

פיתוחי חותם

מ"מ והערות

במסכת בבא בתרא

פרקים

ראשון שני שלישי ושמיני

ישראל לנדא
רחוב קלונימוס 24
ירושלים
טל. 02-5711576

פרק השותפין

דף ב ע"א

מתני' השותפין וכו' בונים את הכותל באמצע וכו' בגמ' מבואר דפליגי לישני בפשט המשנה דלמ"ד היזק ראייה שמיה היזק רצו לעשות מחיצה היינו שחלקו החצר דאז כופין זא"ז לבנות כותל, ולדרך זו כל המשך המשנה הוא פרטי הדינים בחיוב היזק ראייה שאינו יכול לסלקו כפי שירצה אלא בונה כמנהג המדינה וברוחב כותל כמבואר במשנה וכו'. ולישנא אחרת יש דהיזק ראייה לאו שמיה היזק ורצו לעשות מחיצה היינו שנתרצו בכותל וקנו זה מזה דאז חייבים לבנות הכותל כמנהג המדינה וכו' ובפשוטו נראה דלדרך זו אין שייכות בין דין המשנה לדין היזק ראייה וחיובם הוא מחמת שקבלו על עצמם. ומה שבונים כמנהג המדינה היינו משום דאמדינן דעתייהו דלכך נתכוונו. אך קשה דאם כן מדוע חייבים דוקא בג' טפחים לגויל וטפחיים ומחצה לגזית - ודין זה מבואר בראשונים דלא תליא במנהג המדינה וכמו שיתבאר להלן - ועוד דבגינה ודאי חיובו משום היזק ראייה ו'וכן' קתני במשנה ומשמע דכולהו חד דינא אית להו.

וידוע לבאר דגם למ"ד ה"ר לאו שמיה היזק כשקיבלו עליהם כותל קבלו עליהם חיוב ממון לתקן הכותל באופן שיסתלק ההיזק ראייה ולכן סוג הכותל ועביו תלוי במנהג המדינה ותקנת חכמים לסילוק היזק ראייה וגם קתני לה במתני' בהדי גינה דהתם חייב לסלק ההיזק ראייה מדינא והכא חייב משום שקיבל עליו כן וכולהו חד דינא הם. וע"ע בחי' הגר"נ [אות ד ואות לג] ועיוין ברש"י בע"ב [ד"ה וטעמא וכו'] דשם מבואר דאחר שקיבל עליו הכותל חייבוהו חכמים בכותל כשיעור המבואר במשנה, וצ"ב כוונתו דאם היז"ר אינו היזק מדוע חייבוהו חכמים בכותל, ויתבאר בע"ה במקומו.

מתני' בונים את הכותל באמצע למ"ד היזק ראייה שמיה היזק חייבים השותפים לבנות את הכותל, ובפשוטו כל אחד מהם חייב לשני מפני שמזיקו ולכן שניהם בונים את הכותל. אך יעויין באבהא"ז שחידש בדעת ראשונים דבאמת מצד היזק ראייה אינו יכול לחייבו לבנות מחמת שמזיקו כי אם מצד שמזיקו בפועל בראיתו יאמר לו הלה לא אסתכל בך, ואם מצד שנמנע מתשמיש מחמת שהלה רואהו אין לו תביעת נזיקין על זה שהוא מעצמו נמנע מתשמיש מחמת מציאותו של השני בחצרו שלו, ולכן ביאר דחיובם הוא דומיא דבית שער, דיעויין במשנה לקמן [בדף ז ע"ב] דכופין בני החצר זא"ז לבנות להם בית שער לחצר מפני נזק הראייה של בני רה"ר ושם אע"פ שאינם מזיקים זא"ז אבל היות שהדבר הוא מתיקוני החצר שלא יהיו נזקים מבני רה"ר כופים הם זא"ז על כך מתקנת חכמים וה"נ הכא דכיון שהם נזוקים שניהם בהיזק ראייה זמ"ז כופים השותפים זל"ז לבנות כותל, ואף דבגמ' תלי לה בדין היזק ראייה הרי מבואר בגמ' להלן בע"ב דגם דין כופין לבנות בית שער הוא רק משום דהיזק ראייה שמיה היזק [נפריך מינה למ"ד לאו שמיה היזק ומשני דהזיקא דרבים שאני] ולהלן ב'הרחבת דברים' יתבאר בדברי האבהא"ז בזה. ולדבריו הדבר תלוי במחלוקת ראשונים וכך פירש בדעת הראב"ד, ומ"מ פשטות דברי הראשונים בסוגיין אינו כן אלא דחיובם מחמת שהם מזיקים זא"ז, מיהו יש לומר דחיוב זה אינו חיוב הרחקת נזיקין גמור אלא מתקנת חכמים שחייבו לבנות כותל וכמו שיתבאר בהמשך הסוגיא.

רש"י ד"ה השותפין וכו' עיין במהר"ם שפירש שרש"י כתב כן למסקנא דטעמא דמתני' משום דהיזק ראייה שמיה היזק וזה ליכא בחצר שמאחורי הבתים לפי שאין משתמשים שם, ומבואר מדבריו דלמ"ד לאו שמיה

היזק [דאז מה שבונים כמנהג המדינה הוא באופן שנתחייבו זל"ז לעשות מחיצה] אף במקום דליכא היזק ראייה בונים כמנהג המדינה, והיינו טעמא משום דעל מנת כן נתחייבו.

ולהמתבאר לעיל יש לומר דאינו כן אלא דוקא במקום היזק ראייה חייבים לבנות כותל כמנהג המדינה אבל בדליכא היזק ראייה יבנה פחות שבכתלים או שיעור אחר. **וראה בשיטמ"ק להלן** [ד"ה לפיכך] שכתב שם בתוה"ד וז"ל ויש לומר דהא קא משמע לן אם הקנו בסתם לעשות מחיצה צריכין לבנות כותל שלם אף על פי דמסיפס נמי איקרי מחיצה ואף על גב דהיזק ראייה לא שמייה היזק מכל מקום כיון שהקנו לעשות מחיצה מסתמא למחיצה המעלת להיזק ראייה הקנו ודאי **עב"ל** הרי מבואר בדליכא היזק ראייה אין האומדנא כן.

וכן לדברי רש"י בע"ב שהובאו לעיל שחכמים חייבוהו לבנות הכותל אחר שנתרצו פשוט דזה דוקא במקום היזק ראייה ולא בחצר שאחורי הבתים.

מתני' בונים את הכותל באמצע עיין ברמ"ה שכתב דאף היכא דאין החלקים שוים בונים את הכותל באמצע ממש וכ"א נותן מחלקו ג' טפחים וכן בהוצאת הכותל משתתפים בשוה ולא לפי חלקם היחסי בקרקע, וכ"ה בטוש"ע סי' קנז ס"ג, **ועיין בפרישה שם** שדקדק כן מדברי רש"י ד"ה באמצע [מדלא פירש באמצע כפשוטו באמצע החצר משמע דבכל גווני זה נותן ג"ט וכו']. **וביאר הרמ"ה הטעם** לפי ששניהם מזיקים זא"ז ועל שניהם מוטל חיוב הכותל כ"א מחמת חברו וכששניהם צריכים לבנות דין הוא שיחלקו בהוצאת ומקום הכותל.

ואולם יעויין ברש"ש כאן שכתב לדון דכ"א נותן משטחו לפי חלקו היחסי ולמד כן מדין בנית חומה לעיר במתני' לקמן בדף ז ע"ב ומבואר שם בגמ' ובתוס' דגובים מהם לפי שבח ממון, והיינו כ"א לפי גודל התועלת שיש לו מהחומה ואף כאן נימא כן, **ואולם** ראית הרש"ש תמוה מאוד **וכבר עמד בזה הנתיחה"מ בסי' קסא סק"א** אהא דאיתא בשו"ע דאף בית שער שכופין בני החצר זא"ז הולך חיובם לפי ממון וכתב הנתיחה"מ דאף דחיובא דבית שער משום היזק ראייה הוא כדמבואר בגמ' להלן מכל מקום לא דמי כלל לדינא דמתני' דידן דהתם כ"א חייב ליתן מחמת שהוא ניזק ובא ממנו לתקן את שלו אבל כאן כ"א נותן מחמת שהוא מזיק ומאי שנא אם חצרו גדולה או קטנה הרי הוא מזיק את של חברו עיי"ש, והדברים מוכרחים, והגע עצמך הרי שהוא מזיק את חברו וחברו לא מזיקנו הרי חייב הוא לשלם הכל אף שחצרו קטנה שבקטנות וזהו דין גג הסמוך לחצר דמבואר בגמ' להלן [דף ד ע"ב] דבעל הגג בונה לבדו מעקה ד' אמות וכי בשביל שחברו גם הוא מזיקו יפטר מלשלם לכה"פ חצי, **אך יעויין בהגהת הגר"א בסי' קנז ס"ג וצ"ע**.²

ועיין בחזו"א שהקשה דכיון דיש היזק ראייה והכותל נותן שבח בחצר ראוי שיבנו כל אחד לפי חלקו דומיא דבית שער, ותירץ דכיון שכ"א כופה חברו שלא יזיקנו בונים בשוה, ונראה ביאור הקושיא דהכא מלבד דין מזיק הסברא נותנת שמחוייבים כ"א לחברו בבנין הכותל דלא גרע מבית שער שכופים זא"ז מפני היזק הרבים וה"נ הכא ובזה ראוי שיתחלק לפי גודל החצר, ועל זה תירץ דמכיון שאף קודם חיובי השותפים חייבים זל"ז מדין מזיק ממילא חייבים בשווה וחיוב זה קודם ומסלק חיוב השותפין.

¹ לא נתפרש ברש"ש לגבי הוצאת הממון לבנות הכותל אם גם בזה הוא לפי גודל החצר ובפשטות לא שנא.

² דהגר"א הביא ראייה לדין השו"ע הנ"ל דבכל גווני משלם כ"א מחצה מההיא דרבי יוסי דגדר את הרביעית מגלגלין עליו את הכל ומשתתפים שניהם בגדר שוה בשוה אף דלזה יש שלש שדות ולזה שדה אחת וע"ז כתב הרש"ש דערבך ערבא צריך וכוונתו דאפשר דאף שם אין חולקים בשווה ואמנם ברש"י להלן מפורש דמשתתפין מחצה במחצה אך צ"ע בדברי הגר"א דהתם כ"א בונה משום שהוא ניזק ולא משום שהוא מזיק ואם כן לא אולי דברי הגר"א כסברת הנתיבות ולדבריו צ"ע לחלק מבית שער וצ"ע

מתני' הכל כמנהג המדינה יל"ע ביסוד הדין המבואר במשנה, אמאי יכול לחייבו כמנהג המדינה [למ"ד שמה היזק] שהרי היזק ראייה מסתלק אף במחיצה פחותה. וי"ל **בזה בב' אופנים**: או דמחויב משום דעי"ז יסתלק ההיזק ראייה לימים הרבה ומכח יסוד זכותו לתבוע כותל שלא יוזק בהיז"ר יכול לתבוע כותל לימים הרבה או משום דכיון שמוציא זה הוצאה על הבנין רוצה שיתקיים ימים רבים ולא יפסיד ממונו. ונחלקו **בזה ראשונים דיעויין ברבינו יונה וברא"ש** שכתבו דאם האחד רוצה לכנוס ולבנות בתוך שלו יכול לבנות בהוצא ודפנא שמסתלק בזה ההיזק וכל מה שיכול זה לכופו לגויל הוא באופן שמוציא הוצאה הרי מבואר להדיא כהצד הב' שכתבנו, וראה עוד שם שהביאו י"מ דאף בבונה בתוך שלו יכול הלה לכופו בכותל שאין רצונו להתעצם עמו כשיפול הכותל וזה כהצד הא' שכתבנו, ועיין ברשב"א שסובר כהי"מ וכתב דעיקר דין כותל השנוי במשנה הוא כדי שלא יצטרך להתעצם עמו בבי"ד כל יום, וראה להלן בדברי התוס'.

ויש להתבונן בכל זה אשר חיוב מניעת ההיזק הוא מעיקר הדין דהיזק ראייה חשיב כנזקי שכנים ומדינא מחויב להרחיק עצמו,³ אך גדרים אלו אשר חייב לבנות כותל שלא יצטרך להתעצם עמו וכו' לכאורה נראה דהיא תקנת חכמים לחייבו בכל זה מכח חיוב היזק ראייה.

שם במשנה הכל כמנהג המדינה נחלקו הראשונים בדין עובי הכותל המפורש במשנה: דעת התוס' דביסוד הדבר אף עובי הכותל כפוף למנהג המדינה והא דקתני במתני' השיעור הוא משום דמנהג לעשות גויל בה' או בד' מנהג הוא ורק ביותר מהשיעור אינו מחויב וזה קמ"ל מתני' דהשיעור הגדול ביותר הוא ו' לגויל וכו', אבל הרא"ש הר"ן והנמו"י פליגי וסברי דבעובי הכותל לא ניתן כלל למנהג המדינה ועביו כמפורש במשנה. וביארו הרא"ש והר"ן בטעם הדבר כיון שאם נהגו בפחות הוא מנהג גרוע דבבציר מהכי לא קאי כדאיתא בגמ' [דף ג סע"א] ואם נהגו יותר לא כפינן ליה דקים להו לרבנן דלא בעינן טפי. ועיין במהרש"א שביאר בטעמים של התוס' דמהני מנהג לפחות דלהתוס' כוונת הגמ' דלא קאי ימים רבים בפחות מזה השיעור אבל בודאי כותל המתקיים הוא.

ושמענו לפרש שאף הרא"ש מודה דודאי כותל מתקיים הוא אלא שפלוגתייהו בהמחייב דמנהג המדינה כמש"נ לעיל די"ל דהתוס' סברי דתובע גויל משום דהמנהג לסלק ההיזק באופן מעולה ולכן אם מועיל מנהג בהוצא כ"ש שמועיל בגויל ה' טפחים שודאי מסלק ההיזק יותר מהוצא, והרא"ש לשיטתו דמחמת הפסד ממון הוא המנהג וממילא כל שלא קאי הכותל ימים רבים כמשפט גויל יכול לטעון איני חפץ להוציא הוצאות הרבה על כותל שאינו מתקיים כפי ערך ההוצאה ולא דמי להוצא שעולה מעט ממון ומתקיים מעט זמן ודוק.

אבל יעויין בנמו"י שכתב כהרא"ש כל מנהג לפחות או להוסיף הוי מנהג בטעות, דפחות לא קאי ויותר לא בעינן, והוסיף הנמו"י דמה דבעינן שיעורים גדולים כ"כ לסלק היזק ראייה הוא שמא יפול הכותל ויצטרך להתעצם עמו בבית דין, וסברא זו דהנמו"י מתאימה גם להצד שמה שתובע גויל הוא מחמת שהמנהג מחיב הרחקה מעולה של ההיזק כמש"כ בדעת התוס' ודוק, וכן מוכח מדברי הר"ן. אבל קשה טובא מאי שנא מהוצא וכמו שהוכיחו התוס' דהרי במקום שנהגו הוצא אינו יכול לתבוע כותל שיעמוד ימים רבים ואם כן אם נהגו בכותל גויל ה' טפחים למה יוכל לתבוע ו' טפחים, אטו כותל גויל ה' טפחים קאי פחות מהוצא, רצ"ע.

³ ואינו יכול לפטור עצמו בכך שלא יסתכל כמש"כ הרמב"ן בדף נט דאין אדם יכול להיות כך בעצימת עינים כל הזמן וכ"ה ברא"ש בסוגיין. וראה עוד לקמן בגדר היזק ראייה בכ"ז.

ודעה שלישית בזה היא שיטת הגר"א בדעת הרמב"ם דיעויין ברמב"ם בפ"ב משכנים הט"ו שכתב דרוחב הכותל כמנהג המדינה ודקדק מזה הגר"א בסי' קנז סק"ז ומשמע בין יותר מו' [ודלא כהתוס'] ובין פחות מו' [ודלא כהר"ן והרא"ש] ועל שיטתו קשה מה שהקשו הראשונים מספק הגמ' דהן וסידן וכו' וצ"ע.

ואולם יעויין ברמב"ם להלן שם הלכה יח ששם כתב דבמקום שבונים מגויל שיעורו ו' טפחים וכו' **ועיין במ"מ שם** שהשוה דעת הרמב"ם לדעת הרמב"ן דהשיעורים אינם תלויים במנהג ודלא כהגר"א, ולדעת המ"מ צ"ע מלשון הרמב"ם לעיל דרוחב הכותל כמנהג המדינה וצ"ל בדוחק דכוונת הרמב"ם על סוג הכותל, ואולם להגר"א צ"ע מה בא הרמב"ם לומר כלל בהלכה יח הרי הכל כפי המנהג, ואפשר דמיירי במקום שאין מנהג קבוע לרוחב הכותל.

שם בתוס' ומכאן מוכיח ר"ת וכו' יל"ע מדוע חייבים בדין היזק ראייה כפי מנהג המדינה ומה מחייבו לנהוג כהמנהג, ובפשטות חכמים שקבעו גדר הרחקת נזיקין הכפיפו דין היזק ראייה למנהג המדינה ויל"ע בשאר הרחקות נזיקין אי תליא במנהג] **אך יעויין במרדכי כאן** שהביא לדברי ר"ת וכתב שכן פירש ר"ת גם בדין מנהג בשכירות פועלים ומשמע להדיא דחד דינא וטעמא נינהו וכ"מ בהג"א כאן והתם הרי הטעם משום דעל מנת כן שכרם וצ"ע מה שייך זל"ז.

ועיין בחזו"א בב"ב סי' א סק"ב שביאר דענין מנהג ישנו בב' אופנים או דתקנו חכמי העיר ותקנתם מחייבת את כל אנשי העיר כתקנת חכמים ויש מנהג שקובע ההלכה משום דכל העושה קנין מן הקנינים דעתו על המנהג, וביאר דמנהג שלא לבנות בגויל פחות מו' הוא משום דעל מנת כן קנו החצר. ולדבריו ניחא היטב מה שדימו הראשונים למנהג בשכירות פועלים. אבל צ"ע, דהניחא היכא שחלקו או קנו בשותפות, אבל מה מחייבו אומדן זה היכא שקנה חצר סמוכה לחצר חברו וכן ביורש וכי שעבוד נכסים חל על החצר לבנותה וצ"ע בזה.

מחלוקת הראשונים בכונס לתוך שלו נחלקו רבותינו הראשונים היכא שהאחד רוצה לכנוס בתוך שלו ולבנות בהוצא ודפנא אם רשאי או לא, **יעויין ברא"ש** שהביא שיש הסוברים דיכול השני לעכב העדו בטענה שאינו רוצה להתעצם עמו בבי"ד בכל פעם שיפול הכותל ולכן יכול לכופו לכותל שיעמוד ימים רבים, **והרא"ש חולק וסובר** דאינו יכול לכופו אלא כשההוצאה היא על שניהם דאז טענתו שאינו רוצה להוציא מעותיו בכל פעם על דבר שאינו של קיימא אבל כשהלה רוצה לבנות הוצא ודפנא משלו רשאי. **וכן הובאה מחלוקת זו ברבינו יונה** שסובר כהרא"ש, **ובנמו"י** שחולק על הרא"ש וסובר שיכול לעכב בעדו. **ונסתייע הרא"ש** מסתימת הסוגיא להלן דבגמ' מבואר [לקמן בדף ד'] דבגג הסמוך לחצר עושה בעל הגג מעקה לגגו כדי שלא יזיק את החצר ולא הוזכר שם דין גויל וגזית והיינו טעמא משום דבונה משלו לבד, **ועוד הוכיח הרא"ש** מדין מחיצת הכרם שנפרצה דהתם אם יתמהמה מלגדרה תיאסר התבואה ואעפ"כ לא חייבוהו חכמים לבנותה מגויל וגזית אלא מחיצה כל דהוא.

ראה בנמו"י הנ"ל שלמד מזה דין ממש"כ שם שיכול לתבוע דוקא ו' טפחים אף אם המנהג בפחות כדי שלא יתעצם ולמד מזה הנמו"י דהיכא דהאחד רוצה לכנוס לתוך שלו ולבנות מהוצא ודפנא אינו יכול במקום שהמנהג בכותל שטוען לו הלה שאינו רוצה למיקם עמו בדינא כשיפול הכותל. וצ"ב מה ישיב הנמו"י לראית הרא"ש.

ופירשו בזה אחרונים [ראה בחי' רבי אריה לייב סי' צא אות ב ובדרך אחרת קרובה לזה בחי' הגר"נ] דאף הנה ראשונים מודו דהיכא דמוטל על האחד לבנות מחיצה משום היזק ראייה יכול לבנותה כמו שירצה דכל שמסלק היזקו די לו בכך, אבל הכא מלבד חיוב הרחקת נזיקין יש כאן דין נוסף בהלכות שכנים שחל על שניהם שעבוד ממון לבנית כותל ביניהם וכדמבואר מדברי הרא"ש לעיל שכתב דמהני מחילה על חיוב

כותל משום שהוא חיוב ממון המוטל על שניהם ולכן לא סגי במה שיבנה בתוך שלו בהוצא ודפנא ול"ד לגג הסמוך לחצר ומחיצת הכרם דהתם הוי חיוב משום הרחקת נזיקין בלחוד שמוטל על המזיק.

ועיין בנמו"י בשם הרא"ה שהוסיף בה טעם אחר, דיכול למנעו מלבנות בתוך שלו אף אם יבנה כותל כמנהג המדינה, כיון שטוען לו אני רוצה לסמוך קורות על הכותל ואם בתוך שלך תבנה לא אוכל לסמוך ואף אם יתן לו רשות לסמוך אינו רוצה במתנה דשונא מתנות יחידה, והאחרונים **תמהו בזה טובא** דאיזו זכות יש לו לתבוע דבר זה הרי לא נתחייב לו הלה כותל אלא משום היזק ראייה ומנין לו הזכות לתבוע לסמוך על הכותל, **ויעויין בט"ז** [בסי' קנז] שהוסיף עוד להקשות שהרי אם נסתלק מחצרו ואינו דר שם ודאי שאינו מחוייב לבנות כותל ועתה כשכונס ובונה בתוך שלו היאך ימנענו הלה משום הנחת קורות.

וביאר בחי' הגרא"ל על הדרך הנ"ל דכיון שחל חיוב בין שניהם לבנות כותל הרי יש לכאור"א הזכות לכותל זה ולתועלות הבאות ממנו ואיך הלה יכול להפטר מחיובו על ידי שיכנס לתוך שלו. **וע"ע בחי' הגר"נ ובחי' הגרש"ר** [סי' א] **בזה**

וכתב הגרא"ל דודאי מודה הרא"ה דהיכא שכבר כנס ובנה בתוך שלו אין הלה יכול לכופו לבנות עמו או ליתן לו זכות השתמשות דכבר נסתלק המחייב [דהי"ז ר] ופקע החיוב אבל כל זמן שלא עשה כן עדיין חיובו עליו לבנות כותל. **וב"כ החזו"א** [סי' א סק"ו] דכל דינו של הרא"ה הוא לכתחילה קודם שבנה, ובפשוטו היה נראה דגם בהוצא ודפנא הוא כן דאם קדם האחד ובנה בהוצא ודפנא לכו"ע אינו יכול לתבוע ובזה פשיטא טפי דאם יטען שאינו רוצה לטרוח לתבועו ישיבנו הלה דהרי כעת אין לך נזק ומאי נ"מ לך אם תתבעני היום או למחר. **אבל החזו"א כתב** דהתם אף אם בנה בהוצא ודפנא כופהו לבנות כותל.

ועל דרך הפשט היה נראה שנחלקו הרא"ש והראשונים בטענה זו דשמא תפול המחיצה ויתעצם עמו בבי"ד שהרא"ש כתב בשם הי"מ דשמא תפול המחיצה 'ואצטרך לצעוק עליך תמיד בבי"ד' משמע דטענתו משום דאינו רוצה לטרוח ולריב עמו בבי"ד בכל פעם, **אבל בנמו"י מפורש באופ"א** שהנמו"י כתב דהטעם שתקנו חכמים שיעור גדול כל כך לכותל הוא שמא יפול הכותל ויצטרך להתעצם עמו **וביני לביני** יהיה ניזוק בהיזק ראייה ודברים אלו מקורם בחי' הרמב"ן והרשב"א, **וכתב הנמו"י** דלפי זה גם אם רוצה לכנס בתוך שלו בהוצא ודפנא אינו יכול מזה הטעם, הרי דאין הטעם משום שאינו רוצה לטרוח עמו בבי"ד אלא מפני שבינתיים יהיה ניזוק בראיתו. וממילא לזה לא תועיל תשובת הרא"ש שיש שופטים בארץ דסו"ס יהיה ניזוק ביני לביני.

ולפי זה אצלו לשיטתייהו גבי ראית הרא"ש ממחיצת הכרם, דהתם אין טענה כלל שיהיה ניזוק ביני לביני כי אם יצעק עליו בבי"ד מיד והלה יבנה המחיצה כדינו אפילו אם תוסיף התבואה מאתיים לא תאסר שאינ נאסרת אלא כשנתייבש מלגדרה ואין מקום כלל לתקנת כותל בכלאים, **אבל הרא"ש לשיטתו** שהטעם של האוסרים בהוצא ודפנא הוא משום שאינו רוצה לטרוח לצעוק עליו בבי"ד טעם זה שייך גם שם כי אם לא יטרח לצעוק עליו בכל פעם הרי מתייבש הלה מלגדרה ונמצאת התבואה נאסרת כשתוסיף מאתיים וחמירא מהכא דהוא נזק שלא יוכל לתקן ואם שם לא תקנו מחיצה חזינן דלא איכפת לן במה שצריך לצעוק עליו בבי"ד וה"ה הכא.

אכן בזה אין עדיין ביאור כלל לשיטת הרא"ה דיכול למנעו אף מכותל אבנים בתוך שלו ובזה צריך לפרש עה"ד האחרונים הנ"ל דכיון שחל חיוב כותל כבר זכה זה בזכות הכותל, וצ"ע.

ויעויין בדברי רבינו יונה לקמן [דף ו סו"ע ב] שביאר שם בדין שתי חצרות זו למעלה מזו אשר לדעת רב הונא שם התחתון בונה חלק הכותל עד גובה חצר העליון, **ותמה רבינו יונה שם** בטעמו של רב הונא דהרי הכותל דלמעלה לא קאי בלא היסוד ונמצא ששניהם מחוייבים בו ואמאי בונה התחתון, **ותירץ** דיכול

העליון לומר דאבנה בהוצא ודפנא לפי שמה שאדם מחוייב לבנות כותל הוא רק כאשר יכול הוא גם להשתמש בו לסמוך עליו קורות אבל כה"ג שהוא למטה מחצרו ורק התחתון יכול להשתמש בו א"א לכוף העליון לבנות כותל. **הרי מבואר מדבריו** דאף דודאי טעם שתקנו חכמים לבנות כותל העומד ימים רבים הוא משום היזק ראייה [והרי אף אם רוצה לבנות בתוך שלו בהוצא ודפנא יש הסוברים שאינו יכול ורבינו יונה עצמו לא הכריע בזה] אך בתקנתם פתח גם ענין התועלת שיש לשניהם מהכותל ולכן חייבם כותל. ועדיין אין זה מספיק בדברי הרא"ה דסו"ס הלה רוצה לבנות בתוך שלו, אך כעת מובן טפי דכיון שתקנו כותל גם מחמת תועלת סמיכת הקורות וכל החיוב על שניהם יכול לכופו להשתתף עמו, וצ"ע.⁴

חזקה ומחילה בהיזק ראייה עיין ברא"ש שכתב דאף דבחלון מהני חזקה להיזק ראייה הכא לא מהני דהיזק ראייה דהכא שהוא תמידי ואי אפשר לו שלא יסתכל דמי לקוטרא ובית הכסא דלית להו חזקה.⁵ **וכתב הרא"ש** דהיכא שיש עדים שמחלו זל"ז על היזק ראייה מהני ולא דמי לקרע כסותי דלא מהני מחילתו ויכול לחזור בו 'שאני הכא דתביעת ממון יש ביניהם שנתחייב כל אחד לחברו לסייעו בבנין הכותל והוי כמו שנתחייב לו מנה ומחל לו דזכה במחילתו בלא קנין עב"ל.

ודברי הרא"ש צ"ב מיניה וביה דהרי בחלון אין חיוב כותל והוי הרחקת נזיקין בעלמא שחייב לסתום חלונו והיאך מהני התם מחילה ואם התם מאיזה טעם לא דמי לקרע כסותי אם כן מה הוקשה לו הכא טפי, **ויעויין בקצה"ח** [סי' קנה סקט"ז] שנתקשה באמת בכל הרחקת נזיקין היאך מהני מחילה ומ"ש מקרע כסותי ונסתייע מדברי הרא"ש דידן גבי כותל, ובאמת דזה קשה בדברי הרא"ש עצמו מיניה וביה, **והאחרונים תירצו על קושית הקצה"ח** דבהרחק נזיקין כשמחל לו זכה בזכות תשמיש גם באופן שמזיק ול"ד לקרע כסותי וכתב הגרש"ש דהוי כזכה בגוף חצר חברו לענין תשמיש זה שיוכל לעשותו, אבל אין בזה ארוכה לדברי הרא"ש דידן דממ"נ אם שייכא סברא זו גם בהיזק ראייה אין מקום לקושית הרא"ש ואי לא אזי יקשה היאך מהני מחילה בחלון.

ויעויין בנתיב"מ [סי' קנו סק"א ועוד בסי' קנה סק"כ] שלמד מדברי הרא"ש דידן דלא מהני מחילה להרחקת נזיקין אלא בקנין ובקנין מהני אף בקרע כסותי עצמו, ולפי זה מתפרש דברי הרא"ש דבחלון מהני חזקה היינו כשטוען שקנה ממנו בקנין, ולשון הרא"ש לעיל 'נתת או מכרת לי' מתפרש כן היטב.⁶

⁴ ושמענו לפרש בדברי הרא"ה דאין כוונתו שיאמר האחד שבונה אצלו גויל וגזית על חשבונו אלא תובע חברו למחצית ההוצאה רק דרוצה לכונוס לתוך שלו, ואף כה"ג מן הדין אף ששילם חצי ההוצאה אין לו רשות להשתמש וחשיב כמתנה ויכול לומר שונא מתנות יחיה כדמוכח להדיא מדברי הרא"ה להלן שם שכתב ושמעינן מינה וכו' ושם להדיא מיירי בכזה אופן ולהדיא דגם בזה אין לו רשות להשתמש אא"כ יקבל מתנה. ואמנם הוא קצת דחוק בסתימת לשון הרא"ה אך בזה מובנת היטב הסברא שאינו רוצה להשתתף בכותל שלא יוכל לסמוך בו קורות ולדברי רבינו יונה הנ"ל הרי הדברים מאירים שעיקר מה שחייבוהו בהוצאת הכותל הוא מפני שיוכל גם ליהנות בסמיכת קורות ופשוט דכה"ג אינו חייב להשתתף, אך אם ירצה הלה לבנות בתוך שלו ויוציא כל ההוצאה בזה מודה הרא"ה שרשאי, והאחרונים כולם לא הבינו כן בדברי הרא"ה.

⁵ בדין קוטרא ובית הכסא נחלקו ראשונים, דעת ר"ת דאף אם יש עדים שמחל לו יכול לומר שהיה בטעות, אבל התוס' והרא"ש שם פליגי וכתב הרא"ש דודאי מהני ראייה שמחל אלא דהחזקה לא מהני משום שאין ראייה משתיקתו שמחל, כי יכול לומר שעל נזק כ"כ גדול לא היה צריך למחות דכו"ע ידעי שאין אדם מוחל על נזק כזה.

⁶ אמנם הרא"ש כתב כן על שותפים אבל זה קודם שחידש דמהני מחילה, מיהו סתום לפרש כן בדברי הרא"ש דבכל מקום באמת בעינן קנין דהוי כקרע כסותי ודוקא כאן חידש הרא"ש דמהני מחילה בלא קנין דעיקר חסר מהספר דבאמת אפשר ללמוד מקרע כסותי לשאר דיני נזיקין ואף לחלון ודוקא גבי כותל יש סברא לחלק ואין זה משמע כלל מדברי הרא"ש.

ובעיקר תירוץ הרא"ש נתקשו האחרונים דמדוע חשיב כחיוב ממון הרי חיובו הוא מדין הרחקת נזיקין שלא להזיק את חברו והדרך לכך היא על ידי כותל אבל מהיכתי תיתי דהוי חיוב ממון. **ולמדו מזה רבותינו** דמבואר מדברי הרא"ש דהכותל אינו רק היכי תמצוי לקיום דין הרחק נזיקין אלא דהכא תקנו חכמים חיוב ממוני לכ"א מהם לבנות כותל עם חברו ולכן שייך בזה מחילה.

אך עדיין קשה טובא דסו"ס אף אם נמחל לו חיוב הממון בתקנת חכמים אבל סו"ס דין הרחקת נזיקין להיכן אזל ומאי גרע מכל הפותח חלון לחצר חברו שחייב להרחיק דמזיקנו בראיה וה"נ הכא כיצד יוכל להשתמש בחצר. **ובזה מצאנו שלש דרכים בדברי האחרונים:** (א) **יעויין בחי' רא"ל** [בסי' צד] שכתב דחומרתה של חצר היא קולתה דכיון דמכח תביעת נזיקין תקנו חכמים חיוב כותל הרי גדר הדברים דבזה מסתיימת תביעת הנזיקין ואינו חייב לו דבר אחר שכל דיני הרחקת נזיקין הן לפי שיעור חכמים וכשחכמים קבעו שהיזק ראייה דחצר מחייב כותל וזו היא ההרחקה הנדרשת אין כאן דבר יותר חוץ מחיוב הכותל שהוא חיוב ממון.

(ב) הגרש"ש [בסי' א אות א ואות ה' עיי"ש] כתב וכע"ז בשיעורי הגרש"ר דבאמת בהיזק ראייה אין כאן דיני הרחקת נזיקין כלל דהוא עושה בתוך שלו תשמיש והנוק ממילא בא וכל עיקר חיובו הכא הוא מתקנת חכמים שחייבוהו כותל ואין לו חיוב יותר מזה ואף דודאי דאסור לו להסתכל להדיא בשל חברו אבל אין טענה עליו לבטלו מתשמיש החצר מחמת דע"ז יסתכל דהוא עושה בתוך שלו.⁷

(ג) יעויין בקובץ שיעורים שהקשה ע"ד הרא"ש דאף אם נאמר דחיוב כותל הוי חיוב ממון ונמחל אבל סו"ס סיבת החיוב שהיא היזק הראיה קיימת כל הזמן וכשימחל לו מתחדש החוב שוב דסו"ס הוא מזיקו בראיה, **ותירץ הקוב"ש** עפ"ד הרשב"א דמחילה הוי כאילו קיבל המעות,⁸ וה"נ הוי כאילו קיבל דמי הכותל ושוב לא יוכל לחזור ולתבעו. **ולדבריו אין צורך** לבאר כביאורי האחרונים הנ"ל דאף אם נאמר דתביעת היזק ראייה תביעה שלימה היא בפ"ע אף בלא חיוב הכותל אבל ז"נ פשוט דאם נתן האחד לחברו כותל והלה הלך ופירקו ונטל האבנים לעצמו שלא יוכל לתבעו שנית משום היז"ר דכבר קיבל הכותל המונע ומסלק ההיזק ואינו יכול לתבעו שנית וה"נ הכא אם מחילה הוי כהתקבלתי לא יוכל לתבעו משום היז"ר.⁹

ויש לפרש בדברי הרא"ש דשאני נזק חלון מנזקי חצר דבבב"ב הוי נזקי אדם באדם כמש"כ הרמב"ן בדף נט לפי שאי אפשר לו שלא יסתכל אבל בחלון הרי יש לו טענה שלא יסתכל כמש"כ הרא"ש ולכן יש לומר דכל התורת מזיק שבחלון הוא במניעת התשמיש שאין הלה יכול להשתמש כנגד חלון פתוח ובוזה מהני חזקה אבל בחצר דהוי אדם דאזיק אדם לא מהני מחילה כלל כמו בקרע כסותי, ודוק.

⁷ ולכאורה יש דרך שלישית בדברי הרא"ש ע"ד האבהא"ז שביאר דחיוב הכותל אינו מחמת נזקי שכנים אלא מחיובי בני החצר זל"ז כמו בית שער נויבתארו דבריו להלן בהרחבה ולפי זה פשוט דמהני מחילה אך אין זה פשוט כלל בדברי הרא"ש שמפורש בהם דיסוד חיובו הוא משום שהוא מזיק את חברו ולא משום שהוא ניזוק עמו ורק דקושית הרא"ש היכי מהני מחילה מ"ש מקרע כסותי, ואף הגרא"ז עצמו פירש בדעת הרא"ש דחיובו משום מזיק גבי דברי הרא"ש באחים שחלקו ואדרבה הרא"ש הכא לשיטתו וכדמוכח מדברי הרא"ש התם דאינו מחיובי השכנים

⁸ בזה ביאר הרשב"א הא דהמקדש ע"מ שתנני לי מאתיים זוז ומחל לה הרי זו מקודשת אע"פ שלא נתקיים התנאי וביאר דמחילה הוי כאילו קיבל בפועל המעות.

⁹ יעויין בחי' הגרש"ר שנתקשה בדברי הרא"ש מדוע חשיב כחיוב ממון הרי אינו צריך להקנות לו הכותל והמקום אף האבנים נשארים להיות שלו, וביאר בשני אופנים, או דחל לנתבע זכות השתמשות במקום ובאבנים שיהיו משועבדים לבנות מהם כותל שישמשו למניעת היזק ראייה, דאו דאה"נ ולא הוי חיוב ממון ממש אלא כחיוב שבין אדם לחברו דזכותו לתבוע מהשני קיומו של כותל ואף על חיוב כזה מהני מחילה, ויש להעיר דלדרך זו אין כ"כ סברא לומר

ויעויין בברכ"ש שנסתפק בגג הסמוך לחצר אי הוי חיוב כותל ומהני מחילה להרא"ש או דהוי חיוב הרחקת נזיקין ולא תועיל בו מחילה דומיא דקרע כסותי. **ונחזי אנן** אשר לדעת הגרש"ש בהיז"ר לעולם אין חיוב הרחקה מן הדין אלא כפי שקבעו חכמים וכיון דבגג חייבו במחיצה הוי חיוב ממון, אבל לדעת הגרא"ל דהחיוב ממון מפקיע חיוב ההרחקה יש לדון אם בגג תקנו כותל כדין המשנה או לאו, **וכן להקוב"ש** דהוי כאילו קיבל הכותל הוא תלוי אם תקנו התם כותל [שאל"ה א"א לומר דהוי כאילו נתקבל דמחילה דהתקבלתי שייך רק בחוב ממון ודוק]

ובפשוטו הוא תלוי במחלוקת הראשונים בטעם חיוב כותל כמנהג המדינה וכמש"נ לעיל, דלהסוברים דמשום היזק ראייה תקנו כן כדי שלא יפול הכותל י"ל דגם בגג תקנו אבל להרא"ש עצמו טעם תקנת הכותל כמנהג המדינה הוא משום שאינו רוצה להוציא הוצאות בכל יום **וכתב הרא"ש** דבגג הסמוך לחצר לא תקנו כמנהג המדינה ויכול לבנות כפי שירצה ואף בהוצא ודפנא. **ולפי זה מסתבר מאוד** דאינו חיוב ממון כלל אלא חיוב להרחיק הנזק בכל אופן שירחק ולא תועיל מחילה. [אך לדרך הגרש"ש מ"מ תועיל מחילה ודוק]

ובעיקר גדר חיוב הכותל יש לעיין, בהמבואר בדברי הרא"ש שיש כאן חוב ממון זל"ז, ויל"ע דחוב ממון שייך היכן שהאחד מקבל זכות ממונית בממון של זה אבל כאן הרי אותו חלק הכותל לא יהיה שלו ומה שייך בזה תביעת ממון וביותר בכותל גג לחצר שלגמרי אינו שלו.

ועיין בחידושי הגרש"ר בסי' א אות ב שחקר בזה, והעמיד שני צדדים או דהוי חיוב ממון גמור ומשום שהחצי של הכותל של חברו משועבד לו כדי שיעמידו ביחד כותל שלם ולהכי הוי חוב ממון גמור, או דאין כאן חוב ממון ממש אלא 'מצוה ממונית' וכמו שמצינו גבי חזרת רבית דאין בה שעבוד נכסים ומ"מ חשיב כפירת ממון לגבי שבועה דאורייתא וביאר הגרש"ר הגדר בזה דאינו חוב ממון אלא דהחיוב אינו חיוב לשמים אלא תביעת הלווה שיחזיר לו הרבית אבל אינו ממון גמור שאם כן אף נכסיו היו משתעבדים. **וכתב הגרש"ר** דהנ"מ בזה אי משתעבדי נכסיו לבנין הכותל והביא דבנתי"מ מפורש דנחתינן לנכסיה וכתב דאמנם אף במצוה ממונית נחתינן לנכסיו מדין כפיה על המצות דעד שאתה כופהו בגופו כפהו בממונו.¹⁰

אך יש לבאר בפשיטות דאמנם חלק הכותל ישאר לעולם שלו אבל עומד לשימוש חברו למניעת היזק ראייה ויש להשני זכות ממון גמורה בכותל שיעמוד באופן המשמשנו ככותל שבין שתי החצרות. ואילו אדם המשעבד נכסיו לבנות כותל שיניח בו חברו קורות הוי שעוד ממון גמור ה"ה הכא.

ויעויין עוד להלן בסוף הסוגיא הרחבת דברים בגדרי היזק ראייה ושם יתבארו חקירות האחרונים וראיותיהם בהרחבה בס"ד. ונכתבו הדברים בסוף הסוגיא לפי שהרבה יש ללמוד בזה מהמתבאר בסוגיא ובראשונים להלן בע"ב ובדף ג ע"א.

בדברי התוס' ד"ה לפיכך יתבאר בס"ד בסוגיא לקמן בדף ד ע"א.

בגמ' כדתניא מחיצת הכרם וכו' דין כלאי הכרם הוא כאשר גדלים גפנים בערבוביא עם תבואה, ובמקום שיש מחיצה ביניהם ליכא איסורא, **ובטעם הדבר כתב רש"י** [בשבת דף פד ע"ב] דגבי כלאים הכירא הוא דבעינן

דהמחילה הוי כאילו התקבל וכאילו יש כאן כותל, ובלא"ה עיקר סברת הרשב"א דמחילה הוי כאילו נתקבל צריכה ביאור.

¹⁰ ועיין בשו"ע מהדו' פרידמן ששם יש תוספת בכת"י בדברי הנתי"מ ומבואר דנחתינן לנכסיה לא מחמת חיוב ממון אלא משום דכפינן ליה שלא יזיקנו.

דלא להוי עירבוב דהא אכלאים קפיד קרא אבל ליניקה לא חיישינן אפילו בכלאי הכרם דאורייתא כדתנן זה סומך לגדר מכאן וכו' ועיין בעליות דרבינו יונה בסוגיין שכתב דעל יניקה וערבוביא קפיד קרא ובדליכא ערבוביא שרי ומשמע מדבריו דבעינן תרתי לאסור גם שינקן זמ"ז וגם ערבוביא מלמעלה. וע"ע במאירי.¹¹

שם בגמ' אומר לו גדר מבואר מסוגית הגמ' דחובת הגדר מוטלת על בעל הכרם והוא המזיק ועליו לשלם. ובטעם הדבר מצינו כמה שיטות בראשונים: (א) התוס' בסוגיין כתבו דעליו חובת ההרחקה משום עבודת הכרם שלא יכנס במחרשתו לשדה חברו וכדמבואר במתני' לקמן דף כו דחייב אדם להרחיק אילנותיו [גם שאר אילנות דליכא בהו איסור כלאים] משדה חברו ד"א מפני המחרשה. וכוונתם דכיון דבלא"ה אין לו רשות להסמיך האילן בלא מחיצה ממילא גם גבי כלאים מוטל הדבר עליו ולא על בעל התבואה.

וצ"ב דסו"ס למה עליו לשלם הרי בנוק הכלאים שניהם שוים ובפשוטו צ"ל דכיון דהוא שלא ברשות עוד קודם שיש שם תבואה ממילא רשאי בעל התבואה לזרוע שם ובעל הכרם הוא המזיק. אך יעויין ביד רמה שכתב דמהכא שמעינן דמי שעליו לגדור גדר מפני היזק ראייה ולא גדר ובאו גנבים ונכנסו דרך מקום הגדר חייב לשלם מדינא דגרמי דומיא דהכא.¹² ומדבריו נראה דכללא הוא דכשהוטל על אחד לפעול ולהעמיד דבר לחברו ולא עשהו הרי הוא מתחייב בדין גרמא וגרמי על כל התוצאות ממה שלא עשה, אף אם אינן החיוב מחמת סיבת הנזק כגון גבי כותל שחייב בו מפני היזק ראייה ומ"מ משלם נזקי גניבה וצ"ב בסברא שאין זה גורם אלא מונע הצלה בעלמא וצ"ע. ויעויין בטור בסו"י קנז שהביא דברי הרמ"ה וכתב דהרא"ש תמה עליו דהא אפילו הפורץ גדר לפני בהמת חברו והזיקה פטור וכ"ש הכא שלא גדר, ואין קושית הרא"ש כקושיתנו אלא קושיתו דגרמא יש כאן ולא גרמי, וצ"ע. וע"ע בחי' הגר"נ.

(ב) יעויין ברמב"ן בקונטרס דינא דגרמי שכתב דכיון שהנזק נגרם על ידי שרשי הגפן שנכנסים לשדה חברו ועי"ז ינקי מהדדי לכן מוטל החיוב על בעל הכרם והוא נחשב המזיק.¹³

(ג) בשטמ"ק בב"ק כתב בשם הר"י מלוניל דמיירי כשאין ענבים בגפן ולכן אין בעל התבואה מזיק לבעל הגפן והחיוב מוטל רק על בעל הגפן שגפנו אוסרת את תבואת חברו.

דף ב ע"ב

בגמ' טעמא דרצו וכו' עיין בחידושי רע"א שהביא קושית אחיו הגר"ב דאף למ"ד הזק ראייה ש"ה נחא לדעת הנהו ראשונים דבכונס לתוך שלו יכול לבנות בהוצא, דיש לומר דדוקא רצו והקנו זל"ז אז חייבים לבנות יחד אבל בלא רצו יכול כ"א לכנוס בשלו בהוצא ודפנא. ודן הרע"א שם לתרץ דאף בהקנו יכול לעשות הוצא שלא קיבל עליו אלא לסלק היזק ראייה ודחה הרע"א דכל הסוגיא משמע דבקנו הרי זה קיבל עליו לעשות כותל כמנהג המדינה, וראה לעיל במתני' שהערנו שם בדברי המהר"ם שמבואר מדבריו דגם בחצר שאחורי הבתים אם קנו חייב לבנות כמנהג המדינה אף דליכא היזק ויל"ע דבכמה דוכתי לכאורה משמע

¹¹ שהביא שיטת גאוני ספרד דהיתר מחיצה מהני רק כשיש צונמא מלמטה דלא ינקי מהדדי, והיא שיטת הר"י מיגאש לקמן בדף יח ולדרך זו תרתי בעינן דגם הניקיה אוסרת לחוד וגם הערבוב בלא יניקה [כגון שיש צונמא מלמטה ואין גדר מלמעלה] אסור.

¹² אין הכרח בדברי הרמ"ה שפירש כהתוס' דמדבריו משמע דעיקר החידוש שלמד מסוגיין הוא דאף שלא עשה שום מעשה בידים מקרי גורם, אך מ"מ מבואר מדבריו דחיוב מסיבה אחת מטיל עליו האחריות לנזק מסיבה אחרת.

¹³ וצ"ע שורש פלוגתייהו ואפשר דלהתוס' האיסור אינו מחמת היניקה אלא הערבוביא לחוד אוסרת וכן משמעות דברי רש"י בשבת שהובאו לעיל אבל הרמב"ן אפשר שסובר כרבינו יונה דתרתי בעינן יניקה וערבוביא ולכן הגפן היא המזקת.

דאין הגדר דקיבל עליו הכותל כמנהג המדינה אלא דבעינן כותל המסלק היזק ראייה נחדא דאל"כ אינו ענין לשותפין אלא עיקר הדין בהמקבל עליו לבנות כותל לחברו וה"ל לשנויי בפרק המקבל ועוד דאם כן אף יותר מד"א יבנה אם כן המנהג ופשטות המשנה בדף ד דבכ"מ אינו חייב אלא ד"א ועוד שהתוס' פירוש דנקט המשנה שיעורי רוחב דיותר מזה הרוחב אינו חייב ובהכרח אף למ"ד לאו שמיה היזק הוא כן דאל"כ היאך יפרש מתני' [וכן מוכח מרש"י כאן ראה להלן].

רש"י ד"ה טעמא וכו' הוא דחייביה חכמים וכו' הלשון תמוה דהא למ"ד לאו שמיה היזק קיימינן הכא ולא חיוב חכמים יש כאן אלא הם חייבו עצמם ולכאורה צ"ל דסובר רש"י דענין קבלתם הוא להיות לכ"א מהם זכות תשמיש בלא היזק ראייה ולתבוע את השני על היזק ראייתו וממילא יחולו עליהם חיובי חכמים שאף למ"ד לאו שמיה היזק תקנו חכמים הרחקה היכא שהורגלו בכך נזזה דין כותל חצר שנפל להלן בגמ' דחייבים לבנות] ובבית ומגג לחצר וכמו"כ חלה התקנה במקום שהקנו זל"ז ודוק ולהלן יתבאר עוד בדברי רש"י בתי' הגמ' דנפל שאני.

בגמ' הוה אמינא במסיפס בעלמא וכו' וברש"י בתוס' הקשו על פירוש רש"י דאי רצו היינו לחלוק אם כן הרי שוב קשה דלחצות מיבעי ליה נואפשר דכוונת רש"י דאם רצו לחלוק זה נחשב גופא כרצו לעשות גודא דמסיפס שהחלוקה על ידי מסיפס היא ואם הכותל משום היז"ר אז בהכרח רצו אחלוקה קאי ולא אכותל שאין שייכות בין הכותל לחלוקה אבל במסיפס אפשר שיהיה רצונם לחלוק נקרא במשנה רצו לעשות גודא וכן מוכרח ברש"י שכתב דמסיפס נמי מחיצה איקרו וכוונתו להכי קתני רצו לעשות מחיצה ומתפרש המשך המשנה דמסיפס זה בונים אותו בגויל וכו' כמנהג המדינה ולדברי התוס' צ"ע היאך פירוש כוונת רש"י בזה, ועיין ברשב"א ושאר שפירשו בדעת רש"י דמסיפס היינו מחיצה דקה בגובה ד"א והמשך המשנה לצדדים קתני וצ"ע.

תודה הוה אמינא וכו' ועוד היכי מצי למימר וכו' כוונתם דאין לפרש דחולקים היינו שעושים קנין לחלוק ובלא כל מחיצה דא"כ פשיטא ולמדו כן מהגמ' לקמן דף ג ע"א דחלוקה היינו במסיפס וברבינו יונה שם פירש דדוקא מסיפס דאל"כ פשיטא.

תוד"ה בונין וכו' דמשום היזק ראייה וכו' דברי התוס' צריכים ביאור דאיזו סברא היא דמשום היז"ר יצטרך לשלם עבור כותל ולא לבנותו בחלקו וצ"ע. נואפשר דאף שחייב ליתן ממון עבור היזק ראייה אינו חיב להפסיד תשמישו בחצר עבור זה ודומיא דסברת הנתיה"מ דבשכנים ליכא חיוב ממון המזיק דליכא חיוב מזיק במקום ביטול השתמשות וצ"ע] ועיין בחידושי הגר"נ [שכתב עד"ז והאריך כאן הרבה ביסודו דדין היזק ראייה הוא מדין תביעת החלוקה וראה להלן באורך בזה].

עיין בראשונים שהביאו קושית הרי"ף בתשובה דדילמא מיירי כשהורגלו זמן מרובה אחר החלוקה בלא כותל והחזיקו זה על זה ונחלקו הראשונים כאן אי מהני חזקה להיזק ראייה עיין בר"י מיגאש וברשב"א וברא"ש, ועיין בגליון רע"א בשו"ע שהעיר דאף דהרא"ש כתב דדמיא לקוטרא לא דמיא לגמרי דהא בקוטרא לא מהני מחילה אלא בקנין והכא מועיל מחילה לדעת הרא"ש בלא קנין, ובאמת יש להעיר איפכא דהרא"ש כתב הכא מה שמועיל מחילה הוא משום דהוא דין כותל ובלא זה הוי כקרקע כסותי ואם כן היאך מועיל מחילה בקנין בקוטרא הא התם ליכא חיוב כותל וצ"ע וראה עוד להלן בחקירה הג' בדברי הרא"ש והראשונים בענין מחילה.

בגמ' תא שמע וכן בגינה וכו' עיין ברמב"ם בפ"ב משכנים הט"ז שפסק דבגינה חייב לבנות מחיצה עשרה טפחים בלבד. ויעיין בראב"ד שם שהשיג עליו דבעינן כותל ארבע אמות ודברי הרמב"ם תמוהים דהא בהדיא אמרינן בגמ' דהטעם בגנה הוא משום דאסור להסתכל וכו' ובעינן לזה ד"א ועיין במגדל עוז שם

שהעתיק תשובת הרמב"ם לחכמי לונל שהשיב להם הרמב"ם על זה דהאי דינא דאסור להסתכל וכו' הוא ממדת חסידות [באמת הרמב"ם השמיט לדין זה ולא הביאו כלל] ושינויא בעלמא דמשני בגמ' הוא אבל חיוב הכותל י' טפחים **ועיין בלח"מ שתמה** דהיאך אפשר לומר שינויא בעלמא הרי גם מקושת הגמ' חזינן דהכותל הוא ד"א דהגמ' מוכיחה מזה דהיזק ראייה שמיה היזק **ועיין באבן האזל** על אתר שהאריך הרבה בישוב שיטת הרמב"ם דלסוגיא דידן איכא חיוב ד"א בגנה עיי"ש **ושמענו ליישב דברי הרמב"ם עפ"י רבינו גרשום בסוגיין** דיעויין ברבנו גרשום דמפרש דלהס"ד הבינה הגמ' דמיירי בגנה שדרכה רואים לחצר ולכן צריך לגדרה ולמסקנא אינו כן ובזה ניחא דעת הרמב"ם היטב מהס"ד והמסקנה אינה אלא שינויא וכמש"כ הרמב"ם.

ועדיין צ"ע דבמשנה איתא וכן בגנה ומה שי"ך בזה וכן **ועיין בנמו"י לקמן** בדף ד שכתב דלהרמב"ם להס"ד הוא משום היזק ראייה ותיבת 'וכן' במשנה קאי אכותל ולמסקנא אינו כן ותיבת וכן אגויל וגזית עיי"ש ולפי"ז במקום שנהגו צריך לעשות מחיצת י' ברוחב ששה טפחים מגויל ויל"ע שלא הזכיר זה ברמב"ם **ועיין ברמב"ם בפיה"מ** שכתב דהאי וכן יש בו חסרון במשנה וכוונת המשנה למי שמכר גנה לחברו והיא מעורבת עם גינות אחרות ודין זה נפסק ברמב"ם בפ"ב הי"ז משכנים ותמה המ"מ שם מהו מקורו של הרמב"ם ובתו"ט השיב דמקורו ממתני' לפי מה שפירש בפירוש המשנה.

תוד"ה וכן בגינה וכו' עיין במהר"ם שביאר כוונת התוס' דאי גנה חייבת דוקא במקום שנהגו תו ליכא ראייה אחצר דאימא דה"נ בחצר כן הוא ועוד דאם כן קשיא מיניה ובי מיניה במקום שאין מנהג דוקא לגדור, **ועיין ברשב"א** שמבואר כן, **ולמדנו מדבריהם** דבמקום שנהגו לגדור אף למ"ד לאו שמיה היזק חייב לגדור וצ"ב בטעמו של דבר ובאמת דדמיה לדין בקעה שחייבים בה במקום שנהגו לגדור אף דהיזק ראייה דידה בסתמא לא מחייב ויל"ע.

תוד"ה גינה שאני וכו' וא"ת למ"ד פלוגתא וכו' הנה לדעת הרשב"א הנ"ל לק"מ קושית התוס' שהרי למ"ד שמיה היזק חצר חמירא מגינה וודאי איצטריך למתני גינה, ועוד קשיא על דברי התו' דבעי למתני גינה לאשמעינן דדוקא במקום שאין מנהג שלא לגדור ולאפוקי מחצר, ומדברי התוס' אלו מוכח להדיא דסברי כרבינו יונה דאף בחצר כן הוא [וכמו שהוכחנו קצת מדבריהם לעיל] וקושייתם דלא ליתני גינה כלל אלא חצר ובחצר לאשמעינן דבמקום שנהגו שלא לגדור פטור, ודוק.

שם וי"ל דאיצטריך לאשמעינן גנה וכו' דבריהם צ"ע דאי בחצר בעינן גויל וגזית כ"ש בגנה וכבוקושייתם ודוחק לומר דכוונתם דהחידוש דלא נימא דבעינן גויל אף במקום שלא נהגו או רוחב יותר מו' טפחים, וצ"ע.

בגמ' דאמר רבי אבהו וכו' ראה ברש"י שפירש דהוא משום עין הרע, והה בפשוטו אינו שייך כלל לפרשת היזק ראייה **אך יעויין ברמב"ן** [לקמן בדף נט ע"א] שכתב שם שהזק ראייה יש בו שלשה פרטים, עין רעה לשון הרע וצניעות, ומבואר מדבריו שכולהו בכלל דין היזק ראייה. ואפשר בכוונתו דבבית הוא משום צניעות ובחצר שלא משתמשים בה כ"כ מילי דצנעא הוא ענין לישנא בישא ובגינה משום עין הרע.

ועיין ברא"ש לעיל במתני' [בסי' ב'] שכתב שם גבי חלון דאינו היזק חמור כ"כ כבחצר לפי שאפשר שלא יסתכל ואסור לו להסתכל כדאמר רבי אבהו דאסור לאדם וכו', **ודברי הרא"ש צ"ב** דמה ראייה יש מרבי אבהו שאסור לאדם להסתכל בחצר חברו הרי דרבי אבהו משום עין הרע הוא ואף מ"ד לאו שמיה היזק מודה בה, וצ"ע. ואפשר דכיון דכולהו הזקי ראייה שם אחד להם אם מצאנו באחד מהם שאסור לכתחילה אף כולם אסורים באופנים ולמ"ד דהוה היזק.

בגמ' ת"ש וכו' נפל שאני ורש"י ותוד"ה נפל דברי רש"י סתומים מאוד חדאד מאן יימר דנתרצו בכותל לעולם כל זמן שיפול דלמא נתרצו בכותל אחד ותו לא, ועוד דאף אם נתרצו מה מועיל ריצוי הראשונים לבאים

אחריהם ובין אם מיירי ביורשים או בלקוחות אי אפשר לראשונים לחייבם אלא די"ל דעשו קנין בדבר ושעבדו נכסיהם ונכסי הלקוח והיורש שירש משועבדים לזה [ביורש כל מה שירש ובלקוח החצר החצר עצמה חל בה שעבוד נכסים] אך כמובן דזה דוחק גדול לומר דמחייבים אותו רק מנכסים משועבדים.

וראה לעיל ברש"י ד"ה טעמא וכו' חייבוהו חכמים וכו' ולעיל נתבאר בדעת רש"י דכשקבלו עליהם לבנות כותל לא בנין הכותל בלחוד קבלו אלא נתנו זה לזה זכות בחלוקתם שכל אחד מהם יוכל להשתמש בלא היזק ראייה ולכן ההיזק ראייה בעצמו מחייבם לבנות הכותל, וכע"ז ביאר הגר"נ. ולפי זה נחא היטב דגם כשנפל הכותל יכול האחד לכפות את השני בבנינו שיש לו זכות תשמיש בלא היזק ראייה, וע"ע במשנה שם בדף ד ובמשי"ת שם בע"ה בהערה 64

עיין במהרש"א שפירש דהתוס' מיאנו בפירוש רשי משום דמאן יימר שנבנה הכותל בשל שניהם ובהסכמת שניהם דלמא כנס האחד לתוך שלו ובנה נופשיטא ליה להמהרש"א דאף כה"ג סברי התוס' דאית ליה טענה מה שהורגל לשעות דברי הצנע וראה להלן **ובשיעורי הגרש"ר** ביאר באופן נפלא דרש"י ותוס' לשיטתם בדף ד דלדעת רש"י מה דליכא חזית לכאן ולכאן הוא ראייה ששניהם עשאוהו והתוס' לעיל ד"ה לפיכך פליגי בזה ואזלו לשיטתייהו.

ועיין במהר"ם שביאר דהתוס' מיאנו בפירוש רש"י משום דקשיא להווא מה מחייב ריצוי הראשונים את אלו שדרים עתה בחצר ועוד דאם כן אפילו למעלה מד"א **וכע"ז בשיטמ"ק בשם תוספי הרא"ש** שהקשה דלמא הסכימו רק לכותל אחד ולא לעולם ועוד דאם כן אפילו למעלה מד"א **ונראה דרש"י לשיטתו בזה** דיעויין לעיל ברש"י ד"ה טעמא וכו' דחייבו חכמים דחזינן אף למ"ד לאו שמיה היזק הוא בגדר תקנת חכמים וריצויים היה להחיל דין היזק בחצר כבבית וממילא מובן היטב דמהני בזה ריצוי הראשונים דחלו שעבודיהם זל"ז בגוף החצר ככל דיני נזקי שכנים ופשוט **ועיין בחזו"א סי' א אות א כע"ז**. **ועיין ברבינו יונה כאן**.

ובדעת התוס' צריך ביאור מה מועיל הרגלם לחייב זא"ז **וראה במהרש"א** דמיירי לא רק באופן שבנו ויחדיו אלא להתוס' אף באופן שכנס אחד לתוך שלו יכול אח"כ לתבוע את חברו וזה תימה גדולה יותר אטו מפני שהרגיל עצמו חייב עתה חברו לבנות לו כותל.

ואפשר דטעמו של מ"ד לאו שמיה היזק הוא מפני שאין הרגילות להשתמש בחצר תשמישי צנעה אך במקום שהורגל לכך הדר דינא דשמיה היזק.

ודומה לדברי התוס' אלו מצאנו בדברי רש"י להלן גבי גג הסמוך לחצר דפריך ומשני הגמ' למ"ד לאו שמיה היזק וביאר רש"י דבחצר השותפין שחולקין אותה בלא מחיצה אינו עושה דברי צנעה בחצר כיון שחברו נמצא בקביעות כל שעה בחצר, ולכן לאו שמיה היזק אבל בחצר פרטית הסמוכה לגג עושה דברי צנעה שאין תשמיש חברו בגג קבוע וג"ז תימה דאיפכא מסתברא שהרי בעל החצר מונע את חברו לגמרי מלהשתמש ואילו בעל הגג אינו מונעו וחזינן כנ"ל דהטעם שלא שמיה היזק הוא מפני שאין עושים דברי צנעה אבל במקום שבמציאות יעשה כן שמיה היזק.

ומכ"ז מוכח להדיא דהיזק ראייה הוא בגוף הראייה שמצערנו בה ולא מפני מניעת התשמיש שאם הוא מפני מניעת תשמיש אין מקום לסברת התוס' דידן וסברת רש"י להלן דאדרבה מה שבחצר דעלמא אינו עושה כלל דברי צנעה זה גופא טענה אלימתא טפי לתבעו לבנות כותל וע"כ דלאו היינו טעמא אלא תלוי במה שמצערנו בפועל. **וראה עוד להלן ב'הרחבת דברים' בחקירה הב' מה שיתבאר בזה בס"ד**.

בגמ' ת"ש כופין אותו לבנות בית שער וכו' ראית הגמ' צ"ב דהתם אינם תובעים זמ"ז נזיקין אלא חיובי השותפים לבנות להם יחד בית שער ואילו הכא בחצר השותפין תביעת נזיקין היא וצ"ל דהמחלוקת אם

היז"ר שמיה היזק היא האם נחשב היזק ראייה למפריע לתשמישים הרגילים של חצר וממילא גם חיוב השותפים תליא בשאלה אם 'שמיה היזק' ופשוט.

בגמ' מאי לאו בכותל וכו' עיין ברמב"ן שעמד בפשט הגמ' מאי ס"ד ומהיכי תיתי דחולקין בכותל דוקא וביאר בב' אופנים עיי"ה.

רש"י ד"ה דאיצטנע וכו' צ"ב דאם חצר הקבועה לשניהם אין בה תשמישים צנועים ואין בה טענת היז"ר אם כן אף בגג לא ישתמש בה זה תשמישים צנועים וכי בשביל שבעל גג מזיקו פחות יפסיד וראה להלן בגדרי היז"ר בחקירה הב' מה שיבואר בזה.

בגמ' ואי היזק ראייה שמיה היזק וכו' בפשוטו קושית הגמ' היא מדוע בעינן רצון לחלוקה הרי קיי"ל שאחד מהשותפים יכול לכופ את חברו לחלוק, אך לפי זה תמוה לשון הגמ' 'ואי היזק ראייה שמיה היזק וכו' ואינו תלוי בזה כלל דודאי דגם למ"ד לאו שמיה היק יקשה כנ"ל מדוע בעינן רצו כדי לחלוק והן אמת דלדידיה מפרשינן דרצו קאי אכותל אך אם כן עיקר קושית הגמ' דאי מחיצה פלוגתא אמאי בעינן רצו וצ"ב.

ועיין ברבינו גרשום דמבואר מדבריו דפשט קושית הגמ' הוא באופ"א דודאי לא ס"ד דמקשה שבעינן רצון לחלוקה אלא דהבין דמבואר במשנה דדווקא אם רצו אז בונים את הכותל באמצע בעל כרחם אבל אם האחד כפה את חברו לחלוק אין דין בונים את הכותל באמצע ומקשינן אמאי הרי היזק ראייה שמיה היזק [ותי' הגמ' דמיירי באין בה דין חלוקה ולכך אי לא רצו לא בונים כיון שאין חלוקה ראה ברבינו גרשום שביאר כן].

אבל מדברי הרי"ף והרא"ש לא נראה כן דיעויין ברי"ף שהעתיק קושית הגמ' ותירוצה דמיירי באין בה דין חלוקה והוסיף דביש בה דין חלוקה חולקים אף אם לא רצו דהיזק ראייה שמיה היזק ומשמע דהנידון דגמ' הוא על עצם החלוקה ותמוה מאוד היאך אפשר לומר דחולקים דוקא משום דהיז"ר שמיה היזק הרי ודאי אף למ"ד לאו שמיה היזק חולקים כדאיתא במשנה לקמן וככל דבר שיש בו דין חלוקה.

ועיין בטור ריש סי' קנז שכתב וז"ל הלכתא היזק ראייה שמיה היזק לפיכך שנים שהן שתפין בחצר אם יש בו דין חלוקה יכול כל אחד מהם לכופ את חברו לחלוק ואפילו לעשות ביניהם מחיצה למנוע כל אחד מהביט בשל חברו עכ"ל ולעיל הבאנו דברי הגר"נ צ"ל מה שביאר בדברי הטור אך אין הדברים מספיקים לבאר דברי הרי"ף והרא"ש וגם בטור הלשון דחוק וצ"ע

[וואפשר לבאר דכיון שחולקים בכותל יש לאחד מן השותפים טענה בזה גופא למנוע החלוקה שאינו מחויב בחלוקה אם מחמתה יפסיד ממון, וטפי י"ל דאם על ידי החלוקה נגרע שטח פני החצר בכמה טפחים ודאי אינו חייב לחלוק וכתלית שכשיגורנה תתקלקל דאין חולקים אלא מוכרים ולזה באה התשובה שכופהו לחלוק אף בכותל דהיז"ר שמיה היזק וכבר עתה הוא מחויב מחמת היז"ר שלפני החלוקה לחלוק ולבנות כותל ולפי"ז מבואר כאן חידוש דאיכא תביעת היז"ר קודם חלוקה והיפך דברי הגר"נ וכן מבואר להדיא ברי"י מיגאש כאן ובדף נט וכ"מ ברמב"ם בפ"א ה"ב משכנים ובמאירי כאן בדף ג ע"א]. אלא דקשה דאם כן גם בחצר שאין בה דין חלוקה יכפנו לחלוק מחמת היזק ראיתו וצ"ל דכיון שאחר החלוקה אינה ראויה לתשמיש כלל בודאי אי אפשר לכופו על זה אף במקום היזק ראייה. אך באמת להרמב"ם הרי יכול לכופו שידור בה זה שנה זה שנה.

ואשר לפי זה יש טעם ערב בקושית הגמ' ובתירוצה דלהס"ד סברה הגמ' דרצו קאי אחלוקה משום דאינו יכול לכפותו לחלוקה דיאמר הלה איני חפץ בחלוקה כי אצטרך לבנות כותל ולהפסיד ממוני וחצרי, ועל זה פריך דאי היזק ראייה היזק סו"ס ודאי יוכל לכפותו דעתה הוא מזיקו בראיה, ומשני דמיירי באין בה וכו'. ועיין היטב בפ"י רבינו גרשום וגם דבריו מתבארים היטב למש"כ ודוק]

בגמ' תנינא וכו' עיין ברבינו יונה שפירש הראיה מהתם דאי בלא כותל פשיטא ולזה משני במסיפס וכו' ועיין ברשב"א שכתב בזה שני ביאורים ועיין היטב במאירי לעיל במשנה בד"ה אמר המאירי וכו' ושם תאמר וכו' דמדבריו נראה שפירש הגמ' באופ"א והדברים סתומים ועיין ברי"ף לקמן בדף יא עייש"ה וצ"ב [והגר"נ דקדק מדברי הרי"ף כיסודו דהכותל הוא חלק מהחלוקה וצ"ע ודוק בכ"ז].

תוד"ה מאי וכו' ותימה וכו' ראה הגירסא במסורת הש"ס וע"ע במהרש"א ומהר"ם.

הרחבת דברים בגדרי היזק ראייה

רבותינו האחרונים האריכו הרבה בגדרי וחיובי היזק ראייה ושלש חקירות שונות יש כאן: א) האם חיוב מניעת היזק ראייה במשנתנו הוא מדין חיובי נזיקין או מדיני חיובי השותפין זל"ז [ובפשטות חקירה זו שייכא רק בדין המשנה אבל ודאי שהמזיק את חברו בראיה משני צידי רה"ר כגון גג הסמוך לחצר או שני גגין חיובו משום היזק ויבואר] ב) האם גדר הנזק הוא מה שמצער בראיתו או מה שעל ידי זה מונע ממנו תשמיש [מחמת שנמנע להשתמש כשרואהו] ג) האם דין המזיק שבהיזק ראייה הוא מחייב הרחקת נזיקין גמורה או דמכח זה תקנו חכמים כותל. ונבאר הצדדים והראיות להלן. [חלק מהדברים שנתבארו לעיל נכפלו כאן שנית]

החקירה הא' עיין באבן האזל בפ"ב הט"ז משכנים הביא שם הגרא"ז מחלוקת הרא"ש והראב"ד דהראב"ד [הובא ברא"ש לקמן סי' כ] סובר דבאחין שחלקו אין להם טענת היזק ראייה זה על זה לענין חלונות כיון שלא החזיקו והקשה עליו הרא"ש דסו"ס היאך יכול להזיקו בראיתו. וביאר הגרא"ז בדעת הראב"ד דדין היזק ראייה לא שייך אלא היכא שהוחזק זה להיות בלא ההיזק [והטעם ביאר שם משום דההיזק אינו אלא מניעת התשמיש – ראה להלן בחקירה הב' – וזה לית ליה זכות תביעה אלא היכא שהוחזק בתשמיש] ובאחים שחלקו ליכא היזק ולפי זה קשה טובא אם כן השותפים שחלקו במשנתנו אמאי בונים כותל ולזה חידש דהוא מדיני השותפים כמו שבונים בית שער זל"ז וכדו' ולא מדין היזק ראייה בעלמא ועיין שם שביאר דהוא מחלוקת ראשונים דהרמב"ם והרא"ש [שחולק על הראב"ד הנ"ל] סברי דהוא מדין הרחק נזיקין והראב"ד סובר דהוא מדיני השותפות.

ועיין ברמב"ם בפ"א ה"ב משכנים שכתב שם דבבב"ד שחלקו לא עשו גוד או איגוד יכול האחד לכופף השני לדור בה שנה זה ושנה זה שאי אפשר שישכנו שניהם כאחד מפני היזק ראייה ותמה עליו הראב"ד שם דכי מפני היזק ראייה יצטרך זה לעזוב ביתו. וכן הובא במאירי בסוגיין [דף ג ע"א] דיש הסוברים שאם האחד עשיר והאחר עני יכול העשיר לסלק העני מביתו, ותמה עליהם המאירי דכי מפני היזק ראייה יסלקנו מביתו. וגם הביא שם המאירי הפלוגתא לענין חצר שאין בה דין חלוקה ודחה לשיטת הרמב"ם מהטעם הנ"ל, והנה לדעת הגרא"ז הרי הדברים מתאימים היטב לדעת הראב"ד ליכא כלל תביעת נזיקין דהיזק ראייה אלא בהחזיקו זה על זה ולא באחין שחלקו וכל שכן כל זמן שלא חלקו ולהכי אינה טענה כלל כדי לחלוק באופן כזה אבל להרמב"ם הו"נ נזק ממש ומכח הנזק יכול לתבוע חלוקה כזו וכשיטתו דאיכא בזה דין הרחק נזיקין בכל גווני והא מיהת למדנו חידוש מדברי הרמב"ם דתביעת היזק ראייה קיימת אף קודם חלוקה ובמקום דליכא חלוקה בעודם שותפים בבב"ד חצר ואינה תביעה המתחדשת אחר החלוקה.

ומוסיף בה דברים בחידושי הגר"נ זצ"ל דמצינו באו"ז ובראב"ן שהקשו אמתני' אמאי חייב להרחיק הא קיי"ל כרבי יוסי דעל הנזק להרחיק את עצמו ותרצו דהיזק ראייה גירי דיליה ומבואר דדין משנתנו הרחקת נזיקין הוא ואולם הר"י מיגאש הקשה כן על הגמ' לקמן דגג הסמוך לחצר ותי' כנ"ל וכתב דמגמ' זו מוכח דהיזק ראייה גיריה דיליה ופלא גדול הוא דהרי מהמשנה עצמה מוכח כן ומבואר מדברי הר"י מיגאש דדין

המשנה אינו מחמת הרחקת נזיקין אלא משום חיובי השותפין זל"ז וזה לא שייך בגמ' להלן ולהכי הוכיח משם דווקא דהיז"ר גירי הוא.

ויעויין בטור בריש סי' קנז שכתב ז"ל הלכתא היזק ראייה שמיה היזק לפיכך שנים שהן שותפין בחצר אם יש בו דין חלוקה יכול כל אחד מהם לכוף את חברו לחלוק ואפילו לעשות ביניהם מחיצה למנוע כל אחד מהביט בשל חברו עכ"ל, ותמוה מאוד דמה ענין היזק ראייה אצל עצם התביעה לחלוקה דהיא מחמת שהחצר יש בה דין חלוקה ורק מה שכופין לכותל הוא משום היזק ראייה. **וביאר הגר"נ זצ"ל** דמזה חזינן לבאר באופן אחר מהגרא"ז דאינו מחיובי השותפין בעלמא אלא דמכח החלוקה יכול כאן לתבוע כותל דזכותו לתבוע חלוקה, ובהא דבעינן הכא להאי דינא ולא סגי במה שהיז"ר בכ"מ שמיה היזק כגון חלונות ביאר הגר"נ על פי דברי הרמב"ן לקמן בדף ז בהא דאחים שחלקו אין להם חלונות וביאר שם הרמב"ן הטעם דלא חלקו על מנת לשנות בחצר כלום והיינו דאינו יכול מכח החלוקה לכפותו לשנות את מצב החצר ולכן נתחדש כאן דמכח היז"ר יכול לתבוע חלוקה בכותל וממילא אית ליה גם דין היז"ר¹⁴ **וראה לעיל בדף ג ע"א שנתבאר בדברי הטור באופ"א.**

והנה נחלקו הראשונים במקום שנהגו שלא לגדור עיין ברבינו יונה שכתב דכמו דמהני מנהגים לגבי סוג ועובי הכותל ה"נ במקום שנהגו שלא לגדור כלל אינו מחוייב לגדור אף להלכה דהיז"ר שמיה היזק, **וראה ברשב"א דפליג** וסברת רבינו יונה צריכה ביאור דסו"ס שמיה היזק ומה מהני מנהג להפקיע ולדעת החזו"א שכתבנו לעיל דדין המנהג הוא משום דעל מנת כן נשתתפו אפשר דניחא דנימא דכשנשתתפו וקנו על מנת למחול הזיקם קנו וצ"ע, **ולדרכו של הגרא"ז** דהוא דהכא ליכא חיוב הרחק"נ ודין כותל הוא מדיני השותפים ניחא היטב דעת רבינו יונה בזה דדיני השותפים נקבעים לפי המנהג ופשוט.

ואולם עיקר מהלך הגרא"ז בדעת הראב"ד קשה מכמה אנפי: (א) **מגג הסמוך לחצר** דבעל הגג חייב לבנות מחיצה והתם ליכא לחיוב שכנים שהרי אין הנזק מגיע לשניהם ודומיא דחלון. (ב) **מדברי הרמב"ן** בדף ז שאף הוא סובר כהראב"ד ואם כן לדידיה חיוב הכותל הוא מחמת נזקי שכנים והטעם דליכא חיוב מצד היזק ראייה ביאר הגרא"ז משום דהנזק הוא מניעת תשמיש דאי משום ההסתכלות גופא יכול לומר שלא יסתכל **אך יעויין ברמב"ן להלן** [בדף נט ע"א] שכתב דהיזק ראייה הוא נזקי אדם באדם ואם טוען שלא יסתכל אינה טענה שאי אפשר לו שלא יסתכל ואם כן קשה מדוע באחים שחלקו ליכא חיוב לסלק החלון

¹⁴ ואמנם יש לעיין בעיקר הדברים דעיקר יסודו של הגר"נ זצ"ל בנאו על דברי הר"י מיגאש והנה הר"י מיגאש וש"א"ר הביאו בסוגיין דברי הר"י שהקשה היכי מוכח ממתני' דלאו שמיה היזק דילמא מיירי שדרו אחר החלוקה בלא כותל ואית להו חזקה להזיק זא"ז ותירץ הר"י דמיירי שבאו לעשות כותל מיד אחר חלוקה והוסיף דמה שהחזיקו קודם חלוקה אינו חזקה משום שהחלקים לא היו מסוימים [וכפה"נ דכוונתו דמשום כן לא יכלו לבנות כותל] ולמדנו מדבריו בתרתי חדא דאף קודם חלוקה איכא תביעת היזק ראייה דאל"כ לא שייך חזקה כלל וממילא אין להם צורך שיהא תביעת היזק ראייה מכח תביעת חלוקה ועוד דאינו מוכותי החלוקה דאם כן הוא מה שייך חזקה על זכות חלוקה ואם משום שלא חלק אם כן לא דחה הר"י כלום ועצם דברי הר"י שנקט בפשיטות דמיירי הכא שבונים כותל זמן מרובה אחר שחלקו משמע דלא כהגר"נ דהוא מדיני החלוקה עצמה וחלק מסדר החלוקה ועוד קשה דהראשונים [ובכללם הר"י מיגאש] תרצו עוד דהכא דמיא לקוטרא וביה"כ דלית להו חזקה ואם זכות חלוקה היא דלמא ויתר על זכות חלוקתו לזה האופן

ובגוף דברי הר"י להלן בדף ו אפשר דפשיט ליה דהכא דתרווייהו ניוזקים בהיז"ר ליכא סברא דעל הנזק להרחיק את עצמו דמי מהם יבנה הכותל ונמצא שלא יהיה כאן הכרעה ולהכי חייבו חכמים כותל כה"ג דוק

ויעויין ברמב"ן שם בדף ז שכתב הטעם משום דלא חלקו על מנת לסלק החלון ולפי זה י"ל דלא קשיא כלל מחצר השותפין שאינו נתבע לסלק חצרו אלא לבנות כותל.¹⁵

החקירה הב' האם גדר הנזק הוא מה שמצער בראיתו וזה גופא מחייב הרחקה וכותל או דאין התביעה מחמת הצער גופו שיוכל לומר לו לא אסתכל ולא אזיקך אלא מחמת מה שעל ידי זה מונע ממנו תשמיש [מחמת שנמנע להשתמש כשרואהו] והנ"מ בחקירה זו דאי משום מניעת תשמיש הוא הרי צריך שיהיה בעל זכות תשמיש כדי לתבעו על זה דמאי אולמיה האי מהאי אלא דבגדר הרחקה נזיקין על המזיק להרחיק עצמו [וכמש"כ הראשונים דהיז"ר הוא גירי דיליה]

ובאבהא"ז הנ"ל דן לומר דבזה תליא דין האחים שחלקו דאם הוא מצד מניעת תשמיש הרי כה"ג ליכא נזק דמי הקנה לו זכות תשמיש שמכחה יסלק חלון חברו ורק בצער הגוף יש לומר דכיון שהחלון הוא מזיק חייב לסלקו.

ואפשר שיש לדון בזה נ"מ בשני אנשים הדורים בחצר שאינה של שניהם ולא נתן להם בעל החצר שום זכויות בקרקע אלא שדרים שם כיון דלא איכפת ליה אם יכולים לתבוע זא"ז למחיצה דאם הוי היזק ממש שמצער בראיתו אפשר שיכול לתבוע ואי הוי מניעת תשמיש מסתבר דכה"ג שלא זכה בה כלל אין לו טענה.

ועיין באבהא"ז הנ"ל [בפ"ב הט"ז משכנים] שהקשה בעיקר הדין דהיז"ר שמיה היזק הרי יכול לומר לו הלה לא אביט וממילא לא אזיקך, ואיזו סברא היא לומר שמפני שזה חושדו שהוא מסתכל חייב הוא לעשות מחיצה וכי אם יגורו שני שכנים והאחד חושד בשני שהוא גנב יסלקהו מביתו בשביל זה [וואף דבמתני' לא קשה דאפש"ל דהוא מחיובי שכנים אבל מהא דאסור לבנות כותל נגד חלון חברו שם ודאי דין הרחקה נזיקין הוא וקשה כנ"ל] ולכן ביאר הגרא"ז דגדר ההיזק הוא המניעת תשמיש שמחמת שחברו נמצא בחצר אינו יכול להשתמש תשמישי צנעא ובזה גופא מזיקו שמונע ממנו התשמיש.

ובחידושי רבי ראובן עמד בחקירה זו, והוכיח מהגמ' לקמן בדף ו ע"א דבגגים משני צידי רה"ר חייבים לעשות מחיצה ופריך בגמ' פשיטא ומשני דס"ד דנימא ליה סוף סוף הא בעית לאיצטנועי מבני רה"ר קמ"ל עיי"ש. והנה ודאי דמה שהם מצערים אותו אינו מתיר לו לצערו, אלא הכוונה שמחמת זה אינו עושה תשמישי צנעא, ולשון סוף סוף משמע להדיא דאף כלפי שכנו תביעתו היא מחמת שמונע ממנו תשמישי צנעא וע"ז עונה לו דסו"ס וכו', וחזינן דההיזק הוא מניעת התשמיש ודוק.

אבל יעויין ברמב"ן לקמן בדף נט ע"א ד"ה ומסתברא, שכתב שם טעם דאין חזקה להיזק ראייה משום דהוא נזקי אדם באדם עיי"ש, ואי אפשר לומר דמניעת תשמיש היא היזק הגוף [שכל נזקי לא יחפור מניעת תשמיש הם] ומוכרח ברמב"ן דהנזק הוא עצם הצער שיש לו ממה שרואהו. וטענת האבהא"ז שבשביל זה לא יוכל לתבעו מחיצה תמוה די"ל דבמציאות א"א להמנע מלראות וכמש"כ הרמב"ן שם 'ואין אדם יכול ליזהר בכך לעמוד כל היום בעצימת עינים' וכ"כ הרא"ש כאן בסי' ב שאי אפשר לו שלא יסתכל- ולהכי חשיב כמזיק והרי אילן הסמוך לשדה מרחיק ד"א מפני המחרישה ולא מצינו שיוכל לומר לו לא אחרוש בשדך וחזינן דשייך הרחקה כזו. ובחידושי הגר"נ דקדק מלשון רש"י ד"ה וטעמא וכו' ואיני חפץ שתראה עסקי עכ"ל משמע דההיזק בראיה עצמה.

¹⁵ אך לפי זה באמת אינו חייב להסתלק מביתו, ונמצא שלהסוברים שחייב להסתלק מביתו מפני היזק ראייה בהכרח דבאחים שחלקו נמי חייב לסתום חלונו ודברי הרמב"ם שם מתאימים היטב לשיטתו ודוק.

ויל"ע בזה מדברי הרמב"ן בסוגיין בריש ע"ב שתמה מדוע לא הוכיחה הגמ' מדין דלא יפתח חלון לחצר חברו דשמיה היזק ותירץ דמבית לחצר ודאי שמיה היזק לפי שאינו יכול להשתמש בחצר כלל, ומשמע מלשונו דהחילוק דמחצר לחצר יכול לכוין שעותיו ולהשתמש ומשא"כ מבית לחצר אלמא הנזק הוא במניעת התשמיש.

והנה בגמ' בסוגיין גבי גג דמשני בגמ' דשאני גג משום דלא קביעא תשמישתיה וכו' ומבואר ברש"י דבשתי חצרות אינם עושים תשמישי צנעא ואילו בחצר הסמוכה לגג הרי עושה תשמישי צנעא כיון שאין תשמיש בעל הגג קבוע ולהכי חייב להרחיק, ולכאורה מכאן ראיה מוכרחת להצד דהנזק הוא עצם הראיה דאם הנזק הוא מניעת תשמיש הרי תמוה מאוד דאדרבה מה שאינם עושים תשמיש בשתי חצרות זה גופא סיבה לתבוע כותל טפי מגג ומאי אמרת דלמ"ד לאו שמיה היזק אין מניעת תשמיש כזו מחייבת כותל ואם כן כ"ש בחצר לגג שהמניעת תשמיש פחותה. ודברי רש"י אלו הם להיפך ממש מדברי הרמב"ן הנ"ל בריש ע"ב ודוק.¹⁶

וכעין זה לעיל בתוס' ד"ה נפל שכתבו דכשהורגלו לעשות דברי הצנע בחצר יכול לתבוע כותל ולדברי מהרש"א מיירי אף באופן שהורגלו מחמת שכנס האחד לתוך שלו ובנה וקשה דאם הנזק הוא מניעת תשמיש מאי נ"מ אי הורגלו או לא ואם יש לו זכות לתבוע הרי אף כשלא הורגלו יתבענה ואי לא מאי שנא הורגלו וכנ"ל.

ועיין בחידושי רבי ראובן שפירש הגמ' להצד דהוי מניעת תשמיש דבזה נחלקו אי חשיב מניעת תשמיש נזק ולמ"ד לאו שמיה היזק לא חשיב נזק אבל בנזק דצער כו"ע מודו דהוי נזק אלא דבחצר משותפת ליכא צער דאינם עושים וכנ"ל.

החקירה הג' האם דין המזיק שבהיזק ראיה הוא מחייב הרחקת נזיקין גמורה או או שהוא רק סיבה לתקנת כותל. בפשוטו דין היז"ר הוי ככל הרחקות נזיקין דמחויב להרחיק נזקו רק שהדרך לבצע חיובו הוא על ידי הכותל שבין החצרות ועוד דרך למדו האחרונים מדברי הרא"ש [יבואר להלן] דבאמת ליכא הכא חיוב הרחקת נזיקין בהיז"ר [ויתבאר טעמו להלן] אלא דמכח היז"ר חייבו חכמים והטילו על המזיק לבנות כותל ולכאורה הנ"מ בזה היכא דהאחד עני דאינו יכול לבנות הכותל אם יכול לסלקו מביתו דיעויין בטוש"ע סי' קנז ס"ג דאיתא התם דבאחד עשיר ואחד עני בונה העשיר את הכותל ורק הוא יכול להשתמש בו ובשניהם עניים משתמשים כך בלא כותל ומשמע בפשטות דברי הטוש"ע דאין העשיר יכול לסלק העני מביתו וכן בשני עניים אינם יכולים לכוף זל"ז שידור זה שנה וזה שנה ואולם יעויין בנתיח"מ שם בסק"ב שכתב דמה שהעשיר בונה הוא אם העשיר רוצה בכך אבל מן הדין יכול לסלק העני מביתו וכתב בזה שני טעמים חדא דיכול לסלקו מפני שמזיקו בראיה ועוד דכיון דחייב כותל נחתין לנכסיה ואף למכור ביתו. וכתב שם דמדברי הט"ז בסעיף ה לא משמע כן.

ודין זה שנוי במחלוקת ראשונים וכבר כתבנו לעיל שהמאירי הביא שיש הסוברים דיכול לסלקו מביתו והשיג עליהם, ומבואר מדברי המאירי שלא כהנתיח"מ שנקט שיכול לסלקו.¹⁷ וכן יש לתלותו במחלוקת

¹⁶ ואם נכונים הדברים אפשר שפירש הרמב"ן הגמ' בחילוק בין גג לחצר באופ"א מרש"י וי"ל דבחצר דקביעא תשמישה יכול ליזהר ממנו ולא ישתמש כשזה משתמש אבל אינו יודע מתי יעלה שכנו לגג וממילא אינו יכול להשתמש כלל.

¹⁷ והנה הטור כתב בשם הר"י ברצלוני דאם אחד עשיר ואחד עני דינו כמו בבית ועליה והובא גם ברמ"א שם ופירשו כל הנו"כ דהכוונה דיכול להשתמש בכל הכותל עד שיתן לו הוצאותיו ואולם במאירי מפורש שהבין דברי הר"י ברצלוני באופ"א דהעשיר דר בכל בית העני עד שיתן לו הוצאותיו וע"ז הקשה היאך יגרשו מביתו וכנ"ל עיין במאירי. וצ"ע מכח איזה דין גר העשיר בבית העני ומה שייך זה להבית ועליה וצ"ע.

הרמב"ם והראב"ד אם בחצר שאין בה כדי חלוקה יכול לכפותו לדור בה שנה שנה כדעת הרמב"ם מפני היזק ראייה והראב"ד השיג דמפני היזק ראייה אינו יכול לסלקו מביתו, וכן המאירי הביא שיטה זו שם ודחאה מאותו הטעם.

ומתבאר היטב דפליגי רבותינו בהנ"ל דאם הוא חיוב כותל בעלמא אי אפשר לסלקו מביתו אבל אם חיובו הוא מוחלט שלא להזיק והכותל הוא רק היכי תמצוי לקיום חובתו היסודית אם כן כשאין לו מעות יסתלק מביתו.

ויש לדון דתליא בחקירה דלעיל, דלהצד דהוי נזק וצער הגוף אין לו כל התר להזיק את חברו אך להצד דהוא מניעת תשמיש יש לומר שאינו חייב לבטל תשמיש ידידה מחמת תשמיש חברו שלא קדם לו [לאפוקי הבא לפוח חלון שודאי אינו יכול וכן ודאי לכו"ע אין אדם יכול לבנות חצר במקום הפקר סמוך לחצר חברו ולהזיקו בהיזק ראייה ואף אם אין לו מעות לבנות כותל נראה שאסור לו לעשות שם חצר]

וברא"ש בס' ב שכתב דאף דליכא חזקה להיזק ראייה דהוי כקוטרא וביה"כ אבל אם מחל בפירוש מהני ולא דמי לקרע כסותי דיכול לחזור בו דשאני הכא שתביעת ממון יש ביניהם שחייבים זל"ז לבנות כותל ולכאורה מבואר ממש"כ הרא"ש דהכותל הוי תביעת ממון דנתחדש כאן חיוב בנית כותל ותמהו אחרונים דסו"ס חיוב היזק ראייה להיכן אזל, **ועיין בחידושי הגרש"ש בסוף סי' א** שביאר שם דלא שייך כלל הרחקת נזיקין בהיז"ר שהוא עושה בתוך שלו ואין כאן אלא תקנה מחודשת דכותל [וע"ע שם לעיל בתחילת הסימן שביאר דברי הרא"ש באופ"א דאף אי איכא חיוב נזיקין נפקע על ידי מחילת הכותל] **אבל בחי' רבי אריה לייב** ביאר שם באופן אחר.

ואיכא לעיונא בה משיטת הרא"ש עצמו דבאחים שחלקו יכול לכפותו לסתום החלון ולבטל תשמישו אלמא היזק ראייה מחייבו לבטל תשמישו ואם כן הכא אף שמחל הכותל סו"ס איכא חיוב היז"ר, ועיין בחי' הגרש"ש במש"כ בזה וצ"ע. **ולעיל במקומו** נתבארו שתי דרכים נוספות בדברי הרא"ש מדברי הגר"א ל' והקוב"ש עיי"ש וצ"ע.

דף ג ע"א

תוד"ה קנין דברים וכו' למ"ד גודא וכו' עיין ברש"י לעיל בריש ע"ב וטעמא וכו' ולקמן פריך וכו' דמבואר דהקושיא היא גם למ"ד גודא וכ"כ הרשב"א בשם רש"י ועיין ברשב"א שביאר מחלוקתם בפשט **ועיין ברי' מיגאש כאן** ודבריו סתומים ובהגהות הגרמ"ש נדחק לפרש דבריו.

שם שקנו ושעבדו נכסיהם וכו' יל"ע דכאן משמע דהוי זכות ממון גמור לכ"א בממון חברו וראה לעיל שהבאנו מהגרש"ר שחקר בזה ואפשר דהכא ודאי משעבדים חלקיהם זל"ז שיהיה לכ"א שותפות בממון חברו וזה ודאי הוי זכות ממון ויל"ע בכוונת התוס' אי צריכים לשעבד נכסיהם להדיא או דממילא משתעבד [כ"ה פשטות דבריהם] ועיין ברשב"א.

בגמ' וכי קנו מידו וכו' קנין דברים בעלמא בפשוטו כוונת הגמ' דהתחייבות שייכת רק בענין ממון היינו שחל על אדם חוב ממון כלפי חברו וכאילו יש לזוכה ממון אצלו או שחל לו שעבוד נכסים בנכסי חברו אבל בהתחייבות לפעולה שלא זכה הלה בממון אלא נתחייב זה לעשות מעשה אין בה כח לחול דאי אפשר שיחול עליו חיוב לפעול איזה דבר מכח קנין.

ואולם מצינו שנחלקו רבותינו הראשונים בדין 'קנין אתן' והוא באומר לחברו אתן לך מנה וקנו מידו אי חשיב קנין דברים או דווקא באומר לחלוק חשיב קנין דברים: **עיין בחידושי הר"ן ובנמו"י** שכתבו בשם הגאונים דהוא הדין באומר לחברו אתן לך מנה וקנו מידו דלא מהני דקנין דברים הוא, **והקשה הר"ן** וכ"ה ברמב"ן ובנמו"י מהא דאיתא במס' ע"ז דף עב דהאומר לחברו לכשאמכור שדה זו במאה לך אמכרנה

דמבואר בגמ' דאם מוכר במאה חייב למכור לו ואמאי הא הוי קנין דברים ותירצו הראשונים דהתם מיירי במוכר מעתה על תנאי עיי"ש.

ואולם יעויין בתשובת הרשב"א חלק א סימן אלף לג שכתב שם וז"ל זה מחלוקת בין הגאונים ז"ל יש מהם שאמרו דכל בלשון עתיד שאעשה כך או אתן כך הוי קנין דברים עד שקנו מידם ברוחות, ויש מי שאמר שכל האומר אתן כך וכך לא קנין דברים הוא אלא הרי הוא כאלו קנו מידו בחי' אותו סך ואין קנין דברי' אלא באומר אחלוק עמך שאלו דברים בעלמא וכך אנו עושין מעשה בכל יום בפסקי הנדוני' שקונין מפלוני שיתן לפלוני כך וכך זהובים בנדונית בתו. ומחלוקת זה בספ' העיטור בקנין. עכ"ל ומבואר מדברי הרשב"א שסובר דאתן מועיל ולא דמיא לקנין לחלוק ודלא כהר"ן וצ"ב טעמו של הרשב"א אמאי מהני קנין כזה הרי סו"ס לא נתחייב, ויעיין ברמ"ה בסוגיין שהביא מחלוקת זו וכתב הרמ"ה דלדעה זו דאתן מהני לא הוי קנין דברים אלא במתחייב לחלוק או להשתתף או לילך וצ"ב.

ולכאורה אפשר לפרש דדעה זו סוברת דאנן מפרשינן דאתן הוי התחייבות בגופו של ממון ויעויין בתשובת הרשב"א בח"א סי' אלף קמב שכתב שם וז"ל כי מדעתי כל שאמר לכשירדו גשמים או לכשתצא חמה מנרתיקה אתן לך כך וכך וקנו מידו קנה. דכל שקנו בדבר שיש לו כזה שאמר כן וכן אף על פי שלא אמר בלשון חיוב חייב דקנין מילתא אלימתא היא ומתקן הענין וכאלו מחייב עצמו באותו דבר שאמר ליתן. וכאותה שאמרו בריש הכותב (דף פ"ג) אי בעיא להו קנו מידו מאי? אמר רב יוסף מדין ודברים קנו מידו רב נחמן אמר מגופה של קרקע קנו מידו. והלכתא מגופה של קרקע קנו מידו. עכ"ל הרי מבואר דאין מחלוקתם אלא באומדנא ולכו"ע אין אדם יכול לחייב עצמו לעשות פעולה בעלמא אלא רק חיובי ממון והנידון הוא בתיקון לשונו. [ואפשר לדחוק דכוונת הרשב"א רק לפרש דלא חשיב כהבטחה בעלמא אלא התחייבות אבל גדר ההתחייבות אינו חיוב ממון גמור אלא חיוב על הנתינה וכדעת האחרונים שלמדו כך באתן ראה להלן שיטתם]

ואולם יעויין בשו"ע [חו"מ סי' רה ס"א] שהובאה שם ברמ"א המחלוקת אם מהני קנין אתן ומבואר שם דנ"מ כלפי הנהוג בזמנם שבתנאים שהיו כותבים בשעת השידוכים היה החתן מתחייב להוסיף לה בכתובתה, דבזה יש הסוברים דלא מהני דהוי קנין דברים כיון שאינו מתחייב עתה הכתובה עד שיקדשנה אלא מתחייב ליתן בשעת קידושין ויש שסברו דמהני. ונראה דבזה ודאי פליגי בעיקר הדבר שאין כאן ענין לתיקון לשון דזה פשוט שאין החתן מתחייב את הכתובה כעת אלא מתחייב ליתן ואם כן להצד שחל בהכרח שחל חיוב גברא על אתן. וכן מבואר מדברי הסמ"ע שם [סוסק"ב] שכתב דאם חלה ההתחייבות אפשר לכופו בשוטים או להחרימו שיקיימנה אבל אי אפשר לירד לנכסיו ולא לגבות מיורשים. הרי להדיא דאין כאן חיוב ממון אלא חיוב אגברא.

ויעויין בבית שמואל בסי' נא סק"י שנסתפק שם להשיטות דמהני אתן אי מוציאין מיורשי הנותן אם מת והנה לכאורה ספקו הוא בעצם הבנת קנין אתן להצד דמועיל אי הוי התחייבות בגופו של ממון [דאז מוציאין מיורשים דחל שעבוד ממון] או דהוי התחייבות על הגברא לעצם הנתינה [ומלשונו משמע דלהצד הזה לא רק דלא גבינן מיורשים אלא דגם אצל הנותן אין כאן ירידה לנכסיו גמורה אלא כפיה בעלמא שתכופים את הנותן ליתן אבל אין למקבל שום זכות בה]

וכן נראה מבואר מדברי הקצה"ח דיעויין בקצה"ח בסי' רמה סק"א שהביא שם דברי המ"מ שהקשה מהגמ' בגטין דף מ ע"ב דמבואר שם שהכותב לחברו בשטר אתן לך שדה זו לא קנה והקשה להשיטות דמהני קנין דברים אמאי לא קנה ות"י המ"מ דאפשר דעדיף טפי קנין [סודר] משטר ובקצה"ח שם כתב דאי"צ לתירוץ

זה ותירץ על פי דברי הב"ש הנ"ל דבאמת חייב ליתן לו ההיא שדה וכוונת הגמ' לומר שלא קנאה המקבל אבל הנותן חייב ליתן.¹⁸

ונמצאנו למדים שתי דרכים בהבנת השיטה דמהני אתן: (א) דרך אחת דחלה התחייבות ממון גמורה ומתקנים הלשון וכדמשמע מדברי הרשב"א בתשובה שהובאו לעיל וזהו הצד הראשון בספיקו של הבית שמואל דנוקט לצד זה דגבינן מיורשים. וכ"נ פשטות דברי המ"מ הנ"ל.¹⁹ (ב) ודרך הסמ"ע והקצה"ח דחלה התחייבות על גופו ליתן הממון והוא חייב גברא בעלמא לא חייב ממון ליגבות מיורשים וגם ממנו גבינן בתורת כפיה בעלמא. וזה הצד השני של הב"ש.

ואמנם צ"ע בהבנת הדברים היאך יתכן על ידי קנין לשעבד גופו ליתן ועוד דלדרך זו לא נתבארה סוגיא דידן דאם שייך לעשות כן אם כן אף לחלוק יוכל לשעבד עצמו ואמאי לא מהני הקנין בסוגיין לחלוק וצ"ע ובשיעורי הגרש"ר וכן במשנת רבי אהרן בריש הלכות שכנים כתבו לבאר בזה ולא נתבררו לן הדברים, וצ"ע.

ומכל מקום בדברי הראשונים לא מצאנו מקור לומר דמהני אתן אלא מצד שכוונתו לחיוב ממוני וכנ"ל.

ובעיקר הדין שאדם יכול לחייב עצמו ממון אף בזה צריך ביאור היאך חלה החיוב על גופו ליתן ממון ומאי שנא מחיוב לפעולה שאינו חל, וראה ברש"י [ד"ה קנין דברים] שכתב דמהני קנין על חפץ מסויים או על שעבוד קרקעות, וכן בתוס' לעיל [ד"ה כי רצו] כתבו דלמ"ד גודא מהני כיון שקנו ושעבדו נכסיהם לבנין הכותל, ומזה היה משמע דרק כשיש לו נכסים ומשעבדם יחול החיוב, אף דזה צ"ב דבודאי כשחל החיוב הרי אף אם יאבדו נכסים אלו ויקנה אחרים הרי הוא מחוייב לשלם גם מהם. אלמא חל החיוב על גופו וראה להלן.

ויעויין בתוס' ד"ה קנין דברים שנתקשו היאך חל חיובו של שו"ח להיות כשואל ותירצו שמשעבד את עצמו שאם יאנס ישלם. ובאו דבריהם סתומים מאי קס"ד בקושיתם ומה נתחדש בתיורצם.

ויעויין היטב בתוס' בכתובות [דף נד ע"ב ד"ה אע"פ] שנתקשו התוס' היאך יכול אדם לחייב עצמו ממון כשאינו לו נכסים ומדוע לא הוי קנין דברים ובשלמא כשיש לו נכסים יכול לשעבד עצמו ואף נכסים שיבואו אח"כ יחול עליהם השעבוד עיי"ש בכ"ד בזה, והביאו שתירץ רבינו אליהו דאדם יכול לשעבד גופו ולחייב

¹⁸ והא דהוצרך הקצות לדברי הב"ש נ' כוונתו דאי הוי זכיה וחיוב ממון ממש אם כן כשמקנה לו זכות בשדה זו לזמן פלוני ואין הוא יכול לסלקו בשום דבר ממילא יש כאן זכיה גמורה דלא חסר כאן כלום כדי שיזכה ודוק

¹⁹ דהנה בתיורצו של המ"מ צ"ב מאי שנא קנין משטר ולמה מהני בקנין טפי ובפשטו י"ל על פי דברי הרשב"א בתשובה אלף קמב הנ"ל דהקנין מתקן הלשון וזה לא שייך בשטר [וכן מוכח מהראיה שהביא הרשב"א מדין ודברים ואכ"מ] אמנם בהגהות מילואי חשן שם הביא מהכת"ס בגטין שפירש דהתחייבות בגופו שייך לעשות רק על ידי סודר ולא על ידי שטר שא"ל לחייב גופו בשטר שאין השטר קנין אלא בקרקע [וצ"ע שלדעת כמה ראשונים מפורש דחיוב ממון אפשר לעשות על ידי שטר כדאיתא בכתובות דף קב ע"א מחלוקת רש"י ותוס' בזה] והגרש"ר בשיעורים כתב כע"ז דחיוב לעשות פעולה אי אפשר לעשות בשטר ומוכן דהדרך הראשון שכתבנו הוא להצד דהא דמהני אתן הוא משום דמפרשין לשונו שנתחייב גוף הממון וביאור הגרש"ר הוא להצד השני שכתבנו ופשוט.

עצמו אף כשאין לו נכסים. ולמדו כן מהא דשו"ח מתנה להיות כשואל וכדברי התוס' דידן. וגם בדברי התוס' אלו לא נתבאר מדוע ס"ד דלא יוכל ומה חידש רבינו אליהו בתירוצו וצ"ע.²⁰

ועייש"ה ברא"ש ששם באו הדברים בסגנון אחר דבמקום שיש חיוב גמור ודאי שיכול אדם לחייב את עצמו אבל נתקשו כיצד יכול לשעבד נכסים לחוב שיחול לאחר זמן ועל זה תירץ רבינו אליהו שאפשר לעשות כן והוכיח ממתנה שו"ח וכו' שאף שחיובו חל כשבא האונס מ"מ יכול גם כעת לחייב ולשעבד עצמו לדבר.

והדברים צריכים ביאור דכיון דבאמת חיובו חל רק כשנאנס החפץ אם כן כעת לא הוי חיוב ממון אלא חוב להתחייב ממון והוי כקנין אתן והיאך מהני, וצ"ע.

ולפי כל זה נמצא שכחו להתחייב ממון הוא גם בדלית ליה נכסים וצ"ל דמש"כ התוס' לעיל דשעבדו נכסיהם לבנין הכותל הוא לאו דוקא, וצ"ע.²¹

רש"י ד"ה קנין דברים ואין חליפין קנין וכו' יש לדקדק אמאי נקט רש"י חליפין הרי הנידון דקנין דברים אינו דווקא בקנין חליפין אלא האם נתפס בכלל קנין בדברים, ובפשוטו בשאר קנינים שכולם ענינים תפיסה בחפץ מסויים כמשיכה אגב וכסף לא שייך כלל שיועיל כה"ג אבל בחליפין שעל ידי הגמ"ד הוא בזה הנידון אי מהני [עוד יש לדקדק בדברי רש"י אמאי נקט שעבוד קרקעות דוקא הרי אפשר לשעבד כל דבר בקנין וצ"ע].

ועיין בחידושי רבי נחום שכתב בדברי רש"י חידוש גדול והוא דאין חסרון כלל בקנין דברים בחלות ההתחייבות ואפשר שיתחייב אדם לעשות פעולת חלוקה וכל החסרון הוא מחמת שקנין חליפין אינו נתפס על דבר שאין בו ממש. ודייק הגר"נ בדברי התוס' שהקשו ממתנה שו"ח והסיפו התוס' 'ומוקי לה בקנו מידו' והתם בגמ' איכא שתי דעות היכי מיירי האי דינא אי בקנו מידו או דמשתעבד בההיא הנאה ואמאי הקשו התוס' דוקא למאי דמוקי לה בקנו מידו ומוכח דדוקא בחליפין לא מהני בדבר שאין בו ממש וכן דייק מסדר דברי הרמב"ם שהביאה עם הלכות חליפין

ושמענו כמה ראיות גדולות ליסוד זה: יעויין בתוס' רא"ש ב"מ דף מו ע"א דאיתא התם דמטבע אינו נקנה בחליפין משום דדעתא אצורתא וכתב שם התוס' רא"ש וז"ל ומטבע היינו טעמא דלא מיקני משום דדעת הקונה לקנותו בשביל צורתו וצורה הוא דבר שאין בו ממש דחשיבות הצורה אינו אלא על פי דבור המלך ואין קנין סודר נתפס בו, כדפריך בריש בבא בתרא וכי קנו מאי הוי ליהדרו בהו ומשני כשקנו ברוחות אבל אם קנו לחלוק אין הקנין מועיל בדבר שאין בו ממש עכ"ל. הנה הדברים מפורשים דחסרון דברים הוא בדין קנין סודר שהרי מטבע נקנה בכל קנינים לבד מסודר.

ועוד ראיה מדברי הרמ"א דיעויין בשו"ע [חו"מ סי' רג ס"א] שכתב שם כמה דברים שאינם נקנים בחליפין ובתוכם כלל גם קנין דברים [ולשונו שהוא לשון הרמב"ם משמע להדיא דהוא דין בקנין חליפין] והרמ"א שם בסעיף י הביא מחלוקת בכל הנהו דברים אי מהני כשקונה אותם יחד עם דבר הנקנה בחליפין ופשטות פשט דבריו וכן מפורש בסמ"ע שם בסק"כ דגם בקנין דברים כן הוא שאם קנה בסודר קרקע וגם נתחייב ליתן דבר מועיל לדעה אחת.

²⁰ ולשון התוס' בתירוץ שם 'שמשעבד גופו לזה החוב מעתה ולכשיהיו לו נכסים חל שעבודו מעתה' ונראה מדבריהם שבאמת אי אפשר שיחול חוב בעלמא אגברא אלא מכח מה שבעתיד יחול על הנכסים חל כבר מעתה על הגברא וצ"ע.

²¹ ולהאמור לעיל ניהא דכח חיוב הגוף הוא מחמת שעבוד הנכסים שיבואו למחר ולכן נקטו התוס' לעיל לשון זה.

ובהגהות יעב"ץ בקידושין דף ח ע"ב כתב דהנהו דברים הנקנים באמירה מהני בהו גם לקנות דברים עיי"ש ומבואר כנ"ל דהחסרון הוא במעשה הקנין ולא בחלותו.²²

תוד"ה כי רצו וכו' משמע מתוס' דווקא מחמת שחייבו עצמם בממון לכותל לא הוי קנין דברים אבל בהתחייבות לבנות לא מועילה ועיין ברשב"א שכתב כן להדיא ויל"ע להסוברים דאתן מועיל ובתורת התחייבות ליתן ולא חיוב ממון [הסמ"ע והקצה"ח הנ"ל] לכאורה גם אתן או אבנה כותל יועיל ויתחייב לבנות כה"ג.

תוד"ה רב אשי וכו' מבואר מדברי התוס' דבעינן שיחזיק כל אחד בשלו ולא סגי במה שאחד מהם מחזיק וכ"כ בטור בסי' קעג בשם הרמב"ם כהתוס' אבל יעויין ברא"ש כאן שכתב דסגי במה שהחזיק אחד מהם וממילא זכה השני בחצי האחר וכדרך ששנינו כיון שזכה זה נתחייב זה בחליפיו וכן כתב הרשב"א כהרא"ש. ועיין בב"י בסי' קנז שהביא הגהות מיימוניות שכתב לז' דהילוך הוי קנין גרוע ולא מהני בעלמא אלא בחלוקת שותפות וזוה בעינן שכ"א מהם יחזיק, אבל בחזקה גמורה סגי במה שאחד מהם מחזיק. והדברים סתומים, דאי לא מהני הילוך בעלמא אמאי מהני בחלוקה, ואי מהני אמאי צריך שיעשוהו שניהם. ועיין בחזו"א בסי' א אות ד שהילוך חשבוהו חכמים כקנין כששניהם הולכים אבל הילוך של אחד לא חשיב קנין וצ"ע [ואפשר דכוונתו דהילוך אינו חזקה אלא סיום וגמר החלוקה וכמו שכתב שם דכיון שהכיר כ"א את חלקו והלך שם גמר בדעתו וזוה לא סגי באחד מהם דההילוך של אחד לא מחייב את השני וממילא אין מועיל כלום דאי אפשר שיזכה זה בלא זה אבל חזקה הוי כאילו קונה מהשני את חלקו וממילא נקנה שלו לחברו כדין חליפין וכמו שכתבו הראשונים ועיין בזכרון שמואל בסי' נב אות ב עד"ז].

והנה איתא בגטין דף מח ע"א דדין אחים שחלקו תליא בדין ברירה דלמ"ד יש ברירה דינם כיורשים ולמ"ד דאין ברירה הוו לקוחות ומחזירים זה לזה ביוכל והנה אי כלקוחות דמו הוי לכאורה קנין חדש לגמרי ודינם כלוקחים זמ"ז וצ"ב אמאי מהני בזה הילוך וראה להלן שיתבאר דהוי מעשה חלוקה לכו"ע וא"ש ויל"ע ברעת התוס' מאי שנא מחליפין דסגי שיחזיק אחד ובמה פליגי על הרא"ש [ולהלן יתבאר מיסוד דברי הגרי"ז דהכא לא הוי מקח אלא חלוקה וי"ל דבחלוקה בעינן ששניהם יקנו] וע"ע בתשובת הרשב"א ח"א סי' אלף רכו שביאר דהנך חליפין לאו חליפין ממש הוו אלא דמים כעין חליפין עיי"ש וצ"ע כוונתו.

שם בתוס' שלא אמרו זל"ז וכו' צ"ב אמאי הכא לא בעינן לך חזק וקני כשאר קנינים ועיין ברא"ש שביאר דהא דבעינן לך חזק וקני הוא בדבר שאין לו בו חלק אבל כאן שהקרקע של שניהם אי"צ ועיין ברשב"א כאן שכתב כעיי"ז דהוא בירור חלקים ולא זכיה בדבר חדש וצריך ביאור כנ"ל שהרי מפורש בגמ' בגטין דלהצד דאין ברירה אחים שחלקו לקוחות הם והיינו דכל אחד מהם קונה חצי מסויים של השדה כנגד חציו הבלתי מבורר שהיה לו לפני כן וזה מקח ממש ולמה לא בעינן לך חזק וקני.

ועיין בזכרון שמואל בסי' נב בשם הגרי"ז שכתב שם לבאר דדין חלוקה לכו"ע אינו מקח מחדש אלא הוי דין ומעשה חלוקה ואין בזה מעשה מכירה כלל אלא דנחלקו אם מה שנעשה בעלים על ידי החלוקה הוא בעלות חדשה ובדין לוקח או דהוי כיוורש על זה עיי"ש והדברים סתומים [ומו' הגר"ר שליט"א ביאר דפרשת חלוקה אינה מכירה ולא מתנה אלא פרשה בפ"ע הנלמדת מחלוקת הארץ ונתחדש בה דכאשר יש לאחד חלק שאינו מסוים יכול לסיים ולברר חלקו שיהיה מעתה זכותו מתקיימת לו בצד פלוני וזה כח

²²וע"ע בר"י מיגאש בדף קמז דשם מפורש דלשון יטול דבבריא הוי קנין דברים מהני בשכיב מרע והראשונים הקשו דהוי קנין דברים ובדבריהם ודאי מוכח דאינו ענין לסודר ולקנין אלא דאי אפשר שתחול כזו התחייבות אך בדברי הרי"מ צ"ע בכוונתו עיי"ש ואכ"מ

חלוקה אלא דלמ"ד יש ברירה מעיקרא לזה היה דין ירושתם ולמ"ד אין ברירה נתחדש כחו עתה והוי כלוקח אבל קנינו לכו"ע דין חלוקה הוא ולא מקח].

ועיין בט"ז בסי' קג ס"י שכתב דאף אי אחים שחלקו לקוחות הם כ"ז בינם לבין עצמם אבל כלפי אחרים חשיבי כיורשים ונ"מ למ"ד רשות יורש לאו כרשות לוקח והגוזל והוריש לבניו לא זכו בשינוי רשות ה"ה אף אם חלקו דלא הוי שינוי רשות ומבואר כהנ"ל דהוי חלוקה ולא מקח מחודש ועל פי זה **ביאר הגרש"ר שם בזכרון שמואל** דלהכי לא צריך לך חזק וקני שאין כ"א צריך דעת מקנה של השני אלא סגי לו בהסכמה בלבד.

ובעיקר דברי התוס' נחלקו הראשונים, דהרמב"ן והרשב"א סברי דבעינן שיאמר לך חזק וקני **ובעיקר הנידון אי בעינן לך חזק וקני וכו'** **צ"ע מסוגיא דב"מ** דף לא ע"ב דאיתא התם דשותף יכול לחלוק שלא מדעת חברו ואי"צ אלא הדיוטות שישומו לו **ועיין ברשב"ם לקמן בדף קו ע"א ד"ה הכי נמי וכו'** דמבואר דאף בקרקע הוא כן ותמוה מאוד דאם כן אי"צ כלל לדעת מקנה וללך חזק וקני וכל מה דבעי כלל הסכמת חברו הוא כדי שלא יצטרך לבי"ד על השומא [בדבר הצריך שומא שמעות יכול לחלוק אף שלא מדעת חברו כלל כדאיתא התם] ואם כן למה בעינן לך חזק וקנין לדעת הרמב"ן, **ועוד קשה טובא** דהרי התם בהכרח חלה החלוקה על ידי קנינו של אחד מהם שאין השני כאן וזה זוכה בחלקו ואוכלו אם ירצה ומאי שנא הכא דסברי התוס' דבעינן שני קנינים

[ואפשר לבאר בפשיטות שהרי הדין מבואר בדבר שיש בו כדי חלוקה האחד כופה את השני לחלוק וברור ופשוט דכפיה זו אינה בכפיה בשוטים עד שיאמר רוצה אני אלא ביד חולקים בעל כרחו כי לכל שתף יש זכות לחלוקה ומעתה הדבר דומה לגבית חוב דבודאי שגובה קרקע מרצון הלווה הרי ביד הלווה להחליט איזה קרקע יתן והמלווה צריך קנין גמור בקרקע [כדאיתא להדיא בראשונים בגטין דף כ ע"ב דבעינן קנין גמור] אך כשבי"ד גובים בעל כרחו יש להם הכח ליריד לנכסיו בלא קנין כדי לקיים זכות המלווה וה"נ הכא כשחולקים מרצונם וחל הקנין מחמת הסכמתם בעינן קנין גמור וגם ששניהם יקנו דלא חל האחד בלא חברו אבל כשהאחד איננו והחלוקה חלה מכח ההכרח לקיים זכות האחר לחלוקה חלה גם בלא קנין השותף ודוק]

דף ד ע"א

לפיכך וכו' פשיטא ראה ברש"י שפירש דאין קושית הגמ' פשיטא כמשמעה אלא דכוונת הגמ' דאף אלמלי דין המשנה ששניהם בונים בעל כרחם היה הדין כן שהכותל של שניהם, **וכן פירשו התוס' לעיל** [דף ב] **אך הרי מיגאש פירש** דקושית הגמ' היא כמשמעה 'פשיטא' דהדבר פשוט דכיון שהוטל על שניהם לבנות הכותל ממילא הוי הכותל בחזקת שניהם ולא הוצרך התנא לכתבה. וכן מוכח מדברי הר"ח המובאים בהגהה בפ' רש"י וכ"ה משמעות הרמב"ם והרי"ף [יתבאר המקור לזה בתי' הגמ']

ויעויין בקצה"ח [סי' קנו סק"א] שעמד בשי' הר"י מיגאש והקשה מדוע לא הקשתה הגמ' כן דסו"ס אין צריך לדין לפיכך כלל שהרי בלא"ה חולקים²³ **ותירץ הקצות** דזה לא קשיא כלל שהרי נ"מ היכא שאמר האחד כולה שלי ואני בניתיה והאחר אמר חציה שלי וביחד בנינו דאז מצד דין הספק יחלקו שלשה רבעים ורביע ומכא דינא דלפיכך חולקים בשוה ולכן בעינן לפיכך במתני'. **ובאמת שהוא קושיא על פירוש רש"י ותוס' שפירשו דמאי קמ"ל לפיכך הרי קמ"ל טובא כה"ג**, ועמד בזה כבר הרשב"א וביאר לדרכו ויתבאר להלן

²³ לא הקשה הקצות מדוע לא פירש הרי"מ כרש"י, דאדרבה פירוש הרי"מ מדוקדק טפי בלשון הגמ', וע"ע בשיעורי הגרש"ר אות פה, ודע כי הרי"י מיגאש לעולם לא תמצא שידחק בלשון הגמ' מחמת קושיא, ופירושו לעולם הם במשמעות הפשוטה של הגמ' ואכמ"ל.

בשיטתו. ובחי' הגר"נ [לעיל בדף ע"ד תוד"ה לפיכך] תירץ דהאומר חציה שלי יש לו מגו דכולה שלי, ובאמת גם בשנים אוחזים בטלית הוא כן וכבר הקשו כן התסו' בריש ב"מ ותירצו בתי' אחד דלא מהני משום דהוי מגו להוציא והכא כשתפס לאחר לידת הספק לא חשיב מגו להוציא ונאמן במגו דכולה שלי.

והנה הגמ' מתרצת דנפל לרשותא דחד מינייהו, וצ"ב כיצד נקטה הגמ' להס"ד, ולהיכן נפלו האבנים, וראה ברש"י שכתב ש'על כרחם היו חולקים האבנים שהרי ברשות שניהם היו מונחים ויד מי מהם תגבר' ויש לפרש בכוונתו שנפלו האבנים בשווה לרשות שניהם או שנפל ונחבס הכותל במקומו וכ"כ הרשב"א ורבינו יונה²⁴ וצריך ביאור מאי ס"ד דמקשן לפרש מתני' באופן כזה ולהקשות מזה פשיטא.

ועיין בגמ' בב"מ בריש הבית והעליה [דף קטז ע"ב] שדין המשנה שם הוא כעין דין מתני' דידן ושם דהבית והעליה שנפלו חולקים באבנים ובעצים ופריך בגמ' ולחזי ברשותא דמאן קיימא – ותועיל חזקתו – ומשני הגמ' שלשה תירוצים: דנפל לחצר של שניהם או לרה"ר או אף דנפל לרשות האחד ושותפין לא קפדי אהדדי, ותמיהו התוס' שם דהתם היה פשוט לגמ' להס"ד דנפל לרשות האחד והכא הוא איפכא דהיה פשוט להס"ד דנפל לחצר שניהם, ותירצו התוס' דהמקשן דידן סמך על הסוגיא שם דאחר דהמשנה שם מתפרשת באופן דנפל חצר של שניהם או לרה"ר הבין המקשן דידן דהוא הדין הכא מיירי כה"ג ולכן הקשה.

ומבואר מכ"ז שדין הכותל בלא נפל לרשות האחד הוא יחלוקו ולכן פריך פשיטא לרש"י ותוס', ואמנם צריך ביאור מאיזה דין פוסקים כאן חלוקה, והתוס' כתבו דהוי ספק דררא דממונא שדינו יחלוקו ואף לרבנן דסומכוס היכא דליכא מוחזק, ואולם רש"י כתב דעל כרחם חולקים שהרי ברשות שניהם מונחים האבנים וכו' ומשמע דמחמת ששניהם מוחזקים באבנים חולקים וכדין שנים אוחזים בטלית, וכן פירש הרשב"א. ואמנם צ"ב דאי מיירי שהכותל נפל במקומו הרי הספק אף על המקום ומדוע חשיבי מוחזקים,²⁵ ועמד בזה הרשב"א ויתבאר בשיטתו להלן.

בגמ' לא צריכא דנפל לרשותא וכו' אף בתירוצי הגמ' נחלקו הראשונים ולשיטתם: שיטת רש"י ודעימיה תי' הגמ' מתפרש לדרך רש"י דכה"ג שנפל לרשות האחד אלמלי הלפיכך היתה מועלת חזקתו ותפיסתו ומחמת הלפיכך אמרינן שחזקה ששניהם בנאווה. ולפי זה עולה לדינא: א) דבמקום שאין מוטל על שניהם לבנות כגון בבקעה היכא דנפל הכותל לרה"ר או לרשות של שניהם חולקים והיכא דנפל לרשותא דחד מועילה תפיסתו. ב) דבמקום שמוטל על שניהם לבנות נקטינן בודאי ששניהם בנאווה ואין מועילה תפיסת האחד. וקשה דיעויין בגמ' בב"מ שם דקאמר [בתי' השלישין] דאף בנפל לרשותא דחד מינייהו לא מועלת חזקתו כיון דשותפין לא קפדי אהדדי, ואם כן מדוע הכא מועילה חזקתו אלמלי שהיה הכותל בחזקת שניהם. וכבר הוכיח כן הר"ח המובא בהגה ברש"י כאן שתפיסת האחד לא מהני מהגמ' שם. והתוס' בד"ה לפיכך יישבו קושיא זו לדרכם ויתבאר במקומו. אך לדעת רש"י קשה, ושמוא סובר רש"י שהגמ' נקטה כאן

²⁴ וכתב הרשב"א דאף שהוא דבר שאי אפשר במציאות שיפול הכותל ולא יתפזרו האבנים הגמ' דרך קושיא ותירוצי מבררת פשוט המשנה דהחידוש הוא משום דנפל לרשותא דחד. וראה להלן דהגמ' בהבית והעליה מוקי מתני' דהתם בנפלו לרה"ר או לחצר של שניהם, אבל הכא ג"ז מן הנמנע שכותל שבין שתי חצרות יפלו אבניו לרשות שלישית משותפת או לרה"ר.

²⁵ ואם נפרש דלהס"ד נפל הכותל ונתפזרו האבנים בחצרות שניהם בשווה ניחא דודאי חולקים אך לפי זה אין החלוקה מפני שיד מי מהם תגבר אלא מפני שכ"א תפוס באבניו וצ"ע.

כתירוצי הגמ' האחרים שם ולא ס"ל לסברא דשותפים לא קפדי אהדדי. ויש לפרש באופן נוסף ראה בהערה.²⁶

שיטת הר"י מיגאש ודעימיה הר"י מיגאש פירש בתי' הגמ' וכ"ה בר"ח בהגה ברש"י דאף שנפל לרשותא דחד מינייהו מ"מ קמ"ל מתני' דחולקים כיון דשותפים לא קפדי אהדדי. ולמדנו מדבריו תרתי: א) דלדינא מועילה תפיסה [כגון היכא דלא הוה שותפין] וזה כמו שלמדנו מדברי רש"י [ולאפוקי משיטת התוס' ב) דאף במקום שמוטל על שניהם לבנות וחזקה ששניהם בנו מ"מ מועילה תפיסה [כגון שאינם שותפים וכנ"ל] ובוזה פליגי ארש"י ותוס' דאינהו סברי דראית לפיכך מועילה להוציא מתפוס ולהרי"מ ודעימיה אינו כן דהלפיכך הוא רק סתמא דמילתא אבל תפס האחד וטען בברי שבנאה נאמן ולכן הקמ"ל הכא דאין כאן תפיסה המועלת לפי ששותפין לא קפדי אהדדי. ופירוש זה בתי' הגמ' הוא אפשרי רק לשיטת הרי"מ בקושית הגמ' דאילו לרש"י ותוס' דקושית הגמ' היא דלא בעינן לפיכך מה משני דקמ"ל דשותפין לא קפדי סו"ס הרי לא בעינן להלפיכך, ולכן לדרכם בהכרח תי' הגמ' דחידוש הלפיכך הוא גם כשנפל לרשות האחד. ובאמת לדרך רש"י ותוס' קשה מהגמ' בב"מ דשותפים לא קפדי אהדדי וכבר כתבנו בזה לעיל.

ויל"ע בעיקר הדין דשותפין לא קפדי אהדדי ומקורו מהסוגיא בב"מ הנ"ל שהגמ' משני כן דמשו"ה חולקים אפילו בנפל לרשות האחד, ונתקשה בזה השער משפט [בסי' קסד סק"א] דבשלמא אם היתה תפיסתו מועילה בתורת ראיה שלקחה י"ל דאין חברו מקפיד ולכן לא מחה אבל בנפל לרשות האחד הרי ודאי דאין ס"ד שיועיל בתורת ראיה אלא מחמת שיש ספק דררא דממונא לפנינו והוא תפוס וכה"ג שיש ספק לפנינו לא בעינן תפיסה מוכחת [וכן הרי מוכח מיניה וביה דתפיסה שמחמת נפילה אינה מוכחת כלל] ומאי איכפת לן דלא קפדי. [ולדרך התוס' מיושבת קושיא זו היטב וכמו שיתבאר להלן אך לשא"ר קשה] אך באמת יעויין ברש"י בב"מ שם שביאר דמחמת דלא קפדי אהדדי הם משאילים מקום האחד לחברו כפי צרכיו וממילא חפץ הנמצא ברשות אחד מהם אין זה תפוס בו כלל שהרי להצד שהוא של חברו השאיל לו המקום, ולפי זה א"ש.²⁷ אבל מדברי הרי"ף והרמב"ם בסוגיין נראה שפירשו הענין באופן אחר, ועיין בזה בחידושי הגר"נ [אות נה]

תוד"ה לפיכך וכו' [לעיל ברף ב] וא"ת וכו' בדפריך בגמ' גבי בקעה וכו' ראית התוס' מקושית הגמ' היא לפי שהבינו קושית הגמ' גבי בקעה שאם לא יהיה חזית יחלקו המקום והאבנים מספק, אך ראה ברש"י להלן בע"ב שפירש דקושית הגמ' דאם לא יעשו חזית ויפול הכותל יחלקו מחמת שיהיה מוכח ששניהם בנו ממה

²⁶ דיעויין ברמב"ן בב"מ שם שהביא ראית הר"ח מסוגיא דהתם לדחכא וכתב דלא דמי דהתם שמא ושמא הם אבל הכא כשטוען בברי מהני לו תפיסתו, וצ"ב דסברת שותפים לא קפדי אהדדי נתבארה ברש"י שם וכ"ה ברמב"ן דכ"א מהם משאיל מקום לחברו כפי הצורך ונמצא שהאבנים מונחות ברשות של שניהם כי היא מושאלת לחברו ואם כן מה תועיל טענת ברי הרי אין כאן תפיסה כלל, וי"ל בפשיטות וכ"פ הגר"נ דכשטוען ברי הרי בכלל טענתו שאינו משאיל מקום זה לחברו אלא משמשו לאבניו אלו שהם שלו ומעכב המקום והאבנים לעצמו ובודאי הוא מוחזק גמור בחצרו כשאינו משאילה.

²⁷ ואכתי צ"ע דכשטוען ברי שהוא שלו הרי גם אינו רוצה להשאיל המקום לחברו והוא צועק שהוא מקפיד והיאך נאמר שאינו מוחזק בחצרו שלו ובאבנים המונחים בה. [והתם בב"מ איכא לאוקמה בטענת שמא וכמש"כ הרמב"ן שם ראה בהערה לעיל]

שלא עשה אחד מהם חזית, וכתב הרשב"א [לעיל בדף ב] שלפירוש רש"י אין מקום לראית התוס' שבכותל חצר שלא תקנו חזית אין ראייה מהעדר החזית ששניהם בנאוה.²⁸

וצ"ב בדברי רש"י מדוע פירש דקושית הגמ' מחמת הראייה ממה שלא בנו חזית ולא פירש בפשיטות מחמת שיחלוקו מספק, **ופשוט דאזלו לשיטתייהו** שרש"י נראה מדבריו שפירש תי' הגמ' דידן כפשוטו דבנפל לרשותא דחד מינייהו מועלת תפיסתו מספק אף בלא ששהו ברשותו הרבה הוקשה לו קושית הגמ' דלא יעשו ומדוע לא יעשו והתוס' הוכרחו מכח זה לבאר דתי' הגמ' דידן הוא דשהו ברשותו הרבה אך רש"י מחמת זה פירש דקושית הגמ' שם היא שהעדר החזית יוכיח ואז אין מקום לקושית התוס' ופשוט.

ויעויין במהרש"א ובמהר"ם שהקשו שהיה להם להתוס' להקשות בפשיטות דלא יועיל בנפל לרשותא דחד מינייהו משום דשותפים לא קפדי אהדדי כדמסיק בריש הבית והעליה. **וכוונת קושיתם** דהתם פריך הגמ' להדיא ולחזי ברשותא דמאן וכו', ומשני דשותפין לא קפדי אהדדי הרי מבואר דאף בלא הלפיכך דמתני' אין מועיל מה שנפל לרשות האחד. **ותירצו** דדוקא בדבר שידוע שהוא של שניהם בזה אמרינן שותפים לא קפדי אהדדי וכדמבואר מדברי הר"ח בהגה בפירוש רש"י. **ויתבאר לקמן** מה שיש לדון בדבריהם מסוד' התוס'.

וממש"כ התוס' דהכא ליכא חזית לאחד מהם הוכיח הש"ך [סי' קנו סק"י] דסוברים התוס' דמהניא חזית בחצר אף במקום שהבנין מוטל על שניהם [למ"ד שמייה היזק וכן למ"ד לאו שמייה היזק בקנו מידם] **ויעויין שם בקצה"ח** [סק"ו] שחולק על הש"ך וביאר דבמקום 'לפיכך' לא מהני חזית נגד ההוכחה דמסתמא שניהם בנאוה ושיעור קושית התוס' כך הוא דגם אלמלי דינא דמתני' דבונים באמצע ולפיכך וכו' נמי היה הדין דחולקים דאלמלי שהיה מוטל על שניהם לבנותו היו חולקים מחמת שאין חזית. **ונראה מדברי הקצות** שהבין את ראית הש"ך מהתוס' ממה שנקטו כן בלשונם דליכא חזית ולכן דחה דאחר הלפיכך לא מהני החזית. **ועיין במילואי חשן** על הקצות שפירש דראית הש"ך היא מגוף קושית התוס' דאי נימא דאחר הלפיכך לא מהני חזית אם כן אין מקום לקושית התוס' כלל דקמ"ל לפיכך שחולקים אפילו במקום חזית. וע"ע בחי' הגר"נ.²⁹

שם בתוס' והא דאמרינן **בהשואל וכו' היינו וכו' חילוקם מבואר** דהכא הוי תפיסה אחר שנולד הספק ואילו התם הוי תפיסה קודם שנולד הספק. **ובפשוטו כוונתם להכליל** דלא מהני תפיסה אחר לידת הספק דקיי"ל תקפו כהן מוציאים מידו. **ועיין בתוס' בב"מ שם** [דף ו ע"ב] שחילקו כן דאחר לידת הספק לא מהני תפיסה וקודם לידת הספק מהני. **ויעויין בקונטרס הספיקות** [כלל ב ס"ז] שהקשה מדברי התוס' והרא"ש בכתובות [דף כ ע"א ד"ה ואוקי] אשר שיטתם שם היא דמהני תפיסה בטענת ברי אפילו אחר לידת הספק והכא הרי בטענת ברי עסקינן. **ומכח זה צידד לומר** דהתוס' דידן פליגי וס"ל דלא מהני תפיסה בטענת ברי וכדברי התוס' בתירוצם האחר שם ושאר ראשונים שלא מחלקים בזה. **אך יעויין בתוס' לקמן** [דף קה ע"א סוד"ה אבל וכו'] שאף שם נקטו דמהני תפיסה בטענת ברי ואם כן סתרי דברי התוס' במסכתין אהדדי.

ועיין שם בקונטרה"ס מש"כ בשם אחיו דהתוס' דידן אין כוונתם לומר דבעלמא לא מהני תפיסה אלא דבפסק יחלוקו אין מועילה תפיסה אף בטענת ברי כיון שנפסק להם הדין קודם לכן שיחלוקו ולא תועיל התפיסה לשנות הפסק, ואינו דומה לתפיסה מפסק המע"ה דלכתחילה נפסק דהמוחזק זוכה ואף עתה כן הוא אלא

²⁸ אלא דהא גופא מנ"ל דבחצר לא תקנו חזית וגם למה לא תקנו חזית בחצר, וראה ברשב"א בסוגיין שפירש דבבקעה שאנשים רואים את הכתלים מהני החזית אבל בחצר שאין נכנסים לשם בנ"א יוכל בקל להסיר ולקלף החזית ולא יוודע הדבר ולכן לא תקנו חזית כלל בחצר וגם כשיש חזית אין היא ראייה על בנין הכותל.

²⁹ ובגוף הענין נחלקו ראשונים לקמן בע"ב, וע"ע בדף ה ע"א תוד"ה מארבע ובנחל"ד ופני שלמה שם.

דהועילה תפיסתו ליחשב כמוחזק. ועיקר הסברא שכתב הקוה"ס. דלכך מהני תפיסה ממוחזק הרי מבוארת להדיא כן בדברי התוס' לקמן בדף קה עיי"ש. וראית התוס' דידן ממחליף פרה בחמור ודחיתה מתפרש דמשם הוכיחו דמהני התפיסה אף שעיקר הדין היה חלוקה מדין דררא דממונא ולזה חילקו דהתם מעולם לא היה פסק חלוקה ולכן מהני תפיסה וכו'. וכתב הקוה"ס דלפי זה שיטת התוס' היא להיפך משיטת הרמב"ן הסובר (בב"מ דף ו ע"א) דלעולם לא מהני תפיסה ממוחזק אבל מפסק יחלוקו מהני תפיסה. וביאורו של הקוה"ס מדוקדק היטב בלשון התוס' שביארו דלהכי לא מהני תפיסה דלא יפסיד האחר כחו וכו' עיין בדבריהם. וע"ע בחי' הגר"נ מש"כ בזה.

ויעויין בשטמ"ק כאן בשם התוס' רא"ש שנחלק ע"ד התוס' וכתב דאע"ג דאם היו באים וכו' אבל לא נולד לן ספק קודם הנפילה ואפשר שאם היה תובעו היה הלה מודה לו שהוא שלו 'הלכך דמי למחליף פרה בחמור והבית והעלייה שנפלו ואזלינן בתר חזקת ממון ולא דמי לשנים אוזנים בטלית אחד שכבר נודע הספק קודם שתקפו האחר. עכ"ל הרי מבואר מדבריו שבאמת עיקר הנידון הוא אם לדמותו להא דקיי"ל דלא מהני תפיסה מפסק חלוקה ולדין תקפה אחד בפנינו שהוא דין תפיסה מחלוקה.³⁰ ונראים הדברים שהרי התוס' כאן לא הזכירו הראיות האחרות בדין תפיסה לאחר שנולד הספק לבד מקושייתם מהבית והעליה וממחליף פרה בחמור, ואילו במקומות האחרים בש"ס שדנו התוס' בענין זה לא הזכירו כלל דין כותל דסוגיין ודין הבית והעליה, ומזה נראה שנדיון תפיסה מיחלוקו ונידון תפיסה ממוחזק שני נידונים נפרדים הם ואין לדמותם זל"ז כלל.

שם בתוס' והא דלא אמר הכא כדא"ג וכו' ענין דררא דממונא לשיטת התוס' הוא שיש ספק בלא טענותיהם לבי"ד וזה שכתבו הכא דאיכא דררא דממונא ע"כ כוונתם דבעוד שהכותל קיים כבר נולד הספק וכמו שכתבו לעיל דמשו"ה חשיב תפיסה אחר לידת הספק. ולפי זה התוס' רא"ש שחולק וסובר דלא נולד ספק קודם שנפל הכותל לדרכו לא הוי נמי דררא דממונא. והתוס' לשיטתיהו אזלי. ועיין בחי' הגר"נ שהעיר לפי"ז בדברי רבינו יונה [בדף ד] שכתב כהתוס' רא"ש דלא נולד הספק עד שנפל הכותל ומ"מ כתב דהוי דררא דממונא, אך ביאר הגר"נ דלק"מ דרבינו יונה שם פירש ענין דררא דממונא באופן אחר מהתוס' והוא דלשניהם יש שייכות ממון בכותל ולא תליא בספק בלי טענות ופשוט.

³⁰ אך מבואר מזה דאין הבדל לענין זה בין חלוקת טלית לבין חלוקה בדין דררא דממונא. [ומכאן סתירה להסבר שכתב בחי' הגר"נ לבאר בדברי התוס' מדוע לא מהני תפיסה מיחלוקו עיי"ש] וטעמם של התוס' מבואר כמש"כ הקוה"ס דבכל מקום שחל פסק על הממון לא ישתנה עיקר הפסק על ידי תפיסה לבד מהמע"ה שכל עיקר הפסק הוא שעל המוציא להביא ראיה.

ויש להוסיף בכל זה שאנו רואים מחלוקת ראשונים יסודית בעיקר הסוגיא דת"כ. שהרמב"ן בתחילת הסוגיא שם כתב דקיי"ל דתקפה אחד בפנינו מוציאים אותה מידו וכן קיי"ל דתקפו כהן מוציאים מידו אלמא לא מהני תפיסה, ואחר הקדמה זו האריך בקושיות ותיורצים לבאר דין התפיסה מתי מועילה ומתי אינה מועילה. וכ"ה גם ברמב"ן וברשב"א בכתובות בדף טז שהשוו לגמרי דין תקפה אחד לדין ת"כ. ובסו"ד הרמב"ן שם בב"מ כתב להדיא דהא דלא מהני התפיסה בתקפה אחד בפנינו היינו משום שכ"א מוחזק בחצי הטלית. הרי מבואר להדיא מדבריו תרתי: (א) דמחלוקה פשיטא ליה טובא דמהני תפיסה. (ב) דהטעם לדין תקפה אחד בפנינו הוא מחמת המוחזקות. ואילו מדברי התוס' בכתובות והרא"ש מוכח להדיא דפליגי בהנך תרתי שהרי שיטתם דמהני תפיסה בטענת ברי ומ"מ לא מהני תקיפת האחד בפנינו. ומוכח מזה תרתי: (א) דמחלוקה לא מהניא תפיסה כלל וגריעא תפיסה מחלוקה מתפיסה בעלמא שהאף בטענת ברי אינה מועילה. (ב) דטעם הדין דתקפה אחד הוא משום תפיסה מיחלוקו ולא מדין ת"כ מוציאין מידו. ודברי התוס' והתוס' רא"ש דידן מתאימים היטב לשיטת התוס' והרא"ש בזה דהכא הנידון הוא תפיסה מחלוקה ובזה אף טענת ברי לא מהני וגם מה שכתב דל"ד לתקפה אחד ונקט תקפה אחד דייקא שזה המקור דלא מהני תפיסה מחלוקה ואף בטענת ברי.

ועיין בקצה"ח [סי' קנו סק"ג] שתמה בדבריהם מדוע חשיב הכא דררא דממונא טפי משנים אוחזים בטלית דמוכח בסוגיא ובתוס' בריש ב"מ דל"ה דררד"מ. וכוונתו דכמו דהתם אמרינן דלא חשיב ספק היכא שאינם טוענים אף הכא מדוע ניתן לב להסתפק בדבר היכא שאין שניהם טוענים. **אך עיין בתוס' ר"פ בריש שנים אוחזין** שביאר דטלית ל"ה דררד"מ מפני שאם היו שותקים היינו תולים שהיא של שניהם ולפי זה ניחא דדוקא באוחזים שייך לומר כן אבל בכותל יש להסתפק על המקום והאבנים למי הם.

והקצות כתב ליישב קושית התוס' וחידש דהכא הוי תרווייהו מוחזקים בכותל דומיא דשנים היושבים בצד ערימה שפסק הרמב"ם דיחלוקו מדין שנים אוחזים. ועיין בקה"י [סי' א] שתמה דל"ד כלל דהתם שהם יושבים בסמטה בצד ערימה המקום מושאל לשניהם להנחת חפצים אבל כאן שיש ספק על גוף המקום היאך הוו מוחזקים בו. [עיין ברשב"א בסוגיא בדף ד' במש"כ שמסתמא חלק חצרו של כ"א מתפשט עד מחצית מקום הכותל וצ"ע כוונתו שם]

שם בתוס' ומת"ר ר"י דהיינו הך דפריך וכו' ראה לעיל שנתבאר בזה מחלוקת ראשונים, דשיטת רש"י וכן התוס' דידן דקושית הגמ' פשיטא היינו דאין צורך להלפייכך והר"י מיגאש פליג וע"ע במש"נ שם קושית הרשב"א והקצות דנ"מ בזה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי.

שם בתוס' פ"י דשהו ברשותו הרבה וכו' עיין בחי' הרע"א שנתקשה בתירוצם דממ"נ אם סברת שהו ברשותו הרבה מועלת להאמינו בטענתו אם כן יכלו התוס' לתרץ בפשיטות דמכח דשהו ברשותו הרבה ס"ד שיהיה נאמן לומר אני בניתיה וקמ"ל דאינו נאמן דאנ"ס שלא עשאה לבדו. ומדוע הוצרכו התוס' בזה לדין מגו.

ועיין בחי' הגרנ"ט שביאר דברי התוס', ויש להקדים בעיקר סברתם של התוס' דבשהו ברשותו הרבה נאמן הוא מדין חזקה משת"י אדם שלו הוא והיינו דבשותפין ליכא להך חזקה משום דלא קפדי אהדדי אבל בדבר שאין רגילות להקפיד חזר הדין דחזקה משת"י אדם שלו. וחידש הגרנ"ט דהך חזקה אינה בירור והוכחה אלא מהני לאשווי טענת לקוח כספקי³¹ וזוכה מדין מוחזק.³² ולכן היכא דטוען אני בניתיה לא יזכה דבטענה זו לא חשיב מוחזק כלל דהוי תפיסה לאחר שנולד הספק, ורק בטענת לקוח זוכה בדין מוחזק דכלפי טענת לקוח הוי תפיסתו קודם לידת הספק. והדבר מוכרח מיניה ובי הדאם כל תוקף מה ששהו ברשותו הרבה הוא לעורר ספק הרי בטענת אני בניתיה בלא"ה יש ספק וכ"כ הוי ספק עד דחשוב דררא דממונא ומ"מ לא מועיל תפיסתו ומה יושיענו מה ששהו ברשותו הרבה.³³

³¹ יש להרחיב בביאור הדברים, דהנה יש לשאול מדוע אין אדם נאמן בטענת לקוח בכל חפץ אף בעשויים להשאל ולהשכיר וכיו"ב הרי הוא מוחזק וטוען ברי. ובקושיא זו נתקשה הקוב"ש בח"ב סי' ט ועיי"ש שכתב בזה דברים מחודשים מאוד. אך הגרנ"ט כפה"נ נקט באופן פשוט דבעלמא ליכא ספק כלל דטענת אדם שקנה את החפץ אינה חשובה לעורר ספק נגד חזקת הממון ואינה כלום ולא מועיל מוחזק ותפיסה אלא במקום ספק. ומכאן שורש ההסבר בדברי התוס' דחזקה משת"י אדם שלו אינה אלא לעורר ספק, דבזה די כדי שיזכה בטענתו.

³² ולמד כן הגרנ"ט מדברי התוס' לקמן דף לג ריש ע"ב שכתבו דהיכא שלקט אדם פירות נאמן לטעון לקוחים הם בידי דחזקה משת"י אדם שלו אבל היכא שלקטן והניחם ברשות שאינה שלו אינו נאמן בדין חזקה [אמנם מחמת דלא חציף איניש למיכל פיריה בארעא דלאו דיליה נאמן] ומוזה הוכיח הגרנ"ט דהך חזקה אינה הוכחה - דזה יועיל גם ברהניחם ברשות שאינה שלו - אלא מועיל לאשווי הטוען כמוחזק.

³³ ויש לפרש את הדברים באופן"א דחזקה משת"י אדם שלו משוי את הטוען למוחזק ולא בתורת תפיסה מספק אלא דהחפץ לעולם הוא בחזקת בעליו דחזקת מ"ק אינה תפיסה בעלמא אלא חזקה ופשטות שהחפץ שלו, וכאשר אנו רואים את החפץ ביד אחר אנו תולים שהחפץ עדיין של בעליו הראשון אלא דהיכא שאין לנו הסבר כיצד בא החפץ ליד השני ולגנביה לא חיישינן דאחזוקי אנשי וכו' לכן בזה הוי החפץ בחזקתו של השני ויוצא מחזקת הראשון לחזקת השני ומ"מ מדין מוחזק הוא זוכה דכשאנו רואים הממון אצלו באופן כזה הרי הפשטות היא שהוא שלו. וכן בשהו

שם בתוס' ואע"ג וכו' דשותפין לא קפדי בפשוטו באו התוס' לדחות פירושם ולבאר דהכא אף בשהו ברשותו הרבה אינו נאמן אלמלי הלפיכך דשותפין לא קפדי ולזה דחו דשהו יותר מכדי רגילות וכו'. **ואולם יעויין במהרש"א ומהר"ם לעיל בתחילת דברי התוס'** שהקשו ע"ד התוס' למה לא הקשו התוס' בפשיטות דלא תועיל תפיסה משום דשותפין לא קפדי אהדדי. **ותירצו המהר"ם והמהרש"א עפ"י דהר"ח דשותפין לא קפדי אהדדי** הוא רק בדבר שידוע לנו שהיה של שניהם. **והדברים תמוהים מאוד** שהרי התוס' כאן נקטו להדיא לסברת שותפין לא קפדי לומר שמחמת זה אינו נאמן לטעון אני בניתיה במגו דלקוח והכא אינו ידוע כלל שהם שותפים והיה טוען לקוח היינו שהיה הכל שלך וקניתי ממך. **ועמד בזה המהר"ם שם ותירץ דמש"כ התוס'** כאן לסברת שותפין לא קפדי היינו אחרי טעם המשנה ד'לפיכך' **והדברים מרפסין איגרא** שהרי להדיא מיירי התוס' קודם ה'לפיכך' דזה רצו לתרץ היה נאמן אלמלי הלפיכך משום דשהו ועל זה הקשו דשותפין לא קפדי וכו'.

ונגלה רזם של המהרש"א ומהר"ם בדברי הרע"א כאן בגליון המשניות יעויין בדבריו שם שהקשה למה לא תירצו התוס' דהא גופא קמ"ל מתני' דשותפין לא קפדי אהדדי, ואף קושיא זו אינה מובנת דאף שכמה ראשונים פירשו כן אך להתוס' אי אפשר להעמיסה בדין לפיכך דאין סברת שותפין לא קפדי שייכת למה ששניהם מוטל עליהם בנית הכותל כדחזינן להדיא בתוס' שהקשו כן קודם הלפיכך.

אך יעויין היטב ברע"א במוסגר שם שמדבריו מבואר שהבין את דברי התוס' באופן אחר גמרי דקושית התוס' 'ואע"ג וכו' דשותפין לא קפדי וכו' אינה קושיא על עיקר תירוצם אלא דהיא קושיא על המהלך שכתבו דאינו נאמן משום מגו במק"ע לזה הקשו דתיפו"ל דשותפין לא קפדי ולכן אחר הלפיכך כבר אין לו מגו דגם טענת לקוח לא מועילה [וכ"ז משום דהיה פשוט להרע"א כהמהרש"א דאם אינו ידוע שהם שותפין לא שייך שותפים לא קפדי ודוק] ולכן הקשה הרע"א היטב מדוע באמת לא תירצו התוס' דאה"נ וזה גופא חידוש המשנה. **ולדרך זו מאירים דברי המהר"ם ומהרש"א ודוק בזה היטב. ונראה שהדברים מפורשים בחידושי הרשב"א שבסו"ד הקשה וא"ת אמאי לא מסיים בה דשותפים לא קפדי אהדדי וכו' ותי' כהתוס' עיי"ש.³⁴ וע"ע בחי' הגר"נ.**

דף ד ע"ב

מתני' המקיף את חברו משלש רוחותיו וכו' נחלקו ראשונים בהיקף זה: יעויין בסוגיא בב"ק [דף כ ע"ב] שהגמ' מסתפקת בדין זה נהנה וזה לא חסר אם חייב או פטור ומוכחינן ממתני' דידן דמחייבי רבנן בעמד מקיף וגדר את הרביעית אלמא זה נהנה חל"ח חייב ומשני דשאני הכא דאמר ליה את גרמת לי הקיפא יתירא. **ונחלקו שם רש"י ותוס' בביאור המשנה רש"י פירש שמיירי שגדר המקיף את הגדרות הפנימיות בינו לבין שדה הניקף, וביאר את תי' הגמ' דאת גרמת ליה הקיפא יתירא דהיינו שגרם לו את כל ההיקף של הגדר הפנימית מלבד הגדרות החיצוניות. והתוס' שם ביארו דמיירי בגדרות חיצוניות שבין שדות המקיף לרה"ר והקיפא יתירא היינו שמחמת שדה הניקף גדול יותר היקף הגדרות. ותמהו התוס' על פירוש רש"י בתרתי: חדא דהיאך אפשר לומר דהוי זה נהנה וזה לא חסר והרי כל הגדר נעשתה מחמת הניקף שהוא מזיקו**

הרבה ברשותו בטענת לקוח אנו רואים את החזקת הממון כהחזקת בעלים. אבל בטענת אני בניתיה וכלפי ספק שהיה קודם תפיסתו לא תועיל הטענה להחזיקו כבעלים למפרע משעת בנית הכותל במה שהוא תופס כעת ולכן בעינן בזה למגו ודוק.

³⁴ אך לפי זה היו התוס' צריכים לשאול שאלתם בסוף התי' ולשון התוס' שלפנינו משמע שהקושיא היא על עיקר ההנחה דמהני שהו ברשותו הרבה. ואפשר שכל התיבות מ'ואף על גב וכו' עד 'עד עולם' הם הגהה שבאה כתוספת לדברי התוס' ונכנסה שלא במקומה, וסמך לזה מדברי הרשב"א.

למקף, ועוד דאם כן אינו הקיפא יתירא בלחוד אלא כל ההיקף נעשה בגללו, וקושיא זו כבר רמז רש"י לפירוקה דהקיפא יתירא היינו היקף הפנימי שהוא כתוספת על ההיקף החיצוני.

וכן נחלקו בזה הראשונים בסוגיין: יעויין ברמב"ן שכתב כן בשם רש"י בסוגיין שמיירי בגדרות הפנימיות. ונראה שלמד כן ממה שכתב רש"י דאם הקיפו משלש רוחותיו פטור משום דבקעה היא מקום שנהגו שלא לגדור. אלמא קאי אכותל דמתני' דעלה קתני דבקעה מקום שנהגו שלא לגדור. ולא נתפרש בדברי רש"י מאיזה טעם הוא חייב לשלם דיש לפרש שחייב מחמת שנהגה במניעת ההיזק ראייה וחייב לשלם דמי כותל של ד"א וכן יש לפרש דהנאתו במניעת רגל בהמה.

והרמב"ן השיג עליו דאם מטעם היזק ראייה ודאי פטור הניקף [כוונתו אף אם גדר מקיף את הרביעית דכיון שנהגו שלא לגדור אינו חשוב הנאה אצלם שאין היזק ראייה בבקעה] וכתב הרמב"ן דאפשר לפרש לדרך זו שמשלם מחמת הנאתו שהשדה שמורה מבהמות.³⁵

וכתב הרמב"ן דעיקר הפירוש הוא דמיירי בגדר חיצונית בין שדה המקיף לרה"ר, **וכהתוס' בב"ק. ועיין בהגהה בפ"י רש"י** והיא מהרשב"ם שכתב דהנאתו משמירה מבהמות ולא נתפרש בדבריו להדיא אי מיירי בגדר חיצונית או פנימית.³⁶ **ועיין ברבינו יונה** שכתב דרש"י כאן חזר בו ממש"כ בב"ק ולפנינו ברש"י ליתא ועיין במאירי שכתב דבפירוש רש"י יש בזה נוסחאות מתחלפות [ואפשר שכוונתם להגהה בפ"י רש"י]

ביסוד חיוב התשלומין במשנתנו יש לעיין מאיזה טעם חייב הניקף לשלם אם גדר המקיף או הניקף את הרביעית. **ויש להקדים לנידון זה דשלשה אופני חיוב מצינו כשמקבל אדם תועלת מחברו:**

(א) **דין נהנה ודין זה** מבואר במשנה בב"ק [דף יט ע"ב] אכלה מצדי הרחבה משלמת מה שנהנית וכן בסוגית הגמ' שם גבי הדר בחצר חברו דבאופן שהמהנה נחסר משלם הנהנה כפי ערך הנאתו ואם לא נחסר ההנה מסתפקת בזה הגמ' ולדינא קיי"ל דז"נ וזה לא חסר פטור.

(ב) **דין יורד לשדה חברו** המבואר בגמ' בב"מ דף קא שהיורד לשדה חברו בשדה העשויה ליטע שמין לו כאריס ובשאינה עשויה ליטע ידו על התחתונה ונוטל יציאות כשיעור שבח ועכ"פ מבואר דחייב בעל השדה לשלם. ולהלן יתבאר מדברי אחרונים שדין יורד אינו דין נהנה בעלמא אלא מחמת שהשביח הלה נכסיו של זה.

(ג) **דין משתרשי ליה** המבואר בחולין דף קלא שכאשר אנסו מבית המלך את גורנו מחמת חוב שהיה חייב ונטלו ממנו טבל ונמצא שפרע חובו בממון הכהנים חייב לשלם מדין משתרשי ליה. ויתבאר להלן בהמשך

³⁵ כוונתו דאף דמיירי בגדר הפנימית ואם כן המקיף עשאה משום היזק ראייה דאי משום בהמות הרי בינו לבין רה"ר צריך לגדור ולא בינו לבין הניקף, וכמש"כ הרשב"א שאין אדם עשוי להכניס בהמות לשדהו ומ"מ הניקף שאצלו היא גדר חיצונית נהנה משמירתו מבני רה"ר. אך צ"ע בדברי הרשב"א שביאר דלדרך זו מה דאיתא בגמ' בב"ק את גרמת לי הקיפא יתירא והקשו הראשונים דלדרך רש"י לא רק הקיפא יתירא גרם לו אלא כל ההיקף נעשה מחמתו ופירש הרשב"א דהכוונה להיקף הפנימי שהוא יתיר ונוסף להקף החיצוני שגם אותו עשה המקיף, וכ"כ רש"י בב"ק שם, וקשה דאם כן אין תועלת בגדר הפנימית לנוקי שן ורגל שבלא"ה שדה המקיף גדור, ובהכרח דהתועלת היא מפני בהמותיו של מקיף [ומש"כ הרשב"א דאין אדם עשוי להכניס בהמות לשדהו צ"ל שכתב כן רק לפי' התוס' ומכח קושיא וצ"ע]

³⁶ אך ברשב"ם משמע דכלפי גדר קטנה של י' טפחים הוי בקעה כמקום שנהגו לגדור ואם כן מחייבים אותו בה וצ"ב מדוע פטור הניקף ובהכרח צ"ל דגדר זו אינה בין שדה לשדה כדמבואר מדברי הרשב"א הנ"ל. אלא גדר זו נעשית להבדיל בין השדה לרה"ר וכמש"כ הרמב"ן ואם כן לעולם אין בה חיוב שותפין דהקרום קרוב לרה"ר גודר אלא דכאשר הפנימי מובדל ממילא מרה"ר על ידי גדר של החיצון בזה נולד הנידון אם צריך לשלם מחמת הנאתו אם לאו.

הסוגיא מדברי רבותינו האחרונים שחלוק דין זה מדין נהנה דעלמא והוא חיוב מחמת שנתרבה ממנו בפועל מממון אחר.

ומדברי הראשונים מתבאר שחיובו כאן הוא מדין יורד לשדה חברו, יעויין בחי' הרמב"ן שתמה מדוע חייב לשלם אחר דלכתחילה אין כופין לגדור וכתב דדמיא קצת ליורד ברשות, ובמלחמות כתב בפשיטות דהוי יורד וכן כתב הרשב"א.

וכן הוכיחו אחרונים מדברי התוס', דיעויין בתוס' בב"ק [דף קא ע"א ד"ה או דילמא] שכתבו שם בתירוצם האחד לבאר מדוע כשהשביח גולן צמר וצבעו פטור בעל הצמר ותירצו וז"ל ויש לחלק דהנאה דהכא אין באה ע"י מעשיו ולא ע"י מעשה בהמתו ובתחב לו חבירו אע"פ שאין זה ע"י מעשיו מכל מקום נהנה גופו וכו' עכ"ל הרי מבואר מדבריהם כלל דחיוב נהנה הוא בהתקיים אחד משלשה תנאים: או כאשר נטל הנהנה בעצמו את ההנאה, או כאשר נטלה בהמתו, או בנהנה גופו.

וקשה בסוגיין דליכא מעשיו ומעשה בהמתו ולא הנאת גופו ומדוע חייב הניקף לשלם. ומוכח מזה דהוא מדין יורד שהרי ביורד נמי ליכא מעשיו ומעשה בהמתו ומשלם. ובאמת יעויין בש"ך [סי' שצא שק"ב] שתמה ע"ד התוס' דבכל יורד לשדה חברו מדוע חייב בעל השדה הרי אין כאן מעשיו ומעשה בהמתו אף לא הנאת גופו, וכתב הש"ך דיוורד שאני מפני שמתכוין להשביח את של חברו, וצ"ב כוונתו בזה עכ"פ מבואר דביורד ליתנייהו להני כללי, וניחא דין מקיף וניקף וכדרך הרמב"ן.

ועוד יש ללמוד כן מדברי התוס' בב"ק [דף נח ע"א ד"ה א"נ וכו'] גבי מבריח ארי מנכסי חברו דפטור הלה מלשלם לו וכתבו שם וז"ל והיכא שמשביח נכסי חבירו אין דומה כלל למבריח ארי כגון יורד לתוך שדה חבירו ונטעו שלא ברשות ומקיף את חבירו משלש רוחותיה וכו' עכ"ל. הרי מבואר מדבריהם דגדר החיוב כאן הוא דומה ליורד שמשביח נכסי חברו, ומדברי התוס' אלו יש ללמוד דשורש החיוב ביורד ובמקיף הוא מחמת שמשביח הנכסים ויל"ע דאם כן הכא בסוגיין אם שבח השדה הוא פחות משווי חצי הגדר לא ישלם לו כי אם שיעור השבח, וצ"ע.³⁷

ועיקר היסוד המתבאר בש"ך יש לו מקורות בדברי הראשונים: האחד בדברי הרמב"ן בסוגיין במלחמות בסו"ד שם שביאר טעם רבנן ללישנא דראשונה ששניה ושלישית איכא בינייהו משום דלכתחילה לא ירד על מנת ליטול דמים מחברו והיינו כהש"ך דחיובו של בעל השדה הוא כאשר ירד היורד ע"מ להשביח אצלו אבל כאן ירד לגדור שדהו בלבד ולא שת לבו כלל לגידור הניקף כיון שאין לניקף כל תועלת בגדרות אלו.

וטפי מזה מבואר ברי"ף בב"מ [בדף טו ע"ב] דלוקח שנטע והשביח השדה ובא בעל חוב וגבאה אין משלם ללוקח כדין יורד לפי שלא ירד על מנת להשתלם מהבע"ח אלא מהלווה שכתב לו אחריות, עיי"ש.

ואולם יעויין בסוגיא בב"ק [דף כ ע"ב] ששם מסתפקת הגמ' בזה נהנה וזה לא חסר אם הוא חייב או פטור ומוכיחה הגמ' ממתני' דידן לדין זה דמדחייב ת"ק בגדר מקיף מוכח ד"נ וזה לא חסר חייב ואח"כ מוכיחה הגמ' מדפטר רבי יוסי בעמד מקיף ש"מ זה נהנה וזה לא חסר פטור ועיי"ש בגמ' בדחיית שתי הראיות. הרי מבואר להדיא מסוגית הגמ' דחיובו הוא מדין נהנה, וזה קשה מדברי הראשונים הנ"ל.

ומדברי הברכ"ש בזה [בסוגיין בסי' ז ובב"ק בסי' יד] מבואר שאף דחיוב נהנה ויורד הם שני דינים חלוקים אבל שניהם שרשם בדין נהנה אלא דנהנה הוא היכא שנהנה מממון או מעשה חברו באופן שאין הדבר בעולם

³⁷ אך נראה שלעולם אינו משלם על מה שעלה ערך הקרקע דאם כן גם בגדר שלש היה משלם אלא משלם על התועלת בפועל ואם השדה עומדת ליטע לגדר והשביח והעמיד לו גדר ואנן סהדי דניא ליה בזה צריך לשלם דמי גדר.

אלא שהיתה לו הנאה ויורד הוא היכא שהשביח חברו אצלו ומ"מ אם ז"נ זה לא חסר פטור אף ביורד פטור אם לא חסר דשניהם שרשם בדין נהנה והדברים צריכים ביאור ופירוש.

ויעויין ברמב"ן בסוגיין שתמה כלפי מה אמרו חכמים דבבקה מקום שנהגו שלא לגדור אין מחייבים אותו הרי השני יכול לגדור בעל כרחו ולתבעו.³⁸ **וכתב הרמב"ן** דאף הכא אם מיחה בו לכתחילה שלא לגדור פטור זה מלשם דומיא דיורד בשדה חברו דאם מיחה פטור, ורק היכא שבנה והלה שתק אז חייב לשלם.

ויעויין ש בברכ"ש [בסי' ז] שהקשה דהרי נהנה חייב אף כשבאה לו ההנאה לאנסו כדחזינן בדין תחב לו חברו בבית הבליעה. **וביאר בזה הברכ"ש** ונראה שכוונת דבריו דבנהנה לעולם הוי נהנה שהחויב הוא עבור מציאות ההנאה כמו דירת בית וכשאכל מה שתחב לו, אבל ביורד לשדה חברו שיסוד החיוב הוא מחמת השבח שהושבחו נכסיו בזה אי אפשר לחייבו אלא אם כן ניחא ליה בהשבח אבל אם גלי אדעתיה דלא ניחא ליה אי אפשר לחייבו ממון על שבח זה, [ועיין בברכ"ש כאן ובב"ק ודוק]

ויש לעיין בדברי הרמב"ן דמבואר דבמחה בו פטור האם חייב אף שלא מדעת ורק במיחה בו פטור או דכל חיובו הוא מחמת ששתק ולא מיחה, **ויעויין ברא"ש ובר"ן ונמו"י כאן** שמפורש בדבריהם להדיא כהצד השני והיינו דכל חיובו הוא מחמת שלא מיחה בו וכתב דכ"ה גם בשדה העשויה ליטע. **ועיין בנמו"י ובריטב"א בב"מ** [דף קא] שכתבו דכל שדה העשויה ליטע חייב לשלם הכל מפני ששתק ולא מיחה וש"מ דניחא ליה.³⁹ **ואמנם סתימת דברי הרמב"ן והרשב"א** אינה ברורה אם כוונתם ע"ד הר"ן, והרמב"ן נראה מדבריו שמסופק בעיקר הדין שכתב דבשדה העשויה ליטע אם מיחה אפשר דלא מחייבין ליה.

ויעויין בקצה"ח [סי' קנח סוס"ק ה] שכתב להדיא דלפי הרמב"ן אם גדר המקיף כאשר הניקף לא היה כאן ולא ידע חייב לשלם לו ורק במיחה בו פטור. **ולמד כן מדברי הרמב"ן להלן** שכתב דכל דין משנתנו כשגדר המקיף בתוך שלו אבל אם גדר במקום של שניהם יכול הלה לומר לו שברצונו לזרוע שם כורכמא דרישקא והוסיף הרמב"ן 'שאם אי אתה אומר כן במקום שנהגו שלא לגדור בבקה יקדום אחד מהם ויגדור ויגלגל על חברו את הכל, **ודברי הרמב"ן תמוהים מאוד** שהרי ביאר הכא היטב דאין מקום לטענה זו שהרי רק מחמת דניחא ליה ומחייבין. **וביאר הקצות** שהרמב"ן סובר דאמנם מחאה מהניא אבל אם גדר כשזה לא ידע חייב לשלם משום דמסתמא ניחא ליה ולהכי קשיא ליה הכא דיקדים זה ויגדור ויגלגל עליו את הכל.⁴⁰

וכן כתב הרעק"א [בכו"ח תניינא סי' עז ונדפס בחי' רע"א הנדמ"ח בסוגיין לקמן בדף ה ע"א] **וביאר דהפרש גדול יש בין דברי הרא"ש לדברי הרמב"ן** דאילו להרא"ש חיובו משום ששתק אבל להרמב"ן הוא להיפך דכאשר מיחה פטור אבל אם לא ידע כשגדר זה חייב לשלם.

³⁸ העתקנו את סגנון הקושיא מדברי הרשב"א שביאר כן את דברי הרמב"ן ואין ברור מה כוונת הרמב"ן והרשב"א בזה דבודאי יש נ"מ בדין הבקה, חדאד גדר זו דמנ"י היא בת י' טפחים ומה דאיתא במתני' דאין מחייבין אותו היינו ד"א, ועוד דגם כאן מחייבים אותו רק בגדר את הרביעית ואילו שני שכנים שבנה האחד כותל בינו לבין חברו פטור הלה מכלום, רצ"ע.

³⁹ ומיהו מדבריהם שם משמע דבשדה שאינה עשויה ליטע ידיו על התחתונה אין חיובו משום דלא מיחה ואם כן הכא נמי יצטרך לשלם דמי קנים בזול אף בלא האי טעמא וצ"ת.

⁴⁰ ועדיין צ"ב בסתירת דברי הרמב"ן שלכאורה הקשה את אותה הקושיא פעמיים ותירץ עליה בשני אופנים שונים, ויש לפרש דקושתיו הראשונה של הרמב"ן היא מסברא דכיון דלא נהגו לגדור ולא רצו חכמים שהאחד יחייב את חברו בכותל למה אם גדר יכול להכריחנו לשלם, וע"ז תירץ דחייב מפני שמסתמא ניחא ליה ואשר על כן במיחה פטור, ושוב הקשה דמ"מ תיקון העולם אין כאן שכל אחד יכול להקדים ועל זה תירץ דלא נאמר דין זה במקום שגודר בשטח שניהם, רצ"ע.

וביאר הרע"א שהדבר תלוי במחלוקת הראשונים בסוגיא בב"מ שדעת הרא"ש ורוב הראשונים שם דגם בשדה העשויה ליטע יכול בעל השדה לומר לו טול עציץ ואבניך, ואשר לדעה זו קשיא טובא בסוגיין דיאמר לו הניקף טול אבניך, ולמה ישלם לו ולזה ביאר הרא"ש לשיטתו דהכא מיירי כשראה ושתק דמסתמא ניחא ליה. אבל הרמב"ן סובר דאינו יכול לומר לו טול ואף הכא בסתמא חייב לשלם. ויעויין ברמב"ן בב"מ שם שכתב כן להדיא דבשדה העשויה ליטע אינו יכול לומר לו טול, ונפלאים דברי רע"א דאזלו הראשונים לשיטתייהו.⁴¹

שיטת הרמב"ם יעויין ברמב"ם [פ"ג משכנים הל' ג-ד] שהביא את כל דיני הסוגיא גבי חורבה וז"ל מי שהיה לו חורבה בין חורבות חבירו ועמד חבירו וגדר רוח ראשונה ושנייה ושלישית עד שנמצאת חורבה זו משלש רוחותיה גדרה, אין מחייבין אותו ליתן לו ההוצאה כלום שהרי לא הועיל לו והרי חורבתו פתוחה לר"ה כשהיתה. לפיכך אם גדר לו רוח רביעית עד שנמצאת חורבתו מוקפת גדר מגלגלין עליו את הכל ונותן חצי ההוצאה שהוציא זה בארבע רוחות עד ארבע אמות ובלבד שיהיה מקום הכותל של שניהם. אבל אם היה הכותל של זה שבנה ובחלקו בנה יראה לי שאין מגלגלין עליו אלא דבר מועט כמו שיראו הדיינים שהרי אינו יכול להשתמש בכתלים, וכן אם הניקף עצמו הוא שגדר רוח רביעית הרי גילה דעתו ונותן חצי ההוצאה של שלש רוחות אם היה הכותלים של שניהם, וכן כל כיוצא בזה עכ"ל.

ומדברי המ"מ מתבאר שהרמב"ם פירש כן דין המשנה וסוגית הגמ' דהכל מיירי בחורבה ולא בשדות, ומשום דהוקשה לו קושית הראשונים דמה הועילו חכמים בדינם דבקעה אין מחייבין אותו הרי יכול האחד לגדור ולגלגל על חברו הכל. אך קשה מאוד לפרש כן דהיאך יפטר בדמי קנים והרי זה בנה לו בית הראוי לתשמיש וכ"ש דלא סגי בנטירא בר זוזא דשוא ישמור שומר אם אין כאן בית כלל. גם סברת את גרמת לי הקיפא יתירא אינה מתפרשת. ועיין בלח"מ שכתב דמסוגית הגמ' לא משמע כהמ"מ וכתב שם שאפשר לפרש בדוחק שהרמב"ם באמת פירש סוגית הגמ' כהראשונים אך העתיק הדין באופן דחורבה שלא הוזכר בגמ'.

ובעיקר דברי הרמב"ם השיגו הראב"ד דאין סברא לומר דמפני שבנה המקיף בחלקו והרויח לו השטח ישלם לו זה פחות ואם מפני שאינו יכול להשתמש אדרבה ישתמש. ועיין במ"מ שביאר שדעת הרמב"ם דאינו חייב לשלם אלא מפני שזוכה בחצי הכותל. והדברים צריכים ביאור שהרי קודם ששילם ודאי אינו זוכה בכותל שאינו שלו ואחר ששילם הרי אם הוא ברשות חברו יכול לזכות בו במעות ששילם,⁴² וצ"ע.

ויעויין בקצה"ח [סי' קנח סק"ו] שביאר דברי המ"מ עפ"י הנמו"י וכמה ראשונים לקמן גבי כותל חצר שנפל דבסמך לו כותל אחר מחייבין אותו, והקשו התוס' שם דהא הוי זה נהנה וזה לא חסר, וכתב הנמו"י לתרץ קושית התוס' [ומקור הדברים מרבינו יונה] דהכא כיון שגלי אדעתיה שהרי סמך לו כותל אחר זכה מיד

⁴¹ וע"ע להלן בביאור דברי הגמ' שיתבאר מחלוקת רב הונא וחייא בר רב לשיטות הראשונים. ובכל זה יש להעיר שהרא"ש כתב דבמיחה בו משלם דמי נטירא בר זוזא ואמאי יאמר לו טול ואיני חפץ בשמירה כלל וצ"ל דלא דמיא כ"כ להתם דהתם כשאומר טול הרי באמת יכול הנוטע ליטול עציו ואבניו אבל כאן כשגדר המקיף לתועלת עצמו גדר ויודע זה הניקף בו שלא יטול אבניו ולכן כאן בסברא יש מקום לחייבו אף כה"ג, אלא דיכול לומר לדידי סגי לי וכו' אבל במה שאנן סהדי שנהנה אינו יכול ליפטר בטענת טול כשיוודע שזה לא יטול, ודוק.

וטעם הדבר שבעשויה ליטע אינו יכול לומר טול כתב שם הרמב"ן דכמאן דגדרה ומינטר לה דמי ועדיף מינה' והוא מבואר שם בגמ' דהיכא דגדרה צריך לשלם משום דגלי אדעתיה, ונראה כוונתו דבעשויה ליטע אינו נאמן שאינו רוצה בכך ואומר טול כדי שיתפטר עמו הנוטע. ונמצא לפי זה דגם כאן הטעם להרמב"ן משום שאינו נאמן שאינו חפץ בגדר אבנים, ומצינו כזאת ברמב"ן להלן דאם טוען הניקף שרוצה לעשות גדר פנימית ולא תהיה לו תועלת בחצינות אינו נאמן.

⁴² שכל המחובר לקרקע כקרקע ונקנה בקנין כסף כדאיתא בטוש"ע ריש סי' קצג

בחצי הכותל ואין לך חסר גדול מזה שהרי זכה בכותל וחייב לשלם, ולא נתפרש בדברי הקצות מה טעם זכה כאן בחצי הכותל בעמד מקיף דבשלמא התם הרי סמך לו כותל אחר וגלי אדעתיה דניחא ליה אבל הכא הרי גם בעמד מקיף חייב, וצ"ע. ויתבאר להלן ע"ד הגרנ"ט.

ועיין בכס"מ שהביא דברי הרמב"ן בסוגיין שכתב להיפך מדברי הרמב"ם וביאר דרך כאשר גדר המקיף בשטחו אז חייב הניקף לשלם אבל אם גדר בשדה הניקף פטור הניקף כי יכול לומר לו לא ניחא לי בגדר ואלמלי שגדרת הייתי זורע שם כורכמא דרישקא. **וביאר הכס"מ** דהרמב"ם והרמב"ן לא פליגי דבחורבה סברת הרמב"ם דכיון שאינו יכול להשתמש בכתלים אין תועלת בהם לסד מדבר מועט, אבל בבקעה הוא להיפך דכיון שאין הכתלים עומדים לשימוש אלא לשמירה בלבד חייב לשלם גם כשהם במקום המקיף ואינו יכול להשתמש בהם. וכן שנה דבריו גם בבית יוסף בסי' קנה. **ועיין בקצה"ח** [סי' קנח סק"ה] שהשיגו דמהטור משמע דאין חילוק בסברת הרמב"ם, **ועוד הקשה הקצות** בעיקר הסברא שכתב לחלק בין בקעה לחורבה, מדברי הרב המגיד אינו נראה כן, כיון דעיקר טעמא דבעינן שיזכה בעל כרחו בפריעת חצי הוצאה ובעינן מקומו שיזכה לו חצירו, א"כ בבקעה נמי בעינן חצירו **עכ"ל**.

ויעיין בחי' הגרנ"ט [סי' קסח] שביאר שיטת הרמב"ם ומחלוקתו עם הראב"ד לדרך המ"מ, וכתב דכוונת המ"מ דכיון דחורבה זו הרי היא כשדה העשויה ליטע אמרינן דמסתמא ניחא ליה במה שגדר זה ומיד כשגדר זכה בכתלים אלו בקנין חצר ולכן משלם עליהם. **וכתב הגרנ"ט דזה תלוי במחלוקת הראשונים בדין שדה העשויה ליטע. דיעויין בשטמ"ק בב"ק שם** שהביא דברי הרשב"א והראב"ד שכתבו דהיכא דקדם בעל השדה ואמר דמים אני נותן קנתה לו חצרו ואין הנוטע יכול לומר אטול עצי ואבני אבל קודם שאמר כן יכול בעל העצים לומר אטול עצי ואבני. **ותמוה** דאם כן נמצא שלא זכה בעל השדה בעצים ואבנים עד שיגלה בדעתו ואם כן מדוע חייב כלל בעל השדה לשלם לו כאריס יאמר לו טול עציך ואבניך. **וכתב הפנ"י שם** דבשדה העשויה ליטע אמרינן דשליחותיה דבעל השדה קא עביד לנטיעות שנטע והוי כמוציא הוצאות על פיו שחייב לשלם לו אע"פ שלא אמר לו בפירוש ליטע. **אבל הרא"ה שם חולק** וסובר דמיד כאשר נטע זה זכה בעל השדה בכל הנטיעות דלכתחילה על דעת כן בנה שיזכה זה בנטיעות.

וביאר הגרנ"ט דהראב"ד שהשיג כאן על הרמב"ם אזיל לשיטתו דיסוד חיובו הוא משום דעביד שליחותיה ואם כן אם כאשר עשה בחצר הניקף חייב כ"ש כשהמקום שלו, אבל הרמב"ם סובר כהרא"ה דיסוד חיובו הוא משום דאמדינן דעתיה דניחא ליה וזכה באבנים ולכן חייב לשלם וכל זה שייך רק כאשר נעשה ההיקף בחצר שלו. ולדרך זו נמצא דגם בבקעה אינו חייב לשלם לו ודלא כהכס"מ דבבקעה מודה הרמב"ם.⁴³ **ולדרך הגרנ"ט מתפרש היטב שיטת הרמב"ם כהקצה"ח** שזכה בכותל מיד אף בעמד מקיף ומשום דהוי כשדה העשויה ליטע ורק בכותל חצר שהגביה כתב הנמו"י דזכה משום גילוי דעת שהתם ודאי אינה עשויה ליטע כלפי יותר מגובה ד' אמות.

⁴³ **ויש להוסיף בזה** דלכאורה שיטת הרא"ה צ"ב דהיאך נאמר שזכה זה בנטיעות ושמא אינו רוצה לזכות בהם, ומתבארים דברי הרא"ה לשיטתו **דיעויין בחי' הריטב"א שם** שכתב דנחלקו הרא"ה והרמב"ן ביסוד החיוב בשדה העשויה ליטע דלהרא"ה הוא מפני ששתק ש"מ דניחא ליה ולהרמב"ן משום דאמדינן דעתיה דניחא ליה לשלם. **ונמצא שלהרא"ה** דיסוד חיובו בשדה העשויה ליטע הוא משום דמדשתק ש"מ דניחא ליה מתבאר היטב דקנה הנטיעות מיד ואין הלה יכול ליטלם ומתפרשת שיטת הרמב"ם דחייב רק כאשר הוא בחצרו דאז קנה ומתחייב לשלם **אבל הרמב"ן לשיטתו** דחיובו משום דניחא ליה וכאשר נתפרש לעיל מיסוד דברי הרע"א.

אלא דצ"ע בזה טובא דכל פלוגתייהו היא בשדה העשויה ליטע אבל בשדה שאינה עשויה ליטע ודאי נוטל הוצאותיו כשיעור שבח אע"ג דלכור"ע לא זכה בעצים ואם כן ה"נ ישלם לכה"פ כשדה שאינה עשויה ליטע ועל כרחנו אנו צריכים לדברי הרע"א או הגרנ"ט וכמו שיתבאר להלן ודוק.

ויעויין בחי' הגר"נ שהקשה בזה שלש קושיות גדולות: האחת דאם באמת חיובו משום דזכה בכותל אם כן מאי טעמיה דחייא בר רב דמשלם לפי דמי קנים בזול ואם זכה בכותל מרצונו פשיטא שישלם הכל, ועוד הקשה דמלשון המ"מ כאן וביותר בדברי המ"מ לעיל בה"א מתבאר להדיא שלא זכה בחצי הכותל עד שישלם ואם כן באמת אין דבריו מובנים כלל דאם כן גם כשאין הכותל בחצרו יזכה כשישלם ומאי שנא. והקושיא השלישית מהסוגיא בב"ק דמפורש טעם חיובו משום נהנה ופריך עלה בגמ' דזה נהנה וזה לא חסר והשתא אם זכה זה בחצי הכותל וכי תיסק אדעתין דהמקיף אינו חסר והרי קנה זה ממנו חצי כותלו והיאך לא ישלם.⁴⁴

ולכן ביאר הגר"נ דכוונת המ"מ באופן אחר והוא דבאופן שהכותל בחצרו ויכול לזכות בו בכל רגע שירצה בזה חשיב שקיבל הנאה שהרי יש לו כאן כותל הראוי ועומד לשימושו בכל זמן ולכן חייב לשלם אבל כאשר בנה המקיף בשלו נמצא שאין לניקף כאן כלל כותל הראוי לתשמיש שאינו בחצרו ואין לו שום רשות וזכות בו ומאי אמרת דאם ישלם יזכה בו הרי אומר זה שאינו חפץ לשלם ולא לזכות והנאה עדיין לא קיבל. ולדרך זו מתפרש היטב גם דברי הכס"מ דבכותל בקעה שעיקר ההנאה הוא מה ששדהו שמורה אם כן גם קודם שזכה באבנים ואף אם אינו יכול לזכות בהם כבר מטי הנאת האבנים לידו ודוק.

ודרך נוספת בדברי הרמב"ם נגלתה בדברי הרע"א הנדפסים מחדש וכדברי הקצות כן כתב הרע"א שדברי הכס"מ אינם מתאימים עם ביאור המ"מ דלדרך המ"מ עיקר יסוד חיובו מפני שזוכה בכותל ואם כן גם בבקעה אי אפשר לחייבו אם לא בנה במקום של שניהם. וביאר הרע"א דברי הרמב"ם לדרך הכס"מ עפ"י דהרא"ה בריש פרקין שכתב דבשותפין שחלקו בחצר שיש בה היזק ראייה ודינם לכופ זא"ז לכותל אם האחד רוצה לכנוס בתוך שלו ולבנות משלו רשאי חברו לעכב עליו שיכול לומר לו לא אוכל להשתמש בכתלים שהם בחצרך ואם תאמר למכור לי הרשות לא בעינן ובחינם נמי לא בעינא דשונא מתנות יחיה, ולפי זה א"ש היטב דבכותל בקעה שאין דרך להשתמש בו אין כאן טענה וחייב לשלם חצי ההוצאה אף להרמב"ם אבל בכותל חצר פטור מלשלם מחמת שהכותל עצמו אינו מקנה לו זכות תשמיש ולקנותה או לקבלה אינו חפץ. וכתב הרע"א שאפשר לכוון כן גם בדברי המ"מ.

עלה בידנו שלש דרכים בדעת הרמב"ם והמ"מ: (א) דרך הגרנ"ט דדעת הרמב"ם כהרא"ה בב"ק שזכה בכותל מיד ואשר לפי זה בהכרח חולק הכס"מ על המ"מ וכ"נ דעת הקצה"ח (ב). דרך הגר"נ דהכל תלוי בקבלת ההנאה בפועל ולא בזכיה בכותל ולדרך זו נראה שמתאימים דברי המ"מ עם הכס"מ. (ג) דעת הרע"א דסברת הרמב"ם כהרא"ה בריש פרקין ולפי זה מתאימים דברי הכס"מ והמ"מ.

מחלוקת המאור והרמב"ן עיין בספר המאור שביאר משנתנו בבקעה במקום שנהגו לגדור שמן הדין הוא חייב לגדור עמו ואם היה תובעו מתחילה היה כופהו לגדור ומפני שקדם ובנה פטור הניקף כל זמן שלא

⁴⁴ ולכאורה שתי קושיות הגר"נ מתורצות האחת בחברתה וכ"כ הקה"י בהגהותיו על הקצות, והוא עפ"י הרמב"ן והרשב"א דרב הונא וחייא ב"ר פליגי אי הוי שדה העשויה ליטע או אינה עשויה ליטע וכתב הרשב"א [בד"ה וה"ג] דסוגיא דב"ק אולא כחייא בר רב ולפי זה פשוט דהכא חיובו משום דזכה בכותל אך לחייא בר רב חיובו מפני שנהנה ותליא בדין ז"נ וז"ל. ועדיין קשה דברמב"ם מבואר דבגדר המקיף בשלו חייב דבר מועט ואמאי ישלם כחייא בר רב לכה"פ, [והכא בחורבה אינו שייך דמי קנים וצריך שומא כשדה שאינה עשויה ליטע באיזה אופן] וצ"ל דקיי"ל דז"נ וז"ל פטור וס"ל להרמב"ם דלדינא לא נקטינן כתי' הגמ' דאת גרמת לי ובלא"ה בחורבא לא שייך תירוצו זה כלל. ומיהו קשה דגם בעמד ניקף מבואר ברמב"ם דפטו כשהכתלים בחצר המקיף ואמאי הרי גלי אדעתיה דניחא ליה ושמא סובר הרמב"ם דליתא לטעם דגילוי דעת ומה דמחייב רבי יוסף בעמד ניקף להסוגיא בב"ק משום דבזה גלי אדעתיה ואף לחייא בר רב וזכה בחצי הכותל והוי כחסר ופשוט.

הקיפו משלש רוחותיו ולרבי יוסי אף בהקיפו מארבע רוחותיו. ובדעת חייא בר רב כתב המאור דטוען לו שהיה משיג הקנים בזול ובקעה ראויה היא לגדר קנים.

ועיין בהשגות הראב"ד שתמה על הבעה"מ וכתב דזהו תימא גדול שאין כמוהו שהרי אלו מתחילה היה יכול לכופו ומפני שקדם זה וגדר הפסיד. **ולא נתפרש בדברי הראב"ד מאיזה דין הוא חייב לשלם כשקדם זה ובנה, ואפשר לפרש קושיתו בב' אופנים:** או דכיון ששניהם חייבים אנו רואים את הבונה כאילו עשה כן בשליחות שניהם וחייב לשלם לו חלקו או דכיון דהוא עומד לבנות הכותל ובא זה ובנה בשבילו הוי יורד לשדה חברו בשדה העשויה ליטע שאין לך עשויה ליטע יותר מזו שהוא מחוייב ליטע.

ועיין במלחמות ה' להרמב"ן שהשיג על המאור וכתב דהיאך נתבאר בסוגיא בב"ק דהוי זה נהנה וזה לא חסר 'הא ודאי נהנה וחסר הוא וכיון דהאי בנן אתרווייהו רמי לסלוקא נזקא שליחותיה ידיה עבר עכ"ל. וכלל הרמב"ן בתוך דבריו לשני הטעמים ולא נתבאר כוונתו, וצ"ע.

ובשיטת הבעה"מ ביארו [ראה בחי' הגר"נ אות פג ובשיעורי רבי דוד] דסובר המאור דחייב כותל הוא מחמת דין מזיק בלחוד ולכן אם קדם הניזק וסילק הזיקו אינו יכול לתבוע תו מהניקף שישלם לו דמי כותל דמעולם לא היה חייב כותל אלא דכדי שלא להזיק הוטל עליו לבנות כותל אבל כעת נסתלק הנזק ממילא. **ויעיין בברכ"ש** שהאריך בכמה סימנים באופנים שונים בביאור מחלוקת המאור והרמב"ן.

ועדיין צ"ע דסו"ס הרי אין לך שדה העשויה ליטע גדולה מזו והגע עצמך הרי שחלקו שותפין חצרים ונדברו לעשות כותל כדין ולשכור פועלים ובא אחד וירד ובנה כותל וכי לא ישלמו לו כדין יורד בשדה העשויה ליטע, ואף דהכא נימא דחייבו מחמת שהוא מזיק אבל סו"ס כיון שהוא מחוייב בדבר ועומד לקיים חיובו אם בא אחר ועשה בשבילו למה לא ישלם לו. **ושמא יש לומר** דכל חיובו של יורד הוא כאשר הוא רוצה ונהנה בגוף הדבר אבל אם קדם וירד לדבר שאינו חפץ בו אלא מוכרח לבנותו כפורע חובו ליכא בזה דין יורד, וצ"ע.

בגמ' איתמר רב הונא אמר וכו' בביאור מחלוקת רב הונא וחייא בר רב. בראשונים מבואר דבתרתי פליגי: חדא דלר"ה משלם אבנים כפי שגדר ולחייא ב"ר דמי קנים ועוד דלר"ה משלם בשער השוק ולחייא ב"ר בשער הזול.⁴⁵ **ובטעם מחלוקתם ראה ברש"י** שביאר בטעמו של חייא בר רב לפי שאומר לו אי אפשר בהוצאה וסגי לי בגדר קנים. **ועיין בחי' הרמב"ן** שביאר דמחלוקתם היא האם הוי כאן כשדה העשויה ליטע דנוטל וידו על העלינוה וזו דעת רב הונא, וחייא ב"ר סבר דסתם שדה עשויה לגדר קנים ולכן יכו לומר לו טול אבניך או ישלם לו דמי קנים. **ולהלן** [בד"ה גמרא] פירש הרמב"ן עוד מדוע מחייבו חייא ב"ר בשער הזול לפי שאדם עשוי לגדור שדהו כשימצא קנים בזול. ומשא"כ לרב הונא דהוי שדה העשויה ליטע שמשלם הכל ולא לפי שער הזול. ועיין עוד ברשב"א.

ומתבאר עוד בדברי הרמב"ן למעין דבשדה שאינה עשויה ליטע בעלמא יכול לומר לו טול עצירך ואבניך ולכן כאן לעולם פטור דכשאינו רוצה לשלם היינו כטול דהתם. אך בשדה העשויה ליטע אינו יכול לומר טול ולהכי לרב הונא הרי זה כעשויה ליטע לאבנים ומשלם דמי אבנים ולחייא ב"ר סתם שדה עשויה לגדר קנים ובזול. אך אין כאן צד שחייב כדין אינה עשויה ליטע כיון דכלפי זה תמיד יפטר בטענת טול.

ויעיין בתוס' שהקשו לחייא ב"ר מדוע אינו נוטל הוצאות כדין שדה שאינה עשויה ליטע ותיירצו דאומר לו לדידי סגי לי בנטירא בר זוזא ומה שמשלם דמי קנים בזול לפי שאנן סהדי שאם היה מוצא כ"כ בזול היה גודר. **ועיין באילת השחר שנתקשה בזה** דממ"נ הרי בשדה שאינה עשויה ליטע אינו יכול לומר לדידי סגי לי

⁴⁵ ורבינו יונה כתב פירוש נוסף דאף לרב הונא משלם דמי אבנים בזול.

בלא שבח זה כיון שהשדה הושבחה ואם כן גם כאן ישלם ואם תאמר דלא הושבחה אלא כשיעור דמי קנים אם כן אין צורך לסברת התוס' דאנן סהדי וכו'. אך מתפרשים דברי התוס' בפשיטות דסברת לדידי סגי לי בנטירא בר זוזא היא עצמה סברת טול וכדמבואר להדיא למעיין בדברי הרמב"ן בסוגיין וזה גופא תירוצם של התוס' דהכא אינו חייב הוצאות אבנים כיון שאינו חפץ בגדר אבנים. ובקנים מיהא משלם לפי שאנ"ס וכו'.⁴⁶

ושיטת הרא"ש בסוגיין דיסוד חיובו משום דשתק כשגדר זה ש"מ דניחא ליה וכן כתבו הר"ן ונמו"י, וראה לעיל שהובאו דברי הרע"א שכתב דהרא"ש לשיטתו דגם בעשויה ליטע יכול לומר טול ולכן העמיד סוגיין בשתיקה דאז אינו יכול לומר טול וכמו שכתבו ראשונים בב"מ שם.

ואיכא לעיונא לדעת הרא"ש מהו טעמו של חייא ב"ר וממ"נ אם מדשתק ש"מ דניחא ליה אם כן ישלם דמי אבנים ואם סובר חייא ב"ר ששתיקתו אינה מחייבתו אם כן יאמר טול ולא ישלם כלום. ואין לפרש כהתוס' דאנ"ס שאם היה מוצא היה גודר וחייב אף בלא שתיקה דברא"ש מפורש דאם לא שתק אינו משלם אף לרב הונא אלא דמי אגר נטירא וכ"ש לחייא ב"ר שלא ישלם אלא בשתק.

ובפשוטו צ"ל דהסברא דמדשתק ניחא ליה הוא רק כלפי מה שהשדה עשויה לכך דבזה אם לא מיחה הרי אמרינן דמסתמא ניחא ליה שהרי לכך עומדת אבל כשהשדה אינה עשויה לכך אי אפשר לחייבו מפני שתק ואין מוטל עליו למחות לכתחילה כלל.⁴⁷

בגמ' אגר נטירא איכא בינייהו וכו' פירש רש"י וכן הראשונים לקמן בסוגיא דרוניא דהיינו דמים שצריך ליתן לשומר בכל שנה כשהיא עומדת בקמותיה. אך ראה בגמ' בב"ק דשם איתא הלשון 'לדידי סגי לי בנטירא בר זוזא'. ושם פירש רש"י דהיינו גדר קוצים.

ויש לעיין כיצד משלם דמים אלו דלכאורה צריך לשלם מדי שנה דמי שומר לאותה השנה, [ואולי יש לשום כמה שווה לו לאדם שעל ידי הגדר יש לו שמירה כשומר וישלם כעת כמה שהיה משלם למי שיעמיד לו שומר מעתה ולשנים רבות לכל שנה וצ"ע] **וכן גבי דמי קנים בזול** יש לדון דאם גדר קנים דרכה לעמוד כמה שנים הרי בתום השנים האלו ישלם לו שוב דמי קנים שהרי זה מהנהו בגדר אבנים ומה ששילם בזמנו דמי קנים לא הועיל לו ליותר מערך הזמן שעומדת גדר הקנים שהיה גודר, **ויעויין בחזו"א שכתב כן** דמשלם אחר כמה שנים שנית.⁴⁸

⁴⁶ ובפשוטו צ"ל דתואמים דברי התוס' עם דברי הרמב"ן אלא שלשון התוס' הוא דלדידי סגי בנטירא ומיהו דמי קנים משלם ולא כתבו בפשיטות כהרמב"ן דעומדת היא לכך לגדור בקנים בזול ושמא ס"ל להתוס' דאי אפשר לומר שעומדת לקנים בזול אלא דאם אינה עומדת לקנים אינה עומדת להם כלל אלא דמשלם משום דאנ"ס וכו' ודוק.

⁴⁷ וכן משמע להדיא בריטב"א בב"מ שכתב בשם הרא"ה דבשדה העשויה ליטע משלם כאריס משום דידעו הבעלים ושתקו ומבואר מיניה וביה דבאינה עשויה ליטע אף דידעו ושתקו אינו משלם כאריס.

⁴⁸ והנה המשלם לפי מה שגדר זוכה בחצי הגדר ובדמי קנים בזול לכאורה זוכה בגדר שיווי חצי דמי קנים ואם כן אחר כמה פעמים שישלם יגיע לשווי מחצית אבנים ואז לא ישלם שוב אך אפשר דזה אינו דאינו זוכה קנין גוף באבנים כפי שווי קנים אלא זכות שימוש לכמה שנים תמורת מה ששילם ובכללות הזמן כלה קנינו. וכמו דנראה פשוט דמשלם אגר נטירא שאינו זוכה באבנים לגופן כלל אלא תשלומי שכירות משלם וזוכה בהם לגידור אותה שנה בלבד. אך העירוני בזה דאם כן לא ישלם לו דמי קנים בזול כעת אלא ישלם כל שנה כפי שווי גדר לשנה ככל שוכר שאינו מקדים כל התשלום מראש, וצ"ע. עוד יש להעיר דלפי מה שגדר היינו מחצית הגדר ובדמי קנים נמי לכאורה משלם חצי מדמי קנים, ובאגר נטירא היינו חצי מדמי שומר שאף המקיף נהנה כמותו ואמנם אם הוא כתשלום שכירות והמקיף בעל הגוף אפשר שישלם כל דמי השומר וצ"ע.

ולרב הונא יעויין בחזו"א שנסתפק מהו לפי מה שגדר האם משלם דמי חצי הגדר וזוכה בחציה או שישומו לו כמה שווה תועלת גידור מגדר שאינה שלו וזה ישלם ותישאר הגדר של המקיף, והכריע החזו"א מדברי הרמב"ם שמשלם חצי וקונה הגדר, וכן מפורש ברש"י דבכל יציאות שהוציא יחזיר לו מחצה.

ובסברא יש לעיין בדבר שהרי קודם שזכה בגדר בודאי אין שווי הנאתו ושבח נכסיו אלא כפי שווי השימוש בגדר שאינה שלו ויכול המקיף לפרקה ואמנם אחר שישלם יקנה אבל היאך ניתן כעת לכופו לשלם יותר ממה שנהנה עכשיו הרי זה כאילו אנו כופים אותו ליטול הנאת הקנין ולשלם עליה וצ"ע ודוק.⁴⁹

בגמ' ראשונה שניה ושלישית איכא בינייהו שיטת רש"י: ראה ברש"י שכתב דפטור על הראשונות מפני שיצא מהם זכאי בבי"ד שכבר עמדו שם ימים רבים ולא הועילו לו. והדברים אינם מובנים דאף דאז יצא זכאי אבל כעת שגדר את הרביעית יתחייב. ויעויין ברבינו יונה שפירש בדעת רש"י דכוונתו משום קם דינא.

דיעויין בגמ' ביבמות [דף לו ע"ב] דאיתא שם פלוגתא דאמוראי באופן שהיה ספק ממון והוכרע הדין ואח"כ נשתנה הענין באופן שראוי שיתבטל הפסק הקודם ואיכא למ"ד דהדר דינא ואיכא מ"ד דקם דינא. ואף הכא כיון שבזמנו יצא זכאי בבית דין הרי קם דינא ונתקיים הפסק ואף שעתה ראוי שיתחייב מ"מ קם דינא. וכן פירש הבעה"מ דפלוגתיהו ללישנא זו היא האם קם דינא או הדר דינא וכ"כ השטמ"ק בשם רבינו יהונתן.

ובטעם הדין דקם דינא מצינו שני אופנים: האחד דהוי מטעם יאוש בעלים וטעם נוסף כתבו בזה שום דהפקר בית דין הפקר.⁵⁰

וראה בהגה בתוס' שהקשה ע"ד רש"י דאם כן גם ברביעית הרי יצא זכאי עד טפח אחרון. ועיין ברש"ש שהשיב דקם דינא הוא רק היכא שתבעו לדין בבית דין אבל אם לא עמד בדין לא, ולפי זה ביאר דהכא מיירי שאחר שלש תבעו לדין אבל ודאי לא תבעו בדין באמצע שבנה הרביעית, ופשוט. ואמנם ההנחה שבקם דינא בעינן דין בפועל בבית דין תלויה בטעמי הדין דקם דינא.⁵¹

וידוע לבאר שרש"י עצמו תירץ קושית ההגה במה שכתב שיצא זכאי מבי"ד שהיו שם ימים רבים ולא הועילו לו והיינו דדוקא מפני שהיו שם ימים רבים יצא זכאי אבל אם בנה השלש ומיד בנה הרביעית אזי לא יצא זכאי מבי"ד כי כאשר בונה הגדרות ועודנו עוסק בבנינם נחשב הכל כדבר אחד והעמדת הגדרות

והגר"י מאיר שליט"א אמר שישלם דמי הקנים פעם אחת ודיו כי אח"כ ההנאה באה ממילא, והיינו דחיובו הוא תמורת מה שהמקיף מעמיד לו הנראה וזה מעמיד לו כעת הנאה אחת לעולם ועבור כולה משלם דמי קנים כי זה מה ששוה לו הגדר כי לא היה בכוונתו לשלם יותר ואף שעי"ז נהנה שיש לו גדר לעולם ובקנים לא היה כן לא ישלם יותר ממה שהיה משלם ודוק.

⁴⁹ וכן יש להעיר בגוף הדין ביורד אשר דעת הרשב"א שם דיכול היורד לומר אטול עצי ואבני ומבואר מזה דכל זמן שלא שילם בעל השדה עדיין לא זכה בעצים ואם כן למה ישלם עליהם כאילו הם שלו, וצ"ע.

⁵⁰ ובטעם הדין דקם דינא: עיין בתרוה"ד סי' שי שכתב דהוי מטעם יאוש, והש"ך בכללי תפיסה נחלק עליו וסובר דהוא מטעם דהתם דהוי תרי גברי א"א לומר ממ"נ ולדרך הש"ך אינו נוגע ענין קם דינא לכאן כלל. ודרך נוספת נתבארה בתומים בסי' כה בכללי תפיסה דהוא מדין הפקר ב"ד הפקר וכ"כ הנתיבה"מ בריש סי' רפ. וכן יש ללמוד מדברי הרמב"ן במלחמות שם ביבמות שכתב דאם בטלה החלוקה אם כן מה כח בית דין יפה, וע"ע בשערי יושר שער ה פרק י.

⁵¹ דלהצד דהוי מטעם יאוש אין נ"מ אם עמדו בדין או לא, וכן מפורש בתשובת התרוה"ד עצמה דבגוונא שדן שם לומר קם דינא מיירי כשלא עמד בדין, אך להצד דהפקר בית דין או מה כח בית דין יפה אפשר ומסתברא דדוקא בעמדו בדין. ובאמת שמדברי הרמב"ן במלחמות ביבמות בסוגיא דקם דינא מבואר כהרש"ש שדוקא בזמנו לדין אמרינן קם דינא [עיי"ש בד"ה ועוד וכו'] ולא שנא זמנו לדין בין גדר השלש ובין גדר הרביעית וכו'.

טרם כלתה ואין בית דין יודעים אם לחייבו על עשיה זו או לפטרו עד שיתברר הדבר. [ואמנם לכאורה צ"ב שלא על עשיתו של זה מתחייב אלא על מציאות הגדר ולהלן יתבאר הענין]

ונתקשו אחרונים בדעת רש"י ורעמיה, דקם דינא שייך היכא שהיתה סיבת התביעה ועמד בדין וזכה בה אבל במקום שלא היה חיוב כלל ואח"כ נתחדש החיוב מה שייך קם דינא, **ואמנם הדבר תלוי** בטעם הדין דקם דינא דאם הוא מצד יאוש הרי מתפרש בפשיטות דסו"ס הכא נתייבאש מלתבעו דמי הראשונות.

ובאמת יעויין ברבינו יהונתן [בשטמ"ק על המשנה] שביאר דזהו גופא טעמיה דרבי יוסי ורבי יוסי סבר כי היכי שאם עמד ניקף וגדר את הרביעית שמגלגלים עליו את הכל כמו כן נמי אם עמד מקיף אף על פי שיצא מבית דין זכאי והדר דינא כיון דמקום שנהגו לגדור בבקעה הוי לפי שלא יצא מבית דין זכאי אלא למי שלא ההנהו אותו שאם המתין שלא העמידו בדין עד עכשיו אפילו תנא קמא היה מודה שמשלם את הכל כיון דבמקום שנהגו לגדור בבקעה הוי ומשום הכי ראוי שנאמר הדר דינא **עכ"ל**. **ועיין גם ברשב"א** שנראה דכוונתו לפרש כן בדעת רבי יוסי.

ויש לבאר בזה ליסוד הש"ך דחיוב יורד הוא משום דמתכוין להשביח הרי דמבואר מזה דיסוד חיובו משום שהעמיד לו הממון לשימוש ובוזה יש לומר דכיון שתביעתו בזה שהעמיד לו ממון נדחתה כיון שלא היה לו תועלת בפועל מהממון שוב אי אפשר לחייבו מחמת העמדה זו למפרע לומר שעתה נתברר שיש ממנה הנאה, ולחייבו על ההנאה גופא לבדה אי אפשר דליכא הכא מעשיו ולא מעשה בהמתו. וראה עוד להלן בזה בדין הניקף לגבי קם דינא.⁵²

ולהלן בגמ' גרסינן אי בעית אימא וכו' וללשון זו לת"ק בכל גווני משלם רביעית ואילו לרבי יוסי בעמד ניקף משלם הכל ובעמד מקיף משלם רביעית, **ולשון זו לא נתפרשה כלל בדברי רש"י ונראה שלא גרס אותה כלל**,⁵³ **אבל בספר המאור** גרס כן בגמ' ופירש גם בלישנא זו דת"ק פטר בעמד מקיף משום קם דינא. ובעמד ניקף חייב הכל משום דגלי אדעתיה ולרבי יוסי בכל גווני חייב הכל דהדר דינא, **וכן גרסה הרשב"א ופירשה**. **אך צריך ביאור בדעת ת"ק** דממ"נ אי הדר דינא לתחייב הכל גם בעמד מקיף ואי קם דינא אם כן גם בעמד ניקף יפטר, **וצ"ע**. **ויש לפרשו** להאמור לעיל דסברת קם דינא הכא היא משום דבעינן לחייבו לצרף מעשה המקיף שנתכוין להשביח ולכן כלפי תביעתו מחמת שהעמיד לו ההנאה כבר נפטר, אבל הכא בגדר ניקף הרי יש כאן סיבת תביעה חדשה מחמת שהניקף לקח ההנאה לעצמו והוי מעשיו דנהנה ולכן יש לחייבו, ודוק.⁵⁴

⁵² ועיין במאירי שהקשה על שיטת רש"י דהרי קי"ל הכא כרבי יוסי וקי"ל כרבי אבא דקם דינא. ולכן ביאר דהכא לא שייך כלל קם דינא וז"ל אבל זו שהחיוב בא לידי בירור ע"י גלוי הדעת אין ספק שחזר הדין ולא ראי זה כראי זה כלל וכעין מה שאמרו סנהדרין ל"א א' כל זמן שמביא ראיה סותר את הדין וכו' עכ"ל והדברים תמוהים עד מאוד דהרי גם בגדר מקיף מחייבים אותו הכלל לישנא זו ולהדיא במאירי לעיל דגם בעמד מקיף מחייב רבי יוסי ללישנא זו, ובדוחק יש לומר דכמו שביאר המאירי בעמד ניקף יש לומר גם במקיף דמתברר הדבר למפרע שהעמיד לו הנאה על ידי מעשה הגדירה ודוק.

⁵³ שתי הלשונות שנאמרו באי בעית אימא זו נראה שאינן בגוף נוסח הגמ' אלא דהן שתי גרסאות באי בעית אימא שנשנו אצל הראשונים ולכן בחלק מהראשונים יש רק את הלשון הראשון ובחלק הלשון השני, ברש"י נראה שהיה לפניו הלישנא השניה לבדה, וכן מפורש בריטב"א ובמאירי שרש"י גרס רק את הלישנא אחרינא והביאו שיש מהגאונים שגרסו הלישנא קמא. ובתוס' משמע דגרסו רק ללישנא בתרא [בד"ה אם, מדכתבו שם שלשון זו מתאימה לסוגיא בפרק כיצד] אך מהגהת התוס' בדף ה ריש ע"א נראה שהיה לפניו רק הלישנא קמא.

⁵⁴ ועוד יש לפרש לדעת הבית יוסף דבעמד מקיף וגדר את השלישית נמי מחייבין אותו אם כן יש לומר שהגילוי דעת מחייבו למפרע על גידור השלש וכעין דברי המאירי לעיל ולכן בזה לא שייך קם דינא, ודוק.

אבל קשה לן טובא בעיקר שיטה זו ממתני' דלקמן דכותל חצר שנפל אין מחייבין אותו לבנות ובסמך לו כותל אחר מגלגלין עליו את הכל, והרי מתחילה היה כותל הראשון ראוי לסמיכה ומ"מ נפטר שלא גילה בדעתו שחפץ בו ואם כן עתה כשסמך נימא קם דינא, וכמובן דהקושיא ללישנא הראשונה אשר גם בעמד ניקף אמרינן קם דינא. ודוחק גדול הוא לומר דהך מתני' קיימא כרבי יוסי ללישנא זו, וצ"ע.

שיטת התוס': ראה בתוס' שפירשו באופ"א משום דאין לך אדם וכו' ויש לדון לדבריהם מדוע לא ישלם גם דמי נטירא בר זוזא על שלש הראשונות דלא משמע בגמ' שיש צד לומר דנטירא בר זוזא נמי לא שוי ליה,⁵⁵ ועוד דאם היה מסייע ברביעית נראה דכ"ש שהיה מעמיד שומר. ואפשר דתרתני דסתרי הוא שאם משלם דמי נטירא נפטר מהרביעית דכבר שילם עבור הנאת השמירה ולכן נחא למקיף ליטול דמי רביעית, וצ"ע.

ויש לעיין לדעת התוס' בלישנא דאי בעית אימא דשם מבואר דבגדר מקיף משלם לו דמי רביעית ובגדר ניקף משלם הכל לת"ק וצ"ב מאי שנא הרי הטעם דפטור הוא משום דאין לך אדם וכו' וכשעמד הניקף וגדר הרי אין כאן שום גילוי דעת אלא שהוא בתורת אדם ומדוע יתחייב על שלש הראשונות, ויש לדון דהתוס' כתבו דאין לאדם שלא היה מסייע והיינו חצי כותל וזה כשגדר לבד והוציא לבדו כל ההוצאה הוי טפי גילוי דעת שניחא ליה בכל וזה דוחק, ומיהו נראה מדברי התוס' לעיל שלא גרסו כלל בגמ' לישנא זו - ראה בהערה 53 - וא"ש.

שיטת הרמב"ן: ראה ברמב"ן במלחמות שכתב הטעם דפטור על השלש כיון דשלש שלו גדר ורביעית של חברו הניח לאו אדעתא דמתהני מיניה חברה אבל מעיקרא ולא ע"מ דלישקול מיניה כלום וכה"ג ז"ל וזה חסר פטור דאחיל משום הנאה דנפשיה ול"ד ליורד לתוך של חברו ובונה דהתם אדעתא דלישתלם עבר. ורבי יוסי סבר האי נמי לא מחיל מידי ואדעתא דתרווייהו בנה וכו' עכ"ל.

ולכאורה מתבאר מפירושו כהיסוד שכתב הש"ך שהו"ד לעיל דביורד חייב אף דליכא מעשיו ומעשי בהמתו משום דהיורד נתכוין להשביח וכאן באו הדברים בתוספת ביאור דיסוד החיוב הוא מפני שעשה כן על מנת להשתלם, ובלא זה אין כלל חיוב נהנה.⁵⁶ ולא נתפרש בדברי הרמב"ן המשך הסוגיא אם גרס להך לישנא קמא דהאי בעית אימא ופירושה.

בגמ' אי בעית אימא מקיף וניקף איכא ביניהו וכו' לשון זו נתפרשה לעיל בת"י הגמ' הקודם עיי"ש.

בגמ' לישנא אחרינא ובסוגית הגמ' בב"ק עיין בגמ' בב"ק שנתבאר שם ללשון זו פלוגתייהו, ובתחילה סברה הגמ' להוכיח מדברי ת"ק דז"נ וזל"ח חייב ומשני דאיכא הקיפא יתירא ועיי"ש ברש"י ובתוס' ובדברי הראשונים בסוגיין לעיל בתחילת הסוגיא, ולדעת רש"י שם מיירי בגדר פנימית וההקיפא יתירא הוא מחמת שמחמתו עשה הגדר, ולדרך זו הקשו ראשונים היאך ס"ד דלא חשיב חסר הרי כל הגדר נעשתה בשבילו ועיי"ש מה שתירצו ולמדנו מזה דהיכא שאין החסרון קשור להנאה כלל אבל נגרם החסרון מחמת מקבל ההנאה הרי זה חשיב כחסר והדבר צריך ביאור בסברא דמה שייך זה לזה ומאי נ"מ אי מחמת היזק ראייה ידידה עביר או דעלמא, וצ"ע.

⁵⁵ והרא"ש כתב דאפילו אם מיחה בו קודם שגדר משלם דמי נטירא.

⁵⁶ **ודברי הרמב"ן צ"ב** שהרי עכ"פ לרבי יוסי הוי כחסר כיון שירד נמי בשביל הניקף וע"מ ליטול ממנו ואם כן היאך מוכחינן בגמ' בב"ק מדברי רבי יוסי דמחייב דז"נ וזל"ח חייב. וכן מוכחינן שם מת"ק דפטור והתם משמע דפטור אף מדמי רביעית אף דודאי לא איתיהיב למחילה והוי חסר, ובהכרח דחשיב לא חסר משום שבלא"ה מוציא הוצאת הכתלים עבור עצמו ואילו מדברי הרמב"ן משמע דעכ"פ כל שירד ע"מ להשתלם חשיב חסר, וצ"ע. ושמא מה דחשיב חסר לדעת הרמב"ן הוא רק משום הקיפא יתירא וכת"י הגמ' שם ואפילו הכי סוברת סוגיא דידן דבגדר שלש אחיל ליה אף שהוא חסר בשבילו ודוק.

והתוס' פירשוה בגדר חיצונית והקיפא יתירא היינו שמחמת שדה הניקף ההיקף גדול יותר. **וסברת התוס'** מאוד צ"ב דמה שייך לומר שהניקף מחסרו מחמת ששדהו באמצע אטו הוא ברא את השדה והרחיק שדות המקיף זו מזו, ואילו היה שם צונמא או אגם מים היה ההיקף אותו הדבר, ואפשר דכוונתם דכיון דבמציאות ההיקף הוא גדול מכיון שמקיף כל השדות נמצא שההוצאה בהכרח היא לכל השדות והוי חסר ואף שאלמלי שהיה שם שדה ראוייה לזריעה ולא היה הניקף נהנה נמי היה ההיקף גדול ונמצא שאין חסרונו תלוי בהנאת הניקף אך מ"מ גם אז היה ההיקף מתיחס לכל השטח ולכן חשיב כחסר וצ"ע ודוק.

ולהלן שם מוכחנין מרבי יוסי דז"נ וזל"ח פטור ודחינן משום דמצי אמר ליה לדידי סגי לי בנטירא בר זוזא, והיינו גדר קוצים כפי' רש"י שם או שומר כפי' רש"י ושא"ר בסוגיין. **ויש לעיין בכוונת הגמ'** דאפשר לפרש שהכוונה היא שהוא לא נהנה כלל מהגדר דאין לו בזה תועלת יותר מאשר בשומר או בקוצים אך זה אינו מסתבר כלל דאיברא נהנה הוא, **ובפשוטו כוונת הגמ'** דטענתו שהוא לא שווה לו להוציא ממון על גדר מעליא, **ולעיל נתבאר מדברי הראשונים** שהוא כעין סברת טול שאי אפשר להכריח אדם ליהנות ולשלם אם יש לו טענה שהוא לא היה מוציא הוצאה שכזו, ונמסתברא דזה שייך רק באופן דנהנה על ידי מעשה המהנה אבל בנוטל הנאה כגון דר בחצר חברו לא יוכל לומר לדידי סגי לי בסוכת שומרים דכיון שדר בבית ונטל הנאתו משלם הכל

ונתקשו הראשונים להס"ד שם בגמ' דאם טעמו של רבי יוסי משום דזנוזל"ח פטור אם כן בעמד ניקף אמאי מחייב, **ופירש רש"י שם** דשאני עמד ניקף דגלי אדעתיה דניחא ליה, **ומקור דבריו נראה מסוגיין** דמפרשינן כן בגמ' דלרבי יוסי חייב בעמד ניקף משום דגלי אדעתיה. **והדברים סתומים** דאף דודאי ניחא ליה בדבר והוא נהנה אבל סוף סוף זה לא חסר והרי זה נהנה וזה לא חסר פטור, **וצ"ע. וראה בתוס' שם** שהוקשה להם שהרי דר בחצר חברו נמי גלי אדעתיה ותירצו דהכא שאני דגלי אדעתיה דניחא ליה בהוצאה ומשא"כ בדר בחצר חברו דלא גלי אדעתיה אלא בחינם וע"ע בתוס' תלמיד ר"ת שם שביאר דדלמא לא ניחא ליה להשכיר.⁵⁷

וגם לדרך זו הדברים סתומים וחתומים דבודאי הדר בחצר חברו אפשר דניחא ליה לשכור והרי גברא דעביד למיגר הוא ומ"מ פטור משום דזה נהנה וזה לא חסר פטור ומאי איכפת לן דניחא ליה להוציא מעות וזה פלא.

ונודעו בזה דברי הגרש"ש [בחידושי לב"ק שם] שביאר בזה דבאופן דגלי דעתיה אין חיובו מטעם נהנה אלא מטעם משתרשי, שמצינו בגמ' בחולין [דף קלא ע"א] דהיכא שאנסו בית המלך את גרנו עבור חוב שהיה חייב להם ונטלו מתנות כהונה חייב לשלם כיון דמשתרשי ליה, דהיינו שהורווח לו ממון ע"י המתנות כהונה, ויעויין בתוס' שם שהקשו דאם כן האוכל מתנות כהונה אמאי אמרינן התם דפטור מדין מזיק משום דהוי ממון שאין לו תובעים הרי משתרשי לי ותירצו דיכול לומר הייתי מתענה. **ויעויין בקצה"ח** [סי' רמו סק"ב] שהקשה מ"ש מתחב לו חברו בבית הבליעה דחייב משום נהנה ולא יכול לומר הייתי מתענה, **וביאר בזה הקצות** דהא ודאי דנהנה חייב לשלם כה"ג ואינו יכול לומר הייתי מתענה דאדרבה על הנאה זו שלא

⁵⁷ ונתקשו בזה אחרונים מדברי הגמ' בב"ק שם דהשוכר בית מראובן ונמצא של שמעון מעלה שכר לשמעון ומפרשינן לה בגמ' להס"ד בבית דלא קיימא לאגרא ומוכחנין מינה דזה לא חסר חייב והשתא הרי בזה גילה דעתו דניחא ליה בהוצאה וזו תימה גדולה ע"ד התוס' ועיין בשטמ"ק שם שכתב דגילה דעתו לראובן ולא לשמעון, ואין הסברא בזה מובנת בשגם הכא בגדר רביעית אטו המקיף קיבל את דמי ההוצאה, ועוד תירצו אחרונים [הגרש"ש ועוד] דניחא ליה לדור בשכירות שיש לו זכות בבית אבל לא ניחא ליה לשלם עבור דירה באופן דנהנה שאינו בעל זכות בבית והסברא דחוקה ולשון התוס' תלמיד ר"ת שם בב"ק דלא ניחא ליה להשכיר ולהדיא משמע דכוונתו שאינו רוצה כלל לשכור וצ"ע ג.

נתענה צריך לשלם כפי שוויה והתם בדין משתרשי דין אחר הוא ואינו מטעם נהנה בעלמא אלא דיש לו ממון ממש שהרוויח ע"י ממון חברו, וביאר דהתם א"א לחייבו באוכל מתנות כהונה משום נהנה דאף זה פטור כמו מזיק דהוי ממון שאין לו תובעים ורק במשתרשי ליה חייב ולכן כל קושית התוס' באוכל היתה מדין משתרשי ולזה תירצו דיכול לומר הייתי מתענה אבל האוכל בעלמא אף דודאי ליכא משתרשי שיכול לומר הייתי מתענה אבל מדין נהנה לא פלט וחייב לשלם.⁵⁸

ולפי זה חידש הגרש"ש דהיכא דגלי אדעתיה דניחא ליה בהוצאה זו חייב מדין משתרשי, ול"ד לדר בחצר חברו ואף דהתם בשנים קדמוניות שכר בית זה לא חשיב כמשתרשי שגם האוכל מתנות כהונה מעולם לא נתענה אבל סו"ס אין הכרח דהנאה זו היתה אצלו הרווחת ממון אבל בגדר שהוציא ממון על גדר זו עצמה הוי משתרשי וחייב לשלם אף דלא חסר. **[ונקט הגרש"ש]** דמדין משתרשי חייב אף בלא חסרון ומסתברא דטעמיה כמש"כ שם לעיל דחשיב כאילו הוא בעין ופשיטא דממון שהוא אצל חברו כאילו הוא בעין חייב ליתנו לו ואין כאן כלל נידון אם לחייב הנאה בלא חסרון דלא חיוב יש כאן אלא ממוני גבן]

אך דברי הגרש"ש קשים מאוד להלמם בדברי התוס' דסו"ס מאן יימר שהיה מוציא כל ההוצאה של הכתלים ויכול לומר דודאי דניחא ליה להשלים הכותל הרביעי אבל לא לשלם דמי מחצית כל ההיקף, וגם יכול לומר דאלמלי שהיה זה גודר ודאי שלא היה הוא נכנס בעובי הקורה לגדור שדהו אבל אחר שגדר ונשאר לו דבר מועט לגדור טרח וגדר ואם אמנם נהנה וניחא ליה אבל משתרשי לא הוי דסו"ס אפשר שאם לא היה זה גודר לא היה הוא מוציא ההוצאה. **והרי התוס' בסוגיין כתבו** לבאר הלישנא קמא דאין לך אדם שלא היה מסייע לרביעית והיאך תאמר שהבונה רביעית אנ"ס שהיה בונה את הכל. והגע עצמך הרי זה היה לו שדה שנים רבות ולא גדרה ועתה כשקנה המקיף שדות הסמוכות וגדר שלש השלים את הרביעית הרי עינינו הרואות דלא ניחא לי בהוצאה של ד' גדרות אלא בגדר אחת [ואם כי אין זה ראייה מוכרחת לגמרי דלא ניחא ליה בשותפות די"ל דארבע רוחות לבד לא היה גודר ולשלם מחצית ההוצאה ניחא ליה אבל סו"ס ברור לך שארבע אינו רוצה לשלם ואחת הוא רוצה ומאן יימר לך אי רוצה בתרי או לא]

ועוד הקשה הגרש"ר [בשיעורי ב"ב בסוגיין אות צט] דהנה עצם סברת התוס' שיכול לומר הייתי מתענה תמוה מאוד דהרי ודאי מיירי גם כשאכלם כסדר אכילתו הרגיל שבכל יום ואיש זה מעולם לא התענה ומהיכי תיתי שהיה מתענה, ולכן ביאר כוונתם דעצם המציאות שהיה צד כזה שיכול להתענות ובדידיה תליא מילתא זה מפקיע דין משתרשי דמשתרשי היינו שמציאות הפעולה שנעשתה כאן ריבתה אצלו ממון שלא היה לו קודם ובאוכל אין זה כך שהרי סו"ס היה יכול להתענות ונמצא שלא נתרבה אצלו ממון בפועל, וכיון שכן ה"ה הכא דודאי סו"ס יכול היה שלא לגדור. **וצ"ע רב.**⁵⁹

⁵⁸ ולא ביאר הקצות מדוע בדין משתרשי חייב לשלם במתנו"כ אף דהוי ממון שאין לו תובעין והוסיף בזה הגרש"ש ביאור דמשתרשי חשיב כאילו הוא בעין ולכן במתנו"כ כ"ז שהם בעין ודאי דחייב ליתנם ואין צורך לתובעים

⁵⁹ ואולי יש לבאר בדברי התוס' דהנה גדר זו נעשית בשביל שניהם ושניהם נהנים ממנה יחדיו ואיזו סברא יש לומר שמחמת שקדם האחד וגדר קודם חברו ייחשב הלה נהנה בלא חסרון ונכפה האחד על מדת סדום, הרי סו"ס נעשתה בשביל שניהם, והגע עצמך הרי שיוודה הניקף ויאמר שאלמלי שקדמו מקיף היה הוא עומד וגודר וכי בשביל שקדמו זה לא ישלם חלקו הרי הוא הנוקט במדת סדום ולא המקיף, אלא דבעלמא דלא גלי אדעתיה יכול לומר לו אני ממילא לא הייתי גודר ואתה שגדרת מה איכפת לך בהנאתי אך היכא דגלי אדעתיה דניחא ליה בהוצאה אזי חייב לשלם. וביתר עומק נראה דבאמת כל נהנה מממון חברו הרי נהנה מחסרון של המעות שהוציא הלה לקנות או לבנות ממונו אלא דבעלמא כיון שהוא לא היה מוציא והלה ממילא הוציא אין אנו רואים אותו כנהנה מההוצאה שהרי הוא לא היה מוציא אלא נהנה מהממון הקיים אחר החסרון אבל במקום שהוא היה מוציא ממון נמצא שנהנה ממה שחברו הוציא במקומו ואין לך חסר גדול מזה.

הרחבת דברים בדין גלי אדעתיה עיין בחי' הגר"נ שדקדק לשון הרמב"ם והטור שכתבו לדינא דעמד ניקף חייב משום דגלי אדעתיה ותמוה שהרי לדינא נקטינן דגם עמד מקיף חייב ואם כן אין צורך בניקף לגילוי דעת. **ולמד מזה הגר"נ** דבאמת בעמד ניקף חיובו רק משום שגילה בדעתו ול"ד לעמד מקיף **והטעם מבואר עפ"י הש"ך** דבנהנה חיובו על ידי מעשיו הוא במתכוין להשביח ולפי זה במקיף חיובו משום דירד לשדה חברו והשביחה אבל בעמד ניקף הרי אין חיוב מצד עשיית המקיף כי הוא עשה רק שלש גדרות וחיובו מצד שכשעשה רביעית בזה נטל לשימושו כל שלש הגדרות והוי כמעשיו. **ולפי זה יוצא חידוש דין** דהיכא שעמד אדם אחר וגדר את הרביעית פטור הניקף מלשלם למקיף שאין כאן לא מעשה המקיף ולא גילוי דעת דניקף.

גדר ניקף את השלישית עיין בבית יוסף [סו"ס קנח] שכתב דהיכא גדר המקיף שתיים ראשונות וגדר הניקף את השלישית מחייבין את הניקף⁶⁰ **ויעויין בדרכי משה שם** שחולק עליו וסובר דפטור כיון שעדיין לא נהנה בכלום, **והוכיח הד"מ כדבריו מדברי הטור** [שם בסו"ס קנח] שכתב וצ"ל לפירוש רבי יצחק דאף אם גדר ניקף בעד רביעית נגד שדהו אין מחייבין אותו אא"כ גדר המקיף מה שנשאר עדיין פתוח בעד הרביעי בבי' צדין כפי גודל שדות המקיף דאל"כ לא הנהנו כלום **עכ"ל** הרי מבואר דאף בעמד ניקף וגדר את הרביעית פטור כל שלא גדר את כולה וכ"ש בגדר את השלישית.⁶¹ **ויעויין בקצה"ח** [בסק"ו] שהטיל שלום בין הפוסקים וביאר דבגדר חיצונית ודאי דפטור כדעת הד"מ ומש"כ הב"י דחייב הוא בגדר פנימית הבנויה על שטח של שניהם וכדעת הרמב"ם דבזה כיון שגילה דעתו זכה מיד בחצי הכותל אף שלא נהנה, **ונסתמך בזה הקצה"ח ע"ד** הנמו"י שביאר במתני' לקמן דבסמך לו כותל אחר מגלגלין עליו את הכל אף שעדיין לא סמך תקרה ולא נהנה לפי שזכתה לו חצרו מיד כשגילה דעתו.

אך לכאורה הדברים מבוארים בסוגיא שם דיש כאן מחלוקת ראשונים מפורשת בדינם של הב"י והד"מ, שהתוס' בסוגיא שם הקשו דהוי זנוול"ח ועיי"ש מה שתירצו בזה, **ויעויין שם בריטב"א** שהקשה שהרי לא נהנה כלל ותי' דזכתה לו חצרו עיי"ש והנמו"י הביא מדבריו, **וכבר כתב הקצות בעצמו** [לעיל בסק"ה]

אך לכאורה בדר בחצר חברו ל"ש לומר כן ולמה הוצרכו התוס' לומר דהתם לא גלי אדעתיה אלא בחנם וצ"ע. ואפשר דאף התם סו"ס הבית לדירה נועד והדר בבית חברו לקח ממנו מקצת מתשמישי הבית והרי הוא כשותף במקצת בבית, ואם זה הוציא הוצאה כדי שיהיה לו בית לחמשים שנה וזה דר בו שנה אחת והיה הוא מוציא הוצאות על בית אנו רואים הוצאת וערך הבית כאילו הוצא בשביל שניהם על ידי האחד ודוק.

ולפי זה ניחא דאף אם ברור לן שניחא ליה רק בהוצאת גדר רביעית מגלגלין עליו את הכל דסו"ס נהנה מהוצאת וחסרון חברו והנהנה מהוצאת חברו משלם כל דמי ההנאה. אבל עדיין לא ניחא לן כלל דינא דהדר בחצר חברו דלכאורה ודאי חזינן דניחא ליה בהוצאה וביותר בשוכר בית מראובן ונמצא של שמעון ואמנם האחרונים חילקו דרק עבור קנין מוכן לשלם אבל חילוק זה דחוק דסו"ס ודאי שניחא ליה להוציא ממון, והראיה מיניה וביה מדמעלה לו שכרו משלם ודאי סתימת הפוסקים דמשלם כפי מחיר השכירות הנהוג ולמה לא נשום לו שישלם בפחות מחמת שהיה יכול לסלקו כל רגע, וצ"ע.

⁶⁰ לשון הב"י 'מחייבין אותו לגדור את הרביעית' ונראה כוונתו דכיון שהוציא המקיף דמי שתיים והניקף דמי אחת יגדור את הרביעית ובזה יהיו שניהם שווים. אבל אם ירצה ליתן דמים למקיף ולא לגדור ודאי רשאי בכך.

⁶¹ וצ"ע בראית הד"מ כי לדרכו דברי הטור תמוהים מדוע נקט דוקא ציור זה ולפירוש הר"י [דמיירי בגדר חיצונית] ולא כתב בפשיטות דכל שלא הקיף את הכל פטור, אך לכאורה היה נראה כוונת הטור דבאופן שגדר המקיף כנגד שדהו אין לו תועלת עד שיגדור המקיף את מה שכנגד שדותיו ובזה אין לניקף חיוב להשתתף ואה"נ אם יאמר המקיף שלם לי דמי מה שגדרתי ומתוך דמים אלו תבנה פרצות גדר רביעית טענתו טענה שלא בא הטור לפטור מלשלם אלא לומר דחיוב גדר שכנגד הפרצות מוטל כולו על המקיף ועד שיתרצה בכך אין גדרות המקיף שהן בהיקף החיצוני מועילות לניקף כלום. ולדרך זו אין שייכות בין נידון הטור למחלוקת הב"י והד"מ.

שלדברי הריטב"א מתורצת קושיית התוס' דאם זכה בחצי הכותל פשיטא דחייב לשלם ואין כאן מקום לקושיא דלא חסר. **הרי מבואר להדיא** דלדעת התוס' חייב משום נהנה אף שעדיין לא נתן תקרה ואילו לדעת הריטב"א והראשונים שעמו פטור. **ואם כן הוא הדין הכא** בגדר שלישית להתוס' יתחייב ולהראשונים הנ"ל פטור כיון שלא נהנה.

אך בסברא צ"ב לדעת התוס' מדוע חייב כיון שלא נהנה, וראה בחי' הרע"א שם במשנה לקמן שכתב דחייב על שם סופו ועיי"ש משה"ק ע"ד התוס' שם והסברא אינה מובנת היאך ניתן לחייבו על שם סופו כ"ז שלא נהנה עדיין. ושמא יסוד הפטור בגדר שלש אף שודאי בנקל יוכל להשלים הגדר ויש כאן תועלת אבל כל זמן שהגידור בפועל אינו גמור אינו נחשב כקבלת הנאה אבל כשגלי אדעתיה שעומד לגדור אנו רואים את השלש כקבלת הנאה כיון דניחא לו ורוצה בהן לשימוש. **וקרוב לזה יש בספר המאור** דבבקעה חייב רק בהקיפו מארבע רוחותיו אבל בחצר כיון שעומדת לגידור חייב אף כשלא הוקפו כל הרוחות כיון שעומד לכך עיי"ש. **ויש ללמוד בדברי הב"י מדברי הראשונים** בגדר את הרביעית בגדר לבנים ויתבאר לקמן בע"ה.

כשגדר הרביעית בגדר לבנים עיין ברמב"ן וברשב"א שדנו דהיכא שגדר המקיף שלש גדרות אבנים והניקף גדר את הרביעית בלבנים. **ולמדו הראשונים מדברי הירושלמי** דכה"ג אינו משלם אלא לבנים לפי שגילה דעתו על לבנים בלבד, **והוסיף הרמב"ן** דאף היכא דגדר מקיף את הרביעית בלבנים משלם לבנים לפי שערך הגדר ותועלתה בשבילו כגדר לבנים שכשיפלו לבני הרוח הרביעית נמצא שדהו פרוץ כשהיה.

ויש לדקדק בדברי הראשונים שכתבו בגדר ניקף בלבנים הטעם לפטור מגדר אבנים משום דלא גלי אדעתיה וזה פלא שהרי חיובו לדינא אינו מחמת גילוי דעת שהרי אף בעמד מקיף חייב וה"ל לומר הטעם שכתב הרמב"ן במקיף לפי שתועלת הגדר כגדר לבנים, וזה קשה הן בדברי הרמב"ן שכתב כן בעמד מקיף מדוע כתב בניקף טעם אחר ובדברי הרשב"א שהשמיט לגמרי דין הרמב"ן בעמד מקיף, **וע"ע בב"י** נבסו"ס קנח[ע"ד הטור שהעתיק דינו של הרמב"ן ומבואר להדיא מדברי הב"י דשני טעמים נפרדים הם בגדר מקיף ובגדר ניקף. **וצ"ע.**

ועיין בחזו"א שהקשה בגוף דברי הרמב"ן שהרי אף אם תיפול הרביעית מלבנים יש לו תועלת והנאה בשלש גדרות האבנים דאז בהוצאה מועטת של רוח אחת יוכל לגדור שדהו ומשא"כ אם היו כולם לבנים, ואם כן למה לא ישלם דמי אבנים, **ותירץ החזו"א** דסו"ס הרי בגדר שלש אין מחייבין אותו אף שיש לו התועלת שיוכל לגדור בקל את שדהו ואם כן ה"נ הכא תועלת זו שתהיה לו אחר שיפול כותל רביעי אינה מחייבתו עתה לשלם.

ולפי זה יש לבאר דברי הראשונים ובאופן דמוכח מזה להדיא כהב"י דבגדר שלישית מחייבים אותו שלכן בעמד מקיף כיון שתועלת הרביעית היא רק בקנים חייב לפי לבנים אבל בעמד ניקף אף אם תיפול הרביעית יש מקום לחייבו לפי שהשלש גדרות באבנים ויש לו תועלת מהם שבקל יוכל לגדור הרביעית ובזה אין טענה דבשלש אין מחייבים אותו שהרי במקום גילוי דעת מחייבים אותו בשלש כמש"כ הב"י ולכן הוצרך לטעם דאין כאן גילוי דעת אלא על לבנים אבל בעמד מקיף ביאר הטעם לפי שאין לו תועלת מהגידור וכנ"ל. והדברים נפלאים מאוד.

עוד כתב הרמב"ן דהיכא דגדר המקיף שלש בלבנים וגדר הניקף אבנים אין לחייבו ליתן דמי לבנים שאומר לדידי לא ניחא לי בגדר לבנים שעלולה ליפול אלא משלם דמי אבנים והמקיף מקבל על עצמו לבנות הלבנים כשיפלו. **וגם בזה יש להקשות** דהגע עצמך הרי שגדר המקיף את כולן מלבנים חייב זה לשלם ואינו יכול לומר איני רוצה אלא באבנים ואם כן כשגדר ניקף מאבנים למה יפטור מלשלם דמי לבנים ויכול לכוף הלה באבנים ולשעבדו לזה. **ובדוחק יש לומר** דכשחזוין שהוציא מעות על אבנים מוכח שאינו רוצה

בלבנים אך בעלמא לאו כל כמיניה לטעון כן. אבל נראה יותר לומר כהיסוד שכתבנו לעיל בשם הגר"נ דחיוב דעמד מקיף ליכא בעמד ניקף לפי שאין כאן יורד לשדה חברו וכל חיובו מחמת גילוי דעת ובוזה יכול לטעון דרוצה אבנים אבל בעמד מקיף חיובו מחמת שנהנה בפועל ממעשה חברו ובוזה חייב לעולם לשלם לפי מה שגדר. אלא דהסבר הדברים שנכתב לעיל אינו מספיק כאן דאם הטעם הוא מפני שבגילה דעתו הוי כלוקח ומשתמש גדר חברו אם כן אין כאן טעם לפטרו מלבנים לפי שהוא רוצה אבנים דסו"ס לוקח ומשתמש בגדר חברו וצ"ע ודוק.

דף ה ע"א

מעשה דרונא בגמ' אמר ליה לאריסיה וכו' עיין בריטב"א שהקשה היאך אמר לו כן הרי אסור לגנוב ע"מ למיקט ותי' בשני אופנים עיי"ש [נראה ברש"י שכתב דאמר לו ליטול בפני רונא ואם כן לכאורה אין כאן גזל דממ"נ אם יגזור הרי לא יטול ואם לאו הרי מחל לו ואין מקום לקושית הריטב"א, ואפשר דכיון דאיסור גניבה ע"מ למיקט הוא מפני שמצערנו אם כן כשעומד ליטול אף אם לא נטל לבסוף נמי איכא איסור]

בגמ' א"ל גלית דעתך נחלקו ראשונים בפשט הסוגיא אי חיובו דהכא הוא מדין גדר מקיף את הרביעית או משום דגלי דעתיה הניקף והוי כגדר ניקף.

דעת הרמ"ה והרשב"א דהכא לאו משום גילוי דעתיה מחייבין ליה אלא דס"ל להאי סוגיא דאף בעמד מקיף חייב וכדבר הונא אליבא דרבי יוסי דיעויין ברמ"ה בד"ה ושמעין שכתב דמהכא מוכח דאף בגדר מקיף את הרביעית מגלגלין עליו את הכל וליכא לפרושי משום דגלי דעתיה דאטו בשופטני עסקינן שרואה שנוטלים פירותיו ושותק ועוד דלא גלי דעתיה אלא אאגר נטירא ולא גדר אבנים.

ויעויין ברשב"א לעיל בד"ה ה"ג שהקשה להך אוקימתא דרבי יוסי מחייב רק בעמד ניקף וכסוגיא דב"ק אם כן למה חייבוהו במעשה דרונא, ועיין שם שתירץ בשני אופנים או דהסוגיא דרבינא פליג אסוגיא דב"ק וסברא כרב הונא וכסוגיא דהכא דלר"ה משמע דחייב בין עמד מקיף או ניקף ועוד תירץ דהכא מיירי כשגדר המקיף את ארבעתן בב"א ובכה"ג אפילו להסוגיא בב"ק חייב בעמד מקיף⁶², וכ"כ הריטב"א כאן, ודבריהם סתומים דאי בעמד מקיף פטור -- ומשום דזה נהנה וזה לא חסר פטור או משום דאמר לדידי סגי לי כדאיתא בב"ק -- אמאי חייב בגדר ארבעתן בב"א ומאי שנא, וצ"ע.

ודעת המאירי בשיטה אחת והגר"א דהכא חייב משום גילוי דעתיה, עיין במאירי כאן שכתב דלהגורסים במסקנת הסוגיא כאן כהסוגיא בב"ק לא חייבוהו לרונא אלא מפני שגלי דעתיה והוי כאילו עמד ניקף ועיי"ש שכתב דלהשיטות דחייב אף בעמד מקיף חייב אף בלא גילוי דעת ולא הובא הגי' בגמ' אלא כסיפור דברים. ועיין בהגהת הגר"א סי' קנח סק"ז דממה שהובא בגמ' המעשה שגילה דעתו שאינו חייב אלא בגילוי דעת וקשה דהרי אף בעמד מקיף חייב בעלמא וביאר הגר"א דלכן פירש הרמב"ם מתני' בחורבה משום דחורבה הוי שדה העשויה ליטע והכא דהוי בבקעה דאינה עשויה ליטע בעינן גילוי דעתיה כדי לחייבו [ונ' כוונתו דמה שסירב רונא לשלם הוי כאמירת טול עצריך ואבניך ולהכי אינו חייב כלום שאל"כ משלם לכה"פ הוצאות שיעור שבח] וזה לפום פשטות הגמ' דחיובו הוא משום גילוי דעתו.⁶³

⁶² ולכאורה יש להוכיח דאף להתוס' כן הוא דהכא לאו משום גילוי דעת מחייבים אותו דאי נימא דבעמד מקיף פטור הרי פירשו התוס' בב"ק דטעמא בעמד ניקף הוא משום דגלי דעתיה דניחא ליה בהוצאה אבל אם לא גלי דעתיה אלא בחנם פטור עיי"ש ואם כן הכא אף דגלי דעתיה אבל לא גילה דעתו שנוח לו אף בהוצאה

⁶³ ואמנם נראה דהגילוי דעת כאן שונה לדעת הגר"א מאשר להמאירי שהמאירי כתב דהוי כעמד ניקף והיינו לפי סברת הראשונים התם בב"ק דהכא דגלי דעתיה חייב אף למ"ד ז"נ וזה לא חסר פטור בעלמא וראה מש"כ הערה הקודמת

בגמ' אמר ליה זיל פייסיה וכו' עיין בדרכי משה בטור בסו"ס יז שכתב ללמוד דין מסוגיין דהיכא שהתובע אינו תובע כל מה שמגיע לו על פי דין אין הדיין יכול לחייב הנתבע יותר ממה שתבע התובע כדחזינן הכא דאמר ליה זיל פייסיה במאי דאפייס, ועיין בסמ"ע שהוקשה לו אם כן היאך אמר ליה ואם לא דיינינא לך כר"ה וכו' הרי אי אפשר לו לחייבו כן אחר שרבינא לא תבע וביאר דהכא משום קנס עשה כן עיי"ש ונחלקו האחרונים בהבנת דינו של הרמ"א דדעת הסמ"ע שם דדין זה נאמר אף כשהתובע אינו תובע דינו מחמת שטעה בדין ואינו יודע שחייב לו אבל הש"ך שם השיג עליו וסובר דלא נאמר דינו של הרמ"א אלא היכא דידע התובע ומ"מ לא תבע דאז מחל או היכא דאי כא ספק אם הוא כן אבל היכא דודאי לא ידע דינו אין כאן מחילה ומחוייב הדיין לגבות מן הנתבע הכל עיי"ש, וע"ע בכפות תמרים בסוכה דף לד ע"ב.

מתני' למעלה מד"א אין מחייבין אותו צ"ב מאי קמ"ל בזה מתני' ופשיטא היא, ועיין בנמו"י שביאר דס"ד דכיון שהכותל שנפל היה יותר מד"א אף עתה יכופו זא"ז ליותר מד"א וכפי שהיה קמ"ל. וחידוש זה הוא בין לרש"י ובין לתוס' לעיל בדף ב ע"ב דרש"י שם פירש דאף למ"ד לאו שמיה היזק נפל שאני לפי שנתרצו הראשונים בכותל, ואף הכא ס"ד דאף כלפי יותר מד"א נכופנו שהרי נתרצו לזה.⁶⁴ ולהתוס' הטעם שם לפי שהורגלו לעשות דברי הצנע בחצר וי"ל נמי דכיון שהורגלו בשמירה מעלייתא של כותל גבוה טפי מד"א אף עתה יבנו כן קמ"ל.

רש"י ד"ה עד שיביא התובע וכו' ולא נתן לו עיין ברא"ש להלן בסוף סי' ט והא דאמר במתני' וכו' שחולק על רש"י וכתב דאף אם תבעו ולא נתן לו יכול לומר פרעתי אח"כ דשמא אשתמוטי קא משתמיט לפי שלא היו לו מעות, וכתב הרא"ש דרש"י לטעמיה בב"מ דף יז דדמי שפסקו ביד צא תן לו ותבעו בעדים לומר לו פרע לי ע"פ ביד אינו נאמן לומר אח"כ פרעתי עיי"ש.

[וקצ"ע דהרא"ש עצמו ביאר הטעם דדווקא משום דהעיו לעבור פי הבי"ד וכאן הרי לא היה פסק ביד, ולולי דברי הרא"ש היה אפשר לדרש"י לשיטתו שהרי ביאר רש"י דהטעם דנאמן לומר פרעתי הוא משום דלא היה בונה משלו אלא היה צועק עליו בבי"ד והכא צ"ל שהיה מביא עדים שתבעו אחר שבנה הכותל וזה לא נתן לו ובזה סותר הסברא דהיה צועק עליו דהא קא חזינן שבנה משלו ודוק, אך אכתי לא ניחא דאף בטענה זו שפרע אחר בנין הכותל יש להאמינו וכדאיתא בגמ' דאילמאי דא"ל פרעתיך בזמני פשיטא וראה להלן בדברי רש"י בזה וצ"ע].

שם אלא היה צועק עליו בבי"ד בתומים בסי' עח סק"ד עמד בדברי רש"י שצריכים ביאור, דהא בגמ' מבואר דטענת פרעתי דמשנתנו טענת פרעתי בזמנו הוא ונאמן בה אף בלא הראיה ממה שהיה צועק בבי"ד, ועוד הקשה התומים דמרש"י משמע דהנידון הוא אם שילם לפני הבניה ממש"כ לא היה בונה וכו' ואילו בגמ' מפורש הנידון אם שילם באמצע או גמר הבניה. וביאר התומים בדעת רש"י דלמסקנת הגמ' דכל שפא ושפא זימניה באמת מיירי שפרע לפני תחילת הבנין, ועיין עוד בחידושי רע"א החדשים במועתק מדרו"ח כת"י שעמד בזה עיי"ש.

וידוע לבאר בדברי רש"י דהוצרך לטעם זה דמחמת טענת פרעתי אכן נפטר מחובו אבל כדי שיוכל לזכות בחצי הכותל להשתמש בו בזה הוי הני שבנאו מוחזק ולא בעינן ראייה לטענתו, אך ג"ז צ"ע מהגמ' לקמן דפריך אמתני' אילמא דאמר ליה פרעתיך בזמני פשיטא ומאי פשיטא הוא הרי מתני' קמ"ל דמשתמש

אך להגר"א האי גילוי דעתא הוא בכדי לאשוויי לה כשדה העשויה ליטע שלא יוכל לומר לו טול עציך ואבניך אבל עיקר חיובו יתכן דלא תליא כלל בגילוי דעת דהוי חסר משום הקיפא יתירא ודוק

⁶⁴ ולדעת רש"י באמת צ"ב מדוע אין מחייבין אותו וכמו שהסכמת הראשונים מחייבת עד ד"א כך תחייב גם ביותר מד"א.

בכותל ומה"ט [ובאה דבאמת נאמן לגבי הכותל עצמו ראה להלן אות ג] וראה **בחידושי הגר"נ** שביאר בדברי רש"י באופ"א.

במשנה למעלה מד"א אין מחייבים אותו נחלקו ראשונים אם יכול אדם להוסיף בכותל השותפין למעלה מד"א בע"כ של השני, **עיין ברא"ש** שכתב דיכול השני למנעו בטענה שרוצה להשתמש באויר הכותל לסמוך עליו קורות אלא דמתני' מיירי בשתק ולא מיחה כשבנה זה, **ועיין ברבינו יונה** שחולק וסובר שכ"א מהם רשאי לבנות אלא שאם ירצה השני להשתמש בכותל יוכל לזכות בו ולשלם חציו [ומשמע מדבריו שמחויב הבונה לתת לו לזכות בחצי הכותל שכל זכותו לבנות היא ע"מ שיתן לו לזכות שאל"כ מפסיד אוירו של זה] **ועיין ברשב"א לקמן בדף ו' סוע"א** ד"ה ולדידי קשיא וכו' שסובר דיכול כ"א מהם לבנות כיון שהכותל של שניהם הוא עיי"ש וכרבינו יונה ויסוד שיטתם הוא דכל מה שהאחד רשאי לבנות על הכותל המשותף הוא ע"י שירשה לשני לקנות חציו לכשירצה. **וכ"מ בפיה"מ להרמב"ם** דיכול לבנות, ודעה שלישית בזה היא דעת **ההגהות מיימוניות הובא בשו"ע בסי' קנז ס"ט** שרשאי להגביה ומשלם לחברו מה שנפחת כותלו עי"ז.

במשנה סמך לו כותל אחר פשט המשנה דכשסמך לו כותל אחר ועומד לסמוך תקרה חייב לשלם על תוספת הגובה כיון דניחא לו בה ויש לבאר דמנ"ל דניחא ליה בגובה זה הרי אפשר שהיה סומך תקרתו על הכותל אף אם היה ד"א ומה שהגביה כותלו הוא משום דנאלץ לעשות כן מאחר שחברו הגביה כותל שכנגד וצ"ל דהיה יכול לתקוע קורות בגובה ד"א ולהעמיד כותלו כנגד בגובה ד"א. ואף דמבואר בגמ' לקמן דדבר כזה מקלקל הכותל צ"ל דבכותל של שותפין אינו יכול למנעו מכך דכל רשות שיש לו להגביה הכותל [בין להסוברים דרשאי לכך מדינא ובין להסוברים דמחמת שתיקה] הוא ע"מ שלא יפסיד זה את זכותו להניח קורות על הכותל.

במשנה סמך לו כותל אחר וכו' בשורש חיובו לשלם צינו שתי דרכים: דיעויין בתוס' שהקשו דהוי ז"נ וז"ח ותירצו בב' אופנים. **ומבואר מדבריהם דחיובו מדין נהנה** שמשתמש בכותלו של חברו, ובדאי דגם לדרך זו אם משלם קונה חצי הכותל אבל שורש החיוב מחמת דין נהנה. **אך הראשונים** ה"ה רבינו יונה הרשב"א הריטב"א והנמו"י כתבו דחיובו מחמת שזוכה בחצי הכותל, והריטב"א נתקשה בעיקר חיובו שהרי עדיין לא נהנה כלל מהכותל ותירץ דחייב משום דזוה בחצי הכותל הרי להדיא דאין חיובו מדין נהנה.

ועיין בקצה"ח [סי' קנח סק"ו] שכתב דלדרך הראשונים האלו לא קשה קושית התוס' דהוי זה נהנה וזל"ח שהרי אם זכה בחצי הכותל ודאי חייב לשלם. ונמצא שבפשטות הדברים חולקים רבותינו הראשונים בשורש החיוב דלרבינו יונה וההולכים בשיטתו חיובו מחמת שקנה הכותל ולהתוס' חיובו מדין נהנה.

תוד"ה אע"פ וכו' דזה נהנה וכו' יש לעיין לדעת התוס' דחיובו משום נהנה הוא הרי עדיין לא נהנה כלל כל זמן שלא סמך תקרה ומאי שנא משלש רוחות דאין מחייבין אותו, **ועיין בחי' הרע"א** [מגליון המשנה] שעמד בזה וכתב דחיובו על שם סופו כיון שעומד ליהנות כשיסמוך את הכותל. ולכן הקשה הרע"א דהוי נהנה וחסר דסמיכת התקרה מכבידה על הכותל ופירש דכוונתם כהנמו"י שנתקשה בדין המשנה דשמא יסמוך קורותיו על הכתלים האחרים ולא על כותל זה ותי' דמ"מ נהנה כשנעשה כותל לביתו ועפי"ז פירש הרע"א את דברי התוס' דאף שחייב על שם סופו מ"מ הוי ז"נ וזה לא חסר. **ודברי הרע"א צריכים ביאור** דאיזה סברא יש לחייב על שם סופו סו"ס השתא לא נהנה ולא מידי ומדוע יתחייב, **וצ"ע**.

והעולם רגילים לפרש בדברי התוס' דעצם מה שלוקח הכותל ומעמידו לתשמיש הוי הנאה עוד קודם שגמר מלאכתו ובאמת גם במקיף שגדר שלש יש כאן תועלת ושבח שעומד לגדירה אלא דכאשר המקיף גדר יכול הניקף ליפטר כל זמן שאין תועלת בפועל אבל כאשר הוא עצמו משתמש בכותל להנאתו חייב.

ועיין בבית יוסף בסוף סי' קנח הו"ד לעיל שכתב דאם גדר המקיף שנים והניקף גדר השלישית מגלגלין עליו את הכל [לשון הב"י דחייב ליתן רביעית וכוונתו דחייב ליתן עוד מחיצה ונמצא שכ"א שילם ב' מחיצות וכ"כ בפרישה] ועיין בדרכי משה שהשיג עליו מדברי הטור שכתב דאף אם נשאר טפח אחד פתוח בגדר המקיף אין הניקף חייב אף כשגדר הניקף רביעית ודברי רבותינו צ"ע דלכאורה משנה ערוכה היא כאן דבסמך כותל אחר מגלגלין עליו את הכל והוי ממש כדינו של הב"י.

ובאמת שזה תלוי במחלוקת הראשונים בסוגיין דלהתוס' דחיובו משום נהנה מוכח כהב"י ומדברי הריטב"א שנתקשה בדין המשנה דעדיין לא נהנה ותיירץ משום דזכה מוכח כהרמ"א דאינו חייב עד שיהנה ובגדר ניקף את השלישית אין מחייבין אותו. [אלא שיש לפרש בדעת הב"י כדברי הרע"א דחייב על שם סופו, וכן יעויין בקצה"ח שפירש בדברי הב"י חיובו משום דזכה בחצי הכותל ומיירי בכותל הבנוי בחצר של שניהם עיי"ש]

ומדברי הרע"א מבואר דרך נוספת בדברי התוס' דיעויין בחי' הרע"א [החדשים בנדפס מספר וזאת ליהודה] שנראה מדבריו שנתפסק לפרש בדברי התוס' ע"ד הנמו"י שזוכה בחצי הכותל וקושיית התוס' היא דאם הוי זה נהנה וזה לא חסר אם כן אין לו צורך לזכות כלל בחצי הכותל שהרי יכול להשתמש בלא זכיה ורק אם חברו חסר בתשמישו אז אינו יכול להשתמש בשל חברו אם מחסרו ולכן חייב לזכות בחצי הכותל.⁶⁵ **אלא שהרע"א נתקשה** אף לדרך זו בדברי התוס' דהרי לא יוכל להשתמש בכותל כדי לסמוך עליו קורות כיון שזה מחסיר את הכותל ולכן חייב על כרחו לזכות באבנים והניח שם בצ"ע.

שם מ"מ כיוון דגלי דעתיה וכו' עיין בתוס' בב"ק בדף כ ע"ב ד"ה ששם ביארו דבעמד ניקף אף אי ז"נ וזל"ח פטור חייב משום דגלי דעתיה דניחא ליה בהוצאה ולפי"ז צ"ל דגם כוונתם כאן כן דגלי דעתיה שניחא ליה להוציא מעות שהגביה כותלו שכנגד. וסברת התוס' סתמוה אמאי בגלי דעתיה חייב, ונתבאר בזה לעיל במקומו.

שם א"נ הכא זה חסר סברת התוס' דכיון דחסרונו של הגודר נגרם על ידי הנהנה חייב לשם וצ"ב מה השייכות זל"ז הרי אין הנאה גורמת החסרון ואין החסרון בשביל הנאתו של זה ומה לי אם גדר משום היזק ראיתו של זה או של אחר **ולמש"כ התוס' לקמן** בדף יב דפטורא דזה לא חסר הוא משום מדת סדום י"ל בדוחק. **וראה בראשונים לעיל** שנקטו כסברת התוס' והקשו לדעת רש"י דהוי גדר בינו לבינו אמאי הוי לא חסר הרי גדר בשבילו וצ"ע והראשונים שם כתבו סברא דלא חשיב חסר אף דגדר בשבילו משום דהיזק ראיה ל"ש היזק בבקעה ולא חשיב חסרון ולפי"ז הכא נמי צ"ל כתי' הראשון של התוס' או כסברת הנמו"י שקנה הכותל ראה להלן.

שיטת רבינו יונה ושאר עיין ברבינו יונה רשב"א ריטב"א ונמו"י שפירשו כולם משנתנו באופ"א ולדבריו לאו משום נהנה חייב אלא כיון דסמך לו כותל אחר זכה בחצי הכותל שהרי הכותל בנוי חציו בחלקו וכשבנה הלה את הכותל היה דעתו שיזכה השני כשירצה ולהכי חייב לשלם.⁶⁶

⁶⁵ דוק בדברי הרע"א שם, והדברים צריכים פירוש שהרי גם זה נהנה וזל"ח כל הפטור מתשלום הוא בדיעבד אבל אם מוחה בו לכתחילה שלא יהנה אסור לו ליהנות ואם נהנה משלם, אך שתי תשובות בדבר, חדא דבדבר שאינו עומד להשכרה בתשלום פסק הרמ"א מדברי המרדכי דמותר לכתחילה ליהנות בחינם, ועוד דבהנאת שמירה הבאה ממילא אין סברא שיוכל למנעו מזה שהוא עושה בתוך שלו והשמירה ממילא באה ובסמיכת קורות יל"ע אם יכול דסו"ס ברשותו ההכותל אך מ"מ גבי סמיכת קורות הוי חסר ובלא"ה אינו יכול ליהנות וקושיית הרע"א שם.

⁶⁶ וצריך ביאור דמאן יימר דרצה לקנות שמא זה פיקח ורוצה לסמוך לו בלא שיקנהו כדי שלא יצטרך לשלם ומדברי רבינו יונה נראה כוונתו דכיון שאם לא ישלם לא יוכל להשתמש בהבכותל אם כן כשגלי דעתיה שרוצה להשתמש הרי רוצה לקנותו אך צ"ע בדברי הנמו"י שהקשה דמאן יימר דרוצה לסמוך עליו תקרה שמא יסמוך התקרה על כתלים

ויש לעיין הכיצד זכה בחצי הכותל עוד קודם ששילם ומאן יימר שרוצה זה להקנות לו הכותל. ונתבאר בזה שתי דרכים בראשונים: ברבינו יונה וברשב"א מבואר דקונה את הכותל בעל כרחו של הבונה דכיון שבנה את הכותל על מקום של שניהם לאו כל כמיניה לבנותו שם אלא ע"מ שיוכל זה לזכות בחצי הכותל, אבל הריטב"א והנמו"י כתבו דכיון שבנה על חצר של שניהם ברור שעל מנת כן בנאו שיוכל לזכות בו כל זמן שירצה.⁶⁷

ועיין בקצה"ח [בסי' קנח סק"ו] שביאר לפי דברי הראשונים את דברי הב"י דבסמך הניקף שלישי חייב לשלם והשיג עליו הד"מ מהטור [ראה לעיל] וביאר הקצות דהב"י קאי אליבא דהרמב"ם דבנה המקיף חציו על שטח הניקף ולהכי כשבנה שלישית גלי דעתיה וזכה בכותל ומשא"כ הטור דמייירי כהר"י שגדר מבחוח עיי"ש. ועיין לעיל במש"נ בזה בס"ד.

והנה יעוין היטב ברשב"א בב"מ [בדף קא] שכתב שם דכל יורד לשדה חברו כשבא בעל השדה ואמר הריני משלם מיד זכה בכל השבח שבשדה אף טרם ששילם משום דכל יורד ע"מ כן הוא יורד שיוכל זה לזכות בשבח, ואף דיורד יכול תמיד לומר אטול כ"ז קודם שאמר הריני משלם ומשאמר שוב שניהם אינם יכולים לחזור. **והביא הרשב"א ראייה ממתני' דידן** דאיתא בסיפא דאינו נאמן בטענת פירעון, והקשה הרשב"א דאם נימא דלא זכה בכותל עד שישלם אם כן אין טענתו טענת פירעון אלא טענת קניתי שהרי אף אחר שסמך הכותל יכול הלה ליטול עציו ופשיטא דאינו נאמן בה [וכוונתו דבגמ' פרכינן אמאי אינו נאמן הרי מבואר להדיא דדינו כטוען פרוע ורק משום מי יימר דמחייבו לי אינו נאמן] עיין היטב בדבריו.⁶⁸ **ולפי זה מוכרח** דגם ברישא שבנה האחד מיד זכה השני בכותל שאל"כ אף התם טענת פרעתי ידידיה טענת לקוח היא ולא יהיה נאמן.

וקשה טובא בדברי התוס' דידן שמבואר מדבריהם דלא זכה בכותל כשגלה דעתו כמש"נ ואם כן מה הס"ד דיהא נאמן לומר פרעתי ולזכות בכותל של זה וכן קשה לדידהו ברישא דמתני' היאך נאמן בטענת פרעתי ידידיה להשתמש בחצי הכותל הרי טענת קניתי היא והיאך מוציא מבעלים בטענת קניתי בלא ראייה וצ"ע,⁶⁹ **וראה בבעה"מ לעיל** בסוגיא דמקיף וניקף שגם מדבריו מבואר דהיכא דקדם האחד ובנה לא זכה

אחרים [וכוונתו כגון שהכותל הזה במזרח ובנה אחר במערב אבל שמא יסמוך קורותיו על הכתמים הצפוני והדרומי ואז אינו משתמש כלל בכותל] ותירץ דאף כה"ג יצטרך לשלם כיון שנעשה לו הכותל מחיצה לביתו אך צ"ב דזה יוכל לעשות גם אם לא יזכה בכותל דאין כאן אלא נהנה בעלמא ומאן יימר לן דכוונתו לזכות ודוק

⁶⁷ ואפשר שתלוי הדבר במחלוקת הראשונים שהובאה לעיל אם רשאי לבנות ולהגביה הכותל בעל כרחו של חברו דלרבינו יונה והרשב"א דרשאי על מנת שיוכל זה לזכות בו הוא דרשאי, אך להחולקים מייירי הכא כשבנה והשני לא מיחה וזוה אינו חייב להקנות לו הכותל ולכן הוצרכו הריטב"א והנמו"י לומר דאמדינן בדעתיה שרוצה להקנות לו.

⁶⁸ ולכאורה סתרי דברי הרשב"א אלו לדבריו בדף ו שכתב דמה שאין הלה יכול לומר איני מקנה לך הוא משום דמוכרח להקנות ואם כן לא דמי ליורד ועמד הגר"נ וצ"ל בסתירה זו ותירוצו שם תמוה עיי"ש אבל בפשוטו יסוד דברי הרשב"א שעליו להקנות לשני הרי אינו בגדר חיוב הגוף דפשיטא דמחמת שבנה לא חל עליו שעבוד הגוף או נכסים להקנות כתלו אלא היינו טעמא משום שבנה כותל על הכותל המשותף ועד כמה שאינו נותן לשני חלקו יאמר לו הלה טול אבניך מכתלנו ונמצא שאין כאן יותר מטענת טול בכל יורד ולא בא הרשב"א בב"מ אלא לחדש דמה שבונה כשיודע שאם לא יזכה לשני יסלקנו הלה זה חשיב כדעת מקנה ודוק.

⁶⁹ ועיין בחידושי הגר"נ שהוכיח דהרמב"ם חולק על דינו של הרשב"א ביורד עיי"ש דברים נפלאים בזה, ומכל מקום כתב הרמב"ם דהיכא דבעל השדה טוען פרעתי והיורד מכחיש בעל השדה נאמן משום שהוא מוחזק דקרקע בחזקת בעליה וצ"ע בסברא היאך חשיב מוחזק מחמת דקרקע בחזקת בעליה הרי הנידון הוא על העצים שלא זכה בהם כלל וחזינן מזה דאף שלא זכה אם לא שילם נאמן בטענתו גם כלפי העצים ולפי זה ניחא דברי התוס' מקושת הרשב"א ודוק.

השני בכותל שהרי כתב דחיבו משום נהנה הוא וצ"ע אף לדבריו היאך נאמן בטענת פרעתי להשתמש בכותל ויל"ע.

בגמ' אמר ריש לקיש וכו' בגדר החזקה דא"א פורע תו"ז עיין בשערי יושר [שער ג פ"ג ד"ה והתוס'] שהקשה דהרי חזקה זו אינה באה אלא מכח הרוב דהרי איכא מיעוטא דבנ"א דפורעים תו"ז וליכא כאן אלא רוב והרי אין הולכים בממון אחר הרוב והיאך מוציאים כאן ע"י החזקה, ותיירץ דהכא הוי מיעוטא דמיעוטא ויש כאן הכרעה שכלית ולא מדין רוב אלא דהסברא הברורה לומר שלא פרע. **וכמה מרבותינו האחרונים** כתבו כע"ז דהכא הוי ראייה ברורה, **דהרע"א בתשובה** בסי' קצז כתב בפשיטות דהך חזקה עדיפא מרוב שהרי מוציאה ממון, **ובתשובה** המובאת בחי' רע"א כאן [מתניינא סי' קלז] כתב הרע"א דהך חזקה היא בגדר אנן סהדי והוי כעדות, עיי"ש.

וכן כתב המהרי"ט [ח"ב אהע"ז סי' כז] שכתב בתוה"ד וז"ל וע"כ הך חזקה דהתם דא"א פורע בתוך זמנו עדיף מרובא וכו'. אלא יש לחלק בין חזקה לחזקה דהא דאמרי' רובא וחזקה רובא עדיף היינו חזקה דסתמא שאינה באה לא מכח סברא ולא מכח רובא אלא דאמרינן העמד דבר על חזקתו כגון העמד טמא על חזקתו וכו' אבל חזקה דא"א פורע בתוך זמנו באה מכח סברא דחשיב כעדים דאנן סהדי שלא פרע דהלאי שיפרע אדם בזמנו ועדיף מרובא דאנן סהדי דלא פרע עכ"ל⁷⁰

ואולם עיין בקוב"ש כאן באות ל שביאר דהא דמהני הכא החזקה להוציא ממון הוא משום דלטענת פירעון צריך נאמנות שהרי האומר איני יודע אם פרעתוך חייב אף דבעלמא ברי ושמא לאו ברי עדיף והטעם נתבאר בראשונים בכ"ד משום דאין ספק פירעון מוציא מידי ודאי חיוב, ומבואר מזה דכנגד חיוב ברור בעינן טענה טובה וברורה וכמו דספק לא מועיל כך טענה גרועה אינה מועלת, וטענה זו דפרעתוך תוך הזמן היא טענה גרועה ואינו נאמן בה, וכ"כ באבהא"ז ובחי' רבי אריה לייב ועוד אחרונים.

ויעויין בש"ך [סי' עח סקט"ו] שכתב דאף דהך חזקה פטרה משבועה מכל מקום שבועת היסת בעינן [עיקר הענין יתבאר להלן באות י'] וביאר הש"ך הטעם משום דחזקת א"א פורע תו"ז עביד להמלוה מוחזק וכמו חזקת שלש שנים ולהכי שבועה דיתומים ליכא אבל שבועת היסת איכא כמו בחזקת שלש שנים שנשבע היסת. **וביאור דבריו נראה** דהחזקה משוי להסתמא דהממון שלו והוי בחזקתו והנתבע הוא המחדש ועליו הראייה כיון שאין פשוטו של חוב עומד לפירעון תו"ז חזינן לה כודאי אית ליה ממון גבי נתבע וטענת פירעון הוי כטענת קניית ממך חובך ודוק.⁷¹ **עלה בירדנו שלש דרכים** היאך מוציא החזקה ממון א) המהרי"ט

⁷⁰ ובאור זרוע [בחלק א בתשובות בסי' תש"ס] כתב בשם רבינו שמחה דברים בזה ודבריו שם צריכים ביאור וז"ל שם עד שאני סבור שהאיר ה' עיני בדבר זה שכל חזקה שאינה פוסקת עומדת במקום עדים בין בממון בין בדבר ערוה כי כל חזקה שאינה פוסקת היא באה מכח רוב כגון חזקה אין אדם פורע בתוך זמנו רוב בנ"א אין עושין כן חזקה אין העדים חותמין על השטר אא"כ נעשה (גרול) [בגרול] וכן החזקה אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות וכל בעילת אישות כאילו פירש לפנינו לשם קידושין חזקה פוסקת היא אשה זו בחזקת פנויה עומדת או בחזקת אשת איש עומדת ואורחא דנרש והרבה הוכחות בידי מזה אפי' בדיני נפשות סמכי' אחזקה שאינה פוסקת וכו' עכ"ל ומיירי שם גבי סבלונות דרובא דאנשי מכוונים לקדש בסבלונות וחשיב האי רובא כעדי קיום מהטעם שכתב וצ"ב כוונתו דחזקה הבאה מכח רוב מהני בין בממון בין בערוה הרי אין הולכים בממון אחר הרוב ודוק

⁷¹ וביאור הדברים דדין המע"ה לא נאמר בכל מקום דוקא כלפי ההוצאת ממון בפועל, **עיין בחזו"א חו"מ ליקוטים סי' ה אות ז** שיסד שם דכל הבא לטעון טענה המחדשת כגון לוקח הבא לטעון שהיה במכר אונאה [אף שהוא מוחזק בממונו] עליו הראייה והביא כן מדברי הב"י באהע"ז שכתב כן להדיא ויסוד זה מבואר גם מדברי הרא"ה בב"ק בריש שור שנגח את הפרה [דף מו סוע"ב עיי"ש] דקרי ליה למזיק המע"ה כד טעין דאית ליה שותפא בנזק למעט חיובו במקום חזקה דהשתא דהפרה נגחה לבדה עיי"ש. וכן לקמן בדף ל ע"א בסוגיא דבר סיסין דאיתא התם דכשמכר לו המוכר ללוקח כל

והרע"א דהוי חזקה אלימא כאנ"ס ב) דרך האחרונים דהחזקה משוי להטענה טענה גרועה ג) דע"י החזקה הוי המלוה כמוחזק בממון שזו דרכו של הש"ך אך אפשר להעמיס בדבריו כדברי האחרונים הנ"ל.

ועיין בהגהת הגר"א בסי' עח סק"ח גבי הא דאיתא התם בשו"ע דלוה האומר פרעתי תו"ז הוחזק כפרן אינו נאמן לטעון אח"כ שפרע אחר הזמן דהוחזק כפרן וכתב הגר"א דהעם משום דחזקה הוי כעדים והקשה מהא דמספקינן אי עדיפא ממגו אלמא לא הוי כעדים עיי"ש ויל"ע בכוונתו להצד דלא הוי כעדים אי היינו דהא דאינו נאמן הוא משום טענה גרועה [ודומיא דשכיר עיין בש"ך שם] או דחזקה בעלמא אין בכחה להחזיק אדם ככפרן ודוק ויל"ע. ויבואר בכ"ז עוד להלן בספק הגמ' גבי מגו במקום חזקה.

ודרך נוספת נתבארה באבהא"ז ובחי' הגר"נ שדקדק בלשון הגמ' בתחילת הסוגיא דריש לקיש לא הזכיר כלל ענין החזקה אלא רק דלואי שיפרע בזמנו, **ולהלן גבי אפילו מיתמי** איכא בגמ' דמיתמי גבי בלא שבועה משום דחזקה וכו' וביאר הגר"נ דבאמת חזקה זו אינה מוציאה מן שאין כאן ראיה ברורה ומה שמשלם הוא מפני שטענתו גרועה והוא בחזקת חיוב, והחזקה היא סברא נוספת לפטור משבועה.

ובנו רבותינו יסוד לזה משיטת הרמב"ם דיעויין ברמב"ם בפ"ג משכנים ה"ב שכתב דבסמך כותלו למעלה מד"א דבחזקת שלא נתן צריך התובע לישבע קודם שיטול, **ויעויין ברמב"ן כאן שחולק** וכתב הרמב"ן דא"י צ שבועה שהרי מפורש בגמ' דאפילו מיתמי גבי בלא שבועה **וביאר האבהא"ז** דהא דלא מהימן הלוה בטענת פרעתין תו"ז הוא משום דהוי טענה גרועה וכמ"ש לעיל ובלא חזקה כלל ומשבועה הוא דמפטר משום החזקה, ובהאי סברא דמי יימר דמחייבו לי רבנן היינו דהטענת פירעון היא טענה גרועה אבל ליכא חזקה דלא פרע ולהכי בעינן שבועה דטעם הפטור מן השבועה הוא מכח החזקה וכנ"ל⁷² **וע"ע בחידושי הגר"נ ברעת הרמב"ם בזה.**

ושמענו להעיר בזה מדברי התוס' להלן בע"ב [סוד"ה ואפילו] שהקשה מדמוכח להו דרבי יוחנן סובר חייש לצררי בתוך זמנו ולא מסתברא להתוס' שם דרבי יוחנן פליג אריש לקיש דידן דאם כן קיי"ל כריש לקיש גבי רבי יוחנן עיי"ש, ואילו לדרך האבהא"ז אין הכרח כלל מדברי ריש לקיש לדין גביה מיתמי וחשש צררי שריש לקיש לא חידש את ענין החזקה אלא דהוי טענה גרועה ובוה אפשר שיסבור רבי יוחנן כותיה והקושיא היא מדברי הגמ' בע"ב, **ומוכח מזה שהתוס' לא נחתו לחלק בזה כלל ולדירהו מימרא דריש לקיש והגמ' בע"ב אחת הנה.**

תוד"ה הקובע וכו' תוך שלשים וכו' בטעם דינם של התוס' נאמרו כמה דרכים: א) עיין בסמ"ע בסי' עח סק"א שכתב דהטעם דבקובע זמן גילה הלוה דעתו שצריך למעות עד אותו הזמן ולא מסתבר שפרע בתו"ז אבל בסתם הלוואה ליכא להאי טעמא, **ועיין ברע"א [החדשים] שהקשה על הסמ"ע דהרי בגמ' פרכינן ממתני' דבחזקת שנתן אף דשם לא שייך האי טעמא, ועיין בקצה"ח שם בסי' עח סק"ח שהקשה משכירות ופדיון**

נכסי שקנה מבר סיסין וטוען על שדה אחת שאף שקרויה דבר סיסין לא היתה שלו עליו הראיה אף שהוא מוחזק, וביאר רבינו גרשום לקמן בדף קנט דהוא מדין המע"ה. ושמענו מקור נוסף לזה מהגמ' בב"ק דף צט ע"ב דטבח אומן שקלקל פטור וההדיוט חייב ואם טוען השוחט שאומן הוא עליו להביא ראיה אף שהוא מוחזק ומתפרש להנ"ל.

⁷²**ועד"ז ביאר הגר" לייב זצ"ל בדעת הראב"ד. דיעויין ברמב"ם בפ"ד הי"ב ממלוה ולוה** שכתב דשטר שנפל אין גובים בו אפילו תוך זמנו דכיון דאיתרע בנפילה ליכא להחזקה דא"א פורע תו"ז **והראב"ד השיג** וכתב דבשבועה מיהא יטול ובספר התרומות הקשה עליו דממ"נ אי סבירא ליה דבטלה החזקה לא יטול כלל ואי קאי כדקאי אם כן שבועה זו למה, **ותירץ הגר" לייב** דבאמת החזקה בטלה ותו ליכא להחזקה דפוטרת משבועה וכנ"ל, אבל עדיין טענת פירעון טענה גרועה היא אף אחר נפילה והוי ממש כסברת מי יימר לדעת הרמב"ם ודוק. ועיין עוד בחידושי הגר"נ כע"ז בדעת המל"מ בפגום שטרו.

הבן דשם לא שייך האי טעמא ואמרינן בהו חזקה [כדאיתא בתוס' להלן בע"ב] **ובעיקר דברי הסמ"ע צ"ע מפשטות הגמ'** ⁷³ (ב) **ולכן ביאר הקצה"ח** דהך חזקה תליא במנהג העולם והעולם אינם פורעים תו"ז אבל בסתם מלוה שלא נקבע הזמן בפירוש פורעים, **ודקדק כן הקצות מלשון הנמו"י** שכתב לדינם של התוס' דה"מ בקובע זמן אבל בסתם הלואה לא ניתנה ליתבע תוך ל' אבל עביד איניש דפרע בתוך ל' [והוא לשון הרמב"ן ועוד הרבה ראשונים] (ג) **ועיין ברבינו יונה כאן** שכתב דהטעם דכיון דלא קבע לו זמן והלוה בוש מן המלוה דשמא צריך המלוה מעותיו עביד דפרע. ולדבריו חזרת קושית רע"א וכן קושיות הקצות משכירות ופדה"ב. **ועיין ברשב"א כאן** [ויש ברשב"א שינויי גרסאות בין הדפוסים השונים אם הלוח 'מקרי ופרע' או 'מכסיף ופרע' ולגרסא זו הוי ממש כדברי רבינו יונה] שעמד בקושית הרע"א מהגמ' גבי כותל חצר ומכאן זה חולק הרשב"א על התוס' ושאר הראשונים וסובר דאף בסתם הלואה איתא להאי דינא.⁷⁴

והעולם רגילים לפרש דברי התוס' על פי יסודו של הגרי"ז, **דיעויין בחידושי מרן רי"ז הלוי בהלכות מלוה ולוה** שעמד שם בדברי הרמב"ם שכתב דקביעת זמן בהלוואה מהני משום דתנאי שבממון קיים, ותמוה מה צורך בזה לתנאי שבממון. **וביאר הגרי"ז עפ"י ד הגמ' במכות** [דף ג ע"ב] דאיתא התם דהא דסתם הלואה שלשים יום ילפינן לה מקרא דשנת השמיטה וכו' יש לך שמיטה אחרת וכו' והיא שמיטת שלשים יום בסתם הלואה, ולמד מזה הגרי"ז דדין סתם הלואה הוא דין מגזיה"כ ולא אומדנא בעלמא אלא דילפינן מקרא שלא ניתנה הלוואה ליתבע בתוך שלשים יום ולכן כאשר מתנה המלוה להדיא מהני משום דמתנה עמש"כ בתורה בממון תנאו קיים. [ועי"ש דיש בזה ב' דינים חדא בדין ממון ועוד בדין איסור] **ועיין בחידושי רבי נחום שביאר** לפי זה דינם של התוס' דדין שלשים יום אינו זמן בגוף ההלוואה אלא הלכה דאין המלוה יכול לתבוע חובו עד הל' יום ולהכי עביד איניש דפרע תוך ל', ובזה ביאר היטב גם לשון הרמב"ן שדקדק הקצות דכוונתו כנ"ל.

ויש להוכיח כן מדברי המאירי דיעויין במאירי כאן שכתב כהתוס' וז"ל ואין אומרים בזה הלואה שלשים יום אלא כל שלוח בסתם זמנו בכל יום וכו' ולא אמרו סתם הלואה וכו' אלא לענין שאינו רשאי לתבעו תוך שלשים אבל בפרעתי ודאי נאמן עכ"ל הרי מבואר מדבריו דזמן הלואה סתמא הוא בכל יום ורק דהוי דינא דאינו רשאי לתבעו וכדברי האחרונים בזה.

תוד"ה ובא בזמנו וכו' ואומר ר"י וכו' עמדתו האחרונים בדברי התוס' דהרי בממון אמרינן מגו דהעזה [שהראשונים כתבו בב"מ בדף ג ובעוד מקומות לחדש דלא אמרינן מגו דהעזה לאפטורי משבועה וכתבו שם דבממון ודאי אמרינן מגו דהעזה דדמוכח מהגמ' לקמן בדף לו ע"א גבי הנהו עיזי דאכלו חושלי דנאמן לומר שאכלו עד כדי דמיהם במגו דלקוח וזה מגו דהעזה] **ועיין בקצה"ח בסי' עח סק"ה**, שכתב דאולי התוס' ס"ל דאף בממון לא אמרינן מגו דהעזה. **ועיין בקובץ שיעורים כאן** שכתב ליישב על פי דרכו בקוב"ש בח"ב סי' ג דהא דלא אמרינן מגו דהעזה הוא היכא דבעינן לכח בירור דמגו ולא סגי בזכות טענה ולכן

⁷³ דלפי דבריו נמצא שהטעם שאינו פורע תוך זמנו לא כי אינו רוצה אלא כי אינו יכול מחמת שאין לו מעות וקשה דאם כן מה טעמם של אב"י ורבא דעביד וכו' דלא ליטרדן הרי אין בידו מעות ומה יועיל מה שרוצה לפרוע, ועוד דביומא דמשלם זימניה ודאי יש בידו מעות שהרי לא מסתבר שחזקה על כל לוה שבעולם שקבע זמן רב מראש שבסוף אותו היום בצמצום יגיע לידו מעות, ואם כן מהו ספק הגמ' בהשואל אי עביד איניש דפרע ביומא דמשלם זימניה.

⁷⁴ ובפשטות יש לומר דאף לדרך האחרונים איכא סברא בכל הנהו דאינו פורע תוך הזמן עיין ברבינו יונה שכתב הטעם לחלק בין כותל לשכירות וכן בפדה"ב כהתוס' וכו' והא דתליין כל הנהו זב"ז הוא דאב"י ורבא סברי דכל דלא עביד לפרוע מאיזה טעם היכא דאיכא סברא דלא ליטרדן פורע ור"ל חולק בכ"ד על סברא זו ובזה עיקר מחלוקתם ודוק. והרשב"א שהקשה הקשה משום דאף התם איכא לסברא דבוש החייב מן בונה הכותל והוי ממש כסתם הלואה ודוק

בעלמא בממון מהני [מדין כח הטענה] ובשבועה לא מהני דבעינן בירור וליתא אבל הכא כשהמגו נגד חזקה אף בממון בעינן בירור.

ואולם יש להעיר בזה טובא דהתוס' לקמן בדף נב ע"ב כתבו להדיא דמהני מגו דהעוזה ואף דנו ללמוד כן מהנהו עיזי וכו' [ומשמע להדיא סתימת דבריהם דאין חילוק אף בין ממון לשבועה ותימה שהקצות כאן לא הזכיר מדבריהם אלון ולעומת זאת כתבו בדף לג ע"ב דלא מהני מגו היכא דאיכא קול נגד טענתו האחרת דירא להכחיש הקול וכ"כ התוס' בכמה מקומות גבי מגו דמזויף דירא לומר מזויף הרי שהסברות משתנות ממקום למקום לפי המציאות והכא צ"ל דירא יותר לומר פרעתין עתה דהוא מילתא דחציפות.⁷⁵ ובטעם הדין לחלק בין ממון לשבועה מבואר בר"ן בשבועות [כו ע"ב מדפי הרי"ף] דהוי מגו גרוע ולא אלים אלא לאוקמי ממונא ולא לפטרו משבועה ואכ"מ.

תירוץ הראב"ד עיין ברמב"ן שכתב בשם הראב"ד דאינו נאמן כיון דרובא דאינשי לא פרעי אף ביומא דמשלם זימניה אף דאי אמר הכי מהימן מ"מ אינו נאמן במגו במקום חזקה [והרמב"ן חולק] ובפשטות כוונתו דאינו רוצה לטעון כן מה"ט **ועיין בקצה"ח** [שם בסי' עח סק"ה] דתמה בזה תמיה עצומה דאף דודאי האי טענה גריעא אבל טענתו שטוען עתה שפרע בתך הזמן הרי גריעא טפי וודאי עדיף ליה האי טענה **ועיין שם מה שפירש בדברי הראב"ד** [ויסודו של הקצות דמגו דפרעתין לאחר זמני הוא בגדר הפה שאסר ודווקא כה"ג יש ספק אי מהני נגד חזקה ומשא"כ הכא דהוי מגו עיי"ש ודבריו צ"ב] **ואולם ועיין במאירי כאן** שכתב דאינו נאמן במגו וז"ל דיו ליום השלמת הזמן שיועיל לעצמו ולא שיסתור חזקה וכ"כ גדולי המפרשים עכ"ל ומלשונו משמע דהוא גריעותא בכח הנאמנות של המגו ולא בכח הבירור ראה בהערה⁷⁶ ועוד משמע מלשונו דדוקא נגד חזקה לא מהני האי מגו [ועפ"י יש ליישב בפשיטות גם דברי התוס' **וכן משמע מדברי רבינו יונה**.⁷⁷

דף ה"ב

בגמ' תנן בחזקת שנתן וכו' אלא לאו דאמר ליה פרעתין בתוך זמני ראה ברש"י שכתב דזימניה הוא לאחר שגמר בנין הכותל ותוך זימניה הוא קודם שגמר הבנין והדברים צריכים ביאור דהרי הוא מחויב לבנות הכותל כמו חברו ולמה אז הוי הזמן, ועמד בזה הרע"א. [בחדשים] **ועיין היטב ברבינו יונה כאן שביאר שני מהלכים בפשט הגמ', **והפירוש השני** הוא כדברי רש"י דזימניה הוא אחר גמר הבנין, וביאר רבינו יונה דס"ד**

⁷⁵ אמנם הקצות הקשה מדברי הפוסקים דמשמע דיכול לומר בפקדון החזרתי עתה ויש לחלק דפירעון ביום הזמן לא שכיחא כ"כ וגם שעשה לו טובה, וגם אפשר דהתוס' פליגי בזה. וע"ע בנתיב"מ בסי' עח סק"ח כע"ז. ועיין עוד בתוס' ב"ק בדף קז ע"א בסופו ועיין בש"ך בסי' פב כללי מגו אות ו ובקצה"ח בסי' פב סק"ד.

⁷⁶ ואפשר שהביאור בזה דאנו נוקטים בתורת ודאי דלא פרע עתה כל זמן שלא טוען דרק הטענה מעוררת דררא לצד שכזה וחשיב כאילו באו עדים נגד טענתו שהיה יכול לטעון דאבד כחו ואף עתה דמיא לזה כיון דמניחים אנו שלא פרע ולשון הרמב"ן דהוי מגו נגד חזקה ובכ"ד מצינו דמגו שבאו עדים נגד טענת המגו קראוהו הראשונים מגו נגד עדים והעירו בזה דהראב"ד עצמו לקמן בדף צז כתב דלא עבדינן טענינן לטענה זו דפרע ביומא דמשלם זימניה דלא שכיח ולמש"כ הדברים מתאימים מאוד דהרי הטעם דלא עבדינן טענינן במילתא דלא שכיחא הוא משום דאנן נקטינן דלא היה כן ועיין בתוס' רא"ש בב"מ בדף ז ע"ב דלא אמרינן פרוע מגו דמזויף משום דמעיקר הדין אינו נאמן 'דלא נחשדו ישראל על הזיוף אלא דחכמים הוא דאצרכוהו קיום אבל בטענה אחרת במגו דמזויף לא דמזויף לא שכיח' עכ"ל ודוק היטב

⁷⁷ ועיין בריטב"א שהרכיב תירוץ הראב"ד עם תי' התוס' דלא חציף למטען כן, ושמא כוונתו דכיון דלא שכיח שישכח המלוה לכך אינו מעיז אך לא משמע כלל להעמיס הדברים בדברי רבינו יונה והרמב"ן, ואפשר שצריך להגיה בלשון הריטב"א ולהוסיף תיבת "אי נמי" וכו'.

דכיון שבנה זה משלו חשיב בזה שהאריך לו הזמן עד שיגמור את הכותל שאז ישלם לו וי"ל כך בדעת רש"י. ובפירוש הראשון ביאר רבינו יונה דתוך זימניה היינו לפני שהתחיל לבנות הקדים לו מעות הכותל דאינו חייב ליתן לו הכל מראש אלא מעט מעט כדי שיבנה. ולפי פירוש זה לכאורה מוכח דפרעתין בזמנו היינו כל שורה ושורה לפני השורה, ולפי זה צ"ב תי' הגמ' דשאני הכא וכו', וראה להלן.

בגמ' שאני הכא דכל שפא ושפא וכו' לדרך רש"י אפשר לבאר בפשיטות דבגמר כל שפא הוא זימניה ועיין ברבינו יונה בפירוש השני שכתב כן וביאר דאף למסקנא אין זמן חיובו קודם בניית השפא אלא לאחריה שכשבנה זה השפא האריך לשני את הזמן שישלם אחר בנייתה, אך לדרך זו יוצא דטענתו הוא שפרע לו באמצע הבניה ופרע לו רק על מה שבנה ולא כדלעיל שפרע בתו"ז דאזה הכוונה כפשוטו שפרע לו הכל ויותר הל"ל 'אלא כשפרע לו בכל שפא' ועיין בריטב"א שפירש הגמ' באופ"א דכיון דכל שפא ושפא זימניה אם כן הרגילות ליתן לו מראש עבור כל הכותל, ועיין בש"ך [סיק עח סק"ב] שעמד בדקדוק לשון הגמ' כמש"כ וביאר כדברי הריטב"א והוסיף בה באר דהרי טעמם של אב"י ורבא דעביד איניש וכו' כי היכי דלא ליטרדן ובחדא יומא דטרדא פליג ריש לקיש אבל באופן שיוטרד בכל שפא ושפא מודה דעביד איניש וכו', ולדרך הנוספת ברבינו יונה בהכרח צריך לפרש כדברי הריטב"א ודוק ועיין בר"י מיגאש דרך אחרת קרובה לפי הראשון של רבינו יונה.

ויש בכל זה מחלוקת לדינא דהש"ך דקדק לשון הטור דמשמע דלהלכה נאמן לומר שפרע רק על אותם שורות שבנה כבר וכל שורה שבנאה או אף התחיל לבנותה נאמן לטעון שפרעה, אבל במה שלא בנה אינו נאמן. והש"ך השיג עליו לדרכו וכתב דנאמן לומר נתתי הכל. וברבינו יונה בפירושו השני ע"ד רש"י מבואר דנאמן רק על השורות שבנה ואף לא על שורה שהתחיל לבנותה. ונמצא שיש כאן ג' שיטות: להריטב"א והש"ך נאמן לומר פרעתי הכל מראש, להר"י מיגאש ולהטור נאמן לומר פרעתי בתחילת השפא אבל לא קודם לכן ולרבינו יונה בפ"י השני אינו נאמן אלא בגמר השפא.

ודרך נוספת בביאור תי' הגמ' איתא בתומים בסי' עח סק"ד שביאר בדברי רש"י במתני' דכתב דבחזקת שנתן משום דכיון דמשפט זה גלוי לכל לא היה בונה משלו אלא היה צועק עליו בבי"ד ותמוה מאוד דהרי בגמ' מבואר דנאמן מדין טענת פרוע בזמנו ולזה ביאר התומים דזה גופא תי' הגמ' דכל שפא ושפא זימניה היינו דאף דהוא קודם הזמן אם בונה הלה אבל חזקה שלא היה בונה משלו ולהכי נאמן.

ועיין בקצה"ח בריש סי' קנז דלא נאמרו דברים הללו אלא כשבנוי הכותל והנידון הוא בדמים אבל קודם שנבנה הכותל וטוען האחד לשני נתתי לך חלקי אינו נאמן להוציא ממון ולומר בנה משלך וכ"מ ברמ"ה באות מח [ויל"ע דסו"ס אף אם אין יכול לכפות השני לבנות אבל הוא לא ישתתף שטוען פרעתי וי"ל ודוק] ועוד טעם כתב דקודם בנין הוא כמעשה בי"ד עיי"ש.

בגמ' ת"ש בחזקת שלא נתן וכו' הקשו האחרונים (תו"ח רש"ש ועוד) דהרי לעיל אמר דכל שפא ושפא זימניה והי"א חשיב הכא בתוך זמנו [ואין לפרש תוך זמנו קודם שסמך כותל אחר דזה קודם חיובו הוא ול"ד לפלוגתא דר"ל ואב"י] וראה ברש"י ד"ה אילימא וכו' כשידעתי וכו' ונראה שבא ליישב קושיא זו ולבאר דקודם שגמר להגביה כותלו אינו יודע עדיין כמה חייב לו [כי חיובו של המגביה הוא שכמה שהוא מגביה הכותל השני כך חייב לשלם כנגדו בכותל הבנוי] ומבואר בזה חידוש לדינא דאין ריעותא דפירעון תו"ז משום דתוך הזמן אינו חייב לפרוע אלא משום דאין הרגילות לפרוע אף באופן שחייב לו וכעין תי' הגמ' דמי יימר וכו'

ועיין ברע"א שהקשה כנ"ל ועוד הקשה [בחדשים, מתשובה] דכיון שיודע בנפשו שרוצה להגביה כתלו ודאי חייב לשלם כפי דעתו שהרי אם הודה בפנינו שדעתו להגביהו חייב לשלם קודם שהגביה כלל ולא שייך כלל תוך זמנו ותי' עד"ז דחברו מתרצה להמתין עם הזמן עד שיגמור וידע חיובו ברור עיי"ש.⁷⁸

בגמ' שאני הכא דאמר מי יימר מבואר בראשונים [הרמ"ה וריטב"א כאן ורבינו יונה בדף ז ע"א] דהא דמשפט זה אינו גלוי לכל הוא על קודם סמיכת התקרה אבל לאחר שסמך התקרה הכל יודעים שעליו לשלם וברש"י כאן איתא דאף אם אמר פרעתי בזמני אינו נאמן ולפי"ז צ"ל דכוונתו בזמני כמש"כ לעיל אחר שגמר כותלו אבל לאחר סמיכת התקרה אפשר דאף רש"י מודה דנאמן. וכן להדיא ברבינו יונה⁷⁹ שכתב כאן כדברי רש"י ולהלן בדף ז ע"א כתב דאחר סמיכת התקרה כבר נאמן לומר פרעתי שמשפט זה גלוי הוא לכל. ועיין בריטב"א שהביא שיטה החולקת וסוברת דאף אחר שסמך תקרה אינו נאמן.⁸⁰ וע"ע ביד רמ"ה מחלוקת ראשונים בזה.

ועיין ברשב"א שהקשה דהא טעמיה דאב"י ורבא הוא כי היכי דלא ליטירן וזה שייך אף כאן שהרי כשיסמוך תקרה יתחייב ליתן. [וקושיא זו רק להצד דאחר סמיכת תקרה נאמן שפשמט זה גלוי לכל דאל"כ הרי אינו יודע שיצטרך לשלם] ותירץ הרשב"א דהכא הרי בידו לא ליתן תקרה עד שיהיו לו זוזי ואז לא יצטרך לשלם [היינו לפי טעותו שסובר שכעת קודם שסמך פטור]

ועיין בקצה"ח [סי' קנו סק"ב] שעמד בקושית הרשב"א ותי' באופ"א עפי"ד הנמו"י עיי"ש והרע"א [בח"י החדשים הועתק מתשו' תניינא סי' צז] ג"כ עמד בקושיא זו ותי' דאינו משלם משום דשמא יארע לו אונס ולא יגמור תקרה וכמ"ש התוס' כאן גבי בכור עיי"ש. והריטב"א [ראה בהערה לעיל] תי' קושיא זו באופ"א בתו"ד עיי"ש.

תוד"ה כי היכי וכו' דזריזין מקדימין עיין בקובץ שיעורים שתמה על דבריהם דלא שייך הכא לומר זריזים מקדימים למצוות כיון שלא חל כלל חיוב הפדיון עד ליום השלושים. וכתב דשמא להתוס' יכול לקיים מצוותו קודם יום השלושים.⁸¹ אבל יש לפרש דמעולם לא נתכוונו התוס' ולא עלה על דעת לומר שכבר

⁷⁸ ומבואר ברע"א דכד אמרינן בגלי דעתיה דחייב לאו היינו כשעשה מעשה אלא דבאמת תלוי מה דעתו ואם חושב בלבו להגביה באמת חייב לשלם ויל"ע במש"כ התוס' דלא חשיב ז"נ וזה לא חסר משום גילוי דעתיה אי גם בזה סגי במחשבה בעלמא ואם כן נמצא שניקף שמרוצה בלבו ממה שגדר המקיף חייב לשלם לרבי יוסי וצ"ע.

⁷⁹ דע דבמהדורות המצויות של רבינו יונה חסר הרבה בדף זה מהת"ש מכותל חצר עד דף ו סוע"א ובמהדו' פרדס נדפס כ"ז מכת"י וכן בקובץ מפרשים, ודברי רבינו יונה שצויינו לעיל אינם במהדו' הרגילה.

⁸⁰ במהדו' המצויות דברי הריטב"א כאן משובשים לגמרי וז"ל [במהדו' זכרון יעקב] שאני התם וכו' פ"י וסבור הוא שלא יכול לטורדו עד שיתן תקרה והוא סבור אתקן [מעוותי] [מעוותי] קודם שאתן תקרה ואפרענו לאחר סמיכת קודם שאתן תקרה שלא יבוא לטורדני, ולפי זה אם טען פרעתיך לאחר שסמכתי [נאמן] לדברי הכל. וי"א דהכי קאמר מי יימר דמחייבי לי רבנן הילכך אפילו טען פרעתיך בזמני אינו נאמן וסתרינן מאי דאתמה אמאי לא ואינו מחוור בעיני עכ"ל והנה מלשונו בתי' משמע דסובר הריטב"א דאחר זמנו היינו אחר שבנה תקרה [ולא אחר שסמך כותל כפי' רש"י] וצ"ע אמאי חשיב אחר זמנו הרי זמנו מיד כשגלה דעתו וביותר לדעת הריטב"א לעיל דחיובו משום שזכה בכותל ודאי דזמנו עתה הוא וצ"ע.

⁸¹ עיין במשנ"ב בסי' שלט סקכ"ז דכשחל יום לא בשבת לא יקדים לערב שבת לפי שלא יוכל לברך אז כיון שלא חלה עליו המצוה ומקורו בתרה"ד בסי' רסט המובא במג"א שם, אך אפשר דהתוס' פליג אבל לכאורה הדין שלא יחול הפדיון קודם הזמן מבואר להדיא בגמ' בבכורות דף מט אלא דאיתא התם פלוגתא אם אפשר לפדות ללאחר זמנו בנתעכלו המעות עיי"ש בתרה"ד ואכ"מ.

כעת יש עליו חיוב ומקיים זריזות במה שנותן עתה אלא דהכא נמי שייך סברת כי היכי דלא ליטרדן שאינו רוצה להיות טרוד בתחילת יום השלושים משום זריזות המצוה, ולכן פורע כעת בתוך זמנו. ופשוט.

שם בתוס' וכן שוכר שמא וכו' עיין בקוב"ש שעמד בדבריהם מדוע לא נקטו בפשיטות טפי דשמא יפול ביתו של שוכר ויפטר מלשלם, וכתב הקוב"ש דמוכח מזה דהתוס' דידן סברי דבגוונא שנפל בית השוכר חייב השוכר לשלם כיון שקנה הבית לשכירות ונתחייב דמים אף אם יפול הבית חייב לשלם, וציין למחלוקת הרא"ה והרמב"ן בסו"פ השואל שנחלקו שם בדין זה, ועיין בתוס' בב"מ [דף קא ע"ב] ששם כתבו דשמא יפול ביתו של משכיר או ביתו של שוכר ונראה דפליגי אתוס' דידן.

ויעויין ברשב"א [לעיל בסו"א] שביאר דבשכירות אף לאביי ורבא אינו פורע תוך זמנו כיון שלא חל עליו חיוב כלל ולא דמי למלוה שכבר הוא מחוייב אלא דלא מטא זימניה. והדברים צריכים ביאור מדוע אינו מחוייב עכ"פ על הזמן שכבר דר בבית לשלם עלי, וצ"ע.⁸²

שם בתוס' ומיהו קשיא הא דפריך וכו' יש להוכיח מדבריהם דס"ל להס"ד נמי דאחר השפא הוי זימניה שאל"כ מאי קשה לאביי ורבא נימא דשילם לו על כל שפא שעשה וזה קודם זימניה ובוזה לא שייך חשש שלא יבנה ובהכרח דכבר להס"ד זה חשיב אחר זימניה ומוכח שלמדו התוס' פשט הגמ' כהריטב"א והש"ך ראה לעיל ודוק בזה.

עיין במהרש"א שהוקשה לו אם כן מאי פריך מסיפא לאביי ורבא הרי שמא לא יגמור כותלו וכה"ג מודו, ותיריך דהכא שתלוי בדעתו סומך על עצמו שיבנה. ועיין ברע"א שתמה עליו דהרי חושש שיפול בית משכיר דהוי אונס ואף הכא שמא יאנס. והרע"א תירץ באופ"א דכשמגלה דעתו שרוצה להגביה תיכף קונה הכותל בקנין חצר ומעתה אף אם לא יבנה יתחייב לשלם כיון שזכה בו ולהכי לאביי ורבא פורע תו"ז.⁸³ ויל"ע להצד דחיובו להתוס' הוא משום נהנה ולא משום שקונה הכותל וחשיב נהנה כבר עתה שעומד לו לשימוש אי חייב לשלם אף אי נפל הכותל דשמא נתברר לפמער שלא נהנה או דכיון דבזמנו הוי הנאה חייב לשלם. ובאמת הרי מוכח מהמהרש"א שנקט בפשיטות דלא יצטרך לשלם ודוק. ועיין בראב"ד בשיטמ"ק וברשב"א מש"כ לחלק משכירות ופדה"ב.

תוד"ה אילימא וכו' עיין במהרש"א ובמהר"ם⁸⁴

תוד"ה ואפילו וכו' עיין ברא"ש שחולק, וסובר דאף מקטנים גבינן.

⁸² ואפשר שסובר הרשב"א דאינה לשכירות אלא לבסוף וסובר דגם בשכירות בתים וחפצים איכא לדין דאינה אלא לבסוף, מיהו בקידושין דף מח פסק הרשב"א דקיי"ל ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף וצ"ע.

⁸³ ויל"ע בסברא דאם חושש שמא יפול מה"ט נימא דלא ירצה לקנות עתה אלא כשיגמר כיון שיכול לקנות כל עת שירצה וצ"ע. ובעצם הדברים דלהתוס' קונה הכותל לכאורה נסתר זה מדבריהם לעיל שפירשו מתני' מדין נהנה אך הרע"א לשיטתו בהבנת דברי התוס' שם ראה במש"כ לעיל במקומו.

⁸⁴ וצ"ב למזה הוצרך המהרש"א להוכיח שיש כאן עדים הרי כל קושית התוס' בנויה ע"ז כמו שכתבו דאנ"ס וכו' ותיירצו מבואר דאלמלי החזקה לא היה כאן כלל מלוה בעדים ולמדנו מדברי מהרש"א דלדעת התוס' התוך זמנו הוא קודם בנין הכותל וגם מוכח דאפילו בתחילת השפא הוי קודם זמנו שאם תאמר דכה"ג מקרי זמנו [וכדרך האחת רבינו יונה] אם כן הרי עדיין לא קשה קושית התוס' דאין כאן מלוה בעדים שמא פרע לו לאחר זמנו קודם שבנה כל שפא וראה לעיל שכתבנו דמהתוס' משמע דכל מה שבנה כבר הוי אחר הזמן ואם כן יוצא דלהתוס' כל מה שקודם הבנין הוא קודם הזמן וכל מה שאחר בנין הוא אחר הזמן והטעם צ"ל דכשעומד זה לבנות הוי כמאריך לו שלא יבנה אלא ישלם לו על מה שבנה וזה מהלך שלא הוזכר בראשונים ודוק

תוד"ה נחלקו וכו' ומכאן מוכח וכו' יל"ע בדבריהם היאך מוכח, דהרי בפשיטות יש לחלק בין שבועת יתומים שבאה בלא טענת ברי דהנתבע לבין שבועה דאשתבע לי, והנה נחלקו רש"י ותוס' בשבועות בגדר שבועת הבא ליפרע מנכסי יתומים דיעוין בתוס' בשבועות בדף מא ע"א ד"ה וכו' מה בין זה וכו' שכתבו דאין לומר דהטעם הוא משום דטענינן ליתמי אישתבע לי עיי"ש ראיתם, וכתבו דעבוד רבנן תקנתא ליתמי אפילו במקום שאין האב יכול להשביע. ואולם דעת רש"י בכתובות דף פז דדין הבא ליפרע הוא מדין טענינן.

ולדעת רש"י נחא דברי התוס' דידן בפשיטות דכיון דלא משבעינן ביתומים משום טענינן מוכח דגם בדידיה לא משבעינן אך לפי"ז יסתרו דבריהם הכא לדבריהם במסכת שבועות, ואמנם י"ל דאף להתוס' בשבועות איכא להאי דינא דטענינן ומלבד זאת תקנו חכמים גם במקום דל"ש טענינן וכ"מ לשונם שם והכא הוכחתם מדלא משבעינן ביתמי מדין טענינן ש"מ אף בדידיה לא משבעינן.

ויעוין ברא"ש כאן שבטוען הלוח ברי שפרע בתו"ז משבעינן למלוה שבועת היסת ואין כוונתו לחלוק על דברי התוס' בדין אישתבע לי שהרי כתב דמשבעינן ליה היסת ואילו בשבועת אישתבע לי פסק הרא"ש בשבועות דף מא דהיא שבועה חמורה כעין דאורייתא ולא היסת [והנ"מ העיקרית דבהיסת לא בעינן נקיטת חפץ] ולכן צ"ל דסובר הרא"ש דאף היכא דאי אפשר להשביעו שבועה חמורה אבל היסת מ"מ נשבע, ועיין בספר התרומות שער טז ח"ב אות ה שכתב כן להדיא דמפטר משבועת המשנה ועדיין חייב שבועת היסת.⁸⁵

[ולקמן בדף לג ע"א נחלקו התוס' והרא"ש להיפך ממחלוקתם כאן דהתוס' סברי דהמחזיק שלש שנים כנגד יתומים אינו נשבע היסת שתביעתם היא שמא והרא"ש כתב דנשבע משום דטענינן ליתמי והקשו האחרונים דסתרי דברי התוס' וגם הרא"ש לדבריהם התם עיין בחידושי רבי ראובן ובשיעורי הגרש"ר ועוד.⁸⁶]

בגמ' איבעי להו תבעו לאחר זמנו וכו' מה לי לשקר וכו' יל"ע דהרי מגו להוציא לרוב ראשונים לא אמרינן ואילו חזקה דהכא מהניא להוציא ממון ואם כן פשיטא דעדיפא ממגו. ועיין בשיטמ"ק בשם גליון תוס' להלן בדף ו ע"א ד"ה עוד כתוב שם וכו' שכתב ליישב דהמגו כשהוא להחזיק עומד נגד החזקה המוציאה והיינו דודאי מגו עצמו אינו כחזקה זו אבל בצירוף חזקת ממון עומד כנגדה שלא תוציא ממון ופשוט ואולם מכ"ד התוס' ד"ה מי אמרינן וכו' משמע דלא כדבריו שדנו בזה מכמה מקומות שהמגו נגד החזקה ואין החזקה מוציאה ואף הגליון לא בא אלא לתרץ קושיות התוס' הנ"ל ולדבריהם יקשה כנ"ל, ועמד בזה גם הרע"א [בחדשים הועתק מתשו' תניינא סי' קל].

⁸⁵ויעוין בש"ך בסי' עח סקט"ז שכתב דהאי שבועה היא לאחר הפירעון שלא מצינו היסת בנוטלים, וכ"כ הב"ח והגידו"ת והתומים והגר"א בדעת הרא"ש רצ"ע בלשון ספה"ת הנ"ל, וכן בהג"א כאן משמע שיש היסת קודם נטילה, ובש"ך כתב ליישבו. אמנם בדרישה בסי' שיז כתב דנשבע היסת קודם נטילה ואולם בר"י מייגאש בשבועות בדף מז מבואר להדיא דאיכא דין שבועת היסת אף בנוטלים ודן שם לחייב אפילו בתביעת שמא דחמיר הנוטל מהנפטר עיי"ש באורך בזה וע"ע בהערת המגיה על ספה"ת שם בזה.

⁸⁶ובפשוטו לדעת התוס' לק"מ דהתם הוי טענינן להוציא וטענינן גדרו כספק ול"מ להוציא. [אף אי חשיב טענת ברי הוי כספק ברי כמש"כ הקוב"ש בח"ב סי' ה] ולכן אין התובעים יכולים להשביע מספק ומשא"כ הכא שהמוחזק הוא המשביע ומספק אי אפשר ליטול ממנו בלא שבועה ותירוץ זה יש ללמדו מדברי הגהת הגר"א בסי' עח סקט"ז בליקוט עיי"ש ודוק ולהרא"ש י"ל דאף דטענינן להשביע היסת הכא נגד חזקה לא טענינן וכ"כ בפלפולא חריפתא כאן. ועי"ל דהכא אף להיסת בעינן שיאמר אישתבע לי כ"מ מדברי ספה"ת וסובר דלטענת אישתבע לי לא עבדינן טענינן ודלא כרש"י הנ"ל בפנים.

ועיין בקובץ שיעורים כאן שביאר בזה לדרכו לעיל דהך חזקה מועלת לאשוויי לטענת הלווה טענה גרועה ובאמת אינה מוציאה ממון וממילא לא עדיפא באמת ממנו ואפשר שאף מגו לו יצוייר שמשוי לטענת המוחזק טענה גרועה יועיל להוציא ממון, וצריך להוסיף דבעלמא אין המגו מגרע טענת הנתבע אלא משוי לטענת התובע טענה מעליא ולהכי לא מהני להוציא אבל כאן דמאלם טענת הנתבע והחזקה מגרעתה מספקא לן ופשוט].

תוד"ה מי אמרינן וכו' הקשה הר"י בר מרדכי וכו' צורת הפשט בקושית הריב"ם היא דהריב"ם הניח שכח השטר לגבות ולהכחיש טענת פירעון הוא כח עדות ולכן בנה הקושיא דכיון דחזקה עדיפה משטר שהוא עדות לענין שבועה אם כן אם לא מהני מגו נגד עדות כ"ש נגד חזקה. אבל הדברים תמוהים מאוד מכמה אנפי: קושית הר"י דודאי בהכרח ששטר אינו עדות גמורה שלא פרע דנגד עדים לא שייך לחייבו שבועה ופשיטא דלא תקנו חכמים שישבע כשמביא עדים וגם פשוט דאין כאן עדות גמורה שהרי אם יבואו עדים נגד השטר ודאי נאמינם שפרע. וצע"ג מה יענה הריב"ם לקושיות אלו של הר"י. עוד קשה בעיקר הדברים מהיכתי תיתי שהשטר הוא עדות על פירעון אטו מעידים עדי השטר שלא פרע לו. ועוד קשה טובא דאם סובר באמת הריב"ם ששטר הוא עדות עד שהוכיח מדין מגו במק"ע אם כן נחזי אנן במגו נגד שטר, וסוגיא ערוכה היא במסכתין [להלן דף ע סוע"א] דקיי"ל דמהני מגו לטעון החזרתי בשטר פקדון אלמא השטר אינו כעדות שלא פרע, וצ"ע. ועיין בחי' הגר"נ בכ"ז.

שם בתוס' לפי שאין מוכיח מתוכו וכו' דזימנין וכו' מדקדוק לשון התוס' נראה דבעצם הדבר מודה הר"י דאפשר היה שהשטר יעיד שלא נפרע אלא דחסר בדין מוכח מתוכו משום דאפשר וכו', ולו יצויר שלא היתה אפשרות כזאת הרי כלול גם בעדות השטר שלא נפרע, וצריך לפרש שאין השטר מעיד על מעשה הלואה בלחוד אלא היות שטר למלוה מיד לזה מעיד על קיום החוב, ודוק. ומשמע מהתוס' דזו נקודת המחלוקת בין הריב"ם לר"י, דלהריב"ם השטר מעיד דליכא פירעון ומה שצריך שבועה הוא משום דלא סגי בעדות להוציא הממון מיתומים וע"ז השיב הר"י דאינו מטעם זה ודוק.⁸⁷

שם ומיהו קשה וכו' יעויין בסוגיא לקמן [דף ע סוע"א] שהגמ' מסתפקת אם מועיל מגו במקום שטר ומסקנא דמהני, ואם כן צ"ל דקושית התוס' היא דמשום דלא ניחא להו לאוקמי סוגיא דידן דלא כרמב"ח, וצ"ע בלשון התוס' בתירוצם שכתבו דשמא סוגיא שלנו חולקת על רמב"ח ולא הזכירו כלל דכך גם מסקנת הגמ' לקמן. ובעיקר מה שכתבו התוס' דלרמב"ח לא מועיל מגו דנאנסו רוב הראשונים פירשו בשיטת רמב"ח באופ"א, עיי"ש בסוגיא בשבועות ברש"י ותוס' וראשונים.

שם בתוס' עיין בשטמ"ק בשם גליון תוס' שכתבו ליישב קושית התוס' דחזקת שטרך בידי מאי בעי אלימא טפי בשטר מלוה משטר פקדון דבשטר מלוה על הלזה ליתן שכר הסופר ולכן אפשר שהשאיר את השטר אצלו כערבון עד שיתן שכר סופר, ולפי דברי הגליון נמצא דבשטר פקדון דליכא להאי טעמא באמת לא

⁸⁷ולפי"ז יש ליישב קצת מה שתמהנו לעיל בדברי ריב"ם, דמה שמעיל מגו נגד שטר הוא משום דבאמירתו פוסל השטר וטוען שאינו אצל המפקיד בתורת שטר אלא כפשיטי דספרי, אבל לו יצוייר שיכחיש השטר בפירעון באופן שודאי השאירו לעדות לא יועיל מגו דהוי מגו במק"ע, והבין הריב"ם דשבועה בהכרח באה נגד השטר שהרי אין פוסל לשטר והוא בחזקת כשרות ובהכרח דאף במקום עדים שייך שבועה ואם כן מוכרח החשבון דחזקה פוטר משבועה עדיפא מעדים דלא פטרי שהשטר דין עדים לו כלפי שבועה אף דלית ליה דין עדים כלפי מגו, אך עדיין צ"ע מאי ס"ד דחזקה עדיפא מעדים והרי לו יעידו עדים שלא נפרע ודאי לא בעינן שבועה וצ"ע. ועיין היטב בתוס' ישנים וצ"ע.

בעינן שבועה דהחזקה אלימתא ואפשר שמגו לא יועיל נגדה, אבל בשטר מלוה דבעינן שבועה באמת מועיל מגו נגדו.⁸⁸

ודברי התוס' דידן מאור קשה להולמם: **חדא** דהרי כתבו בתחילת דבריהם דהטעם דבעינן שבועה הוא משום האי חשש דפשיטי דספרא ואם כן בשטר פקדון דליכא להאי טעמא בהכרח דלא בעינן שבועה אף ביתמי ולא קשה קושיתם אמאי לא מעיל מגו נגדו. ואילו בשטר מלוה דבעינן שבועה י"ל דאף מגו מהני, **וביותר קשה** דחילוק זה מבואר בדברי התוס' עצמם, **דיעויין בתוס' לקמן בדף ע ע"א** שהקשו היאך מספקינן התם אי מהני מגו נגד שטר הרי קיי"ל דמודה בשטר שכתבו צריך לקיימו והיינו דמהימן בפרוע מגו דמזויף, ותירצו דבשטר מלוה פשיטא דמהני מגו דאיכא חשש זייר לה אפשיטי דספרא אבל בשטר פקדון אין מוטל על הנפקד שכר הסופר ואלימא החזקה טפי. **הרי דהתוס' עצמם נחתו לסברא זו** דדווקא בשטר פקדון לא מועיל מגו ומה"ט, ודרי בשטר פקדון לא מצינו בשום מקום דבעינן שבועה ואדרבה מהתוס' דידן אפשר לדייק דלא בעינן שבועה ולא קשה קושיתם וכנ"ל. **ועיין ברע"א** [נהחדשים, מכת"י תלמיד] שהכריח חילוק זה באופ"א מדברי התוס' בשבועות בסוגיא שם,⁸⁹ **ודברי התוס' צע"ג. וע"ע בתוס' ישנים.**

שם בתוס' ולא דמי כלל וכו' בפשטות כוונתם דההיא דקידושין חזקה דמעיקרא היא, [שעומדת האשה בחזקת זקוקה ליבום] ואינה בירור כלל וממילא אין שום מקום לדמות הדברים זל"ז וע"ע במהר"ם. **ואולם יעויין ברמב"ן וברשב"א** שם בקידושין דף סד ע"א שהקשו לקושית התוס' דידן ולא תירצו כן כלל אלא דהתם הוי מגו אלים טפי דהוא מגו דבידו. **ותמוה** מה השייכות בין סברת מגו במקום חזקה דהכא לדהתם הרי כאן החזקה בירור היא ושם אינה אלא חזקה דמעיקרא, ויש להוסיף דחזקה דמעיקרא אינה מוציאה ממון כלל [אלא חזקת הגוף בצירוף טענת ברי ולר"ג בכתובות דף יב] וחזקה דהכא מוציאה ממון הרי דחלוקות הן בעיקרן [וכמו שכתב המהרי"ק בתשובה סי' עב לחלק ביניהם בזה ומיהו בנתייה"מ בסי' עח סק"א השוה ביניהם גם לענין זה וצ"ע] וצ"ע.⁹⁰ **ומה שהביאו התוס' מיבמות צ"ע** דהתם לכאורה הספק אי מהני מגו כלפי חשש בדדמי עיין בסוגיא שם ולא שייך כלל מגו במקום חזקה, ואמנם לשון הגמ' שם אי אתי מגו ומרע לחזקה ואינו מובן. **ועיין בתוס' ביבמות שם** מש"כ לחלק בין ההיא דיבמות לגמ' בקידושין וצ"ע.

שם בתוס' ומיהו קשה וכו' דברי התוס' מוקשים מאור, דהנה דאי בטענת לא בא עלי לכאורה היה נראה דליכא חזקה דאינה מעיזה, ואם כן לא שייך בזה מגו כלל דאדרבה משום שאינה מעיזה פניה לכן אומרת

⁸⁸ מקור הסברא דפשיטי דספרא הוא בגמ' בב"מ דף טז ע"ב ושם יש שני טעמים לחוש לפירעון בשטר: האחד דזימנין דזייר לה אפשיטי דספרא ועוד טעם דלמא אשתמיט מיניה ולא החזיר לו השטר, והנה הטעם הראשון הוא רק בשטר מלוה והטעם השני שייך גם בפקדון, וצ"ל דאשתמיט לא שכיחא ולא תקנו בה שבועה גם לא יועיל מגו לחוש לה.

⁸⁹ **דיעויין בתוס' בשבועות בסוגיא שם**, והנה התוס' דידן למדו דלרמב"ח ל"מ מגו ממה שאמר דהמפקיד אצל חברו בעדים צריך להחזיר לו בעדים אלמא לא מהני מגו דנאנסו ובגמ' איתא שם גם דרבא סובר כן, והקשו התוס' שם סתירה מדברי רבא לקמן בדף ע דבשטר מלוה מועיל מגו, ותירצו כנ"ל דבשטר מלוה ודאי מועיל מגו משום דזימנין דזייר לה וכו', הרי דחילוק זה מוכרח בסוגיא דהתם נמי. ולא ידענא אמאי הביא רע"א ממרחק לחמו הרי יש להקשות כן בפשיטות כמו שכתבנו בפנים.

⁹⁰ ולעיל העתקנו תשובת האו"ז בהערה כן הועתק שם תשובת מהרי"ט, והמעייין שם יראה דאף שבאו לחלק בין חזקת בירור לחזקת דין משמע מדבריהם ששורש כל החזקות אחד הוא וענינם דהחזקה יוצרת סתמא דמילתא, ונראה דיסוד הבעיא בסוגיין הוא כך, דהיכא דבעלמא איכא **חשש** משקר מהני מגו וספק הגמ' אי מהני מגו היכא **דסתמא דמילתא** דמשקר ולכן באו הראשונים לדמות חזקות זל"ז וע"ע ברשב"א בכתובות בדף יט ע"א.

לא בא ואינה אומרת לא יכול לבוא. שענין חזקה אין האשה מעיזה הוא שהמשקרת אינה מעיזה לטעון שקר כזה בפניו, ולכן אם היא אומרת כן בהכרח שאמת בפיה, ואם כן זו שלא טענה כן אין לה מגו כלל דמאי אמרת מה לי לשקר אדרבה מפני שהיא משקרת לכן אמרה טענה זו. **ועיין בש"ך בכללי מגו** ניובאו דבריו להלן שפירש דאף בטענת לא בא איכא חזקה אינה מעיזה דהעזה היא לומר כן אלא דהחזקה דלא מוקי אנפשיה עדיפא מחזקה זו ואינה נאמנת ולפי זה מתפרשת היטב קושית התוס' דאיכא מגו, **והוכיח כן הש"ך** דאל"כ מדוע היא נאמנת לכופו לחלוץ בתוך שלושים יום, וע"כ משום חזקה דאינה מעיזה. **וצ"ע** שלא נתפרש טעם זה בגמ' ובראשונים שם.

ומצאנו בס"ד בתשובת הרשב"א [ח"ג סי' שע] שעמד השואל שם בסוגית הגמ' ביבמות והקשה כקושית התוס', ומדבריו מפורש שהבין שבטענת לא בא עלי יש חזקה שאינה מעיזה ומה שאינה נאמנת הוא מפני שיש חזקה כנגד דלא מוקי והקשה שתהיה נאמנת במגו וכקושית התוס' דידן כפי שפירשנוה מדברי הש"ך. **והרשב"א שם דחה דבריו** וכתב דמה שהיא נאמנת לומר לא בא בתוך שלושים אינו מפני שיש לה חזקה שאינה מעיזה אלא מפני שיש כאן חזקה קמייתא שהיא חייבת בחליצה. ולא הוסיף הרשב"א לבאר כיצד נתישבה בזה קושית השואל דהא אית לה מגו, ופשוט דכוונתו כנ"ל דכה"ג לא שייך מגו כלל דמפני שאינה מעיזה לכן אינה אומרת שאינו יכול לבוא עליה.⁹¹

שם בתוס' עיין בגליון תוס' שתירץ דאף הכא מגו לא עדיף כחזקה אלא דכשהחזקה להוציא והמגו להחזיק מספקא לן ובעלמא ודאי חזקה עדיפא וראה מש"כ לעיל בגמ' בדעת התוס'. **עוד יל"ע בדברי התוס'** דמנא להו לדמות כל חזקות ראיה לזו לזו, **ועיין בקוב"ש** שהוסיף עוד להקשות דהרי לעיל בדף ב כתבו דלא מהני מגו בטענת אני בניתיה כיון דאנ"ס דשניהם בנאוהו הרי דאיכא חזקות דאין מגו עומד כנגדן ומ"מ לא קשה להתוס' וה"נ הכא.

שם בתוס' עיין היטב בש"ך [סי' פב כללי מגו אות י'] שכתב ליישב קושית התוס' וז"ל ועוד נ"ל דבלאו הכי לא קשה מידי, דהא דאמרינן בסוף נדרים [צ' ע"ב] דאי אמרה אינו יכול נאמנת היינו מכח חזקה דאין האשה מעיזה פניה נגד בעלה וכדאיתא התם להדיא בש"ס, א"כ דוקא התם דליכא חזקה אחרינא כנגדה, משא"כ ביבמה שאמרה לא נבעלתי דאיכא חזקה אחרינה כנגדה דלא מוקי איניש אנפשיה, ולא דמי לחזקה דאין אדם פורע תוך זמנו דאילו אמר פרעתי אחר זמני היה נאמן באותה טענה עצמה מעד עצמה ולא היינו צריכים לטעם חזקה, משא"כ ביבמה, כן נ"ל ברור. ואין לעקש ולומר דסוף סוף אית לה מיגו דאינו יכול, ואי טענה אינו יכול היתה נאמנת דלא היתה כנגדה חזקה דלא מוקי איניש אנפשיה, הא ליתא דלא עדיפא טענה שנאמנת מכח מיגו מטענת מיגו עצמה, תדע דאל"כ תיקשי אהא דאמרינן בש"ס גופא בסוף נדרים דנאמנת לומר (איני) [אינו] יכול מטעם דחזקה אין האשה מעיזה פניה, דא"כ אמאי [אינה] נאמנת היבמה כשאמרה לא נבעלתי נימא דחזקה דאינה מעיזה, אלא ודאי משום דאיכא נמי כנגדה חזקה דלא מוקי איניש אנפשיה, ולהכי נמי תוך שלשים כופין, דאל"כ תיקשי אמאי תוך שלשים תהיה היא נאמנת יותר מן היבם, אלא ודאי נמי משום חזקה דאין האשה מעיזה, וא"כ לאחר שלשים כי אמרה לא נבעלתי הוי ממש כמו שטענה אינו יכול, דכי היכא דהתם לא היתה נאמנת אלא משום חזקה דאין האשה מעיזה, ה"נ אינה נאמנת אלא מכח חזקה דאין האשה מעיזה,

⁹¹ ואף שהדברים לכאורה מוכרחים הרי מקום עיון אתנו בדברי התוס' ביבמות דף קטז ע"ב שהקשו דתהא אשה נאמנת באמירת מת בעלי במגו דגרשני שבוזה היתה נאמנת מדין חזקה [קושיתם היא למ"ד דאף שלא בפני בעלה נאמנת] ובמהרש"א שם הקשה דממ"נ דאי באמירת מת איכא העזה אם כן אי"צ למגו ואי לא ליכא מגו דהוי מגו דהעזה והניח בצ"ע. ובאמת שהוא תמוה טובא דאי"צ כאן לדין מגו דהעזה בעלמא דהכא הרי כל מה שנאמנת בגרשני הוא משום דהמשקרת לעולם לא תאמר כן והיאך נעבד מגו מזה לומר שאם רצתה לשקר היתה אומרת גרשני, וצ"ע. **ועיין בקוב"ש בח"ב בסו"ס ג מש"כ בדברי מהרש"א.** ומה שהקשה כמו כן עוד בגמ' בגטין דף סד וכו' צ"ע אך עכ"פ בדברי התוס' דידן לא קשה וכמש"כ מדברי הש"ך וע"ע בריטב"א בכתובות דף כג ע"א ד"ה ובסוגיין.

והלכך לאחר ל' דאיכא נמי חזקה דלא מוקי אנפשיה, אמרינן אוקי חזקה להדי חזקה ואוקי מילתא בחזקתיה, ואין בידינו לכוּפו, כן נ"ל ברור ודו"ק עב"ל.

ודברי הש"ך סתומים דסו"ס הרי יש לה מגו ובטענת מגו דידה תהא נאמנת נגד חזקה דלא מוקי ואינה צריכה עתה לנאמנותה שבטענת אינו יכול. **ועיין בקובץ שיעורים** [ח"ב סי' ג ד"ה עוד בדיני מגו] שכתב שם דמדברי הש"ך מוכח דיסוד דין מגו הוא מדין 'כח הטענה' דהיינו שהנאמנות מטענה שהיה יכול לטעון עוברת לטענה זו שטוען ולפי"ז דברי הש"ך פשוטים לכאורה, אך **נתקשה בזה הקוב"ש** דהרי בכל מגו כן הוא דהנאמנות שיש לאדם בטענת פרעתי בזמני אף היא אינה עומדת נגד חזקה דאינו פורע [לו יצויר שהיה סתירה ביניהם] ומכל מקום אית ליה מגו ומאי שנא דדווקא בנאמנות מכח החזקה הוא כן, והניח דברי הש"ך בצ"ע.

דף ו ע"א

בגמ' שאני התם דאמר מי יימר וכו' לדעת רש"י לעיל דאף אחר זמנו אינו נאמן משום מי יימר פשט הגמ' פשוט דליכא מגו שאף אם יטען פרעתיך בזמני אינו נאמן, **ולהפי' השני בריטב"א** דדוקא תו"ז אינו נאמן צ"ל הכא דסברת א"א פורע תו"ז בצירוף סברת מי יימר עדיפות ממגו לכו"ע וזה לשון הגמ' שאני הכא וכו', **ועיין ביד רמ"ה** שמבאר מדבריו כן לפירוש זה ותמה ע"ז בסברא דאי מהני מגו במקום חזקה אף כאן יועיל ולכן הכריע כפי' רש"י.

בגמ' קמ"ל וכו' דכל האומר לא לויתי וכו' דברי הגמ' צ"ב דהרי אינו טוען עתה פרעתי כלל אלא טוען להד"ם ופשיטא דאינו נאמן להכחיש העדים אף בלא דין כל האומר לא לויתי, **ונשנו בזה ארבע דרכים** בדברי הראשונים:

(א) **התוס' פירשו** דכוונת הגמ' דלא נתרץ דיבוריה ונפרש דאין לך בידי לפי שפרעתי קמ"ל וכו'. וצ"ב דאם כן הרי אין דין זה שייך להכלל הידוע דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי ולשון הגמ' הוא 'דאמר מר כל האומר וכו' משמע דמשום האי כללל דהתם הוא, וצ"ע.

(ב) **הר"י מיגאש כתב** דנ"מ היכא דטען אח"כ פרעתי דאינו נאמן משום כל האומר לא לויתי, וצ"ל לפי"ז דעיקר חידושהמשנה דחייב אף אם יחזור ויאמר פרעתי אף שלא הוזכר מזה כלל במשנה. (ג) **יעויין ברמב"ן** שתירץ כע"ז דאיצטריכא לן לאופן שהעדים מעידים שלוח ופרע שאם כה"ג יחזור אח"כ ויאמר פרוע. **ומיאן הרמב"ן** לפרש כהר"י מיגאש וביאר טעמו דאלמלי שיבואו עדים שלוח ופרע לא יוכל לחזור ולטעון פרעתי אף בלא דין כל האומר לא לוית משום דהוי טוען וחזור וטוען שאינו נאמן [ומדברי הרמב"ן אלו הוכיח הגרש"ר זצ"ל דהא דאין אדם חוזר וטוען אינו מדין הודאת בע"ד שאם כן הרי שוב בעינן לדין כל האומר לא לויתי ודוק] **ובריטב"א מבואר באופ"א** דאלמלי שיבאו עדים הרי הוחזק כפרן ולהכי דוקא בבאו עדים איכא להחידוש. [ועיין בחידושי הגרש"ר בביאור מחלוקתם של הרמב"ן והריטב"א]

(ד) **דרך רביעית** מבוארת ברבינו יונה והרשב"א דהנ"מ היכא דאמר לא לויתי חוץ לבי"ד דאז אלמלי דין כל האומר לא לויתי יוכל לחזור ולומר פרוע כיון דעביד איניש דלא מגלי טענתיה אלא בבי דינא, וקמ"ל דאינו יכול לחזור ולומר כן דיש כאן הודאה.

והנה בפשטות לדרך זו אחר שנתחדש דהוי הודאה גמורה אם כן שוב הוי גם מוחזק כפרן ונ"מ דאף אם יטען פרעתי אחר העדאת העדים לא יהיה נאמן, וכ"כ הטור בשם רבינו יונה בסי' עט, ואולם דעת הראב"ד אינה כן אלא דבטענת

לא לוייתי חוץ לבי"ד אינו נעשה כפרן ואם יטען פרעתי אח"כ נאמן ומכל מקום אם טוען פרעתי קודם שהודיתי אינו נאמן שהודאת בע"ד כמאה עדים ואפילו אם יש עדים כדבריו, כך מבואר בשמו בספה"ת שער מב ח"ז וכ"ה בטור בסי" עט ובמאירי כאן, ולכאורה הדברים הם פלא דהרי מה שאינו מוחזק כפרן הוא משום דמחוץ לבי"ד אינו מגלה טענתו ואם כן מה"ט גם הודאה ליכא ואם לא מקבלים סברא זו אם כן גם כפרן יהא וחזוין דכלפי הודאת בע"ד לא איכפת לן דאינו מגלה אלא לבי"ד וזו ראייה להגדר שכתב החזו"א בב"ק בסי" יח סק"ו בגדר הודאת בע"ד דאינה מדין נאמנות בעלמא אלא דניתן הדין להתנהג עם האדם כפי דבריו בעצמו וצריך לחלק בין זה לאמתלא דאפשר דמהני בהודאת בע"ד ודוק.

דף יב ע"ב

בגמ' פשיטא חלק בכור וחלק פשוט וכו' ראה בגמ' לקמן בדף קכד ע"א דהאי דינא ילפינן לה מקרא דפי שנים למיתב ליה על חד מצרא וכו' וראה בתוס' כאן שצינו לזה, ואולם רש"י פירש הטעם שנוטל כאחת לפי ששני חלקי הבכור חלק אחד הם, והוא פלא דמשמע ברש"י דסברא הוא ולקמן ילפינן לה מקרא. ועיין בספר שיעורי רבינו חיים הלוי על ב"ב שכתב לבאר מחלוקת רש"י ותוס' דלרש"י נתחדש בהאי קרא דשני חלקי הבכור חלק אחד הם ולא שני חלקים נפרדים וממילא מסברא נוטל חלקו כאחת ולכן לא ציין רש"י הפסוק שאינו אלא גילוי בגדר ירושת בכור אך להתוס' אף אחר הקרא הוי שני חלקים אלא דגזיה"כ הוא שנוטלם כאחת. ולפי זה חלוק גדר הדין בין רש"י לתוס' דלהתוס' קמ"ל הקרא דיש כאן הלכה דזכות הבכור ליטול שני החלקים שלו יחדיו,⁹² אך לרש"י אין הדין בא לומר כלל שנוטלם יחדיו אלא דגדר הדין בכורה שהכל אחד והנ"מ בזה היא לענין זה שנוטל כאחד כיון שהוא חלק אחד. וכן ביאר בחי' הגר"נ. ולשון הגמ' להלן למיתב ליה אחד מצרא ולהתוס' מתפרש בפשיטות דהיינו דהקרא בא לומר שמקבל שני חלקיו על מיצר אחד, אך לרש"י צריך לפרש דהקרא קמ"ל דהוא חלק אחד וממילא יהיבין ליה אחד מצרא.⁹³ וראה להלן בדברי התוס' שיתבאר נ"מ בזה לדינא בין רש"י לתוס' מדברי הגר"ח.

⁹² ויש לדקדק כן מלשון התוס' ד"ה כגון שתירצו דהכא לא שייך כופין עמ"ס 'לפי שלא נתן לו הכתוב כח אלא כב' אחיו' ואילו לדעת רש"י אחר הקרא אינו כן וה"ל להתוס' לומר דס"ד שלא נתן לו הכתוב וכו' ולשונם משמע דכן הוא האמת שהוא כב' אחים אלא דהפסוק מזכה לו את שני החלקים אחד מצרא.

⁹³ ועיי"ש בשיעורי הגר"ח שתלה פלוגתייהו במחלוקת רש"י ותוס' בגטין דף מז גבי אין ברירה בירושה דלרש"י חלקי השותפים מעורבים זה בזה ובכל משהו מהקרקע שניהם בעלים למ"ד אין ברירה, אבל להתוס' יש לכל אחד חלק שלם אלא דכשחולקים אפשר שנטל זה חלק שמגיע לחברו ולכן חשיבי כלקוחות, וביאר הגר"ח דלכן לרש"י אין לפרש שהפסוק מחדש שנוטל את שני חלקיו כאחד שהרי למ"ד אין ברירה חלקו מעורב בכל מקום ומקום ולא שייך לקבלם כאחד ולא בנפרד שבכל חלק וחלק יש לו שני חלקים ואם נאמר שהפסוק מלמד על החלוקה זה אינו למ"ד אין ברירה כי החלוקה היא מקח ואינה ירושה והפסוק הוא בדיני ירושה, אבל להתוס' אפשר שנתחדש בפסוק שנוטל את שני חלקיו כאחד ולכן יש לו חלק שלם גדול שאינו ידוע היכן הוא ודוק.

ואפשר לדרן לתלות מחלוקת רש"י ותוס' דידן במחלוקת הרשב"ם והראשונים גבי הא דנתחדש בקרא דבכור אינו נוטל בשבח דלאחר מיתה דמתנה קריא רחמנא ומה מתנה דאתא לידיה וכו' דהרשב"ם פירש דהדרשא היא שכל מה שלא הגיע ליד האב אין הבכור מקבל אבל התוס' [בדף קכו ע"ב] ושאר הראשונים פירשו עד דמטא לידיה דמקבל דהבכור זוכה בחלקו רק בשעת חלוקה ולא קודם ולכן אינו נוטל בשבח, ונמצא שלהתוס' אי אפשר לומר שחלק הבכור אחד הוא שהרי חלק הראשון ירש בשעת מיתה והשני רק בשעת חלוקה ואילו לרש"י יש לפרש כהרשב"ם, גם דלהתוס' בהכרח מתפרש הפסוק דמתנה הוא מהאחים וכן משמע בתוס' דידן דהוי מתנה מהאחים ואי אפשר שיהיה חלק אחד עם מה שירש מהאב אבל להרשב"ם הנותן הוא האב. ואפשר לומר דהכל חלק אחד. אבל כל זה אינו דהראשונים בסוגיין כתבו כולם כרש"י שבפסוק נתחדש דהכל חלק אחד אף שהם פירשו בסוגיא שם דזוכה רק בשעת חלוקה וצ"ע. ומכאן קושיא גם ע"ד הגר"ח שתלה מחלוקתם בהדיא דגטין ומבואר מבוזה שהבין דחידוש הקרא שנוטל שני חלקים

ועיין ביד רמ"ה בסוגיין שכתב וז"ל והשתא דאמרת דחלק בכור וחלק פשוט יהבינן ליה לבכור אחד מצרא, כל שכן חלק פשוט דיהבינן ליה אחד מיצרא, דהא עיקר טעמא דבכור דיהבינן ליה אחד מצרא משום דאתקש חלק בכור לחלק פשוט הוא כדאייתא בהדיא בפרק יש נוחלין (לקמן קכד א), ואי לאו דדינא דחלק פשוט למיתב ליה אחד מצרא לא הוה מהני הקישא דפי שנים גבי בכור למיתב ליה תרי חולקי אחד מצרא. ועוד לאו קל וחומר הוא, ומה חלק בכור דתרי חולקי ניהו יהבינן ליה אחד מצרא, חלק פשוט דחד חולקא הוא לא כל שכן. עכ"ל. ומבואר מכ"ד כדרך הגר"ח בדעת התוס' שחידוש הפסוק הוא ליתן לו שני חלקיו כאחד כאילו הם חלק אחד.

ובעיקר הדין שכתב הרמ"ה דפשוט ודאי נוטל חלקו כאחד וזה מוכח מהגמ' בין לרש"י ובין לתוס' צ"ב מדוע הוא כן, וראה ברא"ש [בסי' מח] שכתב דכשיש שני אחים ושני שדות מעיקר הדין היה ראוי לחלוק כל שדה לשני חלקים אלא דמשום כופין עמ"ס חולקים שדה כנגד שדה וכתב דהיכא שהאחד הוא בר מצרא לאחד השדות רשאי לתבוע שיחלקו כ"א מהם או שיקבל שדה זו כולה כדי שתצטרף לשדהו שלו. ומבואר מדברי הרא"ש דבשדה אחת מיהא אינו משום כפיה עמ"ס אלא מעיקר הדין לא תתחלק אלא לשני חלקים אף לאו יצוייר שיהיה לאחד מהם תועלת מזה. והטעם פשוט בסברא כי חלוקה של דבר מגרעת מעלתו ואין לאחד זכות לגרע מעלת החפץ הקיים מבואר מהגמ' דזה פשוט דפשוט נוטל חלקו כאחת ואין יכול האחר לומר לו נחלק השדה לכמה חלקים ובפשטות אינו מדין כופין עמ"ס אלא מעיקרא דדינא וכן מוכח לקמן בסוגיא וסברא היא שיטול חצי שלם.

בגמ' יבם מאי עיין בשיעורי הגרש"ר ובחי' הגר"נ שנתקשו בדין הסוגיא וכמו שיתבאר: דינו של היבם שיוורש את נכסי אחיו המת וגם עומד במקומו לחלוק בנכסי אביהם שמת, ויש לעיין במאי קא מיירי סוגיין, דהנה אם מת אביהם לפני מיתת הבעל וחלקו כולם בנכסים ועתה בא היבם לירש חלק אחיו הרי ודאי יקבל חלקו של אחיו כמות שהוא ולא תתבטל החלוקה. וסוגיא דידן יש לדון לפרשה בשני אופנים: או דמת האב בחיי הבעל ועדיין לא חלקו בנכסים ואז היבם ירש את זכות אחיו והוא בא כעת לירש בנכסי אביו משני כחות. או דמיירי שמת האב לאחר מיתת היבם ולכתחילה הוא בא לירש פי שנים בנכסי האב כיון שהוא עומד במקום אחיו. ולכאורה צ"ל דסוגיין מיירי רק באופן השני דאם נאמר שמיירי כשמת האב בחיי הבעל הרי היבם בא מחמת שירש זכות אחיו ואין לו זכות יותר ממה שהיה לאחיו ולמה יוכל לירש שני חלקיו כאחד, ובהכרח צ"ל דמיירי כשמת האב לאחר מיתת הבעל דאז הוא היוורש בעצמו לשני החלקים.

ויעיין ברא"ש בסוף הסוגיא שכתב דשני שותפים שנשתתפו זה שליש וזה שני שלישים כשחולקים חולקים בבכור ופשוט ובעל השני שליש מקבל חלקו כאחד אבל אם היו שלשה שותפים וקנה האחד מהם חלק של האחר כשבא לחלוק עם השלישי אינו יכול לכופו לקבל חלקו כאחד כיון שבא במקום השותף האחר, ואם כן הוא הדין כאן כשיוורש היבם זכות אחיו כך היה נראה פשוט.

ואולם יעויין בגמ' ביבמות [דף כד סוע"א] דבכור קרייה רחמנא [היינו שהיבם נקרא בכור בפסוק והיה הבכור וגו'] לומר שאינו נוטל בראוי כבמוחזק כדין הבכור שאינו יורש פי שנים בנכסים שנפלו לאחר מיתת אביו. ונחלקו רבותינו הראשונים שם מהו דין ראוי זה: רש"י שם פירש דהיינו כאשר מת אבי אביהם של היבם והבעל לאחר מיתת האב דהיבם הוא יורש את אביו שני חלקים בבכור שיוורש שני חלקים ומחמת שהוא עומד במקום אחיו המת. וכל זה בנכסי האב עצמו אבל לא בנכסים שנפלו לאב לאחר מיתתו. אבל הבה"ג

כאחד בהכרח אינו על החלק שיקבל בחלוקה [עכ"פ למ"ד אין ברירה] אלא על החלק שהיה לו קודם, ולהאמור חלק הבכור הוא החלק שמקבל בשעת חלוקה ועל זה קאי הקרא, ודוק היטב.

והרמב"ם והרבה ראשונים שם פירשו דהכוונה לנכסי האב עצמו אם מת האב לאחר מיתת היבם דכל דינו של היבם לרשת חלק הבעל המת הוא במה שזכה הבעל בחייו אבל לא את הראוי לו לאחר מותו.

ושורש פלוגתייהו הוא כלפי מה חשוב היבם כיוורש בכור דלרש"י הוא כבכור לאביו ויורש מאביו פי שנים דומיא דבכור כיון שעומד במקום אחיו, **אבל להבה"ג** הוא יורש את אחיו אלא דגזיה"כ היא שאינו יורש מאחיו אלא כבכור בנכסי אביו היינו מה שהגיע ליד אחיו בחייו.

ויעויין בשיעורי הגרש"ר ובחי' הגר"נ שנתקשו בסוגיין, דבשלמא לדעת רש"י שם הסוגיא מתפרשת היטב דהכא מיירי באופן שמת האב לאחר מיתת הבעל וכן"ל אבל לדעת הבה"ג ודעימיה באופן כזה הרי אינו יורש כלל את חלק האח, **ובהכרח שדין הסוגיא דידן** הוא באופן שמת האב בחיי הבעל ומעתה קשה טובא דהיאך סובר אב"י שנוטל היבם שני חלקיו כאחד הרי הוא בא משני כחות והיאך יהיה הוא עדיף מהבעל שממנו ירש.

ועיין בחי' הגר"נ שפירש דהוא תלוי במחלוקת רש"י ותוס' בשורש הסוגיא דלרש"י דילפינן מקרא ששני החלקים הם חלק אחד כאן אי אפשר באמת להעמידה באופן שמת האב בחיי הבעל דאז ודאי שני חלקים ושתי ירושות הן ורש"י לשיטתו מיבמות א"ש שיעמיד הסוגיא במת האב לאחר מיתת הבעל **אבל לדרך התוס'** שהפסוק מחדש שנוטל שני חלקיו כאחד יש לומר דגם באופן שיוורש את אחיו נתחדש בקרא שהוא מקבל שני חלקיו ביחד.

אבל הדברים מוקשים מדברי הראשונים, כי משמעות דברי הרמב"ן והרשב"א והריטב"א כולם כרש"י שחידוש הפסוק הוא שחלקו של הבכור הוא חלק אחד, ומ"מ הם ביבמות פירשו כהבה"ג וצ"ב.

אך באמת כבר עמדו בזה הראשונים, דיעויין בריטב"א שפירש דאב"י ורבא לא בדרשת הפסוק פליגי אלא רבא מסברא פליגי דבשלמא בכור חלקו חלק אחד הוא ודין הוא שיטלנו כאחד אבל היבם שני חלקים הוא יורש ולמה נאמר שיטלם כאחד, ובדעת אב"י פירש דכיון דקריה רחמנא בכור מן שמיא אקנו ליה וצ"ע כוונתו. **וכן יעויין ברא"ש הנ"ל** דשותף שקנה חלק חברו אינו מקבל שני החלקים כאחד וכתב דמקור הדין הוא מיבם שאינו נוטל שני חלקיו כאחד לדעת רבא ומה"ט. וכן ביאר רבינו יונה בטעמו של רבא ולמד מזה לשלשה שותפים וכן"ל. אלא שלא נתפרש טעמו של אב"י בראשונים לבד מדברי הריטב"א הנ"ל, וצ"ע בזה.

שיטת הר"י מיגאש והרמב"ם רוב הראשונים נקטו דכל דינו של הבכור ליטול שני חלקיו הוא כאשר השדות שוות אבל אם אחת מהשדות עדית ואחת בינונית זכותו של הפשוט לקבל חלק בכל שדה ושדה. **ואולם יעויין בר"י מיגאש** [בסוף הסוגיא] שסובר דאף אם הקרקע האמצעית עדית נוטל הבכור את האמצעית ואחת מהסמוכות לה, והוכיח כן דאל"כ מאי איריא משום דהוא בכור תיפו"ל דכופין עמ"ס [נוכחו שהקשו כן התוס' להלן] **וכתב הרי"מ** דאף בשני שותפין הדין הוא כן דאם לאחד שני שליש ולאחד שליש נוטל בעל השני שליש את הקרקע האמצעית אפילו היא עדית, כיון שחלקו הוא אחד ומוכח מדין הבכור דכשנוטל חלק אחד שלם נוטלו אפילו הוא עדית. [נפשוט דכוונתו שנוטל בעדית כפי ערך הדמים ולא שטח גדול בעדית כמו שטח הבינונית אלא דהחידוש הוא דאף שהיו שני סוגים של שדות ומעלה יש לה לעדית על בינונית מ"מ נוטל כל העדית]

רש"י ד"ה יבם מאי וכו' מעלינן וכו' יש לדקדק מדוע נקט רש"י דטענתם שרוצים להעלות בדמים ולא כתב בסתמא דאינם רוצים ליתן לו חלק זה. **ואפשר דמבואר מזה** דלעכב בלא טענה אינם יכולים כלל אלא רק בעילוי דמים דכה"ג לכו"ע ובכל גווני כפינן אמדת סדום. [והיינו דבלא"ה קשיא היאך יכולים לעכב לרבה ותירצו הראשונים בכמה אופנים כמושי"ת להלן אך יתכן דלעכב בלא טענה א"א כלל וצ"ע] **והגר"נ ביאר** דרש"י סובר

כהשיטות שהעילוי משבית הגורל ובמקום עילוי אין גורל ולכן טענתם היא שאינם רוצים גורל אלא דמים ויתבאר הענין להלן.

בגמ' רבא אמר עיין בריטב"א שכתב דבסברא פליגי וטעמו של רבא כיון שהוא בא משני כחות חשיב כשניים ואינו נוטל חלקו כאחד. **ועיין ברא"ש שכתב באופ"א** דאף שחלקו של המת שירש היבם דין חלק בכורה לו אבל חלק היבם עצמו הוא אינו מתעלה בכך ליטול אותו יחד עם חלק המת.

בגמ' אמר רבה כגון זה כופין על מדת סדום מקור הדין דכופין על מדת סדום: ראה בתוס' שנחלקו הר"י והריצב"א אם הכא הוי מעיקר הדין דכופין עמ"ס ומדאורייתא וכדעת הר"י או דהוי תקנה דרבנן כיון שאי אפשר לכפותו להוציא קרקע מרשותו, ומבואר מדברי הר"י והריצב"א דעיקר הדין דכופין עמ"ס דאורייתא הוא. ולא מצינו בראשונים מקור ברור לדין זה, אך יעויין ברבינו יונה בסוגיין שקצת משמע מדבריו שהוא מדין עשיית הישר והטוב. ויובאו דבריו להלן בתוס'. ויתבאר בזה עוד בדברי התוס' בסוגיין בסוד"ה כגון וכו'.

ועיין בשיעורי הגרש"ר שנסתפק אם צריך כפית בית דין בכופין עמ"ס וכן אם צריך כפיה האם כופים בממונו או שכופים אותו עד שיאמר רוצה אני. **והוכיח מדברי התוס'** שאין צריך בזה שום כפיה אלא הדין הוא מאליו כן שהרי התוס' בסוגיין נד"ה כגון] הקשו למה לי קרא דבכור נוטל אחד מצרא תיפוק לה משום כופין עמ"ס ואי נימא דכופין צריך בית דין וביותר אי נימא דאין יורדים לנכסיו הרי לזה בעינן קרא לבכור לומר שהוא מעיקר הדין. **ומוכח להדיא מדברי התוס'** וכן מדברי רבינו יונה והרשבא שאף הם הקשו כן דהדין כפיה הוא בעיקר הדין וחכות החולק לקבל שני חלקיו יחדיו זכות גמורה היא. **וכן הביא מדברי המרדכי** שכתב דהיכא דאיכא ספיקא דדינא אי הוי מדת סדום הדין ביניהם הוא כל דאליהם גבר ואם איתא דצריך בית דין הרי מספק הבית דין לא כופים ומה שייך כדא"ג ומוכח כנ"ל.

בגמ' כופין עמ"ס ראה ברבינו יונה שהקשה מדוע בעינן בזה לדין כפיה עמ"ס הרי הוא בר מצרא וצריך ליתן לו הקרקע מדין ועשית הישר והטוב ככל בר מצרא. **וביאר רבינו יונה** שדין בר מצרא נאמר ללוקח שלא יקנה ויניח הקרקע שאינה שלו לאחר אבל כאן צריך לוותר על דינו וזה אינו מחוייב מדין בר מצרא.

תוד"ה כגון וכו' וא"ת וכו' עיין בספר שיעורי הגר"ח הנ"ל שהקשה על קושית התוס' הרי נ"מ כגון שיש שדה אחת גדולה שיעור שני חלקים ועוד שני שדות קטנים [כגון שהשדה הגדולה היא מאה אמות מרובעות ושתי הקטנות כ"א עשרים וחמש] דאז אין לבכור טענה שיטול חלקו כאחת בשדה הגדולה משום כופין עמ"ס דהרי הפשוט עי"ז יקבל חלקו בשתי שדות ורוצה הפשוט גורל שמא יקבל בו מחצית מן הגדולה

וחידש הגר"ח חידוש נפלא ועמוק וביאר שקושיא זו תלויה במחלוקת רש"י ותוס'. **וביאר הגר"ח דהתוס'** **אזלו בזה לשיטתם** שהם סוברים דחידוש הפסוק הוא דהבכור נוטל שני חלקיו כאחד והנה זה פשוט דכל זכות הבכור היא ליטול שני חלקיו כאחד דומיא דפשוט אבל אם בהכרח אחד מהאחים יטול חלקים מפוזרים לא עדיף הבכור על הפשוט, ואם כן השתא נמי כה"ג אין לו זכות ליטול שני חלקיו כאחד בלא גורל דלא עדיף מפשוט.

וחידש הגר"ח דלדעת רש"י יש נ"מ בפסוק כה"ג, שאלמלי הפסוק היו מטילים גורל עם שלשה פתקים [אחד על כל שדה של חמישים אמה ואחד על שני החלקים של עשרים וחמש כנ"ל] והבכור היה מוציא שנים מהם וזה היה חלקו, ונמצא שכדי לזכות בשתי השדות כאחד היה הבכור צריך להוציא את שני הפתקים של השדות השלמים הסמוכים זל"ז. אבל השתא דנתחדש בקרא דחלקו חלק אחד הוא יטילו גורל אחד בין השדות המחולקים לבין אחת מהשדות השלמים [ככל בכור ופשוט שמטילים גורל על הצפונית והדרומית

ואין מטילין על האמצעות ועיין ברשב"ם ביש נוחלין] ואם יזכה הבכור בשדה השלימה זוכה בה ובחברתה.⁹⁴ ואם כן יש נ"מ בפסוק ולא קשיא קושית התוס' והתוס' שהקשו אזלו לשיטתם וכן"ל.

שם ואומר ר"י וכו' דברי התוס' צ"ב דמדוע באמת לא נאמר דכופין עמ"ס גם בכה"ג שרוצים להשתתף ויעיין ברבינו יונה וברשב"א שכתבו שיש מתרצים דהכא ליכא דין כופין עמ"ס משום שלא נאמר דין זה אלא כשמצרנותו קודמת לחלוקתו אבל היכא שמצרנותו וחלוקתו באים כאחד לא. והשיג רבינו יונה על תי' זה דבסברא אין לחלק ביניהם דאף בזה יש עשיית הישר והטוב. ועיין בשיעורי הגרש"ר שביאר דלהתוס' דין כופין עמ"ס אינו בדין כפיה אלא דזכויות הממון משתנות לפי ההנהגה הנכונה ובדבר שהוא מדת סדום אין לו זכות בדיני הממון ולכן דוקא במה שכעת הוא מדת סדום אינו רשאי אבל באחים הרוצים להשתתף כל זמן שלא נשתתפו לא פקע זכות השלישי לגורל.

עוד קשה בדברי התוס' שהרי הכא שדה האמצעות ממ"נ הוא בר מצרא בה שהרי בהכרח אחת משתי השדות החיצוניות תהיה שלו שאחיו מקבל רק שדה אחת ואם כן למה לא נחשיבהו כבר מצרא על השדה השניה כבר כעת ונימא כופין עמ"ס, וצ"ע.⁹⁵

שם וריצב"א מפרש וכו' עיקר היסוד המבואר בדברי הריצב"א שאין לכפותו לכתחילה ליתן לו לדור בביתו מבואר גם בתוס' בב"ק [דף כ ע"ב ד"ה הא איתהנית] וכ"כ הראשונים שם בב"ק והוא מוכח מסוגית הגמ' שם לפי' התוס' ⁹⁶ וצריך ביאור לדעת הר"י מדוע באמת סובר רב דכופין הרי לכתחילה אין כופין ליתן משלו. ועיין בתוס' בב"ק [שם ד"ה איתהנית] שכתבו דטעמו של רב יוסף בסוגיין דאין כופים משום דדמי למונעו לכתחילה מלדור בבית, ומבואר מדבריהם דלרבה לא דמי למונעו מתחילה, ואפשר דכיון שאין מוציא ממנו ממון אלא כשבאים לחלוק זה רוצה לחלוק בגורל וזה רוצה שדה הסמוכה אינו נחשב כהוצאת ממון מה חולקין באופן כזה ומתקיימת זכותם באופן שאין בו מדת סדום.

⁹⁴ והנ"מ בזה שמתחילה היה צריך להעלות שני פתקים סמוכים בגורל וסיכוי הזכיה שלו היה שלישי, ועכשיו סיכוי הזכיה שלו הוא חצי דצריך לזכות בגורל אחד ודוק.

⁹⁵ והגע עצמך הרי ראובן ושמעון אחים מן האב ולא מן האם וירשו מאביהם שתי שדות בשני מקומות. ואחת מן השדות האלו משתי צידיה יש שני שדות אחרים והם שייכים לאמו של שמעון ומתה, ושמעון הנ"ל עם אחיו מן האם לוי ירשו השדות האלו הסמוכות מאמם ועדיין לא חלקו. הרי כעת כשבא שמעון לחלוק עם ראובן יאמר לו אני רוצה השדה הזו הסמוכה לשדות אמי כי ממ"נ אהיה לה לבר מצרא כי אחת משתי השדות הסמוכות לה תפול בחלקי מירושת אמי ודאי טענתו טענה ומאי שנא הכא. וי"ל בזה דשאני הכא בציור דהגמ' שכל זכותו לקבל היא בחלוקה ואי אפשר שיקבל בלא שיקבל אחיו שדה נמצא שבהכרח יהיה בר מצרא אחרי הכרעת הגורל ומשא"כ בציור הנ"ל, וצ"ע, ודוק

⁹⁶ שם בדף כא ע"א דהקדש שלא מדעת כהדיוט מדעת, ועיי"ש בתוס'. והמרדכי שם הביא בשם ראבי"ה שיש חולקים הסוברים דאף לכתחילה כפינן והר"י סובר דרק בדיעבד אין הדר משלם דכופין עמ"ס אבל אין כופין אותו לכתחילה לתת לו לדור ומשמע מלשונו שאף כשבא לדור מתחילה הוי מדת סדום רק דלא כפינן עלה, כיון שאין כח או שאין הבי"ד רוצים לכפות להוציא ממנו הבית ואילו בנמו"י שם בב"ק בשם הרא"ה משמע שאין סברא כלל לכופו שלא ידור חברו בביתו בעל כרחו. ויש לדון בסוגיין לפי שני הטעמים. ומשמעות לשון התוס' דידן כהנמו"י.

עוד כתב הראבי"ה שם דאף להר"י הא דלכתחילה אין כופים הוא בדבר שיכול להשכירו לאחר ולקבל עליו דמים ואף אם אינו רוצה להשכיר אין כופין אותו ליתן בחינם לזה אבל בדבר שאינו עומד כלל להשכרה כופים אף לכתחילה וכ"פ הרמ"א בסי' שסג ס"ו. ואף בזה יש לדון מדברי התוס' דידן דכאן אין הדבר עומד לרווח ממון מה שיזכה בגורל כאן או כאן.

מבואר מדברי הריצב"א דפטור זה נהנה וזה לא חסר ל"ד דפטור הוא משום דכופים עמ"ס, וידוע מחלוקת האחרונים בזה שהפנ"י בב"ק ביאר כן דהוא מדין כופין עמ"ס אבל הגרש"ש שם ביאר דאין חיוב נהנה באופן שזה לא נחסר, אך בתוס' דידן מפורש כהפנ"י, וכן משמע מדברי התוס' בב"ק שם [ד"ה הא איתהנית] וכ"כ להדיא הרמב"ן [במלחמות ה' ב"מ דף לו ע"א מדפי הרי"ף]

ושורש הדין דכופין על מדת סדום עיין ברשב"ם לקמן [דף קסח ע"א ד"ה ולימא] שכתב דמקורו הוא במשנה באבות [פ"ה מ"י] דהאומר שלי שלי ושלך שלך יש אומרים דהיא מדת סדום ופירשו שם הראשונים דהכוונה בזה למי שאינו רוצה שיהנו אחרים מנכסיו.⁹⁷ וזה שורש הדין דז"נ וז"ח פטור וכל מקום שמצינו כופין עמ"ס הוא כה"ג שעומד על זכותו באופן שאין לו מזה תועלת ואין לו הפסד בויתור על זכותו וחברו ניזוק מזה או נמנע ממנו רווח בויתור על זכותו, וגם בדין הסוגיא דידן עיין ברש"י וכן ברשב"א ובשטמ"ק בשם תוס' רא"ש שכתבו דהוא משום דזה נהנה וזה לא חסר שבמה שיותר על הגורל ויתן לו השדה הסמוכה הוא אינו ניזוק כלום וחברו נהנה, וכן ובמקומות רבים שמצינו שכופין עמ"ס כתבו הראשונים דהיינו זה נהנה וזה לא חסר.⁹⁸ ואב לכולם המשנה באבות הנ"ל.

עיין ברבינו יונה ושאר שכתבו תירוצ' נוסף על קושית התוס' והוא דמיירי הכא כשחלק הפשוט הוא סמוך לשדה שלו והוי בר מצרא וכה"ג אין טענת מדת סדום כלל דלא עדיף הבכור שרוצה שני חלקיו כאחד מהפשוט ולזה בעינן קרא דמ"מ נוטל הכור חלקיו כאחד. וצ"ע בדברי התוס' מדוע מיאנו בתירוצ' זה.⁹⁹

ותירוצ' נוסף מתבאר מדברי הר"י מיגאש ששיטתו שגם כאשר השדה האמצעית עדית נוטלה הבכור והוכיח כן דאל"כ מדוע בעינן קרא לבכור וכקושית התוס'. ובדעת התוס' נראה דפליגי על דינו של הר"י מיגאש וסברי כהרמב"ן ושאר דכה"ג אין הבכור נוטל כאחד וראה בזה עוד לעיל.

בגמ' כופין עמ"ס וכו' מתקיף לה רב יוסף סברת רב יוסף צ"ב שהרי סו"ס אין הבדל בשווי הקרקעות ובטיבן וכשהם אומרים מעלינן לן כנכסי דבר מריון זו עצמה מדת סדום. ונחלקו בזה ראשונים: רש"י פירש דמיירי בשדה בית הבעל שפעמים שזו מתברכת יותר מזו, וצ"ב דסו"ס הרי אנן לא חזינן בזו ברכה יותר מזו ואפשר גם שהשניה מתברכת יותר ושתייהן שוות בדמיהן ומדוע יכולים לטעון כן וצ"ל דכיון שאפשר הדבר שזו מתברכת יותר ועל ידי הגורל יזכו בה אינם חייבים להפסיד זכותם. והתוס' פירשו דטענתם שאינם רוצים למכור זכותם כי אם בדמים יקרים כמו בר מריון. ואין הדברים מובנים שהרי לא נדרש מהם למכור קרקען בדמים אלא להחליף קרקע בקרקע ואנן סהדי ששתייהן שוות והרי זו מדת סדום.

ועיין ברבינו יונה וברא"ש שפירשו דטענתו כך היא דהיות שאם יחלקו שמא תפול בחלקו שדה ולאחר החלוקה ודאי דזכותו למכור אותה בדמים יקרים ואין בזה מדת סדום כלל כיון שאינו חייב למכרה ואם כן עתה כשיתבטל הגורל יפסיד כח זכותו להרויח ממון בעתיד באופן שאין בו מדת סדום ונמצא שגם עתה

⁹⁷ אך לת"ק שם היא מדה בינונית וצ"ע. ועיין במאירי שם שפירש דלא פליגי ות"ק מיירי במקום שיש קצת חסרון.

⁹⁸ עיין ברש"י בכתובות דף קג ע"א ד"ה מדת סדום וברשב"ם ב"ב דף נט ע"א ד"ה מדת ושם דף קסח ע"א ד"ה לימא. ועיין ברמב"ם הל' שכנים פ"ז ה"ח שכתב שם וז"ל וכופין אותו שיהיה חבירו סותם חלוץ זה שלמטה ממנו ועושה לו חלוץ מלמעלה שזו מדת סדום, וכן כל דבר שזה נהנה בו ואין חבירו מפסיד ואין חסר כלום כופין עליו עכ"ל וע"ע בתשובת הרא"ש כלל צו סי' ב ועוד יש מקומות רבים נוספים

⁹⁹ ושמא יש לומר דלהתוס' כה"ג אינו נוטל כאחד שהם סוברים דחידוש הפסוק הוא שנוטל שני חלקים יחדיו וזה נאמר כאשר אין הפשוט מפסיד בזה אבל אם מפסיד בזה תועלת סמיכות קרקעו יכול לתבוע גורל. והראשונים שתירצו כן אזלו לשיטתייהו שחידוש הפסוק הוא דחלק הבכור הוא חלק אחד וזה פשוט שאינו חייב לפצל חלקו לשנים בשביל שזה בר מצרא.

אינה מדת סדום כי למה יפסיד את שלו. **ובדעת רבה ביארו** דכיון שאין חלק זה שוה יותר אלא מחמת מצרנותו של זה אין לו להעלותה בדמים בגלל זה דמדת סדום היא. **ועיין בתשובת הרא"ש** [כלל צו סי' ב] שכתב שם וז"ל אבל לפיר"ת מסתברא טפי טעמא דרבה, דכיון שאינו חסר כלום אלא משום שיכוף את חברו להוסיף דמים בשביל שהוא חפץ באותה שדה מדת סדום היא זו דאי לא תימא הכי כל זה נהנה וזה אינו חסר דכופין על מדת סדום אמאי כופין, והלא חסר הוא ממון שיתן לו חברו בשביל הנאתו אם לא נכוף לעשות בלא דמים אלא ודאי כיון שאין לו חסרון אלא במה שיוכל לכוף את חברו שיתן לו ממון בשביל הנאתו מדת סדום היא.¹⁰⁰

ועיין בתוס' בב"ק [דף כ ע"ב ד"ה הא איתהנית] שמדבריהם מבואר דסברת רב יוסף היא דדמי למונע את חברו מתחילה דלא כפינן עמ"ס להפסיד את שלו וכמש"כ הריצב"א לעיל. **ונראה שהפרש גדול יש בין סברת התוס' בב"ק לבין סברות רש"י ורבינו יונה, דלהתוס' בב"ק מסתברא דהוי מדת סדום אלא דאנן לא כפינן¹⁰¹ אך להראשונים אין כאן מדת סדום כלל דטענתו טענה.**

ודרך נוספת בסוגיא נראה ללמוד מדברי הרמב"ן: עיין ברמב"ן שביאר בזה מחלוקת ראשונים שמדברי רש"י נראה שטוענים לו או תן לנו דמים או נחלוק בשוה ויכולים לתבוע דמים בלי גבול אפילו פי מאה בשויה. ובשם הגאונים כתב הרמב"ן בדין העילוי דאם אמרו שיתן להם האי גברא דמים או שיחלקו הכל בשווה אין טענתם טענה אלא צריכים לטעון כך או שיתן לנו דמים או שניתן לו אנו דמים אלו וניטול שדה זו. **ועוד הוסיפו הגאונים** שאם הם מוכנים ליתן דמים יותר ממנו נוטלים השדה אבל אם הם והוא מוכנים לשלם אותו הסכום הוא עדיף מהם ונוטלה. והכריע הרמב"ן כהגאונים. **ונמצא** שלהגאונים טענת מעלינן היא רק במקום שיש להם טענה אמיתית שקרקע זו שווה להם יותר והרי הם מוכנים לשלם בשבילה. ועיין ברמב"ן בהמשך הסוגיא שכתב וטעמא דעילויא לרב יוסף בשוין משום דא"ל לאו כל כמינך דמבררת לנפשך ועוד דלדידי עדיף לי דילמא מיצטריכנא וזבנת ליה מינאי וכיון דמעלי בדמים אלמא קפיד הוא ולא מדת סדום הוא. **עב"ל ומתבארים דבריו** לשיטת הגאונים הנ"ל.

ומש"כ הרמב"ן בדעת רש"י שיכולים להעלות השדה הרבה ולומר לו שיתן דמים אלו או שיחלקו כן נראה דעת התוס' והרא"ש ורבינו יונה. **ואולם רבינו יונה והרא"ש כתבו** דאם פקח הוא יכול לומר להם אתן לכם דמים פחותים או נתנו אתם ובה יכול לזכות בקרקע [אא"כ יתרצו הם ליתן דמים הללו] לפי שהעילוי בכל מקום משבית הגורל כי כאשר אחד מהאחים מוכן לשלם על אחת הקרקעות יותר זוכה בה בלא גורל. **וכתב הרא"ש בשם הראב"ד** בטעם דין זה שעילוי משבית הגורל לפי שכולם מרויחים בו מחמת שמתעלה שווי הירושה.¹⁰²

¹⁰⁰ ודוק בדברי הראשונים שלא אבו לפרש דאינה מדת סדום לרב יוסף מחמת שיודע שכבר כעת יתן לו הבר מצרא דמים שזו אינה טענה כלל שהרי זה גופא ענין מדת סדום שזה נהנה מסמיכות המצרים וזה לא חסר ואין לו ליטול דמים תמורת הנאה זו שבאה לבעל המצרא וזה פשוט אבל סברת רב יוסף דטענתו דכיון שבעתיד יוכל ליטול דמים באופן שלא יהיה בזה מדת סדום כבר כעת אנו רואים את היותו על הגורל כהפסד אותם מעות עתידיים ודוק. וצ"ע דברי הרא"ש בתשובה שדימה את זה לז"נ וזה לא חסר שהרי שאני הכא וכנ"ל, וצ"ע. וע"ע ברבינו גרשום.

¹⁰¹ עיין לעיל בהערה 96

¹⁰² ואין שיטת רבינו יונה לשיטת הרמב"ן דלפי רבינו יונה טענת העילוי של האחים אינה עילוי המשבית הגורל דאז יצטרכו הם לשלם כבר מריון אם ירצה בכך האחר אלא טענתם שאינם רוצים לתת לו עדיפות דבר מצרא לפי שיש להם רווח בדבר לכן תובעים גורל וכשתובעים גורל כדן טענתם טענה אף שאינם רוצים לשלם והאח אם פקח הוא מייירי כשרוצה ומוכן גם לשלם ומציב להם שתי אפשרויות או תשלמו אתם או אשלם אני. ואילו לדעת הרמב"ן זו טענת האחים לכתחילה שישלמו הם או ישלם הוא וחידוש זה שהעילוי משבית הגורל זה גופא הדין שאמר רב יוסף כד פליג ארבה, ועיין ברמב"ן שהסביר המשך הסוגיא לשיטתו

ועיין בריט"א ובנמו"י שכתבו שאמר הרא"ה בשם הרמב"ן דעילוי אינו משבית הגורל שהגורל דין והעילוי אינו אלא הסכמה, ולא אמרו עילוי אלא בגו"א אבל לא בחלוקה גמורה וכן נוטה דעת הריטב"א. וצ"ע בזה מדברי הרמב"ן בסוגיין שמשמע מדברי הרמב"ן דכשהם מעלים ולדעת הגאונים אומרים או טול ותשלם או ניטול אנו ונשלם טענתם טענה ואם הם רוצים ישלמו ויקבלו השדה כולה הרי דעילוי משבית הגורל.

ועוד קשה שהנמו"י כתב הטעם משום שהעילוי דין ואילו ברמב"ן מפורש שהעילוי אינו דין שכתב הרמב"ן בסוף הסוגיא דהיכא דשניהם רוצים את אותה השדה ואין עדיפות לאף אחת מהשדות שיש סוברים דעבדינן גורל אך דעת הרמב"ן עצמו מניחים אותם לנפשם ואין בית דין מזדקקין להם הרי להדיא שאין הגורל מעיקר הדין. [והעיר בזה בחי' הגר"נ]

בגמ' תרי ארעתא וכו' נחלקו רש"י ותוס' ושאר בביאור פשט הגמ' דלרש"י מיירי גם כאן בבר מצרא הרוצה בשדה הסמוכה לו ולהתוס' הכא מיירי בשתי שדות שוות ושני אחים וזה רוצה לחלקן שדה נגד שדה והשני רוצה לחלק כל שדה לשנים. **וכתבו התוס' ומבואר היטב בדברי הרא"ש** דעיקר דין החלוקה הוא בכל שדה לחלקה לשני חלקים אלא דבעלמא פלגינן שדה כנגד שדה משום כופין עמ"ס שנוח לשניהם שיהיה לכל אחד שדה שלם. אבל במקום שיש לאחד מהם טענה כגון שהוא בר מצרא וכיו"ב מחלקים כל שדה לשנים כעיקר הדין.¹⁰³ **ובזה פליגי הכא** דרבה סבר דגם כאן הדין הוא כן כיון דלכל שדה יש יאור ורב יוסף סבר וכו'.

ואולם שיטת רש"י סתומה וצ"ב שביאר בתו"ד דטענתו דזמנין דהאי מדויל וכו' ולכן רוצה זה לחלק כל שדה לשנים. **ותימה** מדוע הוצרך לפרש כן ולא פירש כהדיא דרב יוסף לעיל דמחמת שפעמים שזו מתברכת תובע לעשות גורל כדן.¹⁰⁴ **וביותר קשה** כיון שמאידה טעם טענת מדויל אינה לעשות גורל אלא לחלק כל שדה לשנים אם כן מדוע הוצרך רש"י להעמידה בבר מצרא כלל ומדוע לא פירש כהתוס' דפלוגתייהו אם חולקים שדה כנגד שדה או שחולקים השדות עצמם, וצ"ע. וע"ע ברבינו גרשום שפירש גם הוא כדרך רש"י בכל הנ"ל. **ועיין בחידושי הגר"נ מש"כ בזה בשיטת רש"י.**

דף יג ע"א

סוגיא דגוד או איגוד בגמ' ולא את הטרקלין וכו' הקדמה בעיקר דין חלוקת שותפות מבואר במתני' דבבביר שיש בו דין חלוקה כופים השותפים זא"ז לחלוק. ואילו בדבר שאין בו דין חלוקה אינם חולקים, ובזה נחלקו אמוראי אם חולקים לימים או אמרינן גו"א. **ויש לברר בעיקר הדין** מהיכן יש לו לשותף הזכות לכפות את

¹⁰³ ועיין בתשובת הרא"ש כלל צח סי' ז שכתב שם דאחים שירשו שטרות מאביהם חולקים בגורל שטר כנגד שטר וכתב דלא דמיא להכא אף לפיר"ת לפי שבשדה שיש בה ד"ח יכול לתבוע שיחלקו כל שדה אבל בשטרות שא"א לחלק השטר עצמו לשנים אזי חולקים שטר כנגד שטר מעיקר הדין, ולפי שראו חכמים שטוב הדבר לתקן חלוקה בכל דבר שיש בו דין חלוקה וגוד או איגוד בכל דבר שאין בו דין חלוקה. עיי"ש.

¹⁰⁴ ואפשר דטענת מדויל אינה כמו הטענה דמתברכת דשם טענתו שמא זו מעולה מאחרת שיש בה ברכה אבל ביאור אנן ידעינן שפעמים שזה יבש ופעמים שהאחר יבש ואין עדיפות לאחד על השני אלא דעדיף לו לקבל משניהם שאז אם יבש האחד ישאר לו השני לפליטה.

ובאופן אחר יש לפרש דכיון שמעיקר הדין חולקים בכל שדה ודין שדה כנגד שדה הוא משום מ"ס אם יטען זה שרוצה גורל יאמר לו הבר צרא דאם כן נחלק בכל שדה ואהיה בר מצרא לפחות בחצי דאין בזה מדת סדום כיון שיש לו תועלת דב"מ בחצי השדה לכן בהכרח שאף האח השני מסכים לחלק כל שדה לשנים ורק דהבר מצרא רוצה את כל השדה הסמוכה לשלו. אך אם כן צ"ע מדוע לא פירש רש"י כהתוס'.

חברו לחלוקה. ועיין ברמ"ה בסוגיין [אות קס ד"ה ואע"ג] שכתב דחלק כל אחד משועבד לחברו לחלוקה. ועיין בחזו"א שכתב שהוא מהדברים שמסרה התורה את הדין לחכמים לקבוע בהם את משפטי הממון ומאחר שכל זמן שהם שותפים אין לאחד מהם הנאת היחיד בקנינו הדין נותן שיהא כופהו לחלוק כיון שהממון משועבד לכל אחד מהם לקבל הנאתו ובכלל זה חלוקה. ואולם מלשון הרא"ש בתשובה נכלל צח סי' ז' שראו חכמים לתקן חלוקה בכל דבר של שותפות ומשמע מזה קצת שהוא דין דרבנן, אך אפשר שכוונתו רק במקום פסידא.¹⁰⁵

ובדבר שאין בו דין חלוקה אין להאחד מהם זכות לחלוק, ובדין זה יש לברר מקורו, ויעיין בתשובת הרשב"א [ח"ב סי' קמא והועתקה התשובה להלן] שכתב בתו"ד 'דאילו מדינא הוה לן למימר דאפילו חצר דלית ביה שיעור חלוקה אילו רצה זה ליטול חלקו יטול, אלא משום עשיית הישר והטוב אי אפשר, ולפיכך תקנו להם או גו"א או חלוקת זמנים ידועים וכו' הרי משמע מדבריו שהוא דין דרבנן. וכן מבואר מדברי המרדכי לקמן [בפרק ו אות תקסט] שכתב מתשובת מהר"ם מרוטנבורג דבמקום שיש לאחד כדי חלוקה ולשני אין וזה שאין לו כדי חלוקה רוצה לחלוק הרשות בידו לפי שאומר אי אפשר בתקנת חכמים והובאה תשובה זו ביתה יוסף [בסי' קעא סקי"ח] ויעיין בריטב"א בב"מ [דף ח ע"א] שביאר הדין המבואר שם בגמ' דבמקם הפסד אין חולקים החפץ והוי כדבר שאין בו ד"ח וכתב דהטעם הוא משום דכופין על מדת סדום ולפי זה אפשר שדאורייתא הוא דדין כופין עמ"ס הוא מן התורה כדמבואר בתוס' לעיל בסוגיא דבכור ופשוט.¹⁰⁶

וגדר דבר שאין בו ד"ח מבואר במתני' לעיל דהכלל הוא דכל שאין שמו עליו חשיב כאין בו ד"ח ועיין שם בתוס' שמבואר דאין הכוונה לשם בעלמא אלא לצורת התשמיש דהיינו שחצר פחות מד"א אינה נקראת חצר לפי שאינה ראויה לעיקר תשמישי חצר וכן כל כיו"ב. ועיין בשו"ע [בריש סי' קעא] שכתב עוד דגם במקום ששמו עליו בכל מקום שיש הפסד לשותפין אין חולקים. ומקור הדברים בתרוה"ד [בסי' של] ולמד כן מסוגיא הגמ' בב"מ [דף ז ע"ב] והא אפסדוה וכו'. וכתב התרוה"ד דשיעור ההפסד הוא חומש דהפסד של יותר מחומש מונע חלוקה אבל הפסד בפחות מחומש אינו מעכב החלוקה ועי"ש שלמד כן מהסוגיא בב"מ הנ"ל. ולמדנו מדבריו דבדבר שאין שמו עליו אף אם יהיה ההפסד פחות מחומש או אפשר שאף אם לא יהיה הפסד כלל אין חולקין והטעם לפי שמפקיע צורת התשמיש של החפץ ואין לשותף זכות לזה.¹⁰⁷

¹⁰⁵ ושמענו מהגר"י שרייבר שליט"א לבאר מקור ויסוד דין חלוקה לפי שבאמת כל שותפות בעולם דינה לחלוקה דהגע עצמך אם לא היתה לו לשותף זכות לחלוק הרי שני שותפים בשדה עובדים אותה יחדיו ומגדלים פירות ואם אין זכות חלוקה מה יעשו בפירות הללו, ימכרום ויקנו בדמיהם שדה אחרת ואף היא תהיה בשותפות ומה יעשו עם פירותיה, וסוף סוף כל שימוש בעולם חלוקה הוא או חלוקת פירות או חלוקת גוף שאף השותפים המשתמשים בחצר יחד אין זה משתמש במקומו של זה והרי זו חלוקה לשעה או למקום לזמן וכדו' ולא תמצא לעולם אפשרות שיהנה אדם ממונו בלא חלוקה [ואמנם משכח"ל בכותל בין שתי חצרות שאין תשמישי שניהם נוגדים זא"ז] ואם כן נמצא שעיקר זכות הבעלות של השותף הוא לקבל חצי ההנאה דהיינו חלוקה לגוף או לפירות וזה כל מהות זכות הבעלות של שותף ששותפות שאי אפשר לחלקה בשום צורה שהיא אין בה לשותף שום דבר, ודוק.

¹⁰⁶ אך אפשר דהכא שהוא מפקיע זכות חלוקה שלו בגוף החפץ הוא מדרבנן ואף הרשב"א כתב דהוא מדין ועשית הישר והטוב ומ"מ הוי דרבנן. ומיהו אף אם נימא דלהריטב"א הוא דאורייתא אין דברי הריטב"א סותרים לעצם היסוד המבואר ברשב"א והמהר"ם דמעיך הדין יש זכות חלוקה גם בדבר שאין בו ד"ח. ואגב מבואר מדברי הריטב"א שיקר דין חלוקה הוא מן התורה דאלי"כ אין כאן מקום לדין כופין, שהרי ממ"נ או שתקנו חכמים כה"ג או שמחמת מדת סדום לא תקנו, אבל כפיה ל"ש.

¹⁰⁷ ונראה שדומה ענין זה לתורת שינוי השם בגזילה דנחשב הדר כאילו אינו אותו החפץ מחמת ששם החפץ לתשמישו הוא הקובע את מהותו וכשנהפך לשם אחר הרי הוא מהות אחרת ופקע ממנה חיוב השבה וכן כאן לא נשתעבד לו לשנות ממונו לדבר אחר ממה שהוא עכשיו.

רב יהודה אמר אית דינא דגוד או איגוד לשון גוד או איגוד נתפרשה בראשונים בשני אופנים: **הרמב"ם בפיה"מ** נראה מדבריו שהוא לשון משיכה כלומר משוך אתה וקנה או אמשוך אני. וכ"ה בערוך. ועיין **בתוי"ט** [בפרקין מ"ו] שלמד מדברי רש"י שהוא מלשון קציצה כלומר קצוץ לי דמים או אקצוץ לך דמים וכן פירשו ראשונים נוספים. [וברא"ש בסוגיין וכן בתשובת הרשב"א במיוחדות סי' מג מתבאר שיש נ"מ לדינא בין הפירושים כשקוצץ על החפץ יותר מדמיו ויתבאר להלן בענין זה]

בשורש הדין דגו"א יש לעיין מהיכי תיתי יכול לכופו למכור או לקנות, ויאמר הלה איני חפץ למכור חלקי גם לא לקנות חלקך. **וכתבו הראשונים** שדין גוד או איגוד תקנת חכמים הוא. כ"ה בתשובת הרשב"א [ח"א סי' תתקנו וח"ב סי' קמא] **וכ"כ הרא"ש** [בתשובה כלל צח ס"ג] **וכ"ה בעליות דרבינו יונה בסוגיין** [בע"ב ד"ה הא] **וע"ע בקרית ספר** בריש הל' שכנים שכתב שהוא מן התורה וצ"ע לדבריו מקור וטעם הדין מן התורה.

ויעויין בתשובת הרשב"א [ח"ב סי' קמא] שביאר הרשב"א את שורש הדין ומחלוקת רב יהודה ור"נ וז"ל תשובה: מסתברא שאין דין חלוקה לזמנים ידועים כלל למ"ד אית דינא דגוד או איגוד ובדברים שיש בהם דינא דגוד או איגוד, א"נ למ"ד אית דינא במידי דאי אפשר בגוד או איגוד שאז יש דין חלוקה לזמנים ידועים, כגון מי שחציו עבד וחציו בן חורין. ונ"ל טעמא דמלתא משום דדינא דגוד או איגוד ודינא דחלוקה לזמנים ידועים תקנתא ניהו, דאילו מדינא הוה לן למימר דאפילו חצר דלית ביה שיעור חלוקה אילו רצה זה ליטול חלקו יטול, אלא משום עשיית הישר והטוב אי אפשר, ולפיכך תקנו להם או דינא דגוד או איגוד או דינא דחלוקה לזמנים ידועים, כדי שלא יפסידו זה על זה חלקם. ובעקר תקנתא פליגי, דמר אמר דינא דחלוקה לזמנים ידועים עדיפא ליה לנתבע משום דהדרא ליה, ומר אמר גוד או איגוד עדיפא ליה לנתבע משום דידו על העליונה, וכי היכי דלמר לית ליה אלא תקנתא חדא כו'. **הרי מבואר שורש הענין** בדבר שאין בו ד"ח מדינא חולקים אותו אף שיפסידו שניהם ולכן תקנו חכמים אופן חלוקה שימנע הפסד הממון ובזה פליגי אם חלוקת ימים עדיפה או גוד או איגוד עדיף.

ובתשובת הרא"ש [כלל צח ג] כתב וז"ל דטעמא דרב יהודה, דאמר אית דינא דגוד או איגוד, היינו משום שאין מקום המשותף ראוי לתשמיש שניהם הילכך אמרו חכמים שיש כח לאחד מן השותפין לומר תקנה חלקי ויהיה ראוי לך לתשמיש, או אקנה חלקך ויהיה ראוי לי לתשמיש, דהוי זה נהנה וזה אינו חסר, שאינו ראוי לתשמיש שניהם וראוי לאחד מהם. ואפילו הכי אמר רב נחמן דלית דינא דגוד או איגוד, דמצי למימר לקנות איני רוצה וגם למכור חלקי איני חפץ, אלא אשתמש במקום המשותף כפי הראוי לי ואתה תשתמש כפי הראוי לך. ורב יהודה סבירא ליה כיון שאינו ראוי לתשמיש שניהם, מצי למימר גוד או איגוד, כדי שיהיה ראוי לאחד מהם לתשמיש. **עכ"ל. מבואר אף מדבריו שגו"א** תקנת חכמים היא אך נראה שחלוקה על הרשב"א בכמה דברים: (א) משמע מדבריו שאלמלי תקנת גו"א בודאי לא יחלקו דבר שאין בו דין חלוקה ואין קשר בין שני הדברים.¹⁰⁸ (ב) **נראה מדבריו** ששורש טעמו של רב יהודה הוא משום שכה"ג שמשתמשים יחדיו הוא תשמיש גרוע שאין לאחד מהם את כל החפץ. (ג) **לא נתפרש בדבריו** דין חלוקת ימים ומשמע דאם לית דינא דגו"א משתמשים בשוה שניהם בחצר, ומיהו בבהמה וכיו"ב מפורש בגמ' שחולקים לימים אך אפשר דבחצר אין הדין כן וצ"ע.

וחקרו רבותינו האחרונים בגדר תקנת גוד או איגוד האם היא תקנת חלוקה או תקנת מקח וממכר, דהיינו האם תקנו חכמים בכלל תקנת חלוקה צורת חלוקה באופן כזה שהאחד מקבל דמי חלקו והאחד מקבל את החפץ באשר אי אפשר לחלק את גוף החפץ. או נאמר דכיון שאין בחפץ זה דין חלוקה תקנו לכ"א מהם זכות לקנות או למכור את חלקו כדי לצאת מהשותפות.

¹⁰⁸ ואפשר דס"ל דמדאורייתא הוא דלא פליגי דבר שאין בו ד"ח. או שתקנו כן חכמים אך להרשב"א תקנה זו שאין חולקין נתקנה באופן שנתנו חכמים אופן אחר לחלוקה ולהרא"ש אין שייכות ביניהם.

ועיין בחידושי הגרש"ר שרצה לתלות בזה מחלוקת ראשונים בדין גו"א: דבאופן שאחד השותפים מסרב לקנות או למכור את חלקו כתב הרמ"ה [בדף מח ע"א אות קפה] שכופין אותו עד שיאמר רוצה אני. ואולם בשטמ"ק בסוגיין כתב בשם גליון תוס' דלהס"ד להלן שחצי עבד יכול לכפות רבו לשחררו מדין גו"א אין עובר האדון על האיסור דלעולם בהם תעבודו משום דאין העבד משועבד לאון כלל כיון שיכול לומר אגוד ונותן דמיו לאדון ונפקע עבדותו בעל כרחו של אדון. הרי מבואר דפליגי אם גו"א הוא זכות ממון גמורה ואין צריך בזה לדעת מקנה של השני או דהוי רק תביעה בבי"ד לכפותו לדין גו"א. **וכתב הגרש"ר דבהא תליא** דאם הוא דין חלוקה יכול לכפותו בעל כרחו אבל אם הוא תקנת חכמים שיכול למכור או לקנות בזה בעינן דעת מקנה.

וראה לעיל במועתק מתשובת הרשב"א ומדבריו משמע להדיא דהיא תקנת חלוקה כחלוקת ימים ובדברי הרא"ש הנ"ל אפשר דאינה תקנת חלוקה. **ועיין בחי' הגרנ"ט** שדן בזה גבי מחלוקת הראשונים אם יכול להעלות בגו"א יותר מדמי החפץ ויתבאר להלן בע"ה.

ברש"י ד"ה אית דינא וכו' זה שרוצה לחלוק וכו' או קוץ לי וכו' לשון רש"י צריך פירוש מדוע העמידה כתביעת הרוצה לחלוק למי שאינו רוצה לחלוק ולא בפשיטות שתובע תביעת גו"א עצמה.

ויעיין בחת"ס שחידש דלדעת רש"י אין כח תביעת גו"א אלא כאשר התובע רוצה לחלוק החפץ ואף שאין בו ד"ח והשני אינו רוצה וכה"ד יכול לומר לו או חלוק או גוד או איגוד. **ולמד כן החת"ס מדברי העיטור** [אות ח מאמר חלוקת קרקעות דף כה ע"א] שכתב וז"ל ודוקא האי דבעי חולקין כיף ליה לאידך משום דינא דגוד או אגוד. אבל אידך לא מצי למימר ליה גוד או אגוד. ואיכא מ"ד תרווייהו מצי אמר גוד או אגוד. **ומבואר השיטה הראשונה בעיטור** כהיסוד הזה דדוקא במקום תביעת חלוקה מצי למתבע גו"א. **אך הקשה החת"ס** דבגמ' מייתי עלה מההיא דעבד ובהמה טמאה והתם לא שייך כלל תביעת חלוקה דאטו יתבע שיחתכו העבד והבהמה ומ"מ יכול לתבוע גו"א.¹⁰⁹

ובפשוטו יש לפרש בדברי רש"י שאין כוונתו שזה רוצה לחלוק המרחץ לשני חלקים אלא שתובע חלוקת גוד או איגוד, דגו"א צורת חלוקה היא וכנ"ל ויסוד כחו לתבוע גו"א הוא מפני שיש לו הזכות לתבוע חלוקה וגו"א נמי חלוקה הוא, ולכן נקט רש"י לשון זו שרוצה לחלוק.

ויש להוסיף בזה בעיקר כוונת רש"י בדבריו שהרי גוד או איגוד נותן לאחד מהם הכח לבחור אם רוצה למכור או לקנות, ומי הוא איפוא האלים מחברו שיש לו כח הבחירה והשני צריך לקבל את החלטתו, ולזה ביאר רש"י שהתובע חלוקה מוכרח ליתן להשני שאינו רוצה חלוקה את האפשרות לבחור והוא זה שאומר גוד או איגוד והשני יש לו כח הבחירה אם רוצה למכור או לקנות.¹¹⁰

¹⁰⁹ **ועיין בחי' הגר"צ** שביאר בדברי רש"י והעיטור באופ"א קצת דאינו תלוי בתביעת התובע אלא בטענת הנתבע דכל שהנתבע מסכים לחלוק אף בדבר שאין ד"ח אין יכול זה לכפותו לגו"א דכל כח תביעת גו"א הוא שרוצה שלא ישתמש זה בחציו שלו אבל אם השני מסכים לכך אף בדבר שאין בו ד"ח ממילא אין תביעת גו"א, והשתא א"ש דבעבד אין שייך כלל הסכמה כזו וממילא בכל גווני יכול לתבוע גו"א.

¹¹⁰ והאי מילתא טעמא בעי מדוע שזה שאינו רוצה לחלוק תהיה ידו על העליונה לקנות או למכור ולמה לא יוכל זה לכופו באופן שלא תהיה לו עדיפות עליו ובאופן שאם שניהם ירצו לקנות יעשו גורל ודוק.

ויש להסתפק היכא ששניהם אינם רוצים לישאר שותפים וכל אחד מהם רוצה לקנות, אם יאמרו להם בי"ד שישארו בשותפותם עד שיסכימו ביניהם מי יקנה או שיש לאחד מהם הכח לתבוע גורל על זה. ואפשר שתלוי הדבר בחקירה דלעיל אם גו"א הוא צורת חלוקה או תקנה בפ"ע ודוק. [נספק זה לשיטת הריצב"א שאינם מעלים בדמים הוא בכל גווני, ולהר"י משכח"ל באופן ששניהם רוצים לשלם את אותו הסכום]

תורה אית דינא שיטת הר"י דבגו"א יכול כ"א מהם להעלות בדמים יקרי, וכן דייקו הראשונים מלשון רש"י קוץ לי דמים וכו' משמע שיקוץ כמה שירצה. וכן הכריעו רוב הראשונים. אבל הריצב"א חולק¹¹¹ וסובר שבית דין שמין הנכסים ובוזה לחוד הוא דעבדינן גו"א.

ובשורש מחלוקת הר"י וריצב"א ראה בסוגיא לעיל גבי בכור ופשוט שנחלקו הראשונים כזאת גבי חצר שיש בה דין חלוקה אשר דעת רבינו יונה ודעימיה שהעילוי משבית הגורל. ודעת הרא"ה בשם הרמב"ן שאין זכות לאחד להעלות בדמים וליטלה בלא גורל. ולכאורה היה נראה בפשוטו שחדא פלוגתא היא אם יש דין עילוי או לא.

אך אין הדבר כן כי שיטת הרמב"ן והרא"ה והריטב"א בסוגיין כהר"י דיכול להעלות בדמים. ויעויין בריטב"א שם לעיל שכתב דטעם הסוברים דיכול להעלות הוא משום דדמיא לגו"א והסוברים שאינו יכול להעלות דעתם שלא תקנו עילוי אלא בגו"א אך לא בדבר שיש בו דין חלוקה עייש"ה.¹¹²

וצ"ב בעיקר הדין מדוע יכול להעלות ולהפקיע בזה זכות חברו הכא והתם, ובפשוטו היה נראה שהוא גדר בדיני חלוקה שתקנו חכמים חלוקה באופן כזה שיועיל לכולם וכן משמעות דברי הרא"ה המובאים ברא"ש לעיל דעבדינן עילוי כיון שכולם מרויחים מזה, אבל יעויין ברא"ש שהביא ראיה לשיטת הריצב"א מהמשנה בכתובות גבי כתובת בנים דכרין והתם לא שייכי הני טעמי כלל. ועיין בחי' הגר"נ שביאר בדברי הרא"ש שהנידון הוא האם שומה שנותן בה האחד מהם מעלה את ערך השדה ואנו רואים אותה כאילו היא שוה יותר.

ולמד כן הגר"נ מדברי האו"ז שכתב דיכול להעלות בדמים בכל מה שירצה ולומר או תן לי אתה אלו דמים בחלקי או אני אתן לך בחלקך – ואינו יכול להשיב לו אתן לך בחלקך כמו שישומו בני אדם שהוא שוה או אהיה שותף עמך ולא תוכל לכופיני שאתן לך חלקי שהרי אין לך גוד או איגוד שאני רוצה לגוד כמו שהוא שוה – דהואיל שזה נותן עליה כך הרי היא שוה ואם נראית בעיני יקרה יתן לו את חלקו. ולמד הגר"נ מדבריו יסוד דין העילוי דכיון שאחד מהם מוכן לשומה בדמים יקרים הרי זה שוויה לענין החלוקה. אך לפי זה אינו מובן סברת הרא"ש שדחה הראיה מכתובות דהתם איכא פסידא ליתמי ואם הוא באמת שוה יותר מאי איכפת לן בפסידא דידהו וגם אין כאן פסידא דבאמת היא שוה יותר, וצ"ע בזה. ועיין עוד בחי' הגר"נ ט"ש מש"כ לבאר במחלוקת הראשונים בסוגיין בדין העילוי, וקשה לעמוד על כוונת דבריו שם.

¹¹¹ וכפי הגירסא בתוס' דידן השגת הריצב"א שיכול כל אחד לסלק חברו מחצר שאין בה ד"ח. ואינו מובן היאך יסלקנו אלא אם יעלה לו דמים כ"כ עד שלא יהיה בידו לשלם אך גם הוא מפסיד בזה הרבה, ולכן הגיה המהר"ם עפ"י ד ספר האגודה דשם כתוב דכל עשיר יוכל לסלק העני בגו"א. ומש"כ התוס' בחצר אינו מובן מדוע הוקשה להם דוקא מחצר, ועוד דהא כתבו הרמב"ן והרא"ש דבחצר ליכא כלל דינא דגו"א שהחצר עומדת לתשמיש שני הבתים ואינו יכול לכופו שישאר עם בית בלא חצר. והמהר"ם וכן הב"ח הגיהו 'בדבר' שאין בו ד"ח. ועיין במהרש"א שביאר דברי התוס' לגרסא דידן וכתב שהריצב"א חולק על הרא"ש והרמב"ן גבי חצר.

¹¹² דברי הריטב"א מאוד צ"ב שבא ללמוד דין העילוי בחלוקה מגו"א והרי גם בגו"א אין הדבר מפורש כלל בסוגיא שיכול להעלות והרי אתה רואה שנחלקו בזה ראשונים. ועוד דהחילוק אינו מובן דאף דהכא לית בה דין חלוקה אבל יכול להתקיים דין גו"א בשומת בית דין ואין צורך לעילוי ולמה תקנו חכמים כאן עילוי יותר מהתם.

ונראה מדבריו שהעילוי אינו תוספת דין לגו"א אלא דזה כל תוכן דין גו"א שכשבאים לחלוק וכ"א רוצה שישאר החפץ אצלו וליתן דמים לשני [דבמקום ששניהם מתרצים בדמים הרי אפשר למכור] אמרו חכמים שמי שמעלה יותר בדמים זוכה בחפץ והשני מקבל דמים וכל כחו לזכות בחפץ ולשלם דמים הוא מחמת שמעלה בדמיו טפי ומזה למדו בדבר שיש בו ד"ח נמי יש לזכר לסלק חברו בדמים ודחו דשאני הכא וכו' ודוק.

פרק לא יחפור

דף יז ע"א

הקדמה לפרק לא יחפור בפרק זה נשנו האופנים והדרכים שחייב אדם להרחיק כדי שלא יזקק חברו מתשמישו. ועיקר דין זה שחייב אדם להרחיק ולבטל תשמישו בחצרו מפני הנזק שבא לשכנו ראוי לברר אם הוא מן התורה או מתקנת חכמים.

ויעויין בקרית ספר [הל' שכנים פ"ט] שכתב שהוא תקנת חכמים. וכן משמע מדברי ר"ת בספר הישר [בסי' תרט"ז] והמאור [בסוגיא דחרדל שכתבו שם גבי דבורים וחרדל דכיון שתרוויהו מזקי אהדי לא שכיחא שיסמכו ולא תקנו בזה תקנתא בכדי] ואולם יעויין בביתאור הגר"א [בסי' קנה סק"ח] שכתב שם גבי מחלוקת הראשונים אם בספק צריך להרחיק וביאר דלכו"ע הוי ספק דאורייתא [רק דפליגי אם נידון כספק ממון או ספק איסור ואכ"מ] וכן מבואר מדברי הרא"ש [בתשובה כלל קח סי' י והו"ד בטור בסי' קנא כא] שכתב והמדקדק בפרק לא יחפור, דשיערו חכמים בכל דבר ודבר לפי מה שראוי [להזיק, והיכא שידוע קצב וסכום עד היכן ראוי] להזיק, כתבו השיעורים, והיכא שאין ידוע, כתבו בכדי שלא יזיק. כדתנן ומרחיק מנטיעותיו של חברו ומנירו בכדי שלא יזיק, כי דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום, והקפידה תורה שלא יעשה אדם בתוך שלו דבר הגורם היזק לחברו וכו'. עכ"ל וכן מבואר ברמ"ה [בפרקין אות קז] ושם כתב דמקורו מאיסור לפני עור לא תתן מכשול.

ומצינו מחלוקת יסודית בכל דיני הרחקת נזיקין בין רבי יוסי לחכמים, אשר לדעת רבי יוסי אין חיוב על המזיק להרחיק אלא ב'גירי דיליה' [היכא דמטא ליה הזיקא מתוך ידא דמזיק] - לשון רש"י לקמן כו ע"ב - ובראשונים מצינו בזה גדרים נוספים ואכ"מ] שאינו בכלל גירי דיליה על הנזק להרחיק את עצמו ואילו לדעת רבנן בכל גווני על המזיק להרחיק את עצמו.

ולענין חיוב תשלומים בעבר וסמך נזק שהוא גירי דיליה הנה גבי תנור איתא במשנה [בדף כב ע"ב] שחייב לשלם אף אם הרחיק וגבי סמיכת סולם תנן [דף כב ע"ב] דאסור לסמוך סולם מפני הנמיה שקופצת דרך הסולם ואיתא עלה בגמ' דזאת אומרת גרמא בנזקין אסור. הרי מוכח שפטור מלשלם כי זהו כלל הגרמא דפטור ואסור. ולגבי שאר ההרחקות יש בזה מחלוקת בטוש"ע [בסי' קנה סעיף מט בטור ובשו"ע בסל"ג] שהראב"ד פוטר בכולם משום דהוה כל הנך נזיקין גרמא כסולם אבל העיטור והרמ"ה והרא"ש דברי דחייב לשלם ואפילו אם הרחיק כשיעור כתבו העיטור והרמ"ה דחייב לשלם דומיא דתנור ומשום דממונא ידידה אזיק.¹¹³ וברמב"ן בקונטרס דינא דגרמי נראה מדבריו שסובר דאם לא הרחיק פעמים שחייב לשלם ואם הרחיק פטור.¹¹⁴

ובכל זה יש שאלה גדולה. מדוע אינו בכלל פרשת נזקי אדם ונזקי ממון אשר הכלל בכל מקום שאסור להזיק את חברו, ומדוע נשתנו גירי נזקי שכנים בכמה דברים: (א) שיש הסוברים שכל עיקר הדין הוא

¹¹³ ומחלוקתם מבוארת שהראב"ד דן לחייבו מצד מעשיו ולזה כתב דהוי גרמא אך הראשונים חייבוהו מדין ממון המזיק, וצ"ע מדוע להראב"ד אין כאן חיוב ממון המזיק. ודע דבחופר בור דאמרין בגמ' כל מרא ומרא וכו' לכו"ע חייב לשלם שזה אדם המזיק בידים כ"כ הנתיחה"מ בסקי"ז, ולא נחלקו אלא באר מזיקים שאין כאן אדם המזיק גמור אלא ממון המזיק.

¹¹⁴ עיי"ה בסוף הקונטרס בד"ה ומעתה למדנו וכו' ובד"ה ואי קשיא לך ובד"ה עוד יש שאלה ובכ"ד מבואר דפעמים שהוי ממון המזיק ופעמים שהוי גרמא או גרמי ומ"מ באופן שאינו חייב להרחיק כגון לרבי יוסי בלי גירי פטור [ואף מדין ממון המזיק, עיי"ה בד"ה עוד יש שאלה וכו' וא"נ לרבנן וכו' אפשר וכו' ודוק.

דרבנן, ואף הסוברים שהוא דאורייתא אינו מעיקר פרשת נזיקין אלא למדוה מפסוקים אחרים כמש"נ לעיל. (ב) דלרבי יוסי אינו חייב להרחיק במה שאינו גירי. (ג) ואף לרבנן ישנם אופנים שונים שאינו חייב להרחיק [כגון אם קדם המזיק לניזק לדעת אביי ועוד] (ד) שיטת הראב"ד שפטור מלשלם מדין גרמא אינה מובנת שהרי יש כאן ממון המזיק גמור וכל הנהו דמו לבור או לאש או לבור המתגלגל. (ה) ועוד שאלה גדולה יש בזה עמד בה הקצה"ח [בסי' קנה סקט"ז] בשם אחיו, דמצינו דמהני חזקה ומחילה לנזקי שכנים ואין הניזק יכול לחזור בו, והרי בנזיקין אין הדין כן אלא אם אמר לו קרקע כסותי יכול לחזור בו בכל זמן, ומ"ש הכא.

ונודעו בזה דברי הנתיב"מ [סי' קנה סקי"ח] שעמד בזה וכתב וז"ל וע"כ צ"ל, דהד' אבות נזיקין אינו חייב עליהן רק כשאפשר להחזיק ברשותו ובשמירה שלא יזיקו, דאז רחמנא חייביה בשמירה וכשלא שמרו חייבין בתשלומין, אבל הני דחשיב בפרק לא יחפור, הוא באופן דכשיתחייב לשלם ההיזק אין אפשרות לו לעשות תשמיש זה ברשותו כלל, ויתבטל תשמיש זה מרשותו כיון דאי אפשר כלל בעשיה ובשמירה, ובביטול רשות לא חייביה רחמנא. **עכ"ל**. וביאר שם עוד דלכן פטור מלשלם אף במקום שחייב להרחיק דאין חיוב תשלומין במקום ביטול רשות והוסיף שם עוד דבהנך דב"ק המזיק יכול לשמור והניזק אינו יכול להשמר אבל כאן הניזק יכול להשמר והמזיק אינו יכול אלא בביטול תשמיש וכה"ג אמרינן שיתבטל תשמיש הניזק ולא תשמיש המזיק.¹¹⁵ וגבי תנור דחייב ע"ע בנתיב"מ בריש הסימן שביאר דהתם יכול לשמור אף כשמרחיק ולכן כיון שלא שמר חייב לשלם.

ואולם דברי הנתיבות מוקשים ממשמעות דברי הראשונים בכמה מקומות. כי הרמב"ן בקונטרס ד"ג [בסוף הקונטרס בד"ה ואכתין] הקשה מדוע אין בעל האילן חייב על נזקי הבור מדין שור כי השרשים שהם ממנו אזלי ומזקי. **וכן הקשה גם במלחמות** [בסוגיא דחרדל וכבר הביאו הנתיב"מ שם] גבי דבורים דמזקו לחרדל מדוע לא הווי כשור. **וכן גבי רקתא** הקשו התוס' [דף כו ע"א ד"ה זיקא וכן בשא"ר שם] שיתחייב מדין אש. **ואמנם הוא לפלא** מדוע נתקשו הראשונים דוקא במקרים הללו ולא בכל ההרחקות השנויות בפרקין. **עוד קשה בעיקר דרי הנתיבות** שכתב דהכא לעולם הוא במניעת תשמיש דהא בסיפא דמתני' סגי בסד בסיד שהוא כשמירה ואם כן כה"ג יתחייב מדין מזיק [ויתחייב בתשלומין גם יודה בה רבי יוסי אף אם אינו גירי]

ודרך אחרת בענין זה מבוארת בברכ"ש [בסי' יג יד וטו] **בשם הגר"ח** שביאר דיסוד הפטור מדיני נזיקין הוא משום שעושה בתוך שלו וכדמבואר במתני' גבי אילן דרבי יוסי מתיר לסמוך לפי שזה חופר בתוך שלו וזה נוטע בתוך שלו. ובדאי אם היה עושה כל אלו ברה"ר או ברשות חברו היה אסור לעשות וחייב לשלם אבל כשעושה בתוך שלו והנזק מאליו בא בזה אין פרשת נזיקין. **וביאר הברכ"ש** דבכל אלו מה שחייב להרחיק לרבי יוסי הוא משום דהסמיכה עצמה אסורה והוי אדם המזיק [בידים או בדין גרמא] אבל כל כמה שאין איסור מצד הסמיכה אין כאן פרשת נזיקין לאסור עליו ולחייבו. **וביאר עוד בשם הגר"ח** שהראשונים נתקשו דכל זה ניחא באופן שכשאנו דנים לחייב מצד אדם המזיק במעשה הסמיכה בזה פליגי רבי יוסי ורבנן, ואם נבוא לדון שהממון עצמו הוי מזיק בזאמרינן דהוא עושה בתוך שלו אבל באלו שממונו שלו נכנס לרשות חברו ומזיק דזה שייך בדבורים בשרשים וברקתא [דהוי הרקתא כאשר משום ממון] בזה לא יועיל הסברא

¹¹⁵ ומבואר מדבריו למעיין דאף במקום ביטול תשמיש אם אין הניזק יכול להשמר חייב המזיק לבטל תשמישו ותרוויחו בעינן להיתר סמיכה שיוכל הניזק להשמר [אף אם בבביטול תשמישו] ושאין המזיק יכול לשמור אלא בביטול תשמיש. ובוזה מתורץ מה שמקשים העולם על הנתיבות מהא דרבי אליעזר דשור המועד אין לו שמירה אלא בסכין ואפילו הכי חייב לשחטו ואינו רשאי להחזיקו ברשותו אף דהוי כביטול תשמיש, ועוד קשה קושיא גדולה מבור ברשותו סמוך לרה"ר שאם אתה אומר לו להרחיק הרי זה ביטול תשמיש דומיא דלא יחפור אדם בור דהכא. ואמנם התם בתרוויחו הרי הניזק אינו יכול להשמר שאי אפשר שידעו כל בני רה"ר מהבור ויזהרו ממנו וכן גבי שור המועד, ולכן חייב המזיק בביטול תשמישו.

שעושה בתוך שלו כי זה נחא כלפי הסמיכה אבל כעת ממונו שלו נכנס לרשות חברו ומזיקו והוי אש ובוזה נתקשו הראשונים ותירצו בכל מקום לדרכם.¹¹⁶

ועדיין הדברים צ"ב מהו היתר זה שעושה בתוך שלו הרי גורם בזה נזק לחברו וחברו נמי בתוך שלו הוא יושב וניזק ומי התיר לו איסור מזיק. **וצ"ל** שלא אסרה תורה מזיק אלא כאשר בא בגבולו של חברו אבל כשעושה בתוך שלו וזה ניזק ממילא אין בזה איסור אלא בגדרי הרחקת נזקים.

ועיין ברמ"ה לקמן [בדף כה ע"ב] שביאר שם הטעם דמודה רבי יוסי בגירי דיליה משום דכי האי גונא על המזיק להרחיק את עצמו, דכמאן דעביד מעשה ברשותא דחבריה דמי. **הרי מבואר כן מדבריו** דיסוד החילוק הוא בין עושה בתוך שלו לעושה בתוך של חברו וכן מבואר מדברי הרמב"ן בקונ' ד"ג והאריך שם הברכ"ש בביאור דברי הרמב"ן עייש"ה ברמב"ן ובברכ"ש.

וחקרו אחרונים [בחי' רבי אריה לייב ועוד] אם לרבי יוסי בגירי דיליה אף כאן חיובו מדין נזקי שכנים או שמא בגירי דיליה כבר אין לההתיר דעושה בתוך שלו וחיובו מעיקר דין מזיק. ויתבאר ראיות לזה בהמשך הסוגיות בס"ד.

מתני' לא יחפור אדם בור נחלקו ראשונים בנזק בור זה, **רש"י פירש** [בד"ה א"כ] שהחפירה הסמוכה לבור חלשת כותלי הבורו מרפה אותן. משמע מדבריו דנזק הבור אף בלא מים מעצם החפירה. **וראה בתוס'** שפירשו דכל הנך מיירי דאית בהו מיא ונזקיהם משום מתונתא.

ולכאורה יש בזה סתירה בגמ' עצמה, דלהלן בע"ב איתא בגמ' דאפילו רבי יוסי הסובר דעל הניזק להרחיק עצמו הכא מודה דכל מרא ומרא דקא מחית מרפית לארעאי. הרי מפורש בגמ' שהנזק מחמת החפירה, **אך יעויין בגמ' להלן** בדף יט ע"א רישא הזיקא דמתונתא וכו' דמפורש בגמ' שהנזק מחמת המים.

ולדעת רש"י באמת צ"ב שפירש מתני' מחמת החפירה וכהגמ' בע"ב וצ"ע מסתירת הגמ' בדף יט. **ועיין ברמב"ן שפירש** דבור ושיח נזקם מחמת חפירה ואף בלא מים ואמת המים ונברכת הכובסין נזקם מחמת המים וכפה"נ שפירש הגמ' בדף יט אאמה ונברכת. [וצ"ל שאין חפירתם עמוקה ואין בה נזק צד החפירה] **ומיהו סתימת לשון רש"י** משמע דכל הנך דרישא הוא משום החפירה בלחוד, וצ"ע.

והתוס' בסוגיין פירשו לדרכם וכתבו שהנזק מתחיל בחפירה אך אלמלי המים לא היה צריך להרחיק ג' טפחים. **ולא נתפרש בדבריהם** אם כוונתם שהיה צריך להרחיק אך פחות מג"ט או שלא היה צריך להרחיק כלל, **ועיין בשטמ"ק בשם תוס' רא"ש שכתב** דמהאי טעמא לא היו חכמים מזהירים אותו להרחיק דלא חשיב כולי האי היזקא אי לאו היזקא דמיתונתא אלא טעמא דקא מרפיתא לארעאי סעד הוא לדבריו לומר דאפילו לרבי יוסי דסבר על הניזק להרחיק את עצמו הכא מודה דקצת מתחיל הנזק משעת חפירה. ומכל מקום עיקר הנזק שהצריכו חכמים

¹¹⁶ ועיין בתורי"ד שם בדף כו שהקשה דהרקתא אש היא ותירץ דאין כאן דין אש לפי שהוא עושה בתוך שלו והניזק יכול לזוהר ולהרחיק את עצמו, ודין אש שייך כאשר אינו עושה בתוך שלו או כאשר אין הניזק יכול לזוהר כגון אסו"מ שהניחם בראש גגו אבל אם יש לראובן אסו"מ בראש הגג ושמעון משתמש בכליו בחצר אינו יכול לומר לראובן סלק כליך שלא יפלו אלא על הניזק להרחיק את עצמו. ונראה שבעיקר הדברים הוא ע"ד הגר"ח אלא שחידושו של התורי"ד דאף באש גמור שנכנס לרשות הניזק הדין הוא כן כיון שהניזק יכול להרחיק. וצ"ע דאם כן הרי יהיה בעל השור פטור משמירת שורו מנזקי שן וירחיק בעל הפירות את פירותיו מרה"ר ויגדור רשותו דומיא דחרדל שעליו לסלקו מפני הדבורים, ואפשר דרק באש שאינה ממונו אלא חיובו משום מעשיו חידש כן התורי"ד אבל בשאר ממון המזיק מודה דכל שנכנס לרשות חברו חייב וצ"ע בזה.

להרחיק בשבילו היינו טעמא דמתונתא עכ"ל.¹¹⁷ אבל ברשב"א משמע שצריך להרחיק אבל לא ג"ט. וכן מפורש בתשובת הרשב"א [ח"ג סי' קנז וכתב שם דלא ידעין כמה שיעור ההרחקה בבור בלי מים וצריך לתקן לפי האומנים הבקאים] והובאו דבריו ב"י [בסי' קנה סי"ב] וברמ"א שם, ובהגהת הגר"א [בסי' קנה סקל"א] שצין ע"ד הרמ"א את התוס' דידן.

ועיקר דברי התוס' צריכים ביאור דאם מחמת החפירה אין צריך להרחיק או דאין צריך ג"ט והמתונתא אינה גירי מהו הצירוף ביניהם שמחמתו צריך להרחיק ג"ט. ויעוין בדרישה [בסי' קנה סקי"ח] שביאר דעל ידי שהקרקע מתרפה מהחפירה מחלחלים המים דרכה ונמצא שנוק המתונתא הוא כגירי דיליה. ואין הדברים מובנים שהרי עיקר החילוק בין גירי דיליה למה שאינו גירי דיליה מבואר בגמ' בב"ק דף קיח גבי עליה שנפחתה והיו המים נשפכים מלמעלה למטה ומבואר שם בגמ' דאם נשפכים המים מתוך ידו לתוך הבית הוי גירי דיליה אך אם אינם נשפכים אלא לרצפת העליה ומשם אל הבית אינו כגירי דיליה מאחר ואין הנזק בא מיד ואם כן ה"נ הכא אף שנוק המים בא מחמת מעשיו אבל כיון שאינו בא מיד ודאי לא חשיב כגירי דיליה.

ויעוין בחי' הגר"נ שהאריך לבאר בדברי התוס'. ויסד אשר עיקר דינו של רבי יוסי הוא ש'על הנזק להרחיק את עצמו' היינו שלא פטר רבי יוסי את המזיק לגמרי אלא סובר דחובת ההרחקה היא על הנזק ולכן פטור המזיק. וסמך לזה מדברי הרא"ש בתשובה [כלל קח סי' י] שכתב דכאשר אין הנזק יכול להרחיק את עצמו פעמים שמודה רבי יוסי של המזיק להרחיק את עצמו

ובזה יש לבאר דברי התוס' דהכא כיון דתשמיש הבור יש בו נזק דגירי דיליה על ידי החפירה הרי זה עושה שלא ברשות ואי אפשר לומר דעל הנזק להרחיק את עצמו שהרי יש כאן גירי ולכן גם כלפי היזק המתונתא חייב המזיק להרחיק את עצמו, ואף שהם שני נזקים שונים אבל מ"מ תשמיש הבור אחד הוא ועליו להרחיק את בורו.

וסברא זו למדה הגר"נ מדברי הרמב"ן בקונטרס ד"ג שנתקשה שם מדוע בעל הכרם חייב לגדור ולשלם אם לא גדר- במחיצת הכרם שנפרצה הרי איסור הכלאים אינו גירי דיליה. ותירץ הרמב"ן דכיון שאיסור כלאים מוטל על בעל הכרם כי גפניו הם שהולכים ומתערבים בתבואה נמצא שהוא עובר בכלאים ולא בעל התבואה לכן אין לומר דעל הנזק להרחיק את עצמו. ואף שמה שמחוייב בכלאים הוא בדיני האיסורים ולא בדיני הממונות מ"מ כה"ג שעשית התערובת היא שלא כדין חובת ההרחקה היא על המזיק, והוא הדין הכא באשר קיום הבור הוא שלא כדין חייב להרחיק אף משום היזק המתונתא.

ויש לדון בדברים לשני הפירושים בדברי התוס': לפי' התוס' רא"ש שבלא מים אינו חייב להרחיק כלל צ"ב מדוע חשיב כעושה שלא ברשות הרי הדין הוא שאינו חייב להרחיק, וצ"ל דאף שאין נזק המרא חמור לחייבו להרחיק אבל כבר אינו חשוב כעושה ברשות עד שיוכל לתבוע מהנזק להרחיק. אך לדעת הגר"א אין הדברים מובנים כלל דבגוונא שהרחיק שני טפחים הרי אין כלל נזק דמרא וכיון שכן למה חייב להרחיק ג' טפחים ירחיק שנים ודיו וכי מפני שהוזק להרחיק שני טפחים ירחיק גם השלישי, וצ"ע.

עין בחי' רא"ל שהוכיח מדברי התוס' דידן שאף לרבי יוסי בגירי דיליה חיוב ההרחקה הוא מדין נזקי שכנים דאם הוא מדין מזיק דאורייתא אי אפשר לומר שהיזק החפירה לבד אינו מחייבו ובצירוף המתונתא יתחייב להרחיק, ופשוט.

¹¹⁷ יש להעיר במובאה זו ובמובאות אחרות בשטמ"ק במסכתין בשם תוס' רא"ש שניכר מהם שאינם מגוף דברי התוס' אלא כעין פירוש על התוס' ולשון פירוש זה אינו מתאים לסגנונו של הרא"ש בחיבוריו.

שם בתוס' מבואר בפשטות מדברי התוס' דהיזק דמתנותא אינו גירי דיליה. **וקשה בזה בסתירת דברי התוס' והראשונים, ויש להקדים לזה בדין גירי דיליה: דיעויין בסוגיא לקמן** [בדף כב ע"ב] דפריך שם הגמ' גבי מתני' דסולם לימא מתני' דלא כרבי יוסי, ונחלקו הראשונים שם בדיני המשניות דלא יחפור, רש"י כתב דאיכא משניות טובא דלא כרבי יוסי ולא פריך לה הגמ' התם אלא דלימא דאף מתני' דסולם דלא כרבי יוסי, **אבל התוס' כתבו בשם הר"ח וכ"כ הראשונים** שכל המשניות דלעיל אולו אפילו לדעת רבי יוסי. **ובטעם הדבר** פירשו התוס' דההיזק בכל הנהו משניות דפרקין מתחיל מיד בשעה שמניח דבר הניזק ולכן חשוב כגירי דיליה, והרמב"ן ורבינו יונה כתבו שם באופן אחר דכל דבר שמזיק ממקום שבו הונח [לאפוקי שרשים שהולכים] ומתחיל הנזק מיד הוי כגירי דיליה. עיי"ש בתוס' ובראשונים.

ומעתה אחר שכתבו הראשונים דכל הנהו מתני' גירי דיליה הן מוכח שהיזק מתנותא הוא גירי דיליה כי הרי סיפא דמתני' דידן דזרעים מי רגליים ומחרישה מפורש בגמ' [יח ע"א] שהוא משום מתנותא והרי גם בו מודה רבי יוסי ובהכרח שהוא גירי דיליה והטעם כנ"ל. **ואם כן אין מובן לדברי התוס' דידן שכתבו שלא** הוזכר בגמ' טעם דמרא אלא משום גירי דיליה הרי אף המתנותא גירי הוא. **וכן קשה בדברי הרשב"א** שהכריע כאן כפירוש התוס' ואף הוא נקט בסוגיא שם דכל הנהו מתני' גירי הם, וצ"ע.¹¹⁸

דף יז ע"ב

פתח בבור וכו' הקדמה לסוגית הגמ': לקמן פליגי אביי ורבא אם הבא לסמוך בור בצד המיצר קודם שחפר חברו, דלאביי סומך ולרבא אינו סומך. **ונחלקו ראשונים** לדעת אביי היכא שהראשון סמך בהתר בדינו של השני: **דעת התוס' ועוד ראשונים** שהשני מרחיק כל ששה טפחים שכבר זכה הראשון בהקדמתו וחובת ההרחקה על השני. **ודעת כמה ראשונים** שהשני מרחיק רק שלשה כדינו ולא ירויח הראשון בקדימתו אלא שלא נסלקנו אבל לא יוכל לחייב השני להרחיק [ולקמן יתבאר כמה טעמים בדברי הראשונים לשיטה זו]

וממחלוקת זו נולדת מחלוקת בהבנת הס"ד כאן כד פריך פתח בבור וכו' וטרם ידעה הגמ' את התירוץ דמכותל בורו שנינו, לדעת התוס' ביארו הראשונים לקמן – ה"ה רבינו יונה והרא"ש בהמשך הגמ' דלהס"ד סברה הגמ' שחייב ההרחקה הכולל בין שני הבורות הוא שלשה טפחים בלבד ואם באו לחפור שניהם יחד כ"א מרחיק טפח ומחצה, ובתי' הגמ' דכותל בורו שנינו מתחדש דחייב ההרחקה הכללי הוא ששה טפחים.

אבל לדעת הסוברים שחייב ההרחקה של השני הוא לעולם כדינו אם כן לעולם אין צד שחייב ההרחקה הכללי הוא שלשה כי אם כן היה השני מרחיק טפח ומחצה ולכן אף להס"ד דמחלל בורו שנינו היינו

¹¹⁸ **ואפשר** דהתם מיירי כשמביא בידיו את המים ומניחם שם וזה הוי גירי אבל הכא שחופר בו ומי הגשמים מאליהם יורדים לבור אינו חשוב כגירי דיליה, וצ"ע. וגבי מי רגלים הדבר פשוט שהוא כן, וגבי זרעים פירש רבינו גרשום בדף יט שהמתנותא הוא משום שמשקים הזרעים והוי נמי בידיים, ועיין להלן בגמ' בדף יט ע"ב מפני שמחלידין את הקרקע דלא משמע כן וצ"ע. וגבי מחרישה פירש רש"י במתני' מפני שמרפה את הקרקע ומשמע דאינו שייך למתנותא כלל, ומה שנקטה לה הגמ' להלן גבי הנך דקמ"ל דמתנותא וכו' צ"ל דאגב גררא דהנך נקטה אבל אה"נ מחרישה אינה משום מתנותא וצ"ע.

עוד יש לפרש בדברי התוס' שאין כוונתם לומר דרק ע"י מרא הוי גירי אלא כלפי המבואר בגמ' בע"ב דחייב להרחיק אפילו כשאין שם בור ואף לרבי יוסי משום מרא ומרא ועיי"ש בתוס' בסוע"ב שכתבו דבגפת וכיו"ב אינו חייב להרחיק לרבי יוסי אף לרבא כשאין שם דבר הניזק דהשתא אינו גירי ומשא"כ במרא שהגירי הוא גם קודם שבא הניזק וזה שנתכונו הכא התוס' דלא קאמר מרא ומרא אלא מפני שהוא גירי היינו שהוא גירי גם באופן שהוא הראשון וזה אמנם דחוק מאוד בלשונם וצ"ע.

שהשני מרחיק כדינו ג"ט אבל החיוב הכללי הוא ששה. ודוק בדברי רש"י ותוס' כאן להמבואר. ויתבאר עוד לקמן.

וליתני וכו' שיטת רש"י שקושית 'וליתני' נמצא בגמ' אחר התיורין דמכותל בורו שנינו. וקושית הגמ' לפי' אינה מובנת כלל דהיאך יכתב במשנה מבורו הרי אז נבין שחייב להרחיק ג"ט מחלל הבור וזה אינו אמת כי האמת שחייב להרחיק ששה טפחים מהחלל שהם שלשה מהכותל. וראה ברש"י שפירש דאף אם היה כתוב במשנה 'מבורו' היינו למדים בהכרח שהיינו מחלל בורו שאם לא כן נמצא שאינו כונס לתוך שלו כלום ופעמים שסותר אף כותל חברו אם הוא רחב משלשה. והדברים צריכים ביאור.

ומבואר מדברי רש"י שהוא להנחה פשוטה ויסוד מוסד בהבנת דין המשנה שהראשון הרחיק מהמיצר שלשה טפחים לפחות או יותר אבל ודאי לא פחות מג"ט. ולכן אם השני מרחיק ג"ט מחלל הבור נמצא שלא כנס כלום לתוך שלו אלא סמך בורו למיצר וודאי לא זה דין ההרחקה האמור במשנה ולכן בהכרח שכוונת דין המשנה להרחיק מכותל הבור.

אך אינו מובן מש"כ רש"י ופעמים וכו' אם הוא רחב משלשה דנראה מזה שכותל הבור פעמים הוא שלשה ופעמים שהוא יותר וצ"ב מה מגדיר את כותל הבור. ועיין היטב ברמב"ן שנראה מדבריו בפשט הסוגיא דכותל הבור היינו הרווח שהראשון השאיר מחלל בורו עד המיצר זהו כותל הבור ולכן כאשר כתוב במשנה להרחיק ג"ט מכותל הבור הכוונה למיצר כי הכותל של הראשון מגיע עד המיצר. ולפי זה מתפרש כוונת רש"י שאם היינו למדים דמבורו היינו מהחלל נמצא שאם הרחיק הראשון ארבעה טפחים מהמיצר יחפור השני בתוך רשותו של הראשון טפח שהרי מרחיק ג"ט מהחלל ואז הוא סותר כתלו של חברו, אך הדבר תמוה היכי ס"ד לפרש שחופר בתוך רשות חברו ודל מהכא סתירת הכותל הרי אין הרשות שלו, וצ"ע.

ובעיקר ההנחה שמבוארת מדברי רש"י שהראשון הרחיק נתקשה הרמב"ן ושאר, דהנה בסוגיא להלן פליגי אב"י ורבא אם הראשון הבא לסמוך למיצר בטרם יש בור לחברו רשאי לסמוך או לא ודעת אב"י דסומך. והשתא קשיא דבשלמא לרבא התם בהכרח ההרחקה מתחלק בין שניהם שווה בשוה ואם השני מרחיק ג"ט בודאי גם הראשון הרחיק ג"ט ונמצא שאם נפרש שהשני מרחיק ג"ט מן החלל והראשון כבר הרחיק ג"ט הרי אין השני מרחיק כלום. אבל לדעת אב"י שהראשון רשאי לסמוך אם כן מתפרשת מתני' בפשיטות שהראשון סמך לגמרי והשני מרחיק מחלל בורו ג"ט ואם כן בהכרח צריך לכתוב במשנה מכותל בורו שאל"כ היינו למדים שכל ההרחקה בין הבורות היא ג"ט.

ותירץ הרמב"ן על פי שיטתו בהמשך הסוגיא, דהנה לאב"י שהראשון סומך נחלקו ראשונים בדינו של השני, התוס' כתבו דהוא חייב להרחיק ששה טפחים כיון שהראשון סמך בהיתר נופל חיוב ההרחקה כולו על השני, אבל הרמב"ן חולק וסובר שאין בסמיכת הראשון כח לחייב את השני להרחיק אלא שלא מנעו אותו חכמים מלסמוך אבל השני כשבא לסמוך מרחיק ג"ט כעיקר דינו. ולפי זה ביאר לדרכו של רש"י שאף אם היינו מפרשים כאב"י והראשון סמך לגמרי והשני חייב להרחיק ג"ט מחלל הבור מוכח מזה שעיקר דין ההרחקה הוא ג"ט מהבור שאלמלי היה דין ההרחקה בעיקרו ג"ט מחלל היה השני מרחיק טפח ומחצה בלבד, ודוק.

ועיין בחי' הגר"ג שנתקשה בדברי רש"י למהלך הרמב"ן כי לפי זה נמצא שבין לרבא בין לאב"י עיקר ראי היא ממה שמרחיק השני ג"ט כי לעולם הוא מרחיק חצי ההרחקה ומזה מוכח שההרחקה כולה היא ו"ט ולא ג"ט כי אז לעול מהשני היה מרחיק טפח ומחצה, וקשה שהרי רש"י כתב דאי מחלל בורו נמצא שלא

הרחיק זה כלום והיינו מחמת שהראשון הרחיק ג"ט ואמאי הרי ממ"נ אם באמת ס"ד שההרחקה כולה ג"ט בהכרח שהראשון הרחיק טפח ומחצה, וצ"ע.

בגמ' איתמר וכו' איכא לעיונא בפלוגתייהו אליבא דלישנא קמא שהרי שניהם מודים שאסור לסמוך בצד המיצר אלא דאביי שרי מפני שאינה עשויה לכך וצ"ב דסו"ס הרי אפשר הדבר שיעשה בור ומדוע לא ימנענו מפני זה מלסמוך. **ויש לדון בזה ולפרש בשני אופנים: האחד** שכיון שאין השדה עשויה לבורות אין זה חשוב כנזק כלל בהלכות נזקי אדם וממון ואין טענה במניעת התשמיש בדבר שאינו עומד לכך. **ודוגמא לזה בגמ' בב"ק** [דף צח ע"א] דהצורם אוזן פרתו של חברו פטור דסתם שוורים לאו למזבח קיימי. **והאופן השני** דבודאי יש כאן נזק במה שמונע ממנו בעתיד התשמיש אך בהלכות נזקי שכנים לא חייבוהו חכמים להרחיק מחמת חשש רחוק שמא ימלך זה ויעשהו עומד לבורות, או שלא נתנו לניזק זכות תביעת הרחקה במה שאינו עומד לכך כעת בשעת הסמיכה של המזיק.

עמדו הראשונים בדברי הגמ' שביארה טעם דמרא ומרא לרבא בלישנא בתרא ולא הזכירה מזה כלל בלישנא קמא דהטעם הוא משום כל מרא ומרא. ויעויין ברבינו יונה ושאר שביארו בזה בשני אופנים: האחד דאה"נ אף לל"ק אלא שלא הוצרכה הגמ' לפרש טעם זה אלא בלישנא בתרא עיי"ש הטעם. **ודרך נוספת כתב רבינו יונה** דבשדה שאינה עשויה לבורות לא אסר רבא אלא אליבא דרבנן ולא אליבא דרבי יוסי. שהטעם דמרא ומרא גדרו הוא שכבר כעת הוא מזיק את הקרקע ועושה אותה לבלתי ראויה לבורות ולכן מחייב רבא אף לרבי יוסי. **וטעם זה** שייך רק בעשויה לבורות ואילו באינה עשויה לבורות לא שייך כלל כי אין נזק בשדה זו שאינה עשויה לבורות במה שגורם לכך שאי אפשר לעשות בה בורות שהרי אינה עשויה לכך. **ולכן ללישנא זו** בהכרח טעמו של רבא לחייב הוא מפני הנזק העתידי שגורם כעת נזק לבור שיחפור זה בעתיד לכשימלך וטעם זה שייך רק לרבנן ולא לרבי יוסי דלא עדיף מנוטע אילן שהנזק בא לאחר זמן ושרי רבי יוסי.¹¹⁹ [ואמנם כל זה תלוי בהסבר הטעם דכל מרא ומרא ומחלוקת הראשונים בזה ויתבאר במקומו להלן]

מבואר מכל מהלך הסוגיא דאם סמך בהתר [כגון לאביי וכן לל"ב לרבא באינה עשויה] אף כשיחפור חברו בור אינו צריך זה לסתום את בורו, ויל"ע בטעמו של דבר, הרי אף דכשסמך היה הדבר בהתר אבל כעת הרי הוא מזיק ולמה לא יתחייב להרחיק. **וביותר קשה** מה שמצינו שסמיכה בהתר מועילה גם כשהנזק הוא באופן שמתחדש בכל יום ואף בזה רשאי להמשיך במעשיו, **דיעויין בתוס' לקמן** [דף כו ע"ב] שדנו שם גבי ריחיים שעל ידי הטחינה מנידים את הכותל הסמוך להם, ומבואר מדברי התוס' דסמיכה בהיתר תועיל שיוכל להמשיך ולטחון וצ"ב מה מועיל מה שסמך ריחיים אתמול שיוכל היום להזיק בידים וצ"ע. **ועיין בברכ"ש** [סי' יג ואילך] שהעמיד ליסוד הסוגיא דהדין נזקי שכנים הוא בסמיכה, ודבריו שם צריכים ביאור.

בגמ' לישנא אחרינא מבואר בגמ' ללישנא בתרא שמהסברא היה נראה לתלות פלוגתייהו דאביי ורבא בפלוגתא דרבי יוסי ורבנן, ולזה השיבה הגמ' דאביי שרי אפילו לרבנן דעד כאן וכו' ורבא אסר אפילו לרבי יוסי דכל מרא ומרא וכו'. **ומתפרש הס"ד בפשיטות** שהרי כיון שאין הניזק כאן נמצא שאין כאן נזק מייד אלא לכשיסמוך הניזק ודזה דומה לכל נזק שאינו גירי דיליה שאין הנזק כעת אלא לאחר זמן כגון שרשי האילן ולכן ס"ד דכמו דהתם מחייבי רבנן אף שאין כעת נזק לבור ה"ה כשאין בור כלל דמחייבי וכמו

¹¹⁹ ויש לפרש דסובר רבינו יונה דמודה רבא דבדבר שאינו עומד לכך אינו נזק כאחד משני הטעמים שכתבנו לעיל, אך כלפי הטענה דשמא ימלך אין שני הטעמים האלו מועילים כי אף שעתה אינו מזיקו אבל שמא בעתיד יזיקנו ולכן יש לו תביעה אל תסמוך שמא תזיקני בעתיד. דכיון שמכח הזמיכה יגרם נזק כבר עתה רשאי למנעו, ודוק.

דפוטר רבי יוסי התם כיון שאין הנזק מיד מתוך מעשיו ה"ה הכא. ולזה משני הגמ' דאביי שרי אפילו לרבנן כי אין חיוב להרחיק אלא כשיש ניזק אף אם אין הנזק כעת.

ולרבא ביארה הגמ' שאוסר אפילו לרבי יוסי מטעם דכל מרא ומרא דקא מחית וכו'. והיינו דמטעם זה נחשב הדבר כאילו מזיק כעת מיד ואסור אף קודם שבא הניזק, וכ"ש לרבנן. ובאה סברת הגמ' סתומה בלתי מפורשת מהו טעם זה דכל מרא ומרא סוף סוף אין כאן ניזק שאין הבור לפנינו ומה עדיף מנוטע אילן שיהיה נזק לאחר זמן ועתה אינו חייב להרחיק כ"ש כשאין בור כלל.

ונחלקו בזה ראשונים מחלוקת עמוקה ויסודית בהבנת סברא דכל מרא ומרא וממילא בהבנת שיטתו של רבא בכל מהלך הסוגיא. והובאה מחלוקת זו בקיצור במאירי כאן שכתב וז"ל ולדעתנו הרי זה גירי שהרי אילו היה שם בורו של חברו היה מזיקו מעכשו ויש אומרים לשטה אחרת זו מיהא גירי היא שהרי מעכשו מרפה קרקע של תחום חברו ומקלקלו מעשיית בור עכ"ל.

ושורש המחלוקת בזה הוא בגמ' להלן דפריך על רבא ממתני' דמרחיקין את הגפת דמשמע מהמשנה שרק כאשר יש כבר הכותל חייב להרחיק. ויעויין בתוס' להלן [סוד"ה מרחיקין] שתמה דהרי טעמא דרבא הוא משום כל מרא ומרא וזה לא שייך בגפת ומאי פריך. ותירצו התוס' דטעם זה דכל מרא לא אמרו רבא אלא לרבי יוסי אבל לרבנן מחייב גם בלא טעם דמרא ומרא. הרי למדנו מדבריהם: א) שטעם זה של מרא ומרא שייך רק בחפירת בור ולא בשאר נזיקין אף דהו גירי דיליה כגון גפת. ב) שלא נאמר טעם זה דמרא אלא לרבי יוסי אבל לרבנן חייב אליבא דרבא מחמת הנזק העתידי ומחייב אף בגפת. ונמצא ששיטת רבא כך היא דלרבי יוסי חייב להרחיק מהמיצר רק בבור ולרבנן בכל מזיקין. וצריך ביאור מאי שנא גירי דמרא שאוסר גם כשאין ניזק משאר גירי דמודה רבא דשרי לרבי יוסי.

ונתבארה שיטה זו היטב ברבינו יונה שהו"ד לעיל שפירש דסברת כל מרא ומרא היא ש'הרי זה נזק דמזיק בארעיה [ומקלקל] בה לגבי בורות' היינו שהנזק אינו כלפי הבור העתידי אלא שמקלקל כעת הקרקע ומשחיתה שאינה ראויה יותר לבורות. ולפי זה ברור ופשוט דבגפת אף דהו גירי דיליה לא שייך טעם זה כי הרי כעת אין כאן כלל כותל ורק כשיבוא הכותל יהיה כאן הניזק גירי ובוזה לא חייב רבי יוסי דכל נזק שאינו מזומן כעת אינו גירי.¹²⁰ וכן מבואר להדיא ברמ"ה בסוגיין שכתב כן בכמה מקומות דנזק דמרא ומרא הוא קלקול הקרקע במה שממעטה משתמישה לבורות. ובאמת יעויין ברבינו יונה להלן [ד"ה תא שמע] שפירש כהתוס' דקושית הגמ' מגפת היא לרבא אליבא דרבנן אבל לרבי יוסי לא קשיא כלל דאף דגפת הוי גירי מ"מ סברת כל מרא לא שייכא בהו.

ולפי זה נמצא לכאורה דרבא בתרתי פליג אאביי: חדא שסובר שיש חיוב הרחקה מחמת הנזק העתידי לבוא כשיחפור זה בור [וזה רק לרבנן וכנ"ל] ועוד טעם מיוחד בבור משום שמקלקל הקרקע מבורות דכל מרא ומרא וזה גם לרבי יוסי אבל רק בחפירת בור. ולפי זה צ"ל דבתרתי פליגי, דאביי סובר שאין לחייב משום נזק העתידי לבוא וגם חולק על סברת כל מרא ומרא, וכן מבואר במהרש"א [לקמן דף יח ע"א על התוס' ד"ה דיקא]¹²¹ ויל"ע דאם כן יש כאן שתי מחלוקות נפרדות שאין קשר ביניהן, ומשמעות הגמ' דחדא פלוגתא היא, ועיין בחת"ס [ד"ה ואפילו רבנן וכו'] שכתב דחדא פלוגתא היא דלרבא אנו דנים שדה עשויה לבורות כאילו הניזק כבר כאן ולאביי אינו כן, ולהלן בהמשך הסוגיא גבי סלע הבא בידיים יתבאר דמהראשונים

¹²⁰ וכמובן דלהתי' האחר שם בתוס' דמקלקל הקרקע כך שאפילו יסיר את הגפת א"א לבנות כותל אם כן לא שנא גפת מבור וגם זה דמיא לסברת כל מרא ומרא.

¹²¹ אך קשה לפי זה דמתני' דלא יחפור בור אליבא דאביי לא אתיא כרבי יוסי, וצ"ע. ועיין מש"כ לעיל בהערה 118 ולפי"ז ניחא.

מוכח כהחת"ס, אך צ"ב שהרי רבינו יונה ביאר שהנזק הוא בגוף השדה ואם כן הרי הניזק כבר כאן ומאי טעמא דאביי, וצ"ע. וראה עוד בהערה.¹²²

ואולם יעויין ברמב"ן להלן [דף יח ע"א ד"ה הא דאקשינן] שהביא בזה פירוש נוסף דבכל מזיקים דהווי גירי דיליה אוסר רבא לסמוך לדעת רבי יוסי אף שאין כעת ניזק ואין נזק 'ואילו איתיה לכותל הווי גיריה השתא נמי כגיריה דמו דהא ההיא שעתא דבני לכותל הווי גיריה וכיון דסמך סמך וכו' **הרי שיטתו בפירוש זה** דסברת כל מרא אינה באה ליתן טעם מדוע יש איסור בבור דייקא קודם שסמך את בורו אלא באה לומר דכל מרא היינו גירי דיליה וכל גירי אסור בסמיכה אף קודם שיבוא הניזק לדעת רבא אליבא דרבי יוסי. **והדברים צריכים ביאור ופירוש** דסו"ס כעת אין כאן שום נזק ומדוע חשיב כגירי דיליה מחמת נזק העתיד¹²³.

ונמצא דפליגי רבוואתא בהבנת טעמו של רבא לר"י, לדעת התוס' ורבינו יונה עיקר טעמו של רבא אליבא דרבי יוסי הוא מחמת נזק הקרקע שיש כעת במעשיו וזה שייך רק בחפירת בור ואילו להרמב"ן הטעם הוא דכל נזק שהוא גיריה אילו היה הניזק כאן ולכשיבוא הניזק יהיה גירי דיליה כבר עתה חייב להרחיק.

תוד"ה אביי אמר סומך וכו' קושית התוס' אינה מובנת שהרי מה שמונע ממנו לנטוע אילן בודאי אינו סיבה שלא יחפור בור שאם כך היה הדבר היה צריך להרחיק כ"ה אמה ובין לאביי בין לרבא [וכמו שהוכיחו התוס' בתירוצם] והיאך ס"ד שמחמת טעם זה ירחיק שלשה טפחים, וביותר שבהרחקה זו אין שום תועלת כלפי נזק מניעת אילן כי עדיין צריך להרחיק את האילן שיטע עשרים וארבע וחצי אמות.

ועיין במהרש"א שביאר בדבריהם דלרבא דמרחיק שלשה טפחים ודאי לא קשיא להו דפשיטא דבעל האילן שהוא המזיק צריך להרחיק ולא בעל הבור הניזק, אבל לאביי דסומך הרי נמצא שכותל בורו [שהוא ג"ט כדלעיל בגמ'] הוא בתוך של חברו וזה לא מסתברא להו כלל שצריך בעל האילן להרחיק כדי שלא יפגע בכותל חברו שנכנס בתוך רשותו שלו.

ועדיין צ"ע בדברי התוס' דסברא זו היא לכל ה

יותר לומר שכאשר יטע השני אילן לא יצטרך להרחיקו אלא כ"ד אמה ומחצה אבל מהיכי תיתי ימנע הראשון מלסמוך בורו בשביל זה. [ובשלמא בבור ובור אינו יכול לומר לשני תרחיק אתה רק ג"ט כי אז בורו של השני ג"כ יחוק אבל באילן קשה ודוק]

תוד"ה אמר אביי [השני] שיטת התוס' שצריך השני להרחיק כל הו' טפחים שבין הבורות. ובנידון זה נחלקו ראשונים: ראה ברמב"ן לעיל וברשב"א ורבינו יונה שהביאו בזה שתי שיטות ראשונים אם צריך השני להרחיק ג' או ו' טפחים. **ולעיל נתבאר** בשיטת רש"י עפ"י הרמב"ן שאף הוא סובר כן,¹²⁴ **וצ"ב טעמם של החולקים** הסוברים שהשני צריך להרחיק רק ג' דכיון שהראשון סמך בהיתר ואין עליו חיוב הרחקה היאך יוכל השני להזיקו במעשיו. ונראה שיש בזה כמה דרכים: **עיין ברבינו יונה** [ד"ה אתמר] שכתב 'ויש ליתן טעם

¹²² דאף שהנזק בחפירה הוא כעת בהל' נזיקין אבל יסוד דיני התביעות בנזקי שכנים הוא בעדיפות האחד על השני בזכות תשמישו, וסובר אביי דהקודם יש לו זכות עדיפה על מי שבא אחריו ולכן אף בגירי דיליה גמור אין זה סיבה לתביעת הרחקה אחר דדין מזיק כמור אין כאן כדמוכח בהרבה מקומות [וראה בהקדמה לעיל בריש פרקין] אלא מכח תביעת נזקי שכנים ובדיני שכנים הקודם אינו מרחיק מהמאוחר, אך דרך זו היא שלא כדברי המהרש"א הנ"ל בפנים.

¹²³ ויש לפרש דכוונתו דמה שלא חשוב גירי דיליה הוא התשמיש שאינו מזיק ממקום הנחתו ובשעה שהניחו מפני שאז אנו דנים שהסמיכה אינה סמיכת מזיק אלא הנזק מאליו בא אך כל זה הוא כאשר מה שהמזיק אינו מזיק הוא בחסרון שלימות המזיק אבל כאן אילו היה הכותל היה מזיק כבר כעת ולכן כשנבנה הכותל מעשה סמיכתו הוא סמיכת מזיק גמור דגירי וחייב כבר עתה שלא לסמוך דבר שהוא מזיק לכשיבוא ניזק ועיי"ה בלשון הרמב"ן ודוק.

¹²⁴ וכן מוכח להדיא מדברי רש"י להלן ד"ה אלא לאביי וכו' ויבתאר במקומו בס"ד.

בדבר לפי שיאמר השני אע"פ שסבלתי סמיכתך מתוך שלא הייתי מזיקני בשעת חפירתך מ"מ לא אניח מקומי ולא ארחיק אלא ג' בכדי נזק בורי שאין נזק בורי אלא עד ג"ט ושאר הנזק מחמת בורך הוא והרי גם אתה מזיקני אלא שהועלת בסמיכתך שאין אני יכול לסלקך וכו' **הרי מבוארת שיטתו** שחיוב ההרחקה ו"ט הוא מחמת שכל אחד מזיק עד ג"ט ממקומו ולכן מרחיקים שניהם כ"א ג"ט ואף שהסמיכה בהיתר מקנה לסומך רשות להיות אף שהוא מזיק וגם לתבוע בעלמא שלא יזיקוהו אבל ביותר מג"ט איהו דאזיק אנפשיה ואין כלל חיוב הרחקה.¹²⁵

ויעויין ברמב"ן לעיל שהביא שיטה זו ופירשה שאין קדימתו מועלת לו אלא שאינו יכול לומר לו הרחק בורך אבל לעולם אין מחייבין את האחרון להרחיק אלא שלשה טפחים שהוא דינו **עכ"ל** ונראה שדבריו מתפרשים באופ"א דדין תביעת הרחקה הוא מחמת זכות הניזק להיות ולהשתמש בשלו ולכן על המזיק להרחיק א"ע. אך באופן שהסומך הוא מזיק אם שלא כפו חכמים הרחקה על מזיק הסומך קודם לבוא הניזק אבל זכות השתמשות וזכות לתבוע הרחקת נזיקין אין לו. **ועיין בתוס' רא"ש בשטמ"ק** שכתב דאף שרשאי לסמוך מ"מ אין זה התר גמור כ"כ לכופ את השני לכל ההרחקה עיי"ש והוא קרוב לדברי הרמב"ן.¹²⁶

ונראה נ"מ לדינא בין הרמב"ן והתוס' רא"ש לרבינו יונה גבי הרחקת אילן מן הבור שנחפר סמוך למיצר, דלאביי לדעת הרמב"ן כמו דיכול השני לחפור ולהרחיק ג"ט אפשר ומסתברא שגם את אילנו לא ירחיק אלא כ"ד אמות ומחצה אבל לדעת רבינו יונה ירחיק האילן כ"ה אמה כשיעורו דגבי אילן א"א לומר שאף הבור מזיק.

ויש לדון בלוקח שהוא סמיכה בהתר לכו"ע [נכדמבואר בסוגיא לקמן והוא שחפר בור באמצע שדהו ומכר חצי השדה ומיצר הלוקח סמוך לבור ובא הלוקח לחפור בור] לדעת התוס' רא"ש בודאי שהלוקח צריך להרחיק ששה שהמוכר חפר בהתר גמור, אך לדעת הרמב"ן ורבינו יונה יש לדון שלא ירחיק אלא שלשה. **אבל לקמן בסוגיא דחרדל** מוכח להדיא מדברי הרמב"ן דמרחיק הכל. [עיי' שם במשי"ת בע"ה שם בד"ה בגמ' אמר רב פפא]

בגמ' בשלמא לאביי ניהא היינו דלאביי הראשון סמך עד המיצר והשני מרחיק ג"ט. **וראה בתוס'** שכתבו דהכא ס"ד דמחלל בורו קאמר והיינו דאי מחלל בורו מתפרש כרבא שהרחיק הראשון ג"ט כשיעור כותל וכת' הגמ'.

ולעיל הובאה מחלוקת הראשונים אם כשסמך הראשון בהתר צריך השני להרחיק ו' או ג', **ועיין ברבינו יונה כאן וברא"ש** שנתקשו להסוברים דהשני מרחיק בעלמא ו"ט דאם כן היאך איתא במתני' דהשני מרחיק ג"ט הרי הראשון סמך למיצר וירחיק השני ו"ט. **ותירצו בשם הר"מ מאיברא** דקודם שידעה הגמ' דמכותל בורו שנינו היה הס"ד דשיעור ההרחקה הכללי של בור הוא שלשה טפחים ואם באו לחפור בב"א כ"א מרחיק טפח ומחצה.¹²⁷ ולדרך זו השתא אין דרך לפרש המשנה אלא באופן שהראשון קדם בהתר

¹²⁵ והדברים צ"ב דהרי כיון שצריך הרחקה ו"ט נמצא שבעל הבור השני מזיק, ויש לפרש דכיון שהנזק נוצר מחמת צירוף שני הבורות שהקרקע הסמוכה לכותל עד ג"ט רפה ואם לא תסמכנה לקרקע אחרת חזקה תיפול, ולכן כאשר שניהם חופרים אנו רואים כ"א כחצי מזיק [וכעין האי פלגא הזיקא עבד בב"ק], ולדעת שא"ר הכא האחרון כולה הזיקא עבד]

¹²⁶ ונראה כוונתו שבאמת אינו היתר גמור אלא שאין התביעה להרחיק היא כל כך כדי למנוע ממנו להשתמש אבל באופן שהשני סומך והוא התובע מכח היותו שם כלפי זה הרי השני כמחזק ואין הראשון יכול לתבוע דאין התרו התר גמור.

¹²⁷ ועיין היטב ברבינו יונה ומבואר מדבריו דמחלוקת הראשונים אם צריך להרחיק השני ו' או ג' היא מחלוקת גם בפשט קושית הגמ' בריש פרקין דכד פריך פתח בבור וסיים ובכותל ולגרסת התוס' פריך ולתני וכו' הנה לדעת התוס' דצריך להרחיק ו' מתפרש קושית הגמ' דהמקשן סבר ששיעור ההרחקה האמיתי בין שני הבורות הוא ג' אי מפרשין דמרחיק

שאל"כ ירחיק השני טפח ומחצה בלבד. ועיין בריטב"א שפירש באופן נוסף. ולדעת הסוברים שהשני לעולם מרחיק כדינו מתפרשת הגמ' באופן פשוט דהשני מרחיק ג"ט ומשמע ממתני' שהראשון סומך.

בגמ' הא איתמר עלה וכו' תירוץ הגמ' מתבאר בדברי רש"י שממתני' מוכח שגם הראשון חייב להרחיק דאל"כ לא נדע מהו שיעור כותל והלמאי כתבה המשנה כותל. וצ"ב שדיוק הגמ' מהמשנה דלא יחפור סמוך לבורו הא ליכא בור סמך נשאר במקומו ולא נדחה, וצ"ל דכיון דמוכח ממתני' שגם הראשון מרחיק לכן נקטה המשנה לשון זה ואשמעין בזה שיעור כותל.

ולכאורה דברי רש"י מתפרשים לשיטתו לעיל כפי שנתבארה ברמב"ן שהשני מרחיק לעולם כדינו אבל אם נאמר שהשני מרחיק ששה אם כן גם אם מכותל בורו שנינו אפשר להוכיח מהמשנה דלא כרבא שמשמעות המשנה שהראשון סמך והשתא כותל בורו נכנס ג"ט בתוך של חברו והשני מרחיק ג"ט מהכותל שהם ו' מהמיצר, וביותר תמוה בהמשך הגמ' בלישנא בתרא דשם פריך אאביי ממתני' לפירוש זה דמכותל שנינו שמוכח מהמשנה שהראשון הרחיק ואינו מובן היכן הראיה. ומבואר מזה דלעולם לא יפול שם 'כותל בור' אלא על מה שהניח הראשון בתוך שלו כשהרחיק אם מעט או הרבה אבל הג"ט שנכנסים בתוך של חברו אין להם שם כותל ולכן בהכרח כד תני תנא דמרחיקים מהכותל מוכח מזה שחברו הניח כותל כדברא, ודוק.

ת"ש סלע הבא בידים וכו' בא בידים שאני לגרסת רש"י שתי' הגמ' בא בידים שאני פירושו דבזה מודה אביי שאינו סומך, ולעיל נחלקו אחרונים בטעמו של אביי שהמהרש"א [לקמן יח ע"א על תוד"ה דיקא] כתב שאביי חולק על סברת כל מרא ומרא, אבל החת"ס ביאר שאביי מודה למציאות הנזק דכל מרא אלא דסובר דכל נזק שאינו מזיק לתשמיש של נזק שנמצא כעת אינו מחייב הרחקה. ולדעת המהרש"א מתפרש כאן בפשיטות דהכא מודה אביי לכל מרא ומרא כיון שהסלע רך, אבל לדעת החת"ס אינו מובן מדוע מודה בזה אביי הרי אין כאן נזק.

ובדברי הראשונים כאן מפורש כהחת"ס ולכן נתקשו בזה בגרסת רש"י. יעויין ברמב"ן כאן שהקשה כן על גרסת רש"י דכיון דלאביי בדליכא נזק סומך מ"ש בא בידים. וכ"ה ברשב"א כאן שביאר דהא דאביי פליג אבל מרא הוא משום דליתיה לניזק ואם כן מאי שנא סלע הבא בידים. ועיין בחי' הר"ן שהוסיף שאף שהקרקע מתרפית על ידי החפירה אין בריפוי זה נזק בפועל אא"כ יחפור בור ולכן חולק אביי. וא"כ ה"ה הכא.

וראה בתוס' שכתבו דהכא אסור לאביי מפני שקרקע שדהו מתבקעת ונופלת וכתבו שלר"ת אין נראה לחלק בזה ולר"י נראה לחלק שהכא קרקע שדהו חברו מתבקעת ונופלת. ויש לפרש בדבריהם ע"ד המהרש"א שהר"י סובר דטעם דפליג אביי הוא משום שחולק על סברת כל מרא והכא שהדבר ניכר לעין מודה. והרשב"א תי' כהתוס' וכתב וי"ל דבא בידים שאני דכמזיק ומפיל קרקעו ממש לארץ דמי ובריפוי גדול כזה מודה הוא. וכן בחי' הר"ן. וצ"ב שהרי בקושיא נקטו להדיא שאביי סובר דכשאינן נזק לא חיישינן להיזק הקרקע ואם כן מה מועיל הריפוי הגדול, ושמא כוונתם דכה"ג יש נזק לקרקע אף אם לא יחפור בור, אך אין זה משמע מלשון הרשב"א שכתב דבזה מודה אביי ואי משום הכי לאו הודאה היא אלא טעמא אחרינא אית בה, ואולי כה"ג שהנזק ניכר לעין אף שאין בו נ"מ אלא כלפי הבור לעתיד מודה אביי, וצ"ע.

תוד"ה מרחיקין את הגפת וכו' וי"ל דהני נמי וכו' משמע מהתוס' דגבי בור ליכא למפרך שיסתום את הבור כשיחפור חברו, אך ברבינו יונה הקשה כן גם גבי בור עצמו, ושמא סברת התוס' דלא יועיל סתימת הבור

מחלל בורו וכן הוא בהכרח לשיטתם אבל להראשונים שהשני מרחיק כדינו אם כן מעולם לא עלתה על דעת שהשיעור האמיתי הוא ג' דאם כן ירחיק השני טפח ומחצה

שהקרקע כבר רפויה. או דגבי בור פשיטא להו הסברא דשמא לא יסתום ורק בגפת שהיא מטלטלין קשיא להו. ויל"ע לתירוצם הראשון בכל הנך דפריך מינייהו להלן כגון זרעים ומחרישה ומ"ר, וכן מריחיים ותנור דבכל הני לא שייך הטעם דמקלקלין הקרקע, [כך נראה לכאורה וגבי ריחיים מפורש בתוס' לקמן דף כה ע"ב דאינם מקלקלים קודם שבנה ובהגהת התוס' שם אפשר דפליג עיי"ש ודוק] ואפשר דזרים והנך מקלקלין הקרקע, ותנור וריחיים משום שהם בנויים ובוה ודאי לא קשיא להו שישלך אח"כ כמש"כ לעיל, וצ"ע.

שם בתוס' ועוד אומר ר"י בפשוטו היה נראה דקושית התוס' היא דכיון שיכול לסלק את הגפת כשיבנה זה כותל אם כן אין כאן מעשה מזיק כלל ולא שייך בזה תביעת הרחקת נזיקין, ואולם יל"ע בזה שבתיירוצם השני כתבו דתובע ממנו להרחיק שמא אח"כ לא יסלקנו וצריך ביאור וכי יכול אדם למנוע מחברו תשמיש בהתר שמא אח"כ יזיקנו ולא יהיה ציית דינא סו"ס עתה אינו מזיקו, ואפשר שהוא מתקנת חכמים, וצ"ע. ועיין בחת"ס שהקשה עוד דהגמ' פריך מגפת אדרבא ומנא לה להגמ' להקשות כן דלמא אינו יכול למנוע בשביל טענת התעצמות שהרי רבא לא דיבר להדיא בגפת אלא בבור שכבר כעת הוא מזיק גמור. ועוד הקשה החת"ס בסתירת דברי הרא"ש דיעויין ברא"ש לעיל בריש השותפין שהביא שיש הסוברים שיכול אדם לכופף את חברו הבונה כותל מפני היזק ראייה שיבנהו מאבנים ולא מהוצא ודפנא שמא יפול הכותל ויצטרך להתעצם עמו ודחה הרא"ש דבריהם דכשיפול יש שופטים בארץ ואינו יכול לכופו כעת בטענה זו. וקשה שהרא"ש כאן הסכים עם סברת התוס' דטענת התעצמות טענה היא.

אך יעויין בתשובת הרשב"א [ח"א סי' אלף קמד] שמדבריו מבואר דכל הקושיא היא שיותר לו לסמוך כעת ולסלק אח"כ משום דכופין על מדת סדום ולפי זה מתבאר תירוצם השני דכיון שיש חשש שמא לא יסלקנו בעתו אין זה מדת סדום מה שמונעו כעת מלסמוך הגפת. וגם א"ש שתי קושיות החת"ס דבוראי דטענת התעצמות כשלעצמה אינה טענה אלא דמ"מ אינה מדת סדום למנוע אלא מדת כל אדם. אלא שגוף הדברים צ"ב שכיון דכעת אין נזק מדוע בעינן בזה לדין כופין עמ"ס כדי להתיר לו לסמוך, וצ"ע.

ועיין בחי' הגרנ"ט [בסו"ס קעא] שהביא מדברי הרע"א שכתב דלהתוס' אביי ורבא בתרתי פליגי: בסברת כל מרא ומרא ובסברת ההתעצמות, וכתב הגרנ"ט דחדא פלוגתא היא לפי שכל ההתר לסמוך כשאין נזק הוא משום כופין עמ"ס וכמש"כ לעיל וטענת ההתעצמות מסלקת מכאן דין כופין עמ"ס, והדרא פלוגתייהו לדוכתא.

יעויין ברבינו יונה שתירץ את קושית התוס' וכתב דאינו יכול לשים גפת גם כשאין כותל כי שמא יחזיק בה שלש שנים ויטען חזקה. ולמד מזה רבינו יונה דאין אדם רשאי לפתוח חלון כנגד חורבת חברו אע"פ שכעת אינו מזיקו בהיזק ראייה שמא יחזיק בחלון שלש שנים וכשיבוא זה לבנות חורבתו יטען לו טענת חזקה שיש לו זכות לחלון אף שמזיקו בהיזק ראייה ואף ימנע מבעל החורבה לבנות בד"א הסמוכות לחלון כדי שלא יאפיל.

ועיין ברא"ש שהביא דברי רבינו יונה והשיגו דכיון שאינו יכול כעת למחות עליו מן הדין כל זמן שלא בנה נגד החלון גם אין כאן חזקה דבכל מקום שאינו יכול למחות אין חזקה, והוכיח כן הרא"ש ממתני' לקמן [נדף נט] דזיו עד טפח אין לו חזקה ואינו יכול למחות יותר מטפח יכול למחות ויש לו חזקה מבואר מדין המשנה דמחמת שיכול למחות הוא דיש לו חזקה.

ועיין בתשובת הריב"ש [בסי' תעא] שהשיג ע"ד הרא"ש וכתב וז"ל והנה עשה מן המסובב, סבה ומן הסבה, מסובב. שהרי לפי הנראה, מלשון הגמ' היסוד והסבה, היא החזקה. ומדין החזקה, יצא לנו אם יכול למחות אם לאו. ולדבריו אף אם אין יכול לעכב עליו מלפתחו למה אין לו חזקה של שלש שהרי היה לו למחות בסוף כל שלש ושלוש שלא יחזיק עליו לענין שאם יבא לבנות כנגדו לא יצטרך להרחיק. וכיון שלא מיחה יש לנו לומר שיש לו חזקה. וכיון

שיש לו חזקה חזר הדין שיוכל לעכב דמצי אמר קא מחזקת עלי ולא מצינא דאטרח למחות בסוף כל שלש ושלש, ולא מדת סדום היא. עכ"ל.

ויעויין בקצה"ח [בסי' קנד סק"ה] שהביא ראיה לדברי הריב"ש מהא דאמרינן בגמ' [דף לה ע"ב] ואי לפירי אחתיה וכו' וקושית הגמ' המוריד חברו לפירות לכמה שנים בקרקע מה יעשה הרי יוכל הלוקח לטעון שקנה הקרקע ויש לו חזקה שאכל פירותיה שלש שנים ומשני הגמ' התם דאיבי ליה למחויי הרי מבואר בגמ' דאף כשאינו יכול לסלקו מהקרקע שהרי ירדל פירות מכל מקום חובת המחאה מוטלת עליו.

אך כתב הקצות דמהגמ' במק"א [דף מט ע"א] מוכח כהרא"ש דאיתא התם דבעל אין לו חזקה בנכסי אשתו והטעם לפי שזכאי מן הדין לאכול פירות אין אכילתו ראיה, **וצריך לחלק** דביורד לפירות שאין ידוע שירד לפירות הרי על בעל הקרקע למחות או להוכיח שירד זה לפירות אבל במקום שידוע שאוכל פירות בדין אכילת פירות ודאי אין לו חזקה. **ולפי זה ה"ה הכא** היות שאין בעל הגג יכול לסלק לבעל החלון וכן בעל החצר שאין בה כותל אינו יכול לסלק לבעל הגפת ליכא חזקה. **ועיין בחי' הגרש"ש** שביאר דעת רבינו יונה וחילק בפשיטות דבעל האוכל פירות מדידיה אכל ואין כאן מעשה חזקה כלל אבל הכא הרי משתמש בשל חברו ואם אמנם שזה אינו יכול לסלקו משום מדת סדום אבל סו"ס הוא משתמש בשל חברו ולכן חייב למחות. **וכעין זה צ"ל בגפת** שהיות שעושה מעשה המזיקו לאחר זמן ויש לו זכות תביעת סילוק מעיקר הדין ורק משום מ"ס אינו יכול לסלקו חשיב כמעשה חזקה וצריך למחות בכל שלש ושלש.

שם בתוס' וא"ת אכתי מאי פריך וכו' בפשוטו מבואר שקושית התוס' הזו היא רק לתירוצם השני, דלהתי' הראשון כבר כעת הם מקלקלים את הקרקע אף אם יסירם הרי דמיא ממש לסברת כל מרא ומרא. **ועיין בתוס' ישנים** [נדפסו בספר הזכרון עולת שלמה] שמסדר דבריהם שם נראה דאף לתי' הראשון פריך, וצ"ע.

שם בתוס' וי"ל וכו' ראה לעיל שביארנו מתו"ד התוס' דידן אשר שיטת התוס' דרבא תרתי קאמר, דלרבנן כל המזיקין חייבים להרחיק מהמיצר אך לרבי יוסי רק בחפירת בור צריך להרחיק מטעם כל מרא ומרא [וכן בגפת ובשאר מזיקין שמקלקלין את הקרקע מיד להתי' הראשון בתוס' כאן] **וע"ע בתוס' להלן** [דף כה ע"ב ד"ה] שכתבו שם דמותר לרבא לדינא לאדם לסמוך ריחים לחצר חברו ואם אח"כ יבנה בית ויפלו הכתלים אינו חייב להרחיק כיון דסמך בהתר, **ודבריהם שם לשיטתם כאן** דרבא לא אסר לרבי יוסי אלא במקום דאיכא סברא דכל מרא ומרא, **ובהגהת תוס' שם כתבו די"ל** דאסור לסמוך הריחים דגם בזה שייך סברת כל מרא ומרא.

והרמב"ן כאן חולק על התוס' וכתב דבכל מזיק דגירי אוסר רבא לפי רבי יוסי כיון דאילו היה כאן כעת כותל היה מזיקו כשיבנה הכותל חשוב מזיק בגירי ולכן חייב להרחיק וכבר נתבאר בפלוגתיהו לעיל.

דף יח ע"א

ת"ש לא יפתח וכו' דירה שאני רש"י פירש דדירה שאני משום שאין לנו לאסור דירתו של אדם עליו אלא אם כן ההיזק מוכן. **ויעויין בפתיחה לפרקין** שהבאנו מחי' רבי אריה לייב שחקר לדעת רבי יוסי בגירי דיליה אם חיוב ההרחקה הוא מדין נזקי שכנים או דבגירי דיליה הוי מזיק גמור ולכן חייב להרחיק מכח דין מזיק גמור. **ומסוגיא דידן** מוכח דהוא מדין נזק ישכנים דאם איתא דהוא מזיק גמור איזה סברא יש להקל בדירתו של אדם הרי מזיק גמור הוא וכל עת שמסיק הנחתום את תנורו הרי הוא מזיק בידים וחייב מדינא דאורייתא להרחיק.

ויל"ע לדעת רש"י ששאר תשמישין דלעיל גם הם יש בהם תשמישי דירה כגון ריחים ותנור וכדו' **ועיין בריטב"א שביאר** דבכל אלו יכול לעשותם רחוק ממיצר חברו ומשא"כ הכא דמתבטל כל הדירה.

עיין בר"י מיגאש וברמ"ה שפירשו דדירה שאני לפי שאין לו לחוש שמא יעשה הלה מדירתו אוצר ולכן מותר לו לסמוך. **וביאר הר"מ** דהכא גריעא משדה שאינה עשויה לבורות דהתם דלימא מימליך ועיבד אבל הכא לא חיישינן דלמא מימליך שאין אדם עושה מדירתו אוצר.

והראשונים הקשו על פירושו [עיין בעלדרי"י ברמב"ן ברשב"א ובריטב"א] דבירושלמי איתא דכמו שאסור לפתוח תחת אוצר כ"ש תחת דירה ולא באה המשנה לאפוקי אלא בי ציבי וכיו"ב שתחתיו מותר לפתוח. **ועוד הקשו** מהגמ' לקמן שמסתפקת מה הדין כאשר הכין הלה המקום לאוצר וכיבד וריבץ אם עדיין מותר לפתוח וכן בתמרי ורימוני [ופי' רש"י שהתם תחילת אוצר] ולדעת הר"י מיגאש הרי בודאי כבר המקום עשוי לכך והיך נאמר שמותר לסמוך.

ועיין בקצה"ח [סי' קנה סק"ג] שתירץ בפשיטות דכל הני ספיקות לקמן אביי הוא דבעי להו ואביי לשיטתו הרי רשאי הוא לסמוך אף בלא הטעם דדירה שאני לפי שמותר לסמוך כשאין שם ניזק ולדידיה שפיר איכא לספוקי מה הדין בכל הנך, ודין תמרי ורימוני אמרה שם רב הונא ברדרי"י וצ"ל דלשיטת אביי אמרה.

וכתב עוד הקצות דיש לפרש דגם לרבא בכל הנהו שרי לסמוך אף שגלי אדעתיה שעומד לעשות אוצר, וזה **עפ"ד הר"י מיגאש לקמן** [בדף כו"ע"א ד"ה רבה וכו'] שבשדה שאינה עשויה לגפנים אין בעל הגפנים יכול לתבוע הרחקה כיון דמשנה הוא ורק בשדה העשויה לגפנים יכול לתבוע הרחקה ושכח"ג מרחיק אף אם לא נטע דקיי"ל בפלוגתא דאביי ורבא בסוגיין כרבא עיי"ש. **וכתב הקצות** דלפי זה גם בדירה כיון שאינה עשויה לאוצר אין חיוב הרחקה אף אם רוצה לעשות אוצר כיון שהוא משנה. **וקשה** דבר"י מיגאש מפורש בסוגיין דהטעם הוא דלא חיישינן שמא יעשה אלמא אם יש מקום לחוש חייב להרחיק וגם הקשה משדה שאינה עשויה לבורות וחילק דהתם חיישינן למימליך וכו', ולא חילק בפשיטות דהתם עומדת היא לכך והכא לא, וע"ע ברי"מ בסוגיא שם בדף כ' שבפירושו השני ביאר הספק דתמרי ורימוני ע"ד רש"י ומכח צריך לפרש ע"ד הקצות, וצ"ע. **ועיין היטב ביד רמ"ה** בסוגיין שפירש כהרי"מ, ובדבריו בדף כ' שנראה משם שפירש דאף כשכיבד וריבץ ועשה חלונות כיון שהיה העליה דירה קודם לכן וגם עכשיו לא עשאה כבנין אוצר ממש אלא דברים אלו עדיין לא חיישינן שמא יעשה אוצר דלא עביד איניש דירה לאוצר, אבל לפי השני של הר"י מיגאש שם בתמרי ורימוני אי אפשר לפרש כהרמ"ה וצ"ע בכ"ז.

דיקא נמי וכו' עד הנה נחלקו אביי ורבא אם מותר לאדם לסמוך למיצר חברו קודם שסמך הניזק, אך לא **נתבאר להדיא בגמ'** הדין האם כשיסמוך הניזק חייב המזיק להרחיק כי שמא התיר אביי לסמוך, אבל כשיחפור גם זה בור יסלק הלה בורו וכן בכותל כשיבנה שמא יצטרך לסלק הגפת. **ומדברי הראשונים מוכח להדיא** דלאביי אינו מסלק גם כשבא הניזק שהרי נחלקו בבור אם צריך השני להרחיק שלשה או ששה אבל לא עלה על דעת שיסתום הראשון בורו. **וכן מוכח מהגמ' כאן** דאיתא דאם היתה רפת בקר קודמת לאוצר מותר והיינו דמותר לקיימה בעת היות האוצר כאן, **אלא דבזה יש לדחות** דהכא דירה שאני, ואלמלי תירוצ' הגמ' דדירה שאני וכן להס"ד דגמ' כשיפתח זה אוצרו יתצטרך בעל הרפת לסלקה. **ואם היינו מפרשים כן** היה מתפרש הדיקא נמי' כפשוטו דמה דאינו צריך לסלק הרפת מוכח דדירה שאני שאל"כ גם לאביי היה צריך לסלק. **אבל רש"י תוס' והראשונים** לא פירשו כן את הראיה מהברייתא ואם כן מוכח דלאביי מהני הסמיכה שאינו צריך לסלק אח"כ.

והטעם לכל זה בפשוטו נראה מהראשונים לקמן בסוגיא דחרדל דהוא מפני שסמך בהיתר. **ויש לדון בזה לדעת רבא** דמסתמא אף הוא מודה לזה דסמיכה בהתר מהני ועד כאן לא פליגי אלא אם מותר לסמוך מתחילה אבל לו יצויר שהיה מותר מודה שאין צריך לסלקו כיון שסמך בהתר דמהיכי תיתי לאפוש

פלוגתא בין אביי לרבא. כ"ז מבואר מסוגית הגמ' כאן, ובסוגיא דחרדל יש בענין זה מבוכה גדולה ומחלוקת בין רבותינו הראשונים ויתבאר במקומו בעז"ה.

ואולם באמת נחלקו בזה התוס' והרשב"א. ולכו"ע מהני סמיכה בהתר בנזקים שאינם גירי אבל בגירי נחלקו, דיעויין בתוס' לקמן [דף כה ע"ב] שכתבו דבסמיכה בהתר מהני אף בגירי שאינו צריך לסלקם והוכיחו כן מדינא דידן דרפת בקר שקדמה. ומבואר מדבריהם עוד דאף בגירי המתחדש בכל יום כן הוא הדין שהרי כך הוא ברפת ותנור של נחתומים שהעשן מתחדש בכל יום, וגם הציור עליו דנו התוס' הוא בעוצרי שומשום שטוחנים בריחיים ומנידים הכותל בכל פעם ושרי בזה בסמיכה בהתר. [ומוכח מכאן דאף גירי דיליה יסוד חיובו הוא מדין הרחקה שאל"כ אין טעם שתועיל סמיכה בהתר להתיר דין מזיק]

אבל יעויין ברשב"א כאן שחולק על התוס' לקמן וסובר דבגירי דיליה לא מועילה סמיכה בהיתר ולכן כאן מן הדין ראוי שירחק לפי שהוא גירי ולא עוד אלא שמתחדש הנזק בכל יום מחדש, וכתב הרשב"א דלאבי דסומך כשיבוא הניזק חייב להרחיק בנזק דגירי והא דהכא רשאי להחזיק הרפת ולא עוד אלא שמחדש נזקיו בכל פעם הוא משום דדירה שאני.

ודברי הרשב"א צ"ב דבפשוטו סברת דירה שאני היא להתיר הסמיכה אבל במקום שההיתר לא מועיל וצריך לסלק אח"כ נזקיו מה הטעם לומר דבדירה לא יצטרך לסלק נזקיו.

וכן יעויין בתוס' הנ"ל שהוכיחו מסוגיין דאף בגירי אינו צריך לסלק וכנ"ל ודלא כהרשב"א ובתו"ד כתבו 'דסמך בהיתר אין צריך להרחיק אפי' בגירי דיליה כדתינא הם היה רפת וכו' ואין חילוק בין דירה לשאר לפי המסקנא עכ"ל. ובאו לאפוקי בזה משיטת הרשב"א דרך לדירה מועיל סמיכה בהתר ודירה שאני ולזה כתבו דאין חילוק וכו' הרי מבואר מדבריהם דלהתי' דדירה שאני אין ראייה מהכא דאין צריך לסלק כשסמך בהיתר, ועיין בחי' הגר"נ שתמה על דבריהם כנ"ל דסברת דירה שאני אלא אלא להתיר לסמוך כל זמן שאין ההיזק מוכן אבל אח"כ כשצריך לסלק מאי שנא משאר סומך בהיתר אי נימא דסמיכה בהיתר לא מהניא.

וביאר הגר"נ עפי"ד הקצות דיעויין בקצה"ח [בסי' קנה סקי"א] שביאר דבאמת סמיכה בהיתר אינה מועילה כלל לדעת רש"י לקמן בחרדל, וטעמו של אבוי שאינו צריך לסלק הוא מפני קדימה דבקדם המזיק לניזק זכה בזכות קדימה וחלה הדין שעל הניזק להרחיק את עצמו ואבוי פליג בזה וסובר דאף בקדם המזיק מ"מ על המזיק להרחיק את עצמו ובנזק דדירה מודה לאבוי שעל הניזק להרחיק א"ע היכא דקדם. והשתא מבוארים דברי התוס' שם היטב דלהצד דדירה שאני אין מהכא מקור לדין סמיכה בהתר בגירי.

ובעיקר שיטת הרשב"א יש לעיין דכיון דאף לאבוי צריך לסלק הגפת בזמנו אם כן היכי שרי לכתחילה לסמכם, וכמו דלרבא אינו רשאי לסמוך מתחילה מטעם זה [משום שלא יסלקנו בעתו או משום חזקה כמ"כ התוס' ורבינו יונה והרשב"א עצמו שם לעיל] ה"ה לאבוי לא יסמוך. ועיין ברע"א בקונ' הרחקת נזיקין שכתב דצ"ל דבתרתי פליגי דמלבד דלרבא אסור לסמור בגירי דיליה אף לרבי יוסי חידש רבא טענת התעצמות לרבנן דמשו"ה אסור לסמוך ואהא נמי פליג אבוי. ונמצא לדבריו דבתרתי פליגי. והאבוי עזרי [בקונ' הרחקת נזיקין] הקשה עליו דמנא לה להגמ' כן דפליגי בתרתי ודלמא אין טעמו של רבא אלא מפני היזק המרא. ולכן ביאר דטענת התעצמות אינה אלא כדי לבטל מכאן דין כפיה עמ"ס שאין זה מדת סדום וכמש"נ לעיל באורך אבל היא מצד עצמה אינה מחייבת הרחקה ולכן לאבוי כיון שהיום מותר לו לסמוך דאין טענת נזק במה שיזיקנו למחר אין גם סיבה להרחיק משום התעצמות. ובפשיטות י"ל דאין כאן קושיא כלל דטענת התעצמות עצמה אף אם היא סיבה להרחיק היא נזק מחמת הניזק העתיד לבוא ולאבוי כל זמן שאין הניזק כאן אין מחייב להרחקה ופשוט.

תוד"ה דיקא נמי וכו' קושית התוס' דנימא דבכל הנהו שרי לסמוך והא דקתני לה הכא הוא לאשמעינן דאף בגירי שרי אם היתה קודמת. ועיין במהרש"א שהקשה דהרי הוה מצי לאשמעינן הך חידושא בבור שהוא גירי דיליה כמש"כ התוס' בריש פרקין. ותירץ המהרש"א דבבור אינו גירי אלא לרבא משום סברת כל מרא ומרא אבל לאביי אין נזק הבור גירי. ודברי המהרש"א צ"ע שכבר נתבאר לעיל גבי סלע הבא בידים שמדברי הראשונים כולם מוכח דאביי לא פליג אסברא דכל מרא ומרא אלא דכיון שאין כאן ניזק שרי אף דהוא גירי, ועוד שהרי התוס' לקמן כתבו דכולהו מתני' דפרקין אתיין כרבי יוסי ולהמהרש"א נמצא דלאביי אינו כן ודוחק הוא.

ועוד תימה גדולה בעיקר דברי התוס' שהרי כל המשניות דלעיל כולן גירי הן וכמש"כ התוס' דכולהו פרקין הוא גירי, וגפת גירי היא כדאיתא בתוס' לעיל בהדיא וכן תנור וכולם ואם כן מה חידוש יש ברפת בקר יתר על שאר המשניות.

ולכן פירשו אחרונים [חת"ס חי' הגרש"ש וחזו"א] דלא זו כוונת התוס' כלל דבור אינו גירי אלא דהגירי דבור הוא בשעת סמיכה בלבד אבל הכא הרי יש כאן גירי המתחדש בכל יום גם כשהניזק הוא כאן ולזה יש חידוש מיוחד ברפת ובחנות של נחתומין שאף שעושה הגירי בכל יום מועילה לו הסמיכה שלא יצטרך לסלק הזיקו. ולא זו בלבד אלא ששאר מזיקין כגון גפת לא חשיבי גירי כלל כשקדם המזיק כמש"כ התוס' לעיל דלרבא אליבא דרבי יוסי שרי לסמוך גפת למיצר דאינו גירי כעת ורק הכא שגם אחר ביאת הניזק מחדש מעשיו בכל יום חשיב גירי.

ומדברי האחרונים האלו נראה שפירשו דלרבא אליבא דרבי יוסי אסור לסמוך רפת קודם שיבוא הניזק דכיון שיחדש מעשיו אחר ביאת הניזק חשיב גירי ולא דמי לגפת שאין כאן גירי אלא בסמיכה וכיון שבסמיכה אין ניזק אינו גירי. אך קשה שהרי בתוס' לקמן בדף כה ע"ב מפורש דמותר לסמוך ריחיים אף שמנידים הכותל בכל יום וכדהוכיחו מרפת ומ"מ לרבא לרבי יוסי מותר.

ולכאורה היה נראה לפרש דברי התוס' בפשיטות שעיקר החידוש שמצאו התוס' במתני' דידן אינו בהתר לסמוך כשאין ניזק דבזה גם לרבא שרי לרבי יוסי אלא במה שאינו צריך לסלק הזיקו אח"כ ובזה יש חידוש מסויים ברפת בקר שהוצרך ליכתב, ולומר דמהני סמיכה בהתר בגירי, ולאפוקי מדעת הרשב"א שכתב דלא מהני סמיכה בהתר בגירי לזה כתבה הברייטא דין זה ברפת כדי לאשמעינן דגם בגירי אינו צריך לסלק. והתבונן נא שאותו החידוש שמצאו התוס' דדף כה בברייטא דידן וממנה למדו לריחיים הוא הוא החידוש שכתבו התוס' כאן שבשבילו נצרכה ברייתא זו ליכתב, והרי דבריהם תואמים יחדיו.

אבל עדיין דברי התוס' צריכים עיון שהרי במשנה קמא דפרקין איתא לדין הרחקת תנור ואף הוא גירי המתחדש ומאי שנא תנור כלפי כותל מתנור של נחתומין כלפי העליה כולהו חדא הזיקא הם, וכן בריחיים דמתני' הוי היזק המתחדש בכל יום, וצ"ע רב.¹²⁸

¹²⁸ ויש להעיר עוד הערה ודקדוק גדול בדברי התוס' שכתבו דלכן קמ"ל הכא כיון שהוא גירי ויש חידוש גם אליבא דרבי יוסי ומשא"כ לעיל שאין חידוש אלא לרבנן, והוא תימה למה הוצרכו לתוספת זו דיש כאן חידוש לרבי יוסי, הרי ודאי גם רבנן מודים שגירי דיליה חמור יותר דמהיכי תיתי דפליגי ואם כן ה"ל למימר בפשיטות דהכא ברפת יש חידוש שאפילו שהוא גירי ושווה לא מדי.

ומזה נראה כוונתם ע"ד מהרש"א והיינו דלאביי מבואר בגמ' דשרי אפילו לרבנן ומבואר מזה דלרבי יוסי סובר אביי דפשיטא דשרי כיון שכעת אין גירי ואין חיוב לדידיה בלא גירי וחידוש אביי דאפילו לרבנן וכו' נורבא חולק אפילו לרבי יוסי ומחלוקתם מהקצצה אל הקצה שלא תאמר דסמיכה בהתר תלויה ברבנן ורבי יוסי ועיין במש"כ שם במקומו ודוק והשתא כתבו התוס' דהכא קמ"ל דשרי אפילו בגירי וזה חידוש לרבי יוסי כי כיון שהבור אינו גירי אם כן לא קמ"ל

בגמ' בדאמר ר"פ בלוקה ה"ג בלוקה נחלקו בזה רש"י ותוס': רש"י ביאר שנטע אילן ומכר חצי שדהו והלוקח נטע בור. ועיין בריטב"א שהקשה דהרי מוכר בעין יפה מוכר וכיון דמכר הבור בעין יפה, ע"מ לקוץ האילן מכר, דומיא דאחים שחלקו שאין להם חלונות זע"ז. אכן י"ל דרש"י לשיטתו אף באחים שחלקו אין האחד מהם רשאי לכוף חברו לסתום חלונותיו כמש"כ הרמב"ן שם בדעת רש"י וא"ש.

והתוס' הקשו על פי' רש"י [וכן על הריב"ם] דאם כן אף בבור קדם כגון שחפר בור נטע אילן ומכר את הבור נמי הדין כן דלא יקוץ ותירצו דכה"ג אילן קדם חשיב לה [נוע"ע בקצה"ח סי' קנה סקט"ז בדרך אחרת] ויעויין בקצה"ח [בסי' קנה סק"ג] שביאר בדעת רש"י דבאופן שחפר הבור קודם המכיר חייב להרחיק כיון שהניזק ברשות ולא נאמרה סברת לוקח דרב פפא אלא כשהמזיק ברשות והניזק אינו ברשות. אך עיין בריטב"א שכתב בשם רש"י ונראה מדבריו דמיירי כשהמוכר חפר הבור ואז מכרו, וכהתוס' דלא חלקו בזה.

והתוס' פירשו בשם הריב"ם דמיירי באופן הפוך שחפר בור ומכר חצי שדהו והלוקח נטע אילן, ואפשר דלא פליגי התוס' על רש"י לדינא אלא דמשמעות לשון לוקח מתפרש טפי באופן שכתבו התוס' או דפליגי מטעמו של הריטב"א דמוכר בעין יפה מוכר.

ובשם ר"ת כתבו התוס' פירוש אחר דמיירי בלוקח שלקח האילן מאחר והחזיק בו שלש שנים וטוענין ללוקח. והקשה הקצה"ח [בסי' קנה סקט"ז] דהרי במתני' איתא דספק אם קדם האילן לא יקוץ ולהר"ח על כרחין הכוונה דהוי ספק אם החזיק בה שלש שנים ובודאי בספק חזקת שלש שנים על המחזיק להביא ראיה.

שם בגמ' יש לדקדק לשון קושית הגמ' דלא פריך לרבא מעצם דין המשנה דלא יקוץ אלא היכי משכחת לה והיינו שהגמ' הבינה דיסוד הדין המבואר במשנה הוא דכשהאילן סמך בהתר אין קוצץ אלא דלא ראתה הגמ' אופן שיהיה סמיכה בהתר אלא בקדימה לאביי, אבל לרבא לא משכח"ל, ולזה משני דמשכח"ל בלוקח וכו', ודוק.

סוגיא דחרדל

מהלך הגמ' לדרך רש"י: בגמ' עד שאתה אומר וכו' משמעות מימרא דרבי יוסי שאין חיוב על בעל החרדל להרחיק מחמת שגם הדבורים מזיקות. וסומכים שניהם, או שאומר לו אדרבה הרחק דבוריך וחייב בעל הדבורים להרחיק. אבל אי אפשר לפרש שרוצה לומר שירחיקו שניהם כ"א מחצה כי הלשון משמע שהוא [בעל החרדל] פטור לגמרי. כן מבואר מהמשך הסוגיא בגמ' ובראשונים.

וטעמו של רבי יוסי שפטור בעל החרדל מלהרחיק כיון שגם בעל הדבורים מזיק צ"ב דנימא דירחיקו שניהם. והתוס' פירשו בזה בע"ב על פי המשך הסוגיא, אך רש"י סתם ופירש עד שאתה וכו' שאף אתה נקרא מזיק. ועיין בפירוש רש"י לקמן [בדף כה ע"ב] שכתב וז"ל עד שאתה אומר לי שאני מזיק ועלי להרחיק את עצמי אני אומר לך שאתה מזיק עכ"ל וכע"ז בקיצור ברש"י בסוגיין. וביאר בזה הגר"נ דיסוד חיוב ההרחקה הוא דעל המזיק

מתני' דגם לרבי יוסי שרי לסמוך ושמא לדידיה אסור לסמוך והא דשרו כל הנדו הוא משום דבלא"ה מותר שאינם גירי. ולכן קמ"ל דאם היתה רפת וכו' דגם לרבי יוסי היה ראוי לאסור כי הוא גירי ומוכח דגם לדידיה שרי לסמוך כדאביי בדליכא ניזק.

אך צ"ב כנ"ל שכולם גירי הם ועוד דאדרבה בשעת הסמיכה רפת אינה גירי כמש"כ התוס' גבי גפת בתירוצם השני שלרבי יוסי מתיר רבא כי אין כאן גירי. ואפשר לומר בדוחק שסוברים התוס' שריח הרפת ועשן הנחתומין מקלקל העליה ואף אם יסלקם לא יועיל לו ואין העליה ראויה לאוצר מחמת הריח, וכ"כ הפלפולא חריפתא בדעת הרא"ש דמיד מתקלקל העליה מהריח והוי ככל מרא ומרא, והשתא א"ש דברי מהרש"א היטב דאכל מרא ומרא חולק אביי אבל ברפת מודה שיש כאן גירי כיון שמתקלקל מיד, ומ"מ שרי לדידיה כיון דליכא ניזק, ודוחק.

להרחיק את עצמו אבל כאשר גם הניזק הוא מזיק אין על המזיק חיוב להרחיק מפניו שאף הוא מזיק. ויתבאר עוד בהמשך הסוגיא בשיטת רש"י.

דף יח ע"ב

ואי דלא סמיך היכי משכחת לה קושית הגמ' סתומה וצריכה פירוש וראה ברש"י שביאר [וראה ברש"ש שהגיה ברש"י 'ואית ליה לרבי יוסי' וכו' וכ"ה ברמב"ן] ונתבאר מהלך הדברים בשני אופנים בראשונים: **התוס' והרמב"ן**. מדברי התוס' מתפרש מהלך הגמ' כך: שאי אפשר לומר דהכא מיירי כשבאו לסמוך שניהם בבת אחת כי אז ירחיק כ"א מהם חצי ההרחקה ואין טעם לומר שלא יצטרך בעל החרדל לרבי יוסי.¹²⁹ ובהכרח שקדם האחד מהם, והשתא נחזי אנן דלאביי אפשר להעמידה בפשיטות שקדם בעל דבורים וכפשטה דמתני' [שהרי כן סברה הגמ' להס"ד טעמא דאיכא וכו'] ואז סוברים רבנן שבעל החרדל צריך להרחיק ורבי יוסי סובר שאינו צריך להרחיק. **ופירשו התוס' פלוגתייהו** דלרבנן דמיא לבור שהשני מרחיק הכל ורבי יוסי סובר דכיון הוא עשה קצת שלא כהוגן כשסמך שהרי הוא מזיק לכן אין השני חייב להרחיק ממנו. **אבל לרבא קשיא** שהרי סמיכתו היא כמאן דליתא שלא סמך בהתר ותרווייהו חייבים להרחיק, ואפילו אם נוקמא בסמך בעל החרדל תחילה יצטרך להרחיק אף שגם הדבורים מזיקות את החרדל מ"מ גם הוא מזיק וההרחקה מוטלת על שניהם וקדימה לית ליה.

ודרך זו נתבאר בתוס' לשיטתם שסוברים בסוגיא לעיל דעל השני להרחיק את כל ההרחקה המוטלת עליו, **אבל הרמב"ן פירשה לדרכו** שאינו צריך להרחיק אלא שלשה טפחים ולפי זה מתפרש הסוגיא כך שבעל החרדל טוען לדעת רבי יוסי שלא ארחיק כיון שאתה סמכת וקדמת לא תקבל בזה זכות תביעה להטיל חובת ההרחקה עלי, והא דלא מרחיק לכה"פ חצי ההרחקה כמו בבור בזה ביאר הרמב"ן דהתם יש תועלת בחצי הרחקה שיעמוד הבור לזמן אבל כאן כשמרחיק חצי אין זה מועיל כלום כי הדבורים מגיעות לחרדל כפי שהיה אילולי הרחיק ולכן בטלה חובת הרחקה מכאן. וטעם נוסף כתב בזה דהתם עשה הראשון את כל הנזק כשחפר¹³⁰ אבל הכא החרדל מזיק בכל שעה ושעה ולכן אין בעל הדבורים חייב להרחיק כלל.

ולא נתפרש ברמב"ן טעמייהו דרבנן אליבא דאביי, ועיין ברשב"א שהקשה דאם כן לרבנן הרי בהכרח דבעל חרדל מרחיק רק חצי ההרחקה כדין בור והרי אין תועלת בחצי הרחקה ולמה ירחיק, ולכן חולק הרשב"א על הרמב"ן וסובר דהשני צריך הרחיק הכל וביאר הסוגיא ע"ד התוס'. **ולכאורה צ"ל להרמב"ן** דלהס"ד נמי נקטה הגמ' דלרבנן דבורים לא מזקי חרדל ואף שנתפרש ענין זה בסוף הסוגיא [דמזה דקדקו התוס' שהגמ' בתחילה לא סברה כן] מ"מ גם להס"ד הוא כן.

ורש"י סתם הדברים ולא פירשם והרי הדבר תלוי במחלוקת הראשונים בדעת רש"י בסוגיא לעיל דאם סובר כהרמב"ן אף הכא צריך לפרושי ע"ד זו ואי כהתוס' יתפרשו דבריו ע"ד התוס',¹³¹ ותוס' והרמב"ן פירשו הסוגיא לדרכו של רש"י כ"א לשיטתו. **ולעיל הבאנו מדברי הגר"נ** שפירש דלרש"י אליבא דרבי יוסי אין בעל החרדל חייב להרחיק מפני שאף בעל הדבורים שם מזיק עליו וזה מתפרש טפי כהאופן השני שכתב הרמב"ן לבאר מדוע אינו מרחיק חצי מפני שהחרדל מזיק בכל שעה ושעה, ודוק]

¹²⁹ כך נתבאר הענין ברשב"א וכ"כ התוס' בהמשך דבריהם [וא"ת נוקי פלוגתייהו וכו'] ופשוט, וכן אי אפשר לומר כן לפמ"ש התוס' דרבנן מודו דתרווייהו מזקי אהדידי ואם כן לא היו סוברים שרק בעל חרדל מרחיק.

¹³⁰ וזה לשיטתו במתני' שנוק הבור אינו משום מתונא.

¹³¹ מדברי התוס' והמהרש"א בדף יז ע"ב נראה שתפסו בשיטת רש"י שהשני מרחיק הכל והרמב"ן שם פירש ע"ד רש"י באופן שמרחיק השני חצי וע"ע בחי' הריטב"א שם. ופירשו הראשונים שיטת רש"י כאן לשיטתם בדעתו.

אכן יל"ע לדעת התוס' דאף דמחמת הסברא דהוא עשה שלא כהוגן אין השני חייב להרחיק הכל אבל אכתי קשיא מדוע לא ירחיק לכה"פ חצי ההרחקה כדינו אילו באו שניהם לסמוך בב"א ובודאי שאם היה עושה זה כהוגן היה מרחיק רק חצי ההרחקה ומחמת שעשה קצת שלא כהוגן לא מסתבר שפקע כל דינו.

ואפשר שאף התוס' מודו למש"כ הרמב"ן דאין תועלת בחצי הרחקה [והוצרכו לביאור דשלא כהוגן כדי שלא ירחיק הכל וכשיטתם] **ועיין בחי' רבי אריה ליב שביאר בזה** דכיון שסמיכתו שלא כהוגן אין לו כלל זכות תביעת הרחקת נזיקין מתשמיש זה, רצ"ע.¹³²

ובעיקר הסברא דעשה קצת שלא כהוגן צ"ב וכי בשביל זה יפקע דין הרחקה, **ועוד צ"ב בסברא** דאם כן אף בגירי יהיה הלה רשאי להזיקו. **ועיין בחי' רבי אריה ליב** הנ"ל שביאר דאף שהראשון רשאי לסמוך כשקדם אבל לא נתקן לו הזכות לתבוע הרחקת נזיקין מתשמישיו דלתשמיש כזה ליכא הזכות דהרחקת נזיקין.

בגמ' אמר רב פפא בלוקח רש"י פירש דמיירי שזרע חרדל ומכר חצי שדהו והלוקח בא לשם שם דבורים. ותובע הרחקת החרדל. **וקשה** דלעיל דקדקה הגמ' מלשון המשנה טעמא דאיכא דבורים וכו' והרי כאן היה בעל החרדל קודם, אך צ"ל דלרבא דמרחיק אף כשאין דבורים כלל זה לא ניחא בלשון המשנה אבל הכא מיירי באופן שבא זה לשם הדבורים ורק אז תובע הרחקת החרדל מן הדבורים ששם כעת וזה מתפרש שפיר בלשון המשנה.

אבל קשה דהרי הכא אליבא דרבא קיימינן ואם כן תיכף כשמכר חצי שדהו עוד קודם שסמך זה דבורים לשם יצטרך להרחיק דלרבא אינו סומך בצד המיצר, ולדברי התוס' לעיל גבי גפת לק"מ, דעד כאן לא קאמר רבא דאינו סומך אלא מפני שאח"כ לא ירחיק כמש"כ התוס' אבל מה טעם לחייבו באופן שכבר סמך בהתר להרחיק כעת, כיון דבלא"ה צריך לירד עמו לדין ירד כשיסמוך את דבוריו. **אבל להטעם שכתבו הראשונים** דאינו יכול לסמוך ע"מ לסלק משום דשמא יחזיק קשה הכא אך בפשוטו צ"ל דכ"ז הוא טעם למנעו מלסמוך אבל כשסמך בהתר לא יסלק מטעם זה דמהני סמיכה בהתר כדי שלא יסלק כשאינו מזיק בפועל רצ"ע.

וצ"ב מדוע לא פירש רש"י כפשוטו ולהיפך שקדמו הדבורים ובא בעל החרדל לסמוך וזה מונעו, **ופשוט** דא"א לומר כן דבגמ' פריך מיד אי בלוקח מאי טעמא דרבנן והיינו כיון שנטע החרדל ברשות ואי מיירי באופן הפוך הרי טעמם של רבנן פשוט טובא, אך צ"ב מדוע הגמ' עצמה לא תירצה במוכר והיינו שקדמו הדבורים. **וראה בתוס' שביארו** דאם מיירי באופן שקדמו הדבורים לא היה רבי יוסי חולק ובודאי שבעל החרדל חייב להרחיק אף ששניהם מזיקים. **אך יל"ע בזה לדעת הרמב"ן** שהשני חייב להרחיק רק חצי ההרחקה ובחרדל ודבורים שאין בזה תועלת אינו מרחיק כלל אם כן הוה מצי לשנויי בפשיטות דהחרדל קדם בהתר דלקיחה ובעל הדבורים אינו חייב להרחיק לרבי יוסי כיון שאין תועלת בהרחקתו. [והתבונן נא דבזה מתפרשת המשנה לרבא כמו לאביי בסמך בעל דבורים בהתר אלא דכיון דקדימה אינה סמיכה בהתר צ"ל דמיירי בלוקח והוא ממש כתי' הגמ' לעיל גבי אילן ואם כן פלא מדוע לא תירצה הגמ' כן] **ומוכח מזה** דבאופן דסמיכה בהתר גמורה כגון בלוקח מודה הרמב"ן שהשני מרחיק את כל ההרחקה ולא חציה ולכן אי אפשר לתרץ כך דבהכרח מודה רבי יוסי דכה"ג מרחיק בעל החרדל הכל, ודוק.

בגמ' אמר רבינא קא סברי רבנן וכו' תירוץ הגמ' סתום מאוד דבודאי סברי רבנן דעל המזיק להרחיק א"ע אבל הכא הרי סמך בהתר ולמה ירחיק. **וראה ברש"י שפירש** דעיקר תי' הגמ' שלרבנן שעל המזיק להרחיק

¹³² ויש להתבונן בדבר שלהתוס' או שהשני מרחיק הכל כדעת רבנן וכן בבור מרחיק הכל, או שאינו מרחיק כלום בחרדל כדעת רבי יוסי אבל אין צד שמרחיק החצי שלו, אבל להרמב"ן לעולם מרחיק החצי ואין צד שירחיק הכל או לא ירחיק כלל. [לבד מבתירוצו השני לרבי יוסי דאינו מרחיק]

אף כשסמך בהתר ואפילו בהתר גמור כגון בלוקח חייב להרחיק כשיבוא דבר הניזק. וקשה דלשון הגמ' סתום מאוד לפי זה דעיקר תירוצו של רבינא חסר מהספר, עוד קשה דהמקשן שהקשה מ"ט דרבנן ולא פירש על כרחין היינו משום דמסברא פשיט לן טובא דבסמך בהתר אין צריך להרחיק ולכן הקשה בפשיטות מ"ט וכו' ואם כן היכן התשובה בדברי רבינא לסברת המקשן.¹³³ ומ"מ מבואר ברש"י ובשא"ר דזהו עיקר תי' הגמ' דסמיכה בהתר לא מועילה ולכן לרבנן חייב בעל החרדל להרחיק כשסומך הלוקח את הדבורים. אבל בכל הסוגיא לעיל רווחא שמעתא דסמיכה בהתר מהניא ודלא כהנראה ממסקנת הגמ' כאן ויתבאר להלן

ולא נתפרש ברש"י טעמו של רבי יוסי דלפי זה קשיא דכיון שסמיכה בהתר לא מועילה נמצא דהוי כמו שבאו שניהם בבת אחת ונימא דירחיק כ"א מהם חצי ההרחקה ולמה קאמר רבי יוסי שבעל החרדל רשאי להשאיר במקומו, גם לא נתפרש בדברי רש"י דינו של בעל הדבורים אם רשאי לסמוך או שמא חייב להרחיק אחר שבעל החרדל אינו מרחיק.

ויש בזה מחלוקת ראשונים לדרכו של רש"י: התוס' כתבו להדיא דלתירוצו של רב פפא ולמסקנת הסוגיא חייב בעל הדבורים לרבי יוסי להרחיק הכל.¹³⁴ **ולא נתפרש הטעם בדברי התוס'** מדוע הוא כן ולא נימא דירחיקו שניהם בשוה שהרי סמיכה בהתר אינה מועילה למסקנא.

ועיין ברמב"ן ושאר שנתקשו בזה וכתב הרמב"ן דיש לפרש בדוחק דלרבי יוסי אה"נ אם ירצה בכך יכול לכופו חברו לחצי ההרחקה ומה דקאמר דרבי יוסי מתיר בחרדל היינו שאם ירצה בעל החרדל להשאיר במקומו ולא לכופו את בעל הדבורים להרחיק מחצה רשאי הוא בכך ועיקר חידושו של רבי יוסי שאינו חייב להרחיק הוא הכל. **אך נתקשה בזה הרמב"ן** דאם כן אין צורך לאוקמה בלוקח ובעלמא נמי הדין כן לרבי יוסי שאם בא בעל דבורים לסמוך ולתבוע הרחקה אם ירצו ירחיקו שניהם ואם לאו ישאר בעל החרדל במקומו. **ועיין בר"ן שכתב דאה"נ** ולדעת רש"י אין צורך לקומה בלוקח למסקנא אך הרמב"ן מיאן בזה מפני שהרי"ף פסק למימרא דרבינא ואוקמה בלוקח ועיי"ש בחי' הרמב"ן. **ודברי הראשונים צ"ע** שהרי לא זו בלבד שאין צורך לאוקמה בלוקח אלא דאם נעמידה בלא לוקח גם אין צורך לחדש דלרבנן על המזיק להרחיק עצמו בסמך ברשות ואם כן אין תירוץ לשאלת הגמ' זולת זה בלבד שמתיר דרבי יוסי לאו דוקא ומרחיקין כ"א מחצה אם לא יתרצו ואמאי אמרו רב פפא בלוקח ורבינא דעל המזיק להרחיק את עצמו, ובהכרח צ"ל דכאשר תירצה הגמ' דלרבי יוסי נמי על המזיק להרחיק 'והכי קאמר להו רבי יוסי לרבנן' וכו' חזרה בה הגמ' גם מתירין דרב פפא וגם מדברי רבינא, **וצ"ע**.

ולדרך התוס' צ"ב בסברא מדוע בעל הדבורים מרחיק הכל ונתבארה שיטת התוס' בדברי רבותינו, **יעויין בתשובת הריב"ש** [סי' שעא] שכתב בזה וז"ל ועוד אני אומר שאין המזיק הסומך קודם שיהיה שם הניזק צריך לסלק היזקו כשהניזק יבא אח"כ אלא היבא שהניזק אינו מזיק עתה לדאשון, וכו' אבל אם הניזק גם הוא מזיק אז השני צריך להרחיק ולא הראשון שכך אני מפרש על דרך פירוש רש"י ז"ל וגרסתו מ"ש בגמרא לעולם קסבר ר"י על המזיק להרחיק את עצמו וה"ק להו לרבנן בשלמא הנך תרתי הני מזקי הני והני לא מזקי הני אלא חרדל ודבורים וכו' כלומר ר"י נמי

¹³³ ויש לפרש ובעי"ז בחי' הגר"נ, דיסוד הדין דסמיכה בהתר הוא דלא הטילו חכמים את חובת ההרחקה על המזיק אלא כשבא לסמוך ואז פליגי ארבי יוסי וס"ל דעל המזיק להרחיק, אבל ס"ד דבסמך בהתר מודו רבנן דחשיב כנוטע בתוך שלו ועל הניזקל הרחיק כיון שנטע ברשות, [וכעין סברת גירי דיליה דחשיב טפי עושה שלא ברשות כך כשבא לסמוך מזיק ס"ל לרבנן דעושה שלא ברשות] וקמ"ל רבינא דרבנן סברי דלעולם על המזיק להרחיק א"ע אף כשסמך בהתר.

¹³⁴ ולכאורה ה"ה איפכא דכשסמך בעל דבורים תחילה מרחיק בעל החרדל הכל דמאי שנא. ולפי זה מה דאיתא במתני' דרבי יוסי מתיר בחרדל היינו דוקא כשהחרדל קדם אבל בעלמא מודה דמרחיקין את החרדל [לדבריהם דרבנן דעה"מ להרחיק]

ס"ל כרבנן דעל המזיק להרחיק את עצמו אע"פ שקדם ברשות ולא תועיל לו קדימתו אלא עד שיחיה שם הניזק אלא דר"י פליג עליהו בחדל דבורים דכיון ששניהם מזיקין תועיל לבעל חרדל קדימתו דבשלמא במשרא וירק כיון שהירק ניזק ולא מזיק אין לו להרחיק כלל מן המצר ולכנוס בתוך שלו שהרי אינו מזיק ואז בעל המשרה יש לו להרחיק כדי שלא יזיק לבעל הירק ואין קדימתו מועלת לו ואע"פ שהיתה ברשות כיון שעתה הניזק שם אבל בחדל דבורים כיון ששניהם מזיקין זה את זה ואף בעל דבורים אם היו באין בבת אחת היה לו להרחיק חצי ההרחקה עתה שבעל החרדל קדם ברשות ראוי שתועיל לו קדימתו לגמרי לפי שיכול לומר לבעל דבורים כיון שאני קדמתי ברשות ואתה בא עתה להזיקני הרחק אתה כל ההרחקה כדי שלא תזיקני שעל המזיק להרחיק את עצמו ואני כיון שקדמתי זכיתי ולא ארחיק לעולם שהרי לא היה לי להרחיק אלא כשיחיה שם הנזק ולא יהיה הניזק כאן לעולם כיון שגם אתה מזיק וצריך להרחיק ולפי זה רבי יוסי מתיר בחדל ואוסר בדבורים דמאי דקאמר הרחק דבוריך מן חרדלי דינא קאמר ליה ועתה אין להקשות דהוה ליה למימר מתיר בחדל ואוסר בדבורים שהרי לפי פירש זה אסור דבורים הוא העקר והתר החרדל הוא שתולה ר"י באסור הדבורים וא"כ כבר מפורש הכל בדבריו זה נ"ל אע"פ שהרמב"ן ז"ל לא פירש כן אלא שפי' שניהם כופין זה את זה להרחיק והאמת יורה דרכו. **עב"ל**

ומבואר עיקר טעמו לפי שכל דינו של בעל החרדל להרחיק הוא לאחר סמיכת הדבורים וכיון שהן מזיקות לעולם לא יסמכו ולא יחול עליו חיוב הרחקה. **וכן ביאר הרע"א במערכה** [בתחילתה] בדברי התוס', **וכן מבואר סברא זו בר"י מיגאש** בסוגיין על פי דרכו בהסבר הגמ'.¹³⁵

[ויש מקום לדון בדרך שלישית בדעת רש"י ונאמר דכיון ששניהם מזיקים אין בעל החרדל עוקר ממקומו להרחיק חצי דהועילה לו סמיכתו כיון ששניהם מזיקים אבל גם נאמר שלא יכריח את בעל הדבורים להרחיק כיון שהוא עצמו לא מרחיק אף בעל הדבורים לא ירחיק ויסמכו שניהם על המיצר]

ועולה מסקנת הסוגיא לפירוש רש"י וההולכים עמו דסמיכה בהתר לא מועילה וכיון דקיי"ל כרבא נמצא שאין אדם רשאי לסמוך מזיק סמוך למיצר [אלא דאפשר דלרבי יוסי הוא רק במזיקים ששייך בהו סברת כל מרא וכדלעיל בתוס'] ואף אם סמך בהתר עליו להרחיקו.

והתוס' והראשונים הקשו בזה מההיא דאילן קדם שלא יקוץ ותירצו דאילן שאני כדחזינן גבי בור קדם שנותן דמים. ועיין בתוס' ברמב"ן הטעמים למה אילן שאני.

ויעויין בקצה"ח [סי' קנה סקי"א] **שהקשה** מדאב"י שסובר שרשאי לסמוך סמוך למיצר וכשבא חברו לחפור בור אין הראשון צריך לסלק בורו,¹³⁶ **ועוד הקשה** מרפת בקר דקתני עלה שאם היתה קודמת לאוצר מותר. **ועוד הקשה מרבא עצמו** דבשדה שאינה עשויה לבורות שרי וגם אינו מסלקו לאחר מכן.

¹³⁵ ואמנם הדבר צ"ב דסו"ס מסברא כיון שבעל הדבורים גם יש לו זכות תשמיש וקדימתו של זה אינה מועילה מה טעם נמנענו מלסמוך בשביל שהוא מזיק את בעל החרדל והסברא הפשוטה שירחיקו כ"א מחצה, ובאמת יש לדקדק בלשון הריב"ש שכתב דלזה מועילה הסמיכה, וצ"ב.

ולעיל בפנים הערנו לדעת רבא מדוע מיד כשקנה הלוקח טרם סמך דבוריו לא יוכל לסלק החרדל לדעת רבנן, וע"כ דלזה הועילה הסמיכה וביאור הדבר דכל תשמיש שעלול להזיק אסור לסמכו אבל כשסמך אם הוא מזיק בפועל על חל עליו חיוב הרחקה ולכן כל זמן שבפועל אין כאן נזק אי אפשר לתבעו להרחיק אבל בעל הדבורים שבא לסמוך אין חיובו להרחיק רק כשסמך בפועל אלא חיוב קודם יותר שלא לסמוך תשמיש המזיק [שהרי חיוב זה לפי רבא הוא גם בלי היות הניזק כאן] ולכן נשאר בעל החרדל במקומו ובעל הדבורים אינו סומך, ודוק.

¹³⁶ אין הדבר מפורש בתלמוד שבעל הבור הראשון אינו חייב לסתמו כשבא השני, אך בדברי הראשונים בסוגיא לעיל הוא פשוט טובא, אך יתכן עדיין דכאשר חזרה בה הגמ' וחדשה דסמיכה בהתר לא מהניא אם כן גם בבור יסתום אך היה פשוט להקצות דבדאי כשאמר אב"י סומך בורו אין הכוונה שיתמנו אח"כ.

ובפשוטו אין כאן מקום לקושיא מבור כלל שהרי לדעת רש"י עצמו כתבו התוס' דבעל הדבורים מרחיק והיינו על כרחין משום דבשניהם מזיקים מהני סמיכה בהתר למנוע השני מלסמוך כמו שנתבאר לעיל ואם כן בשני בורות השני מרחיק. ועיי"ש בקצות שכתב כן בתו"ד.¹³⁷

ומה שהקשה מרפת בקר יעויין בתוס' לקמן [דף כה ע"ב] ששם כתבו להוכיח מרפת בקר דסמיכה בהתר מועילה והוסיפו בזה 'ואין חילוק בין דירה לשאר לפי המסקנא' וכוונתם ברורה דלפי 'הר"ח בתוס' דהדרה בה הגמ' בדעת רבא אין צורך לחלק בין דירה לשאר. הרי מבואר מדבריהם דלהסוברים דיש חילוק בין דירה לשאר - והיא היא שיטת רש"י - אם כן ניחא דברפת בקר קדמה מותר מפני שדירה שאני.¹³⁸ ואם כן אין מקום לקושיא כלל.

ולפי זה כללל דסוגיין לדעת רש"י אליבא דהתוס' דסמיכה בהתר כאשר השני ניזק לעולם אינה מועילה חוץ מאילן מטעמם של הראשונים ומרפת משום דדירה שאני. והיכא דשניהם מזיקים מועילה הסמיכה והשני מרחיק כל ההרחקה מהטעם המבואר בריב"ש שאין השני רשאי לסמוך ולסלק הראשון מחצה.¹³⁹

אכן לדרך הרמב"ן ושאר בשיטת רש"י דלמסקנא שניהם מרחיקים בשוה ומתיר דרבי יוסי לאו דוקא בזה יקשה טובא דאם כן נמצא שאין סמיכתו מועלת לו כלל ומאי שנא מבור שהשני מרחיק מחצה [להרמב"ן לשיטתו] ואין הראשון חייב לעקור בורו ולסלקו, ואמנם לדרכם הרי אין צורך למסקנא לומר דסמיכה בהתר לא מהניא דאחר שקיבלנו דהא מתיר רבי יוסי היינו אם ירצו שניהם אם כן אפשר לאוקמה כשסמך באיסור או כשבבאו בבת אחת, ואין בידינו דבר ברור בהבנת שיטת הראשונים בדעת רש"י, וצ"ע.

שיטת הר"ח ור"ת ראה בתוס' שכתבו דלהר"ח גרסינן 'אלא אמר רבינא' והדרינן בן משינויא דלוקח ומסקנת הסוגיא דרב מודה לאביי בכל המזיקים חוץ מבור משום הסברא דכל מרא ומרא דמטעם זה אסור לרבא לסמוך בור אצל המיצר כיון שמזיקו עכשיו אבל בשאר מזיקים שרי. ועייין בתוס' לקמן [דף כה ע"ב] שכתבו דלמסקנת הסוגיא כאן אין צורך יותר לטעם דדירה שאני וכוונתם לפירוש הר"ח כאן דלמסקנא מודה רבא בכל הנהו דלית בהו טעמא דכל מרא שמותר לסמוך ולכן מן הדין מותר לעשות רפת בקר קודם שיש שם חנות.

ועייין ברמב"ן במלחמות שהקשה לדרך זו דאם כן מאי קאמר דקא סברי רבנן על המזיק וכו' הרי עיקר החידוש אינו כלפי פלוגתא דרבי יוסי ורבנן אלא נתחדש דרבא סובר דמותר לסמוך וכאביי ומה ענין כאן לרבנן. ועוד קשה דמה לו לרבינא לבאר ולחדש הטעם הרי הדין מבואר לדעת אביי ולא אמרנו אלא דמודה רבא לאביי ומה יש להוסיף ולבאר דעל המזיק להרחיק את עצמו.

¹³⁷ אך הקצות נתקשה בזה כיון דהתינוח להשיטות שהשני בבור מרחיק הכל אבל להרמב"ן דמרחיק חצי אם כן כאשר השני נמצא וחפר בורו יכריח הראשון להרחיק את חציו דכל טעמם של התוס' בדעת רבי יוסי שהראשון אינו מרחיק הוא מפני שהשני מרחיק הכל כמש"כ הריב"ש אבל אם מרחיק חצי ירחיק הראשון חצי.

ואמנם היא קושיא גדולה אבל אין כאן מי שמוקשה כי התוס' לשיטתם ולהרמב"ן בלא"ה מהלך הגמ' לדעת רש"י הוא באופן דגם בלוקח מרחיק חצי וקשיא טובא מבור גם בלא החשבון זה וראה להלן בפנים.

¹³⁸ ואמנם בסברא צ"ב דדירה שאני הוא טעם לסמוך כשאין ניזק אבל לא טעם שלא לסלק הזיקו ועייין בסוגיא לעיל במקומה מש"כ בזה שם בס"ד. ולכן מיאן בזה הקצות ורק לאחר שחידש משנתו דקדימה אינה מדין סמיכה בהתר היה לו ניחא לתרץ דדירה שאני, ודוק.

¹³⁹ וכל זה לדעת התוס' לשיטתם שבבור השני מרחיק הכל וכיון שהוטל עליו דין ההרחקה ממילא אינו יכול לעקור הראשון שסמך בהתר. אבל לדעת הרמב"ן לעיל דהשני מרחיק חצי ההרחקה אם כן גם אם נפרש בסוגיין כהתוס' בדעת רש"י יקשה עדיין מבור דסו"ס כיון שהשני מרחיק רק חצי ההרחקה אם כן הראשון ירחיק נמי דסמיכה בהתר אינה מועילה אחר שהשני סומך בפועל, וכמש"כ הקצות חשבון זה.

ועיין בחי' הגר"נ שביאר בזה דבאמת טעמים של אביי ורבא חלוקים גם למסקנא ואף בשאר מוזיקים דלאביי שרי לסמוך לא מדין סמיכה בהתר אלא מדין קדימה וכמש"כ הקצות דכיון שקדם בתשמיש זכה בו ופקעה ממנו תביעת הרחקה, אבל לרבא אינו כן אלא כיון דסמך בהתר אין עליו חיוב הרחקה. ושורש מחלוקת זו בפלוגתייהו גבי בור דודאי גם אביי מודה למציאות דכל מרא ומרא שמתרפית הקרקע אבל סובר אביי שכיון שכל נזק הקרקע הוא לענין בור העתיד לבוא כיון שקדם המזיק וחפר בור זכה בזכות קדימה שיהיה הבור לו ולא לחברו ולכן לא איכפת לן שמזיקנו כעת במניעת הבור העתיד. אבל רבא חולק וסובר דליכא דין קדימה כלל ולכן סובר רבא להס"ד קודם חידושו של רבינא שאסור לסמוך בין בשאר מוזיקים בין בבור כי בכולם כשסומך כעת מזיק אותו למחר כמבואר בסוגיא דלעיל [ואין יכול לומר שיסלק למחר מפני טענת התעצמות].

ובזה בא רבינא וחידש חידוש בדעת רנן אליבא דרבא דעל המזיק להרחיק את עצמו ולכן מהני סמיכה בהתר והיינו דאף לרבנן דרבי יוסי שצריך להרחיק גם בנזק שאינו בידים ואינו גירי דיליה אבל כל זה כשהוא מזיק דייקא אבל קודם בוא הניזק אין מניעה מלסמוך וכיון דסמך סמך. ויש כאן התר סמיכה חדש לרבא שאינו ההתר דאביי והתר זה מהני בשאר מוזיקים ולא בבור.

ודקדק הגר"נ בלשונם של תוס' לקמן [בדף כה ע"ב] שכתבו דאין חילוק בין דירה לשאר למסקנא וביאר דאין כוונתם דרבא למסקנא כאביי אלא דלאביי אין צורך לסברת דירה שאני לפי שזכה בקדימתו וטעם זה ליכא לדעת רבא אבל כתבו התוס' דמ"מ אין צורך למסקנא לדעת רבא לטעם דדירה שאני כיון שיש לו התר לסמוך.

וע"ע בחי' הגר"נ מה שביאר בזה החילוק בסברת שלא כהוגן בין אביי לרבא עייש"ה.

שיטת הרא"ש בדין סמיכה בהתר ויעויין בחי' הרע"א [במועתק מתשובה סי' קנה קונטרס הרחקת נזיקין] שכתב דלדעת הר"ח ור"ת מהניא סמיכה בהתר למסקנא ופליגי בזה על שיטת רש"י. והוכיח כן הרע"א בשלש ראיות ברורות: א) שהרי למסקנא דלא מיירי בלוקח טעמים של רבנן דצריך להרחיק החרדל כי בעל דבורים קדם ואילו לרבי יוסי כיון שבעל דבורים אף הוא מזיק ועשה שלא כהוגן אין צריך להרחיק. אבל קשה דהטעם שיכול היה לסמוך בעל הדבורים כי מודה רבא במקום דליכא סברת כל מרא אבל עתה שבא בעל החרדל למה לא ירחיק גם בעל הדבורים על כרחך משום דסמיכה בהתר מהניא. ב) ממה דאיתא בתוס' דרבא מודה לאביי [בהנהו דלית בהו כל מרא] משמע דמודה לגמרי ורשאי לישראל שם כמו לאביי.¹⁴⁰ ג) מדברי התוס' הנ"ל לקמן [בדף כה] שכתבו להדיא דסמיכה בהתר מהני וגבי פאפי יונאה שאני דלא קביעא תשמישתייהו.

ודברי רע"א צ"ב מדוע חיפש כלל ראיות לזה הרי מפורש בגמ' בקושיא 'אי בלוקח מ"ט דרבנן' והיינו משום סמיכה בהתר ואם כן ברור דהגמ' נקטה לדבר פשוט דמהניא סמיכה בהתר ואך לפי רש"י דזה גופא תירוץ דרבינא דעל המזיק וכו' דלא מהני התר אבל לר"ח שלא פירש כן אם כן בהכרח דסמיכה בהתר מהניא. אך דברי הרע"א פשוטים דהיה פשוט לו דבלוקח שיש התר גמור ודאי מהני סמיכה ומה שטרח להוכיח בדעת הר"ח הוא בהתר דקדימה דאף בזה מהני סמיכה בהתר לר"ח, וכן מבואר להדיא מדברי הרע"א להלן בקונטרס בד"ה ולפ"ז]

¹⁴⁰ וצ"ב מנא ליה להרע"א דלאביי עצמו מהני סמיכה בהתר, ואפשר שראיתו מבור אבל בשניהם מוזיקים אף לרש"י מהני סמיכה בהתר, ואי מכח הסוגיא דלעיל [גבי רפת שקדמה ואילן שקדם] אם כן גם מוכח שם דלרבא מהני סמיכה בהתר, וצ"ע.

ולכאורה יש להוסיף שתי ראיות ברורות בזה: האחת ממה שכתבו התוס' לדעת רש"י צריך לידחק ולחלק בין אילן לשאר מזיקין אבל לדעת הר"ח אין צורך לידחק. ובאילן הרי מפורש במשנה דמהני סמיכה בהתר וזה עיקר מעלה שמצאו התוס' בפ"י הר"ח יתר על פירושו של רש"י. נראה בהערה לעיל מש"כ בד' הרע"א בזה] ועוד מוכח כן מהסוגיא לעיל גבי דירה שאני.¹⁴¹

ומכח זה נתקשה הרע"א בדברי הרא"ש שבסוגיין כתב ככל דברי התוס' בשיטת הר"ח ומוכח דמהני סמיכה בהתר למסקנא וזה נסתר מארבעה מקומות בדברי הרא"ש: (א) מדברי הרא"ש לעיל גבי פותח חלון לחורבת חברו שדן הרא"ש שם דכיון שאינו יכול למחות אין לו חזקה וכשיבנה זה חורבתו יכופנו לסתמו. ואם איתא דמהני סתימה בהתר מדוע באמת יוכל לכופו לזתמו הרי סמך בהתר וזכה בה ככל מזיק הקודם לניזק. [ועיין ברע"א מש"כ לדון בראיה זו] (ב) מדברי הרא"ש לקמן גבי פאפי יונאה שדן שם מדוע אין להם חזקה ומבואר מדבריו דצריכים לסלק הזיקם כאשר יבנה זה האפדנא שלו ואמאי הרי סמכו בהתר.¹⁴² (ג) הקשה הרע"א בשם הפנ"י בתשובה מדברי הרא"ש המובאים בטור [בס"י קנר ס"ח] ששרי לאדם לפתוח חלון לרה"ר כנגד רשות חברו דזכה מההפקר עיי"ש וקשה מדוע הוצרך להאי טעמא הרי קדם וזכה בקדימתו. (ד) מדברי הרא"ש להלן [ס"י ו] שכתב לדינא דרפת בקר קודמת לאוצר והוסיף 'ואע"ג דהו גיריה דיליה משום דדירה שאני' עכ"ל וזה להדיא שלא כדברי התוס' שכתבו דלמסקנא אין צריך לטעם זה לפי שמהני סמיכה בהתר.

ובפשוטו היה נראה דבגירי המתחדש סובר הרא"ש דלא מועיל סמיכה בהתר לפי שאין חיובו מכח הסמיכה בלבד ככל גירי [כגון גפת וכיו"ב] אבל בגירי המתחדש כמו עוצרי שומשום שבטחינתם מריעידם בידים בכל יום את הכותל וכן בהיזק ראייה שמסתכל בכל יום וברפת בקר שמכניס פרותיו ומתחדש הריח בכל יום בזה לא מהני הסמיכה קודם ששהיה הניזק להתיר לו להמשיך להזיק בידים. וכתב הרע"א דאי אפשר לומר כן בדעת הרא"ש כיון שהטור כלל בסוף דבריו לכל המזיקים יחדיו וכתב דבכל הנהו חוץ מבור שרי לסמוך באין הניזק קיים ומשמע דכולהו חד דינא אית להו ואין לחלק בין גירי המתחדש לגירי בעלמא.

ולכן כתב הרע"א דבהכרח לדעת הרא"ש והטור בכל מידי דגירי לא מהני סמיכה ורק באילן וחרדל שאינם גירי דיליה הוא דמהני סמיכה בין לאביי בין לרבא אבל בשאר מזיקים לא ולכן מותר לסמוך גפת כשאין כותל אבל צריך לסלק הגפת אח"כ כשיבוא הניזק [נטענת התעצמות ליכא למסקנא עיי"ש ברע"א בהסבר הדברים]

ודרך זו שחידש הרע"א בדברי הרא"ש היא היא שיטת הרשב"א לעיל בע"א גבי דירה שאני [בד"ה ועוד נ"ל] שכתב שם הרשב"א דבגירי דיליה לא מהני סמיכה בהתר וכתב דכ"ש בגירי המתחדש דלא מהני סמיכה בהתר.

¹⁴¹ שהרי בברייתא מפורש דאם היתה רפת בקר קודמת לאוצר מותר הרי להדיא דמהני סמיכה בהתר ואמנם אפשר לומר דדירה שאני אבל הרי בגמ' איתא דיקא נמי דקתני עלה וכו' ונתקשו רש"י ותוס' מהו הדיקא נמי והיכן הראיה דדירה שאני, ואם נאמר דסמיכה בהתר לא מהני הרי הראיה ברורה ופשוטה ממה שמהני סמיכת דירה אלמא דירה שאני, ומדלא פירשו כן הראשונים מוכח דסמיכה בהתר מהניא גם בשאר מזיקים, ולרש"י אמנם פשוט דהוא כן להס"ד אך מדברי התוס' שם מוכח דמהני סמיכה בהתר גם למסקנא שהרי בזה אין שינוי בין הס"ד למסקנא כמש"כ לעיל בפנים.

¹⁴² הרע"א לא פירש כאן קושיתו שהרי התוס' כבר עמדו בזה ותירצו דלא קביע תשמישתייהו ומאי קשיא ליה להרא"ש, אך נראה שכוונתו דממה שדן הרא"ש לומר שיש להם חזקה מוכח דקביעא תשמישתייהו דאל"כ לא שייך בזה חזקה.

וכל זה שייך רק לדעת הרמב"ן הסובר דאף גפת ושאר מזיקים חשיב כגירי אפילו כשסמכם בטרם בוא הניזק אבל לפמ"ש התוס' לעיל דגפת מודה רבה דמותר לסמוך לרבי יוסי לפי שאינה גירי דיליה דבשעת סמיכה לא הזיק ומרא ומרא לא שייך בה אם כן אי אפשר לומר דלא מהני סמיכה בכל גירי [לבד מגירי המתחדש דבזה ודאי הוי גירי] ולכן כתב הרע"א דבהכרח שהרא"ש סובר בזה כהרמב"ן ודלא כהתוס'.

אבל דברי הרע"א צע"ג דיעויין בתשובת הרא"ש [כלל צח ס"י והובאה בטור בסי' קנד] גבי ראובן שהיו חלונות ביתו פתוחים לביתו של שמעון ואחרי בית שמעון היתה גינה של לוי ונפל ביתו של שמעון ונמצאת גינתו של לוי גלויה לחלוותיו של ראובן וניזוקת בהיזק ראייה. וכתב שם הרא"ש דלדעת רש"י דלמסקנא לא מהני סמיכה בהתר ודאי חייב ראובן לסתום חלונותיו אבל לדעת הר"ח מהני סמיכה בהתר והיה ראוי שיזכה בחלונות, ודחה הרא"ש דעד כאן לא אמרה הגמ' דמהני סמיכה בהתר למסקנא אלא כאשר קדם בעל החרדל לבעל הדבורים משום שבעל הדבורים לאו כל כמיניה לסמוך ולחייב את זה להרחיק שיכול לעשות תשמיש אחר בשדה ולא יפסיד שדהו אבל כאן שמפסיד תשמיש גינתו לגמרי בזה לא מועיל סמיכה בהתר.

הרי מפורש ומבואר בדבריו להדיא: חדא דבכל מזיקין ואפילו גירי ואפילו גירי המתחדש מהני סמיכה בהתר [עכ"פ בלוקח]. וגם למדנו טעם חדש בהאי דינא דסמיכה בהתר דהוא משום דלאו כל כמיניה דהניזק לסמוך והכריחו להרחיק. ועוד למדנו דהטעם בהיזק ראייה דלא מהני סמיכה בהתר הוא משום דמפסיד כל תשמישו בכך ולא קשיא משני המקומות שהקשה רע"א מהיזק ראייה, וכן גבי פאפי יונאה יש לדון שאינו יכול למנעו מלבנות אפדנא כי מיירי בחצר העומדת לבנין ולא יוכל לעשות בה דבר אחר, ועדיין קשה גבי עליה שכתב הרא"ש דדירה שאני, ולמה לא נימא דלאו כל כמיניה לעשותה אוצר ולהכריחו להרחיק, וי"ל עפמ"ש הראשונים דאם עושה בעל העליה דירה כ"ש שחייב התחתון להרחיק רפתו [ודלא כהר"י מיגאש] וקמ"ל מתני' דאפילו מאוצר מרחיק ואם כן א"ש דאם יעשה זה רפת לא יוכל הניזק להרחיק אלא תשאר עליתו ריקה ונטושה.

ומכאן קושיא על רבינו הרע"א שנקט דלהרא"ש לא מהני סמיכה בהתר בגירי ובדברי הרא"ש כאן משמע דמהני. ותגדל התמיה שאנו רואים שהרע"א מביא בהמשך דבריו [בד"ה ולזה נראה לענ"ד וכו'] את דברי הרא"ש אלו ודן בהם ולא חשש כלל לסתירה לדרכו מדברי הרא"ש. ומבואר מדבריו שלמד שדברי הרא"ש אלו מיירי בסמיכה בהתר גמור כגון לוקח דבזה מהני סמיכה בהתר אף בגירי אבל לא בקדימה אך משמעות לשון הרא"ש אינה כן כי כלל בחדא מחתא סמיכת הדבורים בהתר לר"ח בלא לוקח לסמיכת החרדל בהתר דלוקח לרש"י¹⁴³ וצ"ע.¹⁴⁴

בחז' הגר"נ הקשה בסתירת דברי הרא"ש שהרא"ש בפסקיו כתב למסקנא טעם דדירה שאני אף שפוסק כר"ח דרבא מודה לאביי בשאר מזיקים, ואולם יעויין בשטמ"ק [בדף יח ע"א] בשם תוס' רא"ש שכתב דלאביי עצמו אין צורך לטעם דדירה שאני. וקשה דאם רבא כד מודה לאביי בעי לטעם דדירה שאני - ומהטעם שכתב הרע"א דבגירי לא מהני סמיכה אם כן מדוע לאביי לא בעינן לטעם דדירה שאני.¹⁴⁵

¹⁴³ ומה שנקט הרא"ש בדבריו גם להר"ח הסוגמא של סמיכת חרדל קודם הוא לרבותא דגם בזה בהתר דלוקח אינו אלא כאשר השני יכול להשתמש באופן אחר עיין היטב בלשון הרא"ש ודוק.

¹⁴⁴ ואם כי הוא דחוק שהטור לא הזכיר חילוקו של הרא"ש וסתם בכל מזיקין דמהני סמיכה וכקושית הרע"א אבל הרי בהכרח לכה"פ בלוקח חילוק זה של הרא"ש קיים וברור והטור בסי' קנה לא הזכירו כלל וגם השוהה התר דלוקח להתר דקדימה כש"כ הרע"א בעצמו ועל כרחין שסמך על דבריו בסי' קנד, וצ"ע.

¹⁴⁵ ובאמת שאין כאן קושיא כ"כ כי כבר כתב הרע"א שדרך התוס' רא"ש להעתיק דברי התוס' גם כשאין הדברים מתאימים לשיטתו. ועיקר הראיה הוא מכ"ד הראשונים שנתחבטו לבאר ראית הגמ' דדיקא נמי ולא פירשו דהראיה

וביאר הגר"נ לדרכו המובאת לעיל דלאבוי אינו מדין סמיכה בהתר אלא מדין קדימה רשאי המזיק לסמוך כשאין ניזק וזוכה בזכות להיות שם ועל הניזק להרחיק עצמו וממילא אף בגירי דיליה הוא כן ורק לרבא דמדין סמיכה בהתר יכול לישאר בזה סובר הרא"ש דלא מהני סמיכה בגירי כדרך הרע"א. **ולהאמור לעיל** מתפרש כנ"ל דהסמיכה אינה מועלת אלא כשהניזק יכול להרחיק בלי לבטל תשמיש שדהו אבל לאבוי אף במקום ביטול תשמיש זוכה הראשון והשני מרחיק.

שיטת הר"י מיגאש יעויין בחי' הר"י מיגאש במה שביאר בסוגית הגמ'. בקושית הגמ' פירש הר"מ דבשלמא לאבוי נחא היינו באופן שהחרדל קדם ונדלא כשא"ר שפירשו דכל שלא העמדנו בלוקח מיירי בקדימת בעל הדבורים וכפשטות לשון המשנה ולרבנן מרחיק לאבוי אע"פ שקדם אבל לרבי יוסי כיון ששניהם מזיקים לא ירחיק בעל חרדל ואדרבה בעל דבורים ירחיק. אבל לרבא קשיא לן היאך קדם הראשון **ומבואר מדבריו חידוש גדול** דאף לאבוי לא מועילה סמיכה בהתר כלל נבהתר דקדימה אבל בלוקח מהני כדמבואר בדבריו להלן ולא רק למסקנת הסוגיא אלא דכן הוא הסברא לכל מהלך הסוגיא. **וקשה מבור** דהשני מרחיק ולא הראשון אך מזה לק"מ כיון ששניהם מזיקים. **ובאילן קדם** שאינו מרחיק צ"ל דאילן שאני כמש"כ הראשונים. **אך קשה מרפת בקר** דאיתא בתוספתא שכשקדמה לאוצר מותר, **והיה אפשר לומר** דהטעם הוא משום דדירה שאני ויתפרש סוגית הגמ' לעיל דיקא נמי וכו' שהראיה פשוטה ממה אינו מסלק כשהיתה הרפת קודמת מוכח דדירה שאני אף לאבוי, **אבל קשה** שהר"י מיגאש עצמו בסוגיא לעיל נראה מדבריו שלא פירש שם כן וצ"ע. **ולדרך הר"מ** כל קושיות הגמ' טעמא דאיכא כותל וכו' הן דלרבא אינו רשאי לסמוך אף לשעה ואילו לאבוי שרי לסמוך ויסלק כשיבוא הניזק.¹⁴⁶

ומשני א"ר פפא בלוקח ולהכי קדם הראשון לרבא ומתמהינן על זה דבלוקח ודאי לא ירחיק אף לרבנן וכו' והיינו דבלוקח גם לדעת הר"מ הדין פשוט דמהני סמיכה בהתר שלא ירחיק, ולכן נדחו דברי רב פפא.

ומשני אלא אמר רבינו וכו' ובזה באו דברי הר"י מיגאש סתומים מאוד שכתב דנדחו פירוקי הגמ' לעיל כי מוכח ממתני' דשרי לסמוך בצד המיצר, ורבינא פירש הטעם דעל המזיק להרחיק עצמו אבל כשאינו מזיק אינו חייב להרחיק, ואין בזה נזק לניזק כי כשיבוא הניזק יסלק זה עצמו. ומשמע דטעמו של רבי יוסי נשאר כשהיה דבשניהם מזיקים מהני הסמיכה. **ולא פירש הר"מ** אם כן מדוע לא איתותב רבא מהך קושיא ומאי שנא בור מהנך, גם לא נתבאר מהו שהוסיף רבינא טעם בדבר הרי כבר אבוי אמרה ופירשה דשרי לסמוך בצד המיצר. **ועיין בחי' הגר"נ** שפירש שיטת הר"מ בדרך דומה לפירושו בשיטת הר"ח והיינו דלרבא הטעם שמותר לסמוך הוא מפני שאינו מזיק כעת ואילו לאבוי משום דבדליכא ניזק ליכא תביעת הרחקה ולכן פליגי בבור ולא בשאר מזיקים עיי"ש בכל דבריו בזה.

ועיין ברמב"ן במלחמות שפירש מסקנת הסוגיא להר"מ דרבי יוסי אינו מתיר אלא שניהם חייבים בהרחקה ולכאורה אין הדברים מתאימים עם הנמצא בחי' הר"מ אך נראה שהרמב"ן פירשה על דרך הר"מ ואין

פשוטה ממה שיכול בעל הרפת לישאר במקומו אלמא סמיכה מהניא, אך אפשר בדוחק דהרא"ש פליג בזה על הראשונים.

¹⁴⁶ וצ"ע בשורש פלוגתייהו דאבוי ורבא שהרי אף לאבוי ההתר הוא לשעה ואם כן לרבא ע"כ דאינו סומך משום טענת התעצמות [או חזקה] והא דפליגי בזה הוא משום דנזק לתשמיש עתידי אינו מחייב הרחקה. אך גם לאבוי דאיו חייב בהרחקה לא זכה בשום דבר וכשיזיק יסתלק. אך קשה היאך שרי לדעת אבוי אף חפירת בור אף שכעת מזיק בידים התשמיש דלמחר ואפשר דמ"מ כל זמן שאין התשמיש בעולם רשאי להזיקו, ואחר שיבוא תשמיש חברו מה שעשה עשוי, או דכיון שבלא"ה אחר שסומך זה בהתר אין חברו רשאי לחפור בור שרי גם לרפות הקרקע, וצ"ע.

אלו דברי הרי"מ עצמו [עיין בלשונו שם 'וגם זה הדרך עולה וכו' וגם מש"כ הרמב"ן לעיל בפי' קושית הגמ' דרבי יוסי על הניזק ס"ל אינו מתאים עם שיטת הרי"מ מיגאש עצמו וכפה"נ דלכן נטה מפ"י הרי"מ מיגאש במסקנת הגמ']

דף כ ע"ב

מתני' לא יעמיד אדם וכו' משלם מה שהזיק בטעמו של ר"ש שפוטור מלשלם יעויין היטב בגמ' בב"מ [דף קיא ע"ב] דאיתא התם דרבי שמעון קאי בחדא שיטה עם רשב"ד ורבי יהודה וכולהו ס"ל דכל מקום שנתנו לחכמים רשות והזיק פטור מלשלם. ובפשוטו משמע דאינו מצד פטור אונס שהשלים שמירתו אלא היה ראוי שיתחייב אלא כיון שנתנו לו חכמים רשות איתכיל בזה גם פטור מתשלומים אם הזיק ולא מן הדין אלא מרשות חכמים. ועיין ברשב"א בסוגיין שכתב דלר"ש פטור מפני שהוא אנוס וקשה דבגמ' בב"מ מוכח דאינו מטעם זה והרשב"א עצמו הביא בתו"ד דברי הגמ', וצ"ע.

ויל"ע בכל האופנים שהוזכרו בסוגיא שם אם כשנתנו לו חכמים רשות חייב עדיין לשמור על נזקיו או שפטור משמירה. ומצינו שנחלקו בזה הלבוש והסמ"ע [בסי' תיד] גבי מתני' דפותקין ביבותיהן בימות הגשמים שהותר לו לאדם לשפוך מי ביבו לרה"ר ופליגי התם תנאי, דלדעת ת"ק אם הזיק משלם ולדעת רבי יהודה פטור, ומפורש בגמ' בב"מ הנ"ל דהא דרבי יהודה ודר"ש דידן שיטה אחת היא. ודעת הלבוש דחייב לשמור על המים ששפך ודעת הסמ"ע שם שפטור. ועיין במאירי בשבת [בדף כא ע"א] שמבואר מדבריו כהלבוש וז"ל שאף העושים ברשות צריכים ליזהר שלא להזיק וכמו שאמרו באלו שפותקין ביבותיהן בימות הגשמים שאף על פי שברשות הם עושים אם הזיק חייב לשלם עכ"ל. ומשמעות דברי הרי"ף והראשונים בסוגיא דידן כהלבוש, ראה להלן.

ויש לעיין לדעת הסמ"ע שפטור משמירה אם כן מדוע אם הזיק משלם לת"ק וכמו שהקשה המאירי, ולאידך גיסא לדעת הלבוש קשיא איפכא דאם חייב לשמור ופשע בשמירתו מאי טעמייהו דר"ש ורבי יהודה דפטרי הרי לא נתנה לו הרשות אלא לשפוך ולהעמיד תנור אבל חייב לשמור וכיון שלא שמר למה לא ישלם, וצ"ע.

ובעיקר דין המשנה לת"ק צריך ביאור שאם הרחיק כפי שצויו עליו חכמים להרחיק אם כן אנוס הוא בנזקיו ולמה ישלם. ונראה שנחלקו בזה ראשונים כמו שיתבאר להלן.

יעויין במשנה בב"ק [דף סא ע"ב] שמבואר שם שיעורי הרחקה שונים לאש ובכולם אם הרחיק כדינו פטור. והקשה הרי"ף מאי שנא ממתני' דידן דחייב להרחיק ומ"מ אם הזיק משלם מה שהזיק [לדעת חכמים] ותירץ הרי"ף דהכא שאני לפי שהוא נזק תדיר ובעי ליה לעיוני אבל התם שעושה דילקהל צורך שעה אם הלכה והזיקה מכת שמים היא ופטור עיי"ש.

ויעויין בנתיה"מ [בסי' קנה סק"א] שפירש דבריו דהתם שיעור ההרחקה שנתנו חכמים הוא גדול כ"כ שאין לחוש כלל שיזיק ולכן פטור אבל כאן אם היו נותנים חכמים שיעור שכזה אי אפשר היה לדור בבית ולכן נתנו שיעור כזה שעלול עדיין להזיק וכיון שבבית אפשר לשמרו בקל התיירו לו להרחיק שיעור זה וחייבוהו בשמירה ולכן משלם מה שהזיק. ועיין בקצה"ח שכתב דלולי דברי הרי"ף יש לפרש דהכא השיעור הוא כזה שגם אחר שהרחיק אפשר שיזיק וכו' עיי"ש והם הם דברי הנתיה"מ בכוונת הרי"ף אלא שהקצות כתב דיש לומר כן אילולי דברי הרי"ף ומשמע שהבין שלא זו כוונת הרי"ף

ויש לפרש בכוונת הרי"ף באופ"א דבתרווייהו השיעור הוא כזה שאין הנזק מצוי אך במקום שהוא עושה לשעה פטור בכל נזק שאינו מצוי דומיא דרוח שאינה מצויה אבל בעושה תדיר כיון שסו"ס ברבות הימים קרוב הדבר שיארע הנזק חייב לשמור ואם לא שמר משלם. והיה ראוי שלא ידליק כלל כיון שעדיין קרוב הדבר שיארע נזק אלא שהתירו לו להדליק ולשמור.

ונראה דמפורש כן בחי' הריטב"א בסוגיין שהעתיק לדברי הרי"ף וכתב וז"ל התם כיון דלפי שעה הוא כל שהרחיק כדינו אם הזיק אונס הוא ופטור, אבל הכא דמדליק בור (ר) תדיר צריך הוא ליתן דעתו בכל עת שלא יזיק כי עם התדירות אפשר הוא שיזיק אם לא יתן דעתו, כי כדי שלא למעט תשמישו לא צימצמו עליו השיעור לגמרי. עכ"ל. ומה שהוסיף בדברי הרי"ף דעם התדירות אפשר שיזיק ברור דזו כוונתו דעם הזמן יארע גם נזק לא שכיח וחשיב כשכיח.¹⁴⁷

ולשתי הדרכים נראה לכאורה שאם שמר על אשו ולא הועילה לו שמירתו יש לנו לפטור לדעת הרי"ף שהרי שמר ואונס הוא וכל הטעם לחייבו במתני' הוא משום דאיבעי ליה לעיוני, וצ"ע. **ועיין בחזו"א** נסי' יד סעיף י"ד מש"כ בביאור דברי הרי"ף ודבריו צ"ב]

ומ"מ משמעות הפשוטה של דברי הרי"ף והראשונים שהביאוהו שבהרחקה דידן חייב לשמור גם אחר שהרחיק [אם כהנתייה"מ דהוי שיעור קטן או מחמת שהוא שימוש קבוע כמש"כ] וזה מתאים עם שיטת הלבוש דבהנך שנתנו לו חכמים רשות חייב לשמור. **אבל צ"ב בטעמיה דר"ש** דמדוע נאמר דכיון שנתנו לו חכמים רשות פטור הרי חייב לשמור, ואם שמר ולא הועילה לו שמירתו לכאורה גם לרבנן פטור כה"ג, וכנ"ל.

ויעויין בשטמ"ק בב"מ שם בשם הראב"ד שביאר דלא מנתה שם הגמ' כל עושה ברשות דפטור אלא דוקא אלו שאינם עושים ברשות שלהם אלא ברשות אחרת ומ"מ פטורם וביאר הא דתני לה לר"ש בהדיהו אף שעושה לכאורה בתוך שלו וכתב וז"ל ודברי שמעון נמי אף על גב דבתוך שלו הוא עושה כיון דעל גבי חברו הוא ואש תדירה היא וצריך לעיין תמיד ואפילו הכי פטר ליה רבי שמעון מתשלומין משום הכי חשיב ליה בהדיהו דהא תלמוד דרבנן דקא יהבי שיעורא לדליקה לפיטורא והכא קא מחיבי ליה אלא שמע מינה משום דעל גבי חברו הוא ואש תדירה היא כמי שעושה בשל חברו היא שלא ברשות חברו אלא ברשות בית דין ובית דין לא פטרוהו מן התשלומין. עכ"ל.

הרי מבוארת שיטתו כהרי"ף שחייב לשמור על אשו ושיעור ההרחקה הוא כזה שאינו פטור משמירה. **ויש לפרש** דסברת רבי שמעון דכיון שמן הדין היה ראוי שלא יעשה כלל אף אם הוא שומר עליה דחשיב כעושה בתוך של חברו שלא הותר לו אף אם שומר עליה ואף בהרחקה מעליא נכדאיתא בב"ק שם דכל שיעורים הללו בעושה בתוך שלו אבל בעושה בשל חברו אף אם הרחיק טובא משלם ובוזה סובר ר"ש שכיון שהפקיעו חכמים זכות חברו והתירו לו התירו ע"מ שלא ישלם.

ואולם נראה ששיטת הרי"ף אינה מוסכמת בין הראשונים דיעויין בתשובת הרא"ש [כלל קח סי' י] שמדבריו נראה שחולק על דברי הרי"ף, שכתב שם דבכל הרחקות דמתני' אם הרחיק משלם וכתב דיש ללמוד כן מדין התנור 'דמאי' שנא משאר הרחקות שהרי לא פשע באשו ששמר כמאמר חכמים דאי לא פשע באשו לא היה רבי שמעון אומר לא אמרו שיעורים הללו אלא שאם הזיק פטור מלשלם ומאחר שלא פשע אין לחלק בין תנור לשאר הרחקות אלא חכמים לא הזיקו להרחיק בכל דבר ודבר אלא לפי מה שרגיל להזיק והזהירו למקרב ההיזק שאם על כל זאת יזיק שיתחייב לשלם עכ"ל. **ולמדנו מדבריו** שסובר שאין חיוב שמירה וגם לא פשיעה אם הרחיק כדינו ומ"מ חייב לשלם וראיתו מרבי שמעון וכמו שהקשינו לעיל. **אבל לדרכו קשה לאידך גיסא לרבנן** דאם באמת לא פשע

¹⁴⁷ ויל"ע בזה דנעל בפניה כראוי פטור וכרואי היינו שתעמוד הדלת ברוח מצויה והרי נועל הוא דלת שורו כל לילה ועם התדירות בודאי אפשר שתפול הדלת ברבות הימים ברוח שאינה מצויה ועל כרחין שאנו דנים כל יום בפ"ע וה"נ כשמדליק האש כל יום לא יחוש לנזק שאינו שכיח, והעירונו לחלק קצת בין שמירה שפוטרתו למקום שלא שמר אלא הרחיק ואין ההרחקה מספקת נמצא שלא העמיד שמירה כלל ובוזה חייב ברוח שאינה מצויה היכא שעם התדירות אפשר שיזיק וצ"ע.

וקיים דינו מדוע הזהירוהו חכמים שחייב לשלם אם הרחיק כדינו, ודוחק גדול לומר דהכא תקנת חכמים לחייבו באונס.

ויש לפרש בכוונתו שבאמת מן הדין היה ראוי שירחיק וישמור אף ביותר מהשיעור אלא דחכמים הקלו עליו שירחיק רק לכמה שרגיל להזיק וכלפי השאר פטורו מחיוב שמירה אם ישלם והרי פטור הנזיקין שלו הוא דשרי לו שיסמוך אך רק באופן שיתחייב לשלם והרי פטורו מוגבל להתר להזיק ע"מ לשלם ודוק היטב.¹⁴⁸

רש"י ד"ה ואם הזיק וכו' דברי רש"י צ"ב דאטו האיסור להזיק ע"מ לשלם הוא מפני דשמא לא יהיה לו מה לשלם ובודאי אסור לו לשרוף ביתו של חברו אף אם מקדים לו מעות על כרחו. **ואפשר** דהכא גבי הרחקת נזיקין אלמלי האי טעמא לא היה מחוייב להרחיק אם היינו יודעים שישולם הנזק דההפסד והצער שיש לבעלים מחמת הפסד ביתו תמורת ממון אינו סיבה לחיוב הרחקה, **וצ"ע**.

בדין חיוב תשלומין בהרחקת נזיקין נחלקו רבותינו בדין חיוב התשלום בהרחקת נזיקין ושלש שיטות בעיקר הדבר: **דעת העיטור והרמ"ה והרא"ש** [דברי העיטור והרא"ש הובאו בטור בסי' קנה ומקורו מהרא"ש בתשובה הנ"ל כלל קח ס"י] דכל נזקי שכנים דינם כדין תנור המבואר במשנתנו שחייב לשלם בין אם לא הרחיק כשיעור ובין אם הרחיק כדינו מ"מ חייב לשלם, לבד ממקרב סולם אצל השוכך דמפורש בגמ' דהוי גרמא בנזיקין דבוזה פטור מלשלם אם הזיק בין אם הרחיק או לא הרחיק. **והא דתני הכא** דאם הזיק משלם מה שהזיק ולא קתני כן בשאר ההרחקת ביאר העיטור דבשאר הרחקות אין הנזק ידוע וניכר כדי שיתחייב בתשלומין אבל אם יש נזק ברור וידוע אה"נ דחייב לשלם.

דעת הראב"ד דכל דיני ההרחקות השנויים במשנתנו כולם דין גרמא להם ופטור מלשלם לבד מתנור דבו חייב לשלם מדין אש.

ובמאירי מבוארת שיטה שלישית [עיין במאירי בדף יז ובמשנתנו ולהלן במתני' דסולם] דבכל ההרחקות דמתני' אם הרחיק פטור ואם לא הרחיק חייב לבד מתנור שגם אם הרחיק משלם ולבד מהגרמות כגון סולם דלעולם פטור. **וכן משמעות כ"ד הרמב"ן** בסוף קונטרס דד"ג דבכל ההרחקות אם הרחיק כדינו פטור ואם לאו חייב לשלם וכדעת המאירי.

ויש לדון בשאר הרחקות דמתני' שאנו רואים שחייב לשלם לדעת העיטור והרמ"ה אפילו אם הרחיק דבשלמא בתנור י"ל דחייב לשמור אף אחר שהרחיק ואם לא שמר פושע הוא כמש"כ הרי"ף אבל בשאר הרחקות היאך נחייבנו לשלם והרי אנוס הוא שהרחיק כדין ולא גרע מנעל בפניה כראוי ויצתה והזיק או דנפרצה בלילה שהוא פטור. **אבל שיטה זו מבוארת בדברי הרא"ש בתשובה** שהובאו לעיל דאדרבה ממתני' דידן ראייה שהרי הרחיק כדינו ומ"מ חייב לשלם וה"ה לשאר הרחקות. והטעם צ"ל כמש"נ לעיל כיון דגם אחר ההרחקה יש חשש נזק אלא דהתירו לו חכמים לסמוך ע"מ לשלם אם יזיק. נולפי זה אם הרחיק באופן שאין חשש שיהיה נזק ומ"מ אירע פטור מדין אנוס, ולא דברו חכמים אלא במרחיק כשיעורו ובאופן שאין הנזק רחוק כאונס]

¹⁴⁸ ואכתי צ"ב דסו"ס כיון שהרחיק כשיעור שאינו רגיל להזיק למה נאמר שמן הדין היה חייב לשלם וחכמים התירו הרי הרחיק ובודאי שאינו כרוח מצויה שזיק. ואפשר דכל שאפשר שיגרם נזק הרי הוא בכלל עושה בתוך של חברו כמש"כ הראב"ד בשטמ"ק בב"מ. [ויש לפרש הדברים עפ"מ ש"כ הרמ"ה דכל גירי דיליה נחשב כעושה בתוך של חברו, אך לפי זה לרבנן ובנזקים שאינם גירי לא ישלם אם הרחיק אף באופן דיש חיוב מזיק]

ולדעת הרמב"ן והמאירי דין שאר ההרחקות מבואר דאם לא הרחיק פושע הוא וחייב ואם הרחיק פטור אבל צ"ב מאי שנא תנור משאר הרחקות וממ"צ אי סברי דבתנור נמי לא פשע אם כן נלמד מהכא לשאר מזיקים וכהרא"ש ואם אחר ההרחקה חייב לשמור נמי נימא דה"ה בשאר מזיקים.

ועיין במאירי כאן שביאר בזה וכתב שבתנור הנזק ניכר וברור ואין לו רשות במה שעינו רואה שהוא מזיק ומשא"כ בשאר מזיקים. **ואין הדברים מובנים** דאטו חיוב התשלומין מיירי באופן שרואה שהאש נכנסת לבית חברו ואינו מכבה אותה, ובודאי מתני' סתמא קתני דחייב לשלם, וצ"ע. ומסברא החילוק מבואר דבתנור אף כשהרחיק חייב לשמור כמשמעות דברי הרי"ף וכסברת הקצות והנתיבות או מהטעם שנתבאר לעיל ולכן חייב לשלם אבל בשאר הרחקות דמתני' פשיטא שאין עליו חיוב נוסף דאטו ישמור הגפת והבור אחר שהרחיקם שלא יזיקו. **ואפשר דזו כוונת המאירי, וצ"ע.**

ולכאורה היה נראה שמחלוקת הראשונים אם הרחיק אם משלם או לא תלויה במחלוקת הרי"ף והרא"ש לעיל, **ולדעת הרי"ף והראב"ד** תנור אף אחר שהרחיק יש בו חיוב שמירה ולכן משלם ואין זה נוגע כלל לשאר הרחקות דמתני' אבל לדעת הרא"ש ודעימיה הרי בתנור הוי הרחקה מעליא ואם משלם בתנור על כרחין דאף בשאר מזיקין משלם [אם אך אינו גרמא] **ובינה היטב שאין זה נוגע כלל** למחלוקת הראב"ד והעיטור המובאת בטור בשאר מזיקין שפלוגתייהו דידהו היא אף בלא הרחיק ונחלקו אם הוי מזיק או גרמא כמו שיתבאר ודברינו בכאן הם במחלוקת אחרת אם באופן שחייב לשלם כשלא הרחיק מה דינו כשהרחיק ודוק.

בגמ' בעי אביי כיבד וריבץ ראה ברש"י ועיין בר"י מיגאש פירוש נוסף בסוגיא. **ועיין במה שנתבאר לעיל בדף יח ע"א על הגמ' ת"ש לא יפתח וכו'.** הרי"ף השמיט כל ספיקות הגמ', **ועיין בקצה"ח בסי' קנה ס"ק מש"ב בזה.**

עיין ברא"ש שפסק דכיון דבעיא היא ולא איפשטא בכיבד וריבץ וכו' לא מזקקין ליה להרחיק. **ויעויין ברא"ש לעיל** [בדף יט ע"א] גבי ספק הגמ' אם וסד בסיד תנן או סד בסיד תנן וכתב הרא"ש ד'הלכך אם עשה אחד מהם אין כופים אותו לעשות יותר.

ויעויין ברמב"ם [פ"ט משכנים הי"ג] שכתב גבי ספיקות דתנור 'בכל אלו בעל האוצר מעכב עליו ואם עבר ועשה תנור וכיוצא באלו אין בעל האוצר יכול להסירו' **הרי מבואר דפליגי הרמב"ם והרא"ש** דמשמעות לשון הרא"ש [עכ"פ גבי תנור] דלכתחילה שרי לא לסמוך ואילו להרמב"ם לכתחילה אסור ובדיעבד א"א לסלקו.

ובדעת הרא"ש נחלקו אחרונים בכוונתו: מדברי הגר"א [שיובאו להלן] מתבאר דנקט דלהרא"ש שרי לכתחילה לסמוך אוצר בכיבד וריבץ וכן גבי ספק דאו סד בסיד לכתחילה מחויב רק הרחקה אחת.

אך יעויי"ה בקצה"ח [בסק"ו] שדקדק מלשון הטור כאן [וכ"מ לשון הרא"ש] דרק בדיעבד כשכבר עשה אוצר אין צריך לסלקו אבל לכתחילה לא יעשה אוצר, **וביאר הקצות** דגבי סיד נמי לכתחילה צריך לעשות שתי ההרחקות ורק בדיעבד שרי באחת מהן.¹⁴⁹

ודרך שלישית בזה בבית הלוי [ח"ב סי' מו] שדקדק מלשון הטור דהכא שרי רק בדיעבד ואילו גבי סד בסיד שרי לכתחילה. **וביאר הביה"ל** דהכא הוי ודאי מזיק אלא דהספק אם זכה בקדימתו ובזה אסור לכתחילה אבל שם הספק אם אחר הרחקה אחת יש לו כלל שם מזיק ובזה ספקו לקולא. **וביאר הביה"ל** דהכא שהוא ספק מזיק הרי הוא חשוב כמוחזק גם קודם שעשה לפי שעושה בתוך שלו וספק אם יש זכות למנעו מזה,

¹⁴⁹ אינו מובן מה לכתחילה וודיעבד שייך בזה דכשהרחיק שלשה אם אתה בא לכופו לסוד הרי דיעבד, וצ"ל דכוונתו דלכתחילה לא יחפור בתוך שלשה ע"מ לסוד בסיד ואם חפר לא יסתום אלא יסוד.

אבל גבי תנור הוי ודאי מזיק ולכן לא יסמוך לכתחילה, ודבריו צ"ב בתרתי. חדא דאם כן הרי הוי ספק איסור ואף בדיעבד ירחיק התנור, וצ"ע.

מחלוקת הרא"ש והרמב"ם לפירוש הגר"א עיין היטב בדברי הגר"א [בסי' קנה סק"ח] שכתב וז"ל כ"ה שיטת הרמב"ם בספיקא אבל הרא"ש כאן חולק וכ' דא"צ להרחיק מספיקא וע"ל סי"ח בהג"ה וכה"ג פליגי באבידה בספק איבעיא וטעמו של הרמב"ם כיון דמן התורה נזקין אסור אזלי' לחומרא משא"כ להרחיק אח"כ כמ"ש בספק בכור המע"ה וכן באבידה אבל הרא"ש סובר אע"ג שהוא דאורייתא כיון דמילי דממונא אזלי' לקולא כמ"ש בס"פ הזרוע וסי"מ וע' ר"נ בנדרים ז' א' ד"ה ולענין כו' אבל הרמב"ם סובר דוקא להוציא מחזקתו כגון שכבר עשה וכמשי"ש בחולין פרה בחזקת כו' קמה כו' וכן בפ"ק דיומא במ"ד ומ"ע המע"ה וכן בספק בכור המע"ה וכן כאן שבא להזיקו עכ"ל. **ומש"ב הגר"א** דכה"ג פליגי בספק אבידה כוונתו למחלוקת הרמב"ם והרא"ש גבי כמה ספיקות בדיני השבת אבידה שהרא"ש פסק בכולם דספק איסור לחומרא וחייב ליטול האבידה ולהכריז בריש אלו מציאות גבי חצי קב שתי אמות וכן גבי כשיר וחצובה ועוד] אבל דעת הרמב"ם דלכתחילה לא יטול ואם נטל אינו צריך להכריז. [פט"ו מגר"א הי"ב] **ועיין בהגהת הגר"א בהל' אבידה** [בסי' רס סקב"ד רסא סק"ו ורסב סקכ"] גבי פלוגתא זו שביאר כדבריו כאן.

ודברי הגר"א צריכים ביאור ופירוש דהרי התם פליגי איפכא שהרא"ש לחומרא והרמב"ם לקולא, ודברי הרמב"ם אמנם תואמים דבשני המקומות דובר דלכתחילה לא יטול ואם נטל וה"נ הכא לא יסמוך ואם סמך לא מסלקינן ליה, **אבל דברי הרא"ש סותרים** זא"ז שהכא פסק לקולא לכתחילה והתם פסק דספק איסור לחומרא וחייב להכריז. והרי יש כאן סתירה בדברי הרא"ש והגר"א כתב דאזלו לשיטתייהו.

וידוע לבאר בדברי הגר"א וכבר כתב כן באבי עזרי [שכנים פ"ט הי"ג] שביאר דלהרמב"ם דין ספק ממון לקולא הוא מפני שהוא מוחזק ולכן פסק כאן ושם דלכתחילה כל זמן שאינו מוחזק לא יטול ולא יסמוך דהוי כספק איסור, **אבל להרא"ש** הדין הוא דכל ספק ממון לקולא כיון דשורש הספק הוא בזכותי הממון ולא בדיני האיסורים ולא שנא אם הוא מוחזק או לא ולכן כאן לכתחילה יכול לסמוך, אבל התם באבידה הרי שורש הספק הוא קודם שנטל האבידה ואין הוא בע"ד וצד בדבר לומר שיש לו כאן זכות ממון וכל הספק הוא בהל' איסורים האם חייב במצות השבת אבידה אם לאו וספק זה הוא ספק איסור בשרשו ולכן להרא"ש לא שנא אם נטל או לא בכל גווני הוי ספק איסור ולחומרא. ולשיטתם אזלי דלהרא"ש לא יתכן מצב דלכתחילה לא ובדיעבד שרי שהכל תלוי בשאלה אם הוא ספק ממון או איסור אבל להרמב"ם כ"ז שאינו מוחזק אסור ובהיותו מוחזק שרי.

ושורש פלוגתייהו להגר"א בביאור הסוגיא בחולין [דף קלד ע"א] שהגמ' שם מקשה סתירה בין דין גר שנתגייר ויש ספק אם נשחטה בהמתו קודם הגירות או לאחר הגירות ונתחיי בה בהפרשת מתנות [זרוע לחיים וקיבה] דתנן במתני' דפטר מספק, **ומקשינן מדין ספק לקט** דאזלינן ביה לחומרא ומשני הגמ' דקמה בחזקת חיוב ופרה בחזקת פטור והדר מקשינן מספק חלה בגר שנתגייר דלחומרא [אף דליכא חזקת חיוב] ומשני דספק ממוןא לקולא ספק איסור לחומרא. **ולמד הגר"א בדעת הרא"ש** שעיקר מסקנת הגמ' דספק ממוןא לקולא ולא בגלל דהוי הוא מוחזק אלא דכך הוא הכלל דכל ספק ששרשו בזכותי הממון אזלינן ביה לקולא. **אבל הרמב"ם** למד שיטתו מתי' הגמ' הראשון דפרה בחזקת וכו' הרי דכיון שהוא מוחזק בממון לכן אזלינן לקולא. [ויל"ע טובא בפ' הסוגיא שם לשתי הדרכים ודוק]

וציין הגר"א אשר דעת הרמב"ם דוקא בדיעבד כמו בספק בכור דהמע"ה וכן בספק מעשר ראשון ומעשר עני דהמע"ה. **וכוונתו בזה** דהתם יש גם ספק איסור שהרי יש מצות נתינה בבכור ובמעשרות ומ"מ אזלינן בזה לקולא והיינו טעמא כי כח המוחזקות להכריע גם ספק איסור. **וציין הגר"א לדברי הר"ן בנדרים** [דף ז

ע"א ד"ה ולענין] שבמחלוקתו שם עם הרשב"א לענין ספק נדרי צדקה, ונראה שכוונת הגר"א דהר"ן אזיל בשיטת הרא"ש דכל ספק ממון לקולא עייש"ה ואכ"מ.

ועיין היטב בתוס' לקמן [דף פא ע"ב ד"ה אלא וכו'] שנראה מדבריהם שנחלקו שם שני תירוצי התוס' בזה, דלהתי' הראשון הטעם דאין צריך ליתן המתנה מספק הוא מפני שהוא מוחזק, אבל להתי' השני כל זה אינו אלא בדמאי דרבנן דליכא בו מצות נתינה אבל בספק מעשרות דאורייתא צריך ליתנו לכהן מספק. **ויעויין בשעה"מ** [פ"ט ממעשר] שתמדה על דבריהם מכמה גמרות גבי ספק בכור דאזלינן לקולא, וכן הקשה הרש"ש שם בב"ב, **וע"ע בשער"י** [שער ה' פ"ז ד"ה והנה מצאנו] מש"כ בזה. וצריך לחלק להתוס' בין ספק מעשרות לספק בכור, וצ"ע.

ובעיקר דברי הגר"א צ"ב, דלפי זה נמצא דלהרמב"ם אין התר לספק ממון אלא בהיותו מוחזק אבל לכתחילה אסור ואם כן נמצא חידוש גדול לדינא אשר אסור לאדם לתפוס ממון מספק שהרי כעת דינו להחמיר ורק אם יתפוס אז הדין דאין מוציאין מידו כמו בתנור אבל לכתחילה מורין לו שלא יתפוס כמו בתנור שאסור לסמוך. **וגם קשה מדין כדא"ג** דשרי לכתחילה לכ"א מהם לתפוס אף שאין הממון אצלו והיאך יוכל לתפוס לכתחילה ולהקל בספק גזל, וצ"ע.

וביאור הגר"א בדעת הרא"ש קשה דבאבידה גופא מצינו שפעמים ספיקה לקולא, **עיין ברא"ש בב"מ** [סי' ט] גבי מצא בכותל ישן שכתב שם הרא"ש דאבידה שיש ספק אם היא שייכת לבעל הקרקע או שנשארה שם מימי האמוריים רשאי המוצא להטיל לעצמו, ולמה לא נימא בזה ספק איסורא לחומרא כיון שאין לו בה זכות ממון. **וכן מפורש בגמ' בכתובות** [דף טו ע"ב] דמי שהוא ספק ישראל ספק נכרי אין צריך להחזיר לו אבידתו, וצ"ע.

דף כב ע"ב

בגמ' לימא מתני' דלא כרבי יוסי ראה ברש"י ובתוס' שנחלקו בפשט הגמ', לרש"י איכא למפרך מהרבה משניות שהן דלא כרבי יוסי וקושית הגמ' דידן דלימא אף משנה זו דלא כרבי יוסי. **אבל התוס' ושאר** כתבו דכל הנך משניות דפרקין הוו כולן גירי דיליה דמודה רבי יוסי שחייב להרחיק ורק באילן פליג דלא הוי גירי, **ונתבארו כאן בדברי הראשונים כמה שיטות** בגדר גירי דיליה וכמו שיתבאר.

ראה ברש"י כאן שפירש דגירי היינו חיצים שבאים מגופו ממש והיינו 'גירי דיליה' דגירי הם חיצים ודיליה היינו שבאים מגופו. **ויעויין עוד ברש"י בב"מ** [דף ק"ז ע"א ד"ה איני וכו'] שכתב וז"ל הא מודה רבי יוסי בגירי דיליה אף על גב דאמר על הניזק להרחיק את עצמו הני מילי היכי דלאו אדם עצמו מזיקו, כגון אילן ובור, שבשעת נטיעתו אינו מזיקו, אלא השרשים גדילין ומתפשטין מאליהן לאחר זמן, אבל היכא דאדם עצמו מזיקו וזורק בו חציו, כי הכא ששופך המים על ראשו מודה הוא דלא גרמא דניזקין הוא דתופט, אלא מזיק ממש הוא, ואדם מועד לעולם, ער וישן, שוגג ומזיד. **עכ"ל**. **ונראה מדבריו** שעיקר החילוק בין גירי למה שאינו גירי הוא בהלכות מזיק דכל מזיק בידים שאינו בכלל גרמא הוא גירי דמודה בו רבי יוסי. **ודברי רש"י מוקשים מאוד** שהרי בסוגיין מפורש דגם גרמא שייך שיהיה גירי כגון גבי סולם וכן בהמשך הסוגיא בנזק העורבים, וצ"ע.

התוס' פירשו וכ"ה ברמב"ן בשם הר"ח דכל מזיק שתחילת ההיזק היא מיד עם הנחתו נחשב כגירי דיליה, **והרמב"ן כתב** דכל מזיק שמזיק ממקום הנחתו חשיב גירי דיליה, **ולהרמב"ן** אין גדר גירי דמזיק ממקומו שאדרבה כל ענינו של חץ הוא שהולך למקום אחר אך דבריו מבוארים דבמזיקים שהם גירי ממש חייב כגון שופך מים ואלו שמזיקים ממקומם כתב הרמב"ן דכגירי דמו ועדיפי מגירי שהם ממש וכוונתו דבאלו חשיב כמעשה האדם גופא שהנחתו את הגפת פועלת נזק, ולהלן דימה הרמב"ן דין זה למניח גחלת על לב

עבדו שחייב מדין אדם המזיק [ואפילו לריש לקיש דלא ס"ל אשו משום חציו] וכללו של דבר דכל שמניח האדם דבר והדבר הזה מזיק ממקומו חשיב מעשה מזיק ממש, וכשהמזיק הזה הולך ומזיק אזי אם הוא גירי מחייב רבי יוסי דחציו כמעשיו הם ואם מפסקי גירי כגון אילן ומיא על הניזק להרחיק.

ולא נתבררו לן דברי הרמב"ן שכתב בתחילה דמזיק ממקומו הוי גירי ואח"כ הביא מדברי הר"ח דכל שמתחיל הנזק מההיא שעתא הוי גירי ואח"כ דן שם ונראה מדבריו שסברתו וסברת הר"ח טעם אחד הם, עייש"ה וצ"ע.

ובדעת התוס' דידן יש להסתפק בזה אם כוונתם כהרמב"ן דיש גירי ויש המזיקים מיד דאז חייב אף אם אינו גירי או דכוונתם דגדר גירי דיליה הוא שמזיק מיד וזה בלבד גדר גירי דיליה.

ויעויין בסוגיא לקמן [דף כו ע"א] דאיתא התם דרקתא לא חשיב גירי דיליה לרבי יוסי כיון דלא אזלי מכחו דהרוח ממטי לה, ופריך התם מאי שנא מזורה ורוח מסייעתו דחייב בשבת וה"ה לנזיקין. הרי מבואר דגדר גירי תלוי בדין כחו לכה"ת דהיכא דלא הוי כחו פטור. **ומוכח מזה דגם להתוס' עיקר דין גירי הוא כחו** אלא דהמזיק מיד בשעה שהניחו חשיב אף הוא כגירי דיליה. וכפה"נ שמתפרשים הדברים ע"ד הרמב"ן שאף שאין כאן כחו חשיב כמעשה ידיה.

ועיי"ש בתוס' [סוד"ה זיקא] שהקשו מסוגיין דאף הכא הנמיה מאיליה קופצת ולא מכחו, ואמאי חשיב גירי. ותירצו דהכא משום דזמנין דנח וכו', ולא נתפרש כוונתם בתירוצם. **ועיין שם בשטמ"ק בשם תוס' שאנץ** שביארו תירוץ הגמ' דידן שהנמיה יושבת על הסולם וכשהוא מניח הסולם הוא מקרב הנמיה אל השובר בידיו, ונמצא דהוי כאש ומה שהיא קופצת אח"כ הוי ככח אחר מעורב בה [וכתבו שם דמ"מ הוי גרמא ואינו חייב משום אש דלא ברי הזיקא כאש] **ולפי זה נמצא דאף בסוגיין עיקר הטעם** דהוי גירי אינו מטעם דהנזק הוא מיד אלא מפני שיש כאן קצת כחו בנזק. **אך יעויין ברא"ש בסוגיין** שמדבריו משמע להדיא דהכל תלוי אם הנזק הוא מיד או לא וכל הטעם דבנמיה [להס"ד] ובאילן דאינו גירי הוא משום שאין הנזק מיד, וצ"ע.

ויש לעיין אם הנך טעמים הם לומר כאן גדר בדיני מזיק דכה"ג שמזיק מיד או ממקום הנחתו הוי אדם המזיק בידים וכרש"י או שהם טעמים להלכות הרחקה היינו דבנזק כזה שהוא גירי סובר גם רבי יוסי שראוי להטיל חובת ההרחקה על המזיק, וכן בנזק שקורה מיד עם מעשיו.

ויעויין בתשובת הרא"ש [כלל קח סי' י'] שמדבריו נראה דאין כלל מוחלט לדין גירי דיליה אלא בכל מקום שהנזק גדול החמירו חכמים להטיל חובת ההרחקה על המזיק, וכתב שם כמה סברות וצדדים בזה עיי"ש, ונראה מכ"ד שם שהוא גדר בחובת ההרחקה. **ולפי זה נראה** שחולקים הראשונים על רש"י לא רק בנידון איזה מזיקים חשובים גירי אלא גם בתוכן ענינו דלרש"י גירי גדרו הוא אדם המזיק ולשא"ר הוא מזיק חמור שבעטיו חייבו חכמים את המזיק להרחיק אף לרבי יוסי.

אך יעויין ברמב"ן בקונטרס דד"ג שנסתפק בהנך משניות דלעיל אם הזיק אם חייב לשלם וכתב דלרש"י לא תיבעי לך כי רש"י ביאר דהמשניות דלעיל אינן גירי אבל להראשונים ספליגי של הסתפק אי הוו גירי ממש או גרמא דגירי, עייש"ה בכ"ד דמשמע דלא פליגי רש"י והראשונים במהות ענין הגירי ולכו"ע גירי הוא פעולת האדם בנזק אלא דפליגי באיזה אופן הוי גירי ודוק.

ולעיל בריש פרקין הובא חקירת הגרא"ל אם גירי חיובם בהרחקה הוא מהלכות שכנים או דבזה נפקע לגמרי ההתר דעושה בתוך שלו והובאו ראיות הגרא"ל מסמיכה בהתר [דמהני בגירי לרוב הראשונים] ומנזק דבור שכתבו התוס' דהואיל ותחילת ההיזק בגירי חייב להרחיק. **ואין זה נסתר** משיטת רש"י דגירי היינו אדם המזיק דאפשר שגם באדם המזיק יתכן ההיתר דעושה בתוך שלו אלא דחכמים החמירו בכל נזק שיש בו מעשה אדם המזיק בידים, אך ראה להלן בהמשך הגמ' הערה נוספת בזה.

דף כג ע"א

בגמ' והא גרמא הוא וכו' נחלקו הראשונים בפשט קושית הגמ'. יעויין בר"י מיגאש שפירש דקושית הגמ' היא בין לרבנן ובין לרבי יוסי אמאי חייב להרחיק הרי גרמא הוא ולא ידעה הגמ' להס"ד דגרמא בנוזיקין אסור, וכן מוכח מהתוס' שנתקשו אמאי לא פריך כן לעיל במתני' דדושא, ואם נפרש דקושית הגמ' היא רק אליבא דרבי יוסי אין מקום לקושיתם דלעיל לא הוזכר בגמ' דמתני' רבי יוסי היא ולכן לא פרכינן התם. ולדרך זו ברור שנידון הגמ' הוא באופן כללי בכה"ת אם גרמא מותר או אסור וכן משמע להדיא מהתוס' שכתבו דס"ד דכי היכי דפטור מותר וכן משמע עוד מרש"י ותוס' שפירשו כאן החילוק בין גרמא לגרמי הרי דנידון הגמ' הוא לגבי איסור גרמא.

אבל ברבינו גרשום מבואר דקושית הגמ' היא אחר שהעמדנו מתני' דידן כרבי יוסי ועל זה מתמהינן דהא גרמא הוא, וכן מפורש ברבינו יונה להלן בקושית הגמ' גבי רב יוסף. והדברים צ"ב דהרי ודאי מסתברא דאם גרמא בנוזיקין מותר אף לרבנן לא ירחיק דלא נחמיר עליו להרחיק במקום שהתורה התירה את עצם המעשה. אך יעויין ברבינו יונה שם שמפורש פשט הגמ' דלדעת רבנן ידעה הגמ' בפשיטות שגרמא בנוזיקין אסור ואך לדעת רבי יוסי סברה הגמ' דגרמא מותר, ולזה תירצה הגמ' דזאת אומרת גרמא בנוזיקין אסור אף לרבי יוסי, והיינו בגרמא דגירי.

והוא פלא רב מה ענין איסור גרמא אצל פלוגתייהו דרבנן ור"י בחיובי הרחקת השכנים, וצע"ג. ואפשר לפרש בדוחק שאין קושית ות' הגמ' על דין גרמא באופן כללי אלא דהא גרמא הוא ובודאי לדעת רבי יוסי מסתבר להתיר גרמא בעושה בתוך שלו שהרי רבי יוסי רק בגירי מחייב הרחקה, ומשני דאף לרבי יוסי גרמא דגירי אסור בעושה בתוך שלו.¹⁵⁰

עייין בקוב"ש כאן שהקשה היאך ס"ד דגרמא בנוזיקין פטור הרי מאן דסני לך לחברך לא תעביד, ועוד שהרי אף כשנגרם נזק מאליו חייב האדם מדין השבת אבידה להציל ממון חברו והיאך תיסק אדעתין שיוכל לגרום נזק. ותירץ דבמקום שהניזק יכול להרחיק הוא דס"ד דשרי גרמא. וביאור דבריו דפשוט דכה"ג ליכא חיוב השבת אבידה שהרי יודע בעל הממון שהוא עלול להנזק ואם פעולת הגרמא בעצמה מותרת ומתרה בו קודם אין בזה השבת אבידה. נולאמור דלרבינו יונה קושית הגמ' היא רק על גרמא בהרחקת נזיקין פשיטא דלק"מ אבל מ"מ הקושיא ברורה לדעת הר"י מיגאש והתוס'.

ודע עוד דבגמ' בריש הכונס איכא כמה אופנים של גרמא ומפורש בברייתא שם שפטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים. ויש להעיר שהגמ' הקשתה כאן בפשיטות דהא גרמא הוא וקושיתה דגרמא כשם שפטור צריך להיות גם מותר והרי בברייתא דהתם מפורש בכל הנהו דחייב בדיני שמים וכ"ש דאסור להזיק, וצ"ע. ולדרך הקוב"ש יש לחלק דהתם מיירי באופן שאין הניזק יכול להרחיק ולכן פשיטא דאסור אבל כאן כשיכול להרחיק ס"ד דמותר.¹⁵¹

¹⁵⁰ אך יעויין ברמב"ן בקונטרס ד"ג שכתב דכללי הגרמות כהלכות שבת דיש שחייב לשלם והוא אלו דחשיבי גרמי ויש שאסור ופטור וזה גרמא דגירי ויש שפטור ומותר ואלו גרמות שאינם גירי לרבי יוסי. הרי מבואר דפליגי רבי יוסי ורבנן בגרמא שאינה גירי אם מותר או אסור, ומשמע מסדר דבריו דאלו דינים בהלכות גרמא וכן משמעות דבריו לעיל במלחמות בסוגיא דחרדל שכתב בתו"ד דלרבנן כל גרמא בנוזיקין אסור ומשא"כ לרבי יוסי אלמא בחומר דין גרמא פליגי, וצ"ע.

¹⁵¹ ודע עוד שנחלקו הפוסקים אם כללל הוא דכל גרמא חייב בדיני שמים. שהיש"ש [ב"ק פ"ט אות יח] והב"ח [סי' שצה סק"א] כתבו דכל גרמא חייב בדיני שמים, וכ"כ המאירי [בב"ק דף נו] אלא שכתב דכל שלא נתכוין להזיק פטור אף בדיני שמים. וכן משמעות הרשב"א בתשובה [ח"ה קצד] אבל יעויין בקצה"ח [בסי' לב סק"א] שכתב דכמה מיני

בגמ' זאת אומרת גרמא בנזקין אסור עיין ביד רמ"ה [לקמן דף כו ע"א] שכתב דאיסור משום ואהבת לריעך כמורך או מדין לפני עור. ומשמע מזה דאף למסקנא אינו בכלל דין איסור מזיק דעלמא. ויל"ע בזה דהיאך מפני דין ואהבת לריעך כמורך יכול הנזיק לתבוע מן המזיק להרחיק, וצ"ע. עוד יל"ע דמצינו בכמה מיני גרמא שחייב בדיני שמים, וראה לעיל דלדעת כמה ראשונים כל גרמא חייב בדיני שמים ואי משום ואהבת לריעך כמורך לא מסתבר שיתחייב אף בדיני שמים, וצ"ע. ומלשון התוס' שכתבו דס"ד מעיקרא דכי היכא דפטור מותר משמע קצת דלמסקנא אינו כן אלא הוי מזיק גמור לענין איסור ורק דחויב תשלומין ליכא.

רש"י ד"ה גרמא בנזקין וכו' שיטת רש"י בדין גרמא וגרמי משמעות דברי רש"י דפלוגתייהו דרבנן ורבי מאיר היא בכל גרמא אם חייב לשלם או לא וזה ממש"כ כאן דאף למאן דלא דאין וכו' אסור וכו' אלמא לרבי מאיר לא משכח"ל איסור גרמא ופטור מתשלומין. וכן למד הרמב"ן בסוגיין מדברי רש"י.

ויעויין בש"ך [בסי' שפו סק"ד] שהביא מהמהרש"ל שחולק על הרמב"ן וסובר דאף לדעת רש"י חלוק גרמא מגרמי. והש"ך הוכיח משלשה מקומות כהרמב"ן דלרש"י אין חילוק: (א) מדברי רש"י דידן. (ב) מדברי רש"י בב"ק [דף נה ע"ב] שכתב שם על הברייתא דפטור מדיני אדם 'קסבר גרמא בנזקין פטור' ומשמע מדבריו דלרבי מאיר גרמא בנזקין חייב ולכן בהנך ארבעה דברים חייב לשלם בדיני אדם. (ג) מדברי רש"י בב"ק [דף צח ע"א] שכתב דטעמא דרבא בשורף שטרות חזוק מטבע לים ושף מטבע משום דגרמא בנזקין פטור ומשמע דאין חילוק בין שורף שטרות [שהוא גרמי] לשאר גרמות וכולהו חד דינא אית להו [ולר"מ חייב בכולם]

ושיטה זו מפורשת בדברי הראב"ן בסוגיין דלרבי מאיר חייב בכל גרמות לרבות הגרמות דסוגיין ולרבנן פטור. וכתב הראב"ן דמה שמבואר בגמ' דידן דגרמא בנזקין אסור לא אתיא כמ"ד דגרמי פטור אלא קמ"ל חידוש אפילו לרבי מאיר דלא תימא שמותר לו להזיק וישלם אלא קמ"ל דרשע הוא ואסור להזיק אף אם משלם. והדברים צ"ב דמאי שנא ממזיק בידיים דמשלם ואסור ה"נ אם משלם אלמא מזיק הוא ופשיטא דאסור וצ"ע.

תוד"ה זאת אומרת וכו' ועושה מלאכה במי חטאת צ"ב דבגמ' בב"ק שם מבואר דעושה מלאכה במי חטאת חייב בדיני שמים, ובגמ' בגטין איתא דפטור מדיני אדם כיון דהוי היזק שאינו ניכר. וצ"ב מה גרמא שייך בזה דאם היזק שאינו ניכר לאו שמיה היזק אם כן אין כאן כלום ואם הוי היזק יש כאן מזיק בידיים עכ"פ מה מקום יש כאן לדין גרמא.¹⁵² וצ"ל דהיזק הפסד ערך הממון נחשב כגרמא. ובכמה מקומות חזינן דכל הפסד ממון חשיב כנזק בגרמא כמו המבטל כיסו וכדו'.

שם בתוס' וחילק רבינו יצחק לשון אחד וכו' דברי התוס' צ"ב טובא: שהרי בכופף קמת חברו ובעושה מלאכה במי חטאת הוי על ידי מעשה ידיה ומ"מ הוי גרמא, ולאידך גיסא מראה דינר לשולחני הרי השולחני לא עשה מאומה והוא עצמו לקח הדינר מהקונה בעצת השולחני ומדוע חייב. וכן באחוי אחווי הרי הגולן נטל הממון. ועיין ברא"ש שהביא דברי התוס' והוסיף עוד תנאי דחייב כאשר עושה מעשה וברי הזיקא, וכתב שם דבשולחני על ידי השולחני נפטר נותן הדינר ובמסור ביאר דכשהראהו לגולן כמאן דקליה דמי ועיי"ש

גרמות יש שפטור אף בדיני שמים, וכן משמע קצת מסתימת הרא"ש בריש הכונס ומדברי הב"י [בסי' שצה ד"ה המשסה]

ולהנך פוסקים שנקטו דלא בכל גרמא חייב בדיני שמים אין מקום להקשות כלל בסוגיין מהברייתא דהתם שהרי אלו הגרמות דשם הם חמורים טפי משאר גרמות כדחזינן שיש בהו חיוב לצאת ידי שמים.

¹⁵² ומיהו למ"ד היזק שאינו ניכר שמיה היזק מוקמינן לה בגמ' דפסל לה במחשבה ואז פטור מדין אדם הוא משום שלא עשה מעשה והיינו גרמא, אבל סתימת התוס' משמע דאליבא דאמת וכמ"ד לאו שמיה היזק נמי גרמא הוא.

עוד בביאור החילוק לדרך הר"י, ולדרכו מיושב גם כופף קמה דלא ברי הזיקא דמיירי התם ברוח שאינה מצויה, אבל לא נתברר עדיין דין העושה מלאכה במי חטאת דהוי מעשה וברי הזיקא והנוק מיד, ואפשר שכיון שהנוק הוא הפסד הממון כה"ג לעולם אינו נחשב כגרמי דסו"ס אין כאן נזק ניכר וצ"ע.

ועוד חילק וכו' גם חילוק זה צ"ב טובא שהרי במחיצת הכרם אינו נאסר עד שיוסיף מאתיים אחר היאוש ואין הנזק מיד וכן בדין את הדין אין הנזק מיד. ועיין ברא"ש שביאר דבמחיצת הכרם מיד הוי כלאיים אלא שאינו נאסר עד שיוסיף מאתיים, והדברים צ"ב דכל עצמות איסור כלאים הוא במה שגדל בתערובת ואם נפרצה המחיצה ולא גדל כלום עדיין איזה נזק יש כאן.¹⁵³ ועוד כתב הרא"ש גבי דין את הדין שבדין והוראה ההיזק בא מיד ואף זה צ"ב.

ועיין במרדכי בב"ק [בפ"ט אות קט] שהביא תירוצי הר"י וכתב על זה ח"ל ולי לא נתיישב לי ולא יכולתי לעמוד על החילוקים וגם ר"י גמגם ברוב החילוקים לכן קצרת. עכ"ל.

שם בתוס' ונראה לריצב"א וכו' ואפשר דבשוגג נמי וכו' פשטות דבריהם דלתירוצי הר"י גרמי הוא דין תורה ולא שנא שוגג או מזיד ולריצב"א שהוא דרבנן יש להסתפק אם גזרו שוגג אטו מזיד. ועיין בתוס' לעיל [נדף ב ע"א ד"ה אומר לו גזור וכו'] שכתבו שם גבי מחיצת הכרם שנפרצה ונאסרה התבואה בדין כלאים דדוקא אם התרו בו ואמרו לגזור חייב אבל אם לא התרו בו ולא ידע שהיה עליו לגזור אינו מתחייב באחריותה. וצ"ב שהרי לדעת הר"י אין מקום לחלק ואף לדעת הריצב"א נסתפקו בזה התוס' כאן ואילו התם פשיטא להו טובא דבשוגג פטור, וצ"ע.¹⁵⁴

שיטת הרמב"ן הרמב"ן בקונטרס דינא דגרמי דרך אחרת לו בביאור החילוק בין גרמא לגרמי ועיקרה כתב שם בתו"ד ח"ל וזה הטעם לכל אלו. כלל גדול יהיה בידך כל הגורם ומחמת גרמתו בא היזק שאי אפשר אלא באותו היזק ואינו תלוי בדעת אחרים, אלא בשעה שגרם בא ההיזק או שהוא עתיד לבוא, כגון זה חייב ר"מ ונקרא בגמ' ברי היזיקא, לפיכך דין את הדין לדברי האומר אין מחזירין, חייב דמעידנא דאמר איש פלוני אתה חייב ונתחייב לשלם ממון ועל פיו שלם, מההיא שעתא הוא דגרם נזק, ואע"פ שאחר כך הוא משלם כיון שהדין חייבו לשלם ממון ועל כרחו משלם, הדין הוא הגורם משעה שחייבו, וכן במחיצת הכרם שנפרצה שבשעה שנתאש ממנה גרם לזה נזק שהרי הגפנים גדלין והולכין ומתערבין, וכל דבר שאינו תלוי בדעת אחרים אלא על כרחו יבא הנזק מחמת גרמתו של זה, ברי היזיקא חשבינן ליה עכ"ל.

שיטות הראשונים בחילוק בין גרמא לגרמי ונמצא שארבעה שיטות עקריות יש בדין זה: א) תי' הא' בתוס' דגרמי היכא שהוא עצמו עשה המעשה. ב) תי' הב' בתוס' דהיכא שהנוק הוא מיד הוי גרמי. ג) שיטת הרמב"ן בקונ' דגרמי היינו היכא דברי הזיקא [ועיין ברא"ש שהרכיב תי' הראשון של תוס' עם סברת הרמב"ן דברי הזיקא] ד) שיטת הריצב"א שגרמי חייב מדרבנן מדין קנס והיכא שההיזק שכיח ומצוי גזרו, ונסתפק הריצב"א לדרכו אם גם בשוגג גזרו או דוקא במזיד.

¹⁵³ ואפשר דכיון שמתחיל מיד התבואה לצמוח כבר יש כאן נזק אלא דעדיין קשה דסו"ס מה שגדל לא נאסר אלא מחמת התערובת ועד מאתיים בטל ברוב ואם כן אין הנזק מיד ואפשר דכיון שמתחיל הצמיחה מתערב האיסור בהתר הוי נזק מיד.

¹⁵⁴ לדעת התוס' שם הוי גרמי בלא מעשה רק מחמת שעליו מוטל לגזור ולא גדר חשיב מזיק בגרמי וכ"כ הרמ"ה שם. ולפי זה אפשר לדון דבכל גרמי שחייב מחמת שלא עשה את המוטל עליו ובוזה גרם נזק בזה שייך לחייבו דוקא במזיד, ויל"ע בזה. ועיין ברבינו יונה שם שכתב 'ואין לחייבו על כגון זה מדינא דגרמי בלא התראה'.

ויש לעיין לשיטות הראשונים דלא ס"ל כהריצב"א ומשמע דחיוב דאורייתא הוא וכ"ה להדיא ברמב"ן בקוני, דהרי סו"ס לא הזיק וגרמא בעלמא הוא ומ"ט חייב ומהו הטעם מדאורייתא לחלק בין ברי הזיקא ושאר הטעמים להיכא דלא ברי הזיקא.

דף כג ע"ב

מתני' ניפול הנמצא בין וכו' כלל דין המשנה [המבואר בגמ' הוא דכשיש שני שובכות שוים אזלינן בתר חדא מינייהו דנפיש מחבריה ומדין הלך אחר הרוב. וכשאין אחד מהם גדול מחברו אזלינן בתר הקרוב, וכששניהם שוים במרחק ובגודל יחלוקו. **ובעיקר דין רוב בשוכך יעויין ברש"ש בכתובות** גבי הא דתנן שם דתינוקת שירדה למלא מים מן המעיין ונאנסה אם רוב אנשי העיר משיאין לכהונה אף זו תינשא לכהונה [דאזלינן בתר רוב ותלינן שהבועל פירש מהכשרים] **וכתב שם הרע"א חידוש דין** דהיכא שיש בעיר חמשים ואחד כשרים וחמשים פסולים הרי דינה דמותרת לכהונה אבל אם אחד מהחמשים ואחד האלו הוא כהן הוא אסור בה, כי לדידו הוא לא בכלל הספק ונמצא שהספק כלפיו כולל חמשים כשרים וחמשים פסולים והוי מחצה על מחצה.

ונודעו בזה דברי הרש"ש שם שהשיגו וכתב וז"ל הנה הרב ז"ל נראה דמדמי ליה להא דתנן בפ"ר מתרומות משנה ח' וט' בלבנות ושחורות ע"ש אבל נראה דדוקא לענין ביטול לא מהני אותן שאינן בכלל הספק אבל לענין דכל דפריש מרובא פריש מהני אפי' אותן שאינן בכלל הספק וראיה מב"ב כג גבי נמצא בין ב' שובכות דאמרינן ואע"ג דבחד מנייהו נפיש מדחבריה ע"ש והרי בהנשארים בהשובך אין ספק שודאי הם נשארו במקומן והספק אינו אלא על ניפול הנמצא ואפ"ה אמרינן מרובא פריש ולפמ"ש"כ היה נ"ל דאם בחנות אחת כשרה היה מ' חתיכות מרובעות ועשר משולשות ובחנות הטרפה לא היה אלא כ' חתיכות וכולן משולשות ונמצאת חתיכה משולשת כשרה ודבר זה צריך תלמוד ואכמ"ל. **עב"ל**

תורף קושית הרש"ש מסוגיין שהרי הכא ודאי ידוע שכל אלו השאר לא נפלו ואינם בכלל הספק, וע"כ דדין רוב הוא לשייך את הניפול לרוב וה"נ התם נשייך את הבועל לרוב. **ומזה למד הרש"ש חידוש גדול בדין רוב** אשר גם מה שלא נכנס בספק מצטרף לרוב. **וכתב לפי זה חידוש דין** בבשר הנמצא בין שתי חנויות והחתיכה הנמצאת היא משולשת בצורתה, ובחנות הכשרה היה מ' חתיכות מרובעות ועשר משולשות ואילו בחנות הטרפה היה כ' חתיכות וכולן משולשות דהחתיכה כשרה מדין רוב, והניח בצ"ע לדינא.¹⁵⁵

ולא פירש הרש"ש שיחתו דסו"ס אף אם יש לזה ראייה ממתני' אבל טעמא מאי והיאך יכנס לדין רוב מי שבודאי אינו בכלל הספק **ולדברי הרש"ש** אם יש בעיר מאה ישראלים ותשעים ותשע מתוכם בעלי זקן ואחד מגולח זקנו ויש חמישים נכרים מגולחים כולם ויש לנו עדות ברורה שהבועל הזה היה מגולח זקן נאמר מדין רוב שהישראל היחיד הזה הוא הבועל וזה תימא. **אך ראית הרש"ש ממתני' דידן חזקה** שאף כאן כל הגזלות אינם בכלל הספק.

וגם בנידון הרש"ש במשולשים המבוכה גדולה שאם לא נאמר כהרש"ש א"כ אין לדבר סוף דנספור הגזולים הזכרים לבד והנקבות לבד ונספור רק הגזולים שהם באותו הגיל כגזול שנפל ומשקלם כמשקלו וכו' וכו' ויתהפך דין הרוב כמה וכמה פעמים עד אין קץ, **ומאידך גיסא אף לדעת הרש"ש אין בזה כלל ברור** דאם צירפנו את המרובעות לספק אף שהחתיכה משולשת למדה לא נצרף חתיכות דגים שבחנות ואין לדבר סוף, **ואפשר** דכל שאותו לוקח שלקח חתיכה זו וממנו נפלה כל חתיכה שהוא היה עשוי לקחתה היא בכלל

¹⁵⁵ **ומה שלא הקשה הרש"ש על הרע"א** מתשע חנויות עצמן [נדאף שם החתיכה הנמצאת לפנינו ואין הספק אלא להיכן לשייכה] הוא משום דבחנויות יש רוב חנויות, ובשתי חנויות ורוב בשר דמיא באמת לניפול. [ובאופן שיש רוב בשר כנגד רוב חנויות דנו אחרונים עיין בפ"ת יר"ד בסי' קי סק"ב ועוד יתבאר בע"ה]

הרוב, [והיינו שסיכויי הפרישה לחתיכת בשר גדולים יותר מהחנות שיש בה יותר בשר, אבל כל זה הוא כאשר אותה הסיבה הגורמת לנפילת הבשר יכלה לגרום לכל אותן חתיכות להיות חתיכה הנופלת, ובמשולשים ומרובעים י"ל דאין בנ"א מקפידים בזה, אך הבא לקנות בשר לא יקנה דגים ואין הדגים בכלל התערבות והספק] ודוק

והקושיא מניפול ידוע ליישב בה דהתם אנו דנים על הגוזלים של אתמול מי מהם נפל ומה שאנו רואים גוזלים עתה אינו מועיל כלום, והגע עצמך הרי שיש בידנו תמונה של השוכך מאתמול קודם הנפילה נאלא שאיננו יכולים לזהות הנופל שכולם דומים זל"ז הרי על כל אחד מהגוזלים הנמצאים בתמונה יש לנו להסתפק שמא הוא נפל ואם לא הוא שמא השני אחריו וכו', ומה שאנו רואים עתה הניפול הזה ומכירים פניו אינו מועיל כלום ביחס לספק הזה ודוק.

ולפי זה אף בבשר ודגים אם ידעין שהיה בחנות אחת יותר חתיכות מהשניה ולא ידענו אם בשר דגים או שאר דברים אף שעתה נפל בשר נוכל לצרף כל החתיכות להרוב דכל חתיכה שמנינו אתמול אפשר שהיא הנופלת וצ"ע. ומה שאנו יודעים עתה שחתיכה זו בשר היא יש לומר דאם באמת לא ידעין גם עתה מה הם כל אותם חתיכות יועיל בזה באמת רוב, ואם נאמר שידיעתנו עתה משנה הספק אם כן הרי תיכף כשאנו רואים גוזל הרי אנו יודעים שאין לו דומה בעולם שאין לך שני גוזלים דומים לגמרי בכל פרטיהם ושער ראשם אלא בהכרח רק הידיעה דקודם לידת הספק קובעת, וצ"ע בכ"ז.

מתני' מחצה על מחצה יחלוקן עיין בקוב"ש שהקשה מאי שנא מסימנים וסימנים יניח דהתם נמי מצא אבידה ויש לו ספק בין שנים למי היא שייכת ודינה להיות מונחת עד שיבוא אליהו ומדוע כאן חולקים. ותיירץ בשני אופנים: האחד דגם התם נתקשה הרע"א מדוע יניח ולא יחלוקן הרי החלוקה יכולה להיות אמת ותי' הרע"א דכיון שבאה לידו אין לו להוציאה מידו אלא לבעלים ודאי, ולפי זה ניחא כאן שכבר הוכרע דינה לחלוקה קודם שבאה לידו. וכדרך זו כתב גם הגרש"ש [בשע"י פ"ד ה"ט] ועוד ביאר הקוב"ש דהתם לכ"א מהם יש הוכחה דסימנים אבל כאן שהוא מחצה על מחצה ליכא כלל דין קרוב. ונקט לפשוט דדין קרוב הוא יחסי היינו שהקרובה לאחד יתר על השני מוכחת שבא מנו ולא מחברו אבל עצם הקורב שהניפול נמצא קרוב לשוכך אינה דין כלל ודוק]

תודה חו"ן לחמשים אמה וכו' קושית התוס' דאין הולכים בממון אחר הרוב ולכאורה כוונתם דלכן לא יהיה של המוצא אלא ינתן לבעל השוכך הקרוב. ועיין ברש"ש שתמה בזה דכ"ש שלא נלך אחר הקרוב שהרי רובא עדיף ואם כן סו"ס הוי הניפול של מוצאו. ויש לפרש הקושיא בשני אופנים: א) דאם לא אזלינן בממון אחר הרוב כ"ש דלא אזלינן בתר קרוב ואם כן הוי של מוצאו. ב) ואף אם נניח דבממון אזלינן בתר קרוב אבל כיון דרובא עדיף מקרוב אין טעם במקום רוב לילך אחר הקרוב שהרי הרוב מתנגד לו ואם כן לכל היותר הוי ספק השקול והרי הוא של מוצאו. ובקושיא הא' הנה באמת הדבר מוכרח מיניה וביה דלס"ד דהתוס' דבהשבת אבידה לא אזלינן בתר רובא ומ"מ מפורש במשנה דאזלינן בתר הקרוב ועל כרחנו דאפילו שרוב עדיף מ"מ לענין ממון אזלינן בתר קרוב אף דלא אזלינן בתר הרוב, וצ"ע. ובקושיא הב' עיין בחי' הגר"נ שכתב דמוכח מזה דרובא עדיף אינו מבטל הדין קרוב אלא דהכרעת הרוב עדיפה אבל במקום שא"א לילך אחר הרוב [כגון ממון להס"ד] הכרעת הקרוב מכרעת. ועדיין צ"ע בסברא דסו"ס יועיל הרוב לענין שיבטל הכרעת הקרוב שהרי הוא עדיף, וצ"ע.

והתוס' תירצו דבמקום שאין מוחזק אזלינן בתר רוב בממון.¹⁵⁶ ועיין בחי' הגר"נ שהקשה לדעת רש"י בב"מ שנראה מדבריו שם בחד שיטה בגמ' דגם במקום שאין מוחזק כלל כהשבת אבידה לא אזלינן בממון בתר

¹⁵⁶ בטעם הדין דלא אזלינן בתר רוב בממון כתב הרשב"ם בריש המוכר פירות דבממון קי"ל המע"ה ורובא לאו ראייה היא. אך בתוס' בריש המניח כתבו משום דאיכא מיעוטא וחזקה וביאר התרה"ד בדבריהם דאמרין בזה סמוך מיעוטא

רובא ואם כן לדידיה הדרא קושית התוס' לדוכתא. ואין לומר דסובר רש"י דאה"נ אבל גם קרוב לא מועיל בממון שהרי מפורש במתני' דקרוב מהני וכנ"ל, וביאר הגר"נ דלדעת רש"י במקום שיש רוב בטלה לגמרי הכרעת הקרוב ורובא עדיף היינו דאין כאן הכרעת קרוב כלל.¹⁵⁷

בגמ' איתמר וכו' לא נתפרש בגמ' המקור והטעם מדוע ברוב וקרוב אזלינן בתר הרוב. ועיין בחי' הריטב"א **שכתב בזה** 'אפשר דגמרא גמירי לה' אבל בשאלות דרבי אחאי כתב דהטעם הוא לפי שרוב שכיח טפי. וכפה"נ דכוונתו דשכיח טפי שיבוא מהרוב מאשר מהקרוב. ובודאי שאין זה כלל מוחלט דתלוי הדבר ביחס הרוב אל המיעוט ובאיכות הקורבה ועוד דברים הרבה אלא שהיות שעל דרך כלל רוב הוא בירור עדיף מקרוב נתנה תורה ונתחדשה הלכה ללכת אחרי הרוב.

ולעיל נתבאר דאפשר שחולקים רש"י ותוס' בדין רוב וקרוב אם נתבטל לגמרי הכרעת הקרוב או דהקרוב קיים אלא שזהרוב עדיף, ואפשר שהוא תלוי בנידון זה, דאם מסברא רוב עדיף היינו משום שאין הקרוב מברר נגד הרוב דהקרוב מהווה הוכחה נגד עיר אחרת שווה לה אבל לא נגד רוב ואם כן אין מקום לקרוב כלל גם בממון אבל אם גמרא גמירי לה היינו דהקרוב קיים והרוב קיים וניתנה הלכה לילך אחר הרוב ובמקום דליכא דין הלך אחר הרוב חזר הדין דהלך אחר הקרוב.

לחזקה ואף דבעלמא קיי"ל דלא אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה וברבנן דרבי מאיר חזקת ממון אלימא טפי. ולשני הטעמים מובן היטב דבהשבת אבידה אזלינן בתר רובא לטובת המוחזק המוצא נגד התובע בעל השובר הקרוב.
¹⁵⁷ וכזאת מצינו בתוס' רא"ש בכתובות דף ט שמבואר מדבריו דרובא וחזקה רובא עדיף היינו שבטלה לגמרי החזקה ואינו בחזקת כדמעיקרא אבל באופן שגם אחר הרוב לא בטל שם חזקה לא אמרינן רובא וחזקה רובא עדיף.

פרק חזקת הבתים

דף כח ע"א

חזקת הבתים וכו' חילוק יסודי יש בין חזקת קרקעות לחזקת מטלטלין והוא דמטלטלין [שאינם עשויין להשאיל וכדו'] אדם נאמן לטעון עליהם לקוח בלא שלש שנים ואף בלא שראינו ששתק הבעלים כלל ואילו בקרקע אין חזקתו אלא באכילה או דירה שלש שנים ודוקא בדיעת הבעלים ושתיקתו, ובהא דליכא דין חזקת מטלטלין בקרקע יש שלש דרכים שניתן ללמוד מדברי הראשונים:

הדרך הראשונה עיין ברשב"ם לקמן במתני' בדף מב ע"א שכתב שם דהטעם דבמטלטלין נאמן מיד לפי שאין דרך לקנות המטלטלין בשטר או בעדים עיי"ש, ורגילים לפרש כוונתו דבמטלטלי ליתא טענת אחוי שטרך וא"כ מבואר מדבריו דהטעם דבקרקע בעינן ג' שנים והא משום דאמרינן ליה אחוי שטרך ואל"כ היה דינם כמטלטלין, אך קשה על זה מהגמ' לקמן בדף לו ע"א דעבד קטן המוטל בעריסה חזקתו לאלתר לפי שאין יכול לילך וקשה דהרי כותבים עליו שטר¹⁵⁸. וע"ע בקצה"ח קלה סק"ב.

הדרך השנייה עיין בתוס' לקמן בדף לג ע"ב ד"ה ואי טעין וכו', דמבואר מדבריהם דחזקת מטלטלי מועילה רק לתופש בהם, ועיין בעליות דרבינו יונה לקמן בע"ב בד"ה ופרקינן וכו', שכתב דמחזיק במטלטלין הידועים לחברו אם תובעו הלה ואין המחזיק יורד לדין אין מוציאין ממנו המטלטלי אף על פי שלא טען שום טענה אלא שאינו רוצה להשיבו וביאר החילוק בזה בין קרקע שבה צריך טענה לחזקתו למטלטלי דאינו צריך טענה כקרקע לפי שהוא תפוס בהם ועוד דאחזוקי אנשי בגנבי לא מחזקינן ומבואר לכאורה דהחילוק הוא דבקרקע ליתא תפיסה בה עיי"ש. ובעצם הדין דאין תפיסה בקרקע כן נקטו הראשונים בכל דוכתי דאין תפיסה בקרקע, ועיין בתוס' בב"מ סו"פ השואל [דף קג ע"א ד"ה פרדיסין] גבי תפיסה בספיקות דאין תפיסה בקרקע לפי שאין יכול להצניע ולשמטה, והנה למדנו מדברי רבינו יונה דמלבד דין שלש שנים ישנו עוד הפרש בין קרקע למטלטלין אשר במטלטלין אינו צריך להשיבו ובקרקע חייב לטעון וסברתו שכתב היא לגבי דין זה אבל אפשר ללמוד ולפרש דגם עיקר הטעם דליכא בקרקע חזקה כמטלטלין הוא מחמת שאינו תפוש בה¹⁵⁹.

ועיין בהגהת הגר"א סי' קמ סק"א שציין על הדין הזה דקרקע בחזקת בעליה עומדת נואין אדם נאמן לטעון בה לקוח בלא ג"ש את הגמ' בב"מ קי ושם מיירי גבי תפיסה בספיקות הרי מבואר להדיא כדרך זו.

¹⁵⁸ ואמנם לשון הרשב"ם דמטלטלין קונים בלא עדים ובלא שטר וקשה דמה מועיל אם היו קונים מטלטלי בעדים הרי אינו יכול לומר אחוי עדיך שיאמר לו הלכו למדינת הים וצ"ע ועיין ברמב"ם פ"ט מטוען ה"ז אע"פ שהקרקע בחזקת הבעלים אין הפירות בחזקת הבעלים שאין אדם מוכר פירות שדהו בשטר כדי שנאמר לזה שאכל הבא שטרך עכ"ל ומבואר לכאורה דעיקר החילוק בין קרקע למטלטלין הוא בשטר וכהרשב"ם אך הרמב"ם שם מיירי גבי דינא דלא חציף ולא לגבי עיקר חזקת מטלטלי ומקומו מבסוגיא שם אבל לדרכו של הרמב"ם שם בסוגיא אפשר שיש ראיה מדבריו כן ואכמ"ל

¹⁵⁹ ויל"ע לדרך זו דהרי אף שאין תפיסה בקרקע בספיקות להוציא ממר"ק אבל דין מוחזק שייך בה שהרי הדר בקרקע שאין לה מרא קמא חשיב מוחזק אפילו באכילת יום אחד והמוציא ממנו עליו הראיה ואף חזקת שלש שנים מוכח בכמה דוכתי דדינה הוא בדין מוחזק על ידי אכילתו [ובחידושי הגר"נ בסוגיין האריך בפרט זה] ולמה תלוי דין חזקת משת"י אדם שלו בדין התפיסה בספיקות

הדרך השלישית יעויין בריטב"א לקמן [בתחילת הגמ' בד"ה מנין לחזקה] שביאר שאלת הגמ' מנין לחזקה שהיא ג' שנים דפריך ממ"נ אי תפיסתם ראייה כמטלטלין מחמת שלא מיחה הבעלים לאלתר תהא חזקה ואם אין תפיסתו ראייה מחמת שכל אדם יכול ליכנס לתוכו אף אחר ג' שנים נמי לא עיי"ש. ומבואר מתוך דבריו הטעם דאין התפיסה ראייה הוא מחמת שכל אדם יכול ליכנס לקרקע ודמיא לגודרות לקמן לו ע"א, אמנם הריטב"א כאן דן שתהא תפיסתו ראייה מחמת שלא מיחה הבעלים ולא מחמת עצם התפיסה ותמוה בתרתי חדא דאם כן אינו ענין לחזקת מטלטלי דלא בעינן כלל שתיקת בעלים ועוד דא"כ מה טעם הוא שכל אחד יכול ליכנס לתוכו וצ"ל דמחמת שכל אדם יכול ליכנס לא הוי כלל החזקת בעלים בעלמא שנימא שהיה צריך למחות ודוק וטעם זה שלמדנו מדברי הריטב"א מפורש במהרי"ט בחלק ב חו"מ סי' ל שכתב שם להדיא דהא דקרקע אין חזקתה לאלתר כמטלטלי הוא משום שכל אדם יכול ליכנס לתוכה שהארץ לעולם עומדת עיי"ש

והנה נחלקו הרי"ף והתוס' לקמן בדין האוכל פירות משדה חברו אם יש לו חזקת מטלטלי, דיעויין בתוס' הנ"ל לקמן בדף לג ע"ב ד"ה ואי וכו' שהקשו דכל האוכל פירות בשדה חברו יהיה נאמן לטעון על הפירות מדין חזקה משת"י אדם שלו וכתבו שם דאם הפירות ברשותו אה"נ דנאמן, ואולם הרי"ף בשבועות [בדף כח ע"א מדפי הרי"ף בד"ה והשער העשירי וכו'] הוכיח מזה דכל דבר שאדם יכול ליטלו לא דעת הבעלים ליכא ביה דין חזקת משת"י אדם שלו וכגודרות נוצ"ל דלא דמי לשאר מטלטלי שצריך ליכנס לבית חברו דרך גניבה דבזה לא חשדינן ליה ומשא"כ קרקע שיכול לירד לתוכה וכעין שכתב הרשב"ם לקמן בדף לו דגודרות כ"א יכול ליטלם מרה"ר]. והנה מדברי התוס' מבואר דפליגי על סברת הריטב"א דאם סברי דאף בפירות איכא חזקת כל מה שת"י אדם שלו אף שנטלם שלא מדעת בעלים כל שכן בקרקע שלא ראינו שנטלה דוקא שלא בפני הבעלים ולדידהו צריך לומר כאחד משני הטעמים שנתפרשו לעיל.

רש"י ד"ה בית השלחין וכו' לפי שכשאמרו וכו' כוונתו בזה דלהכי בעינן ג"ש מיום ליום משום דבעינן כל היוצא וכ"מ מרש"י על הרי"ף עיי"ש והיינו אליבא דרבי ישמעאל דמצריך שלש אכילות דלרבנן בלא"ה מצרכי בכ"מ שלש שנים שלימות וצ"ע הטעם אמאי בעינן כל הראוי בג"ש דווקא דבשלמא בבית הבעל לאכילת שנה יש שם אכילה אחת אבל בבית השלחין שמגדלין בה ירקות כ"פ בשנה מדוע בעינן שלש שנים שלימות וכן בבית מדוע דירת שנה נחשבת לדירה עד שנאמר דשלש שנים שלש אכילות הם, ועוד קשה דבגמ' בע"ב מבואר דבאספסתא שגדלה בחודש אחד יש חזקה לרבי ישמעאל בתלתא ירחי, ועיין ברשב"א להלן בע"ב ד"ה ולרבי ישמעאל שעמד בזה וביאר דבבית השלחין כיון שעושה פירות תדיר הרגילות הוא שנחשב כל אכילות השנה כאכילה אחת שאין רגילות להשכיר דירה ובית השלחין לפחות משנה.

מתני' שדה בית הבעל וכו' ואינם מיום ליום ראה ברש"י ומה היא חזקתה וכו' מבואר דס"ל דרבי ישמעאל פירוש הוא על הת"ק ולא פליגי ועיין בתוס' בעירובין דף מח ע"א ד"ה ר"י צויין במסורת הש"ס שכתב כן דר"י אתא לפרושי רישא דמתני', ועיין ברמב"ם פ"ב מטוען שמבואר מדבריו דת"ק היינו רבנן בגמ' וכ"מ מפירוש המשנה בסוף הפירוש וכתב הרמב"ם דבשדה בעל סגי שאכל שלשה יבולים כדי שתחשב חזקתו חזקה ואין צורך בשלש שנים שלימות נואם זרע חטים בחשון בשנה הא' וכן בכולן הרי בניסן שנה ג' כבר השלים חזקתו בשנתיים ומחצה] ועיין בשו"ע סי' קמא סוף סעיף א במחבר ורמ"א שתי הדעות לדינא ועיין שם בנו"כ שתלו המחלוקת במחלוקת רב ושמאל לקמן דף לו ע"ב. וכ"ה בראשונים בסוגיין.

רש"י ד"ה שדה בית הבעל וכו' מדקדוק לשון רש"י שלא הזכיר קצירה כלל לא בג"ח ראשונים ולא באחרונים וגם כתב דיש בני אדם הממהרים וכו' משמע דאי"צ קצירות כלל, ובאמת אוכל בתקופה זו רק שני יבולים היינו שמייהר לזרוע בשנה א' בחודש תמוז וקצר יבול זה בחודש ניסן שנה הב' זרע שוב בתשרי שנה הג'

הרי בכסלו יש לו חזקה וזה תמוה דאיזה שלש פעמים יש בזה ואפשר דחשיב ב' זריות וקצירה אחת כשלש פעמים ובתוס' כתבו דמהקונטרס משמע דבעינן שיזרע ויקצור שלש פעמים, וצ"ע דברש"י דידן ל"מ כן, ובחוסן ישועות כתב דכוונתם לפירוש רשב"ם לקמן דף לו ואפשר עוד דלא רצו התוס' לפרש דמיירי בשני יבולים שהוא נגד פשטות הסוגיות וכוונתם דברש"י משמע דבעינן ג' זריעות לאפוקי מפירוש ר"י וקצירות פשיטא דבעינן ודוק.

תוד"ה ובית הבדים עיין בקוב"ש שהקשה למ"ד דהולכים בממון אחר הרוב יאמר המחזיק אני מן הרוב שדורכים בב"א, וידוע לפרש דכוונת התוס' דיש שימוש לבית הבד להשכירו לאחרים העושים כל השנה מעט מעט ולק"מ נראה לעיל הניח להם אביהם בית הבד וכו' ואם עשאם לשכר וכו' ובבית הבד שאינו עשוי לשכר אפשר לפי"ז דלא חשיב עושה פירות תדיר]

מתני' והעבדים וכו' חזקתם שלש שנים נחלקו הראשונים לקמן בדף לו ע"א אי בגודרות בעינן שלש שנים, דעת הרשב"ם ודעימיה דאף בגודרות איכא להו חזקה אחר ג"ש, ודעת הרשב"א בסוגיין דסגי בשנה או שנתיים [ואולי כן דעת התוס' לעיל ב ע"א לד"ה לפיכך וכו' שהו ברשותו הרבה וכו'] ויל"ע לדעת הרשב"ם אמאי לא קתני גודרות במתני' ושמא נכללו בדין עבדים שדין אחד להם וצ"ע. וראה להלן בדברי הרשב"א.

בדברי הרשב"א בסוגיין עיין היטב ברשב"א על אתר בדין חזקת עבדים וגודרות, ודברי הרשב"א תמוהים וסתומים עד מאוד א) כל התחלת קושיתו לא מובנת כלל שדייק מהא דכילל עבדים בעושה פירות תדיר שאינו מחמת שהולכים בעצמם וכו' ותמוה מאוד דמה דקתני במתני' עושה פירות תדיר הוא לומר דלהכי חזקתן היא מיום ליום ולא כשדה בעל שאין חזקתה מיום ליום דזו החלוקה שבאה מתני' לאשמעינן ואלמלי היו העבדים עושים פירות אלא פעם בשנה היה סגי בפעולת שלוש שנים דידיהו ואין לזה שייכות עם עיקר דין חזקת שלוש שנים וכן הוא בבתיים ושאר המנויים במתני' וזה פלא גדול.

ב) ועוד צ"ע טובא איזה טעם הוא לחזקת שלש שנים שעושה פירות תדיר, ומבואר מכ"ד הרשב"א דאף אלמלי היו העבדים הולכים בעצמם היה דינם בחזקת שלש שנים מטעם דעושה פירות וצ"ע דהיכן מצינו חילוק זה בין קרקע למטלטלין וצ"ב. ועיין בריטב"א כאן ועיין בריטב"א להלן בדף לו שהביא שם דברי הרשב"א ומלשונו משמע דסברת עושים פירות היא דסברא דמחמת כן ישתהו ברשותו זמן רב ולא ימחה הבעלים וצ"ב מה המקור לכל זה, וצע"ג.

ג) ועוד תמוה, דהרי מבואר בגמ' לקמן בדף לו ע"א דעבד קטן המוטל בעריסה חזקתו לאלתר ומה"ט שאינו יכול לילך ברגליו הרי אף דגדר עושה פירות לו חזקתו לאלתר וצ"ע ועיין בברכת שמואל כאן סי' כו מש"כ בדברי הרשב"א ומדבריו נראה שהבין דכוונת הרשב"א דחזקתו שלש שנים משום שרגילים לכתוב עליו שטר וצ"ע דלשון הרשב"א אינו משמע כן כלל ולהדיא בריטב"א דעיקר הטעם משום עושה פירות וצ"ע. ועיין בלשון הרמב"ם בפ"ט מטוען ה"ט אבל כלים העשויים להשאיל וכו' והרי הן לבעליהן כמו קרקע שאוכל פירותיה והגוף קיים כך אלו הכלים עיישה ועיין שם באבהא"ז שעמד בכוונת הרמב"ם בזה וגם להלן שם בפ"ט כתב הרמב"ם שדינם כדין הקרקעות וצ"ע.

[ויש לחקור בחזקת גודרות דבעינן בהו שלש שנים לדעת הרשב"ם [ולהתני' השני ברשב"א] אי צריך נמי אכילת פירות ועיין תוס' לעיל ב ע"א שהו ברשותו הרבה דהתם הוא בלא אכילה ועיין בנתיב"מ ריש סי' קלה דכתב דדווקא באכילת פירות וכן מוכח מהרשב"א דידן דאל"ה איכא נ"מ בטעם בעבדים ול"ק קושיתו דנ"מ דצריך לאכול פירות ודוק אבל אפשר אף להנתיב"מ דאינו כאכילת פירות דמתני' ונ"מ דלא יועיל לרבי ישמעאל בשלש אכילות של שנה ובעינן בהו ג' שנים שלימות מיום ליום ודוק ולפי"ז כבר יש תחילת

דרך בדברי הרשב"א דקשיא ליה בעבדים דכייל להו בעושה פירות תדיר ואי משום גודרות הרי אף בלא זה בעינן שלש שלימות ודוק היטב].

בגמ' מנין לחזקה משור המועד וכו' בביאור הילפותא משור המועד ראה להלן בדברי התוס' והראשונים.

בגמ' אי מה שור המועד וכו' צ"ע מאי ס"ד הרי מועד הוא לענין שמירה, ועיין בריטב"א בתירוץ הגמ' שכתב כן בביאור תי' הגמ' ומ"מ קשה מאי ס"ד ויש בזה גם נ"מ לקולא דמועד סגי ליה בשמירה פחותה ותם בעי שמירה מעולה [כדאיתא ריש הכונס]. ועוד קשה מנ"ל לחדש דאיכא שלשה מצבים 'תם' 'נפיק מתם' ו'מועד' דלמא מאן דנפיק מתמות הוא ניהו מועד דאמר רחמנא וגם צ"ע איזה דין תשלומים היה ראוי שיחול על מי שיצא מחזקת תם אף דאין לזה היכי תמצוי וראה להלן עוד בדברי התוס' והרמב"ן.

עיין בספר אילת השחר שהקשה דהרי חייב בנגיחה רביעית גם ביום שלישי לדעת רבא לפירוש רבי עזרא [עיין בתוס'] ואמאי חייב הא בהאי נגיחה רביעית לא מיעד כיון דבחד יומא היא עם שלישית, ותירץ שם דגזיה"כ דימים לא נאמרה כלפי העדאה דנגיחה רביעית אלא כלפי להוציאו מחזקת תם וכן צ"ל בדין נגח שלשה מינים דמועד לכל דודאי אין צריך להס"ד דנגיחה רביעית תהיה למין רביעי אלא סגי שיחזור לאותם המינים אף דבשלישית כגון שור שור וחמור לא אמרינן כן ודוק.

בגמ' מנין לחזקה שהיא שלש שנים וכו' נחלקו הראשונים בגדר הילפותא משור המועד: שיטת התוס' היא דהילפותא היא דבשלש פעמים הוחזק שתקן, ואילו דעת הרמב"ן וש"א דהילפותא היא כלפי השדה דבשלש שנים יצתה מחזקת בעליה ויבואר להלן, ראה בתוס' ד"ה עד וכו' לדעת התוס' להס"ד הוא הלכתא בלא טעמא, ולמסקנא ילפינן דהוחזק שתקן. ושני חילוקים יש בין אופן הילפותא אליבא דאמת דהיינו שהוחזק שתקן לבין האופן שהבין המקשן, חדא דלהמקשה ילפינן על השדה דבשלש פעמים הוחזקה ברשותו ולמסקנא ילפינן על המוכר עצמו משלשת פעמיו, ועוד דלהמקשן ילפינן משינוי הדין מח"נ לנ"ש דזה דומה לדין השדה ולמסקנא ילפינן מדין השור עצמו דנגחן הוא דזה דומה לאיש דשתקן הוא.

ויש להסתפק בהך רביעית אי בעינן בה שתיקת בעלים או לא, ומסתברא דדומיא דשלש היא ודוק. ויל"ע עכ"פ הא ודאי משמע להדיא דבעינן רביעית שלימה ולא חד יומא ברביעית והטעם דדוקא אכילה שלימה דמי לנגיחה.

ועיין בתוס' להלן בע"ב ד"ה אלא וכו' כיון שאכלה שלש שנים ולא מיחה הוי בחזקת שלא ימחה עוד וכ"ה לשונם כאן הוחזק שתקן, ויל"ע אמאי נקטו התוס' דהחזקה שלא ימחה הל"ל בפשיטות דכיון שתק שלש פעמים ודאי לא במקרה שתק אלא חזינן שאינה שלו ומה צורך יש להם לומר שלא ימחה עוד בשגם הא קמן דמחה ותבעו לדין אחר שלש, רצ"ע.¹⁶⁰

שיטת הרמב"ן עיין ברמב"ן שביאר שיטת הגמ' ובריטב"א שהרחיב וביאר שיטת הרמב"ן דילפינן לה דכמו התם בשלש נגיחות יצאת מחזקת תם לחזקת מועד ה"נ כיון שאכל ג"פ יצאת מחזקת מוכר וממילא קאי ברשות לוקח ומקשינן דהתם בשלש נגיחות לא קם בחזקת מועד עד נגיחה רביעית וה"נ לא יהיה הלוקח נאמן לגמרי, ועיין בריטב"א שביאר דקושית הגמ' דיהא הדין דכל דאליים גבר, ויש לעיין דהרי נתבאר ברמב"ן דכשיצאת מרשות מוכר ממילא קאי ברשות לוקח וטעמו לכאורה מבואר היטב דהרי במקום שאין

¹⁶⁰ ויל"ע עוד דלכאורה בעינן ג' שתיקות והנה בראשונים לקמן בדף ל ע"א מבואר [עיין בגמ' וי] דאם בא המערער בסוף שנה שלישית למקום שיכול למחות עלתה חזקה למחזיק אף שכל שלש לא היה יכול למחות [כגון מקום חירות שאין מחאתו נשמעת] וצ"ע דהכא לרבי ישמעאל החזקה ממה ששתק שלש שנים וכה"ג אין שלש שתיקות ונראה דלהתוס' אליבא דרבי ישמעאל לא יהיה הדין כן ויל"ע.

מרא קמא כל יושב בקרקע חד יומא הוי בחזקת בעלים וכ"ה הכא כד נפקא ממר"ק הוי בחזקתו ממילא ואם כן היאך יהיה הדין כדא"ג, ואמנם **יעויין במלחמות ה'** להלן בדין מחאה שלא בפניו שכתב בתוה"ד דבהני שלש פעמים יצאת מחזקת מוכר ודאיהו מפיק לה מחזקתיה הא תלת שנין וקמה לה ברשות לוקח דמעיל לה לחזקתיה כשור המועד ומשמע דאף לאוקמה בחזקת לוקח בעינן שלש שנים וצ"ל דנגד הסתמא המוחזק אצלנו דשל המוכר הוא עומד הסתמא דהוי של לוקח מדאכלה ג"פ ומכריע להיפך וקושיית המקשן דאחר ג"פ הוי ספק השקול מכח סתירת החזקות אבל לא דחזקת המוכר בטלה לגמרי אלא כחה עמה לעמוד ולסתור חזקת המחזיק דלהוי כדא"ג ודוק.

ויל"ע לדעת הרמב"ן היאך נפיק מחזקת מוכר על ידי ג"פ ולכאורה ודאי הוא משום שתיקת המוכר דהרי מבואר במשניות לקמן דבמקום שאין יכול למחות ליכא חזקה, וכיון שאכלה ג"פ בפניו ושתק הוי חזקה ויל"ע בדברי הרמב"ן להלן בדין מחאה שלא בפניו ויתבאר. עוד יל"ע מה הס"ד דאחר ג"פ נפקא מחזקת תם ולא קם בחזקת מועד אם כן ברביעית למה משלם הרי עדיין לא היה מועד ולא נחייב הבעלים לשמרו מדינא כמועד וצ"ל דכשיצא מחזקת תם יודע הבעלים שאפשר שיהא מועד בנגיחה זו שהרי אינו בחזקת תם כלל וחייב לשמרו ויל"ע אי סגי ליה בשמירה פחותה כמועד או בעי שמירה מעולה כתם [עייין ריש הכונס החילוק הזה בין תם למועד למ"ד]

[בענין החקירה אם חזקת שור המועד הוי סימן או סיבה יתבאר בע"ה בע"ב]

בגמ' אלא מעתה כל חזקה וכו' מסתימת לשון רש"י נראה שפירשה כפשטה על האומר שלא אמר לי אדם דבר מעולם ומסתברא ע"ד הרמב"ן ראה להלן, **וראה בתוס' רמב"ן ורבינו יונה** חמשה פירושים בביאור הגמ'.

תוד"ה אלא מעתה וכו' אית לן למימר שמחל לו דברי התוס' צריכים ביאור דלו יהי שמחל לו הרי אין השדה נקנית במחילה **ועיין ברשב"א** שכתב דאין לפרש כהתוס' כיון שאין הקרקע נקנית במחילה, וכע"ז ברבינו יונה. **ועיין בברכ"ש בסי' כה אות ד** שכתב דלהס"ד הוי השתיקה כאילו אמר לו לך חזק וקני [ודמי להיכא דסייע לו המוכר בבניית הכותל דהוי כלך חזק וקני – לקמן מא א-] ולמסקנא אינו אלא כמחילה בעלמא דלא סגי בה להקנאה, וכ"כ שם בשם הגר"י מסלנט. **ויל"ע** היאך חזינן משתיקתו דעת מקנה הפועלת ולכאורה אין כאן אלא כיאוש בעלמא, וצ"ע. **ולכאורה מוכח מהתוס'** דס"ל דמהני קנין מצד הקונה ואי"צ מהמוכר אלא שלא יתנגד להקנין ולהסכמה בעלמא אפשר שיש ראייה משתיקתו וצ"ע.

ועיין ברשב"א שהקשה דאדרבה המקשן שפיר פריך דתועיל מחילתו לקנות הקרקע כמו דחזינן בחזקת תשמישים דלדעת כמה ראשונים סגי במחילה ואי"צ הקנאה ממש ועיין שם שכתב דכיון דליכא גוף סגי במחילה כדי לזכות בתשמישים אבל הקרקע אינה נקנית במחילה, **ודברי הרשב"א צריכים ביאור** דהרי זוכה בשעבוד וזכותים בשל חבירו וזוהי ודאי בעינן שהלה יעמיד וישעבד לו קרקעו לתשמיש דיוצר זכות שלא היתה קיימת עד הנה. **ועיין בברכת שמואל שהאריך בדברי הרשב"א והתוס'** וראה בסי' כה סוף אות ב שכתב שני הסברים בדברי הרשב"א או דמכיון שכבר שם הקורה הוי דיעבד ומהני בזה מחילה או דלתשמישים מועיל מחילה וכתב שם דלשון הרשב"א משמע משום דדיעבד הוא ויל"ע בזה שהרי ודאי יכול להחליף הקורה באחרת ומה שייך בזה דיעבד, וכ"ז צ"ע.

ופשטות כוונת הרשב"א בתירוצו דמחילה לא מועלת בהקנאת גוף בעלמא דבעינן דעת מקנה **אולם הראונו בדברי הרשב"א בתשובה המובאת בשו"ע בסי' רמא** סעיף ג דשם איתא דהמוחל לחברו מה שיטול מנכסיו יכול לחזור בו עד שלא נטל הלה אבל לאחר שנטל אינו יכול לחזור בו ומשא"כ בקרקע שאף אם החזיק בה הלה יכול לחזור בו ונחלקו רבותינו שם בפשט דין זה דהסמ"ע כתב דמיירי כשאמר כן בלשון הקנאה

המועלת ועיי"ש מש"כ בדברי הרשב"א אבל הש"ך כתב דבמטלטלין סגי בלשון מחילה כפשטות לשון הרשב"א בתשובה שם

שם בתוס' אי נמי הא דקא פריך וכו' והא דמיייתי מתני' דלקמן משום דדין זה מדויק מסוף המשנה עיין בתוס' שם בדף מא, והנה צ"ב מה שייך זה לילפותא משור המועד, ובעיקר הדין דבלא חד יומא לא טענינן ובדר ביה חד יומא טענינן בפשטות הגדר בזה דעל ידי חד יומא חשיב חזקת המוכר ובלא זה אין החזקה דלוקח מהני להעמיד הקרקע ביד המוכר עיין במאירי בדף מא שכתב דהמוכר מתחיל החזקה ולוקח גומרה ועיין בנתיב"מ בסי' קמו סקכ"ב בדין קמי דידי וצ"ל דבחזקה דהכא שהיא חזקה גמורה שיצא מרשות מוכר וקאי בדידיה ס"ד דעבדי' טענינן גם בלא חזקת מוכר ואכ"מ.

שיטת הרמב"ן בביאור קושית הגמ' בחזקה שאין עמה טענה עיין ברמב"ן שפירש קושית הגמ' דכיון דיצאת מרשות מוכר בחזקה זו הוי כאילו אין למערער עדים או ראיה שהיא שלו, ומבואר מדברי הרמב"ן דכשאין למערער עדים או ראיה זוכה המחזיק גם בלא טענה ולהכי פריך שפיר דכיון דבשלש פעמים אינה כלל תו ברשות מוכר ממילא יזכה הלוקח בלא טענה וסתימת דברי הרמב"ן משמע דמייירי באומר המחזיק שלא אמר לו אדם דבר מעולם ודלא כהתוס'. ומוכח מדברי הרמב"ן דמה שיצאת הקרקע מחזקת המוכר אינו משום דקאי בחזקת לוקח דכאן לא תתחיל חזקתו שהרי אין לו טענה אלא עצם מה שאדם זר אוכלה שלש שנים מפקיעה מחזקת ורשות המוכר [ועל ידי שתיקתו וכנ"ל]

ובדין זה שכתבו הרמב"ן דבלא עדים אין מוציאים מהמחזיק בה עיין במרדכי שם בדף מא שהביא שנסתפק בזה רבינו יקר אי מהני חזקה בלא טענה בלא עדי מרא קמא והביא המרדכי שם דעת הרשב"ט שהכריע דמהני החזקה ולשון אינו רשאי שכתב שם צ"ב ועיין להלן מדברי הנתיב"מ ודוק. ועיין ברמב"ם בפ"ד מטוען הי"ב שפסק כן כהרשב"ט, ועיין במאירי שם בדף מא שהביא שם דכן פסק הרמב"ם דאין מוציאים בלא עדים והביא דיש חולקים ועיי"ש ראייתם, ודחה המאירי דבריהם והביא ראיה מאבידה דבעינן סימנים, וצ"ע טובא דהתם הרי ילפינן לה מקרא דעד דרוש אחיך והרי אף אם רוצה שומר האבידה לתיתה לו אינו רשאי וכבר ידוע נדון זה באבידה מדברי הפני יהושע.

ועיין בשו"ע סי' קמו סעיף ט שפסק כהרמב"ם דאין מוציאים מהמחזיק, ועיי"ש בנתיב"מ שהקשה דהרי ברי ושמא ברי עדיף לכו"ע היכא דליכא חזקת ממון ותירץ דהכא אינו רשאי לתת לו מדין שומר אבידה, וכ"מ קצת לשון הרשב"ט במרדכי. ומדברי הרמב"ן דידן משמע דמדין זכותו אינו חייב ליתן למערער אף דאינה שלו ולא מדין השבת אבידה שהרי קושית הגמ' דחזקה שאין עמה טענה תהא חזקה, וגם הרמב"ן פירשה שאין צריך זה לטענה ומשמע שזוכה מכח חזקתו, וצ"ע חדא דברי ושמא ברי עדיף וכנ"ל, ועוד דלכאורה גרע מטענת שמא בעלמא שאין לו שום סיבה בפנינו להסתפק בה, וצ"ל דחשיב שמא מה שאולי הקנה לו אותה או שמא של אחר היתה והפקירה או הקנה לו וממה שיושב בשופי שלש שנים הוי כספק ואפשר דחשיב אף מוחזק מכח זה ולא ברי עדיף.¹⁶¹

שיטת רבינו יונה בקושית הגמ' מחזקה שאין עמה טענה עיין ברבינו יונה שני פירושים בדברי הגמ' פירוש ראשון דמייירי כשאומר לו איני רוצה להשיבך דבר או שותק דבקרקה הדין בעלמא דמפסיד הקרקע דחזקת

¹⁶¹ והנה בהגהת הרע"א שם בסי' קמו ס"ט ציין לדברי הש"ך בסוף סי' רכה ושם מייירי במוכר שמכר שדה ואומר שאינו יודע למי מכרה ובא אחד ואמר שהוא הקונה דפסק הרמ"א שם דמהימן הקונה וכתב הש"ך דיש ראשונים דפליגי בזה וכן משמע קצת מהשו"ע בסי' קמו ס"ט וזהו דין דידן דהמוכר אין לו עדים והלוקח בלא טענה והנה דעה זו שהובאה בש"ך תמוה מאוד חדא דברי עדיף וכנ"ל וביותר דהתם אין לו למוכר שום טענה וצד לזכות בה ומה טענת שמא יש לו בה וצ"ע ג.

קרקע בעי טענה ובמטלטלי אין מוציאין ממנו אלא משמתין אותו ועיי"ש החילוק בין קרקע למטלטלין שתפוס בהם ועוד דאחזוקי אנשי וכו'. ודע דבקרקע בלא מרא קמא נמי אינו חייב להשיבו כן מבואר בתשובת הרשב"א ח"ג סי' עב וסי' עג ומסתברא דכ"ד הרבינו יונה נסובו בדאיכא מרא קמא וצ"ב חילוקו והנה בסו"ד כתב רבינו יונה דמשמתין אותו ומבואר דמה שאומר איני רוצה להשיבך הוי כאילו אינו רוצה לירד לדין ובזה מתבאר החילוק היטב דבמטלטלי שתפוס בהם כל זמן דמסתמא שלו הם דאחזוקי אנשי וכו' לא ירדו בי"ד לנכסיו בלא דין אבל בקרקע אינו תפוס בה ממש אלא דהוי בחזקתו וחזקה זו דין הוא ואם אינו יורד לדין לא ידונו בי"ד חזקתו והסברא דשלו היא וז"ש שם בתחילת דבריו דאיהו לא טעין אנן נטעון ליה עיי"ש"ה ודוק. ועיין בשיעורי הגרש"ר שהוכיח מדברי הרמב"ן והקצות דפליגי על דינו של רבינו יונה בחזקת מטלטלי וס"ל דאם אינו משיב ירדו בי"ד לנכסיו.

ודברי רבינו יונה אלו הם מקור להידוע בעולם דטעם הדין שהמחזיק מטלטלי נאמן נגד המרא קמא בלא מספק הוא משום דאחזוקי אנשי בגנבי לא מחזקינן ויותר מפורשים הדברים בדברי רבינו יונה לקמן בדף מו ע"א ד"ה עלה בידינו שכתב דהמחזיק מטלטלי נאמן משום דתפישתו הוי חזקה וראיה שהם שלו שאין בני אדם מוחזקים בגנבים עיי"ש ודבריו שם הם להדיא שלא כהגרנט שכתב דסברא זו הוי רק מספק בעלמא ומ"מ אף להרבינו יונה אפשר דבעינן שיהא תפוס בהם דהך ראיה אינה מוציאה ממון אלא מעמידה הסתמא להחשב תפיסתו כמוחזק ודוק.

ופירוש שני פירש רבינו יונה דהכא ס"ד דטענינן לו כיון דהוי בחזקתו וצ"ב מה שייך זה להילפותא משור המועד ונראה כוונתו משום דהוי מוחזק גמור ומצינו בדברי הראשונים דטענינן במוחזק גמור טפי דכתבו עיין בריטב"א וברבינו יונה לקמן בדף נג דטענינן במקום חזקה משתי"א שלו אף לטעון דשמא היה האב מביא עדים. עלה בידינו חמשה פירושים בקושיית הגמ' שניים בתוס' אחד ברמב"ן ושניים ברבינו יונה.

דף כח ע"ב

בגמ' אלא מעתה מחאה שלא בפניו וכו' ראה ברש"י ד"ה דומיא ומבואר ברש"י דמחאה דין התראה לה וכו' מבראשונים שהעתיקוהו וצ"ב דהרי טעם החזקה מדשתק והכא הרי לא שתק כלל ודוחק לומר דהראיה מדלא מיחה היא ממה שלא התרה במחזיק דזו גופא השתיקה ודוחק לפרש כן, ויעויין בחידושי הרמב"ן שביאר הדברים כי פריך אמחאה פריך שהיא דומיא דהעדאה הבאה להתרות בבעלים כן המחאה התראה היא לשמור שטרו והקשה הרמב"ן דהרי אכתי לא ידענא להאי טעמא וכתב בזה הרמב"ן יסוד גדול אף להילפותא מר' ישמעאל טעם המחאה היא כדי להתרות בו לשמור שטרו דאי לאו הכי מחאה למאי מהניא. וביאור הדברים דתועלת המחאה אינה בביטול עיקר החזקה אף לרבי ישמעאל אלא דעי"ז נוצר ריעותא ממה לא שמר שטרו אחר שהתרה בו וכו' להדיא בחידושי הר"ן עיי"ש.

ודברי הרמב"ן תמוהים מאוד, שכתב דמחאה מהניא רק להתראה דאל"ה למאי מהניא, ותמוה מאוד דהרי כל יסוד החזקה מכח אכילה בשתיקת המערער הוא בא ואי מיחה בטלה כל החזקה ולא משום התראה היא, ולכאורה מוכרח מדברי הרמב"ן דהחזקה באכילה שלש פעמים אינה מאכילה בשתיקת הבעלים אלא מעצם האכילה אף אם לא שתק הבעלים,

אך קשה מאוד לומר כן דאם כן תועיל חזקה אף כשלא ידע המערער כלל והרמב"ן עצמו בתחילת דבריו בפשיטות הקשה דה"ל להגמ' לאקשווי דחזקה שלא בפניו לא תהוי חזקה ות"י דחזקה עבידא לאיגלווי וכו', ובזה אפשר לדחוק דלא מסתברא שתועיל חזקה כשהלה אינו יודע ואפשר שחכמים הפקיעו החזקה נודע מדברי הרשב"א כאן משמע קצת דאף לרבי ישמעאל כל ענין החזקה תקנת חכמים הוא] אך זה נסתר מדברי המלחמות ה' שהרי הרמב"ן הקשה אמאי פריך אמחאה שלא בפניו ולא אחזקה שלא בפניו ותירץ דהחזקה

מילתא דעבידא לאיגלווי היא שאדם שואל מי מחזיק בקרקעותיו ובמלחמות הוסיף בזה הרמב"ן ביאור דאם לא שאל המערער הרי בזה גופא החזיק את השני לבעלים [וכוונתו דאם אינו שואל כדרך בעלים והלה אוכל כדרך בעלים הרי השדה בחזקת השני] ואם משום תקנה היא לא היה צריך להסבר זה דכל שיכול המערער לידע עליו מוטל לברר ומשמע מדבריו דעיקר החזקה הוא משום שתיקת המערער.

וצ"ל בדעת הרמב"ן וכן כתב **בחידושי הגר"נ**, דהחזקה אינה מכח מה **שלא מיחה** המערער אלא מכח מה **שלא סילקו המערער מן הקרקע**, ועצם מה שהניח לו לאכול הוי מוחזקות ומעיקר הדין אף אם מחה לא יועיל לו כלום אלא דאם מחה הוי ריעותא בחזקה מה שלא שמר הלה שטרו, **והגר"נ זצ"ל** הביא מקור לסברא כזו מדברי הרשב"א לקמן, **דיעויין ברשב"א בדף מב ע"א** ד"ה הא דומיא שכתב דחזקת קטן מהניא אף שאי אפשר למחות בו דלאו בר מחאה הוא מכל מקום היה להמערער לסלקו מהשדה בבי"ד הרי דעיקר דין שתיקת המערער הוא גם בעצם מה שמניחו ולא במה שאינו מוחה.

[ובאמת אחר כ"ז דברי הרמב"ן צע"ג בדעת רבנן, דהכא מבואר בפשיטות דלרבנן פשיטא ליה להרמב"ן דמחאה התראה היא לשמור שטור ואילו ברמב"ן בדף מב מבואר להדיא ההיפך מזה ואף במקום שלא ישמע המחזיק איכא ראייה משתיקת המערער וצע"ג, ואכ"מ ויתבאר להלן בדף כט ע"א]

ועד"ז ביאר הגר"נ בסתירת דברי רש"י, דברש"י דידן משמע דהמחאה התראה היא ולא מעיקר החזקה ואילו במתני' כתב רש"י דאין לך אדם הרואה את חברו וכו', **וביאר הגר"נ** דאין לא אדם וכו' ושותק היינו שלא מסלקו משדהו והמחאה בעצם חשובה כשתיקה אלא דעל ידי המחאה הוי ריעותא בחזקת המחזיק.

ודע דנחלקו בזה רש"י ותוס' דלדעת התוס' ברור דכל עיקר החזקה היא מדלא מיחה וכמו שכתבו התוס' לעיל בהדיא וראה להלן דהתוס' בסוגיין לשיטתם בפירוש קושית הגמ'.

ועיין בספר המאור ובמלחמות ה' שהבעה"מ נקט בפשיטות דיסוד החזקה הוא מדלא מיחה והרמב"ן שם לא השיג עליו בזה להדיא אבל כתב דהמחאה התראה היא וצריך לפרש כוונתו כנ"ל עיי"ש ודוק.

תוד"ה אלא וכו' ואע"ג דמחאה וכו' עיין בתוס' לקמן בדף כט ע"א ד"ה אלא מעתה וכו' דשם פריך בגמ' למסקנא דרבא אליבא דחכמים דתלת שנין וכו' ששם פירשו דקושית הגמ' היא דתתקיים החזקה ותתבטל המחאה וביארו התוס' דהיכא דהוי המערער בעיר אחרת אינו צריך לטרוח ולבוא וממילא בטלה החזקה אבל היכא שהוא באותה עיר צריך לבוא בפניו וממילא קיימת החזקה וקושית הגמ' שם היא שבאותה עיר תתקיים החזקה. **ותמוה** דאם כן היאך פירשו התוס' דידן בסתמא דאם המחאה אינה מחאה בטלה החזקה, **וצ"ל דמש"כ התוס' דידן דקושית הגמ' כאן שתתבטל החזקה הוא כשאננם באותה עיר ועיין בתוס' רא"ש בשיטמ"ק ובמהרש"א כאן שפירשו כן להדיא בדברי התוס' ועדיין צ"ב למה פירשו התוס' קושית הגמ' כאן בעיר אחרת ולבטל החזקה ושם בעיר אחת ותתקיים ועיין בתוס' רא"ש ובמהרש"א מש"כ בזה.**

ובחידושי הגר"נ פירש דברי התוס' באופן אחר דהתוס' אזלו לשיטתם דכל החזקה דהכא היא ראייה מדלא מיחה הוחזק שתקן ולא משמע כלל בדבריהם לפרש כמו שכתבנו בדברי הרמב"ן שהחזקה ממה שהניח לו לאכול ולא סילקו משדהו וממילא פשוט דהיכא דהמחאה אינה מחאה בטלה החזקה מעיקרא אפילו בעיר אחת דאין ראייה ממה שלא מחה דאין תועלת במחאה והא לא חשיב להו ראייה ממה שלא טרח לבוא בפניו. אבל לקמן קושית הגמ' היא למסקנא טעם המחאה הוא מדין התראה ולכן חובת חכמים היא שהטילו עליו ובעיר אחת הטילו לבוא ובעיר אחרת לא הטילו לבוא ובטלה החזקה.

ועיין ברשב"א שהביא שני הפירושים ופירש דהא דפרכינן לקמן אל מעתה מחאה שלא בפניו וכו' בדף כט ע"א שם ודאי פרכינן דלא תהא מחאה והיינו דנתקין שיצטרך לבוא וצ"ע אם כן למה לא פירש כן אף בסוגיין וי"ל וראה בסוגיא להלן שם בדף לח.

שם בתוס' דגזיה"כ היא שאין השור נעשה מועד וכו' ראה ברש"י שפירש דהוא דין כללי בכה"ת דאין מקבלין עדות אלא בפני בע"ד, ועיין בסוגיא בב"ק בדף קיב ע"ב דמבואר שם להדיא דמקור הך דינא דאין מקבלין עדות הוא משור המועד וממילא קשה טובא על לשון התוס' דגזיה"כ שאין השור נעשה מועד הרי אינו הלכה בהלכות העדאה ודע דברשב"א שם כתב בב"ק דדווקא בשור שהוא דיני נפשות דנים בפניו מדאורייתא אבל בממונות מדרבנן הוא ואסמכתא לה מדין שור וצ"ע אמאי חשיב השור כדיני נפשות ביחס להבעלים וצ"ע ועיין עוד בקוב"ש כאן.

בגמ' ולר"מ דאמר ריחק נגיחותיו וכו' הנה מדמקשה הכא דווקא אליבא דר"מ משמע דרבי יהודה חולק בעיקר הסברא דקירב נגיחותיו וס"ל דכה"ג אינו מוחזק בשלש פעמים. ויל"ע מדברי המג"א בזה, דהנה יעויין בטור באו"ח בסי' קיד שהביא דעת המהר"ם מרוטנבורג שמי שאמר בשמיני עצרת צ' פעמים משיב הרוח נחשב שהורגל בלשונו ואין צריך לחזור וכמו אחר ל' יום מעצרת שאי"צ לחזור בספק, והביא המהר"ם רוטנבורג ראייה לדבריו מההיא דר"מ דקירב נגיחותיו לא כל שכן וה"ה הכא דאם בל' יום הורגל לומר משיב הרוח כ"ש כשאמר צ' פעמים ברציפות, ועיין במג"א שם בסו"ס קיד שהקשה דאדרבה הרי לא קי"ל כר"מ בהא אלא כר"י דדווקא בריחק ותיריך המג"א דמה שר"י חולק על ר"מ הוא משום דהסברא דתונבא נקט נהיינו דשמא באותו היום שנגח ג"פ אחזו שגעון ובשאר יומי חזר ורפא לון והכא כשהרגיל עצמו לא שייך חילוק זה ומודה רבי יהודה ובתשובת נוב"י באו"ח סי' כו תירץ באופ"א דלרבי יהודה גזיה"כ היא בשור מועד ול"ש גבי משיב הרוח.

והנה לדבריהם קשה מסוגיין דמפורש בגמ' דאף גבי חזקה שייכא האי פלוגתא מדמקשינן דווקא לר"מ, ועמד בזה בהגהת נתיב חיים שם על השו"ע וכן בחת"ס כאן.

ויש לדון עוד דהנה הטור שם הביא דעת רבינו פרץ דחולק על המהר"ם וכתב דליכא ראייה משור המועד דבשור המועד הוי החזקה סימן ובירור שנגחן הוא אבל גבי אמירת משיב הרוח הוי הצ' פעמים סיבה שעל ידי זה מתרגל בלשונו לומר משיב הרוח ול"ש כלל לדון מקירב נגיחותיו, ורגילים העולם לפרש מחלוקתם בגדר שלש פעמים דשור המועד אי הוי סימן שהשור נגחן אוא סיבה שעל ידי שנגח מתרגל עוד לנגוח דהמהר"ם רטנבורג סובר שהוא סיבה ולהכי דימה למשה"ר והר"פ סובר שהוא סימן ועיין בקה"י בב"ק שם ובליקוטי קה"י בסי' יב

ותמוה מאוד מסוגיין דאי שור המועד סיבה הוא היאך אפשר למילף לחזקה דכאן ודאי דהחזקה הוי הוכחה וחזקה שכן הוא דאין שייך כאן סיבה והרגל בשו"א, ובאמת דעיקר הצד שהחזקה דשור המועד הוי התרגלות הוא תמוה מאוד מכמה מקומות וביותר דבגמ' ביבמות מדמינן לה למחלוקת רבי ורשב"ג אי חזקה הוי בתרי פעמים או בתלת נהכא בשור המועד לכו"ע הוא בתלת דילפינן לה קראי וכתבו התוס' שם דכן בכל דבר שבממון ואכמ"ל] והנך חזקות דהתם כולם הוכחה וסימן הן כווסתות ומתו אחיו מחמת מילה וקטלנית וכו', והפשטות תורה דרכה דאף להמהר"ם סימן הוא ודוגמא נקט מהתם.

בגמ' אכלה תלתא פירי וכו' נחלקו ראשונים בגרסת הגמ' ובפירושה, דגרסת רש"י שהקושיא מתאנה קודמת לקושית הגמ' מצלף ומשמע דכל הני קושיות כולם לר"מ הן ולא לרבי יהודה שפירש דלרבי יהודה ג' שנים הן דומיא דג' ימים וכן פירש התוס' רי"ד, ויל"ע דאם כן מתני' דכנס את קייצו וכו' נמי רבי מאיר היא ולא כר"י ונמצא שרבי ישמעאל בהדיא כר"מ ובאמת בתוס' רי"ד משמע כן עיי"ש ודוק, וגרסת הר"ח המובאת ברמ"ה וברשב"א ועוד דקושית הגמ' מצלף באה לפני הקושיא מתאנה והקושיא היא לר"מ דוקא מצלף שאוכל שלש מיני פירות הצלף בב"א עיין בתוס' וחשיב כקירב נגיחותיו אבל כל הני שבאו האכילות בזו

אחר זו דמיא לריחק נגיחותיו וצריך עיון ובירור לפרש מחלוקת הראשונים בזה, ועיין בריטב"א שחילק דהקושיות הראשונות רק לר"מ והקושיא מאספסתא הוי אף לרבי יהודה עיי"ש.

בגמ' דומיא דשור המועד וכו' עיין ברש"ש משה"ק בזה.

בגמ' אכלה תלתא פירי כגון צלף וכו' עיין ברבינו יונה וברשב"א בגדר החילוק בין צלף לבית השלחין, וראה שם ברשב"א הטעם דחשיב אכילה שלימה בדיוור בבית בשנה אחת דדרך להשכיר בית לשנה, וביאר רבינו יונה דאספתא לא דמי לבית השלחין לפי שאינה מגדלת האספסתא אלא לפרקים ידועים ולהכי לא חשיב חדא אכילה, ועיין בשיטמ"ק בשם גליון תוס' ד"ה מאן ועיין גם בתוס' רי"ד לקמן בדף לו שסובר דלא שייך חזקה בשנה אחת אלא בשדה אילן שאינה נזרעת ועיי"ש מה שביאר במסקנת סוגיין.

בגמ' לרבנן מאי וכו' כבר כתבנו לעיל שנחלקו ראשונים מאן הנהו רבנן, דעת רש"י ודעימיה דמתני' כולה רבי ישמעאל היא ורבנן היינו רבנן דברייתא לקמן דף לו שדעתם דאף בבית הבעל צריך שלש שנים מיום ליום, ודעת הר"ח הרמב"ם ועוד דרישא דמתני' דבית הבעל אינה מיום ליום היינו רבנן והרשב"א ועוד הקשו לדעת רש"י דה"ל להגמ' להביא ולפרש קודם הנהו רבנן ולא לאקשווי לרבנן מאי כיון שלא הוזכרו קודם בגמ'.

ויל"ע מאי פריך ומדוע לא מצו רבנן נמי למילף משור המועד, וראה בתוס' להלן ד"ה שתא קמיינתא שעמדו בתי' הגמ' דתלת קפיד וכתבו דכיון דלרבנן דלא תליא באכילות אלא בשיהוי זמן לא שייכא בשור המועד, ולכאורה אזלו התוס' לשיטתייהו דלקמן בדף מא ע"א וכן בעירובין מח ע"א כתבו דמתני' כולה רבנן והיינו דלרבנן בעינן בכל גווני מיום ליום ותלוי בשיהוי זמן, נוצ"ע למה נטרו התוס' לקושייתם עד לתי' זה של הגמ' דתלת קפיד וה"ל לאקשווי תיכף בשאלת הגמ' לרבנן מאי וצ"ע אבל לדעת הר"ח ושאר קשה מנא להגמ' דרבנן לא ילפי משור המועד הרי לדעתם אף לרבנן תליא באכילות. וראה להלן אות ב דמבואר ברבינו יונה ובריטב"א דאי משור המועד א"כ סגי בי"ח חודש. והגמ' הקשתה משום שהבינה דכיון דלא סגי לרבנן ביח חודש ובתלתא ירחי לאספסתא וכו' מבואר שאין טעמם משור המועד.

בגמ' הרי נביא עומד בעשר ומוזהיר וכו' יל"ע דאף דמוכח דלא הוי חזקה בפחות אבל מנ"ל דעלתה לו חזקה בשלש שנים ועיין בר"י מיגאש שפירש דאלמלי שעלתה לו חזקה לא היה הקב"ה משיאו עצה לקנות קודם הגלות שמא לאחר הגלות שבעים שנה יאבד שטרו ומוכח דעלתה לו חזקה בשלש והוצרך לכתוב שטר בשביל אותם שלש אלמא לא עלתה חזקה בפחות נוצ"ל כוונתו דאי אי"צ לשלש מיד הוי חזקה ואין צורך לשטר כלל כיון שירד לקרקע עיי"ש להלן שכתב דאי לא בעינן שלש הוי כמטלטלין]

ועיין ברמב"ן שהביא עד"ז בשם ר"ח והקשה היאך אפשר לומר דבשלש עלתה להם חזקה לרבנן הרי בעינן מיום ליום ופירש הרמב"ן דמקרא ילפינן דאינו בפחות ושלש עצמן ילפינן משור המועד, וקשה דאם באמת איכא למילף לרבנן משור המועד דלמא לגמרי ילפי. וראה ברבינו יונה ובריטב"א שביארו דמהתם ילפינן דלא סגי בי"ח חודש או בשלש אכילות בשנה אחת. ודרך שלישית ברשב"א דממה שהזהיר בעשר משמע דקודם לכן לא הוצרכו לזה ועלתה להם חזקה.

שם בגמ' הרי נביא עומד וכו' הקשה בזה חכ"א דהרי איתא בערכין דף יא ע"ב בברייתא דבית ראשון חרב במוצאי שביעית ואכלה שביעית אינה חזקה כדאיתא לקמן לו ע"א ואם כן מאי ראייה דאין חזקה פחותה משלש שנים וצריך עיון. ואין להשיב דכיון שלא היו שומרי שביעית היתה להם חזקה בשלש שנים דלעולם חזקה בשתי שנים ובעלמא יאמר המערער אני לא מחיתי לפי שאני שומר שביעית ולא איכפת לי באכילתך ולהראשונים המפרשים איפכא שהיה להם חזקה בשלש ודאי תימה לומר שהנביא השיאם עצה לקנות לפי שלא היו שומרי שביעית וייוחד הדיבור לאינם שומרים ולא לשומרים]

דף כט ע"א

בגמ' אמר ליה אב"י וכו' אם כן נתת דבריך לשיעורין עיין ברשב"א שהקשה דאדרבה היא הנותנת דלהכי קבעו שלש שנים שכל מדות חכמים כך הם כמקוה וכו', ועיין בחידושי רמ"ש שתמה על הרשב"א דהרי בהנהגה דבר אלישיב הוי ראייה גמורה שמכרו והיאך הפקיעו חכמים ממונו של הלוקח כשיש ראייה ברורה לפנינו, ובפשטות נראה דאינה ראייה דאורייתא שחזקה תקנת חכמים היא לדעת הרשב"א [ואף המסקנא בנויה לדעתו על סברת קפדי המובאת כאן] כמו שיתבאר להלן באורך.

שיטות הראשונים בחזקת שלש שנים

גמ' אלא אמר רבא וכו' טפי לא מזדהר יל"ע בעיקר פשט דברי רבא דהרי התיינח הלוקח לא נזהר בשטרו אבל סו"ס ליכא ראייה שמכרה והיאך נוציא הקרקע מחזקת בעליה, ולעיל בכל הני תירוצי ביקשנו מקור והוכחה שמכרה ושנכנסה בחזקתו ושאלה זו היא יסוד ושורש למחלוקת הראשונים בגדר דין החזקה ועמד בה הקצה"ח בסי' קמ סק"ב והעמיד בזה מחלוקת הרמב"ן ותוס' בדברי הרמב"ן בדף מב מבואר דחזקה היא מדלא מיחה, והוכיח הקצות מהתוס' דלא סברי כהרמב"ן [ראה להלן בשיטת התוס' והרא"ש] וכן הוכיח ממש"כ הנמו"י דחזקה תקנת חכמים היא, וכן כתב בשער משפט שם סק"ג לבאר בזה מחלוקת הרמב"ן והרא"ש שהרא"ש כתב דתקנו חכמים חזקה כדי שלא יצטרך לשמור שטרו ומוכח דלא ס"ל כהרמב"ן

מחלוקת הראשונים בגדר החזקה ראה היטב דברי הרמב"ן בדף מב בד"ה אכלה עיקר מחלוקת הרמב"ן והי"מ דלהי"מ יסוד דין המחאה הוא התראה במחזיק לשמור שטרו ולהכי הבינו דכשקטן מחזיק אין שום דין מחאה להמערער דקטן אינו יודע לשמור שטרו וממילא ליכא חזקה כלל והרמב"ן חולק ומבאר דשורש דין המחאה אינו כדי שישמע המחזיק אלא מחמת שאם שתק רגליים לדבר ואין נ"מ בשמיעת מחזיק והא דבעינן ג"ש הוא מחמת דאיכא ריעותא למחזיק דאחוי שטרך

ודע דהקצות הוכיח דהנמו"י פליג על הרמב"ן ממש"כ דחזקה תקנה היא וכן הוכיח השער משפט מהרא"ש אך באמת יעויין היטב בחידושי הרמב"ן להלן בדף לה ע"א שמבואר שם מכל דבריו דחזקה תקנת חכמים היא שתקנו כדי שלא יצטרך לשמור שטרו [וכן לשונו בדף מב דחזקה לאו משום איזדהורי בשטרא בלחוד היא] וטפי מזה מבואר שם דאף אם ליכא דרך למחות כלל במי שהוריד חברו לפירות מכל מקום החזקה חזקה שכך תקנו ועל כרחין דאמנם יסוד התקנה בנוי על כך שמדלא מיחה מסתמא של המחזיק הוא אבל אינה ראייה גמורה [וכלשון הרמב"ן בדף מב דרגליים לדבר] ורק דמה שתקנו חזקה למחזיק כדי שלא ישמור שטרו הוא מחמת שרגלים לדבר וכן כתב הריטב"א לקמן בסוף דף קע דחזקה תקנת חכמים משום איזדהורי בשטרא היא וכן משמע לשון הרמב"ן לעיל בדף כח גבי מחאה שלא בפניו ועיין בשיטמ"ק בב"ק דף לט בשם הרא"ה שכתב שם דחזקה אינה ראייה גמורה שאפשר שיראה אדם את חברו יורד לשדהו ולא ימחה אלא תקנת חכמים היא משום איזדהורי בשטרא

והנה לכאורה אם כן אין מקור שחולק הרא"ש על הרמב"ן כלל אבל יש להעמיד מחלוקתם ביסוד דין חזקה דהנה היה הדין פשוט אצל רבותינו הראשונים דכשידעינן דהמחזיק לא שמע מהמחאה כגון שבאו עדי המחאה לפנינו ואמרו שלא ספרו המחאה לשום אדם החזקה אינה חזקה אבל נחלקו הראשונים בטעם הדבר דיעויין בתשובת הר"ן בסי' עה שהוכיח מזה דגדר חזקה כהרמב"ן דאי משום איזדהורי בשטרא בלחוד הרי כאן נזהר כדינו שלש שנים ולא יותר שלא שמע מהמחאה אבל הרא"ש כאן הקשה אמאי כה"ג ליתא להחזקה ותיירץ הרא"ש דעלתה לו המחאה להמערער כיון שעשה כתיקון חכמים הרי לן להדיא פלוגתא אם כה"ג ראוי מעיקר הדין שתועיל חזקתו או לא וזה שורש למחלוקת שהעמיד השע"מ דלהרא"ש אין החזקה משום דלא מיחה.

שיטת הרמב"ן בחזקת שלש שנים

ויל"ע בעיקר שיטת הרמב"ן מה מהני מחאה בשנה השניה, הרי סו"ס איכא ראייה מיד מדלא מיחה ולכאורה כה"ג אין המחאה אלא התראה לשמור שטרו וכן פירש התו"ח דיעויין בתורת חיים כאן ששיטתו בחזקה כשיטת הרמב"ן, והקשה התו"ח דאם כן מאי פרכינן בגמ' כאן דמחאה שלא פניו לא תהא מחזקה – ותהא החזקה חזקה – ואמאי הרי אין ראייה משתיקתו שסו"ס הוא מחה, ותיריך התו"ח חידוש גדול דכוונת הגמ' דהיכא דשתק באכילה ראשונה דכבר יש ראייה נגדו ומחאה בשניה דאז כל מה שלא מועלת החזקה הוא משום דאיכא על המחזיק ריעותא דאחוי שטרך בזה פריך דכשעשה שלא בפניו שלא שמע המחזיק תהא חזקתו חזקה. והרבה מרבתינו האחרונים נקטו ששיטתו של הרמב"ן בזה כשיטת התו"ח ודנו בזה [ראה להלן בדף הקושיות קושיא י' וי"ב]

ואולם מדברי הר"ן בתשובה מבואר דלא כהתו"ח, שכתב שם וז"ל שם [הנידון בתשובה שם על אדם שצוה לפני מותו והשאלה אם בשעת מעשה ידע מנהג עירו בפרט מסוים או לא ורצו השאלים לומר דודאי ידע דחברך חבא אית ליה כדאמרין גבי מחאה ונקטו דסברת חבא אית ליה היינו דודאי ידע ובוזה דחה הר"ן דבריהם] ומה שבא בכתבם דודאי המיצה ידע מנהג פרפניאן דהא חזינן גבי מחאה דאמרין חברך חבא אית ליה, חוץ מכבודכם איני רואה לו ענין כלל, דמחאה דמהניא אינה מטעם שנדון ונאמר (בה ודאי) [בודאי] שמע המחזיק והוא ליה לאזהורי בשטריה, שאפי' העידו בפנינו עדי המחאה שהם לא הגידו לשום אדם מהניא מחאתו, ואין חזקתו של מחזיק כלום, (דהיינו) [והיינו] טעמא משום דטעמא (חזקה) [דחזקה] הוא שכל שלא מיחה בעל הקרקע הדבר מוכיח שמכרו או שנתנו, וכיון שאין ריעותא בטענת המחזיק משום דטפי לא מזדהר בשטריה אנו מעמידין הקרקע בחזקתו, ולפיכך כל שמיחה בעל הקרקע אע"פ שאנו יודעין שלא בא באזני המחזיק מחאתו מחאה, עכ"ל.

ומבואר מדברי הר"ן דסברת חבא חברך אית ליה אינה כדי שנדע שישמע המחזיק, שהרי אין הדבר ודאי ששמע אלא דמחמת שמחה בטלה החזקה דסו"ס הא לא שתק, והדברים צריכים ביאור דאם כן אף אם לא נימא דחבא אית ליה סו"ס הא לא שתק, ואמנם יעויין ברמב"ן בדף מב שפירש דהא דלא מהני מחאה בפני בני אדם שאינם יכולים לומר לו הוא משום דתלינן שבוש ממנו ולהכי מחה באופן כזה, וה"נ הכא קושית הגמ' דכשמחאה שלא בפניו לא תהא מחאה נימא דמדלא מחה בפניו אלא באופן שודאי לא ידע ממחאתו ודאי בוש ממנו והורעה מחאתו והוי כשתיקה, ולזה משני דחברך חבא אית ליה והוי מחאה טובה ושוב אף אם לא שמע המחזיק בטלה החזקה.

אבל עדיין קשה טובא דהתינח אם מחה מיד אף באופן שלא מחה בפניו ניחא דליכא ראייה, אבל אם מחה בשנה שניה הרי לכאורה אין תועלת במחאתו אלא כדי ליצור ריעותא בחזקת המחזיק והדרא קשיא לדוכתא היא מהני במקום שידעין שלא שמע המחזיק או באופן דהוי ספק [כמ"ש הר"ן בכל מחאה שלא בפניו].

וידוע היסוד שחדשו הקהילות יעקב בסי' יז וכן בחידושי רבי ראובן מכח קושיא זו ומכח עוד קושיות בדברי הרמב"ן, [ראה להלן בדף הקושיות קושיות א' עד ו'] והוא דאחר שתקנו חכמים חזקה תו ליכא ראייה משתיקתו דהרי יודע שיש לו זמן עד שלש שנים ומעתה אין לך ראייה אלא לאחר שלש שנים, ובוזה מיושב היטב דברי הר"ן דאף כשמחאה בשנה השניה בטלה החזקה אף אם לא שמע המחזיק, ומיושבות הרבה קושיות בדברי הרמב"ן.

אבל ידוע להקשות על זה מדברי הר"ן בחידושי בדף נו ע"ב, דאיתא שם בגמ' דעדים על חזקה שהעידו בשלש כיתות כל כת על שנה אחת לא נפסל משום חצי דבר, [שבעלמא עדים המעידים על פרט אחד שמצד עצמו לבד אינו גורם הדין מתמעט הקרא דעל פי שנים עדים יקום דבר – דבר ולא חצי דבר – שאין עדותם עדות]

והקשו הראשונים דכה"ג הוי חצי דבר, וביאר בזה הר"ן וז"ל אבל בעדות חזקה כיון שהם מעידים שהוא מוחזק בה כאדם המוחזק בשלו עדות גמור הוא דמדינא בהכי סגיא ועד כאן לא בעי ג' שנים אלא משום דריעא טענתיה דאידך כשאין לו שטר הילכך ככה"ג מצטרפי אהדדי דבר גמור הוא. עכ"ל הצריך לן, ועיין שם בחידושי הרמב"ן, הרי משמע מהר"ן דאף אליבא דאמת איכא ראייה מדלא מחה מיד.¹⁶²

ובחידושי הגר"נ הקשה עוד מדברי הרמב"ן בדף מב עיי"ש ויל"ע אם מוכרחת הקושיא.

והאחרונים הרבו להקשות על שיטת הרמב"ן מכמה וכמה מקומות בפרקין ויתבארו לפנינו

קונטרס הקושיות בדברי הרמב"ן

קושיות האחרונים על היסוד המבואר ברמב"ן דמה דליכא חזקה לאלתר הוא מכח ריעותא דאחוי שטרך

(א) קושית השער משפט בסי' קמ סק"ג דהרי בלוקח ויורש ליכא ריעותא דאחוי שטרך שאינם אחראים לשטרי מי שמכר והוריש להם ולמה לא תהא חזקה מיד [והוכיח כן שם בדרך ממ"נ עיי"ש חשבון הקושיא]

(ב) אמאי בקטן המחזיק בקרקע לית ליה חזקה לאלתר הרי קטן לאו בר איזדהורי בשטר הוא וליכא גביה ריעותא דאחוי שטרך וביאר הרמב"ן עצמו בזה דלא מצינו מי שאין לו דעת מרויח אלא מפסיד ותמהו האחרונים [קה"י סי' יז] דאיזו סברא היא זו אחר שיש כאן ראייה מהשתיקה והגע עצמך אכלה בפני קטן אמאי אין לו חזקה אחר שלש הרי נמצא הקטן מרויח אלא ודאי דסו"ס ליכא חזקה וה"נ איפכא]

(ג) מקשים העולם דמבואר מהסוגיא לקמן לב ע"ב דכד טעין מערער מזויף צריך המחזיק בפחות משלש לקיים שטרו ואם אינו מקיימו מפסיד [ולדעת הרמב"ן זה גופא טעמו של רבה שם דחשיב השטר כחספא] ואמאי הרי ליכא ריעותא עליו כלל דליכא למימר אחוי שטרך כשהוא מוציא שטר לפנינו ואילו על המערער איכא ריעותא דשתיקה ואמאי לא נכריע חזקתו לאלתר מכח שתיקת המוכר דמהיכי תיתי לחוש למזויף ולבנות מזה ראייה נגד המחזיק ונימא ליה אחוי שטרך אדרבה נימא דזהו שטרו האמיתי וממילא אין עליו שום ריעותא

(ד) וטפי קשה לדעת הראשונים דלמזויף בעינן טענה וי"א דאף טענין לא עבדינן לה¹⁶³ אם כן זוכה המערער מחמת שטוען מזויף דהרי בלא טענה לא מספקינן בזיוף ופלא הוא מאי עדיפא טענת מזויף מטענת לא מכרתי בעצמה דאינו נאמן מחמת שלא מיחה ורגליים לדבר כמ"ש הרמב"ן וכד טעין מזויף נמי היא אותה הטענה בעצמה שלא מכרתי וממילא מעולם לא כתבתי שטר מכירה ורגלים לדבר ששיקר מדלא מיחה

(ה) ועד"ז מקשים העולם מכתובות דף כב ע"א דמבואר דכשבאים לקיים שטר על ידי השוואת חתימות משטרות אחרים בעינן שלא יהא בשטרות האחרים חשש זיוף שאל"כ מה תועיל השוואת החתימות שמא כולם מזויפים וקאמר התם דמקיימים שטרות או משטרות מקיימים או משטר מכר שאכל הלוקח את הקרקע שלש שנים דאז אף בלא קיום ליכא חשש זיוף כיון דהוא מוחזק קמן ולדברי הרמב"ן קשה אמאי בעינן שלש שנים הא סגי בשנה אחת דאיכא כבר חזקה לאלתר אלא מאי אמרת אחוי שטרך הרי השטר לפניך ומה שייך אחוי שטרך והשטר עומד לפנינו והכא יותר קשה מהקושיות שהקשינו לעיל דהרי כאן

¹⁶² אמנם באמת אפשר שאין כוונת הר"ן שם כלל להיסוד דאם לא מחה הוי חזקה אלא דעצם מה שמחזיק בקרקע הוי חזקה כמו במטלטלין אף בלא שתיקה ומה דריעא חזקתו הוא משום אחוי שטרך ובוזה מתקנתו חזקתו למפרע כשישב שלש שנים ועיין שם היטב בחידושי הרמב"ן וצ"ע.

¹⁶³ עיין בזה בתוס' בגיטין בדף ב ע"א שנסתפקו אי טענינן מזויף ליתומים וחזינן מזה דבעינן טענה ועיין בראשונים בגטין דף ט ובכללם הרמב"ן שהביאו ודנו בספיקם של בעלי התוס' ואמנם בתשובת הרמב"ן מהתשובות הנדפסות בסוף ספר התרומות [במהדורות הישנות] בתשו' ח משמע דלא בעינן לטענינן ואכ"מ

ליכא כלל מערער הפוסל השטר ואין לנו לדונו במזויף כלל דמהיכי תיתי ורק דהחמירו בקיום לקיים משטר המקיים ואותה המעלה שיש לחזקת שלש שנים יש לחזקה לאלתר היכא שהשטר לפנינו [הובאה קושיא זו בספר ראשי שערים בב"ב סי' ח בשם ספר תורת מרדכי]

(ו) **ויש להקשות בפשיטות מאי בעינן כלל עדי חזקה לשלש שנים** ולסגי בעדים על שנה אחת כל שהוא טוען שאכלה שלש שנים שהרי אחר שהביא עדים על שנה איכא ריעותא למערער ואילו כד אמרינן למחזיק אחוי שטרך ישיב אכלתיה שלש וליכא ריעותא, ובקה"י סי' יח הקשה כן בסגנון אחר דהיכא דאיכא ספק על ב' שנים יזכה המחזיק מספק

הקושיות על יסוד הרמב"ן דהחזקה בנויה על הראיה מדלא מיחה [ומיד]

(ז) **קושיית הקצה"ח דבאמר לפירות הורדתיו אמאי אינו נאמן ואמרינן בגמ' לקמן בדף לה ע"ב דאבעי ליה למחויי ואמאי הרי אין רגלים לדבר משתיקתו ויעויין היטב בחידושי הרמב"ן שם בסוגיא** [שבאמת מוכח לכאורה מדבריו דכלפי לפירות הורדתי החזקה תקנת חכמים ולהס"ד אף בלא הטעם דלא מיחה וזוהי גופא מסקנת הגמ' שם דאיבעי ליה למחויי ואיהו דאפסיד אנפשיה עיי"ש שמשם יתד ופינה להבנת שיטת הרמב"ן בחזקה]

(ח) **הקשה בקובץ שיעורים אמאי בעינן עדי מחאה כלל** הרי המחזיק הוא שטוען שהיתה הריעותא ובא להוציא הקרקע מבעליה ועליו הראיה וכשבא לזכות בחזקתו שורת הדין אין חזקתו כלום אלא שטוען רגלים לדבר ששתקת ולמה לא תהא לעיו חובת הראיה שבאמת שתק זה [ועיי"ש שדן לומר דהוי אין ספק מוציא מידי ודאי כיון שהחזקה לפנינו ומחאה לא ראינו עיי"ש מש"כ בזה]

(ט) **וכן הקשה מהסוגיא דשכונני גוואי לקמן בדף כט ע"ב דמבואר שם דכשיש ספק אם היה המערער במקום שיכול לדעת כלל מהחזקה חובת הראיה לדעת רבא על המערער ואמאי נימא דעל המחזיק להוכיח חזקתו.**

(י) **ושם בסוגיא פירשה הרמב"ן** דאם היה המערער במקום חרום חלק מהשלש שנים אין למחזיק חזקה דיכול לומר שלא ידע שהחזיק כל הזמן ותמוה מאוד דסגי במה שיודע שהחזיק אפילו שנה אחת דהרי הראיה מיד היא. [ושם ברמב"ן דאם בא בסוף שלש הוי חזקה **וביאר הריטב"א** שהרי ידע שהחזיק שלש שנים, ומזה מוכח דאף להרמב"ן בעינן שתיקה על כל השלש שנים וצ"ע אמאי].

(יא) **עוד קשה** מהא דמבואר בגמ' להלן בע"ב דבעינן שיחזיק ביום ובלילה שלוש שנים כדי שלא יאמר המערער באתי בלילה ולא ראיתיך ומשמע מהגמ' דמצד עצם החזקה ולא מזדהר בשטרו סגי בהחזקת ימים וכל הטעם דבעינן לילות הוא כלפי מחאת המערער וקשה דלכאורה לזה סגי בשנה ראשונה ותו לא שאחריה כבר מוכח משתיקת המערער חזקת המחזיק ואי משום אחוי שטרך הא החזיק בימים. **ובאמת עמד בקושיא זו הרמב"ן בעצמו** בדף לו שכתב לבאר דהא דלא סגי באכילת ימים הוא משום דכה"ג אין המחזיק מאבד שטרו דכיון דלא אכל אכילה גמורה אין הוא בטוח שלא ימחה המערער ובזה יש ליישב גם הקושיא באות י' וצ"ע בסוגיא שם

(יב) **התורת חיים הקשה מסוגיין** דאמרינן אלא מעתה מחאה שלא בפניו לא תהא מחאה ומשמע לשון הגמ' דהחזקה תהא חזקה אף שהמחאה אינה מחאה ואמאי סו"ס הא לא שתק ונפל יסוד החזקה **ועיין בתורת חיים כאן** שתירץ דכוונת הגמ' כלפי מחאה שאחר ששתק זמן והוי רגלים לדבר ומחאה כזו צריכה להגיע לאזני המחזיק עיי"ש ועיין בר"ן בתשובה בסי' עה דשם מבואר לכאורה להדיא דלא כהתור"ח הובא כ"ז לעיל בדף הקודם באות ד.

(יג) **עוד מקשים האחרונים** [בשיעורי הגרש"ר ועוד] מהמבואר ברבינו יונה וברא"ש בסוגיין ובתוס' בדף לט דמחאה שידעינן שלא הגיעה לאזני המחזיק נמי מהניא ולדעת הרמב"ן קשה דהניחא הניחא אם מחה מיד דתו ליכא חזקה כלל אבל אם לא מחה אלא בשנה השנית הרי נגדו איכא ריעותא שלא מחה מיד ולא נגד

המחזיק שאיבד שטרו כי לא שמע מהמחאה ולכאורה י"ל דהרמב"ן פליג בזה וסובר דאח"כ כה"ג עלתה לו חזקה **אך עיין בתשובת הר"ן הנ"ל** דמבואר לכאורה להדיא דמסכים עם דין הראשונים ואף הוכיח מזה כשיטת הרמב"ן דאל"כ מאי טעמא מהני עיי"ש והניחא מיד וכו' וצ"ע

יד) עוד קשה טובא בעיקר דברי הרמב"ן בדף מב שמבואר מכ"ד דטעם המחאה הוא לאפוקי מהשתיקה ומצד הדין מועלת מחאה שלא ישמע ממנה המחזיק [אלמלי הטעם דבוש ממנו] וכן במקום חרום שלא שמע וכו' וקשה דלעיל בדף כח ע"ב כתב הרמב"ן דבהכרח מחאה אינה אלא התראה לשמור שטרו 'דאל"כ מחאה למאי מהניא' ומשמע מכ"ד דלרבנן פשיטא דזהו גדרה של המחאה ורק דחידש דאף לרבי ישמעאל כן הוא ותמוה מאוד שזה היפך כל שיטת הרמב"ן אליבא דרבנן וצ"ע ג.

טו) הקשו בני הישיבה קושיא עמוקה בדעת הרמב"ן דהרי סובר הרמב"ן דמעיקר הדין היה סגי במחאה שלא שמע ממנה המחזיק כגון מקום חרום וכדו' ואם כן היכי אמרינן לקמן דצריך למחות כל שלש ושלש וביאר שם הרמב"ן הטעם כהרשב"ם דכשרואה זה שלא מחה בו מאבד שטרו ולכן צריך למחות ועתה הגע עצמך להצד דמועיל מחאה במקום חרום או בפני בנ"א שאינם יכולים לומר לו איזה טעם יש שיצטרך למחות בכל שלש הרי במילא לא ישמע המחזיק ואף דבאמת לא מהני מחאה במקום חרום הוא משום דודאי לא ישמע אינה מחאה אבל סו"ס אין טעם המחאה כדי שישמע המחזיק ודוק היטב וצ"ע רב

טז) עוד קשה שכתב הרמב"ן הטעם בבנ"א שאינם יכולים לומר לו משום בזה נראה שבוש הימנו וצ"ע קושית הגמ' דמעתי מחאה שלא בפניו לא תהא מחאה דבמה שאינו טורח לבוא למחזיק למחות בפניו לכאורה ליכא הוכחה מזה שבוש ממנו ויל"ע.

שיטת הרא"ש והתוס' בחזקת שלש שנים עיין ברא"ש בסוגיין ודייק השער משפט מדבריו דחולק הרא"ש על הרמב"ן וסובר דהחזקה תקנוה כדי שלא יצטרך לשמור שטרו ולא משום רגליים לדבר ואולם יל"ע בזה אם מזה יש להוכיח דפליג הרא"ש על הרמב"ן¹⁶⁴ ויש להעמיד מחלוקתם ממש"כ הרא"ש דאם אמרו עדי המחאה שלא הגידו המחאה לשום אדם בכ"ז חזקתו בטלה משום דקיים המערער מה שמוטל עליו ומשמע דאי לאו האי טעמא היה החזקה חזקה אף דליכא ראייה משתיקתו וזה דלא כהרמב"ן [ועיין ברבינו יונה שמיאן בסברת הרא"ש בזה ומדין זה הוכיח שיטתו בחזקת שלש שנים וכן הר"ן בתשובה הוא לעיל בדף ח' אות ג]

ויל"ע מדוע מהניא מחאה לדעת הרא"ש דבפשטות מהניא משום דאיכא ריעותא למחזיק שלא שמר שטרו אך קשה דהרי אף אם לא הגידו המחאה לשום אדם נמי בטלה החזקה כמש"כ הרא"ש וצ"ל דכשתקנו חכמים חזקה שדין זה מפסיד למערער תקנו שיוכל למחות כדי שלא יגרם לו פסידא ולהכי אם מחה בכל גווני בטלה החזקה 'כיון שמיחה כמאמר חכמים' **ועיין בתוס' רא"ש בב"מ** בדף קי ע"א שכתב ד'תקנו חזקה ותקנו מחאה כנגדה' [ראה העתק לשונו להלן בסמוך]

ועיין בשער משפט שהקשה על הרא"ש דהרי דינא הוא שאשה המחזקת עבד הידוע לבעלה וכתוב עליו גט אינה מגורשת שמא מעצמו הלך אצלה ואם החזיקתו שלש שנים מגורשת ולהרא"ש קשה אמאי מגורשת הרי חזקת שלש שנים תקנה היא ואין כאן ראייה להתיר אשת איש וכן יש להקשות נמי מהגמ' בכתובות דף כ ע"א דמבואר שם דמקיימים שטר משטר שישב בעליו בקרקע שלש שנים דאז לא חיישינן לזיופא ואם

¹⁶⁴דלכאורה אין מזה הכרח שחולק הרא"ש על הרמב"ן שאף להרמב"ן תקנת חכמים היא כמו שוהיכו מדבריו בדף לה וגם להרמב"ן מטעמי החזקה שלא יצטרך לשמור שטרו כדמשמע בלשונו בדף מב דטעמא דחזקה לאו משום איזדהורי שטרא בלחוד וגם לעיל בדף כח ע"ב כתב שם דאכתי לא ידיענן דטעמא דחזקה משום דמזדהר בשטריה וכו' עיי"ש

דרבנן היא משום טובת הלקוחות היאך תועיל לאמת השטר **ועיין בשע"מ שם** שתירץ דאחר התקנה איתא שוב ראייה נמי דכיון שתקנו חכמים חזקה אין לך אדם שאינו מוחה.

וכדברי השער משפט מבואר בתוס' רא"ש בב"מ בדף קי ע"א שכתב שם [להס"ד דגמ' דאף אחר שהחזיק המחזיק שלש שנים נאמן המערער לומר שהיתה אצלו השדה במשכנתא ומה שמועלת החזקה היא רק אם טוען המערער דגזולה היא וע"ז הקשה] וז"ל וא"ת ויהא נאמן לומר בגזל היא בידו במגו דאי בעי אמר במשכנתא אתא לידיה וי"ל דהוי מגו במקום עדים דאנן סהדי שאין אדם מניח קרקע ביד חברו שלש שנים בלא מחאה אם לא שמכרה כי ידוע לכל שתקנו חכמים דחזקת שלש שנים עומדת במקום שטר כי אין אדם יכול לשמור שטרו לעולם וגם תקנו כנגדה שהמחאה מבטלת החזקה היכא שמחזיק בה בגזל עכ"ל.

ובדעת התוס' יעויין בקצה"ח בסי' קמ סק"ב שהוכיח מדבריהם דסברי כהרא"ש ממה שהקשו [בדף לה ד"ה דאי וכו'] דאם נאמן המערער לומר לפירות הורדתיו אם כן אין טעם החזקה כדי שלא ישמור שטרו שהרי ממילא יצטרך לשמרו וכתב הקצות דמוכח מזה דלא סברי דטעם החזקה משום הראיה [נאמנם למש"כ לעיל דגם ברמב"ן מבואר דחזקה תקנה היא ואף זו כדי שלא יצטרך לשמור שטרו ליכא ראייה לכאורה אבל יש להוכיח באופ"א] **והגר"נ זצ"ל הוכיח** ממש"כ התוס' לקמן בדף מ ע"א ד"ה מחאה שכתבו שם שבדבר מועט מבטלים החזקה דהא אפילו יתברר לנו שלא שמע המחזיק מחאה מהני לבטל החזקה עכ"ל הרי מבואר שלמדו טעם דין זה שאם לא שמע המחזיק מהמחאה משום דמבטלין החזקה בדבר מועט וזה שלא כמש"כ רבינו יונה וכן הר"ן בתשובה דכה"ג ליכא חזקה משום דליכא ראייה משתיקת המחזיק דלבריהם אינו דבר מועט אלא דנפל יסוד החזקה, ומוכח דסבירא להו להתוס' כהרא"ש דאף בלא ראייה מהשתיקה הוי חזקה ודוק.

(ב) שיטת רבינו יונה והנמו"י בקצה"ח הנ"ל הוכיח ממש"כ הנמו"י דתקנת חכמים היא שסובר הנמו"י כשיטתו היא שיטת הרא"ש דחזקת ג"ש משום תקנה היא ולא משום ראייה ודלא כהרמב"ן **וכבר העירו באחרונים** דהנמו"י הביא להלן דברי רבינו יונה דמבואר להדיא דמשום ראייה דלא מיחה היא וביאר בזה הדין הנ"ל דאם לא שמע המחזיק נמי חזקתו בטלה

ועיין בעליות דרבינו יונה בסוגיין דנראה שיטה שלישית בגדר החזקה דתקנו לתחילה תקנת חזקה דכשלא ימחה המערער יהיה חזקה עי"ז גופא שקבעו חכמים זמן למחות ולא מיחה ממילא ידעין דמכרה **והוכיח רבינו יונה שיטתו** מהא דאם לא שמע המחזיק מהמחאה בכ"ז בטלה חזקתו [נשע"ז תי' הרא"ש דמשום דעשה המערער כקתנת חכמים ורבינו יונה לא ניחא ליה בתי' זה] **ועיין בקה"י בסי' יז** שהאריך לבאר בזה.

ומדברי רבינו יונה מבואר דהראיה מדלא מיחה הוא מדלא התרה במחזיק לשמור שטרו ולא כהרמב"ן דעצם השתיקה ראייה אפילו במקום שלא ישמע המחזיק **ועיין ברבינו יונה לקמן דף ל ע"ב** ד"ה עלה בידינו במעשה דשכוני גוואי, שכתב להדיא דהטעם דבמקום חרום לא הוי חזקה הוא משום דלא מוטל עליו למחות כיון שלא ישמע המחזיק וממילא ליכא חזקה וזה **דלא כהרמב"ן** שסובר דבמקום חרום אינה חזקה משום שצריך המחזיק לחוש שמא מחה המערער **אלא כהיש מפרשים שהביא הרמב"ן** ולשיטתו דהמחאה מחמת התקנה היא וממילא תלויה בשמיעת המחזיק דלזה תקנוה אך לדעת הרמב"ן דמחמת דרגלים לדבר הוא אין נ"מ בשמיעת המחזיק ודוק.

שיטת הרשב"א לדעת הרשב"א בסוגיין בנויה סברת החזקה משלשה שלבים א דרוב בני אדם מקפידים לאחר שלש שנים וכדלעיל ב וממילא מאבד הלוקח שטרו לאחר שלוש ואפי' בקנה מבי אלישיב שמא יאמר המערער לא קפדנא אנא ג וממילא כשבא זה למחות אחר שלש כשאבד הלה שטרו מחזי כמעררים ומפסיד. **ויל"ע** דאי אף לדין ס"ל דסתם בני אדם קפדי אחר שלש ובר אלישיב קפדי אפילו בפחות למה לא תהא החזקה אף בפחות וכקושית הגמ' לעיל וגם אחר שלש למה הוצרכנו לסברת מחזי כמעררים תיפוק לן

דהא קפדי וצ"ל דסבירא לן דהך ראיא אינה מועילה להכריע הדין והעמידה בחזקתו ובוזה חזרה בה הגמ' מהתי' דלעיל.

וצריך לפרש מש"כ הרשב"א שהמחזיק אינו שומר על השטר לאחר ג' משום דתלת קפיד וביאר דלהכי בעי אכילה כדרכה וצ"ב שהמחזיק היודע האמת שקנה אינו חושש אלא שלא יגזולנו המוכר ומה שייך בזה תלת קפיד אין הנידון העומד לפני המחזיק אלא אם ירצה המערער לגזולו או לא ולמה לא יחטא אחר שלש וצ"ל דסובר המחזיק שאחר שלש שכו"ע ידעי דתלת קפיד לא יעזו המערער לבוא לבי"ד כיון שאכלה כדרכה שלש שנים ודוק.

ועיין ברשב"א לקמן בדף מב מש"כ שם הרמב"ן ומה שהוסיף על דבריו ותמוה מאוד דהרי הך סברא דתלת קפיד הרי נתבאר ברשב"א דידן שאינה סברא בעצם אלא בדעת המחזיק אבל אנן משום דמחזי כמערים מזכנין ליה להמחזיק ובדף מ"ב ברשב"א לא משמע כן וצ"ע.

עוד יש להקשות להרשב"א היכא דטוען המערער לפירות הורדתיו דאינו נאמן כדאיתא בדף לה ע"ב **ועיין שם ברשב"א** הטעם משום דהוי ליה למחויי וקשה דהתם לא שייך לומר כלל דמחזי כמערים שאומר המערער עד עתה ירד לפירות כדין שמכרתי לו לפירות לשלש שנים וק עתה הוא שגולה ולכן לא מחיתי בו קודם ובשלמא לשא"ר דריעותא דלא מיחה היא בעצם השתיקה י"ל דה"ל לאסוקי אדעתיה שמא יגזולנה זה וכמש"כ כל הראשונים שם אבל להרשב"א קשה דמחזי כמערים ליכא התם ודוק וצ"ע.

בשיטת הריטב"א עיין היטב בריטב"א לעיל בבואור שאלת הגמ' מניין לחזקה ובריטב"א כאן ובריטב"א בדף מב דלכאורה נראה ששיטתו שיטת הרמב"ן היא ואולם יל"ע ביסוד שכתב הריטב"א כאן דהוי כחזקת מטלטלין דמזה דמזה משמע דהחזקה דאורייתא היא ועוד מבואר מדבריו יסוד גדול בפשט הסוגיא דהטעם דמזדהר איניש אינו טעם לחזקה אלא טעם למה אינה מיד ולעיל דקדקנו בדברי הרמב"ן דלא כן נמלשונו בדף מב דלא משום איזדהר בלחוד וכן לשונו לעי לכח ע"ב דאכתי לא ידעינן טעמא דמזדהר עיי"ה]

[ובאמת יש לדקדק שכתב הריטב"א כאן פירושו בשם עצמו ושדן כן לפני רבו הרא"ה ולקמן בדף מב כתב הדברים בשם רבותיו ואפשר דבאמת בזה נחלק הריטב"א על רבותיו וחידש כאן דהראיה ראיא גמורה היא והחזקה דאורייתא ולא משום טעמא דמזדהר איניש כלל ולהלן קאי בשיטת רבותיו **ועיין בריטב"א לקמן בדף קע סוע"ב** שכתב שם וז"ל דחזקה מכח שטר קא אתיא פירוש משום דלא מזדהר איניש בשטרא טפי מתלת שנין תקנוהו דאי לא שורת הדין שאין חזקה כלום עכ"ל וסותר לדבריו כאן בתרתי חדא דאין החזקה כלום מן הדין ועוד דטעמו של רבא כפשוטו משום מזדהר איניש וצ"ל דגם שם קאי בשיטת רבותיו ודלא כמש"כ כאן בסוגיא ועיין היטב בריטב"א בדף לה ע"ב וגם שם נראה דלא אזיל כחידושו שכתב כאן וצ"ע לפרש סוגיא דהתם על הריטב"א כאן ודוק היטב בכ"ז]

בגמ' אלא מעתה מחאה שלא בפניו וכו' יל"ע בלשון הגמ' דמשמע דרק עתה אחר חידושו של רבא קשה ולטעמא דתלת קפיד לא קשה ואמאי ולהרא"ש ניהא דלעיל היינו טעמא מדשתיק ואף שלא בפניו לא חשיב שתיקה אף בלא טעמא דחברך חברא אית ליה אבל קשה להרמב"ן אליבא דהר"ן בתשובה דבלא"ה טעמא משום דלא שתיק והא דלא מהני שלא בפניו צ"ל דכיון דודאי לא ישמע הוי כשתיקה [נראה לעיל בדף ח אות ד בזה] וצ"ע ודוק.

בגמ' חברך חברא אית ליה נחלקו ראשונים אי הך סברא הוי קרוב לודאי או ספק ולשיטתם בדין חזקת שלש שנים **עיין בתשובת הר"ן סי' עה שנחלק בזה עם השואלים** ולדעתו כל זמן שאפשר שיגיע לאזני המחזיק כבר הוי מחאה וכסברת הרמב"ן דהטעם דלא מועיל מחאה במיחה בפני בני אדם שאין יכולים לומר לו הוא מחמת שרגליים לדבר שבוש הימנו **ועיין ברא"ש ורבינו יונה בסוגיין** שכתבו דמסתמא יאמרו לו והיינו

לשיטתם דמחאה עיקרה הוא שתגיע לאזני המחזיק בה וראה לעיל בכל זה ובתורת חיים כאן פירש אף לפי הרמב"ן כן ובמחאה שאינה מיד עיין לעיל בכ"ז בדף ח אות ד ולדעת הר"ן בתשובה יש להקשות מהגמ' לעיל גבי שור המועד דאף שם איתא לסברת חברך חברא אית ליה ושם בפשוטו היינו דודאי ישמע וכמו שפירש שם הר"ן בעצמו דמחאה התראה היא ובלא"ה סותרים דבריו שם את דבריו בתשובה דבחי' הר"ן שם משמע להדיא דלרבנן פשיטא דהמחאה התראה היא ואילו בתשובה כתב שאין המחאה התראה וצ"ע.

שמענו להקשות לרבי ישמעאל אמאי מהני אספסתא וריעותא דאחוי שטרך להיכן הלכה ולכאורה י"ל בב"א או דלא סבר להאי ריעותא או דחזקה גמורה מהי אף במקום הריעותא אך זה נסתר ממש"כ הראשונים דלרבי ישמעאל מחאה התראה היא לשמור שטרו ועיין ברמב"ן לעיל שמפורש דאחר המחאה איכא ריעותא דאח"ש ומהני נגד חזקה דרבי ישמעאל ואין לומר דאחר המחאה מגרע גרע והוה ליה לשמור שטרו טפי דלעולם יוכל לטעון אבדתי שטרי קודם המחאה ודוק וצ"ע

ולכאורה אפשר דלרבי ישמעאל תליא במוחזקותו וכשרואה שהוא מוחזק בשלש פעמים מאבד שטרו אבל זה רחוק מן הדעת הגע עצמך הרי מקשינן בגמ' דבצלף בחד יומא להוי חזקה לפי רבי מאיר ועתה נדון: אדם שאכל צלף ביום אחד מאבד שטרו או לא ואם מאבדו קשה לרבי יהודה מה תועיל מחאה אחר יום אחד ואי לא מאבד מה תועיל החזקה לרבי מאיר ולומר שהמציאות אי מאבד שטרו או לא תלוי במחלוקת דריחוק נגיחותיו אין זה מתקבל כלל וצ"ע

בגמ' אמר רב הונא והוא שאכלן רצופים ראה ברשב"ם דהטעם הוא משום דאמר ליה המערער דכיון שאכלת באופן כזה גלית אדעתך דלאו דידך היא ולהכי לא מחיתי וכע"ז ברבינו יונה דמחזי כגולן

ולדעת הרמב"ן ודעימיה דהראיה היא משתיקתו בשנה ראשונה יל"ע אמאי לא הוי חזקה ויעיין ברמב"ן בדף לו ביאר דהא דלא מהני חזקה בימים בלא לילות הוא משום דכה"ג חושש המחזיק שימחה בו המערער ואינו מאבד שטרו ולפי"ז ה"ה במפורות ממש כן הוא דאיכא ריעותא דאח"ש וכמ"ש הרמב"ן שם דזהו טעם החזקות והמחאות עיי"ש"ה וכ"ה ברמב"ן במלחמות בדף לט באורך עיי"ש. [ולהדרך דאף להרמב"ן אליבא דאמת הראיה היא אחר ג"ש אי"צ לכל זה]

עיין בחידושי הגר"נ שנסתפק אליבא דר"ה היכא דאכלה ג"ש מפורות ואח"כ אכל שלש רצופות אי הדרי פירי שלש מפורות או זנאמן מכח חזקתו למפרע ובפשטות הרי נאמנותו מתחילת הרצופות אבל לפמ"ש הרשב"ם דהוי רק טענה דהמערער דלכך לא מחיתי י"ל דכד איתרע ליה האי טענה הוי חזקה למפרע ודוק

בגמ' ומודה רב הונא וכו' עיין היטב ברשב"ם שביאר דמהני כיון שעושה ניר בשנת הבורות ועיין בשיטמ"ק בשם שיטה לא נודע למי שחולק וסובר שאי"צ ניר אלא במקום שהדרך לחרוש, **ובדעת הרשב"ם יש לחקור** בזה אי סברת ניר הוי מכח חידושו של רב הונא דבעינן רצופות ואי איכא חולק על רב הונא לדידיה לא בעי כלל ניר או דנימא דהא דבעינן ניר הוא משום דבלא זה אין שייכות בין השנים ולא הוי חזקה אחת כלל ולכך לא מחה המערער וזו סברא לכו"ע **ובפשטות** הוא מגוף הסברא דרב הונא אך זה צ"ב אמאי צריך לניר הרי נתבאר הטעם לעיל דבעינן רצופות משום דגלית אדעתך דלאו דידך והכא מה שייך לומר כן ועיין בבית הלוי בח"ג סי' נ שנקט דאף בלא דינא דרב הונא בעינן ניר דהעדר הניר הוי כמחאה וצ"ב כוונתו בזה, **וצ"ע גם המשך דברי הרשב"ם** והיה לך להבין וכו' למה צריך זה להסביר עצמו אחר שכן המנהג ועשה ניר למה יחזיק טפי משאר אנשי.

בגמ' קמ"ל דמצי אמר ליה וכו' דברי הגמ' צ"ב דלמה ליה למימר חדא ארעא וכו' או בהכי ניחא לי וכו' הרי מחזיק בה כדמחזקי אנשי ותו לא אחר שיש שעושים כן ועיין בנמוקי יוסף בד"ה באגי וכו' והיה לו לחוש

ולעשות כאותן שזורעין כדי להחזיק וכו' וצ"ע הטעם בזה וכ"כ גם בשיטמ"ק בשם רבינו יונה ולפנינו ברבינו יונה ליתא

אי בעינן באתרא דמוברי באגי שלש שנים או שש ראה ברשב"ם ד"ה באתרא וכו' עד שילקוט שלש שנים ונקט האי לישנא לפי שפעמים הוא חמש פעמים שש תלוי אם נרה בראשונה או אכלה וברמב"ן כתב שש שנים ולאו דוקא. **ועיין ברמב"ן** שכתב בתחילת דבריו דבעינן שש שנים ומתרי טעמי חדא דאיכא דורע ועוד דכיון דמשיך זמניה דבורות קלא אית ליה עיי"ש והטעם השני אינו מובן כוונתו בזה וצ"ע **ולהטעם הראשון** מבואר מדברי הרמב"ן דכ"ז הוא באתרא דאיכא דורעי אבל במקום דכו"ע לא זרעי ודאי סגי לית בתלת שנים ויל"ע אם זו כוונת הרמב"ן **ועיין בהגהות מיימוניות פ"ב מטוען ס"ק ד** שכתבו בשם ראב"ן דסגי בשלש שנים דאחזקה כדאחזקי אנשי וגם עשה ניר ושכ"כ רב האי גאון וצ"ע וכן הובאה שיטה זו במאירי עיי"ש¹⁶⁵

והראשונים הקשו דאי באתרא דמוברי סגי בשלש אם כן מאי מודה רב הונא הוא הרי אינם מפוזרות והחידוש הוא לכו"ע **ויעויין ברמב"ן** בפירוש השני שפירש נואין ברור אם כוונתו שם דאף באתרא דמוברי סגי בתלת או שכתב כן רק לגבי בתים עכ"פ הסברא נכונה ליישב דברי הסוברים כן באתרא דמוברין דרב הונא הוא המחדש הסברא דכשמצא המערער שדה ריקנית אינו מוחה וזו ריעותא בחזקת מפוזרות כמו בחזקת תלת באתרא דמוברי באגי ניל"ע דבכמה ראשונים הקשו קושיא זו ולמה לא תי' כתירוף הרמ"ן שהוא פשוט בסברא ודוק וצ"ע]

עיין בטור בסי' קמא מחלוקת הטור ורבינו ישעיה בהחזיק ברציפות באתרא דמוברי באגי וכן בסמ"ע בריש סי' קמה

תנן חזקת הבתים וכו' נחלקו ראשונים בפירוש קושית הגמ' דיעויין ברמב"ן שכתב בפי' הראשון דקושית הגמ' מבתים היא דבשלמא אלמלי רב הונא מהני חזקה בבתים ביממי בשש שנים אבל לרב הונא אף זה לא יועיל דהווי מפוזרות **ופירוש השני כתב** דמהני בבתים שלש שנים בלחוד אלמלי רב הונא, והקשה על זה דאם כן מאי שיאטיה לרצופות ומאי פריך לרב הונא וביאר הרמב"ן דרב הונא חידש הסברא דיכול המערער לומר כסבור הייתי דגלית אדעתך דלאו דידך וממילא אף דמעיקר הדין סגי ביממי לא יועיל לפי סברת רב הונא וכנ"ל גבי מוברי באגי.

ובעיקר הסברא דבבתים סגי בדירת יום אף דלכאורה אין כאן אכילת פירות גמורה **עיין ברבינו יונה** שכתב דעיקר דירת הבתים ביום היא נוסברת רבינו יונה צ"ע אמאי עיקר דירת הבתים ביום הרי אדרבה עיקר דירתם בלילה שביום יוצא אדם לפעלו עדי ערב וצ"ע]

¹⁶⁵ועיין בחת"ס שכתב דלדעת רבי ישמעאל ודאי דצריך שלש אכילות ובעינן חמש שנים באתרא דמוברי באגי ויש להקשות דהנה נחלקו הראשונים לקמן בדף לו בדעת רבנן אי יסוד החזקה הוא משום שיהוי הזמן שכ"כ רשב"ם שם והכריח דכיון דלמסקנא הטעם משום איזדהורי בשטרא ודאי בעינן מיום ליום ושא"א פליגי עליו וס"ל דאף לרבנן העיקר תלוי באכילות דבעינן שלש אכילות עיין ברמב"ן שם ובשא"ר והנה לכאורה היה צריך להיות הדין כאן תלוי בזה דלהרשב"ם יהיה סגי בתלת שני ולהרמב"ן בשש והיפך מזה מבואר בסוגיין דהרמב"ן משמע מדבריו דבאתרא דכולהו מוברי סגי בתלת וברשב"ם מבואר דבעינן שש וצריך לומר דאף להרמב"ן לא בעינן ממש ג' אכילות אלא אכילת השלש שנים ולא זמן השלש שנים וסובר דבאתרא דכולהו מוברי זה חשיב אכילת השלש ואילו להרשב"ם אף דתלוי בזמן אבל בעינן שיאכל במשך אותו הזמן ולא ס"ל דבאתרא דמוברי חשיב אכילת כל השלש אלא כיון שמוכיר שנה אחת נחשב שלא אכל אותה השנה ודוק

רבא אמר כגון דאתו בי תרי וכו' עיין ברשב"א שכתב בשם הראב"ד דדוקא כששכרו בשטר דאית ליה קלא אבל אם שכרו בלא שטר אינה חזקה וכמו דאיתא בגמ' לקמן בדף מא ע"א דשלש לקוחות מצטרפין דוקא בשטר וחולק **הרשב"א על דבריו** וכפי הנדפס ברשב"א לפנינו לכאורה כוונתו דהתם ליכא קול שבאו זה מכח זה אבל הכא השוכרים מוציאים קול [וכפפה"נ כוונתו דכשהלוקח דר בקרקע ושואלים אותו מה מעשיך כאן אומר שהיא שלו ואין דרכו לומר ממי קנאה אך דרך השוכר לומר של פלוני היא ושכרתיה] **וכ"כ הרשב"א גם בתשובה ח"ב סי' רד** וכתב שם דלפי זה אף שלש כיתות שוכרים מצטרפות . **ובטור הביא סברא זו בשם רבינו יונה.**

והביא הטור בשם הרשב"א שיטה שלישית דהתם מיירי בשלש לקוחות כ"א שנה אחת אבל הכא הוי כת אחת של שוכרים ואה"נ אם ידורו שלש כיתות שוכרים בעינן שטר כהראב"ד **וכן כתב הריטב"א כאן וביאר הטעם** דאם גרו שם שלש הרי ממ"נ היה צריך למחות בשבילם אף אם לא ידע שבאו מכח המחזיק הזה. **ועיין בסמ"ע בסי' קמ סקי"ד** שתמה כנ"ל שהרי התם כשכל אחד דר שנה ולא ידע המערער שבא מכח הקודם לו יכול לומר לכך לא מחיתי אבל הכא אף אם לא ידע שבאו מחמת המחזיק הרי היו יכולים לטעון שהם עצמם קנאוהו והיאך לא מחה בהם וכנ"ל.¹⁶⁶ **ועוד הקשה הסמ"ע** קושיא עצומה דהרי בהכרח הוא כן שאף התם בלקוחות אין צורך לשטר אלא בשלש לקוחות אבל לוקח אחד שהחזיק שלש שנים אינו צריך לשטר אף אם טוען מפלניא זבינתא ומאי שנא הכא שיצטרכו השוכרים שטר.¹⁶⁷

שם בגמ' נחלקו הראשונים בגדר חזקת שוכרים דיעויין ברשב"א בד"ה ואוקמה וכו' שהביא בשם הראב"ד שתמה למאי דמסקינן דנקיטי אגר ביתא בידיהו היאך עלתה חזקה למחזיק הרי לא נטל מהם המעות **ותירץ הראב"ד** דמיירי באופן שכתבו לו שטר חוב על המעות [כפה"נ כוונתו דהוי זקיפה במלווה] **ואולם הרשב"א והרמב"ן ושאר פירשו** דאין צורך לזה דמה שאכלו בשליחותו זה גופא הוי חזקה ואין צורך שיקבל המעות דאכילה דידהו הוי חזקה ידידה וכתב הרשב"א דלפי זה אף בהשאלה הוי חזקה נומבואר מדבריו דלהראב"ד ליכא חזקה בהשאלה]

ועיין בר"ן שכ"כ והוסיף דלפירוש זה אין צורך שיחזיק בה המחזיק חד יומא קודם שהחזיקו אלו וכן בגמ' ודברי הר"ן אלו הם חידוש גדול דהיה לו צד לומר דחזקת שוכרים דומה לחזקת לקוח מן המחזיק דבעינן שיחזיק בה המחזיק חד יומא נולכאורה אף להראב"ד דחזקתו מחמת קבלת המעות אין צורך לחד יומא שהוא עצמו מחזיק בה וצ"ע בדברי הר"ן שמשמע דדוקא לפי הראשונים אי"צ לחד יומא ושמה לא לפירוש הראב"ד נתכוין אלא היה לו עוד צד לפרש דגדר החזקה הוא שהם חשובים כלקוחות ידידה וצ"ע ועיין במאירי שכתב בשם חכמי הדורות דצריך חד יומא ודחה דבריהם]

[והנה דברי הר"ן הם יסוד גדול בדין חזקת מפלניא זבינתא דיעויין ברע"א בהגהת שו"ע סי' קמו סעיף יד שדן באופן שטוען מפלניא זבינתא דזבנה מינך וליכא עדי חד יומא אבל המוכר עצמו כאן לפנינו ואף הוא

¹⁶⁶ וכע"ז קשה בתשובת הרשב"א ח"ב סי' רכב שכתב דבחזקה שאין עמה טענה אינו צריך למחות בלוקח אם מחה במוכר דאין לו טענה ולמה ימחה בו וקשה כנ"ל דהרי היה הלוקח יכול לטעון שלי היא והמערער אף לדבריו שהיא שלו אמרינן ליה לעולם למה לא חששת שיטען זה שקנאה.

ולכאורה יש ללמוד מזה דראיה דמדולא מיחה אינה פועלת בתורת ראיה אלא דבזה ששותק לו מחזי הוא כבעלים והוי בחזקתו [וכע"ז מבואר בגדר חזקת שלש שנים באבי עזרי בפי"א מטוען עיי"ש] ולכן מה ששתק לשוכרים כשל לא ידע שהם מכח המחזיק אינו יכול להיות סיבה לחזקת המחזיק דלו לא שתק ודוק.

¹⁶⁷ וצ"ל בזה לדעת הראב"ד דשאני לוקח שמחזיק לעצמו ולכן שתיקת המערער מחזיקתו בקרקע וכנ"ל אבל שוכרים שכל חזקתם היא מכח המוכר ועבור המוכר כל זמן שלא ידע שהמוכר מחזיק אין שתיקתו מפסידתו וכנ"ל בהערה לעיל ודוק בזה ובשלש לקוחות להם עצמם אין חזקה אלא כ"א מצטרף עם חזקת השני ודוק.

טוען ממך קניתיה ולו מכרתיה אם נאמן או לא ושורש הספק הוא האם הא דבעינן חד יומא הוא טעם דבלא זה ליכא למעבד טענינן דמחזי כשיקרא [וכ"ה פשטות לשון הגמ' שם בדף מא] או דבלא חד יומא חסר בעצם החזקה ואף במקום דאיכא טענה ולמד מדברי הר"ן דהא דבעינן חד יומא בעלמא אינו רק באופן דבעינן לטענינן שהרי כאן המשכיר לפנינו והוא טוען קניתיה ועיין בריטב"א בדף מא שחולק להדיא וכתב דאם המוכר לפנינו מהני ואכ"מ. ועיין בשיעורי הגר"נ שהאריך בזה ושייך לסוגיא דלקמן.]

בגמ' א"ל רב יימר וכו' הני נונעין בעדותן וכו' דנקיטי אגר ביתא עיין בשער משפט בסי' קמ סק"ז שעמד במסקנת הגמ' דנקיטי אגר ביתא בידיהו, והקשה בזה דהרי בעלי דברים הם שאף שאין להם שום נגיעה בעדותם מכל מקום הם הנתבעים, ולמד כן מדברי הש"ך בסי' נו סק"ה שכתב שם דהתובע חברו הפקדתי בידך והוא אומר שליש עשיתני ליתנו לפלוני חייב לישבע היסת וכ"כ המרדכי בפרקין כע"ז, ולפי זה הקשה השע"מ דאף הכא כהתם בעלי דברים הם שזה תובעם דממוני גבך ומה שהם משיבים לו שהממון הזה לשוכר הוא אינו פוטרם כלום ממנו והוי בעלי דברים.

ותירץ השער משפט דהכא באמת פלגינן דיבוריהו, וכלפי שכר הבית אינם נאמנים לומר דדרו שלש שנים ויהיבין למערער [כ"נ כוונתו שם דאף כשתבע המערער את המחזיק מ"מ כשיתבעם יהיו חייבים לשלם] ויל"ע שזה חידוש גדול לדינא שלא הוזכר בראשונים ובטוש"ע וצ"ע. וראה להלן בדברי התוס' שיתבאר מדברי רע"א דהיכא דיכולים ליפטר מן התובע בטענה בלא עדות לא חשיבי בעלי דברים בעדותם אכן ראית השער משפט חזקה דאף התם כהכא נפטר בטענה ומ"מ נקט הש"ך דהוי בעל דבר וצ"ע.

ובקוב"ש תמה על תירוצו של השע"מ דאם כן דממ"נ צריכים לשלם הרי אף אם כבר שילמו אינם תו נוגעים בעדותם שהרי ממילא משלמים שוב ויהיו נאמנים אף בלא נקיטי ולכן ביאר הקוב"ש דהכא לא חשיבי בעלי דברים כלל דאין הדין על הפירות אלא על הבית ודין הפירות והשכר הוא תולדה מדין הגוף ולכן ל"ה בע"ד נאך יש לדחות דהיכא דכבר שילמו איכא חשש משקר לא יועיל פלגינן דאכתי חיישינן שמשו"ה שיקר כדי להרויח הדמים אבל בנקיטי דליכא חשש משקר אלא בע"ד בלחוד פלגינן דיבוריהו] ועיין בחידושי הגר"נ ט מה שדן בדברי התוס' דאיתא סתירה בתוס' להלן בדף לג אי דין הפירות תלוי בדין הבית או לא.

ועיין בחידושי הגר"ש ש"ס יג שהקשה שתי קושיות בסוגיין חדא דנימא פלגינן נאמנות ומאי פריך דנוגעים הם נימא דיהיו נאמנים כלפי השדה ולא יהיו נאמנים לפטור עצמם מלשלם למערער וכמו שנקטו הראשונים בסופ"ק דמכות דעבדינן פלגינן נאמנות. [ובעצם היא תמיהתו של הקוב"ש על השע"מ ודוק]

עוד הקשה הגר"ש אמאי דמשני דנקיטי אגר ביתא הנה בר"י מיגאש לקמן בדף מד מבואר דפסול נוגע פסול הגוף הוא כקרוב ואם כן אף אם הוא פסול רק להצד דעותו אמת נמי פסול הוא כמו דאמרינן בעלמא לדברין קרוב אתה ואם כן הכא אם אמת הוא כדבריהם דהמחזיק הושיבם לשלש שנים נוגעים הם דאף אם ב"ד יחייבום ליתן למערער הם היודעים האמת חייבים ליתן שנית למחזיק עיי"ש בזה

ועיי"ש שכתב לבאר דהשכירות הכא אינה גוף הנידון אלא תולדה מנידון הקרקע ולכן יש לחלק בין נוגע דהכא לנוגע דלהלן בדף מד דהכא אינו בעל דבר ומשא"כ התם וכן כתב ליישב לא שייך הכא פלגינן דהשכירות אינה עיקר העדות אלא תולדה ממנה עיין שם

והגר"ש בנה קושיתו השניה ע"ד הנתיבה"מ שכתב דבהלוואה אף אם שילם על פי ב"ד אינו נפטר כלפי שמיא מהבעלים האמיתי אך יעויין בנתיבה"מ בסי' קמ סק"י שהקשה כעין קושית הגר"ש דעדיין נוגעים הם דשמיא יביא המחזיק עדים אחרים שדרו אלו שלש שנים ותירץ דודאי פטורים הם מן המחזיק כששילמו

על פי ביי"ד דבים היה ליתן לו בפני ביי"ד והבי"ד יוציאו ממנו עיי"ש וזו קושיא אלימא טובא ובזה לא יועיל כלום תירוץ הגרש"ש ודוק ועיי"ש בנתיח"מ מה שתירץ בזה ודבריו צ"ב 168

ובעיקר דברי הגרש"ש עיין בר"י מיגאש לקמן בדף מד שהוא מקור דברי הגרש"ש דנוגע בפסול בעצם הוא ועיין שם בהערות הגרמ"ש שליט"א ועיין בסמ"ע בסי' לו שנחלק בזה עם העיר שושן וע"ע בש"ך שם

ועיין בקצה"ח בסי' לו סק"ה וסק"א שכתב דתרי גווני נוגע נינהו היכא דהוא בעל דבר ממש ואז פסול גם לחובה דאינו עד כלל והיכא דאית ליה הנאה בעלמא דאז פסול מדרבנן בלחוד דלא גרע מנוטל שכר להעיד דכשר מן התורה ולהכי הכריע דבהך דמוכר שדה אינו פסול אלא מדרבנן וביאר דלהכי הביא הרמב"ן רק תירוצו השני של הר"י מיגאש אכן בדברי הר"י מיגאש עצמו הרי ודאי מוכח דלא כן.

ועיין בקצה"ח סי' קכא סק"ד מש"כ שם דנוגע בע"ד הוא ובע"ד פסול בין לזכות בין לחובה וכתב הגרש"ש דלא דק דפסול משום קרוב ותמוהים דברי הגרש"ש דבר"ן עצמו שהביא הגרש"ש מבואר דבע"ד הוא וכן הוא בר"י מיגאש והבין הגרש"ש כפה"נ דנוגע ובע"ד חד פסול הוא ועיין בראב"ד המובא ברא"ש במכות בדף ו דבע"ד אינו עד כלל ואין כאן עדות פסולה ויש לעיין בנוגע היאך דינו

עיין בשער משפט סי' לו סק"ו שעמד בלשון הגמ' דנקיטי בידיהו אמאי בעינן נקיטי בידיהו סגי במה שאומרים שלא פרעו וביאר דאל"כ איכא נגיעה משום דהראשון נוח לי השני קשה הימנו אחר שאין להם לשלם עיי"ש וע"ע בשע"מ בסי' קמ סק"ח בנידון אי חיישינן לקנוניא בעדות

תוד"ה נוגעין יש לחקור בקושית התוס' דניתן להבינה בשלשה אופנים חדא לומר דאחר שיכולים לסלק הפסד שוב לא חשיבי נוגעים כלל דאין להם שום ענין בעדות זו ועוד יש לפרש דודאי נוגעים הם אלא דאחר דנוגע אינו נאמן מחמת חשש משקר הכא נסתלק החשש משקר דידהו ועוד יש לפרש אי נוגע הוי פסול דאה"נ דהם פסולים אבל יהיו נאמנים שלא בתורת עדות אלא בתורת מגו.

ועיין ברמב"ן כאן בסוגיא ולקמן בדף לא ע"ב דכאן הקשה הרמב"ן לקושית התוס' ואילו לקמן בדף לא כתב דאין להאמין עדים במגו יותר ממה שהאמינתם תורה וכן כתבו הרמב"ן וש"א"ר בעוד מקומות וחזינן דהכא לאו להימנייהו בפסולייהו קא אתינן וכן יש להוכיח לשיטת הרמב"ן בפשיטות מהגמ' בקידושין דמבואר הך מגו דנקטו התוס' וכן מבואר מלשון התוס' שנקטו דאמאי הוו נוגעין בעדותם ומשמע דהקושיא דנסתלק החשש משקר

וראה בריש סי' לו בסמ"ע וש"ך מחלוקת אחרונים אי נוגע הוי חשש משקר או פסול בע"ד ולהסוברים דהוי פסול צ"ע היאך מועיל המגו וכנ"ל, **ועיין בר"ן בכתובות דף פו הו"ד בחידושי הגרש"ש כאן** שכתב דהבקרא דהוא שומר על המטלטלין אינו נאמן להעיד שנטלם הבעל חוב לאחר מיתה כיון דהוא כשומר יצטרך לשלם פסול לעדות ואף דמעיד לחובתו הוי כבע"ד ופסול והוכיח מכאן הקצה"ח בסי' קכא דבע"ד פסול אף לחוב ולכאורה צ"ל דשאני מנוגע שכתבו האחרונים הנ"ל דכשר לחובה עיין בחידושי הגרש"ש כאן שעמד בכל זה אך צ"ע בסוגיא בקידושין דף מג דהתם לכאורה הוי השלוחים בעלי דברים גמורים שהרי קבלו מעות בשליחות והוו שומרים עליהם ומאי שנא מדברי הר"ן הנ"ל ומכל מקום נאמנים במגו לחייב המלווה אף דאינם עדים.

168 ובאמת יש לומר תי' נחמד על קושית הנתיבות דכלפי עצמם נאמנים במגו ואף שהתוס' כתבו דיראים לומר העירוני בזה דזה אינו דהיכא דכבר שילמו פעם אחת יראים שמא ימצא המערער עדים וישלמו שנית ונמצאו מפסידים אבל בנקיטי הרי אם יכפרו ויאמרו שילמנו למערער הרי נמצא שמרויחים שלא שילמו כלל ואם ימצא המחזיק עדים ישלמו לכל היותר פעם אחת ועתה כשמודים הרי משלמים כבר פעם אחת ואם כן הוי מגו מעליא ודוק היטב

ועתה נדפס בחי' רע"א [החדשים] שהקשה הרע"א על קושית התוס' שמדברי הר"ן הנ"ל גבי בקרא ותמה הרע"א דאם הווי בע"ד אם כן לא יועיל להווי מגו להאמן שאף הכא כיון דבעדותם פוטרים עצמם הווי בעלי דברים ותירץ הרע"א דהכא כדי ליפטר אינם צריכים לעדותם ולמגו בעדות דאם יטענו שדרו בה בתורת טענה בלא עדות [וכן נ"מ בזה אם הדריס הם פסולי עדות] הרי הם נאמנים במגו דלא דרנו וממילא יוצא שבעדותם אינם בעלי דברים [ומשא"כ התם דבעדותו עתה כשטוען שתפס לאחר מיתה אם לא תתקבל עדותו נגד התופס אף אם תאומן טענתו נגד היתומים שתפס לאחר מיתה לא תועיל לו טענתו כלום דסו"ס פשע בשמירה, ונמצא שהוא מוכרח שתתקבל עדותו כדי ליפטר, אבל הכא אף בלא תורת עדות סגי ליה בטענה וממילא עדותו עדות כשרה, כ"נ לפרש כוונת רע"א ודוק] ויש לדקדק מדוע לא הקשה הרע"א כן על הגמ' בקידושין והתוס' נסמכו על גמ' זו וצ"ל דזה היה פשוט לרע"א דהיכא דנפטר בטענה בלחוד לא חשיב בעל דבר בעדותו ורק בתוס' הוקשה לו משום דצריכים הם מגו כדי ליפטר ודוק וצ"ע.

ענין בשיטמ"ק בשם הרא"ש שכתב לתרץ קושית התוס' דהכא לא הוי מגו דמגו לבי תרי לא אמרינן וענין בחידושי הגר"ט בסי' קער שהקשה בזה תמיה עצומה דהרי להדיא האי מגו בגמ' קידושין שהביאו התוס' [וכבר עמדו בזה התוס' בקידושין היאך מועיל האי מגו הא הוי מגו לבי תרי ועיי"ש מה שתירצו ואיך שלא יהיה הדין הרי מפורש בגמ' דמהני ודלא כהרא"ש]

וענין שם שכתב ליישב דברי הרא"ש דהכא מוכרחים להעיד עדותם בתורת עדות דאם יטענו כטענה שדרו שלש שנים אף שיהיו נאמנים במגו לא יועיל להם כיון שהקרקע יוצאת מתחת יד המחזיק וכמו שכתבו תוס' לקמן בדף לג סוע"א ואם כן מעידים הם לעצמם ולא יועיל מגו ועיי"ש מש"כ ליישב דברי התוס' ובאמת שהכא אף בלא דין הקרקע יוצאת מתחת ידו לא יועיל להם טענה שהרי הם תולדה מדין המחזיק ולמחזיק ליכא מגו, וענין בקובץ שיעורים כאן.

תוד"ה אמר וכו' מלשון התוס' בס"ד נראה דסברו בדעת רשב"ם דחשיב עדות על הלילות מכח סתמא ואמרינן שזה כלול בדבריהם וע"ז הקשו דבעינן דרישה וחקירה בזה ותירצו דעת רשב"ם דהסתמא אינו בעדות העדים וענין בלשון הרשב"ם שמשמע דהעיקר אינו הטענת ברי אלא טענת המערער שמשום הכי לא מיחה וזה שסיים בסו"ד להכחישו ולומר שהיה לו למחות ומשמע דהחזקה בכל גיוני חזקה היא אף בימים לחוד וכדעת רבינו יונה ענין לעיל והתוס' לא נראה שפירשו כן דבריו וצ"ע,

שם ור"ח פירש וכו' והפה שאסר הוא הפה שהתיר וכו' צ"ע בדבריהם אמאי בעינן להפה שאסר הא לא הווי נוגעים כלל דמה להם ולעדויות זו לבוא לבי"ד כלל וענין ברשב"א שבאמת משמע כן מדבריו שלא הזכיר בפירושו של הר"ח ענין הפה שאסר מיהו בראשונים נראה דהר"ח עצמו כתב הטעם משום הפה שאסר וצ"ע ואפשר – וכ"כ בחידושי הגר"נ – דכוונת הר"ח דזוכים בטענה שהרי כשמודו שדרו בה נתחייבו לשלם וכשטוענים שדרו שלש אינם נאמנים בתורת טענה והם צריכים לעדות כדי ליפטר והווי פסולי עדות דהווי בע"ד [וכ"ז להצד דנוגע דהכא אינו חשש משקר אלא בע"ד ממש] ולכן כתב הר"ח דנאמנים כלפי עצמם בהפה שאסר וממילא כשרים לעדות ודוק היטב. ובטור בסי' קמ הביא דברי הר"ח ותמה עליו דכיון דבאים להעיד להחזיקו בבית וזה אי אפשר בלא שיעידו שדר בה שלש שנים אין להם מגו עיי"ש וקושית הטור תמוה מאוד דכה"ג לא מקרי נגיעת עדות שאל"כ כל עד חזקה יפסל שרוצה להחזיק את המחזיק בקרקע ועמד בזה בב"י שם וענין בחידושי הגר"נ אות מג מש"כ בזה, וצ"ע.

שם וליכא למימר דדלמא מכחיש להווי וכו' ענין מהרש"א כוונתו דמלשון התוס' לא משמע דבאו לומר דאין חוששים שיביא המערער עדים אלא דאין חוששים שיכחישם המערער בעצמו אף בלא עדים דמחמת זה לא יהני עדותם והנה דעת התוס' בכתובות ריש פרק שני דגם נגד טענת ברי כל היכא דמצי למימר להד"ם

הוי הפה שאסר ואם כן אין נ"מ בהכחשת מערער וזו קושית מהרש"א ולזה תירץ דליכא מגו וצ"ל לדבריו שאף אם לא יעידו כלל יראים שיתבעם לדין ודחוק לשון התוס' וצ"ע ועיין ברמב"ן.

שם ור"ת גרס וכו' עיין בשו"ת ספר הישר שפירש שם ר"ת גרסתו בהרחבה והתוס' דידן כתבו דהא דנקיט הגמ' לישנא דטענתו טענה הוא אגב רישא ושם נתפרש טפי [ראה לשונו בהערה] ¹⁶⁹

שם בתוס' ומורה רבא וה"ה וכו' התוס' פירשו אליבא דר"ת דהרוכלים הם העדים המעידים ואולם בשו"ת ספר הישר שם פירש באופ"א ונראה מדבריו דהמחזיק הוא הרוכל וז"ל ומורה רבא ברוכלין המחזירין אע"ג דלא טעין טענינן ליה, פ"י דאע"ג דלא טעין בין ביממא בין בליליא דהא בליליא שכיחי ביממא לא שכיחי טענינן ליה וכגון זה פתח פ"ך לאלם, דאפילו ע"י שיבבי אינן סוברין לברר חזקתן דביממא לא ידעי, ונודיעם אנו אם ע"י שיבבי יכולין לברר חזקת לילות די להן דהוי ליה כמו קרקע שקוצרין ומניחין עד שעת החריש, אפילו עדים ע"י אוגרין מיניה די כיון שע"פ תקנת עזרא מחזירין טענינן להו. תדע דלא נקיט חמר גמל וספן והוה חזקתן [של בתים] ג' שנים רצופות דכיון דבני מיעבד נינהו בין ביממא בין בלילא לא בעינן שש מפוזרות. עכ"ל

שיטת הרמב"ם עיין ברמב"ם פ"ב מטוען ה"ב שכתב דאם הביא עדים שדר בה בימים וטען המערער הבא לי עדים שדרת בלילות נאמן המערער 'ואפילו באו שנים ואמרו לנו שכר ואנו דרנו בה ביום ובלילה וכו' צריכים אלו העדים השוכרין להביא ראיה שדרו בה תמיד שזה הדבר תלוי בהן ואינו תלוי בטענת המחזיק כדי שיעידו לו' ועיין בראב"ד שהשיג דכ"ז הוא בלא נקיטי אגר ביתא אבל בנקיטי נאמנים, ובדעת הרמב"ם מבואר במ"מ דמיירי בנקיטי ומ"מ אינם נאמנים וזה מוכרח שהרי בלא נקיטי אף אם לא טען המערער כך אינם נאמנים אבל הדברים תמוהים טובא חדא דזה נגד סוגית הגמ' דמבואר דנאמנים ועוד דמה טעם אינם נאמנים ואיזה טעם יש לחלק בזה בין טען המערער ללא טען.

ועיין בשער משפט בסי' קמו סקי"ב שביאר בדעת הרמב"ם דהא דנאמנים השוכרים להעיד הוא כלפי גוף הקרקע דכלפי זה אינם בע"ד ונגיעה ליכא בדנקיטי אבל כלפי מעות השכירות דידהו אינם נאמנים דהו בע"ד ולכן צריכים להביא עדים על הלילות וזו כוונת הרמב"ם דאם טען וכו' היינו שתבע מהם השכירות עיי"ש בזה, אכן הוא דחוק בלשון הרמב"ם, וגם אין פשר לדבריו 'שזה הדבר תלוי בהם ואינו תלוי בטענת המחזיק' וכו' וצ"ע.

ומקור דברי הרמב"ם ביאר המ"מ דהרמב"ם פירש כן מימרא דמר זוטרא אי טעין ואמר וכו' ועיין בשיעורי הגר"נ שביאר דהרמב"ם גרס כהרי"ף שגרסות לייתו תרי סהדי דדיירו בה וכו' ו'דיירו' היינו השוכרים וקאי

¹⁶⁹ וז"ל ר"ת אמר מר זוטרא אי טעין ואמר ליתי סהדי ואסהידו בי דדירנא ביה תלת שנין ביממא ובלילא טענתיה טענה. וכו' וקאמר אליבא דרבא וכו"ש אליבא דאביי אי טעין המחזיק ואמר יבאו עדים שאינם בקיין כמו שיבבי ולא כמו אוגרין שיאמרו שראינו יוצא ונכנס בין בימים בין בלילות, מקצת מן הימים ומקצת מן הלילות כמו שפירשתי גבי קרקעות דלאו בכיפה תלו ליה, טענתיה טענה. ולא שייך למימר עדותן עדות, דלא שייך האי לישנא שאפילו לא היתה חזקה עדותן עדות, ומעולם לא תמצא עדות גרוע כעדות חזקה, שאין מעידין בקרקע זו של פלוני היא אלא ראינו שזה דר בה ג' שנים. ומשום האי חזקה מפקינן ליה מחזקת אבהתא. ועוד לפי שבלשון אי טעין התחיל לפרושי ביה בלשנא אפקיה. והאי לישנא איצטרך ליה, דכיון דאיכא לאשכוחי סהדותא דשיבבי או דאגרי מיניה ונקיטי אגרא ואי לא נקיטי ישיב להן מחזיק, [ודוקא אי טעין] ליתי תרי סהדי ומיהו אנן לא טענינן ליה ולא פתחינן פה לאלם לאפוקי קרקע מחזקת אבהתא [כמו לקמן בחזקה שאין עמה טענה לא מוקמינן ליה בידן] ע"י טענת אירכס שטרא ואי לא טעין איהו. וכן נמי לא טענינן ליה למימר ליתי שיבבי וליסהדי [אן] בהני דאוגירו מנאי דכיון דאיהו ידע ולא טעין לא טענינן ליה. וגם לא שייך הכא [פתח פ"ך לאלם] דאין בזה גריעות חזקת בתים מחזקת קרקעות. עכ"ל

אלעיל והביא הגר"נ דבספר פירוש קדמון על ב"ב מפורש כן להדיא דקאי על השוכרים, ובכ"ז עדיין אין ביאור מספיק מה החילוק אי תבע המערער או לא וגם לשון הרמב"ם שזה הדבר וכו' וצ"ע.¹⁷⁰

דף כט ע"ב

בגמ' ומודה רב הונא בהנותא דמחוזא וכו' ראה ברשב"ם ובתוס' וברשב"ם משמע דסגי בשלש שנים ביום ואם כן צ"ע מאי שיאטיה לרב הונא הא אף אלמלי רב הונא בעינן לכה"פ שש שנים ומוכח דסובר כהשיטות דאף במקום דסגי בג"ש שייך סברת רב הונא וכרבינו יונה לעיל. ועיין ברמב"ן לעיל ד"ה ומודה רב הונא באתרא דמוברי באגי, שכתב שני פירושים ומה שכתב שם לחלק בין שדה דבעינן שש לבתים דבריו צריכים ביאור עיש"ה

בגמ' אכלה כולה חוץ מבית רובע וכו' מקשים העולם דלדבריו שאומר שקנאה כולה נימא ליה אחוי שטרך אחר שכלפי בית רובע אין לו חזקה היה לו לשמור שטרו, **ועיין בקצות בסי' קמו סק"א** שנקט לפשוט דאם באו עדים ואמרו למחזיק שמחה המערער ואנן ידעינן שבאמת לא מחה הרי חזקתו חזקה שסו"ס לא היה כאן מחאה וקשה כנ"ל הרי איכא ריעותא דאחוי שטרך [ועיי"ש מה שהביא מהש"ך ומדברי הקצות נראה דסובר דכה"ג אף הש"ך לא נחלק עליו. **ועיין בזה בהגהת מילואי חשן שם** מה שהביא מחלוקת הרשב"ם והר"י מיגאש כעיי"ז בדף לט ע"ב עיי"ש, ואפשר דמה שצריך לשמור שטרו מחמת סיבה חיצונה אינו מעלה ואינו מוריד ובפשטות הטעם בזה דאחוי שטרך הוא חסרון בחזקתו ואם בעצם החזקתו היא כבעלים אלא דיש ריעותא מהצד אינו חסרון ויש להקשות למ"ש התוס' בב"מ דף קי ועוד ראשונים דאחר תקנת חזקה הוי ראייה גמורה ואנ"ס מדלא מיחה אם כן טענת המערער שבכאן הוכחשה לגמרי ולמה נאמינו שלא מכר הבית רובע וצ"ל דהטענת לא מכר מתיחסת לכל חלק בשדה בנפרד ודוק וע"ע בחידושי הרי"מ כאן בזה ובנתיב"מ בסי' קמ סקי"ט יובאו דבריו בע"ה להלן בסוגיא דכשוני גוואי אות ג וראה שם עוד בהערה 12 בזה.

בגמ' חוץ מבית רובע וכו' משמע לשון הגמ' דאם שייר פחות מבית רובע נאמן שקנאו ונחלקו בזה ראשונים דהרא"ש כתב כן דדווקא בית רובע אבל פחות הרי קנה כולה אבל בשטמ"ק בשם שילנ"ל כתב דל"ד בית רובע אלא אפילו כל שהוא לא קנה.

ויש לבאר בעצם הדין אמאי לא קנאה ובפשטות הגדר הוא דבית רובע חולק מקום לעצמו הוי כשני שדות נפרדים לגמרי ובוה לא החזיק ואולם **יעיין ברשב"ם ד"ה דבר זריעה וכו'** משמע דהוי טענה למערער שלכך לא מחה וצ"ב למה הוצרך לזה הרי בפשיטות י"ל דהלה לא החזיק וצ"ל דסובר הרשב"ם דבאמת אף בבית רובע הוי חלק מהשדה כמו דסבר ר"ה בריה דרב יהושע דבצונמא אף בבית רובע קנאה אגב ארעא אלא דבמקום שיכול לזרוע איכא ריעותא בחזקתו כלפי האי בית רובע ויכול המערער לטעון דלכך לא מחיתי ודוק. **ועדיין קשה** היכא דמהערער כופר הכל ולדבריו של המערער שלא מכר כלום למה לא מחה על השאר ואם כן אף על הבית רובע יש ראייה ומוזה מוכח דראיה דלא מיחה אינה בגדר ראייה ועיין לעיל בהערה 9 ודוק.

עיין ברמב"ם פי"ב מטוען הט"ז ועיין ברמב"ם בפ"א ממכירה הט"ז ובהשגות ובמ"מ שם ושיטת הרמב"ם דנדון דבית רובע הוא במכירה נמי ועיין בהגהות הגר"א שם בביאור הסוגיא לשיטת הרמב"ם וצ"ב אמאי תליא דין חזקה בטענה בחזקת קנין **ובפשטות י"ל בזה דהנה יעויין בקונטרס הספיקות בריש כלל ח** שלמד

¹⁷⁰ ובשיעורי הגר"נ שם ר"ל דאין עדים נאמנים להעיד על עצמם שעשו מעשה אף כשאינם בע"ד בגוף הד"ת, וזה תמוה מאוד הרי גמ' ערוכה היא שהשליח נעשה עד ומעידים השלוחים שפרשו למלוה ומעיד השליח שקידש אשה עבור משלחו. [ובאמת הריב"ש בתשובה כפי הסבר האבנ"מ ביאר דנידון הגמ' בשליח נעשה עד הוא בבע"ד שאינו נוגע אבל ג"ז דוקא בלשיח דהוי כמוהו אבל מה שמעיד על מעשה שעשה ודאי אינו סיבה לפסלו וצ"ע בכ"ז.

מדברי הראשונים בכתובות דף פו דמוחק בעי תפיסה הראויה לקנין וכן מבואר גם מדברי הראשונים בב"מ דף ח גבי שנים אוחזים וכתב דזה הטעם דלא מהני תפיסה בקרקע דאינה ראויה לקנין שאינה נגזלת עיין שם, וצ"ע **היאך נהיה אדם מוחזק בשלש שנים** הרי ליכא תפיסה הראויה לקנין לדעת החולקים על הרמב"ם וצ"ל דרך מוחזקות מכח תפיסה צריכה להיות ראויה לקנין אך מוחזקות זו מכח שלש שנים היא ולא מכח תפיסתו אכן בדעת הרמב"ם יש לומר דזה ההכרח ידידה לומר דתליין זב"ז

בגמ' אנה בשכונני גוואי הוינא וכו' שיטת הרשב"ם ראה ברשב"ם בסוגיין ודרכו היא שהמערער היה עובר דרך על הפנימי ומשתמש עליו וצריך לבאר: א) אמאי הוי זה סתירה לחזקתו של המחזיק מה שהלה עובר עליו ס"ס הוא דר בבית שלש שנים ב) האם כוונת הרשב"ם 'עובר ומשתמש' היינו שעצם המעבר חשיב שימוש או דהוי ב' דברים דעובר וגם משתמש.

ויש בזה כמה דרכים דיעויין ברמב"ן כאן¹⁷¹ שהקשה על הרשב"ם דאיזו סתירה יש מכאן לחזקה שמא מכר לו הבית ושייר לדרך לעצמו, ועוד הקשה דאם כן מאי טעמא דרבא הרי ודאי שאם דר המערער עם המחזיק בבית אין חזקתו חזקה שעל המחזיק ודאי להוכיח שהחזיק. **ודברי הרמב"ן צ"ב** שנראה כסותר עצמו שאם אינו כלל סתירה לחזקה היא שהקשה מאי טעמא דרבא ואין כאן חזקה כלל. **וביאר הקצוה"ח** [בסי' קמ סק"ז] בדברי הרמב"ן דכוונתו דהרי רבא אינו חולק על ר"נ אלא בחובת הראיה אבל בהא ודאי מודה דהמעבר מבטל החזקה ואם כן להרשב"ם דסובר דחזקה עם דרך עליה אינה חזקה ודאי המחזיק צריך להוכיח **ועיי"ש עוד** דהב"ח בתשובה ביאר דברי הרמב"ן באופ"א. **ומבואר מדברי הרמב"ן** שנקט בדעת רשב"ם דאי הדרך מבטלת החזקה לאו היינו מחאה או ביטול החזקה אלא דחזקה כזו לא הוי חזקה כלל.

ואולם יעויין בקצוה"ח בסי' קמ סק"ח שהביא בשם המהרי"ט שדן שם בגוונא הדומה לשכונני גוואי וכתב שם המהרי"ט דאם אחר שהחזיק שנים עם שהיה הלה עובר עליו החזיק עוד ג"ש בלא מעבר דרך ודאי הוי חזקה, **והקצוה"ח שם חידש דאינו כן** שמעבר דרך הרי הוא כמחאה ואלים ממנה דהטעם דצריך למחות בסוף כל שלש הוא משום שתולה המחזיק מדלא מחה שלש שני ש"מ מחאתו הראשונה דברי הבאי היא אבל במעשה שעבר עליו דרך אינו יכול לתלות כן¹⁷² **ולכן חידש** דאם זמן אחד עבר דרך עליו שוב אין לו חזקה לעולם. **הרי מבואר מהקצות** דמעבר דרך גדרו דהוי ממש מחאה ומבטל גם חזקה עתידית ולא דהוי גריעותא בחזקה ודוק [ואף המהרי"ט שהובא בקצות מבואר כן בתו"ד דהוי מחאה אבל לפי"ז יקשה עליו קושית הקצות שם עכ"פ ביורש וצ"ע דעת מהרי"ט בזה]

ובפירוש רשב"ם הקצר [נדפס מכת"י] מפורש לכאורה דהוי כמחאה שכתב שם וז"ל בחדרים הפנימיים הייתי דר ועובר דרך עליך ולא נצרכתי למחות כי אין לך מחאה גדולה מזו דאי זבינתה ניהלך אין לי דרך עליך כדפסק שמואל בהמוכר את הבית הלכה כר"ע דמוכר בעין יפה מוכר ולא שייר לעצמו דרך וכו' עיי"ש.

והן הרמב"ן הקשה לדרכו לדעת רשב"ם מאי טעמא דרבא, ולדעת הקצות קשה איפכא מה טעמו של רב נחמן פשיטא דעל המוחה להביא ראיה שמיחה באופן שממ"נ שיטת רשב"ם צ"ב, **ואפשר** דאין הגדר בזה דהוי כמעשה מחאה המגלה דעת המוכר וגם לא דחסר בעצם דירת הלוקח אלא דבאופן כזה שדר עמו אין עליו חובת מחאה כיון שהדירה מראה בעלותו ונ"מ דלא תועיל אלא לזמן שדר עמו ולא לאחר מכן

¹⁷¹ומבואר מדבריו דהסברא לדעת רשב"ם היא משום דחזקה שמחזיק בה המחזיק יחדיו עם המערער אינה חזקה ואולם בתשובת הב"ח סי' ז ביאר דברי הרמב"ן באופ"א שנסתפק הרמב"ן בפשט דברי הרשב"ם אם כוונתו דמעבר הדרך הוא חשיב משתמש או דמלבד מה שעבר גם נשתמש ולזה הקשה ב' הקושיות.

¹⁷²כמו שכתבו הראשונים שאם המערער מכרה לאחר בתוך שני החזקה אין לו למחזיק חזקה לעולם

וממילא הרי יש כאן חזקה לפנינו וספק אם יש אם יש כאן מעשה המבטלה ועוקרה מתורת חזקה ובוזה פליגי, וע"ע בט"ז בסי' קמ סעיף יג שמשמע כן מדבריו וע"ע בחידושי הגר"נ.

והתוס' בסוגיין דרכו בדרכו של רשב"ם וכתבו דבעלמא ודאי עליו להוכיח שעבר דרך עליו אבל הכא מיירי שיש עדים שהיה דר בפנימי ולהכי הוי ספק ואפשר שזו כוונת רשב"ם ולהכי סובר ר"נ שחובת הראיה על המחזיק. וכ"מ ברא"ש.

ובפשט דברי הרשב"ם נראה שנחלקו רבותינו ועמד בזה בסמ"ע בסעיף יג וכתב שם דלשון הרשב"ם משמע שגם היה עובר וגם משתמש, והביא שברא"ש ובנמו"י משמע שפירשו דעם מעבר הדרך חשיב 'ומשתמש' וכ"ה בחידושי הרמב"ן עיין לעיל וגם בתשובת הב"ח המובאת בקצות בסק"ז נסתפק בזה וכתב דאפשר דכוונת רשב"ם שהיה עובר וגם משתמש או משתמש דרך הילוכו להניח משאות וכיו"ב [ופירש ן בדברי הרמב"ן עיי"ש בקצות ועיין בחת"ס שביאר דברי הב"ח]

ויעויין במרדכי בשם מהר"ם שפירש סוגיין שאומר המשכיר אני הייתי דר בבית וכל פעם שהייתי צריך להשתמש היית נדחה מפני וזו דרך שלישית דדרך ואף תמיש אינו מבטל חזקה אא"כ עדיף המערער בתשמישו מן המחזיק [ולדרכו קשה קושית הרמב"ן דאם כן פשיטא שעל המחזיק חובת הראיה שהיה דר כדרך בעלים ואפשר דכיון שהביא עדים שדר ולא ראו העדים שהמשכיר דר עמו ודחה הוי כאין ספק מוציא מידי ודאי ודוק]. ועיין ברמ"א בסי' קמ סעיף יג שהביא שתי השיטות אי דרך מבטל חזקה או דוקא דירה עיקרית וכהמרדכי [וברשב"ם הקצר הנ"ל לא הזכיר כלל תיבת 'ומשתמש' אך אפשר דבאמת חזר בו בפירוש דידן ולהכי לא תלאה במחלוקת ר"ע וחכמים אי שייר לו דרך ודוק]

ומשורש דברי הרשב"ם נחלקו אחרונים בכל מקום שהחזיק המחזיק יחד עם הבעלים בשיתוף אי הוי חזקה או לא עיין בקצה"ח בסי' קמ סק"ז שהביא שם תשובת הב"ח שלמד מדברי רשב"ם דבכל מקום שהחזיק המערער עם המחזיק אין לו חזקה לטעון שקנה המחזיק להיות עמו בשותפות וכ"כ עוד אחרונים והקצות נחלק עליהם והביא שם כמה ראיות דמועלת חזקה לשיתוף וביאר דבשותפות בעלמא אין שימוש המערער סתירה לחזקת לקוח דאמרינן יש ברירה וכ"א משתמש בחלקו ומשא"כ הכא שדריסת הרגל היא בחלקו של הלוקח וכוונתו צ"ב אמאי הכא לא נימא דהוי כשותפות.

ומדברי הנתיה"מ בסי' קמ סקי"ט מבואר שהבין כונת הקצות דכיון שהמחזיק טוען שהוא קנה הכל הרי טענתו נסתרת מהדירה אבל אם יטען קניתי ושיירתי לך דרך נאמן¹⁷³ וצ"ל דאין לו מגו בזה דהוי מגו לחצי טענה] ולשון הקצות יותר משמע דדריסת רגל שיעבוד היא ולא זכות בגוף ולכן לא שייך בזה תורת חלוקה וכשזה דורס בהכרח בחלקו של מחזיק הוא דורס ודוק היטב וע"ע שם בקצות ונתיבות הנ"ל באורך בכ"ז וע"ע בחידושי הגרש"ש סי' טו

שם ברשב"ם ומשתמש בו ברשותי יש לדקדק מה כוונת הרשב"ם בזה דהרי טענה זו לבד אינה כלום אלא מכח שטוען הייתי עובר דרך ואם כן למה צריך להוסיף שדרת בו ברשותי ועמד בזה בחידושי הרי"מ וצ"ל דאם יטען גזלת ממני כלפי זה לא מועיל מעבר דרך דמעבר רק מראה שהוא דייר אצלו אבל לגזלן אין אדם מניח לדור בביתו אף אם הוא עובר עליו ודוק

173 ויל"ע דאף אם אינו נאמן שקנאה לגמרי למה לא נאמר שקנאה מלבד דריסת הרגל אף שאינו טוען כן וכמו באכלה כולה חוץ מבית רובע שאף שטוען שקנאה כולה אנו מקבלים דבריו למחצה וצ"ל דהתם הוו כשני חפצים שונים ובכלל טענתו שקנה כולה גם שקנה כל אמה ואמה מן השדה אבל כאן טענתו היא שיש לו קנין שלם בגוף ואנו לא נמציא שיש לו קנין מוגבל עם זכות האחר ודוק.

ברשב"ם ד"ה עליו וכו' כשהיה לו עדות למערער וכו' פשוט לשון הרשב"ם משמע דלא סגי בעדות על חד יומא קודם למחזיק אלא בעדות גמורה שהיא שלו ודלא כפסק השו"ע בריש סי' קמ דלמרא קמא סגי בעדי חד יומא ובאבהא"ז בפ"ב משכנים הי"ח [ד"ה אמנם וכו'] דייק בדברי הרמב"ם דבעינן עדות גמורה שהיה שלו כדי להיות מרא קמא.

שיטת הרמב"ן ורבינו יונה עיין בראשונים שפירשו דסוגיין מיירי באופן שהיה במקום רחוק שלא היה יכול למחות [או לשמוע החזקה וראה להלן בזה] ולהכי אין החזקה חזקה ועיין היטב ברמב"ן שביאר מחלוקת רבא ור"נ דהרי בעלמא חובת הראיה על גוף החזקה על המחזיק היא וחובת הראיה על המחאה מוטלת על המערער והכא מספקינן אי דמי לחזקה או למחאה וכוונתו בזה צ"ב ויל"ע בגוף הדברים אמאי באמת חובת הראיה על המחאה מוטלת על המערער לדעת הרמב"ן דהחזקה יסודה מדלא מיחה אם כן הוי כחזקה עצמה שהמחזיק צריך להוכיח שהחזיק ועיין בקובץ שיעורים באות קד שעמד בזה וכתב דכיון דחזינן אנן שהחזיק ולא חזינן שמחה הוי כעין אין ספק מוציא מידי ודאי והקשה דאם כן מאי טעמא דר"נ הכא וביאר דבאופן שלא יכול המערער למחות הרי חסר בעצם מעשה החזקה ול"ד למחאה שהוי חזקה ומעשה המבטלה ולהכי אף דבפשטות יש חזקה לפנינו הרי על המחזיק להוכיח חזקתו ודוק בזה.

וראה ברבינו יונה כאן שביאר אמאי בעלמא חובת ההוכחה על המערער וכתב בזה שני טעמים האחד דהמחזיק הרי אינו יכול להוכיח שלא מיחה זה [ומסתברא דהוא טעם בתקנת חכמים ודוק] ועוד 'דכיון שהחזיק זה חזקה גמורה שהלה זקוק למחות עליו למחות בפני עדים' ודבריו צ"ב דלו יהי שעליו למחות בפני עדים יאמר דמחיתי בפני פו"פ והלכו למדינת הים וצ"ע לפרש דבריו וביאר רבינו יונה דהכא לדעת ר"נ שאני שהרי הוא עוקר החזקה מעיקרא שלא היה יכול למחות וכעין מ"ש לעיל עיי"ש.

במחלוקת ר"נ ורבא והשייכות לבר סיסין

שיטת רשב"ם נתבאר לעיל לדעת הקצות האי עובר דרך חשיב כמחאה [וכ"ה ברשב"ם הקצר ראה לעיל ובריטב"א כאן] ולפי"ז צ"ע טובא מאי טעמא דר"נ ואילו ברמב"ן נראה שהבין דליכא חזקה והקשה מאי טעמא דרבא לפי"ז וראה להלן.

דף ל ע"א

בגמ' ורמי דרבא אדרבא ורמי דר"נ וכו' דההוא גברא וכו' לכאורה ברור הדבר שאם היה ספק לפנינו אם מכר הקרקע הזו א ולא הרי הקרקע עומדת בחזקת בעליה שכל ספק במכר הקרקע בחזקת בעליה¹⁷⁴ וצ"ב אם כן מאי טעמיה דרבא ובהכרח צ"ל דסובר רבא דכיון שמכר לו הני קרקעות סתמא דב סיסין היא וצ"ב טעמי דר"נ דפליג ועוד צריך להבין דדברי הגמ' באו סתומים מאוד ולא נתפרש מה הטעם לשייך מחלוקת אלו זל"ז ועוד צ"ב דהרי רבא פירש טעמו בדידן משום דהמע"ה והתם הרי המוכר מוחזק שלא ירד הלוקח לקרקע.

וידוע לפרש בזה על פי היסוד המבואר בחזו"א [בחור"מ ליקוטים סי' ה אות ז] שהביא שם כמה דוגמאות דכשממון מסוים שייך בפשטות לאדם הרי האחר הטוען עליו אינו נאמן וכגון הלוקח הטוען שיש אואנה במקח אף דהוא מוחזק במעות עליו הראיה. וכתב שם ד'טעמא דכל הני דהבא בטענה שהיא משנה ומחדשת את הענין חשיב כמוציא והמחזיק בטענה המעמדת את הדבר על ענינו הידוע חשיב מוחזק וכו'.

174 אפילו ירד הלוקח לתוכה וכמו ספק בשכירות קרקע ב"מ קב ע"ב וקי ע"א וכן בתרי ותרי אם היה המוכר שוטה מוקמינן לה בחזקתו בכתובות כ ע"א וכ"ש הכא דלא ירד.

והביא מקור לכ"ז מדברי הב"י באהע"ז בסו"ס פו עיי"ש בכו"ז¹⁷⁵ ולפי"ז מתבאר היטב דטעמו של ר"נ הכא הוא משום דקמן ליכא ראייה דדר זה בשכוני גוואי והוא המחדש בטענה זו וכדאיתא ברשב"ם לעיל דלא שמענו בלתי היום' וכו' וה"נ בבר סיסין המוכר הוא המחדש וטוען דקרקע זו אף שקוריה על שם ב"ס לא ממנה קנאו ופריך שפיר מזל"ז.

ומקור גדול לדברים מדברי רבינו גרשום להלן בדף קנט ע"ב שפירש שם סוגיין [עיי"ש בכ"ד] וביאר דטעמא דר"נ משום דהמוכר הוא המוציא ועליו הראיה ואף דמיירי שלא ירד הלוקח לקרקע כמ"ש לעיל שם ומפורש כהנ"ל דכה"ג הוי מוציא ועליו הראיה וזהו טעמו דר"נ.

ובתי' הגמ' יש להסתפק בכוונת הגמ' דהכא לוקח בנכסיה די"ל שיש כאן תפיסה מחמת שיושב קרקע אף שאין לו ג"ש ורק כה"ג מהני הסתמא להעמידו כמוחזק נוכע"ז כתב החזו"א שם גבי נכסי צ"ב שנאמן הבעל כשהם בידו עיי"ש שנגמרה חזקת הממון על ידי הסתמא [ואולם ברבינו גרשום שם ביאר דקאי בנכסיה היינו חזקת ג"ש וצ"ב דהרי עליה אנו דנים וצ"ל דאין הסתמא יכול להכריע הדין במקום חזקת מ"ק אלא להעמיד חזקה והחזקה היא המכרעת הדין ודוק]. נושמענו להעיר בזה דהרי דין זה דסתמא מצאנוהו בהרבה מקומות שמועיל נגד המוחזק ובהרבה מקומות אינו מועיל והיאך דימתה הגמ' דווקא תרי אלו אהדדי ויש להעיר עוד דאם כן למסקנא הרי ר"נ סובר כן ורבא חולק וסובר דל"מ סתמא אלא בהיותו מוחזק וצ"ע מכל המקרים האלו וכמובן דדוחק לומר דרבא חולק בכל הני וצ"ע לחלק ולפרש בזה].

והנה כ"ז מתפרש שפיר לדעת הרשב"ם אם באמת החסרון בעובר דרך הוא בחזקה דאז באמת מעיקר הין חובת הראיה על הלוקח אלא דזיכהו רבא מחמת הסתמא אבל אי משום מחאה הוא עדיין תמוה מעיקרא דדינא דהרי על המוכר להוכיח שלא מיחה ודוק וצל"ע.

ביאור הר"ן בסוגיין שנדפס בפירושו על הרי"ף ואולם בפ"י הר"ן על הרי"ף הנדמ"ח עמד בשאלה זו מה השייכות בין הסוגיות ופירש שם בדרך אחרת ומחודשת וז"ל שם ותמהני היכי דמו הנהו עובדי אהדדי ונ"ל דס"ד דרבא ור"נ בהא פליגי אם הולכים אחר הרוב להוציא קרקע מיד המחזיק. דס"ל לרבא בשכוני גוואי דכיון דעל הרוב אין בעל הקרקע מתרחק כ"כ וכו' הולכין אחר הרוב להעמיד הקרקע ביד המחזיק דאע"ג דאין הולכין בממון אחר הרוב ה"מ לאפוקי ממונא אבל הכא אע"ג דקרקע בחזקת בעליה עומדת אפ"ה כי מוקמינן ביד המחזיק לאו אפוקי ממונא מיקרי אלא אוקמיה דלא דמי ממש לאפוקי ממונא וכו' ור"נ ס"ל דאפילו בכה"ג אין הולכין בממון אחר הרוב כיון דקרקע בחזקת בעליה עומדת ומשו"ה מדמינן לעובדא דבר סיסין דהתם נמי רובא דארעתא דמיקרו הכי קראוה ע"ש הבעלים

¹⁷⁵ובקצה"ח בסי' רמא סק"ח דן שם בהא דאיתא בשו"ע דבמכר על תנאי אם התנאי בקום ועשה הרי על הלוקח להביא ראיה שנתקיים התנאי ואם הוא בשוא"ת על המוכר להביא ראיה וביאר הקצות דהטעם הוא משום דהחזקה היא שלא נעשה מעשה עד שיודע לך שנעשה ותמהו אחרונים דהרי חזקה אינה מוציאה ממון וצ"ל כנ"ל דהטוען שנעשה מעשה הוא המחדש מהפשטות ועליו הראיה ויש שביארו לפי"ז הא דאיתא בב"ק דף עט דטבח שאינו אומן שקלקל בשחיטה חייב לשלם ואם אומן הוא פטור [מדין אונס] ועליו להוכיח שאומן הוא ותמוה אמאי הרי מוחזק הוא וי"ל דהוא המחדש ומשנה מהפשטות בטענתו ועליו הראיה ואולם הרע"א שם ביאר באופ"א עיי"ש [בח"י החדשים הועתק מתשובה תניינא סי' קג] ועוד איתא ברא"ה בשיטמ"ק בב"ק דף לט ע"ב דהיכא דאיכא חזקת מעוברת לומר שילדה הפרה המזיקה אחר הנגיחה הוי המזיק מוציא ועליו הראיה וקרוב לזה ברשב"א שם ועיי"ש בסוגיא ובתוס'.

ומצינו עוד בהרבה מקומות בממון דאין ספק מוציא מידי ודאי ובכ"ד משמע דהוא דין המע"ה ועיין בקוב"ש בדף קמח ע"ב באורך כמה וכמה דוגמאות לזה ויש לחלק דבכל הני יש סיבה ודאית המזכה לו את הממון וספק המוציא ממנה וכה"ג ודאי חשיב מוחזק אבל בנ"ד אינו כן אלא שהסתמא והפשטות הוא שיש לו סיבה ויש צד להסתפק בעיקר זכותו ודוק היטב בזה וגם לא דמיא לטענת מחילה וטענת לקוח בגודרות וכיו"ב דבזה פשיטא דהמחדש עליו הראיה דהתם איכא חזקת ממון וחזקת חיוב ודוק.

הראשון ואפ"ה אוקמה רבא בידא דמוכר, קס"ד דאע"ג דקיימא ארעא בידה דלוקח דס"ל דאפילו בכה"ג הולכין ודחי דודאי ס"ל דר"ג דאין הולכין ורבא ס"ל דהולכין כדמוכח בשכונני גואי, ובבר סיסין טעמה דרבא משום דמוכר קאי בנכסי טעמיה דר"ג משום דעל המוכר רמי לגלויי עכ"ל הר"ן.

וביאור דבריו דהכא הרי הלוקח נמצא בקרקע והמוכר עדיף עליו משום דבחזקת בעליה וכה"ג הוא דנחלקו ברוב נגד חזקת מרא קמא אי עדיף או לא וצ"ע בגדר הדברים לומר דהכא דבר סיסין הוי רוב דלא מצינו בד"כ רוב כזה וכה"ג הוי אומדנא שאין כאן לא רובא דאיתא קמן ולא רובא דליתא קמן ושמא אין כוונתו דהוי מפרשה דרוב ממש אלא דכמו שאין הולכים אחר הרוב בממון משום דבעינן ראייה כן אין הולכים אחר האומדנא [וכע"ז באחרונים לעיל גבי חזקה א"א פורע תו"ז שהקשו דאין הולכים בממון אחר הרוב].

ונראה שנחלק הר"ן עם ר"ג בשלש נקודות בפשט הסוגיא: (א) אם זוכה הלוקח התם מדין רוב כדעת הר"ן או מדין מוחזק והמע"ה כדעת ר"ג (ב) דהר"ן מוקי להס"ד דאף התם בבר סיסין סברה הגמ' דמיירי שירד הלוקח לקרקע ובר"ג להדיא דאינו כן ומובן דלשיטתם בזה בפשט הסוגיא (ב) בביאור התי' דלוקח קאי בנכסיה דהר"ג פירש דהיינו חזקת ג"ש [וכ"כ רבינו יונה כאן ואף דליכא ג"ש היינו הסתמא דאיכא ג"ש וכנ"ל] [והר"ן מבואר מדבריו שפירשה משום עצם התפיסה בקרקע מדמדמי לה להדיא דשטרא חספא ¹⁷⁶. וע"ע בשיעורי הגרש"ר ובשיעורי הגר"נ מה שפירשו בסוגיין].

בדעת הרמב"ן ורבינו יונה בזה ויל"ע לפרש הדמיון בסוגיין לדעת הרמב"ן שהרי פירש הספק לעיל אי דמיא לחזקה או למחאה והיכי אפשר לדמויי לבר סיסין ולכאורה צ"ל כמש"כ הר"ן שהדבר רחוק שהיה המערער בארץ מרחקים ולכן דמיא לדהתם אבל זה דחוק מאוד בדברי הרמב"ן דאם כן טעמא דר"ג לא משום דדמיא למחאה אלא משום דסתמא יש כאן חזקה **זאת ועוד** דהרי הרמב"ן הקשה על הרשב"ם דאי ליכא כאן חזקה אם כן מאי טעמיה דרבא ומאי קשיא ליה כלל הרי הסתמא הוא דאיכא חזקה והרי אף לדידיה צריך לפרש כן, **וביותר קשה** דהרי טענתו של הלוקח בבר סיסין ודאי דמיא לחזקה ולא למחאה דהסתמא בא להעמיד עיקר המקח ועכ"ז זוכה על ידי הסתמא ועוד פריך הגמ' מהכא להתם ואם כן ודאי דאף הכא מהני סתמא לעיקר החזקה ומאי קשיא ליה על הרשב"ם ולמה לדידיה פירש דדמיא למחאה וצ"ע.¹⁷⁶

ועיין בקצה"ח בסי' קנה סקט"ז שפירש להדיא בסוגיין דבכל ספק חזקה נחלקו רבא ור"ג ולא רק במקום חזקה **והאחרונים הקשו עליו** דהא לעיל דאיכא ספק אם החזיק בלילות הרי על המחזיק הראיה שהחזיק בלילות ומאי שנא הכא **ועוד קשה כנ"ל** מה מדמי לה לדבר סיסין וצ"ע. **ובקצה"ח בסי' קמו סק"ב** הביא בשם המהרי"ק דבכל מקום שיש ספק אם ידע המערער שעליו למחות והוא ספק לפנינו אמרינן זיל ברור אכילתך ומשמע קצת מלשונו שלמד שרבא ור"ג נחלקו בספק ממש ולא במקום סתמא **ועיין בתשובת מהרי"ט** [ח"ב חו"מ סי' כח] שדן היכא דטוען מערער שהיה קטן בעת החזקה ודימה לדברי רמב"ן בסוגיין ואף התם ליכא סתמא שהיה גדול אז עיי"ש וצ"ע כנ"ל. **ועיין גם כעין זה בתשובת הרשב"א ח"ב סי' שלא** ואף התם מיירי במקום דליכא סתמא כלל ודימה אותה הרשב"א לסוגיא דידן וכן בתשובת ריב"ש סוף סי' שעא **ולדעת התוס' בסוגיין** דמשמע דדר ודאי בחצר הפנימית רק הנידון הוא באיזה דרך היה עובר נמי לכאורה

¹⁷⁶ויל"ע דהרי אין תפיסה בקרקע נגד חזקת מרא קמא אבל לזה הוכיח הר"ן מסוגיא דדף לב דמהני המגו דדידיה וחשיב מגו להחזיק משום דיושב בקרקע וכן פירשו בזה התוס' לקמן בדף לב ע"ב שכתבו דמגו דלוקח הוי מגו להחזיק כיון דהוא קאי בקרקע וכעין זה ברמב"ן לקמן בסוגיא דלא חציף דאף דלא מהני לא חציף להוציא ממון מ"מ ס"ד בגמ' שיועיל לגבי קרקע כיון דאיהו קאי בגווה וחזינן מזה דמה דלא מועיל תפיסה קרקע היינו כתפיסה בספק נגד מ"ק אבל היכא דאיכא ראייה או אומדנא עם התפיסה המהני התפיסה נגד המ"ק כמו במטלטלין וזה מתאים להפליא עם דברי הר"ן דידן ודוק בזה.

ליכא בזה סתמא כלל וכ"ז צ"ע מאי טעמיה דרבא ומאי שניא מימים ולילות והיכי מדמי לה לבר סיסין וצ"ע.

בגמ' לא יהא אלא דנקיט שטריה ראה ברשב"ם 'והחזקה וכו' במקום שטר' ומקורו בגמ' בסנהדרין דף כג ע"ב דחזקה במקום שטר היא וצ"ב הדמיון לשטר וסברא זו¹⁷⁷.

ועיין ברבינו יונה שכתב שני פירושים בגמ' הא' דהמחזיק בקרקע פחות מג"ש עם שטר הוא יותר מוחזק ממי שמחזיק ג"ש ועכ"ז עליו לקיים השטר וה"נ הכא נוחזינן מדבריו יסוד גדול שהמחזיק קרקע עם שטר זוכה לא רק מכח הראיה ועדות שבשטר אלא מדין מוחזק ויש לבארו היטב אם נימא דהטעם דבקרע ליכא חזקה מטלטלין הוא משום אחוי שטרך ואף בלא זה י"ל ודוק] וצ"ב באמת הטעם בזה דהרי מוחזק הוא ולמה יקיים חזקתו ועוד צ"ב דהכא הרי על זה אנו דנים אם יש לו חזקה ג"ש ומה שייך לדונו כמוחזק מכח הג"ש ודוק ועוד דרך פירש דכיון דעיקר גוף החזקה הוא הראיה מדלא מיחה עליו להוכיח ראיתו עיי"ש היטב וצ"ב לפרש המחלוקת בשכונני גואי והשייכות להכא ודחית הגמ' וכמו שהערנו לעיל וצ"ע בכ"ז.

שאר פירושי הראשונים בסוגיין

ראה ברי"ף שהביא איכא מאן דפריש, דהכא מיירי דליכא עדי מרא קמא למערער ולכן האמינו רבא לומר שדר שני חזקה לבדו שאל"כ לא שנא מאי טעין מערער דלא דר המחזיק בלילות דנאמן וע"כ הכא משום דאית ליה הפה שאסר הוא.¹⁷⁸ ומבואר מדבריהם דבין לרבא בין לר"נ אין אדם נאמן אף בלא עדי מ"ק אי מודה שלא אכלה תלת שני אלא דלרבא נאמן לומר שאכלה תלת שני ולר"נ בעינן עדים, וראה ברי"ף שהקשה מהמשנה בכתובות טז ע"ב דאיתא התם דאומר לחברו שדה זו של אביך היתה וכו' נאמן והוכיח מהגמ' דאף באומר שלך היתה ולקחתיה נאמן נולא אבה הרי"ף להוכיח מגוף המשנה משום ד"ל דמיירי כשהמערער טוען שמא שהרי אומר לו של אביך היתה והלה אינו יודע] ועיין בהגהת הב"ח על הרי"ף מש"כ לתרץ שיטה זו.

ומחלוקת רבא ור"נ לדרך זו היא באופן דעל ידי הפה שאסר רוצה הלוקח להיות נאמן שאכלה שני חזקה מעולות דלדעת רבא נאמן ולדעת ר"נ צריך להביא עדים [ובפשוטו טעמו דהוי מגו להוציא ולפי"ז מחלוקתם היא לאו דוקא בכה"ג דשכונני גואי אלא בכל מקום שטוען הלוקח שאכלה שני חזקה במגו ובזה שונה פירוש זה מכל

177 ואפשר לבאר דברי רשב"ם דאף דבעלמא בסתמא זוכה אבל הכא שאני שהרי מעיקר הדין חובת הראיה עליו ואף הסתמא אינו שהשדה שלו אלא שיש לו חזקה וסתמא אינו מועיל להעמיד ראיה וכיון שלא תקנו חזקה לעשותו כמוחזק אלא כבמקום שטר כמו שבשטר יש לו להוכיח שלו השטר ואין סתמא לומר שיש שטר אף הכא כן ודוק ובשטר גופיה י"ל דראית הגמ' משום דשטר בעלמא סתמא שאינו מזויה וכן מצינו ברמב"ם בפ"ז הכ"ד שביאר שאשה יכולה לינשא בגט שאינו מקוים אף שאינה יכולה להוציא בו ממון [תוספת כתובה] משום 'שאינ דיני האיסורים כדיני הממונות' ונתבארו הדברים ברמב"ם בפ"ז מעבדים ה"ב שאף שמשחרר העבד בשטר שאינו מקוים אינו מוציא ממון בשטר זה 'אבל הנכסים שאין אדם קונה אותם אלא בראיה ברורה לא יקנה אותם עד שיתקיים השטר' ולפי"ז ראית הגמ' נפלאה דאף התם איכא סתמא ולא מהני משום דראיה ליכא וה"נ בחזקה תקנוה במקום ראיה ודוק

178 ובפשוטו באו בזה להוכיח דבספק בחזקה על המחזיק להביא ראיה ואפשר לפרש בכונתם טפי דאף אי נימא דהכא איכא סתמא דלא דר עמו המערער הואיל ולא שמענו בלתי היום אבל הרי אף התם הסתמא דדר בלילות ובכ"ז נאמן המערער אי טעין, ובעיקר קושיתם הרי זו היא קושית הרמב"ן על הרשב"ם דאי ליכא חזקה בעובר דרך אמאי סבר רבא דהמע"ה ולהכי תי' הרמב"ן לדרכו דרבא מדמי לה למחאה ודעת הרשב"ם עין בדף הקודם הבאנו שברשב"ם הקצר מבואר דעובר דרך הוי כמחאה ואולם לדעת האחרונים הסוברים דפלוגתייהו דרבא ור"נ היא בכל ספק חזקה באמת קשה מהתם וכמו שהערנו לעיל וצ"ע.

פירושי הראשונים בסוגיא] ויל"ע לדרך זו מה הדמיון לההיא דבר סיסין דלכאורה מחלוקתם היא האם נאמר בזה דין מגו או לא ומה שייך כלל לדהתם וזה פלא.¹⁷⁹

שיטת הרי"ף וראה ברי"ף שפירשה באופ"א דטוען המוכר שהיה במקום רחוק שלא היה יכול למכור הקרקע באותו זמן שאומר הלוקח שקנאה וסובר ר"נ דכה"ג הוי כחזקה שאין עמה טענה ומפסיד הלוקח, ועיין בראב"ד בשיטמ"ק ועוד ראשונים שתמחו טובא דמאי שנא טענת לא יכולתי למכור מטענת לא מכרתי וכמו שמועילה החזקה לומר שמכרה כך תועיל לומר שהיה יכול למכרה ואם יטען המוכר שבאותו יום היה חולה ולא היה יכול למכור וכי יהיה נאמן, ולכן פירש הראב"ד בכוונת הרי"ף דמיירי שיש עדים שבאותה התקופה היה המוכר במקום רחוק וצריך הלוקח להוכיח שהיה כאן אפילו יום אחד די שתתקיים חזקתו דאל"ה תלינן לה שהיה כל הזמן באותו מקום שהרי שם היה מושבו עיי"ש, ועיין ברא"ש ובתוס' רי"ד שאף הם פירשו כן בדעת הרי"ף. והרמב"ן הקשה דכיון דהיה לו למחות ולא מיחה מוכח שמכרה לו ובא לכאן או שלח שליח כמו שהחזקה ראייה על המכירה עצמה ראייה היא על אפשרות המכירה ואפשר שקושיית הרמב"ן היא אפילו לפירוש הראשונים בדעת הרי"ף דמיירי בעדים. ואף לדעה זו סתומה הסוגיא דמה השייכות לעובדא דבר סיסין וצ"ע.

ועיין ברמב"ן שהביא פירוש הר"ח דאף דחזקה שלא בפניו בעלמא שלא במקום חרום הוי חזקה היינו דוקא כשהיה המערער עמו בתחילת החזקה ועיי"ש שנחלק עליו בזה.

סוגיא דשוקי בראי ראה ברשב"ם שפירש דבמקום מרחקים לא שמע החזקה ואף כאן היה טרוד בשוקו ולא שמע, וביאר התומים בריש סי' קמג דהרשב"ם בזה לשיטתו בסוגיא בדף לח שסובר שם דהחזקה נשמעת כמו המחאה ואי מחאה שלא בפניו אינה מחאה במקום חירום משום דאינה נשמעת אף החזקה אינה נשמעת כמו"כ. [עיי"ש ברשב"ם בדף לח ע"ב ד"ה מחזיקין בנכסי בורח] ודעת שא"ר שם דהחזקה נשמעת בכל מקום וכדמוכח מרבי יהודה דאית ליה חזקה אף כשהמערער באספמא [עיי"ש בתוס' ד"ה אין וכו'] וביאר התומים דלפי"ז צריך לומר לדרכם שידע בחזקה ולא היה יכול למחות וסברת בשוקאי הוי טרידנא היא שלא היה לו פנאי למחות כפירוש שדחה הרשב"ם שהרי אי אפשר לומר שלא ידע מהחזקה.

ואולם יעויין ברא"ש שכתב לפרש בשוקי בראי כהרשב"ם שלא ידע מהחזקה, ולהלן בהמשך דבריו כתב דאף במדינה אחרת החזקה נשמעת אלא שאינו יכול למחות ותמחו התומים ועוד אחרונים בדברי הרא"ש שסותר משנתו מיניה וביה דהרי פירש דכשהיה במקום חרום שמע החזקה והיאך אפשר לומר שכאן לא ידע ממנה והתומים פירש בדברי הרא"ש דאין חובת מחאה אלא כשיודע שדר בו תלת שני ולהכי באמת היה יודע כשהיה בארץ מרחקים שהוא דר בו אבל השתא בסוף החזקה כשהוא בשוקו אינו יודע שדר בו גם עתה כך שלא ידע שדר בו זה תלת שנים שלימות ועיי"ש מה שביאר בזה ועיין בקצה"ח שפירש דכוונת הרא"ש היא שכשהיה טרוד בשוקו שכח שדר זה בביתו.¹⁸⁰ וראה עוד להלן בפשט דברי הרא"ש.

¹⁷⁹ ואפשר אולי דטעמו של רבא דלא הוי מגו להוציא הוא משום דהלוקח יושב בקרקע וכמו שכתבו התוס' לקמן בדף לב דמגו דלוקח נגד מוכר אף באופן דלית ליה שני חזקה ל"ה מגו להוציא מה"ט [אלא דאף לרבא צריך שיטען שאכלה שני חזקה דאליכ אית ליה ריעותא דאחוי שטרך] ונחלקו אי מהני תפיסתו בקרקע לחשב כמוחזק לענין שיועיל לו מגו וס"ד דגמ' דאף התם בבר סיסין הלוקח יושב בקרקע וכמ"ש הר"ן ואף התם לא מועיל הסתמא שקנה מבר סיסין אלא לתפוס ומחלוקתם אי הוי תפיסה או לא ודוק

¹⁸⁰ והנה כל זה דחוק מאוד בדברי הרא"ש וראה להלן בהערה שבאמת מדברי הקיצור פסקי הרא"ש והטור משמע דאף הכא המערער טוען לא שמעתי מהחזקה ראה שם בכ"ז ולק"מ על הרא"ש

מחלוקת הרא"ש והרמב"ן כשטוען לא ידעתי מהחזקה דעת הרמב"ן ורבינו יונה בסוגיא דלעיל דקיי"ל כר"נ דהיכא שהיה דטוען שהיה במקום רחוק על המחזקה להוכיח שהיה המערער כאן ומפורש בריבנו יונה דל"ש אם טוען המערער לא שמעתי מהחזקה או לא יכולתי למחות ואולם **יעויין ברא"ש כאן** שמדבריו מבואר דיש לחלק בזה דהיכא דטוען לא ידעתי מהחזקה חובת הראיה על המחזיק והיכא דטוען ידעתי ולא יכולתי למחות עליו חובת הראיה **וצ"ב** מהו החילוק ביניהם **ועיין בקצה"ח בסי' קמג סק"ג** שביאר שיטת הרא"ש דהיכא דלא ידע המערער מהחזקה חסר בעצם החזקה ולכן חובת הראיה על המחזיק אבל היכא שידע רק דלא היה יכול למחות חובת הראיה עליו בין אם טוען מחיתי או לא יכולתי למחות.

[וביאר דבריו דהמערער מפסיד בשתיקה ואין הפרש אם מחה או לא יכול היה למחות בתרומתו טענתו לא שתקתי אבל בגוף החזקה לא חסר דדין החזקה היא להיות בפני המערער אבל אין מדין החזקה להיות בפני מערער שיכול למחות ועדיין צ"ב למה לא יהא אף זה חלק מהחזקה להיות בפני מערער היכול למחות ולכן ביאר הקוב"ש טפי בדברי הרא"ש]

ועיין בקוב"ש כאן באות קד שביאר דהרא"ש לשיטתו דדין החזקה הוא תקנה משום שאינו שומר שטרו וחייבו חכמים את המחזיק להחזיק בפני המערער ואת המערער למחות ובכלל חובת המחזיק הוא להחזיק בפניו אבל מה שאינו יכול למחות לא הוי בכלל חובתו ודוק **והרמב"ן דפליג הוא לשיטתו** דהחזקה כולה מיוסדה על השתיקה ובלא שיחזיק באופן שיכול למחות לא עשה ולא כלום **וראה בריבנו יונה לעיל** בביאור תי' הגמ' דלא יהא אלא דנקיט שטרא וכו' בדרך השניה שם שכתב כן להדיא דלכן חובת הראיה על המחזיק משום דהראיה היא היא גוף החזקה ודוק.

[וכל זה הוא למה שתפסו כן האחרונים בדעת הרא"ש דסובר לדינא לחלק דאם יכול היה לטעון לא שמעתי היה נאמן] [אלא דלמעשה לא משכח"ל דאף במקום חרום חזקה נשמעת] **ואולם יעויין בקיצור פסקי הרא"ש כאן** שכתב לדינא דאם טוען המערער לא שמעתי עליו הראיה אבל אם בירר שהיה במקום שאין שיירות מצויות נאמן שלא ידע ומבואר מדבריו דהרא"ש הוא כהרשב"ם דבמקום חרום אין המערער שומע מהחזקה ואעפ"כ **על המערער** להביא ראיה ודלא ככל האחרונים הנ"ל **ועיין ברע"א כאן** [החדש במועתק מס' קושיות עצומות] שנתקשה הרע"א כע"ז בדברי הטור¹⁸¹

אימתי צריך להיות המערער כאן במדינה עיין הרמב"ן ושאר"ר לעיל שכתבו דצריך המערער להיות כאן בסוף השני חזקה ואז עולה לו החזקה אף אם לא היה בתחילה אבל אם היה בתחילה ולא בסוף אינה עולה לו חזקה **ועיין בחידושי הר"ן ובנמו"י** שביארו הטעם דסובר היה שיזדמן לו למחות כשיחזרו מהמקום חרום ולא עלתה בידו **ועיין בקצה"ח בסי' קמג סק"ב** שביאר כוונתם דהוי כדן אונס ביום אחרון דחשיב אונס והקשה הקצות דאם כן אף אם היה כאן כל החזקה ולסוף תלתין יומין היה טרוד בשוקו הרי לא

¹⁸¹ומכ"ז יש ללמוד לפרש כ"ד הרא"ש באופ"א, דזה היה פשוט להרא"ש דטענתו בכאן שהיה במקום שאין שיירות מצויות ולא שמע החזקה ומש"כ בהמשך כוונתו כך היא שסובר הרא"ש דמדינה אחרת שלא במקום חירום שם אפשר שיטעון שלא יכול היה למחות שאין המחאה נשמעת אבל החזקה נשמעת כה"ג אבל במקום חירום ממש אף החזקה אינה נשמעת [וצ"ע ובירור בסוגיא דלקמן דסתם יהודה וגליל כשעת חרום ולפי"ז צריך לדחוק דהוי במקום חרום רק לענין המחאה אבל לא לענין החזקה דבמקום חרום ממש אף החזקה אינה נשמעת וצ"ע שם] וסדר דבריו כך הוא דיש שרצו ללמוד מכאן שחובת הראיה כשטוען שהיה במדינה אחרת ולא היה יכול למחות היא על המחזיק ודחה הרא"ש דבריהם משני טעמים חדא די"ל דהכא היו לו עדים ועוד דהכא טענתו שלא ידע ואם יטען שלא היה יכול למחות כיון שהיה במקום אחר אבל לא מיירי במקום שטוען שלא היה יכול למחות, אבל להלכה סובר הרא"ש כהדחיה הראשונה שלו נמי דהכא מיירי בעדים ולדינא הכל חובת המערער להוכיח וממילא אין סתירה בדברי הרא"ש כמשה"ק האחרונים לעיל דאם ידע היאך אומר שכשהיה בשוקו לא ידע ודוק בזה היטב

תעלה חזקה דאנוס הוא ולכן ביאר הקצות דהנהו ראשונים סברי דשוקאי טרידנא אינו שלא ידע מהחזקה אלא שלא היה לו פנאי למחות וכה"ג אינו אנוס ודוק.¹⁸²

ויל"ע לדעת הרמב"ן ודעימיה בגדר חזקה דרגלים לדבר מיד אלא משום אחוי שטרך אין חזקה עד אחר שלש ואם כן אם לא היה המערער בסוף אלא שהיה בתחילה למה לא תעלה לו חזקה, **ועיין בריטב"א כאן** שכתב דאם בא לבסוף עולה לו חזקה כיון שידע המערער שזה יושב בתוך שדהו שלש שנים וצ"ע כנ"ל דמאי איכפת לן אם אינו יודע שזה שם שלש שנים הרי שתיקתו אפילו כלפי שנה אחת הוי רגלים לדבר, **ויש להוכיח מהר"ן** שכתב דאם היה כאן רק בשנה ראשונה אינה חזקה דאפשר שסבר שיזדמן לו למחות כשישוב הרי להדיא דאין רגלים לדבר בשנה ראשונה שהרי אינו ממחר למחות עד סוף שלש ואינה חזקה **ומכ"ז מוכח** כמו שסדרו אחרונים בדעת הרמב"ן דאחר תקנת חזקה אין הרגלים אלא מדלא מיחה על כל השלש ולאחר שלש שעתה אינו ממחר למחות אלא כפי מה שקצבו חכמים.

[ויל"ע בדברי הר"ן דא"כ למה הוצרך לומר טעם זה דיוזמן הרי עתה לא החזיק הלה שלש ואין עליו חובת מחאה ואי חובת מחאה היא על פחות אם כן מה שייך לומר דלא נזדמן ומוכח מזה דסובר הר"ן דכבר עתה יש עליו תביעה על כל השלש דכיון שיודע שזה מחזיק בביתו ויודע שילך למקום חרום והלה עשוי להמשיך ולהחזיק כבר עתה חוברת מחאה עליו ומבואר דאין הגדר דהחזיק מחאה חל בסוף שלש אלא דהחזיק מחאה הוא על החזקה שנמשכת שלש שנים אבל אם נמשכת היא החובת מחאה כבר עתה היא ודוק היטב ובאמת הריטב"א ושאר לא כתבו הסבר זה של הר"ן ולדידהו אפשר בפשיטות שיכול לילך למקום חרום אף בלא טעם זה והנ"מ לדינא במי שיודע שלא יוכל תו למחות כגון שנכנס לבית האסורים באמצע החזקה אם כה"ג הוי שתיקה דלדעת הר"ן אינו יכול לטעון שסבר שיזדמן לו וכו' ואפשר דלשאר אינו כן ויש לדון בסברא זו בביאור התומים בדברי הרא"ש לעיל ודוק]

הקדמה לסוגיא דההוא גברא וכו' לאו קא מודית

דיני טענת מפלגיא זבינתא היכא דהמערער אית ליה עדי מרא קמא

ראה בגמ' לקמן דף מא ע"ב ההוא גברא וכו' עד סוף הסוגיא וברשב"ם שם וברמב"ן ושאר ראשונים דברי הגמ' צ"ב בשני ענינים: (א) מדוע אין טוענים אף בלא דר ביה חד יומא – ומה מועיל חד יומא – (ב) אמאי בטוען קמי ידידי זבנה מינך בעינן מיגו להאמינו בטענה זו ומאי שנא מטוען לקחתיה ממך

בדין דר ביה חד יומא עיין בקצה"ח סי' קמו סק"ט שהביא דעת המהרי"ט דהטעם דבעינן חד יומא הוא כדי להוכיח שקנאה זה הלוקח מן הך מוכר כדי דנעבד ליה טענינן, **והקצות נחלק עליו והביא מדברי הרשב"ם בסוגיין** דמייירי בשטר מכירה שלו עודנו בידו ומכל מקום כתב דבעינן חד יומא, **ועיין בראשונים בדף מא** שהביאו לשיטת הראב"ד דבעינן שיהיה לו שטר מכירה מן המוכר וחזינן דאף דהסכימו לכאורה עם עצם סברת מהרי"ט דבעינן הוכחה שהוא לוקח אבל לא זה הטעם דבעינן חד יומא שכתבו בשם הראב"ד דבעינן שניהם [והמהרי"ט עצמו בסי' כז עמד בדברי הראשונים אלו ודבריו שם כפה"נ נפל בהם שיבוש וצ"ע].

ודעת הקצה"ח עצמו דבעינן רגליים לדבר כדי למעבד טענינן ולהכי בעינן לדר ביה חד יומא **ועיין ברמב"ן בדף מא** בתחילת דבריו וכן בראשונים שם **ועיין ברמב"ן במלחמות בדף לג בסוגיא דקריביה דר"א וצ"ע** רב דהרמב"ן פתח דבריו כהקצה"ח דמשום רגלים לדבר הוא וסיים דאי ליכא חד יומא מחזי כשיקרא, וכל הראשונים הביאו רק לחלק הזה דמחזי כשיקרא ואילו במלחמות כתב דמשום דרגלים לדבר וצ"ע

¹⁸² וחילוקו של הקצות בזה עמוק הוא דאף דמי שאין לו פנאי אין בזה מחייב למחאה אבל גדר הדין דאנוס ביום אחרון אינו דחויבו הוא רק בשעה אחרונה אלא דבאמת נתבע על מה שלא התפלל או מחה בשעה ראשונה אלא שיש לו רשות לשלם חובו של עתה בשעה אחרונה אבל אם בשעה אחרונה אנוס הוא הרי זה אנוס אבל אם אין לו פנאי דזה אינו אנוס אלא דליכא מחייב חזיב למחות מתוך חיובו של שעה ראשונה אף שיפסיד בעסקיו ודוק

ועיין בקה"י בסי' כ שביאר הטעם משום דמחזי כשיקרא והקשה על הקצה"ח דבשו"מ לא מצינו דבעינן רגלים לדבר כדי למעבד טענינן, ויש להוסיף דטענינן החזרתי במגו דנאנסו הוי רגליים לדבר להיפך שהרי השטר ביד התובע ואנו טוענים החזרתי ומ"מ טענינן להו.

וצ"ע בהאי ענינא טובא מכמה מקומות עיין בחידושי הר"ן ובנמו"י לעיל בסוגיא דשוכרים שהקשו אמאי לא בעינן חד יומא ותירצו משום דדרים בשליחותו וממ"נ אי מחזי כשיקרא מה יועיל שדרים בשליחותו ואי לא אמאי קשיא כלל והר"ן עצמו כתב להדיא בדף מא דמשום מחזי כשיקרא הוא

ועיין בהגהת הגר"א בריש סי' קמ שכתב המקור להא דחד יומא מהני לאשוויי חזקת מרא קמא מדין חד יומא דידן וצ"ע כנ"ל דאף אי לא הוי מוחזקת הא לא מחזי כשיקרא וגם צ"ע ע"ד הגר"א דהא לדעת אב"י אף נראה בו קודם הקניה מהני והרי התם פשיטא דלא הוי מוחזק בזה ועיין בריטב"א בסוף הסוגיא לקמן דמבואר דלאב"י תלינן דנראה בה אחר הקניה ורק רבא סבר דעביד איניש זה דלא כהמבואר מהרשב"ם אך מהרשב"ם נמי נראה דהטעם הוא מחמת החזקה גופא ולא מחמת מחזי כשיקרא וצ"ב לדבריו היאך מהני נראה לאב"י וצ"ע.¹⁸³

ומכל אלו המקומות חזינן להדיא דענין חד יומא הוא שתחילת החזקה תהיה ביד מוכר ועיין במאירי בדף מא שכתב הלשון דהתחיל החזקה המוכרה לו וגמרה הוא וכ"ה לשון הרשב"א בסוגיין וצ"ע מכל הנ"ל ומנראה בו לדעת אב"י וכן דעת רב דאדם עשוי ליקח ולמכור ולא בעינן חד יומא כלל ולפירוש רבינו יונה שם נחא עיי"ש אך שאר ראשונים לא פירשו כן.¹⁸⁴

בדין האומר קמי ידי זבנה עיין בקצה"ח סי' קמו סקי"ב ובתשובת רע"א ח"ג סי' כט שהקשה הרע"א אמאי בעינן כלל למגו הרי הוי חזקה שיש עמה טענה וכתב דבאמת לאו מדין מגו הוא וכוונת הגמ' דכמו דנאמן לומר מינך זבינתה נאמן לומר מפלניא וכו' וכ"כ הקצה"ח בדעת הרא"ש והטור דלא בעינן כלל למגו בטוען קמי ידי דהוי חזקה שיש עמה טענה, ודקדק כן מדברי הרשב"ם בדף לא ע"א שכתב דהוי חזקה שיש עמה טענה ואף שכתב שם הרשב"ם מה לי לשקר לאו דוקא הוא. ודברי הקצה"ח צע"ג מדברי הרא"ש בדף לב ע"ב סי' יג שמבואר מדבריו להדיא דבעינן למגו בקמי ידי עיין שם.

ועיין בקה"י בסי' כ שביאר דמהראשונים מבואר דבעינן למגו וכתב הטעם דבעינן למגו משום דאל"כ מחזי כשיקרא וכמו שכתבו הראשונים דמה"ט בעינן חד יומא עיי"ש, ומיהו מדברי הראשונים משמע דהוא סברא רק כלפי דין טענינן וכ"ה להדיא בריטב"א שם שכתב דאם המוכר לפנינו וטוען מהימן

ועיין בנתיב"מ בסי' קמו סק"ב שכתב דלא הוי חזקה בלא מגו כיון שאינם באים בטענת עצמם ודבריו צ"ב בדברי הרשב"ם בסוגיין ראה היטב כ"ד הרשב"ם בסוגיין והנה רבו הדקדוקים ההערות והתמיהות בדברי הרשב"ם ונכתבם כסדרם בע"ה

¹⁸³ ועיין בתשובת הרשב"א ח"ב סי' רכב הו"ד בקצה"ח בסי' קמג ס"ק , שכתב שם דאף דאמרינן צריך למחות בסוף כל שלש ה"מ בראשון אבל אם מכרה אי"צ למחות בלוקח שכבר מחה בראשון ודמי ללא דר ביה המוכר חד יומא וצ"ע דהרי הרשב"א כתב דהטעם משום מחזי כשיקרא והכא ליכא מחזי כשיקרא ועיין בנתיב"מ בסי' קמט סק"ד שכתב דהלוקח מגולן לא טענינן ליה דהוי כדליתא חד יומא שהעכו"ם אין לו חזקה וצ"ע כנ"ל ועיין לקמן בדף מז ע"א ברבינו יונה דמבואר דבדברי הנתיב"מ גבי אומן שם עיי"ש ועיין ברש"י בדף כג ע"א ד"ה אינו ודבריו מתאימים עם דברי הרשב"א בתשובה דבערער אדם על המוכר תו לית ללוקח חזקה והביאור כנ"ל דבעינן תחילת חזקה

¹⁸⁴ והמתבונן יראה דיש חילוק גדול בין הראשונים לקמן בדף מא וברשב"א והר"ן שם נראה דכתבו מחזי כשיקרא רק כלפי דר בלא עדים אך עצם הדירה לאו משום הכי הוא וכ"ה להדיא ברשב"א שם בפשט דברי רב דאדם עשוי ליקח ולדור ולמכור בלילה עיי"ש ולפי"ז נחא הכל אך הרמב"ן שם כפה"נ דפליג וכן הריטב"א עיי"ש.

ד"ה אמר ליה וכו' ומאחר וכו' שטר מכירה שלו עודנו בידו מבואר מדברי רשב"ם דבעי שיהיה לו שטר מכירה
 דלא זה אינו נאמן שלקחה מן הפלניא, ומדברי רשב"ם אלו הוכיח הקצה"ח בסי' קמו סקי"ב דלא
 כהמהרי"ט הסובר דהא דבעינן חד יומא הוא כדי שנדע שקנאה זה הלוקח מן המוכרה לו ולהרשב"ם
 דמיירי באופן אית ליה שטר מכירה הרי אינו צריך לראיה זו ומ"מ מבואר דבעינן חד יומא ודלא כהמהרי"ט
 עיי"ש.¹⁸⁵

ואמנם בגוף דברי הרשב"ם יל"ע אמאי בעינן לשטר מכירה בידו הא אית ליה מגו דלהד"ם ולמה לא יהא
 נאמן בו שקנאו מן המוכר. נועוין בראשונים בדף מא שכתבו דמכח מגו לא עבדינן טענינן ולדבריהם י"ל דהכא
 קאמר רשב"ם דבלא שטר מכירה פשיטא דלא נטען לו דלא ידעינן שלוקח הוא וחידוש הסוגיא דלא טענינן ליה אף
 בדאית ליה שטר מכירה]

שם ולא אמרינן מגו דאי בעי אמר אנא זבינתא מינך ואכלתיה שני חזקה וכו' צ"ע מדוע לא הקשה הרשב"ם
 בפשיטת דהא אית ליה מגו דלהד"ם.

שם אבל החזיק זה שלש שנים וכו' דזבנה מינך קמאי ידי כלפי עדי יום אחד מבואר ברשב"ם להלן להדיא
 דמהנו רק כשיש לו חזקת שלש שנים והכא משמע פשטות לשונו דגם בקמאי ידי כן הוא וראה להלן.

והכא בהאי עובדא וכו' אבל אין יודע וכו' נחלקו הטור והש"ך בפשט דברי הרשב"ם, עיין בטור בסי' קמו סכ"ד
 שכתב דדעת הרשב"ם דעובדא דידן דליכא שני חזקה אינו מהימן אף בטוען קמי ידי זבנה מינך, ודברי
 הטור צ"ב דהרי אית ליה מגו מעליא דלהד"ם ואית ליה נמי מגו דמינך זבינתא דמהימן מגו דלהד"ם ואמאי
 אינו נאמן בלא חזקה.

והש"ך בסי' קמו סקי"ג חולק וסובר דדעת הרשב"ם דאי טעין קמי ידי מהימן ומש"כ הרשב"ם לעיל
 דהחזיק בה שלש שנים לאו דוקא והוכיח כן ממש"כ הרשב"ם ואינו יודע משמע דאם יודע מהימן ומש"כ
 הש"ך להוכיח ממה שהקשה הרשב"ם לעיל דיהא לו מגו צ"ע דאדרבה התם מדוקדק איפכא דהקשה ממגו
 דמינך זבינתא ואכלתיה שני חזקה הרי הקשה רק בשלש שנים וממגו דמינך זבינתא ולא ממגו דלהד"ם.

ועיין בהגהת אשרי כאן שכתב כמעט כלשון הרשב"ם ושם הגרסא במקום 'ואינו יודע' 'אינם יודעים' וקאי
 אעדים ולפי זה ניחא דברי רשב"ם כהטור אך קשה מאי קמ"ל בזה פשיטא דאם העדים יודעים שקנאה מה
 דין ודיינא איכא הכא.

והפרישה ביאר בדעת הרשב"ם דאף בטוען מינך זבינתא במגו דלהד"ם אינו נאמן דשום מגו לא מועיל בתוך
 שלש כיון דאיכא ריעותא דאחוי שטרך וראה להלן בעצם דברי הדרישה כמה קושיות על שיטתו ולפי
 דבריו מיושב היטב מדוע לא מועיל מגו בטוען קמי ידי שהרי לא דר כאן שלש שנים אבל בדברי הטור אי
 אפשר לפרש כן שהרי הביא דברי רשב"ם להלכה והוא עצמו פסק דבליכא עדי מרא קמא מהני טענת מינך
 זבינתא במגו דלהד"ם ולכן לדידיה עדיין צ"ע טובא מדוע לא מועיל מגו בטענת קמי ידי [ובפשטות י"ל בזה
 על פי דברי הרא"ש דיעוין ברא"ש בסוגיין שכתב בתוה"ד דהלוקח ירא לומר להד"ם לפי שהוא סבור באמת שמכרה
 זה המערער למוכר דידיה ואם יאמר להד"ם ימצא הלה עדים שהיתה שלו ולפי"ז י"ל דבטוען מינך זבינתא אף דיוודע

¹⁸⁵ ולהלן בדף מא נחלקו ראשונים בדיון זה, דדעת הראב"ד דלעולם צריך הלוקח שטר מכירה מן המוכר ובלא זה לא
 טענינן ליה והרמב"ן סובר דכיון דהחזיק שני חזקה אין לו צורך בשטר מכירה, ומבואר מדברי הראשונים תרתי חדא
 דלא כהמהרי"ט בפשט הדין דחד יומא שהרי להראב"ד מיירי בשטר מכירה בידו ובעינן עדיין חד יומא ואף הרמב"ן לא
 בזה נחלק עליו ועוד מבואר דבעצם הסברא הסכימו לדברי המהרי"ט דבעינן ראיה שהוא לוקח ובלא ראיה לא נטען לו
 ודעת הרשב"ם דידן כהרמב"ן שהרי כתב דמדלא החזיק וכו' שטר מכירה וכו' ומשמע דבהחזיק בה שני חזקה אין לו
 צורך בשטר מכירה

שאפשר שימצא הלה עדים אבל כיון דטענתו שקר לגמרי עדיף לו לומר להד"ם אבל היכא דבאמת קנאה מן המוכר והוא סבור שהמוכר קנה מן הבעלים משקר בדבריו ומוסיף קמי ידידי וצ"ע

ד"ה ואת מינאי וכו' שאפילו וכו' דברי רשב"ם צע"ג דהרי אם היה טוען מינך זבינתא ודאי היה נאמן דמשנה ערוכה היא בכתובות טז ע"ב והביאה הרשב"ם לעיל בדף כט סוע"ב ועיין בדרישה בסי' קמו אות כד שפירש דלדעת רשב"ם ליכא מגו בטענת מינך זבינתא דהוי מגו נגד ריעותא דאחוי שטרך וכמגו במקום עדים ועיין בבית הלוי ח"ג סי' לו אות א שכתב כן והקשה ממתני' בכתובות ותירצה דמיירי כשטוען הלוקח שאכלה שני חזקה ועיי"ש שנדחק בגמ' בכתובות שם וכן הקשה מסוגיא לקמן דף לב ע"ב ותיירץ כנ"ל ונדחק מאוד בפירוש רשב"ם שם עיי"ש.

אבל דע דדברי הפרישה והביה"ל נסתרים מדברי רשב"ם בכמה מקומות יעויין להלן דף לג ע"ב דמי שאכל שנתיים בלא עדים מהימן לומר אכלי וידיי אכלי במגו, ויעו"ש ברשב"ם ד"ה והדרי פירי שכתב וז"ל דאין כאן מה לי לשקר במקום עדים שאין ידוע אם לקח קרקע זו מבעליה או לא, אלא לפי שאבד שטרו בתוך שלש שנים מפסיד, עכ"ל. ומבואר דמהני מגו נגד אחוי שטרך, וגם מבואר מדברי הרשב"ם דמזה גופא לאפוקי שלא נימא דתוך שלש חשיב כמגו במק"ע ולזה ביאר דאינו כן אלא לפי שאבד שטרו מפסיד. ועוד קשה מדברי הרשב"ם דף קכח ע"א ד"ה אתה נתת לי וכו' עיי"ש שכתב דהמחזיק עבד נאמן לומר לקוח במגו דלהד"ם ומשמע מדבריו דאף בלא שטוען שהחזיק בו תלת.

וטפי מפורש בדבריו לקמן בדף לט ע"ב ד"ה וכי גזלן וכו' שכתב בתוה"ד וז"ל והיינו דקפריך גזלן ס"ד הא קטעין שטר היה לי קודם המחאה ואבד ומספיקא הוא דאנן מפסדין אותו את הקרקע לפי שלא נזהר בשטרו וכו', עכ"ל. הרי מבואר להדיא דריעותא דאחוי שטרך אינה ראייה והכרע בדין [ועיי"ש בסוגיא] אלא דדינא הוא דמפסיד בספיקא דכיון דלא שמר שטרו לא יוכל להוציאה מהמרא קמא, ואם כן אין טעם לומר דלא יהיה נאמן במגו נגד ריעותא דאחוי שטרך.

וגם דברי הפרישה והביה"ל הם נגד דברי הראשונים דהראשונים בסוגיין כולם הביאו דברי רשב"ם ואעפ"כ נקטו בדעתו דבאופן דדר בה חד יומא מהני והיינו ע"כ משום דהמוכר עכ"פ היה נאמן במגו ואף דליכא שלש שנים וכן בטור מוכח להדיא דלא כדבריהם וכמש"כ לעיל.

ד"ה זיל וכו' שאתה לא החזקת צ"ע דהרי הך דינא הוא אף אם החזיק בה שלש שנים כמש"כ הרשב"ם לעיל באורך וכן תיכף להלן וכוונתו דהך מימרא דלאו בע"ד ידיי את שייכא רק בפחות משלש שנים וצ"ב ועיין בבית הלוי ח"ג סי' לו אות ב שעמד בדברי הרשב"ם אלו ועיין בקה"י בסי' יט מש"כ לפרש בדברי הרשב"ם באופ"א דהנ"מ כלפי סברת לאו בע"ד ידיי את ולהמבואר בתוס' בע"א בסופו דאי"צ למיחת עמו בדינא ודיינא.

ד"ה אמר רבא וכו' ואפילו החזיק בה שלש וכו' נראה כסותר דבריו בדיבור הקודם עיין לעיל

תוד"ה לאו קמודית וכו' וכדבריו וכו' עיין במהרש"א שפירש דהרשב"ם מודה לתוס' דמהימן במגו לומר דדר בה חד יומא ומה נקט הרשב"ם דאי מייתי עדים היינו משום דבסוגיא דלקמן מיירי בעדים וצ"ע מה הכריחו לפרש כן ואחר שמצינו בראשונים לקמן בדף מא דחלקו בזה להדיא על התוס' אפשר שגם הרשב"ם חולק וכפשטות לשונו וצ"ע עיין ברמב"ן וברבינו יונה לקמן בדף מא דס"ל דלא מהני מגו על זה ודעת הרמב"ן דהמגו אינו מועיל לבי"ד למעבד טענין דלאו מפיו אנו חיים, ועיין ברבינו יונה וברשב"א שם טעמים אחרים.

שם דמגו למפרע לא אמרינן וכו' עיין ברא"ש לקמן בדף מא ע"ב שכתב שם דאם אמר מתחילה מפלניא זבינתא דאמר לי וכו' אינו נאמן לומר אח"כ קמי ידיי אבל אם אמר בסתם מפלניא זבינתא דזבנא מינך

נאמן לפרש דבריו אחר כך ולהוסיף קמי ידידי. ובהבנת דברי התוס' דידן נחלקו אחרונים עיין בסמ"ע בסי' קמו סקל"ד שכתב דדעת התוס' דאף אם אמר מתחילה דזבנה מינך ועתה מפרש דבריו אינו נאמן, וביאר הסמ"ע דהתוס' חולקים על הרא"ש הנ"ל, ואולם יעויין בש"ך שם בסק"י שכתב דהתוס' עוסקים בגוונא שאמר מתחילה מפלניא זבינתא דאמר לי דזבנה מינך אבל באופן שאמר בסתם מודו התוס' להרא"ש. ועיין בתוס' שאנץ בכתובות דף פה ע"א דפליגי להדיא ע"ד הרא"ש וכהסמ"ע ועיין ברבינו יונה לקמן בדף מא דסובר כהרא"ש ועיי"ש היטב בכ"ז.

בדין מגו למפרע הנה התוס' כתבו הטעם דמתחילה לא אסיק אדעתיה ובפשטות נראה מדבריהם דזהו הטעם דמגו למפרע לא אמרינן ועיין בתוס' בכתובות בדף פה ע"א שכתבו שם נמי דמגו למפרע לא אמרינן וכתבו בגוונא דהתם כע"ז דלא אסקה אדעתיה שם שתהא צריכה לטענתה השנית שתבעתם מחים עיין שם דלכאורה נראה מדבריהם דהיינו טעמא דמגו למפרע, ואולם יל"ע בזה טובא דבכל המקרים שהביאו התוס' לכאורה לא שייך הסבר זה וכגון באומר הן ולמחר אמר פרעתי דודאי דידע דכשאומר הן נתחייב בדיבורו ומכל מקום לית ליה מגו וכן בההיא איתתא וכן בעשאה סימן לאחר דאז לא היה רוצה כלל לעכב הקרקע לעצמו דאל"כ למה עשאה סימן ולא שייך כל זה ולכאורה הטעם בכל הנידלא אמרינן מגו הוא משום דחיישינן שמא נתהפך לשקר עתה ולא אבה בכך קודם לכן וצ"ע אם כן למה אוסיפו בגוונא דידן לטעמא דמסיק אדעתיה ועיין באילת השחר כאן שעמד בשאלה זו.

אך יעויין במהרש"ל שם בכתובות שפירש דברי התוס' שם דבאמת מה שכתבו דלא אסיק אדעתיה וכו' אינו טעם מדוע לא אמרינן מגו למפרע אלא באו לבאר מדוע לא יועיל דבריה בתורת פירוש לטענתה הקודמת דאף דמגו למפרע בעלמא לא אמרינן אבל הכא שמפרשת דבריה הראשונים תהא נאמנת ובזה פירשו דלא אסקה אדעתיה וכן מבואר מדברי הגר"א דיעויין בהגהת הגר"א בסי' פב בכללי מגו אות ב שכתב שם וז"ל מגו למפרע לא אמרינן ועתוס' בכתובות פה א ד"ה אית כו' ושם קט ב ד"ה אם כו' ובבב"ב לא ד"ה לאו כו' וכ"כ הרא"ש בכתובות כט ב ואף ששם פה א כ' דוקא בעדים וראו וכמ"ש בסי' סד היינו משום דלא ס"ל האי סברא שכ' התוס' בא"ד דבאותה שעה שאמרה מחיים כו' כ"כ הריב"ש דאם איתא אמאי אמרו באומן בראה שאינו נאמן הא היה יכול להעלימו מקודם וכן הרבה כיו"ב. עכ"ל הרי מבואר מדבריו דיסוד מחלוקת הראשונים האם מועיל פירוש הוא בסברת התוס' הנ"ל דלא אסקה אדעתיה.

ובטעם הדין דלא אמרינן מגו למפרע יל"ע בכ"ד דבפשטותו הטעם הוא דלית ליה מה לי לשקר שמא אתמול באמת לא היה בדעתו לשקר ואולם יעויין ברמב"ן לקמן בדף לג ע"א דמי שטען טענה כנגד יתמי והיא טענה דבעלמא נאמן בה במגו הפסיד דינו משום דכשטען כנגדהיתומים הקטנים הוי כאילו טען חוץ לבי"ד שאין בי"ד דנים קטנים ואח"כ כשיגדלו כבר אינו נאמן בטענתו שיטען אז שאבד מגו ידידה והנה בזה אי אפשר לומר דליכא מה לי לשקר שהראיה דמה לי לשקר ניצבת ממה שטען בקטנותם ולמה לא יהא נאמן במה שטוען עתה כשגדלו ומבואר מדברי הרמב"ן דהטעם דלא מהני מגו הוא משום שאבד כח הנאמנות דמגו ידידה וע"ע כע"ז ברמ"א בסי' עב סעיף יח שמבואר להדיא דבטען חוץ לבי"ד אבד מגו ידידה אף כשיטען אח"כ בבי"ד ועיין בהגהת הגר"א שם שציין מקורו בדברי התוס' דידן [ומבואר דאף התוס' דידן זהו טעמם וזה מתאים עם מה שהבאנו לעיל בשם הגר"א בהגה בכללי מגו ודוק ועיין בהגהות אשרי בכתובות דף פה וברבינו יונה לקמן בדף מא דמלשונם משמע דהנדרן אינו אי איכא מה לי לשקר אלא אי קיימת לו נאמנותו הראשונה או שכבר איבדה עיי"ש ודוק

שם בתוס' ומה שפירש הקונטרס וכו' עיין בקובץ שיעורים כאן שכתב דמדברי התוס' בדף קכו מוכח דהפה שאסר אינו מטעם מגו ולפי זה לא קשה קושייתם על רש"י כלל דהתם הוי הפה שאסר ובאמת מדברי התוס' מוכח דהפה שאסר מטעם מגו. ויש שרצו לפרש דרש"י חולק בזה וסובר דהפה שאסר אינו מטעם

מגו אלא דין בפ"ע ולהכי מהני למפרע, ועיין בשיטמ"ק בכתובות שם בדף קט שכתב ליישב דברי רש"י דהשטר בא לבי"ד עתה ולהכי לא חשיב מגו למפרע ודבריו צ"ע ועכ"פ מוכח דהחסרון במגו למפרע אינו במה לי לשקר וכמש"כ לעיל עיי"ש [ולביאור הגר"א צ"ע ממנה לי בידך דהתם נמי הפה שאסר הוא אך י"ל רש"י לשטתו דהפה שאסר דווקא שלא על ידי תביעה, כתובות טו ע"ב עיי"ש ובתוס']

ובעיקר דין הפה שאסר לאחר כדי דיבור עיין עוד בטור אה"ע סי' קנב שהביא בזה מחלוקת ראשונים וידוע הקושיא דבחו"מ בסי' קמ לא הזכיר מחלוקת זו ובסי' קמו נראה בטור דמגו למפרע לא אמרינן עיין בזה בחידושי הגרש"ר בכתובות בסי' י ד"ה ועיין ואמנם הקושיא מסי' קמ אינה קשה כ"כ שאין דרכו של הטור להביא מחלוקת ראשונים שלא במקומם להוציא מהם דינים למק"א אך הקושיא חזקה מהטור בסי' קמז שפסק בעשאה סימן לאחר דלא כרש"י, ושמא יש לחלק בדין הפה שאסר בין איסורים לממונות.

שם בתוס' והכא בהאי עובדא וכו' מחלוקת הר"י והרשב"א עיין בקצה"ח בסי' עה סקי"ב ובסי' קמו סקי"א שביאר טעמו של הר"י דכיון דהלוקח יודע שהיתה של המוכר כלפיו לא מועיל המגו דלוקח וכמו בנסכא ליודע החטיפה דחייב להחזיר לנגזל כפי שראה, ויל"ע בדברי הקצות בתרתי חדא דעצם היסוד צ"ב דהרי מה לי לשקר ודאי איכא הכא ואף אם נפרש מגו כח הטענה אין סברא לומר דצריך כח טענה כלפי כל רואה וסגי במה שזכה בבי"ד וצ"ב. ומה שביאר הקצות דזו כוונת הר"י דידן אף בזה איכא לעיונא דקשה לפרש כן לשון הר"י ויותר משמע בתוס' דכוונתם היא דליכא מגו משום דירא המוכר לומר להד"ם מאחר שיודע שהלוקח לא יעכבה אך גם זה קשה דממה שכתבו התוס' דלוקח חשיב כחד סהדא מוכח שהם דנים טענת המוכר קודם שמכר שאם אנו דנים טענת המוכר עתה אין הלוקח עד אחד אלא בעל דבר ואין כאן שבועת עד אחד אף במטלטלי נוכראה להלן במחלוקת הראשונים בזה אי דיינין לטענת מוכר כדהשתא או קודם המכירה] ואם כן קודם המכירה לא היה המוכר ירא לומר וצ"ע ועיין בדרישה בסי' קמו סקכ"ד מש"כ לבאר דברי הר"י.

שם בתוס' וכה"ג אישכחן וכו' בפשטות באו ללמוד משם דטענינן טענה דידן אף דאין אנו טוענים הטענה השניה וכלפי דידן ליכא מגו וכן משמעות לשונם שכתבו דאע"פ שאין אנו טוענים נאנסו וכו' וכן כתבו גם התוס' בגטין בדף ב ע"א דבעלמא טענין ליתמי פרוע אף דלא טענינן להם מזויף נוהרי טענת פרוע מועילה רק במגו דמזויף] והוכיחו כן מדהיא דהמוכר את הבית וכדבריהם כאן.

ועיין ברמב"ן במלחמות בדף ע שחולק על התוס' וסובר דאי לא טענינן נאנסו אף החזרתי לא נטעון להם 'שמאחר שהיסוד הרוס היאך יתקיים הבנין' וודברי הרמב"ן תמוהים מאוד וכך גם התוס' שהוצרכו לראיה לאפוקי מהרמב"ן שהרי בבי"ד לא שייך כלל ענין מגו שאין כאן נדון של אמת או שקר ואי טענינן אף טענה שהיה האב נאמן בה במגו מאי נ"מ אי אנו נמי טענינן להו טענת המגו וידוע ביאור הקוב"ש בזה בח"ג סי' ג דמגו מהני על ידי כח הטענה של טענת המגו שע"ז נאמן בטענה שטוען השתא ולכן סובר הרמב"ן דאף בטענינן בעינן שיהיה לבי"ד כח הטענה השניה כדי שיוכלו לטעון וצ"ע בזה.¹⁸⁶

ויעיין ברמב"ן בסוגיין שהביא דעת הרשב"ם הסובר דהכא אף אם דר בה חד יומא לא מהני וביאר הרמב"ן דטעמו של הרשב"ם הוא משום דכבר הודה הלוקח שהמערער הוא המר"ק ונשללה טענת להד"ם

¹⁸⁶ ויש לפרש באופ"א בגדר דין טענינן דכח היתומים בטענינן שבמה שהיה האב נאמן אף הם זוכים בדין אבל באופן שאם האב לא היה נאמן בטענתו במקרים מסוימים הרי פשיטא שאף היתומים לא יזכו וסובר הרמב"ן דכיון דלא טענינן נאנסו אם כן חשוב הדין שלפנינו כאילו הוכרע ונפסק הדין שלא נאנס שבלא טוען אין טוענים כן ובאופן ומצב כזה אף האב אינו נאמן בהחזרתי שיסוד נאמנותו הוא מדין מגו ולכן לא טוענים להם ואף שסו"ס האב בדין ידידיה היה נאמן היינו משום דבדינו אפשר לטעון נאנסו אבל לא בדין דיתומים ודוק.

דהמוכר וממילא ליכא מגו ונחלק עליו הרמב"ן וביאר דאם יש עדים שדר בה המוכר חד יומא טענינן אנן ללוקח

ותמוה סתירת דברי הרמב"ן שסובר בדף ע דהיכא דלא טענינן טענת המגו ליכא טענינן והכא אף דאנן לא נוכל לטעון לו טענת להד"ם מ"מ טענינן לקוח והכא גרוע טפי מהתם דהתם מה שאין אנו טוענים נאנסו אינו מכח הכרעה ברורה בדין שלא נאנסה אלא משום דלא שכיחא והכא הא איכא הודאה גמורה של הלוקח שהיתה של המערער מעולם וצע"ג.

ויש להעיר שיש כאן לכאורה מחלוקת יסודית בין התוס' להרמב"ן בדין טענינן שהתוס' דנו הודאתו של לוקח כעד אחד נגד טענת המוכר ואילו הרמב"ן כתב [בדעת הרשב"ם] דהכא ליכא למוכר כח מגו משום דהודה הלוקח ומשמע דדן את הלוקח לא כעד אלא כבע"ד המודה ולכאורה פליגי האם בטענינן אנו דנים טענת המוכר טרם היות המקח [דאזה הלוקח אינו אלא ע"א] או טענת המוכר בדין שלפנינו שבו הלוקח בע"ד ודוק

ועיין בנתיה"מ בסי' קמו סקב"א שהקשה הש"ך ע"ד התוס' מטענינן דלקוח במגו דהחזרתי ועיין ברמב"ן שבאמת תלה נידון זה בסוגיין ועיין בריטב"א משה"ק בזה על הרמב"ן ודוק ומדברי הראשונים נראה דבציור דאומן טפי מסתברא דטענינן מהכא וצ"ע החילוק ועיי"ש בנתיה"מ שעמד בקושיא הידועה בשם הקוב"ש היאך אמרינן טענינן על טענה שהיה האב נאמן בה מכח מגו הרי ליכא הוכחה השתא בבי"ד.

ול"ע בדברי התוס' שהר"י כאן סובר דעדי חד יומא אינם מועילים ואם כן כ"ש אם אין עדים רק דהמחזיק טוען קמי ידי דר בה חד יומא שאינו מועיל ולכאורה סתרי דברי התוס' אהרדי שלעיל כתבו כדבר פשוט דאם טוען הלוקח קמי ידי דר בה חד יומא נאמן ועיין במהרש"א שכתב דדבריהם לעיל הם אליבא דהרשב"א אבל להר"י אה"נ דאינו מועיל וציין המהרש"ל לדברי הגהת אשרי שכתב לדברי התוס' לעיל דמועיל מגו בשם הרשב"א.

אבל יעויין במרדכי כאן [בסי' תקכג] שכתבו להדיא בשם הר"י דמועיל מגו בטוען דר בה חד יומא וזה סותר דברי הר"י בתוס' דידן ולהלן שם במרדכי איתא דמספקא ליה להר"י היכא דמייתי עדים על דירת חד יומא אי מהני וזה תימא דמגו מועיל ועדים לא יועילו וצע"ג ושמא צריך להגיה בתחילת דבריו רשב"א במקום ר"י וצ"ע. ועיין בחידושי רבי ראובן שהקשה מדברי ההג"מ בפ"ד מטוען שאף שם כתב בשם הר"י דטענת חד יומא במגו מהניא

וביאר בזה הגר"ר דמה שכתבו התוס' דלא מהני עדים הוא בדוקא אבל מגו מהני והחילוק הוא דנידון התוס' ושורש מחלוקת הר"י והרשב"א אי טענינן ליה כח המוכר במגו אף שהלוקח עצמו הודה כבר שהיתה של המערער אבל היכא דבשעת טענתו כשמודה תיכף אומר דדר בה חד יומא אם כן בכח המגו דידיה שהיה יכול שלא להודות אפשר לצרף להודאתו את טענת המוכר שהיה נאמן ומהני המגו על ידי דין טענינן [וכ"ז הוא בגדר כח הטענה דמגו] ומשא"כ היכא שאחר שהודה הביא עדים דכשהודה סובר הר"י דאבד כח המגו של המוכר, ויל"ע בזה דבתוס' מבואר דטעמו של הר"י הוא משום שלא היה המוכר טוען כן ולא משום דאבד כח המגו וכמו שהערנו לעיל וצ"ע בכ"ז.

שם בתוס' כתב ר"ח וכו' פשטות כוונת התוס' דהר"ח סובר דכיון שאין הלוקח בע"ד אינו יכול להביא עדי חד יומא ולכן לא יזכה כה"ג והוא כשיטת הר"י ולא מטעמיה [שהר"י סובר דהעדים לא יועילו כיון דליכא מגו והר"ח סובר דהבי"ד לא יקבלו העדים ונ"מ כשיבוא המוכר קמן ויאמר דרי חד יומא ויביא עדים דלהר"ח יועיל והר"י לא יועיל] ובקושית התוס' מהגמ' להלן עיין בקה"י בסי' יט שביאר דעת הר"ח דווקא בפחות משלש שנים יכול לומר לו לאו בע"ד ידי את לפי שאינו מוחזק אבל אם דר שלש הוי מוחזק ומהני עדים ובעיקר

הדברים מפורש כדבריו בשיטמ"ק הנר בשם הר"ח עצמו¹⁸⁷ ובוזה תירץ קושית התוס' דהתם בדף מא הרי מיירי שישב ג"ש

ועדיין עצם סברת הר"ח צ"ע רב דאיזה טעם יש לומר שהלוקח אינו בע"ד אחר שהוא עומד במקום המוכר לכל דבר וזכות המוכר בקרקע קנה ואם המוכר טרם המכירה הוי בע"ד אף הלוקח הבא במקומו כמותו ואף התוס' לא הקשו בפשיטות אלא מדין מה מכר וצ"ע וביותר קשה דבגמ' בב"ק מבואר דאם המוכר יורד עתה לדין יכול לטעון משום דאמר לא נחא ליה דלהוי ללוקח תרעומת עלי הרי דאלמלי טעם זה המוכר אינו בע"ד והיאך יתכן דהמוכר אינו בע"ד והלוקח נמי אינו בע"ד ומיהו איפוא בעל דינו של זה וצ"ע ג.

בדברי הראשונים בסוגיין – מחלוקת הרמב"ן והראב"ד בהודאת הלוקח ובדין הפה שאסר חוץ לבי"ד

ענין היטב בחידושי הרמב"ן בסוגיין שהביא את שיטת הראב"ד דסוגיין מיירי כשהודה הלוקח שהיתה של המערער מפי המוכר אבל הוא עצמו לא היה יודע כלום וביאר הראב"ד דלא מהני הכא הפה שאסר כיון דאמרינן הפה שאסר רק כשהאוסרו אוסרו מידיעתו ומתירו מידיעתו אבל הכא אין הלוקח יודע עיי"ש היטב ועיין בשיטמ"ק שהעתיק לשון הראב"ד עצמו והרמב"ן השיג עליו שהרי הלוקח נאמן שכך אמר לו המוכר והמוכר נאמן מדין הפה שאסר הפה שהתיר ואמאי מפסיד כה"ג ולכן פירש הרמב"ן שהודה הלוקח מעצמו שהיתה של המערער ודברי הראב"ד באמת תמוהים מאוד שהרי הכא אין צורך להפה שאסר של הלוקח שהרי להמוכר יש הפה שאסר והוא אוסר מידיעתו ומתיר מידיעתו ולהאמין הלוקח שכך אמר המוכר נמי אמאי לא הרי יודע הוא שכך אמר לו המוכר.

ועיין בחידושי הגרש"ר שביאר דהראב"ד והרמב"ן פליגי אי מהני מגו חוץ לבי"ד דסובר הראב"ד דלא מהני ולכן לא מועיל לו הפה שאסר של המוכר והרמב"ן פליג וכן ביאר גם באבי עזרי פ"ד הי"ד מטוען ויל"ע דלשון הראב"ד והרמב"ן לא משמע כן כלל ועיין ברשב"א שהביא בשם הראב"ד דלא אמרינן הפה שאסר אלא היכא שהאוסרו אוסרו מידיעתו ומתירו מידיעתו ולא נראו דבריו ומשמע דיסוד מחלוקתם הוא בעצם היסוד שחידש הראב"ד בדין הפה שאסר וצ"ע.

ובדעת הרמב"ן איכא לעיוני שהכא מבואר מדבריו דמגו מועיל חוץ לבי"ד שכך כתב להדיא שהמוכר נאמן במגו ואולם יעויין בחידושי הרמב"ן לקמן בדף לג שבסוגיא דרבה בר שרשום ששם כתב להדיא דהטוען טענה במגו נגד יתומים קטנים הפסיד משום דהוי כטוען חוץ לבי"ד הרי להדיא דלא מועיל מגו חוץ לבי"ד ועמד בקושיא זו בחידושי הגרש"ר.

ואמנם יעויין ברע"א בתשובה ח"א סי קלה שביאר שם דמגו לא מועיל חוץ לבי"ד אבל הפה שאסר מועיל וביאר שם הטעם משום דבהפה שאסר אין כאן הודאה כלל שמה שאסר הרי התיר נומשא"כ במגו דבעינן נאמנות בטענתו וטענה חוץ לבי"ד אינה מתקבלת אבל הפה שאסר כחו הוא בשלילת ההודאה דאין לך באיסורו אלא כפי מה שהתיר ובוזה לא שנא בבי"ד או חוצה לו ומתפרשים היטב דברי הרמב"ן כהרע"א ולק"מ מדבריו לקמן בדף לג דהתם מיירי במגו בעלמא ופשוט.

ועיין בנתיב"מ בסי' קמו ס"ק יז שנחלק בזה עם התומים דדעת התומים דאף הפה שאסר לא מהני חוץ לבי"ד והנתיבות סובר לחלק בזה בין הפה שאסר למגו, ועיין בחידושי הגרש"ר בזה בנידון אם הפה שאסר

¹⁸⁷ הועתק שם קטע מפירוש הר"ח ושם מבואר בנוסח אחר מהתוס' דפי' זה מובא בשם הגאונים והר"ח פליג עליהו וסובר כהתוס' וז"ל שם וחזינא לרבתינו הגאונים ז"ל בהאי מעשה דאמרי מעשה זו אינה ברורה ולא גמרינן מינה אלא דהאי דמחזיק השתא בהא ארעא לית ליה למיחת בהדי מארי ארעא לדינא דהא לא פריש דאכלה שני חזקה אלא ההוא דזבין ליה נחית לדינא בהדיה וקשיא עליהו הא כל זכות שיש לו מכר הראשון לשני והיכי יכול לדחוייה ולמימר ליה לאו בעל דברי ידידי את לימא ליה אנא באתריה קאימנא דהא זבני מינה עד הנה מדברי ר"ח ז"ל, עכ"ל ספר הנר

מטעם מגו בדעת הרמב"ן ועיין ברמב"ן במלחמות בסוגיא דקריביה דרב אידי שמפורש דהפה שאסר מטעם מגו ועדיף ממגו משום דאין לך עליו אלא הודאתו עיי"ש ודוק.¹⁸⁸

במחלוקת הרא"ש ורבינו יונה עיין היטב ברא"ש שהביא דברי רבינו יונה הסובר דהכא מיירי דוקא כשהודה מעצמו וכדעת הרמב"ן אבל אם לא הודה מעצמו אלא מפי המוכר הרי המוכר נאמן במגו והרא"ש נחלק עליו וכתב דהמגו הזה אינו טוב לגבי הלוקח שהוא ירא לומר להד"ם שמא ימצא זה עדים שהיתה שלו ולכן עדיף לו לומר שלקחה מן המוכר שהוא סבור שימצא עדים שהמוכר קנה מן המערער ובאו דברי הרא"ש סתומים מאוד דהרי סו"ס המוכר אית ליה מגו ומדוע לא יועיל מגו דידיה לסלק הודאתו

ועיין במל"מ בפ"ד מטוען שביאר דכוונת הרא"ש דאין הלוקח נאמן לומר שכך אמר לו המוכר אלא במגו והשתא לית ליה מגו דמגו דידיה מגו גרוע ועיין שם עוד שהקשה דלכאורה לא גרע מהאומר לא אמר לי אדם דבר מעולם דאין מוציאין מידו בלא עדים דסו"ס הרי למערער אין עדי מרא קמא ואם על המוכר באת לסמוך הרי אתה מאמין ללוקח שכך אמר לו המוכר והרי המוכר התיר איסורו וביאר המל"מ דהכא גריעא שהרי המוכר אמר לו ששל פלוני היא ובזה מאמינים ללוקח שכך אמר לו והמל"מ הקשה על זה שהרי עדיין יש ללוקח מגו מעליא שהיה יכול לומר שהמוכר מכרה לו ולא להוסיף מאומה ולמה לו לומר שהמוכר הודה והתיר ובזה לא יועיל תירוצו של הרא"ש **ועוד יש להקשות** דלשון הרא"ש לא משמע דכוונתו לומר דאין הלוקח נאמן במגו שכך אמר לו המוכר אלא שהמוג דמוכר לא מהני לגבי לוקח וצ"ע.

בדברי הרי"ף בסוגיין עיין היטב ברי"ף שהקשה אמאי מפסיד הלוקח נימא הפה שאסר הוא הפה שהתיר ותירץ דכיון דאין הלוקח יודע בבירור שקנה מוכר מן המערער אין ספק מוציא מידי ודאי **וקושית הרי"ף צריכה ביאור** מאי הפהשאסר שייך כאן הרי הלוקח שאסר מעולם לא התיר

ומדברי הריב"ש בתשובה שצב יש ללמוד ולפרש קושית הרי"ף שכתב שם וז"ל ואע"פ שלא היו לתובע עדים וכו' והיה יכול לטעון לאו דידך היא, אפ"ה כיון שזה מודה שהיא שלו, כי קאמר דאמר לי דזבנה מינך לא טענינן לי דה"ל כספק וודאי וא"ס מוציא מידי ודאי, עכ"ל ומבואר מדבריו דהוצרכנו לטעם זה דא"ס מוציא מידי ודאי כדי שלא נטעון ליה בדין טענינן והיינו דהוקשה להרי"ף דאף דהלוקח מודה אבל סו"ס המוכר היה נאמן במגו אם היה טוען לפנינו ואף אנן נטעון ליה ללוקח ותירץ דא"ס מוציא מידי ודאי ויל"ע **לדרך** זו שהרי אין כאן עדי חד יומא ומדוע נטעון ליה והרי מבואר בסוגיא בדף מא דבלא עדי חד יומא לא טענינן וצ"ע.

ודרך אחרת בדברי הרי"ף משמע ברשב"א וברבינו יונה שמלשון רבינו יונה נראה דהקושיא היתה שיהיה המוכר נאמן במה שאמר והתיר שהוא לקחה מן המערער וצ"ע שהרי מגו חוץ לבי"ד לא אמרינן ועוד דאם כן מה הועיל הרי"ף בתירוצו שהלוקח אינו יודע סו"ס המוכר נאמן במגו ומדברי רבינו יונה נראה דכח הלוקח הוא במה שהוא טוען בשמו של המוכר ולהכי כשאינו יודע שקנאה והוא יודע שהיתה שלו א"ס מוציא מידי ודאי וצ"ע.

ובתירוץ הרי"ף עיין ברשב"א שביאר דאף דהמוכר אית ליה מגו אבל כלפי הלוקח היודע בשקרות טענת המגו אין מגו זה מועיל ולכאורה ביאור דבריו הוא לפי מה שיסד הקצה"ח בסי' קמו סק"א לבאר בדעת

¹⁸⁸ ונראה דהא ודאי דהפה שאסר מטעם מגו הוא כדאיתא להדיא ברמב"ן הנ"ל וכן בכמה מקומות כתב ברמב"ן דמקור דין מגו הוא מקרא דאת בתי נתתי וקרא זה מיירי בהפה שאסר ומינה יליף בכתובות דף כב לדינא דהפה שאסר, אבל ודאי דחלוק גדר המגו בין מגו בעלמא דהתם ע"י מה לי לשקר אנו צריכים לקבל ולהאמין טענתו ואין טענה חוץ לבי"ד אבל בהפה שאסר ע"י המה לי לשקר הוא סברא שלא לקבל כאן הודאה טפי ממה שאמר ודוק

הר"י בתוס' [הובא דבריו לעיל] ובפשטות מתפרשים הדברים על הדרך דמגו מועיל בכח הטענה שי לטענת המגו דאל"כ אינו מובן החילוק אם יודע הלוקח בשקרות טענת המגו או לא ודוק.

ועיין היטב ברשב"א מש"כ בשם העיטור ומה שהשיג עליו ועיין גם בעיטור באות מחאה מש"כ שם באורך ורוב הדברים נמצאים גם בספר ראשי שערים על הר"ף לבעל העיטור שנדפס בסוף הגמ' עיי"ש, והרבה יש לדון בדברים.

דף ל ע"ב

בגמ' ההוא גברא וכו' פלניא גזלנא וברשב"ם ותוס' נחלקו הרשב"ם והתוס' אי מיירי בגזלן ידוע ובדר ביה חד יומא או בלא חד יומא ואפילו בגזלן שאינו ידוע והתוס' הקשו על הרשב"ם אמאי לא נקיט לישנא כדלעיל לאו קמודית לי דהאי ארעא ידידי היא ואת לאו בע"ד וכו' ודברי התוס' מופלאים ועיין במהרש"א שעמד בדבריהם שהרי הכא לא מיירי באופן שהודה הלוקח שהיתה של המערער ומסתברא דמיירי באופן הרגיל שיש למערער עדי מרא קמא ויש להוסיף עוד שהרי הכא לא משמע כלל שהלוקח הודה מעצמו ולא הוזר ד"ז בגמ' ואם כן לדעת רוב ראשונים בהודאה מפי המוכר היכא דליכא עדי מרא קמא זוכה הלוקח וכן משמעות התוס' לעיל בע"א דסוגיין מיירי שהודה הלוקח מעצמו ואם כן הכא בהכרח איכא עדים

ותירץ המהרש"א דעיקר קושית התוס' אינו מהלשון את לאו קמודית לי אלא דלא היה ליה לאסוקי פלניא גזלנא הוא אלא לומר לו לאו בע"ד ידידי את [וצ"ב עדיין מה הנ"מ בין האי לישנא להאי לישנא ואפשר שלעיל כשאומר לו לאו בע"ד ידידי את באמת אינו מכחיש כלל טענת המוכר שאמר שקנאה ממנו ומשום דאומר ללוקח כיון שאתה יודע שהיא שלי אני חייב לירד עמך לדין והכחיש טענת המוכר כלל והכא הרי מכחישהו בפה מלא כשאומר פלניא גזלנא הוא]

ויש לבאר בזה דהתוס' לשיטתם לעיל שהקשו על הר"ח דאם אינו בע"ד להביא עדי חד יומא אם כן מדוע בהדיא דקשתא בעליתא יכול להביא עדי חד יומא. ועיין לעיל שהעתקנו דברי הר"ח משיטמ"ק הנר ששם מבואר דדוקא בלא ישב בה שלש שנים יכול לומר לו לאו בע"ד ידידי את וכן ביאר שם בקה"י עפי"ד הש"ך ראה לעיל בכ"ז ולפי זה ניחא היטב דעת הרשב"ם שהרי כאן מיירי שישב בה שלש וכדאיתא להדיא בגמ' ואם כן אינו יכול לומר לו לאו בע"ד ידידי את

ולפי מה שפירש הקה"י בדעת הרשב"ם שכתב דאת לאו בע"ד ידידי את משום דלא החזקת בה שלש שנים דכוונת הרשב"ם היא דמה"ט אינו בע"ד הרי הרשב"ם כאן אזיל לשיטתו והתוס' לשיטתם ודוק בזה וקושית התוס' על הרשב"ם היא לשיטתם דאף בהחזיק שלש שנים שייך לומר לאו קמודית ומשום דלית ליה טענה אך הרשב"ם הרי ביאר דלאו בע"ד ידידי את הוא משום דלא החזיק בה הלה שלש שנים והכא לא שייך לומר כן ודוק.

ודעת התוס' היא דפלניא גזלנא היינו שגזלן הוא ופשטות כוונתם שהוא גזלן ידוע ולגזלן ליכא חזקה וברבינו יונה כתב שהוחזק בגזל בשדה זו שאף כה"ג לית ליה חזקה.

העיר כאן בספר דבר משה איך נאמן זה לומר כן שהשיא לו עצה כזו והלא אין אדם משים עצמו רשע ולכאורה תלוי הדבר במחלוקת הראשונים בכתובות אי נאמן לטעון טענה של רשעות להיות נאמן בה כלפי הממונות ויל"ע וראה להלן מחלוקת הראשונים באיזו עצה מיירי הכא ודוק.

בגמ' ואמרת לי זיל זבין וכו' בפשטות מה שאמר לו זיל זבין הוי בגדר ראייה והוכחה שאינה שלו שאל"כ לא היה משיאו עצה ועיין ברשב"א שכתב בסו"ד שהיא ראייה גדולה שאינה שלו וכשאמר לו השני נוח לי וכו'

הוי תשובה לראיה והוכחה זו ואלם **יעויין בריטב"א** שכתב דהוי הודאה שאינה שלו וצ"ע לפי זה מהי טענת הראשון נוח לי השני קשה הימנו ושמה הוא בגדר אמתלא בהודאת בע"ד וצ"ע.

עיינ ברמב"ם פט"ו הי"ב מטוען שמשמע שהעצה שיעץ לו היא שאמר לו שהשדה טובה היא, ולא שיעץ לו לקנותה **ועמדו האחרונים בזה** למה העמידה כך הרמב"ם **ועיינ בתשובת מהרי"ט חלק חו"מ סי' יח** שביאר דאם אמר לו שיקנה אותה 'שאיילו בא לימלך עמו אם יקנה מדאגת מעוררין ואמר לו קנה ואל תחוש חשיבא הודאה ולא שייך בזה טעמא דהשני נוח לי דמשום נחת רוח שלך לא היה לך להזיקנו והשיא עצה שתאבד ממוני שהרי על פיך קניתי והוצאתי המעות וזה ברור עכ"ל **ופשטות כוונתו נראה** דכיון שודאי לא השיאו עצה להפסיד ממונו חשיב הדבר כהודאת בע"ד גמורה ולא פליגי בה חכמים ואדמו"ן, וצ"ע דיאמר הלה השאתי לך עצה שאינה טובה והיכן ההודאה כאן ומאי שנא מהיכא דאמר לו שהשדה טובה [ואולי כוונתו משום דאמ"ע רשע כדלעיל וצ"ע] **ועיינ בתומים סי' קמו סקי"ט** שהביא דבריו ומדבריו נראה שכוונת המהרי"ט היא דחייב משום דינא דגרמי כה"ג [עיי"ש היטב ולא נתברר לן כוונת דבריו לאשורים ואף התומים עצמו פירש כן דחייב משום דינא דגרמי כמו מראה דינר לשולחני שחייב משום דינא דגרמי.

ועיינ במרדכי ב"ק פרק הגוזל סי' קטז שכתב לחלק בין סוגיין להדיא דמראה דינר לשולחני דהתם מיירי באופן שמוכרח הלה לסמוך על דבריו אבל הכא בסוגיין היה יכול שלא לסמוך עלו ולהכי ליכא בה דינא דגרמי.

עיינ במאירי בסוגיין שהביא נדון בראשונים אי מהני הכא חד יומא וטענת קמי ידידי וצ"ב הצד דלא יהני קמי ידידי הרי אית ליה מגו מעליא ושמה מחמת שאין חזקתו חזקה אף המגו חשוב להוציא וצ"ע.

בגמ' ההוא דאמר ליה וכו' וה"מ דאכלה שבע וראה ברשב"ם שהביא דעת היש אומרים דנאמן בלא עדים והקשה עליהם דלא תהא החזקה עדיפא משטר עיי"ש וצ"ב שיטתם, **ובפשטות הוא מטעם מגו דמינך זבינתא** וכמו שהקשו באמת הראשונים לפירוש רשב"ם עיינ רמב"ן ועיינ מהרש"א על התוס' להלן, אך **הגר"נ זצ"ל** פירש דסוברים הנך י"א דנאמן אף בלא מגו כיון שהוא מוחזק שהחזיק בה שלש שנים יכול לטעון מה שירצה וכ"מ מלשון הרשב"ם שהקשה עליהם עיי"ש דאם הוא מטעם מגו אין מקום לקושייתו אך צ"ע בזה דסו"ס כשאומר דמפלניא זבינתא אין חזקתו כלום אלמלי שיוסיף דזבנה שבע שנים וצ"ע

עיינ ברבינו יונה וברמב"ן שהקשו דהרי הלכה דצריך למחות כל שלש ושלש והכא שתק הלוקח ארבע שני ותירצו דהך הלכה נאמרה במוכר עצמו שכששתק נראה שחזר בו מהמחאה ולא בלוקח שאין נראה שחזר בו מהמחאה עיי"ש הטעמים בזה **ועיינ בבעה"מ ובמלחמות לקמן בדף לט ע"ב** שדעת המאור שם דרק אם טוען קניתיה אחר המחאה הפסיד זה בשתיקתו והוכיח כן מסוגיא דידן והרמב"ן שם חולק וכשיטתו עיי"ש **ועיינ שם בתוס' בדף לט ע"ב** שכתבו דסוגיא דהכא פליגא אסוגיא דהתם דצריך למחות בסוף כל שלש ושלש והלכתא כסוגיא דידן

ועיינ בתשובת הרשב"א ח"ב סי' רכב שכתב דהלוקח אין צריך למחות אחר שמחה המוכר דהוי כחזקה שאין עמה טענה כיון שאין הלה טוען שקנאה ממנו והוכיח כן מסוגיין דהא שתק ארבע שני עיי"ש ודימה סברא זו למקרה שמכרה המוחזק אחר מחאה דאין המערער צריך למחות בלוקח כיון שמחה במוכר

ודברי הרשב"א צע"ג שהרי הרשב"א בסוגיין הקשה קושית הראשונים ותירץ דאין שתיקת הלוקח ראייה לחזרה מהמחאה שהלוקח ודאי סבור ששלו היא עיי"ש וסותר דבריו בתשובה וגם לדבריו שם אין מובן מדוע בלא מחאת המוכר צריך הלוקח למחות כלל הרי הוי חזקה שאין עמה טענה והמוכר הרי לא שתק שלש שנים ודוק

תורה אבל אכלה עיין במהרש"א שכתב דקושית התוס' רק להרשב"ם אבל לא להיש מפרשים וכוונתו דלדידהו אה"נ דמהני ליה מהגו וזה גופא הטעם דאי"צ ראייה על שבע שנים וצ"ע דאם כן אפילו בשית נמי ואדרבה לכאורה זה גופא הטעם שהתוס' העמידו קושיתם הכא דלדברי מהרש"א הל"ל לאקשוויי לעיל ה"מ דאכלה שבע ועיין בש"ך בסי' קמו סקב"א שחולק על המהרש"א ומפרש כוונת התוס' כמש"כ וכוונתו שם קצ"ע ועיין בתומים שם בזה דאי אפשר שקושית התוס' היא להי"מ דאם כן לתירוצם דליכא מגו אמאי נאמן בשבע

ועיין ברא"ש כאן שהקשה ותירץ כעין דברי התוס' ועיין ברא"ש לקמן בדף מ שכתב דאחר מחאה אין הלוקח נאמן שוב במגו דאמרינן ליה אחוי שטרך ומבואר דלא אמרינן מגו נגד ריעותא דאחוי שטרך וסותר דבריו כאן שהקשה דיהא נאמן במגו ועיין היטב בנתיב"מ בסי' קמו סקב"ז בסו"ד שעמד בזה בסתירת השו"ע וכתב לחלק דהכא טוען המחזיק שלא שמע מהמחאה ולהכי נאמן ואף שלדבריו לית ליה כלל מגו דמינך זבינתא אבל עכ"ז יש לו מגו דמה לו להודות שלא ידע מהשטר יאמר מינך זבינתא.

שם בתוס' וי"ל וכו' לכאורה אי"צ לזה בסוגיא דהכא דהו מגו למפרע אך כוונת התוס' דלא יהא מפרש דבריו הראשונים דמהני אף בלמפרע דלזה הוצרכו לעיל הטעם דלא אסיק אדעתיה והכא פירשו טעם כאן מדוע אינו יכול לפרש במגו

דף לא ע"א

מגו במקום עדים בגמ' זה אומר של אבותי וכו' וראה עוד בסוגיא לקמן לג ע"ב ששם נחלקו רב חסדא עם אביי ורבא ור"ח ס"ל כרבה דהכא דאמרינן מגו במק"ע ועיין ברשב"ם שם, ובדין מגו במקום עדים יל"ע בזה טובא היאך ס"ל לרבה ורב חסדא שיועיל מגו להכחיש עדים. ולכאורה נחלקו בזה ראשונים דיעויין ברמב"ן כאן שעמד בזה והוסיף עוד להקשות מהמשנה בשבועות דלא מהני מגו במק"ע ופירש הרמב"ן דאף רבא ור"ח ודאי ס"ל דמגו במק"ע גמור לא מהני אלא דהכא מתרצינן דיבוריה דכוונתו של אבותי שלקחו מאבותיך או דסמיק עלי כדאבהתי וכמו דאיתא בגמ' להלן שאם חזר וטען כן נאמן כיון דמתרץ דיבוריה ואינו חשוב סותר לגמרי לדבריו הראשונים וכן פירשו הרשב"א ושאר כאן.

ואולם בדעת הרשב"ם והתוס' יל"ע בזה שלא נתפרש בדבריהם להדיא אי סברי רבה ור"ח דמהני מגו במקום עדים גמורים או משום מתרצינן דיבוריה וראה ברשב"ם להלן בדף לג ע"ב ד"ה שכתב דס"ל לר"ח דמהימן אע"ג דמכחיש לעדים ומזה משמע דס"ל דאף להכחיש העדים נאמן ועיין במהרש"א להלן בדף לג ע"ב שכתב לחלק דרב חסדא בסוגיא דהתם סובר שאף להכחיש העדים לגמרי נאמן אבל רבה בסוגיא דידן טעמו הוא משום דמתרצינן דיבוריה

ואולם יעויין בחידושי רע"א כאן מתשובה תניינא סי' קל שכתב דאף הרשב"ם והתוס' ס"ל דהכא משום מתרצינן דיבוריה הוא והוכיח הרע"א משלש ראיות דא"א שיסברו רבה ור"ח דמהני מגו במקום עדים, האחת מדברי התוס' בב"מ ב ע"א שפירשו מתני' דהתם דכולה שלי וחציה שלי חולקים החצי ואין הטוען חציה שלי נאמן במגו משום דהוי מגו להוציא ופירשו כן להדיא אף לדעת רבה ואם איתא דמגו מהני במק"ע ודאי מהני להוציא השניה מדברי התוס' לקמן בע"ב שהקשו לדעת רב חסדא בכל מקום דאיתא תרי ותרי ניהמנו לבתראי במגו דיכול לפסול קמאי בגזלות ותוצו דהוי מגו במק"ע ותמוה דהרי ר"ח סובר דמגו במק"ע אמרינן השלישית מדברי הרשב"ם לקמן בדף ע שביאר בדעת רב חסדא דהא דמהני מגו במקום שטרך בידי מאי בעי הוא משום דל"ה כמגו במק"ע עיי"ש הטעם ומבואר דנקט מיהא לפשוט דאף לר"ח מגו במק"ע לא אמרינן, ומכח ראיות אלו כתב הרע"א דאף להרשב"ם ותוס' משום מתרצינן דיבוריה הוא.

והעולם מקשים על דברי רע"א מהתוס' לקמן בדף לג ע"א ד"ה ה"ג עיי"ש שכתבו דהאומר לא אכלתי פירות במגו שיכול לומר דשלו הם נאמן לרב חסדא אף אם יש עדים שאכל דר"ח לטעמיה דמגו במק"ע אמרינן ושם לא שייך לתרץ דיבוריה הרי להדיא דסובר ר"ח מגו במק"ע. וכן קשה לשון הרשב"ם שהבאנו לעיל דמשמע דמהימן אף שמכחיש העדים וכ"ה להדיא במהרש"א עיין לעיל ולפי זה קשה לאידך גיסא מהראיות שהביא רע"א וגם בסברא קשה טובא היאך יועיל מגו במק"ע ובספר ברכת אברהם וכ"כ עוד ממחברי זמננו דס"ל לר"ח ורבה דכיון דהדברים מוכחים שאומר אמת אף דמן הדין יש לסמוך על העדים מגזיה"כ הוי כדין מרומה ובי"ד מסתלקים מן הדין, ודוחק.

ומצאנו בע"ה בספר ראב"ן שכתב בסוגיין וז"ל, אמר רבא מה לו לשקר לומר דשל אבותיו היה אם לא היה אמת, אי בעי לשקר (ואמר) הוה אמר אנא מינך זבינתא כיון דאית ליה שני חזקה, אלא ודאי לא משקר במה דא"ל של אבותי הוא ולא מפקין מיניה דהוה ליה כאילו תרווייהו אייתי סהדי דאבהתא ומוקי תרי לבהדי תרי וארעא היכא דקיימא תיקום, א"ל אביי וכו', עכ"ל. הרי למדנו מדבריו דדברים בפשוטם ור"ח סובר דמהני מגו במק"ע שאם נאמר דמתרצינן דיבוריה מ"ש לומר דהוי כתרי ותרי. וגם ל"ש לפרש דהוי כדין מרומה וכדו' אלא דנאמן לגמרי נגד העדים אלא שחידש ראב"ן דאינו נאמן לבטל עדות העדים אלא הוי כתרי ותרי וצ"ע בטעם הדבר וכן קושיות הרע"א.¹⁸⁹

ועוד מצינו כע"ז בספה"ת שער יג ח"ב אות ג דלרבי בקידושין סד דמה לי לשקר אלים כעדים הוי כתרי ותרי עיי"ש וע"ע ברשב"א בקידושין בדף עג ע"ב פירוש אחד בגמ' שם דמגו דבידו אלים טפי מעדים להלכה וע"ע ברשב"א שם לעיל בדף סד ואכמ"ל

ובדברי הרמב"ן בזה צ"ע דאם כן מה הוא הענין דמגו במקום עדים לא אמרינן הרי הנדון הוא לא מגו במקום עדים אלא אי מהני מגו לתרוציה דיבוריה או לאו וראה ברשב"א שמשמע מכ"ד דהנידון הוא אי כה"ג מהני המגו במקום עדים וצ"ב ועיין בחידושי הגר"נ מהלך מחודש בכ"ז ועיי"ש מש"כ לבאר בדברי התוס' רא"ש בסוגיין.

תודה מה לי לשקר וכו' עיין ברשב"א וברבינו יונה שתירצו קושית התוס' באופ"א וכתב כאן הרשב"א יסוד דלא טענינן למי שטוען ברי עיי"ש.

סוגיא דטוען וחוזר וטוען

בגמ' הדר אמר ליה וברשב"ם ראה בתוס' לעיל ד"ה אמר רבה וכו' ובמהרש"א שמבואר דלדעת התוס' לא חזר בו רבה ודלא כרשב"ם וביאור פלוגתייהו דהרשב"ם סבר דטוען וחוזר וטוען אינו נאמן דווקא באופן שמפסיד בטענתו הראשונה דהיינו חוזר מחיוב לפטור אבל חוזר מפטור לפטור שיכול היה להשאר בטענתו הראשונה נאמן וזוהי דעת הר"י מיגאש ויתבאר להלן בארוכה ענין זה ולפיכך בהכרח שהיו מפסידים אותו בדין וממילא מבואר דחזר בו רבה אבל התוס' ס"ל דאף מפטור לפטור אינו חוזר ואם כן הכא הדר ביה מעצמו ולא מחמת שהיו מפסידים אותו דהא לקמיה דרבה אתו שהיה רבו של אביי ונחתך הדין כדבריו ולפי זה אינו חוזר בו אף כשהיה פטור בטענתו הראשונה ויתבאר בזה להלן בדין חוזר מפטור לפטור

¹⁸⁹ומדברי הראב"ן זכינו לתירוץ על ראיתו השניה של הרע"א מהתוס' להלן בע"ב שכתבו דהוי מגו במק"ע ולדרך הראב"ן דהוי תו"ת מיושב היטב דהוא מגו במק"ע ומאי אמרת דלהוי כתרי ותרי הרי זה באמת הדין שם וקושית התוס' היתה דיהיו הבתראי נאמנים טפי מהקמאי ולזה תרצו דהוי מגו במק"ע ולכלל היותר הוי כעוד תרי והווי תו"ת [וא"ש טפי לגרסת המהרש"א שם בתוס' ודוק]

בגמ' טוען וחוזר וטוען או אין וכו' עצם הדבר דאין אדם טוען חוזר וטוען מחיוב לפטור הוא מוסכם על הכל ופולגתייהו באופן 'של' תיקון לשון הראשון אע"פ שמכחישן קצת' לשון הרשב"ם בסוף הסוגיא ופליגי אי חיישינן בזה לשיקרא. ובעצם הדין דבסותר לגמרי אינו חוזר וטוען **ראה ברשב"ם לעיל בדף ל ע"ב ד"ה אמר רבא** דמבואר דהטעם משום דהודאת בע"ד כמאה עדים ואמנם לעיל שם כתב דאחר טענות הראשונות נפסוק הדין ומשמע דהוא דין בדיני הטענות שאין לאדם לשנות טענותיו וצ"ב ובע"ה יתבאר בזה להלן באורך.

בגמ' ומודו נהרדעי וכו' האי טענה דלקחו מאבותיך אפשר לה בשני אופנים או דטוען ברי שלקחו או מדין טענינן ובדרו בה חד יומא להראשונים באיכא עדים שדר בה חד יומא ולהתוס' אף במגו ידידיה ונחלקו בזה הראשונים, **דהרשב"ם פירש** דמיירי בחוזר וטוען קמי ידידי ונאמן במגו¹⁹⁰ **ואולם ראה בתוס' לעיל בסוד"ה מה לי לשקר בסוד"ה** שפירשו שטוען בברי שדרו בה חד יומא ורוצה לזכות מטעם מגו דיהא נאמן שדרו בה וטענינן **ודברי הרשב"ם ותוס' תמוהים** דהרי הוא מגו למפרע שקודם לכן לא טען כלל שדרו בה ועתה הרי אינו יכול לומר מינך זבינתיה וצ"ל דמה שאמר של אבותי היה כלול בזה שראם דרים שם והשתא מפרש דבריו ובוזה ניחא דעת הרשב"ם.

אך עדיין קשה דהרי דעת התוס' לעיל אליבא דהסמ"ע דאף במפרש לא מהני מגו למפרע **והרע"א ביאר דברי התוס'** בתשובה ח"ג סי' מח הו"ד בחי' רע"א לעיל בדף ל דהכא מכח המגו דקודם לכן אנו מוכרחים להאמין שכך היתה כוונתו שהרי אית ליה מגו בדבריו הקודמים ונתרץ דבריו שנתכוין למה שאומר עתה כדי שלא יכחיש העדים ב ומשא"כ לעיל דלא אסיק אדעתיה מעיקרא ומחמת מגו דקודם לכן לא נאמין לדבריו דעתה עיי"ש ודוק **וכן כתב גם בקצה"ח בסי' קמו סק"ב ועיין** מש"כ בתוס' לעיל בדף ל ודוק **ועיין בנתיב"מ שם בסק"ל** שפירש באופ"א דבפירוש כה"ג מהני לכו"ע עיי"ש.

בגמ' ומודו נמי נהרדעי וכו' **ראה ברשב"ם** שכתב דיכול להכחיש ולעקור לגמרי דבריו הראשונים וצ"ב דהרי הודאה חוץ לבי"ד הוי הודאה **ועיין ברבינו יונה שהקשה כן** וביאר דמיירי דווקא באופן שאינו סותר לגמרי **ובפשטות פליגי** אי מהני אמתלא בוהדאה או עכ"פ בהודאה דרך טענה **דיעויין בקצה"ח שהביא מחלוקת אחרונים בזה ועוד יתבאר**,

בגדר וטעם הדין דאין אדם חוזר וטוען בפשטות טעם הדין דאינו חוזר וטוען הוא משום דבטענתו הראשונה הודה שאין הדבר כן כמו שאומר עתה ואינו יכול לטעון כנגד הודאתו **ואולם יעויין בחידושי הגרש"ר לעיל בסי' ח'** שלמד מדברי הרמב"ן דאינו כן **דיעויין ברמב"ן בדף ו ע"א ד"ה אמר מר עיי"ש** דמבואר מדבריו דהאומר לא לויתי אף בלא דין כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי לא יוכל לטעון שפרע דאין אדם טוען וחוזר וטוען ולא הוצרכנו לדין כל האומר לא לויתי וכו' אלא כשבאו עדים שפרע עיי"ש ומבואר מדבריו דאף בגוונא דליכא הודאה אינו חוזר וטוען וביאר הגרש"ר הטעם דכשחוזר מטענתו הראשונה נראה כמשקר.

ויש להוסיף בזה כמה ראיות: **חדא דיעויין במאירי בסוגיין בשם תשובת הרי"ף** שכתב שאפשר לחזור ולטעון ולהוסיף טענות אחרות שאינן סותרות מה שטען 'שלא נאמר אינו חוזר וטוען' אלא כנגד טענה אחרת

¹⁹⁰ובקצה"ח בסי' קמו נתקשה בדברי רשב"ם דאי בעינן מגו היאך כתב דהוי חזקה שיש עמה טענה ופירש דלשון מגו לרווחא דמילתא נקטה דאיכא חזקה שיש עמה טענה וא"צ למגו אמנם בתוס' וברא"ש בדף לב ע"ב מבואר להדיא דאף דמטעם מגו אייתנין עלה הוי מגו וחזקה שיש עמה טענה והמגו הוא להעמיד חזקתו [ומיהו למסקנא דהתם דאף בלא חזקה מהני המגו עדיין קצ"ע למה הוצרך הרשב"ם לחזקה הרי המגו בלחוד מועיל ואפשר דזה לרווחא דמילתא נקטה ונ"מ אם אינו יושב המחזיק עתה בקרקע ודוק.

מאותן טענות שטען כבר שהדברים נראים שהם שקרות, אבל זה שלא היה יודע לעצמו עוד טענה ונתגלית לו ודאי חוזר וטוען, והדברים נראים עכ"ל ומבואר כנ"ל דאינו מטעם הודאה אלא משום דנראה כמשקר.

ועוד ראיה ברורה מדברי הרמ"ה בסוגיין דיעויין ברמ"ה שכתב דאדם יכו לחזור ולטעון מפטור לפטור וכהר"י מיגאש וכתב דיש בדין זה ב' נ"מ האחת דהיכא דבטענתו הראשונה כלול הודאה בשקרות השניה כגון האומר לא לויתי דאלמלי היה יכול חוזר מפטור לפטור היה חייב לשלם והשניה באופן דליכא הודאה דאז אלמלי דין חוזר מפטור לפטור היה חייב לישבע על הראשונה ועכשיו יכול לישבע על איזו שירצה **ומבואר מדבריו להדיא** דאף באופן דליכא הודאה אינו יכול לחזור מחיוב לפטור **עוד למדנו חידוש מדבריו** דאף אם אינו יכול לחזור ולטעון אם טען וחוזר וטען ובאופן דליכא הודאה לא איבד שתי הטענות אלא יכול לישבע היסת ולזכות בטענתו הראשונה אף שכבר טען אחרת ודוק. ויש להוכיח עוד מדברי הגר"א וספה"ת כן.¹⁹¹

ואמנם יל"ע בזה דהיכן מצאו הראשונים מקור לזה בסוגיין הרי הכא מיירי באופן שטענתו הראשונה הוי הודאה ממש שאין השניה נכונה **וראה ברשב"ם לעיל** בדף ל ע"ב שכתב בד"ה אמר רבא וכו' קיי"ל לקמן דאין אדם טוען בבי"ד וחוזר וטוען וכו' אלא אחר טענות הראשונות נלך עכ"ל ומשמע מלשונו דהוא דין בדיני הטענות דאין לאדם רשות לשנות טענתו **ואולם להלן שם בד"ה והני מילי וכו'** כתב דאם אינו חוזר וטוען אף עדים לא יועילו לו שהרי הודאת בע"ד כמאה עדים וצ"ב דאם כן למה צריכים לסברא הראשונה דאחר טענות הראשונות נלך ומבואר מזה דלו היה יכול לחזור מטענתו אף הודאתו היתה בטלה **וצ"ע ובידור בזה ויתבאר עוד לקמן בדין חוזר מפטור לפטור.**

בדין טוען וחוזר וטוען מפטור לפטור

ראה בר"י מיגאש בסוגיין הנדמ"ח והובאו דבריו בנמוקי יוסף, שאף ששנינו בסוגיין דאין אדם יכול לחזור ולטעון מטענת פטור לטענה אחרת כ"ז הוא כשבאו עדים קודם שטען טענתו השנית וכבסוגיין אבל אם לא באו עדים יכול לחזור בו אף אם אמר מתחילה של אבותי ולא של אבותיך וכן האומר לא לויתי כל זמן שלא באו עדים יכול לומר לויתי ופרעתי. **וצריך עיון רב בזה** דהרי הודאת בעל דין כמאה עדים דמי וכשאמר לא לויתי הודה שלא פרע ואיך יוכל לחזור בו.

ונשנו בזה שתי דרכים ברבותינו האחרונים, דיעויין בטור בריש סי' פ שהביא שם מחלוקת הר"י מיגאש והרמ"ה היכא דאחר שחזר מפטור לפטור באו עדים להכחיש טענתו הראשונה אי מתבטל השניה ונחלקו בזה הר"י מיגאש דסובר שלא בטלה והרמ"ה שכתב דכיון דבאו עדים בטל המגו ועיין שם בב"י ועיין בקצה"ח בסי' פ סק"ב שהקשה דבכ"מ שנאמן אדם במגו אם באו עדים נגד טענתו הראשונה בטל המגו וכאשה שאמרה אשת אישי הייתי ונתגרשתי שאם באו עדי א"א שוב אינה נאמנת **ותירץ הקצות** דהכא אינו מטעם מגו אלא יכול לחזור בו מהודאתו מאחר ולא נחקרה בבי"ד כיון שלא נתחייב בה אבל בבאו עדים נתחייב בה ואינו מטעם מגו.

¹⁹¹ דיעויין בהגהת הגר"א בסי' עה סקכ"ו שכתב שם דמי תבע את חברו במנה והשיבו אין לך בידי כלום וכשהיצריכוהו לישבע היסת חזר ואמר איני יודע נשבע שאינו יודע ופטור וכתב שם הגר"א הטעם דהוי חוזר וטוען מפטור לפטור ומבואר מדברי הגר"א דלו יצויר דהיה מחיוב לפטור היה משלם ותמזה דאי אפשר לומר דבהודאתו הראשונה הודה בשקרות טענתו השניה שהרי אף כשחזר וטען טען אין לך בידי אלא שמסתפק בה ול"ש בזה הודאה ופשוט וע"ע בספה"ת שער יב סוף ח"א שהוא מקור דין השו"ע ומשמע שם להדיא כהגר"א דהוא מדין חוזר מפטור לפטור.

ולמדנו מדבריו שני חידושים בדעת הר"י מיגאש, האחד דהא דחוזר מפטור לפטור אינו מטעם מגו והשני דהא דליכא הכא הודאת בע"ד הוא משום דהודאה שבשעתה לא חייבה ולא נתקבלה בבי"ד כ"ז שלא נתקבלה לחיובו יכול לחזור בו ממנה. ודרך אחרת בזה להנתיח"מ, דיעויין בנתיח"מ סי' עב סקל"ד וכן בסי' עט סק"ד שהסכים שם הנתיבות עם הקצות דאינו מטעם מגו אלא שביאר הטעם דיכול לחזור בו מהודאתו משום שטוען שטעה ולא דייק בטענתו הראשונה ועיין שם בסי' עב שהביא מדברי הר"ן בב"מ דף כ ונפסק בשו"ע סו"ס פ דכשנכתבו הטענות שוב אינו חוזר אפילו מפטור לפטור כיון דודאי דייק בטענותיו, ולמד הנתיבות מזה דיסוד הדין דיכול לחזור ולטעון הוא משום דנאמן לומר טעיתי.

ואנחנו יעויין בטור וכן בחידושי הר"י מיגאש הנדמ"ח דשם מבואר להדיא דטעמו של הר"י מיגאש מצד מגו¹⁹², וכ"ה במרדכי בסוגיין, וכ"ה גם במ"מ בפ"ז מטוען ה"ט שכתב דנאמן לחזור בו משום דהפה שאסר הוא הפה שהתיר, ומעתה תמוהים דברי הר"י מ' דממ"נ אי איכא הודאה היאך מועיל המגו ואי ליכא הודאה וכהקצות או הנתיבות אמאי בעינן למגו.

ועיין בחידושי הגרש"ר בסי' ח שביאר היטב לדרכו ראה בדף הקודם דיסוד הדין דאין אדם חוזר וטוען אינו משום הודאה בלחוד אלא דמחזי כשיקרא כשמחליף טענותיו, ולפי זה מבואר היטב לדרכו של הקצות דליכא הכא הודאה ומ"מ בעינן למגו דאל"כ מחזי כשיקרא ואף לדרכו של הנתיבות י"ל דאינו נאמן לומר טעיתי בלא מגו דמחזי כשיקרא ולהכי בעינן מגו.

ועיין בקוב"ש כאן שאף הוא דרך בדרך זו וביאר דבאומר טעיתי יכול לחזור בו מהודאה על ידי מגו אלא דמדבריו משמע דאף בהודאה גמורה היכא דאית ליה מגו נאמן לחזור בו וזה תמוה מכ"ד וראה להלן בהערה וצריך לחלק דבהודאה גמורה איכא אנ"ס שלא טעה והכא ליכא כיון שבא לפטור עצמו לא דקדק בדבריו ודוק.

ולכאורה נראה דמחלוקתם של הקצות והנתיבות בטעמו של הר"י מיגאש מחלוקת ראשונים היא, דיעויין במרדכי בסוגיין סי' תקכה בשם הריב"ם שכתב דיכול אדם לחזור מפטור לפטור אף באומר שיקרתי בטענתי הראשונה, הרי להדיא דאינו מחמת דלא דאיק בטענתו ראשונה אלא אף אם אומר שיקרתי מהימן וכהקצות. וכ"כ בהג"מ בפ"ז מטוען אות כ עיי"ש. ואולם בחידושי הר"ן בב"מ מוכח להדיא כהנתיח"מ וכמו שהוכיח הנתיבות בעצמו הרי דפלוגתא דקמאי היא¹⁹³.

בחידושי הגר"ח מטלז הקשה בסוגיין לפום פשטות דברי הראשונים שהסיבה שיכול לחזור בו מפטור לפטור הוא משום דאיכא מגו אם כן גם מחיוב לפטור איכא מגו דהרי מפורש בגמ' דאם אמר של אבותי שלקחו

192 נדפס לשון הר"י מיגאש במהדור' החדשות מכת"י וז"ל אין חוזר וטוען דווקא היכא דלא הדר מטענתיה קמייתא אלא לבתר דאתו סהדי וכו' דהא ודאי מחמת סהדותא דסהדי הוא דקא הדר ביה מטענתיה קמייתא וקא הדר וטעין האי טענה אחריתי וכו' אבל היכא דלא אתו סהדי ואכחישו ביה מקבלינן האי טענה אחריתי מיניה ואע"ג דלא יהיב אמתלא וכו' מאי טעמא משום דאמר מגו דאי בעי קאי בטענתיה קמייתא ומיפטר וכו' עכ"ל

193 והנה יש לתלות מחלוקת זו במחלוקת אחרת דהנה בתוס' לקמן בדף קעה ע"א בד"ה חזר הקשו למה לא יהא אדם נאמן לחזור בו מהודאת בע"ד במגו ותירצו דהוי מגו נגד עדים ונראה שיש בזה מחלוקת ראשונים דהקוב"ש שם פירש דבריהם דהוי מגו נגד אנ"ס שאין אדם טועה בהודאתו וכדבריו מפורש ברשב"א ובר"ן בגטין דף יג דאין אדם נאמן לומר טעיתי בהודאה דאנ"ס שאינו טועה וכן גם כוונת הרמב"ם לעיל שכתב דמגו נגד הודאה הוי מגו נגד חזקה וכוונתו דהוי חזקה שלא טעה עיי"ש מש"כ מהמשנה בשבועות אבל המרדכי בפרקין בסי' תקכד הביא תשובת מהר"ם מרוטנבורג שכתב דאי אפשר לומר טעיתי דהוי כנגד הודאת בע"ד דעדיפא מעדים ועיי"ש שלכאורה מבואר מדבריו דמגוף ההלכה דהודאת בע"ד הוא גם לנקוט שלא טעה ולא רק שלא שיקר והאומר שטעה הרי הוא כמכחיש גוף ההודאה ולפי זה אי אפשר כלל לומר דהא דליכא הכא הודאה הוא משום דאומר שטעה שאף בזה אינו יכול להכחיש הודאתו ודוק

מאבותיך נאמן לכו"ע ואם כן אמאי ס"ל לנהרדעי דאינו נאמן לפרש דסמיך עלי הרי הכא נמי אית ליה מגו והיא קושיא עצומה, ולמהלך הקצות מבואר היטב וכפי שפירש הקצות דהטעם לא משום מגו לק"מ כלל ואף לדרכו ל הגרש"ר דאיכא דין נוסף דאינו חוזר וטוען ניחא היטב לדרכו של הקצות שהרי דוקא מפטור לפטור מועיל לו המגו דליכא הודאה כלל שלא נחקרה אבל מחיוב לפטור אינו חוזר אף במגו דהוי מגו נגד הודאת בע"ד ולדרך הנתיבות קשה קו' הגר"ח מטלז וצ"ע.

ויל"ע בשורש הדברים מדברי הראשונים דבכ"ד משמע דלא כהקצות והנתיבות אלא ע"י המגו גופא עוקר הודאתו דיעויין ברבינו יונה בסוד"ה עלה שהקשה דהרי הודאת בע"ד כמאה עדים שכל האומר לא לויתי וכו' ותירץ דאית ליה מגו וזה להדיא שלא כהקצות וא"א לפרש בדבריו כהנתיבות שלקמן בדף לב כתב הרבינו יונה דמפטור לפטור יכול לחזור ולומר בשקר אמרתי וצ"ע אם כן היאך על ידי הודאה בטל המגו ועיין בתשובות הרשב"א ח"ו סי' רלה שגם שם משמע להדיא דע"י המגו יכול לחזור בו מהודאתו ובעלמא פשוט הדבר שאי אפשר להכחיש הודאה במגו ולכאורה משנה ערוכה היא בשבועות מנה לי בידך ואמר לו הן ולמחר לאמר לו להד"ם חייב אף דאית ליה מגו דפרעתי וכן הוכיח הריטב"א בשבועות דף מא ממשנה זו דלא מהני מגו נגד הודאת בע"ד ובהגהת הגר"א סי' עט אות כג כתב דהא דאינו יכול לחזור בו בבאו עדים קודם הוא משם דלית ליה מגו וצ"ע כנ"ל.

דעת החולקים על הר"י מייגאש עיין בתוס' לקמן בדף לב ע"ב ד"ה אמאי וכו' שכתבו בסוגיא דהתם דאינו חוזר וטוען והתם הוי מפטור לפטור ומשמע מדבריהם שם שאף מפטור לפטור אינו חוזר ותמה בזה בקוב"ש באות קלה דהרי קי"ל דחוזר מפטור לפטור אכן ראה לעיל בדף הקודם שהוכחנו מדברי התוס' בסוגיין בד"ה אמר רבה ומהמהרש"א דהתוס' ס"ל דאינו חוזר וטוען ודלא כהר"י מייגאש והנה יעויין היטב בריטב"א בשבועות שהביא שם דעת הרא"ה שחולק על הר"י מייגאש וסובר דאף מפטור לפטור אינו חוזר וטוען משום דאיכא הודאת בע"ד ועיין שם היטב בעומק הדברים ונראה ביאור פלוגתתם בגדר ההודאה באומר לא לויתי שסובר הרא"ה דאף שיכול לחזור בו מהטענה אבל לא מההודאה הכלולה בה עיי"ש היטב וראה להלן בהרחבת דברים ודוק

בגמ' עביד איניש דלא מגלי טענתיה וכו' וברשב"ם צ"ב החילוק בין הודאה לטענה ברשב"ם ובפשטות משום דאין דרך להודות מחוץ לבי"ד בדרך הסתר והוי אמתלא גרועה ורק בטענה מהני ואולם עיין ברבינו יונה כאן שחולק על הרשב"ם ודחה דבריו דכיון דהאומר לא לויתי כאומר לא פרעתי הוי כמודה ואין הבדל בין הודאה לטענה שיש בה הודאה ומשמע מדבריו דאינו סברא לומר דלהכי אינו נאמן שעשה כן כדי שלא לגלות אלא סברא בעצם דבהודאה לא מהני כזו אמתלא והיינו דהרשב"ם למד דכיון דהוי 'טענה' ולא הודאה יכול לחזור בו באמתלא כזו והרבינו יונה חולק וסובר דכיון דאית בה הודאה אינו יכול לחזור בו ודוק ועיין בקצות בריש סי' פ בדין אמתלא בהודאת בע"ד ודוק ועיין גם ברבינו יונה בדף ו

ועיין בשטמ"ק לעיל בדף ו בשם הראב"ד שהקשה למה לן לדין האומר לא לויתי וכו' תיפוק ליה דהוחזק כפרן ותירץ דנ"מ לאומר לא לויתי בבי"ד דאי מצד הוחזק כפרן אמרינן דעביד איניש וכו' ותמוה דאם איתא לסברת עביד איניש אם כן מאי איכפת לן דכל האומר לא לויתי הרי לא גילה טענתו

וטפי קשה מזה דיעויין במאירי בדף ו בשם הראב"ד וכ"ה בטור בסי' עט בשמו ובספה"ת שער מב ח"ז שכתבו בדעת הראב"ד דלדינא אם אומר פרעתי אח"כ נאמן ואינו כפרן ואם אומר פרעתי קודם אינו נאמן משום דהודה שלא פרע וצ"ג דממ"נ אי עביד איניש אם כן אף קודם לכן ואי לא אף לאחר מכן לא יהיה נאמן ומוכח דהא דבהודאה אינו יכול לומר דעביד איניש היינו דאין מועיל לו ליפטר כיון דהוי הודאת בע"ד ואיהו דאפסיד אנפשיה ואין אדם יכול להסתלק מהודאתו בטענת לא עביד איניש ודוק וכל זה כדעת רבינו יונה ודלא כהרשב"ם ודוק בזה

הרחבת דברים בדין חו"ט ובדין חוזר מפטור לפטור

חידושו של הריטב"א בדעת הר"י מיגאש ויעויין היטב בריטב"א בסוגיין שביאר דכל דינו של הר"י מיגאש הוא באומר לכתחילה לא לויתי ואח"כ לויתי ופרעתי אבל אם מתחילה אמר לויתי ופרעתי ואח"כ אמר לא לויתי אינו נאמן אף בלא באו עדים דזה הוי מחיוב לפטור וג"ז שלא כהקצות שהרי אם אמר לויתי ופרעתי אין כאן הודאה המחייבת ובפשטות אף שלא כהנתיבות שאין נראה כלל מדברי הריטב"א דכוונתו לומר דכה"ג דאיק טפי וקשה כנ"ל היאך על ידי מגו מבטל הודאתו ועוד קשה קו' הגר"ח מטלז הנ"ל וצ"ע וראה בהערה ודוק¹⁹⁴

ולעיל בדף הקודם הערנו אחר דמוכח מהראשונים דהא דא"א חו"ט הוא דין בידי הטענות קשה למה הוצרכנו בסוגיין לדין זה תיפול"ל דהוי הודאת בע"ד וכמאה עדים וראה לעיל בזה ומכ"ז נראה חידוש דהא דאין אדם יכול לחזור בו מהודאה הוא מהודאת חיוב בפיו אבל מהודאה הבאה מתוך כפירה אפשר שיוכל לחזור בו ויש לחדש בגדר ההודאה האמור בדין כל האומר לא לויתי הוא דכ"ז שזו טענתו מפסיד כל הטענות האחרות הסותרות אותה אבל אם מבטל טענת פטור זו ממילא בטלה ההודאה אבל באופן שבאו עדים כבר אינו יכול לבטלה דמחזי כמשקר ודוקא בלא באו עדים ומדין מגו ויש לדון בזה הרבה ואכ"מ

מחלוקת הר"י מיגאש והרמ"ה עיין בטור בריש סי' פ שהביא מחלוקת היאך הדין כשחזר מפטור לפטור ואח"כ באו עדים נגד טענתו הראשונה דדעת הר"י מ דעדיין נאמן ודעת הרמ"ה דבטלה טענתו השניה ובב"י ביאר שם בדעת הרמ"ה דהא דבטלה טענתו הוא משום דאמרינן דמסתמא ידע שיבואו עדים ולכן חזר בו ועיין בקוב"ש שהעיר דלפני הב"י לא היו חידושי הרמ"ה הנדפסים דשם מבואר דלא זה הטעם אלא משום דאזיל ליה המגו ידידה. ¹⁹⁵

ועיין בש"ך סי' עט סק"ב הביא דברי המבי"ט דס"ל דחוזר מחיוב לפטור ומביא עדים כדבריו, וכגון במביא עדים שפרע אחר שאמר לא לויתי מהימן בטענתו השנית, והמבי"ט הוכיח כדבריו מלשון הרמ"ה המובאים בטור הנ"ל דחוזר מפטור לפטור ובאו עדים נגד טענתו הראשונה לא מהימן עד שיביא ראיה, ומבואר הא מיהת דאם הביא ראיה נאמן. והש"ך דחה דבריו דל"ד להתם, שהרי שם חזר בו לפני שבאו עדים וכתב דלד' המבי"ט תיקשי משי' הר"י מיגאש דס"ל דגם בכה"ג יכול לחזור ולטעון, ואף דהעדים מכחשי לטענה קמייתא, וע"כ צ"ל דשאני הכא שהעדים באו לאחר מכאן, עיי"ש וצ"ב ראית הש"ך וחילוקו מאי שנא זה מזה וצ"ע.

בדין חו"ט והוחזק כפרן נקטנו לעיל מכ"ד דדין אינו חוזר וטוען הוא משום הודאת בע"ד או מחזי כשיקרא וכו' ובאמת בכ"ד משמע בראשונים דהא דהאומר לא לויתי ובאו עדים אינו יכול לחזור ולומר פרעתי הוא משום דין הוחזק כפרן ולא משום הודאת בע"ד לחוד.

¹⁹⁴ ובמהדורות הישנות הגיה המגיה וקלקל הדברים ויש לקראו לפי הסוגריים העגולות שם, ובגוף דברי הריטב"א צריך לבאר דחיוב היינו כשאומר דבר ופרט שיש בגופו חיוב לו ואילו פטור היינו שאומר דבר פטור כמו לא לויתי ומתכו משתמע חיוב ומפטור לפטור הוא דחילק הר"י מיגאש דאם באו עדים אינו יכול לחזור ולא באו עדים חוזר אבל בחיוב ממש היינו דבר חיוב בזה אינו יכול לחזור בו דהוי הודאה גמורה ויש ללמוד מדבריו יסוד דהא דיכול לחזור בו מהודאתו ע"י מגו הוא בהודאה הבאה מכלל פטור ולא בהודאה מפורשת ודוק היטב

¹⁹⁵ וכמו בכל הפה שאסר דכשבאו עדים בטל כחו ובפשטות כ"ה בכל מגו ובזה אין לומר דהטעם משום שידע שיבאו עדים דבתוס' בכתובות בדף כה ריש ע"ב מפורש שאף היכא דידעינן שלא ידע בטל המגו עיי"ש והקוב"ש בכתובות הוכיח מדברי התוס' אלו דבעינן כח טענה במגו והכא לדעת הר"י מ באמת קשה מאי שנא מכל מגו וי"ל פשוט דהכא הרי טענתו השנית נאמנת מצד עצמה ואינה זקוקה למגו כדי להאמן ואין צורך אלא דלא ליחזי כשיקרא במה שחזר בו ובזה לא שנא אם באו עדים אח"כ וי"ל"ע במה חולק הרמ"ה ודוק

דהנה במתניתין בשבועות דף לח ע"ב איתא דהאומר לחבירו מנה לי בידך ואמר לו הן ולמחר אמר לו תנהו ואמר הלה אין לך בידי חייב ופירש רש"י שם בדף מב ע"א דחייב לשלם ואינו נאמן בשבועה משום שהוחזק כפרן, וצ"ע דהרי הודאת בעל דין גמורה יש כאן ובפשטות כוונת רש"י לפרש דאינו נאמן לומר פרעתי, והנה אמנם מדברי רש"י אינו מוכרח דבעינן לדין הוחזק כפרן לשלול טענת פרעתי דאפשר לומר דבא לאפוקי היכא שאומר פרעתי אחר הכפירה דאז רק מחמת דהוחזק כפרן אינו נאמן. אבל יעויין בריטב"א שם בדף מ ע"ב שהוכיח ממתני' דאין לך בידי חייב דאדם מוחזק כפרן על פי הודאתו עיי"ש, ותמוה דהרי האומר אין לך בידי ובאו עדים שלוה מדין לא לוייתו הוא דחייב ואין צורך בזה לדין הוחזק כפרן ולא מיירי במתני' באומר פרעתי אח"כ דבזה ודאי בעינן לדין הוחזק כפרן.

ובתוס' רא"ש בשבועות דף מא ע"ב כתב וז"ל כל האומר לא לוייתי כאילו אומר לא פרעתי דמי ודוקא דאסהידו סהדי דאזופיה אבל אם טען מתחילה לא לוייתי ושוב אמר לו פרעתי נאמן דעל פיו לא הוחזק כפרן עכ"ל. וזהו דינו דהר"י מיגאש ופשטות לשונו משמע דבעדים מה שאינו נאמן הוא מחמת דהוחזק כפרן. ועייין גם בספר התרומות שער יב ח"ב ה שכתב שם וז"ל דע והבן כי דין זה של הוחזק כפרן ודין טוען וחוזר וטוען כדאיתא בבב"ב הכל על דרך אחד וכו' עיי"ש. ובריטב"א שם בסוגיא לעיל דף לד ע"א ד"ה ראייה כתב דלא משכחת לה שיתחייב בקנס בהוחזק כפרן וז"ל שאם אמר לא אנסתי אשה מעולם ובאו עדים שאנס אשה בפניהם דהיינו בפעם אחרת וכמו בלא עברתי בעד עמוד זה אעפ"י שהוחזק כפרן אינו משלם קנס שזה בכלל אשר ירשיעון אלהים פרט למרשיע את עצמו דכיון דבהודאת קנס ממש פטור ה"ה דפטור בהודאה הבאה מתוך כפירה עכ"ל וביאור דבריו הוא דבאמירה כזו יש הודאה שאם אנס אחרת אנס גם את זו וצ"ב כנ"ל דאם כן למאי בעינן לדין הוחזק כפרן, וכדבריו מפורש גם בר"י מיגאש שם לד ע"א ד"ה ולענין קנסא וצ"ע בכל זה דהרי הודאת בע"ד יש כאן ולמאי בעינן לדינא דהוחזק כפרן ומבואר מזה דכל הודאה הבאה מתוך טענה מן הדין היה יכול לחזור בו מטענתו ומההודאה הכלולה בה אלמלי הדין דהוחזק כפרן.

והרמב"ם בפ"ו מטוען ה"ג כתב שם וז"ל מנה הלוייתך, כפר בבית דין ואמר להד"ם ובאו שני עדים שלוה ממנו מנה ופרעו והמלווה אומר לא נפרעתי הרי"ז חייב לשלם שכל האומר לא לוייתי וכו' הודאת בע"ד כמאה עדים ואין המלווה חייב שבועה כלל שהרי הוחזק זה כפרן עכ"ל. ותמוה מאוד למה הזכיר כפר בבי"ד הרי מדין הודאת בעל דין הוא מתחייב והודאת בע"ד גם מחוץ לבי"ד מועלת ועוד למה נזקק לטעם הוחזק כפרן כלל ועייין במ"מ שהבין דברי הר"מ כפשוטם, ובהגהת הגר"א שם ריש סי' עט שכתב דצריך לדחוק ולפרש דכוונת הרמב"ם דאפילו יטעון פרעתי אח"כ אינו נאמן והניח דברי המ"מ בצ"ע ולדברי כל הני רבוותא דגם בכל האומר לא לוייתי בעינן לדין הוחזק כפרן הרי ניחא היטב דברי הרמב"ם וכדעת המ"מ. דמשום שהוחזק כפרן אינו נאמן ולהכי כתב הרמב"ם דווקא כפירה בבי"ד משום דאין אדם נעשה כפרן חוץ לבי"ד. ואפשר שזה כדעת הרשב"ם דסברת עביד איניש דלא מגלי טענתיה שייך אף כלפי הודאה מגו כפירותא ודוק.

ולעיל כתבנו דמהראשונים מוכח דמהודאה מגו כפירותא יכול אדם לחזור בו ועתה הדבר הרי מוכרח מכל המקורות שהבאנו כאן והגדר בזה כנ"ל דההודאה בכל האומר לא לוייתי תלויה בטענה ואם נאמן לבטל הטענה אף ההודאה הכלולה בה בטלה מאליה ודוק בכ"ז

בגמ' לימא ר"נ ורבא בפלוגתא וכו' דברי הגמ' מאוד צ"ב דהכא הרי העידו עדות אבהתא קודם שהעידו עדות חזקה ולכאורה לא היו פסולים כלל באותה שעה ומה השייכות למחלוקת ר"ה ור"ח ויש בנדרון הזה שלש שיטות ברבותינו האחרונים: שיטת הקצות דהכא כבר"ה ור"ח פסולים הם בעדות אבהתא, שיטת הנהיבות דהכא מדין עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה אייתנין עלה ולא שייכא בפסולים כלל, שיטת כמה אחרונים אחיעזר ועוד דאמנם מדין בטלה מקצתה הוא אך בעינן לזה חלות פסול בעדות השניה כדי שיהא בטלה מקצתה ולא סגי במה שהוכחו וד"ז תלוי במחלוקת ר"ה ור"ח וכ"ז יבואר להלן

עניין בגמ' בב"ק בדף עג ע"א תנן גב וכו' בכל הסוגיא שם עד סוף העמוד ובתוד"ה שהעידו ובמהרש"א שם ע"ד התוס' ועניין בקצה"ח בסי' נב סק"א שהביא שם שיטת המוהרש"ך שם שכל העושה עבירה נפסל רק מיד לאחר העבירה ובשעת עבירה עצמה עדיין כשר הוא וממילא המעיד עדות שקר כשר הוא לאותה עדות גופא והמהרי"ט נחלק עליו בזה וסובר דנפסל כבר בשעת עבירה גופא והוכיח המהרי"ט דלא כהמהרש"ך מסוגיא דידן ומסוגיא דב"ק דבטלה עדות אבהתא ובטלה עדות גניבה התם לרבנן ואמאי הרי כשרים היו באותה שעה לדעת המהרש"ך ומזה הוכיח דנפסלים גם באותה עדות והקצה"ח שם כתב לחלק בזה בין פסול חשש משקר לשאר פסולים דהווי מגזיה"כ דפסולא דחשש משקר חייל כבר בשעת העבירה גופא אבל פסולא דהווי מגזיה"כ חייל רק אחר גמר העבירה

ועניין בנתיה"מ שם שתמה על דבריהם דהרי על כרחך הכא לאו מדין פסלות אייתנין עלה אלא מדין עדות שבטלה מקצתה ומוכרח כן שהרי אפילו אם נפסלים בשעת הגדה אבל לא קודם לכן ועדות אבהתא וגניבה הרי קדמה לעדות חזקה וטביחה וע"כ דמדין בטלה כולה אייתנין עלה ועוד הקשה על דברי הקצות ממש"כ רש"י בב"ק דעדותם בטלה משום דעדות אחת היא ואם משום פיסולם הוא אף אם אינה עדות אחת תיבטל.

ועניין במשובב נתיבות שם שהקשה לדברי הנתיבות היכי תליא לה הגמ' בסוגיא דהתם בדין עד זומם אי נפסל מכאן ולהבא או למפרע הרי אף אם להבא הוא בטל מכל מקום עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה עיי"ש.

ולכאורה מחלוקת הקצות והנתיבות מחלוקת ראשונים היא דיעויין במהרש"א בב"ק שם שביאר בדברי התוס' דאינם נפסלים ומדין עדות שבטלה אייתנין עלה, ועניין בתוס' ר"פ שם בבבא קמא שמבואר להדיא כדעת הנתיבות דפשט הגמ' משום בטלה מקצתה הוא וגם מבואר להדיא שאינם נפסלים עד לאחר גמר עדותם ובתוכ"ד לעדותם כיון שיכולים לחזור אינם נפסלים ענין שם היטב והקשה שם קושית המשובב ותירץ דאח"כ ואין העדות מתבטלת למפרע אלא מכאן ולהבא ואף זה כלל אין לך בו אלא חידושו. וברמב"ן בכתובות דף יט ע"ב משמע להדיא כהקצה"ח.¹⁹⁶

ובסוגיין לדעת הקצות והמהרי"ט דחל פסולם בשעת עדותם ואף בעדות אבהתא הקודמת בתוכ"ד ולהכי מתבטלת נמי עדות אבהתא ומתבאר היטב דמיון הגמ' לרב הונא ור"ח דאם נימא דמכח החזקה נקטינן דכשרים הם אם כן אף עדות אבהתא כשרה היא ואולם צ"ב תירוץ הגמ' ולכאורה צ"ל דכוונת הגמ' דבאמת אינם נפסלים אלא דהכא בטלה עדותם מדין עדות שבטלה אבל זה צ"ע בדברי הקצות שהוכיח שאין פסול כזה בביטול מקצת העדות

ולדעת הנתיבות קשה טובא דאם משום בטלה מקצתה הוא מה שייך זה למחלוקת ר"ה ור"ח ובדוחק יש לומר דלהס"ד פסולים בשעת הגדה ובזה גופא חוזרת בה הגמ' אך זה אינו שהרי מפורש בגמ' דאליבא דרב חסדא כו"ע לא פליגי וזה בכבר במסקנת הגמ' ואמאי לא פליגי הרי אינם פסולים כלל בשעת הגדתם

ועניין באחיעזר ח"ב סי' כה אות ה שביאר בזה באופן אחר דמה שמתבטלת העדות מצד הכחשה אינו סיבה לדין עדות שבטלה מקצתה ואמרינן בטלה כולה רק היכא שהביטול מחמת פסול הוא בא וכתב דאף

196 דאיתא התם בגמ' ספק בשניים המקיימים את השטר ואחד מהם אומר שתנאי היה בשטר והשני אומר שלא היה תנאי האם נאמן האומר תנאי היה מדין הפה שאסר וכתב הרמב"ן דאין לפרש הגמ' כפשוטה שהשני מכחישו לומר שלא היה תנאי שאם כן הרי אחד מהם ודאי משקר וממ"נ חד מינייהו פסול לעדות ואין כאן קיום ומשמע דמדין פסול הגוף אתי עלה והרי העידו כתב ידינו קודם שהעידו בתנאי אם היה ומבואר דפסולים הם לעדות למפרע וכדעת הקצה"ח. וכן יש להוכיח מדברי הריטב"א בשבועות דף מא ע"ב ד"ה רבא אמר וכו' עיי"ש ודוק.

דנפסלים לאחר כדי דיבור אבל גם עדות הגניבה חלה רק בגמר כ"ד דטביחה ואז נפסלים על הטביחה וממילא בטלה עדות הגניבה ועד"ז ביאר גם דברי הר"פ שהבאנו לעיל והשווה פירושו של הר"פ עם פירוש רש"י אך מלשון הר"פ לא משמע כן

ויש לבאר בזה באופ"א עיין בחידושי רבי נחום כאן ובשיעורי הגרש"ר והוא דדין בטלה מקצתה האמור כאן אינו משום דנתבטל הקבלה בבי"ד¹⁹⁷ אלא דעדות שבמקצתה חייל שם פסול אז לא נקבל אותה כלל והכא אף דהעדים כשרים עדיין אבל אם עדותם שקר הרי זה גופא פסול עדות ואין לך פסול גדול מזה וממילא נידון עדות האבהתא תלוי אם עדות החזקה שקר היא או אמת וזה תלוי בר"ה ור"ח ודוק ותי' הגמ' דהכא מודה רב הונא דלגבי אותה עדות לא מוקמינן לה אחזקה **ועיין ברשב"א בכתובות בדף כו ע"ב** שכתב בתו"ד דבאותה עדות בטלה לרב הונא נמי משום דבהדי סהדי שקרי למה לי' והוא לישנא דגמ' אליבא דרב חסדא ומזה דייק הגר"נ זצ"ל דמשמע דתי' הגמ' דבעדות אחת מודה רב הונא וכך דייק גם מלשון הר"ח בשבועות דף מז עיי"ש בחי' הגר"נ בזה.

עיין בסוגיא דכתובות בדף כב ע"ב דאיתא התם בע"א אומר נתגרשה וע"א אומר לא נתגרשה תרווייהו בא"א קא מסהדי ואסורה משום אשת איש והקשו הראשונים דהא מכחשי אהדדי וממ"נ חד מייניהו פסול והיכי מהמנינן לעדותם אקידושין, **ועיין שם בראשונים** שתירצו בזה דמירי באופן ששייך למטעי כגון שהיה הגט קרוב לו ולה ובזה נחלקו העדים ותלינן שהעדים טעו ולהכי לא מפסלי ולכאורה מוכח מזה דלא כהנתיבות דהרי עדיין ממ"נ חד מייניהו טעה בעדותו ואף דלא ידעינן מאן הוא עדותו בטלה היא מדין בטלה מקצתה ומוכח דלא אמרינן בטלה מקצתה אלא מכח הפסול ולא ניחא אלא לדרכו של האחיעזר אך להדרך האחרת שביארנו דעדותם בטלה מחמת שיש בה שקר לכאורה כמו שעדות שקר פסולה היא הוא הדין נמי עדות בטעות פסולה כמו"כ ועדיין תקשי דנתבטל כולה ויל"ע

ועיין במחנה אפרים בסי' ו מעדות שדייק מדברי הרמב"ם שסובר דאף במכחישין לגמרי נאסרת ודלא כהראשונים **והקשה עליו מהגמ' בב"ק ותירץ המחנ"א** דדווקא בהזמה שנפסלו ובטלה העדות בודאי שייך לומר בטלה כולה אבל בהכחשה הרי כ"א מהם בפ"ע כשר הוא ולא בטלה כולה **ולמד כן המחנ"א מסוגיין** שהרי ר"נ סובר דאבהתא לא איתכחוש ועדותן קיימת ומאי שנא מעדות גניבה דבטלה בב"ק ועל כרחין יש לחלק בין הכחשה להזמה **ותמה הרע"א עליו** דיש לומר דטעמו של ר"נ כרב הונא דאיכא חזקת כשרות ואדרבה מבואר בגמ' דלרב חסדא פסולים וה"נ הכא ונראה כוונתו להקשות דהרי הכא ליכא חזקה דממ"נ חד מייניהו פסול

הנה מבואר מדברי המחנ"א יסוד דדין עדות שבטלה אינו תלוי בכלפי שמיא אם העדות היא שקר או אמת שאל"כ אף בהכחשה היה כן אלא כל שלא נתבטלה בבי"ד אינם נפסלים ואף עדותם אינה עדות שבטלה ואף שודאי חד מייניהו פסול צ"ל דסובר דאין הגברא נפסל לעדותו הקודמת אלא מדין עדות שבטלה וכל שלא בטלה כלפי בי"ד לא חשיב עדות שבטלה ולכאורה מבואר יסודו של המחנ"א בתירוץ אחד בתוס' דהנה **עיין בתוס' בסנהדרין דף לא ע"א בר"ה שבית שמאי וכו'** שכתבו בתי' אחד דבלא נודע הפסול לבי"ד לא בטלה כולה אף היכא דחד מייניהו משקר **ומבואר כהמחנ"א** ואמנם היכא דאיכא פסול אמיתי בחד מייניהו אף דלא נודע לבי"ד לכאורה אין כאן עדים כלל ועיין בסוף הסוגיא מדברי התוס' רי"ד והש"ך בשם חכמי בריסק

¹⁹⁷והרי באמת לא נתבטל הקבלה דבתרי ותרי לכאורה הגדר דמקבלים את שתי הכתות דהא למ"ד ספיקא דאורייתא לא אזלינן בתר חזקה ולכאורה הטעם משום דיש כאן שתי הגדות שאנו מצווים לילך אחריהם ולא אחר החזקה ואם נימא דלא נתקבלה העדות כלל הרי אין כאן כלום ודוק

תוד"ה אמר ליה רבא וכו' ראה להלן בע"ב בתוד"ה ורבא כרב חסדא וכו' ובתוס' בב"ק דף עב ע"ב ד"ה מכאן ולהבא וד"ה רבא אמר

שם וללישנא דהוי טעמא וכו' דברי התוס' תמוהים ביותר וכבר עמד עליהם הפנ"י בב"ק דהרי ללישנא דחידוש נמי קשה דאי סבר רבא דמצד דין הכחשה בטלה עדותם אם כן מה מהני דעד זומם חידוש הוא הרי נפסלים משום דלא גרע מהכחשה וצע"ג, וראה להלן בע"ב שכתבו התוס' דלישנא דחידוש לא קאי להס"ד דהכא אלא רק למסקנא דרבא כר"ה ומשום דלרב חסדא לאו חידוש הוא שהרי אף בהכחשה נפסלים וסותר לגמרי לדבריהם כאן שהעמידה דווקא למ"ד חידוש.

ועיין במהרש"א בע"ב שכתב דאח"כ והתוס' דכאן יצטרכו תירוץ אחר על קושית התוס' לקמן ולא אזלו הכא בהאי שיטתא ויתרצו כתירוץ התוס' בב"ק ד"ה מכאן ולהבא שכתבו שם דהחידוש הוא שנפסלים בתורת ודאי ואילו לר"ח נפסלים מספק ועיי"ש הנ"מ בזה או כתירוץ התוס' בסנהדרין דף כז ע"א שתירצו בחד תירוצא דאף דלרב חסדא החידוש שהמזימים כשרים מכל מקום להבא הוא נפסל עיי"ש ועיין במהרש"א בב"ק שכתב כן גם בדברי התוס' שם.

ועדיין הדברים תמוהים מש"כ המהרש"א דהתוס' כאן יסברו כהתי' של התוס' בב"ק דלר"ח פסולים מספק ונאמנים להחזיק ממון דעדיין קשה טובא דהרי להדיא בסוגיא דהתם דאי מכאן ולהבא הוא נפסל עדותם אגגיבה קיימת והוא משלם שנים והם משלמים שלשה ואמאי משלם הוא שנים הרי הוא מוחזק והם פסולים למפרע מספק¹⁹⁸ וכקושית הפנ"י וצ"ע.

ועיין בשיטמ"ק בע"ב בשם התוס' רא"ש שתירץ קושית התוס' בע"ב דלמ"ד חידוש הוא אינם פסולים אפילו מספק דהחידוש הוא מה שהכשירה תורה המזימים וממילא כיון שאלו כשרים אפשר שאף אלו כשרים דבלא"ה חידוש הוא דמן הסברא שניהם פסולים דמאי אולמיהו דהנך מהנך ומה שפסלתם תורה אין לך אלא חידושו מכאן ולהבא ולפי תירוץ זה ניחא דבריהם דהכא לגמרי דהתם לא שייך למפסלם משום הכחשה דנתחדש דתרווייהו כשרים למפרע ועיין בתוס' בסנהדרין בדף כז שכתבו לתירוץ זה ועיין ברמב"ן בסוגיין וראה גם ברמב"ן בסו"ד מה שתירץ ולכאורה כוונתו לדברי התוס' רא"ש ותמוה הסברא דאדרבה כל כמה שהמזימים כשרים טפי יש לנו לפסול המזומים וצ"ל דסברתם דמה שהם כשרים דאין מקבלים העדות לפסול עדים וממילא גם בהנך כן הוא וצ"ע דפסולים ממ"נ כר"ח דלדידיה קיימינן.

שם ולריצב"א נראה דברי התוס' סתומים מאוד דמה בכך שהוא עדות אחת סו"ס אינם נפסלים ופשטות כוונתו לומר דבעדות אחת אמרינן עדות שבטלה מקצתה ולפי זה מבואר דאמרינן עדות שבטלה גם אי מכאן ולהבא הוא נפסל ובתוס' ר"פ בב"ק כתב דלא אמרינן בטלה כולה אי מכאן ולהבא הוא נפסל¹⁹⁹, אך קשה דאם כן מאי שייך זה לר"ה ור"ח – עיין לעיל מזהו גם ההסבר עצמו צ"ב מדוע מה"ט חשיב עדות אחת אכן יש לומר דכל זה בכלל קושיתם דלהו"א דחשיב עדות אחרת אכתי לא ניחא ונפרש דבריהם דלהס"ד

¹⁹⁸ וזה קשה בין אי סבר רבא כרב הונא ובין אי סבר כרב חסדא שהרי בתירוצם זה עדיין לא נחתו התוס' לסברת הריב"א דהתם הוי עדות אחרת ואף אם נדחוק טובא בדבריהם ונפרש דהתי' הראשון אתי כהריב"א עדיין קשה להצד דרבא סובר כרב חסדא וביותר קשה כן בתוס' בב"ק ששם הרי הקשו מגוף דברי רבא ולא הזכירו כלל סוגיין ובהכרח שקושייתם מהמסנא ותירוצם דסובר כלישנא דחידוש אף הוא למסקנא ואם כן היאך נפרש דבריהם הרי פסולים מספק לרב חסדא כמו שכתבו כן בדיבור הבא וכן לרב הונא פסולים לעדות אחת ולהדיא במהרש"א דהתוס' שם לא סתרי אהדי לתירוצם זה ודוק

¹⁹⁹ ואזלו לשיטתיהו דהתוס' ר"פ ביאר דכל הסוגיא דהתם עוסקת בדין בטלה כולה והרי מפורש בגמ' דאי מכאן ולהבא הוא נפסל הרי לא בטלה אבל הריב"א הרי סובר דהתם ל"ה עדות אחת ודוק

דהוא תלוי בר"ה ור"ח ע"כ דמדין פסלות אייתנין עלה ואפילו לעדות אחרת ואם כן לא ניחא החילוק דהרי אינו פסול ורק למסקנא כד מסקינן דמדין עשבמ"ק הוא ובלא פסלות ניחא דהוי אותה עדות אך לפי זה קצת חסר מן הספר עיקר המו"מ **ועיין ברשב"א בסוגיין** שהקשה ותירץ להדיא דהכא מדין עדות שבטלה הוא ואף אם מכאן ולהבא הוא נפסל דעדות אחת היא וצ"ע אם זו כוונת הריב"א **וראה בתוס' בב"ק** שהביא ותירץ כע"ז בסגנון אחר דבעדות אחת אמרינן דהוחזקו משקרים לאותה עדות אך לשון הריב"א בתוס' דידן לא משמע כן.

דף לא ע"ב

בגמ' רב הונא אמר וכו' ראה ברשב"ם דטעמיה דרב הונא משום דאוקי גברא אחזקתו מספק וצ"ב דבעלמא לא מהני חזקה להוציא ממון אלא חזקת הגוף לר"ג בצירוף ברי ושמא כדמבואר בסוגיא דכתובות **ועיין בקובץ שיעורים** אות קיז שכתב דהטעם דפסקינן חזקת העדים וממילא מוציאין ממון על פי עדות והקשה מהשוחרט בסכין ואבדה דדעת כמה ראשונים דהשחיטה פסולה מחמת חזקת הבהמה ואף דהסכין אית לה חזקה דכשרות ונימא דהוכרע הדין על הסכין וממילא הוכרע גם על הבהמה.

ואמנם לכאורה לא דמי דהכא העדים הוי ספק לעצמו שהוכרע לכמה נ"מ וממילא מוציאין הממון אבל הסכין שאבד אין על גוף הסכין עתה שום נידון אלא ביחס לכשרות הבהמה ודוק ועוד יש לחלק דהתם פסלות בהמה היא גופא תלויה בפסלות הסכין אבל הכא חזקת הממון אינה מורה לפסלות העדים דמה תלויים הם זב"ז ודוק.

ורב חסדא אמר וכו' ראה ברשב"ם שנראה מדבריו דטעמו של רב חסדא משום חזקת הממון דא"א להוציא וצ"ב א"כ במאי פליג ארב הונא ועוד קשה לשון הרשב"ם שכתב דלא יעידו בשום עדות בעולם דאוקי ממון אחזקתו ונראה כסותר עצמו מסיפא לרישא דאי משום חזקת ממון למה לא יעידו בשום עדות כגון קידה"ח וכן להחזיק ממון.

ועיין בר"י מיגאש בשבועות דשם משמע טעם אחר דמשום דממ"נ חדא מינייהו פסולה לא מעמידים אותה על חזקתה, וצ"ע מאי שנא משני שבילים שמעמידים ההולך בהם על חזקתו אף שודאי חדא מינייהו **טמא ועיין ברמב"ן ורשב"א בכתובות כב ריש ע"א** שכתבו שם בטעמו דרב הונא משום דדמיא לשני שבילים בבאו לישאל בזה אחר זה וכפה"נ דבהא גופא פליג ר"ח לומר דלא דמיא ולשון הראשונים משמע דבשני שבילים בב"א ודאי ליכא לאוקמה אחזקתו אך התוס' בכ"ד פירשו דמדרבנן הוא ומשום דדמי לחוכא ואטלולא אמנם ברש"י בפסחים דף י משמע קצת דהוא דאורייתא וע"ש בראב"ד ובעה"מ ואכ"מ **ודע דאפשר לפרש הרשב"ם** עם שיטת הר"י מיגאש ורק כוונתו לבאר דכיון דהוי ספק עדים לא מהני להוציא ממון וכן י"ל דמחמת דאיכא ודאי משקרים הוי חזקה גריעא שאינה מוציאה ממון.

ועיין בתוס' בב"ק דף עב ע"ב דלר"ח אם מעידים להחזיק ממון אף נגד עדים כשרים לגמרי נאמנים **מספק ועיין בקצה"ח לדו** שאם מעידים על אדם לפסלו אינם עושים אפילו ספק דאין ספק עדותם מוציא מידי ודאי כשרותו.

צ"ע ובירור בסוגיין דהנה ביבמות דף לא איכא נידון בגמ' אי תרי ותרי ספיקא דאורייתא או דרבנן ודעת הרמב"ן בכמה מקומות גם בסוגיין להלן עיי"ש דתו"ת ספד"א **ואם כן לכאורה סוגיא דהכא נדון דתו"ת הוא** והיאך מעמידים רב הונא אחזקתם וגם לדעת התוס' שפסקו דספד"ד יל"ע דמדרבנן יפסלו עכ"פ ובזה י"ל דלא פסלו עדים ולא כן מבואר ברא"ש בכתובות דף כב וצריך לברר אם בסוגיין שייך כלל ענין תרי ותרי.

ועיין בסוגיא בכתובות דף כא סוע"ב וכב ע"א בדין תרי ותרי אחד גברא דדעת רש"י והר"ף שם דהך גברא פסול לעדות ולא מוקמינן ליה אחזקתו ואילו התוס' שם סברי דכשר וכתבו **התוס' להכשירו מתרי טעמי**

חדא דהא קי"ל כרב הונא ועוד דלרב חסדא אם באו בעדות אחרת לפסול גברא אינם נאמנים וכל שכן באותה עדות שיש שנים אחרים שמכחישים אותם שאינם נאמנים לפסול

ועיין בקצה"ח בסי' לר סק"ו שכתב בשם האחרונים שתי דרכים ליישב קושית התוס' מרב הונא **והאחת** היא דרכו של הב"ח דהכא ליכא תרי ותרי אלא ספק בעלמא ובזה איכא לאוקמי אחזקה -- ואמת שיש להכריח כן בפשיטות מדעת הרמב"ן דתו"ת ספיקא דאורייתא והיאך יפרנס דעת רב הונא דמוקמינן לעדים אחזקתם וכמש"נ לעיל -- **אבל מאוד צ"ב הסברא בזה** דלכאורה כל כת מינייהו מעידה בפסלות חברתה ועיין שם בקצה"ח בסוף דבריו בסוד"ה לפי"ז ודוק בזה.

ועיין בחידושי הגר"ח סטנסיל בכתובות שביאר בזה דכל אחת מהם איה יכולה להעיד שחברתה פסולה דכיון דממ"נ אחת מהם פסולה נמצא שכשמעידה זו על חברתה שהיא פסולה מעידה על עצמה שהיא כשרה והרי הם בע"ד בדבר זה ואינם נאמנים להכשיר עצמם וממילא גם לא לפסול השניה, **ודבריו צ"ב** חדא דאם בע"ד הוא היאך נאמן כלפי הממון אלא דפלגינן דיבוריה ואם כן גם בזה נפלוג דיבוריה ולא נאמינהו על כשרות ידידה אלא על פסלות חבירו ומה שמרויח מחמת פסלות חבירו שאין מי שיפסלנו בזה לא הוי נוגע בעדות לעולם שהרי הכא היה יכול לשתוק דרך ע"י שהעיד צריך לעדותו ידידה ודוק ועוד יש להקשות בזה וצ"ע.

והנה הגר"ח כתב בזה לישב קושית התוס' שם על רש"י שהתוס' הקשו על רש"י דבתו"ת אחד גברא נעמידנו על חזקתו כדרב הונא [נוכתבו שם דבזה אף ר"ח מודה עיי"ש] ודחה הגר"ח דהתם איכא תו"ת על כשרותו ולא אינן בתר חזקה **וביאר הגר"ח** דהתוס' שהקשו למסקנת הסוגיא ביבמות הקשו דבתו"ת אזלינן בתר חזקה [וכוונתו למסקנת הסוגיא דספיקא דרבנן וי"ל דהכא בפסול גברא לא החמירו] **וכתב הגר"ח לדרכו לישב קושית התוס'** דהתם על כל עדות שיעיד הגברא איכא תו"ת אם היא עדות או לא ולכן כה"ג לא תועיל חזקת כשרותו להוציא ממון עיי"ש היטב בדבריו.

ואולם לכאורה מדבריו התוס' בסוגיין מפורש דאף הכא איכא תו"ת על כל כת שהתוס' הקשו מסוגיין על שניים המעידים על השטר דאמאי אין נאמנים עדי השטר והנה התם ודאי הוי תו"ת על כשרות עדי השטר ודמיא לכאורה לתו"ת אחד גברא ולא דמיא לרב הונא והתוס' כפה"נ הרגישו בזה והוסיפו דאף הכא כל כת מעידה בפסלות השניה וחושבת אותה לפסולה עיין בדבריהם וזה לכאורה להדיא שלא כהגר"ח ומעתה צ"ע טובא דאם כן למ"ד תו"ת ספיקא דאורייתא הוי דלא כרב חסדא וצ"ע.

וראה שם בקצה"ח דרך שנית בזה מהחכ"צ דהכא איכא תרתי לטיבותא חדא חזקת כשרות ועוד דאיכא ודאי כשרים וצ"ע הסברא בזה דהרי כמו"כ איכא ודאי פסולים ועיין בר"ן עהרי"ף בכתובות מש"כ ליישב שיטת הרי"ף ודבריו צריכים ביאור ורמז שם גם כעין דברי החכ"צ וצ"ע **ועיין שם בקצה"ח** עוד ביאור בזה מהט"ז.

ועיין שם ברא"ש בכתובות שכתב דלא דמיא הא דהתם לרב הונא דהתם איכא תרי ותרי ומשמע כהאחרונים דבר"ה לא שייך כלל ענין תרי ותרי **אך בתוס' שם מוכח** ממה שהקשו מר"ח דלא ס"ל לחלק בזה וצ"ע לדידהו דלרב חסדא בטל ענין תרי ותרי ספד"א וצריך להעמיד ספק הגמ' ביבמות אליבא דר"ה וגם תו"ת ספיקא דרבנן צ"ע לרב חסדא דכיון דאחת מהם פסולה ואינה יכולה להעיד כלל נגד החזקה מדוע שלא ניזיל בתר חזקה וצ"ע.

ועיין עוד בסוגיא דכתובות דף כו ע"ב ברש"י ותוס' שם ולכאורה סתרי דבריהם אהדדי דדעת רש"י שם נראה דאזלינן בתר חזקה בתו"ת כ"נ בתוס' שהבינו דעת רש"י דלא בדרבנן לחוד הוא וכ"ה להדיא ברשב"ם להלן בסוגיין דגם בדאורייתא הוא ואילו בתו"ת אחד גברא לא אמר כן וצ"ע וי"ל דאף דדהוא

בחזקתו לא יוכל להוציא ממון ויל"ע וגם התוס' סתרו משנתם דאם התם ס"ל דלא אזלינן בתר חזקה אמאי מכשרי בדף כב להגברא וצל"ע ועיין בתוס' רא"ש שם בדף כו.

ברשב"ם ד"ה וזו באה וכו' אבל אחד וכו' חצי עדות מקשים בזה דהא אף חצי עדות ליכא דבטלה מקצתה בטלה כולה דחד מינייהו ממ"נ פסול ועיין בתוס' בסנהדרין דף לא ע"א שכתבו דבספק ליכא דין עדות שבטלה וכפה"נ דס"ל דעדות דבטלה היינו דהיכא דבפועל אין בי"ד מקבלים בטלה כולה וכו"נ להדיא מדברי המחנ"א בפ"ו מעדות הו"ד לעיל שכתב דבי"ד מקבלים דבריהם קצת לענין שיהא ספק עיין שם ודוק עיין בתוס' רי"ד בסוגיין שכתב בשם רבינו יצחק דכת אחת מאלו אומרת נתקדשה וכת אחת אומרת נבעלה קטלינן לה והקשה התוס' רי"ד דהוא ממ"נ חדא מינייהו פסולה וצ"ע אם שייך למצוא טעם דלא נאמר ממ"נ ולפי זה יחתייב גם דברי חכמי בריסק ואמנם קצת יש לדקדק מדנקט לה ר"י כה"ג דבגוונא דרשב"ם מודה ויש לחלק בזה, וראה להלן.

ועיין בתוס' רי"ד לקמן בדף מא בשם רבינו יצחק ומה שנחלק עליו ורבינו יצחק סובר לכאורה דלא אמרינן ממ"נ בזה אך לשונו צ"ע דמהתוס' רי"ד משמע שהבין דבריו דאין נפסלים כיון שלא נתקבלה עדותם ותמוה דסו"ס באותה עדות חד מינייהו משקר וצ"ע ולכאורה חולק להדיא ע"ד רשב"ם דידן ועיין שם היטב והדברים צריכים ביאור

ועיין היטב בפירוש הר"ח בסוגיא בשבועות והגר"נ צ"ל דקדק מדבריו דחולק על הרשב"ם וסובר שאינם נפסלים מדין ממ"נ אלא מחמת דהוי כאותה עדות דמודה רב הונא דלא מוקמינן להו אחזקתם וביאר הטעם משום דאזו אנו דנים על שניהם יחדיו ולא שייך חזקה וראה להלן בגמ'. ועיין בש"ך בריש סי' לא ספיקם של חכמי בריסק בע"א בהכחשה אי מצטרפין לעדות אחרת ולפי דבריהם ניהא בפשיטות שיטת הרמב"ם.

בגמ' עד כאן לא קאמר רב הונא וכו' חילוק הגמ' צ"ב ויש לפרשו דבעדות אחת לא שייך למחלוקתם כיון דאיכא דין עדות שבטלה אך לשון הגמ' לא משמע כן אלא דמודה בה רב הונא והגר"נ צ"ל ביאר דבעדות אחת סובר גם רב הונא דליכא חזקה דטעמו בעלמא דהוי כשני שבילים אך הכא לא שייך זה דהנדרון על תרומיהו והי מינייהו תוקמה אחזקתה

ועיין ברמב"ן ורשב"א בכתובות דף כב ע"א שכתבו דטעמו דר"ה בשני עדיות דהוי כשני שבילים וראה לעיל בזה ועיין שם בר"ן כעין זה וראה בר"ח בשבועות הנ"ל שדימה אחד מכת זו לעדות אחת וראה בתוס' בכתובות שהקשו לרש"י שם מרב חסדא דאם בעדות אחת אינם יכולים לפסול כ"ש בעדות זו ולר"ה הקשו רק מטעם דלוקמי להגברא בחזקתו ומשמע דבעדות אחת נמי פליגי ודוק היטב. ועיין שם בשטמ"ק בשם גליון שכתב דקושית התוס' השנית קשה גם לרב הונא דבאותה עדות מודה והוכיח מזה הגר"נ הביאור הנ"ל וכן דייק מלשון הרשב"א בדף כו שכתב גבי אותה עדות דבהדי סהדי שקרי למ"ל.

תוד"ה וזו באה וכו' וא"ת וכו' עיין בחידושי חתם סופר שעמד בדברי התוס' דלכאורה הוי מגו להוציא דמוציאין לקמאי מחזקת כשרות ותירץ דכיון דהמגו בא להכריע דאלו נאמנים ולא אלו מהני ולכאורה בפשיטות הל"ל לאקשווי דהויל ליה מגו להוציא ממון ממש, ובבית יעקב בכתובות דף יט כתב דכל קושית התוס' הוא בגוונא דהבתראי באים להחזיק הממון ובעיקר הדבר כבר נחלקו קמי דיעויין במאירי בכתובות בדף יט שנחלק בזה עם הר"י מיגאש דדעת הר"י מיגאש דמגו דעדים לא מהני להוציא ודעת המאירי דמהני.

שם וי"ל וכו' ועוד וכו' ראה במהרש"א ובתוס' בב"ק המהרש"א הגיה דברי התוס' דידן על פי התוס' בב"ק דהכל תירוצין אחד ואמנם בתורת חיים הגיה התוס' דשם דהוא שני תירוצים על פי התוס' דידן, והנה

התירוצ' השני ודאי בעי להראשון דאם מועיל מגו במקום עדים מאי איכפת לן דתרי כמאה הרי אף בע"ד נאמן נגדם וצ"ב דברי התוס' אליבא דהתו"ח, אך יעיין ברמב"ן מש"כ לתרץ קושית התוס' שלא נאמר מגו בעדים להאמינם יותר ממה שהאמינתם תורה עיין שם ולפי"ז גם בדברי התוס' יש לכוון דכיון דתרי כמאה ומאה כתרי לא יועיל מגו דידהו טפי מעוד כת דס"ד דהתוס' דהנהו עדים עדיפי קמ"ל דלא ולפי זה יתקיים התרי' השני לעצמו אף אי מהני מגו במק"ע.

ועיין בקובץ שיעורים בב"ק שביאר הנדון בתוס' אי מהני מגו בתו"ת דין תרי כמאה היינו דשניים שקולים כמאה והוי בירור גמור דאז יש לומר לא יוסיף המגו כלום או להפך דמאה כתרי ואז מועיל מגו דאיכא תרי ומגו ואי הכל הוי תירוצ' אחד הוא על דרך ממ"נ דהמגו לא יכריע הדין דהוי במק"ע ואינו מעדיף כת אחת על השניה דתרי כמאה ודוק ועיין בקובץ שיעורים כאן.

תוד"ה ורב נחמן וכו' לכאורה נידון התוס' דמיא לתרי ותרי אחד גברא ועיין ברי"ף בכתובות דף כב ע"א שכתב דבתו"ת אחד גברא לא מוקמינן ליה אחזקתיה והוכיח כן מברייטא דשניים החתומים וזה כהתוס' בסברא דמיא לזה אך עיין בראשונים שם בדף כב שדחו ראית הרי"ף דלא דמי עיין שם ודבריהם צריכים ביאור וצ"ע

תוד"ה ורבא וכו' עיין בשיטמ"ק בשם תוס' רא"ש וראה גם ברמב"ן כע"ז. והעירו בזה דהרמב"ן עה"ת כתב כהטור בטעם דין עדים זוממים ולפי זה אדרבה אם כת שניה כשרה יותר מסתבר דיפסלו הראשונים ואף אי הוי רק גדר בגזיה"כ קשה וצ"ע ועיין במהרש"א בסתירת דברי התוס' מע"א.

בגמ' הדר אייתי סהדי וכו' א"ר נחמן וכו' ראה ברשב"ם ובתוס' ולכאורה נסתפקו התוס' בפירוש הגמ' מחמת דס"ל כהרמב"ן [ראה להלן] דליכא סברא לאסוקי לכדא"ג אך לשונם לא משמע כן, ועיין בנמוקי יוסף שפירש אחתינן ומסקינן היינו שהורדנו השני מן הקרקע ונעלהו חזרה עליה ולפי זה בהכרח שהיה אחד מוחזק ולזה כתבו התוס' דאף נפרש כרשב"ם צ"ל דאסקינן לשון סילוק וזה לא היה משמע להו כ"כ.

ברשב"ם ד"ה אנן וכו' כלומר לא נחזיק לזה יותר מלזה לשון רשב"ם צ"ב והרמב"ן הבין כוונתו דמסלקינן לו מהקרקע והגר"נ וצ"ל פירש דגם לרשב"ם אין מסלקים אותו רק דפוסקים דאינו מוחזק יותר מהשני ורשאי השני לתפוס ובנמוקי יוסף כתב בשם הרשב"ם לקמן דבכדא"ג אין האחר יכול לתפוס מיד הראשון ולפנינו ליתא ברשב"ם ומ"מ י"ל דהכא מבטלים תפיסתו דלא יפסיד השני אך אין מוציאין מידו דסילוק הוא ודוק.

עיין ברמב"ן שהביא פירוש הר"ח דמפרש לה כשהיה אחד מוחזק ודלא כהרשב"ם וביאר דלא מסלקינן ליה עבור כל דאלים גבר, ויש להסתפק במש"כ שם דלא נפקא מחזקתו של זה אי הכוונה לומר הדין או לומר הטעם עיי"ש, ועוד הקשה על הרשב"ם דליכא בתו"ת כל דאלים גבר משום דספיקא דאורייתא הוא, ועוד דבעדים ליכא למיקם עלה דמילתא עיין בסוגיא להלן בדף לה, וצ"ת בדברי הרמב"ן אמאי תליא בספיקא דאורייתא או דרבנן הרי דינא דכדא"ג אינו פסק ובירור ועיין בנמוקי יוסף שתירץ דחשיב כאיכא למיקם דיתברר איזו מהם השקרנית ולדעת הרמב"ן יל"ע איך באמת הדין בתו"ת וכפה"נ דיחלוקו ועיין בגיטין דף עח ע"א מתני' מחצה על מחצה יחלוקו ובגמ' שם אליבא דרבה ורב יוסף מיירי בתו"ת ועיין שם בתוס' בע"ב ד"ה מחצה.

ועיין בסוגיא בב"ק דף קיז ע"א ההיא שותא וכו' ועיין ברשב"א שם ולביאור הרשב"א מבואר שם בגמ' דאי אפשר בדין כדא"ג ליתן לאחר שיתפוס במקומו ואם עשה כן חייב להחזיר ולפי"ז הבי"ד דהכא שנתבטל פסקם לא עדיפי ממלכות דהתם וקשה מדברי הרמב"ן דאין מוציאין לכדא"ג ושמא כיון שעשו בי"ד בשעתו כדין אף שטעו שאני ויש לחלק בזה עוד ודוק.

דף לב ע"ב

סוגיא דשטרא זייפא בגמ' נחין ולחיש וכו' שטרא זייפא הוא ראה ברשב"ם שהביא דהר"ח פירשה בשטר אמנה והרשב"ם פי' דמיירי אף בזייפא ממש ועיין בגמ' וברשב"ם להלן בסוף העמוד בד"ה שלח ליה אביי שהביא ראית הר"ח משם ודחאה וראית הר"ח צריכה ביאור וצריך ביאור גם מדוע העמידה הר"ח דווקא שטר אמנה, ועיין במאירי כאן ובב"ח בסוף סי' קמו שפרשו דטעמו של הר"ח דבשטרא זייפא לא הוי מגו טוב דירא שמא יתגלה הזיוף ע"י העדים עצמם שיאמרו לא כתבו או שקשה לקיימו וכדו' והרמ"ה פירשה באופ"א משום דכיון דשקרן הוא ומזייף שטרות חשדינן שגם בטענתו משקר ועוד שלא יהא חוטא נשכר.

ואולם יעויין ברשב"א כאן שתמה על הר"ח, ומדבריו מבואר דסברת הר"ח דבשטרא זייפא אין לו נאמנות ולא מחמת דליכא מה לי לשקר, וכן מוכח מראית הר"ח להלן ברשב"ם דהרי אין ספק הגמ' שם אי איכא מה לי לשקר ודוק. וברבינו יונה בסוגיין מבואר חילוק אחר בין זייפא ממש לאמנה ראה להלן.

בגמ' אמאי קא סמכת אהאי שטרא האי שטרא חספא וכו' טעמו של רב יוסף כאן סתום הוא ובראשונים נתבארו בזה כמה שיטות לבאר דברי רב יוסף ויתבאר לפנינו בע"ה.

שיטת הרשב"ם ראה היטב ברשב"ם ד"ה אמאי וכו' ואילו באו שני עדים וכו' דברי הרשב"ם כאן סתומים מאוד, ופשטות כוונתו משמע וכן מבואר בגמ' דמדמה לה למגו שבאו עדים והכחישו הטענה שהיה יכול לטעון אך ברא"ש משמע דהוי מגו נגד עדים ממש, ראה להלן בכ"ז.

ועיין בגמ' שהקשה על הרשב"ם דאף האומר מפלניא זבינתא דזבנה מינך קמי ידי נאמן במגו אף שבטענתו כלול הודאה שהוא לא זבנה מיניה. וצ"ע למה הקשה דווקא מהתם הרי בכל מגו כן הוא הדבר דבטענתו כלול הודאה בשלילת טענת המגו כגון פרעתין תו"ז דמיה בזה שלא פרע לאחר זמנו וכן כולם וראה ברשב"א שבאמת הקשה כן דבכל מגו שבתלמוד כן הוא והביא מגו דקמי ידי כדוגמא והרשב"א לא העמיד קושיתו להדיא על הרשב"ם אבל בפשטות כוונתו לשלול פי' רשב"ם ואפשר דזו כוונת הנמו"י וצ"ע בלשוננו. וראה בגמ' שתיירן דברי הרשב"ם דשאני הכא 'שהודה ממש בפניו' ונדצ"ל שהודה ממש בפירוש וקשה דאף בזה מצינו שמהני מגו כגון שדה זו של אביך היתה ששולל בזה טענת להד"ם וכן כמעט בכל הפה שאסר, וצ"ל דהפה שאסר שאני דמועיל אף כה"ג אבל במגו בעלמא לא מועיל בהודה בפירוש ולפי"ז צ"ל דהכא מגו הוא ולא הפה שאסר ויתבאר בזה להלן בסוף הסוגיא בע"ה ועדיין הדברים סתומים למה לא מועיל מגו כה"ג לדעת רשב"ם.

ובגוף הדין דלא מהני מגו בבאו עדים נגד טענת המגו היינו טענה שהיה יכול לטעון עמדו בו אחרונים והוכיחו מזה דמגו מועיל מחמת כח הטענה שהיה לו בטענה השנית ולא מדין בירור בלחוד²⁰⁰ ובאמת צ"ב בזה דאם כן הוא מאי שנא אם הודה הוא או שבאו עדים וגם חילוקו של הנמו"י אינו מובן כלל מאי שנא הודה בפירוש או מתוך טענתו. וצ"ע בכ"ז.

ועיין בקובץ שיעורים ח"ב סי' ג שביאר סברת הרשב"ם שסובר דמגו מהני מדין כח הטענה והכא אבד כח טענתו שמה שהיה נאמן בטענתו והא שטרא הוא משום דאיכא עדים בשטר שמעידים כדבריו אבל עתה

²⁰⁰ והנה הך דינא מבואר בכמה דוכתי בפרק שני דכתובות בהפה שאסר שאם נאסר אח"כ מפי אחרים הפסיד המגו וכגון מודה שטר שכתבו צריך לקיימו דהיינו שנאמן לטעון פרוע וצריך המלווה לקיימו ומבואר דאם יקיים יועיל, וכ"ז בהפה שאסר אך במגו לא מצאנוהו מפורש בש"ס, אך ברשב"ם כאן מפורש דאף במגו הדין כן. והך דינא יש שפירשו בו דבטל המגו משום דאגלאי מילתא שידע שיש עדים והיה ירא לומר הטענה ההיא נכ"כ כתב המחנ"א בהל' איסור"ב שו"ת סי' י"ח בתשובה מהג"ר משה הכהן אך האחרונים פירשו הטעם מחמת שאבד הנאמנות ידידה וכן הוכיח בקוב"ש בכתובות מדברי התוס' בכתובות דף כג ריש ע"ב שכתבו להדיא דאפילו ידעינן שלא ידע שיבואו עדים בטל המגו ויש להאריך בזה בדברי הטור וב"י בסי' פ וברשב"א בסוגיא דנסכא ובש"ך בריש כללי מגו.

דאין לו עדים כבר אבדה נאמנותו וזה בסגנון אחר מהראשונים הנ"ל דלדבריו אין הכוונה כאן שנפל המגו מחמת שהוכחשה טענת המגו אלא מפני שנפל היסוד של טענת המגו ודוק אבל לשון הרשב"ם ואריכותו אין משמע כן ופירוש זה יותר מתאים לכאורה לפרשו בדברי הריטב"א כאן בפשט הגמ' – ראה להלן – ואמנם גם באופן שביארנו לעיל ואיך שלא יהיה דברי הרשב"ם אלו הם מהמקורות המוכרחים להיסוד מגו מועיל מדין כח טענה

ועיין בפסקי הרי"ד בסוגיין שהאריך להקשות על הרשב"ם בכ"ז ושם עמד בזה לחלק בין היכא דבאו עדים להודאה ידידה ודבריו צ"ב וראה לשונו בהערה²⁰¹.

בדברי הרא"ש בדעת הרשב"ם עיין ברא"ש שכתב דמדברי רשב"ם מבואר דמינך זבינתא והא שטרא חדא טענה היא וממילא טענתו שטען מעיקרא וטענתו שטען עכשיו שתי טענות הן ולהכי לא מהני המגו דהוי מגו במק"ע וחולק הרא"ש על הרשב"ם וסובר דטענת מינך זבינתא טענה בפ"ע ויכול לקיימה על ידי שיאמר שטרא הויה לי ואירכס או דהא שטרא עיי"ש, **ודבריו מאוד סתומים** מה ענין טענה אחת או שתי טענות לדברי רשב"ם, וצ"ע. **וגם משמע מדבריו** דדמיא למגו במקום עדים גמור וג"ז פלא שהרי לא הוכחשה טענתו שטען עתה על ידי עדים, ואילו מדברי שא"ר יותר נראה דדימוהו למגו במקום עדים נגד הטענה שהיה יכול לטעון ראה לעיל. **ועיין בחידושי חתם סופר** שכתב לבאר דברי הרא"ש והרשב"ם דמה שאינו יכול לומר שטרא הויה לי ואירכס הוא מדין אינו חוזר וטוען ולפי"ז מש"כ הרא"ש דהוי מגו במק"ע הכוונה שבטענתו הראשונה הודה בשקרות השניה לא ביאר החת"ס מה מחלוקת הרא"ש והרשב"ם ואפשר דכוונתו דהכא ל"ש דין חו"ט ממש דהוי מפטור לפטור אבל אי מינך זבינתא והא שטרא הוי חדא טענה חשיב כהודאה גמורה דלא קנה בשטר אחר ובזה אף מפטור לפטור אינו חוזר דהוי מגו נגד הודאתו וצ"ע בזה, ויש להעיר ע"ד החת"ס דפשטות ההגה"מ לא נתכוין לכ"ז אלא העתיק דברי הרשב"ם ואח"ז התוס' ועיין ברמב"ם מהדור' פרנקל בהג"מ מדפוס קושטא משמע כן להדיא.

ויל"ע בדברי הרא"ש מהמשך הגמ' במעשה דההוא ערבא דהתם ליכא למימר לכאורה כסברת הרא"ש דטענתו אחת ומקיימה על ידי איזה שטר שירצה דטענת הליתיתך שנית ודאי טענה בפ"ע היא, וצ"ל דהרא"ש באמת חולק על כל עיקר סברת רשב"ם ומש"כ דטענה אחת היא הוא להכריח דלא כהרשב"ם דאי אפשר לפרש דהוי טענה אחרת וממילא נדחה כל הסבר הרשב"ם ודוק.

ועיין בקצה"ח בסי' לב סק"ב מש"כ שם לתלות דברי המהרש"ל במחלוקת רשב"ם ושאר בסוגיין, ראה בהערה²⁰²

201 וזה לשון הרי"ד כאן [אחר שהעתיק דברי רשב"ם] ואינו נראה לי שאין מגו בתלמוד מעולה ממנו שגם הנה שתי הטענות ראויות להיות אמת שאילו היה טוען דשטרא מעליא הוא מאן הוה מכחש ליה כיון שהחתימה ניכרת ואיהו אמר זייפא הוא הלכך כי הדר ואמר שטרא מעליא ה"ל ואירכס יהא נאמן שהוא הירע טענה היפה הוא חזר וטען טענה אחרת וכך הם כל דיני מגו כגון אי בעי אמר מינך זבינתא כי אמר פלניא זבנא קמאי נאמן והא הכא דאודי לי דאנא לא זבינתא מינך ומהימן כי אמר פלניא זבנא קמאי וכן בפ"ב דכתו' שדה זו כו' וכן האשה שאמרה וכו' נשביתי וכו' אע"פ שהודו בדבר המידע כחם כיון שחזרו וטענו טענה אחרת נאמנין הכא נמי אע"פ שהודה ששטרא זייפא הוא כי הדר ואמר שטרא אחרינא הוה לי יהיה נאמן ולא דמי למ"ל לשקר במק"ע דהתם איכא סהדי דמרע לטענתו דטען השתא ולא דמי נמי לאתו סהדי ואסחידו דשטרא זייפא הוא דהתם ליכא מגו דליהמני' בטענה דטעין השתא אבל הכא דאיהו אמר שטרא זייפא הוא ואיהו אמר שטרא אחרינא ה"ל ואירכס יהיה נאמן ע"י מגו עכ"ל

202 שהביא דברי המהרש"ל באופן שלשלשה אנשים היה דין עם אחד והערימו ונעשו שנים מהם עדים והעידו שחייב הבע"ד לשלישי וזכו בדין ואח"כ הודו ששיקרו ובאמת חב הלה לשלשתם וע"ז כתב המהרש"ל וז"ל ולא דמי לשלשה שנושים באחד אף דאין לך תערומות גדולה מזו שאני התם דמעידין עדות שקר שאומרים הוא חייב כל המנה לזה ואינו אמת וגם עדותם אינו עדות מאחר שנוגעים בעדותם וא"כ רחמנא הוא דפטריה לזה בטענתו אינו חייב והם הוציאו ממנו

ודברי המהרש"ל והקצות משמע על דרך הקוב"ש דהכא ליכא כח טענה כיון שבסיס הנאמנות היה עדי השטר ועתה מודה שהוא שקר, ועיין בב"ח בסוף סי' קמו שגם מדברי מבואר כן שהביא שיטת הגאונים דסוגיין מיירי דוקא בהחזיק שני חזקה ודלא ככל הראשונים וכתב דמסתבר כדבריהם דבלא החזיק ודאי לא יועיל מגו וכסברת הרשב"ם עיי"ש בדבריו וצ"ב כוונתו גם צע"ג מה שהביא לזה דברי הרא"ש בסוגיא דלאו קמודית עיי"ש וצ"ע וסברא דומה לזו יש בדברי הרמ"ה לקמן בדף מא ע"ב שכתב שם דאין אדם נאמן לטעון קמי ידי דר בה המוכרה לי חד יומא במגו דמינך זבינתא משום 'דלא אמרינן מגו מחזקה שיש עמה טענה לחזקה שאין עמה טענה' עיי"ה ובראיה שהביא לדבריו ועיין בדבריו בדף ל ע"ב ולכאורה ביאור דבריו על הדרך הזו דיסוד הנאמנות ידידה לטעון לקוח הוא מכח מוחזקותו של שלש שנים ועתה כשמודה שאין לו טענה הפסיד חזקתו שהיא סיבת הנאמנות ידידה ודוק היטב בזה.

פירושי התוס' תוד"ה אמאי וכו' ותירץ ר"י בר' מרדכי וכו' דעת התוס' בתי' הראשון דהכא לא מהני מגו משום דהוי מגו להוציא וכן פירש הר"י מיגאש בסוגיין ולשון התוס' משמע דלאוקים השטר או החזקה לא הוי מגו להחזיק בעלמא אלא די' ב' אופנים שמועיל המגו או להחזיק או להעמיד שטר וחזקה כשזה בא לפסלם ומש"כ התוס' כן בשטר אפשר שבאו ליישב ההיא דסטראי בסוף דבריהם לקמן בדיבור הבא ולמדנו מדברי התוס' דהיושב בקרקע שלש שנים הוי מוחזק וכ"כ להדיא הרמב"ם והרשב"א כאן ועוד למדנו שאף היושב בקרקע פחות מג"ש ושטר בידו נמי הוי מוחזק וכ"מ ברבינו יונה לעיל בסוף סוגיא דבר סיסין. ושיעור דבריהם שהמוחזק נאמן במגו וכן מקבלים המגו כדי להעמיד מוחזקותו אבל להוציא לא. עוד יש לדקדק בלשונם דבעינן שיהא המגו להחזיק ולפטור ונ"מ במגו שאינו להוציא ואינו להחזיק כגון ברשות שאינה של שניהם אי מהני מגו, ודוק.

ולפי"ד התוס' מוכח לכאורה דרבה סובר דמועיל מגו להוציא, והקשו הראשונים דהרי מתני' בשנים אוחזים בטלית דאינו נאמן לומר חציה שלי מגו דכולה ופירשו התוס' שם משום מגו להוציא ואיך יפרנס רבה משנתנו, ועיין בתוס' בב"מ דף ב ע"א שעמדו בזה וכתבו דלדידיה מועיל להוציא רק מגו דאי בעי שתיק שהוא מגו אלים ולא מגו בעלמא²⁰³ ועיין ברבינו יונה וברמב"ן כאן שכתבו תירוצים אחרים על משנה דשנים אוחזים לדרך זו. אבל רבינו יונה והרשב"א פירשו לדרך זו דאף רבה סובר דלא אמרינן מגו להוציא והכא שאני דחשיב מוחזק ואפילו במלוה, ועיין ברשב"א שביאר בזה תרי טעמי חדא כיון שכבר טען וזכה בטענתו הוי מוחזק בממון ולא אמרינן מגו להוציא אלא כשהיה יכול לטעון ולא טען אבל כשכבר טען לא הוי מגו להוציא, והדברים צריכים ביאור, ועיין ברבינו יונה וצ"ב. ועוד פירש הרשב"א משום דנקיט שטר מקויים חשיב מוחזק, עיי"ש והדברים צע"ג דהרי השתא אין השטר הזה כלום והיאך חשיב מוחזק עיי"ז וצ"ע. ועיין עוד בתשובת הרשב"א בח"ב בסי' שנג שביאר דהכא לא הוי מגו להוציא ומשום שמוציא על ידי השטר דנקיט עיי"ש וצריך עיון ובירור לפירש הדברים. וראה בהערה 34 לעיל בד' התוס' בב"מ בדיון מגו להוציא בקרקע פחות מג"ש ובטעם וגדר הדין דל"מ מגו להוציא יתבאר להלן בדף הבא בסוף הסוגיא.

שלא כדיון תורה ואם הודו אח"כ בפני ב"ד פשיטא דמחוייבין להחזיר כל המנה וליכא כאן מגו דמגו במקום עדים לא אמרינן והודאת שהוציאו ממנו מנה שלא כדיון כמאה עדים דמי וגם איתרע חזקתיה דלאו קושטא קאמרי עכ"ל. וכתב הקצה"ח דסברת המהרש"ל היא סברת רשב"ם בסוגיין והשיג על המהרש"ל דשאר ראשונים לא פירשו כן ועיין שם היטב בקצה"ח מש"כ בזה.

²⁰³ וכתבו כן אף לרב יוסף עיי"ש ומש"כ בפנים בד' התוס' דמגו דבאי בעי שתיק אלים טפי ומהני להוציא כך רגילים העולם לפירש התוס' שם אבל יל"ע אם זו כוונתם ויותר משמע מדבריהם דכה"ג לא הוי מגו להוציא ולכן פירשו ולרב יוסף וכו' דהיינו דמכח סברתם דלעיל אי אפשר לפירש תו דלרב יוסף לא מהי משם מגו להוציא ודוק ואמנם תמוה למה לא יחשב כה"ג מגו להוציא וראה בפנים להלן קרוב לזה מדברי הרשב"א ודוק.

שם בתוס' ונראה לר"י וכו' אא"כ שיקר תחילה וכו' יש לפרש דברי התוס' בשני אופנים א' דכיון דחזינן שזה שיקר לפנינו בדין שוב לא יועיל מגו להעמידו בחזקת נאמן דהא קמן דשקרן הוא וכע"ז כתב הרמ"ה לבאר שיטת הראשונים דלרבה מהני מגו דוקא בשטר אמנה ולא בשטר מזויף וכתב הרמ"ה הטעם דכיון שזיף שטר חשוד הוא אף לשקר ולא יועיל לו מגו ועיין ברא"ש שהביא תי' התוס' ומשמע קצת כפירוש זה

אבל לשון התוס' לא משמע כן כ"כ מדכתבו שהוצרך לשקר תחילה ומשמע דהטעם הוא לא משום ששיקר אלא שהוצרך לשקר וראה ברבינו יונה שמבואר מדבריו דהסברא דאם אין לו כח נאמנות בתחילת הדין אלא על ידי שקר לא מועיל מגו כה"ג ויל"ע בזה אמאי הוצרך לשקר הרי היה יכול להביא השטר לבי"ד ולומר שטר זה מזויף הוא ושטרא מעליא הוה לי ואירכס וצ"ל דאין לו נאמנות מחמת שיכול לשקר בשטר אבל אם כבר טען חשיב נאמן ע"ז וכיון שקיבל הנאמנות שלא כדין סברא דלא דיינינן אותה וכמובן דאם מגו הוא ראייה גרידא לא שייך כל זה וצ"ע.

שם בתוס' א"נ דהוי טוען וחוזר וטוען עיין בקוב"ש שהקשה דהרי הוי חוזר מפטור לפטור דמהני כמ"ש הר"י מיגאש הו"ד בראשונים בדף לא, ואמנם מצינו חולק על הר"י מיגאש הריטב"א בשבועות בדף מא וראה לעיל בדף לא ע"א בתוס' בד"ה אמר רבה ובמהרש"א שם עייש"ה ודוק, ופשטות הדברים דהתוס' שם חולקים וסוברים דאף מפטור לפטור אינו חו"ט ואם כן אזלי הכא לשיטתם ודוק ותשכח שאף לא אחד מן הראשונים בסוגיין הביא תירוץ זה אמנם בהגהות מיימוניות בפ"ד ממלוה הביאו אף שבהל' טו"ט סברי דחוזר מפטור לפטור וצ"ע. עו"ל בזה דיעויין ברע"א בהגהת שו"ע ריש סי' פ שהביא דהמהר"ש נסתפק אם תובע נמי יכול להחליף תביעתו מפטור לפטור ולפי"ז ניחא הכא די"ל דבפחות מג"ש חשיב תובע.

ביאור הריטב"א והרשב"א בתשובה בסוגיין עיין בריטב"א שכתב בשם י"מ דהכא ליכא מגו לדעת רב יוסף משום דכיון שהמגו בנוי על שטר שנתברר שהוא שקר ואין לבנות מגו משטר שקר ופשטות לשונו אין נראה שכוונתו לפי רשב"ם והוא קרוב לתי' התוס' שהוצרך לשקר תחילה אבל בריטב"א מבואר דהוא דוקא משום שהשטר הוא שקר ולא מחמת שקרות הטענה וצ"ע

ויעויין בתשובת הרשב"א בח"ג סי' שנג ששם כתב דמהא דמהני המגו בסוגיין לדעת רבה ולא מהני לעת רב יוסף אין להוכיח אי אמרינן מגו להוציא או לא ולא בהא תליא פלוגתייהו וכתב וז"ל ומההיא דשטרא זייפא הוא דאסיקנא ארעא היכא דקיימא תיקום זווי היכי דקיימי לוקמוה ליכא לא סיעתא ולא תיובתא, דהתם טעמא כדקאמר רב יוסף אמאי קא סמכת לאפוקי ממזנא אהאי שטרא, האי שטרא חספא בעלמא הוא, ולולי שטר זה (ממש) לא היינו גובין מזה כלום, נמצא שבשטר זה המזויף אתה בא להוציא ממון, ואינו בדין זה כמגו דעלמא, שאנו מאמינין שבמה שבא להוציא ממון בשטר שנודע שהוא שקר אינו בדין שנאמין אותו במה שטוען להוציא ממון, ודי אם נאמין לאוקומי כמו בקרקע שהוא מוחזק עכשיו בידו, ועל דבר זה נחלק רב יוסף אפילו בארעא וכו' עכ"ל. הרי מבואר מדבריו דטעמו של רב יוסף מחמת שמה שמוציא ממון הוא על ידי שטר שקר ולכאורה ג"ז מתפרש שכח הנאמנות שיש לו כאן הוא על ידי שטר שקר וכה"ג ליכא מגו, ומש"כ הרשב"א דאף לרבה ליכא ראייה דמגו בעלמא מהני להוציא יתבאר בזה לקמן בגמ' והלכתא וכו'

ביאור הרמב"ן בסוגיין עיין ברמב"ן שביאר סוגיין בטעם אחר משאר ראשונים והוא דהכא מיירי שהשטר אינו מקויים ואין נזקקין לו ב"ד מעתה אחר שהוא חספא ואילו היה מקויים מעיקרא היה זוכה וזה שהקדים טענותיו טיפש והפסיד. ולמסקנא דרב אידי ביאר הרמב"ן דהוי ספיקא דדינא ולהכי בקרקע אמרינן היכא דקיימא ליקום עיי"ש וראה להלן בגמ' בדברי הרמב"ן בהלכתא.

אי הוי המגו בסוגיין מגו או הפה שאסר יש לחקור במגו דידן דלכאורה הוי הפה שאסר שהרי יכול היה לשתוק אחר שאמר והא שטרא ואין לו צורך להשיב עוד אך י"ל דכיון דאינו מתיר איסורו שאסר אלא בא בטענה חדשה כה"ג ל"ה הפה שאסר ואפשר שהוא תלוי במחלוקת ראשונים ראה בהערה²⁰⁴

בגמ' והלכתא כרבה בארעא וכו' בפירוש ההלכתא יש לכאורה ארבע שיטות בראשונים בזה: א) שיטת הרשב"ם לפי' פי התוס' ראה ברשב"ם שפירשה דמשום ספיקא מוקמינן לה ביד המחזיק ועיין בתוס' שהקשו מאי שנא מספיקא דתרי ותרי דבקרע מוקמינן ביד המרא קמא וכתבו דצריך לדחוק ולחלק בין ספיקא דתרי ותרי דכמאן דליתנייהו לספיקא דדינא ודבריהם צריכים ביאור דהרי בספיקות בעלמא לא מהני תפיסה בקרקע ולמה נשתנה בזה דין ספיקא דדינא.

ונאמרו כמה דרכים בדברי התוס' בדעת רשב"ם: יעויין בקונטרס הספיקות בכלל ה אות ו שביאר דבתרי ותרי למ"ד כמאן דאיתנייהו לא אזלינן בתר חזקת ממון משום דאי אפשר שתהיה הכרעת חזקת במקום עדים וממילא אזלינן בתר התופס אבל כיון דכמאן דליתנייהו אפשר לילך בתר חזקת ממון וממילא לא מהני תפיסת המחזיק בקרקע כין שאין לו ג"ש וככל ספק דל"מ תפיסה בקרקע אבל בפלוגתא דרבוותא הוי רבוותא כמאן דאיתנייהו ואי אפשר לפסוק דלא כרבה או רב יוסף מכח חזקה ולכן אזלינן בזה בתר התפוס ולפי"ז ביאר שם דכ"ז הוא רק בפלוגתא דרבוותא אבל בספיקא דדינא בעלמא אזלינן בתר חזקה, ולדבריו נוחא מאוד מה שהעמידו התוס' קושייתם מ"ש ספיקא דתו"ת מספיקא דדינא ומשום דבעלמא ודאי בספיקות ל"מ תפיסה בקרקע אבל בספיקות אלו בא הנידון ומשום דבעלמא הא דלא מהני תפיסה בקרקע משום דבחזקת בעליה היא אבל באלו הספיקות שהם ספיקות מכח סתירה בהכרעות הספיקות כמו הכרעת רבוותא או העדאת עדים בזה י"ל דמהני תפיסה אך הקשו דהרי בתו"ת קי"ל דלא מהני תפיסה ומ"ש ספיקא דדינא ודוק היטב

והרע"א ביאר בדברי התוס' באופ"א בתשובה קמא סי' לו והובא בחי' רע"א החדשים בעמ' פב דבספיקא דדינא אין הולכים אחר חזקה משום דחזקה דמרא קמא עינינה הוא חזקת איסור לומר דלא נשתנה מכמות שהיה קודם ולכן בספיקא דדינא אי אפשר לומר כן דהרי הספק הוא בדין ולא במציאות ועיי"ש שהעמיד בזה מחלוקת ראשונים אי בספיקא דדינא אזלינן בתר חזקה דמעיקרא אך לדבריו יל"ע דאם כן עיקר חילוקם של התוס' הוא בין כל הספיקות לספיקא דדינא ולמה דימוהו דוקא לתרי ותי ומדבריהם נראה שהדוחק הוא בהא גופא דבתו"ת הדין דאזלינן בתר מ"ק ובספד"ד אינו כן וצ"ע ועיין עוד בקוב"ש כאן בדרך אחרת בתוס'.

מחלוקת התוס' והרמב"ן בדין תפיסה בקרקע הנה מבואר מהתוס' דידן דמה דלא מהני תפיסה בתו"ת בקרקע הוא משום דכמאן דליתנייהו אבל אי כמאן דאיתנייהו מועיל התפיסה וביאור הדבר דבעלמא בלא

²⁰⁴וראה בתוס' בב"מ ב' ע"א שכתבו דמגו דסוגיין הוא מגו דאי בעי שתיק וא"כ הוי הפה שאסר ואפשר שנחלקו בזה ראשונים דיעויין בר"י מיגאש בסוגיין שדעתו בפירוש סוגיין דלרב יוסף לא מהני המגו משום דהוי מגו להוציא ומגו להוציא לא אמרינן והנה יעויין בר"י מיגאש בכתובות דף יח ע"ב והובא במאירי שם שכתב דהפה שאסר מהני להוציא ממון והוכיח כן ממתני' דעדים שאמרו אנוסים היינו נוכפה"נ דכוונתו דהתם מקרעין השטר על פיהם וזה חשוב להוציא[והמאירי שם נחלק עליו וכתב דהתם שאני משום דהוי עדים ובעדים אף מגו בעלמא מועיל להוציא ואם כן מוכרח לדעתו דהכא לא הוי הפה שאסר שהרי שיטתו דהפה שאסר כן מועיל להוציא ומגו דסוגיין אינו מוציא ואולם בשיטמ"ק הנר בסוגיין כתב בשם רב האי גאון דאיפסק הלכה כרבה ברעא ועל המערער להביא ראיה שהשטר מזוייף כדטעין ותמוה מאוד דהרי ודאי השטר מזויף שאף המחזיק מודה בזה והל"ל דעליו להביא ראיה שלא מכר לו וצ"ל דהכא הוי הפה שאסר ואמרינן ליה דאם נסמוך על הלוח שאסר ואמר מזויף הוא הרי התירו ואמר שטרא מעליא הוה לי ואירכס ולכן עליו לפסול השטר הקיים וכמו במודה בשטר שכתבו צריך לקיימו שעליו לקיים השטר אף שהלוח הודה בו כיון שהתיר הלוח איסורו ודוק היטב

חזקת מרא קמא ודאי שייך תפיסה והכא אי כמאן דאיתנייהו ליכא חזקת מ"ק²⁰⁵ אבל דעת הרמב"ן בב"מ בסוגיא דתקפו כהן דאף למ"ד ספיקא דאורייתא לא מועיל תפיסה בקרקע דלא שייך בה תפיסה כלל ודעתו דלהלכה קיי"ל דספיקא דאורייתא ודלא כתוס' ואעפ"כ לא מהני תפיסה ולפי"ד לכאורה אף בספיקא דדינא ודאי לא תועיל תפיסה בקרקע²⁰⁶ ולפי זה קשה בדברי הרמב"ן בסוגיין שפירש לכאורה כהרשב"ם דהוי ספיקא דדינא ולהכי מקומינן לה ביד המחזיק, ועיין בקצה"ח בסי' קמו סקי"ג שביאר בדברי הרמב"ן בסוגיין דאינו כהרשב"ם אלא טעמו דכיון דזה יושב בקרקע סברא שנזדקק לקיים השטר ולא נוציאנו עיי"ש בהסבר הדבר.

(ב) שיטת התוס' עצמם בהלכתא: והתוס' פירשו דהכא מהני מגו בארעא משום דהוי מגו להחזיק ומשא"כ בשטר חוב ולפי זה הרי הכריע רב אידי דלא כטעמיהו דרבה ורב יוסף שהרי הר"י עצמו פי' טעמו דרב יוסף משום דטוח"ט או הוצרך לשקר דבזה ודאי הלכה דהוי לגמרי מגו אלא דחולק מטעם אחר וסובר דמגו להוציא לא אמרינן אבל לדעת הריב"ם נמצא שחולק רב אידי בסברא עם רב יוסף אי בקרקע חשיב להחזיק או להוציא.

ויל"ע אמאי חשיב מגו להחזיק וכמו שבספיקות לא מהני תפיסת המוחזק בקרקע ה"נ לא יהני לו המגו ויחשב מגו להוציא ואמאי נחא להו טפי לדרכם מאשר לפי' רשב"ם וצ"ל בזה דשאני היכא דאיכא בירור עם התפיסה כמו מגו דאז חזינן ליה כבעלים על ידי תפיסתו וכה"ג שייך תפיסה אף בקרקע.²⁰⁷

(ג) שיטת רבינו יונה בהלכתא: ורבינו יונה פירש באופ"א דכיון שכשטען והא שטרא. הוחזקה הקרקע בידו חשיב מגו להחזיק ולדבריו בעלמא בפחות מג"ש בקרקע הוי מגו להוציא ודלא כהתוס'. ועיין ברשב"א

(ד) שיטת הרמב"ן בהלכתא: והרמב"ן פירש בזה לדרכו דהוי ספק אי צריך לקיים השטר ולהעמיד המגו או לא ולהכי בארעא דהוא מוחזק זוכה ולא בחוב ויל"ע בזה דהרי דעת הרמב"ן דאין תפיסה בקרקע אפילו בתו"ת דספיקא דאורייתא אף דמהני תפיסה במטלטלי וכ"ש בספיקא דדינא עוד קשה בדברי הרמב"ן דאם

205 ומה שתלו התוס' דין זה בתו"ת אי כמאן דאיתנייהו לכאורה גמ' ערוכה הוא ביבמות דף דמייתי התם מעשה דבר שטיא ומוכחינן מזה דתו"ת ספיקא דרבנן [והיינו דמדאורייתא אזלינן בתר חזקה ורק דחכמים החמירו באיסורם אבל בממון אזלינן בתר חזקה] ומבואר מהגמ' דאי הוי ספיקא דאורייתא והיינו משום דכמאן דאיתנייהו דמי מועיל תפיסה אף בקרקע [ועיין ברע"א בכתובות שכתב שם די"ל דכוונתהגמ' דאי ספיקא דאורייתא הדין דיחלוקן]

206 ועוד נחלקו ולשיטתם בדין התפיסה במטלטלי דהנה בגמ' בכתובות בסוגיא שם מוכח דמהני תפיסה בתו"ת במטלטלי והרמב"ן לשיטתו פירש שם דאף דקיי"ל דתקפו כהן מוציאים מידו ול"מ תפיסה אבל בתו"ת מהני משום דספיקא דאורייתא אך התוס' שם דסברי הוי ספיקא דרבנן ול"ש משאר ספיקות נתקשו בזה בכתובות דף כ ותירצו באופנים אחרים.

והנה לכאורה שיטת הרמב"ן תמוה ביותר דכדברי התוס' מפורש בגמ' ערוכה ביבמות וכו"ל לעיל בהערה עכ"פ מבואר בגמ' דאי תו"ת ספיקא דאורייתא אין הקרקע בחזקת בעליה והרמב"ן מבואר מדבריו דמוקמינן לה בחזקת מ"ק אף דספיקא דאורייתא היא וצ"ע ויותר מפורש הדברים בתשובת הרשב"א ח"ב סי' תתקעב עיי"ש דמבואר שיטתו כמש"נ דספיקא דאורייתא ולא מהני תפיסה וצ"ע.

207 וכעין דברי התוס' מצאנו ברמב"ן בסוגיא דלא חציף לקמן בדף לג ע"ב שביאר דאף דסברת לא חציף מהני רק לאוקמי ולא לאפוקי מ"מ היכא שיושב בקרקע פחות מג"ש הוי לאוקמי ותמוה דהרי לא מועיל תפיסה בקרקע [ולדעת הרמב"ן עצמו הוא תמוה ביותר שהרמב"ן סובר דתו"ת ספיקא דאורייתא ומהני תפיסה במטלטלי משום דלא אזלינן בתר חזקת מ"ק ומ"מ בקרקע לא מהני דאין בה תפיסה ועיין עוד בר"ן על הרי"ף בסוגיא דבר סיסין ששם ביאר שיטתו בגמ' שם דרבא סובר דהמע"ה אף שיש ב בקרקע פחות מג"ש כיון דאיכא רוב ל"ה רוב להוציא אלא להחזיק והוכיח דבריו מדברי רב אידי בסוגין והם הם הדברים

מספקא לן בדינא היאך לידון הרי מספק לא יקיימו השטר וממילא מפסיד מגו שלו אף בקרקע ועיין בקצה"ח בסי' קמו סק"ג שתמה על הרמב"ן דמספיקא אית לן לאוקמי בחזקת מרא קמא וכמו שהקשו התוס' על הרשב"ם וביאר הקצות דהכא שאני דכיון דמספקא לבי דינא ניחא טפי שיזדקקו לקיימו מאשר שיזדקקו להוציא קרקע מידו ועיין ברשב"א שמשמע ע"ד הקצה"ח ולשון הרמב"ן משמע קצת דנאמן אף בלא קיום בקרקע וצע"ק²⁰⁸

בדין מגו להוציא נחלקו הראשונים בסוגיין בדין מגו להוציא למסקנא אי אמרינן או לא דעת התוס' דמסקנת הסוגיא דמגו להוציא לא אמרינן ובקרקע אמרינן מגו לאוקמי היושב בה וכך סוברים הר"י מיגאש ורבינו יונה בסוגיין דעת הרמב"ן בסוגיין דמגו להוציא אמרינן ופולגתיהו בטעמי אוחרי וכן"ל והרשב"א בתשובה בח"ג סי' שנג כתב דמסוגיין אין ראייה לכאן או לכאן ראה לעיל העתק דבריו.

בגדר הדין דל"א מגו להוציא עיין בקצה"ח סי' פב סק"א שנחלק עם התומים שם בתפוס שאין לו חזקת ממון אם אפשר להוציא ממנו במגו דדעת התומים שם דאף מתפוס אי אפשר להוציא דהוי מגו להוציא וכתב שם הקצה"ח דהא דמגו להוציא ל"א טעמו משום דחזקת ממון אלימא²⁰⁹ ואילו בתפוס דליכא חזקת ממון מהני המגו לאפוקי מיניה עיי"ש²¹⁰.

וכדברי הקצות מבואר בבעה"מ בכתובות דף טז שכתב שם דמגו לא מועיל נגד חזקת ממון אבל יל"ע מפשטות דברי הראשונים בסוגיין דמשמע דהוא סברא דא"א להוציא ע"י המגו אלא להחזיק ראה בתוס' ובר"י מיגאש ובתרה"ד מבואר דל"א כהקצות בזה דיעויין בתרומת הדשן בסי' שיד שמבואר לחלק בזה בין רוב למגו דכתב דרוב מהני בשנים אוחזין בטלית דליכא לחד מינייהו חזקת ממון ומכל מקום חשיב להוציא דאית להו חזקת ממון כל דהו ובפשטות מוכח כהתומים ולא כהקצות"ח ועיין בתוס' ב"מ ו ע"א ד"ה אוגרתיה וכו' דשם מבואר דמהני מגו להוציא מתפוס אך יש לחלק דהתם תפיסתו אין לה דין המע"ה ואינה זוכה כלל בדין וכה"ג מהני מגו להוציא וכן יש להוכיח מהרמב"ן דלקמן בדף לד כתב דבשנים אוחזים מהני ברי נגד שמא משום דליכא חזקת ממון להשמא ומכל מקום נקט בסוגין ובב"מ דמגו דשנים אוחזים חשוב מגו להוציא

²⁰⁸והנה הרמב"ן הרי מיירי משטר אמנה ויל"ע דהרי הלווה מודה שכתב ידו הוא זה ולמה צריך קיום וצ"ל דאי משום הא אית ליה הפה שאסר אך אם טעם הקיום הוא להוכיח המגו שאינו ירא לומר אמת הוא אם כן סו"ס ידעינן דאית ליה מגו ובאמת נראה דהא דבעינן לקיימו אינו כדי שיהיה מוכח לן שאם אינו שקרן היה יכול לטעון הא שטרא אלא כדי שיקבל הכח נאמנות בטענתו השניה ולזה מוכרח שיתקבל השטר בבי"ד ודוק וגם יש לחקור ברמב"ן אם הדין כן בכל עדות כגון משכנתא במגו דלקוח דלא נקבל עדי חזקת שלש שנים מאחר והודה וכדי לקים המגו לא נקבלם או דהוא סברא מיוחדת לקיום שטרות ודוק היטב. גם יש להעיר במש"כ הרמב"ן דאי מקויים באשרתא דבי דינא מהני המגו וכי מיירי דווקא כשמכירים בי"ד עצמם האשרתא ופשטות אף בצריכים לקיימה ומשמע דהאשרתא עצמה שפיר מקיימים להעמיד המגו וי"ל דהטעם שאין מקיימים הוא משום דהקיום הוי קבלת עדות דרק עי"ז יש לו נאמנות בטענת הא שטרא [וכנ"ל דצריך הקיום כדי שיהיה לו כח טענה] ואי אפשר לקבל עדות שיועדים שהיא שקר אך האשרתא עדות אמת היא שאותו בי"ד מעיד שבדק וקיבל חתימות העדים ויש לנו לקבל עדותם של הבי"ד ודוק

²⁰⁹דעת הקצות בב"ד דחזקת ממון יסודה הוא מדין חזקה כחזקת איסור אלא דעדיפא ואלוימא מינה עיין בקצה"ח בסי' רפ בהסבר הדבר ולכן אף דבעלמא רובא וחזקה רובא עדיף חזקת ממון עומדת נגד הרוב משום דחזקת ממון אלימא ואף כאן בשיטתו אזיל דחזקת ממון חזקה אלימא היא

²¹⁰ולא ברור כוונת התומים והקצות שם שהקצות הבין כוונת התומים בתפס בעדים וצ"ע דאם כן למה זקוק הנפקד למגו כלל הרי אין אדם נאמן לתפוס משל חבירו בטענת חוב שאין עליו עדים וצ"ע

ועיין בר"י מיגאש בסוגיין דמשמע מלשוננו דהגדר בזה דהיכא דאיכא דין המע"ה לא מהני מגו ועיין בלשון הרמב"ן בשבועות בדף מב בזה וכפה"נ דעתו שם דלא אמרינן מגו להוציא ודלא כמסקנת דבריו בסוגיין ואף שם משמע דדין מגו להוציא מישך שייך בדין המע"ה.

עיין בתשובת הרשב"א ח"ג סי' שנג שדן שם באורך בענין מגו להוציא הועתק כל התשובה בעמ' הבא ועיין שם שביאר הטעם למה לא אמרינן מגו להוציא וצ"ב כוונתו ועיי"ש במה שכתב לדון דבאומר את בתי נתתי לאיש הזה לא הוי מגו להוציא ממש מאנשי דעלמא עיין שם ומשם מבואר דאין ענינו משום חזקת ממון דלא שייכא בה כלל עיי"ש וצ"ב מה כוונתו שבא לאפוקי מאנשי אחריני דאין משמע כלל דהכוונה לחזקת איסור אבל מצינו בכ"ד שהוצאת אשה מבעלה חשובה כהפסד והוצאה ממנו ואכ"מ

תוד"ה והלכתא וכו' בדברי התוס' בספיקא דתו"ת וספד"ד נתבאר לעיל בעמ' קודם ראה שם.

שם ונראה לר"י וכו' מגו להוציא מחזקת מרא קמא הנה מבואר בסוגיין למסקנא דבארעא מהני מגו ונחלקו ראשונים בטעם הדבר. שיטת התוס' ראה בדבריהם שכתבו דאית לן לאוקמי בחזקת מרא דקיימא השתא וצ"ב דהרי לעיל מינה כתבו דליכא למימר דיזכה מספק בתפיסה דקרקע בחזקת בעליה עומדת ואמאי מועיל מגו וצ"ל דתפיסה מיהא אית ליה אלא דאינה עומדת במקום חזקת מרא קמא אבל בצירוף המגו מהניא ואולם יעויין בקצה"ח בסי' פב סק"ג שכתב דמגו מהני להוציא קרקע אפילו אם אינו יושב בקרקע כלל ומשום דבקרקע ליכא ענין תפיסה כלל אלא חזקה דמ"ק לחוד ומגו מועיל נגד חזקת מרא קמא שאינה אלימא כחזקת ממון וכעיי"ז כתב בסי' ר"פ דאף רוב מועיל בממון נגד חזקת מ"ק דאין לה העדיפות דחזקת ממון

ועיין ברבינו יונה שפירש באופ"א, וכעיי"ז ברא"ש דכבר זכה בקרקע בתביעתו קמא עיי"ה שטר המזויף ולהכי הוי מגו להחזיק, ועיי"ש"ה בכ"ד מה שפירש בזה בסברות רב יוסף ורבה והדברים צריכים עיון ועיין ברשב"א בכ"ז.

שם בתוס' ובהכותב דאמר וכו' שאני התם דאיכא שטרא צ"ב תירוצם דמה בכך שיש לו שטר הא הוי מגו להוציא ונחלקו בזה אחרונים דיעויין בקצה"ח בסי' פב סק"י שנקט בכוונתם דהטעם משום דהוי שטר כגבוי וציין לתשובת הרשב"א במיוחסות סי' ק שכתב שם הרשב"א להדיא דמהני מגו להוציא בשטר זטעמא דמילתא משום דשטרא מוחזק הוא וכאילו ממון הכתוב בו מוחזק ביד המלוה וביאר שם דאף דקיי"ל כב"ה דשטר העומד ליגבות לאו כגבוי דמי הכא אינו גבוי ממש אבל חשיב כמוחזק

ואולם בסי' קנ סק"ב הביא הקצות בשם מוהר"ח ש' שהקשה דהא קיי"ל דשטר העומד ליגבות לאו כבוי דמי ולכן ביאר המוהר"ח ש' דברי התוס' דהמגו מהני להוציא היכא דאית ליה חיזוק בשטר עיי"ש. וראה לעיל בתוס' שכתבו דמהגו לא מועיל להוציא אלא להחזיק או היכא דאית ליה ראייה דשטר או חזקה וזה בא לפסול ראיתו וי"ל בכוונתם דהמגו מעמיד ומקיים השטר וממילא גובה על ידי השטר ודוק.²¹¹

תירוץ הרמב"ן והרשב"א בזה: עיין ברמב"ן שתירץ דהתם הוי מגו לאוקמי ממונא דעיי' המגו נאמן על הממון שקיבל דסטראי נינהו וממילא גובה בשטר שבידו והוי מגו להחזיק וכ"כ הרשב"א.²¹²

²¹¹ ועיין בר"י מיגאש המובא בשיטמ"ק בכתובות דף יט ע"א שהקשה שם למה לא נאמן המלוה לומר שטר אמנה הוא במגו דמחילה ות' וז"ל א"נ י"ל וכו' אבל הכא במאי דקא טעין המלוה בשטר זה שהוא שטר אמנה ומפקינן לשטרא מחזקיה לא אליהם (דחיה) [כוחיה] דהאי מגו להימוניה ולאפוקי שטרא מחזקיה וכו' משום דכי אמרינן מגו לסלוקי חששא ולאוקמי מילתא אחזקה אבל לאפוקי לא אמרינן מגו. עכ"ל

²¹² ויש להקשות בסתירת דבריהם דיעויין ברמב"ן בשבועות בדף מב שכתב בשם הר"י מיגאש שסובר דאף באיכא עדים שנתן לו מעות נאמן לומר סטראי במגו דיכול לומר במתנה נתתם לי והקשה עליו הרמב"ן דהוי מגו להוציא עיי"ש ודברי הרמב"ן תמוהים מאוד דהרי במגו דלהד"ם נמי הוי מגו להוציא ובהכרח צ"ל וכמש"כ הרמב"ן כאן דכיון

בגמ' ההוא ערבא יל"ע מה נסתפק רב אידי בר אבין ומ"ש מדלעיל ועיין ברשב"ם בד"ה כה"ג מאי, מה שכתב בזה ודברי צריכים ביאור וצ"ע ועיין בריטב"א שכתב דלא נסתפק בדבר אלא דרצה לידע אי סבר אביי כוותיה. ועיין רבינו יונה בסוגיא דעיל ודברים שם צריכים ביאור.

יל"ע בגמ' אי לשון זה דהדרת שקלתינהו מינאי הוא דווקא ובאמת רק אם החזיר לו אותם המעות נסתפק רב אידי או לאו דוקא באותם מעות ויל"ע עוד דלכאורה הוי מגו מממון לממון שמכח שהיה יכול לקיים חובו שבשטר תובע עתה מלוה אחרת וי"ל בזה לב' האופנים או דבחוב ל"ש כלל ממון דתביעתו אחת היא ממוני גבך או דכיון דהחזיר לו אותם מעות עצמם חשיב כחד ממון ויעויין בשיטמ"ק בב"מ בדף ו ע"א בשם תלמיד רבינו יונה שכתב שם דהפה שאסר מהני להוציא ממון היכא דחזקת הנתבע היא מכח מה שאסר התובע אבל מגו בעלמא לא כדאמרינן הכא בההוא ערבא וכו' עייש"ה ומשמע מדבריו דמגו דההוא ערבא הוי הפה שאסר עייש"ה ודוק.

העתק תשובת הרשב"א ח"ג סי' שנג

שאלת למה אמרו מגו לאפוקי ממונא לא אמרי' מה ראו לומר כן והא מגו דאורייתא הוא, והדעת נותנת דקושטא הוא דקאמר דאלו רצה לשקר היה עומד בטענתו הראשונה ויאמר שטרא מעליא הוא ומה לי לאפוקי ומה לי לאוקומי.

תשובה בעקר הדין אי אמרי' בעלמא מגו לאפוקי ממונא או לא נחלקו בו כל גדולי המורים, ונראה עיקר כדברי האומר דאפילו לאפוקי אמרי', וסבור אני שעמדת על דברי אלו ואלו ועל ראיותיהם, אבל מדרך הסברא היה ראוי יותר לומר דלאפוקי ממש לא אמרינן שאינו מן הדין שנוציא ממון מזה בטענה (או) זו מפני שהיה יכול לטעון מה שלא טען, ודי אם נאמר כן להעמיד, ואפילו בדבר שהוא עומד בחזקת הבעלים במגו דאי בעי אמר אנא זבינתה מינך וכיוצא בזה אע"ג דקרוב הוא זה לאפוקי ממונא משום דקרקע בחזקת בעליה עומדת, אבל לאפוקי ממש לא, ומה שבאו לסמוך עליו תחילה לומר דמגו דאורייתא לאו לאפוקי ממש שמעינן מיניה דהא מבתי נתתי לאיש הזה באו ללמוד ואת בתי נתתי לאיש דאסרה אכולי עלמא, וכי אמר הזה התירה והוציאה מכולהו אינשי אחריני דעלמא לאו אפוקי ממש הוא. אלא שרוב הראיות מראות דאפילו לאפוקי אמרינן ומההיא דשטרא זיפא הוא דאסיקנא ארעא היכא דקיימא תיקום זווי היכי דקיימי לוקמוה ליכא לא סיעתא ולא תיובתא, דהתם טעמא כדקאמר רב יוסף אמאי קא סמכת לאפוקי ממונא אהאי שטרא, האי שטרא חספא בעלמא הוא, ולולי שטר זה ממש לא היינו גובין מזה כלום, נמצא שבשטר זה המזויף אתה בא להוציא ממון, ואינו בדין זה כמגו דעלמא, שאנו מאמינין שבמה שבא להוציא ממון בשטר שנודע שהוא שקר אינו בדין שנאמין אותו במה שטוען להוציא ממון, ודי אם נאמין לאוקומי כמו בקרקע שהוא מוחזק עכשיו בידו, ועל דבר זה נחלק רב יוסף אפילו בארעא. ותדע לך דהתם לאו במגו דלאפוקי קא מפלגי כדדייקי מינה הנך רבוותא ז"ל, דהא רב יוסף לא תלי כולה טעמא אלא בריעותא דההוא שטרא ולא בלאפוקי ממונא. וכבר עמדו הראשונים ז"ל על אותה הלכה והקשו על רב יוסף דמשמע להו דלית ליה מגו, ונתחבטו עליה, ואני קצרתי לך הדברים כאן. ועוד יש למקצת מרבתי ז"ל באותה הלכה פי' לתרץ בה קושיא זו, ואולי כבר עמדת על אותן הדברים, ואין זה מקום אריכות ע"כ

סוגיא דרבה בר שרשום

בגמ' נפיק עליה קלא וכו' ארעא דיתמי פשטות הגמ' משמע שיצא הקול עתה שאוכל קרקע יתומים ואולם ברשב"ם בסוף הסוגיא מבואר דהך קול הוי מחאה בחזקתו והחזקה הרי היתה בחיי האב ובהכרח שמחיים יצא הקול ועיין ברא"ש בסי' יח שהביא דרב האי גאון פירש כהרשב"ם והביא שרבינו יונה ביאר דבריו

דנאמן על המעות ל"ה להוציא אלא להחזיק ואם כן ה"ה במגו דמתנה ונראה לחלק בזה בין מגו דלהד"ם דהוי הפה שאסר לבין מגו דמתנה דבמגו דלהד"ם דהוא אמר שקיבל מעות והוא אמר סטראי לא איתיליד כלל ריעותא בשטר אבל היכא דאיכא עדים בנתינת המעות כבר איתרע שטרא והמגו הוי מגו להוציא ודוק

דהקול יצא מחיים שהקרקע במשכנתא אצלו לשנים ידועות ועתה כשכלו השנים ולא החזיר יצא הקול שהוא בגזל בידו עיי"ש.

ברשב"ם ד"ה וכו' של עדות אמת לכאורה כוונתו כהרמב"ן **דיעויין ברמב"ן שהביא בשם הר"ח** שסובר כהרשב"ם להלן בסוגיא דהקול הוי מחאה בחזקתו **וביאר הרמב"ן** דלפי זה צריך שיהיה קלא דלא פסיק והוחזק בבי"ד ולא הברה בעלמא - **עייין בסוגיא בגיטין דף פט בזה** - וז"ש הרשב"ם קול שעדות אמת ועייין ברשב"א שחולק על הרמב"ן.

בגמ' והווי' לי זוזי אחריני גביהו וכו' הבא ליפרע וכו' הנה הך דינא דהבא ליפרע מנכסי יתומים לכאורה לעולם אינו שייך אלא במלוה בשטר, דבמלוה ע"פ הרי ממ"נ אי מת האב תוך הזמן גובה בלא שבועה **כדאיתא לעיל בגמ' להדיא בדף ה ע"ב** ואי מת לאחר הזמן וטוענים ליתומים פרוע ואולם דעת הראב"ד דאין טוענים ליתמי פרוע ביומא דמשלם זימנא ולדידיה משכח"ל הך שבועה במלוה ע"פ כשמת האב ביומא דמשלם זימניה **ואולם הרשב"ם כאן כתב** דדין הסוגיא הוא בין במלוה ע"פ בין במלוה בשטר ותמהו הרשב"א וש"א דהרי בע"פ לא משכח"ל וכו"ל **ועייין בחידושי הגר"נ תירוצ' נפלא בשם הגר"ח שמואלביץ זצ"ל** דהכא אביי הוא מרא דשמעתא ולשיטתו דאדם עשוי לפרוע תו"ז וי"ל דאף לדידיה מיתמי גבינן דלא טענינן להו פרוע תו"ז דלא שכיח וא"ש ועדיין צ"ע דברשב"ם משמע דלא בא לפרש פשט נוסף בגמ' אלא דבא לומר דין להלכה וצ"ע.

דף לג ע"א

בגמ' אלא אכבשיה לשטר משכנתא נחלקו הראשונים בפשט הגמ' מה היתה כוונתו של רבה בר שרשום דדעת רבינו יונה והרמב"ן דנתכוין לאכול תחילה הפירות ורק לאחר שיאכל כדי חובו יבוא לבי"ד ויודה שהיתה של היתומים וכפשטות לישנא דגמ' אבל דעת הר"י מיגאש דנתכוין לבוא עתה לבי"ד קודם שאכל ולומר דברים כהווייתם.²¹³

שיטת הרמב"ן ורבינו יונה הרמב"ן ורבינו יונה תמהו לשיטתם למה הוצרך לעשות כן ולא בא לבי"ד כבר עתה להיות נאמן במגו דלקוחה ולאכול בשופי. ותירצו בזה בחמשה אופנים וכמו שיתבאר.

תירוצי הרמב"ן: ועייין ברמב"ן שתירץ בזה בשני אופנים האופן האחר דאף שיבוא עתה לבי"ד במגו לא יהיה נאמן דאין דנים קטנים דכשלא בפניהם דמיא ולא תתקבל טענתו ואף כשיגדלו לא יוכל לטעון כן שנית שכבר אבד מגו דידיה²¹⁴ **ולמדנו מדברי הרמב"ן** דלא מהני מגו חוץ לבי"ד **והאחרונים הקשו סתירה ברמב"ן** מהסוגיא בדף ל ע"א שכתב דהפה שאסר דמוכר מהני ללוקח מה שאמר לו המוכר שקנאה

²¹³ וברמב"ן ורבינו יונה מבואר שהיה משמע להם כן בפשט הגמ' ומחמת לשון הגמ' אוכלה שיעור זוזי וצ"ב לדעת הר"י מיגאש, וביותר תמוה שהראב"ד [בתשובה המובאת בספד"ת שער מט ח"ב אות ב] הקשה מסוגיין על שיטת הגאונים שאין מועיל מגו לנטול ותירץ דצ"ל דמיירי שכבר אכל ותמוה דאדרבה לשון הגמ' משמע כן ומאי הוקשה לו כלל הרי סיוע יש כאן ולא קושיא.

אכן יעויין בר"י מיגאש בסוגיין [המובא בשיטמ"ק] שהעתיק לשון הגמ' ויש לו גרסא אחרת וז"ל ואמינא אי מהדרא ארעא וכו' אנקוט להאי משכנתא עד דאכילנא מינה שיעור זוזאי ולא יכלי יתמי לאפוקה מינאי עד דאכילנא מינה שיעור זוזי דמגו דאי בעינא וכו' עכ"ל ולגרסא זו משמע להדיא שרצה לבוא לבי"ד קודם שאכל ולכן לא יוכלו היתומים להוציאה מידו עד גמר אכילתו.

²¹⁴ ומדברי הרמב"ן מוכח דהטעם דמגו למפרע לא אמרינן אינו משום דליכא מה לי לשקר שהרי כאן הרי יש ודאי מה לי לשקר שכבר בשעה שהודה היינו כשהיו קטנים כבר אמר דזוזי אית לי גביה אבוהון ואף שאז לא נתקבלו דבריו אבל נקבל דבריו לכשיגדלו ומאי איכפת לן דאז המגו הרי יש מה לי לשקר ולכאורה מוכח מכאן דהחסרון הוא בכח הנאמנות שכבר אבד לו כשהודה בקטנותו ודוק.

מהמערער במגו דלהד"ם אף שהיה הדבר חוץ לבי"ד וידוע לבאר דבזה חלוק דין מגו מפה שאסר דמגו הוא דלא מהני ודוק האופן השני ברמב"ן על פי יסוד הגאונים שכתבו והובא דבריהם ברמב"ן בשבועות בריש כל הנשבעים ובראשונים כאן ולהלן בדף לו ע"א דכל נטל מחברו חייב שבועה חמורה שתקנו חכמים בכל נטל ואף היכא דאית ליה מגו מכל מקום נשבע שאין מגו מועיל לפטור משבועה זו ולפי זה ניהא הכא דאף שבא ליטול במגו חייב לישבע ולאחר שאכל הרי הוא פטור מן השבועה ולכאורה הא דפטור מן השבועה לאחר שאכל לדעת הרמב"ן הוא משום דלא שייך בזה שבועת הגאונים שלא תקנו אלא בבא ליטול וזה כבר נטל ואכל וכ"מ ברשב"א ובר"ן דזה הטעם ואולם ברמב"ן לא נראה כן עיין בדבריו שכתב דלאחר שאכל נאמן שכל דיני מגו כך הם שאם יתבעוהו היתומים וכו' עיין בדבריו וצ"ב דממ"נ אי חשיב נטל אף אחר שאכל ומשום דנטילתו גופא אנו דנים שהתה שלא כדין אם כן לא יועיל המגו ואם לא חשיב נטל מה הוצרך להסבר זה וצ"ע²¹⁵

ויש להקשות בדברי הרמב"ן תמיה עצומה דהכא דין זה דשבועת הנוטלים לא שייך בשטר שהגובה מחברו בשטר אינו צריך לישבע אם לא שיאמר לו אישתבע לי דלא פרעתין והכא לא שייך כלל שבועה זו שהרי היה שטר בידו ואין כאן אלא שבועה דהבא ליפרע שעליה מועיל מגו ליפטר ממנה ובאמת שברבינו יונה הובא תי' זה על פי הגאונים בסגנון אחר ושם נראה דלא חל הכא שבועת נוטלין אלא משמע מדבריו דכמו שחידשו הגאונים שמגו לא מועיל ליפטר משבועת נוטלים ה"נ אינו מועיל כאן ליפטר משבועת הבא ליפרע כל זמן שהוא נטל וצ"ב אבל ברמב"ן לא משמע כן ועיין גם ברשב"א ובר"ן שמשמע להדיא דהכא איכא שבועת נוטלין וצ"ע.

ובגוף דברי הגאונים יל"ע דהא סו"ס אית ליה מגו ומדוע באמת אינו נטל בלא שבועה, ועמד בזה בביאור הגר"א בסי' עב סקפ"ו והביא שם דברי הרא"ש שכתב דטעם הגאונים לפטור מן השבועה הוא משום דלאו אגופיה דמשכון קא טעין, ותמיה על זה הגר"א דאף במקום שאינו נאמן כלל מהני ליה המגו וכ"ש ליטול שלא בשבועה הכא ולכן פירש הגר"א דדעת הגאונים היא דמגו לאפטורי משבועה לא אמרינן ולהכי אין מועיל המגו. וכדברי הגר"א מבואר במאירי בסוגיין. ואולם מדברי הרמב"ן דידן וכן בשאר מקומות מבואר דלא זהו טעמם של הגאונים אלא כהרא"ש דאף דבעלמא אמרינן מגו לאפטורי משבועה שאני שבועה זו, וצ"ע טעמם בזה.

תירוצי רבינו יונה ועיין ברבינו יונה שכתב בזה שלשה תירוצים: האחד דהוי מגו להוציא אף שהקרקע בידו כיון שבא לתבוע חוב שלו ואין לו טענה בגופה של קרקע התירוצ השני דהוי מגו ממון לממון שמכח טענתו שיכול היה לטעון על הקרקע לקוח רוצה להיות נאמן על חוב אחר.

ויעויין בגמ' לקמן בדף לו ע"א שהתופס עיזי וטוען שהיזיקוהו וחיב לו זה מנה במגו שיכול היה למימר לקוחים הם בידי נאמן וחזינן דמהני מגו כה"ג ולא הוי להוציא ואף לא ממון לממון **ועמד בזה רבינו יונה וביאר לשני התירוצים** דדוקא בקרקע אין מועיל המגו כה"ג אבל אם יש בידו משכון מטלטלין נאמן לטעון שמשכון הם בידו לחובו במגו דלקוח, וביאר החילוק דבמטלטלין איכא בהמטלטלין דין משכון ובקרקע ליתא משום דאין תפיסה בקרקע שבחזקת בעליה היא **ועיין כע"ז בתוס' בב"מ דף סז ע"ב ד"ה ושביעית**

²¹⁵ ואפשר דכוונתו דבעלמא אף אחר שאכל חייב שבועת נוטלים דהרי הפירות הללו שאכל מודה הוא שאין גופם שלו אלא שבא בטענת חוב ושטר לו עליו וכה"ג דנים בי"ד על החוב ולא על הפירות ובחוב נטל הוא אבל במגו נאמן לטעון על גוף הפירות ששלו הם בלא לדון כלל על החוב [שאם היינו דנים עליו לא היה לו מגו דהוי מגו ממון לממון] וזהו שביאר הרמב"ן שכל דיני מגו כך הם שאם יתבעוהו וכו' והיינו שבכחו להיות נאמן על הפירות והוי טענתו טענת פטור ולא תביעה על הממון ומדא גופא דמהני מגו למד כן מדלא הוי מגו ממון לממון ודוק.

וכו' שכתבו דליכא משכון דרבי יצחק בקרקע 'דשאני מטלטלי דתפיס בהו וקנה להו מדר"י וכו' ומשמע דהטעם דליכא משכון בקרקע הוא משום דליכא בה תפיסה וכ"כ בעה"מ בפסחים בסוגיא דלמפרע הוא גובה

ואמנם עדיין קשה דאף במטלטלין ליכא הכא קנין משכון דהיאך יכול לזכות במשכון שלא מדעת הלווה וראה ברבינו יונה בסו"ד שכתב להדיא דהכא ליכא זכות לו במשכון אלא שעבוד כשאר נכסיו ומה"ט ומכל מקום הוי מגו להחזיק ובאותו ממון ולכאורה צ"ל משום דתובע במגו לקים שעבודו במה שתופס אבל קשה טובא דאם כן אף בקרקע נימא כן ואמנם נחא דהוי מגו להוציא אבל אמאי הוי מגו ממון לממון וראה ב'עלה בדינינו' מה שביאר בזה רבינו יונה וצ"ע²¹⁶

התירוץ השלישי כתב רבינו יונה על פי דברי הגאונים וע"ד הרמב"ן ואמנם מדבריו משמע קצת דהכא ליכא שבוטת הגאונים ממש אלא דלא מועיל לו המגו ליפטר משבוטת הבא ליפרע כיון שהוא נוטל, וצ"ע הסברא בזה ובאמת גוף סברת הגאונים סתום מאוד למה לא מועיל מגו ליפטר משבוטת זו אחר דמגו לאפטורי משבוטת אמרינן וכמש"כ בזה לעיל וצ"ע.

ודע דדברי רבינו יונה הובאו בטור בריש סי' קנ בקיצור, והאחרונים שלא ראו דברי רבינו יונה במקורם האריכו הרבה בדעתו, והש"ך שם בסק"ג סובר דליכא לרבינו יונה כלל חילוק בין מטלטלי לקרקע, והוקשה לו להש"ך דאין טעם לחלק בין מטלטלי לקרקע דבקרקע נמי אחר שהחזיק בה שלש שנים הרי הוא תפוס בה כמטלטלי [והוסיף שם להלן בתו"ד דאי משום דכשהודה הרי היא בחזקת בעליה אף המטלטלי נימא בהו כן ואלא משום דתפוס בהם אף בקרקע כן כיון שאכלה שלש שנים] ומבואר מדברי הש"ך שסובר דבקרקע האוכלה מוחזק בה אחר שלש אף שאין לו חזקה עם טענה בגופה של קרקע ותמוה מאוד דעתו בזה דהרי אחר שאין לו חזקה עם טענה מה לי אם אכלה שלש שנים או יום אחד ומה טעם לומר דבשלש שנים הוי מוחזק טפי וצ"ע.²¹⁷ והקצות שם בסק"ב השיג עליו וביאר דדדוקא בקרקע לא מהני מגו דהוי מגו להוציא, וכבר העירו בזה הרע"א והגהות אמרי ברוך דברבינו יונה שלפנינו מפורש כהקצות וגם מפורש דיש עוד חילוק דבקרקע חשיב מגו מממון לממון עיי"ש בכ"ז ועיין בקוב"ש בסוגיין.

והקצות כתב שני טעמים לחלק בין קרקע למטלטלי, האחד דבקרקע במקום שאין לו חזקה עם טענה הרי אין לו אף תפיסה בקרקע ומשא"כ במטלטלי שהוא תפוס בהם ועוד טעם כתב משום דבמטלטלי קונם למשכון ומשא"כ בקרקע דליכא בה דין משכון וראה מש"כ בזה לעיל דמדברי רבינו יונה שלפנינו מבואר דלא מדין משכון אתי עלה, אלא מדין תפיסה וכתירוצו הראשון של הקצה"ח.

ומצינו בסוגיא בכתובות בדף פה דאף דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי מ"מ אם תפס מחיי הלווה גובה אף לאחר מיתה ויל"ע מאי שנא אם תפס מחיים ובאב"מ בסי' צו סק"ד כתב דאדם יכול לזכות בתפיסתו קנין משכון במטלטלי חברו בעל כרחו ולהכי מהני התפיסה מחיים [ואזיל לשיטתו בקצות בסי' קנ סק"ב הנ"ל

²¹⁶ וכתב שם בעלה בדיניו דכיון שיכול לסלקו בזווי הוי מגו ממון לממון ותמוה דאף במטלטלין נימא כן ונראה החילוק דבמטלטלי שהוא תפוס ונתבע הרי הוא רוצה למכרם בחובו בזה נאמן במגו לקיים זכותו בהני מטלטלי אבל בקרקע אינו תפוס בה וכשבא לתבוע אין בו הכח להעמיד תביעתו על הקרקע שהרי אין לו זכות בגופה ועל החוב עצמו אין לו מגו דהוי ממון אחר ודוק היטב.

²¹⁷ ועיין בש"ך בסי' קמו סק"ה שכתב דבחזקה שאין עמה טענה צריך התובע לישבע דכיון שהחזיק בה הלה שלש שנים הוי התובע נוטל ואזיל לשיטתו כאן דאף בלא טענה הוי מוחזק אחר ג"ש ועיין בש"ך בסי' עח סקט"ו שכתב שם דחזקה א"א פורע תו"ז משוי ליה מוחזק בממון וכמו חזקת שלש שנים שאחר שלא מיחה שלש שנים הוי חזקה שהוא שלו, וצ"ע.

בתי' השני] אך משזכינו לאור רבינו יונה עצמו הרי מפורש בסו"ד דהכא ליכא כלל קנין משכון אלא שעבוד בעלמא ומשמע להדיא דאי אפשר לקנות משכון בעל כרחו וצ"ע היאך מהני תפיסה מחיים בעלמא.

יש להעיר בגוף תירוץ השני שכתב רבינו יונה דהוי מגו מממון לממון ונקט בתוה"ד בפשיטות דבהנהו עיזי אינו יכול לתבוע מהשני מעות אלא רק למכור העיזי וכ"כ הפוסקים בכמה דוכתי והטעם דהוי מגו ממון לממון ויל"ע דהרי רבינו יונה עצמו הביא לעיל בסוגיא דשטרא זייפא הקושיא משנים אוחזים ולא תירץ דהוי ממון לממון וכתב שם כע"ז בשם י"מ וגם הם אין כוונתם לדין ממון לממון אלא סברא בהעזה שכאן לא שייכת כלל דהא חזינן שנאמן לגבי גוף העיזי וצ"ל דבממון לממון גמור ליכא מאן דפליג דלא הוי מגו אבל בשנים אוחזים לא חשיב ממון לממון דגדר ממון לממון מבואר ברבינו יונה זאינו יכול לזכות בממון מחמת שהיה זוכה בממון אחר והתם הרי בכל מקרה זוכה בחצי טלית ול"ש חצי זה או אחר אבל שם הנידון מחמת שהיה זוכה באותו ממון עצמו אלא שהיה זוכה על ידי **תביעה** בממון אחר וזוה נחלקו קמאי ודוק

שיטת הר"י מיגאש איתא בר"י מיגאש בסוגיין ונתפרש בחי' הרמב"ן בשמו דאח"כ ובאמת רצה לבוא לבי"ד קודם שאכל ומה דאיתא בגמ' אוכלה שיעור זוזי היינו דאף כשיבוא לבי"ד לא יוכל לגבות חובו ממקום אחר ולהחזיר להם הקרקע משום דאין נזקקין לנכסי יתומים קטנים, אבל באותה קרקע עצמה כיון דתפס לה לא מוציאין מידו להחזיר ליתומים ולא הוי בכלל דינא דאין נזקקין נוחה לכאורה רק לדעת ר"ה ברדרי"י אבל לדעת ר"פ דפריעת בע"ח מצוה לכאורה אין מקום לחלק בזה ואין כאן קושיא דאף התוס' כתבו דסוגיין דלא כר"פ שאל"כ אסור לו לאכול הפירות ובלא"ה הלכתא כר"ה ברדרי"י

ומדברי הר"י מיגאש מבואר דשייך תפיסה בקרקע לאכול פירותיה וחלה תפיסתו בגוף הקרקע וזה להדיא דלא כמש"כ רבינו יונה דאין לו תפיסה בקרקע וצ"ב במאי פליגי.

ועיין ברא"ש בסוגיין שמדבריו מבואר כהר"י מיגאש שרצה רב"ש לבוא לבי"ד קודם אכילת הפירות **כן הוכיח הש"ך מדבריו** בסי' קנ סק"ג ועיי"ש שהקשה הש"ך ע"ד הטור שהביא לדברי רבינו יונה דקודם שאכל לא מהני מגו אף דזהו נגד דברי אביו הרא"ש, והוכיח שם הש"ך מדברי הטור להלן דאף שהביא דברי רבינו יונה איהו לא ס"ל כוותיה עיי"ש וצ"ע.

ול"ע בעיקר דין הסוגיא שרצה לאכול הפירות בחובו ושלוש קושיות חמורות יש בזה הקושיא הא' היאך היה יכול לאכול הפירות הרי מטלטלי דיתמי לא משתעבדי ואף תפיסה אינה מועיל לאחר מיתה **ולכאורה צ"ל בהכרח** דחשיב גוביינא בקרקע מה שתופסה לאכול פירותיה וצ"ע **בזה**. וביותר קשה לדברי רבינו יונה שאחר שנחת לכל חילוקיו דכיון דאין תפיסה בקרקע הוי מגו לממון אחר וכו', אם כן היאך אכל בפירות הרי אין תפיסתו אלא בפירות והוי מטלטלי דיתמי דלא משתעבדי וצריך עיון גדול

הקושיא הב' היא שהרי פירות הללו שגדלו לא זו בלבד שמטלטלי נינהו אלא ממון יתומים הן ולא ירשו פירות אלו מאביהם אלא בשלהם גדלו ואם כן היאך יש לו בהם דין גביה כלל וזה פלא גדול **ועיין בנתי"מ בסי' קיב סק"ה** שעמד בשתי קושיות הללו **ועיין שם שכתב בזה חידוש גדול** והוא דכל זמן שיש בידם קרקע משועבדת איכא גבייהו שעבוד הגוף לשלם החוב כפה"נ כוונתו דגדר שעבודם דמחויבים לשלם מקרקע זו ולהכי יכול לתפוס מטלטלי דידהו כנגד שעבוד הגוף זה נואינו מובן כה"צ דכיון דשעבודו כלפיהם הוא דוקא על קרקע מסוימת והם לא גזלו וכפרו ממנו קרקע זו אלא כך דינם שאינם חייבים לירד עמו לדין בלא שבועה ובקטנותם אינם חייבים לירד לדין כלל אם כן היאך יכול לתפוס ממון אחר שלהם בלא שבועה מחמת זה אתמהא]

הקושיא השלישית הקשה חכ"א בעיקר דין הסוגיא מהא דנפסק בטוש"ע בסי' קג בסט"ז בטור ובס"ו בשו"ע דאין אדם יכול לירד לנכסי חברו בלא שומא דבי"ד ואינו רשאי לשום לעצמו ומקורו מתשובת הרא"ש שכתב דאם ירד לנכסי יתומים ואכל פירות גזלן הוא וברא"ש שם משמע דהטעם הוא בגלל השבועה שחייב

לישבע אבל הב"י שם בבד"ה כתב דלאו דוקא משום האי טעמא אלא משום דמאן שם לך שאין לו רשות לשום לעצמו וצ"ע אם כן היאך עשה כן רבה בר שרשום וירד מעצמו וצ"ע.

ושבו מצאנו שכבר הקשה כן בספר מקדש דוד על ב"ב הנדמ"ח והאריך שם בקושיא זו עיין עליו

וראינו לחכ"א [הגר"י שרייבר שליט"א בספר היובל לחת"ס] שפירש דינא דסוגיין דגביתו אינה בפירות כלל אלא בקרקע לפירות ואף דלא שייך בה תפיסה לדעת רבינו יונה וכנ"ל וזאת על פי דברי הגר"ח שיסד על פי הירושלמי שהנוטע בשדה הפקר הרי הפירות שלו ומה שבשדה חברו אינו כן הוא לפי שבעלותו של הלה מעכבתו ולפי זה במקום שיש לו רשות ליטול מחברו הרי יכול ליטול הקרקע לגדל בה פירות וזו הית גביתו של רבה בר שרשום ואף דבעלמא אמרינן מאן שם לך כ"ז הוא כשרוצה לזכות בדבר בקנין וגוביינא ידידיה היא על ידי קנין אבל הכא שגוביינא ידידיה היא על ידי שמגדל בעצמו הפירות וממילא נפרע חובו בזה לא שייך לומר מאן שם לך שאין גביתו חלה על ידי קנין ונטילת ממון הלה אלא מאליה היבא באה על ידי שמגדלם לעצמן

ולדרך זו מיושב נמי שתי הקושיות הראשונות, שהרי נמצא דגוביינא ידידיה לא בפירות היא אלא בקרקע לגדל בה פירות וכיון שכן הוי קרקע שירשו מאביהם ובע"ח גובה אותה מהם.

בנמ' דהא איכא קלא דארעא דיתמי היא ראה ברשב"ם ותוס' שנחלקו בפשט הגמ', דלדעת הרשב"ם מכח הקול אינו נאמן בטענת לקוח ולדעת התוס' באמת נאמן אלא דליכא מגו.

ועיין בקצוה"ח ונתייה"מ בריש סי' קמו שנחלקו במקום שהמחאה אינה מחאה כדין אבל המחזיק לא ידע מזה וסבור היה שהמערער מחה כדין אם בטלה חזקתו מכח הריעותא דאחוי שטרך אף שבאמת לא היה כאן מחאה. ויל"ע אם שייך זה למחלוקת הרשב"ם והתוס' כאן **וע"ע ברבינו יונה ודוק**.

שיטת הרמב"ם בסוגיין עיין ברמב"ם בפ"ד מטוען ה"ח וה"ט והנה הרמב"ם חילק בהלכה דסוגיין לתרי הלכות ובראשונה כתב דהיכא דהחזיק בחיי היתומים [נדאו לית ליה דין חזקה כלל ומשום דאין מחזיקין בנכסי יתומים וכמש"כ שם הרמב"ם בהלכה לעיל] נאמן לומר משכנתא במגו דלקוח ונאמן בלקוח במגו דלהד"ם [נכך פירש דבריו הראב"ד שם] וסתם הרמב"ם בהלכה זו ולא פירש אם צריך לישבע או לא והוסיף וביאר דאם יצא קול שהיא של אביהם תו אינו נאמן **ובה"ט** כתב הרמב"ם דהיכא שהחזיק בחיי אבוהון נאמן במגו דלקוח ופירש הראב"ד דכוונתו אף אם יצא הקול שהיא של אביהם ומשום דכה"ג אינו צריך למגו דלהד"ם ובזה הוסיף הרמב"ם דאינו צריך שבועה כלל.

והראב"ד השיג על דברי הרמב"ם אלו ארבע השגות, **ההשגה הראשונה** דאם מיירי כה"ג דליכא עדי אבות מדוע כתב הרמב"ם דנאמן מגו דלקוח [ולקוח מגו דלהד"ם] ה"ל בפשיטות דנאמן בטענת משכנתא במגו דלהד"ם.

וכעי"ז מבואר גם ברמב"ם בפ"ט מטוען ה"ב שכתב שם דאומן נאמן לומר שתיים קצצת לי במגו דלקוח ולקוח גופיה נתבאר שם ברמב"ם דנאמן במגו דלהד"ם ותמוה א"כ למה לא כתב בפשיטות דנאמן על הקציצה במגו דלהד"ם. [ודמייא לעובדא דידן דחזינן דמגו בטענה חיצונית שאינה בגוף החפץ אינו מועיל בלה"ם רק בלקוח]

ועיין באבהא"ז כאן שפירש דברי הרמב"ם וביאר דבאמת מגו דלהד"ם מגו גרוע הוא שירא לומר להד"ם פן ימצא הלה עדים [וכ"כ להדיא הרא"ש לעיל בסוגיא בדף ל דמגו דלהד"ם מגו גרוע הוא שירא לומר להד"ם] ומ"מ לקוח במגו דלהד"ם מועיל מדין הפה שאסר וביאר שם האבהא"ז דהפה שאסר בעלמא מועיל אף היכא דליכא מגו ולכן אף דירא לומר להד"ם מהני הפה שאסר. וכן ביאר גם דברי הרמב"ם גבי אומן והאריך שם לבאר שיטתו שהפה שאסר אינו מדין מגו.

ואולם יעויין בעיטור בהלכות מודעה [דף מה ע"ב] שכתב בסוגיא דקמי ידידה דאמרינן תרי מגו והוכיח כן מהא דאומן נאמן על הקציעה במגו דלקוח ולקוח מגו דלהד"ם. הרי להדיא דמדין מגו הוא דנאמן ובראשונים במקומות רבים מבואר שהפה שאסר מדין מגו הוא ושלא כדברי הגרא"ז בזה ואכמ"ל.²¹⁸

ואמנם ע"ד הגרא"ז אפש"ל דאף דהפה שאסר מדין מגו הוא מ"מ קיל ממגו בכמה פרטים [וכמו דחזינן ברמב"ן בדף לג ע"ב דאף דמגו לחצי טענה אינו מועיל הפה שאסר מיהא מועיל] ומשום דהוי מגו אלים טפי שהאוסר הוא פיו שאסר וע"י המגו אנו מקבלים איסורו רק כפי שהתיר ובזה סגי במגו קלוש טפי ולכן לקוח במגו דלהד"ם מהני אף שהוא מגו גרוע אבל לא משכנתא במגו דלהד"ם ולכן כתב הרמב"ם דמשכנתא מהני במגו דלקוח.

תוד"ה מגו וכו' עיין ברא"ש שחולק על התוס' וסובר שעבדינן טענינן להשביע היסת ולכאורה אזיל בזה לשיטתו בריש פרק שני בכתובות דלטענינן יש כח דטענת ברי, ועיין בקוב"ש כאן שביאר בסברת התוס' על פי המבואר בתשובת הרא"ש בכלל צט סי' ז דלא טענינן ליתמי להוציא וכ"כ הראשונים בכ"ד ליסוד זה, וה"נ הכא הרי הוא המוחזק ואנו טוענים להם להשביעו היסת והוי כטענינן להוציא.

ובחי' רבי ראובן בסי' ה הקשה בסתירת דברי התוס' והרא"ש אהדדי דיעויין בתוס' לעיל בדף ה ע"ב סוד"ה ואע"ג וכו' שכתבו דמסוגיא דהתם מוכח שהתובע חברו בשטר אין הנתבע יכול לומר לו אשתבע לי דלא פרעתין ובפשטות כוונתם להוכיח דאם הוא יכול לומר כן אף ליתומים נטען כן וזה סתירה לדבריהם כאן שמוכח מדבריהם דלא טענינן להשביע היסת ולכאורה ה"ה שבועה דאשתבע לי דמ"ש ויעויין שם ברא"ש שכתב דהטוען פרעתין תו"ז אף דאינו נאמן צריך המלוה לישבע היסת אבל ביתומים אינו צריך דלית להו טענת ברי ותמוה דנעבד להו טענינן כדהכא ומוכח מדבריו דלא טענינן להשביע היסת וזה שלא כדבריו כאן רצ"ע.

ועיי"ש שתירץ בסתירת הרא"ש דהתם פרעון תו"ז הוי מילתא דלא שכיחא ולהכי לא טענינן להו ומשא"כ הכא ועיי"ש עוד בזה ועיין בהגהת הגר"א בסי' עח סקט"ז בליקוט. [ומדבריו משמע דהטעם דלא טענינן להשביע הוא משום דהוי טענינן להוציא ולהכי בנוטל טענינן להשביע כיון שאין הטענינן להוציא עיי"ש ודוק והגר"ר לא הבין כן בדבריו]

ויל"ע בסתירת דברי הרא"ש שהרי בתשובה הנ"ל כתב דלא טענינן להוציא וכאן כתב דטענינן להשביע היסת ולכאורה יש לחלק בין הוצאת ממון לתביעת שבועת היסת. ועדיין צ"ע דלכאורה עיקר הסברא דלא טענינן להוציא לכאורה הפשט דאף אי טענינן ברי אבל לא הוי אלא ספק ברי וזה מוכרח בסברא דהרי סו"ס לא ידעינן אם היה האב טוען כן או לאו והיאך נוציא ממון מספק. וטעם זה הוא טעם חזק שלא להשביעו אף היסת שהרי אי אפשר לכופו לישבע מספק וצ"ע ודוק.

בגמ' קריביה דרב אידי וכו' וראה ברשב"ם וברבינו גרשום פירוש הרשב"ם תמוה מאוד דהרי איכא הכא הודאת בעל דין ומאי שנא משאר הודאות בעלמא ועיין בשיטמ"ק בשם תוס' רא"ש שהקשה כן על פירוש רשב"ם, ועיין בגידולי שמואל ועוד מחברים שכתבו דהרשב"ם סובר כהמהר"י בן לב המובא בקצה"ח בסי' לד שהודאת בע"ד מדין התחייבות היא ודעתו היתה להתחייב על הפירות בלבד, אך לכאורה אין לפרש כן דהרי ודאי שאין הדבר תלוי בדעתו וכמו שהוכיח הקצה"ח שם מהאומר לא לויתי שאין דעתו להתחייב כלל ובהכרח דאף להמהר"י בן לב אין הדבר תלוי בדעתו.

²¹⁸ ושיטת הרמב"ם בסוגיין יסודותיה חצובים מדברי הר"י מיגאש בסוגיין עיי"ש והר"י מיגאש עצמו כתב בכתובות דף יח והובאו דבריו במאירי שם שהפה שאסר ומגו על ענין אחד הם אלא שהפה שאסר בא היכא דליכא תובע ומגו במקום תביעה.

ואפשר דכוונת הרשב"ם דלא נתכוין כלל להודות ואיכא אומדנא דדעתו למתנה ולא להודאה אך צ"ע דאם כן גם מהדקל יוכל לחזור בו ולא משמע כן ועיין במהרש"א בדברי הרשב"ם בע"ב דמשמע מדבריו דהרשב"ם קאי כהפי' הראשון בתוס' וצ"ע.

ברשב"ם ד"ה אתא וכו' מבואר מהרשב"ם דהכא קודם שהודה היה הדין כדא"ג וכן פשוט לכאורה ועיין ברמב"ן בסוף הסוגיא שכתב דדינא בחלוקה, וצ"ב דהרי ליכא דררא דממונא וליכא מוחזק ובאין דררא דממונא עבדינן בעלמא כדא"ג ולא חלוקה, וצ"ל דכיון דתרווייהו מודו אהדדי דכ"א מהם קרוב חשיב כדררא דממונא להסתפק איזה מהם קרוב טפי, אך הנה יל"ע היאך יהיה דינא אם יבוא שלישי לומר שהוא קרוב ויכחישם לאמור שאינם קרובים כלל ודינא עמו יהיה כדא"ג ואפשר שכה"ג גם בינא לבין עצמא יהיה הדין כדא"ג ודוק.

תודה ה"ג וכו' וגרסת ר"ח נראה לר"י עיקר וכו' מבואר מדברי התוס' דמגו מהני לספק במקום הודאי לכו"ע ורק נחלקו בגררת הקרקע והפירות, וראה להלן בדברי הראשונים בזה ועיין בקצה"ח בסי' רפ סק"ב שהביא שם דברי התרה"ד דבדין א"ס מו"מ ודאי אף רוב לא יהני לספק דחשיב הודאי כחזקת ממון שאין רוב מוציא ממנה ועיין שם בקצה"ח שנחלק עליו וקשה על התרה"ד דהרי כאן בתוס' מבואר דמהני מגו נגד א"ס מוציא מידי ודאי וכו"ל, וחזינן דאין כח הודאי כחזקת ממון ואמנם י"ל דמהני מגו נגד חז' ממון כאשר אינו מוציא בפועל.

שם בתוס' ורבא ואב"י סברי וכו' עיין בקובץ שיעורים אות קמד שביאר דהוא בגדר פלגין נאמנות להאמינו על הפירות ולא על הקרקע ולפי"ז לדעת אב"י ורבא הוי פלגין אתולדה ועיין בתשובת הריב"ש סי' שלו בדברי השואל ובדברי הריב"ש והריב"ש ביאר שם דלא מהני מגו של ספק להוציא מידי ודאי, ועיין בברכ"ש בריש בבא מציעא שביאר כוונת הריב"ש עפי"ד הגר"ח דא"ס מו"מ ודאי הינו דין ודאי וממילא לא מהני מגו עיין שם וצ"ע דהרי מגו מהני שם לדעת הריב"ש אף להוציא ומה יהיה הודאי עדיף ממוחזק גמור שבא שכנגדו בטענה בעלמא ומוציא ממנו ממון.

וראה היטב בדברי השואל שם בריב"ש שכתב כעין סברת התוס' וכתב דהוי מגו במקום עדים ומהריב"ש משמע קצת שסברתו וסברת השואל אחת הנה, ועיין ברשב"א כאן שכתב כעין ד' התוס' וגם מדבריו משמע דהוי מגו במק"ע ועיין היטב ברשב"ם בע"ב ד"ה והדרי ודוק ומכ"ז מבואר דאין הטעם משום דיוצא הקרקע דווקא אלא משום דהפסק על הקרקע הוי בירור גם על הפירות וכיון דהמגו דהוי רק על הפירות אינו יכול להכריע הפסק דהוי אקרקע וממילא הוי מגו במק"ע ודוק.

שם בתוס' ולא מהימן במגו הואיל והקרקע יוצאת וכו' עיין ברע"א כאן שתמה בסתירת דברי התוס' דלהלן בע"ב בד"ה ואי טעין וכו' הקשו דהאוכל פירות שנתיים יהיה נאמן לטעון לקוח על הקרקע כלפי הפירות במגו דלפירות ירדתי ותמוה דהרי התוס' דידן הסיקו דהיכא דהקרקע יוצאת תחת ידו גם הפירות יפסיד עיי"ש וצ"ע.

עיין היטב ברמב"ן בפירושו לסוגיא, והנה הרמב"ן העמידה כאשר יודעים העדים שאין קרוב יותר מרב אידי ואילו התוס' סתמו בזה ומשמע מדבריהם דאף כשיתכן שהגברא קרוב טפי חשיב רב אידי ודאי והגברא ספק ובעלמא דעת רוב ראשונים דלא אמרינן א"ס מו"מ ודאי באופן שלהספק יש צד שהוא טפי מהודאי דאז לא חשיב הודאי ודאי וצ"ב מאי שנא הכא לדעת התוס'. ועיין בשו"ע בסי' קלט סעיף ד בהגהת מוהרי"ש בגליון השו"ע שעמד בזה וציין שם לדברי הט"ז באה"ע סי' קסב וכתב דמהרמב"ן משמע דלא כהט"ז אך דבריו תמוהים דכוונת הט"ז דבמקום שאין ספק אמיתי לפנינו רק טענה אז לא איכפת לן

דצד הספק עדיף דאין כאן ספק כלל ומשא"כ בספק לפנינו ובגוונא דהרמב"ן הוי ספק לפנינו שהרי אית ליה מגו על דבריו וספק ידידיה ספק דידן הוא ולהכי התוס' לא ציינו לסוגיא דספק ויבם דהכא פשוט טפי.

ענין עוד פירושם בסוגיין ברשב"א, וענין בבעה"מ ומלחמות ה'.

דף לג ע"ב

בגמ' אמר רב חסדא מה לו לשקר ולעיל בדף לא ע"א אותה הסוגיא, ושם הוא בשם רבה ונחלקו עליו גם שם אביי ורבא והראשונים שם פירשו דאף לרבה ור"ח לא מועיל מגו במק"ע אלא מתרצינן דיבוריה אבל בדברי הרשב"ם והתוס' שם לא הוזכר כלל מכ"ז, וענין ברע"א שם לעיל שכתב דאי אפשר שיסברו רבא ורב חסדא דמועיל מגו במק"ע והביא כמה ראיות ואחת מהן מדברי התוס' בדף לא ריש ע"ב שהקשו לדעת רב חסדא בסוגיא דהתם דיועל מגו בכל תרי ותרי ותרצו דהוי מגו במק"ע עיי"ש, ואם איתא הרי לר"ח בסוגיא דידן מועיל מגו במק"ע ולכך פירש הרע"א דאף לר"ח לא מועיל מגו במק"ע אלא דמתרצינן דיבוריה עיי"ש, ומקשים העולם על הרע"א מהתוס' לעיל בע"א שכתבו דאם אומר לא אכלתי במגו דאכלתי מהימן במגו אף נגד עדים והתם ל"ש לתרוצי דיבוריה וצ"ע.

וראה ברשב"ם בד"ה האי אייתי סהדי וכו' וענין במהרש"א שביאר דלדעת הרשב"ם סוגיא דהכא ודלעיל לא מיירי בחד גוונא ולעיל מיירי שאמר של אבותי והלה הביא עדים דשל אבותיו ידידיה הם והתוס' שם הקשו דנתרץ דיבוריה ותירצו דכה"ג לא מתרצינן דיבורו דשל אבותי משמע סתם אבל הכא אף אי נימא דכה"ג דהתם מתרצינן אינו מועיל דהעדים מעידים דמעולם היה של אבותיו של זה ולא מכרו עד יום מותם וכמו שכתב הרשב"ם וביאר המהרש"א דלפי זה אפשר לגרוס בגמ' שם רבא [ולא רבה כמו שכתבו התוס' שם] ואין סתירה מדבריו התם להכא דהתם סובר רבה דמתרצינן דיבוריה והכא לא שייך. נמיהו הרשב"ם עצמו נראה דגרס שם רבה שכתב דהדר אמר ליה אביי תלמידו עיי"ש ולכן צ"ב למה הוצרך הרשב"ם לשנות הפשט מהתם להכא ושמא מחמת כפילות הסוגיות היה נוחא ליה לומר דלאו בחד גוונא מיירי]

ובפשטות דברי המהרש"א הם דלא כרע"א שהרי כתב דהכא ליכא לתרוצי דיבוריה ומ"מ סובר ר"ח דמהני מגו ואפשר דאף דאי אפשר לתרוצי דיבוריה באופן מעליא דשל אבותי שלקחו אפשר עדיין לתרוצי דסמין עלי כדאבהתי.

ההוא דאמר ליה וכו' אמר רב נחמן הדרא ארעא והדרי פירי ראה ברשב"ם שביאר דאם ליכא עדים שאכל יש לו מגו שיכול לומר אכלתי מעט וכו', ומדברי הרשב"ם משמע דריעותא דאחוי שטרך אינה אנ"ס אלא דהפסיד משום שלא שמר שטרו כעין איהו דאפסיד אנפשיה וזה דלא כהפרישה וביה"ל שביארו בסוגיא דלאו קמודית דלהרשב"ם לא מהני מגו נגד אחוי שטרך ויש לדחוק דכאן שלדבריו אכל שלש שנים שאני דאינה ריעותא גמורה וכמש"כ הביה"ל שם אך לשון הרשב"ם לא משמע כן וענין ברשב"ם לקמן דף לט ע"ב ד"ה וכו' גזלן וכו' שגם שם משמע כן

והוצרך הרשב"ם לומר דמהימן במגו דאכלתי מעט לפי שלשון הגמ' משמע דדווקא כי אייתי סהדי מפסיד וצ"ב למה לא פירש בפשיטות דאית ליה מגו דלא אכלתי כלל וראה בתוס' ד"ה ואי וכו' שהקשו דאם כן אף בעדים יהיה נאמן לומר לקוחה היא בידי במגו דלפירות ירדתי שנאמן משום דלא חציף וכדלקמן בגמ' ותירצו דהוי מגו לגרוע כיון שרוצה לומר שאכל כדי לטעון חזקה על הקרקע וזהו טעמו של הרשב"ם שפירש דלא במגו דלהד"ם איירי דהוי מגו לגרוע אלא במגו דאכלתי מעט וענין ברמב"ן שהביא י"מ הסוברים דבזה דבאמת נאמן במגו דלהד"ם אע"ג דהוי מגו לגרוע כיון דהוא הפה שאסר הפה שהתיר וענין בחידושי הגרש"ר לעיל בסוגיא דלאו קמודית שדן ללמוד דמחלוקת הרמב"ן והי"מ היא האם הפה שאסר הוא מדין מגו או לא.

בגמ' ואי טעין ואמר לפירות ירדתי וכו' ראה בתוס' ד"ה ואי שהקשו דתיפו"ל מדין חזקת כל מה שתי"א שלו ותירצו בזה ועיין ברע"א שתמה על דבריהם דלפי זה ליכא להאי חזקה כל זמן שאין החפץ ברשותו וזה תימה, ומיהו עיין בפסקי תוס' כאן שכתבו מדברי התוס' הלכה דאם טוען כן כשאין החפץ ברשותו אינו נאמן ואף לדבריהם ודאי דזה דוקא בשעת הדין אבל אם אחר הדין יצא מרשותו לא מהימן וגם ודאי שלא תועיל בזה תפיסה ואמנם במקום דליכא מרא קמא ודאי אף להפסקי תוס' מהני האי חזקה אפילו נולד הספק ברשות השני שהרי זהו דין כלים העשויים להשאיל שאם ראינום ברשות ראובן ואח"כ נמצאו בבית שמעון אינונאמן לטעון לקוח וכ"ש שאינו נאמן לטעון דשלו הם מתחילה נואם אי אתה אומר כן הרי לעולם בטענת לקוח אית ליה מגו"ן אלא במקום שיש מרא קמא ידוע והלה טוען לקוח בעינן שיעמוד הממון בחזקתו בשעת לידת הספק להוציא מיד המרא קמא וצ"ע.

ובביאור גוף דברי התוס' צ"ב דהרי אית ליה חזקת כל מה וכו' ואמאי בעינן שיהיה תפוס ועיין בחידושי הגרנ"ט בריש השותפין שביאר זה דחזקת כל מה עושה רק ספק ואז מהני מה שמחזיק מדין תפיסה בספק ופירושו תמוה טובא דאם כן יוכל הלה לחזור ולתפוס לדעת הסוברים דמהני תפיסה אחר לידת הספק –רמב"ם- ולדעת הסוברים דעכ"פ בברי מועיל תפיסה אחר לידת הספק =כ"ה דעת הרא"ש והתוס' עצמם בכ"ד וזה רחוק מאוד לומר כן

ועיין ברבינו יונה לקמן בדף מו ע"א שכתב דחזקת כל מה הוי ראייה על תפיסתו וצ"ל דהוי ראייה כדי להעמיד תפיסתו כתפיסת מוחזק אבל לא להוציא ממון אך מכח הראייה מתפרשת תפיסתו כתפיסת בעלים והוי הממון בחזקתו וכ"ז כשהוא תפוס בשעת הדין וכנ"ל ודוק.

ועיין בהגהות מיימוניות בפ"ט מטוען אות ה שכתבו דהריצב"א נחלק על התוס' וביאר באופ"א דכל אדם שלקח שלא מדעת בעלים אין לו דין חזקת כל מה עיש"ה ועיין בקצוה"ח בסי' קלז סק"א שהביא דברי הרי"ף בשבועות שאף הוא ביאר כן ועיין שם ברי"ף ב שכתב דכל שראינו שנטל שלא מדעת בעלים לית ליה חזקת כל מה והוכיח כן הרי"ף משלשה מקורות, האחד הוא גמרא דידן והשני מדין גודרות והשלישי מדין נסכא דר"א, ודברי הרי"ף צ"ב דבגודרות הרי ליכא חזקה מחמת שמעצמן באו לרשותו וליכא חזקה שאינו גולן דבאמת לא גזל אותם בידים וכן בנסכא הרי חזינן קמן מעשה גזילה ואי אפשר שיעמוד בחזקתו ומשא"כ הכא שנטלן שלא מדעת בעלים.

ומסתברא לדעת הרי"ף דחזקת כל מה שייכא בעלמא דכשחזינן החפץ ביד אדם ואנו יודעים ששייך לאחר אמרינן מסתמא הבעלים מסרין לו אבל כשחזינן קמן שהגיע לידו שלא מדעת בעלים הוי כעין אין ספק מו"מ ודאי שקמן חזינן נטילה שהיא שלא ברשות בעלים ונטילכזו אינה מעמדת הממון בחזקתו ומאי אמרת דמכח חזקה שאינו גולן נתלה דמלבד הנטילה שלא ברשות היה כאן רשות בעלים זה לא תלינן וכמו כן בנסכא מחמת החזקה לא נתלה שעבר דינא לנפשיה ונטל הנסכא ומגודרות הוכיח לעיקר הדבר דכל שאין כאן מכריח לומר שהבעלים מסרם לו ליכא חזקה ולכן הוי כ"ש להכא דלא רק שאין מכריח אלא חזינן ההיפך ודוק. ויש לדון טובא בביאור מחלוקת התוס' והרי"ף בזה ודוק ועייש"ה בקצות

שם בתוס' וא"ת וכו' יהא נאמן במגו וכו' כבר צויין לעיל דברי הרע"א שהקשה סתירת דבריהם מע"א לעיל עייש"ה.

רשב"ם ד"ה נאמן וכו' ומיהו וכו' נראה שהיה פשוט הדין אצל הראשונים דמכאן ולהבא אינו נאמן להמשיך ולאכול אבל בטעם החילוק בין מה שאכל למה שלא אכל אפשר שיש כאן שלש שיטות בראשונים. הרשב"ם כתב דא"כ כל אדם וכו' ולכאורה כוונתו דמשום לא שבקת חיי אינו יכול לאכול שמא תקנת חכמים הוא וצ"ע ובתוס' כתבו דאינו נאמן משום דהוי להוציא והיינו דדין לא חציף הוי ראייה טובה להחזיק

ממון אבל לא להוציא, ועיין בנמו"י שביאר דאם יהיה נאמן מכאן ולהבא שוב לא יהא חוצפה במה שיוור לקרקע חברו שהרי יודע שלא יסלקוהו משם.

והנה לדעת הנמו"י דמעיקר הדין יכול להוציא צ"ל דהוי ראייה אלימתא והתוס' אפשר דס"ל דהוי ראייה רק להחזיק כמו מגו וכדו' ואולם יעויין ברמב"ם בפ"ט מטוען ה"ו מי שלקח וכו' כיון שנכרת הרי הוא בחזקתו כשאר מטלטלין עכ"ל ומבואר מדבריו דיסוד זכיה הגודר בלא חציף הוא מדין חזקת מטלטלין ותמוה דהרי הטעם הוא משום דלא חציף וכנ"ל וצ"ל בזה דהלא חציף משוי לתפיסתו דין מוחזק דחזינן ליה כבעלים וכמו שביארנו לעיל בגדר חזקת כל מה שת"י אדם ודוק היטב והעולם רגילים לפרש כן בגדר חזקת שלש שנים להרמב"ם דהמדלא מיחה אינה ראייה בדין אלא דעל ידי זה הוי הקרקע בחזקתו ודוק בכ"ז, וראה היטב בדברי הרמב"ם שם דמשמע דהטעם דבקרע ליכא דין חזקת מטלטלין הוא משום דאמרינן אחוי שטרך וכך פירש המו"מ להלן בגמ' ארעא נמי וכו' ודוק להנ"ל.

בגמ' אי הכי אפילו ארעא נמי ראה בתוס' שפירשו לשיטתם דמיירי אפירות בטענת קרקע, ועיין ברמב"ן שכתב דאי"צ לזה שהרי הוא תפוס בקרקע ודברי הרמב"ן צ"ב שהרי אין תפיסה בקרקע כדאיתא בגמ' ב"מ דף קי וכדאיתא בכתובות כ ע"א בסוגיא דבר שטיא ומיהו הרי מצינו כן בסוגיא דלעיל דף לב ע"ב דמגו בקרקע מועיל אף בישב פחות מג"ש כיון דהוא יושב בקרקע וחזינן דרק בספיקות ל"מ תפיסתו אבל במקום דאית ליה ראייה מועילה התפיסה ועיין גם בפירוש הר"ן על הרי"ף בסוגיא דבר סיסין שנקט שם שהיושב בקרקע אף פחות משלש שנים הוי תפוס והוכיח כן מהא דמהני מגו בפחות מג"ש, וצריך ביאור החילוק בזה, ודוק.

דף לד ע"א

נסכא דרבי אבא בגמ' לישתבע הא קא מודה וכו' נחלקו הראשונים בפשט קושית הגמ' דלשתבע ושלש דרכים נאמרו בה דעת הרשב"ם ודעימיה ראה ברשב"ם שפירש דלשתבע היינו את השבועה שהעד מחייבו לישבע שלא חטף ועל זה משני דאינו יכול לישבע אותה משום שמודה ומה דאיתא בגמ' דהוי כגולן היינו ככמשל דכמו שגולן פסול לשאר שבועות כך הוא פסול לשבועה זו מפני שהוא מודה ומבואר עוד ברשב"ם דשבועה דדידיה חטף לא תועיל לו משום דדין שבועת עד אחד הוא הכחשת העד וכל שבשבועתו לא הכחיש את העד לא נשבע שבועה שחייבתו תורה ואינו נפטר מן העד, ויסוד זה דשבועת ע"א היא דוקא בהכחשת העד מבואר בכל הראשונים לפנינו.

[וצ"ב בדברי הרשב"ם שנראה שלמד כן מעיקר הדרשא דקם הוא וכו' וצ"ב היכן חזינן דשבועתו היא בהכחשת העד וצ"ע, ועיין במקדש דוד על ב"ב [הנדמ"ח] שכתב לבאר דחלוק דין שבועת ע"א משאר שבועות דבע"א גדר החיוב שהתורה עשאתו כמו שנים וכמש"כ הראשונים בריש כל הנשבעין וכ"ה ברמב"ן רשב"א ורבינו יונה בסוגיין ודינו להיות נאמן כשנים מתבטל רק כאשר השבועה מכחשתו]

ואמנם יעויין ברבינו גרשום שפירש דלישתבע היינו שישבע שדידיה חטף ויל"ע בכוונתו מה תועיל לו שבועה זו הרי אינה שבועה שמחוייב בה ועיין ברבינו יונה שפירש כן וביאר דבאמת בזה לא יתקיים עיקר דין שבועתו אל כוונת הגמ' להקשות דלכשישבע שבועה זו יהיה נאמן במגו כמו שהקשו התוס' ושא"ר דישבע שדידיה חטף במגו ולדברי רבינו יונה קושית התוס' ושא"ר היא עצמה קושית הגמ' ועיי"ש במה שכתב לפרש תי' הגמ'.

ויעויין בתוס' בשבועות בדף לב ע"ב שאף הם פירשו שישבע שדידיה חטף וביארו תי' הגמ' דאינו נאמן בשבועה זו משום דהוי כגולן שהרי חטף לפנינו ותיכף הקשו דיהיה נאמן במגו כמו בהחזרתו מגו דנאנסו ומשמע מדבריהם דקושית הגמ' אינה אותה קושיא עצמה שהקשו שתועיל לו השבועה במגו ובתורת חיים

בסוגיין ביאר דהתוס' בשבועות חולקים על עיקר היסוד שכתבו הראשונים ששבועת ע"א בהכחשת העד היא וס"ל דבשבועתו שדידיה חטף נמי מקיים דינו ולהכי פריך דישבע וכו' ומשני דגולן הוא והקשו על זה התוס' דהא אית ליה מגו.

הרי לן שלש דרכים בקושית הגמ' או שישבע שלא חטף כמש"כ [רשב"ם וכ"מ מהתוס'] או שישבע שדידיה חטף מכח המגו [רבינו יונה] או שישבע ידידיה חטף מעיקר הדין [תו"ח בדעת התוס' בשבועות]

בגדר חיוב השבועה בסוגיין ואמנם ראוי להבין עיקר קושית הגמ' שישבע ועל מה ולמה ישבע הרי אינו מכחיש עד אחד דנימא דמחוייב שבועה דאורייתא אלא בטענת מגו שהיה יכול להכחיש את העד ואם כן מדוע ישב **ושמא י"ל** דנשבע כדי לקיים המגו [כמו בהחזרתי מגו דנאנסו] אכן מביאורו של התו"ח בתו' בשבועות מבואר דמעיקר הדין חייב הוא בשבועת ע"א **וכן מבואר גם מדברי רשב"ם** שהוסיף והקשה שישבע שדידיה חטף ותירץ דאין זו שבועה המוטלת עליו ולמדנו מדבריו שמוטל עליו שבועת ע"א שאינו יכול לישבע אותה דאם כל הס"ד שישבע היינו כדי לקיים המגו איזה תשובה היא שאין זו שבועה המוטלת עליו הרי אינו חייב לישבע.

ועוד יש המבארים דבאמת אינו מחוייב שבועה כלל שהרי אינו מכחיש את העד אלא דכיון דכל כח נאמנותו הוא מכח מגו דהכחשת העד ובהכחשת העד הוי מחוייב שבועה נמצא שעתה מחוייב הוא את השובעה ההיא כדי לקיים כח נאמנותו שאם לא ישבע נמצא שאין לו נאמנות בהכחשת העד.

ונראה ביסוד זה נחלקו הקצה"ח והנתייה"מ בסי' נח דהנה **ראה בתוס' בסוגיין** הקשו מהגמ' בכתובות במלוה שטוען סטראי במגו דלהד"ם והעד מעידו שקיבל המעות אמאי לא אמרינן מתושאי"ל כבנסכא דר"א ותמיהו אחרונים בדבריהם שהרי המלוה נוטל הוא ובשבועת נוטלין שהיא מדרבנן ליכא מתוך, **ותירץ הקצה"ח שם בסק"ג** דכיון דעתה הנידון הוא על המעות שקיבל ובמעות הללו הואמ וחזק וטוען שהן שלו הוי נשבע ונפטר מדאורייתא.

ועיין בנתייה"מ שם בס"ק יא שהרי חיוב דין מתוך ידידיה הוא מחמת חיוב שבועתו אם היה מכחיש את העד ואומר להד"ם ואז ודאי שבועתו דרבנן והשיב לו הקצות במשובב דאמת שאם היה מכחיש את העד היה חייב שבועת נוטלין אבל עתה כשהעד מעידו חייב שבועת התורה **ועיין היטב בדבריהם שם דמבואר דנחלקו ביסוד שורש דין הסוגיא** דלהנתיבות ליכא עליו השתא חיוב שבועה אלא מכח המגו הוי ליה בדין מתוך אבל להקצות כבר עתה הוא מחוייב שבועה.²¹⁹ **ועיין עוד בזה לקמן בסו"ד התוס'.**

תוד"ה הרי מחוייב וכו' שהרי מודה מבואר מדבריהם דקושית הגמ' לשתבע היינו שלא חטף וכהרשב"ם ולא כהתוס' בשבועות ורבינו יונה.

שם בתוס' דהא אמר בהמוכר וכו' יל"ע בדבריהם למה הוצרכו להוכיח מהא דהחזרתי במגו דנאנסו דלכאורה שפשיטא דכן הוא דכשנשבע תו אית ליה מגו ונאמן, וגם צ"ב למה לפי ר"ת דהשבועה דרבנן ניחא להו לומר דמשבועה דאורייתא ליכא מגו וצ"ב מה טעמם.

219 וכביאור הקצות בדברי התוס' מפורש ברשב"א בקידושין בדף מב ע"ב שהביא לקושית התוס' והוסיף לפרש כהקצות ועוד מפורש גם בתשובות הרשב"א בכ"ד בזה עיין בתשובת הרשב"א במיוחסות בסי' צ במה שנחלק שם עם הרמב"ם ומכל דבריו עולה מפורש כדברי הקצות"ח ומבואר דיסוד החיוב הוא משום דעד אחד דינו כשנים לענין שבועה וכל מקום ששנים מחייבים אותו ממון אחד מחייבו שבועה ולכן כיון שאם היו כאן שנים היה בטל המגו והיה משלם ממון אף השתא במקום אחד חייב שבועה. וכ"כ הרשב"א בעוד תשובות.

ועיין בש"ך בסי' רצו סק"ג שנחלק שם עם הסמ"ע בדין שבועת החזרת במגו דנאנסו דדעת הסמ"ע דהוי שבועה דאורייתא והש"ך שם נחלק עליו וכתב דמהיכי תיתי דיתחייב שבועה מן התורה ואין השבועה הזו אלא תקנת חכמים וכתב הש"ך דמדברי התוס' דידן מוכח דהשבועה בהחזרת שבועה דרבנן היא ולכאורה מבואר מדברי הש"ך בפשט דברי התוס' דמשו"ה ס"ד דהתוס' דליכא מגו ומשום דאם היה טוען לא חטפי היתה שבועתו מן התורה והשתא הוי שבועה דרבנן. וצריך ביאור דמאי נ"מ אי הוי דאורייתא או דרבנן כלפי המגו, וקשה לומר דמשום דהשבועה דאורייתא חמירא טפי דבחומר השבועה שוות שניהם ותרואהו באיסור אחד ובחומר אחד דזה פשוט שהנשבע שבועה חמורה שחייבוהו חכמים עובר על לאו דלא תשא מן התורה דנשבע לשקר וצ"ע כוונת הש"ך. ולדרך הש"ך מתבאר היטב מה שכתבו התוס' דר"ת ניהא והיינו טעמם דבשבועה דרבנן אמרינן מגו אבל משבועה דאורייתא לשבועה דרבנן לא אמרינן מגו²²⁰.

ודרך אחרת מבוארת בגידו"ת שער ה' ח"א ד"ה ומצאתי וכו' שביאר דס"ד דבשבועה כלל לא שייך מגו וי"ל דכוונתו דנאמנות האדם בשבועה מגזיה"כ היא ודוקא בשבועה שנתחייב בה נאמן אבל לא בשבועה אחרת במגו ממנה [ודמאי קצת לעדים שכתבו ראשונים דלא אמרינן בהו מגו] ויל"ע בדבריו שהרי בתוס' מבואר דכל הטעם הוא משום דהשבועה דאורייתא היא אבל בשבועה דרבנן ניהא להו וכן כתבו התוס' דלר"ת ניהא ואי נימא דאין כלל מגו בשבועה מדוע ניהא לר"ת טפי, אמנם יעויין בראשונים כאן שבאמת לא הזכירו כלל בדבריהם הענין דהשבועה דאורייתא וכתבו להוכיח מההיא דהחזרת דאמרינן מגו בשבועה וסתימת דבריהם משמע להדיא כהגידו"ת.²²¹

דרך שלישית בדברי התוס' נתבארה בחי' הגרנ"ט והיא דכיון דבטענה שטוען עתה לא חל עליו חיוב שבועה אי אפשר שיחול עליו חיוב שבועה [ובלא חיוב אי אפשר שישבע ותועיל שבועתו ובאמת שזהו שורש סברת הש"ך דמשו"ה ליכא עליו שבועה מן התורה אלא שתלוי הדבר במחלוקת האחרונים הנ"ל בהערה *] ולהכי ס"ד דליכא מגו כה"ג והוכיחו מההיא דהחזרת דמתחייב שבועה בטענה שטוען עתה, ואף לדרך זו עדיין לא ניהא מדוע ניהא להו טפי לדעת ר"ת ואמנם בדברי הראשונים שלא חלקו בזה אפשר לפרש כן וכמש"כ לעיל לדרך הגידו"ת.

220 ובעיקר דברי הש"ך שהשבועה דרבנן היא יעויין בקצה"ח בסי' רצו סק"ב שהביא דברי התומים [בכללי מגו אות קיב] שלו דעת שלישית וסובר דבאמת השבועה דרבנן כהש"ך אבל יש לה כל חומרי שבועה דאורייתא שם תאמר שיש לו קולא בטענתו זו יותר מאשר בטענת נאנסו אם כן שוב לית ליה מגו שהרי ניהא ליה טענת החזרת והקשה עליו הקצות דהרי אף התומים מודה דמדאורייתא אית ליה מגו בלא שבועה ואם כן חזינן דלא איכפת לן במה דניהא ליה האי טענה ומבואר מדברי הקצות שנקט דלש"ך איכא מגו מדאורייתא בלא שבועה כלל אכן באמת נראה התומים חולק בזה וסובר דמדאורייתא ליכא כלל מגו דאי אפשר לו לישבע כיון שאינו מחויב שבועה ומדרבנן תקנו לו שבועה לקיים מגו ידידיה ודוק.

ועיין בתוס' לקמן בדף ע"ב ד"ה מ"ד וכו' שמדבריהם מוכח ששבועת החזרת היא דאורייתא שהקשו דביתמי דטענינן להו החזרת ניהא מתוך ובשבועה דרבנן הרי ליכא דין מתוך ולדעת התומים יש לעיין בזה, אך לדעת הקצות מוכח מהתוס' אלו דלא כהש"ך.

221 ובריש ב"מ הקשו התוס' דלהמניה להאומר חציה שלי מגו דכולה שלי והראשונים שם בהביאם לקושיית התוס' הוסיפו להוכיח מההיא דהחזרת מגו דנאנסו דאמרינן מגו בשבועה ובאמת התוס' שם לא הזכירו ראייה זו, ויתכן דבאמת התוס' לא נחתי כלל לסברא זו דליכא מגו בשבועה ורק בשבועה דאורייתא ס"ד להו דליכא מגו וממילא התם לא שייכא כלל והראשונים הכא והתם הוצרכו לשלול סברא זו דבשבועה דרבנן ליכא מגו, ויתכן עוד דפליגי בגדר חיוב שבועה דרבנן ודוק.

שם ואומר ר"י וכו' אבל קשה וכו' צ"ע רב בדברי התוס' מה המו"מ ומה הועיל ר"י בפירושו טפי מהליכא למימר, דאמנם נוכל לפרש שהנפטריה דכתיב בגמ' הוא לס"ד קודם שידענו שהעד מחייבו שבועה אבל הרי להדיא דתלוי בדין מתוך, ועוד יש לדקדק קצת בדבריהם שמשמע דממה שכתבו דלר"ת ניהא לא חזרו בהם ואמאי וממ"נ אי איכא מגו לפטר ואי לא ליחייב, ועיין בתוס' בשבועות בדף לב ע"ב שהביאו שם לפירוש הר"י ועמדו בקושית התוס' ותיירצוה ותיירצוה אינו מובן ועיין במהרש"א שם מש"כ בזה והדברים סתומים [ונראה כוונתם דבטענה ידידה אית ליה מגו ולכן נאמן כמו בטענת לא חטפי למיחל עליה חיוב שבועה אבל בשבועה גופא אינו נאמן במגו אבל תמוה דסו"ס כיון שאינו מעיז לישבע אף בטענתו לית ליה מגו שלא יטענה מחמת השבועה וצ"ע רב בזה]

פי' הר"י המובא בראשונים ועיין במרדכי ששם כתב בשם הר"י כמו ה'וליכא למימר' של התוס' דלית ליה מגו כיון שירא להכחיש את העד או שירא שלא יפסלוהו ועיין גם ברמב"ן שהביאו הפירוש של ירא לומר כפשוטו בלא החילוק שחילקו התוס' דידן בשם הר"י בין טענה לשבועה והדברים תמוהים מאוד דמאי טעם איכא למפטריה הרי לית ליה מגו וכן מאי שיאטייה לרב ושמואל ורב אבא.

ועיין היטב בש"ך סי' עה סקמ"ג ובתרומת הכרי שם שהש"ך כתב לתרץ קושית התוס' ודבריו שם אינם מובנים וביאר התרוה"כ דסובר הר"י דלומר ידידי חטפי בדליכא עדים על החטיפה אין צריך בזה למגו כלל ולחכי מהימן אף דליכא מגו דירא להכחיש ולא נתפרשו הדברים מדוע בדליכא עדים נאמן בלא מגו הרי הודאתו שחטף כמאה עדים דמי ורגילים לפרש בזה בשני אופנים האחד לדרכם של אחרונים דדין הפה שאסר הפה שהתיר אינו צריך למגו וכל שהוא אסר נאמן להתיר איסורו והשתא ניהא היטב דמכח מה שהוא אסר ואמר אין חטפי הרי א"א לחייבו שהרי התיר ואמר ידידי חטפי אבל מכח העדאת העד שחטף יש לנו לחייבו ואינו יכול ליפטר מן העד אלא כשיהיה נאמן בטענתו ואינו נאמן בה שהרי אין לו מגו

ודרך נוספת מבארים בזה עפ"י דהגר"ח דיעויין בחי' הגר"ח סטנסיל שביאר הכא דלדבריו שחטף כדין החטיפה אינה מגרעת חזקת כל מה כלפי ידידה והוי בחזקתו [אמנם הגר"ח שם כתב דבעינן למגו שאם לא המגו נעבד פלגינן ונקבל רק מה שאומר שחטף ולא מה שאומר שהיה כדין אך התרה"כ סבר דאף לזה לא צריך מגו ודוק] ולשון התרוה"כ משמע כהדרך השניה שלא הזכיר כלל ענין הפה שאסר ועיין בקה"י בסוגיין שביאר ע"ד הראשונה.

ובביאור השייכות לרב ושמואל כתב התרה"כ דיסוד מחלוקת ר"ש ור"א הוא דלר"ש כל כחו של ע"א הוא לחייב שבועה ואי אפשר להוציא ממון על פיו ולכן כאן פטור אבל לר"א נאמן הוא כשנים כל שלא נשבע ונמצא שיש כאן שני עדים על החטיפה וס' דמ"ד דלית ליה מתוך כח עד אחד הוא רק להטיל שבועה והכא דלא שייך שבועה פקע דינו ואילו למ"ד דאית ליה מתוך נאמן כשניים לממון כל זמן שלא נשבע הנתבע. [אמנם צ"ב עיקר היסוד שהעד נאמן כשנים דהרי ודאי דבמקום שאין העד מחייב שבועה אין דינו להיות נאמן כשנים שהרי דעת התוס' דבכל מקום שהשמא של הנתבע הוא שמא טוב ליכא לדין מתוך ודברי התרה"כ הרי העד נאמן כשנים ולמה לא ישלם ועל כרחך דהעד נאמן רק כשיש לו כח לחייבו פרשת שבועה ובשמא טוב דמיא ליורשים וה"נ הכא כשאינו מכחישו הרי אינו מחייבו שבועה כלל, ומדברי הנתיבה"מ בזה נראה באופן אחר וכמש"כ לעיל שהעד מחייב שבועה למכחישו וממילא לית ליה מגו ואף בזה יל"ע²²².

²²² ובעיקר היסוד שכתב התרה"כ בביאור מחלוקתם של ר"ש ור"א לא כן משמע ברבינו יונה בסוגיין ונראה מבואר מדבריו דלכו"ע ראוי שאם אינו יכול לישבע ישלם כמו באינו רוצה דחל עליו דין שבע או שלים אלא דרב ושמואל סברי דכשאינו יכול לישבע פקע ממנו החיוב שבועה וחזר לסיני וכן מפורש הביאור הזה גם בר"י מיגאש בשבועות בדף מז עיי"ש.

ומכל דברי התרה"כ מבואר דלא למד כהקצות שיש כאן חיוב שבועה עתה בטענת ידידי חטפי, אכן להקצות מתפרשים הדברים בפשיטות היטב דלרבי אבא השתא מחויב שבועה הוא ואינו יכול לישבע דהא לית מגו ומשא"כ לרב ושמאל דאף דאין לו מגו אבל סו"ס אנו באים לחייבו מכח עדותו של עד דמכח הודאה לית לן בה וחזרה שבועה לסיני ואמנם בעיקר הדברים צ"ע לפרש כן בדברי התוס' דלפי זה אין שום צורך לחלק בין טענה לשבועה דרק בשבועה ירא להכחיש ולכאורה ניתן לפרש כן רק בדברי הרמב"ן ומרדכי בשם ר"י אך דברי הר"י שבתוס' עדיין קשים וצ"ל דהר"י בתוס' דידן אזיל ע"ד התוס' בשבועות וכמש"כ לעיל. ועוד יש להעיר דלשון הש"ך לא משמע כלל כביאור התרה"כ.²²³

בסתירת דברי הרמב"ן: עיין בש"ך בסי' נח סקכ"ג שהקשה בדברי הרמב"ן שהרמב"ן בסוגיין אחר הביאו לתירוץ הר"י הקשה לקושית התוס' מסטראי דהתם מבואר שם המלוה אומר שקיבל המעות אבל לחוב אחר ואית ליה מגו דלהד"ם נאמן אף שהשליח מעידו שקבל המעות והוי כנסכא דר"א ואמאי לא אמרינן שם מתוך, ותירץ הרמב"ן דהתם אינו חושש להכחיש את השליח ואית ליה מגו **ובספר התרומות בשער יט** [ח"א אות ג] הביא שהרמב"ן הקשה מסטראי ותירץ דהתם הוי שבועת נוטלין ולהכי ליכא מתוך, **ועמד הש"ך בדבריו** דסתרי אהדי ועיין שם בקצה"ח בסק"ד שתירץ לקושית הש"ך וביאר היטב דהרמב"ן סובר דליכא התם מתוך ולהכי לא קשיא לדעת הריב"ם [ובספה"ת אזיל לדרך הריב"ם וכפירושו השני בסוגיין] אבל הכא קושית הרמב"ן היא על הר"י שהר"י חידש דליכא מגו בגוונא דנסכא ואם כן קשה דהתם אף דליכא מתוך אבל סו"ס הא לית ליה מגו ולזה תירץ דאית ליה מגו.

אך קשה טובא בזה למש"נ לעיל שהרי הפה שאסר אמרינן אף במקום שצריך להכחיש את העד כיון שאינו מטעם מגו ואם כן גם התם נימא הפה שאסר ובפשיטות קשה דכמו דלרב ושמאל הכא פטור מאיזה טעם שלא יהיה אם כן התם נמי אף דהוי שבועת נוטלין לא עדיפא מנסכא לרב ושמאל וצ"ע [ושמא התם דהוי מוציא לא שייך הפה שאסר ויל"ע]

יש לדון בסוגיין לדעת רב ושמאל האם נאמן החוטף בשבועה או אף בלא שבועה והנה בפשוטו הרי נאמן במגו ואין לו מגו בלתי אם ישבע [מדאורייתא להסמ"ע ומדרבנן להש"ך ראה לעיל] אך לדעת התרה"כ ולמש"כ בדברי הרמב"ן שנאמן מדין הפה שאסר הרי הוא נאמן בלא שבועה ומכח עדות העד אי אפשר לחייבו כלל אף בלא מגו, ומשא"כ לדעת הר"י כמבואר בתוס' דידן הרי צריך הוא למגו ולית ליה מגו אלא בטענה וצ"ע אם ישבע. [נע"ע ברמב"ן בתשובה המובאת בספה"ת שער יט ח"א אות ג שכתב שם דבסטראי וע"א מעידו נוטל בלא שבועה דליכא טעם תקנת השבועה וצ"ב דהא סו"ס לית ליה מגו ודוק]

שם בתוס' ולכ"נ כפירוש ריב"ם תירוץ הריב"ם סתום מאוד דמבואר בדבריו להדיא דאיכא מגו מעליא רק דאינו מועיל דכן הוא הדין וכו' וכן מבואר גם בש"ך בסי' עה סק"מ שיש מגו וצ"ע דהרי מגו לאפטורי משבועה אמרינן ולמה לא יועיל מגו לפטור ממתוך **וביותר קשה** דהרי אם יש לו מגו אחר לטענת ידידי חטפי ודאי נאמן כגון מגו דהחזרתי [אמנם דעת הסמ"ע דאף במגו דהחזרתי אינו נאמן והש"ך שם הוכיח כן מהרמב"ן ולשיטתו שתירוץ הרמב"ן ותירוץ הריב"ם אחד הוא ובזה השיג עליו האמרי ברוך שם ראה כל זה להלן ובסברא פשוט כן שלא יהא עד אחד על החטיפה אלים טפי משנים וצריך לחלק בין מגו דידן לשאר מגו דהכא גם בטענה השניה מחויב שבועה אך עיקר סברת הריב"ם צריך עיון.

ועיין בקובץ שיעורים באות קמו מה שביאר בשיטת הריב"ם על פי היסוד דמגו מהני מדין כח הטענה והכא בטענת לא חטפי אין לו כח לטעון אותה בלא שבועה למאן דאית ליה מתוך כיון דלא נשבע עליה עיי"ש

223 ועיין בסי' שביארנו מהלך אחר בדברי הש"ך

ועיין בחי' הגרש"ש שביאר כן אך לשון הריב"ם מאוד דחוק לפירוש זה וגם אין מובן המשך דברי התוס' שהקשו דמנא לן דין מתוך אף כה"ג ועיין שם בגרש"ש שעמד בזה וביאר המשך דבריהם לדרכו.

ועיין ברמב"ן ששם בא תירוץ הריב"ם בסגנון אחר שהעד אחד דינו כשנים כל זמן שלא נשבע להכחישו ולכן לית ליה מגו דהוי כאילו יש לנו עדים גמורים שחטף, ונחלקו אחרונים בדברי התוס' דידן אם להשוותם עם דברי הרמב"ן דהנה יעויין בש"ך סי' עה סק"מ שנחלק עם הסמ"ע אם יועיל מגו דהחזרתי שיטעון חוטף הנסכא אין חטפי אך החזרתי הנסכא לתי' התוס' והסמ"ע סובר דלא יועיל כיון דאיכא מתוך ותמה עליו הש"ך דודאי מועיל מגו דהחזרתי אף להריב"ם והוכיח כדבריו מדברי הרמב"ן שכתב לתי' הריב"ם וכתב הרמב"ן להדיא דמהני מגו דהחזרתי.

ועיין היטב בהגהת אמרי ברוך על הש"ך עיין היטב בכל דבריו שלמד מדברי הש"ך דהתוס' כוונתם לתי' הרמב"ן והשיג עליו האמרי ברוך דשני תירוצים חלוקים הם והתוס' סברי דאית ליה מגו ואעפ"כ אינו נאמן ואילו הרמב"ן ס"ל דליכא מגו. והוכיח כן האמרי ברוך מדברי התוס' רא"ש בשטמ"ק ורבינו יונה שאחר שהעתיקו לתירוץ התוס' הוסיפו דלא דמיא להחזרתי מגו דנאנסו דהתם כל זמן שלא טען נאנסו לא חל עליו חיוב שבועה ולדרך הרמב"ן הרי ליכא לאקשווי כלל מהתם דדוקא בע"א שהוא כשנים שייך תי' הרמב"ן. אמנם האמרי ברוך ראה דברי רבינו יונה בשיטמ"ק אבל ברבינו יונה הנדפס מפורש גם שם דהטעם דליכא מגו משום דע"א כשנים ובאמת קשה טובא מדוע הוצריך להוסיף ולחלק מהחזרתי מגו דנאנסו אכן לשון התוס' ודאי מורה כהאמ"ב 'דודאי אית ליה מגו' ומ"מ אינו נאמן ודלא כהרמב"ן וסברתם צ"ע.

ועיין היטב ברשב"א שכתב לתי' הריב"ם וביאר דהשבועה תשלומין היא ולהכי אינו נאמן במגו עייש"ה והדברים צ"ב [ואפשר כוונתו דאם היה דין השבועה כדי לתת נאמנות בטענתו היה מועיל מגו במקומה עם שבועתו שדידיה חטף אך כיון שדינו שבע או שלים הוא בתורת תשלומים והיינו שמעשה השבועה שגורה עליו תורה הוא הפוטרו מתשלומי ממון אי אפשר שיפטר מחיובו דשבע או שלים על ידי מגו אכן צ"ב דהרי בעלמא אמרינן מגו לאפטורי משבועה וצריך לחלק דבמגו בעלמא ע"י המגו לא הוי כלל מחויב שבועה אבל הכא הרי אף בטענת לא חטפי חיב שבועה ולכן המגו צריך לבוא במקום השבועה וזה אי אפשר ודוק]

בתי' הרמב"ן וראה בדברי הרמב"ן מש"כ ע"ד הריב"ם דכיון שהע"א כשנים תו ליכא מגו דהוי כאילו יש שנים על החטיפה והדברים תמוהים מאוד דלו יהי שיש כאן שנים על החטיפה אבל הרי אית ליה מגו והרי תיכף כתב הרמב"ן דמגו דהחזרתי מהני בגולן אף שיש עדים על החטיפה והגזילה ומאי שנא הכא ממגו דהחזרתי.

ולכאורה כוונתו דכיון דהע"א כשנים נמצא שיש כאן השתא שני עדים על החטיפה והוי כמגו שבאו עדים והכחישו טענתו הראשונה דתו לית ליה מגו ואם כן מבואר מדבריו דמה שמפסיד המגו כשהוכחה טענתו הראשונה אינו מחמת דליכא תו מה לי לשקר אלא משום דאזיל כח הטענה ידידיה [שכאן הרי יכול להכחיש עדים אלו בשבועה ואף עתה יהיה נאמן בשבועה וכקושית התוס'] וזו ראייה גדולה דמגו מדין כח הטענה הוא.²²⁴

²²⁴ ועיקר דין זה הוא הדין המבואר במורה בשטר שכתבו וטוען פרוע שאם קיימו המלוה גובה בו וכן באומרת נשביתי וטהורה אני ובאו עדים שנשבית וכן בטוען וחזר וטוען שנאמן במגו ואח"כ באו עדים נגד טענתו הראשונה אמנם יעויין בבית יוסף בסי' פ שכתב בדינא דטוחו"ט דאינו נאמן משום דאמרינן שידע שיש עדים נגד טענה זו ולכן טען את השניה אבל כבר הוכיח הקוב"ש מדברי התוס' בכתובות כג ריש ע"ב שכתבו דלהדיא דאף אם ידעין שלא ידעה האשה שיש עדים שנשבית מ"מ אזל מגו ידיה ואפשר שהב"י כתב כן רק בחזר וטוען ששם אי"צ כח לטענתו השניה שמצד עצמה טנה טובה היא ודוק.

ובעיקר היסוד שהע"א כשנים עיין ברשב"א בשבועות בדף מה ע"ב ד"ה והר"י הלוי וכו' שכתב שם דמי שמכחיש עד ויש לו מגו אינו נאמן אף אי בעלמא מהני מגו לאפטורי משבועה דשאני שבועת ע"א שהוא כשנים כל זמן שלא נשבע והוי מגו במקום עדים עיי"ש בדבריו וכו"ה בר"ן על הרי"ף שם. וע"ע ברשב"א כאן מה שנדפס מהשמטות וצ"ב כוונתו שם.

הנ"מ בין תירוץ הר"י לתירוץ הריב"ם עיין בקצה"ח בסי' נח סק"ד [הו"ד לעיל בענין סתירת דברי הרמב"ן] שכתב שלש נ"מ בין תירוץ הר"י לתירוץ הריב"ם

הנ"מ הראשונה היא באופן דליכא מתוך כגון שבועה דרבנן דאז לדעת הריב"ם נאמן במגו ולדעת הר"י אינו נאמן במגו וזהו גוונא דסטראי נראה לעיל בזה ואמנם קשה שהרי מודה הר"י דבמקום דליכא מתוך נאמן כדחזינן לרב ושמואל וכמש"כ לעיל וצ"ע]

הנ"מ השניה באופן שהעד מכחיש גם את טענתו שטוען עתה כגון בנסכא כשמעיד העד שחטף וגם מעיד שיודע שהנסכא שייך לבעל דינו דכה"ג לדעת הר"י נאמן החוטף דאית ליה מגו שהרי אף עתה מכחיש עד בשבועה ולא עדיפא ליה טענת המגו כלל אבל לדעת הריב"ם הרי העד אחד כשנים במה שמעיד שחטף ואף שהוא מכחישו ונאמן לומר דידי הוא נגד עדות העד אבל סו"ס עדותו של עד שחטף לא הוכחשה בשבועה ומתוך שאינו יכול לישבע משלם ונ"מ זו מפורשת בתשובת הריב"ש בסי' שצב [בד"ה ומה שכתבת וכו'] שכתב שם דכה"ג הוי בדין מתוך לתי' הריב"ם ולדעת הר"י נאמן עיי"ש. ועיין בהגהת הרע"א בריש סי' נא שכתב כהקצות דתליא בשני תירוצי התוס' וביאר שם שהש"ך שנקט דכה"ג נאמן הוא משום דסובר שהעיקר כתי' הר"י והביא שם הרע"א לדברי הר"ן בבקרא דמוכח מהם דנאמן בשבועה וביאר דאף זה אתיא כהר"ן²²⁵

הנ"מ השלישית כתב הקצות באופן שהשתא העד כשר לעדות אבל אם היה מכחיש את העד היה העד פסול מדין נוגע, דכה"ג לדעת הר"י הרי יש לו מגו מעליא שיכול להכחיש את העד אבל לדעת הריב"ם השתא סו"ס הוא מחויב שבועה ואין מועיל לו המגו ליפטר, עיי"ש בהקצות וברשב"א בקידושין דף מג שהביא הקצות.

שם בתוס' וא"ת וכו' צ"ב קושית התוס' וכוונתם לכאורה דאף דלא מהני מגו במקום חיוב שבועה אין סברא שיהא מתוך כשנשבע שבועה יפה והוי טענתו טענה מעליא עיי"ז וראה היטב ברמב"ן בתחילת דבריו בסוגיין שכתב שם דליכא למימר מתוך בכה"ג אלא בחמשין ידענא וכו' אבל הכא הא קא משתבע שבועה דחזיא ליה בדין מגו עיי"ש ולכאורה כוונתו לקושיא זה שהקשו התוס' ומכח זה דחה פירוש ריב"ם [ועיין גם בסברא זו ברמב"ן בתשובה במובאת בספה"ת שער יט סוף ח"א יבואר להלן]

שם ונראה לר"י וכו' יל"ע דנראה מדברי התוס' שקושיתם היתה לפירוש הריב"ם דלהר"י אינו שייך להכא כלל ותירוצם הביאו בשם הר"י ואפשר שכתב כן הר"י במק"א.

שם בתוס' צ"ב איזו סברא הוא ומאי כדמפרש וגם דאיפכא מסתברא דאי ילפינן לה מקרא שמא מיירי הקרא במקום מגו ואי סברא הוא י"ל דלא נאמרה במקום מגו וצ"ל דהסברא הוא הך סברא גופא דכן הוא הדין וכו' והיינו שחיוב שבועה חל באופן כזה שאין לימלט ממנו אלא בתשלום או בשבועה עצמה.

[וי"ל ע"כ בזה שהרי דעת התוס' בכ"ד [ב"ק מו ע"א ועוד] דבשמא טוב ליכא דין מתוך ודמיא ליורשים ואם כן אף הכא כשטענתו טובה ורוצה לישבע עליה הרי לא גרע ממי שלא הוה ליה למידע וצ"ל עיי"ל. ובאמת

²²⁵ וקצ"ע שמסקנת הר"ן כאן ובחידושיו בשבועות הביא לתי' הריב"ם, וצ"ל דהר"ן שם הקשה משבועה דזה קשיא גם לשי' הר"י, עיי"ש.

מלשון התוס' בב"ק שם משמע קצת דדין מתוך ילפינן ליה מקרא וכן משמעות לשונם גם בכתובות יב ע"ב וע"ע בתוס' בשבועות דף מז ע"ב ד"ה אי אמרת ודוק]

והאחרונים חקרו בגדר דין מתוך אם הוא חיוב ממון מחודש או דהוי מעיקר דין שבע או שלים דלא שנא אם אינו רוצה לישבע או אינו יכול [עיין בזה בקוב"ש ח"ב סי' ז ובחי' רבי ראובן בריש ב"מ שכתב שנחלקו בזה ראשונים] **ומהתוס' דידן מבואר** דהוא מעיקר דין חיוב שבועה דודאי אין לומר דחיוב ממון המחודש הוי מסברא, וכ"ה גם לשון הריב"ם שכתב דכן הוא הדין שישבע או ישלם וקאי אגוונא דמתוך הרי דמחוייב שבועה הוא אף באופן שאינו יכול לישבע ומדין שבע או שלים הוא דמשלם. **וראה עוד בזה להלן בתוד"ה וכל.**

ועיין בתשובת הרא"ש [כלל ח סי' ג] שנשאל במחוייב שבועה ואינו יכול לישבע אם אפשר לגלגל עליו שבועה אחרת, **והשיב הרא"ש וז"ל** לא ידעתי שום הטיית דעת לגלגל, כי לא נתחייב שבועה מעולם אלא תשלומים חייב מן התורה, דמקרא ילפינן ליה בשבועות פרק כל הנשבעין שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשין. ואם כן לא שייך הכא שום גלגול, כי לא נתחייב שבועה מעולם אלא תשלומין. **עכ"ל** ולמדנו מדבריו שחולק על התוס' דידן וסובר שמקור דין מתוך הוא מקרא דשבועת ה' [וכן משמע גם מדברי הרא"ש בב"מ דף צז [סי' י] וגם במש"כ דאין מגלגלים ממתוך למד הגר"ר [בב"מ סי' ב] דגדר מתוך הוא חלות חיוב ממון מחודשת ודלא כמו שלמדנו מדברי התוס' דידן דהוא בגדר שבע או שלים, ועיי"ש בחי' הגר"ר שביאר דהרא"ש לשיטתו אזיל בכ"ד.

שם בתוס' וא"ת וכו' קושית התוס' מהתם צ"ב ועמדו בזה האחרונים שהרי דין מתוך נאמר בשבועה דאורייתא בלבד כדאיתא בתוס' בב"מ בדף ג ע"ב ובעוד מקומות והכא הרי המלוה צריך לישבע שבועת נוטלין [מדין עד אחד מעידו שהוא פרוע] וליכא דין מתוך בשבועת נוטלין שהיא דרבנן. **ועיין בש"ך בסי' נח סקכ"ג שעמד בזה וכתב שם ליישב דברי התוס' ודבריו צ"ב.**

והקצה"ח שם [בסק"ג] תירץ על פי דברי הרמב"ן לעיל בדף לב ע"ב שכתב שם הרמב"ן דמגו דסטראי לא הוי מגו להוציא כיון שעיקר הנידון השתא הוא על דמים שנטל אם הם שלו ולא על הדמים שתובע **ועיין היטב בנתיב"מ שהשיג עליו ובמשובב נתיבות** שהשיב לו הקצות ודבריהם בזה הם שורש הבנת ענין החיוב שבועה בסוגיין וכמש"נ לעיל והקצות ביאר דרכו דהחיוב שבועה אינו מכח המגו אלא דהשתא כשיש עד שאם היה אחר עמו היה מחייבו ממון אף השתא הוי כשנים לענין שבועה דאורייתא.

ועיקר סברת הקצות מפורשת ברשב"א בקידושין דף מג ע"ב שהביא שם לקושית התוס' והוסיף וביאר דהנידון השתא הוא על המעות שנטל ולכן הוי נתבע ולא נוטל עיין שם היטב בכ"ד.

אכן יל"ע בעיקר סברת הקצות דהנידון השתא הוא על מעות שנטל ולכאורה זה סותר לדברי התוס' לעיל בדף לב ע"ב **וכבר עמד בקושיא זו הגר"ח מטלז** שהרי התם נקטו התוס' דהוי מגו להוציא ודלא כהרמב"ן וע"כ שאנו דנים על מעות המלוה ולא על המעות שנטל ואם כן הכא הוי שבועת נוטלין ומדרבנן וליכא מתוך [וצ"ל דכיון דהנ"מ היא במעות המלוה וזה תוצאת הדין חשוב מגו להוציא אבל עיקר הכרעת דין היא על מעות שנטל ולכן הוי שבועת נפטרין דדין השבועה תלוי בגוף הנידון ודין מגו להוציא תלוי בנ"מ בפועל של הכרעת הדין וצ"ע]

ועיין בספה"ת שער יט ח"א אות ג שהביא שם לתשובת הרמב"ן שעמד בשאלת התוס' ותירץ דהוי שבועת נוטלין כיון שהעד מעיקרו ליטול בא **ולכאורה סתרי דבריו אהרדי** שהרי לעיל בדף לב נקט דהמגו הוי מגו להחזיק והכא סובר דהווי נוטלין ונמצאו סברות התוס' והרמב"ן מתהפכות מהכא להתם וצ"ע וי"ל.

[והאחרונים הקשו סתירה אחרת ברמב"ן מחידושו הכא שתירץ דהתם ליכא מגו ולא כדבריו בתשובה וכבר תירצה הקצות בסי' נח סק"ד והובאו הדברים לעיל בתי' הריב"ם]

וע"ע ברשב"א בקידושין דף מג מש"כ בזה וכן בחידושו לכתובות שם ובריטב"א שם.

וע"ע בקצה"ח בסי' צב סק"י שדעתו שם דאף בשבועה דרבנן אמרינן מתוך ובוזה ביאר דינו של הרמ"א שפסק דבסטראי וע"א מעידו על הפירעון משלם עיי"ש ולפי זה ניחא גם דברי התוס' דידן אך אינו נראה שיחלקו על דבריהם עצמם בב"מ ובגטין **ועיין בהגהת הגר"א בסי' נח סק"י בליקוט** שהוכיח מדברי התוס' לעיל בדף ל ע"א דליכא מתוך בשבועה דרבנן.²²⁶

תוד"ה וכל וכו' סברת התוס' סתומה מאוד דמה טעם יש בכך שאם אין התובע יכול לישבע ישלם הנתבע **והרא"ש בשבועות** השיג על דבריהם וכתב דאיפכא מסתברא דיפסיד התובע כיון שאינו יכול לקיים דינו, וכבר הבאנו לעיל חקירת האחרונים בדין מתוך אם הוא חייב ממון מחודש או מדין שבע או שלים, והבאנו **שבקוב"ש ח"ב** בקובץ שמועות ב"מ אות לד כתב דנחלקו בזה התוס' דהתוס' דידן שכתבו שהוא סברא ודאי דהוי מדין שבע או שלים אבל התוס' בב"מ [דף צז] שכתבו דאף באופן שאין התובע יכול לישבע משלם הנתבע הם סברי דהוי חייב ממון על הנתבע מגזיה"כ **אבל צ"ע בזה** שאף התוס' דידן כתבו כאן הך סברא דמתוך שאינו יכול לישבע התובע משלם הנתבע **ובקוב"ש בסוגיין העיר בזה** באות קנא והניח בקושיא רצ"ע בזה.²²⁷

226 ראיית הגר"א צריכה ביאור וכוונתו דהתוס' שם כתבו דבציור דהתם שהלוקח מעיד למוכר ליכא נסכא משום דאין נשבעין על קרקעות והוקשה להגר"א דהרי מדרבנן מיהת נשבעים וא"כ עדיין הקושיא במקומה עומדת ומוזה הוכיח דליכא מתוך בשבועה דרבנן אכן דברי הגר"א הם חידוש גדול דמבואר מדבריו דבכל שבועה דאורייתא כד משכחת לה בקרקע נשבע מדרבנן ולכאורה לא מצאנו אלא דשבועות דרבנן כשתקנו תקנו גם בקרקע אבל לדעת הגר"א כל מודה במקצת בכפי"ש קרקע נשבע מדרבנן, ומצאתי בש"ך בסי' נח סקכ"ג שכתב דבע"א בשטרות ועבדים ליכא אלא היסת וכן בקצה"ח בסי' נח סק"ד שכתב בפשיטות בדברי התוס' הנ"ל בדף ל שהשבועה היא שבועת היסת משום טענת ברי וליכא שבועת ע"א אפילו מדרבנן וכן נקט הקצות גם בסי' צב סק"י שהבאנו בפנים ומבואר שחולקים הש"ך והקצות על חידושו של הגר"א, רצ"ע.

227 גם צ"ב איפכא היאך הוכיחה הגמ' מרב ושמואל דפליגי בדין מתוך והשתא אף אי פליגי וסברי דחזרה שבועה לסיני מ"מ יגבה התובע כדינו ולמה יפסיד הרי השטר בידו ומעיקר הדין גובה רצ"ע ועיי"ש ברש"י שפירש דלמ"ד דלית ליה מתוך אין נזקקין לדינו ולפי זה ניחא אך להראשונים שכתבו דחזרה שבועה לסיני ופקעה ממנו לגמרי [עיין רבינו יונה בסוגיין ובר"ח שם בשבועות] צ"ב, אמנם הראשונים שם בשבועות פירשו באופנים אחרים ודלא כהתוס' דידן. ומסתברא דהתוס' דידן מיירי בהנך שבועות שהתובע נוטל מן הדין בלא שבועה והשתא ק"ו ומה במקום שהנתבע יכול ליפטר בשבועה שלו עצמו אם אינו נשבע משלם כ"ש במקום שהתובע נאמן בשבועה והחמירו על הנתבע שאינו יכול לישבע הוא והתובע נשבע ונוטל כל שכן שבלא שבועה יטול ואמנם זה ק"ו פריכא שהרי אין מוטל על הנתבע שבועה אבל צ"ל דגדר שבועת הנוטלין בכה"ג הוא שעל הנתבע מוטל לשלם אם לא יטול כאן בירור שבועה עליהם רצ"ע בזה.

פרק יש נוחלין

דף קח ע"א

מתני' והאחין מן האב וכו' בגדר ירושת האח חקרו האחרונים כיצד יורש. ויש להקדים לחקירה זו הקדמה בעיקר דין ירושה: דדין ירושה מצינו לו שני אופנים, או בירושה ישירה או על ידי משמוש. והיינו דהבן או האב יורשים את המת בעצמם כיון שהם קרוביו. אך ירושת הקרובים הרחוקים היא על ידי משמוש. **דיעויין במשנה לקמן** [דף קטו ע"א] סדר נחלות הוא שכאשר אין אב יורשים אחי האב ואם אין אחים לאביו יורשים אחי הסב וכו' והנחלה ממשמשת והולכת עד ראובן בן יעקב אבינו. וענין ירושה זה מתפרש בראשונים [ראה בתוס' בסוגיין ד"ה ואחין וכו' ובעוד מקומות רבים בראשונים] שהקרוב שמת יורש בקבר את הנכסים וממנו יורשים קרוביו החיים, וכך אם יש אחים לאביו יורש הסב המת את האב ומוריש לבניו ואם אין אחים לאביו יורש אבי הסב מהסב ומוריש לבניו וכך עד ראובן בן יעקב.¹

ובזה בא הספק בדין ירושת האח כי אפשר לפרש שהוא יורש בדין משמוש, היינו שכאשר אין למת בנים יורש אביו בקבר ומוריש לשאר אחי המת ולפי זה לעולם אין בדין ירושה אלא בן ואב בלבד. **ועוד אפשר** שהאח הוא יורש בעצמו מאחיו כמו בן ואב ורק באחי האב ומהם והלאה נתחדש דין המשמוש.

ויעויין בתשובת הרע"א [ח"א סי' קלב] שדן בחקירה זו וכתב שנחלקו בזה הב"י והרמ"א בסי' רנג [עיי"ש בדרכי משה אות ז ובדברי הבי"ש שעליהם נסובו דברי הד"מ]

ומצינו בזה דברים בדברי רבותינו הראשונים: יעויין בפ' הרמב"ן עה"ת [במדבר כו ט] שכתב שם וז"ל ואם אין לו בת ונתתם את נחלתו לאחיו קבלו רבותינו (ב"ב קטו) כי האב יורש את בנו כאשר מת בלא זרע, ולא הזכיר הכתוב זה והטעם כי במשפטי הירושה כל מנחיל נוחל, כי הקורבה שיה, וכיון שאמר הכתוב שהבן יורש את אביו גם האב יורש את הבן ועוד כי הירושה היא בשלשלת הזרע ביוצאי חלציו לא בצדדין אם כן ונתתם את נחלתו לאחיו משמע נחלה שהאב יורש בקבר וממנו תבא לאחים. **עכ"ל**. **הרי מפורש** שהאח יורש בדרך משמוש ואין בדין ירושה אלא בן ואב בלבד. **וכן מפורש בחי' הרמב"ן בסוגיין** [ד"ה ואיכא דקשיא וכו'] שהאחים יורשים דרך משמוש. **וכן בחי' הרשב"א** [בדף קט ע"א ד"ה אחי האב וכו'] **וכן כתב רבינו יונה לקמן** [דף קיח ע"א סוד"ה אלא למ"ד] 'שאין האח יורש אלא במשמוש נחלה אצל האב' וכו'.

אך במהרש"א [בדף קח ע"א ובדף קיג ע"א] מבואר שהאח יורש בעצמו וכן משמע מהב"י בסי' רנג [המובא לעיל בדברי הרע"א] **וכן משמעות דברי כמה ראשונים: יעויין ברשב"ם לקמן** [דף קכה ע"ב ד"ה ורב ענן] שמשמע מדבריו דהאח הוא יורש בעצמו ולא דרך האב. **וכן מוכח מדברי הראב"ד בשטמ"ק** [לקמן דף קנט ע"ב ד"ה מאי לאן] שכתב דהיכא שמת ראובן ובא שמעון בן אחיו לרשת אותו ויש לשמעון בעלי חובות חייב לשלם לבע"ח את חובו כי אינו יכול לומר מכח אחוה דאבא קא אתינא שלא נאמר דין זה אלא באבוא דאב שהנכד עומד במקום זקנו אבל בבן אח לא. **ומוכח מזה להדיא** שהאח יורש מאחיו כי אם תאמר שדרך האב הוא יורש אם כן כשמת שמעון ירשו יעקב אביו וממנו יורש בן ראובן בעצמו [דמכח אבוא דאבא הוא בא] ואין צורך לירושת ראובן ולא יגבו בע"ח ידידה כלום. **וכן בספר התרומות** [שער מח] כתב כהראב"ד. [אך בראיה זו דן הרע"א לדחותה ועוד יתבאר להלן] **וכן היא משמעות דברי התוס' בסוגיין, וכן כתבו המהרש"א**

¹ ובענין המשמוש עצמו וגדרו יש בזה כמה צדדים בדברי רבותינו ויבואר להלן.

[כאן ובדף קיג] ומהר"ם שי"ף כאן בפשיטות, אך הרע"א דן בזה באופנים אחרים בדעתם, ולהלן יתבאר בארוכה בס"ד בדעת התוס' בזה.

עלה בידניו שבפשטות ענין זה שנוי במחלוקת ראשונים ואחרונים: אשר דעת הרמב"ן והרשב"א ורבינו יונה והבית יוסף שהאח יורש על ידי משמוש, ואילו דעת הרשב"ם הראב"ד והבעה"ת המהרש"א והב"י שיוורש בעצמו.

בשיטת הסוברים דאח יורש במשמוש יש לעיין לדעת הראשונים הסוברים שהוא מדין משמוש, מהו הטעם שאין האח יורש בעצמו, ונראה ששתי דרכים יש בדבר: מדברי הרמב"ן עה"ת נראה שאין כלל פרשת ירושה לצדדים וכל ענין ירושה הוא בשלשלת הזרע לבן העומד במקום אביו וכן האב שהבן הוא יוצא חלציו הוא יורשו. ויעויין בקצה"ח [סי' רפא סק"ב] שמדבריו נראה דהטעם הוא דכיון שלעולם האב קודם לכל יוצאי ירכו לא יטלו האחים אלא מכח האב שירושתו קודמת ועל כרחם הוא יורש ומנחיל להם בקבר. וכך מוכח קצת מדברי הרשב"א להלן [דף קט ע"א]²

ויש לעיין לדרך זו שירושת אח היא מטעם משמוש מכמה דוכתי: בגמ' מרבינן מקראי שהאב קודם לאחים ואלמלי הנך קראי היה האח קודם לאב. ועיין בקוב"ש [אות שיט] שהקשה דאם אח אינו יורש אלא על ידי משמוש מה הס"ד שירש קודם לאב. וכתב דאין לומר שתלוי הדבר בהס"ד ובמסקנא דאם להס"ד מוכח שהוא דין ירושה גמור מהיכי תיתי דלמסקנא אינו כן. וכעין זה קשה בגמ' להלן דבעינן קראי שאין אח מן האם יורש וקשה כנ"ל שהרי האם אינה יורשת את בנה והיאך ירש אח מן האם אם בדין משמוש הוא הרי אין האם יורשת. אך י"ל בזה דודאי ישתנה הדין מהס"ד למסקנא דלהס"ד שהאח קודם לאב ודאי שהוא יורש בעצמו שהרי מפורש בקראי שהאח יורש והפסוק מוכיח שהוא יורש בעצמו אך אחר שידעינן שהאב יורש מסתברא לפרושי קראי שאין לך בירושה אלא בן ואב כמש"כ הרמב"ן וכן אם היינו למדים מפשטות הפסוקים שגם אח מן האם יורש היה זה מוכיח לדין ירושת אח והשתא אינו כן.³

עוד הקשה הקוב"ש מדברי הספרי בפרשת פנחס דאיתא התם 'ומנין שהאב יורש אמרת ק"ו ומה אחים מן האב שאינן באים אלא מכח אב הרי הם יורשים את האב שאין אחים באים אלא מכח האב ודין הוא שיוורש' וראה גם ברשב"ם [דף קט סוע"א ד"ה והעברת] שכן היא גם שיטת הגמ' דידן לרבי ישמעאל ברבי יוסי [בסוגיא שם] והשתא אם אח אינו יורש אלא מכח משמוש אין כאן ק"ו שאין האחים יורשים מכח האב וה"ל למימר דמגוף דין ירושת אח מוכח שהאב יורש שאל"כ לא ירש האח לעולם.⁴

² עיי"ש שהקשה מדוע כתבה תורה דין אחי האב הרי אח יורש מדין משמוש ונפקא לן משמוש מהתם וממילא ידעינן דאחי האב יורשים, ותיריך שאלמלי אחי האב היינו מפרשים שהאח יורש בעצמו. והוא צ"ב בתרתי: חדא דאם מסברא היה מתפרש כן הדין שיוורש בעצמו מדוע אליבא דאמת אינו כן, ועוד דלמה לא נפרש גם אליבא דאמת שאחי האב יורשים מעצמם, ומבואר מזה דהאחים הם קרובים בעצם ולכן סברא שירשו בעצמם ומשא"כ אחי האב שאינם קרוביו של בן ויתברר עוד להלן בהערה 9, ומעתה צריך ביאור מדוע אליבא דאמת לא נפרש שהאחים יורשים מעצמם, ולזה צ"ל כמש"נ בפנים דכיון שהאב קודם ליוצאי ירכו אין מקום לירושת אח.

³ וכן מוכח להדיא מסוגית הגמ' בדף קט דפריך דשמא בעינן לקרא דאב לומר שקודם לאחי האב ומשני דלאקדומי לאחי האב לא צריכי קרא שהרי מכח אב הם באים. והשתא נחזי אנן דהמקשן להס"ד ודאי לא עלה על דעתו לומר שיקדמו אחי האב לאב במשמוש שהרי האב חי והיאך ירשו הם את האב בחייו, ובהכרח דנקט להך ס"ד שהם יורשים בעצמם, ואין תימה בדבר דכיון דמפורש בתורה שאחי אב יורשים מתפרש הדבר בפשוטו שהם יורשים בעצמם. והרי למסקנא ודאי אינו כן ועל ידי משמוש הם יורשים, הנה מפורש הדבר שמשנתנה גדר ירושה קודם הפסוק ואחר הפסוק.

⁴ וגם כאן הרי אם לא היינו יודעים שהאב יורש בהכרח שהאח יורש גמור ומזה איכא למילף ק"ו, ואחר שידעינן שהאב יורש ממילא אין צורך ליתן לאח דין ירושה גמור. אך לפי זה אליבא דאמת אינו בגדר ק"ו, וצ"ע.

ויעויין עוד בגמ' להלן [דף קטז סוע"א] בעי רמב"ח אבי האב ואחי האב כגון אברהם וישמעאל בנכסי עשיו מי מהם קודם וכו' ופשיט ליה רבא ממתני' דאבי האב קודם, ואם אח אינו אלא בדין משמוש מאי קא מבעיא ליה לרמב"ח הרי אברהם קיים והיאך ירש ישמעאל. ומוכח מזה דהאח יורש בעצמו.⁵ וצ"ע.

עוד הקשה בשיעורי הגרש"ר דיעויין בגמ' להלן [דף קטו ריש ע"ב] דאיתא התם דנחלה ממשמשת והולכת עד ראובן, ופריך נימא עד יעקב ומשני דגמירי דלא כלה שבטא, ולכן בודאי אם מת אחד משבט ראובן יש עוד אחד בעולם משבט זה שיירש אותו. ואם אח יורש בעצמו אינו מובן קושית הגמ' דאף לו יצוייר דכלה שבטא ממשמשת הנחלה עד ראובן והוא מוריש לכל אחיו השבטים ומדוע תגיע הנחלה ליעקב, ומבואר מזה דהנחלה ממשמשת לאב שיש לו בנים ועוברת לשאר היורשים דרך האב והאח אינו יורש בעצמו. **ואולם יעויין ברבינו גרשום שם** שפירש דעד ראובן היינו עד ולא עד בכלל אלא לבני ראובן וכן בקושית הגמ' עד יעקב היינו בני יעקב ולא יעקב ממש ולפי זה א"ש. [אלא דנתקשה הגרש"ר בהא גופא מדוע לא משני הגמ' דעד היינו עד בכלל, אך י"ל בפשיטות דהגמ' משני האמת, דגמירי לן דלא כלה שבטא ועד היינו לא עד בכלל]

עוד הקשה הרע"א [בתשובה ח"ג סי' טו] דכל אח שמת ומוריש לאחיו לדעת הבעה"ת דבשאר יורשים גובה בע"ח⁶ יגבו בעלי חובות של האב. **וחידש הרע"א** דמזה מוכרח דהבעה"ת סובר דבאמת אח הוא יורש בעצמו, והראשונים שכתבו דאח יורש רק על ידי משמוש מוכח מזה דפליגי על הבעה"ת וסברי דבכל יורש יכול לומר מכח המוריש הראשון קא אתינא.

בשיטת הסוברים דהאח יורש בעצמו ולהצד שהאח יורש בעצמו הקשו אחרונים היאך יתכן שהאח יורש בעצמו הרי אב קודם לאח ואם כן לעולם יירש האב בקבר והאח יירש מכחו ולא משכח"ל שיירש בעצמו. **ועיין בתשובת הרע"א** [קמא סי' קלב] שכתב בזה בתו"ד דדינו של האב לקדום לאח הוא כאשר האב חי אבל כאשר האב בקבר אין הוא קודם לאח.⁷ **ויש לדון עוד** דכל יורש שיכול לרשת בעצמו מהמוריש ודרך משמוש יורש בעצמו ויש ליסוד זה כמה ראיות שהובאו במקדש דוד על ב"ב.⁸

גם יש לעיין בשורש הדין מהיכן קים לן לפרש הפסוקים דהאח יורש בעצמו ואילו שאר יורשים יורשים על ידי משמוש, והרי גם באח ניתן לפרש הפסוקים שיורש על ידי משמוש. וכן לעומת זה באחי האב דמפורש

⁵ ואף שכאן מיירי באחי האב הרי ירש יצחק בקבר ויורש לעשיו אחיו ולא לאביו ומזה מוכח דאף בירושת אב בקבר יורש לאחיו ולא דרך משמוש.

⁶ בגמ' להלן דף קנט מבואר דכשמת הבן בחיי האב ויורש הנכד אין בעלי החובות של הבן גובים מהנכד כי הנכד יורש בעצמו מהסב, ואומר מכח אביו דאבא קא אתינא. ובשאר יורשים כגון בן אח וכיו"ב נחלקו בזה ראשונים אם גובה הבע"ח, ודעת הבעה"ת שגובה, וע"ז נסבו דברי הרע"א.

⁷ והשואל שם -הגר"ר יעקב כץ מבאריג- חידש עוד דאף כשהאב והאח שניהם בקבר אין האב קודם לאח, ובזה רצה ליישב דברי בעה"ת דמי שמוריש לבן אחיו גובים בע"ח של האב מהירושה, והוקשה לו הרי האב קודם לאח שבקבר ויורש המת לאביו ויירש בן האב מסבו בדין אביו דאבא ולא יגבו בע"ח, ועיי"ש ברע"א מה שדן בזה.

⁸ **עיין במקד"ד שהקשה** דכשמת אדם ולו שלשה בנים שאחד מהם מת בחיי אביהם הדין מפורש בסוגיא בדף קנט ריש ע"ב דבעלי חובו של אח זה שמת לא יגבו מירושת האחים כי הם יורשים בעצמם מאביהם. וקשה למה לא נאמר שיירש זה בקבר ויורש להם דרך משמוש, וזכותו להיכן פקעה. עוד הקשה כשיש כמה בנים שמתו ונשאר הבכור ועוד בן אחד פשוט מדוע יטול הבכור פי שנים מהפשוט יאמר הפשוט שיתחלקו גם האחים המתים בירושה ויירשו הבכור והפשוט בשוה מהאחים את חלקיהם. ומזה הוכיח המקד"ד דהיורש שבלא"ה יורש בעצמו אינו יורש דרך משמוש, וצ"ע בטעם הדבר ועיי"ש במקד"ד מה שביאר בזה.

ירושתם בקרא היינו יכולים לומר שירשים בעצמם, ומהיכן למדנו לחלק שהאח יורש בעצם ושאר יורשים אינו כן.⁹

בשיטת התוס' בדין ירושת אח ראה בתוס' ד"ה ואחין וכו' שהקשו מדוע לא תני אחי האב במתני' שהרי אף הם מפורשים בקרא, ותירצו דידעין לה מדין משמוש ומשמוש עצמו מפורש במתני' גבי בני אחות. **וממה שכתבו התוס' שדין משמוש מפורש בבני אחות ולא כתבו דמפורש בדין אחים עצמם לכאורה מוכח שאחים יורשים מכח עצמם** [אך יש לדחות שבודאי מדין משמוש יורשים אך אין ללמוד ממתני' דין משמוש דהמ"ל דיתפרש הדין דירשים מכח עצמם ולהכי בעינן לבני אחות אך אחר דידעין משמוש מתפרש דין אחים כמו"כ] **וראה בלשון התוס' 'להנחיל לבנו' וכו' ולגירסא דידן מבואר מזה להיפך** דהאב מוריש לאחיו על ידי משמוש שמוריש לאבי האב בקבר, **ועיין במהרש"א שתמה בזה** שהרי האח יורש בעצמו ומדוע בעינן לירשת אבי האב, ועוד שהגרסה עצמה דחוקה בפירושה. ולכן הגיה בדברי התוס'. **ועיין בב"ח** שהגיה באופן אחר, ולגרסתם הרי משמע להדיא מלשון התוס' דאח יורש בעצמו ולא על ידי משמוש, וכמשמעות דבריהם לעיל, ודוק.

ולקמן בע"ב הקשו התוס' על הפסוקים בעצמם מדוע בעינן קרא לירשת אח תיפו"ל מדין משמוש, ותירצו דבעינן לקראי כדי לאקדומי בת לאב. **וגם כאן משמע** שהאח יורש בעצמו שאם אליבא דאמת משמוש הוא היה להם לשאול בסגנון אחר דכיון דילפינן לה לדין משמוש מקרא דעיין עליו מדוע בעינן קרא לאח ואילו סגנון קושייתם משמע דהקשו דלמה כתב קרא אחים הרי הנחלה ממשמשת.

ועיין בחי' הרע"א [ממועתק מגליון הרע"א למשניות] שתמה ע"ד התוס' **וכתב** דשתי נ"מ יש אם אח יורש בעצמו או מדין משמוש האחת לענין הנחלה, והשנית לענין בע"ח של האב:

א) בדין הנחלה דקיי"ל כרבי יוחנן בן ברוקא שהאב יכול להנחיל לבן בין הבנים אך לא למי שאינו ראוי ליורשו. **וביאר הרע"א** שדין הנחלה לאח בין האחים תלוי בחקירה הנ"ל דאם האחים יורשים הם אם כן יכול המוריש להנחיל למי מהם שירצה אבל אם מדין משמוש הוא לא יוכל אדם להוריש לאח בין האחים כי האחים לא ממנו הם יורשים אלא מן האב בקבר, ולא יבחר האח מי יירש את אביו.¹⁰

ב) בדין בע"ח דבגמ' לקמן [דף קנט ע"א] דנה הגמ' ביורש את אבי אביו כגון חנוך בן ראובן שירש נכסי יעקב כי מת ראובן בחיו, והיה לו לראובן בע"ח האם גובים מנכסים אלו שירש חנוך מאבי אביו יעקב. דאם הוא בדין משמוש אם כן נמצא שירש ראובן את אביו בקבר ומכחו באו נכסים אלו לחנוך ודין הוא שיגבה אותם בעל חובו. **ומסיקה הגמ'** שאינו גובה אותם דאומר לו חנוך לבע"ח אנא מכח אבובה דאבא קאטינא

⁹ אך נראה בזה דהרי מצינו שהאח הוא קרוב לשאר דיני התורה כמו לענין טומאת כהן למת אבילות ועדות [ואחים מהאם אינם אחים לכל הנ"ל] ומשא"כ אחי האב אינו קרוב לכל הנך דינים.

וכן יש להוכיח מגוף הסוגיא דלקמן פריך דלימא דאחי האב קודמים לאב ומשני דאחי אב מכח אב קא אתו ולא יתכן שיקדמו לאב, וקשה שהרי באח נמי פרכינן דנימא דאח קודם לאב וילפינן מקראי שאינו כן ומדוע בעינן פסוק הרי גם בזה י"ל דאח מכח אב הוא בא והיאך יקדום לאב, ועל כרחין חזינן מזה שלאח יש שם קורבה בעצמו ואף שבמציאות נעשה זה על ידי שיש להם אב אחד אבל אח הוא שם לעצמו ולכן יתכן שיקדום לאב. [ונמה דס"ד דאח קודם לאב אפשר שהוא מחמת בן דור אחד עם האח המוריש, עיין בתוס' לקמן דף קכח סוע"א מר בר רב אשי וכו' ואיתפלג דרא עיי"ש ודוק]

¹⁰ וכן יש נ"מ להיפך אם הנחיל האב לאחד מהבנים ואח"כ מת בן אחר אם תועיל הנחלת האב לנכסי הבן האלו שאם האחים יורשים את אחיהם דרך ירושת האב תחול הנחלת האב כלפי נכסי הבן, אך זה תלוי בנידון אחר אם יכול אדם להנחיל בראוי ובדשלבל"ע שנחלקו בזה הקצה"ח [סי' רנ"ג סק"ד] הסובר שאפשר להנחיל דשלבל"ע עם התיבות [סי' רפ"א סק"ג] והרע"א [בתשובה ח"א סי' קלב] שסוברים דא"א להנחיל דשלבל"ע.

ועיי"ש ברשב"ם שהביאור בזה הוא שהנכד יורש את זקנו בעצמו ולא דרך משמוש האב. ונחלקו ראשונים אם דין זה נאמר דוקא בירושת נכד את זקנו או בכל היורשים, אשר דעת רבינו יונה לקמן וכן רבינו גרשום בסוגיא שם דבכל היורשים איכא להך כלל. [ושיטה זו צריכה ביאור רב ואכמ"ל] אבל בספר התרומות כתב דדוקא בן הבן יורש את זקנו כדכתיב תחת אבותיך יהו בניך אבל שאר יורשים לא. ומקור הדברים מהראב"ד [בשטמ"ק דף קנט ע"ב] ולכן כתבו הראב"ד והבעה"ת דהיכא שמת שמעון בלא בנים ויורשים אותו בני אחיו ראובן והיו לראובן בעלי חוב גובה הבע"ח מהירושה כיון שירושת בן האח היא על ידי משמוש שהאח יורש בקבר ומוריש לבניו.

ומעתה דין הרע"א דשני נידונים אלו הם נ"מ גדולות אם אח יורש מצ"ע או מדין משמוש, דלהצד שיוורש בעצמו תועיל הנחלה לאח בין האחים ולהצד דהוי משמוש לא יוכל אח להנחיל לאחיו בין האחים כיון שהם יורשי האב בקבר ולא יוכל האח לבכר אחד מהם על פני האחרים. וכן לגבי בע"ח היכא שמת ראובן ויורשו שמעון אחיו ולאביהם יעקב יש בעלי חוב דאם הוא מדין משמוש יגבו הבע"ח מהירושה ואם ירושת אח היא ירושה לעצמה אין ליעקב המת שייכות לירושה ולא יגבו ממנה.

ולפי זה נתקשה הרע"א בדברי התוס' שהקשו מדוע בעינן קרא לירושת אח הרי בעינן קרא לשני האופנים הנ"ל היינו לדין הנחלה ולומר שיוורש מאחיו ולא יגבו בע"ח דאביהם מהירושה. ולכן צידד הרע"א לומר דס"ל להתוס' דגם אחר הקרא אין האח יורש אלא מדין משמוש ולזה הוקשה להם מדוע בעינן קרא. ובעינן קושית הרע"א הקשה המהר"ם שיש על דברי התוס' בע"א שהקשו למה כתבה המשנה לדין ירושת אח ותמה המהרמ"ש שנצרכה ליכתב כדי להשמיע לן שהאח יורש בעצמו, ונ"מ לבע"ח דאביו שאם יורש על ידי משמוש יגבו ואם יורש בעצמו לא יגבו, וכקושית רע"א.

ואולם יעויין בתשובת רע"א [קמא סי' קלב] ששם חזר בו הרע"א ויישב הרע"א לדברי התוס' באופן אחר. והוכיח שם הרע"א דגם ביורשים על ידי משמוש יכול המוריש הראשון להנחיל לאחד מהם. וראיתו מדברי הרמב"ם [פ"ט מזכיה ומתנה ה"ה] שכתב דאדם יכול להנחיל לאחד מבניו וכיון שנקטו אחרונים דלדעת הרמב"ם לא אמרינן למסקנא מכח אבוא דאבא קא אתינא מוכח שאדם יכול להנחיל ליורשיו שע"י משמוש.¹² ולא נתבאר בדברי הרע"א הטעם כיצד יכול להנחיל ליורשים שעל ידי משמוש, וצ"ע. [וראה להלן בגדר דין משמוש שיתבאר בזה עוד בע"ה] ועל הקושיא דנ"מ לענין בע"ח תירץ הרע"א דקושית התוס' היא למ"ד שעבודא לאו דאורייתא דלדידיה מן התורה אין בע"ח גובה מיורשים כלל.

¹¹ אך פשטות לשון התוס' בע"א ובע"ב מורה שהאח יורש בעצמו וכן נקט המהרש"א בע"א וצ"ע

¹² ודברי רע"א מוקשים למה הוצרך להוכיח כן באופן זה הרי מפורש שם ברמב"ם דיכול להנחיל לאחד מבני בניו וכיוצא בהן משאר יורשין הרי להדיא שיכול להנחיל גם ליורשים שיוורשים במשמוש. [ואפשר שהטעם שסובר הרמב"ם דאמרינן מכח אבוא דאבא על כל יורשים ודלא כהבעה"ת, ולכן ליכא ראייה אלא מכח דברי האחרונים שכתבו דלהרמב"ם לא אמרינן כלל מכח אבוא דאבא ולזה הרי אפשר להוכיח מהרישא של הרמב"ם דמנחיל לבני בניו ודוק, אך מ"מ ראית הרע"א מהתוס' אינה מובנת דסו"ס מפורש ברמב"ם שאפשר להנחיל ליורשים שע"י משמוש וא"ת שמוכח מזה דהרמב"ם חולק על הבעה"ת שמא אף התוס' פליגי וצ"ע

ועיין ברמב"ם בפ"ו מנחלות ה"ב שכתב דיכול להנחיל לאחד מאחיו, ועיי"ש בהגהת הרע"א שהוכיח מזה שהאח יורש בעצמו דאם על ידי משמוש היאך יכול להנחיל. ודבריו אלו הם סותרים לדבריו בתשובה ואזלו כשיטתו בגליון המשניות שסבר בפשיטות שאין הנחלה ליורש דרך משמוש, אך דברי רע"א אלו מוקשים מדברי הרמב"ם בהל' זכיה ומתנה הנ"ל בפנים, וביותר דבהל' זכיה ומתנה כתב דיכול להנחיל לאחד מבני בניו וכן לשאר יורשין ובהכרח דכוונתו דיורשים ע"י משמוש וזה סתירה גדולה לדברי הרע"א הנ"ל, וצ"ע.

ובפשוטו היה נראה דאדה"נ ומוכח מהתוס' דלא כבעה"ת אלא דס"ל דבכל יורשים אין הבעל חוב גובה דאמרין במקום אב קאימנא וכן בבן אח אומר במקום אבי אני לירש מאחיו. **וכן היא להדיא שיטת רבינו יונה** [לקמן בדף קיח ע"א ד"ה אלא] **ורבינו גרשום והרמ"ה והר"א אב"ד** [בדף קנט ע"ב] **וכ"כ הריב"ש** [סי' תעח] ולכן אין נ"מ כלל בין משמוש לירושת אח בעצמו שאף אם אח בעלמא יורש על ידי משמוש לא יגבה בע"ח ממנו שיאמר במקום אב קאימנא וכן יוכל האח להנחיל לאחר מאחיו שכולם במקום אב הם עומדים לרשת ממנו.¹³ **ולפי זה מתפרשים דברי התוס' בפשוטם** שאח בעלמא הוא יורש בעצמו ומ"מ הקשו מדוע בעינן קרא לזה הרי יוכל לרשת על ידי משמוש שאין שום נ"מ לדינא בין משמוש לירושת אח בעצמו.¹⁴

דף קבג ע"ב

בגמ' הניח להם אביהם וכו' הקדמה לסוגיין: כלל הוא שאין הבכור נוטל בראוי היינו בנכסים שנפלו לאחר מיתת האב ולא הגיעו אליו בחייו ודרשינן מקרא דבכל אשר ימצא לו פרט לראוי. ובראוי גמור כגון שבח שהשביחו יתומים אין פלוגתא ולכו"ע אין הבכור יורש. ונחלקו רבי ורבנן בראוי שאינו ראוי גמור כגון נכסים ששבחו מאליהם. וגדרי ראוי אימתי הוא ראוי גמור ואימתי הוי ראוי דפליגי ביה רבי ורבנן הם הם עיקרי הסוגיא דלקמן ויתבאר בס"ד בהמשך הגמ'. ובריינתא דידן מוקי לה הגמ' להלן כרבי אבל לרבנן אינו נוטל בשבח ששבחו נכסים לאחר מיתת אביהם. ומפרש תנא דבריינתא ואזיל כמה אופנים שנחשב הדבר כשבח ששבחו נכסים מאליהם דירוש בהם הבכור לרבי. ובסיפא דבריינתא שהשביחו יתומים אף לרבי אינו נוטל.

בגמ' האי הזרוע והלחיים וכו' היכי דמי וכו' נתקשו רבותינו הראשונים בביאור הס"ד וקושית הגמ' דהגמ' פריך דהנך מתנות 'ראוי' הן ולכן יורשים הבכור והפשוטים בשווה. ובאמת קשיא טפי שהרי לא זכה בהם אביהם כלל משום צד ואין כאן שם ירושה עליהם ואם רוצה בעל הבהמה ליתן מתנתו ליורשים יתן להם כפי שיחפץ ואין כאן דין ירושה כלל.

ויעויין בפ'י הר"י מיגאש שמתוך כך הגיה גרסת הגמ' ולגרסתו קושית הגמ' היא 'ואמאי' והיינו דזה גופא בכלל קושית הגמ' מדוע נוטל הבכור פי שנים הרי לא ירשוה מאביהם כלל.

ועיין ברבינו יונה שקיים גירסה דידן וביאר בזה בשני אופנים: א) דלהס"ד מיירי כשהבטיח בעל הבהמה לאב שיתן לו המתנות ומשו"ה קושית הגמ' היא רק בדין ראוי. ב) עוד תירץ רבינו יונה שאף המקשן ידע דמיירי במכירי כהונה אלא דס"ד שלא נשחטה הבהמה בחיי אביהם. ושני תירוצי רבינו יונה צ"ב דלהתי' הראשון אינו מובן כלל מה שייך בזה ירושה שהרי ההבטחה לא חלה כלל ואין הוא יכול ליתן כעת למת ולקיים הבטחתו ואם ירצה כעת ליתן ליורשים יתן כפי שיחפץ. וגם בתירוץ השני צ"ב דאף דמיירי במכירי כהונה אבל כיון שלא נשחטה הבהמה ולא זכה האב כלל במתנות האלו בשום צד אין כאן נתינה לאב אלא ליורשיו. והגע עצמך הרי שהיו היורשים חללים הרי פשיטא שאיננו יכול ליתן המתנות לאב בקבר והוא יורשם שאין ליתן מתנות למת והחיים שנותן להם חללים הם ועל כרחך שלבניו הוא נותן, וכיון שכן מה שייך בזה תואר ירושה וזכות הבכור ודין ראוי, וצ"ע.

¹³ והאחרונים דנו בשיטת התוס' בזה מדבריהם לקמן בדף קיא סוע"א ואכ"מ.

¹⁴ ואמנם הרע"א הקשה עוד דאף אם יש הנחלה במשמוש עדיין יש נ"מ אם הוא יורש בעצמו היכא שהנחיל האב ירושתו לאחר מבניו ואכ"כ מת בן אחר דאם האח יורש בעצם יתחלקו כל אחיו של המת בירושתו ואם הירושה היא דרך משמוש נמצא שהמת מוריש לאביו ולא יירש אלא בן זה שהנחיל לו אביו, ותירץ הרע"א דס"ל להתוס' כהשיטות דלא מהני הנחלה לדשלבל"ע. וראה עוד להלן בגדר משמוש שיתבאר באופ"א.

ועיין ברשב"א שכתב בזה באופ"א קצת דגם המקשן ידע דמיירי במכירי כהונה ודאשתחית בחיי אבוהון אלא דלא ידע המקשן דמתנות שלא הורמו כמי שהורמו דמי, וגם לדרכו קשיא כנ"ל.

בגמ' הכא במכירי כהונה עסקינן וכו' ראה ברשב"ם שפירש שמזכין לו אנשי העיר במתנותיהן זיכוי גמור מיד כשנשחטו הבהמות. **ולפי זה** הרי הדבר פשוט שהבכור נוטל פי שנים דמתנות אלו זכה בהם האב לגמרי מחיים והם כפקדון שיש לו ביד הישראל, **וראה ברשב"ם להלן** שכתב דאח"כ והא פשיטא היא וחידושה של הברייתא הוא דמתנות שלא הורמו כמי שהורמו.

ולא נתפרש בדברי הרשב"ם כיצד זיכה הבעלים לכהן הנך מתנות. **ועיין ברש"ש** שפירש דמזכין לו בליבם. ונראה שהוכרח לזה כי אם מזכין לו בקנין על ידי אחר לא היתה הגמ' צריכה לפרש דמיירי במכירי כהונה אלא הב"ע כשזיכה לו המתנות ע"י אחר. **וכן משמעות לשון הרשב"ם להלן** שכתב 'שאלו אוהביו גמרו ומקנו לו המתנות וכו' **אך יעויין באו"ז** [פסקי ב"ב סי' עט] שנסתפק בכוונת הרשב"ם וז"ל וקצת לבי מגמגם בלשונו שבתחילה פי' שמזכין לו זיכוי גמור משמע שאינו נוטל פי שנים אלא א"כ זיכו לו לאביו זיכוי גמור. ושוב פירש כיון שהן אוהביו וריעיו ויודעיו ומכיריו גמרו ומקנו ליה משמע מסתמא הקנו לו אע"פ שלא עשו זיכוי גמור. **עכ"ל**.

אך הדברים צ"ב דאם לא נעשה כאן מעשה קנין היאך חלה ההקנאה בלב בלבד. **ועיין בקוב"ש** שפירש בדין מכירי כהונה על פי דברי התוס' בכתובות [דף קב ע"א ד"ה אליבא וכו'] שכתבו דיש דברים שנקנים באמירה בלבד בלא קנין מחמת שגמר המקנה בלבו, **והביאו התוס' שם ראייה** מדין מתנה מועטת שאינו יכול לחזור בו כדאיתא בב"מ [דף מט סע"א] והיינו משום דקנה הלוקח בגמירות דעת הנותן בלבד. ונראה לכאורה דפליגי על התוס' דידן שכתבו דמתנה מועטת אינה קנין אלא שאסור לנותן לחזור בו] **ולפי זה ביאר עפ"מ ש"כ התוס' בסוגיין** דמכירי כהונה הוי כמתנה מועטת [שאף שהמתנות שוים הון רב אבל אצל הנותן הוי כמתנה מועטת דמוכרח ליתנם ורק הנ"מ אצלו לאיזה כהן ליתן וכד"ג הוי מתנה מועטת] ומהני הקנאתו בגמ"ד בלבד בלא קנין. **ולפי זה מתפרשים היטב דברי הרשב"ם** שזהו עיקר דין מכירי כהונה שזכה בהם הכהן משום דגמרו הבעלים ומקנו.

תוד"ה הכא וכו' שיטת התוס' בענין זה דמכירי כהונה סתומה ועמומה, ושתי דרכים יסודיות מצינו בהבנת דבריהם: **בפשוטו מבוארת כוונת התוס'** דבמכירי כהונה לא חל קנין וחכות ממון אל הכהן [ודלא כהמתבאר מדברי הרשב"ם כמש"כ לעיל וגם לא כשיטת רש"י בגטין שתתבאר להלן] אלא דהוא דין איסורי בלבד שאסור לבעלים לחזור בו. **וכך הבין בדבריהם הקצה"ח, דיעויין בקצות** [בסי' רעח סקט"ו] שדן במי שנשבע ליתן מנה לחברו ומת הלה. והא פשיטא ליה להקצות שיכול וצריך לקיים שבועתו במה שיתן המנה ליורשיו של המקבל. אך דן אם הבכור יקבל במנה זה פי שנים. **וכתב הקצות** דמדברי התוס' דידן מוכח דכה"ג חשוב מוחזק ולא ראוי דאם במתנה מועטת שאסור לחזור בו כתבו התוס' דהוי מוחזק והבכור נוטל פי שנים כ"ש בשבועה חמורה שחשיב מוחזק מכא האיסור ויטול הבכור פי שנים. **וע"ע בנתי"מ שם** שדחה ראית הקצות וכתב לחלק דדוקא הכא שאסור לחזור בו נתבטל דין טובת הנאה של הישראל ומהני תפיסת הכהן ולכן חשיב מוחזק עיי"ש.

ויעויין בקוב"ש שתמה ע"ד הקצות ועל הבנתו בדברי התוס'. דכיון שלא זכה הכהן כלל במתנות [הן במכירי כהונה והן בשבועה] אם כן לא שייך כאן תורת ירושה כלל שאין למוריש מה להוריש ליורשיו וזה כמו שהקשינו לעיל בדברי רבינוה יונה בקושית הגמ'.

אך דברי הקצות עשירים במקום אחר, והמך בזה יתדותיו מדברי ראשונים דיעויין בקצה"ח [סי' רז סקט"ט] ששם נסתפק בעיקר הדין במי שנשבע ליתן לאדם מנה ומת אם צריך ליתן ליורשים, והביא שם ראייה מדברי המרדכי ואו"ז וכמה ראשונים שדנו במי שנדר ליתן מעות ליתומה לצורך נישואיה ומתה היתומה

ונחלקו אם צריך ליתן ליורשים או דאמדינן דעתו שלא נתן אלא כדי להשיאה ועכשיו שמתה לא על זה היה דעתו. **הרי מבואר מדברי כולם להדיא** דאלמלי הך אומדנא פשיטא דהנדר ליתן לה מחייבו ליתן ליורשיה לאחר מיתתה. **ועוד הוכיח שם מסוגיין** ועפ"ד התוס' דדין מכירי כהונה אינו אלא איסור חזרה ומ"מ שייך בזה ירושה. **ודבריו המובאים לעיל בענין ירושת הבכור** נסמכו על מה שהוכיח כאן מדברי הראשונים דשייך בזה ירושה. **אלא דהדברים צ"ב בסברא** דהן בנדר והן בשבועה אין זכות ממון למת להורישה לבניו, ומדוע יוכל ויצטרך לקיימם בנתינה ליורשים וצ"ע.

עוד הקשה הקוב"ש מהסוגיא בגטין [דף ל ע"א עיי"ש] דאיתא התם במתני' שיכול אדם להלוות מעות לכהן וכשיהיו לו תרומ' בגרנו יקחם לעצמו עבור הדמים שחייב לו הכהן. ופריך הגמ' דהא לא אתא לידיה דכהן ולא זכה בהם, ומשני [בתי' אחד] דמיירי במכירי כהונה. **ואם כן הרי מוכח מגוף הגמ'** שמכירי כהונה הוא זכיה גמורה בגוף הממון שאם הוא דין איסור בלבד סו"ס לא זכה בהם הכהן והיאך נוטל זה ממון ששייך לשבט כולו עבור חובו של כהן זה ומוכח דזכה הכהן, ודלא כהבנת הקצות בדברי התוס'.

וכמו כן יש להקשות מהגמ' בחולין [דף קלג ע"א] דכהן רשאי לומר לבעה"ב שיתן המתנות לת"ח שצריך למעות, ופריך הגמ' שם דלא מטא לידיה דכהן ומשני במכירי כהונה וגם כאן מבואר כנ"ל דיכול ליתנם לאחר דחשיב כאילו כבר זכה בהם לגמרי והם שלו.

עוד צ"ב לדרך הקצות אם כן מדוע דוקא באשתחית בחיי אבוהון הרי ההתחייבות היא אף קודם שחיטה וכיון ששייך מוחזקות אף קודם שזכה בממון אם כן אף קודם שחיטה ייחשב מוחזק, ובזה י"ל בפשיטות דלא שייך שייחשב כמוחזק בדבר שלא בא כלל לעולם דקודם שחל חיוב הנתינה לכהן הרי ממון זה כמי שאינו. **אך התוס' פירשו בזה בסיום דבריהם** וכתבו דקודם שאשתחית לא משום דאין מי שיזכה. הרי משמע מדבריהם טעם אחר דבמכירי כהונה איכא זכיה וכאן אין האב יכול לזכות מחייו במתנות אם לא נשחטו בחייו.

ולכן פירש הקוב"ש בדברי התוס' עפ"ד התוס' בכתובות עיין לעיל בדעת הרשב"ם שהובאו דברי הקוב"ש, וכן פירש בכוונת התוס' דידן נולפי זה מש"כ התוס' דאסור לחזור הוא לאו דוקא אלא אינו יכול לחזור או דנימא דמחמת שאינו יכול לחזור בו לכן גמר בדעתו ומקני וצ"ע] **אך תמה הקוב"ש** דהרי התוס' בכתובות למדו כן מדין מתנה מועטת המבואר בגמ' בב"מ [דף מט ע"א] ושם הרי מפורש הדין שיכול לחזור בו אלא שעובר בזה איסור והיאך נאמר שקנאה זה לגמרי. **וביאר בזה** דקים להו לרבנן בדעתו שרוצה להקנותו מעתה על תנאי שיוכל לחזור בו כל זמן שירצה, עיי"ש. **ויש לדקדק בלשון התוס' דידן כפי'** הקוב"ש במה שכתבו בסו"ד דמיירי דוקא באשתחית בחיי אבוהו דאי לא 'כיון שמת מי יזכה' הרי משמע דענין זכיה יש כאן.

אך דבריו דחוקים מאוד גם בלשון התוס' שמשמע מפשטות דבריהם דכל ענין מ"כ הוא איסור בלבד, וכן משמעות לשון האו"ז והמרדכי שיובאו דבריהם להלן. וגם בסברא הדבר מוקשה מאוד דאם רוצה לחזור כל כך שמשיר תנאי בקנינו אם כן למה אסור לו לחזור בו הרי לא התכוין להבטיח בלי זכות חזרה. וצריך לומר שאת ההבטחה נותן בלב שלם ורק כלפי הקנין משייר. וזה אינו מובן כלל דמהיכי תיתי להמציא אומדנא שמתכוין להקנות וגם מתכוין להתנות שיוכל לחזור. ולבד מכל זה גם מתכוין להבטיח ובאופן שלא יוכל לחזור מההבטחה ולמה לו להקנות ולהתנות באופן שאין למקבל כל תועלת מהקנין כיון שבלא"ה יכול לחזור בו, לא יקנה ולא יתנה. וביותר שהרי אסור לו לחזור בו והוא עצמו רוצה לחייב עצמו שיאסר עליו לחזור ולמה נאמר שרוצה זכות חזרה כלפי הקנין.

ובדברי הראשונים לכאורה משמע כהקצות דמכירי כהונה לשיטת התוס' אינו אלא איסור חזרה, עיין באו"ז בסוגיין בשם הריב"ם ובמרדכי בגטין, ופירשו בזה את הסוגיא בגטין דלכן יכול הישראל לגבותו בחובו כיון שאסור לחזור בו במכירי כהונה ולכן יכול להקנותם. ולא נתבררה לן כוונת הראשונים בדברים אלו, וצ"ע.¹⁵

ולמדו כן האו"ז והמרדכי מהסוגיא בב"מ שם דיעויין שם בגמ' דישראל שאמר לבן לוי כור מעשר לך בידי יכול הלוי הזה לעשותם תרומת מעשר על מעשרות אחרים שיש לו ויכול לסמוך שלא יחזור בו הישראל מהבטחתו כי אסור לחזור במתנה מועטת. ומשמעות הגמ' שם וכן מפורש ברש"י וכמה ראשונים שאם באמת חזר בו הישראל לבסוף מתבטלת למפרע הפרשת התרומת מעשר של הלוי ונמצא הלוי אוכל טבל למפרע, אך יכול לעשות כן ואינו חושש שיעבור הישראל איסור דשארית ישראל לא יעשו עוולה. ומזה הוכיחו האו"ז והמרדכי דכמו שיכול מכח דין איסור חזרה דמתנה מועטת לעשותם תרומת מעשר כאילו בא לידו, וה"ל בסוגיא דידן ובסוגיא בגטין חשוב כאילו כבר בא לידו. וגם כאן הדברים מוקשים מאוד דסו"ס היאך מפריש תרומת מעשר בדבר שאינו שלו והיאך יכול לגבותם בחובו כשאינם של הכהן, וצ"ע.

ועיין בריטב"א בסוגיין שבתחילת דבריו כתב ככ"ד התוס' והאו"ז ומשמע להדיא דמכח האיסור חזרה חשיב מוחזק, אלא שהריטב"א עצמו להלן גבי מתנות שלא הורמו מפורש בתו"ד שיש כאן זכיה גמורה לכהן, וצ"ע.

אף מדברי הרע"א יש לנו ללמוד שפירש בדעת התוס' כהקצות שאין כאן קנין גמור, דיעויין בתשובת הרע"א [בקמא סי' רג] שביאר שם דברי הרשב"א שכתב דמי שאשתו כהנת אינו צריך ליתן מתנות כהונה מק"ו דאם יכול לקבל מתנות מאחרים בשביל אשתו - כדמבואר בגמ' בחולין - כ"ש שהוא עצמו אינו צריך להפריש. וביאר הרע"א טעמו דבדאי אין הק"ו פוטרו מנתינת מתנות שהוא מצווה בה אלא דכיון שאחרים יכולים לקיים נתינה לאשתו במה שנותנים לו על דעתה כ"ש שהוא עצמו יכול לקיים בזה דין נתינה במה שהוא אוכל מדעת אשתו. והוכיח כן הרע"א מדין מכירי כהונה דמבואר בגמ' בגטין שפורעה הכהן בחובו וחשיב בזה נתינה הרי דגם כשלא קיבל הכהן בפועל את הממון אלא שניתן לאחר על דעתו יש בזה קיום מצות נתינה. ומוכח שלמד הרע"א שלא זכה בזה הכהן מדין מ"כ כי אם היה זוכה במתנות בעין מכח קנין קודם פירעון החוב הרי יש כאן נתינה גמורה במה שזכה כהן וחזינן שהבין הרע"א דהוי ממון השבט לגמרי עד הפירעון ובפרעון גופא זכה הכהן.¹⁶

¹⁵ זה לשון המרדכי בגטין המלוה וכו' ומוקי לה בגמ' במכירי כהונה ואע"ג דלא אתא לידיה ולא הופרשו עדיין יכול להקנותם וטעמא משום דכל מתנות כהונה חשיבא מתנה מועטת ואסור לחזור כדאמר' פרק הזהב וכו' וכע"ז באו"ז בסוגיין. ובפשוטו יש לפרשו שהכהן יכול להקנותם להישראל לפי שכאילו באו לידו, אך אפשר לפרשו דכוונתו דלכן יכול הישראל להקנותם לכהן ויתפרש אם דין מכירי כהונה הוא קנין כהקוב"ש. וכך או כך אינו מובן כלל מה שכתב דאע"ג דלא אתא לידיה ולא הופרשו, הרי כשמקנה הכהן לישראל את המתנות לפרעון חובו כבר הופרשו, ואף אם נפרש כוונתו שהישראל מקנה לכהן הרי נמי מתפרש כן דכשיופרשו המתנות אז מקנה אותם הישראל לכהן שהוא מכירו, וצ"ע.

¹⁶ ולא הובנו לן דברי הרע"א שם שנראה מדבריו דבכל מקום שדעת הכהן ליתן לפלוני יכול הבעלים ליתן לו ולקיים בזה מצות נתינה וזה אף בלא מכירי כהונה כי דינו של הרשב"א שמי שאשתו כהנת אוכל המתנות נלמד מהא דרבה אכל בשביל אשתו וכו' ולא מוזכר בשום מקום שאכלו דוקא מה שקבלה ממכירי כהונה וקשה דאם כן בהדיא דגטין שאמר לו הכהן להדיא שיטול המעשרות בפרעון חובו מדוע מוקמינן לה במכירי כהונה וכן בהדיא דחולין שהכהן אומר להדיא ליתנם לצורבא מרבנן הרי לא גרע הצורבא מבעל הכהנת ומדוע מוקי לה במכירי כהונה, וצ"ע.

ויעויין בסוגיא שם בב"מ ובתוס' רא"ש [הו"ד גם בשטמ"ק] שהקשה כן כיצד יכול הבן לוי להפריש ממה שאינו שלו. **ותירץ בשם המהר"ם** דמיירי במכירי כהונה. **ויעויין בקצה"ח** [סי' רד סק"ג] **שנתקשה בדבריו** דממ"נ דאם ענינם של מכירי כהונה הוא מדין מתנה מועטת ואיסור חזרה אם כן לא הועיל כלום בתירוצו שעדיין אינו שלו [ועוד קשה שהרי אם כן לא הוצרך להביא כאן מכירי כהונה דלהדיא מיירי שהבטיחו הישראל לבן לוי והרי זו מתנה מועטת בלא"ה] ואם נאמר שסובר שקנינו קנין גמור וע"ד רש"י והרשב"ם אם כן היאך הוכיחה מזה הגמ' דאין יכול לחזור בו במתנה מועטת שאני הכא שכבר זכה בו בקנין מדין מכירי כהונה.

והקצות עצמו פירש דברי הגמ' עפ"ד הרא"ש בנדרים [דף לד ועיי' שם בר"ן] בשם הר"א ממין שכתב דמי שיש לפניו כבר של הפקר יכול להקדישה אף שלא קנאה לפי שבידו לקנותה, וה"נ כיון שיכול הבן לוי הזה לקנותה בכל עת שהרי הבטיחו הישראל יכול גם להפריש ממנה תרומת מעשר. ועיי"ש עוד בקצות תירוצ' נוסף מהמהר"ם ומה שהקשה עליו הקצות.

ולפירושו של הקצה"ח בדברי התוס' צ"ב עוד מדוע חשוב מוחזק ונוטל הבכור פי שנים הרי לא זכה בהם אביהם כלל. **וביאר בזה הקצות** דכיון שאסור לו לחזור בו זה גופא מחשיבו להאב כמוחזק ומזה למד לענין השבועה וכו'. **והדברים צ"ב** דהיאך יחשב כמוחזק בממון שלא זכה בו כלל מפני שהלה מחוייב ליתנו, **ועיי' בשיעורי הגרש"ר** [סוף אות שנא] שהקשה מאי שנא מחוב דהוי ראוי אף שודאי חייב לשלם, וכתב דיש לחלק דבחוב אין כאן ממון מסויים אלא חוב בעלמא אבל בממון מסויים שחייב ליתנו חשיב מוחזק, **אך חזר והקשה** מהמבואר בגמ' בגטין [דף מח ע"ב] דלמ"ד קנין פירות קנין הגוף אין הבכור נוטל פי שנים בשדה החוזרת ביובל דהוי ראוי כיון שאינה שייכת כעת לאב אלא זכות גוף יש לו בה שאינה חשובה עיקר בעלות וקשה דהרי ודאי תחזור אליו ומחוייב הקונה להחזירה אחר היובל, וטפי הוי מוחזק מהכא, וצ"ע.

וכן יש להקשות ממוקדשין דפריך הגמ' להלן דלאו ידידה הוא והרי זכות גמורה יש לו לקבל הבשר לאכילה לאחר שיקרבו ואין אחר יכול ליטלו ומ"מ חשיב כראוי כיון שלא זכה בה, וצ"ע.¹⁷ וכמו"כ צ"ע בלשון התוס' דידן בסיום דבריהם שכתבו דבדלא אישתחית אין מי שיזכה ומשמע דהוא ענין זכיה וכן מוכח בתוס' בכתובות, וצ"ע.

ובעיקר היסוד שכתב הקצה"ח שיש ירושה בחיוב שבועה ולמד כן מדברי הראשונים גבי נדר כבר נתקשינו לעיל שהדבר אינו מובן כלל דהרי אין כאן שום ממון שנאמר שיירשנו זה, **ואמנם מדברי רבינו יונה בסוגיין מוכח כהקצות** שהקשה ר"י מדוע פריך הגמ' דמתנות הוי ראוי הרי אין כאן ירושה כלל, ותירץ דמיירי שהבטיח ליתן לכהן ומת הכהן, הרי מפורש דשייך בזה ירושה אלא דהוי ראוי ואין הבכור נוטל פי שנים. **וידוע לבאר בזה** דשייך ירושה גם כשאין למת ממון ממש או זכות ממון עפ"ד אחרונים שביארו דיסוד דין ירושה אינו קנין החי בנכסי המת אלא שהיורש עומד במקום המוריש וממילא הוו הנכסים שלו. וכיון שכן הרי כשהבטיח זה ליתן לאב וחל לאב תביעה כל שהיא לקיום ההבטחה הוו הרי אף הבן עומד במקומו לענין זה שקיום הזכות של האב הוא בנתינה לבן. אך הקצות מיירי בחיוב שבועה וזה חיוב של הנשבע כלפי שמיא ובזה קשה טפי להבין שיהיה קיום השבועה במה שנותן יורש וצל"ע.¹⁸

¹⁷ ובכל זה יש לדון דאין הקושיא על עצם דברי התוס' אליבא דהקצות שכתבו דהוי מוחזק כי התוס' כתבו כן אליבא דרבי ואפשר דדמיא לשבח דממילא דחשיב מוחזק לרבי אבל הקצות הוציא להלכה מדברי התוס' דהבכור נוטל פי שנים בממון שנתחייב אחר להאב בשבועה. וראה להלן בפנים בדין מכירי כהונה לרבנן דרבי.

¹⁸ ומה שהוכיח הקצות מהראשונים גבי נדר הוא תמוה דלשם מפורש בדברי הראשונים דדין הירושה הוא מפני שזכו בממון שנדר [עיי"ש במרדכי] והיינו או מפני שמייירי שכבר הפריש הנודר את המעות וזכו בהם עניים מדין אמירתו

שיטת רש"י בגטין יעויין שם בסוגיא בגטין בפ"י רש"י שביאר בטעם הדין דמכירי כהונה דשאר כהנים אסחי אדעתייהו ונתייאו ממתנות אלו ולכן נחשב הדבר שבא ליד כהן. **ודברי רש"י צ"ב** דאף אם הסיחו אלו דעתם אבל היאך זה בה כהן זה. **ועיין בקה"י בגטין שם** [סי' כב] שביאר בזה דממון המתנות הוא ממון השבט כולו וכאשר הסיחו אלו דעתם ונתייאו הרי נמצא שאיבדו את זכותם בממון השבט מדין יאוש. והרי הדבר כעת כאילו הוא הכהן היחיד בעולם שכל השאר איבדו זכותם וכיון שכן הוי כשלו לגמרי ויכול לעשות בו כחפצו.

והוסיף הקה"י לחדש עוד דאף לדרך זו יכול הבעלים לחזור בו וכמש"כ התוס' בסוגיין דיכול לחזור בו. וביאר הטעם דכיון דכל כח זכיתו של הכהן הוא מפני שהוא לבדו השבט נמצא שאם תתחדש זכיה לכהנים אחרים הרי בטל כחו. ודימה הדבר ליורשים שירשו ממון מאביהם שאין העובר יורש עמם [למ"ד] ואח"כ כשנולד חלה זכותו בממון מעיקרא לבטל חלוקתם וה"נ הכא ולכן אם חזר בו הבעלים ונתחדשה זכותם של הכהנים [שאף שפקעה ביאוש אבל כיון שבכל עת הם כהנים לא גרע אח"כ כשכבר פסקו מלהתיאש מכהנים שנולדו אז ודוק] ואין לו כח להגבות חובו או להפרישה תרומת מעשר כנגד כחם בממון דומיא דהנך יורשים שבטלה חלוקתם.

ויש לדון בדבר הרבה כי הרי כהן שזכה במתנות בקנין בודאי זכותו חלוטה בהם ואף במקום טובת הנאה אפשר שיכול לזכות אם קדם וחתף וכ"ש כשהוא הכהן היחיד ולכאורה היה נראה דכאשר אין כהן אחר מלבדו אין טעם וצורך במעשה קנין כדי לחלוט להיות שלו אלא ממילא נהיה הדבר ועכ"פ כשנתנו לבעל חובו ושילם בזה חובו הרי זה קנין גמור ולא יועיל חזרת הבעלים ודוק. וע"ע בזה בשיעורי הגרש"ר [אות שנה ד"ה ואפש"ל]

ודרך נוספת בדברי רש"י נתבארה באבני נזר [חור"מ סי' מט] שכתב שם דלדעת רש"י לא זכה הכהן במתנות אלא דאין בזה משום גזל השבט הואיל והסיחו שאר כהנים דעתם מן המתנות. ופירושו צריך פירוש דסו"ס היאך פרע בזה חובו הרי אינו משל הכהן, ועוד דהיאך קיים מצות נתינה אם נטל לעצמו מחמת שנתייאו אלו. ועיי"ש באבנ"ז מה שביאר בזה.

ועיין עוד ברבינו יונה כאן שכתב דרך נוספת בדין מכירי כהונה דעשו את שאינו זוכה כזוכה והיינו שזוכה בזה מתקנת חכמים, ואף שבגמ' שם בגטין מובא ענין זה כתי' נוסף שהגמ' שם מתרצת ג' תירוצים כיצד יכול לקחתם בחובו: מכירי כהונה או שזיכה ע"י אחר או שעשו את שאינו זוכה כזוכה אלמא מכירי כהונה אינו מטעם זה, אך נראה שפירש רבינו יונה דהתי' הראשון סובר דרק במכירי כהונה תקנו כן ולהתי' השלישי בכל גוונא עשאוהו כזוכה וע"ע בריטב"א בגטין דמבואר כן.¹⁹ וכ"נ מדברי הרשב"א בגטין [שם ד"ה אלא נ"ל וכו' עיי"ש ודוק]

עלה בדינו ארבע שיטות עקריות בדין מכירי כהונה: (א) **שיטת רש"י** ולביאור הקה"י קנינם קנין גמור על ידי שנתייאו הכהנים האחרים, ונתבאר לעיל דזוכה מכח שהוא לבדו יש לו הזכות דממון השבט. (ב) **שיטת הרשב"ם** דהוי קנין גמור מחמת שגמרו ומקנו, ונתבאר טעמו לעיל עפ"י ד הקוב"ש דמהני בזה גמירות דעת בלא קנין. (ג) **שיטת רבינו יונה** דהוי קנין גמור בתקנ"ח דעשו את שאינו זוכה כזוכה. (ד) **שיטת התוס'** לפי **הבנת הקצה"ח וכמשמעות האו"ז והמרדכי** שאין כאן קנין אלא איסור חזרה בלבד ומ"מ יכול לפרעה בחובו

לגבוה או אף כשלא הפרישם אבל כיון שנדר ליתן לעניים חל שעבוד לקיום נדרו מדין אמירתו לגבוה ואכ"מ עכ"פ להדיא משמע במרדכי שזכות ממון ממש יש למוריש וממנו ליורש.

¹⁹ אך עיי"ש דאפשר שכוונת הריטב"א לומר דגבי הלוואה תקנו לעשותו כזוכה ולא בכל מכירי כהונה וכדבריו שם להלן גבי תי' הגמ' השלישי שם, ודוק.

ולחפריש תרומת מעשר, וכן יכול הבעה"ב ליתנה לישראל ת"ח מדעת הכהן [כדמבואר בגמ' בחולין] וצ"ע הטעם בזה.

בדין חזרה במכירי כהונה בתוס' בסוגיין וכן באו"ז ובמרדכי מפורש שהישראל יכול לחזור בו והדבר מבואר לשיטתם שהוא מדין מתנה מועטת וכדמפורש בגמ' בב"מ שהישראל יכול לחזור בו אלא שאסור לו לחזור. ויעויין ברבינו יונה שחולק וסובר דכיון שעשאוהו כזוכה אינו יכול לחזור בו. ובדברי רש"י ורשב"ם לא נתפרש הדין אם יכול לחזור בו. ובדעת רש"י ביאר הקה"י שיכול לחזור בו לפי שכח הזכיה של הכהן הוא מחמת שנתייאשו ואם חוזר הבעלים חוזר ונייעור כחם של הכהנים ועיין מש"כ בזה לעיל. ובדעת הרשב"ם עיין בקוב"ש שכתב כן שיכול לחזור בו ודחק לפרש שיש כאן אומדנא שמקנה לו ומשייר לעצמו בתנאי שיוכל לחזור וכבר תמהנו בזה לעיל דמסברא אינו מובן האומדנא שיעשה כן.²⁰ אך אפשר שבאמת גם להרשב"ם לא מהני חזרה וכשיטת רבינו יונה בזה.

בדין מכירי כהונה לרבנן דרבי ברייתא דידן מבואר דמתנות כהונה בכור יורש בהם פי שנים, ואמנם ברייתא דידן מוקי לה בגמ' כרבי, ואפשר דדוקא לרבי יורש פי שנים דלדידיה רק בראוי גמור אין הבכור נוטל פי שנים אבל בראוי שאינו ראוי גמור כגון נכסים ששבחו מאליהם בכור נוטל פי שנים ולכן גם במתנות ובמכירי כהונה נוטל הבכור. **והרמב"ם** [בפ"ד ה"ג מנחלות] פסק לדין מכירי כהונה להלכה אף דקיי"ל כרבנן. ויעויין באבני נזר [חור"מ סי' מט] שכתב בדעת הרא"ש בזה נחלקו הטור והרמ"א, כי משמעות דברי הטור בסי' רעז שהרא"ש חולק בזה על הרמב"ם אבל הרמ"א שם לא ציין דברי הרא"ש אלא על שבח דמושכרת ולא על דברי הרמב"ם אלו. **ומדברי הקצה"ח מבואר** שנקט לפשוט דאף לרבנן דרבי כן הוא הדין שפסק לדינא בנשבע לחברו שנוטל הבכור פי שנים. **וכן פסקו האו"ז והמרדכי כאן לדינא** שהבכור נוטל פי שנים במתנות במכירי כהונה.

בגמ' מתנות שלא הורמו כמי שהורמו וכו' ענין ההרמה בתרו"מ הוא בהפרשת התרו"מ והבדלתם מן השאר שבוה מתברר מהו חלק הכהן ומהו חלק הישראל, **ומצאנו בכמה מקומות בש"ס** הנידון במתנות שלא הורמו אם כמי שהורמו ונידון זה הוא כלפי אופן שזיכה הבעלים לכהן התרו"מ קודם שהפרישם, כגון בגמ' בקידושין [דף נח ע"א] דמבואר שם שישראל שנפלו לו טבלים מבית אבי אמו כהן למ"ד דמתנות שלא הורמו כמי שהורמו זכה בהם ואין צריך הישראל ליתנם לכהן אחר אלא הרי הם שלו.²¹

והכא גבי זרוע לחיים וקיבה צ"ב דבשלמא בתרו"מ בעלמא ענין ההרמה הוא לברר ולקרוא שם לתרומה ולמעשר שקודם הרמתם אין כאן אלא טבל אבל כאן שהזרוע ולחיים מובדלים מעצמם וחיוב הנתינה לכהן הוא עליהם בדוקא מה ענין ההרמה בהם. **וראה ברשב"ם ד"ה ה"ג וכו'** מיד כשנשחטו קודם שהופרשו מהבהמה וכו' וכ"ה להלן ברשב"ם ד"ה אישתחית וכו' ומשמע מדבריו שענין ההרמה הוא הפרדת המתנות מגוף הבהמה. **והביא הרשב"ם הגמ' בחולין** [דף קל ע"ב] דשם מבואר גבי זרוע לחיים וקיבה שבאו ליד הכהן

²⁰ אך הקוב"ש הוכיח כן מדברי התוס' בכתובות שכתבו דלרבי יוחנן קנה במתנה מועטת קודם שבא לידו והרי במתנה מועטת הוי רק איסור לחזור בו ומוזה הוכיח הקוב"ש האומדנא הווי שמקנה ומשייר לעצמו זכות לחזור בו. אכן באמת היה נראה דלהתוס' בכתובות אף במתנה מועטת אינו יכול לחזור בו דהתוס' דידן פירשו הגמ' שם דלא מצי למהדר ביה היינו שאסור לחזור בו משום דלדרכם אין כאן קנין כלל ובהכרח דהוא איסור חזרה אך נראה שהתוס' בכתובות פירשו שאינו יכול לחזור בו כדמפורש הטעם בגמ' שם דסמכה דעתיה ויהיינו דיש כאן קנין גמור. אך אי אפשר לפרש כן דמבואר להדיא בגמ' שם בב"מ דאם נטלו ונתנו לבן לוי אחר אין לו עליו אלא תרעומת אלמא אם חזר הוי חזרה, וצ"ע

²¹ ופשוט דאף שכמי שהורמו דמי אינו לגמרי שהרי איסור התערובת הוא איסור טבל ולא איסור תרומה, וכן אף לענין נזיקין מבואר בגמ' בחולין

באופן 'דאתו לידיה בטבלייהו' שלמ"ד כמי שהורמו זכה בהם הכהן. **הרי מבואר** דאף באלו אין הכהן יכול לזכות קודם ההרמה אלא למ"ד כמי שהורמו. **וראה שם ברש"י שפירש** דענין אתא לידיה בטבלייהו היינו שלא הופרדו מגוף הבהמה וכדברי הרשב"ם דידן.

ומתבאר מזה דשם המתנות חל עלייה וכשהורמו ונפרדו מגוף הבהמה דדין המתנות הוא להרימם וליתנם לכהן אבל כל זמן שהן בגוף הבהמה הרי החיוב על הבעלים ליתן המתנה לכהן אבל שם מתנה גמור לא חל עליהם.

ויעויין עוד בגמ' בחולין [דף קלג ע"ב] מימרא דרבי יוחנן דאסור לאכול מבהמה שלא הורמו מתנותיה והאכול מבהמה שלא הורמו מתנותיה כאילו אכל טבלים, וראה שם בתוס' דהוי כאוכל טבלים ממש דילפינן לה בגז"ש מתרומה, **וגם כאן צ"ב** דטבל בעלמא ענין איסורו משום דפתיך ביה חלק הכהן אבל כאן כשאוכל שאר חלקי הבהמה איזה איסור יש בדבר. **ואפשר** דקודם ההרמה וההפרשה יש זכות לכהן בכל הבהמה שינתן לו חלק ממנה וגזרה תורה איזה חלק ינתן אבל קודם ההבדלה וההרמה הזכות של הכהן היא בכל הבהמה, וצל"ע.²²

ויעויין ברבינו יונה ובחי' הריטב"א שנתקשו בעיקר הדבר דבשלמא בתרומה שאינה מבוררת שייך ענין הרמה לומר דכל זמן שלא הורמו לא זכה הכהן שאין חלקו מבורר אבל המתנות הרי ניכרות ומובדלות משאר הבהמה ולמאי בעינן לסברא דכמי שהורמו דמי. **ועיין היטב בתירוץ של רבינו יונה** ונראה שכוונתו לפרש דאף שחלקי הבהמה הניתנים לכהן ניכרים מ"מ שם מתנה לא חל עליהם עד שיורמו ואי אפשר שיזכה הכהן כל זמן שאין להם שם מתנה ולכן רק מכח דין דכמי שהורמו יכולה לחול בהם זכית הכהן.²³

ויעויין בריטב"א שתירץ קושיתו בג' אופנים: האופן הראשון דאף דלא שייך הרמה במתנות אבל לא שייך איסור מחוסרי אמנה -וממילא גם דין מכירי כהונה- אלא אחר הרמה מהבהמה, נואינו מובן לפי זה מה שייך זה לנידון דכמי שהורמו ודחה הריטב"א פירוש זה ופירש דלישנא בעלמא נקט דכמו דבעלמא כמי שהורמו אף הכא כמי שניתנו ליד כהן דמו וזכה בהם הכהן במכירי כהונה. **עוד פירש הריטב"א** אשר הא גופא דחשבינן להמתנות כאילו ניתנו ליד כהן הוא מדין כמי שהורמו דכמו שחשבינן לטבל בעלמא כאילו הורמו והופרשו ממתנו התרומ"ע ה"נ חשבינן כאילו הורמו וניתנו המתנות. **והדברים צ"ב** מה השייכות בין שני הדברים, וצ"ע.

²² ואין הלכה כרבי יוחנן כדאיתא בגמ' שם. ונראה דפליגי ראשונים מדוע אין הלכה כרבי יוחנן, עיין ברי"ף שם שפירש דאין הלכה כוותיה משום דהזרוע ולחיים עצמם אחר שהופרשו הן חולין גמורים ביד כהן והיאך יאסרו טבל דידהו אם הם עצמם מותרים. וצ"ע בטעמו של הרי"ף מטבל למעשר עני דקיי"ל שאסור אף שהמ"ע עצמו מותר לזרים ראה מכות טז ע"ב אבל הרמב"ם [פ"ט מביכורים ה"ד] פירש דאין המתנות טובלות 'שאינו דומה לטבל שהרי המתנות כהוה מובדלין' ובפי' הר"ח על חולין הנדפס מכת"י הובאו שם שני הפירושים.

²³ אך לא נתפרש בדברי רבינו יונה מהי ההרמה הנצרכת, ובפשוטו הוא כמו לדעת הרשב"ם ע"י שירים ויפירש מגוף הבהמה את המתנות, ובאמת אם יזכה הכהן במתנות בקנין קודם שיופרשו מן הבהמה לא יועיל זכיתו למ"ד דלאו כמי שהורמו וזה מתבאר להדיא מדברי הגמ' בחולין שם לפי ירוש' רש"י שם, ועיין ברבינו יונה שנסתייע מהגמ' הנ"ל.

ולשון רבינו יונה דלא חל שם מתנות עד שיורמו וניתנו ליד כהן והיה מקום לפרש דעיקר ההרמה היא הניתנה לכהן ולפי זה נמצא דלמ"ד לאו כמי שהורמו דמי לא יועיל דין מכירי כהונה אפילו כשהפירש, אך להדיא מפורש להיפך בהמשך דבריו שכתב דהמ"ל כגון דאשתחיתו והורמו בחיי אביהם [ובהכרח אין כונתו שניתנו בפועל דהרי על זה פריך הגמ' פשיטא] ובהכרח דכוונתו לעיל דהשם חל עליהם ל ידי ההפרשה ואז ינתנו לכהן [או בצירוף ההפרשה והניתנה ולזה סגי בדין מכירי כהונה דאחר הפרשה ליחשב כניתנה וצ"ע]

ועיין בקוב"ש שהעיר בעיקר קושית הראשונים שהרי מפורש בגמ' בחולין לדעת רבי יוחנן שהאוכל מבהמה שלא הורמו מתנתיה כאילו אוכל טבלים הרי מבואר דכל זמן שלא הופרשו המתנות הן אוסרות את כל הבהמה אף שהן ניכרות לעצמן ואם כן אין מקום לשאול שבמתנות מורמות הן מאליהן.²⁴

בעיקר דין מתנות שלא הורמו כמי שהורמו. הנה זה פשוט דקודם שהורמו לענין איסורא אינן כמי שהורמו והאוכל את הפירות חייב משום טבל ולא משום תרומה וכן אסורות לכהן ולא איתמר כמי שהורמו אלא שהכהן יכול לזכות בהם בטבלם. ויל"ע למ"ד דלאו כמי שהורמו מדוע אין הכהן יכול לזכות, ומדברי רש"י בקידושין [דף נד ע"ב ד"ה קסבר] מבואר דלא חלה כלל זכית הכהנים במתנו"כ עד ההרמה שכתב דלמ"ד לאו כמי שהורמו אין המעשר שני ממון גבוה כלל דלא חל עליו שם מעשר. ומסתברא דה"ה לממון השבט. אך ראה היטב בר"ן בנדרים [דף פה ע"א] ששם משמע דאף קודם הרמה ולמ"ד דלאו כמי שהורמו הוי התרומה ממון השבט ואינה של הבעלים כלל. ולדידיה מסתבר לפרש דאף דהוי ממון השבט אין הכהן הפרטי יכול לזכות בהם קודם שיחול עליהם שם תרומה ומעשר ולזה מהני הכמי שהורמו. [ועיי"ש במפרש בנדרים שנראה שפירש באופ"א ומשום דס"ל כרש"י עיי"ש ודוק]

ועיין בקוב"ש כאן שהקשה ע"ד התוס' בסוכה [דף לה] שכתבו דאין יוצאים באתרוג של טבל דהוי כאתרוג של שותפין שיש לכהנים וללוויים חלק בו. ותמה הקוב"ש דלמ"ד דלאו כמי שהורמו אינו כן. אך נראה דזה תליא במחלוקת הנ"ל דלדעת רש"י אפשר באמת שאין אתרוג של טבל כאתרוג של שותפין אך לדרך הר"ן מתפרשים דברי התוס' היטב. ועיין בזה עוד בשערי יושר [ש"ה פ"ו ד"ה וכן נראה וכו'] ובשיעורי הגרש"ר כאן.

בגמ' מוקדשין לאו דיליה וכו' ראה ברשב"ם שביאר קושית הגמ' דבחטאות ואשמות לא שייך ירושה כלל שאין לבעלים בהם כלום ויש בהם מעילה, ואף בשלמים שאין בהם מעילה מ"מ אינם שלו ולא קרינן בהו בכל אשר ימצא לו ואף שזוכה אחר שחיטה זה משולחן גבוה. ועיין ברש"ש שתמה על דבריו דבחטאות ואשמות בלא"ה לא שייך ירושה כלל ולא שייך בהו הקרבה כלל שאין כפרה למתים, ודינם דחטאת שמתו בעליה הלמ"מ דלמיתה אזלא ואשם שמתו בעליו ניתק לרעיה ודמיו יפלו לקיץ המזבח, וצ"ע. וגבי עולות פירש הרש"ש דמשכח"ל ירושה לענין עור העולה כאשר המקריבה כהן.

וממש"כ הרשב"ם גבי שלמים דלא קרינן בהו בכל אשר ימצא לו משמע דירושא שייך בזה אלא שאין הבכור נוטל פי שנים דהוי ראוי. וזה פלא שהרי למ"ד ממון גבוה איירינן וכתב הרשב"ם להדיא שאין לבעלים בהם כלום ומה שייך בזה ירושה כלל. ואפשר דכוונתו דשייך בזה ירושה לענין כפרה דקיי"ל דמי שהפריש עולות ושלמים ומת יורשיו מביאים את קרבנו [מנחות צב ע"א] וראה בגמ' בזבחים [דף ו ע"א] שמתכפרים היורשים בעולה זו כפרה מקופיא [שהיא כפרה שאינה גמורה] על חיובי עשה שלהם, ואם כן יש כאן תורת ירושה לענין זכות הכפרה אלא דכיון שאין גוף הקרבן שלו אלא שיש לבעלים זכות להתכפר לו לכן הוי ראוי. וכן לגבי אכילת הבשר שהיורשים שמביאים את הקרבן אוכלים הבשר משולחן גבוה וע"כ

²⁴ ואמנם לא קיי"ל כוותיה דרבי יוחנן אך ראה בהערה לעיל שני טעמים בדברי הראשונים מדוע לא קיי"ל כוותיה. ויש להעיר עוד דלשון הגמ' כאילו אוכל טבלים משמע שהוא איסור בעלמא ורואים אותו כאוכל טבלים ושם מדרבנן הוא, אך התוס' שם פירשו דכאוכל טבלים ממש דמיא דילפינן לה בגז"ש מתרומה, ואפשר שרבינו יונה פירש הגמ' דכאילו אוכל טבלים הוא באיסורו ומדרבנן. וכן יש לדקדק עוד דיש שם שתי מימרות דרבי יוחנן האחת דאיסור לאכול מבהמה שלא הורמו מתנתיה והשנית שהאוכל וכו' כאוכל טבלים ואילו לדברי התוס' הרי הכל אחד דאיסור טבל גמור יש כאן ומה חידש רבי יוחנן בשתי מימרות אלו, אך להפ"י הנ"ל ניחא.

דהוא מדין ירושה ובוזה אין הבכור נוטל פי שנים כיון שאינו זכות ממון שהרי שמשולחן גבוה כזכו והמקדש בחלקו אינה מקודשת ולכן הוי ראוי.

ברשב"ם ד"ה מוקדשין וכו' ומיהו לאחר שהיטה וכו' עיין בב"ק דף יב ע"ב מחלוקת רש"י ותוס' בזה, והרשב"ם כאן אזיל בשיטת רש"י, אך להתוס' גם בזה שייך פלוגתא דרבי יוסי הגלילי ורבנן.

בגמ' היתה מוחכרת ומושכרת נחלקו ראשונים בביאור דין הברייתא במוחכרת או מושכרת. מדברי הרשב"ם [בריש ע"א] מבואר דנידון הגמ' הוא לגבי דמי השכירות שבאים משבח עבודת הבהמה. ולכן כתב דס"ד דלא הוי שבח דממילא שע"י אנשים שחורשים ועובדים הוא בא, וזה קאי על השכירות המשולמת על כך שהבהמה חורשת ולא על הולד.²⁵ וכן משמע מדברי התוס'. אבל רבינו יונה והתוס' רי"ד פירשו דקאי אולד, ומחלוקתם בפשט הברייתא, שלהרשב"ם יש כאן שתי בבות: האחת מוחכרת ומושכרת והשניה רועה באפר וילדה, אך רבינו יונה פירש דתיבת 'וילדה' קאי אתרוויהו וחד דין הוא בהמה שהיא מוחכרת או מושכרת או רועה וילדה. ואין דעת רבינו יונה והתור"ד שוות, שרבינו יונה כתב דדין השכירות כדין הולד דהוא שבחא דממילא ותליא בפלוגתא רבי ורבנן ולא נחלק על הרשב"ם אלא בפשט הברייתא ולא בדין. אבל דעת התור"ד דדמי השכירות שהבהמה מהזמן שלאחר מיתת האב אף לרבי הוו ראוי, וכתב עוד הרי"ד דאף הולד שנחלקו בו לא נחלקו אלא כשנתעברה בחיי האב אבל נתעברה לאחר מיתת האב מודה רבי דהוי ראוי.

ולדעת רשב"ם ותוס' יל"ע היכי מיירי, דלשון הברייתא משמע דאביהם החכיר והשכיר את הבהמה, ויעויין בתוס' שכתבו דה"ה כשהשכירו והשכירו היתומים את הבהמה. ויל"ע דכה"ג לכאורה אינו שבחא דממילא אלא היתומים הם שהשכירו והרויחו את הדמי השכירות. וצ"ל דעצם השבח הוי שבח ממילא כי דמי השכירות הם כדמי מכר לשבח עבודת הבהמה וזו עובדת ע"י אנשים אחרים והוי שבח דממילא, ומה שבפועל בא השבח על ידי שהשכירו היתומים את הבהמה אין פעולתם נחשב כהשבחה בידיים אלא דעל ידי שהשכירו מתממש השבח באופן שאפשר לקבלו.

אך יעויין בריטב"א שמדבריו מבואר דאם היתומים השכירו את הבהמה אין הבכור נוטל פי שנים לרבי דחשיב כחסרי בה מזוני שהשוכר והחוכר שליחות דיתמי עבד, ורק כשהשכירה אביהם נחשב השבח כשבח דממילא. וכן משמעות דברי רבינו יונה והר"י מיגאש. ואין זה מהטעם שכתבנו לעיל דבמה שהשכירו הוי שבח בידיים דבוזה מודה הריטב"א לסברת התוס' אך ס"ל דחשיב כחסרי בה מזוני. ונ"מ בזה היכא שהשכירה והיא רועה באפר דאין צורך במזונות כלל דמודה הריטב"א לתוס' שנוטל פי שנים אף שהשכירה היתומים. ויל"ע בשורש מחלוקת הריטב"א והתוס' וראה בזה בהערה להלן בס"ד]

ברשב"ם ד"ה וכו' בני אדם שעובדים בה וכו' פירוש דבריו דס"ד דכל שבח שאינו בא מאליו לא נחשב כמוחזק כי אינו נחשב כנמצא בגוף הבהמה. ומסקנת דברי הרשב"ם באמת צ"ב מאי שנא אם השביחו היתומים או אדם אחר סו"ס אינו שבח דממילא. ויעויין בשיעורי הגרש"ר שעמד בזה [ועיי"ש מש"כ בזה וסו"ס לא נתברר לדבריו החילוק בין השביחו יתומים להשביחו אחרים] ואפשר דכל שהשבח בא שלא מחמת פעולת היתומים נמצא שהדבר בא מכח האב והוי בכלל ירושת האב שכיון שהשבח הזה עומד להגיע מאליו ואם היה האב חי היה לו השבח חשוב מוחזק אצל האב, אבל מה שבא מכח פעולת היתומים אינו בכלל מה שמניח האב לבניו אלא אדרבה מכח מה שירשוהו הם משביחים ומצד פעולתו ידידה לא היה השבח הזה בא, ואילו היה האב חי לא היה כאן שבח [אא"כ היה הוא טורח ומשביח] וזה חשיב כראוי ודוק.

²⁵ והריטב"א כתב בשם הרשב"ם דמוחכרת ומושכרת קאי אולד ורבינו יונה, אך ברשב"ם לפנינו לא נמצא כן.

ובעיקר דברי הרשב"ם צ"ב שהרי אף אם לא יטרחו ויעבדו השוכרים צריכים הם לשלם שהשוכר פרה ולא עבד בה משלם שכרה משלם, והיאך נאמר ששבח זה בא על ידי הטירחה, ואפשר שכוונתו דאפשרות השבח לבוא לעולם היא על ידי טירחה שהשוכר משלם את שווי ההנאה שיש מהפרה והנאה זו אינה באה לעולם אלא על ידי טירחה וכיון שכן גם דמיה ס"ד דחשובים כראוי ולא כמוחזק מה"ט ודוק. **אך עדיין צ"ב** דכיון שהאב השכירה וכבר נתחייב השוכר בדמים ודאי הוי שבח דממילא גמור, **וצ"ע**. וראה עוד להלן בזה.

בעיקר הדין המבואר בסוגיא דשבח שהשביחו יתומים ל"ה כשבח דממילא מבואר דתרי גווני אית בהו, האחד כשעבדו היתומים וטרחו בה וזה דין בנו בתים וכדו' וכן כשהוציאו מעות עבור השבח, וזה דין חסרי בה מזונות. **וכן מבואר ברשב"ם להלן** [דף קכד ע"ב ד"ה שהשביחו וכו'] שכתב דהשביחו היינו בנו בתים או חסרו מזוני או מעות בהוצאת נכסים להשביח²⁶ עכ"ל. **ויש לעיין** האי חסרו בה מעות היכי דמי אם כשהוציאו המעות משלהם או מתפוסת הבית. **ויעיין בסמ"ע** [סי' רעז סק"ב] שכתב דחשיב כהשביחו יתומים ואין לולד פי שנים. **וכן יש להוכיח מדברי הריטב"א** שהובאו לעיל, שכתב דכשהשוכר מאיכלה מזוני ס"ד דחשיב כעושה בשליחות היתומים וקמ"ל דכיון שהאב השכיר אינו כן והוי שבח דממילא, והנה אף אם עושה בשליחות היתומים הרי הם משלמים לו במה שמופחת דמי השכירות תמורת מה שמאכלה מזוני, וזה הרי בא מתפוסת הבית ומוכח להדיא דגם זה חשיב כחסרי בה מזוני. **ועיין בחי' הר"ן** שלכאורה מפורש כן בדבריו דאף כשהוצאה מתפוסת חשיב כחסרי בה מזוני.

ואולם מסברא הדבר צ"ב טובא דכשהפרה השביחה מאליה נוטל הבכור פי שנים דתפוסת הבית השביחה והוי כמוחזק ומה לי השביחה הפרה בעצמה או בצירוף המזוני שאף הם תפוסת הבית סו"ס ירושת המת היא ששבחה ולמה לא יטול הבכור פי שנים, **וצ"ע**.

ואפשר דכיון שכשאכלה המזוני לא השביחה מיד בשיעור מזוני וחסרו המזוני ואבדו מהעולם באותה שעה נמצא שחסר כאן ממון המזוני והשבח שצמח אח"כ הוא שבח הבא מחסרון וכה"ג אינו שבח דממילא, שאף האב וכן היתומים הבאים מכחו אינם יכולים להצמיח שבח זה אלא על ידי חסרון ממון. וכלל דשבח הוא דכל שבח שהיה מצוי אצל האב ממילא בלא שיצטרך להעמידו במעשיו או בממונו זהו שבח דממילא, וכל שבח שבא על ידי עבודה או חסרון ממון של האב או של יורשיו אינו חשוב כמצוי אצל האב ודוק.

ויעיין ברבינו יונה שכתב דבבנו בתים אף שהוציאו ההוצאות מתפוסת הבית מ"מ אין הבכור נוטל פי שנים לפי שבא שבח הבנין בסיבת מעשיהם. ומשמע מדבריו דאם מצד ההוצאות כיון שהוא מתפוסת"ב לא חשיב כהוצאה אך היות שהם עבדו לכן חשיב כהשביחו יתומים וזה שלא כהמבואר לעיל מדברי הריטב"א, **וצ"ע** בזה.²⁷

²⁶ הא ודאי דבגוף הפרה אף באופן דחסרה מזוני נוטל הבכור פי שנים ולא נאמר דכיון שאינה יכולה להתקיים בלי המזונות הרי היא כשבח שהשביחו יתומים, כי המזונות הן לקיים את מה שכבר היה לאב ולא להצמיח דבר חדש ורק כלפי הולד אמרינן דכיון ששבח הולד בא מכח המזוני הוי כהשביחו יתומים. וזה כוונת הרשב"ם שכתב 'או חסרו מזוני או מעות בהוצאת נכסים להשביח' ויש להסתפק היכא שהמזונות היו לקיום הפרה בלבד ולא הוצרכו להוסיף מזוני בשביל הולד אם גם זה חשיב כחסרי בה מזוני או לא, וקצת משמע ברשב"ם דבעינן שתהיה ההוצאה עבור השבח וצ"ע.

²⁷ דברי רבינו יונה לא נתבררו לן, חדא דמתחילת דבריו משמע שגם בבנו בתים עיקר מה שנחשב כהשביחו הוא מחמת שהוציאו מעות בבנין הבית [ודלא כהרשב"ם] ואילו בסו"ד כתב הטעם הזה שבא בסיבת מעשיהם, ועוד קשה שרבינו יונה עצמו כתב [בד"ה הא קמ"ל] דאף שהשוכר מחסר מזוני כיון שהתנה כן עם האב הוי כשבחא דממילא,

תוד"ה היתה וכו' אע"נ דבכור ופשוט לעיל בסוגיא שם יש מחלוקת ראשונים יסודית בדין זה דעובד לזה שני ימים וכו' שדעת הרשב"א והרמ"ה שם דהוי חלוקה גמורה דחלוקת ימים חלוקה היא, וביאר שם הרשב"א דלהכי נקט דוקא בכור ופשוט דאילו פשוט יכולים להשכיר את הבהמה אבל בבכור ופשוט כה"ג יפסיד הבכור שהשכירות ראוי היא ולכך משני דעובד לזה וכו' והוי חלוקה גמורה ונטל הבכור פי שנים, אך יעויין בתוס' שם שאף הם נתקשו מדוע דנה הגמ' דוקא בבכור ופשוט ותירצו באופנים אחרים, וגם משמע מדבריהם שם להדיא דאינו דין חלוקה.²⁸ וקושייתם כאן היא לשיטתם שם שאינו דין חלוקה אלא דכל זמן שהבהמה משותפת לשניהם חולקים פירותיה באופן שעובד לזה יום אחד ולזה שני ימים, ואין החלוקה בגוף הפרה אלא בפירות. נונראה דלהרשב"א כל שקיבלו עליהם כן אינם יכולים לחזור בהם דזה גופא קנינם אך להתוס' אינו כן אלא דכל זמן שרוצים חולקים כך ודוק]

ויש לעיין לדעת התוס' מדוע באמת מיאנו בסברת הרשב"א ומדוע פשוט להם דחלוקת ימים אינה חלוקה. ועוד יל"ע דמדוע מוכרח הדבר שתהיה חלוקה גמורה כדי שיטול הבכור פי שנים בשכר ואם גמרו אלו בדעתם להיות שותפים לעולם אך לא בתורת תפוסת הבית אלא כשותפות בעלמא הרי הפרה של שניהם כשלזה שליש ולזה שני שליש ואף שבחה לא יטלוהו מדין ירושה אלא פרה דידיהו אשבח ויטלו כפי חלקם בפרה וצל"ע.

שם בתוס' ה"נ אם אמר הבכור כוונתם מבוארת בדין בכור שמיחה, דיעויין בגמ' להלן [דף קכו ע"א] דבכור שמיחה מיחה וביאר הרשב"ם ושאר דמחאה זו היא שאומר או תחלקו או אטול בשבח פי שנים ואם הם נתיאשו מלחלוק והשביחה נוטל פי שנים משעת מחאה. וביארו אחרונים דלזה נתכוונו התוס' דהכא מיירי בלא מיחה הבכור ולכן אינו נוטל פי שנים בשבח השכירות. והתם דעובד לזה יום אחד ולזה יומיים מיירי במיחה.

ועיין בקצה"ח [סי' רעח סק"ד] שכתב כן לדינא דדין זה של עבד ובהמה טמאה דעובד לזה יומיים וכו' והוא רק כשתבע הבכור חלוקה ולמד כן מדברי התוס' דידן.

ויל"ע דהתם הרי אינו יכול לתבוע חלוקה שאין בה דין חלוקה ומיירי שם למ"ד דלית דינא דגו"א. ועיין בשו"ת מהרי"ל דסקין [כתבים סי' סד] שכמד בזה וכתב בדעת התוס' 'דאפילו למ"ד דלית ליה גוד או איגוד היינו רק שאינו יכול לכופו ע"ז אבל עכ"פ מעת שטען כך שקיל שבח פי שנים' הרי שפירש דברי התוס' דתבע חלוקת גו"א. וצ"ב מה מהני תביעה זו כיון שאינו יכול לכופו. ושמא כיון שתובע חלוקה ברצון שניהם ואלו מסרבים לה יכול לתבוע שבח. ודע שאין כאן דוחק בתירוצם של התוס' לומר שהעמידו הגמ' שם באוקימתא שתובע חלוקה, אלא שהדבר מובן שהוא כך דהתם מיירי שירשו הבהמה או העבד ובאו לחלקה ונתברר להם שהדרך לחלקה היא באופן זה דעובד לזה יום אחד ולזה יומיים כי אין בה דין חלוקה, ואין בה חלוקה בגופה. וזה גופא הוי כמחאה שרוצה לקיים דין ירושתו בבכור. נולכן לשון התוס' דהכא נמי וכו' ולא באו להעמיד דהתם מיירי כה"ג אלא עיקר תירוצם שהוא כמובן מאליו שהתם הוא כן ואף הכא אם יאמר הבכור וכו' ודוק]

ויש לעיין בשורש הדין שהרשב"ם שם ביאר הטעם דמהני מחאתו לפי שבכור בשעת מיתה אינו זוכה כלל בחלק בכורה, והא דאמרין דיש לו לבכור קודם חלוקה היינו משעת מחאה דמשגילה דעתו שרוצה לזכות

ומשמע דאם היתומים התנו עמו הוי שבח שהשביחו יתומים מחמת חיסור המזון ומתפרשים הדברים עה"ד שכתב הריטב"א דנחשב שהוא מאכילה בשליחותם אך סו"ס לא עדיף מאשר האכילוה הם בעצמם מתפודה"ב ומוכח דתפודה"ב חשיב כחסרי מזוני, וצ"ע.

²⁸ ממה שהקשו התם מאי שנא משנים שנשתתפו שכ"א נוטל חצה ותירצו דהתם היה דעתם לכך ולדעת הרשב"א אין מקום לקושיא זו כלל שכאן חלוקה היא ולא שותפות.

בחלקו זכה בו בכל מקום שהוא, ומעתה זוכה בשבח מדין ארעאי אשבח דכיון שיש לו פי שנים בירושת אביו והשביחה הירושה אף בשבח נוטל פי שנים. ולדרך זו אפשר שאין צריך תביעת חלוקה כלל ולא קשה קושיית המהריל"ד כלל אלא משעה שרוצה לזכות בחלקו זוכה.²⁹ אבל התוס' לקמן נבדף קכו ע"ב ד"ה והלכתא וכו' נקטו דיש לו לבכור קודם חלוקה היינו משעת מיתה ומ"מ אינו נוטל בשבח דממעטין לה מקרא דבכל אשר ימצא לו פרט לראוי ולשבח.³⁰ וכיון שגזירה"כ היא שאינו נוטל בשבח צ"ב מה מועילה המחאה לזכות בשבח, שמא נאמר שאם תובע חלוקה והם מעכבים נמצא שהם מפסידים לו השבח שראוי לו אם יתקיים דינו ובוז סברא דנוטל בשבח [ועיין בלשון הרשב"ם בדף קכו ע"א ודוק] אך לפי זה בעבד ובהמה טמאה אין לו תביעה כלל, וצ"ע. ולשון התוס' להלן 'או תחלקו או אטול בשבח וכו' ובעבד ובהמה טמאה הרי אין יכול לומר כן דא"א לחלקם, וי"ל. וע"ע בשיעורי הגרש"ר בכ"ז.

שם בתוס' חכרוה ושכרוה היתומים עיין מש"כ לעיל בזה שנחלקו ראשונים בדין זה אם נוטל פי שנים כה"ג.
עיין במהר"ם שעמד בדבריהם דמשמע דשייכא הא במה שכתבו לעיל, וביאר דאלמלי דברי התוס' דלעיל היה ניתן להבין שכשהיתומים השכירו נוטל הבכור פי שנים אף לרבנן דהוי כמוחזק ודוקא כשהשכיר האב אינו נוטל פי שנים, ואם כן היה הדבר הרי בדוקא נקט הניח להם וכו', וגם היה ניחא מההיא דהניח להם אביהם שהרי לא השכיר האב את הבהמה טמאה עדיין כשמת. אך התוס' לעיל לא אבו לחלק בזה וכיון דחזינן שהשבח דשכירות הוא ראוי אף כשהשכירו היתומים הוי ראוי וכיון שכן קשה מדוע נקט וכו'. ואין דבריו מובנים דנראה דמסברא היה מקום לומר דבהשכירו יתומים הוי מוחזק טפי והרי מפורש בתוס' להיפך שהקשו שתנקוט הברייתא דהשכירו היתומים דכה"ג הוי רבותא טפי שנוטל לרבי, וכמש"כ המהר"ם עצמו להדיא בדבריהם, וצ"ע.³¹

שם בתוס' לא חשבינן להפרה ראוי וכו' כוונתם דס"ד דכיון שאין הפרה עצמה ברשותו הוי ראוי כמלוה שהיא ראוי לפי שחסרה גוביינא. והקמ"ל יש לפרשו דכיון שהפרה בעין ואינה צריכה גוביינא הרי היא כמוחזקת לו בכל מקום שהיא.

ויעיין בהגהת אשרי שכתב דהא דנוטל הבכור פי שנים לרבי בשכירות הוא באופן שנעשתה בשטר שאינו יכול לכפור בו אבל כשהשכירה בלא שטר אין הבכור נוטל פי שנים בשבח דדמיא למלוה ע"פ דלרבי אינו נוטל כיון שיכול לכפור בו. ואלויבא דרבנן נסתפק ההג"א האם נוטל פי שנים בגופה של פרה כשהשכירה בלא שטר דמדברבי דאמר דאינו נוטל פי שנים במלוה ע"פ וה"ה בשבח הפרה נשמע לרבנן דאף בגופה לא יטול פי שנים.³²

²⁹ ובאמת צ"ב בלשון הרשב"ם שם שביאר דמחאה היינו שתובע חלוקה ואינו רוצה שישביחו הם את הקרקע אלא הוא ישביחנה כשיחלוק, ותימה מדוע בעינן לכל זה ולמה לא סגי בגילוי דעתו שחפץ בחלקו ותו לא, וצ"ע.

³⁰ ואין דבריהם מובנים דסו"ס כיון שיש לו קודם חלוקה למה לא יטען ארעאי אשבח ויזכה בשבח שלא בדין ירושה, ויתבאר בזה בע"ה לקמן בסוגיא בדף קכד ע"א.

³¹ ועיקר הסברא לומר דכשהשכירו הם הוי מוחזק טפי אינה מובנת כלל דאדרבה איפכא מסתברא, אך מצינו מקור לזה בדברי המאירי בסוגיין שכתב לצדד כן דהבכור נוטל פי שנים בהשכירו יתומים. ונראה מדבריו שהטעם לכך לפי שכשמת האב זכה בבהמה מיד לכל דבר וכשהם משכירים הבהמה את שלו הם משכירים ונוטל פי שנים, אך קשה דאם כן בכל שבח דממילא נימא כן, ובאמת דלדעת כמה ראשונים זו קושיית הגמ' לקמן מאי טעמייהו דרבנן, והדבר תלוי בביאור פלוגתייהו דרבי ורבנן בסוגיא לקמן ואכ"מ.

³² מבואר מדבריו דלרבי נוטל ודאי פי שנים בגופה, והוא מוכרח בפשט דברי ההג"א מדנסתפק לרבנן אלמא לרבי נוטל כי רבי מיקל בבכור, ודוק. ומש"כ שם דבע"פ אין הבכור נוטל זה קאי אשבח כמבואר למעין. וצ"ב בטעם הדבר מדוע

מחלוקת הראשונים במוחכרת ומושכרת ובגדרי חיוב שכירות יש לעיין בעיקר המבואר בסוגיא -להסוברים דמיירי הסוגיא בדמי השכירות- דפליגי רבנן ורבי במוחכרת ומושכרת משום דהוי שבח דממילא, דהנה כשהשכירה האב כבר נתחייב השוכר לשלם דמי השכירות באשר הוא לכל זמן השכירות ואם כן הוי מלוה בעלמא, והאמנם דבמלוה פליגי רבי ורבנן באופנים שונים וכפי שמבואר בגמ' להלן, אבל בודאי משמע דהכא מחלוקתם מיוחדת היא בדין שכירות דאל"כ מדוע לא נקט התנא פלוגתייהו במלוה, וצ"ב מאי שנא שכירות ממלוה.

וכבר עמדו בענין זה רבותינו הראשונים דיעויין ברבינו יונה שכתב דב' מיני שכירות יש כאן, האחד הוא על הדמים שמשלם השוכר עבור הזמן ששכרה בחיי אביהם, **וכתב רבינו יונה** דזה הוי כמלוה גמור ואינו בכלל חידוש הברייטא דמוחכרת, וכתב עוד דבזה אף רבנן מודו לרבי דגובה אם היה באופנים שבכור נוטל פי שנים במלוה, **והאופן השני** ובו מיירי הברייטא הוא עבור הזמן שלאחר מיתת האב, והיינו דמיירי כשהשכיר האב ומת ומכח קנין השכירות דאז מחזיק השוכר בפרה ומשלם להם דמי חודש בחדשו. וזה הוי שבח דממילא דפליגי בה רבי ורבנן. **ולא נתבאר בדברי רבינו יונה** מאי שנא זמ"ז הרי סו"ס נתחייב השוכר לשלם לאב גם על הזמן שאחר מיתתו וכשמת נפל חובו של זה לפני יורשים כשאר מלוה.

ויעויין בריטב"א שפירש דמוחכרת ומושכרת מיירי בשבח הולד, **וכתב הריטב"א** דאי אפשר לפרש דמיירי בשבח השכירות דאם כן מלוה הוא ותנא דהכא לא איירי בדין מלוה [נכפה"נ מדתני מוחכרת ולא תני בהדיא מלוה] **ומבואר מדברי הריטב"א** דאף דמי השכירות עבור הזמן שלאחר מיתת האב דינם כמלוה ודלא כרבינו יונה. וצ"ב בשורש פלוגתייהו בזה.

ויעויין בקובץ הערות ביבמות [סי' נג] **שביאר שם מחלוקת הרמב"ן והרא"ה** בדין שכירות במשכיר לחברו בית זה או חמור זה ונפל הבית ומת החמור [דכה"ג פטור המשכיר מלהעמיד לו בית אחר כיון שאמר לו בית זה] **ודעת הרמב"ן** שם שאין השוכר צריך לשלם דמי השכירות מכאן ולהבא כיון דנפל הבית, **אבל הרא"ה סובר** דחייב לשלם לו כל דמי השכירות אף שאין החפץ המושכר בעולם. **וביאר הקוה"ע** דבהא פליגי דלהרא"ה כששכר זה את הבית קיבל זכות בגוף הבית לפירות זמן השכירות וכשנפל הבית שלו נפל ונפסד ממונו והוא חייב לשלם כמו מי שקנה בית ונפל, אבל הרמב"ן סובר דהתשלום הוא עבור השימוש וקבלת הפירות בפועל ולכן כל שאין הבית קיים אינו משלם דמי השכירות. [ועיי"ש בסו"ד שהקשה על הרא"ה דהא ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף או אינה אלא לבסוף ועכ"פ ודאי דלא חל חיוב בתחילתה ותירץ דלהרא"ה לא נאמר דין זה אלא בשכירות פועלים]³³

לרבי דוקא בשבח אינו נוטל פי שנים ובגופה נוטל ולא דמיא למלוה ע"פ דהתם אף בגוף המלוה אינו נוטל ואילו לרבנן מספקא ליה אף בגוף.

³³ וכתב שם כן בשם קונטרס הספיקות בכלל ז אות ה. ששם דין בענין זה בגדר חיוב שכירות וכתב דענין ישנה לשכירות ואין לה לשכירות לא נאמר אלא בשכירות פועלים אבל שכירות קרקעות ומטלטלים היא מכר גמור, וכמו שביארנו בפנים בשיטת הריטב"א. והביא שם הקוה"ס ראייה לדבריו מדברי הרשב"א בתשובה [ח"א סי' אלף כח] שכתב דהשוכר בית מחברו ומת באמצע זמן השכירות חייב בנו לשלם כל דמי השכירות ואינו יכול לומר שאינו חפץ בבית, וכתב הרשב"א משום דשכירות ליומא ממכר בין אם ידור או לא ידור. ונתקשה הקוה"ס מדין ישנה ואין לה לשכירות ורתיץ דלא נאמר זה אלא בשכירות פועלים ולא בשכירות קרקעות ומטלטלי וכנ"ל.

ובקוה"ע בהשמטות שם הקשה מהגמ' בב"מ דף סה ע"א דשם מבואר להדיא דגם שכירות קרקע אינה משתלמת אלא לבסוף. ובזה אמנם יש לדחוק דדין אינה משתלמת אלא לבסוף נאמר גם בשכירות חפצים אך חיוב השכירות חל כולו משעת הקנין.

ובזה מתבאר היטב מחלוקת הראשונים בסוגיין, שהריטב"א סובר כרבו הרא"ה ולכן כל שהשכירה אביהם חיוב הדמים של השוכר הוא מוחלט ואינו תלוי בדבר והוי מלוה גמור. אבל לרבינו יונה מתחדש החיוב בכל עת כאשר הפרה אצל השוכר ונגמר חיובו בזמן שלאחר מיתת האב ואינו כמלוה.

ולעיל נתקשינו בדעת הרשב"ם שכתב דס"ד דהוי שבח בידיים ע"י בני אדם שעובדים אותה, שהרי נתחייב השוכר לאב אך נראה שמוכח מדברי הרשב"ם כרבינו יונה שאין החיוב ממון בשעת השכירות אלא כשעומדת הפרה לשוכר לשימושו אז חל החיוב [ובלא"ה מוכח כן דאל"ה הוי מלוה וכקושית הריטב"א] אך עדיין יל"ע דסו"ס גם אם לא יעבדו השוכרים צריכים לשלם וראה מש"כ בזה לעיל

דף קבר ע"א

בגמ' ירשו שטר חוב וברשב"ם דברי הרשב"ם מוקשים ונראים כסותרים מתחילתם לסופם דבתחילה כתב דלרבי יורש פי שנים לפי שיורש השטר והגוביינא היא שבח השטר, **ומזה משמע** דבמלוה ע"פ אינו יורש פי שנים לפי שאין כאן שטר שנוכל לומר שהשטר השביח, **אך בסו"ד כתב** דבמלוה ע"פ אינו יורש פי שנים לפי שיכול לכפור בו והוי החוב עצמו ראוי, ומשמע דאם לא יוכל לכפור בו [כגון מלוה בעדים בתוך זמנו] יורש הבכור פי שנים לפי שהוא מוחזק בחוב והגוביינא היא שבח דממילא של החוב.

אבל כבר נודע להקשות מדברי הרשב"א עצמם באותה תשובה שמפורש בהם דגם בשכירות חפצים ישנו הנידון דישינה לשכירות וכפה"נ שהקונטה"ס ראה דברי הרשב"א מובאים ביה יוסף ולא היתה לפניו תשובת הרשב"א. ותשובה נוספת בזה להרשב"א בשו"ת הרשב"א ח"ב סי' שכח ששם הרחיב וביאר שיטתו וכתב בזה וז"ל תשובה: נראה לי שהדבר ברור שהדין עם המשכיר, דכיון ששכר שמעון הבית ממנו לשנה בסך ידוע וירד בו וקנאו בחזקה אפילו לא נתחייב על שכירותו בקנין חייב הוא בדמי שכירותו: בין דר בו כל השנה בין לא דר בו, דשכירות כמכר ומכור הוא לו לימי שכירותו, ואפילו מת אין אומדין בכי הא טענת אונס, שזה לא מחמת דירתו שלו ממש מתחייב לו אלא מפני שזה מכר לו ביתו לשנה, שאם ירצה לדור בו הוא או הבא מכחו יעשה, ואם ירצה לסגור הדלת בעדו ובעד ביתו ושלא ידור שם לעולם יעשה, ואילו קנה בית ונתחייב בדמיו ומת קודם שידור שם הנטען בזה טענת אונס ונאמר זה באמת לא קנה בתים אלו אלא כדי שידור בהם, וכו'.

גם אם באו בטענה שישנה לשכירות מתחלה ועד סוף וכל יום ויום מתחייב כנגד אותו יום וכמו שאמרו בפ"ק דע"ז גבי מקום שמעמיד ע"ז או אפילו בע"ז עצמה בהאי קני במכוש אחרון וכו', וכן בקדושין ובבא מציעא פרק איזהו נשך ובשאר מקומות, אפילו כן אין טעם בזה כלום, דמכל מקום אין השוכר רשאי לצאת בכל יום ויום ולחשב עמו לשעות אלא מחוייב הוא שלא להניח לפני זה עד זמנו, ואפילו באומר לו טרח והבא דיוורין אחרים לאו כל כמיניה דאדרבה במשכיר סתם שנה שנה אין השוכר רשאי להניח לו ביתו אלא אם כן הודיעו תחלה לפי מה שהוא בית או חנות או מקומה כמוזכר במציעא בפרק השואל, ואין אומדין דברים הללו אלא כפועל או כשוכר ספינה או בית וכיוצא בזה, ומוצא בשוק פועלים אחרים מזומנין וכו' אבל כאן משעת קנין נתחייב האב בתשלומי שכירות ואפילו לא קנו מידו, דשכירות כמכר, ומה מכירה בכסף בשטר ובחזקה אף שכירות כן, וזה מבואר.

ולכאורה מתבאר מזה דשיטת הרשב"א היא כהרמב"ן ובודאי נפל הבית לא ישלם השוכר כיון שחיובו הוא בכל יום כמש"כ הרשב"א להדיא אלא דגדרה של שכירות הוא שמתחילה יש כאן קנין גמור וממכר ליומא שהמוכר מקנה ללוקח התשמישים והפירות בקרקע אלא שקנינו זה הוא בגדר חיוב ועדיין לא נחשב הדבר שהעמיד לו בפועל את הפירות אלא בכל יום ויום כשמתחדש ענינם ולכן גם הלוקח מתחייב לשלם כשיבואו הפירות ומתחילה חיובו הוא לשלם כשיקבל הפירות וצ"ע בגדר הדברים ועכ"פ מבואר להדיא שחיובו חל בכל יום ואם כן לכאורה אין שום טעם לומר שבנפל הבית ישלם השוכר. וע"ע בחי' הרשב"א בכתובות דף סט ע"א בענין עמלא דבתי [ובתוס' שם ובב"ב דף סז ע"א ובקצה"ח סי' צה סק"ה, ועיין עוד בשו"ת מהר"ם רוטנבורג סי' תתרב ובמרדכי בב"מ סי' שמה שהביאו, שחולק על עיקר דינו של הרשב"א וסובר דכיון שהשוכר אנוס שמת פטורים היורשים]

ואמנם לדעת הרא"ה לכאורה מוכרח הדבר שחיובו הוא חיוב ממון גמור בין אם יהיה הבית אם לאו ואם כן חל חיובו מחיים לגמרי, וקשה מהגמ' בב"מ דאינה משתלמת אלא לבסוף ושמא מ"מ זמן התשלום הוא לבסוף וצ"ע.

ונחלקו אחרונים בהבנת דברי הרשב"ם, ושלש דרכים נשנו בהבנת דבריו: א) יעויין בקצה"ח [סי' רעח סק"ו] שנקט שהעיקר הוא החילוק בין מלוה בשטר למלוה ע"פ ומש"כ הרשב"ם בסו"ד דמשום דיכול לטעון פרעתי וכו' לאו דוקא ולרווחא דמילתא כתב כן.

ויעויין שם בקצה"ח שנתקשה בדברי הרשב"ם מדברי הגמ' בב"ק [דף מב ע"א] דאיתא התם דבמזיק את האשה ומתה יורש הבעל את החוב לפי רבי, והרי התם מלוה ע"פ הוא. ואף שמלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר מ"מ מצי למטען פרעתי, ועוד הקשה דאף אם לא היה נאמן בטענת פרעתי דעיקר כוונת הרשב"ם לחלק בין מלוה בשטר למלוה ע"פ אינו תלוי בטענת פרעתי אלא לפי שהוא מוחזק בשטר ובמלוה הכתובה בתורה אינו מוחזק בחוב ולכן לא יירש פי שנים לרבי והניח הקצה"ח דברי הרשב"ם בצ"ע.

ויעויין בקוב"ש [אות שע"ה] שעמד אף הוא בסתירת דברי הרשב"ם וביאר דמש"כ הרשב"ם שהוא מוחזק בשטר לאו דוקא בשטר אלא בחוב דכיון שעל ידי השטר א"א לטעון פרעתי נמצא שהוא מוחזק בחוב. וביאר דא"א כלל לפרש שהשטר השביח שאין שייכות בין השטר לבין הגוביינא אלא שהחוב הוא שהשביח. ולדרכו אין חילוק כלל בין מלוה בשטר למלוה ע"פ אלא הכל תלוי בטענת פרעתי. ולדרך זו נמי קשה מהגמ' בב"ק שהרי בנויקין נמי יכול לטעון פרעתי.

ודרך שלישית מבוארת בחי' רבי מאיר שמחה כאן שכתב לבאר את דברי הרשב"ם באופן ששני הטעמים צריכים זל"ז, דבמלוה בשטר יש שעבוד נכסים דבר תורה ולכן אף לו יצויר שיוכל לטעון פרעתי המלוה הוא מוחזק בנכסים המשועבדים לו כי יש לו קנין בגופם, אך במלוה ע"פ אחר שהפקיעו חכמים השעבוד תו אינו מוחזק מטעם זה, ומ"מ אם לא היה יכול לטעון פרעתי היה מוחזק בחוב עצמו אף שאין לו שעבוד אך מאחר שיוכל לטעון פרעתי וגם אין שעבוד נכסים אינו מוחזק במלוה ע"פ. וכתב דלפי זה ניחא היטב הגמ' בב"ק דכיון שמלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר וואיכא שעבודא דאורייתא חשיב מוחזק. עוד כתב הגרמ"ש דשיטת הרמ"ע מפאנו דבמלוה הכתובה בתורה אינו יכול לטעון פרעתי וכמלוה בשטר, ואף בזה ניחא דברי הרשב"ם.³⁴

ובעיקר דברי הרשב"ם יעויין בתוס' בע"ב [ד"ה אין וכו'] שהקשו דאם השטר חשיב מוחזק מדוע אין הבכור נוטל פי שנים לרבנן דרבי, יחלקו השטרות וכשיגבה הבכור בחלקו אחר חלוקה פשיטא דהשבח שלו. **ועיין בקצה"ח** [שם] שכתב ליישב קושית התוס' עפי"ד הרשב"א בתשובה [ח"ג סי' קלז] שכתב שם שאין היורשים חולקים השטרות עצמן לפי שאין גופם ממון. ולכן בהכרח חולקים אחר הגוביינא ולרבנן אינו נוטל פי שנים דהוי ראוי. **ועיי"ש בתשובת הרשב"א** שכתב שני טעמים למה אין חולקים שטרות, האחד לפי שאין גופם ממון ואפשר שאף אם האחד שוה יותר כגון שהלוח עשיר בסופו של דבר יפרע השני ולא הראשון, ועוד טעם כתב לפי שהשטרות מילי הן ואין חולקים במילי, עיי"ש.³⁵

ועדיין יל"ע דכיון שבגוף החוב [או בשטר] הוא מוחזק אם כן כשגבו החוב יקבל פי שנים בגוביינא כפי ערך השטר, ולכאורה הדבר בתלי במחלוקת ראשונים, **דבגמ' להלן** מבואר דבדיקלא ואלים נוטל אף לפי רבנן פי שנים דחשיב כהגוף עצמו כיון שלא נשתנה שמו ורק בשלופפי והווי תמרי הוא דפליגי. **ובשטמ"ק שם בשם הראב"ד** איכא פלוגתא אם נוטל בהנהו תמרי כפי ערך השלופפי שהיו בשעת מיתת אביהם או דלמא

³⁴ דברי הרמ"ע הם בשו"ת סו"ס קיג, וע"ע בשע"מ ריש סי' ע מה שהקשה עליו מכמה מקומות.

³⁵ נראה מדברי הרשב"א שאין צד בעולם לחלוק את החוב עצמו, כי אין החוב גשם אלא זכות בעלמא ואי אפשר לחלק הזכות, אך בשטרות דן לחלקם מחמת שיש להם גוף ואפשר למכרם ולזה תירץ דגופם אינו ראוי לחלוקה משני טעמים חדא שהוא עצמו אינו שוה ממון ואין ערכו אלא מחמת מה שיגבה בסוף ולכן אי אפשר לחלוק אלא את הגוביינא, ועוד שהשטר מה"ט גופא אינו אלא מילי ואינו ממון ואי אפשר לחלק מילי.

כיון שנשתנה השם חשיב כדבר חדש לגמרי ואינו נוטל כלום בהם. ועיין ברש"י בבכורות [דף נב ריש ע"ב] שכתב דנוטל בשבח כפי שווי הקרן וכן נפסק להלכה בשו"ע. ולדרך זו קשה דיטול במה שגבו פי שנים לפי ערך השטר שהרי בשטר היה אביהם מוחזק, וצ"ע.

ועוד קשה דיוכל הבכור לזכות פי שנים בחוב בדין בכור שמיחה דאם יגלה בדעתו שרוצה לזכות או לחלוק החוב יזכה בו והשבח של החוב דהיינו הנכסים שיגבו הם שלו כמש"כ הרשב"ם להלן בדין בכור שמיחה, ושמא אה"נ וברייטא לא מיירי כה"ג שהרי אף במוחכרת ומושכרת דפליגי רבנן היינו כל זמן שלא מיחה כמש"כ התוס' אך כמובן דזה דחוק מאוד, וצ"ע.³⁶

והתוס' בע"ב דחו דברי הרשב"ם כנ"ל ולא פירשו בזה טפי, ולדרכם נראה שאין כאן ענין של קרן ושבח כלל אלא דפליגי רבנן ורבי אם גובה בחוב או לא. ולא נתפרש בדבריהם אם יש חילוק בין מלוה בשטר למלוה ע"פ לרבי. ועיין ברבינו יונה ובתורי"ד שחולקים להדיא על דינו של הרשב"ם וסוברים דאין לרבי חילוק בין מלוה ע"פ למלוה בשטר וכולם נוטל הבכור פי שנים וירשו שטר חוב לאו דוקא שטר. ולכאורה לדרכם אין כאן כלל ענין של קרן ושבח אלא דפליגי רבי ורבנן בגוף הדין אם יורש בחוב או לא, וכתמיהת התוס' על הרשב"ם. ויל"ע אם כן מהו שורש מחלוקתם של רבי ורבנן בחוב והיאך הוא תלוי במחלוקתם לענין שבח דממילא ויתבאר בס"ד בהמשך הסוגיא בזה.

בגמ' יצא עליהם שטר חוב עיין בתוס' לעיל [דף קז ע"א ד"ה ובא] וכן בב"ק [דף ט ע"א ד"ה וטרף] שכתבו דהיכא שבא בע"ח לטרוף מכמה יורשים נוטל מכל אחד מהם בשווה ואינו יכול לגבות ממי שירצה, וכ"כ הרא"ש שם שנוטל מכולם בשווה. ועיין בתוס' שם שלמדו כן מסוגיא דידן שמפורש הדין דהבכור נותן פי שנים. ועיין שם ברא"ש שהוסיף לבאר דהחידוש שנותן פי שנים דלא נימא דכיון שמתנה קריא רחמנא אם כן לא יצטרך ליתן פי שנים אלא כאחד מהאחים.

אבל יעויין ברבינו יונה בסוגיין שחולק בעיקר הדין וסובר דהבע"ח גובה מאיזה קרקע שירצה והוכיח כן מהגמ' לעיל [דף קז] ובב"ק [דף ט] שני אחים שחלקו ובא בע"ח וטרף חלקו וכו'. [ועיין בתוס' לעיל שנתקשו בזה וביארו דמיירי בעשאה אפותיקי ועיין ברא"ש בב"ק באופ"א] ונתקשה רבינו יונה לדרך זו מהו הדין דבכור נוטל פי שנים. וביאר דמיירי כגון שאין אחיו בעיר והוא תובע מהבכור ואין בחלק פשיטותו כפי שיעור החוב דס"ד שיוכל הבכור לטעון לאו בע"ד ידידי את אלא בחלק פשיטות אבל בחלק בכורה כיון דמתנה קריא רחמנא אינו זוכה עד שעת חלוקה ולפיכך עליו לדון עם האחים, וקמ"ל דאינו כן אלא דן עם הבכור ונוטל כפי חלק של זה פי שנים בנכסים.

שם בגמ' ואם אמר איני נוטל וכו' ראה ברשב"ם שפירש דעיקר החידוש שאינו זוכה בחלק בכורה בעל כרחו ויכול להסתלק כשירצה דמתנה קריא רחמנא [ומשא"כ בחלק פשיטות שירש בעל כרחו] וראה לקמן בדף קכו ע"א דשם פליגי אמוראי אם מהני סילוק של הבכור קודם חלוקה ותליא אם יש לבכור קודם חלוקה או לא, ופירש הרשב"ם שם דלמ"ד דיש לבכור קודם חלוקה יכול להסתלק מיד משעת מיתה, אבל למ"ד דאין לו קודם חלוקה הוי כדבר שלא בא לעולם ולא מהני סילוקו אלא בשעת חלוקה עצמה. ומיהו בשעת חלוקה מבואר שם דלכו"ע יכול להסתלק. והכא אם מיירי בשעת חלוקה עצמה הדברים פשוטים, וקודם חלוקה

³⁶ אך נראה בכל זה דודאי אין הבכור יכול לחלוק את החוב ולא לזכות בחוב כדי שיאמר ארעאי אשבח וגם לא שייך כלל לומר דמי שיש לו השטר זכה בנכסים שגבו בדין ארעאי אשבח דהנכסים אינם פירות החוב. אלא כוונת רשב"ם כך היא דכלפי שסובר רבי דבשבח דממילא גובה פי שנים ונתבאר הטעם ברשב"ם לעיל דכשהוא מוחזק בגוף חשיב עי"ז מוחזק גם בשבח דממילא שבא על ידי הגוף, הוא הדין בשטר או בחוב שהמחזיק בחוב ממילא חשיב מוחזק לרבי גם בנכסים שיגבו על ידי החוב כמו בשבח דממילא.

נראה לכאורה שאין הבע"ח יכול לתבוע כלל מהבכור למ"ד דאין לו קודם חלוקה שהרי אין לו עדיין חלק בכורה.

ועיין בתוס' לקמן [דף קבר ע"ב ד"ה והלכתא] שכתבו דאין להוכיח מסוגיין דיש לבכור קודם חלוקה אלא דאם אמר איני נוטל ואיני נותן אה"נ דיוכל אח"כ לחזור בו אך אומר להם כל זמן שאיני נוטל לא תוכלו לתבעני שאפרע לכם מחלקי.

ועיין בקצה"ח [סי' רעח סקי"ב] שהקשה להתוס' דאם עדיין יכול לחזור בו ולתבוע אם כן נכפנו לעשות כן דהא פריעת בע"ח מצוה, ולמה לא נכפה הבכור לתבוע חלוקה כדי לקיים מצותו לפרוע חוב אביו. **ועיין בקוב"ש שתירץ** דכיון דחלק בכורה מתנה קריא רחמנא אין כופין על האדם לקבל מתנה כדי לפרוע חובו.

בגמ' מאי טעמייהו דרבנן וכו' קושית הגמ' צריכה פירוש מדוע פשיטא לה להגמ' טעמו של רבי יותר מטעמם של רבנן. **ובעיקר דין ראוי** לא שאלה הגמ' מנא לן שאינו יורש בראוי.

ויעיין בגמ' בבכורות דף נב ע"א דשם מקור הדין דתנן במתניתין דהתם דאין הבכור נוטל בששבח ולא בראוי כבמוחזק. ואיתא התם בגמ' דאינו נוטל פי שנים בראוי ובשבח דכתיב בכל אשר ימצא לו. **ומבואר בגמ' דפסוק** דכל אשר ימצא לו הוא יסוד הדין בראוי בין לרבנן בין לרבי. **וכן בגמ' כאן בע"ב** דרשינן לדין מלוה מקרא דבכל אשר ימצא לו, ושתי ברייתות שם האחת כרבי והשניה כרבנן.

וצ"ל דלכן לא שאלה הגמ' כאן מאי טעמיה דרבי כיון שמקור דין ראוי ידוע ונתפרש בגמ' בבכורות שם וכן בגמ' כאן בע"ב וכו"ל. **ומעתה צ"ב בטעמו של רבי** מדוע בשבח דממילא יורש. **וראה ברשב"ם לעיל** שכתב בזה דכיון שהשבח בא ממילא והאב היה מוחזק בגוף הנכסים חשיב גם כמוחזק בשבח הבא מהם. **ולפי זה מתפרשת קושית הגמ' דמאי טעמייהו דרבנן** שהרי סברא זו שאמר רבי שהשבח הבא מאליו כמוחזק אצל האב פשוטה היא ומדוע פליגי רבנן עלה. **ולהלן יתבאר דרך נוספת בביאור קושית הגמ' עפ"י ראשונים.**

עד דמטיא לידיה וכו' נחלקו רבותינו הראשונים בהבנת קושית הגמ' ותירוצה, ושתי שיטות עקריות נשנו כאן: (א) **שיטת הרשב"ם הר"י מיגאש ורבינו יונה** הסוברים דפי' תירוץ הגמ' הוא דמה מתנה עד דמטיא לידיה דנותן וכו' ולמעוטי ראוי שהאב לא זכה בנכסים בחייו, ונכסים שנפלו לו לאחר מותו אינו יכול להקנותם במתנה ואף בשבח דממילא אינו יכול להקנותו לכן אין הבכור מקבל פי שנים. **ודע דגם להרשב"ם** דרשינן מקרא דלתת דעד דמטיא לידיה דמקבל וילפינן מינה דאין לבכור בנכסים עד שעת חלוקה כדמבואר להדיא ברשב"ם להלן בדף קבו ע"א אלא דהכא לא מזה ממעטינן דין שבח אלא מדרשא דעד דמטיא לידיה דנותן.

(ב) **שיטת התוס' לקמן** [בדף קבו ע"ב ד"ה והלכתא] **הריטב"א והי"מ ברבינו יונה** הסוברים שפירוש תירוץ הגמ' עד דמטיא לידיה דמקבל. ומבארת הגמ' מדוע לא יזכה הבכור בנכסים מדין ארעאי אשבח כיון שאין לו זכות בהם עד שעת חלוקה וממילא לא נכסים ידידיה השביחו אלא נכסי היתומים השביחו. **ולהלן יתבאר בס"ד** מהלך וחשבון הסוגיות לפי שתי השיטות.

ודע שלכאורה בהכרח שורש מחלוקתם הוא בקושית הגמ' דלהרשב"ם ודעימיה קושית הגמ' היא מדוע אין הבכור נוטל בשבח דממילא שהרי מוחזק הוא בשבח ולכך משני דעד דמטיא וכו'. **וכן פירש הר"י מיגאש בכמה מקומות** ואף הוא אזיל בשיטת הרשב"ם בכל מהלך הסוגיא. **אבל להנך ראשונים לכאורה מוכח דקושית הגמ' אינה כן** דאל"כ לא משני מידי במה שאין כאן ארעאי אשבח, שהקושיא היתה שיטול את השבח עצמו בדין ירושה ולא מדין ארעאי אשבח. **ובהכרח** שקושית הגמ' היא מדוע סוברים רבנן שאינו נוטל שבח דממילא יאמר הבכור ארעאי אשבח ולזה משני עד דמטיא וכו'.

ולפי זה מסתברא דגם בטעמו של רבי חולקים הראשונים. כי אם נפרש כהרשב"ם שטעמו של רבי משום שהשבח מוחזק אין מדוקדק לשון קושית הגמ' כהריטב"א, כי ה"ל להגמ' לשאול ולרבנן נימא ארעאי אשבח כי טעם חדש הוא שלא הזכיר לעיל. ומסתברא דלהראשונים זה גופא טעמו של רבי בשבח דממילא משום דאומר הבכור ארעאי אשבח ולכן שאלה הגמ' בפשיטות מאי טעמייהו דרבנן.

וכן יש ללמוד מדברי התוספתא כאן [פ"ז ה"ד-ה וכו' בבכורות פ"ו] הלכה ד: אין הבכור נוטל פי שנים בשבח שהשיבחו נכסים לאחר מיתת אביהן. רבי אומר אומר אני הבכור נוטל פי שנים בשבח שהשיבחו נכסים לאחר מיתת אביהן שאף שלו השיבחו (ב)[כ]שלהן כיצד היתה לו בהמה מוחכרת ומושכרת אצל אחרים ופרה רועה באפר הבכור נוטל פי שנים ואין נוטל פי שנים בזרוע ובלחיים ובקיבה. הלכה ה: רבי אומר כל דבר שלא פילפלו בו יתומין לאחר מיתת אביהן הבכור נוטל פי שנים וחכמים אומרים אין נוטל פי שנים אלא בכל אשר ימצא לו עב"ל התוספתא. וצ"ע לדרך הרשב"ם מהתוספתא.³⁷

בשיטת הרשב"ם ודעימיה לדעת הרשב"ם ודאי שדין ראוי לרבי נלמד מקרא דבכל אשר ימצא לו, אך לפי רבנן יל"ע דלכאורה מקרא דלתת לו לבד אפשר למילף דאין הבכור יורש בראוי כלל ומדוע בעינן לקרא דבכל אשר ימצא לו. ואין לומר דרבנן לא דרשי להך קרא, כי מפורש בגמ' בע"ב אליבא דרבנן דממעטינן ראוי מקרא דבכל אשר ימצא לו. ויעויין בתוס' לקמן [דף קב ע"ב ד"ה והלכתא] שכתבו דאלמלי קרא דבכל אשר ימצא לא היינו דורשים קרא דלתת למעוטי ראוי, ואמנם התוס' כתבו כן לפי דרכם שפירשו עד דמטא לידיה דמקבל אך אולי אפשר לומר כן גם לדרך הרשב"ם.

יעויין בעליות דרבינו יונה שהקשה ע"ד הרשב"ם שהרי יכול להקנות השבח על ידי הקנאת דקל לפירותיו, ותירץ דמ"מ אינו יכול להקנות השבח בלא זיכוי בגוף השדה וכו' מתמעט מלתת לו.³⁸

עוד הקשה רבינו יונה דלר"מ אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, ויעיין בריטב"א שהקשה בעי"ז טפי דמאי פריך הגמ' מיד מאי טעמיה דרבי הרי רבי סובר כר"מ שאדם מקנה דשלב"ל, ואם כן לדידיה כל שבח אפשר להקנותו ויירש הבכור פי שנים. ותירץ רבינו יונה דאף לרבי מאיר הרי מבואר בגמ' [ב"מ סו ע"ב] דיכול לחזור בו עד שבאו לעולם ואין הקנין חל בינתיים ונמצא שאין האב יכול לתתו במתנה לגמרי.³⁹

עוד הקשה רבינו יונה מסוגית הגמ' להלן בע"ב דאמרין התם דלרבנן פשיטא שאין הבכור יורש במלוה פי שנים דמה שבחא דאיתי הברשותיה אמרי רבנן דלא שקיל מלוה מיבעיא. ומאי קושיא הרי הטעם בשבח הוא כיון שאינו יכול להקנותו. ותירץ רבינו יונה עפ"י דהרי"ף שסובר שמכירת שטרות דרבנן ואין אדם יכול למכור חוב מן התורה, ונמצא שגם גבי מלוה דרשינן מקרא דלתת לו שאינו יכול להקנותו ואין הבכור נוטל פ"ש.

אבל קשה טובא דאם כן הרי לקמן בגמ' פליגי אמוראי אליבא דרבנן ואיכא למ"ד דבגבו קרקע מודו רבנן שהבכור נוטל פ"ש ורק בגבו מעות פליגי, ואיכא מ"ד דס"ל איפכא דגבו מעות יש לו, ועיי"ש ברשב"ם

³⁷ ועיין להלן בהערה 45 אשר שם יבואר מהלך אחר דלא פליגי הרשב"ם והראשונים בקושית הגמ' ובטעמו של רבי אלא בפשט תי' הגמ' בלבד וסתימת משמעות הראשונים.

³⁸ קושית רבינו יונה בזה תמוהה דכשמקנה לו דקל לפירותיו אין זה כלל הקנאת פירות אלא מקנה לו הדקל לענין שזכות הצימוח היא שלו ודקל דידיה אשבח, וכמו"כ היה יכול להקשות שיכול להקנות לו הדקל כולו וממילא הפירות שלו [ואין זה תירוצו ודוק] ומוכח מזה בדין הקנאת דקל לפירותיו הוא שיש תפיסת קנין בפירות עצמם על ידי הקנאת הדקל ואכ"מ.

³⁹ והריטב"א לא אבה לתרץ כן ומבואר שחולקים הראשונים בהבנת הדרשא דלהריטב"א במה שיכול האב לפעול פעולת הקנאה סגי כדי שנאמר שיכול לתת ולרבינו יונה צריך שיוכל לפעול חלות הקנין.

בהסבר מחלוקתם דמ"ד גבו קרקע יש לו משום דחשיב מוחזק מחמת שחל שעבודו עליה ומ"ד גבו מעות יש לו דדמי למוחזק דמעות הלזה ומעות שקיל. וקשה שהרי סו"ס אינו יכול להקנות חוב ומה מועיל שחל שעבודו על הקרקע או שהלווהו מעות. וצע"ג.

ודרך נוספת בדעת הרשב"ם נתבארה בדברי רבינו יונה להלן, שהקשה עוד ממימרא דרב פפא להלן בדקלא ואלים לא פליגי דמשמע מלשון הגמ' דמחלוקתם היא האם שבח דממילא חשוב כמצוי או לא וזה סותר לדברי הגמ' כאן דפליגי בדרשא דלתת לו. וכתב רבינו יונה דאפשר שיש כאן מחלוקת הסוגיות והגמ' להלן [בע"ב] שדורשת מקרא דימצא לו אתיא כר"פ ולדידיה פלוגתייהו בסברא אם שבח דממילא חשוב כמצוי, ולדרך זו ביאר את סוגית הגמ' בע"ב גבי מלוה דלרבנן כ"ש הוא דאם שבח דממילא אינו חשוב כמצוי כ"ש מלוה. ואכב הדברים מתורץ מה ששאלנו לעיל מדוע בעינן לרבנן תרי קראי למעוטי ראוי, די"ל דאח"כ דלסוגיא דהכא ממעטינן רק מלתת לו ולהסוגיא דלהלן רק מימצא.

וגדולה המבוכה בזה בדעת הרשב"ם עצמו דודאי מדסתם הרשב"ם ולא פירש כלום משמע טפי שאין כאן מחלוקת הסוגיות לדרכו ואם כן קשיא ממלוה, ואם נאמר דגם מלוה א"א להקנותה אם כן יקשה מגבו מעות.⁴⁰ ועוד קשה מדברי רב פפא וכקושיית רבינו יונה.

עוד קשה דבגמ' בב"ק [דף מט ע"א] מבואר דפלוגתייהו דרבי ורבנן היא גם בבעל דלרבנן אינו נוטל במלוה [בגבו קרקע או מעות] ולרבי יורש מלוה. וקשה דהתם אינה מתנה כלל ועיקר דין ראוי דבעל נלמד מקרא דגבעת פנחס לעיל [דף קיג ע"א] אך קרא דלתת לו לא נאמר בבעל ומהיכי תיתי דשייך כלל לפלוגתייהו, אכן באמת יעויין ברשב"ם לקמן [דף קכה ע"ב ד"ה אמר ר"פ] שכתב כן להדיא דרק בראוי גמור אין הבעל יורש אבל בשבח דממילא יורש גם לרבנן כי קרא דלתת לו אין לו שייכות עם ירושת הבעל, אך דברי הרשב"ם מוקשים מהגמ' בב"ק וצ"ע וראה בהערה בישוב שיטת הרשב"ם,⁴¹ ומיהו למדנו להדיא מדברי רשב"ם דדריש לקרא דימצא אף לרבנן ואין כאן מחלוקת הסוגיות וממעטינן מינה ראוי גמור, ושבח ממעטינן מלתת לו.

עוד קשה מהסוגיא בבכורות, דיעויין שם היטב בגמ' [בדף נב ע"א] דיבם אינו יורש בראוי ובשבח ולרבא גם בשבח ששבחו נכסים בין יבום לחלוקה אינו יורש והטעם משום דהוא כבכור מה בכור אין לו קודם חלוקה אף יבם אין לו קודם חלוקה. ולדעת הרשב"ם אין מובן לכל זה דמה שאין הבכור יורש בשבח אינו שייך למה שאין לו קודם חלוקה אלא ילפינן לה מלתת לו, וצ"ע.

ויש לעיין לדעת הרשב"ם בדין ארעאי אשבח. דהנה הראשונים ביארו לדרכם שהגמ' כאן תירצה מדוע ליכא ארעאי אשבח. ויש לעיין ולברר לדעת הרשב"ם מדוע אין הבכור נוטל בשבח בטענת ארעאי אשבח. ויעויין היטב בסוגיא בדף קכו ע"א וברשב"ם שם. ומבוארת היטב שיטת הרשב"ם דבין למ"ד יש לבכור קודם חלוקה בין למ"ד אין לבכור אין הבכור זוכה בחלקו משעת מיתה כלל ולכן אין טענת ארעאי אשבח

⁴⁰ ועוד קשה שמקור דברי הרי"ף דמכירת שטרות דרבנן הוא מהדין דמוכר שטר חוב לחברו וחזר ומחלו מחול אלמא דרבנן היא, אבל הרשב"ם עצמו [להלן דף קמז ע"ב ד"ה מחול] כתב לפרש דחזר ומחלו מחול מפני שהמכירה חלה בגדר דמה מכר ראשון לשני כל זכות שתבוא לידו ואינו עדיף מהראשון. אבל כד דייקת אדרבה ניחא טפי דמבואר שהבין הרשב"ם שמה שחל במכירת שטרות הוא מכירת הזכות גוביינא בלחוד ולא שנשתנה עצם החוב ועיקר החוב לראשון הוא אלא דמכר לו זכות שתבוא לידו ואם כן אין החוב בעיקר מכירה ומתנה ושפיר ממעטינן מלתת לו.

⁴¹ אך יעויין בר"י מיגאש בדף קכג סוע"ב שגרס ופירש הסוגיא בב"ק באופ"א דמשני הגמ' דכי מחלקינן בין גבו קרקע לגבו מעות ה"נ בירושת בכור אליבא דרבנן אבל בירושת בעל לכו"ע הוי מלוה מוחזק כדעת רבי בבכור דחשיב מלוה כמוחזק. ולגרסתו מיושבת היטב שיטת הרשב"ם.

ומחלוקתם אם יש לבכור קודם חלוקה או אין לו כך מתפרשת דלמ"ד יש לו משעה שמיחה בהם וגילה דעתו שרוצה לזכות בחלקו יש לו ולמ"ד דאין לבכור אף מאותה שעה אין לו. [ויעוד נולד ממחלוקתם דלמ"ד יש לו כיון שיכול למחות בכל שעה יכול גם למחול על חלקו ועיי"ש בסוגיא] **ומאותה שעה שמיחה זוכה באמת בשבח** למ"ד יש לו דארעא ידידיה אשבח. ולפי זה אין מקום כלל לקושית הראשונים דאה"נ זה גופא הטעם דבכור שמיחה שמהני מחאתו כי מאותה שעה יש לו וארעיה אשבח.

אך קשה איפכא דכיון דלכו"ע אין לו קודם שמיחה אם כן של האחרים היא וארעא ידיהו אשבח ומדוע בעינן קרא דלתת לו וכן לרבי הכיצד נוטל בשבח דממילא יאמרו האחים ארעא דידן אשבח. **אך שיטת הרשב"ם עצמו** דלפשוטים ודאי אין כלל קודם חלוקה ואינם יכולים למכור את חלקם ולכן יתכן שאינם יכולים לומר ארעא דידן אשבח. אך קשה דאם אינה של אף אחד מהם אם כן ארעא דמאן אשבח. וצ"ל דתפודה"ב היא והשביחה לקיום דין ירושה וכמו שיתבאר להלן בענין תפוסת הבית.

ויש לעיין בשיטת הר"י מיגאש שסובר כהרשב"ם בכל מהלך הסוגיא, אבל בדין יש לו לבכור סובר דיש לו לבכור משעת מיתה ממש, **ונתקשה הר"י מיגאש** [לקמן בדף קכו סוע"א] דאם כן יאמר הבכור ארעאי אשבח ומדוע אינו נוטל בשבח, **ותירץ** דכי אמרינן יש לו לבכור היינו שיכול למכור חלקו ולמחול עליו אבל לענין שבח אנו רואים כאילו אין חלקו בידו עד חלוקה דקיי"ל כרבנן דאין הבכור נוטל בשבח. **והדברים צ"ע.**

ועוד יש לדקדק בשיטת הרשב"ם עצמו שביאר בדין בכור שמיחה שאומר לאחים אל תשביחו אתם אלא תחלקו עמי כדי שאשביח אני חלקי וכו' עיי"ש ברשב"ם והוא תמוה מאוד מדוע צריך לכל אריכות זו, הרי משעה שיאמר להם שחפץ לזכות בחלקו בכל מקום שהוא כבר זכה בו ויש לו לבכור וארעא ידידיה אשבח, ואף אם אינו רוצה לחלוק כעת כלל ואינו מוחה בהם כלל אלא מגלה דעת שרוצה בחלקו לכאורה סגי בזה, ואילו מדברי רשב"ם מבואר דבעינן למחאה ממש שיתבעם לחלוק, **וצ"ע.** [ובאמת יעויין בחי' הר"ן שם שמפורש בדבריו דענין המחאה הוא שרוצה לזכות בחלקו ושיהא השבח שלו, ולא הזכיר כלל ענין החלוקה עיין שם. ושיטת הר"ן תתבאר להלן בע"ה במימרא דר"פ]

בעיקר דין ראוי לרבנן אליבא דהרשב"ם יש לעיין: דהנה עיקר דין ראוי ילפינן מקרא דימצא לו ודין שבח דממילא ילפינן מקרא דלתת, וכדמבואר מדברי הרשב"ם להלן [בדף קכב ע"ב גבי ראוי דבעל] ובפשוטו נראה שהם שני דינים נפרדים. אך אפשר לפרש דקרא דלתת הוא דרשא שבאה לגלות גדר ראוי דכל דבר שאינו מצוי ביד האב כ"כ שאפשר להקנותו הוי ראוי, ובודאי מסתבר יותר לפרש כך שהכל דין אחד ופליגי רבי ורבנן בראוי שאינו גמור. **ולפי זה** מתפרש היטב מימרא דרב פפא דכי פליגי וכו', גם לדרך הרשב"ם, וכן יש לדון בכל הקושיות שנתבארו לעיל בשיטת הרשב"ם ודוק.

ואפשר שנחלקו בזה ראשונים, דיעויין בשטמ"ק בשם הראב"ד שכתב וז"ל מה מתנה דמטיא לידיה. פירוש עד דמטיא לידיה דאב ואי אמרת האי מבכל אשר ימצא לו נפקא. אי מהתם הוה אמינא למעוטי ירושה דנפלה ליה לאביו לאחר מיתה שלא זכה אביו בגוף הנכסים אבל שבח ששבחו נכסים שזכה בגוף הנכסים אימא לישקול כתב רחמנא לתת לו עד דמטיא ליה כוליה לידיה דאב. **עכ"ל.** **הרי מפורש כן** דקרא דלתת הוא גילוי בגדר דין ראוי. וכן מבוארת שיטת הר"י מיגאש בכל מהלך הסוגיא [כאן בד"ה אמר ר"פ וכן להלן בכמה וכמה מקומות עד סוף הסוגיא בדף קכו] **וכן יש לדקדק קצת מלשון הרשב"ם בסוגיין** שכתב דלרבי בראוי גמור אינו נוטל דלחכי אהני קרא דבכל אשר ימצא לו ולשון להכי אהני משמע דהכל דין אחד אלא דלזה סגי בפסוק זה ודוק. **אך מדברי רבינו יונה** משמע להיפך שהרי הקשה ממימרא דרב פפא וכן הקשה מסוגית הגמ' לקמן דיליף לדין שבח מקרא דימצא לו ולפירוש הראב"ד כל זה אינו קשה שהכל אחד הוא, **ויל"ע בזה.**

שיטת הראשונים החולקים על הרשב"ם שיטה זו נתבארה בריטב"א כאן, ברבינו יונה בשם י"מ, ובתוס' בדף קכו, אשר תי' הגמ' הוא דלרבנן ליכא ארעאי אשבח כי אין למקבל מתנה זכות עד שתבוא לידו. ונתבאר לעיל דבהכרח גם קושית הגמ' היתה מדין ארעאי אשבח ולא כפי שהיא מתבארת לדעת רשב"ם. וגם טעמא דרבי משום ארעאי אשבח כמשמעות לשון התוספתא. וכן מפורש בתוס' בכתובות [דף צג סוע"א] שכתבו להדיא דטעמו של רבי שהבכור נוטל פי שנים בשבח הוא משום שיש לו חלק בקרקע פי שנים ושלו השביח.⁴²

אך קשה טובא: א) אם כן נמצא שאין נידון כלל של ירושה בשבח אלא רק בדין ארעאי אשבח ומה שייך זה לקרא דבכל אשר ימצא לו ומפורש בגמ' בע"ב ובבכורות דלרבנן דרשינן לה מקרא דימצא. ב) וביותר קשה דאם כן נמצא שאין שום שייכות בין דין השבח לדין ראוי ובגמ' להדיא מחתינן להו בחדא מחתא דאינו נוטל בראוי ואינו נוטל בשבח מקרא דימצא, שמא תאמר דיש כאן שני נידונים: האחד שיטול בשבח מדין ארעאי אשבח, ועוד נידון שיטול בדין ירושה, זה אינו כי אחר שנתחדש בקרא דאין לו ארעאי אשבח כי הקרקע קודם חלוקה שייכת לפשוטים נמצא שארעא דידהו אשבח. וכן מפורש בריטב"א שזוכים מכיון שנכסיהם השביחו ואין כאן דין ירושה בשבח כלל. חו קושיא גדולה. ג) עוד קשה בשורש הדין דאם סובר רבי שיש ארעאי אשבח לבכור אם כן מדוע בהשביחו יורשים מודה, יטלו היורשים כדין יורד ויטול הבכור פי שנים בשבח. ד) מדוע מודו רבנן בדיקלא ואליהם הרי הדקל היה שייך ליתומים קודם חלוקה וארעא דידהו אשבח ומדוע יטול הבכור מהם ויקבל פי שנים. ה) מבואר בגמ' להלן דפליגי רבי ורבנן במלוה ואם נידון מחלוקתם הוא בגדרי ארעאי אשבח אם כן במלוה לא שייך כן כלל, ובגמ' דאם בשבח דאיתיה ברשותיה אמרו רבנן שאינו נוטל כ"ש במלוה ומה שייך זה לזה, ואף שכתב הרשב"ם דהמלוה כגוף וכו' כ"ז הוא להחשיבו כמוחזק בגוף אבל פשיטא דאי אפשר לומר על שטר חוב שנגבה ארעאי אשבח. וכן מבואר להדיא בתוס' בבכורות [דף נב ע"א] שכתבו שם דגבי בעל סברי רבנן שאינו נוטל במלוה ופליגי אדרבי [וכדאיתא בגמ' בב"ק] אבל גבי שבח לא פליגי דכיון שהבעל יורש יחיד מיד כשמתה אשתו זכה בקרקע וארעיה אשבח. הרי מבואר להדיא מדבריהם דבשטר לא נאמר שהבעל יורשו מיד וארעיה אשבח והטעם פשוט כי אין השטר ממון ואין הקרקע הנגבית פירות השטר. ואם כן תמוה מאור היאך למדה הגמ' ממה דפליגי רבנן בשבח דפליגי במלוה.

והקושיא האחרונה עמד בה רבינו יונה בסוגיין וכתב דאפשר שיש כאן מחלוקת הסוגיות. ואף דברי רבינו יונה לא נתבררו לן, כי לא הקשה כלל מקרא דכל אשר ימצא לו אלא רק מהק"ו של הגמ', וצ"ע רב.⁴³

⁴² דברי התוס' שם נסבו על הא דאיתא בגמ' דמי שמת והניח שלש נשים, לאחת כתובה מנה לשניה מאתיים ולשלישית ג' מאות ומפורש הדין שם לרבי דחולקות בשוה, וביארו התוס' דאין הכוונה שכל אחת נוטל מנה דאם כן לקתה מדת הדין שבעלת המנה תטול כל כתובתה ובעל הג' מאות תטול שליש כתובה אלא הכוונה דבכל מנה ומנה חולקות בשוה.

והוכיחו כן התוס' מדברי רבי דידן דאם תאמר ששם חולקות בשוה כפשוטו וכ"א נוטלת מנה אם כן גם הכא יחלקו הבכור והפשוטים בשוה בשבח. ואח"כ כתבו התוס' דאין זה ראייה משום דהכא הבכור נוטל פי שנים בטענת ארעאי אשבח.

וובעיקר דברי התוס' יש להעיר שראית התוס' מהכא היא פלא גדול מה שייך זה להתם והיכי ס"ד לדמות ענין חלוקת השבח לחלוקת הכתובה. וממ"נ אם סברו דהבכור נוטל פי שנים בשבח מדין ירושת השבח בעצמו ודאי שאין לזה שום שייכות להתם ואם מדין ארעאי אשבח נמי אינו דומה לדהתם וכמו שכתבו במסקנת דבריהם וצ"ע.

⁴³ ועיין בכ"ז להלן בהערה 45

וסייע גדול לשיטה זו מדברי הגמ' בבכורות דמבואר שם לרבא דהיבם אינו נוטל בשבח שהשביחו נכסים בין יבום לחלוקה מפני שהוקש לבכור ומה בכור אין לו קודם חלוקה אף יבם אין לו קודם חלוקה, הרי מבואר דהטעם שאינו נוטל בשבח הוא מפני שאין לו קודם חלוקה וזה טעם לומר דאין ארעאי אשבח. ובאמת שהוא קושיא ע"ד הרשב"ם שקושיית הגמ' מצד ירושת השבח.

ויעויין ברי"ף בסוגיין שנתקשה מהא דקיי"ל לקמן דיש לבכור קודם חלוקה והכא פסקינן כרבנן ומפורש בגמ' בבכורות דאין לו קודם חלוקה. **ותירץ הרי"ף** דמה דאמרין דיש לו היינו בגוף הקרקע שבו הוא מוחזק אבל בשבח אין לו. **וכן כתב הריטב"א לקמן** בשם הבעה"מ בספר הצבא. **וכבר תמה על זה הרמ"ה** [לקמן בדף קכ"ו] דסו"ס כיון שבגוף הקרקע יש לו נימא ארעאי אשבח ומה הועיל תירוצו של הרי"ף.

ויעויין בתוס' וברא"ש לקמן [בדף קכו ע"ב ד"ה והלכתא] שאף הם נתקשו בקושיא זו ותירצו דקרא דלתת אינו ממעט שבח אלא הוא גילוי על קרא דימצא דדרשינן בכל אשר ימצא למעט שבח. **ודבריהם סתומים וחתומים** כי המיעוט דלתת לו מפורש בדבריהם שבא לומר דדהוא כמתנה ואין לבכור שבח דקודם חלוקה, וזה אינו שייך כלל לקרא דימצא דהתם הוא ילפותא שהשבח הוא ראוי, גם אינו מובן מה הועילו בתירוצם דכיון דסו"ס יש לבכור קודם חלוקה היאך ממעטינן מקרא דלתת לו כלל. וברא"ש נראה שתירוצם הוא ע"ד תירוצו של הרי"ף וצ"ע.

ועיין ברי"ף לקמן בסוף הסוגיא שהביא דיש מי שפסק הלכה כרבי דבכור נוטל פי שנים במלוה, וראיתו היא מדפסקינן יש לו לבכור קודם חלוקה. דמינה שמעינן דאע"ג דלא מטא לידיה כמאן דמטא לידיה דמי. והיא שיטת כמה גאונים.⁴⁴ **ודחה הרי"ף** דמה שנפסק שיש לו לבכור קודם חלוקה הוא במה דאתי לדיה אבוה ואיתיה השתא ברשותיה אבל לא במלוה. **ונראים דבריו** על הדרך שכתב למעלה לחלק בין גוף לשבח, וראית הגאונים אינה מובנת כלל דמלוה א"א לומר ארעאי אשבח ומה שייך הנידון אם יש לו קודם חלוקה לנידון אם יורש במלוה ועיין בלשון תשובת הגאונים המובאת לעיל בהערה ודוק וצ"ע.⁴⁵

⁴⁴ כן פסק בספר הלכות פסוקות לרב יהודאי גאון. וכן איתא בשו"ת הגאונים שערי צדק שער ד חלק ג סי' כז וז"ל שם ומצאנו רבנן בתראי פסקו הלכה כרבי והוא שהבכור זוכה בירושתו וקונה אותה קודם שתבוא לידו והוא זוכה במה שהניח אביו] אף על פי שהוא ביד אחר כגון שכור או שאול או חוב או פקדון וכל שבח דאתי ממילא. ואם מכר הבכור שום דבר מן הראוי לו, הרי חלוקה קונה אותו קנין גמור, אף על פי שעדיין לא חלקו והמוכר אינו יודע בודאי חלקו ולא הגיע לידו. וכמו כן אם חלק עם אחיו שום דבר ומחל בו ולא לקח פי שנים מן הדין לעשות כמו כן בכל הנכסים, אע"פ שלא הגיע לידו ולא ידע בודאי שזה חלקו. כמו שאמר רב אשי (בבא בתרא קכ"ז) הואיל וויתרתה במקצת ויתרתה בכל הנכסים כולן. ומאחר שמצאנו לרב אשי דבתרא הוא שיש לבכור קודם חלוקה, נדחו דברי רבנן ועמדו דברי רבי לבדו בין בשבח ובין במלוה ושחלק בכור כחלק פשוט ואע"ג דלא מטא לידיה. עכ"ל.

⁴⁵ כתבנו בפנים והעמדנו הדברים אשר נראה כי נחלקו הראשונים לא רק בביאור תירוץ הגמ' אלא גם בפירוש הקושיא ובטעמו של רבי, וכתבנו כך כי כך פשטות הדברים במושכל ראשון. אבל לפי זה רבו כמו הרבו הקושיות על דרך החולקים על הרשב"ם. ואמנם המעיין בדברי הראשונים היטב ישפוט אל נכון כי אין כאן מחלוקת בקושיית הגמ' אף לא בטעמו של רבי, כי אין זכר לזה לא ברבינו יונה ולא בריטב"א ושאר. וגם לפרש דרך הראשונים כפשטה הוא תמוה וזר מאוד שאין ענין הסוגיא כלל בדין ירושת הבכור בראוי אלא בקושיא צדדית שיזכה בנכסים מדין ארעאי אשבח, וגם זה קשה מאוד מכמה אנפי וכנ"ל לעיל בפנים.

ומכ"ז נראה מוכרח דקושיית הגמ' להרשב"ם ולראשונים אחת היא וגם תי' הגמ' אחד ורק דנחלקו במהלך הדרשא בלבד וכמו שנראה היטב מפשטות דבריהם. ואכמ"ל להאריך בזה, ונראה לפרש בזה בהקדם שתי הנחות יסודיות: האחת היא דהבכור יורש את נכסי אביו כי הוא עומד במקומו פי שנים, ועיקר הירושה הוא בשעת חלוקה כשמקבל בפועל את חלקו [וד"ז מוכח בסוגיא מכמה ראיות ואכ"מ] אלא שבשעת מיתה זוכה בזכות לקבל חלק זה ואפשר שזכותו חלה בגוף הקרקע למ"ד יש לו קודם חלוקה. אבל עיקר הירושה הוא בקבלת הנכסים בפועל. ההנחה השניה היא שירושה לעולם אינה על זכות אין אדם יורש זכויות מאביו אלא להיפך כיון שהוא עומד במקום אביו ממילא זכות

בגמ' אמר רב פפא וכו' כי פליגי וכו' פירש הרשב"ם ושאר' שההבדל בין דיקלא ואלים לבין חפורה והו' שובלי הוא דבחפורה יש כאן שינוי שנשתנה שמו של הדבר מחפורה לשובלי. ויעויין בריטב"א שביאר דאף דלגבי גזילה אף עגל ונעשה שור חשיב שינוי מ"מ 'לגבי הא דהכא לא חשיב שינוי' ומתפרש הטעם דדבר שכבר היה בעולם אלא שהושבח אינו חשוב כראוי אלא כמוחזק אף לרבנן כי היה הדבר בעצמו בעולם, אבל מה שנשתנה חשוב כבירה חדשה שלא היתה מעולם והו' כשבח הנולד מהגוף הקודם ולכן אינו מוחזק לרבנן. ויעויין בש"ך [סי' קטו סוס"ק ה'] שלמד מסוגיין לגבי דבר שלא בא לעולם, וכתב דכל שאינו חשוב כראוי לגבי בכור כגון דיקלא ואלים אינו חשוב כדבר שלא בא לעולם ואפשר למכרו, וכל דהו' ראוי לרבנן כחפורה דהו' שובלי הו' דשלבל"ע.

וראה לעיל שהערנו דאין הסוגיא כאן מתישבת לפי' הרשב"ם, ושכבר עמד רבינו יונה בקושיא זו וכתב שהסוגיות חלוקות דהכא משמע דפליגי בסברא אי הו' ראוי או לא ולעיל פליגי בקראי דלתת לו. אך לדברי הש"ך הכלל שווה דכיון דנשתנה השם הו' כדבר חדש ודבר שלא בא לעולם הוא ואי אפשר להקנותו ונמצא דבכלל דרשא דלתת הוא שלא יכול היה האב להקנות השובלי. [אך לשון הגמ' עדיין קשה דמשמע דפליגי בסברא] ולדעת הי"מ אין הסוגיא בכאן מבוארת דכיון דפליגי בארעאי אשבח אם כן אף בדיקלא ואלים לא יאמר הבכור ארעאי אשבח ואדרבה קרקע שלהם השביחה ולא יטול פי שנים וצ"ע.

יש לעיין בשבח שהשביחו יתומים דבזה לכו"ע בעלמא אין הבכור נוטל פי שנים מה דינו בדיקלא ואלים ארעא ומסקא שרטון, והדין מפורש ברמב"ם [פ"ב מנחות ה"ד] שאם בא אותו השבח מחמת הוצאה אינו נוטל. וכן פסק השו"ע בסי' רעח. אך יש לדון שהרמב"ם לשיטתו כי הרמב"ם פסק דגם במוחכרת ובמושכרת נוטל פי שנים בשכרה, וביאר המ"מ טעמו משום דדמיא לדיקלא ואלים, ובמוחכרת הרי מפורש הדין דדוקא בלא חסרי בה מזוני, ולכן לדרכו יש לו ראיה מהגמ' לדין זה, וצ"ע לדעת שא"ר אי פליגי בה. [ויש לדון דבאלימות הדקל אינו צריך לדין ארעאי אשבח כי הוא אותו החפץ ממש ואין כאן בעלות מתחדשת מכח תביעת ארעאי אשבח, ולכן כיון שזכה הבכור בשעת מיתה בגוף הדקל זכה גם באלימותו ויל"ע בזה]

יעויין בנתיה"מ [סי' רעח סק"ד] שהקשה דממ"נ אם יש לבכור טענת ארעאי אשבח יטול גם בפירות הדקל ואם לאו אף בשבח אלימות הדקל עצמו לא יטול. והביא הנתיה"מ את דברי הר"ן [לקמן דף קכו ע"א] שביאר שם בדין בכור שמיחה ע"ד הרשב"ם דמתנה היא ואינו זוכה בה עד שיגלה דעתו שרוצה בה, וכתב הר"ן

שהיתה לאביו עומד לו וכגון בחוב כשחייבים כסף לאדם והוא מת אין היורשים יורשים את החוב [כדמוכח בסוגיא להדיא ממה שאינם חולקים את החוב עצמו ואכ"מ] אלא עומדים במקום אביהם לענין הכסף שיגבו בסוף וכיון שהם חשובים כמותו לענין מעות הללו ממילא זכות אביהם מחייבת שינתן להם הממון.

ומעתה נבין כאן דכשאנו דנים שיירשו הפשוטים והבכור את השבח הרי עיקר ירושתם בשעת חלוקה ומה שיורשים את השבח הוא לא מפני שיש להם בפועל ארעאי אשבח אלא דכיון שעומדים במקום אביהם לענין קרקע זו ממילא זכות הקרקע שלהם וכיון שעומדים במקום אביהם ממילא גם תביעת ארעאי אשבח היא להם וכשכתבו הראשונים דקושית הגמ' שיאמר הבכור ארעאי אשבח אין הכוונה שיש לבכור ארעאי אשבח כמו שיש לו אחר חלוקה כשכבר זכה בירושה אלא כיון שמגיעה לו הקרקע שאותה מקבל בשעת חלוקה מגיע לו גם השבח דידה דמשעת מיתה דכמו שעומד במקום אביו לענין שהקרקע שלו עומד במקום אביו לתביעת ארעאי אשבח. ובזה פליגי רבי ורבנן דרבנן סברי דהבכור יורש הקרקע שהיתה מצויה ביד אביו אבל אין לו תביעת ארעאי אשבח לירש גם הפירות ולהרשב"ם הטעם כיון דלא אתו לידה דנותן ולכן אינם בכלל דין ירושת בכור וממילא אינו עומד במקום אביו לומר ארעאי אשבח ולקבלם, ולשא"ר הדרשא היא עד דמטא לידה דמקבל והיינו שכח הבכור בירושה הוא רק כשמקבל חלקו ואינו עומד במקום אביו לתביעת ארעאי אשבח כל זמן שלא השביח בפועל, ודוק היטב בדברים הללו ותמצא שכל הקושיות שהקשינו בפנים מיושבות וכן מתבאר היטב דברי הר"ף והתוס' ואכמ"ל.

דוה הטעם שאין הבכור נוטל בשבח לרבנן כי לא זכה במתנה עד שיגלה דעתו שרוצה בה. וכתב הר"ן דלפי זה הוא הדין במזכה מתנה לחברו על ידי אחר דלא זכה המקבל עד שתבוא לידו ואם השביחה שבח דממילא באופן דחפורה והווי שובלי אין המקבל זוכה בשבח.⁴⁶ ותמה עליו הנתיחה"מ שהרי ודאי דזכה מקבל המתנה למפרע כי אין הנותן ומזכה על ידי אחר יכול לחזור בו כדמבואר בגטין [דף יא ע"ב] וכן אם הגיע הגט לידו של העבד אחר מיתת האדון ודאי משוחרר הוא אף שכעת אינו של האדון אלא של היורשים ובהכרח שחל למפרע והיאך תאמר שלא זכה בשבח. וביאר בזה הנתיחה"מ עפ"י שיטת הרי"ף שם שסובר שאין העבד משוחרר עד שיבוא לידו ואף שאין האדון יכול לחזור בו השחרור לא חל עד שיבוא לידו וה"ה הכא אינו זוכה, וביאר הטעם דהוי כמשחרר מעכשיו ולאחר ל' וה"ה במקבל מתנה. ואין הדבר ברור בסברא מדוע יחול כאן ושם דין מעכשיו ולאחר ל', ויש לדון הרבה בגדר הזכיה הן במזכה שטר שחרור והן במקבל מתנה ואכ"מ.

ענין בשיטמ"ק בשם הראב"ד שהביא דיש אומרים דבחפורה והווי שובלי אינו נוטל הבכור כלל אף לפי ערך השובלי ואין לו אלא הקרקע בלבד, ויש הסוברים דנוטל בשובלי פי שנים כפי ערך החפורה שהיה בשעת מיתת האב. וכן מפורש ברש"י בבכורות [דף נב ע"ב ד"ה או שלפופין] שכתב כדעה זו שנוטל בקרן וכתב דנוטל לפי ערך שהיה שווה הפירות בשעת מיתתו. וצ"ב אמאי נוטל כשעת מיתתו אם זכאי הוא בשבח שלא נשתנה יטול כשוויים רגע אחד קודם שנעשו תמרי. ודוק. ויש לעיין בשורש המחלוקת בין שתי השיטות.

דף קבר ע"ב

בגמ' אמר רב יהודה וכו' במלוה ראה ברשב"ם שפירש דאפילו במלוה בשטר אינו נוטל, והוכרח הרשב"ם לפרש כן ממה שהקשתה הגמ' דאילימא לרבי וכו' והרי לרבי נוטל רק במלוה בשטר ומאי קושיא אדשמואל, ומזה מוכרח שהבינה הגמ' בפשיטות דשמואל מיירי גם במלוה בשטר. אך הא גופא קשיא מנא ליה לתלמודא דשמואל מיירי במלוה בשטר דילמא מיירי במלוה ע"פ ואלבא דרבי. ועיין במהרש"א שעמר בזה וביאר דאם כן היה לו לשמואל לומר דמודה רבי במלוה ע"פ, ומדקאמר הלכה דאין הבכור נוטל משמע דקאי בכל מלוה. והריטב"א כתב דמדקאמר שמואל בסתמא דאינו נוטל במלוה משמע בכל מלוה, ועוד כתב דיש אומרים דאף במלוה ע"פ תוך זמנו אינו נוטל.⁴⁷ נראה לעיל בע"א שנתבאר מחלוקת אחרונים בזה בדעת הרשב"ם]

אך יעויין בתוס' רי"ד שהקשה כן והוכיח מזה דלא כהרשב"ם וס"ל דלרבי אין חילוק בין מלוה בשטר למלוה ע"פ כי שניהם לגוביינא הם עומדים. וכ"כ בעליות דרבינו יונה בע"א. ועדיין צ"ב דסו"ס מנא לה להגמ' דרבי מיירי גם במלוה ע"פ דילמא במלוה בשטר דוקא קאמר ושמואל במלוה ע"פ. וזה קשה טפי ממה שהקשו לשיטת הרשב"ם כי שמואל קאמר בסתמא. וי"ל דמשמע בין בע"פ בין בשטר, אבל רבי הא קאמר דהבכור נוטל פי שנים בשטר ומשמע דוקא בשטר ומנא לה להגמ' לדחוק דס"ל לרבי כן אף במלוה ע"פ ולהקשות על שמואל.

ונראה מדברי התורי"ד שסוברת הגמ' דבכללי ראוי אין סברא לחלק ביניהם, ונראה שיש כאן מחלוקת יסודית בין הרשב"ם לרי"ד בגדרי ראוי, דלהרשב"ם יש להתחשב במה שהלווה יכול לכפור דמטעם זה הוי ראוי ולא מוחזק, אך להרי"ד אינו כן וכיון שבגדרי הזכויות מלוה בשטר ומלוה ע"פ שוים אף בגדרי ראוי שניהם שוים וזה כוונתו במש"כ שם דלא אברי סהדי אלא לשקרי והיינו שבגדר הזכות אין הבדל בין מלוה

⁴⁶ וממש"כ הר"ן שבחא דממילא משמע דאם הנותן השביח אף בדיקלא ואלים אינו זוכה, וצ"ע הטעם.

⁴⁷ נראה שכוונתו דלשיטה זו ודאי אתי שפיר כי זה ודאי לא נראה להגמ' לאוקמא לדשמואל במלוה ע"פ ודוקא כשהגיע זמנו בחיי האב.

ע"פ למלוה בשטר. וראה עוד לעיל בע"א בדברי הקצה"ח שהקשה על הרשב"ם מהגמ' בב"ק [דף מג ע"א] דשם מפורש דגם במלוה ע"פ פליגי רבי ורבנן, ושיטת הר"י מיגאש שלגרסתו בגמ' שם לק"מ. וכן מבואר להדיא בדברי הר"י מיגאש [בדף קכג ע"ב ד"ה הא קמ"ל ובדף קכה ע"א] דפלוגתייהו דרבי ורבנן היא דלרבי כל שזכה האב מחיים בממון אף שלא בא לידו הוי מוחזק, ולרבנן בעינן שיבוא לידו ממש, ולכן מובן דאין הבדל בין מלוה ע"פ למלוה בשטר.

בגמ' שלחו מתם וכו' והתניא רבי אומר וכו' בין ברבית עיין בריטב"א שכתב דלרבי נוטל רבית שנוקפה בחיי אביהם, ומבואר דרבית דלאחר מיתה אינו נוטל. וכן כתב התוס' רי"ד וכתב דדמיא לשכר הפרה המושכרת דשכר דלאחר מיתה אינו נוטל. אך לעיל הובאו דברי רבינו יונה שכתב דבשכר מיירי להדיא בשכר דלאחר מיתה, וטפי מזה מבואר בתוס' שם דאפילו השכירות יתומים נוטל לרבי, ואם כן ה"ה לדרכם שהבכור נוטל ברבית דלאחר מיתה.⁴⁸

בגמ' לעולם רבנן ומלוה כמאן דגביא ראה לעיל בגמ' סד"א מלוה כיון דנקיט שטרא כמאן דגביא וכו', ואף כאן מתפרש בפשיטות דכוונת הגמ' דכמאן דגביא על ידי השטר, וכן מבואר ברשב"ם. ואף הרי"ד ורבינו יונה דפליגי לרבי וסברי דנוטל אף במלוה ע"פ מ"מ לסברת ה'שלחו מתם' אליבא דרבנן דוקא בשטר, וכ"ה להדיא בתשובת הרשב"א [מיוחסות סי' רכג ויובא עוד להלן] דכמאן דגביא מכח השטר. אבל קשה בגמ' בב"ק מבואר דגם לרבנן נוטל במלוה ע"פ למ"ד גבו מעות יש לו וכן למ"ד גבו קרקע יש לו, וצ"ע.

ועיקר הענין דכמאן דגביא מצאנוהו בגמ' בסוטה דף כה ע"ב דשם פליגי בית שמאי ובית הלל בשטר אם כגבוי דמי או לא, ולדעת בית שמאי דשטר העומד לגבות כגבוי דמי בכל ספק בשטר [כגון ספק סוטה שלאחד שזינתה איבדה כתובתה] נחשב בעל השטר למוחזק כנגד הנתבע וגובה מספק, ולדעת בית הלל שטר לאו כגבוי דמי. וקיי"ל כבית הלל, וצ"ל דמ"מ גם לבית הלל חשבינן ליה קצת כגבוי לענין שיחשב החוב כמוחזק ולא כראוי.⁴⁹ ואם נאמר דהכא אף במלוה ע"פ אמרינן כמאן דגביא וכשיטת הרי"ד צ"ל דכיון שכל מלוה עומד לגביה כמאן דגביא דמיא ליחשב כמוחזק, ואינו ענין לדין שטר שהוא כגבוי.

עיין ברבינו יונה בע"א שהקשה להרשב"ם דדרשינן לתת עד דמטיא וכו' דנותן אם כן מלוה הרי אפשר להקנותו, ותירץ דמלוה נמי א"א להקנותו, ומכירת שטרות דרבנן. וקשה דאם כן מאי מהניא לן דשטר כמאן דגביא דמי הרי סו"ס אי אפשר להקנותו, ועיין בשיעורי הגרש"ר שעמד בזה וביאר עפ"י האב"מ [בסי' צ'] שכתב דבמוחזק גמור נוטל פי שנים אף שא"א להקנותו, וצ"ב. ולכאורה מוכח מזה דדרשת לתת לו היא גדר ושיעור בדין מוחזק דכל דבר שאינו יכול להקנותו אינו חשוב מוחזק ודוק.

ועיקר דברי הגמ' צריכים פירוש דאם המלוה כגבויה היא אם כן מאי שנא עיקר המלוה מהרבית, וכמו דלרבי נוטל פי שנים ברבית ה"ה לרבנן אי כמאן דגביא.

⁴⁸ ויש לעיין בזה בשיטת הריטב"א, כי הריטב"א לעיל כתב דאין לפרש ברייתא דמושכרת דנידון הברייתא על דמי השכירות דזה הוי מלוה גמור. ונתבאר לעיל שמשמע מדבריו דאף שכירות דלאחר מיתה הוי מלוה מחיים. ונתבאר לפי שיטת הרא"ה שחיוב דמי השכירות חל מתחילת הקנין על כל זמן השכירות אפילו תמות הפרה. והשתא לפי זה גם ברבית לכאורה הוא כן דכל הטעם לומר ברבית דחל חיוב הרבית בכל יום הוא לפי דברי הרשב"א בתשובה [ניובאו להלן בפנים בס"ד] שכתב דרבית שכירות היא וישנה לשכירות מתחילה ועד סוף, ואי פליג הריטב"א בשכירות אם כן ה"ה ברבית, וקשה היאך חילק כאן הריטב"א בין רבית דמחיים לרבית דלאחר מיתה, וצ"ע.

⁴⁹ וכן מצינו ענין שטר דנחשב כמוחזק בכמה מקומות בדברי הראשונים אף דקיי"ל כב"ה, וצ"ל כנ"ל דלכו"ע כגבוי הוא קצת. [עיין בתשובת הרשב"א מיוחסות סי' ק, ובתוס' ב"ב דף לב ע"ב סוד"ה והלכתא, ובקצה"ח סי' קנ סק"ב]

וראה ברשב"ם שכתב דברבית כיון שלא היו לו מעות אלו מעולם 'אין לך ראוי כזה' דרך במעות שהיו כבר אצלו ועתה חוזרים אליו חשיבי מוחזק על ידי הסברות דגבו קרקע וגבו מעות, **והדברים צריכים פירוש** דסו"ס מעות אלו כבר אינם בעולם וע"כ דחשיב מוחזק בקרקע או במעות שיגבה ומ"ש. גם מש"כ הרשב"ם דאין לך ראוי כזה יש להעיר בזה דלרבי הרי רבית מוחזקת אלמא אין הרבית כ"כ בגדר ראוי אף שלא היה מעולם שלו, וצ"ל דלרבנן דסברי דשבח ומלוה ראוי הם פשיטא דאף רבית ראוי גמור היא, וצ"ע.

מתני' האומר וכו' ראה במשנה הבאה [לקמן בדף קל ע"א] וכלל הדברים כך הוא דכשאומר בלשון חיוב פלוני בני יירשני אז מועילה אמירתו לרבי יוחנן בן ברוקה מדין הנחלה דילפינן לה מקרא דביום הנחילו את בניו,⁵⁰ ולרבנן לא מהני. ואף באופן זה כשאומר כך אינו יכול בזה לשלול מהבכור את חלק בכורתו דילפינן לה מקרא דלא יוכל לבכר שאין אמירתו מועילה להפקיע חלק בכורה. **ולדעת רבנן שם** אין דין הנחלה כלל ואין האמירה ידידה מועילה בכל אופן.

ורישא דמתני' דידן כשאומר בלשון שלילה לא יירש פלוני בני וכו' ונתבאר ברשב"ם ושאר' שהוא בין לריב"ב ובין לרבנן דעד כאן לא מהני אלא כשנותן לזה וממילא מפסיד הלה דכה"ג אינו חשוב כמתנה עמש"כ בתורה אבל אם אומר להדיא שלא יירש לא מועיל דהוי מתנה עמשכ"ב. **ועיין במאירי** שנסתפק כשאומר שתי הלשונות כגון לא יירש פלוני בני אלא בני אחר והביא בזה מחלוקת ראשונים אם מועלת אמירתו. וע"ע ביד רמ"ה.

ועיין בר"י מיגאש לקמן במשנה שם שביאר באופ"א דכשאומר יירש פלוני בני זוכה זה וממילא נסתלקו האחרים אבל כשאומר לא יירש ולא הנחיל אותה לאחר הרי הוא יורש ממילא כי לא הקנה את הנחלה לאחר, והבן הזה הוא יורש ידידה. **ומשמע מדבריו** שאין אדם יכול לשנות כלל את היורשים ומה שמועיל הנחלה הוא מפני שמקנה הנכסים ובלשון שלילה שאינו מקנה אין אמירתו כלום. **וצ"ב דבמתני' דידן** מבואר דהטעם הוא מפני שאין אדם מתנה עמש"כ בתורה ולא מפני שאין באמירתו כלום.

ובספר שיעורי רבי דוד ביאר בדעת הרי"מ שהמשנה דידן מלמדת שאין אדם יכול לעקור את השם יורש מבניו וזה מדין מתנה עמשכ"ב והר"י מיגאש ביאר החילוק מדין הנחלה שהוא בנכסים דבזה לא יועיל שלילת הנכסים כי סו"ס ירושה מאיליה באה. ולפי זה עיקר החילוק הוא לא בין לשון חיוב לשלילה אלא בין הקנאת נכסים ושלילתם לבין קביעת שם יורש ועקירתו.

ובאמת קשה טובא בעיקר דין משנתנו מדוע בעינן בזה לדין מתנה עמשכ"ב, והיאך ס"ד שיש לו כח לקבוע מי יירשנו הרי ירושה מאיליה היא ולא הוא מוריש אלא התורה קבעה משפט היורשים. **וכן קשה במתני' לקמן** [דף קט ע"א] דהאומר פלוני יירשני במקום שיש בן וכו'. **וקושיא זו היא בכלל קושיית הרע"א** בגליון המשנה במס' פאה וראה בהערה.⁵¹

⁵⁰ ונחלקו אחרונים וראשונים בגדר הנחלה דריב"ב אם מועילה גם לדבר שלא בא לעולם או לא, ראה רשב"א בקידושין דף ס ע"ב דלא מהני הנחלה דשלב"ע ועיין ברמ"ה לקמן בדף ל אות צ דפליג. ושורש הספק האם הנחלה היא קביעת שם יורש עדיף לאותו בן או שבהנחלה מעביר את הנכסים לבן זה, ויתבאר עוד להלן במקומו.

⁵¹ **ועיין בתפארת ישראל במס' פאה** [פ"ו מ"א] דאיתא התם במשנה שהקוצר ע"מ מה שישכח לא מהני ואם שכח עומרים הוו שכחה, ופירש שם הרע"ב דאין מועלת אמירתו מפני דהוי מתנה עמש"כ בתורה, **והקשה הרע"א** דמה צריך לטעם זה ומהיכי תיתי שיוכל להפקיע דין שכחה הרי אינו יכול להתנות שאם לא תהא שכחה לא תהא קצירתו קצירה, **וכתב לו התפא"י להרע"א** ושאלו מדוע לא תמה כן בכמה מקומות ובכללם במתני' דידן דפלוני בני לא יירשני, והשיבו הרע"א שאכן נתקשה בזה אך מצא קצת יישוב, ולא פירש הרע"א שיחתו. והמעין בדבריהם יראה שהיה פשוט להם דכל כח האדם בכל מקום להתנות עמש"כ בתורה הוא בתורת תנאי כפול שאם לא יתקיים רצונו יתבטל

ויש לדון בקושיא זו לדעת רבנן ורבי יוחנן בן ברוקה שנחלקו לקמן אם יכול אדם להנחיל לאחר מן היורשים, דלרבנן ודאי קשיא טובא דכמו שאין אדם יכול להנחיל לאחר מבניו ה"ה שלא יוכל לומר שלא יירש פלוני בנו. אך לריב"ב יש לדון דכמו שלמדנו מהפסוקים שיכול אדם להנחיל היה מקום לומר שיכול גם לשלול את הירושה וקמ"ל דאינו יכול לעשות כן מפני שהוי מתנה עמשכ"ב. **אך הא גופא קשיא** שהרי מסברא לא היינו יודעים שיכול אדם להנחיל אלא מקראי ילפינן לה, ואם יש מקום לומר שהפסוק מלמד שיכול גם לשלול את הנחלה אם כן אין זה מתנה עמשכ"ב שהרי התורה נתנה לו כח זה ואם למדנו מקרא שאינו כן נמצא שאין לו כח לעשות כן.

ויעיין היטב בתוס' לקמן [דף קל ע"ב ד"ה תלמוד וכו'] שמבואר מדבריהם שבלי חידוש הפסוקים כלל היינו אומרים בסברא שאין אדם יכול להנחיל לבניו מפני שהוא מתנה עמשכ"ב בתורה [במה שמפסיד לשאר יורשים] ולכן בעינן קרא שיכול להנחיל לריב"ב. **למדנו מדבריהם** שכן ההנחלה הוא מסברא בין לרבנן ובין לריב"ב ומה שאין ההנחלה מועילה לרבנן הוא מדין מתנה עמשכ"ב. ולפי זה קרא דביום הנחילו לריב"ב מלמדנו שאין זה מתנה עמשכ"ב אלא התורה נתנה לו רשות להנחיל, **וצריך לפרש** דבשלילת נחלה אין פסוק לריב"ב והדר דינא דהוי מתנה עמשכ"ב. **אמנם עיקר הדבר צ"ב** מדוע מסברא יכול האדם להנחיל לאחר מבניו ולמנוע הירושה מאחד מבניו אטו הוא המוריש הרי דין ירושה התורה גזרה וכקושית רע"א, וצ"ע.

ועיי"ש עוד בתוס' שביארו דמכל מקום בעינן קרא דלא יוכל לבכר לרבנן משום דס"ד כיון שהורע כחו של בכור שאינו נוטל בראוי יוכל האב לבכר אחר על פניו. **וצ"ב** דאי משום מתנה עמשכ"ב מאי שנא אם הבכור נוטל בראוי או לא סו"ס הא כתיבא באורייתא, וצ"ע.

ועיין בתשובת הרשב"א [ח"ד סי' כה] שכתב שם דהיכא דאמר לא יירשני בני ואין לו בנים אחרים בזה אין צורך לדין מתנה עמשכ"ב, דאם לא יירש זה לא יירשו היורשים הרחוקים יותר ממנו כי כשיש בן שאר יורשים הם כנכרים אצל ירושה זו, ואם כן מאן לירש אטו בר קשא דמתא לירש. ולכן צריך לפרש דחידושא דמתני' הוא כשיש בנים אחרים דבזה ס"ד שיכול לסלק את בנו זה מהירושה וקמ"ל דלא מפני שמתנה עמשכ"ב.⁵² **וכיסוד דברי הרשב"א מבואר גם בתוס' לעיל** [דף מט ריש ע"ב] שכתבו שם דבעל אינו יכול להסתלק מירושת אשתו מפני ששאר יורשים כנכרים חשיבי במקום שיש בעל. הרי מבואר דכשאין עוד יורשים בדרגת היורש הזה אינו יכול להסתלק. **ודברי הרשב"א והתוס' צ"ב** מאי שנא אם יש יורשים אחרים אם לאו.

ועיין בקובץ הערות [סי' מ] שביאר דיש לחקור בדין משנתינו מהי אמירת האב שאומר לא יירש האם היא סילוק בנו מהנכסים שלא יירש אותם או דבכח האב [אלמלי דין מתנה עמשכ"ב] לעקור לגמרי שם יורש מבנו.

וכתב הקוה"ע דנחלקו בזה ראשונים דבגמ' בכתובות בריש הכותב מבואר שבעל יכול להסתלק מירושת אשתו אם מסתלק מזה בעודו ארוס קודם שישאנה. **ונחלקו שם ראשונים** מדוע דוקא ארוס יכול להסתלק ולא בן יכול להסתלק מירושת אביו, התוס' ביארו מפני שירושת קרובים דאורייתא היא ואין אדם יכול

עיקר הענין ולזה נתקשו בסגנון זה דבירושה אין לו כלל ענין להתנות עליו וכן בפאה וכו'. והרע"א שם ביאר מכח קושיא דבתנאי דשאר וכסות וכן באונאה אינו מפרשת תנאים אלא כיון דשכנגדו מתרצה בדבר מסתלק דין אונאה מהמקח וכן בקידושין.

⁵² ובקובץ עניינים להגרא"ו לקמן בדף קלא כתב דהראשונים נחלקו בזה על הרשב"א, ולא נודע לן לאלו ראשונים כיוון.

להסתלק מירושה דאורייתא. אבל הרמב"ן והר"ן ביארו דגם בחיי האב כבר אין הבן יכול להסתלק לפי שהוא כבר יורש של האב ודוקא בארוס שעדיין אינו יורש יכול להסתלק.

וביאר הקוה"ע שהתוס' שלא פירשו כן הוא מפני שלמדו שהסילוק הוא מהנכסים אותם הוא עומד לירש ולכן אין נ"מ אם יש לו שם יורש אם לאו, אבל בדברי הרמב"ן מוכרח ומבואר שהסילוק הוא מעצם השם יורש. ובה תלה גם נידון המשנה דידן כשהאב מסלק את בנו מהירושה דלהתוס' הדרך היא בסילוק מהנכסים ולהרמב"ן והר"ן בסילוק ועקירת שם יורש.

וכתב הקוה"ע שדברי הרשב"א מתפרשים לשיטת התוס' שהסילוק הוא מהנכסים, ולכן מבואר החילוק שכשיש עוד יורשים כיון שכל יורש יש לו סיבה לירש כל הנכסים [כיסודו הידוע של הגר"ח] אם כן כשמסתלק האחד יפלו הנכסים לפני אחיו, אבל כשאין עוד יורשים אזי אם יסתלק יהיו הנכסים הפקר כי הקרובים הרחוקים יותר הם כנכרים כל זמן שהבן קיים וזה לא מסתבר שיפקע לגמרי דין ירושה ואטו בר קשא דמתא וכו' ולכן אי אפשר לו להסתלק כה"ג.

וכתב הקוה"ע דנ"מ עוד כשהנכסים הם איסוה"נ כלפי הבן דאז אינו יכול לירשם דבמקום שיש עוד אחים יירשו שאר אחים ובמקום שאין אחים אזי לדעת הרשב"א יהיו הנכסים הפקר ולא יפלו לפני שאר קרובים.

ויש להוסיף ולפרש דאם היינו אומרים שהסילוק הוא מהשם יורש אז גם להרשב"א לא היו שאר קרובים נחשבים כנכרים אלא היו יורשים דאין קרוב מהם שיש לו דין יורש. ודוגמא לדבר מומר שכשהבן מומר יורשים אחי האב. ועיי"ש עוד בקוה"ע שביאר דבעיקר חידוש הרשב"א דשאר יורשים רחוקים נחשבים כנכרים תליא בפלוגתא דקמאי בסוגיא דא"ס מוציא מידי ודאי ביבמות עיי"ש באורך בכ"ז.

ועוד חידש הקוה"ע שיש נ"מ בין שתי הדרכים האם כשאומר לא יירש יכול לחלק ולומר דבמקצת נכסים לא יירש או שהסילוק הוא מכל הנכסים דאם עוקר השם יורש בהכרח שעוקרו לגמרי ואם מסלקו מנכסים יכול לחלק ולומר שמסלקו מנכסים אלו ולא מנכסים אחרים. ויל"ע בדבריו שהרי במתני' איתא גם האומר לא יטול בני בכור פי שנים, וזה הרי חילוק בנכסים, אך באמת יל"ע בעקירת חלק בכור האם שם עוקר ממנו השם יורש או שמסלק ממנו החלק בכורה ואפשר שאינו תלוי בנידון דידן בפשוטים כי בכור מתנה קריא רחמנא ודוק.

ובמתני' לקמן מבואר דהאומר בני פלוני ירש כל נכסי לדעת רבי יוחנן בן ברוקה יורש בן זה את הנכסים וזה דין הנחלה הנלמד מקרא, וגם שם חקרו אחרונים בגדר ההנחלה האם מוריש לו הנכסים או שנותן לו שם יורש עדיף על אחיו וממילא כל הנכסים שלו. וידוע לתלות הדבר במחלוקת ראשונים ואחרונים האם מהני הנחלה בנכסים שלא באו לעולם כשהנחיל האב, דיעויין בנתיב"מ [סי' רפא סק"ג] שכתב דלאר מהני הנחלה בדבר שלא בא לעולם, וכן מבואר מדברי הרשב"א [קידושין דף ס ע"ב] והרי"ף בתשובה [סי' יא] אבל הקצה"ח [סי' רג סק"ט] כתב דמהני הנחלה אפילו בראוי היינו נכסים שנפלו לו מאביו לאחר שהנחיל ואף לאחר שמת המנחיל וכן מבואר מדברי ראשונים [ריטב"א דף קכו ע"ב רמ"ה דף קל אות צ'] והאריכו בזה הרבה רבותינו האחרונים. וידוע לבאר לפום פשוטו ששורש המחלוקת הוא בגדר ההנחלה דהסוברים דלא מהני הנחלה בדשלב"ע סוברים שבהנחלה פעולת המנחיל היא בנכסים שמזכה הנכסים באופן דירושה לאותו הבן, ולכן אין מועיל הנחלה כמו הקנאה בדשלב"ע. אך הסוברים דמהני הנחלה סוברים שבהנחלה הוא עושה את אותו הבן ליורש עקרי ועדיף על שאר היורשים וממילא זוכה בנכסים [כן מפורש בקצה"ח בסי' רפא סק"ג] וכן הוא להדיא לשון הר"ן לקמן בדף קל' וממילא אין הבדל בין נכסים שבאו לעולם לנכסים שלא באו.

והשתא יש לנו לדון באמירת לא יירש בבפשוטו בהא תליא דאם אמירת יירש - שהיא הנחלה - היא פעולה בנכסים הוא הדין באמירת לא יירש, ואם כן אף אלמלי דין מתנה עמש"כ בתורה לא היה מועיל בדשלבל"ע. אך אם הנחלה היא העמדת יורש מסתברא לפרושי דגם אמירת לא יירש היא על הדרך הזו. ואם כנים הדברים נמצא שדין לא יירש דידן תלוי בחקירת האחרונים ובגדר דין הנחלה, אבל יעויין במה שנתבאר לעיל בשם שיעורי רבי דוד שיש ללמוד מדברי הר"י מיגאש שהענינים חלוקים, דהתם מיירי בהנחלת הנכסים וזה לא שייך כאן כלל, והכא נידון המשנה הוא אם יכול אדם לעקור שם יורש ובוזה הוא דאמרינן שאינו יכול משום מתנה עמשכ"ב.⁵³

דף קבו ע"ב

מתני' איש פלוני בני בכור לא יטול וכו' עיין בקצה"ח [סי' רפא סק"ב] שעמד בדקדוק לשון המשנה דגבי פשוט נקטה המשנה לשון ירושה וגבי בכור קתני לא יטול, וביאר דבכור כיון דמתנה קריא רחמנא קמ"ל דגם אם אומר לא יטול לא מהני אבל גבי פשוט באמירת לא יטול פשיטא טפי דלא מהני אף בלא דין מתנה עמשכ"ב כיון שאינו מקבל הנכסים בתורת נטילה אלא בתורת ירושה. עיי"ש. ובפשוטו י"ל ע"ד הקצות דכיון דבכור מתנה קריא רחמנא והפשוט יורש הוא נקט התנא לשון מתוקן בכ"א מהם. ועוי"ל דבפשוט ששולל ממנו את כל הירושה נכון הלשון לא יירש אבל בבכור שרוצה האב שיירש אבל לא פי שנים נכון לומר לא יטול פ"ש.

ולעיל נתבאר הנידון אם באמירתו לא יירש עוקר מהבן שם יורש או שמונע ממנו זכית הנכסים. ויש לדון בבכור שהרי נשאר יורש ודין פי שנים הוא בנכסים עצמם שיקבל בהם פי שנים, ואם כן ודאי דאלמלי דין מתנה עמשכ"ב חזינן דכח האב בנכסים לשלול ירושת היורש.⁵⁴

ויש לעיין בדין הבכור שהרי אף לריב"ב שיכול אדם להנחיל את אחד מבניו אבל אינו יכול לתת לו חלק בכורה שנאמר לא יוכל לבכר ואם כן הכא בבכור אין צורך לדין מתנה עמשכ"ב. ואפשר דקרא דלא יוכל לבכר הוא רק כשנותן לאחר את חלק הבכורה דבוזה מבכרו על פני הבכור אבל כשמונע מהבכור והאחרים ממילא יורשים זה רק מדין מתנה עמשכ"ב.

אבל יעויין ברמב"ם [בפ"ו ה"ג מנחלות] שכתב דבאומר לא יירש הבכור פי שנים לא אמר כלום שנ' לא יוכל לבכר וכו'. ויל"ע דבמתני' מפורש הטעם משום מתנה עמשכ"ב ויעויין בנתיה"מ [סי' רפא סק"ה] שתמה בסגנון אחר דהרי אף בפשוט לא מהניא לשון לא יירש ומדוע הוצרך בזה הרמב"ם לטעם לא יוכל לבכר שאינו אלא בבכור, וצ"ע.⁵⁵ ועוד קשה בסתירת דברי הרמב"ם עצמו דלעיל שם בה"א ובה"ב כתב דאין אדם יכול להוריש וכו' לפי שנאמר וכו' לחוקת משפט וכו' ושם בה"ב 'לפיכך האומר איש פלוני בכורי וכו' הרי

⁵³ ויעויין בקובץ הערות שהובא לעיל בפנים שלמד מדברי הראשונים בכתובות גבי סילוק מירושה לגדר דין לא יירש בני דאם התם הוא בנכסים ה"ה הכא, אך באמת אינו מוכרח כלל דאפשר דכח הבן להסתלק הוא רק מהנכסים וכח האב לאקור ממנו שם יורש. והתבונן נא דשלש פרשיות מצינו בדין ירושה: הנחלה דריב"ב, אמירת לא יירש בני, וסילוק היורש מירושתו. ובכל אחד מהם יש לדון ולחקור אם כח האמירה הוא בנכסים או בשם יורש, ואין הכרח להשוות גדריהם זל"ז.

⁵⁴ אך עיין ברבינו יונה לעיל בדף קיט ששם נתבאר להס"ד דבכור יורש בראוי שהבכור עומד במקום אביו טפי כאילו שני יורשים הוא, ומיהו כתב כן להך ס"ד דבכור יורש בראוי עיי"ש, ואנחנו לא נדע אם גם למסקנא דבכור אינו נוטל בראוי כך הוא גדר דינו או לא, וצ"ע.

⁵⁵ ובכל זה יש נ"מ גדולה דבגמ' פריך לימא מתני' דלא כרבי יהודה ומשנה דלא מחיל וכו' ופירשו ראשונים שאין היורש יכול למחול, והנה הבכור יכול לומר איני נוטל כדתניא לעיל [דף קכד ע"א] ואם כן היכא שהתנה האב והסכים הבכור לית בה משום מתנה עמשכ"ב אבל מצד לא יוכל לבכר לא תועיל אמירת האב.

להדיא דמטעם מתנה עמשכ"ב וחוקת משפט אתי עלה. [וע"ע בתוס' לקמן דף קל ע"ב סוד"ה תלמוד וכו' ודוק]
וראה מה שיתבאר בזה להלן בס"ד בהערה 62

מתני' ואם אמר משום ירושה עיין ברשב"ם שפירש דמתני' דלא כרבי יוחנן בן ברוקה שהרי מיירי מתני' כשאמר בלשון הנחלה ומ"מ לא מהני, ופשוט. אבל יעויין בר"י מיגאש להלן בדף קל שביאר דמתני' אפילו לריב"ב ומשום דהשווה להם את הבכור לכן אין דבריו קיימים. וכוונתו כי דין הנחלה אין בכחו לעקור ירושת בכורה וכנ"ל, וכיון שכן בטלה הנחלתו לגמרי. ובעיקר דין זה נחלקו ראשונים כי דעת הר"י מיגאש הרי מבוארת שבטלה ההנחלה לגמרי היכא שמיעט מהבכור, וכן כתב הרמ"ה לקמן בדף קל ואסברה לה דכיון שבטלה מקצת הנחלתו חזרה לעיקר דינה, ועוד שהתנה על מה שכתוב בתורה כי לא יוכל לבכר כתיב. אבל כמה ראשונים פליגי בזה, ראה ברבינו יונה וברשב"א ובריטב"א [לקמן דף קכט ע"א] דדבריו קיימים כלפי הפשוטים אך לא למעט חלק בכורה. וכפה"נ שכך סובר הרשב"ם ולכן הוכרח לפרש דמתני' דלא כריב"ב.

ודרך נוספת בזה בעיטור [אות מ מתנת שכיב מרע דף נז-נח] שביאר דכיון שריבה לאחר ומיעט לאחר היינו שאמר בפירוש שזה יירש יותר וזה פחות, וכיון שאמר בפירוש לשון לא יירש בטלים דבריו ולא תועיל גם אמירתו שאמר שהשני יירש יותר דכל שאמר בפירוש לעקור דין תורה בטלים דבריו לגמרי. ועיי"ש שביאר שיש חולקים בזה ומבארים מתני' דידן ע"ד הר"י מיגאש, וע"ע במאירי בריש מתני' שתי השיטות בדין זה.

בגמ' לימא מתני' וכו' הכא לא מחיל עיין ברמב"ם [פ"ו מנחלות ה"א] שכתב וז"ל אין אדם יכול להוריש למי שאינו ראוי ליורשו ולא לעקור הירושה מן היורש אע"פ שזה ממון הוא, לפי שנאמר בפרשת נחלות והיתה לבני ישראל לחוקת משפט לומר שחוקה זו לא נשתנה ואין התנאי מועיל בה וכו' עכ"ל. וכן כתב בהל' אישות [פ"ב ה"ט] שאין הבעל יכול להסתלק מירושת אשתו אף שהוא תנאי שבממון דכתיב חוקת משפט.

ונתקשו בזה אחרונים דבגמ' מפורש הטעם שאינו יכול להסתלק משום דלא מחיל, ומדוע נטה הרמב"ם מסוגית הגמ' ופירש טעם אחר, ולא מצינו מקור בחז"ל לדרשת הרמב"ם מקרא דחוקת משפט.⁵⁶ ועיין בחי' הרע"א שביאר דהתרצן תירץ למקשן לפי דעתו שלא סבר לקרא דחוקת משפט והשיבו דלא ידע ומחיל, אבל באמת ודאי אף אם ימחול הבן אינו מועיל כדילפינן מקרא דחוקת משפט. וכתב לבאר בזה דברי המ"מ בהל' אישות שכתב ע"ד הרמב"ם דאף שבגמ' מבואר דלא ידע ומחיל מ"מ אף אם מחל אין מועלת מחילתו - וכוונתו מטעם זה דחוקת משפט-, והרי בגמ' מבואר להיפך אלא דהתרצן השיב למקשן לפי דעתו. ויעויין בחי' הגרי"ז [סטנסיל] בריש נזיר שביאר בשתי אופנים גדר הילפותא דחוקת משפט: (א) דגלי לן קרא דהוא דין איסורי ולא דין ממון בלחוקת וזה הביאור דהוי חוקת משפט ולא דין ממון בלחוד. (ב) דיש כאן ילפותא מפורשת שאף שהוי דין ממון אין לו רשות לשנותו והחוקת משפט מגלה דהוי כחוק ולא יוכל אדם לשנותו.

ובזה ביאר הגרי"ז שם וכן בחי' מרן רי"ז הלוי [בהל' נחלות] דברי הרמב"ם שכתב [בפ"ו מנחלות ה"י] והגר אינו יורש את אביו הגוי אלא מדבריהם תקנו לו שיירש כשהיה שמא יחזור למרדו, ויראה לי שתנאי מועיל בירושה זו הואיל ואין הגוי מחוייב לעמוד בתקנת חכמים עכ"ל. וכתב הגרי"ז לבאר עפ"י שני האופנים הנ"ל: דלהאופן הראשון מתפרשים דברי הרמב"ם שכלפי הגוי לא נתקן דין ירושה כדין איסורי, אלא דהגר יש לו זכות ממון בנכסי

⁵⁶ ומצאנו בספרי דאיתא התם [פרשת פינחס פיסקא קלד] והיתה לבני ישראל לחוקת משפט, נתנה תורה דעת לחכמים לדרוש ולומר כל הקרוב בשאר בשר הוא קודם בנחלה. עכ"ל הספרי ואינו מובן פשט הספרי דפשיטא שהקרוב קרוב קודם ומה בעינן לזה ילפותא דחוקת משפט ואפשר שהכוונה שקבעו חכמים שהקרוב קודם ואין אדם יכול לשנות סדר הנחלות, רצ"ע.

אביו בלחוד שלא תקנו חכמים לחייב את הגויים בדיני ירושה אלא זיכו את הגר בממון. [נכתב שם בתו"ד שאין כח לחכמים לתקן תקנות המחייבות אלא הגוי אך בכחם להפקיע הממון בדין הפקר בית דין או מטעם אחר] **ולדרך זו** מש"כ הרמב"ם שאין הגוי מחוייב בתקנת חכמים היינו מעיקר הדין אין תקנה כלפי הגוי אלא זכות ממון בלבד. **ולהדרך השניה** ביאר דדין מתנה עמש"כ בתורה שאין תנאו חל הוא מפני שאין לו רשות להתנות ולהפקיע דין תורה ותקנות חכמים, אבל הגוי לא חל כלפיו הלכה זו ורשות לו לעשות כן.⁵⁷ ולפי זה מש"כ הרמב"ם שאין הגוי מחוייב בתקנת חכמים היינו שרשות בידו לעקור אותה בתנאי.⁵⁸

ועיין בחי' הגרש"ר שכתב שהקשה להגרי"ז על הדרך הראשונה דסו"ס הרי בגמ' מבואר הטעם דלא ידע וקא מחיל, ואף שהרמב"ם כתב טעם אחר אבל בודאי אינו חולק על הטעם המפורש בגמ', וכיון שכן הרי בנו הגר לא מחל והיאך יתנה. [ולהדרך השניה נחא טפי, וראה בהערה לעיל]

ויעויין ברמב"ם בהל' אישות [פכ"ג ה"ה] שפסק שהארוס יכול להסתלק קודם נישואין מירושת אשתו וכדמבואר בסוגיא בריש הכותב. **וקשה** דאם מה שלא מועיל סילוק - ואפילו בבעל - הוא מקרא דחוקת משפט אם כן מה מהני שמסתלק קודם הנישואין, וצ"ע.

בגמ' הכא לא ידע ומחיל ראה ברשב"ם שפירש דאפילו אם ידע אמרין שלא רצה לצער את אביו ואין מחילתו מחילה. **ומבואר מדברי הרשב"ם** שאם יראה לנו שהבן מרוצה באמת למחול תועיל מחילתו ויוכל האב להתנות שלא יירשנו בנו. **ויעויין ברשב"א** שכתב דודאי אף אם מחל להדיא אין מחילתו מועלת דדבר שאינו שלו והוא עתיד לבוא לו ממילא כירושא אין מחילתו מועלת.⁵⁹ **ותמה הרשב"א על הרשב"ם** הסובר שמהני מחילה.

ויעויין בקצה"ח [סי' רעז סק"ג] שפירש דברי הרשב"ם דקאי אבכור, שהרי במתני' תרתי תנן האומר לא יירש בני פשוט וכו', ולא יטול בני בכור, וביאר הקצות דמשום בכור משני הגמ' דלא ידע ומחיל דאלמא מחילתו מחילה וכמו שמועילה מחילת הבכור לאחר מיתה כדתנן שאם אמר איני נוטל ואיני נותן ה"ה דמחיים מועילה מחילתו. **והביא הקצות מהגהת אשרי** שכתב [באות טו] דמהני מחילת בכור מחיים. **ועיי"ש** עוד בקצות⁶⁰ **וכדברי הקצות מפורש באו"ז** [אות צ] שפירש דברי הרשב"ם דקאי אבכור דפשוט ודאי אינו יכול למחול.

⁵⁷ העתקנו הדברים כפי שהם בחי' הגרי"ז בריש נויר, ובחי' מרן רי"ז הלוי הובאו שני האופנים האלו בסתמא ולא תלם בביאור דין חוקת משפט ונקט שם כהדרך הראשונה שחוקת משפט ענינה הוא שאין הירושה דין ממון בלחוד ⁵⁸ משמע מדבריו דבכל מקום זה הכלל שאין הגוי מחוייב בדין, ולפי זה בגוי ליכא כלל דין מתנה עמש"כ בתורה. ונ"מ באומר קרע כסותי ע"מ שאין לך דין נזיקין שכתבו התוס' בכתובות דף נו דהוי מתנה עמשכ"ב.

ועוד יש לדון נ"מ בין שתי הדרכים דמדברי הרמב"ם בהל' אישות מבואר דגם כשהיורש רוצה להסתלק מהירושה הוי זה בכלל מתנה עמשכ"ב שהרי הבעל הוא היורש, ואם כן יש לדון כשהגר רוצה להסתלק מירושת אביו אם יכול, ולהצד שאין כח לחכמים לתקן ירושה לגוי אלא הפקר בידו וליכא חוקת משפט בגוי אם כן מסתבר מאד דגם כלפי הבן אין זה אלא הפקר בית דין שלא תקנו חוקת משפט לחצאין, ואם כן גם הבן יכול להסתלק. אך להצד דאין הגוי מחוייב עמשכ"כ בתורה הבן הגר ודאי מחוייב ולא יוכל להתנות.

⁵⁹ נראה כוונתו שאם היה כעת זכות שלו או שהיה הממון שלו היה יכול להסתלק על ידי מחילה או הקנאה ואף אם אין לו כעת כלום אבל היא זכות שבאה לו מכח זיכוי שמוכה לו אחר וכיו"ב יכול לגלות דעתו שאינו רוצה בה ולא יקנה כשתבוא לידו אבל ירושה שאין לו כעת כבר זכיה והזכיה העתידה ממילא היא באה ואינה תלויה בדעתו לא תועיל מחילתו כעת.

⁶⁰ ועיי"ש שדן בדברי ההג"א שכתב בשם הירושלמי דלא מהני מחילה בבכור אבל כבר הגיהו בדברי ההג"א [בהגהת ארץ צבי ועוד] שצ"ל 'ובירושה' ולא 'ובירושלמי'.

ויעויין בנתייה"מ [סק"ט] **וכן בקוב"ש** [אות תג] שהקשו דהרי מבואר בגמ' לעיל דלמ"ד אין לו לבכור קודם חלוקה אין הבכור יכול למחול, ואם כן כ"ש דבחי אביו לא יוכל למחול ועיי"ש מש"כ בזה.

ויעויין בנתייה"מ שחולק על הקצות וביאר דדוקא כלפי יורשים יכול הבכור להסתלק [למ"ד יש לבכור קודם חלוקה] מפני שזכות בכורתו הוא מתנה מהיורשים אבל מאביו לא יוכל להסתלק כלל.⁶¹ **ולכן פירש הנתייה"מ** דהכא מהני אמירת האב מדין הנחלה דריב"ב אלא דבעל כרחו של הבכור אין לו זכות להנחיל וכשהבכור מוחל מהני ההנחלה וליכא ללאו דלא יוכל לבכר.⁶²

ויש לדון טובא בכ"ד רבותינו בזה דאם כוונת הרשב"ם למחילה גמורה של הבכור או הפשוט המועלת על פי דין אם כן אין תנאו של האב כלום אלא הבן הוא המסתלק ואם כן כה"ג יתפרש גבי קידושין דמהני התנאי לרבי יהודה מפני שהאשה מוחלת על שאר כסות ועונה. **וזה קשה בתרתי: חדא דאף** התם הוי מחילה בדשלבל"ע שהרי חיוב השאר כסות עדיין לא חל בשעה שמוחלת [ואף אם תאמר שמוחלת ושתיקתה בשעת קבלת הקידושין נמי כמחילה עדיין לא חל חיובו עד החופה] **ועוד** דאם כן שהיא מוחלת מדוע לא מהני לרבי מאיר הרי יכול אדם למחול על זכותו. **ויתבאר עוד בזה להלן** בגדר התנאי דשאר כסות ובדברי הרמב"ן שכתב להדיא דלא מועיל מחילתה היכא שמחלה מחמת התנאי.

ויעויין בחידושי הגרש"ר שביאר בשיטת הרשב"ם דסברת רבי יהודה דכשהיא מסכמת לתנאו נתנה לו תורה רשות להתנות ואין זה בכלל מתנה עמשכ"ב כיון שדין שאר וכסות ניתן לטובתה ובממון היכא שהיא מסכמת יכול להתנות וה"נ הכא בין בבכור ובין בפשוט כיון שדין ירושה הוא לטובת היורש והיורש מתרצה בדבר מועיל התנאי ואין מחילתו של היורש מועילה כלל אלא שיוכל זה להתנות. **וביאר הגרש"ר** שהרשב"א שהקשה לשיטתו הקשה כי הוא סובר [בכתובות דף נון] דגם בתנאי דשאר וכסות מהני ע"י מחילתה וזה גופא מתנה שמקדשה ע"מ שמתחול לו על שאו"כ. ועיי"ש שהוכיח מדברי התוס' בכתובות דלא כהרשב"א ומתבאר היטב שיטת הרשב"ם לדרך זו וכמשנ"ת לעיל.

⁶¹ דברי הנתייה"מ בגדר ירושת בכורה הם חידוש גדול שהבכור אינו יורש מאביו הנחלה פי שנים אלא מקבל מתנה מאביו ועיי"ש שהוכיח כן מהא דבעינן הרשאה בספק בכור, [ויש להוכיח קצת כן מדברי התוס' לעיל דף יג ע"ב דאין לכופ את הנותן עיי"ש ויש לדחות דכיון שהבנים באים מכא האב דינם כלפי הבכור כדין האב וכאילו נתחייב האב ליתן לו מתנה בחייו דמיא]

וע"ד הנתייה"מ קשה אמאי תני דאומר לא יטול בני בכור פי שנים הוי מתנה עמשכ"ב הרי אינו שייך כלל להאב ובפשוטו לא תועיל התנאותו כלל כי היורשים מחוייבים ליתן. ועוד דאף בהנחלה גמורה דמבואר לקמן שאינו יכול למעט חלק בכורה משום קרא דלא יוכל לבכר, ואם כהנתייה"מ אף בלא קרא לעולם אין האב יכול לבכר כי אף אם ינחיל האב למי שירצה סו"ס יתחייב הנוחל ליתן מתנה לבכור פי שנים בנכסים. ועוד תמוה מאוד שכתב לפרש כן דברי הרשב"ם, והרי הרשב"ם לעיל [דף קכד ע"א] פירש דרשא דלתת לו עד דמטיא לידיה דנותן שהבכור נוטל פ"ש רק בנכסים שבאו לידי האב כיון שאותם האב יכול ליתן לבן במתנה הרי להדיא שהמתנה היא מהאב, וצ"ע.

⁶² ולא נתבררו לן דברי הנתיבות בזה, דמדבריו עולה דגם באמירה בלשון שלילה כגון לא יטול בני בכורי וכו' איכא דין הנחלה ולא מהני משום דכתיב לא יבכר ואם כן למה בפשוט אינו מועיל וע"כ משום דמתנה עמשכ"ב ולכן לא מהני אף מדין הנחלה ואם כן גם בזה י"ל דמחילת הפשוט מועילה ולמה פירש דברי רשב"ם דוקא בבכור. ושםא בפשוט אין מועילה מחילתו כי ההנחלה היא נגד מה שכתוב בתורה סדר דיני הירושה ולא תליא כלל בדעתו, אבל בבכור שהוא מתנה אין דין מתנה עמשכ"ב מטעם זה ורק משום דכתיב לא יוכל לבכר הוי מתנה עמשכ"ב ובזה מועיל מחילת הבכור. ובזה יתיישב אל נכון דברי הרמב"ם שפסק דבבכור אין מועיל לא יטול מדכתיב לא תבכר, אלא שהנתייה"מ עצמו במק"א נתקשה בדברי הרמב"ם אלו, ראה לעיל בסוף משנתינו מה שנתבאר בזה.

וביאר הגרש"ר כן גם בדעת ההג"א שכתב דיכול להתנות בבכור היכא דהבכור ידע ומחיל, ולעיל הובאה קושית האחרונים דהרי אף קודם חלוקה אינו מסתלק למ"ד אין לו לבכור, וביאר הגרש"ר דאף להג"א כן הוא שמכח התנאת האב פוקע דין הבכור, אלא דההג"א ס"ל דבפשוט לא תועיל מחילת הפשוט מפני שאין הירושה דין זכות של היורש אלא כך גזרה תורה שיירש הבן את אביו ולא לטובתו של יורש נאמרה, אבל בבכור דמתנה הוא יכול להסכים לתנאו של האב והאב עוקר הנחלה ממנו.

ובעיקר דין הסילוק של יורש מירושתו מצינו מחלוקת ראשונים בזה: **דיעויין בגמ' בריש הכותב** דארוס יכול להסתלק מירושת אשתו קודם שישאנה, אבל בירושת קרובים לא מהני סילוק, ונחלקו שם הראשונים **בטעם הדין: דיעויין בתוס' שם** שמדבריהם מבואר דרך בירושה שהיא מתקנת חכמים יכול אדם להסתלק כשאומר אי אפשי בתקנת חכמים. ומבואר מדבריהם דמירושה דאורייתא לא מועיל סילוק כלל. ולפי"ז אם ירושת הבעל דאורייתא לא מהני סילוק ממנה. **אבל הרמב"ן וש"ר שם פירשו** דאף בירושה דאורייתא מהני סילוק **וביאר הר"ן** שלא מועיל סילוק בירושת קרובים 'דכיון שראוי ליורשו בכל שעה הרי הוא כאילו זכה בה לענין דלא סגי בסלוק אלא או במכר או במתנה, ואי אפשר שהרי לא זכה בה לגמרי ולא בא ברשותו שיוכל להקנות וכו' עכ"ל.

ולעיל בתחילת הסוגיא הובאו דברי הקה"ע שביאר מחלוקת התוס' והר"ן דלהתוס' הסילוק הוא מהנכסים ולכן אין הבדל בין סילוק של ארוס לשאר יורשים, אבל להר"ן הסילוק הוא מהשם יורש ובוה שאני קרוב שכבר בחיי המוריש חל עליו שם יורש גמור ואינו יכול להסתלק מזה.

אך דברי הר"ן צ"ב שנחשב הדבר כאילו זכה מצד אחד לענין שאינו יכול להסתלק אך אינו יכול להפקיר ולהקנות הנכסים כי אינם שלו וצ"ב הגדר בזה, **וכעי"ז מבואר ברשב"א בסוגיין** שכתב שאין הפשוט יכול להסתלק מפני שלא באה ירושתו לעולם וגם שהירושה ממילא היא, **ועיין היטב בר"י מיגאש לעיל** [בדף קכד ע"א] כעין דברי הרשב"א.

ונראה לפרשו כי בעלות היורש על הממון אינה בעלות מתחדשת אלא מכח שהוא עומד במקום אביו אזי כשאין האב בחיים זכות הממון של אביו מחייבת שהממון יהיה ליורשו, ולכן להסתלק ממה שהוא עומד במקום אביו זה אי אפשר כי כבר מחיים הוא עומד במקומו שזו מציאותו, אך להסתלק מגוף הנכסים גם אי אפשר שכעת לא הוא הבעלים אלא האב ולפיכך אינם בידו לעשות בהם כחפצו וכשהאב מת ממילא הם שלו כי המציאות של זכית האב מחייבת שיהיו לבן, ודוק]

הרחבת דברים בדין מתנה על מה שכתוב בתורה

בגמ' לימא מתני' וכו' יש להתבונן בעיקר דין מתנה עמש"כ בתורה דבפשוטו היה נראה שהוא דין בהל' תנאים שאין אדם יכול להטיל תנאי במעשה כאשר התנאי הוא לבטל מש"כ בתורה, וכן נראה לכאורה מפשטות דברי התוס' בכתובות. **אך אי אפשר לפרש כן** שהרי בסוגיין אינו מפרשת תנאים כלל ואין לו על מה להתנות ועם מי להתנות, אלא דיש לאדם כח לקבוע מי יירשנו ומי לא ויהיה הטעם לזה איך שיהיה אבל אינו מפרשת תנאים דבני גר וראובן. **ולכן נראה מבואר מזה** דכלל דמתנה הוא שכאשר האדם קובע בכחו דבר שהוא נגד המפורש בתורה אין בכחו לעשות כן. אלא דבדין הא גופא צ"ב טובא שהרי דיני ירושה מפורשים בתורה ואם מ"מ יש לו הכח לקבוע לו יורש ולסלק יורש על כרחין שהתורה נתנה לו כח

לעשות כן ואם כן היאך נאמר שהוא נגד התורה במה שמתנה, [ובשלמא התם עושה כן על ידי תנאי כפול שהוא כדבר חיצוני לדיני קידושין אבל הכא ל"ש לומר כן] ודוק בקושיא זו, וצ"ע.⁶³

ובתנאי בקידושין ידועה הקושיא כיצד יכול לפעול שלא יחייבו הקידושין שאר כסות ועונה ורחמנא אמר דכל המקדש יהיה בחיוב שו"כ ואם התנה מה בכך, ובתוס' בכתובות ובשא"ר מבואר שהוא מפרשת תנאים דב"ג וב"ר. ובאמת יעויין ברע"א שם בדרי"ח בכתובות שתירץ לקושיאם שם וכתב דאין צורך בזה לתנאי אלא כיון שהאשה מסכמת יכול להחיל חלות קידושין בלא שאר כסות, והוכיח כן הרע"א מתנאי דאונאה שמתנה ע"מ שאין לך אונאה, והקשה הרע"א דאם פועל כן על ידי כח תנאי והיינו שמתנה שאם יחול דין אונאה יתבטל המקח יאמר הלוקח אדרבה יחול דין אונאה ויתבטל המקח כולו. ומזה הוכיח הרע"א שבהסכמת שכנגדו יש לו הכח לעשות לכתחילה מקח בלי דיני אונאה וקידושין בלי שו"כ.⁶⁴ ולא פירש לן הרע"א כיצד יכול לעקור דין ש"כ ודין אונאה, וכפה"נ שטעמו שלא נתנה תורה דינים אלו אלא כזכות למקבל ואם נתרצו שניהם יחול המקח בלי אונאה והקידושין בלי שאר כסות.

ועכ"פ בתוס' ובראשונים מבואר דמפרשת תנאים הוא, וקהו בה רבואתא כיצד יגרום התנאי לכך שלא יחול דין שאר כסות הרי הקידושין חלים והשתא בעי חיובא דש"כ למיחל ומה ימנענו מלחול, יחול ומילא יתבטלו הקידושין. וידוע דשתי דרכים נשנו בענין זה: א) יעויין בחי' הגרש"ש לכתובות [סי' מט] שביאר בזה כך שהרי אם יחול חיוב שאר כסות ממילא יתבטלו הקידושין כפי תנאו, ואם יתבטלו ממילא גם חיוב הש"כ יתבטל עמהם ואמנם אם יחולו מעתה הקידושין כיון שנתבטל השאו"כ אם כן מוכרח ששוב יחול החיוב כי כך דין התורה שבחלות הקידושין חל חיוב שאו"כ אבל אם יחול הרי שוב יתבטלו הקידושין והרי זה גלגל החוזר, ונמצא שאין לו לחיוב זה מקום לחול במציאות, וביאר הגרש"ש דבכל מקום שיש גלגל כזה הכלל הוא דכל חלות שאם תחול בסופו של דבר לא תחול אינה חלה, ונמצא שחיוב השאר כסות אינו יכול לחול עליו כי אם יחול יתבטל מעצמו וכיון שכן חלים הקידושין ולא חל חיוב השו"כ. [וביאר זה מוקשה מדברי התוס' בכתובות שם וכמו שיתבאר להלן] ב) ודרך נוספת יש ללמוד בזה מדברי הגרי"ז שביאר [בחי' מרן רי"ז הלוי בריש ה'ל' נזירות] שבכח פרשת תנאים דב"ג וב"ר נתחדש שאדם יכול להגביל ולפעול בכח המעשה שהוא עושה ולכן יכול לפעול שלא יחייב המעשה קידושין ידיה חיוב שו"כ. והדברים צריכים

⁶³ ויעויין ברמב"ן בכתובות בספר הזכות בדף פד במה שהשיג שם על הר"ח וכתב דבאומר לארוסה דין ודברים וכו' אינו בתורת סילוק כדי שנאמר שלא יועיל בדשלבל"ע אלא בתורת תנאי חזה מועיל גם קודם שבא לעולם עייש"ה, וצ"ב מהו כוונתו של הרמב"ן דהוי תנאי דודאי אינו מפרשת תנאים דבני גד שאין שם כפילה ואין טעם לכפילה כי אינו עושה כלום שיטיל תנאו במעשהו אלא כותב כך לארוסתו אחר האירוסין וקודם הנישואין, וצ"ע ודוק.

⁶⁴ ועיין בדבריו המובאים בתפארת ישראל בפאה ולפי דברי הרע"א המובאים בפנים יובנו דבריו שם. ולא נתברר לן דרכו של הרע"א בכל זה דמדוע קשיא ליה באונאה טפי מקידושין, דאף בקידושין נימא שיחולו הקידושין ויחול דין ש"כ האמור בתורה ויתבטלו ממילא הקידושין ואם הבין הרע"א סברא בזה שלא יתבטלו הקידושין וכמו שיתבאר להלן מדברי הגרש"ש והגרי"ז אם כן אף באונאה הדבר כן ואין שום הפרש ביניהם. ומש"כ רע"א שהלוקח יאמר אדרבה וכו' אינו מובן כלל דכשמתנה שלא יחול דין אונאה כבר מסתיים הענין בשעת המקח עצמו או שיחול או שלא יחול ואינו ענין למה שיאמר הלוקח אח"כ, אך עיין בדבריו המובאים בתפא"י ששם נראה שהתנאי הוא שאם יתבע הלוקח אונאה יתבטל המקח, ושם לא דחה הרע"א את ההסבר הזה באונאה, והתפא"י שם הקשה דאם כן הלוקח ירצה לבטל המקח וכמו שהקשה הרע"א בעצמו כאן.

ביאור ופירוש דבפרשת תנאי נתחדש שהאדם יכול להטיל תנאי היינו שבאופן מסויים יתבטל החלות שעושה אבל לא לשנות ולהגביל בעצם החלות, וצ"ע.⁶⁵

ודרך שלישית יש לומר בזה דהתנאי באמת אינו יכול לעקור כלל את החיוב אלא הסכמת האשה לתנאו הוי כסילוק ומחילת חיוב השאו"כ ואין האשה צריכה למחול על החיוב אחר שחל אלא קשמקבלת הקידושין ומתרצה בדבר זה הוי סילוק המועיל, אך אין לו דרך לעשות כן אלא בתנאי שאם יתן לה הקידושין בלא תנאי ויאמר לה שמתרצה לקדשה והיא תסתלק מחיוב שאו"כ הרי יכולה לקבל הקידושין ולומר שאינה מסתלקת ואם הוא לא הטיל תנאי יחולו קידושין ויתחייב בחיובו, ואף אם תאמר בהדיא קודם הקידושין שמתרצה בכך יכולה לחזור בה בקבלת הקידושין, ולכן אם הוא רוצה להיות מובטח שלא יחול השאו"כ הוא מטיל תנאי בזה.⁶⁶

תוס' כתובות דף נו הרי זו מקודשת וכו' ע"כ בדכפליה וכו' ותימה וכו' קושית התוס' צריכה פירוש דהא לא קשיא להו מדוע לרבי יהודה חלים הקידושין בלא שאר וכסות, וגם לא קשיא להו לרבי מאיר מדוע אי אפשר לעשות כן כי ידעו לסברת מתנה עמשכ"ב והבינוה גם בקושיתם. [שאל"כ היה להם להקשות בפשיטות מדוע לרבי מאיר לא חלים הקידושין בלי שאו"כ] אך הא קשיא להו דכיון דמדין מתנה עמשכ"ב אי אפשר שלא יחול חיוב שאר וכסות אם כן יתבטלו הקידושין לגמרי כיון שכך התנה בפירוש.

ולפי זה יש לפרש גם בתיורוצם כן שמה שכתבו דתנאו בטל משום דלא הוי דומיא דב"ג וב"ר אין הכוונה דזה שורש דין מתנה עמשכ"ב אלא דזה הטעם מדוע בטל תנאו לגמרי אך שורש הדין אינו מטעם זה ודוק היטב. **והדברים מוכרחים** שהרי בתנאי דירושה אינו כלל מפרשת ב"ג וב"ר וכנ"ל, ומ"מ מבואר שאינו חל מפני שמתנה עמשכ"ב, ועל כרחין דיסוד הדין דמעמשכ"ב הוא דין בפ"ע ולא מחמת שאינו דומה לב"ג וב"ר.

אך מאוד יש לעיין בסגנון קושיתם שהקשו דבהכרח מיירי בתנאי כפול ואם כן קשיא לר"מ שיתבטלו הקידושין ומשמע מזה דאם לא היה כאן הכרח להעמיד בתנאי כפול [היינו אם לא היו דברים הללו דברי

⁶⁵ אך אפשר שכוונתו דכמו שנתחדש בפרשת תנאים דכאשר המעשה שלם וראוי מ"מ לא נפעלת החלות כי בכחו של האדם למנוע חלות הקידושין בפרשת תנאי כן יכול גם לעשות מעשה קידושין שלם ולמנוע חלותו למחצה היינו שלא יחול חיוב שאר וכסות. ואמנם הגר"ז הוסיף בתו"ד דברים שאינם מתבררים לדרך זו עיי"ש.ה. וגם ההסבר שכתבנו אינו מבורר כה"צ שכיון שחלו הקידושין התורה חייבתו בשאר וכסות ומהיכי תיתי שימנע חיובי התורה מלחול, והרי היבם שאשה הקנו לו מן השמים אף הוא מחוייב לה בשאר וכסות, וצ"ל שהמעשה קידושין תוצאתו היא חלות דיני הקידושין כולם לרבות חיוב שאר כסות ולכן יכול למנוע השאר כסות שהן חלק מחלות דיני האישות בינו לבינה.

אבל קשה טובא בעיקר הדברים דאם כן תנאי זה אין לו ענין לכפילה כלל, כי בכחו לעשות קידושין בלא שאר כסות ולמה נאמר שאם מאיזה טעם לא יחולו קידושין כאלו יתבטלו כל הקידושין, דבתנאי בעלמא זה כל ענין התנאי שאם ירדו גשמים וכיו"ב יתבטל החלות אבל בתנאי שיוצר חלות מחדשת כרצונו יעשה מה שבכחו ויחול היאך שיחול ואם כן אין מקום לקושית התוס' בכתובות והראשונים בסוגיין שהקשו שיתבטלו הקידושין מכח תנאו, וראה בהערה הבאה ודוק.

⁶⁶ ולפי זה מש"כ התוס' בהמשך דברים ואין לומר וכו' ע"מ שתמחול לו וכו' לא באו להעמיד אוקימתא חדשה בגמ' אלא כוונתם שיתפרש התנאי שהוא תובע ממנה את מעשה מחילתה שהיא תמחול ולא שתחול מחילתה ויפקע החיוב, וכך מדוקדק קצת בלשונם. וע"ע ברמב"ן כאן.

ואין לשאול לדרך זו אם כן מדוע הוי מתנה עמשכ"ב הרי הוא התנה שהיא תמחול או תסתלק ומחילה דידה מועלת, דזה גופא שעשה כן באופן שמוכרח שיעקר הדין זה בכלל מתנה עמשכ"ב וכמוכח מדברי התוס' בעצמם ב'ואין לומר' וכן מפורש להדיא ברמב"ן וכמו שיתבאר להלן.

רבי מאיר המצריך כפילה היה נחא להו, ואמאי הרי לרבנן תנאי שאינו כפול פועל מפני שהוא ככפול ואם מתנה אדם ולא מתקיים תנאו מתבטל המעשה ואם כן קשיא שיתבטלו הקידושין לר"מ כיון שלא נתקיים תנאו, ובקצרה היה להם להקשות שבדאי התנאי כאן הוא תנאי ראוי ומועיל כדין שלא נדחה אלא מפני דין מעמשכ"ב ואם כן יתבטלו הקידושין, וצ"ע.

ויעויין ברמב"ן ושא"ר בסוגיין שאף הם העמידו קושיתם כהתוס', **ועיין בחי' הר"ן** שהביא לתירוצו של ר"ת שהתנאי בטל משום דהוא כמפליג בדברים כיון שהתנה עמשכ"ב. **והקשה** מהריני נזיר ע"מ שאטמא למתים דהתם כיון שלעצמו מתנה לא שייך לומר דמפליג בדברים וקשה שתבטל הנזירות לגמרי. **ותירץ הר"ן** דהתם אמרינן כן אליבא דרבנן דרבי מאיר דלא בעו תנאי כפול, ואף דבעלמא אמרינן דמכלל לאו אתה שומע הן הכא שהתנה עמשכ"ב לא אמרינן מכלל לאו אתה שומע הן. **הרי נתגלה רזם של התוס' בדברי הר"ן** שאלמלי היה תנא דהתם רבי מאיר היינו אומרים דלא מיירי בתנאי כפול וגם ליכא מכלל לאו ולכן לא מתבטלים הקידושין. **והתמיה גדולה ועצומה** דאם כן אין כאן תנאי כלל ואין צורך לדין מתנה עמשכ"ב, וצ"ע.⁶⁷

ושמענו להקשות דמדברי התוס' יש סתירה גדולה למהלך הגרש"ש בענין התנאי. כי אם סברו התוס' וקבלו שלרבי מאיר מדין מתנה עמשכ"ב לא יחולו קידושין בלא שאו"כ והרי הדבר צ"ב שכל שיחול חיוב שאו"כ יתבטלו הקידושין וזהו טעמו של רבי יהודה, והשתא נתבונן כיצד הבינו התוס' ברבי מאיר מדוע אינו סובר כן הרי אינו חולק על הכלל שכל חלות שאם תחול וכו' וכיצד נאמר שלרבי מאיר חל חיוב שו"כ ולא בטלו הקידושין ועל כרחין אנו מוכרחים לפרש שהתנאי בטל לגמרי ואם כן מאי קשיא להו שיתבטלו הקידושין וצ"ע.⁶⁸

שם בתוס' ואין לומר וכו' ע"מ שתמחול לו וכו' תי' זה ששללו התוס' כתבו הרשב"א בכתובות לעיקר וכן הביאו הרמב"ן בסוגיין. ובסברא הדבר נראה תמוה מאוד דאם מתנה על מנת שהיא תמחול והרי הרשות בידה למחול בעלמא ואינו בכלל מעמשכ"ב אם כן אין תנאו בכלל מתנה עמשכ"ב ומדוע ס"ד דבטל תנאי כזה לרבי מאיר, **ויתבאר בזה עור להלן בדברי הרמב"ן בסוגיין**.

שם ואור"י דאי לאו וכו' נתבאר לעיל דבהכרח אין כוונתם דזה עיקר הטעם לדין מעמשכ"ב אלא דזה טעם מדוע התנאי בטל לגמרי. וצ"ב לדעת רבי יהודה מדוע חלים הקידושין הרי אינו דומיא דב"ג וב"ר, ולכאורה צ"ל דבתרתי פליג, וכמו שסובר שאינו חשוב נגד הדין לענין שיעקור השאו"כ כך אינו חשוב נגד הדין לענין

⁶⁷ ולהדריך השלישית שכתבנו י"ל עדברי הר"ן שאה"נ ואין התנאי חל ומ"מ כיון שהתנה עמה והיא קבלה הקידושין בשתיקה מחלה מכח תנאו ואין מחילתה מחילה. ואין לומר דכיון שאין התנאי תנאי המועיל אם כן תחול מחילתה אלא להיפך דכיון שהתנאי מעיקר הדין ראוי אם כן היא מוכרחת למחול ואין מחילתה מחילה ומעתה נמצא שתנאו מבטל הקידושין שלא כראוי ואין בזה מכלל לאו אתה שומע הן, ודוק היטב.

⁶⁸ ומוזה היה נראה לפרש ע"ד הגרי"ז שהתנאי אינו תולה חלות המעשה בהעדר חיוב שאו"כ אלא שעל ידי התנאי מונע חלות השאו"כ, ובזה יש ליישב התמיה שעמדנו עליה לעיל בקושית התוס' מדוע בלא כפילת התנאי לר"מ נחא להו שחלים הקידושין, ולהאמור י"ל דאלמלי גזיה"כ דכפילה היה חל התנאי אף באופן שלא אמר כלל שאם יחול החיוב יתבטלו הקידושין כי אין זה כלל מעיקר תנאו. אך אם כן קשיא טובא עיקר קושית התוס' דתנאי כזה מהיכי תיתי להם שיצטרך לכפלו דדין כפילה לא נאמר בו שצריך להתנות באופן שאם לא יתקיים יתבטל המעשה דזה הרי בתנאי בעלמא עיקר התנאי, אלא נאמר הלכה בצורת אמירת התנאי שצריך לפרש שני הצדדים אבל אם אפשר שיחול כח תנאי גם בלי התוספת שאם לא יתקיים יתבטלו הקידושין מנא לן שהצריכתו תורה להוסיף בתנאו ולהטיל ביטול קידושין, ודוק היטב בזה, וצ"ע רב.

שאינו דומה לב"ג וב"ר, ועוי"ל דמה שאינו דומה לב"ג אינו בעצם הענין שמתנה נגד התורה אלא במה שמתנה תנאי שאין לו כח לעשותו ודוק.⁶⁹

שם בתוס' דאי לאו וכי' שום תנאי אינו וכי' עיין בקוב"ש בכתובות שביאר דכוונתם משום דלא אתא דיבור ומבטל מעשה, ונתקשה הקוב"ש דטעם זה שייך אחר שעשה מעשה ורוצה לחזור בו אבל כאן הרי אינו רוצה כלל שיחול המעשה על האופן המסויים שמתנה, ומהיכי תיתי שאינו יכול לעשות כן. והביא הקוב"ש מדברי תשובת הרא"ש [כלל לה] שכתב שיכול אדם לבטל תנאו דק"ו הוא, אם אתי דיבור התנאי ומבטל המעשה כ"ש שיבוא דיבור הביטול ויבטל דיבור התנאי. ואף כאן קשה דאין צורך שיבטל התנאי את המעשה אלא כיון שהחלות תלויה בדעתו ורצונו והוא אינו רוצה למה תחול.

וביאר הקוב"ש וכן ביאר בהרחבה בשערי יושר [ש"ז פ"ח] שכתב דאין אדם יכול לבטל את מה שעושה על ידי שרוצה שלא יחול וכל שעשה מעשה הרי בהכרח יחול המעשה על כל צד. דכמו דלא שייך תנאי פעולת ידים לחפור בור על תנאי וכדומה כ"כ לא שייך תנאי על גירושין וקדושין וכדומה כיון דתנאי אינו חסרון בעיקר מעשה הגירושין [לשון השע"י שם] וביאר דממ"נ אם יש כח במעשה אם כן יחולו הקידושין על כל צד ולא נאמר שאח"כ יתבטלו למפרע, ואם אין בו כח לא יחולו כלל, ואי אפשר שיהיה הדבר תלוי ועומד אלא בכח פרשת תנאים.

שם בתוס' וא"ת וכי' ואר"י דלא אמרינן וכי' אף כאן הדברים צריכים פירוש דלפ"ר נראה כוונתם שהתנה שאם הנזירות מצרכת לעלות לירושלים אינו רוצה להיות נזיר כלל, וזה תימה שאם כן אינו בכלל דין מתנה עמש"כ והוא תנאי טוב וראוי שמתנה שעושה נזירות רק אם הדין הוא כו"כ כיון שאינו יודע הדין. אבל מתפרש כוונתם שהתנאי הוא שרוצה לגלח בבית חוניו ומתנה כך שתחול עליו נזירות כזו שלא יחול חיוב הגילוח בירושלים ומוסיף ואומר שאם אי אפשר שתחול נזירות זו אינו רוצה כלל בנזירות דלא טרח ליה. אבל עיקר תנאו הוא לנזירות דבית חוניו. ועיין בחי' הגרש"ש [כתובות סי' מט] שדן לפרש דברי התוס' בדרך זו, אך הקשה דאם כן מאי טעמיה דרבי שמעון [שם במשנה] שאינו נזיר כלל, ועיי"ש מש"כ בדברי התוס' באופ"א ולא נתברר לן כוונתו.

ובתירוצם יל"ע דאם כן כל מתנה הסובר וטועה יחול תנאו, והמקדש ע"מ שאין לה עליו שאר וכסות מחמת שסובר שרשאי לקדש בלי שאו"כ יחולו קידושיו, והאומר לא יירש בני ובטוח בלבו שכך דין התורה שינחיל האב למי שירצה, וכי יחול תנאו, ועוד דהא גופא קשיא דאם כה"ג חל תנאו אם כן יהיה נזיר גמור בלא חיוב גילוח דומיא דקידושין שחלים בלי שאו"כ אלמלי דין מעמשכ"ב.

ואפשר דכוונתם רק כלפי חלות התנאי לביטול המעשה, דזה ודאי שכל התנאה נגד הדין אינה כלום, אלא שסברתם דלהכי תנאו בטל לר"מ לפי שאינו דומה לב"ג היא קיימת רק באופן שדעתו לעקור הדין, ולפי זה המתנה בקידושין מחמת שסובר שהדין הוא כן יתבטלו קידושיו לגמרי לרבי מאיר.

⁶⁹ וכן בתירוצו של ר"ת המובא בתוס' רא"ש ושאר דהתנאי בטל מפני שהיו כמפליג בדברים, ואינו מובן דאטו האומר לא יירש בני מפליג הוא בדברים, אך כוונתו כנ"ל דהתנאי לא חל וממילא כשמתנה תנאי שיודע בבירור שאי אפשר שיחול באופן שרוצה אם כן למה מקדשה כלל ולכן מסתברא שמתכוין ורוצה לקדש ומפליגה דברים. ובקוב"ש הקשה מהגמ' בגטין דמבואר דמתנה עמש"כ בתורה וענין מפליג בדברים תרי מילי נינהו, ולהנ"ל לק"מ ואין מפליג דהתם שייך לדהכא כלל והסברא התם דמ"ד התם דמפליגה בדברים היינו משום שסתם אדם אינו מתנה ע"מ שתאכל בשר חזיר ובודאי שהפלטת דברים יש כאן ולא נתכוין לכלום. וזה אינו שייך כאן כלל.

שם בתוס' וא"ת כיון וכו' לא יוכל אדם למחול וכו' קושיתם תמוה מאוד שהרי עיקר דין מחילה לא קשיא להו כי התורה אמרה שהלווה חייב לשלם ובכחו של המלוה למחול, ומה איכפת לך שמחל לו על ידי תנאי, וצ"ע.

ועיין בחי' הרע"א שהקשה דכיון שקוצץ שיעשה עמו תמורת מחילת המלוה אם כן הוי כקציצה שהעשיה עמו תהיה כתשלום החוב ואין כאן מתנה עמשכ"ב.

שם בתוס' אבל קשה דלענין נזיקין וכו' מלשונם נראה שכאן לא הקשו בדוקא על ידי תנאי, ותימה שלעיל לענין מחילת מלוה הקשו בדוקא באופן של תנאי והכא הקשו אף בלא תנאי, וראיתם מקרה כסותי לכאורה הוי מחילה בלא תנאי אך אפשר דחשיב להו כתנאי כי נתחייב הנזיק למחילה מראש קודם שקרע זה כסותו ונתחייב לו וכל שאינו מוחל ברצונו לאחר חלות החיוב דמיא לתנאי, וצ"ע.

שם בתוס' וא"ת א"כ היכי מדמה וכו' גירושין לחצאין וכו' באמת עיקר סוגית הגמ' שם אינו מובן שהרי אינו עוקר חלות הדין בשום צורה אלא שאומר שאם תאכל בשר חזיר ותעבור על דין התורה יחולו גירושיה ואיה כאן מתנה עמשכ"ב, וצ"ע. ויש להסתפק באופן שהתנאי בא ברצונו לקיים דבר תורה כגון שרוצה למנעה מאכילת איסור ומתנה עליה ואומר שאם תעבור על איסור ותאכל בשר חזיר מגרשה אם גם בזה הוי מתנה עמשכ"ב. או דילמא נידון הגמ' באופן שהיא שואלת הגט והוא אכזרי מליתן לה א"כ תעבור על דבר תורה, וצ"ע.

שם בתוס' היינו טעמא דאין יכול לומר פלוני יירש וכו' לכאורה מתפרשים דבריהם שכאן בסוגיין אינו מדין מתנה עמשכ"ב כלל אלא שאין לאדם כח להעמיד יורש על נכסיו [בפלוני במקום שיש בן] וכן לבטל מבנו דין ירושה [באומר לא יירש בני⁷⁰] וקשה שכתבו התוס' שתי' הגמ' לרווחא דמילתא והרי כל קושית הגמ' אין לה מקום כי אינו דומה לדבר שבממון ואינו מדין מתנה עמשכ"ב, וכן לשון המשנה שהתנה עמשכ"ב לפי זה אין לו מובן, וצ"ע. ויותר נראה לפרש דקושית התוס' מסוגיין היתה על דבריהם לעיל דבממון דוקא לחצאין אי אפשר, ולזה הוקשה להו דאמירת פלוני יירש או לא יירש בני אינה נידונה כחלות לחצאין, ותירוצם הוא לבאר דהכא אינו נידון כדבר שבממון אבל לא נתברר לך דרך להבין סברתם בזה, גם לשון התוס' משמע שאינו יכול לעשותו יורש כלל ואם כן אין בזה צורך לדין מתנה עמשכ"ב, וצ"ע.

בדברי הרמב"ן בסוגיין ואע"ג דלא דמי לתנאי בני גר כיון שהתנה בפירוש וכו' ברורה כוונת הרמב"ן לשלול בזה את תירוצם של התוס' בכתובות דהכא לא הוי תנאי דלא דמיא לתנאי דב"ג וב"ר. ודחאם הרמב"ן דמ"מ כיון שהתנה בפירוש א"א שיחול. והדברים צ"ב שהרי התוס' הקדימו לפרש דבריהם דבלא דין תנאי דב"ג שום תנאי אינו יכול לבטל המעשה, ואם כן מה איכפת לך שהתנה בפירוש, ואם נאמר שחולק הרמב"ן על סברת התוס' זה קשה דאם כן אמאי בעי ר"מ כלל דומיא דבני גר, ובכל מקום שהתנה בפירוש נאמר שיתבטל המעשה אם לא יתקיים תנאו, וצ"ע.

שם ואיכא מאן דתריץ תי' זה מובא גם בתוס' רא"ש בכתובות ובשא"ר כאן. ועיקר כוונת התירוצ' הוא שהתנאי היה שהיא תמחל ולא שתחול המחילה, ולכן גם אם בפועל לא הועילה מחילתה לא בטלו הקידושין כי קיימה תנאה. והוסיף הרמב"ן וביאר דאף דאם מחלה בתר הכי מדעתה נולשון 'בתר הכי' הוא מפני שלא היה התנאי כאן שתמחול לאחר הקידושין אלא בקבלתה את הקידושין בשתיקה יש הסכמה ומחילה מעיקרא לפי תנאון מהני מחילתה אבל לא כאשר נעשית מכח התנאי. וצ"ב דממ"נ אם מחילתה מחילה מאי איכפת לך שמחלה מחמת התנאי, והיה אפשר לומר שהתנאי המחייב את המחילה אינו תנאי כי אינו יכול

⁷⁰ התוס' העמידו קושיתם על המשנה לקמן דיירש פלוני אך בהכרח כוונתם להקשות גם ממתני' דידן שהרי נתקשו בתי' הגמ' בסוגיין שהוא על המשנה דידן.

להטיל תנאי המכריחה למחול ועוקר בזה הדין, ודמיא קצת לע"מ שתאכלי בשר חזיר, אבל מדברי הרמב"ן מבואר שעיקר הדין הוא שהמחילה אינה מחילה וזה דבר הצריך ביאור, וצ"ע. **ובברכ"ש בב"מ** [שם] נראה מדבריו שהבין החילוק דמחילה בשעת הקידושין לא מהניד זה הוי הפקעה של השא"כ אבל אם מחלה אחר שחל החיוב זה שפיר דמי. **אבל משמעות לשון הרמב"ן אינו כן** דלפי דבריו אין החילוק בין מחילה מדעתה למחילה מכח התנאי אלא בין מחילה בשעת הקידושין למחילה שאחריה ועיין.

שם וניחא ליה לר"ת עיין בחי' הר"ן ועיין במש"נ לעיל בתחילת דברי התוס'.

שם ברמב"ן ולי נראה וכו' בא תירוצו של הרמב"ן כספר החתום דסו"ס כיון שהתנה שאם יחול חיוב שאו"כ יתבטלו הקידושין מה בכך שחלו מעיקרא סו"ס כשחל החיוב נעקר קיום התנאי ויתבטלו הקידושין למפרע, וצ"ע.

ויעויין ברשב"א בקידושין [דף כג ע"א] שנתקשה שם במקנה לעבד ע"מ שאין לרבו רשות בו דלא מהני חזוכה בו הרב. **והקשה הרשב"א** דכיון שכפל תנאו - דהא לר"מ קיימין דבעי תנאי כפול - אם כן היאך חלה ההקנאה. **ותירץ הרשב"א וז"ל** וי"מ שהטעם בזה מפני שמתנה על מה שכתוב בתורה שתנאו בטל לפי שכל תנאי שעוקר את המעשה אינו תנאי, לפי שמשעה שאמר לאשה הרי את מקודשת לי או לעבד הרי מתנה זו נתונה לך חל המעשה שהרי ראוי הוא לחול ולהתקיים שלא יהא לרבו רשות בו ושלא תהא לאשה שאר כסות ועונה על בעלה ואלו אינן מבטלין מתנאי המתנה ולא כלום, אלא דדבר תורה שאין אישות בלא שאר כסות ועונה ואין יד לעבד בלא רבו וכיון שחל המעשה לא חל לחצאין, אבל שאר תנאים דעלמא דמי שהתנו עליו מבטל תנאו מדעתו בטל המעשה בביטולו של תנאי לפי שהיה כח לתנאי להתקיים בקיומו של מעשה וכיון שלא נתקיים התנאי נתבטל המעשה ואינן דומין לזה שמשעה שחל המעשה בטל התנאי. **עכ"ל. וברור הדבר** שתירוצו של הרשב"א הוא תירוצו של הרמב"ן בסוגיין. ונראה מדבריו שעיקר החילוק הוא אם שכנגדו מבטל התנאי מדעתו או שהתורה גזרה את הדין דדוקא במקום שהלה מבטל התנאי בטלו הקידושין אבל במקום שמצדה נתקיים התנאי אלא שהתורה אמרה שיחול החיוב לא נחשב הדבר כאילו לא נתקיים התנאי. **אבל הדברים צ"ב בתרתי: חדא** במש"כ הרמב"ן והרשב"א בתחילת דבריהם דכל תנאי שעוקר המעשה אינו תנאי ולהאמור לעיל לא זהו הטעם. **ועוד** דסברא זו שכל שחל החיוב על ידי התורה לא הוי ביטול התנאי אינו מובן דאטו כל תנאי מוכרח שיהיה תלוי בדעת העושים והרי יכול להתנות על מנת שירדו גשמים שאין הדבר תלוי לא בדעתו ולא בדעת האשה, וצ"ע.

בגמ' אמר רב יוסף וכו' דלמא בוכרא דאימא וכו' ראה ברשב"ם שפירש דמספיקא אין הבכור נוטל פי שנים ואפילו אם תפס מפקינן מיניה משום דכתיב יכי יכירנו לאחרים. **בפשוטו** כוונת הרשב"ם דהוא מיעוט בדין יכיר דבאופן שאין עדותו ברורה אין כאן אפילו ספק דכל הגדה שאינה מבררת לא קרינא בה יכיר, וכן נקטו בפשיטות בדעת הרשב"ם הקוב"ש [אות תז] ובחי' האו"ש על הש"ס [לקמן דף קכו ע"א] וע"ע במאירי. **אבל מדברי האו"ז** [סי' צ-צא] משמע שהבין דברי הרשב"ם דלא מהני תפיסה משום דהוי תפיסה לאחר שנולד הספק. ואם נפרש דברי הרשב"ם על הדרך הראשונה אם כן אדרבה מוכח מכאן דבספק בכור בעלמא מועילה תפיסה, וראה עוד להלן.

בגמ' מוחזקני בזה שהוא בכור יש לדון בעדות זו שהיה האב מכנהו בוכרא סיכלא דהכא לא שייך כלל דין יכיר שהוא לא נתכין כלל להעיד ולהכירו לאחרים אלא שנתברר מדבריו שהוא בכור. ובפשוטו יש לפרש דהוי כמו שהוחזק לן שהוא אביו ודמיא לבנה כרוך אחריה שעל ידי זה הוי בחזקת שהוא בנה. וכן מדוקדק בלשון הגמ' 'מוחזקני בזה שהוא בכור' **ועיין ברשב"א** שכתב כן להדיא, מיהו גרסת הרשב"א בגמ' 'דהו

קרו ליה' ומשמע שלא אביו בלבד החזיקו בבכור אלא אף אחרים היו קורים אותו כן. וכן מבואר מדברי הרא"ש בתשובה [כלל פט סי' ו עיי"ש בדברי השואל והרא"ש]

אך יעויין בריטב"א שכתב דשמעין מהכא דכל שקראו אביו בכור במסיח לפי תומו הרי זה בכור, ומשמע דאינו מדין הוחזק אלא מצד נאמנות דמסל"ת, וצל"ע. ויעויין במה שיתבאר בזה לקמן בסוגיא דיכיר שמדברי הראשונים נראה דכל אב מסיח לפי תומו בדין יכיר הוא לגמרי ועיי"ש עוד בזה.

ויל"ע בדין הספק שכאן לא פירש הרשב"ם כלום ובודאי סתימת הדברים משמע דגם כאן לא תועיל תפיסה ואם אינו מדין יכיר אם כן למה לא תועיל תפיסה מספק, ואפשר דאף בהוחזק הוא כן שספק חזקה אינו כלום לפי שלא הוחזק לן כלל מספק.

ברשב"ם ד"ה דכל בוכרא דאימא וכו' ולא משום שטותו אינו מובן מדוע הוצרך לזה הרשב"ם, ולמה לא פירש בפשיטות שקראו כן מחמת שטותו, ומפני שהוא בכור לאמו נופל עליו תואר בכור. וכן הוא להדיא בגמ' לעיל דדלמא בוכרא דאימיה קאמר. ואולי גירסתו הכרחתו לפרש כן כי לגירסא דידן בגמ' 'דכל בוכרא דאמא נמי וכו' באמת משמע כן כמש"כ אך גרסת הרשב"ם 'דכל בוכרא דאמא וכו' בלא תיבת נמי ומשמע דכל בכור לאמו נקרא בכור שוטה. ועיין בתורת חיים שעמד בזה אלא שנתקשה כן בגוף דברי הגמ' וביאר דתואר בכור שוטה אינו נופל על בכור מהאם אלא על בכור מהאב שהוא חשוב משאר אחיו ובוזה יש יותר גנאי בשטותו.

בגמ' אמר רב אמי טומטום שנקרע וכו' לכאורה תרי דיני פתיכי בה, דאלמלי הקרא הממעטו היה דינו של הטומטום קודם שנקרע שהוא ספק בכור ואחר שנקרע שהוא ודאי בכור, ואתא קרא וממעט דכיון שאינו בן קודם שנקרע אינו בכור, ואף אחר שנקרע אינו נוטל כי בעינן שיהיה בן משעת לידה.

וכן להלן דאינו ממעט בחלק בכורה והרי אף שם יש לדון שימעט מספק מיד כשנולד וגם אחר שנקרע ובתורת ודאי. וצ"ל דתרתני קמ"ל קרא דמי שאינו בן בשעת לידה אינו ממעט, ואף שאח"כ נעשה בן ודאי מ"מ אינו ממעט דבעינן שיהיה בן משעת לידה.

דף קבו ע"א

בגמ' אמר אביי אף אינו ממעט דנו רבותינו באופן שיש רק בכור וטמטום היאך תתחלק הירושה. ובפשוטו נראה דכה"ג יקבל הבכור חצי בתורת בכור [כי ביחס לחלק בכורה רק חלק פשיטותו שלו ממעט] והשאר יחלקו הבכור והטומטום. וכך כתב הג"ר דוד אופנהיים [בתשובתו המובאת בשו"ת שבות יעקב ח"ג סי' קעד]

ואולם יעויין ביד רמ"ה שכתב דכה"ג מקבל הבכור שני שליש והטומטום שליש. וביאר הרמ"ה דכאן אין הטומטום ממעט בחלק בכורה שהרי אם לא היה כאן הטמטום לא היה כאן לא חלק בכורה ולא חלק פשיטות אלא הבכור היה מקבל לבדו הכל נמצא שאין הטומטום ממעט כלום.

ועיין בדבר אברהם [ח"א סי' כז] שנסתפק שם במקום שיש בן אחד לאביו והוא בכור האם חל בירושתו דין בכורה ונוטל חלק כפשיטות וחלק בבכורה או דבמקום דליכא אחים ליכא דין בכורה כלל. וכתב דמסברא נראה דאין פרשת בכורה כלל אלא במקום אחים ליתן לו פי שנים ככ"א מהם אבל בדליכא לא. וי"ו והביא לזה ראיה מדברי הרמ"ה דידן כי אלמלי היינו אומרים שהבכור כשהוא לבדו מקבל חלק בכורה וחלק פשיטות נמצא שהטומטום ממעט בחלק בכורה כשהוא נוטל שליש והיה ראוי שיהיה הדין חצי בחלק

⁷¹ אך עיין ברשב"ם לעיל דף קכה ע"ב סוד"ה א"ר פפא שמשמע דאף בדליכא אחים יש לו דין בכורה. ועיין בשיעור הגרש"ר כאן שדן בדברי הרשב"ם באורך.

בכורה והשאר חולקים וכנ"ל. [ובאמת שאין צורך להוכיח מהחשבון כי הדברים מפורשים ברמ"ה להדיא שאם יש בכור לבדו אין חלק בכורה כלל]

ורן בזה הרב"א מסוגיין והביא בזה משו"ת שבות יעקב שדן בזה וכתב כמה צדדים בדין בכור וטומטום, **וכתב הרב"א** שאם נאמר שהבכור לבדו יש לו דין בכורה נמצא שנוטל כשאין לו אחים מחצה בדין בכור ומחצה בדין פשוט, ואם כן כשנולד לו אח טומטום בדין הוא שיטול הבכור מחצה בחלק בכורתו ועוד רביע בחלק פשיטותו והפשוט הטומטום יטול רביע. **והביא מדברי הרמ"ה בסוגיין** שכתב דהבכור נוטל שני שליש והטומטום שליש **וביאר הרב"א** דמדברי הרמ"ה מוכח דבדליכא אחים אין כלל דין בכורה ולכן בהכרח יטול הטומטום שליש והבכור שני שליש כי אם תאמר אינו ממעט כנגד מי יטול הבכור חלק בכורתו. **ויל"ע בדברי הרמ"ה** דסו"ס עתה שיש גם טומטום הרי חל כאן דין בכורה מכח הטומטום וכעת למה ימעט הטומטום חלק בכורה ולא נאמר שיטול הבכור כנגד חלק פשיטותו שלו. ומדברי הרמ"ה נראה שגדר אינו ממעט הוא שמחשבים החשבון כאילו לא נולד הטומטום לכל פרטי הדין, וצ"ע. **וע"ע בשו"ת שבות יעקב** [שם] שכתב כדברי הרמ"ה ומטעם אחר.

והאחרונים דנו לדקדק מדברי הרשב"ם שאף הוא סובר כהרמ"ה מדלא נקט לפרש הגמ' בציור זה של בכור וטומטום אלא פירש בגוונא דתלתא אחי, ודחו הראיה כי אין הדקדוק מוכרח כלל, כי נקט הציור הפשוט. **וקושיא נוספת הובאה באחרונים** כלפי הא דס"ד בגמ' לעיל [בדף קכב] דבכור נוטל פי שנים בנכסים כנגד כולם היינו שחלק בכורה לעולם הוא מחצית הנכסים אם כן אייתר לן קרא דוילדו כי אין אף בן ממעט מחלק בכורה, ועיין בדב"א ובשיעורי הגרש"ר בזה.

ובעיקר חשבון הרשב"ם [בגוונא דג' אחים] שהבכור נוטל ה' מנים מבואר מזה שבחלק הבכורה של הבכור אין הטומטום ממעט אבל כלפי חלק הפשיטות של הבכור הטומטום ממעט ולא נאמר שיטול הבכור שש מאות כאילו אין כאן טומטום כלל. **ועיין ברמ"ה שהקשה** דהרי כתיב פי שנים ואם אין הטומטום ממעט נאמר שיטול פי שנים כפשוטו כאילו אין כאן טומטום, וביאר דאין הדבר כן שהרי חלק הפשיטות של הבכור אינו כחלק בכורה ידידה וכמו דנחשב כפשוט לענין שנוטל בראוי בחלק זה אף הטומטום ימעט ירושתו, עיי"ש באורך. **ומצינו שיטה מחודשת בזה** היא ומובאת בספר שיטת הקדמונים לב"ב בפ' רבינו ברוך מארץ יוון שפי' באופן אחד דלא כהרשב"ם והרמ"ה אלא שהבכור נוטל פי שנים כאילו אין כאן טומטום ומקבל ו' מנים.

בגמ' דדרש רבא וכו' שתי נשים וכו' ראה ברשב"ם שפירש דמיירי בשתי נשים של אדם אחד. **ועיין ברש"ש** דה"ה באשה אחת שילדה תאומים ונתערבו. וצ"ב מדוע א"כ נקטה הגמ' שתי נשים, ויש שכתבו דבאשה אחת כל שנולד לה ולד אחד חשיב כהווכר כי היא יודעת שזה הבכור, ואך בשתי נשים שכל אחת מהן אינה יודעת אם קדמה לחברתה חשיב כלא הווכר. [ולדעת הרש"ש צ"ל דבעינן הכרה לעולם⁷²] **אבל הר"י מיגאש פירש** דמיירי בשתי נשים של שני אנשים וכ"א מהולדות הוא ספק בן לכ"א מהם וגם ספק בכור לו. וכתב דאף למסקנא דדוקא בהווכרו ולבסוף נתערבו כותבים כ"ז הוא גבי חלק בכורה, אבל בלא הווכרו כותבים הרשאה זל"ז על חלק פשיטות אבל לא על חלק בכורה. **וכן פירש רש"י בבכורות** [דף מז ע"ב] דמיירי

⁷² ויש להסתפק בשיעור ההכרה הנצרכת ובשלשה אופנים יש לדון בזה, דאם הוכר לאדם שאינו נאמן להעיד ודאי מסתברא דלא חשיב הכרה, ואם הוכר למי שנאמן להעיד כגון אמו כל שבעה [קידושין עג ע"א] אפשר דהוי הוכר כיון שנאמנת להעיד, וה"ה לשני עדים, ובהכירו אביו עדיף טפי שאפשר שעיקר דין הכרה הוא באב. ולהלן בפנים יסופק בנתערבו ולבסוף הווכרו, ואם נאמר דבעינן הכרה משעת לידה וכמשמעות לשון הרשב"ם ודאי סגי במי שנאמן להעיד דאל"כ אין לך מי שהוכר בשעת לידה אם לא נולד בבית דין.

בשתי נשים משני אנשים.⁷³ ובגוונא דא דשני אנשים כ"א מהם הוא ודאי בכור ואינו ידוע מי אביו ומ"מ חשיב כספק בכור דכלפי כל אב הוא ספק בכור.⁷⁴

שם בגמ' כותבין הרשאה זה לזה וכו' עיין בנתיה"מ [סי' קעח סק"ט] שתמה דהרי יש כאן ממ"נ בכור ונמצא ששאר הפשוטים אינם זכאים בחלק בכורה כלל בכל צד, ומדוע צריכים הם הרשאה כדי לקבל השאר הרי אין הממון של הפשוט ולא ירש אותו מעולם. ומזה הוכיח הנתיה"מ חידוש בגדר ירושת הבכור והוא שהמתנה של הבכור היא מהאחים היינו שהאחים הפשוטים יורשים הכל והם צריכים ליתן מתנה לבכור, ואשר ע"כ בספק בכור הרי הוא בא להוציא מידם ירושתם שלהם וכשיש שנים שהם ספק בכור ידחו הפשוטים לכ"א מהם.⁷⁵

ובשיעורי הגרש"ר להלן [בדף קל אות ק] הקשה דלפי דברי הנתיה"מ יוצא דבספק פשוט נכגון שתי נשים של שני אנשים שנתערבו ובאים הספיקות ליטול בנכסים של האבות עם האחים] אין צריך הרשאה אלא יחלקו שני הספיקות בחלק הפשוט שלהם. וקשה מדברי הר"י מיגאש בסוגיין שכתב להדיא דגם בפשוט בעינן הרשאה.

⁷³ ועיי"ש בדברי רש"י וצ"ע. וע"ע במהרי"ט אלגאזי שם.

⁷⁴ ולהאמור לעיל יש לדון דבשתי נשים של שני אנשים נמי כל אחת מהן יודעת כשילדה שולד זה שילדה הוא של בעלה, וצ"ל כמש"נ לעיל דבעינן שידע מי שנאמן להעיד על כך, ולפי זה י"ל דהר"י מיגאש שפירש בשני אנשים לא אבה לפרש באשה אחת כי אם נאמר שבעינן הכרה של ראוי להעיד אם כן תקשי מדוע נקטה הגמ' שתי נשים ולא אשה אחת שילדה תאומים ומזה הוכח לו דמייירי בשני אנשים וקמ"ל חידוש דאף בבכור שהוא ספק למאן חשיב כספק בכור.

⁷⁵ ודברי הנתיבות הם חידוש גדול בדין ירושת הבכור, והעולם מביאים עוד ראיה לזה מדברי התוס' לעיל בדף יב ע"ב ד"ה כגון שהקשו אהא דבעינן קרא שהבכור נוטל את שני חלקיו אחד מצרא ולא נימא דתיפוק לה מצד מדת סדום, ותירצו דכיון דמתנה קריא רחמנא אין לכופף את הנותן אלמא האחים כנותנים הם חשובים כי אם האב נתן לו חלקו ועתה בא הוא לחלוק עמהם למה לא יכפס מדין מ"ס לקבל חלקיו בשוה. וכן יש לדון להוכיח מדברי הנמו"י במתני' דלקמן דהמחלק נכסיו על פיו שכתב דמקמצין האחים מחלקם ונותנים לבכור ובגוונא דא אין הבכור מקבל חלקו על מיצר אחד עיי"ש ודוק.

אך קשה מדברי הרשב"ם לעיל [קכד ע"א] שפירש דמה מתנה עד דמטיא לידיה דנותן וכו' ומפורש להדיא שם דהנותן הוא האב, וכן פירשו רבינו יונה והריטב"א שם. גם שיטת הרשב"ם לעיל דבכור יש לו קודם חלוקה ויכול למכור חלקו קודם חלוקה אבל הפשוט לכו"ע אין לו קודם חלוקה ואינו יכול למכור. ואם הבכור מקבל מהפשוטים אם כן היאך נאמר דיש לו לבכור אם אין לו לפשוט, גם לא יתכן שיוכל הבכור למכור מה שהנותן לו לא יכול למכור. ואף שכל הראשונים השיגוהו שם אף לא אחד מהם השיגו מטעם זה. גם צ"ב דאם הוא מתנה מהאחים כיצד היה האב יכול לומר פלוני בני בכור לא יירש פי שנים אלמלי דין מתנה עמש"כ בתורה, וכיצד היתה מועלת הנחלה לפשוט בחלק בכורה אלמלי קרא דלא יוכל לבכר, הרי אין האב נותן לבכור כלל אלא הפשוטים.

עוד קשה מההיא דלקמן [דף קנט] דמכח אבוב דאבא קא אתינא ובמקום אב קאימנא דמייירי כשמת הבכור ובניו יורשים מהסב שלא דרך משמוש, ולדברי הנתיבות נצטרך לומר שהאחים נותנים מתנה לבני אחיהם הבכור שמת, וצ"ב דאם כן אינו ענין למכח אבוב דאבא, וגם פלוגתא דרבוואתא היא אם כלפי שאר קרובים עומד הבן במקום אביו או רק כלפי אבי האב, ודעת הראב"ד וספה"ת דרק נכד עומד במקום אבי אביו ואם כן לא שייך בזה כלל לומר שבן הבכור יורש בעצמו חלק הבכורה מאחי אביו.

[גם עיקר סברת הנתיבות אינה מבוררת כי אם הדברים כפשוטם נמצא שאין החלק בכורה שלו בתורת ירושה כלל אלא בתורת מתנה ויחזור לכו"ע ביובל, וגם תשתעבד המתנה לבעלי חובות של האחים, ויש לדון בזה ואכמ"ל, וצ"ע]

וביאר הגרש"ר בשני אופנים: א) דכיון שכל הנכסים הם בתפוסת הבית צריכים הספיקות הרשאה להוציא מתפוח"ב. ב) ועוד על דרך הנתיבות דדוקא בבכור ומשום דהבכור זוכה בשעת חלוקה ואפילו למ"ד דיש לו קודם חלוקה אינו אלא בגדר זכות וכמש"כ הרמ"ה בסוגיא לעיל בזה.

והדרך הראשונה אינה מובנת כלל דסו"ס גם הפשוט לא יוכל ליטול מתפוח"ב יותר ממה שמגיע לו ואם חלקו בודאי אינו יותר ממנה אחד לא יוכל להוציא יותר, וכשירצה הפשוט לחלוק מה ימנע מהספיקות ליטול חלק בכורה, והדרך השניה שניה היא במחלוקת ראשונים שם, וגם לדעת הרשב"ם כח הפשוט בירושה הוא עוד פחות מכחו של הכור ולכו"ע אין לפשוט קודם חלוקה, גם היא נסתרת מדברי הר"י מיגאש שכתב דגם בספק פשוט בעינן להרשאה, וצ"ע.

ועיין בקוב"ש [באות שצח] שביאר דהאומר בכור אני הוי כמי שטוען שהוא אח דטענתו שיש כאן כח ירושה נוסף כאילו הוא שני אחים ועליו להביא ראיה, ואינו מוכן התשובה בזה לטענת הנתיבות דסו"ס ודאי יש כאן עוד אחד והספק הוא מיהו אח זה. **ויש לדון** בשתי נשים של שני אנשים שילדו במחבוא בנים פשוטים דגם בזה קשה מדוע בעינן הרשאה הרי ודאי דלאחד מהם יש חלק בירושה, אך בזה יש לדון דכל יורש יש לו סיבה לרשת הכל ואם כן כל אחד מהם לא יוכל להוציא משאר אחים וה"ה בבכור וכדברי הקוב"ש ודוק.

שם בגמ' הוכרו ולבסוף נתערבו ראה ברשב"ם שפירש דמסתברא לדרוש הפסוק למעט רק מה שמסתבר למעוטי זה כשלא היה הספק ידוע שעה אחת אבל אם הוכר שעה אחת וכבר היה בכור לא ממעטינן. **ועיין ברבינו גרשום** שפירש דבהוכרו תחילה הוי בכור משום דכתיב יכיר והרי הוכר מתחילה. ומשמע מדבריו דבלא הוכר מתמעט מקרא דיכיר.⁷⁶

ויש להסתפק לו יצוייר נתערבו מתחילה בשעת לידתם ולבסוף הוכרו אם נאמר דכיון שמתחילה בעת לידתו לא הוכר אינו בכור יותר או דגם הכרה לאחר מכן מועילה. **ולכאורה ראייה מדין יכיר** דמיירי כאשר הוי ספק [לרבנן] ונאמן האב להכיר את בנו אף שקודם עדות האב לא הוכר לן, **אך יש לדחות בתרתי:** **חדא** דסגי במה שהוכר לאב עצמו. **ועוד** דאם האב נאמן והוא לפנינו אף שלא העיד עדיין כהוכר לן דמי וגלויי מילתא בעלמא הוא מה שמעיד בפועל.

ולקמן בגמ' היו מוחזקין וכו' כותבין הרשאה וכו' ומבואר בגמ' דכיון שעדות האב היא נגד האיתחזק שהיה לנו שאחר הוא בכור ומספקא לן אי הלכתא כר"י או כרבנן הוי ספק וכותבין הרשאה. **ועיין בחידושי האו"ש על הש"ס כאן** שהקשה דהא הוי נתערבו מתחילה שמתחילת לידתם הדבר בספק ולא תועיל הרשאה.⁷⁷ **והיה פשוט לו להאו"ש** דספיקא דדינא לדין אף הוא הוי חסרון בהכרת הבכור. **ויש לדון בזה** דכיון שהאב יודע האמת וכלפיו יש הכרה אף שאינו נאמן לדין הוי כהוכר. נולעיל כתבנו לדון דאף בהוכר לאמו הוי הוכר עיי"ש]

ועיין בקוב"ש [אות תז] שעמד אף הוא בקושיא זו וכתב דמיירי כגון שהוכרו מתחילה. והדברים מסתברים דהך הוחזקו היינו שזמן רב היה ידוע שפלוגי הוא הבכור וכשטען האב שהאחר הוא הבכור הרי ודאי

⁷⁶ וראה כזאת לקמן בדף קמב ע"ב דממעטינן בכור שנולד לאחר מיתת אביו מקרא דיכיר, וברשב"ם שם דבנולד בחיי אביו אף אם לא הכירו הוי כראוי לבילה שאין בילה מעכבת בו.

⁷⁷ יש להתבונן בקושיא, דכשהוחזקו בראובן שהוא הבכור ואמר האב ששמעון הוא הבכור, הנה להצד דראובן הוא הבכור ודאי הוכר כבר שהרי הוחזק כן כל השנים ורק להצד דשמעון הבכור הוי כלא הוכר, וקושיית האו"ש במקומה ניצבת דראובן לבדו אינו יכול לתבוע שהוא ספק בכור והרשאת שמעון לא תועיל לו דשמעון להצד דהוא הבכור אינו זכאי בחלק בכורה כי לא הוכר מעולם, ופשוט.

כוונתו שהיה ידוע בזמנו שהוא הבכור ואח"כ החזיקו האחר בטעות והיו הוכרו ולבסוף נתערבו, ומסתמא כך הוא שבתחילה כשנולד ידעו הכל מיהו הבכור ואח"כ נתערבו.

אבל יעויין בר"י מיגאש שכתב בתו"ד דכותבין הרשאה משום דדמי להוכרו ולבסוף נתערבו, וממש"כ דדמי וכו' משמע דלא דמיירי כה"ג אלא כל ספק כי האי דמי להוכרו וצ"ע.

בגמ' היו מוחזקים וכו' **ראה ברשב"ם שפירש** שהיו מוחזקים בקול בעלמא אבל לא בעדים, כי אם יעידו העדים על האחד שהוא בכור לא יהיה האב נאמן לומר על האחר. **ויעויין ברמב"ן ברשב"א ושא"ר שהקשו** שהרי שנינו בקידושין [דף ע"ב] שלדעת רבי יהודה נאמן אדם לומר זה בני ממזר, וכן **בגמ' לקמן** [קכח ע"ב] דנאמן אדם לומר על תינוק בין הבנים שהוא בכור, והיינו שהאחים הגדולים הם ממזרים ולא נולדו מן האב, ואם כן גם כשיש עדים שהוא הגדול אבל האב נאמן לומר שהקטן הוא הבכור והגדול ממזר.

ועיין ברשב"א שכתב דיש לקיים פי' רשב"ם היא שנולדו תאומים והעדים מעידים על האחד שהוא הגדול דבזה אין האב נאמן שהרי אין לתלות בממזרות והאב מכחיש העדים אלא רק כשהחזק בקול בעלמא.

ויעויין במל"מ [פ"ב מנחלות הי"ד] שהביא שנחלקו בזה אחרונים, והדעת המהרשד"ם ופני משה היא דאינו נאמן להכחיש עדים, **אבל המהר"י בן לב** [בח"א סו"ס סד] כתב דלהנך ראשונים נאמן גם להכחיש עדים וביאר המהריב"ל שהראשונים נקטו הציור הנ"ל לרבותא שנאמן גם לפסול הראשון אבל כששניהם בניו ואינו פוסל כ"ש דנאמן ואף להכחיש עדים]

אבל פשטות דברי הראשונים שאין כאן צד שהאב נאמן להכחיש עדים, וטעמם לחלוק על הרשב"ם הוא שהעדים אינם יודעים ממי נולד הבן אלא יודעים סדר שנתייהם ולכן האב נאמן כי פוסל בדבריו את הגדול לומר שאינו ממנו ואינו מכחיש בזה את העדים, אבל כשמכחיש עדים לגמרי בפשוטו ודאי אינו נאמן, וכן **מבואר להדיא בדברי הרשב"א הנ"ל** דבתאומים ודאי אינו נאמן להכחיש עדים.⁷⁸ **ועיין במאירי** שכתב כן להדיא דתלינן שכוונתו דבנו הגדול הוא ממזר.⁷⁹

ובדעת הרשב"ם צ"ב מדוע באמת לא פירש בעדים, וראה **ברשב"א הנ"ל** שכתב דאפשר לקיים דברי הרשב"ם בתאומים, אמנם סתימת דברי הרשב"ם משמע דבכל גווני אינו נאמן במקום עדים, ועוד דהא גופא צ"ב לדרך הרשב"א למה העמידה הרשב"ם בקול בעלמא ולא בעדים ובאופן שלא היו תאומים. ואפשר שאף הרשב"א לא נתכוין לבאר דעת הרשב"ם עצמו אלא לקיים דינו.

ויעויין בתוס' רי"ד לקמן [בדף קכח ע"ב] שפירש דאין אדם נאמן לומר על בנו הקטן שהוא בכור ושהגדול ממזר, 'לא האמינתו תורה אלא על בניו ולא על אחרים' והיינו דלדבריו שאינו בנו גם אינו נאמן עליו. **ומתני'** **דקידושין** ביאר התור"י עפ"י רש"י שם דמיירי שאומר דממזר הוא מחייבי כריתות.⁸⁰ **וההיא דלקמן דתינוק בין הבנים** ביאר הרי"ד דמיירי כשאומר שהתינוק גדול בשנים מאחד האחים וקמ"ל דנאמן נגד

⁷⁸ אך עיין ברשב"א להלן בע"ב ד"ה למאי וכו' וכ"ש במקום עדים כי האי וכו' דמשמע שנאמן להכחיש עדים, ויש לפרש דבמקום עדים שנולד קודם הוי חזקה אלימא טובא דמסתמא הוא בנו, וזה כוונתו 'עדים כי האי'.

⁷⁹ **וכתב הרמ"ה** שאף חלק פשיטות אינו נוטל **אבל יעויין במאירי שכתב** דשמא אף חלק פשיטות אינו נוטל. וספיקו של המאירי צ"ב דאם באמת כוונת האב לומר שאינו בנו בודאי לא יטול חלק פשיטות ואם נתכוין לומר שהוא בנו אלא שהשני גדול יותר הרי אינו נאמן כלל ויטול אף חלק בכורה. וראינו מי שביאר בזה דכיון שבלא צירוף העדים להגדת האב אין כאן עדות ברורה שאינו בנו אלא רק כדי שנוכל להאמין לאב תלינן שכוונתו כן אם כן אין הוכחה ברורה שזה ממזר.

⁸⁰ ובתור"י נראה שסבר שאף דעת רש"י כן אך קשה דברש"י בהמשך המשנה שם מוכח דפליגי רבנן ורבי יהודה גם בממזר שאינו בנו עיי"ש, וצ"ע.

החזקה שמסתמא הגדול באברים גדול בשנים נמי. אבל לא באופן שאומר שהראשון ממזר, וכתב שכך פירש הרשב"ם. [אפשר שכוונתו לפי הרשב"ם שם שמשמע כן סתימת דבריו עייש"ה] ולדרך זו מבוארים דברי הרשב"ם דין היטב שכשיש עדים שהשני גדול יותר אינו נאמן בשום צד כי לומר שהוא ממזר מעיקר דדינא אינו נאמן ולהכחיש העדים שזה גדול יותר ג"כ אינו נאמן ולכן אוקמה בחזקת קול בעלמא.

ולמדנו מזה מחלוקת ראשונים יסודית בדין יכיר: אשר לדעת הרמב"ן ושא"ר [וכן ס"ל להתוס' לקמן בע"ב ובקידושין ועוד הרבה ראשונים] האב נאמן לומר על בנו שהוא ממזר ואינו בנו ואין דין יכיר להעיד על בן אלא לברר יחס הבן אל האב. ואילו לדעת התורי"ד [וכן סובר הריא"ז בקידושין וכ"נ דעת הרשב"ם כאן ובדף קכח] אין דין יכיר אלא באב על הבן.

ואפשר ומסתברא שתלוי הדבר בשורש הנאמנות של יכיר, כי מצינו בדברי רבותינו שני מהלכים בשורש הנאמנות של יכיר: דיעויין בתשובת הרא"ש [כלל נב סי' ב] שכתב בזה וז"ל ובשביל שהאמינה תורה לאב אע"פ שהוא קרוב ויחיד, וטעמא שאין להעיד אלא הוא ואין אחר יכול להכירו, ילפינן מינה הוא הדין חיה ואמו. עכ"ל. וכע"ז גם בתוס' רא"ש בקידושין [דף עד ע"א] שכתב דהאב נאמן מפני שהוא רגיל להכיר בבניו יותר מאחר ושלכן ילפינן מיניה אמו וחיה. אבל כמה אחרונים צידדו דנאמנות יכיר יסודה הוא שהתורה נתנה לאב נאמנות על הבן כעין בעלים דכיון שהוא בנו האמינתו תורה עליו לכל דיניו. וכן נראה מבואר מדברי התורי"ד הנ"ל שכתב שאינו נאמן לומר שהוא ממזר כי אם הוא אינו בנו אין הוא נאמן עליו, ואילו להסבר הרא"ש אין סברא כ"כ לחלק בזה דכיון ששורש הנאמנות הוא מחמת ידיעתו נאמן הוא לומר שזה אינו בנו כמו שנאמן לומר שהוא בנו. ודומיא דחיה שאומרת דזה נולד מזו וזה מזו. ונמצא דלרא"ש נאמנות האב היא על מה שאירע בתולדותיו אם נולד או לא נולד ממנו וכיצד נולד, אך לדעת התורי"ד הנאמנות היא נאמנות האב על הבן.

עוד הקשו הראשונים על הרשב"ם שהעמידה בקול דהו קרי ליה וכו' והקשה הרמב"ן שהרי אין אדם נאמן לחזור בו מהכרתו דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד וכיון שהיה רגיל לקרותו בכור לא יהיה נאמן לחזור בו. אמנם ראה לעיל בגמ' שם שהרשב"א גרס בגמ' דהו קרו ליה, ומשמע שם שלא אביו היה מכנהו כן אלא היו אחרים רגילים לכנותו כן ואינו מדין יכיר כלל אלא דהוחזק בכור. ולשון הרשב"ם כאן 'דהו קרי ליה' ומשמע קצת כהרשב"א דלא מיירי בדוקא באביו אלא שהוחזק על ידי אחרים.

דף קבו ע"ב

בגמ' דתניא יכיר יכירנו וכו' וכשם וכו' נחלקו ראשונים מנא ליה לרבי יהודה שנאמן גם לפסול בנו בב"ג וב"ח. ראה ברשב"ם שכתב דסברא הוא דכיון שהאמינה תורה אדם על בכור מה לי בכור מה לי דבר אחר. וראה בתוס' שהקשו דאם נאמן לבכר לא יהיה נאמן לפסול, ומשום דפשיטא להו דלפסול אדם בעינן נאמנות טפי מאשר לבכורה. ואפשר שסובר הרשב"ם שהרי גם לירושה אין סיבה להאמין האב שהוא ע"א ופסול אלא מפרשינן לקרא שהתורה האמינה האב על יחוס בניו ותולדותם, -וראה לעיל שני גדרים בזה- ולכן לא שנא פסול מבכורה.

והתוס' הקשו דתימה הוא דאם נאמן לבכר יהא נאמן לפסול, וסתמו התוס' ולא פירשו קושיתם, ובפשוטו היה נראה דקושיתם דלפסול בעינן נאמנות טפי, אך ראה בתוס' בקידושין [דף עד ע"א ד"ה כשם] ששם מפורשת קושיתם שאם האמינתו תורה לבכור דהוי טוב לולד שעי"ז יטול פי שנים אבל לפסול לא. והדברים צ"ב דאם הוא טוב לולד הוא רע לאחים שמפסידים החלק בכורה, וכ"ש כשהוחזק אחר לבכור שהוא מפסיד לו חלק בכורה ידידה, וצ"ע.

ופירשו התוס' דקרא משמע שהתורה האמינתו על הבכורה בכל ענין גם כשאומר על הקטן שהוא בכור ואם כן ממילא הגדולים ממזרים. ומינה ילפינן שיכול אדם לומר על בנו שהוא ממזר ואינו בנו. **והתוס' רי"ד לקמן** [בדף קכח] הביא כן בשם רבינו יצחק והקשה שהרי אם כן אין הוא בנו והיאך הוא נאמן עליו, **וראה מש"כ לעיל** בביאור מחלוקת הראשונים בענין זה.

אבל קשה בעיקר דבריהם דממ"נ אם מסברא נקטינן שנאמן רק לבכר ולא לפסול אם כן אדרבה כשאומר על בנו הקטן שהוא בכור יהיה נאמן עליו לבדו ולא יהיה נאמן לפסול הגדול, ואמנם יש בזה סתירה כי אם הקטן הבכור ממילא הגדול ממזר אבל נימא פלגינן נאמנות וכלפי הקטן נאמינו ולא כלפי הגדול.⁸¹ **ובקושיא** זו כבר עמד המקנה שם בקידושין [דף עד ע"א],⁸² **וצ"ע.**

ובדין יכיר גופא נראה פשוט דפלגינן כה"ג דלדעת התוס' שנאמן לומר אינו בני ואם כן נמצא שזינתה אשתו ובודאי אינו נאמן לפסלה מן הכהונה בדבריו ובע"כ דפלגינן נאמנות. **וכן יעויין ברמב"ם** [פ"ד מנחות ה"ב] דהיכא שיש לבן הזה בנים אינו נאמן לפסלו כיון שע"ז יפסול בניו אלא נאמן לגבי ירושה בלחוד, וה"נ בעיקר הדין נימא דנאמן לענין ירושה ולא לפסול את בנו, **וצ"ע.**

וכזאת ממש הוא בדין המגו שהרי בגמ' מבואר דלגבי ירושה נאמן במגו שיכול להקנותם ואין צורך לדין יכיר והשתא הרי פשיטא טובא דבמגו אינו נאמן אלא כלפי דין ירושה בלבד ולא לשאר דינים [ואף לגבי פדיון הבן לא יהיה נאמן לחייבו וכן בירושא עצמה מפלגינן בין נכסים שיש אצלו לנכסים שבאו לו לאחר מכאן]⁸³

ואפשר שכוונת התוס' דכיון שהפסוק אינו מחלק משמע דנאמן להכירו לכל דינים שבתורה לרבות פסולי הגוף, ומה שהוצרכו לפרש דקרא בכל ענין מיירי כי אם היה הפסוק מדבר באופן שמעיד על סדר תולדותם בלחוד לא היה מכאן מקור שנאמן לפסול כי כה"ג נאמן להכירו כיון שהנ"מ רק לענין בכורה, אבל כיון דקרא מיירי בכל גווני וכתב יכיר אלמא נאמן להכירו לכל דבר, ונאמן גם לפסול את אחיו שהוא חלק מעדות הכרה ידידה, וזה דחוק בלשון התוס' והראשונים.

ותירוצ' נוסף כתבו בשם רבינו אליהו דקרא דיכיר מיירי להדיא גם אממזרות באופן דשנואה בנישואיה וכו'. **ויל"ע בשורש מחלוקתם** ומדוע מיאן רבינו אליהו בתירוצם הראשון של התוס'. **ויעויין בחי' הרע"א לקמן** [דף קלד ע"א] שנקט שם דפלוגתייהו היא ביסוד דין יכיר, דלהתוס' נאמן לומר שזה בכור וזה אינו בנו וכדו'.

⁸¹ וקושיא זו נראה שאין לשאלה באופן שנאמר שיהיה נאמן כלפי בנו זה לקבוע שהוא בכור ולא כלפי האחים כלל דאם כן אינו נאמן להפקיע דין בכורה מהמוחזק לן הקודם בבכורה והיאך נדון כה"ג שכ"א מהם יש לו דין בכור. אבל הקושיא היא שיהיה נאמן כלפי כל הבנים לומר מי מהם בנו ומי מהם בכור לענין ירושה ידידה ולא לענין לפסול. וכמו דלחצד שנאמן במגו שיכול ליתן הנכסים נאמן על הנכסים ולא על פסול ידידהו.

⁸² וכתב דהכא אליבא דרבי יהודה איירינן ורבי יהודה לא ס"ל פלגינן דיבורא [ניבמות כד סוע"א] אלא שתירוצ' זה אינו פשוט כלל, [ואין כאן המקום להאריך בזה ונפרש הדברים בקצרה] חזא דפשוט דברי הראשונים ביבמות נראה שרבי יהודה אינו חולק על כלל דפלגינן אלא סובר דאדם משים עצמו רשע, ועוד דהכא בדין לאו פלגינן דיבורא הוא אלא פלגינן נאמנות וכתבו אחרונים דפלגינן נאמנות אינו תלוי כלל בפלוגתא דפלגינן דיבורא. ועוד דבמקום שיש עד שכח נאמנותו מוגבל לענין מסויים מלכתחילה אפשר שאין צורך בזה לשום דין פלגינן אלא דלכתחילה נאמן לגבי זהו לא לגבי זה וכמו עד המעיד שנתנבלה בהמה שנאמן לאסור הבשר ואינו נאמן לחייב השוחט ממון ופשיטא דלא נחלק בזה רבי יהודה ולא נחלק בזה אדם מעולם. והרי משנה מפורשת היא דע"א באשה נאמן להתירה ואינו נאמן להוריד היורשים לנחלה. [ואמנם הגר"א בקובץ הערות פירשה משום פלגינן נאמנות, ולהנ"ל אפשר שאין בזה צורך] **גם עיקר התירוצ' אינו מובן** דסו"ס אנן קיי"ל דפלגינן דיבורא ואם כן לדידן אין מקור לנאמנות אדם לפסול בנו בממזר

⁸³ וכבר הקשה הרע"א לקמן בדף קלד אמ"ד דלא פלגינן בחד גופא ממגו דידן דפלגינן בחד גופא כלפי הנכסים.

וכשהאמינתו תורה האמינתו לכל מילי, ואילו לרבינו אליהו הוא נאמן רק כלפי מה שהאמינתו תורה ותו לא.

והרע"א שם נסתפק באומר בני זה ממזר דקיי"ל דנאמן להתירו בממזרת אם גם נאמן להתירו בקרוביו שלו [של האב] כיון שנאמן שאינו בנו אם כן יהיה מותר בבת האב וכדו'. **וכתב הרע"א לתלות זאת בפלוגתא דידן דלהתוס'** התורה האמינתו לכל דבר בעדותו שזה בנו או אינו בנו ואילו לרבינו אליהו י"ל דלא האמינתו תורה אלא לבכורה ולכשרות ופסלות של הבן עצמו 'ולא ילפינן מיני' לשאר דברים לפטור אשתו מחליצה וכדומה, ואפשר גם לא להתירו לקרוביו, דזה אינו בשורש איכותו דהבן, דהתורה לא האמינתו רק בכשרותו ופסלותו דהבן. וכו' **וכפה"נ** שהבין הרע"א דזה שורש מחלוקתם דלהתוס' מדנאמן לומר על הקטן שהוא בנו באמת מוכח שנאמן גם לפסול ולא נימא בזה פלגין, אבל לרבינו אליהו מה"ט גופא אין ראיה דשמא נאמן רק לגבי בכורה, ולכן גם למסקנא דנתחדש בקרא דבן השנואה שנאמן לפסול מ"מ אין לך אלא מה שהאמינתו תורה דהיינו לפסול הבן או לבכרו אבל לא לגבי דינים אחרים.

ועוד כתב שם הרע"א דמסתברא לדעת רבינו אליהו כשיטת התוס' רי"ד שאין אדם נאמן לומר זה אינו בני וממזר ולא האמינתו תורה אלא לומר על בנו שלו שהוא ממזר וכגון שנואה בנישואיה.

בשיטת הבה"ג התוס' הביאו דברי הבה"ג שפסק כרבי יהודה דנאמן האב רק באופן של הכרת בכורה לפסול בנו האחר בממזר. **וסברת הבה"ג לחלק בזה צ"ב** דכיון דבמקום דליכא הכרת בכורה לא נאמן האב אלמא אין נאמנותו אלא להכיר הבכור, וכיון שכן קשה דנימא דאף במקום שיש הכרת בכורה יהיה נאמן על זה ולא על זה ונימא פלגין נאמנות, וי"ל.

ומדברי התוס' משמע שלא נתכוין הבה"ג לפרש שיטת רבי יהודה עצמו אלא דפסק הלכה כרבי יהודה דוקא במקום הכרת בכורה. **ועיין בחי' רע"א** [במועתק מתשובה] שנתקשה בשיטת הבה"ג דממ"נ אם אנו סוברים לילפותא דרבי יהודה מדין יכיר אם כן אף במקום דליכא הכרה ואם לאו נפסוק כרבנן ומהיכן בא המקור לחלק ולפסוק כרבי יהודה לחצאין. **וביאר הרע"א** שהבה"ג סובר כרבינו אליהו דיליף לה רבי יהודה מקרא דשנואה בנישואיה, אך יש גם מקור לזה שנאמן בדרך הכרה מדסתם קרא והאמינו לומר על הקטן שהוא בכור, אלא דמקור זה מלמדנו שנאמן רק בדרך הכרת בכורה [ודלא כסברת התוס' בריש דבריהם] ואנן פסקינן כרבנן דלא דרשי לקרא דשנואה בנישואיה, אך סבירא לן כרבי יהודה דקרא מיירי גם כשאומר על הקטן שהוא בכור.

ויעיין ברא"ש שמתחילה סבר דטעמו של הבה"ג הוא בדעת רבי יהודה עצמו שסובר כן דרך הכרת בכורה נאמן, והקשה על זה מהגמ' ביבמות וכן מהא דאיתא בקידושין דאפילו שניהם מודים על העובר שבמעיה וכו' דאלמא אף במקום דליכא הכרת בכורה סובר רבי יהודה דנאמן, וחזר ופירש דברי הבה"ג כהתוס' עייש"ה **ועיין היטב בכ"ד הרע"א הנ"ל** מש"כ לבאר בדברי הרא"ש.

שם בגמ' וחכמים אומרים וכו' נחלקו רבותינו הראשונים בביאור מחלוקתם של רבי יהודה ורבנן. **מדברי הרשב"ם בסוגיין מבואר** דפליגי ר"י וחכמים במקום שהוחזק על האחד שהוא בכור אם האב נאמן. **ויל"ע** **אי פליגי עוד** באומר בני זה בן גרושה וב"ח, דבודאי במקום שהוחזק שאינו ב"ג אינו נאמן בזה דלא יהיה עדיף מהכרת בכור עצמה, אבל הספק במקום שלא הוחזק וכגון שיש שני בנים שנתערבו ואחד מהם נולד

מהגררשה האם הוא נאמן להכירו ולומר זה ב"ג הוא. ובפשוטו אין סיבה לומר דפליגי בזה רבנן אך יש לדון בזה לכל הדרכים דלעיל במקור טעמם של רבנן אם פליגי רבנן גם בזה לדרכם.⁸⁴

ולהלן בגמ' פריך לרבנן יכיר למה לי וכו' ומבואר בגמ' דלרבי יהודה נחא, ונחלקו בזה ראשונים, הרשב"ם פירש דלרבי יהודה נחא דאינו נאמן במגו כשהחזקו באחר שהוא בכור דהוי מגו במק"ע כיון שמעיד נגד החזקה. **ויעויין בקצה"ח** [ס"י רעט סק"א] שהקשה מדברי הר"ן בקידושין שכתב דמגו דבידו נאמן אף נגד חזקה ואם כן אף לרבי יהודה נאמן מטעם מגו. **ולכן ביאר הקצות באופן אחר** דלרבי יהודה בעינן לקרא לומר שנאמן לפסלו אך לרבנן אינו נאמן לפסלו, **וכתב הקצות** דלרבנן אף במקום דליכא חזקה אינו נאמן לפסלו, והוכיח כן מהגמ' בקידושין דאיתא התם במשנה דלחכמים אינו נאמן על העובר שבמעיהי ועיי"ש בגמ' דקמ"ל מתני' דאף שעובר אין לו חזקת כשרות מ"מ מהימן לרבנן. **הרי דברי הקצות מפורשים** דלרבנן ליכא כלל נאמנות לפסול. **וכבר נמצא פירושו של הקצות בגמ' בקדמונים כי כך פירש הרמ"ה כאן** כדרך הקצות דלרבי יהודה בעינן קרא לומר שנאמן לפסלו. הנה למדנו מדברי הרמ"ה והקצות להדיא דלרבנן ליכא היכי תמצוי בעולם שיהיה נאמן לפסלו, ופליגי בעיקר הדין.

אך לדעת הרשב"ם אין הכרח לכ"ז ואפשר שאדרבה זהו טעמו של הרשב"ם שפירש דלרבי יהודה אינו נאמן במגו נגד חזקה, ולא פירש כהרמ"ה והקצות, ומשום דס"ל דאף לרבנן בעינן קרא לפסול ומ"מ פריך הגמ' יכיר למה לי כי היה נראה דוחק לחכמי הגמ' להעמיד הפסוק באם אינו ענין, כי הפסוק להדיא מיירי בדין בכורה כי את הבכור וגו' יכיר לתת לו פי שנים'. ולפי זה יתכן דלרשב"ם לא פליגי בזה רבנן ואף לדידהו האב נאמן לפסול במקום שאין חזקה דכשרות.⁸⁵

ושיטה מחודשת בזה מצינו ברש"י בקידושין [דף עח ע"ב ד"ה אינו נאמן, והוא ע"ד חכמים בברייתא האומרים דאינו נאמן] שכתב שם וז"ל 'אינו נאמן. אפסולא קיימי אבל לענין בכור לא פליגי' **ומשמע מזה** דמחלוקתם של רבי יהודה ורבנן היא בעיקר הנאמנות לעניני פסול, ודברי רש"י מוקשים שהרי מפורש בסוגיין דלרבנן אף בבכור אינו נאמן אלא בצריך הכירא בלחוד, וצ"ע. **ויעויין בתוס' רא"ש בקידושין שם** שביאר שיטת רש"י וכתב שם וז"ל 'וחכ"א אינו נאמן. פירש"י אפסולא קיימי אבל לענין בכור לא פליגי, והא דפריך תלמודא אלא לרבנן יכיר למה לי משום דמשמע ליה דלר' יהודה לא איצטריך קרא לענין בכורה כדמפרש בתר הכי אילו בעי למיתב ליה מתנה מי לא יהיב ליה, ועיקר קרא לר' יהודה לפסולא אצטריך הלכך פריך לרבנן יכיר למה לי. **עכ"ל. ודבריו צ"ב** שהרי פריך הגמ' לרבנן יכיר למה לי ומשני בצריך הכירא הרי משמע להדיא דס"ד דלרבנן ליכא כלל דין יכיר אף בבכור, וקמ"ל דעכ"פ איכא דין יכיר בצריך הכירא. **ויעויין בתוס' רא"ש בקידושין לעיל שם** [בדף עד ע"א] שהקשה בעצמו כן על רש"י, **ועוד הקשה שם** מהגמ' לקמן [דף קכז ע"א] דהאומר על תינוק בין הבנים שהוא בכור נאמן לרבי יהודה ולא לרבנן הרי להדיא דפליגי לענין בכורה נגד חזקה, והניח התוס'

⁸⁴ לדעת הרשב"ם הוא פשוט דהסברא דמה לי בכור וכו' שייכת גם לרבנן, וכן לדעת התוס' דנאמן לומר על הקטן שהוא בכור והגדול אינו בנו, ולרבנן הרי כה"ג לעולם הוי נגד חזקתו של הגדול שהוא בנו, אך משכח"ל באופן שידוע לן שהאחד בנו והאחר אינו בנו והוא מכיר הבכור, אלא דמקור הדין לתוס' הוא משום דבכל ענין דיבר הכתבו ולרבנן ודאי לא בכל ענין דיבר הכתוב ומהיכי תיתי שדיבר הכתוב באוקימתא כזו. ולדעת רבינו אליהו נמי מסתברא דרבנן לא דרשי כלל יכיר אבן שנואה דאם כן הרי מוכח דנאמן במקום חזקה.

⁸⁵ ואמנם הקצות הקשה מהגמ' בקידושין דמבואר דגם בעובר אינו נאמן אף דלית ליה חזקה דכשרות, אך אפשר שכוונת הגמ' דבעובר ליכא חזקה גמורה אבל יש לדון בעובר דחזקת האם תהני לעובר כדמבואר בסוגיא בכתובות דף יג עיי"ש גבי ראיה מעוברת וראה ברש"י שם בע"א דלעובר לית ליה חזקה דכשרות ומ"מ איכא למ"ד דהמכשיר בה מכשיר בבתה ופירושו התוס' משום דחזקת האם מהני לבת, ואכמ"ל בזה.

רא"ש שם בקושיא דעת רש"י.⁸⁶ ועוד קשה טובא בעיקר מהלך הגמ' בסוגיין כי נסתפקה הגמ' בהיו מוחזקים באחד שהוא בכור וכו' ואמר להם שמואל שבאנו בזה למחלוקת רבי יהודה וחכמים. ולדעת רש"י מה שייך ספיקם למחלוקת רבי יהודה וחכמים, ומוכח להדיא דפליגי חכמים וסברי דגם לענין בכור אינו נאמן במקום חזקה, וצע"ג.

ולכשתמצי לומר שלש דרכים יש בהבנת מחלוקת רבי יהודה ורבנן: (א) דפליגי אם נאמן נגד חזקה בלחוד ואין להם מחלוקת כלל אם נאמן לפסול, ואפשר שזו שיטת הרשב"ם. (ב) דפליגי בתרתי. דלרבי יהודה נאמן נגד חזקה וגם נאמן לפסול ולרבנן אינו נאמן נגד חזקה בבכורה וגם אינו נאמן לפסול. וזו שיטת הרמ"ה והקצוה"ח. (ג) דפליגי רק אם נאמן לפסול אבל גבי בכורה לא פליגי במקום חזקה וכפה"נ שזו שיטת רש"י בקידושין [להסבר התוס' רא"ש בדף עח]

רשב"ם ד"ה נאמן לומר וכו' לאחר שגרשתיה וכו' או שנשא וכו' משמע מדברי הרשב"ם דנאמן רק באופן כזה שאינו פוסל את האשה בדבורו כגון שמעיד שהחזיר את גרושתו [ולא משמע שמספר שגירשה אלא שהחזיר את אשתו שידוע לן שנתגרשה ממנו] או שנשא גרושה. אבל אם יאמר בני פלוני ב"ג הוא כי אשתי היא גרושה משכבר הימים אין זה בכלל נאמנות דיכיר. וצ"ב מאי שנא. ויש לדון בזה דבדין יכיר אינו נאמן לפסול את האם וכיון שפסול הבן באומר על אשתו שהיא גרושה הוא בתולדה מפסול האשה לכן אינו נאמן, אבל כשמעיד שהחזיר את גרושתו או נשא גרושה אע"פ שפוסלה בתורת חללה אבל אין פסול הבן בתולדה מפסול דידה ואפשר למעבד פלגינן, והוא נאמן על הבן ולא על האם

ויעויין ברמ"ה כאן [בדף קכו סוע"ב ד"ה והיכא] שכתב דהאב הנאמן לומר על בנו שהוא ממזר או עבד [לא כשאומר שאינו בנו אלא בגוונא שאומר שנולד מפסולה] אין זה אלא כשאין ידוע מי האם אבל אם אמו ידועה אינו נאמן לפסלה ולומר דממזרת או שפחה היא. והובאו דברי הרמ"ה בטור [בסי' רעט] וזה מתאים היטב עם הנלמד לעיל מדברי הרשב"ם גבי בן גרושה שאף כאן הדברים צ"ב דאף שאינו נאמן לפסלה נימא פלגינן נאמנות ויהיה נאמן כלפי הולד שאמו ממזרת או שפחה [סי' רע"א סקי"ב] ולכאורה צ"ל כנ"ל.

אבל יעויין בסמ"ע שם [סי' רעט סקי"ב] שכתב בטעם הדין וז"ל ועל זה לא האמינתו תורה לשוייה לאימיה שהיא בחזקת כשרות לממזרת כמו שאינו נאמן לשוייה שפחה, ואי אפשר לפוסלו אלא כשאומר זה שאשתי ילדתו אינו בני שלא נתעברה ממני וממילא הוא ממזר, ואעפ"י שאמו זאת בחזקת כשרות מכל מקום כיון שהאמינתו התורה בבנו היא נעשה חסודה ממילא עכ"ל. ותמה עליו הקצוה"ח דאם נוקט הסמ"ע שמכח דין יכיר נאמן האב גם לגבי פסול האם כיון שהוא תוצאה מהדין יכיר אם כן גם כשפוסל הבן על ידי שאומר שאמו ממזרת יהיה נאמן כמו"כ.

ואפשר שיש ללמוד מדברי הסמ"ע יסוד גדול דכל זה איננו בכלל דין יכיר כלל שדין יכיר נאמן כאשר שורש הפסול הוא בלידת הבן ובביאה שגרמה לה דכשאומר האב בן זה נולד לי מפסולה או שאומר שנולד

⁸⁶ ונראה שבדבריו בדף עח בא ליישב קושיא זו ולזה ביאר דלכתחילה קושיית הגמ' היתה מכח המגו אך אינו מובן דאם כן מה תירוץ יש בדבר לומר דלרבנן בעינן קרא בצריך הכירא אם כל קושיית הגמ' היתה מכח המגו דלבסוף, וצ"ל דאין כאן קושיא ותירוץ אלא דרך מו"מ קאמר הגמ' דלרבנן יכיר למה לי ואם בצריך הכירא ולא לענין פסול הרי אית ליה מגו, וזה דוחק בלשון הגמ' וצ"ע. ואפשר דלהס"ד פליגי בצריך הכירא, וכד משני דיש נכסים שאין מועיל עליהם המגו הדרינן לפשטא דברייתא דפליגי אם נאמן על דברים אחרים וכשם שנאמן וכו' או לאו.

ובקושיית התוס' רא"ש מהגמ' לקמן גבי תינוק בין הבנים י"ל דכיון דעיי"ז משוי הגדול לממזר אינו נאמן כלל אף לירושא לרבנן דכיון שאינו נאמן לפסול לא פלגינן דיבורא ובטלה נאמנותו לגמרי.

מביאת פסול נאמן אבל כשאומר שהאם פסולה אין פסול הבן שייך כלל למעשה האב אלא ליחוס הבן לאמו ועיקר הנידון הוא על האם ובזה אין לאב נאמנות כלל, שלא נאמר דין יכיר אלא כאשר מברר מאורעות הבן, כגון שנולד מאשה פסולה או שנולד מביאה הפוסלת או שלא נולד ממנו וכיו"ב אבל כאשר יחוס הבן ומאורעותיו ידועים והוא בא לפסול הבן על ידי שמעיד על אמו מה היא ליכא בזה דין יכיר.

בגמ' ולרבנן וכו' בטעם הדבר מדוע קשיא רק לרבנן ולא לרבי יהודה נחלקו ראשונים כמש"נ לעיל דלהרשב"ם הוא מפני שמגו אינו מועיל נגד חזקה, ולהרמ"ה מפני שנ"מ לענין נאמנות לפסול, וראה לעיל מש"כ בזה.

שם בגמ' רבותינו האחרונים נתקשו בדברי הגמ' דלכאורה כמה נ"מ יש אם נאמן מטעם יכיר או מטעם מגו:
(א) יעויין בנתיה"מ [סי' ס סק"ז] **שהקשה** דיש נ"מ לענין חזרה דאם נאמן מדי יכיר אינו יכול לחזור בו כדמבואר בהמשך הסוגיא דהנאמן בדין יכיר אינו יכול לחזור בו ופירשו הראשונים הטעם משום דכל שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד. ואילו בדין מגו יהיה נאמן לחזור בו, **ומזה הוכיח הנתיבות** שגם אם נאמנות מטעם מגו בלחוד אינו יכול לחזור בו דהמגו הוי כעדים ומכחיש חזרתו. **וקשה** שהרי גם בחזרתו אית ליה מגו וכגון שאומר כעת על אחר שהוא בכור הרי יכול כעת להקנות לאותו אחר את כל הנכסים.

וכן עמד בקושיא זו הקוב"ש כאן להלן [באות תיז] עיי"ש שהביא דברי הרשב"א בסוגיין גבי האומר זה בני וחזר ואמר עבדי שאינו נאמן, וביאר שם הרשב"א דאף כשיש לו מגו אינו נאמן להכחיש אמירתו הראשונה שנאמן בה בדין יכיר, **והקשה הקוב"ש** דאם כן נ"מ בין יכיר למגו, ומשום דהיה לו פשוט דבמגו נאמן להכחיש מגו הראשון ידידה, **ותירץ הקוב"ש להיפך מדברי הנתיה"מ**, והוא דגם ביכיר נאמן להכחיש אח"כ במגו ומה דמבואר ברשב"א דאינו נאמן זה אליבא דרבי יהודה אבל להרבנן אין כח יכיר אלים להכחיש חזקה וה"ה דאינו נאמן להכחיש המגו ולכן במגו נאמן לחזור בו מדין יכיר.

והנה הנתיה"מ והקוב"ש נקטו לפשוט דאם נאמן בדין מגו לא שייך בזה כלל דין חוזר ומגיד שלא נשנה אלא במי שנאמן מגזיה"כ ולא בנאמן מסברא. ואולם יעויין ברמב"ן במלחמות בקידושין [דף סד ע"ב] שכתב שם שהנאמן במגו אינו יכול לחזור בו וז"ל הרמב"ן שלא מצינו בתלמוד נאמן ויכול לחזור בו, אלא כל שנאמן כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד. עכ"ל. **ולכאורה מבואר מדבריו** דגם בנאמנות מגו שייך כיון שהגיד. [ואמנם הרמב"ן שם מיירי באופן שבאמירתו השניה לית ליה מגו ואפשר לדון ולומר דכשיש לו מגו הוי זה כנאמנות חדשה ואינו שייך בדין כיון שהגיד וצ"ע] **ולפי זה לק"מ** דכיון שגם במגו אינו יכול לחזור בו אין תו נ"מ בזה בין מגו ליכיר.

ואולם מדברי רש"י והבעה"מ שם בסוגיא מבואר להיפך שרשאי אדם לחזור בו ממה שאמר במגו ואף כשאין לו מגו באמירתו השנית נאמן [ועל דבריהם אלו נסובה שם תמיהת הרמב"ן דלא מצינו בתורה נאמן וחוזר בו וכו'] ולדבריהם עדיין קשה דנ"מ לחזרה, וצ"ל כדרך הנתיבות או הקוב"ש, וצ"ע.

(ב) עיין במנ"ח [מצוה מב אות יג] שנתקשה דנ"מ בזה לדין עבד עברי שפסק הרמב"ם שאין האדון יכול למכרו והרי ירושה שייך ביה דעבד עברי עובד את הבן ואם כן נ"מ בדין יכיר לירושת ע"ע. **ועיי"ש שכתב** דכיון דחזינן שאינו עובד את הבת ולא את שאר יורשים אינו דין ירושה דעלמא אלא גזיה"כ בדיני ע"ע ולכן לא שייך בזה דין יכיר ודן שם עוד אם הבכור נוטל בו פי שנים ואם שייך הנחלה בע"ע עיי"ש.

