מיהו הגנב ולכן אינו מתיאש ממנו אבל מהחפץ כיון שיכול להיות שיאבד מן העולם לכן הוא מתיאש ממנו, **ועי'** בפני שלמה שכתב דרך חדשה בביאור הסוגיא שכתב להקשות שאף אם הגזלן התיאש מהדמים מ"מ לא חשיב נוגע הרי הוא עדיין חייב לשלם, דיאוש אינו סיבה להפקיע את החיוב של הגזלן, והוה ליה לגמ' לומר נהי דמיאש דמי מי לא בעי למשקל מגזלנא, והיינו שלעולם חשיב נוגע מחמת שהדמים יחזרו אליו, אלא משמע בגמ' שאינו מתיאש מהדמים והטעם שסבור שיהא זמן שיוכל להוציא מהגזלן את הדמים, וא"כ כתב שאף אם מכר חפץ הגזול וקנה הלוקח מחמת שיש כאן יאוש ושינוי רשות מ"מ הלוקח לא קנה יותר ממה שהיה ביאוש, וכיון שהבעלים לא נתיאש מהדמים נמצא שאף אצל הגזלן לא היה כאן יאוש על הדמים וא"כ כל הזכות של הלוקח הוא רק לאחר שיתן דמים

לבעלים, וא"כ מקשה הגמ' דחשיב נוגע כיון שאם יהודה יוצא את החפץ לא יוכל לתבוע ממנו הדמים, אבל מהלוקח כיון שלא נתיאש מהדמים יכול לתבוע ממנו הדמים, וע"ז משני הגמ' דמת גזלן וכיון שמת הגזלן מתיאש הבעלים מדמי הגזילה שלא יוכל לקבל ממנו ולכן אף על הלוקח אין חיוב לשלם, [אולם יש לדון בדבריו דאף שיש סברא לומר שלא התיאש מהדמים ולכן מחויב הלוקח לשלם הדמים, הרי הכא מכר הגזלן ללוקח קודם שמת וא"כ כבר נתחייב הלוקח דמים לגזלן ומה מהני שמת גזלן, ועוד דהרשב"ם פ"י דיאוש היינו מחילה ומשו"ה ליכא חיוב דמים לאחר יאוש, ובעיקר הסברא שכתב שאם התיאש מן הדמים אכתי מחויב הגזלן בהשבה הדמים, ע"י בתרומת הכרי ס"י רס"ב דפשיטא ליה שאם יש יאוש מהדמים אין הנגזל מחויב לשלם לגזלן הדמים].

ב. גמ' מדמיה מי מיאש. כונת הגמ' להקשות שאע"פ שקונה הלוקח ביאוש ושינוי רשות, מ"מ ניחא ליה לשמעון שהחפץ ישאר ביד לוי שע"ז יוכל לתבוע מראובן דמי הגזילה, מכיון שאם החפץ יבוא לידו של יהודה לא יוכל להוציא דמי הגזילה מראובן שהרי ראובן יכול לטעון אדרבה עדי יהודה אומרים אמת וממנו גזלתיה והגזילה חזרה למקומה, וכתב התומים [לזי יח] שכל קושית הגמ' היא רק לפי האבוע"א של הגמ' שהסיבה שהוא מחשב נוגע משום שאין רוצה שישאר הקרקע ביד יהודה כיון שיש כאן תרי ותרי, ולכן מקשה הגמ' שאף בפרה וטלית יש כאן נגיעה שהר יוכל להוציא הדמים, אבל לפי הלשון הראשון של הגמ' דאמר השני נוח ליה הרי כתבו תוסי' דמייירי שיהודה אומר שהוא קנה מראובן ולוי אומר שהוא קנה מראובן, וכל הטעם שרוצה לפסול את עידי יהודה בגזלותא משום שיש סברא של השני נח לי, וא"כ לפי תי' זה לא שייך לומר שהוא נוגע מחמת שרוצה להוציא הדמים שהרי ממ"נ הוא יכול להוציא הדמים שהרי לפי שניהם החפץ היה ביד ראובן שיש לו עדים שהוא גזלן, [וע"י פרישה ל' ז' יא ואור שמח פ"ד מגזילה הי"ד שכ"כ].

והנה רבנו יונה כתב להקשות אף אם הגזילה תשאר ביד לוי אכתי יוכל ראובן לטעון דתרי ותרי נינהו ואני סומך על עידי יהודה וממילא אין צורך להשיב דמי הגזילה, וכתב לישב דמ"מ יכולים שמעון ויהודה לכתוב הרשאה זה לזה ויוכלו לתבוע מראובן דמי הגזילה ממ"נ, ונראה מדבריו נמי שכל הקושיא היא רק לפי הדרך הב' של הגמ' שהרי לפי הדרך הראשונה ביאר הרשב"ם שעדי שמעון פוסלים את עידי יהודה בגזלותא ולפ"ז לא קשה שהוא יוכל לומר שעדי יהודה הם כשרים שהרי הב"ד פסלו את העדים וא"כ אין ראובן יכול לומר שהוא סומך על אותם עדים שהרי נפסלו.

ג. גמ' לא צריכא דמית גזלן דתנן הגזול ומאכיל את בניו פטורים מלשלם. כונת הגמ' דכיון שמת אין לו מהיכן לגבות הדמים שהרי תנן במשנה בהגזול שאם מת הגזלן לא מוטל על היתמים לשלם חוב אביהם, ותמה הגרע"א הרי מה שאין הבנים צריכים לשלם חוב אביהם אין צריך ללמוד מהמשנה דריש פרק הגזול ומאכיל דהא זה דבר פשוט שאם אין שיעבוד נכסים אין על הבנים חיוב לפרוע חוב אביהם, וכל החידוש של המשנה שם הוא לומר שאע"פ שהבנים נהנו מהגזילה אינם חייבים לשלם הגזילה מכיון שיש כאן יאוש ושינוי רשות, וא"כ הכא הרי האב מכר הגזילה והבנים לא קיבלו את הגזילה וא"כ פשיטא שראין חייבין לשלם וצע"ג, [ואולי י"ל דאע"פ שלא נהנה מהגזילה מ"מ הרי כיון שהאב מכר הגזילה והוריש להם הדמים אפשר דחשיב שנהנהו מהגזילה עצמה לכן מיייתי מהך משנה לומר שאע"פ שאכלו גוף הגזילה ממש מ"מ אין להם חיוב לשלם].

ד. גמ' הניחא למד"א רשות יורש כרשות לוקח דמי. הנה בגדר הדין של יאוש ושינוי רשות דעת הקצה"ח [שנ"א סק"א] ע"פ דברי הרמב"ן דהא דלא מהני יאוש בגזילה דבאיסורא אתא לידה והיינו שיש חובת השבה, ולכן כשבא לרשות של לוקח קונה דבהתירא בא לידו דאין לו חובת השבה ומכיון שכבר נתיאשו הבעלים מהם זוכה בהם, והיינו דהשינוי רשות לאו מטעם הקנאת הגזלן אלא משום מעשה הקנין של הלוקח, וכן משמע ברשב"ם כאן שכתב בד"ה ל"צ ה"ט דבהתירא אתא לידה, והקשה בקו"ש [ב"ק אות טו] לפ"ז מה הטעם של מד"א רשות יורש לאו כרשות לוקח, הרי כשהגיע ליד היורש בהתירא אתא לידה ואין לו חובת השבה, והרשב"ם כאן כתב דברא כרעא דאבוה וא"ז שינוי רשות, וקשה שלסברת קצה"ח שבשינוי רשות הלוקח עושה את המעשה המקח והגזלן אין יכול להקנות ולהוריש הגזילה, א"כ מה הכונה דברא כרעיה דאבוהו איך נעשה של הבן, ולכן כתב הקו"ש שמוכח שישוד הענין של יאוש ושינוי רשות הוא שיש לגזלן קניני גניבה שאם יעשה בזה שינוי רשות הוא נקנה ללוקח כיון ששינוי רשות מפקיע את חובת השבה ונמצא שהקנין הוא מכח הקנאה הגזלן, ולפ"ז ביאר שנחלקו האם ירושה חשיב כרשות אחרת או לא, דלמד"א לאו כרשות לוקח הוא סבר דברא כרעיה דאבוה והוה כאותו רשות ממש.

ה. שיטת הרמב"ם דאע"פ שמעיקר הדין כשיש יאוש ושינוי רשות קונה הלוקח החפץ ואין צריך להשיב לגזלן כלום מ"מ בגזלן מפורסם חייב הלוקח לשלם דמים לנגזל, וכתב השי"ך [שנ"ג סק"ה] שלפי זה צ"ל דבסוגיין מייירי בגזלן שאינו מפורסם, דאם בגזלן מפורסם מה מקשה הגמ' מדמי מי מיאש הא מהלוקח יכול לתבוע את הדמים, ועוד מהא מדקשה הניחא וכו' דמשמע שלמד"א כרשות לוקח יכול להעיד ואינו נוגע הא אכתי נוגע הוא שהוא רוצה שהחפץ יהא ברשות לוקח כדי שישלם דמים.

ו. רשב"ם ד"ה לא צריכא דמית גזלן. דהשתא אפילו מדמיה מתיאש וכו', צ"ב מדוע הוצרך הרשב"ם לומר שנתיאש מהדמים והרי אף אם לא נתיאש הרי אין כאן נגיעה כיון דמת הגזלן לא יוכל לקבל הדמים מהגזלן שהרי הבנים אינם מחויבים לשלם חוב אביהם, ואפשר לישב דהנה ברש"ש הכריח כאן דע"כ מייירי שיש לאב שיעבוד נכסים [שהרי בתוסי' ד"ה דוקא מבואר דאם מכר באחריות אף

שיש יאוש ושי"ר חשיב נוגע כיון שהמקח מתבטל, ואם מיירי במת הרי אין הלוקח גובה רק משיעבד נכסים, וא"כ ע"כ שיש קרקעות שיוכל לגבות האחריות שלו משם], וא"כ י"ל דאכתי לא מחל כיון שיש לו מהיכן לגבות לכן כתב הרשב"ם דכיון שמת מתיאש מהדמים ולכן אינו נוגע כלל, אלא דצ"ע מ"ט באמת מתיאש הרי יהא לו מהיכן לגבות.

ועוד י"ל דאם לא מחל לו עדיין יש לפוסלו משום נגיעה בדגמי' בכתובות פב ע"א מבואר שאע"פ שאם האב לא הניח אחריות נכסים פטורים מלשלם, מ"מ יש מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם, וא"כ י"ל שאף את חוב של הגזילה יש מצוה לשלם וא"כ אולי יש לומר שיש לפוסל לו לעדות משום שהוא נוגע שהם ישלמו אותו חוב לכן הוצרך רשב"ם לומר שהוא התיאש מן הדמים, וממילא אין על היתומים מצוה לפרוע חוב אביהם, אולם גם על זה תקשה מדוע באמת התיאש אם יכול להיות שהם ישלמו.

הערות וציונים פרק חזקת הבתים

דף מד:

א. גמ' מטלטלי נינהו ומטלטלי לבע"ח לא משתעבדי ואע"ג דכתב ליה מגלימא דעל כתפיה. הרשב"ם פי' דטעמא דאין שעבוד על מטלטלין משום דלית להו קול ולקוחות אינם יכולים ליזהר, דאי משעבדי אין לך אדם שקונה מטלטלין דשמא הוא משועבד, והנה הרשב"ם להלן קכת. כתב לבאר דאף אם עבדי כמקרקעי מ"מ אין שיעבוד על עבדים כיון דלא סמכה דעתיה שהרי יכולים לזוז ולענין שיעבוד דמי למטלטלין, מבואר דהא דאין שיעבוד על מטלטלין לאו משום שאין קול אלא דלא סומך דעתו עליו, וכן כתב רש"י ב"מ סז ע"ב שמהתורה אין שיעבוד על מטלטלין כיון דשעבוד נכסים מדין ערב ולא סומך דעתו על מטלטלין, וכ"כ רש"י ב"ק לג ע"ב, [וע"ע בקצה"ח סי' לט א' דדעת הרשב"א דמהתורה יש שיעבוד על מטלטלין אלא רבנן הפקיעו את השעבוד כיון דלא סומך דעתו] וא"כ צ"ב מדוע כתב הרשב"ם כאן טעמא דליכא קול.

הרש"ש העיר על הרשב"ם שכתב דאין קול והרי ההלואה עצמה שהיא בשטר אית לה קול והרי מה"ט איכא שעבוד על קרקע, וא"כ אמאי אין שעבוד על מטלטלין, וכתב הרש"ש וכן כתב התומים [קיג א'] שבאמת עיקר הטעם שאין שיעבוד על מטלטלין הוא מחמת שלא סמכה דעתיה, והיינו שהעדים מוצאים את הקול שהיה הלואה וממילא ידעין שהקרקע משועבדת כיון דיש תורת שיעבוד על קרקע, אבל מטלטלין כיון שלא סומך דעתו על זה ממילא אין שיעבוד ע"ז ולכן אנשים אינם נזהרים לקנות מטלטלין, ולכן אף במקום שאדם שיעבד בפירוש מטלטלין לא יהני דאך יודע דבר זה ששיעבד בפירוש, שהרי העדים לא מוצאין קול על מה חל השיעבוד, אלא העדים מוצאין קול שהיה הלואה וממילא נזהרים שלא לקנות דברים המשועבדים, ולפי"ז כתבו שאם אדם היה סומך דעתו על המטלטלין כשהיה יוצא קול שהיה הלואה ממילא היו נזהרין שלא לקנות קרקעות ומטלטלין, אבל כיון שלא ס"ד ואין שיעבוד על זה לא נזהרין ולכן אף במקום ששיעבד בפירוש לא חל השיעבוד משום שאין קול, וזה כונת הרשב"ם לומר שאף אם שיעבד בפירוש לא חל השיעבוד שלא יצא הקול שהם משועבדים וזה סברת הגמ' לגבי אפותקי, אלא שצריך להגיע גם לטעם שלא סמכה דעתיה וכמש"כ.

אולם בסמ"ע נראה שהבין דהא דאין קול היא סיבה דלכן אין שיעבוד על מטלטלין, דהטור ושו"ע סי' קי"ג כתבו דאין שיעבוד על מטלטלין כיון דלא סומך דעתו לזה, והקשה הסמ"ע אמאי לא פירשו משום שאין קול וכדמבואר בגמ' כאן לענין אפותקי, ומבואר מדבריו דאף אם סמכה דעתיה מ"מ לא יהא שיעבוד מחמת שאין קול, ונראה מדברי הסמ"ע שהבין דהכונה בהא דאמרין דיש שיעבוד בקרקע משום שיש קול הכונה בזה דאדם קודם שהולך לקנות קרקע מברר האם היא משועבדת ואם יתברר שהיא משועבדת לא יקנה ולכן יוצא קול, שהקול אינו מחמת ההלואה אלא מחמת שהדרך בקניית קרקע היא שאדם מברר אם היא משועבדת וממילא יוצא קול על קרקע זו שהיא משועבדת, אבל במטלטלין אין אדם מברר האם היא משועבדת להלואה אלא קונה בלא בירור ולכן לא יוצא קול שהיא משועבדת, ולכן אע"פ שמצד עצם הדין היה צריך להיות שחל שיעבוד מ"מ רבנן הפקיעו את השיעבוד כיון שלא יוצא קול, ולכן הקשה הסמ"ע דא"צ לטעמא דלס"ד שלכן לא חל השיעבוד אלא אף אם היה סברא שיחול השיעבוד מ"מ כיון שאין קול הוא סיבה להפקעת השיעבוד.

והנה בגמ' בכתובות דף סז עא מבואר בגמ' דגמלים של ערביא אשה גובה כתובתה מהם, והיינו אף כשמת הבעל גובה מהיורשים וטעמא קאמר הגמ' דאשה סומכת דעתה עליהם, ומבואר דהיכא דיש סמיכות דעת גובים אף ממטלטלין, ועי' בתוס' שכתבו דה"ה אף מלקוחות היו צריכים לגבות וה"ט כיון דאית ביה קול, ועי"ש ברא"ש שם, והיינו דבר מסוים כ"כ כמו גמלים של ערביא כיון דיש ס"ד אדם יודע שלא לקנות וממילא כשנשתעבד יש קול ולכן גובה מהם אע"פ שהוא רק מטלטלין ודו"ק.

ב. גמ' שורו וחמורו אפותקי אין בע"ח גובה הימנו. כתב הרשב"א דכל סברת הגמ' שאם אין קול ליכא שיעבוד הוא רק לגבי לקוחות אבל לגבות מן היורשים אין חילוק בין אם יש קול או אין קול, אלא כל היכא שכתב בהדיא שמשעבד לו מטלטלין הוא גובה מהיורשים, וכן נראה דעת תוס' ב"ק קח ע"ב [ד"ה לזה] שכתבו שאם עשה מטלטלין אפותקי ונתן מתנה גובה אותם הבע"ח, והביאור בזה לפי מש"כ באות הקודם דטעמא שאין שיעבוד משום שלא סמכה דעתיה ולכן היכא דס"ד יש שיעבוד, אלא דמלקוחות אין יכול לגבות דאינם יודעים וליכא קול, אולם בחידושי הר"ן הביא דהרא"ה כתב דאין גובה אפותקי אף מיורשים, וביאר דאע"פ שסומך דעתו מ"מ כיון דאין קול ממילא כבר לא סומך דעתו, ונראה מדבריו דבעצם היכא שיש ס"ד לחוד היה צריך להיות שיגבה מלקוחות אלא דהכא איכא סברא שלא לגבות, אמנם עין בתוס' ב"ק יא ע"ב [ד"ה כגון] דמבואר בדבריהם דמיתומים אף אם עשה

אפותקי אין גובים, ומשמע מדבריהם דיש סברא חדשה לא לגבות מטלטלין מיתומים, והוא שכמו שאם אין קול לא גובים מלקוחות כיון שלא ידעו אין סברא להפסידם, ה"נ יש סברא שלא להפסיד היתומים ועיי' תוס' ב"ב קעה ע"ב [ד"ה לא מן] שכ"כ, ועיי' בקצה"ח [ק"יז א] שהקשה שתוס' סתרו עצמם שב"ק קח ע"ב כתבו שבאפותקי גובים ממקבל מתנה ואילו בדף יא ע"ב כתבו שאין גובין מן הירשין, ועוד יש לעיין דברשב"א כאן מבואר שמירשין גובים והסמ"ע [ק"יז יב] הביא שהרשב"א בתשובה ח"א תרי"ח כתב שאין גובים מטלטלין ממקבל מתנה אף באופן שעשה אפותקי ומ"ש מירשין.

ג. **גמ' וליחוש דילמא אקני ליה מטלטלין אגב מקרקעי.** צריך להבין כונת הגמ' דמהני שיעבוד מטלטלין אגב קרקע האם הוא מחמת קנין אגב שמצינו בכל מקום שקרקע נקנה אגב מטלטלין או דהוא ענין אחר, ועוד מה מהני שמשעבד אגב קרקע הרי אף אפותקי לא מהני במטלטלין משום שאין קול, וא"כ מה מהני שמשעבד מטלטלין אגב קרקע.

ונראה שנחלקו בזה הראשונים, הרמב"ן כתב דהטעם דליכא חסרון של אסמכתא בקרקע משום שעיקר שיעבודו עליהן ולא הלוהו אלא על מנת לפרוע מהם, ואם כותב שמשעבד מטלטלין אגב קרקע גלי אדעתיה שעיקר שיעבודו הוא גם על המטלטלין ושווה לשיעבוד של הקרקע, מבואר מדבריו שא"כ קנין אגב שמצינו בכל דוכתיה, אלא הוא דין מסוים שעיקר השיעבוד והגביה הוא משם לכן חל השיעבוד אף על המטלטלין, אולם צריך עדיין להבין שהרי אין קול ומ"ש מכל מטלטלין, וצ"ל כמש"כ הריטב"א דכיון ששיעבד כל המטלטלין שלו אגב קרקע ממילא יש קול, [והיינו דרך אם לא שיעבד בשטר את כל המטלטלין אין קול], וכן כתב בתשובות הרא"ש [כלל ע"ב יט] הובא בקצה"ח [ק"יז סק"ז], וביאר שם הרא"ש דהא מצינו דאפשר לשעבד אף עבדים אגב קרקע ואע"פ שלא מהני לקנות עבדים אגב קרקע, אלא ע"כ דטעמא הכא משום דיש עליהם קול, ומבואר מדברי הראשונים האלו שא"כ מדין קין אגב אלא שזה סברא שחל שיעבוד אלא המטלטלין, וכתב בקצה"ח דמוכח מזה דהך דינא דשיעבד מטלטלין אגב קרקע אינו מהתורה אלא מדרבנן דמן התורה אין חילוק בין אם יש קול או אין קול.

אולם ברשב"ם נראה שחולק דלא הזכיר ענין זה שיש קול ועוד מבואר בלשונו שהוא הלכה חדשה דחל השיעבוד מעיקר הדין דכתב דכמו שמצינו לענין קנין שמטלטלין נקנים אגב קרקע ה"ה לענין שיעבוד ומיגו דחל על הקרקע חל נמי על המטלטלין, וצ"ב איך מועיל השיעבוד הרי אין קול, **ונראה** דהנה עצם השיעבוד נכסים בהלואה בין אם שיעבדא דאורייתא בין אם הוא מדרבנן הגדר הוא שההלואה משעבדת, דהיינו שהלואה התחייב לשלם תמורת מה שקיבל מהמלוה ע"כ נכסיו משעבדים לפרוע את החוב, ובזה יש נדון האם מטלטלין משעבדים או לא דכיון דלא סמכיה דעתיה או דאף שיש ס"ד כיון שאין קול לא מהני השיעבוד, ולכן אף באופן שהוא רוצה שההלואה תשעבד כגון אם כותב אפותקי ג"כ לא יחול השיעבוד מהסברות הנ"ל, אבל אפ"ל דאם הוא בעצמו רוצה לשעבד דהיינו שמקנה למלוה זכות גביה מהמטלטלין ולא שההלואה תשעבד אפ"ל דבכה"ג חכמים לא הפקיעו את השיעבוד ולכן אף שאין קול יוכל לגבות דהרי הקנה לו שיהא לו זכות במטלטלין לגבות חובו, ורק דבזה יש חסרון חדש של אסמכתא ובזה מהני מה שמשעבד אותו אגב קרקע דכמו שמצינו קניאגב קרקע ה"ה יכול לשעבד, וכמו שאין חסרון של אסמכתא בקרקע ה"ה מחמת שהמטלטלין טפלים לקרקע אין חסרון של אסמכתא במטלטלין, [ובאופ"א י"ל שלא נתן המטלטלין בתורת שיעבוד, אלא נתכון להקנות אותם לגמרי אם לא יפרע החוב ולכן אין צריך קול כיון שבהקנאה גמורה אין חסרון של קול, דרך בדיני שיעבוד נאמר חסרון של קול].

ד. **והנה** בעיקר הא דמשעבד מטלטלין אגב קרקע צריך להבין איך מועיל השיעבוד דאם שיעבדא דאורייתא הרי התורה משעבדת ולא הוא פועל את השיעבוד, ואף לרבה דסבר לקמן בפרק גט פשוט דשיעבדא ל"ד מ"מ הרי אחריות טעות סופר ואין הוא משעבד אלא רבנן תיקנו שבכל הלואה יש שיעבוד היינו שההלואה עצמה היא משעבדת וא"כ איך מהני אגב קרקע הרי הוא לא עושה את השיעבוד כלל, **והנה** בקצה"ח [סי' ס"ו סק"כ] כתב דבכל הלואה מלבד מה שחל שיעבוד ע"י ההלואה אף השטר הוא משעבד וחשיב כשטר קנין ולפי"ז א"ש דשיך לשעבד אגב קרקע, ועיי' בקה"י [סי' כט] שכתב כן בתוך דבריו דע"כ צ"ל דהשיעבוד נעשה אף ע"י הבעלים. עיי' ריטב"א קידושין כז ע"ב דהאגב עושה אותו כקרקע, משמע שאינו מתורת קנין אגב אלא שנהיה כקרקע.

ה. **גמ' ואמר רב חסדא והוא דכתב דלא כאסמכתא.** הרשב"ם מבואר שהחסרון הוא משום 'דדמי לאסמכתא' דכיון שלא מקנה לו לגמרי אלא שיעבוד שאם לא יפרע יגבה מכאן, לכן צריך לכתוב לשון דלא כאסמכתא 'לאלומי שטריה', ומשמע שמצד עיקר הדין אין חסרון של אסמכתא כיון שהוא מקנה אגב קרקע וכמו שעל גוף הקרקע אין חסרון של אסמכתא ה"ה על המטלטלין, אלא דדמי לאסמכתא לכן צריך לכתוב כן, **והנה** ברמב"ן נראה שחולק ע"ד הרשב"ם דלאו לתקוני שטרא כתבינן דלא כאסמכתא אלא דבאמת לולא הכתיבה יש חסרון של אסמכתא, ובכל שיעבוד אין חסרון של אסמכתא כיון שבטוח בגביה הקרקע ולכן לא הוה ככל אסמכתא, אבל בשיעבוד מטלטלין לא שיד לומר שבטוח בזה ורק ע"י שכותב כן ליכא חסרון של אסמכתא, וכמו שנתבאר שלפי הרמב"ן א"י מדין קנין אגב אלא שכונתו שסומך דעתו לשעבד המטלטלין כמו הקרקע.

וכתב הרשב"ם דאם מקנה לו מטלטלין בסודר להשתעבד בו אינו קונה משום דהוה אסמכתא, ונראה מדבריו דכה"ג הוה אסמכתא ממש, וצ"ב מ"ש מכל שיעבוד של קרקע דאין חסרון של אסמכתא משעבוד מטלטלין, ועיי' **בקה"י** [סי' כט] שביאר דבכל שיעבוד קרקע הוא כמו שמסר לידו הקרקע ולכן אין חסרון של אסמכתא וכמו שכתב הרשב"ם בהמשך דבריו דליכא חסרון אסמכתא במשכון כיון שמוסר לידו של המלוה ליכא חסרון של אסמכתא, וטעמא דחשיב כמי שמסר לידו הוא משום דמצינו דשטר אפסריה דארעא ולכן שיעבד בשטר חשיב שתפוס בקרקע אבל במטלטלין ליכא ה"ט ולכן אף אם שיעבדס בפירוש עדין המחזיק תפוס בהם,

ורק בכה"ג שהוא משעבד אגב קרקע ליכא חסרון של אסמכתא דכל החסרון של אסמכתא הוא משום דליכא גמר"ד, אבל הכא כיון שכלפי הקרקע מהני השיעבוד ה"ה ליכא חסרון של גמר"ד לגבי המטלטלין, [וכל החסרון הוא שנראה כאסמכתא ולכן מהני הכתיבה בשטר דלא כאסמכתא], אולם לפי"ז צ"ב דבכל אפותקי על מטלטלין איכא נמי חסרון של אסמכתא ובגמ' משמע דכל החסרון של אפותקי הוא משום דליכא קול, ועי' ברש"י שהעיר כן, [ולפי מש"כ לעיל במוסגר בסוף אות ג' שכונת הרשב"ם שמתכון להקנות לו לגמרי לא בתורת שיעבוד, ולכן יש חסרון של אסמכתא לולא אגב, י"ל שבכל שיעבוד אין חסרון של אסמכתא כיון שזה גופא ההלכה של שיעבוד, לכן כל דברי הרשב"ם הוא רק כאן שכונתו להקנות בתורת קנין אם לא יגבה ולא בתורת שיעבוד].

ו. תוס' עשה שורו אפותקי. אפילו סבר רבא עבדי דמקרקעי דמי נקט אפותקי לאשמעינן בין בשטר בין בעל פה, הבי"ח [סי' קי"ז] כתב דמלשון תוס' נראה אף במלוה ע"פ נמי מהני אפותקי, וטעמא דמילתא כתב בשם שו"ת הרא"ש דכיון דהעבד מוציא קול שנעשה אפותקי ולכן חל השיעבוד, וכתב הבי"ח דבמגיד משנה [פי"ח ממלוה ולוה ה"ה] כתב דרך במלוה בשטר מהני אפותקי על עבד ומהני נמי היכא שהאפותקי היתה ע"י עדים, ועי' בתומים [קי"ז ז'] שהאריך לבאר שיטת תוס' דמשמע מדבריהם שע"י קול חל שיעבוד שהרי במלוה על פה ההלואה אינה משעבדת ואיך יחול שיעבוד ע"י שמוציא העבד קול ע"כ שזה סיבה להחיל שיעבוד ע"י.

ז. תוס' ד"ה שורו. הקשו אמאי לא חשיב מכר בהדין הקדש שמפקיע מידי שיעבוד, וכונתו דמצינו שמכירה מפקיע משיעבוד, ולכאורה מבואר דס"ל לתוס' דבאפותקי חל שיעבוד על המטלטלין ונפק"מ לענין גביה מיורשים וכמש"כ הרשב"א אלא דמלקוחות אין יכול לגבות דליכא קול, אבל למבואר ברא"ה דכיון דליכא קול לא חל שיעבוד לא קשה קושיית תוס', [ומבואר מתוס' כמו שהובא לעיל מדבריהם ב"ק קח ע"ב], אולם י"ל דאף שאין שיעבוד לגבי יורשין מ"מ איכא נפק"מ באפותקי על מטלטלין לענין זה שלא יוכל לסלקו משאר נכסים. **ובעיקר** דברי תוס' הקשה בקו"ש [אות קצ] שבמכר לא נפקע השיעבוד כלל שהרי אם יחזור הלוקח וימכרנה למוכר חזרה ואח"כ המוכר יתן אותה במתנה לאחר הבע"ח יוכל לגבות, אבל בהקדש כיון שהקדש נפקע השיעבוד ואף אם יחזור ויפדה אותו לא יחול השיעבוד עליו וא"כ אמאי דימו תוס' לנדון דהקדש מפקיע מידי שיעבוד.

ח. תוס' ד"ה והוא דכתב דלא כאסמכתא. מספקא לן אי במטלטלין אגב קרקע או אפילו במקרקעי לחודייה, **ביאור** דבריהם כתב המהר"ם דלא בכל שיעבוד נסתפקו תוס' דהרי קי"ל אחריות טעות סופר ושיעבוד חל אף היכא שלא יכתוב בשטר כלום, אלא הסתפקו תוס' באופן שאין לו שטר בשעת הלואה אלא שמשעבד קרקעות שיהיו לו אח"כ, דהתם הוא משעבדם האם בכה"ג נמי צריך לכותב דלא כאסמכתא.

הערות וציונים פרק חזקת הבתים

דף מד:

א. תוס' ד"ה דלא הוה ארעא מעולם. דאין לך אדם שאין לו קרקע ד' אמות בא"י דקרקע אינה נגזלת, **הקו"ש** הקשה הא ע"י כיבוש מלחמה אף קרקע נגזלת, וכתב שם לישב דבא"י אף ע"י כיבוש מלחמה עכו"ם אינו קונה מישראל, ועוד יש להבין דאע"פ שקרקע אינה נגזלת הא איכא יאוש בקרקע כמו שמבואר בתוס' בע"א כשנתיאש אין לו חלק, ועוד יש להקשות אף לפי מש"כ תוס' בסוכה ל ע"ב דליכא יאוש בקרקע אבל הא אם נשתקע שם הבעלים מהני היאוש וא"כ לכאורה השתא איך אפשר לכתוב הרשאה הרי ודאי נשתקע שם הבעלים, ואפשר שמאותו טעם דלא קני בארץ ישראל ע"י כיבוש מלחמה ה"נ אין יאוש אף אם נשתקע שם הבעלים שכל הטעם דמהני היאוש בכה"ג נתבאר לעיל משום דהא דלא מהני יאוש בקרקע משום שקרקע לעולם חשיב ברשות הבעלים, אבל אם נשתקע שם הבעלים חשיב אינו ברשותו, וא"כ י"ל שבארץ ישראל לא חשיב נשתקע שם הבעלים שלעולם היא מוחזקת לנו. **אולם** עוד צ"ב דאף שקרקע אינה נגזלת מ"מ היכא שאין יכול להוציאה בדינים חשיב אינה ברשותו כדמבואר ב"מ ז ע"א וא"כ אם אין ידוע היכן היא החלק שלו איך יכול למכור אותו, ועוד יש לדון דכיון שבפועל אין יכול להגיע לחלקו חשיב אינו ברשותו וכבר דנו באחרונים בזה האם אינו ברשותו תלוי בה שבפועל אין שולט או בקניני גניבה ועי' פרי יצחק ח"א סה"ל דברי יחזקאל [מד ה].

ב. תוס' בא"ד. א"נ אין לך אדם שאין לו ד"א לקברו, הרמב"ן תמה ע"ז דמי נתן לו ד"א לקבורה, ועוד דאף אם יש לו כ"ז רק לאחר מיתה אבל מחיים אין יכול לזכות בזה, ועי' בקו"ש אות קצ"ב.

ג. תוס' בא"ד. ונראה לר"ת דהיינו טעמא כיון שמודה שיש לו קרקע וכו', כונת תוס' דמהני מדין קנין אודיתא והנה תוס' ב"ק קד ע"ב כתבו שקין אודיתא לא מהני בנדון דאורייתא ורק מדרבנן, ונחלקו בביאור דין זה הקצה"ח [קצד ד] ביאר דכונת התוס' דקנין אודיתא הוא קנין מדרבנן והיינו שרבנן אמרו שאם מודה על דבר שהוא שלו שהוא שייך לחברו זה גופא מעשה קנין, אולם **הרע"א** ב"ק יב ע"א כתב לפרש דכונת התוס' הוא דקנין אודיתא אינו מעשה קנין כמו שהבין הקצה"ח אלא שזהו ענין של נאמנות דכיון שמודה שזה שייך לפלוני ב"ד עושים כפי מה שמודה, ולעולם לא חל קנין ע"י דיבורו כלל, ולכן לעינן מע"ש לא אמרינן הכי אבל קנין אגב שהוא מעשה קנין מדרבנן מועיל אף לענין מע"ש דקנין דרבנן מהני לדאורייתא, עיי"ש מש"כ לדייק בלשון התוס'. **וכתבו** תוס' דהא דלא חשישנן הכא דלמא הודה והקנה אגב קרקע משום דכולי האי לא חיישינן שמא שיקרו להודות, וצ"ב כונתו מדוע חשיב שקר לפי מש"כ הקצה"ח דעצם ההודאה חשיב מעשה קנין א"כ מדוע חשיב שקר, וכן לסברת הרע"א שהב"ד עושה לפי ההודאה שאמר מדוע חשיב כשקר.

ד. גמ' והאמר רב פפא המוכר שדה לחברו שלא באחריות ובא בע"ח וטרפה וכו'. הרשב"ם ביאר שקושיית הגמ' היא על פרה וטלית מדוע הוא מעיד לו הרי בכה"ג המוכר חייב להחזיר לו דמים וביאר הרשב"ם שהסברא לחלק בין כל בע"ח שטורף שאין חוזר על המוכר לגזלן שחוזר על המוכר משום שבע"ח הפירות שאכל נשאר בידו וא"כ י"ל עביד איניש דזבין פירא לחד יומא אבל בלוקח מגזלן הדין הוא שצריך להחזיר לגזלן שהוא הבעלים כל הפירות שאכל שנתברר שמעולם לא היה השדה של המוכר, וא"כ ה"ה הכא בפרה וטלית צריך לשלם לגזלן כל מה שהשתמש.

והנה בגמ' ב"ק צו ע"א מבואר שגזלן שהשתמש בחפץ אין לו חיוב לשלם דמי השתמשות לבעלים אלא מחויב להשיב רק כמה ששואה גוף החפץ, ונחלקו הראשונים בכה"ג שהגזלן מוכר את החפץ לאדם אחר האם אף בכה"ג אין חיוב ללוקח לשלם לגזלן, או"ד שכל הפטור של דמי השתמשות הוא רק לגזלן בעצמו אבל לאדם אחר לא, שיטת הרשב"א ב"ק לג ע"ב שכמו שגזלן אין משלם מה שנתמש לבעלים ה"ה לוקח מגזלן כגזלן דאיתי מיניה דאיהו נמי לאו אדעתיה דשכירות נחית וכדאמרין בפרק הגוזל שגזלן פטור מדמי השתמשות, אבל ברש"י ב"ק מבואר שבכה"ג חייב הלוקח לשלם לבעלים, ועי' ברמ"א סי' שס"ג סי"ה שפסק להלכה שצריך לשלם לגזלן שהוא הבעלים ועי"ש ברע"א, והקו"ש [אות קפט] ביאר שנחלקו בהא דמבואר בגמ' שהגזלן שמשמש פטור מלשלם דמי ההשתמשות לבעלים, דהרשב"א ס"ל שהוא מחמת הקנייני גניבה שיש לגנב וה"נ כיון דאיתי מכח הבעלים שנתכון לגזלו נמצא שעומד תחת קנייני הגניבה של הגנב ולכן אין חיוב לשלם, אבל רש"י ס"ל דהטעם משום שיש לו חובת והשיב דהתורה פטרתו מהחייבים האחרים ולכן כל זה הוא סברא רק לגזלן עצמו שיש לו חובת והשיב ולא ללוקח שבא מכוחו.

והנה מדברי הרשב"ם כאן לכאורה מוכח כרש"י שהרי הרשב"ם ביאר קושיית הגמ' שבפרה וטלית הוא כשדה הגזולה שחייב להחזיר לבעלים ונמצא שהוא נוגע בעדות, אבל לפי הרשב"א שאף בכה"ג אין צריך ליתן לבעלים אלא לגזלן קשה דהוה כמו גבית בע"ח שהפירות הוא שלו ואמאי נחשב נוגע, ועי' בשער המשפט סי' לו סק"ח שהקשה כן על הרשב"ם, ואפשר שלפי הרשב"א צ"ל שקושיית הגמ' היא על בית ושדה אמאי צריך לטעם שמעמידה בפני בע"ח תיפוק ליה משום שחוזר עליו והמקח בטל.

ה. גמ' ורב זביד אמר אפילו נמצאת שאינו שלו אינו חוזר עליו דא"ל להכי זביני שלא באחריות. צריך להבין כונת הגמ' מהו הסברא שיכול לומר להכי מכר שלא באחריות הרי כיון שנמצא שאינו שלו נתברר שלא היה כאן מעשה מכירה כלל ואין כאן מקח וא"כ איזה טענה היא זו, אטו אדם שיאמר לחברו ראה פרה זו שלי ואני מוכר לך ונתברר לבסוף שלא היה שלו לא יהא חייב להחזיר לו אותו ממון, הרי פשיטא לא היה כאן מקח אלא מעשה שקר ולקחת הממון שלא כדין.

והנה הנתה"מ [סי' ס"ק י"א] הוכיח מהסוגיא ב"מ טז ע"א דמבואר שם שהגזלן שדה מחברו ומכרה לאחר דאם חוזר הגזלן ומכר לאחר וחזר הגזלן וקנה מבעלים הראשונים דקנאה הלוקח מהגזלן במעשה קנין שעשה קודם שקנה מהבעלים, וכתב הנתה"מ שמוכח מכאן שגזלן שמוכר החפץ שגזל יש למכירה תורת מעשה קנין, וביאר בזה הבעל התרומות שכתב שגזלן שמכר ללוקח אע"פ שנתברר בעדים שהחפץ היה גזול אין הלוקח יכול לבטל את המקח רק כשיתבע ממנו הבעלים אבל קודם לכן אין יכול לתבוע משום שיכול לומר לו אחוי טירפא ואשלם לך, ומבואר שאע"פ שנתברר ע"פ דין שלא היה בעלים מ"מ חשיב שהיה כאן מקח.

מיהו כתב הנתה"מ שם דכ"ז רק אם הגזלן עשה בה חזקה וישב בה לכן אח"כ כשמכרה המכירה קימת אם לקחה הגזלן מהבעלים, אבל אם לא עשה בה מעשה גזילה אלא שאמר לחברו על דבר שהוא שלו ונתן לו דמים התם לאו כלום הוא, ואף בקרקע אע"פ שקרקע אינה נגזלת היינו דלא נקנה ביאוש ושינוי רשות ושאר קניינים אבל לענין זה אף בקרקע אם עשה מעשה גזילה בקרקע ומכרה חשיב שיש כאן מעשה קנין, ולפי"ז צ"ל כונת הגמ' כאן דאמר רב זבד שיכול לומר לו להכי וכו' דכיון שגזל חשיב שיש כאן מעשה קנין אבל אם לא גזל ואמר על שדה חברו שמכרו לו לאו כלום הוא ועדין צ"ב.

דף מה.

א. תוס' ד"ה אי לית ליה ארעא אחריתי עליה הדר. הוה מצי לשנויי כגון שעשה אפותקי דאז לא הדר וכו', הנה בסוגיא בגיטין דף מא ע"א מבואר דבאפותקי שאינו מפורש הלקוחות יכולים לדחות אותו אצל בני חורין וע"כ דכונת תוס' הוא דמייירי באפותקי מפורש דבזה אין יכול לדחות אותו, **אולם** הריטב"א כתב דאף באפותקי מפורש יכולים הלקוחות לדחות אותו אצל בני חורין, ועוד מבואר מתוס' דאם המערער זכה וגבה הקרקע יכול הבע"ח לחזור על הלוא ולגבות חובו, והנה בגמ' בגיטין שם מבואר דבאפותקי מפורש היכא שהקרקע נשתדפה אינו חוזר על הלוא והפסיד, וא"כ אמאי הכא חוזר על הלוא לגבות חובו דכיון שגבה המערער הוה כנשתדפה, ועוד הרי רב זביד סבר דמוכר שדה לחברו שלא באחריות ונמצאת גזולה אינו חוזר עליו וא"כ מ"ש הכא דחוזר עליו, ועי' ברמב"ן שחולק על התוס' וכתב דאף באפותקי אינו חוזר עליו דכתב דאם כתב אפותקי מפורש חשיב דלית ליה קרקע דאינו חוזר עליו, ובדעת תוס' צ"ל דכיון שנתברר שאינו שלו נברר שלא היה כאן שיעבוד כלל.

ב. תוס' ד"ה מאי נפק"מ. תימא דנ"מ שיפטר אם יתעשר, ושמא בשביל כך אין לפוסלו לעדות כיון דהשתא לא מרויח כלום, **מבואר** דס"ל לתוס' דפסול של נוגע הוא היכא שהיה לו רוח עכשיו ולכן רק בכה"ג שיש לו קרקע שיוודע שישאר אצלו, [נעי' בקו"ש דאע"פ דלעיל אמרין דחשיב נוגע מחמת דרווח רווח אע"פ שלא יהיה לו מזה הפסד מיד מ"מ הכא הוה רק ספק משא"כ התם הוא ודאי ולכן חשיב מחשש הפסד להבא נוגע בעדות], **אולם** הקשה בחידושי הגר"ש אמאי אין כאן פסול של נוגע דאף שאין לו רוח ממון הרי משתמש בשדה לפרוע בו חובו ואין לך נגיעה גדולה מזו, והוסיף שהרי למד"א פורע חובו של חברו חייב אטו אם אחד יפרע חובו של

עני דבלא"ה אין לו מה לשלם לא יתחייב לשלם לפורע, וכתב הגר"ש דאם פסול של נוגע הוא משום חשש משקר בע"ד א"כ כל הפסול הוא רק באופן שיש לו רוח מזה אבל אם אין לו נפק"מ בפועל אין בזה פסול של נוגע ע"ש בכ"ד, וע"ע בקצה"ח סי' ל"ז סק"ה מש"כ לדון מכח דברי תוס'.

ג. **גמ' לא ניחא ליה דלהוי לוח רשע ולא ישלם.** הקשה הר"י מגאש איך יכול להיות שהוא מעיד עדות שקר ולוח רשע אינו רוצה להיות הרי עדות שקר חמור יותר, וכתב לישב בב' אופנים א' דאינו רוצה להיות רע לבריות ולכן רוצה לשלם החוב, ועוד כתב דפסול של נוגע הוא אף אם הוא אמת דפסול לאו משום חשש משקר אלא משום דהוה כקרוב, ובקו"ש הקשה דאף אם נימא דלוח רשע חמור יותר מעדות שקר הרי ע"כ שאינו משקר דהרי אם לא רוצה להיות לוח רשע ע"כ שמשלם מהקרקע שלו דאם הוא מעיד כדי לשלם לו את של חברו עדיין הוא לוח רשע ומה הרויח, ותי' בקו"ש דאפשר דהוא יודע האמת שהיא שלו אלא שאין לו עדים ע"כ ולכן הוא מעיד כדי שיוכל לפרוע בו החוב.

ד. **גמ' סוף סוף לגבי אידיך נמי לוח רשע ולא ישלם.** פ"י רשב"ם ולכן לא הוה נוגע בעדות, הקשו הרשב"א והריטב"א א"כ אמאי אם אין לו בע"ח לא הוה נוגע הרי יש לו ענין שללוקח שלו לא יהא תערומת, ועוד אף אם יש לו בע"ח הרי שמא לא הגיע זמנו ועוד יכול להיות שלא יגבה מהשדה וא"כ חשיב נוגע מה שמעיד ללוקח, ולכן פ"י דכונת הגמ' רק להקשות אמאי לא קאמר דחשיב נוגע משום דחשיב לוח רשע לגבי הלוקח ואמאי הוצרך לבע"ח.

ה. **גמ' דינא דמפצי.** הריטב"א כתב שברשב"ם מבואר שהחוב הוא רק לדון עמו דהיינו שיביא לו עדים שהוא שלו אבל אינו מחויב לשלם לו, ומבואר בדברי הריטב"א דמייירי הכא בסוגיא שהוא מכר באחריות ואפ"ה אין לו חיוב לשלם, אבל בתוס' מבואר שהוא מחויב לשלם לו על על הפסד של השדה, וכתבו התוס' דמייירי שבדיני עכו"ם צריך לשלם וחידוש הוא דאפשר לסמוך על דיני עכו"ם, ולכאורה הטעם משום שמכר באחריות והכונה של החיוב אחריות היה שישלם אף בכה"ג, ועי' בקו"ש אות קצה. **והנה** לפי הריטב"א והרשב"ם דמחויב רק לילך עמו בדין היה משמע דאם אינו הולך עמו חייב לשלם לו ההפסד דאל"כ מה כל החיוב לילך, וצ"ב מה מחייב אותו דהרי אפשר דהעכו"ם לא היה זוכה בדין ואמאי צריך לשלם מספק, ואפשר דזהו תקנה מיוחדת כמו שמשמע לפי תוס' ועיין בכ"ז.

הערות וציונים פרק חזקת הבתים

דף מה.

א. **גמ' אמר רבה ל"ש אלא שמסרו בעדים.** בגמ' להלן מבואר שבמסר לו הכלי לתקנו בעדים אינו נאמן משום שהמפקיד אצל חברו בעדים צריך להחזיר לו בעדים, ולכן אף אין רואים את החפץ אצל האומן אינו נאמן לומר שהחזיר, וטעמא דמילתא דמפקיד אצל חברו בעדים שצריך לפרעו בעדים נחלקו בזה הראשונים י"א דהוה כהתנה שלא יחזיר לו אלא ע"י עדים ולכן לא נאמן לומר כלל אף אם הוא טוען שהחזיר בעדים, ויש שכתבו משום דיש כאן אנו סהדי דודאי לא יפרע לו שלא בעדים כיון שהוא רואה שהוא לא נאמן עליו והפקיד אצלו בעדים ע"כ הוא ירא שמא הוא יתבענו עוד פעם לכן אם טוען החזרתי בלא עדים שיקורי משקר, והיינו שהתנאי היה שלא יהא לו נאמנות אם אין הוכחה שהחזיר, ונפק"מ בזה אם יהא לו מיגו אם יהא נאמן דברשב"ם בסוגיין מבואר שיש נאמנות של מיגו, אבל בר"ח בתוס' בע"ב שאין לו נאמנות אף ע"י מיגו וע"כ כהצד הראשון.

ב. **גמ' אבל שלא בעדים נאמן מתוך שיכול לומר להד"ם כי אמר לקוחה היא בידי נאמן.** ברשב"ם מבואר דלרבה כשמסר בעדים אינו נאמן אף אם עכשיו אין אנו רואים החפץ ביד האומן דכיון שמסרו לו בעדים צריך להחזיר לו בעדים, אבל אם מסרו לו שלא בעדים אם אין רואים הטלית בידו עכשיו אע"פ שמודה שקיבל ממנו הטלית נאמן לומר קנית אותה ממך במיגו דלהד"ם, והוסיף הרשב"ם דאף אם רואים הטלית ביד האומן נאמן לטעון לקחתיה [דאע"פ שלהד"ם אין יכול לטעון] מ"מ אית ליה מיגו שיכול לומר שקנה אותו מפלוני שקנה ממך, וכתב הרשב"ם דל"ד לכלים שעשוין להשאיל ולהשכיר שאינו נאמן אף באופן שאין עדים דדבר שהוא משאיל חפצים אלו לכל שכניו, אבל הכא יכול לומר לו דאינו רגיל לתקן אצלו, **ביאור** דבריו דהרשב"ם בא לבאר שהרי לכאורה אומן אין לו חזקה משום דלא חשיב מוחזק במטלטלין דידעינן מהיכן הוא בא לידו והוה כמו כלים עשוין להשאיל ולהשכיר, אלא דהכא איכא טעמא דיכול לטעון טענה כזו דחשיב תפוס או מוחזק כיון שיכול לומר שאינו רגיל לתקן אצלו, וממילא כיון שהוא מוחזק נאמן לומר שקנה ממנו במיגו שקנה מאחר שאתה מכרת לו.

אולם תמה בתוס' ר"י ע"ד הרשב"ם שכתב שטענת המיגו הוא לומר שקנה מאחר ומדוע הוצרך לזה ואמאי לא יהא נאמן במיגו שקנית ממך שהרי אין רגיל לתקן אצלו, שהרי כל הטעם שלא נאמן בטענה שטוען עכשיו שקנה ממנו משום שהרמ מודה שקיבל בתורת אומנות וקנה ממנו, לכן אין לו נאמנות בטענה זו אלא צריך למיגו, וא"כ אמאי הוצרך הרשב"ם לומר שטענת המיגו שקנה מאחר הרי יכול לטעון שקנה ממנו או שקנה מאחר, ועי' בראב"ד בשטמ"ק שמבואר דטעמא שהוא נאמן לומר שקנה מפלוני שקנה

ממך משום שיכול הדבר להתברר האם קנה ממנו ולכן הוא פוחד לשקר ולכן תלינן שהוא כדבריו ולכן נאמן בהך טענה, ונראה מדבריו שכיון שהוא אומן אין לו נאמנות לטעון כלל לקחתיה ממך, ולכן כל הנאמנות הוא רק כשיש הוכחה בטענתו.

[ובעיקר מש"כ הרשב"ם צ"ב מדוע נאמן לטעון אינך רגיל להפקיד אצלי דאם בסתמא הדרך שיכול ליתן לכל אומן איך יהא נאמן בהך טענה, ואפשר דמיירי רק באופן שהוא סתמא כדבריו שממקום שהוא נמצא אין דרכם לילך לאומן הזה שהוא נמצא רחוק, ולא משמע הכי ברשב"ם]. והתוס' רי"ד חולק על וכתב דאם מסר לו שלא בעדים יהא נאמן לטעון שמסר לתקנו ואח"כ קנה ממנו במיגו שהוא מכר לו, ואה"נ אם מעיקרא לא טען שהוא קיבל בתורת אומנות יהא נאמן בטענת לקוח וכן מבואר בתוס' ע"ע בשטמ"ק מש"כ בשם תוס' הרא"ש.

ג. רשב"ם ד"ה אלא שמסר לו. ומיהו אי טעין פרעתיך בפני פלוני ופלוני והלכו למדינת הים נאמן. נחלקו הראשונים האם אף בכה"ג שטוען פרעתיך בפני פלוני ופלוני ומתו אם נאמן, שהרא"ש כתב שאם טוען שהחזיר לו ולא אמר בפני עדים אין נאמן במיגו שהיה יכול לטעון שהחזיר בפני פלוני ופלוני והלכו כמש"כ הרשב"ם מפני שהוא ירא שמה יבאו ויכחישו אותו, וכן אין לו מיגו לטעון שפרע בפני פלוני ופלוני ומתו כי יאמרו ניכר שהוא משקר שמזכיר עדים שכבר מתו, ומבואר שאין לו מיגו על טענה זו אבל מ"מ אם היה טוען טענה זו בפני"ע היה נאמן, אבל הרשב"א כאן בסוגיא כתב שאין לו נאמנות בטענה זו, ועי' במגיד משנה פט"ו ממלוה ה"ב.

ד. רשב"ם ד"ה אבל מסר לו. אבל אחר מסרו לי שמכרתו לו והוא מכרה לי, והנה בקרקע כשהחזיק ג' שנים וטעון מפלגיא זבינתא דזבנא מינך נאמן רק משום שיש לו מיגו שיכול לומר מינך זבינה, וקשה הרי הכא הרי אין יכול לומר שקה ממך, ועי' באילת השחר שכתב דיש לחלק בין מטלטלין לקרקע, דבמטלטלין דלא בעי טענה אלא עצם התפיסה היא ראייה שהיא שלו לכן סגי במה שטוען שהיה אצל פלוני, אבל בקרקע שצריך טענה במה שהוא אומר שחברו היה תפוס לא סגי אלא צריך טענה לכן נאמן כשיש לו טענה על עצמו שיש מיגו שקנה ממך.

ה. תוס' ד"ה אבל מסר לו וכו'. וי"ל כגון שמסר לו סתם ולא פירש בפניהם אם בתורת מכר וכו', הרש"ש דייק ברשב"ם דסבר כתוס' דכתב הרשב"ם דרק היכא דאית ליה מיגו דלהד"ם הוא נאמן ומשמע דבעדים לבד דלית ליה מיגו אינו נאמן אע"פ שהעדים אינם מעידים שנתן לו לתקן, אלא דהעיר דברשב"ם בתחילת דבריו כתב דמסרו בפני עדים 'לתקנו' משמע דמיירי רק בכה"ג שיש עדים שיודעים שמסרו לתקן ודלא כתוס' ועי' ברמב"ן שחולק ג"כ על תוס'.

ו. תוס' ד"ה אי הכי אפילו בעדים. תוס' נתקשו מהו הלשון אי הכי דלשון אי הכי משמע דאביי הקשה על רבה בשלמא לדידי דאין מיגו שלא בעדים ה"ה נמי בעדים אין מיגו אבל לפי רבה דאיכא מיגו שלא בעדים ה"ה נמי שלא בעדים צריך להיות מיגו, ובאמת אינו כן דהרי לפי אביי איכא מיגו אף בעדים דהרי סבר המפקיד אצל חברו בעדים א"צ להחזיר לו בעדים, אולם דעת הרי"ף בסוף הסוגיא דלאביי אף היכא דאיכא עדים אינו נאמן אף בלא ראה ולפ"ז א"ש הלשון אי הכי, ועי' ברמב"ן ובבעה"מ שהאריכו בכ"ז.

דף מה:

א. תוס' ד"ה המפקיד. וא"ת אכתי להימניה במיגו דאי בעי אמר נאנסו וכו' ואפילו מאן דפליג התם משום דשטרך בידי מאי בעי, כונתם דבמקום שיש טענה דשטרך בידי אין נאמנות של מיגו כיון שיש לו הוכחה שלא כדבריו שיש לו שטר, אבל באומר אל תחזיר אלא בעדים הוה כנותן נאמנות ולכן במקום מיגו יהא נאמן, וחלוק דין שטר ממה שאמר לו אל תפרע אלא בעדים, וכן מבואר בהמשך תוס' בדברי רבנו חננאל שהוכיח להיפך שאין נאמנות של מיגו במקום שאמר אל תחזיר אלא בעדים, ואילו במקום שטר איכא מד"א בהמוכר את הבית שיש מיגו, וע"כ שמה שנתן שטר א"צ משום שנתן לו נאמנות עליו כ"ז שיש שטר דא"כ אין סברא לחלק בין מיגו במקום עדים לשטר, אלא ע"כ שגדל של שטרך בידי הוא שיש כאן הוכחה ובוזה יש נדון האם מהני מיגו כנגד הוכחה גדולה של שטר.

ב. תוס' בא"ד. וי"מ דהא דקאמר הכא רוצה לומר להיות פטור משבועה אבל בשבועה נאמן, [והיינו שבטענת נאנסו היה צריך שבועה לכן אף בטענת החזרתי צריך שבועה], ועיין ש"ך רצו סק"ג שהאריך האם שבועה זו מדאורייתא או מדרבנן.

ג. תוס' בא"ד. וללישנא דבעי בשבועה דררא דממונא ולא חשיב הכא דררא דממונא דאמר לא בא לידי בתורת אומנות ואין מודה שנתחייב בה מעולם, לאורה יש להקשות הרי במשנה מיירי אף בכה"ג שטען שקיבלו בתורת אומנות אלא שהוא טוען שאח"כ קנה וכמו שנתבאר ברשב"ם ובתוס' בע"א, וא"כ בכה"ג חשיב דררא דממונא כמו שמבואר בתוס' שאם הודה שהיה הלואה אע"פ שעכשיו הוא טוען שפרע ואינו חייב לשלם מ"מ כיון שמעיקרא הודה חשיב דררא דממונא, עי' באילת השחר שכתב לדון דשמה הכא כיון שבטענת המיגו דטוען להד"ם לא היה צריך שבועה מהני מיגו אבל התם בטענת המיגו היה צריך שבועה לכן הכא נאמן ע"י המיגו, [אולם יש לדון האם אמרינן כה"ג מיגו דעי' בש"ך צ"ה ס"ק י"ז שכתב דאף אם אמרינן מיגו לאפטורי משבועה אבל לאפטורי מבשבועת היסת לא אמרינן, ולמבואר בתוס' משמע דף בכה"ג אמרינן מיגו].

ד. תוס' בא"ד. ונראה לו לתרץ דהכא לא חשיב מיגו וכו', מבואר מדברי הר"ח שהטעם שמפקיד אצל חברו בעדים צריך לפרעו

בעדים הוא משום שהיה כאן התחייבות שלא יהא נאמן לטעון החזרתי אלא אם יהא עדים, מיהו קשה הרי הכא הוא טוען קניתי והרי על זה לא דיברו מעיקרא ואמאי לא יהא נאמן בטענה של קניתי במיגו דנאנסו, ומבואר שאף טענה זו של קניתי חשיב כהחזרתי כיון שעיי טענה זו נפטר מלהחזיר לו הטלית ועיי קצה"ח סי' קלג ב' ובנתה"מ שם.

הערות וציונים פרק חזקת הבתים

דף מה:

א. גמ' סיפא ביוצא מתחת ידי אחר וקאמר ליה אחר אתה אמרת לי למכרו, מיגו דאי וכו'. נחלקו הראשונים האם מוחזקות במטלטלין בעי טענה, עיי ברבנו יונה לעיל כח ע"א דס"ל דלא בעי טענה ועיי מש"כ לעיל במשנה מב ע"א, והנה בשלמא אם צריך טענה א"ש דבעי למימר מיגו, אבל אי לא בעי בעי למימר מיגו, אבל אי לא בעי טענה לכאורה לא היה צריך מיגו דמינך זבינתיה, דהיה יכול לטעון מיגו דאי בעי שתיק, ועיין.

ב. גמ' קתני רישא ראה היכי דמי אי דאיכא עדים למה לי ראה. בפשוטו קושית הגמ' היא על הרישא מדוע בעינן ראה הרי כיון שיש עדים וס"ל מפקיד אצל חברו בעדים צריך להחזיר לו בעדים, אבל על הסיפא שיוצא מיד אחר לכאורה לא קשה שהרי הוא אומר שקנה מהאומן על פי דברי המרא קמא, אבל ברבנו יונה מבואר שקושית הגמ' היא אף על הסיפא וכנות הגמ' להקשות שאם המפקיד אצל חברו בעדים צריך להחזיר לו בעדים א"כ האומן מחויב להעמיד לו החפץ ויכול לטעון שהוא מכרו לאחר וחייב להחזיר לי את החפץ, ובבריתא משמע שהאחר נאמן והאומן פטור, והוסיף רבנו יונה עוד חידוש שאם חייב להחזיר בעדים אף אותו אחר שיוצא מתחת ידו לא יהא נאמן כיון שיש עדים שהפקיד אצלו א"כ אין תפיסת האחר ראייה שלקחת ממני כי יש לומר שהאומן מכור לך, ולכן כתב שאע"פ שלהלכה אין צריך להחזיר לו בעדים והאחר נאמן, מ"מ אם יתנה בהדיא עמו שיחזיר לו בעדים הדין הוא שלא יהא לאחר חזקה, ועיי בקצה"ח סי' קל"ג.

ג. רשב"ם ד"ה ביוצא. כי אמר ליה נמי יודע אני דזבינתה ניהלי לאומן קמאי ידי מהימן, הרש"ש העיר שהרשב"ם בתחילת דבריו כתב דמיירי שטעון שהאומן מכר לו במצותו ולא שהבעה"ב מכר לאומן והוא קנה מן האומן.

דף מו.

א. גמ' תיובתא דרבה תיובתא. כתב הרא"ש דלפי מסקנת הגמ' הא דאומן אין לו חזקה הוא רק בכה"ג שיש עדים שראו הכלי בידו, וזה החילוק בין אומר לאחר, שאומן היכא דראה אין חזקה, ואחר אע"פ שראה יש חזק, אבל אם לא ראו הכלי בידו אף שטוען האומן שקיבל ממנו לתקנו נאמן לומר לקחתיה ממך אח"כ במיגו שהיה יכול לומר להד"ם שאין לו שלי לו תחת ידו, ואף אם הפקיד לו בעדים נאמן משום שהמפקיד אצל חברו בעדים אין צריך להחזיר לו בעדים, וכתב הרא"ש שיש עוד חילוק להלכה בין אומר לאחר היכא שמסר לו סתם, וכמו שמבואר בתוס' לעיל מה ע"א [ד"ה אבל] דבאומן אף בסתמא אמרינן שנתן לו בשביל לתקן בל בשאר כל אדם לא אמרינן הכי.

אולם הראשונים הביאו שהרי"ף כתב שלהלכה כיון שהגמ' מקשה על רבה להלכה קי"ל שאף בכה"ג שלא ראה אין לאומן חזקה, והיינו שאם הוא מודה שקיבל החפץ בתורת אומנות אינו נאמן לומר שקנה אותו במיגו להד"ם דלעולם אין לאומן מיגו, וטעמא דהרי"ף כתבו הראשונים שהוא דרבנן דאל"כ לא שבקת חיי לבעלי בתים שאין אדם עשוי להוליך עדים כשהולך לאומן, והראשונים כתבו שהרי"ף הוציא דינו מהא דמקשה אביי בתחילת הסוגיא אי הכי אפילו בעדים נמי יהא נאמן במיגו ומשמע בגמ' לאביי לא קשה ועיי דלעולם לית ליה מיגו, עיי בבעה"מ והרמב"ן.

ב. רשב"ם ד"ה אי דאיכא עדים. והא ליכא למימר דבדאיכא עדים וכו', צ"ב כונת הרשב"ם דאם מיירי שיש עדים א"כ מה החילוק בין אחר לאומן ומדוע הוצרך הרשב"ם לדחות מכח הדין שאין צריך להחזיר לו בעדים ועיי ברש"ש שהעיר כן.

ג. גמ' נתחלפו לו כלים בכלים בבית האומן הרי"ז ישתמש בהם. הרשב"ם מבאר דהכלי שנתן לו האומן עכשיו הוא של אותו אדם שאמר למכרו והלוקח יבוא אח"כ להחליף החפץ ולכן עד שיבא מותר לו להשתמש בחפץ ואין חסרון של שואל שלא מדעת, ועיי ברא"ש שכתב שהבעלים שאמר למכרו לא מקפיד אם ישתמשו בו אחרים כיון שהוא קיבל מעות ומשתמש בהם, ומשמע מהרא"ש שזה החילוק בין נתחלפו מבית האומן לבית האבל, שבאומן כיון שהבעלים קיבל כסף לא מקפיד מי ישתמש בזה, אבל בבית האבל שלא קיבל כסף על כליו הוא מקפיד ולכן חשיב כשואל שלא מדעת ואסור לו להשתמש בזה.

אולם בתוס' מבואר שהסברא בבית האבל שאסור להשתמש משום שאין סברא שאדם עשוי לומר לאומן מכור לי טלתי אלא סופו לחזור לכן אסור לו להשתמש, ומשמע שהצד לאסור הכלי בהשתמשות הוא מחמת שעומד לחזור, אבל אם אין עומד לחזור אסור, ולסברת הרא"ש שבבית האומן יש סברא מיוחדת שקיבל דמים לכן אין מקפיד, א"כ מה הטעם שאם ודאי לא יחזור מותר לו להשתמש אף בית האבל, ועיי בט"ז סי' קל"ו שכתב שבכה"ג שלא יבאו לתבוע יכול להשתמש בחפץ שקיבל מן האומן משום

שהבעלים ודאי נתיאשו, וכל הנדון בגמ' הוא מחמת שהדבר עתיד לחזור לבעלים כשיבוא לתבעו אבל לאחר הרבה זמן שכבר לא יבוא אמרינן שהוא נתיאש, אולם הקצה"ח שם תמה על הטי"ז איך מהני היאוש הרי שינוי רשות ואח"כ יאוש לא מהני וכונתו דחשיב באיסורא אתא לידה שהרי בא לידו קודם יאוש, אולם י"ל שכל הטעם שבאיסורא אתאל ידה לא מהני בגזלן הוא מפני שהוא גרם היאוש וכמו שביארו באחרונים א"כ י"ל דהכא הוא לא גרם היאוש שאומן טעה והביא לו דבר זה.

ד. גמ' עד שיבוא לה ויטול את שלו. הרשב"ם פ"י שכונת הגמ' כמו שנתבאר באותו הקודם שהלוקח יבוא ויטול את מה שנתן לשני, והנה רבנו יונה כתב שאם יבוא ויאמר שלא נתכון כלל למכור שהוא נאמן וכן פסק הטור סי' קלו הובא בש"ך שם עיי"ש, ולפי"ז יש לפרש שזה כונת הגמ' עד שיבוא היינו עד שיבוא הבעה"ב.

ה. וכי אין אדם עשוי לומר לאומן מכור טלית. ברשב"ם משמע דלאו הוה סברא ודאית אלא איכא למימר והוה ספק, וקשה לכאורה הוא רק ספק וא"כ איך יכול להשתמש מספק בטלית שלו אמאי לא הוה ככל ספק ממון, ועי' בקו"ש אות רנח.

ו. גמ' הא אית לי סהדי דחזיוה גבך. פ"י הרשב"ם שאין העדים מכירין יפה אם זה הוא, והתוס' כתבו דלא היה לעדים טביעות עין אלא היה להם סימנים, ויש לדון אם חולק על הרשב"ם דמשמע שלא ניכר כלל בסימנים אלא שנראה להם, עי' קצה"ח רצ"ז סק"א שכתב לדון האם מהני להוציא ממון עיי"ש שהביא שתוס' בחולן צו ע"א כתבו שרק באבידה מחזירין על פי סימנים אבל אין מוצאין ממון בסימנים, וכתב להוכיח מהא דמבואר בסוגיין שאין יכול להוציא ממון עיי"ש סימנים ובשו"ע שהביא דין זה להלכה לא חילק בין סימנים לסימן גרוע ומשמע בכל גוונא אין להוציא ממון עיי"ש סימנים, אולם הביא דהש"ך פסק שרק סימן בינוני אין מוצאין ממון ע"פ אבל בסימן טוב מוצאין ולפי"ז צ"ל דהכא מיירי בסימן בינוני.

דף מו:

א. גמ' אריס אין לו חזקה, אמר ר"י יוחנן באריס בתי אבות. פירש רשב"ם דאריס בתי אבות שרגלים לשמור שדה זו מעולם הן ואבותיהן ולא היו יכולים להחליף באריסים אחרים והיו נוהגים לאכול כל הפירות ב' או ג' שנים ואח"כ הבעלים ולכן לא היו צריכים למחות, **והרשב"א** הקשה דבגמ' להלן מז ע"א מבואר דאריס אין לו חזקה בן אריס יש לו חזקה ובאריס בתי אבות מיירי ומבואר דרק אביו הוא אריס אבל בנו אינו אריס, וכל החילוק בין אריס בתי אבות לאריס רגיל הוא דהכא הוא מחויב לו עד יום מותו אבל באריס רגיל יכול למנוע ממנו לאחר זמן וכמו שכתב הרשב"ם כאן בהמשך דבריו, ועי' עוד להלן מה שיבואר בזה.

ב. גמ' אריס שהוריד אריסין תחתיו יש לו חזקה. פרשב"ם דלא עביד בעה"ב דנחתי אריסין נכרים בקרקע בלא רשותו ושותק שמא יקלקלו, והעיר באילת השחר דבכל חזקת ג"ש לא סגי בזה שיושב בקרקע אלא צריך שיאכל פירות והכא הרי אכילת פירות נעשה עיי' האריס והוא אוכל כדן, וא"כ כל הראיה היא רק מדלא מיחה שהוריד אחר לעבודת הקרקע וזה לבד לא הוה חזקה, וכתב דע"כ צ"ל דבכה"ג שהוא מקפיד שאחר לא יעבוד בקרקע היה צריך גם להקפיד על אכילת הפירות של האריס ולכן בכה"ג איכא חזקה מעליתא של אכילת פירות ג"כ.

ג. גמ' לא קשיא הא דאיכא פירא בארעא הא דליכא פירא בארעא. הרשב"ם ותוס' פירשו דאם איכא פירות בקרקע לא מעיד כיון שהוא נוגע דצריך לקבל הפירות, אבל אם ליכא פירי אין לו נגיעה דכבר אכל הפירות וממילא לא הוה נוגע, **אולם** הקשו הראשונים דאף אם איכא פירא בארעא אמאי לא יעיד הרי הדין הוא שירוד לשדה חברו שלא ברשות בשדה העשויה ליטע ידו על העליונה, ופרש"י ב"מ קא ע"א דנוטל כאריס [והובא בתוס' לעיל מב ע"ב] וא"כ בלא"ה אף אם המערער יזכה בקרקע יקבל כאריס ואמאי הוה נוגע, ואמנם דעת תוס' לעיל מב ע"ב [ד"ה שבח] דאף בשדה העשויה ליטע אינו נוטל כ"כ הרבה כאריס אלא נוטל כקבלן עיי"ש ולפי"ז א"ש. ועוד הקשה הרשב"א דאף שאין פירות על האילן מ"מ כיון שנתברר שהקרקע אינו שלו צריך להחזיר את כל מה שכבר אכל כל השנים וא"כ מה נפק"מ אם הפירות נמצאים על האילן, ורבנו יונה כתב דליכא עדים על השנים שעברו שאכל ונאמן במיגו שהיה יכול לומר לא אכלתי, אבל הרשב"א כתב לפרש כונת הגמ' באופ"א דכונת הגמ' דאיכא פירות בארעא דעדיין צריכים לקרקע ולכן אע"פ שבכל יורד הוא מקבל כאריס מ"מ כ"ז רק כשהוא גמר את כל מה שהיה צריך לקרקע, ובדעת הרשב"ם י"ל ע"פ מש"כ ברש"י בגיטין מח: במשנה ריש הנזקין דלוקח מגזלן אינו חייב לשלם לנגזל את הפירות שכבר אכל ורק אם הפירות קימים צריך להחזיר לנגזל, ולכן כל הנדון הוא האם הפירות נמצאים לפנינו, ועי' במ"מ פ"ט מגזילה שכתב דכל הראשונים חולקים ע"ז וסביר דחייב הלוקח להחזיר לגזלן את כל הפירות שאכל.

ד. גמ' עמל"ק סימן. בהגהות יעב"ץ העיר דהרי איכא מצות עשה של מחית עמלק וא"כ איך עושה הגמ' סימן מדבר כזה שצריך למחותו, [עיי' בביאור הגר"א [א"ח"ח סי' תר"צ סעי' י"ז] על הא דכתב הרמ"א שנחגו התינוקות לצור או לכתוב המן על עצים ואבנים ולהכותם זה ע"ז, וציין להא דמבואר במדרש מחה תמחה את זכר עמלק דמכל מקום צריך למחותו], וכתב היעב"ץ דצ"ל דלאוקמי גירסא שריא לכתוב אפילו דבר כזה.

הערות וציונים פרק חזקת הבתים

דף מו:

א. גמ' מלוה מעיד ללוה והוא דאית ליה ארעא אחריתא. והיינו דכיון שיש עוד קרקע לכן אף אם יטרפו ממנו את הקרקע מ"מ ישאר לו ממה לגבות, **צ"ב** דמ"מ לאחר העדות נתחדש לו שיעבוד אף על הקרקע שבא לערער וא"כ אמאי לא חשיב נוגע מה"ט, ומבואר דכל שאין לו רוח ממוני בפועל לא חשיב נוגע, וע"ד שכתבו תוס' לעיל מה. [ד"ה מאי נפק"מ] דכל הפסול של נגיעה הוא רק כנוסף לו עוד רוח ממון ובמה שמסתלק לו החוב לא חשיב נוגע, לכן הכא כיון דבלאו הכי ישאר לו מהיכן לגבות לכן אין פסול של נוגע, ואף לפי הצד דנוגע פסול מדין קרוב ובע"ד י"ל כמשי"כ הש"ך ריש סי' ל"ז דכל הפסול של קורבה הוא כשיש לו רוח ממון מזה אבל כשאין לו רוח ממון לא חשיב בע"ד.

כתב הנה"מ [ל"ז סק"י] דכל מה שמבואר בגמ' דחשיב נוגע כ"ז רק אם בא להעיד על קרקע, אבל היכא שבא מערער על מטלטלין יכול להעיד ואין כאן פסול של נוגע אע"פ שע"ז יהא לו מהיכן לגבות, וטעמא דמילתא כיון שאין שיעבוד על מטלטלין ורק יכול לגבות מינה ידידה אין פסול של נוגע דרק היכא שע"ז העדות הדבר יהא משועבד לו עכשיו איכא פסול נגיעה דחשיב כמעיד על חפץ שהוא שלו אבל במטלטלין ליכא שיעבוד לא חשיב שמעיד על חפץ שלו, ולמבואר הפ"י בזה דכדי שיהא לו פסול של נוגע בעינן שיהא לו רוח ממוני בעדות, ולכן בקרקע שיש שיעבוד ושיעבוד חשיב כשלו ע"כ נחשב שמעיד על שלו, אבל במטלטלין דליכא שיעבוד בעדות עצמה אין לו רוח ממוני ולכן לא הוה נוגע אף שיש לו צורך בעדות וע"י.

ב. גמ' לוקח ראשון מעיד ללוקח שני והוא דאית ליה ארעא אחריתא. והיינו שאם אין לו עוד קרקע אינו מעיד דחשיב נוגע דשמא יבוא בע"ח לגבות חוב ולא יהא לו מה לגבות ויבוא לגבות מהראשון לכן אם יש עוד קרקע אינו נוגע, אבל אם יש לו עוד קרקע דיש לו מהיכן לגבות חובו לא חשיב נוגע, **הנה** ברשב"ם מבואר דהיכא שאיכא תרי חששות לא חשיב נוגע, ולכן כתב בערב דאף אם יש לו עוד קרקע אין אנו חוששים שיש לו נגיעה משום דשמא לא יפרע לו בזמנו ואח"כ יבוא בע"ח אחר לגבות דתרי חששות אין אנו חוששים, וא"כ קשה אמאי הכא היכא דלית ליה עוד קרקע לא חשיב ב' חששות א' שמא יש לו בע"ח ב' דאף אם יש לו שמא הוא יפרע לו בדמים ולא יגבה ממנו את הקרקע.

ונראה שכל סברת הרשב"ם דבמקום שיש ב' חששות לא חשיב נוגע הוא רק היכא שהחששות הוא מכח ב' סיבות שונות נפרדים, והיינו דוקא התם שיש חשש שמא לא יפרע הלוה בזמנו ועוד יש חשש שמא יש עוד בעלי חובות, אבל היכא שהב' החששות הוא מכח סיבה אחת לא חשיב ב' חששות ועדיין חשיב נוגע, ולכן הכא שהסיבה לנגיעה הוא מחמת הבע"ח זה שיש סברא לומר שאולי יפרע לו לא נחשב ב' חששות, [עוד שמעתי לחלק דהכא עיקר הנגיעה בעדות של לוקח ראשון הוא שלא יהא שיעבוד על הקרקע שלו, ואע"פ שיכול להיות שלבסוף יפרע הלוה בכסף מ"מ יש לו נגיעה שאינו רוצה שקרקע שלו תהא משועבד לבע"ח, ולכן אין חילוק אם לבסוף יגבה את הקרקע או לא, אבל באופן של הרשב"ם שהערב מעיד ללוה וחשיב נוגע משום חשש שמא יש עוד בע"ח התם כל הנגיעה אינה מיד שיש בע"ח שהרי קרקע של הערב לא משתעבד מיד רק אם לבסוף לא נפקע].

ג. רשב"ם ד"ה לוקח ראשון מעיד ללוקח שני. אבל לוקח שני מעיד ללוקח ראשון אפילו היכא דלית ליה למוכר קרקע אחרת וכו' וכגון שמכר ללוקח ראשון שלא באחריות, אבל מכר באחריות לא מסהיד ליה שני לראשון אלא א"כ יש למוכר קרקע דליהדר לוקח ראשון עלויה, והקשה **התומים** [לז י] דאף אם יש לו למוכר עוד קרקע אמאי לא הוה נוגע דאע"פ שאם יגבו ממנו יהא לו היכן לחזור מ"מ יש לחשוש שמא יש למכור בע"ח שיגבה את הקרקע מן המוכר ונמצא שלא יהא ללוקח ראשון מהיכן לגבות ויגבה ממנו ע"י שהאריך הרבה בקושיא זו, [ולמבואר ברשב"ם יש לומר הכא חשיב ב' חששות דהוה מכח ב' חיובים ולכן לא נחשב נוגע].

ד. תוס' ד"ה לוקח ראשון מעיד ללוקח שני. תוס' הקשו על הרשב"ם שכמו שיש לחשוש לבעל חוב קטן ה"נ יש לחשוש לבעל חוב גדול, ובדעת הרשב"ם כתב בחידושי הר"ן דמייירי בחוב שהוא ידוע ולכן חשיב נגיעה אבל על חוב שאין ידוע לא חושש ולכן לא נחשב נוגע מה"ט, וצ"ל שאע"פ שהפסול של נוגע הוא אף בכה"ג שלא ברור לנו אם היה כאן נגיעה כמו שמבואר לעיל שהמוכר שדה לחברו אין יכול להעי מפני שמעמידה בפני בע"ח והרי התם לא ברור לנו שיש כאן, אלא הכונה דהתם אם יש בע"ח ודאי שהוא נוגע אלא שלא ידוע לנו אם יש בע"ח, אבל כאן אף אם היה בע"ח כיון שהוא לו ידוע אינו חושש ולכן אין כאן נגיעה.

ה. תוס' בא"ד. אלא היינו טעמא דאין לוקח ראשון מעיד ללוקח שני אע"ג דלא חייש לבע"ח מיהו חייש שמא קרקע גזולה היא והיום או למחר יבוא הנגזל ויקחנה לא יהיה לו ממה לחזור, **צריך** להבין אם חושש שהקרקע היא גזולה אמאי אינו חושש שהקרקע

שנשארה ג"כ גזולה, ואין לומר שאינו חושש רק לקרקע אחת גזולה דהרי מלבד הקרקע שבאו לערער עליה שיהא גזולה חושש נמי על הקרקע שהוא קנה שגזולה היא וא"כ אמאי אין חושש על האחריות שמא אף היא גזולה, ועיי' בתומים לו סק"ח שהאריך בישוב קושיא זו.

והנה למבואר בתוס' דהחשש נגיעה היא שהקרקע היא גזולה ורוצה שיהא לו מהיכן לגבות האחריות ע"כ מיירי דמכר באחריות, אבל הרשב"ם כתב בהדיא דמיירי שמכר שלא באחריות, **וכתב** מהרש"א דהרשב"ם לא ניחא לפרש כתוס' משום דאם כתוס' שהחשש היא גזולה ומכר באחריות אמאי לא נקטה הגמ' האופן של לוקח שני מעיד ללוקח ראשון, דהרשב"ם כתב דכה"ג שמכר שלא באחריות לוקח שני יכול להעיד ללוקח ראשון בכל גוונא, ולדעת תוס' דלוקח ראשון מעיד ודוקא אית ליה מיירי רק באחריות קשה למה לא נקטה הגמ' אופן זה דלוקח שני מעיד רק בכה"ג דאית ליה ארעא אחריתי, ועיי' ברבנו יונה מש"כ לישב בבי' אופנים.

ו. תוס' בא"ד. וא"ת מלוה וערב ולוקח אמאי מעידים וכו', עיין היטב בדברי מהרש"א ונראה כונתו שכתב לבאר הא דהקשו תוס' קושיא זו רק לשיטתם ולא הקשו כן על הרשב"ם, אלא שלפי הרשב"ם לא קשה 'במלוה וערב' וכמו שכתב הרשב"ם בעצמו דאם נחשוש גם על הקרקע הנוספת שיש לו שמא יבוא לגבות הוא ב' חששות, משא"כ 'בלוקח' כתב מהרש"א דשם לא שייך לומר סברא זו שמא יפרע לו וממילא לא יהא נוגע מחמת שיש ב' חששות, דבלוקח שקנה קרקע כשיגבו ממנו קרקע זו הוא רוצה דוקא שיקבל בחזרה קרקע, לא ניחא ליה שהמוכר ישלם לו מעות לכן חשיב נוגע דשמא יהא עוד בע"ח ויגבה הקרקע ונמצא שהוא מפסיד.

ז. תוס' ד"ה לוקח ראשון מעיד ללוקח שני. קשה לרשב"א אמאי לא קאמר לוקח מעיד למוכר והוא דאית ליה קרקע אחריתי, **הקצה"ח** [סי' ל"ז סק"ז] כתב לישב קושית תוס' דהלוקח כלפי המוכר לעולם חשיב נוגע בעדות כיון דאם מכר באחריות וגבו ממנו הקרקע הרי הוא חוזר על המוכר לגבות כל הפירות והשבח שאכל, ומכיון שאינו יודע כמה שבח יש לו שם חשיב נוגע, דלא סגי במה שיש לו קרקע אחת דשמא לא יספיק לגבות ממנה, אבל בסוגיין דלוקח ראשון מעיד ללוקח שני ואית ליה ללוקח השני עוד קרקע לא חשיב נוגע כיון שהדין הוא שראין גובים את השבח מנכסים משועבדים אלא את עיקר הקרקע וזה יודע כמה היא שווה, [אולם הרשב"ם ביאר בהא דמבואר בגמ' דאם אית ליה עוד קרקע מעיד דמיירי שיש למוכר ולא ללוקח שני ולסברת הקצה"ח קשה אכתי אמאי לא יחשב נוגע מחמת שיוכל לגבות ממנו את השבח, אולם שברשב"ם מבואר שאין חשש שמא היא גזולה וכל החשש שמא יבוא בע"ח וא"כ כה"ג אין גובה את השבח דמה שאכל הלוקח כל זמן שלא הגיע הבע"ח הרי הוא שלון].

דף מז.

א. גמ' קבלן אמאי לה מעיד ואמרי לה אינו מעיד, פרשב"ם ערב קבלן שקיבל המעות מידו של מלוה ונתן לידו של לוח וזה דינו שממי שירצה יגבה המלוה יפרע תחלה, **הש"ך** [סי' ל"ז] תמה ע"ד הרשב"ם דבגמ' לקמן קעד ע"א מבואר דכה"ג שקיבל הערב המעות מיד המלוה אין ללוה על המלוה כלום דלא קיבל ממנו כלום וכל החיוב למלוה הוא רק של הערב, וא"כ אמאי כתב הרשב"ם דכה"ג חשיב ערב קבלן, ובשער המשפט [סי' קכ"ט סק"ו] האריך לבאר דכל מה דמבואר בגמ' שם הוא רק במלוה ע"פ אבל במלוה בשטר הלוה מתחייב למלוה דלא גרע מהתחייבות בעלמא שיכול לחייב עצמו בשטר, ולכן הכא במלוה בשטר א"ש מש"כ הרשב"ם, ועיי"ש מש"כ דלפ"ד הרשב"ם מיושב קושית התוס' מהנזקין עיי"ש.

ב. גמ' ואמרי לה אינו מעיד דניחא ליה דלהו בידה תרווייהו דכי אתי בע"ח מאי דבעי שקיל. ברשב"ם פי' דניחא ליה לקבלן שיהא ללוה בידו אף בינונית דאם יבוא המלוה לגבות ממנו בינונית יוכל לדחות אותו לבינונית של הלוה, [ונראה דאין כונת הרשב"ם שע"פ דין יכול לדחות אותו לקרקע של הלוה דהא לקמן בפרק ג"פ מבואר דבערב קבלן יכול לגבות ממי שירצה, אלא כונתו דלכן חשיב נוגע כיון שיש לו אפשרות לגבות חובו מהבינונית של הלוה], **אולם** עיקר דברי הרשב"ם צ"ב דבגמ' מבואר דטעמא דחשיב נוגע משום דניחא ליה דלהו תרווייהו בידה, והיינו שרוצה הקבלן שיהא ביד הלוה גם זיבורית ובינונית וכן כתב הרשב"ם בתחילת דבריו 'כי היכי דלהויי ארעי טובא זיבורית ובינונית', ואפשר דכונת הרשב"ם דבגמ' משמע דחשיב נוגע כיון שיש לו ארעי טובא והיה משמע דאף אם היו לו הרבה זיבורית או עדית וזיבורית נמי חשיב נוגע כיון שיש לו הרבה קרקעות לגבות לא יבוא לגבות ממנו וכמו שכתבו הראשונים, וסבר הרשב"ם דכה"ג אפשר דלא נוגע הוא כיון שאם אין ללוה בינונית ורק לקבלן יש בינונית יבוא לגבות אותו מהערב קבלן, ולכן כתב הרשב"ם דכיון שבא להעיד על בינונית ונמצא שיש ללוה ארעי טובא וגם בינונית לכן חשיב נוגע, [ולפ"ז אם לא יהא לו רק הרבה זיבורית לא יחשב נוגע כיון שיש לו עדיפות מהלוה והוא חידוש]. **ועיי'** בראשונים שכתבו דה"ה היכא שהערעור הוא על קרקע זיבורית או עידית ובא להעיד עליהם נמי חשיב נוגע דפעמים שירצה לגבות עידית בציר פורתא או זיבורית טפי פורתא ולא יבוא לגבות ממנו.

ג. תוס' בא"ד. דמשום איחלופי בינונית וזיבורית לא יעיד שקר, הרש"ש לעיל מד וקו"ש [אות קצח] כתבו שמשמע מלשון תוס' דהפסול של נוגע הוא משום חשש משקר ולכן כה"ג אין לחוש.

הערות וציונים פרק חזקת בתי

דף מז.

א. אמר ר' יוחנן אריס אין לו חזקה בן אריס יש לו חזקה. מכאן הקשו הראשונים על הרשב"ם שפירש לעיל מו ע"ב דאריס בתי אבות היינו שכל המשפחה אריסים על שדה זו וא"כ אמאי יש לבנו חזקה, הרי ע"כ מיירי הכא באריס בתי אבות שהרי אריס רגיל יש לו חזקה, וצ"ל דאף הרשב"ם מודה דלא כל הבנים נעשים אריסים והכא מיירי שידוע שהם לא המשיכו להיות אריסין.

ב. גמ' אי דאתי בטענה דאבוהן אפילו הנך נמי לא. פרשב"ם דאם באו בטענה של האב אין טוענין ליורש בכה"ג כיון שמכח גזלן הוא בא, לכאורה הכונה בזה שישוד דין טענין הוא מדין פתח פיד לאלם והרי אילו היה הבע"ד לפנינו היה נאמן בטענתו ע"כ הבא מכוחו אנו טוענים עברו, ולכן הכא כיון שאם היה הגזלן לפנינו לא היה נאמן ע"כ לא טוענים לבנו, אולם צ"ב דהא דלא מהני חזקה לאב משום שהוא גזלן אבל הרי טעמא דאין לגזלן חזקה משום שאין ראייה מדלא מיחה דלא היה יכול למחות כיון שהוא גזלן, אבל לו יצויר שהיה צריך למחות בו היה חזקה אף לגזלן, וא"כ הכא בבנו שבא מכוחו היה יכול למחות אמאי לא מהני טענת האב שקנה עם חזקת הבן. ועיין רבנו יונה שכתב דהא דאין עושים טענין כיון שהאב לא דר ביה חד יומא, דהיינו דבשביל שנעשה טענין בעינן שיחיה קצת ראייה כדבריו והכא כיון שליכא ראייה שמכר אין יכולים להעיד דאמרין שהוא ירד באריסות או בגזל, וכ"כ בקצה"ח קמ"ו ס"ק י"ב, אולם בדעת הרשב"ם כתב בקו"ש [אות קצו] דס"ל שאין עושים טענין בכה"ג שבא מכח מי שהוא לא היה יכול לזכות בממון, ועי' חידושי הגרש"ק סי' י"ב שכתב סברא זו, ועי' בחידושי הגר"ש סי' כב אות יא.

ג. גמ' לא צריכא דקא אמרי עדים. זו גירסת הרשב"ם שעדים מעדים בפנינו הודה לו המערער לאביהן של אלו שמכרו להם הלכך הנך בן אריס ובן אומן איכא למימר קושטא קאמרי כשטוענין אבינו לוקחו ממך וכו', צ"ב כונת הרשב"ם דכיון שיש עדים שהודה אמאי צריך את הטענה של בן האומן והאריס, ועוד מהו הלשון איכא למימר הא מלשינא דהגמ' משמע דכיון שיש עדים הדבר ברור שזה כך ואינו ספק, ותוס' הקשו עוד שאם יש עדים אמאי צריך חזקה.

ותוס' גרסו דקאמר בפנינו הודה בן האריסו בן הגזלן, דהיינו שטוענים בן האומן והאריס שהמערער הודה בפני אביהם שמכר לו ונאמנים במיגו שהיו טענים מינך זביניתה, אולם צריך ביאור דאע"פ שהודה בפניהם הרי הדין הוא בכל הודאת בע"ד שאינה בפני ב"ד שיכולים לומר משטה אני בך אמאי הכא לא יוכל המערער לומר משטה אני בך, ואע"פ שיש להם מיגו שבאמת הודה ויש לו נאמנות לומר שהודה מ"מ קשה שחסר בעצם ההודאה הזו, ועי' בריטב"א דמיירי שאין טוען משטה אני בך, או שטוען שהודה בפני עדים ואינם לפנינו, ועוד כתב דשמא כל הדין שיכול לומר משטה אני בך הוא רק היכא שהודה שחייב לחברו ממון, אבל במודה לחברו במה שהוא בידו אין יכול לומר משטה אני בך, ועי' ברבנו יונה שכתב עוד סברא דכיון שנתן לו לאכול פירות ג' שנים ולא מיחה הרי"ז הוכחה שההודאה היתה הודאה כדין.

ד. גמ' דאמר רב כהנא אי לאו דאודי ליה הוה ממטי ליה לחמריה. פרשב"ם משום שסתם גזלן גברא אלמא הו לכן לא חשיב הודאה, משמע ברשב"ם דסברא זו קאי לב' אופנים של גזילה והיינו אף לפי הצד שהוחזק גזלן על שדה זו, דדוקא על שדה זו אין לו חזקה אבל על שדה אחר יש לו דמ"מ בשדה שהוחזק איכא טעמא דגברא אלמא הוא, וכן כתב רבנו יונה, אולם הריטב"א כתב דסברת הגמ' היא רק לרב חסדא דבית פלוני הורגין נפשות על דיני ממון.

ה. רשב"ם ד"ה פעמים. כגון דאתי בטענתא דאבא דאבהו וכו' ומיגו דמצי אמר זבינתא כי אמר נמי זקני הוריה לאבי ואבי הורשני נאמן דחזקה שיש עמה טענה מעלייתא היא, מבואר ברשב"ם שנאמן לטעון שירש מאבי אביו במיגו שהוא בעצמו קנה, והנה אף אם נאמין לו שאביו אבי קנה מ"מ לא סגי בזה אלא צריך לדין טענין שאבי אביו קנה את הקרקע, אולם לשון הרשב"ם הוא שנאמן משום דחזקה שיש עמה טענה הוא, ומשמע שהנאמנות היא מחמת עצם החזקה בלא טענין, עוד צ"ב דהרי כדי לעשות טענין בעינן שיחיה המוריש דר בו חד יומא, ומבואר מדברי הרשב"ם דא"צ עדים דדר ביה חד יומא אלא נאמן במיגו לומר שזקנו דר שם יום אחד ועי"ז נעשה טענין, אמנם לעיל מא: הובא שנחלקו בזה הראשונים אם ע"י מיגו נאמן לומר שדר ביה חד יומא, ועי' לעיל במהרש"א שדייק מדברי הרשב"ם שם דבעינן עדים דדר ביה חד יומא ואינו נאמן במיגו וצ"ע.

ו. תוס' ד"ה פעמים. תימא לר"י אמאי אין טוענים ליורש והוה לי למימר דילמא הדר אביו קיים היה טוען אנא הדר זבינתה מינך, מבואר דתוס' ס"ל דבן גזלן נאמן לומר שקנה מהבעלים ואע"פ שידועים שבא אצלו בתורת גזלנות מ"מ נאמן לומר שקנה, ובאמת שזהו מפורש בגמ' דאי דלא אתו בטענה דאבוהון אפילו בן גזלן נמי, אולם בגמ' אינו מוכח ד"ל דלא מיירי שידועים שהיה אצל אביו הגזלן, ואפשר דמיירי בסתם חפץ שנמצא אצל בן הגזלן, והנה הסמ"ע סי' קמ"ט סעי' ג' כתב בהא דמבואר בשו"ע דאם נכנס לשדה בתורת משכון אינו נאמן לומר שקנה, וכתב הסמ"ע דהא דבן אומן או גזלן נאמן לומר שקנה משום דהתם נשתנה שמו וברשות אחר הוא ולי"ד ליורד לשדה בתורת משכון, ועי' בשער המשפט שם שתמה הרבה ע"ד הסמ"ע וכתב דמכיון שידוע שבא לידו מאביו אומן או גזלן אינו נאמן לומר שהוא קנה מהבעלים וכל מה שכתבו תוס' שנאמן בן הגזלן לומר שקנה הוא רק לאחר מיתת אביו אבל בחייו אינו נאמן ודייק כן מדברי הטור.

וכתבו תוס' דגרסינן פעמים בן גזולן יש לו חזקה כגון דאתי בטענה דאבוה דאבא וקמ"ל דאע"ג שהיתה ביד מי שאין לו חזקה דהיינו אבי הגזולן מ"מ יש לו חזקה כיון שאמר שהיתה של אבי אביו, צ"ב מה החידוש בזה כיון שאומר שהיה של אבי אביו מה גרע שזה עבר דרך אביו הגזולן דאע"פ שמה שביד גזולן אין הוכחה שהוא שלו מ"מ אמאי הוא מקלקל מה שהיה ביד אביו אביו.

ז. תוס' בא"ד. והא דאמר לעיל בן בן גזולן יש לו חזקה היינו דוקא משום דאמר בפנינו הודה ואדרבה משם יש להוכיח דמשמע הא לא הכי אין לו חזקה כיון דמעיקרא בתורת אומנות ואריסות וגזולנות אתא לידיה, **כונת** תוס' דהא דקאמר הגמ' דבן בן הגזולן מיירי שטוען בפני הודה לו, ודלא כמו שפירש הרשב"ם שטוען שירש מאביו ובכה"ג טענינן ליה שאביו קנה אותו מהגזולן, אלא דכה"ג אין טענינן וכמו שכתב הר"י דמילתא דלא שכיחא הוא, אלא מיירי שטוען בפני הודה אבי אבא וכדקאמר לעיל לגבי בן אומן ואריס, **וטעמא** דמילתא כתב המהר"ם שכל הסברא שאם טוען בן הגזולן בפני הודה לו לאבי לאו הודה היא משום דירא מהגזולן ואינה סברא דאי לאו דאודי אבל אם בן בנו טוען כן אמרינן שנאמן בטענה זו, ואין לגזולן טענה דאי לאו דהודיתי ותי' שיכולים לומר לו למה המתין כ"כ עד שיבוא לבן בן הגזולן ולמה לא מיחה כשהיה בידו של בן הגזולן בעצמו אחא ע"כ נאמן בן בן הגזולן בטענה זו.

ח. גמ' היכי דמי גזולן כגון שהחזיק על שדה זו בגזולנותא. תוס' לעיל לג. [ד"ה אכבשיה] כתבו להוכיח מכאן דאם ירד לשדה בתורת גזילה או משכון אינו נאמן לעולם לומר לקוח הוא בידי, וכ"כ תוס' לעיל לט: וכ"ה ברשב"ם שם, ולפי"ז כונת הגמ' דידוע רק על שדה זו שיושב בה שהוא גזלה ועי' ברמב"ן לעיל לט מש"כ, אבל הרשב"א לעיל לג. חולק על מש"כ תוס' וכתב דהיכא שירד בתורת משכון נאמן לומר אח"כ שקנה, והכא פ"י הרשב"א דכיון שהחזיק גזולן על שדה זו ימסור נפשו עליה ולכן אינו מוחה ועוד כתב הרשב"א דמיירי הכא שיצא מתחת ידו בב"ד ושוב חזר לידו ולכן כה"ג אין לו חזקה.

ט. תוס' ד"ה ירד. מצינו לפרש שנתן לו לאחר שירד מאומנותו דומיא דאריס שירד מאריסותו, והיינו דאריס כיון שהוא בא לאכול את הפירות בקרקע כל אכילה היא חשובה כדבר חדש כיון שאינו תפוס בקרקע כמו במטלטלין ולכן הוה כמו שנתנו לו כלי לאחר שירד מאומנותו, **והנה** לכאורה מיירי שנתנו לו הכלי לאחר שירד מאומנותו בעדים, [דאם יש רק עדים שרואים אותו אצלו עכשיו אפשר שנשאר לו הכלי מהזמן שהיה אומן], וכן איכא עכשיו עדין שראו אותו אצלו דאם ליכא עדים הרי קי"ל כאב"י שנאמן לומר קניתי במיגו דהזרתי, וא"כ צ"ב אמאי נאמן לומר שקנה כיון שיש עדים שמסר לתקן והעדים רואים את זה אצלו ומה זה גרע מכל מפקיד בעדים וראה דאינו נאמן כדמבאר בגמ' מו ע"א "אי דאיכא עדים אחר אמאי יש לו חזקה", ועי' באילת השחר ד"ל דכיון שמסרו לאומן כזה שירד מומותו היה צריך לבוא מיד ליקח ממנו בחזרה ולא להשאיר אצלו כ"כ הרבה זמן וצ"ב, ועי' בנתי"מ [קל"ד סק"ג] שכתב דמיירי דליכא עדי מסירה ורק עדי ראה וי"ל דמיירי שטוען שמסר לו לתקנו אע"פ שירד מאומנות שפעמים אף בכה"ג הוא מתקנו.

י. תוס' בא"ד. א"י אפילו מאותם כלים שנתן לו בשעה שהיה עדיין אומן והוא שהו הרבה ברשותו, וכונתם דאע"פ שאין לאומן חזקה כל מה שתחת יד אדם שלו הוא מ"מ היכא דשהו ברשותו הרבה איכא ראייה שקנה וכמו שכתבו תוס' לעיל ב ע"א, וכתבו תוס' ונראה דבן אומן דאמר לעיל וכו', והיינו דכל הנאמנות הוא רק בכה"ג אבל אם לא שהו ברשותו הרבה אינו נאמן, ועי' בתומים סי' קל"ד סק"ד שכתב דכונת תוס' הכא דמיירי בעדים וראה ולכן אינו נאמן רק בכה"ג ועי"ש שכתב דכונת תוס' כאן לאפוקי ממה שכתבו בד"ה "פעמים" דמוכח התם דס"ל דאף בגוונא דלא שהו ברשותו הרבה נאמן בן האומן לומר לקוח בידי עי"ש בכ"ד. **והא** דבן אומן אינו נאמן 'בלא שהו' נראה דאע"ג דמטלטלין אמרינן אחזוקי אינשא בגוונא לא מחזקינן, וא"כ אמאי בן אומן לא יהא נאמן לומר כן, אלא הביאור בזה דהך סברא דאחזוקי אינשי לא אמרינן רק כאין לנו סיבה אחרת לתלות מה החפץ עושה אצלו, אבל היכא שיש סיבה אחרת שאפשר לתלות בו מדוע החפץ נמצא אצלו כגון שאביו היה אומן ויש לומר שאביו מת והוא השאיר לו את החפץ ולא היה צריך לעשות מעשה גזילה בשביל זה ע"כ אם לא שהו ברשותו הרבה זמן לית ליה חזקה.

יא. והנה בעיקר ב' השיטות בתוס' אם ירד מאומנותו מיירי באופן שבאותם כלים שהו ברשותו הרבה או מיירי בכלים חדשים, יש להקשות דהתוס' לעיל לג ע"א כתבו שאם ירד לשדה בתורת משכון אין יכול לטעון לקוחה היא בידי לעולם, וא"כ קשה מ"ש הכא בירד מאומנותו דיכול לומר לקוחה, ובשלמא לדרך הראשון של תוס' דהכא מיירי בכלים חדשים שבאו אליו לבתר דירד מאומנותו אי"ש דאה"י באותם כלים אין לו חזקה, אבל לפי דרך הב' של תוס' קשה, [ואף לפי דרך הא' של תוס' יש להקשות דמשמע בכל דברי תוס' דבירד אין לו חזקה רק בדברים חדשים אבל בבן אומן משמע דיש לו חזקה אפילו בכלים שהיו מעיקרא, והרי זה גופא החילוק בין ב' הדרכים של תוס' דלפי דרך ב' מיירי בשהו ברשותו הרבה, אבל לפי דרך הא' אף בלא שהו ברשותו הרבה יש לו באותם כלים חזקה וצ"ב הרי כיון שידוע איך ירד לקרקע אמאי נאמן].

והסמ"ע [סי' ק"נ סק"ד] עמד בזה וכתב דכל הדין שאין במשכון חזקה הוא מכיון שהוא ירד מעיקרא והוא יושב שם כל הזמן, אבל בבן אומן ובן אריס שנשתנה שמם וענינם מהני חזקתם, והנה מדברי הגר"א סי' ק"נ סעי' ג' נראה שהבין שבזה גופא נחלקו ב' תי' תוס' האם ביורד למשכון נאמן כשאכלה ג"ש, ולפי הפירוש הראשון הוא נאמן אף במשכון, דע"ד השו"ע שכתב שם שיטות לגבי משכון כתב דדבר זה תלוי בב' תי' תוס' דידן, והנה הרע"א בשו"ע [סי' קל"ד] כתב עוד ב' חילוקים בין משכנתא לאומן שירד מאומנתו או דיש ילוק בין קרקע למטלטלין והיינו שבמטלטלין מכיון שהוא תפוס בהם מהניא חזקתו אף לאחר שירד מאומנתו,

אבל בקרקע ל"ש שהוא תפוס בזה, ועוד כתב דבאומן לא ידוע שהכלים האלו ניתן לו בתורת אומנות אלא בסתמא אמרין שהכלים שביד אומן נתנו לו לתקן, אבל במשכון מיירי שיש עדים שמעדים שירד לתוך השדה בתורת משכון.

אולם צ"ע דמבואר בגמ' אריס אין לו חזקה ירד מאריסותו יש לו חזקה והא התם מיירי בקרקע ועוד בפשוטו מיירי שהיה יש כאן עדים ע"ז הרי מיירי באריס בתי אבות שהכל יודעים מזה, ומצינו לפרש דהכונה באריס שירד מאריסותו באופן שיצא מהקרקע ואח"כ חזר לתוכו, וכן נראה בתוס' שכתב מצינו לפרש בכלים חדשים דומיא דאריס, וכונתו דבאריס ע"כ מיירי בכה"ג שיצא מהקרקע דאל"כ תקשה מ"ש אריס מירד לשדה בתורת משכון, וש"מ בבאר היטב סי' קמט סעי כ"ז שהביא מחלוקת הפוסקים היכא שאריס ישב בקרקע מתחלה ואחרי שירד מאריסותו המשיך לישב שם האם בכה"ג יש חזקה, ולפי מש"כ תלוי במחלוקת הפוסקים לענין ירד לתוך השדה בתורת משכון.

הערות וציונים פרק חזקת הבתים

דף מז:

א. תוס' ד"ה מגורשת. וכגון שיחד לה קרקע וכו' דעת תוס' דאפילו שהוא שונא אותה מ"מ מיחד לה קרקע ולכן יש לה חזקה אבל באשתו שמפרנס אותה אף אם יחד לה קרקע אין לה חזקה שנותן לה ברווח כן כתב במהרש"א, **אבל** ברשב"ם מבואר דכיון שהוא שונא אותה אין מיחד לה קרקע לפרעות הכתובה אלא נותן לה בצמצום.

ב. גמ' וכולם שהביאו ראיה ראיתה וראיה ומעמידין שדה בידם. כתבו תוס' דמשמע דאומן מיירי אף בקרקע וכגון שהוא בנאי, וכתב בנתה"מ [קמ"ט ס"ק י"ג] דע"כ מיירי שהוא אוכל פירות דאל"כ אין לו חזקה דישיבה בקרקע בלא אכילת פירות אינו חזקה, וכן כתב במאירי לעיל מב. דבנאי בשעה שהוא בונה מותר לו לדור בבית לידע מה צריך תיקון, ומבואר שתוס' פי' המשנה באומן קרקע ודלא כמו שכתב הרשב"ם לעיל במשנה ע"ש מש"כ בזה.

ג. גמ' גזלן שהביא ראיה אין ראיתו ראיה ואין מעמידין שדה בידו. הרשב"ם מבאר דהחידוש בזה דאין מעמידין שדה בידם היינו דאפילו בנו של גזלן או לוקח מגזלן אין מעמידים שדה בידו, [והיינו דקס"ד דתהני חזקת בנו או בא מכוחו], אבל תוס' בד"ה ראיה כתבו דהחידוש בזה הוא דאפילו מעות אין לו, ומשמע דקס"ד דחיישינן דכיון שהעדים מעדים על האונס שמא כל האונס היה למכור אבל נתנו דמים קמ"ל דלא וא"צ להחזיר.

ד. גמ' רב אמר ל"ש אלא דאמר ליה לך חזק וקני אבל בשטר קנה. ביאור פלוגתיהו דרב ושמואל כתבו תוס' להלן מח ע"א [ד"ה הא איתמר] דרב סבר שאם כתב שטר ע"כ שהביא לו דמים וממילא אמרין אגב זוזי גמר ומקנה, אבל שמואל סבר דמחמת אונס עשה את השטר ולא נתן לו דמים, אבל **ברבנו יונה** כאן מבואר דסברת רב לאו משום שאנו תולים שנתן לו דמים אלא דמכיון שכתב לו שטר גמר ומקנה כיון שאם יש לו שטר אינו מצפה שהשדה תחזור אליו, אבל שמואל סבר עד שיכתוב אחריות נכסים משום דאנו תולים שלא היה אונס על האחריות, דזה אינו מקפיד הגזלן שיתן ללוקח אחריות, וכתב רבנו יונה שלגזלן עצמו סבר שמואל דאף אם יכתוב אחריות לא קנה כיון דלא גמר ומקני שנעשה באונס, ועי' ברשב"א בגיטין נה ע"א.

ה. רשב"ם ד"ה לקח. הרשב"ם הביא הא דמבואר בסוגיא בגיטין בקמייתא ומציעתא דהיכא שקטלי נכרים לישראל אגב אונסיה גמר ומקני, ואע"פ שמבואר בסוגיא להלן דבמתנה לא אמרין אגב אונסיה רק במכר איכא סברא דאגב זוזי גמר ומקנה, וביאר הבית יוסף [סי' ר"ה אות י"ב] בשם הרשב"א בגיטין דשאני הכא דכיון שהיו הורגים את הישראל לפיכך אין הישראל מקוים לשוב לנחלתם עוד וע"כ גמר ומקני, והיינו דכל הסברא במתנה כיון שסבורים שיחזור להוציא מידם ולכן התם שבטוחים שלא יוכלו להוציאו מידם כיון שזה גזירת המלכות לכן גמר ומקנה, **והבית יוסף** כתב לישב באופ"א דכיון שאין העכו"ם בא לגזול אלא כל כונתו הוא להרוג את הישראל והישראל כדי להציל את עצמו הוא נותן לעכו"ם את שדהו לכן כה"ג לא חשיב אונס וגמר ומקנה וכל הנדון של הסוגיא דתליוהו הוא כשאונס אותו על עצם מעשה המכירה או המתנה, וביאור דבריו כתב בקו"ש [כתובות אות ט] ע"ד מה שמבואר ברמב"ם דיש חילוק בין אונסים אותו לעבור עבירה לבין חולה שבא לרפאות עצמו באיסור, דכה"ג כיון שאינו אנוס לעבור העבירה אלא עושה כן כדי להציל עצמו לא חשיב מעשה באונס אלא חשיב מעשה ברצון אע"פ שעושה כן כדי שלא ימות כיון שעושה כן מרצונו, וה"נ הכא מכיון שלא אונסים אותו ליתן הקרקע אלא נותן מעצמו כדי שלא ימות חשיב גמר ומקנה. **ע"ע** ברש"י בגיטין נה ע"ב שכתב דכיון שאומר לו קח את הקרקע והניחתי הקנה לו בלב שלם דקמ"ל אגב זוזי גמר ומקנה, והרע"א במשניות שם נתקשה בזה איך אפשר לומר התם אגב זוזי, ואפ"ל דזה שאומר לו קח את הקרקע והניחתי הו"ל כמכירה שמרויח את נפשו ודו"ק.

ו. גמ' אמר רב הונא תליוהו זבין זבינא זבינא. כתב הרשב"ם מי שתלו אותו או עשו לו יסורים וקיבל הדמים ואמר 'רוצה אני', וכן מפורש בגמ' להלן לענין כפיה בקרבן דכופין אותו עד שיאמר רוצה אני, והרשב"ם כתב כן לענין כפיה בגט דמיירי דאמר רוצה אני, ומשמע מכל זה דכל מה דמהני כפיה הוא רק היכא שאומר רוצה אני, ומקור הדברים הוא בסוגיא ב"ק סב. דקאמר הגמ' היכי דמי

חמסן ומשני דיהיב דמי, ומקשה הגמ' והאמר רב הונא תליוהו וזבין זבינא זבינא, והיינו דכיון שהמקח חל לא חשיב חמסן, ומשני הגמ' הא דאמר רוצה אני דלא אמר רוצה אני, משמע בגמ' דרב הונא מיירי בכה"ג שאמר רוצה אני ולכן חל המקח, אבל אם לא אמר רוצה אני חשיב חמסן והמקח לא חל, ולכן בכל כפיה בעינן שיאמר רוצה אני ובלא"ה לא חל, אבל הרמב"ם פ"י ממכירה ה"א לא כתב שצריך שיאמר רוצה אני, ועמד בזה בלחם משנה שם בדגמ' משמע דר"ה מיירי כשאמר רוצה אני, ובאבי עזרי [פ"ד מאישות ה"א] ביאר דהרמב"ם פ"י הסוגיא ב"ק דאף היכא שלא אמר רוצה אני המקח חל אלא דהגמ' מחלקת שאם אמר רוצה אני אינו חמסן אבל אם לא אמר רוצה אני חשיב חמסן, ועי' ברמב"ם פ"א גזילה ה"ט ובמגיד משנה שם שמבואר כן ועי"ש בהשגות הראב"ד שלמד כהרשב"ם, אלא דצריך לבאר לפי"ז אמאי בקרבן צריך שיאמר רוצה אני ומי"ש ממכירה ויבואר להלן.

ז. גמ' מ"ט כל דמזבין איניש אי לאו דאניס לא הוה מזבין. כתב הרשב"ם ואפ"ה הוה זביני זבינא בע"כ אפילו לא גמר ומקני וכו' וה"נ אע"ג דאניס מוכר קנה לוקח הואיל וקיבל דמים אע"ג דלא גמר ומקנה, **בקובץ שיעורים** הקשה דמשמע מלשון הרשב"ם דאע"פ שלא גמר ומקנה חל הקנין, ואיך יתכן לומר כן הרי בלא גמר"ד ל"ש להחיל קנין וכדמבואר דאסמכתא לא קניא דליכא גמירות דעת, ואפשר לבאר דהנה צ"ב מה הנדון האם תליוהו וזבין זבינא זבינא, [ואין נראה דהנדון הוא האם יש כאן מספיק גמ"ד לקנין], **וביאר** דאף שיש כאן גמירות דעת לקנין מ"מ כל שהרצון והגמירות דעת נעשה מחמת כפיה חשיב דלית ליה רצון למכירה, וזהו הדמיון של הגמ' לכל מכירה שאדם מוכר חפציו היכא שהוא מוכר למכור מחמת שצריך את הכסף דהמקח חל, וחזינן דאף היכא שיש הכרח למכור חשיב שיש כאן גמירות דעת, וי"ל שכונת הרשב"ם דלא גמר ומקני לא שאת עצם המכירה לא נעשה בגמירות דעת אלא שכל שהוצרך לכך חשיב שיש חסרון של גמר"ד במכירה, ולפי"ז ל"ד לאסמכתא דהתם חסר בעצם הגמ"ד לעצם עשית הקנין, ועי' בחי' הגרנ"ט כאן שכתב סברא זו דהיסוד של תליוהו הוא משום דהרצון נעשה בכפיה, [ויש להוסיף עוד בכונת הרשב"ם דהיכא דכל המכירה היא רק מחמת שזקוק לכסף, א"כ אילו יהא לו כסף אחר המכירה היה רוצה לחזור בו מהמכירה ע"כ דבר זה חשיב שחסר בגמר ומקני].

יש להעיר דהשתא דס"ל לגמ' דטעמא דרב הונא דלא בעינן גמר ומקני א"כ אמאי תליוהו ויהיב לא הוה מתנה הרי לא בעי גמר ומקני, וצ"ל שאף לס"ד דלא בעי גמר ומקני כ"כ מ"מ הטעם דסגי בגמירות דעת זו מחמת שיש כאן דמים, אבל במתנה דליכא דמים ליכא גמירות דעת כלל לקנין.

ח. גמ' ודילמא שאני אונסא דנפשיה מאונסא. פרשב"ם דהתם כיון שגמר בדעתו למכור איכא למימר דגמר ומקני, אבל היכא שאנסו אותו לא אמרינן הכי, וטעמא דמילתא נראה דכיון שכל החסרון הוא מה שנאנס לרצות כמש"כ באות הקודם ע"כ היכא שהוא אנס את עצמו למכור לא חשיב שהדבר נעשה באונס אלא חשיב רצון גמור, אבל כשאחרים אנסו אותו חשיב שהוכרח לרצות למכור, ויש להוסיף ביאור בזה ע"פ מש"כ הרמב"ם [בהלכ' יסודי התורה] בדינא דיהרג ועל יעבור שבג' עבירות אע"פ שחייב למסור עצמו למיתה מ"מ אם עבר ולא נהרג אינו חייב מיתה על מה שעבר את העבירה כיון שהיה אנוס דאנסוהו לעבור, אבל אם היה חולה והוצרך להתרפאות ע"י ג' עבירות שהדין דיהרג ועל יעבור ועבר ולא נהרג דחייב מיתה ואע"פ שהיה אנוס של פיקוח נפש, וביאר בזה דהיכא שאונסים אותו לעבור עבירה חשיב מעשה באונס ולכן אף שחייב ליהרג מ"מ אם עבר ולא נהרג חשיב מעשה באונס, אבל כשהיה חולה ולא אנסוהו לעבור העבירה אלא הוכרח להצלת עצמו לעבור העבירה כה"ג חשיב רצון ולא אונס ולכן נהרג, וה"ה הכא כשהכרח עצמו למכור לא חשיב מעשה באונס שהדבר נעשה מרצונו, ועי' בר"י מגאש שכתב באופ"א דבאונסיה דנפשיה א"צ גמירות דעת גמורה ולכן חל המקח, ועי' בחידושי הגר"נ שביאר דס"ל לר"י מגאש דלמסקנה אין צריך גמירות דעת גמורה בכל מקח, אלא דבמקום שאנסוהו למכור האונס מבטל המקח ולכן לא חל המקח, ולמסקנת הגמ' דאגב זוזי גמר ומקנה אין האונס מבטל המקח עי"ש בחידושי הגר"נ שהאריך לבאר.

דף מח.

א. גמ' אלא כדתניא יקריב אותו מלמד שכופין אותו עד שיאמר רוצה אני. פרשב"ם דאע"פ שכתב בפסוק לרצונו מ"מ חזינן שע"י כפיה חשיב שיש כאן גמירות דעת גמורה, ה"נ אם אמר רוצה אני איכא גמירות דעת גמורה להקנות, מבואר דהגמ' חוזרת בה ממה שסברה בתחלה דסברת רב הונא דזביני זביני משום שלא צריך גמירות דעת גמורה לקנין ולכן תליוהו וזבין קני, אלא להיפך סברת רב הונא היא דאע"פ שיש כאן אונס חשיב שיש כאן גמירות דעת גמורה.

ב. גמ' ודילמא שאני התם דניחא ליה דלהוי כפרה. כונת הגמ' דלכן לא חשיב שהוא אנוס כיון שבעצם הוא רוצה הכפרה, והביאור בזה כמש"כ הרמב"ם [פ"ב מגירושין ה"כ] לענין גט דכיון שמצוה לשמוע דברי חכמים לא חשיב אונס, דהא דאינו רוצה לגרש הוא מחמת שיצרו תקפו ואינו אנוס וז"ל לפיכך זה שאינו רוצה לגרש מאחר שהוא רוצה להיות מישראל רוצה הוא לעשות כל המצות ולהתרחק מן העבירות ויצרו הוא שתקפו וכיון שהוכה עש שתשש יצרו ואמר רוצה אני כבר גרש לרצונו.

ג. גמ' ודילמא שאני התם דמצוה לשמוע בדברי חכמים. הסברא בזה כמש"כ הרמב"ם שהובא באות באות הקודם דבעצם הוא רוצה אלא שיצרו אונסו, והנה צ"ב להלכה דקיי"ל כרב הונא דזבינא זבינא וכו' פסק הרמב"ם פ"י ממכירה, אולם לענין גט כתב הרמב"ם פ"ב מגירושין ה"כ דכיון דמצוה לשמוע דברי חכמים הוה גט ולכאורה כיון דקיי"ל כר"ה אמאי בעינן לה"ט, והנה הרמב"ן

בסוגיין כתב דכל מה שהגמ' דימתה גט למכר הוא רק לס"ד דטעמא דרב הונא לאו משום דאגב זוזי גמר ומקנה, [ודלא כמש"כ תוס' דמעיקרא הגמ' הולכת ס"ל דר"ה רק במכר ולא במתנה], אבל למסקנה דבמכר יש סברא דאגב זוזי בגט ל"ש לומר ה"ט ובעינן לסברא דמצוה לשמוע בדברי חכמים, ולפי"ז י"ל דגם הרמב"ם למד כן וא"ש, ועי' בזכר יצחק [ח"ב סי' מ"ד] שכתב לבאר דהרמב"ם ס"ל דבגט מלבד מה דבעינן כונה לקנין בעינן רצון טפי מכל קנינים ומדויק כן בדברי הרמב"ם ריש הלכ' גירושין ולכן אע"פ שבמכר תליוהו וזבין קונה מ"מ בגט דבעינן רצון טפי לא קונה, רק מטעמא דכתב הרמב"ם דתליוהו וזבין, ובזה ביארו נמי הא דבעינן שיאמר רוצה אני אע"פ שלענין מכירה פסק הרמב"ם דלא בעינן שיאמר רוצה אני וכמש"כ לעיל, אולם צ"ב דבגמ' מעיקרא בעי להוכיח כרב הונא מהא דמהני כפירה בגט ומבואר דע"י תליוהו חשיב שיש לו רצון גמור [וכמו שמשמע ברשב"ם שהביא קרא דונתן], ומבואר דאף סברת רב הונא דאגב אונסא שיק אף בגט וא"כ למסקנה דקמ"ל כר"ה אמאי בעינן לה"ט בגט ועוד צ"ב מה מקשה הגמ' מגט הרי התם יש עוד הלכה של רצון ושם ל"ש מצוה לשמוע.

הערות וציונים פרק חזקת הבתים

דף מח.

א. גמ' אלא סברא הוא אגב אונסיה גמר ומקנה. מצינו ב' דרכים בביאור סברא זו א' דאגב אונסא ברור לנו שגמר בדעתו להקנות ול"ש לדון כלל משום דברים שבלב, ב' דאין כאן בירור גמור שהוא מקנה אלא שיש כאן סתמא שהוא גומר בדעתו להקנות ואה"נ יתכן שבאמת בלבו אין רוצה אע"פ שאמר רוצה אני, אלא מכיון שבעלמא דברים שבלב לא הוה דברים לכן חל הקנין. **הרשב"א** בקידושין נ ע"א הקשה דהגמ' דנה שם האם דברים שבלב הוה דברים או לא הוה דברים, וכגון שמוכר חפציו על מנת לעלות לארץ ישראל ולא פירש בשעת מכירה כונתו ולבסוף נאנס ולא עלה האם המכירה בטלה, והגמ' מוכיחה מברייתא דידן דאמר כופין אותו ומגיטי נשים דחזינן שדברים שבלב אינם דברים, ודוחה הגמ' כמו שדוחה כאן, והקשה הרשב"א למסקנת הגמ' כאן דטעמא דרב הונא משום דאגב אונסא גמר ומקנה א"כ אין צריך סברות מיוחדות בקרבן וגט, וא"כ אמאי לא דוחה הגמ' התם ג"כ כן דאין חסרון של דברים שבלב כיון דאגב אונסיה גמר ומקדיש, ועי' ברע"א [החדש] שהקשה כן והוסיף שכמו"כ קשה להיפך מנלן לרב הונא דיש סברא דאגב אונסא גמר ומקנה הא י"ל הטעם משום דדברים שבלב לא הוה דברים, והרשב"א תי' שהגמ' בקידושין חדא מתרי טעמא נקט, ועוד כתב שגם רב הונא עצמו מודה לסברת הגמ' דניחא ליה בכפירה ומצוה לשמוע, שהרי כל הסברא דתליוהו וזבין זבינא זבינא מבואר במסקנת הגמ' דאגב זוזי גמר ומקנה, וא"כ ה"נ אגב הכפירה והמצוה לשמוע ניחא ליה להקריב וליתן את הגט ולכן נקטה הגמ' אותם טעמים כאן.

אולם הרע"א כתב לישב באופ"א דהך סברא דאגב אונסיה או זוזי גמר ומקני אינו סיבה לומר שודאי שיש כאן גמירות דעת גמורה שבאמת הוא רוצה את הקנין, אלא פעמים דעת בנ"א להקנות אגב אונסא, ולכן אם דברים שבלב הוה דברים לא היה חל הקנין דאע"פ שיש מקום לומר שיש כאן מעשה קנין גמור דיש אנשים שיש להם גמירות דעת במקום אונס מ"מ כיון דאפשר שהוא אנוס ואינו רוצה לא יחול הקנין, ולכן מוכיחה הגמ' דדברים שבלב אינם דברים וכיון שאמר רוצה אני ואיכא סברא דאגב אונסא גמר ומקנה חל הקנין, ונמצא דב' הסוגיות משלימות זו את זו, דלולא הסוגיא בקידושין דדברים שבלב אינם דברים לא היה מועיל הסברא דאגב זוזי דסו"ס בלבו אינו רוצה, אבל בלא הסוגיא שם דאמרין דאגב זוזי לא היה חל המקח כיון שמכיון שאינו רוצה א"כ יש כאן אומדנא דמוכח שאינו רוצה ודברים שבלב כה"ג הוה דברים, אולם נראה דמש"כ הרע"א דהסברא של אגב אונסא אינו ודאי נראה שאין כונתו שהוא ספק השקול, דא"כ אכתי יהא כאן ספק אם יש כאן מעשה הקנאה כלל, אלא ע"כ כונתו דהסתמא שאדם רוצה הקנין מחמת האונס ולכן במקום שתלוהו למכור יש כאן מעשה קנין אלא שאם דברים שבלב הוה דברים כיון שיתכן שאין לו גמירות דעת לקנין אין כאן מעשה קנין, [עיי' בשערי חיים קידושין [סי' נא] שכתב לישב קושית הרשב"א והרע"א דאע"פ שאמר רב הונא אגב אונסיה גמר ומקנה אין הכונה שיש כאן רצון והסכמה לעצם חלות המכירה, אלא שיש כאן גמירות דעת לפעולת ההקנאה דאגב אונסיה גמר בדעתו להקנות וההקנאה נעשית לרצונו, אבל ודאי שאינו מרוצה מחלות המכירה, וע"ז אומרת הגמ' דדברים שבלב אינם דברים שכדי שיחול קנין סגי במה שיש לו דעת למעשה ההקנאה.

ב. תוס' ד"ה אילמא. ור"י רוצה לתרץ דהכא הוי כמו מכר דהא יש לו כפרה וכו', מבואר דס"ל לתוס' דמעיקרא נמי היה פשוט לגמ' שיש חילוק בין תליוהו ויהיב לתליוהו וזבין, אבל הרשב"א כתב דמעיקרא ס"ל לגמ' דאם המקור של רב הונא מקרבן אין חילוק בין מכר למתנה ואין סברא בגט דמה שהוא נפטר משאר כסות חשיב כזוזי.

ג. תוס' בא"ד. ות"י ר"י דכל דבר שהוא מחויב לעשות כמו הוי כמו מכר והכא הרי מחויב להביא קרבן, צ"ב מה הדמיון למכר שמקבל זוזי לדבר שהוא מחויב לעשות, [ועי' ברש"ש מש"כ לבאר שהוא משום ליפטר ממצוה חשיב כרווח ממון דהרי חוטף מצוה משלם, ועי' נה"מ סי' ט' שכתב סברא זו], ואפשר לפרש דהנה יסוד החילוק בין מכירה דתליוהו וזבין זבינא למתנה דלא גמר ומקנה, דבמתנה שהוא מופסד סבור שאח"כ יתבע אותו לדון ויוציא ממנו לכן לא גמר ומקנה, אבל במכר כיון שמקבל זוזי ולא מפסיד מידי גמר ומקנה, וא"כ י"ל דכל שהוא מחויב לעשות הוה כמו מכר דהוא לא יוכל לחזור בו שהרי יחזור ויכפו אותו כיון שהוא מחויב לעשות כן וכן לא חשיב מופסד כיון שמחויב לעשות דבר זה ולכן יש כאן גמירות דעת.

ד. גמ' ואמאי התם נמי נימא אגב אונסא גמר ומגרש. נחלקו רשב"ם ותוס' בביאור הטעם דחשיב כזביני הרשב"ם פי' דהא לא מפסיד מידי דומיא דזביני שמקבל דמי שדהו דכיון שאשתו שונאתו ובלא גט נמי לא תעמוד אצלו וגט זה אינו אלא להתירה לאחרים לא מפסיד כלום, מבואר ברשב"ם דעיקר הסברא של רב הונא דהכי לא מפסיד גמר ומקנה, ולכן גט דמי לזביני משום שלא מפסיד כלום, אולם התוס' [ד"ה גט מעושה] מבואר שחולקים על הרשב"ם דפי' דקושית הגמ' היא דמכיון דמייירי בהנך שכופין אותו להוציא וא"כ הוא מחויב לגרש א"כ דמי לזבינא וכמש"כ תוס' בד"ה אילמא דכל שהוא מחויב לעשות חשיב כמקח, דס"ל לתוס' דהא דהוה זביני באונס משום שיש לו רווח אבל בלא זה לא, ותוס' בד"ה אילמא כתב שמוכח כן מהא דמבואר בהנהו דכופין אותו שלא כדין דהוה כתליהו ויהיב דלא הוה מתנה, ועי' בקו"ש שכתב שלי הרשב"ם תקשה קושית תוס' אמאי כל גט המעושה שלא כדין כגון בב"ד של עכו"ם פסול הרי זה דמי למכר שהרי לא מפסיד מידי וצ"ע, ובעונג יו"ט [סי' קסח ד"ה אפשר] כתב לישב שהסוגיא בגיטין דמבואר דגט מעושה פסול הוא פליג על הסוגיא כאן דסבר כרב ביבי שחולק על רב הונא דאף במקום דאיכא זוזי לא הוה זביני זבינא ע"ש.

ה. גמ' איתמר עלה אמר רב משרשיה דבר תורה אפילו בעכו"ם כשר ומה טעם וכו'. הרשב"ם פירש דכל אחת תחניף לזנות עמו כדי שיגרשנה בעלה, אבל תוס' ביארו שאע"פ שהוא כדין מ"מ גזרו כדין אטו שלא כדין, ואולי לשיטתם שהרשב"ם למד שאף אם הגט שלא כדין אם לא מפסיד מידי חשיב תליהו וזבין ה"נ מעיקר הדין חל הגט כיון ששונא אותה לכן הוצרך לטעמא דלא תחניף, אבל לתוס' שרק אם מחויב מעיקר הדין הוצרך לומר שיש כאן גזירה.

ו. תוס' ד"ה יקריב אותו. דעולה דרון הוא אם מכפרת מקופיא מכפרת, ביאור דבריו כתב מהרש"ל דכל קרבן זה עצמותו לכפר, אבל בעשה התשובה מכפרת ואח"כ מביא את הקרבן.

ז. תוס' ד"ה אלא סברא הוא. וא"ת כיון דמסברא ידעינן וכו', ביאור קושיתם כתב מהרש"א דמכיון שיש הלכה של כופין על המצות א"כ אנו יודעים שאם אינו רוצה להביא קרבן צריך לכופו ואת"ל דמ"מ חסר בדעת ולא חשיב לרצונו ע"ז הקשו תוס' דכיון שתליהו וזבין זבינא זבינא ה"ה התם חשיב שיש גמירות דעת, ותי' תוס' דמ"מ ס"ד דכיון שבא בכפייה חשיב זבח רשעים, ובתוס' ר"ה ו ע"א כתב דכיון דכתיב לרצונו קס"ד דאף דאמר רב הונא דיש כאן גמ"ד מ"מ לא חשיב לרצונו דלהקרב קרבן בעינן רצון טפי מכל קנינים ולכן קס"ד דע"י כפייה לא חשיב רצון וקמ"ל קרא דסגי בהכי.

ח. תוס' ד"ה גט מעושה. ונראה לר"י דהכי קאמר דבעכו"ם נמי כשר וכגון שאומר לו עשה מה שישראל אומר לך, כונת תוס' כמש"כ בסוף דבריהם שבכה"ג שאומר העכו"ם עשה מה שישראל אומר לך הוה עישוי כדין ולכן הגט כשר, ואין חסרון של לפנייהם ולא לפני עכו"ם כיון שעושה ע"פ דיני ישראל, דהנה בסוגיא בגיטין פח ע"ב נחלקו רב משרשיא ורבנן האם כשמחויב להוציא את אשתו [כגון באומר איני זן ואיני מפרנס], ועכו"ם כפו אותו אם הגט חל ורבנן סברי דלא חל הגט אע"פ שמחויב כיון שהעישוי של כדין ורק באופן שהעכו"ם עושה בשביל הישראל דהיינו שהוא שליח שלו, אבל רב משרשיה סבר דהגט חל כיון שמ"מ הוא מחויב לגרש ואין בזה חסרון דלפניהם ולא לפני העכו"ם, וקושית הגמ' כאן היא לשיטת רב הונא דבמכירה תליהו וזבין זבינא זבינא א"כ ה"ה בגט כיון שהוא חייב לגרש גמר ומקני א"כ בכל אופן שהעכו"ם כופה אותו צריך להיות שהגט חל כיון שמחויב לגרש.

והנה בהא דכתבו תוס' דהיכא שישראל כופין אותו ע"י העכו"ם הוה גט אף אם לית לה דרב הונא ע"כ הטעם משום דמצה לשמוע דברי חכמים, וא"כ צ"ב אמאי כשהכפייה נעשה ע"י עכו"ם ולא אמר לו עשה מה שישראל אומר לך לא הוה גט דכיון שהוא מחויב ע"פ דין לגרש, וע"כ מבואר דרק כב"ד כופין אותו יש סברא לומר שגמר ומגרש דאין רוצה שאחרים ידעו שהוא מסרב לשמוע לדברי חכמים, אבל אם לא ידוע שהוא צריך לגרש אין לו גמירות דעת על הגט, ויש לעיין לסברת הרמב"ם שהובא לעיל האם יש חילוק בין אם ב"ד כופין אותו או שמחויב ע"פ דין לגרש ועיין.

ט. תוס' ד"ה דבר תורה. וי"ל כיון שע"י כפית העכו"ם נותנו הוה שלא כדין ושלא כדין הוה כמו מתנה, הקשה בעונג יו"ט [סי' קס"ח ד"ה אלא] שהרי שיטת תוס' דמייירי הכא באותם שהוא מחויב להוציא ע"פ דין כמש"כ תוס' לעיל [ד"ה אילמא] דכל שהוא עושה מה שמחויב לעשות חשיב בכלל תליהו וזבין א"כ מדוע חשיב כמתנה, ואולי שאף לסברת התוס' דכשהוא מחויב לעשות הוה כזביני מ"מ כ"ז רק אם כפו אותו לעשות אותם שמוזהרים לכפייה אבל אם כפה אותו ב"ד של עכו"ם דלא מוזהר לשמוע מה שהם אומרים לא הוה כזביני.

י. גמ' מתיב רב המנונא וכו' הא איתמר עלה אמר רב ל"ש אלא דאמר לך חזק וקני אבל בשטר קנה. לכאורה כונת הגמ' דלכן לא הוה סתירה לר"ה דהא קאמר רב דע"י שטר תליהו קני, אמנם צ"ב הרי רב הונא מייירי בלא שטר, וזה קושית תוס' [בד"ה הא], **והרשב"א** לעיל מז ע"ב ביאר דלס"ד רב הונא נמי מייירי דוקא בשטר, ולמסקנת הגמ' רב הונא מייירי בזוזי בלא שטר משום דאגב זוזי גמר ומקנה, אולם צ"ב א"כ מה מקשה הגמ' מהא דיקריב אותו הא התם ליכא שטר ובשלמא בגט י"ל דעצם הגט הוה כשטר, ועי' ברע"א שנראה מדבריו כהרשב"א.

יא. גמ' מודה שמואל היכא דיהב זוזי. והיינו דכל סברת רב הונא דגמר ומקנה אינו אלא במכר כיון שמקבל זוזי אבל במתנה שלא מקבל זוזי לא, צ"ב טעמא דמילתא הרי כיון שכופין אותו ובל"ז יהרגנו כמש"כ הרשב"ם בתחילת הסוגיא דתליוהו היינו מי שתלו אותו או עשו לו יסורין עד שמכר א"כ פשיטא שיש אומדנא שרוצה להקנות שהרי מעדיף להפסיד החפץ ולא לקבל את היסורים, **והגרש"ש** [כז אות ב] כתב דאע"פ שגמר ומקנה ליתן הדבר במתנה ולא רוצה לקבל היסורים מ"מ כיון שכל מה שרוצה הוא רק כדי שלא לקבל היסורים חסר בדעת מקנה, ויסוד דין הדעת מקנה דבעינן בהקנאה הוא שיהא לו ניותא מצד הדבר מצד עצמו ולכן במכר שמקבל זוזי חשיב שיש ניותא מצד עצמו, **אמנם** ברשב"א בגיטין נח. משמע דהסברא הוא דבמתנה דעתו לחזור ולתבוע אותו ממנו מיד המאנס אבל במכר כיון שכבר קיבל דמים אין בדעתו לחזור אליו לתבוע ממנו, ולכן כתב הרשב"א דאיכא אופנים דאף במתנה אם יודע שלא יהא לו אפשרות להוציא גמר ומקנה, [ע"י לעיל מו: שהובא דברי הרשב"א], **וע"י** בזכר יצחק סי' לא [ד"ה ובמק"א] שכתב לבאר ע"פ מה שישד שם דבמתנה בעינן גמירות דעת יותר מכל הקנינים וכמו שמצינו לענין גט דבעינן כגמירות דעת יותר מקנין בעלמא, [והובא לעיל] ולפ"ז דתליוהו אינו גורם שיהא לו רצון באמת ורק גמר"ד דסגי במכר, [והוכיח שם שהרי במכירה איכא דעת ראשונים דאף אם לא נותן לו כל דמי במקח קנה ונמצא דאם נתן לו פרוטה קנה אף אם החפץ שווה הרבה, ואילו כפה אותו ליתן מתנה רק פרוטה לא קנה וע"כ דהתם בעינן רצון טפיל].

יב. תוס' ד"ה הא איתא עלה. תוס' ביארו שסברת רב היא משום דאמרין דאם כתב לו שטר מסתמא שהוא נתן מעות דא"כ לא היה מתרצה לכתוב שטר, והיינו דכל המחלוקת הוא האם אמרין שהיה כסף ע"י השטר, **והנה** בתוס' לעיל [ד"ה אבל] בתי' האחרון כתבו דכל סברת רב דבשטר קנה כיון שאחריות טעות סופר וכיון שיש אחריות על המכירה לכן גמר ומקנה אבל שמואל סבר אחריות לאו טעות סופר ואין אחריות על המכירה ולכן כותב שטר אף דלא גמר ומקנה, ולמבואר כאן צ"ל דכיון שידוע שאחריות טעות סופר לכן אין מוכן לכתוב שטר לולא שיקבל מעות כיון שאם יכתוב שטר יכול להיות שמלבד מה שיפסיד את עצם השדה יכול גם לחזור ולגבות האחריות שלו, אבל לשמואל דלא טעות סופר לכן כותב אפילו בלא קבלת מעות, וע"י רבנו יונה בתחילת הסוגיא.

הערות וציונים פרק חזקת הבתים

דף מח:

א. [מח ע"א] גמ' רב ביבי מימרא הוא ומימרא לרב הונא לא סבירה ליה. מבואר בגמ' דרב הונא חולק על דינא דרב ביבי ולרב הונא לוקח מגזלן אם חזר ונתן דמים לנגזל הוה כתליוהו וזבין דזבינא זבינא, אולם הרמב"ם [פ"ט מגזילה ה"ד] פסק בלקח מגזלן כרב ביבי שאף אם שילם דמים לא קנה הקרקע, ובהט"ז שם פסק דינא דרב הונא דתליוהו וזבין דזבינא זבינא, וכתב הרמב"ם דיש חילוק בין גזלן שקנה מהבעלים לתלה אותו שימכרו לו שהוא אנס שאינו רוצה לגזלו ולא גזלו עדיין לכן קנה, והראב"ד תמה על הרמב"ם שהרי הגמ' מקשה מדרב ביבי דלא הוה כרב הונא ואומרת הגמ' דרב ביבי מימרא הוא ורב הונא לא ס"ל וא"כ מנלן לרמב"ם לחלק בזה, ובביאור הגר"א כתב שהרמב"ם לא גרס בגמ' ולרב ביבי וכו' עד לא ס"ל וכן משמע בלשון הרי"ף, וכתב שבזה מיושב קושיית תוס' מו ע"ב ד"ה ורב ביבי, אולם אכתי צריך להבין מהו עיקר סברת הרמב"ם לחלק בין אנס לגזלן, וע"י בחידושי הגר"ט מש"כ לישב בזה.

ב. גמ' אמר רבא הלכתא תליוהו וזבין דזבינא זבינא ולא אמרן אלא בשדה סתם אבל בשדה זו לא. הנה לעיל מ ע"ב אמר רבא דלא כתיבין מודעא אזבינא, ופ"י הרשב"ם דרבא לטעמיה הכא דתליוהו בשדה סתם דזבינא זבינא ולכן לא מהניא מודעא ובשדה זו לא הוה זבינא זבינא דהעדים רואים שהוא אנוס וא"צ לכתוב מודעא, **וכתב** הרשב"ם [ד"ה לא כתיבין] דבשדה סתם דזבינא זבינא אין זה אנוס שהרי מדעתו בירר זה השדה, מבואר מדבריו דטעמא דרבא חולק על ר"ה דאע"פ שהוא אנוס גמר ומקנה אגב זוזי אלא דכיון שהוא בירר מדעתו אינו אנוס כלל, ונפק"מ בזה במש"כ הרשב"ם בתחילת הסוגיא דאף דזבינא זבינא מ"מ צריך שיאמר רוצה אני, ואפשר דלרבא בשדה סתם א"צ לומר רוצה אני כיון שאינו אנוס כלל, וע"י בקו"ש אות ר"ה שכ"כ, ויבואר להלן.

ג. גמ' ולא אמרן אלא היכא דלא ארצי זוזי. כתב הרשב"ם דהיכא דלא ארצי גילה דעתו דבע"כ מקבל והיינו שזה ראה שאינו רוצה את המכירה, מבואר מדבריו דאף בשדה זו בסתמא המכירה חלה אלא שצריך הוכחה להפקיע את המכירה והיינו היכא שהיה לו אפשרות למנות הזוזי ולא מנה אותם, **והרע"א** תמה א"כ מה מקשה הגמ' מדברי אמימר דאמר דתליוהו וקדיש דחלו הקידושין חזינן דאף בשדה זו זבינא זבינא דהא אשה כשדה זו, ולרשב"ם הרי התם אין ראה מדלא מנה את המעות שהרי אשה מתקדשת בפרוטה וכן בקידשה בשטר או ביאה,

ד. תוס' ד"ה אמר רבא [בע"א]. לאו דוקא נקט תליוהו דאפילו בלא יסורין אלא מחמת אנוס ממון כי ההוא מעשה פרדיסא. ע"י"ש בסוגיא שם שמבואר דהמקח לא חל כיון שמסר מודעא קודם לכן שהוא באנוס, ומזה דייקו תוס' דמשמע שאם לא היה מוסר מודעא היה המקח חל ומוכח שאע"פ שלא היה אנוס של יסורים אלא אנוס ממון ג"כ זבינא זבינא, והקשה בחידושי הגר"י [אות

רסט] הרי לרבא בשדה זו הדין הוא דלא הוה זבינא זבינא והרי מעשה דפרדיסא הוה שדה זו וא"כ לרבא בכה"ג לא הוה זבינא זבינא, ועי"ש שציינו שהב"ח סי' רה כתב שבמקום אונס ממון אף בשדה זו חל המקח אילו לא היה עושה מודעא לבטל המקח.

ה. תוס' בא"ד. אבל במתנה אי ידעין באונסא לא מהני ביטול המודעא ולא גמר ומבטל אבל אי לא ידעין גמר ומבטל, מבואר בתוס' דבמתנה מועיל ביטול המודעא ועי"ז יחול המתנה, והנה בגמ' לעיל מ' ע"ב מבואר שאין העדים כותבים מודעא אלא אם יודעים שהיה כאן אונס, ואומרת הגמ' דעל מתנה אפשר לכתוב מודעא אע"פ שאינם יודעין מן האונס משום דגילוי מילתא בעלמא הוא, ונחלקו הראשונים מה כונת הגמ' גילוי מילתא בעלמא היא, הרשב"ם ביאר שכונת הגמ' שאם אינו אונס אין סיבה שיתן המתנה ועי"כ שאם הוא כותב מודעא ע"כ אומר שהוא אונס, ורק במכירה שמקבל ממון יש סברא לומר דשמה הוא צריך עכשיו מעות ולכן כותב מודעא אבל מתנה שלא מקבל כלום ע"כ שיש לו אונס, ומשמע ברשב"ם דכל מה דמהני מודעא הוא רק אם באמת אונס על המתנה אבל אם אומר שאין לו גמירת דעת מסיבה אחרת לא מהני מודעא כה"ג, **אולם** רבנו יונה והרא"ש כתבו וז"ל פי הרי הוא מגלה דעתו במסירת המודעא שאינו נותן מתנה זו בנפש חפצה ולא ניחא ליה דליקני ול"ד לזבינא דכיון שמקבל זוזי אגב זוזי גמר ומקנה ומה שהוא מוסר מודעא כדי שיוכל לבטל המכר כשיהיו לו מעות, ואע"פ שידוע שדברי אותה המודעא שמסר בפני עדים דברי שקר הם הו"א מודעא לבטל המתנה עכ"ל, מבואר מדבריו דבמתנה א"צ אונס כדי לבטל המתנה אלא ה"ה כל היכא שאין לו גמירות דעת גמורה מהניא לבטל המתנה, וכן הוא דעת הרמב"ם [פ"י ממכירה ה"ג] שאין הולכין במתנה אלא אחר גילוי דעת הנותן, והביאור בזה כתב בזכר יצחק [סי' לא] דמתנה וגט בעינן רצון וכמו שכתב הרמב"ם הלכ' גירושין דכתיב בקרא והיה אם לא תמצא חן בעיניו, אבל בכל הקנינים בעינן רק גמירות דעת ולכן רק במכר בעינן שיהא אונס.

והקשה בקו"ש לפי מש"כ הרשב"ם דבמתנה אם מוסר מודעא א"צ לפרש האונס משום דאם לא היה אונס לא היה עושה מודעא א"כ איך יחול הקנין עי"ז ביטול המודעא הרי הוא אונס ואין לו גמירות דעת, וכן נקט הקצה"ח [רה סק"ח] שלרשב"ם לא מהני ביטול המודעא, [אולם צ"ע דהרשב"ם לעיל מ' ע"א דמהני ביטול מודעא אף במתנה], וכן מבואר ברשב"א בסוגיין דהא דמהני ביטול המודעא הוא רק בכה"ג שמבטל מדעתו אבל היכא שהוא אונס לא יכול לבטל שהרי סו"ס הרי אין לו דעת לקנין, וכתב הקו"ש דמוכח דס"ל לתוס' כדעת הרא"ש לעיל מ' ע"ב דבמתנה מהניא מסירת מודעא אע"פ שאינו אונס, אלא אף אם אומר שאינו רוצה להקנות ואין לו גמירות דעת למתנה מהני מסירת מודעא, ולפי"ז כונת תוס' דאם ידעין האונס לא מהני ביטול המודעא דכיון שהוא אונס ואין לו גמירות דעת ליתן המתנה בכה"ג המתנה לא חלה, אבל אם לא ידעין האונס ואפשר דמסר מודעא מחמת שלא רוצה ליתן מתנה ועי"ז מהני שפיר ביטול המודעא, אמנם צ"ב שתוס' לעיל מ' ע"א ד"ה אמאן כתבו כהרשב"ם דבמתנה אין סברא לומר שכותב מודא אם לא אונס הוא, [ע"ע נתה"מ ר"ה סק"ז].

ו. גמ' דהא אשה כשדה זו דמיא ואמר אמימר תליהו וקדיש קידושין קידושין. הרשב"ם פ"י דדמי לזבינא שמוכרת עצמה לזה, ומשמע שקיבלה תמורה עבור מה שהתקדשה, וכן נראה בתוס' שהקשו על ביאה הרי לא הביא לה תמורה, ומשמע שבקידושי כסף קיבלה כסף, וכן נראה ברבנו יונה שכתב שמוכח מכאן דבתליהו וזבין זבינא זבינא אף היכא שלא נתן ללוקח דמי כל חפץ שהרי באשה לא נתן לה רק פרוטה אחת ואמרינן שהיא מקודשת, ובקידושי ביאה כתב התוס' דנותן לה שאכ"ו, ועיין ברשב"א שהביא דברי רבנו יונה והקשה עליו והוכיח כן מכמה דוכתי דא"א לומר כן, וכתב הרשב"א שכונת הגמ' דבאשה המתקדשת בפרטה הוה כאילו דמיה קצובים לקנות בפרטה, ועוד כתב שאף אם קידשה בשטר או ביאה איכא סברא של טן למיתב דו מלמיתב ארמלי עי"ש בכ"ד.

ז. הנה בגמ' מבואר דתליהו את האשה וקדיש היה צריך להיות דקני דהוה כתליהו וזבין, נחלקו הראשונים מה הדין אם תלו את הבעל לקדש האשה האם בכה"ג נמי אמרינן אמרינן דאגב שהוא מקבל את האשה גמר ומקדש או לא, והריטב"א כאן כתב דדוקא תלו את האשה אבל אם תלו את הבעל לקדש קידושין לא חלו, ועי' ברשב"א קידושין ב' ע"ב שהביא שנחלקו בזה בעל העיטור והרמב"ם [פ"ד מאישות ה"א] שכתב אבל האיש שאנסהו בעי"כ הרי"ז מקודשת דכל התקנה דרבנן הוא בתלה האשה וקידש אותה, אבל בעל העיטור סובר דאינה מקודשת, והרשב"א שם כתב דתלוי נדון זה בנדון האם תליהו וקני אמרינן או לא.

בעיקר הסברא דתליהו וקני מצינו בזה ב' סברות, בנתה"מ סי' ר"ה ס"ק י"ח מבואר דלקנות בעינן יותר גמירות דעת מלהקנות ולכן תליהו לא קני, וכן כתב בחי' הגר"ט ריש קידושין ועי' בחי' הגר"נ כאן שביאר הענין, [וכן נראה מדברי האבני מלואים סי' מ"ב שכתב דאף אם תליהו וקני לא קני מ"מ תליהו וקדיש קונה משום דלקנות בעינן רצון טפי אבל לקדש לא בעינן רצון כמו בקנינים], עוד סברא כתב בנתה"מ סי' ט' סק"ב דכל הסברא דמהני בתליהו כיון שמקבל זוזי ואגב זה גמר ומקנה אבל באנסהו לקנות שלא מקבל זוזי לא גמר ומקנה ולכן אף תליהו וקדיש לא קני עי"ש במה שנחלק עם הקצה"ח, והקצה"ח שם במשובב השיב לו דאין זה הטעם משום שאין לו זוזי אלא אף אם היה זוזי נמי לא קנה כגון אם הכריחו אותו לקנות ונותנים לו כסף על זה, משום שכל הטעם בתליהו וזבין דקנה משום דכן דרך המקנים שאם מקבלים כסף גומרים בדעתם להקנות, אבל כ"ז להקנות אבל לקנות אין דרך הקונים להתרצות לקנות אף אם יש להם זוזי והיינו שהסברא של אגב זוזי אינו סברא בעצם שעושה גמירות דעת אלא במכירה שכך הדרך של מקח שמקבל כסף בכה"ג הזוזי גורם לגמירות דעת, ועי' במאירי בסוגיין שכתב שאם אנסו אותו ליתן מתנה ואמרו לו שיקבל כסף לא מהני שכל הסברא שתליהו וזבין מהני דכסף גורם שיהא גמירות דעת במכירה אבל נתינת כסף על נתינת מתנה לא מהני דזה.

ועי' בגרנ"ט בקידושין שהקשה איך מהני תליוהו את האשה להתקדש דכיון שצריכה לקנות את הכסף הרי הוא תליוהו וקני ולא קנה, וקושיא זו כבר הקשה הנה"מ שם בכל תליוהו וזבין דאגב זוזוי דהוה תליוהו וקני שהרי צריך לקנות את הכסף והנה"מ תי' דבכל קנין כסף א"צ לקנות הכסף ע"י עוד מש"כ, והגרנ"ט כתב דה"ה בכסף קידושין א"צ האשה לזכות במעות אלא סגי שיבוא לרשותה והוא חידוש, אולם נראה שלפי דרכו של המשובב שזוזי אינו סיבה בתליוהו וקני משום שאי"ז סיבה רק במשום שהדרך שהזוזי גורם א"כ ה"נ לענין לקנות הכסף בתליוהו וזבין יועיל הסברא של אגב זוזי לעשות קנין בכסף.

ח. גמ' תינח דקדיש בכספא קדיש בביאה מאי איכא למימר, א"ל שויה רבנן לבעילתו בעילת זנות. הרשב"ם מפרש ד"ה מר בר אשי דמעיקרא הגמ' ידעה שהמקדש תולה בדעת חכמים, אלא דמקשה הגמ' תינח דקדיש בכספא שפיר עשו הפקר ב"ד הפקר אבל קדיש בביאה מא"ל, וצ"ב אם מעיקרא ס"ל לגמ' דהוה כמקדש בתנאי שירצו מה מקשה הגמ' הא כמו שבקידושין כסף יכולים לקבוע מתי יחול ה"ה בקידושין ביאה, ונראה שאין כונת הגמ' כאן דע"ד דרבנן מקדש שהוא מדין תנאי דהוה כאומר ע"מ שירצה אבא, אלא הכונה כל דמקדש ע"ד רבנן הוא שעושה קידושין לפי מה שחכמים קבעו את צורת הקידושין, ולכן מקשה הגמ' דבקדיש בכספא איכא סברא של הפקר ב"ד הפקר, וכיון שרבנן לא רצו כאלה קידושין נמצא שלא היתה מקודשת שהפקירו את הממון, אלא קדיש בביאה מא"ל, ותי' הגמ' דשויה רבנן בעילתו ופרשב"ם שרבנן אמרו שכה"ג אי"ז צורה של קידושין ומילא הוה בעילת זנות, אולם תוס' ביארו שהסוגיא כאן לא הולכת כהסוגיא בכתובת דכל דמקדש ע"ד דרבנן אלא סברת הגמ' היא דפקעו הקידושין משום דיש כח ביד חכמים לעקור דבר מהתורה, ובכסף עשו הפקר ב"ד, ובביאה אומרת הגמ' שהפקיעו את האיסור מתחילתו, ועי' בקו"ש [אות רן] שהקשה אם רבנן יכולים להפקיע את האיסור מדוע שלא יפקעו מכאן ולהבא, ועי' בשטמ"ק בכתובת ג ע"א שהאריך בכמה אופנים בזה.

ט. תוס' ד"ה תניח. וצ"ל דסבר הכא דיש כח ביד חכמים לעקור דבר מהתורה, צ"ב הרי בסוגיא ביבמות מבואר שרק בשב ואל תעשה יש כח ביד חכמים אבל בקום ועשה לא, ועי' קרן אורה יבמות צ ע"ב שכתב לישוב בכמה דרכים.

י. תוס' בא"ד. היינו היכא דליכא עבירה. לכאורה קשה הרי התם נמי איכא עבירה שהרי תרומה אסרה לזרים ואכיא חיוב מיתה ולאחר שרבנן הפקיעו התרומה אין בה איסור לזרים, ועי' מהרש"ל ומהרש"א כתובות ג ע"א מש"כ לבאר בזה, ולולא דבריהם אפ"ל שכוונת תו' דלאחר העקירה אין עבירה אבל הכא לאחר עקירה יש עבירה שנתברר שהביאה שעשה היה בעילת זנות.

הערות וציונים פרק חזקת הבתים

דף מח:

א. גמ' רב הונא לטעמיה דאמר תליוהו וזבין זבינא זבינא. הרשב"ם ותוס' כתבו דרב הונא דסבר תליוהו וזבין זבינא זבינא זבינא ולא חילק בין שדה זו לשדה סתם פליג על רבא דאמר לעיל מ ע"ב דבכל אונס של מכירה לא כתבינן מודעא אף בשדה סתם, **והרע"א** תמה מנלן דרב הונא פליג על רבא בשדה סתם דכתבינן מודעא דהרי הכא מיירי בשדה זו, ועי' ברשב"ם לעיל מ ע"ב שכתב כן דר"ה פליג על רבא בשדה סתם, והרמב"ן שם כבר עמד על הרשב"ם של מנלן דרב הונא פליג על זה, **ועי'** בבית יוסף [סי' רה עמוד ט מדפי הספר] שכתב בדעת הרשב"ם דאף רב הונא לא פליג בשדה סתם וסבר דלא כתבינן מודעא כיון דלא חשיב אונס וכדאמר רבא.

ב. בעיקר הענין של מודעא עי' בחידושי הגרש"ש [סי' כז] שחקר בגדר הך דינא האם מסירת מודעא היא גילוי מילתא שאינו חפץ במכירה והוה מכירה בלא גמירת דעת מחמת שהוא אונס, או"ד דיסוד דין של מודעא הוא דין חדש שאע"פ שהיה כאן מעשה קנין גמור השטר מודעא הוא מבטל את המכירה או המתנה שיעשה אח"כ, **והנה הרשב"א בקידושין דף נ. כתב לבאר אמאי במודעא אין חסרון של דברים שבלב, וכתב התם לאו דברים שבלב נינהו אלא דברים מגולין הם לעדים, אלא שהוא ירא מלגלותן בשעת מעשה מחמת אונסו, וה"ט דאמרינן כל מודעא דלא כתיב ביה אנה ידעינן ביה באונסיה דפלניא לאו מודעא היא, ומבואר ברשב"א דאין כח למודעא לבטל המכירה, אלא דחשיב אונס על המעשה ולא הוה דברים שבלב דהוה מגולה לעדים, **נועי'** ברע"א בשו"ע יו"ד סי' רי"א ע"ד הש"ך סק"ב שכתב לענין מסירת מודעא בנדר דע"י המסירת מודעא לא הוה דברים שבלב, ומשמע כמש"כ הרשב"א דמסירת המודעא מהניא דע"י אין לו גמירת דעת גמורה בעשית המעשה].**

אולם הגרש"ש שם הוכיח דענין של מודעא הוא פעולה חדשה שאדם עושה לבטל המעשה, דהרי מצינו דאדם יכול לבטל את המודעא הא כיון שכל ענין מודעא הוא מגלה שהוא אונס, והרי הרשב"ם כתב דבמתנה וגט לא מהני המודעא אלא א"כ הוא אונס וא"כ מה יועיל ביטול המודעא הרי סו"ס הוא אונס ואיך יחול הקנין אלא ע"כ דהמודעא היא חלות מחודשת שמבטלת את המעשה ולכן כה"ג שביטל את המודעא המעשה קיים, ואולם צריך לבאר דמה מהני ביטול המודעא מ"מ הוא אונס וזהו הקושיא שהקשנו לעיל אות ה', **ועי"ש** בי' הגרש"ש ד"ה ועפ"י מש"כ לבאר בזה, **ועוד** יש לדון דהנה מדברי הרשב"ם מבואר דלפי רב הונא אין חילוק בין שדה זו לשדה סתם ובכולה הדין דתליוהו וזבין זבינא זבינא, ומ"מ סבר רב הונא דאם כותב מודעא המכירה בטילה והרי בכה"ג לא חשיב מכירה באונס כיון דאגב זוזי גמר ומקני, וע"כ דמודעא הוא כח חדש לביטול המכירה ועיין היטב בכ"ז.

ג. **גמ' איני והאמר רב נחמן העדים שאמרו אמנה היו דברינו אין נאמנים מודעא היו דברינו אין נאמנים.** הרשב"ם ביאר דכונת הגמ' להקשות דכיון שאין העדים נאמנים לומר אמנה או מודעא אפי' היכא שאין כתב ידם יוצא ממקום אחר וכל הקיום נעשה על ידם מ"מ אינם נאמנים משום דהוא חוזר ומגיד, וא"כ איך אמר רב הונא אי לאו מודעא מאן דחתיים אאשקלתא שפיר חתיים ואיך אפשר לקבל את שטר המודעא לבטל את שטר מכירה הרי הוא חוזר ומגיד, [ולהלן בתוס' ד"ה אמר רב אשי יבואר אמאי יש כאן חסרון של חוזר ומגיד], וצ"ב הרי כתיבת המודעא היא קודמת לכתיבת שטר מכירה וא"כ אמאי יש כאן חוזר ומגיד דשטר המכירה היא לאחר כתיבת המודעא, וביאר **הברכת שמואל** [סי' מד] דיסוד הדין של כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד אינו תלוי בזמן הגדת העדות, אלא כל שעדות אחת באה לבטל עדות אחרת יש בזה חסרון של חוזר ומגיד, ולכן הכא כיון שהמודעא באה עכשיו לבטל את המכירה אע"פ שעדות המודעא קודם לעדות המכירה מכיון שהיא באה לבטל עדות השניה יש בזה חסרון של חוזר ומגיד.

ד. **אמנם צריך** להבין דאם יש חסרון של חוזר ומגיד כיון שעדות של המודעא היא סתירה לעדות של המכירה, א"כ אמאי לא מקשה הגמ' איך מהני שטר מודעא אף אם עדים אחרים חתמו על זה הרי הוה תרי ותרי דעדות המכירה סותרת לעדות המודעא, וכתב בברכת שמואל שם לבאר דבאמת עדות המודעא אינה סותרת בעצם את עדות המכירה דזהו עצם דינו של מודעא לפרש שמעשה המכירה היה באונס ולא יחול המקח ולכן לא הוה תרי ותרי, אלא דבאותם עדים שחתמו על שטר המכירה יש חסרון של חוזר ומגיד במה שחתמו על המודעא וטעמא דמילתא דביסוד הדין של כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד נתחדש ב' הלכות חדא דאם העדות השניה סותרת העדות הראשונה אין שומעים אותה ולא הוה כתרי ותרי, ועוד נתחדש דלאחר שנתקבל העדות הראשונה אין ב"ד מקבלים הוספה או פירוש של העדות הראשונה, [והביא שם דמדויק כן ברמב"ם פ"ג מעדות ה"ה שכתב עד שהעיד בב"ד אין יכול לחזור בו לומר מוטעה הייתי וכו' ואין אין יכול להוסיף על עדותו תנאי, והיינו ב' הלכות שא"א לחזור ולא לפרש], וא"ש דבאמת עדות של מודעא לא הוה חזרה אלא פירוש ולכן בעדים אחרים הוה תרי ותרי, משא"כ באותם עדים עצמם אף אם באו רק לפרש יש חסרון של חוזר ומגיד וע"כ הכא כיון שבדעות המכירה מונח בסתמא שהיה מכירה כדין והעדות השני בא לפרש שהיה באונס ע"כ איכא חסרון של חוזר ומגיד, [ומצינו כע"ז אם העדים אומרים שהיה תנאי שאותם עדים לא יהיו נאמנים לומר והוה כחוזר ומגיד, אבל עדים אחרים נאמנים, ע"י קה"י כתובות סי' כב שביאר כ"ז].

אמנם באמת הרמב"ן כאן כבר עמד בזה האם בכתב יד יוצא ממקום אחר עדים אחרים יהיו נאמנים לומר מודעא, וכתב לדון דבאמת בכל שטר מודעא חשיב תרי ותרי אלא שההלכה היא דבספק של תרי ותרי אזלינן בתר חזקת מרא קמא, ולכן מהני שטר מודעא שלא יפסיד הבעלים, וע"י **בקי"ש** [אות רח] שהביא שכן כתב בשו"ת הריב"ש סי' רג, אלא שתמה על זה להך לישנא דתרי ותרי ספיקא דאורייתא ולא אזלינן בתר חזקת מרא קמא אלא היכא דקיימא ארעא תיקום א"כ קשה טובא מה אהני כל שטר מודעא, [עיי"ש עוד מה שהקשה ע"ז], עוד העירו א"כ בגמ' דמהני מודעא אינו מגורשת ודאי והיא ספק מגורשת ולא משמע הכי וצ"ע.

דף מט.

א. **גמ' הני מילי ע"פ דלא אתי ע"פ ומרעא ליה לשטרא, אבל בשטר אתי שטרא ומרעא ליה לשטרא.** הרשב"ם פירש דכיון שכתבת המודעא היה קודם כתיבת המכירה לכן לא הוה חוזר ומגיד, ונראה דאף שכתב הברכ"ש דהיכא שכל העדות באה לבטל עדות חשיב נמי חוזר ומגיד, י"ל דכונת הגמ' דעדות המודעא לא באה לבטל העדות של המכירה אלא דע"י המודעא אין כאן עדות של מכירה כלל דהיא מפרשת שלא תחול עדות המכירה ולכן בכה"ג לא הוה חוזר ומגיד ע"י בזה, [או די"ל דאיכא כאן חזרה מהך סברא דכיון שבפועל עדות המודעא קדמה אע"פ שכל הנפק"מ היא לענין מכירה לא חשיב עדות המודעא חוזר ומגיד]. **בעיקר** דברי הרשב"ם יש לעיין מנלן ידעינן איזה שטר נכתב ראשון דשניהם ביום אחד כתב ושמא כתב המודעא לאחר שטר המכירה, ומה שהעדים באים לפנינו ואומרים שכתבו קודם מנלן שנאמנים דאם כתבו לאחר השטר מכירה יש בזה חסרון של חוזר ומגיד, ועיין.

אמנם ברבנו יונה כתב דאין חילוק בין אם כתיבת המודעא היתה קודם כתיבת השטר מכירה או לא אלא אפי' שכתב המודעא לאחר כתיבת השטר נמי אין חסרון של חוזר ומגיד, וכתב ב' טעמים לזה משום דשטרא אלים טפי ולכן אתי שטר ומרעא ליה לשטרא אחרייתא והיינו דעדות בשטר אלימא טפי שאין חסרון של חוזר ומגיד, ועוד כתב דכל החסרון של חוזר ומגיד הוא רק בהגדה בפני ב"ד שאין ב"ד נזקקין לקבל עדות לסתור את מה שבא להעיד כבר, אבל הן שהעידו מאיליהן שלא בב"ד אתי עדות כמותה ומרע עדות כיוצא בה, [וכונתו דשטר אינו הגדה בפני ב"ד ואין כאן דרישה וקבלה בפני ב"ד ולכן אין חסרון של חוזר ומגיד, וטעם הדבר כתב בברכ"ש שם דנתחדש בדין חוזר ומגיד לא רק שאין יכול לחזור בו מהעדות אלא שאין יכול להוסיף על עדותו, וביאר דזה ודאי שלפי טעם ב' של רבנו יונה אין יכול לסתור עדותו ולחזור בו ממה שכתב העיד אלא דבהלכה השניה שאין יכול להוסיף ולפרש העדות, בשטר ל"ש דרך בע"פ שיש כאן קבלה עדות בב"ד אין לה אפשרות להוסיף אבל בשטר שלא הגיד בב"ד ההוספה יכולה להיות חלק מהעדות הקודמת דאפשר לראות הכל כעדות אחת ולכן בכה"ג אין חסרון של כיון שהגיד.

ב. **גמ' ומר בר אשי אמר אמנה היו דברינו אין נאמנים מודעא היו דברינו נאמנים.** הרשב"ם כתב שלפי מר בר אשי אף אם כתב ידם יוצא ממקום אחר נאמנים דאין זה חוזר ומגיד וכונתו שאם היה כאן מודעא אין כאן חסרון של קיום השטר ולא דמי לאנוסים וקטנים שאם השטר מקוים כדין הרי הוא אומר שלא היו אנוסין ולכן נאמנים לומר מודעא אע"פ שיש כאן שטר מקוים, אולם תוס' חלקו על רשב"ם וס"ל שאם כת"י יוצא ממקום אחר אינם נאמנים.

ג. **תוס' ד"ה והא אמר רב נחמן.** ותי' ר"י דהיינו טעמא במודעא ואמנה לר"י הואיל ואמר שהשטר נכתב ונמסר כהלכתו תו לא אתי ע"פ ומרע ליה לשטרא אפילו במיגו ודמי לחוזרין ומגידין וכו', **ביאור** דבריהם כתב בקו"ש [אות רט] דבדין קיום שטרות הוא לברר שהחתימה היתה בכשרות ואם החתימה לא היתה בכשרות לא חשיב קיום, ולכן עדים שאמרו כתי' הוא זה אבל קטנים היינו או אנוסים היינו לא חשיב חוזר ומגיד כיון שלפי דבריהם שהוא כתי' אין כאן קיום שהיו קטנים באותה שעה ולדבריהם אין כאן שטר כלל, [ולשון תוס' כאן שנאמנין במיגו, אבל בתוס' כתובות יח ע"ב משמע שהנאמנות הוא מצד הפה שאסר], אבל מודעא ואמנה אין חסרון בקיום כיון שהחתימה נעשית בכשרות וכל הקיום הוא לומר שאינו מזויף ע"כ כיון שאמרו שהוא כתי' ואינו מזויף והוה שטר כשר ממילא אינם נאמנים לומר שהשטר פסול שהיה אמנה או מודעא, [ול"ש כאן הפה שאסר ומיגו כיון שעל חשש מודעא לא היו צריכים קיום], וע"כ יש בזה חסרון חוזר ומגיד דעדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותם בב"ד, [ומבואר דאיכא חסרון של חוזר ומגיד אף היכא שבא להיות נאמן ע"י מיגו, ועי' תוס' כתובות יח ע"ב ד"ה אין נאמנים וברע"א שם במה דנחלק עם הגר"ש אייגר בפרט זה, דהרע"א נקט דיש נאמנות של מיגו אף אם הוא חוזר ומגיד, וכל הטעם שאין מיגו בעדים שאמרו אנוסים כשכתב ידם יוצא ממקום אחר הוא משום דהוה מיגו נגד עדים ע"י בכ"ד, אולם לפי"ז יש להקשות הכא אמאי באין להם נאמנות של מיגו הרי אי"ז נגד עדים דהרי עדים אחרים שיעידו על מודעא נאמנים וא"כ לא הוה מיגו כנגד עדים, ולמבואר ברמב"ן דבכל עדים שמעדים על מודעא יש כאן תרי ותרי אי"ש דאין נאמנים במיגו משום דהוה מיגו נגד עדים ועי'].

ד. **תוס' בא"ד.** מבואר בתוס' לגבי פרוע נאמנים כיון שאינם באים כלל לפסול את השטר ואין בזה חסרון של חוזר ומגיד, ויש להבין דאם אין בזה חסרון של חוזר ומגיד אמאי צריך להגיע לנאמנות בפרוע למיגו דמזויף, דכיון שטענת פרוע אינו חוזר ומגיד אמאי אינם נאמנים בטענה לבד, **וכן** קשה הא דכתבו תוס' בהמשך לדעת מר בר אשי שסבר שנאמנים לומר מודעא היו דברינו דכ"ז רק כשאין כתב ידם יוצא ממקום אחר דנאמנים במיגו דמזויף אבל אם כתב ידם יוצא ממקום אחר אינם נאמנים ואמאי כיון שאין כאן חוזר ומגיד דאינם אלא מוסיפים על עדותם אמאי אין נאמנים בלא מיגו, ועוד אמאי אין נאמנים נמי כשכתב ידם יוצא ממקום אחר כיון שאין כאן חוזר ומגיד, ודעת הרשב"ם דלפי מר בר אשי אף היכא שכתב ידם יוצא ממקום אחר נאמנים כיון שאין כאן חזרה מהעדות הקודמת אלא הוספה ולכן נאמנים אף בלא מיגו.

ולפי מש"כ הברכ"ש דבדין אינו חוזר ומגיד נתחדש תרתי שאין יכול לעקור עדותו הקודמת וכן היכא שאינו עוקר את העדות אלא בא להוסיף איכא עוד הלכה על ב"ד שאין שומעים תוספת או פירוש על העדות, א"כ י"ל דכיון שאין כאן חזרה גמורה על העדות אלא פירוש ע"כ היכא שיש להם מיגו נאמנים בזה דלזה א"צ קבלה של ב"ד, דרק היכא שבאים לעקור את עיקר העדות צריך עדות ולא יהיו נאמנים במגו, [ולפי"ז צ"ל דר"נ דסבר דאינם נאמנים לומר מודעא ס"ל כמש"כ תוס' דלא דמי לפרוע דהתם לא מרע לשטר כלל, אבל במודעא מרע ליה לשטר שאומת שמעולם לא היה ראוי לגבות בו, ובזה חולק מר בר אשי דאף בכה"ג דהוא מפרש את השטר לא חשיב חסרון דמרע ליה לשטרא ולכן נאמן במיגו וכמש"כ].

ה. **תוס' ד"ה מר בר רב אשי וכו'.** דלא דמי לחוזרים ומגידיים שאינם אלא אלא מוסיפין על עדותם וכו', **הרע"א** הקשה דבגמ' מבואר דהחילוק בין מודעא ואמנה הוא דזה ניתן ליכתב וזה לא ניתן ליכתב, והיינו דבאמנה מצד עצם הגדת העדות אין חסרון כזה דלא אתי ע"פ ומרע ליה לשטרא, ואע"פ שיש כאן חזרה ממה שהעיד בתחלה נאמן, וא"כ קשה מדוע הוצרכו תוס' לטעם שבמודעא אין כאן חוזר ומגיד הא כיון שניתן ליכתב נאמנים צע"ג.

הערות וציונים פרק חזקת הבתים

דף מט.

א. **גמ' אמרי לה דבי ר' ינאי מתני' בכותב לה בעודו ארוסה וכדבר כהנא וכו'.** ברשב"ם נראה דהא דמייתי הגמ' הא דרב כהנא להוכיח דמהני לכתוב בעודו ארוסה דין ודברים וכו' דהתחדש בדבריו דבזכויות וירושות דרבנן שתיקנו לטובתו אם אינו רוצה לזכות בהם אינו זוכה, ומשמע מדבריו שזה כל ההלכה של סילוק שהוא קובע שאינו זכות עבורו לזכות במה שרבנן תיקנו לו וממילא אינו זוכה באותו ממון, אבל אין כאן חלות של סילוק שמסתלק מאיזה דבר בעצם, וזהו מש"כ הרשב"ם בע"ב [ד"ה וכדברא] דנחלה דאורייתא ל"ש סילוק משום דע"כ יהא שלו, וכונתו דכיון שסילוק אינו חלות בפועל אלא שמגלה דעתו שאין רצונו לזכות ובכה"ג לא זיכו לו בע"כ.

אולם בתוס' בסוגיין מבואר דיש כאן עשית חלות של סילוק דכתבו תוס' דהחידוש בסוגיין הוא שיכול להסתלק מדבר שלא בא לעולם אע"פ שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, ואם כדברי הרשב"ם שענין סילוק הוא שאומר שאינו רוצה בתקנת חכמים אין בזה חידוש כלפי אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ויבואר להלן.

ב. **תוס' ד"ה וכדבר כהנא.** תימא דמאי מיייתי ראייה מדבר כהנא וכו' דלמא כל הנהו דמייתי מייירי בלשון טוב, ביאור קושיתם נראה דהתוס' הבינו שכל הנדון בסוגיא האם לשון של דין ודברים הוא לשון טוב דהא זה היה כל קושית הגמ' מהאומר לחברו דין ודברים אין לו על שדה זו וכו' דאינו לשון מתנה, וה"ה הכא שכותב דין ודברים לא הוה לשון טוב, דקס"ד דכתב לה לאחר נשואין וכיון שכבר זכה אינו לשון מתנה, וע"ז תי' הגמ' דכיון שכתב לה בעודה ארוסה מהני אפילו בלשון גרוע וכדבר כהנא, והקשו תוס' מנלן

בדרי"כ אמר בלשון גרוע ושמה היה לשון טוב ולכן מהני מה שמתנה על נחלה הבאה לאדם ממקום אחר, [ומבואר מקושיית תוס' שאין כאן חידוש במה שיכול לסלק מזכויות או מנכסים שעוד לא באו לרשותו, אלא כל הנדון הוא אם מהני כשאומר בלשון גרוע].
ותי' תוס' ויש מפרשים מדקאמרינן נחלה הבאה לאדם דוקא ולא הבאה לו כבר מכלל דבלשון גרוע דאי בלשון טוב אפילו באה לו כבר אמאי לא יוכל להתנות עליה, וכונתם דאם מיירי בלשון טוב אמאי הוצרך רב כהנא לומר דיכול להסתלק בנחלה שעוד לא באה לידו היה יכול לומר בנחלה שבא לידו כבר דיכול ליתנו בלשון טוב, ולכאורה כונתו בלשון גמור של מתנה, [ויש לעיין דבשלמא בלשון טוב בדבר שלא בא לידו יש כאן חידוש דמהני, אבל בלשון טוב כשבא לידו היינו לשון של מתנה הוא פשיטא דמהני, וצ"ל דתוס' לא ס"ל שיש חידוש בזה שיכול להתנות אף בדבר שלא בא לרשותו עדיין, ועי' במהר"ם שי"ף בכתובות פג ע"ד תוס' שם מש"כ לבאר],
מיהו צ"ב דתוס' הקשו בקושיתם הב' מהא דמבואר בכריתות דלשון של אי אפשי הוא לשון טוב וא"כ מה מיייתי מדברא דאמר לשון של אי אפשי, ועי' לא תי' תוס' כלום, ועי' במהרש"א כתובת פג ע"א שעמד ע"ז וכתב דלא היה פסיקא לגמ' הך מילתא דמהני לשון אי אפשי אף בנחלה הבאה לו כבר לכן מיייתי הא דרבא, **ולא** נתברר כה"צ דברי מהרש"א דנראה מדבריו שכונתו דלא פסיקא לגמ' דמהני לשון טוב של סילוק בבאה לו כבר, ומיייתי מדברא דמהני לשון טוב של סילוק ומהני נבין שרב כהנא דיבר בלא באה לו ואף בלשון גרוע מהני, אך צ"ב דאם זה כבר בא לו מדוע מהני לשון של סילוק הרי כבר זכה בזה, ומשמע דמהרש"א לומד שכל שלא בא לידו ממש לא חשיב שבאה לו, נמצא לפי"ז דהשו"ט בסוגיא הוא האם מהני לשון של דין ודברים ומיייתי מדבר כהנא דאף בדבר שלא בא לרשותו מהני לשון גרוע, והא דבא מיייתי לגבי דבר שבא לרשותו.

ג. תוס' בא"ד. ולר"י נראה דמיייתי ראייה דאע"ג דק"ל דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם מ"מ יכול להסתלק מדבר שלא בא לעולם, **כונתם** לחלוק על היש מפרשים דשפירשו שהנדון של הגמ' הוא האם מהני לשון גרוע, אלא הנדון בסוגיא הוא האם יש חסרון של דבר שלא בא לעולם כשמסלק עצמו מזכות הירושה, **ובתוס'** בהמשך דבריהם מבואר דמיייתי מדבר כהנא דאין חסרון לומר כן קודם שבא לידו, והא דמיייתי הך דרבא ודרב הונא דיכולה אשה לומר לבעלה וכו', כתבו תוס' דאיתי למימר באיזה נחלה מהני התנאי כגון בירושה דרבנן, והא דמהני רק בירושה דרבנן מבואר בגמ' דיכלה האשה לומר איני ניזונית ואיני עושה וטעמא דכיון דלטובתה תיקנו, וא"כ ה"ה הכא טעמא דמהני בעודה ארוסה הוא משום דתיקנו רק לטבתו ולכן אם אינו רוצה אינה מתנה, ובפשוטו היה נראה דזהו כסברת הרשב"ם ונמצא דכל הנדון של הגמ' הוא דהיכא שתיקנו רבנן תקנה דאינו זוכה היכא שהיא בע"כ, ועי' היטב בלשון תוס' בכתובות שמשמע כן, **אולם** צ"ב דתוס' הדגישו בתי' דאף למד"א אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם מ"מ הכא מהני, ואם זה כפשוטו כסברת הרשב"ם דבאופן שלא רוצה את מה שזיכו לו רבנן אינו זוכה אי"ז שידך אם הוא כבר בא לעולם או לא, ונראה לבאר דאע"פ דרבנן לא זיכו לאדם היכא שאין כאן זכות בשבילו ואם אינו רוצה לא זוכה מ"מ ס"ל לתוס' דרבנן רצו שיחול ע"י חלות מסוים ולא סתם בזה שאינו רוצה, ולכן הוצרכו תוס' לחדש דחל ע"י חלות סילוק ובהא אין חסרון של דבר שלא בא לעולם דל"ד לקנין דיש בו חסרון של דבר שלא בא לעולם, וגדר דין של סילוק מבואר בקצה"ח סי' ר"ט ס"ק י"א שהיה כאומר שלא יחול עליו דין של תקנת פירות, אולם יש להקשות דהרי מצינו לענין תקנת מזונות שיכולה לומר איני ניזונית ואינה נותנת לבעל מע"י בלא דין סילוק וא"כ אמאי הכא בעינן לדין סילוק, והיה אפשר לומר דאח"כ כדי לעקור התקנה אין צריך דין סילוק וכמו שמצינו בתקנת מזונות שיכול לומר איני ניזונית ואיני עושה, אלא שיש חידוש בין סילוק שלא תוכל לחזור בה דעוקרת התקנה לגמרי [ועי' בקצה"ח ר"ט שדן האם מהני חזרה מסילוק], ואפשר באופ"א דכל מה דמהני לומר א"א הוא רק לאחר שהתקנה חלה אבל קודם הנשואין לא מהני אלא רק בתורת סילוק ועי' בזה, [ויש לדון האם היש מפרשים שכתבו תוס' סברי דאין כאן תורת סילוק, אלא ס"ל כמש"כ הרשב"ם דרבנן לא תיקנו אם אינו רוצה ולכן לא פירש כר"י דהחידוש הוא דמהני אף כשלא בא לעולם, או דס"ל דיש כאן חלות של סילוק אלא דאין בה חידוש במה שמהני בדבר של בא לעולם].

ד. תוס' בא"ד. ואי"ת בלא רב כהנא וכו' ואפילו ר"מ לא פליג התם אלא משום דמתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל, ביאור קושיתם נראה דס"ל לתוס' שכל תנאי מהני מדין סילוק וא"כ הקשו מה חידש רב כהנא שאין בסילוק חסרון דדבר שלא בא לעולם הרי משנה מפורשת היא, ומבואר לפי"ז שהנדון אם מהני תנאי כנגד התורה אינו דוקא דין בתנאי אלא אף בסילוק כן ויבואר עוד באות הבאה, [ויש לפרש באופ"א דכונתם להקשות לפרי"ז שהנדון אם מהני להסתלק בדבר שלא בא לעולם, וקשה כמו שמצינו שמהני תנאי בדבר שלא בא לעולם א"כ אפשר להוכיח דמהני סילוק בדבר שלא בא לעולם מהתם].

ותי' תוס' דהתם מדין תנאי הוא אבל הכא לא התנה, וכונתם דבפרשת תנאים אינה חלות נפרד שמחיל שלא יחולו שאכ"ו, אלא שע"י התנאי יש כאן מעשה קידושין חדשים שחל קידושין בלא חיוב של שאר כסות, ולכן חל אף בדבר שלא בא לעולם משא"כ הכא בסילוק שהיא עשייה חדשה לכן בעי הגמ' להוכיח דמהני אף בלא בא לעולם, [ועי' מהרש"א ומהר"ם שהעירו דרב כהנא נמי אמר בלשון תנאי וא"כ מה ראייה לסילוק עיי"ש מש"כ].

ה. תוס' בא"ד. אבל בנחלה דאורייתא כגון שאומר דין ודברים אין לי בירושת אבי לא יועיל כלום, כונת תוס' דכיון דמבואר בגמ' דמהני הכא משום דרב כהנא ודרבא דיכולה לומר אי אפשי בתקנת חכמים והיינו דהיכא שתיקנו לטובתו אינו זוכה בה בע"כ, אבל במידי דאורייתא לא מהני סילוק ולא נתבאר בתוס' מה הטעם דלא מהני סילוק במידי דאורייתא.
ונחלקו בזה הקצה"ח והנת"מ, דהקצה"ח [ר"ט יא] הביא דהמהר"ח נסתפק בדעת התוס' אם מהני סילוק במידי דאורייתא, והכריע שם דלא מהני, והקצה"ח האריך שם דהך נדון אם מהני סילוק במידי דאורייתא תלוי אם מתנה על מה שכתוב בתורה בדבר שבממון תנאו קיים או תנאו בטל, דהוכיח מהגמ' לקמן קכו ע"ב שהנדון של מתנה על מה שכתוב בתוס' תנאו יים או בטל אינו רק

בהלכות תנאי, אלא בכל חלות שעושה כנגד התורה, שהגמי' להלן קכו ע"ב מבארת הא דקתני במשנה שם האומר פלוני בני לא ירשני לא אמר כלום דלא אתי כר' יהודה שסבר דמתנה עמש"כ בתורה בדבר שבממון תנאו קיים, והרי האומר פלוני בני לא ירשני לא הוה דרך תנאי אלא ע"כ שהנדון האם אפשר לעשות חלות נגד התורה תלוי בר"י ור"מ, וכן הוכיח מהא דמבואר במשנה בכתובות פג ע"א דרשב"ג סבר דלא מועיל להסתלק מירושה דאורייתא משום מתנה על מה שכתוב בתורה והרי התם הוא דין סילוק ומ"מ הוצרך לומר דלא מועיל מה"ט, ומוכח שא"י דין בתנאים דוקא, וכתב הקצה"ח שלפ"י צ"ל שכונת תוס' כאן דלא מהני סילוק בדאורייתא משום דקאי כמד"א דמתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל ואין חילוק בין תנאי לסילוק אלא כל חלות נגד התורה לא מהני, אבל למד"א תנאו קיים אף סילוק מהני, ולכן כתב שלהלכה דבדבר שבממון תנאו קיים אף סילוק מהני במידי דאורייתא, **אולם** הנתה"מ [שם סק"ו] חולק על הקצה"ח וכתב דמתוס' מבואר שלא כדבריו וכונת תוס' לומר שלכו"ע לא מהני סילוק כנגד דין תורה, ואף למד"א בדבר שבממון תנאו קיים לא מהני, אלא שלמד"א בדבר שבממון תנאו בטל ס"ל דכ"ש שבכה"ג תנאו בטל, ועי' בקו"ש אות ריב, [ע"ע מש"כ בנדון זה בכתובות נו ע"א].

ו. תוס' בא"ד. דאטו יש לה ליטול מזונות בעל כרחא דכשרוצה חוזרת בה, **מבואר** בתוס' דתקנת מזונות מתחדשת בכל יום ולכן אף בלא האי אפשי יכולה לומר שאינה רוצה לאכול מזונות, אלא דמהחויב של מעשה ידים אין יוכלה להסתלק אלא רק ע"י האי אפשי, וכונתם דמדבר הונא א"א ללמוד ענין זה דהתם מיירי שאומרת כן בשעה שהיא כבר נשואה ויש לה כבר את הזכות של מזונות דהוא בא לעולם ולכן התם לאו מדין סילוק הוא אלא שכיון שחכמים עשו תקנה לטובתה לכן יכולה לומר א"א בתקנה זו ולכן אינה נותנת מעשה ידיה לבעלה כיון שהיא לא לוקחת מזונות, ולכן א"א להוכיח משם דאפשר להסתלק בעודו ארוסה קודם שבא לעולם, ורב כהנא חידש דיש פרשה של סילוק ורק הגמ' הביאה מדברא על איזה דבר מהני סילוק דכיון שמצינו שכשתיקנו רבנן תקנה הוא הוא רק אם רוצה בתקנה לכן מהני סילוק אבל בדבר דאורייתא לא מהני סילוק וכמ"כ בע"א, מיהו יש לעיין אמאי הוצרך רב כהנא לדין סילוק דכמו שמצינו ברבא שיכולה לומר א"א בתקנת חכמים א"כ אמאי אין הבעל יכול לומר שאינו רוצה את הירושה ולא תיקנו לו ע"כ, וצ"ל דיש חידוש בדין סילוק שאין יכול לחזור בו דע"י הסילוק הפקיע את התקנה של ירושה ואה"נ אם יאמר שאינו רוצה סתם יוכל לחזור בו וכמש"כ תוס' לגבי מזונות אבל בחידוש של ר"כ של סילוק לא מהני חזרה, [ועי' בקצה"ח ר"ט שהביא שנחלקו בזה אי מהני חזרה מסילוק], ועי' באות ג' שכתבנו באופ"א דאפשר דלא מהני לומר אי אפשי קודם נשואין ורק מדין סילוק מהני ורק לאחר נשואין שיש כבר את התקנה יכולה לומר א"א.

ועי' בקו"ש [אות רי"ז] שכתב דכל מה שכתבו תוס' דכשרוצה חוזרת בה היינו דוקא הכא כיון שמיירי שהיא כבר נשואה וזכתה בזה, אבל בסילוק בעודה ארוסה היא סילוק גמור ואין יכולה לחזור, אולם נראה דלא תוכל להסתלק מכל חויב של מזונות כמש"כ תוס' בדיבור הבא דהיכא שמפקעת התקנה לגמרי לא מהני סילוק וכמש"כ שם. [ומיהו יש לדון לאחר החידוש של רב כהנא דמהני סילוק האם יכולה להסתלק לאחר נשואין מחויב של מזונות של מחר, דאע"פ שעדיין לא חל החויב מ"מ סיבת חויב כבר יש בשעת נשואין, ונפק"מ דהרי תוס' כתבו שיכולה לחזור בה וכ"ז כיון שאין כאן סילוק לכן יכולה לחזור בה, אבל היכא שנסתלקה לא תוכל לחזור בה, ועי' בבית יעקב בכתובות דף פג ע"א].

והנה עיקר מש"כ תוס' דאפשר לחזור בו ממה שהתסלק מהחויב של מזונות כתב בביאור הגר"א שנחלקו הראשונים בזה האם החויב של מזונות הוא בכל יום, וכן מבואר ברשב"ם [ד"ה כרב כהנא] שכתב דכיון דעקר תקנת מזונות ועי' בשו"ע אבה"ע"ז סי' ס"ט סעי' ד' שהביא ב' שיטות בזה, [ועי' מש"כ בכתובות מז ע"ב].

הערות וציונים פרק חחזקת הבתים

דף מט:

א. רשב"ם ד"ה וכדברא. אבל בנחלה דאורייתא כגון דין ודברים אין לי בירושת אבי כשימות לא יועיל התנאי אלא א"כ יתננה לאחרים בלשון מתנה, **התוס' רי"ד** תמה איך יוכל ליתנו לאחרים הרי מה שאירש מאבא מכור לך הוה דבר שלא בא לעולם.

ב. תוס' ד"ה יכולה. פירוש בקו' וכי קאמר איני מקבל וכו' והיה נראה לרשב"א להביא ראיה מדתניא פרקונה תחת פירות וכו', והיינו שפירות עיקר ולכן חייב לפדותה, **אולם** הרשב"ם עצמו כתב בהדיא "תיקנו פירות תחת פירקונה", ובעיקר מה שדיקו תוס' ברשב"ם דמשמע מדמהני סילוק הבעל מהפירות לענין שלא יהא מחויב לפדותו, עי' בהגהות רא"מ הורביץ שכתב דאולי יש לגרוס ברשב"ם שאם אמר אני מקבל פרקונה תחת פירות וכו' ולא איני מקבל פרקונה תחת וכו' ונמצא דלא פליגי תוס' והרשב"ם.

ג. תוס' בא"ד. ועוד דלא דמי למזונות שיכולה לומר איני ניזונת ואיני עושה דהתם לא מפקעת תקנת מעשה ידיה לגמרי שאם אינה עושה ואינה ניזונת היום למחר תעשה ותהא ניזונת אבל התם מפקעת עצמה מהתקנה לגמרי, **מבואר** בתוס' דבמזונות מתחייב הבעל בכל יום ויום ולכן אף שנסתלקה היום למחר יכולה לחזור בה, אבל בתקנת פירות כיון שהיא שנסתלקה שוב אינה יכולה לחזור בה, עיין בית יעקב כתובות מז ע"ב שכתב שבתוס' בכתובות קו מבואר שאף במזונות אין יכול לחזור בו אלא שכתב דכונת תוס' שיכולה

להסתלק מחיוב מזון ולאחר הזמן שוב תאכל מזונות ותתן לבעלה מעשה ידיה, אבל אם נסתלקה מהפירות לעולם לא תוכל לחזור בה שיוכל לפדותה.

ד. תוס' בא"ד. אי"נ שאני פירות משום דידו כיה וזוכה בגוף הקרקע, והיינו דכיון שכבר זכה מיד בנשואין זכות בקרקע לקבל פירות לכן לא אע"פ שתיקנו תקנה פירות לטובתה והשתא אינה רוצה מ"מ כיון שכבר זכה הבעל לא מהני הסילוק, [ואע"פ שהיו יכולים לתקן דאם אינה רוצה לא יהא לו זכות בזה ע"כ צ"ל שרצו לתקן שיועיל הסילוק לפי המצב של הזכות שיש לבעל בנכסי אשתו], ומשמע בתוס' דאם האשה תאמר קודם נשואין שאין רוצה תקנת פדיון לא יהא לבעל זכות בפירות דהשתא עדיין לא זכה הבעל בפירות וכן כתב באבני מלואים [סי' ע"ח סק"ב] שזהו החילוק בין ב' תי' הראשונים של תוס' דלפי סברתם אף קודם נשואין לא מהני הסילוק, וכ"כ בקו"ש [אות רי"ט].

ה. גמ' נחת רוח עשיתי לבעלי. פרשב"ם דלא דמי לתליוהו וזבין דאגב ואנסא גמר ומקני דהכא אינו אנוס כ"כ, ותמהו הראשונים דאדרבה אם אינו אנוס כ"כ כ"ש שיחול המקח, וביותר דהרי הכא הוה אונסא דנפשיה דמבואר בגמ' דכל מוכר חפציו הוה אונסא דנפשיה כדאמרין לעיל מז ע"ב דבכל מכירה אדם מוכר מחמת שצריך מעות ואינו שיד לנדון של תליוהו וזבין, והראשונים כתבו דהכא מיירי שלא נתן לה מעות לאשה ולכן לא גמר ומקנה אע"פ שאינה אונסה כ"כ, ועי' אבני"מ [סי' צ' ס"ק כ"ז] כתב דאע"פ שבאמת אינו אנוס כ"כ מ"מ אכן סהדי דאינה עושה כן אלא לאהבת השלום עם בעלה, והיינו דברור שאין לה השתא גמירות דעת לקנין אע"פ שאומרת שרוצה, וביאור דבריו שבכל תליוהו האונס הוא סיבה לגמירות דעת גמורה ואם אין אנוס כ"כ ע"כ דאית ליה גמירות דעת, אבל הכא יש סברא חדשה לומר שאין לו גמירות דעת.

דף נ.

א. גמ' היכא דזבין איהו ומית אתיא איהי ומפקא. ברשב"ם מבואר דלא בטל המקח עכשיו אלא שאם ימות תוציא האשה מיד הלקוחות ועוד מבואר שאם ימכור הבעל ואח"כ תמות האשה המקח חל דהבעל ירש אותה כשתמות, והראשונים חלקו עי' רשב"א שכתב דאם מכר הבעל מהשתא מקחו בטל וכ"כ בירושלמי ודימה להא דבן שמכר בנכסי אביו שאפילו אם מת האב הבן מוציא מיד הלקוחות, וטעמא דכיון שאין לבן רק קנין פירות לא מהני הקנין על הגוף אף לבסוף יזכה בגוף וה"נ הרי מחיים אין לו לבעל אלא פירות ולכן לא הוה בעלים על הגוף, ובדעת הרשב"ם נראה ברא"ש שהסברא היא דלא דמי למכר הבן שהרי מבואר בגמ' שיש תקנת אושא שאם מכרה האשה הבעל מוציא, וכיון שע"י תקנת אושא חשיב לוקח ממילא חל המקח אלא שאם מת הבעל נתבטלה מכירת הגוף, אולם הרא"ש ורבנו יונה כתבו דכה"ג שהבעל מכר המקח בטל מעיקרא משום כבוד ביתא, וכמו שמצינו שאם מכר הבעל נכסי צאן ברזל מוצאין מיד הלקוחות משום שבח בית אביה כ"ש בנכסי מלוג, ומשמע שמעיקר הדין אף הרא"ש מודה שהמקח קיים, ועי' אבני"מ צ' ס"ק כ"ב.

ב. גמ' א"נ דזבנה איהי ומתה הבעל מוציא מיד הלקוחות. פרשב"ם דתקנת אושא הוא שהבעל יחשב לוקח ראשון, ביאור גדר של תקנת אושא מצינו מחלקות גדולה בזה האם מכח התקנה רק לאחר שמתה האשה יש לו דין של לוקח ראשון, או שגם מחיים חשיב ללוקח ראשון, עי' בקצה"ח סי' קג סק"ט ואבני"מ צ' יב שהאריך טובא בזה, ועי"ש שכתב גדר חדש בזה ואכמ"ל.

ג. גמ' ואי בעית אימא אמימר כר"א. הרשב"ם פירש בעי"ב דכמו שסבר ר"א לענין יום וימים דבעינן כספו המיוחד לו ואינו יוצא לא לאיש ולא לאשה ה"נ לענין מכירה נכסי מלוג שניהם אינם יכולים למכרו, ומתני' דמשמע דראיה יש ע"כ דלא כר"א דמהני מכירת האשה, וקשה עיקר הדמיון של הגמ' דלכאורה יש לחלק בזה שלענין יום או יומים צריך בעלים ובזה שיד לומר דלא חשיב בעלים כיון שיש לו רק את הגוף או רק את הפירות, אבל לענין מכירה הרי מוכר את כל מה שיש לו ואם יש לו רק קנין פירות מדוע שלא יוכל למכרו, ועי' רשב"א שהקשה כן דלקמן במשנה קלו ע"א מבואר שבין בעל הגוף ובין בעל הפירות יכולים למכור מה שיש להם, ועוד הקשה באבני מלואים [סי' צ' סק כ"ו] דהא בקרא מפורש דאפשר להקדיש שדה מקנה בשעה שהיובל נוהג והרי בשעה שהיובל נוהג אין לו בזה רק קנין פירות, ועי' היטב באבי עזרי [פכ"ב מאישות] שהאריך לבאר ענין זה.

ומצינו בראשונים ביאור אחר בסוגיא עי' ביד רמה [אות קצג] ובר"י מגא"ש שכתבו שכונת הגמ' לומר טעם אחר בדברי אמימר מדוע לא מהני אם כל אחד מוכר בפני"ע דהיינו שאם הבעל מכר ולא האשה או להיפך האשה ולא הבעל דלאו משום תקנת אושא אלא המקח בטל משום סברת ר"א, אבל אף לר"א אם מכרו תרויהו חל המקח.

ד. רשב"ם ד"ה ואי בעית אימא. ומתני' רבנן דפליג עליה דר"א, כונתו דהרי הגמ' מדיקת במשנה דאין לאיש חזקה בנכסי אשתו הא ראייה איכא ולר"א כיון שא"א למכור אף ראייה לא מהני ולכן כתב דקאי כרבנן, וצ"ב אמאי הוצרך לכך הא בגמ' לעיל מבואר דמתני' מיירי שהבעל נסתלק מהפירות וא"כ ככה"ג אף האשה יכולה למכור ומ"מ חזקה ליכא שהיא אינה מקפדת אבל ראייה איכא, וכן כתב הריטב"א כאן דבמשנה אף ר"א מודה דכיון שנסתלק ראייה איכא, [ואפשר דהרשב"ם הבין דמתני' דקתני אין לה חזקה מיירי בכל גונא אלא דהגמ' מקשה פשיטא וע"ז משני דאיכא במשנה חידוש באופן שנסתלק, אבל כיון דמתני' מיירי בכל גונא א"כ הא ראייה קאי אף על אופן זה ולכן הוצרך לפרש דמתני' רבנן היא].

ה. תוס' ד"ה המוכר. משום דאין דרך למכור עבד כענין זה אלא משכיר אותו לעשיית מלאכה, כונתם דלא שיד הנדון דקנין פירות כקנין הגוף במשכיר ורק במוכר לפירות ואין דרך למכור עבד לפירות לכן קתני מכור עבד ושייר בו זכות השתמשות ל' יום, וכתב **בקובץ הערות** [סי' נג] שמבואר בתוס' דשכירות אינו קנין פירות אלא שהוא קנין שיעבוד דהיינו שיש לו זכות על הבעלים שיתן לו הפירות, והוכיח כן מהא דאיתא בריש מסכת ביכורים שכירות אינה חייבת בביכורים אע"ג דבקנין פירות למד"א כקנין הגוף דמי חייב בביכורים כדאיתא בהשולח, אלא ע"כ דשכירות אינו קנין פירות, [אמנם הרמב"ן והרמב"ם חלקו ע"ז וס"ל דאף שכירות הוא קנין פירות וע"י באבי עזרי פ"ו משכירות מש"כ לישב הקושיא מביכורים ואכמ"ל, וע"י מש"כ באריכות ב"מ צו ע"ב].

ו. תוס' ד"ה קסבר. דאי דריש תחתיו ה"נ כתיב כספו ומנלן דתחתיו טפי מכספו, כתב מהרש"א דכן צ"ל לר' יהודה דס"ל קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי דלא דריש קרא דתחתיו וכספו, אלא שהקשה מהרש"א א"כ אמאי הגמ' אומרת דלר' יוסי מספקא ליה אם קנין פירות כקנין הגוף הוה ליה למימר דסבר ר"א דדרשינן כספו ותחתיו ולכן שניהם בדין יום או יומים, ויש להוסיף שתוס' אח"כ מקשים מהסוגיא ב"ק דמבואר לענין יציאה בשן ועין שאף אם קנין פירות כקנין הגוף דמי מ"מ אין יוצא לאיש, ולכן הקדימו תוס' הקדמה זו דלא תימא דטעמא הכא דדרשינן תחתיו ללמד דקנין פירות כקנין הגוף, אלא דלא דרשינן מקרא אלא דנחלקו בדין האם אמרינן קנין פירות כקנין הגוף או לא.

ז. תוס' בא"ד. אי"נ דלא דמי קנין פירות דבעל שלא היה לו בגוף כלום מעולם לקנין פירות דמוכר עבדו, וקשה דהא מצינו דמוכר שדהו לפירות מביא ביכורים וקורא אע"פ שלא היה לו בגוף מעולם, ואפ"ל דכונת תוס' הוא שדוקא לענין שן ועין ודין יום או יומיים אמרינן הך סברא דהתם דבר זה תלוי בדין אדון ודין אדון הוא רק כשאין עוד אדון, אבל לענין ביכורים צריך שיהא לו קנין הגוף ולכן כיון שקנין פירות כקנין הגוף דמי סגי בהכי, אולם ע"י בתוס' ב"מ צז ד"ה דמשמע מדבריהם דלר"י דסבר דקנין פירות כקנין הגוף מהני אפילו בדבר שלא היה שלו מעולם עיי"ש.

ע"ע תוס' יבמות לו ע"ב שכתב סברא אחרת לחלק בין קנין פירות דבעל לקנין פירות דעלמא ז"ל דאין לבעל פירות אלא בתקנתה לכן לא דמי לכל קנין פירות, ואפשר דכונתם ע"פ מש"כ **באור שמח** [הלכ' רוצח פ"ב הט"ו] דיש חילוק בין קנין פירות של בעל לכל קנין פירות, דקנין פירות של הבעל אינו קנין אלא הוא זכות אכילה ולכן לא שיד לומר בזה קנין פירות כקנין הגוף עיי"ש בכ"ד.

דף נ:

א. תוס' ד"ה וספק נפשות להקל. ואין נראה דבלו הכי לא קטלי מספיקא דאפילו ממונא לא מפיקין מספיקא, הנה תוס' דימו דכמו שבממון איכא חזקת ממון ה"ה בנפשות האדם מוחזק בעצמו וא"א להרוג אותו מספק בלא ראייה, ע"י **קו"ש** [אות רכג] שכתב שנחלקו בסברא זו אם בנפשות חשיב הוצאה ממוחזק התוס' ריש המניח עם התוס' בסנהדרין, שהתוס' בהמניח כז ע"ב כתבו לחלק בין ממון לנפשות, דבממון אין הולכים אחר הרוב כיון שיש חזקת ממון אבל בנפשות ליכא חזקה ואזלינן בתר רובא, ומבואר דבנפשות ליכא הך סברא דמוחזק, אבל תוס' בסנהדרין ג ע"א כתבו חילוק אחר בין נפשות לממון לענין רוב, וע"כ שתוס' התם ס"ל דאף בנפשות איכא מוחזק דהאדם מוחזק בעצמו, והרשב"ם כאן אזיל כתוס' בריש המניח דבנפשות לא חשיב מוחזק, **וטעמא** דמילתא כתב בקו"ש [ח"ב בקו' דברי סופרים סי' ה] דדין מוחזק מצינו רק לגבי ממון שהנדון התם הוא כלפי חברו אם מחויב ליתן או לא וע"כ כשהוא מוחזק א"א להוציא בלא ראייה, אבל בנפשות הנדון הוא כלפי שמיא האם מחויב בעונש מיתה והתם ל"ש לומר שהוא מוחזק בעצמו שלא לחייב התם מיתה.

אמנם הקשה בקובץ שיעורים דאמאי לא כתבו תוס' טעם פשוט יותר דא"א להרוג מספק דשמא עובר כאן על איסור רציחה, וכמו שאין מביאין קרבן מספק דחשיב חולין בעזרה, וזה בעצם קושיא נמי לרשב"ם אמאי בעינן קרא דהוצילו העדה הא מספק א"א להרוג, ובקו"ש שם כתב דאיכא כמה נפ"מ בזה חדא לענין שור הנסקל דכמיתת בעלים כך מיתת השור והתם בספק ל"ש איסור רציחה ורק משום והצילו העדה, ועוד כתב לענין מש"כ רש"י ב"ק לה ע"א דבספק חיוב מיתה אין קלב"מ דלא חשיב מחויב מיתה, ואם הוא רק מכח הספק היה הדין שפטור מהממון בספק, וגלי קרא דאינו מחויב מיתה ולכן אין פטור של קלב"מ.

הערות וציונים פרק חזקת הבתים

דף נ:

א. גמ' והאמר רב אין מחזיקין בנכסי אשת איש. הרשב"ם פ"י משום שיכולה לומר סמכתי על בעלי שימחה, ולכאורה הטעם משום שיש לבעל זכות אכילת פירות לכן מותר לה לסמוך על הבעל שימחה, ובהמשך מבואר ברשב"ם עוד סברא שיכול לומר הייתי סבורה שהבעל מכר לך זכות אכילת פירות שהיה לו בקרקע שלי ולכן לא חששתי למחות, ומשמע שכל הטעם שיכולה לסמוך על הבעל משום שיש לו חלק בזה, אבל אם אין לו חלק אין יכולה לסמוך עליו וכן מבואר בתוס' שכתבו שאף אם כתב לה דו"ד אין לי בנכסיד יכולה לסמוך על מחאתו משום שהוא יורש אותה, אולם הבית שמואל אבה"ז סי' פז הביא שברשב"א משמע שאף בכה"ג שאין לבעל זכות בנכסי אשתו מ"מ היא סומכת אליו שהוא יעשה מחאה והיינו שהבעל חשיב כאפוטרפוס על נכסי אשתו.

ב. גמ' והאמר רב נחמן אין חזקה לנזקין. פרשב"ם דבכה"ג שמזיק את הקרקע אין כאן חזקה דיכול לומר לו כיון דלא החזקת כדמחזקי אינשי לא חששתי למחות, והך ענינא דליכא חזקה היכא דלא החזיק כדמחזקי אינשי מצינו כמה פעמים בפרקין, לעיל כט. דבעינן שיחזיק ג"ש רצופות כדמחזקי אינשי ורק באתא דמוברא באגי איכא חזקה אף בג"ש מפוזרות דהתם הוה מחזקי אינשי

כה"ג כמש"כ הרשב"ם שם, ולעיל לו. בהחזיק מגודי דערוזי ולבר, דהיינו בקרקע מחוץ לשדה שהחיות אוכלת משום לא הוה חזקה פרשב"ם דלא אחזיק כדמחזקי אינשי, וכן לו: בהחזיק עשרה אילנות בפחות מבית סאה פרשב"ם דלא הוה חזקה דדמי ליער ולא החזיק כדמחזקי אינשי, ולעיל מא ע"ב כתב הרשב"ם ג' לקוחות מצטרפין בשטר דבלא שטר יכול המוחזק לומר לא אחזק כדמחזקי אינשא ולכן לא מחיתי.

ג. גמ' אימא אין דין חזקה לנזקין. הרשב"ם פירש דהכונה דאין דין חזקה ג"ש אלא היה צריך למחות מיד כיון שהוא מפסיד את קרקעו, ובזה האשה היתה ג"כ צריכה למחות, וטעמא כתב הריטב"א דהוה כדלי ליה לצנא ופרי דלאלתר הוה חזקה, דהיכא דאיכא ראיא גדולה יש חזקה מיד, וכן כתב בקצה"ח [סי' קלה] לגבי עבד קטן המוטל בעריסה דאיכא חזקה לאתר כיון דאיכא ראיא גדולה, והא דליכא טענה של אחוי שטרך צ"ל כמש"כ הקצה"ח שם דהיכא דאיכא ראיא גדולה אין טענה של אחוי שטרך דהרריה עדיפא מהריעותא דאחוי שטרך, והיינו דאף לפי דעת הרמב"ן דבכל חזקה ג"ש איכא ראיא מיד מדלא מיחה ומ"מ איכא טענה דאחוי שטרך התם ה"ט דאינו ראיא גדולה כ"כ כמש"כ הרמב"ן שם דהשתיקה אינו אלא רגלים לדבר שהוא שלו, אבל היכא דאיכא ראיא גדולה ליכא טענה דאחוי שטרך, [ועי' בחי' ר' ראובן סי' יא].

אמנם הרשב"א כתב דאין טענה של אחוי שטרך כיון שהלוקח בוטח בזה שאם לא ערער מיד שוב לא יערער וממילא הוא מאבד את השטר, ועיין ברשב"א לעיל כט ע"א שהאריך לבאר דטעמא דחזקה ג' שנים הוא משום שעד ג' שנים בני"א מקפדים ולכן הלוקח שומר את השטר עד ג' שנים, אבל לאחר ג' שנים שהדרך שלא להקפיד וסבור שהמרא קמא לא יבוא לערער יותר ממילא כבר אינו שומר את השטר, וכתב שם הרשב"א לבאר ע"פ זה הא דמבואר בסוגיין שאם חפר בורות לאלתר הוה חזקה, דכיון שכל הטעם שיש אחוי שטרך עד ג' שנים שהדרך של הלוקח לשמור השטר כיון שיועד שיוכל לערער אבל היכא שהיה צריך לערער מיד ולא ערער ממילא הו מאבד השטר מיד.

ד. והנה הרמב"ן ביאר כונה אחרת בגמ' דהא דקאמר מעיקרא והא אמר ר"ג אין חזקה לנזקין היינו כפשוטו במשתמש בשלו ומזיק בזה לחברו דכה"ג אין לו חזקה כיון שאין אדם עשוי להקפיד ולמחות על ענין זה וא"כ ה"ה הכא, ומשני אין דין חזקה לנזקין והיינו דבנזקין אין חזקה בג' שנים אלא לאלתר הוה חזקה דאין אדם רואה את חברו שמזיקם אותו ואינו מוחה ומדלא מיחה מחל, וכאן נמי כיון שהוא מזיק את הקרקע היה לו למחות מיד, אלא דמ"מ אין לו חזקה רק לאחר ג"ש שנים דכיון שבקרקע בעינן חזקה עם טענה יכול לומר לו אחוי שטרך, והיינו דהרמב"ן חולק על סברת הרשב"ם דהחזיק חשיב ראיא גדולה ולכך ס"ל דהוה כמו כל חזקה ג"ש דאיכא רגלים לדבר שמכר מדלא מיחה מיד אלא דאיכא טענה של אחוי שטרך.

וצ"ב איך אפשר לומר שיש לו חזקה הא מ"מ לא החזיק כדמחזקי אינשי ומ"ש מכל האופנים שהובא באות ב' שצריך להחזיק כדמחזקי אינשי וכמו שפסק בשו"ע סי' קמא, ועמד בזה ה"ט' בס"י קמ"ט סעי' ט', ועוד קשה דלחזקה ג"ש בעינן אכילת פירות והיכן יש כאן אכילת פירות שהרי הוא מזיק הקרקע שחופר בה בורות, [ואע"פ שאוכל פירות מדין בעל מ"מ כלפי הך אכילת פירות הוא אוכל בהיתר ואין ראיא מאכילת פירות אלו ול"ש להחזיק מכח זה], וכתב ה"ט' דהכא אע"פ שהוא קלקול לאשה דלא הוה שדה העשויה לבורות מ"מ לבעל הוה תיקון דמיירי בכה"ג שיש לו צורך להשתמש בהנך בורות, ולכן אין בזה חסרון שלא מחזיק כדמחזקי אינשי דאיכא נמי אכילת פירות, משא"כ בכל הציורים בגמ' דלא מחזיק כדמחזקי אינשי מיירי שהוא אינו אוכל כדרך כל העולם כלל.

והנה ביד רמה כתב כהרמב"ן דכונת הגמ' דאיכא חזקה לאחר ג' שנים, מיהו כתב היד רמה דכ"ז רק באופן שהגמ' העמידה קודם לכן את המשנה שכתב לה דין ודברים אין לי בנכסיד, דבכה"ג אין הבעל אוכל פירות לכן אע"פ שאין חזקה באכילת פירות לבד שהיא מוחלת לו ואינה מקפדת מ"מ אם גם הזיק את הקרקע איכא חזקה, אבל אם לא כותב לה דין ודברים דאוכל פירות מדינא בכה"ג ליכא חזקה אע"פ שהוא מזיק את הקרקע, וטעמא דמילתא משום דבכה"ג אוכל פירות מדינא א"כ נמצא שאין כאן אכילת פירות בקרקע ורק מזיקו ובכה"ג אין כאן חזקה, ורק בכה"ג שמדינא אינו אוכל פירות יש כאן חזקה מכח אכילת פירות ומחמת החפירה וההיזק לקרקע אבל כל דבר בפני עצמו אינו סיבה לחזקה, ולפי הרמ"ה ל"ק מה שהקשנו איך מהני חזקה כשהוא מזיק את הקרקע הרי ליכא אכילת פירות דכיון שכתב דין ודברים נמצא שאין לו זכות של אכילת פירות ולכן אית ליה חזקה באכילת הפירות, ומבואר מדבריו הרמ"ה דלא כה"ט' שכתב דבחפירת הבור שהוא מזיק את הקרקע יש אכילת פירות אלא לדבריו בחפירת הבור אין כאן אלא מעשה מזיק, אלא דכיון שהבעל אינו אוכל פירות מדינא בכה"ג יש חזקה באכילת הפירות וכונתו דמכיון שגם מזיק את הקרקע בכה"ג אינה מוחלת לו על אכילת הפירות והיתה צריכה למחות ולכן איכא חזקה, [ועי' בחזו"א אבה"ע סי' ע"ד אות טז שביאר כן כונת הרמ"ה].

ועי' בטור [סי' קמט] שהביא דעת הרמ"ה וכתב שאינו נראה כן אלא אף באופן שלא כתב לה דין ודברים נמי איכא חזקה בכה"ג, וטעמא דמילתא צ"ל כמש"כ ה"ט' דבחפירת הבורות איכא אכילת פירות ולכן אע"פ שאוכל מדינא יש כאן עוד אכילת פירות שמחייב מחאה דאינו רק מעשה מזיק, ועי' בנתה"מ [קמ"ט סק"ב] שביאר כמש"כ, והוסיף דהחידוש של הגמ' דאיכא חזקה בכה"ג אינו דוקא בבעל אלא בכל גוונא אע"פ שאם מזיק את הקרקע אין לו חזקה מ"מ היכא שאכילת הפירות היא ע"י מעשה שמזיק את הקרקע אית ליה חזקה.

ה. **בעיקר** מש"כ הטור דאף היכא דלא כתב דין ודברים איכא חזקה לבעל בחפר בור כ"כ הסמ"ע בדעת הרמ"א, הקשה **הקצה"ח** [קמט ד'] דהרי מבואר בשו"ע אבה"ע דיש זכות לבעל לבנות ולהרוס בקרקע שהוא אוכל פירות, וא"כ אמאי אית ליה חזקה כמו שבעצם אכילת הפירות אין לו חזקה א"כ ה"ה נמי במה שחופר בורות, וכתב בקצה"ח דאפשר שזהו טעמו של הרמ"ה שביאר דמייירי הכא שכתב לו דין ודברים ובכה"ג אין לבעל זכות להרוס את גוף הקרקע ולכן אית ליה חזקה אבל בלא"ה לא, ועי' בחזו"א [אבה"ע"ז סי' עד אות טז] מש"כ לדון דאין לבעל זכות לקלקל את עצם הקרקע ודלא כמו שהבין בקצה"ח.

ו. **גמ' ואי בעית אימא כגון שאכלה מקצת חזקה בחיי הבעל וג' שנים לאחר מיתת הבעל**. הרשב"ם פירש דהחידוש הוא דאע"פ שבעלמא היורד לקרקע באופן שאין לו חזקה אינו נאמן כמו שמצינו באריס ואומן, מ"מ הכא כיון שמעיקרא ירד ע"ד שמא תמות האשה ויהא שלו ע"כ נאמן לומר שקנה מהאשה דלאחר מיתת הבעל הוה כמו שיורד מחדש לקרקע, **והרשב"א** ביאר דדוקא בירד ברשות אין צריכה למחות אבל הכא ביורד לנכסי אשת איש לא חשיב יורד ברשות, דהרי הכא באמת היתה האשה צריכה למחות בפני המחזיק, אלא שהיא סמכה על בעלה דהוא היה צריך למחות לכן מיד שמת הבעל מוטל עליה חובת מחאה, ועי' בריטב"א שכתב כן והוסיף דחשיב כאילו שהבעל מיחה בחייו, ועי' ברמב"ן שביאר באופ"א.

ז. **תוס' ד"ה במאן אילמא באחר**. ונראה דמ"מ סומכת עליו כיון שאם מתה ירשנה, מבואר בתוס' דמועיל מחאתו של בעל כיון שיש לו זכות בקרקע אם תמות, ויש לעיין הרי עכשיו אין לו זכות ממונית בקרקע וא"כ אמאי לא הוה כמו מחאה של אדם אחר שאינו בעל הממון, ואפשר דהכונה בזה דחשיב כאילו שהאשה מינתה את הבעל במקומה שיוכל למחות ולכן אע"פ דבדיני ממון אין לבעל עכשיו שם וזכות בקרקע מהני המחאה, ועיין, ועי' **בקצה"ח** [קמ"ט ג] שהקשה אמאי הגמ' לא מעמיד הא דאמר רב א"א צריכה למחות באופן שהבעל סילק עצמו מהירושה וכה"ג אם החזיק בה אחר צריכה למחות, וכתב דרב סבר בריש פרק הכותב כרשב"ג דלא מהני סילוק מירושה, ועי' שם שהביא דהב"י כתב דהאשה סומכת על הבעל אף באופן שנשתלק מהירושה לגמרי, והיינו שנותנת לו כח למחות אע"פ שאין לו זכות בקרקע כלל.

הערות וציונים פרק חזקת הבתים

דף נא.

א. **ולא לאשה חזקה בנכסי בעלה פשיטא**. הקשה במהדורא בתרא אמאי לא מתרצת הגמ' כדלעיל מט ע"א בהא דאין לאיש חזקה בנכסי אשתו דמייירי באופן שנשתלק וכתב לה דו"ד אין ליה בנכסיד, וה"נ י"ל דמייירי בכה"ג שאומרת לו איני ניוזנת ואיני עושה ובכה"ג מחדשת המשנה שאע"פ כן אין לה חזקה, וכתב לישב שהרי תוס' כתבו לעיל שאע"פ שאמרה כן הרי יכולה לחזור בה, ולכן אין לה חזקה שהרי יתכן שחזרה בה וא"כ מחויב ליתן לה פירות וא"כ פשיטא דלא הוה חזקה.

ב. **גמ' שמעת מינה המוכר שדה לאשתו קנתה ולא אמרינן לגלויי זוזי הוא דבעי**. נראה להקדים מה שנחלקו הראשונים לקמן בע"ב האם אשה נאמנת לטעון על מעות שבידה שהם שלה ואין לבעל זכות בזה, כגון שנתנו לה ע"מ שאין לבעלה רשות בה, או דהאשה אינה נאמנת אלא הבעל נאמן לטעון שהמעות הם מע"י ידיה או מציאתה והם שלו או שלכל הפחות הם נכסי מלוג ויש לו בזה זכות אכילת פירות, **דעת** תוס' לקמן [ד"ה קבל] וכן דעת הרשב"א דהאשה נאמנת לטעון על ממון שבידה שקיבלה אותם ע"מ שאין לבעל רשות בו, אבל הרמב"ן חולק וסבר דלעולם אין לאשה נאמנות לטעון כן, אלא כל ממון שתחת ידה בחזקת הבעל דאמרינן שהוא נכסי מלוג שהגוף שלה ובעל אוכל פירות, וטעמא דמילתא כתב הרמב"ן דכיון שתיקנו נכסי מלוג משום איבה אם תוכל לטעון על מעות שהם שלה איכא איבה, **אמנם** כתבו תוס' שם דהיכא שתפס הבעל מהאשה שוב אינה יכולה להוציא מידו, והיינו דלאחר שתפס וטען שהיא לקחה משלו הרי הוא בחזקתו, אבל הרמב"ן חולק ע"ז דאף לאחר שיתפוס משלה אינו נאמן לומר שגזלה אלא ישאר בזה דין נכסי מלוג שהוא רק אוכל פירות, [ומשמע בתוס' דמהני תפיסת הבעל אפילו בעדים, ועי' בחזו"א חו"מ ליקוטים סי' ה' אות ז' שביאר טעמא דמילתא, ועי' בקו"ש אות ר"נ, ולהלן יתבאר כל הך ענינא].

והנה הרשב"ם פי' טעמא דלגלויי זוזא דהבעל חושש שמא הטמינה מעות ממנו ורוצה לגלותם ולכן לא קנתה דלית ליה דעת קנין ולא גמר להקנות לה, והנה למבואר בתוס' דלאחר שתפס הבעל נאמן לטעון שהם שלו, אי"ש דאיכא אומדנא דאין לו דעת להקנות השדה כלל אלא רוצה להוציא מעותיו מידה ולכן אין כאן קנין, [ונראה דאין כאן חסרון של דברים שבלב די"ל דרוב מעות שביד האשה הם של הבעל לכן איכא אומדנא גמורה שלא היה לו גמירות דעת להקנות דרך רצה להוציא המעות מידה], אולם נראה דאף לדעת הרמב"ן דאף לאחר שתפס המעות יש לבעל בזה רק קנין פירות, [ועדיין יכולה לקנות השדה ע"י מה שנותנת לו את הגוף] מ"מ אפ"ל דהבעל רוצה את הקנין פירות וממילא לא גמר להקנות את השדה כלל.

אמנם הרמב"ן והר"ן ביארו באופ"א דלאו משום שאין לו דעת קנין, אלא דהבעל סבור דהנך מעות הם ממעשה ידיה או ממצאתה וסבור שהם שלו והאשה לקחה אתם וממילא טוען שאין כאן כסף לקנין דהכסף הוא שלו, והקשה הרמב"ן הרי אשה נאמנת לומר על הכסף שיש לה שהם נכסי מלוג ואף אם תפס הבעל אין לו בהם רק קנין פירות וא"כ יש כאן כסף לקנין דבקנין הגוף של האשה יכול לקנות, וכתב הרמב"ן דכיון שהבעל טוען שהיא גזלה מעות שלה לכן אע"פ שאינו נאמן מ"מ כיון שלפי דבריו הוא סבור שאין

כאן מעות קנין הלכך בטל מקח, [וצ"ב דלשון הגמ' הוא לגלוי זוזי הוא דמשמע דמטרת המכירה היא לגלות את הכסף, וצ"ל דכונת הרמב"ן דכיון שהוא סבור שהוא כסף שלו ממילא אין לו דעת להקנות בכסף, והיינו דאע"פ שיש לו דעת על עצם המכירה מ"מ ע"י כסף אין לו דעת להקנות, וזהו לשון 'לגלוי זוזי' דאינו רוצה להקנות בכסף מחמת שסבור שהוא שלו], והוסיף הרמב"ן דמאן דחולק וסבר דלא אמרינן לגלוי זוזא סבר דכיון שלקח ממנה המעות ע"כ שיש כאן הודאה של הבעל שהכסף אינו שלו אלא שהיה שלה וממילא חל המקח.

יש לדון לפי דעת תוס' שהאשה נאמנת לומר שהוא כסף שלה לגמרי האם למד"א לא אמרינן לגלוי זוזי אנו אומרים שיש כאן הודאה גמורה שזה מעות שלה, או"ד דאין כאן הודאה שזה כדבריה שהם שלה, אלא שכל ההודאה של הבעל היא שזה לא מעות שלו, והיינו דאע"פ שכתבו תוס' שאם תפס הבעל הוא מוחזק בזה מ"מ הוא מודה שאינו שלו, אבל י"ל דאין למעות דין שהם של האשה לגמרי אלא שדין המעות הוא דהוה כנכסי מלוג, והטעם דכל מה דמהני הטענה שלה רק כשהוא אצלה אבל כשאנו רואים מעות אצל הבעל אנו אומרים שזה נכסי מלוג, אבל מ"מ קנין יש כאן על הקרקע דהגוף שלה, ונמצא דלמד"א לגלוי זוזי אמרינן אין כאן מכירה כלל דנאמן לטעון שזה שלו, אבל למד"א לא אמרינן אינו נאמן לומר הכי שזה מעות שלו, אבל מ"מ אין כאן הודאה שזה מעות של האשה אלא זה בכלל נכסי מלוג, **והנה** בתוס' בע"ב [ד"ה לא] כתבו שבעד שהדין הוא דמה שקנה עבד קנה רבו, לכן ל"ש למד"א לא אמרינן לגלוי זוזי שהעבד יקנה דל"ש שיהא לעבד מעות שלו, וצ"ע מדוע הרי להצד דלא אמרינן לגלוי זוזי ע"כ שיש הודאה שזה כסף שלה וא"כ בעבד נמי יש הודאה שזה כסף שלה ואמאי אין כאן מכירה, אלא מוכח שאף למד"א לא אמרינן לגלוי זוזי אין כאן הודאה שזה כסף שלה ולא שההודאה שזה לא שייך לאדון אבל דין הכסף הוא לפי הסתמא של הדבר ולכן בעבד הסתמא שזה של האדון ע"כ אם הכסף בא לידו ל"ש כאן קנין, וכל מה שבאשה אנו אומרים שיש כאן מקח כיון שבאשה יש גם נכסי מלוג שהגוף שלה וזה הסתמא של כל הממון של האשה, ולכן אע"פ שאין כאן הודאה שזה שלה לגמרי ומודה שאינו שלו לעולם אזלינן בתר הסתמא וכיון שהסתמא שזה נכסי מלוג חל המקח, ולהלן בתוס' ע"ב [ד"ה ברם] מבואר דביארו באופ"א ויבואר שם.

ג. גמ' א"ל דל זוזי מהכא ותקני ליה בשטרא. לרשב"ם ותוס' נרא שקושיית הגמ' היא שבמקום שיש כתיבת שטר אין סברא לומר דלא גמר ומקני אלא כונתו להקנות ע"י השטר, אולם הרמב"ן והר"ן מפרשים ע"פ דרכם דהסברא דלגלוי זוזא הוא רק שאין כאן כסף קנין, אבל מ"מ דעת לקנין יש כאן ממילא מקשה הגמ' דאע"פ שאין כאן כסף מ"מ כיון שכתב לו שטר יש לו במה לקנות ויקנה ע"י השטר.

והנה ברשב"ם מבואר דהיכא דכתב שטר לא אמרינן לגלוי זוזי הוא דמכון דמה רוח יש לו בכתיבת השטר אלא ודאי דגמר ואקני, וכתב הרשב"ם דאין סברא לומר דע"י כתיבת השטר היה בדעתו לגלות המעות דכ"כ לא מסיק איניש אדעתא, ונראה מדברי הרשב"ם שאע"פ שכתב את השטר קודם נתינת הכסף ליכא סברא דלגלוי זוזי, **אולם** התוס' [ד"ה דל] חולקו על הרשב"ם וס"ל דאם כתב את השטר קודם ואח"כ נותן דמים אכתי איכא למימר לגלוי זוזי הא דבעי, וכל סברת הגמ' היא רק משום שיש סיבה נפרדת לכתיבת השטר, שתוס' ביארו דכל הסוגיא מיירי במקום שכותבים שטר וכיון שכתב שטר לאחר נתינת המעות ע"כ אמרינן שיכול לקנות ע"י השטר, [והנה בדעת הרשב"ם שאין סברא לומר שכתבת השטר בשביל לגלוי זוזי א"כ כה"ג שכתב שטר קודם נתינת המעות יש לדון האם כונתו שאין כבר הסברא של לגלוי זוזי כלל וממילא אפשר לומר שיקנה בכסף, או שכונתו שהקנין יהא רק בשטר, ומלשון הגמ' מבואר שהקנין חל ע"י השטר, וצ"ל דכל סברת הרשב"ם דהיכא שיש שטר יש הוכחה שלא רצה את המעות בשביל לגלוי זוזא הוא רק היכא דע"י השטר בעצמו יכול לקנות, דאמרינן דמזה שהוצרך לעשות חוץ מהכסף ג"כ שטר ע"כ לגלות שאינו רוצה את המכירה רק בשביל לגלוי זוזא דאל"כ לא היה צריך לכתוב שטר, [ואת"ל שכן רצה לגלוי זוזי מ"מ יש כאן קנין ע"י השטר], אבל אם שטר לבד לא קונה רק ע"י כסף בזה יש לפרש שמה שעשה את השטר הוא כיון שרצה למכור בשטר ורק כיון ששטר לא קונה הוצרך לקבל כסף וכיון שיש סברא של לגלוי זוזי יש לפרש שכונתו במכירה בשביל לגלוי זוזי ואם כן אין נתינת דמים וא"א לומר דכיון שכתב שטר ע"כ שלא רצה לגלוי זוזי.

וכתבו הראשונים בשם בעל העיטור דמוכח מכאן דשטר ראיה מהני לקנין דהרי לפי תוס' כתב את השטר לאחר נתינת המעות ומקשה הגמ' דל זוזי ותקנה בשטרא ואפשר דמיירי שנוסח השטר הוא של ראיה, ועי' בריטב"א מש"כ לדחות דבעינן נוסח של הקנאה ולא סגי בנוסח של ראיה ע"י"ש.

ד. גמ' ולא איתמר עלה אמר שמואל ל"ש אלא בשטר מתנה אבל בשטר מכר לא קנה עד שיתן לו דמים. הקשה הרמב"ן למבואר בתוס' דמיירי שנתן לו דמים ואח"כ כתב השטר ואין יכול לקנות ע"י הדמים דאמרינן לגלוי זוזי קא מיכון א"כ אמאי לא יקנה ע"י השטר כיון דבזה שכתב שטר ע"כ לשטר מתנה מכון, וכתב הרמב"ן דכיון שמתכון לגלוי זוזי לא מכון ליתן מתנה לאשתו אלא שהוא רוצה בתורת מכירה.

ה. תוס' ד"ה ולמה. וקאמר אפי' שכותב מכורה במתנה ביקש ליתנה לו והא דכתב בלשון מכר כדי ליפות כוחו דמקבל עליו אחריות, הקשה **מהרש"א** א"כ לעולם כל שטר מכר אמאי אמר שמואל דלא קנה עד שיתן דמים הא אפשר דהוא שטר מתנה וכתב כן ליפות את כוחו, וכתב דע"כ שמואל מיירי כשידעינן בבירור ע"י עדים דהיה כאן מכירה ולא מתנה.

ו. **גמ' לוח מן האיש וחזר ולוח מן האשה וגירשה אין להן עליו כלום וכו'.** מכאן הוכיחו תוס' בע"ב שאם הבעל חטף מהאשה נאמן לטעון שהוא שלו והאשה גנבה ממנו אינו רק נכסי מלוג שיש לו זכות אכילת פירות, וקשה לדעת הרמב"ן דלעולם האשה נאמנת לומר שהוא נכסי מלוג א"כ ואין לבעל אלא זכות של אכילת פירות א"כ אמאי אין צריך ליתן לאשה בנתגרשה את הנכסי מלוג, ורבנו יונה והרשב"א כתבו דמייירי הכא שהאשה טוענת שמא והבעל טוען ברי וכל מה שאין לבעל זכות אלא נכסי מלוג אלא היכא שהאשה טוענת ברי, ועי' ברמב"ן בע"ב שעמד בזה ונראה שג"כ כתב כן וז"ל הכי קאמר אין יכולים לומר הואיל ושעבדת עצמך ונטלת בתורת הלואה הרי נתחייבת משום דקים לך לגלויי זוזי הוא דעבד ולא ניחא ליה לשוויי נפשיה עבד עבדיו, אבל אם טענה האשה דשלה הם אם אינה נושאת ונושנת בתוך הבית הדין עמה עכ"ל, ונראה דכונתו דהאשה אינה טוענת ברי אלא אומרת דכיון ששיעבד עצמו לשלם ונטל בתורת הלואה חייב, דאם טוענת ברי הוא שהוא נכסי מלוג חייב לשלם לה אם נתגרשה וכמש"כ, ועי' בחידושי ר"ן.

ז. **שאני התם דלא ניחא ליה להוי עבד לוח לאיש מלוה.** פרשב"ם אגן סהדי דשום אדם לא יהא ברצונו עבד לוח אם יכול ליפטר בשום ענין, צ"ב מה הסברא בזה אטו לא יתכן שאדם נזקק להלואה, והרמב"ן ור"ן משמע דרק הכא אמרינן הך סברא דאינה רוצה האדון להיות עבד לעבדו וכן איכא אומדנא שאין הבעל רוצה להיות עבד לאשתו אבל בעלמא לא אמרינן הכי, מיהו בלשון הרשב"ם משמע דבכל אדם אמרינן כן וצ"ב.

ח. **רשב"ם ד"ה לוח מן העבד.** וכתב לו שטר ושיעבד לו נכסיו וכן בדבור דאחרי זה כתב לגלוי זוזי דשיעבד לו נכסיו, צ"ב מדוע הוצרך הרשב"ם לפרש דשיעבד נכסים בלא"ה נמי איכא רא"י דאינו רוצה לחייב עצמו לפרוע החוב, ועוד דהרי בתי הגמ' הוא דלא ניחא ליה דלהוי עבד לוח לכאורה אינו תלוי בשיעבוד נכסים אלא הוא השיעבוד הגוף להיות מחויב לשני, ועי' באילת השחר.

ט. **תוס' ד"ה לוח.** גמר ומקנה לה לאחר שישתחרר, צ"ב מהכ"ת לומר שמקנה לה לאחר השחרור וכיון שעכשיו אינו חייב מדוע שיתן לה מתנות, ועוד צ"ב דכיון דהעבד השתא הוא תחת יד האדון ואין לו יד איך יוכל להקנות לו עכשיו, ואפשר דדבר זה תלוי בנדון מה שקנה עבד קנה רבו האם אית ליה זכיה והאדון זוכה ממנו או דאין לו כח זכיה כלל.

הערות וציונים פרק חזקת הבתים

דף נא:

א. **גמ' המוכר שדה לאשתו קנתה ובעל אוכל פירות.** בפשוטו כונת הגמ' דלא אמרינן לגלוי זוזי הוא דבעי ולכן המקח חל דהכסף ששילמה בו את המקח הוא שלה, וכתב הרשב"ם הטעם שהבעל אוכל הבעל פירות דלא גרע מנכסים שנפלו לה בירושה, וצ"ב מדוע הוצרך הרשב"ם לה"ט דלכאורה ממ"נ אם אנו תלויים דהמעות שהיו בידה היה מנכסי מלוג שהגוף שלה והבעל אוכל פירות א"כ אמאי הוצרך הרשב"ם לומא דהוה כירושה חדשה שנפלה לה הו"ל למימר כפשוטו דיש לקרקע אותו דין שהיה לכסף דבו קנתה את הקרקע, ואם הכסף היה משום שנתנו לה ע"מ שאין לבעלה רשות בה א"כ צריך ביאור אמאי הבעל אוכל פירות דכמו שבמתנה עצמה לא היה לה זכות ה"ה נמי במה שקנתה אין לה זכות, ולעיל הובא שנחלקו הראשונים האם האשה נאמנת לומר שהנכסים שיש לי קיבלתי מתנה ע"מ שאין לבעל רשות בו, ודעת הרמב"ן דאה"נ האשה אינה נאמנת לטעון כן אלא הם בחזקת נכסי מלוג וא"ש דהבעל אוכל פירות, אבל דעת תוס' [בד"ה קבל] שהיא נאמנת לומר שהם שלה וכן הוא דעת הרשב"א, וכל מה שכתבו תוס' דהבעל יכול לחטוף ולטעון שהוא שלו אינו אלא למד"א דאמרינן לגלוי זוזי, אבל אם לא אמרינן היא נאמנת לומר איזה בעלות יש לה על הממון וכמש"כ כיון שהבעל קיבל ממנה את הכסף הרי הודה לטענתה שהם שלה וא"כ קשה אמאי הבעל אוכל פירות הרי הם מעות שאין לבעלה רשות בה.

והבית שמואל [סי' פ"ה ס"ק כ"ז בסו"ד] שכתב דע"כ צ"ל דמייירי שהאשה אינה טוענת שנתנו לה ע"ד שאין לבעלה רשות בה אלא טוענת שהם נכסי מלוג ויש לבעל זכות של אכילת פירות, [אלא דלשון הרשב"ם צ"ב שכתב דלא גרע מנכסים שנפלו בירושה], ועי' בבית מאיר [סי' פ"ה סעי' י"א] שכתב יסוד חדש דהא דאין לבעל זכות במתנה שהאשה קיבלה ע"מ שאין לבעלה רשות בה אינו אלא במתנה עצמה אבל אם קנתה קרקע יש לבעל זכות של פירות בקרקע דזה דבר חדש ואינו ממון שהיה לה קודם לכן.

והנה בחי' הגרש"ש [כתובות סי' מ] כתב לבאר לפי"ז מש"כ תוס' [בד"ה לא ניחא] דבעבד אין חילוק בין לוח למכר דמה שקנה עבד קנה רבו, והקשה דאם לא לא אמרינן לגלוי זוזי ע"כ דהמעות הם של העבד וע"כ מייירי שנתנו לעבד ע"מ שאין לרבו רשות בו, וא"כ אמאי כתבו תוס' דאם מכר נמי אמרינן מה שקנה עבד קנה רבו דכיון שלאדון אין זכות בנכסים האלו משום שנתנו לו ע"מ שאין לרבו רשות בהם א"כ ה"ה במה שקנה תמורתם אין לו בו זכות, וכתב דע"כ רק בדבר עצמו שנתנו לו אין לאדון זכות בזה, אבל במה שקנה עם זה לא אמרינן הכי, ועי' באות ג'.

ב. תוס' ד"ה ברם. ועוד נראה לישיב פירוש ר"ת וכו', תוס' חידשו שלפי ר"ת הא דאמרינן בגמ' לעיל דאם לא אמרינן לגלוי זוזי הוא דבעי אין הכונה שיש כאן מקח גמור וקנתה הקרקע בדמים ששילמה, אלא דאף אם לא אמרינן לגלוי זוזי אם תקף הבעל הדמים הם שלו, אלא שסבר הך מד"א דמכיון שהוא אמר לה שימכור לה הקרקע כונתו ליתן לה הקרקע במתנה, [והיינו שהנדון האם אמרינן לגלוי זוזי או לא הוא האם כל מטרתו כאן במקח לגלות שיש לה זוזי ולא רוצה ליתן לה כלל את הקרקע או שאע"פ שרוצה לגלות המעות מ"מ כונתו ליתן לה הקרקע במתנה, ולפי"ז ביאר ר"ת שבעצם כיון שנותן לה הקרקע במתנה א"כ היה צריך להיות שהבעל לא יאכל הפירות והיינו דאמר רבי אבא ורב אבהו וכל גדולי הדור שלכן כתב את השטר בלשון מכר כדי ליפות את כוחו שיאכל פירות שיהא כמו נכסי מלוג, [והיינו שלא נתן לו את כל הקרקע לגמרי אלא ששיר לעצמו קנין פירות בזה].

והקשה מהרש"א על סברת ר"ת מהא דבעי הגמ' להוכיח מהא דלוה מן האשה דאין לו עליו כלום ובעי להוכיח מכאן דאמרינן לגלוי זוזי והרי לר"ת אף למד"א לא אמרינן לגלוי זוזי מודה דמהני תפיסה אלא דאמרינן שנותן הקרקע במתנה והרי התם ל"ש לומר הך סברא שרוצה ליתן לה מתנה, וכתב לישיב דהתם נמי צ"ל דשמה מתכון להתחייב לה בשטר שכתב לה כמו דאמרינן הכא שנותן לה הקרקע במתנה.

והנה בעיקר דברי ר"ת צ"ב הא דאמר רב הונא לעיל דהיכא שכתב שטר אף אם אמרינן לגלוי זוזי מ"מ איכא סברא דדל זוזי מהכא ותקני ליה שטרא, ומשמע דהנדון האם אמרינן לגלוי זוזי הוא האם יש כאן קנין ע"י הכסף, והרי למבואר בר"ת כל המחלוקת הוא בכה"ג שיש שטר והנדון האם קונה הקרקע במתנה, ונראה למבואר בתוס' לעיל שכל סברת רב הונא דדל זוזי הוא בכה"ג שכתב השטר לאחר נתינת דמים, אבל אם כתב השטר קטדן לכן למד"א דאמרינן לגלוי זוזי אין כאן מקח כלל, ולפי"ז צ"ל שלר"ת למד"א לא אמרינן לגלוי זוזי אף שכתב השטר קודם לנתינת הכסף אמרינן שנתכן ליתן שטר מתנה.

ג. גמ' לא קשיא כאן במעות טמונים כאן במעות שאינם טמונים. פרשב"ם דבמעות שאינם טמונים אין סברא של לגלוי זוזי, ועי' ברא"ש שהקשה בשם רבנו שמשון דאף במעות גלויים הרי הוא רוצה להוציאם מיד האשה, ותי' דבמעות כאלו אף אם תפס הבעל מוציאם אותו מידו, וכונתו כמש"כ התוס' [ד"ה קבל] שאע"פ שהאשה נאמנת לומר כ"ז שהמעות בידה שהם שלה מ"מ אם תפס הבעל אין מוצאין מידו ומיהו כ"ז רק במעות טמונים אבל במעות שאינם טמונים לא, וטעמא דמילתא י"ל כמש"כ הנמוק"י כאן דמעות כאלו ידוע הוא שהם של אשה שנתנו לה ע"מ שאין לבעלה רשות בה ולכן אם תפס הבעל אין מוצאין מידו ולכן ל"ש לומר בזה לגלוי זוזי, ועי' בטור ובפרישה סי' פ"ו שנסתפק האם רבנו שמשון בא לפרש דעת הר"י.

והנה לעיל באות א' הובא מש"כ בבית שמואל דלמד"א דלא אמרינן לגלוי זוזי הא דאוכל הבעל פירות הוא רק כשהאשה אומרת שהוא פירות של נכסי מלוג, וקשה דלפי מש"כ בנמוק"י דע"כ מעות שאינם טמונים היינו מעות שנתנו לה ע"מ שאין לבעל רשות בו וא"כ קשה אמאי הבעל אוכל פירות, וע"כ צ"ל כמש"כ הבית מאיר שרק במה שנתנו לה אין לבעל זכות של אכילת פירות אבל במה שקנתה הבעל אוכל פירות, והבית שמואל ע"כ יפרש דמייירי במעות כאלו שיודעים שיש לבעל בהם אכילת פירות.

ד. גמ' ת"ר אין מקבלים פקדונות לא מן הנשים ולא מהעבדים, קבל מן האשה יחזיר לאשה. הראשונים הוכיחו מכאן שהאשה נאמנת לטעון על נכסים שברשותה שהם שלה, אלא שנחלקו הראשונים איזה נאמנות יש לה, דעת תוס' מבואר דיכולה לומר שהם שלה לגמרי וע"כ כתבו תוס' דהיכא שאומרת שהם של אחר יש לה מיגו שיכולה ליתן לאחר.

דעת הרמב"ן שאין האשה נאמנת לומר שנתנו לה ע"מ שאין לבעלה רשות בה, אלא שנאמנת לומר שהם נכסי מלוג שהגוף שלה והבעל אכול פירות, וטעמא משום דאם נאמנת לומר שהם שלה לגמרי אתי לידי קטטה, וכתב הרמב"ן דאם באמת היתה האשה נאמנת לגמרי לומר שהיא שלה א"כ הא דאמרינן בהמשך שאם אמרה בשעת מיתה ליתן לפלוני יעשו פירוש לפירושו ולא יתנו לאותו פלוני הרי כיון שהיא נאמנת לומר שנתנו לה ע"מ שאין לבעלה רשות בה יכולה להיות נאמנת במיגו שנתנו לה ע"מ שאין לבעל בחייד ובמותיד וממילא אינו יורש את אשתו, ועוד הקשה אמאי אם מתה הבעל יורש אותה הרי הירושים יכולים לטעון דנתנו לה ע"מ שאין לבעל זכות לירש אותה ג"כ.

וכתב הרשב"א דלפי הרמב"ן צ"ל הא דחזיר לאשה ואין לבעל זכות שיחזיר אליו לאו דוקא קאמר ואה"נ יכול להחזיר לבעלים, וכתב דהא דקאמר הגמ' יחזיר לאשה או לעבד הוא כלפי מה שאמרו שאין מקבלים פקדונות דחוששין שאינם שלהם מ"מ אם קיבלו יכול להחזיר להם אבל אף לבעלים יכול להחזיר, והרשב"א תמה ע"ז דבגמ' משמע דאין יכול להחזיר לבעל האשה וכמו שכתבו תוס' כאן דלא תני בגמ' יודיעו לבעל, ובאמת ברמב"ן משמע שע"פ דין צריך להחזיר לאשה או לעבד ומשום שיש כאן הלכה חדשה דממקום שנטל יחזיר.

ברשב"א כתב שהאשה נאמנת לומר שהנכסים שלה שניתן לה ע"מ שאין לבעלה רשות בהן, והוכיח כן מה דקתני יחזיר לאשה ואם אין האשה נאמנת לא היה לה להחזיר לאשה, והקשה הרשב"א דא"כ אמאי כשמתו יחזיר לבעלים וכן לא"ד דיעשו פירוש לפירושם הרי האשה נאמנת לומר שהיא שלה כשמתה וכן לאיכא דאמרי דיעשו פירוש לפירושן, [והרשב"ם שכתב שניתן לבעל בירושה, נראה דהרשב"א שכתב דנאמנת לומר שניתן לה כשאין לבעל זכות לכן אינו מוכרח שיכול לרשת אותה], וכתב הרשב"א דכל מה שהאשה נאמנת אינו אלא מחיים שהנכסים בחזקתה אבל לאחר מיתה שהנכסים אינם בחזקתה אלא בחזקת הבעל דרוב הנכסים הם ברשותו של בעל ולכן נותנים לו, [וזה ישוב על מה שהוכיח הרמב"ן מהא דאין האשה נאמנת].

ה. גמ' קבל מן האשה יחזיר לאשה ואם מתה יחזיר לבעלה. הרשב"ם פ"י שאע"פ שקיבלה המתנה על מנת שאין לבעלה רשות בה מ"מ אם מתה האשה יחזיר לבעל משום שהבעל יורש את אשתו, ומבואר דשיטת הרשב"ם שהתנאי דאין לבעלה רשות בה לא מהני

להפקיע את הדין של יורש של הבעל, וכל מה דמהני הוא להפקיע את הזכות אכילת פירות שיש לבעל מתקנה דרבנן, אולם הרמב"ן כתב שאם האשה היתה נאמנת לומר שממון זה קיבלה על מנת שאין לבעלה רשות בה לא היה הבעל יורש אותה, אבל כיון שאינה נאמנת לומר דקיבלה על מנת שאין לבעלה רשות בה ולעולם הבעל אוכל פירות לכן אם מתה יורשה אותה, והא דיחזיר לבעל הוא הלכה חדשה שממקום שנטל יחזיר, והריטב"א הוסיף בזה דהוה כספק הינוח שלמקום שנטל יחזיר, וכיון שיש כאן ספק לכן יכול לחזיר למי שקיבל ממנו.

ומבואר ברשב"ם שכל הדין של הגמ' שבמתה יחזיר לבעל אבל בנתגרשה לא יחזיר לבעל כיון שמשעה שנתגרשה אין לבעלה רשות בה, וכתב הריטב"א שאף לדעת הרמב"ן שהאשה אינה נאמנת מ"מ אף הבעל לא נאמן ולכן כל זמן שאין ראייה ברורה אין הבעל יכול לומר שהוא שלו.

ו. גמ' קיבל מן העבד יחזיר לעבד אם מת יחזיר לרבו. כתב הרשב"ם דיחזיר לרבו משום דמה שקנה עבד קנה רבו ומסיף רשב"ם שאף אם נשתחרר העבד מחזיר לאדון דסתם עבדים גזלנים הם, וצ"ב מדוע הוצרך לטעם דמה שקנה עבד קנה רבו הא כיון שיש סברא שגזלו מהאדון א"צ לטעמא דמה שקנה עבד, ועוד הקשה הרשב"א א"כ אמאי אם לא מת יחזיר לעבד הוא אינו שלו, ולכאורה צ"ל כמש"כ ברמב"ן כאן שיש הלכה חדשה שממקום שנטל יחזיר, ועוד כתב הריטב"א שם שצריך להחזיר לבעלים משום שמחויב בהשבת אבידה והנה באבידה מצינו בגמ' ב"מ כה ע"ב דבספק הינוח למקום שנטל יחזיר וה"ה הכא יחזיר למי שנתן לו הפיקדון, וכתבו הראשונים דאף היכא שהבעל טוען בברי שהוא שלו אין הנפקד מחויב ליתן לו אלא למי שהפקיד אצלו.

ז. תוס' ד"ה קבל. נראה דאם אמרה האשה תן לפלוני שהם שלו דנותן לו דנאמנת במיגו דאי בעי שקלה אינה מינה ויהיב ליה, משמע בתוס' דיותר נאמנת לומר שהם שלה מלומר שהם של אחר ולכן נאמנת רק ע"י מיגו, ובהמשך כתבו תוס' דאם הבעל חטף אינה נאמנת לומר שהם של אחרים דא"כ היתה נאמנת לומר שהם שלה במיגו שהיתה יכולה לומר שהם של אחר, ומשמע הכא דיותר פשוט שנאמנת לומר שהם של אחרים וצ"ע, ועי' בהפלאה סי' פ"ה סעי' א' [ד"ה והן] שכתב תוס' נסתפקו בדבר זה אם יותר סברא היא להיות נאמנת על אחרים או על עצמה עיי"ש, ועי' בש"ך חו"מ סי' ס"ב סק"ו שכתב דהיכא שהם בידה נאמנת מדין חזקה כל מה שתחת יד אדם שלו הוא, ועי' בחזו"א שם ס"ק ח' מש"כ לבאר בכונת תוס'.

ח. תוס' בא"ד. ואם תקף הבעל שוב אין יכול להוציאו מידו, בבית יעקב פ"ה סעי' ט' ד"ה הא כתב דכיון שהטמינה המעות יש ריעותא ולכן הוה כספק של דררא דממונא דמהני תפיסה, ועי' קו"ש אות ר"נ ועי' בחזו"א אות ז' מש"כ לבאר.

הערות וצינונים פרק חזקת הבתים

דף נב.

א. גמ' קיבל מן הקטן. כתב הרשב"ם לא יחזיר לקטן שהרי אין יודע לשמור והוה כמשליך לאיבוד, וכונתו שכיון שקיבל מהקטן הרי נתחייב בהשבה לבעלים ולכן אין יכול להחזיר לקטן, והקשה הרמב"ן מדוע חשיב אבידה מדעת שאם אדם פיקח נתן לתינוק הרי חשיב אבידה מדעת ואין לו חיוב לשמור, ואם משום שהקטן מצאו ונתן לשומר נתחייב בהשבה הרי כל הדין דהכירה נתחייב בה אינו רק בבעלי חיים, אלא כתב הרמב"ן דשמא הקטן נטלו מחצר המשתמרת ולכן כשנתן לשומר הוא איבדה מהעולם שאם לא היה מקבלו מהקטן היה הקטן היה מחזיר את האבידה למקום שנטלו וכיון שלקחו ממנו הוא גרם שהחפץ יאבד מהבעלים ולכן נתחייב בהשבה, ונראה שזה כונת הרשב"ם שמחויב בהשבת אבידה ולכן אם מחזירה לקטן הרי הוא פשוט בשמירתה.

ב. גמ' וכולן שאמרו בשעת מיתתן של פלוני הן יעשה כפירושן. פרשב"ם אפילו הוא קטן, והנה נחלקו הראשונים האם קטן דמיירי הכא הא אף בהגיע לעונת הפעוטות, ודעת הרשב"א והנמוק"י שאם הגיע לעונת הפעוטות לא נאמר בזה הדין דיעשה לו סגולה, וא"כ ע"כ מיירי בקטן קודם שהגיע לעונה זו וכתב הקו"ש [אות רלה] שלפ"ז א"א לומר דכולם שאמרו כמו שפירש הרשב"ם דקאי אף על קטן, שהרי קטן אין בו דעת כלל, וצ"ל שהרשב"ם חולק על הראשונים וס"ל דמיירי אף בקטן שהגיע לעונת הפעוטות.

בעיקר הנאמנות כתב הרשב"ם דאורחא דמילתא נקט, והיינו דל"ד בשעת מיתה ולכאורה הכונה כמו שמבואר בתוס' לעיל שכתבו שהאשה נאמנת לומר שהוא של פלוני אלא שכתבו תוס' דבשעת מיתה לית לה מיגו ולכן רק היכא דאיכא סברא דאמיד, אולם הרמב"ן חולק על תוס' וסבר שהאשה אינה נאמנת לומר שהוא שלה, וכתב הרמב"ן שכונת הגמ' דבשעת מיתה יש סברא מיוחדת להאמין לאשה כיון שבשעת מיתה יש חזקה שהיא אינה משקרת, ומבואר לדעת הרשב"ם שאע"פ שהאשה נאמנת לומר שהוא שלה או של פלוני מ"מ אם הנפקד אומר שלא מאמין לה אין צריך לעשות כמו שאמרה, והביאור שכל הסברא שהיא נאמנת כיון דחשיבה מוחזקת כיון שהוא שומר עבורה, אבל אם אומר שאין נאמין לה נמצא שאין הוא שומר עבורה ולכן אינה נאמנת.

ג. **גמ' יעשה לו סגולה מאי סגולה ס"ת.** כתב החתם סופר נ"ל דוקא ספר תורה אבל שאר ספרים לא, דמצד הסברא דיקלא עדיף שהקדש קיים וכשיגדל הקטן קרנו לפניו ויכולו למכרו, אבל ספרים אינם נמכרים רק ע"י עילו בקודש ושמה לא ימצא קונים ברוח, אבל ס"ת כיון שכל אחד מישראל מחויב לכתוב ס"ת כדמבואר בסנהדרין כא ע"ב לכן יקנה לו ס"ת שיצא בזה חובת המצוה כשיגדל, מיהו כתב דדבר זה תלוי במה שנחלקו ה"ט"ז והש"ך בנקודת הכסף [יו"ד סי' ש"ה] אם יכול לטעון שרוצה לעשות המצוה בעצמו ולכן הכא יוכל למנוע שיכתוב עבור ס"ת דירצה לכתוב לבד.

ד. **רב אמר עליו להביא ראיה ושמואל אמר על האחין להביא ראיה.** ברשב"ם נראה דסברת רב דמכיון שאין חלוקים בעיסתן ואוכלין יחד ממון האב נמצא שהממון בחזקת האב ולכן אע"פ שהשטר נכתב על שמו חשיב מוציא ממון מהאחין, והכונה שאנו תולים שהשטר נכתב על שמו כיון שהוא בפועל עשה ההלואה והמכר, אבל הנכסים היו משל כל האחין, ושמואל סבר דכיון שנכתב על שמו חשיב שהנכסים בחזקתו, וע"י בדברי רבנו גרשם שמפורש שזה גופא הנדון בחזקת מי הנכסים נמצאים, וע"י באות הבאה.

ה. **אמר שמואל מודה לי אבא שאם מת על האחין להביא ראיה.** פרשב"ם דכיון דיתומים לאו בני אתווי ראיה נינהו ואינם יודעים לחפס זכותן וגם השטר מוכיח שהשטר היה של אביהן לכן על האחין להביא ראיה, דאביהם שהיה בידו להביא ראיה אינו נאמן בלא ראיה, ועד"ז כתבו תוס' דכיון שהשטרות ואונות יוצאים על שמו מוכחא מילתא דשלו הם ובחייו אין סומכים על זה וצריך להביא ראיה, מבואר ברשב"ם ותוס' דסברת רב דעליו להביא אינו רק משום שהנכסים בחזקת האחין, אלא יש כאן עוד סברא דכיון שהיה יכול להביא ראיה אם אינו מביא ראיה מפסיד, ומשמע מסברת שמואל דטעמא דרב אינו משום שאנו רואים שהאחין הם מוחזקין אלא דאע"פ שהוא מוחזק מ"מ יש כאן סברא מיוחדת שהיה צריך להביא ראיה כדבריו ומשמע שהוא סברא דרבנן להחמיר שלא נחזיק את הנכסים בחזקתו, וכן משמע בלשון הרא"ש כאן וכן נראה בריטב"א בע"ב וע"י שער משפט סי' ס"ב סק"ב שכתב, וע"י אמרי בינה דיני הלואה סי' נד שכתב.

ו. **גמ' מתקיף לה רב פפא כלום טענין להו ליתמי מידי דלא טעין להו אבהון וכו'.** צ"ב לסברת תוס' דיש כאן סברא דכיון שנכתבו על שמו מוכחא מילתא שהוא של האב א"כ מה מקשה רב פפא מדברים העשויים להשאל ולהשכיר דהתם אין ראיה כלל דשל אביהם הוא דל"ש חזקת מטלטלין בהם אבל הכא שהשטר מוכיח שהוא של אביהן דכתוב על שמו לכן נאמנים, ועמד בזה באור שמח פ"ט מנחות ה"ח ע"ש מש"כ לבאר, וע"י **בחתם סופר** שביאר דאע"פ שנכתב שטר על שמו שזה מוכיח דהנכסים הללו שלו, מ"מ כיון שכל הנכסים הם בחזקת תפוסת הבית ע"כ זה מגרע את הראיה שזה יוצא על שמו, וה"ה בכלים העשויים להשאל ולהשכיר כיון שהוא אצלו הוא מוחזק בו אלא דיש ריעותא במוחזקות שלו דאין לו ראיה שהם שלו כיון שהדרך להשאל, ולכן מקשה הגמ' דאם מצינו ביתומים דאינם יכולים להביא ראיה מעמידים את השטר בחזקתו, ה"ה נמי בכלים העשויים להשאל ולהשכיר היו צריכים להעמיד אותם בחזקתם דהרי אינם יודעים ולי"ש אצלם הריעותא שאין להם ראיה ע"כ.

ז. **הנה ברבנו יונה כתב דלהלכה קי"ל כרב דעליו להביא ראיה אלא שאם מת על האחין להביא ראיה וטעמא משום דטענין ליתמי דאילו אביהם היה קיים היה מביא עדים או ראיה שהממון שלו וכן כתב בריטב"א, אולם תוס' הוכיחו דא"א לומר כן דאיכא טענין דהאב היה מביא ראיה שהוא שלו דלעיל בבן אומן ובן אריס מבואר דלא עבדינן טענין בכה"ג, אמנם ע"י היטב בדברי רבנו יונה שכתב דכיון שהאונות והשטרות הם בחזקתם לכן עושים טענין בכה"ג, וכתב שם למסקנת הגמ' לחלק בין דברים עשויים להשאל דאין דררא שהם של האב לכן התם לא עבדינן טענין בכה"ג שמה האב היה לו ראיה, ודוקא הכא יש סברא לעשות טענין בכה"ג דיש דררא שהשטר נכתב על שמו, ומשו"ה בבן אומן או אריס ליכא ה"ט ולכן לא עבדינן טענין שהאב היה מביא ראיה כדבריו, אמנם צ"ב עיקר הסברא בזה מנלן דעבדינן טענין בכה"ג, דלכאורה יסוד דין טענין הוא בהלכות טענות שאם אינו יודע לטעון אן טענין ליה דפתח פיך לאלם לטעון לו הטענות שהיה המוריש או המוכר יכולים לטעון, דנאמנות של טענה היא נאמנות של האב אבל ראיה שהאב היה מביא הוא דבר חיצוני ומהכ"ל לעשות טענין בכה"ג, וצ"ת.**

דף נב:

א. **גמ' קשיא.** הרשב"ם הביא דדעת ר"ח דפסקין כשמואל דעל האחין להביא ראיה, [והטעם דכיון שאמר קשיא ולא בלשון תיובתא ע"כ הלכתא כשמואל], והרשב"ם הקשה ע"ז וכתב דאין הלכה כשמואל, והראשונים כתב דהלכתא כשמואל משום דלא דמי לכלים העשויים להשאל ולהשכיר דהתם אינו בחזקתם אלא בחזקת המרא קמא, אבל הכא כיון שהשטרות והאונות כתובים על שמם חשיב בחזקתו.

ב. **גמ' אבל חלוקים בעיסתן אימור מעיסתו קימץ.** כתב הריטב"א דאף בכה"ג שחלוקים בעיסתן מ"מ רק באופן כזה שב"ד הכירו שהיה יכול לקמץ מעיסתו הסכום של האונות והשטרות, אבל בשם הרא"ה כתב דכל שהחזק שיש לו שום ממון נאמן שאפשר לממון מועט להיות מרובה, וכן כתב הרשב"א דאפילו אין בקימוצו שיעור זה כיון שברכה אין לזה שיעור וחלה על המועט כמרובה, וכן פסק הטור בסי' ס"ב ע"ש.

ג. **גמ' אמר רב חסדא לא שנו.** הרשב"ם פירש דקאי על רב שאמר דעליו להביא ראיה ונחלקו איזה ראיה צריך להביא, אבל הראשונים כתבו דכונת הגמ' דרבה ורב ששת נחלקו במחלוקת של רב ושמואל האם עליו להביא ראיה או על האין להביא ראיה, וזה הכונה ראיה בקיום השטר רק לקיים את השטר ואי"צ להביא ראיה מהיכן בא לו הממון.

ד. **גמ' ראיה במאי רבה אמר ראיה בקיום בעדים.** כתב הרשב"ם דצריך להביא עדים דמעיסתו קימץ או שירש מאבי אמו, הקשה מהרש"א דהרי הגמ' אומרת דאם חלוקים בעיסתם אין צריך להביא ראיה, וא"כ אמאי הוצרך רשב"ם לפרש שצריך עדים שמעיסתו קימץ ואמאי לא סגי שיביא ראיה שהיו חלוקים בעיסתו וממילא אמרינן דמעיסתו קימץ, וכתב מהרש"א דאף בחלוקים בעיסתו נמי צריך עדים שקימץ מעיסתו אלא שהעדים אינם צריכים להעיד כמה קימץ מעיסתו, וכמו שכתבו הראשונים דאין צריך לידע שקימץ כשיעור הנכסים הכתובים על שמו, ועוד כתב מהרש"א דאף בקימץ אי"צ העדים לידע שקנה קרקע זו דוקא, וזה אי"ש לדעת הראשונים שצריך שב"ד ידעו שהיה כסכום הזה מ"מ אין צריך לידע בבירור מה קנה.

ה. **גמ' ראיה בשטר.** פרשב"ם דכיון שאנו יודעים שב"ד קיימו את השטר ע"כ שב"ד חקרו וביררו אמיתת הדבר, מבואר דב"ד אין עושים קיום על שטר קודם שידעו דהממון של השטר הוא שלו, ותמחו **הראשונים** הרי מפורש בכתובות דאינו כן דב"ד יכולים לחתום על קיום אפילו שלא ראו מה כתוב בשטר, והריטב"א כתב לישב דאיכא חזקה דכמו שיש חזקה שאין עדים חותמים על השטר אלא א"כ נעשה בגדול, ה"ה נמי אין עדים חותמים על שטר אלא א"כ יודעים שהוא ממון שלו ולא של כל היורשים, ולכן אם ב"ד קימו את השטר ע"כ שהיה כאן ממון שלו שהרי העדים חתמו ע"י, אבל כתבו הרשב"א והריטב"א דיותר נראה דרב ששת סבר כשמואל דאין צריך להביא ראיה וזה הכונה ראיה בקיום השטר כמו בכל שטר שצריך קיום.

ו. **תוס' ד"ה דברים.** ואין לומר שלא מהימן משום דאחזוקי אינשא בגנבי לא מחזקינן כדאמרינן בשבועות, ואע"פ שבכל טענה של טוען ונטען נמצא שטוען שחברו חייב לשלם לו נמצא שאומר שחברו גנב ואמאי לא אמרינן אחזוקי אינשא בגנבי, וצ"ל דהיכא שעצם הטענה היא על מעשה רשע של גניבה אין שומעים לטענתו דאחזוקי אינשא בגנבא לא מחזקינן שיעשה מעשה כזה של גזלנותא, אבל אם עצם הטענה אם פטור או חייב לשלם ואינו על מעשה רשע בעצם אע"פ שע"כ שאם לא משלם חשיב גנב ל"ש בזה הכלל דאחזוקי אינשא. **וכתבו תוס'** דהכא אינו אומר שפלוני גנב אלא שגנבו ממנו וכמה גנבים יש בעולם וצריך להיות נאמן ולכן הקשו תוס' דאף אם לא יצא לו שם גניבה בעיר נמי יהיה נאמן לומר שגנבו ממנו במיגו דהשאלתיך, **ומבואר בתוס'** דאיכא גנבים בעולם ורק לטעון על אחד שהוא גנב לא יכול לטעון כן, ויש לעיין לפי מש"כ רבנו יונה לעיל מה ע"כ כתב שבמטלטלין יש ראיה מכל אחזוקי אינשא האם חולק על תוס' דנראה מדבריו שיש ראיה מכח הך סברא, ולתוס' שיש גנבים משמע שזה לא הראיה במטלטלין.

ז. **תוס' בא"ד.** ולמהר"ר דודי נראה דלא מיהמן במיגו דהוי מיגו להוציא אע"פ שנוטל דמים, הש"ך [קלג יג] כתב שנחלקו ב' הדרכים בתוס' אם בכה"ג שנותן דמים חשיב מיגו להוציא, והיינו האם החסרון של מיגו להוציא הוא במה שמוציא הדבר מחזקתו וממילא אם משלם דמי לא חשיב הוצאה מחזקתו, או"ד משום שא"א להוציא מתפוס ובה אין נפק"מ במה שמשלם לו דמים, אולם הקצה"ח סי' פ"ב יב ביאר באופ"א.

הערות וציונים פרק חזקת הבתים

דף נג.

א. **גמ' אמר רבא בפניו לא צריך למימר לו לך חזק וקני שלא בפניו צריך לומר לו לך חזק וקני.** ברשב"ם נראה דטעמא שצריך לומר לך חזק וקני דאם לא אמר לו שיקנה יכול לחזור בו דלא סמכה דעתיה, ולכן בפניו שרואה שהוא עושה קנין א"צ לומר לך חזק וקני, ולא יוכל לחזור בו, ומפורש יותר ברשב"ם בהמשך הגמ' [ד"ה מתנה] כתב דאי לא אמר לו שמא חזר בו, וכ"כ בחידושי הגרש"ש קידושין סי' יט והפרי יצחק ח"ב סי' מ"ח, ועי' בגמ' ב"ק נב ע"א שמבואר שאף בקנין משיכה צריך לומר לך משוך וקני, ולמבואר התם נמי צ"ל כן דאל"כ שמא חזר בו.

באבן האזל [פ"ב משכנים ה"י] כתב די"ל באופ"א הא דצריך לומר לך חזק וקני לאו משום שמא חזר בו, אלא דאם לא אמר אין הקונה יכול לזכות בחפץ בלא מעשה קנין, דיש לחקור בכל מעשה קנין של לוקח ומוכר מהו צורת ההקנאה, האם סגי במה שיש למוכר נחותא להקנות וזה נותן כח ללוקח לקנות ע"י מעשה קנין והיינו שהוא פועל בעצמו את הקנין, או"ד שדעת המקנה היא פועלת בחיוב והיינו דלא סגי במה שיש למקנה נחותא שהקונה יקנה אלא דבעינן שיהא למקנה דעת על ההקנאה ורק כשיש לו דעת על ההקנאה מועיל מעשה הקנין של הלוקח לזכות בדבר הנקנה דחלות מעשה הקנין היא ע"י דעת המקנה, וזה החילוק דבפניו יש כאן דעת מקנה על ההקנאה, אבל שלא בפניו צריך לומר לו לך חזק וקני, וכתב באבה"ז שנחלקו בזה הקצה"ח והנתה"מ [סי' רמ"ד] שנחלקו אם אדם שלח שליח להקנות חפציו האם יכול השליח לעשות שליח אחר, האם יש כאן חסרון של מילי לא מימסרי לשליח, דאם הכונה שהמקנה פועל בחיוב את ההקנאה יש בזה חסרון של מילי לא מימסרי לשליח, אבל אם בעינן רק התרצות של המקנה נמצא שהשליח לא פועל בגוף ההקנאה כלל, והנה המחנ"א דיני שלוחין כתב לחדש ע"פ דברי רב האי גאון שכל הדין שצריך לומר לך חזק וקני הוא רק בקנין חזקה ומשיכה אבל בהגבהה אין דין שצריך לומר משום שהוא קנין אלים שהגבהה קונה בכל מקום,

ולכאורה אם הטעם משום שמא יחזור בו צ"ב הסברא לחלק בין קנין חזקה ומשיכה להגבהה, אבל למבואר באבן האזל י"ל שבקנין הגבהה שאלים טפי סגי במה שיש התרצות של המקנה ולסעול את הקנין את צריך דעת המקנה.

ב. גמ' בעי רב במתנה האיד. מבואר בגמ' שהסברא במתנה שיהא דינו שונה משום דבעין יפה הוא נותן, והקשה בשיעורי הגר"ש [סי' ה' אות ה'] דבשלמא להרשב"ם דמשום דלא סמכא דעתיה במתנה יש סברא דנותן בעין יפה הוא נותן, אבל לסברת האבן האזל שטעם האמירה דלך חזק הוא משום שצריך דעת על ההקנאה קשה מ"ש מכר ממתנה, ואפשר שכל הסברא שאם אמר שרוצה להקנות לא מונח בזה דעת על ההקנאה הוא רק במכר אבל במתנה שבעין יפה הוא נותן י"ל שמיד שאמר שרוצה להקנות מונח כאן שיש כאן דעת על ההקנאה.

ג. רשב"ם ד"ה ומה מכר דקא יהיב זוזי. א"י יהיב ליה דמי מקמיה דמחזיק זוזי לא קנה כדפרישית ובמקום שכותבים את השטר וכו' כיון שהחזיק באחת מהם קנה כולם, מבואר מדבריו דאף במקום שנתנית דמים אינה קונה רק ע"י כתיבת שטר מ"מ אם עושה חזקה קונה אף בלא שטר, וכ"כ הראשונים בקידושין כו ע"א להוכיח מדברי הרשב"ם, אבל הרמב"ן שם חולק ע"ז וס"ל דכמו שבכסף אינו קונה אלא עד שיכתוב את השטר ה"ה בחזקה נמי, ותמה על הרשב"ם שלא מצינו שקנין חזקה עדיף מקנין שטר, ועי' ברשב"א שם שכתב דמסתבר דחזקה בקרקע הוה כמשיכה במטלטלין וכמו שהתם קונה בלא מתן דמים ה"ה בחזקה, וכונתו כיון שלוקח אותו לתוך ביתו קונה במשיכה ה"ה בחזקה שעושה מעשה תיקון בגוף הקרקע לכן קונה אותו בלא שטר, ועי' בלשון תוס' ר"י הזקן שם שכתב סברא זו, [אולם יש לעיין דהרשב"ם כתב דאף ב"י שדות חזקה קונה בלא שטר, והתם ; ; לכאורה ל"ש לומר סברת הרשב"א דדמי למשיכה דבשלמא בשדה שבו נעשה החזקה י"ל כן אבל בשאר שדות לכאורה ל"ש ה"ט שאף דסדנא דארעא חד הוא מ"מ הוה ב' מקומות נפרדים].

ד. רשב"ם ד"ה והשתא קא עייל ברווחא. וגבי נעל כל שהוא נמי איכא לפרשי כה"ג שסותם הפתח סתימה כל שהו דמעיקרא עייל ברווחא והשתא בדחקה, א"י שקבע מנעול בדלת לנעול בו דהיינו בנין, צ"ב מדוע קביעת המנעול חשיב נעילה כל שהוא, הרי עיקר דין נעל לפי הרשב"ם הוא עשית בנין בקרקע וא"כ עיקרו של הבנין מה שקובע המנעול, [ואפשר דאף לרשב"ם עיקר הקנין של נעל במה שקובע מנעול הוא וגם סוגר את המנעול וכמו שלמדו תוס' דגמר הבנין הוא קביעות הדלת נעילתו, אלא דסגי בכל שהוא במה שרק קבע את המנעול], ועי' תורת חיים, ועי"ש שהעיר דאף לדרכו של תוס' דנעל היינו שנועל הדלת מהו נעל כל שהוא.

וכתב הרשב"ם אבל סגר את הדלת ונעל במפתח בנכסי הגר אינו חזקה דאין זה אלא מצוה ומבריה ארי מנכסיו וכו', אבל מסירת מפתח קונה וכו' אבל בנכסי הגר מאן מסר ליה הלכך בעינן בנין כל שהוא, מבואר ברשב"ם ה' דוגמאות לחזקה של נעל, או שסתם הפתח קצת, קביעות המנעול, סגירת דלת, נעילת דלת, מסירת מפתח, והנה ממש"כ הרשב"ם דסגירת דלת ונעל במפתח בנכסי הגר אינו קונה, משמע דבקונה מחברו איכא חזקה בכה"ג, אבל ממש"כ דמסירת מפתח לא קונה בנכסי הגר דמאן מסר ליה משמע שרק באופן זה יש חילוק בין נכסי הגר ולא בנעילת הדלת, ועי' במהרש"א ב"ק נב ע"א שעמד בזה וכתב דודאי אין כונת הרשב"ם שנעילת דלת קונה בנכסי חברו, וכן כתב הב"ח סי' קצ"ב עי"ש מש"כ לבאר מדוע הזכיר הרשב"ם נכסי הגר.

אולם צריך להבין סברת הרשב"ם דלא קנה בנעל בנכסי הגר משום מבריה ארי דבשלמא בקונה מחברו חשיב מבריה ארי כיון שיש לו מצות השבת אבידה, אבל בנכסי הגר שהנכסים הם הפקר מדוע חשיב מבריה ארי, ועי' ביד רמה שהקשה כן על הרשב"ם, וכן העיר הרע"א בשו"ע סי' קצב על דברי הסמ"ע עי"ש ועי' אות ט'.

ה. תוס' ד"ה נעל. תוס' הקשו על רשב"ם ב' קושיות חדא במה שנקטו דבכל מקום מסירת מפתח קונה מדין חזקה, דבגמ' ב"ק משמע דמסירת מפתח לא מהניא אלא לענין שא"צ לומר לך חזק וקני, וכתבו דהא דמבואר בפסחים מסירת מפתח אינו אלא לענין שיתחייב בבדיקת חמץ ולא לענין קנין, ועי' פנ"י ב"ק נב. שכתב לבאר דאין כונת הרשב"ם דמסירת מפתח לבד קונה דאיזה מעשה חזקה יש במסירת מפתח שהרי לא עשה בגופא של קרקע כלום, אלא כתב דכונת הרשב"ם דמסירת מפתח קני היינו היכא שלבסוף נעל הדלת ובכה"ג איכא חזקה של נעל, וביאור הדבר דכל הסברא שכתב הרשב"ם שנעילת דלת אינו קונה משום דהוא מבריה ארי מנכסי חברו ואינו מעשה של חזקה אינו אלא היכא שמעצמו נועל הדלת, אבל אם חברו מסר לו מפתח כדי לסגור את הבית אי"ז מבריה ארי אלא יש כאן מעשה של הוראת בעלות גמורה בקרקע וכה"ג נעילת דלת ומסירת מפתח יחד קני.

ובזה כתב לבאר מש"כ הרשב"ם דנעילת דלת לא קונה בנכסי הגר כיון דליכא מסירת מפתח, אבל כשיש מסירת מפתח קונה מחמת נעילת הדלת ולא משום מסירת המפתח לחוד, ולפי"ז צ"ל דהא דמבואר בפסחים דקונה במסירת מפתח היינו היכא שלבסוף נעל אבל בלא"ה לא קונה, ולפי"ז מישב דהסוגיא בגיטין נמי דמיירי באופן זה שמסר מפתח ונעל.

ו. תוס' בא"ד. ועוד הקשה במה שכתב הרשב"ם דנעילת דלת לא הוה חזקה דבגמ' בגיטין מבואר דחשיב חזקה דאמר ליה תיזול ותפתח אלמא בנעילת דלת קונה דא"א לומר כהרשב"ם שקבעה מנעול דבשבת היה, כתב הרא"ש דאף אסור לומר לעכו"ם לקבוע מנעול, ומבואר דאם היה מותר היה קונה בחזקה אף שנעשה ע"י עכו"ם, וצ"ב דבשלמא אם עושה חזקה ע"י ישראל אחר מהני מדין שליחות אבל בעכו"ם כיון שאין שליחות לעכו"ם איך מהני החזקה, ועי' בקו"ש [אות רל"ח] ואבני מלואים [תשובה כ"ה] שכתב בתוך דבריו להוכיח דלקנות בקנין חזקה א"צ לעשות ע"י שליח דוקא, אלא כל שעל ידו נעשה תיקון בקרקע ונתכון לקנות ע"י תיקון

זה הרי הוא קונה, ולא דמי לכל הקנינים דלא מהני ע"י עכו"ם דהתם בענין זכיה וקנין ולכן בעינן דין שליחות, אבל בחזקה העיקר התוצאה שנעשה ע"י.

בעיקר קושיית התוס' כתב בחידושי הר"ן לישב שבגמ' שם מבואר דתיזיל ותיפתח, ואם נעל היינו נעילת דלת מדוע הוצרך לומר לה ותיזיל ותיפתח ומדוע צריכה לפתוח, אלא כתב הר"ן ע"כ שנעילת דלת אינה קונה ולכן דוקא ע"י פתיחת הדלת, וע"ע ברא"ש פרק הזורק שכתב דדוקא התם אין קונה בנעל כיון שהדרך שהאשה סוגרת הדלת, אלא הקנין הוא ממה שמבואר שם שפתחה.

ז. תוס' בא"ד. אבל הכא שנועל בפני כל אדם ואין מניח אדם ליכנס מוכח מילתא שהבית שלו וקני בנעילה לחוד, ע"י ברמב"ן שכתב ע"פ דרכו [באות הבאה] שכל החסרון של מבריא ארי הוא רק כשעושה את המעשה מחמת סיבה מסוימת אבל הכא שאין שם כלום בבית חברו ל"ש לומר בזה שהוא מבריא ארי.

ח. תוס' בא"ד. אבל קשה לרשב"א וכו' והתם בנעל מיירי, ע"י במהרש"ל שכתב לישב דהתם מהני בהעמדת דלתות לחודא כיון שמשביח ומתקן הקרקע, וכונתו כדמבואר בע"ב דהיכא שמשביח הקרקע קונה מדין חזקה, והמרש"א חולק ע"ד ויבואר להלן בע"ב כל הענין דהעמדת דלתות.

ט. גמ' האי מבריא ארי מנכסי חברו הוא. כתב הרשב"ם הלא למה זה דומה למשיב אבידה דכל ישראל מצוין להציל ממון חברו מן ההזיק ואין זה קראוי חזקה אלא דומיא דנעל גדר ופרץ שעושה בנין או תיקון בשדה, וע"י בר"י מגאש כאן שכתב כהרשב"ם דאין כאן חזקה כיון שעושה מצוה, וכ"כ היד רמה כאן כהרשב"ם והוסיף שהרי הגמ' בב"מ כט ע"א יליף מקרא דכל אבידת אחיך דיש חיוב השבת אבידה אף באבידת קרקע, אלא שתמה ע"ז דהרי הרשב"ם כתב בכל הסוגיא דמיירי אף בעושה חזקה בנכסי הגר והרי התם ליכא מצות השבת אבידה וא"כ אמאי אינו קונה כה"ג מצד חזקה.

ולכן כתב ביד רמה דאין כונת הגמ' דליכא חזקה מחמת דמצוה קא עביד, אלא כונת הגמ' רק בתורת סימן דכיון שדבר זה צריך לעשות בשל חברו מצד מצות השבת אבידה ע"כ אין כאן קנין חזקה, שיסוד קנין חזקה הוא רק אם עושה דבר שמשביח את גוף הקרקע ולכן אם עשה דבר שלא להפסיד הקרקע אינו בכלל קנין חזקה.

וע"י ברמב"ן [נב ע"ב] שכתב וז"ל דלא אמרינן מבריא ארי מנכסי חברו אלא היכא דרביע עלויה כי ההיא דלקמן שמעשיו מוכיחן עליו שלהבריא הארי עושה כך, ולא מיביעא בנכסי חברו שלא בפניו דהשבת אבידה עבד ומצוה דרמי עליה וכו', אלא אפילו בפניו א"נ בנכסי הגר דליכא מצוה מ"מ זרוזי הוא דמזרז נפשיה דלא ליקרו ליה מפסיד ואין דרך הקנאה בכך, ומבואר ע"ד סברת היד רמה דכיון שאין עושה עבור השבחת הקרקע אין כאן מעשה קנין של חזקה, ובתוס' ב"ק נח. משמע כהרמב"ן דתוס' שם כתוב להקשות דהרי הפטור של מבריא ארי הוא רק היכא דליכא פסידא והקשו א"כ הכא בנתן צרור הרי איכא פסידא, וכתב לישב וז"ל לא נקט לשון מבריא ארי לענין שיפטר חברו משכר הברחתו, אלא כלומר דאין זו חזקה דאין זה תיקון כמו רפק בה פורתא או נעל גדר ופרץ אלא מגין שלא תבוא קלקול עכ"ד.

הערות וציונים פרק חזקת הבתים

דף נג:

א. גמ' ואמר רב אסי אמר ר"י שתי שדות ומיצר אחד ביניהן החזיק באחת מהן לקנותה קנאה, לקנותה ואת חברתה אותה קנה חברתה לא קנה. הרשב"ם ביאר דאע"פ שמבואר בקידושין דמכר לו י" שדות בעשר מדינות והחזיק באחת מהן קנה כולם, דקא התם משום שנתן דמי כולם אשדעבד ליה ללוקח בשביל מעותיו ולכן מהני חזקה אחת לכולם, וביאר דבריו נראה ע"פ מש"כ בראשונים בקידושין שם דאע"פ דסדנא דארעא חד הוא מ"מ חשיב קנין גרוע כיון דמעשה החזקה בפועל אינו בכל השדות, וע"כ רק היכא שנתן דמי כולם נשתעבד ליתן לו כל השדות כה"ג אע"פ שהוא קנין גרוע חל קנין חזקה בכל השדות, וע"י במשנה למלך [פ"א מזכיה ומתנה ה"א] וכ"כ בחת"ס כאן שכתבו דמשמע ברשב"ם שאף בנותן מתנה י" שדות לא יועיל לקנות ע"י מעשה חזקה בשדה אחת דאע"פ שרוצה להקנות כיון דליכא מעות הוה כנכסי הגר וכמו שכתבו התוס' בסוגיין.

אולם דעת תוס' קידושין כז ע"ב שאף במתנה נאמר הכלל שנתן לו י" שדות ב"י מדינות קנה דסדנא דארעא חד הוא, וכן כתב הרמב"ם פ"א מכירה ה"כ, וכן נראה דעת הר"י מגאש בסוגיין שכתב דדוקא במקח קונה ב"י שדות משום דאיכא דעת אחרת מקנה אבל במחזיק בנכסי הגר דליכא דעת אחרת לא קנה ונראה מדבריו שבמתנה כה"ג יקנה כיון שיש דעת אחרת מקנה, ע"י בזכר יצחק ח"ב סי' ל' ומחנה אפרים שכירות סי' ב', [וע"י מש"כ בקידושין שם בכ"ז].

ב. גמ' בעי ר' זירא החזיק באחת מהם לקנות אותה ואת המיצר ואת חברתה וכו'. ברשב"ם נראה שהספק של הגמ' הוא אף באופן שנתכון לקנות רק את המיצר ולא את השדה הסמוכה האם חשיב דבר בפני"ע או לא, אלא שהגמ' הסתפקה דשמא כיון שנתכון לקנות גם את המיצר ממילא יוכל לקנות ג"כ את השדה השניה הסמוכה, ומבואר שהגמ' הסתפקה האם המיצר חשיב דבר בפני"ע, והיינו שאף במקום שלא יהא שדה אחרת ע"י המיצר יש מקום להסתפק האם קונה את המיצר יחד עם השדה,

אולם בתוס' ר"ד כתב דמיצר שנמצא בין ב' שדות כיון שהחזיק בשדה אחת קנה חצי מהמיצר, והיינו שהמיצר הוא חלק מהשדה עצמה והספק של הגמ' הוא האם כשנתכון לקנות החצי השני של המיצר האם קונה אותה או דכיון שהוא דבר בפני"ע לא קונה,

ג. **גמ' או דילמא האי לחודיה קאי והאי לחודיה קאי תיקו.** כתב הרמב"ם פ"א מזכיה ה"ז שכיון דהוה ספק אם בא אחר והחזיק בה זכה, וכתב המגיד משנה ז"ל ונראה לי טעמו לפי שחזקת זה האחרון ודאית וחזקת הראשון מסופקת וכיון שכן מעמידין אותה בחזקת זה שחזקתו ברורה ולא שייך דין אם תפס בקרקע, מבואר כאן כלל חדש דכיון שחזקה שאינה ודאית אין לה דין חזקה ולכן השני שהחזיק בה זכה.

ד. **גמ' לקנות אותו ואת החיצון קנה שניהן.** ברשב"ם מבואר דמכיון שהחיצון משועבד לפנימי שיש לו דריסת רגל בזה לכן מהני מה שמחזיק בפנימי לקנות אף החיצון, אבל החזיק בחיצון אינו סברא מספקת לקנות את הפנימי כיון שאינו משועבד לו, וצריך לבאר מדוע לענין מיצר הסמוכה לקרקע מסתפקת הגמ' אם החזיק בקרקע קנה המיצר או לא, ואח"כ מסתפקת הגמ' האם החזיק במיצר אם מהני לקנות הקרקע, והרי כתב הרשב"ם שהמיצר משועבד לקרקע ומ"ש ממה שהחיצון משועבד לפנימי, וצ"ל שאע"פ שהמיצר משועבד לקרקע מ"מ השיעבוד שהחיצון משועבד לפנימי אלים טפי משום שמשועבד לענין גוף השתמשות של הדיוור של הפנימי שהרי נכנס דרך שם ולכן מהני החזקה שמחזיק בפנימי לקנות אף את החיצון, משא"כ המיצר שאין בו השתמשות ממש של הקרקע לכן בהחזקת הקרקע לא קנה המיצר.

והנה הרמב"ם פ"א מזכיה ומתנה ה"ח כתב שאם החזיק באחד מהם לקנות את השני אף זה שהחזיק לא קנה, וכתב המגיד משנה שהרמב"ם לא גרס בגמ' כגירסא דידן דס"ל שהשיעבוד של הילך של החיצון על הפנימי אינו סיבה שמועלת החזקה בפנימי על החיצון ועי' ברא"ש בסוגיין.

ה. **גמ' הבונה פלטרין בנכסי הגר ובא אחר והעמיד דלתות קנה, מ"ט קמא לביני בעלמא הוא דאפיך.** הרשב"ם ביאר דכל זמן שלא העמיד הראשון דלתות לא קא עביד כלום כיון דיכולים ליכנס ברווחא כדמעיקרא, ותחילת בנין אינו כלום ורק גמר הבנין כמו גדר ונעל, ועי' ברבנו יונה בתחילת הסוגיא שהאריך לבאר ענין זה דכל זמן של העמיד דלתות אינו ראוי לדירה ותחילת תיקון לא הוה חזקה ורק בגמר התיקון הוה חזקה, **אולם** צ"ב דרפק בה פורתא הוה חזקה כדמבואר בהמשך הגמ', והרי התם נמי אינו גמר תיקון דעדיין צריך לחרוש את כל השדה, והנה הרשב"ם בהמשך הסוגיא נד ע"א בריש העמוד כתב דרפק בה פורתא קא עביד מעשה בגוף הקרקע ומשביח מיד בחרישה זו, וכן לענין צמד לה מיא כתב הרשב"ם שם דמשקה השדה ונעשה תיקון בהשקה זו וכן כתב לעיל נג ע"א [ד"ה דצמד] דתקן השדה בהשקה זו, ומבואר מכל זה דקנין חזקה לא מהני אלא היכא שבעשיתו הוא גומר התיקון וברפק בה פורתא חשיב שבאותו מקום יש גמר תיקון שהוא חרש שם וכן כשהקשה במקום אחד בשדה נגמר התיקון באותו מקום ולכן הוה חזקה.

והנה בהא דבא אחר והעמיד דלתות קונה הקשה תוס' לעיל על הרשב"ם דסבר דנעל היינו ע"י קביעת מנעול דהרי הגמ' אומרת דבנה פלטרין לבני בעלמא הוא דאפיך וא"כ אף על קביעות מנעול בדלת אפשר לומר כן דלבני בעלמא, אבל בדעת הרשב"ם כתב הרא"ש דע"כ צ"ל דכונת הגמ' דע"י העמדת דלתות לבד קונה בלא נעילת הדלת, ולמבואר נראה דסברת הרשב"ם הוא דהעמדת דלתות הוא גמר התיקון של הבית ולכן קונה, [ועי"ש במהרש"ל].

אמנם בתוס' נראה דרך אחרת בזה, שתוס' כתבו דלא דמי למוצא פלטרין בנויין וסד בסיד דהתם משביח בנכסי הגר אבל הכא מה הן נכסי הגר קרקע והיא לא נשתבחה, ביאור דבריהם נראה דעיקר קנין חזקה הוא כשעושה בקרקע עצמה חזקה, אלא דהיכא שעושה בבית מעשה של חזקה קונה ג"כ אלא דבעושה בבית צריך שיהא בית גמור, ולכן הכא בבונה פלטרין שלא עשה מעשה חזקה בקרקע אינו קונה רק בגמר הבנין וזהו מש"כ תוס' בהמשך להקשות דהא יש בה גג שיכול ליכנס מפני הגשמים, ותי' דמ"מ לא חזי לדירת קבע כל זמן שאין דלתות, דאדרבה קילקלה דמעיקרא חזיא לזריעה והשתא לא חזיא לזריעה, וביאור דבריהם נראה דכיון שלא עשה מעשה תיקון בקרקע אין כאן חזקה בקרקע וזהו מה שהוסיפו דאדרבה קילקלה דהיינו ביחס לחזקה של רפק בה פורתא קילקלה, דהתם הוה חזקה אע"פ שעשה מעשה כל דהו כיון שהוא מעשה בגוף הקרקע אבל כשעושה בבנין צריך שיהא גמור.

וביאור זה נראה מדברי הרשב"א דע"ש שהביא דהר"י מגאש חולק על מה שכתבו תוס' דהא דלא קני בבונה פלטרין מפני שחפר בה פורתא כשחפר ליסוד של הבנין דתוס' כתבו דדוקא בקרקע העומד לחרישה אמרינן כן, והר"י מגאש חולק דאף בחופר ליסודת הבנין קונה בחזקה זו דחשיב בכלל רפק בה פורתא, אבל הכא מיירי שלא חפר ליסודות לבנין ובנה אותו בלא חפירה, וטעמא דאין כאן חזקה כיון שלא גמר הבנין דאילו היה חופר ליסודות יש כאן מעשה חזקה בגוף הקרקע, אבל בחזקה שאינה בגופא של קרקע צריך שיהא בנין גמור, ועי' עוד בלשון הרמב"ם [פ"ב מזכיה ה"ט] שכתב טעמא דהראשון שבנה פלטרין לא קנה משום דהראשון לא עשה בגוף הקרקע כלום והרי הוא כמי שעשה גל אבנים על הארץ שאינו קונה, ונמצא לפי"ז דעיקר קנין חזקה הוא היכא דקא עביד מעשה בגוף הקרקע אבל מעשה בבנין של קרקע הוא הלכה נוספת, ועי' היטב בר"י מגאש מש"כ לפרש בכ"ז, ועי' בנתה"מ בתשובה סוף סי' קצ"ב שכתב סברא זו דבנין כ"ז שלא גמר אין כאן תיקון לקרקע.

ו. **גמ' ובא אחר והעמיד דלתות קנה.** תוס' לעיל ע"א כתבו דע"כ מיירי הכא דהעמיד דלתות ונעל דאל"כ לבני בעלמא הוא דמיפך, וצ"ב דהרי כתוב תוס' דאע"פ שחזי ליכנס מפני החמה מ"מ אינו ראוי לדירת קבע כ"ז שאין בה דלתות, וא"כ צ"ב אמאי כתבו תוס' כ"ז.

לעיל דקונה רק ע"י נעילת הדלת הא אין לך שבח גדול מזה שבנה בית והעמיד דלתות [וחסר רק את הנעילה בפועל], ועי' במהרש"ל לעיל בע"א שנראה שנתכון לכך.

ז. בעיקר הך דינא דהשני קנה מצינו מחלוקת בראשונים האם באופן שהראשון בנה מהעצים ואבנים שלו אם יכול השני לזכות בגוף הקרקע, דבתוס' רי"ד דאע"פ שהראשון לא זכה בקרקע מ"מ האבנים שלו משום שבנה משלו ואף אם היה של הגר הרי זכה בהם כשבנה בהגבהה ומ"מ זכה השני בקרקע, אלא שחייב להחזיר לו האבנים, אלא שכתב דתלוי בפלוגתא בסוגיא ב"מ אם חייב להחזיר לו גוף האבנים עצמם או דמים, ומבואר שאף למד"א שיוּרד לשדה חברו יכול לומר עצי ואבני אני נוטל מ"מ זכה השני בקרקע, אולם היד רמה [אות רכה] כתב דכ"ז רק באופן שהראשון בנה הפלטרין לבנים של הגר ולא נתכון לזכות בהם, אבל אם בנה בלבנים שלו או בשל הגר ונתכון לזכות בזה אף בהעמיד השני דלתות לא קונה כיון דהראשון יכול לומר עצי ואבני אני נוטל ונמצא דהשני לא החזיק בנכסי הגר כלל שהרי יש לו דלתות בלא בית ואין כאן חזקה, ולכן כתב שלא הראשון זכה ולא השני זכה אלא הקרקע עדיין הפקר, ולכן כתב שאם הראשון הוציא הדלתות של השני והניח משלו זכה בקרקע, ועי' בטור ושו"ע סי' רעה שהובא ב' השיטות, ומבואר בפרישה שם שנחלקו התור"י והיד רמה בתרתי א' אם לא נתכון לזכות באבנים אם זוכה בהם, ב' אם השני זכה בקרקע כשיכול לומר עצי ואבני אני נוטל.

וצריך לבאר סברת התוס' רי"ד מ"ט אם יכול לומר עצי ואבני אני נוטל זוכה השני בקרקע, הרי כיון שנטל הראשון הבית שבנה נמצא שהשני לא עשה תיקון כלל, ועוד צ"ב דמבואר מדבריהם שאם בכל יורד אין יכול לומר לו עצי ואבני אני נוטל איכא כאן חזקה לשני, וקשה הרי הכא בשעה שהראשון בנה הרי השדה היתה הפקר וא"כ במה זכה השני במה שבנה הראשון, דבכל יוד כיון שירד בשל חסרו ונתכון להשביח את של חברו ממילא מונח שנותן השבח לחברו אבל הכא הרי בשעה שירד היה השדה של הפקר ומהכ"ת שיזכה בזה השני שהעמיד דלתות, [ועי' בטור שהביא שיטת הרא"ש וקצת משמע דס"ל סברא זו אולם בפרישה לא הבין כן], ועי' במגיד משנה פ"ב מזכיה ה"ט שהביא שבר"י מגאש בסוגיין כתב דכיון שבנה הראשון בקרקע של נכסי הגר ממילא נעשו מכלל נכסי הגר ולכן זכה בו השני בחזקתו, ומשמע דאע"פ שבנה שלו כיון שבונה בקרקע של הפקר מונח כאן מעשה הפקר וצ"ע הסברא בזה, [ועי' שיעורי הגר"ש אות צג מש"כ לבאר].

ח. גמ' המוצא פלטרין בנכסי הגר וסד סיוד אחר או כיוור אחד קנה. הרשב"ם ביאר דכיון דדבר שמיפה את הבית חשיב מעשה תיקון והוה חזקה, ולמבואר לעיל דשיטת הרשב"ם דבעינן גמר תיקון ה"ה הכא כיון שהבית בנוי יש כאן מעשה של גמר תיקון, ובתוס' [ד"ה לבני] מבואר דסיוד הוא שבח בפלטרין עצמם שהם נכסי הגר ולכן דווקא היכא שהוא גמור חשיב שבח בפלטרין, ומשמע דוסד סיוד אינו תיקון בגוף הקרקע עצמו, אלא בפלטרין וכיון שהוא ע"ג הקרקע קנה, [ועי' בספר אילת השחר שהעיר על תוס' מהא דכתב בקצה"ח סי' רע"ה דבית אין לו דין קרקע וחשיב מטלטלין כיון שהוא תלוש ולבסוף חיברו, והקשה א"כ למבואר בתוס' דוסד סיוד הוא תיקון בכותל עצמו הרי לכותל עמצו אין דין של קרקע אלא של מטלטלין ואמאי אית ליה חזקה].

ועי' ביד רמה [אות רכו] שכתב דהך דינא דסד בו סיוד אחד מיירי אף באופן אם עשה כן בפלטרין שעדיין אין בו דלתות דאם סייד קנה אע"פ שהבית אינו גמור, וטעמא דמילתא כיון דלנוי בעלמא הוא דעביד ואהני מעשיו לענין זה ונתכון לקנות לכך הוה חזקה, ולמבואר בתוס' דהוא חזקה בפלטרין וכל זמן שאינם גמורים לכאורה ל"ש בזה חזקה, וכן יש לעיין לסברת הרשב"ם דחזקה בגמר התיקון א"כ אף דלנוי נגמר מ"מ כ"ז שאין כאן בית ל"ש לדון שיש כאן מעשה של נוי ועיין בזה.

הערות וציונים פרק חזקת הבתים

דף נג:

א. גמ' המציע מצעות בנכסי הגר קנה. כתב הרשב"ם דנתחדש כאן עוד אופן של קנין חזקה, דלא רק נעל גדר ופרץ שהוא עושה מעשה תיקון בגוף הקרקע, אלא נלמד מקרא דוירשתם בה דהשתמשות בקרקע חשיב נמי חזקה, ולכן הכא במציע מצעות 'יושוכב' עלהם הרי הוא משתמש בקרקע, ולפ"ז הא דמיייתי הגמ' ראיא מעבד משום דהתם נמי אופן החזקה היא במה שהעבד משמש להאדון,

אולם הראב"ד בשטמ"ק מבואר כונה אחרת בגמ' דמציע מצעות קונה משום דהוא מיפה את הקרקע והוה כמו שסד או עושה צורה ולא מדין אכילת פירות, ולפ"ז א"צ לשכב עליהם כמו שכתבו רשב"ם ותוס', וכן כתב היד רמה כן עי"ש וכן כתב המגיד משנה בדעת הרמב"ם פ"ב מזכיה ה"ד, אמנם הרשב"א הקשה על הראב"ד דלכאורה לא דומה לסיוד וכיון דהתם היפוי הוא בגוף הקרקע אבל הכא אינו בגוף הקרקע אלא דבר בפני עצמו הוא.

וצריך להבין לדעת הראשונים שקונה משום שמיפה את הקרקע א"כ מה מדמה הגמ' להא דעבד, וכתב הרשב"א דלפ"י הראב"ד צ"ל דהא דמיייתי הך דעבד משום שבעבד כמו שאם הוא מתקן להאדון חשיב חזקה ה"ה אם האדון הליבש את העבד קנה ומטעם דחשיב יפוי, ומזה נלמד דה"נ בקרקע חשיב חזקה כשמיפה אותה, ועי' בלחם משנה פ"ב מזכיה ה"ד שכ"כ בדעת הרמב"ם, ועי' באבן האזל שם שתמה שהרמב"ם פ"ב ממכירה ה"ב כתב שחזקה בעבד הוא שישתמש בו כדרך שמשתמשים בעבדים ומשמע שרק בכה"ג שהעבד שימש את האדון ולא להיפך, וכתב באבן האזל שבראב"ד מדויק ביאר אחר בזה דע"ש בראב"ד שכתב ז"ל ולגבי קנין עבדים נמי יפוי הוה חזקה דאמרין הרחיצו וכו' מיהו התם בעינן שהעבד מיפה את לרבו ובנכסי הגר בעינן מיפה הנכסים או

שיתקן בהם תיקון המועיל, עכ"ל מבואר מדבריו דלא כהרשב"א דבעבד מהני גם הא דהאדון מיפה העבד, וכתב באבה"ז לבאר כונת הראב"ד ע"פ מש"כ ברבנו גרשום שהגמ' באה ללמוד מעבד דסגי ביפוי כל שהוא ולא צריך מעשה גמור, וכמו שהתם מהני מה שהעבד מיפה קצת האדון ה"נ מהני הכא מה שמיפה במקצת, ואין כונת הגמ' להוכיח על עיקר אופן זה החזקה.

ב. והנה נחלקו הראשונים אם אכילת פירות חשיב חזקה לקנות את הקרקע, דעת הרמב"ם פ"א ממכירה הט"ז דאם אוכל פירות ג' שנים קונה השדה מדין חזקה, מיהו הרשב"ם לקמן נז. חולק על הרמב"ם וסבר דאכילת פירות לא הוה חזקה, ואף הרמב"ם עצמו כתב [פ"ב מזכיה ה"ב] דאכילת פירות לא הוה חזקה בנכסי הגר, והקשה הרשב"א א"כ איך מציע מצעות הוה חזקה הרי אכילת פירות לא הוה חזקה, וכתב הרשב"א שחלוק אכילת פירות מהציע מצעות דאכילת פירות אינו משתמש בגוף הקרקע אבל כאן שמציע מצעות ושוכב על גוף הקרקע חשיב מעשה השתמשות בגופא של קרקע, וזהו מה שמדמה הגמ' לעבד שהאדון משתמש בגוף של העבד, אולם יש לעיין דהרמב"ם הלכ' מכירה פ"א הט"ו כתב דאם היתה הקרקע צחית סלע דא"א לזרוע בה ע"י שטיחת פירות או העמדת בהמות חשיב חזקה, והראב"ד חולק ע"ז דאכילת פירות לא מהני כלל לחזקה, ולמבואר ברשב"א דהיכא משתמש בגופא של קרקע אף באכילת פירות קונה א"כ מ"ש שטיחת פירות ממציע מצעות בנכסי הגר, וצ"ל שהראב"ד חלוק אף בזה ולכן כא ביאר הראב"ד כמש"כ באות הקודם דמהני משום שהוא מיפה את גוף הקרקע.

ג. גמ' הגביה רבו לו לא קנאו. פרשב"ם שאין דרך להגביה בני"א, בפשוטו נראה דר"ש שחולק דאף הגביה קונה בעבד דס"ל שאע"פ שאין דרך מ"מ הגביה חשיב קנין אלים וקונה אף שאין דרכו בכך מטעמא דלא תהא הגביה גדולה מחזקה, מיהו צ"ב א"כ מהו הסברא דלא תהא חזקה גדולה מהגביה הרי כיון שאין דרכו מה מהני שהגביה בעלמא הוא קנין אלים טפי, והתוס' ר"י דהביא דברי הרשב"ם ותמה דמוכח בגמ' קידושין כו ע"א דבהגביה קונה אע"פ שאין דרכו בכך, דהגמ' מקשה פיל במה יקנה ומשני שמביא חבילי זמורות והפיל ומוגבה מכוחו וקונה מדין הגביה הרי שבקנין הגביה אע"פ שאין דרכו בכך קונה, ולכן כתב התוס' ר"י דלא גרסינן בדברי ת"ק שאינו קונה בהגביה, אלא ר"ש אתי למימר שעבד נקנה גם בהגביה ולא נחלקו בדבר זה, וכן מבואר ברמב"ם פ"ב מזכיה ה"ב ע"ש בראב"ד שלא נחלקו ת"ק ור"ש בזה.

אולם יש לעיין דהרשב"ם עצמו כתב לקמן פו ע"א [ד"ה לצדדין] וכן בתוס' שם ד"ה לצדדין כתבו דבהגביה קונה בכל דבר ובכל מקום אף בדבר שאין דרכו בכך, וכן מפורש בריטב"א בקידושין כה ע"ב דהגביה קונה בכל דבר משום שהוא קנין אלים, ונראה לבאר שסברת הרשב"ם כאן דאין דרכו בכך הוא רק בעבד, משום שיש חילוק בין אם החסרון הוא מחמת שאין דרכך מחמת כבידות כמו פיל או מחמת המציאות של המעשה, וא"כ דאע"פ שכתב הרשב"ם להלן פו ע"א דדבר שאין דרכו בכך נקנה בהגביה כ"ז היכא שהחסרון הוא מחמת הכובד של החפץ דבזה אמרינן שאין חילוק דהגביה הוא קנין אלים טפי ממשיכה שקונה רק דב שדרכו בכך, אבל י"ל שעבד אין דרכו בהגביה לאו משום שהוא כבד אלא שהמציאות היא שהוא דבר שאינו בר הגביה, וא"כ י"ל דבזה ס"ל לרבנן דאין קונה בהגביה כיון שאין דרכו, ולפ"ז י"ל דסברת ר"ש היא שכמו שאין חילוק בדבר שמחמת הכבידות לאו בר הגביה וקונה משום שהוא קנין אלים ה"נ י"ל בעבד ג"כ אע"פ שלא בר הגביה מצד שהוא עבד מ"מ כיון שהוא קנין אלים קונה.

ד. רשב"ם המציע מצעות. ונראה בעיני דמהכא נפקא לן וכו', מדברי הרשב"ם נראה דפשוטו הקרא דמשם נלמד חזקה הוא השתמשות בקרקע, דכיתב אשר תפסתם בישיבה וקרא דוישבם בה, וא"כ צריך להבין מנלן דנעל גדר ופרץ חשיב חזקה הרי אין כאן מעשה של השתמשות בקרקע, ועי' ברמב"ן בקידושין כב ע"ב כתב דטעמא דנעל גדר הוה חזקה כיון דאי אפשר לישב בארץ בלא גדרות ותקונין, משמע דבאמת עיקר קנין חזקה הוא השתמשות בקרקע ולכן מציע מצעות קונה אלא דשאר החזקות דנעל גדר הוה בכלל השתמשות, וכן נראה ברשב"ם דעיקר קרא דחזקה הוא השתמשות בשדה, **אמנם** בתוס' הרא"ש בקידושין כו. הקשה איך ילפינן מקרא דוישבם בה דנעל גדר ופרץ הוה חזקה הרי עיקר קרא בישיבה, ותי' דאורחא דמילתא דהדר בבית מתקן ועוד תי' כדאמרינן בחזקת הבתים מציע מצעות בנכסי הגר קונה, ומשמע לפי ב' התי' דעיקר קנין חזקה אינו השתמשות כמו שכתב הרמב"ן אלא תיקון הוא עיקר החזקה אלא דקרא אתי לפרש דאיכא קנין של חזקה אף בהשתמשות בשדה כמציע מצעות, אמנם אפשר דלתוס' הרא"ש מציע מצעות קונה גם מדין תיקון של השדה וכמש"כ הראב"ד שהובא להלן, וע"ע בריטב"א בקידושין שם.

דף נד.

א. גמ' האי מאן דשדא ליפתא בי פילא דארעא דגר לא הוי חזקה מ"ט בעידנא דשדא לא הוי שבחא וכו'. ברשב"ם מבואר דכיון שלא עשה מעשה בגוף הקרקע אלא השליך זרע בארץ לכן לא הוה חזקה, ומבואר שיסוד דין חזקה בקרקע הוא שעושה מעשה בגוף הקרקע, אולם צ"ב דלשון הגמ' דשבחא ממילא אתי ומשמע שאם היה שבח מיד הוה חזקה ועי'.

וכתב עוד הרשב"ם דאכילת פירות לא הוה חזקה דרק לענין חזקת ג' שנים הוה חזקה, ולעיל נתבאר דאף הרשב"ם מודה דהשתמשות בקרקע חשיב חזקה אלא דרק היכא משתמש בגוף הקרקע כהציע מצעות אבל אכילת פירות דלא הוה השתמשות בגוף הקרקע לא הוה חזקה, אולם דעת הרמב"ם פ"א ממכירה דאכילת פירות הוה חזקה, אלא דהרמב"ם בפ"ב מזכיה ה"ב כתב שבנכסי הגר אכילת פירות לא הוה חזקה וחלוק מקנין חזקה במקח, והסברא בזה כתב בשטמ"ק בשם הראב"ד לעיל נג: דבנכסי חברו תלוי בקפידת חברו ולכן אכילת פירות הוא דבר שאנשים מקפידים לכן הוה חזקה באכילת פירות, אבל בנכסי הגר בעינן שיחזיק בגוף הקרקע ולכן אכילת פירות לא הוה חזקה, ועוד מבואר ברמב"ם שם ה"ג שכל האופנים של חזקה של העמדת דלתות

וצר צורה קונה רק בנכסי הגר אבל במקח וממכר לא, והטעם כתב בשטמ"ק דבמשביח נכסי חברו אין כאן הוראת בעלות אלא חברו נהנה מזה ואינו מקפיד אם חברו משביח לו, ורק בנכסי הגר הוה חזקה.

ב. גמ' אמר שמואל האי מאן דפיש דיקלא אדעתא דדיקלא קני וכו'. הרשב"ם ביאר דטעמא דע"ד חיותא לא קני דאע"פ שבלקט ענפים מתכוון להחזיק בדקל ולקנותה בחזקה זו לא קני והיא מהניא לדלק לא קנה משום דתרתני בענין שיעשה תיקון בקרקע בידיים ובאותו תיקון יהיה מתכוון לשם תיקון כדי להחזיק, ומבואר ברשב"ם דאע"פ שרוצה לקנות מ"מ כיון שעושה לשם אכילה ולא לשם תיקון אין זה חזקה, וזהו שכתב הרשב"ם דהוה כחולך בשוק ואמרו שרוצה לקנות דכיון שאין כאן מעשה תיקון אלא דיבור בלא מעשה ולכך לא הוה חזקה.

ויש לדון האם לפי הרשב"ם היכא שיעשה להדיא לשם תיקון אם יקנה די"ל דמאחר שבדרך כלל מעשה שמלקט הדקל מצד אחד מתפרש מעשה שלא עושים לתיקון הקרקע אלא לאכילת הדקל ע"כ לא הוה חזקה כלל, ונראה דזהו כונת הגמ' בהמשך בההיא איתתא דאמרין דלא אחזיק כדמחזקי אינשא דהכונה בזה לאו משום שלא נתכונה לשם קנין אלא דבעינן שיעשה מעשה שמוכיח שנתכוון לשם תיקון, ועי' ברא"ש [סי' סג] שכתב כללא דמילתא דבעינן מעשה הנראה לעינים שעושה לתיקון הקרקע, והיכא שיש מעשה מסופק אינו קונה, ונראה דאפשר דהרשב"ם נמי מודה לכך דלאחר שהגמ' אומרת דיש אופנים דהפעולה שהוא עושה אינה מתפרשת כתיקון של הקרקע לא הוה מעשה של חזקה אף אם הוא מתכוון לתקן, **אמנם** התוס' פליג על הרשב"ם דכתבו דטעמא דלא קני הכא משום שלא נתכוון לקנות, ולא משום שלא נתכוון לקנין, ועי' בהגהות מימוניות פ"ב מזכיה אות ד' שכתב כך.

והנה הרשב"ם כתב דכל דינא דמתני' בין בקונה מהפקר בין בעושה חזקה לקנות מחברו, ולפי דעת תוס' שהחסרון הוא מחמת שאין כונה לקנות יש לדון לפי מש"כ הראשונים לעיל מא ע"א דבדעת אחרת מקנה א"צ כונה לקנות אלא ע"י מעשה קנין נעשה שלו א"כ ה"ה הכא אילו היה דעת אחרת מקנה הדין הוא דקונה אף היכא דלית ליה כונה לקנות, ולפי"ז צ"ל דכל דינא דהגמ' היא רק בזוכה מנכסי הגר, אבל להרשב"ם כיון שאין כונת לתיקון לא מהני דעת אחרת מקנה, דכל שחסר בכונה לתקן חסר בעיקר מעשה קנין של החזקה ולכן פ"י דכל הסוגיא מייירי בין בזוכה מההפקר בין בקונה מאחר, [ובאמת לשיטת הרמב"ם דאכילת פירות הוה חזקה לכאורה ע"כ צ"ל דהגמ' מייירי בזוכה מההפקר דא"כ אמאי אין חזקה מדין אכילת פירות ודו"ק].

ג. גמ' היכי דמי שקל מהאי גיסא וכו'. הרשב"ם פירש דכונת הגמ' להקשות הכי דמי שלא יוכל לכפור לומר שנתכוון לשם קנין, ומשמע דקושית הגמ' היא שהפשטות הוא שעושה כן בשביל קנין, וכונתו לכאורה כמו שכתב בהמשך דבריו דהפשטות היא שעושה כן בשביל קנין, [ולולי דבריו היה אפשר לפרש דקושית הגמ' היא דמכיון שיש כאן ספק אם כונתו לשם תיקון או לא א"כ לעולם ליכא חזקה דמספק אינו קונה, וכמו שכתב הרא"ש דבעינן שיהא מעשה הנראה לעינים].

ד. האי מאן דזכי זיכא וכו'. הנה"מ [בתשובה בסוף סי' קצ"ב] כתב דרק אם היה מחובר ותלשן דבשבת חייב עילה בכה"ג הוה חזקה, אבל אם לא היה מחובר לקרקע לא חשיב מעשה בגוף הקרקע ואינה חזקה, אבל באבנ"מ [תשובה כה] חולק דאף בכה"ג שהיה דבר שלא היה מחובר לקרקע נמי קונה.

ה. ההוא איתתא דאכלא דיקלא בתפישא וכו'. בשלמא לרשב"ם דכל דליכא מעשה תיקון אף אם מתכוון לקנות לא קנה א"ש, אבל לדעת תוס' [באותו ב] דהחסרון הוא שאין כונה הכא שאומרת שנתכונה לקנות אמאי לא קנתה, וי"ל ע"פ מש"כ בשטמ"ק בשם תוס' הרא"ש דאע"פ שאי אפשר שלא חפרה תחתיו או השקתה הדקל וא"כ יש כאן חזקה, מ"מ כיון שלא נתכונה לקנות בזה דהיתה סבורה שמעיקרא כבר קנתה את זה ובתחלה לא לשם קנין הקרקע עשתה כן לכן לא עלתה לה חזקה.

ו. גמ' ושמואל אמר לא קנה אלא מכוש אחד בלבד. כתב הרשב"ם דדוקא בנכסי הגר אבל במכר הרי מכר לו י' שדות ב"י מדינות ונתן דמי כולם קונה במכוש אחד את כולם, וצ"ל דכל חלק וחלק הוא דבר בפני"ע ולכן אינו קונה אלא מקום מכוש בלבד, וכתב הריטב"א דכל זה רק בחזקה דרפק בה פורתא דאינו מעשה בכל השדה, אבל בנעל גדר ופרץ אינו כן אלא חשיב מעשה בכל השדה דע"י הנעילה כל השדה נעולה וכן בגדר כל השדה היא גזורה ולכן חשיב מעשה חזקה בכל השדה, מיהו צ"ב לפי הרשב"ם שכתב דבמכר כל השדה קונה כדאשכחן במכר י' שדות, וא"כ לפי דעת הרשב"ם לעיל דמכר י' שדות ל"ש במתנה וכמש"כ שם, א"כ ה"ה במתנה יהא הדין שאם רפק בה פורתא אינו קונה אלא משום מכוש בלבד.

הערות וציונים פרק חזקת הבתים

דף נד:

א. אמר שמואל נכסי עכו"ם הרי הם כמדבר כל המחזיק בהן זכה בהן. פרשב"ם דעכו"ם דכל קנינו בכסף לדידיה כיון שהגיע מעות לידו הוה מכירה גמורה שאין יכול לחזור בו, אבל הישראל לא קנה עד דאתי שטר לדידיה כדאמרין בקידושין דישאל אפילו מישראל חברו לא סמכה דעתיה לקנות בכסף עד שיבוא השטר לידו, ולכן הכא כיון שנתן המעות לעכו"ם אח"כ כשהגיע השטר לידו כבר זכה אחר בקרקע, והרשב"א הוסיף דאף במקום שראין כותבים את השטר אלא קונה בכסף לבדו מ"מ במוכר לעכו"ם אינו סומך דעתו להקנות לו רק באופן שיתן לו שטר דסתם עכו"ם אנס הוא, [ובביאור הגר"א קצ"ד סק"ד כתב דכן הוא שיטת הרשב"ם

שכתב דאפילו מישראל חברה לא קני בוזי עד שיכתוב את השטר 'וכ"ש מעכו"ם', והיינו שבעכו"ם איכא סברא שלא סמכא דעתיה אף במקום שהישראל לא כותב השטר].

והנה הר"ן בקידושין [י ע"א מדפי הרי"ף] כתב דהא דאמרינן בגמ' שם דבמקום שכותבים את השטר לא קנה בכסף דמיירי בשטר קנין, וטעמא דאין רוצה לקנות בכסף משום דכל שיש לפניו ב' קנינים אדם מעדיף לקנות בקנין אלים יותר, דאם מיירי בשטר ראה אע"פ שלא סמכה דעתיה לקנות בנתינת הכסף מ"מ לאחר שימסור לו השטר קונה השדה למפרע משעת נתינת הכסף, וביאר בזה הר"ן הא דמבואר בגמ' כאן דישראל השני יכול לזכות משום דלא סמכה דעתיה לקנות בכסף רק ע"י השטר דע"כ מיירי בשטר קנין, דאם מיירי בשטר ראה ל"ש לומר שלא יזכה הישראל הראשון שלאחר שהעכו"ם ימסור לו השטר נמצא שקנה הישראל הקרקע ע"י הכסף ונמצא שהיה שלו מעיקרא ולא יעויל זכית הישראל השני שקנה, אלא ע"כ דמיירי בשטר קנין וכיון שמסר לו הכסף מעיקרא והפקירו לא יוכל לקנות ע"י השטר דכבר זכה בו אחר, ולכאורה נראה מדברי הר"ן דישראל קונה מעכו"ם ע"י שטר, דזה גופא חידוש של שמואל שלא ימסור לו הישראל לעכו"ם הכסף אלא שימסור לו רק לאחר קבלת השטר ונמצא שהקנין חל ע"י השטר כמו שמצינו אצל ישראל שהקנין חל בשטר, וכן נראה שיטת הרמב"ם פ"א מזכיה הי"ד וכן מבואר ביד רמה בסוגיין.

אולם דעת תוס' בסוגיין ובקידושין יד ע"ב דעכו"ם אינו קונה בשטר כלל ולפי"ז ע"כ כונת שמואל דאמר נכסי עכו"ם הרי הם כמדבר כונתו שלא יתן כסף בלא קבלת שטר אלא יתן כסף רק אם העכו"ם ימסור לו שטר ראה, וא"כ תקשה קושית הר"ן מדוע לא מהני שימסור לו העכו"ם השטר אחרי נתינת הכסף, שהרי כיון שאינו אלא שטר ראה א"כ נמצא שהקנין חל משעה הראשונה שנתן לו הכסף, וצ"ל דהראשונים חולקים על הר"ן וס"ל דכיון שלא סמכה דעתיה לקנות בכסף בלבד רק אם יהא לו שטר ראה א"כ ע"כ כונתו שהקנין כסף יחול רק מאותה שעה שהגיע השטר לידו, ולכן כיון שהעכו"ם כבר נסתלק כל הקודם בזה זכה ולא מהני מה שימסור לו העכו"ם השטר ראה אח"כ, וע"י אור שמח זכיה ומתנה פ"ה ה"ו ד"ה איברא שנראה מדבריו כן.

ב. גמ' עכו"ם מכי מטי זוזי לידה איסתלק ליה. צריך להבין הרי דעתו של העכו"ם הוא להקנות את הקרקע לישראל ואם הישראל אינו רוצה לקנות בכסף אמאי נעשה הקרקע הפקר, והנה הרשב"ם ותוס' כתבו שהישראל יכול לתבוע מהעכו"ם את הדמים בחזרה, ולכאורה הטעם משום שלא נעשה כאן מעשה קנין כלל מכיון שכל הטעם שהישראל נתן לו דמים הוא כדי שיחול קנין ואם לא יזכה בקרקע אין כאן מקח, וא"כ תמוה מאוד איך נעשה הקרקע הפקר, אולם הרא"ש תמה על סברת הרשב"ם וכתב ז"ל ודבריו אינם מובנים לי דהאיד יכול להוציא מעות מן הכנעני כיון דבדיניהם קני ואף בדיניהם נגמר קנין ע"י נתינת הכסף שוב אין חייב להעמיד מקחו בידו אם בדיני ישראל זכה המחזיק עכ"ל, ובפשוטו נראה שנחלקו הרשב"ם והרא"ש האם יש כאן מעשה קנין גמור ע"י הכסף, דהרא"ש שסבר שאין יכול להוציא הכסף מהעכו"ם ע"כ שחל כאן קנין, אבל הרשב"ם ס"ל שלא זכה העכו"ם בכסף דלא חל כאן המקח כלל ולכן יכול לתבוע ממנו, ולפי"ז תקשה טובא מה הכונה מכי מטי לידה איסתלק ליה ובמה נסתלק הרי לא נעשה כאן מעשה קנין כלל ואיך נעשה הפקר.

ועוד הקשה הקו"ש דתוס' להלן קלח ע"א הקשו על הרשב"ם שכתב בהא דמבואר בגמ' שנותן מתנה לחברו ואמר אי אפשי בה שנעשה הפקר כיון שרצה ליתן לו מתנה וחברו לא רצה לקבל חל הפקר דהנותן הוציא מרשותו והחפץ והמקבל אין רוצה לקבל ולכן הוה הפקר, והקשו תוס' שאם המקבל לא רצה לקבל המתנה מדוע יהא הפקר שהרי כל הסיבה שהוציא החפץ מרשותו הוא מחמת שרצה ליתן לחברו, אבל לא רצה להוציא מרשותו ע"ד שלא יקבלו וא"כ ה"נ לכאורה אף אם הפקירו כל סיבת ההפקר היה מחמת שהישראל בא לקנות ואם לא בא לקנות אין כאן הפקר, ובאמת שהריטב"א בסוגיין הקשה קושיא זו מדוע הוה הפקר לכל הרי כל ההפקר היה רק ע"ד שיזכה בו חברו, ותי' דגוי לא קפיד בזה שאין דעתו אלא לכספו ולהנאתו, אולם הא גופא צ"ב מ"ט יש כאן הפקר ולא יזיה צורך יש כאן הפקר.

ומצינו ב' דרכים בביאור הענין האם ההפקר הוא מחמת שהיה כאן קנין או מסיבה אחרת, א' הנתה"מ [קצ"ד סק"ב] הביא שהמשנה למלך כתב שאם נתן הישראל לעכו"ם כסף כמו שהישראל יכול לחזור בו ה"נ העכו"ם יכול לחזור בו, ותמה הנתה"מ מהא דמבואר ברא"ש שאין יכול לתבוע את העכו"ם מעות וא"כ ע"כ שחל כאן קנין, ואם יכול העכו"ם לחזור בו מדוע שלא יוכל הישראל לתבוע המעות מהעכו"ם, ועוד תמה אם יכל לחזור בו מהכ"ת יהא כאן הפקר, ולכן כתב הנתה"מ דכיון שעכו"ם כל קנינו בכסף ע"כ שיש כאן מעשה קנין גמור בכסף לענין זה שיצא הקרקע מרשותו, אלא שהישראל לא זכה ולא נכנס ברשותו משום שרפווי מרפיה בידיה הקנין שחושב שהעכו"ם יחזור בו מחמת אלמותו, וע"י בברכ"ש [סי' מ"ח] שביאר כונת הנתה"מ דיש כאן קנין אלא דכיון שהלוקח אינו סומך דעתו הוי חסרון בגדר זכיתו ולכן נעשה הפקר, וע"י באמרי משה [כד י'] שכתב שבכל מעשה קנין כסף הוא נפעל ע"י שבתחלה יוצא מרשותו של הבעלים ואח"כ נכנס לרשותו.

אולם בדעת הרשב"ם משמע דליכא כאן מעשה קנין וכמש"כ שהרי יכול לתבוע מהעכו"ם את הדמים וצ"ל כמו שכתב בחידושי הגרש"ש [סי' כט] ד"ה ונלע"ד שמכיון שהעכו"ם סבור שיש כאן מעשה קנין הרי הוא נתיאש מהקרקע ולכן כל הקודם בה זכה, ואע"פ שיש אומדנא שאם היה יודע שהמקח לא חל לא היה מתיאש, דביאוש ליכא ה"ט דיאוש בטעות שהרי בכל אבידה שיש יאוש אם היה יודע שלבסוף ימצא האבידה לא היה מתיאש ומ"מ אם נתיאש חל היאוש וכמו שכתב בקצה"ח סי' קמב דאף יאוש בטעות הוה יאוש, לכן ה"נ הכא שסבור שיש קנין איכא יאוש וכל הקודם בה זכה, וע"ע בזכר יצחק [ח"ב סי' ע"ח] שכתב כע"ז דהוה כאבידת עכו"ם שאין בו חיוב השבה, דכיון שהעכו"ם רוצה לזכות במעות אע"פ שהקנין לא חל הוה אבידת עכו"ם ולכן כל הקודם בה זכה, [ע"ע בחי' הגרש"ש שכתב בדעת לבאר בדעת הרא"ש אופ"א ממה שכתב הנתה"מ וס"ל שאף להרא"ש לא חל כאן קנין גמור אלא שיש כאן הפקר מחמת סברא אחרת], ומבואר מדברי האחרונים שלפי הרשב"ם לא הוה מעשה הפקר אלא דיש כאן סיבה

חדשה שכל המחזיק בה זכה, אולם דבלשון הרשב"ם משמע דיש כאן מעשה קנין גמור של כסף שכתב [ד"ה איסתלק ליה] ומשקיבל המעות לגבי דידה היא מכירה גמורה שאין יכולים עוד לחזור זה בזה, ומשמע שחל כאן מעשה קנין וא"כ צ"ב מה הטעם שיכול לתבוע מהעכו"ם הכסף ועיין.

ג. רשב"ם ד"ה הרי הן כמדבר. ויש מפרשים דמעות מיהת יחזיר ללוקח ולי אין נראה כלל, סברת היש מפרשים כתב בחי' הרשב"א ב' סברות א' דאף שלא קנה הראשון מ"מ הוה ליה משכון אצלו, וביאר הנתה"מ קצד סק"ה כונתם שהראשון שנתן לעכו"ם מעות מיד כונתו היתה שאם לא יבוא לידו השדה בתורת מקח יהא הדמים שקיבל הגוי חוב עליו, ולכן הכא שלא קנה השדה נמצא שהעכו"ם מחויב ליתן לו הדמים ונשתעבדו נכסיו, ולכן אף הקרקע שהפקיר נשתעבד כמו שמבואר סי' רמה סעי' י' שיכול לגבות אף מההפקר, ולפי"ז כתב הנתה"מ שצריך ליתן לו כל הדמים ששילם הישראל הראשון, ועוד טעם כתבו הראשונים משום דמשתרשי ליה לשני מעותיו ע"י המעות שנתן לו הראשון ולכן צריך לשלם לראשון הדמים, וכתב הנתה"מ שלי"ז יהא חייב לשלם רק כפי השויות ששוה השדה ולא כמה ששילם הראשון על השדה, ועי"ע ריטב"א מה שהקשה על סברא זו, ועי' ברבנו יונה.

ד. רשב"ם בא"ד. שם ומיהו נראה בעיני דהשני רשע מיקרי, תוס' לעיל כב ע"ב כתב דהכא לא הוה רשע כיון שזה הפקר ובכה"ג לא אמרינן עני מהפך בחררה נקרא רשע, אך י"א דהכא אפילו בהפקר נקרא רשע כיון שהראשון הוציא מעות.

ה. רשב"ם בא"ד. כתב הרשב"ם שם דאם יכול הראשון לדון עם העכו"ם יעשה כן ויוצא ממנו המעות כיון שנתברר שלא קיבל כלום עבור נתינת המעות וכן כתבו תוס' ד"ה ישראל, אבל הרא"ש כאן חולק וכתב דאין הישראל הראשון יכול לתבוע את העכו"ם, ובנתה"מ קצ"ד סק"ב כתב לבאר דכיון דהמעות באו ליד העכו"ם וכבר חל המקח לא יוכל הישראל לתבוע ממנו, ועי"ש שתמה על מש"כ במשנה למלך דכתב דהעכו"ם יכול לחזור בו כ"ז שלא קנה הישראל, ותמה דכיון שכבר קיבל המעות נמצא שהקרקע יצא מרשותו ולא יוכל לחזור בו, ואפשר דהרשב"ם ותוס' למדו דלא כהרא"ש דלא נעשה כאן קנין אלא דהוה כיאוש או אבידה ולא יצא מרשותו של העכו"ם לגמרי ולכן יכול הישראל לתבוע העכו"ם המעות כיון שלא נעשה כאן קנין גמור עדיין ועי' מה שנתבאר לעיל.

ו. תוס' ד"ה עובד כוכבים. ושטר ודאי לא קנה בעכו"ם דישראל גופיה לא קנה בשטרא אלא מספר המקנה דירמיה והתם ישראל היה, אולם הרמב"ם פ"א מזכיה הי"ז כתב דישראל הקונה מעכו"ם קונה בשטר, ועי' לעיל באות א' מש"כ בדעת הר"ן בקידושין בזה, ועי' עוד בביאור הגר"א סי' קצ"ד ובהגהות חכמת שלמה שם שהאריך בזה.

ז. תוס' ד"ה וישראל. ונראה דשרי הישראל לתבוע מינה מעותיו אע"פ שמתוך כך יחזור העכו"ם ויגזול את המחזיק דבדין קא תבע ליה, והביאור כמש"כ דסבר תוס' דהקנין עדיין לא חל ולכן יכול לתבוע ממנו מעותיו, והקשה הרע"א דאם העכו"ם יבוא להוציא הקרקע מהשני ויתן אותה לישראל הרי הישראל גוזל את חברו דע"פ דין הוא של הישראל השני וא"כ אף שמותר לו לתבוע את העכו"ם מעותיו מ"מ איך יוכל לישב בקרקע גזולה, ועוד הקשה על סוף דבריהם שכתב דאם רוצה השני לשלם לו ותבוע העכו"ם הוא מוסר, וקשה הרי כל איסור מוסר הוא רק מדרבנן והוה ליה למימר דיש כאן איסור תורה שמשתמש בקרקע של השני.

ח. גמ' רב הונא זבן ארעא מעכו"ם וכו' א"ל מאי דעתיד דאמר שמואל וכו'. מבואר דרב הונא עצמו חולק על שמואל וסבר דלא אמרינן דכל הקודם בהו זכה, וביאר הרשב"א דרב הונא סבר דמכיון שהישראל אינו רוצה לקנות כ"ז שלא בא שטר לידו הי"נ העכו"ם אינו מסתלק ולא יצא מרשותו הקרקע וכמו שכתב הרשב"ם סברא זו בישראל שמכר לישראל אחר.

הערות וציונים פרק חזקת הבתים

דף נד:

א. גמ' ומי אמר שמואל הכי והאמר שמואל דינא דמלכותא דינא ומלכא אמר לא ליקני ארעא אלא באיגרתא. הרשב"ם פירש דאין יכול המחזיק לקנות השדה בחזקה הרי כיון שדינא דמלכותא והמלך אמר שא"א לזכות רק בשטר איך יוכל לזכות בחזקה, אולם צריך להבין הרי הוא בא לזכות מההפקר ומדוע שייך בזה דינא דמלכותא, דלכאורה דין המלך היה על אדם שבא לקנות מקח מחברו שאין יכול לקנות רק ע"י שטר, ועי' ביד רמה שכתב סברא זו להלכה דק"ל כשמואל דנכסי עכו"ם הרי הם כמדבר ואע"פ דק"ל דדינא דמלכותא דינא דכיון שבא לזכות מההפקר זוכה בחזקה לבד בלא שטר, ובדעת אביי צ"ל דס"ל דכיון שמכיון הפקר בא ע"י מקח לכן בזה חל דינא דמלכותא שלא יזכה בחזקה אלא הלוקח שיכתוב לו השטר יזכה, ועי' ריטב"א שהביא פי' זה והקשה דכיון שכבר הפקיר הכעו"ם את הקרקע מה יועיל מה שיכתוב העכו"ם שטר הרי הקרקע אינו שלו, ולעיל הובא דהזכר יצחק כתב דהוה רק כאבידת עכו"ם וא"כ לא יצא מרשותו ומהני כתיב השטר, ועוד הקשה הריטב"א דמלשון הגמ' משמע דאין הכונה על שטר מכירה אלא באיגרתא משמע איגרת המלך.

ועיין ברבנו יונה שכתב כפי' הרשב"ם דע"י דינא דמלכותא לא מהני שאחר יחזיק בה אלא שמדבריו משמע באופ"א דברשב"ם מבואר שלכן יקנה ע"י השטר אבל רבנו יונה כתב דכיון שהמלך אמר שא"א לקנות אלא ע"י איגרתא נמצא דע"כ הלוקח שיכתבו לו את השר הוא לבדו יש לו רשות מן המלך לקנות והוא יקנה כשיחזיק, ונראה מדבריו דלא כהרשב"ם שקונה ע"י השטר אלא שכיון שצריך שטר לכן כאן לא יקנה אלא ע"י שיחזיק, ומשמע דבאמת לא היתה התקנה של המלך שהקנין צריך להיות ע"י השטר, אלא תקנת המלך היתה שא"א לקנות קרקע לולא הוכחה של שטר ולכן הכא לא מהני קנין שטר וכמו שהקשה הריטב"א שהרי הפקיר אלא דכל שיש לו הוכחה מהני קנין חזקה, חזקה של הישראל האשון אבל כל הקודם בה לא זכה כיון שאין לו שטר, והריטב"א כתב לפרש כונת הגמ' באופ"א שהמלך אמר שלא יזכו אפילו מהפקר אלא א"כ יתן דבר קצוב למלך דהיינו חותם המלך שזכה ולכן הכא אף לא יוכל לזכות מההפקר, ע"ע ברבנו יונה.

ב. גמ' דינא דמלכותא דינא. ביסוד הדין של דינא דמלכותא כתב הרשב"ם שכל בני המלוכות מקבלים ברצונם חוקי המלך ומשפטיו הלכך דין הוא, מבואר דכיון שקיבלו עליהם את חוקי המלך לכן צריכים להתנהג ע"פ אותו דין, [וצ"ב מה המחייב הזה להתנהג כמו שקיבלו עליהם], ועי' לשון הרמב"ם [פ"ה מגזילה הי"ח] שכתב במה דברים אמורים במלך שמטבעו יוצא באותן הארצות שהרי הסכימו עליו בני אותה המלך וסמכה דעתם שהוא אדונייהם והם לו לעבדים, משמע מכל זה דהחיוב לנהוג כדינא דמלכותא הוא משום דהסכימו בעצמם למה שאומר המלך, אבל ברבנו יונה לעיל נד ע"ב כתב וז"ל שלא הוזכר דינא דמלכותא דינא אלא להפקעה שהנכסים מופקעים מבעלים בדיני המלך, וכענין הפקר ב"ד הפקר, משמע מדבריו דאינו מחמת הסכמה של כל בני העיר כמש"כ הרשב"ם אלא דזהו דין חדש דיש תוקף למלך מדין הפקר ב"ד, [ועי"ש בהגהות לרבנו יונה שציין שהדבר אברהם הוכיח מדבריו רבנו יונה דהפקר ב"ד לא מהני להקנות לאחר רק להוציא מרשות בעלים והיינו דתוקף הכח של המלכות הוא מדין הפקר ב"ד, ועי"ע ברבנו יונה בסוף הסוגיא ש"כ], וכן נראה מדבריו הר"ן בנדרים כח ע"א שכתב שדינא דמלכותא הוא משום שיכול המלך לגרש אותם מן הארץ, ולכן כתב דבארץ ישראל לא שייך דינא דמלכותא דינא כיון שאין היא שיכת למלך, ומבואר דזהו מחמת קנין וזכות של המלך ולא משום שיש הסכמה של כל בני המלוכה, ועי' ברמב"ם שם בהלכה י"א שמבואר דאף במלך ישראל שייך דינא דמלכותא ולמבואר דקיבלו עליהם א"ש.

עוד נחלקו הראשונים האם דינא דמלכותא הוא רק בדברים ידועים ומסכמים או בכל דבר שהמלך רוצה בו אמרינן דינא דמלכותא, בראשונים כאן הרמב"ן ורשב"א כתב דרך בדברים הידועים, וכתב הרשב"א דכן משמע הלשון 'דינא דמלכותא' דינא ולא 'דינא דמלכא' דינא, ועי' בטור ס"י שסט מש"כ בשם הרמ"ה, אבל ברמב"ם נראה דבכל דין שהמלך עושה אמרינן ביה דינא דמלכותא דינא, ועי' באות הבאה.

דף נה.

א. גמ' והני זהרירי דזבין ארעא לטסקא זבינא זבינא וכו'. הגמ' חילקה דדוקא מס לטסקא אבל מס לכרגא לא, ורב הונא בריה דרב יהושע סבר דאפילו במס דכרגא כיון שאפילו שערי דכדא משתעבד, והקשו הרמב"ן והרשב"א האין חולקים חכמים בדבר זה אם הוא מצות המלך הא אפשר לברר האם דבר זה הוא מחוקי המלך או לא, ותי' הרשב"א שלא אמרו דינא דמלכותא אלא בדינים הידועים והמוסכמים שכבר נתקבלו אצל הכל, אבל מה שהמלך אומר ומפרש את החוק כרצונו כה"ג לא הוה דינא דמלכותא דינא, ולפי"ז צ"ל שנחלקו בזה גופא האם תקנה זו היתה תקנה ישנה או דבר חדש שהמלך הנהיג, אלא דא"כ צ"ב לדעת הרמב"ם דסבר דאף בדבר חדש יש בזה דינא דמלכותא א"כ במה נחלקו, ועי' בלשון הרמב"ם שם הלכה יב וביאור הגר"א שם שנראה מדבריו שהבין דהרמב"ם ס"ל דלא כהרמ"ה ודינא דמלכותא הוא אף בדבר חדש שהנהיג בו המלך, ולפי"ז צ"ב כמו שהקשו הראשונים במה נחלקו כאן הא אפשר לברר אם זה בכלל דינא דמלכותא, [ועי' ברמב"ם שם הלכה יג ודו"ק].

ב. נחלקו הראשונים האם דינא דמלכותא דינא הוא רק בדבר שהוא להנאת המלך או אפילו דבר שאינו להנאת המלך אלא דינים שבין אדם לחברו נמי אמרינן ביה דינא דמלכותא דינא, ועי' בב"י ס"י שס"ט שהביא דהר"ן בגיטין הביא מחלוקת בזה, ומדברי הרמב"ם דייק הבית יוסף שכתב דרך אם הוא לצרכיו איכא דינא דמלכותא, והראשונים הוכיחו מסוגיין דאע"פ שאין למלך הנאה בזה מהא דמארינן דאריסא דפרסאי עד מ' שנה, והא התם אין למלך בו הנאה, וכן מוכח מהא דאמר ליה דמלכא אמר דלא לקנות בכסף לחודיה רק בשטר, וכתב הבית יוסף לישב קושיא זו דבזה איכא נמי ריוח למלך שיחתום בשטר ויקח חוקו, אבל עדיין קשה מהא דאריסא דפרדיסא.

ג. הב"י [ס"י שס"ט] הביא שנחלקו הראשונים בדינא דמלכותא אם הוא דוקא בקרקע או גם במטלטלין, וטעמא דרך בקרקעות הוא כמש"כ הר"ן בנדרים דהמלך יכול לומר לא יהא לך בארצי אם לא תתן כך וכך, ועי' בחזו"א [חיו"מ ליקוטים ס"י ט"ז סק"ט] שביאר דהמלך אינו מקנה את הקרקע לעולם אלא לזמן ולכן כל אימתי שהוא רוצה יש בכוחו להפקיע את הקנין, אלא דהקשה החזו"א מהא דאמרינן כאן למד"א דאפילו שערי בכדא משתעבד אין בכור מקבל פי שנים דמשועבד למלך ומבואר דאף במטלטלין אמרינן דינא דמלכותא דינא, ועוד הקשה מהא דאמרינן בנדרים שם לענין פירות דינא דמלכותא, עי' בחזו"א מש"כ בזה.

ד. הש"ך [סי' ע"ג ס"ק לט] כתב דלא אמרינן דינא דמלכותא דינא היכא דהוה כנגד דיני התורה דאל"כ בטלו דיני התורה ח"ו, וכמו בעכו"ם שמאמינים לע"א קרוב או פסול דלא מהני מדינא דמלכותא, וכתב הש"ך דהא דאמרינן בסוגיין מלכא אמר לא ליקני אלא באגרתא דהיינו שלא יקנו השדות בכסף והרי זה נגד דיני התורה, ותי' דכיון שהוא בא לקנות מגוי אזלינן בתר דיני עכו"ם, **אמנם** צ"ב מאריסא דפרדיסא דהרי מן התורה הם ודאי גזלנים ואינו שלהם, והא דגבית המכס אינו נגד דין תורה ע"כ צ"ל דיש להם כח לגבות מכס לכן לא חשיב כנגד דין התורה שעוברים באיסור גזל ודו"ק.

ה. גמ' אמר רב אסי אמר ר"י המצר והחצב מפסיקין בנכסי הגר אבל לענין פאה וטומאה לא. כתב הריטב"א דהטעם דאינו מפסיק לענין פאה משום שהם מענין השדה כי החצב ענין שדה והמצר ראוי לזריעה ואפסרא דארעא, וצ"ב כונתו א"כ מ"ש דלענין חזקה הוא מפסיק ולא אמרינן שהם מענין השדה ויהי חזקה נמי לזה, ואפשר דלענין חזקה אין הקנין מתיחס להשתמשות של השדה אלא הוא מתיחס לקרקע בעצם וכיון שבפועל הם ב' מקומות חלוקים לכן הוא מפסיק לענין קנין חזקה, אבל לענין פאה הוא תלוי בהשתמשות של השדה, ואמנם צ"ב מה הסברא לענין טומאה דאינו מפסיק, ועי' בתורת זרעים [כלאים פ"ב מ"ח שכתב עד"ז].

ו. גמ' ואלו מפסיקים לפאה הנחל והשלולית. פרשב"ם דנחל היינו נחל איתן מלאה צרורות ואבנים שאינו ראוי לזריעה, והר"ש [פ"ב מפאה מ"א] הקשה דהרי כתיב התם בסיפא דמתני' דפאה דבור אינו מפסיק וא"כ אמאי תני נחל, ולכן פירש הר"ש דנחל היינו נחל של מים ואע"פ דתני במשנה שלולית לא זו אף זו קתני, אבל הרא"ש שם פירש כהרשב"ם וכתב דהחידוש הוא של נחל איתן הוא דאע"פ שהוא מקום שאינו בר זריעה כלל אינו מפסיק לענין אילנות דקתני התם.

דף נה:

א. גמ' דתנן הנכנס לבקעה בימות הגשמים. דעת הרשב"ם דפלוגתא ר' אליעזר ורבנן היא האם חשיב ספק ספיקא או ספק אחד, דר"א דמטהר סבר דיש כאן ס"ס ספק אם נכנס ואף אם נכנס שמא לא נגע בטומאה, וצריך לבאר מדוע חשיב לא חשיב שיש כאן רק ספק אחד האם נטמא או לא אלא דיש כמה סיבות לומר למה לא נטמא או משום שלא נכנס למקום שיש טומאה או דשמא לא נגע כלל בטומאה, אבל מ"מ ההיתר הוא מחמת שלא נגע בטומאה, ולכאורה הרי"ז דומה להא דכתבו תוס' בכתובות ט ע"א דהיכא דאיכא שם אחד לא חשיב ס"ס, ולכן כתבו תוס' דבאשת ישראל שקיבל אביה קיבל קידושין כשהיתה פחות מבת ג', ויש ספק אם נבעלה באונס או ברצון ליכא ס"ס ספק באונס ספק ברצון או שנבעלה כשהיא קטנה באונס, וכתבו תוס' דלא חשיב ס"ס דשם אונס חד הוא, שהאוסר הוא הרצון בביאה, וכיון שרצון של קטנה אונס הוא לכן חשיב ספק אחד, וא"כ ה"נ הכא ההיתר הוא שלא נגע בטומאה אלא דיש ב' סיבות לכך ואמאי הוה ס"ס, וצ"ל דאם לא נכנס כלל למקום הטומאה אין כאן ספק על עצם הטומאה וחשיב ספק אחר, ולכן חשיב ספק ספיקא האם נכנס לאותה שדה שיש בה את הטומאה או שמא לא נכנס כלל ואת"ל נכנס שמא לא האיל על הקבר, ועי' בינת אדם [בשער הקבוע כללי ס"ס אות נג] שכתב סברא זו.

והנה תוס' הקשו על הרשב"ם מסוגית הגמ' בע"ז דמשמע דאפילו בספק אחד מטהר היה ר"א, ואולי י"ל לדעת הרשב"ם דגם בסוגיא שם מעיקרא ס"ל לגמ' דחשיב ס"ס דאף דמייירי בחביות פתוחות מ"מ י"ל דאיכא ספק שמא לא נגע העכו"ם ביו, וא"כ איכא ב' ספיקות חדש ספק עכו"ם ספק ישראל, ואת"ל עכו"ם שמא לא נגע, ולכן זה תלוי בפלוגתא ר"א וחכמים דלר"א חשיב ספק ספיקא כמו לענין טומאה ורבנן סברי דספק ספיקא הוא רק כשיש ב' סיבות להיתר, משא"כ הכא שיש סיבה אחת להיתר שאין כאן נגיעת עכו"ם וממילא לא חשיב ספק ספיקא אלא חד ספק האם יש כאן נגיעת עכו"ם או לא, והא דאמרינן התם דכיון דפתחי לשם ממונא הו"ל ספק ספיקא היינו מכיון דפתחי לשם ממונא יש בזה סיבה לחשוש לצד שלא נגע ולא סתם מספק ולכן חשיב ספק ספיקא לרבנן גם לדעת הרשב"ם.

ב. דעת רש"י בע"ז דמייירי בשדה מלאה טומאה ופלוגתיהו דר"א ורבנן הוא האם ספק ביאה טהור משום דלא גמרינן מסוטה אלא ספק טומאה אבל ספק ביאה לא דהתם בסוטה היא ודאי נסתרה, וטעמא דרבנן כתב הריטב"א דבסוטה קפיד רחמנא אסתירה אבל הכא שהוחזקה טומאה מה לי ספק ביאה מה לי ספק טומאה כיון שנכנס כלל למקום הקביעות ואפילו למקום הכללי כבקעה או מבוי, ומיהו ר"א סבר דאפילו בזו כל שיש ספק ביאה רחוק הוא מאוד ויש לתלות בהיתר, מבואר מהריטב"א דאף רבנן בענין כניסה למבוי אך לא בעינן כניסה ממש לרשות שהוחזקה טומאה, [ובמה שכתבו תוס' דהסוגיא בע"ז כיון דמוכחא מילתא חשיב כספק ביאה ולא כספק מגע עי' ברמב"ן שתמה על זה].

ולפי"ז צריך להבין את הסוגיא בע"ז שמדמה ספק יין נסך לספק טומאה, והרי בטומאה יש כאן סברא מיוחדת דלא גמרינן מסוטה אלא ספק טומאה ולא ספק ביאה, וביאר באבי עזרי [הלכות שאר אבות הטומאה פ"כ ה"ט] דפלוגתא ר"א ורבנן היא האם ספק ביאה הרי הוא כספק טומאה וכמו בספק טומאה ברה"י ספיקו טמא ה"נ ספק ביאה יהיה ספיקו טמא או"י דבספק ביאה אין דינו כספק טומאה אלא הרי הוא כלל ספק איסור וממילא יהיה טהור משום שהולכים אחר חזקה ובזה תלוי גם ספק ביאה לענין יין נסך שיש הלכה דבספק יין נסך אסור וע"כ אם ספק ביאה נחשב כספק יין נסך הרי"ז אסור ואם לא נחשב כספק יין נסך הרי"ז כספק דרבנן בעל דאזלינן לקולא.

דעת ר"ת שפלוגתא ר"א ורבנן האם ספק ספיקא אסור בטומאה משום דמן הדין היה צריך להיות טהור משום חזקה וילפינן מסוטה לטמא, וא"כ אין נפק"מ בין ספק אחד לב' ספיקות, והקשה בקו"ש [אות רמז] הרי דאף שספק טומאה ברשות היחיד טמא מ"מ אם איכא רוב הדין הוא שטהור כמו שמבואר בכתובות טו ע"א, וא"כ קשה דס"ס מטעם רוב ואמאי ברשות היחיד ספיקו טמא

במקום ס"ס, וכתב דבשלמא לדעת הראשונים דלא אזלינן אחר ס"ס במקום חזקה ע"כ דלא הוה כרוב אבל לדעת הראשונים שאף במקום חזקה אזלינן בטר ס"ס אמאי ברשות היחיד ספיקו טמא, ולכן כתב הקו"ש שלפי הראשונים דס"ס עדיף מחזקה צ"ל דברשות היחיד לא מהני ס"ס דטעמא דלא אזלינן בסוטה אחר חזקה משום שיש הלכה בסוטה דספק כודאי, וא"כ ה"ה נמי אין חילוק בין ספק אחד לב' ספיקות עיי"ש עוד מש"כ.

הערות וצינונים פרק חזקת הבתים

דף נו.

א. [נה ע"ב] גמ' רשב"ם במסכת שבת. תנן המוציא אוכלין חייב בגורגרת דבשבת מלאכת מחשבת אסרה תורה, **באחרונים** [תוצאת חיים ס"י ח' חזון יחזקאל שבת פ"ב ה"ח] דייקו מדברי הרשב"ם דאם הוציא פחות מגורגרת אינו מלאכת מחשבת כלל ואין כאן מלאכת שבת, וכתבו שלפ"ז אם הוציא פחות משיעור של גורגרת ל"ש לחייב מדין חצי שיעור דחסר בכל השם של המלאכה, אבל דעת רש"י בשבת דף עד. דבכל מלאכת שבת היכא שעשה חצי שיעור חייב מדין חצי שיעור כמו בכל איסורי אכילה של תורה.

ב. תוס' ד"ה בהעלם אחד. ולר"י נראה דלאו פירכא היא, דלא דמי דהתם שם המלאכה היא כתיבה וכתובה נגמרה וכו', **ביאור** דבריהם דבהוצאה האיסור הוא מה שהוציא לרשות אחרת ולכן מה שיצרף את ב' מעשה ההוצאה הם ב' מלאכות נפרדות דהאיסור הוא במה שהוציא לאותו מקום מסוים, אבל בכתיבה יסוד האיסור הוא עצם כתיבת ב' האותיות ולכן אין חילוק היכן כתבם דאם יש רק הכ"ת לצרף את ב' האותיות חייב עליהם דחשיב שעשה מלאכה, ועי' תוס' שבת פ ע"א דמשמע כמש"כ.

ג. גמ' אביי אמר אפילו כרמלית אבל פסילא לארבא אמר אפילו פסליא. הקשה בקובץ שיעורים דכיון שאינו אלא רשות בפני"ע מדרבנן ומדאורייתא חשיב רשות אחת א"כ אמאי פטור מחטאת כיון דמן התורה היא רשות אחת, וכתב דכיון שחכמים אסרוהו מוכח שהוא מקום שיש לו חשיבות מהתורה דאל"כ חכמים לא היו אוסרים אותו מקום, ועי' ביד רמה סוף [אות רמ"ח] שהקשה קושית הקוב"ש עיי"ש מש"כ לבאר.

ד. רשב"ם ד"ה ואזדא רבא לטעמיה. דאמר לעיל לענין שבת, הקשה **מהרש"א** אמאי לא פרשב"ם דאזיל רבא לטעמיה לענין הא דאמר רבא אפילו פסילא נמי הוה מפסיק, וכמו שמשמע בגמ' שבת [פ עא] דמייתי נמי הך דרבא התם לא הוזכר מהך דינא דמצר וחצב מפסיקין כלל וכן הקשה במהרש"ל, וכתב מהרש"א דמשמע לרשב"ם דמייתי לענין הא דאמר בתחילת הסוגיא המצר והחצב מפסיקין.

ה. רשב"ם ד"ה וקבעי גמ'. דאילו לרב ושמואל אמרו לעיל כדאזיל תיירא דתורי וכו' מבואר מדבריו דאף שמואל דסבר בעלמא שקנה רק מקום מכושו בלבד מודה דקנה ב' שורות כשחורש בהם, **המהרש"א** תמה דהרשב"ם לעיל נד ע"ב פי' קושית הגמ' שאינה מסוימת במצריה רק לרב ולא לשמואל, ותי' דלבתר דשני הגמ' דבאופן החזקה הוא בהולכת ב' שורות אף שמואל יכול להודות לזה, דכל מה שחולקים רב ושמואל זהו רק ברפק בה פורתא שזהו אופן קל של חזקה, אבל כשעושה חזקה בב' שורות של הדישה של השור זה חזקה מעליתא שקנה את הכל, וכמו שפי' הרשב"ם שם דהוה כאילו חרש כולו שהרי החזיק בו מראשו ועד סופו, **וע"ע** באגרות משה חושן משפט ח"ב סי' מ"ח שהאריך מאוד בביאור הסוגיא.

ו. גמ' אמר רב יהודה אמר שמואל כל שהראהו הקב"ה למשה חייב במעשר לאפוקי קיני קניזי וקדמוני. פרשב"ם דהקב"ה בברית בין הבתרים הבטיח לאברהם עשרה עממים אלא דנתן לישראל ז' עמים, וג' עמים קיני קניזי וקדמוני יקבלו בני ישראל לעתיד לבוא, ומ"מ דינם יהא חלוק משאר ארץ ישראל שלא יתחייבו במעשר, ועוד כתב הרשב"ם דאף אם יכבשו אותם ג' עמים לאחר חילוק של יהושע נמי לא יתחייבו במעשר דיש איסור לעשות אתם מלחמה כדמבואר בקרא בדברים, וכתב הרש"ש דאע"פ שבחז"ל אם יכבשו כל ישראל יהיה לזה דין של אי"י שהרי ילפינן מקרא דכל מקום אשר תדרוך כף רגליכם מ"מ בארצות אלו אין הדין כן. **באחרונים** הבינו שר' יהודה בא לחדש במה שהראה הקב"ה למשה דמלבד מה שאמר הקב"ה לאברהם וגבולות הארץ הכתובים בפרשת מסעי יש עוד מקומות שחייבים במעשר והם מה שהראה הקב"ה למשה, וע"כ הקשו דהרי כל ארץ ישראל כדי לחייב אותם במעשרות צריכים לקדש אותם ואם קידשו אותם יש חיוב מעשרות אף בחז"ל כדאמר בספרי דכל מקום אשר תדרכו כף רגליכם שמה והובא בתוס' לקמן צ ע"ב, וכתב **בחזו"א** [שביעית ג' טז] דלמד"א כיבוש יחיד לאו שמיא כיבוש וצריך לכבוש קודם את ארץ ישראל א"כ יש נפק"מ איזה מקום חשיב ארץ ישראל שאם יכבשו אותו קודם שיחול קדושה, ולמד"א כיבוש יחיד שמיא כיבוש כתב בחזו"א עוד כמה אופנים לישב דאפשר דבזמן בית שני לא היה נוהג הדין דכל מקום אשר תדרוך וכו' ולכן בעינן לידע היכן הוא ארץ ישראל דתהני ליה קדושה, ועוד דא"י שהראה הקב"ה למשה איכא מצוה לקדשה, ועי"ע בחזו"א [שביעית ס"י כח] בסופו שכתב דאף למד"א כיבוש יחיד שמיא כיבוש מ"מ אין ראוי ליכבוש חז"ל קודם ארץ ישראל ונפק"מ במה שהראה למשה דהוא בכלל ארץ ישראל, ועי' במרומי שדה שכתב דכן מבואר בתוס' ע"ז כא ע"א ד"ה כיבוש דכ"ז שלא כבשו את אי"י אין רשות לכבוש חז"ל.

ה. רשבים ד"ה חייב במעשר. ואע"ג דרפאים נמי כתיב באברהם לא ממעטינן ליה וכו', מבואר ברשב"ם דהא דעבר הירדן חייב במעשר אי"ז מחמת שכבשו אותו בניי דהוה כמו כל מקום שכבשו אותו ארץ ישראל שיש בו ההלכה של כיבוש יחיד, אלא משום שאותם חלקים היו מהשבעה עממים שהבטיח הקב"ה לאברהם אבינו בברית בין הבתרים, וכן מבואר ברש"י בפרשת לך לך [טו פסוק כ'] ובפרשת דברים [ג' פסוק יג] דחלק עוג שקיבלו חצי שבט מנשה בעבר הירדן שהוא ארץ רפאים הוא מה שהבטיח הקב"ה לאברהם אבינו, והנה בפשוטו אף החלק שקיבלו ראובן וגד היה הבטחת של הקב"ה לאברהם שהרי קיבלו את סיחון שהוא היה מלך האמורי ובפרש לך לך כתוב שאמורי הוא מהשבעה עמים שהבטיח לו הקב"ה, ונמצא לפי"ז שאין הבדל בין כל ארץ ישראל לערים שקיבלו בניי בעבר הירדן אלא הכל חשיב ארץ ישראל לענין כל הדינים.

אולם יש לתמוה ע"ז וכמו שתמה בפרשת דרכים [בדרוש ח'] שהרי הקב"ה אמר למשה רבנו שלא יכנס לארץ ישראל כמו שכתוב בפרשת חוקת ושמה לא תעבור, וא"כ איך נכנס משה רבנו לארץ סיחון ועוג, ועוד שבתחילת פרשת ואתחנן מבואר שמשה רבנו התפלל ליכנס לארץ ישראל ופרש"י שם שהיה סבור הותר הנדר שהרי נכנס לארץ סיחון ועוג, וצריך להבין באמת איך הותר לו להיכנס לאותם מקומות, ובפרשת דרכים שם כתב בשם מהר"י אדריי ז"ל שאמר מכת קושיא זו שמשה רבנו היה סבור שארץ סיחון ועוד הם בכלל ארץ ישראל אבל קושטא דמילתא שאינם בכלל ארץ ישראל, ותמה עליו הפרשת דרכים דמילתא דפשיטא דהוה ארץ ישראל וכוונתו כמו שמבואר ברשב"ם כאן וברש"י על התורה, ועוד הוכיח כן מהמשנה בביכורים פ"א משנה י' דאמר ר' יוסי שאין מביאים בכורים מעבר הירדן משום דלא הוה ארץ זבת חלב ודבש ומבואר דיש לזה דין ארץ ישראל ממש, ועוד הקשה שהרמב"ן כתב שאין דין גיעולי נכרים בארץ סיחון ועוג משום דהוה בכלל ז' עממים.

וביאר בזה דאע"פ שעבר הירדן היא בכלל ארץ המובטחת לנו מאברהם אבינו מ"מ חלוק קדושת ארץ ישראל מקדושת עבר הירדן, ויסוד הדברים מבואר בתשב"ץ [ח"ג סי' ר'] שכתב שיש בארץ ישראל ב' קדושות קדושת שכינה וקדושת לענין מצות התלויות בארץ לענין חיוב תרומות ומעשרות, וקדושת שכינה לא נתבטלה ועוד שקדושת שכינה אינה תלויה כלל בכיבוש וחלוק, שהרי ליצחק אבינו היה אסור לצאת מארץ ישראל לחוץ לארץ, והרי זה היה קודם קידוש וחילוק אלא שקדושת שכינה היא מחמת זה שהיא ארץ המוטחת לאברהם אבינו, ולכן אף בשעה שחרב הבית וקדושת הארץ בטלה לענין זה שאין חיוב להביא תרומות ומעשרות לא בטלה קדושת שכינה שהיא אינה תלויה בכיבוש, וכתב התשב"ץ שקדושת שכינה היא רק בארץ ישראל גופא אבל בעבר הירדן אינן בה קדושת שכינה שאע"פ שיש חיוב תרומות ומעשרות בעבר הירדן אבל קדושת שכינה אין בה.

ועי' ביהושע [פרק כב פסוק יט] שאמרו בני ישראל לבני גד ובני ראובן 'אך אם טמאה ארץ אחוזתכם עברו לכם אל ארץ אחוזת השם אשר שכן שם משכן השם והאחוזו בתוכנו' פרש"י שלא בחר הקב"ה להשרות בו שכינתו, ומבואר שם בכל המפרשים שהכונה שעבר הירדן אינו מקום הראוי להשרות בו שכינה דמשכן שילה רק היה יכול להיות בארץ ישראל ולא בעבר הירדן, ומקור הדברים הוא מהספרי זוטא נשא [פ"ה ב'] ובמדרש רבה במדבר [ז ח] ארץ כנען מקודשת מעבר הירדן ארץ כנען כשרה לבית השכינה, אין עבר הירדן כשרה לבית שכינה, ועי' רמב"ן פרשת חוקת דעבר הירדן נקראת ארץ טמאה ומקור הדברים הוא מהנביא. ולפי"ז אי"ש שבעבר הירדן אע"פ דחשיב ארץ ישראל לענין תרומות ומעשרות מ"מ אין בו קדושת שכינה כמו בכל ארץ ישראל, וא"כ י"ל דמה שאמר הקב"ה למשה רבנו שלא יכנס לארץ ישראל היינו למקום שיש בו קדושת שכינה, ולכן אע"פ שהיה שם קדושת ארץ ישראל לענין תרומות ומעשרות כיון שלא היה קדושת שכינה הותר לו להיכנס ועי' באור החיים דברים [ג' יג] שכתב כן והוסיף שאע"פ דהקב"ה נתן לאברהם אבינו מ"מ לא נתן אותה לדירה דהיינו שלא מתקיים בו מצות ישוב אי"י אבל מ"מ קדושה יש בה ע"ע אור החיים במדבר [לב ט], ועי' בברכי יוסף [אוי"ח סי' תפט] שהאריך טובא בזה ועי' בחזון יחזקל בהשמטות לב"ק שהאריך בזה ומבואר מדבריו כל מש"כ עיי"ש.

והנה האור החיים שם בפרשת דברים כתב בתחלה לדון דשמא ארץ רפאים האמור בדברים אינו בכלל ארץ המובטחת לאברהם, וכן כל עבר הירדן כן דלא היה בכלל ארץ המובטחת, עבר הירדן לא היתה מארץ המובטחת לאברהם עיי"ש, וכן משמע קצת בתוס' בסוגיין שכתבו [ד"ה כל שהראהו] להקשות מדוע הגמ' לא מביאה הגבולות של פרשת מסעי לומר שאותם מקומות חייבים במעשר, ולכאורה קשה הרי בגבולות שבפרשת מסעי משמע שעבר הירדן אינה חלק מארץ ישראל, ולמבואר מה שהראה הקב"ה למשה היה אף עבר הירדן בכלל ולכן הביאה הגמ' דוקא מה שהראה הקב"ה למשה, ומשמע שלמדו דעבר הירדן לא היתה בכלל ארץ המובטחת ועיין.

ו. תוס' ד"ה לאפוקי. וא"ת לימא לאפוקי חו"ל, **בחזו"א** העיר דלולא תוס' היה נראה דרב יהודה בא לרבות דמה שהראה הקב"ה הוא בכלל ארץ ישראל ונפק"מ כמש"כ באות ה' ומתוס' נראה דבא למעט, ועי' ברש"ש שכתב דעיקר החידוש דאיתי ר"י הוא לומר דאותם ג' עמים דקיני וקניזי וקדמוני אע"פ שיכבשו אותם כל ישראל לא יהא קדוש ולא יתחייבו במעשר כמש"כ הרשב"ם דיש אזהרה מיוחדת על זה שלא נאמר בזה החידוש של כל מקום, ולפי"ז ג"כ א"א לומר לאפוקי חו"ל דהתם נאמר הך הלכתא דכל מקום שתדרוך כף רגליכם.

ז. תוס' ד"ה הר שעיר. ואומר ר"ת דעבר הירדן היינו ארץ סיחון שלא היתה מעמון ומואב, ביאור כונתם דארץ סיחון היו בה ב' חלקים חלק אחד שכבשו אותו סיחון מעמון ומואב ועוד חלק של סיחון בעצמו, ואע"פ שאף החלק שכבשו סיחון היה לזה דין של ארץ ישראל, מ"מ למד"א קדושה ראשונה לא קידשה לעתיד לבוא ועולי בבל היו צריכים לחזור ולקדשה י"ל דקידשו עולי בבל רק את החלק של סיחון שהיה שלהם ולא את החלק של סיחון שלקחו מעמון ומואב, ולכן אותו חלק נשאר אינו קדוש ועי"ז קאי הך דינא

שחייב במעשר בשביעית, ועוד תי' ר"ת דכונת הגמ' דעמון ומואב מעשרים בשביעית אינו על החלק שטהרו בסיחון אלא על חלק שלא נטהר בסיחון דאף בזה חייבים במעשר בשביעית כמו כל חו"ל שחייבים, אבל החלק שטהרו בסיחון קידשו אותו עולי בבל, ועי' תוס' יבמות טז ע"א.

הערות וציונים פרק חזקת הבתים

דף נו.

א. מתני' נמצאו זוממין משלמים את הכל. הראשונים עמדו על לשון המשנה דקתני משלמים 'הכל', דמשמע מלשון זה שלא רק שמשלם את הקרקע אלא משלם ג"כ את הפירות, וכתב הרא"ש דהכונה שאם יש למערער עדים שאכל פירות משלם כמה פירות שאכל, וכונתו שע"כ שאין לו עדים שאכל פירות של ג' שנים שא"כ הרי יש לו חזקה אלא שאכל פירות פחות מג' שנים, אבל אם אין למערער עדים שאכל פירות אינו משלם כיון שהרי עדים שיש בקרקע הוזמו והמערער אינו מודה על כך, ועי' ברשב"א שכתב דבירושלמי משמע שאין משלם פירות וכן נראה ברמב"ם פכ"א מעדות ה"ז וכונתם לכאורה בגונא שאין עוד עדים ולכן ע"פ עדות המחזיק שהוזמו אין חייב לשלם פירות.

ב. רשב"ם ד"ה משלמים הכל. הרשב"ם פירש כפי דמי קרקע שהיו רוצים להפסידו כדכתיב כאשר זמם ולא כאשר עשה, וכונתו דבדין הזמה יש הלכה דאם כבר נעשה הדין אין דין של ועשיתם לו כאשר זמם וע"כ צ"ל דהכא לא עשה, אולם הקשו הראשונים באיזה אופן מדובר דברגע שהיה פסק דין שהוא שלו ואותו שמוחזק בקרקע נשאר שם הרי יש כאן כאשר עשה, וכתבו הריטב"א דמייירי שלא היה בתוך הקרקע בשעת הפסק דין וכ"כ בנמוק"י, ולכן לא חשיב כאשר עשה אבל אם נמצא בתוכו אין דין הזמה, ועי' מהרש"א שנראה שזה כונת הרשב"ם דמייירי בכה"ג ולכן יש חיוב הזמה על הקרקע, **אולם** דעת תוס' ב"ק ד ע"ב דלא נאמר הדין של כאשר עשה בממון כלל וטעמא דמילתא משום דאפשר בחזרה, או דטעמא דאמרין כאשר זמם ולא כאשר עשה משום דאין עונשים מן הדין אבל בממון עונשים מן הדין.

בעיקר סברת הריטב"א דאם הוא מוחזק בממון לעולם חשיב כאשר עשה ולא שיד קיום פרשת הזמה, הקשה **בקהלות יעקב** ב"ק [סי' ג] דא"כ נמצא שבכל עדות של ממון כשבאים להחזיק חשיב עדות שאין אתה יכול להזימה, דמיד בשעת הפסק דין חשיב מוחזק ונתקיים בו כאשר עשה, וכתב בקה"י דע"כ צ"ל דאין דין של עדות שאתה יכול להזימה בממון בכה"ג ורק היכא שהעדים באים להוציא ממון בענין עדות שאתה יכול להזימה, וטעמא דמילתא דכדי להחזיק ממון בידו א"צ עדות פסק דין מוחלט ואף מספק הוא זוכה בממון, והוכיח כן דא"כ לא משכחת לה ב' עדים המכחישים זה את זה דהא אינם בתורת הזמה כיון שלא פסקו הדין ונשאר בספק אלא ע"כ דלהחזיק בממון אי"צ עדות שאתה יכול להזימה.

ג. רשב"ם ד"ה משלשין ביניהן. כל כת תתן השליש דג' כתות הן ואין העדים נעשים זוממים עד שיזומו כולם, צ"ב כונתו מה השיכות לדין משלשין הא דאין העדים נעשים זוממין, ובפשוטו נראה שאין כאן ב' דיבורים בדברי הרשב"ם אלא הכל דיבור אחד ובא לבאר דין המשנה דשנים בראשונים ומשלשין ביניהן אינו דיבור בפני"ע, ופשוט.

דף נו.

ד. מתני' שלשה אחין ואחד מצטרף עמהם הרי ג' עדויות והן עדות אחת להזמה. עיין נימוק"י שביאר דאין להקשות דנמצא שלאחר שהוזמו משלם אחד ע"פ עדות אחיו, דהזמה מילתא אחריתי היא והרי"ז דומה לאחד שהעיד על אשה שהיא א"א ואח"כ בא אחיו עליה שהרי הוא נהרג ולא חשיב שנהרג על פי אחיו כיון דזה תוצאה מהעדות וה"נ יש כאן ג' הגדות אלא שההזמה היא תוצאה של הגדת העדות לכן חשיב עדות אחת להזמה, [עי' בר"י מגאש שכתב ביאור חדש במשנה שהם עדות אחת להזמה ולכן אין קיום דין של כאשר זמם דחשיב שאח מעיד על אחיו ועי' ברמב"ן שתמה על דבריו].

יש להסתפק כמה כל אחד ישלם, האם כל אחד לפי אחוזי העדות שהעיד או שישלמו בשווה כולם, וטעמא דמילתא מכיון שהממון יצא מכח כולם וכל אחד מהם מסייע לחזקה לכן אין חילוק כמה שיעור זמן כל אחד העיד, והרמב"ם פכ"א מעדות כתב דכל האחין ישלמי חצי והוא ישלם חצי, ומבואר שמשלם כל אחד לפי כמה שהעיד.

ה. גמ' אמר ר"י כשהלך אבא חלפתא. הרע"א העיר איך הזכיר את שמו של אביו הרי אסור להזכיר שמו של אביו, ובשם הגר"ש אייגר כתב דכיון שאמר קודם לשם אביו שבח מותר לומר כן, ועי' יו"ד רמ"א רמב סעי' טו.

ו. גמ' אלא למעוטי שנים אומרים בגבה שנים אומרים בכריסה וכו'. בביאור החילוק בין היכא שעדים מעדים על כל שנה של חזקה דלא חשיב חצי דבר לב' עדים שמעידים על סימן אחד נחלקו הראשונים, **ברשב"ם** נראה שהכא העדים ראו כל מה שיכולים לראות דהיינו שאכל את הקרקע שנה אחת ואין יכולים לראות מה יהא בשנה השניה לכן אין בזה חסרון שלל חצי דבר, אבל התם העדים

היו יכולים לראות את השער השני באותו זמן ולכן בכה"ג שהיו יכולים להעיד על כל המעשה יש חסרון של חצי דבר, וכ"כ תוס' ב"ק ע"ב ובבעה"מ בסוגיין, **והרשב"א** כאן תמה על סברת הרשב"ם איזה חילוק הוא זה אם היה יכול לראות הכל או לא, וכתב בקובץ שיעורים [אות רנה] דגדר הדין להרשב"ם של חצי דבר הוא חסרון בעצם ראית העדות ולא בהגדה, ולכן היכא שזה כל מה שהיה יכול לראות אין כאן חסרון של חצי עדות אלא כלפי הנך עדים הוה עדות שלמה.

התוס' כתבו דכיון שעדות של כל כת מהני לענין שיכול להוציא את הפירות לכן לא הוה חצי דבר, והיינו דמכיון שיש נפק"מ בעדות שהעידו כלפי דבר אחר לכן איכא כאן נאמנות בעדות זו אף לגבי הקרקע ולא חשיב חצי דבר, וכ"כ הרי"ף בסוגיין ועי' בבעל המאור מה שהקשה ע"ז מהסוגיא ב"ק, [ומבואר שאע"פ שלא באו בשביל הפירות מ"מ לא חשיב חצי דבר כיון שלגבי הפירות חשיב עדות שלם], ועי' קה"י [סנהדרין סי' יט] שכתב דצריך לבאר דכשבא הכת הג' אמאי נאמנת לרבנן הרי אם נאמין על הפירות שהוא אכל א"כ מונח כאן שיש כאן חזקה על הקרקע, ואמאי אין כאן חסרון של חצי דבר, דלא דמי לבי הכיתות הראשונים שהעידו מעיקרא, דהתם העדות הועילה לגבי הפירות אלא שלאחר שקיבלנו העדות על הפירות איכא בזה נפק"מ על הקרקע, אבל בכת הג' א"א לומר כן דאם נקבל העדות מיד חשיב עדות על הקרקע שהרי אכל פירות ג' שנים, וכתב בקה"י שאחר שקיבלנו ב' הכיתות הראשונות נחשב שהכת הג' גומרת את הדין וחשיב עדות על דבר שלם ועי' לשון הרי"ף בסוגיין דמשמע כן, ובדעת ר"ע שחולק שאף בכה"ג חשיב חצי דבר לכאורה זה ברור שלפי סברת הראשונים שיש כאן עדות על הפירות יקבלו את ב' הכיתות הראשונים, אלא שסבר ר"ע שאת הכת הג' לא יוכלו לקבל מכיון שאם נקבל את דבריו יהא כאן מוחזקת בקרקע ונמצא שהעדות הקרקע יוצא ע"י כת הג' והוה חצי דבר לכן לא יקבלו כלל את הכת הג'.

בח"י הרי"ן כאן כתב חילוק אחר וז"ל דכל כת וכת אקטנה קא משהדי שאין אחד מהם מעידה אפילו על תחילת גדלות וכו', אבל בעדות חזקה כיון שהם מעידים שהוא מוחזק בו כאדם המוחזק בשלו עדות גמורה היא דמדינא סגי בהכי, אלא משום דריע טענתיה דאידך כשאין לו שטר, הלכך בכה"ג מצטרפי אהדדי דדבר גמור הוא עכ"ל, מבואר מדבריו דעצם החזקה היא במה שהוא יושב בקרקע, ולכן העדים שבאים אח"כ אינו אלא להשלים את הראיה של המוחזקות שלו ועי"כ לא חשיב חצי דבר, ועי' היטב ברמב"ן כאן וברמב"ן במלחמות ב"ק דמשמע כה"ר"ן, [אלא דיש להעיר דמשמע מהרמב"ן דמה שזוכה בו המחזיק הוא משום דבמה שהוא יושב בקרקע אנו רואים אותו כמוחזק, ולעיל מב. כתב דחזקת ג"ש היא דבאמת יש רגלים לדבר שהוא שלו כיון שהמערער שתק, וג"ש הוא משום אחוי שטרך, וצ"ב דהכא כתב דהיא של המחזיק משום שהוא מוחזק בהם, ואפשר דכונת הרמב"ן דע"י שתיתקו יש רגלים לדבר והא דזוכה בה המחזיק הוא משום ששתיתקו של המערער יוצרת מוחזקות אצל המחזיק ולעולם הוא זוכה בה מחמת מוחזקות שלו], ועי' בברכת שמואל סי' מט מש"כ לבאר.

ז. **גמ' אלא מעתה אחד אומר אכלה חיטין ואחד אומר אכלה שעורים.** הרשב"ם ביאר דקסבר דהיכא שאחד מעיד על חיטין ואחד מעיד על שעורים לא חשיב מכחשין זה את זה, ולכן מקשה הגמ' שאף באופן זה אע"פ שכל אחד מעיד על שנה אחרת תהא חזקה, ותוס' חלקו על פ"י וס"ל דמעיקרא ס"ל לגמ' דאע"פ שמכחשין זה את זה מ"מ איכא צירוף בעדות וטעמא משום דאיכא למימר דקאי כר' יהושע בן קרחא דתרויהו אמונה מעידים, ומקשה הגמ' דאם במכחשין א"כ אף בעדות אג"ו דאיכא הכחשה שהרי כל אחד אומר על השני שבשנים האחרות לא עבדו בקרקע, וכתבו הראשונים אמאי לא מקשה הגמ' דא"כ בכה"ג שיש עד אחד על אב"ג והשני על דה"ו, דאיכא הכחשה גמורה יהא חזקה, וכתבו שהרי פשוט לתוס' דכה"ג אין שיד טעות ולא הוה חזקה.

דף נז.

א. **גמ' אמר ליה רב אשי מי דמי התם לא נפיק נכי ריבעא דממונא אפומא דאחי הכא נפק וכו'** פרשב"ם דקרובים שפסולים לעדות הגדר הוא דחשיב כאיש אחד, והיינו דלא חשיב שיש כאן כח נאמנות של ב' עדים אלא כעד אחד ולכן אם באים להעיד יחד חסר כאן בכח העדות, [ועי' בשיעורי הגר"ש מכות אות רסב שדימה להא דמבואר לעיל ח ע"ב דמבואר בגמ' דאין מעמידים על הציבור שררה רק על פי ב', ואומרת הגמ' דמ"מ יחיד נאמן להיות גזבר, ואמרת הגמ' דהא רב חסדא מינה ב' אחין להיות גזבר ופרש"י דחשיבי כאחד, והיינו כמו שמבואר כאן דב' אחין חשיב כחד].

וביאר הרשב"ם דהכא במתני' דג' אחין מעידים על ג' שנים אין חסרון של עדות קרובים כיון שבכל שנה בפני עצמה יש עדות של אחד, ואע"פ שבהוצאת הקרקע בפועל נחשב שיש כאן עודת אחת, שהרי הוצאת הקרקע היא ע"י כח הג' כיתות מ"מ אין בזה חסרון דכל החסרון הוא רק כלפי הנאמנות בהגדת העדות, ומכיון שבהגדה כל אחד העיד על שנה אחת נאמנים, אבל לגבי קיום השטר אע"פ שבהגדת העדות יכול להעיד על חתימת השני, מ"מ כיון שבהוצאת הממון בפועל נמצא שהעד החי שקיים חתימתו וחתימת יד חברו הממון יוצא ע"י שניהם לכן יש חסרון של נפיק וכו'.

והנה בעיקר גדר הפסול של עדים קרובים שכתב הרשב"ם דחשיבי כעד אחד, יש לשאול א"כ אמאי נמצא שיש בעדות ב' אחים יהא פסול שנמצא אחד מהם קרוב ופסול עדותם בטלה שהרי אם כל החסרון שהקרובים חשיבי רק כעד אחד אמאי כל העדות נפסלה ועי' שיעורי הגר"ש מכות אות רס"ב, [ועוד צ"ב ב' אחין שבאים להעיד אע"פ שאינם כשרים להוציא את הממון, מ"מ כיון דחשיבי כעד אחד למה לא יחייבו שבועה דע"א מחייב שבועה], **ובאמת** במאירי הביא בשם הקדמוני שהקשה כן וכתב המאירי וז"ל שכל שהם מעידים בעדות אחת פסול מצד נמצא אחד מהם קרוב ופסול וכו' שאין כאן עדות כלל, ומשמע מדבריו שבא לחלק שיש כאן עוד פסול ודלא כהרשב"ם ע"י שיש היטב, ובדעת הרשב"ם י"ל דכיון שבתחלה כשבאו להעיד היה לכל אחד תוקף של עדות ובאו בתורת ב' עדים, אלא שע"י ההגדה שלהם חל עליהם דין שכל כח ההגדה היא כח של עד אחד זהו גופא הפסול, דכמו שאם נמצא פסול אחר

בכת זה פוסל את כולם ה"ה הכא כיון שמעיקא היה לכל אחד תוקף של עדות ומחמת ההגדר נוצא כאן פסלות בעדות לכן כל העדות בטלה.

הערות וציונים פרק חזקת הבתים

דף נז.

א. מתני' אלו דברים שיש להן חזקה ואלו דברים שאין להן חזקה. פרשב"ם דקאי על חזקת תשמישים שאם משתמש תשמיש קבוע בשל חברו הוא מקפיד עליהם אם נעשים שלא ברשות ולכן אם החזיק כך ג' שנים ולא מיחה יכול לומר לו אתה מכרת לי, וכתב הרשב"ם דחזקת תשמישים דמי לחזקת קרקעות דבעינן ג' שנים וטענה, וצ"ב דלעיל מא ע"א כתב הרשב"ם שחזקת תשמישים צריך רק טענה וא"צ ג' שנים, והוכיח כן מהא דאמרין לעיל ו ע"א אחזיק לאורדי אחזיק לכשורי דלאלתר הוה חזקה, וכן כתבו תוס' לעיל ו ע"ב ד"ה ואי בשם הרשב"ם, וצריך לומר כמש"כ הטור [בסי' קנג] דיש חילוק בין תשמישים גדולים שעושים עליהם שטר דבזה בעינן ג"ש משום אחוי שטרך, וכמו שמבואר ברשב"ם נח ע"ב לענין חלונות, אבל תשמישים קטנים שאין כותבים עליהם שטר א"צ ג' שנים אלא לאלתר הוה חזקה, [ויש לעיין לפי סברת הקצה"ח דטעמא דחזקת ג"ש הוא מתקנת חכמים האם התקנה היתה בכל מידי שכתבין עליה שטר דאיכא טענה דאחוי שטרך, דבפשוטו התקנה היתה רק על קרקע ועיין], אמנם עיקר חילוק זה צ"ב בדעת הרשב"ם דלא הזכיר כלל ענין זה שכותבים שטר, ועי' בשיעורי הגר"ש לעיל ו ע"א אות קנ"ד מש"כ לבאר באופ"א. תוס' לעיל כג. כתבו בשם הריב"ם דחזקת תשמישים א"צ טענה [דהיינו א"צ שיאמר לו מכרתה או נתת לי במתנה], אלא בג' שנים אית ליה חזקה דאמרין מדלא מיחה ג"ש ע"כ שמחל לו, אולם צ"ב דאף שמחל לו מ"מ באיזה קנין קנה את ההשתמשות, בקצה"ח [סי' קנג] כתב דזוכה בדבר ע"י עצם ההשתמשות דהוה כאכילת פירות, ואף לשיטת הראשונים דאכילת פירות לא הוה קנין, כ"ז רק היכא שהוא בא לקנות את גוף הקרקע, אבל כיון שבא לקנות רק את ההשתמשות בכה"ג קונה אף באכילת פירות, ועי' בנתה"מ סוף סי' קצ"ב שכתב באופן אחר קצת דכיון שהוא קונה רק את ההשתמשות ע"כ לא חשיב שיש לו קנין גמור בדבר אלא שיעבוד בחפץ להשתמשות ולכן ע"י תחילת ההשתמשות זוכה בשיעבוד זה, הטור [סי' קסא] הביא שדעת הגאונים וכן דעת הרמב"ם [פ"ה משכנים ה"ה] שאף בחזקת תשמישים דמתני' [דמייירי בשותפים] א"צ ג"ש אלא לאלתר הוה חזקה, ויבואר להלן אות ו'.

ג. רשב"ם ד"ה היה מעמיד. כל הנך דברים המטלטלין הם ואינן תשמיש של קביעות, ואין בעל החצר מקפיד אלא עד ארבע וחמש שנים, ולא מבואר האם באמת לאחר ד' או ה' שנים יהיה חזקה, עוד כתב הרשב"ם דאמר ליה בעל החצר לא חששתי למחות דלא מחזקת בגוף הקרקע כדמחזקי אינשא, וצ"ב כונתו שהרי מייירי הכא בחזקת תשמישים ולא בא להחזיק בגוף הקרקע ומה שידך לומר דלא מחזיק כדמחזיק אינשא וצ"ע.

ד. גמ' מ"ש רישא ומ"ש סיפא. הרשב"ם פירש דקס"ד דמייירי באינשא דעלמא שאינו מבני החצר שבא להשתמש כאן לקנות זכות השתמשות, והנה בתי' הגמ' כל שאילו בנכסי הגר לא קנה בנכסי חברו לא קנה, פירש הרשב"ם דבנכסי חברו לא קנה היינו לענין חזקת ג"ש לענין הקרקע, וצ"ב דהרי כל הנדון כאן אינו לענין חזקה שיהא ראייה שהקרקע שלו אלא הנדון הוא לגבי חזקת תשמישין, וצ"ל כמו שכתב הרשב"ם במשנה דבחזקת תשמישים בעינן ג"ש משום דדומה לבורות שיחין ומעורות וא"כ בעינן נמי אותו מעשה חזקה שצריך לראיה של גוף הקרקע.

ה. גמ' והרי אכילת פירות דבנכסי חברו קנה בנכסי הגר לא קנה. פרשב"ם דאכילת פירות הוה עדות שאכלה ג"ש, ובנכסי הגר לא קנה דאכילת פירות לא חשיב חזקה לקנות, והנה הרשב"ם [בד"ה אמר עולא] כתב דכונת הגמ' כל שבנכסי הגר קונה ה"ה לקנות בנכסי חברו ולפ"ז מבואר דאכילת פירות לא מועיל בתורת קנין חזקה, וכן מבואר ברשב"ם לעיל נד ע"א ד"ה דשדא, אמנם דעת הרמב"ם פ"א ממכירה הט"ו דאכילת פירות חשיב חזקה לקנות מחברו קרקע, מיהו כתב הרמב"ם פ"ב מזכיה ה"ב דלקנות קרקע מנכסי הגר לא מהני ע"י אכילת פירות דכה"ג לא הוה חזקה, ולפ"ז צריך לפרש כונת הגמ' כל שבנכסי הגר קונה הוה דוקא בנכסי הגר ולא בקונה מחברו דלא כהרשב"ם, אולם קשה שהרמב"ם פסק פ"א ממכירה הט"ו שאף בקונה מחברו אם נרה קנה דהוה חזקה, וקשה איך יבאר הרמב"ם הגמ' ועי"ש בלחם משנה שהקשה כן, ובאבן האזל כתב לחלק דיש חילוק בין מש"כ הרמב"ם בפ"א מכירה בניר בנכסי חברו דהתם הוא רק בכה"ג שגרה כל השדה עי"ש שדייק כן מדברי הרמב"ם, אבל בנכסי הגר סגי במה שעשה ניר במקום אחד והוה כרפך בה פורתא עי' בדבריו.

ו. גמ' אלא אמר רב נחמן ארב"א הכא בחצר השותפין עסקינן דהעמדה בכדי לא קפדי אמחיצה קפדי, פרשב"ם דבאיניש דעלמא הוא מקפיד בכל דבר בהעמדת בהמות אף בלא מחיצה ולכן התם בשלוש שנים הוה חזקה וכמו שנתבאר באות א', אבל בשותפין יש כללים מיוחדים דבהעמדה כדי לא קפדי ורק כשעושה מחיצה מקפיד ולכן לאחר ג"ש הוה חזקה, מיהו דעת הרמב"ם דלא כהרשב"ם וכתב דבשותפים היכא דקפדי לאלתר הוה חזקה ולא בעינן ג"ש, והוסיף עוד הרמב"ם דבאיניש דעלמא ליכא חזקה, וז"ל בד"א בחצר השותפין אבל בחצר חברו אפילו העמיד בהמתו ועשה לה מחיצה לא החזיק שהדבר ידוע שאין זו אלא דרך שאלה, שאם תאמר החזיק אין לך אדם שמשאל מקום לחברו, ובכסף משנה הביא שכן כתב הר"י מגאש דהיכא שעשה מחיצה לאלתר הוה חזקה אבל באיניש דעלמא לא, מיהו כתב הר"י מגאש שאף באיניש דעלמא אם החזיק כן ג' שנים הוה חזקה, וכן כתב הרמב"ם פ"ב מטוען הי"ד וטעמא דכל הסברא דאין לך אדם שמשאל לחברו הוא סברא שא"צ למחות לאלתר אבל בתוך ג"ש צריך למחות, והא דבסוגין לא אמרינן דמשאל לו זכות להשתמש, ע"כ דבשותף איכא סברא לומר שהוא מחל לו ולכן לאלתר הוה חזקה, [ע"י סמ"ע סי' ק"מ ס"ק כ"ב], ע"י בר"י מגאש מש"כ לבאר קושית הגמ' לפי דרכו.

והנה יש להקשות דהרמב"ם פסק בפרק ח' משכנים הי"ז לגבי אחזיק להורדי דאחזיק לכשורי דלאלתר הוה חזקה ולא צריך ג"ש, ועיי"ש בכסף משנה, וצ"ב מ"ש מהכא דכתב הרמב"ם דחזקת תשמישים ליכא חזקה לאלתר, ונראה דיש חילוק בין הכא שנקנס ומשתמש בשל חברו דבזה אמרינן דאלי"כ אין אדם יכול להשאל מקום לחברו, ולכן התם לאלתר לא הוה חזקה, אבל הכא דהוא משתמש בשלו אלא שעיי"ז מניח הקורה בשל חברו כה"ג ל"ש סברת הרמב"ם דאלי"כ אין לך אדם וכו' ולכן התם איכא חזקה לאלתר מדלא מיחה בו מיד.

דף נז:

א. רשב"ם ד"ה אסורין ליכנס לחצר. דאם איתא דלא קפדי בעמידה הרי הפקיר את החצר לכל בני החצר לעמוד בו ולגבי עמידה אין לו בו חלק, בפשוטו נראה דכונת הרשב"ם דכשאינו מקפיד אין איסור במודר הנאה דהוה הפקר ונמצא דלא נהנה מחברו, והקשה בטורי אבן [במגילה ח ע"א] הובא בקו"ש [אות רנו] דהרי הדין הוא דהפקר לעניים ולא לעשירים אינו הפקר וכיון שלא הפקיר רק לבני החצר אמאי חל ההפקר, וכתב בקו"ש דא"א לפרש דכונת הרשב"ם דאינו הפקר ממש אלא הוה כדבר שאינו מקפיד שכתב באבני"מ [סי' כ"ח ס"ק מט] דכל דבר שאדם אינו מקפיד אי"ז בגדר של הפקר אלא הוה כנותן מתנה, [ולכן אין חסרון של הפקר לעניים], דאם הוה רק כנותן מתנה לא היה היתר למודר הנאה דכיון שהוא נהנה ממנו וזה אסור במודר הנאה, [ובאילת השחר כתב די"ל דכונת הרשב"ם דבאמת יש כאן הפקר לכל העולם, אלא שדעתו שכל ההפקר יחול רק בשעה שהשותף יבוא להשתמש, וכיון שהוא הגיע ראשון הוא קודם לכל אדם ולכן אין חסרון של הפקר לעניים דכשיבוא אחר להשתמש לא הפקיר וכל ההפקר הוא לזמן שיבוא אחד מבני החצר].

והנה עיקר הטעם בשותפים שאין מקפידים דמותרים ליכנס לחצר לכאורה הוא מטעם דזיתור מותר במודר הנאה, והיינו פלוגתא ר"א ורבנן שהביאה הגמ' בהמשך העמוד, [ועיקר הסוגיא היא בריש פרק אין בין המודר ואכמ"ל], בר"ן שם כתב דטעמא דזיתור מותר משום דכיון דלא קפדי איניש אי"ז קרוי נהנה מחברו, אולם הטורי אבן במגילה ח. הבין דכונתו דזה כלל בכל איסורי הנאה דדבר כזה אינו בכלל הנאה, ומש"ה הק' ממה דמבואר בע"ז מח: דלא ישב בצילו של אשרה ולא יעבור תחתיה, ובפסחים כו. דלא ישב בצילו של היכל, ומבואר דאף בהנאות דלא קפדי אסורים באיסורי הנאה, ולכן כתב לבאר דכל הנדון האם ויתור אסור או מותר הוא אם יש בכונת הנודר לאסור הנאה פחותה כזו, ולפי"ז נחלקו רבנן ור"א אם כונת הנודר על דבר מועט כזה או לא, ולפי"ז יסוד המחלוקת האם דבר שאינו הנאה כ"כ הוא בכלל לשון הנדר או לא, דרבנן ס"ל דכיון דדבר מועט כזה אינו נחשב הנאה כ"כ לכן לא מתיחס כנהנה מחברו, ולכן הוא לא בכלל לשון נדר וכמש"כ הטורי"א, אבל ר"א ס"ל דחומרא הוא בנדרים להחשיבו בכלל לשון הנדר, והנה רעק"א במשניות בנדרים ריש פרק השותפין כתב מסברא דכל הנדון האם ויתור אסור או מותר אינו אלא באוסר הנאותו של חברו על עצמו, אבל באוסר הנאותו מנכסי חברו לכו"ע ויתור אסור, והביאור בזה כתב דבאוסר הנאה מחברו מה שאסור להנות מהנכסים אי"ז משום דכונת הנודר דגם נכסיו אסורים עליו דהרי לא החיל איסור על הנכסים, אלא גדר האיסור הוא שאסר שחברו ינה ממנו ולכן הוא אסור להנות מנכסיו דזה חשב שהוא מהנה אותו, ולכן כתב דכל הנדון בויתור הוא רק באוסר הנאה ממנו דבזה אמרינן דדבר דאין מקפיד עליו אינו נחשב שהוא מהנה אותו ולכן מותר, אבל באוסר נכסי חברו אף בדבר מועט כזה אסור, וכמו שהק' הטורי אבן דהרי באיסור"ה אף כה"ג נאסר, וכתב בקובץ שיעורים דלפי"ז י"ל דמה שהוצרך הרשב"ם כאן לפרש דבלא קפדי מותר ליכנס כיון דהפקירו משום דמירי הכא שאסר נכסי על חברו ובכה"ג ל"ש ההיתר של ויתור ולכן הוצרך הרשב"ם לחדש דהפקירו אבל בכל ויתור לאו מה"ט הוא.

ב. גמ' גבי ממונא לקולא גבי איסורא לחומרא. הרשב"ם פירש דהקולא בממון הוא שאנו מתירים לשותף להעמיד בהמתו אע"פ שיש ספק האם השותף מקפיד שלא ישתמש ולעולם בלא רשות חשיב שואל שלא מדעת גזלן כיון דממונא לקולא יכול להשתמש, וכיון שכן לא הוה חזקה דיכול המרא קמא לומר לו אני מהאנשים שאינם מקפידים ולכן לא מחיתי ואם רצונך להחזיק אייתי ראייה שאני אדם שמקפיד ויהא לך חזקה, דברי הרשב"ם צ"ב בתרתי חדא היכן מצינו דמצד דין ספק ממון לקולא יכול להשתמש בשל חברו דשמא הוא נתן לו רשות, הרי כיון דשואל שלא מדעת גזלן הוא ספק גזל וככל ספק איסור בעלמא, דהסברא דבספק ממון לא חשיב ספק איסור גזל משום דנפסק על הממון שהוא שלו אבל הכא ע"ז גופא אנו דנים האם יוכל להשתמש בשל חברו, ועוד צ"ב אמאי לא סגי במה שכתב הרשב"ם בסו"ד דאין לו מוחזקות משום שיש למרא קמא טענה שלא היה צריך למחות וממילא אינו מוחזק בזה, וע"י קו"ש, ובשערי ישר [ש"ה פ"א] כתב דמבואר מדברי הרשב"ם דסבר דכל ספק ממון לקולא הוא דאיכא גזה"כ דמספק הוא מותר וכן כתב התומים דהוה כמו ספק ממזר דממזר ודאי אמר רחמנא ולא ממזר ספק.

והא דהוצרך הרשב"ם להקדים הך סברא כתב בשער"י לבאר דאם היה אסור לו להשתמש היה לו חזקה, משום שהמרא קמא לא יכול לומר אני מהאנשים שאינם מקפידים וע"כ אין לך חזקה, אלא אדרבה היה מוטל עליו למחות כדי שהמחזיק לא יטען שהוא מוחזק, ורק מכיון שמותר לו מספק מותר לו להשתמש לכן יכול לומר שאין לו חזקה כיון שע"פ דין מותר לו להשתמש ולכן לא היה מחויב למחות בו ולכן אין לו חזקה, עיי"ש עוד מש"כ לבאר.

ג. גמ' הא מני ר"א היא דאמר ויתור אסור במודר הנאה. פרשב"ם בטעמא דר"א דהוא מחמיר בנדריים לכן אפילו בדבר שאינו הנאה כל כך אסור, ובטעמא דרבנן דמותר כתב הרשב"ם דכיון בשביל המקח הוא מוסיף ע"כ הוה בכלל המקח ולכן לא חשיב שנהנה ממנו, אולם צ"ב א"כ מה הדמיון של ויתור של מקח לדריסת הרגל הרי התם הוא דבר שנכנס בחשבון המקח אבל הכא היא הנאה מחדשת של דריסת הרגל, [ועי"ע בטורי אבן שם שהקשה דעל מש"כ הרשב"ם לעיל דמותר לכינס היכא דלא קפדי כיון שמפקיר את הזכות ליכנס בחצר והבין דטעם ההיתר הוא משום דויתור מותר, והקשה דדהכא שמוסיף לו חנונו אחת יתירה ל"ש ה"ט] ועיין.

ד. תוס' ד"ה אסור ליכנס בחצר. ואע"ג דבבבב דאין בו דין חלוקה אין יכול למחות בו מליכנס, מ"מ יכול לאסור עליו מידי דהוה אמשכיר בית לחברו שיכול המשכיר להקדישו וכו', כונתם דמיירי הכא בחצר שאין בו דין חלוקה שמשתמשים השותפין ביחד ולכן אין יכול למנוע ממנו ליכנס דהוא מיועד לשניהם, [דאם משתמשים ע"י חלוקת ימים פשיטא שיכול למנוע ממנו ליכנס אף בחצר שאין בו דין חלוקה בשעה שהוא משתמש]. **והנה** הר"ן בריש השותפין כתב שיכול לאסור בקונס על חברו כיון דקונסות מפקיעים מידי שיעבוד, ואע"פ שקדושת דמים לא מפקיע מידי שיעבוד סבר הר"ן דקונסות פרטי אין בו פדיון ודמי לקדושת הגוף ואכמ"ל בכ"ז, ועי' בקו"ש מש"כ ביאור פלוגתתם, [ועי' מש"כ במנחת משה נדרים בכ"ז].

הערות וציונים פרק חזקת הבתים

דף נח:

א. מתני' המרזב אין לו חזקה ויש למקומו חזקה. בגמ' נחלקו מה הכונה מרזב אין לו חזקה האם הכונה דיכול לשנות את הצד של המרזב מצפון לדרום, או שאם היה ארוך יכול לקצרו או שיכול לבנות תחתיה, והכלל בזה כתב הרשב"ם דכיון שאינו עושה דבר קבוע לכן אין לו חזקה דמילתא דלא קביע לא קפיד איניש, וגדר הדבר של דבר קבוע נראה מדברי הרשב"ם בגמ' [ד"ה אבל יש למקומו] אם אפשר לבית בלא זה, ולכן יש למקומו חזקה דא"א לבית בלא מרזב, ונחלקו הנך אמוראים איזה דבר חשיב שא"א לבית בלא זה, וברשב"ם נראה דיש כאן מחלוקת לדניא על מה קאי הדין דמרזב אין לו חזקה, אבל הרשב"א כתב דהר"ף הביא כל דברי האמוראים ומשמע מדבריו דלא פליגי לענין דינא אלא מר אמר חדא ומר אמר חדא.

ב. מתני' חלון המצרית אין לו חזקה ולצורית יש לו חזקה. בעיקר החזקה דחלונות מצינו בראשונים דאיכא בזה ב' נדונים א' לענין היזק ראייה שרואה מהחלון לחצר חברו דמהני חזקתו שלא יתחייב לסתום החלון, ב' יש עוד ענין בחזקה חזקת תשמישין לענין זה שחברו לא יהא לו זכות לבנות כנגדו להאפיל עליו אלא יהא מחויב בהרחקה, והרשב"ם ביאר שהחילוק בין חלון מצרי לצורי, דבחלון המצרי שהוא קטן ועשוי לשמור גינות ופרדסים לא הוה מילתא דקביעות ולכן לא חשש חברו למחות, אבל בחלון צורי חלון גדול הוא והוה מילתא דקביעות ולכן היה צריך למחות, ומשמע ברשב"ם שבשניהם יש היזק ראייה אלא שכדי שיהא חזקה הדבר תלוי במה שיש כאן מילתא דקביעות, ולכן חלון העשוי לאורה איכא חזקה דהוא דבר קבוע ויבואר כל הענין להלן בגמ'.
ונחלקו הראשונים האם הך חזקה דחלון מהניא נמי לענין היזק ראייה, והראשונים הביאו דהר"ף כתב דלא מהני חזקה חלונות לענין היזק ראייה, וכל הנדון של חזקה הכא הוא לענין שאם יבוא חברו לבנות כנגדו שחברו צריך להרחיק שלא יאפיל עליו, וטעמא כתב הרמב"ן משום דהוה כההיא דאמר ר"י לעיל כג. דקוטרא ובית הכסא דאין בהם חזקה וכ"ש היזק ראייה דנוקי אדם באדם הוא, ועוד כתב הרמב"ן דאף אם מחל לו בהדיא נמי לא מהני כיון דאיכא איסור להיזק חברו בראיה ואין יכול לומר שיעמוד שם כל היום בעצימת עינים, אולם ברשב"ם בסוגיין לענין חלונות וכן להלן נט ע"ב לגבי זיז מבואר שחולק על הר"ף וסבר דמהני חזקה להיזק ראייה, וכן דעת הר"י מגאש הרא"ש לעיל דף ב עיי"ש, ויבואר עוד להלן בסוגיין.

דף נט.

א. גמ' אמר שמואל צינור המקלח מים לחצר וכו' דאמר ליה כי היכא דאת וכו'. כתב הרשב"ם שעל מנת כן נתרציתי לך ודמי למקח וממכר שאני שיעבדתי לך חצרי בשביל מימד ואם אתה חוזר בך אני לא אחזור בי, וע"כ אין כונת הרשב"ם שבעל החצר קנה את עצם המים שירדו דרך גגו דהא הוה דבר שלא בא לעולם, **אלא** הביאור כתב בנתה"מ [קנ"ג סק"ח] דהוא הקנה לו זכות בחצרו שיתן שם מרזב והוא נתחייב לשלם לו במים שיררדים לרשותו ולכן לא יכול למנוע ממנו, ובכה"ג אין חסרון של דבר שלא בא לעולם דבהתחייבות על מקח ליתן דבר מסוים אין חסרון של דבר שלא בא לעולם, וכן משמע לשון הרשב"ם שכתב "שאני שיעבדתי לך חצרי בשביל מימד", והיינו שזהו תשלום על השתמשות בחצר.

והנה נחלקו הראשונים האם יכול בעל העליה לבנות ע"ג הגג ועי"ז לא יהיה לבעל החצר מימיו, ע"י בנמוק"י שכתב בשם הרא"ה שיכול לבנות משום דלא קנה זכות במים רק היכא שיש לו גג, אבל אם אין לו שם גג לא קנה זכות במים, והנמוק"י חולק דמשמע

דכמו שבעל החצר אין יכול לסתור את המרזב הי"נ שאם בא בעל הגג לסתור גגו אינו יכול, ומוכח לפי"ז שהגדר כאן שהקנה לו זכות בגוף הגג לענין זה שיוכל לזכות במים ולפי"ז מבואר ביאור חדש אמאי אין חסרון של דבשלי"ע דקנה זכות בגג עצמו.

ב. גמ' אמר ר' זירא למטה מד' יש לו חזקה ויכול למחות למעלה מד' אין לו חזקה ואין יכול למחות. נחלקו הראשונים באיזה חלון נחלקו ר"ז ור' אילעא, דעת הרשב"ם שהנדון הוא בחלון צורי ובפחות מד' אמות יש חזקה משום דאיכא תרתי שהחלון גדול ונמוך ויכולין להסתכל ממנו בחצר, וכונתו בזה שהוא חלון גדול היינו שהוא תשמיש קבוע, ועוד שמסתכלים לחצר היינו דיש עי"ז היזק ראייה, אבל אם עשה החלון יותר מד' אמות אין לו חזקה כיון שאין חברו מקפיד דאין בו היזק ראייה, ולכן כשרוצה שכנו לבנות כנגדו יכול לבנות ואין לו טענה שהוא מאפיל כיון שאין לו חזקה, אבל בחלון מצרי אף פחות מד' אין לו חזקה וממילא אין יכול למחות בשכנו שלא יבנה, וטעמא דחלון מצרי מבואר ברשב"ם במשנה משום שאינו קבוע, [וכונתו דחלון מצרי עשוי לשמור גינות ופרדסים ודבר זה אינו קבוע דלא תמיד הפרדס קיים].

אולם צריך להבין דלכאורה אע"פ שחלון המצרי אינו קבוע מ"מ הרי איכא היזק ראייה ע"י אותו חלון וכן מבואר בהדי ברבנו יונה, וא"כ מדוע לא יהא חזקה שהיה לו לשכנו למחות בו מחמת ההיזק ראייה ומדוע אין לו חזקה, ונראה דדעת הרשב"ם הוא שכדי שיהא חזקה תלוי בב' תנאים שיהא בו היזק ראייה וכן אם הוא דבר שיש בו קבוע, והיינו שיסוד דין החזקה הוא מחמת שהיה למערער חובת מחאה וס"ל שרק כשיש לו ב' סיבות למחאה משום שיש היזק ראייה וכן מחמת שהוא מחזיק בדבר קבוע בזה איכא חזקה, אבל אם חסר אחד מהתנאים לא מוטל עליו למחות וכן ליכא חזקה, ולכן בחלון מצרי אע"פ שיש היזק ראייה מכיון שלא הוה דבר קבוע ליכא חזקה ואע"פ שהיה צריך למחות מחמת ההיזק ראייה אי"ז סיבה מספקת שיהא לו חזקה, [אמנם עיין במרדכי אות תקנו שהביא דיש מהראשונים שכתבו שבחלון המצרי ליכא היזק ראייה והטעם כיון שעשוי רק להשקיף לגנות ואינו שימוש קבוע לכן בשעה שאינו משקיף החלון סגור וא"כ שכנו אינו נמנע מלהשתמש בחצר כל שעה, ואף בשעה שמשתמש בחלון כיון שאין יכול להוציא את ראשו עדיין לא התבטל ממנו האפשרות להשתמש בשאר המקומות בחצר, אבל אם עשוי לאורה שהוא פתוח כל הזמן בכה"ג איכא היזק ראייה כנגד החלון, אולם עי"ש מה שתמה על שסברא זו].

דעת ר"ת דבחלון צורי בכל גונא יש לו חזקה כיון שהוא תשמיש קבוע לכן אף למעלה מד"א יש חזקה, וכל הנדון הוא רק בחלון המצרי שאינו קבוע דבזה סבר ר' זירא שיש חילוק בין בפחות מד"א ליותר מד"א, **וטעמא** דמילתא כתב רבנו יונה דאף דחלון המצרי אע"פ שאינו קבוע מ"מ איכא בו היזק ראייה שאע"פ שחלון המצרי אין יכול להוציא ראשו מ"מ פעמים שהוא עומד בביתו ויכול לראות מהמקום שהוא עומד ולכן איכא היזק ראייה, אבל למעלה מד"א אין חזקה כיון שאין כאן היזק ראייה, וע"י בראשונים שכתבו להוכיח מגוף הסוגיא כרשב"ם וכו'.

אמנם צריך לבאר מה הסברא שבחלון הצורי למעלה מד"א יש חזקה הא כיון שאין היזק ראייה א"כ לא היה צריך למחות בו שאינו מזיקו, וכמו שבחלון המצרי אין לו חזקה כיון שאין מזיקו א"כ אף בחלון הצורי כן, וכתב רבנו יונה דמוכח מכאן [כמש"כ לעיל יז ע"ב] דאף בדבר שאין מזיקו עכשיו מחויב למחות בו כדי שלא יחזיק עליו ויחייב אותו להרחיק כשיבוא לבנות, ומבואר מדבריו יסוד חדש דבפשוטו הטעם של חזקה במחזיק בשל חברו משום שהמערער דרכו למחות בחברו מפני שהוא משתמש בשלו, לכן כשלא מיחה הרי"ז ראייה שהוא מודה שזה של המוחזק, וכן בחזקת תשמישים שהוא בשלו מוטל על שכנו למחות כגון שעושה לו תשמיש המזיקו כגון אם יש היזק ראייה וכשלא מיחה אמרינן שמכר לו זכות לפתוח חלון וממילא לא יוכל חברו לבנות כנגדו, אבל באופן שאין סיבה למערער למחות כגון שהדבר אינו מזיקו לכאורה היה צריך להיות שלא יהא למחזיק חזקה שאין לו סיבה למחות, ומחדש רבנו יונה שיש מקומות שעצם זה שהוא מחזיק תשמיש אית ליה חזקה, דאדם אינו שותק כשרואה חברו מחזיק בתשמיש קבוע דמפחד שאחרי ג' שנים יבוא ויטען שהוא שלו ויש לו חזקה, וזה כונת רבנו יונה שחייב למחות כדי שלא יחזיק, וסברא זו צריך לומר גם בעת הרשב"ם שנתבאר דס"ל שכל החזקה בחלון צורי למטה מד' משום דאיכא תרתי שהוא דבר של קביעות וכן שיש בו היזק ראייה, דבר של קביעות הוא סברא שמפחד המערער שהוא יטעון לאחר ג' שהוא שלו וממילא מחויב עכשיו למחות שלא יחזיק, אלא שהרשב"ם ס"ל דבחלון צורי למעלה מד' אין חזקה דה"ט לחוד אינו סיבה שיהא לו חזקה ורק בצירוף זה שיש לו היזק ראייה, ועיין בקצה"ח קנ"ד סק"ה שהוכיח סברא זו שיש חובת מחאה כדי שלא יחזיק, מהא דאמרינן בגמ' לעיל לה ע"ב דבמקום שירד לשדה בתורת משכן שחייב למחות כדי שלא יבוא להחזיק עי"ש מה שהביא מדברי הריב"ש.

דעת הרי"ף דאין חזקה להיזק ראייה ולדבריו צ"ל שכל הנדון בסוגיא הוא האם יש לו חזקה איזה חלק חשיב קביעות שיהא מחויב למחות שלא יטען לאחר ג' שהוא מוחזק ויהא לו חיוב להרחיק כשירצה לבנות כדי שלא יאפיל עליו וכמו שנתבאר בדעת ר"ת, ונחלקו הראשונים בדעת הרי"ף באיזה חלון מייירי הרמב"ן כתב דמירי כר"ת בחלון מצרי דבחלון צורי אין חילוק ואף למעלה מד"א יש לו חזקה, וצ"ב דבשלמא בחלון צורי איכא חזקה אף למעלה מד"א כמש"כ הרמב"ן דכיון דמילתא דקביעות היא אית ליה חזקה, אבל חלון מצרי דאינו מילתא דקביעות אמאי אית ליה חזקה, והרי משום היזק ראייה ליכא חזקה, וע"י בריטב"א שכתב כיון שראוי להשתמש בו קבע לכן יש לו חזקה, אמנם הרשב"א כתב דהרי"ף פירש כהרשב"ם דר' זירא קאי על חלון צורי אבל בחלון מצרי ליכא חזקה כלל, והחילוק בין למטה מד"א למעלה מד"א הוא, כתב הרשב"א דלמטה מד"א שהוא חלון רחב ויכול להכניס ראשו בו להביט ממנו חלון קבוע הוא זה והיה לו למחות ולפיכך יש לו חזקה שאם בא לבנות כנגדו צריך להרחיק ממנו כדי שלא ימנע ממנו את האויר, אבל למעלה מד"א אין לו חזקה כיון שאין יכול להביט על רשותו ע"כ לא מהני החזקה שלא יבנה כנגדו דהרי לא מהני ליה הך חלון למידי שלא יכול להכניס ראשו לשם שיכול להסתכל ממנו, ומבואר שהרי"ף נחלק על סברת ר"ת שבחלון צורי למעלה מד' כו"ע אית ליה חזקה אלא דהחילוק בין למעלה מד' ללמטה הוא בזה גופא האם איכא כאן השתמשות קבועה.

והנה הרא"ש לעיל בריש פרק לא יחפור לכאורה חולק על סברת רבנו יונה שכתב דאין סברא דיכול להחזיק אם אינו מחויב למחות, עיי"ש מה שדנו בחיוב הרחקה בגפת, וכתב הרא"ש שם שמותר לאדם לפתוח חלון אם אינו מזיק לחברו ואין שכלל למנוע אותו בטענה דשמה למחר הוא ירצה לבנות ויהא חייב להרחיק כיון שאין לו סיבה למחות עכשיו ממילא לא יהא לו חזקה, ולפי"ז ע"כ צ"ל דהרא"ש יפרש כהרשב"ם דטעמא דאית ליה הכא חזקה כיון שיש לו היזק ראייה וצריך למחות, אולם תמה בנתה"מ [קנ"ד ס"ק ט"ו] דהרא"ש ביאר בסוגיין כר"ת דר"ז מייירי בחלון מצרי ונמצא דבחלון צורי יכול לעכב עליו אף למעלה מד"א רק כדי שלא יחזיק, ולרא"ש צ"ע דאם אין צריך למחות ליכא חזקה, **והנה"מ** תי' דהרא"ש מודה היכא שעושה תשמיש קבוע שצריך למחות כדי שלא יחזיק, ולפי"ד צ"ל דהתם בסמיכת מזיק אי"ז חשיב קובע, אולם למבואר ברבנו יונה בסוגיין דחלוק חלון צורי מחלון מצרי דזה קבוע וזה לא קבוע ומשמע דאף לרבנו יונה איכא הך סברא, ומדברי הרא"ש שם נראה שהבין ברבנו יונה שאף הדבר לא קבוע ג"כ צריך למחות שלא יחזיק, ומיהו ע"י ברבנו יונה שנראה מדבריו שצריך איזה סיבה למחות שכתב שם דיש חילוק בין חלון לשאר מזיקים, דחלון הוא בעצם אינו מזיק אלא האנשים שנמצאים בבית המה מזיקים, וע"ע ברע"א בק' הרחקת נזקין שהאריך בזה.

ג. **גמ' אבל למעלה מד' אין לו חזקה ואין יכול למחות בו**. בפשוטו אין לו חזקה וממילא אין יכול למחות שלא יבנה וכן ה"ה יכול חברו למחות בו שישגור החלון, וכתב הרא"ש דיש מי שאומר דבכל מה שמבואר בגמ' שאין לו חזקה הוא רק לענין זה שיכול לבנות כנגדו אבל אין יכול לתבוע ממנו שיתסור החלון, והסברא בזה דיש כאן ב' נדונים בסוגיא לענין היזק ראייה ולענין חזקת תשמישין שקיבל זכות בשל חברו למנוע ממנו שלא יבנה, ולענין זה שהוא מזיקו יש לו חזקה דהיה לו למחות שלא יזיקו, אבל לגבי זה שיהא לו זכות בשל חברו שלא יוכל למנוע אותו ליכא חזקה דלא היה לו למחות כיון שלא היה דבר קבוע וכמשי"כ.

ד. **גמ' לימא בכופין על מידת סדום קא מיפלגי**. צריך להבין למד"א שאין כופין על מידת סדום באיזה תביעה הוא בא למנוע ממנו להשתמש הרי כיון שאין לו חזקה ואם יבוא אח"כ לבנות יוכל לתבוע ממנו לסתום החלון א"כ איך יכול למנוע ממנו שלא לפתוח החלון, וכן הקשה **בנתה"מ** [קנ"ד ס"ק יז] דהא קי"ל בשאר נזקי שכנים דכ"ז שלא בא דבר הניזק דיכול לסמוך המזיק וא"כ מ"ש הכא, וכתב לישב דהתם משתמש בשל עצמו לכן כ"ז שלא בא הניזק אינו מחויב להרחיק, אבל הכא נהנה מאויר חצרו של חברו ולכן אם לאו משום דכופין על מידת סתום יכול למנוע ממנו להשתמש בשלו רק משום דכופין על מידת סדום דזה נהנה וזה לא חסר לכן אין יכול למנוע ממנו לפתוח חלון, ועצם יסוד זה כתב הרשב"א לעיל כמה פעמים יז ע"ב יח ע"א כב ע"א דיסוד האיסור לפתוח חלונות לחצר חברו משום שנוטל אוירו, וכ"כ הרע"א קו' הרחקת נזיקין והקצה"ח קנ"ד א', וע"י באבי עזרי בקו' הרחקת נזקין אות ה' שתמה על סברא זו אטו אויר שלו הוא נוטל הרי אויר של עולם הוא נוטל, ואיזה סברא זו היא שמשתמש באויר חצרו ולכן כתב לבאר באופ"א עיי"ש.

ה. **גמ' ושאיני הכא דאמר ליה זימנין דמותבת שרשיפא תותך וקיימת וקא חזית**. משמע בגמ' דיכול למחות בו כיון שיבוא להזיקו בהזיק ראייה ומשמע דלמטה מד"א יכול למחות משום היזק ראייה, וקשה על שיטת הר"י דסבר דאין חזקה להזיק ראייה כלל, והרשב"א כתב דסבר ר' אילעא אע"פ שמייירי בבקעה דאין היזק ראייה ויכול למחות בו משום דיכול לומר לו דשמה הוא יבנה ג"כ כמו שהוא בנה ונמצא שאתה מזיקני בהיזק ראייה, אבל ברמב"ן משמע דבאמת ר' אליעזר דאמר יכול למחות מייירי רק בכה"ג דאיכא היזק ראייה.

ו. **גמ' אמר שמואל לאורה אפילו כל שהו הוה חזקה**. פרשב"ם דחלון העשוי לאורה מילתא דקביעות היא דכל הימים אדם צריך אורה, ונראה למבואר לעיל דדעת הרשב"ם שהטעם דאיכא חקה בחלונות הוא רק כשיש ב' סיבות א' שיש כאן דבר קבוע וכן היכא שיש היזק ראייה, ונראה שהיזק ראייה יש בכל חלון וכמו שכתב רבנו יונה שכנגד החלון הוא יכול לראות, אלא שבחלון המצרי אי"ז דבר קבוע, אבל בחלון העשוי לאורה דאיכא קביעות איכא חזקה.

והנה נחלקו הראשונים האם בחלון העשוי לאורה יש חילוק בי אם הוא למטה מד' או אף בלמעלה מד', הרמב"ן והרשב"א הביאו דהראב"ד כתב שלר' זירא שחילק בחלון צורי בין למעלה מד"א ללמטה ה"ה נמי בחלון העשוי לאורה נמי איכא הך חילוק, אבל הרא"ש כתב בשם רבנו חננאל שאין חילוק, ונראה שיהא תלוי ברשב"ם ור"ת שלסברת הרשב"ם דבעינן ב' סברות למעלה מד' ליכא היזק ראייה ולכן יהא חזקה, אבל לפי ר"ת דבחלון צורי אף למעלה מד"א איכא חזקה ה"ה בחלון העשוי לאורה.

הערות וציונים פרק חזקת הבתים

דף נט:

א. **מתני' היזי עד טפח יש לו חזקה ויכול למחות פחות מטפח אין לו חזקה ואין יכול למחות**. הרשב"ם ביאר דיכול למחות שלא יוציא זיז ואין כאן טענה שזה נהנה וזה לא חסר דהוא חסר דיש לו מזה היזק ראייה, ומשמע לפי"ז שאם לא מיחה והחזיק יש לו חזקה אף לענין זה שיכול להזיק חברו בהיזק ראייה ומבואר דס"ל לרשב"ם כהנך ראשונים דיש חזקה להיזק ראייה וכ"כ רבנו יונה, וצ"ע לפי דעת הר"י שבהביאו הראשונים דאין חזקה להיזק ראייה א"כ מה הפירוש במשנה 'דיש לו חזקה' הא הטעם שיכול למחות משום היזק ראייה והרי אין חזקה להיזק ראייה, וכתב הרמב"ן שכונת המשנה הוא דיש לו חזקה לענין זה שיכול בעל הגג למנוע מבעל החצר לבנות תחתיו, ולפי"ז יכול למחות היינו לענין זה שלא יהא לבעל הגג חזקה שלא יבנה תחתיו, **אולם** בנמוק"י כתב דאף

לדעת הר"י דאין חזקה להיזק ראייה כ"ז רק מחלון של בית לחצר אבל מגג לחצר יש חזקה להיזק ראייה, והטעם בזה כיון דאין כאן כ"כ הרבה היזק ראייה דלא נמצאים כל הזמן בגג, והוכיח כן הנמוק"י דהא בגמ' בהמשך נסתפקה האם היזק ראייה שמייה היזק ובמשנה להלן ס' ע"א תנן לא יפתח אדם חלונות לחצר השותפין ומבואר בהדיא דהיזק ראייה שמייה היזק, וע"כ צ"ל דהמשנה מיירי מבית לחצר ולא מגג לחצר.

ע"י ברבנו יונה שכתב לבאר עוד בטעמא דמתני' דיש לו חזקה דכיון דהיזק תשמיש קבוע הוא ע"כ היה צריך בעל החצר למחות כדי שלא יחזיק עליו ויעכב אותו מלנבות תחתיו למלעה מהיזק, וכמש"כ בד"ן חלון דאי בעי ליה למחיי על העתיד אע"ג דלא מזיק ליה השתא, וזהו היסוד שכתב רבנו יונה בפרק לא יחפור דאף היכא שאין מזיקו עכשיו יש לו חזקה דהיה לו למחות כדי שלא יחזיק.

ב. מתני' פחות מטפח אין לו חזקה ואין יכול למחות. כתב הרשב"ם דאין לו חזקה ויכול בעל החצר לתלות דפחות מטפח לא חשיב, וכונתו דכיון שהוא דבר שלא חשוב כ"כ בנ"א אין מקפידים עליו ולכן אין לו חזקה, והרא"ש לעיל בריש פרק לא יחפור הוכיח מהך דינא דלא כמש"כ רבנו יונה שם דאף במקום שאין יכול למנוע מחברו בתחילת השימוש מ"מ יש לו חזקה כיון שהיה לו למחות בתוך ג' ומדלא מיחה הפסיד, [וכגון בפותח חלון לחורבה שאין בה עדיין היזק ראייה ואח"כ חברו בנה אותו חורבה דאין חברו צריך להרחיק אם החזיק], וכתב הרא"ש דמוכח מהמשנה דלא כדבריו דקתני דבפחות מטפח אין לו חזקה, ואם יש סברא דצריך למחות כדי שלא יחזיק אמאי הכא אין לו חזקה, ובדעת רבנו יונה יש לומר דהכא כיון שהוא שימוש שאינו חשוב כ"כ ואין בנ"א מקפידים ע"כ אין לא היה צריך למחות על דבר כזה ג"כ אבל התם הוא דבר שבנ"א מקפידים לכן היה צריך למחות אם הוא בא להחזיק.

ובדעת רבנו יונה לכאורה צ"ל דכל הסברא שצריך למחות שלא יעשה חזקה הוא רק בזיו שהוא דבר קבוע ע"כ חשיב מעשה חזקה ואם לא מיחה זכה השני, אבל דבר שאינו קבוע לא אמרינן ה"ט דכל הסברא שצריך למחות כדי שלא יחזיק הוא רק באופן שהחזקה שלו הוא דבר שיש לו קביעות לכן על הבעלים להקפיד אבל דבר שאין לבעלים קפידא בזה ל"ש סברת רבנו יונה, [ודבר זה מבואר בהדיא בדברי רבנו יונה לעיל לגבי חלונות דזהו החילוק בין חלון צורי לחלון מצרין], ודבר זה מבואר ברא"ש כאן שכתב [סי' עד] לבאר רישא דמתני' דזיו עד טפח יש לו חזקה כיון דמילתא דקביעות הוא היה לו למחות כדי שלא יחזיק, וזהו סברת רבנו יונה היכא דאיכא חזקה מכח מה שלא מיחה, ובספ"א ע"כ צ"ל כמש"כ דלא הוה מילתא דקביעות, ועוד צ"ב מה הקשה הרא"ש הרי איכא מד"א בגמ' כאן דסבר דבעל החצר יכול למחות בבעל הגג ואפ"ה קתני דאין חזקה וע"כ דיש כאן סברא מיוחדת שאין חזקה וע"כ הטעם הוא כיון שהוא תשמיש קטן שאין בנ"א מקפידים עליו.

וע"ע בחת"ס שכתב דמלשון המשנה משע כרבנו יונה דקתני זיו עד טפח יש לו חזקה ויכול למחות ומשמע דכיון שיש לו חזקה לכן יכול למחות, ולפי הרא"ש היה צריך לכתוב להיפך הזיו עד טפח יכול למחות ויש לו חזקה דהחזקה תלויה במחאה, ע"ש מש"כ לישב בדעת הרא"ש ע"פ המבואר בגמ' דהמחאה קאי על בעל הגג.

ג. גמ' אבל בעל החצר בבעל הגג יכול למחות ליה בהיזק ראייה קא מיפלגי וכו'. לכאורה משמע בגמ' דהנדון של המשנה כמש"כ הרשב"ם דענין החזקה דמתני' לענין היזק ראייה, ולכן בטפח שיש היזק ראייה לכ"ע לכן יש לו חזקה, וצ"ע לדעת הר"י דאין חזקה בהיזק ראייה, ולמבואר בנמוק"י דמגג לחצר לכ"ע איכא חזקה להיזק ראייה א"ש, אבל להרמב"ן שביאר דמתני' לא מיירי כה"ג שיש היזק ראייה קשה, וע"כ צ"ל דכונת המשנה ברישא כמש"כ הרמב"ן לענין אם יכול לבנות תחתיו והמחאה היא לענין זה, אבל סיפא דקתני דאין לו חזקה היינו נמי לענין זה שיכול לבנות אבל אם יש היזק ראייה יכול למחות אבל אה"נ הא דאית ליה חזקה לא מיירי על היזק ראייה, [ודבר זה כתבו הראשונים לעיל בהא דאמר ר' אילעא דחלון למטה מד' אין לו חזקה ויכול למחות היינו דאין לו חזקה לגבי שלא יכול לבנות כנגדו ויכול למחות היכא שיש היזק ראייה ע"ש בנמוק"י שכי"כ].

ד. רשב"ם ד"ה בבעל החצר. כתב הרשב"ם דסברת רב הונא שיכול להשתמש במקום היזק לתלות בו דברים כיון שאינו מזיק ואע"פ שהוא מונע מבעל הגג לתלות בו דברים להא לא חיישינן כיון דאין לו חזקה בעל החצר יכול לחתכו לזיו כ"ש שיכול להשתמש בו בעודנו תלוי באויר, **ובפשטו** היינו מדין זה נהנה וזה לא חסר דכופין על מידת סדום וכ"מ ברבנו יונה ובריטב"א ע"ש, ונהנה בקובץ שיעורים הקשה בהא דמבואר ברשב"ם דאילו לא היה כאן היזק ראייה לא היה בעל החצר יכול למנוע בעל הגג להוציא זיו כיון דזה נהנה וזה לא חסר והרי בעלמא הדין בזה נהנה וזה לא חסר הוא רק דין שאין תביעת תשלומים אבל מעיקרא יכול למנוע ממנו שלא להשתמש, כמש"כ תוס' לעיל יב [ד"ה כגון ובי"ק כ ע"ב ד"ה הא איתנהנית], ותי' ע"פ מש"כ המרדכי דטעמא דיכול למנוע להשתמש מעיקרא דיכול לקבוע דמעכשיו הוא נעשה בית דקיימא לאגרא ולכן אסור לו לדור שם בלא לשלם אבל הכא ל"ש לומר הכי, ויש להסויף עוד דהכא שחברו הניח ברשותו דבר שיכול להוריד את זה אין לו זכות למנוע אותו מעיקרא כיון שהיה בידו להורידו, דכל הסיבה שיכול למנוע אותו הוא מחמת שהוא בעצמו יכול להשתמש באותו דבר, אבל הכא הרי אם בעל הזיו ירצה להשתמש יוכל למנוע ממנו שהרי יכול לחתוך את הזיו לכן אף אם אומר לו מעיקרא שאין לו רשות הוה בכלל הדין של זה נהנה וזה לא חסר פטור.

ה. רשב"ם ד"ה ושאיני הכא. הרשב"ם ביאר שטעון בעל הזיו שאין כאן היזק ראייה כיון דבשעה שבא לתלות חפץ על הזיו יהפוך פניו שלא יראה עליו כגג, וכתב הנמוק"י מכאן נראה שצריך להיזהר מלהסתכל בבית חברו עד שיהא נתפס עליו כגג בהסתכלות ההוא

והביאו הרמ"א להלכה קנד סעי' ג', וצ"ב מדוע הוצרך לה"ט שלא יראה כגנב ומדוע לא סגי בעיקר הדין דאיכא היזק ראייה, ועי' בסמ"ע ס"ק י"ד מש"כ לבאר.

ו. מתני' לא יפתח אדם חלונתו לחצר השותפין. פרשב"ם משום היזק ראייה, הקשה הרמב"ן לעיל ב ע"א בא דנחלקו אם היזק ראייה שמה היזק הרי מבואר בהדיא דהיזק ראייה שמה היזק, ותי' הרמב"ן דאי ממת' אפשר דרך מבית לבית או מחצר לבית, דכיון דקביעי בבית הרי הוא מונע ממנו את כל ההשתמשות אבל מחצר לחצר בזה כל הנדון בריש פרק קמא אם היזק ראייה שמה היזק, ועי' באבי עזרי פ"ג משכנים ה"ג מש"כ לבאר דיש ב' דינים בחיוב בנין כותל עי"ש.

ז. גמ' אמר ליה החזקת בני החזקת. פרשב"ם דאמר לו דלאלתר הוה דכל בפניו לאלתר הוה חזקה, ובא לפני רבי חייא ואמר לו דאין לו חזקה אלא עד ג' שנים, והיינו הרשב"ם לטעמיה דחזקת תשמישין גדולים בעינן ג' שנים וכמש"כ במשנה לעיל נח ע"ב וזו ע"א וכמו שביאר הטור בסי' קנג דתמישים שכותבים עליהם שטר בעינן ג"ש, אולם הראשונים כתבו שמכאן הוכיח הרי"ף שיטתו דאין חזקה להיזק ראייה, והיינו דאמר לו רב חייא יגע וסתום משום דל"ש ביה חזקה, ובזה גופא נחלק ר' ישמעאל בר"י וסבר דאיכא חזקה להיזק ראייה, אולם צ"ב שהרשב"ם הביא שהגמ' לעיל מוכיחה מכאן דבפניו אין דין ג' שנים, ולפי הרשב"ם זה גופא היה הנדון האם מהני חזקה כה"ג, אבל לרי"ף דנחלקו האם מהני חזקה להיזק ראייה א"כ מה הראיה דבפניו מהני חזקה לאלתר הרי הא אפשר דבעינן ג"ש, וכתבו הראשונים מדלא שאל אותו מה השיעור שהחזיק ע"כ דס"ל שלא לאלתר הוה חזקה, אלא שהקשה רבנו יונה לעיל מא ע"א דא"כ מה מדמה הגמ' לחזקת קרקעות דכמו שבחלון איכא חזקה לאלתר הא בחזקת תשמישין לא בעינן טענה עי"ש בדבריו.

והנה לדעת הראשונים ס"ל דאיכא חזקה בהיזק ראייה וס"ל דלא בעינן ג"ש צריך לבאר הגמ' כמש"כ הרמב"ן נט. ובמלחמות [ד]. מדפי הרי"ף] דהא דאמרין בחזקת תשמישים לאלתר הוה חזקה אינו אלא לאחר שנתברר לבעלים כל ההיזק היוצא מאותו תשמיש, והכא מיירי כשלא נתברר לבעלים כל ההיזק ומ"מ סבר ר' ישמעאל בר"י דכל שבפניו הוה חזקה אף בכה"ג שלא נודע לבעלים עדיין כל ההיזק ואמר לו רב חייא דאף הכא לא הוה חזקה כ"ז שלא נודע לבעלים.

דף ס.

א. גמ' אמר רב נחמן ולסתום לאלתר הוה חזקה שאין אדם עשוי שסתומים אורו ושותק. פרשב"ם דאע"פ שהחזיק ג' שנים ובא חברו וסתמו לאלתר הוה חזקה לסותם, והיינו דאע"פ שלקנות חזקת חלון על חברו בעינן ג' שנים כמש"כ הרשב"ם, לסתום החלון א"צ ג"ש אלא הוא ראייה גדולה כ"כ שהיה צריך למחות מיד, ולדעת הראשונים דבכל חזקת חלונות לאלתר הוה חזקה צ"ב מה החידוש בזה דלאלתר הוה חזקה, וצ"ל דלאלתר הוה חזקה אע"פ שלא נתברר לו כל ההיזק כמש"כ הרמב"ן, ועי' בקצה"ח [קנ"ג סק"א] שכתב דהיכא שסתם לעולם חשיב שנודע לו ההיזק ולכך לאלתר הוה חזקה.

ב. רשב"ם ד"ה ולסתום. אם החזיק ג"ש הרשב"ם העמיד הך דינא באופן שבעל החלון החזיק ג"ש ואח"כ בא חברו וסתם בפניו ושתק דנתבטלה לו חזקתו וכמש"כ בד"ה ושותק ומדשתק אודי אודי ליה דשלא כדין החזיק, **אמנם** הרמב"ם פ"ז משכנים ה"ז כתב דאם סתם לאלתר הוה חזקה דאמרין שמחל לו, וביאר הב"י [סי' קנד] דהרשב"ם סבר בכל חזקת תשמישין דבעינן טענה ולכן הכא הא דמהני כששתק הוא רק כיון שחברו החזיק ג"ש אמרין שהודה שאין חזקתו חזקה, אבל אם בא לסתום לאחד שלא בא מכח חזקה אלא שיש לו שטר או ראייה כה"ג לא מהני בשתיקה לחוד אלא צריך טענה, אבל הרמב"ם סבר בכל חזקת תשמישין שא"צ טענה ולכן בעלמא אמרין דמהני מדין מחילה.

ג. גמ' אמר רב הונא מאי חדר שחלקו לשנים. דעת הרשב"ם שבתוך ביתו יכול להרבות כמה דיורין שהוא רוצה ולכן יכול לחלק את ביתו לבי' חדרים, אלא שאין יכול לבנות שע"ז יהא עוד דיורין אבל בתוך ביתו יכול כמה שירצה שהר יכול הכניס כמה אנשים שירצה בתוך ביתו, אולם הטור קנד הביא שהרמ"ה כתב שאין היתר לחלק את ביתו שירצה עוד אנשים בחצר, וכונת הגמ' היא שיכול לחלק את ביתו לעשות אוצר, ומיהו כתב הבית יוסף שאף לרמ"ה בשביל בני ביתו יכול לחלק את ביתו אלא שלבנות עוד חדש או לעשות עליה אסור לו לעשות.

הערות וציונים פרק חזקת הבתים

דף ס.

א. מתני' לא יפתח אדם פתח כנגד פתח חלון כנגד חלון. בגמ' מבואר שהמקור לדין זה הוא ממה שבלעם בירך את ישראל כשראה אותם שאין פתחיהם מכוננין זה לזה אמר ראוי שתשרה שכינה עליהם, והנה בכמה מקומות במסכת מבואר מחלוקת אם היזק ראייה שמה היזק או לא שמה היזק, וקשה הרי במשנה כאן מבואר דאין חולק על דין זה וכמו שלמדו מקרא ומ"ש, וע"כ צריך

לחלק שכל הסוגיות שדנו אם היזק ראייה שמייה היזק הוא רק כשפותח חלון לחצר או שאין מחיצה בין ב' חצרות וההיזק הוא במניעת השתמשות בחצר, אבל לפתוח פתח כנגד פתח או חלון כנגד חלון שרואה לתוך ביתו הוא דין אחר, ויסוד הדבר ביאר היד רמה [אות רפ] שכתב שמוכח מכאן דאיכא איסורא משום צניעותא לפתוח פתח כנגד פתח, ולכן כתב שאע"פ שהחזיק לא מהני חזקה כיון שיש איסור בדבר, וכן מבואר ברשב"ם במשנה דאע"פ שהחזיק לא מהני חזקה, והיינו שאע"פ שבכל חזקת היזק ראייה איכא חזקה משום שאמרינן שמחל, הכא לא מהני מחילה כיון שיש איסור בדבר שיהא לו פתח כנגד פתח, ואי"ז רק תביעה ממוניות של שכנו שיהא חייב להרחיק מפני שמזיקו, אלא נאמר כאן דין חדש שיש איסור לפתוח פתח כנגד פתח מחמת חסרון צניעות, ולכן לא שייך חזקה, שהאיסור לפתוח פתח אינו מתחיל ממה שהוא תובע ממנו רחקה שמזיקו אלא הוא איסור לעשות מעשה פתח כנגד פתח של חברו ולא מהני מחילה, ואף שמחל אכתי נשאר האיסור ומחויב להרחיק, ועוד דאף באופן ששתק ולא מיחה אמרינן דהא דלא מיחה משום שיש איסור בדבר.

וכתב ביד רמה שהדבר מוכרח שאם יש חזקה משום שאמרינן שמחל א"כ מה השבח שאמר בלעם שכל סיבה שראוין שתשרה שכינה עליהם משום שאין פתחיהן מכונים זה לזה, הא אף היה פתח כנגד פתח עדיין יכול להיות שהם ראויים שתשרה שכינה שהרי יכול להיות שמחלו זה לזה לפתוח פתח כנגד פתח, אלא ע"כ שלא מהני מחילה על זה ולכן אם היה מצב כזה שהיה פתח כנגד פתח לא שייך שיהיו ראויין שתשרה שכינה עליהם, וע' חזו"א [ב"ב יב סק"ג] שביאר כמש"כ והוסיף שמוכח כן ממה שמקשה הגמ' מנהני מילי ומשמע ע"כ שיש כאן דין חדש שאינו דין היזק ראייה, [ע"ע בסמ"ע סק"י] שכתב סברא אחרת דלא מהני חזקה בפתח כנגד פתח משום שהוא היזק גדול מאוד, והוא כקוטרא ובית הכסא דליכא חזקה, ועי' בחזו"א שהעיר שמדברי היד רמה מבואר סברא אחרת וכמש"כ שמחמת דיש כאן גדר אחר של תביעת הרחקה דהוה מידי דאיסורא].

ב. רשב"ם ד"ה לא יפתח חלון. אפילו היכא דאית ליה חזקה, הבית יוסף [סי' קנד] כתב שמוכח מדברי הרשב"ם שלא מהני חזקה להיזק ראייה וכשיטת הרי"ף שהובא לעיל, אולם הקשה בחידושי הגהות שם שברשב"ם במשנה של ז"ז מבואר שיש חזקה להיזק ראייה, שהרי כתב שהטעם שיכול למנוע אותו מחמת חשש היזק ראייה, והב"ח כתב שכונת הרשב"ם באופ"א דודאי בכל היזק ראייה מהני חזקה, אלא כונתו שאם נפל ביתו והוחזק שיהא לו פתח או חלון אסור לו לפתוח פתחו כנגד פתח של חברו וחלון כנגד חברו, ועי' בחזו"א שאין מי שחולק שלא מהני חזקה לפתוח פתח כנגד פתח והיינו שאם פתח שלא ברשותו וחברו שתק לא מהני שתיקתו לומר שמחל לו כיון שיש איסור בדבר וכמו שנתבאר באות הקודם.

ועי' ביד רמה שכתב דלא מהני חזקה בפתח כנגד פתח, אלא שכתב שבחלון כנגד חלון מהני חזקה ואע"פ שילפינן מקרא הך דינא כתב ביד רמה דיש לחלק דבפתח כנגד פתח א"א שלא יהא השתמשות בבית בלא שיראה אותו ולכן לעולם נשאר האיסור, אבל בחלון כנגד חלון כיון שיש לו אפשרות להשתמש באופן כזה שהוא לא יזיק אותו לכן התם אם החזיק מהני חזקתו דאמרינן שמחל לו שישתמש בצורה כזאת שלא יראה אותו ולכן איכא חזקה.

וכתב החזו"א שאע"פ שלא מהני חזקה בפתח כנגד פתח אם הסכימו בניהם שיפתח פתח כנגד פתח אע"פ שא"א לחייב את מי שפתח לסגור כיון שעשה הדבר ברשות, מ"מ כיון שיש איסור בדבר אסור לשניהם להמשיך לגור בצורה כזאת שיש פתח כנגד פתח, ומחויבים לעשות גורל ביניהם מי יעתיק הפתח למקום אחר ושניהם מחויבים בהוצאות.

ג. רשב"ם ד"ה חלון כנגד חלון. אלא משהו ירחיק זה שלא כנגד זה, **הראשונים** הרמב"ן לעיל נט. והרשב"א כאן כתבו דסגי בהרחקת משהו אע"פ שעדיין הוא יכול לראות אותו מ"מ סגי בהכי, וטעמא דמילתא משום דמכיון שאינו רואה אותו דרך תשמישו אינו יכול לעכב עליו דיכול לומר לו דאם ארצה הרי אני יכול לעמוד בחצר ולראות אותך ולכן על כה"ג אין לך זכות תביעה של היזק ראייה.

ד. גמ' סבר רמי בר חמא למימר בר ארבעה לא לישויה ח'. ביאר הרשב"ם שהדין הוא שכפי גודל שיעור של הפתח כן יש לו מקום בחצרו דלכל פתח אית ליה ד"א, וכתב ביד רמה [אות רפד] דזה ברור שאם פתח באיסור לא יהא לו יותר זכות בחצר, אלא דאם יפתח יבוא לטעון אחר זמן שכך היה מעיקרא וממילא מגיע לו עוד מקום בחצר, ועי' בחזו"א יב ז' מש"כ לבאר דהא במשנה איכא איסור אף לפתוח החלון והתם ל"ש סברת הגמ' אלא דבחלון היה ברור דהוא משום היזק ראייה כיון שהוא חלון גדול אבל בפתח קס"ד יש חילוק בזה כיון שבשעה שהפתח פתוח אין חילוק בגודל של הפתח.

ה. מתני' אין עושין חלל תחת רשה"ר. פרשב"ם אע"ג דמקבל עליה כל הזיקא דאתי מחמתיה אין רצונם של בנ"א ליזוק ולירד לדין על עסקי ממונו, הנה לכאורה זה ברור שמצד דיני מזיק אין כאן חיוב של בור ברשות הרבים דחשיב שהבור מכוסה וכדאמר ר"א, ועוד דבחיוב של מזיק אף אם אומר שישלם אין לו זכות להזיק ע"ד שישלם דעצם ההיזק אסרה תורה, אלא ע"כ דזה תקנה מחודשת דרבנן חששו אף על צד רחוק מאוד, [ועי' בריטב"א לעיל כז ע"ב] שכתב דכל התקנה היתה רק ברשה"ר ולא ברשות היחיד דלא החמירו], ומבואר מדברי הרשב"ם דכל התקנה היתה רק מחמת שאין רצונם לעשות עמו דין אבל בלא"ה לא היו מחייבים אותו חכמים שלא לעשות חלל אם הוא מעצמו היה משלם אלא דידעו חכמים שלא ירצה לעשות עמם דין לכן אסרו לעשות חלל, ועי' בספר אילת השחר.

עי' בקו"ש אות שכתב דאין כאן נדון של איסור והיתר אלא המחלוקת ר"א ורבנן האם ניתן לבני רשות הרבים להשתמש באופן זה, ולרבנן לא ניתן והוא כשואל שלא מדעת דחשיב גזלן, והביא שהירושלמי תולה בפלוגתא זו של המשנה לענין ביכורים אם מברך אילן תחת רשות הרבים אם יכול להביא ביכורים משם או דלא חשיב אדמתך כיון שהוא נטוע במקום שאינו שלו אלא בשל רבים.

ו. מתני' לקח חצר ובה זיזין הרי זו בחזקתה. טעמא דמילתא משום דטענין ללוקח שהמוכר שלה קנה זכות זה, ודבר זה מבואר לעיל כג ע"א ע"ש דקא עביד הגמ' צריכותא בענין זה, הנה בעלמא היכא דטענין ללוקח מבואר בגמ' לעיל מא ע"ב דכ"ז רק היכא שישב הלוקח ג' שנים בקרקע, אבל בלא"ה אין טוענין דלית ליה חזקה דאף המוכר לא היה נאמן בטענה כשאין לו חזקה, והנה הרשב"ם כאן כתב וז"ל דטענין ללוקח ואומרים אימר כונס לתוך שלו היה, אבל המוכר לו שהוציא הזיזין הוא היה צריך להביא עדים שכנס לתוך שלו או שיטען שני חזקה החזקתי וכנסתי בתוך שלי דהויא ליה חזקה שיש עמה טענה, וצ"ב דמלשון הרשב"ם שכתב או שיטען שני חזקה משמע דהמוכר הוא צריך חזקת ג"ש אבל הלוקח א"צ וטענין רק שהמוכר כנס לתוך שלו ועי'.
בעיקר מש"כ הרשב"ם דטענין ליה ללוקח שהמוכר כנס משלו ולכן לא לקח מבני רשה"ר כלום, משמע מדבריו שאין כאן לבני רשה"ר ראייה על החלק הזה שהיה שלהם ואין כאן חזקת מרא קמא, וצ"ב א"כ אמאי צריך כאן חזקה שיש עמה טענה הא כיון שאין מרא קמא א"צ לטעון כלום.

ז. גמ' בני מבואה מחלין גבאי דידך וכו' מאן מחיל גבך. כתב ביד רמה דע"כ מחלו בני המבוי בהדיא, דלא מסתבר שהוציא על סמך שימחלו לו דהא אפשר שלא ימחלו ואיך הוציא אלא ע"כ שמעיקרא שאל מהם רשות, ועיין בקו"ש.

הערות וציונים פרק המוכר את הספינה

דף עה:

א. גמ' איתמר ספינה רב אמר כיון שמשך כל שהוא קנה ושמואל אמר לא קנה עד שימשוך את כולה, בהמשך הגמ' מבואר דטעמא דרב דסגי במשיכה כל שהוא משום דספינה כיון דנדה בה פורתא נדה לה כולה, והיינו דאף לרב לא סגי במה שמושך מקצת מהחפץ, [ולא דמי לקנין חזקה בשדה שא"צ מעשה בפועל בכל השדה ורפך בה פורתא קונה בכל השדה], אלא שנחלקו האם סגי במה שמושך כל שהו טפח או פחות כמש"כ רשב"ם, ושמואל סבר שצריך למשכו לעקור אותו ממקומו.

והנה בביאור פלוגתת רב ושמואל נחלקו הראשונים, דעת הרשב"ם להלן פו ע"ב [ד"ה והא פירות] דכל המחלוקת הוא רק בספינה, אבל בכל המטלטלין מודה רב לשמואל שאינו קונה אלא א"כ עוקר כולו ממקומו לגמרי, וביאר בזה הרשב"ם הא דקאמר הגמ' לרב בספינה כיון דנדה פורתא נדה לה כולה, דהכונה כיון שיש תחתיה מים חשיב כמי שנעקרה כולה ממקומה, וזה כונת הגמ' כאן בהמשך דבבע"ח מודה רב דלא סגי בעיקרת יד ורגל, אבל הראשונים חולקים על זה, דעת רבנו יונה והריטב"א דבכל המטלטלין נחלקו רב ושמואל אם צריך לעקור הכל ממקומו או משיכה כ"ש, וכתב רבנו יונה דהא דאיפלגו בספינה משום כוחו דשמואל דאף בספינה דמשיכתה קשה בעינן שימשוך את כולה [ועי' בטור סי' קצ"ח], אמנם הרא"ש הביא כן בשם יש מפרשים ופליג עליהם, וכתב הרא"ש ש דכל הנדון בסוגיא הוא רק בספינה ובבע"ח, אבל בשאר מטלטלין משיכה כל דהו קונה אף לשמואל, וטעמא דמילתא כתב הרא"ש דבשאר מטלטלין המשיכה היא מכח האדם לכן כשמושך קצת סגי, אבל בספינה ובע"ח דאי משך קצת אזלי ממילא ואין ניכר משיכת האדם בזה דאזלי מעצמם ובה נחלקו רב ושמואל האם בעינן שיעקור את כולה או כל שהוא כמו בשאר מטלטלין.

ב. ובביאור פלוגתת רב ושמואל לדעת רבנו יונה והריטב"א דפליגי בכל המטלטלין יש לבאר שנחלקו האם בעינן שיעור חשוב של משיכה וכמו שמצינו בקנין הגבהה דבעינן ג"ט ה"י בעינן שיעור חשוב שיעקור כולו ממקום שהיה, אולם יש שביארו שנחלקו בגדר דקנין משיכה [ויסוד הדברים חקר בזה באבן האזל ויבואר להלן] האם קנין משיכה הוא מעשה קנין בעלמא או דגדר קנין משיכה הוא הכנסה לרשות [עי' ביד רמה להלן אות כו], ורב דלא בעינן לעקור את כולו ע"כ שהוא מעשה קנין אבל לשמואל דבעינן שיעקור את כולו ע"כ שהגדר הוא כהכנסה לרשות ולכן רק היכא שעקרו לגמרי קנה דבזה הכניס לרשותו לגמרי, [ואינו מוכר דאפשר דאף לרב הוא מדין הכנסה לרשות אלא דא"צ מעשה בכולו אלא ע"י מעשה במקצתו סגי], ובדעת הרא"ש דס"ל לחלק בין ספינה לשאר מטלטלין נראה דלכו"ע הוה מדין הכנסה לרשות ובמה שהוא מושך קצת חשיב שהכל נכנס לרשותו, אבל בספינה ובע"ח שהדבר זו מעצמו לא ניכר שהוא עושה ומשיכה גרועה היא ולכן נחלקו בזה ועיין.

והנה בספר אולם המשפט [סי' קצ"ח] כתב דהא תוס' בקידושין כה ע"ב [ד"ה בהמה] כתבו בשם רבנו חיים כהן דמסירה לא קני בסימטה משום שהסימטה היא רשות של זה שבא לשם ראשון וכיון שבסתמא המוכר קדם לבוא לכן אין הלוקח יכול לזכות במסירה דלא מהני מסירה ברשות מוכר, וכתב תוס' דא"כ אמאי מהני משיכה בסימטה וביאר משום דבמשיכה עוקר הדבר ממקומו הראשון, ולפי"ז ביאר טעמא דשמואל דצריך למשוך את כל החפץ כיון דצריך שיהא הרשות שלו לכן רק כשעוקר את כל

החפץ ממקומו נעקר רשותו של ראשון, אמנם י"ל דסברת רב דסגי במה שהוא מושך כל שהו דעצם זה שמוציא חלק מהמקום שהיה שם בתחלה בזה הוא עוקר את המקום שלא יהא מקומו של הראשון והוא נעשה מקום של הקונה.

ג. **גמ' רבי אחי ואמר לה ר"א אומר עד שתהלך מלא קומתה**, פרשב"ם דהיינו עקירת ארבע רגלים, וברשב"ם בהמשך מבואר דע"י עקירת ארבע רגלים חשיב עקירת כולה חוץ למקומה, וכונתו דאע"פ שעקרה רק את הרגלים וכל גופא נשאר באותו מקום חשיב עקירת כולה חוץ ממקומה ומהני כמו משיכת כולה בספינה שכתב הרשב"ם דמשיכת כולה היינו שיבוא סוף הספינה למקום שהיה ראשה קודם לכן, וכן כתב רבנו יונה והריטב"א והוכיחו מדקאמר הגמ' אמר לך רב אנא דאמרי אפילו לר"א עד כאן לא קאמר רב אחא אלא בבע"י דאע"ג דעקרה י"ד ורגל" בדוכתא קיימא, משמע דרק משום שעקרה רק יד ורגל אבל ב' ידיים וב' רגלים לא חשיבא בדוכתא אלא חשיב שעקרה את מקומה, **והביאור** בזה דעיקר מקומה של הבהמה היא מקום עמידת רגליה ולא היכן שנמצא כל גופא ולכן כשעקרה את כל רגליה מהמקום שעמדה חשוב שעקרה כולה ממקומה, ויסוד דבר זה מבואר בסוגיא בקידושין כה ע"ב דקאמר הגמ' פיל במאי יקנה ואומרת הגמ' דמניח ד' כלים תחתיה והיא עולה עליהם וקונה מדין חצר, [דהגבהה ל"ש התם דליכא התם ג"ט], והנה בקנין חצר דנו באחרונים האם מקצת מהחפץ חוץ לחצר אם קונה כולו או לא, ונתבאר שם דרגלי בהמה שמעמידים את הבהמה לכן א"צ שכל הבהמה תהא בתוך החצר וסגי במה שהרגלים בחצר בזה חשיב שכולה בתוך החצר, ולפי"ז ה"ה הכא לגבי משיכה כיון שעקרה ידיה ורגליה חשיב שכולה נעקרה ממקומה וא"צ שכל גופא יצא ממקומו.

ד. **תוס' ד"ה אחזה בטלפה**, נחלקו ריב"א ורשב"ם האם בעינן מסירה מיד ליד או דלא בעינן מיד ליד אלא סגי במה שאומר לו שילך ויחזיק, [וכן דעת ר"ת בתוס' להלן ד"ה ספינה דבעינן מיד ליד וכ"כ רש"י ותוס' קידושין כה ע"ב], וכתבו תוס' דבמציאה ובנכסי הגר לא מהני מסירה, ומבואר דאף אם אין צריך למסור מיד ליד אלא צריך שיאמר לו אין האמירה הכ"ת שהוא יקנה, דהרי בגמ' ב"ק נא: מבואר דאף בקנין משיכה בעינן שיאמר לו לך משוך וקני, ואפ"ה במציאה ונכסי הגר הוא קונה במשיכה, אלא ע"כ דהתם האמירה אינו אלא לגלות דעתו שרוצה להקנות לו והקונה הוא פועל את כל הקנין, ולכן בכה"ג שאין מקנה יכול לעשות קנין בעצמו, אבל קנין מסירה עצם הקנין אינו מה שהוא תפוס בחפץ כבעלים, אלא יסוד ההקנאה היא במה שהמוכר מעביר לו את הבעלות ואופן העברת הבעלות היא או שהוא מחזיקו את החפץ ע"פ ציוי של המוכר או ע"י שנותן לו מיד ליד דעצם מעשה המסירה היא מעשה הקנין, ולכן במציאה ונכסי הגר שאין מי שימסור לא שיד קנין מסירה דמה שהוא אוזח את החפץ עדיין אינו מראה על בעלות על הדבר דהוא רק תפוס בזה, ורק ע"י מסירת הבעלים יש כאן מעשה קנין באחיותו והיינו שהקנין נפעל מכח המוכר וחלוק משאר כל הקנינים שהלוקח הוא זה שפועל את הקנין ורק צריך את הסכמת המוכר שהלוקח יעשה את הקנין.

אולם הרמב"ן וברשב"א [להלן עו ע"ב] כתבו דהא דאמרינן דצריך שיאמר לו שיתפוס בבהמה ויקנה כ"ז דוקא אם אינו לפניו אבל אם הוא לפניו א"צ לומר לו, ולמבואר צ"ב הסברא בזה דא"כ אף בנכסי הגר יקנה כמו שמצינו במשיכה שקונה בלא אמירה בנכסי הגר, וע"י בביאור הגר"א [ס"י קצ"ח ס"ק י"ב] שכתב דהמקור שבפניו א"צ אמירה של לך חזק וקני הוא כמו שמצינו בקנין משיכה וחזקה לעיל נב. שא"צ לומר לו לך חזק וקני וצ"ב כנ"ל דלכאורה ב' קנינים הם, ומבואר דסבר הרמב"ן דקנין מסירה הוא ג"כ בגדר של קנין משיכה, **ויסוד** הדברים מבואר ברמב"ן בקידושין כה: על המשנה דבהמה גסה נקנית במסירה והדקה בהגבהה, וז"ל מפני שכולם לא תקנום אלא מחמת משיכה וכו' משום שמעשה שהגביהה ע"מ למישך היא וכן מסירה משעה שנמסרה לידו דרכו למשכה ותחילת משיכה היא נמצאת אומר שהמשיכה בנין אב לכולם, מבואר בדבריו דקנין מסירה היא אותו גדר של קנין משיכה, וא"ש מה שדימה הגר"א דאין צריך לומר לו לך וקני במסירה כמו במשיכה, **אמנם** צ"ל דהא דלא מהני בנכסי הגר דאע"פ שישוד הקנין הוא במה שהוא תפוס בידו ולא כמש"כ דהאמירה היא חלק מהקנין, אלא דכל שאחזו במצות המוכר חשיב אחיותו לאחיות של בעלים ולא רק סתם תפיסה בעלמא, ולכן במציאה ונכסי הגר אין באחיותו אחיות בעלים אלא תפיסה בעלמא ולכן לא קני בזה.

ה. **ברמב"ם פ"ג ממכירה ה"ג פסק** כשמואל בספינה שלא קונה עד שימשכנה כולה, ובפרק ד' ה"ד כתב הרמב"ם דבר הנקנה במשיכה אם היה ברשות הרבים ומשכו לרשות היחיד או לסימטה כיון שהוציא מקצת מהחפץ מרשות הרבים קנה, והשיג הראב"ד דהא קי"ל בספינה כשמואל דלא קנה עד שימשוך את כולה, וע"י במ"מ שביאר שהרמב"ם מייירי שכבר עקרה כולה ברשה"ר אלא דלא מהני לקנות דמשיכה ברשה"ר לאו כלום היא ומ"מ סגי במה שיכנס מקצת לרשות היחיד, **ובאולם המשפט** שהובא לעיל ביאר ע"פ מש"כ שם דסברת שמואל היא דבעינן לעקור רשותו של מוכר בסימטה, ולפי"ז א"ש דכ"ז רק בסימטה אבל ברשה"ר דאינו רשותו של מוכר לכן סגי שמשיכה כ"ש לתוך הסימטה, וע"י באבן האזל שביאר שנחלקו בגדר קנין משיכה אם הוא מדין הוראת בעלות ומעשה קנין או שהוא מדין הכנסה לרשות.

הערות וציונים פרק המוכר את הספינה

דף עו.

א. **גמ' חיסורי מחסרה והכי קתני ספינה נקנית במשיכה ואותיות במסירה**, פרשב"ם אבל משיכה אינה אלא בדבר שגופו ממון דכי משך זכה בה, כונת הרשב"ם לישב קושית [תוס' ד"ה חסורי] אמאי לא מגיה הגמ' את הברייתא ספינה ואותיות נקנים במשיכה

ואמאי הוצרך לחדש קנין חדש של מסירה, וע"ז תי' הרשב"ם דשטר חוב ל"ש לקנות ע"י משיכה כיון שצריך לקנות השיעבוד, וסיים הרשב"ם אבל כדי לגבות חובו צריך שימסרנו המלוה ללוקח, מבואר בדבריו דכונת הגמ' דמסירה בשטרות היינו מיד ליד, והקשה הרשב"א דלעיל כתב הרשב"ם דקנין מסירה א"צ מיד ליד אלא קונה אף באומר לו לך חזק ואמאי הכא צריך מיד ליד, ועי' ברש"ש שעמד בזה וכתב דכונת הרשב"ם כתוס' ד"ה אי דבשטר בעינן מסירה מיד ליד ויבואר להלן.

ב. גמ' שטר לספינה למה לי מטלטלי ניהו, פרשב"ם דכי משכה קנה כשאר מטלטלין, וכונתו דכיון שכבר קנה אין צריך שטר, והרשב"א הוסיף דאף אם יכתוב שטר על מטלטלין לא מהני, וכתב הרשב"א ב' סברות או משום דא"א לסיים מטלטלין דלא דמי לקרקע או עבד שאשר לסיימו, ועוד כתב שלא למדו הקניות אלא ממה שמפורש בקרא וכיון דבקרא מפורש דאין מטלטלין צריכים שטר לכן לא קני שטר במטלטלין, דמצינו בקרא דמטלטלין נקנה באגב וקנין אגב הוא קנין כמסירה, וע"כ דמטלטלין א"צ שטר, וכתב הרשב"א דממה דמצינו שיש אפוקי על מטלטלין מוכח דשיך שטר על מטלטלין.

ג. גמ' אלא דרב ושמואל איכא ביניהו, ברשב"ם [ד"ה ספינה במשיכה] ביאר דמהא דהוצרך ר"י לומר ספינה במשיכה ע"כ דחולק על ת"ק בענין זה דת"ק סבר כשמואל דלא קני אלא עד שימשוך את כולה, ור"י סבר דלא בעינן שמיכת כ"ד סגי, אבל תוס' [ד"ה אלא] חולק על הרשב"ם וכתב להיפך דר"י סבר כשמואל דעד שימשוך את כולה וטעמא דכמו שמצינו שלגבי שטרות בעינן קנין חשוב דהיינו כתיבה ומסירה ה"ה נמי לענין קנין ספינה צריך קנין חשוב, אבל לת"ק דמסירה לבד קונה שטר ה"ה נמי ספינה א"צ משיכה חשובה, [ונראה דהרשב"ם ס"ל דאין תוספת קנין בכתיבה וכדיבואר להלן בדבריו וע"כ לא פירש כתוס', אבל בתוס' מבואר בהמשך הסוגיא עז. דהא דבעינן כתיבה ומסירה הם לצורך הקנין ויבואר להלן, וכן מדויק בתוס' ד"ה בין, לכן חלקו על רשב"ם].

ג. תוס' ד"ה רבי נתן, לא בעי למימר ואותיות במשיכה וכו', מבואר בתוס' דבעצם שיך קנין משיכה על שטר אלא דהגמ' לא בעי לעשות מחלוקת עם הברייטא לקמן, [וכן כתבו בתוס' ד"ה הקודם ד"ה חסורין], וצ"ב דבתוס' [ד"ה אין] מבואר דלא שיך קנין משיכה לקנות שטר, וצ"ל דהתם תוס' אזלי לפי מה דמסיק הגמ' דבעינן מסירה לקנות שטר וקושית תוס' על עצם דברי הגמ' מה הכרח לכן דיש לפרש דמהני משיכה בשטר.

וכתבו תוס' וכל הנך אותיות דשמעתין צריך לפרש בשק מלא שטרות דאין דרך להגביה דאי לאו היכי מיקני במשיכה ומסירה וכו', ביאור דבריהם נראה דכונתם להקשות ע"פ מה שכתבו תוס' בהמשך לבאר דמסירה הכא אינו קנין מסירה בפני"ע אלא המסירה היא להאליס את המשיכה וכדיבואר להלן, ולכן הקשו אמאי נקט דוקא באופן זה דמשיכה והו"ל להעמיד בשטר אחד שקונה בהגבהה דיש מעלה בהגבהה דהוא קנין שקונה בכל מקום ובאמת אם היה שטר אחד היה ג"כ צריך מסירה ולא היה מספיק בהגבהה וכדיבואר להלן בתוס' ד"ה אי.

ד. תוס' ד"ה אי כרבי, ואומר ר"י דא"א לומר כן דלא מצינו מסירה אלא בספינה ובעלי חיים אבל בשאר מטלטלין לא מיקנו במסירה, **ברא"ש** כתב דבספינה ובעלי חיים מסירה ידיהו כמשיכה כיון דכשאוהו הספינה בחבל הולכת מכוחו על פני המים וכן בבעלי חיים משמע דמהני מדין משיכה, **אבל** בריטב"א כאן כתב דבע"ח וספינה כבדים הם ולכן מהני בהם מסירה אבל בשאר מטלטלין לא תיקנו דיכול למשכו, ועי' בלשון הרמב"ם פ"ג ממכירה ה"ג.

ה. תוס' בא"ד, ע"כ נראה לר"י דעם המסירה דאותיות צריך משיכה וכו' והא דמזכיר בכל מקום מסירה באותיות אע"ג דבעי משיכה היינו משום דבעינן מסירה מיד ליד, ואע"ג דבעלמא לא בעינן מיד ליד הכא בעינן כדי לקנות השיעבוד שבתוכו, מבואר בתוס' דעיקר הקנין הוא ע"י המשיכה, דהרי באו לישב קושיתם דלא מהני מסירה בסימטה וע"כ כתבו דעצם הקנין הוא המשיכה, אלא דמכיון שבא לקנות את השיעבוד צריך מסירה מיד ליד, **ונראה** דאין כונתם דיש כאן ב' קנינים קנין משיכה וקנין מסירה, דהא בעלמא מסירה א"צ מיד ליד א"כ נראה דאין תוספת קנין במה שמוסר לו מיד ליד, [וכן נראה מדברי הרמב"ן שהביא תוס' וז"ל ראיתי מי שפירש דלאו מסירה לחודה היא אלא "מסירה שיש בה משיכה"], אלא ביאור דבריהם נראה דס"ל לתוס' דכיון שיש שיעבוד בשטר ע"כ במעשה משיכה של הלוקח לא נקנה השיעבוד דכלפי הלוקח השטר הוא ניר בעלמא, וכל מה קונה את השיעבוד הוא מכח ההקנאה של המלוה והקנאתו פועלת שמעשה המשיכה של השטר היא משיכה על כל השיעבודים שכתובים בשטר, וכמו שנתבאר לעיל דקנין מסירה בעלמא הכונה דההקנאה נפעלת מכח המקנה ולא רק שיש כאן רצון והסכמה שהלוקח יקנה, ה"נ כאן ע"י שמוסר מיד ליד מתפרש מעשה המשיכה על כל השיעבודים שכתובים בשטר, וזהו נמי כונתם בהמשך שכתבו א"י דאף שא"צ מיד ליד מ"מ רק היכא דאיכא דעת אחרת מקנה קונה הישעבוד, דכאן ס"ל לתוס' דכדי שמשיכה בשטר תקנה השיעבוד צריך דעת אחרת מקנה שתקבע שיש כאן מעשה קנין ג"כ על השיעבודים ולא רק על הנייר בעצמו.

ועי' ברא"ש שכתב כתוס' והוסיף בדבר שהוא בר הגבהה צריך מסירה והגבהה וכן פסק בשו"ע סי' סו סעי' ט', והביאור הוא כמש"כ דכדי שהקנין יחול על השיעבוד ואל רק על עצם הנייר צריך לעשות מסירה דזה מפרש את מעשה הקנין שעושה אח"כ.

אמנם העירוני דבתשובת מהר"ח אור זרוע כתב דהביאור בתוס' דיש כאן ב' קנינים קנין על הנייר וקנין על השיעבוד, וכונת תוס' דאת הנייר עצמו קונה במשיכה כמו כל מטלטלין, ואת השיעבוד קונה במסירה ואיך שיך כאן קנין של משיכה כמש"כ תוס' דהשיעבוד אינו דבר הנקנה, והנה בקצה"ח [סי' סו סק"ח] ביאר בקושית תוס' דאמאי אינו קונה מסירה הרי בסימטה רין קנין

מסירה דכ"ז קשה לפי דרכו של רבנו חיים כהן בקידושין וכ"ה דעת הר"י מגאש כאן דסברי דהטעם שאין קונה מסירה בסימטה כיון שהרשות קנוי למוכר ואין יכול לקנות הלוקח מקום זה, ולכן הקשו תוס' דא"א לקנות במסירה הרי קנוי הרשות למוכר, דאילו לפי דעת הרשב"ם בהמשך שהטעם שמסירה אינו קונה בסימטה משום שקונה במשיכה במכירת שטרות ל"ש לומר כן דהרי ליכא קנין משיכה.

ולפי"ז צ"ל שתי תוס' שאין חסרון של רבנו חיים כהן כיו שאחרי שקנה את השטר מדין מטלטלין א"כ המקום קנוי לו וממילא יכול לקנות את האותיות השיעבוד במסיה, וכן לפי מש"כ לעיל לפרש שהכל קנין משיכה א"ש, **אמנם** י"ל דקושית תוס' היא גם לפי הרשב"ם כיון שתוס' הבינו בקושיא שהקנין הוא על השטר ג"כ וע"ז הקשו שהרי את השטר יכול לקנות במשיכה וע"ז תי' תוס' לפי פירוש מהר"ח אור זרוע שבאמת את השטר קונה רק במשיכה, והמסירה היא רק כדי לקנות את השיעבוד וא"ש.

ו. הרמב"ן הביא שיטת תוס' ופליג עליו וכתב דבעצם אין חילוק איזה קנין יעשה כיון שבא לקנות את השיעבוד ובכל קנין שבא לקנות בעצם לא שיד לקנות את השיעבוד דאין גופן מכור וקנוי, והראיה אינה נמשכת ואינה בר הגבהה, אלא שתקנת חכמים היא שיקנה משעה שהוציא הלה ראיותיו מתחת ידו דגמר והקנה אותו לו, וכתב הרמב"ן שם דאף לר"נ דבעי שטר ומסירה לאו משום גריעותא דמסירה אלא אף במשיכה והגבהה נמי אי איכא שטרא אין אי לא לא, מבואר מדבריו דאין חילוק באיזה קנין בא לידו אלא ה"ה אף במשיכה והגבהה נמי יש כאן תקנת חכמים שכל זמן שיצא הלה את השטר זכה בו, ועי' בש"ך סי' ס"ו ס"ק כ"ב שהאריך לבאר דלפי דברי הרמב"ן מיושבים כל קושיות תוס'.

וכתב הש"ך דלפי הרמב"ן לא קשה מה שהקשו תוס' דהא בעינן מסירה בסימטה לא קנה, דהא כיון דמשיכה לא קנה משו"ה מסירה קונה, וביאר בקצה"ח דתוס' שהקשו איך קונה מסירה בסימטה משום דס"ל כשיטת רבנו חיים כהן דבסימטה המקום קנוי לבעלים לכן אין יכול לקנות במסירה, **אמנם** עי"ש בקצה"ח [סק"ח] שתמה על עיקר סברת הרמב"ן דכל ה"ט דא"א לקנות שיעבוד בדרכי הקנינים הוא רק את השיעבוד הכתוב בשטר, אבל הנייר של השטר הוא מטלטלין בעלמא צריך לקנותו בדרכי הקנינים של שאר מטלטלין, ולפי הרמב"ן איך יכול לקנות אותו במסירה לבד הרי מסירה לא מהני בסימטה, וכתב הקצה"ח דלתוס' דיש כאן משיכה א"ש דעיי' המשיכה קונה את הנייר וממילא יכול לקנות את השיעבוד, וביאר בזה הא דכתבו תוס' בקושיתם דאם אינו קונה את השטר במסירה כ"ש דלא יקנה השיעבוד, וביאר "דחכ"ש" של תוס' הוא דאם אינו קונה את השטר אין לו אפשרות לקנות את השיעבוד דרך אחרי שקונה את הנייר של השטר יכול הוא לקנות את השיעבוד הכתוב בשטר, [ומשמע מדברי הקצה"ח שהבין בכונת תוס' דיש כאן ב' קנינים, דהמשיכה היא כדי לקנות את עצם הנייר של השטר ככל מטלטלין, והמסירה הוא כדי לקנות את השיעבוד הכתוב בשטר, והא דאין חסרון של קנין מסירה בסימטה משום דתוס' קאי כסברת רבנו חיים כהן דליכא מסירה כיון שהוא מקום של המקנה, אבל הכא מכיון שכבר קנה את הנייר והוא מקום שלו ע"כ יכול לקנות את השיעבוד אף בסימטה].

ז. תוס' בא"ד, לאפוקי מפקיר שטרותיו שאין מחזיק בהן קונה מה שכתוב בתוכו כיון דליכא דעת אחרת מקנה אותן, **הש"ך** [ס"ק כה] הקשה דכשהפקיר המלוה אמאי אין הלואה זוכה בהם וכדמבואר ב"ק מט: לענין מחזיק בשטרותיו של גר ומת הגר דהמחזיק בהם זכה, ותי' דמייירי בשטר של עכו"ם, ועי' בקצה"ח [ס"ק י"א] שתמה בזה ועי"ש מש"כ לבאר, והנה בשו"ע סי' ס"ו סעי' כתב דאם הפקיר שטר לא קנה כיון דאין דעת אחרת מקנה אותם, **ובש"ך** הקשה דהרי להלכה בעינן כתיבה ומסירה וכיון דליכא כתיבה פשיטא דלא מהני עי"ש מש"כ לישב, ועי' קצה"ח ס"ק ט.

ח. תוס' בא"ד, בעיקר קושית תוס' דאיך מהני מסירה עי' ברבנו יונה ובריטב"א שכתבו דאין כונת הגמ' כאן קנין מסירה אלא באמת הוא קנין הגבהה והא דקאמר מסירה משום דלשון של הגבהה הוא שהדבר מונח על הקרקע ומגביהו ואין דרכם של בני"א להניח שטרות ע"ג קרקע, ועי"ש בחי' הר"ן שכתב בתי' אחד דבאמת לא מהני קנין מסירה בשטרות בסימטה אלא ברשות הרבים היכא שאין קנין משיכה מועיל.

ט. רשב"ם ד"ה כתב, דמצי למימר ליה נייר בעלמא זבינא לך ובשטר מכירה לחוד לא קני דאין נקנין בשטר אלא קרקעות ועבדים, כונת הרשב"ם לבאר דבמסירה לבד לא קונה דיכול לומר לו דמכר לו רק כדי לצור ע"פ צלוחיתו, ובשטר מכר לבד נמי לא מהני דשטר אינו קונה אלא קרקע ועבדים, [ואע"פ דיש שיעבוד קרקעות בשטר ויבואר להלן ע"ב], **מבואר** בדבריו דטעמא דר"נ דבעינן מסירה וכתיבה לאו דצריך ב' קנינים כאן אלא עיקר הקנין הוא עי"י המסירה, אלא דכדי שלא יוכל לטעון לו לצור ע"פ צלוחיתו צריך שטר, וכ"נ ברשב"ם [ד"ה אותיות] דלפי הצד שאותיות נקנה במסירה אין יכול הלואה לומר לצור ע"פ צלוחיתו, ויסוד סברא זו מבואר בגמ' בע"ב עי"ש היטב, **אולם** נראה דאם לא יכתוב שטר לא יחא כאו מכירה מספק דשמא מכר לו את החוב, אלא דלא יקנה כלל דבעינן שיהא הוכחה מעצם הקנין שהוא מוכר את החוב וכל שאין כאיה מהמקח עצמו לא קנה, אבל בדעת תוס' מבואר דחולק על הרשב"ם ויבואר עוד להלן עז ע"א.

הערות וציונים

פרק המוכר את הספינה

דף עו:

א. גמ' לא קשיא כאן ברשות הרבים כאן בסימטה, דעת הרשב"ם דבסימטה אורחיה לקנות במשיכה ולכן לא קונה במסירה דלאו אורחיה לקנות במסירה, **ובתוס'** בע"א [ד"ה בספינה] הביאו דברי רשב"ם באופן אחר דבסימטה דשיך קנין משיכה אינו קונה במסירה כיון דמסירה קנין גרוע, והקשה ר"ת דאטו מצות הם שמבטלות זו את זו, וכונתו דהיכן מצינו שיש קנין גרוע וקנין טוב יותר שלא יקנה בקנין הגרוע, ותוס' הוכיחו כרשב"ם דלקמן אמרינן דהגבהה חשובה יותר מבטלת שאר קנינים, ובדעת ר"ת מבואר בשטמ"ק בשם הרא"ש דיש חילוק דבהגבהה הקנין תלוי במה שהדרך של בני"א לעשות וכדמצינו בב"מ מושך בגמל ומנהיג בחמור ודרך הוא כשאדם קונה חפץ להכניס לרשותו ע"י הגבהה ולכן הוא מבטל כל הקנינים, אבל משיכה ומסירה אין דרך בני"א לעשות משיכה יותר ממסירה ולכן אין סברא לומר שלא יקנה במסירה אע"פ שמשיכה היא קנין יותר טוב, אולם לשון הרשב"ם עצמו לא משמע כמו שהביא ר"ת דבריו דהוא קנין גרוע אלא משמע דמסירה לאו אורחיה.

וכשיטת הרשב"ם דמסירה בסימטה לא מהני כ"כ בתוס' קידושין כה ע"ב אלא שכתב טעם אחר בשם רבנו חיים כהן וכ"כ בר"י מגאש דכיון שסימטה קנויה למי שנכנס שם ראשון לכן אין הקונה יכול לקנות במסירה דהיא כבר קנויה למוכר, אבל במשיכה יכול לקנות דע"י שהוא מושך הוא מוציא את הסימטה מרשותו של הבעלים, אבל הרשב"ם חולק על טעם זה דסבר דמסירה מהני גם ברשות מוכר כדמבואר בע"ב בתוס' ד"ה ה"ק, אמנם דעת ר"ת דמסירה קונה בכל מקום ומשום דמסירה היא קנין יותר טוב ממשיכה כיון שהוא מיד ליד ובפניו והרשב"ם חולק דא"צ מיד ליד, ובעיקר מש"כ ר"ת דאלים טפי משום דהוא בפניו צ"ב כונתו דכיון שצריך מיד ליד ע"כ שהוא בפניו, ועין.

ב. גמ' ואם רשות בעלים היא עד שישכור את מקומו, פרשב"ם [בד"ה עד שישכור] דהיינו מדין קנין חצר, אבל בר"י כאן כתב וז"ל דמשיכה אינה קונה אלא עד שיכנסנה לרשותו וכל ששכר את מקומה כבר הכניסה לרשותו ואין לך משיכה גדולה מזו, ועי' בביתאור הגר"א רג ס"ק לו שכתב לבאר דברי השו"ע שם דשוכר את מקומו הוה קנין מטעם משיכה והוכיח מסוגין ע"י"ש, [והביאור בזה דאם יסוד ענין של משיכה הוא הכנסה לרשותו א"כ מה לי מכניס את החפץ לתוך המקום מה לי מביא את המקום לתוך החפץ], **והנה** בתוס' בע"א [ד"ה בספינה] משמע כסברת הר"י שכתבו דשכירות מקום הוה כעין משיכה שמביאה לרשותו, אולם אינו מוכח דיש לפרש כונת תוס' שם דאע"פ שהמוכר מקפיד ולא נחא ליה שיקנה עד שימשוך מ"מ עיקר קפידתו שיקנה ע"י קנין של הכנסה לרשותו וכל ששכר מקומו נכנסה לרשותו וכן מבואר ברשב"א כאן ע"י"ש.

ג. גמ' והגבהה קונה בכל מקום, ברשב"ם לקמן פו. [ד"ה במשיכה] ביאר כתב וז"ל דכל דבר שהגביהו הניחו ברשותו בלא משיכה, וכ"כ בסמ"ע [קצ"ז סק"ג] דאע"פ שהוא ברשות מוכר מ"מ במה שהוא מגביהו בידו מביא אותו לרשותו, דכל מה שהוא מונח ביד האדם כאילו הוא מונח בביתו, **אולם** בקצה"ח שם סק"א העיר דהרי מצינו קנין הגבהה אף באופן שהדבר לא נמצא בידו כדמבואר ב"ק צח. דאף היכא שהדבר והגבהה מכוחו נמי קונה, ועי' בדבר אברהם סכ"א אות טו ט"ז מש"כ בכ"ז.

ד. תוס' ד"ה ה"ק, תוס' דייקו דס"ל לרשב"ם דלרבנן לא קנה עד שישכור את מקומו ובל"ז לא יקנה, אבל לרבי דמסירה קונה קונה אף כשנמצא בבית הבעלים, ותוס' פליגי ע"ז דברשות בעלים אינו קונה מסירה, ופי' דכונת הגמ' רשות שיש לה בעלים, וכשיטת תוס' כתב רבנו חיים כהן בקידושין דלא מהני מסירה בסימטה דהוא רשות בעלים, וטעמא דמילתא משום דיסוד ענין של קנין מסירה הוא במה שע"י מסירת הבעלים מעתה הוא נראה כבעלים אולם אם הוא בבית בעלים לא חשוב כבעלים בתפיסה זו דחשוב שהבעלים תפוס בו כיון שהוא ברשותו.

והנה בדעת הרשב"ם הקשה רע"א אמאי הגמ' נדחק הגמ' להעמיד רישא דברייתא ברשוה"ר וסיפא דעד שישכור את מקומו ברשות בעלים הרי אפשר להעמיד את כל הברייתא ברשות בעלים, ולרבי מסירה קונה אף ברשות בעלים ורבנן סברי דמסירה לא קני ולכן צריך שימשכנה לסמטה או ישכור את מקומו, **ואפשר** אולי לישב קושית רע"א דהנה ברמב"ם [פ"ד ממכירה ה"ד] כתב דאע"פ שקנין משיכה אינו קונה אלא א"כ משך את כל החפץ כשמואל מ"מ אם החפץ היה ברשות הרבים ומשכו לסימטה קונה אע"פ שלא משך את כולו, ובמ"מ כתב דמקור דברי הרמב"ם הוא מסוגין דמיירי דהיה ברשות הרבים ומשכו לגמרי ולא מהני ובכח"ג סגי מה שמכניס קצת לסימטה ובכח"ג א"צ להכניס כולו, [ונראה מדבריו שכן מדויק בלשון הגמ' עד שימשכנה מרשוה"ר לסימטה דא"צ להכניס כולו], ולפי"ז י"ל דאם הרשב"ם גם סבר כהרמב"ם דמדויק בגמ' דבכח"ג א"צ למשוך כולו לכן הוצרכה הגמ' להעמיד דוקא ברשוה"ר דאם היה מיירי שהיה ברשות בעלים ומשכו לסימטה למקום שמועיל משיכה בכח"ג שמשך קצת לא היה מהני, דכח"ג צריך למשוך כולו כמש"כ הרע"א שם בגליון הרמב"ם בשם השער המלך, ולכן הוצרכה הגמ' להעמיד דמיירי שהיה ברשות הרבים ודו"ק].

ה. גמ' אמר רב פפא האי מאן דמזבין ליה שטרא לחבריה צריך למכתב ליה קני הא וכל שיעבודא דביה וכו', ברשב"ם מבואר דרב פפא סבר כרבנן דכדי לקנות שטר צריך כתיבה ומסירה, ובא ר"פ לפרש איזה כתיבה צריך בשטר, והקשה רב אשי ע"ז וכי לצור ע"פ צלוחיתו הוא צריך, פי' רשב"ם דרב אשי סבר דסברא הוא דמשום גבית חוב הוא מסר לו ולא כדי לצור ע"פ צלוחיתו ולכן קונה ע"י מסירה לבד בלא כתיבה, ואמר לו לצורו לצור, ומשמע ברשב"ם דכיון דאינו מוכח דמתכוון למכור השטר ויתכן דלצור ע"פ צלוחיתו לכן צריך מסירה, **בפשוטו** היה נראה מדברי הרשב"ם דכיון שאין מוכח ממסירת השטר דהוא מתכוון למכור החוב דשמא כונתו

לצור ע"פ צלוחיתו לכן צריך נמי את הכתיבה ומשמע דאין כאן קנין ע"י הכתיבה אלא שהיא כדי לגלות על תוכן של המסירה, וכן משמע ברשב"ם בע"א [בד"ה כתב] ע"ש היטב, אולם מהמשך דברי הגמ' נראה דא"א לומר כן, דאמר אמיימר הלכתא אותיות נקנות במסירה כרבי, ואמר ליה רב אשי לאמימר דסברא היא מילי במילי לא מיקנין, ופרשב"ם דע"כ דהעיקר הוא מסירת השטר ולא הכתיבה דא"א לקנות ע"י הכתיבה דהוא מילי במילי, ולמבואר דהכתיבה אינה קנין בעצם אלא הכתיבה היא רק באה לפרש את המסירה א"כ אמאי יש בזה חסרון של מילי.

וביאר דברי הרשב"ם כתב במשנה למלך [פ"ו ממכירה ה"ח] והקדים להקשות במה דפירש הרשב"ם בקושית רב אשי דוכי לצור ע"פ צלוחיתו דע"כ אין צריך כתיבה ומסירה אלא במסירה לחוד קני, וקשה מה הכריח את הרשב"ם לפרש כן הא אפשר דאף רב אשי סבר כרבנן דבעינן כתיבה אלא דסבר דאין צריך לכתוב נוסח של קני לך וכל שיעבוד דע"כ אם כתב לו שטר הוא בשביל לקנות את החוב, ועוד הקשה דאם רב אשי היה סבור דכיון דיש צד שהקנה לצור ע"פ צלוחיתו לכן צריך שטר א"כ באמירה [בפני עדים] שמתכון להקנות החוב סגי ואמאי צריך כתיבה לזה, ולכן כתב במשנה למלך דסבר הרשב"ם דיסוד המחלוקת בין רבי ורבנן הוא האם שטר הלואה עומד רק לשיעבוד של החוב או גם לצור ע"פ צלוחיתו, דרבי סבר דאין לשטר כלום מלבד השיעבוד ולכן כשמוסר את השטר ע"כ שהוא עבור השיעבוד שמונח בשטר, אבל רבנן סברי דמלבד השיעבוד שיש בו מהני נמי לצור ע"פ צלוחיתו ולכן השטר יש בו ב' דברים עצם הנייר כדי לצור ע"פ צלוחיתו ועוד מונח בו שיעבוד ולכן כשמוסר את השטר אין כאן במסירה כלל הוכחה שהוא מכר את השיעבוד דיש משמעות למכירה גם על עצם הנייר ולכן אף אם יבוא ויאמר שמתכון להקנות את השיעבוד ע"י המסירה לא קני כיון שהדבר מצד עצמו יכול להתפרש כמכירה על הנייר, ולכן א"א לקנות את השיעבוד רק ע"י כתיבה והכתיבה מהני בתורת קנין ולא לפרש את המעשה של המסירה, ולפי"ז ביאר דמשו"ה הוצרך הרשב"ם לפרש דרב אשי ע"כ חולק דהלכה כרבי ולא כרבנן דא"א לפרש דסבר כרבנן אלא דאין צריך כתיבה אלא באמירה לבד סגי, דאם נסבור שלא מועיל מסירה משום שאפשר לקנות את הנייר אמירה לא תועיל אלא צריך כאן קנין נוסף, וכתב במשנה למלך דאח"כ אמר רב אשי דהלכה כרבי דבמסירה קונה מכח טעם חדש דמילי לא קונה מילי ולא אמר משום דלצור ע"פ צלוחיתו.

ולמבואר נמצא דסברת הרשב"ם דכיון שיש אפשרות לפרש הקנין של השטר לענין לצור ע"פ צלוחיות לכן צריך עוד קנין על השיעבוד, והנה ברשב"ם לעיל עו ע"א בסוף העמוד כתב דא"א לומר דכתיבה לבד קונה כיון דשטר לא קני אלא קרקעות ועבדים, ולפי"ז צ"ל דכונתו דלבד לא יכול לקנות את החוב אבל בצירוף של כתיבה ומסירה יכול לקנות.

ו. דעת תוס' והראשונים דלא כהרשב"ם דר"פ ור"א לא באו להכריע אם הלכה כרבי או כרבנן, אלא לכו"ע אפשר דהלכה כרבנן שצריך כתיבה וכל הנדון כאן האם צריך לכתוב שטר קני וכל שיעבודא או דמספיק שיכתוב בשטר שמוכר את החוב, ועוד כתבו תוס' דאפשר דרב פפא אף לפי רבי אמר כן דאע"פ שבמסירה קונה מ"מ צריך להיא ראייה ולחכי צריך לכתוב, ואין כונתם דצריך לכתוב כדמשמע בהמשך דבריהם דכונתם דלפי רבי הוא צריך לומר בפה שהוא מוכר לו כל השיעבוד כדי שיהא הדבר ברור, וע"י תוס' קידושין מז ע"ב.

ז. תוס' ד"ה קני לך, תוס' הוכיחו דמכירת שטרות אינו אלא מדרבנן ממה שמבואר דמכר שט"ח לחברו וחזר ומחלו מחול ואם הוא דאורייתא אין יכול למחול כדמבואר בגמ' לענין מתנת שכיב מרע, וטעמא דמילתא מבואר בתוס' להלן משום דחשיב אינו ברשותו, וכן כתב בקצה"ח ריש סי' סו, וצ"ב מ"ש מכל קנין דרבנן דמהני לדאורייתא ויכול לקדש בו אשה וא"כ ה"ה הכא אמאי לא מהני הקנין לענין זה שלא יכול למחול, ועמד בזה הרע"א ב"מ כ ע"ב, וכתב לבאר דחלוק מכירת שטרות משאר קנינים מדרבנן דהכא הוא דבר שמהתורה לא נתפס בו קנין לכן אע"פ שרבנן תיקנו לו בזה קנין מ"מ קנין גרוע הוא ולכן מהני בו מחילה, [ואפשר דכונתו דקנין גרוע שלא הפסידו למלוה את כל הזכויות בזה וע"י].

והנה בעיקר מש"כ תוס' דאם מתנת שכ"מ דאורייתא אם נתן שטח אין יכול למחול, צ"ב דאם מכירת שטרות בלעמא מדרבנן כיון שהוא אינו ברשותו איך יוכל ליתן מתנת שכ"מ, וכתב בקו"ש להלן [אות תקיג] דגדר דמתנת שכ"מ הוא כירושה וכמו דמהני ירושה בדבר שאינו ברשותו ה"ה נמי מהני מתנת שכ"מ בדבר שאינו ברשותו.

ח. תוס' בא"ד, והאי דאיצטרך בפרק הזהב למעט שטרות מאונאה היינו שמוצא שטר לאחר יאוש ומכרו לבעליו ביוקר, **בקצה"ח** [סי' סו א'] כתב דמבואר בתוס' דכיון שהמלוה נתיאש מהחוב זכה בו המוצא ומשמע דזכה בחוב עצמו ולא רק בנייר, והוכיח כן מלשון הסמ"ג דהיאוש אינו רק מהנייר, ועוד הוכיח כן דאיכא דעת כמה פוסקים דסברי דהנייר הוא של הלואה ולא של המלוה, ולכן כתב בקצה"ח דהלואה לא זכה בו כיון דבאיסורא אתא לידה [וצ"ע כונתו הרי הא דבאבדה לא מהני יאוש היכא דבאיסורא אתא לידה נתבאר ב' דרכים בראשונים או משום שיש חובת השבת אבדה ולא מהני דכבר נתחייב בהשבה, והרמב"ן במלחמות ביאר דכיון שהוא שומר לבעלים חשיב כיאוש ברשות ולא חל היאוש, וא"כ הכא כלפי הלואה לכאורה ל"ש ב' הסברות הנ"ל ואמאי חשיב באיסורא אתא לידה, ואפשר דכיון שפריעת בע"ח מצוה ע"כ חשיב באיסורא אתא לידה], ולכן יכול המוצא לזכות בחוב, ואע"פ שמכירת שטרות לאו דאורייתא ואין אפשרות לזכות בחוב בלא כתיבה ומסירה, כתב בקצה"ח דכיון שמהני היאוש של הלואה ע"כ הוא יכול לזכות בחוב, ותמה בנתה"מ דהא כיון דחוב מוגדר כדבר שאינו ברשותו א"כ איך יוכל המוצא לזכות בזה הא הוא דבר שאינו ברשותו, ובמשו"ב השיב לו דכל החסרון של אינו ברשותו הוא להקנות אבל לזכות אפשר וע"י במלואי חושן שהאריך לבאר

דבריהם, ועייש עוד בקצה"ח מש"כ להקשות דהא תוס' לעיל כתבו דאם הפקיר החוב אין יכולים לזכות בזה ומ"ש דיאוש מהני וביאר דיאוש מהני לאינו ברשותו ועדיף מהפקר לענין זה.

הערות וצינונים פרק המוכר את הספינה

דף עז.

א. תוס' ד"ה קני, וא"ת אמאי לא קני מדאורייתא גם שיעבוד הקרקע הכתובה בו דהא קרקע נקנית בכסף שטר וחזקה, **ביאור** כונתם דס"ל דכל מכירת שטרות הקנין הוא על החוב וזה אינו מהתורה דהחוב חשיב אינו ברשותו כדמבואר בהמשך דבריהם, ועיי' בחי' הגר"ח הלכ' מכירה [פכ"ב הי"ז] שדייק ברמב"ם הלכ' מכירה פ"ו הי"ב שהחסרון של מכירת שטרות הוא לאו משום שלא שיד לקנותו אלא אין את המעשה קנין שראוי לתפוס בו חוב, דז"ל הרמב"ם קנין שטרות בדרך הזאת בלבד אבל מה"ת אין הראיות נקנות אלא גוף הדבר בלבד, הרי מבואר דאינו חסרון אלא במעשה הקנין בלבד, ועיי' הקשו תוס' דמ"מ מדוע לא יקנה השיעבוד מדאורייתא, ומיהו צריך לבאר דאין כונת תוס' שימכור את השיעבוד בלבד דמ"מ איך יוכל לגבות הרי החוב אינו שלו, אלא ע"כ דכונת תוס' היא דהזכות לגבות החוב הוא ג"כ בכלל שיעבוד נכסים ולכן הלוקח יכול לגבות החוב של המלוה, ויסוד ענין זה יבואר עוד להלן בדעת ר"ת באות ד'.

ב. תוס' בא"ד, וי"ל דכמו שאינו יכול להקדישו כדמוכח בפרק כל שעה כיון שהקרקעות אינם ברשותו כך אינו יכול להקנותן מן התורה, וצ"ב מנלן לתוס' דכונת הגמ' שם דהוא בא להקדיש השיעבוד של הקרקע ושמה התם לא קדיש כיון שבא להקדיש את גוף הקרקע עצמה וכיון שאינה שלו לא חל ההקדש כלל אבל לעולם חל קנין על השיעבוד, ואפשר דהיה פשוט לתוס' דכל בני"א בא להקדיש רק את החלק שיש לו בקרקע וכיון שיש לו רק שיעבוד מוכח דלא חל הקדש בכה"ג, ובחי' ר' ראובן [סי' יח בהג"ה] כתב לבאר באופ"א דהנה יש להקשות אמאי לא הוכיחו תוס' ממה דמבואר בגמ' שם דהמלוה אין יכול למכור את הקרקע ואמאי הוצרכו תוס' להוכיח מזה שלא חל ההקדש, וביאר שם דבאמת במכירה דתלוי בדעת הקונה וכיון שרצה לקנות את גוף הקרקע וכיון שאינו שלו דיש לו בזה רק שיעבוד לכן לא חל המכר, אבל בהקדש אע"פ שרצה להקדיש את גוף הקרקע מ"מ כיון שהשיעבוד בכלל לכן חל ההקדש עכ"פ על השיעבוד ועיי' הוכיחו תוס' משם דא"א למכור אף את השיעבוד.

והנה בסוגיא בפסחים מבואר דלאביי דלמפרע הוא גובה אם הקדיש חל ההקדש, וקשה א"כ נמצא דלאביי מכירת שטרות הוא מהתורה דיכול למכור את השיעבוד, ועמד בזה בקצה"ח [סו סק"ב] וכתב לישב דכל מה שסבר אביי למפרע הוא גובה כ"ז רק היכא שגבה לבסוף את החוב אבל אם לבסוף לא גבה לא, ולכן הכא אע"פ שאם ימכור השיעבוד חל המקח למפרע אבל כיון שהדבר מצד עצמו אינו ברשותו לא יועיל המכירה דלעולם לא יוכל הלוקח להוציא הקרקע דהמקח עדיין לא חל.

ג. וכתבו תוס' והא דלא תיקנו שיוכל להקדישן כמו שתיקנו שיוכל להקנותן לפי שאין להקדש כל כך צורך, והיינו דהיה פשוט לתוס' מהא דמבואר בפסחים דאם הקדיש מלוה לא חלה ההקדש דכל התקנה של מכירת שטרות היה רק במכירה אבל לא לגבי הקדש, **ותמהו** הקצה"ח [סו סק"ב והרע"א מנלן לתוס' דהתם בפסחים מייירי שהוא מקדיש את השיעבוד וזה לא חל כיון דהוא אינו ברשותו אבל מנלן לתוס' שהדין של מכירת שטרות שתיקנו בהדיט ל"ש בהקדש וכמו שתיקנו שאפשר למכור החוב בכתובה ומסירה ה"ה נמי יכול להקנות להקדש באמירה כמו כל הקנינים דאמרינן בהקדש אמירתו לגבוה כמסירתו להדיט, [וכן פסק הרמ"א יו"ד סי' רנ"ח סעי' ז' דאפשר להקדיש שט"ח אלא דהרמ"א הצריך כתיבה ומסירה וסבר דלא חל באמירה בלבד], ובחי' ר' ראובן [סי' יח] כתב לבאר דגדר הדין של מכירת שטרות אינו מכירה על החוב, אלא דרבנן תיקנו דיש כאן מכירה על השיעבוד ואע"פ שהוא אינו ברשותו חל המקח ע"י כתיבה ומסירה ולכן כתבו תוס' דבהקדש לא תיקנו, וזהו מה שהוכיחו מפסחים דלא חל ההקדש כשהקדיש השיעבוד דהא בהקדש א"צ כתיבה ומסירה אלא באמירה בעלמא קני.

ד. תוס' בא"ד, מיהו אומר ר"ת דיש לדחות ההיא דמי שמת וכו' ולעולם מכירת שטר איכא למימר דהוא מדאורייתא, בסו"ד מבואר דסברת ר"ת היא דחל מהתורה משום שהקנה לו שיעבוד קרקעות, וכן מבואר בתוס' ב"מ נו ע"ב שכתבו בשם רבנו חיים דאם יש ללוה קרקעות שמוכר לו השיעבוד שיש לו בקרקע וזה מהני מן התורה, בפשוטו מבואר דר"ת חולק על מש"כ תוס' דשיעבוד נכסים חשיב אינו ברשותו ולכן סבר דמכירת שטרות הוא מהתורה, **אמנם** צ"ע דהתוס' הוכיחו מהסוגיא בפסחים דשיעבוד נכסים חשיב אינו ברשותו ולכן לא חל ההקדש, [ולמבואר י"ל דר"ת סבר דהתם מייירי שהקדיש גוף הקרקע ולכן לא חל על השיעבוד ופליג על סברת תוס' שכתבו דיש בכלל הקדש גוף הקרקע הקדש על השיעבוד], וכן מבואר ברא"ש ובר"ן בכתובות פו ע"ב שהמכירה היא על השיעבוד נכסים, דביארו הא דלפי ר"ת מוכר שטר חוב לחברו וחזר ומחלו שמחול דהרי המכירה חלה מהתורה, וכתב דסבר ר"ת דב' שיעבודים איכא שיעבוד הגוף ושיעבוד נכסים, וסבר ר"ת דאף דיכול למכור שיעבוד נכסים מ"מ שיעבוד הגוף שהגברא משועבד לפרוע חובו למלוה אינו בר מכירה ולכן המלוה יכול למחול ללוה חובו, ועיי' בריטב"א בקידושין מז ע"ב שהוסיף הסבר בזה דכל השיעבוד נכסים הוא רק חיוב של ערבות וכל מה שמכר לו זהו רק את הערבות על החוב ולכן כשמחל על החוב נמחל חיוב של הערב. **והנה** הריטב"א בקידושין שם הקשה לפי"ז דקנה רק את השיעבוד א"כ איך יכול לגבות את החוב מהלוה ואמאי לא יוכל לומר לו לאו בעל דברים ידי את, ובתחלה כתב דהוה כמו שכתב הרשאה שיוכל לגבות לו חובו, ודחה דא"כ היכא שמת המלוה לא יוכל

הלוקח לתבוע את החוב מהנכסים דהדין הוא שלא יתבע את הערב תחלה, ולכן כתב דהוה כאומר הלוח למלוה בשעת הלואה דמשתעבד לכל מי שיבוא מחמתך אלא א"כ תמחול, ולכן כיון שקנה זכות של שיעבוד נכסים יכול לגבות חובו, **אולם** בקצה"ח [סי' סו ס"ק מא] תמה על זה שהרי א"כ בכה"ג שהקנה לנולדים שלא היו בשעת הלואה לא יועיל המכירה דאין יכול להשתעבד לדבר שלא בא לעולם וכמו שמקשה הגמ' בגיטין יג ע"ב לגבי מעמד שלשתן, ולכן כתב בקצה"ח דאין כאן חסרון שלא יתבע הערב תחלה דכל הדין הזה הוא רק היכא שהלוח לפנינו ויכול לתבוע את הלוח, אבל אם אין הלוח לפנינו ואין יכול לתבוע אותו יכול לתבוע את הערב, ועי' בקה"י סי' ל"ה מש"כ לדון בכ"ז.

ה. והנה הרמב"ן הקשה על שיטת ר"ת דמכירת שטרות הוא מכירה על השיעבוד נכסים א"כ אמאי קונה רק ע"י כתיבה ומסירה ואמאי לא יקנה במסירת השטר ובחליפין וכסף ובחזקה והדבר ידוע שאינו כן, [לא ברור לי אמאי לא הקשה הרמב"ן כפשוטו דיועיל קנין קרקעות בלא מסירת השטר וכמו שהקשו תוס' דלדין תיהני מכירה על השיעבוד בכסף שטר וחזקה, עוד הקשה מהר"ם ש"ף בב"מ נו ע"ב לפר"ת אמאי בעינן קרא מיוחד למעט שטרות מאונאה דמכיון שהוא מכירת קרקעות הרי זה בכלל הדין שאין אונאה לקרקעות, ולכן כתב בחי' ר' ראובן דכל מה שהקשו תוס' דאף דמכירת שטרות מדרבנן יועיל מדאורייתא מכירה על השיעבוד כ"ז מכיון שלא מצינו קנין על השטר, אבל ר"ת סבר דמכירת שטרות מהתורה אין הכונה מכירה על השיעבוד בפני"ע, אלא עיקר הקנין הוא על השטר ויסוד הקנין הוא קנין של מטלטלין ולא קנין קרקעות, [עיי"ש שהביא כן בשם הפני"י בקידושין], אלא דהשיעבוד הוא מונח בשטר וע"כ במכירת השטר יש מכירה אף על השיעבוד, ובזה ביאר דהא שהוכיחו תוס' מהסוגיא בפסחים דמכירת שיעבוד חשיב אינו ברשותו אי"ז סתירה לר"ת דהתם לא מיירי שהקדיש את השטר ולכן התם איכא חסרון של אינו ברשותו אבל במכירת השטר דהוא דבר בעין ל"ש חסרון של אינו ברשותו, עיי"ש עוד שהאריך לבאר לפי"ז אמאי לא יועיל מכירה שטרות אף בכה"ג שאין שיעבוד קרקעות דהרי המכירה היא על גוף השטר.

ו. גמ' אמר אממר אותיות נקנות במסירה, רב אשי סברא נמי הוא דאותיות מילי נינהו ומילי לא מיקנין, **דעת** הרשב"ם דמילי היינו הכתיבה שהיא השטר דאינו קונה שטר הלואה דחשיב מילי, ומבואר דלרבנן דבעינן כתיבה ומסירה הקנין חל ע"י שניהם, ועי' לעיל שהובא מש"כ במשנה למלך בכונת הרשב"ם לעיל עו ע"ב דלא מהני מסירה לבד משום דאמרין לצור ע"פ צלוחיתו הוא מוכר, וע"כ צריך את הכתיבה בשביל עצם הקנין של השטר ובזה סבר רבי דהשטר מילי נינהו, ועי' ברא"ש [סוף סי' ד'] שתמה ע"ד הרשב"ם דאע"פ שיש כאן סברא לומר דשטר לחודיה לא יועיל משום דהוה מילי, מ"מ מנלן לרב אשי דלא צריך יחד עם המסירה ג"כ כתיבה כדי שיהא קנין אלים, ולכן חולק הרא"ש וגרס כהתוס'.

אמנם תוס' וכל הראשונים גרסו אמר אממר אין אותיות נקנות נקנות במסירה והלכה כרבנן דבעינן כתיבה ומסירה, וביאור הגמ' מילי במילי כתבו תוס' דמסירת השטר קרוי מילי דקאמר ליה קני לך שטר זה דהוי מילי בעלמא, **וביאר** כונתם צ"ל כמש"כ הרא"ש וז"ל ומילי במילי לא מיקנו דהא דא"ל קני לך שטר זה היינו מילי ואע"ג שמסר לו האותיות לא חשיבא המסירה מעשה אלא לגוף הנייר, ועיקר קניית השיעבוד אינו אלא במאי דא"ל קני לך הא וכל שיעבודיה עכ"ל, ומשמע מדבריו דאמירת קני הוא עיקר הקנין שקונה את השטר וע"כ חשיב מילי שקונה את המילי הכתובים בשטר, וצ"ב הרי רב אשי לעיל חולק על רב פפא וסבר דלרבי דאותיות נקנות במסירה א"צ לומר קני לך והמסירה עצמה קונה, ואף לרב פפא דאמר דצריך לכתוב קני לך וכו' נסתפקו תוס' האם הוא גם לרבי או רק לרבנן שצריך לכתוב שטר, וביאור הדברים מבואר ברבנו יונה כאן בסוף [ד"ה א"ל רב אשי] וז"ל נהי שאין צריך לפרש קני לך הא וכל שיעבודא דאית ביה מ"מ צ"ל קני לך דרוצה לומר שיקנה כח וזכות שיש לו בשטר זה דאי לא אמר ליה ולא מידי אין המסירה אלא הקנאת גוף הנייר הנמסר מיד ליד וכו', מבואר מדבריו דלכו"ע צריך לפרש את מעשה המסירה באמירה וזהו עיקר הקנין של השיעבוד אלא שהנדון של ר"פ הוא האם צריך לומר הנוסח של קני לך וכל שיעבודא דאית ביה, ולפי"ז כל החסרון של מילי הוא מחמת שצריך לפרש מכירתו אבל השטר שקונה את השטר אינו מחשיב מילי ודלא כהרשב"ם.

ז. והנה לפי דעת הראשונים דאממר בא לומר שצריך גם כתיבה ומסירה, עי' בחי' ר' ראובן [סי' י"ח] שכתב שיש כאן מחלוקת בין רבנו יונה והרא"ש מהו עיקר הקנין, דרבנו יונה שם בסו"ד כתב לבאר אמאי צריך דוקא כתיבה ומסירה ואמאי לא סגי במסירה ועוד קנין, וביאר שם דהמסירה לבד אינו קונה את השיעבוד דכל מה דמהני במסירה הוא רק לקנות את הנייר עצמו ולכן צריך עוד קנין כדי לקנות את השיעבוד, וא"כ תהני מסירה בצירוף כסף או חליפין, וכתב לבאר דמכיון שצריך לפרש ולומר קני לך ובלא שיאמר כן לא יקנה ע"כ צריך הוא לכתוב את הדברים האלו בשטר, **וכתב** ר' ראובן שמבואר בדברי רבנו יונה שעיקר הקנין הוא ע"י המסירה של השטר אלא שצריך שיהא מונח במסירה הזאת מסירה על השיעבוד ולכן כשכותב בשטר שזה מה שמוכר הוא קונה במסירה, אבל בדעת הרא"ש דייק ר' ראובן שעיקר הקנין הוא ע"י הכתיבה, שכתב הרא"ש [בסוף סי' ד] דעיקר הקנין הוא הכתיבה אלא שצריך את המסירה כדי שיהא קנין חשוב, ויסוד פלוגתתם כתב שנחלקו על מה חל הקנין בכתיבה ומסירה דרבנו יונה סבר דעיקר הקנין הוא על השטר וכמו שביא בדעת ר"ת דאינו קניית השיעבוד אלא קניית מטלטלין, וומכיון שעיקר הקנין הוא חל על השטר ע"כ המסירה הוא עיקר הקנין כמו בשאר מטלטלין, וביאר בזה הא ד"א דאין צריך למסור את השטר ליד הקונה וכמש"כ הש"ך [סי' ס"ו ס"ק יא] כיון שאין השטר פועל קנין, אבל דעת הרא"ש דעיקר הקנין הוא על השיעבוד של החוב ולכן עיקר הקנין הוא מכח הכתיבה ומה שהצרכו מסירה הוא כדי לאלם את הקנין של הכתיבה עיי"ש.

ח. **תוס' ד"ה אמר אמימר**, מבואר בתוס' דאם קונה שטר במסירה לבד נאמן לומר לקוח הוא בידי, אבל אבל אם צריך כתיבה ומסירה אינו נאמן לטעון לקוח הוא בידי ע"י כתיבה ומסירה, ותוס' ביבמות קטז ע"א [ד"ה אותיות] עמדו בזה אמאי אינו נאמן לטעון לקוח הוא בידי ככל מטלטלין שנאמן לומר לקוחה היא, ומתחלה כתבו תוס' דאיכא ריעותא שאין לו שטר ולכן אינו נאמן לטעון לקוח כלל מטלטלין, ועוד כתבו שם דבאמת נאמן על הקלף שהוא שלו אבל אינו נאמן על החוב כ"ז שאפשר להסתפק דלמא הפקיד גביה, וביאור סברת תוס' י"ל ע"פ מש"כ בקונטרס הספיקות [כלל ח אות א'] דאף בתפיסה בספיקות בעינן תפיסה הראויה לקנין וכיון דלא מהני קנין אלא ע"י הכתיבה ע"י במה שהשטר אצלו לא חשיב תפוס בו, אבל לרבי דבמסירה לבד קונה תפיסתו מראה על קנין ויכול לטעון שקנה במסירה, ועי' עוד בקצה"ח סי' ר"ב סק"ח שביאר באופ"א דברי תוס' ועי' בש"ש [ש"ד פ"א].

הערות וצינונים פרק המכור את הספינה

דף עז:

א. **[עז ע"א] תוס' ד"ה חוזר בשטר ואינו חוזר בשדה**, וי"ל דמפסיד לפי שע"י השטר יצא קול שמכר או נתן ולא ילוו לו וכו', ורבנו תם מפרש דבשטר מתנה דוקא מיירי דלא ניתא ליה דליפוש שטרי עילויה, אבל בשטר מכר אין יכול לחזור בו דמסתמא אדעתא דכתב ליה שטרא זבין, **מבואר** בתוס' דמעיקר הדין יכולים לכתוב שטר ראייה אע"פ שעכשיו אין רוצה שיכתבו ורק מכח סברות דלא ניתא ליה וכו' אין כותבים, אבל הראשונים רמב"ן רשב"א וריטב"א כתבו דטעמא דאין כותבים את השטר משום דבעינן שיהא שטר מדעת המתחייב וכיון שחוזר בו נמצא שאין כאן דעת המתחייב, אבל תוס' חולק וסבר דאין דין דעת המתחייב בשטרי ראייה, והקשה רע"א דהא תוס' לעיל מ' ע"א כתבו ב' דרכים אמאי אין חסרון בשטר דמפי כתבם ולחד תי' משום דעת המתחייב וקשה מהכא, ועי' ברכת שמואל סי' נח מש"כ לבאר פלוגתתם.

ובעיקר דברי ר"ת דיש חילוק בין שטר מכר לשטר מתנה, עי' ברא"ש שכתב להקשות דאף בשטר מכר יכול לחזור בו דלא הוה אלא כתנאי שהתנה במקח שיכול לחזור בו מהתנאי וה"ה הכא, ועי' ברבנו יונה מש"כ.

ב. **גמ' כאותה ששינו כותבים שטר למוכר וכו'**, ברשב"ם פירש [ד"ה בכסף שטר וחזקה] דקושית הגמ' דחזינן התם דמילי במילי קונה דהא נתרצה המוכר להקנות ללוקח ואע"פ שלא בא השטר לידו קני כ"ש לעיל דשטר בשטר מיקני, ובתוס' [ד"ה נקנה בס"ד] כתבו דכונת הרשב"ם דקס"ד שקונה את השטר במה שנתרצה למוכר לו בלא קנין אגב, **אולם** צ"ב דהרשב"ם כתב [בד"ה נקנה] דקונה את השטר ע"י קנין אגב כדין כל מטלטלין שנקנים אגב קרקע וא"כ איך כתבו תוס' דקס"ד שקונה את השטר בלא קנין אגב, וביארו דהנה ביסוד קנין אגב ביארו באחרונים [ונתבאר בארוכה בהו"צ בקידושין] ב' צדדים האם חשיב שקונה ע"י מעשה הקנין של הקרקע והיינו דחשיב מעשה קנין במטלטלין עצמם, או"ד דיסוד קנין אגב הוא מכיון שהמטלטלין טפלים לקרקע ע"כ נקנה ע"י הקרקע אבל אין התייחסות של המעשה קנין למטלטלין, וא"כ י"ל דבקס"ד קסבר הגמ' דגדר הקנין של אגב הוא שלא חשיב שיש כאן מעשה בגוף המטלטלין ולכן קס"ד דחשיב מילי במילי, ותי' הגמ' דאגב שאני דהיינו דחשיב שיש כאן מעשה קנין על המטלטלין ג"כ ולכן לא חשיב מילי.

ג. **גמ' אגב שאני**, בפשטות כונת הגמ' דהכא שבא לקנות את השטר של השדה קונה ע"י קנין אגב, בפשוטו כל מה דמהני קנין אגב לקנות שטר אינו אלא שטר שנכתב על שמו דסגי במסירה וכמש"כ תוס', אבל בשט"ח דאחרים שצריך ג"כ מסירה לא סגי בקנין אגב אלא צריך ג"כ כתיבה וכ"כ הרא"ש, **אבל** הרי"ף כתב דה"ה בכל שטר חוב קונה באגב אע"פ שלא נכתב על שם הלוקח דאליס קנין אגב דחשיב כמו כתיבה ומסירה, ועי' בשו"ע סי' סעי' י' שהביא ב' דעות בזה.

ד. **תוס' ד"ה נקנה השטר בכל מקום שהוא**, דעת תוס' דהחסרון של מילי הוא קניית השיעבוד של השטר, ולכן הקשו דהכא כיון שיש במכירה שיעבוד אין כאן מילי, ותי' תוס' דלא מכר בעדים וממילא ליכא קול וכל השיעבוד חל רק ע"י השטר, **ואע"פ** דע"י שזוכה הלוקח בשטר בשעת מכירה איכא קול מ"מ ל"ד לקול שע"י עדי המכירה אלא חשיב שהשיעבוד יוצא מכח השטר ולכן חשיב שהשטר גורם לשיעבוד ובעינן קנין שלא יהא מילי.

והקשו תוס' דמה מקשה הגמ' מכאן הרי הכא כיון שנכתב על שמו א"צ כתיבה ובמסירה סגי, וכונתם דכל הסברא שצריך כתיבה הוא כדי שיהא הוכחה שהמסירה אינה מסירה רק על הנייר אלא מסירת השיעבוד הכתוב בשטר וכמש"כ הראשונים לעיל, וא"כ הכא שהוא שטר שנכתב על שמו א"צ כתיבה לפרש את המסירה ובמסירה סגי שקונה השיעבוד של השטר וא"כ איכא הוכחה שמילי במילי נקנה, ותי' תוס' דקס"ד לדמות כיון שהוא קנין גרוע וא"כ ה"ה לקנות שיעבוד של שטר חוב של אחר נמי.

ה. **גמ' דהא מטבע לא נקנה בחליפין ונקנה אגב ארעא כי הא דרב פפא**, צ"ב מה קמייטי משם דקנין אגב הוא קנין אליס לענין דלא חשיב מילי במילי, דהא טעמא דאין מטבע נקנה בחליפין הוא משום דדעתו אצורה ומה שיד לענין מילי, **אולם** בראשונים בב"מ מבואר דחד טעמא הוא, עי' ברמב"ן שם שכתב דטעמא דאין מטבע נעשה חליפין הוא משום דהוה כדבר שאין גופו ממון ודומה לאותיות, ועי' בתוס' הרא"ש ב"מ מו ע"א שכתב דקניית מטבע הוה כקנין דברים ולפי"ז א"ש מה שמדמה הגמ'.

ו. **תוס' ד"ה רב פפא**, וליכא למימר דהתם מיירי בהלואת מטבע שאינו נקנה בחליפין, ביאור דבריהם דרק הלואת מטבע אינו נקנה בחליפין אבל באגב אפשר לקנות מטבע, ומבואר בתוס' דדוקא הלואת מטבע אבל הלואת סאה בסאה נקנה בחליפין, וצ"ע דלכאורה הקנין חל על החוב, [ועי' ברש"י בכתובות נה ע"ב דמשמע דנשארו אם החילוק של תוס' ועי"ש מש"כ].

ואומר ר"ת דתקנת חכמים לענין הרשאה שיוכל לעשות שליח אפילו בהרשאת מלוה אע"ג דאין יכול להקנותה, **צ"ע** לפי"ז דיש כאן תקנת חכמים דעושה שליח א"כ אין כאן קנין על ההלואה, וא"כ מה מייתי הגמ' דאגב שאני לענין נדון הסוגיא דמילי, וכתב באילת השחר דצ"ל דמ"מ בעינן מעשה קנין על המטבעות ועי"ז מוכיחה הגמ' דמדאיכא קנין אגב על המטבעות וקנין חליפין לא מהני ע"כ דאגב שאני.

ז. **גמ' מתני' באדוקים בו**, כתב הרשב"א דכונת הגמ' דהיכא דאדוקים ע"כ הכלל בכלל המכירה דהוה כמו תנור וכרים לבית דהם בכלל תשמישי הבית ולכן הוא כלול במכירה, והביא הרשב"א בשם הראב"ד שכתב דהיכא דאדוקים בו אמרינן שהדמים מודעים, ומה עליו הרשב"א דבגמ' מבואר דרק היכא דאיכא שם אחד אמרינן הדמים מודעים והכא ב' שמות הם, והנה הרשב"א בד"ה ה"ג צמד ובקר כתב דלגבי צמד ובקר אף היכא דאדוקים לא מכר את הבקר, ומשמע כסברת הרשב"א דהכל דבר אחד וכלן בבקר וצמד לא אמרינן ה"ט דאילו לסברת הראב"ד דהדמים מודעים לכאורה ה"ה בצמד ובקר ועי' ברבנו יונה.

ח. **גמ' היכי דמי אילמא דקרו לצימא צימא ולבקר בקר פשיטא צימא זבין בקר לא זבין ליה**, מבואר בגמ' דהיכא שיש ב' שמות גמורים ל"ש בזה הכלל של דמים מודעים ואע"פ שהוא נתן לו דמים יותר מהמקח, ועי' בנמוקי"י שכתב דבמכר את הקרון לא מכר את הפרדות אף ר"י מודה בזה כיון דהוה ב' שמות נפרדים, ועי' בשטמ"ק מש"כ בשם הראב"ד דכה"ג אף ר"י סבר דמים מודעים ונטר ר"י עד לבסוף המשנה וצ"ב כונתו דבגמ' משמע דבעינן ב' שמות נפרדים.

ט. **גמ' ואלא דקרו לבקר צימא כוליה זבין ליה**, ברשב"א מבואר דסברת הגמ' דכוליה זבין ליה דכיון שכו"ע קוראים לבקר צמד א"כ בכה"ג לכו"ע הדמים מודעים, ועל המוכר להוכיח דלא מכר את הבקר, **צ"ב** דמכיון שכולם קוראים לבקר צמד א"כ אמאי צריך לסברא שדמים מודעים, וצ"ל דאע"פ שכולם קוראים לבקר צמד מ"מ הרי לבקר גם קוראים בקר וא"כ אם המוכר מוחזק יכול לטעון דכונתו היתה רק לצמד ולא לבקר דאע"פ שכך קוראים ג"כ לבקר מ"מ לצמד יש משמעות של צמד לבד בלא בקר, ועי"כ מהני הסברא של דמים מודעים לפרש מה שאמר צמד דבקר היה בכלל, וכל מה דפליגי רבנן דלא אמרינן דמים מודעים הוא באופן שהדמים באים לקבוע איזה לשון הוא מדבר וכדיבואר להלן, **אולם** בטור בשם הרמ"ה הובא בשו"ע [סי' ר"כ סעי' ה'] כתב דלא כהרשב"א דאם כל העיר קוראים לבקר צמד א"צ לסברא של דמים מודעים ועי"ש בביאור הגר"א ס"ק י"א.

י. **גמ' לא צריכא באתרא דקרו ליה לצימא צימא ולבקר בקר ואיכא נמי דקרו לבקר צימא ר"י סבר הדמים מודעים**, לפי גירסא זו משמע בגמ' דמיירי דרוב בנ"א קוראים לצמד צמד ולבקר בקר ורק מיעוט קוראים לבקר צמד, אבל ברשב"א כתב ה"ג באתרא דאיכא דקרו ליה לצמד צמד וכו' ואיכא דקרו לבקר צמד, והיינו דאיכא מחצה שקוראים לבקר בקר ומחצה שקוראים לבקר צמד, ומספקא לו האם הך גברא הוא מכלל אלו שקוראים לבקר צמד או לא, דר' יהודה סבר דהדמים מודעים שהוא בכלל אותם אנשים שקוראים לבקר צמד, ורבנן סברי דאין הדמים ראייה דכיון שיש ספק יד לוקח על התחתונה ואוקי ממונא בחזקת מריה, מבואר ברשב"א דסברת רבנן הוא כיון שיש ספק אמרינן המוציא מחברו עליו הראיה ולכן על הלוקח להוכיח כן, ונראה דהא דאמרינן בגוונא שכולם קוראים לבקר צמד אמרינן דמים מודעים אע"פ שיש ג"כ ספק, אלא החילוק הוא דהתם הדמים אינם באים לפרש הלשון האם הוא מאותם שקוראים לבקר צמד או לא, אלא הדמים רק באים לפרש כונתו של המוכר וכמש"כ באות הקודם, אבל הכא שהדמים באים לקבוע שהוא מאותם אנשים שכך הם קוראים סברי רבנן שאין הדמים ראייה והמוציא מחברו עליו הראיה, ומבואר מדברי הרשב"א דבמקום שיש רוב שקוראים לבקר בקר ולא לבקר צמד אף לרבי לא אמרינן הדמים מודעים ורק בספק השקול אמרינן דמים מודעים, ועי' ברבנו יונה כאן שמבואר כפי הרשב"א.

והנה לקמן בריש פרק המכור פירות צב ע"א מקשה הגמ' בהא דמוכר שור לחברו ונמצא נגחן דשמואל אמר יכול לומר לשחיטה מכרתי לך ומקשה הגמ' ונחזי גברא למאי זבין ואומרת הגמ' דזבין להא ולהא ומקשה הגמ' דינמא הדמים מודעים, **וביאר** הרשב"א דקושיית הגמ' היא אף לרבנן דפליגי על ר"י ולית ליה דמים מודעים עי"ש מש"כ לפרש, וביארו כונתו שם נראה ע"פ מש"כ כאן דהיכא שהנדון הוא לפרש כונתו אף רבנן מודו דאמרינן שהדמים מודעים דכיון שזהו בכלל לשונו מה שאמר בכה"ג דמים מודעים, ולכן התם שהוא אדם שקונה גם לשחיטה וגם לחרישה א"כ עי"י דין שהדמים מודעים באנו לפרש כונת המכירה ולכן אף רבנן מודו, אבל כאן הנדון הוא לא לפרש כונתו ולא לפרש הלשון אלא לקבוע איזה בנ"א הוא ובזה לא אמרינן הדמים מודעים.

יא. **אמנם תוס' להלן צב ע"א** כתבו דגירסת הגמ' הוא כמו שמשמע כאן דמיירי באתרא דאיכא רוב שקוראים לבקר בקר ומיעוט קוראים לבקר צמד, דרבנן סברי כיון דאיכא רוב שמסייע לחזקת ממון לכן אין הדמים ראייה, אבל ר"י סבר דכה"ג אמרינן דמים מודעים, ומשמע לפי"ז דהיכא דאיכא מחצה על מחצה אף רבנן מודו דאמרינן דמים מודעים, וכתבו תוס' לפרש בזה הא דמקשה הגמ' שם ונימא דמים מודעים כיון שיש מחצה על מחצה, ועוד כתבו תוס' שם דכונת הגמ' כמו שכתב הרשב"א דנחלקו ר"י ורבנן רק במחצה על מחצה אלא שכתבו תוס' שם דהיכא דאיכא רוב או חזקה מהני הדמים לסייע לרוב או לחזקה ולכן מקשה הגמ' שם

לגבי שור דאע"פ שקונה לשניהם מ"מ אם רוב הקניות שלו הם לרדיא הדמים יודיעו, וזה דלא כהרשב"ם דלדבריו הסיוע של הדמים התם אינו משום שמסיע לרוב.

והנה ברשב"א כאן גריס דלא כהרשב"ם דמיירי דאיכא רוב שקרו לבקר בקר ור"י סבר דאע"פ כן אמרינן הדמים מודעים, ורבנן סברי דכיון שאיכא רוב לא אמרינן הדמים מודעים כיון שהרבים קוראין לצמד צמד לכן אע"פ שלא נתן הדמים והלוקח מוחזק בו במעות אין הדמים מודעים ומוצאים ממנו, והטעם כתב דכיון שאיכא רוב הלשון נקבע לפי הרוב, **ומבואר** מדבריו דלרבנן דאין הדמים מודעים הוא בתורת ודאי, וזה דלא כהרשב"ם שכתב דהוא ספק אלא הרשב"ם אזיל לפי גירסתו דנחלקו כאן במחצה על מחצה ובכה"ג אמרינן דהוה ספק והמוציא מחברו עליו הראיה.

דף עח.

א. גמ' ואי בעית אימא וכו', אבל בטעו שאין הדעת נותן לא אימור מתנה יהיב ליה, בפשוטו אי"ז מתנה בתורת ודאי כיון שהמוכר מוחזק במעות וכבר שילם הלכך לא אמרינן שמספק אין זוהי בבקר, וכן משמע ברשב"ם שכתב ורבנן דיש לוקח על התחתונה והמוציא מחברו עליו הראיה, אולם בטור סי' ר"כ כתב דאף באופן שעדיין לא שילם את המעות אלא קנה ונתחייב לשלם לו דמי צמר ובקר חייב לשלם דאמרינן שבמתנה נתן לו, והבוא בסמ"ע [סי"ק ט"ז] וצ"ע הסברא מש"כ מכל מקום דאמרינן המוציא מחברו עליו הראיה.

הערות וציונים פרק המוכר את הספינה

דף עט.

א. גמ' כיצד הקדיש בור מלא מים וכו' מועלים בהם ובמה שבתוכן, דעת הרשב"ם דמועלים אפילו בבור עצמו כגון הציע חפציו בבור, וכתב הרשב"ם דאע"פ דמבואר במעילה יח ע"ב דכל שמעל ולא פגם אינו חייב דילפינן חטא חטא מתרומה, כתב הרשב"ם דכ"ז רק בתלוש אבל במחומר לקרקע חייב אע"פ שלא פגם, ותוס' תמהו דאם הוא מחומר לקרקע אין חיוב מעילה כדמוכח בהשולח, ובסנהדרין דמקדיש עבדו אין מועלין בשערו דעבד הוקש לקרקע.

והנה תוס' כאן לא הביאו מה המקור בגמ' דאין מעילה בקרקעות, ומדברי תוס' מעילה יג ע"א [ד"ה ומועלין] נראה שהוכיחו כן מהא דהקישא הגמ' שם יח ע"ב מעילה לתרומה, דקאמר התם בגמ' מה תרומה פגם ובתלוש מן הקרקע אף מעילה פגם ובתלוש מן הקרקע, ומשמע דבמחומר לקרקע אין פרשת מעילה, אבל הרשב"ם פירש דכונת הגמ' התם הוא לענין זה דילפינן מתרומה שצריך פגם במעילה וכ"ז רק בתלוש מהקרקע אבל במחומר לא ילפינן מתרומה אלא איכא חיוב מעילה אף בלא פגם, [בעיקר הסברא ברשב"ם לחלק בין מעילה בתלוש למעילה במחומר יש לפרש דחלוק ביסודו מעילה במחומר למעילה בתלוש, דבמחומר אופן המעילה הוא השתמשות ברשות של הקדש, ולכן י"ל דאיכא שהוא נכנס לתוך רשות הקדש ומשתמש בו יש חיוב מעילה אף בלא חסרון, משא"כ במעילה בדבר שאינו מחומר שהתם המעילה הוא השתמשות בחפץ של הקדש ואין לקיחה מהקדש רק באופן כזה שהוא פגם].

והראשונים כתבו דאע"פ שאין מעילה במחומר לקרקע מ"מ בתלוש ולבסוף חברו יש מעילה, ומיירי הכא בכה"ג שהבור היה תלוש וחיברו ולכן איכא מעילה בכה"ג אף שהוא מחומר לקרקע, [נמצינו לעוד דינים דתלוש ולבסוף חברו אין בו דין של קרקע ע"י חו"מ סי' צה], והוכיח הרמב"ן כן מהא דמבואר במעילה כ ע"ב וב"ק כא: דאיכא מעילה בדר בבית של הקדש, ועוד מוכח בפסחים כו ע"א דאי לאו דקול מראה וריח אין בו מעילה היה איסור להנות מצל של היכל אע"פ שהוא מחומר לקרקע, אלא ע"כ דהתם תלוש ולבסוף חברו היה, וצ"ע אם תוס' שכתבו שעקר חוליה מהבור אם חולק על הראשונים או דלא היה ניחא לתוס' לפרש הסוגיא באופן זה, ועי"ע **באחיז** [ח"ב סי' נ] שהוכיח ענין זה דבתלוש ולבסוף חיברו איכא מעילה ולא הביא דברי הראשונים כאן, ועי"ש עוד שהוכיח דרש"י ב"ק ו ע"ב שחולק על יסוד זה, וס"ל אף בתלוש ולבסוף חיברו ליכא מעילה דבכל גונא אין מעילה בקרקעות.

ב. גמ' אבל הקדיש בור ואח"כ נתמלא מים וכו' אילן ואח"כ נשא פירות מועלין בהם ואין מועלים במה שבתוכן, כתב הרשב"ם דסבר ר' יהודה דאין מעילה בגידולין דמשום גרמא דקגרים ליה קרקע הקדש אין לנו לעשותו הקדש דמ"מ אין ממון הקדש מעורב בו, משמע מדברי הרשב"ם דאי"ז רק מיעוט מחיוב מעילה אלא שאין כאן ממון של הקדש, וטעמא דמילתא ביאר **במנחת ברוך** [סי' ל] דהזכות של ארעי אשבח הוא דין מיוחד בממון הדיוט ולא נתחדש זכות זה אצל הקדש, ונמצא לפי"ז דהגידולין יהיו הפקר מכיון שאין להקדש זכיה בזה דאין סברא שיהיה לבעלים שהקדיש בהם זכיה בזה דאיך יוכלו לזכות בזה כיון שהגוף אינו שלו, וכן מתבאר בתוס' בע"ב [ד"ה אבל], ועיקר יסוד זה דארעי אשבח שהוא זכות נפרד בממנות ע"י בברכת שמואל ריש פרק המפקיד שמבואר דבריו יסוד זה, ועי"ע בספר ברכת אברהם כאן מש"כ להוכיח יסוד זה, **[ועי"ש** במנחת ברוך שהאריך לבאר הא דמצינו שולד בהמה קדושה דינה שגם היא קדשה וכן ביצת תרנגולת קדשה וחלב בהמת הקדש נמי דינם שהם הקדש, ועי"ע בתוי"ט במעילה שכבר עמד על זה ועי"ש ביכין ובעז מש"כ לישב, ועי"ע באבי עזרי פ"ח מנזקי ממון שחידש דבהקדש הוא דין איסורים ולא דין ממונות ולכן עי"ש שהוכיח כן מהסוגיא ז ע"ב].

והנה לגבי בור ונתמלא מים וזבל ונתמלא אשפה מבואר ברשב"ם בהמשך דטעמא דאין מעילה כיון שהקדש אינו זוכה בזה משום דלא אלים רשות הקדש לקנות כיד הדיוט דבהדיוט נתרבה מאם המצא תמצא בידו קנין חצר אבל בהקדש לא, וכונתו לכאורה

כמש"כ תוס' משום דאין חצר להקדש והיינו דהקדש אינו זוכה בזה ולכן אין בו איסור מעילה, ור' יוסי דפליג וסבר דיש מעילה בגידולין ע"כ שחולק וסבר דאיכא להקדש זכות של ארעי אשבח והוה כמו ממון של הדיוט, אלא דאף ר"י מודה לר' יהודה דאין חצר להקדש ולכן בבור ואח"כ נתמלא מים או אפשה ונתמלאה זבל אין בו מעילה.

ג. הרמב"ן כתב דטעמא דילכא מעילה במים שנתמלא בבור משום דאין מועילין אלא במה שהוקדש אבל לא במה שזוכה הקדש ממילא, וביאור הדבר כתב בריטב"א דאין מעילה אלא בדבר שקדוש בקדושת פה, [וטעמא דמילתא כתב בקצה"ח [סי' ר' סק"א] דכתיב בקרא מקדשי בני ישראל דהיינו דלחויב מעילה צריך דוקא קדושת פה ועיי"ש שכתב דלכן אין חיוב מעילה בקדשי עכו"ם דליכא קדושת פה, ומבואר מדברי הרמב"ן דסבר דיש חצר להקדש והקדש זכה בממונות ודלא כהרשב"ם, אלא שהוא דין דליכא חיוב מעילה בזה, **ובראשונים** נראה דסברת הרמב"ן בהא דס"ל לר' יהודה דליכא מעילה בגידולין מה"ט, דאף שיש כאן ממון הקדש דארעי אשבח מ"מ ליכא בזה דין מעילה, וכן כתב הרע"א במשניות שם במעילה, וטעמא דר' יוסי שחולק וסבר שיש חילוק בין מעילה בגידולין למעילה במים שבאו לבור, כתב הריטב"א דסבר ר"י דבגידולין אין חסרון של קדושת פה כיון דמינה נפקו לכן חשיב שקדוש מכח הקדושה הראשונה, ונמצא לפי"ז דלכו"ע בשביל חיוב מעילה צריך קדושת פה אלא שנחלקו האם בגידולין חשיב שיש קדושת פה כיון דאתו מהעיקר.

והנה תוס' כתבו דטעמא דאין מועלים במה שבתוכם משום דאין חצר להקדש, ותוס' לא ביארו מה הסברא שאין מעילה בגידולין, ובקו"ש [אות רח"צ] ובאבי עזרי [הלכ' מעילה] כתבו דתוס' יפרשו דבזה גופא נחלקו ר' יהודה ור' יוסי האם בשביל מעילה צריך קדושת פה, דר' יהודה סבר שצריך קדושת פה ולכן אין חילוק בין בור שנתמלא מים לאילן שצמחו פירות, אבל ר"י חולק דלדין מעילה א"צ קדושת פה ולכן יש מעילה בגידולין, אלא בבור שנתמלא מים מודה דאין מעילה מהטעם שכתבו תוס' דאין חצר להקדש, [עיי"ש שכתבו כן אף בדעת הרשב"ם וצ"ע], אולם מלשון תוס' לא משמע כן דהתוס' כתבו סברתם בדברי ר' יהודה ולא ברי' יוסי, ועוד דבתוס' בע"ב משמע כסברת הרשב"ם דאין זכות ארעי אשבח להקדש ויבואר שם.

ד. ובקו"ש [אות רצט] ביאר פלוגתת הראשונים אם דין מעילה תלוי בקדושת פה הוא תלוי בגדר איסור מעילה דאם יסוד האיסור הוא מחמת גזילת ההקדש אין סברא לחלק אם יש כאן קדושת פה או לא, דכיון שהוא ממון של הקדש וראוי למעילה חייב, אבל אם יסוד החיוב של מעילה הוא מחמת חילול הקדושה יש סברא לומר דאם ליכא קדושה פה ליכא חיוב מעילה, עיי"ש עוד במה שתלה בזה פלוגתת התוס' והרמב"ן לשיטתם בגדי איסור מעילה, והנה בקדשי מזבח ע"כ שאין ההקדש מחמת גזילת ההקדש אלא מחמת חילול הקדושה שהרי אין בקדושת הגוף אין הבהמה יוצאת לחולין, וביותר לפי מש"כ הגר"ח [שהובא בברכ"ש ב"ק] שקדושת מזבח אינו ממון הקדש כלל כלשון הגמ' בפרק מרובה מעיקרא תורא דראובן והשתא תורא דראובן.

ובקצה"ח כתב דאף תוס' מודה לרמב"ן דקדושת הגוף אין בו מעילה משום שאין בו קדושת פה, דבזבחים מבואר דקדשי עכו"ם אין בהם מעילה, ולסברת תוס' אם א"צ קדושת פה אמאי אין בהם מעילה אלא ע"כ דכל מה שחלקו תוס' הוא רק בקדושת בדק הבית דבזה א"צ קדושת פה, אבל בקדשי מזבח צריך קדושת פה אף לתוס', והסברא בזה י"ל דבקדושת מזבח שאין בו ממון הקדש וכמש"כ בברכ"ש בשם הגר"ח ע"כ כדי שיחול דין מעילה בעינן שאופן הקדושה תהא ע"י הפה, אבל קדושת בדק הבית שהוא ממון של הקדש ע"כ דין המעילה הוא מחמת החסרון הממון ולכן התם דין המעילה אינו תלוי בקדושת פה, ובסוגיין לפי"ז צ"ל דהא דקאמרי תוס' דאין חצר להקדש הוא רק בבור ונתמלא מים דהתם הוא קדושת בדק הבית, אבל בשוכך ונתמלא יונים לכאורה התם הוה קדושת מזבל דרזי להקרבה ובזה אף התוס' יודו דאין מעילה משום דליכא קדושת פה].

ובעיקר סברת הרמב"ן דליכא מעילה היכא דליכא קדושת פה הקשה בקצה"ח מהא דמבואר בר"ן בנדרים לד ע"ב בהא דאמר רבא היתה לפנינו ככר של הקדש ואמר ככר זה הקדש נטלה לאוכלה מעל לפי כולה, וביאר הר"ן דמייירי שהככר היה תוך ד' אמותיו דד' אמות של אדם קונות לו כחצר ואמר שיקנה הד"א להקדש, וקנה ההקדש כמו המגביה מציאה לחברו והרי ככה"ג ליכא קדושת פה ואמאי איכא מעילה, והר"ן כאן הסכים לדעת הרמב"ן דטעמא דאין מעילה משום דליכא קדושת פה, ובאור שמח [פ"ה ממעילה ה"ו] כתב דכונת הראשונים הוא רק באופן שההקדש זכה בזה מעצמו שלא ע"י מעשה מקדש אבל היכא שבנ"א הקדשו אף שלא הקדיש בפיו כקדושת פה ויש בו מעילה, וכ"כ בקו"ש כאן עיי"ש, ועי' באבי עזרי [פ"ה ממעילה] שתמה על סברא זו.

באחיעזר [ח"ג סי' ס"ז] הקשה למה בבכור יש מעילה הרי קדושתו מרחם וא"צ להקדישו כדמבואר בנדרים יג ע"א וא"פ שמצוה להקדישו מ"מ עצם ההקדש לא חל ע"י הפה, **ובקה"י** שבועות [סי' כ' בסופו] כתב דכל סברת הרמב"ן דמצינו בהקדש דיש אופנים שיש ממון הקדש בלא קדושה [כמו בונים בחול ואח"כ מקדשים ובשעת הבנין הוא בונה ממון הקדש אלא דחלות קדושה ליכא] ואיכא ממון הקדש שיש קדושה, וסבר הרמב"ן דהאופן שחל קדושה על הדבר הוא רק ע"י שמקדישו בפה, אבל אם נמצא הכ"ת שיש קדושה בלא קדושת פה יהיה בו דין מעילה וא"כ בבכור שקדושתו מרחם יש מלבד דין הממון שבו יש בו ג"כ קדושה ולכן יש בו מעילה אע"פ שלא הקדיש בפה, **ולפי"ז** אפשר להבין סברת האור שמח דהרמב"ן חילק דאם ההקדש זכה מעצמו ע"י דין חצר בזה יש רק דיני ממון להקדש אבל חלות קדושה צריך לחול ע"י מעשה האדם אבל א"צ שיעשה דוקא ע"י פיו אלא אף הקדש מכח קנין של הדיוט בכוחו להחיל קדושה, ועי"ע קה"י כאן סי' לו שמבואר כ"ז, אבל בקצה"ח למד בדעת הרמב"ן והראשונים שאף בזכיה שלו חצר להקדש חל קדושה רק שחצר בקדושת פה.

ה. **במנחת ברוך** שם על שיטת הרמב"ן מהא דמבואר בפסחים נו ע"ב דאנשי יריחו היו נוטלין גמזיות של הקדש ומבואר בגמ' שם דסברי דאין מעילה בגידולין, ולדעת הרמב"ן דאף בגידולין הוה ממון של הקדש אלא דליכא מעילה משום דליכא קדושת פה א"כ איך גזלו אנשי יריחו במזיד הרי הוא שיד להקדש, ולדעת הרשב"ם דלמד"א אין מעילה בגידולין ליכא ממון הקדש כלל א"ש, ומה"ט לא היה נוחא לרבנן דאע"פ שמהתורה אינו של הקדש מ"מ מדרבנן הוא של הקדש ולכן לא היה נוחא לחכמים, ומבואר מדברי המנחת ברוך דהיכא דליכא איסור מעילה מ"מ יש איסור של גזילה מהקדש, והיינו דכל החידוש של מעילה בהקדש אינו על עצם החיוב של גזילה אלא להתחייב בחומש ואשם אבל עצם החיוב קרן יש גם בלא פרשת מעילה, [וכן מבואר באחיזר ח"ב ס"י בקרקעות דאע"פ שאין מעילה בקרקעות היינו דאין חיוב חומש ואשם אבל קרן חייב, ועיי' דהקשה מדברי רש"י ב"ק ו ע"ב דמשמע דאף אין חיוב קרן], ועיי' באבי עזרי הלכ' מעילה שם שכתב דהתם הוה מאותם דברים שאין הקדש מקפיד עליהם ולכן אם ליכא מעילה אין איסור ליטול אותם.

ו. **והנה** בקצה"ח שם הקשה על סברת הראשונים דיש חצר להקדש וטעמא הכא דליכא מעילה משום שצריך קדושת פה, מהא דמבואר בפרק ז' דשקלים דמעות שנמצאו בהר הבית חולין ואמאי לא זכתה הקשה ע"י חצר, ועיי' שכתב דחשיב באיסורא אתא לידה כיון שנתיאשו רק אח"כ, [וצ"ע אם שיד בזה הסברות של באיסורא אתא לידה כיון שאין להקדש חובת השבת אבידה, ועוד יש להבין דלכאורה הר הבית חשיב חצר שאינה משתמרת ולי"ש קנין חצר כה"ג], עוד הקשה הקצה"ח בהא דמבואר בשבועות דאדם יכול לישאל על קרבן אף לאחר שחיטה, וקשה הרי באתי ליד גזבר לא מהני שאל וכיון שהקרבן בא לעזרה אמאי אין ההקדש קונה אותו בקנין חצר וא"כ ל"ש שאלה בזה, [והבין בקצה"ח דקדושת הגוף חשיב נמי ממון הקדש לגמרי כקדושת בדק הבית ודמים].

ז. **רשב"ם ד"ה לא לזה**, הלכך לא זו אף זו קתני דלא מיבעיא הנך דחמירי דמועלין במה שבתוכן אלא אפילו הנך בתראי מועילין במה שבתוכן, צ"ע מהו הרבותא בכל זה אטו היה מקום לחלק בין קדושת מזבח לקדושת בדק הבית לענין מעילה.

ח. **תוס' ד"ה ואין מועילין במה שבתוכן**, דלא אמרינן שיקנה חצר הקדש כמו שקונה חצר הדיוט דחצר משום יד איתרבי ולא מצינו יד להקדש, ביאור כונתם דיסוד קנין חצר דיש לאדם רשות שיכול לקנות עבורו ממון כמו שעיי' ידו יכול לזכות כיון שידו היא רשותו, ובהקדש שאין לו יד שיכול לקנות עבורו חפצים ולכן ל"ש קנין חצר בהקדש, והנה **בנתיבות** [פתיחה לסי' ר'] הקשה דהא מצינו דאף להקדש יש יד, דהדין הוא דהקדש כ"ז שלא אתי ליד גזבר יכול לישאל עליו אבל אחרי שבא ליד גזבר אין יכול לישאל, וביאר השי"ך [יו"ד רנ"ה] שכשבא ליד גזבר וזכה בה לכן אין יכול לישאל ומבואר דיש יד להקדש, אולם נראה די"ל דא"י יד של ההקדש אלא דהגזבר הוא אפוטרפוס של הקדש ויכול לזכות בידו עבור ההקדש אבל רשות הקדש עצמה אינה בכלל רשות ממונית שיכולה לזכות לעצמה דלא דמי לרשות הדיוט שהיא רשות לקנינים, ועיי' בקה"י סי' לו שכתב עד"ז.

והנה בתו"ט [במעילה פ"ג מ"ו] הקשה דהא מסקינן בבא מציעא דחצר מטעם יד ולא גרע משליחות וא"כ כיון שיש שליחות להקדש דהרי כהנים שלוחי דרחמנא וא"כ אמאי לא תזכה חצר של הקדש מטעם שליחות, ועיי' בקצה"ח בריש סי' ר' משי"כ לישב דאע"פ שחצר מטעם שליחות מ"מ בעינן חצר כזו שהיא דומה לידו וכיון שאין יד להקדש לא מהני מדין שליחות, ועיי' בקצה"ח מה שהעלה לדינא מכח הך סברא לענין אבידה בבית הכנסת, עיי' בקובץ שמעות ב"מ דף י שכתב דאין להוכיח מהא דכהני שלוחי דרחמנא דיש שליחות להקדש.

הנה ברשב"ם [ד"ה הכי קאמר בסופו] כתב דאין חצר להקדש כיון דכתיב המצא תמצא בידו אבל לא בהקדש, ונראה מדבריו שיש כאן מיעוט מיוחד שאין חצר לקדש, ודלא כתוס' שכתבו כן מסברא, ועיי'.

הערות וציונים פרק המוכר את הספינה

דף עט:

א. **גמ' ואי בשדה ואילן אמאי מחליף**, פרשב"ם דאם בהקדש אילן מועלין בגידולין כ"ש הכא שהקדש אילן שיש בו פירות דאיכא תרתי גידולי הקדש וגם הקדש הכל ביחד, **צ"ב** כונת הרשב"ם מדוע יש כאן תרתי דאיהו גידולי הקדש יש כאן, ובתוס' [ד"ה ואין] כתבו דע"כ מכר הכל ולא דמי לבור ומים, [וכונתו דהתם המים אינם שיכים לבור ובהו יש נדון אם מכר מה שבתוכו, אבל באילן עומד לפירות ולכן ע"כ שהפירות בכלל מכירת האילן], **והנה** הריטב"א הביא ב' דעות היכא שהקדש אילן ויש בו פירות שאינם צריכים לקרקע האם אמרינן כל העומד ליתלש כתלוש דמי ולא הוה בכלל ההקדש, או דהוה בכלל מכירת האילן, וא"כ אפשר לומר דהרשב"ם פירש כאן דמייירי בכה"ג שהפירות צריכים עדיין את הקרקע ולכן איכא תרתי דהוה גידולי הקדש דמה שממשיך לגדול מהקדוש הוא גודל וכן הקדש הכל יחד.

ב. **גמ' בריקנין פליגי בפלוגתא דר"מ ורבנן**, ברשב"ם [ד"ה סבר] פירש דלא מייירי הכא שפירש בהדיא שהקדש את המים שיבאו לבור, אלא מייירי שהקדש בסתמא את הבור ולא אמרינן הכא מקדיש בעין רעה מקדיש כיון שהדבר אינו בעולם, ואמרינן דכונתו היתה ע"ז ג"כ, וכן נראה ברשב"ם בע"א בתחילת הסוגיא [ד"ה בור מלא מים] שהקדש בור סתם והנדון הוא האם המים בכלל, אבל **הראשונים** חלקו ע"ז ברמב"ן וברבנן יונה כתבו דמייירי שאמר בהדיא שהוא מקדיש את המים והיונים שיבאו אח"כ.

ולדעת הרמב"ן דאף למד"א אין מעילה בגידולין אלא שחסר בקדושת פה, והיינו דיש חצר להקדש והממונת המה של הרקדש אלא שאין דין מעילה, צ"ע מה תולה הגמ' בר"מ ורבנן האם אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, ומשמע בגמ' דלמד"א אין אדם מקנה לא נעשה הקדש וזה אינו דיש חצר להקדש, אלא צ"ל שלמד"א אין אדם מקנה באמת נעשה הקדש אלא שאין מעילה כיון שאין קדושת פה, אבל למד"א אדם מקנה מתכוון המקדיש מעיקרא להקדיש את המים ואת היונים שיבאו לעולם כדי שיחול בזה מעילה ועי"ז חשיב שיש קדושת פה, אלא שלפ"ז צ"ל דהרמב"ן יסבור כמש"כ הר"י בתוס' שהוא זכה בזה קודם שבא דרך חצרו דאל"ה אין יכול להיות הקדש דצריך לזכות בזה, או שיסבור כהרשב"א בתי' תוס' שמש"ייר לעצמו זכות שיחול קנין חצר להקדש, ודבר זה חשיב קדושת פה וכמש"כ בקצה"ח להוכיח הובא להלן.

והנה יש לעיין דבשובך שמקדיש את השובך ואת היונים שיבאו אח"כ, דלכאורה יש כאן ב' קדושות דהשובך יש בו קדושת בדק הבית והיונים הם קדושת מזבח, וא"כ בשלמא לרמב"ן ורבנו יונה שאמר בהדיא ע"כ מתפרש כונתו דכל אחד יחול הקדושה שצריך, אבל לרשב"ם שלא אמר בהדיא אלא שתלין בדעתו שזה בכלל הקדשת השובך, אבל הרי מעשה ההקדש שלו היה מעשה הקדש על קדושת בדק הבית, ועל היונים צריך לחול קדושת מזבח וא"כ איך אפשר לומר שזה בכלל ההקדש של השובך ועי'.

ג. תוס' ד"ה אבל, ומיהו הא לא מצי למימר דבין בזה ובין בזה פליגי וכו', **כונתם** דאם נימא דלכו"ע אין מעילה בגידולין היה אפשר להעמיד שנחלקו בהקדש בור ונתמלא מים ובאילן ונתמלא פירות, ופליגי אם אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם האם מה שיבאו לעולם אח"כ קדוש, ודחו תוס' דא"א לומר כן לפירוש ר"י בתוס' בהמשך שכדי שיחול ההקדש צריך קודם לכן לזכות במים וא"כ ה"ה הכא צריך הוא לזכות בפירות והרי לא זכה, ומבואר בתוס' דאם אין מעילה בגידולין אין הגידולין ממון של הקדש כלל והוא הפקר ולכן כתבו דלפירוש ר"י לא יחול ההקדש דהרי הוא הפקר וכיון שלא חזר וזכה בו איך יחול ההקדש, **והנה** לעיל הובא דבקי"ש ובאבי עזרי כתבו דתוס' מודה לרמב"ן דטעמא דאין מעילה בגידולין משום שצריך קדושת פה אבל ממון הקדש חשיב, וצ"ע דלכאורה מפורש בתוס' דלא כדבריהם דאם כבר קדוש לא מהני מה שיחזור ויזכה בהם, ואפשר לדחות דכונת תוס' דכיון שאין מעילה בגידולין משום שחסר בו קדושת פה לכן הוא ש"ייר לעצמו את הזכות של ארעי אשבח שהפירות יהיו שלו, והקדישם לכשיבאו לעולם ולכן דבר זה תלוי באם אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם, אולם א"א לומר כן שתוס' כתבו דלפ"י א"א להקשות כן כיון שצריך לזכות בפירות כדי שיחול ההקדש, ואם ש"ייר זכות של ארעי אשבח לא צריך לחזור ולזכות אלא מיד שצמחו הרי הם שלו ויכול להקדישם מיד בלא זכיה.

וכתבו תוס' מיהו דאפשר לומר דפליגי אם יקדשו פירות האילן והשדה אם יבאו לרשותו וכו', וכונתם דכיון שלפ"י צריך לחזור ולזכות ה"נ כיון שאין מעילה בגידולין מ"מ אם יבאו לרשותו יזכה ויחול ההקדש וא"כ יש לפרש שנחלקו באופן זה שאמר שמקדיש את האילן והפירות לאחר שיבאו לרשותו, ומבואר כנ"ל דכ"ז שלא זכה הרי הוא הפקר ולכן יחול ההקדש אם יזכה, אבל לסברת הרמב"ן דבכל גידולי הקדש הוה ממון של הקדש לא יועיל שיחזור ויזכה בזה, [ועי' ברש"י שפירש באופ"א וצ"ב כונתו], ואפשר לפרש עוד דכונת תוס' דכונת המקדיש דכל ההקדש אף על האילן יחול כשיגדלו הפירות ולכן אף לר"י יחול ההקדש כיון שזוכה בפירות ורק אח"כ יחול ההקדש, ועי' ברשב"א שביאר כן בכונת הגמ'.

ג. תוס' ד"ה אימור, ורשב"א פירש דאי עבידי דאתו נחא דמצי להקדישן דמצינו לפרש כגון שהקדיש בור ושובך על מנת שיש לו כח בבור ושובך לזכות במים וביונים לצורך הקדש, **מבואר** מדברי הרשב"א חידוש בגדר הזכות של קנין חצר, דפשוטו יסוד קנין חצר הוא דרשותו של אדם קונה לו חפציו, וא"כ כ"ז לכאורה רק באופן כזה שיש לו את כל ההשתמשות בחצר, [או כמש"כ תוס' לעיל נא ע"ב שיהא לו זכות אכילת פירות או זכות שיכול למכור את השדה], אבל אם אין לו זכות השתמשות בחצר אינו בכלל רשותו ואיך יקנה לו [ועי' בקצה"ח סי' ש"ג], ומבואר דבר הרשב"א דגדר קנין חצר הוא דאחד מהשימושים של החצר הוא לקנות ע"י חפצים, ואינו תוצאה מזה שהוא רשותו ולכן יכול לשייר לעצמו זכות זה.

ד. תוס' בא"ד, בקצה"ח [סי' ר' סק"א] כתב דמוכח מהרשב"א דאע"פ שאין קנין חצר להקדש מ"מ חצר של הדיוט יכולה לזכות עבור הקדש ואין בזה חסרון שאין יד להקדש, וכמש"כ הר"ן בנדרים לד ע"ב בהיתנה לפניו ככר של הפקר והובא לעיל, **והקשה** בקצה"ח א"כ אמאי תולה הגמ' ענין זה בנדון אם אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, דהרי בעלמא הנדון דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם הוא באופן שעושה מעשה קנין עכשיו שיחול אח"כ כשהחפץ יבוא לעולם, אבל הכא הרי עכשיו הוא אינו עושה קנין כלל וכל הקנין הוא ע"י החצר, דכשיבוא החפץ לעולם החצר תקנה וא"כ אף למד"א אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ההקדש יכול לזכות בזה, וכתב בקצה"ח דכיון שחצר משום שליחות הוא ע"כ כמו שיש חסרון בשליחות שאין אדם יכול לעשות שליח בדבר שלא בא לעולם ה"ה הכא כשאומר שרוצה שהחצר תזכה לכשיבוא החפץ לעולם הוא תלוי במחלוקת ר"מ ורבנן אם אדם מקנה דבר שלא בא לעולם דמינוי שליחות הוא בדבר שלא בא לעולם, אמנם בקי"ש תמה מאוד על סברת הקצה"ח דהרי הא דחצר קונה מטעם שליחות אין הכונה שיש כאן מינוי מיוחד של האדם אלא דהחצר ממילא זוכה עבורו ולכן אע"פ שאומר עכשיו שרוצה שבשעה שהחפץ יבוא לעולם החצר תזכה עבורו מ"מ אין כאן מעשה מינוי של שליחות והרי"ז דומה לאחד שאומר שמחר יעשה מעשה הגבהה לזכות לחברו חפץ דאין בזה שיכות לדבר שלא בא לעולם שלא עושה עכשיו כלום.

דף פ.

ה. מתני' הלוקח פירות שובך מחברו מפריח בריכה ראשונה, הא דאין כאן חסרון של דבר שלא בא לעולם כתבו רבנו יונה והריטב"א דכיון שמכר אותם לפירותיהן הרי"ז כמוכר דקל לפירותיו דאין בזה חסרון של דבר שלא בא לעולם, ורק היכא שמוכר פירות דקל חשיב דבר שלא בא לעולם והכא מכר את האמהות בשביל היונים חשיב שהדבר בעולם, אמנם הרמב"ם פכ"ג ממכירה ה"ט כתב וז"ל ואי"ז מוכר דבר שלא בא לעולם לפי שאינו מוכר יונים שיוולדו או דבש שיבוא לכוורת אלא מוכר השובך לפירותיו והכוורת לדבשה שהרי הוא כשוכר אמת המים לחברו שנהנה בכל מה שיצוד בה, מבואר ברמב"ם דאע"פ שהיונים אינם יוצאים מגוף השובך מ"מ אין כאן חסרון של דבר שלא בא לעולם וחשיב כמוכר דקל לפירותיו, ועי' בקצה"ח סי' ר"ט ס"ק ד' שהוכיח כן מדברי הרמב"ם דאי"צ שיצא הדבר מגוף הדבר ולכן ה"ה אם מוכר מצודה לדגים עיי"ש בכ"ד.

עוד כתב רבנו יונה דאפשר שיש כאן חסרון של דבר שלא בא לעולם אלא שאם שניהם רוצים את המקח ואינם רוצים לחזור בהם צריך להשמיע מה הדין, וצ"ב דלמד"א אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם לכאורה אין כאן מעשה קנין כלל ומה מהני שרוצים את הקנין, ואפשר דאם כל החסרון משום דלא סמכה דעתיה ע"כ כשרואים שרוצים בקנין יכול לחול כשיבוא לעולם ועי'.

הערות וציונים פרק המוכר את הספינה

דף פא.

א. מתני' הקונה שני אילנות בתוך שדה חברו לא קנה קרקע ר"מ אומר קנה קרקע, הרשב"ם לעיל לו ע"ב ביאר דהנדון של המשנה תלוי במחלוקת ת"ק ור"ע בפרק המוכר את הבית האם מוכר בעין יפה הוא מוכר או לא, ובזה תלוי נמי הנדון האם מוכר ב' אילנות מכר את הקרקע, אבל הראשונים [רשב"א וריטב"א] כאן חלקו ע"ז, וכתבו דאף לר"ע דמוכר בעין יפה הוא מוכר כ"ז לא שיק לכהן דטעמא הכא דלא קנה קרקע משום דב' אילנות לא חשיבא לקראות אותו "שדה אילן" ולכן לא מכר את הקרקע בכלל, [והנה הרשב"ם כאן בד"ה קנה קרקע כתב דחשבינן ליה שדה האילן, משמע דבזה גופא נחלקו ודלא כמש"כ לעיל דנחלקו בדרי"ע, וצ"ל דאין כונתו לבאר טעמא דר"מ אלא דלכו"ע אף ב' אילנות הוה בכלל שדה אילן].

ב. גמ' תנן התם הקונה ב' אילנות בתוך של חברו מביא ואינו קורא ר"מ מביא וקורא, ופרשב"ם דלרבנן דאין לו קרקע אין יכול לומר את האדמה שנתת לי ולכן אינו מביא ולר"מ קנה קרקע ולכן מביא ביכורים, וכתב הרשב"ם אבל באילן אחד מודה, וכדמבואר בגמ' בהמשך דבאילן אחד אף לר"מ לא קנה קרקע, והנה זה ברור דאף באילן אחד לר"מ ובשתי אילנות לרבנן דלא קנה קרקע, אין הכונה שלא קנה זכות יניקה מהקרקע, שהרי בעל הקרקע אין יכול לומר לו קוף אילנך דאתה יונק משדי, כדמבואר במשנה דלרבנן בב' אילנות לא יפשה, וביאר הרשב"ם שהרי שיעבד לו שדהו לצורך האילנות וא"כ צריך ביאור מדוע אינו קורא.

והנה בתוס' לעיל כז ע"א [ד"ה לא] הקשו למד"א קנין פירות כקנין הגוף דמי אמאי בקונה אילן אחד אינו מביא ביכורים הרי בכל קנין פירות מביא ביכורים כדמבואר בסוגיא בגיטין מח ע"א, ות"י תוס' ב' תי' א' דשאני התם דהקרקע קנויה לו עד זמן מסוים, אבל הכא אם יתיבש מיד האילן אין לו בקרקע כלום, ועוד תי' דבכל קנין פירות הקרקע קנויה לו לכל דבר למשטח בה פירי ולמזרע בה סילקא, אבל בקונה אילן אחד אין לו אלא יניקה לבדה, וביאור כונתם בתי' הראשון נראה מדברי הגר"ח [בהלכ' ביכורים] דבקונה אילן אחד שיש לו זכות יניקה אין הוא קנין בגוף הקרקע אלא שהוא שיעבד על הבעלים שהאילן יכול לינוק מקרקעו, ועי' בקה"י [סי' ט"ז] שביאר היטב דשני עניני זכות יניקה איכא דיש זכות יניקה ע"י מכירה ויש זכות יניקה שלא קנוי בקנין גמור אלא שהוא שיעבד בעלמא, [ודוגמא לזה נתבאר לעיל בפרק חזקת הבתים ע"פ מש"כ בקו"ש דיש חילוק בין קנין פירות לקנין של שכירות דבשכירות מבואר בתוס' דף נ. דלא חשיב קנין פירות, ונתבאר דגדר דין של שכירות הוא שיש לו שיעבוד על הבית להשתמש בו אבל אינו דומה לקנין פירות שיש לו קנין בגוף הפירות ולכן בשכירות ל"ש לדון דקנין פירות כקנין הגוף], וזה כונת תוס' דקנין פירות שהוא לזמן ע"כ אינו דהקרקע משועבדת ללוקח לפירות אלא יש לו בזה קנין גמור, וכן צריך לפרש בקונה ב' אילנות לר"מ וג' לרבנן דיש לו קרקע דמביא וקורא משום דיכול ליטוע תחתיהם אילנות אחרים אם יתיבשו ע"כ שיש לו קנין בגוף הקרקע, אבל אם יש לו רק שיעבוד של יניקה ל"ש לומר בזה קנין פירות קנין הגוף, ועי' בתוס' רי"ד בסוגיא נראה יסוד זה שבא לחלק בין קנין פירות לקונה ב' אילנות וז"ל הני מילי כשגוף השדה קנוי לו עד זמן פלוני כגון משכנתא, שכיון שגוף השדה הוא ברשותו עד אותו זמן אע"פ שאינו כי אם לפירותיו אמרינן קנין פירות כקנין הגוף דמי, אבל הכא שאין הקרקע ברשותו אע"פ שמשועבד ליניקתו אינו קורא, דזכות של יניקה אינו קנין פירות, והגר"ח שם הביא שכן מפורש ברשב"א בגיטין מח ע"ש.

ובביאור תי' ה' שכתבו תוס' דבקנין פירות קנוי לו לשאר שימושים משא"כ הכא קנוי ליניקה, עי' בקה"י [סי' יז] שכתב לבאר בכונתם ב' אפופנים או דבאמת לקנין פירות כקנין הגוף בעינן שיהא שלו לכל הפירות ולא רק להשתמשות אחת, ועיי"ש שהביא להקשות ע"ז, ועוד כתב דכל סברת תוס' הוא לענין ביכורים דכדי שיהא חשיב מארצך צריך שיהא שיד לו הכל אבל אם הוא משתמש יחד עם עוד אחד חסר בדין של ארצך, ומבואר לפי"ז דלעולם הדין יניקה הוא קנין בגוף הקרקע של חברו, [ועיי' באבי עזרי פ"ו משכירות ה"ה שמבואר מדבריו שלא כדברינו ועיי"ש שחילק באופ"א בין קנין פירות לשכירות ואכמ"ל].

והנה כל מש"כ היא לפי דעת ר' יוחנן דקנין פירות כקנין הגוף, אבל לפי ר"ל דקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי דעת תוס' והראשונים להלן קלו ע"ב שאינו חייב להביא ביכורים מהתורה אלא מדרבנן, ולפי"ז החילוק בין ב' אילנות לג' אילנות הוא רק קנין פירות, אלא שצריך לבאר מהו הסברא שג' אילנות מביא וקורא דאף שיש לו קרקע מ"מ לא הוה קנין גמור בקרקע שיעשה בו מה שירצה, והרי

לחפור בו בורות אין יכול וא"כ אמאי קורא, ומבואר דאע"פ שקנין פירות בעלמא אינו קורא קנין כזה של נטיעה הוא קנין אלים טפי וחשיב שיש לו את הגוף ממש, **אמנם** דעת הרשב"ם לקמן והתוס' רי"ד דלפי ר"ל יש חיוב להביא מהתורה דחשיב אשר תביא מארצך, אלא שאינו קורא כיון דכתיב האדמה אשר נתתה לי, ולדבריו קשה מאוד מה הסברא דבי אילנות אינו קורא ומה זה גרע מקנין פירות, וקושיא זו הקשו הרמב"ן והר"ן להלן קלו ע"ב, והיה נראה לפרש בדעת הרשב"ם ע"ד מש"כ תוס' דיש חילוק לפי ר' יוחנן בין קנין של יניקה לשיעבוד של יניקה, וכמש"כ לפי ר"ל דסבר קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי יש חילוק בין קנין פירות לשיעבוד של פירות, ובקנין פירות תמיד יש לוקנין גמור, אבל בקונה ב' אילנות אפשר שאין לו אלא שיעבוד בקרקע לענין יניקה, אולם באמת בתוס' רי"ד בעצמו [לעיל כז ע"א] כתב שבאמת יש מחלוקת בזה, ולמד"א קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי שמביא ואינו קורא ה"ה נמי בקונה ב' אילנות הדין הוא כן שמביא ואינו קורא, והגמ' שאומרת טעם אחר חולקת על הסוגיא שם.

ג. **גמ' אמר רב יהודה אמר שמואל מחייב היה ר"מ אף בלוקח פירות מן השוק**, פרשב"ם להביא ביכורים בלוקח פירות שבאילן, וכונתו שקונה רק את הפירות ע"מ לתלוש ומשמע דאם קונה פירות בשוק ליכא חיוב רק אם קונה את הפירות בשעה שצמחו באילן, **אמנם** בשטמ"ק דכל החיוב ביכורים אינו אלא בפירות שביכרו ולכן פירות שקונה מהשוק אינו יודע שביכרו ולא אינו חייב רק כשקנה בעודם באילן ויודע שהם הפירות שביכרו, **מיהו** בריטב"א נראה שהבין דכונת הרשב"ם היא כפשוטו ע"ש דבתחלה כתב שלקחה מן השוק ממש, והקשה הא מבואר במסכת ביכורים כיצד מצות ביכורים יורד אדם לתוך שדהו ורואה תאנה שביכרה משמע דרק כשהוא מחובר איכא חובת ביכורים, וכתב הריטב"א דההיא רבנן או שאינו אלא למצוה, וצ"ע לפי פירוש הא' דנמצא שנחלקו ר"מ ורבנן בתרתי א' יש חיוב של ביכורים בקרקע או אף בקונה מהשוק, ב' אם יש תורת הפרשה של ביכורים במחובר או לא וצ"ע האם יש שיכות בין ב' המחלוקות, ואח"כ הביא הריטב"א דברי הרשב"ם משמע דסבר דלרשב"ם הוא לעיכובא.

ד. **גמ' והא כתיב אשר תביא מארצך ההוא למעוטי חו"ל**, שמעתי להקשות דבמשנה במסכת ביכורים פ"א מ"י מבואר דאין מביאים ביכורים מעבר הירדן שאינה ארץ זבת חלב ודבש, ובמהר"י קורקוס כתב [פ"ב ה"ג מבכורים] בדעת הרמב"ם דאף ת"ק דמחייב התם במשנה ביכורים מעבר הירדן אינו אלא מדרבנן משום דכו"ע סברי דמהתורה בעינן ארץ זבת חלב ודבש, ולפי"ז קשה אמאי בעינן הכא קרא למעט חו"ל תיפוק ליה דליכא ארץ זבת חלב ודבש, וצ"ע.

ה. **גמ' והכתיב אשר נתתה לי זיהיבת לי זוזי וזבני**, צריך להבין דאם הגמ' הבינה דקרא דאשר נתתי לי קאי על הפירות למה חסר בנתתה לי, ואם הגמ' הבינה דהכונה של הפסוק הוא על עצם הקרקע דכתיב "האדמה" אשר נתתי לי ולא על הפירות, קשה אמאי לא הביאה הגמ' רישא קרא את האדמה אשר נתתה לי, ועוד דא"כ לא תי' הגמ' כלום דהתי' של הגמ' קאי על הפירות, **ובבית הלוי** [ח"ב סי' נ] כתב לבאר ע"פ דברי הירושלמי במסכת ביכורים דדרשינן התם מקרא דהאדמה אשר נתתה לי "ולא שנטלתי מעצמי", וביאר שם הבית הלוי דממעטין מזה דבר שכבשו אותו שלא ע"פ הדיבור דאע"פ שמצד דיני כיבוש יש לזה דין של ארץ ישראל מ"מ לא חשיב האדמה אשר נתת לי, ולכן מקשה הגמ' דה"ה לפי הס"ד שמחייב ר"מ אף בלוקח פירות מהשוק אמאי לא חסר כאן באדמה אשר נתתי לי שהרי נטל את הפירות מעצמו, ותי' הגמ' דכיון שהוא נתן כסף והוא קנה מעצמו לכן לא הוה בכלל אדמה שנטלתי מעצמי, **אולם** צ"ע כונתו שהרי זה פשוט אף לדידן דלית דכל החיוב ביכורים הוא רק באופן שהקרקע שלו אטו אדם שקנה מחברו קרקע אין יכול להביא ביכורים דחסר בדין האדמה אשר נתתה לי כיון שקנה אותו מחברו ולא קיבל אותו בחלוקת הארץ, וכל הדרשה היתה רק בקרקע שמעיקרא לא היה בכלל חלוקת הארץ כגון חצי שבט מנשה דמעיקרא לא קיבלו, ועי' **באבי עזרי** פ"א בכורים ה"א [ד"ה ומה שכתב] שעמד בזה, וכתב לפרש דכונת הגמ' להקשות דקס"ד דבקרא דאשר נתתה לי כתיב שהקב"ה נתן לו הפירות ובשלמא אם יצאו מקרקע שלו מובן שהצמחת הפירות מקרקעו היא ע"י ברכת ה' וזה הכונה אשר נתתה לי אבל אם קנה הפירות ל"ש לומר דבר זה, ותי' הגמ' דכיון שיהיב לי זוזי זה בכלל ברכת ה' שקיבל הפירות, ועי' ברש"י שביאר ע"ד זה דלכן לא מקשה הגמ' על רבנן.

ו. **תוס' ד"ה ההוא למעוטי חו"ל**, ולרשב"א נראה דלא חשיבי ביכורים מצות התלויות בארץ דלא דמי לתרומה וחלה דהתם גוף הפירות מחויבין דטבל נינהו וכו', אבל ביכורים אין החיוב תלוי בפירות אלא באדם דאינם נאסרים באכילה אע"פ שלא הפריש מהם, נראה דאין כונת תוס' להוכיח ממה שאין טובלים שאי"ז תלוי בארץ, שהרי מצינו בלקט שכחה ופאה דאינם טובלים ומ"מ הוה בכלל מצות התלויות בארץ, אלא כונת תוס' דמצינו במצות התלויות בארץ שיש מצוה נתינה מצינו שהם טובלים ומסתמא אם ביכורים הם היה דינם שוה וע"כ שהוא חובת הגוף, ועד"ז נראה לבאר המשך דבריהם שכתבו ממה שמצינו שמתחייב בלא שיעשה האדם תיקון בפירות ובשדה כבר יכול לקבוע שם ביכורים, דלכאורה צ"ב דרש"י בקידושין לו ע"א ביאר דמצות התלויות בארץ היינו מצות שתלויות "בגוף הארץ או בפירותיה", וא"כ אם אפשר להחיל ביכורים במחובר כ"ש דחשיב מצוה התלויה בארץ, אלא ע"כ נראה דכונת תוס' להוכיח דבכל מצות התלויות בארץ מצינו שצריך תיקון וכיון שהוא שונה מכל מצות התלויות בארץ ע"כ שגדר החיוב של ביכורים הוא שונה ועי'.

בעיקר הנדון האם ביכורים הם חובת גברא או שהוא חיוב של הפירות, עי' במקדש דוד [סי' נה] שהביא המשנה בריש מסכת כלים עשר קודשות הם וכו' ארץ ישראל מקודשת מכל הארצות שמבאים ממנה ביכורים עומר ושתי הלחם, והגר"א לא גריס ביכורים,

וביאר שם דהראשונים שגרסו ס"ל דביכורים אינה מצוה התלויה בארץ ולכן לא קתני כלה כמו דלא קתני תרומות ומעשרות, אבל אן גרסינן נמי ביכורים ע"כ משום שהוא חובת הגוף, ועי' בדרך אמונה פרק ב' הי"ד - ט"ו בביאור הלכה שם בדעת הרמב"ם בזה.

ז. **תוס' ד"ה למעוטי אדמת עכו"ם**, ובחנם דחק דחד אדמתך דרשינן בפרק קמא דביכורים הנוט לתוך שלו והבריך לתוך של חברו או לתוך של רבים אינו מביא, וכתב הרמב"ן דהרשב"ם סבר דלס"ד דר"מ מחייב בביכורים אף במביא פירות מהשוק ה"ה נמי מחייב בכה"ג שמברך דכיון שאין כאן גזל יכול להביא.

ח. **תוס' בא"ד**, ועוד לית לן למעוטי לוקח מגר כיון דגר עצמו בר הבאה כדתנן וכו', בדרך אמונה [פ"ד ה"ב] בביאור הלכה כתב לישב דעת הרשב"ם ע"פ מה שהוכיח מדברי הגר"א דפרשת ביכורים כתיב בתורה בב' מקומות, בפרשת במשפטים כתוב ראשית בכורי אדמתך תביא בית ה', ובפרשת כי תבוא ודין קריאה כתוב רק בפרשות כי תבוא ולכן כתב דאלו שנתמעטו בפרשת כי תבוא מהקריאה כל המיעוט אינו אלא מחיוב הקריאה אבל חיוב להביא יש, אבל אותם שנתמעטו מקרא דמשפטים נתמעטו לגמרי, ולכן כתב דלוקח מגר שנתמעט מקרא דאדמתך נתמעט לגמרי גם מחוב להביא אבל גר עצמו שאינו יכול לומר האדמה שנתת לי לא נתמעט אלא מחיוב של הבאה רק מקריאה, וכתב דתוס' שהקשו משום דלא הסתבר דלוקח גמר יהיה גרוע מהגר עצמו, ועי' לקמן עוד מה שהבאנו דהאור שמח כתב יסוד זה.

ט. **תוס' בא"ד**, ולר"י נראה דמתני' נמי איירי בבני קיני ולא פליג אלא משום שאמו מישראל וכו', ביאור דבריהם דבתחלה הביאו תוס' דעת ר"י דבמשנה בבכורים משמע דגר לעולם אינו קורא, ואח"כ כתב ר"י דבירושלמי מבואר שגר קורא, ויכול לומר אשר נשבעת לאבותינו ממשום דכתיב אב המון גוים, [ודלא כמהשנה], והוסיף ר"י דהא דיכול לומר לתת לנו דמייירי בבני קיני דקיבלו חלק בארץ, אך ר"ת תמה דאיך יכולים לומר ארמי עובד אבי ולכן חלק ר"ת על הר"י דהירושלמי שבשתא, מיהו כתב ר"ת דבתוספתא מבואר דבני קיני יכולים לקרוא, ועוד כתב ר"ת דבמשנה בבכורים מבואר דגר שאמו מישראל קורא, ועי' הוסיף ר"י דהך מתני' מייירי באחד שהוא בן קיני ואף אמו מישראל, דלענין שיוכל לומר לאבותינו צריך שתהא אמו מישראל ולענין שנשבע לתת לנו צריך בני קיני, אבל הירושלמי והתוספתא לא הצריכו שתהא אמו מישראל וס"ל דאב המון גוים מהני לומר שנשבע לאבותינו, והנה הרמב"ם פ"ד ה"ג כתב אבל גר מביא וקורא לפי שטאמר לאברהם אב המון גוים נתתיך, ולא חילק הרמב"ם כתוס' דדוקא בבני קיני דקיבלו חלק בארץ, והקשה כן במשנה למלך ותמה דלענין וידוי מע"ש כתב הרמב"ם דגר אינו מתודה מה"ט שאין לו חלק בארץ, ועי' בידושי הגר"ח על הש"ס משי"כ.

י. **תוס' ד"ה ההוא למעוטי אדמת עכו"ם**, תימא לרשב"א אמאי איצטריך הא לר"מ יש קנין לעכו"ם להפקיע מיד מעשר, צ"ב הרי הרשב"א בתוס' ד"ה ההוא כתב דביכורים אינם מצות התלויות בארץ ואינם אלא חובת הגוף ולכאורה כל הנדון של יש קנין הוא רק לגבי מצות התלויות בארץ, והיה אפשר לומר דזה גופא מה שנתגלה במיעוט דאדמתך דאף ביכורים הם בכלל מצות התלויות בארץ ודוחק, **אולם** באחיעזר [ח"ב סי' לט ה'] כתב דגדר הדין של אין קנין היינו דחשיב חו"ל ואין בו קדושת ארץ ישראל, ואפשר דלפ"ז י"ל דאף שחובת הפירות הוא חובת הגוף מ"מ צריך ממקום שיש בו קדושה לענין תרומות ומעשרות, וע"כ אם אין בו קדושה של תרומות ומעשרות אין חובת ביכורים, עיי' עוד מש"כ לדון בדברי תוס' בתירוצם.

הערות וציונים

פרק המוכר את הספינה

דף פא:

א. **גמ' אמר לו דבר שהראשונים לא אמרו בו טעם תשאלני בבית המדרש**, בתוס' ר"י דלעיל כז ע"א כתב דמשמע בגמ' דהיה להם טעם לדבר אלא שלא נודע להם מה הטעם לכך, וביאר בתוס' ר"י דהטעם מפורש בגמ' להלן קלו: דמבואר בגמ' דנחלקו ר"י ור"ל אם קנין פירות כקנין הגוף דמי או לא ומבארת הגמ' דלר"י דכקני הגוף דמי מביא וקורא, ולריש לקיש דקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי הדין הוא דמביא ואינו קורא, וטעמא דמילתא ביאר משום דאע"פ שאין לו קנין הגוף מ"מ כיון שיש לו שיעבוד של יניקה בקרקע של חברו לכן מביא אלא דאינו יכול לקרוא כיון שאין לו את גוף הקרקע, וכן כתב הרשב"ם שם דסברת ר"ל דמביא משום דכתיב אשר תביא מארצך, אלא שאינו קורא שאין יכול לומר האדמה אשר נתתה לי, וביאר בתוס' ר"י דזהו מה דמקשה כאן ר' שמעון בן אליקים לר' אלעזר דר"א סבר כסברת הגמ' להלן שיש חילוק בין היכא שיש קנין בגוף הקרקע שמביא וקורא, אבל היכא שאין לו רק זכות יניקה כהא דקונה ב' אילנות או קנין פירות לר"ל שאין לו קרקע ויש לו רק זכות יניקה, והקשה לו דאין כאן סברת דכמו שצריך אדמתך לענין קריאה צריך נמי לענין הבאה, ורבא השיב לו דסיפוקא מספקא לן חלק על הך סברא וסבר דאם אין לו רק שיעבוד של יניקה מהקרקע אינו מביא כלל, ונמצא לפי דבריו שיש מחלוקת הסוגיות מה הטעם של המשנה לפי רבנן דקונה ב' אילנות מביא ואינו קורא האם הוא משום דאין לו קנין בגוף הקרקע ורק זכות יניקה ויש פרשה של הבאת ביכורים בלא קריאה, או דכל החיוב הוא משום דסיפוקא מספקא לן האם קנה קרקע.

והנה הרמב"ן והר"ן [לקמן קלו:] הקשו על הרשב"ם שכתב דלר"ל מביא ואינו קורא משום דהוא בכלל אשר תביא מארצך, דא"כ מה הגמ' דנה כאן מ"ט דר"מ באילן אחד ומ"ט דרבנן בב' אילנות דמביא ואינו קורא הרי כיון שיש זכות יניקה הרי הוא בכלל תביא מארצך וכקנין פירות לר"ל, ולמבואר בתוס' ר"י דסוגית הגמ' כאן נחלקה על סברת הגמ' בדעת ריש לקיש וס"ל דקנין יניקה אינו מחייב הבאת ביכורים, [ודעת הרמב"ן שם דהא דמביא לפי ר"ל הוא מחמת ספק דשמא קנין פירות נמי חשיב מארצך].

ב. גמ' דילמא ר"מ באילן אחד סיפוקי מספקא ליה, פרשב"ם דהספק הוא אי קנה קרקע או לא ולכן מביא והא דאינו קורא מבואר בהמשך דברי הגמ', ומדברי הרשב"ם נראה דהספק הוא בדעתו של המוכר האם נתכון להקנות קרקע או שאין בדעתו להקנות הקרקע, וכן פירש באור שמח פ"ב ממעשר ה"ב, ועי' **ב"ד רמה** [אות סו] שמדבריו מבואר עד"ז דהספק הוא האם לב' אילנות יש חשיבות של שדה אילן ולכן קנה קרקע או דאין לזה חשיבות של שדה אילן ולא קנה קרקע, ולכן כתב ב"ד רמה דבאילן אחד לרבנן פשיטא דלא חשיב שדה אילן ולא קנה קרקע, אבל בתוס' רי"ד לעיל כז. כתב דהספק הוא גם באילן אחד.

והנה בפשוטו נראה דהחיות הבאה מספק הוא מדאורייתא ומדין ספק דאורייתא לחומרא וכן נראה מכל המשך של הגמ', אבל ברמב"ן לעיל כז ע"ב כתב דטעמא דרבנן דמביא ואינו קורא בב' אילנות הוא מדבריהם משמע דמהתורה אין חיוב להביא כלל, אמנם ברמב"ן בסוגיין נראה שהוא ספק דאורייתא ויבואר להלן באות ד', [ועי' ברמב"ן ובר"ן לקמן קלו: שכתבו דטעמא דר"ל דסבר דקנין פירות לאו כקנין הגוף מביא ואינו קורא משום דמספקא לן האם הוא בכלל מארצך, ומצינו בסוגיא כאן דספק הבאת ביכורים מביא ואינו קורא, ואם כאן הוא ספק מהתורה האם קנה קרקע או לא מה ענין לספק דקנין פירות שהספק הוא האם קנין של פירות חשיב מארצך ומשמע נמי שהוא מדרבנן וי"ל], ועי' באבי עזרי פ"ד מביכורים הי"ג שתמה הרבה על סברת הרמב"ן שהוא מדרבנן.

ג. בעיקר מה דמבואר כאן דאע"פ שיש ספק אם קנה קרקע, הקשה בתשובת חמדת שלמה דהא מסקנת הסוגיא בב"מ דספק בכור הדין הוא המוציא מחברו עליו הראיה ומבואר שם בגמ' דהספיקות נכנסים לדיר להתעשר ומתורת ודאי הוא, והיינו דכיון שמצד דיני הממון הוא של המוחזק הוא שלו לכל דיני התורה, וא"כ הכא שהמוכר הקרקע שלו לכל דיני התורה ואם ירצה להביא ביכורים יהא מחויב להביא ולקרוא א"כ אמאי חייב הלוקח מספק כיון שפסקו שהוא של הראשון, ועי' בקה"י ב"מ סי' יא שהביא מה שתי בזה בחמדת שלמה ומה שהביא לו בנתה"מ שם.

והנה באחרונים כתבו יסוד בכל דיני ספיקות של ממון עי' בשערי ישר [ש"ה פ"ח] קובץ הערות [סי' עא] חזון איש [אבהע"ז סי' לט ג'] אבי עזרי [פ"ד מבכורים ה"ד], דאע"פ שבכל ספק ממון אזלינן בתר חזקת מרא קמא או בתר המחזק והדין הוא דהמוציא מחברו עליו הראיה, אין הכונה דזהו דין בירור בתורת ודאי שהוא שלו אף אם כלפי שמיא הממון אינו שלו, אלא דהבעלות של הבעלים לא פקעה אלא שזהו הלכה שהממון ישאר ביד מי שמוחזק וכ"ז שלא הביא השני ראיה להוציא דנים אותו בודאי שהוא שלו, אבל כלפי שמיא הבעלות לא פקעה מהבעלים האמיתי, ולכן אע"פ שמצד דיני הממון יד המוכר על העליונה וא"צ ליתן לו קרקע, מ"מ אם האמת שקנה קרקע והוא שלו הרי הוא מחויב להביא ביכורים וע"כ כיון שהספק לא הוכרע צריך להביא ביכורים, [ועי' בחזו"א דבמקום ספק דהמחזיק מוחזק אם יתפוס השני ממנו ויקדש אשה היא תהא ספק מקודשת דכל מה דמהני דין מוחזק זהו לגבי עצמו דחשיב כודאי שלו שהוא יוכל לקדש בו אשה אבל לגבי חברו לא הועיל דין מוחזק להכריע דין ודאי, ועי' בקובץ הערות עוד נפק"מ לדינא בזה].

ד. גמ' וליחוש דילמא לאו ביכורים נינהו וקא מעיל חולין לעזרה, ברשב"ם הביא ב' פ' האם איסור הבאת חולין לעזרה הוא מהתורה או מדרבנן, ומשמע מדבריו דאיכא איסור להכניס כל דבר חולין לעזרה, אבל תוס' כתבו דכל האיסור הוא רק כשעושה הגשה ותנופה, אבל בלא"ה לא דאלי"כ איך כהן או ישראל נכנס בבגדיו שאינם להקרבה, [ויש לדון לתוס' האם במקום שיש הגשה ותנופה האיסור הוא כבר במעשה הכניסה או"ד דבעינן שיעשה המעשה הגשה ותנופה ועי' בלשון תוס' רי"ד], והנה **ברמב"ם** פ"ב משחיטה ה"ג נראה דכל האיסור הוא רק במידי דבר אכילה, ואפשר דזהו סברת הרשב"ם, ועי' במשנה למלך שהאריך בכ"ז. **והנה** הרמב"ן הקשה על הרשב"ם איך כתב שכל האיסור להכניס חולין לעזרה הוא מדרבנן א"כ מה מקשה הגמ' דכיון שיש צד שחייב להביא ביכורים מהתורה א"כ דין תורה דוחה דין דרבנן, מדברי הרמב"ן מבואר שחיוב הבאת ביכורים בב' אילנות הוא מהתורה ודלא כמו ששמע מדבריו לעיל כז ע"ב ולקמן קלו ע"ב והוא סתירה בדברי הרמב"ן ועי' באות יג מש"כ לבאר, ועי' בתוס' רי"ד שהאריך לבאר דחלוק ספק דאורייתא דהתם יש צד שהוא חולין גמור משא"כ היכא שיש חיוב ביכורים מדרבנן דיסוד האיסור הוא ביזון שנכנס לעזרה כך אבל בחיוב דרבנן ליכא ביזון, ועי' במנחת חינוך מצוה צ"א שהעיר מזה.

ה. גמ' דמקדיש להו, ברשב"ם כתב על תנאי אי הו ביכורים שפיר ואם לא ליקדשי לקנות בהם קרבן, וצ"ב מדוע הוצרך להקדיש על תנאי הרי אם בלא תנאי אם הוא ביכורים ההקדש לא יחול, [והריטב"א כתב בהא דמפריש תרומה דמפריש בתנאי והרשב"ם שם לא הזיר כן], וברמב"ם פ"ד ה"ד מבואר שמקדיש בלא שום תנאי, ועי' במאירי שכתב ב' שיטות בזה, והרשב"ם כתב שהקדיש דמיו לקנות קרבן, ותוס' כתבו שהקדיש לצורך בדק הבית, והרשב"ם אזיל כאן לטעמיה שכתב לעיל עט. דהקדיש פירות ל"ש שיהיה קדושים לא לבדק הבית ולא מזבח ולכן הוצרך לפרש לדמי קרבן.

והנה יש להעיר דכיון שמקדיש אותו לאחר שקרא שם של ביכורים איך חל ההקדש ואמאי לא חשיב הדבר כאינו ברשותו, והרי"ז דומה להא דמבואר בגמ' ב"מ ז' ע"א דממון שאין יכול להוציאו בדינים הקדישו אינו קדוש, וה"נ כיון שמספק חל עליו קדושת ביכורים הו ממון שאינו יוצא בדינים, ועיין.

ו. **גמ' והא בעי מיכלינו**, צריך להבין קושית הגמ' בפשוטו נראה דכונת הגמ' דאכילת ביכורים מעכבת ומקשה הגמ' דהא לא מקיים מצות הבאת ביכורים, אבל בתוס' רי"ד [אות יט] נראה דסבר דאכילת ביכורים אינה מעכבת וביאר דקושית הגמ' היא דאם אין יכול לאכלו אין חיוב להביא ביכורים דכל הענין של ביכורים הוא כדי שיהא ראוי לכהן לאכילה, וכ"כ במאירי וז"ל ואף לדעת האומר במסכת מכות אכילה לא מעכבא מ"מ עיקר הבאתן למצות אכילה היא והאיך אוכלם והקדש הם, **ואפשר לבאר** באופ"א דהרי ביכורים הוקשו לתרומה [כדמבואר ברשב"ם] ובתרומה יש הלכה של משמרת תרומתי שאסור להפסיד את התרומה, וא"כ מקשה הגמ' איך יוכל הקדיש את הביכורים דנמצא דע"ז גורם שלא יוכל לאכל את הביכורים ומפסידם.

ז. **גמ' דפריק להו**, פרשב"ם אחר שהניחם לפני המזבח והניף, צ"ב אמאי צריך לפדותו לאחר הנחה הרי מיד לאחר כניסה לעזרה יכול לפדותו, ולדעת תוס' דהאיסור להכניס חולין לעזרה הוא בתנופה והגשה א"ש דרק אח"כ יכול לפדותו, **ואפשר** דהרשב"ם גם מודים לתוס' דיש איסור כשעושה מעשה תנופה והגשה אלא דסבר דאף בכניסה לבד איכא איסור, והנה ברשב"ם מדויק שהבעלים פודה אותם, אבל ברמב"ם [פ"ד ה"ד] כתב שהכהן שקיבל אותו פודה אותם, ובא"ש כתב דהרמב"ם פירש כן משום אם הוא עצמו פודה אותם צריך להוסיף חומש לכן פ"י דהכהן פודה אותם.

ח. **גמ' ודילמא לאו ביכורים נינהו וקא מפקע מתרומה ומעשר דמפריש להו, בשלמא תרומה גדולה יהיב לכהן**, מלשון הגמ' משמע דהישראל מפריש את התרומה, וכן דייק הרשב"ם, אמנם בתוס' רי"ד נראה דבאמת הכהן הוא מפריש את התרומה וצ"ב מלשון הגמ' דקתני דיהיב לכהן והרי כהן אינו מחויב ליתן תרומה לכהן אחר.

ט. **גמ' אלא מעשר ראשון דלוי הוא למאן יהיב ליה**, פרשב"ם ואין לנו לעשות תקנה לגזול את הלויים, צ"ב מדוע הוצרך הרשב"ם לכך ולא פירש כפשוטו דלא יוכל ליתן ללוי שהרי שמא הם ביכורים והם של הכהן, וע"י רש"ש.

י. **גמ' ודילמא ביכורים נינהו ובעו קרייה**, פרשב"ם והאיך יאכל מהם בלא קרייה, צ"ב דאם מצות קרייה מעכבת אמאי לא פירש כפשוטו דכיון שיש מצות קרייה ואם אין יכול לקרוא לא מתקיים מצות ביכורים כדן, ואם קרייה לא מעכבת א"כ איך יתכן שזה יעכב את אכילת הביכורים, וע"י בלשון רבנו גרשון שכתב כן ואמאי אינו קורא.

יא. **גמ' והא אמר ר' זירא כל הראוי לבילה אין בילה מעכבת בו וכל שאינו ראוי לבילה מעכבת בו**, צ"ב אמאי חשיב אינו ראוי לבילה הרי כל החיוב הבאה הוא לפי הצד שמחויב בביכורים, ולפי הצד הזה אף יכול וחייב לקרוא, ועוד דכל הטעם שאינו קורא מבואר בהמשך הגמ' דר' אשי אמר משום דמחזי כשיקרא שהרי קורא בשביל הבאת ביכורים ושמא אינו מחויב להביא כלל, ר' משרשיה אמר משום דיש חשש שמא יבאו להפקיע מתרומות ומעשרות, ובפשוטו מבואר דאין איסור מהתורה לקרוא את הפרשה של ביכורים אלא דין דרבנן וא"כ אמאי חשיב אינו ראוי לבילה, **ובריטב"א** עמד ע"ז וכתב וי"ל דאפ"ה כיון דאפשר דבעו קרייה ואי אפשר לקרוא כמי שאינו ראוי לבילה חשיב, נראה מדבריו דס"ל דכל דבר שאינו ראוי מדרבנן חשיב אינו ראוי מהתורה, ולכן הכא כיון שאינו ראוי מחמת חששות תו לא ראוי לבילה הוא, [וכבר דנו בזה באחרונים היכא דאינו ראוי מדרבנן אם חשיב אינו ראוי מהתורה ע"י בספר במפתח], **אמנם** בשטמ"ק כתב בשם הרא"ש דכל קושית הגמ' היא רק לרב אשי דטעמא שאינו יכול לקרוא משום דמחזי כשיקרא דהוא סברא דאורייתא אבל לפי הטעם דמשום חשש דרבנן שיבוא להפקיע מתרומות לא חשיב אינו ראוי לבילה כיון שמהתורה הוא ראוי לבילה.

יב. **תוס' ד"ה אלא**, והקשו תוס' דאמאי לענין המעשר ראשון אין לישראל חיוב ליתן ללוי דהוה כדמאי ויוכל ליתן אותו לכהן מדין ביכורים, [והיינו דאת כל הביכורים צריך ליתן לכהן דלא יכול רק להביאו מחמת הספק ולהשאירו אצלו דזהו חלק מהמצות הבאה שיבוא ליד הכהן ואין זה דבר נפרד מהחיוב הבאה ודו"ק], ות"י תוס' דכיון דחלק זה אינו שייך לישראל ממ"נ לכן אין יכול ליתנו לכהן, והרשב"ם כתב דדינו יהא כ' אוחזים בטלית דיחלוקו הכהן והלוי בזה.

ועוד ת"י תוס' דדמאי דהוה ספיקא דרבנן אין מצות נתינה אבל הכא בספק תרומות ומעשרות צריך ליתנו לכהן, והיינו שנחלקו ב' ת"י תוס' אם איכא בספק מתנ"כ הכלל של המוציא מחברו עליו הראיה, והרשב"ם תמה דהרי בספק בכור מצינו דאין צריך ליתנו מספק אלא המוציא מחברו עליו הראיה, וע"י בשערי ישר [שער ה פ"ז] שכתב דחלוק ביסודו חיוב נתינה של תרומות ומעשרות שאינו תלוי בדין הממון לנתינה של בכור שהוא רק תוצאה מכח הדין הממוני שהוא של הכהן ולכן התם בספק אין חיוב ליתן לכהן, וע"י במקדש דוד סי' נה אות ט' שהאריך נמי ביסוד זה.

יג. **גמ' דעביד להו כו' יוסי בר חנינא דאמר בצרן ושגרין ביד שליח ומת שליח בדרך מביא ואינו קורא**, מבואר בגמ' דמעיקר הדין אין יכול להביא ביכורים כאלו כיון שאם יביא יהא מחויב לקרוא וע"כ צריך לעשות ע"י שליח, ויש להסתפק האם הא דצריך לעשות שליח הוא דין דאורייתא או שזה דין דרבנן, ויסוד הספק הוא דמכיון שעיקר חובת ביכורים הוא שיביא ויקרא ע"כ היכא שאין יכול להביא ולקרוא אין חייב להביא ביכורים דמה שישלח ע"י שליח לא מקיים את עיקר החיוב, ולכן כל החיוב לשלוח ע"י שליח הוא רק מדבבנן, או"ד דאע"פ שטין יכול לקרוא מ"מ כיון שיש לו אפשרות להביא הביכורים בלא חובת קריאה חייב לדאוג שיביאו את

הביכורים, והנה הרמב"ן להלן קלו ע"ב כתב דחובת הביכורים בב' אילנות הוא מדרג, ואפשר דהמקור של הרמב"ן הוא מהך סברא גופא דכיון שמעיקר הדין צריך להביא ולקרוא ואין חיוב לדאוג להביא ביכורים בלא חובת קרייה וכל החיוב הוא רק מדברבן כמו שמצינו בקונה ב' אילנות, ולפי"ז יש לישב מה שהקשו לעיל באות ד' דברמב"ן בסוגיין משמע שהחיוב הבאת ביכורים הוא מהתורה, ולמבואר כ"ז רק לפי ההו"א של הגמ' דהחיוב להביא הוא מכח הספק אבל לפי מסקנת הסוגיא אין חיוב להביא מדאורייתא כיון שאין יכול לקרוא וכל החיוב הוא באמת רק מדרבנן ועי'.

הערות וצינונים פרק המוכר את הספינה

דף פב.

א. [פא ע"ב] גמ' דעביד ליה כר' יוסי בר חנניא דאמר בצרן ושגרן ביד שליח ומת שליח בדרך מביא ואינו קורא, חזינן דאיכא ביכורים דחייבים לקרוא ואע"פ שאין הקרייה מעכבת מ"מ בעינן שיהא ראוי לקרייה ואם א"א לקרוא א"א להביא, ואיכא אופנים שיש הבאת ביכורים שלא נאמר בהם חיוב קרייה, והרשב"ם בד"ה [כל הראוי לבילה] עמד בזה וכתב דמצינו בגר או במביא מהחג ועד חנוכה דמביאר ואינו קורא, וכן מתבאר בתוס' [ד"ה בצרן] דיש ב' פרשיות של ביכורים שכתבו דיש חילוק בין אם בצרו ע"מ לשלחן ביד שליח דלא חשיב ראוי לקרייה, אבל אם בצרו אותו ע"מ שהם בעצמם יביאו אותו חשיב ראוי לקרייה וא"א לשלוח ע"י שליח שע"י לא יהא ראוי לקרייה, וצ"ב מנלן הך דינא, **ובאור שמח** פ"ד מבכורים ה"ג כתב דיש ב' פרשיות של ביכורים חדא במשפטים דכתיב ראשית ביכורי אדמתך תביא וגו' והתם לא כתיב קרייה, ואיכא עוד פרשה של ביכורים בפרשת כי תבוא ושם כתיב קרייה ולכן היכא שנאמר קרייה היא מעכבת המצוה, וע"ע בדרך אמונה פ"ד ה"א, [ועי' מש"כ לעיל פא ע"א לישב דעת הרשב"ם עפ"י].

והנה בעיקר מה דמבואר בסוגיין דיש כאן חסרון של ראוי לבילה, יש להקשות דכיון דבפועל א"א לקרוא אמאי לא הוה בכלל הנך ביכורים שלא נאמר בהם חיוב קרייה כמו אחר החג, דהא מיד בשעת הפרשה יש ספק האם הוא הם ביכורים ואינם ראויים לקרייה, וצריך לבאר דהצד שקונה ב' אילנות חייבים בביכורים הם משום דשמא קנה קרקע, וא"כ גדר החיוב הוא ככל חיוב של ביכורים, אלא שבפועל א"א לקרוא כיון שיש חסרון דמחזי כשיקרא או דיבאו לפטור ממעשרות, ע"כ נראה כיון שמצד עצם חובת הבאת ביכורים הם ראויים לקרייה גדר החיוב הוא כמו ככל ביכורים שראויים לקרייה אלא שיש כאן מניעה מצד אחר שאין יכול לקרוא.

ב. רשב"ם ד"ה ולקחת והבאת, מבואר ברשב"ם דאיכא ב' אופנים בברייתא בצרן בעה"ב ושלחן ביד שליח, או שבצר השליח ומת שליח בדרך והבעה"ב הביאו לירושלים, ומיהו כתב הרשב"ם דאם בצרן שליחו הביאו לירושלים אע"פ שהשליח בעצמו אין יכול לקרוא כיון שאין יכול לומר האדמה אשר נתת לי כדמבואר במשנה ביכורים [פ"א מ"ה] מ"מ הבעלים יכולים לקרוא, דשלוחו של אדם כמותו, אבל **הראשונים** הקשו ע"ז דהרי כתיב בפרשה "הנה הבאתי" ואיך יכול לומר כן הבעלים הרי הוא לא הביאו ואם נימא דיכולים הבעלים לומר כן כיון ששלוחו של אדם כמותו א"כ ה"ה נמי לענין הדין של לקיחה והבאה כאחד נמי נימא הכי דשלוחו של אדם כמותו ואף אם מת שליח בדרך וגמר הבעלים הבאתו חשיב שהבעלים עצמם הביאו אותו, **ובריטב"א** כתב וז"ל דגזירת הכתוב שתהא הולכה והלקיטה בגוף אחד ממש ולא מקצת ע"י שליח אע"פ שהוא כמותו, אבל הראשונים שחלקו ס"ל דאם שליחות מהני ה"ה הכא ואין צריך גוף אחד, והנה במאירי בגיטין מז ע"ב כתב שאם הביאו הבעלים ומת בדרך בנו שיוורש אותו יכול להביא ולקרא דחשיב לקיחה והבאה כאחד, ולסברת הריטב"א לכאורה בכה"ג לא יוכל הבן לקרוא כיון דמ"מ לא הוה בגוף אחד, וסברת המאירי הוא שדין הבאה נאמרה רק על הבעלים ולא על אחר ולכן היכא שבנו יורשו חשיב לקיחה והבאה כאחד.

ג. תוס' ד"ה בצרן, תימא הא נראה לקרייה ונדחו וכו', והריטב"א דס"ל דדבר זה לא חשיב נראה ונדחה כיון שאם חזר בעל הבית ונטלן והביאן לירושלים חייב, ונראה כונתו דאם החזירן לביתו והביא לירושלים חייב, ועי' מנ"ח מצוה תרו אות ה'. **ותוס'** הביאו מש"כ רשב"ם דבצירה הוא לקיחה וחלקו עליו דלקיחה היינו לקיחה מהבית אבל הבצירה עצמה אין חילוק מי יעשה אותו, ויש לעיין לפר"ת דהבצירה לאו כלום היא א"כ אמאי כתב ר"ת לעיל בשם הירושלמי שתלוי מה היה בדעתו בשעת בצירה אם לשלוח אותו ע"י שליח או לא, ולכאורה מה נפק"מ בדעתו באותה שעה הרי לא חל שום דין בבצירה, ואף אם חשב בתחלה לשלוח ע"י שליח יכול לשנותו והוא עצמו יקח אותו ומדוע זמן הבצירה קובע את דין הביכורים וצ"ע, ועי' באילת השחר. **והנה** הריטב"א דייק ברשב"ם שהלקיחה והבאה היינו כל הדרך מביתו עד לירושלים, דלשון הרשב"ם הוא דבעינן הבצירה "והבאה כולה" עד לירושלים באדם אחד, אבל בראשונים כתבו דסגי בתחילת לקיחה וסוף הלקיחה דהיינו כישכנס לעזרה צריך שהבעלים יעשה אבל באמצע הדרך אין צריך לקחת אותו, [והנה ברשב"ם משמע דצריך רק להביאו לירושלים, אבל ברמב"ן נראה דהבאה היינו לתוך העזרה, עי' בזה].

ד. תוס' ד"ה עד שתהא לקיחה והבא כאחד, פ"ה דבצרן שליח והביאן לירושלים וכו' ואין נראה שיקראו בעלים כדמשמע בירושלמי, כתב **מהרש"א** שכונת תוס' הוא מהא שכתב הירושלמי דבצרן ע"מ לשלחן ביד שליח חשיב אינו ראוי לקרייה, ואם הבעלים יכול לקרוא כששליח לקחו אמאי חשיב אינו ראוי לקרייה, וכתב מהרש"א דלרשב"ם לשיטתו ליכא ראייה כלל דאיהו ס"ל

בצירה הוה בכלל הבאה וא"כ מיד שבצרן ע"מ ששליח יטלנו חשיב לא ראוי לקרייה כיון שחסר בלקיחה והבאה כאחד ולעולם אם השליח עשה הכל יכול הבעלים לקרוא.

ה. גמ' א"ל משום דמחזי כשיקרא רב משרשיה וכו' דלמא אתי לאפקעינהו מתרומה ומעשר, לעיל הובא מש"כ בתוס' הרא"ש בשטמ"ק דהמחלוקת הוא האם הוא חסרון דאורייתא או רק חשש דרבנן, דרב אשי שסבר דהוא משום דמחזי כשיקרא סבר שהוא מדאורייתא אסור אבל לרב משרשיה דשמא יבאו להפקיע מתרומה ומעשר הוא רק דין דרבנן, ועי' בדרך אמונה בביאור הלכה [פ"ד ה"ד] שכתב דבפשוטו האיסור שקר כאן הוא מדבר שקר תרחק, אלא שהקשה דמצינו בכמה מקומות דכל האיסור של שקר הוא רק באופן שעשה רע לחברו בזה אבל אם הוא סתם מספר שקר אינו עובר באיסור תורה רק מדרבנן, ולכן כתב לבאר דכונת הראשונים הוא משום דכשעומד לפני המלך צריך לעמוד באימא וביראה ואם משקר זהו בכלל זילזול של המלך ועובר באיסור של את ה' אלו קיד תירא ומחמת זה חשיב איסור דאורייתא, ועי' ברשב"ם שכתב דמשום דובר שקרים לא יכון לנגד עיני, והנה בשאגת אריה סי' צ' כתב דנפק"מ היכא שמחויב מהתורה להביא ביכורים ומספק אין קרייה דאם משום דמחזי כשיקרא אף בכה"ג לא יקרא, אבל אם משום דאתי לאפוקי מתרומות ומעשרות כה"ג יכול לקרוא כיון שהוא בלא"ה פטור דהוה ביכורים.

ו. גמ' וליחוש דילמא מסקא ארעא שירטון וא"ל תלתא זבינת לי, הקשו הראשונים הרי אפשר לגלות העפר ויראו הכל אילן אחד, ותי' דמהא שמעינן כי אפילו הם אילן אחד ויוצאים שנים מן הגזע שלושה אילנות חשיבי, והביאו שכן מבואר בגמ' להלן פז ע"א ג' בדי אילן חשובים כג' אילנות.

ז. בגמ' שם, כתב הרשב"א והריטב"א דמוכח מהכא דהלוקח נאמן לומר שקנה ג' אילנות ולטעון שקנה קרקע ואין המוכר חשיב מוחזק אלא עליו להביא ראיה, וטעמא דמילתא משום דכאן נמצא כאן היה, ולכן כתב דה"ה אם הענפים גדלו והלוקח אומר שכך היו הענפים בשעת מכירה והמוכר אומר שלא היה כך אלא צמחו וממילא אין לו את כל הקרקע שתחת הענפים, דהלוקח נאמן דאמרין כאן נמצא כאן היה, אבל הרמב"ן חולק וסבר דאין הלוקח נאמן לומר שהענפים האלו היו בשעת מכירה, ולפי"ז צריך להבין מה הסברא שיוכל לומר לו כאן תלתא זבינת לי, וכתב הריטב"א דאע"פ שאינו נאמן מ"מ יוכל להטריחו לבוא לב"ד ולדון עמו, ולכן תיקנו שיקוף אותו מיד דאין המוכר רוצה לטרוח לבוא עמו לדין, ועי' בשו"ע רט"ז סעי' ח' מש"כ הסמ"ע והט"ז.

ח. גמ' דקל אין לו גזע, סבר רב זביד למימר אין לו גזע לבעל הדקל כיון דלמחפר ולשרש קאי אסוחי מסח דעתיה, פרשב"ם כיון שהוא סבור שיתביש לכן מתיאש מן היוצא מהגזע ולא נתכון לקנותו, צ"ב דלכאורה א"צ כונה מיוחדת לקנות היצא מהדקל דבקנין שזכה בדקל עצמו זכה בכל מה שיצמח ממנו, דמה שיש לו מה שיוצא מהדקל הוא מדין ארעי אשבח, ואמאי כתב הרשב"ם שצריך כונה לכך, ועי' לעיל עט. שנתבאר שהזכות של ארעי אשבח אינה דין ממוני כתוצאה מהבעלות על הקרקע, אלא זהו זכות נוספת שיש לבעלים על הדבר [ולכן נתבאר דלהקדש אין זכות דארעי אשבח], ולכן יתכן שמכיון שלא היה סבור שיבוא לא נתכון לקנות זכות זו, ואפשר דהכא הרי כל הקנין שלו באילן הוא אינו רק עד שיתביש ולא דמי לכל קנין שאדן קונה קרקע ולכן אפשר דבזה ל"ש לומר ארעי אשבח אלא צריך כונה מיוחדת לקנות את הגזע ולכן כיון שסבור שיתביש לא נתכון לקנות, ועיין.

ט. גמ' ולרב זביד קשיא מתני', דזבין לחמש שנים, לפרשב"ם כיון שקנה לזמן קצוב ע"כ לא מסיח דעתו מן הגזע כיון שאם יתיבש יכול ליטוע אחר במקומו עד חמש שנים, צ"ב דבמשנה נחלקו ר"מ ורבנן בקונה ב' אילנות אם קנה קרקע או לא, ולמבואר עכשיו דטעמא דרבנן דהעולה מהגזע לבעל האילן משום דמכר לחמש שנים קשה טובא א"כ מה הסברא של ר"מ שקנה ב' אילנות קנה קרקע הרי בהדיא אמר לו שקונה רק לזמן ה' שנים, ובתוס' הקשו עד"ז דלמה חלוק בין קונה ב' אילנות לקונה ג', עוד צ"ע דתוס' לעיל כז. [ד"ה לא] ביאר דאף לר' יוחנן דסבר לקמן קלו ע"ב קנין פירות כקנין הגוף מ"מ קונה ב' אילנות לא חשיב קנין פירות כיון שאין לו קנין לזמן דכל הקנין הוא רק עד שיתביש, אבל בכל קנין פירות יש לו לזמן קצוב, וצ"ע הרי לפי ר"ז מפרש מתני' דמיירי במכר לחמש שנים וא"כ קשה דבכה"ג קנין פירות כקנין הגוף ולרבנן בכה"ג ג"כ קנה קרקע צ"ע.

י. תוס' ד"ה מתקיף, ומה שתי' בקונטרס זהו דוחק, דהרשב"ם פירש דבאמת לר"פ מתני' דקתני קונה ב' אילנות לא קנה קרקע מיירי בכל האילנות אף בדקל, אלא הא דקתני במשנה דיש לו גזע לא מיירי באילן דקל כיון שהוא ל"ש שיוצא גזע ולכן אע"פ שהוציא לא נתכון לקנותו דלא היה סבור שיצא.

יא. תוס' בא"ד, עוד מפרש ר"ת וכו' אלא הכל לבעל הדקל כיון דלחפור ולשרש קיימי דכשיבש האילן יקח בעל האילן את השרשים ויחפור וישרש את הכל אסוחי אסח דעתיה בעל הקרקע, צ"ע דכיון שבעצם הכל שלו איך נפקע ממנו זכות זה במה שמסח דעתיה, והיינו אם מצד מה שקנה הלוקח זכות זה לא מונח אצלו במה פקע ממנו דין זה של ארעי אשבח, ואפשר דכונת תוס' דמצד קנין של הלוקח כלול ג"כ זכות זה.

הערות וציונים פרק המוכר את הספינה

דף פב:

א. [פב ע"א] גמ' וכמה א"ר חייא בר אבא אמר ר"י הרי זה קנה תחתיהן וביניהן וחוצה להן כמלא אורה וסלו, ברשב"ם בע"ב וכ"כ בר"י מגאש וריטב"א דיש חילוק בין קנין בקרקע שתחת ובין האילנות לקרקע של מלוא אורו וסלו, דבקרקע שתחתיו קונה להיות שלו לגמרי ויכול לזרוע שם מה שירצה, אבל חלק של מלוא אורו וסלו מבואר בגמ' להלן דבעצם היה למוכר זכות ליזרוע שם ואינו קנין גמור ללוקח שיכול לזרוע שם, וכל מה שיש לו הוא רק שיעבוד לעמוד שם ללקט פירותיו, [ולא נתברר לי האם בקרקע שתחתיהן קונה לגמרי שיוכל לבנות לחפור בורות שיחין ומערות או רק ליטוע אחרים תחתיהם וכן משמע ברשב"ם].

והנה בעיקר הדין של המשנה דבקנה ג' אילנות קנה קרקע ולכן ישפה, נחלקו הראשונים האם הא דיש למוכר זכות לקוץ הענפים הוא רק במה שיוצא חוץ לשיעור של אורו וסלו, או אף בענפים שגדלו בתוך אורו וסלו נמי יכול לקוץ, דעת **רבנו יונה** דאף במה שגדל בתוך אורו וסלו יכול לקוץ, אבל בנמוק"י כתב דרק במה שיצא חוץ לאורו וסלו יכול לקוץ אבל מה שבתוך אורו וסלו לא, וכ"כ בכס"מ פכ"ד ממכירה ה"ה, **וביאור** הדברים כתב במשנה למלך שם דדבר זה תלוי במה שנחלקו הראשונים האם הלוקח נאמן לטעון שהענפים האלו היו בשעת מכירה או אין הלוקח נאמן אלא המוכר חשיב מוחזק בזה, ורבנו יונה סבר שהלוקח נאמן לכן אף במה שגדל בתוך השיעור של אורו וסלו יכול לקוץ כדי שלא יבוא לטעון הלוקח אח"כ לטעון שיש לו זכות של אורו וסלו מהענפים שגדלו אח"כ דכל הענפים האלו היו בזמן המכירה, אבל הנמוק"י סבר דהלוקח צריך להביא ראיה כדבריו ולכן לא יוכל לטעון שהוא שלו ולכן אף מה שגדלו הענפים בתוך השיעור של אורו וסלו הוא שלו, **אמנם** ברע"א שם [הובא ברמב"ם פרנקל] העיר דהטור פסק כסברת רבנו יונה דאף במה שגדל בתוך אורו וסלו יכול לקוץ והטור פסק כהרמב"ן דעל הלוקח להביא ראיה, וכתב הרע"א דא"י סתירה דסברת הטור דאף שעל הלוקח להביא ראיה מ"מ יש למוכר טענה שאינו רוצה לילך עמו לדין ולכן קוצץ וכמשי"נ לעיל בסברת הרמב"ן בקו' הגמ' דילמא ארעא ומסיק סרטון.

ב. גמ' אמר ר"ז מדברי רבנו נראה שלושה אין לו דרך שניים יש לו דרך, ברשב"ם פירש דכיון טעמא דאין לו דרך כיון דארעא אחריתי היא א"כ בשנים שלא קנה את גוף הקרקע אלא זכות להשתמש באילן, לכן כמו שקנה זכות להשתמש בקרקעו לצורך האילן ה"ה נמי דהדרך בכלל זכות השתמשות זו, **אמנם** בתוס' [ד"ה מדברי רבנו נראה] מבואר כונה אחרות דס"ל לתוס' דיותר יש סברא שיהא לו דרך מאורו וסלו ולכן כיון דתנן במתני' הגדילו לא ישפה וכיון דלא ישפה יש לו אורו וסלו וכיון שיש לו זכות של אורו וסלו כ"ש שיש לו ג"כ דרך, ונראה דס"ל לתוס' דאיכא כאן ג' דרגות במכירת לטובת הלוקח א' הא דלא ישפה דחזינן אף לר"ע דמוכר בעין יפה מ"מ בג' אילנות ישפה כדמבואר בגמ' דכיון דאיכא פסידא לקרקע, ב' זכות של אורו וסלו, ג' זכות של דרך, וזהו הכ"ש של תוס' דאם לא ישפה דזהו הזכות מיוחדת דבקנה ג' לא קנה זכות זו כ"ש שקנה מלוא אורו וסלו וכן זכות של דרך, עי' מהרש"ל. **ומדברי** תוס' עולה דבמוכר ב' אילנות דאע"פ שלא כמכר קרקע מ"מ כיון שיש לו זכות השתמשות בקרקע של המוכר אית ליה נמי זכות של אורו וסלו, וכן כתב בהדיא הריטב"א בהמשך הסוגיא.

ג. גמ' ואי ס"ד ר"ע אמאי ישפה הא מוכר בעין יפה הוא מוכר, ברמב"ן הקשה דגם לר"ע דמוכר בעין יפה מ"מ אם יגדלו ענפי האילן ממילא יגדל נמי השיעור של מלוא אורו וסלו ויטען הלוקח שקנה באופן זה, וכתב הרמב"ן דאע"פ שאין הלוקח נאמן ועליו להביא ראיה דהמוכר חשיב מוחזק מ"מ יכול לתבוע ממנו שיקוץ כיון שאינו רוצה לילך עמו לדין וכמשי"כ לעלי, ותי' הרמב"ן דאי משום ה"י יכול לקבוע תחומין להעיד על השיעור של קרקעו, ועי' **בר"י מגאש** שכתב לבאר דזהו גופא תי' הגמ' דאף לר"ע דמוכר בעין יפה מודה הכא דישפה כדי שלא יבוא לידי הפסד שיוכל הלוקח לטעון על כל מה שגדל שהיה בזמן המכירה.

ד. רשב"ם ד"ה דמי, הרשב"ם ביאר דכל קושית הגמ' היא על סיפא דמתני' אבל רישא דקתני לא קנה קרקע ע"כ דלא כר"ע, וס"ל לרשב"ם שהמחלוקת בין ר"מ לרבנן בקונה ב' אילנות הוא תלוי במחלוקת ר"ע ורבנן אם מוכר בעין יפה הוא מוכר או בעין רעה הוא מוכר, אבל כבר הובא לעיל במשנה פא. דהראשונים חלקו ע"ז וס"ל דממה שהגמ' דנה אם מתני' ר"ע ה"ה רישא דמתני' דלא קנה קרקע ר"ע וכ"כ תוס' לעיל לו ע"ב דהמחלוקת בין ר"מ ורבנן הוא כמשי"כ לעיל האם הוא ב' אילנות הם בכלל שדה האילן או לא אבל לא שיק' כאן סברת ר"ע דמוכר בעין יפה הוא מוכר.

ה. גמ' מי לא מודה ר"ע באילן הנטוע לתוך שדה חברו, הקשה הרשב"א דלכאורה ל"ד דהתם לא מיירי במכר ולוקח אלא נטע אילן בשלו סמוך לשדה חברו אבל הכא מיירי במוכר דבעין יפה הוא מוכר וכתב הרשב"א דמתני' שם סתמא קתני ומשמע דמיירי באף באופן שמכר את האילן.

ו. תוס' ד"ה זורע, מדברי תוס' מבואר דאף שיש בין שורה לשורה ט"ז אמה דזהו השיעור דאין כאן כרם, מ"מ כיון שיש ב' שורות שמהם משך ענפים לצד חברו ועי"ז יש מהענפים שמצד אחד לצד חברו פחות מט"ז אמה חשיב אותו מקום כרם מדרבנן ותחת הענפים לא יוכל לזרוע, ולכן צריך להרחיק כשבא לזרוע מהצד השני שיעור ד' אמות דזהו שיעור צריך להרחיק מכרם, ועי'

במהרש"א שביאר דכונת תוס' הוא דזורע בין השורות שבהם משך הענפים, דכיון שיש ב' האילנות ט"ז אמה אין לזה דין של כרם אלא דכיון שמשל הענפים מדרבנו יש לזה שם של כרם **אבל** ברבנו יונה כאן כתב דסגי בהרחקה ג"ט כמו בעלמא שצריך להרחיק מכרם יחידי.

דף פג.

ח. גמ' הרי"ז קנה קרקע ואת האילנות שביניהם, ברשב"ם פירש דמייירי באילנות קטנים, והיינו דבאילנות גדולים לא קונה כיון שמבטל שם של שדה האילן והוה רצופין, אבל ברבנו יונה כתב דאף באילנות גדולים הדין כן וטעמא דהא בגמ' בע"ב מבואר דאילן ארז שהוא אילן סרק אינו חשיב הפסק וטעמא משום דעומדים ליעקר, ועיי' בדרישה [סי' רטז] דלרשב"ם צריך לפרש דכונת הגמ' בע"ב לארז קטן.

ט. בעי ר"פ מכר לו ב' בתוך שדהו ואחת על המיצר מהו, להלכה כתבו הפוסקים דמספק לא קנה קרקע עיי' ברמב"ם פכ"ד ממכירה, והקשו דהא לעיל מבואר בגמ' דקנה ב' אילנות מביא ואינו קורא משום דאיכא ספק האם מכר קרקע או לא קנה קרקע, וא"כ קשה מה הספק של ר"פ דהא איכא כאן ס"ס דאף את"ל דלא חשיב ג' אילנות מ"מ שמא בקנה ב' אילנות קנה קרקע, ונחלקו הראשונים האם ס"ס מהני להוציא ממון ועיי' ב'קונטרס הספיקות כלל ו' סעי' ז' מש"כ בזה.

הערות וציונים **פרק המוכר את הספינה**

דף פג:

א. מתני' מכר לו חטין יפות ונמצאו רעות לוקח יכול לחזור בו, ברשב"ם מבואר דאין זה מקח טעות גמור דיוכלו שניהם לחזור, [וכנתו דל"ד לסיפא דמתני' דיין ונמצא חומץ], אלא שהוא מדין אונאה שנלמד מקרא דלא תונו, שהדין הוא דאם נתאנה הלוקח יכול לחזור בו, והחילוק הוא דביין ונמצא חומץ הוה ב' מינים נפרדים ולכן בזה הדין הוא דאין כאן מקח כלל, אבל הכא הוא אותו מין לכן אי"ז מקח טעות אלא שיש לו זכות חזרה מדין אונאה וכן ביאר הריטב"א.

וכתב הריטב"א דמשמע מלשון המשנה דתני "ונמצאו" דמייירי באופן כזה שדיברו על חיטין מסוימים, וביאר דמייירי שאמר לו המוכר שהוא מוכר לו חיטין משק זה, והיה סבור שהם חיטין יפות ובסוף נתברר שלא היו יפות דבני ביתו מילאו השק בחיטין רעות, או דהלוקח ראה פירות אלו והיה סבור שיש כאלו פירות בעיר ואמר למוכר מהיפות שבעיר ולבסוף נתברר שהיו מן הרעות שבעיר, וכן להיפך ברעות ונמצו יפות בכה"ג.

ב. רשב"ם מכר לו חיטין יפות, הרשב"ם הביא דבגמ' בב"מ [נ ע"ב] פסק רבא דבאונאה של שתות הדין הוא שקנה ומחזיר אונאה, וא"כ קשה אמאי הכא תני במתני' במכר חיטין יפות ונמצאו רעות יוכל לחזור בו הרי הוא כאונאת שתות, ותי' הרשב"ם דיש חילוק בין היכא שקיבל את החפץ שהוא ביקש לקנות, לכאן שהוא קיבל דבר אחר לכן הכא כו"ע מודו דיכול לחזור בו, אבל תוס' כאן חלקו על הרשב"ם וכתבו דאף רבא דאמר בב"מ קנה ומחזיר אונאה היינו אם ירצה הלוקח לקנות אבל אם ירצה יוכל לחזור בו, וזהו כונת המשנה דיכול לחזור בו, מיהו נראה דבין לרשב"ם ובין לתוס' ל"ד לכל חזרת אונאה דהתם איכא הלכה דיכול לחזור בו רק בכדי שיראה לתגר אבל הכא לעולם יוכל לחזור בו, וטעמא משום דהטעות כאן הוא בדבר הנקנה ע"כ לעולם יוכל לחזור בו כ"ז שלא הסכים, והרשב"ם כתב דהחידוש של המשנה הוא דאף אם נתיקר אח"כ החיטין אין למוכר זכות חזרה אע"פ שעכשיו אף הוא נתאנה, ויבואר להלן בדברי הגמ' אות ד' ענין זה.

ג. רשב"ם ד"ה אין אחד מהם יכול לחזור בו, ביאר הרשב"ם דהחידוש הוא ברעות ונמצאו רעות דאע"פ שהוזל החיטין אין הלוקח יכול לחזור בו ולומר דנתכון לחיטין יפות והא דאמר רעות משום דרע רע יומר הלוקח, אלא כיון שקיבל מה שאמר המקח חל, **וצ"ב** אמאי הוצרך הרשב"ם להעמיד שהלוקח חוזר בו מחמת שהוזל החטין, דהיה יכול לפרש דהלוקח רוצה לחזור בו כיון שעכשיו אין לבו חפץ בחיטין אלו ובאמת היה בדעתו לחיטין יפות דרע רע יאמר הקונה ועיי', **והנה** בעיקר הפירוש במשנה בתוס' להלן פד ע"א [ד"ה מאי] כתב דבהך בבא דמתני' ליכא חידוש אלא רגב הרישא קתני, **וע"ע** בריטב"א שכתב דיש לומר דהחידוש הוא היכא שנמצאו חיטין רעות יותר או יפות יותר דלא יוכל לבטל המקח מכיון שיש גרועים או טובים מאלו, אלא אמרינן דזה היה בכלל תנאי של המקח.

ד. גמ' אמר רב חסדא מכר לו שוה ה' בשש והוקר ועמד על שמונה לוקח יכול לחזור בו ולא מוכר וכו' ותנא תונא יפות ונמצאו וכו', הרשב"ם התקשה דהא באונאה של שתות הדין הוא דקנה ומחזיר אונאה ואין יכול לבטל המקח, ואמאי אמר ר"ח דלוקח יכול לחזור בו, וכתב הרשב"ם דר"ח סבר כר' יהודה הנשיא דאמר דמי שנתאנה ידו על העליונה דיכול לחזור בו, [ונדלא כתוס' שהובא באות ב' דס"ל דאף ר"נ סבר הכי דאם רצה הלוקח לחזור בו הרשות בידו], **והראשונים** תמחו על הרשב"ם דמה אתי ר' חסדא לחדש דיכול לוקח לחזור בו ובא להוכיח כן ממתני' כאן, הרי משנה מפורשת היא בפרק הזהב דר"י אמר דבאונאה של שתות הלוקח יכול

לחזור בו, והריטב"א כתב לבאר והדברים מבוארים בדברי הרשב"ם דממתני' דפרק הזהב קתני דהלוקח יכול לחזור בו והמוכר אין יכול לחזור בו אין ראייה דהתם המוכר אין לו זכות חזרה כיון שלא נתאנה, אבל הכא דהחפץ הוקר ונתאנה עכשיו המוכר קס"ד דאף הוא יכול לחזור בו, קמ"ל ר"ח שאין למוכר זכות חזרה משום דאומר הלוקח למוכר אי לא אונתין לא הוה מצית הדרת בד, וזהו שהוכיח ממתני' דרעות ונמצאו יפות אף אם נתיקרו הלוקח יכול לחזור בו והמוכר אין יכול לחזור בו, **ובאמת** צ"ב הסברא דקס"ד דהמוכר יוכל לחזור בו, דממה שמצינו דיד מי שנתאנה על העליונה ורק הוא יכול חזור בו והשני אין יכול לחזור בו ע"כ שגדר הדין של הזכות חזרה אין הכונה שלא היה כאן מקח כלל, אלא שזהו הלכה חדשה בפרשה של אונאה שיש זכות לבטל את המקח, וא"כ צ"ב מה הס"ד שאם החפץ הוקר והמוכר נתאנה שיוכל לחזור בו המוכר, הרי כיון שהמקח כבר חל איך יוכל לחזור בו ולבטל המקח הרי אינו שלו, דהלוקח יכול לחזור בו כיון שמעיקרא בשעת המכירה קיבל זכות על המקח שהיה שלו, וע"כ צ"ל דס"ד דהגמ' דהזכות חזרה של הלוקח אינו הלכה מחודשת שיש בידו לבטל המקח שנעשה, אלא כל שיש אונאה יש כאן עיכוב בגמר המקח למי שיש אונאה, ולכן קס"ד דכ"ז שהלוקח לא החליט אם רוצה המקח, א"כ אם החפץ התיקר ויש אונאה למוכר יוכל לחזור בו דלענין זה לא נגמר המקח, וקמ"ל דדין זה חל לפי מי שיש בו אונאה בשעת המכירה ולכן רק הלוקח יכול לחזור בו, וע"י היטב בלשון רבנו יונה דמשמע כן, [וע"י אות ה].

והנה הר"ן הקשה על פירוש זה דאם כל הראיה מהמשנה שאין למוכר זכות חזרה אע"פ שעכשיו הוא נתאנה, א"כ מנלן לגמ' דזהו החידוש של המשנה דהחפץ נתיקר, ואם משום דא"כ פשיטא ומה המשנה באה לחדש, וכמו שמשמע ברשב"ם פד. [ד"ה יפות ונמצאו רעות], הא אפשר לומר דהחידוש של המשנה הוא דיש מושג שהלוקח יכול לחזור בו ולא המוכר, דבעלמא בדיני אונאה מצינו באונאת שתות דקנה ומחזיר אונאה וביותר משתות מצינו דהוה ביטול מקח ושניהם יכולים לחזור בהם והיינו דכשיש מקח טעות שניהם יכול לחזור ואתי כאן המשנה לחדש דאף שיש ביטול מקח אינו מקח טעות והמוכר לא יוכל לחזור בו.

הראשונים הביאו דעת רב האי גאון דלדבריו ל"ק הרי באונא שתות הדין הוא שקנה ומחזיר אונאה, דמיירי הכא דלא עשה קנין גמור של מטלטלין אלא מיירי שנתן כסף, ואע"פ שבעלמא מעות אינם קונת אלא למיקם עלה במי שפרע הכא כיון כיון שהלוקח נתאנה יכול לחזור בו ואין לו מי שפרע אבל המוכר אין יכול לחזור בו ואע"פ שהוקר החפץ אח"כ אם יחזור בו יהא לו מי שפרע דכיון שהוא לא נתאנה בשעת המכר, **והראשונים** הקשה עליו א"כ מה הראיה ממתני' דמיירי שעשה קנין גמור של מטלטלין, ועוד הקשו עליו מהמשך הסוגיא ויבואר להלן, וע"י ברמב"ן שכתב לפרש הסוגיא באופ"א, [וע"י במג"ה לריטב"א מש"כ לבאר דעת הגאון].

ה. והנה הרא"ש הביא מחלוקת ראשונים לדעת רב חסדא דאף אם הוקר הלוקח יוכל לחזור בו ולא המוכר, האם ירצה הלוקח לקיים את המקח האם יוכל לתבוע מה שנתאנה מעיקרא בשעת המקח, ד"א דכיון שאם רצה לתבוע האונה קודם שהוקר הרשות בידו ע"כ עכשיו ג"כ יכול לתבוע, אבל רבנו יונה דאין יכול לצבוע אונאתו דכיון שהיה יכול לחזור בו לא נתקיים המקח עד עתה ואין המתאנה יכול לתבוע אונאתו אלא כשיש שם אונאה בשעה שהמקח מתקיים, ונראה מדברי רבנו יונה דס"ל דכל המקח חל רק בזמן שירצה הלוקח וכ"ז שלא גילה דעתו שרוצה המקח לא חל כלל נמצא דא"ז זכות חזרה גרידא אלא שלא חל המקח, ולכן אין יכול לתבוע האונאה כיון דעכשיו בשעה שהוא מוכן לקנות אין אונאה כלל, מיהו צ"ב מדוע המוכר לא יוכל לחזור בו, ועוד צריך להבין מדוע אין חסרון של כלתה וכדחקשנו לעיל ועיין.

דף פד.

ו. תוס' ד"ה אי לאו, וי"ל לפי שהוא רחוק מהמקח יותר מדאי וכאילו לא מכר כלל שאין ראוי מקח כזה להתקיים, בתוס' בב"מ נ ע"ב [ד"ה ואילו] הוסיפו דהו"ל כיון ונמצא חומץ דשניהם יכולים לחזור, **משמע** מדבריהם דביותר משתות הזכות חזרה אינו מדין אונאה כלל אלא הוא מדין מקח טעות, וע"י בחידושי ר' **ראובן** [ב"מ סי' כג] בסופו שכתב כן בשם מו"ח הגרבי"ד, ועי"ש שהביא דבפניי שדן בסברא זו עי"ש שדן לענין מה שדנה הגמ' בב"מ נז ע"א אי בקרקעות אין דין אונאה של יותר משתות שיהא ביטול מקח, אולם צ"ב דבגמ' בב"מ מבואר דאם עבר הזמן שיכול להראות לתגר המקח חל אף ביותר משתות ואם הוה כב' מינים ממש לעולם יוכל לחזור בו, וע"י בברכת שמואל מ"ב סי' מו מש"כ לבאר בזה.

ז. תוס' בא"ד, וריב"א פירש דאפילו ביתר משתות אין המאנה חוזר וכו', מבואר בתוס' דמעיקר הדין אין למוכר זכות חזרה מהמקח אלא דאם הלוקח תובע האונה ע"כ חשיב שיש כאן מקח טעות וע"כ יש בכוחו של המוכר נמי לבטל את המקח, והקשה **רבנו יונה** דבגמ' ב"מ משמע בסתמא דבאונאה יותר משתות שניהם יכולים לחזור בהם ומשמע דחזרת המוכר מהניא אף באופן שהלוקח אינו תובע אונאתו, ועוד כתב דאין יכול לתבוע אונאתו דכיון שיש טעות במקח בידו לקיים המקח ולמחול על האונאה או לבטל המקח לגמרי, ואדרבה אם תובע האונאה ע"כ שכונתו לקיים את המקח ולא יוכל המוכר לבטל המקח אחר שדעת הלוקח לקיים מקחו, **ולכן** כתב רבנו יונה דביותר משתות ל"ש סברת הגמ' אי לאו דאונתין וכו' משום דהא דיכול המוכר המאנה לחזור בו הוא משום דחזרת המוכר אינו מחמת חזרת הלוקח, אלא דכיון שיש כאן טעות של יותר משתות א"כ אין למוכר זכות לקיים המקח ולתבוע האונאה כיון שיש טעות במקח יש לו זכות או לבטל המקח לגמרי או לקיים אותו ולמחות על תביעתו, ולכן כ"ז שלא מחל על התביעה הוה כמו שקנה בלא משיכה ולכן המוכר יכול לחזור בו, ועי"ש בחי' ר' ראובן מש"כ לבאר בכ"ז.

ח. גמ' אי ממתני' הו"א דלמא רב חסדא וכו' ומתני' הא אתא לאשמעינן דלוקח יכול לחזור בו דרע רע יאמר הקונה, ברשב"ם ביאר דברישא במכר יפות ונמצאו רעות הלוקח יכול לחזור בו שטוען שלא קנה מה שביקש ויש טעות במקח, אבל המוכר אין יכול לחזור

בו משום דהלוקח יכול לומר למוכר אף אני בחזקת רעות לקחתי אותם דרע רע יאמר הקונה, והיינו שאומר למוכר שמה שביקש יפות מתפרש לרעות דהרי יודע דמה שהמוכר קורא יפות הוא מחשיב אותם רעות, אבל תוס' כתבו דהלוקח אומר למוכר דאין יכול לחזור בו דאומר לו דטוב טוב יאמר המוכר, דמה שאתה אמרת מעיקרא יפות הכונה לרעות דתמיד המוכר אומר יפות הוא יודע שהם רעות, ובסיפא דמכר רעות ונמצאו יפות המוכר יכול לחזור בו ולא לוקח דהמוכר אומר לו דכיון דרע רע יאמר הקונה א"כ לקח רעות בחזקת שהם יפות ולזה נתכון ולכן לא יוכל לחזור בו, והרשב"ם פירש בסיפא דאין הלוקח חוזר בו דטוב טוב יאמר המוכר וידוע הלוקח דבחזקת יפות הוא מוכר לו.

ט. גמ' יין ונמצא חומץ שניהם יכולים לחזור בהם, והנה ביסוד דין דמקח טעות בפשוטו הכונה שלא היה דעת קנין על דבר זה ולכן שניהם יכולים לחזור בהם, מיהו בפשוטו נראה דאם שניהם מסכימים לקנות דבר זה א"צ מעשה קנין מחדש, [וכן נראה מהא דמצינו לענין אונאה ביותר משתות דיוכל להסכים לקנין אם ירצה אף לתי' קמא של תוס'], ואם כפשוטו דיסוד דין מקח טעות הוא משום שחסר בדעת לקנות מה מהני דעכשיו הם מסכימים לקנות הרי כלתה קנינו, והנה **הרע"א** תנינא [בתשובה נא ד"ה והנראה לענין ד, הובא בכתובות דף מה ע"א] כתב דיסוד דין מקח טעות הוא מדין תנאי ומפרשת תנאי בני גד ובני ראובן, ולכן כתב דבמידה דלא מהני תנאי אין בו דין מקח טעות, ולפי"ז א"ש דלכן אם הם רוצים לקנות ומבטלים התנאי המקח חל, אמנם בפשוטו כל דברי רע"א דמקח טעות הוא מדין תנאי איון אלא בכה"ג שהוא ב' מינים שונים אלא כהאופן שדיבר בו הרע"א כמקדש אשה ע"מ שאין עליה נדרים, וכן נראה בבית הלוי [ח"ג סי' נ'] עיי"ש היטב.

דף פד:

י. גמ' וכדר' אילעא וכו', הקשו הראשונים מדוע הוצרכה הגמ' להביא את דברי ר"א לכאן ויסוד התי' דלענין תרומה חשיב ב' מינים, אבל לענין מכירה כיון שבג"א יש להם קפידא חשיב מין אחד, ועי' ברע"א שנתקשה בזה ונשאר בצע"ג, **והרמב"ן** כתב לבאר דהגמ' ידעה בס"ד דין וחומץ מין אחד הוא, אלא דס"ל לגמ' דהטעם דהוה ב' מינים משום דרע וטוב חשיב נמי כב' מינים, ולכן מקשה הגמ' מתרומה דחזינן דלרבנן לא הוה כב' מינים אלא הוה כב' ינות טובים וא"כ מדוע לגבי מקח הוה מקח טעות, ומשני דאה"נ לא הוה ב' מינים לגבי תרומה אלא דלענין מכירה יש כאן קפידא במכירה.

הערות וציונים פרק המוכר את הספינה

דף פד:

א. מתני' מדד ולא משך לא קנה, כתב הריטב"א דאע"פ שבמדידה איכא קנין הגבהה והגבהה קונה בכל מקום, מ"מ לא קנה דמיירי הכא שהמוכר מדד דמי שדרכו למדוד מדד, והכי קתני במתני' משך ולא מדד מי שדרכו למשוך דהיינו הלוקח, ומדד ולא משך היינו מי שדרכו למדוד דהיינו המוכר, וכן מבואר בתוס' דמדד היינו המוכר, **אולם** בתחלה כתב הריטב"א ויש אומרים דכיון שלא נתכון לקנין במדידה זו לא קנה, ותמה הריטב"א ואין זה נכון דהרי בדעת אחרת מקנה הוא קונה אף היכא שלא נתכון למעשה קנין, וכמדבואר לעיל מא ע"א בראשונים בסוגיא דרב ענן, וברשב"א הביא בשם הראב"ד דאם לוקח מודד לא קנה כיון שהגבהה היא אינו עושה הלוקח לצרכו אלא לצורך שניהם וכל שאינו עושה לצרכו לא קנה, ובקצה"ח [סי' ער"ה סק"ד] הבין דהסברא בזה הוא משום דאף בדעת אחרת מקנה בעינן דעת לקנות, ותמה הקצה"ח הרי דעת הראב"ד לעיל דבדעת אחרת מקנה הדין הוא שקונה אף כשלא היתה לו כונה לקנות ע"י הך מעשה קנין, **והקשה** סתירה השו"ע שפסק כהראב"ד דדעת ארת מקנה קונה ואילו לגבי דין של חמרים פסק דלא אמרינן דעת אחרת מקנה בזה, ועי' **בקה"י** [ב"ב סי' כז] שכתב לבאר דכל הסברא של הראב"ד דבדעת אחרת מקנה קונה בלא כונה לקנות הוא באופן שהפעולה שהוא עושה היא פעולה של הנהגה של בעלים, וע"כ אמרינן דכיון שיסוד הענין של קנין הוא הוראת בעלות לכן מהני כונה של דעת אחרת מקנה לפרש את המעשה שלו בתורת מעשה קנין וקונה, אבל אבל כאן במדד כל הפעולה שהוא עושה היא עבור המוכר לידע כמה הוא הולך למכור, וע"כ בכה"ג אין זה מעשה של הוראת בעלות ובה לא מהני דעת אחרת מקנה, וסברא זו משמע בלשון הראב"ד שכתב והגבהה זו אינו עושה הלוקח לצרכו אלא לצורך שניהם, ועי' ברע"א תשובה לז שנראה מדבריו כן.

ב. מתני' אם היה פיקח שוכר את מקומו, ברשב"ם לעיל עו ע"ב [בד"ה עד שישכור] פירש דהיינו מדין קנין חצר, והנה בראשונים בב"מ כו ע"א [עיי"ש בשטמ"ק בשם תוס' חיצוניות] כתבו דקנין חצר אינו קונה אלא היכא שנכנס החפץ לחצר אחר שהוא שלו, אבל אם קדם הכלי להיות בחצר קודם שזכה בחצר לא קנה וצ"ב מכאן, ועיי"ש בהו"צ שהבאנו מש"כ בקה"י [ב"מ סי' כ"ז] לבאר ולפי"ז לא קשה ואכמ"ל, **אמנם** בר"ן לעיל שם כתב וז"ל דמשיכה אינה קונה אלא עד שיכנסנה לרשותו וכל ששכר את מקומה כבר הכניסה לרשותו ואין לך משיכה גדולה מזו, ועי' בביאור הגר"א רג ס"ק לו שכתב לבאר דברי השו"ע שם דשוכר את מקומו הוה קנין מטעם משיכה והוכיח מסוגין עיי"ש, [והביאור בזה דאם יסוד ענין של משיכה הוא הכנסה לרשותו א"כ מה לי מכניס את החפץ לתוך המקום מה לי מביא את המקום לתוך החפץ], ועי' לעיל עו מש"כ בזה.

והנה הראב"ד הקשה מכאן על הרמב"ם שכתב שחצר השכורה קונה למשכיר, והש"ך כתב לישב דיש חילוק בין לקנות מציאה לקנין מאדם אחר.

ג. **גמ' אמר רב אסי אמר ר' יוחנן מדד והניח ע"ג סימטה קנה**, והיינו דכל מה דקתני במשנה דמדד לא קנה כ"ז רק כשמדד המוכר בכליו ברשות הרבים, אבל אם מדד ע"ג סימטה קונה, וטעמא דמילתא משמע ברשב"ם דהוא מדין קנין חצר, דהרשב"ם ביאר דיש לו רשות להניח שם כליו ודמי לחצר השותפין וכן משמע בגמ', וצ"ל דמייירי שהוציא את הפירות מהכלים לאחר שמדד והניח ע"ג סימטה, דבכליו של מוכר לא קנה שמונה בסימטה, וכן מפורש **ברבנו יונה** וצ"ל דכשהוא מניח ע"ג סימטה ה"ל כמניח בחצרו של לוקח שהסימטה כרשות השותפין וכשאדם מניח שם כליו הרי היא מושאלת לו בשעה שכליו נתונים שם וכו', והנה אע"פ דבשעה שהמוכר נכנס לסימטה הסימטה נעשית כרשותו לקנות ע"י ואיך תקנה רשות זו ללוקח, והביאור בזה כתב רבנו יונה לעיל עו ע"א דכיון שמדד והניח בסימטה לצורך חברו ומתכוון שהסימטה תהא רשותו של הלוקח לכן חשיב חצרו וקנה בזה, וכתב רבנו יונה דמכאן מוכח יסוד שכתבו תוס' בקידושין [כה ע"ב] בשם רבנו חיים כהן דמסירה אינו קונה בסימטה כיון שהרשות היא של מוכר ולכן לא יוכל לקנות הלוקח במסירה דלא נכנס לרשותו ע"י מסירה דרשות סימטה היא של מוכר, וע"כ צ"ל כאן דמעיקרא כשהכניס המוכר הפירות לסימטה היה דעתו שהסימטה תהא קנויה ללוקח, וע"י בריטב"א שכתב דהמוכר הוא כשלוחו של הלוקח והוא כאילו שהלוקח בעצמו הניחו שם, ומשמע כסברת רבנו יונה שמעיקרא הסימטה קונה ללוקח אלא שהצריך ענין של שליחות אבל ברבנו יונה משמע דחשיב חצרו אף בלא דין שליחות.

ד. **והנה** משמע בגמ' דכל מה שקונה הוא בסימטה הוא כיון שמדד אבל בלא מדידה לא קני, וצ"ב טעמא דמילתא דאם זהו רשות של לוקח והוא כחצרו אמאי צריך מדידה, ומדברי הרמב"ן [ד"ה לתוך קופתו] נראה ב' דרכים בזה או דבאמת אה"נ א"צ שימדוד וקונה אף אם מונה ע"ג סימטה, או דאי לאו דמדד לא גמר ומקני ליה במה שמניחו ע"ג סימטה, [אבל אה"נ בעצם קנין של סימטה הוא במה שמונה שם], **והרמב"ן** שם נתקשה אמאי צריך בעלמא לקנין משיכה בסימטה ואמאי אינו קונה במה שהוא נמצא בסימטה דהרי היא כחצרו, וכתב הרמב"ן דלא מסתבר דמייירי בכה"ג שהוא מקפיד לקנות דווקא במשיכה, ולכן כתב דע"כ דרך היכא דמדד גמר להקנות לו בסימטה, אבל בלא מדד וחפציו מונחים בסימטה ואמר לו הרי הם מכוּרין לך או נתונים לך במתנה לא גמר להקנות לו בסימטה והרי היא חצרו של מוכר.

ובעיקר מה דהקשה הרמב"ן אמאי בעינן קנין משיכה ולעולם יקנה בסימטה דחשיב כחצרו, לכאורה היה אפ"ל דבאופן שהכניס המוכר חפציו לסימטה והמקום ההוא נעשה רשותו של מוכר אין הלוקח יכול לקנות בסימטה דאינו רשותו אלא רשות של המוכר, ובכה"ג מהני קנין משיכה ואע"פ שצריך למשוך ולהוציא מרשותו של מוכר מ"מ N אי"צ למשוך ולהוציא הכל אלא סגי שימשוך קצת כדאמרין לעיל עו ע"ב, אבל אם צריך לקנין סימטה היה צריך להכניס הכל לסימטה, וכל מה דמבואר הכא דקונה במדד והניח ע"ג סימטה הוא כמש"כ רבנו יונה שהובא באות הקודם שמדד והניחו מעיקרא ע"ד שיהא המקום ההוא של לוקח ונמצא דלא היה הסימטה רשותו של מוכר כלל וזהו סברת רבנו חיים בתוס' בקידושין, [ולדברי רבנו יונה א"ש שדוקא בכה"ג שמדד דבלא מדד ומונה בסימטה בשביל המוכר אין הלוקח יכול לקנות], אבל בדעת הרמב"ן מבואר דס"ל דאע"פ שהמוכר נכנס ראשון לסימטה מ"מ יכול להקנות את המקום ללוקח שיכול לקנות בקנין חצר ונעשה המקום של הלוקח.

ה. **תוס' ד"ה מדד והניח ע"ג סימטה**, כשהמוכר מדד איירו אע"פ שמשיכת המוכר אינה מועלת ללוקח הכא שאני שמסתלק כשמדד ומניח ע"ג סימטה, בפשוטו כונת תוס' לבאר דכשמניח ע"ג סימטה קונה מדין קנין חצר וע"כ קונה הלוקח, דאם הכונה של המוכר הוא מדין משיכה דהיינו שמושך עבור הלוקח, לא קני דאין המוכר חפץ שלו שיזכה בו הלוקח ואף מדין זכין ל"ש דאין אדם זוכה בשלו לאחרים ורק חפץ של אחר או של הפקר יכול לזכות לאחר, וכ"ז מבואר בגמ' בעירובין דף עט: הובא בתוס' פה ע"א. **וכתבו תוס'** אבל מדד לוקח פשיטא ובהא לא הוה ס"ד דא"ר זירא שמא לא שמע רבי אלא במודד לתוך קופתו אה על גבי קרקע לא, לכאורה כונתם לבאר דאם הלוקח בעצמו מדד אף לר' זירא שחולק דאין קנין במניח ע"ג קרקע דהיינו סימטה מ"מ קונה מצד קנין משיכה, אולם צ"ב מה שכתבו תוס' "אע"ג דמשיכה מועלת בסימטה כאילו מושך ברשותו בלא משיכה מיהא לא קנה בסימטה", **ובמהרש"א** כתב דאולי כונת תוס' להקשות דאפשר לפרש דכונת הגמ' מדד ע"ג סימטה היינו שהלוקח ואף דמשיכה מהני בסימטה מ"מ מדידה לא מהניא, והיינו דבזה גופא פליג ר"ז ור' אסי, ובנמוקי הגר"ב תמה בזה איך אפשר לפרש דאם הלוקח מדד לא קנה הרי בכל מדידה איכא משיכה ואמאי לא קנה, ולכן כתב דיש כאן ב' דיבורים בדברי תוס', וכמו שמבואר בתוס' הרא"ש בשטמ"ק, מהמילה אבל ע"ג קרקע וכו' הוא דיבור חדש, וקאי על הא דאמר ר"ז דלא קנה במדד ע"ג קרקע, וכתבו תוס' דאע"פ דמשיכה מהניא בסימטה וכו' וכונתם דהרי ברשות מוכר לא מהני משיכה ואם סימטה לא חשובה רשותו ולכן לא קונה קנין חצר מ"ש דמשיכה מהניא לקנות בסימטה.

ו. **והנה** בתוס' ב"מ צט ע"א [ד"ה כיון] הקשו על מה דמבואר בגמ' שם דאם שואל משך בהמה של משאיל נתחייב באונסי בהמה, ומשמע לתוס' דמייירי באופן שיצא מרשות משאיל לסימטה, והקשו תוס' מהא דאמר רב ושמואל בסוגיין דכליו של לוקח קונה בכל מקום חוץ מרשות הרבים ומשמע דמדד ע"ג סימטה לא קנה, וקשה אמאי לא קנה במדד ע"ג סימטה הרי משיכה קונה בסימטה, **מבואר** דתוס' פירשו בקושיתם דסברת ר' אסי דמדד והניח ע"ג סימטה קונה זהו מדין משיכה, ותי' תוס' דבסוגיין הכא מייירי שכבר היו הפירות מונחים בכלי קודם קנין ולא הניח המוכר בשעת מכירה, אבל הניח ע"ג סימטה בשעת מכירה לשם קנין קונה, **משמע** דכונת תוס' לישב דהכא לאו מדין משיכה הוא כיון שהמוכר לא עשה מעשה בשעת מכירה כיון שכבר היה מונה בכליו ובזה פליגי ר"א ור"ז האם קונה בסימטה לבד מדין חצר, [וזה לכאורה שלא כמש"כ רבנו יונה שמדד לצורך הלוקח], ומבואר בתוס' דאם

המוכר היה מניח הפירות בכליו בסימטה היה קונה מדין משיכה, וצריך להבין איך מהני קנין זה הרי תוס' כתבו כאן דמשיכת המוכר לא מהניא ללוקח, והנה בשער משפט [סי' ר' סק"ד] הביא דבתשובת מבי"ט סי' קמ"ה כתב דמהני משיכת המוכר עבור הלוקח כיון דשלוחו של אדם כמותו, [ועי' במשנה למלך פ"ד ממדיק ה"ו שציין לזה וכתב דדבריו צ"ע], והשער משפט כתב דמקור דבריו הוא מתוס' ב"מ הנ"ל שכתבו דאם המוכר הניח לתוך כליו קונה מדין משיכה, וצ"ל דלא דמי להא דמבואר בסוגיא בעירובין דאין יכול לעשות מעשה קנין בשלו לאחרים, דבשליח שמושך חפץ למשלח יש ב' אופנים לקנות או שמושך לרשותו וכיון דשלוחו של אדם כמותו חשיב שנכנס לרשות המשלח, אבל יש עוד אופן שהוא מושך לרשותו של המשלח והכא אינו אלא שליח על המעשה אבל חלות הקנין הוא מחמת שנכנס לרשותו של בעלים, וא"כ י"ל דכונת תוס' דסימטה חשיב כרשות של לוקח ולכן היכא שהמוכר מושך לסימטה חשיב שמושך לרשות בעלים ובכה"ג הוא לא פועל את הזכיה אלא הוא רק עושה את המעשה ההכנסה לרשות בעלים והקנין חל במה שנכנס לרשותו וה"ה סימטה חשובה כחצר לענין שיקנה במשיכה.

ז. **אמנם בעיקר** מה דמבואר בסוגיין שיש קנין חצר בסימטה יש להקשות ממה שמצינו בב"מ י ע"א קנין ד' אמות ובגמ' שם בע"ב איכא מד"א דרך בסימטה ד' אמות קונות לו אבל ברשוה"ר לא ואם סימטה קונה לו אמאי צריך לקנין ד' אמות, ואפשר דכל מה דסימטה קונה לו הוא רק כשהוא משתמש באותו מקום ולזה צריך קנין ד"א ועיין.

ח. **גמ' א"ל ר' זירא לר"א, שמא לא שמע רבי אלא במודד לתוך קופתו**, בביאור סברת ר"ז נראה דלאו משום דסבר דסימטה אינה חשובה כרשות של שניהם, אלא דסבר דאע"פ שהיא חשובה רשות של שניהם אינו קונה דהגמ' מוכיחה מהברייתא של חצר השותפין קונים זה מזה לנדון של סימטה, ואם הכא חולק על סימטה שאינו רשותו של אדם מה מוכיחה הגמ', אלא ע"כ דסבר דאע"פ שחשיב חצר של שניהם מ"מ אינו קונה, וטעמא דמילתא י"ל דסבר דכיון שהמוכר מדד לתוך קופתו וממילא אותו מקום נעשה קנוי לו לכן הלוקח אין יכול לקנות ע"ג הסימטה דאותו מקום ל"ש שיהא קנוי לו, והיינו דכדי שיוכל לקנות בחצר צריך שיהא המקום מיוחד לו ואע"פ שיש בעלות לשניהם לקנות כאן מ"מ אינו סיבה שיוכל לקנות בחצר, ועי' באבי עזרי פ"ט מגירושין ה"ג ד"ה ויסוד לזה שמבואר כן.

ט. **גמ' דאמר ר' ינאי חצר השותפין קונים זה מזה**, ובעי להוכיח דקיבלה מינה, ודוחה הגמ' דלא קיבלה מינה ומיירי במודד לתוך קופתו, ונמצא לפי"ז דחצר השותפין אין קונים זה מזה, והנה בריטב"א מבואר דכל הנדון הוא רק כשהמוכר נותן אותו לתוך החצר ובכה"ג לא קנה אבל אם הלוקח נותנו בתוך החצר פשיטא דקנה אף בחצר השותפין, והיינו דכל החסרון הוא משום דהמוכר אינו מסתלק מרשותו אבל כשזכה הלוקח בעצמו חשיב שנכנס לרשותו וקונה מדין חצר, ועי' בקצה"ח [סי' ר"ס] שכתב לתמוה על מה דמבואר בתשובות הרא"ש דב' שותפין יכולים לזכות מציאה בקנין חצר, ותמה עליו מסוגיין דהכא מבואר דחצר השותפין אין קונים זה מזה, ולמבואר בריטב"א כל הנדון כאן הוא רק שאחד יזכה מחברו, אבל אף בחצר השותפין יש כאן הכנסה לרשות כשבאים לזכות מאחר, [ולפי המבואר בקצה"ח למדנו דרך חדשה בביאור פלוגתת ר"א ור"ז, דמשמע מדברי הקצה"ח דלמד"א אין קונה בסימטה ה"ה לקנות ממילא בחצר השותפין אין בו כח של קנין כלל, ודלא כמש"כ האבי עזרי, ונחלקו ר"ז ור"א בזה גופא האם יש מעשה של קנין חצר בכה"ג שיש לבי' אנשים זכות בחצר לקנות דבעינן בעלות גמורה בחצר כדי שיוכל לקנות ע"י].

ח. **גמ' אלא לתוך קופתו**, בפשוטו כונת הגמ' היא דמודד לתוך קופתו של לוקח וכה"ג קונה מדין חצר וכן מבואר בראשונים עי' ריטב"א, אבל **בנמוק"י** [כתב [מב ע"א] הלכך אם מדד המוכר לתוך קופתו של לוקח בעוד שהוא בסימטה וכו' אבל ברשות הרבים לא קנה וכו' וטעמא משום דהוי קנין זה מטעם משיכה, ומבואר דהיכא שהמוכר ממדד לתוך קופת הלוקח יש כאן משיכה, ולמבואר באותו ע"פ חידושו של מבי"ט דמשיכת מוכר מהניא א"כ היכא שהכניס לתוך חצר של לוקח חשיב משיכה מעליא.

ט. **תוס' ד"ה תא שמע**, וקשה לרב אסי, **ברש"ש** העיר דאף לר' זירא קשה דלדבריו מהני מדידה לכליו שללוקח ובברייתא משמע דלא מהניא רק משיכה, עי"ש מש"כ לבאר.

י. **גמ' ממאן אוגיר**, ברשב"ם ותוס' מבואר דכל הקושיא הוא מרשות הרבים אבל בסימטה רשה"י יכול לשכור מבני אותו מקום, ועי' בתוס' רי"ד שתמה דאף אם ישכור מבני המקום לא יועיל כלום כיון דבלא"ה יש לו רשות להניח שם חפציו, אלא ביאר דכונת הגמ' שוכר את מקומו היינו מהמוכר שלוקח את זכותו להניח שם חפציו, מבואר דהמחלוקת בין ר"ז ור"א אינו האם יש קנין חצר בסימטה אל הנדון הוא שידך למוכר ולא יוכל הלוקח לקנות שם או דכיון שמדד עבורו יכול מעכשיו לוקח לקנות בחצר.

הערות וציונים פרק המוכר את הספינה

דף פה.

א. **גמ' רב ושמואל דאמרי תרויהו כליו של אדם קונה לו בכל מקום חוץ מרשה"ר**, מבואר בגמ' דהכלל הוא דרך היכא שיש לו זכות להניח שם כליו שם קונה במניח לתוך כליו, וטעמא דמילתא מבואר ברשב"ם בע"ב דבמקום שאין לו זכות להניח שם חפציו הרשות

עיקר ובטל אגב הכלי, אבל במקום שיש לו רשות להניח את הכלי קונה ע"י קנין חצר, **ובנתה"מ** [סי' ר' סק"ה] הביא שכן כתבו הראשונים בב"מ דף ט ע"ב, ועיי' שהוסיף דכלי חשיב כחצר משתמרת ואין צריך עומד בצד שדהו.

והנה להלן ע"ב מסתפקת הגמ' אם כליו של לוקח ברשות מוכר קונה או לא דכיון שאין לו רשות להניח שם כליו לא קני, ולבסוף פו ע"א מייתי הגמ' הך מימרא דרב ושמואל דאמרי דכילו קונה לו בל מקום ורק ברשה"ר לא קני ומשמע דכל מקום אתי לרבות רשות מוכר דקני, ומתרתה הגמ' דמיירי דאמר לו המוכר בהדיא זיל קני, והיינו שנתן לו המוכר רשות להניח שם כליו לכן קני עיי' בפי הרשב"ם, אבל ברשה"ר שאין לו רשות לא קני, וזהו מש"כ הרשב"ם ד"ה כליו דאמר ליה בהדיא יקנה כילך, אמנם משמע ברשב"ם דרך בכליו ברשות מוכר צריך לומר לו זיל קני אבל בסימטה אי"צ, וכן נראה ברשב"ם בהמשך הגמ' [ד"ה ראשון] בסו"ד, ובד"ה קנה לוקח כתב מיד, ומשמע נמי דאי"צ לומר זיל קני, אבל צ"ב מדברי הרשב"ם [ד"ה כל מקום], ועי' באות הבאה.

ב. תוס' ד"ה כל מקום שיש לו רשות להניח, ואומר ר"י דבעי למימר זיל וקני וכיון דמדד כדאמר לי זיל קני דמי, נראה מתוס' דכל היכא שבא לקנות הלוקח בכליו צריך לומר לו המוכר זיל קנו או דצריך למדד ואז אי"צ לומר זיל קני, ולפי"ז לכאורה ה"ה ברשות מוכר אם ממד קונה לוקח בכליו, **ובמהרש"א** הקשה דבגמ' להלן לא משמע הכי, דבאות הקודם הובא מה דמייתי הגמ' מהא דרב ושמואל דכליו של לוקח ברשות מוכר קני, ודוחה הגמ' דשאני הכא ברשות לוקח דאמר ליה זיל קני, ונראה דרך ברשות מוכר צריך לומר כן אבל ברשות בסימטה אי"צ לומר זיל קני והתם בלא זיל קני, דבקושיא ס"ל לגמ' דאי"צ לומר זיל קני, ובתוס' מבואר דבכל גוונא צריך לומר לו זיל קני, וכתב מהרש"א דמש"כ תוס' דצריך לומר זיל קני אין כההיא דלקמן דבכליו של לוקח ברשות מוכר צריך לומר לו "יקנה כילך" וכדמשמע ברשב"ם כאן, אבל בסימטה אי"צ לומר לו יקנו כילך אלא זיל קני, והביאור בזה דהתם צריך הלוקח לקבל רשות להניח שם חפציו, ע"כ צריך לומר לו תקנה כילך כדי לקבל רשות זו, אבל בסימטה שיש לו רשות להניח שם חפציו אי"צ לומר לו תקנה כילך אלא רק צריך לומר לו שיקנה.

ברא"ש על הגמ' להלן פו. [בסוף סי' ט"ו] כתב דבכליו של לוקח ברשות מוכר קנה רק היכא שאמר ליה זיל קני, אבל אם לא אמר ליה אלא מדד לא קנה, מבואר מדברי הרא"ש דמדד לא הוה כמו זיל קני, **ונראה** מדבריו דלא כמהרש"א דאין צריך לומר לו זיל יקנו כילך אלא סגי במה שיאמר לו זיל קני, והחילוק הוא רק האם מדידה מהני ברשות מוכר, וטעמא דמילתא דבמידה לבד לא קני, נראה ע"פ מש"כ במהרש"א דאע"פ שהוא מוכן שיקנה מ"מ ברשות מוכר צריך הסכמה ג"כ שיוכל הניח שם כליו ולכן התם לא סגי במדידה לבד, ע"ע **בנתה"מ** [סי' ר' סק"ז] שכתב דכל הדין שצריך מדידה הוא רק בדבר שצריך למדוד, אבל בדבר שאין צריך למדוד קונה בלא מדידה ג"כ ואין צריך לומר לו זיל קני, ולפי"ז ביאר דבכליו של לוקח ברשות מוכר אף בדבר שאין צריך מדידה לא קני עד דאמר ליה זיל קני, ועיקר יסוד זה כתבו בקצה"ח סי' ר' סק"ו עיי' במה שנחלק על הבית שמואל בזה, ויסוד הדברים כבר כתבו הראשונים כאן עי' רבנו יונה [ד"ה ברשות לוקח].

ג. גמ' ת"ש ארבע מדות במוכרין, נחלקו הראשונים בביאור הכונה ארבע מדות, הרשב"ם מפרש דהד' מדות הם ארבע חילוקי דינים, ותוס' [בסו"ד ארבע מדות] ביארו דהכונה ד' מידות של כלים, אבל הר"ן כתב דהכונה ארבע חילוקי רשויות הם, והתוס' דחו פירוש זה, ועיי' בר"ן שביאר הסוגיא ומישב קושיית תוס'.

ד. גמ' בד"א במידה שאינה של שניהם, כתב הרשב"ם דטעמא דהך דינא דהמשאל את הכלי דעתו שעד שלא נתמלא המדה היא של מוכר כדי שיוכל לחזור בו, אבל לאחר שנתמלא המדה דעתו של משאל שהכלי מושאל ללוקח לשמור בו הפירות ולכן מיד שנתמלא קנה, **אמנם** צ"ב באיזה קנין זכה בו הלוקח ובשלמא המוכר משך או הגביה את הכלי להשאלו אבל משנתמלא לא משך הלוקח, ואם מעיקרא קנה המוכר עובר הלוקח או ששניהם משכו שיהא מושאל לו משעה שנתמלא א"כ כלתה קנינו ובמה היא שלו, **והנה** ברבנו יונה [ד"ה גרסי ספרי ספרד] מדויק דרך חדשה בזה, וז"ל והיינו טעמא נמי דהא דקתני רישא משנתמלאת המידה ללוקח, ואע"פ שעדיין לא נתן הלוקח שכירות לסרסור ולא משך המידה קונה בה, דכיון דבסתמא קא מושיל לה ללוקח משנתמלאת המדה רוצה הוא "שיקנה הכלי שלו ללוקח", מבואר מדבריו דאין הלוקח זוכה בכלי לקנות ע"י, אלא שהכלי נשאר של סרסור והוא מקנה ללוקח ע"י כלי שלו דהיינו שהסרסור מקנה ללוקח בחצר שלו את הפירות ומהני מדין זכין לאדם דיכול לזכות לחברו אף ע"י קנין חצר, וכונת הסרסור רק כשנתמלא המדה להקנות ללוקח.

ה. גמ' אבל אם היתה מדה של אחת מהן ראשון ראשון קנה במה דברי אמורים ברשה"ר ובחצר שאינה של שניהם, והיינו דאתי למימר דבדה של לוקח קונה ברשה"ר ובחצר שאינה של שניהם, וא"כ צ"ב מהו הדין הג' שאומרת הגמ' ברשות לוקח כיון שקבל עליו מוכר קנה לוקח, והרשב"ם הביא דהגמ' בע"ב אומרת דאין הכרח לומר דמיירי בכליו של מוכר והכלי בטל אגב הרשות אלא מיירי בכליו של לוקח, וא"כ צריך להבין מהו התוספת בהך דינא, וכתב **רבנו יונה** דאיכא חידוש דכיון שהוא בתוך רשותו אי"צ לומר לו קני, והיינו דאע"פ שבסימטה צריך לומר לו קני ברשות מוכר לא והוסיף דאע"פ שהיו הפירות מונחים בתחלה ברשותו של לוקח ועכשיו נתרצה המוכר למכור לו קס"ד צריך לומר לו זיל קני קמ"ל דאין צריך לומר לו הכי, ועוד כתב דאפשר דאע"פ שבעלמא בלא מדידה לא קני כיון דלס"ד אבל ברשות לוקח קונה אף בלא מדידה וטעמא דמילתא משום דברשות לוקח חשיב כמשיכה ומבואר במשנה דמשך אע"פ שלא מדד קנה, ועי' בחי' הר"ן, ועי' בר"ן להלן פו ע"ב דבדעת הרשב"ם מבואר דיש בזה חידוש אחרו ביאר להלן.

ו. גמ' ברשות הלה המופקדים אצלו לא קנה עד שיקבל עליו או שישכור את מקומו, ברשב"ם ביאר דכיון דהמפקיד דבר אצל חברו מקנה לו הנפקד למפקיד רשות בביתו להניח שם הפקדון, והיינו דזה נעשה חצר של המפקיד, ע"כ היכא שאמר לו המפקיד לנפקד דרוצה להקנות הפירות ללוקח מקבל עליו הנפקד ליחד רשותו ללוקח ועי"ז יקנה הלוקח את הפירות, משמע דמכיון שהוא מיחד ללוקח את החצר זוכה בזה הלוקח וממילא יוכל לקנות את הפירות בקנין חצר דקנה זכות בחצר של הנפקד, והרשב"ם ביאר דרשות מוכר שווה לפקדון ואף ברשות מוכר שייד שהלוקח יקנה אם יקבל עליו, ובתוס' הקשו איך יזכה הלוקח לזכות בחצר הרי הדין הוא דאין אדם זוכה בשלו לאחרים, ומכיון שהלוקח לא עשה מעשה קנין אף המוכר לא יוכל להקנות לו, וכן הוכיחו הראשונים מר"ג וזקנים דאין יכול לזכות ע"י חצרו לאחר.

והנה במש"כ הרשב"ם למפקיד יש קנין ברשות של מפקיד, כתב הט"ז [סי' קפ"ט] לבאר עפ"י מש"כ הטור שם דאם המפקיד רוצה למכור לנפקד את הפקדון בקנין חצר אין יכול, וביאר דמכיון שהחצר אינו של נפקד אלא של מפקיד כמש"כ הרשב"ם אין יכול לקנות, ובקצה"ח שם הביא דהמהרי"ט תמה על סברת הרשב"ם דבמה קנה המפקיד את חצר הנפקד, ועוד דהא תינה היכא דמיחד לו מקום אבל אם לא מיחד לו מקום מאי איכא למימר, והקצה"ח כתב לבאר סברת הרשב"ם דהמפקיד קונה זכות ברשות הנפקד בזה שהוא משתמש בחצרו, וכמו שכתב הרמב"ם דאכילת פירות חשיב מעשה קנין לקנות קרקע דזה גם בכלל קנין חזקה דהשתמשות בקרקע הוה כמו תיקון בקרקע, וע"כ כיון שיש לו זכות להניח ברשותו חפציו זוכה בקרקע, והוסיף הקצה"ח דאף לראשונים שחולקים דאכילת פירות לא חשיב מעשה קנין לקנות קרקע כ"ז רק היכא שבא לקנות את עצם הקרקע, אבל אם בא לקנות השתמשות קונה וכאשכחן לענין חזקה תשמישים לעיל סי' קנ"ג, [והובא לעיל דף כג ע"א].

אולם לפי"ז צ"ב דכל סברת הקצה"ח שיד לגבי המפקיד בעצמו דהפקדון שלו, דבמה שמניחו פירותיו בחצר הנפקד ומשתמש בחצרו לשמירה חשיב אכילת פירות, אבל הלוקח שהמוכר רוצה להקנות לו איך יזכה בחצר הנפקד הרי הפירות אינם שלו ואין כאן מעשה חזקה כלל דאינו משתמש בחצרו, והביאור בזה כתב ברבנו יונה [ד"ה גרסי ספרי בדרך הב'], וז"ל ועוד מטעם אחר קנה כיון שקבל הלוקח הנפקד, לפי שכלתה שאלת רשותו שהיתה מושאלת עד עתה לראשון וכיון שהוא מתרצה שיהיו שם פירות אלו מונחים בשביל הלוקח ה"ז חזקה לשאלת רשותו ללוקח עכ"ל, מבואר מדברי רבנו יונה כסברת הקצה"ח דהמפקיד זוכה בזה מדין חזקה כיון שפירותיו מונחים שם, והכא כלתה שאלת רשותו של ראשון, ונראה כונתו דהמוכר נותן רשות ללוקח להשתמש בפירותיו וכיון שיש לו רשות להשתמש ממילא יכול לקנות הזכות בקרקע בחזקה כמו המפקיד עצמו שקונה במה שהוא משתמש בחצרו וה"נ שנתן לו רשות להשתמש ממילא יכול לקנות זכות בחצרו בחזקה דע"י שמשמש בקרקעו יש כאן מעשה חזקה, וכיון שהוא זוכה בחצרו ממילא יכול לקנות הלוקח את הפירות שיהיו שלו בקנין חצר, [וצריך להוסיף דאע"פ שהבעלים בעצמם אין עושים את החזקה עצמה אין חסרון בזה, דיסוד ענין של קנין חזקה הוא הוראת בעלות ולכן כל שיש כאן מעשה של הוראת בעלות קונה, ולכן אע"פ שהקונה לא עושה מעשה החזקה קונה, [ועי' אבני"מ בתשובה סי' כ"ה שמבואר כ"ז ונתבאר במקום אחר], ולפי"ז לא קשה מה דהקשו תוס' איך יכול המוכר לזכות ללוקח, דיי"ל דכיון שהמוכר נותן ללוקח זכות השתמשות בפירות שלו ממילא יכול לקנות זכות השתמשות בקרקע שלו ע"י חזקה, והתוס' שהקשו סברו דהמוכר עושה מעשה קנין עבור הלוקח ולכן הקשו דאין אדם יכול לעשות מעשה קנין לזכות ממונו לאחרים.

ז. והנה תוס' והראשונים שחולקים על הרשב"ם וס"ל דמוכר לא יכול לזכות ללוקח ורק המפקיד יכול לזכות ע"כ יבארו כונת הגמ' דאמר "שיקבל עליו" כמש"כ רבנו יונה [בדרך הראשונה], דביאר דכיון שחצר מטעם יד א"כ כמו שאדם יכול לזכות לחברו בידו ה"ה יכול לזכות לחברו ע"י חצרו, ומיירי הכא שקיבל עליו המפקיד לזכות ללוקח ע"י חצרו ומדין זכין לאדם שהחצר זוכה עבור הלוקח, [והיינו דקנין חצר פועל כמו כל הקנינים שאדם יכול לזכות לאחרים, ואע"פ שחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו מ"מ היכא דאית ליה דעת יכול לקנות ע"י לאחרים], וכן משמע בתוס' [ד"ה ה"ג] שכתב דבקבלה כדי זוכה ללוקח, ומשמע דזוכה את עצם הדבר ללוקח, ולכן הקשו תוס' בדבור הקודם על הרשב"ם איך יכול המוכר לזכות ללוקח בחצרו הרי אין אדם זוכה בשלו לאחרים, ולמבואר הרשב"ם בזה גופא חלק דאין החצר שלו זוכה ללוקח אלא שהלוקח בעצמו עושה את הקנין שהחצר נעשה שלו דקונה אותה בחזקה.

והנה בקצה"ח [סי' רמ"ד סק"ג] ביאר מדעתו כרבנו יונה דחצר של המפקיד זוכה ללוקח, אלא שכתב דאף אם חצר מטעם שליחות נמי חצרו יכול לקנות עבורו, ועי"ש שכתב להוכיח מסוגיין דאם אדם שלח שליח לזכות עבורו חפץ יכול לשלוח שליח שיזכה עבורו דהא הכא המפקיד עשה את הנקד שליח שיזכה עבורו והוא עושה את חצרו שהוא מטעם שליח שיזכה עבור הלוקח, וברבנו יונה משמע דרק אם חצר מטען יד מהני, וצ"ל דסבר דשליח אין יכול לעשות שליח אחר ולכן הוצרך לומר דחצר מטעם יד, ועי' במחנ"א דיני קנין חצר סי' א', ועי' נתנה"מ ר' סק"ה.

הערות וציונים פרק המוכר את הספינה

דף פה:

א. גמ' בעא מינה רב ששת מרב הונא כליו של לוקח ברשות מוכר קנה לוקח או לא, ברשב"ם נראה דזה ברור שנתן לו המוכר רשות להניח כליו ברשותו דאל"כ הוה כמניח הכלי ברשות הרבים ופשיטא דלא קני, אלא כל הספק הוא האם הכלי בטל ברשות של המוכר כיון שהוא עיקר הרשות, ומבואר בגמ' דכדי שיוכל לקנות בקנין חצר ע"י כליו בענן תרתי חדא שיהא לו רשות להניח שם הכלי, [ולכן ברשות הרבים שאין לו רשות להניח שם הכלי לא קני], ועוד צריך שלא יהא רשות של אחר שמעכב את הקנין, וצריך לבאר דבגמ' מבואר דאם הכלי מונח בסימטה או בחצר של שניהם קונה, ובשלמא בסימטה י"ל דאין בעלות פרטית לכן כיון שיש לו רשות להניח שם כליו קונה, [ואע"פ דמבואר לעיל פד ע"ב ברשב"ם ותוס' דיכול לשכור הסימטה מבני המבוי, מ"מ י"ל דבעלות זו אינה מעכבת שלא יוכל לקנות בכלי, כיון שלכל אדם בעולם יש זכות להניח חפציו בסימטה בלי ליטול רשות מבני הסימטה ודו"ק], אבל בחצר של שניהם צ"ב דהרי מניח את הכלי בחצר שיש לאחר בעלות בחצר, וצ"ל דכיון שיש לבעל הכלי ג"כ בעלות ממונית בחצר לא בטל רשות הכלי אגב רשות של המוכר, ורק בכח"ג שכל הבעלות של החצר היא של המוכר [מיהו עיקר הסברה בזה צ"ב, דאם חפץ שנכנס לתוך הכלי חשיב שנכנס לחצרו מה הטעם שרשותו של המוכר מבטל את הכח שהכלי יקנה עבור הלקח בחצר].

ולהלן אות ד' יבואר [בדעת תוס'] דכל הנדון בסוגיא הוא רק כשאין לו זכות תמידית להניח שם חפציו, אבל אם יש לו זכות להניח שם כליו מתי שירצה אין רשות מוכר מעכב את הכלי לזכות בחצלו ולפ"ז א"ש בסימטה ובחצר של שניהם, ועי' בקו"ש [אות ש"ו], ועי' בחי' הגר"ט שביאר הסוגיא באופ"א.

ב. תוס' ד"ה כליו, אבל מוכר שמא משאיל לו מקום ללוקח שיקנה מה שהוא מוכר לו, בפשוטו נראה דתוס' ביארו הספק של הגמ' באופ"א מהרשב"ם דזה ברור דאע"פ שנתן לו רשות מ"מ בטל רשות הכלי אגב רשות של המוכר, והנדון כאן הוא האם בדעתו להשאיל לו מקום ובכח"ג הוא חשיב רשות של לוקח או שיש כאן רק נתינת רשות בעלמא, וכן מבואר בריטב"א וז"ל מספקא ליה דימא סתם מוכר מקנה לו מקום לקנות כליו, [ועי' במהרש"א בתוס' ד"ה כגון שביאר כן], **אמנם** באחרונים הקשו דבתוס' בהמשך העמוד מבואר באופ"א דתוס' [בד"ה כגון] ביארו דאם הבעל נתן רשות לאשה להניח שם קלתה יכולה לקנות ע"י הכלי אע"פ שלא השאילה את המקום, ומבואר דא"צ שיהא שאול לו המקום, ועוד [בד"ה כליו] כתבו תוס' דהספק הגמ' הוא האם בטל רשות הכלי אגב רשות מוכר, ועוד הקש בחזו"א אבהע"ז [סי' קמ"ז פרק הזורק סק"ג] דבגמ' בהמשך מבואר דאם כליו של לוקח ברשות מוכר קנה והיינו דהרשות מוכר לא מבטל את הכלי, כליו של מוכר ברשות לוקח לא קנה דהרשות לא מבטל הכלי, ואם הנדון כמש"כ תוס' האם הוא משאיל לו מקום צ"ב מה הדמיון של הגמ' דבשלמא כליו של לוקח המוכר משאיל ללוקח מקום כדי לקנות, אבל הלוקח לא משאיל מקום למוכר בחצרו כדי לעכב קנינו, [וכעין זה הקשה בנתה"מ סי' ר' ס"א] אלא שדבריו צ"ב קצת עי"ש, ולכן כתב בחזו"א שם דאף תוס' ס"ל כהרשב"ם דהנדון כאן הוא האם רשות הכלי בטל אגב רשות מוכר ומש"כ תוס' הלשון שמא משאיל לו מקום אין כונתו משאיל עי"ש.

ועי' **בנתה"מ** שביאר באופן מחודש דמש"כ תוס' שמא משאיל מקום היינו דודאי הוא משאיל מקום, אלא כל הספק הוא כיון דאורו הכלי שיד לבטל החצר מסתפקת הגמ' האם אזלינן בתר אורו הכלי או בתר עצם הכלי.

ג. גמ' תניהו זרק לה לתוך חיקה וכו' הרי"ז מגורשת, ואע"פ שאין האשה צריכה לזכות בגט דהרי כתבה על איסורי הנאה כשר, מ"מ הבעל צריך ליתן הגט לידה כדכתיב ונתן בידה, אלא שנלמד מקרא בריש פרק הזורק בגיטין דגגה חצרה נמי בכלל ונתן בידה, והיינו שאם הגט בא לרשותה הרי"ז כמי שבא לידה, אלא בדכל הך דינא שאם הוא בא לרשותה חשיב שבא לידה אינו אלא היכא שזכתה בזה דבכח"ג חשיב שהוא בא לידה, אבל אם לא זכתה במה שנכנס לרשותה לא חשיב שבא לידה וע"כ מוכיחה הגמ' דכליו של לוקח ברשות מוכר קנה.

ד. גמ' והוא שהיתה קלתה תלויה בה, פרשב"ם תלויהו אינה נגררת בקרקע ולכך קונה לה קלתה דדמי להגבהה, מבואר ברש"י דע"י שזוכה האשה בגט בקנין הגבהה חשיב ונתן בידה, וכן הוכיח **בתורת גיטין** [סי' קלט סעי' טו] ועי"ש שהוכיח דקנין משיכה והגבהה היינו בתורת קנין יד ולכן חשיב בכלל ונתן בידה, אלא שהעיר שם דהא בתי' הגמ' קשורה ואע"פ שאינה תלויה ע"כ הוא מדין קנין חצר, והיינו כיון שהיא קשורה בה אין בו החסרון של כליו של קונה דהוה כמו שנתן בידה ממש, דהאדם בעצמו לא בטל לחצר ול"ד לכלי שעומד בפני"ע, וא"כ מה דחק את הרשב"ם לפרש בהיתה קלתה תלויה בה דמיררי בקנין הגבהה דהיה אפשר לפרש דהוא מדין קנין חצר כיון שהיא תלויה בה הוה ממשכמו שנתן בידה.

ה. גמ' כגון שהיה בעלה מוכר קלתות, כתב הרשב"ם דלכך אין בעלה מקפיד על מקומה, וביאור דבריו נראה כמש"כ בחזו"א בדעת תוס' הובא להלן אות ז' עי"ש, אבל ברבנו גרשם נראה דמיררי שקנתה מבעלה קלתה ובעלה משאיל את מקום הקלתה לכל מי שקונה ולכן הוה כמקומה.

ו. תוס' ד"ה כגון, וא"ת נהי דנותן לה רשות ומשאילה מ"מ הא בעי חזקה וכו', **בקו"ש** אות כתב דמוכח דתוס' חולקים על מש"כ הרשב"ם לעיל דכל מפקיד יש לו זכות בחצר הנפקד וכמו שביאר בקצה"ח דאע"פ שלא עשה מעשה קנין מ"מ קונה בחזקה דהשתמשות בחצר חשיב אכילת פירות וקונה, דה"ה הכא קונה את השאלה באכילת פירות, אולם בחי' ר' מאיר שמחה כתב דאין ראייה שתוס' חולק ע"ז, דאפשר דכאן הקשו תוס' משום דמעיקרא לא היה לאשה דעת לקנות כיון שהבעל בא לגרש אותה בע"כ לכן

הקשו תוס' דלא עשה קנין לשאול את החצר, ועי' בנתה"מ [סי' קצ"ב סק"ו ובפתיחה לסי' ר' בסופו] שכתב ע"ד הקצה"ח דאף דבשביל קנין שכירות באמת סגי באכילת פירות מ"מ אם קונה את הדבר שיוכל לקנות ע"י בקנין חצר לא מהני אכילת פירות וזהו סברת תוס' שהקשו דהא לעשה קנין לקנות, [ועי' במהרי"ט אלגזי פ"ב אות כ"ב שהאריך בכ"ז והוכיח מתוס' שחלקו ע"ז].

ובמהרש"א הקשה אמאי הקשו תוס' דוקא כאן במה קנתה חצר, והו"ל להקשות כן מיד בתחילת הסוגיא דכליו של לוקח ברשות מוכר שכתבו התוס' דהסברא דמהני משום שמשאיל לו מקום דבמה קנה הלוקח את חצרו, וכן למסקנה דבאמר זיל קני קנה דמשאיל לו מקום ובמה זכה, **ולמבואר** לעיל א"ש דאף תוס' סברו דהספק בסוגיא הוא האם הכלי בטל אגב הרשות או לא, ולכן כשהגמ' דוחה דבעלה מוכר קלתות סברו תוס' דמהני משום שזכתה בחצרו דהשאיל לה מקום ולכן הקשו דהא שכירות אינה נקנת אלא בחזקה.

ז. תוס' בא"ד, ותירץ ריב"א דאע"ג דאין המקום קנוי לה מ"מ כיון דיש לה רשות להביא קלתה שם קני לה וכו', **צ"ע** כונת תוס' דהרי ע"כ בספק של הגמ' בכליו של מוכר ברשות לוקח מיירי שנתן לו בעה"ב רשות להניח שם הכלי וא"כ מ"ש מקלתה דקונה, ועמד בזה **בחזו"א** בגיטין שם וכתב דע"כ צ"ל דג' דרגות איכא דיש אופן דהמוכר משאיל ללוקח ובשאלת המקום חשיב שנעשה מקום של הלוקח, אבל איכא עוד אופן של נתינת רשות עולמית ובכה"ג אין הרשות של המוכר מבטל, וכל הספק של הגמ' הוא רק באופן שלא נתן לו רשות תמיד להניח חפציו אלא עכשיו לצורך הקנין ובזה נסתפקה הגמ' האם רשותו של מוכר מבטל רשות של לוקח, וזהו מש"כ תוס' להוכיח מסימטה דהתם יש לו רשות להניח כליו אע"פ שאין הסימטה קנויה לו, [אולם לא ברר הסברא בזה דאם יש סברא דהרשות של המוכר מבטל הכלי מה נפק"מ אם נתן לו רשות תמידית או שנתן לו רשות רק עכשיו].

ח. תוס' ד"ה לא בכליו דמוכר, משמע מהכא דמשיכה מועלת ללוקח בכליו של מוכר, וכן כתבו תוס' לעיל פד ע"ב ולהלן פו. ד"ה ומדכליו, אבל הראשונים הביאו דעת החולקים דלא מהני וטעמא דמילתא דכמו דלא מהני משיכ ברשות מוכר ה"ה נמי לא מהני משיכה בכליו של מוכר דחשיב כרשותו, ועוד כתב הרמב"ן טעם אחר דלא מהני כיון דהפירות מונחים ועומדים בכלי ולא זזים ממקומם, ולפי"ז ה"ה בכלי של אחר ול"ד של המוכר לא מהני, וכן דעת המגיד משנה פ"ד ממכירה ה"ה, ובדעת תוס' צ"ל דחשיב שיש כאן מעשה משיכה גם על הפירות ולא רק על הכלי ולכן מהני משיכה וכן לא חשיב שמושך הדבר ברשות בעלים דיש כאן משיכה על ב' דברים על הכלי וכן על הפירות.

ט. תוס' ד"ה בכליו דמוכר, והוי מצי לדחויי אע"ג דכליו של לוקח לא בטל אגב רשות מוכר כלי של מוכר בטל אגב רשות לוקח שניחא ליה למוכר שיתבטל כליו אגב הרשות שיתקיים המקח, צ"ב כונתם אטו בדעת המוכר תלוי הדבר הרי הסברא היא דהכלי אינו ברשותו של מוכר וא"כ מה מהני שניחא ליה למוכר, ואם היה מקנה לו כליו לענין קנין א"ש אבל משמע בתוס' דדעתו שיתבטל לרשותו.

י. גמ' משך חמרי ופעליו וכו', הרשב"ם פירש ברישא דהך ברייתא מדר עד שלא פסק שניהן יכולים לחזור בהן, דמדד היינו שהונחו ברשותו [והוה כפירקן דסיפא], וטעמא דיכול לחזור בו משום דכל זמן שלא פסק לא סמכה דעתיה, אבל תוס' כתבו דאם מדד ופסק ג"כ לא קנה דמדד הכא לא מיירי בפרקן לתוך ביתו, ועי' במהרש"א.

דף פו.

יא. גמ' דאל ליה זיל קני, ברשב"ם פירש דהוה כמשאיל לו מקום בחצרו, וכונתו כמש"כ הרא"ש דע"י שהשאיל לו מקום הוה ככלי של לוקח ברשות לוקח, וכן כתבו הרמב"ן והריטב"א בקידושין כה ע"ב, והא דזוכה בקרקע בלא מעשה קנין צ"ל כמש"כ לעיל בשם הקצה"ח דאכילת פירות חשיב קנין חזקה וה"נ השתמשות בחצר חשיב קנין חזקה, אולם תוס' לעיל חלקו ע"ז דהקשו במה קנין השאלה, וע"כ דתוס' יסברו דיש חילוק בין אם נותן לו רשות סתם להניח כליו ברשותו, בין אומר לו זיל קני כילך, דהיינו שאומר לו בהדיא שיקנה לו כליו, וכה"ג אין רשותו של מוכר בטל, דכל הנדון שרשות מוכר תבטל את הכלי של לוקח הוא רק כשנותן לו סתם רשות להניח שם כליו, ועיקר סברא זו נראה בדברי המהרש"א לעיל פה ע"ב ד"ה כל מקום.

והנה לפי הרשב"ם שכתב שמשאיל לו מקום להניח כליו, צ"ע הרי החידוש של רבו שמואל הוא שיש אפשרות לקנות כלי בכל מקום דהיינו ברשות מוכר, ואם משאיל לו מקום מדוע צריך את הכלי תיפוק ליה שיקנה ע"י המקום של המוכר שהרי מקומו שאול לו, **ונראה** דכונת הראשונים שכתבו דמשאיל לו מקום אין הוכנה משאיל לו את המקום שיהא שלו לגמרי לכל תשמישו, אלא כל מה שהשאיל לו את המקום הוא שיוכל להניח בו כליו והוא יקנה בכליו בקנין חצר, ונראה דע"י החצר בעצמו אין יכול לקנות כיון שאין המקום קנוי לו לגמרי, ולכן רק יכול להניח בו כליו ויקנה בכליו, ועי' לעיל עט ע"ב שמבואר בתוס' שיש מושג של קנין בחצר רק כדי לקנות וה"ה הכא הוה קנין ברשותו של מוכר שיוכל הלוקח לקנות ע"י כליו שאותו מקום שאול לו, ועי' בחזו"א בגיטין שם, וע"ע ביד רמה.

הערות וציונים פרק המוכר את הספינה

דף פו.

א. **גמ' תנן התם ל"ש אלא בדברים שאין דרכם להגביה, אבל דברים שדרכם להגביה בהגבהה אין במשיכה לא,** כתבו הראשונים דמייירי בדבר שדרכו בהגבהה ודרכו נמי במשיכה כגון דברים בינוניים דכיון שדרכם בהגבהה אינו קונה במשיכה, והוכיחו כן מהמשך הסוגיא, **וטעמא** דמילתא דהגבהה הוא קנים אלים טפי ממשיכה נראה מדברי הרשב"ם דהגבהה קונה בכל מקום כיון דכל דבר שמגביה משהגביה הכניסו לרשותו, ומשמע דמשום הכי הוה קנין אלים טפי ממשיכה, דאע"פ שקנין משיכה יסודה היא שמכניסה לרשותו כדמשמע ברשב"ם כאן, מ"מ אינו קונה אלא בחצר השותפין או בסימטה, ובתוס' לעיל עו ע"א [ד"ה ספינה] כתבו להוכיח כסברת הרשב"ם שם שכתב דמסירה אינה קונה בסימטה כיון שבסימטה איכא קנין משיכה דיש הלכה שקנין אלים מבטל קנין אחר והוכיחו תוס' ממה דמבואר כאן דהגבהה חשובה מבטלת שאר קנינים, והיינו כמש"כ הרשב"ם כאן דיש מעלה בקנין הגבהה יותר ממשיכה, [וע"ע בריטב"א שכתב דהגבהה קנין אלים הוא דמצינו שהוא קונה בכל דבר, וכדאמרין בקידושין גבי עבד הגביהו רבו קנאו, והיינו דאינו רק קנין במטלטלין לבד, והוסיף הריטב"א דאף מאן דפליג דעבד אינו נקנה בהגבהה הוא משום שהוא קרקע דניידי ולא שיד שם קנין דמטלטלין].

אולם בשטמ"ק שם בשם תוס' הרא"ש ביאר סברת הגמ' דמידי דבר הגבהה אינו נקנה במשיכה דלאו משום שיש אלימות בקנין של הגבהה כמש"כ הרשב"ם, אלא דקנין תלוי במה שדרכו של אדם וכיון שדרכו של אדם שאם הוא קונה חפץ שדרכו להגביה הוא מגביה מיד ולהכניסו לרשותו ולכן הוא עדיף משאר קנינים כיון שהדרך לעשות כן.

ב. **גמ' דבר שאין דרכו להגביה, פרשב"ם** שכבדין, משמע מדבריו שכונת הגמ' דבר שאין דרכו בהגבהה היינו שא"א להגביה אותו מחמת שהוא כבד, וכן מבואר בר"ן וז"ל פי' דברים שדרכו להגביה קרי כל שאיפשר בהגבהה וכו', דלא מיקנו במשיכה אלא דברים שאין דרכם להגביה כשליפי רברבי, והיינו שזהו דברים כבדים, ועי' לקמן בע"ב מש"כ מהר"י מגאש.

ג. **גמ' והרי כיס דבר הגבהה הוא ואפילו הכי קני במשיכה,** הנה בגמ' בכתובות לא ע"ב מקשה איך חייב משום גנביה במוציא לרשות הרבים הרי רשות הרבים א"א לקנות במשיכה, ואיכא בגמ' כמה דרכים לישב, והרשב"ם כאן כתב דהגמ' כאן אזיל לפי האוקימתא של הגמ' בכתובות שצירף ידו למטה מג' דקונה משום משיכה, אבל תוס' שם וכאן חלקו על זה וס"ל דצירף ידו קונה מדין יד, ולפי"ז קושית הגמ' לא קאי לפי הך אוקמתא, ועי' ברש"י בכתובות שכתב דצירף ידו קונה מדין הגבהה, ועי"כ צ"ל כמש"כ תוס' כאן דקושית הגמ' היא לפי האוקימתא של הגמ' שם שקונה מדין משיכה וכגון שהוציא לצדי רשות הרבים, והנה משמע מדברי הרשב"ם ורש"י דלא פירשו כתוס' דסברי דליכא קנין יד, וכ"כ בקצה"ח סי' רס"ח ושנ"א שנחלקו רש"י ותוס' בנדון זה, ובאחרונים תמחו ע"ז מכמה דוכתי ועוד ממה שמצינו דחצר מטעם יד, ועי' מש"כ בהו"צ בכתובות שם ואכמ"ל.

ד. **רשב"ם ד"ה במשיכה,** הרשב"ם ביאר דטעמא דהגבהה קונה בכל מקום דכל היכא שהוא מגביה הוא מכניסו לרשותו, וכן כתב הסמ"ע סי' קצ"ז סק"ג] דאע"פ שהוא ברשות מוכר מ"מ במה שהוא מגביהו בידו מביא אותו לרשותו, דכל מה שהוא מונח ביד האדם כאילו הוא מונח בביתו, **אולם** בקצה"ח שם סק"א העיר דהרי מצינו קנין הגבהה אף באופן שהדבר לא נמצא בידו כדמבואר ב"ק צח. דאף היכא שהדבר הוגבה מכוחו כגון שטרף הקן נמי קונה, **ועי'** באור שמח פ"א ממכירה ה"ד [ד"ה אולם] שמבואר מדבריו דהך הגבהה דהוגבה מכוחו חלוקה מכל הגבהה שמגביה בידו, דהתם מבואר בתוס' דרק דבר שדרכו בכך קונה בהך הגבהה, אבל כל הגבהה קונה אף באופן שאין דרכו בכך וכדמבואר אות ז', ועי' עוד להלן בע"ב שמוכר כן, ועי' בדבר אברהם סי' כ"א אות טו טז מש"כ בכ"ז.

והנה ראיתי בספר חזון יחזקאל על התוספתא [פה מ"א] שכתב דבר פלא לכאורה, שבא לישב קושית הקצה"ח דכל מה דמהני הגבהה שהדבר מוגבה מכוחו לא מייירי ברשות מוכר, והביא כן לדיוק מדברי המכילתא עי"ש, אבל לכאורה בסוגיא בקידושין כה ע"ב מבואר דלא כדבריו, דהגמ' מקשה פיל במה יקנה, ומשני מניח ד' כלים תחתיה וקונה מדין חצר ואמרת הגמ' ז"א כליו של לוקח ברשות מוכר קני, ומשני בסימטה ואח"כ אומרת הגמ' דאפשר בחבילי זמורות, ומשמע דזה גופא מה שהגמ' אומרת דאפשר להעמיד ברשות מוכרו קונה לא מדין חצר אלא מדין הגבהה ומבואר בהדיא דברשות מוכר קונה הגבהה זו וצ"ע.

ה. **רשב"ם ד"ה פטור,** מן התשלומין דקם ליה בדרכה מינה וכתובת כדי רשעתו משום רשעה אחת אתה מחיבו ואי אתה מחייבו משום שתי רשעיות, הנה בסוגיא בכתובות לו ע"א נראה דהך קרא דכדי רשעתו נלמד לענין מלקות ותשלומין ולא לענין מיתה וממון, ועי"ש מש"כ בתוס' להקשות מהגמ' בחובל, ועי' מש"כ בהו"צ בכתובות שם ומכות יג ע"ב ואכמ"ל.

ו. **רשב"ם ד"ה והא כיס דבר הגבהה הוא,** ואפילו הכי אי לאו משום איסור שבת הוה קני ליה במשיכה כגון אם היה מגרר בחול, כונת הרשב"ם דהיכא דאיכא פטור של קלב"מ לא נעשה גנב כלל ואין לו קנייני גניבה [לענין לקנות בשינוי], והחפץ לא יצא מרשות בעלים ונחלקו בזה רב ורבה בסוגיא בסנהדרין עב ע"א ואכמ"ל, ועי' ברש"ש שהעיר ע"ד הרשב"ם מדוע הוצרך לדייק מהא דבתל קונה ואמאי לא סגי במה דמשמע מלשון הגמ' דאיסור גניבה ואיסור שבת באין כאחד.

ז. **גמ' לצדדין קתני דבר הגבהה בהגבהה מידי דבר משיכה במשיכה**, ברשב"ם ותוס' כתבו דהמ"ל דמיירי בדבר שדרכו במשיכה ומ"מ קונה אף בהגבהה, דכל מה דמבואר לעיל הוא דדבר שדרכו בהגבהה אינו קונה במשיכה, אבל הגבהה קונה בכל מקום ומשום דהגבהה הוה קנין אלים טפי, ותוס' הוכיחו כן מגונב כיס בשבת דאם הגביה ברשות בעלים חייב שכבר נתחייב בגניבה קודם שנתחייב באיסור שבת ואע"פ שהגמ' מעמידה את הכיס שהוא דבר שמידי דבר משיכה, [והרשב"ם הוכיח כן מהסוגיא בקידושין ותמוה מדוע לא והכיח כן מגונב כיס בשבת], **אולם** הראב"ד הובא ברשב"א חולק ע"ז וכתב לישב דהא דלא קאמר הגמ' דמיירי במידי דבר משיכה ומהני הגבהה משום דדבר שהוא בר משיכה אינו קונה בהגבהה כלל, וצ"ע איך יתרץ הראיה מגונב כיס בשבת, **[ואולי י"ל דכל סברת הראב"ד אינו אלא בדבר שהוא מצד עצמו אין דרכו בהגבהה, אבל הכא בגונב כיס הטעם דאינו בר הגבהה הוא כיון שהכיס מלא מעות אבל בעצם כל מטבע בפני"ע היא בר הגבהה אלא דמכיון שהכל בתוך הכיס בכה"ג לא הוה בר הגבהה אלא הדרך למשוך, וא"כ י"ל דבכה"ג מודה הראב"ד דאע"פ שאין דרך להגביה ולכן איכא קנין משיכה מ"מ אם הגביה קונה בהגבהה מתיחסת לכל מטבע בפני"ע]**.

דף פו:

ח. **גמ' והא פירות דבני הגבהה נינהו וקתני דקני במשיכה**, הרשב"ם ביאר דלפי סברת המקשן דמיירי במשנה בשליפי זוטרי החילוק בין פירות לפשתן הוא כך, דכיון דמשיכה אינה קונה אלא א"כ משך את כל הדבר ולא מהני למשוך מקצת מהחפץ, וכל סברת רב לעיל עה ע"ב דסגי במשיכת כל שהו הוא רק בספינה א"כ ע"כ דפירות מיירי בזוטרי וע"י שמשך נעקר כולה במשיכה, אבל פשתן דהוא ארוך אף בשליפי זוטרי לא נעקר כולו ממקומו, והיינו דאמר התנא שיטלטלנו ממקום למקום, והיינו או שיעקור אותו במשיכה ממקומו או שיגביהנה, ומקשה הגמ' אם דבר שדרכו בהגבהה אינו קונה במשיכה מדוע קונה הפירות במשיכה הרי דרכו בהגבהה.

והראשונים חלקו על הרשב"ם במש"כ דרב מודה דבכל משיכה צריך לעקור כולה ממקומה דאינו כן, אלא דנחלקו בספינה ובכל מטלטלין, [ועי' לעיל עה ע"ב שהרא"ש כתב דאפשר דבכל מטלטלין אי"צ משיכת כולו אלא לכו"ע בכ"ד סג], ועוד במש"כ הרשב"ם דלשמואל צריך לעקור את כולו כתבו הראשונים דאינו כן דכיון שעקר מקצת חשיב שנעקר כולו כיון דכל פרי ופרי נעקר, והרשב"ם סבר דמשיכה מתיחסת לכל השק ולכן צריך למשוך כולו ואין משיכה מתיחסת לכל פרי ופרי, עוד תמה הרמב"ן על מש"כ הרשב"ם לפרש דמעיקרא קס"ד דבפשתן מהני נמי קנין משיכה, דבלשון המשנה דקתני עד שיטלטלנה וכו' משמע דלאו משום משיכה אלא משום הגבהה, ולכן כתבו הראשונים כתוס' דמעיקרא קס"ד דפשתן אין דרכו במשיכה משום דאינו רוצה שיתלכל ע"ג הארץ ולכן קונה בהגבהה וזהו החילוק בין פירות לפשתן.

ט. **גמ' שאני פשתן דמשתמיט**, פרשב"ם שמחליק ואין יכולים לעשות ממנו משאות גדולות הלכך בעי הגבהה דדרכו בכך, נראה מדבריו דהגמ' תי' דהחילוק בין פירות לפשתן הוא דבפירות מיירי בשליפי רברבי דדרכו משיכה ולכן אינו קונה בהגבהה, אבל בפשתן אין דרכו במשיכה ולכן קונה בהגבהה, עוד כתב בשם ר"ח דאם ימשך יתנף לכן אין דרכו למשך לפיכך קני ליה בהגבהה, והוסיף הרשב"ם דלפ"ז ה"ה אף בשליפי רברבי לא יקנה במשיכה כיון שאין דרכו בכך, וצריך להבין כונת הר"ח דבאופן שיהיה שליפי רברבי של פשתן משמע דיקנה בהגבהה ולא במשיכה משום דאין דרכו במשיכה דאינו רוצה שיתנתק, וצ"ב א"כ אמאי קונה בהגבהה הרי אין דרכו להגביה דבר כזה, וע"כ כמש"כ הראשונים דהגבהה קונה אף בדבר שדרכו במשיכה, אולם צ"ב דהכא הוא דבר שאין דרכו בהגבהה וכה"ג לא דברו הראשונים, דהם דיברו באופן שדרכו יותר במשיכה אבל הכא אין דרכו בעצם, ועי' בר"י מגאש שנראה שנתקשה כן על הר"ח.

והנה בר"י מגאש כתב לפרש שאני פשתן דמשתמיט היינו דאע"פ שהוא עכשיו בשליפי רברבי מ"מ כיון שיכול לפרק את החבילה ולעשות ממנו שליפי זוטרי ע"כ הוא מחויב לעשות כן ולקנות ע"י הגבהה והיינו דבכה"ג חשיב דבר שדרכו בהגבהה שלא קונה במשיכה, אבל במוכר פירות כתב הר"י מגאש דמיירי שמכר שק שאם יקח מעט מעט יתפזר ויהא לו טירחא, ע"כ אינו מחויב לעשות כן וקונה במשיכה, **ומבואר** מדברי הר"י מגאש חידוש גדול דאף בדבר שמצד עצמו עכשיו אינו ראוי להגבהה כיון שהוא כבד מ"מ כיון שיכול לעשות שיהא בר הגבהה אינו קונה במשיכה, דהיסוד של דבר שדרכו בהגבהה אינו תלוי אם הדרך בפועל אלא הכונה של דרכו הוא אם אפשר בפועל להגביה את הדבר וכמש"כ לעיל באות ד' דמשמע כן מהר"ן, והסברא בזה נראה דחז"ל תיקנו דעיקר קנין של מטלטלין הוא ע"י הגבהה וע"כ כל היכא שאפשר למצוא הכ"ת שיקנה בהגבהה אינו קונה בקנין אחר אע"פ שבצורה שהדבר נמצא עכשיו אין דרכו בהגבהה.

ועי' ברמב"ם פ"ג ממכירה ה"ב ובטור סי' קצ"ח שכתב פי' זה דמשוי גדול שא"א להגביה אבל יכול להתירו חשיב דבר שדרכו בהגבהה, אבל שק של פלפולן ואגוזים שאם יתירו יהא לו טורח גדול אין חייב לפרקו, וכן פסק בשו"ע סי' קצ"ח, **אבל** הטור שם בסו"ד כתב "ויראה כיון שהוא משוי כבד נקנה במשיכה שלא הצרכו להתירו ולהגביה אחד אחד", והיינו שחולק על סברא זו דאין חיוב להתיר אלא כל שעכשיו בפועל א"א להגביהו חשיב לאו בר הגבהה, וביאר הבית יוסף דהטור עצמו חולק על הרמב"ם וס"ל כסברת הרשב"ם כאן בסוגיא, וכונתו דהרשב"ם שפירש כאן דפשתן אין עושים שליפי רברבי משום דחולק על סברת הראשונים דיש חיוב להתיר הדבר כדי שיוכל להגביה, אלא ס"ל דדבר שהוא בר הגבהה תלוי אם עכשיו בפועל יכול להגביה בלא לשנות את הדבר, ועי' ברמ"א שם שחולק על המחבר שם וכתב כסברת הטור ובביאור הגר"א שם ציין לדברי הרשב"ם.

והיה נראה לי דהך חידוש שכתבו הראשונים שיש חיוב לפרק את המשאוי כדי לקנות בהגבהה ועי"ז חשיב דבר שדרכו בהגבהה, כ"ז רק בהגבהה שאדם מגביה בידו, אבל הרי מצינו עוד הגבהה כשהדבר מוגבהה מכוחו כגון הא דאמרין בקידושין כו ע"א דפיל קונה בחבילי זמורות, או בטרף הקן ע"י תוס' ב"ק צח ע"א, ונראה דבהגבהה זו לא אמרו הראשונים הך דינא, ויש להוכיח כן דהגמ' מביאה ראיה דדבר שדרכו בהגבהה נקנה במשיכה מהא דמבואר בהמה דקה נקנית במשיכה, ומשני הגמ' שאני בהמה דמסרכא, ואם דבר כזה חשיב דבר שדרכו בהגבהה א"כ הכא כיון שיכול להגביהה את הבהמה ע"י חבילי זמורות יחשב דבר שדרכו בהגבהה, ועי"כ צ"ל דעל הגבהה זו לא דיברו הראשונים.

הערות וציונים פרק המוכר את הספינה

דף פו:

א. גמ' רב ושמואל דאמרי תרווייהו כור בשלושים אני מוכר לך יכול לחזור בו אפילו בסאה אחרונה, טעמא דמילתא ביאר הרשב"ם דהמוכר אינו רוצה למכור אלא א"כ יקבל כל הדמים של כל הכור, והיינו דלית ליה גמירות דעת למכור סאה סאה, אבל אמר כור בשלושים סאה בסלע ראשון ראשון קנה, ובגמ' ב"מ קב ע"ב מבואר דלרב משום תפוס לשון אחרון וכוונתו שכל סאה יקנה בפני"ע ושמואל ס"ל דהוא מספק אם תפוס לשון ראשון או תפוס לשון אחרון וכוונתו למכור סאה סאה וכיון דהוא ספק מספיקא לא מפיקין ממונא דהפירות מונחים ברשותו של מוכר.

ב. גמ' כור בל' אני מוכר יכול לחזור אפילו בסאה אחרונה, אבל אם לא חזר בו לבסוף קנה את כל הכור, והראשונים עמדו ע"ז איך יכול לקנות את כל הכור כיון שבשעה שמדד לא קנה איך יקנה אח"כ והרי כלתה קנינו, והרי"ז דומה למשך פרה זו ולא תקנה אלא לאחר ל' יום דלא קנה, [והראשונים הבינו דמיירי מדד בכליו של לוקח והניח אותם ע"ג סימטה דהסימטה לבד לא קני כדמבואר פד ע"ב], וכתב רבנו יונה דבאמת הקנין חל בשעת מדידה אלא דיש לו למוכר זכות חזרה עד שלא יגמור למדוד, והוכיח כן מהא דמבואר במשנה לענין פשתן דאינו קונה אלא עד שיטלטלנו ממקום למקום והיינו שמפרק את כל החבילה של הפשתן ולא אמרינן דכיון שלא קנה בשעת טלטול הראשון לא יקנה אח"כ, אלא דאמרין דכשמשלים הטלטול איגלאי מילתא דראשון ראשון שטלטל קנה, והיי"כ הכא אם לא יחזור בו איגלאי מילתא למפרע שבשעה שמדד חל הקנין, לפי"ז כתב רבנו יונה דאין חילוק איזה קנין עשה כשמדד אי בכליו של לוקח או שהוא עשה משיכה.

ועוד כתב רבנו יונה דיש לפרש עוד דכל הך דינא דכור בל' אני מוכר לך לא קנה עד שיגמור למדוד כ"ז רק היכא שמדד והניח ע"ג כלי של לוקח אבל אם עשה משיכה בכה"ג ראשון ראשון קנה, וטעמא דמילתא דכיון שמכר לו דבר שיכול להתחלק דכל סאה וסאה יכול לחול ע"ז קנין בפני"ע ע"כ אמרינן דהיכא שעשה בפני המוכר קנין משיכה ושתק המוכר ע"כ שניחא ליה למוכר שיקנה מיד וכמו שמצינו דבפני המוכר א"צ לומר לך חזק וקני וקונה אף בלא אמירה הי"נ ע"כ שהמוכר אינו מקפיד, ורק בכה"ג שמדד והניח בכליו של לוקח דלא גילה דעתו אמרינן שהוא רוצה שכל הקנין יהא לבסוף ולכן לא קנה רק לאחר שהוא מודד, משום דמיירי שמדד לתוך כליו של לוקח ע"כ יכול הלוקח לקנות לבסוף כשהכל מונח בתוך כליו, והנה הרשב"ם משמע דאין חילוק בין אם עשה משיכה בין אם הוא מונח בכליו של לוקח והיינו דדרך הראשונה של רבנו יונה ומ"מ לא משמע מדבריו שיש כאן קנין מיד ותנאי שיוכל לחזור בו וא"כ צ"ב מדוע אין חסרון של כלתה.

ג. ברי"ף מבואר דרב ושמואל מיירי רק בסימטה בכליו של לוקח או ברשות לוקח ובכליו של מוכר, אבל בכליו של לוקח וברשות לוקח אף באופן שאמר לו כור בשלושים ראשון ראשון קנה, אבל ברשב"ם ותוס' מבואר בהדיא שחולקים ע"ז דאף בכה"ג לא קנה ועי' בטור ושו"ע סי' ר' סעי' ז' שהובא ב' דעות אלו, וצ"ב באמת סברת הרי"ף דאם בלשון של כור בל' יש קפיידא של מוכר מהו הסברא לחלק בין אם מונח בכליו של מוכר או כליו של לוקח, ועי' בבעה"מ והרמב"ן במלחמות שהאריכו בזה.

ד. גמ' ת"ש אם היתה מדה של אחד מהם ראשון ראשון קנה, הרשב"ם ביאר דכוונת הגמ' להקשות מהרישא דהברייתא דקתני במידה שאינה של שניהם עד שלא נתמלא המדה הרי שהיא של מוכר בד"א וכו' ומשמע דמיירי שאמר לו בהדיא כור בל' אני מוכר לך דזהו הכונה "עד שלא נתמלא המדה", שהוא השיעור שדיברו ביניהם וא"כ קשה אמאי קתני במדה של אחת מהם ראשון ראשון קנה הרי אמר לו כור בשלושים, ועי"ז משני הגמ' דאמר בהדיא הין בשנים עשר סלעים לוג בסלע אני מוכר לך, וכיון שאמר לו בהדיא בכה"ג שמוכר לפי מדה לכן במדה של אחת מהם ראשון ראשון קנה, והרשב"ם פירש דמיירי שהיו בו שנתות ולכן קונה כל פעם שהגיע למידה, וברבנו יונה כתב ב' דעות אם מיירי שהניח בכאלו כלים דוקא שיש בו שנתות, או דאפילו אם אין שנתות בכלים מ"מ כיון שאמר בהדיא שמוכר לו לוג בסלע אף אם אין שנתות נמי יקנה אם ניכר שיגיע הדבר למדה.

ה. ברשב"ם והאי דקא פריך בספרים שלנו מסיפא דקתני ברשות לוקח וכו' לאו פירכא היא כלל דהתם כשהקנה לו כל התבואה מיירי דקני ליה רשותא בלא מדידה, כדקתני נמי מתני' משך ולא מדד קנה, ונמצא לפי הרשב"ם דהרישא של הברייתא וסיפא דברייתא מיירי בב' ציורים שונים דהרישא מיירי שמכר לו כור בשלושים דהיינו שמכר לו מדה ולכן בעינן מדידה, אבל הסיפא

דקתני ברשות לוקח ראשון ראשון קנה לא מיירי שמכר לו מדה אלא מכר לו כל החבילה הזו ולכן א"צ מדידה דכל מה שצריך למדוד שם זהו לידע כמה קיבל ולכן קונה מיד וזהו הכונה במשנה משך ולא מדד, דמיירי שמכר לו באופן זה, [ועיי' במהרש"א ע"ד תוס' שהעיר כן], אבל לפי הרי"ף הסיפא נמי מיירי שמכר לו מדה אבל ברשות מכור ליכא הך דינא דלא קנה עד שימדוד הכל וכמש"כ באות ג' דעת הרי"ף ולפי"ז הרישא והסיפא בחד גוונא.

דף פז.

ו. אבל אם שכרו מהיום בדינר ליום ולגורן יפה סלע מותר, פרשב"ם דכיון שהתחיל מיד ע"כ חשיב שהכל יום אחד ארוך ולכן לא חשיב שהקדים המעות לשכירות, ובר"י מגאש הקשה הרי הדין הוא דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף, וא"כ ע"כ שהתשלום של שכירות היא על הפעולה שנעשתה עבורו וא"כ נמצא שיש כאן עדיין חסרון שמקדים לשלם לו מה שנותן לו אח"כ, ותי' הרי"י מגאש דכיון שהוא משלם לו קודם לכן כל תשלום השכירות לכן אין בזה ההלכה של אין לשכירות אלא לבסוף ועיי' ברש"י, וביאור הדבר כתב **בקובץ הערות** [סי' נג אות ט'] דיש ב' אופנים של תשלום על שכירות א' לשלם בעד ההשתמשות של הדבר ובוזה הכלל הוא דאין שכירות משתלמת אלא לבסוף, ב' דאפשר לשלם בעד הזכות לקנות את הזכות השתמשות וזה כשהוא מקדים שכרו מעיקרא דבכה"ג התשלום אינו אלא ההשתמשות אלא על קנין להשתמש, ועיי' בהמשך מש"כ בשם רבנו יונה.

ז. גמ' ואי ס"ד כור בל' סאה בסלע אני מוכר לך ראשון ראשון קנה ה"נ קמא קמא מיפסק פסק ואסור להנות הימנו וכו', כונת הגמ' להקשות דאם הלשון שאומר סאה בסלע היינו שכונתו שכל סאה וסאה יש מעשה קנין בפני"ע, ה"ה הכא כשאומר דינר ליום נמצא שכל יום ויום יש כאן מעשה שכירות מחדש וא"כ כמו שאם לא התחיל לעבוד איכא איסור של אגר נטר ה"נ הכא כיון של יום הוא שכירות חדשה שהרי יכול לחזור בו אמאי אין איסור, ובאילת השחר העיר דהרי כשאומר כור בל' סאה בסלע מבואר דראשון ראשון קנה הוא מחמת ספק דשמא תפוס לשון אחרון, וא"כ יש לברר האם קושית הגמ' כאן דכמו שהתם הוא ספק ה"ה הכא הוא ספק ומספיקא צריך להיות אסור דחשיב שיש כאן אגר נטר ואע"פ שבעלמא ספק דרבנן לקולא הכא שמא החמירו.

ח. גמ' אמר רבא ותסברא ולזולזלי בשכירות מי אסיר, הרשב"ם כתב דלא דמי להלואה ולא למקח דאית ביה אונאה וביטול מקח, דהתם שהוא מוזיל בשביל הקדמת המעות נמצא שנותן לו יותר מהדמים שקיבל, אבל הכא דרך פועל להשכיר עצמו בכל שהוא כשאין לו מה יאכל ולכן לא חשיב שהוזיל גביה מחמת הקדמת המעות, [ולא ברור מה כונת הרשב"ם לומר דלא דמי למקח דאית ביה אונאה, וביד רמה כתב דטעמא דאין ריבית בפועל כיון שאין אונאה בפועלים, וכונתו דכל האיסור של ריבית הוא שקיבל יותר ממה שנתן, וכל האיסור של ריבית שיש רק בדבר דשייך בו אונאה דאז חשיב שקיבל יותר, אבל אם ליכא אונאה ליכא איסור ריבית], וברבנו יונה תמה ע"ד הרשב"ם שהרי גם בשכירות כלים ובהמה איכא דין אונאה וא"כ אמאי אין איסור ריבית, ועיי' בקו"ש. **ולכן** כתב רבנו יונה ביאור חדש בסוגיין, דהא דאין ריבית בפועל דכמו שברך מקח אין ריבית בהקדמת המעות היכא דיש לו את החפץ ואינו רוצה שהקנין יחול מיד, וכל האיסור הוא רק כשאין לו את החפץ דהוה דבר שלא בא לעולם לכן איכא איסור ריבית כמקדים לו המעות, אבל הכא בפועל חשיב "יש לו" שהמעות הם על מה שהאדם משתעבד לעבוד עבורו ודמי ליש לו, אבל הקשה רבנו יונה הרי הדין הוא שפועל יכול לחזור בו בחצי היום לאחר תחילת המלאכה, וכונתו רבנו יונה שהטעם שיכול לחזור בו כיון שהתשלום הוא על הפעולה שיעשה עבורו ולא קנה שיעבוד על הפועל לכן יכול לחזור בו, ותי' רבנו יונה דהא דפועל יכול לחזור בו היא הלכה חדשה שיכול לחזור בו דאע"פ שכבר נתשעבד מ"מ יכול לחזור בו, ונמצא שהטעם דלא הוה ריבית כיון שהוא נשתעבד מיד, ומשמע מדבריו דהתשלום זהו על הזכות להשתמש בדבר וכמש"כ לעיל באות ו', וכתב רבנו יונה שאם שכרו לאחר זמן אסור הטעם הוא כיון שפועל יכול לחזור בו לכן נראה כריבית וכונתו דכיון שהוא קנה את הפועל עכשיו לא היה צריך להיות חסרון ריבית אלא מ"מ איכא איסור ריבית כיון שבפועל לא מתחיל לעבוד ויכול לחזור בו לכן נראה כאגר נטר.

ט. והנה רבנו יונה הסתפק שם האם רק בשכירות פועלים אמרינן דאם לא מתחיל לעבוד איכא בזה איסור ריבית, אבל הא דאמרינן בב"מ דמרבים על השכר דהיינו שיכול לשלם לו על שכירות בית קודם שיכנס לדור שם רק באופן שמתחיל לדור מיד בבית, אבל אם לא ידור מיד לא וכמש"כ תוס' ד"ה דינר, אבל כתב רבנו יונה דמסתבר דרק בשכירות פועלים אמרינן כן והטעם כיון שפועל יכול לחזור בו אמרינן דחשיב כהמתנת מעות, אבל בשכירות בית שהבית נמצא חשיב שקונה עכשיו זכות ואין בזה משום המתנת מעות.

י. גמ' הכא במאי עסקינן דא"ל לך יפה לך קרקע כל שהוא וקני מה שעליה, הרשב"ם פירש דכיון דכל המחובר לקרקע קרקע דמי לכן כמו שיכול לקנות את עצם הקרקע בחזקה ה"נ יכול לקנות רק את הפשתן שמחובר לקרקע בחזקה, ומשמע בראשונים דמיירי דהפשתן הוא צריך עדיין לקרקע, ולכן חשיב מחובר לקרקע אבל אם הפשתן אינו צריך עוד לקרקע אין דינו כמחובר לקרקע ולא נקנה בחזקה, ועיי' ברמב"ם פ"א ממכירה הי"ז שכתב דין זה דמחובר לקרקע קרקע לענין חזקה, וכתב במגיד משנה דמקור דבריו הוא מסוגיין, ועיי' בכס"מ ובלח"מ, [ועיי' ברשב"א שהביא דברי הרשב"ם וכתב דקונה את הקרקע ג"כ בחזקה וצ"ע]. **אולם** הקשה באילת השחר דכל מעשה חזקה בקרקע הוא מעשה תיקון בקרקע אבל כאן כשבא לקנות רק את הפשתן הרי לא עשה מעשה תיקון בפשתן וכל מעשה התיקון הוא בקרקע וא"כ איך מהני החזקה דהיינו התיקון של הקרקע לגבי הפשתן, ודמי להא דאמרינן לעיל נג ע"ב דהחזיק בחיצון לקנות הפנימי לא קנה כיון שלא עשה מעשה בפנימי בעצמו, ואף שיש לחלק דהתם הוא מעשה

בקרע אחר לגמרי אבל כאן הוא באותו קרע, מ"מ צ"ב כיון שאת עצם הקרע לא בא לקנות א"כ מה מהני תיקון של הקרע לגבי הפשתן, והא דמבואר דמכר לו י' שדות ב"י מנינות קנה בחזקה אחת משום שבקרע שבה הוא עושה החזקה בא לקנותה, וצ"ע.

יא. תוס' פירשו דהקנה לו הקרע שתא שאולה לו להיות כחצרו לענין זה שיקנה את הפשתן שע"ג בקנין חצר, ובראשונים נראה דסברת תוס' היא כיון דמייירי בפשתן שא"צ לקרע ולכן אין לו דין של קרע ולא נקנה בחזקה ולכן צריך לקנותו בקנין חצר, אולם באור שמח [פ"ו מגירושין ה"ו] נראה שהבין דכונת תוס' דהפשתן הוא מחובר לקרע דכתב דמוכח מתוס' דאפשר לקנות קרע בקנין חצר, וכ"כ תוס' ב"ק יב ע"א ד"ה אלא, ועי' בנתה"מ רמ"א סק"ג שחולק ע"ז, ועי' ברמב"ם פ"ג ממכירה הי"ח שנראה מדבריו ע"ד תוס' שקונה את השדה והפשתן קונה בקנין אגב, וכן כתב במאירי במשנה לעיל פד ע"ב, [ותוס' שכתבו מדין חצר ס"ל דקרע אינה נקנית באגב עי' ב"ק יב ע"א הנ"ל שכי"ב].

והנה מלשון תוס' נראה שקונה את השדה רק לענין זה שיוכל לקנות בחצר, וחידוש הוא דשיך קנין חצר בכה"ג דבפשוטו קנין חצר אינו שימוש של החצר, אלא שהוא הלכה למי שיש לו את הבעלות בחצר יכול לקנות ע"י בקנין חצר, אמנם יסוד זה מבואר בתוס' לעיל עט ע"ב ד"ה אימור בסופו, ועי"ש מש"כ.

הערות וציונים פרק המוכר את הספינה

דף פז.

א. מתני' המוכר יין ושמן לחברו והוקרו או שהוזלו אם עד שלא נתמלא המדה למוכר משנתמלא המדה ללוקח, בגמ' מבואר דמייירי במדה של סרסור ועד שלא נתמלא המדה הוא השאילה למוכר ומשנתמלא המדה משאילה ללוקח, ולעיל פה ע"א הקשנו דבאיזה קנין נעשה המידה שאולה ללוקח, דאם עשה קנין מעיקרא בשעת שאלה הרי כלתה קנינו כיון שבתחלה עד שלא נתמלא המדה היא מושאל למוכר, ולא משמע שעשה בו הלוקח קנין בכלי כשגמר למלאות, ושור"ר שכבר תמה כן ברע"א [החדש] ונשאר בצ"ע.

ב. מתני' ואם היה סרסור בינהן נשברה חבית נשברה לסרסור, הרשב"ם פירש דכיון שהסרסור קונה לעצמו ואח"כ מוכר אותו לכן הוה הפסד שלו, ותמהו תוס' א"כ אמאי נקט נשברה ולא נקט יוקרא וזולא דאיירי בה רישא, ולכן כתבו תוס' בשם ריב"א דכיון שהסרסור מודד ונשברה לו ע"י מדידה לכן חייב לשלם, וכונתו כתב בשטמ"ק ע"פ מה שכתב הרא"ש כאן דהסרסור יש לו חיובי שמירה ודינו כשומר שכר דחייב בגניבה ואבידה וע"כ חייב לשלם כשנשבר, וכתב הרא"ש דאע"פ שלא מקבל שכר על המדידה חשיב שומר שכר, וכונתו י"ל כמו שמצינו בשומר אבידה דסבר ר' יוסף ב"ק נו ע"ב דחשיב שומר שכר אע"פ שלא מקבל שכר על השמירה אלא כל השכר הוא שנהנה בפרוטה שאין צריך ליתן לעני, וע"כ חזינו דא"צ שיקבל שכר בהדיא על השמירה כדי שיחשב שומר שכר אלא כל שיש לו מכח השמירה רווח חשיב שומר שכר, [ועי"ש שנתבאר יסוד זה], ולכן ה"ה הכא כיון דבשעה שהוא מודד חייב לשמור דזהו חלק מהדין של המדידה ע"כ כיון שיש לו שכר חשיב שומר שכר, אמנם בתוס' מבואר דרק אם נשבר בשעת המדידה חייב, אבל הרא"ש לא חילק בזה ומשמע דבכל גוונא ועי', ע"ע בשטמ"ק בשם הראב"ד פירוש חדש דכיון שהסרסור מודד עבור הבעה"ב ע"כ פטור מה שנשבר דיש פטור של שאלה בבעלים.

ג. גמ' אילמא מדה דלוקח עד שלא נתמלא המדה למוכר מדה דלוקח היא, כתב מהרש"א דא"א לומר דמייירי ברשותו של מוכר ולכן לא קני דא"כ תפשוט בעיין דלעיל, ולכן סברה הגמ' דמייירי ברשותו של לוקח.

דף פז:

ד. גמ' והתנן הרכינה ומיצה הרי זו תרומה, פרשב"ם דקתני התם דאם הרכינה ומיצה נותנה לכהן וא"כ ה"ה הכא אמאי היא של מוכר ולמה לא יתן ללוקח, צ"ב דהרי בתרומה צריך להפריש אחד מחמשים וא"כ אם יש לו ע"ד משל נ' חביות וצריך להפריש חבית אחת א"כ ע"כ שאף החלק של הרכינה ומיצה הוא בכלל, דהרי צריך לתקן את כל החביות של הטבל שאף בהם יש חלק של הרכינה ומיצה, וצ"ל דס"ל לגמ' דאם בעלמא אין אדם מוכר את החלק של הרכינה ומיצה א"כ אין בדעתו ג"כ שיחול הפרשת תרומה על חלק זה, דכשיתן לכהן את החבית של השמן לא יתן לו את אותו של המצוי, ואף שצריך לתקן את כל הטבל שחסר כאן אחד מנ', י"ל דמכיון שמעיקר הדין מן התורה חיטה אחת פוטרת את כל הכרי, אלא שיש שיעור מדרבנן של אחד מחמשים, א"כ שיעור זה של אחד מנ' תלוי בשיעור של בני"א, ואם בעלמא במכירה מה שהרכינה ומיצה אינו בכלל המכירה ה"ה נמי שאין דעתו להפריש ע"ז, והיינו דמקשה הגמ' דמוכח התם דהוא תרומה וצריך ליתנו לכהן כמש"כ הרשב"ם ע"כ שדעתו להפריש ע"ז, וא"כ ה"ה במכירה חלק זה נמי שיד ללוקח, וביאור זה נראה מדברי הרשב"א עי"ש היטב.

אמנם הנה במשנה בתרומות שם מבואר דאם לא הרכינה ומיצה אין צריך להרכין ולהוציא כל השמן מהחבית כדי ליתן לכהן, אלא לאחר שהריק את כל השמן והוציא ג' טיפין יכול למלאות אותו בשמן של חולין אלא דאם הרכינה ומיצה הרי הוא תרומה ושיך לכהן, והקשו הראשונים דאם ס"ל לגמ' השתא דכל מה שנמצא בחבית הוא של כהן א"כ מהו הסברא שאם לא הרכין ומיצה הוא יכול ליתן לתוך החבית שמן של חולין הרי יש בו שמן של תרומה, **וברמב"ן וברשב"א** ועוד כתבו דאה"נ דאף לפי סברת המקשן יש בזה קדושת תרומה אלא דהטעם במשנה הוא דאע"פ שבעלמא הכלל הוא שאין מבטלים איסור לכתחילה הכא אין איסור כזה, ולכן אם הרכינה ומיצה הרי היא של כהן כיון שכל השמן הנמצא בדופני הכלי הוא שלו, [מיהו צ"ב א"כ אמאי אם לא מיצה הכהן אין לו זכות לתבוע שיתן לו וימצה את החבית להוציא ממנה שמן], אבל הריטב"א כתב בתחלה סברא הגמ' דהישראל קורא שם של

תרומה רק על החלק שהוא יתן לכהן ולכן אם הרכינה ומיצה צריך ליתן לכהן דקרא על שם, אבל מה שלא הרכינה ומיצה דלא קרא על זה שם תרומה לכן אינו מחויב ליתנו לכהן, ומי"מ מקשה הגמ' דאף הכא אמאי הוא של מוכר ואמאי אין חיוב ליתן ללוקח, ונפק"מ בין ב' הדרכים כתב הריטב"א דהיכא שהפריש תרומה ואח"כ שפך כל השמן לחבית אחרת האם בחבית השניה יהא דין שמה שנשאר שם אינו תרומה ויכול למלאות בו שמן של חולין, דלפי הביאור הראשון יכול כיון דאין איסור לבטל האיסור לכתחילה בכח"ג, אבל לפי הפי' הבי' דעל מה שחל שם תרומה לא יכול לבטל אינו כן, [אמנם בעיקר מש"כ הריטב"א דאם לא הרכינה ומיצה אינו תרומה כיון שלא נתכון לקורא שם לזה, צ"ב דנמצא שדבר זה תלוי האם יש ברירה או אין ברירה ועיין].

ה. גמ' א"ל הא איתמר עלה אמר רב אבהו משום יאוש בעלים נגעו בה, פרשב"ם דבאמת אף המיצוי בכלל המכירה והוא של לוקח אלא שהוא מתיאש ממנה, אבל בתרומה ל"ש יאוש דמי"מ תרומה היא ואסורה לזרים, **והכונה** כמש"כ בפ"י רשב"ם העיקרי דבאמת אף בתרומה א"צ ליתנה לכהן כיון שמתיאש אלא דמי"מ אית ליה שם תרומה, והיינו שהגמ' חוזרת בה ממה דס"ל בקושיא דהכונה במשנה דאם הרכינה ומיצה שצריך ליתנה לכהן אלא דאע"פ שחל עליה שם תרומה מ"מ אין חובת נתינה בזה, וביאור המשנה כמש"כ באות הקודם שאם לא הרכינה ומיצה יכול ליתן לתוכה שמן של חולין ואין בזה הכלל שאין מבטלים איסור לכתחילה.

ו. תוס' ד"ה והתנן הרכינה, תימה אמאי הוי של תרומה והא אינו חייב לתרום אלא אחד מני' א"כ כמו אותן מדות של חולין תהיה של תרומה ושל חולין בלא הרכינה ומיצה, לכאורה קושית תוס' היא למסקנת הגמ' דבעלמא אמרינן דאף מה שהרכינה ומיצה הוא של הלוקח דהוה בכלל המקח אלא דמתיאש ולכן א"צ ליתן לו, א"כ הקשו תוס' דאף לגבי תרומה נימא שאין בדעתו לתרום רק כפי השיעור שצריך ליתן במכירה, [וכמו שפירשנו לעיל באות ד' שבקושיא ס"ל לגמ' דבכל מכירה הרכינה ומיצה שיד ללוקח לכן ה"ה בתרומה בדעתו להפריש אף על זה], והנה בתו"ט במשניות כאן תמה על תוס' דכיון שצריך לתקן את החביות של טבל א"כ אף את החלק של הרכינה ומיצה צריך לתקן ומה הקשו תוס' דכיון שבמכירה הוא של מוכר ה"נ א"צ לתקן, **וצ"ב** דקושיא זו קשה על הגמ' דמה קא מדמה תרומה למכירה הרי הכא הוא צריך לתקן את כל הטבל אבל במכירה אין דעת המוכר ע"ז, וע"כ צ"ל כמש"כ דעל הגמ' לא קשה דכיון שהשיעור של אחד מני' הוא מדברנן א"כ אם הך חלק של הרכינה אינו של הלוקח א"כ אף בדיני תרומה א"צ להפריש אותו חלק וחשיב אחד מני' אף בלא זה, אבל לתי' הגמ' דמעיקר הדין הוא של הלוקח א"כ ה"ה בתרומה אף החלק הזה הוא צריך לתקן וזהו שהקשה התו"ט על תוס' דמה קס"ד לדמות את זה למכירה דכיון דהחלק של הרכינה ומיצה הוא בכלל כל החבית אף אותו צריך לתקנו, ועי' ברש"י שביאר כונת תוס' באופ"א.

ותי' תוס' דדעתו להפריש אף אותו חלק של המצוי, וביאור הדבר ג"כ ע"ד מש"כ דרק מכיון מכיון שבמכירה אף חלק זה מה שנשאר בחסית הוא של לוקח אלא שמתיאש לכן כשמפריש תרומה הוא מחשיב את זה ג"כ לחלק מאחד מני' ודעתו להפריש גם את זה, אבל אם הך חלק של הרכינה ומיצה היה של מוכר אף בתרומה לא היה מתכון להפריש חלק זה וכמש"כ, וע"כ כשהגמ' מקשה ל"ש לומר דהכא בתרומה דעתו להפריש אף על החלק הזה, ופשוט.

ז. תוס' ד"ה משום יאוש בעלים נגעו בה, הו"ל לשנויי דהוי תרומה משום דאין ברירה דכשקרא שם אין ידוע איזה יהא למטה, העירו דנחלקו רש"י ותוס' למד"א אין ברירה כגון בבי' לוגין שאני עתיד להפריש אם אין ברירה לא חלה ההפרשה כלל דחלות שאינה מובררת לא חלה, או"ד דכיון שהחיל חלות מספופקת ע"כ חלה ההפרשה על הכל, ודעת רש"י בחולין יד ע"א דחלה ההפרשה אלא דלא ידוע היכן חלה, אבל תוס' בעירובין לו ע"ב [ד"ה אלא מעתה] הביא ב' דעות בזה, ומתוס' כאן מבואר דס"ל כרש"י דאף אם אין ברירה לה חלות מספק אלא שלא ידוע היכן על איזה לוג חלה ההפרשה, ועי' ברבנו יונה שכתב לישב קושית תוס'.

ח. גמ' בשלמא באיסור ושמן פליגי דרבנן סברי לאודועי שדריה ור"י סבר לשדריה, והיינו דלרב יהודה ביקש בעה"ב שישלח ע"י התינוק, **אמנם** זה ברור דהבעה"ב לא קנה את השמן עד שיגיע לרשותו דבמה שהוא נמצא ביד הקטן לא כלום היא, וא"כ במה נפטר החנוני מליתן הפדיון לבעה"ב, וכתבו תוס' בב"ק קד ע"א [ד"ה שליח] דהא דנפטר החנוני מהפדיון שקיבל מהתינוק משום דכיון ששלח לו פדיון הוה כאומר ליה הנח והפטר.

ט. גמ' אלא שבר את הצלוחית אבידה מדעת היא, פרשב"ם דכי מסרה לתינוק שאינו יודע לשמרה "הפקר" הוא, **בקצה"ח** [סי' רס"א] הוכיח דהפקר מדעת אינו הפקר ממש דא"כ מדוע צריך לשלם על האיסור והשמן, וכן להלן מבואר דאם נטלה ע"מ למוד בה חייב ואם הוא הפקר לא יתחייב ע"ז, וכן כתב הרמב"ם בהדיא פ"א מגזו"א דאבידה מדעת אינו הפקר אלא שהוא פטור מחיובי השבה, **אמנם** דעת הטור שם דאבידה מדעת הוה הפקר וכל הקודם בהם זכה, ועי"ש בב"י שם ודו"ק.

י. גמ' הכא בבעל הבית מוכר צלוחיות וכגון שנטלה חנוני ע"מ לבקרו, מבואר בגמ' דאם נטלו החנוני ע"מ לבקרו אם ירצה לקנותו יכול לקנותו, **באילת השחר** כתב דיש לדון לפי מש"כ בנתי"מ [סי' נט סק"א] דאבידה חשיב אינו ברשותו [כמו גזילה] א"כ איך יוכל הבעה"ב להקנות לחנוני את הצלוחית, דכיון שמסרו לקטן והוה אבידה מדעת נמצא שהצלוחית היא אינו ברשותו, ועי"ש שכתב דלפי דעת הראשונים דהנגזל יכול להקנות לגזלן א"ש דה"ה הכא יכול להקנות לחנוני שעכשיו היא אצלו, **אולם** נראה דהכא כונת הבעה"ב היתה קודם שמסרו לתינוק להקנות לחנוני כשיגיע לידו וא"כ אפשר דבכה"ג אין חסרון של אינו ברשותו דאם החנוני רוצה

לקנותו הרי הוא מחזיקו לבעלים וחשיב ברשותו, [אולם לפי מש"כ הרמב"ן הובא באות הבאה דהחנוני לקחו שלא מדעת הבה"ב, ע"כ צ"ל כמש"כ דלגזלו עצמו אין חסרון של אינו ברשותו].

יא. גמ' לימא דשמואל תנאי היא, הרמב"ן הביא דהקשה הר"י מגאש דלפי ר' יהודה דכונתו היתה לשדוריה דהיינו שהוא ישלח עם התינוק א"כ מה הכרח דשמואל תנאי היא הרי יכול לסבור כשמואל אלא דהכא דדעתו היה שישלח עם התינוק לכן אינו מתחייב לשלם אם נשבר, ותי' דדעתו של בעה"ב היה שהוא יחזיר לו הצלוחית שלו אבל אם נתכון החנוני לבקרו וסבור לקנותו תו אינו שלו ועל כה"ג לא היה דעתו לכך וע"כ האחריות של הצלוחית היא על החנוני, אבל **הרמב"ן** עצמו תי' דמייירי הכא שלא שלח לו בעה"ב ע"מ לבקרו אלא החנוני מעצמו לקח אותו כדי לבקרו ולכן אף לפי ר"י כיון שנטל אותו החנוני בשביל זה פקע ממנו החיוב של לשדוריה והו"ל כגזלן דיש עליו חיוב להחזיר ליד הבעלים ולא נפטר במה שהוא נתנו לידו של התינוק, ועי' באות הקודם מש"כ לפי דברי הרמב"ן אלו].

יב. בעיקר דינא דשמואל דלוקח כלי מבית האומן לבקרו דחייב באונסין, **נחלקו** הראשונים מאיזה טעם חייב באונסין תוס' כתבו דבסוגיא בנדרים מבואר דהוה כשואל דכל הנאה שלו דהכא כיון שבדעתו תלוי אם לקנות את החפץ חשיב כל הנאה שלו, וכן כתב הרשב"ם פת. [ד"ה וה"מ] אולם כתבו תוס' דברש"י בב"מ כתב דחשיב לוקח וכן כתב הרשב"ם שם פ"י הא' וכן כתב הרמב"ן כאן, ותוס' והרמב"ן הוכיחו מהא דמבואר להלן דלוקח כלי ע"מ לבקרו אין הבעלים יכולים להקדישו משום דאינו שלו, ואם כל החיוב הוא מדין שואל אמאי לא יוכלו להקדיש הרי המשאל יכול להקדיש דבר אף שהוא ברשות השואל, ובדעת הרשב"ם והראשונים שהוא מדין שואל ביאר היטב **בקה"י** נדרים [ס' כד] דאף לראשונים שהוא חייב רק כשואל הרי זה ברור שהמוכר אין יכול לחזור בו מהמקח, וע"כ דטעמא דמילתא היא משום דלכפי המוכר יש כאן מכירה גמורה, אלא הלוקח לא קנה את הדבר לגמרי ולכן חיובו רק כשואל שחייב באונסין, [עיי"ש שהביא כן לשון הר"י מגאש בסוגיין שכ"כ, ולפי"ז א"ש דהמוכר אין יכול להקדיש את הדבר כיון שהוא אינו שלו, והראשונים שחלקו דהוה לוקח סברו דיש לו לגמרי דין של לוקח אלא שעשה תנאי עם המוכר שאם ירצה יוכל לחזור בו, אבל כלפי המוכר לכו"ע יש כאן תורת מקח גמור ויצא מרשותו, **עוד** י"ל בדעת הרשב"ם לישב קושית תוס' מהא דמקשה הגמ' דאין יכול להקדישו, דאין כונת הגמ' דאינו שלו אלא כונת הגמ' דחשיב אינו ברשותו, וטעמא דכיון שבידו להחליט אם רוצה לקנות אותו הוה כמו דבר גזול ביד הגזלן דחשיב אינו ברשות הגזלן].

יג. תוס' בד"ה לוקח כתבו שאם החיוב של לוקח כלי ע"מ לבקרו מדין שואל הא דאין יכול להחזירו ליד התינוק כדאמרין להלן דאם שואל שלא מדעת שואל יכול להחזיר ליד תינוק דממקום שנטל יחזיר, וכתבו תוס' דיש חילוק בין שואל מדעת לשואל שלא מדעת והכא דהוה כשואל מדעת צריך להחזיר לידיו של בעה"ב ולא מהני להחזיר לתינוק, **לכאורה** כונת תוס' דהא בגמ' ב"ק נז ע"א ב"מ לא ע"א מבואר הכל צריכים דעת בעלים חוץ מהשבת אבידה, וביאר רש"י דהכל היינו גנב גזלן וכל ד' שומרים צריכים להחזיר הגזילה או הפקדון לדעת הבעלים ולא סגי להחזירו לתוך רשותו מבלבד בהשבת אבידה דמרבין מקרא, אלא דצריך ביאור מה הסברא לחלק בין שואל מדעת לשואל שלא מדעת, והביאור בזה כתב **בקה"י** [אות שיא] דשואל שלא מדעת כל חיובו הוא רק בשעה שמשתמש אבל מיד שגמר להשתמש פקע חיובו ולכן אם החזירו למקום שנטלו סגי, והיינו ששואל שלא מדעת אינו חייב בשמירה אלא בשעה שמשתמש חייב באחריות, לכן א"צ דעת בעלים בחזרה וסגי להחזיר למקום שנטל, אבל בכל שואל מבואר בגמ' ב"מ פא ע"ב דאף לאחר שכלו ימי השאילה חייב עדיין בשמירה משום דהואיל ונהנה מהנה, ולכן חיובו להחזיר ליד בעלים.

והקשו לפי תוס' אמאי בעינן לדינא דשמואל דלוקח כלי ע"מ לבקרו "חייב באונסין" דלכן אם מסר הצלוחית לתינוק חייב, הא אף אם דינו רק כשומר ג"כ היה חייב כיון שצריך להחזירו לדעת בעלים וכמש"כ דהכל צריכים דעת בעלים, ויש להקשות עוד דהגמ' אומרת דר' יהודה חולק על דינא דשמואל דקאמר לימא דשמואל תנאי היא, והיינו שסובר דאין לו חיוב של אונסין, אמנם לכאורה זה ברור שאע"פ שאין חייב באונס כשואל מ"מ חייב בשמירה ולא גרע משומר חנם, וא"כ כיון שלקח הכלי ע"מ לבקרו וחייב בשמירה אם החזיר הכלי ליד תינוק יש כאן פשיעה בשמירה וא"כ אמאי פטור לפי ר"י וצע"ג.

יד. רשב"ם ד"ה חייב, ואפילו אם חוזר בו ואומר איני חושש בכלי זה לקנותו ונאנס בידו קודם שהחזירו לבעליו חייב, מבואר ברשב"ם דכ"ז שהיא בידו חייב על כל אונס ואף אם כבר גילה בדעתו שאינו רוצה לקנותו, **אמנם** הטור בסי' ר' בסופו הביא עוד ב' דעות דאינו חייב באונסין אלא או כשומר חנם או כשומר שכר, וכתב הבית יוסף לדעת הראשונים דפטור מאונסין הכא חייב לכו"ע מכיון דשמסרה ליד תינוק הרי הוא חייב משום דפשע בדבר, ועיי"ש בפרישה מש"כ לבאר לדעת הרשב"ם שחולק על דינא דשמואל מהך ברייתא דלוקח כלי מהאומן לשגרן לבית חמיו דקתני התם דיש חילוק בין בחזרה להליכה אבל בדינא דשמואל הדין הוא שאף בחזירה חייב.

טו. תוס' ד"ה אלא צלוחית אבידה מדעת, ביארו תוס' דהא דמקשה הגמ' רק על הצלוחית ולא על הפודיון, דאע"ג שהפדיון נמי אבידה מדעת ואין לחנוני חובת השבה, מ"מ כיון שהוא נטלו עבור השמן והאיסר ששלח עם התינוק, אבל הבעלים עדיין לא זכה בשמן ובאיסר כ"ז שהוא ביד התינוק, וא"כ נמצא שהפדיון נשאר בבעלות של הבעה"ב ולכן כשנאבד השמן והאיסר צריך ליתן לבעה"ב את הפדיון שהוא שיד לו, **ואפשר** להוסיף דאע"פ שאין לחנוני חובת שמירה מדין שומר אבידה על הפדיון מ"מ מכיון שהוא

נטלה מעצמו כדי שישאר אצלו בשעה שהשמן והאסר יבאו לבעלים א"כ כונתו היתה לקבל שמירה על הפדיון ולכן כשנאבד חייב לשלם לבעלים, ולפי"ז אף אם יאבד הפדיון אצלו נמי יתחייב לשלם לבעלים, ועי' בבית יוסף סי' קפח שכתב דהרשב"ם ג"כ נתכון למש"כ תוס' ועי"ש בב"ח שחולק ע"ד.

טז. גמ' אלא רבה ור"י דאמרי תרוייהו הכא בחנוני המוכר צלוחית עסקינן, פרשב"ם דמייירי ששלח לו בעה"ב דמי השמן והצלוחית ולכן לרבנן דלאודעי קא מכוון הוא חייב לשלם לו דמי הצלוחית.

דף פח.

א. גמ' הכא במאי עסקינן כגון שנטלה למוד בה וכדרבה דאמר רבה הכישה נתחייב בה, מבואר בגמ' דכמו דהתם חייב מדין השבת אבידה ה"ה הכא כיון שנטלה למוד בה והוה אבידה חייב מדין שומר אבידה ולכן אם החזירו לתינוק חייב אף על הצלוחית, דברי הגמ' צ"ב דהא טעמא דרבה דהכישה נתחייב בה כתב רש"י בב"מ דף לא ע"ב דכיון דהכישה בה התחיל במצותה וכן כתב הרמב"ם [פ"ג מגזו"א ה"א] דכיון שהכיש התחיל במצוה, וא"כ מה מדמה הגמ' אבידה מדעת לזקן ואינו לפי כבודו, דהתם הוה אבידה ואיכא מצות השבת אבידה אלא דזקן ואינו לפי כבודו פטור מהשבה של הגברא וכיון שהיכשה נתחייב בהשבה, אבל באבידה מדעת ליכא חיוב השבה כלל ומה מהני דהיכש בה, ועי' בשער המלך פ"ג מגזילה שעמד בזה, [ונכתב שם דלר' יהודה דסבר במתני' דאינו חייב על הצלוחית מדין שומר אבידה, פליג וס"ל דל"ד לזקן ואינו לפי כבודו דהכא ליכא חובת השבה כלל, וכתב דלפי מסקנת הגמ' באמת אין לדמות כלל להתם עי"ש בכ"ד].

בספר בחזון יחזקאל על התוספתא [פ"ה מ"ב] כתב לבאר דהגמ' סברה דטעמא דהכישה בה חייב בזקן ואינו לפי כבודו כיון דהיכשה בה הראה עצמו בשמירתה כלשון פי' הרשב"ם העיקרי, ולכן ע"י זה פסקה להיות אבודה ואם עכשיו הוא לא יחזירנה נמצא שהיא אבודה מחמתו וכה"ג אין דין של זקן ואינו לפי כבודו דאדרבה זהו כבודו שלא יעשה את ממון חברו אבוד על ידו, והכא נמי היכא שנטלה למוד בה אע"פ שמעיקרא היה אבידה מדעת מ"מ בזה שנטלה פסקה מלהיות אבידה וכיון שהוא מחזיר אותה לתינוק נמצא שהיא נעשית אבודה ע"י ולכן ס"ל לגמ' שהוא חייב בהשבתה כמו בזקן ואינו לפי כבודו דנעשית אבודה ע"י, ותי' הגמ' דרבה אמר רק בבעלי חיים משום דאנקטינהו אגר ברייתא, וביאר בח"י משום דבעלי חיים הוא הרגילם לילך לכן דוקא התם חייב שהוא הוסיף באיבודה אבל הכא בצלוחית לא הוסיף באיבודה לכן אינו חייב בהשבת אבידה, והנה ברבנו יונה כאן כתב דלפי מה שדוחה הגמ' דסברת רבה שיכת רק בבעלי חיים ה"ה באבידה מדעת נמי דינא הכי שאם הכישה חייב בהשבתה, והטעם י"ל דהיכא שהוסיף באיבודה חייב בהשבתה, והנה דעת הרמב"ם שם להלכה דדינא דרבה לא נאמר רק בבעלי חיים אלא בכל דבר ותמוה דגמ' כאן משמע דרק בבעלי חיים אמרה רבה ומנלן דבכל חפץ אבוד, ועי' בנו"כ ואכמ"ל בזה.

ב. בגמ' שם, מבואר בגמ' דאם נתחייב בהשבה אין יכול להחזירו ליד תינוק, וטעמא דמילתא כתב ברבנו יונה דכיון שנתחייב בשמירתה ויש לו דין שומר אבידה לכן חייב להחזירו ליד בעלים ואע"פ דהכל צריכים דעת בעלים חוץ מהשבת אבידה מ"מ צריך שיחזרנה למקום המשתמר וליד תינוק לאו מקום משתמר הוא, וכל מה דמבואר בהמשך דבשואל שלא מדעת יכול להחזירו ליד תינוק הוא כמש"כ לעיל דחלוק מכל דיני שומרים.

והנה מדברי הגמ' מבואר דשומר אבידה אין צריך לעשות קנין ככל שומרים, אלא דכיון שבא לידו התורה מחייבת אותו בשמירה, דהא הכא שנטלה ע"י למוד בה הרי לא נתכון להיות שומר ומ"מ סברי לגמ' דחייב בשמירה, ועי' בחזו"א ב"ק סי' ו' אות ו' ובברכ"ש ב"מ סי' כה שכתב כן בשם הגר"ח.

ג. רשב"ם ד"ה אימור דאמר רבה, אי בעי הוה פריך נימא דרבה לימא דרבה תנאי היא, והיינו דלפי ר' יהודה דסבר שהוא פטור על הצלוחית ע"י חולק על רבה דסבר שחייב בהשבתה, והיינו דחייב בהשבת אבידה ולכן אף אם נתנו לתינוק צריך להיות חייב, **אולם** הרמב"ן כתב דאף ר"י יכול לסבור כרבה דהכישה נתחייב בהשבתה אלא דכיון דאמרין דלשדוריה שדרייה א"כ כשמחזירה ליד תינוק חשיב שהחזירה ליד בעלים, ול"ד לדלעיל דהתם נטלה ע"י לבקרה שלא מדעת בעלים, וכונתו למש"כ לעיל פז ע"ב בשם הרמב"ן דהתם נטלו שלא ברשות מהבעלים לכן נפקע ממנו חיוב ליתן לבעלים הצלוחית, אבל הכא דחייב מדין השבת אבידה ועדיין נשאר הסברא דלשדוריה ע"כ מקיים השבה במה שנותן ליד התינוק דחשיב כאילו שהבעלים אמרו לו להחזיר לידו של תינוק.

ד. גמ' אמר להו אין אדם מקדיש דבר שאינו שלו, מכאן הוכיחו תוס' לעיל [ד"ה הלוקח] דדינא דשמואל דלקח כלי ע"מ לבקרו חייב באונסים הוא מדין "לוקח", דאם הוא מדין שואל אמאי אין יכול להקדישו, **ותוס'** כתבו בשם רשב"א דבאמת לא מייירי הכא שנטלו ע"מ לבקרו אלא נטלו לקנותו, וכן משמע ברשב"ם [ד"ה שקול קרא] דפי' לקנותו, אבל [בד"ה אמר להן] כתב הרשב"ם דקושיית הגמ' דהרי שמואל אמר שלוקח כלי ע"מ לבקרו חייב ומשמע דפי' דהכא נמי מייירי כה"ג, ועי' לעיל מש"כ בשם הקה"י בנדרים לישב דעת הרשב"ם דכלפי המוכר חשיב שהיה כאן מכירה, [ועי' בביאור הגר"א [סי' ר' ס"ק לג] שכתב על מה מש"כ בשו"ע דהלוקח כלי מהאומן ע"מ לבקרו שאין המוכר יכול לחזור בו, דהמקור לכך הוא ממה דמבואר בגמ' דאין יכול להקדישו].

ה. גמ' אטו משום דגמר בלבו קנה ונתחייב במעשר, פרשב"ם בתמיה אפילו קייצי דמיהו יכול להחזיר, צ"ב דבפשוטו נראה דהא דבירר והניח ירק היינו דהוה כלוקח כלי ע"מ לבקרו, וקשה דא"כ לבתר שגמר בלבו לקנות לכאורה נתכון שלא לחזור בו יותר והקנין שעשה מעיקרא יחול, וא"כ מה מקשה הגמ' אטו משום דגמר בלבו קנה ונתחייב במעשר, והנה בשו"ע סי' ר' סעי' יא כתב בדין דלוקח כלי מהאומן ע"מ לבקרו שצריך שיגביהנו [והיינו דכל דין שלוקח כלי מבית האומן לבקרו אינו אלא היכא שעושה בזה מעשה קנין בתחלה] ובביאור הגר"א שם כתב דהמקור הוא מסוגיין דהכא מעיקרא שבירר כל היום כולו לא נתכון לקנות בהגבהה זו דהרי בירר לידע איזה ירק לוקח ולכן מקשה הגמ' אטו משום דגמר וכו' דכיון שמתחלה לא נתכון לקנות בשעה שבירר לכן אף אם גמר בלבו לקנות לא קנה ואמאי חייב במעשר, והנה בסמ"ע שם ס"ק כ"ט כתב דתוס' והרא"ש והטור חולקים וס"ל דאין צריך לעשות מעשה קנין להתחייב באונס, ולפי"ז קושית הגמ' דלא נתחייב במעשר כיון דשמא לא עשה כאן מעשה קנין כלל, ויש לפרש דאע"פ שעשה מעשה קנין מ"מ גמר בלבו לא סגי אלא צריך להודיע למוכר, וטעמא כיון שזה אינו גמירות דעת גמורה, ועי' בתוס' רי"ד מה שתמה על הרשב"ם, ועי' בקה"י בנדרים שם בסוף הבימן מש"כ לבאר בדבריו ובדעת הרשב"ם.

ו. גמ' אמר רב הושעיא הכא בירא שמים עסקינן כגון רב ספרא דקיים בנפשו ודובר אמת בלבבו, פרשב"ם והכא נמי גבי מעשר כיון דירא שמים הוא כיון שגמר בלבו זכה במקח ונתחייב במעשר וכי מחזירו כחוזר ומכרו לו דמי, מבואר דביר"ש זכה במקח וחשיב שלו כשגמר בדעתו לקנות, וכן מבאר בתוס' שהקשו דאיך מחזיר ומשמע דס"ל דמדינא הוא קנה, ולמבואר באות הקודם דכל הסברא דגמר בלבו לא סגי לקנות כיון שעדיין יכול לחזור בו א"כ הכא י"ל דכיון שהוא דובר אמת בלבבו ע"כ שלא יחזור בו, וממילא הכא ברור שקנה ע"י מעשה קנין דמעיקרא ולכן יכול לעשר, ואפשר שזהו נמי כונת תוס' דכשגמר בדעתו לקנות קנה והא דמחזיר אינו אלא מדעת מוכר, אולם לפי הגר"א דלא עשה מעשה קנין מעיקרא צ"ב באיזה קנין זכה במקח דבהא דרב ספרא רק נתחייב למכור, אבל הכא כדי שיתחייב במעשר צריך להיות שלו ובמה זכה בו, ועי' בלשון הרמב"ן שכתב משום דכיון שגמר בלבו לקנותו זכו בו שמים במעשר שהמקח קובע למעשר, וצ"ע כונתו, [ועי' חזו"א דמאי ז' כ"ג], ועי' במאירי ובטור ובב"י סוף סי' ר' שנראה מדבריהם דס"ל דאין כונת הגמ' שבאמת ביר"ש זכה בהם מדינא, אמנם צ"ע א"כ איך יכול לעשר דהא אינו שלו.

הערות וציונים פרק יש נוחלין

דף קכג:

א. הקדמה בגמ' להלן ילפינן מקרא דאין הבכור נוטל בירושת אביו חלק הבכורה רק מה שהיה מוחזק אצל האב, אבל ראוי דהיינו נכסים שלא היה ברשות האב כשמת אינו נוטל פי שנים, ונחלקו רבי ורבנן מהם הנכסים שנחשבים ראוי לענין זה שבכור אינו יורש, ומבואר בגמ' דשבח שהשביחו היתומים בעצמם את הנכסים דהיינו אם בנו בתים או נטעו כרמים כה"ג חשיב ראוי גמור, שהרי אותו ממון לא היה מוחזק אצל האב וגם לא היה ראוי לבוא לאב, אבל שבח ששבחו נכסים מאליהם בזה נחלקו רבי ורבנן האם הוה בכלל ראוי או דמכיון ששבחו נכסים מחמת עצמם חשיב מוחזק שאף אצל האב היה משביח, ונמצא שזה נחשב חלק מגוף הנכסים של האב, וברייתא דידן דשבח נכסים לאחר מיתת אביהם מוקמינן לה בגמ' כרבי דסבר דשבח דמימילא חשיב מוחזק אצל האב.

ב. גמ' הניח להם אביהם פרה מוחכרת ומושכרת ביד אחרים או רועה באפר וילדה בכור נוטל פי שנים. נחלקו הראשונים בכונת הברייתא האם הא דילדה קאי רק על רועה באפר או דקאי אף על מוחכרת ומושכרת, ואי קאי רק על רועה באפר צ"ל דבמוחכרת ומושכרת מיירי לענין דמי השכירות שאף בזה בכור נוטל בה פי שנים דחשיב מוחזק, הרשב"ם [להלן קכד] ותוס' כאן מבואר דהא דילדה לא קאי על מוחכרת ומושכרת, אלא התם הנדון הוא על דמי השכירות, אבל רבנו יונה והריטב"א כתבו שכונת הברייתא דילדה קאי אף פרה מוחכרת ומושכרת, ונחלקו הראשונים בהא דלדה חשיב מוחזק לרבי האם מיירי בכה"ג שהוכר העובר בחיי האב או אף אם נתעברה לאחר מיתת האב, ועי' בריטב"א שהביא ב' דעות בזה, ועוד כתב בשם רבו סברא שאם הוכר העובר בחיי האב אף רבנן מודו דלא חשיב ראוי, אולם בתוס' רי"ד כתב דזה ברור שסברת רבי דילדה חשיב מוחזק או משום שהיתה מעוברת בחיי האב גמר השבח היה לאחר מיתה, אבל אם נתעברה לאחר מיתת האב הוה ראוי אף לרבי שהרי כל השבח נוצר אח"כ, מבואר שנחלקו הראשונים האם מה שהפדה התעברה לאחר מיתת האב חשיב ראוי. או דמכיון שהוא דבר שבא ממילא ואצל האב היה ג"כ משביח אין בזה חסרון של ראוי, דגדר הדין של מוחזק אינו דוקא אותם נכסים שהאב היה מוחזק בהם בידו, אלא כל שלא נחשב התחדשות גמורה בנכסים חשיב מוחזק לענין שהבכור יטול בו פי שנים.

ולדבריהם הראשונים לא התבאר בגמ' מה הדין של דמי השכירות האם חשיב ראוי או מוחזק, ומצינו בזה ג' שיטות, א' הריטב"א כתב דכל דמי השכירות חשיב מלוה, ודין מלוה יבואר להלן קכד, ב. רבנו יונה כתב שיש חילוק בין מה שהאב השכיר לבין מה שהיתומים השכירו, שדמי השכירות שחייב בזמן שהשתמש בחיי האב אפשר שאף לרבנן הוא נוטל, אלא שהשכירות לאחר מיתה האב לרבי חשיב מוחזק משום שאין הפרש בין שבח האב מגוף הפרה כלדה לשבח האב מחמת הפרה כשכירות, ג' בתוס' רי"ד כתב שכל דמי השכירות אף על הזמן שהיה בחיי האב חשיב ראוי אף לרבי, ומבואר מדברי הראשונים שנחלקו בגדרי תשלום שכירות אם הוה כמקח או שתשלון עבור כל השתמשות והשתמשות, והריטב"א ס"ל דשכירות מטלטלין חשיב שקונה את ההשתמשות ושכירות ליומא ממכר, ולכן כששכר בחיי האב קנה את כל זמן ההשתמשות ומה שלא שילם עדיין הוה כמלוה, ועי' שיעורי הגר"ש אות מ.

ג. **גמ' ואי דלא אתי לידי אבוהון ראוי הוא.** הראשונים הקשו דאם לא אתי לידי אבהון אין בזה תורת ירושה ואין כאן נדון של ראוי ומוחזק כלל, והר"י מגאש כתב דלא גרסינן 'ראוי הוא', אלא כונת הגמ' להקשות דאם לא אתי לידי אבהון אין כאן ירושה דלאו ממונא דאבוהון היא כלל, ורבונו יונה כתב ב' דרכים שכונת הגמ' להקשות שאף אם הבטיח אחד ליתן לאביהם זרוע לחיים וקיבה הא הוה ראוי, ועוד כתב הראשונים דכבר השתא ידעה הגמ' דמיירי במכירי כהונה אלא דס"ל לגמ' דלא מיירי ששחט בחיי האב, ולכן מקשה הגמ' דהוה ראוי והא דקאמר במכירי כהונה עסקינן דמשמע דהשתא מחדשת הגמ' כן, דכך דרך הגמ' לכתוב אע"פ שמעיקרא נמי כבר ידע הגמ' דין זה, אולם גם זה צ"ב לדרך הראשונה קשה מה מהני הך הבטחה הרי כיון שלא זכה בזה האב אין כאן דין ירושה כלל, ולדרך הב' קשה שקודם ששחט מה שייך בזה ירושה הרי אין כאן חיוב ליתן מתנה לל ומה מהני שיש כאן דין של מכירי כהונה, ועי' קו"ש [אות שעא].

ד. **גמ' הכא במכירי כהונה עסקינן.** מצינו בגמ' בג' מקומות שמבואר דין מכירי כהונה א' בסוגיין לענין ירושה דחשיב מוחזק ובכור נוטל בו פי שנים, ב' בגיטין ל ע"א מבואר במשנה דמלוה מעות את הכהן ואת הלוי ומתנה עמהם שפרעון החוב יהא במת"כ, ומקשה הגמ' הרי לא זכו בהם ואיך יכול לגבות משם חובו, ואחד מהתרוצים דמיירי במכירי כהונה, והיינו דנחשב שזכו במתנות וממילא יוכל לגבות חובו מהם, ג' בחולין קלג ע"א מבואר דכהן שמקבל מתנו"כ מדין מכירי כהונה יכול לזכות את המתנות קודם שבאו ליד ליתן לאדם אחר, אולם מצינו שנחלקו הראשונים מה הצורה שנעשה בעלים על המתנות, הרשב"ם כתב שאלו אוהבו קרוביו ומכיריו של כהן זה ומזכין לו זיכו גמור במתנות בהמותיהן מיד כשנשחטו, משמע ברשב"ם שיש כאן הקנאה גמורה אולם לכאורה א"א לפרש כפשוטו שהיה כאן הקנאה גמורה ע"י מעשה קנין גמור דא"כ מה החידוש בדין מכירי כהונה פשיטא שאם מקנה לו בקנין גמור הוא שלו, אלא ע"כ כמש"כ הרש"ש שכתב בכונת הרשב"ם שמזכין לו שיכור גמור בלבן, [ועי' באור זרוע כאן שהקשה סתירה בדברי הרשב"ם שכאן משמע בדבריו שיש כאן קנין גמור, ובד"ה אח"כ כתב ואוהביו וריעיו וידיעו ומכירו גמור ומקנה ליה, משמע מדבריו שאי"ז קנין גמור, ולמבואר ברש"ש כונת הרשב"ם שאין כאן קנין גמור אלא מזכה בלבן], אולם צריך לבאר איך מהני הקנין בלבן בלא מעשה קנין, וביאור בזה ע"פ מש"כ תוס' בכורות יח ע"ב [ד"ה אקנוי] דפעמים מצינו שאפשר להקנות בלא מעשה קנין כגון היכא דאית ליה גמירות דעת גמורה, והוה כהא דאמרינן בכתובות קב ע"א הן הן הדברים הנקנים באמירה וה"נ כיון שהוא בא להקנות לאוהביו ומכיריו ע"כ שיש כאן גמירות דעת גמורה להקנות, [ויסוד ענין זה מתבאר ע"פ מה שמבואר בספר חזון איש שישוד דיני הקנינים הוא הגמירות דעת, אלא שצריך מעשה קנין לגלות שיש כאן גמירות דעת, אבל כשברור לנו שיש גמירות דעת גמורה אין צריך מעשה קנין], ולפי"ז לכאורה לא יוכל לחזור בו כיון שיש כאן קנין גמור, ועי' בקצה"ח רע"ח שהביא שבמהרי"ל מבואר שאין יכול לחזור בו במכירי כהונה.

רש"י גיטין ל ע"א כתב בביאור דין מכירי כהונה דכיון שהוא רגיל ליתן את המתנות כהונה לאותם כהנים לכן כל הכהנים מתיאשים והר"י כמי שבא לידו, וביאורו באחרונים פרי יצחק [ס"י מט] קה"י [ס"י כא] דבכל הפרשת תרומה בשעה שמפריש הוא נעשה ממון השבט, והיינו שהוא ממון של כל הכהנים ולכל אחד משבט הכהונה יש לו זכות בזה, ומצות נתינה של תרומה היא ליתן אותו לכהן פרטי דיהא ממון שהוא רק שלו, ולפי"ז כתבו שאם כל הכהנים נתיאשו חשיב הר"י כמי שיש כהן יחידי בעולם שהתרומה מיוחדת אליו, והוא נחשב הבעלים היחיד, אלא שכל זמן שלא בא לרשותו אין כאן זכיה גמורה אלא יש בו גדר בעלות של ממון השבט, אבל כיון שאין אחר עמו חשיב כבעלים וחשיב כדירה דאיכא ירושה בזה, וכתב הקה"י דכיון שלא זכה בזה לגמרי יכול הישראל לחזור בו, דמיד שחזר בו חשיב שיש כאן עוד כהנים שיש להם גם סיבה להיות בעלים על המתנות כהונה, והביא הקה"י דוגמא לזה ממה שמצינו בריש פרק אלמנה לכה"ג למד"א שאין זכיה לעובר שאם מת אדם והניח אשה מעוברת ויש לו עבדים דאף למד"א עובר אינו יורש יכולים העבדים לאכול בתרומה מכח היורשים הרחוקים, ומבואר בסוגיא שם שלאחר שנולד העובר שהוא יורש קרוב יותר חזרו כל הנכסים אליו והרי הוא זוכה בכל הנכסים למפרע, והיינו שכל זכיה היורש הרחוק הוא משום שלא היה יורש יותר קרוב אבל לא היה כאן זכות גמורה, ולכן כשנולד היורש הקרוב יותר הוא זוכה בה למפרע, וה"נ הכא אע"פ שנתיאשו כל הכהנים ונשאר כהן יחידי בעולם מ"מ כחוזר בו הישראל ממילא יש זכות לשאר הכהנים בנכסים, ומצינו עוד ב' דרכים בזה ויבואר בשיטת תוס' בסוגיין, עי' ברבנו יונה בסוגיין שנראה דמכירי כהונה הוא דין דרבנן שכתב דהטעם דאיכא ירושה בזה משום שעשו שאינו זוכה כזוכה, ומשמע מדבריו כמו שכתבו הראשונים בגיטין שעיקר דין מכירי כהונה הוא תקנה דרבנן ומהני מדין הפקר ב"ד הפקר ויבואר להלן.

ה. **גמ' ומתנת שלא הורמו כמי שהורמו דמי.** עיקר דין מתנות שלא הורמו מבואר בכמה דוכתי ובקידושין נח ע"ב לגבי גונב טבלו של חברו שנחלקו בגמ' אם חייב לשלם לו כל דמי טבלו או דאין צריך לשלם לו כל דמי טבלו אלא סגי במה שיתן לו טבל פחות שיעור תרומה ואומרת הגמ' שנחלקו אם מתנות שלא הורמו דמי דאם לאו כמי שהורמו משלם לו כל דמי הטבל אבל אם כמי שהורמו משלם פחות מהשויות של התרומה, והקשו הראשונים שלכאורה כל הנדון של מתנות שלא הורמו אינו אלא בדבר שצריך מעשה הפרשה כתרומה ומעשר, אבל זרוע ולחיים הרי הם ניכרים וא"צ קריאת שם, וכתב הריטב"א שבאמת לשון הגמ' מתנות שלא הורמו אינו אלא לשון מושאל שאף בלא ה"ט חשיב מוחזק כיון שהוא מכירי כהונה, אולם ברבנו יונה כאן נראה שאף בזה צריך לדין של מתנות שלא הורמו, ומכל דבריו נראה שאע"פ שאינו טובל מ"מ יש דין הפרשה ונתינה בזרוע ולחיים, ולכן הוצרכה הגמ' לדין של מתנות שלא הורמו דאל"ה לא היה נחשב מוחזק, והנה בחוות דעת [קס ט] כתב דבמתנות כהונה כזרוע

ו. **תוס' ד"ה הכא במכירי כהונה.** בכל דוכתיה עביד מכירי כהונה מוחזק וכי' וה"ט שזה מתנה מועטת ואסור לחזור בו ואע"פ שאם רוצה יכול לחזור בו מ"מ כל כמה דלא חזר בו הוי מוחזק, הקצה"ח [רעח טו] למד בכונת תוס' שאין במכירי כהונה זכיה ממונית, שכתב שמתוס' יש לפשוט את הספק באחד שנשבע ליתן לחברו מתנה ומת אס הבכור יש לו פי שנים באותה מתנה או דחשיב ראוי ואי לו פי שנים, וכתב שממה שכתבו תוס' שמכירי כהונה איכא איסור חזרה, ומבואר בגמ' כאן דבמקום שיש מכירי כהונה בכור נוטל פי שנים מוכח דכה"ג שנשבע חשיב מוחזק ולא ראוי, וסבר הקצה"ח שבמכירי אין כלל זכיה ממונית לכהן אלא שהוא חיוב מחמת שאמר ליתן לו ולכן יכול לחזור בו.

ודבריו צ"ב טובא א"כ מה שייד ירושה בדבר שאין כאן זכית ממון, ועוד צ"ע דאם אין זכית ממון מה ביאור הסוגיא בגיטין במלוח את הכהן הדגמ' מקשה הא לא זכה בו הכהן ותי' הגמ' דבמכירי כהונה ע"כ דחשיב שיש כאן זכיה גמורה, [ובתוס' כאן בתחילת דבריהן הדגישו דבר זה שכתבו בכל דוכתי עביד מכרי כהונה מוחזק], ועי' קצה"ח [רז סק"ט] שהוכיח יסוד זה מדברי הראשונים שבנשבע לחברו צריך לתן ליורשיו, ואפשר משום שיש אומדנא במעשה השבועה שיתן או לו או ליורשיו, אלא דא"כ תמוה מדוע א"כ שייד כאן ענין של ראוי ומוחזק, [ובדוחק י"ל דכונתו ליתן לבנים כאילו היה כאן דין ירושה ולכן הוא תלוי בראוי ומוחזק], ובאמת שכיסוד הקצה"ח מבואר ברבנו יונה בסוגיין שכתב דס"ד של הגמ' דמקשה דהוה ראוי מייירי בכה"ג שהבטיח ליתן לחברו, [ויש שביארו דבא דבן יורש את אביו איכא כמה ראיות [ולהלן כד יבואר] שאי"ז רק דין שזוכה בנכסי האב, אלא הביאור בזה שהבן קם תחת אביו ונכנס להיות עומד תחת אביו, ומציונ שיש דיני ירושה לענין שיעבוד הגוף שיהא חייב לפרוע חוב אביו, והביאור משום שקם תחת אביו בזה, וא"כ י"ל שאדם שנשבע ליתן לחברו ומת חברו בזה שהוא נותן לבנו מקיים שבועתו מפני שהבן קם תחת אביו, וכיון שמקיים שבועתו בזה ממילא מחויב ליתן לבן ולכן יש בזה חסרון של ראוי, [ע"ע קו"ש שעד מש"כ לבאר בתוס'].
ע"י רבנו יונה שנראה מדבריו כתוס' שכתב דאע"פ שיכול לחזור בו דהוה כמתנה מועטת שיכול לחזור בו, אלא שהקשה א"כ מה הטעם בגמ' דחשיב מוחזק, ולכן כתב דרבנן עשו תקנה מיוחדת דעשו שאינו זוכה כזוכה, ולדבריו מבואר שכל הסוגיא כאן והסיגא בגיטין שיכול לגבות את התרומה בחובו משום שרבנו הקנו לו את המתנות.

דף קכג:

א. גמ' מקודשים לאו דידה. בפשוטו קושית הגמ' היא דכיון דכיון שהוא ממון גבוה לא שייך ביה ירושה כלל ואף על החלק הפשוט מקשה הגמ' דלאו דידה, הוא וכן כתב הר"טב"א, אולם ברשב"ם מבואר שכל קושית הגמ' היא רק על חלק בכורה מדוע נוטל בה בכור פי שנים הרי לאו דידה, וכן כתב ברבנו גרשום דהקושיא היא אמאי נוטל פי שנים, וקשה דהשתא דס"ל לגמ' כרבנן דמוקדשים חשיב ממון גבוה מדוע יש ירושה לענין חלק הפשוט, ועי' קו"ש ושיעורי הגר"ש [אות מה] שכתבו שאע"פ שממון גבוה מ"מ שייך ירושה בזה כיון שיש לו זכות אכילה ממילא יכול להוריש זכות זו, והביא שכי"כ הגר"ח לענין מעשר שני שאף אם הוא ממון גבוה הזכות אכילה היא שלו, דגדר של ממון גבוה הוא שבעצם הוה ממון דידה אלא שמחמת הקדושה פקע הבעלות שלו אבל לענין זכות אכילה נשאר לו שם של בעלים, אלא דהקשה שם [באות מז] דאם הזכות אכילה חשיב שלו ושייך בו ירושה מדוע לענין חלק הבכורה יחשב ראוי עי"ש מש"כ לבאר.

ב. רשב"ם ד"ה מוקדשין לאו דידה נינהו. אבל שלמים אין בהם מעילה כדדרשין קדשי ד' המיוחדים לשם יצאו קדשים קלים שאינם מיוחדים לשם ומיהו אינם ממונו דמקדשי מיהא קדשי, כונת הרשב"ם לבאר דהגמ' מקשה שאע"פ שקדשים קלים אין בהם מעילה אפ"ה לא חשיב ממון דידה ואמאי לא חשיב ראוי, ועיקר דין זה מבואר בגמ' במעילה ז ע"ב דקדשים קלים כ"ז שלא נשחטו אין בהם מעילה כיון שעיקרם לאו להקרבה, אולם זה ברור שיש איסור הנאה בקדשים קלים וכמו שמבואר בגמ' ראש השנה כח ע"ב דאיכא איסור לתקוע בשופר של שלמים מחמת שיש איסור הנאה, ועי' בשטמ"ק בהשמטות למנחות ד ע"ב [אות יח] שכתב שהאיסור הנאה הוא משום בל יחל, והיינו שבכל קרבן מלבד שהוא קרבן יש בו ג"כ דיני נדר ולכן איכא איסור בל יחל, והנה ברבנו גרשום כאן כתב דמהא דקתני בקרא ומעלה מעל מבואר שיש מעילה בבכור ומעשר ואע"פ שהם קדשים קלים, מבואר שחולק על הרשב"ם שביאר שאין כונת הפסוק ומעלה מעל לאיסור מעילה אלא לשון שינוי, וצ"ע מסוגיא מפורש במעילה ז ע"ב ועי' ב"ק יב ע"ב דמשמע כן.

ג. **גמ' השתא מוכרת ומושכרת דלאו ברשותיה וכו' רועה באפר מיביעא.** הריטב"א הוכיח מכאן דע"כ הא דילדה קאי נמי על מוכרת ומושכרת, דאי קאי רק על רועה באפר א"כ מה מקשה הגמ' הרי יש כאן ב' נדונים שונים דמוכרת ומושכרת הנדון הוא לגבי תשלום דמי השכירות אבל רועה באפר הנדון הוא לגבי גוף הולד ואפשר דחשיב יותר ראוי, ולדעת תוס' צ"ל דס"ל שולד חשיב פחות ראוי מדמים השכירות, ואפשר דתלוי במה שנחלקו הראשונים לעיל אם מיירי בכה"ג שנתעברה לאחר מיתת האב או דוקא בכה"ג שרק הלידה היא לאחר מיתת האב דזה פחות ראוי מדמי השכירות שהוא עבור ההשתמשות בבהמה לאחר מיתת האב.

ד. **תוס' ד"ה מוכרת ומושכרת.** אע"ג דבכור ופשוט שהניח להן אביהן עבד או בהמה טמאה עובד לזה יום אחד ולזה שני ימים, כונת תוס' להקשות דלעיל יג ע"א מבואר שאם ירשו דבר שאין בו דין חלוקה כעבד או בהמה טמאה עובד לזה יום אחד ולזה ב' ימים א"כ נמצא שלכל אחד יש זכות השתמשות בפירות וא"כ אמאי אם השכירו לא יטול הבכור פי שנים הרי תשלום השכירות הוא ג"כ בכלל פירות של הבהמה וכמו שלגבי ההשתמשות יש לו ב' ימים ה"נ לגבי דמי יש לו, ועי' שיעור הגר"ש שהביא שהרשב"א לעיל יג ע"א מבאר דחלוקת ימים שעובד לזה יום אחד ולזה ב' ימים חשיב חלוקת השותפות, אבל תוס' חולקים ע"ז דאם ס"ל דחשיב חלוקה מה הקשו כאן הרי עדיין לא חלקו אלא ע"כ דלא חשיב לוקה בגוף אלא שחולקים בהשתמשות.

ה. **תוס' בא"ד.** ה"נ אי אמר הבכור או תחלו או אטול פי שנים בשבח הרשות בידו, ביאור דבריהם כתב בשיעורי הגר"ש ע"פ הסוגיא לקמן קכו ע"א דמבואר בגמ' שאע"פ שאין לבכור קודם חלוקה דהיינו כיון שמתנה קריה רחמנא ולכן עד החלוקה אין לבכור זכיה בחלק הבכורה מ"מ בכור שמיחה מיחה ופי' הרשב"ם שאם תבע לחלוק יש לו מעכשיו זכות בנכסים וכל השבח שיבוא אח"כ הוא שלו מדין ארעי אשבח, וא"כ ה"נ אם היה הבכור מוחה היה מקבל בשכירות פי שנים, אלא שתוס' להלן פי' באופ"א דינא דבכור שמיחה מיחה דס"ל לתוס' דיש לבכור קודם חלוקה ומשעת מיתה יש לו זכיה בגוף הקרקע, והא דלא נוטל בשבח הוא גזה"כ דלא יהא בזה דינא דארעי אשבח ולפי"ז צ"ב כונת תוס' כאן ועי' שיעורי הגר"ש מש"כ בזה, עוד העיר בכל הענין דכיון שהוא דבר שאין בו דין חלוקה מה מהני המחאה שרוצה לחלוק הרי בלא"ה ל"ש בזה חלוקה.

ו. **תוס' בא"ד.** והא דלא נקט חכרוהו והשכירוהו יתומים. מבואר בתוס' שלרבנן דחשיב ראוי אף אם השכירו היתומים בעצמם חשיב ראוי, וצריך לבאר הסברא בזה שהרי לכאורה כיון שגוף הפרה היא של היורשים ממילא מדוע תשלום דמי השכירות חשיב ראוי ואמאי לא חשיב כמו מכירה על ההשתמשות, ומבואר שתשלום דמי השכירות הוא עבור ההשתמשות של השבח שהבהמה נותנת ומכיון שהשבח נעשה ע"י בני"א שעובדים בה ולא ע"י היתומים בעצמם לכן חשיב ראוי לרבנן, דאיי"ז כמכירה של גוף הפרה שבזה הוא תשלום עבור מה שמקבל.

דף קכז.

א. **רשב"ם ד"ה אף מוכרת ומושכרת.** וא"ת ליתני רועה באפר ואנא ידענא מוכרת ומושכרת, המרש"ל ומהרש"א תמהו הרי הגמ' אומרת שיש יותר סברא דברועה באפר חשיב מוחזק משום שזה ברשותו א"כ אי תני רועה באפר לא היינו יודעים מוכרת שאינה ברשות, וכתב מהרש"א דכונת הגמ' לעיל הוא כמש"כ הרשב"ם כאן דיש יותר סברא להחשיב מוכרת ומושכרת ראוי משום שאינה ברשותו והשבח נעשה ע"י אחרים ולא נעשה ממילא, ועי' ברבנו יונה.

ב. **רשב"ם בא"ד.** איצטריך סד"א כל מוכרת ומושכרת לא שבחא דממילא הוא אלא ע"י בני אדם שעובדים בה, מבואר בדבריו שהיה לו נדון מהו ההגדרה של שבח ששבחו נכסים מחמת עצמם האם כפשוטו שלא היה ע"י מעשה אדם, וא"כ הכא שהשבח נעשה ע"י בני"א לא חשיב שבח ששבחו נכסים מעצמם וממילא הוה ראוי, ומסיק הרשב"ם שאף בכה"ג חשיב שבח ששבחו נכסים מחמת עצמם, וצריך להבין הסברא בזה מדוע באמת לא חשיב כשבח שהשביחו היתומים שהרי כל השבח נוצר ע"י אדם לאחר מיתת האב ולא אתי ממילא, ומבואר דכל שבח שלא בא מכח היתומים חשיב שהנכסים של הירושה הושבחו, דנראה שהגדר של ראוי הוא שיש כאן התחדשות שלא שייך לנכסי האב כלל, ולכן רק בכה"ג שהיתומים בעצמם השביחו דהוא התחדשות שאין ליחס לאב, אבל דבר שאין שיכות ליתומים חשיב שנכסי האב השביחו, ולכן אע"פ שבא ע"י מעשה של אחר חשיב נכסי האב השביחו, דנראה ברור שאדם שיויר לנכסי האב לאחר מיתתו אע"פ שעשה בידים השבח מתחי לקרקע של האב וחשיב מוחזק דהשבח מתחיל לקרקע, ולכן ה"נ מה שאחר השביחו חשיב מוחזק ודו"ק.

ג. **גמ' ירשו שטר חוב בכור נוטל פי שנים.** עיין ברשב"ם שביאר דדוקא במלוה בשטר נוטל בכור פי שנים דכיון שהוא מוחזק בשטר וע"פ השטר גובין חשיב שהשטר השביח, ולכן הוה כנכסים ששבחו ממילא שבכור נוטל בה פי שנים, ומשמע מדבריו שבמלוה על פה לא נוטל פי שנים משום דאינו מוחזק בחוב וא"א לומר דחשיב כשבח ששבחו ממילא, אולם מהמשך דבריו שכתב דמלוה על פה לא גובה לרבי פי שנים אפילו בעדים משום דמלוה את חברו בעדים אין צריך לפרעו בעדים ויכול לומר לו פרעתי, משמע שהעיקר תלוי אם יוכל לומר פרעתי ולא משום שמוחזק בשטר, ועיין בקצה"ח [רע"ח סק"ו] שתמה כן על הרשב"ם וכתב דצ"ל דמש"כ הרשב"ם דאפילו בעדים משום דמצי טעין פרעתי לרווחא דמילתא ונראה מדבריו שעיקר הסברא הוא מחמת שהוא מוחזק בשטר דזה נחשב הגוף והפרעון דל החוב הוא השבח שהשביח, אולם בקו"ש כתב דעיקר הסברא דנחשב מוחזק בשטר הוא מחמת שכל האפשרות

לגבות הוא רק ע"י השטר ואין לו אפשרות אחרת לגבות, דהיינו שאם לא היה לו שטר היה יכול לטעון פרעתי, אבל אם לא היה יכול לטעון פרעתי בלא השטר מה שיש לו את השטר לא מהני מידי להחשיב אותו מוחזק ע"י השטר, ונראה דנחלק על הקצה"ח דס"ל שיש בשטר החזקת על עצם החוב ולכן שייך לומר דהוה כנכסים ששבח מאליהם, אבל לסברת הקו"ש הכח של השטר הוא רק מחמת שלא יכול לטעון פרעתי ומחמת סברא זו חשיב מוחזק דאם יכול לטעון פרעתי חשיב ראוי כיון שלא ברור שיפרע החוב וכמש"כ דיסוד דין מוחזק הוא שלא נחשב התחדשות של ממון. ועיין קצה"ח שהקשה שבגמ' ב"ק מג ע"א מבואר שבמלוה על פה נמי נוטל פי שנים לרבי דמיירי לענין תשלוי נזיקין שהבעל יורש את נזקי אשתו, וכתב דאע"פ שזקין חשיב מלוה הכתובה בתורה, מ"מ לא חשיב כשטר שהרי במלוה הכתובה בתורה הוא נאמן לטעון פרעתי, ויש לדון דשמא חלוק ראוי של בעל מראוי של בכור וכל סברת הרשב"ם הוא רק בראוי של בכור.

והנה רבנו יונה ותוס' רי"ד חולקים על הרשב"ם וס"ל שאף במלוה בעל פה גובה פי שנים לרבי, ומבואר מדברי רבנו יונה שאף בכה"ג שהוא יכול לטעון פרעתי גובה, והיינו דס"ל דחשיב מוחזק בחוב בעצמו ולכן לא נחשב שבח דמימלא, ורבנו יונה הוכיח כן מהגמ' בע"ב ויבואר שם, ועיין בתוס' רי"ד שנראה סברא אחרת בזה שכתב דחשיב כמאן דגבוי, והוא כסברת הגמ' להלן ע"ב. **ולדעת** הרשב"ם שבמלוה על פה אין גובה פי שנים הקשה הרש"ש לעיל כג ע"ב א"כ מדוע מוכרכת ומושכרת נוטל פי שנים בדמי השכירות הרי הוא מלוה על פה, וכתב דכיון שאין יכול לטעון פרעתי שהרי שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף לכן נוטל בה פי שנים, והבין שעיקר סברת הרשב"ם תלוי במה שיכול לטעון פרעתי, והביא שכן כתב במהרש"א לקמן קמה ע"ב, שבחוב תוך זמנו שאין נאמן בטענת פרעתי בכור נוטל פי שנים.

ד. גמ' יצא עליהם שטר חוב בכור נותן פי שנים. בעיקר החיוב של היתומים לפרוע חוב אביהם נחלקו הראשונים, תוס' לעיל קז ע"א כתבו דהיכא שבא הבעל חוב לטרוף מהיתומים נוטל מכל אחד מהם בשווה ואינו יכול לגבות ממי שירצה, [ולכן ביארו הסוגיא שם דנטל מאחד משום שהיה אפותקין], ועי' ברא"ש שם שביאר שזה גופא החידוש של הגמ' כאן שהבכור חייב ליתן לפי ערך הנכסים שקיבל ולא אמרינן שיהא מתנה ולא יוכל לגבות מחלק הבכורה, אלא גובה אף מאותו חלק, וכן נראה ברשב"ם שכתב כי היכא שנוטל פי שנים ה"נ נותן שאותם נכסים נשתעבדו, והיינו שלפי החלק שירש בנכסים אותו חלק משועבד לפרוע חוב אביהם.

אבל רבנו יונה כאן כתב שיש חילוק בין בע"ח שגובה מהלוה לבין גביה מיורשים, דכיון שהסיבה שגובה מהיורשים הוא מחמת שיעבוד א"כ כל קרקע משועבדת לחוב ויכול לגבות מקרקע אחת את כל חובו, ואין יכול לומר לו שגובה חלק השני של החוב מהיורש השני שיש לו זכות על כל הקרקע, וא"כ הקשה רבנו יונה מה החידוש כאן שנותן פי שנים הרי כל יורש יוכל לגבות כל החוב, וכתב דמיירי שמהחלק הפשוט לא היה מספיק כדי לגבות כל החוב ורק בצירוף החלק הבכורה ושאר האחין אינם לפנינו ולא יכול לגבות מהם, לכן ס"ד דכיון שחלק בכורה מתנה קריה רחמנא וכ"ז שלא חלקו לא יוכל הבע"ח לגבות ממנו קמ"ל שיכול לגבות כבר מאותו חלק, אולם צריך להבין מה הטעם באמת שיוכל לגבות הרי עדיין לא זכה בנכסים.

והנה בעיקר החיוב של היתומים לפרוע חוב אביהם בפשוטו אינו שיעבוד הגוף אלא שיש שיעבוד על הנכסים והוה כמו גביה מלקוחות, אולם התומים ס"י סו ס"ק מ"ג כתב לחדש בדעת ר"ת שיש שיעבוד הגוף על היתומים לפרוע חוב אביהם, דכתב לישב שיטת ר"ת שמכירת שטרות דאורייתא ומ"מ יכול המלוה למחול, וביאר ר"ת משום דלא מהני מכירה על השיעבוד הגוף רק על השיעבוד נכסים ולכן כשמוחל על השיעבוד ממילא פקע השיעבוד נכסים, והקשה הר"ן בכתובות א"כ מ"ט אפשר לגבות מהיורשים הרי כשמת האב פקע שיעבוד הגוף, וכתב התומים לחדש דכשמת האב חל שיעבוד הגוף על היורשים והוה כמו הלוה בעצמו, ולפי"ז י"ל שהשיעבוד הגוף שיש ליורש לפרוע הוא אף קודם שעשו חלוקה, ולכן בחלק בכורה אף שמתנה קרייה רחמנא מוטל עליו לפרוע וחל עליו שיעבוד, [ועי' במאירי בסוגיין שמדבריו אפשר ללמוד ג"כ דסבר יסוד זה].

ה. ואם אמר איני נוטל ואיני נותן רשאי. הרשב"ם ביאר שהחידוש בזה שמכיון שחלק בכורה כמתנה לכן אם אין רוצה לקבל המתנה בע"כ אינו מוכרח לקבל, וממילא לא יתן פי שנים, וכתב הרשב"ם דמה נפק"מ במה שאין לוקח חלק בכורה הרי בלא"ה הבעל חוב יקבל פרעון החוב משאר האחין, וכתב הרשב"ם דאיכא נפק"מ בזה אם אחד מהאחין אינו כאן שלא יוכל לגבות ממנו, לכן עי"ז שאומר שאינו נוטל חלק הבכורה ממילא לא יוכל לגבות משאר האחין.

אולם הר"י מגאש כתב דאיכא נפק"מ במה שיכול לומר איני נוטל שאין מחויב לטפל בנכסים, והיינו שבחלק הפשוט כיון שהוא יורש ממילא אין לו זכות לומר שלא יטפל בנכסים והבע"ח אם ירצה גבות יגבה, אלא הרי הוא כמו מורישו שמחויב לטפל בנכסים למכור ולפרוע בהם חובו, והר"ן תמה על וכי ב"ד כופין בשוטי ליורש שאינו רוצה לקבל ירושתו אם אתה אומר כן לקתה מידת הדין, ונראה שכונתו שאע"פ שיש לבע"ח זכות לגבות מהנכסים מ"מ לא מוטל על היורש לטפל בנכסים ולמכור כדי פרוע חובו, וביאר דעת הר"י מגא"ש י"ל ע"פ מש"כ התומים שהובא באות הקודם דיש על היתומים שיעבוד הגוף לפרוע ולכן אין יכולים להפטר מחיוב זה, ועי' אבי עזרי הלכ' מלוה ולוה פכ"ב ה"ט"ו שכ"כ, ע"ע בראשונים שהביא פי' אחד מדברי הראב"ד שכונת הגמ' שבחלק בכורה כיון שמתנה קרייה רחמנא אם אמר איני נוטל אין יכול לחזור בו אבל בחלק פשוט אם אמר יכול לחזור בו, [ועי' תוס' קכו ע"ב שחולק על הראב"ד וס"ל שאף בכור שאמר איני נותן ואיני יכול לחזור בו ועי' קצה"ח רע"ב].

הערות וציונים פרק יש נוחלין

דף קכד.

א. גמ' מ"ט דרבנן אמר קרא לתת לו פי שנים מתנה קרייה רחמנא מה מתנה עד דמטיא לידיה אף חלק בכורה עד דמטא לידיה. בביאור הסוגיא מצינו ב' דרכים בראשונים ואיכא בזה נפק"מ להבנת המחלוקת בין רבי ורבנן וביאור כמה ענינים בהמשך הסוגיא, ובתחלה נבאר שיטה הראשונה ואח"כ נביא שיטה הב', דעת הרשב"ם ורבנן יונה בדרך א' דכונת הגמ' שכמו שאין אדם יכול ליתן מתנה אם אין הנכסים שלו וברשותו, ה"נ חלק בכורה חשיב מתנה מהאב ואין יכול ליתן מתנה דבר שאינו בעולם, ולכן נכסים שלא היו לאב בשעת מיתתו אין לבכור פי שנים, [וצריך לבאר דהרי הזכיה של הבכור בנכסים הוא רק לאחר חלוקה וא"כ באותה שעה הנכסים באו לעולם שכבר השביחו הנכסים, אולם הדבר פשוט דהירושא נקבעת לפי שעת המיתה ואותם הנכסים שקיימים בשעת מיתה עליהם חל דין ירושה בכורה לקבל פי שנים, וכיון שהשבח לא היה בעולם לא חל עליהם דין מתנה].

ולפי"ז נראה דרבי שחולק ולא דריש קרא דלתת לו אלא סבר דהוקש חלק בכורה לחלק הפשוט ס"ל שכמו שבחלק הפשוט יש ירושה בכל הנכסים אע"פ שהוא ראוי, דכל הנכסים שהושבחו חשיב בכלל נכסי האב ושייך בהם ירושה, ה"נ לגבי חלק בכורה יש בהם דין ירושה ומקבל פי שנים, אולם בגמ' מבואר שרבי מודה בשבח שהשביחו היתומים שאין בכור נוטל פי שנים, וכתב הרשב"ם שהמקור לזה הוא מהגמ' בע"ב דדריש מקרא דבכל אשר ימצא לו, דבעינן שיהא מצוי דהיינו שיהא מוחזק ולא ראוי, וע"כ דס"ל לרשב"ם שכל מה שהתמעט מקרא דימצא לו רק בראוי כהא דהשביחו יתומים ולא שבח דממילא, ואפשר דדעת הרשב"ם שהסברא לחלק בזה משום דנכסים שהושבחו ממילא חשיב מוחזק ולכן בזה דומה לחלק הפשוט, אבל כשהשביחו היתומים בידיים לא חשיב מצוי ולכן אין יורש פי שנים, וכן משמע מדברי הרשב"ם כגן ע"ב [ד"ה ד"ה וילדה] שכתב דהטעם שזוכה בולד פי שנים משום דדמי למי 'שהוחזק' בהם אביהן, וכן [ד"ה ראוי הוא] כתב והן עצמם הושבחו כמי 'שהוחזקו' בשבח דמי, מבואר מדבריו שהטעם שזוכה לרבי באותם נכסים אינו משום שיש לו זכות אף בראוי, אלא דשבח דממילא חשיב שהאב היה מוחזק בהם, ולכן דוקא אותם נכסים ממש אבל שבח שהשביחו היתומים בעצמם אינו זוכה דזה חשיב ראוי גמור שמתמעט מקרא דבכל אשר ימצא לו, אלא שא"כ צריך לבאר דבגמ' בע"ב מבואר שאף רבנן יליף מקרא דכל אשר ימצא לו למעט ראוי ואמאי בעינן תרי קרא הרי כיון שנלמד מלתת לו שמתנה קרייה רחמנא אמאי בעינן עוד פסוק דבכל אשר ימצא לו, ויבואר באות הבאה.

ב. והנה לדרך זו דטעמא דרבנן משום דהשבח אינו בעולם ולא בא לידו של נותן לכן לא זוכה בה הבכור, נראה בראשונים שהבינו שהדבר כפשוטו שהדבר תלוי האם האב היה יכול להקנות בדרכי הקנים אותו ממון של חלק הבכורה, וכן מבואר בריטב"א שתמה על הרשב"ם מדוע רבי היה צריך לומר שמקרא דלתת לו נלמד דבר אחר הרי רבי סבר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם וא"כ האב היה יכול ליתן אותו במתנה, וכ"כ בשער המלך סוף פ"ג מנחלות לבאר מש"כ הנמוק"י שנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס אין הבכור נוטל פי שנים, כיון שאין יכול להקנות אותם נכסים באותה שעה, דשאר נכסים היה יכול להקנות קודם לכן שיחול באותה שעה אבל נכסים שנפלו לו כשהוא גוסס אין יכול להקנות ולא נוטל בה פי שנים, וכן נראה ביד רמה דך קכו ע"א סברא זו שכתב שאם הבכור חייב לאב חוב למיעוט של לתת לו אי"ז נחשב ראוי כיון שהאב יכול למחול לבנו והיינו שזה סיבה.

אולם לולא דברי הראשונים אפשר לומר שאין כונת הרשב"ם שהגדרה של ראוי הוא כשאין יכול להקנות את הדבר בפועל, אלא שזה שהדבר אינו בעולם וא"א להקנות הוא סימן שהדבר ראוי ואינו מצוי, ולכן אף אם יש מד"א שסובר שאפשר להקנות דבר שלא בא לעולם מ"מ חשיב ראוי, וכן מה שאין יכול להקנות נכסים כשהוא גוסס אין חסרון במצוי דאין חסרון בכח הבעלות אלא שאין כח להקנות מחמת חסרון דעת, ועי' עוד ברבנן יונה שכתב שלדרכו של הרשב"ם הטעם שלרבנן אין נוטל פי שנים מלוה משם שא"א להקנות מלוה כמו שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, ואפילו אם היה מלוה בשטר הרי מכירת שטרות אינו אלא מדרבנן וא"כ נמצא שהמלוה לאו בר הקנאה, עיין בקו"ש אות [שפט] שכתב להקשות על רבנן יונה שכתב דכיון שמכירת שטרות דרבנן לכן חשיב כדבר שלא בא לעולם, דהרי הגר"ח חידש שהטעם שמכירת שטרות רבנן אינו מחמת שחוב לא בר הקנאה, דודאי חוב הוא בר הקנאה אלא שאין מעשה קנין שיכול להתפיש בו את החוב ולכן לענין ירושה חשיב מצוי שהדבר בתורת הקנאה, וכונתו דיש לומר שכונת הרשב"ם דמה שהנותן אין יכול להקנות אינו סיבה דחשיב ראוי אלא שזה סימן דהדבר אינו מצוי אצלו אבל אם החפץ מצוי אלא שבפועל אין יכול להקנות מחמת שיש חסרון במעשה הקנין אין זה סיבה שלא יהא הבכור נוטל בה פי שנים, ולכן מלוה אע"פ שיכול למכור מ"מ לא חשיב מצוי כיון שבפועל לא נמצא אצל רשות האב עכשיו כ"ז שלא נפרע החוב, אולם רבנן יונה למד כמש"כ הראשונים שהגדר של מצוי תלוי במה שבפועל יכול להקנות, [ועי' עוד בדברי רבנן יונה שכתב שאפילו לר"מ דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם מ"מ הרי אף לר"מ כל זמן שלא בא לעולם יכול לחזור בו ואין הקנין קיים רק משבא לעולם, ולמבואר לכאורה כונתו להקשות לר"מ אדם מקנה האם יטול בכור פי שנים בשבח, ותי' שממה שמצינו שיכול לחזור בו עד שלא בא לעולם ע"כ חסר בכח הקנין, ולכן אפשר להבין שגם לר"מ יש חסרון בהקנאה ולכן אינו נוטל פי שנים, אולם צ"ב בעיקר קושיתו הרי אף לר"מ צריך שבשעה שהדבר בא לעולם בר הקנאה והכא הרי באותה שעה שהוא בא לעולם הוא מת, וי"ל].

ועיקר יסוד זה בכונת הרשב"ם מבואר בדברי מהר"ט אלגזי הלכ' בכורות [אות פג] שכתב לישב לדעת הרשב"ם הא דהקשנו מדוע בעינן ב' פסוקים קרא דלתת לו וקרא דימצא לו, וביאר דיש נפק"מ במקום שהדבר אינו בר הקנאה אבל הוא מצוי אצלו כגון היה חרש שאינו בר הקנאה או נכסים שנפלו כשהוא גוסס שאין יכול להקנות דמ"מ יטול פי שנים, והיינו שמקרא דלתת לו דמתנה קרייה רחמנא הו"א דבעינן שיהא בר הקנאה בפועל ואם אין לו אפשרות להקנות את הנכסים בפועל לא יטול הבכור פי שנים, ולכן בעינן לקרא דבכל אשר ימצא לגלות איזה חסרון של ראוי הוא רק אם אין יכול להקנות מחמת שאינו מצוי אבל אם החסרון הקנאה הוא מסיבה אחרת שחסר לו המעשה קנין ולא משום שאינו מצוי ככה"ג הבכור נוטל פי שנים, ע"ע קצה"ח [רעז יד] שכתב גם יסוד זה

דאיכא אופנים שאין יכול להקנות ומ"מ חשיב מצוי, דהחסרון שאין יכול להקנות הוא רק סימן מה נחשב מוחזק, [ע"ע שיעור הגר"ש אות נה שמבואר כל זה], ועי' להלן בגמ' בדברי ר"פ שהכרחנו סברא זו וכן בע"ב בהא דגבו מעות יש לו שיש הכרח לסברא זו.

ג. שיטה הב' בראשונים כתב רבנו יונה בשם י"מ והריטב"א דביארו כונת הגמ' מה מתנה עד דאתי לידיה דמקבל לא זוכה בזה, אף חלק בכורה לא זוכה הבכור עד שבא לידו, ולכן אינו נוטל בשבח ששבחו לאחר מיתה דאין יכול לומר ארעי אשבח כמו שיכול לומר בחלק הפשיטות, ונראה מדברי רבנו יונה שולולא קרא דלתת לו זוכה בחלק בכורה מיד וממילא יוכל לומר ארעי אשבח, ולפי"ז ביאור קושית הגמ' מ"ט דרבנן דאין זוכה בשבח דממילא הרי יש לו סיבה לזכות בשבח דארעי אשבח, וע"ז מביאה הגמ' דרבנן דרשו שאין זוכה בחלק בכורה עד שבא לידו, ולפי"ז נמצא שרבנן שחלקו על רבי אין כאן מחלוקת בגדר ראוי ומחוזק, אלא שחידשו שאין לבכור זכיה בחלק בכורה מיד וממילא אין יכול לזכות בראוי, [אבל לרשב"ם עיקר הדרשה היא הגבלה בירושה של ראוי].

ונמצא שרבי שחולק על רבנן סבר שהטעם שזוכה בשבח ששבחו ממילא משום דזוכה בירושה מיד ויכול לומר ארעי אשבח, ומצינו סברא מבוארת בתוספתא פ"ז ה"ב 'רבי אומר ומר אני שהבכור נוטל פי שנים בשבח שהשביחו לאחר מיתת אביהם שאף שלו השביח כשלהן', מבואר דסברת רבי דחלק בכורה זוכה בה מיד במיתת האב וממילא זוכה בשבח מדין ארעי אשבח, וכדעת רבנו יונה נראה בתוס' והרא"ש לקמן קכו ע"ב דהקשו בהא דמסקינן בגמ' לקמן דיש לבכור קודם חלוקה ומשמע דזוכה בחלק בכורה מיד בשעת מיתתו, והקשו דהא קי"ל כרבנן דרבי שאין בכור נוטל במלוה, ולשון הרא"ש הוא דאין נוטל פי שנים בשבח דמתנה קרייה רחמנא ועד דמטי לידיה, ומבואר מקושיתו שממה שמצינו שמתנה קרייה חזינן שאין לבכור קודם חלוקה והיינו כסברת הראשונים שנלמד שכמו שמתנה אינו זוכה עד שבא לידו ה"נ חלק בכורה לא זוכה עד שבא לידו, וע"כ הק' איך אפ"ל יש לבכור קודם חלוקה.

וצריך לבאר במה חולק הרשב"ם על סברת הראשונים דמדבריו נראה שלרבי ל"ש לומר שיטול שבח משום ארעי אשבח, ומה הטעם שבאמת ל"ש לומר כן, ובשלמא לרבנן דרשינן מקרא דהוה כמתנה ואינו זוכה עד דאתי לידיה, אבל הרשב"ם פי' עד דאתי לידיה דנותן, ואדרבה יש להקשות יותר מ"ט לרבנן לא אמרינן ארעי אשבח ויטול בשבח שיגדל, אולם הביאור מבואר בדברי הרשב"ם להלן קכו ע"א שחולק על הראשונים וסבר שכונת הגמ' יש לבכור קודם חלוקה אין הכונה שמשעת מיתתו יש לבכור חלק בנכסי אביו קודם חלוקה, אלא דמשעה שהבכור מוחה ותובע שיחלקו שרוצה ליטול חלקו מאותה שעה זוכה בחלקו והוה שלו לגמרי אבל קודם חלוקה אינו שלו, ולפי"ז ל"ש לומר ארעי אשבח כלל דהקרקע אינו שלו קודם חלוקה, ולכן הוצרך הרשב"ם לומר שהטעם של רבי שנוטל חלק בשבח ששבחו ממילא משום דחשיב מוחזק, אבל הראשונים שחלקו ס"ל שלמד"א יש לבכור קודם חלוקה הכונה שזוכה בחלקו ממש, ולכן לרבי אפשר לומר ארעי אשבח, ולרבנן נלמד מקרא דהוה כמתנה ולא זוכה עד שיבוא לידו, ולכן הקשו הראשונים דאיך קי"ל כרבנן דמתנה קרייה רחמנא הרי קי"ל יש לבכור קודם חלוקה, [ועי' בתי' הראשונים ויבואר בעזה"י להלן].

ומבואר עוד נקודה שנחלקו הרשב"ם והראשונים בגדר ירושת בכורה שהרשב"ם למד דחשיב מתנה מהאב ולכן דריש עד דאתי לידו דנותן, אבל לפי הראשונים דעד דאתי לידי דמקבל, נראה שחלקו בעיקר הגדר של הירושה דס"ל שחלק בכורה אי"ז מתנה מהאב אלא מתנה מהאחין, ולכן לא פי' דקאי על הנותן, וכן כתב הנה"מ סי' רע"ח ט' להוכיח מהסוגיא להלן קכו ע"א דהוה מתנה מהאחין, וכן נראה בתוס' לעיל יב ע"ב [ד"ה כגון] דחשיב מתנה מהאחין שכתבו לגבי דינא דבר מצרא שאין לכוף את הנותן והתם קאי על האחין.

ד. והנה בדעת הראשונים שלמדו דאין זוכה בשבח משום דהוה כמתנה שכ"ז שלא בא לידו אינו זוכה במתנה, יש להקשות מכמה דוכתי, רבנו יונה הקשה דהגמ' בע"ב אומרת שלרבנן דלא שקיל בשבח דאתי ממילא כ"ש שלא נוטל במלוה, ואם הילפותא שאינו נוטל בשבח משום שלא זוכה בגוף עד שיבוא לידו אי"ז סיבה שלא יטול במלוה, דהחסרון של מלוה הוא מחמת שהוא ראוי והרי אין כאן מקור לדין של ראוי, ובאמת שיש להקשות שבגמ' בע"ב מבואר שרבנן ממעטים מקרא דבכל אשר ימצא לו שאינו נוטל בשבח, ולמבואר כאן הרי המיעוט דלתת לו הוא הלכה דאין יכול לומר ארעי אשבח ולא הלכה שאינו נוטל בראוי, [ורבנו יונה כתב שהסוגיא בע"ב חולקת על הדרשה של לתת לו ויבואר להלן].

עוד קשה למבואר דטעמא דרבי דשבח ששבחו ממילא זוכה משום ארעי אשבח א"כ קשה טובא מדוע שבח שהשביחו היתומים אין הבכור נוטל ומדוע לא יוכלו לומר ארעי אשבח, ואע"פ שמבואר בגמ' בע"ב שאף לרבי דרשינן מקרא דבכל אשר ימצא לו שאינו נוטל בשבח שהשביחו יתומים מ"מ צ"ב גדר הדברים הרי מ"מ הגוף שלהם, ועי' בשיעורי הגר"ש שכתב לבאר ע"פ דברי הגר"ח פכ"א מהלכ' מלוה ולוה ה"א שכתב לבאר דעת הרמב"ם שפסק שבע"ח שגובה קרקע מלוקח דיש חילוק בין שבח ששבחו ממילא לשבח שהשביח הלוקח בידים, דבשבח ששבחו ממילא גובה הבע"ח כל השבח ובשבח שהשביח בידים גובה מחצה, וביאר הגר"ח דמאותו טעם שיש לבע"ח זכות ליטול את הקרקע מאותו טעם יכול ליטול את השבח, והטעם דכל שבח מכיון שהוא בא מהקרקע הרי הוא כחלק מהקרקע, ולכן השיעבוד שיש לו בקרקע מקנה לו זכות ליטול אף בשבח, אלא שאם השביח הלוקח בידים אין לבע"ח זכות ליטול אותו שבח, והטעם מחדש שם הגר"ח שבמשביח בידים בעצם יש למשביח זכות ליטול את השבח וכמו שמוכח בירושלמי שזורע שדה של הפקר השבח שלו, ומבואר שמשביח שדה חברו יש סיבה שיהא בעלים על השבח, אלא שתמיד הטעם שיוצא לשדה חברו זוכה בעל הקרקע משום שיש לבעל השדה זכות אלימא של ארעי אשבח, וא"כ הכא בבע"ח כ"ז שלא גבה אם השבח הלוקח בידים הרי הוא של הלוקח דלבע"ח כיון שאינו שלו אין לו זכות של ארעי אשבח, אבל בשבח הבא ממילא כיון שהוא חלק מהקרקע כמו שגובה הלוקח גוף הקרקע ה"נ גובה השבח, ואין הלוקח יכול למנוע אותו בטענה של ארעי אשבח שהרי כמו שגובה גוף הקרקע ה"נ גובה את השבח אלא דבשביח בידים יש לו זכות עדיפא מהבע"ח, ומבואר מדברי הגר"ח שכדי שיכול לזכות בשבח הבא ממילא

בקרקה אין דין שיהא לו זכות בגוף הקרקע, אלא אע"פ שיש לו רק שיעבוד וזכות לגבות הוא כבר סברא שיהא לו זכות הקרקע ובשבת, ולפי"ז מבואר היטב דברי הראשונים די"ל דמה שזוכה לרבי בשבחה דממילא אי"ז מחמת שבאמת יש לו את גוף הקרקע, אלא שבאמת כל הזכות של הבכור קודם חלוקה הוא שיעבוד בעלמא, אלא כמו שביאר הגר"ח דגם היכא שיש לו רק שיעבוד יש לו זכות גם בשבת, אבל כיון שגוף הקרקע עדיין לא שלו לא יוכל לומר ארעי אשבח שיוכל לזכות בשבח שהשביחו היתומים, וי"ל שזה גופא ילפינן מקרא דבכל אשר ימצא לו שאינו זוכה במה שהשביחו היתומים כיון שאינו מצוי בשעת מיתה, והטעם משום שהזכות של הבכור הוא רק משעת חלוקה אבל קודם חלוקה אין לו זכיה גמורה בנכסים אלא שיש לו רק שיעבוד על הקרקע וזה סברא שיהא זוכה רק בנכסים שהושבחו ממילא, ואפשר שזה כונת התוספתא שכתב דטעמא דרבי משום שאף שלו השביח כשלהן דלא מדין ארעי אשבח אלא שהשבח בקרקע הוא כחלק מהקרקע, [ובזה א"ש מ"ט אם אחרים השביחו הכנסים בכור נוטל פי שנים וכמו שכתב הרשב"ם שאם השוכר חורש חשיב שבח דממילא, דדוקא אם השביחו היתומים בעצמם שבאים לזכות בשבח מחמת זה שהם השביחו, אבל לפי מה שחידש הגר"ח שכל שבח הוא חלק מהקרקע אם אחר אינו תובע השבח ההגדרה של השבח שהוא חלק מהקרקע ולממילא אף אם אחר השביח בידים חשיב מצוי ואינו ראוי].

ה. והנה הראשונים הקשו להלן קכו ע"ב בהא דמסקינן בגמ' דיש לבכור קודם חלוקה ולכן יכול למכור חלק הבכורה והרי ההלכה כרבנן שאינו נוטל בשבת, ונתבאר לעיל שמלשוננו של הרא"ש מבואר דס"ל שהדרשה היא דהוה כמתנה דעד דאתי לידי דמקבל ולכן אינו זוכה בשבח וא"כ קשה מה הכונה שיש לבכור קודם חלוקה, והרי"ף תי' שכונת הגמ' יש לבכור היינו בגוף אבל בשבח אין לו, והיד רמה תמה על דבריו איך יכול להיות שיש לו בגוף ואין לו בשבח דאם יש לו בגוף ממילא יש לו בשבח דארעי אשבח, ולכן כתב היד רמה דבאמת אין כונת הגמ' שיש לו בגוף הנכסים, אלא כונת הגמ' דיש לו רק זכות ליטול הנכסים אבל בגוף הקרקע אין לו כלום, ולכן יכול למכור אותו זכות כמו כל שיעבוד שיכול למכור אבל בשבח אינו נוטל כיון שהקרקע אינו שלו.

וביאר דעת הרי"ף כתב הגר"ש דס"ל לרי"ף שגדר זכות שיש לבכור בנכסים אין הכונה שיש לו חלק כמו לאחר חלוקה אלא הכונה שיש לו חלק כמו שאר כל האחים והיינו שכל האחים יש לו בעלות של תפוסת הבית בנכסים והבכור יש לו ב' חלקים בתפוסת הבית, אלא שכתב שאע"פ שיש לו ב' חלקים מ"מ אין לו בעלות גמורה שיוכל לקבל את השבח מדין ארעי אשבח דמה שיש לו ב' חלקים בתפוסת הבית אי"ז נותן לו זכות לקבל יותר שבח, דהבעלות של תפוסת הבית אינו בעלות משותפת כמו כל שותפין שזה בעלות גמורה של כמה בני"א על חפץ אחד, אלא תפוסת הבית היא בעלות אחרת דחשובה כבעלים אחד, והביא שכן כתב בשו"ת מהר"ח אור זרוע שהוכיח מהמשנה בבכורות לענין מעשר בהמה ששותפין פטורים ויורשים קודם חלוקה חייבים, ומבואר דחשיב בעלות אחת, אלא שלכל אחד יש חלק וזוכת באותה בעלות והבכור יש לו ב' חלקים, ומכיון שאינו בעלות גמורה לכן אי"ז סיבה שיוכל לומר ארעי אשבח על ב' חלקים.

ועיין ברא"ש להלן קכו: שכתב בישוב קושיא זו דצריך ב' הפסוקים בכל אשר ימצא ולתת לו, דקרא דימצא לו מגלה לפרש קרא דלתת לו שלא יזכה בשבח כיון דמתנה קריה רחמנא, אבל בדבר מצוי יש לו קודם חלוקה, ומשמע מדבריו כהרי"ף שיש לו בגוף ולא את השבח, אולם צריך להבין כונתו דהרי קרא דימצא לו הוא מיעוט שאינו יורש בראוי, וקרא דלתת לו דרשינן שהוא כמתנה קאי על שעת הזכיה שהוא כמתנה ואינו זוכה רק משעה שבא לידו ואי"ז זה מגלה על זה וצ"ע, אולם מדברי הרא"ש מבואר ישוב לקושית רבנו יונה שהקשה מה מדמה הגמ' מלוה לשבח הרי הטעם במלוה הוא משום ראוי ושבח אינו נוטל משום דלא זוכה במתנה, ולמבואר הטעם לדרוש דהוה כמתנה משום שלא יזכה בשבח ונמצא שהכל הוא מאותו טעם ועי'.

ו. גמ' אמר רב פפא דיקלא ואלים וארעא ומסיק שרטון דכ"ע לא פליגי דשקיל. כתב רבנו יונה שרב פפא חולק על הטעם שמבואר בגמ' לעיל שהמחלוקת של רבי ורבנן היא בקרא דלתת לו, שהרי מדברי ר"פ נראה שהנדון הוא האם איזה ראוי נחשב שינוי, וע"כ שלרב פפא נחלקו בקרא דבכל אשר ימצא לו מה נכלל במצוי ובה נחלקו אם האם דבר שנשתנה חשיב מצוי או לא.

אולם בדעת הרשב"ם קכה ע"ב [ד"ה אמר רב פפא] מבואר דטעמא דרב פפא הוא מקרא דלתת לו, וכן מבואר בתוס' קכו ע"ב, ולמבואר ברשב"ם שהלימוד מלתת לו נלמד דהוה מתנה עד דאתי לידו דנותן צ"ל דנלמד שדבר שלא היה בעולם אין הבכור נוטל פי שנים, צ"ל דדיקלא ואלים לא חשיב דבר שלא בא לעולם דכיון שהדבר בעצמו הושבח וגדל אין זה דבר חדש, וכן כתב הש"ך [קטו סק"ה בסופו] להוכיח מכאן שכל דבר שאינו נחשב ראוי אין בזה חסרון של דבר שלא בא לעולם.

אולם למבואר לעיל בדעת הרשב"ם דאין הלימוד מלתת לו שיהא בר הקנאה בפועל, אלא ילפינן מקרא דדבר שאינו בר הקנאה הוא סימן שאינו ברשותו, א"כ י"ל דאף אם בהלכ' דבר שלא בא לעולם דיקלא ואלים לא בא לעולם, מ"מ התוספת הזו חשיב מצוי שהוא דבר שמתהוה ממילא בכל דקל ולענין ירושת בכור חשיב מוחזק.

ז. גמ' דיקלא ואלים. כתב הריטב"א דה"ה אם גדלו פירות ונתבשלו או עגל ונעשה שור לא חשיב שינוי, ואע"פ שלגבי גזילה כה"ג חשיב שינוי לענין ראוי אי"ז נחשב שינוי אלא הוא מוחזק, והיינו דכל דבר שעיקרו נמצא בעולם מה שהוסיף לא נחשב שינוי דרק אם יש התחדשות של דבר שלא היה קיים בחיי האב, וכתב הריטב"א דפרה ונתפטמה הוה כדיקלא ואלים אבל לידה חשיב שינוי והיינו דאמרין לעיל דפרה וילדה כרבי, אבל הרמב"ם [פ"ג מנחות ה"ב] פסק דאם הניח אביהם פרה מעוברת וילדה הבכור נוטל בולד פי שנים, וביאר המ"מ דסבר הרמב"ם דלידה הוה כדיקלא ואלים, וכתב הסמ"ע [רע"ו] שהרמב"ם מפרש שרב פפא בא לחלוק

על מה שהגמ' אומרת לעיל דהברייתא כרבי, אלא סבר רב פפא שהברייתא דלעיל קאי אף כרבנן והיינו שאמר רב פפא שלידה הוה כדיקלא ואלים.

דף קכד:

א. גמ' השתא שבחא דאתי ברשותיה אמרי רבנן דלא שקיל מלוה מבעיא. רבנו יונה לעיל הקשה מכאן על ב' הפי' שכתבו הראשונים שביארו טעמא דרבנן מקרא דלתת לו קשה מה שייד למעט מלוה, לפי הרשב"ם שכתב שבעינן דומיא דמתנה דאתי לידיה דנותן שהחפץ יהא בר הקנאה, הרי מלוה יכול להקנות לאחר וכתב דע"כ צ"ל שא"א להקנות מלוה על פה וכן מכירת שטרות אינו אלא מדרבנן, ולפי הראשונים דבעינן דומיא דמתנה דאתי לידיה דמקבל לכאורה כ"ז רק במקום שהשבח בא מגוף הקרקע, דבזה אמרינן שצ"ז שלא זכה בקרקע אין יכול לזכות בשבח, אבל במלוה ל"ש לומר הכי, ולכן כתב רבנו יונה שהסוגיא כאן חולקת על הסוגיא לעיל ונחלקו הסוגיות מה המקור של רבנן בשבח, והסוגיא כאן למדת מקרא דכל אשר ימצא לו דבעינן שהדבר יהא מוחזק ואף מלוה אינו מוחזק בזה, ובאמת לפי הטעם שנלמד מלתת לו לא נתמעט מלוה, [ולעיל הובא שהרא"ש להלן קכו: כתב להשוות ב' הדרשות ולפי"ז א"ש].

אולם לעיל נתבאר די"ל דדעת הרשב"ם דאין החסרון במה שאין יכול בפועל להקנות, אלא שזה סימן מה נחשב מצוי שאם יכול להקנות חשיב מצוי וא"כ אפשר דמלוה גם לא חשיב מצוי אע"פ שבכל חוב יש זכות של ממוני גבך מ"מ אותו זכות של ממון לא נחשב מוחזק לגבי בכור, ולכן מקשה הגמ' שמאותו טעם שבשבח דממילא אינו זוכה ה"נ לא יזכה בחוב.

ב. גמ' אלא לרבי ואלא הא דתניא ירשו שטר חוב. מכאן הוכיח רבנו יונה לעיל דלרבי דמלוה לא חשיב ראוי דאין חילוק בין מלוה בשטר למלוה על פה, דאם יש חילוק מדוע לא דוחה הגמ' דשמואל מיירי במלוה בעל פה ורבי דאמר שנוטל פי שנים במלוה היינו במלוה בשטר, וכן כתב בתוס' ר"ד כאן וביאר דלרבי כל מלוה חשיב מוחזק והטעם משום דכיון שעתיד לגבות החוב כמאן דגבוי דמי ואע"פ שאין עדים דלא איברו סהדי אלא לשקרי, אבל הרשב"ם בע"א חילק בין מלוה ע"פ למלוה בשטר והכא ג"כ העמיד דמייירי דוקא במלוה בשטר ע"י ד"ה מלוה.

ג. תוס' ד"ה אין הבכור נוטל. הקצה"ח [סי' רעח ו] כתב לישב דעת הרשב"ם דסבר כמו שכתב הרשב"א בתשובה שאין חולקין בשטרות כיון שאין גופן ממון, ועיי"ש במילואי חותם שכתב לדון האם בכה"ג שהבכור תובע חלוקה יטול פי שנים כמש"כ תוס' לעיל לגבי דמי השכירות לרבנן דהא מיירי התם אף בכה"ג בדבר שאין בו דין חלוקה.

והנה תוס' לא ביארו מה הטעם שלפי רבי גובה מלוה ולכאורה צ"ל כמו שכתב התוס' ר"ד דסבר רבי כיון שעתיד לבוא חשיב מוחזק, ולאו משום שהוא מוחזק בגוף השטר, ולפי"ז רבנן חלקו דחוב לא נחשב מצוי, ונמצא שנחלקו רבי ורבנן בשבח דאתי ממילא אם נחשב מצוי וכן לענין חוב האם נחשב מצוי, ולרבנן שאינו גובה מלוה ע"כ דהזכות של ממוני גבך ג"כ נחשב ראוי אע"פ שודאי שזה נחשב זכות ממוני גמורה כמו שמצינו בכמה מקומות.

ד. גמ' בכור נוטל פי שנים במלוה אבל לא בריבית. הרשב"ם ביאר שהחילוק בין מלוה לריבית הוא שריבית הוא חוב חדש שהתחייב לאב ולא הוחזק בו מעולם ולכן אין לך ראוי כזה, משא"כ מלוה נחשב שמוחזק במעות שהלוה, שכנגד אותם מעות שהיו לו שהלוה לחברו קיבל שטר דהוה כמשכון וממילא נחשב מוחזק באותם מעות מעות, וסיים הרשב"ם שהרי אם הניח משכון הכל מודים דחשיב מוחזק דתפוס בדבר שכנגד החוב, וסבר רבי דכל שטר חשיב כמשכון שהוא תפוס במעות, אולם כתב בקו"ש דא"א לומר שכונת הרשב"ם דחשיב ממש כמשכון, שהרי בגמ' מבואר דחוב שיש עליה משכון אין שביעית משמטת, והרי בחוב שיש שטר שביעית משמט, אלא כונת הרשב"ם שחשיב תפיסה אלימא יותר שתפוס בחוב מחמת השטר ודומה לתפיסה של משכון שע"י החזקה במשכון חשיב תפיסה בגוף החוב, [והנה מש"כ הרשב"ם בע"א שגובה בשטר משום דחשיב גוף ופרעון חשיב שבח דממילא הוא רק לרבי, וסברת הרשב"ם כאן הוא לרבנן].

אולם בקו"ש הביא דהרשב"א בתשובה כתב שהחוב של ריבית לא חל בזמן ההלוואה אלא ישנה לשכירות המעות מתחלה ועד סוף וכל יום ויום מרויח לפי חשבון וא"כ הוה כמלוה על פה שאין הבכור נוטל בה פ"ש, עיי"ש מש"כ לדון בזה.

הערות וציונים פרק יש נוחלין

דף קכד:

א. גמ' לעולם רבנן ומלוה כמאן דגביה דמי. מבואר דשלחו מתם ס"ל שאף לרבנן דבכור אין נוטל בשבח ששבחו נכסים פי שנים מ"מ במלוה גובה משום דכמאן גביה דמי, ובגמ' לעיל מבואר דר' יהודה בר שמואל שחולק הוצרך לחדש שלרבנן אינו גובה במלוה ולא אמרינן כיון דנקיט שטרא כמאן דגביה דמי, משמע שהסברא שלרבנן יגבה במלוה פי שנים מהטעם דכמאן דגביה והיינו שחוב חשיב כגבוי וכמו שביאר הרשב"ם דכשמוחזק בשטר חשיב מוחזק במעות, אולם מבואר בגמ' שזה לבד לא סגי דהיינו שלא מספיק

סברא להחשיב אותו מוחזק משום שחוב כמאן דגביה, אלא בעינן שיהא מוחזק בפרעון או בקרקע לרבה או במעות לר' נחמן, וא"כ קשה לשון הגמ' דמלוה כמאן דגביה לחד לא סגי ועי'.

ב. גמ' ואמר רבה גבו קרקע יש לו גבו מעות אין לו. בגמ' להלן קעה ע"ב מבואר דהסברא דחשיב מוחזק בגבו קרקע משום דשיעבודא דאורייתא, אבל אם שיעבודא לאו דאורייתא חשיב ראוי ואינו נוטל פי שנים, והסברא בזה כתב רבנו יונה ז"ל והרי קרקע זה כמי שנקנה למלוה מחמת שיעבודו שהוא כעין קניה שטורף מחמתו מלקוחות מן התורה, והיינו דשיעבוד אינו רק זכות גביה בעלמא, אלא שיעבוד הוא קנין גמור בקרקע ולכן חשיב מוחזק לענין שיטול פי שנים, ומבואר לפי"ז שהטעם שגבו מעות אין לו משום דליכא שיעבוד על מטלטלין ולכן חשיב ראוי, אולם דיש לדון בזה דאע"פ שאין שיעבוד על מטלטלין לענין שאין גביה מלקוחות, הרי נחלקו הראשונים האם בגביה דמיניה גובה מדין שיעבוד או שאין צריך לדון שיעבוד, ונפק"מ בזה אם יש דין קדימה של בע"ח מוקדם ועי' בכ"ז בקצה"ח [סי' לט א], ואם יש שיעבוד בגביה מהמלוה עצמו קשה מדוע גבו מעות אין לו הרי שיעבודא דאורייתא, ולהלן יתבאר שנחלקו הראשונים בכה"ג שאם ימכור לא יוכל לגבות מלקוחות האם זה סיבה שלא להחשיב אותו מוחזק אע"פ ששיעבודא דאורייתא, וא"כ אף אם יש שיעבוד על מטלטלין מ"מ כיון שאם מכר בטל השיעבוד חשיב ראוי.

ועוד צריך להבין מדוע אם שיעבודא לאו דאורייתא לא נחשב מוחזק הרי מ"מ יש לו שיעבוד לגבות מלקוחות וא"כ מדוע חשיב ראוי, וכבר עמד בזה בחידושי הר"ן כאן וכתב דמשום שיעבודא דרבנן לא חשיב מוחזק, וביאר בקו"ש [אות 1] שחלוק דין שיעבודא דאורייתא שיש לו בזה קנין מעכשיו וכמו שכתב רבנו יונה, אבל למד"א שיעבודא לאו דאורייתא רבנן תיקנו דין הפקר ב"ד ונתנו לו כח לגבות מלקוחות אבל כ"ז שלא הגיע הזמן לגבות אין לו בזה קנין אלא הקנין מתחדש בשעת הגביה, ולכן חשיב ראוי שלאב לא היה קנין בקרקעות, [והרשב"ם ביאר דגבו מעות אין לו משום דמלוה להוצאה ניתנה, וצ"ב כונתו הרי למבואר בגמ' מבואר הטעם דבקרקע משום שיש שיעבוד, ואפשר שכונתו דלמד"א מלוה לאו להוצאה ודעת רש"י בקידושין מז ע"א שחייב להעמידה בעיסקה שיהיו מזומנים אצלו כ"ז שיתבע לכן מה"ט חשיב מוחזק].

ג. גמ' ר"נ אמר גבו קרקע אין לו גבו מעות יש לו. הרשב"ם ביאר שהטעם משום דמעות יהיב מעות שקיל, אבל תוס' הוכיח דהגמ' ב"ק אומרת דלר"נ אף בגביה נזיקין איכא הך דינא והרי התם ל"ש לומר מעות יהיב מעות שקיל, ולכן כתבו תוס' טעם אחר משום שהדרך לפרוע בזוזי לכן חשיב מוחזק מה"ט, ועי' ברשב"א מש"כ לישב קושית תוס' מהסוגיא ב"ק.

בעיקר סברת הרשב"ם כתב הרשב"א ואני מוסיף טעם על דבריהם דכיון שנתן לו כסף וסומך דעתו על זה ועיקר הפרעון הוא מעות שאף יש ללוה קרקע וכסף חייב ליתן לו מעות ואפילו תולה המעות באחר חייב לטרוח ולמכור והלביא לו מעות, ונראה מדבריו שעיקר הסברא הוא מחמת שעיקר הפרעון צריך להיות בדמים, אולם הרשב"ם הוסיף סברא דמעות יהיב, ואפשר שהטעם שמחויב לפרוע לו דוקא במעות משום שהביא לו דמים.

דף קכה.

א. גמ' אמר ליה אבבי לרבה לדידך קשיא לרב נחמן קשיא מ"ש מעות וכו'. בבואר הסוגיא מצינו ב' דרכים בראשונים, דרך הראשונה כתב הריטב"א [וכן נראה רהיטת לשון הרשב"ם בכל הסוגיא שלא הזכיר בכל דבריו שכונת אבבי להקשות למד"א שיעבודא לאו דאורייתא], שאבבי ידע שכל הסברא של רבה שגבו קרקע יש לו הוא מחמת ששיעבודא דאורייתא וכמו שמבואר בפרק גט פשוט, אלא דסבר אבבי דזה אינו סברא מספקת לומר שיהא מוחזק כדי שבכור יקבל פי שנים, שהרי הלוה יכול לפרוע לו בזוזי, וכונתו להקשות שכמו שבמעות לא נחשב מוחזק מחמת שיכול לפרוע לו במעות אחרים, ה"נ בקרקע לא יחשב מוחזק מה"ט שיכול לפרוע לו בקרקע אחרת, ונראה שעיקר כונת אבבי להקשות מנלן לרבה שיש הכרח לחלק בין קרקע למעות, והוסיף הריטב"א שאע"פ ששיטת אבבי בפסחים שבעל חוב למפרע הוא גובה, מ"מ סבר אבבי שזה לא סיבה מספקת להחשיב אותו מוחזק אלא כיון שיכול לסלקו בזוזי הרי"ז ראוי לענין זה שבכור לא יטול פי שנים, [אולם נראה שכ"ז לפי ההבנה שהגדר של למפרע אינו למפרע גמור, ועי' מש"כ בפסחים לבאר ענין זה של למפרע].

דרך ב' מבואר ברבנו יונה והריטב"א והר"ן שאבבי הקשה לרבה משום שידע דשיטת רבה ששיעבודא לאו דאורייתא והקשה לדבריו מה החילוק בין קרקע למעות, שהרי כיון ששיעבוד ל"ד ואין לו קנין בקרקע כל הסברא להחשיב אותו מוחזק הוא מחמת שלבסוף יפרע אותו בקרקע, ומקשה אבבי דמאותו טעם שבמעות לא חשיב מוחזק דשמא יפרע בדבר אחר ה"נ בקרקע לא יחשב מוחזק דשמא יפרע במעות, ועי' ברבנו יונה שהוסיף עוד דאבבי הקשה לרבה משום שהיה סבור שסברתו משום שבע"ח למפרע הוא גובה כשיטתו, ולכן אע"פ ששיעבודא לאו דאורייתא מ"מ חשיב מוחזק משום שלמפרע הוא גובה, ועי"ז הקשה אבבי מ"ש מעות דיכול לפרוע בזוזי אחרינא דמה"ט לא חשיב מוחזק ה"נ קרקע לא יחשב מוחזק שהרי יכול לפרוע במעות, [ומשמע מדבריו רבנו יונה שסבר שהדין של למפרע הוא גובה נאמר גם במטלטלין, דאל"כ מה קשה לו הרי י"ל דבקרקע מחמת סברת למפרע חשיב מוחזק, אלא ע"כ דסבר שאף במטלטלין איכא למימר למפרע, ומ"מ לא חשיב מוחזק משום שיכול לסלקו בדבר אחר].

ומבואר מדבריו רבנו יונה שאבבי סבר למפרע הוא גובה אינו תלוי בנדון של שיעבודא דאורייתא, אלא אף אם שיעבודא לאו דאורייתא אפ"ל למפרע הוא גובה וכן מבואר בהדיא בתוס' גיטין נ ע"ב דאבבי סבר שעבודא לאו דאורייתא, אולם הפנ"י [גיטין נ ע"ב] והקצה"ח לט א הבינו מסברא שא"א להבין דברי אבבי שלפרע הוא גובה רק אם אומרים שיעבודא דאורייתא אבל אם שיעבודא לאו דאורייתא א"א לומר למפרע הוא גובה, עי"ש בקצה"ח שהוכיח כן מהסוגיא לקמן קעה ע"ב בקושית הגמ' על רבה מגבו עקרקע, וכן נראה בהדיא בר"י מגא"ש בשטמ"ק לקמן קעה ע"ב עי"ש היטב, [ולפי דבריהם צריך להבין מה מקשה אבבי הרי

אם שיעבודא דאורייתא מדוע לא נחשב מוחזק, ואפשר דס"ל דמ"מ כיון שיכול לסלקו בדבר אחר לא חשיב מוחזק וכמו שנראה בריטב"א, אולם ע"י בדברי הר"י מגא"ש בסוגיין שמבואר בדבריו שכונת אביי להקשות לרבה דכיון שיכול לסלקו בדבר אחר נמצא שכל זכיתו בקרקע הוא מזמן הגביה וא"כ אמאי חשיב מוחזק, ונראה דאזיל לשיטתו שכתב בדף קעה ע"ב דאביי שסבר למפרע הוא גובה סבר שיעבודא דאורייתא ולפי"ז ע"כ שהוא מוחזק, אלא הקשה לרבה דסבר שיעבודא לאו דאורייתא ולסברת הר"י מגא"ש ע"כ שהוא סובר בע"מ מכאן ולהבא הוא גובה וא"כ לא חשיב מוחזק שהרי יכול לפרעו אותו בדבר אחר.

ב. גמ' ועוד הא מר הוא דאמר מסתבר טעמיהו דבני מערבא. כונת אביי להוכיח מדברי רבה בעצמו סברא זו שגם אם יש סברא שהממון יבוא לידו מ"מ אם יש אפשרות להפקיע שהממון לא יבוא לידו לא חשיב מוחזק, וכמו דאמר רבה בסבתא שאע"פ שאם תמות הנכסים צריכים להגיע לבת מ"מ כיון שיכולה למכור וממילא לא יהא לבעל מהיכן לרשת לכן נחשב אותו ממון ראוי, וה"נ הרי יכול למכור או לפרוע בדבר אחר, והקשה רבנו יונה דהרי יש סברא לחלק דהכא במלוה אף אם ימכור הרי יאמר משועבד לפרוע החוב או בקרקע או במעות, אבל התם בסבתא אם תמכור לא יהא לבעל מה לרשת לכן התם נחשב ראוי, וכתב לישב דכונת הגמ' להוכיח דכל יש צד הפקעה הוא גורם להחשיבו ראוי, שהרי קושית הגמ' לרבה שסובר שיעבודא לאו דאורייתא ואין לו קנין בנכסים ובסבתא הרי יש לו קנין עכשיו שהרי כל האומר ע"מ כאומר מעכשיו ואפ"ה לא נחשב מוחזק מחמת צד הפקעה כ"ש הכא שאין לו קנין שלא יחשב מוחזק אע"פ שישאר חייב לפרוע החוב וע"י בר"ן, [וע"י בדברי הר"י מגא"ש ונראה מדבריו כונה אחרת בקושית הגמ' דאתי אביי להוכיח לרבה דבע"מ מכאן ולהבא הוא גובה, ואזיל לשי" שכל הקושיא של אביי היא לרבה מחמת שסבר שיעבודא לאו דאורייתא וממילא סבר בע"מ מכאן ולהבא גובה].

ג. גמ' לר"נ קשיא מ"ש גבו קרקע וכו' ועוד האמר הא אמר ר"נ יתומים שגבו קרקע בחובת אביהם. כתב הרשב"ם קושיא אחרת לרב נחמן, [כונתו לאפוקי מדברי רבנו יונה ע"י שביאר שקושיא זו ג"כ להוכיח דיש חסרון של ראוי כשיכול לסלקו], וביאר הרשב"ם שכונת הגמ' להקשות על ר"נ דממה שמצינו שאם גבו קרקע יש לו ע"כ דאין זה ראוי, שאם היה ראוי אף בעל חוב לא היה גובה מכאן משום שאף בגבית בע"מ יש חסרון של ראוי, וכתב הרשב"ם שכונת הגמ' להקשות דלר"נ יפכא הו"ל למימר גבו מעות אין לו גבו קרקע יש לו, ונראה הביאור בזה דבהמשך הדברים נראה שהסברא שבקרקע לא נחשב ראוי ע"פ הסוגיא בפסחים שהגמ' אומרת שהסברא שיתומים שגבו קרקע בע"מ חוזר וגובה אותם מהם משום שבע"מ למפרע הוא גובה, וא"כ י"ל דכונת הגמ' להקשות דר"נ לשיטתו היה צריך להיות להיפך שגבו קרקע יש לו כיון שבזה אמרינן למפרע הוא גובה אבל גבו מעות אין לו דבזה ל"ש לומר למפרע הוא גובה, [וע"י בפסחים לא ע"א שמבואר מברי הראשונים כן דבמטלטלין לא אמרינן למפרע הוא גובה], וע"י שיעורי הגר"ש שכתב לבאר שזה כונת הרשב"ם בסוף דבריו שכתב ומטלטלי דיתמי לא משתעבדי, שוכנתו דכיון שאין שיעבוד על מטלטלין לכן ל"ש לומר גבו מעות יש לו, [וע"י קו"ש אות שפ"ט שביאר כונה אחרת בדברי הרשב"ם], וע"י ברבנו יונה שתמה על הרשב"ם שכתב שבע"מ אינו יורש בראוי ע"י שמש"כ לבאר באופ"א.

ד. גמ' אמר ליה לא לדידי קשיא ולא לר"נ קשיא טעמא דבני מערבא קאמרינן וליה לא סבירא לן. נראה שביאור תי' הגמ' תלוי בבי' הדרכים שנתבאר לעיל, לדרך הא' שכונת הגמ' להקשות לרבה אף אם שיעבודא דאורייתא מ"מ חשיב ראוי, נראה ברשב"ם שכונת הגמ' לתרץ דרבה אמר שהוא סבר שבאמת אין סברא לחלק בין קרקע למעות וכמו שהקשה אביי, אלא רבה אמר כן בדעת בני מערבא שאמרו שאף לרבנן מלוה לא חשיב ראוי דיש סברא לחלק שאמר כן כן רק בקרקע משום שמוחזק בו טפי כיון שגובה ממשעבדים, אבל גבו מעות לא כיון שאין בו שיעבוד אלים שאין גובה מלקחות. **ולדרך הב'** בראשונים שקושית הגמ' היתה מחמת שסברת רבה שעבודא לאו דאורייתא כונת הגמ' שרבה סבר דאין חילוק בין גבו קרקע לגבו מעות דאיהו סבר שיעבודא לאו דאורייתא, וכל מה שאמר שגבו קרקע יש לו לטעמיה דבני מערבא דסברי שיעבודא דאורייתא ולכן בגבו קרקע חשיב מוחזק, אבל במעות לא חשיב מוחזק דבזה ליכא שיעבוד מהתורה, וא"ש הא דבההיא דסבתא חשיב ראוי כיון שאין שם שיעבוד לכן כיון שיכול לסלק בזוזי לא נחשב מוחזק. **ולר"נ** כתב הרשב"ם שכונת הגמ' לתרץ דהוא סבר דאין חילוק בין קרקע למעות אלא דלבני מערבא שאמרו שאף במלוה נוטל פי שנים יש הכרח לומר שדוקא במעות ולא בקרקע, שהרי בההיא דסבתא מבואר דחשיב ראוי מכח הסברא שאי זבין לכו אף בבע"מ כן אלא ע"כ שבב"ע יש עוד סברא דוקא בגבו מעות משום מעות יהיב מעות שקיל.

ה. תוס' ד"ה לטעמיהו. אבל גבי מלוה הוי מוחזק אפילו לא יוכל לטרופי אם מכר כגון אם שטר חוב שלא באחריות, בקו"ש [שפח] ביאר מ"ש דלמד"א שיעבודא לאו דאורייתא חשיב ראוי כיון שאינו גובה מלקוחות מכתב שטר חוב שלא באחריות, וכתב דשיעבודא לאו דאורייתא אין שיעבוד אף במניה ולכן לא נחשב האב מוחזק כלל, אבל למד"א שיעבודא דאורייתא איכא שיעבוד במניה ולכן אע"פ שלא גובה מלקוחות מ"מ עצם הנכסים שביד הלוח משועבדים ולכן נחשב מוחזק. **בתוס'** והא דקאמר רבה טעמא משום דאי קדים סבתא זבנא זבנא וכו' אלא טעמיה דנפשיה דלדידה מלוה הוה ראוי משום דאי זבנא וכו', ביאור דבריהם דס"ל דרבה סבר שכל ממון שהוא עתיד לבוא ליד האב חשיב האב מוחזק ורק היכא שיש אפשרות לסלק האב מהנכסים לא חשיב מוחזק, וזה הטעם בסבתא שאם מכרה קיים לכן לא חשיב מוחזק.

ו. **תוס' בא"ד.** ור"נ סבר דבין גבו קרקע בין גבו מעות יש לו כמו שהביא אב"י מההיא דיתומים שגבו קרקע בחובת אביהם, ע"י בקו"ש שם שכתב דנראה בתוס' דס"ל שטעמא דר"נ שמאותו טעם שנאמר בקרקע דלא נחשב ראוי ה"נ במטלטלין והיינו משום שלמפרע הוא גובה, אלא שתמה שבגמ' בפסחים מבואר שבמטלטלין לא אמרינן למפרע הוא גובה, ע"י בשיעורי הגר"ש מש"כ לבאר בדבריו תוס' באופ"א.

הערות וצינונים פרק יש נוחלין

דף קכה:

א. **גמ' אמר רב הונא לירתי ואפילו לירתי ירתי.** הרשב"ם ביאר דטעמא דרב הונא כמו שמבואר במסקנת הגמ' דסבר כל האומר אחריו כאומר מעכשיו, והביאור בדין זה כתב הרשב"ם להלן [ד"ה כאומר מעכשיו] דאדם שנותן מתנה לפלוני ואחריו לאדם אחר כונתו שנותן את הגוף מעכשיו לבת ואת הפירות נותן עכשיו לסבתא, והוה כמקנה גוף מהיום ופירות לאחר מיתה, ולכן לאחר שתמות הסבתא יבוא מי שבא מכחוה של הבת ויזכה בנכסים כיון שכבר עכשיו יש לה את הגוף, ולכן אף הבעל יורש אותה דלא הוה ראוי אלא מוחזק שהרי הגוף היה של הבת שהיא אשתו, אולם צ"ב מדוע הוצרך רב הונא לומר שכונת הנותן לירתי ואפילו לירתי ירתי, הרי כיון שנתן לה המתנה שהגוף שלה ממילא הוה ככל ממון דידה שיש בו תורת ירושה למי שמגיע הירושה, ואפשר לומר שהטעם לומר אחריו כמעכשיו הוא מחמת שאנו תולים שכונתו ליתן ולירתי ירתי ולכן כבר עכשיו רוצה ליתן את הגוף.

ב. **גמ' הלכתא כוותיה כדרב ענן דבעל לא ירית ולא מטעמיה.** מבואר בגמ' שאם היה לבת בן היה מקבל את הקרקע אלא שהבעל אינו מקבל משום שאין הבעל יורש בראוי, וביאר הרשב"ם שאע"פ שבן הבת חשיב ירתי ירתי שהרי הבת היא היורשת הראשונה, מ"מ כיון שאם הבת אינה קימת הרי הבן יורש את הנכסים ראשון שהרי הוא קודם לאחי האם לכן הוא נכלל בכלל הדין של ירתי, אבל הבעל לא נכלל בזה כיון שאינו נוטל בראוי, ונראה כונתו שהתנאי של המתנה של הנותן היה שלאחר שתמות הסבתא יקבל הנכסים אדם שהוא נחשב 'ירתי' דהיינו שהוא יורש של הנותן, ובן הבת נחשב ירתי כיון שאם הבת אינה קימת יש דין על הבן שהוא יורש אותו לכן אם הוא יקבל אותם הנכסים מתקיים מה שאמר נכסי לירתי, ולכן הוא גם יקבל קודם שאר היורשים של הנותן, אבל הבעל מכיון שאינו יורש בראוי לא מתקיים התנאי שהתנה בשעת נתינת המתנה דנכסי לירתי כשיבוא לידו, ומבואר שאם הבעל היה יורש בראוי נחשב שהוא יורש את אבי אשתו והיה בכלל ירתי, ונראה משום שאם היה יורש בראוי נמצא שהוא קודם ליורשים אחרים דכל ממון שהיה צריך להגיע לידה הוא זוכה לכן חשיב שהוא עומד במקומה של האשה והוא נחשב היורש הראשון לכן הוא בכלל התנאי.

ג. **אולם** צריך לבאר לדעת בני מערבא שבן הבת יקבל הנכסים כשמתה אמו בחיי הסבתא איך זוכה בנכסים שהרי מבואר מדברי הרשב"ם שסברו כל האומר אחריו לאו כאומר מעכשיו דמי וא"כ נמצא שכל הזכיה בנכסים הוא רק לאחר שתמות הסבתא, ולכאורה ע"כ צ"ל שיש הקנאה של הנותן מעיקרא לאותו בן, וכמו שנתבאר שכך היה תנאי ההקנאה למי שיחשב ירתי אני מקנה לאחר מות הסבתא, וכן נראה מדברי הנתה"מ [סי' רמח יג] שכתב דאם אחריו לאו כאומר מעכשיו יש כאן הקנאה ישירה של הנותן ליורש ואם לא היה בעולם המקבל בשעת המתנה אין יכול לזכות בזה, וכ"כ קו"ש אות שצב.

אולם בדעת הרשב"ם לכאורה א"א לפרש כן שמדברי הרשב"ם [ד"ה חין] מבואר שאף אם בשעה שמתה הסבתא כבר מת הנותן, וא"כ איך יזכה אותו הבן בנכסים הרי כל הקנין יחול רק לאחר שתמות הסבתא ובאותה שעה אין כאן מקנה ואיך יזכה, וע"י בשיעורי הגר"ש [אות סד] שכתב דמיירי דוקא במתנת שכ"מ שבזה חלה המתנה אף לאחר מיתה ולכן מעיקרא שאמר ירתי חל המתנה לאחר מותו, ועוד לחדש דאע"פ שמת המקנה יזכה בו הנותן דהוה כמו מעכשיו בדבר שלא בא לעולם דקונה אפילו בכה"ג שכלתה קנינו, ע"ע בחזו"א חו"מ ליקוטים יג יז ובמערכת הקנינים סי' ז.

ד. **גמ' אמר רבה מסתברא טעמא דבני מערבא דאי קדים סבתא וזבנא זבינא זבינא.** נחלקו הרשב"ם ותוס' בביאור דברי הגמ' הרשב"ם מפרש דממה שאמרו שמהני המכירה מוכח שאחריו לאו כמעכשיו, ומשום שאם כמעכשיו דמי ע"כ שיש לשני זכות בגוף עכשיו ואין הראשון יכול להפסיד לו, אלא ע"כ דממה שזביני זביני מוכח דלאו כאומר מעכשיו וכל הזכיה היא מכח הראשון ולא מכח הנותן, ומבואר ברשב"ם שאם אחריו כאומר מעכשיו דמי אין יכול למכור, אבל בתוס' בע"א כתבו שכונת הגמ' דאע"פ שכאומר מעכשיו דמי מ"מ כיון יכול למכור וזבינא זביני, וחולקים בדין על הרשב"ם שכתב שאין יכול למכור דס"ל לתוס' שבכל אחריו יש תנאי שהשני יזכה רק מה שנשאר אצל הראשון ולכן יכול למכור, וכתבו התוס' שכונת רבה לבאר אמאי אין הבעל יורש אע"פ דהוה כאומר מעכשיו, אלא משום שזה ראוי דאע"פ שעכשיו הגוף היא של הבת כל דבר שיכול להפקיע שלא יהא ירושה חשיב ראוי ולכן אין הבעל יורש.

והקשה רבנו יונה כאן על הרשב"ם שביאר דסברת רבה דלאו כאומר מעכשיו נמצא שכל זמן שלא מתה הסבתא לא היה לבת זכיה בקרקע כלל, וכל הזכיה מתחדשת לאחר מות הסבתא א"כ מדוע צריך לומר שהטעם שאין הבעל יורש בראוי דאי קדמה וזבנא הא בלא ה"ט נמי חשיב ראוי כיון שלא זכתה הבת בחייה שהרי לאו כאומר מעכשיו דמי, וכתב דאת"ל שרבה אמר רק דיש הכרח לומר כל האומר אחריו לאו כאומר מעכשיו משום שיכולה הסבתא למכור, א"כ קשה מה מקשה אב"י לעיל על רבה שאמר גבו קרקע יש

לו מהכא שאמר שחשיב ראוי כיון שאי קדמה וזבנא הרי הכא הטעם דהוה ראוי משום שלא זכתה הבת בנכסים כלל, ואין ראי דהיכא שיש זכיה גמורה שיכול להפקיע זכותו דחשיב ראוי.

ובדעת התוס' דאע"פ שאחר כך כאומר מעכשיו מ"מ חשיב ראוי כיון שיכולה למכור לכאורה צ"ב הרי אם אחר כך מעכשיו יש כאן קנין גמור אלא שיש תנאי שיכולה למכור וא"כ מדוע יש כאן חסרון של ראוי, וברשב"ם נראה שחולק לדינא על התוס' והסברא ברשב"ם נראה כמש"כ.

ה. גמ' אמר רב פפא אין הבעל נוטל בראוי. הרשב"ם ביאר שהכונה שאינו נוטל בראוי גמור דהיינו ירושה שנפלה לה לאחר מיתה, וכדילפינן מקרא לעיל, בעיקר גדר הדין שאינו נוטל בראוי ע"י תוס' לעיל קיד ע"ב שמבואר ב' צדדים האם משום דליכא דין שאירות לאחר מיתה ולכן אין סיבה שיוכל לירש, או שזה הלכה אחרת שאין ירושה בקבר להנחיל לבעל.

והנה כתב הרשב"ם דבשבח ששבחו נכסים אף הבעל יורש וכתב ב' סברות חדא משום שהבעל יכול לומר ארעי אשבח שהרי כבר זכה בנכסים, ועוד כתב שכל הטעם שבכור אינו נוטל בראוי דילפינן מקרא דלתת לו דמתנה קריה רחמנא ובבעל ליכא קרא, והוסיף הרשב"ם שהרי בבכור גופא אם היה יורש יחיד היה נוטל בשבח וא"כ ה"ה בעל ומבואר דס"ל לרשב"ם שבן יחיד חשיב בכור נוטל פי שנים, והוא חידוש דלכאורה היה מקום לומר שהמושג של בכור הוא רק כשיש אחד פשוט אבל כשהוא לבדו אין לו דין בכור, אולם אכתי צ"ב דאע"פ שיש לו דין בכור הרי אפשר דמה שנוטל בשבח הוא מחמת חלק הפשיטות דמי יעכב בעדו, וע"י דבר אברהם שנסתפק בשאלה זו כשיש בן יחיד האם חשיב שנוטל פי שנים או רק חלק אחד ע"י שכתב כמה נפק"מ בזה.

ו. נחלקו הראשונים האם הבעל נוטל במלוה, דעת תוס' בסוגיין שכמו שהבכור אינו נוטל במלוה ה"נ אין הבעל נוטל בראוי, אולם הר"י מגא"ש והיד רמה כתב שבעל נוטל במלוה ולא הוה בבכור, וביאר דדוקא לגבי בכור ילפינן מקרא דמתנה קריה רחמנא אבל לגבי בעל מלוה חשיב מוחזק, והיינו דס"ל שעצם החוב חשיב מוחזק ולכן לגבי בעל לא חשיב ראוי, וע"י שכתבו שבסוגיא ב"ק היה להם גירסא אחרת.

ז. תוס' ד"ה ואין. כתבו דאע"פ שכתובת אשה אינו גובה בראוי מ"מ ממלוה גובה דלא חשיבא ראוי אלא מוחזק והוכיחו כן מכמה דוכתי, אולם לא התבאר בתוס' הטעם בזה, והנמוק"י כתב שהוא מטעם שיעבודא וכ"כ מהר"ם בכונת תוס', אולם בקו"ש ציין שתוס' בתוס' בכורות נב ע"א כתב שאף לרבנן החולקים על ר"נ הכא גובה מחוב ע"י שמש"כ לבאר הסברא בזה.

ח. תוס' בא"ד. וצ"ע דרב פפא וכו', בקו"ש כתב דאע"פ שבגמ' מבואר דהא דגבו מעות יש לו הוא רק אם אמרינן שיעבודא דאורייתא, מ"מ להיפך אפשר לומר דהיינו שאף אם שיעבודא דאורייתא אפשר דמלוה חשיב ראוי ואף בגבו קרקע אין לו, ולעיל נתבאר דיש ראשונים דס"ל שאב"י שהקשה על רבה סבר שאף בשיעבודא דאורייתא נחשב ראוי.

דף קכו.

א. גמ' במלוה שעמו פליגי. נחלקו הראשונים בביאור דין זה, הרשב"ם ביאר שהספק של הגמ' האם אמרינן שהבכור שחייב לאביו רוצה לשעבד נכסיו לאביו לגמרי ובעין יפה גמר וקנה נכסיו, ונראה כונתו שהרי להלכה קי"ל כרבנן דמלוה חשיב שבח אף בגבו קרקע, ולעיל נתבאר שהטעם משום דשיעבדא לאו דאורייתא השיעבוד אינו קנין אלא זכות לגבות ובשעת הגביה הוא נעשה שלו, אבל הכא שהבן מקנה לאביו בעין יפה כונתו לעשות שיעבד שיחול כאן קנין מעכשיו כמו למד"א שיעבודא דאורייתא.

ביד רמה כתב דרך חדשה בביאור הספק דהנה בגמ' לעיל מבואר ב' טעמים מדוע אין בכור נוטל בשבח, או משום דילפינן מלתת לו דמתנה קריה רחמנא או מקרא דבכל אשר ימצא לו, וכתב שיש נפק"מ בין הדרשות לגבי מלוה שחייב לאב, שלפי הטעם דלתת לו החסרון הוא כמו שכתב הרשב"ם לעיל דומיא דמתנה דעד דאתי לידיו דנותן ובעינן דבר שהוא ראוי להקנות, וכיון שהשבח הוא דבר שלא בא לעולם ואין יכול להקנות לכן אין הבכור נוטל פי שנים בשבח, וה"נ מלוה אין יכול להקנות, אבל כתב היד רמה שאם הבן חייב לאב אין חסרון שאינו ברשותו כיון שהוא יכול למחול לבנו על החוב, אבל אם המקור למעט שאין נוטל בשבח מקרא דבכל אשר ימצא לו בעינן שהדבר יהא מצוי ממש אצל האב א"כ חוב לא חשיב מצוי אצל האב ואין חילוק בין אם חוב שבנו חייב לו לחוב שאחרים חייבים לו.

ב. בעיקר דין יחלקו הראשונים, הרשב"ם נראה שהוא מהטעם של סומכוס דאמר ממון המוטל בספק חולקין, וזה שיטת הרשב"ם לעיל דף סג ע"א דקי"ל להלכה כסומכוס, אולם תוס' כתבו דהוא תקנה דרבנן, וכתב היד רמה דהא דחולקים ולא אמרינן אוקי ממוןא בחזקת מריה שהרי הבכור מוחזק בנכסים, משום שהבכור לא נחשב מוחזק אלא הנכסים בחזקת המת עומדים דהבכור והפשוט באים להוציא מהמת וכיון דיש ספק הדין יחלקו, והוסיף שאע"פ שהבכור תפוס בנכסים לא מהני תפיסתו כיון שאין לו טענת ברי ולכן הדין שיחלקו, ונראה מדברי דיש כאן ב' נדונים בחזקת ממון א' מי נחשב מוחזק ב' האם הוא נחשב תפוס בממון, דהבכור לא נחשב מוחזק משום שהנכסים בחזקת המת, וחשיב מתנה מהאב וכמו שמבואר ברשב"ם לעיל דהכונה בלתת לו שזה מתנה מהנותן, וכן הבכור לא נחשב תפוס כיון שאין לו טענת ברי.

והנה בקו"ש [אות שצח] הקשה על דבגמ' כאן מבואר דבספק אם יש לבכור זכות בנכסים יחלקו בבנכסים, ולהלן קצו ע"א מבואר דהיכא שיש ספק אם הוא בכור אין הבכור נוטל כולם, שהגמ' אומרת דב' נשים שילדו במחבא ואין ידוע מי הבכור שהדין הוא שכל אחד יכתוב הרשאה לשני וע"י יכולים לתבוע חלק בכורה ממ"נ, ומבואר שלולא שיכתבו הרשאה אין נוטל פי שנים, וכתב בקו"ש

דיש חילוק בין ב' הספיקות דהתם הספק הוא האם הוא נחשב בכור אבל הכא הוא ודאי בכור אלא שיש כאן ספק על הממון האם אותו ממון הוא ראוי או מוחזק, ולכן כשיש ספק האם הוא בכור אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי שכל האחין הם ודאים שמגיע להם הממון אין לבכור חלק בזה, אבל הכא שהוא ודאי בכור לכן הדין יחלוק, והביא שהנתיב"מ רע"ח ה' כתב להוכיח מהגמ' דב' נשים שילדו במחבא שגדר של ירושת בכור הוא מתנה מהאחין ולכן כשיש ספק אם הוא בכור יכולים האחין לומר לו המוציא מחבור עליו הראיה, ולפי"ז קשה מדוע כאן האחין לא יכולים לומר לו כן, וכתב דע"כ שלפי היד רמה גדר של ירושת בכורה הוא כמש"כ תוס' לעיל יב ע"ב דהבכור עומד במקום ב' בנים ולפי"ז א"ש החילוק האם הספק האם הוא בכור או שהספק על הממון.

הערות וציונים פרק יש נוחלין

דף קכו.

א. גמ' אמר רב אסי בכור שמיחה מיחה. הראשונים כתבו שדין זה תלוי במה שמבואר בהמשך הגמ' דיש לבכור קודם חלוקה, וביאור דין זה נחלקו הראשונים ונפק"מ לביאר דין דבכור שמיחה מיחה, דעת הרשב"ם שהנדון בגמ' דיש לבכור קודם חלוקה אינו כפשוטו שמיד בשעה שמת האב יש לו זכיה בנכסים, אלא הכונה דמשעה שהבכור תובע שרוצה לחלוק ולקבל חלק הבכורה מאותה שעה יש לו זכיה בנכסים והוא כשלו ממש, וממילא כל השבח מכאן ולהבא שלו דהוה ככל נכסיו דארעי אשבת, אבל למד"א אין לבכור קודם חלוקה לא מהני תביעת חלוקה אלא כל הזכיה בנכסים הוא רק שחלקו בפועל, וכונת הגמ' בכור שמיחה היינו שתובע חלוקה ולכן אע"פ שהיורשים אחרים לא רצו לחלוק ולא נתנו לו עדיין חלקו נעשה בעלים גמור על חלקו וזוכה בכל השבח בין שבחא דממילא בין שבחא שהשביחו היתומים.

אולם דעת תוס' בע"ב והרא"ש ועוד ראשונים שלמד"א יש לבכור קודם חלוקה הכונה שמיד שמת האב יש לבכור חלק בנכסים, אלא שאת השבח אין לו וכמו שיבאר להלן, ולפי דבריהם כונת הגמ' בכור שמיחה שאע"פ שיש לו חלק בגוף מיד במיתת האב, מ"מ בשבח אין לו עד שיעשו חלוקה והטעם יבאר להלן, ומחדש רב אסי שכדי לקבל את השבח אי"צ חלוקה גמורה אלא כיון שתובע חלוקה מאותה שעה יש לו סיבה לקבל את השבח והיינו שנעשים שותפים גמורים כמו שנשתפו לאחר חלוקה. והנה הר"ן ביסוד הדברים כתב כהרשב"ם שלמד"א יש לבכור קודם חלוקה הוא רק משעת שתובע חלוקה, אלא שמדברי הר"ן נראה שיטה חדשה, שכתב שכיון שחלק בכורה מתנה קרייה רחמנא והנותן מתנה לחברו ומזכה לו ע"י אחר אין המקבל זוכה במתנה עד שישמע ויתרצה, ה"נ בחלק בכורה אע"פ שזכה מיד בשעת מיתתה צריך לגלות דעתו שמתרצה ולכן עד שגילה בדעתו שהוא רוצה השבח של היתומים, והוסיף הר"ן שלפי"ז נותן מתנה לחברו ומזכה לו ע"י אחר השבח שהושבח עד שגילה המקבל דעתו שהוא רוצה שייך לנותן, ונראה שהרשב"ם אע"פ שסובר כיסוד דבריו דהבכור לא זוכה רק משעת מחאה, אבל חולק עליו שבר"ן מדויק שיש לבכור סיבה לזכות מיד שהרי כתב דהוה כמו מתנה שזיכה לו ע"י אחר אלא שכל שלא גילה דעתו אינו זוכה, אבל ברשב"ם משמע שכל הכח לזכות בנכסים הוא משעה מחאה, ומשום שלפי הרשב"ם ילפינן מלתת לו עד שיבא לידו של נותן ואין לו זכיה רק משעת חלוקה, ונראה לפי"ז שיש חילוק איזה מחאה צריך שהרשב"ם כתב שתובע חלוקה אבל הר"ן כתב דסגי בזה שמגלה דעתו שרוצה חלק בכורתו, והטעם שלרשב"ם אין לו זכיה בנכסים עדיין אבל לר"ן כשמת האב נחשב שזיכו לו חלק הבכורה כמו שכתב שזה דומה למזכה מתנה לאחר אלא שצריך לגלות דעתו שרוצה, ועי' נתיב"מ [רע"ח א] שהביא דברי הר"ן וכתב דהרי באופן שזיכה ע"י אחר ע"כ שזוכה במתנה למפרע, שהרי הקנין היה קודם שגילה דעתו וא"כ תמה אמאי לא נימא ארעי אשבת, וכונתו שאף כאן בחלק בכורה כיון שאנו אומרים שזכה מיד בשעת מיתתה נמצא דבשעה שגילה דעתו לזכות בנכסים חל הקנין דמעיקרא ואמאי לא יזכה בשבח שעד עכשיו, [ומוכח מהר"ן דהזכות של ארעי אשבת היא זכות בנכסם ובאופן כזה שזוכה למפרע לא אמרינן שיהא זוכה בשבח מדין ארעי אשבת].

ב. תוס' ד"ה אבל דרכום לא. הא איכא למד"א שינוי במקומו עומד, הקצה"ח [רע"ח ה] הקשה הרי בגמ' ב"ק מבואר בהדיא דשמואל סבר דשינוי קונה וא"כ הרי ממימרא דהכא שמואל אמרה ומה הקשו התוס', ועי' נתיב"מ סק"ב מש"כ לישב.

ג. גמ' רב פפא סבר ויתר באותה שדה קסבר אין לבכור קודם חלוקה. הרשב"ם ביאר שהטעם לומר אין לבכור קודם חלוקה דילפינן מקרא דכתיב לתת לו דהוה כמתנה שאינו זוכה רק לאחר שבא לידו, ולכן סבר רב פפא שלא מהני מחילה קודם חלוקה דהוה דבר שלא בא לעולם, אבל כשבאו לחלוק מאותה שעה יש לו סיבה לזכות בנכסים ממילא באותה שעה יכול למחול, ולכן מהני מחילה רק לאותו קרקע שבאים לחלוק ולא על שאר קרקעות כיון שבזה לא באו לחלוק, ומבואר ברשב"ם שמחיים לא יכול היורש להסתלק מחלקו כיון דהוה דבר שלא בא לעולם, ורב פפי סבר דיש לבכור קודם חלוקה והיינו דמשעה שרוצה לחלוק יש לו חלק לכן חשיב כדבר שבא לעולם שהרי מיד שרוצה לחלוק יכול לזכות, וכיון שיכול לזכות בכל הנכסים אף סהדי שאם נסתלק מחלק אחד שרוצה להסתלק מכל הנכסים, ונמצא דלכו"ע איכא הך אף סהדי שרוצה להסתלק מכל הנכסים, אלא שאם אין לבכור לא מהני דחשיב דבר שלא בא לעולם, ועיין בר"ן דס"ל כהרשב"ם דלמד"א יש לבכור קודם חלוקה אין הכונה שיש לו זכות גמור אלא זכות לתבוע חלקו ולכן מהני לומר שלא רוצה בכל הנכסים, אבל למד"א אין לבכור אף אם יאמר בהדיא שמסתלק מכל הנכסים לא מהני סילוק משום שכ"ז שאין יכול לזכות בו לא מהני הסילוק, [וכתב דשם הר"ן שאם כהראשונים דיש לבכור קודם חלוקה היינו שיש לו זכיה גמורה בנכסים איך יוכל להסתלק והרי כבר זכה בנכסים].

אולם הרשב"א על הרשב"ם והר"ן, דהרשב"א סבר דיש לבכור קודם חלוקה הכונה שיש להם זכות ממש בנכסים הקשה הרשב"א דמסברא לכאורה י"ל להיפך שאם אין לבכור קודם חלוקה ולא זכה הוה כמתנה שיכול לומר אי אפשרי בה וממילא כשאמר איני רוצה לחלוק נסתלק מכל הנכסים, אבל אם יש לבכור הסברא נותנת שממה שהסילוק הוא רק ממה שהתסלק בהדיא שהרי יש לו כבר זכות בנכסים והיה צריך לומר בהדיא שמתלק מכל הנכסים, וכתב הרשב"א דאה"נ אם יאמר בהדיא שמתלק מכל הנכסים לכו"ע אף למד"א אין לבכור יכול להסתלק, אלא נחלקו כשלא אמר בהדיא אלא אמרין שיש כאן הוכחה שרוצה לסתלק מכל הנכסים שאם אין לבכור אמרין שאין הוכחה שרוצה להסתלק מכל הנכסים ומסתלק רק ממה שיש לו והיינו רק ממה שבאו לחלוק, אבל אבל אם יש לבכור קודם חלוקה דיש לו זכות בכו אמרין שהסילוק הוא מכל הנכסים, ועיי' קצה"ח רע"ב.

ד. רשב"ם ד"ה קסבר אין לבכור. כדכתיב לתת לו עד דאתיא לידיה דמקבל מתנה, מבואר ברשב"ם שהמקור לדין זה שאין לבכור קודם חלוקה הוא ממה שחלק בכורה חשיב כמתנה וכמו דשם אינו זוכה רק כשבא לידו ה"נ בחלק בכורה לא זוכה רק אם בא לידו, וברשב"ם מבואר עוד שלמד"א יש לבכור גם יליף מהך קרא דלתת לו אלא שלמד דמשעה שמת האב ראוי ליתן לו המתנה, אלא שלא זוכה מיד רק משעה שגילה דעתו, ויש להקשות שהרי הרשב"ם לעיל קכד ע"א מפרש שרבנן סברו שאינו נוטל בשבח דילפינן מקרא דלתת לו דהוה כמתנה דעד דמטי לידיה דנותן, דכמו שאין יכול ליתן מתנה דבר שלא בא לעולם ה"נ חלק בכורה אין נוטל רק מה שהיה ברשותו של האב בשעת מיתתו, ולעיל הובא שהראשונים חלקו על הרשב"ם וכתבו דילפינן דומיא דמתנה עד דאתי לידיה דמקבל וכל זמן שלא בא לידי הבכור לא נעשה שלו ולכן אין השבח שלו, וא"כ יש להקשות שהרי ברשב"ם מבואר שכו"ע דרשי קרא דלתת לו דחלק בכורה הוה כמתנה דעד דאתי לידי דמקבל לא נעשה שלו, אלא שנחלקו האם צריך שיבוא לידו ממש דהיינו לאחר חלוקה או דסגי שיתבע חלוקה, וא"כ קשה טובא מדוע לעיל לא פירש כשאר הראשונים שלא זוכה בשבח מפני שהוא כמתנה שלא זוכה במתנה עד שיבוא לידו, [ועוד צריך להבין איך ילפינן מקרא דלתת לו עד דאתי לידי של נותן ועד דאתי לידי של מקבל].

והנה הרשב"ם בעצמו לעיל קכד ע"א [ד"ה שאם אמר] כתב דרבנן דדרשי מקרא דלתת לו שאינו נוטל בשבח דרשי נמי מהך קרא שאם אמר איני נותן ואיני נוטל שזה דרשי 'לו', והיינו דתרת דרשינן מלתת נלמד שהוא כמתנה דמה שלא זכה הנותן אין מקבל פי שנים ומקרא דלו נלמד שאין לו קודם חלוקה או שלא זוכה רק משעת שמוחה, אולם אכתי לא נתבאר מדוע לא סגי בדרשה דלו וכמו שהקשנו.

ונראה לבאר דהנה שיטת הרשב"ם שבחלק פשוט אין הבכור יכול למכור קודם שחלקו וגרע מחלק בכורה למד"א יש לבכור קודם חלוקה שזוכה בו משעת תביעת חלוקה, וביאור הדברים כתב בקו"ש [אות תד] ע"פ מש"כ בשו"ת מהר"ח אור זרוע [סי' קכא] שדעת הרשב"ם שירשים קודם שחלקו בנכסים אי"ז כשותפות רגילה בנכסים אלא רשות מיוחדת דהנכסים עומדים בחזקת תפוסת הבית, וחשיב כבעלים אחד אלא שיש לירושים זכויות בזה, ונראה לפי"ז דלא שייך לומר ארעי אשבח בנכסים כאלו כיון שאין כאן בעלות מוגדרת ואינה כשותפות רגילה, ונראה להוכיח יסוד זה שהרי רבי חולק על רבנן ולא דרש מקרא דלתת לו דהוה כמתנה, ומבואר בגמ' שהטעם של רבי שנוטל בשבח מקרא דפי שנים דמקיש חלק בכורה לחלק פשוט, וביאר הרשב"ם שכמו שבחלק פשוט נוטל בראוי ה"נ חלק בכורה, ומבואר בדברי הרשב"ם שכל שבח נחשב גם ראוי וילפינן שכמו שבחלק פשוט מקבל בראוי ה"נ בחלק בכורה יורש בכל שבח ששבחו היתומים, ומבואר א"כ ששבח ששבחו הנכסים אי"ז דין של ארעי אשבח אלא הוא נעשה לחלק ממון של הירושה וירשים אותו כמו כל ראוי, ולפי"ז נראה דאע"פ שנלמד מקרא דלתת לו דהוה כמתנה ועד דאתי לידיה דנותן לזה זכה והיינו שבכור זוכה רק משעת חלוקה וממילא אינו נוטל בשבח מדין ארעי אשבח, מ"מ היה יכול ליטול בשבח פי שנים מחמת סברא אחרת שהרי השבח הוא חלק מהירושה ואין ליתומים זכות של ארעי אשבח כיון שאין להם בעלות על הקרקע אלא הוה בחזקת תפוסת הבית, לכן צריך קרא דלתת לו דמה שהנותן לא היה יכול ליתן אין הבכור נוטל בזה פי שנים, אולם הראשונים שלמדו שאינו נוטל דשבח ששבחו נכסים מקרא דלתת לו דהוה כמתנה עד דאתי לידיה דמקבל נראה דאולי לשיטתם דיש לפשוט חלק בנכסים ולכן אין הבכור יכול לתובע את השבח אח"כ מחמת שזה חלק מהירושה דבזה יהא ליתומים זכות של ארעי אשבח, ובראשונים מבואר דסברת הגמ' לרבי דמקיש חלק בכורה היינו שיכול לומר ארעי אשבח כיון שזוכה בנכסים מיד דהוה כחלק פשוט, שהרי כתבו שהדרשה של רבנן דמתנה עד דאתי לידי דמקבל בא לומר שלא לומר ארעי אשבח, [אולם בדעת הר"ן יש לעיין דאיהו סבר כהראשונים דהדרשה לרבנן שאינו נוטל בשבח עד דאתי לידיה דנותן, וסבר כהרשב"ם דיש לבכור קודם חלוקה היינו רק משעה שתובע חלוקה, וסובר הר"ן דיש לפשוט קודם חלוקה, וא"כ קשה לפי"ז לדעת רבי שסובר שנוטל בשבח דממילא, מדוע לא יוכלו היתומים לומר ארעי אשבח וצ"ע].

דף קכו:

ה. תוס' ד"ה והלכתא יש לבכור קודם חלוקה. תוס' הקשו סתירת הסוגיות דהכא קי"ל יש לבכור קודם חלוקה ולעיל אמרין שהלכה כרבנן שאינו נוטל בשבח ואם יש לבכור קודם חלוקה הכי כבר זכה בקרקע וא"כ אפשר לומר ארעי אשבח, ומבואר שתוס' חולק על הרשב"ם שלפי הרשב"ם דיש לבכור קודם חלוקה הכונה רק משעה שהוא מוחה שרוצה חלק בנכסים, אפ"ש דקרא דממעט שאינו נוטל בשבח היינו בשבח קודם החלוקה.

וביארו תי' תוס' מבואר יותר בדברי הרא"ש שכתב דאיכא תרי קרא לתת לו ובכל אשר ימצא לו ומכא ב' קרא נלמד דאינו זוכה בשבח שאינו מצוי, דאם היה רק פסוק אחד דלתת לו הו"א דילפינן רק שאם אמר איני נותן ואיני נוטל, ואילו היה רק פסוק דבכל אשרי מצא הו"א דרק שבח שהשביחו יתומים אינו נוטל אבל שבח ששבח דממילא נוטל ולכן בעינן תרי קרא, דגלי לן קרא מה נכלל בקרא דכל אשר ימצא לו דכל דבר שהוא לא בכלל לתת לו זה לא נחשב מצוי, והיינו כל דבר שלא בא ליד המקבל אין מקבל פי שנים

כיון שאינו מצוי, אבל דבר שמצוי בשעת מיתה לא נתמעט והוא בכלל אשר ימצא וזוכה בזה הבכור מיד בשעת מיתה, ונמצא שאע"פ שזוכה הבכור בקרקע שמצוי בשעת מיתה מ"מ לא יזכה בשבח ולא אמרין על זה ארעי אשבח שזה גופא נלמד מקרא דבכל אשר ימצא שזוכה רק בדבר המצוי, ומבואר מדבריהם דמה שמצוי בשעת מיתה זוכה הבכור מיד פי שנים, אלא שלגבי הזכות של ארעי אשבח אינו זוכה ומשמע שיש כאן שיוור בבעלות שלא יזכה בשבח.

והנה הרי"ף הקשה קושית תוס' ותי' שכונת הגמ' יש לבכור היינו בגוף אבל בשבח אין לו, והיד רמה תמה על דבריו איך יכול להיות שיש לו בגוף ואין לו בשבח דאם יש לו בגוף ממילא יש לו בשבח דארעי אשבח, ולכן כתב היד רמה דבאמת אין כונת הגמ' שיש לו בגוף הנכסים, אלא כונת הגמ' דיש לו רק זכות ליטול הנכסים אבל בגוף הקרקע אין לו כלום, ולכן יכול למכור אותו זכות כמו כל שיעבוד שיכול למכור אבל בשבח אינו נוטל כיון שהקרקע אינו שלו.

וביאר דעת הרי"ף כתב הגר"ש דס"ל לרי"ף שגדר זכות שיש לבכור בנכסים אין הכונה שיש לו חלק כמו לאחר חלוקה אלא הכונה שיש לו חלק כמו שאר כל האחים והיינו שכל האחים יש לו בעלות של תפוסת הבית בנכסים והבכור יש לו ב' חלקים בתפוסת הבית, אלא שכתב שאע"פ שיש לו ב' חלקים מ"מ אין לו בעלות גמורה שיוכל לקבל את השבח מדין ארעי אשבח דמה שיש לו ב' חלקים בתפוסת הבית אי"ז נותן לו זכות לקבל יותר שבח, דהבעלות של תפוסת הבית אינו בעלות משותפת כמו כל שותפין שזה בעלות גמורה של כמה בני"א על חפץ אחד, אלא תפוסת הבית היא בעלות אחרת דחשובה כבעלים אחד, והביא שכן כתב בשו"ת מהר"ח אור זרוע שהוכיח מהמשנה בבכורות לענין מעשר בהמה ששותפין פטורים ויורשים קודם חלוקה חייבים, ומבואר דחשיב בעלות אחת, אלא שלכל אחד יש חלק וזכות באותה בעלות והבכור יש לו ב' חלקים, ומכיון שאינו בעלות גמורה לכן אי"ז סיבה שיוכל והרי"ף תי' שכונת הגמ' יש לבכור היינו בגוף אבל בשבח אין לו,

ו. תוס' בא"ד. והא דאמרין איני נותן ואיני נוטל, מבואר בתוס' שאף אם אמר איני נותן ואיני נוטל אין יכול לחזור בו ולזכות בחלק בכורה, אולם מדברי הרשב"ם נראה בע"א שאין יכול לחזור בו שכתב ד"ה ויתר שיכול לומר איני נותן ואיני נוטל ולא יזכה בה עוד, משמע מדבריו שהסילוק מהני לגמרי ועי' בראשונים לעיל קכד ע"א שכתבו כן בשם הראב"ד שאם אמר איני נותן ואיני נוטל אין יכול לחזור בו, ונראה שהרשב"ם ביאר לעיל שלא מועיל ויתור מחיים או למד"א אין לבכור קודם משום דהוא דבר שלא בא לעולם, ונראה למבואר כאן ברשב"ם שאין יכול לחזור בו ע"כ שהמחילה פועלת שיש כאן עקירת דין, ולכן יש נדון של דבר שלא בא לעולם דאי"ז רק ויתור על הזכות, אבל לתוס' דיכול לחזור בו ע"כ שאין כאן עקירה של דין אלא שהוא ויתור על הזכות לקבל פי שנים ואם אח"כ יחזור בו יוכל לקבל פי שנים, וע"כ שאי"ז עקירה של דין, ונראה שנתוס' אפשר שיכול מחיים ג"כ להסתלק וכמו שכתב בקצה"ח [רע"ג], ואפשר להוסיף עוד שהרי שיטת תוס' דיש לבכור שזוכה מיד בגוף כמו שנתבאר באות הקודם וא"כ צ"ל איך יכול להסתלק וכמו שהקשה הרי"ף אלא י"ל שזה גזה"כ שיכול לומר אם אינו רוצה אבל מ"מ כיון שכבר זכה לא פקע ממנו כל קנינו.

הערות וצינונים

פרק יש נוחלין

דף קכו:

א. מתני' האומר איש פלוני לא יטול פי שנים וכו' לא אמר כלום שהתנה על מה שכתוב בתורה. מבואר במשנה שהכח לשנות את הירושה תלוי באב והוא ככל מעשה שאדם פועל, אלא שלא חל כאן התנאי לשנות דיני הירושה כיון שהוא מתנה על מה שכתוב בתורה, ולכאורה הוא תמוה דבפשוטו ירושה אינו חלות שחל ע"י האדם אלא הוא חלות שחל ממילא שהתורה מנחילה נכסיו ליורשים, והא דאין יכול לשנות את סדרי הירושה הוא מחמת שאינו בעלים ע"ז, וכמו שאין ראובן יכול לומר על בני שמעון שלא ירשו את אביהם ה"נ אין יכול לומר על בניו שלא ירשו אותו, והנה במשנה בפאה [פ"ו מ"א] מבואר שאם אדם אומר שקוצר על מנת שמה שהוא שוכח לא יחא בו דין שכתב לא אמר כלום וחשיב שכתב, וכתב הרע"ב משום דהוא מתנה על מה שכתוב בתורה, והקשה הרע"א מה שייך כאן תנאי שכל הדין של תנאי הוא כעושה מעשה על תנאי, אבל כאן אף אם לא יתקיים התנאי הקצירה היא מציאות ולא שייך לומר שמתנה בקצירה, דכל הענין של התנאה הוא בעושה מעשה שלו, והתפארת ישראל שם הביא שהקשה לרע"א דקושיא זו יש להקשות מכמה מקומות, וכן במשנה כאן דירושה אינה תלוי באב אלא הוא דבר שנעשה ממילא, וחשיב לו הרע"א משאר המקומות שהקשה ומהמשנה כאן כתב ז"ל באמת עמדתי בזה ומצאתי קצת ישוב רק שאין כאן מקומו להאריך עכ"ד.

ומוכרח דע"כ האב יש לו כח להוריש נכסיו מצד כח הבעלות שיש לו בממון למי שירצה, אלא שהתורה קבעה שדין הירושה תהא בסדר נחלות שהתורה אמרה, ולכן אם מתנה על מה שכתוב בתורה תנאו קיים היה לו כח לשנות את סדרי הירושה של התורה והיה בכוחו להוריש לאדם אחר, [ואע"פ שמה שמוריש לבניו וליוורשים שלו אינו מוכח שהוא המוריש, אלא שזה יתכן הוא דין תורה מ"מ יש לאב את עיקר הכח להוריש], ועי' שיעורי הגר"ש שהביא ב' ראיות ליסוד זה א' ביד רמה בריש פרקין [אות ו] כתב דהא דיעקב העביר את הבכורה מראובן והרי הדין הוא שאם אמר על הבכור שלא ירש לא אמר כלום, וכן הא דאמר מנשה ואפרים כראובן ושמעון יהיו לי, משמע שנתן להם בתורת ירושה והרי אם אמר על אחר שאין ראוי לירשו לא אמר כלום וא"כ באיזה כח שינה סדרי ירושה, וכתב משום שהיה קודם מתן תורה לכן לא היה בזה חסרון של מתנה על מה שכתוב בתורה, ומבואר שיש בכח האב להיות מוריש אלא שהחסרון של מתנה על מה שכתוב בתורה, ועוד הביא הגר"ש דהרמב"ם פ"ו מנחלות כתב דגר שהתגיייר יורש את אביו עכו"ם, וכתב הרמב"ם שיכול להתנות בירושה זו, ומשמע שיכול האב להתנות על אחר שירש אותו וכ"כ הסמ"ע בדעת הרמב"ם, וע"כ הטעם שכל החסרון שאין יכול לומר על אחר הוא מחמת מתנה על מה שכתוב בתורה, וכיון שכאן מה שגר יורש אביו הוא

דרבנן ממילא יכול לעקור דין ירושה, אבל מ"מ קשה איזה כח יש לו ליתן לאחר, ומוכח שיש לאב כח ליתן נכסיו לאחר מותו למי שירצה אלא שבשיראל יש חסרון של מתנה על מה שכתוב בתורה.

ע"ע במאירי שכתב דהגאונים כתבו שכל הדין של המשנה הוא רק בכה"ג שהפקיע הירש מכל הנכסים, אבל בכה"ג שהוא משייר מקצת מהנכסים אין חסרון של מתנה על מה שכתוב בתורה, הרי מבואר שהוא נחשב בעלים גמור על הירושה להוריש בכה"ג שאין חסרון של מתנה על מה שכתבו בתורה ועד"ז כתב שם המאירי שאם עוקר את הירוש בתנאי שלא יעשה הירושדבר פלוני אם הירוש ביטל התנאי נעקר דין הירושה דלא נחשב עקירת דבר מהתורה והיינו כמש"כ דכל שהוא לא נגד התורה לא נחשב עקירת דבר מהתורה.

אולם צריך להבין איך יכול האב להוריש שהרי לאחר מיתה פקע קנינו של האדם בנכסים ואיזה בעלות יש לו לקבוע מי יהא בעלים על נכסיו לאחר מותו, וע"י באמרי משה [סי' לח כג] שכתב להוכיח מהמשנה יסוד זה שהאב הוא המוריש ולכן לולא דין מתנה עמשכ"ב היה יכול לשנות סדרי הירושה, וכתב שמוכח מכמה דוכתי שאע"פ שבשעת מיתה אין בעלות ממונית אבל לענין ירושה להוריש ליורשים לא פקע כחו ממון, וע"ש שהוכיח כן ממה שמצינו בגר שמת והניח אשה מעוברת למד"א שאין זכיה לעובר הנכסים הפקר עד שנולד העובר וכשנולד הוא נעשה בעלים על הנכסים, וקשה במה נעשה ההעובר כשנולד בעלים הרי הנכסים היו הפקר, אלא ע"כ שלא פקע הבעלות של המת לענין ירושה ולכן כל ההפקר היה לזמן אבל נשאר לו בעלות לענין להוריש וכל כשנולד הירוש נעשה הוא מקבל הנכסים מהמת, ע"ש בכ"ד.

[ועיין] אבי עזרי פ"ב ה"ט שכתב ג"כ לישב המשנה כע"ז שכתב שהרי נחלקו רבנן ור' יוחנן בן ברוקה במשנה לקמן קל ע"א אם אמר על בן שראוי לירשו שיקבל חלק גדול יותר אם דבריו קימים ולריב"ב דדבריו קימים מבואר ברשב"ם במשנה דכ"ז רק בכה"ג שאומר בלשון חיוב פלוני בני ירש, אבל אם אמר בלשון של המשנה פלוני בני לא ירש עם אחיו לא אמר כלום, ולפ"ז א"ש לשון המשנה דהוה מתנה על מה שכתוב בתורה שהרי לריב"ב יש לו כח לאב ליתן לבנו יותר בירושה, אלא שכשאומר בנוסח של עקירה שאחד לא ירש אע"פ שממילא השני ירש לא אמר כלום, אמנם אע"פ שלשון מתני' מיושב אבל יש להקשות מהמשנה להלן קל ע"א שמבואר לרבנן שאם אמר פלוני בני ירש במקום בת לא אמר כלום מפני שהתנה על מה שכתוב בתורה, והרי לעקור דין ירושה ליתן לאחר לכו"ע אין יכול ומ"מ קתני הך לישנא שהתנה על מה שכתוב בתורה, ולמבואר דלכו"ע ס"ל שיש כח לאדם להיות מוריש למי שירצה א"ש לשון המשנה שם].

אולם מדברי הקצה"ח נראה שלמד בכונת המשנה שאין עקירת הירושה נעשית ע"י האב אלא שהתנאי היה שהבן ימחול, ומחילת הבן מהני מדין סילוק, וכמו שמצינו בסוגיא לעיל מט ע"א שבעל יכול להסתלק בשעת אירוסין שלא יזכה בנכסי אשתו, ה"נ הבן יכול להסתלק מירושת אביו, ולפ"ז לכאורה אין הכרח לכל מש"כ שהאב יש בו כח להוריש אלא העקירה היא של הבן, אולם לשון המשנה לא משמע כן דקתני לא אמר כלום משמע דקאי על האב].

ב. בעיקר לשון המשנה מפני שהתנה על מה שכתוב בתורה משמע שיש כאן תנאי דהיינו שעושה מעשה ע"ת שאם לא יחול התנאי לא יחול המעשה ואע"פ שנתבאר שהאב הוא המוריש מ"מ הרי אין כאן ב' צדדים, שהרי לא עשה מעשה על תנאי ומדוע דבר זה שייך לדין מתנה על מה שכתוב בתורה, [והרי החסרון של מתנה על מה שכתוב בתורה מבואר בתוס' בכתובת עד ע"א משום דבעינן דומיא דתנאי בני גד שהתם לא היה כנגד התורה], וכתב הקצה"ח [סי' רט יא] שמוכח מכאן שהנדון של מתנה על מה שכתוב בתורה אינו תלוי דוקא בעשיה של תנאי, אלא הוא נדון בכל עשיית חלות כנגד דיני התורה כגון סילוק או שאר עקירת דין וה"נ לפי מה שנתבאר יש למוריש כח ליתן ממונו למי שירצה לכן ע"י אמירה בא לשנות דין תורה שאומר שאחר ירש אותו מסלק אותו מירושתו ויש בזה אותו חסרון של מתנה על מה שכתבו בתורה שאין יכול לשנות דיני התורה בכל צורה שהיא.

ג. גמ' האומר לאשה הרי את מוקדשת על מנת שלא יהא עליך שאר כסות ועונה. בביאור המחלקות ר"י ור"מ במתנה על מה שכתוב בתורה בדבר שבממון נחלקו הראשונים ואיכא בזה נפק"מ בביאור הסוגיא, הרשב"א כתובות נו ע"א ביאר דר"מ סובר שכונתו המקדש לומר על מנת שאין בו דין שאכ"ו ולכן הוה בכלל מתנה ע"מ שכתוב בתורה, ור"י סובר שהכונה של על מנת הוא ע"מ שתמחלי לי על הממון של שאכ"ו ולכן אי"ז בכלל מתנה עמש"כ בתורה כיון שאין הוא עושה עקירה של דין תורה אלא שהאשה מוחלת על החיוב וממילא אינו מחויב, וכתב הרשב"א והרי"ז דומה כאומר לחברו קרע את כסותי והפטר דמחילת ממון יש כאן וקיים, והיינו דלכו"ע אם אמר ע"מ שאין בו דין הו"ל כלל מתנה ע"מ שכתוב בתורה, ואם אמר להדיא ע"מ שתמחלי לי אף ר"מ מודה דמהני, אלא שנחלקו איך לפרש הסתמא של על מנת שאין לך עלי שאכ"ו, [נמצאנו באחרונים שנחלקו בביאור כונת הרשב"א המשנה למלך [פט"ו מאישות ה"א] פי' דכונת הרשב"א שהבעל אומר לאשה שהיא תמחול לו לאחר שיחול הקידושין את השאכ"ו, ולפ"ז צ"ל דמה שהביא הרשב"א כהא דקרע כסותי דמועיל מדין מחילה היינו דהתם נמי המחילה היא לאחר שיקרע, וע"י קצה"ח רט י"א שביאר המחילה באופ"א], אולם הרמב"ן בסוגיא ביאר מחלוקת ר"י ור"מ באופ"א, דר"י סבר דמועיל אף שאמר ע"מ שאין בו דין דשאכ"ו משום דבדבר שבממון לא אמרה תורה להתחייב אלא ברצונו של זה, והיינו שבדבר שבממון תנאו קיים מפני שהתורה אמרה שחיוב ממון תלוי באם היא רוצה את הממון וממילא אם היא אינו רוצה הבעל יכול לעקור את הדין תורה, ונמצא שלרשב"א האשה היא העוקרת את הדין תורה מחמת מחילתה, אבל לרמב"ן הבעל הוא עוקר את הדין תורה, ור"מ פליג שאף בדבר שבממון אין יכול לעקור דין תורה.

ולפי"ז נראה שהגמ' תולה דינא דמתני' במחלוקת ר"מ ור"י שהגמ' אומרת שלפי ר"מ אין חסרון של מתנה על מה שכתוב בתורה, לדרכו של הרמב"ן הכונה שהאב שאומר פלוני בני לא ירשני יש בכוחו לעקור דין התורה של הירושה וכמו שנתבאר לעיל דהאב הוא המוריש, אבל להרשב"א שאף בדבר שבממון לא מהני עקירת הדין כל הטעם דמהני משום שיש מחילת האשה, א"כ ה"נ הכונה של האב הוא שבנו לא ירש כונתו להתנות עם בנו שימחול על הירושה ולכן מהני מחמת מחילתו לא משום שיש בו כח לעקור דין תורה.

ד. גמ' התם ידעה וקא מחלה הכא לא קא מחיל. נחלקו הראשונים בביאור דברי הגמ' הרשב"ם כתב דהכא מה הנאה יש לו לבן שימחול ומה ששתתק הוא כדי שלא להכעיס את אביו, ודייק הרשב"א דמשמע מדבריו שאם הבן מוחל בהדיא לאב מהני המחילה, והקשה הרי הוא דבר שלא בא לעולם שהרי כ"ז שלא מת האב איך יכול למחול, וכתב הרשב"א שהוא דמבואר בלשון הגמ' הא לא קא מחיל הוא לרווחא דמילתא ואף אם הבן ימחול בהדיא לא יועיל המחילה, וכ"כ הנמוק"י.

ולמבואר נראה וכן כתב בחידושי הגר"ש [סי' כח] דכל קושית הרשב"א היא לשיטתו שסבר דאף לר' יהודה דבדבר שבממון תנאו קיים אי"ז מחמת כח העקירה של הבעל אלא מחמת מחילה של האשה, ולכן הקשה דהכא אע"פ שיש מחילה של הבן לא יועיל דהוה דבר שלא בא לעולם, אבל לדעת הרמב"ן שבדבר שבממון מהני עקירת דין א"כ הכא אם הבן ימחול בהדיא מהני משום שיש בכח האב לעקור דין תורה כשהבן מתרצה, ואה"נ לא נעקר ע"י דין מחילה כיון שהוא דבר שלא בא לעולם כמו שהקשה הרשב"א אלא דבמקום שהבן מסכים מהני משום עקירת האב כיון שיש לאב כח לעקור דיני ירושה, ועי' תוס' כתובות נו ע"ב שכתבו ג"כ לפרש כונת הגמ' כהרשב"א.

והנה הקצה"ח [רט יא] דן האם מהני סילוק כנגד דין תורה כגון שהבן אומר שאינו בחיי אביו שאין רוצה לרשת את אביו, וכתב ב' סברות דלא מהני דעת התוס' כתב דהא דלא מהני משום דהוה כמתנה על מה שכתוב בתורה, [והיינו שלעקור דין תורה הוא תלוי בדין מתנה על מה שכתוב בתורה וכמש"כ באות ב'], ובשם הר"ן כתב סברא אחרת שלא מהני משום דהבן ראוי לירש את אביו בכל שעה והוה כמו שבא לידו לכן לא מהני סילוק בנחלה דאורייתא, וכתב להקשות לדרכו של הר"ן מה הגמ' אומרת שהטעם דלא מהני עקירת ירושה לר"י שסבר שבדבר שבממון תנאו קיים דלא ידע ומחיל הרי בר"ן מבואר שבירושת אביו לא מהני סילוק, והנתח"מ כתב לישב כמו שכתב הרשב"א שאין כונת הגמ' כאן שאם ימחול בהדיא יועיל המחילה אלא כנת הגמ' לרווחא דמילתא ואף מחילה בהדיא לא מהני, וכתב באמרי משה [לח כג] שנראה מדברי הקצה"ח שהבין שכונת הגמ' כאן שעיקרת הירושה היא ע"י הבן ולכן הקשה על הר"ן דלא מהני סילוק בירושת אבותיו, אולם כתב האמרי משה שאפשר לפרש כל הסוגיא באופ"א וכמו שנתבאר באות א' שהאב הוא המוריש והעקירה נעשית ע"י ובזה תולה הגמ' בין ר"מ ור"י שלר"י יועיל לעקור דין תורה, אבל אה"נ שהבן אין יכול להסתלק כמו שכתב הר"ן שאין יכול להסתלק מנחלת אבותיו.

ע"ע קצה"ח [רע"ח ס"ק יג] שמדבריו שם נראה שהלך בהבנה זו שהנדון של הסוגיא הוא לגבי סילוק של הבן ולא מכח הפקעת הירושה של האב, דכתב לישב קושית הרשב"א על הרשב"ם דכל מה שמדויק ברשב"ם שאם היה מוחל מהניא מחילתו הוא רק בחלק בכורה כיון שחלק בכורה התורה מתנה קריה רחמנא ע"כ יכול לומר שאין רוצה לקבל המתנה, ולכן כתב שמהני סילוק חלק בכורה מחיים ואדרבה יש יותר סברא שיוכל להסתלק בחיי אביו ע"ש, ומשמע מדבריו שכל הנדון בסוגיא של הפקעת דין ירושה הוא מכח סילוק של הבן, [ודבריו שם לכאורה אינם כמו שכתב בסי' רט שלמבואר שם נראה שהנדון אם מהני סילוק בנחלה דאורייתא תלוי במחלוקת ר"מ ור"י ובסי' רע"ח נראה שהבין דזה ברור לכו"ע דלא מהני סילוק בדין דאורייתא ועי'], אמנם דברי הקצה"ח תמוהין וכמו שתמה הנתח"מ שהרי ברשב"ם בע"א מבואר בהדיא שבכור שמסתלק בחיי אביו לא מהני הסילוק כלל דהוה דבר שלא בא לעולם וכל מה שמהני הסילוק רק לאחר מיתת האב שהירושה צריכה לבוא.

הערות וצינונים פרק יש נוחלין

דף קכו:

א. גמ' א"ל מנא ידעת דהוה קרי ליה אבהו בוכרא סכלא דילמא בוכרא דאמא הוא דכל בוכרא דאמא. הקשו היד רמה והתוס' הרא"ש בשטמ"ק שהרי רב יוסף אמר שאף אם אמר פלוני בכור הוא אינו נוטל פי שנים כיון שלא אמר פלוני בכורי הוא א"כ מדוע הוצרכה הגמ' לומר דכל בוכרא דאמא נמי בכורא סכלא קרי ליה, ועי' רש"י שכתב דיש כאן מחלוקת האם בכה"ג שאומר בכור הוא בלא בני אם חשיב בכור ליטול פי שנים.

ב. גמ' דכל בוכרא דאימא נמי בוכרא סכלא קרו. משמע בגמ' דהוא ספק כיון שגם בוכרא דאימא קוראים אותו כך, אולם הרשב"ם לא גרס 'נמי' אלא משמע מדבריו דהוא ודאי לאו בכור שכל שקוראים אותו כך הוא ודאי לא בכור גמור.

ג. רשב"ם ד"ה אבל אמר יירש. ומספיקא לא יהיבין ליה, בקו"ש [אות תז] כתב שמבואר דכיון שאין כאן הכרת שהוא בכור ודאי אין כאן אפילו ספק שמא בכור הוא, דכל הדין של יכיר הוא רק כשיש הכרה ודאית אבל במקום ספק אין כאן הכרה, ולכן כתב הרשב"ם שלא מהני תפיסה כיון שאין כאן ספק, אולם ברבנו יונה ונמוק"י מבואר סברא אחרת שכתבו שהממון בחזקת הבנים והבכור מוציא מחברו ועליו הראיה ומשמע שאפשר שיש כאן ספק אלא שאין יכול להוציא ממון מהמוחזק.

ד. גמ' א"ל מוחזקני בזה שהוא בכור. פרשב"ם והיה עד אחד עמו, מבואר שאין נאמנות לע"א לומר שהוא בכור ועיין בתוס' ר"ד שכתב שהיה אפשר לומר דסגי בעד אחד וכמו שמצינו ביבמות לט ע"ב שיש נאמנות לגבי יבום לומר שהוא אחיו של מת, וכן עד מפי עד נאמן כיון דגילוי מילתא בעלמא הוא, אולם שוב כתב התוס' ר"ד דהתם הנאמנות הוא לענין איסור ולכן במילתא דעבידא לגלויי נאמן, אבל הכא הנאמנות היא לגבי ממון ליטול פי שנים א"כ צריך דוקא ב' עדים כמש"כ הרשב"ם.

ה. גמ' אמר להו זילו לגבי שכחת ברי דבכורא הוא ומסי רקורא. כתבו הראשונים יד רמה והריטב"א שמוכח בגמ' שהנאמנות של האב בתורת יכיר לומר זה בני בכור הוא אף באופן שלא נתכון לעשות אותו בכור לנחלה, אלא אף אם אמר כן דרך סיפור דברים בעלמא לצורך דבר אחר, והיינו שהנאמנות של יכיר הוא אף בכה"ג שהוא רק מסיח לפי תמו, וכן כתב הרמ"א רע"ז יג, ועי' קצה"ח סי' רפ"ד סק"א מש"כ בשם התשב"ץ לבאר דברי הגמ' שאי"ז מדין יכיר אלא מחמת דחשיב עי"ז הוחזק לנו שהוא בכור עי"ש מש"כ לדון בדבריו.

דף קכז.

א. גמ' אמימר אמר אף אינו ממעט חלק בכורה. הרשב"ם ביאר דמייירי שהיה בכור פשוט וטומטום, דבכה"ג מחלקים את הירושה לג' חלקים והבכור נוטל שליש ובשאר הירושה מתחלקים הבכור והפשוט והטומטום וזה הכונה שלגבי חלק הבכורה דנים כאילו שלא היה כאן טומטום, ולכאורה קשה מדוע לא כתב הרשב"ם באופן שיש רק בכור וטומטום דכה"ג אינו ממעט חלק בכורה, ואפשר דס"ל לרשב"ם דבכה"ג שהיה רק בכור וטומטום חלוקים הנכסים בשוה הבכור מחצה והטומטום מחצה, דכיון שטומטום אינו ממעט חלק בכורה א"כ דנים כאילו שאין הטומטום כאן, ובכה"ג שאין כאן טומטום נמצא שאין הבכור נחשב בכור שהרי אין עוד אחים וממילא הבכור נחשב יורש יחידי ואין כאן חלק בכורה כלל וכל הירושה הוא חלק פשוט ולכן יחלוק הטומטום עמו בכל הנכסים שכל אחד יטול מחצה.

ועי' פתחי תשובה [רפא סק"ז] שהביא בשם דין אחד שפסק כן מכח דקדוק לשונו של הרשב"ם שצייר רק באופן שהיה עוד פשוט ביחד עם הבכור, והביא שם הפתחי תשובה דהשבות יעקב חלק בכל תוקף על פסק זה דאיך יכול פסק כזה, ואפשר שכונתו שהפסוק שטומטום אינו ממעט הוא כדי שהבכור לא יפסיד והכא נמצא שהוא מפסיד יותר ממה שהיה עוד פשוט, ועוד יש להקשות שברשב"ם לעיל קכה ע"ב משמע דאף כשיש בכור יחידי נוטל פי שנים דהיינו שמחצה מהנכסים הם בתורת חלק בכורה ומחצה בתורת חלק פשוט, [ואע"פ שתמוה מסברא הך דינא], ועי' ביד רמה בסוגיין שכתב בהדיא דאם היה רק בכור והטומטום יחלקו הנכסים לג' חלקים והבכור מקבל שליש ואח"כ יחלקו בשווה בחלק הנוסף וכל אחד מקבל שליש, ולכאורה הסברא בזה שבהלכה שאינו ממעט נאמר שלא יפסיד מחמת הטומטום בחלק הבכורה, ולכן כה"ג נחשב בכור ואינו ממעט אותו בחלק הבכורה וכל מה שממעט אותו הוא בחלק של הפשיטות, שהרי אם לא היינו דנים אותו כבכור מחמת הטומטום היה נוטל הכל בתורת פשוט, לכן במה שלוקח שליש אינו ממעט אותו מחלק בכורה אל ממעט אותו מחמת חלק הפשוט שיש לו.

ב. גמ' אף אינו נימול לשמונה. הרשב"ם פי' דקאי בשבת ומשמע שבחול נימול אף לשמונה וצריך לבאר מדוע בחול נימול לשמונה הרי המקור שמילה הוא בשמונה הוא מקרא דתזריע וכמו שנתמעט מטומאת לידה ומילת שמונה בשבת מנלן שבימות החול יהא נימול לשמונה, ואע"פ שלמסקנת הגמ' דסיפוקא מספקא ליה אפשר דמה שאינו נימול בשבת הוא רק מחמת הספק א"כ בימות החול יהא נימול לשמונה מחמת הספק, וכן נראה בדברי יד רמה שכתב במסקנת הגמ' שבחול נימול לשמונה, אולם לא משמע ברשב"ם דקאי לפי מסקנת הגמ', וביארו בזה ע"פ דברי הגר"ח הלכ' מילה שכתב שבי' פרשיות של מילה כתיב בתורה באברהם ובתזריע ומילה דאברהם כתיב נמי ובן שמונת ימים, אלא מקרא דאברהם לא ידעין שדוחה שבת, ולכן אין הכרח שכל מילה שאין דוחה שבת אין בו דין יום השמיני, ועי"ש מש"כ לגבי מילת בני קטורה שלא נתחדש בהם קרא דתזריע מ"מ איכא דין שמיני כמבואר באברהם, וא"כ שפיר י"ל שמילת טומטום אם נקרע אינו דוחה דבת אבל מ"מ מחויב למול ביום השמיני.

בעיקר הדין של מילה בטומטום משמע בגמ' שכל הנדון הוא רק אם נקרע שאין מילתו דוחה שבת, אבל משמע בגמ' שאין חיוב לקרוע טומטום משום דשמא הוא זכר ויתחייב למול, וכן הוא מפורש בתוס' בפסחים כח ע"ב ד"ה ערל שאין חיוב לטמטום לקרוע, וצ"ב מה הטעם בזה ומדוע מדין ספק דאורייתא לחומרא לא יהא חייב לקרוע, והרי בכל המצות חייב טומטום כמו שמבואר בגמ' ראש השנה כט ע"א שטומטום חייב בתקיעת שופר מחמת שהוא ספק זכר, והדבר צריך לימוד. [שו"ר מש"כ בכתובות נ ע"ב עי' בספר משנת פיקוח נפש סי' סח שהביא מתשובות בית שלמה שכתב כיסוד האגרות משה ולא כתב דבעינן שיהא שיעור ממון של חומש, ועי"ש שרצה להוכיח כן ממה שכתבו תוס' ביבמות ע ע"א [ד"ה הערל] שטמטום שידוע שהוא זכר אין לו חיוב לקרוע כדי לקיים מצות מילה וי"ל מה"ט כיון שצער גדול הוא אינו מחויב להצטער צער גדול בשביל קיום עשה].

ג. גמ' ב' נשים שילדו במחבא אחד. מצינו ג' פי' בדברי הגמ', א' הרשב"ם פירש דבי' נשים של אדם אחד, והספק הוא איזה אשה ילדה ראשון שיחשב בכור לנחלה, וכיון שיש ספק צריכים הרשאה, ב' בהגהות חו"י על הרי"ף והרש"ש כתבו שה"ה באשה אחת שילדה תאומים אלא שאין ידוע מי נולד ראשון, אולם לכאורה קשה על דבריהם שהגמ' אומרת שיש חילוק אם הוכרו ולבסוף נתערבו או לא הוכרו כלל, ובתאומים מדוע לא חשיב כהוכרו שהרי בשעת הלידה ידוע מי יצא ראשון, ג' רש"י בבכורות מז ע"ב וכן כתב בשטמ"ק בשם הרא"ם דמייירי בבי' נשים של ב' אנשים ולא ידוע מיהו הבכור של כל אחד, ובזה ג"כ אם הוכרו ולבסוף נתערבו

כותבין הרשאה זה לזה, [ויש לעיין בזה האם גם בזה נחשב שלא הוכרו, שהרי בשעת לידה לכאורה ידוע שזה היה בנה של אשה זו, דלפי הרשב"ם מייר שנולדו ובשעת לידה לא ברור מי נולד ראשון והספק הוא על זמן הלידה], ויש לעיין לדעת רש"י דמייירי ב' נשים של ב' אנשים א"כ מדוע יש כאן נדון רק לגבי חל הבכורה הרי יש כאן נפק"מ אף לגבי חלק הפשוט שהאחים מאיש זה יאמרו שהוא לא אח שלהם והאחים של השני ידחו אותו ג"כ, וא"כ צריכם הרשאה גם על חלק הפשוט, וכתב במרומי שדה דלדעת הרשב"ם דסבר לעיל שכל הדין שיש לבכור קודם חלוקה הוא רק בחלק בכורה אבל בחלק פשוט לכו"ע אין קודם חלוקה, ולכן אין יכול למכור ה"ה נמי א"א לכתוב הרשאה על זה ובמקום ספק לא יוכל להוציא מהם, וא"כ י"ל דרש"י סבר כשיטת הרשב"ם ולכן רק בחלק בכורה דיש לו קודם חלוקה מהני כתיבת הרשאה.

ד. כתב היד רמה דמוכח בסוגיא שאדם שיש לו ב' נשים הבכור לנחלה הוא מי שנולד ראשון ולא מי שנתעברה ראשון דומיא דבכורת יעקב ועשו ובכורת פרץ וזרח, אולם ע"י בהגהות חכמת שלמה סי' רע"ח שכתב ששמע מחכם אחד ששמע מהגאון ר' חיים וואלוואזינר זצ"ל שאמר שהבכור לנחלק נקבע בעיבור ולא בלידה, וכתב לפרש בזה הפסוקים בפרשת כי תצא דכתיב כי תהיה לאיש ב' נשים אהוב ושנואה וילדו לו בנים האהובה והשנואה והיה בן הבכור לשנואה, מבואר שאע"פ שילדה האהובה קודם לשנואה מ"מ הבכור הוא לשנואה וע"כ משום שהיא התעברה קודם, וכן מבואר בשם הגר"א בספר קול אליהו פרשת כי תצא ע"ש, אולם צ"ע מסוגיין דא"כ מדוע ב' נשים שילדו במחבוא יש נדון מי הבכור ותולה הגמ' אם הוכרו ולבסוף נתערבו הרי הנדון היה צריך להיות באופן שיש ספק מי נתעברה ראשון ולא מי ילדה ראשון, [וע"י בהעמק דבר פרשת כי תצא שכתב שלא האמין לשמועה זו בשם הגר"א ושקר הוא], ולמבואר באות הקודם דרש"י בבכורות ביאר הסוגיא באופן ש' נשים שילדו הם מב' אנשים לא קשיא מהסוגיא כאן דכאן הספק הוא לאיזה איש הוא הבכור.

ה. גמ' כותבים הרשאה זה לזה. הקשה הנתה"מ [רעח ט] מדוע צריכים לכתוב הרשאה זה לזה הרי מכין שיש כאן ודאי בכור וחלק הבכורה אינה שיכת לאחין א"כ אף בלא הרשאה ג"כ יכולים ליקח חלק הבכורה ולחלוק בניהם, וכתב שמוכח מכאן שגדר הדין שהבכור מקבל פי שנים הוא מתנה מהאחין, וכונתו שהרי בגמ' לעיל קכד ע"א מבואר דדרשינן מקרא דתת לו מתנה קריה רחמנא ומחדש הנתה"מ שהוא מתנה מהאחין ולכן כשיש ספק מי הוא הבכור יכולים האחין לומר המוציא מחברו עליו הרא"י ולכן אע"פ שיש ודאי בכור מ"מ יכולים לדחות כל אחד, אולם נראה שישוד זה דמתנה מהאחין תלוי במה שנתבאר לעיל שנחלקו הראשונים בהא דממעטין שאין הבכור נטל בראוי משום דהוה כמתנה והראשונים ביארו דהוה כמתנה דעד דאתי לידה דמקבל אינו זוכה, ולפי"ז אפשר לומר שהמתנה היא מהאחין, אבל הרשב"ם לעיל ביאר דמלתת לו דרשינן דהוה מתנה וכמו מתנה עד דאתי לידה דנותן אין יכול ליתן לאחרים ה"נ ראוי שאינו בעולם אין יכול ליתן לאחרים, ומבואר מדברי הרשב"ם שהמתנה אינו מהאחין אלא הוא מתנה מהאב וכן מבואר בדברי היד רמה לעיל קכו ע"א, וכן נראה בתוס' לעיל יב ע"ב ע"ש היטב בדבריהם.

ועוד הקשה הקובץ שיעורים [אות שצח] וקובץ הערות סי' כא מ"ש דהכא בצריכים לכתוב הרשאה ובלא הרשאה אין נוטלים בחלק בכורה כלום, ואילו לעיל קכו ע"א מבואר בגמ' דהיכא שיש ספק בחלק בכורה לגבי מלוה עמו שהדין הוא יחלוק, וכתב דיש חילוק דהכא יש ספק האם הוא בכור והרי"ז דומה לאדם שבא ממדינת הים שאומר שהוא אח שהדין ספק מוציא מידי ודאי, אבל התם הספק אינו על הבכור אלא הספק הוא על הממון ולכן בכה"ג יחלוק, ולפי"ז א"ש לדעת הראשונים שאין כאן מתנה מהאחין ודלא כהנתה"מ הטעם שאין יכולים לגבות משום שהוא כאן ספק מוציא מידי ודאי.

ועיין שיעורי הגר"ש [אות סז] שכתב לדון שלפי סברת הנתה"מ שצריך הרשאה הוא מחמת שחלק בכורה הוא מתנה מהאחין א"כ כ"ז סברא רק לבי חלק הבכורה, אבל לגבי חלק פשוט אין צריך הרשאה אלא יכול ליטול אף בלא הרשאה שהרי אותו חלק ממ"נ אינו של הירושינן, והקשה מדברי הר"י מגאש שכתב כאן שאף לגבי חלק הפשוט צריך לכתוב הרשאה וכתב דע"כ צ"ל כמ"ש הקו"ש, אולם באות ג' נתבאר דדעת רש"י בבכורות שאף בחלק הפשוט לא מהני כתיבת הרשאה כיון שאין יכול למכור.

הערות וציונים פרק יש נוחלין

דף קכז:

א. גמ' היו מוחזקין בזה שהוא בכור ואמר אביו על אחר בכור הוא מהו. פרשב"ם שלא היו מוחזקין בעדים שמעידין שראו שנולד קודם לאחיו דא"כ אין האב נאמן אלא בקול בעלמא כעין שאמרנו למעלה דהוי קרי ליה בוכרא, מבואר ברשב"ם שהנאמנות של יכיר אינה כנגד עדים אלא כל הנאמנות היא רק כנגד חזקה, והקשהו הרמב"ן והרשב"א על הרשב"ם דאם מיייר שהוחזק לנו שהוא בכור ע"י האב איך נאמן האב לומר עכשיו שאינו בנו, הרי מבואר בגמ' בע"ב שאין האב נאמן לומר זה בני אם היכיר על אחד מבניו שהוא הבכור כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד, ועוד קשה אמאי אינו נאמן כגד העדים והרי אינו מכחיש אותם שהרי העדים אינם אומרים שידועים שזה בכור שלו אלא מעידים רק שהבכור נולד קודם לאותו בן שאומר האב שהוא הבכור, וא"כ האב לא בא להכחיש את זה אלא אומר שהקטן הוא בכור שלו, ואלו שנולדו קודם לכן אינם בניו ואי"ז סתירה לעדים.

ומבואר דס"ל לרשב"ם שאף לר' יהודה שהאב נאמן לפסול את בנו לומר שהוא ממזר מ"מ כ"ז רק אם אומר שזה בנו, אבל אם אומר שאינו בנו אינו נאמן ויבוא באות הבאה כל הענין, וכתב הרשב"א דאפשר לומר שכונת הרשב"ם הוא דמיייר בלידת תאומים ובכה"ג אם עדים מעידים מי יצא ראשון אין האב נאמן שבכה"ג הוא מכחיש לגמרי את העדים, [ועי' במשנה למלך פ"ב מנחלות הי"ד שהביא שיטת מהריב"ל שכתב שיש נאמנות של יכיר אף באופן שהוא מכחיש את העדים, ובעיקר הנאמנות של יכיר מבואר ב' צדים או שהוא נאמנות או שהוא מדין בעלות שהאב בעלים על ממנו ולכן יש לו זכות לקבוע מי הוא בנו ומי הוא הבכור, וזה ודאי לכאורה שאם נאמן נגד עדים ע"כ שהוא גדר של בעלות, דלכאורה משום נאמנות ל"ש לומר שיהא נאמן נגד עדים].

ב. גמ' יכיר יכרנו לאחרים מכאן אמר ר' יהודה נאמן אדם לומר זה בני וכשם שנאמן לומר זה בני כך נאמן לומר זה בן גרושה וחלוצה. מבואר בדברי ר' יהודה שיש ב' דיני נאמנות ביכיר א' לענין ממון לומר על אחד מהבנים שהוא בכור לנחלה, ב' לענין לפסול את בניו לומר שהוא בן גרושה או חלוצה, ובמשנה בקידושין ע"ב מבואר שלר"י נאמן האב לומר על בנו שהוא ממזר.

ונחלקו הראשונים מה המקור שלפי ר' יהודה יש לו נאמנות אף לפסול את בנו לענין איסורים, ולכאורה איכא נפק"מ מתי יש לאב נאמנות לענין ממזרות, הרשב"ם כתב שהטעם של ר' יהודה הוא מסברא מדכתיב יכיר מה לי בכור מה לי דבר אחר, והיינו שאין סברא לחלק בין הנאמנות של האב לגבי ממון מנאמנות לגבי איסורים, ובתוס' מצינו עוד ב' דעות בזה דעת ר"י שממה שהאב נאמן לומר על בנו הקטן שהוא בכור ונמצא שע"ז הוא עושה את בניו הגדולים ממזרים, שהרי אם הקטן בכור ע"כ שהגדולים לא נלדו ממנו וע"כ שאשתו זינתה או שהיא ממזרת, ומוכח דע"כ שהתורה נתנה לאב נאמנות אף לגבי זה, דעת ר' אליהו שהמקור הוא ממה שהתורה אמרה כי את בכור בן השנואה ע"כ שהתורה נתנה לו מקור חדש לנאמנות האב לגבי איסורים.

והנה לדעת ר"י בתוס' שהנאמנות של האב הוא ממה שיכול לומר על בנו הקטן שהוא בכור מבואר שהנאמנות לומר על בנו שהוא ממזר אינו רק בכה"ג שאומר שזה בנו אלא שהוא ממזר מחמת שאשתו היתה ערוה עליו, אלא אף אם אומר שאי"ז בנו כלל ג"כ יש לו נאמנות, שהרי כשאומר שבנו הקטן בכור מוכרח שבנו הגדול ממזר ולא נולד ממנו וע"כ שאשתו זינתה, אבל לדעת רבנו אליהו יש לדון דאין מקור לחידוש זה שהאב יהא נאמן לומר בנו ממזר שלא נולד ממנו וכ"כ הרע"א בתשובה בדעת ר"א, וכן כתב בתוס' רי"ד כאן שהביא דברי הר"י ותמה עליו מסברא מהכ"ת שהאב נאמן לומר על בנו הוא ממזר שלא נולד ממנו, שהרי כל הנאמנות של האב הוא מחמת שהוא אב אבל אם אומר שהוא ממזר מחמת שאשתו זינתה נמצא שאינו בנו וא"כ מהכ"ת שיהא נאמן, וכתב התור"ד דהא דמבואר במשנה בקידושין שהאב נאמן לומר ממזר הכונה שהאב אומר שהוא נולד מחיבי כריתות, [והביא שכן פרש"י בקידושין אבל ברש"י שלפננו מבואר להדיא לא כן], וכתב שכן מבואר ברשב"ם בסוגיין, ולכאורה כונתו לדברי הרשב"ם בע"א שמבואר שאין נאמן כנגד עדים, ואם נאמן לומר שבנו לא נולד ממנו ולכן הוא ממזר אמאי לא יהא נאמן לומר אף שיש עדים שהרי אינו מכחיש את עדים שמה שהם אומרים שבנו נולד ראשון אבל לא נולד ממנו, ולמבואר ברשב"ם שטעם הנאמנות לומר בן גרושה הוא סברא דכמו שנאמן על הממון י"ל שכל הנאמנות ליטול פי שנים הוא רק כשמעיד על בנו ולכן ה"נ לענין איסור כל הנאמנות רק אם הוא מעיד על בנו, עוד הקשה התוס' רי"ד שלפי הראשונים מה כונת הגמ' כשם שנאמן לומר בני כך נאמן לומר ב"ג, הרי באמירת בני הוא בכור מונח נאמנות על ממזרות ומדוע צריך להסיף שנאמן על בן גרושה.

עוד נחלקו הראשונים האם האב נאמן לו גם על אחר שאינו מוחזק בבנו שהו בנו לגבי שירש אותו, ושורש המחלוקת הוא בגמ' להלן קלד ע"ב במה דמקשה הגמ' דהאומר זה בני נאמן לענין ירושה, הרשב"ם ביאר שנאמן רק במיגו שהיה יכול ליתן לו הנכסים, אבל אין נאמנות של יכיר בזה, אבל הראשונים הרמב"ן והרשב"א שם חולקים וס"ל שנאמן מדין יכיר, ולכאורה יסוד המחלוקת בזה הוא ג"כ האם הנאמנות של יכיר הוא רק למוחזק לנו שהוא בנו או שהתורה נתנה נאמנות לאב על בנו, דהראשונים למדו שיש נאמנות לאב לומר מי בנו ולכן נאמן לומר שממזר ואינו בנו או שאחר בנו, אבל לרשב"ם הנאמנות היא רק על מי שידוע הוא בנו נאמן לומר שהוא בכור או לפסלו אבל אם אומר שאינו בנו אינו נאמן וכן ה"ה אין נאמן על אחר שהוא בנו דכל שלא מוחזק בבנו אינו נאמן, אולם בדעת תוס' מבואר שיטת אמצעית בזה דסוגיין מבואר שנאמן לומר שבנו ממזר אף שע"י אמירתו הוא לא בנו, ולקמן בהא דאמר על אחר שהוא בנו דעת תוס' כהרשב"ם שאין נאמנות של יכיר בזה ורק משום מיגו.

ג. גמ' וחכמים אומרים אינו נאמן. מבואר בגמ' דרבנן חולקים על ר"י דבמקום שמוחזק לנו מי הבכור אינו נאמן, אבל בצריך הכירא שלא ידוע מיהו הבכור האב נאמן, ויש לדון האם רבנן חולקים על הדין השני של ר' יהודה שנאמן אף לענין איסורים, ובפשוטו אין מקור לומר שחולקים שהרי כל המחלוקת הוא רק מחמת שמוחזק, אלא שיש לדון לפי הדרכים שנתבאר באות הקודם, לפי הרשב"ם שהנאמנות היא מסברא א"כ י"ל שכל שאינו נגד חזקה יהא נאמן, אבל לפי תוס' שהמקור של הנאמנות הוא ממה שנאמן לומר שהוא בכור ממילא הוא עושה שאר הבנים ממזרים א"כ לרבנן בכה"ג שמוחזק לנו על אח אחר שהוא בכור לא יהא לו נאמנות, וא"כ אין לרבנן מקור שיהא נאמן לענין איסור אף במקום שאין כאן חזקה, וכן לפי רבנו אליהו שהמקור הוא מבן השנואה ודאי שרבנן חולקים על זה שהרי בן השנואה מיייר שידוע לנו והוה נגד חזקה, ולהלן יבואר עוד חילוק בדעת רבנן לגבי הכרת בכור לענין פי שנים, [ע"ע רש"י קידושין ע"ב דמשמע מדבריו דרך אחר במחלוקת ר"י ורבנן ע"י היטב בתוס' הרא"ש].

ד. גמ' לא יהא אלא אחר אילו בעי למתיביה ליה במתנה מי לא יהיב ליה. הרשב"ם ביאר דקושיית הגמ' היא רק לרבנן, אבל לר"י לא קשה כיון שנאמן לומר זה בני בכור אף היכא שמוחזק לו על אחר שהוא בכור וכה"ג אין לו מיגו דהוה מיגו במקום עדים, והקצה"ח רע"ט סק"א הקשה מהא דמבואר בר"ן בקידושין פרק האומר דבדבר שהוא בידו לעשות עדיף מיגו ונאמן אפילו כנגד

עדים, ולכן מפרש הקצה"ח באופ"א דקושיית הגמ' רק אליבא דרבנן דלר"י צריך את הפסוק לענין שיהא נאמן לומר בן גרושה, וכן ביאר ביד רמה בסוגיין, ומבואר מדבריהם שהבינו שלדעת רבנן לעולם אינו נאמן לפסול ולכן לר' יהודה בעינן קרא דיכיר לענין זה, אבל לרבנן אין נאמנות לפסול ורק לגבי ממון לכן מקשה הגמ' יכיר למה לי, [אולם למבואר באות הקודם שהרשב"ם שכתב שמסבירא כמו שנאמן לממון ה"נ לאיסור א"כ אפשר שלרבנן נמי נאמן במקום שאין כאן חזקה ולדבריהם אפשר דבעינן קרא לזה, ואף לרבנן היה אפשר לפרש כן, אלא שהיה דוחק לגמ' לפרש שכל הפסוק של יכיר צריך לענין איסור, ולכן הוצרך הרשב"ם לפרש שקושיית שלר"י אין נאמנות לגבי ממון משום שאין מיגו כנגד חזקה].

ה. רשב"ם ד"ה למאי הלכתא. דמה לי לשקר במקום עדים לא אמרינן, צ"ב כונתו מדוע חשיב מקום עדים, הרי הרשב"ם פי' בתחילת הסוגיא דמיירי שהוחזק לנו בקול שהוא בכור ואמאי חשיב עדים, ועי' זכרון שמואל סי' פא משי"כ בזה. **ומש"כ** הרשב"ם שלרבנן נאמן במיגו כיון שאינו נגד חזקה הקשה הקו"ש [אות תטו] איך נאמן הא הוה מיגו להוציא, ולכאורה כונתו שבכורה חשיב מתנה מהאחין, [ויש לעיין בדעת הרשב"ם בזה דלעיל קכד ע"א לכאורה חולק ע"ז], וכתב דע"כ כיון שהוא בידו נאמן אף להוציא, ויש לעיין אי כה"ג חשיב להוציא שהרי עכשיו כל הנכסים הם בחזקת האב.

ו. תוס' ד"ה כך נאמן. תימא לפי שנאמן לבכר יהא נאמן גם לפסול ולומר שהוא בן גרושה, לכאורה כונת תוס' להקשות שכדי לפסול צריך יותר נאמנות מלענין ממון ומהכ"ת שהתורה חידשה ביכיר שהאב יהא נאמן גם לזה, אולם עי' בתוס' קידושין עד ע"א [ד"ה כשם] שכתבו בקושיתם דיש יותר סברא להאמין לענין בכור משום דטוב הוא לולד שע"י זה יטול פי שנים ומנלן שיהא נאמן אף לפסולו, משמע בתוס' דלאו משום שיש סברא להצריך יותר נאמנות אלא משום שכאן הוא מרויח לכן התורה נתנה נאמנות לאב, אולם צ"ב כונתם שכתבו דטוב הוא לולד והרי הוא מפסיד לאחים אחרים ובפרט שלר"י נאמן אף במקום שהוחזק אחר שהוא בכור. **וכתבו** תוס' לישב שממה שמצינו שהאב נאמן לומר אף על בן קטן שהוא בכור ממילא הגדולים ממזרים אלא ע"כ שהאב נאמן אף לפסול, ורבנו אליהו כתב שילפינן מקרא דנאמן לומר זה בני בן גרושה ובן חלוצה ולא ילפינן מדנאמן לומר שהוא בכור, וביאר **הרע"א** תשובה ק"י דשורש פלוגתתם האם הנאמנות של האב היא לגמרי ואין נאמנות לחצאין, שתי הראשון סבר דאין נאמנות לחצאין ומה שנאמן לומר על הקטן שהוא בכור ממילא יש נאמנות על אחרים שהם ממזרים, אבל דעת רבנו אליהו דהנאמנות היא רק על מה שהתורה האמינה וזה רק לענין הבכור עצמו ולא לענין אחרים ולכן הוצרך רבנו אליהו לומר דילפינן מקרא דנאמן לומר זה בן גרושה ובן חלוצה, אולם צריך לבאר שאם בקושיתם תוס' הבינו שיש סברא לומר שהנאמנות היא רק לענין בכורה שיש צורך לנאמנות יותר לפסול היכן תוס' ראו בפסוק שיש נאמנות לגבי פסול ושמה באמת אף בכה"ג שאומרים על הקטן שהוא בנו מ"מ אין הגדולים ממזרים דלפינן נאמנות ואמרינן שלגבי פסול את הגדולים אינו נאמן, [והעירוני לפרש שתוס' הבינו כמש"כ הרשב"ם שיש כאן סברא לומר שכמו שנאמן לענין בכורה ה"ה נאמן לענין פסול, אלא שרצו להכריח סברא זו מגוף ההלכה של יכיר, וזהו שכתבו שהרי פעמים שהוא מכיר בנו הקטן ועי"ז עושה הגדולים ממזרים ע"כ שכונת התורה בדין יכיר דיש לו נאמנות אף לפסול]. **והרע"א** כתב דאיכא כמה נפק"מ בין ב' דרכים בתוס' אם נאמן גם לפטור אשתו מן החליצה, דלתי' הראשון כיון שאין נאמנות לחצאין א"כ נאמן לכל דבר וכמו שנאמן לענין בכורה נאמן לדינים אחרים, אבל אם הנאמנות הוא רק במה שהתורה אמרה אין נאמנות לענין זה ורק לענין נחלה נאמן, **ועוד** כתב דלדעת תוס' נאמן גם לומר שאינו בנו [דהיינו שאשתו זינתה] כיון שיש לו נאמנות לומר שהוא ממזר וממילא יהא מותר בקרובי האב, אבל לדעת רבנו אליהו אין נאמנות לגמרי שאינו בנו שאשתו זינתה וכל מה שנאמן לומר זה בני ממזר היכא שאומר שאשתו ממזרת או מחייבי כריתות דהתורה האמינה רק לגבי הפסול של הבן עצמו, וזהו דעת תוס' רי"ד ושילטי הגיבורים שאינו נאמן לומר רק על בנו שהוא ממזר דהיינו היכא שאומר שבנו הוא מחייבי כריתות.

ז. בעיקר הנאמנות של האב לר' יהודה לומר שהוא בן גרושה ובן חלוצה הקשה הנמוק"י איך נאמן לומר כן הרי אין אדם משים עצמו רשע ואמאי נאמן לומר שהוא נשא אותה באיסור, וכתב דמיירי שטוען שבא עליה בשוגג ולא ידע שהיא גרושה, וכן כשאומר על בנו שהוא ממזר כתב הנמוק"י אין אשתו נאסר לענין זה שבנים שיוולדו לה אח"כ יהיו בני זונה דאמרינן שוגגת היתה, וכונתו שהרי האב נאמן לומר שבנו ממזר דהיינו שהבן אינו שלו וא"כ ע"כ שאשתו זינתה, אבל אין לו נאמנות לפסול אותה לכן רק בכה"ג שאפשר לומר שהיא היתה שוגגת נאמן, ועי' קצה"ח סי' רע"ט סק"ד שהביא מהט"ז שאם אומר שבנו ממזר אע"פ שאשתו נפסלה ונעשית חשודה התורה האמינה לאב בכה"ג כיון שהוא בא להעיד על בנו והפסול על האשה היא ממילא, ועי"ש מש"כ הקצה"ח עוד דרך מדוע נאמן לומר בן גרושה לפסול את האם, אולם המאירי כתב שנאמנות האב ביכיר לפסול הבן האמינה התורה לפסול אשתו.

הערות וציונים

פרק יש נוחלין

דף קכז:

א. גמ' למאי הלכתא. באחרונים הקשו דמצינו כמה נפק"מ אם הנאמנות הוא משום יכיר או משום מיגו, הנתה"מ [סי' ס' ס"ק י"ז] הקשה דאיכא נפק"מ לענין חזרה שאם הוא משום יכיר אין יכול לחזור בו כמו שמבואר בהמשך בגמ' דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד אבל אם הוא מטעם מיגו יהא נאמן לחזור בו ולכן כתב שאף אם משום מיגו לא יהא לו נאמנות לחזור בו, ועי"ע קו"ש אות תיז, המנ"ח מצוה [מב יג] הקשה דאיכא נפק"מ בעבד עברי שפסק הרמב"ם שא"א למכרו אבל מ"מ עובד את הבן וא"כ ליכא מיגו אבל משום יכיר איכא, אולם כתב שם דכיון שמצינו דיני ירושה מיוחדים בעי"ע עובד את הבן ואינו עובד את הבת ממילא לא יהא

נאמנות של יכיר בזה, ועי' קצה"ח רעט סק"ב שכתב דאיכא נפק"מ נמי לדבר שאינו מסוים שאין יכול להקנות אבל הוא בירושה, וכן נפק"מ במכיר בן קטן לראשונים שאין יכול להקנות בדעת אחרת מקנה, אולם למבואר בתוס' ד"ה נכסים א"ש.

ב. גמ' בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס. והיינו דאזתה שעה אינו בר הקנאה ומ"מ חשיב בר זכיה דאלי"כ היה חסרון של ראוי שהבכור לא נוטל פי שנים כמש"כ רשב"ם, ונחלקו הראשונים מה החסרון של גוסס, הרשב"ם כתב דאין יכול לדבר ואין בו כח ליתן, וברש"י בקידושין ע"ב מבואר שאף אם היה יכול לדבר גוסס לא נחשב בר הקנאה דהיינו שנאמר הלכה שגוסס חשיב כמת לגבי הקנאה ועי' ברא"ש מש"כ בשם רבנו יואל, אבל תוס' בקידושין שם הקשה על רש"י הקשו מכמה דוכתי דחזין שגוסס אינו מופקע מקנינים שהרי מצינו שאם רימז שרוצה לגרש אפשר לכתוב גט וליתן לאשה, ולכן כתב תוס' שכונת הגמ' דמייירי בגוסס כזה שאין יכול לדבר ולכן לא יכול להקנות באותה שעה ולכן אין לו מיגו אף לר"מ לגבי אותם נכסים שקביל כשהוא גוסס, ועי' קצה"ח רנ סק"ח מש"כ בדעת הרשב"ם.

והנה המחנה אפרים זכיה ומתנה [סי' ט"ז] והקצה"ח שם הקשו מהא דמבואר להלן קלז ע"א דהאומר הרי"ז גיטך עם גמר מיתה הגט חל, דכונתו שהגט יחול רגע לפי המיתה והרי באותה שעה הרי הוא חשיב גוסס ומ"מ הגט חל, וע"כ משום שאת המעשה עשה כשהיה בריא ולכן אע"פ שבשעת החלות אין יכול לעשות מעשה גירושין מ"מ כיון שהוא בעולם חל הגט, וא"כ קשה מדוע הכא קתני דלר"מ דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם שיש לו כח לעשות מעשה קנין בשעה שהפך עדיין לא בא לעולם מדוע אם הוא גוסס באותה שעה לא יחול הקנין, ובאמת שהריטב"א בגיטין כה ע"ב כתב דכשאומר שיחול גט מעת שאני בעולם כונתו ברגע האחרון שדעתו צלולה ואין כונתו לרגע אחד לפני המיתה, ולפי דבריו א"ש דהכא נמי לא חל הקנין לר"מ, אולם הרשב"א הביאו המחנ"א כתב בהדיא שהגט יחול סמוך למיתה.

וכתב במחנ"א דצריך לחלק בין אם עושה קנין בדבר שבא לעולם כגון התם שבידו לגרשה עכשיו אלא שאומר שיחול רגע לפני המיתה, וכן בנותן מתנה לחברו לאחר ל' ובזמן שהגיע יום ה' היה גוסס ולא בר הקנאה דיחול הקנין כיון שבשעת מעשה היה בר הקנאה, אבל בדבר שאינו בעולם אף שסבר ר"מ דכשבאו לעולם חל הקנין מ"מ צריך שיהא בר הקנאה באותה שעה ולכן אם הוא גוסס לא חל הקנין, **והסברא** בזה ביאר הגרש"ש [סי' ל] שבדבר שבא לעולם יש לו כח לפעול הקנין עכשיו, ע"כ יש לו כח לקבוע שהחלות יחול לאחר זמן, ואע"פ שבאותו זמן לא יהא בר הקנאה מ"מ הוא חל מחמת הכח הקנאה שיש לו עכשיו, אבל בדבר שלא בא לעולם הרי אין לו כח הקנאה עכשיו, אלא שסבר ר"מ דמכיון שאח"כ החפץ יבוא לעולם יהא לו כח הקנאה לכן גם עכשיו יכול להשתמש בכח ההוא לעשות מעשה קנין שיוכל לחול כשיבוא לעולם, וא"כ נמצא שכל הכח לעשות מעשה מעיקרא הוא רק מחמת שיהא לו כח הקנאה אח"כ, ונמצא שחלות הקנין חל כשבא החפץ לעולם מחמת כח ההקנאה שיש לו באותה שעה ולכן אם באותה שעה הוא גוסס לא מהני הקנין כלל דמיעקרא.

והנה נחלקו הראשונים קידושין סג ע"א לר"מ דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם מה הדין בכה"ג שאומר מעכשיו אם אלים טפי לענין זה שלא יוכל לחזור בו וכן לא יהא חסרון של כלתה, ובשער המלך פכ"ב ממכירה ה"ה הביא דברי הרשב"א דבאומר מעכשיו בדבר שלא בא לעולם אין חסרון של כלתה ואין יכול לחזור בו, ולפ"ז כתב השעה"מ דה"ה אם מת המזכה קודם שבא לעולם קונה, והיינו שאין צריך שהמקנה יהא בעולם, והיינו שהבין שסברת הרשב"א שע"י מעכשיו חל ההנאה עכשיו לגמרי, אלא שכ"ז שהדבר לא בעולם בפעול אין את הדבר אבל חל ההקנאה כבר, אלא שהקשה מההיא דנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס, וכתב דצ"ל דלא רצה להקנות מעכשיו כיון שרצה שיהא לו אפשרות לחזור בו אבל לעולם לדעת הרשב"א כל המעשה נגמר עכשיו, אולם לפי מש"כ בשם הגרש"ש כל הכח של הקנין בדבר של בא לעולם הוא שיכול לפעול מכח שלאחר שיבוא לעולם יהא לו כח מקנה, אבל חלות הקנין יחול רק לאחר שיבוא לעולם וא"כ אף אם אמר מעכשיו לא מהני שיחול חלות הקנין רק כשהוא בר הקנאה וא"כ כשהוא גוסס ולא בר הקנאה לא מהני מיד, [ועי' חזו"א אבהע"ז ע"א ס"ק כז ולד, ואבי עזרי פכ"ב ממכירה].

אולם לכאורה כל מש"כ דבעינן במקנה דבר שלא בא לעולם שיהא חשיב בר הקנאה בשעת חלות הקנין הוא רק לדעת רש"י שגוסס אף אם יכול לדבר הרי הוא מופקע מקנינים, אבל לדעת תוס' בקידושין שגוסס שיכול לדבר חשיב בר הקנאה וכל הטעם כא משום דמייירי בגוסס שאין יכול לדבר א"כ לכאורה הוה כמו ישן ומדוע לא יועיל לר"מ להקנות דבר שלא בא לעולם שיחול כשיבוא לעולם כשהוא גוסס ועיין.

ג. אמר ר' יוחנן אמר בני וחזר ואמר עבדי הוא אינו נאמן. כתב הרשב"ם דכיון שהכיר ואמר בני הוא אינו נאמן לחזור בו ממה שאמר דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד, וכתב הנמוק"י שאין הכונה מדין כיון שהגיד שנאמר בעדות שהרי יכיר אין זה עדות שהרי אין צריך לומר בפני ב"ד, אלא כתב הנמוק"י שזה סברא מיוחדת לגבי הכרת בכורה שכיון שהכיר פעם אחת אין לו זכות להכיר עוד, והיינו שלא נתה התורה נאמנות אחרי שכבר אמר מי הוא בנו.

והוסף הרשב"ם שאף תוך כדי דיבור אין יכול לחזור בו, והקשה המאירי הרי הכלל בכל התורה כולה כמו שמבואר להלן קכט ע"ב שתוכ"ד יכול לחזור בו, ועי' בטור סי' רעט שחולק על הרשב"ם וכתב שבאמת יכול לחזור בו תוך כדי דיבור, ובדעת הרשב"ם כתב הבית יוסף דס"ל כיון שאין הדרך של אדם לקרוא לעבדו בנו ממילא אמרין שאם הוא קרא לו בנו ע"כ שהוא ודאי בנו ולכן אין יכול לחזור בו מחזקתו הראשונה, והב"ח כתב באופ"א שמבואר להלן קכט ע"ב ברשב"ם דכל הטעם שמהני חזרה בתוכ"ד הוא רק בכה"ג שהוא חוזר בו, אבל אם עושה ב' דברים הסותרים זה את זה אין יכול לחזור בו אפילו בתוכ"ד אלא הוה כדינא דתפוס לשון

ראשון, ועי' או"ש פ"ג ה"ד מש"כ, ויש לדון למבואר בנמוק"י דאין יכול לחזור בו משום שאין הכרה אחר הכרה א"כ אפשר שזה גזה"כ שאף תוכ"ד לא יוכל לחזור בו.

ד. גמ' עבדי וחזר ואמר בני הוא אינו נאמן. מבואר בגמ' שיש נאמנות של יכיר לומר שהוא עבדו, והקשה הקצה"ח [רעז סק"ב] מכאן על דעת התוס' רי"ד ולעיל נתבאר שכן הוא דעת הרשב"ם בסוגיין דס"ל שכל הנאמנות של יכיר לומר ממזר הוא רק בכה"ג שאומר שהוא בנו שנולד לו מחייבי כריתות, אבל בכה"ג שאומר שאינו בנו דאשתו זינתה אין לו נאמנות מפני שהתורה לא נתנה נאמנות לאדם ביכיר רק על בניו ואין נאמנות של יכיר לומר על מי שהוא לא בנו, וא"כ איך יכול לומר שהוא עבד שהרי אין יכול לומר על אשתו שהיא שפחה, אלא ע"כ שאומר שהוא לא נולד ממנו וקשה איך נאמן, וכתב הקצה"ח דע"כ צ"ל דמיירי שידוע שהוא בנו אלא שהספק הוא מה אמו האם היא ישראלית או שפחה, ולכן נאמן מדין יכיר לומר שהוא עבד והיינו שאשתו שפחה.

ונמצא שהסברא של תוס' רי"ד שכתב שאין נאמנות ביכיר לומר על אחד שאינו בנו אין הכונה שצריך דוקא בנו שהוא מיוחס אחיו אלא הכונה שצריך שיהא בנו שנולד ממנו, ולכן הכא אע"פ שהוא עבד ואינו מתיחס אחריו מ"מ כיון שהוא בנו התורה האמינה אותה לומר מה היחס שלו, וכיון שלא ידוע מי היא אמו נאמן לומר שהיא שפחה, ועי' ביד רמה בסוגיין שכתב כהקצה"ח דע"כ מיירי שלא ידוע מה היתה אמו ולכן נאמן לומר שהיא שפחה ובנו עבד או שאומר שנולד ממנו משפחה ידועה, אבל אין לו נאמנות לומר על בנו שהוא עבד באופן שידוע שאמו היא ישראלית גמורה והטעם בזה שאין לאב נאמן ביכיר לפסול את אשתו, ולכן כשאומר על בנו שהוא עבד ע"כ שמונח כאן פסלות על אמו.

ועי' בטור ושו"ע [סי' רעט] שהביאו דברי הרמ"ה, וביאר ה"ט"ז ס"ק י"ה שאע"פ שאם אומר על בנו הקטן שהוא בכור ועי"ז נעשים בניו הגדולים ממזרים נאמן והרי נמצא שאומר שאשתו זינתה והרי אינו נאמן על אשתו, אלא דהתם הוא בא לומר על המוחזק לנו לבנו שאינו בנו וממילא אשתו נעשית חשודה שזינתה אם אחר, אבל כשאומר על בנו שהוא עבד ע"כ ההכרה היא נמי על אשתו שהרי בהכרה הזו אומר שנולד מאשתו שהיא שפחה ולכן אינו נאמן שהתורה לא נתנה לו נאמנות לפסול אשתו בהדיא ולכן צ"ל דמיירי רק בכה"ג שלא ידוע מי היא אשתו, ועי' בקצה"ח [סק"ד] שהקשה על סברת ה"ט"ז א"כ מדוע נאמן לומר בן גרושה הרי הוא פוסל את אמו שהרי התם ההכרה היא שהוא נולד ממנה, ועי' מש"כ בנתה"מ לישב.

עי' בקו"ש אות תי"ט שכתב לבאר סברא אחרת לחלק בזה שאומר על בנו שהוא ממזר לעבד דבאומר על בנו ממזר אפשר לעשות פלגין נאמנות, דהיינו שנאמן על בנו ולא על אשתו, אבל כשאומר שבנו נולד מאשתו שהיא שפחה א"א לעשות פלגין כיון שמה שהבן עבד הוא תולדה ולא שייך פלגין בתולדה.

ה. בעיקר דברי הגמ' דאם אמר בני וחזר ואמר עבדי מבואר ברשב"ם שהנאמנות לומר בני הוא מדין יכיר ולכאורה ע"כ מיירי שלא היה ידוע שהוא בנו, ותמה הרע"א בגליון הש"ס ומפורש יותר בתשובה שזה סותר למש"כ הרשב"ם להלן קלד ע"ב שאם אומר על אחד שלא מוחזק לו זה בני אינו נאמן ולכאורה הרשב"ם סתר דבריו שכאן מבואר שנאמן לומר על אינו בני זה בני.

ולמבואר באות הקודם מיושב היטב שהרי ע"כ מיירי כאן שידוע שהוא בנו שנולד ממנו אלא שלא היה ידוע האם אמו ישראלית והוא ישראל גמור או שאמו שפחה וממילא הוא עבד, ולכן כשאומר זה בני יש כאן הכרה גמורה על אדם שהוא בנו, וכמו שנתבאר שעיקר הנאמנות של יכיר הוא לומר על מי שנולד ממנו ולא רק מי שמיוחס אחריו, אבל לקמן קלד ע"ב מיירי באחד כזה שלא היה ידוע כלל שזה בנו ולכן אינו נאמן, ועי' ברש"י לעיל קכו ע"ב שכתב לישב באופן אחר שכל הדין שכתב הרשב"ם שאינו נאמן לומר על אינו בני שהוא בני זה רק לרבנן דס"ל שכל הנאמנות של יכיר לומר על בנו שהוא בכור רק באופן שלא מוחזק לו, אבל לר' יהודה שסבר שנאמן אף כנגד חזקה נאמן גם על מי שאינו בנו, אולם הסברא צ"ב שהרי הסברא לא להאמין מי שאינו בנו משום שכל הנאמנות של יכיר הוא רק על בנו וא"כ היכן מצינו שיש סברא של יכיר לדעת ר"י יותר מרבנן, אולם עי' בשיעורי הגר"ש שהביא שכסברא זו מבואר בתשובת הרא"ש, אולם העיר שר' יוחנן בעצמו סבור להלן קכח ע"ב שהלכה כרבנן.

ו. גמ' עבדי וחזר ואמר בני נאמן. מבואר שמהני חזרה במקום שיש אמתלא שאומר שהטעם שאמר עבד משום שהוא משמשו כעבד, והקשה בש"ש [ש"ו פ"ח] על חכמי פרוניציא דס"ל שבנאמנות שהתורה האמינה כגון במה שהתורה נתנה לאב נאמנות לומר על בתו לומר קידשתיה דאם אמר האב קידשתיה אין האב נאמן לחזור בו ע"י אמתלא לומר שלא קידשה, ותי' דהתם כשאומר קדשתיה ואח"כ חוזר בו ואומר שמה שאמר קידשתיה היה מחמת סיבה בזה אינו נאמן, אבל כאן לא חוזר בו ממה שאמר אלא מפרש שהוא משמש כעבד אלא שהוא בנו בכה"ג לא חשיב חזרה ונאמן ע"י אמתלא לפרש.

הערות וציונים פרק יש נוחלין

דף קכח.

א. גמ' תנניא נאמן עלי אבא נאמן עלי אביך נאמנין עליך ג' רועי בקר. בביאור הך הלכתא מצינו ב' דרכים הרשב"ם לגבי סוגיין דאמר לו רצונך השבע וטול כתב ז"ל דכיון דהטיל עליו שבעה הא היימניה בשבעה וכמאן 'דאודי ליה', משמע שהסיבה שיכול

ליטול את העבד משום שהודה לו שהוא שלו אם ישבע כדבריו, וה"ה התם כשאמר נאמן עלי אבא כונתו היתה שהוא מודה לו על החיוב של הממון אם האב יאמר שהוא חייב, אולם יש כאן חידוש בזה דהרי ידוע ב' דרכים בטעם החיוב של הודאת בע"ד, או שהוא נאמנות שהדבר כמו שהיה או שהוא התחיבות, ואי נימא שהוא משום נאמנות שכך היה יש לדון איך מהני מדין הודעת בע"ד בכה"ג שהרי כל ההודאה היא תלוי במה דהאב יפסוק והיכן מצינו נאמנות על תנאי, דבשלמא אם הוא התחיבות א"כ ההתחיבות תלויה במה שיאמר האב, ועי' קה"י נדרים ס"י כ' שכתב סברא זו שאם הודאת בע"ד מטעם נאמנות ל"ש לעשות הודאה על תנאי, אולם בחזו"א סנהדרין יז ד הביא דברי הרשב"ם וכתב שהטעם שמהני הודאה הוא דהוה קנין אודייתא, ואפשר לפי"ז דהוה ככל קנין על תנאי, ועי"ש בקה"י שמוכח בגמ' להלן קמט ע"א דיש קנין אודייתא על תנאי, [אולם י"ל שאף אם בדין הודאת בע"ד נתחדש שיש נאמנות אדם על עצמו, מ"מ הרי זה ברור שבכל הודאת בע"ד יש לדון מדין התחיבות אלא שאין צריך להגיע לזה, וא"כ י"ל דבאופן שמודה על תנאי דא"א לדון משום נאמנות יהא כאן דין הודאת בע"ד מחמת התחיבות והתחיוב שייך על תנאי].

אולם החזו"א שם הביא דהמהרי"ק שורש קפא הביא דברשב"א בתשובה שמבואר גדר אחר בזה ז"ל דהוא משום שמקבל בפני ב"ד יש לתקנתם כח ב"ד וכל שמקבל בפני ב"ד יש לתקנתם כח ב"ד שנעשה קנין עכ"ד, מבואר דנאמר כאן הלכה חדשה שיש כח ב"ד אף לפסולי עדות ולכן צריך לנהוג כפי מה שפסקו, ולפי"ז ה"ה כשקיבל עליו שבועת חברו חשיב שיש כאן בירור גמור על אותו דבר, ועי' קובץ הערות [ס"י עז ז] שכתב לבאר גדר זה בדעת הרא"ש ביבמות פרק מצות חליצה דתוס' והרא"ש הקשו מדוע צריך פסוק למעט ב"ד של גרים בחליצה הרי אף בדיני ממון הם פסולים, ות"י הרא"ש דאיצטריך שאף באופן שקיבל על עצמו דבדיני ממון מהני כדקתני נאמן עלי אבא נאמן עלי אביך, והקשה הקוב"ע הרי בדיני ממון נאמן משום שיש הודאה או מחילה ומה שייך לגבי ב"ד של חליצה לדון נאמן עלי אבא, וכתב שמכוח דסבר הרא"ש שאף בדיני ממון נאמן עלי אבא אינו משום מחילה והודאה אלא דקבלה מהני להכשיר פסולים, וזה כמש"כ הרשב"א שיש כאן כח של ב"ד.

ב. רשב"ם ד"ה רצונך הישבע וטול. שהרי פטור זה המחזי מכל שבועות שבעולם מבואר ברשב"ם שאין חיוב שבועת היסט בקרקעות אולם תוס' לעיל לג ע"א ד"ה מיגו הוכיחו דיש חיוב שבועה היסט אף על קרקעות.

ג. גמ' הלכה גובין מן העבדים ור"נ אמר אין גובין מן העבדים. הרשב"ם ביאר שהטעם שגובין מהעבדים משום דעבדים הוקשו לקרקעות, וטעמא דר"נ שאין גובין הוא דאע"פ שהוקשו לקרקעות כ"ז לענין דברים הכתובים בתורה, אבל לענין גבית בעל חוב לא משום דלא סמכא דעתיה, ונראה מדבריו שאף אם שיעבודא דאורייתא יש חילוק בין קרקעות למטלטלין הוא דקרקע א"א להבריה לכן סומך דעתו אבל מטלטלין שיכול להבריה לא סומך דעתו, ולכן עבדים דמי לקרקעות [ועי' לעיל מד ע"ב דמבואר דעשה שור אפותקי אין בע"ח גובה ומבואר לכאורה שאע"פ ששיעבוד בהדיא וסומך דעתו מ"מ אין בע"ח גובה עי"ש מש"כ לבאר], ועי' ביד רמה [אות קכב] שכתב לבאר כמש"כ הרשב"ם דאע"פ שהוא כקרקע מ"מ לא סומך דעתו, והוכיח כן מהא דמבואר בגמ' כתובת נא ע"א שפירות שעומדים ליבצר אין בע"ח גובה מהם ואע"פ שבפועל הוא מחובר לקרקע ולענין שבועה דינו כקרקע, מ"מ לענין בע"ח כיון שאין סומך דעתו חשיב כמטלטלין, [ועי' ש"ך צה ט' שהאריך להוכיח מדברי הראשונים דשיעבוד דבע"ח הוא רק בדבר שסומך דעתו ולא בכל דבר שיש בו דין קרקע], ובדעת ר' אבא שסבר שגובין מהעבדים ולית ליה הך סברא לכאורה קשה מדוע אין גובין מפירות העומדים ליבצר, ונראה דהתם כיון שעומד ליבצר חשיב כמטלטלין אבל דבר שדינו כקרקע ממש אע"פ שאפשר להבריה חל שיעבוד עליהם, ויש לדון שעצין נקוב שדינו כקרקע ויכול להבריה יהא תלוי במחלוקת כאן שמצינו לגבי עבדים.

אולם דעת תוס' והרא"ש ב"ק דף יב ע"א דסברת ר"נ דאין גובין מהעבדים משום שס"ל שכל הדין שעבדים הוקשו לקרקעות הוא רק בדיני דאורייתא, אבל במילי דרבנן אין דין עבדים כקרקע, וסבר ר"נ שיעבודא לאו דאורייתא ולכן אין שיעבוד על עבדים, כיון שקנין שיעבוד הוא דין דרבנן, ומבואר לפי תוס' שאם שיעבודא דאורייתא אע"פ שבמטלטלין ליכא שיעבוד כיון שרבנן הפקיעו את השיעבוד מ"מ לא הפקיעו רבנן שיעבוד מקרקע גופא, ולכן עבדים שיש להם דין כקרקע ממש לא הפקיעו רבנן שיעבוד מיניה, [ועי' תוס' כתובות נא ע"א שכתבו דהא דאין גובין מענבים העומדות ליבצר תלוי במחלוקת ר"מ ורבנן אם דבר העומד ליגזז כגוזז דמי, ומבואר שלמד"א דלאו כגוזז דמי בע"ח גובה מהם, ואע"פ שיש לומר דכיון דלא ס"ד שהרי עומד ליגזז וא"כ יכול להבריה לא יגבה בע"ח מהם, אלא ע"כ דשיטת תוס' בכתובות כשיטתם ב"ק שכל הטעם שאין גובין מעבדים משום דשיעבודא לאו דאורייתא, אבל אם שיעבודא דאורייתא כל דבר דחשיב כקרקע אע"פ שיכול להבריה יש בו שיעבוד].

ד. גמ' ולית הלכתא כמר בר אשי. פרשב"ם דבני בנים עד סוף כל הדורות אין יכול להעיד לאבותיהם דבן ירך אביו הוא, אולם תוס' חלקו כיון שאיתפלג דורות כ"כ, ועי' בקו"ש וקובץ הערות ס"י כב ו' שכתב דאפשר דסברת תוס' שכל הפסול קרוב הוא מחמת קירוב דעת, וקירוב דעת ליכא בכה"ג שהרי בתורה מבואר דרחמי האב על הבן הוא רק עד ג' דורות כמו שמבואר בפסוק שאברהם אמר אם תישקור לי ולניני ולנכדי, אולם הוכיח שם שפסול קרובה אינו רק מטעם זה שהרי אף כשהעיד על קרבו ולא ידע דהוא קרובו העדות פסולה.

ה. גמ' היה יודע לו עדות עד שלא נסתמא ונסתמא פסול. נחלקו הראשונים מה הטעם שסומא פסול לעדות האם הוא פסול הגוף דחשיב עד פסול, או דכל הפסול הוא מחמת דחשיבן שמא הוא טועה ומדמה, והיינו שבעצם הוא עד כשר אלא שבפועל העדות שלו היא עדות פסולה, ואפשר שאף במקום שאין חשש שמא יבוא לטעות רבנן פסלו אותו.

דעת הרשב"ם הפסול של סומא אינו מחמת שהוא עד פסול, אלא משום שהעדות שמעיד פסולה דחיישין שמא הוא טועה, וכמו שמבואר בדבריו [ד"ה היה יודע] שכתב שהטעם משום שהפסול של סומא משום שאנו תולים שמאומד הדעת מעיד, וכן דייק הקו"ש ברשב"ם שביאר בע"ב קושיית הגמ' מהברייתא דהיה יודע עדות עד שלא נעשה חתנו וכו', ממה שהברייתא כתבה ב' ציורים חדא שפיקח ונסתמא ועוד זה הכלל וכו', וע"כ שמהיתור ידעין שפסול לגמרי, וכונתו שמהרישא של הברייתא דקתני פיקח ונסתמא פסול אין ראייה שסומא פסול לגמרי דאפשר שפסול רק בכה"ג שלא יכול לכוון, וממה דקתני זה הכלל ע"כ דאתי לרבות כל הני דיתכן שיכול לדייק דאף בכה"ג איכא חשש שמא לא דייק, וכן כתב הרמב"ן והר"ן גיטין כג ע"א שכל הפסול של סומא הוא רק מדרבנן וע"כ הטעם משום דלא מדייק וכתבו שאף במקום שיכול לכוון גזרו רבנן.

אולם מדברי הרא"ש נראה שסומא חשיב פסול הגוף, דלשון הרא"ש הוא שסומא פסול משום דכתיב בקרא או ראה וכדפסלינן אלם מאם לא יגיד אע"פ שיכל להעיד בכתב דבעינן שיהא ראוי להעיד בפיו, ה"נ בעינן שיהא ראוי לראות בעיניו, וכ"כ היד רמה [אות קיח] וכן מבואר בקצה"ח סי' רנט סק"ב, ולפי דבריהם קושיית הגמ' מהברייתא היא מגוף לשון הברייתא דקתני פיקח ונסתמא פסול דמשמע שיש כאן פסלות בעד, ועי' בלבוש סי' לה שכתב שהוא פסול מהתורה מקרא דאו ראה, וביד רמה כתב דשמואל שסבר כשר אפשר מכוון סבר דקרא דאו ראה קאי על שעת ראייה ולא על שעת הגדה וכיון שיכול לכוון מצרנהא יכול להעיד.

ו. גמ' שמואל אמר אפשר מכוון מצרנהא ור"ש אמר אפילו גלימא אפשר דמכוון מיד ארכו ורחבו. בראשונים מבואר ב' דרכים האם הכונה שהעדים מעדים על פי הסימנים שזה של פלוני, או שמעדים שזה של פלוני אלא שאנו תולים שיודעים מה שאומרים ואינם טועים כיון שיש הוכחה ע"פ הסימנים, דרבנן יונה כתב שהעדים מעדים הסימנים ומחזירין ע"פ אותם סימנים, ולכן כתב שמוכח מכאן שאדם שתובע חברו חפץ שהוא שלו והוא טוען שהוא שלו מעולם והעדים מעדים שמכירים אותו ע"פ סימנים שהוא של התובע מוצאין ממנו ואע"פ שהעדים אינם מכירים החפץ ע"פ תביעות עין, אולם הר"ן חולק וכתב דמשמע מלשון הגמ' לא משמע כן דקתני 'אפשר דמכוון' משמע שאנו תולים שמכוון ומשמע שזה לא עיקר העדות, ולכן כתב הר"ן דמייירי שראה כשהיה פיקח את החפץ ביד חברו, ועכשיו בא להעיד על זה ואנו תולים שאינו משקר ועדותו אמת משום שיודע לכוון שהוא של פלוני מחמת שיש לו סימנים ולכן תולים שזה מה שראה כשהיה פיקח, [ועי' קצה"ח רנט מש"כ לדון אם אפשר להוציא ממון על פי סימנים או שזה רק דין באבידה והביא סוגין ולכאורה תלוי בהנ"ל].

ז. גמ' זה הכלל כל שתחילתו או סופו בפסלות פסול תחילתו וסופו בכשורת כשר. הרשב"ם ביאר דילפינן מקרא והוא עד או ראה דבעינן שבשעת ראית המעשה יהא ראוי לעדות זו, וכל שלא היה ראוי להעיד בשעה זו פסול אף אם אח"כ יכול להעיד, ומבואר שגדר הפסול הוא שבעינן שבשעת ראית המעשה יהא לו תורת עדות, והנה לעיל מג ע"א הובא שנחלקו הראשונים האם בבעל דבר יש פסול של תחילתו בפסלות דשיטת הר"י מגאש שבעל דבר כיון שאינו עד לא נאמר הפסול של תחילתו בפסלות, וביארו [ח"י ר' ראובן סי' טז וחי' הגר"ש] דהר"י מגאש חולק על הרשב"ם וס"ל שילפינן מקרא דאו ראה שאם הוא עד פסול בשעת ראייה אינו כשר להעיד אבל לעולם אין הלכה שיהא לו תורת עד בשעת ראייה, ולכן סבר הר"י מגאש שבעל דבר שאינו עד ל"ש בו הפסול של תחילתו בפסלות, דחשיב תחילתו בכשורת משום דמשעה שכבר אינו בעל דבר נעשה ראוי להעיד, והנה הרשב"א לעיל מג ע"א כתב דבמקום שאין נאמן מעיקרא משום חשש משקר אין חסרון של תחילתו בפסול, והטעם דאע"פ שאם אינו עד כלל יש דין של תחילתו בפסלות הוא משום שבעינן שיהא לו שם עד מעיקרא, ואם הוא בעל דבר שאין יכול לחול עליו תורת עד איכא פסול של תחילתו בפסלות, אבל הכא עצם היה לו תורת עד אלא שבפועל לא היה יכול להעיד ולכן כשירד החשש חשב עד משעת ראייה, [ועי' קו"ש אות קעט שכתב לבאר מש"כ המרדכי שאין פסול של תחילתו בכשורת בכה"ג שהיה בידו לסלק מעצמו הפסול, דע"כ כסברת הרשב"ם שהוא חסרון שאין ראוי להגדה, ולכן כשבידו לסלק חשיב בר הגדה, אבל לראשונים שהוא חלות פסול מחמת שתחילתו בפסול אין נפק"מ במה שבידו לסלק הפסול דס"ס הרי הוא נחשב עד פסול].

והנה מבואר בברייתא שהפסול של תחילתו בפסול נאמר גם על סומא שאם היה סומא בשעה מעיקרא ונתפקח פסול להעיד, ויש לדון דבשלמא לפי הרא"ש שהוא פסול הגוף הוה ככל עד פסול שנאמר בו הכלל של תחילתו וסופו בכשורת, אבל לפי דרכו של הרשב"ם שסומא אין פסול אלא שהוא מחמת חשש שמא טועה אמאי יש בו פסול של תחילתו בפסול, ומבואר שלסברת הרשב"ם שהפסול הוא משום שבשעת ראייה בעינן שיהא ראוי להעיד א"כ אף בכה"ג שהטעם שאין יכול להעיד משום שחשש שמא משקר יש בו פסול של תחילתו בפסול, [אולם אפשר דהרשב"ם שסבר לראשונים שהוא פסול דרבנן ולכן אע"פ שאין זה עד פסול, אבל רבנן נתנו לזה גדר של עד פסול ולכן יש בו הפסול של תחילתו בפסול].

ח. רשב"ם ד"ה ונתחרש. א"נ נשתתק מחמת חולי והתורה אמרה מפיהם ולא מפי כתבם, וראשון נראה בעיני עיקר דאי בנשתתק מייירי פשיטא כיון דאין יכול להעיד בפיו אין עדותו עדות ולא הוה ליה למיתנייה בהדי קרוב ונתרחק, בדברי משפט [סי' מו] כתב שמבואר ברשב"ם שהטעם שאלם פסול לעדות הוא מחמת שיש בו חסרון כח להעיד אבל אי"ז דין שהוא נחשב עד פסול, ולפי"ז לחתום על שטר יהא כשר, דכל הטעם שכתב הרשב"ם שאין יכול לשלוח איגרת לב"ד משום דכתיב מפיהם ולא מפי כתבם, אבל בשטר ליכא חסרון דמפי כתבם, ולכן כתב הרשב"ם שא"א לומר שגרסינן בברייתא נשתתק מחמת חולי שהוא אלם דא"כ פשיטא שהרי אין יכול להעיד ואין כאן פסלות, משא"כ בשאר האופנים של הברייתא הוא חלות פסול, אולם עי' קצה"ח סי' מו ס"ק י"ט

שהאריך בנודן זה אם אלם הוא פסול הגוף או משום שאין יכול לדבר, ונקט דאלם הוא פסול הגוף דממעטינן מקרא או ראה ושמעה קול דכל שאינו בכלל ראה או שמיעה אינו כשר לעדות וה"ה אם לאו בר הגדה.

והנה הקו"ש [אות תכב] הקשה על מש"כ הרשב"ם דלא קתני נשתתק מחמת חולי דא"כ פשיטא והקשה דאדרבה כ"ש הוא שאם נשתתק מחמת חולי פסול כ"ש שנשתתק, וכתב לבאר דמשמע שהחידוש של הברייתא הוא שיש פסול של תחילתו בפסול ואם מיירי דנשתתק מחמת חולי שאין יכול לדבר אין כאן עדות פסולה אלא שהוא לא יכול להעיד בפועל ולא יהא כאן פסול של תחילתו בפסול, אלא שהקשה דבשלמא לראשונים שההלכה של תחילתו בפסול הוא רק אם הוא עד פסול א"ש דנשתתק שאין יכול לדבר אינו עד פסול לא יהא בו ההלכה של תחילתו בפסול, אבל לרשב"ם שבהלכה של תחילתו בפסול נאמר שצריך שיהא ראוי להעיד משעת ראייה הרי הכא כיון שאין יכול בפועל להעיד יהא בו פסול של תחילתו בפסול וצ"ע.

אולם למבואר בדברי משפט דאלם כשר לעדות שטר אפשר לבאר כונת הרשב"ם שמשמע מלשון הברייתא דאתי לחדש פסולי עדות שאף לעדות שטר פסולים, ואם הכונה שנשתתק שאין יכול לדבר פשיטא והרי לעדות השטר כשר, אבל אה"נ דינא דתחילתו בפסולות יהא אף בכה"ג שיש חסרון שאין יכול בפועל להעיד ומכש"כ לעיל.

הערות וצינונים פרק יש נוחלין

דף קכח:

א. גמ' אמר רבא ובנכסים של עכשיו. כתב הרשב"ם הטעם שאין נוטלת בנכסים שבאו אח"כ דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ואף לר"מ לא משום שאין אדם מעלה על דעתו דבר הראוי לו להקנותו אלא לדבר שהוא מוחזק בו עכשיו, ורבנו יונה הביא פי' הרשב"ם דמטעם שאין אדם מקנה דבר דלא בא לעולם והקשה אטו רבא בא להשמיע חידוש זה שאין אדם מקנה דבר לא בא לעולם, ולכן כתב לבאר אופ"א שכונת הנתן דלתא תימא שמכיון שבנכסים שיבאו אח"כ אין יכולה ליטול מכיון שהוא לא בא לעולם תיטול בנכסים שיש לו עכשיו כגד אותם נכסים, קמ"ל דלא שרק לפי השיעור של הנכסים שיש לה עכשיו, כיון שלא עלתה על דעתו על נכסים שיזכה אלא דוקא בנכסים הללו.

הרמב"ם [פ"א מזכיה הי"א] כתב אבל נכסים שבאו לאחר הצואה אין לה בהן חלק שאין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו, וכן הוא לשון השו"ע אבהע"ז [קח' א'], וכתב הרע"א בגליון שם הרמב"ם דמשמע שלמד"א אדם מקנה דבר שלא בא לעולם כה"ג קונה, והקשה א"כ אמאי אין כאן חסרון של קני את וחמור, שהרי מבואר ב"ב שאדם מקנה לחברו דבר שהוא בר הקנאה יחד עם דבר שאינו בר ההקנאה לא קנה כלום, ולכן כתב שצ"ל דכונת הרמב"ם כהרשב"ם שאין דעתו להקנות רק דבר שהוא ברשותו.

ב. גמ' ובבנים הבאים לאחר מכן. כתב הרשב"ם שלעולם תחלוק לפי שיעור הבנים שנמצאו בשעת חלוקה שאם נתרבו הבנים תקבל פחתו ואם נתמעטו הבנים תקבל יותר, אולם הנמוק"י כתב בשם הרשב"ם דשמא כונת הבעל היה שרק אם יתרבו הבנים תקבל פחות אבל אם יתמעטו אין כונתו למעט מחלק של היורשים אלא כונתו היתה שתקבל לפי השיעור הבנים שהיו לה בשעת שנתן לה, וכיון שיש כאן ספק הרי היורשים מוחזקים והוה ספק במתנה והדין הוא המוציא מחברו עליו הראיה, ומבואר שאע"פ שיש מתנה ודאית, אבל כיון שיש ספק מה שיעור המתנה חשיבי היתומים מוחזקים, [ועי' שו"ע אבהע"ז סי' קח סעי' ב' שהובא ב' הדעות].

ג. גמ' המוציא שט"ח על חברו וכו'. מבואר בגמ' דאע"פ שהעדים מעדים שפרע כל החוב מ"מ כיון שהוא מודה שפרע רק מחצה ומחצה עדיין חייב לשלם, נמצא שהוא מכחיש את העדים ולכן א"א לסמוך על העדים כלל, ולכן חייב לשלם מחצה ולישבע שבועת מודה במקצת, והקשה הראשונים דאם לדברי הלוח העדים פסולי א"כ נמצא שהשטר כשר וא"כ איך יהא נאמן הלוח לטעון פרוע הרי למלוה יש טענה שטרך בידי מאי בעי ואמאי לא יהא חייב לשלם כל החוב.

ומצינו ג' ביאורים בראשונים, א' תוס' בסוגיין כתבו שיש ללוה הפה שאסר שהרי כל הקיום של השטר נעשה ע"י שאמר שהוא חייב מחצה, לכן אין לגבות על פי השטר כל חוב שהרי אמר שפרע מחצה, אלא שלפי טענת המלוה יש תביעה על כל החוב ולכן חייב שבועת מודה במקצת, וכתב בקו"ש [אות תכו] שמוכח דשיטת התוס' דנאמנות של הפה שאסר אינו מחמת מיגו דאי בעי שתיק או שהיה יכול להכחיש, דהכא אם היה שתוק היה חייב וכ להכחיש לא היה יכול שהרי מבואר בתוס' בהמשך שהוא מירתת מהעדים ואין כאן מיגו, אלא ע"כ שהנאמנות של הפה שאסר הוא נאמנות חדשה שכיון שכל האסר היה על פיו ממילא יש לו כח לקבוע שההיתר ג"כ יהא על פיו, ומיהו ע"י הפה שאסר אינו נאמן ליפטר משבועה, שהרי הסיבה שחייב שבועה היא מחמת שעי' ההודאה במקצת איכא רגלים לדבר והוה ככל מודה במקצת שחייב שבועה, ב' רבנו יונה כתב לישב שהסיבה שאין לגבות ע"י השטר משום שיש לו מיגו דאי בעי כופר בכל, ואע"פ שמבואר בגמ' להלן שהוא מפחד לטעון כופר בכל דהוה מיגו דהעזה, י"ל שכל הסברא שאין מיגו דהעזה הוא רק לענין זה שבא לפטור עצמו משבועה, שאדם מפחד שיהא מוכחש לכן לא בא לפטור עצמו בטענה שיהא מוכחש כדי לפטור משבועה, אבל כדי לפטור את עצמו מחיוב ממון אית ליה מיגו דאמרין שהיה מכחיש כדי ליפטר מחיוב ממון, [וצריך לבאר שאם כדי לפטור אותו מממון אנו אומרים שיש לו מיגו, דהיינו שאנו תולים שהוא אומר אמת שהרי היה יכול להכחיש א"כ מדוע א"י הוכחה גם לפטור אותו משבועה שהרי אנו תולים שהוא אומר אמת דאל"כ היה יכול להכחישו, ועיין], ג' הנמוק"י כתב

שאעי"פ שפסל את עדים מ"מ א"א לגבות מהשטר, דמה שפסל את עדים לא הוה בתורת ודאות שהרי אפשר שהעדים זוכרים יותר טוב ממנו, אלא הוה כספק הכחשה ולכן דנים כאילו אין כאן לא שטר ולא עדים ולכן מספק חייב שבועה, ועי' קצה"ח סי' פ"ב ס"ק יט שכתב דהש"ך כתב שלפי סברא זו הוא רק בכה"ג שיש שטר דבזה מכח ספק שטוען שחייב מחצה חייב שבועה, אבל במלוה על פה לא יתחייב שבועה והקצה"ח חולק עליו עיי"ש מש"כ.

ד. רשב"ם ד"ה נשבע. כתב הרשב"ם שאין גובה מנכסים משבועבדים משום שהלקוחות יכולים לומר דשמא עביד קנוניא, וצ"ב מדוע הוצרך הרשב"ם לה"ט ומדוע לא אמר בפשוטו שאין נאמנות של הודאת בע"ד במקום שחייב לאחרים, דעיין בקצה"ח [צט סק"ב] שהוכיח מפרק האומר סה ע"ב דאיש ואשה שמודים שנתקדשו אין חוששין לקידושין דאף במקום שחב לאחרים אין נאמנות אעי"פ שאין חשש קנוניא, וקשה א"כ מדוע הוצרך הרשב"ם לחשש קנוניא, ועי' בשיעורי הגר"ש ב"מ דף יג ע"ב שהאריך בנדון זה והביא דהבית יעקב בכתובות כתב דלולא טעם דקנוניא היה נאמנות של הודאת בע"ד אף במקום שהוא חב לאחרים, אלא שתמה ע"ד, ועיי"ש מש"כ הגר"ש שיש ב' דינים בהודאת בע"ד, א' נאמנות דילפינן מכי הוא זה ב' בכל הודאת בע"ד איכא סברא שהוא נאמן דאיכא אן סהדי שדובר אמת דשום אדם לא יחייב עצמו, אלא דבמקום שחייב לאחרים אין נאמן מב' הטעמים דלא נאמר גזה"כ דכי הוא זה במקום שחב לאחרים, וליכא נמי האנן סהדי משום שיש חשש קנוניא, אלא שכתב דבמקום עדים לכאורה ליכא האנן סהדי והכא הרי הוא כנגד עדים ולא היה צריך להיות נאמן.

דף קכט.

ה. גמ' ור"ל אמר לא קנה עד שיאמר פלוני ופלוני ירשו שדה פלונית ופלונית שנתנים להם במתנה וירשום. הרשב"ם ביאר דסברת ר"ל דמכיון שנותן לב' בנ"א וב' שדות לכן אם אינו אומר באופן זה שירושה בתחלה ומתנה באמצע וירושה בסוף, הדיבור היה מתחלק דמה שאמר בתחלה נותן לראשון ומה שאמר בסוף לשני, ולכן רק בכה"ג שאומר ירושה בתחלה ובסוף ומתנה באמצע קנו, אולם הרשב"ם כתב שאף אם אמר ירושה בתחלה ולשון המתנה אמר בלשון ותנתן דהיינו לשון עתיד ולא בלשון שנתתם שהוא לשון עבר בכה"ג הדיבור היה מתחלק, ועי' במהרש"א שהתקשה בזה מ"ש אם אמר לשון עבר שאנו מפרשים את הלשון מתנה על שניהם, ואילו בלשון עתיד הוא רק לשני, ועי' ברשב"א מה שהקשה על דברי הרשב"ם מהסוגיא בע"ב ועי' מגיד משנה פ"ו נחלות ה"ו שהר"י מגאש והרמב"ם פ"י דברי ר"ל באופ"א.

דף קכט:

א. גמ' אין לשני במקום ראשון כלום שאי"ז לשון מתנה אלא ירושה וירושה אין לה הפסק. הראשונים ביארו דכיון שלריב"ב יש כח לתת ליורש אחד שהוא יהא היורש היחידי בכל הנכסים לכן אם עשאו יורש אין יכול לעקור דין הירושה ממנו משום דירושה אין לה הפסק, והקשו הראשונים א"כ איך אפשר לתת מתנת שכיב מרע הדין שמתנת שכיב מרע קונה רק לאחר מיתה והרי כבר זכה היורש ואמאי לא אמרינן ירושה אין לה הפסק, וכתב הרמב"ן והרשב"א דהא דאמרין ירושה אין לה הפסק הוא רק בכה"ג שהיה הנחלה של המוריש, אבל בכה"ג שזכה היורש מדין ירושה בעלמא בכח המוריש להוציא ממנו ע"י דין מתנת שכיב מרע, שהתורה נתנה לו זכות להוציא מהיורש וליתן הנכסים לאחר, וכן נתנה לו התורה זכות ליתן נכסיו לאדם אחר לאחר זמן, והיינו שבדין מתנת דשכיב מרע נתחדש שאם אומר שלאחר זמן מסוים יעברו הנכסים מהיורש לאדם אחר, וכן יכול לומר שאם מת בני ירש פלוני הנכסים, דהיינו שאם בתחלה לא עשה הנחלה יכול לקבוע מי יהא הבעלים על נכסיו, ועי' נמוק"י.

ב. בעיקר דברי הגמ' שאין זה לשון מתנה אלא לשון ירושה נחלקו הראשונים האם הוא דוקא כיון שלא אמר בהדיא לשון מתנה ע"כ אמרינן סבסמא כונתו היתה לירושה או אף בכה"ג שאומר בהדיא לשון מתנה כיון שראוי לירשו אמרינן שכונתו היתה לעשות הנחלה בתורת ירושה, ברשב"ם כתב שאין כאן לשון מתנה להאי ראשון אלא מסתמא ללשון ירושה איכון, ומשמע מדבריו דרק בכה"ג שלא אמר לשון מתנה בהדיא, אבל הראשונים הביאו שהגאונים כתבו שאין חילוק בזה ואף בכה"ג שאמר בהדיא לשון מתנה חשיב ירושה ואיכא ביה דינא דירושה אין לה הפסק, וכונתו דכל שאדם נותן נכסיו למי שראוי לירשו ע"כ זה מעשה של הנחלה ומועיל מדין ירושה ולא מדין מתנה.

אלא שהראשונים הקשו ע"ז ב' קושיות א' מהא דמבואר במשנה לעל קכו ע"ב לרבנן שאין יכול להנחיל לאחד מבנים שאם אמר משום מתנה חל המתנה וקשה מדוע לא אמרינן דחשיב ירושה וממילא לא אמר כלום דלא מהני לעקור דין תורה, ב' עוד הקשו הראשונים מהא דמבואר לעיל בנותן שקל לבני ולאחר מותר אמר ירשו היורשים וכיון שנתן לו שקל הרי הוא כבר זכה בנכסים ואמאי לא אמרינן ירושה אין לה הפסק.

ובישוב קושיא הראשונה נחלקו הרשב"א והריטב"א, הרשב"א כתב שכל סברת הגמ' שאף אם אמר בלשון מתנה חשיב ירושה הוא רק בכה"ג שיכול לזכות בנכסים מדין ירושה, אבל אם אין לו אפשרות לזכות בנכסים מדין ירושה בכה"ג חל המתנה כמו שאמר ולכן במשנה שאין יכול לעקור דין ירושה לרבנן, ולריב"ב שבא לעקור חלק הבכורה ואין יכול לעקרו אלא אם יתן מתנה לאחין בכה"ג אמרינן שחל בתורת מתנה ולא חשיב ירושה, אולם הריטב"א כתב דסברת הגמ' דאין כונת הגמ' דבמקום שיכול לקבל בתורת ירושה דינו רק כירוש אלא כונת הגמ' שבכה"ג שיכול לקבל גם בתורת ירושה דיש בו ב' כוחות לקבל משום ירושה ומשום מתנה ויש בו ב' המעלות, ולכן רק במקום שיכול לקבלו מדין ירושה אמרינן ירושה אין לה הפסק, אבל במתני' אדרבה כדי לקבל

המתנה חייב להיות שהוא מדין מתנה בכה"ג נשאר דינו שיש לו זכות לקבל המתנה שבתורת ירושה לא היה לו זכות, ועי' שיעורי הגר"ש אות כמה מש"כ.

ובמה שהקשו הראשונים מהא דאומר תנו שקל לבני אמאי לא אמרינן ירושה אין לה הפסק, ולדעת הרשב"ם א"ש דהתם הרי אמר בהדיא שהוא נותן בתורת מתנה, ולדעת הגאונים כתבו הראשונים דע"כ צ"ל שאין הכונה שמקנה את כל הנכסים לבן אלא שנותן לו בתורת ירושה רק שקל ולא את כל הנכסים ולכן יכול שאר האחים יכולים לקבל, ועוד כתבו דמייירי שנתנו לשליש מחיים שיזכה עבורם מה שצריך.

ג. גמ' והלכתא תוך כדי דיבור כדיבור לבר וכו'. בגדר הדין דיכול לחזור בו בתוך כדי דיבור מצינו ג' סברות בראשונים, א' ברשב"ם מבואר שהוא דין דאורייתא, שכתב שבעבודת כוכבים משום חומרא אין יכול לחזור בו וכן בקידושין כתב דחומרא דרבנן היא וצריכה גט מדרבנן, ומבואר שמעיקר הדין מהתורה יכול לחזור בו בתוך כדי דיבור, ב' שיטת ר"ת בתוס' שהוא תקנה דרבנן כדי שיוכל להפסיק בשעה שעושה מקח עם חברו ויוכל לומר לרבו שלום עליך, וכתבו תוס' שהא דמבואר בסוגיא בנדרים לגבי קריעה דאם שמע שמת ובתוכ"ד לקריעה מת לו מת הוא משום לא פלוג רבנן, אולם לרשב"ם י"ל דהתם הוא מעיקר הדין משום דכל תוכ"ד חשיב שעדיין לא נשלם המעשה מה"ט דיכול לחזור בו ומהשו"ה חשיב מעשה הקיעה על המת, ג' הר"ן בנדרים פז. כתב לבאר מ"ש דבאותם דברים לא אמרינן תוך כדי דיבור כדיבור, דכיון שאין גמר דעתו של אדם בשעת מעשה אלא לאחר כדי דיבור דשמא יחזור בו לכן יכול לחזור בו עד שיעור זמן זה, אבל בדברים חמורים אין אדם עושה אותם אם לא גמר בלבו לעשות ובהסכמה גמורה ולכן אין יכול לחזור בו, מבואר בר"ן סברא חדשה שמעיקר הדין יכול לחזור בו תוכ"ד משום שלא גמר בדעתו שהמעשה יחול מיד, ועי"ש בר"ן מה שהקשה על ר"ת איך עקרו רבנן דין תורה, ועי' בספר מנחת משה נדרים מש"כ באריכות בכל הסוגיא.

ד. רשב"ם וקידושין. שאם קידש אשה בפני עדים וחזר ואמר תוך כדי דיבור להו לשם מתנה ולא להו קידושין, בספר קו' שיעורים נדרים [בענין תוכ"ד] דקדק בלשון הרשב"ם במה שכתב שקידש בפני עדים, ועוד דקדק מה כונת הרשב"ם שחזר ואמר שנתן המעות לשם מתנה, ומה נפק"מ באיזה אופן חזר בו אם כונתו ליתן מעות מתנה או שחזר בו לגמרי מהקידושין ולוקח המעות בחזרה, והביא שהחת"ס כאן ובתשובה אבהע"ז סי' צז כתב לבאר דברי הרשב"ם שבדקדוק כתב כן ודוקא שנותן מעות לשם מתנה, דרק בכה"ג סבר הרשב"ם שצריכה גט מדרבנן, אבל בכה"ג שחזר בו מהקידושין ורוצה את המעות בחזרה בכה"ג אין יכול לחזור בו מהתורה כיון שחזר בו ממעשה, עי"ש שכתב לבאר בזה מדוע הגמ' בנדרים לא הביאה חוץ מקידושין כמו שמבואר כאן, ומישב בזה סתירה בדברי השו"ע עי"ש.

הערות וצינונים פרק יש נוחלין

דף קל.

א. מתני' ר' יוחנן בן ברוקה אומר אם אמר על מי שראוי לירשו דבריו קיימין. בגמ' מבואר שנלמד מקרא דוהיה ביום הנחילו את בניו שהתורה נתנה רשות לאב ליתן נכסיו למי שראוי לירשו, האחרונים חקרו ביסוד הדין של ריב"ב האם הוא מדין ירושה דנתחדש בקרא שבכח המוריש לעשות אחד מהבנים שהוא יהא כיורש יחידי וממילא זוכה בנכסים מחמת שהוא היורש, או דילמא שהוא מעשה הנחלה בנכסים, דהיינו שנותן לבנו נכסיו שאופן הזכיה בנכסים הוא כדיני נחלות אבל לא קיבל שם יורש מחודש, אלא שצריך שיהא לו שם יורש כדי שיוכל לזכות בנכסים בצורה של הנחלה, [ויש להוסיף הסבר בזה דע' לעיל קכו ע"ב שנתבאר שבעצם יש לכל אדם בעלות על הנכסים לקבוע מי יזכה בהם לאחר מיתה, אלא שיש הלכה של פרשת נחלות שהתורה קבעה מי יהא היורש, אבל התורה לא הפקיעה ממנו את הכח להוריש, וס"ל לריב"ב שאע"פ שלאחר אין יכול ליתן משום שהוא מתנה על מה שכתוב בתורה, מ"מ לאחד מהיורשים שלו יש לו כח להוריש, וא"כ י"ל שגדר דין הירושה הוא זכיה בנכסים כמו לולא פרשת ירושה שהבעלים היה יכול ליתן למי שרוצה את הנכסים ונראה ברור שאם היה נותן לאחר לא היה לו שם יורש, אלא שקובע מי יהא הבעלים לאחר מיתתו וזהו גדר הנחלה דריב"ב דיכול לקבוע מי יהא הבעלים בממון וזוכה בו בצורת הנחלה].

ומצינו שנחלקו בזה הראשונים ואחרונים ואיכא בזה כמה נפק"מ לדניא ובהמשך יתבאר כל דין בפני"ע, א' אם בדיבור סגי או שצוררת הנחלה היא ע"י קנין, ב' אם יוכל לחזור בו דאם הוא הנחלה על השם יורש זה נעשה מחיים, אבל אם הוא על הנכסים הוא חל רק בשעה שזוכה בפועל בנכסים והוא רק לאחר מיתה, ג' אם מהני הנחלה בדבר שלא בא לעולם, דאם הוא תוצאה מזה שיש לו שם יורש אף בדבר שלא בא לעולם מהני, אבל אם הוא הנחלה בנכסים צריך שיהא המוריש בעלים עכשיו על אותם נכסים ולא מהני בדבר שלא בא לעולם, ד' אם איכא דין משמוש בהנחלה זו דהיינו שהנחיל לבנו ומת בנו היורש בחיי האב אם יזכו בניו, ה' האם מהני הנחלה לעובר למד"א יש זכיה לעובר בירושה דממילא, ו' יש לדון אם הבן מעכב ואינו רוצה לזכות בהנחלה ואפשר שתלוי בבי' הצדדים, ז' אם מהני הנחלה במקצת או רק בכולו.

הקצה"ח [רנ"ח] כתב כדבר פשוט דמהני הנחלה אף בדבר שלא בא לעולם, וביאר הדבר כתב ז"ל היינו משום דגוף היורש איתא בעולם והתורה נתנה לו רשות להנחיל למי שירצה וכיון דנעשה יורש ממילא זכי בנכסים שנפלו לו גם אחרי כן עכ"ל. מבואר ברור מדבריו שהבין שהנחלה דריב"ב הוא שמחיים האב עשה אותו יורש ולכן כשמת האב זוכה בנכסים, אולם הנתה"מ [רפא ב] חולק על הקצה"ח והוכיח מכמה דוכתי דלא מהני הנחלה בדבר שלא בא לעולם, ולכאורה נחלקו בגר ההנחלה דבקצה"ח מבואר דבכוחו לעשות אותו יורש אבל לנתה"מ לא נעשה יורשה אלא הוה כמתנה וכמו שמבואר בכל דבריו שם, ובזה מובן מש"כ הנתה"מ שם

שאם הנחיל לאחד מבניו ורוצה לחזור בו יכול לחזור בו, ותמה על הקצה"ח סק"ג שכתב שאין יכול לחזור בו לאחר שנעשה כבר יורש, אולם הביאור בזה דאזלי לטעמיהו דהקצה"ח למד דנעשה יורש מחיים וממילא אין בכוחו לומר לא ירש דאף לריב"ב אין לו כח לומר על אחד מבניו שלא ירש, אולם ע"י בקצה"ח שם שכתב דאע"פ שאין יכול לחזור בו מהירושה דהוה מתנה על מה שכתוב בתורה, מ"מ יכול לומר על הבן השני שהוא ירש כל הנכסים, ועי"ז יעקור את ההנחלה שעשה בתחלה, דהרי כמו שמעיקרא היה לכל הבנים תורת יורשים ויכל ליתן לאחד יותר מהשני ה"נ לאחר שכבר הנחיל לא פקע משאר הבנים שם יורש.

הרע"א [תשובה קלב] הוכיח כדברי הנתה"מ דלא מהני הנחלה דריב"ב בדבר שלא בא לעולם מהא דמקשה הגמ' לעיל קצו ע"ב לרבנן כיכר למה לי ואומרת הגמ' דאיצטריך לנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס דכה"ג אין מיגו שהיה יכול להקנות לו, והקשה דמ"מ הרי יכול להקנות לו בהנחלה דריב"ב, אלא ע"כ דלא מהני הנחלה אלא בדבר דשייך בו מתנה והיינו רק בדבר שבא לעולם, והנתה"מ הביא הוכחה זו ושוב דחה הרי אף לריב"ב אין יכול להפקיע חלק בכורה וא"כ מדינא דהנחלה א"א לאב לומר מי הבכור עי"ש עוד מש"כ לדון בזה, ועוד הוכיח הרע"א מדברי הרשב"א בקידושין ס ע"ב שמבואר בדבריו בהדיא דלא מהני הנחלה בדבר שלא בא לעולם, ועיין להלן שמבואר שבדברי הרשב"א מבואר דלא נעשה יורש ע"י דין הנחלה.

ובאמת שמצינו שנחלקו הראשונים בהדיא בגדר הנחלה דריב"ב, דהגמ' לקמן קמא ע"ב מקשה למד"א מזכה לעובר לא קנה מהא דתנן האומר אם תלד אשתי זכר יטול מנה ואיך יכול לזכות, ואומרת הגמ' דאי כר' יוסי דסבר יש זכיה לעובר הא כ"ז רק בירושה דממילא ולא כשמקנה לו בקנין, ואומרת הגמ' דאפשר דקאי כריב"ב דסבר דיכול להנחיל למי שראוי לירשו ומהני מדין הנחלה, ודוחה הגמ' דריב"ב אמר רק בבנו שנמצא אבל בבנו שלא בעולם מי אמר, ומקשה הגמ' דאפשר דריב"ב סבר כר' יוסי דיש זכיה לעובר וממילא מהני הנחלה אף לעובר ודוחה הגמ' מי יאמר דסבר לה, ונחלקו הראשונים בכונת הגמ' הרא"ש בשטמ"ק כתב שאף אם סבר ריב"ב כר"י לא יוכל להקנות לעובר, משום דלא מהני הנחלה דריב"ב יותר ממתנה בקנין, והיינו דכל דבר שלא בר הקנאה לא מהני בו הנחלה, ור' יוסי דאמר יש זכיה לעובר רק בירושה דממילא, אבל בר"ן שם מבואר דהנחלה דריב"ב חשיב ממש כירושה, עי"ש בכ"ד ומבואר בדבריו שהגמ' דוחה שאין מקור שריב"ב סבר כר"י ולכן א"א לומר דמתני' כריב"ב, וכתבו הקו"ש [אות תפג] ושעורי הגר"ש [אות כד] שמבואר שנחלקו הרא"ש והר"ן בגדר הנחלה שהר"ן למד דהוה כירושה ממש ולכן אם יש זכיה לעובר בירושה דממילא ה"נ היה מהני הנחלה, אבל הרא"ש סבר שהוא בגדרי מתנה ובדבר דלא מהני הקנאה לא מהני הנחלה, ועי' להלן שבדברי הר"ן בסוגיין מבואר מפורש כשיטתו להלן.

והנה השער המלך [הלכ' נחלות] הוכיח מהריטב"א לעיל קצו ע"ב שמבואר שמהני הנחלה אף בדבר שלא בא לעולם, דכתב הריטב"א אם אמר על בנו פשוט שיקבל פי שנים כמו הבכור, הדין הוא שלא יקבל בראוי שהרי בכור אינו נוטל בראוי מבואר בהדיא שכל הטעם שאינו נוטל בראוי משום שאמר שיטול כבכור ומשמע שבכל הנחלה נוטל בראוי והיינו דמהני הנחלה אף בדבר שלא בא לעולם, ולמבואר הריטב"א סבר שגר דין הנחלה הוא דנעשה כירוש, ויש להוכיח עוד כן דהריטב"א כאן כתב דכל דין הנחלה דריב"ב הוא רק בכה"ג שעושה הנחלה בכל הנכסים, אבל הנחלה במקצת לא מהני, והוכיח כן שהרי הכלל בכל מקום שמתנת שכיב מרע במקצת בעי קנין, דכיון שלא נתן כל נכסיו אנו רואים שלא נתן מחמת מתיה, ואם מהני הנחלה במקצת א"כ מצינו מתנת שכיב מרע מקצת דלא בעי קנין כשאומרה בלשון ירושה ונותן למי שראוי לירשה, והרי הכלל בעלמא דמתנת שכי"מ במקצת בי קנין אלא ע"כ דלא מהני הנחלה במקצת, והנתה"מ [רפא ג] תמה עליו וצ"ב באמת מה הטעם דלא יחייב הנחלה במקצת, ואפשר שאם הגדר של מתנת שכי"מ שהוא הנחלה בנכסים והיינו שהוא כנותן במתנה מקצת נכסיו קשה מה הטעם שבמקצת לא מהני, אבל אם נימא שהוא נעשה לירוש והיינו שנתחדש כאן פרשה חדשה של ירושה שיכול לעשות את היורשים שלו צורה אחרת של ירושה א"כ י"ל שכל החידוש הוא רק בכה"ג שעושה כן בכל נכסיו, אבל אם עושה כן רק למקצת מהנכסים לא נתחדש תורת ירושה למחצה מנכסיו, [וזה ברור שאף לריטב"א אין צריך ליתן כל נכסיו לירוש אחד, שהרי הריטב"א בעצמו כתב לעיל קצט ע"א שהמשנה דקתני ריבה לאחד ומיעט לאחר מהני דלא מהני הוא רק לרבנן אבל לריב"ב מהני וא"כ מבואר בהדיא שאין דין להנחיל רק לירוש אחד, וע"כ שצריך לעשות ירושה חדשה בכל נכסיו ורק בזה נחדש הנחלה של ריב"ב, [אולם עי' בריטב"א להלן קל ע"א שכתב הריטב"א דמהני חזרה בהנחלה דריב"ב ואפשר שכונתו כמו שכתב הקצה"ח דרך בכה"ג שעושה הנחלה חדשה לירוש אחר ולא בכה"ג שמפקיע הירוש שנתן לו], והנתה"מ שתמה על דברי הריטב"א משום דחלק בסברא שהנחלה דריב"ב אינו משום שנעשה יורש על הנכסים וכמשי"כ, ולהלן יבואר שהרשב"א חולק בהדיא על הריטב"א ומשום דאזיל לטעמיה וכמשי"כ שחולק על הגדר של הנחלה של ריב"ב.

ב. מתני' על מי שראוי לירשו דבריו קיימין. הרע"א הסתפק האם יכול להנחיל לריב"ב לאח בין האחין, משום דאם ירושת אח הוא מדין משמוש דהיינו שהוא יורש את אביו א"כ איך יכול המוריש להנחיל דוקא לירוש מסוים, הרי אין כאן ירושה ישירה מהמת אלא היא עוברת דרך האב, אולם עי' בשו"ע רפא סעי' א' דמבואר כן בהדיא ועי' בקצה"ח רפ"א ב ונהת"מ שם שביארו ענין זה, וכן מוכח מדברי הרשב"א בקידושין ס ע"ב שכתב דיש הנחלה בבן אחיו והוא ירושה רק דרך מימוש, ועי' בשעורי הגר"ש בכ"ז.

ג. רשב"ם ד"ה וכי תימא. בסו"ד כתב ואין ראוי לירשו עד שתמות בתו ואחיו, הרש"ש ביא שכונת הרשב"ם דלא מהני הנחלה בכה"ג שיש ב' אנשים שצריכים לירש, ולכן רק אם יש לו בת ואח לא מהני הנחלה דריב"ב, אבל אם היו לו ב' בנים לא מהני הנחלה לבת כיון שכדי שתירש הבת צריך שבי' אנשים ימותו, ועי' בשעורי הגר"ש שכתב שלולא דבריו אפשר לפרש שכונת הרשב"ם דהיכא דצריך לסלק ב' דרגות של ירושה בכה"ג חשיב אחר, אבל אם יש ב' בנים והבת היא יורשת הרי כולם באותה דרגה של ירושה.

דף קלא.

א. גמ' בעי רבה בבריא האיך. הראשונים הביאו שהראב"ד ביאר שהספק של הגמ' בהקנה לו נכסיו בשטר בלשון ירושה, ומסתפקת הגמ' האם רק בשכ"מ מהני הנחלה או אף בבריא, והריטב"א והר"ן הקשו עליו דל"ש נדון של שטר בהנחלה דריב"ב, וז"ל הריטב"א מה עסק שטר בכאן וכי היא הקנאה מחיים שתהא צריכה שטר הא ודאי אין הנחלה מחיים ואי מחיים מתנת בריא בעי, והר"ן תמה דכיון שהתורה נתנה רשות לאב להנחיל לכל מי שירצה כשהוא מנחיל בן אחד בן הבנים הרי הוא כאלו אין לו אלא אותו בן בלבד דבדבורא בעלמא סגי ליה, וברור בדבריהם דס"ל שהנחלה דריב"ב אינו הקנאה אלא חלות דין ירושה ולכן ל"ש נדון של שטר כאן וכמו שכתב הר"ן שע"י הנחלה הרי הוא כיורש יחיד.

אולם הרשב"א כתב דא"א לומר שהנחלה דריב"ב מהני בדיבורא בעלמא דא"כ נמצא מתנת שכ"מ במקצת שאמר בלשון ירושה קונה כשנתן לאחד מירשיו, ולא משמע כן בשום דוכתא, ולכן כתב הרשב"א דודאי כדברי הראב"ד דמקנה בשטר ובלשון ירושה, וז"ל ואע"ג דאין שטר לאחר מיתה הני מילי בשטר מתנה כדברי הרב דאינו קונה לאחר מיתה אבל האי דיהיב בלשון ירושה הרי הוא כירושא שקונה עם גמר מיתה הילכך אף בבריא קונה בשטר ואפילו נתן לו הכל משום ירושה וקריב"ב וכיון שאמר משום ירושה קונה עם גמר מיתה כירושא עכ"ל, וצריך להבין כונת הרשב"א דזה ודאי שאין כונתו שקונה ע"י השטר ואין כאן חסרון של שטר לאחר מיתה דקונה בשעת גמר מיתה ובאותה שעה יכול להקנות, דא"כ לא היה כאן חידוש בהנחלה דריב"ב ואף רבנן היו מודים לזה, אלא ע"כ הרשב"א חולק על הראשונים שכתבנו וס"ל שאין הגדר בהנחלה שנעשה ליורש וממילא זוכה בנכסים, אלא הכונה של הנחלה היא הנחלה בנכסים, וסבר הרשב"א שהאופן לקבל הנכסים בתורת הנחלה היא רק ע"י קנין והוא קנין לקבל זכות בנכסים יזכה בהם בתורת ירושה, והזמן שחל הקנין הוא בשעה שצריך לחול דין הירושא, וזה מש"כ הרשב"א דשעת הזכיה בירושא היא בגמר מיתה וע"כ באותה שעה חל הקנין שיוכל לזכות בנכסים בתורת ירושה, ולכן אין חסרון של אין שטר לאחר מיתה, וע"י בשיעורי הגר"ש אות פט ובחי' ר' אריה ליב.

והנה בקו"ש [אות תלד] הביא דבמהר"ח אור זרוע כתב שאדם שהנחיל לבנו ואח"כ מת, בן בנו עומד במקום אביו ומקבל אותו הנחלה שנתן לבנו, וכתב שכ"ז רק אם הגדר של הנחלה הוא שנעשה כיורש, לכן אע"פ שמת הבן בחיי הבאב מ"מ כיון שכבר נעשה יורש ממילא יוכל להוריש לבנו זכותו, אבל אם גדר הדין של הנחלה הוא בנכסים, נמצא שאין לו מחיים דין זכיה אלא כל הזכות חלה רק לאחר מיתה, וכיון שבשעה שמת האב הבן אינו בעולם אין יכול לזכות בנכסים, ונראה שלדברי הרשב"א ברור שאם מת המקבל בחיי הנותן דלא מהני הנחלה, שהרי לרשב"א דבעי שטר והקנין חל בגמר מיתה ואם באותה שעה מת המקבל במה יזכה בנו בהנחלה הרי המוריש שלו לא זכה.

ונמצא לפי"ז שנתברר שנחלקו הרשב"א והריטב"א והר"ן בגדר הנחלה דריב"ב, ולפי"ז א"ש שהרשב"א בקידושין שהביא הרע"א סבר דלא מהני הנחלה דריב"ב בדבר שלא בא לעולם לשיטתו אזיל שסבר שהוא הנחלה בנכסים לכן צריך שיהיו הנכסים אצלו בשעת שמנחיל, [וכן מש"כ הריטב"א להכריח דבעינן הנחלה בכל הנכסים דלא"כ מצינו מתנת שכ"מ במקצת שא"צ קנין ולכן כתב דע"כ צריך קנין, והרשב"א ע"כ חולק על ת"י הריטב"א והביאור דאזיל לטעמיה שכתבנו שסבר שלא בתורת ירושה היא].

הערות וציונים פרק יש נוחלין

דף קל:

א. גמ' אמר ליה אביי ההוא מלא יוכל לבקר נפקא. פ"י רשב"ם שמדויק שממה שהתורה אמרה רק על חלק בכורה איסור להעביר חלקו משמע שבחלק פשוט יכול להעביר, הקצה"ח [רפא א] הביא שהרמב"ן בספר המצות האריך לבאר שבדין לא יוכל לבקר לא נאמר רק הלכה שאין יכול להעביר חלק הבכורה, אלא נאמר כאן איסור לאו שאם האב אמר פלוני בני בכור לא יקבל פי שנים או שיאמר שהבכור יקבל חלק כמו הפשוט עובר באיסור לאו, והקשה הקצה"ח א"כ מהיכן הגמ' מדיקת שממה שהתורה אמרה לא יוכל לבקר דדוקא חלק בכורה אין יכול להעביר אבל חלק פשוט יכול, הא אפשר דבאמת אין חילוק בין חלק בכורה לחלק פשוט, ואף בחלק פשוט אין יכול להעביר מהיורש זכותו כיון דהוה מתנה על מה דכתוב בתורה, אלא שבחלק הבכורה יש איסור לאו ובחלק פשוט אין איסור לאו.

וכתב לישב דמוכח ממה שהתורה אמרה 'לא יוכל לבקר' ולא אמרה תורה 'לא יבקר' ע"כ נתחדש בקרא ב' דינים א' שיש איסור להעביר נחלה, ועוד דלא יכול להעשות העברת נחלה, ומשו"ה מדייקת הגמ' שעל ב' הדינים שנאמר בקרא הוא דוקא בבכור ולא בחלק פשוט, ובזה כתב לישב קושית תוס' בע"ב ויבואר להלן, וע"י שיעורי הגר"ש מש"כ בזה.

ב. הריטב"א לעיל קצט ע"א הביא ג' פרטי דינים באיסור העברת נחלה של חלק בכורה, א' אם נתן האב לכל פשוט חלק במקום מסוים, כתב רבנו יונה שהבכור נוטל מכל אחד חלק כיון שיש לו זכות של פי שנים, וכל הדין שנוטל הבכור אחד מצרא הוא היכא דאפשר, אבל יש אומרים שאין האב יכול לחלק נכסיו באופן שהוא מגרע מהבכור חלק מהירושה, והיינו כיון שדינו ליטול אחד מצרא, אם יחלק לכל אחד קרקע במקום מסוים לא יקבל אחד מצרא, לכן בטלה כל החלקה וירשו כאילו לא אמר, והיינו דרבנו יונה סבר שכיון שלא מפקיע ת ירושת הבכור לגבמרי מהני חלוקת האב לגבי הפשוטים.

עוד הביא מחלקות האם יכול להעביר מהבכור רק חלק הבכורה אבל חלק הפשיטות יכול להעביר, או דילמא שאין יכול להעביר מהבכור אף חלק הפשיטות, ויסוד הספק נראה האם חלק בכורה הוא דבר בפני"ע, או דחלק בכורה הוא מה שמקבל פי שנים מפשוט, וא"כ אם מסלק אותו מחלק הפשיטות אין לזה שם של חלק בכורה, ומה שיש לזה תורת בכורה הוא כשמקבל ב' חלקים, והביא

שהרא"ה כתב דאין יכול לסלק אותו מחלק פשיות דפי שנים אמר רחמנא, והסברא בזה נראה כמש"כ, והריטב"א כתב ואינו מחוור בעיני וכן כתב בהדיא במשנה לעיל קכו ע"ב דחלק פשיטות הפסיד הבכור, ועי' ברש"ש כאן שנסתפק בזה.

עוד הביא שנחלקו הראשונים אם ריבה לאחד ומיעט לאחר בכה"ג ששינה לבכור ולפשוטים חלק הירושה, שלגבי הבכור ודאי שלא מהני האם אף לגבי הפשוטים בטל ההנחלה או לא, והביא הריטב"א לעיל קכט ע"א שהר"י מגאש כתב שכל הנחלה בטלה, ופי' בזה המשנה לעיל 'ריבה לאחד ומיעט לאחר והשוה להם את הבכור אם אמר בלשון ירושה לא אמר כלום', דכונת המשנה אף לריב"ב דכיון ששינה לבכור ואין בכוחו להפקיע לבכור חלקו ממילא בטלה כל ההנחלה, אבל הריטב"א חולק אף בזה וכתב שרק לגבי הבכור בטלה ההנחלה שאין יכול להפקיע חלק הבכורה אבל לגבי הפשוטים קיימת הנחלה שאם ריבה לאחד מהני, וביאור כונת המשנה כתב דקאי כרבנן דלא אמר כלום לגבי חלק הפשוטים, וכן פי' הרשב"ם במשנה, ונמצא ג' מדרגות של הפקעת חלק הבכורה, הדין הראשון הוא הפקעת חלק הבכורה שלא יקבל אחד מצרא, והשני הפקעת חלק הפשוט של הבכור, והדין השלישי האם בהפקעת חלק הבכורה הוא סיבה לבטל כל ההנחלה.

ע"ע ביד רמה אות קו שכתב שמה שהעביר יעקב הנחלה מראובן משום שזה היה קודם מתן תורה, ע"ע מש"כ בספרנו פרשת כי תצא על הפסוק לא יוכל לבקר, ועי' ברמב"ן שם על התורה שכתב חידוש שכל האיסור העברת נחלה מהבכור הוא רק בחיי הבכור, אבל אם מת הבכור בחיי אביו יכול האב להעביר ממנו חלק הבכורה.

ג. תוס' ד"ה תלמוד לומר. ולר' יוחנן בן ברוקה וכו', עיין בקצה"ח שם שכתב לישב קושית תוס' דאין לומר לישתוק קרא מיניה דאם לא היה קרא דלא יוכל לבקר, הו"א דאע"פ שמדין תורה פשוט יורש מ"מ אם משנה ועוקר דין תורה היה חל דאי עביד מהני, ולכן צריך קרא דלא יוכל לבקר ללמד שאי עביד לא מהני.

דף קלא.

א. גמ' ושמע מינה אפילו בבריא אמר. הנתה"מ [רפא ג] הקשה מכאן על מש"כ הריטב"א והנמוק"י שכל הדין של הנחלה דריב"ב הוא רק בכה"ג שהוא מנחיל את כל הנכסים אבל אם מנחיל רק מקצת לא אמר ריב"ב, והרי כאן כל ההנחלה היא רק על חלק של כתובת בנין דיכרין, עי"ש מש"כ לישב.

ב. גמ' ושמע מינה אפילו בבריא נמי. בפשוטו כונת הגמ' להוכיח מלשון המשנה דמבואר שאם כתב לה טעם הזכיה בירושת בנין דכרין הוא מחמת ירושה וכן מבואר בתוס', והיינו שכל הדין של תנאי ב"ד הוא רק בכה"ג שלא כתב לה אבל בכתב לה הזכיה היא מעיקר הדין בגדרי ירושה, אולם הרשב"ם לא הזכיר שהקושיא היא ממה שלא כתב לה ועי'.

ג. גמ' אמר ליה רב פפא לאביי. בביאור קושית ר"פ נחלקו הראשונים ואיכא בזה נפק"מ גדולה מה הדין למסקנה, הרשב"ם ביאר דהפשיטות של הגמ' כדקאי שיש ראייה מדברי ר' נתן שהנחלה של ריב"ב נאמרה אף בבריא, אלא שרב פפא מקשה על מה שרבי דחה דברי ר"נ דאפשר לפרש כונת המשנה יסבון והיינו שהוא נותן לה מתנה, ומקשה ר"פ אמאי לא הקשה באופ"א שהרי אף אם מהני בדין ירושה יש כאן חסרון של לדבר שלא בא לעולם וא"כ איך מהני.

אלא ע"כ שיש כאן תנאי ב"ד, וביאר הרשב"ם שהתנאי ב"ד הוא לומר הפקר ב"ד הפקר להקנות אפילו לדבר שלא בא לעולם, וכונתו שהגמ' נשאר דאפשר שריב"ב דיבר גם בבריא כמו שדייק ר' נתן מהמשנה, אלא שזה לא מספיק כדי לזכות בכתובת בנין דרכין, אלא צריך להגיע להלכה של תנאי ב"ד דמהני אף בדבר שלא בא לעולם, וא"כ נמצא שהטעם של המשנה משום הפקר ב"ד וא"כ קשה למה רבי לא ניחא ליה כר"נ דיש לפרש לשון המשנה דהוה ירושה שהרי מ"מ מהני משום הפקר ב"ד.

א"ל משום דקא מפיק ליה בלשון ירתון. הרשב"ם ביאר שהטעם שרבי לא השיב לר"נ דע"כ צריך להגיע לתנאי ב"ד, משום שהיה ר"נ משיב לו שאע"פ שהוא צודק מ"מ קשה מדוע נקט התנא לשון כזה של ירושה אלא ע"כ שסובר בעלמא כריב"ב, ועי' ברשב"א שהוסיף בזה עוד שאביי אומר שיש ראייה מהלשון של המשנה שריב"ב דיבר בבריא, שהרי אם לא היה מדובר בבריא א"כ קשה מהו הלשון של ירושה הרי אף בשכ"מ לא מהני הך לשון, אבל לריב"ב דמהני הנחלה אף בבריא, וכל מה שצריך לתנאי ב"ד הוא דמהני למי שלא בא לעולם א"ש הך לישנא.

אולם תוס' וכן כתבו הראשונים ביארו באופ"א קושית רב פפא לאביי, דכונתו להקשות על הוכחת רב משרשיא מדברי ר"נ דמהני הנחלה דריב"ב אף בבריא, דמה הראיה ממה שמקשה ר"נ לרבי הרי יש כאן חסרון של דבר שלא בא לעולם וא"כ ע"כ שצריך להגיע כאן לתנאי ב"ד, וא"כ אפשר שהתנאי ב"ד היה באופן זה שאמרו שהנחלה שמהני בשכיב מרע מהני בבריא, והנחלה שמהני בדבר שבא לעולם מהני בדבר שלא בא לעולם, וא"כ אין ראייה כלל מדברי רב נתן שיש הנחלה דריב"ב בבריא, [ולפי דרך זו של הראשונים התנאי ב"ד של כתובת בנין דכרין הוא לא רק על זה שמהני על דבר שלא בא לעולם אלא על עצם כח ההנחלה של בריא, אבל לרשב"ם הנדון היה רק כלפי הנחלה לדבר שלא בא לעולם], ועי' דוחה אביי שממה שנקט התנא לשון ירושה ע"כ דמהני הנחלה אף בבריא, וממשיך אביי ואמר לאו מילתא שאפשר שמה שנקט התנא לשון ירושה הוא לומר שמהני אף לרבנן משום שהוא לשון ירושה ומתנה ביחד, ועי' ברשב"א שכתב שנחלקו הראשונים האם להלכה קי"ל דמהני הנחלה דריב"ב בבריא, ותלה הרשב"א בב' הפי' שלפי הפי' של הרשב"ם כל השו"ט של ר"פ ואביי לא היה בהוכחת רב משרשיא מדברי ר"נ אם נאמר בבריא א"כ להלכה נשאר הוכחת רב

משרשיה מדברי ר"ן, אבל לפי פי' הב' שהנדון היה האם יש הוכחה מדברי ר"ן שאף בבריא אמרן הנחלה אי"כ להלכה אין הכרח לזה ועי' בדברי רבנו יונה.

ד. גמ' ולמד"א ירתון הא אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ואפילו לר"מ וכו'. בפשוטו כונת הגמ' להקשות בתרתי חדא דיש חסרון שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, ועוד דאף אם מקנה יש כאן עוד חסרון שאין אדם מקנה לדבר שלא בא לעולם, וא"כ מוכח מהגמ' דבהנחלה דריב"ב יש חסרון שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, וקשה מכאן לסוברים שאפשר להנחיל אף דבר שלא בא לעולם וכן הוכיח בשער המלך פ"ב מנחלות, אולם צריך לבאר מה כונת הגמ' דמקנה דבר שלא בא לעולם, ועי' בר"י מגא"ש כאן שכתב שכונת הגמ' להקשות שהתקנה של כתובת בנין דכרין היה שהבעל יתן לבנים את הזכות של הכתובה שהיה משועבד לאשתו, וכל הזכות של הבעל לזכות בכתובה הוא רק לאחר שתמות אשתו ולהקנות את זה עכשיו הוא דבר שלא בא לעולם, אמנם ברשב"ם נראה שכונת הגמ' להקשות רק על הבנים שלא היו בעולם בשעת נשואין וא"כ יש כאן חסרון שאין אדם מקנה לדבר שלא בא לעולם וכל הקושיא הוא לדבר שלא בא לעולם.

ה. תוס' ד"ה ובקונטרס. פי' משום דמפיק בלשון ירתון ואי"ז מקנה לדבר שלא בא לעולם כיון שאין המתנה באה אלא לאחר מיתה ואז הבנים בעולם, פי' זה הוא מדברי הרשב"ם העיקרי והיינו שאביי בא לישב קושית ר"פ שהקשה דהוה לדבר שלא בא לעולם והשיב אביי שכיון דאמר בלשון ירושה היינו שאומר בהדיא שהקנין יחול רק לאחר שהדבר יבוא לעולם ובכה"ג אין חסרון של מקנה לדשלב"ע, דכל החסרון של אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם הוא בכה"ג שמוכר בסתם, ועי' שו"ע ר"ט סעי' ד' שהובא ב' דעות אלו ז"ל הרמ"א יש אומרים דכל זה מיירי במקנה לו סתם אבל אם אומר שיקנה כשיהיה בעולם קנה אע"ג שעכשיו אינו בעולם ויש חולקים, ובביאור הגר"א ציין לדברי התוס' שהביא פרשב"ם בזה, ועי' בחזו"א מה שהאריך בכל זה.

הערות וציונים פרק יש נוחלין

דף קלא:

א. גמ' אמר רב יהודה אמר שמואל הכותב כל נכסיו לאשתו לא עשאה אלא אפטרופא. הרשב"ם ביאר משום דאיכא אומדנא שאין אדם נותן כל נכסיו לאשתו אלא עשה אותה אפטרופוס שהיא תחלק נכסיו כדי שיכבדו אותה, והביא הרשב"ם שהגמ' לקמן פרק מי שמת קמד ע"א אומרת דהוא בכלל ג' דברים דהוה הלכתא בלא טעמא, וצ"ע מדוע חשיב הלכתא בלא טעמא הרי הרשב"ם הקדים שיש כאן אומדנא ברורה שאין כונתו ליתן לאשתו כל נכסיו במתנה, ועי' לשון הרשב"ם בפרק מי שמת שכתב דאין סהדי דלא עקר נחלה הבנים ולא נתכון אלא כדי שיכבדו הבנים, ועי' תוס' בכמה מקומות קידושין מט ע"ב כתובת עד ע"ב צז ע"א שכתבו שאע"פ שתמיד לבטל מעשה צריך תנאי כפול, אבל יש מקומות שאין צריך כיון שיש גילוי מילתא וכגון כותב כל נכסין לאשתו דלא עשאה אלא אפטרופא, ומבואר מדבריהם שאע"פ שבכל מקום כדי לבטל מעשה צריך תנאי כפול מ"מ כשהדבר ברור כ"כ אין צריך לומר ולא לכפול, וא"כ קשה מדוע חשיב מילתא בלא טעמא וצ"ע, ועי' שיעורי הגר"ש אות קיט שכתב לבאר ע"פ מה שכתבו הראשונים דדברים שבלבו ובלב כל אדם הוה דברים, מ"מ היכא שהוא סותר מה שאומר בפיו אף בכה"ג לא הוה דברים ולכן לא סגי במה שיש אומדנא גמורה שהרי בשטר כתב להיפך ולכן בעינן לתקנה דרבנן.

ב. גמ' פשיטא בנו הגדול לא עשאו אלא אפטרופוס. הקשו הראשונים מ"ש מהא דמבואר לעיל לר' יוחנן בן ברוקה שאם אמר על בנו ראוי לירשו שהוא ירש כל נכסיו נעשה הא יורש יחיד, ונחלקו הראשונים בזה הרשב"ם לעיל קל ע"א כתב דיש חילוק בין אם אומר או כותב לשון מתנה אומר כתב לשון ירושה, דאומר בלשון מתנה הדבר מתפרש או שכונתו ליתן מתנה גמורה או לעשות אותו אפטרופוס שיש מתנה גמורה ויש מתנת אפטרופוס, אבל אם אומר בלשון ירושה ע"כ שכונתו ליתן הנכסים לגמרי דלשון ירושה הוא שעומד תחת המוריש להיות נכסיו שלו לגמרי, אולם הרשב"א כתב כמה דרכים או דיש חילוק בין כותב לאומר, שכל סברת ר' יהודה הוא רק בכותב אבל מנתה אבל הנחלה דריב"ב מיירי באומר, ובשם הר"י מגאש כתב שהנחלה דריב"ב מיירי שאמר בהדיא שהוא לא עושה אותו אפטרופוס אבל כאן לא אמר בהדיא אלא נתן בסתמא ולכן אמרין שעשה אותו אפטרופוס.

ג. גמ' בת אצל הבנים. פרשב"ם שמצינו לענין נכסים מועטים שהם קודמים לבנים לכן יש לומר שחושש לכבודם יותר מכבוד הבנים ולכן עשה אותה אפטרופא, כתב הרא"ש דמשמע מהגמ' שכל הספק היה רק בבת אצל האחים שלה, אבל בבת אצל הבנות שכולם יורשות ליכא ספק והה כבן אצל הבנים דודאי עשה אותה אפטרופוס, אלא שכתב שהרי"ף כתב שבת בין הבנות פשיטא דהוה מתנה ולא עשה אותה אפטרופוס והקשה הרא"ש דמה הסברא בזה, והנה הפתחי תשובה [יו"ד רמ"ט] שכתב שכל הלימוד מקרא דאת לרבות אחיו הוא רק אחיו הגדול ולא אחות הגדולה ולפי"ז א"ש סברת הרי"ף דליכא כאן טעמא דבן בין הבנים.

ד. רשב"ם ד"ה ואשה אצל בני הבעל. ואינן חייבין בכבודה אלא מיתורא דקרא וכו', הקשה מהרש"ל א"כ מדוע בנתן לבנו גדול אמרינן שכונתו שיכבדו אותו הרי התם נמי ילפינן מיתורא דקרא דכתיב כבד את לרבות אחיך הגדול, וכתב דבאשת אביו כל החיוב לכבדה הוא רק בחיי האב, ולכן לאחר מותו שאין חיוב לכבדה אמרינן שלא עשה אותה אפוטרופוס אלא כונתו היתה ליתן לה במתנה, והוסיף מהרש"ל שבנו הקטן אע"פ שאין חיוב לכבדו מ"מ אמרינן לא פלוג, ומשמע לפי דבריו דבאחיו הגדול יש חיוב כיבוד אף לאחר מיתה ולכן כתב הרשב"ם לעיל שבכותב כל נכסיו לבנו עשה אותו אפוטרופוס שחייבים בכבודו, ועי' פתחי תשובה [יו"ד ר"מ יח] שהביא שנחלקו הרמב"ם והרמב"ן אם יש חיוב לכבד אח הגדול לאחר מיתת האב, עי' מהרש"א.

ה. בעיקר הדין שמבואר בסוגיין שיכול לעשות המוריש אחד מהיורשין שלו אפוטרופוס על נכסיו צריך להבין מה גדר הכח של אפוטרופוס, ועוד איזה כח יש לאב לעשות מוריש שלו שיהא אפוטרופוס למנוע משאר היורשין הזכות לקבל הירושה מיד, ועי' בשיעורי הגר"ש [אות קיז] שהביא שמדברי הרשב"א בגיטין נב ע"א מבואר שכח של אפוטרופוס הוא דאורייתא שכתב הרשב"א דמהתורה יש לאפוטרופוס כח להפריש תרומה של היתומין ומבואר דיש לו יד כיד היתומים.

אולם לא נתבאר מהיכן יש לאב כח למנות יורש שלו לבעלות זו, ואפשר לומר ע"פ מה שנתבאר לעיל קכו ע"ב שיש לאדם כח לקבוע מי יהא בעלים בממונו לאחר מיתה, וכל הטעם שאין יכול משום שהיה מתנה על מה שכתוב בתורה, וא"כ אפשר שבדבר שאינו נגד התורה יש לו בעלות על כך, ולכן בזה שאומר שפלוגי יהא אפוטרופוס אינו מעכב זכות הירושים ולכן יש כח ממנוי לקבוע האפוטרופוס, [ועי' סמ"ע סי' ר"צ סק"ב].

דף קלב.

א. גמ' בעי רבא בברייתא האיד. כתב הרא"ש דכיון דלא איפשיטא לא קנתה, ולכאורה הטעם כיון שיש כאן ספק דשמא נתכון לעשות אותה אפוטרופוס ממילא הוה ככל ספק ממון דממון המוטל בספק חולקין, והקשו האחרונים שהרא"ש להלן בפרק מי שמת קמח ע"א סותר מש"כ כאן שכתב שם לגבי ספק במתנת שכיב מרע שהדין בכל מתנת שכיב מרע שאם עמד חוזר ומסתפקת הגמ' בנותן כל נכסיו להקדש או לעניים אם כונתו היתה שאם יעמוד מחליו יתבטל המתנה או שכונתו ליתן בכל אופן, וכתב הרא"ש דכיון שיש כאן ספק אין מבטלין ההקדש, וביאר הקצה"ח [ר"נ ה] שכיון שהיה כאן ודאי מתנה וספק אם יש אומדנא לבטל המתנה לכן חשיב דברים שבלב דכל הכח של האומדנא לבטל רק אם הדבר ברור, וצ"ע מ"ש כאן שפסק הרא"ש המוציא מחברו עליו הראיה והתם פסק דכיון שיש ודאי מתנה המתנה קיימת, ועי' קו"ש ושיעורי הגר"ש מש"כ לבאר.

ב. גמ' הרי שהלך בנו למדינת הים ושמע שמת בנו וכו' ר' שמעון בן מנסיא אומר אין מתנתו קיימת. הראשונים בקידושין מט ע"ב הקשו מ"ש דבכל מקום לבטל מכר או מתנה בעינן תנאי כפול והכא לא בעינן תנאי כפול, תוס' שם ובכתובות עד ע"ב צז ע"א ועוד ראשונים כתבו דכל מקום שיש אומדנא דמוכח והדבר ברור מה כונתו לא בעינן תנאי כפול, אולם הרשב"ם לקמן קלז ע"ב [ד"ה ואם לאו] כתב דבכל מקום שמבואר שלא צריך תנאי כפול ומהני אומדנא הוא דלא כר"מ, ובאמת לר"מ לא מהני לבטל מכירה ע"י אומדנא אלא צריך לכפול תנאי בהדיא, וכן כתב הרשב"א גיטין עה ע"א בתי' ה', אולם נראה שבדין דלעיל בכותב כל נכסיו לאשתו לא עשאו אלא אפוטרופא אף ר"מ מודה, דהתם האומדנא באה לבטל את המתנה דכונתו רק לעשות אתה אפוטרופא ולא ליתן לה מתנה גמורה, וכל מה שחולק ר"מ הוא רק בכה"ג שהאומדנא בא לעשות תנאי, התוס' רי"ד בקידושין כתב עוד תי' שכל הדין שדברים שבלב אינם דברים הוא רק במכר אבל במתנה אף דברים שבלב הוה דברים ואף במקום שאין אומדנא דמוכח לא הוה מתנה, וכל הסוגיא בקידושין דדברים שבלב לא הוה דברים הוא רק במכר ולא במתנה, והרמ"א בשו"ע ר"ז סעי' ד' הביא דעה זו להלכה ע"ש בביאור הגר"א.

והנה בשיטת תוס' והראשונים דבמקום אומדנא דמוכח לא בעי תנאי כפול יש לדון האם כונתם דהיכא שיש אומדנא המעשה בטל אף בלא חידוש התורה של תנאי, או שאף בזה צריך להגיע לחידוש התורה של תנאי, וכמו שביארו שבלא פרשת תנאי ל"ש שאדם יעשה מעשה על צד, אלא המעשה נעשה על כל צד והחידוש של תנאי שיכול לבטל או להגביל את המעשה, אלא שהתורה חידשה שכדי שיבטל המעשה צריך שהדבר יהא ברור ולכן אופן עשית התנאי הוא ע"י שהצדדים ברורים וזה ע"י דין של תנאי כפול, אבל כשיש אומדנא והדבר ברור שעשית המעשה הוא בתנאי מסוים א"צ לכפול התנאי אלא הוה כמו שכפל וכאילו שנתקיים בו כל דיני התנאי, ולעולם צריך חידוש התורה של תנאי דמבטל המעשה, ועי' שיעורי הגר"ש קידושין [אות שעב] שהוכיח מתוס' קידושין ו ע"ב דאף היכא שיש אומדנא וא"צ לכפול התנאי הוא מדין תנאי, שתוס' כתבו שבנותן אתרוג לחברו ע"מ שיחזירהו א"צ תנאי כפול כיון שיש אומדנא ברורה שהמתנה היא על מנת להחזיר, ואח"כ הקשו תוס' הרי יש כאן חסרון נוסף דהוה תנאי ומעשה בדבר אחד, מבואר שאע"פ שיש אומדנא וא"צ לכפול מ"מ בעינן שאר דיני תנאים.

ונראה שכן מוכח ברע"א בכתובות דף מה ע"א שחידש דכל ענין של מקח טעות הוא מדין תנאי, שמכיון שהדבר ברור שלא היה קונה כיון שיש בו מום ממילא הוה כאילו התנה, וכתב לחדש שאין מקח טעות בחופה כגון שכנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה, דכיון שכל מקח טעות הוא כאילו התנה א"כ בחופה דל"ש שליחות ממילא ל"ש תנאי דמילתא דליתא בשליחות ליתא בתנאי, ומבואר דאע"פ שבמקום שיש אומדנא וא"צ לכפול התנאי אבל שאר דיני תנאים יש אף באומדנא, [ולפי"ז ה"נ אם אדם עושה חלות כנגד התורה אע"פ שיש אומדנא שרוצה רק באופן מסוים לא היה חל].

והנה הבית הלוי [ח"ג סי' ג'] כתב ג"כ דהטעם דבכל מקום שיש אומדנא המתנה בטלה משום דחשיב כאילו התנה, וכתב דיש חילוק בין אומדנא למקח טעות, דביטול המקח אינו מדין תנאי אלא משום הלכה חדשה של 'טעות במקח', והחילוק שבכל האופנים שיש

אומדנא הרי עשה הקנאה גמורה כגון שכתב כל נכסיו לאחר דיש כאן מעשה הקנאה גמורה אלא שיש אומדנא חיצוני שאין כונתו להקנות רק משום שמת בנו, לכן צריך לפרשת תנאי לעקור המעשה, אלא שאם יש כאן אומדנא ברורה חשיב כאילו התנה, אבל במקח טעות כגון במקדש אשה ונמצא שיש בה מום חשיב טעות בעצם הקנין דכל פגם שיש בגוף מקח חשיב טעות בקנין שהוא רצה לקנות דבר שלם ולא מה שיש בו חסרון, ולכן מחדש שם הבית הלוי שאף בדבר שאינו בלבו ובלב כל אדם מהני לבטל המקח כיון דכשיש טעות בגוף המקח אין כאן גמירות דעת, ומבואר מדבריו דלא כמש"כ הרע"א בכתובות שכל מקח טעות הוא מדין תנאי, דהרע"א ס"ל דיש מקח טעות כיון ונמצא חומץ שעל חפץ זה לא התכוון לקנות, אבל במקום שיש מום במקח הרי רצה לקנות אותו החפץ אלא שאם היה יודע שיש מום לא היה רוצה וכה"ג לא חשיב טעות בגוף המקח אלא שהיה כאילו התנה.

אולם בשיעורי הגר"ש קידושין כתב שמדברי הרשב"א בגיטין עה ע"א נראה שבמקום שיש אומדנא לאו מדין תנאי הוא עיי"ש היטב בכל דברי הרשב"א שמבואר שבמקום שיש אומדנא ברור המעשה בטל בלא פרשת תנאי, התורה חידשה שיש אופן לבטל מקח ע"י תנאי, ולכן אף לר"מ דבעלמא צריך תנאי כפול במקום אומדנא המעשה בטל בלא חידוש התורה של תנאי, וכן למד החזו"א אבעה"ז סי' נ' בדברי הרשב"א, [ומיהו צריך לבאר מה הטעם שבכל תנאי שלא התנה כהלכתו לא בטל מכח שיש אומדנא שהרי אומדנא הוא בלא פרשת תנאים ואכמ"ל].

והנה הקו"ש הביא כאן מחלוקת ראשונים בשמע שמת בנו ואח"כ נולד לו בן האם בכה"ג אמרין שהמתנה תתבטל, דהמרדכי בפרק השותפין כתב שאף בכה"ג שנולד לו בן אח"כ המתנה בטלה, אבל בשם תשובות מהר"ם כתב דכה"ג שנולד לו בן אח"כ לא נתבטלה המתנה, ולכאורה אם הכונה של האומדנא דהוה כאילו התנה דהיינו דחשיב כאילו התנה שאם יהא בנו קיים לא רצה ליתן כל נכסיו במתנה, וא"כ קשה א"כ מדוע לא יהא המתנה בטלה אף בכה"ג, וע"כ צ"ל כמו שמבואר בלשון המהר"ם שהוא מדין טעות דכיון שהיה סבור שבנו מת ואם היה יודע שבנו חי לא היה נותן חשיב טעות במתנה, ומבואר כאן חידוש גדול דאיכא דין טעות בהקנאה אף באופן כזה שהטעות לא בגוף המתנה אלא בסיבה חיצונית, ועיי"ש במכדכי שדימה דין זה להא דמבואר בנדריים שאין פותחין בנולד, והיינו שכל היתר של פתח בנדריים הוא מחמת טעות לכן כ"ז רק בדבר שהיה בשעת הנדר ולא ידע, אבל דבר שנתחדש שמעיקרא לא היה ל"ש לומר שיש כאן טעות בהקנאה.

ג. גמ' למימרא דלא איזל ר"נ בתר אומדנא והתניא וכו'. לכאורה דברי הגמ' תמוהין שהרי ר"נ שסובר תקרע כתובתה ותעמוד במתנתה ע"כ סבור דלא אזילין בתר אומדנא וא"כ קשה במה נמחלה לה כתובתה הרי לא אמרה בפירוש שהי מוחלת אלא שיש כאן אומדנא שהיא מקבלת מתנה מהבעל מוחלת על הכתובה א"כ מוכח דר"נ סבר דאזלין בתר אומדנא, ובקו"ש כתב לישב ע"פ דברי הרשב"ם להלן קל"ז שהובא באות הקודם שכתב דר"מ שסובר שבעינן תנאי כפול חולק על כל האומדנא שמבואר בכל מקום דסבר שכדי שיחול תנאי צריך לפרש בהדיא בדיבור ב' הצדדים של התנאי, וא"כ י"ל דהשתא ס"ל לגמ' שיש חילוק בין אומדנא שפועלת מחילה לאומדנא לעשות תנאי, אולם צריך לבאר לדעת הראשונים החולקים על הרשב"ם שהובא באות הקודם שסוברים שאף לר"מ מהני אומדנא לעשות תנאי מה יענו לקושית הקו"ש, ועי' בהגהות מילואי חושן סי' יב הערה 52 שכתב לישב ע"פ מש"כ המהרש"ל דמחילה מהני בלב ואין דין של דיבור ודלא כמש"כ הקצה"ח שם, והסברא בזה כתב בשם הגר"ח שמואלבץ זצ"ל דמחילה אינה עשיה של חלות אלא מחילה היה רצון וזה מסור ללבנו, [והיינו שמחילה היא סילוק תביעה וממילא פקע החוב], ולפי"ז כתב די"ל דס"ל לגמ' השתא דאע"פ שר"נ סובר שא"א לעשות חלות או תנאי ע"י אומדנא מ"מ מחילה שאינה עשית חלות מהני אף אם לא אזלין בתר אומדנא.

הערות וציונים פרק יש נוחלין

דף קלב:

א. גמ' אמר רב במזכה להן על ידה. הרשב"ם ביאר דהאשה נתנה לבעל סודר שלה שעיי"ז יקנו הבנים הקרקע ולכן איכא הוכחה שהיא מוחלת על השיעבוד לגבות כתובתה משאר הנכסים, והקשו הראשונים איך יכולה לזכות האשה מהבעל הרי יד אשה כיד בעלה וכמו שמבואר בעירובין שאין יכול לזכות עירוב ע"י אשתו, וכתבו לישב דמיגו שזוכה לעצמה יכולה לזכות לאחרים כמו שמבואר בנדריים פה ע"ב, אולם עי' בשיעורי הגר"ש שהאריך דאפשר לומר שהרשב"ם כתב דמייירי בקנין סודר דוקא, ולכאורה מדוע צריך לומר בכה"ג הרי כיון שכתב בשטר מדוע לא פ"י דהקנה לה השטר, אלא דסבר הרשב"ם שבקנין סודר אין חסרון של מה שקנתה אשה כיון שאפשר דמהני מדין עבד כנעני עיי"ש שהאריך בביאור הענין.

ב. גמ' ומקולי כתובה שנו כאן. פרשב"ם דכל הא דקתני לעיל דאיכא אומדנא שהאשה מוחלת הוא מקולי כתובה, וצ"ב מ"ש הך אומדנא מכל מקום שמהני האומדנא, ועוד צ"ב הרי הגמ' מקשה מר"נ שלגבי כתובה לא אזיל בת אומדנא ומ"ש בשאר דכותי אזיל בתר אומדנא, ואם יש סברא שמקולי כתובה סמכו על אומדא א"כ אפשר דלכן ליכא אומדנא שאם לבסוף יגבה המתנה תתבטל המחילה, ועי' שיעורי הגר"ש [אות קכ] שכתב דליכא כאן אומדנא גמורה ולכן מקולי כתובה סמכו אף על אומדנא זו, ועוד כתב דהרי בעלמא מחילה צריכה דיבור שהרי דברים שבלב אינם דברים וכמו שכתב הרשב"א בקידושין שא"א להחיל חלות בלב והיינו מחילה חשיב עשית חלות, ולכן מקולי כתובה שנו דסגי בחילה בלב כיון שיש אומדנא, ויש להקשות על ב' הדרכים שהרי הגמ' מקשה לעיל על ר"נ דסבר הכא דלא אזלין בתר אומדנא והרי ר' נחמן פסק כרשב"מ בשמע שיש לו בן וכתב כל נכסיו לאחר ובנו

היה קיים אין מתנתו מתנה, ואם ליכא כאן אומדנא גמורה מה מקשה הגמ' הא התם איכא אומדנא גמורה, ועל הדרך הב' דלא מהני משום דהוה דברים שבלב הרי נחלקו הרשונים בזה ועי' קצה"ח סי' יב דבמקום דאיכא אומדנא גמורה מהני מחילה בלב. **ואולי** יש לומר ביאור אחר בכונת הגמ' דבאמת מצד עצם הענין אין כאן אומדנא ברורה שהיא מוחלת על הכתובה, אלא דמ"מ מאחר שמצינו בכתובה הלכה דקולי כתובה לכן חשיב שיש כאן אומדנא גמורה, וכמו שכתב הרשב"ם דכיון שיש סברא דטו למיתב דו וכו' אי"כ אמרינן שמחמת הך סברא יש אומדנא ברורה שהיא מוחלת, ונמצא שאין סברת הגמ' דמקולי כתובה לומר שיש כאן קולא, אלא סברת הגמ' דמשום קולי כתובה איכא למימר שיש כאן אומדנא גמורה, ולפי"ז אי"ש קושית הגמ' בעי"א מדר"נ דאמר דלא אזלינן בתר אומדנא שהנדון כאן הוא אם יש כאן אומדנא גמורה או לא.

ג. רשב"ם ד"ה ומקולי כתובה. אבל שאר בעל חוב שעושה טובה ללוה. צ"ב מדוע הוצרך לסברא זו הרי הרשב"ם כתב דדוקא באשה יש סברא משום דטו למיתן דו וכו' ואי"כ בבעל חוב לא שייך הך סברא ממילא אין סיבה למחילה ומדוע הוצרך הרשב"ם לומר טעם אחר בבעל חוב.

ד. גמ' בעי רב בבריא האין תיקו. הרשב"ם להלן קלג ע"א כתב דמספיקא לא מפיקין מיתמי וכן כתב הרא"ש אולם הרי"ף פסק דמוקמינן כתובה אחזקתיה על הבעל להביא ראיה שמחלה, ואפשר שהסברא בזה הוא דוקא בחיוב כתובה דיש כאן ודאי חיוב וספק פרעון והוה כספק דאיני יודע אם פרעתיך.

דף קלג.

ה. אמר רב הונא שכיב מרע שכתב כל נכסיו. הרשב"ם לעיל קל ע"א הוכיח מכאן דבהנחלה דריב"ב אין חילוק בין אמר לכתב, אולם הרי"ף כתב דיש חילוק בין כותב לאומר שכל הדין של הנחלה דריב"ב מיירי באומר ובכותב אמרינן דעשה אותו אפוטרופא, והכא כתב הרי"ף דלא מיירי בבן בין הבנים אלא בשאר יורשין אח בין האחין ועי' ברא"ש סי' לא מש"כ.

ו. גמ' למאי הלכתא. הנתה"מ סי' רפ"א סק"ב הוכיח מכאן דלא מהני הנחלה דריב"ב בדבר שלא בא לעולם דאם מהני הנחלה מדוע אין הגמ' אומרת שהנפק"מ בין הנחלה לירושה הוא יכול ליתן דבר דלא בא לעולם, ועי' לעיל קל ע"א שהובא שנחלקו הראשונים בזה וכי"כ הקצה"ח דמהני הנחלה בדבר שלא בא לעולם עי"ש במילואי משפט מש"כ לישב.

ז. גמ' מיגרע גרעא השתא בירושה דאורייתא אמרת אלמנתו נזונית מנכסיו במתנה דרבנן לא כ"ש. כך היא גירסת רוב הראשונים שכתבו דכמו שבע"ח גובה מיורשה ה"נ גובה ממתנת שכיב מרע משום דהוה כירושה כיון שכל זכית המתנה היא רק לאחר מיתה, אולם הראשונים הביאו שהגאונים למדו שאין גובין בין ממתנת שכיב מרע ובין מהנחלה וגרסו בגמ' באופ"א א"ל רבא 'מיגרע גרעא' ולא כתבו ההמשך השתא וכו', וביארו דכונת הגמ' להקשות דאי"א לומר שהנפק"מ לענין מזונות אלמנה שאם כמתנה לא גבי ואם כירושה גובה, דאטו משום דהוה ירושה מיגרע גרע, אלא כמו שאין גובין ממתנת שכי"מ ה"נ לא גובין מהנחלה דריב"ב, ומצינו שינוי בין הרשב"א לריטב"א בדברי הגאונים ויבואר להלן.

ח. גמ' אלא אמר רבא כדשלח רב אחא וכו' שאין זה לשון מתנה אלא לשון ירושה וירושה אין לה הפסק. מבואר שהנפק"מ בין ראוי לירשו לאין ראוי לירשו דבראוי לירשו שמקבל מדין ירושה אמרינן ירושה אין לה הפסק, ובאין ראוי לירשו מקבל מדין מתנה ויש לה הפסק ולכן אם מת ראשון קנה שני, והנה לעיל קכט ע"ב הובא שנחלקו הראשונים האם בראוי לירשו שנוטל משום ירושה הוא רק באופן שכתב לשון סתמא שנותן נכסיו ובזה יש חילוק שאם ראוי לירשו אנו תולים שנתכון לירושה ובאין ראוי לירשו אנו תולים שנתכון למתנה, או אף ככה"ג שאמר בהדיא שנותן בתורת מתנה לא הוה מתנת שכי"מ אלא הוה ירושה, דעת הרשב"ם ובעל המאור שאם כתב בהדיא שנותן בתורת מתנה לא הוה ירושה וממילא יש לה הפסק.

אבל הראשונים הביאו דהגאונים אמרו שבראוי לירשו אין חילוק בין אם כתב לשון מתנה או לשון ירושה הוה לעולם הוה ירושה ואין לה הפסק, וצריך להבין מה הטעם בזה שאם כתב לשון מתנה לא הוה ירושה סו"ס הרי כתב בהדיא לשון מתנה, ונראה שנחלקו הרמב"ן והריטב"א בזה, שהריטב"א לעיל קכט ע"ב כתב על דברי הגאונים דאע"פ שאם כתב לשון מתנה הוה ירושה אינו אלא לזכותו, דהיינו שהיה הדין של ירושה אין לה הפסק, אבל היכא שזכות הוא לו יותר אם הוא מתנה זוכה מדין מתנה, ובזה כתב לבאר הא דקתני במשנה לעיל קכו ע"ב כתב בין בתחלה ובין בסוף משום מתנה דבריו קיימים ואף שכתוב גם לשון ירושה, אלא שבמקום שיש לו זכותו משום מתנה יקבל אותו בתורת מתנה, ומבואר מדברי הריטב"א שאף לריב"ב יש תורת מתנת שכי"מ בראוי לירשו, אלא שיש למתנה הזו ב' כוחות כח ירושה וכח מתנה, ועי' בריטב"א בסוגיין שהלך בזה לשיטתו, דבאות הקודם הובא גירסת הגאונים בסוגיא שכתבו דקושית הגמ' דמיגרע גרע שכונתם להקשות שהנחלה דריב"ב דינו כמתנה שלא יגבה בע"ח ממנו, וביאר הריטב"א משום שאף אם נתן בהנחלה מ"מ עשה כן רק ליפוי כת, אבל אם יפה כוחו לקבל בתורת מתנה יזכה בתורת מתנה וממילא לא יוכל בע"ח לגבות ממנו, אולם הרשב"א שהביא גירסת הגאונים לא כתב כהריטב"א ומדבריו משמע שאע"פ שדינו כירושה ממ"ש מ"מ לא יהא גרע ממתנת שכי"מ ועי"כ חולק על ביאור דבריו בסברת הגאונים וס"ל כהרמב"ן וכמו שיבואר.

אולם מדברי הרמב"ן במלחמות נראה ביאור אחר, שאחרי שהביא דברי הגאונים שבראו לירשו אין יכול לשנות למתנה כתב ולזה כוונת רבנו יצחק אלפסי ורבי האי גאון ז"ל בפרק מי שמת במעשה דאיסור ורב מרי עכ"ל, וכונתו שבגמ' להלן קמט ע"א במעשה דאיסור גיורא שרצה להקנות נכסיו לרב מרי בנו שלא היה יכול לירש אותו משום שהרתו היה שלא בקדושה וליתן היה בקדושה, ודנה הגמ' באיזה דרך יוכל להקנות לו, דאם במתנת שכיב מרע א"א דכירושא שויה רבנן כל היכא דאיתא בירושא איתא במתנה כל היכא דליתא בירושא ליתא במתנה, ונחלקו הראשונים בביאור סברא זו, הרי"ף כתב שם ז"ל במתנת יורש בלחוד הוא דקא אמר הכי ועיקרא דמילתא משום דק"ל דלגבי ירושה לשון ירושהו לשון מתנה חד טעמא נינהו כדאמרין, וביאור דברי הרי"ף כתב הרמב"ן במלחמות שם שכונתו לומר שהגמ' אומרת שמה שרבנן תיקנו מתנת שכיב מרע א"א תקנה שיכול ליתן מתנה שתחול לאחר מיתה, אלא גדר התקנה היה שיכול ליתן נכסיו בתורת ירושה למי שירצה, והיינו שמהתורה אין יכול לעשות הנחלה בנכסיו רק למי שראוי לירשו, אבל מי שאין ראוי לירשו אין יכול, ורבנן תיקנו במתנת שכיב מרע לעשות אותו מעשה הנחלה לכל מי שירצה, וא"כ כתב הרמב"ן שמכיון שלבנו יכול להנחיל מהתורה בהנחלה דריב"ב לכן לא תיקנו רבנן מתנת שכיב מרע לבנו, וממילא ה"ה אם יש לו בן שאין יורש אותו לא יוכל ליתן לו מתנת שכיב מרע כיון שלבנו לא תיקנו מתנת שכיב מרע, וזה כונת הגמ' שאיסור גיורא לא היה יכול ליתן לבנו מתנת שכיב מרע כיון דהוה כירושא ובבנו לא תיקנו, ומבואר היטב לפי"ז מש"כ הרמב"ן במלחמות כאן שסברת הגאונים היא ע"פ הסוגיא דלקמן קמט דמבואר שבראו לירשו לא תיקנו רבנן מתנת שכיב מרע משום שגדר הדין של מתנת שכיב מרע הוא מדין הנחלה, ולכן אף אם יכתוב לבנו בהדיא שנותן במתנה לא מהני וחל מדין ירושה כיון שלא תיקנו מתנת שכיב מרע לבנו.

אמנם הריטב"א שם הביא דברי הרי"ף וחלק עליו עיי"ש מה שהקשה, וכתב לבאר שכונת הגמ' שמתנת שכיב מרע כירושא, היינו דהוה כירושא ממש שהרי כל ישראל יכולים לירש כל אחד במשמוש אם כלה השבט לכן דנו מתנת שכיב מרע כאילו שכלה השבט ויורש מדין משמוש ולכן בגר ל"ש שיתן מתנת שכיב מרע שהרי אין לו יורשין, ולפי הריטב"א אין מקור מהסוגיא שם לדין הגאונים דהריטב"א למד בדבריהם באופ"א וכמש"כ שאף בנו יכול ליתן מתנת שכיב מרע אלא דכל היכא שיכול ליטול משום ירושה זוכה מדין ירושה, ועיי' בשיעורי הגר"ש [אות קמה] שכבר העמיד מחלוקת הריטב"א והרמב"ן בביאור סברת הגאונים.

ט. והנה מדברי הרמב"ן מתבאר שגדר דין של מתנת שכיב מרע הוא אותו גדר של הנחלה, והנה לעיל בסוגיא דהנחלה דריב"ב נתבאר שנחלקו הראשונים אם הנחלה הוא שנותן לו שם יורש מחיים וממילא לאחר מיתה יורש הנכסים, או שגדר דין הנחלה הוא הנחלה בנכסים שמקבל הנכסים בתורת ירושה, ונראה שלפי הרי"ף והרמב"ן גדר דין של הנחלה הוא הנחלה בנכסים שהרי מבואר בגמ' דמתנת שכיב מרע לא מהני בדבר שלא בא לעולם ואם מתנת שכיב מרע הוא בגדר הנחלה ע"כ שהגדר הוא שם דהוה הנחלה בנכסים ולא מהני בדבר שלא בא לעולם, אולם לריטב"א שביאר כל הסוגיא בדף קמ"ט ע"א באופ"א לכאורה אין הכרח לומר שגדר של מנת שכיב מרע הוא בגדר של הנחלה דריב"ב.

אולם למבואר נראה שאף הריטב"א למד שיסוד דין מתנת שכיב מרע הוא באותו גדר של הנחלה דריב"ב ולא תיקנו רבנן תקנה חדשה, שהרי הריטב"א כתב שגדר של מתנת שכיב מרע הוא שעשה אותו כאילו הוא יורש, וא"כ נראה שהרי לעיל נתבאר שדעת הריטב"א שהנחלה דריב"ב הוא שעושה אותו ליורש ולא זכיה בנכסים, וא"כ נראה שרבנן תיקנו שאדם יכול לעשות כל אדם כאילו שהוא היורש שלו, וכמו שכתב הריטב"א דהוה כאילו שנגמר כל השבט, אולם נראה שאע"פ שגדר הדין של רבנן שעשו אותו כירוש מ"מ איכא נפק"מ בין הנחלה למתנת שכיב מרע שהרי בהנחלה מהני אף על דבר שלא בא לעולם וכמש"כ, ומתנת שכיב מרע לא מהני, ונראה שהחילוק בזה משום דהנחלה דריב"ב עושה אותו ליורש מחיים ולכן מהני אף בדבר שלא בא לעולם ולכן אין יכול לחזור בו וכמש"כ לעיל, אולם מתנת שכיב מרע לא חשיב יורש מחיים אלא הוא יורש לאחר מיתה וכמו שמבואר בכל מקום שהזכיה הוא רק לאחר גמר מיתה, ולפי"ז י"ל שלכן לא מהני להקנות דבר שלא בא לעולם מתנת שכיב מרע שאינו זוכה רק לאחר מיתה ובאותה שעה לא היה לו כוח להמקנה, ולכן סבר הריטב"א שאף לגאונים יכול ליתן לבנו מתנת שכיב מרע דגדר התקנה היתה שיחשב כירוש לאחר מיתה ולכן אין הכרח שאם הוא ירשו שלא יוכל לקבל בתורת מתנת שכיב מרע.

י. הראשונים הקשו על יסוד דברי רב אחא בר עובי דאמר ירושה אין לה הפסק דא"כ אין אדם יכול ליתן מתנת שכיב מרע לאחר זמן, והוכיחו מכמה מקומות שמצינו שאדם יכול ליתן מתנת שכיב מרע שיחול רק לאחר מיתה דמבואר שאם נתן מתנה בתנאי של אם וקיום התנאי נעשה לאחר מיתה נמצא שהוא זוכה בנכסים רק לאחר קיום התנאי וקשה הרי בשעת מיתה זכו בו היורשים והרי ירושה אין לה הפסק, וכן הקשו מהא דמבואר בקידושין שאדם מחלק נכסיו בהנחלה דריב"ב ואמר שפלוני בני אם יתן מאתים זוז יקבל שדה פלונית וכל קיום התנאי לאחר מיתה ומ"מ זוכה בנכסים מאותה שעה, והרשב"א הוסיף עוד קושיא על עיקר הזכיה של מתנת שכיב מרע איך תחול שהרי מבואר בגמ' להלן קלז א' שירושא חלה בגמר מיתה ומתנת שכיב מרע חלה רק לאחר גמר מיתה וא"כ נמצא שלעולם קדם ירושה למתנה ואמאי לא אמרינן ירושה אין לה הפסק.

והרמב"ן תי' דהא דאמרין ירושה אין לה הפסק הוא רק בכה"ג שהיה הנחלה של המוריש, אבל בכה"ג שזכה היורש מדין ירושה דממילא בזה לא נאמר הכלל דירושא אין לה הפסק ויש בכח המוריש להוציא ממנו ולכן רק אם הנחיל לאחד מבניו אין יכול ליתן אח"כ כיון שירושא אין לה הפסק, אבל כשלא עקר הירושא מבניו ורק נתן מתנה בתנאי לא נאמר הכלל דירושא אין לה הפסק, וכן יכול לומר שאם מת בני ירש פלוני הנכסים, דהיינו שאם בתחלה לא עשה הנחלה יכול לקבוע מי יהא הבעלים על נכסיו, ועיי' בריטב"א שכתב דהטעם דמהני משום שמתנת שכיב מרע היא תקנה דרבנן לכן יכול להפקיע דין ירושה מהתורה.

הר"ן כתב לישב באופ"א שכל הסברא של ירושה אין לה הפסק הוא רק בכה"ג שמעיקר נתן לו לכל ימי חיו אלא שאמר שלאחר מיתתו אחר כך לפלוני, אבל אם מעיקרא בתחילת הירושה אמר שאם פלוני יקיים תנאי יקבל מתנת שכ"מ בכה"ג אין חסרון של ירושה אין לה הפסק כיון שמעיקרא לא זכה בה לגמרי, והרי בכה"ג שנתן מתנה בתנאי הרי אם ימכרו היורש ומקבל המתנה יקיים התנאי הרי יוכל להוציא ממנו, לכן מעיקרא חשיב שחסר לו בירושה, אבל אם מעיקרא נתן לו שיהא שלו לגמרי אף שהתנה שלאחר מותו יהא לאחר כיון שבחיו יכול לעשות בזה נאמר הכלל של ירושה אין לה הפסק, והראשונים שלא תי' כהר"ן אפשר דס"ל שכיון שיש תנאי וכל שלא נתקיים התנאי נחשב הוא יורש גמור לכן אין חילוק אם נתן בתנאי או שאמר לאחר מיתתו.

יא. רשב"ם ד"ה כדשלח רב אחא וכו'. הוה מתנה על מה שכתבו בתורה, צריך ביאור כונתו מדוע הוצרך לזה דהוה מתנה על מה שכתוב בתורה הרי כיון שיש הלכה שירושה אין לה הפסק נמצא שהוא נותן לו הנכסים רק לאחר המיתה ובאותה שעה איך יתן הרי כבר מת ואין הנכסים שלו, וסברא זו כתב הרשב"א לעיל קכט ע"ב, ובדעת הרשב"ם נראה דס"ל כמו שכתבו הראשונים דהנחלה דריב"ב אינו הנחלה על הנכסים אלא הוא הנחלה ליתן לו שם יורש מחיים, וא"כ י"ל שכבר מחיים נותן לו דין זה שיוכל לרשת אחרי הראשון, אלא שמכיון שיש הלכה של ירושה אין לה הפסק ממילא נמצא שדין תורה של ירושה הוא שלא יהא לה הפסק לכן אם אומר על אחר שירש אותו אח"כ חשיב מתנה על מה שכתבו בתורה, וכמו שנתבאר שלולא דיני ירושה היה בכח האב להנחיל למי שירצה וממילא היה יכול להיות אם היה לה שם ירושה מעיקרא.

הערות וציונים פרק יש נוחלין

דף קלג:

א. מתני' הכותב את נכסיו לאחרים והניח את בניו מה שעשה עשוי אלא שאין רוח חכמים נוהה הימנו. יש לחקור בגדר דין זה האם הוא איסור מדרבנן שמפקיע דין ירושה דאורייתא, או שאין כאן איסור מדרבנן אלא שהוא ממידת חסידות שלא לנהוג כן, ועי' קה"י כתובות סי' מו שכתב שאין כאן איסור מדינא וכדמוכח הלשון לא תהוי בעיבורא דאחסנתא ולא אמרו אסור לעבורי, ועוד הוכיח שאין איסור שהרי מצינו דלעולם ימכור אדם כל מה שיש לו וישיא בתו לת"ח, אלא ע"כ הטעם הוא משום תיקון העולם, **אולם עי'** בשדי חמד ח"ד מערכת הלמד כלל ג' שהאריך בזה וכתב שברא"ש כאן ובתשובת הרא"ש כלל פ"ג מבואר שהוא איסור גמור, וכן דייק לשון הרשב"ם בסוגיין שכתב אין לחכמים נחת רוח ממעשיו אלא חרון אף גורם להם שכועסים עליו משמע שיש בזה איסור, אולם מדברי הרמב"ם פ"ו מנחלות הי"א משמע דהוא רק מידת חסידות עי"ש בשדה חמד שהאריך.

ב. והנה במשנה משמע שכל האיסור הוא רק במנת שכיב מרע דקתני הכותב כל נכסיו ומשמע שהוא מחמת הכתיבה שקונה מדין דברי שכ"מ ככתובים ומסורין, אבל במנת בריא לא מבואר במשנה אם אסור, אולם בגמ' בכתובות נב ע"ב מבואר שיש איסור אף במתנת ברי שהגמ' דנה איך תיקנו רבנן לתת נדוניא לבתו הרי כיון שהתורה אמרה שבת לא יורשת איך יכול ליתן לה, ומשמע בגמ' שיש איסור ליתן אף מתנה מחיים מחמת שנחשב שעוקר דין ירושה מהתורה, אולם צ"ב כונת הגמ' איזה עקירת דין תורה יש כאן והרי נותן מתנה מחיים ואינו עוקר דין ירושה, ועי' בעמק שאלה פרשת ויצא [שאילתא כ"א אות א'] שהקשה כן, והוסיף שהרי כלב נתן לבתו עכסה מתנה מחיים, ולכן ביאר דצ"ל דכונת הגמ' להקשות איך עשו רבנן תקנה להשוות בת כבנים דצורת תקנה כזו היא עקירת דבר מה"ת, שבזה שהוא משהו בת כבן חשיב שבא לעקור דין ירושה דאורייתא אבל לעולם ליתן מתנה מחיים אין בזה איסור שעוקר הירושה.

ג. גמ' איבעיא להו מי פליגי רבנן עלה דרשב"ג. פרשב"ם דסברת רבנן היא דלמא נפקא מינה זרעא מעליא, וסברא זו מבואר בהדיא בכתובות נג ע"א אמר שמואל לר"י שינא לא תהוי בעבורי אחסנתא אפילו מברא בישא לברא טבא דלא ידעת מאי זרעא נפיק מיניה, ונמצא שיש ב' סברות שלא להעביר נחלה או משום שעוקר נחלה דאורייתא, או שאינו יודע מהיכן יהא זרע יותר כשר.

ד. גמ' ולא תשיימה את דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט. בשיעורי הגר"ש [אות קמז] הקשה מה כונת גמ' הרי הוא לא ליתן מתנות להקדש וכל מטרתו היתה למכור את זה להקדש אל שרצה לשום את זה להקדש במחיר שאמר וא"כ מהכ"ת שיהא כאן דין אמירתו לגבוה, ועוד הרי כל השומא היתה בטעות שהיה סבור ששוה המחיר שאמר, ובתוס' מבואר דכיון שלא יודע כמה שוה ע"כ שמתכוון לותר להקדש התוספת שאמר וצ"ע.

ה. גמ' דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט. הרשב"ם כתב שהמקור לדין זה שאמירתו כמסירתו מדכתיב ואיש כי יקדיש ביתו מוצא שפתיך תשמור, ומשמע ברשב"ם דיש כאן ב' מקורות לדין זה א' מקרא דיקדיש ביתו ב' מקרא דמוצא שפתיך תשמור, והנה מקרא דאיש כי יקדיש ביתו לכאורה כונתו דמשמע דבמה שאומר הרי"ז הקדש חל ההקדש וע"כ שאמירתו כמסירתו, אולם מקרא דמוצא שפתיך תשמור צריך להבין הרי הך קרא אתי למימר שיש מצות עשה שצריך לשמור דיבורו וא"כ איך למדנו מהך קרא אם אמר חל הקנאה להקדש, ומבואר דהרשב"ם למד דמהך קרא למדנו ב' דברים שמצות עשה לקיים דיבורו וכיון שאין יכול לחזור בו ומוכרח לקיים דברו ממילא חל קנין, [ואפשר משום דבקרא משמע מוצא שפתיך תשמור היינו לקיים דיבורו, וכיון שדיבורו היה שיהא הקדש, ממילא חייב שיחול כאן הקדש וא"כ ע"כ שחל הקנין להקדש]. ומבואר מדברי הרשב"ם שהדין של אמירתו הוא מכח הדין

נדר שבו, ועי' ברא"ש נדרים כט ע"ב שמבואר בדבריו כדברי הרשב"ם, אולם המאירי בקידושין כח ע"ב כתב דבירושלמי יליף מקרא דלה' הארץ ומלאה דאמירתו לגבוה וביאר המאירי שם דהקדש קונה אותו בחצר דכל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתא, ומבואר דלא כהרשב"ם שהדין קנין להקדש הוא מכח הנדר.

האחרונים דנו האם בעכו"ם שמקדיש יהא בו דין אמירתו לגבוה עי' בגליון הש"ס ע"ז דף ה ע"ב שפשיטא ליה שלא יהא בעכו"ם דין אמירתו לגבוה ועי' אבנ"מ סי' א' סק"ב מש"כ בשם המשנה למלך ולכאורה תלוי מה המקור של של אמירתו כמסירתו, אולם עי' קה"י ע"ז סי' ב' שכתב שאף לפי דרכו של הרשב"ם יש להבין שבעכו"ם יהא דין אמירתו כמסירתו עיי"ש, [עיי' מש"כ במנחת משה נדרים כט ע"ב].

ו. תוס' ד"ה ולא תשיימה את. וי"ל דהתם היינו טעמא שאינו מתחייב מאתיים באמירה משום דלא אמר לתת כלום להקדש ואין כאן נדר כי לא אמר לקנות רק שוה בשוה, ביאור דבריהם שתוס' למדו שהדין אמירתו לגבוה תלוי במה שיש כאן נדר להקדש וכמו שכתב הרשב"ם ולכן כתבו תוס' דהכא בסוגיין שנתכון לותר להקדש דהיינו לשלם פחות ממה שהוא שווה יש כאן נדר, ולכן יש בזה הדין של אמירתו לגבוה שההקדש זכה במה שנתחייב להם, אבל התם כיון שרצה לשלם מה שהיה שווה אין כאן דיבור של נדר כלל ולכן לא חל כאן הדין של אמירתו כמסירתו ולכן אם אח"כ הוזל היה יכול לשלם המחיר שהוא שווה עכשיו שהרי לא חל עליו דין לתת להקדש השויות אמר, ולכן הגמ' צריכה לדין של לא יהא כח הדיוט חמור מכח הקדש.

והנה תוס' בקידושין כט ע"א כתבו ב' דרכים על קושיתם ובתי' ה' כתבו כמש"כ כאן, אבל בתי' הא' כתבו ז"ל וי"ל דבדבר שאין שומתו ידוע כגון מרגניתא גומר בדעתו אפילו תשווה יותר שהרי כמו כן מסופק שמא שוה פחות עכ"ל, וביאור דבריהם דהכא כיון שידוע שאין שומתו ידוע מתחייב ליתן לפי מה שאמר, אבל התם כיון שהוא סבור שזה המחיר ואח"כ הוזל יש כאן טעות במה שאמר ואין ההקדש יכול לחול בטעות, ונראה שתוס' סברו בתי' זה שדין אמירתו אין תלוי במה שיש כאן נדר, אלא כל שאומר להקדש ליתן יש כאן דין אמירתו כמסירתו וכמו שכתב המאירי שדין אמירתו אינו תלוי בדין נדר, ולכן הוצרכו תוס' לחלק דהכא ליכא טעות והתם איכא טעות.

התוס' ר"י הזקן קידושין כט ע"א כתב דלא שיד להקשות שיועיל מדין אמירתו לגבוה כיון שלא אמר שיתן, ורק ששאל לגזבר בכמה יתן לו אבל הוא לא אמר לו כלום, ומשמע מדבריו שאע"פ שיש לומר שהיה במחשבתו ליתן כך מ"מ לא אמרין בזה אמירתו לגבוה, ואפשר דס"ל לר"י הזקן דאף שהקדש חל אף במחשבה מ"מ ל"א אמירתו בזה אמירתו כמסירתו בהקדש שחל במחשבה, ועי' במאירי חגיגה י ע"א שמשמע שאין מעילה בהקדש במחשבה והיינו שלא חל חלות הקדש אלא שהוא חיוב להביאו להקדש.

ז. גמ' בא עליו שמאי במקלו ותרמילו וכו'. בביאור הויכוח בין שמאי ליונתן בן עוזיאל נחלקו הרשב"ם ותוס', הרשב"ם בתחלה ביאר דשמאי טען לו שיש אומדנא ברורה שהאב נתן הנכסים ליונתן במתנה כדי שבניו לא יהנו מנכסיו, ולכן אע"פ שהשתמש בשליש לצרכיו מ"מ כיון דעבר על התנאי שנתן לבנים חלק מהנכסים ממילא כל המתנה בטלה, וזה מש"כ הרשב"ם "חזרה שהחזרת לבניו אינה כלל דא"כ לא הויא מתנה", ולמד ממעשה דבית חורן שאם נתן מתנה בתנאי ולא נתקיים התנאי המתנה בטלה, דהתם נמי נתן מתנה לאחר בתנאי כדי שיבוא אביו ויאכל בסעודה, והיינו שיש כאן תנאי גמור שאם האב לא יוכל לאכול בסעודה אין כאן מתנה, ולכן אם הקדישו ההקדש לא חל, אולם צריך להבין מה צריך שמאי להוכיח ממעשה דבית חורן שאדם יכול להתנות בנתינת מתנה הרי בכל מקום מבואר שאפשר ליתן מעשה בתנאי, ומדברי הרשב"ם מבואר שבמעשה דבית חורן מבואר שלא רק אין לו כח להקדיש אלא שאם הקדיש המתנה בטלה לגמרי, דהיינו שהיה אפשר להבין שאדם שנותן מתנה בתנאי שלא יקדיש כונתו שאם המקבל יקדיש את המתנה ההקדש לא יחול כיון שע"ד לא נתן לו מתנה, אבל לאחר שההקדש לא חל אפשר שישאר המתנה אצלו שהרי אין יכול לעבור על התנאי שאם יעבור ויקדיש ההקדש לא יחול, והתם מבואר שלא רק שההקדש לא חל אלא המתנה בטלה וחוזר אליו שהרי אסור לאביו להנות מהנכסים, וה"נ אמר לו שמאי שכיון שהחזרת לבנים לא אמרין שלא חל הקנין לבנים אלא שכל המתנה בטלה לגמרי, ומיהו כתב הרשב"ם דהכא לא נימא שאם המתנה בטלה א"כ הנכסים יחזרו לאביהם וממילא יכולים לרשת הנכסים דהכא יש עוד דבר שמכיון שאביהם התכוון שלא יהנו מהנכסים א"כ יש כאן מצוה לקיים דברי המת שלא יהנו היורשים מהנכסים אלא תנו אותם ליונתן בן עוזיאל, [ועי' שיעורי הגר"ש שהביא שהרמ"א סי' רמא כתב י"א שהנותן מתנה לחברו על מנת שלא ימכור לפלוני ומכר לפלוני המתנה בטלה וזה כשיטת הרשב"ם, אולם הרע"א שם ציין לדברי תוס' בגיטין פג ע"א שחלקו על זה וס"ל שמכיון שהמקח לא חל שאם יחול המתנה תתבטל ממילא לא חל המקח ולכן המתנה בטלה].

והשיב לו רבא דלא דמי למתנת בין חורן שהתם הרי פירש לו בפירוש שלא נותן לו מתנה אלא כדי שיבוא אבא ויאכל לכן חשיב שיש תנאי במתנה, אבל הכא תנאי במתנה שהרי נתן לו בסתמא וא"כ יש כאן מתנה גמורה וממילא יכול לעשות בו מה שירצה. אולם הרשב"ם הוסיף והיינו דקאמר ליה כשם שאי אתה יכול להחזיר מה שמכרתי וכו', וביאר הרשב"ם שענה לו שהרי ע"כ במה שמכרתי המתנה קיימת דאם כונת המתנה שיוכל רק למכור ולא ליתנו לבניו יש כאן מתנה לחצאין וכה"ג לא הוה מתנה, וכמו שאמרו במתנת בית חורן שהמתנה בטלה מעיקרא כיון שאמר שלא יוכל להקדיש, ונראה מדברי הרשב"ם כאן חסרון חדש שאם יש מתנה שאין יכול ליתן לבניו חסר בגוף המתנה וזה חשיב מתנה לחצאין, וזה מה שלמדו ממעשה דבית חורן דלא חל המתנה כלל כיון שאין יכול להקדיש, ומזה הכריח רבא שכיון שלא שאל אותו על מה שמכר ע"כ שלא התנה עמו כאן ענין זה אלא נתן בסתמא ולכן המתנה והנתינה לבניו קיים, וצ"ע שהרשב"ם בתחילת דבריו ביאר שהחסרון הוא מחמת שנתן מתנה בתנאי ולא שיש כאן מתנה לחצאין ועוד צ"ב בסברא מה הכונה מתנה לחצאין אטו אין יכול לשייר בקנינו, [ואפשר דהיה כאן ב' נקודות שנחלק שמאי

ויונתן א' דשמאי סבר דהכא איכא תנאי ויונתן חלק דליכא נתאי, ב' מה היה במעשה דבית חורן דשמאי סבר שהתם היה מתנה בתנאי, ויונתן סבר דלא הוה מתנה בתנאי אלא שיש שיוור במתנה והכא לא עשה כן שהרי המכירה קימת, עיי' שיעורי הגר"ש קמח].

אולם תוס' בסוגיין למדו דמייירי שהדיר אביו אותו מנכסיו בחיי ובמותו ונתן ליונתן כדי שיוכלו להנות מאותם נכסים והיה סבור שמאי דהוה כמעשה דבית חורון שלא הותר לאב להנות מהנכסים עיי' שנותן לו אחר והשיב דהתם לא הוה מתנה גמורה, אבל הכא נתן לו במתנה גמורה וממילא כנותן לו הנכסים הרי אם שלו.

דף קלד.

א. גמ' כל מתנה שאינה שאם הקדישה מקודשת אינה מתנה. נחלקו הראשונים בביאור הך כללא, ברשב"ם בסוגיין נראה דמייירי שנתן לו מתנה בתנאי ואמר עיי' שלא יקדיש ולכן אם הקדיש נתבטלה המתנה, וזה מש"כ הרשב"ם ד"ה אמר כלומר כל מתנה שאין זה נוהג בה שתהא מקודשת, אם הקדישה אינה מתנה הואיל וגילה דעתו שעל מנת כן נתנה לו שלא יקדישה עכ"ל, והיינו שאין גריעותא בנתינת מתנה שאין לו כח להקדיש אלא שנתחדש שמתנה בתנאי שלא יקדיש והקידש בטל המתנה וכמש"כ לעיל. **אולם** התוס' כתבו ב' דרכים בזה א' שנאמר כאן כלל חדש בגדר מתנה שאם באמת אין בכוחו להקדיש בפועל לא הוה מתנה, ולכן כתבו שבמתנה על מנת להחזיר חשיב יכול להקדשו שבזמן שהיא אצלו חל ההקדש, ודרך הב' כתבו שאין דין שיהא צריך להקדיש בפועל אלא הוא רק סימן שזה מתנה גרועה כ"כ שאין לו בעלות גמורה אלא שנתן דרך הערמה, אבל היכא שיש לו בעלות אלא שלא יכול להקדיש מסיבה אחרת אין חסרון במתנה, [ולכאורה נחלקו ב' תי' התוס' בגדר דין מתנה על מנת להחזיר ואכמ"ל], עיי' ברמב"ן שכתב ליישב קושיית התוס' הא דבמתנה עיי' להחזיר ליכא החסרון של כל מתנה שאין יכול להקדישה אינה מתנה דבאמת חשיב מתנה גמורה אלא שעשה תנאי ותנאי מילתא אחרינא הוא ולא מגרע בבעלות דמצד הבעלות יוכל להקדישו אלא שאם יקדישו לא יוכל לקיים התנאי, וכ"כ הרע"א עיי' שכתב דהרי"ז דומה להא דמבואר בגיטיו בפרק המגרש שאם אמר לאשה הרי את מותרת לכל אדם חוץ מפלוני הרי"ז שיוור ולא הוה גט, אבל אם אמר לה בתנאי חוץ מפלוני הרי"ז מגורשת כיון דשיוור הוא חסרון של כריתות אבל תנאי מילתא אחרינא הוא ולא חסר במעשה בעצם, וא"כ צ"ע אמאי התוס' לא נחתו לחילוק זה כאן.

ואפשר שהתוס' ס"ל דיש חילוק בין שיוור בגט למתנה שאין יכול להקדישה, דשיוור בגט הרי"ז פוסל מחמת מעשה הגירושין דבעינן שמעשה הגירושין יהיה מעשה שמתירה לכל אדם, ולכן יש חילוק בין שיוור שמשויר בעצם המעשה הגירושין לתנאי, משא"כ בתנאי המעשה הוא מעשה גמור ולכן הוה גט, משא"כ במתנה שאין יכול להקדישה הוא חסרון בעצם המתנה ולא במעשה הנתינה אלא כל שבפועל אין לו שליטה על זה לגבי הקדש חסר לו בבעלות, ולכן אף אם תנאי מילתא אחרינא דכיון דסו"ס אינו שולט עיי' חסר בבעלות על החפץ.

הערות וציונים פרק יש נוחלין

דף קלד.

א. מתני' האומר זה בני נאמן. בגמ' מבואר שנאמן לענין לירשו ולפטור את אמו מיבום, ונחלקו הראשונים מהו גדר הנאמנות של האב לירשו, הרשב"ם ותוס' ביארו שאין כאן נאמנות של יכיר לומר זה בני דכל הנאמנות של יכיר הוא רק כשיש לו כמה בנים ואין ידוע מי הוא הבכור, אבל כשלא ידוע אם הוא בנו אין נאמנות של יכיר לומר בני הוא, ולכן נאמן רק מדין מיגו שיכול להקנות לו הנכסים בקנין, וממילא לא יהא נאמן על נכסים שיפלו אח"כ או כשהוא גוסס וכן כתב רבנו יונה, אולם הרשב"א תמה על דברי הרשב"ם מלשון הגמ' דמקשה פשיטא, והרי לרשב"ם אי"ז פשיטא כלל שהרי לנכסים שנפלו לו אח"כ אינו נאמן, ועוד הקשה מהא דמבואר לעיל קצו עיי' דאומר זה בני וחזר ואמר עבדי הוא אינו נאמן ומשמע שאף לאותם נכסים שיהיו לו אח"כ אינו נאמן, והרי עיי' מייירי התם שלא ידוע שהיה בנו ומ"מ מבואר דיש נאמנות של יכיר אף בכה"ג שאומר על אחד שלא מוחזק שהוא בנו שהוא בנו, ולעיל קצו כתבו לבאר דעת הרשב"ם דמייירי התם שידוע שהוא בנו והספק האם אשתו שפחה או בת חורין ובכה"ג אף לרשב"ם יש נאמנות של יכיר דאע"פ שאין נאמנות לפסול מ"מ כשידוע שהוא בנו ולא ידוע יחוסו נאמן האב לומר מה הוא, ועיי' מש"כ לשיב בשם הרש"ש באופ"א.

והרשב"א חולק על הרשב"ם וכתב דודאי יש נאמנות לאדם לומר על מי שלא ידוע לנו האם הוא בנו שזה בנו וירש עם כל אחיו בכל הנכסים דהא ליכא מאן דמכחיש דבריו, והוסיף עוד שכל הדין שצריך לחידוש של יכיר הוא כשיש כמה בנים ואין ידוע מי הוא הבכור והוא בא לגרע מחלק של האחין ליתן לאחד פי שנים בזה צריך להגיע לדין של יכיר, אבל הא פשיטא שאדם שהוחזק שיש לו כמה בנים וחזר ממדינת הים יהא נאמן לומר שנלדו לו כמה בנים, ואף לרבנן שאין נאמנות כנגד חזקה הכא יהא נאמן ולא אמרינן דחשיב שזה נגד חזקה כיון שרק הבנים האלו שהיה ידוע לנו שהם בניו, דכתב הרשב"א שזה אינו דסברא פשוטה שבכה"ג שבא ממדינת הים יהא נאמן, ולא ביאר הרשב"א מה הטעם שיש נאמנות לומר שהוא בנו לענין ירושה, ועיי' בר"ן שהביא דברי הרשב"א ומדבריו נראה שהנאמנות הוא מדין יכיר, אולם בריטב"א כתב כדברי הרשב"א ומדבריו מבואר דיש כאן ב' סיבות לנאמנות או מחמת סברא כמו שמבואר ברשב"א או משום שיש נאמנות של יכיר.

ועיי' שיעורי הגר"ש הביא דבירושלמי מבואר דהכיא שיש סברא להאמין לאב לומר על מי שלא מוחזק לבנו שהוא בנו משום שאין אדם חשוד לשקר לומר על מי שאינו בנו שהוא בנו, ובקובץ הערות [כא כב] כתב יסוד חדש שיש נאמנות לאב מדין הודאת בע"ד עיי' שביאור מדוע אין בזה חסרון של חב לאחרים.

ולפי דעת הראשונים שהנאמנות הוא מדין יכיר מבואר שנחלקו הראשונים האם הנאמנות של יכיר הוא רק כה"ג שמוחזק לנו שהוא בנו או אף בכה"ג שלא מוחזק יהא נאמן לומר זה בני, מיהו לכאורה זה ברור שאף אם נאמן לומר על מי שלא מוחזק לנו שהוא בנו

זה בני לא יהא נאמן לומר זה בני ממזר, כמו שמצינו שנאמן לומר על מי שמוחזק לו שהוא בנו לומר שאינו בנו, והטעם בזה עיי' באמרי משה סי' יא אות ב', עיי' אבי עזרי הלכ' יבום.

ב. מתני' זה אחי אינו נאמן. לכאורה הטעם משום שאין לו נאמנות להפסיד שאר האחין, אולם הרמב"ם פ"ד מנחלות ה"א כתב שאם אדם אמר זה אחי נאמן לענין זה שאם מת ירש יחד אם אחיו, והמגיד משנה כתב שהנאמנות היא רק לגבי נכסים שיש לו באותה שעה שיש לו מיגו שיכול ליתן להם מתנה, אבל בנכסים שיבאו לו אח"כ אינו נאמן, אולם הטור סי' רעט הביא דברי הרמב"ם הנאמנות שיש לו לומר זה בני יש לו נמי לענין זה אחי, וכמו שבזה בני נאמן לומר אף על נכסים שבאו לו אחרי המתנה ה"ה נמי באומר זה אחי, מיהו צ"ב מהו הנאמנות לומר זה אחי הרי רק לאב מצינו נאמנות ל יכיר, ועיי'ש בביאור הגר"א סי' רעט סק"א שהקשה כן, ועיי' בקובץ הערות [כא כב] שכתב שאע"פ שאין נאמנות של יכיר מ"מ האב נאמן משום הודאת בע"ד, ואפשר להוסיף בזה ע"פ מש"כ לעיל קצו ע"ב שהאב יש לו כח להיות מוריש אי לאו דהוה מתנה על מה שכתוב בתורה ולכן חשב ע"ד לומר מי הו ירשו, אלא שהקשה א"כ מדוע בעינן קרא דיכיר הרי איכא הודאת בע"ד, וכתב לבאר ע"פ מש"כ הנתה"מ שחלק בכורה הוא מתנה מהאחין ולכן אין לאב נאמנות של הודאת בע"ד ליתן לבן אחר חלק בכורה.

ג. מתני' ויטול עמו בחלקו. הרשב"ם ביאר ע"ד משל שאם היה ב' אחין וג' שדות שיתן לו רק מחצה דהיינו שיתן לו רק את החלק הנוסף שהוא לקח ממה שמגיע לו, אולם מדברי רבנו גרשום דייק הגר"ש שחולק על הרשב"ם שכתב שאותו שמכירו ומודה שאחיו הוא יטול עמו בחלקו חצי, משמע שיתן לו חצי ממה שהוא קיבל, והסברא בזה כתב הגר"ש שמכיון שהוא מודה שזה גם אח נמצא שהא שאינו מודה לדבריו גנב חלק מתפוסת הבית, והרי אילו אדם מהשוק היה לוקח חלק מתפוסת הבית היו האחין מתחלקים בשווה ממה שנשאר, ה"נ מתחלקים במה שנשאר לו בשווה שלדבריו האח שאינו מודה נחשב כגזל חלק מתפוסת הבית.

ד. מתני' מת יחזרו נכסים למקומן. הטעם ביאר הרשב"ם שיש לאח שנתן לו חלק טענה על שאר האחין שלא נתנו לו מעיקרא שעכשיו ירשו חלק שהיה צריך להגיע אליו ולכן הוא מקבל את כל הנכסים שנשארו, מיהו צריך להבין הרי כל הנאמנות שהוא אח הוא על פיו וא"כ איך יכול להוציא ממנו הירושה ושמא לאו אחיו הוא, והיכן מצינו שאדם נאמן להוציא ממון בלא עדים, והנתה"מ סי' רפ סק"א ביאר שאע"פ שבעלמא כדי לקבל ירושה צריך עדות שהוא קרוב הכא שאין מי שמכחיש אותו אין צריך עדים, ועיי' קו"ש שביאר הסברא בזה.

דף קלד:

א. גמ' לפטור את אשתו מן היבום. מבואר בגמ' שכל הנאמנות ליבום הוא רק משום מיגו דבידו לגרשה, הרע"א [תשובה ק"י] הקשה לדעת הראשונים [הרשב"א והריטב"א והר"ן] שיש נאמנות של יכיר אף על מי שאינו בנו לומר שהוא בנו מדוע לא יהא נאמן לענין שאשתו לא תהא זקוקה ליבום, והוסיף שהרי לדעת הראשונים שהאב נאמן לומר על בנו שהוא ממזר נאמן גם להתירו בממזרת כמו שמבואר בשו"ע [סי' ד' סעי' כט] א"כ כמו"כ יהא נאמן לפטור מהיבום, וכתב הרע"א דאין לומר שכל מה שהתורה נתנה נאמנות לאב הוא רק לאיכות הבן להתירו בממזרת אבל לא במה שאינו נוגע לבן דרחוק הוא לומר כן, שהרי המקור שהאב נאמן על איכות הבן הוא ממה שמצינו שהתורה נתנה נאמנות לאב לומר על בנו קטן שהוא הבכור ומוזה למדו תוס' שמוכח מכאן שהאב נאמן לומר על בנו גדול שהוא ממזר, דלא האמינה התורה לחצאין א"כ מדוע שלא יהא נאמן אף לפוטרה מיבום, עיי"ש עוד מש"כ בקושיא זו, [אולם צריך לבאר שהרי בגמ' יבמות מז ע"א מבואר שאם יש בני בנים אין האב נאמן לומר על בנו קטן שהוא בכור כיון שעיי"ז הוא עושה בני בניו של בנו הגדול ממזרים ועל זה התורה לא נתנה לו נאמנות, ומבואר בגמ' דאע"פ שלא על כל דבר נתנה התורה נאמנות, ועיי' בקו"ש אות תי"ח מש"כ לבאר].

אולם הש"ש [ש"ב פ"כ] כתב לישב דכל הנאמנות של יכיר הוא רק לענין דיני הבן אבל לגבי יבום אי"ז נוגע לבן ואין לאב נאמנות בזה. ועיי' אמרי משה סי' יא אות ה' שכתב לישב שכל הנאמנות של האב לומר אינו בני הוא רק בכה"ג שמוחזק לנו שהוא בנו אבל אף לדעת הראשונים שהאב נאמן לומר על מי שאינו בנו שהוא בנו כ"ז רק לגבי ירושה אבל לגבי שאר דברים לא עיי"ש סברתו, והלכן לא נאמן לגבי לפטור אותה מהיבום, עיי' שיעורי הגר"ש אות קנט.

ב. גמ' אמר רב יהודה אמר שמואל מפני מה אמרו זה בני נאמן הואיל ובידו לגרשה. בעיקר גדר הנאמנות משום דבידו לגרשה מצינו מחלוקת גדולה בראשונים ובאחרונים האם הנאמנות הוא משום דכל דבר שהוא בידו חשיב כבעלים על הדבר ויש לו נאמנות דבעלים, או דאין נאמן משום בעלים אלא משום מיגו דכיון שהיה יכול לגרשה א"כ יש כאן סברא דמה לי לשקר והוה נאמנות ככל טענה של מיגו. דהנה הגמ' ביבמות פט ע"א דנה האם עד אחד נאמן באיסורים כנגד איתחזק איסורא ומבואר בגמ' בדמקום שבידו לתקן נאמן עד אחד אף במקום שאיתחזק איסורא, וכן מבואר בגיטין נד ע"ב וביאר הרא"ש שם הטעם ז"ל דכל דבר שהוא בידו לתקנו הרי הוא כבעליו, ומבואר שאין הנאמנות של בידו משום מיגו אלא נאמנות שהוא כבעלים וכלן אף בדבר שעכשיו אינו בידו ג"כ נאמן עכשיו כיון שהיה מעיקרא הדבר בידו, ומבואר שיש נאמנות חדשה על דבר שהיה בידו לעשותו שהוא נחשב בעליו לקבוע דיני האיסור וההיתר של הדבר, ועיי' בנתה"מ סי' פב בכללי מיגו [אות יא] שכתב שזה סברת הגמ' כאן שבעל שאמר זה בני נאמן לפוטרה מיבום משום דהוה בידו שהרי בידו לגרשה וכל דבר שהוא בידו כתב הרא"ש דחשיב כבעלים, אולם צריך להוסיף שהרי

להתירה לשוק הוה דבר שבערוה וילפינן דבר דבר ממון והיכן מצינו שבדבר שבממון יהא נאמן כה"ג, ובאמת שהנתה"מ סי' לו סק"י כתב להכריח מהך דינא דבעל שאמר גירשתי שנאמן משום בידו דאף בדבר שבממון יש נאמנות היכא שהוא בידו, עיי"ש שהוכיח מכמה דוכתי דבר זה שיש נאמנות בממון כשהוא בידו.

אולם הש"י פ"א [כתב דבממון אין נאמנות אף בדבר שהוא בידו, וכל מה שמבואר בסוגיא ביבמות שיש נאמנות אף בדבר שהוא בידו אינו אר לפי הס"ד של הגמ' שם לדמות עדות של דבר שבערוה לעדות איסורין, אבל למסקנת כל הנאמנות של בידו הוא רק בדבר של איסור אבל בממון ודבר דבערוה אין נאמנות דבידו, והטעם משום דעל פי דנים עדים יקום דבר וע"י דין בידו אין נאמנות, והוכיח הש"י מהא דמבואר בסוגיין שכל הנאמנות של בעל לומר גירשתי את אשתי הוא משום שבידו לגרשה ומבואר בגמ' שכל הנאמנות הוא רק מכא ולהבא ולא למפרע, ואם הנאמנות היא משום בידו א"כ היה צריך להיות נאמן אף למפרע, שהרי לענין איסורים מבואר בהדיא שאם אדם אומר לחברו נתנסיד ינך נאמן אף בכה"ג שעכשיו אין הדבר בידו אלא כל שהיה בידו פעם אחת חשיב כבעלים וע"כ דבדבר שבערוה אין נאמנות של בידו, וביאור דברי הגמ' שנאמן משום דבידו לגרשה הוא משום מיגו דיש כאן הוכחה דהוא דובר אמת שהרי יכול לגרשה, ונאמנות זו דמה לי לשקר איתא אף בממון לכן אף בדבר שבערוה איכא נאמנות דמה לי לשקר, אלא שלמפרע לא נאמן כמו שמצינו בכל מיגו דלמפרע לא אמרינן, דכל ההוכחה שהוא דובר אמת הוא רק בדבר שיכול לעשות אותו עכשיו, אבל על מה שהיה יכול לעשות אתמול ליכא הוכחה וממילא אין לו מיגו למפרע, וכדברי הש"י כתב הרע"א בתשובה קמא סי' קכה [ד"ה לעני"ד], ובאמת שצ"ע לדעת הנתה"מ מה שהקשה הש"י דאם הנאמנות הוא משום בידו מדוע לא יהא נאמן למפרע, שהרי באיסורין מבואר שבדבר שהוא בידו נאמן אף למפרע, והרע"א שם הקשה כן נתה"מ, [ועי' קה"י גיטין סי' א' בתו"ד שהרגיש בזה וכתב דצ"ל שלגבי דבר דבערוה אע"פ שנאמן מצד בעלים צריך שיהא לו בעלות עכשיו ובה חלוק מאיסורין ולכן אנו נאמן על למפרע].

ג. ומצינו שנחלקו בזה הראשונים בסוגיין ג"כ דהנה הרמב"ן הבין שתהא מותרת אף לכהן והקשה איך נאמן לומר יש לי בנים להתירה לכהן הרי כל הנאמנות הוא משום דבידו לגרשה ואם גרשנה תהא אסורה לכהן, ועוד הקשה שאף לישראל לא תהא מותרת כיון דהוה מיגו לחצי טענה, שהרי כשאומר זה בני מתירה לכהונה ואם יגרשנה תהא אסורה לכהונה וכה"ג ליכא מיגו דליכא הוכחה דמה לי לשקר, ותי' הרמב"ן דאין כאן חסרון של מיגו לחצי טענה כיון שעיקר מה שבא הבעל הוא להתירה לשוק ולא להתירה לכהן, וסיים הרמב"ן דכיון שאנו מתירין אותה לשוק ממילא כבר מותרת לכהונה, והביאור בזה שהרמב"ן סבר כהרע"א והש"י שהנאמנות הוא משום מיגו דיש כאן הוכחה למה שאומר יש לי בנים ולכן נאמן אף להתירה לכהונה ג"כ, דאילו לסברת הנתה"מ שהנאמנות הוא משום שבידו לא יהא נאמנות לכהונה שהרי על זה אין בידו.

אולם הנתה"מ שם בתחילת דבריו הקשה קושית הרמב"ן מדוע יש נאמנות לומר יש לי בנים הרי הוא מיגו לחצי טענה, שהרי לכהן לא תוכל להנשא והביא שם"כ בשלטי הגיבורים בסוגיין בשם שהריא"ז, ומכח קושיא זו הכריח הנתה"מ שהנאמנות הוא מחמת בידו ולכן על מה שאין בידו אין לו נאמנות ולכן להתירה לכהן לא יהא נאמן, ומבואר שנחלקו הרמב"ן והריא"ז מה גדר הנאמנות של בידו לגרשה אם הוא משום מיגו או משום בידו, והנה ברשב"ם להלן קלה ע"א דייק מההרש"א דסבר שאם אמר יש לי בנים מותרת לכהן ומבואר דהרשב"ם למד כסברת הש"י שהנאמנות הוא משום מיגו וכן מבואר ברשב"ם בכל הסוגיא עי' [ד"ה איבעיא להו] ובדעת תוס' דייק מהרש"א שם שחולק על הרשב"ם וכונתו על תוס' ד"ה הואיל ואפשר שתוס' למדו שהנאמנות היא משום בידו ולכן לא יהא נאמנות לכהן וכמש"כ.

ד. והנה מה שהקשה הרמב"ן מדוע יש נאמנות לומר יש לי בנים ע"י מיגו הרי הוא מיגו לחצי טענה יש להקשות על דברי הרשב"ם שביאר שהנאמנות של האב לומר זה בני לענין ירושה הוא משום מיגו שיכול ליתן לו במתנה, ואמא אין חסרון של מיגו לחצי טענה שהרי לפי טענתו עכשיו זה בני כונתו ליתן כל הנכסים אף נכסים שיפלו לו אח"כ, וע"י המיגו אין לו נאמנות על כל הנכסים אלא נאמן רק על הנכסים שהם אצלו עכשיו, וע"י בקיצור כללי מיגו אות יא שהקשה קושיא זו וכתב לישב דכל החסרון של מיגו לחצי טענה הוא רק בכה"ג שאין יכול לטעון את ב' הטענות אבל אם יכול לטעון את ב' הטענות אין חסרון של מיגו לחצי טענה והכא הרי יכול לתן במתנה לבנו כל נכסיו עכשיו ועוד הרי יכול לומר בני אתה ולכן אין חסרון של מיגו לחצי טענה, אולם דא"כ צריך להבין מדוע לא יהא נאמן האב גם על נכסים שיפלו לאחר מכאן, והרי כמו שמבואר ברמב"ן שאם הנאמנות משום מגו יש נאמנות לגמרי אף להתירה לכהן, משום שמכח המיגו יש הוכחה שהוא דובר אמת, א"כ ה"ה לענין ירושה מדוע לא יהא נאמן לגמרי מכח המיגו לומר זה בני אף על נכסים שיפלו לו אח"כ וע"י בשער המלך פכ"ב מכירה הט"ו [ד"ה ומוהר"ר] שתמה כן וצ"ע.

הערות וציונים פרק יש נוחלין

דף קלד:

א. גמ' איבעיא להו אמר למפרע מהו להימוניה להבא מי פלגינן דיבורא או לא פלגינן דיבורא. לבאר הסוגיא נראה להקדים מה שיסדו האחרונים בדין פלגינן שמצינו ב' אופנים של פלגינן, א' פלגינן דיבורא ב' פלגינן נאמנות, פלגינן דיבורא הכונה שמחלקים את הדיבור שלא מקבלים כל העדות אלא מקבלים רק חצי דיבור, פלגינן נאמנות הכונה שמקבלים את כל הדיבור אלא שרק חלק מהדינים נאמן וחלק מהדינים אינו נאמן, ומקור הדין של פלגינן דיבורא מבואר בסנהדרין ט ע"ב באחד שבא להעיד פלוני רבעני

לרצוני שנחלקו ר' יוסף ורבא דר"י סבר שעדותו בטלה כיון שהוא רשע שהרי אומר שרבע אותו לרצונו והתורה אמרה אל תשת רשע עד חמש, ורבא חולק דאדם קרוב אצל עצמו ואין אדם משים עצמו רשע, דהיינו שאין אדם נאמן לומר על עצמו שעשה מעשה רשע וממילא א"א לקבל את מה שאומר על עצמו ולכן פלגין דיבורא, שמחלקים את הדיבור לשנים שמה שאמר פלוני רבעני מקבלים ומה שאמר לרצוני אין מתקבל לעדות, ועי' עוד בסוגיא שם בהא דמעיד פלוני על אדם אחר שבא על אשתו דהוה פלגין דיבורא דאמרין שבא על אשה ולא שומעין שבא על אשתו.

ודין פלגין נאמנות הוציאו מאחרונים מהסוגיא ביבמות כה ע"ב שבמשנה מבואר לגבי עד מיתה שאומר הרגתי את פלוני נאמן להשיא את אשתו, ואומרת הגמ' בתחלה שרק לרבא דסבר פלגין דיבורא נאמן דאפשר לחלק הדיבור שפלוני נהרג ולא ע"י, אבל לר"י אין נאמן כיון שלא פלגין דיבורא א"כ נמצא שיש כאן עדות של רשע ורשע פול לעדות, אולם אומרת הגמ' ד"ל שאף לר' יוסף אפשר לקבל העדות כיון שרשע נאמן לעדות אשה דחקילו בו רבנן ולכן אע"פ שבכל עדות שאומר מעשה רשע על עצמו אינו נאמן כיון שליכא פלגין א"כ נמצא שהוא עדות של רשע ואין נאמן, אבל בעדות אשה הרי רשע כשר לעדות א"כ אף לדבריו שהוא רשע הוא כשר לעדות ויהא נאמן לומר שהוא הרג, אולם מקשה הרע"א דאף אם רשע כשר לעדות אשה, אבל קשה הרי יש כלל שאין אדם מסים עצמו רשע והרי ודאי לא יפסל לכל עדויות א"כ אכתי קשה שעל עצמו הוא לא נאמן לפסול עצמו, וביאר הרע"א שמוכח מכאן שאע"פ שר' יוסף חולק דלא פלגין דיבורא מ"מ פלגין נאמנות, והיינו שמקבלים את כל העדות שהוא הרג לגבי שהאשה תינשא ולא לענין זה שיפסל לעדות וזה כונת הגמ' שאם רשע פסול לעדות לא יועיל לקבל העדות רק דגבי האשה כיון שהרי מספר על עצמו הוא רשע פסול א"כ לדבריק רשע אתה ואין כאן נאמנות, אבל אם רשע כשר לעדות הרי נאמן לומר שהוא רשע אלא שלא מקבלים את זה שיפסול עצמו, ועי' בקובץ הערות סי' כא שהאריך בכל ענינים אלו, והוסיף עוד דעד אחד שמעיד מת בעליך שנאמן להשיאו אשה ולא נאמן לגבי נחלה חשיב ג"כ בכלל פלגין נאמנות שלא נאמן לכל הדינים.

ב. ומעתה יש לחקור בסוגיין שהגמ' מסתפקת בבעל שאמר גירשתי את אשתי למפרע אם עבדין פלגין או לא האם הכונה לפלגין דיבורא דהיינו שמקבל מה שאמר גירשתי אבל לא מקבלים את מה שאמר שגירשה לפני לי יום, או"ד שזה פלגין נאמנות דהיינו שמקבלים את זה שגירשה לפני לי יום אבל אין לו נאמנות בזה כלפי הזמן של קודם לי וכל הנאמנות הוא רק שמגורשת מכאן ולהבא, וברשב"ם בסוגיין כתב בהדיא דהנדון הוא לגבי פלגין דיבורא שכתב [בד"ה מי פלגין] דבמאי דאמר גירשתי מהימנין ליה ותפטר אשתו מכאן ולהבא ובמאי דאמר זה לי יום דהיינו למפרע לא מהימנין ליה, מבואר ברור שהפלגין הוא שמקבלים רק את הדיבור של גרשתי, וכן משמע בגמ' שמקשה מהא דאמר רבא איש פלוני בא על אשתי ובפשוטו היינו פלגין דיבורא כמו שמבואר בסנהדרין שהגמ' מקשה שם על רבא מה החידוש בזה הרי כבר אמר פלוני רבעני לרצוני נאמן משום דפלגין, ועי' בשיעורי הגר"ש [אות קסב] שהוכיח מדברי תוס' גיטין כז ע"ב וב"מ יח ע"ב שכתבו דהיכא שהבעל אומר שגט נפל מיד האשה אין לו נאמנות מדין בעל שאמר גירשתי את אשתי, והרע"א ב"מ כתב שאף למד"א בסוגיין דפלגין לא יהא נאמן התם משום שהרי הבעל אומר שנפל ממנה ואין כאן דיבור שאפשר לחלוק אותו, ואם הנדון היה משום פלגין נאמנות הרי מאמינים לו על הגט של אתמול רק לגבי הנדון של מכאן ולהבא וא"כ למד"א פלגין יהא נאמן אלא ע"כ שכל הנדון הוא רק מצד ההלכה של פלגין דיבורא, [אמנם עי' בשיעורי הגר"ש שם שכתב שיש ראייה מראשונים [יד רמה] שהנדון הוא משום פלגין נאמנות].

ג. אולם בעיקר דברי הגמ' יש להעיר שכל הנדון של פלגין מצינו בעדות שהעד מעיד בב"ד עדות שחלק מהעדות אין לו כח להעיד משום שהוא רשע או פסול מחמת קרוב דבזה יש נדון האם לא מקבלים את כל העדות או שמחלקים אותן, אבל כאן אין פסול בהגדה אלא שהנאמנות לומר גירשתי הוא מכח מיגו שבידו לגרשה ולגבי למפרע אין בידו וא"כ אין לו מספיק כח של עדות, ולכאורה הרי זה דומה לעד אחד שבא להעיד לחייב ממון ואינו נאמן כיון שעל פי דנים יקום דבר ומקבלים הנאמנות שלו רק לגבי שבועה, ואמאי לא נימא שכיון שבא להעיד על חיוב ממון יהא תלוי אם עבדין פלגין אלא דא"י שייך לזה משום שלא שמענו עדות מספקת לחיוב ממון ול"ש כאן הנדון של פלגין, [ובקובץ הערות כתב שבעד מיתה שנאמן להשיאה אשה ולא נאמן לנחלה חשיב פלגין נאמנות, ויש לדון בזה ד"ל דהתם אין מספיק נאמנות לענין ממון ול"ש לדין פלגין].

ועוד הקשה הרע"א בעיקר הסוגיא שהרי הגמ' אומרת לעיל שאם אומר זה בני נאמן לירשו משום מיגו, ומבואר ברשב"ם ותוס' שכל הנאמנות הוא רק לגבי הנכסים שיש לו באותה שעה אבל על נכסים אחרים אינו נאמן, ולכאורה קשה למבואר בגמ' כאן אם לא עבדין פלגין אין נאמן כלל א"כ מדוע התם נאמן על הנכסים שיש לו עכשיו ומדוע לא אמרינן שמכיון שלא נאמן לגבי נכסים שיבוא אח"כ לא נאמן אף על הנכסים שיש לו עכשיו, ויש להקשות ממ"נ אם הטעם התם משום פלגין נאמנות שלכן נאמן רק לגבי נכסים שיש לו עכשיו, א"כ מדוע לגבי בעל שאמר גירשתי את אשתי למפרע לא נימא פלגין נאמנות ויהא נאמן לכו"ע מכאן ולהבא, ואם הטעם שנאמן על הנכסים שיש לו עכשיו ולא על נכסים של אח"כ כיון שאינם בידו ול"ש לדין פלגין א"כ קשה טובא מדוע בבעל שאמר גירשתי צריך להגיע לדין פלגין ולמה לא אמרינן שעל מה שבידו נאמן ומה שלא בידו אינו נאמן, ועי' בתוס' ר"ד שהקשה ב' קושית אלו וביאר הסוגיא באופ"א ע"ש.

ונראה דמה שהרשב"ם ותוס' ביארו שהנדון כאן הוא משום פלגין דיבורא ולא פלגין נאמנות משום דס"ל דל"ש לדון כאן פלגין נאמנות, דהנה בקו"ש אות ובקובץ הערות כא ז' כתב שכל הנדון של פלגין נאמנות הוא בכה"ג שיש ב' נדונים מכח העדות דאמרין שנאמן לענין דין אחד ולא לגבי דין אחר, אבל היכא שדין אחד הוא תולדה מהדין השני בכה"ג ל"ש לעשות פלגין לומר שיהא נאמן לגבי זה ולא לגבי זה, ולכן כתב בקו"ש בהא דמבואר לעיל שאם אומר על בנו עבדי שכתבו הראשונים דמירי שיענין מי אמו אלא

שלא ידעין אם היא שפחה או בת חורין וורק בכה"ג נאמן, אבל אם ידוע שהיא בת חורין אינו נאמן על בנו לומר עבדו כיון שפוסל את אמו בזה ואין שייך לומר פלגין נאמנות כיון שמה שהבן עבד הוא תולדה ממה שאמו שפחה וכיון שאין לה נאמנות על אמו ממילא לא נאמן על בנו שהוא עבד, וא"כ אפשר שא"א לומר דה"נ חשיב תולדה דאם אמרין שנתגרשה אתמול ויהא נאמן רק מכאן ולהבא הוה פלגין בתולדה כיון שאותו כח גט שאנו מאמינים לו שהתגרשה בו מהיום הוא היה אתמול ג"כ, וכה"ג שהוא תולדה לא עבדינן פלגין, ועי' בשערי ישר שער ו' פ"ב בתחילתו שנראה שכו"כ.

אולם אכתי צריך להבין מה שהקשנו לעיל מדוע צריך להגיע לדין פלגין הרי אין כאן אין לו סיבת להיות נאמן על למפרע כיון שלא הוה בידו, וכל כח הנאמנות הוא רק לדינים שמכאן ולהבא, וונראה ביאור הדבר מבואר ברשב"ם ד"ה או לא ז"ל 'דאיהו לא טעין אלא גירוש מפרע אן טענין ליה בתמיה', ונראה מבואר ברשב"ם כאן סברא חדשה שהסברא שלא לעשות פלגין הוא מחמת שאיהו לא טעין גירוש מפרע והיינו שמכיון שאמר דיבור גרוע שאין לו נאמנות בזה כלל גרע טפי ובזה י"ל שהוא שיקר בכל הדיבור, או שא"א לשנות דיבור שאדם אמר לעשות מזה סיפור אחר.

וקושיית הגמ' היה מפלוני בא על אשתי דחזינן התם דאע"פ שהדיבור היה על אשתו מ"מ פלגין דיבוריה ונאמן לומר שפלוני בא על אשת איש ולא על אשתו דהיינו שאע"פ שאמ סיפור בצורה מסוימת מכח דין פלגין מחלקים דיבורו ה"נ אפשר לומר שיהא נאמן במה שאומר שהוא גרושה אבל לא מאתמול, ולפי"ז יש לישב קושיית הרע"א דהכא שכל הדיבור הוא על מעשה של אתמול שאומר שגירשה בזה יש נדון אם פלגין או לא, אבל כשאומר זה בני וכל סיבת הנאמנות הוא מחמת שבידו ליתן הנכסים של עכשיו אע"פ שאין נאמן על נכסים שיבאו אח"כ אין בזה חסרון של פלגין שהרי לא באנו לשנות את דיבורו שאמר זה בני והתם אין צריך להגיע לדין פלגין לומר שיהא נאמן בנכסים של עכשיו אלא במה שיש בידו נאמן ובמה שאין בידו אינו נאמן, [שו"ר באילת השחר שהלך בדרך זו לבאר הסוגיא].

בקו"ש ח"ב ביאר הא דמבואר בגמ' שהאומר זה בני נאמן לאכול בתרומה משום שבידו להאכיל בתרומה ולכאורה הנאמנות היא רק מכאן ולהבא אבל על למפרע לא והרי התם ל"ש לומר פלגין שהרי סיבת הנאמנות הוא מחמת שנולד כהן וא"כ איך יהא נאמן, וכתב דהתם כיון שזה דין של איסורין בעלמא ע"כ שיש לו כח נאמנות של ביו ובזה נאמן אף למפרע כמו שכתב הנתה"מ שהובא לעיל וכל מה שנחלקו הש"ש והרע"א על הנתה"מ הוא רק בדבר שבערוה

ד. גמ' בתרי גופא פלגין בחד גופא לא פלגין. פרשב"ם בועל ואשה פלגין בחד גופא למפרע ולהבא באשה אחת לא פלגין, אולם הריטב"א ביאר שכונת הגמ' לחלק בין חד גופא לתרי גופא הוא האם חשיב ב' ענינים או ענין אחד, ולדבריו כל הדין של פלגין הוא רק במקום שהוא ב' ענינים, אבל לסברת הרשב"ם דיש חילוק יבן חד גופא לתרי גופא ממש צ"ב מה הסברא בזה.

ה. תוס' ד"ה למפרע. תימה מאי קמ"ל פשיטא דאין נאמן, הש"ש ש"י פ"ב כתב לישב קושיית תוס' על פי מש"כ שיסוד הנאמנות דבידו לגרשה אינו מחמת נאמנות דבידו אלא הוא מדין מיגו דהוכחה דאיכא אן סהדי שהוא דובר אמת ונתבאר לעיל, ולפי"ז כתב דזה גופא החידוש של ר' יוחנן שהנאמנות הוא משום מיגו ולא משום שהוא בעלים דאם הנאמנות דבידו הוא דחשיב בעלים א"כ היה נאמן אף למפרע כמו שמבואר בגיטין בנאמנות דע"א שנאמן אף למפרע, ולפי"ז כתב דאף אם היה נאמנות דבידו דהוה כבעלים ונאמן למפרע מ"מ לענין מיתה לא היה נאמן דהתם בעינן דוקא ב' עדים, ומבואר שתוס' סברו כמש"כ הנתה"מ שהנאמנות דבידו הוא אינו משום מיגו אלא משום דחשיב כבעלים, וקצת יש לדייק כן בתוס' ד"ה הואיל שכתב דאין להקשות שלא יהא נאמנות של מגו משום דעכישו הוא פוסלה מהכהונה וכתבו תוס' מ"מ חשיב מיגו לפוטרה מהיבום, ולא ביארו תוס' כונתם ואפשר משום דאין הנאמנות הוא משום מיגו אלא משום שיש כאן נאמנות דהוה כבעלים.

ו. רשב"ם ד"ה הכא. מבואר ברשב"ם שכל הנאמנות לומר יש לי בנים הוא רק בכה"ג שהוחזק שיש לו אחין אבל אם יש עדים שיש לו אחין אינו נאמן לומר יש לי בנים לפוטרה מהיבום, והקשה הרע"א שהרי הבעל נאמן לומר גרשתיך משום שבידו לגרשה אע"פ שברור לנו שהיא אשתו וא"כ מדוע לא יהא נאמן כשיש עדים שיש לו אחין, וכתב הרע"א דיש לחלק דהכא יש בידו על הטנה שאומר גירשתיך אבל הכא אין בידו על מה שאומר יש לו בנים אלא שיש בידו לפוטרה מהיבום מסיבה אחרת לכן אם יש עדים לא יהא נאמן, ועי' שו"ע סי' קנו שהובא ב' דעות להלכה בזה, ועי' שם בבית מאיר.

דף קלה.

ז. רשב"ם ד"ה הא"ר חייא בר אבא. דהא אינה נפטרת בטענת יש לי בנים וכו', המהרש"א כתב לדייק דמשמע מדברי הרשב"ם שאם היתה אומרת יש לי בנים היתה יכולה להנשא לכהן, ולעיל הובא שכן כתב הרמב"ן בהדיא ואע"פ שכל הנאמנות הוא משום מיגו נתבאר לעיל שמכיון שהנאמנות הוא משום מה לי לשקר אמרין שע"כ דובר אמת ולגמרי נאמן בטענת יש לי בנים, [ועי' קצה"ח סי' קמו מש"כ בדעת הרשב"ם דלא כמהרש"א]. אולם כתב מהרש"א שתוס' לעיל חלקו על רשב"ם וכונתו לכאורה לתוס' ד"ה הואיל עי"ש, אולם יש לדייק בתוס' כאן ד"ה חזיא דמשמע מדבריהם שמוותרת לכהן, וצריך לפרש בכונתם שכתבו ולא שהיה אומר שהיו לו בנים וכו' אין כונתם שהיה נאמן בזה להתירה לכהן, אלא כונת תוס' שאם היה אומר יש לי בנים אפשר היה להבין מה כונתו שאמר חזיה לכהן ואע"פ שבאמת לא היתה יכולה להינשא מ"מ הוא סבור לפי טעותו שיכולה להינשא לכהן, [ועי' בקובץ שיעורים ח"ב סי' ג מש"כ לבאר במחלוקת אסתהא מותרת לכהן].

הערות וציונים

פרק יש נוחלין

דף קלה.

א. גמ' אלא דקא אמרי לאו אחינו הוא אימא סיפא וכו'. לכאורה כונת הגמ' דיש כאן הודאה כנגד הודאה דהיינו שאח אחד מודה שאותו ספק הוא אח, וא"כ יש כאן הודאת בע"ד שלכל אחיו יש זכות לירש אותו, מ"מ יש הודאה בע"ד כנגד שהם מודים שהוא לא אח ואין להם זכו לירש בנכסים, אולם הרא"ש כתב מכאן היה אומר רבנו מאיר שאם אחד הודה לחברו שחייב לו מנה והלה אומר אינך חייב לי שהוא פטור, ואע"פ שלא אמר בהדיא שהוא מוחל לו אמרינן דמכיון שהודה שאינו חייב לו לא היה אומר כן אם לא היה מוחל לו בלב שלם, והיינו דהרא"ש למד מכאן דאע"פ שיש כאן הודאה שמגיע לו חלק בירושה מ"מ מונח כאן מחילה של שאר האחים כשאומרים אי"ז אחינו, והמשנה למלך פ"ד מנחלות הקשה על הרא"ש דבשלא בההיא דהרא"ש דמייירי שמודה שחייב לחברו מנה מהני מחילה משום שהו חוב, אבל הכא בירושה ל"ש לומר שמוחל על הירושה הרי אם זכה בנכסים לא מהני מחילה על דבר בעין.

אולם המשנה למלך הקשה מדוע נזיל בתר הודאת שאחר האחין דלאו אחינו הוא ומדוע לא נזיל בתר האח שאומר שהוא אחיו והביא שכן הקשה תוס' בגיטין מ ע"ב דהיכא דאיכא הודאה כנגד הודאה אין הכרח דאזלינן בתר הודאת מקבל, והקצה"ח סי' רפ סק"א כתב דהיכא דאיכא הודאה כנגד הודאה הוה כתרי ותרי דהוה ספק והכא כיון שאותו אח שאמר אחינו הוא חשיב ודאי ושאר האחין הוה ספק אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי, אולם הנתה"מ כתב דלא חשיב שיש כאן הודאה כנגד הודאה, שאותו האח שאומר שפלוני אחי הוא הרי אינו מודה על נכסי עצמו, אלא שהוא מעיד שלשאר האחין מגיע להם חלק מאותו האח, והרי אם יבאו עדים שאותו פלוני אינו אח לא מהני הודאת כלל אלא דחשיב עדות שלו ולא הודאה ולכן הודאת דאר האחין דלאו אחינו הוא חשיב הודאת בע"ד גמורה ואין כאן הודאה כנגד הודאה.

ב. גמ' הא אמרי לאו אחונא הוא. כתב בהגהות אשר"י בשם ריב"ם דכיון דהאחין שאמו לאו אחינו הוא אינם מקבלים מ"מ אין האח שהוא שהוא אח יקבלו את כל הנכסים אלא יהא מונח עד שיבוא אחד מהירשים של אותו אח המסופק, והטעם דמכיון שהוא הודה דיש לשאר היורשין חלק בזה איך יוכל לקחת בירושה חלק יותר גדול ממה שאומר שצריך לקבל על פי הודאתו, אלא שנסתפק שם אם הגיע יורש אחר שאינו אח והביא עדים שהוא קרוב האם אותו אח שטען אחי הוא יהא חייב להחזיר לו חלקו שהרי אין לו עדים שהוא קרוב והשני שהוא הביא ראיה שהוא קרוב ודאי אפשר שהוא עדיף ממנו.

אולם מדברי הרמב"ם פ"ד מנחלות ה"ח וש"ע סי' רפ נראה דכה"ג שהאח שהודה יקבל כל החלק של הירושה מהאח הספק ודלא כהריב"ם, ועי' שיעורי הגר"ש מש"כ לבאר מדוע חולק בסברא על דברי הריב"ם, ואולי יש לומר עוד סברא דאע"פ שהודה שיש לו עוד יורשין אבל הרי לכל יורש יש יסבה לקבל את כל הירושה, א"כ אפשר לומר דכ"ז שלא באים שאר היורשין אע"פ שהודה שהם יורשין יכול ליקח כל הירושה משום שיש לו סיבה לירש כל הנכסים.

ג. גמ' אמר רבא זאת אומרת מנה לי בידך והלה אומר איני ידוע פטור. פרשב"ם דהכא נמי אח אחד טוען בשביל אחיו הספק יש לו ממון בידכם והם אומרים אין אנו ידועים פטורין דאוקי ממונא בחזקת מריה, מבואר חידוש בדברי רבא דמהני טענת ברי אף אם הבעל דבר בעצמו אינו טוען אלא אחר טוען עבורו שברי שפלוני חייב לו, ואב"י שהשיב לרבא לעולם אימא לך חייב ושאיני הכא דכמנה לאחר בידך, חולק בזה על רבא דכיון שהבע"ד בעצמו אינו יודע ואין יכול לטעון ברי א"א להוציא בטענת האח דעל טענתו אמרינן ליה לאו בעל דברים ידי את, וצריך לבאר לרבא מה הטעם דמהני ברי של אחר דהנה בפשוטו הטעם דברי ושמא ברי עדיף משום שאדם זוכה בטענתו ולא משום שיש לנו ברור ע"י טענת ברי וא"כ תמוה מאוד מה סברת רבא דמהני ברי של אחר, ועוד שבמקום שאחר טוען עבור הבע"ד לכאורה אין לנתבע חיוב להשיב עבור טענתו כיון שאינו בעל דין וא"כ לכאורה ל"ש כלל הגיעותא בטענת השמא.

ועי' בשיעורי הגר"ש [אות קעא] שכתב דצ"ל דסברת רבא דמהני ברי של אחר דיסוד הדין ברי ושמא ברי עדיף משום שמאחר שיש טענת ברי והלה טוען שמא ממילא אין מקום להסתפק דודאי כדבריו וממילא זוכה בממון, וכן ביאר באב"י עזרי [פ"י"ח מאיסורי ביאה ה"י] והוסיף שהרי מבואר בגמ' לעיל לה ע"כ שאם חפץ מונח ברשות הרבים ואחד טוען שהוא שלו הרי הוא זוכה בו ואף אם יבא אחד ויאמר שאינו שלו לא מוצאין מידו כיון שאם אין טעון שהוא שלו אינו נחשב על דבר ובמה שמכחיש דבריו לאו כלום הוא שהוא רק עד אחד, והיינו שבמקום שאין ספק בממון הבעל דבר נאמן לומר שהוא שלו, ולכן אם התובע טוען ברי והנתבע טוען שמא נחשב נאמן הטעון ברי כיון שאין מי שמכחישו דטענת שמא לאו כלום היא מה שהממון בידו אינו סיבה להחשיב מוחזק, וה"נ סבר רבא דברי ע"י אחר אין להסתפק בממון וטענת השמא אינה מספקת להחזיק הממון בידו, [ועי' באב"י עזרי שם שכתב שכל הסברא של ברי ע"י אחר מהני הוא רק כלפי התובע ולא לנתבע, ונפק"מ להלכה דבאיני יודע אם פרעתיך הדין הוא שברי ושמא ברי עדיף, אם הנתבע טוען שמא ואחר טוען עבורו ברי שהוא פרע דלא מהני לכו"ע ע"י"ש]

ד. והנה מדברי הראשונים בשבועות מבואר שהנדון בסוגיא אם מהני ברי ע"י אחר הוא אף בכה"ג שהבע"ד בעצמו טוען טענת ברי אלא שטוען שהוא יודע שזה כך ע"פ מה שאחר אמר לו, [דמסברא היה מקום לדון דכל הנדון כאן הוא רק משום שהבע"ד אינו טוען כמו שכתב הרשב"ם, אבל אם הבעלדבר טוען אע"פ שהוא מכח אחר מ"מ חשיב טענת ברי], דבסוגיא בשבועות מב ע"א נחלקו ר' אלעזר בן יעקב ורבנן בכה"ג שאדם תובע את חברו שהיה חייב לאביו ממון והודה במקצת האם חייב שמובעת מודה במקצת, דרבנן

סברי שהוא פטור משבועה וראב"י מחייב ומבואר בגמ' שם שנחלקו האם הסברא שאין אדם מעיז פניו בפני בע"ח קיים אף בבנו, ונחלקו הראשונים באיזה אופן נחלקו ראב"י ורבנן האם רק בכה"ג שהבן טעון שהוא יודע שחייב לאביו מפני שהוא ראה וכן היא שיטת רוב הראשונים, אבל הראב"ד כתב שבכה"ג שהבן טעון שהוא ראה אין מחלוקת וכל המחלוקת הוא רק בכה"ג שהוא טוען שאביו אמר לו, דראב"י מחייב שבועה אף בכה"ג ורבנן פוטרים, והקשה הרמב"ן שם הובא בר"ן [כג ע"א מדפי הרי"ף] דכה"ג שטעון ברי ע"י אחר אין לזה תוקף של טענת ברי אלא שמא הוא אצלו וכמו שאסיקנא בגמ' ב"ב לגבי האומר זה אחי שהוא לא נאמן משום דהוה כמנה לאחר בידך, וכן מבואר ברשב"א בסוגיין שכתב ז"ל ונראה לי מהכא דאי אפשר לטעון טענת ברי על פי הודאת אחרים דהא הכא דאמר לי האי דאחיהם הוא ולא חשבינן ליה כמנה לי בידך, מבואר שהראשונים סברו שטענת ברי הוא רק בכה"ג שאדם טעון מחמת ידיעת עצמו אבל כשהוא יודע מחמת אחרים אין חילוק אם הוא טעון או אחרים טוענים עבורו, ובשיעורי הגר"ש הקשה דמבואר בראשונים דהלכה כאב"י ובכל דוכתי קי"ל כרבא, ובאמת שבלשון הרמב"ן בשבעות משמע דאף רבא הודה לזה שהרמב"ן כתב דאסיקנא בגמ' ב"ב משמע שאף לרבא הדין כן, ועיי"ש מש"כ הגר"ש לבאר.

והנה בדעת הראב"ד צ"ב, ועי' פ"א מהלכות טוען ונטען ה"ז ופ"ד ה"ה שחזר על משנתו דכה"ג שהוא ברי ע"י אחר סבר ראב"י דחשיב ברי, וצ"ע מה שהקשו הראשונים מסוגיין ועוד צריך להבין דנמצא לפי דבריו שהמחלוקת רבא ואב"י בסוגיין היא תלוי במחלוקת ראב"י ורבנן שם, [אולם זה אפשר"ל דהראב"ד סבר דכו"ע מודו דחשיב טענת ברי אלא שנחלקו אם מעיז או אינו מעיז ואכמ"ל], ואפשר דיש לחלק דיש ב' אופנים של ברי ע"י אחר א' שע"י שאמר אמר לו הוא מאמין לדבריו וסמוך ובטוח שהוא כדבריו ב' י"ל עוד אופן של ברי ע"י אחר שאינו מאמין לשני אלא שאומר ותובע ע"פ מה שהוא אמר, ואפשר דכל הסוגיא כאן מייירי בכה"ג שהאח אינו מאמין ולכן חשיב ברי ע"י אחר אבל התם בסוגיא בשבועות שהבן מאמין לאב חשיב ברי גמור ואין בזה חסרון של ברי ע"י אחר, ובכה"ג לא נחלקו אב"י ורבא כלל ואכמ"ל.

ה. ע"ע בקו"ש [אות תס] שחקר בדין דלא מהני ברי ע"י אחר האם משום שברי מהני רק למי שהוא בעל דבר אבל מי שאינו בעל דבר לא מהני, או"ד דאף אם בשעה שטען היה בעל דבר מ"מ לא מהני טענתו למי שעכשיו בעל דבר כיון שהזכות טענה מהני רק לאדם בעצמו ולא לאחר, והוכיח מהראשונים בשבועות שכתבו שטענת ברי של האב לא מהני לבן, אע"פ שהאב באותה שעה היה נחשב בעל דבר על התביעה אלא דלא מהני טענת ברי על מי שאינו בעל דבר.

עוד הקשה בקו"ש לפי הצד בגמ' דמהני ברי ע"י אחר א"כ נמצא שאפשר להוציא ממון ע"פ עד אחד בכה"ג שהנתבע טעון שמא, וכל מה שעד אחד מחייב שבועה הוא רק בכה"ג שהנתבע טוען ברי וזו לא שמענו, ועי' בשיעורי הגר"ש שכתב שולח דברי הראשונים אפשר לומר דהא דאמר רבא זאת אומרת מנה לי בידך הוא רק בכה"ג שאחד מן האחין טוען שפלוגי הוא גם את, דאחד מבעלי הדברים יכול לטעון על אחר וכה"ג יש כח לברי של אחר, אבל אין סברת רבא דברי ע"י אחר מהני, ומדויק בדרך זו בגמ' שאב"י השיב לו דכמנה לאחר בידך, והו"ל למימר דבמנה לאחר לא אמרינן ברי ושמא ברי עדיף ומדוע אמר דהוה "כמנה" אלא ע"כ דאב"י השיב דאף אם הוא בעל דבר מ"מ אין לו כח לטעון ברי, ולפי"ז לכו"ע לא מהני ברי ע"י אחר, [אולם באחרים בפשוטו נקטו שהוא מחלוקת אב"י ורבא ועי' בית הלוי ח"ג סי' לו ב'].

העירוני שכן נראה בראשונים בשבועות שהקשו על הראב"ד שלא הזכיר שיש מחלוקת אב"י ורבא בזה, אלא משום שלמדו שכל המחלוקת אב"י ורבא הוא רק באחים שהם בע"ד, ועי' כתבו דמשמע מכאן שהרי ע"י איסור או ברי מכח אחר ודאי לא מהני משום שאין לאדם כח לטעון לחברו ולפי"ז חולקים על הרשב"ם בסוגיין שדימה לכל ברי ושמא.

ה. תוס' ד"ה אב"י אמר. וי"ל דדוקא גבי מלוה אית ליה לר"י דברי עדיף דהוי ברי חשוב, מבואר בתוס' דהכלל של ברי ושמא נאמר רק בכה"ג שיש ברי טוב והשמא הוא גרוע, בקו"ש [אות תסא] חקר מה הדין בב"ב טוב ושמא טוב האם העיקר מה שהברי הוא טוב או אם השמא הוא טוב אין יכול להוציא ממון, והוכיח מתוס' ב"מ צז ע"ב דאפילו במקום שהשמא הוא שמא טוב כיון שהברי הוא ברי טוב אמרינן ברי עדיף, אולם התוס' כתבות יב ע"ב וב"ק מו ע"א מבואר דדוקא בב"ב טוב ושמא גרוע אמרינן ברי עדיף, אבל היכא שהברי טוב והשמא הוא גרוע לאו ברי עדיף, וביאר הנדון כתב בקו"ש דנחלקו בטעמא דברי ושמא ברי עדיף אי משום דאדם זוכה בטענתו או משום שיש ריעותא של השמא, ועי' בנתה"מ סי' ע"ה סק"ז.

דף קלה:

א. גמ' מת יחזרו נכסים למקומן בעי רבא וכו'. צריך להבין הך דינא שאם מת הספק יחזרו נכסים למקומן שהרי לפי הודאת האח שאותו ספק הוא גם אח שלהם ונמצא שבשעת שמת כל האחין יורשין אותו, וא"כ מה הסברא שיחזרו נכסים למקומם, והרשב"ם במשנה קלד ע"א ביאר שיש לאח שהודה טענה ממ"נ שלפי דבריכם שהוא לא אח א"כ כבר קיבלתם, ואם הוא באמת אח הרי כבר קיבלתם חלק שלו שהרי מחיים לקחתם חלק שהיה שלו לכן אני אטול החלק שנתת לי.

אולם צריך להבין דא"כ נמצא שכל שבח שיש בקרקע יקבלו כולם בשווה, שהרי החלוקה עכשיו היא לפי ערך של הממון שיש בנכסים וא"כ מה הנדון בגמ' בדיקלא ואלים שלא יחלקו הרי הוא ממון הירושה שיש לכלל היורשים בשווה, ועוד מדוע אין האחין יכולים לומר שהם רוצים חלוקה חדשה בכל הנכסים ורוצים לעשות גורל דשמא יזכו בקרקע השניה שהיא עדיפא להם, שהרי מה שנמצא אצלם לפי דברי האח שהודה היה בגזל וא"כ יעשו חלוקה חדשה, ועוד צריך להבין מדוע בכה"ג שיש שבח המגיע לכתפים כולם מקבלים, והרי אם בקרקע שהיה אצל כל האחין היה גם שבח המגיע לכתפים נמצא שכבר קיבלו חלק שלהם ומדוע שיקבלו

עוד, וכן בדיקלא ואלים צריך לדון אם להם כבר היה או לא, והרש"ש כתב שבאמת אם אצל האחין היה דיקלא ואלים לא יקבלו מחלק זה של האח, אולם באמת שתוס' לעיל מב' ע"ב הקשו קושיא זו שהרי אף לכל האחין השביח השדה עיי"ש בכ"ד. ועי' בשערי ישר [ש"ה פ"א] שעמד בכל זה וכתב לבאר ע"פ מה שמבואר ביד רמה בסוגיין שכתב חידוש גדול שאם הנכסים שהיה ביד האחים שלא הודו נאנס, אין יכולים לתבוע עכשיו שמגיע לנו חלק מהירושה, וכאן הרי אין יכול לטעון האח ממ"נ שהרי כבר קילתם לק מעיקרא או שלא היה אח או שאף אם היה כבר ירשתם שהרי נאנס חלק, ומוכח מדברי היד רמה שהדין של יחזור נכסים למקומם הוא הלכה חדשה דמכיון שהוא נתן מחלקו יש לו זכות ליקח אותם בחזרה וכל הנדון בגמ' הוא רק בדיקלא ואלים האם זה נחשב נכסים חדשים או חלק מגוף הקרקע, ועי"ש שהאריך לבאר ענין זה על פי יסודות מחודשים בדיני ירושה, ועי' בטור ורמ"א סי' ר"פ ומה שהאריך הגרש"ש שלאחר שהודפס היד רמה יש לבאר דברי הטור באופ"א ועי' חזו"א חו"מ סי' טו שהאריך בכל דברי הטור והיד רמה.

הערות וצינונים פרק יש נוחלין

דף קלה:

א. מתני' זיכה לה לאחר או לאחד בין מן היורשין דבריו קיימין. הרשב"ם ביאר שהחידוש שאע"פ שהיה כתוב בשטר על שם ראובן ונתן השטר לשמעון כיון שאמר לו זכה במה שכתוב בשטר זוכה מדין מתנת שכיב מרע, והיינו שלא זוכה ע"י קנין השטר אלא באמירה דדברי שכיב מרע ככתובים ומסורין, אבל הראב"ד והריטב"א פ' דמייירי שנתן לאחר שטר ואמר לו זכה לצורך אחר דבזה זוכה מדין מתנת שכיב מרע והחידוש של המשנה הוא שיכול לזכות לאחר אף ע"י אחד מהירושין, ואע"פ שידם כיד הנותן דמתנת שכיב מרע קונה רק לאחר מיתה והנכסים בחזקת הירושים אפ"ה דבריו קיימין, והטעם משום שלא זוכין ע"י בשטר אלא שזוכה באמירה של הנותן, ועי' שיעורי הגר"ש [אות קעו] שהקשה דמשמע שאם היה זוכה ע"י קבלת השטר לא היה יכול להקנות ע"י הירש והרי כיון שמתנת שכיב מרע הוא מתנה מהנותן מדוע לא יוכל לזכות לאחר ע"י הירש עיי"ש מש"כ לבאר.

דף קלו.

א. מתני' הכותב נכסיו לבניו צריך שיכתוב מהיום ולאחר מיתה. מבואר בגמ' שכונתו שיקנה גוף מהיום ופירות לאחר מיתה, וביאור דין זה נחלקו הרע"א והבית מאיר הובא בתשובת הרע"א [תנינא פח], דהרע"א למד שיש כאן קנין גמור שהקנה לו גוף ופירות אלא שמש"ייר האב את זכות אכילת הפירות אצלו כל ימי חייו וכשמת האב אין לאב זכות בפירות יותר ממילא הפירות הבאים הם של בן, ולשון הרע"א הוא דהקנה לו כל השדה רק דמש"ייר לעצמו הקרקע לזכות זה לאכול הפירות כל ימי חייו, וכאילו חזר המקבל ונתן לו זכות זה כמו נתן לחברו קרקע לפירות כל ימי חייו עכ"ד, ועי' בקו"ש סי' אות רפ"א שלמד מדברי הרע"א יסודות בגדרי שייר עיי"ש, ועי' ביד רמה בסוגיין שנראה כדבריו, אולם הבית מאיר חלק על הרע"א וכתב שלא הקנה לבן היום את הזכות בפירות אלא כל הזכות של הבן בפירות מתחדשת רק אח"כ לאחר מיתה האב שאז נגמר הקנין ועיי"ש שכתב שאין בזה חסרון של אין קנין לאחר מיתה, [ועי' קו"ש אות תס"ב שנראה מדבריו גדר אחר בזה].

ב. מתני' תני' ר' יוסי אומר אינו צריך. בגמ' מבואר טעמא דר' יוסי משום דזמנו של שטר מוכיח עליו, והיינו מכיון שכתב זמן בשטר המתנה חלה מזמן הכתוב בו ואין צריך לכתוב בהדיא מהיום ולאחר מיתה, ובגיטין עב ע"א מבואר דלענין גט אף אם לא כתב מהיום חלים הגירושין מה"ט דזמנו של שטר מוכיח עליו, ויש לחקור מה סברת ר' יוסי האם הוא משום שיש הוכחה ממה שכתב זמן בשטר ע"כ כונתו ליתן המתנה מהיום, דאם כל כונתו הוא שיחול כפי מה שכתוב בשטר לאחר מיתה לא היה צריך לכתוב זמן בשטר, או דא"י מחמת שיש הוכחה שכונתו ליתן מהיום אלא מכיון שכתוב זמן בשטר הדבר מתפרש שביום זה וזה אני מקנה לך וכן לגבי גט שיש זמן חשיב כתוב ביום זה וזה הרי את מותרת לכל אדם, והיינו דא"י הוכחה שכונתו להקנות מעכשיו אלא מחמת שהדבר מפורש בשטר.

והנה בלשון הרשב"ם בסוגיין משמע שהוא הוכחה שכתב דאם אין כונתו מהיום מדוע כתב שטר וכן לשון רש"י בגיטין עב, ועי' פנ"י גיטין עב ע"א שהבין כן והקשה דהרי בגט ל"ש הוכחה זו דע"כ צריך לכתוב זמן דגט בלא זמן פסול, עיי"ש מה שהאריך לישב, ועי' מהרש"א כתובות ב ע"ב שכתב דמכין שבשביל דין זמן של גיטין היה יכול לכתוב שבוע או חודש ולא היה צריך לכתוב דוקא יום זה וכיון שכתב יום זה אמרינן זמנו של שטר מוכיח עליו, ועי' בתורת גיטין מש"כ לישב, [ועי' באבי עזרי פ"ט מגירושין הי"ב שכתב לבאר ע"פ סברא זו דיש לחלק בדעת הראשונים שחילקו להלכה בין גט ומתנה, דבגט ליכא הוכחה דזמנו של שטר כיון שבלא"ה חייב לכתוב זמן, אבל במתנה איכא הוכחה זו שאין חייב לכתוב זמן].

ג. גמ' בעא מינה רבא מר"נ בהקנאה מהו. פרשב"ם שהספק לר' יהודה במקום שכתוב קנין בשטר דהיינו שהקנה לו בקנין וכתב שטר ע"י האם התם צריך לכתוב מהיום או דכיון שעשה קנין ע"כ כונתו מהיום, והנה האור שמח סוף הלכ' זכיה ומתנה הביא שבתוספתא כתובות [פ"ח ה"ו] הובא המחלוקת ר' יוסי ור' יהודה אם אמרינן זמנו של שטר מוכיח או לא, וקתני התם שר' יהודה השיב לר' יוסי והלא אין זמנו של שטר מוכיח עליו אלא משעה שנכתב, אף הכותב נכסיו לבנו וחזר וקנה נכסים אחרים כל שלא היה בכלל מתנה ראשונה הרי הן של יורשין עכ"ל, וביאר האור שמח שכונת ר' יהודה להקשות דמה הראיה ממה שכתב זמן בשטר לומר שמקנה מהיום הא אפשר שהטעם שכתב זמן בשטר לומר שאף אם הקנה לבניו כל נכסיו מ"מ אם יקנה נכסים אח"כ לא יהיו בכלל

המתנה שכונתו ליתן רק מה הנכסים שהיו לו באותה שעה, ומדברי תוספתא זו הוכיח באבי עזרי שם שע"כ טעמא דר' יוסי שזמנו של שטר מוכיח הוא מחמת שיש הוכחה שכונתו להקנות מהיום, דאם כהצד השני שבמקום שיש זמן כך מתפרש לשון השטר מה מקשה ר' יהודה לר"י.

ומבואר מדברי התוספתא שטעמא דר' יהודה דלא אמרינן זמנו של שטר משום שיש סיבה אחרת לומר מדוע כתב הזמן, וא"כ נמצא שאם כתב שנותן לו במתנה לאחר מיתה שדה פלונית אף לר' יהודה אמרינן זמנו של שטר שהרי הכא ל"ש טעמא דר' יהודה שהרי לא כתב ליתן לו כל נכסיו אלא כתב רק שדה זו, והקשה בחזון יחזקאל דא"א לומר כן שהרי נחלקו ר' יהודה ור' יוסי אף במגרש את אשתו והתם הוה כשדה מסוימת, וכן לענין הקנאה מסתפקת הגמ' לר' יהודה מה הדין בהקנאה מהו ומבואר ברשב"ם דמייירי שכתב לו שדה מסוימת, וביאר בחזון יחזקאל שם שע"כ צ"ל דודאי טעמא דר' יהודה דלא אמרינן זמנו של שטר משום דסבר שעיקר קנינו של השטר הוא לפי הלשון הכתוב בשטר, ומכיון שכתוב בשטר שנותן לו לאחר מיתה אין דנים שנתכון ליתן מזמן הכתוב בשטר דלעולם אזילנן בתר עיקר לשון הקנין, וכל מה שטען ר' יהודה היא לר' יוסי לשיטתו שאמרינן זמנו של שטר מוכיח דהיינו שיש הוכחה ממה שכתב זמן שכונתו להקנות מהיום ע"ז השיב ר"י דשמה כתב זמן כדי שלא יקנו את הנכסים שיקנה אח"כ, ולכן לר"י אף בכח"ג שכתב שדה מסוימת לא אמרינן זמנו של שטר מוכיח עליו דלעולם אזילנן בתר עיקר לשון הקנין הכתוב בשטר.

ד. בעיקר ספק של הגמ' לר' יהודה בשטר שכתוב בו קנין אפשר לפרש שהספק הוא אם אמרינן שאע"פ שאין כתוב בו מהיום אמרינן שקונה מהיום, דאע"פ שנתבאר באות הקודם שטעמו של ר' יהודה שאזילנן בתר עיקר לשון הכתוב בשטר מ"מ כיון דמייירי שעשה קנין אפשר לתלות שכונתו לקנות מהיום, או"ד דמ"מ כיון שעיקר הוא לשון הכתוב בשטר אמרינן שהקנין היה ג"כ על השעה שכתוב בשטר דהיינו לאחר מיתה, ולפי"ז אין צריך שיהא זמן בשטר, אולם במאירי מבואר שכל הספק של הגמ' הוא רק מכיון שכתוב בשטר זמן וקנין והיינו ששיטת המאירי שאף בשטר שכתוב בו קנין בעינן שיהא בו זמן כדי שיהא זמנו של שטר מוכיח עליו, ולפי"ז אין הספק רק מחמת שהוסיף בו קנין בשטר אלא מחמת שיש קנין וזמן ממילא אפשר לומר שכונתו היה שיקנה משעה שכתוב זמן, ולפי"ז כתב בחזון יחזקאל שכל הספק הוא רק אם כתב שדה מסוימת, אבל אם כתב כל נכסיו בכח"ג אין ספק לר' יהודה שהרי מבואר בתוספתא שבמקום שכתב כל נכסיו אין לומר זמנו של שטר שהרי שמה כתב הזמן כדי שלא יזכה בנכסים שיקנה אח"כ.

אולם מדברי רבנו גרשום והרשב"א משמע שהספק הוא מחמת שכתוב בו קנין ולא מחמת שכתוב בו זמן, ולפי"ז הספק הוא מחמת עצם מה שכתוב בו קנין דשמה עיקר כונתו להקנות בקנין וא"כ הפסק הוא אף אם כתב לו כל נכסיו דהכא ל"ש סברת ר' יהודה דכתב זמן בשביל שלא יקבל נכסים שיקנה אח"כ.

הערות וציונים פרק יש נוחלין

דף קלו:

א. גמ' איתמר מכר הבן בחיי האב ומת הבן בחיי האב ר' יוחנן אמר לא קנה לוקח ר"ל אמר קנה לוקח. הגמ' מבארת שר' יוחנן סבר קנין פירות כקנין הגוף ור"ל סבר קנין פירות לאו כקנין הגוף, וצריך להבין לר"י מדוע אין בעל הגוף יכול למכור את הבעלות שיש לו עכשיו, והרשב"ם הביא לשון הגמ' ב"ק פח ע"ב דלר' יוחנן דק"פ כקנה"ג כשמכר הבן 'לאו דידה קא זבין', ולר"ל דק"פ לאו כקנין הגוף דמי 'דידיה קא זבין', וצריך לבאר מדוע לר"י חשיב שמוכר דבר שאינו שלו, הרי כיון שנתן לו האב את הגוף הרי הוא בעלים גמור על הגוף, והרי זה כל ענין הקנאה הגוף מהיום שלא הקנה לו לאחר מותו דלאחר מיתה לאו בר הקנאה הוא, ועוד צ"ב דהגמ' ב"ק צ ע"א תולה המחלוקת לגבי עבד כנעני של נכסי מלוג שהבעל אוכל פירות אם הוא יוצא בשן ועין לאיש או לאשה, דלמד"א שהוא יוצא לאיש ולא לאשה משום שקנין פירות כקנין הגוף דמי, ומבואר בגמ' שאע"פ שנשאר לאשה קנין הגוף בעבד אינו יוצא בשן ועין לאשה וצ"ב מדוע הרי כיון שהגוף שלה מדוע לא יצא לחרות ע"י האשה.

וביאר הענין הוא שזה ברור שהמחלוקת אם קנין פירות כקנין הגוף אינה כמה בעלות יש לבעל הגוף וכמה יש לבעל הפירות דכו"ע מודו על מה הבעלות, אלא שנחלקו מה ההגדרה של בעלות זו שאדם שיש לו עכשיו את הקנין של הפירות ולשני אין עכשיו קנין פירות אלא בעלות בגוף לגבי שהחפץ יהא שלו לאחר זמן, דר"י סבר דבעל הפירות חשיב בעלים עיקרי כיון שעיקר הבעלות הוא לפי מה שיש בו את השימושים של החפץ עכשיו, ובעל הגוף שאין לו עכשיו נפק"מ בבעלות וכל הקנין שלו הוא שיש לו בעלות לאחר זמן סבר ר"י שדבר זה חשיב כזכות בעלמא, ועיקר הקנין הוא לפי מי שיש לו עכשיו את הבעלות של ההשתמשות בחפץ, ועיין לשון הרשב"ם לעיל נ ע"א שכתב הטעם דק"פ כקנין הגוף ז"ל כלומר כאילו קנה גופו ואותו שאין לו פירות אין קנין הגוף שיש לו בעבד כלום דאין גופו עומד אלא לפירותיו עכ"ל, מבואר דעיקר הבעלות נקבעת לפי מי שיש לו את הקנין של ההשתמשות בחפץ, [ועי' נתה"מ רמ"ח ס"ק י"א שמבואר מדבריו שאם נתן קנין פירות לעולם לאחד אין יכול להקנות קנין הגוף לאחר דהוה דבר שאין בו ממש, והביאר דל"ש בעלות בלא נפק"מ ולכן קנין הגוף בלא נפק"מ הוה דבר שאין בו ממש], מיהו אין הכונה של זכות זו כמו שמצינו בשיעבוד שהוא רק זכות לגבות מהנכסים אח"כ, אלא דזכות זו חשיב קנין בגוף הנכסים, אלא דכלפי בעל הפירות חשיב כזכות, ור"ל סבר דאע"פ שבעל הגוף אין לו עכשיו אפשרות של השתמשות בחפץ מ"מ כיון שיש לו בעלות על זמן העתיד ובאותו זמן הוא יהא הבעלים הגמור לעולם שהרי בעל הפירות יש לו רק קנין לזמן, לכן בעל הגוף נחשב בעלים עיקרי ובעל הפירות חשיב שיש לו רק זכויות של השתמשות בחפץ, עיקר יסודות אלו מבוארים במערכת הקנינים [פרק ח' – ויג ע"ש].

והגרש"ש בפרק ח' הוסיף בזה דהיכא שיש לאדם בעלות על חפץ מסוים ולאחר יש זכויות בחפץ אם פקע מהאדם שיש לו הזכויות בחפץ ממילא זוכה בזה בעל הגוף, והטעם משום שמי שהוא הוא בעלים על הדבר זה סיבה שיהא לו את כל הזכויות בדבר, ולכן אע"פ שעכשיו הוא קנוי לאדם מסוים מ"מ כשהוא פוקע חוזר להיות לבעל הגוף ולא נעשה הפקר, והוכיח כן מש"כ המחנה אפרים הלכי זכיה מהפקר סי' ט שגר ששכר בית מישראל ומת הגר אין אדם יכול לבוא ולזכות בקנין שכירות משום שמיד שמת זכה בזה המשכיר כיון שגוף הבית שלו, דכיון ששכירות אינו אלא שיעבוד ועיקר הבעלות הוא של המשכיר ממילא כשפקע קנין השוכר זוכה הבעלים מיד אותו קנין שהיה לשוכר, ולפי"ז כתב דה"ה לגבי קנין פירות למד"א ק"פ כקנין הגוף אם פקע בעל הקנין הגוף ממילא זוכה בזה בעל הק"פ, והוכיח כן מהסוגיא בגיטין מח ע"א שמבואר שם שאב שמכר לבנו שדה בזמן שהיובל נוהג שבגמ' מבואר שם שבזמן שהיובל נוהג חשיב קנין פירות דהיינו שנשאר אצל האב קנין הגוף, למד"א ק"פ כק"ה"ג כשמת האב הבן מקבל את הקנין הגוף של האב לאו מדין ירושה אלא נעשה שלו ממילא עי"ש נפק"מ לענין שדה אחוזה ושדה מקנה, והביאור בזה דכיון שבעל הפירות חשיב בעלים עיקרי ובעל הגוף נחשב שיש לו בו רק זכויות ממילא כשפקע קנינו זוכה בו מי שהוא בעלים העיקרי, וכן ביאר בשיעורי הגר"ש גיטין [אות שלט] דברי הגמ' שם והוסיף שלמד"א קנין פירות כקנין הגוף אם בעל הגוף יפקיר את הגוף יזכה בזה בעל הפירות ממילא ואחר לא יוכל לזכות בזה.

ולפי"ז מבואר היטב שיטת ר' יוחנן שאם מכר הבן בחיי האב כיון שקנין פירות כקנין הגוף נמצא שכל מה שיש לבן הוא זכות על הקרקע שיהא לו לאחר מות האב, נמצא שאין הוא מוכר בעלות על נכסים עכשיו אלא מוכר לו בעלות שיבא לידו אח"כ, ולפי"ז נראה שזה לשון הגמ' ב"ק שלר' יוחנן כשמוכר בעל הגוף חשיב לאו דידה דמה שמוכר לו עכשיו הוא לאו דידה, אלא כל מה שיוכל למכור הוא רק את הזכות שיהא לו בזה אח"כ, וא"כ י"ל דלא מהני המכירה דדבר זה חשיב אינו ברשותו למכירה, ולכן אם מת הבן בחיי האב לא קנה כיון שלעולם לא בא הדבר אליו לכן לא מהני המכירה כלל, לפי"ז א"ש מה שמבואר בעבדי מלוג אינם יוצאים בשן ועין לאשה אע"פ שיש לה בהם קנין הגוף כיון שכל הקנין של בעל הגוף אינו בעלות על עכשיו אלא זכות על זמן של אח"כ ממילא איך יצאו בשן ועין.

ב. והנה מבואר בגמ' שאם מכר הבן בחיי האב ומת האב בחיי הבן לכו"ע המכר קיים, וצריך להבין מה הטעם הרי לפי מה שנתבאר באות הקודם בשעה שמכר הבן לא יה לו בעלות בדבר וכל המכירה היא על הזכות שיהא לו אח"כ ואיך חל המקח, וקושיא זו הקשו תוס' ביבמות לו ע"ב [ד"ה ור"ן] והוסיפו שהרי זה ממש דבר שלא בא לעולם והוה כמו מה שאירש מאבא מכור לך דלא אמר כלום, ותי' תוס' ז"ל דלגבי הכי לא אלים קנין פירות לבטל לגמרי קנין הגוף דבן, וכיון דלבסוף אתיא לידי הבן חשיב מכר עכ"ל, ומדברי הרע"א [החדש] מבואר שהבין שכונת תוס' לומר שאין בזה חסרון של דבר שלא בא לעולם ומ"מ הקנין לא חל מעכשיו אלא אח"כ כשימות האב, דהרע"א הביא דהשטמ"ק ב"ק לג ע"א כתב לחדש שאע"פ שאין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו, מ"מ אם מקנה הדבר לכשיבוא ברשותו חל הקנין, וכשיבוא הדבר לרשותו יחול הקנין, ולא הוה כדבר שלא בא לעולם דאין בר הקנאה, וכתב הרע"א שם לבאר דבריו דלא כלל הוא דכל דבר שא"א להקנות חשיב כדבר שלא בא לעולם, אלא איכא אופנים שאע"פ שלא יכול להקנות עכשיו מ"מ מהני מעשה הקנין שיחולו אח"כ, והביא דוגמא לזה מש"כ תוס' ביבמות שאע"פ שלא חל הקנין עכשיו מ"מ כשימות האב חל הקנין, וה"נ אע"פ שא"א להקנות דבר שאינו ברשותו מ"מ חל הקנין כשיבוא לרשותו, ולא ביאר הרע"א הסברא בזה, ואפשר שהכא נמי חשיב כדבר שאינו ברשותו דכמו שנתבאר שאין לו בעלות עכשיו אלא כל הפק"מ בקנין הגוף הוא לזמן של אחר מיתת האב וחשיב אינו ברשותו ולכן מהני הקנין עכשיו שיחול כשיבוא לרשותו כשימות האב, ובזה אתי שפיר מה שהדגיש הרשב"ם שאף במת הבן בחיי האב מ"מ בניו יורשין את הגוף שמכר להם, וטעמא שאע"פ שאותו בעלות על הגוף נחשב אינו ברשותו מ"מ איכא ירושה בזה שהרי בדבר שאינו ברשותו מצינו שיש ירושה, כמו שמצינו ירושה באסורי הנאה ע"י נדרים מז עי"ש.

ועי' בחידושי הר"ן ז"ל מדנקט מכר משמע דוקא לוקח לר' יוחנן לא קנה אבל יורש קנה אע"פ דמת האב משום דנהי דקנין הבן קליש אין יכול למכרו יכול הוא להורישו כדאשכחן גבי אויר שאם מכרו אינו מוכר אפילו הכי יורשו עכ"ל, מבואר בדברי הר"ן שקנין הגוף אינו בר מכירה לאו משום שאין לו בעלות אלא משום שחסר בכח הקנאה וזהו שדימה לאויר, ולכן ירושה שהוא דבר שחל ממילא יכול להוריש ונראה מבואר כאן כמש"כ. **אולם** באבני מלואים [סי' צ ס"ק י"ג] ביאר בכונת תוס' דאח"כ כשבא לעולם חל הקנין למפרע מאותו שעה שהקנה לו עי"ש שכתב לבאר כונת תוס' ע"פ דברי הרמב"ן ב"ב דמשמע שם דלא כמש"כ, אלא דיש לבן שיעבוד וזכות לקבל את הקנין פירות לאחר מיתת האב ואין עכשיו בזה קנין גמור, ואין חסרון של לא בא לעולם דמתלי תלי וקאי וחל למפרע, ועי' במערכת הקנינים סי' י"ג.

ע"ע רע"א [החדש] שכתב תי' חדש על קו' תוס' דברש"י ב"מ טז ע"א מבואר דטעמא דמה שאירש מאבא מכור לך לא אמר כלום היינו משום דלא סמכה דעתיה דלוקח כיון שחושש שמא האב ימכור לאחר קודם שימות, ונמצא שלא יבוא לידו כלום, וא"כ הכא שכבר נתן האב לבן ואין לאב כח למכור ממילא סמכה דעתיה דלוקח, ולכן אין כאן חסרון של אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, ועי' ברשב"א כאן שכתב סברא זו בשם הראב"ד עי"ש מה שדחה.

ג. גמ' סד"א אבא לגבי בריה אחולי אחלי. משמע בגמ' שהנדון של קנין פירות אם כקנין הגוף או לא תלוי בדעת הקונה והמקנה, ואי"ז נדון בעצם הגדרת הבעלות של קנין הגוף ופירות, וכן מבואר מהא דאמר שלר"ל היה הו"א שאפילו לגבי בריה נפשית עדיפא ליה, וכן נראה בסוגיא בגיטין דעביד צריכותא במחלוקת ר"י ור"ל במה שנחלקו בקנין פירות ובמוכר שדהו בזמן שהיובל נוהג, די"ל שר"ל מיייר רק בכה"ג שקנה בהדיא גוף לפירות ולא כשקנה קרקע בזמן שהיובל נוהג דהתם קנה גוף הקרקע ומשמע נמי

שתלוי בדעתו, ועי' ריטב"א שמבואר שסברה זו נשארת לדינא שכתב לבאר הטעם שאם לא מכר הבן ומת הבן בחיי האב בניו יורשין את הקנין הגוף ז"ל אפילו ר' יוחנן מודה דקנה בן הבן דכרעא דאבוה הוא דלגבי בן הבן לא הקפיד האב, ומשמע דכיון של הקפיד יכול להוריש שלגבי בן הבן חשיבה קנין הגוף של הבן קנין גמור, עי' רמב"ן במלחמות נד ע"ב שביר שבאתרוג שמבואר שאף לרבי הראשון לא יכול למכור מ"מ יוצא בו יד"ח כיון שאחולי אחלי משמע שיש מקור להלכה בדין זה, [ועי' תוס' לעיל נ ע"ב שמבואר מדבריו ג"כ דאיכא אופנים שקנין פירות אלים טפי למד"א קנין פירות לאו כקנין הגוף, שתוס' חילקו בין קונה קנין פירות למוכר אדם הגוף ומשייר לעצמו קנין פירות], וצ"ב לפי מש"כ לעיל שהמחלוקת הוא האם הבעלות העיקרית היא תלויה בבעל הפירות שהוא משתמש בחפץ או בבעל הגוף שיהא לו בעלות אח"כ וכאן משמע שהכל תלוי בדעתם, ועי' באבי עזרי סוף הלכ' שכירות שביאר כל הסוגיא באופ"א ובדבריו מבוארים דברי הגמ' עיי"ש.

ד. רשב"ם ד"ה לא קנה לוקח. אבל גבי מכירה הרי סילק נפשו משעת מכירה, מבואר חידוש גדול ברשב"ם דאם מכר לאחר אע"פ שלא קנה אין הירושין שלו יורשין אותו, ותמה הרמב"ן דכיון שלא קנה הלוקח נמצא שלא חלה המכירה ואמאי לא ירשו אותו בניו, וכן תוס' ד"ה לא קנה פליג על הרשב"ם עיי"ש.

ה. רשב"ם מביא ואינו קורא. ומיהו בהבאה חייב דכתיב אשר תביא מארצך שהרי שיעבד לו יניקת הקרקע לפירותיה, תוס' חלקו על הרשב"ם דאי קרינן ביה אדמתך אמאי לא קרינן ביה אדמה אשר נתת לי, והרמב"ן והר"ן הקשו עוד שהרי מבואר בגמ' לעיל דקנה ב' אילנות שיש ספק אם קנה קרקע מביא ואינו קורא, וטעמא דמביא משום ספק שמא קנה קרקע, ולפי הרשב"ם קשה הרי התם נמי קנה זכות יניקה מהקרקע ומדוע שלא יהא חיוב להביא מעיקר הדין, ועי' מש"כ הר"ן לפרש.

והנה בתוס' לעיל כז ע"א [ד"ה לא] הקשו למד"א קנין פירות כקנין הגוף דמי אמאי בקונה אילן אחד אינו מביא ביכורים הרי בכל קנין פירות מביא ביכורים כדמבואר בסוגיין, ותי' תוס' ב' תי' א' דשאני התם דהקרקע קנויה לו עד זמן מסוים, אבל הכא אם יתיבש מיד האילן אין לו בקרקע כלום, ועוד תי' דבכל קנין פירות הקרקע קנויה לו לכל דבר למשטח בה פירי ולמזרע בה סילקא, אבל בקונה אילן אחד אין לו אלא יניקה לבדה, **וביאר** כונתם בתי' הראשון נראה מדברי הגר"ח [בהלכ' ביכורים] דבקונה אילן אחד שיש לו זכות יניקה אין הוא קנין בגוף הקרקע אלא שהוא שיעבוד על הבעלים שהאילן יכול לינוק מקרקעו, ועי' בקה"י [סי' ט"ז] שביאר היטב דשני עניני זכות יניקה איכא דיש זכות יניקה ע"י מכירה ויש זכות יניקה שלא קניו בקנין גמור אלא שהוא שיעבוד בעלמא, [נדוגמא לזה נתבאר לעיל בפרק חזקת הבתים ע"פ מש"כ בקו"ש דיש חילוק בין קנין פירות לקנין של שכירות דבשכירות מבואר בתוס' דף נ. דלא חשיב קנין פירות, ונתבאר דגדר דין של שכירות הוא שיש לו שיעבוד על הבית להשתמש בו אבל אינו דומה לקנין פירות שיש לו קנין בגוף הפירות ולכן בשכירות ל"ש לדון דקנין פירות כקנין הגוף], וזה כונת תוס' דקנין פירות שהוא לזמן ע"כ אינו דהקרקע משועבדת ללוקח לפירות אלא יש לו בזה קנין גמור, **ונראה** לפרש בדעת הרשב"ם דכמו שכתבו תוס' שלפי ר' יוחנן יש חילוק בין קנין של יניקה לשיעבוד של יניקה, ה"נ לפי ר"ל דסבר קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי יש חילוק בין קנין פירות לשיעבוד של פירות, ובקנין פירות תמיד יש לו קנין גמור, אבל בקונה ב' אילנות אפשר שאין לו אלא שיעבוד בקרקע לענין יניקה, אולם צריך להבין מה המקור של הרשב"ם שיש ב' פרשיות של ביכורים אחת שמחייבת קריאה ואחת שמחייבת רק הבאה ועי' קצה"ח סי' רנ"ז.

ו. תוס' ד"ה ר' יוחנן. תימא א"כ אמאי איצטריך תקנת אושא, א"נ קנין פירות דבעל דלא הוי אלא מדרבנן ולא מצרכי לכתוב מהיום ולא הוי כקנין הגוף, עי' אור שמח [הלכ' רוצח פ"ב הט"ו] שכתב דיש חילוק בין קנין פירות של בעל לכל קנין פירות, דקנין פירות של הבעל אינו קנין אלא הוא זכות אכילה ולכן לא שיד לומר בזה קנין פירות כקנין הגוף ואפשר שזה כונת תוס'.

השטמ"ק כתב בשם תוס' הרא"ש דאע"פ שהבן אין יכול למכור כיון שקנין פירות של האב כקנין הגוף והגוף לא היה שלו מעולם, אבל התם בבעל אע"פ שקנין פירות כקנין הגוף דמי מ"מ הרי הגוף היה של האשה מעולם, ולכן לולא תקנת אושא מהני מכירתה, והקשה א"כ מדוע מוכר שדהו לפירות לר"י מביא וקורא הרי קנין הגוף של המוכר היה שלו מעולם, ותי' דהתם חשיב קנין פירות כקנין הגוף לענין זה שיוכל לומר האדמה אשר נתתה לי, ואפשר שאף המוכר אם היה קונה פירות היה מביא וקורא דאין לקנין פירות כח לבטל קנין הגוף היכא שהיה הגוף בידו. מבואר מדברי הרא"ש שבקנין פירות כקנין הגוף נאמר ב' דינים א' שהקנין פירות שלו אלים כקנין הגוף לענין ביכורים ולענין יציאה בשן ועין ועוד, ב' שהוא מבטל את כח הקנין הגוף של בעל הגוף, ובדין השני כתב התוס' הרא"ש דיש חילוק בין אם היה הגוף בידו מעולם שבזה אין כח לבעל הפירות לבטל קנינו, ורק בכה"ג שלא היה בידו כהא דנתן האב לבן הגוף מהני הקנין פירות כקנין הגוף בתרתי לבטל הקנין הגוף ולהאליס את הקנין פירות, [ויש לעיין א"כ מה מקשה הגמ' על ר"י הא איפלגו חדא זימנא הרי יש כאן ב' דינים נפרדים דהמחלוקת במוכר שדהו הוא לענין זה שיש לבעל הפירות קנין הגוף, אבל הכא בנתן האב לבן גוף מהיום הוא נדון לענין זה שמבטל כח של בעל הגוף].

ומבואר מדברי הרא"ש שבכה"ג שמכר שדהו לפירות אע"פ שקנין פירות כקנין הגוף מ"מ איכא בעלות לבעל הגוף על הזמן של עכשיו, ואע"פ שלעיל נתבאר שלמד"א ק"פ כקה"ג הגדר של קנין הגוף הוא רק זכות לגבי העתיד, מ"מ כשהיה הגוף בידו מעיקרא יש בעלות בקנין הגוף אף עכשיו, [ויסוד זה מתבאר בתוס' ריש פרק אלמנה לכה"ג שכתבו שאכילת תרומה תלוי בקנין הגוף, ואף למד"א ק"פ כקה"ג באכילת תרומה תלוי בקנין הגוף, וביאר באבנ"מ בתשובה יז שכונת תוס' שאכילת תרומה תלוי רק בקנין איסור וקנין איסור נמצא אצל בעל הגוף, ומבואר שיש נפק"מ בבעלות על הגוף עכשיו לענין אכילת תרומה, אולם נראה דכ"ז רק בכה"ג שהיה הגוף בידו מעיקרא].

הערות וציונים פרק יש נוחלין

דף קלו:

א. גמ' מת שני בחיי ראשון יחזרו נכסים לירושי ראשון וכו' ואם איתא יחזרו לירושי נותן. צריך להבין מדוע היה פשוט לר' יוחנן שאם קנין פירות כקנין הגוף דמי יחזרו לירושי הראשון הרי מעיקרא נתן לראשון קנין פירות רק לזמן שהרי אמר שבשעת מיתתו יהא לשני, א"כ מה הטעם שאם מת שני בחיי ראשון ישאר אצל יורשי הראשון ובמה זכו יורשי הראשון בנכסים, ואם יש סיבה שמכיון שהתנאי היה שהשלישי יקבל רק אחרי השני ואם לא יתקיים התנאי ישאר אצל הראשון דמעיקרא נתן לו לגמרי אם לא יבוא לשני א"כ מה החילוק אם קנין פירות כקנין הגוף דמי או לא.

ונראה לבאר דהרשב"ם כתב בתוך דבריו דבעלמא שאדם מוכר שדהו לפירות לא קנה בעל הפירות את הגוף משום קנין פירות כקנין הגוף משום דבהדיא מכר לו פירות ולא גוף והרי זה כאילו אמר לו שאחר אותו זמן יהא שלי, וצ"ב מדוע הוצרך הרשב"ם להאריך ולהסביר דבר זה, ולכאורה הדבר ברור שאם מכר שדהו לפירות דהיינו שיהא לו לזמן הדבר ברור שלאחר הזמן הוא חוזר אליו, ומבואר כאן כמוש"כ לעיל דמד"א קנין פירות כקנין הגוף סבר דעיקר הבעלות היא למי שהוא עכשיו בעלים על הפירות ולא מי שהוא בעלים על הגוף למחר, ולכן כשאדם מקנה לחברו פירות לזמן לולא שהמקנה יעשה שיור במתנה אין סיבה שהמתנה תפקע, ויסוד זה מצינו בדברי הרא"ה בגיטין שכתב שאדם שמקנה גוף ופירות ליום אחד ולא אמר שלאחר יום אחד יחזור אליו הדין הוא שכיון שפסקה פסקה, והיינו דבעלים שנעשה בעלים גמור על הגוף והפירות ליום אחד יש בו סיבה שיהא בעלים גמור לעולם אלא אם יש סיבה שהבעלות תיפקע, ולכן הוצרך הרשב"ם לומר שאם מקנה פירות לזמן ע"כ מונח כאן שיור במתנה שיש כאן סיבה שתיפקע לאחר זמן ותחזור אליו.

ולפי"ז נראה לבאר כונת הגמ' דבאחרית שנתן לראשון ולשני לאחר מיתת הראשון ולשלישי אחר מיתת השני, צורת המתנה היא שלראשון ולשני נתן קנין פירות, ולשליש נתן קנין גוף מהיום ופירות לאחר מיתת השני ונמצא שלא שייר אצלו כלום, ומכיון שקנין פירות כקנין הגוף הוגו נמצא שבמתנה שקיבל הראשון מונח כאן סיבה שיהא בעלים גמור, אלא שמכיון שאמר אחרית לשני מונח כאן הפקעה במתנה של הראשון, ולכן אע"פ שעכשיו בשעה שיש לו פירות נחשב שיש לו את הבעלות הגמורה, מ"מ מונח כאן הפקעה כשימות שיגיע לשני, וכן לשני מונח סיבה שיפקע ממנו ויבוא לשלישי אח"כ, ולכן במת שני בחיי הראשון שהשלישי לא יוכל לזכות בזה ממילא נשאר הקנין אצל הראשון שאע"פ שהיה לו רק קנין פירות וקנינו היה רק לזמן, אבל כיון שבעצם סיבת הקנין הוא לעולם אלא שיש כאן סיבה שיפקע ממילא כשהפקעה לא תחול ממילא נשאר הוא הבעלים לעולם, וזה כונת הרשב"ם וכיון דאיכא תרתי שיש לראשון קנין פירות דכקנין הגוף דמי, וגם סילק הנותן עצמו מגוף ומפירות, וכונתו שלא אמר שיחזור אליו אלא נתן הכל, ועי' במערכת הקנינים [פרק ח] שהובא לעיל שביאר כן והוכיח דהגדר של קנין של בעל הגוף הוא שיש לו רק זכויות בנכסים, והכלל הוא שמי שבעלים על הגוף ופקע הזכות שיש לאחר בנכסים הבעלים זוכה באותם זכויות ממילא וכמו שכתבנו לעיל.

[ואע"פ שכתב הרשב"ם שמעיקרא נתן לשלישי גוף וא"כ במה פקע ממנו הגוף, אולם נראה פשוט שמכיון שהפירות לעולם לא יבאו אליו שהרי אמר שרק לאחר מיתת השני יקבל הפירות וכיון שמת בחיי הראשון לא יבאו אליו הפירות א"כ הקנין פירול לעולם ישאר אצל הראשון ולא יפקע, ועוד נראה שהרי הנתנה"מ [רמח יא] כתב דל"ש שיהא קנין גוף לעולם בלא פירות לכן הכא יפקע ממנו הקנין הגוף שאין לו בזה נפק"מ, אמנם יותר נראה דמש"כ הרשב"ם שהקנה לשלישי גוף אין כונתו שמעכשיו הקנה לו, וכמו שיבואר להלן דדעת הרשב"ם לעיל כה ע"ב שהסוגיא כאן סוברת כל האומר אחרית לאו כאומר מעכשיו דמי, וא"כ הקנין חל רק אח"כ כשיבוא לידו ולא הקנה לו הגוף מהיום, אלא כונת הרשב"ם דמכיון שלא אמר שהגוף יחזור אליו א"כ סילק עצמו שהרי אמר שישאר הגוף אצל הג', לכן נשאר אצל יורשי הראשון משום שקנין פירות כקנין הגוף].

אבל למד"א קנין פירות לאו כקנין הגוף נמצא שקנינו של הראשון הוא לפירות ממש, וקנינו הוה רק לזמן ולאחר הזמן פקע ממנו הקנין וחוזר אליו, ונראה דלהך מד"א א"צ את כל סברת הרשב"ם דהוה כאומר לו בהדיא שלאחר הזמן יחזור אליו אלא כיון שיש לו רק קנין לזמן ממילא כשנגמר הזמן חוזר אליו, ולכן כשאמר אחרית לשני ולשלישי ומת שני בחיי הראשון שהשלישי לא יוכל לקבל את זה ממילא המתנה חוזרת אל הנותן שמעולם לא יצא ממנו שהרי גם בשעה שהיה לראשון קנין פירות גוף הדבר נשאר אצל הבעלים, וליכא סברת הרשב"ם שהנותן סילק נפשו, [ואע"פ שנתן לשלישי הגוף מחיים כמו שכתב הרשב"ם וא"כ עדיין צריך להבין דאע"פ שלראשון אין זכות בזה, מדוע שלא יהא לשלישי עכשיו זכות בכל הפירות שהרי הראשון נתן לו הזכות בגוף מעיקרא ואם קנין פירות לאו כקנין הגוף נמצא דעיקר הבעלות הוא של בעל הגוף וא"כ נשאר הג' בבעלות העל הגוף, אולם נראה שמכיון שאמר שכל הפירות הוא לאחר מיתת ה' ואם לא נשאר הפירות אצלו נמצא שהקנין פירות לעולם לא יבאו לג' ולכן הוה כקנין הגוף בלא נפק"מ דפקע וכמש"כ, אכן למבואר שכונת הרשב"ם שנתן לג' את הגוף הוא רק לאחר שימות ה' א"ש פשוט יותר שהגוף נשאר אצל הנותן ולכן כשמת הראשון יחזור לנותן].

ב. גמ' אחרית שאני. פרשב"ם דמשמע גוף ופירות נתן לראשון ולכן אם מת השני נשאר אצל הראשון דהזכיה של השני הוא רק מה שישתיר מהראשון, בפשוטו נראה שכונת הרשב"ם דכה"ג שאמר נכסי לך ואחרית לפלנוי אי"ז קנין פירות דעלמא אלא נתכון ליתן לו גוף ופירות ולכן כשמת השני נשאר אצל יורשי הראשון שהרי נתן לו גוף ופירות, אמנם מדברי הרשב"ם נראה שלדעת ר' יוחנן א"צ לסברא של אחרית שאני, אלא הגמ' נשארה במאי דקס"ד דקנין פירות כקנין הגוף וכמו שנתבאר באות הקודם, אולם תוס' [ד"ה והתניא בגליון] כתבו להכריח שאף לר' יוחנן ע"כ יש כאן סברא של אחרית שאני ויבואר להלן ישוב דעת מהוכחת התוס'.

אולם מדברי רשב"ם להלן קלז ע"א [ד"ה עד כאן] משמע שהחידוש באחריתו הוא דכו"ע מודו דקנין פירות כקנין הגוף, ואין צריך לומר דמייירי שהקנה לו בהדיא הגוף והפירות, דז"ל דר"ש סבר קנין פירות שיש לראשון כקנין הגוף דמי אפילו לר"ל, וכן מפורש בדברי הרמב"ן בסוף הסוגיא קלז ע"ב ז"ל ולא קושיא היא אלא מכאן נלמוד דטעמא דאחרית לריש לקיש משום דמודה דקנין פירות כקנין הגוף דמי כעין טעמו של ר' יוחנן, וטעמא דמילתא דהכא כיון דנותן איסתלק ליה מהאי ביתא לגמרי ולשני גוף ופירות מקנה לאחר זמן, לראשון נמי גוף ופירות הקנה עד אותו זמן, ולא אמרו הכא קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי דא"כ הוי גוף ברשות הנותן ומידו אתי ליד שני והא איהו סליק ליה נפשיה מנכסים לגמרי ומאי דאקני לראשון הוא דקא מקנה ליה לאחרון דאחרית אמר ליה עכ"ל. מבואר מדברי הרמב"ן דלא נתחדש כאן גדר חדש של קנין גוף ופירות אלא שקנין פירות בכה"ג אף לר"ל כקנין הגוף, והביאור בזה שהרי מצינו בגמ' דעביד צריכותא בדברי ר"ל, ומשמע דמסברא היה יכול להודות ר"ל לר' יוחנן שקנין פירות, וא"כ אפשר דאע"פ שבעלמא לא אמרינן ק"פ כה"ג באחרית יש סברא לומר שמקנה לגמרי וכמו שביאר הרמב"ן שהרי אמר אחרית לפלוני ולאחרון ודאי שמקנה הכל ומשמע שמה שיש לו נותן לשני ולכן איכא כאן סברא לומר קנין פירות כקנין הגוף, והיינו כמו שכתב הרשב"ם לעיל שבאחרית סילק את עצמו לגמרי מהנכסים, וכן נראה ברשב"ם קלז ע"ב שכתב דבכה"ג שאמר אחרית לעצמי אין ההלכה שיכול למכור ואף לרשב"ג דבעלמא יכול למכור משום דקנין פירות כקנין הגוף מ"מ באומר אחרית לעצמי כונתו שיהא כאן רק קנין פירות ולא כקנין הגוף ומבואר שהכל תלוי בדעתו, [עיי' תוס' גיטין מח ע"א שמבואר מדבריו שלהלכה ר"ל מודה לר"י ורק בנותן בלנו סבר דלאו כקנין הגוף מכח סברת הגמ'].

ג. דעת התוס' הובא באות הקודם שכונת הגמ' אחרית שאני שאף למד"א קנין פירות כקנין הגוף צריך לסברא זו שהקנה לו גוף ופירות, ונמצא שיש כאן אלימות טפי בקנין בכה"ג מקנין פירות דעלמא דאמרינן דכקנין הגוף, וביאור החילוק נראה כמש"כ בקצה"ח [רמא סק"ד] שכתב שאע"פ שר"ל סבר קנין פירות לאו כקנין הגוף מ"מ יש מושג חדש של קנין לזמן והוא אם מוכר את גוף לזמן, והתם על אותו הזמן חשיב בעלים גמור ויכול למכור ולכלותו, ובזה ביאור הענין של מתנה על מנת להחזיר דחשיב קנין הגוף לזמן, [ועיי' בס' רנ"ז מש"כ בדעת הרמב"ם שיש חילוק בין קנין פירות לקנין הגוף לזמן, דבקנין הגוף לזמן יכול לקלקל השדה משא"כ בקנין פירות].

ונראה להוסיף ביאור בזה דעיי' שיעורי הגר"ש [אות קל"ד] שביאר שסברת גמ' דאע"פ שנתן לראשון שיהא לו בעלות גמורה בגוף לעולם ולא נשאר לנותן בעלים כלל, מ"מ בכח הנותן מעיקרא להחיל חלות הפקעה במתנה שיהא לשני, ולכן כשמת הראשון פקע קנינו וזוכה השני כיון שמעיקרא היה בכחו של הנותן להחיל חלות הפקעה במתנה, [ונפק"מ בין ב' הדרכים הוא שלדרך הא' בעצם הבעלות של הראשון הוא קנין פירות לזמן אלא דמחמת הסברא שקנין פירות כקנין הגוף נחשב בעלים גמור, ובעלות הזו היא סיבה מספקת שאם ימות השני בחיי הראשון יחזרו לירושי הראשון, אבל לדרכו של תוס' באחרית יש תוספת בזה שבעצם יש לו לראשון קנין הגוף לעולם אלא שיש סיבת הפקעה במה שנתן לשני והתם מסברא אמרינן שאם מת שני בחיי ג' יחזרו לירושי הראשון]. במערכת הקנינים [פרק ח'] למד דרך חדשה בכל המושג של אחרית שגדר הקנין שכמו שמצינו שחפץ מתחלק לשימושים, דהיינו שיכול לקנות את פירות של החפץ, ובזה אין חילוק את איזה שימושים הוא קונה, שיכול לקנות שימושים של היום ושל מחר, אבל מחדש הגרש"ש שאף בקנין הגוף של החפץ אפשר לקנות בעלות עתידית, דהיינו כמו שיש בעלים גמור על החפץ עכשיו כמו"כ אפשר הבעלות בגוף על המחר הוא דבר נפרש מהחפץ, וזה הקנין בכל אחרית שקונה את הבעלות על הגוף של מחר, ושלישי הקנה את הבעלות של הזמן של אחרי הג' ולכן בזה אין חסרון של קנין פירות ויבואר עוד להלן.

ד. וצריך לבאר הא דאמר אחרית לשני ולשלישי במה זכו השני והשלישי בשלמא הראשון הקנה לו עכשיו בקנין גמור אבל במה חל הקנין למי שבא אחריו, ובשלמא למד"א כל האומר אחרית כאומר מעכשיו א"ש שהקנה לו מעכשיו אולם להלן יבואר דעת הרשב"ם והרמב"ן שהסוגיא כאן לא קאי כהך מד"א, והנחה"מ ס"י רמ"ח סק"ד כתב דכל מה שמהני אחרית הוא רק בכה"ג שמקנה בשטר והשטר קיים בשעת מיתה הראשון אבל בשאר קנינים לא משום שיש חסרון של כלתה קנינו ולכן כתב שצריך לומר שהמקנה בעולם ואם אינו בעולם לא זכה האחרית, והוכיח כן מדברי השו"ת הרא"ש שכתב ששכיב מרע שנתן באחרית קנה אע"פ שלא בעולם שהרי כמו כל מתנת שכיב מרע הוא קונה כשהנותן אינו בעולם ומבואר שבכל אחרית הקנין חל רק אחרי שבא לעולם, ולפי"ז כתב שהנותן יכול לחזור בו כ"ז שלא בא לעולם, ועיי' שיעורי הגר"ש אות סד.

אולם עיי' לעיל קכה ע"ב שהובא שנחלקו הראשונים אם בכה"ג שאמר אחרית אם יש ירושה על זה, ולדעת הראשונים דליכא ירושה א"ש דכיון שחלות הקנין הוא רק מחמת הקנאה של הנותן ליכא דין ירושה שהרי לא זכה בזה, אבל דעת הרשב"א שאף אם לאו כאומר מעכשיו מ"מ איכא דין ירושה בזה, ועיי' צ"ל כמו שכתב במערכת הקנינים שגדר הקנין הוא שקונה עכשיו את הזמן שלאחר ל' ולכן חשיב שהקנין חל עכשיו ולא הוה ככל קנין לאחר ל' דהתם יש חסרון של כלתה עיי"ש בכ"ד.

ה. תוס' ד"ה והתניא. תוס' כתבו שאף לר"י אחרית שאני, כתב מהרש"א דבלא"ה יש להוכיח הך סברא דאחרית, דאי משום שקנין פירות כקנין הגוף א"כ מדוע במתני' במת הבן ואח"כ מת האב יחזרו לירושי הבן כמו שכתבו תוס' לעיל הרי כיון שמת היה צריך שיחזרו לירושי האב שהרי לאב היה קנין פירות אלא עיי' שהכא אחרית שאני, וכתב דאה"נ שלולא שהגמ' אומרת תנאי היה הדין שכמו שכתוב כאן יחזרו לירושי הראשון ה"נ במתני' נמי יחזרו לירושי האב, ובאמת מה שכתבו תוס' יחזרו לעיל יחזרו לירושי הבן הוא לאחר שהגמ' אומרת כאן אחרית שאני.

הערות וצינונים פרק יש נוחלין

דף קלז.

א. גמ' נכסי לך וכו' וירד הראשון ומכר השני מוציא מיד הלוקחות רשב"ג אומר אין לשני אלא מה ששייר ראשון. דעת הרשב"ם שהמחלוקת רבי ורבנן הוא אם קנין פירות כקנין הגוף דרשב"ג סבר אין לשני אלא מה ששייר הראשון ע"כ סבר קנין פירות כק"ה"ג כמו שר' יוחנן בעצמו אמר דהלכה כרשב"ג ורבי חולק משום דק"פ לאו כקנין הגוף, ויש לתמוה הרי במשנה מבואר שאם האב נתן לבן מתנה מהיום ולאחר מיתה ומכר האב מכורים עד שימות והבן מוציא מיד הלוקחות, והרי מכיון שהבן קיבל רק את הגוף והפירות נשארו אצל האב מדוע הבן מוציא מיד הלוקחות ומ"ש מהא דאמר רשב"ג אין לשני אלא מה ששייר ראשון, וזה קושית תוס' לעיל [ד"ה והתנאי] שהכריחו מכח זה שהדין של אחריו הוא הלכה חדשה ולא דין קנין פירות כקנין הגוף, אולם בדעת הרשב"ם משמע שלר"י אי"צ טעמא דאחריו שאני.

והביאור בדעת הרשב"ם נראה ע"פ שיטת הרשב"ם לעיל ככה ע"ב בסוגיא דסבתא [ד"ה מסתברא טעמיהו] שכתב דהסוגיא כאן סוברת כל האומר אחריו כאומר לאו מעכשיו, שהרי מבואר בגמ' שאם מכר הראשון אין לשני אלא מה ששייר הראשון ואם כאומר מעכשיו אין הראשון יכול למכור, וא"כ נראה ברור שזהו החילוק בין המשנה לדינא דרשב"ג, דהמשנה מיירי שנתן האב לבן גוף מהיום דהיינו מעכשיו, וכמו שביאר הרשב"ם לעיל ככה ע"ב שהכונה של מעכשיו הוא גוף מהיום ופירות לאחר מיתה, ולכן אע"פ שנשאר הפירות ביד האב וקנין פירות כקנין הגוף מ"מ אין לאב זכות להפסיד את הקנין של הבן ולכן הבן מוציא מיד הלוקחות, אבל הכא נתן לראשון ואחריו לשני ס"ל לגמ' דלאו כאומר מעכשיו ואין לו זכיה בנכסים מעכשיו אלא כל הזכיה בנכסים הוא רק לאחר שימות השני ולכן אם מכר הראשון אין לשני אלא מה ששייר ראשון.

אבל תוס' שהכריחו שיש סברא של אחריו שאני, אזלי לטעמיהו דס"ל לעיל ככה ע"א דאף הכונה בכל האומר אחריו דהוה כאומר מעכשיו איכא הך דינא שאין לשני אלא מה ששייר הראשון, ולכן תוס' לא היו יכולים לחלק החילוק שנתבאר ברשב"ם, אלא הוצרכו לחדש דאחריו שאני והטעם במשנה שהבן מוציא מיד הלוקחות כיון שאין לאב רק קנין פירות, **ומבואר** שנחלקו הרשב"ם ותוס' בתרתי א' אם למד"א קנין פירות כקנין הגוף יש לו בעלות להפקיע מהבעל הגוף, שלפי הרשב"ם אם לא אמר מעכשיו הדין הוא שאין לשני אלא מה ששייר ראשון, אבל תוס' חלקו שאע"פ שקנין פירות כקנין הגוף מ"מ לא אלים כ"כ שיוכל לבטל את הקנין הגוף ולכן סברו תוס' שבקנין פירות לעולם אמרין שמוציא מיד הלוקחות, ב' נחלקו אם למד"א כל האומר אחריו כאומר מעכשיו יש לשני זכות למכור שהרשב"ם סבר שאם כאומר מעכשיו אין יכול למכור, ותוס' חלקו וס"ל שאף אם כאומר מעכשיו יכול למכור והטעם משום דאחריו שאני.

ב. אולם צריך לבאר עיקר סברת הרשב"ם מדוע אם כל האומר אחריו לאו כאומר מעכשיו יש לבעל הקנין פירות זכות להפקיע את בעל הקנין הגוף, הרי כיון שהקנה לו רק לזמן שהרי אמר שלאחר המיתה יהא לשני מדוע יש בו כח להפקיע את הבעלות של בעל הקנין הגוף, וכן צריך לבאר לדעת תוס' דס"ל שאף אם כל האומר אחריו כאומר מעכשיו אית ליה כח להפקיע הרי כיון שהוה כאומר מעכשיו הרי נעשה איהו הבעלים ומדוע יכול להפקיע זכותו ע"י מכירה לאחר.

והנה לעיל הובא שהנתנה"מ כתב שאם כל האומר אחריו לאו כאומר מעכשיו ומהני אף בבריא ע"כ צריך להיות הנותן קיים בשעת מיתת הראשון דכל הקנין חל רק אחרי מיתת הראשון, ולפי"ז החילוק ברור שאם כאומר מעכשיו הכונה שכבר עכשיו מקנה לו הנכסים כשימות הראשון ולכן אין בכח הראשון להפקיע מהנכסים, אבל אם לאו כאומר מעכשיו כל הקנין יחול רק לאחר שימות וכמו שכתב הנתנה"מ שהנותן יכול לחזור בו, וא"כ י"ל שכונת הנותן מעיקרא שכל מה שיש לשני הוא רק אם הראשון לא ימכור דהבעלות של הקנין פירות הוא סיבה שיהא שלו לעולם כמו שנתבאר לעיל אלא שעשה שיור במתנה שיהא הפקעה כשיחול הקנין של השני, אבל למד"א ק"פ לאו כקנין הגוף כיון שיש לו רק לזמן אין לו כח למכור רק את הזכות של פירות שיש לו, אולם ברשב"ם מבואר לעיל ככה ע"ב [ד"ה בחיי בעלה] שהדין של אחריו קים אע"פ שהנותן כבר מת ומוכרח דלא כהנה"מ, ויש שיבארו שמהני מדין מתנת שכיב מרע דכמו שיכול ליתן מתנת שכיב מרע מיד לאחר מיתת ה"ה יכול ליתן מתנת שכיב מרע לאחר זמן, וכונתו שנותן לאחר מיתת הראשון לשני במתנת שכיב מרע.

אולם לעיל הובא שבמערכת הקנינים כתב הגרש"ש ביאר שאף במנת בריא מהני קנין של אחריו והיינו שהקנה לו את הזמן של אח"כ, ולפי"ז נראה לבאר דעת הרשב"ם דהנה קנין זה שקונה הזמן של אח"כ יש ב' אופנים או שעכשיו חשיב בעלים גמור על הזמן שיבוא אח"כ, או דאין כאן קנין גמור אלא שמעשה הקנין על הזמן העתיד הוא רק שיש למקבל קנין 'בכח' שיכול להפקיע את הבעלות של הראשון שקיבל המתנה אבל אין כאן קנין בפועל עכשיו, ולדעת הרשב"ם כל הסוגיא דאחריו לר"י הוא משום קנין פירות כקנין הגוף זה גופא החילוק בין אחריו כאומר מעכשיו אול או כאומר מעכשיו שאם כאומר מעכשיו הכונה בזה שיש לשני קנין בפועל על הזמן שיבוא ואע"פ שהוא נחשב רק קנין הגוף כיון שהשימושים של עכשיו הם של בעל הפירות וקנין פירות כקנין הגוף מ"מ אין יכול למכור לאחר דהבעלות של השני כבר קיימת עכשיו, אבל לא חשיב כאומר מעכשיו הביאור בזה שיסוד הזכות של אחריו הוא שיש לו כח להפקיע את הקנין של הראשון, אבל כל הכח להפקיע הוא רק אם נשאר אצל הראשון נכסים שקיבל מהנותן, אבל אם לא קיבל נכסים אין לו כח להפקיע הקנין של מי שקנה מהראשון דכך מתפרש הקנין כיון שלא נתן לו מעכשיו הקנין מתפרש שרק אם ישאר אצל הראשון יהא לשני במה לזכות.

ודעת תוס' נראה דס"ל שאע"פ שקנין פירות כקנין הגוף מ"מ בעל הגוף חשיב שיש לו בעלות גמורה עכשיו על הזמן שיבוא ולכן אין בעל הקנין פירות יכול למכור את הנכסים להפסיד את בעל הגוף, אלא אחר כך שאני דהכא יש בו כח למכור, והביאור בזה שדעת תוס' באחר כך כמו שנתבאר שנתן לראשון קנין הגוף לזמן אלא שיש לאחר כך להפקיע קנינו ולכן יכול למכור הראשון ואין לשני אלא מה ששייר הראשון כיון שהוא בעלים עכשיו גמור וכל מה שיקבל אחר כך הוא רק שאם נשאר נכסים יוכל להפקיע קנינו של הראשון, ולפי"ז נראה דמה שס"ל לתוס' אחיד כאומר מעכשיו אין הכונה כאומר מעכשיו כהבנת הרשב"ם שיש לו בעלות בפועל עכשיו על הזמן העתיד, אלא כונת תוס' בכל האומר אחר כך כאומר מעכשיו דחשיב שיש בו עכשיו כח קנין להפקיע הבעלות של הבעלים ולכן יכול הראשון למכור, וכמו שנתבאר ברשב"ם שכונת הנותן היה מעיקרא שכל הזכות של השני בנכסים הוא רק באופן כזה שישאר אצל הראשון הנכסים דס"ל לתוס' שמכיון שבאחר כך אנו מפרשים כונת הנותן שנתן לו גוף לזמן וזה סיבה שיהא בו קנין לעולם לכן ע"כ כל הקנין של השני הוא זכות להפקיע את הקנין של הראשון אבל אין לו עכשיו בעלות על הזמן ההוא.

ג. והנה בעיקר המחלוקת הרשב"ם ותוס' נחלקו הבעל המאור והרמב"ן לעיל קכה ע"ב, שיטת הבעל המאור כתוס' דאף אם כל האומר אחר כך כאומר מעכשיו אין לשני אלא מה ששיר הראשון, והרמב"ן חולק ודעתו כהרשב"ם שאם כאומר מעכשיו אין יכול למכור, והבעל המאור ביאר הסברא לחלק בין אם אמר אחר כך שזה אף אם כאומר מעכשיו אין לשני אלא מה ששיר הראשון, אבל אם לא אמר אחר כך דמתני' דנתן האב לבן גוף מהיום דאין יכול למכור אע"פ שקנין פירות כקנין הגוף, ז"ל ואע"ג דאמר ליה ואחר כך מעכשיו לפלוני אין לשני מה ששיר ראשון והרי הוא כמי שאומר לו כשתרד בנכסים ששייר לך הראשון קנה מהיום עכ"ל. ומבואר מדבריו שאע"פ שאומר מעכשיו אין הכונה שיש לו מעכשיו חלק ממש, אלא כונתו שיש כאן תנאי שאם לבסוף ירד בנכסים יהא לו קנין מהיום, אבל אם לבסוף לא ירד שהנכסים לא יהיו קימים בכה"ג קנה כלל, ולפי"ז החילוק הוא כך שבאומר אחר כך מקנה לראשון את כל הנכסים גוף ופירות, ואומר אחר כך לשני דהיינו שלאחר מותו השני יזכה בו, והתנה שאם יהא לו נכסים לאחר מות הראשון נתברר שמשעה ראשונה זכה בזה השני, אבל בקנין פירות בלא אחר כך כהא דכותב נכסיו לבניו נותן האב לבן מעיקרא קנין הגוף אלא ששיר לעצמו קנין פירות וכל אע"פ שקנין פירות כקנין הגוף אין בכוחו להפסיד לבעל הגוף ולכן אם מכר הבן מוציא מיד הלקוחות, ונמצא לפי הבעל המאור בכל אחר כך הנותן הקנה לראשון עכשיו ולשני עכשיו ולשליש עכשיו, אלא שהתנה שהקנין של השני יהא מעכשיו אם יתקיים התנאי, דהיינו התנאי הוא שאם ישאר לו נכסים, ובאופן שלא אמר אחר כך הוה קנין הגוף לשני מהיום ופירות לאחר מיתה וכיון שזכה בגוף היום אין הראשון יכול למכור, והרמב"ן במלחמות תמה על כל דברי הבעל המאור עיי"ש בכל דבריו וזכיר רק מה שהקשה מהסוגיא כאן מהא דמבואר בהמשך הגמ' שאם נתן אתרוג לראשון ואחר כך לשני, הראשון יוצא יד"ח אתרוג והרי כיון שהגיע לשני אח"כ נתברר שהיה שלו משעה הראשונה וא"כ נמצא שמעולם לא היה של הראשון ואיך יוכל לצאת יד"ח, והרמב"ן במלחמות חולק על הבעל המאור וסבר כהרשב"ם דאם כאומר מעכשיו אין יכול למכור, וכל דברי רשב"ג הוא רק כיון דלא כאומר מעכשיו, ובמערכת הקנינים האריך טובא בדבריהם ובודעת הבעל המאור ביאר ע"ד משי"כ לעיל, עיי"ש.

ד. גמ' ומודה שאם נתנתו במתנת שכיב מרע לא עשה כלום. הרשב"ם ביאר שמתנת שכיב מרע קונה לאחר גמר מיתה שאין כונתו ליתן לאחר נכסיו רק לאחר גמר מיתה, אבל קנין אחר כך חל בשעת גמר מיתה דכונת הנותן שמשעה שאין המקבל צריך נכסים יזכה בו השני, והנה הרשב"א כתב כאן שמוכח שירושא חלה עם גמר מיתה ולא לאחר גמר מיתה, שהרי גדר הדין של אחר כך הוא דחשיב השני יורש של הראשון וממה שזוכה עם גמר מיתה ע"כ שאף ירושה דממילא שהתורה זכתה לו היא עם גמר מיתה, ולכאורה זה דלא כסברת הרשב"ם שכתב שדעתו של הנותן שזוכה השני מיד שהראשון אין לו צורך בנכסים, דא"כ אין לזה שיכות לירושא, [ועיי' ברשב"א לעיל קכט ע"ב מה שהקשה לפי סברא זו].

הקצה"ח [רנ א] הקשה דבראשונים בגיטין יד ע"א מבואר שהנותן מתנת שכיב מרע אע"פ שקונה רק לאחר גמר מיתה מ"מ חלות הקנין חל למפרע, והקשה א"כ אמאי הגמ' אומרת שכבר קדמה אחר כך הרי כיון שקונה למפרע נמצא שמשעת נתינה קנה והרי נתן מחיים והוא קדם לאחר כך, עיי"ש במלואי חושן מה שהאריך בזה.

ה. גמ' הדר אביי מההיא דתנן זה גיטין אם מתי וכו'. פרשב"ם שמוכח מכאן שאין דעתו של שכיב מרע אלא לאחר גמר מיתה, דאם דעתו בשעת גמר מיתה אמאי אינו גט, מבואר שאם היה דעתו שחול הגט או המתנה בשעת גמר מיתה היה חל, והקשו הקצה"ח סי' ר"נ סק"ח ונתה"מ סי' רמ"ח סק"י ומחנ"א זכיה מתנה סט"ז מהא דמבואר לעיל קכז ע"ב שאף לר"מ דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם מ"מ אם בשעה שהדבר בא לעולם הוא לאו בר הקנאה ולכן אם הקנה נכסים שלא באו לעולם ובשעה שבאו לעולם נעשה גוסס לא חל הקנין דבעינן שיהא בר הקנאה בשעה שיבוא לעולם וא"כ הכא הרי בשעת גמר מיתה הוא גוסס ולא בר הקנאה הוא, וכתב במחנ"א דצריך לחלק בין אם עושה קנין בדבר שבא לעולם כגון הכא שבידו לגרשה עכשיו אלא שאומר שיחול רגע לפני המיתה, וכן בנותן מתנה לחברו לאחר ל' ובזמן שהגיע יום ה' היה גוסס ולא בר הקנאה דיחול הקנין כיון שבשעת מעשה היה בר הקנאה, אבל בדבר שאינו בעולם אף שסבר ר"מ דכשבאו לעולם חל הקנין מ"מ צריך שיהא בר הקנאה באותה שעה ולכן אם הוא גוסס לא חל הקנין. **והסברא** בזה ביאר הגרש"ש [סי' ל] שבדבר שבא לעולם יש לו כח לפעול הקנין עכשיו, ע"כ יש לו כח לקבוע שהחלות יחול לאחר זמן, ואע"פ שבאותו זמן לא יהא בר הקנאה מ"מ הוא חל מחמת הכח הקנאה שיש לו עכשיו, אבל בדבר שלא בא לעולם הרי אין לו כח הקנאה עכשיו, אלא שסבר ר"מ דמכיון שאח"כ החפץ יבוא לעולם יהא לו כח הקנאה לכן גם עכשיו יכול להשתמש בכח ההוא לעשות מעשה קנין שיוכל לחול כשיבוא לעולם, וא"כ נמצא שכל הכח לעשות מעשה מעיקרא הוא רק מחמת

שיהא לו כח הקנאה אח"כ, ונמצא שחלות הקנין חל כשבא החפץ לעולם מחמת כח ההקנאה שיש לו באותה שעה ולכן אם באותה שעה הוא גוסס לא מהני הקנין כלל דמיעקרא.

ו. רשב"ם ומו"ה ר"ש. כגון דאמר מהיום ולאחר מיתה לא אמר כלום והשני מוציא, הקצה"ח [רמ"ח סק"ט] הקשה על רשב"ם הרי כל הסברא של הגמ' שאם נתן במתנת שכיב מרע הוא רק משום שמתנת שכיב מרע קונה לאחר מיתה ואחר כך קונה עם גמר מיתה, ואם מיירי שנתן לו מתנה מהיום ולאחר מיתה, הרי דעת הרשב"ם שבנותן מתנה מהיום ולאחר מיתה הכונה שנותן גוף מהיום ופירות לאחר מיתה ונמצא שהראשון לא שייר לשני חלק בגוף הנכסים, וממילא במיתת הראשון זוכה השני בפירות כיון שהגוף שלו. **המלואי** חושן הביא בשם הגר"ח מטעלו זצ"ל שכתב לבאר שהרי הגמ' אזיל בשיטת ר"י דסבר קנין פירות כקנין הגוף, וגדר הקנין שיש לבעל הגוף אינו בעלות גמורה אלא הוא כמו שנתבאר לעיל שהוא זכות בכח בנכסים, ולפי"ז אין סיבה שמי שקיבל גוף מהיום יקדום לאחר, כיון שהשני שקיבל לאחר מיתת הראשון יש לו ג"כ זכות בכח בנכסים כמו שנתבאר שגדר קנין של אחר כך הוא שיש לו רק זכות בכח בנכסים, וא"כ כיון ששניהם כל הכח שלהם לזכות הוא לזכות זכות בכח בנכסים ממילא האחר כך קדים שיש לו סיבה מוקדמת לזכות.

הערות וציונים פרק יש נוחלין

דף קלז:

א. [קלז ע"א] גמ' ע"כ לא פליגי רבי ורשב"ג התם דמר סבר קנין פירות כקנין הגוף ומר סבר קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי. מבואר בגמ' שישוד המחלוקת רבי ורבנן אם נתן מתנה ואחר כך לפלוני אם הראשון יכול למכור תלוי אם קנין פירות כקנין הגוף דמי או לא, וכן נראה ברשב"ם כאן שכתב אפילו לר"ל הכא קנין פירות כקנין הגוף משום דאחר כך שאני, והביאור כמש"כ לעיל שהנדון אם קנין פירות כקנין הגוף תלוי בדעת הנותן, אולם תוס' לעיל [ד"ה ותנאי] כתבו שאף לר"י דקנין פירות כקנין הגוף אין זה סיבה שיוכל למכור אלא המחלוקת הוא בסברא דאחר כך שאני וכמו שנתבאר לעיל וקשה לשון הגמ' כאן. **ועיין** ריטב"א שכתב בשם ר"ח דהכא משמע בגמ' שהטעם של רשב"ג שיכול הראשון למכור משום שקנין פירות כקנין הגוף ולעיל משמע שהטעם משום אחר כך שאני, וכתב ר"ח שהסוגיא דלעיל בדרך דחיה אתמר, והיינו שבאמת ר"י בעצמו שסבר קנין פירות כקנין הגוף אין צריך לטעם של אחר כך שאני ור"י שפסק כרשב"ג משום דאזיל לטעמיה דקנין פירות כקנין הגוף, אולם הריטב"א תמה ע"ז שא"א לומר שמשום קנין פירות כקנין הגוף יהא כח לראשון למכור בנכסים והוסיף וכי אדם המוכר שדה לפירות יכול הלוקח למכור השדה כיון שיש לו קנין פירות, אלא כתב הריטב"א שודאי לשון הגמ' הוא לשון מושאל ועיקר הסברא של הגמ' הוא משום אחר כך שאני. **אולם** לעיל נתבאר שנחלקו הרשב"ם ותוס' ביסוד זה אם קנין פירות כקנין הגוף נותן לו כח לראשון למכור בנכסים, ומה שהקשה הריטב"א א"כ כל אדם המוכר שדה לפירות נתקשה בזה הרשב"ם לעיל קלו ע"ב וכתב לפרש שתמיד שנותן לו לפירות מונח כאן שיויר במתנה שהוא יחזור אליו, אולם נראה שהיסוד שנתבאר לעיל בדעת ר' יוחנן שקנין פירות כקנין הגוף חשיב בעלות גמורה אלא שמנוח בזה הפקעה, בזה אין מחלוקת בין הראשונים, שהרי מבואר בגמ' שאם מת שני בחיי ראשון יחזור לירושי ראשון וע"כ הוא מהטעם שיש לו בעלות גמורה שיהא שלו לעולם, וכל המחלוקת בין הרשב"ם ותוס' והריטב"א האם הוא סיבה שיוכל למכור ולהפסיד את בעל הקנין הגוף.

ב. גמ' אלא הכא אי מיפק לא נפיק למאי יהיבי ניהליה. הרשב"ם ביאר דחשיב לכם כיון שבשעה שראוי לראשון אין לשני כח בו דהא אחר כך קאמר ולא הוה כאתרוג השותפין שאין יוצאין בו יד"ח כיון שיש לכל אחד זכות בו כל זמן שאחר משתמש, וכתב הרשב"א שמדברי הרשב"ם מבואר שלרבי אע"פ שאין לו קנין הגוף מ"מ יוצא בו יד"ח המצוה כיון שבשעה שמשמש אין לשני קנין בזה, ומשמע שלצאת ידי חובת המצוה סגי במה שיש לו קנין פירות, וכן כתב בשטמ"ק שמדברי הרשב"ם מבואר שא"צ קנין הגוף, **אולם** בסברא הדבר תמוה מ"ש שלכל דיני התורה אם קנין פירות לאו כקנין הגוף לא מהני ואי"ז אדמתך לגבי ביכורים ולענין דין יום או יומים וכן ועין, ומדוע לגבי דין לכם יהא הדין שאף קנין פירות הוה בכלל לכם, ובקו"ש [אות תסה] נראה שהבין שאין כונת הרשב"ם מדין קנין פירות אלא דמייירי שהקנה לו את האתרוג לענין לגמרי לענין לצאת ידי חובתו וכמו שמצינו קני על מנת להקנות, והיינו שיש מושג של קנין הגוף לדבר מסוים ולכן יכול להיות שהוא יהא בעלים להקנות, ומצינו כע"ז בפרה לכפילא ועבד לקנס דמשמע שהוא בעלות גמורה לענין זה, ולכן ה"נ לענין לצאת ידי חובתו חשיב שלו לענין זה והוה בכלל לכם. **אמנם** המנחת ברוך [סי' צב] כתב שבאמת שיטת הרשב"ם דסגי בקנין פירות לענין אתרוג דחשיב לכם, דהרשב"ם לטעמיה דסבר לגבי ביכורים דחשיב אדמתך לענין חיוב הבהת ביכורים, עי"ש מש"כ לבאר דיש דינים בתורה שצריך בעלות על הגוף ויש דינים דסגי בהם בקנין פירות. **אולם** הרא"ש כתב דא"א לפרש כונת הגמ' שיש לו רק קנין פירות שהרי בכה"ג לא חשיב לכם דכדי שיחשב לכם בעינן קנין הגוף, אלא ע"כ כונת הגמ' הוא שיש כאן אומדנא ברורה שנתן לו כדי שיוכל לצאת ידי חובת המצוה ולכן אמרינן שנתן לו האתרוג במתנה גמורה על מנת להחזיר, ונמצא שאין כאן קנין פירות כלל אלא הוא שלו לגמרי ומה שאמר אחר כך לאחר, הכונת שהיה כאן תנאי שאח"כ יתן לאחר, וכתב הרא"ש ומכאן יש ללמוד דה"נ אם שואל טבעת לקדש אשה אמדינן שכונת המשאל להקנות לו הטבעת בקנין גמור מתנה על מתן להחזיר ולא בתורת שאלה בעלמא כיון שלא מהי לקדש בטבעת שאלה, והקצה"ח [רמא ד'] תמה על הרא"ש שהרי משמע שנתן לראשון כל ימי חייו ואמר שלאחר מיתת הראשון יהא לשני וכן כתב הרשב"ם, ואם כונת התנאי היה

שיתן הראשון לשני לאחר מיתתו איך יוכל לקיים תנאו ואיך יוכל להקנות לאחר מיתה, והנתה"מ שם כתב שלהרא"ש צ"ל שהכונה אחריו לפלוני באתרוג הוא לאחר שקיים המצוה לא לאחר מיתתו.

והקצה"ח כתב לפרש באופ"א וחדש שם שיש קנין פירות שבה נחלקו ר"י ור"ל אם כקנין הגוף או לא, אבל איכא עוד אופן של הקנאה והוא קנין הגוף לזמן ובה כו"ע מודו דא"י קנין פירות אלא חשיב קנין הגוף, וזה הכונה של הגמ' באחריו שהקנה לראשון גוף לזמן אלא שנתן לאחר כח להפקיע את הקנין לאחר הזמן וכיון שהוא רק כח להפקיע הקנין לכן מה שמכר הראשון מכור, ונחלקו רבי ורבנן האם כשאדם אומר אחריו האם כונתו ליתן הגוף לזמן או שכונתו ליתן לו קנין פירות, אבל לגבי אתרוג כיון דל"ש שיצא ידי חובת המצוה אם לא יקנה קנין הגוף לזמן אמרינן שכך הוא כונתו שיקנה קנין הגוף לזמן ולאחר הזמן פוקע ממנו הקנין וזוכה בו השני, וזה כונת הגמ' שע"כ נתן לו כדי שיצא יד"ח ולכן מונח בזה קנין הגוף לזמן, והוסיף לבאר דהא דמבואר בגמ' שלרבי אין יכול למכור והרי כיון שנתן לו קנין הגוף לזמן מדוע לא יוכל למכור, וכתב דצ"ל שלפי רבי מונח כאן תנאי שנותן לו רק בתנאי שלא ימכור אבל אם ימכור ההקנאה תתבטל, אבל לרשב"ג הוה ככל קנין דאחריו שקונה לזמן ויכול למכור ואין לשני אלא מה ששייר ראשון, ובה ביאר הקצה"ח כל הענין של מתנה על מנת להחזיר באתרוג ויבואר להלן, **[ועי' לשון הרשב"א כאן שכתב דרבי מודה הכא דאחריו שאני דאפילו גופו נתן לו כדי שיצא ידי חובתו ומשמע מדבריו דלא מדין תנאי כהרא"ש אלא כהקצה"ח]**.

ג. גמ' האחין שקנו אתרוג בתופסת הבית נטלו אחד מהם ויצא בו אם יכול לאכלו יצא וא לא לא יצא. לכאורה כונת הגמ' שאם אין האחין מקפידים שהוא יאכל את האתרוג הכונה שהם מקנים לו את האתרוג שיהא שלו לקיים בו המצות שיחשב לם, אולם צ"ב מה מהני שלא מקפידים על האתרוג הרי צריך שיהא לם שיהא בעלים על הדבר, ומצינו שאם אינו מקפיד מהני דלא נחשב גזול אבל הכא ביו"ט ראשון בעינן דשאל פסול ובעינן שיהא לם ובמה זכה שיהא שלו, ואע"פ שאינו מקפיד מ"מ בעינן דעת קנין ולא מהני אם אין לו דעת חיובית להקנות.

והנה בעיקר הא דקאמר הגמ' שאם ראוי לאכלו לכאורה אין הכונה שצריך שיהא ראוי לאכילה בפועל ממש, שהרי באחריו לפלוני לרבי אין יכול לאכלו, וכן במתנה על מנת להחזיר אין יכול לאכלו ומ"מ יוצא, אלא ע"כ שזה רק סימן האם נחשב בעלים גמור וחשיב כדירה, ולכן באחריו ובמתנה על מנת להחזיר דחשיב שלו יוצא יד"ח אע"פ שאין יכול לאכלו, אולם בתשובות הרא"ש [כלל לה ב'] נראה שהדין יכול לאכלו הוא תנאי בעצם ולא רק סימן דחשיב כבעלים, שכתב לבאר הא דבמתנה על מנת להחזיר ליכא חסרון שאין יכול לאכלו משום דבאמת יכול לאכלו ואף שצריך לקיים התנאי שצריך להחזיר הרי יכול להחזיר דמים, וסבר שחזרת דמים הוה חזרה ועי' במנחת ברוך סי' צב בסוף הסימן מש"כ בזה.

ד. גמ' אבל פריש ורימון לא. הרשב"ם כתב דלא גרסינן הכי, אולם הרמב"ם פ"ח מלולב הי"א כתב ז"ל האחין שקנו אתרוגין מתפוסת הבית ונטל אחד מהן אתרוג ויצא בו אם יכול לאכלו ואין האחין מקפידין בכך יצא, ואם היו מקפדין לא יצא עד שיתנו לו חלקם במתנה, ואם קנה זה אתרוג וזה פריש או שקנו כאחד אתרוג ורימון פריש מתפוסת הבית אינו יוצא באתרוג עד שיתן לו חלקו במתנה ואע"פ שאם אכלו אין מקפידים עליו עכ"ל, מבואר ברמב"ם שגרס גירסא זו בגמ' והוכנה שכל מה שמהני אם אין מקפדין שיאכול הוא רק אם יש להם גם אתרוגים שיכולים לצאת אבל אם לזה יש פריש ולזה יש אתרוג אין יוצא ידי חובתו אע"פ שאינו מקפיד שיאכל, וצ"ב כונת הרמב"ם דממ"נ אם מהני הטעם שלא מקפיד א"כ אף אם יש כנגד רק פריש או רימון, ומה החילוק אם יש רק אתרוג או דבר אחר, ובקה"י [סי' מ] כתב לבאר שחלוק חלוקה אחים כשחולקים מין אחד, לבין אם חולקים מין נגד מין אחר, ובחלוקה של מין כנגד מין מהני כשיש אן סהדי שהוא מסכים בזה א"צ דעתו להקנות וזוכה בחלקו והוה ידידה.

ה. רשב"ם ד"ה ואם לאו לא יצא. כתב הרשב"ם דאתרוג השותפין אין יוצאים בו ידי חובתו משום דכתיב ולקחתם לכם לכל אחד ואחד והמנהג שלנו לברך על אתרוג הקהל משום שיש לכל אחד דעת להקנות לחברו בשעה שבא לצא ידי חובתו, והיינו שיש אומדנא ברורה שכל אחד ואחד מקנה שיהא כולו של חברו בשעה שבא לקיים המצוה, וכן הביא הריטב"א בשם הגאונים והרי"ף שבאתרוג השותפין צריך שיהא כל אחד ואחד דעתו להקנות לחברו, אולם כתב הריטב"א דהרשב"א כתב דהכא מיירי שקנו אתרוג על מנת לאכלו ולא לצאת בו אבל אתרוג שהקהל קונים כדי לצאת בו ידי מצות אתרוג על דעת כן נשתתפו שיוכל כל אחד ואחד לצאת ידי חובתו וכשהוא נוטל את שלו הוא נוטל והו"ל כחצר השותפין שאם אין בו כדי חלוקה כל אחד שאע"פ שמודרים הנאה כל אחד מחברו יכול ליכנס בחצר דיש ברירה ובשלו הוא נכנס, וה"נ הכא כיון שלקחו האתרוג כדי לצאת בו הרי בשעה שכל אחד משתמש בשלו הוא משתמש, ולכן כתב הריטב"א שאף אם היה באתרוג זכות אף לקטנים יכול כל אחד לצאת בו ידי חובת המצוה כיון שבשעה שהוא נוטל לצאת בו המצוה מתברר שבשלו הוא משתמש, ועי' בקצה"ח [רמא ד] שהוכיח מדברי הראשונים אלו כשיטתו דמהני קנין הגוף לזמן שהרי כשכל אחד זוכה באתרוג הוא רק לזמן וחשיב לם עי"ש, [והנה בתשובות הרא"ש כלל לה ב'] מבואר חידוש דשותפין דקנו אתרוג לצאת ידי חובת המצוה אין צריכים להקנות זה לזה, וכל מה ששותפין אין יוצאים הוא רק אם לא קנו האתרוג כדי לצאת ידי חובתם עי"ש טעמו שכה"ג התורה לא מיעטה].

ו. גמ' אמר רבא אתרוג זה נותן לך במתנה על מנת שתחזירהו לי. בגדר מתנה על מנת להחזיר נחלקו הראשונים האם הוא מתנה גמורה לעולם, אלא שהתנה שיחזיר לו אח"כ המתנה וצריך להקנות לו בקנין גמור, ואם לא יתקיים התנאי נמצא שהמתנה בטילה ולא יצא יד"ח, או שגדר אחר אית ליה דהוה מתנה לזמן ולאחר הזמן המתנה חוזרת לבעלים, **הרא"ש** בסוכה מא ע"ב כתב דלאחר

שיצא בו ידי חובתו צריך לחזור וליתנו לבעלים במתנה גמור והיינו שנתן לו את המתנה שיהא שלו לעולם אלא שצריך לקיים תנאו להחזירו לבעלים והוכיח כן הרא"ש מהא דקתני בגמ' לא ליקני איניש לולבא לינוקא ואמאי לא יוכל ליתן לו מתנה על מנת להחזיר אלא ע"כ שאינה מתנה לזמן אלא שהוא מתנה לעולם וצריך הקנאה חדשה לבעלים ומכיון שקטן אין יכול להקנות לכן לא יכול ליתן לקטן לולב שיצא בו ידיה, וכ"כ הריטב"א בקידושין והוסיף דאם שיעבד המתנה לבע"ח בזמן שהיה אצלו אע"פ שהחזירו יכול לגבות מן המתנה, ועי' באבני מלואים [כ"ח ס"ק ג] שכתב להוכיח מדבי התוס' סוכה שם [ד"ה ואם לאו] כהרא"ש.

אולם הקצה"ח [רמ"א סק"ד] ובאבני"מ שם כתב דמתנה ע"מ להחזיר אינה מתנה בתנאי אלא שהוא מתנה לזמן דנותן לו את הגוף לזמן ואח"כ חוזר לבעלים וקנין לזמן חשיב קנין הגוף לענין דין לכה, והוכיח דבר זה ממה שנתבאר לעיל מהא דאמרין אתרוג זה נתון לך במתנה וכמש"כ, וכתב שם הקצה"ח שכדבריו מפורש בשו"ת הרא"ש כלל ל"ה אות ב' בשם הר"ר אביגדור כהן צדק שכתב דמתנה ע"מ להחזיר נותן לו את הגוף לזמן וכשעבר הזמן הוא חוזר לנותן ממילא בלא הקנאה חדשה, ומה שהוכיח הרא"ש מהא שלא ליקני איניש לולבא לינוקא כתב הקצה"ח לישב דאה"נ אם יקנה לו לזמן יוכל לצאת יד"ח אלא דכונת הגמ' שאם הקנה לו בסתמא בתנאי שיחזיר לא יוכל לבנו להקנות לו בחזרה, אולם צריך להוסיף דאף לפי הקצה"ח צריך לומר שיש כאן תנאי דלשון הגמ' הוא שעשה עמו תנאי ע"מ שתחזירו לי החזירו יצא לא החזירו לא יצא, ומבואר דאם לא החזירו לא יצא ולקצה"ח הא ליכא תנאי של חזרה אלא לאחר זמן הוא נעשה ממילא של הבעלים, וע"כ צ"ל דאף לפי הקצה"ח עשה תנאי אבל לא שזהו עיקר המתנה אלא כמש"כ דעיקר המתנה הוא לזמן, אלא שיש עוד תנאי שרוצה שיחזיר שהרי מצד מה שהוא קנין לזמן הרי היה יכול למכרו ולאכלו והוה כאחר כך דחשיב בעלים גמור לכן הוצרך לעשות אתו קנין שיחזיר אבל עיקר הבעלות הוא מכח שהקנה אותו לזמן.

והנה בעיקר חידוש זה של הקצה"ח שיש קנין לזמן שהוא נחשב כמו קנין הגוף ולכן יוצא יד"ח באתרוג והוה בכלל לכה, עי' בנתה"מ שם שתמה עליו מכמה דוכתי ועי"ש מש"כ לדון מדברי הרא"ש בסוגיא ב"ב שם, אולם דבריו תמוהין שהרי לרשב"ג חזינן שאם אמר לו אחרין יש לו קנין לזמן ויכול למכרו וא"כ שיש מושג של קנין הגוף לזמן ועי' במנחת ברוך סי' פט ענף ג' שקשה כן, [ועי' תוס' ר"ד שנראה מדבריו דמתנה על מנת להחזיר הוה קנין לזמן, אולם מדבריו מבואר דהוה קנין פירות לזמן ולא כהקצה"ח דהוה קנין הגוף לזמן].

ז. גמ' חזינן אי אמר על מנת שתחזירוהו הא אהדריה אי אמר ליה על מנת שתחזירוהו לי מידי דחזי ליה קאמר. הנתה"מ [רמא ה] הקשה לדעת הראשונים שמתנה על מנת להחזיר הוא מתנה גמורה אלא שיש תנאי שיחזיר וצריך להקנות לבעלים בקנין גמור, א"כ מדוע חשיב שקיים התנאי כשאמר על מנת שתחזירוהו הרי כיון שהקדישו וחל ההקדש נמצא שאין בכוחו להקנות לבעלים המתנה, ותי' דמייירי בקדשים קלים דחשיב ממונו ויכול להקנות לו, אולם הקשה שהנמוק"י כתב דה"ה אם מכרו לאחר ונתנו לו קיים התנאי עי"ש מש"כ לישב ועי' בקה"י סי' לט מש"כ בזה.

והנה מבואר בגמ' שאם אמר על מנת שתחזירוהו לי לא חל ההקדש, וכתב ביד רמה [אות קצג] שמכיון שהקדיש נמצא שעבר על התנאי ממילא לא הוה ידידה וממילא נתבטלה המתנה, וכונתו שהתנאי היה שאם יעשה מעשה הקדש ועי"ז רוצה שתבטל המתנה, וכן מבואר ברשב"ם לעיל קלד. לגבי הא שנתן מתנה ליונתן בו עוזיאל והתנה שלא יקדיש, וכונתו שלא יעשה מעשה הקדש עי"ש.

ח. רשב"ם ד"ה ואם לאו. ה"מ לענין גיטין וקידושין, תוס' בקידושין מט ע"ב הביאו דברי הרשב"ם שדוקא בגיטין וקידושין בעינן תנאי כפול אבל דיני ממון לא ותמהו הרי תנאי דב"ג וב"ר היה בממון, אולם מדברי הרשב"ם קצת משמע שלר"מ בכל גונא בעינן תנאי כפול אלא שלדידן רק החמירו רק בגיטין וקידושין, וכן מבואר ברמב"ן בוסגין ובר"ן קידושין כג ע"ב מדפי הרי"ף, ועי' ראב"ד פ"ג מזכיה ה"ח.

ט. רשב"ם ד"ה הרי זה מוקדש ומוחזר. מבואר ברשב"ם דלא הוי שומר עי"ז ואינו חייב אלא בפשיעה, אולם הרא"ש בסוכה מא ע"ב כתב דחייב באונסין משום דאם לא החזיר איגלאי מילתא למפרע שהוא גזלן, והנה להלכה פסק השו"ע חו"מ רמא ח שבמתנה על מנת להחזיר אין חייב באונסין אלא בפשיעה, ובהלכ' לולב סי' תרנח סעי' ד פסק המחבר שאם נאנס ולא החזיר לא יצא, וביאר המ"ב ס"ק טו שאע"פ שמצד דיני הממון אין חייב מ"מ כיון שבפועל לא קיים את התנאי בטלה המתנה וממילא לא יצא יד"ח, והביא שיש מחלוקת אם החזיר דמים בכה"ג יוצא ידי חובת המצוה, ועי' בשער הציון ס"ק י"ח.

הערות וציונים פרק יש נוחלין

דף קלט.

א. גמ' לוותה ואכלה ועמדה ונשאת בעל לוקח הוי או יורש הוי. הגמ' מבארת שהנפק"מ אם הוא יורש או לוקח לגבי גבית בעל חוב, שאם לוותה קודם הנשואין דאם יש לבעל דין של יורש בעל חוב גובה ממנו, אבל אם דינו כלוקח אין בעל חוב גובה ממנו, והכונה בזה דלקמן בגמ' קעו ע"א מבואר להלכה מלוה על פה גובה מן היורשין ואין גובה מהלקוחות ולכן הכא אם לבעל יש דין לוקח אין בע"ח גובה ממנו.

אולם יש לעיין שבגמ' שם מבואר שהטעם לחלק בין יורשין ללקוחות דגובה מהלקוחות משום שלא תנעול דלת, ומלקוחות אינה גובה משום שליכא קלא, ונחלקו הראשונים מה הדין האם בעל חוב גובה ממקבל מתנה, עיין תוס' כתובות מט ע"ב שכתבו ב' דות בזה אם מקבל מתנה חשיב כמר דאם לא שעשה לו טובה לא היה נותן לו וההו כמכר או לא, ועי' לעיל קלג ע"א דמשמע בגמ' דאין גובין ממקבל מתנה שהגמ' אומרת שמתנת שכיב מרע הוה כדורשה לענין גבית מזון האשה והבנות ולא הוה כמתנת בריא שאין גובין מהם, אבל הראשונים שם הביאו דעת רב האי גאון שביאר הסוגיא באופן אחר ולדבריו גובין ממקבל מתנה, ויש להקשות כאן לדעת הראשונים שגובים ממקבל מתנה משום שכל הטעם בלוקח משום שהוא שילם ואין קול לכן אין לו להפסיד א"כ ה"נ בבעל ג"כ צריך להיות שבעל חוב גובה ממנו דהתם הוה כמקבל מתנה.

ועוד יש לעיין שבהא דמצינו שגובין ביורשין ביאר באבי עזרי פ"א ממלוה ה"ז דהסברא שדורשין חיבים משום שיש עליהם מצוה לפרוע חוב אביהם, ולפי"ז יש להקשות שאף אם לבעל יש דין יורש מדוע יהא חייב לפרוע לבעל חוב הרי אצל הבעל ל"ש לומר ה"ט דמצוה עליו לפרוע חוב אשתו שרק ביורש ממש אבל הכא הרי הוא תקנה דרבנן, ומוכח שאם רבנן עשו תקנה שיש לו דין של יורש או של לוקח נתנו לו גדר של יורש ולוקח בעלמא אע"פ דל"ש ביה הסברות של יורש או לוקח.

וכן מוכח בגמ' בהא דקאמר שאני פרנסה דאית ליה קלא, ולכאורה כל הסברא שבמקום שיש קול בעל חוב גובה משום שהלוקח לא היה צריך לקנות אבל בבעל ל"ש לומר ה"ט דאע"פ שיש קול הרי זוכה מכח תקנתא דרבנן אלא ע"כ שרבנן אמרו שגדר הדין שלו הוא כלוקח וכלן כיון שיש קול לגבי פרנסה הרי הוא גובה מהבעל.

דף קלט :

א. גמ' דאמר ר' יוסי בר חניא באושא התקינו אשה שמכרה בנכסי מלוג בחיי בעלה הבעל מוציא מיד הלקוחות. בגדר דין של תקנת אושא מצינו מחלוקת ראשונים ואיכא בזה כמה נפק"מ לגבי סוגיין, נחלקו הרמב"ם והרא"ש האם תקנת אושא היא שיכול הבעל להוציא מן הלקוחות מחיים או רק לאחר מיתה, הרמב"ם כתב ומבוא שרק לאחר מיתה יש לו דין לוקח, אולם הרא"ש בכתובות דף נ ע"א כתב שכבר מחיים איכא הך דינא שהבעל מוציא מיד הלקוחות, ובפשוטו נראה בפוסקים שהבינו שלפי הרא"ש חשיב בעלים גמור על הגוף מעכשיו ולהרמב"ם רק לאחר מיתה האשה,

וצריך להבין מה הנפק"מ אם יכול להוציא מחיים או רק לאחר מיתה הרי בלא"ה אין ללוקח בעלות עכשיו על הגוף, ומצינו בזה כמה דרכים באחרונים בית שמואל סי' צ' נפק"מ אם יכול לכתוב פרוזבול על אותו קרקע או לא, ב' לענין אם דמי המקח חוזרים ללוקח ג' עי' סמ"ע אם יכול לחפור בו בורות.

והנה הש"ך סי' קג סק"כ נראה שהבין שאף לדעת הרמב"ם דרק לאחר מיתה חשיב בעלים על הגוף אבל הטעם שיכול להוציא מיד הלקוחות משום שלאחר מיתה האשה נעשה בעלים על הגוף למפרע ולכן הוא קודם לשאר הלקוחות וזה הכונה שהוא לוקח ראשון דהיינו שנתברר עכשיו שמחיים הוא נחשב לוקח ראשון,

אולם הקצה"ח סי' קג כתב לבאר כונה אחרת בדעת הרא"ש שכתב שמחיים יכול להוציא מהאשה, וכתב שאין כונתו שיש לבעל בעלות על הגוף מחיים דזה ברור שמחיים הגוף של האשה וכל הזכות של הבעל הוא רק שנתנו לו זכות של אכילת פירות, שהרי בגמ' ב"ק מבואר שאף לאחר תקנת אושא עבד נכסי מלוג אינו יוצא בשן ועין לאיש ולא לאשה, והביאור בזה שלאיש אינו יוצא כיון שיש לו רק קנין פירות ולאשה לא כיון שיש תקנת אושא, ואם הגדר של תקנת אושא שלבעל יהא קנין הגוף מחיים מדוע אינם יוצאים לאיש, [ואולי יש לישב דעת הש"ך דהנה בתוס' ביבמות ריש פרק אלמנה לכהן גדול שהבעלות לענין יציאה בשן ועין אינו תלוי בקנין הממון אלא בקנין איסור ומי שהוא בעלים על הקנין איסור בו נאמר יציאה של שן ועין ולכן אפשר לומר שאע"פ שתקנת אושא הוא שיהא כלוקח על הגוף מ"מ הבעלות של הבעל הוא רק על הקנין ממון ולא על הקנין איסורו לכן אפשר לומר שלגבי הקנין איסור האשה היא נשארה בעלים ולכן לגבי יציאה של שן ועין לא מהני לאיש וכן לאשה לא משום שהקנין של הבעל מגרע בקנינה של האשה ודו"ק].

ולכן כתב הקצה"ח לבאר שהטעם שהבעל מוציא מיד הלקוחות מפני שגדר הדברים של תקנת אושא הוא שעשו את הקנין פירות של הבעל אליהם שיהא קנין הגוף, וכמו שמצינו בסוגיא לעיל דלר' יוחנן שקנין פירות קנין הגוף הבן שיש לו קנין הגוף אין יכול למכור, ה"נ האשה אינה יכולה למכור את הגוף ה"נ כיון שיש לבעל קנין פירות שהוא קנין הגוף, והוכיח כן ממה שכתב רש"י ב"ק פח ע"ב ד"ה באושא התקינו שגדר הדין של תקנת אושא הוא שאלמנה רבנן לשעבוד של הבעל לעשותו אותו קנין הגוף, ולפי"ז ביאר שכונת הרא"ש שהמקח בטל מחיים לאו משום שיש לבעל קנין הגוף ממש, אלא מחמת אלימות של הקנין פירות דהוה קנין הגוף, [והנה לעיל נתבאר שהנדון אם קנין פירות קנין הגוף הוא מי מוגדר בעלים דר"ל סבר שמי שבעלים על הגוף הוא נחשב הבעלים שקנין פירות שיש בו רק השתמשות לזמן אינו מגדירה את הבעלות, ולמבואר כאן נמצא שרבנן נתנו גדר לבעל הקנין פירות קנין הגוף אע"פ שבעצם הבעלות של הקנין הגוף לא השתנה.

אלא שהקשה הקצה"ח שהרי הגמ' כאן מקשה והשתא דשלח מי ידעין והא אמר ר' יוסי ב"ח באושא התקינו וכו', משמע דכונת הגמ' להקשות על הא דשלח והרי התם מיירי לאחר מיתה האשה שרבנן נתנו לבעל דין של יורש, והרי ריב"ח אמר שדינו כלוקח, ולפי מש"כ רש"י שגדר הדין של תקנת אושא הוא דקנין פירות קנין הגוף מחיים מה מקשה הגמ' הרי הא דרבין מיירי לאחר מיתה הבעל והתם י"ל שרבנן נתנו לו דין של יורש.

וכתב הקצה"ח דצ"ל שלפי מש"כ דיסוד שגדר הדין של תקנת אושא הוא שרבנן אמרו שקנין פירות קנין הגוף א"כ א"א לומר שיש לבעל דין יורש לאחר מיתה, שהרי בגמ' בגיטין מח ע"ב מבואר שאדם שמוכר שדה בזמן שהיובל נוהג חשיב קנין פירות ולכן אומרת

הגמ' שם שאם מכר שדהו לאחר ומת אע"פ שביובל חוזרת השדה ליורשיו מ"מ אין הבכור נוטל בשדה זו פי שנים, והטעם משום שכיון שקנין פירות כקנין הגוף לכן נחשב ראוי לגבי בכור, וא"כ כתב הקצה"ח שה"ה לגבי הבעל כיון שבעל אינו יורש אשתו בראוי כמבואר לעיל בפרקין לכן ה"נ כיון שקנין פירות של הבעל כקנין הגוף א"כ א"א לומר שיהא הבעל יורש את אשתו לאחר מותה, ולכן כתב הקצה"ח שע"כ שיש כאן תקנה חדשה שהבעל יהא לוקח לאחר מיתת האשה שלולא תקנה זו אין לו כח זכיה בנכסים, וא"כ כונת הגמ' היא שממה שאמר ריב"ח ע"כ שגדר הדין של הבעל לאחר מיתתה הוא דחשיב לוקח ולא יורש.

ונמצא לפי דברי הקצה"ח שלאחר תקנת אושא גדר הזכיה של הבעל בפירות הוא דיש לו קנין פירות כקנין הגוף בחיי האשה, ולאחר מיתת האשה יש סיבה חדשה שיחשב לוקח על הגוף, והטעם שמוציא מיד הלקוחות אינו מחמת שלאחר מיתתה הוא נחשב לוקח, אלא מחיים מוציא מיד הלקוחות משום שקנין פירות כקנין הגוף, אלא שיש לו עוד סיבה לזכות בנכסים לאחר מיתתה מחמת שהוא לוקח, וצ"ב א"כ מה נשאר לאשה באותם נכסים הרי מחיים אע"פ שיש לבעל רק קנין פירות הרי הגדר של קנין הגוף תמיד הוא שיש לו את הבעלות העולמית לאחר זמן שיש לבעל הקנין פירות זכות בנכסים, אבל הכא הרי לאחר זמן של הקנין פירות יש לבעל סיבה מחודשת לזכות בקנין הגוף, וא"כ מה נשאר לאשה בבעלות זו ולכאורה הבעל צריך להחשב ממילא בעלים גמור על הקנין הגוף, וצ"ל שהרי אם הבעל יגרשנה או שהוא ימות לפניו הרי כל הנכסים הם של האשה וא"כ אפ"ל שנשאר לאשה בעלות על הקנין הגוף לענין זה שאם יגרשנה הרי היא נחשב הבעלים על הנכסים ועיין.

וראיתי בנחל יצחק סי' קג בתחילתו שהקשה על מש"כ הקצה"ח בדעת הרא"ש שאין לבעל קנין הגוף מחיים בפירות ממה שכתב הרא"ש לעיל פרק חזקת הבתים נ ע"א שאם האשה מכרה את הנכסי מלוג לאחר בחיי בעל ומתה הבעל בחיי אשתו דקנה הלוקח ולמבואר בקצה"ח שגדר הקנין פירות של הבעל הוא כקנין הגוף לכאורה לא מהני מכירת

והנה בעיקר יסוד הקצה"ח שגדר דין של תקנת אושא הוא דאמרינן קנין פירות של הבעל כקנין הגוף יש לענין מלשונו של רש"י שכתב ז"ל דאע"ג דבעלמא קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי בעל בנכסי אשתו אלמורה רבנן לשעבודיה משום איבה והוי כלוקח ראשון, וצ"ב כונתו שכתב דחשיב כלוקח ראשון, הרי אם אמרינן שקנין פירות כקנין הגוף הטעם שלא מהני מכירת האשה מחמת הקנין פירות כקנין הגוף ולשון של רש"י דחשיב כלוקח ראשון משמע דחשיב שהוא לקוח ראשון על הגוף,

והנה הרשב"ם בסוגיין ביאר בהא דמוכחה הגמ' מהמשנה דירש את אשתו שאין השדה חוזרת ביובל שמוכח שיש לו דין ירוש ולא לוקח שאם היה לו דין לוקח מחיים ה"נ לאחר מיתתה נמי היה צריך להיות שדינו כלוקח והיה צריך לחזור ביובל, ותוס' תמהו על רש"י מה הסברא בזה הרי מחיים יש לו דין של לוקח רק על הגוף ולאחר מיתתה מתחדשת לו זכיה בגוף ג"כ וא"כ מה הכרח שמי שיש לו דין לוקח על הפירות מחיים שיהא לו דין של לוקח לאחר מיתתה.

והש"ך בסי' ק"ג סק"כ ביאר ע"פ מש"כ הרא"ש דלאחר תקנת אושא יש לו דין בעלים על הגוף כבר מחיים לגבי הזמן של לאחר יתה, וזה כונת הרשב"ם שאם היה לו דין של לוקח מחיים ה"נ צריך להיות לו דין בעלות לאחר מיתתה, וכן לדעת הרמב"ם שהגדר בתקנת אושא הוא דחשיב לוקח רק לאחר מיתתה מ"מ חשיב לוקח למפרע משעת נשואין וזה כונת הגמ' שאם מחיים יש לו דין של לוקח הוא מחמת שלאחר תקנת אושא אמרינן שהיה בעלים על הגוף, אולם בסדר דברי הגמ' יש לענין שהרי הגמ' השתא עדיין לא אמרה הך תקנה של אושא ומשמע שלפי מה דקיימא השתא גדר הדין של לקוח הוא שיש לו רק קנין פירות, ועיין שיעורי הגר"ש שעמד בזה.

בחידושי הגר"ש כתבות סי' מז כתב לבאר באופ"א שהרי נתבאר סוגיא לעיל שלמד"א קנין פירות כקנין הגוף הגדר בזה הוא שיש לבעל הקנין פירות סיבה גמורה שיחשב בעלים גמור על החפץ, וכמו שמבואר בגמ' שבאחר כך אם מת שני בחיי שלישי יחזרו ליורשי ראשון וע"כ משום שהבעלות שלו היא סיבה גמורה שיהא בעלים לעולם אלא שיש לאחר כח הפקעה על זכותו ולכן כשלא בא ההפקעה של השני נשאר זכותו קיימת לעולם, וכן מבואר בגמ' שיש לבעל הקנין פירות כח למכור את החפץ לגמרי ומשום שיש לו סיבה להיות בעלים לעולם, וא"כ לפי יסוד הקצה"ח שגדר הדין של תקנת אושא הוא דקנין פירות חשיב כקנין הגוף נמצא שיש לבעל סיבה שהוא יהא בעלים גמור על החפץ, אלא שיש לאשה כח הפקעה בקנינו שאם ימות הבעל או אם יגרשנה הפירות יחזרו אליו, אבל היכא שמתה האשה הבעל יזכה לגמרי בקנינו, וכמו שמבואר בגיטין מח ע"א שאם האב מכר לבנו שדהו בזמן שהיובל שאע"פ שיש לבן רק קנין פירות כשמת האב זוכה האב בקנינו ואין צריך לבוא לדין ירושה וכמו שנתבאר שמכיון שקנין פירות כקנין הגוף יש לו זכות בעצם לזכות בגוף לעולם אלא שרק אם יש הפקעה של אחר ממילא הכא ליכא הפקעה של אחר כיון שיש לו סיבה לרשת את כל הנכסים, וה"נ יש לבעל סיבה גמורה שיהא שלו לעולם אלא שמתה .

ולפי"ז יבואר שיטת רשב"ם בסוגיין ועי' קצה"ח סי' קלב ועיין ש"ך מש"כ לישב קושית תוס' על רש"י ועי' קצה"ח שם ושיעורי הגר"ש