הועתק והוכנס לאינטרנט
www.hebrewbooks.org
ע"י חיים תשע"א

הערות וציונים

על מסכת

בבא בתרא

פרק חזקת הבתים

נכתב בס״ד ע״י א. אוסטרן

הוצאה שניה
תשס״ז
בני־ברק

הכתובת:

הרב סורוצקין 4, בני־ברק
טל. 03-6197124

כמו"כ ניתן להשיג:

רח' שמואל הנביא בלוק 4
ירושלים
טל. 02-5828515

רח' נתיבות המשפט 87
קרית־ספר
טל. 08-9744711

במושב תפרח
טל. 08-9924520

דברים אחרים

אודה ה׳ בפי ובתוך רבים אהללנו על אשר זיכני להפיץ דברי תורה ברבים.

רוב הדברים שנתבארו בחיבור זה נאמרו ברבים בישיבת שערי תורה בבני־ברק בראשות ראש הישיבה הגאון ר׳ חיים ישראל שפירא שליט״א. יתן ה׳ שיזכה להרחיב גבולו בתלמידים הגונים להגדיל תורה ולהאדירה.

התודה והברכה להרה״ג ר׳ יהודה גולדשטיין שליט״א ולהרה״ג ר׳ ישראל נפתלי קרויס שליט״א שע״י השתדלותם יוצא ספר זה לאור.

לע"נ

האשה הצדקנית

מרת **צפורה רוזנברג** ע"ה

בת יבלח"ט מו"ח מרן הגאון

רבי **שמריהו יוסף נסים קרליץ** שליט"א

אשר בנתה ביתה בחכמה ובהצנע לכת

וזכתה לזכות את הרבים בעניני חינוך וצניעות

נלב"ע י"ז אדר תשנ"ח

ת.נ.צ.ב.ה.

לע"נ

ר' **אלקנה** בן **שמואל** זצ"ל

נלב"ע כ' כסלו תשכ"ח

מרת **חייענא** בת ר' **אריה הכהן** ע"ה

נלב"ע ט"ז תמוז תש"ל

ר' **יחזקאל שרגא** בן **משה** ז"ל הי"ד

נלב"ע ט"ז אלול תש"ד

מרת **גיטל** בת הרב **נתן** ע"ה הי"ד

נלב"ע ד' סיון תש"ד

דוד בן **יחזקאל שרגא** ז"ל הי"ד

נלב"ע כ"ה אייר תש"ח

ת.נ.צ.ב.ה.

התודה והברכה

לנדיב היקר והדגול הרב **נתן שמואל כהנא** שליט"א
מארה"ב
על השתתפותו בהוצאת הספר

לע"נ

אביו הרב **ישראל אריה** בן ר' **שמואל כהנא** ע"ה
נלב"ע כ"א כסלו תשל"ח

זקנו הרב **שמואל** בן ר' **יהודה כהנא** ע"ה
נלב"ע כ"ד תמוז תרפ"ז

זקנתו מרת **רחל לאה** הי"ד בת ר' **מרדכי גרינבערג** ע"ה
נהרגה עקה"ש באושוויץ ערב חג השבועות תרצ"ז

זקנו הרב **נתן** בן ר' **שמעון ווערנער** ע"ה
נלב"ע י"ד שבט תרצ"ז

זקנתו מרת **מירל** בת ר' **שמואל קוגעל** ע"ה
נלב"ע כ"ד מר חשון תשי"ב

ת.נ.צ.ב.ה.

הערות וציונים

בבא בתרא

חזקת הבתים

דף כח.

חזקת הבתים ג׳ שנים. צריך להבין מאי שנא קרקע ממטלטלין שחזקתן לאלתר ואף שיש לתובע עדים שהוא מרא קמא אינו מוציא מהתופס שתפס שלא בפנינו דאמרינן חזקה מה שתחת יד אדם שלו. וחזקה זו היא מכח הסברא של אחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן ואם לא ראינו שחטף תולים שבודאי לא הגיע לידו ע״י מעשה גניבה אלא ע״י מכירה, ולמה לא נימא הכי בקרקע. והיה אפשר לומר דאה״נ גם בקרקע יש חזקה זו אלא שכנגד זה יש ריעותא דאחוי שטרך משא״כ במטלטלין דלאו בני שטרא נינהו סומכים על החזקה דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן. אך אי אפשר לומר כן דמבואר לקמן לו. דעבד קטן שאינו יכול ללכת ולא הוי כגודרות אית ליה חזקה לאלתר דחזקה אימא לא מנשיא ברא. והקשה הקצה״ח בס׳ קל״ה סק״ב דנגד חזקה זו איכא ריעותא דאחוי שטרך. ותי׳ דחזקה זו דאימא לא מנשיא ברא חזקה אלימתא ומהני כנגד ריעותא דאחוי שטרך כמו שמבואר בדף לה: דאי דלי ליה צנא דפירי אית ליה חזקה לאלתר אף שהוא נגד ריעותא דאחוי שטרך. ודברי הקצות צ״ב דחזקה דאימא לא מנשיא ברא רק מסלק חשש שמא אימיה עיילתיה להתם והיה דינו כגודרות אבל אכתי יתכן שגנבו. ועכצ״ל דסמכינן על חזקה דאחזוקי אינשי בגנבי וגם חזקה זו מהני אפילו במקום ריעותא דאחוי שטרך. א״כ מבואר שבמטלטלין סמכינן על חזקה שמה שתח״י שלו אפילו כנגד ריעותא דאחוי שטרך וא״כ שוב צ״ב אמאי בקרקע לא סמכינן על חזקה זו.

ויש לבאר בב׳ אופנים. **א.** סברא זו דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן לא מהני בתורת ראיה לחוד אלא בצירוף המוחזקות שמחזיק במטלטלין ובזה גרע קרקע ממטלטלין דמטלטלין מחזיק בידו ממש משא״כ בקרקע שאינו מחזיק ממש לא סמכינן על סברת אחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן להוציא מחזקת המ״ק. **ב.** אפילו נימא דהמוחזקות בקרקע שוה למטלטלין מ״מ י״ל דהסברא של אחזוקי בגנבי לא מחזקינן הוא יותר אלים במטלטלין מבקרקע דבמטלטלין אם לא נמכר לו צריך לעשות מעשה גניבה ממש כדי להגיע למטלטלין משא״כ בקרקע שלא צריך מעשה גניבה גמור אלא נכנס וישב. ודמי במקצת לגודרות שאין להם חזקה. וב׳ סברות אלו מבוארים בדברי ר׳ יונה לקמן כח: על דברי הגמ׳

אלא מעתה חזקה שאין עמה טענה תהוי חזקה דמבאר ר' יונה הא דבקרקעות בעינן טענה ובמטלטלין לא בעינן טענה דחזקת מטלטלין עדיף מחזקת קרקעות וז"ל והא דלא אמרינן הכי במטלטלין אלא הרי הם בחזקת התופס בהם ואע"פ שאין עם התפיסה טענה התם לפי שכבר יצאו מרשות הראשון שהרי הוא תופס בהם ועוד דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן כיון שאינם עשוים להשאיל ולהשכיר ודאי מיד הראשון באו לידו עכ"ל הרי שבתחילה כתב שמטלטלין עדיפי מקרקע מפני שתפיסתו עדיפא דתופס ממש משא"כ קרקע. ואח"כ כתב דהסברא של אחזוקי בגנבי לא מחזקינן הוא יותר אלים במטלטלין מבקרקע. אך ר' יונה כתב כן לבאר מה שבקרקע בעינן טענה ובמטלטלין לא בעינן טענה. ואפשר לבאר בזה גם את עיקר הדבר דקרקע בעי ג' שנים ומטלטלין חזקתן לאלתר. [ויתכן שסברות אלו הם סברות מצד עצמם שלא מהני המוחזקות בקרקע להוציא ממ"ק א"נ י"ל שכ"ז בצירוף ריעותא דאחוי שטרך ובחזקת מטלטלין שאלים לא מהני ריעותא דאחוי שטרך לקלקל חזקתו אבל בקרקע שלא אלים כח המוחזקות כנ"ל מהני ריעותא דאחוי שטרך לקלקל חזקתן].

כסברתו השניה של ר' יונה מבואר בחי' הריטב"א על הא דמנין לחזקה שהוא ג' שנים ומבאר הריטב"א דשאלת הגמ' ממ"נ אי חזקת קרקעות הוי כמטלטלין יהיה חזקתו לאלתר ואי לא דמי למטלטלין לא יהיה לו חזקה לעולם. וכשמבאר הצד שלא דמי למטלטלין כתב שהוא דבר שאדם יכול להכנס לתוכו דהיינו דדמי לגודרות ואין בזה כ"כ החזקה דאחזוקי בגנבי לא מחזקינן.

נ"מ מב' סברות אלו יהיה במי שירד לשדה חברו ולקט פירות וטוען שקנה אותם אם יהיה לו חזקה כחזקת מטלטלין או לא שאם החילוק בין קרקע למטלטלין הוא משום דמטלטלין תופס בידו ה"נ תופס בידו. ואם החסרון בקרקע הוא דאינו מחוסר מעשה גניבה ודמי קצת לגודרות ה"נ לקיטת פירות לא יהיה חזקתו לאלתר. וע' לקמן לג: דבכה"ג נאמן משום דלא חציף והקשו שם התוס' למה צריך לסברא שלא חציף ת"ל דהוי ככל מטלטלין דחזקתו לאלתר ותי' דמיירי שהניח הפירות ברה"ר [ומוכח דס"ל דאחזוקי בגנבי לא מחזינן אינו סברא בפנ"ע אלא בצירוף שהוא מוחזק בממון]. וזה על דרך תירוצו הראשון של ר' יונה אבל לתירוצו השני לכאו' לא קשיא קושית התוס' דלקיטת פירות שאני מכל מטלטלין כיון שיכול להגיע לזה בלי מעשה גזילה גמור. וראיתי שהאבן האזל כתב כן בפ"ט מטו"נ ה"ו ד"ה וראיתי שהקשה על מה דמוכח מעבד קטן שבחזקת מטלטלין לא מגרע ריעותא דאחוי שטרך דהקשו בדף לג: על הא דנאמן בלקיטת פירות משום דלא חציף א"ה ארעא נמי ארעא אמרינן אחוי שטרך א"ה פירי נמי שטרא לפירי לא עבדי אינשי. משמע שאם היו כותבים שטר לפירות היה גם בפירות ריעותא דאחוי שטרך וקשה דמוכח בעבד קטן דבמטלטלין לא מתחשבים בריעותא דאחוי שטרך. [למה שכתבו התוס' דמיירי במניחם ברה"ר לא קשיא וכן ראיתי שכתב הקו"ש באות ק"ס והאבה"א לא קאי בשיטת התוס']. וכתב דלקיטת פירות גרע מכל חזקת מטלטלין דאינו צריך מעשה גניבה גמור כדי להגיע לפירות ודמי קצת לגודרות ושפיר מהני בזה ריעותא דאחוי שטרך. וזה על דרך תירוצו השני של ר' יונה.

נמצא ב' סברות בהא דגרע חזקת קרקעות מחזקת מטלטלין. ושתי הסברות מבוארים בר' יונה. הריטב"א כתב כסברא השניה ובתוס' בדף לג. מוכח כסברא הראשונה. ונ"מ מזה לביאור הסוגיא בדף לג:

מדברי הרשב"א והריטב"א משמע דס"ל דמה שאין חזקת קרקעות לאלתר הוא משום שעושים פירות תדיר. דהקשו למה צריך להגיע בעבדים לטעם שצריך ג' שנים להא דעושה פירות תדיר ת"ל דכל גודרות חזקתן רק לאחר ג' שנים ותירצו דגודרות חזקתן לאחר שנה או שנתיים בזמן שהדרך להקפיד ועבדים גרע משאר גודרות מפני שעושה פירות תדיר. ומבואר דלולא שעבד

עושה פירות תדיר היה חזקתו לאחר שנה ככל גודרות ובגלל שעושה פירות תדיר בעי ג׳ שנים ואינו מובן דעושה פירות תדיר הוא רק סברא שלא סגי באכילה אחת בשנה השלישית אלא בעינן שיאכל עד גמר השנה אבל עבדים שדינם כגודרות שיש להם חזקה בשנה אחת למה נגרע דינו מפני שעושה פירות תדיר. והוי להו למימר דעבד גרע מפני שכותבין עליו שטר ואיכא ריעותא דאחוי שטרך. ואע״ג דגודרות לאחר הזמן שהדרך להקפיד חוזר להיות כחזקת מטלטלין ובמטלטלין נתבאר דלא מהני ריעותא דאחוי שטרך א״כ למה עבדים אחרי הזמן שדרכו להקפיד לית ליה חזקה עד ג׳ שנים. אך ז״א דרק בעבד קטן שיש סברת אחזוקי אנשי בגנבי לא מחזיקינן אלים חזקתו ומהני נגד ריעותא דאחוי שטרך אבל בעבד גדול גם אחר הזמן שהדרך להקפיד אינו אלא כשאר גודרות דאיכא חזקה כשהדרך להקפיד מ״מ אין זה אלים ככל חזקת מטלטלין ומהני רק במקום שלא כותבין שטר אבל בעבד אין חזקתו אלא אחר ג׳ שנים משום ריעותא דאחוי שטרך. אך מה דמבואר ברשב״א והריטב״א הטעם משום עושין פירות תדיר לכאורה אינו מובן.

בית השלחין והעבדים. מדנקט עבדים בהדי קרקעות משמע דהוי חד דינא אך תלוי במחלוקת הראשונים. דלקמן לו. פריך על הא דחזקת עבדים ג׳ שנים מהא דגודרות אין להם חזקה ומשני לאלתר אין להם חזקה אבל לאחר ג׳ שנים אית להו חזקה. וג׳ דרכים נאמרו בזה בראשונים. א. שיטת הרשב״ם שם דכל גודרות אית להו חזקה אחר ג׳ שנים ודינם כדין העבדים. ב. שיטת הרמב״ם לדעת ה״ה בפ״י מטו״נ ה״ד דגודרות אין להם חזקה לעולם ורק עבדים יש להם חזקה לאחר ג׳ שנים. ג. שיטת הרשב״א כאן דגודרות אית להו חזקה כשמגיע זמן שדרכו להקפיד דהיינו שנה או שנתיים ועבדים אית להו חזקה אחר ג׳ שנים. לשיטת הרשב״א הדין ג׳ שנים בעבדים הוא אותו דין ג׳ שנים כבקרקעות דמדין גודרות היה חזקתו לאחר שנה אבל מפני שעושה פירות תדיר או מפני רעותא דאחוי שטרך אין חזקתו אלא אחר ג׳ שנים כקרקע. אבל לשיטת הרשב״ם דכל גודרות חזקתן לאחר ג׳ שנים א״כ ע״כ דזמן ג׳ שנים הוא סברא שאז הדרך להקפיד א״כ הג׳ שנים דעבדים אינו מאותו טעם שצריך ג׳ שנים בקרקעות. [זהו באמת קושית הרשב״א שהובא לעיל ע״ש]. וצ״ל כמש״כ הרשב״א בתירוצו השני דתרי טעמי אית בהו בעבדים א. כדין גודרות ב. דדמי לקרקע. וע״ע בריטב״א שכתב שמה שקבעו זמן הקפידא של גודרות ג׳ שנים כדי להשוותו לחזקת קרקעות ומה דנקט התנא עבדים ולא גודרות מפני שדין העבדים כדין קרקע בכל מקום לכן תנא להו בהדי קרקע. ואולי בזה יש לישב ראית הגאון בס׳ קל״ה סק״ה מדברי הירושלמי שכתב אית תנא עבדים כקרקעות ומביא ע״ז מתני׳ דידן ומוכח דדוקא עבדים חזקתן ג׳ שנים ולא שאר גודרות. אך לריטב״א י״ל דאף שכל גודרות חזקתן ג׳ שנים מ״מ מדנקט התנא עבדים ולא גודרות ע״כ הטעם דעבדים כקרקעות לכן תנא להו בהדי קרקעות אף שדינם שוה לשאר גודרות ומזה למד הירושלמי דתנא דמתני׳ סבר עבדים כקרקעות.

ג׳ שנים ואינם מיום ליום. ג׳ שיטות יש בראשונים בביאור דברי ת״ק דמתני׳. א. שיטת הרשב״ם דכל המשנה קאי בשיטת ר׳ ישמעאל ור״ע דלא בעינן ג׳ שנים אלא ג׳ אכילות ובעושה פירות תדיר אכילת שנה הוי אכילה אחת. ובאין עושין פירות תדיר לא בעינן מיום ליום אלא י״ח חודש ור״י ור״ע מפרשים דברי ת״ק. וכן מבואר בתוס׳ בעירובין מח. ד״ה רבי. ורבנן דס״ל לקמן לו: לרב דגם בבית הבעל בעינן ג׳ שנים שלימות אין זה ת״ק דמתני׳. ב. שיטת הרשב״א דרבנן דמתני׳ הם הרבנן שנזכרו בדף לו: דס״ל דבעינן ג׳ שנים שלימות ומה דאיתא הכא דבבית הבעל לא בעינן מיום ליום היינו רק דלא בעינן שיאכל כל הג׳ שנים אבל לא נשלם חזקתו אא״כ המשיך להחזיק ע״י ניכוש ועידור עד סוף השנה

השלישית. א״כ למאי דקי״ל כרבנן בין לרשב״ם בין לרשב״א גם בבית הבעל בעינן ג׳ שנים שלימות ולא נחלקו הרשב״ם והרשב״א אלא בפשט במשנתינו דלרשב״ם כוונת ת״ק שלא צריך ג׳ שנים שלימות וקאי כר״י ור״ע ולרשב״א רבנן דהכא ס״ל ג׳ שנים שלימות. ג. הרמב״ן בדף לו: ס״ל שגם רבנן דרב דס״ל שג׳ שנים הוא משום דתלת שנין מזדהר איניש בשטרא לא בעינן ג׳ שנים מיום ליום אלא רק שיאכל יבול של ג׳ שנים וגם לדידהו בית הבעל אינו מיום ליום וא״ש רבנן דמתני׳ כרבנן דרב.

תוד״ה חזקת. היינו שרוב העולם דורכים אז אבל יש בנ״א שדורכים מעט מעט. הקשה הקו״ש למ״ד הולכים בממון אחר הרוב יאמר המחזיק שהוא מן הרוב שאינם דורכים מעט מעט ולא יצטרך ג׳ שנים מיום ליום. ומה שתלה קושיתו במחלוקת אם הולכים בממון אחר הרוב הוא משום דנקט דכמו שלא מהני רוב להוציא ממוחזק ה״נ לא מהני להוציא מחזקת מ״ק. אך אין זה פשוט דע׳ בקונה״ס כלל ו׳ אות י״א שמסתפק בזה והש״ש בש״ד פכ״ד נקט דמהני רוב נגד חמ״ק. ולפ״ז יקשה גם להלכה אמאי לא מהני חזקתו בלי ג׳ שנים מיום ליום דנזיל בתר רובא נגד חמ״ק. ובעיקר שאלתו לכאורה י״ל דבית הבד הוא מקום שעושים שמן לרבים וכל מי שיש לו זתים מביאם לבית הבד לעשות שמן. ורובא מביאים את כל זיתיהם בזמן הקבוע לכך. אבל יש מיעוט שמביאים מעט מעט במשך כל השנה א״כ למעשה בית הבד הוא בשימוש במשך כל השנה בגלל המיעוט שמביאים מעט מעט ולכן כדי להחזיק צריך להשתמש בבית הבד כל השנה. ואין כאן ענין של הליכה אחר הרוב.

תוד״ה שלשה חדשים. כתבו דאף דאכילה ראשונה ושלישית סגי בג׳ חדשים מ״מ בעינן אכילה חשובה של י״ב חודש באמצע. וצ״ב אי בעינן אכילה חשובה למה לא בעינן שכל הג׳ אכילות יהיו חשובות ואי סגי באכילה כל שהוא למה בעינן אכילה אחת חשובה. ואולי כן הדרך לעשות כדי שלא להחליש את הקרקע. אך אולי יש לבאר יותר ע״פ מה שיתבאר בס״ד בהמשך דברי התוס׳.

הקשו לשיטתם דבג׳ חדשים ראשונים סגי בקצירה בלי זריעה א״כ במה ניכר שמתחיל להחזיק הרי לא עשה כלום ג׳ חדשים עד שקצר. וכתבו דאין לומר שמנכש דקי״ל דניר לא הוי חזקה. ובתי׳ השני תרצו שמחזיק על ידי נעילה ואע״ג דמוכח לגבי צונמא במאי קני דנעילה לחוד אינו חזקה, כשיש אכילה מצרפים גם את הנעילה. ומדלא כתבו כן בתחילת דבריהם לגבי ניכוש מוכח דס״ל דניר לא מהני אפילו להצטרף לאכילה ומי שחרש ואח״כ זרע ואכל מונים החזקה רק משעת הזריעה ורק בנעילה ס״ל דאף שאינו מועיל בפנ״ע מ״מ מצטרף לאכילה ומונים הג׳ שנים מזמן הנעילה. אך בדברי הרשב״א שהובא לעיל מבואר דניכוש מצטרף ובבית הבעל אחרי גמר אכילה שלישית ממשיך להחזיק ע״י ניכוש עד סוף השנה. ונחלקו בזה הרמב״ן והרשב״א בדף לו: שיטת הרמב״ן דכשם שניר לבדו אינו חזקה כך אינו מצטרף לחזקה ומונים רק משעת זריעה. והרשב״א שואל דא״כ גם זריעה לא יצטרף שגם הוא לבדו אינו חזקה. ולכן סובר הרשב״א שניר מצטרף. והרשב״א כאן לשטתו. אמנם נראה שברשב״א כאן יש חידוש נוסף על דבריו בדף לו: דשם כתב בזה״ל ומונים לו משעת הניר דלא עביד אינש דכרבי ליה לארעא וזרעי לה באותו ניר ושתיק עכ״ל. והיה אפ״ל שמה שניר מצטרף הוא רק ניר שלפני הזריעה שהניר הזה מביא לידי אכילת פירות וכן משמע לשון הרשב״א שכתב וזרע באותו ניר. אבל אם אחרי הקצירה חרש לצורך זריעה אחרת ובסוף לא זרע ולא נהנה מחרישתו אולי בזה לא נצרף את החרישה אפילו לרשב״א, אך מדבריו כאן שכתב שמשלים חזקת השנה השלישית אחרי אכילת פירות ע״י ניכוש מבואר שאף שניר לבדו אינו

חזקה מ״מ ביחד עם אכילה מצרפים אפילו חרישה שלא הביא לזריעה ולא לאכילת פירות.

הרא״ש לקמן ס׳ כ״ו כתב דהמחזיק בשדה בנות שוח שנותנים פירות אחת לג׳ שנים ונעל וגדר כל ג׳ שנים ותיקן צרכי האילנות ואכל פירות בשנה השלשית הויא חזקה. הרי דסבר הרא״ש דאף שנעילת דלת לחוד לא הוי חזקה מ״מ מצטרף לחשבון ג׳ שנים. והטור בס׳ קמ״א אחר שמביא מחלוקת הרמב״ן והרשב״א הנ״ל כתב על דברי הרשב״א וכן דעת א״א הרא״ש. דהיינו דס״ל דדין זה של הרא״ש שנעילה מצטרפת תלוי במחלוקת הרמב״ן והרשב״א אם ניר מצטרף. ומה״ט הקשה התומים סתירה בשו״ע דבס׳ קמ״א סע׳ ט׳ מביא סתם את שיטת הרמב״ן שניר לא מצטרף ורק בשם י״א מביא את שיטת הרשב״א שמצטרף. ואילו בסע׳ ט״ז לגבי בנות שוח מביא רק את דברי הרא״ש הנ״ל. ובטור מבואר דהרא״ש אזיל בשיטת הרשב״א לגבי ניר. אמנם למה שמבואר בתוס׳ דידן שאפילו שניר אינו מצטרף נעילה כן מצטרף א״כ י״ל דגם השו״ע פסק כן ולכן אין סתירה בין דברי הרא״ש דבנות שוח לבין דברי הרמב״ן בניר. ונראה שזה כונת הגר״א בס״ק כ״ו שכתב על דברי השו״ע בסע׳ ט״ז שהעתיק את לשון הרא״ש הנ״ל דבנות שוח שכן משמע בתוס׳ בריש חזקת ולא הביא המקור מדברי הרא״ש. וכונתו דמהרא״ש אין להוכיח דין זה דאולי קאי בשיטת הרשב״א כמו שהבין הטור וא״כ לדידן דקי״ל כרמב״ן ליתא לדברי הרא״ש. אבל למה שמבואר בתוס׳ דאף שניר אינו מצטרף נעילה כן מצטרף א״כ אפשר לפסוק כדברי הרא״ש אף דקי״ל כרמב״ן וזהו המקור לדברי השו״ע.

במה שהקשו הרשב״א והטור על הרמב״ן דלדבריו גם זריעה לא יצטרף צ״ל דמחלק בין ניר לזריעה דניר אינו מצטרף מפני שאינו נהנה אלא רק מהנה, ואף שבסוף חרישה זו הביאה לידי אכילה אין קפידא על החרישה. אבל זריעה הוא השתמשות בקרקע חברו דלוקח יניקה משדה חברו לצורכו ואף שבפנ״ע אינו חזקה מ״מ מצטרף. נמצא דכו״ע מודו דיש דברים שאף שאינם מועילים בפנ״ע מ״מ חזי לאצטרופי לחזקה כגון חרישה לרשב״א זריעה לרמב״ן ונעילה לתוס׳. וצריך להבין טעם הדבר דאם נעילה לא מהני לחזקה למה יצטרף לאכילה. ומוכח מזה דאע״ג דעיקר החזקה תלוי באכילת פירות מ״מ הגדרת זמן המוחזקות הוא מהזמן שירד לקרקע ע״י נעילה או חרישה ובתוך הזמן שהיה תפוס בקרקע היה אכילה הרי זה נחשב שהחזיק ג׳ שנים ע״י אכילה. וזה נותן דין חזקה לכל הזמן שהחזיק בקרקע.

ולפ״ז יש מקום לבאר תחילת דברי התוס׳ דלר״י אף דבתחילה ובסוף סגי בג׳ חדשים בעינן אכילה חשובה של י״ב חודש באמצע דדין מוחזק תלוי באכילה חשובה וכמו שניר ונעילה אינם עושים חזקה כך אכילה שאינה חשובה לא חשיב אכילה אך כמו שחרישה לרשב״א ונעילה לתוס׳ מצטרפים כך ב׳ אכילות שאינם חשובות מצטרפים אם יש אכילה חשובה באמצע. ואף שיש לחלק בזה בין חזקת ג׳ שנים לרבנן לג׳ אכילות לר׳ ישמעאל מ״מ נראה שאפ״ל כן גם לר׳ ישמעאל דבעינן שיחזיק בקרקע וזה נעשה ע״י אכילה חשובה ובעינן נמי שבמשך זמן המוחזקות יאכל ג׳ אכילות ולזה סגי גם באכילות שאינם חשובות דמשך זמן המוחזקות נקבע ע״י מה שתופס בקרקע במשך זמן זה ולזה סגי גם בתפיסה ע״י נעילה או חרישה או אכילה שאינה חשובה לר׳ ישמעאל.

כעין מחלוקת הרשב״א והרמב״ן אם ניר מצטרף לג׳ שנים או לא נחלקו הרמב״ן ובעה״מ לעיל בדף ו: דנחלקו הראשונים שם בדף ו. גבי אחזיק להורדי אי חזקתו לאלתר או בעינן ג׳ שנים. והקשה בעה״מ דמבואר שם דכשורא דמטללתא עד תלתין יומין וסוכת החג ז׳ ימים ומוכח דלא בעינן ג׳ שנים. ותי׳ בעה״מ דלעולם בעינן ג׳ שנים וכשורא דמטללתא תלתין יומין היינו שמסוף ל׳ יום מתחיל חשבון ג׳ שנים וכן אחר שבעת ימי החג מתחיל ג׳ שנים. והרמב״ן חולק וס״ל דאם צריך ג׳ שנים בודאי שהל׳ יום

וז׳ ימי החג מצטרפים לחשבון ג׳ שנים. דהיינו שנחלקו הרמב״ן ובעה״מ לגבי הל׳ יום שהם עצמם לא גורמים לחזקה אם מצטרפים לג׳ שנים של חזקה, אך אין להקשות מהרמב״ן על הרמב״ן דכמו שתוס׳ ס״ל דחרישה לא מצטרף מ״מ נעילה מצטרף א״כ ה״נ י״ל דאף דסבר הרמב״ן דניר לא מצטרף מ״מ דירת ל׳ יום מצטרף. ועוד דהתם מה שאינו מקפיד על ל׳ יום הוא משום דהוי עראי אבל כשנמשך יותר מל׳ יום הרי גם הל׳ יום נהפך לקבע ולכן מצטרף לחשבון ג׳ שנים.

בקושית תוס׳ על רש״י מאספסתא ע׳ מה שכתבו הרשב״א והשיטה בשם ר׳ יונה.

תוד״ה שהן י״ח חודש. הקשו וכי מנינא אתא לאשמועינן וכן הקשו הרמב״ן והרשב״א. השער המשפט בריש ס׳ קמ״א מסתפק בג׳ שנים דחזקת קרקעות אם חודש העיבור בכלל או לא והובאו דבריו בפת״ת ס׳ קמ״א סק״א ע״ש. וע׳ בחי׳ הריטב״א שכתב בהדיא שג׳ שנים הוא ל״ו חדשים ואם נתעברה השנה נתעברה לו דהיינו שחודש העיבור אינו מאריך את זמן החזקה. ובמאירי מפורש דבעינן שנים שלימות עם חודש העיבור. אך כ״ז לרבנן דתלוי בג׳ שנים אבל לר׳ ישמעאל דתלוי בג׳ אכילות לכאורה אין מקום להסתפק לגבי חודש העיבור. אך למה שכתבו דבעינן אכילה חשובה של י״ב חודש באמצע יש לדון גם לר׳ ישמעאל לגבי חודש העיבור. ואולי י״ל דלהכי תני י״ח חודש דתלוי במנין חדשים ותמיד השעור הוא י״ח חודש גם בשנת העיבור.

בקושית התיו״ט ע׳ מש״כ רע״א דמר׳ ישמעאל נשמע לרבנן. וע׳ לשון הרמב״ן כשמקשה קושית התוס׳ מוסיף דמר״י נשמע לרבנן וזה כרע״א.

שמעתי מהולכי אושא וכו׳. נחלקו הראשונים בביאור הלימוד משור המועד לחזקת ג׳ שנים. שיטת תוס׳ דילפינן כמו ששם הוחזק ע״י ג׳ נגיחות בחזקת נגחן ה״נ הוחזק שתקן ע״י ששתק ג׳ פעמים. דהיינו שהיסוד של חזקה שנלמד משור המועד הוא דנגיחה אחת או שתים תולים במקרה אבל כשיש ג׳ נגיחות אמרינן דאינו מקרה אלא שיש סיבה אחת לכל הנגיחות וע״כ הסיבה שהוא נגחן. וכן בראה ושתק בפעם אחת תולים במקרה שיש סיבה מקרית לשתקתו אבל כששתק ג׳ פעמים אמרינן שאין השתיקה מקרה אלא שיש סיבה אחת לכל השתיקות ולא יתכן שהסיבה הוא מפני שאינו מקפיד מפני שהדרך להקפיד וע״כ שטעם השתיקה הוא מפני שמכר. והוחזק שתקן הכונה שהחזקה מבררת שהשתיקה אינה מקרה ואם השתיקה אינה מקרה הוא הוכחה על מכירה.

הרמב״ן כתב על הלימוד משור המועד וז״ל לא נתחוור לי מאי ענין זו לזו עכ״ל. ומה דלא ניחא ליה בפירוש התוס׳ י״ל ע״פ מה שמאריך הקה״י בטהרות ס׳ ס״ו [וע״ע בב״ק ס׳ כ״ט] להסתפק בגדר העדאה דשור המועד אי אמרינן דע״י ג׳ נגיחות מתברר שיש לשור טבע של נגחן [ובצד זה מסתפק עוד אי אמרינן שהוברר למפרע שהיה לו טבע של נגחן או שרק מנגיחה שלשית הוברר שיש לו טבע של נגחן] או דלמא אין זה מברר שיש לו טבע של נגחן אלא הנגיחות בעצמן מרגילות אותה לנגוח והן גורמות שתהיה נגחנית. וכתב שספק זה הוא מחלוקת המהר״ם מרוטנבורג ור׳ פרץ שהובאו בטור או״ח ס׳ קי״ד לענין מי שמסופק אם הזכיר גשם בימות הגשמים דמבואר בירושלמי שעד ל׳ יום בחזקת שאמר כהרגלו וחוזר. וכתב המהר״ם דכמו ששור נעשה מועד ע״י ג׳ נגיחות בג׳ ימים, וסובר ר״מ דה״ה דנעשה מועד ע״י ג׳ נגיחות ביום אחד דריחק נגיחותיו חייב קירב נגיחותיו לא כ״ש, ה״ה הכא אי מהני ל׳ יום להתרגל בהזכרת גשם ק״ו דמהני אמירת צ׳ פעמים ביום אחד. ור׳ פרץ חולק דאין ראיה משור המועד להזכרת גשם. ומבאר הקה״י דבהזכרת גשם אין ענין של טבע ותלוי רק בהרגל לשונו. ומהר״ם ס״ל שגם העדאת השור נעשה ע״י שמתרגל לנגוח ואם בזה אמרינן ק״ו דר״מ ה״ה לענין הזכרת גשם. אבל ר׳ פרץ ס״ל דהעדאת

השור הוא גילוי שיש לו טבע של נגחן ודוקא בזה יש מעלה בקירב נגיחותיו ואין ללמוד מזה להזכרת גשם שהוא ענין של הרגל ונקבע דוקא ע״י אריכות זמן. וכדברי הקה״י כתב גם בחי׳ ר׳ שמעון על ב״ק ס׳ ל״ג ע״ש. ומוסיף הקה״י בתוך דבריו שהלימוד של הולכי אושא משור המועד לחזקת ג׳ שנים אפשר להבין רק אי אמרינן דהנגיחות הם גילוי על טבע השור וה״נ אמרינן שג׳ שתיקות הם גילוי שיש סיבה לשתיקה. אבל אם הנגיחות מרגילות את השור לנגוח, ענין זה אינו שייך בחזקת ג׳ שנים. וא״כ י״ל שזה כונת הרמב״ן במה שכתב מה ענין זו אצל זו דס״ל שהעדאת שור הוא ענין של הרגל לנגוח כשיטת ר׳ פרץ וא״כ א״א לפרש כשיטת התוס׳ שגם כאן הוחזק שתקן. [בעיקר מחלוקת המהר״ם ור׳ פרץ ע׳ מה שכתבנו בס״ד לקמן].

הריטב״א והרמב״ן מבארים הלימוד משור המועד באופן אחר. דכמו ששור המועד עד ג׳ נגיחות הוי בחזקת תם וכל נגיחה מרגילתו לנגוח ומוציאתו מהמצב של תם ואמרינן דע״י ג׳ נגיחות יצא מחזקת תם ונקבע דינו כמועד כך בחזקת ג׳ שנים שהקרקע הוא בחזקת המ״ק ואף שהמחזיק מחזיק בפועל מ״מ הקרקע הוא עדיין בחזקת המ״ק. וכמו שכל נגיחה ונגיחה מביאה את הבהמה למצב של מועד כך כל אכילה ואכילה של המחזיק מוציאה את הקרקע מחזקת המ״ק ומכניסה אותו בחזקת המחזיק. וכמו שבשור הדין תם משתנה ע״י ג׳ פעולות של העדאה כך ג׳ פעולות שגורמים לחזק המוחזקות של המחזיק גורמים שנקבע הדין שיצא מחזקת מ״ק ונכנס לחזקת המחזיק. ונראה שמוכח מדבריהם מה שמסתפק הקונה״ס בכלל א׳ בגדר חזקת מ״ק אם הוא כחזקה קמייתא דאיסורין או שזה דין מוחזק דהיינו שאע״פ שאינו מחזיק תח״י הקרקע הוא בחזקתו. ומדברי הרמב״ן והריטב״א מבואר דמ״ק הוי דין מוחזק והמוחזקות של המ״ק מתבטל ע״י חזקתו של המחזיק דע״י שמחזיק ג׳ שנים יוצא מחזקת המ״ק ונכנס לחזקת המחזיק. אבל אי אמרינן דהוי כחזקה קמייתא דאיסורין אין החזקת מ״ק מתבטלת אלא שמוחזקות של המחזיק עדיפא מהחזקה של המ״ק ודו״ק.

נמצא מחלוקת התוס׳ עם הרמב״ן והריטב״א בגדר חזקת ג׳ שנים להולכי אושא. דלשיטת התוס׳ השתיקה הוא הוכחה על מכירה. אלא ששתיקה אחת תולים במקרה וג׳ שתיקות אמרינן שהוחזק שתקן דהיינו שאינו מקרה ושתיקה כשלא תולים במקרה הוא הוכחה על מכירה. משא״כ לשיטת הרמב״ן והריטב״א אין ענין החזקה להולכי אושא הוכחה על מכירה אלא רק שעד החזקה הוי בחזקת המ״ק והמחזיק הוא המוציא ועליו הראיה. ואחרי ג׳ שנים יצא מחזקת המ״ק ונכנס בחזקת המחזיק והוי המ״ק המוציא ועליו הראיה. וע״מ מזה יהיה אם הזוכה בקרקע בחזקת ג׳ שנים צריך לישבע היסת או לא דלשיטת התוס׳ שיש ראיה מהשתיקה שמכר יש מקום לומר שאינו נשבע כיון שהחזקה הוא הוכחה לטענתו אבל לרמב״ן אינו זוכה אלא מכח שהוא המוחזק והמערער הוא המוציא ועליו הראיה א״כ הוי ככל כופר ממון שנשבע היסת. וע׳ לקמן לג. שנחלקו בזה תוס׳ והרשב״ם אבל התם קאי להלכה דקי״ל כרבא דטעמא דחזקה משום דעד תלת שנין מזדהר בשטרא. אבל להולכי אושא תלוי לכאו׳ במחלוקת התוס׳ והרמב״ן. לשון הגמ׳ בסמוך חזקה טעמא מאי דאמרינן דלמא כדקאמר וביותר בלשון רש״י בד״ה ומשני ואמרינן דלמא קושטא הוא כדקאמר משמע לכאו׳ כרמב״ן דאין החזקה ראיה לטענתו אלא דהוי בחזקתו וזוכה מספק ועל המערער להביא ראיה.

עוד כתבו הרמב״ן והריטב״א ע״פ שיטתם לבאר המשך דברי הגמ׳ דפריך אי מה שור המועד עד נגיחה רביעית לא מחייב וכו׳. דכוונת הגמ׳ להקשות דאין להוכיח משור המועד שע״י ג׳ נגיחות הוי בחזקת מועד דאולי רק יוצא מחזקת תם ואכתי לא הוי בחזקת מועד עד נגיחה רביעית וא״כ לענין קרקע נוכל ללמוד משור המועד רק שע״י ג׳ אכילות יוצא מחזקתו של המ״ק אבל עדיין לא נכנס לרשות המחזיק עד אכילה רביעית

ויהיה הדין אחר ג׳ אכילות כל דאלים גבר דאינו בחזקת אף אחד מהם כ״כ הריטב״א ע״ש. וע״ע בזה בסמוך בס״ד.

תוד״ה אי. כתבו בשם ר׳ עזרא דבין לאביי בין לרבא מתחייב נ״ש בנגיחה רביעית אלא שלאביי דאיכא ד׳ קראי גם נגיחה רביעית צריכה להיות ביום אחר ולרבא נגיחה ג׳ וד׳ יכולים להיות באותו יום. וצ״ב בסברת אביי דאי חזינן שנגיחה רביעית צריכה להיות ביום אחר מוכח שנגיחה רביעית מוסיפה בהעדאת השור וא״כ למה חייב על נגיחה רביעית הא בעינן תחילה שיהיה גמר ההעדאה ואח״כ אם לא ישמרנו ויגח משלם נ״ש, וכמו שהקשו התוס׳ בב״ק כג: על רש״י דכתב שלרבא בנגיחה שלישית משלם נ״ש והקשו דלא יתכן שעל אותה נגיחה שמיעדת ישלם נ״ש דוהועד בבעליו כתיב ואח״כ אם לא ישמרנו וכו׳. וכן הקשו בסמוך למ״ד ליעודי גברא למה חייב בנגיחה רביעית הרי רק בנגיחה רביעית הוחזק לעבור על ההתראות [ואף דמסברא היה אפ״ל דרק בהעדאת השור בעינן שידעו הבעלים לפני הנגיחה המחייבת אבל לענין יעודי גברא הרי בנגיחה זו הוחזק לעבור על ההתראות ולמה לא יתחייב מיד מ״מ הקשו מכח לישנא דקרא והועד ואח״כ אם לא ישמרנו כמבואר בלשונם בב״ק]. וכן קשה לר׳ עזרא אם נגיחה רביעית משלימה את העדאת השור לא יתחייב נ״ש עד נגיחה חמישית ואם נגמר העדאת השור בנגיחה שלישית למה בעינן נגיחה רביעית ביום אחר.

ואולי יש לבאר ע״פ דברי הרמב״ן והריטב״א הנ״ל שכתבו לבאר את הה״א של הגמ׳ דבג׳ נגיחות יוצא השור מחזקת תם אך עדיין לא נכנס בחזקת מועד עד נגיחה רביעית ומבואר דאע״ג דס״ד דנגיחה רביעית מוסיפה בהעדאת השור והיא מכניסה את השור לחזקת מועד מ״מ משלם בנגיחה רביעית נ״ש. ומוכח דסגי בזה שלפני הנגיחה המחייבת יצא השור מכלל תם ובזה מתקיים והועד בבעליו. ואח״כ אם לא ישמרנו ונעשה מועד ע״י נגיחה ד׳ חייב על אותה נגיחה נ״ש. ורק על רש״י הקשו דס״ל דלרבא בנגיחה ג׳ יוצא מכלל תם ועל אותה נגיחה משלם נ״ש. ומה דסברי הרמב״ן והריטב״א בה״א של הגמ׳ י״ל בדעת ר׳ עזרא בשיטת אביי אליבא דאמת. דיוצא מכלל תם בג׳ נגיחות אבל נכנס בכלל מועד רק בנגיחה רביעית ולכן בעינן יום אחר דבאותו יום אין זה נגיחת מועד ורק על נגיחת מועד משלם נ״ש. ושפיר התקיים קרא דוהועד בבעליו לפני ואם לא ישמרנו דלפני נגיחה רביעית כבר יצא מכלל תם. וגמ׳ דידן דמסיק דהוי בחזקת מועד בנגיחה שלישית י״ל לר׳ עזרא דקאי להלכה דקי״ל כרבא [ורק על רש״י הקשו מכאן דלדבריו מסקנת הגמ׳ הוא דלא כרבא דקי״ל כוותיה] או שהפשט בגמ׳ יפרש על דרך שיטת התוס׳ ולא כרמב״ן והריטב״א וס״ל אליבא דאמת כסברת הה״א לפירושם של הרמב״ן והריטב״א.

דף כח:

אלא מעתה חזקה שאין עמה טענה וכו׳.

כתב השיטמ״ק בשם ר׳ יונה דאין כונת הגמ׳ שטוען לא אמר לי אדם דבר מעולם דזה הוי כהודאה שלא קנה אלא ששותק או שאומר אין רצוני להשיבך. וס״ד דכמו שבמטלטלין מהני חזקתו בלי טענה ויכול לומר אין רצוני להשיבך כך בקרקע אחרי ג׳ שנים הוי בחזקת המחזיק ולא בעי טענה. ומשני דקרקע גם אחרי ג׳ שנים אינו כמטלטלין וכתב בזה ב׳ טעמים א. דאינו תחת ידו ממש. ב. שאין בזה כ״כ הסברא של אחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן [ולעיל כתבנו שזה הטעם שבקרקע בעינן ג׳ שנים ואינו נחשב מוחזק מיד] ולכן גם אחר ג׳ שנים חזקת קרקעות צריך צירוף של טענה ולא הוי כחזקת מטלטלין דלא בעי טענה.

הקצה״ח בס׳ קל״ג סק״א כתב דקטן לית ליה חזקת מטלטלין כיון שטענת קטן אינה טענה והוי חזקה שאין עמה טענה, דפשיטא ליה שגם חזקת מטלטלין מהני רק עם טענה. וגם הנתיבות מסכים בעיקר הדבר אלא דפליג דטענינן לקטן

והוי חזקה עם טענה. והקצות בס׳ קמ״ט סק״ה מבאר דבמקום דבעינן טענת ברי לא טענינן אלא דוקא ליורש וללוקח ע״ש. ודבריהם הם דלא כר׳ יונה שכתב דחזקת מטלטלין לא בעי טענה וסגי בשתיקה או אין רצוני להשיבך ולדבריו בודאי יהיה בקטן חזקת מטלטלין. ואף דכתב ר׳ יונה דהיכא דמחזיק במטלטלין ואינו רוצה להשיב אין יורדים לנכסיו אלא הרי הכלים בחזקתו ומשמתינן ליה עד דקאי בדינא בהדיה ומבואר דכשתובע בב״ד אין יכול לומר אין רצוני להשיבך אין זה משום דחזקת מטלטלין בעי טענה אלא דין בטוען ונטען דאם אינו משיב כשחברו תובע בפני ב״ד הוי שתיקתו כהודאה שאינו שלו. אבל ביסוד הדין סובר ר׳ יונה שחזקת מטלטלין אינו זקוק לצירוף של טענה ודלא כקצות והנתיבות. וע׳ מש״כ בזה בס״ד לקמן מו. בסוגיא דרמאי דפומפדיתא.

הנובי״ק אבה״ע ס׳ ל״ד הקשה בד״ה והנה על הא דס״ל לכמה ראשונים דלא סמכינן על סימני בגדים לראיה על אשה שמת בעלה משום דחיישינן לשאלה, וקשה אמאי לא סמכינן על חזקה מה שתח״י אדם שלו, ונאמר שהבגדים שייכים למי שלובשם וע״כ המת הוא בעלה. ותי׳ דכנגד חזקה זו יש חזקת אשת איש ע״ש. ומבואר דפשיטא ליה שגם בלי טענה יש חזקה זו שהרי המת אינו טוען וגרע מחשו״ק שכתב הקצות דלית להו חזקת מטלטלין. אך נראה דעד כאן לא אמר הקצה״ח דבעינן טענה אלא דוקא היכא דחזקתו הוא נגד חזקת מ״ק דכמו שגודרות ודברים העשוים להשאיל מוציאים מכח חמ״ק ה״נ המחזיק בלי טענה מוציאים ממנו ע״י חזקת מ״ק. אבל במקום דליכא חמ״ק נגד חזקת המטלטלין יודה הקצות דמהני חזקתו גם בלי טענה. וכן מוכח ברמב״ם פ״א ממלוה ה״ד שכתב דלוה שטוען על מטלטלין שתח״י שאינם שלו ואין לו במה לפרוע חובו אינו נאמן וכתב ה״ה דאע״ג דאית ליה מגו שהיה נותן במתנה הוי מגו במקום חזקה מה שתח״י אדם שלו. [דין זה הוא מחלוקת הראשונים, הובא בשו״ע ס׳ צ״ט] ומבואר דאע״ג דלא טעין ואדרבה טוען שאין המטלטלין שלו אמרינן חזקה שהם שלו ולכאורה זה סותר לדברי הקצות דחזקת מטלטלין בעי טענה. אע״כ שגם הקצות מודה במקום שאין חזקת מ״ק כנגדו דמהני חזקת מטלטלין בלי טענה. ובעיקר קושית הנוב״י ע׳ מש״כ האו״ש פ״ב מלוה ה״ו ד״ה והנראה וד״ה וכיון שמבאר יסוד דין חזקה מה שתח״י אדם שלו ומישב בזה קושית הנוב״י. וע׳ מה שכתבנו בזה בס״ד לקמן לג:.

תוד״ה אלא. כתבו בתי׳ הראשון דס״ד דאפילו בטענת לא אמר לי אדם דבר מעולם שהוא הודאה שלא קנה יזכה דכיון דשתק אית לן למימר שמחל לו. ואינו מובן דלא מהני מחילה על חפץ או קרקע בעין אלא בעינן הקנאה. וע׳ ברשב״א שהקשה אמאי לא מהני חזקה בלי טענה נימא דמדשתק מחל ותי׳ דקרקע אינו נקנה במחילה אלא במכירה ונתינה ולא עדיף שתיקה ממחילה מפורשת ואילו א״ל שדי מחולה לך לא אמר כלום כ״ש מחילה מתוך שתיקה. ותו הקשה הרשב״א דלקמן מא. בעובדא דר׳ ענן לשון הגמ׳ והא אחיל ופרשב״ם שהכונה שתולים שדעתו להקנות והוי כאמר לך חזק וקני א״כ ה״נ נימא הכי. ותי׳ הרשב״א דשאני התם שעשה מעשה בידים שמסייע לגדור אבל שתיקה בלבד אינו מספיק סיבה לתלות בהקנאה. ומבואר דמחילה בקרקע לא מהני ולאו דוקא נקט הרשב״א קרקע דה״ה מטלטלין בעין לא מהני מחילה כמבואר ברמ״א בס׳ רמ״א סע׳ ב׳ בשם מהרי״ק וע״ש בקצה״ח סק״ג. ועכצ״ל שלשון התוס׳ מחילה הוא לאו דוקא אלא כלשון הגמ׳ בדף מא. דנקטו מחילה ופרשב״ם הקנאה.

הקצה״ח בס׳ פ״ח סקי״ג כתב בשם התומים דמה שכתבו הראשונים בטענו חיטין והודה בשעורים דפטור מדמי שעורים מפני שמחל התובע על שעורים זה שייך רק בדמי שעורין, אבל בתובע פקדון חטין ומודה בפקדון שעורים לא שייך לפטור משעורים מכח מחילה

דלא מהני מחילה על ממון בעין. והקצות חולק וכתב דבמקום דליכא אומדנא שמוחל ואמר בפירוש שמוחל אין לנו אלא מה שאמר ולא מהני מחילה בממון בעין אבל במקום שלא מחל בהדיא אלא שיש אומדנא שמוחל א״כ כמו שבמקום שמהני מחילה אמדינן דעתו שמוחל כך במקום דבעינן הקנאה יהיה אומדנא שמקנה ומביא הקצות ראיה לדבריו וז״ל דהא אשכחן בפ׳ חזקת גבי חזקה דג׳ שנים עד תלת שנין לא קפיד טפי קפיד ומדשתק מחל אע״ג דבקרקע ודאי לא מהני אלא לשון מתנה אלא ודאי כל ששתק בדעתו לתנו לו עכ״ל. והנה לשון זה שמביא הקצות דחזקה הוא מפני שעד ג׳ שנים קפיד ומדשתק מחיל לא נמצא בגמ׳ אלא אדרבה איתא לקמן כט. דעד תלת שנין מחיל ואז אין ראיה משתיקתו וטפי לא מחיל ומדתשיק זה ראיה שהקנה כטענת המחזיק. אבל שנעשה אומדנא מכח השתיקה ונפרש שרוצה להקנות לא נאמר בגמ׳ דהרי קי״ל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה. ואם יש ראיה לדברי הקצות מסוגין הוא מדברי התוס׳ דידן דכתבו לבאר הה״א שיועיל חזקה בלי טענה מדין מחילה וע״כ כונתם הקנאה א״כ מוכח דבמקום שצריך הקנאה האומדנא שמוחל מתפרש הקנאה. אך באמת זהו ראיה לסתור דהרשב״א הקשה מהו סברת המסקנה דלא מהני חזקה בלי טענה למה לא נימא מדשתק איכא אומדנא שמקנה כמו בדף מא. ותי׳ דרק במקום שמסייע בידים תולים בהקנאה ולא בשתיקה שאינו מתפרש אלא מחילה ומחילה בקרקע לא מהני. [ע׳ קו״ש אות ק״א]. נמצא דהה״א של הגמ׳ לפי תירוץ זה בתוס׳ ולפי מה שמבואר ברשב״א הוא כסברת הקצות דהאומדנא מתפרש הקנאה ומסקנת הגמ׳ הוא כהתומים.

תודי״ה אלא מעתה מחאה. כתבו דבלא שור המועד הוי מצי למפרך דלא תהא מחאה כדפריך לקמן. בפשטות כונתם דלשון הגמ׳ משמע שקשה רק מפני שלומדים משור המועד וע״ז כתבו דלקמן ג״כ הקשו כן למ״ד שלא לומד משור המועד וע״כ שגם אם לא לומדים ממועד קשה אלא כיון דקאי כאן למ״ד שלומד משור המועד הקשו בלשון זה. אמנם המהרש״א מוסיף בזה ביאור דקושית הגמ׳ לקמן אינה אותה שאלה שהקשו כאן דלקמן הקשו שמחאה שלא בפניו לא תהיה מחאה וממילא החזקה תהיה חזקה ומיירי באותה עיר והיה צריך לבא למחות בפניו. והכא מיירי בעיר אחרת שאינו צריך לבא לפניו למחות ופריך כיון שאינו יכול למחות כאן לא יהיה חזקת המחזיק חזקה. וע״ז כתבו דבלא שור המועד הוי מצי למפרך, ואז היו מקשים כלקמן על המחאה ולא על החזקה, אלא כיון דקאי למ״ד דיליף משור המועד והלימוד משור המועד הוא על החזקה לכן הקשו על החזקה ולא על המחאה. ורש״י חולק ומפרש גם שאלת הגמ׳ כאן על המחאה ומדמה מחאה להעדאה דשור המועד.

ריחק נגיחותיו חייב קירב לא כ״ש. הובא לעיל דהטור באו״ח ס׳ קי״ד מביא שהמהר״ם מרוטנבורג למד מק״ו זה לענין הזכרת גשם דאם ל׳ יום מחזיקו בחזקת שהזכיר ואינו חוזר כשמסופק, כ״ש דמהני אמירת צ׳ פעמים ביום אחד. הרמ״א מביא דין זה בסע׳ ט׳ בין לענין הזכרת גשם בשמיני עצרת בין לענין הפסקת הזכרת גשם בראשון של פסח. המג״א בסקי״ד מביא שהשל״ה חולק וס״ל דבהפסקת הזכרת גשם לא מהני אמירת צ׳ פעמים. וע׳ בקרבן נתנאל על הרא״ש בפ״ק דתענית ס׳ א׳ אות ל׳ שתמה על דברי השל״ה דכיון דמודה השל״ה דל׳ יום מהני גם בהפסקה למה לגבי אמירת צ׳ פעמים מחלק בין התחלה להפסקה הא בתרוייהו איתא לק״ו דר״מ. אך הביאור בדברי השל״ה הוא ע״פ התוס׳ בב״ק כג: שכתבו דלר״מ נעשה מועד בין ע״י ג׳ ימים בין ע״י ג״פ ביום אחד ולענין חזרה כתבו דבעינן דוקא שראה ג׳ ימים ולא נגח ולא מהני ג״פ ביום אחד אא״כ התינוקות ממשמשין בו ואינו נוגח. א״כ מבואר בתוס׳ דרק

לענין קביעת החזקה סובר ר״מ דקירב עדיף ולא לענין עקירת חזקה. וכ״כ השיטמ״ק שם בריש דף כד. בשם תלמידי ר״י וז״ל האי ק״ו לא שייך גבי חזרה עכ״ל. ואף שמסברא אינו מובן [ע׳ אבן האזל פ״ו מנז״מ ה״ז] מ״מ כן מבואר בתוס׳ א״כ י״ל דזהו מקורו של השל״ה דלענין תחילת הזכרת גשם בעינן שיקבע חזקה להזכיר אמרינן ק״ו אבל בהפסקה ס״ל דהוא עקירת חזקה ובזה לא אמרינן ק״ו ובעינן דוקא ל׳ יום. וראיתי במ״ב בסי׳ קי״ד סקמ״ג שמביא שי״ח על הרמ״א ובשעה״צ אות ל׳ מציין של״ה וא״ר. ועיינתי בדברי הא״ר שם וראיתי שכתב שיש להביא סמך לדברי השל״ה מהתוס׳ בב״ק כג: וכונתו כנ״ל. אבל נראה שאין סתירה מדברי התוס׳ לשיטת הרמ״א דגם בהפסקת גשם יש ענין של קביעת חזקה שמתרגל לומר אחר רב להושיע מכלכל חיים וגם זה יש להחשיב קביעת חזקה ולא עקירת חזקה.

וע״פ דברים אלו יש מקום לבאר מחלוקת המהר״ם ור״פ באופן אחר ממה שלומדים האחרונים שהובאו לעיל. דיש לדון במקום שהיה מוחזק במצב מסוים ועקירת חזקתו הראשונה נעשה ע״י קביעת חזקה אחרת אם זה נידון כעקירת חזקה או כקביעת חזקה. דהעדאת שור הוא רק קביעה ולא עקירה דתם הוא מצב שלילי שאינו נוגח ולכן חזרה הוי עקירת חזקה ולא קביעת חזקה. אבל הזכרת גשם עד עכשיו היה מוחזק לומר מכלכל חיים אחר רב להושיע ועכשיו ע״י שמתרגל לומר משיב הרוח עוקר חזקתו הראשונה וקובע חזקה אחרת. ומהר״ם ס״ל דזה נידון כקביעת חזקה ויש בזה ק״ו דר״מ. ור״פ ס״ל דדמי לעקירת חזקה ואין בזה ק״ו דר״מ. [ואף שאין זה משמע בלשון הטור כשמבאר דברי ר״פ ע׳ בב״י שם שמביא שיש כמה דרכים בראשונים לבאר דברי ר״פ ומשמע דלשון הטור אינו מדברי ר״פ עצמו אלא הסבר של הטור בדעת ר״פ]. אמנם לפי שיטת הריטב״א והרמב״ן בסוגין הנידון כאן הוא עקירת חזקתו של המ״ק ע״י שנכנס בחזקתו של המחזיק א״כ מוכח דגם כשע״י קביעת החזקה באים לעקור החזקה הקודמת אמרינן ק״ו דר״מ ונידון כקביעת חזקה ולא כעקירה. אך לשיטת התוס׳ לכאו׳ אינו מוכח דחזקת שתקן הוא קביעת חזקה ולא עקירה.

המג״א שם סקי״ג הקשה על דברי המהר״ם מה מביא מק״ו דר״מ הא אנן קי״ל כר״י דבעינן ג׳ ימים דוקא. וא״ל דר״י פליג רק בשור המועד מגזה״כ ומודה מסברא לר״מ, דבסוגין מבואר דגם לגבי חזקה ר״י חולק על סברת ר״מ. ותי׳ המג״א דר״י חולק רק בשור המועד דיש סברא שאולי תונבא בעלמא היה לשור באותו יום אבל במשיב הרוח יודה ר״י לסברת ר״מ. וע׳ בהגהת נתיב חיים בגליון השו״ע שהקשה על המג״א מגמ׳ דידן אך אולי אין דבריו מוכרחים וגם כאן יש סברא שאולי באותו יום היה סיבה שגרם לשתיקתו כעין סברת המג״א בשור. ובעיקר קושית המג״א ע׳ מש״כ הנובי״ק או״ח ס׳ כ״ו.

אכלה תלתא פירי בחד יומא. שיטת הרשב״א הריטב״א והרמ״ה שרק שאלה זו שיהיה חזקה ע״י ג׳ אכילות ביום אחד הוא לר״מ ולא לר״י אבל שאר השאלות שיועיל ג׳ אכילות בג׳ ימים או בג׳ חדשים קשה גם לר״י דנלמד ג׳ אכילות בג׳ ימים מג׳ נגיחות בג׳ ימים. אך ברש״י מבואר דלר״י לא קשיא כלל דלר״י בעינן בנגיחות ג׳ ימים אפשר להבין שכאן צריך ג׳ שנים דיחידות הזמן תלוי בכל מקום לפי הענין. וכ״כ התורי״ד שכל שאלות הגמ׳ הם לר״מ ולא לר״י. ומה״ט מקשה התורי״ד מה שאלת הגמ׳ לרבנן מאי, נימא דרבנן ס״ל כר״י. ותי׳ דניחא לגמ׳ לישב דברי רבנן גם לשיטת ר״מ. אך נר׳ דקושיתו הוא רק לשיטת הרמב״ם דפסק דסגי בבית הבעל באכילת ג׳ שנים ולא בעינן מיום ליום אבל לרשב״ם דפסק בדף לו: כרבנן דרב דס״ל שתמיד בעינן ג׳ שנים שלימות זה א״א ללמוד משור המועד דאפילו לר״י דבעינן ג׳ ימים אפשר ללמוד רק ג׳ אכילות בג׳ שנים אבל לא ג׳ שנים מיום ליום. ושפיר פריך לרבנן מאי גם לר״י.

כגון צלף. הא דלא מהני ג׳ אכילות של צלף משום דפירא מיהא איתא מאי שנא מכנס את תבואתו וכו׳ דמהני לר״י, כתבו הרשב״א והריטב״א דכיון בכנס את תבואתו יש ג׳ סוגי אילנות כ״א נחשב אכילה נפרדת אף שהזתים נמצאים בזמן אכילת הענבים. משא״כ צלף אפילו שיש בו ג׳ מינים נחשב מין אחד שכולם גודלים על אילן אחד. אך הרמ״ה חולק וכתב באות י״ט דכנס את תבואתו מירי דוקא שבזמן אכילת הענבים לא היו הזתים ע״ש. וע״ע ברש״ש שהקשה מאי שנא אספסתא דהוי חזקה בג׳ חדשים מבית השלחין דאף שיש כמה אכילות בשנה אחת כולם נחשבים אכילה אחת וגם הרשב״א עמד בזה ע״ש.

שהרי נביא עומד וכו׳. הקשו הראשונים דמכאן מוכח רק דבפחות מג׳ שנים אין חזקה אבל אין ראיה שבג׳ שנים יש חזקה. ותירצו הרמב״ן ור׳ יונה דפסוק זה הוא גילוי על הלימוד משור המועד שתלוי בג׳ שנים ולא בג׳ אכילות. ואף שכתבו התוס׳ בד״ה שתא שאין ללמוד שנים משור המועד צ״ל דהיינו בלי גילוי מקרא. הרשב״א כתב שהראיה הוא מזה שלא אמר ירמיה כן לפני השנה העשירית ומוכח דאז לא היו צריכים לשמור השטר מפני שג׳ שנים הוי חזקה.

תדע דכתיב ונתתם בכלי חרס. ע׳ רמב״ן וריטב״א דרק חלק זה הוי עיצה טובה אבל סיפא דקרא הוא הלכה דבעינן ראוי לעמוד ימים רבים מכאן לומדים ששטר שנכתב ע״ג דבר שיכול להזדייף פסול. וכן משמע בלשון רש״י שהעצה טובה הוא מקום גניזת השטרות.

א״כ נתת דבריך לשיעורין. ע׳ רשב״א שהקשה דאדרבה לכן לא חלקו וקבעו שתמיד הזמן הוא ג׳ שנים. וע׳ בחידושי הג״ר מאיר שמחה זצ״ל מה שהקשה על תירוצו של הרשב״א וע״ע מה שהקשה בקו״ש בקונטרס דברי סופרים ס׳ ו׳ אות ה׳ על דברי הרשב״א. הריטב״א כתב דרוב בנ״א מקפידים בפחות מג׳ שנים ע״ש.

שתא קמייתא מחיל. הכא ניחא דמהני מחילה דאינו מחילה על ממון בעין אלא על דמי הפירות וע׳ לעיל בתוד״ה אלא מה שכתבנו בדברי הקצות בס׳ פ״ח סקי״ג.

דף כט.

שתא קמייתא מזדהר איניש בשטריה וכו׳. הקשה הריטב״א מה ענין שיפסיד הלה קרקעו מפני שזה אין לו להזהר בשטריה דאמנם אין ריעותא ממה שאין לו שטר אך גם ראיה על מכירה אין. ותי׳ דשורת הדין כיון שזה מחזיק בקרקע ואוכל פירות ויודעים הבעלים ואינם מוחין דין הוא שתהא ראייה אפילו באכילה אחת אלא כיון דקרקעות ועבדים בני שטרא נינהו כי לא מחזי שטרא ריעא חזקתו ע״ש. וזה כשיטת הרמב״ן שמביא הקצות בס׳ ק״מ סק״ב. אך נחלקו האחרונים בביאור שיטת הרמב״ן. הקצות ס״ל שלרמב״ן חזקה הוא הוכחה שקנה מדשתק אלא שעד ג׳ שנים כנגד ראית השתיקה יש ריעותא דאחוי שטרך ואחר ג׳ שנים שבטל הריעותא זוכה מכח ראית השתיקה. והקשו האחרונים א״כ למה צריך המחזיק להביא ראיה שהחזיק כל הג׳ שנים הרי אחרי שנה אחת יש הוכחה שקנה אלא שיש ספק שמא עדיין יש ריעותא דאחוי שטרך והיה צריך להיות שמוטל על המערער להוכיח שיש ריעותא. ושאלה זו יש להקשות בב׳ אופנים. הקה״י הקשה דכל שיש צד שעברו ג׳ שנים ליכא ריעותא ולמה על המחזיק להביא ראיה. והאבי עזרי בפי״א מטו״נ ה״א הקשה דכל שיש ספק בעיקר החזקה על המחזיק להוכיח שהחזיק וכל שיש חזקה ודאית וספק שמא יש דבר המבטל את החזקה כגון מחאה, על המערער להוכיח שהיה מחאה. ואי נימא דחזקה הוא ע״י ראיה של שתיקת שנה ראשונה וג׳ שנים הוא כדי לסלק ריעותא שמבטל את החזקה צריך להיות שבספק יהיה מוטל על המערער להוכיח שלא עברו ג׳ שנים ועדיין יש ריעותא. הקה״י כתב דאחר שיש דין שחזקה ג׳ שנים בגלל אחוי שטרך שוב ליכא ראיה מהשתיקה עד ג׳ שנים ולכן על המחזיק להוכיח כל הג׳ שנים. אך גדר החזקה לקה״י בדעת

הרמב"ן הוא כהבנת הקצות ברמב"ן שהוא ראיה מכח השתיקה. ושיטת האבי עזרי דלרמב"ן אין החזקה מכח ראיה אלא רק דין שהקרקע הוי בחזקתו כחזקת המטלטלין. אלא שבמטלטלין עצם הדבר שמחזיק הממון בידו [גם בלי ראה ושתק] נחשב מחזיק כדרך בעלים והוי בחזקתו ועל המוציא להביא ראיה. אבל בקרקע אינו נחשב בחזקתו מהטעמים שנתבארו בריש פרקין אבל אחרי שהבעלים רואים ושותקים בזה היה צריך ליחשב שהקרקע בחזקת המחזיק כיון שהוא נוהג כמנהג בעלים אך כיון שמנהג הבעלים שעד תלת שנין יש להם שטר א"כ המחזיק בלי שטר אינו נראה כבעלים וליכא חזקה מה שתחת ידו שלו. אבל אחר ג' שנים שדרך הבעלים שאין להם שטר א"כ גם בלי שטר הוא מחזיק כדרך הבעלים והוי בחזקתו כחזקת מטלטלין. ובזה מיישב מה שהקשה הקצות על הרמב"ן למה אין הבעלים נאמנים לומר ששתקו מפני שמכרו למחזיק לפירות דכיון שיש הסבר לשתיקתם ליכא ראיה שקנה המחזיק כמבואר לגבי דלי ליה צנא דפירי שיכול לומר לפרות הורדתיו. ותי' האבי"ע דהתם אינו מחזיק כדרך בעלים אלא שיש ראיה שקנה בזה אמרינן שאם טוען לפירות הרדתיו ליכא ראיה. אבל כאן שמחזיק כדרך בעלים הוי בחזקתו ותולים שזה שלו ולא חיישינן שמא זה שלו לפירות כמו שלא תולים המטלטלין בשאלה אף שהדרך להשאיל לפעמים גם דברים שאינם עשוים להשאיל.

מדברי הריטב"א הנ"ל יש סמך לדברי האבי עזרי. דבתירוצו בביאור שיטת רבא בחזקת ג' שנים, והוא על דרך שיטת הרמב"ן, כתב הריטב"א וז"ל כיון שזה מחזיק וכו' והבעלים אינם מוחין דין הוא שתהא ראייה אפילו באכילה אחת כעין שהתפיסה ראיה במטלטלין עכ"ל הרי שמדמה ראית השתיקה לתפיסת מטלטלין.

הקצות מביא ראיות מכמה ראשונים דלא ס"ל כרמב"ן אלא שחזקת ג' שנים הוא תקנ"ח כדי שלא יהיה פסידא דלקוחות שלא שומרים על שטרם אחר ג' שנים. וכן משמע בהדיא בלשון הרא"ש ע"ש. ובחי' הג"ר מאיר שמחה כתב נ"מ בין הרמב"ן לרא"ש במה שנחלקו תוס' והרשב"ם לקמן לג. אם הזוכה בחזקה צריך לישבע היסת. דאם החזקה הוא ראיה אינו נשבע אך אם אינו אלא תקנ"ח התקנה היא שעל המערער להביא ראיה אבל ליכא ראיה לטענת המחזיק ונשבע היסת. אבל כ"ז להבנת הקצות ברמב"ן אבל לדברי האבי עזרי גם לרמב"ן אינו אלא כחזקת מטלטלין כלשון הריטב"א א"כ גם לרמב"ן יש מקום לחייב שבועת היסת.

השעה"מ בס' ק"מ סק"ג לומד כשיטת הקצה"ח שחזקה הוא תקנ"ח ומדייק כן בלשון הרא"ש. והקשה דאיתא בגיטין כ: בגט החקוק על יד עבד של הבעל ונמצא ביד האשה דאין זה ראיה על גירושין כיון שגודרות אין להם חזקה ונפסק באבה"ע ס' קכ"ד סע' ו'. ומוסיף שם הרמ"א שזה דוקא במקום שאין לעבדים חזקה אבל במקום שיש להם חזקה מגורשת ומקורו בב"י. והב"י כתב ב' אופנים שיש לעבדים חזקה. א. אחר ג' שנים. ב. היכא דאינם הולכים בעצמם אלא מסורים לשומר כמו שאמרו לקמן לו. לגבי גודרות דעיזי דמסירי לרועה אית להו חזקה. והקשה השעה"מ למה חזקת ג' שנים מהני להוכחה שקיבלה הגט הא אינו אלא תקנ"ח ומן התורה ליכא ראיה שהגיע לידה מהבעל. [ע' בגאון שם סק"כ שפירש דדברי הרמ"א קאי על היכא דמסירי לשומר ולא כח"מ שפירש אחר ג' שנים ולשון הרמ"א במקום שיש להם חזקה משמע יותר כגר"א ואולי פירש כן מפני שס"ל שחזקת ג' שנים לא מהני בזה]. ותי' השעה"מ דאחר תקנ"ח שאחר ג' שנים המחזיק אינו צריך שטר בודאי אם שותק יש ראיה שמכר וע"י תקנ"ח נוצר ראיה גמורה מהשתיקה לכן מהני גם לגט. ועל דרך זה כתב גם הקה"י בדעת הנ"י ע"ש.

נמצא דלרמב"ן חזקה הוא דאורייתא ולרא"ש הוא תקנ"ח ומה שכתב האו"ש נ"מ לענין שבועה הוא רק להבנת הקצות, אבל אם נלמד בדעת הרמב"ן כהבנת האבי עזרי ובדעת

הרא״ש כדברי השעה״מ נהפוך הוא דלרמב״ן צריך שבועה דאין הוכחה אלא רק מוחזקות כחזקת מטלטלין ולרא״ש אחר תקנ״ח איכא ראיה וא״כ יתכן שיהיה פטור משבועה אך הרא״ש עצמו לקמן ס׳ י״ז כתב דחייב שבועה ומדמה להא דנשבעין על חזקת מטלטלין ומוסיף ונהי דחזקה במקום שטר עומדת היינו לענין זה שאין מוציאין הקרקע מתח״י משום דלא מצי לאזדהורי בשטרא לעולם ושבועה מיהא בעי עכ״ל משמע לכאו׳ דלא כשעה״מ דאינו אלא תקנ״ח שאינו צריך ראיה אבל אין ראיה מהשתיקה ואין סיבה לפטור משבועה. עוד כתב בחי׳ רמ״ש באות ה׳ לתלות בזה מה שנחלקו הראשונים בסוגיא דחצי דבר בטעם החילוק בין עדות על סימן אחד של גדלות לשנה אחת של חזקה דלרמב״ן שנה אחת הוא חלק מראית החזקה אבל לרא״ש דהוי תקנ״ח עד ג׳ שנים אין כלום ע״ש. ועיין מה שכתבנו בדברי הרמב״ן בכתובות יז:.

הוא שאכלן רצופות. שיטת הרשב״ם שיש ב׳ טעמים שלא מהני מפוזרות. א. שיכול המערער לטעון שבא ולא מצאו מחזיק לכן לא מחה אך לא על טעם זה קאי ר״ה דסברא זו שייכת גם באתרא דמוברי באגי ואפילו כולהו מוברי ומה שמודה ר״ה באתרא דמוברי כתב הרשב״ם דמיירי שחרש בשנת ההוברה ולכן אין טענה שבא ולא מצאו. ב. שלא החזיק כדרך הבעלים וטעם זה איכא אפילו אם חרש בשנת ההוברה אבל באתרא דמוברי באגי אין חסרון זה כיון שכן הדרך.

הובא לעיל שנחלקו הרמב״ן והרשב״א לקמן לו: למ״ד ניר לא הוי חזקה אם כשיש גם אכילה מצרפים את זמן הניר או לא. ואין להקשות למה שכתב הרשב״ם כאן דהא דמודה ר״ה באתרא דמוברי באגי הוא דוקא כשחרש בשנת ההוברה א״כ אמאי בעינן ו׳ שנים למה לא נצרף את שנת ההוברה כיון שחרש וכשיש אכילה מצרפים גם את זמן הניר. ואין לומר דבעינן אכילה בכל שנה ורק אז מצרפים את הניר שלפני הזריעה דברא״ש מבואר לגבי בנות שוח דמצרפים הנעילה ותיקון צרכי האילן של ב׳ שנים אף שלא אכל אלא בשנה השלשית א״כ אמאי לא נצרף גם כאן את שנת החרישה. אך ז״א דרק במקום שאין אפשרות לאכול מצרפים את זמן החרישה כגון חרישה שלפני הזריעה או שנים הראשונות של בנות שוח אבל בזמן שיש אפשרות לאכול ולא אכל בודאי שלכו״ע לא מצרפים חרישה ופשוט שרק בבנות שוח כתב הרא״ש את דינו אבל בשאר אלנות שלא אכל רק בשנה שלשית בודאי לא החזיק. כמבואר בדף לו: דנר שנה וזרע שנה לא מהני למ״ד ניר לא הוי חזקה. א״כ כמו שפשוט שבמקום שיש מובירים ויש שלא מובירים בודאי שאין להקשות שיצטרף שנת ההוברה בגלל הניר שעשה באותה שנה דאף שיש נוהגים להוביר ואין חסרון של מפוזרות אם הוביר מ״מ בודאי שנחשב שיש אפשרות לאכול פירות ואין לצרף את שנת הניר. א״כ אולי י״ל שגם באתרא דכולהו מובירי היינו רק שמשתלם לעשות כן שלא להכחיש הקרקע אבל גם בשנת ההוברה נחשב הקרקע ראוי לפירות לכן לא מצרפים את הניר. א״כ אין להוכיח מדברי הרשב״ם דס״ל שניר אינו מצטרף דאף שמצטרף בעינן באתרא דמוברי באגי שש שנים אף שחורש בשנה שהוביר דכיון דגם שנה זו ראויה לפירות אין הניר מצטרף לחשבון ג׳ שנים.

אמנם לכאו׳ נר׳ דזה תלוי במחלוקת ראשונים. שהטור בס׳ קמ״א כתב בשם ר׳ ישעי׳ שאם אכל ג׳ שנים רצופות באתרא דכולהו מובירי הוי חזקה והטור חולק. והובא מחלוקת זו בשו״ע סע׳ ד׳. ולשיטת ר׳ ישעי׳ שאם אכל רצופות באתרא דכולהו מובירי הוי חזקה ע״כ דהוי חזקה כדמחזקי אינשי א״כ שפיר י״ל שאם הוביר וחרש לא יצרפו את הניר אף למ״ד דניר מצטרף מפני שיש אפשרות לאכול פירות. אבל לשיטת הטור שאם אוכל רצופות באתרא דכולהו מובירי אין זה כדרך הבעלים א״כ בשנת ההוברה אין אפשרות לאכול פירות כדמחזקי אינשי ולמה לא יצטרף ניר לסובירים שניר מצטרף לאכילה. וא״כ

יוצא שמדברי הרשב״ם שכתב שגם באתרא דמוברי באגי בעינן חרישה בשעת ההוברה ואעפ״כ אין מצרפים שנה זו מוכח אחד מן השנים, או דס״ל דניר אינו מצטרף כשיטת הרמב״ן או דס״ל כר׳ ישעי׳ שאם אכל רצופים באתרא דכולהו מוברי הוי חזקה וא״כ נחשב כמקום שראוי לאכילה דלא מצרפים ניר. ומי שסובר כטור ששנת ההוברה אינה ראויה לאכילה ויסבור כרשב״א שניר מצטרף ע״כ יחלוק על הרשב״ם ויסבור דמודה ר״ה באתרא דמוברי באגי היינו בלי חרישה שאם יחרוש יעלה הניר לג׳ שנים והוי רצופים וכן משמע ברמב״ם ושו״ע שלא הזכירו שצריך לחרוש בשנה שמוביר וגם השיטמ״ק בשם שיטה לא נודעה למי חולק בזה על הרשב״ם.

אך לפ״ז צ״ע בדברי הטור בס׳ קמ״א שכתב ג׳ דינים בזה אחר זה. בתחילה מביא את הדין של אתרא דמוברי באגי דחזקתו בו׳ שנים אע״פ שהן מפוזרות וע״ז מביא שמדברי הרשב״ם יראה שצריך שיעשה ניר בשנה שמובירה ומשמע דס״ל לטור כוותיה. אח״כ מביא דברי ר׳ ישעי׳ דאם אכל רצופות באתרא דכולהו מוברי הוי חזקה ופליג עליה. ואח״כ מביא דברי הרמב״ן דניר לא מצטרף לאכילה וכתב ע״ז ואין דעת שאר המפרשים כן וכן כתב א״א הרא״ש. משמע שמכריע כרשב״א שניר מצטרף. וקשה אם ס״ל כשאין אפשרות לאכול ניר מצטרף, וס״ל דאתרא דמוברי באגי נחשב אינו ראוי לאכילה ואם יאכל רצוף לא עלתה לו חזקה דאינו כדמחזקי אינשי א״כ צריך להיות שבאתרא דמוברי באגי אם חרש בשנה שהוביר יצטרף החרישה ואיך מביא דברי הרשב״ם שבעינן חרישה בשנה שמוביר ואעפ״כ חזקתו בו׳ שנים.

ואין לדחות מה שכתבנו שלדעת הטור נחשב שנת ההוברה באתרא דכולהו מוברי למקום שאינו ראוי לאכילה [כיון שאם יאכל יחשב שלא כדמחזקי אינשי] א״כ למה לא יצטרף שנת ההוברה גם בלי חרישה דהוי כמו בית הבד דמצרפים את הלילות לחשבון ג׳ שנים כיון שהלילה אינו ראוי לשימוש כמו שכתבו התוס׳ לקמן בד״ה ומודה דעיין שיטמ״ק בעמ׳ ב׳ בד״ה ומודה שהקשה כן בשם הראב״ד למה באתרא דמוברי לא מצרפים את שנות ההוברה כיון שאינם ראוים לאכילה וכתב ב׳ תירוצים. א. שגם אתרא דמוברי נחשב ראוי לאכילה והא דמוברי לאו משום דלהכי עבידא אלא משום דניחא להו בהכי כי היכי דתיעבד טפי בשני הזריעה. ב. כיון שאין כולם מובירים באותה שנה לא יתפרסם החזקה אא״כ אוכל ו׳ שנים. ונראה דב׳ תירוצי הראב״ד תלוים במחלוקת הטור ור׳ ישעי׳ דתי׳ הראשון ששנת הוברה לא מצטרפת מפני שנחשב ראוי לאכילה יתכן רק אי אמרינן שאם באמת אכל הוי חזקה אבל לטור שאם אכל הוי שלא כדרך הרי אין זה ראוי לאכילה והטור יתרץ כתי׳ השני של הראב״ד ששנת הוברה לא עולה לחשבון מפני שלא מתפרסם החזקה שלא ידוע מתי זמן הברת שדה זו. אך א״כ גם לענין צירוף ניר י״ל כתי׳ השני של הראב״ד דכיון שלא ידוע זמן ההוברה המערער שרואה את המחזיק חורש ואינו יודע שזה זמן הוברה נראה לו שלא החזיק המחזיק כדבעי לכן לא הוי חזקה. לפ״ז ניחא דאף דס״ל לטור שניר מצטרף וס״ל דשנת הוברה אינה ראויה לפירות מ״מ ס״ל כרשב״ם דבעינן חרישה ואין החרישה עולה לחשבון ג׳ שנים.

איכא דמוביר ואיכא דלא מוביר. כתב הריטב״א דאי כולהו זרעי אינו יכול לטעון שהוא מוביר דעבדא טפי דבטלה דעתו אצל כל אדם ורק כשיש נוהגים כן יכול לטעון שנהג כמותן. אך מבואר בריטב״א דאע״ג דרובא זרעי יכול לומר שהוא מוביר כהמיעוט כי היכי דעבדא טפי. מבואר דכיון שיש נוהגים כך יכול לומר שנהג כמותם וחזקתו חזקה ואין זה ענין להולכים בממון אחר הרוב וא״כ צע״ק בדברי התוס׳ בריש פרקין שכתבו דכיון שיש מיעוט שמשתמשים בבית הבד במשך כל השנה בעינן שיחזיק כל השנה והקשה שם הקו״ש דלמ״ד דאזלינן בתר רוב בממון אמאי לא יאמר שהוא מן הרוב ויהיה

לו חזקה בפחות. ולמה שמבואר כאן קשה לכו״ע דאפילו נגד הרוב יכול לומר שהוא כמיעוט ועל סמך זה הוי חזקה כ״ש שיכול לומר שנהג כרוב. אך למש״כ שם לבאר דברי התוס׳ ניחא ע״ש. ומה שהוצרכו לסברות שבהכי ניחא לי דעבדא טפי או לא מצינא לינטר דמשמע דלולא זה אינו יכול לטעון שעשה כאותם שמובירים היינו משום דלולא זה אמרינן אם איתא דדידך הוא איבעי לך למזרע וע׳ בשיטמ״ק בשם ר׳ יונה שמוסיף איבעי לך למזרע למהר חזקתך שכן הדרך שרוצה הקונה למהר חזקתו אבל במקום ששינוי המנהג אינו מעכב זמן החזקה יכול לומר שנהג כמנהג המיעוט אף בלי סברות אלו.

הרי״ף והרא״ש הביאו רק את התי׳ השני וכתב התומים בס׳ קמ״א סק״א דס״ל שתמיד יש סברא זו ממילא אין נ״מ מתי׳ הראשון. אבל הטור כתב שני הטעמים וכתב דבשדה משובחת אין את הסברא השניה ורק אם השדות שסביבו הובירו יכול לטעון שהוביר משום דלא מצינא לינטר.

תנן חזקת הבתים. הקשו הראשונים דגם לולא ר״ה דמהני מפוזרות עכ״פ בעינן ג׳ שנים שלימות ואי ס״ד שא״א להעיד על הלילות הרי חסר לחשבון ג׳ שנים ולמה הקשו רק לר״ה. ותרצו הרא״ש הנ״י הרשב״א והריטב״א דלולא ר״ה אפשר לפרש מתני׳ דחזקתן ע״י שימוש של ג׳ שנים ולמעשה צריך להחזיק בשביל זה ו׳ שנים. והרמב״ן בתי׳ אחד כתב דבלי ר״ה סגי בג׳ שנים אף שחסר הלילות. והרמב״ן בזה לשטתו דס״ל לקמן גבי חנותא דמחוזא כשיטת הרמב״ם דסגי בג׳ שנים בלי הלילות ולא כתוס׳ שכתבו דבעינן ו׳ שנים. אך שם מובן סברת הרמב״ן דחנות אינו ראוי לשימוש בלילה אבל הכא שמשתמש לדירה למה יעלו הלילות לחשבון ג׳ שנים הא הוי מקוטעות וגם אם לא בעינן רצופות מ״מ צריך שלא יהיו מקוטעות. ואי נימא דכיון שכל יום דר בבית נחשב תמיד בחזקתו אף שלא נמצא בלילות ולא דמי למוביר ששנה שלימה אינו מחזיק א״כ גם לר״ה נימא הכי דנחשב שהחזיק כל הג׳ שנים והוי רצופות. אך בלשון הרמב״ן מבואר דס״ל דטעמא דר״ה דמפוזרות לא מהני הוא משום שטוען המחזיק אתינא ולא הוית בה ומש״ה לא מחינא ולכן הקשו דוקא לר״ה דבשלמא לולא ר״ה דלא חיישינן להכי בעינן רק שיחזיק ג׳ שנים א״כ בשדה שמוביר שנה צריך להשלים השנה ובבית שגם כשמדלג הלילות נחשב שהחזיק ג׳ שנים סגי בזה. אבל לר״ה שחושש לטענת באתי ולא הוית בה כמו שבדילוג של שנה בשדה יש טענה זו כמו כן בדילוג הלילות בבית יש חשש זה. נמצא שנחלקו הרשב״ם והרמב״ן בסברת ר״ה דבעינן רצופות לרשב״ם דבעינן כדמחזקי אינשי ולרמב״ן דיש טענה באתי ולא הוית בה.

אנן אגרינן מיניה. נחלקו הראשונים בגדר החזקה שמחזיק ע״י שמשכיר לאחרים. דמבואר בסמוך דמיירי שעדיין לא שלמו שכירות למשכיר והקשה הרשב״א בשם הראב״ד דשימושו של המחזיק הוא ע״י שמשכיר לאחרים ואכילת פירות דידיה הוא קבלת השכירות ואם לא קיבל את השכירות עדיין לא אכל פירות ולמה הוי חזקה. ותי׳ דמיירי שכתבו למשכיר שט״ח על חיוב השכירות. והרשב״א כתב דאין החזקה ע״י קבלת השכירות אלא עצם דירת השוכרים בשליחות המשכיר חשיב כדירת המשכיר ומוסיף הרשב״א שגם אם המחזיק השאיל את הבתים מהני דירת השואלים לחזקת המשאיל. ומשמע דס״ל שלראב״ד דתלוי בקבלת השכירות לא מהני שאלה. ומסברא יש מקום לומר שבשאלה מודה הראב״ד שדירת השואל הוא תשמישו של המשאיל ורק בשוכר ס״ל דמטרת המשכיר הוא לא שיגורו בבית אלא שיקבל השכירות אבל בשאלה מודה הראב״ד שהמשאיל משתמש ע״י דירת השואל. אמנם ביד רמ״ה באות כ״ג כתב בהדיא דבעינן דוקא דמוגר לאחריני ושקיל אגרא אבל אם השאיל את הבית לא יהיה למשאיל חזקה ע״י דירת השואל וזה

כשיטת הראב״ד שבשכירות החזקה הוא ע״י קבלת השכר ולא ע״י דירת השוכרים. אלא שבראב״ד יש מקום לומר שמודה בשואל וברמ״ה מבואר שבשואל לא הוי חזקה ודלא כרשב״א.

יש לעיין לשיטת הראב״ד שאין חזקת המשכיר ע״י דירת השוכר אלא ע״י שמשתמש בבית לקבלת דמי השכירות למה כשלא דרו בבית ביום ובלילה כל הג׳ שנים לא הוי חזקה הא משלמים שכירות גם על הזמן שלא היו. ובשלמא לרשב״א שדירת השוכר כדירת המשכיר אם השוכר לא החזיק כדמחזקי אינשי חסר גם במוחזקות של המשכיר. אבל לראב״ד לא דירת השוכר עושה את החזקה אלא שימושו של המשכיר בבית לקבל שכירות א״כ מה בכך שהשוכר לא גר כל הזמן. וא״ל שהמערער יכול לטעון שלא ידע שהדר בבית הוא שוכר שהרי שיטת הראב״ד דבעינן דוקא שיש שטר על השכירות אז קלא אית ליה שהם שוכרין והוי כג׳ לקוחות דלית להו חזקה אא״כ היה שטר. וצ״ל שהראב״ד ס״ל שגם כשהחזיק כדמחזקי אינשי יש טענה שבאתי ולא ראיתי שמחזיקים בבית כסברא שנזכר ברשב״ם וברמב״ן שהובא לעיל וטענה זו יש גם בשכירות שחושב שכבר אינו משכיר את הבית לכן לא מחה.

בעיקר השאלה אם חזקת השוכרים הוא רק כשיש שטר על השכירות ע׳ בנ״י דג׳ שיטות יש בזה. א. לראב״ד אפילו אותם שוכרים גרים ג׳ שנים בעינן שטר. ב. לרשב״א שוכר אחד לא צריך שטר ואם כל שנה יש שוכר אחר בעינן שטר כמו בלקוחות. ג. שיטת ר׳ יונה שאפילו ג׳ שוכרים לא בעינן שטר כיון שכולם גרים בשביל המשכיר והוא אחד. בסברת הראב״ד ע׳ מש״כ הקצה״ח בס׳ ק״מ סק״ו לבאר את החילוק בין שוכרים ללקוחות דבלקוחות רק ג׳ לקוחות בעו שטר. אמנם ע׳ בגאון שם סקמ״א שכתב שלראב״ד גם בלוקח בעינן שטר אף שלוקח אחד מחזיק ג׳ שנים ע״ש. וע׳ לקמן בעמ׳ ב׳ מה שכתבנו עוד בזה על הגמ׳ דעיטרא קלא אית ליה.

הני נוגעין בעדות הן. הקשו התוס׳ אמאי נוגעים בעדות הא גם אם לא יעידו שהמחזיק החזיק ג׳ שנים ויזכה המערער יכולים לפטור עצמם מתשלום השכירות ע״י טענת פרעון. וכתבו דאחר שתקנו שבועת היסת הם כן נוגעים כיון שאם יאמרו פרענו יצטרכו לישבע אבל מתני׳ הוי קודם תקנת היסת. והרשב״א והרמב״ן תירצו דקושית הגמ׳ לא קאי על המשנה אלא להלכה אחר תקנת היסת. תירוץ זה של הרמב״ן והרשב״א [וה״א של תוס׳] הוא ע״פ דברי הגמ׳ בקידושין דשליח על פרעון חוב יכול להעיד שפרע ואינו נוגע כיון שגם אם לא יעיד שפרע ויתבע הלוה שיחזיר המעות יכול לטעון פרעתי. וע״ז אמרו שם דאחרי שנתקן היסת הוא נוגע כיון שאם לא יעיד שעשה שליחותו יצטרך לישבע ללוה שהחזיר לו. ויש לעיין דלכאורה אין הנידון דסוגיין דומה לגמ׳ בקידושין דהתם שפיר הוי נוגע אחרי תקנת היסת שאם יאמר ששילם למלוה אין הלוה מכחישו בטענת ברי ולא יצטרך שבועה, ואם יאמר שהחזיר ללוה הלוה מכחישו בטענת ברי ויתחייב שבועה. לכן הוא נוגע לומר שעשה שליחותו כדי לפטור עצמו מן השבועה. משא״כ הכא כמו שאם לא יעידו למחזיק ויטענו פרוע למ״ק יצטרכו שבועה כמו כן אם יעידו שהמחזיק החזיק ג׳ שנים והבית הוא שלו ולכן הם פטורים משכירות למ״ק גם בזה המ״ק מכחיש בטענת ברי ולכאורה יתחייב שבועה דקי״ל כשיטת הרי״ף דגם בלי דררא דממונא נשבעין הסית וכן ס״ל הרמב״ן והרשב״א בשבועות מ״א. והוי כאדם התובע שוכר דמי שכירות והשוכר כופר וטוען שהבית שדר בו אינו שלך דבודאי נשבע היסת על כפירת השכירות. וא״כ כאן בשתי הטענות יתחייבו היסת על כפירת השכירות וא״כ אין כאן שום נגיעה, ולמה אחרי תקנת היסת אינם כשרים להעיד לטובת המחזיק.

ואין לתרץ ע״פ התוס׳ בקידושין מג: שהקשו אמאי הוי נוגע אחרי תקנת היסת מפני שרוצה ליפטר מן השבועה הא יכול לישבע ששילם למלוה ואז בטל הנגיעה דע״י שבועה

היה נפטר גם מהלוה. ותירצו דאה״נ אם ישבע אינו נוגע אך גזה״כ דבעינן ע״פ שנים עדים שהעד יהיה נאמן בדיבורו לבד ועד הצריך שבועה אינו עד. נמצא דהא דאחרי תקנת היסת הוא פסול אינו מטעם נוגע אלא מפני שהוא עד הצריך שבועה. א״כ גם כאן אע״ג דאינו נוגע מפני שבשתי הטענות צריך שבועה מ״מ הוי עד הצריך שבועה ופסול. אך זה אינו דבשלמא התם שאם לא ישבע שפרע למלוה יש לו נגיעה דבטענת החזרתי ללוה היה חייב שבועה ורוצה לישבע ששילם למלוה כדי לסלק הנגיעה זה נחשב עד הצריך שבועה שבלי השבועה הוא נוגע וע״י השבועה בטל הנגיעה ומקבל נאמנות ע״י השבועה. אבל כאן בשתי הטענות הוא מחויב שבועה על כפירת דמי השכירות א״כ בשביל העד אין שום נ״מ בין אם יעיד לטובת המחזיק או למ״ק ואין נגיעה כלל. וכדי להכשירו לעדות אינו טעון שבועה. ומה שנשבע אינו בשביל להכשירו לעדות אלא מפני התביעת ממון שיש עליו ושבועה זו צריך בכל אופן שיעיד א״כ אין כאן שום נגיעה ואינו עד הצריך שבועה. אך העירוני דלפי מה דנקט הקו״ש כאן באות ק״ה שאם יקבלו עדות השוכרים ויפסקו שהבית שייך למחזיק גם השוכרים יפטרו מתביעת המ״ק על דמי השכירות דזה נידון בתולדה מדין הבית א״כ אם יקבלו עדותן יפטרו משבועה ושפיר הם נוגעים ואם בכל זאת ישבעו הוי עד הצריך שבועה. אבל למה דנקט השעה״מ בס׳ ק״מ סק״ז שלא מקבלים עדותן אלא לגבי המחזיק ולא לגבי לפטור עצמם מתביעת המשכיר קשיא.

תוד״ה הני. דברי התוס׳ בתירוצם צ״ב דכמו שאם יאמרו פרענו למערער חושש שיזכה המחזיק כן אם יאמר שפרע למחזיק אמאי אינו חושש שיזכה המערער. ועמש״כ בזה בספר דרכי דוד שאם יעיד לטובת המערער המערער יתבע שכירות כיון שהאמת היא שלא שלמו לו ויצטרך לטעון פרעתי וישמע המחזיק וכשיזכה יחזור ויתבע. אבל אם יעידו לטובת המחזיק הוא לא יתבע כיון שכבר קיבל ולא ישמע המערער הודאת העדים ששלמו למחזיק. ועי״ל דאם מעיד לטובת המחזיק לא חוששים שיזכה המערער דאינו יכול לזכות אלא ע״י הכחשה או הזמה אבל כשמעדים למערער אין זה עדות שזה של המערער אלא רק שאין למחזיק עדי חזקה ובזה חוששים שאולי ימצא עדים אחרים ויזכה המחזיק.

שיטת הרמב״ם. שאפילו נקיטי אגרא בידייהו אין השוכרים נאמנים. והראב״ד משיג דבגמ׳ מבואר שרק אם נתנו השכירות אינם נאמנים. וכתב הרה״מ דהרמב״ם ס״ל שמר זוטרא בא לחלוק בזה על רבא וס״ל שאם טען המערער שיביא עדים על היום ולילה לא סומכים על השוכרים אף שהשכר בידם. אך לא ביאר טעם הדבר הא אינם נוגעים ואמאי פסולים להעיד ועי׳ באו״ש בפי״ב מטו״נ שכתב דאם אין אפשרות להביא עדים על החזקה אינו חזקה אף שהמערער מודה שהחזיק דלא היה לו למחות כיון שיכול להכחיש את החזקה [סברא זו כתב גם הביה״ל ח״ג ס׳ נ׳ ד״ה כתב ע״ש] ואם יקבל שכירות מהשוכרים יהיו עדיו פסולים ולא יוכל לברר החזקה אא״כ לא יקבל מהם שכירות וגם זה חסרון בחזקה שאינו יכול לקבל שכירות ולהשתמש כרצונו ע״ש. וכ״ז בכלל טענת מר זוטרא כמו שמבאר האו״ש יעו״ש. ולולא דבריו היה נראה דהרמב״ם ס״ל כשיטת הרמ״ה שכתב באות כ״ד בביאור דברי מר זוטרא דאף שאם ידוע שלא שלמו שכירות אינם נוגעים ויכולים להעיד [והרמב״ם בעצמו כ״כ בפט״ו מעדות ה״ה] מ״מ יכול המערער לטעון שהשוכרים כבר שלמו שכירות והם נוגעים בעדות ומה דנקטו אגרא בידייהו אינו אלא הערמה בעלמא. וזה כונת הרמב״ם במה שכתב וטען בעל החצר ואמר יביאו עדים וכו׳ היינו שטוען ששילמו והם נוגעין בעדות ואף דנקטו בידייהו אין זה אלא הערמה.

הרשב״א כתב בשם ר׳ יונה פשט אחר בדברי מר זוטרא שאם המערער לא נמצא בפנינו וטוען המחזיק שיבואו ויעידו בב״ד שמא אח״כ יבא מערער יכולים להעיד אף שכבר שלמו

שכירות ואין פסול נוגע. והובא דין זה בשו״ע ס׳ ק״מ סע׳ י׳. ומביא הקצה״ח שם סק״ד שהב״ח מבאר סברת ר׳ יונה דכיון שהמערער אינו נמצא בפנינו עכשיו לא חיישינן לנגיעה של אח״כ. והט״ז הקשה דבודאי הכא מעידים מפני החשש שמא יבא המערער ואמאי אינם נוגעים. דהיינו דמה דאיתא לקמן מה. בתוד״ה מאי דנגיעה שאינה עכשיו לא חוששים לה היינו כשמעיד דבר שנוגע לאחר בזה לא חיישינן שמא פעם יבא מצב שיהיה נוגע לעד אבל הכא כל התועלת שיש בעדותו הוא רק סילוק המערער וזה נוגע לעד. ולכן מפרש הקצות באופן אחר ע״פ התוס׳ הנ״ל בקידושין מג: דאין הפסול כאן משום נוגע אלא משום עד הצריך שבועה ובזה כ״ז שלמעשה אינו צריך שבועה אין סיבה לפסול ע״ש. וע׳ בקו״ש באות ק״ו שהקשה על דברי הקצות דכיון שמכשירים העדות רק מפני שכשיבא המערער ישבע א״כ כשרותו מפני שעתיד לישבע דאם לא ישבע כשיבא המערער נמצא שהיה נוגע א״כ אכתי הוי עד הצריך שבועה. וכ״כ הנתיבות סקי״ב ע״ש. וע״ע בשעה״מ סק״י שגם כתב ככל דברי הקצות ובסוף מסיים דעכשיו שזכינו לדברי השיטמ״ק בשם ר׳ יונה מפורש בדבריו כסברת הב״ח דלא חיישינן לנגיעה שאינה בפנינו עכשיו. ובמה שמוסיף ר׳ יונה דלא חיישינן לקבלת עדות שלא בפני בע״ד משום שאם נמתין שיבא הבע״ד יפסלו העדים משום נגיעה והוי כעדיו חולים או הולכים למדה״י דמקבלים שלא בני בע״ד ע׳ מש״כ הקצה״ח בסק״ה.

נמצא הפשטים בדברי מר זוטרא א. לרשב״ם זה הסבר באביי ורבא דרק במקום שיש טענת ברי של המערער בעינן עדות על יום ולילה. והרמב״ן כתב דכן עיקר אלא דס״ל דסגי בטענת שמא. וגם הרמב״ם כתב בהדיא בפי״ב ה״ב שאפילו טוען המערער שמא בעינן עדות על הימים והלילות. ב. הרשב״א מפרש איפכא דאביי ורבא ס״ל דסגי בעדות שבבי ושוכרים בסתם ואינם צריכים לפרש ביום ובלילה ואם טען המערער ברי שלא היו בלילות אז בעינן עדות מפורשת על יום ולילה. ג. הרא״ש מפרש על דרך הרשב״ם אבל משמע מדבריו דאין כונת מ״ז שבסתם סגי בעדות שדר ג׳ שנים אף שאינם יודעים שהיו בימים ובלילות אלא כמו שהבינו התוס׳ בקושיתם על הרשב״ם דבסתם תולים שכוונת העדים להעיד על ימים ולילות ולא צריך לחקור אותם וז״ל מסתמא העידו על ימים ולילות ואין אנו זקוקים לדרוש ולחקור העדים אם העידו על ימים ולילות דמסתמא הוי כאילו חקרנום כ״ז שאין המערער טוען עכ״ל. ד. פר״ח שהובא בתוס׳ דאם אינם דרים עכשיו אינם נוגעים דאי בעו אמרו לא דיירנא. ה. שיטת ר״ת אם טען המחזיק שיש לו עדים שאינם יכולים להעיד על ימים ולילות ממש אלא רק שהיה בחזקתו כל ג׳ שנים וכל פעם שבאו ראו אותו סגי בזה. הטור והרמ״א בס׳ ק״מ סע׳ ח׳ הבינו שלר״ת אפילו המערער טוען ברי שלא היה בלילות סגי בעדות זו והש״ך חולק בסקי״א וס״ל דר״ת מיירי שאינו טוען ברי. וברוכל סומכים על עדות כזו אף שלא טען המחזיק שרוצה להביאם אנן טענינן ליה. וע׳ בב״ח ס׳ ק״מ שמבאר שיטת ר״ת למה בסתם עדים בעינן טענה וברוכל לא בעינן טענה דבסתם אם אינו יודע המחזיק שסגי בעדות כזו אין ב״ד חייבים לפתוח לו שיכול להביא עדים כאלו דאין הב״ד צריכים לסייע למחזיק בטענותיו ורק אם טען שרוצה להביא אותם מקבלים דסגי בעדות זו. אבל אם הם רוכלים בזה יש מקום לטעות ולחשוב שלא סגי בזה ובזה פותחים לו ומקיימים פתח פיך לאלם ומגלים לו דסגי בעדות של רוכלים ואין כוונת ר״ת דברוכל מקילים יותר על עדותם אך בלשון הרא״ש משמע שגם בזה יש קולא ברוכל דסגי במעיד על פחות זמן ע״ש. ו. שיטת ר׳ יונה דאם המחזיק טוען שיעידו לפני שבא המערער אין חשש נגיעה. ז. שיטת היד רמ״ה שמ״ז אמר שאם טוען המערער שחושד שנקטו זוזי בידייהו משום הערמה חיישינן לנגיעה גם באופן זה. וכתבנו לעיל שיתכן שזה שיטת הרמב״ם. ח. שיטת האו״ש פי״ב מטו״נ ה״ב בדעת הרמב״ם דמ״ז אמר דכיון שאם יתנו שכר

לא יוכלו להעיד א״כ גם כשלא נתנו שכר אין חזקתו חזקה ע״ש.

ומודה מ״ז ברוכלים. לפר״ח הכוונה שרוכל שמחזיק סגי בדר כדרך הרוכלים אף שאינו דר בקביעות בבית והריטב״א חולק וס״ל שגם רוכל אין לו חזקה אא״כ דר תמיד כדרך כל אדם וכ״כ בסמוך בד״ה ומודה ר״ה דאדם שדר ג׳ שנים ובתוך הזמן הלך לסחורה אין לו חזקה ומדמה לרוכלים. ולמד מזה למקומות ביה״כ שאין לו חזקה אא״כ ישב בכל עיתות התפילה ודלא כבעהע״ט שכתב שדיו שישב בזמן שהלך להתפלל שם. ולהלכה פסק הרמ״א דרוכל שדר כדרכו וכן מי שהלך לסחורה ומי שישב על מקום ביה״כ כל פעם שנכנס להתפלל יש לו חזקה וזה כר״ח ודלא כריטב״א.

דף כט:

מודה ר״ה בחנותא דמחוזא. שיטת תוס׳ דבעינן ו׳ שנים והרמב״ן והרמב״ם פליגי וס״ל דסגי בג׳ שנים. וביאור המחלוקת דתוס׳ ס״ל דאזלינן בתר תשמיש הבית והבית הוא מקום הראוי לדירה ולכך אע״פ שהמחזיק משתמש בו כחנות ובחנות אין הדרך להשתמש בלילה אין זה נחשב שאכל כל הפירות שהיה יכול לאכול ואף שזה דרכו, ולכן אין בזה חסרון של מפוזרים, מ״מ אין זה נחשב שאכל כל מה שאפשר לאכול דהבית ראוי לשימוש ביום ובלילה לכן בעינן ו׳ שנים. והרמב״ן והרמב״ם ס״ל דאזלינן בתר צורת השימוש שבו משתמש המחזיק וכיון שהוא משתמש כחנות הוי כשדה ובית הבד דאין דרכם להשתמש בלילה ובג׳ שנים אכל כל מה שאפשר לאכול וסגי בזה. וע׳ ברמ״א ס׳ ק״מ סע׳ י״ד שמביא בשם המרדכי שמחלק בזה דאם עד עכשיו שימש לדירה והמחזיק שינה את תשמישו לחנות בעינן ו׳ שנים ואם גם בתחילה היה חנות סגי בג׳ שנים. והסברא כנ״ל דהיכא דבתחילה היה בית מסתבר כתוס׳ דאין זה נחשב שאכל כל הפירות שהיה יכול להשתמש כבית משא״כ היכא דעד עכשיו היה חנות יותר מסתבר כרמב״ן דהוי כבית הבד דסגי בג׳ שנים. וע׳ בגאון שם סקמ״ט שמדייק בלשון התוס׳ שכונתם באופן זה שעד עכשיו שימש לדירה ע״ש. השיטמ״ק כתב בשם הראב״ד להקשות על הסוברים דסגי בג׳ שנים מ״ש מאתרא דמוברי באגי דאע״ג דדרכו בכך בעינן ו׳ שנים וה״ה דקשיא לסוברים דחנותא דמחוזא בעי ו׳ שנים הא שדה ובית הבד לכו״ע סגי בג׳ שנים אף שלא משתמשים בלילה כיון שזה דרכו ואין אפשרות להוציא יותר פירות ומ״ש מאתרא דכולהו מוברי דאעפ״כ בעינן ו׳ שנים. וכתב הראב״ד ב׳ תירוצים וע׳ לעיל בעמ׳ א׳ שכתבנו שב׳ תירוצים תלוים במחלוקת הטור ור׳ ישעי׳ אי באתרא דכולהו מוברי וזרע ג׳ שנים רצופות ולא הוביר אי הוי חזקה או לא ע״ש. יש לעיין למש״כ הרשב״ם דאפילו במקום דכולהו מוברי בעינן שבשנה שמוביר יעשה חרישה, האם בחנותא דמחוזא בעינן נמי נעילה בלילות כדי שלא יאמר המערער שבא וראה שאין משתמשים בבית לכן לא מחה או לא.

נמצא דלרמב״ם ולרמב״ן חנותא דמחוזא עדיף ממוברי באגי דהכא סגי בג׳ שנים והתם בעינן ו׳ שנים. ולתוס׳ הוי איפכא דחנותא דמחוזא גרע ממוברי באגי וס״ד שבחנותא דמחוזא לא יועיל אפילו ו׳ שנים דהוי מפוזרות. וזה משום דלרמב״ם אזלינן בתר תשמישו כחנות ובזה עדיף ממוברי באגי בגלל סברות הראב״ד הנ״ל. ולתוס׳ אזלינן בתר הבית שהוא ראוי לדירה לכן ס״ד דהוי מפוזרים קמ״ל דאינו מפוזרים אבל ו׳ שנים בעינן.

כי היכי דלא תחזקו אהדדי. הקשה הרשב״ם לקמן מב: דאיתא התם דשותפין אין להם חזקה זה על זה משום דלא קפדי אהדדי ואמאי הוצרכו להשתמש לסירוגין. ותירץ דחששו שלא יהיו עדי שותפות ויטעון המחזיק שאינו שותף והוי חזקתו חזקה.וכן כתבו התוס׳ כאן בשם רש״י. והקשו התוס׳ א״כ גם בשנה אחת יאמר שהוא שלו כיון שאין עדי שותפות. וכתב בזה הקצה״ח בס׳ ק״מ סק״א דלדעת הסוברים

דהזוכה בקרקע ע״י חזקת ג׳ שנים אינו נשבע ניחא דאף שגם בשנה אחת יכול להכחיש את השותפות מ״מ יתחייב היסת דנשבעין היסת על עבדים וקרקעות כמש״כ התוס׳ לקמן לג. אבל כשזוכה ע״י חזקה של ג׳ שנים פטור מן השבועה ורק לזה חששו רב״ח ורב עוקבא. ודברי הקצות בזה לכאורה אינם מובנים דקשיא לרש״י ולרשב״ם דשותף אין לו חזקה ותי׳ דמיירי דליכא עדי שותפות לכן לא בעינן חזקה א״כ איך תירץ הקצות דאם יחזיק ג׳ שנים יפטר משבועה הא ג׳ שנים דשותף כשנה אחת דמי כיון דלית ליה חזקה ולמה לא ישבע כשמכחיש השותפות כמו שנשבע אחרי שנה. וצ״ל דס״ל דכל מה דשותפין לא קפדי הוא כשידוע השותפות אבל כשלא ידוע ויש חשש שיכחיש את השותפות בכה״ג קפדי אהדדי ויש לו חזקה. ומה שתי׳ הרשב״ם דאין עדי שותפות אין כונתו שלכן יוכל להכחיש אף דלית ליה חזקה אלא כוונת הרשב״ם דבאופן זה יש לשותף חזקה. וע״ז הקשו התוס׳ דגם אם אין לו חזקה כגון שהחזיק רק שנה יכול להכחיש את השותפות. ותי׳ הקצות דמ״מ יצטרך שבועה משא״כ אחר ג׳ שנים אית ליה לשותף חזקה היכא דליכא עדי שותפות וע״י החזקה יפטר מן השבועה. וכן משמע בלשון השיטמ״ק בשם הראב״ד שהקשה דשותפין אין להם חזקה ותי׳ ה״מ בדבר שידוע במשותף אבל זו השפחה וכו׳. משמע דכשלא ידוע איכא חזקה, והטעם דבאופן זה קפדי אהדדי.

אמנם בדעת הרשב״ם לא הועיל הקצות בתירוצו דהרשב״ם ס״ל לקמן לג. דאין נשבעין היסת על קרקעות וה״ה על עבדים א״כ גם בשנה אחת אינו נשבע. ונראה דיש לבאר דברי הרשב״ם באופן אחר דאה״נ להכחיש השותפות יוכלו גם בשנה אחת אבל אם יודה בשותפות לא יוכל לטעון לקחתי במגו דלא היינו שותפים אבל אחרי ג׳ שנים דאית ליה חזקה [דבמקום דליכא עדי שותפות שותפין קפדי אהדדי ואית להו חזקה כנ״ל בדעת הקצות] בזה גם אם יודה בשותפות יוכל לטעון לקחתי במגו דהכחשת השותפות. והרשב״ם בזה לשטתו דס״ל לקמן ל: דבתוך ג׳ שנים גם אם אין למערער עדי מ״ק אינו נאמן לטעון לקחתי במגו דלא היתה שלך מעולם. והטעם ע׳ לקמן דלדעת הדרישה הוא משום דבתוך ג׳ שנים איכא ריעותא דאחוי שטרך וסובר הרשב״ם דלא מהני מגו במקום ריעותא דאחוי שטרך ורק אחרי ג׳ שנים דליכא ריעותא נאמן בטענת לקוח. ועי״ל דכ״ז שלא החזיק הקרקע בחזקת מ״ק ולא מהני מגו נגד חמ״ק. ואף דבפשטות מבואר לקמן לב: דקי״ל דמהני מגו נגד חמ״ק וכן פסקו הסמ״ע בס׳ פ״ב סקמ״ד והש״ך כללי מגו סק״א והנתיבות שם כלל ה׳. אך הכנה״ג בכללי מגו [בתומים] כלל ט׳ כתב ששיטת הריב״ם דלא מהני מגו נגד חמ״ק ומה שתמה התומים על דבריו ע׳ בס״ד לקמן לב: וגם בקו״ש ח״ב ס׳ ח׳ מוכיח דדעת הרא״ש דלא מהני מגו נגד חזקת מ״ק. ולכל פשטים אלו קשיא ממתני׳ פ״ב דכתובות שדה זו של אביך היתה ולקחתיה דנאמן אף דהוי בתוך ג׳ ואיכא רעותא דאחוי שטרך ואף דהוי נגד חמ״ק צ״ל דהתם שאני דליכא תובע והוי הפה שאסר כמבואר ברש״י בכתובות שם ודלא כתוס׳ שם בד״ה ומודה. שו״ר שהדרישה מבאר דהתם מיירי שטוען שהחזיק ג׳ שנים אלא דלית ליה עדי חזקה. א״כ ה״ה כאן בתוך ג׳ שנים אף שיכול להכחיש השותפות, אם מודה בשותפות אינו נאמן לטעון לקחתי במגו דהוי מגו נגד אחוי שטרך והוי נגד חמ״ק. ורק אחר ג׳ שנים דאית ליה חזקה וליכא ריעותא דאחוי שטרך נאמן וא״ש דברי הרשב״ם. ונתעוררתי לדברים אלו מדברי היד רמ״ה באות כ״ו דכתב דהכא אם היה מחזיק היה טוען לקחתי במגו דהכחשת השותפות ומבואר דלפני ג׳ שנים לא היה זוכה במגו זה אבל אם היה מכחיש את השותפות בודאי היה נאמן גם בתוך ג׳ שנים, ע״ש. וע״ע בביה״ל ח״ג ס׳ ל״ד אות ה׳.

כתוב עיטרא קלא אית ליה. הובא לעיל שיטות הראשונים לגבי שכירות אי בעינן

שטר או לא. והובאו דברי הקצות בסק״ו והגאון סקמ״א בביאור שיטת הראב״ד שאפילו אותם שוכרים נמצאים כל ג׳ שנים בעינן שטר. הב״ח כתב לבאר דברי הראב״ד דכל שהחזקה היא ע״י יותר מאחד בעינן שטר כדי שידעו הבעלים שהיו כמה בנ״א. והש״ך בסקי״ז כתב שהעיקר בזה כהב״ח. ולכאורה דבריהם אינם מובנים כלל דמה שצריכים ב׳ שוכרים אין זה מפני שצריך בשביל עצם החזקה שידורו ב׳ בנ״א אלא דבעינן עדות על דירה וצריך ב׳ עדים וה״ה אם יעידו ב׳ על דירה של אחד דסגי בזה א״כ למה בעינן קול שדרו שנים. ונראה כוונתם ע״פ מה שהובא לעיל בשם האו״ש פי״ב מטו״נ ה״ב דאם מחזיק באופן שאין אפשרות להביא עדים על החזקה אין חזקתו חזקה ואף אם מודה המערער שהחזיק אין זה חזקה כיון שאין המחזיק יכול לברר חזקתו לא חשש למחות. א״כ ניחא דכיון שאין אפשרות להעיד על דירת יום ולילה אלא ע״י דירת השוכרים אם אין קול שדרו ב׳ בנ״א א״כ סבר המערער שלא יוכל המחזיק לברר חזקתו לכן לא מחה. וכדי שיהיה חזקה בעינן שיהיה קול שדרו ב׳ בנ״א בבית ואז יודע המערער שיוכל המחזיק לברר חזקתו לכן בעינן שיחזיקו דוקא עם שטר.

אכלה כולה חוץ מבית רובע. הרא״ש כתב דבית רובע דוקא אבל פחות מזה בטל אגב שאר הקרקע. ובשיטמ״ק בשם שיטה לא נודע למי כתב דבית רובע לאו דוקא וה״ה פחות.

אלא מעתה צונמא במה תקנה. אף שדברי הגמ׳ נאמרו לענין חזקת ג׳ שנים ולא לגבי חזקת קנין הרמב״ם מביא דין זה בב׳ מקומות. א. בפי״ב מטו״נ הי״ג לענין חזקת ג׳ שנים דבצונמא מחזיק ע״י העמדת בהמות ומשטחא בה פירי. ב. בפ״א ממכירה הט״ו לענין קנין חזקה דבמקום שא״א לקנות ע״י רפק בה פורתא כגון צונמא קונה ע״י משטח בה פירי או העמדת בהמות. והראב״ד חולק דשימוש לא הוי קנין חזקה ע״ש. וע׳ רע״א בגליון השו״ע ס׳ קצ״ב סע׳ ח׳ בשם המהרי״ט דרק במקום שאינו ראוי לקנות ע״י תיקון מהני קנין של השתמשות אבל בית או שדה לא יקנה אא״כ יתקן ע״ש. [וכעין זה לקמן לה: ישראל הבא מחמת עכו״ם וכו׳ שבגמ׳ נא׳ לענין חזקה והרמב״ם מביא גם לענין חזקה וגם לענין קנין ע״ש.].

בשכוני גוואי הואי. שיטת הרשב״ם דטענת המערער הוא שהיה עובר במקום שמחזיק ובזה מקלקל חזקתו של המחזיק. ונחלקו רבא ור״נ כשיש ספק אם עבר או לא על מי להביא ראיה. וג׳ קושיות הקשו הראשונים על פרשב״ם. א. הרמב״ן הקשה דלא מסתבר שמה שעובר דרך ביתו של המחזיק יקלקל את חזקתו כיון שרק הוא לבדו דר בבית. ב. המוכר קרקע או בית לחברו ושייר המוכר לעצמו דרך במה יחזיק הקונה, ע׳ רמב״ן רשב״א ונ״י. ג. אם זה אמת שמה שהמערער עובר מגרע את חזקתו של המחזיק מ״ט דרבא שהמערער צריך להוכיח שעבר עליו הא כל שיש ספק אם החזיק כדין על המחזיק להוכיח שהחזיק. הקצה״ח בס׳ ק״מ סק״ז כתב בשם הב״ח דהנ״י לא קשיא ליה קושיא זו של הרמב״ן על הרשב״ם מה סברת רבא, דפשיטא ליה דהעברת דרך לא מקרי דירה וניחא טעמיה דרבא. והקצות הבין כונת הב״ח דרבא ס״ל שמה שהחיצון עובר עליו אינו מקלקל חזקתו כלל ותמה הקצות דמפורש בגמ׳ דרבא חולק רק שבספק על המערער להוכיח אבל מודה שאם באמת עבר המערער בבית החיצון אין חזקתו חזקה. אך לכאו׳ פשוט שאין כונת הב״ח כהבנת הקצה״ח אלא כוונת הב״ח דיש לפרש בב׳ אופנים את טענת בשכוני גוואי הואי. דאפשר לומר ששימושו של המערער בבית החיצון מקלקל את מוחזקותו של המחזיק דבעינן שיחזיק לבד ואם גם המערער משתמש עמו אפילו רק בשימוש של דרך אין הבית מוחזק ביד המחזיק. ויתכן שאין זה מקלקל את המוחזקות כיון שעיקר הדירה היתה של המחזיק והמערער רק עבר דרך שם אבל שימושו של המערער הוא כמחאה על חזקתו של המחזיק. ובזה נחלקו רבא ור״נ. דפשוט שעל המחזיק להוכיח שהחזיק וכל שיש ספק

בעיקר החזקה על המחזיק להביא ראיה. אבל כשידוע שהחזיק וספק אם מחה המערער על המערער להוכיח שגרם לבטל החזקה ע״י מחאתו. לכן ר״נ דס״ל שזה מקלקל את עיקר החזקה ס״ל דעל המחזיק להוכיח דכל זמן שלא ידוע שהחזיק הקרקע בחזקת מ״ק. [ורק בנכסי דבר סיסין ס״ל דעל המ״ק להוכיח מפני שהוא בא עם טענה מחודשת, ע׳ חזו״א אבה״ע ס׳ ס״ז סק״ז]. ורבא ס״ל דכיון שהחזקה היא ודאית הוי בחזקת המחזיק ועל המערער להוכיח שעשה פעולה שנחשבת כמחאה משא״כ בנכסי דבר סיסין שלא החזיק הקונה הוי בחזקת מ״ק. וזה כונת הב״ח במש״כ סברת רבא דאינו מקלקל החזקה היינו דאינו מגרע בעיקר החזקה אלא הוי כמחאה וניחא סברת רבא דעל המערער להוכיח אף דפשוט שאם ידוע שעבר מודה רבא. ושו״ר בחי׳ חת״ס על ב״ב שהעיר בזה על הקצות יעו״ש.

הרמב״ן שכן הקשה על הרשב״ם מה סברת רבא משום דפשיטא ליה דמה שעובר עליו אינו מחאה כיון שסו״ס שתק וע״כ כונת הרשב״ם דחסר במוחזקות של המחזיק וע״ז הקשה. א. דלא מסתבר שחסר בחזקתו. ב. אם חסר בחזקתו מה סברת רבא. אמנם בריטב״א כתב בהדיא בדעת הרשב״ם דמה שעובר עליו הוי כמחאה וכן מבואר בדברי המהרי״ט שהובאו בקצות ס׳ ק״מ סק״ח וז״ל אלמא מה שהיה בשכוני גוואי ועובר עליו חשוב כמחאה עכ״ל. וע׳ בנ״י כשמביא שיטת הרשב״ם כתב בזה״ל והייתי עובר דרך עליך לפ״ז לא היית מחזיק וכו׳. ובגליון איכא גרסת ס״א והייתי עובר דרך עליך לפ״ז הייתי מוחה וכו׳. ולמה שנתבאר ב׳ הגרסאות תלוים בר״נ ורבא דלר״נ טענת המערער שלא היית מחזיק ולרבא טענתו הייתי מוחה. וצע״ק במהרי״ט הנ״ל דלמאי דקי״ל כר״נ לא הל״ל דהוי כמחאה.

שיטת הרמב״ן דשכוני גוואי היינו שהיה בארץ מרחקים במקום שאין המחאה נשמעת ולכן אין החזקה חזקה. והרמב״ן מבאר מחלוקת ר״נ ורבא לפי פירושו דר״נ ס״ל דאם היה המערער במקום שאינו יכול למחות חסר בעיקר החזקה דהוי כמחזיק שלא בפני הבעלים לכן על המחזיק להוכיח שהחזיק כדין. ורבא ס״ל דאין חסרון בגוף החזקה אלא שיש דבר שמקלקל החזקה ועל המערער להוכיח שיש דבר שמקלקל את החזקה כשם שצריך להוכיח על המחאה בטוען מחיתי ע״ש. ולמאי דקי״ל כר״נ יוצא ששיטת הרמב״ן להלכה שעל המחזיק להוכיח שהמערער לא היה בארץ מרחקים. וע׳ בזה בסמוך על הגמ׳ דשוקי בראי. עוד שיטה יש בשכוני גוואי והוא שיטת הרמב״ם והרי״ף שטוען שלא יתכן שמכר שבזמן שטוען המחזיק שמכר לא היה המוכר כאן. וע׳ ברמב״ן ונ״י שהקשו על פירוש זה.

הקצה״ח בס׳ ק״מ סק״ג מביא דברי הפוסקים שלמדו מפרשב״ם בסוגיא זו דאין חזקה לשותפות ומחזיק שמשתמש יחד עם המ״ק וטוען שקנה שותפות בממונו לית ליה חזקה. והקצות חולק ומוכיח שגם במשתמש עם המ״ק אית ליה חזקה. ומבאר הקצות דשכוני גוואי שאני מכל חזקה של שותפות. ובביאור חילוקו של הקצות יש לומר בב׳ אופנים. מדברי הנתיבות בסקי״ט מבואר שהבין שכונת הקצות דמה שבשכוני גוואי שימושו של המערער מקלקל את חזקתו של המחזיק הוא משום שהמחזיק טוען שקנה הבית כולו וטוען שלא היה למערער זכות לעבור דרך ביתו וטוען שבאמת לא עבר דרך שם. בזה אם המערער מוכיח שכן עבר הרי הוא מוכיח שהשתמש במה שהמחזיק טוען שהוא שלו וזה מקלקל חזקתו [לשון הקצות דהוי כמחאה אבל למה שנתבאר זה סברתו של רבא ואנן קי״ל כר״נ] אבל כל שותפים שכ״א משתמש בשלו ובמה שזכותו להשתמש וגם לדבריו של המחזיק זכותו של המערער להשתמש א״כ אין השתמשותו של המ״ק סותר לחזקתו של המחזיק. ומה״ט הקשה הנתיבות על דברי הקצות דלדבריו אין מקום לקושית הנ״י ושאר הראשונים על הרשב״ם שהקשו לדברי הרשב״ם איך יחזיק הקונה שדה ושייר המוכר לעצמו דרך. ולדברי

הקצות בזה גם הרשב״ם יודה דכיון שטוען המחזיק שקנה הבית ונשאר למוכר זכות של דרך אין הליכתו של המ״ק מקלקל חזקתו של המחזיק.

אמנם המעיין היטב בדברי הקצות יראה שגם באופן שהמחזיק מודה שקנה הבית ונשאר למוכר זכות לעבור דרכו הליכתו של המ״ק מקלקל את חזקתו של המחזיק. ואין זה דומה לחזקה לשותפות שאין תשמישו של השותף מקלקל חזקת השותף. וטעם החילוק מבאר הקצות ע״פ דברי הר״ן בנדרים דשותפים כ״א בזמן שמשתמש נחשב משתמש בשלו ואין אחד משתמש בממון חברו כלל לכן אין תשמישו מקלקל חזקתו של חברו דלא השתמש בשל חברו כלל. וכן בכל חזקת תשמישים לא מגרע תשמישו של בעל החצר את חזקת תשמישו של חברו כיון שבעל החצר משתמש בשלו ולא בקנינו של חברו. משא״כ בדרך אפילו אם שייר המוכר לעצמו קנין לעבור בבית שמכר לחברו וזכותו לעבור אין זה קנין הגוף אלא שיעבוד בעלמא והוי כשוכר דרך מחברו ואף שזכותו לעבור מ״מ הרי הוא משתמש בגוף של חברו. ושימושו בממון של חברו מגרע חזקתו של חברו. ולהבנת הנתיבות בדברי הקצות לא הוצרך הקצות להביא את כל דברי הר״ן בנדרים ולומר דקי״ל כראב״י דלכו״ע שותף יש לו זכות השתמשות משא״כ כאן אין לו זכות לעבור כלל לפי טענת המחזיק. אלא ברור שגם באופן שיש לו זכות להשתמש וכגון שטוען המחזיק שקנה והמוכר שייר לעצמו דרך מ״מ כיון שמשתמש בגוף של חברו זה מקלקל חזקתו ורק שותפין שכ״א משתמש בגוף שלו אין שימושו מגרע חזקתו של חברו. ממילא אין שום סתירה מקושית הראשונים על הרשב״ם לפירושו של הקצות ברשב״ם. אך בדעת הרשב״ם כדי שלא יקשה קושית הראשונים י״ל דס״ל כהבנת הנתיבות בדברי הקצות דהכא מיירי שטוען שקנה הבית כולו ולכן הליכתו של המ״ק מקלקל חזקתו. ואה״נ אם מודה שהמוכר שייר לעצמו דרך לא יבטל הליכת המ״ק את חזקתו.

דף ל.

עליה רמיא לגלויי דלאו דבי בר סיסין היא. מבואר דאע״ג דקרקע בחזקת מ״ק והוא גם המוחזק כיון שהוא בא עם טענה מחודשת עליו הראיה. והובא לעיל דברי החזו״א אבה״ע ס׳ ס״ז סק״ז שלמד מכאן דכל שהמתנה מבוררת נחשב הטוען שהתחדש סיבה לביטול מקח כמוציא ועליו הראיה. וכעין זה מבואר בשו״ת הרשב״א שמובא בקונה״ס כלל ז׳ אות ט׳ דודאי מקח וספק תנאי על המוכר להוכיח שהיה תנאי המבטל אע״פ שעל הצד שהיה תנאי המקח בטל למפרע ונשאר ביד המ״ק מ״מ כל שיש ספק על המ״ק להביא ראיה כיון שהמקח הוא ודאי והתנאי ספק וכן מביא שם מהב״י בשם הריטב״א. אך בהמשך דבריו הקשה סתירה מדברי הרשב״א בגיטין יעו״ש.

בשוקי בראי הואי. פרשב״ם שהיה בארץ מרחקים במקום שאין שיירות מצויות ואין חזקתו חזקה. וכתב הרא״ש דמיירי הכא שהדבר ידוע שהיה בארץ מרחקים אבל כשיש ספק על המערער להביא ראיה. וזה דלא כרמב״ן שלומד שנחלקו בזה רבא ור״נ בשכוני גוואי והלכה כר״נ דעל המחזיק להביא ראיה שהמערער לא היה בארץ מרחקים. לשון הרא״ש בזה הוא דכיון שהחזקה נשמעת אפילו בארץ מרחקים ומה שאינו חזקה הוא מפני שאין המחאה נשמעת לכן בספק על המערער להוכיח. ולמד מזה הקצה״ח בס׳ קמ״ג סק״ג דאילו היינו אומרים שבארץ מרחקים אין החזקה נשמעת היה הדין שבמקום ספק על המחזיק להביא ראיה דהוי ספק בעיקר החזקה דאולי החזיק באופן שאין המערער שומע. אבל כיון שהחזקה נשמעת בכל מקום כמו שהוכיחו התוס׳ לקמן לח: ד״ה אין א״כ בודאי החזיק בפני המערער אלא שיש צד שהמערער אינו יכול למחות וזה קלקול צדדי ובספק על המערער להוכיח. אמנם בלשון הטור ס׳ קמ״ג מבואר שטענת המערער הוא שלא שמע החזקה ואעפ״כ פסק כרא״ש דבמקום ספק על המערער להוכיח

שהיה בארץ מרחקים. וע׳ ברע״א בחי׳ כאן שעמד בזה. ולכאו׳ יוצא ג׳ שיטות. א. לרמב״ן קי״ל שעל המחזיק להוכיח. ב. לרא״ש על המערער להוכיח מפני שהחזקה בודאי נשמעת. ג. לטור אף שיש צד שלא שמע החזקה גם זה חסרון צדדי ועל המערער להוכיח כיון שחזקתו ודאית.

בשוקאי הוה טרידנא. כתב הרשב״ם די״מ דאף ששמע החזקה לא היה לו פנאי למחות והרשב״ם חולק דאין טירחא למחות אע״כ דמחמת הטירדא אינו שמע החזקה. והקשה הקצות בס׳ קמ״ג סק״א דהתוס׳ כתבו לקמן לח: דחזקה נשמעת גם במקום רחוק אלא אין המחאה נשמעת ולכן אין החזקה חזקה כיון שאין בידו למחות וא״כ כשבא לכאן וטרוד בשוק אמאי לא מחה הא כבר שמע קודם ואין טירדתו סיבה שלא ימחה אלא שלא ישמע והרי כבר שמע ולמה לא מחה. וכתב הקצות דעכצ״ל דמחמת הטירדא דשוקא שוכח מה שידע מקודם.

ממה שאמרו בגמ׳ והא אית לי סהדי דכל שתא הוה אתית תלתין יומין לומד הנ״י שאם במשך כל הג׳ שנים היה המערער במקום שלא היה יכול למחות ורק בימים האחרונים של סוף ג׳ שנים היה במקום שיכול למחות ולא מחה הוי חזקה ולא בעינן שבמשך כל הג׳ שנים יהיה במקום שיכול למחות. ומוסיף הנ״י דכן איפכא אם כל הג׳ שנים היה במקום שיכול למחות ובסוף הוי במקום שאינו יכול למחות אינו חזקה דהכל תלוי בסוף. ודין זה לכאו׳ אינו מובן דאדרבה בגמ׳ מוכח איפכא דאע״ג דבסוף החזקה היה טרוד בשוק אם בתחילה לא היה בארץ מרחקים היתה חזקתו חזקה, ואע״ג דטירדת השוק גורם לשכח את ידיעת החזקה ששמע קודם ומוכח דבעינן שלא יוכל למחות במשך כל הג׳ שנים ואם יש זמן שיכול למחות בין באמצע בין בסוף הוי חזקה. וע׳ מש״כ בזה הקצה״ח בס׳ קמ״ג סק״ב ותוכן דבריו הם דהנ״י ס״ל כי״מ שהובאו ברשב״ם דטירדת השוק גורם שאין לו פנאי למחות אבל שומע החזקה ובידו למחות אלא שאין לו פנאי [צ״ע איך אפשר לפרש כן הא מפורש בנ״י דטענת בשוקאי טרידנא הוא שלא ידעתי שהיית מחזיק]. ומה דכתב הנ״י שאם בסוף אינו יכול למחות אינו חזקה אע״פ שבתחילה היה יכול למחות זה דוקא כשבסוף הוא אנוס ממש ואין בידו למחות אפילו אם ירצה בזה אמרינן דאונס ביום אחרון הוי אונס דבתחילה סמך שימחה בסוף ובסוף הוא אנוס דומיא דכתב הנ״י בפ״ב דב״ק לענין תפילת תשלומין והובא בשו״ע או״ח ס׳ ק״ח סע׳ ח׳ [ודלא כאגודה שחולק, ומחלוקת בזה הובא בשו״ע יו״ד רל״ב, וראית האגודה הוא מגיטין ע״ה, וע׳ מג״א סקי״א מש״כ לדחות ראיתו ורע״א שם בגליון המג״א כתב לדחות באופן אחר וכדבריו כתב הקצות בס׳ נ״ה סק״א ע״ש]. אך דין זה נאמר רק אם בסוף הוא אנוס. אבל באופן שיכול למחות אלא שאין לו פנאי זה סיבה לבטל את החזקה רק אם במשך כל הג׳ שנים לא היה לו פנאי דכמו שאינו חייב לבא ממקו״א למחות כך אינו חייב לטרוח. אבל אם בתחילה היה יכול למחות ובסוף נמצא במצב שיכול למחות אלא שאין לו פנאי בזה אמרינן דאין לו פטור של אונס כיון שיכול ואין טענה שאינו חייב לטרוח כיון שבתחילה היה יכול למחות בלי טירחא. דהיינו שיש שני מצבים שאינו יכול למחות. א. שאינו יכול כלל ובזה אם בסוף אינו יכול אינו חזקה אף שבתחילה היה יכול למחות דאונס ביום אחרון הוי אונס. ב. יכול למחות אלא שאינו רוצה לטרוח ובזה בעינן שבמשך כל הג׳ שנים יהיה במצב שאינו יכול ולא סגי במה שבסוף הוא טרוד. ובזה מבאר הקצות את דברי הב״י שכתב שדינו של הנ״י יתכן רק לי״מ שהובא ברשב״ם ואינו מובן. ומבאר הקצות שכונת הב״י דאם טירדת השוק גורם שאינו שומע א״כ הוא אנוס ממש וא״כ היה סתירה לדינו של הנ״י מגמ׳ דידן וע״כ כאן יכול למחות בסוף אלא שהוא טרוד ולכן בעינן שיהיה בתחילה בשוקי בראי. אבל היכא דהוי אנוס ממש בסוף סגי במה שבסוף הוא אנוס. אך א״כ אין שום מקור לדין זה של הנ״י מגמ׳ דידן

ואדרבה באופן שמיירי הכא הדין אינו כן ובנ״י משמע שלמד כן מכאן. ולדברי הקצות צ״ל שרק החלק הראשון למד הנ״י מכאן והוא שאם בתחילה אינו יכול למחות ובסוף יכול הוי חזקה. אבל החלק השני שאם בסוף הוא אנוס אינו חזקה אף שבתחילה היה יכול למחות זה כתב מדעתו ואינו מוכח מגמ׳ דידן. אך כ״ז לדעת הקצות וע׳ בנתיבות שמפרש באופן אחר.

מפלניא זבינתא דזבנא מינך. האופנים דמהני חזקה כשטוען מפלניא זבינתא מבוארים לקמן מא: ואעפ״כ אכתוב כאן בקצרה השיטות בזה כיון שנוגע להבנת הפשט בסוגיא זו. טענת מפלניא זבינתא הוא חזקה שאין עמה טענה כיון שאינו יודע אם מי שמכר לו קנה מהמ״ק או לא. ויש ב׳ אופנים שזוכה בטענה זו. א. כשטוען קמי דידי זבנא שיודע בעצמו שהמוכר קנה מהמ״ק. ולשון הגמ׳ לקמן הוא שנאמן בזה כשהחזיק ג׳ שנים במגו דמינך זבנתיה. וכן מוכח בתוס׳ בסוגין דנאמן רק בגלל שיש לו מגו. והקצות בס׳ קמ״ו סקי״ב לומד בדעת הטור והרא״ש דס״ל דלא צריך להגיע למגו אלא כמו שממך זבנתיה הוי טענה מעליא ונאמן בגלל החזקה כך מה שטוען שקנה מפלוני שקנה ממך היא טענה טובה ואינו צריך מגו. ב. גם אם אינו יודע שהמוכר קנה מהמ״ק אם מביא עדים שהמוכר דר בה חד יומא טענינן ללוקח שהמוכר קנה מהמ״ק.

ומה דבעינן עדות שדר בה חד יומא כדי לעשות טענינן נאמרו ג׳ דרכים. א. הקצות בס׳ קמ״ו סק״ו כתב דלא טוענים טענה זו אא״כ יש קצת הוכחה שהמוכר קנה מהמ״ק. וע״י שדר בה חד יומא אף דליכא חזקה ממש מ״מ קצת ראיה יש וסגי בזה כדי לעשות טענינן. וכדברי הקצות מפורש ברר יונה לקמן מז. כמו שכתב הקו״ש באות קצ״ז. ב. הקה״י תמה על הקצות מ״ש הכא מכל טענינן דטוענים בלי שיהיה קצת הוכחה. לכן מפרש דלא בעינן ראיה לטענה אלא שלא יהיה ריעותא והוכחה נגד הטענה. ואי ליכא עדות שדר בה חד יומא איכא ריעותא וקצת הוכחה שלא קנה ולכן לא טענינן. [ובזה מבאר סברת הסוברים דקמי דידי בעי מגו דבלי המגו אינו נאמן דאיכא ריעותא כיון שלא ראינוהו דר בה חד יומא]. וכדברי הקה״י מבואר בנ״י בדף מא: בשם הרמב״ן כמש״כ הקו״ש באות קע״ד. ג. שיטת המהרי״ט שהובא בקצה״ח ס׳ קמ״ו סק״ט דכדי לעשות טענינן ללוקח בעינן בירור שהוא באמת לוקח ולכן צריך עדות שהמוכר גר בה חד יומא ואז תולים שהמחזיק הוא לוקח וטענינן ליה. אבל במקום שיש עדות שלקח מהמוכר לא בעינן עדות שדר המוכר חד יומא. ואף שהקצות חולק על המהרי״ט ע׳ בקו״ש אות קע״ה דבתורי״ד מבואר כמהרי״ט.

עוד נחלקו הראשונים אם בעינן דוקא עדות שדר בה חד יומא והלוקח אינו נאמן לומר שהמוכר דר חד יומא אפילו כשיש לו מגו או דבמקום דאית ליה מגו ואומר שדר המוכר חד יומא סגי בזה בלי עדים. הרמב״ן כתב לקמן מא: והובא בנ״י דבעינן דוקא עדים ובתוס׳ דידן מפורש דסגי במגו. ואין לומר בסברת הרמב״ן דלא סומכים על המגו מפני שאם היה דר היו יודעים מזה ואיכא הוכחה נגד המגו דחזינן דכשטוען קמי דידי זבנה נאמן במגו אע״פ שאין עדים שדר בה חד יומא חזינן דמגו מהני נגד ריעותא זו אלא סברת הרמב״ן כמבואר בדבריו דלא טענינן על סמך מגו אא״כ ידוע בעדים ע״ש.

רשב״ם ד״ה א״ל מפלניא זבינתה. נחלקו הפוסקים בביאור שיטת הרשב״ם בסוגיא זו. הטור בס׳ קמ״ו כתב בשם הרשב״ם דרק כשהחזיק ג׳ שנים מהני חזקתו בטענת קמי דידי זבנה או כשמביא עדים שהמוכר דר בה חד יומא, אבל כשלא החזיק ג׳ שנים אע״ג דאין למערער עדי מ״ק ואית ליה למחזיק מגו דלא היתה שלך מעולם אינו נאמן בטענת קמי דידי זבנה ולא טענינן ליה כשמביא עדי חד יומא. והש״ך בס׳ קמ״ו סקי״ג חולק וס״ל שלגבי קמי דידי מודה הרשב״ם שנאמן גם בלי חזקה במגו דלא היתה שלך מעולם. ורק לגבי דר חד יומא ס״ל דלא

טענינן ליה על סמך מגו דלהש״מ אא״כ אית ליה חזקה. בסברת הרשב״ם לדעת הטור דלא מהני קמי דידי במגו דלא היתה שלך מעולם נאמרו כמה דרכים. א. התומים בס׳ קמ״ו סקט״ז כתב דקמי דידי זבנה במגו דלהש״מ אינו מגו טוב משום שירא לומר לא היתה שלך מעולם דבקל ימצא המ״ק עדים שהיה הבית בחזקתו משא״כ טענת קמי דידי זבנה אינו חושש שימצא עדים שיכחישוהו מפני שסומך על המוכר שאומר שקנה מהמ״ק ע״ש ובמש״כ בשם הפלפולא חריפתא. ב. הדרישה בס׳ קמ״ו מאריך לבאר שיטת הרשב״ם דס״ל דכל שמודה שלא החזיק ג׳ שנים וטוען לקחתי הוי טענתו נגד ריעותא דאחוי שטרך ואינו נאמן אע״ג דאית ליה מגו דלא היתה שלך מעולם. והא דאיתא בריש פ״ב דכתובות דנאמן לומר שדה זו של אביך ולקחתיה ממנו צ״ל דהתם שאני דהוי הפה שאסר וכרש״י שם דלא כתוס׳ שכתבו שם דמיירי שחברו תובע, א״נ מיירי שטוען שאכל שני חזקה אלא שאין לו עדי חזקה וכל שלדבריו אית ליה חזקה ליכא ריעותא דאחוי שטרך ונאמן במגו. ג. י״ל עוד ע״פ הפוסקים דס״ל דלא מהני מגו נגד חזקת מ״ק [ע׳ לעיל כט: במעשה דאמתא ולקמן לב:] א״כ רק כשהחזיק ג׳ שנים דהוי בחזקתו ויצא מחמ״ק נאמן אבל בתוך ג׳ טענתו נגד המ״ק ולא מהני אפילו במגו. והא דשדה של אביך ולקחתיה צ״ל או שפה שאסר עדיף ומהני נגד מ״ק א״נ מיירי שטוען שהחזיק אלא שאין לו עדי חזקה וכיון שלדבריו זה בחזקתו אין זה נגד חמ״ק. ולמה שכתבנו לבאר דברי הרשב״ם לעיל גבי אמתא דרמב״ח הרשב״ם בזה לשטתו.

ממה שכתב הרשב״ם בתחילת דבריו דכיון דמיירי שלא החזיק ע״כ מיירי ששטר מכירתו בידו [דאל״כ אינו נאמן לומר שקנה ממי שטוען שמכר לו דלא מהני מגו דלא היתה שלך מעולם כנ״ל] מוכיח הקצות בס׳ קמ״ו סק״ט דלא כמהרי״ט דס״ל דהא דבעינן דר בה חד יומא כדי לעשות טענינן הוא משום דבעינן הוכחה שקנה מהמוכר והיכא דאיכא עדים שקנה לא בעינן עדים שדר בה המוכר חד יומא והכא מבואר ברשב״ם דאע״ג דאית ליה שטר שקנה מהמוכר מ״מ לא טענינן שהמוכר קנה מהמ״ק אא״כ יש עדים שדר בה חד יומא.

תוד״ה לאו קמודית. הביאו בשם הרשב״ם דאם החזיק ג׳ שנים וטוען קמי דידי או שמביא עדים שדר בה המוכר חד יומא מהני חזקתו אבל בלי חזקה אינו נאמן אע״ג דלית ליה למ״ק עדי מ״ק. ותוס׳ פליגי וכתבו שדברי הרשב״ם נכונים רק באופן שיש למערער עדי מ״ק אבל הכא אם טען מיד קמי דידי זבנא נאמן במגו דלהד״ם וכן אם טען קמי דידי דר בה נאמן במגו דלהד״ם וטענינן ליה שהמוכר קנה מהמ״ק. ומבואר בתוס׳ דלדר בה חד יומא לא בעינן דוקא עדים אלא סגי במגו ודלא כרמב״ן בדף מא: דס״ל דלא עושים טענינן על סמך נאמנות של מגו. וע׳ בש״ך ס׳ קמ״ו סקי״א שכתב שמבואר בתוס׳ דלא ס״ל כרמב״ן.

ובעיקר קושית התוס׳ על הרשב״ם ע׳ מהרש״א שכתב שמה שהקשו שיהיה נאמן בחד יומא במגו דלהד״ם ועי״ז יעשו טענינן שהמוכר קנה מהמ״ק זה כשיטת הרשב״א בסוף התוס׳ אבל לשיטת ר״י לא טענינן בכה״ג והתוס׳ שהקשו כאן על הרשב״ם מדר בה חד יומא הוא כרשב״א. הש״ך בס׳ קמ״ו סקי״ג ס״ל ג״כ כסברת המהרש״א דתחילת דברי התוס׳ הם כשיטת הרשב״א דסוף התוס׳ אך מביא שההגהות מיימוניות בפי״ד מטו״נ אות ק׳ מביא קושית התוס׳ על הרשב״ם בשם ר״י [הובא גם בש״ך ס׳ ע״ב סקצ״ז ע״ש] ולכן כתב דאין ר״י חולק על הרשב״א אלא רק דוחה ראייתו. אך לולא דבריהם היה נראה פשוט דתחילת דברי התוס׳ בקושיתם על הרשב״ם אינו נוגע כלל למחלוקת הרשב״א ור״י בסוף התוס׳ וגם ר״י שחולק שם על הרשב״א כאן מודה שקשה על הרשב״ם ושפיר כתב הגהות מיימוניות קושית התוס׳ על הרשב״ם בשם ר״י. ומהלך דברי התוס׳ הוא דבתחילה כתבו שאם טען מיד קמי דידי זבנה

או דר בה חד יומא נאמן במגו דלא היתה שלך מעולם ולא כרשב״ם, אח״כ כתבו שאם בתחילה טען רק מפלניא זבינתה דזבנא מינך ואח״כ רוצה להוסיף קמי דידי דר בה או קמי דידי זבנא אינו נאמן דכיון שכבר הודה שהיה של המערער הוי מגו למפרע דעכשיו אינו יכול לטעון להש״מ, אח״כ האריכו בענין מגו למפרע ובסוף חזרו לדבריהם הראשונים דאם בתחילה לא טען קמי דידי זבנא או דר בה חד יומא אינו יכול להוסיף את זה אח״כ דהוי מגו למפרע וע״ז כתבו שאמנם אינו נאמן לומר דר בה חד יומא מעצמו אבל אם מביא עדים ע״ז טענינן ליה שהמוכר קנה ואע״פ שהלוקח כבר הודה מקודם שהיה של המ״ק ואין בידו עכשיו לטעון להש״מ מ״מ כיון שהמוכר יכול לטעון כן שהוא לא הודה א״כ יכול המוכר לטעון לקחתי במגו דלהש״מ ואף אנן טענינן ליה כן. וע״ז ר״י חולק דכיון שהלוקח הודה שהיה של המ״ק ואינו יכול לזכות בטענת להש״מ ואם המוכר יטען כן לא יוכל הלוקח לעכב הממון בידו א״כ גם טענת לקחתי שנאמן במגו דלהש״מ א״א לטעון ללוקח. ולא דמי להחזרתי מגו דנאנסו דאף דלא טענינן נאנסו ליתומים מ״מ טענת נאנסו הוא טענה שפוטרת גם את היתומים אלא שלא טענינן כן מפני שאינו שכיח לכן החזרתי כן טוענים אף שהנאמנות שלו הוא במגו דנאנסו, משא״כ כאן שטענת להש״מ אינה טענה שמועילה לפטור את הלוקח א״כ גם לקחתי לא טענינן ליה. אך כ״ז כשבתחילה טען פלניא זבינתה דזבנא מנך ולא הוסיף מיד קמי דידי זבנא ולא דר בה חד יומא ורק אח״כ בא להוסיף בזה אמרינן דבלי עדים בודאי אינו יכול להוסיף ועם עדים סובר הרשב״א שיכול להוסיף גם אח״כ ונעשה טענינן שהמוכר קנה מהמ״ק וע״ז ר״י חולק. ולכן נקטו אי מייתי סהדי דבלי סהדי ודאי לא נאמן. אבל באופן שמיד כשאומר מפלניא זבינתה מוסיף שהמוכר דר בה חד יומא או שמיד מביא עדים שדר בה חד יומא בזה גם ר״י מודה דטענינן שהמוכר קנה מהמ״ק דבזמן שעושים טענינן עדיין היה ביד הלוקח לטעון להש״מ ואם הוא היה טוען בעצמו קמי דידי זבנא היה נאמן במגו ולמה לא נטעון ליה אנן שהמוכר קנה. וזהו שהקשו התוס׳ בתחילת דבריהם על הרשב״ם. ואין זה נוגע כלל למה שנחלקו ר״י והרשב״א דהם נחלקו באופן שהודה ולא טען מיד שהמוכר דר חד יומא ואח״כ מביא עדים שדר בה חד יומא בזה סובר ר״י שלא שייך טענינן כיון שכבר הודה מקודם ואין ביד הלוקח לטעון להש״מ. ושפיר כתב ההגהות מיימוניות את קושית התוס׳ על הרשב״ם בשם ר״י ואין זה סתירה כלל לדברי ר״י שחולק על הרשב״א.

והדברים מוכרחים בחי׳ הרמב״ן שמביא דברי הרשב״ם וחולק עליו דכמו שאם החזיק ג׳ שנים טוענים שהמוכר קנה מהמ״ק כשיש עדים שדר בה חד יומא כך כשאין עדי מ״ק טענינן ליה כן גם בלי חזקת ג׳ שנים דאיכא מגו דלא היתה שלך מעולם. דהיינו שהרמב״ן חולק על הרשב״ם כמו שהתוס׳ בתחילת דבריהם חולקים על הרשב״ם. ואי אמרינן כמהרש״א והש״ך דסברת התוס׳ בתחילת דבריהם הוא כרשב״א ולא כר״י נצטרך לומר שגם הרמב״ן ס״ל כשיטת הרשב״א וזה לא יתכן, דשיטת הרשב״א מבוססת על דברי הגמ׳ בדף ע: דטענינן החזרתי ליתומים אע״פ שהנאמנות של החזרתי הוא במגו דנאנסו ונאנסו לא טענינן להו מ״מ החזרתי כן טוענים. ומזה למד הרשב״א דה״ה כאן אף שא״א לטעון ללוקח להש״מ כיון שהודה שהיה של המ״ק מ״מ טענינן ליה שהמוכר קנה מהמ״ק. ור״י ס״ל דלא דמי להתם דטענת נאנסו היא טענה טובה ליתומים אלא שאין ע״ז דין טענינן משא״כ כאן טענת להש״מ אינה טענה שיכול הלוקח לזכות בה. וכל הנידון בזה אם לדמות הא דסוגין לגמ׳ בדף ע: או לא. ושיטת הרמב״ן במלחמות בדף ע: דאפילו בהחזרתי מגו דנאנסו אם לא טוענים ליתומים נאנסו לא יתכן שיטענו להם החזרתי שנאמנותו הוא מכח מגו דנאנסו דאם היסוד הרוס איך יתקיים הבנין. ולכן לומד הרמב״ן שטענינן ליתומים נאנסו דאל״כ לא היו טוענים החזרתי וחולק על תוס׳ שהוכיחו בריש גיטין ובכתובות

צב: מגמ׳ זו דטענינן החזרתי אף דלא טענינן נאנסו. וא״כ כאן בודאי שלא יתכן שיסבור הרמב״ן כשיטת הרשב״א. וע״כ מה שהקשו התוס׳ בתחילת דבריהם על הרשב״ם ומה שהרמב״ן חולק על הרשב״ם אינו נוגע כלל למחלוקת ר״י והרשב״א. דר״י ורשב״א נחלקו באופן שבתחילה טען מפלניא זבינתה ולא טען מיד שדר בה המוכר חד יומא ורק אח״כ מביא עדים שדר בה חד יומא ואז כבר אין לו אפשרות לטעון להש״מ דכבר הודה, אעפ״כ מחדש הרשב״א דטענינן ליה מה שהמוכר יכול לטעון כדמוכח בדף ע:. וע״ז ר״י חולק. ובזה בודאי שהרמב״ן יסבור כר״י. ותחילת דברי התוס׳ וכן מה שהרמב״ן חולק על הרשב״ם מיירי כשטען מיד שדר בה המוכר חד יומא או שמיד מביא עדים ע״ז ובזה גם ר״י מודה דטענינן דבזמן שטענינן ליה היה עדיין ביד הלוקח לטעון להש״מ והיה יכול בעצמו לטעון שהמוכר קנה בפניו וכשאינו טוען כן אנן טענינן ליה.

ביאור המחלוקת של תוס׳ והרשב״ם והרמב״ן והרשב״ם כשמביא מיד בתחילת טענתו עדי חד יומא אי טענינן או לא [אי אמרינן דבקמי דידי מודה הרשב״ם דנאמן במגו דלהש״מ כשיטת הש״ך ורק בחד יומא חולק הרשב״ם, דאי חולק לגמרי על מגו דלהש״מ גם לגבי טענת קמי דידי א״כ ניחא שחולק גם בדר בה חד יומא דגם בזה צריך לעשות טענינן שהמוכר קנה במגו דלהש״מ. ומדברי הרמב״ן שטרח לבאר סברת הרשב״ם בחד יומא משמע שרק בזה חולק ולא בדקמי דידי ולזה כיוון הש״ך בס׳ קמ״ו סקי״ג במה שכתב שברמב״ן משמע שלמד ברשב״ם כדבריו ע״ש] לכאו׳ נראה דהרשב״ם ס״ל דאף שמיד כשטוען מפלניא זבינתה מביא עדים שדר בה חד יומא מ״מ כיון שאינו טוען קמי דידי זבנא אלא צריכים ב״ד לטעון בשבילו הטענינן אינו מילתא דממילא דנימא דמיד טוענים בשבילו והוי כאילו טען בעצמו מיד. אלא תמיד הטענינן נחשב טענה שבאה אחר הודאתו. ומה שאם החזיק ג׳ שנים ומביא עדים שדר בה חד יומא טענינן שהמוכר קנה במגו דזבינתא מינך אף דכבר הודה שלא קנה מהמ״ק צ״ל דהרשב״ם ס״ל דבקמי דידי לא צריך להגיע למגו דכיון שהחזיק וטוען שהמוכר קנה הוי טענה מעליתא ונאמן בלי מגו וכן מדייק הקצות בס׳ קמ״ו סקי״ב מלשון הרשב״ם בדף לא. א״כ גם הטענינן בדר בה חד יומא אינו זקוק למגו. ורק כשלא החזיק צריך מגו דלהש״מ ובזה סובר הרשב״ם שלא טענינן כיון שכבר הודה. וזה כונת הרמב״ן במה שמחלק בדעת הרשב״ם דכי אמרינן טוענים ללוקח כשאין אנו צריכים להכחשה וכו׳ היינו שזה טענה בפנ״ע ולא צריך להגיע למגו דטענה שהוא בעצמו הודה שאינו. לכן כשלא החזיק צריך מגו דלהש״מ והוא הודה וקלקל את המגו משא״כ כשהחזיק טוענים שהמוכר לקח דלא צריך לזה מגו א״כ לא צריך להכחיש את הודאתו. ומוסיף הרמב״ן דהרשב״ם ס״ל דלא אמרינן מגו דאי בעי איהו שתיק מהמנינן ליה אנן, דהיינו דלא אמרינן כיון שבזמן הטענינן היה בידו לא להודות אכתי יש לו את המגו ונטען בשבילו דבזמן הטענינן כבר הודאתו קיימת ובטל המגו. ועל סברא זו חולק הרמב״ן וס״ל כיון שמיד מביא עדים ומיד יש אפשרות לטעון בשבילו הוי כאילו טוען איהו מיד קמי דידי ונאמן במגו דלהש״מ. ובזה גם ר״י מודה וזהו שהקשו התוס׳ על הרשב״ם. אבל באופן שבתחילה הודה ורק אח״כ מביא עדי חד יומא בודאי יסבור הרמב״ן כשיטת ר״י דלא טענינן ליה כיון שא״א לטעון בשבילו להש״מ גם לא טענינן ליה שהמוכר קנה מהמ״ק. אמנם בדברי האו״ש בחידושיו כאן שכתב שביאור מחלוקת הרשב״א ור״י מבואר ברמב״ן נראה שהבין שמחלוקת הרמב״ן ורשב״ם הוא מחלוקת ר״י ורשב״א וזה כהבנת המהרש״א והש״ך. ולולא דבריהם היה נר׳ דאין שייכות בין מחלוקת הרמב״ן והרשב״ם למחלוקת ר״י והרשב״א כמו שנתבאר. [ואין להקשות לרשב״ם איך טענינן החזרתי מגו דנאנסו הא הודה שלא נאנס זה אינו דיתומים אינם יודעים אם נאנס או לא ואין כאן הודאה כלל אבל כאן שמודה שזה של המ״ק

סובר הרשב״ם שלא טענינן טענה שנאמנותה הוא במגו דטענה אחרת אם יש הודאה נגד הטענה האחרת].

נמצא בקצרה שיש ב׳ מחלוקות בתוס׳. א. מחלוקת ר״י ורשב״א כשהודה בתחילה ואח״כ מביא עדים על חד יומא. ב. כשמביא מיד עדים על חד יומא גם ר״י יודה כיון שעדיין יש לו מגו וטענינן במגו דלהש״מ וכן דעת הרמב״ן, והרשב״ם ס״ל דגם בזה לא שייך טענינן דטענינן הוא תמיד אחרי הודאתו וכבר בטל המגו.

בענין מגו למפרע. הביאו התוס׳ ראיה דלא אמרינן מגו למפרע ממה שצריך עדות על חד יומא בדף מא: ולא נאמן בעצמו במגו וע״כ הוא מפני שלא טען כן מיד והוי מגו למפרע. ומוכח מזה דס״ל דמהני מגו בדר בה חד יומא ולא בעינן דוקא עדות ולא כרמב״ן שהובא בנ״י מא: דלא טענינן על סמך מגו ובעינן דוקא עדים. ולדברי הרמב״ן אין להוכיח משם דמגו למפרע לא אמרינן. ומש״כ דמה דאיתא לקמן דאם היה טוען קמי דידי היה נאמן היינו דוקא אם היה טוען כן מיד אבל אח״כ אינו נאמן דהוי מגו למפרע מבואר דס״ל דקמי דידי נאמן רק בגלל מגו כפשטות לשון הגמ׳ בדף מא: ולא כמש״כ הקצות בס׳ קמ״ו סקי״ב בדעת הטור והרא״ש ע״ש.

עוד ראיה הביאו מסנהדרין לא. ולפירוש רש״י שם אין ראיה אלא שדברי רש״י צ״ב למה הקיום גורם שלא תהיה נאמנת במגו דאי בעי קלתיה. והיה אפ״ל דרש״י ס״ל דמגו לא מהני נגד שטרך בידי מאי בעי כמו צד אחד בגמ׳ בדף ע: דמפקיד בשטר אינו נאמן לטעון החזרתי מגו דנאנסו דשטרך בידי מאי בעי. וכתב שם הרמב״ן דאין זה דומה למודה בשטר שכתבו דנאמן לטעון פרוע במגו דמזויף דהתם הוי הפה שאסר דכ״ז שלא הודה שהשטר אינו מזויף השטר הוא חספא בעלמא. א״כ י״ל שזה כונת הגמ׳ לרש״י דכיון דאיתחזק בב״ד והוא מקוים וליכא מגו דמזויף שהוא פה שאסר אלא רק אי בעי קלתיה וזה אינו הפה שאסר אלא מגו ולא מהני נגד שטרך בידי מאי בעי. אך מלשון רש״י שם שכתב כיון שכתוב בו הנפק לא אלימא איהי לאפקועי מעשה ב״ד משמע שהקיום מונע את הנאמנות של מגו אי בעי קלתיה ולא כמו שכתבנו שמגו לא מהני נגד שטרך בידי והקיום גורם רק שלא יהיה טענת מזויף, וצ״ע.

עוד הוכיחו מהמשנה בשבועות וגם ראיה זו כתבו האחרונים שיש לדחות דהתם טען בתחילה טענה המחייבת ובודאי לא היה אז בדעתו לשקר ואין סיבה להאמין עכשיו לטענת פרעון. משא״כ במקום שגם אתמול טען טענה הפוטרת והיה יכול לפטור עצמו בטענה אחרת א״כ יש ראיה שאומר אמת ואולי זה סיבה להאמין גם למה שאומר היום.

נמצא דלכאו׳ אין ראיה מוכרחת ליסוד של מגו למפרע לא אמרינן דלרמב״ן ליתא לראיתם הראשונה ולרש״י ליתא לראיתם השניה. והראיה השלישית ג״כ לכאו׳ אינה מוכרחת. ויש לעיין אם יש בראשונים מי שחולק על כלל זה. דמרש״י הנ״ל בסנהדרין דלא פירש כתוס׳ אין להוכיח דחולק דס״ל דמיירי התם שמיד שהוציאה את השטר טענה פרוע ואינו מגו למפרע. אמנם הכנה״ג בכללי מגו [שמובא בתומים] כתב בשם הרבה מחברים דנחלקו התוס׳ והרא״ש אי אמרינן מגו למפרע או לא. והמקור לזה הוא מהרא״ש בכתובות פה. דהתוס׳ שם הקשו על ההיא איתתא דתפסה מלוגא דשטרי דאי אית לה סהדי שתבעו ממנה מחיים ולא נתנה מהני תפיסתה. וקשה למה אינה נאמנת במגו ותי׳ דהוי מגו למפרע והרא״ש תי׳ באופן אחר ומשמע דלא ס״ל הכלל של מגו למפרע. וכ״כ הקרבן נתנאל שם על הרא״ש באות ע׳ דמשמע דס״ל דאמרינן מגו למפרע. ומוסיף הק״נ דכן משמע מהרא״ש בב״ב ל. וכונתו דתוס׳ כתבו דאם אמר בתחילה מפלניא זבינתא דזבנא מינך אינו יכול אח״כ לומר קמי דידי זבנא דהוי מגו למפרע והרא״ש חולק וס״ל שרק אם אמר בתחילה מפלניא זבינתה ואמר לי דזבנא מנך אינו יכול להוסיף קמי דידי אבל אם

בתחילה אמר מפלניא זבינתה דזבנא מינך יכול אח״כ להוסיף קמי דידי [ע׳ בסמ״ע ס׳ קמ״ו סקל״ד שכתב שנחלקו בזה תוס׳ והרא״ש אבל הש״ך שם סק״י חולק וס״ל שגם תוס׳ מיירי רק באופן שאומר דאמר לי דזבנא מינך אלא שקצרו בלשונם וע׳ בזה בס״ד לקמן לא. גבי טוען וחוזר וטוען]. והבין הקרבן נתנאל שמה שהרא״ש חולק הוא משום דס״ל שאמרינן מגו למפרע. ומה שמודה הרא״ש שאם אמר דאמר לי דזבנא מינך שאינו יכול להוסיף אח״כ קמי דידי ע׳ ברע״א כאן דבזה לא צריך להגיע למגו למפרע לא אמרינן דכיון שסותר דבריו הראשונים אינו חוזר וטוען אף שיש לו מגו.

אמנם אי אפשר לומר כן בדעת הרא״ש דהרא״ש בכתובות קט: כתב בהדיא האי כללא דמגו למפרע לא אמרינן ומביא הראיה מסנהדרין לא. וע׳ בביאור הגר״א על הש״ך בכללי מגו בכלל של מגו למפרע שמביא התוס׳ שכתבו בכתובות וב״ב דלא אמרינן מגו למפרע ומוסיף וכ״כ הרא״ש כתובות קט: ואף ששם פה. לא תירץ הרא״ש כתוס׳ היינו משום דס״ל דהתם לא הוי מגו למפרע. דתוס׳ כתבו דהוי מגו למפרע כיון שיתכן שבתחילה לא ידעה שצריכה להוסיף שתבעו ממנה מחיים והרא״ש לית ליה האי סברא. דהיינו שנחלקו אם יכולה להוסיף פירוש לדבריה הראשונים, לתוס׳ גם זה בכלל מגו למפרע ולרא״ש כיון שזה פירוש דבריה הראשונים לא הוי מגו למפרע. והתוס׳ והרא״ש בזה לשטתם שגם כאן נחלקו באמר זבינתא מפלניא דזבנא מנך אם יכול לפרש אח״כ קמי דידי. וכן מבאר התומים בכללי מגו סקק״ט ע״ש. נמצא דלכו״ע תוס׳ והרא״ש דהכא הם לשטתם בכתובות פה. אלא דלקרבן נתנאל פליגי בכלל של מגו למפרע ולגאון ולתומים פליגי הכא והתם אם יכול לפרש דבריו הראשונים או לא.

עוד כתב הכנה״ג הנ״ל דמדברי רש״י בכתובות קט: גבי מי שאבדה לו דרך משמע דס״ל דמגו למפרע אמרינן. והיינו ממה שהביאו התוס׳ דאחר שהודה שמכר הקרקע לחברו נאמן לומר חזרתי ולקחתיה ופרש״י דנאמן משום דאית ליה הפה שאסר. וכתבו התוס׳ דא״א לומר כן דהוי מגו למפרע לכן פרשו דמיירי שחזר ואכלה ג׳ שנים ונאמן בגלל החזקה. וע׳ קו״ש שכתב דגם רש״י אית ליה דלא אמרינן מגו למפרע אלא דס״ל דפה שאסר שאני שאינו מתורת מגו אלא כי היכי דהמנת ליה אהאי המניה אהאי וסברא זו שייכת גם לאחר זמן. אך אין הדברים מובנים דאמנם מצאנו ראשונים דס״ל דמהני הפה שאסר אחר תכ״ד ואין בזה חסרון של מגו למפרע דכן כתב במ״מ בפי״ב מגירושין ה״א בדעת הרמב״ם, ובטור אבה״ע ס׳ קנ״ב הובא שנחלקו בזה ר׳ יונה והרמ״ה אך כל זה לענין האומרת אשת איש אני וחזרה ואמרה שבזמן שאמרה אש״א היתה גרושה בזה נאמנת מדין הפה שאסר כיון שהתירה את האיסור שאסרה ונאמנת אפילו לאחר זמן. אבל אם גם עכשיו אומרת שכשאמרה אשת איש אני באמת היתה אש״א אלא שעכשיו נתגרשה בזה לא התירה את מה שאסרה אלא אומרת שאח״כ השתנה המצב והותרה בזה מסתבר שאין להאמינה מדין הפה שאסר. וא״כ גם בכתובות כשהודה שמכר לחברו אם היה בא לאחר זמן ועוקר דבריו הראשונים היה מקום להאמין אבל כשאומר שלאחר זמן חזר וקנה לכאורה אין סיבה להאמין וא״כ אכתי דברי רש״י צ״ב. וראיתי באבי עזרי בפי״ב מגירושין בסוף ה״א שעמד בזה יעו״ש.

בראשונים בכתובות קט: כתבו כמה דרכים לבאר הא דנאמן לומר חזרתי ולקחתי ואכ״מ. אך בשיטמ״ק שם בשם ר׳ יונה מיישב ובדבריו חידוש השייך לפרקין. דאמנם המ״ק מודה שמכר השדה מ״מ יש סיוע לדבריו שטוען שחזר וקנה מהלוקח מזה שאין ביד הלוקח שטר ובשלמא אם האמת כדברי המ״ק שחזר וקנה מובן למה אין הקונה שומר על שטרו אבל לדבריו שלא חזר וקנה היכן שטרו. דהיינו שריעותא דאחוי שטרך מסייעת לטענת חזרתי ולקחתי. ודבריו מחודשים דע״כ לא אמרינן דריעותא דאחוי שטרך מוכיח שלא קנה המחזיק אלא משום דריעותא

זו מסייעת לחזקת מ״ק אבל כאן מודה המ״ק שמכר וא״כ אדרבה חמ״ק מסייעת ללוקח שלא חזר ומכר ואעפ״כ סמכינן על ריעותא דאחוי שטרך להוציא הקרקע מחזקת המ״ק ואומרים מכח זה שחזר ומכר לבעלים הראשונים.

ביאור מחלוקת ר״י והרשב״א כתב הקצה״ח בס׳ קמ״ו סקי״א דפליגי במחלוקת הרשב״ם והרמב״ן לקמן קלה. בבעל שאומר יש לי בנים ורוצה לפטור את אשתו מיבום דנאמן מפני שבידו לגרשה. ושיטת הרשב״ם דכיון שכל הנאמנות הוא בגלל שיכול לגרש ואם יגרש תהיה אסורה לכהן נמצא דלגבי כהן אין בידו להתירה א״כ גם עכשיו אינו נאמן בטענת יש לי בנים להתירה לכהן. והרמב״ן חולק וס״ל כיון שאינו מקפיד שתנשא דוקא לכהן אין זה סיבה לקלקל את המגו וכיון שנאמן מותרת לכל אדם. וה״ה כאן שטוען המוכר לקחתי במגו דלהש״מ ובטענת להש״מ לא היה יכול הקונה לעכב בידו א״כ לגביו לית ליה מגו אבל לרמב״ן כמו ששם מקבלים נאמנותו גם לגבי כהן כך כאן נאמן גם לגבי הלוקח דלית ליה טענת המגו. אבל אין הדמיון מובן דהכא כבר הוא ביד הלוקח א״כ בודאי ניחא ליה לטעון טענה שיוכל לזכות הלוקח על ידו ולכאו׳ גם הרמב״ן יודה כאן. וע׳ בחי׳ רמ״ש כאן ונראה שזה כוונתו במה שכתב ובטלו דברי הקצה״ח ע״ש.

מדברי הקצות מבואר שלמד שלר״י אפילו אם המוכר בעצמו היה טוען לקחתי והיה נאמן במגו דלהש״מ לא היה הלוקח יכול לזכות בטענה זו כיון לדידיה ליכא מגו. וכן מפורש בקצות בס׳ ע״ה סקי״ב שלמד מדברי ר״י שהטוען אין חטפי ודידי חטפי דנאמן במגו דלא חטפתי אם מוכר אח״כ למי שראה החטיפה אין הלוקח יכול לעכב הממון בידו ולמד כן מדברי ר״י בתוס׳ דידן. ולכאו׳ נרא׳ דאין הכרח לזה בדברי ר״י דר״י לא אמר אלא דאם היה המוכר טוען לא היתה שלך מעולם לא היה הלוקח יכול לעכב בטענה זו ולכן ללוקח ליכא מגו וא״א לטעון בשבילו שהמוכר קנה במגו דלהש״מ. אבל לעולם אם המוכר נמצא וטוען אף שנאמנותו מכח מגו דלהש״מ מ״מ יכול הלוקח לעכב בידו דטענת לקוח מהניא ללוקח אלא שהמגו לית ליה אבל אם המוכר טוען כן ולו יש מגו אולי מהני גם ללוקח.

ולפ״ז יהיה מחלוקת ר״י והרשב״א בגדר טענינן דר״י ס״ל דטוענים ללוקח מה שהלוקח יכול לטעון וכיון שהלוקח אם יטען בעצמו לקוח לא יהיה נאמן דלית ליה מגו דהוי מגו למפרע א״כ גם אנו לא טענינן ליה. והרשב״א ס״ל שטענינן אין פירוש שטוענים במקום הלוקח אלא רואים כאילו שהמוכר היה כאן והיה טוען וכל מה שהמוכר היה יכול לטעון טענינן אנן במקומו. וע׳ בקו״ש ח״ב ס׳ ג׳ אות ו׳ [בחלק השני של הסימן] שלומד שנחלקו בזה רש״י ותוס׳ ומיישב בזה מה שהקשו התוס׳ בשבועות מא. על שיטת רש״י ע״ש. אך מה שכתב שם הקו״ש לבאר בזה מחלוקת תוס׳ והרמב״ן אם טוענים החזרתי במגו דנאנסו על הצד דלא טענינן נאנסו דתוס׳ ס״ל דהוי טענה של המוריש ולמוריש איכא מגו והרמב״ן ס״ל דהוי טענת היורש וליורש ליכא מגו אינו מובן שהרי אם היורש היה טוען שיודע בודאות שאביו החזיר בודאי היה נאמן במגו דנאנסו א״כ גם כשלא יודע שייך שיטענו לו ב״ד ואין ראיה דהתוס׳ ס״ל דהוי טענת המוריש. אבל על דרך שמבאר הקו״ש את מחלוקת תוס׳ והרמב״ן יש לבאר כאן את מחלוקת הרשב״א והר״י וכאן זה כן תלוי בזה דהכא אם יטען הלוקח בעצמו שהמוכר קנה לא יהיה נאמן. א״כ י״ל דפליגי אי טוענים מה שהלוקח יכול לטעון או מה שהמוכר היה יכול לטעון. ולפ״ז מוכח איפכא ממה שהוכיח הקצות בס׳ ע״ה סקי״ב דלכו״ע אם היה המוכר טוען, היה הלוקח יכול לעכב בידו.

הרשב״א כתב דמסתבר שאם היה המוכר כאן קודם שהספיק לוקח זה להודות למערער היה יכול המוכר לדון עם המ״ק והיה זוכה בטענת לקחתי במגו דלהש״מ והיה הלוקח יכול לעכב

ע״ז בידו כיון שזכה המוכר בב״ד [בשו״ע ס׳ קמ״ו סע׳ ט״ו מובא דין זה היכא דעמד המוכר בדין לפני שמכר אבל הרשב״א מיירי שהמוכר דן עם המ״ק אחרי המכירה לפני הודאת הלוקח] ומבואר בהדיא דלא כדברי הקצות שכתב שאם זכה בטענת דידי חטפי במגו דלא חטפתי שאינו יכול למכור למי שראה החטיפה. אך מאידך משמע ברשב״א שמהני טענת המוכר רק לפני הודאת הלוקח אבל אחרי הודאת הלוקח לא מהני טענת המוכר אפילו אם טוען כן בעצמו ומוכח דלא כמו שכתבנו דטענת המוכר היה מועיל לכו״ע ומחלוקת ר״י והרשב״א הוא אם טענינן נחשב כטענת המוכר או כטענת הלוקח. וברשב״א מבואר דאחרי הודאת הלוקח אפילו אם המוכר יטען בעצמו זה לא יועיל ללוקח.

עיקר הדבר דמבואר כאן ובדף ע: דשייך טענינן בטענה שהנאמנות שלה מכח מגו אינו מובן דראית המגו הוא רק כשטוען והיה יכול לטעון טענה אחרת וראיה זו ליכא כשטוענים בשבילו. וע׳ בספרי האחרונים שבארו ענין זה ע״פ מש״כ לחדש דמגו אינו רק מכח הראיה דמה לי לשקר אלא הוא דין נאמנות יעוין בדבריהם. אך מצאתי בנתיבות בס׳ קמ״ו סקכ״א שבתוך דבריו עמד בשאלה זו מה שייך טענינן בטענה שנאמנת מכח מגו הא ליכא ראית המגו וע״ש מש״כ בזה ומביא שהמהרי״ט ס״ל מה״ט שבאמת לא טענינן בטענה שנאמנות שלה מכח מגו.

דף ל:

רשב״ם ד״ה זיל. כתב שמה שמסלקים את המחזיק הוא משום שלא החזיק ג׳ שנים והקשו האחרונים דסותר למש״כ בד״ה ואת מינאי ובד״ה אמר רבא שאפילו אם היה מחזיק ג׳ שנים היו מסלקים אותו. ע׳ מש״כ בזה הבית הלוי בח״ג ס׳ ל״ו דתלוי במחלוקת אביי ורבא בדף קל״ה אי מהני ברי ע״י אחר או לא. ובקה״י כתב לבאר ע״פ מש״כ ליישב קושית התוס׳ בסד״ה לאו על רבותינו הגאונים ומסיים שהדברים מאירים ושמחים ונכונים לאמיתה של תורה בעה״י יעו״ש.

ואמרת לי זיל זבין. כתב הסמ״ע בס׳ קמ״ו סקל״ט דאף דנאמן לומר שעשה כן מפני שהשני נוח לי והראשון קשה הימנו מ״מ בודאי איסורא עביד דנתן עיצה שאינה הוגנת ועבר משום לפני עיור לא תתן מכשול. והתומים כתב בסקי״ט דהכא מיירי שלא בא לשאול אם יש לחוש שזה גזול אלא אם השדה טובה או לא אבל אם היה שואלו אם יש לחוש לגזל והיה אומר לו זיל זבין היה חייב לשלם מדין גרמי כדין מראה דינר לשולחני ונמצא רע. וע׳ בש״ך ס׳ ש״ו סקי״ב שמביא שהמרדכי הקשה על גמ׳ דידן אמאי אינו חייב מדין מראה דינר לשולחני ולמד מזה דבעינן דוקא שיאמר לשולחני חזי דעלך קסמיכנא, והובא גם בגאון שם סקט״ז ע״ש.

השני נוח לי וכו׳. הקצה״ח בס׳ פ׳ סק״א מביא שנחלקו מהר״ש הלוי ומהר״א חסון אם מהני אמתלא לבטל הודאת בע״ד. וע׳ בכתובות כב. מש״כ בס״ד לבאר טעם המחלוקת. ואין להביא ראיה מהכא דנחלקו אדמון ורבנן אם יכול לבטל הודאתו ע״י טענת השני נוח לי דמאדמון אין ראיה דשאני הכא דאינו הודאה מפורשת אלא חתימתו כעד הוא ראיה על הודאה וכשנותן אמתלא בטל הראיה משא״כ כשמודה בהדיא. וכן מרבנן אין להוכיח דלא מהני אמתלא דשאני הכא דעביד מעשה כמבואר בהמשך הגמ׳. וראית הפוסקים דמהני אמתלא הוא דהוי ק״ו מאיסורין דמהני אמתלא. ובאיסורין מבואר בר״ן בכתובות כב. דהא דאומרת טמאה אני נאמנת להתיר עצמה ע״י אמתלא היינו דוקא באמרה אבל אם לבשה בגדי נידות והוחזקה עי״ז נדה אינה נאמנת להתיר עצמה ע״י אמתלא. והקשה ע״ז הטור ביו״ד קפ״ה דאיפכא מסתברא אם באמירה מפורשת מהני אמתלא כ״ש במעשה דהוי רק ראיה ואינו אמירה מפורשת שיועיל אמתלא. וכתב ע״ז הב״י

דסברת הרשב״א הוא דדיבור מקרי ואמרה אבל מעשה אינה עושה אא״כ באמת טמאה. וראיתי בהגהות פורת יוסף כאן שכתב שיש מקור לדברי הרשב״א מגמ׳ דידן דמבואר דבדיבור מהני אמתלא דהשני נוח לי אבל כשעשה מעשה סברי רבנן דלא מהני אמתלא. ושו״ר שרע״א ביו״ד קפ״ה מציין על דין זה למהרי״ט, והמהרי״ט מביא ראיה לדין זה מכאן.

התם עבד ליה מעשה. כתב הרמ״א בס׳ קמ״ז סע׳ א׳ דמה דסברי רבנן דכשחתם אינו יכול לומר השני נוח לי הוא דוקא כשחתם עם עד אחר וביחד יש שטר בב׳ עדים אבל חתם כע״א לא אבד זכותו והטעם כתב הרמ״א דיכול לומר שמה שחתם כי היה יודע שאין בחתימתו כלום כיון שאינו אלא ע״א. וכן הוא בב״י בשם הריטב״א שהוא המקור לדברי הרמ״א. אמנם בביאור הגר״א מבואר דאין הכונה דמחתימת ע״א אין ראיה כלל על הודאה אלא שבאופן זה לא נחשב מעשה ומהני אמתלא. דהרמ״א אח״כ מביא בשם הריב״ש דאם לא חתם אלא לכבוד דהיינו שהיו כבר ב׳ עדים והחתימו אותו רק משום כבודו לא אבד זכותו. וכתב ע״ז הגאון בסק״ב ב״ב שם התם עבד ליה מעשה, ופי׳ הריב״ש דעל ידו נתקיים השטר משא״כ בע״א או לכבוד עכ״ל. דהיינו שסברת הריב״ש דחתימה לכבוד לא חשיב מעשה וכמו שבדיבור יכול לבטל ע״י אמתלא דהשני נוח לי כך חתימה זו דינה כדיבור ולא כמעשה. והגאון בסק״א על דברי הרמ״א בשם הריטב״א כתב וכ״כ הרשב״ם בב״ב ל: [כוונתו לרשב״ם בד״ה דתנן שמסיים חתם ראובן ועד אחר עמו, ולומד הגאון שכתב כן בדוקא דאם חתם כע״א לא חשיב מעשה] ויתבאר למטה עכ״ל וכוונתו שסברת הריטב״א הוא כמו שביאר אח״כ בסק״ב שדעת הריב״ש שחתימת ע״א או לכבוד לא חשוב מעשה ומהני אמתלא.

הריטב״א בזה לשטתו דכתב כאן בחידושיו דהא דחשיב הכא מעשה אינו מפני מעשה החתימה אלא כיון שהדבר נגמר בזה חשיב מעשה וה״ה עדות ע״פ חשיב מעשה לענין זה. דהיינו דאינו תלוי בדיבור ומעשה אלא כל גמר דבר חשיב מעשה אפילו שהיה רק דיבור כגון עדות ע״פ. וכל שאינו גמר דבר אפילו שעשה מעשה חשיב כדיבור כגון החותם כע״א או לכבוד. וע״ע בריטב״א לקמן מג: שמוכיח מהגמ׳ שם דגם עדות ע״פ נחשב מעשה לענין זה, וע׳ בשעה״מ ס׳ קמ״ו והובא בפת״ת שם סק״ו בשם הראנ״ח דדוקא אם אמר לו זיל זבין חשיב דיבור ומהני אמתלא אבל אם היה סרסור וע״י נגמר המקח חשיב מעשה. וזה כנ״ל דכל גמר דבר אף שהיה ע״י דיבור נחשב מעשה. וע׳ בתומים ס׳ קמ״ו סקי״ט שמביא בשם המהרי״ט דהודאת בע״ד מפורשת לא מהני אמתלא משום דנחשב כמעשה. והתומים מסתפק אם נחשב כמעשה דאולי רק עדות שמעיד בב״ד חשיב מעשה ולא הודאת בע״ד. והיה מקום לומר דבזה גופא נחלקו הפוסקים הנ״ל אי מהני אמתלא בהודאת בע״ד. דאם נחשב כעדות והוי מעשה לא מהני אמתלא כמבואר בסוגיין ואי לא דמי לעדות ולא נחשב מעשה מהני אמתלא. אך צ״ע דבשויא אנפשיה ג״כ נאמן בדיבורו ובזה מפורש בגמ׳ בכתובות דמהני אמתלא ולא אמרינן דנחשב כמעשה. וע״כ דעדות שאני ולכאו׳ לענין זה יש להשוות הודב״ד לשויא אנפשיה.

ה״מ דאכלה שבע שנין. כתב הרשב״ם בשם י״מ דבעינן רק שהוא יטען שאכל ז׳ שנין אבל עדים צריך רק על ג׳ שנים האחרונות, וכ״כ הרמב״ן. והרשב״ם חולק וס״ל דבעינן עדים על כל הז׳ שנין. סברת הי״מ מבואר ברמב״ן דאית ליה מגו דלקחתי ממך ולכן נאמן לומר שאכל ז׳ שנין וקדם חזקתו לשטרו של חברו. דהיינו דס״ל כקושית התוס׳ בד״ה אבל. והרשב״ם ס״ל כתי׳ התוס׳ דליכא מגו ולכן בעינן עדים על כל הז׳ שנין. אמנם נחלקו המהרש״א והש״ך בביאור דברי התוס׳. דהמהרש״א כתב דקושית התוס׳ הוא רק לפרשב״ם דס״ל דבעינן עדים על ז׳ שנין

ע״ז הקשו ל״ל עדים הא אית ליה מגו אבל לי״מ לא קשיא דקושטא הכי דלא בעינן עדים ונאמן במגו. ואינו מובן דגם הי״מ דס״ל דסגי בעדים על ג׳ שנים מודים דבעינן שהוא יטען שאכל ז׳ שנין וקושית התוס׳ היא שגם אם מודה שלא אכל אלא ג׳ שנים יהיה נאמן לומר שקנינו קדם לבעל השטר במגו דממך לקחתי, וזה קשה גם על הי״מ. וכן מוכח בשו״ע דפסק בס׳ קמ״ו סע׳ כ״א שבאופן שהיה ידוע למחזיק שיש ביד המערער שטר סגי בזה שהחזיק ג׳ שנים וטוען שקנה יום אחד לפני זמן השטר ולא בעינן שיאמר שהחזיק ז׳ שנים. ודין זה מקורו מתוס׳ ד״ה אבל כמש״כ הגאון בסקמ״ט דהיינו שבאופן זה לא קיים תי׳ התוס׳ ונשאר הדין כקושית התוס׳. ומבואר דלקושית התוס׳ לא רק דלא בעינן עדים על ז׳ שנים אלא גם לא צריך שהוא יטען שאכל ז׳ שנים. וא״כ קושית התוס׳ קשיא גם לי״מ אמאי מבואר בגמ׳ לשטתם דבעינן טענת ז׳ שנים הא סגי בעדות על ג׳ שנים ויטען שקדם לבעל השטר ביום אחד. וזה כוונת הש״ך שם סקכ״א שכתב דלפי מה שמבואר בשו״ע שם ניחא קושית התוס׳ כפשוטו ודלא כמהרש״א שפירש דקשה לתוס׳ רק על הרשב״ם.

בסברת הי״מ דס״ל דאע״פ שנאמן במגו דלקחתי ממך ולית להו תירוץ התוס׳ מ״מ בעינן שיטעון שהחזיק ז׳ שנים נראה דקאי בשיטת הרשב״ם דס״ל לעיל לפי הפשט של הדרישה דכל שלפי דבריו לא החזיק ג׳ שנים ואיכא ריעותא דאחוי שטרך אינו נאמן לומר לקחתי אע״פ שיש לו מגו דלא מהני מגו במקום ריעותא דאחוי שטרך. ולכן אם יטען שקנה יום אחד לפני בעל השטר אף דאית ליה מגו לא מהני כיון שלפי דבריו שטרו של חברו הוי מחאה על חזקתו והוי ליה לאודהורי בשטרא. לכן בעינן דוקא שיטען שקדם מקחו ג׳ שנים לפני שטרו של חברו ונאמן אף שאין לו עדים בגלל מגו. אבל תוס׳ אזלו לשטתם דמהני מגו גם נגד ריעותא דאחוי שטרך לכן הקשו דאם יש לו מגו סגי בעדים על ג׳ שנים בלי שיטעון ז׳ שנים. וכן הדין אליבא דאמת במקום דליכא לתי׳ התוס׳ כמבואר בשו״ע הנ״ל בסע׳ כ״א. אך צ״ב בלשון הש״ך שכתב הטעם דלא בעינן שיטען שאכל ז׳ שנים דכיון שנאמן שלקחה קודם לשטרו של חברו א״כ המכירה של חברו אינה מכירה ואין לה שם מחאה. ואינו מובן למה הוצרך לסברא זו אפילו נימא דהוי מחאה ואיכא ריעותא דאחוי שטרך מ״מ נאמן במגו דקי״ל שאם אין עדי מ״ק נאמן המחזיק בתוך ג׳ שנים לומר לקחתי במגו דלהד״ם אף דהוי נגד ריעותא דאחוי שטרך. ולפמש״כ השעה״מ בס׳ קמ״ו סק״ב לחלק בין אחוי שטרך תוך ג׳ שנים לאחוי שטרך אחרי מחאה ניחא. ע׳ לקמן לט. בזה. ומה שקשה על תי׳ התוס׳ למה אינו יודע הא מכירה דשטר יש לו קול ע׳ ש״ך ס׳ קמ״ו סקי״ט וסמ״ע ס׳ קמ״ד סק״ד שעמדו בזה.

דף לא.

אין לך מחאה גדולה מזו. הקשה הרא״ש דאיתא לקמן דצריך למחות כל ג׳ שנים ואם עברו ג׳ שנים אחרי מחאה חזקתו חזקה. וע׳ בתוס׳ לקמן לט: דסוגיא דידן פליג על סוגיא דהתם. והרא״ש כתב דהכא שאני דאחרי המחאה מכר לאחר ובזה לא אמרינן דשתיקה ג׳ שנים אחרי המחאה הוי כהודאה שאינו גזול דאחרי שמכר אינו נאמן בהודאתו. והריטב״א כתב בנוסח אחר דאחרי שבל״ה אינה שלו אין שתיקתו ראיה ושתיקת הלוקח אינה ראיה דאינו יודע האמת ולא מוטל עליו למחות. ועוד כתב הרא״ש דמה שצריך למחות בסוף כל ג׳ הוא דאל״כ תולים מחאתו בדברי הבאי ואמרינן שלא היה מחאה אמיתית. וכ״ז כשמחאה היתה ע״י דיבור אבל כאן שעשה מעשה אין לתלות בדברי הבאי וסגי במחאה אחת לעולם. לענין מחה ומת ע׳ קצה״ח ס׳ קמ״ו סק״ה בשם הרמב״ן.

במה שכתב הרא״ש לחלק בין מחאה ע״י מעשה לדיבור לכאורה היה נראה דלא בכל מעשה אמרינן כן אלא דוקא כתיבת שטר שהוא דבר שנשאר קיים ואין לתלות מסירת שטר על ביתו

בדברי הבאי. אבל כשלא כתב שטר מכירה לכאורה אין לחלק בין אם אמר את המחאה בפיו או שעשה מעשה המוכיח על מחאתו. אך בדברי הקצה"ח נראה שלא הבין כך שכתב בס' ק"מ סק"ח בשם המהרי"ט על הא דשכוני גוואי דשמושו של המ"ק הוא כמחאה על חזקת המחזיק דאם עברו ג' שנים שלא השתמש המ"ק יהיה חזקת המחזיק חזקה דאף דמה שעובר עליו הוי כמחאה הא בעינן שימחה בסוף כל ג'. וכתב הקצות ע"פ דברי הרא"ש הנ"ל דכיון שמחאתו הוא ע"י מעשה לא תולים בדברי הבאי וסגי במחאה אחת. ולולא דברי הקצות היה נר' דמעשה כזה לא עדיף מדיבור ולא דמי למעשה דכתיבת שטר כנ"ל. [ועוד יש להעיר דלמאי דקי"ל כר"נ אין מה שעובר עליו כמחאה אלא דחסר בעיקר החזקה ולענין זה בודאי אם עברו ג' שנים שלא השתמש שפיר הוי חזקה ואולי ס"ל דר"נ רק חולק שזה גם מקלקל את עיקר החזקה ולכן בספק על המחזיק להביא ראיה אבל מודה לסברת רבא שיש בזה גם משום מחאה כיון דהוי מחאה ע"י מעשה סגי במחאה אחת לעולם].

נחלקו הראשונים אם הא דעביד אינשי דקרו לשני טובא שני חזקה הוא דוקא אם אמר לשון שני חזקה אבל אמר ג' שנים אינו יכול לפרש שכונתו ז' שנים. וי"ח דגם בזה יכול לומר שאמר ג' שנים מפני שחשב שסגי בזה. והובא מחלוקת בזה בס' קמ"ו סע' כ' ע"ש.

מה לי לשקר במקום עדים. רע"א במה"ת ס' ק"ל מביא ששאלוהו על סברת רבה דס"ל מה לי לשקר במקום עדים אמרינן דמוכח במשנה בשבועות לח: דלא מהני מגו נגד עדים שמבואר שאם טוען פרעתי אחרי שהודה שלוה נאמן ואם טוען להד"ם אינו נאמן כיון שיש עדים שהודה. ואמאי לא יהיה נאמן להכחיש עדי הודאה במגו דפרעתי. ועוד הקשה ממתני' דריש פ"ב דכתובות אם יש עדים שיצאה בהינומה משלם מאתים ואמאי אינו נאמן להכחיש את העדים במגו דפרוע. וכתב רע"א דפשוט שגם רבה מודה דלא מהני מגו נגד עדים דהתוס' הוכיחו בריש ב"מ ממתני' דשנים אוחזים דמגו להוציא לא אמרינן וע"כ דעדים עדיפי ממגו דעדים מהני להוציא. אלא כונת רבא שמתרצינן דיבוריה ואמרינן שמה שאמר של אבותיו כוונתו אבותי לקחו מאבותיך. וכדברי רע"א מפורש בראשונים כאן שהרשב"א מביא הראיה מפ"ב דכתובות והריטב"א והרמב"ן הביאו הראיה מהמשנה בשבועות ותירצו דמודה רבא במקום שא"א לתרץ דבריו שלא מהני מגו נגד עדים.

אך צריך להוסיף בזה ביאור דלשונו של רבא הוא מה לי לשקר ואביי חולק דהוי מגו במקום עדים ולדברי הראשונים ורע"א הוי ליה לרבא למימר מתרצינן דיבוריה ואביי חולק דלא מתרצינן דיבוריה ולמה נקט אביי מגו במקום עדים הא גם רבא מודה לזה. אך ביאור דבריהם הוא דמה דסבר רבא דמתרצינן דיבוריה הוא משום דס"ל שיש בפנינו ב' בירורים הסותרים זא"ז ואם לא נתרץ דיבוריה יוצא שהבירור של המגו במקום זה אינו אמת וכיון שהמגו הוא הוכחה שאומר אמת זה סיבה לתרץ דבריו כדי שלא יהיה סתירה בין דבריו לדברי העדים וכמו שהדין בעדים המכחישים זא"ז דאם אפשר ליישב שלא יהיה סתירה עושים כן דדין התורה להאמין לעדים גורם שצריך ליישב. ולרבא גם במגו הדין נאמנות של המגו גורם שצריך ליישב דבריו וזה שאמר רבא מה לי לשקר היינו שיש ראיה של מגו ואם לא ניישב דבריו נמצא שאינו אמת א"כ כח המגו מחייב לתרץ דיבוריה. וע"ז חולק אביי דמה לי לשקר במקום עדים לא אמרינן דהיינו דמגו אינו סיבה ליישב דבריו כשיש נגד המגו עדים דמגו במקום עדים הוא כמאן דליתא דאין למגו שום משקל של בירור במקום עדים ואינו סיבה לתרץ דיבוריה. נמצא דיסוד השאלה אם מתרצינן דיבוריה או לא תלוי מהו הכח של מגו במקום עדים וניחא לשון הגמ'. וע' לשון הרשב"א שכתב אלים מגו לתרץ דיבוריה והכוונה כנ"ל. וע' לקמן לג. שכתבנו עפ"ז לבאר הרמב"ן שכתב

שם במלחמות דהפה שאסר לכו״ע מהני במקום עדים.

אבותי שלקחו מאבותיך. מבואר דאף שבתחילה אמר של אבותי לכו״ע יכול אח״כ לחזור ולומר שאבותי שלקחו מאבותיך. והקשה רע״א מכאן על התוס׳ דכתבו לעיל שאם אמר מפלניא זבינתה דזבנא מנך אינו יכול אח״כ להוסיף קמי דידי דהוי מגו למפרע. ובשלמא לש״ך דס״ל בס׳ קמ״ו סק״י דבזה גם לתוס׳ יכול להוסיף אח״כ קמי דידי ורק כשאמר זבינתה מפלניא דאמר לי דזבנא מנך אינו יכול לומר אח״כ קמי דידי ניחא אבל לסמ״ע בסקל״ד שלתוס׳ גם בזבנתה מפלניא דזבנא מנך אינו יכול להוסיף למה כאן יכול לחזור מאבותי לאבותי לקחו מאבותיך. ולכאו׳ גם לרא״ש קשה דהרא״ש חולק על תוס׳ רק באופן שאמר מפלניא דזבנא מינך דיכול להוסיף קמי דידי אבל היכא דאמר זבינתה מפלניא ולא אמר כלל דזבנא מנך ורק אח״כ מוסיף דזבנא מינך קמי דידי זה בודאי תוספת שלא כלול בדבריו הראשונים והוי מגו למפרע וגם לרא״ש לא יהיה נאמן. והכא שאמר של אבותי הוי כאומר זבינתה מפלוני ואיך מוסיף אח״כ אבותי לקחו מאבותיך הא הוי מגו למפרע.

בשו״ע ס׳ קמ״ו סע׳ י״ד מבואר שאם בתחילה טען זבינתה מפלניא שאמר שקנאה ממך וחזר וטען קמי דידי זבנא אין שומעין לו. [לדעת הש״ך בסק״י ע״ז כתבו התוס׳ שהטעם הוא משום מגו למפרע וברע״א מבואר דבאופן זה אין צורך להגיע למגו למפרע אלא הוי חוזר וטוען דמכחיש דבריו הראשונים והתוס׳ מיירי כשלא אמר ״דאמר לי״ דהיינו כשיטת הסמ״ע] אבל אם מתחילה אמר מפלוני קניתיה סתם ושוב הוסיף ואמר קמי דידי זבנא שומעין לו. והש״ך בסקט״ז תמה ע״ז דהרא״ש מחלק בין אמר זבינתה מפלניא דאמר לי דזבנא מינך לזבינתה מפלניא דזבנא מינך. דאם אמר דאמר לי אינו חוזר ואומר קמי דידי ואם לא אמר דאמר לי חוזר ואומר קמי דידי. אבל אם בתחילה אמר רק זבינתה מפלניא ולא הזכיר כלל דזבנא מינך בודאי שאינו יכול אח״כ להוסיף קמי דידי, שזה בודאי תוספת ואינו בכלל דבריו הראשונים ואין לך מגו למפרע גדול מזה. וכתב הקצות שם סקי״ב דכדברי השו״ע מבואר בגמ׳ דידן דבתחילה טען של אבותי ואח״כ מפרש אבותי שלקחו מאבותיך ואיך מוסיף שלקחו הא בתחילה אמר רק של אבותי ואין לך מגו למפרע גדול מזה. נמצא דמה שהקשה רע״א מכאן על התוס׳ קשה גם לרא״ש דהרא״ש רק חולק כשאמר זבינתה מפלניא דזבנא מינך אבל כשאמר רק זבינתא מפלניא לכאו׳ גם הרא״ש יודה שלא יכול להוסיף ובגמ׳ מבואר דגם באופן זה יכול אח״כ להוסיף אבותי לקחו מאבותיך.

רע״א מתרץ וכ״כ הקצות בדעת הש״ך דלעיל שטען בתחילה מפלניא זבינתה, כ״ז שאינו מוסיף קמי דידי הוי חזקה שאין עמה טענה ואף שיש לו מגו הרי הוא נאמן במה שטוען אלא שחסר בטענתו ואח״כ כשמוסיף קמי דידי לית ליה מגו. משא״כ הכא שטען בתחילה של אבותי וזה טענה מעליא ואית ליה מגו אלא שכנגד המגו איכא עדים, ואף שאם לא ניישב דבריו נדחה המגו מקמי סהדי מ״מ כשיש אפשרות ליישב דבריו בודאי שראיית המגו מסייעת לפירושו. וכמו דרבא ס״ל שאנחנו לבד מיישבים דבריו כך גם אביי דפליג היינו רק שלא ניישב בלי טענתו. אבל כשטוען שכוונתו היתה אבותי לקחו מאבותיך המגו שהיה לו בתחילה מסייעת לדבריו לכן אין בזה חסרון של מגו למפרע. ולכן הש״ך הקשה רק על דברי השו״ע ולא על הגמ׳.

הקצות כתב דלתוס׳ לא קשיא כלל דתוס׳ מפרשים אבותי שלקחו מאבותיך אין הכוונה שטוען קמי דידי זבנא. אלא שטוען שדרו בה חד יומא ואנן טענינן שלקחו. ודר בה חד יומא הוא בכלל דבריו הראשונים ונאמן במגו דלקחתי. ורק לרא״ש ולטור דס״ל כרמב״ן דלא מהני מגו על דר בה חד יומא אלא דוקא עדים ולדידהו ע״כ כוונת הגמ׳ שמפרש אבותי לקחו מאבותיך היינו שיודע בעצמו שלקחו והוי כטענת קמי דידי זבנא. ובזה קשה איך מוסיף קמי דידי הא עכשיו

הוי מגו למפרע.וכתב הקצות דהרא״ש והטור ס״ל דקמי דידי הוי טענה מעליתא ולא בעינן מגו כלל ולא כתוס׳ בדף ל. דס״ל כפשטות לשון הגמ׳ בדף מא: דקמי דידי נאמן במגו דלקחתי ממך. ובזה מיישב קושית הש״ך על לשון השו״ע. וגם בלשון הרשב״ם כאן בד״ה ומודו נהרדעי מדייק הקצות דס״ל דקמי דידי אינו מדין מגו. אך צ״ע דבדברי הרא״ש לקמן ס׳ י״ג מבואר בהדיא דקמי דידי הוי מדין מגו יעו״ש.

נמצא דקושית רע״א על תוס׳ לכאורה קשה גם לרא״ש. ותי׳ רע״א מתרץ גם לתוס׳ וגם לרא״ש וכ״כ הקצות בדעת הש״ך. ובדעת תוס׳ כתב הקצות עוד דאינו טענת קמי דידי זבנא אלא דר בה חד יומא ובדעת הרא״ש מתרץ הקצות דקמי דידי לא בעי מגו. דהיינו ב׳ דרכים ליישב הגמ׳ לדעת תוס׳ וב׳ דרכים לדעת הרא״ש. והנ״מ מזה לקושית הש״ך בס״ק ט״ו.

ואתא מאבראי וטען. נסתפקו התוס׳ אם דין זה נאמר רק כשחוזר וטוען לקחתי וסמך עלה כדאבהתי שבזה לנהרדעי אינו חוזר וטוען כלל א״כ גם לעולא כשיצא חוץ לב״ד אינו חוזר וטוען. אבל לחזור ולטעון אבותי לקחו מאבותיך שאינו סותר כלל לדבריו הראשונים אולי חוזר וטוען אף שיצא חוץ לב״ד. ומאי דמספקא להו לתוס׳, לרשב״ם פשיטא ליה לחד גיסא ולרשב״א פשיטא ליה לאידך גיסא. דהרשב״א כתב בהדיא דאם יצא אינו חוזר וטוען אבותי לקחו מאבותיך. וברשב״ם מבואר דהא דאין חוזר וטוען כשיצא הוא דוקא היכא דמכחיש דבריו הראשונים קצת, כן מדייק רע״א בלשון הרשב״ם ע״ש.

והיכא דאישתעי מילי אבראי. כתב הרשב״ם דהודאה מפורשת מחייבת גם חוץ לב״ד ומאידך מבואר ברשב״ם דחוזר וטוען כשאמר דבריו הראשונים חוץ לב״ד אף שעוקר דבריו הראשונים לגמרי. דהיינו אפילו שאמר אבותי ולא של אבותיך חוזר ואומר אבותי לקחו מאבותיך. והשיטה בשם ר׳ יונה חולק וכתב דרק אם טען של אבותי יכול לחזור ולומר דסמיך עלה כדאבהתי אבל אם אמר של אבותי ולא של אבותיך הרי זה כהודאה מפורשת שלא לקח. ומוסיף ר׳ יונה דאם טען לא לויתי חוץ לב״ד ובאו עדים שלוה אינו חוזר וטוען בב״ד פרעתי דהוי כהודאה מפורשת שלא פרע ולרשב״ם גם בזה חוזר וטוען בב״ד פרעתי. ואמר בזה מרן הגרא״מ שך שליט״א דפליגי בספקו של רע״א בתשובה קמ״ט שדן בהא דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי אי הוי כהודאה מפורשת שלא פרע כיון שא״א לפרוע בלי הלואה וא״כ כשאומר שלא לוה הוי כאומר שלא לוה ושלא פרע. או שהאומר לא לויתי אינו הודאה מפורשת שגם אם יתברר שלוה שלא פרע אלא שיש ראיה על הודאה מזה שלא טען פרעתי. ובטענה חוץ לב״ד הכלל הוא דכל שהודה בפירוש הודאה מחייבת גם חוץ לב״ד [היכא דליכא טענת משטה] אבל כשאין הודאה מפורשת אלא שבאים להוכיח מדלא טען שמודה שאינו טענה בזה אמרינן דחוץ לב״ד אין ראיה מדלא טען דעביד איניש דלא מגלה טענתו חוץ לב״ד. א״כ ר׳ יונה ס״ל דהאומר לא לויתי הוי כהודאה מפורשת שלא פרע לכן גם חוץ לב״ד מתחייב. והרשב״ם ס״ל דאינו הודאה מפורשת אלא ראיה על הודאה מדלא טען פרעתי וחוץ לב״ד ליכא ראיה. ע׳ בזה באבי עזרי פ״ו מטו״נ ה״ג אות ב׳.

ועוד נ״מ מספק זה יהיה אם אומר לא לויתי וחוזר וטוען פרעתי ונתן אמתלא לדבריו. דהקצות מביא בס׳ פ׳ סק״א שנחלקו מהר״ש הלוי ומהר״א חסון אי מהני אמתלא בהודאת בע״ד. ומסקנת הקצות כמהר״א חסון דלא מהני אמתלא בהבע״ד. אך נתבאר לעיל ל: דהיינו דוקא בהודאה מפורשת אבל בהוכחה על הודאה לכו״ע מהני אמתלא כדמוכח מהעורר על השדה וחתום עליה בעד דהיכא דלא עבד מעשה מהני אמתלא גם לרבנן. וה״נ הכא לשיטת הרשב״ם שאין זה הודאה מפורשת וחוץ לב״ד יכול לחזור מזה ה״נ יועיל בזה אמתלא אבל לר׳ יונה דהוי הודאה מפורשת שלא פרע לא מהני בזה אמתלא. וע״ש בקצות

שמהר״ש הלוי מביא ראיה לשטתו דמהני אמתלא בהובע״ד מסוגיא זו. דלשון הרמב״ם בפ״ז מטו״נ ה״ח בהא דטוען וחוזר וטוען דאם נתן אמתלא לטענתו חוזר וטוען. אך כתב הקצות דאין ראיה מזה כלל דהכא האמתלא הוא פירוש לדבריו הראשונים שלא היה בהם הודאה. אבל כשמודה שכוונתו היתה להודות אלא שנותן טעם למה הודה בזה לא סמכינן על אמתלא לבטל הודבע״ד.

אך יש לעיין בעיקר דברי רע״א שיש לו צד לומר דכל האומר לא לויתי אינה הודאה מפורשת שלא פרע אלא הוכחה על הודאה, דקי״ל שאם אמר לא לויתי ובאו עדים שלוה ופרע חייב. דטענת לא לויתי הוכחש ע״י עדים. ומה שהעדים מעידים שפרע הוא נגד הודאה שלא פרע. ובשלמא אי הוי הודאה מפורשת ניחא דהודאת בע״ד מהני נגד עדים. אבל אם אין זה אלא הוכחה על הודאה למה לא נימא דהעדים דמעידים שפרע עדיפי מהוכחה זו ואולי פרע ומאיזה טעם שיהיה רצה לטעון לא לויתי והרי לא כלול בדבריו אמירה שלא פרע ולמה לא נאמין לעדים שפרע וצל״ע.

ואמר לי בזה הרה״ג ר׳ ישראל אידלשטיין שליט״א שאין כונת רע״א שיש ראיה שלא פרע אלא שיש ראיה שהוא סבור שלא פרע ואיכא ראיה על הודאת בע״ד, וראיה זו אין העדים מכחישים, דאינם מעידים שלא הודה, וא״כ נשאר ראיה על הודאה והודאה מהני נגד עדים. והוסיף שא״כ יש להוכיח מדברי רע״א מה שדנים האחרונים [עי׳ בזכרון שמואל סי׳ ל״ט אות ד׳] בעדים שמעידים על הודאת בע״ד שלוה ועדים אחרים מעידים שלא לוה אי הוי תו״ת או דהוי הודאת בע״ד נגד עדים. די״ל שאין הכחשה למה שהעדים מעידים שהודה, וא״כ מהני הודאתו נגד המכחישים. ומאידך י״ל דכשם שהודאה שלוה הוא הוכחה שלוה כך עדות שלא לוה מחייב שלא הודה, שאם הודה בודאי לוה, וא״כ איכא הכחשה על ההודאה. ומדברי רע״א מוכח שאין זה נחשב הכחשה להודאה, וכיון שההודאה קיימת נשאר הודאה נגד עדים.

טוענים מפטור לפטור. כתבו הראשונים כאן דמה דאיתא בסוגיין שאינו טוען וחוזר וטוען כשמכחיש דבריו הראשונים זה רק כשבאו עדים כנגד טענתו הראשונה ואח״כ חוזר וטוען אבל כ״ז שלא באו עדים טוען וחוזר וטוען מפטור לפטור ולא אמרינן דטענתו הראשונה הוי כהודאת בע״ד נגד טענתו השניה. וג׳ טעמים נאמרו בזה. א. הטור בס׳ פ׳ כתב בשם הר״י מגש [והובא בקצה״ח שם סק״ג] שנאמן במגו שהיה נשאר בטענתו הראשונה וכן כתב היד רמ״ה. ב. הקצה״ח ס׳ פ׳ סק״ג כתב דכ״ז שלא באו עדים להכחיש את טענתו הראשונה לא יוצא שום חיוב מהודאתו וא״כ עדיין לא נתקבלה הודאתו ויכול לחזור מזה כמו שעדים יכולים לחזור לפני דרישה וחקירה. ג. הנתיבות בס׳ ע״ב סקל״ד כתב דכיון שטען טענת פטור יכול לומר שלא דייק.

ברמ״ה מבואר דהא דטוען וחוזר וטוען מפטור לפטור הוא אפילו יצא חוץ לב״ד ולא אמרינן לגבי זה טענתיה אגמריה וכן מבואר ברמב״ם בפ״ז מטו״נ ה״ח. אך הריטב״א כתב בהדיא שגם מפטור לפטור יכול לחזור רק כ״ז שלא יצא מב״ד. ונראה שאם הנאמנות הוא בגלל מגו בודאי מסתבר שנאמן גם ביצא חוץ לב״ד דבמקום דאיכא מגו למה ניחוש לטענתיה אגמריה והרמ״ה לשטתו. אבל לטעמו של הקצות שנאמנותו משום דאינו נגד הודאת בע״ד יש מקום לומר דהיכא דאיכא למיחש דטענתיה אגמריה לא יהיה נאמן ולכאורה תלוי בספק של התוס׳ בטען בב״ד ובאו עדים ויצא חוץ לב״ד ואח״כ חוזר וטוען טענה שאינה סותרת כלל את טענתו הראשונה דאי נימא שחוששים לטענתיה אגמריה רק היכא דסותר קצת דבריו הראשונים א״כ באופן שלא באו עדים דלא חל עדיין דין הודאת בע״ד דמי להיכא דאינו סותר כלל והובא לעיל דנחלקו הראשונים בזה.

עוד כתב הריטב״א כשמבאר דרק מפטור לפטור חוזר וטוען ולא מחיוב לפטור מביא הריטב״א כדוגמא לחזרה מחיוב לפטור שטען לויתי ופרעתי וחזר ואמר לא לויתי. והקשה המגיה

דזה הוי מפטור לפטור שהרי בתחילה טען לויתי ופרעתי ולכן מגיה בריטב״א שבתחילה טען לויתי וחזר ואמר לא לויתי. אך לפי מה שנתבאר דהריטב״א ס״ל כסברת הקצות ולכן ס״ל שאם יצא חוץ לב״ד אינו חוזר אפילו מפטור לפטור א״כ י״ל דס״ל דאם אומר לויתי ופרעתי אינו חוזר ואומר לא לויתי. דיש מקום לומר דסברת הקצות שייכת רק באומר לא לויתי שהוא טענת פטור ואף דכלול בזה הודאה שלא פרע מ״מ כיון שהודאתו שלא פרע היתה ע״י אמירת לא לויתי א״כ כ״ז שלא ידוע שלוה לא שמענו הודאת חיוב ולא חלה הודאתו. אבל האומר לויתי אף שמיד בתכ״ד אומר פרעתי כבר חלה הודאתו שלוה מיד שאמר לויתי כדמוכח בריש פ״ב דכתובות דהאומר שדה זו של אביך היתה ולקחתיה נאמן מדין הפה שאסר הרי שצריך להגיע להפה שאסר ולא אמרינן דלא חשיב הודאה כלל [וע׳ רע״א שהקשה בדף כב: על מתני׳ דאש״א היתי ונתגרשתי ל״ל פה שאסר ת״ל דלא שויא אנפשה חתיכה דאיסורא ודוקא שם הקשה רע״א כן ולא על מתני׳ דשדה זו של אביך כמו שבארנו בס״ד בכתובות כב. ע״ש]. וא״כ י״ל שגם אחרי הנאמנות של הפה שאסר לא בטל שם הודאת בע״ד מאמירת לויתי שכבר חלה הודאתו אלא שנאמן גם לומר פרעתי מדין הפה שאסר ובזה אם חוזר ואומר לא לויתי הוי כחוזר מחיוב לפטור. שהודאתו שלוה היתה הודאת חיוב אלא שנפטר בגלל טענת פרעון. דהיינו דסובר הריטב״א שאם טען לא לויתי חוזר וטוען לויתי ופרעתי אבל אם טען לויתי ופרעתי אינו חוזר וטוען לא לויתי.

הקצה״ח הקשה על הטעם של מגו דמוכח בדין של מודה בשטר שכתבו שנאמן לטעון פרוע מגו דמזויף שאם אח״כ מקיים בטל המגו א״כ ה״נ אם אחרי שחזר מפטור לפטור יבואו עדים ויכחישו את טענתו הראשונה יתבטל המגו. וע׳ בקו״ש דברמ״ה מבואר שבאמת כן הוא הדין שנאמן רק כ״ז שלא באו עדים אך הב״י בס׳ פ׳ כתב שמלשון הרמב״ם משמע שחולק. וע׳ בקו״ש מש״כ לבאר דבכל מקום אין המגו מתבטל גם אחרי שבאו עדים נגד טענת המגו ומודה בשטר שכתבו שאני ע״ש.

עיין באבי עזרי פ״ו מטו״נ ה״ג באות ד׳ ה׳ שמאריך בענין טוען מפטור לפטור ומבאר דטעם הנתיבות דלא דק וטעם הראשונים דנאמן במגו צריכים זל״ז. דבלי סברת לא דק לא מהני מגו דהוי מגו נגד הודאת בע״ד. ולא דק אינו מספיק דאין לו נאמנות לומר שלא דק אבל כיון דאית ליה מגו נאמן לומר שלא דק ואין זה נגד הודאת בע״ד כיון שטוען שלא דק. ולכן אחרי שבאו עדים אינו יכול לחזור מטענתו הראשונה אף דסברת לא דק שייך גם באופן זה אלא כיון שבאו עדים אין לו מגו ואינו נאמן לומר שלא דק. אמנם לפ״ז יוצא דבמקום דאית ליה מגו יהיה נאמן לחזור גם אחרי שבאו עדים וא״כ קשיא דמבואר בסוגיין שאם אמר של אבותי ובאו עדים שלא היתה של אבותיו וחזר וטען לקחתי מאבותיך וסמיך עלה כדאבהתי אינו נאמן לנהדרעי וקשה למה לא יהיה נאמן במגו דאי בעי אמר שאבותי לקחו מאבותיך דבאופן זה חוזר וטוען גם לנהרדעי. ובשלמא לקצות ניחא דכיון שבאו עדים חלה הודאתו הראשונה והוי מגו נגד הודאת בע״ד. אבל לנתיבות דאיכא טענת לא דק אלא דבעינן מגו ואחרי שבאו עדים ליכא מגו אבל באופן זה איכא מגו גם אחרי שבאו עדים ואמאי אינו נאמן לומר דלא דק. וראיתי באבי עזרי הנ״ל באות ח׳ שמביא שאלה זו בשם אחד מבני הישיבה.

הא עדות מוכחשת היא. מבואר בגמ׳ דמחלוקת ר״נ ורבא תלוי במחלוקת ר״ה ור״ח ואינו מובן דגם לר״ח נפסל רק מהזמן שהעיד העדות שהוכחש ואין זה סיבה לפסול את העדות של אבהתא שהעיד לפני עדות האכילה. וע״כ דמה שנפסל עדות אבהתא הוא מדין עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה וא״כ גם לר״ה יתבטל שהרי עדות האכילה בטלה גם לר״ה שהרי

הוכחש. [ע׳ בתורי״ד בשם ר׳ יצחק שמעמיד בדוקא שהעידו קודם על האכילה ואח״כ על אבהתא ולכן תלוי בר״ה ור״ח דלר״ח נפסל בעדות אכילה ולכן הוא פסול לעדות אבהתא אבל התורי״ד חולק ע״ש וגם מסתימת שאר הראשונים משמע שנחלקו גם באופן שעדות אבהתא קדם לעדות אכילה כפשטות לשון הגמ׳].

בב״ק עג. מבואר דעדים שהעידו על גניבה ובתכ״ד על טביחה והוזמו על הטביחה, אי אמרינן עד זומם למפרע נפסל בטל גם עדות הגניבה, ולמ״ד מכאן ולהבא נפסל עדות הגניבה קיימת. וגם בזה צריך להבין למה ביטול עדות הגניבה תלוי במה שהעד נפסל למפרע הא אפילו אם נפסל למפרע אין זה סיבה לפוסלו למה שהעיד לפני עדות הטביחה אע״כ דביטול עדות הגניבה הוא מדין עדות שבטלה מקצתה וא״כ גם לרבא דמכאן ולהבא נפסל נימא עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה דאף שהעד נפסל רק מכאן ולהבא הא עדותו שהעיד על הטביחה ודאי בטל למפרע א״כ יתבטל נמי עדות הגניבה. ובביאור דברי הגמ׳ בב״ק נחלקו הקצות והנתיבות בס׳ נ״ב. דהקצות מביא בשם המהרי״ט שדן במי שעשה עבירה שפוסלת אותו לעדות אם כבר באותו מעשה הוא פסול או שמעשה זה פוסל אותו מכאן ולהבא אבל בזמן העבירה עדיין אין לו הפסול. ומביא המהרי״ט ראיה מהא דאמרינן שאם ע״ז למפרע נפסל והוזם על הטביחה בטל גם עדות הגניבה הרי שמה שנפסל גופו בעדות הטביחה גורם פסול גם לעדות הגניבה שהעיד לפנ״כ בתכ״ד וע״כ דכבר על זמן הטביחה הוא פסול. וכתב ע״ז הנתיבות דאין ראיתו ראיה וכי מה שנפסל גופו בתכ״ד אחרי העדות גורמת פסול למה שהעיד קודם ולמה מה שנפסל בעדות הטביחה יגרום פסול לעדות הגניבה אע״כ מה שבטל עדות הגניבה הוא מדין עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה וא״כ גם אם נאמר שפסול העד בא רק אחר עדות הטביחה אפשר לבטל עדות הגניבה מדין עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ומה ראית המהרי״ט.

הקצות במשובב חולק וכתב דע״כ אין הטעם שבטל עדות הגניבה מדין עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה דא״כ מה נ״מ אם נפסל למפרע או לא הא הגדה זו ודאי בטלה למפרע אע״כ דלא שייך הכא עשמב״כ משום דהוי ב׳ עדויות על ב׳ ענינים וע״כ שביטול עדות הגניבה הוא משום שנפסל העד בעדות הטביחה א״כ שפיר הוכיח המהרי״ט. ובדעת הנתיבות לכאורה צ״ל דס״ל דלא בעינן פסול הגוף ומה שתלוי בלמפרע ומכאן ולהבא הוא דס״ל כדמשמע בשיטמ״ק בב״ק דלמ״ד מכאן ולהבא גם ביטול ההגדה הוא מכאן ולהבא דגדר הדין מכאן ולהבא הוא כיון דע״ז חידוש הוא התורה עשתה כעין פלגינן בנאמנות של המזימים ונאמנים רק לענין מכאן ולהבא ולכן גם ביטול ההגדה הוא רק מכאן ולהבא. אך מה שנראה יותר בדעת הנתיבות הוא מש״כ בסמוך ע״פ דברי רע״א. ובאחיעזר בח״ב ס׳ כ״ה אות ג׳ כתב דגם השיטמ״ק לא נתכוון לזה ע״ש. ועל דברי הקצות יקשה קושית הנתיבות דאטו מי שהעיד עדות ובתכ״ד אחרי העדות חילל שבת יתבטל העדות שהעיד קודם. והרי הקצות כתב דלא אמרינן הכא עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה וביטול עדות הגניבה הוא רק מפני שנפסל העד אחרי שהעיד בתכ״ד. אמנם האחיעזר שם מביא שהעמודי אור למד מגמ׳ זו בב״ק דהעד שעבר עבירה בתכ״ד אחרי עדותו בטלה עדותו ומסתפק אפילו בנשתטה בתכ״ד אחרי העדות אולי יפסל עדותו דהעדות נגמרת רק בתכ״ד אחרי העדות. ולכאורה בדעת הקצות צ״ל כהעמודי אור אך בודאי שהפשטות אינו כן. והפשט הפשוט בגמ׳ בב״ק הוא כמש״כ האחיעזר שם אות ה׳ דמה שבטל עדות הגניבה הוא מדין עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה אך דין זה נאמר רק כשביטול העדות הוא מחמת פסול העד דדמי להלכה של נמצא אחד קרוב או פסול שבטל כל הכת כך בנמצא עד פסול על חלק מהעדות בטלה העדות כולה. אבל אם העד אינו פסול אף שבטלה מקצת העדות לא אמרינן דבטלה כולה. ולכן לאביי שלמפרע נפסל בטל

עדות הגניבה מדין עשב״מ ולרבא שהעד אינו נפסל למפרע לא בטלה עדות הגניבה.

נמצא ג׳ דרכים בביאור הגמ׳ בב״ק. א. לנתיבות מדין עדות שבטלה מקצתה וצ״ב למה הגמ׳ תולה באביי ורבא, כמו שהקשה עליו הקצות וע׳ בזה בסמוך. ב. לקצות לא אמרינן בזה עדות שבטלה מקצתה אלא מה שנפסל בשעת עדות הטביחה מבטל עדות הגניבה. וקשה למה מה שנפסל אח״כ פוסל מה שהעיד קודם. וזה מה שהקשה הנתיבות על הקצות. ג. לאחיעזר הוי מדין עדות שבטלה אבל דין זה נאמר רק כשביטול העדות הוא מחמת פסול העד.

בביאור סוגיא דידן לפי דברי האחיעזר דמי ממש לגמ׳ בב״ק דאף דמה שבטל עדות אבהתא לרבא הוא מדין עדות שבטלה מקצתה מ״מ זה דוקא אם העד נפסל ולכן רק לר״ח אמרינן הכא עדות שבטלה מקצתה אבל לר״ה אף שעדות זו בטלה כיון שאין העד נפסל אין ביטול המקצת גורם לבטל כולה. וזה כוונת המחנ״א בהל׳ עדות ס׳ ו׳ שלמד מכאן דרק בהזמה אמרינן בטלה מקצתה בטלה כולה ולא בהכחשה והוא כנ״ל דרק במקום שהעד נפסל על מקצת בטלה כולה. וכן מבואר ברשב״א כאן כמש״כ האחיעזר ע״ש.

אמנם רע״א חולק על דברי המחנ״א וכתב דהא דלר״נ דס״ל כר״ה לא בטל עדות אבהתא הוא ״כיון דלעדות אחרת כשירים ה״נ לעדות אבהתא ולא גרע מאלו העידו עתה דאבהתא״, ונר׳ כוונת רע״א דלעולם כל שבטלה מקצת העדות בטלה כולה אף שלא נפסל העד אלא שהדין של עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה לא יכול לפסול עדות אבהתא אם גם עכשיו אחרי שהוכחש באכילה יכול להעיד על אבהתא. ורק אם מכאן ולהבא אינו יכול להעיד על אבהתא מתבטל גם מה שהעיד לפני עדות האכילה בתכ״ד. והנ״מ בין הבנת המחנ״א להבנת רע״א הוא בנידון של המחנ״א בע״א אומר נתגרשה וע״א אומר לא נתגרשה דאמרינן תרוייהו באש״א קמסהדי. והקשה הר״ן בכתובות כב: איך הוחזקה אש״א ע״פ עדים אלו הא הוכחשו ואחד מהם הוא ודאי פסול. ותי׳ המחנ״א דפסול הגוף לית להו עד אחר כ״ד וכשאין פסול הגוף לא אמרינן בטלה כולה אף שהוכחשו ע״ש. וע״ז חולק רע״א וס״ל דאף אם אמת שבזמן העדות עדיין לא היה פסול הגוף מ״מ כיון שבטל העדות מפני שהוכחש ומכאן ולהבא אינם יכולים להעיד יחד שהיא אש״א שהרי אח״כ בודאי שאחד הוא פסול א״כ ליכא למימר בזה דלא גרע מאלו העידו עתה א״כ אמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה. אע״פ שבשעת מעשה לא היה פסול הגוף במקצת. דהיינו שלמחנ״א בעינן פסול הגוף במקצת ורק אז אמרינן דבטלה כולה. ולרע״א עצם הדין של בטלה כולה הוא אפילו אם לא היה פסול הגוף בשעת מעשה דגם ביטול העדות גורם בטלה כולה בתנאי שע״י ההכחשה נגרם שלא יוכל מכאן ולהבא להעיד.

ולכאורה נראה דמחלוקת המהרי״ט והנתיבות שהובא לעיל הוא ממש מחלוקת המחנ״א ורע״א. דהמהרי״ט הוכיח מהגמ׳ בב״ק דעד שהוזם על טביחה הוא פסול כבר בשעת עדות טביחה דאל״כ לא היה מתבטל עדות הגניבה. ובודאי ידע המהרי״ט דביטול עדות הגניבה הוא מדין עדות שבטלה מקצתה אבל ס״ל כמחנ״א דאם ביטול המקצת אינו מחמת פסול הגוף לא אמרינן בטלה כולה וע״כ שבעדות הטביחה כבר יש את הפסול רשע דיחד עם העבירה בא פסולו. והנתיבות חולק דגם אם אין בו פסול רשע בשעת עדות הטביחה כל שבטל הגדת הטביחה בטל עדות הגניבה מדין עדות שבטלה מקצתה. ומה שתמה הקצות דא״כ למה הגמ׳ תולה ביטול עדות הגניבה במחלוקת אביי ורבא לק״מ דאם אינו נפסל למפרע א״כ גם אחרי שהעיד עדות הטביחה היה יכול לחזור ולהעיד על הגניבה והיתה עדותו כשירה כיון שנפסל רק משעת הזמה. א״כ גם מה שהעיד בתכ״ד אין לפסול דלא גרע מאילו העיד עתה על הגניבה. ורק לאביי שנפסל למפרע אף שהפסול בא אחרי עדות הטביחה ועדות זו עצמה אין בה פסול

רשע מ״מ בטלה כולה דלא בעינן פסול הגוף אלא רק שלא יוכל להעיד מכאן ולהבא.

דהיינו שלמהרי״ט והמחנ״א עצם הדין עדות שבטלה מקצתה נאמר דוקא כשביטול המקצת הוא מחמת פסול הגוף. ולרע״א והנתיבות לא בעינן פסול הגוף אלא כל שמכאן ולהבא אינו יכול להעיד או מפני שבין שני העדים יש אחד פסול כנידון דהמחנ״א או מפני שנפסל מיד אחרי העדות כנידון דהמהרי״ט שפיר אמרינן עדות שבטלה מקצתה אף שפסול המקצת אינה מפני פסול הגוף.

נמצא ב׳ דרכים בביאור גמ׳ דידן בהא דלר״נ לא בטלה עדות אבהתא. למחנ״א מפני שאין בעדות האכילה פסול הגוף ולא אמרינן בזה עדות שבטלה מקצתה וכו׳. לרע״א מה שמעיד יחד עם העדות שבטלה לא גרע ממה שמעיד אח״כ וכיון שאח״כ יכול להעיד עדות אבהתא לא יתכן שיפסל מחמת עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה. ובזה תלוי מחלוקת המהרי״ט והנתיבות.

מדברי הרמב״ן בסוגיין יש להוכיח דס״ל כנתיבות ורע״א ולא כמהרי״ט והמחנ״א. דתוס׳ הקשו בד״ה אמר ליה למה לרבא בטל עדות אבהתא הא ס״ל בב״ק ע״ז מכאן ולהבא נפסל ומבואר שם דלמ״ד מכאן ולהבא נפסל לא בטלה עדות הגניבה. ותי׳ הרמב״ן דמיירי הכא ששתי הכיתות העידו בתכ״ד א״כ הכת שהעידה אבהתא ואכילה מיד בתכ״ד אחר עדותם הוכחשו ע״י הכת השניה א״כ שפיר אמרינן בטלה כולה כמו למ״ד למפרע הוא נפסל. ובאופן זה פשוט שגם למהרי״ט ביטול עדות האבהתא לא היתה מחמת פסולו דנפסל רק אח״כ כשהוכחש ודמי לצד של המהרי״ט שהפסול בא רק אחר מעשה העבירה וס״ל דא״כ לא היה בטל עדות הגניבה אפילו אם למפרע נפסל. אלא מוכח דלא בעינן שביטול המקצת יהיה מחמת פסול העד וסגי בפסול ההגדה אלא בעינן שמכאן ולהבא לא יוכל לחזור ולהעיד כדי לסלק טענת רע״א דלא גרע מאילו העידו עתה דאבהתא. ובזה סגי במה שנפסל בתכ״ד אחר העדות.

דף לא:

אבל לאותה עדות לא. הרשב״א והריטב״א כתבו דהא דבטל עדות האבהתא משום דהוי אותה עדות הוא מדין עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה. ולכאורה אינו מובן בשלמא לקצה״ח הנ״ל דס״ל דהיכא דאמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה לא בעינן פסול הגוף כלל והגמ׳ בב״ק אינו מדין עשב״מ דהוי ב׳ עדויות א״כ כוונת הגמ׳ כאן דבעדות אחת אמרינן עשב״מ ולא בעינן פסול הגוף אבל למה שנתבאר בדעת המחנ״א והנתיבות ורע״א דכל שלא נפסל גופו וכשר להעיד מכאן ולהבא לא אמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה קשה א״כ מה בכך דהוי אותה עדות. לשון התוס׳ בב״ק עב: בד״ה רבא דכיון שהוחזקו משקרים על אותה קרקע תו לא מהמני עלה. משמע שאינו מגזה״כ דעדות שבטלה מקצתה אלא סברא דכיון שהוחזקו שקרנים א״א להאמין לכל העדות שנוגע לאותה ממון. ע׳ קו״ש ב״ק אות מ״ד. ובדעת הרשב״א והריטב״א צ״ל דאיכא שני דינים של עדות שבטלה דבב׳ עדויות בעינן דוקא פסול הגוף ובאותה עדות לא בעינן פסול הגוף או שנדחוק בלשון הרשב״א והריטב״א שגם הם כוונו לדברי התוס׳ בב״ק.

זו באה בפנ״ע ומעידה. כתב הרשב״ם שסברת ר״ה משום דאוקי גברא אחזקיה ולא תפסלינהו מספק. ואף דלא מהני חזקה להוציא ממון ע׳ קו״ש אות קי״ז דמוקמינן לעדים בחזקת כשרות והוצאת הממון היא ע״י העדות. ואף דמסברא היה נראה דאמרינן כן רק באופן שבזמן לידת הספק בכשרות העדים עדיין לא העידו עדות ממון א״כ מכשרינן להו ע״פ החזקה ובתולדה מוציאים ממון אח״כ ע״י עדותן. אך ע׳ בשערי יושר ש״ב סוף פ״ב שהוכיח מסוגין שגם באופן שבזמן לידת הספק כבר יש נ״מ

מכשרותן להוצאת ממון מ״מ מכשירים מכח החזקה דמבואר הכא דלר״ה מכשירים עדות אבהתא בגלל כשרותם של העדים אף שהעידו לפני שנולד ספק בכשרותם ובזמן ההכחשה כבר נוגע כשרותם להוצאת ממון אעפ״כ מכשירים מכח החזקה. אך לכאורה נראה דראיה זו הוא רק לשיטת המחנ״א דעדות שבטלה תלוי בפסול הגוף וע״פ חזקה מכשירים את העד ועי״ז מקבלים עדות אבהתא. אבל לרע״א אין עדות שבטלה מקצתה תלוי בפסול הגוף אלא שאם למעשה נשאר כשר מכאן ולהבא לא שייך לפסול מדין עדות שבטלה דלא גרע מאם חזרו והעידו עתה אבהתא. א״כ הפסול של עדות האבהתא אינו תלוי בפסול הגוף כלפי שמיא, אלא תלוי אם למעשה יכול לחזור אח״כ ולהעיד אבהתא וכיון שלענין לחזור ולהעיד שפיר מכשירים מכח החזקה א״כ ממילא לא שייך לפסול עדות אבהתא מדין עדות שבטלה מקצתה. אך מדברי התוס׳ כאן בד״ה ור׳ נחמן מוכח להדיא דגם באופן שמיד בזמן ההכחשה נוגע כבר לממון מ״מ מעמידים על החזקה לר״ה.

וכיוצא בזה מצאנו בתוס׳ בחולין צו. שכתבו דלא מוציאים ממון ע״פ סימנים [ורק באבידה מהני סימנים כיון שהמוצא מודה שאינו שלו ואין בזה הוצאת ממון מהמוחזק] והקשו א״כ אימחזירים שטר ע״פ סימנים הא ע״י החזרת השטר איכא הוצאת ממון מהלוה. ותי׳ דלא דמי דשטר אין אדם מוחזק בו ומהדרינן שפיר ע״ש. ואינו מובן דאמנם עצם החזרת השטר אינו הוצאת ממון אבל עי״ז מוציאים ממון מהלוה. וכתב בזה בקובה״ע ס׳ ע״ז אות ח׳ דע״פ סימנים מחזירים את השטר. והוצאת הממון נעשה אח״כ ע״י השטר. והתם בשעת החזרת השטר כבר נוגע להוצאת ממון ואעפ״כ מחזירים השטר ע״פ סימנים וע״י השטר מוציאים ממון וה״ה כאן מכשירים את העדים ע״פ החזקה וע״י העדים מוציאים אח״כ ממון.

בהדי סהדי שקרי ל״ל. בלשון הרשב״ם משמע דסברת ר״ח הוא משום דלא מהני חזקה להוציא ממון. וקשה דבסוגין מבואר דלא מהני גם כשאינו מוציא ממון דהרשב״ם ס״ל דהכא לא היה אחד מהם מוחזק ובקו״ש אות קט״ז מביא שבר״י מגש בשבועות מז: מבואר דסברת ר״ח דלא מהני חזקה בתרתי דסתרי [ומה שכתב הקו״ש נ״מ בזה בתו״ת על אחד משמע דפשיטא ליה דלר״ה כה״ג מכשירים מכח חזקה אינו פשוט ע׳ שו״ע ס׳ ל״ד סע׳ כ״ח וקצה״ח סק״ו].והקשו האחרונים מב׳ שבילין דמטהרים שניהם מכח חזקה אף דאחד בודאי טמא אמנם רש״י בפסחים י: והר״ש בטהרות פ״ה מ״ה כתבו שמטהרים בב׳ שבילין מטעם ס״ט ברה״ר א״כ אולי אין להקשות מזה על כשרות העדים מדין חזקה. אך התוס׳ בנדה ב. כתבו שמה שמטהרים בב׳ שבילין אינו מדין ס״ט ברה״ר דלא מהני כשידוע שאחד טמא אלא מטהרים מכח חזקה ומוכח שגם בתרתי דסתרי אזלינן בתר חזקה וקשיא לר״ח. וע׳ בחי׳ ר׳ שמעון על כתובות ס׳ כ״ו שכתב דבב׳ שבילין לכ״א היה ספק גם אם לא הלך חברו נמצא דאין שייכות בין ספקו של אחד לספק של חברו לכן דנים כ״א בפנ״ע ומטהרים מכח חזקה. משא״כ הכא שהספק נולד ע״י הכחשה א״כ א״א לדון על אחד בלי חברו דספקם קשור זה לזה בזה סובר ר״ח דלא מהני חזקה בתרתי דסתרי. וע׳ בלשון הריטב״א בשבועות מז: דמבואר דס״ל דמה דפוסל ר״ח אינו אלא מדרבנן וכן נקט הקה״י בשבועות ס׳ ל״א מסברא דנפשיה ע״ש.

תוד״ה וזו. כתבו דלא מהני מגו במקום תו״ת משום דמגו לא עדיף מעוד כת עדים ותרי כמאה ואע״ג דלמאי דקי״ל תו״ת ספיקא דרבנן אזלינן בתר חזקה במקום תו״ת חזקה שאני דהוי הנהגה אבל מגו שהוא בירור לא יכול להכריע במקום תו״ת. ובדעת ר״י שלא תי׳ כן כתב רע״א דס״ל דרק בעדות אמרינן תרי כמאה דהכל דין עדות ולא מחלקים את הכת לתרי ועוד תרי אבל כל בירור אחר יכול להכריע במקום תו״ת דמצד העדות הם שקולים ויבוא המגו ויכריע ביניהם.

ע׳ בזה קו״ש ב״ק אות מ״ט. ומסתפק רע״א בחזקה שאינה הנהגה אלא ראיה כגון אין אדם פורע תוך זמנו אם מהני בתו״ת ותלה ספקו במחלוקת ר״י והתוס׳ אי מהני מגו בתו״ת. ומצאנו נידון זה אי מהני בירורים של סברא במקום תו״ת בכמה מקומות. א. מגו במקום תו״ת מחלוקת התוס׳ ור״י. ב. רע״א מסתפק לגבי חזקה אין אדם פורע תוך זמנו בתו״ת. ג. ע׳ קצה״ח ס׳ פ״ז סק״ח ובש״ש ש״ו פ״כ ד״ה והנה בענין שטרך בידי מאי בעי במקום תו״ת. ד. תוס׳ הקשו בסמוך בד״ה ורב נחמן למה כתב ידם ואנוסים וקטנים הוי תו״ת נכשיר את השטר מכח חזקה לר״ה ותי׳ דפוסלים את העדים מלידה וליכא חזקה. והקשה הרא״ה בכתובות כ. דאכתי איכא חזקה דמלוה מידק דייק ומחתים כשרים כמבואר בכתובות יט. וכתב בזה הש״ש בש״ו פכ״ב דתוס׳ ס״ל שחזקה זו שהיא חזקה של סברא ובירור לא מהני במקום תו״ת והקשו רק מכח חזקה דמעיקרא. דהיינו שנחלקו תוס׳ והרא״ה אם חזקה דמלוה מידק דייק מהני במקום תו״ת. ה. עוד נחלקו הראשונים אי מהני חזקה דאשה דייקא ומנסבא במקום תו״ת. שהגמ׳ בכתובות כב: אומרת שמה ששנים אומרים מת וב׳ אומרים לא מת אם נשאת לא תצא מיירי באומרת ברי לי. ופרש״י דאומרת ברי לי שאם היה חי היה בא. והקשה הר״ן שם דזה לא נחשב ברי אלא מיירי שאומרת שיודעת שמת. ומוסיף הר״ן דמה שרש״י פירש כן הוא משום דקשיא ליה אם אומרת שיודעת שמת הרי היא נאמנת ולמה בעינן דוקא שנשאת לאחד מעדיה. והר״ן חולק דבמקום תו״ת לא סמכינן על נאמנות דידה. הרי שנחלקו רש״י והר״ן אם סומכים על נאמנות של אשה שאמרה מת בעלי שהוא מכח חזקה דדייקא ומינסבא במקום תו״ת. וע״ע בתוס׳ כתובות כב: וכן לקמן לב. ד״ה אנן שכתבו שמהני חזקה דדייקא ומנסבא במקום תו״ת והאחרונים הקשו משם על ספיקו של רע״א ע׳ ביאורי הגרשז״א זצ״ל על הש״ש ש״ו פכ״ב בשם הנחל יצחק. ובשערי יושר ש״א פי״ח כתב דאין ראיה מהתוס׳ שלא כתבו שחזקה זו מכריע במקום תו״ת אלא רק עושה ריעותא בחזקה ונשאר ספק. ו. ע׳ לקמן לב. שנחלקו הרא״ש ור׳ יונה אם אזלינן בתר קול במקום תו״ת או לא דהקשו בכהן שיצא קול שהוא ב״ג ואח״כ יש תו״ת ומבואר בגמ׳ דמכשירים ואמאי לא פוסלים מכח הקול כמו שפסלו מתחילה ע״י הקול אף שהיה בחזקת כשר. ותי׳ ר׳ יונה דלא מהני קול במקום תו״ת דתרי כמאה והשיטה בשם הרא״ש תירץ דאחרי שיש תו״ת לא חוששים לקול מפני שתולים את הקול בעדים הפוסלים. אבל לולא זה היה הקול מכריע במקום תו״ת. [בדעת ר׳ יונה יש לחלק בין קול לשאר בירורים דהקול עצמו הוא כעין עדות ובזה בודאי מסתבר שלא עדיף מעדים ממש דאמרינן תרי כמאה]. ז. בתוס׳ לקמן לב. סוד״ה אנן מבואר דהיכא דאיכא חזקה דאין אשה מעיזה פניה בפני בעלה מהני גם במקום תו״ת אף שזה חזקה של סברא. וע״ע קו״ש כתובות אות ס״א. ח. סימנים במקום תו״ת עיין חו״מ סי׳ רס״ז סע׳ ח׳ ובנתיבות סק״ב.

ואולי יש לתלות ענין זה במה שנחלקו הראשונים במקור הדין של תרי כמאה אם נלמד מקרא או שזה סברא. דאיתא במכות ה: ע״פ שנים עדים או שלשה עדים להקיש מה שלשה מזימים את השנים אף השנים יזומו את השלשה. וכתב שם הריטב״א וז״ל והא דאמרינן בעלמא תרי כמאה מהכא הוא דנפקא לן עכ״ל. והמאירי שם כתב דהא דאיצטריך קרא דשנים מזימים את השלשה הוא משום דס״ד דעד זומם חידוש הוא. מבואר דרק בע״ז בעינן קרא אבל בעלמא ידעינן מסברא דתרי כמאה ומאה כתרי. ואם זה סברא ע״כ הסברא דאין בירור יותר מב׳ עדים ולכן תרי ומאה שקולים א״כ מסתבר שגם שאר בירורים לא יכולים להכריע נגד שני עדים. אבל אם זה גזה״כ יתכן שנאמר רק שלא לחלק כת של מאה לב׳ חלקים דנחשב כת נגד כת אבל בבירור אחר נאמר אוקי עדים נגד עדים ויבא הבירור האחר ויכריע.

הרמב״ן כתב על קושית התוס׳ שנאמין לבתראי במגו דפסלו לקמאי בגזלנות שאין

אומרים מגו בעדים להאמינם יותר ממה שהאמינה תורה משום מגו. וע' קה"י כתובות ס' י"ט שמבאר דברי הרמב"ן בכתובות שם שגם תירץ כן דס"ל דמגו מהני רק בתורת טענה ורק בבעל דבר שיש בו דין טענה ולא בעדים. ומביא שיסוד זה כתב הרמב"ן גם בקידושין ס"ד. ע"ש. והקשה ממתני' דכת"י ואנוסים היינו דנאמנים כשאין כת"י יוצא ממקו"א. ותי' דפה שאסר שאני דאינו מתורת מגו ומהני גם בעדים. ומביא שמצא שהריטב"א כתב כן ע"ש. אמנם הרמב"ן כאן הקשה בעצמו מכת"י ואנוסים וכתב דבמקום שהעד הוא כשר ויש לו נאמנות של עד אלא שהוא מוכחש לא יועיל המגו להוסיף על נאמנותו של העד אבל במקום שיש חשש נגיעה או חוזר ומגיד מהני המגו או הפה שאסר לתת לעד נאמנות. ודברי הרמב"ן בזה נשנו גם בכתובות כה: ושם כתב דבמקום דאיכא פסול קרוב לא מהני מגו להכשיר את העד. ומבאר הקו"ש דכיון דפסול קרוב אינו חשש משקר אלא גזה"כ לא מהני מגו להכשירו. אך אכתי צ"ב אמנם מגו לא מהני לבטל פסול קרוב ולהכשיר בתורת עדות מ"מ למה לא יועיל המגו מתורת מגו. ולזה צריך להוסיף את דברי הקה"י דמגו מהני רק בבע"ד ולא בעד אא"כ יכולים ע"י המגו לסלק חשש משקר של העד ולהאמין לו בתורת עד אבל מדין מגו לא מהני. אך כ"ז רק בדבר הצריך ב' עדים אבל עדות דסגי בע"א מבואר ברמב"ן שם בכתובות כה: דמהני גם מגו של עד שיש בו פסול. דבאופן דסגי בע"א לא בעינן תורת עדות ומהני מגו מדין מגו ובזה סגי במגו דעד אף שאינו בע"ד אבל במקום דבעינן ב' עדים מהני רק מגו של בע"ד או מגו שמסלק חשש משקר של העד וחוזר להיות נאמן מדין עדות.

תוד"ה ורב נחמן. הקשו בב' עדים שפוסלים שטר נעמיד את עדי השטר על חזקה ונוציא ממון. ותי' שפוסלים אותם מלידה ולית להו חזקה. והקשה הרש"ש דאכתי איכא חזקה דהשתא שעכשיו הם כשרים. וע' מש"כ בזה הש"ש בש"ג פי"ז. מה שכתבו שעכשיו נתרחקו ע' בשעה"מ ס' מ"ו סקט"ו שמבאר דאם מעיד שעכשיו הם פסולים אינם יכולים להכחיש ואינו מובן. ע' בזה בקו"ש ובמה שכתבנו בכתובות יט: ומבואר מלשון התוס' בתירוצם דהיה קשה להם גם מאנוסים היו ואינו מובן דבאנוסים היו לכאורה הם מכחישים את גוף העדות שאומרים שלא היה הלואה והעדים חתמו מחמת אונס ובזה לא שייך להעמיד על חזקה. ומוכח דס"ל שגם באנוסים אינם מכחישים את גוף העדות דיתכן שהיה הלואה ויתכן שהעדים ראו את ההלואה אלא שלא חתמו מרצונם אלא מחמת אונס וזה פסול בחתימתן. ובזה נבין דברי הגאון בס' ל"ד ס"ק מ"ה דאיתא התם בסוף סע' י"ח דכל מה שאדם מעיד מחמת יסורין ויראה אין בו ממש. ופשוט דכוונת הרמ"א שלא ידוע שאנסוהו להעיד שקר דבזה פשיטא שאין בו ממש. אלא אפילו שלא ידוע שהעדות שקר כל שידוע שהעיד מחמת אונס זה פסול בעדות וציין הגאון המקור לדברי הרמ"א כתובות יח: אנוסים היינו. וכונתו כנ"ל דאין כוונת המשנה שאומרים שאנוסים היינו שהעדנו עדות שקר מחמת אונס אלא אפילו אומרים שהיה אמת מ"מ עדותן פסולה כיון שלא העידו מרצונם ודמי לקטנים ופסולי עדות שאף שאומרים שהעידו אמת השטר פסול.

המהר"ם שי"ף בכתובות הקשה על תירוץ התוס' דאכתי איכא חזקה דמלוה מידק דייק ומחתים כשרים. והובא לעיל שהש"ש ש"ו פכ"ב מביא שהרא"ה הקשה כן. ותי' הש"ש דחזקה זו הוי חזקה של סברא ולא מהני במקום תו"ת. וכבר נתבאר לעיל דמחלוקת התוס' והרא"ה בזה הוא בספקו של רע"א בחזקה א"א פורע תוך זמנו אם מהני במקום תו"ת.

תוד"ה ורבא. הקשו למה ע"ז חידוש הא לר"ח גם בהכחשה שניהם נפסלים. בב"ק עב: תירצו דלענין פסול ודאי הוי חידוש. ומבואר בדבריהם דרק הפסול הודאי הוא מכאן ולהבא אבל מספק אינו חידוש לר"ח ונפסל למפרע.

אבל בשיטמ״ק כאן בשם הר״ן כתב דכיון שיש בהזמה צד חידוש נידון כולו כחידוש וגם פסול המוזם מספק שאינו חידוש הוא מכאן ולהבא ע״ש.

אנן אחתיניה אנן מסקינן ליה. מבואר כאן דאע״ג דבספק ממון מהני תפיסה ברשות היינו דוקא כשקיבל הממון מיד בעליו אבל מה שב״ד הורידוהו לממון אף שהיה כדין וע״פ ב״ד לא מהני תפיסתו ומוציאין מידו כשמתברר שיש ספק. וראיה זו מביא הרא״ש בכתובות דף כ. בשם הרמ״ה וחולק על ר׳ יונה שהובא שם בראש דס״ל דהתפסת ב״ד הוי כהתפסת הלוה ונחשב כתפיסה ברשות. ובדעת ר׳ יונה צ״ל דהכא לא מהני התפיסה משום דהוי קרקע ורק במטלטלין מהני תפיסה ואף שהרמ״ה שם מוכיח מב״ק קי״ב דגם במטלטלין לא מהני התפסת ב״ד הרא״ש שם דחה ראיתו.

שיטת התוס׳ בד״ה אנן והרשב״ם דהא דמוציאים מהראשון הוא בין באופן שהיה השני מוחזק והיה הדין הממע״ה בין כשלא היה מוחזק לא זה ולא זה והיה הדין כל דאלים גבר. הרמב״ן חולק וס״ל דבאופן שהדין כדא״ג לא מוציאים מהתופס. לשון הרמב״ן הוא כיון דדינא כדא״ג לא מזדקקינן להו ולא נפקא מחזקתיה דהאי כיון שירד בה ברשות. ואע״ג דנתבאר לעיל דתפיסת ב״ד לא הוי כתפיסה ברשות היינו במקום שיש מוחזק ולא מהני תפיסה גם תפיסת ב״ד לא מהני אבל במקום שהדין כדא״ג ותפיסת הבע״ד מהני א״כ התפסת ב״ד לא גרע מתפיסת הבע״ד. וכ״כ הרמ״ה באות מ״ב דהתפסת ב״ד לא גרע מאשר אם תפס מעצמו. ועוד דשיטת התוס׳ בב״מ ו. דבכדא״ג מהני תפיסה חזרה והיינו משום דכדא״ג כיון שספק לב״ד לא מזדקקים לדין זה וכיון שיסוד דין דכא״ג הוא שב״ד מסתלקים א״כ איך יוציאו ממי שהממון בידו כדי לעשות כדא״ג. ובדעת התוס׳ ראיתי בחי׳ ר׳ מאיר שמחה זצ״ל לקמן לד: שכתב דתוס׳ אזלו בשיטת הרא״ש דכתב לקמן ס׳ כ״ב דטעמא דכדא״ג הוא דסמכו חכמים שיש בזה קצת בירור דמי שהדין עמו ימסור נפשו להעמיד שלו בידו. ומה״ט הרא״ש חולק על תוס׳ הנ״ל בב״מ וס״ל דהראשון שתפס זכה ולא מהני תפיסת השני חזרה. וסברא זו קיימת רק כשתפס בעצמו ולא כשהתפיסוהו ב״ד בטעות.

תודי״ה אבל. כתבו דמשמע בכל הסוגיא דאיכא זילותא אפילו לא נעשה מעשה. וכוונתם דכשפסלו כהן מחמת חשש בן גרושה לא עשו שום מעשה ואעפ״כ אי חיישינן לזילותא דב״ד לא מחזירים אותו לכשרותו. ועיין ברמב״ן שכתב דרק בעשו מעשה חיישינן לזילותא דב״ד והקשה מכהונה ותי׳ התם משום דיהבי ליה תרומה ומעלין אותו לכהונה ואיתעביד בה מעשה דנושא את כפיו ויהבי ליה כ״ד מתנות כהונה ע״ש. ואינו מובן דמה דחיישינן לזילותא דב״ד הוא כשהורידו דלא חוזרים ומכשירים ובזה אינו אלא שב ואל תעשה ודברי הרמב״ן שייכים אילו היינו דנים לפוסלו אחר שהכשרנוהו אך בזה פשיטא שלא נכשיר כהן פסול מחמת זילותא דב״ד וכל הנידון דסוגיין הוא רק שאחר שפסלנו לא נכשיר ובזה ליכא מעשה. וצריך לדחוק בלשון הרמב״ן דכוונתו שלקחו ממנו מתנות כהונה ולא מניחים אותו לישא כפיו דזה ג״כ נחשב מעשה וצ״ע.

ערער חד א״ב. צריך להבין לה״א דפליגי בע״א פוסל וע״א מכשיר במאי פליגי וממ״נ אי איכא חזקה דידוע שאביו כהן למה לא נכשיר מכח החזקה כשיש הכחשה של ע״א. ואם אין חזקה מה סברת המכשיר. ובשיטמ״ק כתב בשם הריצב״א דמיירי בדליכא חזקה אעפ״כ יש מ״ד שמכשיר מפני שהעד המכשיר נאמן כשנים והפוסל ס״ל דכיון שיש ע״א בהכחשה ואין חזקה א״א להכשירו. והשיטמ״ק בכתובות כו. כתב בשם השיטה ישנה דמיירי בדאיכא חזקה דאל״כ לכו״ע פסול והיה קול הפוסל ואח״כ הכחשה של ע״א. רשב״ג סבר כיון דאיכא חזקת כשרות מעלין לכהונה ולא חיישינן לקול הפוסל. ור״א

ס״ל דכמו שבתחילה הורידו מחמת הקול אף דאיכא חזקת כשרות כך כשיש אח״כ הכחשה של ע״א נגד ע״א פוסלים נגד החזקה בגלל הקול.

בביאור המחלוקת לה״א לפי הריצב״א אולי י״ל דבמסקנת הגמ׳ כו״ע ס״ל אין ערער פחות משנים ומה שאין ע״א נאמן לפסול כהן מכהונתו אף דהוי איסורין כתב הש״ש בש״ו פט״ו דכל פסולי קהל שפסולים מלידתם כגון ממזר או בן גרושה בעינן שני עדים. ובפט״ז מביא הש״ש שהרמב״ם בפ״כ מאיס״ב ס״ל שאין ע״א נאמן להעיד על כהן אלא לענין תרומה דרבנן. והקשה הר״ן בכתובות אמאי אינו נאמן בתרומה דאורייתא הא קי״ל ע״א נאמן באיסורין. והש״ש האריך שם לישב דברי הרמב״ם [ע׳ בגאון אבה״ע ס׳ ג׳ סק״א שכתב שהרמב״ם פסק דמעלין מתרומה דאורייתא ליוחסין לכן ס״ל דע״א אינו נאמן לתרומה דאורייתא] וכתב הקה״י שנדפס בגליון הש״ש דכמו שכתב הש״ש בפט״ו דפסול תולדה הוא בשנים סובר הרמב״ם שגם כשרות של כהן הוא דין שבא בתולדה ובעי ב׳ עדים. דהיינו שלדבריו נחלקו הר״ן והרמב״ם אם הכלל שכתב הש״ש בפט״ו נאמר רק לענין לפסול או גם לענין להכשיר. א״כ י״ל דבזה פליגי רשב״ג ור״א לדעת הריצב״א בה״א של הגמ׳. דאע״ג דבה״א כו״ע סברי שאחד נאמן לפסול ופליגי רק אם מכשירים ע״י העד המכחיש היינו רק דחוששים לע״א הפוסל כמו שלמסקנה מורידים ע״י קול אבל לא שיש לו נאמנות מעיקר הדין. שגם בה״א ידעו שפסול בתולדה בעי ב׳ עדים. וא״כ אי אמרינן דכלל זה נאמר רק לענין לפסול א״כ שפיר קאמר שהעד המכשיר נאמן כשנים כיון שהכשר הכהן דינו כאיסורין משא״כ עד הפוסל אינו נאמן מעיקר הדין לכן מכשירים אע״ג דלית ליה חזקה. והחולק ס״ל שכמו שהעד הפוסל אינו נאמן כיון דהוי פסול תולדה כך גם העד המכשיר אינו נאמן דהוי הכשר בתולדה א״כ אין המכשיר נאמן כשנים וכיון דאיכא הכחשה וליכא חזקה א״א להכשיר.

דף לב.

ונפק קלא דב״ג וב״ח. כתב הרשב״ם דכל זה יתור לשון בלא צורך דעיקר תי׳ הגמ׳ היא שע״א הכשיר וב׳ פסלו ואח״כ בא עוד ע״א להכשיר אלא נקטו שהיה קול הפוסל דאל״כ למאי אתא ע״א להכשירו. ובפשטות כונת הרשב״ם דהזכירו קול רק שבלי קול הפוסל. לשם מה בא העד המכשיר הרי גם בלי עדותו היה הכהן בחזקת כשר אבל ה״ה אם בא מעצמו בלי סיבה יהיה אותו הדין גם בלי קול. אך ברשב״א יש תוספת דברים בזה [ומשמע שלמד כן בדעת הרשב״ם]. דכתב שאם בא עד המכשיר להעיד בלי שיצא קול הפוסל לאו כלום הוא דעד אחד לאחזוקי במאי דהוה מוחזק לן לא מעלה ולא מוריד ולא משגחינן ביה כלל. מבואר ברשב״א דאין הקול רק היכא תמצא שיבא העד אלא שבלי זה אין עדותו עדות דעד שמעיד עדות בזמן שאין נ״מ לב״ד מעדותו אין עדותו עדות ואפילו אם אח״כ יהיה נ״מ מזה לא יוכלו לדון ע״פ עדותו אא״כ יחזור ויעיד. וטעמא או משום דכיון דאין עכשיו נ״מ לב״ד אין להם דין ב״ד ע״ז והב״ד כנטול [ע׳ לשון הנתיבות ס׳ מ״ו סקי״ב], א״נ כיון שבשעת הגדה אין נ״מ מעדותו לא רמי אנפשיה ולא סומכים על עדותו כעין מה שאמרו כל מילתא דלא רמיא עליה דאיניש לאו אדעתיה.

ובהאי ענינא ראיתי דבר תמוה בבעה״מ בר״ה דף כה. דתנן התם מעשה שבאו שנים ואמרו ראינוהו שחרית במזרח [שראו את הלבנה הישנה בשחרית] ובערבית ראו את החדשה במערב אמר ריב״נ עידי שקר הם ור״ג קיבלם. וכתב בעה״מ לבאר טעמו של ר״ג דאף שלא יתכן לראות בשחרית את הישנה ובערב את החדשה תולים שמה שאמרו שראו את הישנה בשחרית לא דקדקו בעדותן כיון שאין שום נ״מ לב״ד מראית הישנה וכל מילתא דלא רמיא עליה דאיניש לאו אדעתיה. ומוסיף בעה״מ ראיה לכלל הזה. וז״ל וכההיא דאמר ר״נ בפרק חזקת הבתים נהי דאתכחוש באכילתא באבהתא מי אתכחוש

עכ״ל. ומשמע שלמד פשט בר״נ דמה שאינו נפסל ע״י שהוכחשו באכילה הוא משום דכיון שהעידו על אבהתא אין נ״מ מאכילה והוי מילתא דלא רמיא עליה דאיניש וזה תמוה דמפורש בגמ׳ שהטעם הוא משום דר״נ כר״ה. והמקום היחיד שאפשר למצוא מקור לסברת בעה״מ בסוגיא זו הוא מדברי הרשב״א שכתב שמה שהזכירו קול הוא משום דבלי קול אין עדות הע״א עדות כיון שבשעה שהעיד לא היה נ״מ מעדותו. אבל בלשון בעה״מ מבואר שמביא ראיתו מדברי ר״נ ולא מסוף הסוגיא וצע״ג.

ודכוי״ע מצטרפין לעדות. מבואר דהיכא דאיכא קול הפוסל ואח״כ איכא תו״ת מכשירים מכח החזקה ולא חיישינן לקול. והקשו הראשונים כמו שבתחילה שהיה בחזקת כשרות חששו לקול והורידוהו כך בסוף כשיש תרי ותרי איך מכשירים מכח חזקה הא איכא קול הפוסל. וכתב בזה השיטמ״ק בשם תה״ר דאחר דאיכא תו״ת לא חיישינן לקול דתולים שהקול יצא ע״י התרי שפוסלים. ומבואר דס״ל שלולא זה היה הקול מכריע לפסול במקום תו״ת. ור׳ יונה מתרץ דקול לא עדיף מב׳ עדים ולכן לא יכול להכריע במקום תו״ת דתרי כמאה ודמי למש״כ התוס׳ לעיל דמגו אינו מכריע במקום תו״ת דתרי כמאה. וכתבנו לעיל שהמחלוקת אם קול מכריע במקום תו״ת תלוי לכאו׳ בספק של רע״א בא״א פורע תוך זמנו במקום תו״ת. אך העירוני דקול שאני דקול בא מחמת עדים ולא יתכן שקול יהיה עדיף מעוד ב׳ עדים ממש. דהיינו שאפילו אם שאר בירורים יכולים להכריע במקום תו״ת יתכן שקול לא יכריע דהוי ממש כדין תרי כמאה. וכדברי ר׳ יונה מפורש ברמב״ם בפ״כ מאיס״ב הט״ז שפסק כמסקנת הגמ׳ דהיה קול הפוסל וע״א מכשיר וב׳ עדים פוסלים וע״א מכשיר ומצרפים העד הראשון לשני ומכשירים ומוסיף הרמב״ם וז״ל הרי שנים מעידים שהוא כשר ושנים מעידים שהוא פסול ידחו אלו ואלו וידחה הקול שהשנים כמאה וישאר כהן בחזקת אביו עכ״ל. הרי שהיה קשה לרמב״ם מה שהקשו הראשונים שהקול יכריע ותי׳ דהוי תרי כמאה כדברי ר׳ יונה.

ואנן מסקינן ליה. רש״י בכתובות כו: מפרש שמכשירין מפני שאוקי תרי לבהדי תרי ואוקמינן אחזקיה קמייתא דאסקיניה ע״פ עד הראשון. ודברי רש״י קשים בתרתי. א. אמאי לא פירש כשאר הראשונים שיש חזקת אבהתא. ב. הר״ן הקשה בכתובות בשם הרמב״ן דחזקה זו דאסקיניה ע״פ עד הראשון אינו יכול להכריע כיון שהוחזק ע״פ העד והעד הוכחש. ומסיים הר״ן בסוף דבריו ואפשר לומר שרש״י ז״ל סובר דחזקת אבוה מהניא ליה לאצטרופי גבי סהדי. וע׳ בשיטמ״ק בכתובות בשם השיטה ישנה דעיקר החזקה שבגללו מכשירים הוא החזקת אבהתא אלא דבעינן נמי שלמעשה כשבאו העדים הפוסלים יהיה במצב של הנהגת כהונה וכיון שהורידוהו מחמת הקול לא היה מוחזק בפועל במצב של כהונה כשבאו העדים הפוסלים לכן הוצרך רש״י לומר דהוחזק כהן ע״פ הע״א שהכשיר. דהיינו שמה שקלקל הקול תיקן הע״א ולמעשה כשבאו העדים הפוסלים היה במצב שנהגו בו מנהג כהונה ובזה שפיר הדר לחזקתו הראשונה שהיה בחזקת אבהתא שהוא עיקר החזקה המכשירתו. ולפ״ז גם רש״י מודה דאיכא חזקת אבהתא וגם רש״י מודה דמה שהוחזק ע״פ הע״א לא מהני לבדו אלא בצירוף חזקת אבהתא. וכן נראה מדברי הרשב״ם בד״ה דרבי אלעזר שכתב דאית ליה חזקת כשרות משום דהוה מוחזק לן באבוה דכהן הוא וגם הכשרנוהו תחילה ע״פ ע״א. הרי שגם הרשב״ם מצרף חזקת אבהתא למה שהוחזק ע״פ הע״א.

הש״ש בש״ו פט״ז כתב לבאר דברי רש״י באופן אחר דקשיא ליה דא״א להכשירו מכח חזקת אבהתא כיון דעובר במעי זרה זר הוא א״כ אדרבה הוא בחזקת זר דעד הלידה דינו כזר. לכן כתב רש״י דיש לו חזקת כהונה מכח הע״א שהכשירו. ובפי״ח כתב דהיה קשה לרש״י קושית התוס׳ דתרי ותרי ספיקא דרבנן א״כ מדרבנן

מחמירים דלא סמכינן על החזקה ולא ס״ל לרש״י משכ״כ התוס׳ דבתרומה דרבנן הקילו. לכן כתב רש״י דאיכא תרי חזקות, חזקת אבהתא ומה שהוחזק ע״פ הע״א. ובעירובין לו. מבואר דבמקום שיש ב׳ חזקות סמכינן עלייהו גם בתרי ותרי. אך כ״ז מיישב רק למה לא סגי בחזקת אבהתא לחוד אבל אכתי קשה קושית הרמב״ן דמה שהוחזק ע״פ הע״א אינו חזקה כלל ולזה צריך לומר כר״ן והשיטה ישנה כנ״ל. ועוד יש לעיין בדברי הש״ש אמאי נחשב ב׳ חזקות דחזקת אבהתא גורם שיש לבן חזקת כהונה ומה שהוחזק ע״פ הע״א ג״כ גורם שיש לו חזקת כהונה ואין זה ב׳ חזקות אלא ב׳ סיבות לחזקה אחת, ולא דמי להא דעירובין בנגע באחד בלילה ואינו יודע אם חי אם מת דאיכא חזקת חי של המת וחזקת טהור של הנוגע. ויבואר בס״ד בסמוך.

בגדר חזקת אבהתא. הקשו האחרונים איזה חזקה יש לבן הרי חיישינן שנולד בפסול ומה שאביו כהן אין זה מחייב שבנו כהן דאם אשתו כשרה לכהונה בנו כהן ואם היא פסולה אין בנו כהן א״כ איזה חזקה יש להכשיר בנו. וב׳ דרכים נאמרו בזה. א. הקו״ש כתב דמה״ט כתב רש״י שהחזקה הוא מכח הע״א דלית ליה כלל חזקת אבהתא. ובדעת התוס׳ ושאר הראשונים כתב הקו״ש דס״ל דדין האב שיהא בנו כהן אם לא שנגרם פסול ע״י האם. דהיינו שלא בעינן כשרות של האם כדי לתת לבן דין כהן אלא שאם האם פסולה היא גורמת פסול בזרע הכהן וכל שיש ספק אם נגרם פסול בזרע האב מוקמינן על החזקה שכמו שאביו כהן גם בנו כהן. ב. החזו״א באבה״ע ס׳ ב׳ סקכ״ה כתב דפסול הבן אינו שינוי באב אלא עקרו של חזקת אבהתא חזקת כשרות הוא דלא חיישינן דעבד האב איסורא ונשא גרושה. וכדברי החזו״א מבואר בריטב״א כאן ובכתובות כו: ובקידושין סו. ולכאורה יהיה ראיה מזה שגם חזקה של סברא מהני במקום תו״ת ויהיה ראיה לספק של רע״א שהובא לעיל [ע׳ אפיקי ים ח״א ס׳ י״ג אות ח׳ דנקט דחזקת כשרות לא מהני בתו״ת ובריטב״א ובחזו״א מבואר דלא ס״ל כן] ונראה שלכן מוסיף החזו״א בתוך דבריו בזה״ל וע״י חזקת כשרות מקרי כעין חזקת הגוף ואמרינן דלא אירע דבר זה עכ״ל דהיינו דאינו רק חזקה של סברא שלא מסתבר שיעשה איסור אלא חשיב כשינוי הגוף דלא נשתנה להיות רשע והוי חזקת הנהגה דמהני במקום תו״ת.

הנ״מ בין סברת הקו״ש לסברת החזו״א הוא בנידון דהש״ש ש״ב פי״ט באשת איש שזינתה וספק אם הבועל ישראל ואז הולד ממזר או שהבועל עכו״ם ואז הולד ישראל כשר ולא ממזר. ודן הש״ש להכשירו מדין חזקת אבהתא דכמו שסתם בנו של כהן הוא כהן אא״כ נגרם פסול ומספק הוא בחזקת כהן, כך בנה של ישראלית בסתם אינו ממזר אא״כ יש דבר שגרם לפוסלו ובספק הוא בחזקת כשר. וזה יתכן רק לדברי הקו״ש אבל החזו״א דס״ל דאין זה שינוי כשהאב כשר והבן פסול ואין זה אלא חזקת כשרות הכא לא שייך חזקת כשרות דבין אם נבעלה לישראל בין לעכו״ם הרי עברה איסור. והחזו״א מביא דברי הש״ש וחולק עליו ע״ש.

הובא לעיל דברי הש״ש ש״ו פי״ח שכתב בדעת רש״י דהוצרך לומר דהוחזק ע״פ הע״א כדי שיהיו ב׳ חזקות וכשיש ב׳ חזקות להקל סמכינן ע״ז במקום תו״ת ע״ש. וכתבנו דאינו מובן דאין זה ב׳ חזקות דשניהם חזקת כהונה ואין זה אלא ב׳ סיבות לחזקה אחת. אך כ״ז לפי הבנת הקו״ש דחזקת אבהתא הוא חזקת כהונה דהבן הוא המשך של האב ואית ליה חזקת כהונה דאביו, אבל לשיטת החזו״א דחזקת אבהתא הוא חזקת כשרות שפיר הוי ב׳ חזקות. א. החזקת כהונה שהוחזק כהן ע״י הע״א. ב. חזקת אבהתא שהוא חזקת כשרות של האב. אמנם למה שנתבאר דשיטת הש״ש בזה כשיטת הקו״ש א״כ הש״ש לשטתו צ״ע אמאי חשיב לה תרי חזקות ולכאורה אין זה אלא חזקה אחת.

נמצא ד׳ דרכים בדעת רש״י בהא דלא סגי בחזקת אבהתא. א. לר״ן ולשיטה ישנה כיון שירד

מחזקתו ע״י הקול בעינן ע״א שיחזירנו לחזקתו הראשונה ועיקר החזקה גם לרש״י הוא חזקת אבהתא. ב. לדעת הקו״ש רש״י לית ליה חזקת אבהתא כלל. ג. לש״ש בש״ו פט״ז לא מהני חזקת אבהתא כיון שעובר במעי זרה זר. ד. לש״ש בפי״ח בעינן תרי חזקות משום דתו״ת ספיקא דרבנן לכן הוצרך רש״י לומר שחוץ מחזקת אבהתא איכא עוד חזקה שהוחזק ע״פ העד. ולדברי הקו״ש וב׳ דרכיו של הש״ש מבואר דרש״י סומך על החזקה שנוצר ע״י הע״א ותימה הא חזקה זו הוא ע״י העד וכיון שהוכחש העד איך אפשר לסמוך על החזקה וכמו שהקשה הר״ן בשם הרמב״ן. וראיתי בזה דבר נאה במרחשת ס׳ ח׳ אות ב׳ דאף דבעלמא כה״ג לא הוי חזקה, בן גרושה שאני דמבואר בקידושין סו: דכל זמן שלא נודע פסולו עבודתו כשירה א״כ בזמן שהוכשר ע״פ הע״א אפילו אם כלפי שמיא גליא שהיה פסול מ״מ היה דינו ככהן כשר ועבודתו כשירה. ושפיר מקבל מכח מצב זה דין חזקת כהונה ע״ש.

תוד״ה נפק. וליכא למימר דליכא זילותא אלא כשהורידוהו ב׳ פעמים וכו׳ ע׳ רש״י בכתובות שכתב שרק בב׳ פעמים איכא זילותא דב״ד.

תוד״ה אנן מסיקנן ליה. הביאו דברי רש״י בקידושין שהקשה אמאי לא הכשירו את ינאי במקום תו״ת מכח חזקת אמו. ותי׳ דכיון שלא דנים על האם א״א להכשיר הבן מכח חזקת האם. ותוס׳ הקשו על רש״י בתרתי. א. ס״ל שגם אם לא דנים בפועל על האם אפשר להכשיר הבן ע״י חזקת האם דחזקת כשרות של האם הוא סיבה להכשיר הבן. אבל רש״י ס״ל דכיון שחזקה אינו בירור המציאות אלא רק דין הנהגה אין לדון על פיו אא״כ נוגע להנהגת האם ואז בתולדה אפשר להכשיר את ינאי אבל כ״ז שלא דנים על האם אין החזקה אומרת שהאם לא נשבית. ע׳ בשערי יושר ש״ב פ״ב שמבאר שיטת רש״י בזה. וכתב דתוס׳ פליגי מכח הא דמבואר בכמה מקומות דחזקת המקוה מהני לטהר את הטובל אע״ג דאינו נוגע למקוה שעכשיו הוא בודאי חסר. ב. עוד הקשו אמאי לא הכשירו את ינאי מכח חזקת אבהתא כמו שמכשירין בסוגיין. [והכא א״ל שהכשירו בגלל חזקת האם שאין כאן אשה מסוימת שיש ספק אם נתגרשה או לא אלא ספק מי היתה אמו ובזה אין חזקה דהרבה נשים גרושות איכא]. ונראה שכונתם בשאלה זו דאת״ל שלגבי חזקת האם האמת כרש״י דאם לא דנים על האם אין להכשיר הבן מכח חזקת האם זה רק לגבי חזקת האם דלבן אין שום חזקה דאין הבן כהן בגלל אמו אלא בגלל שאביו כהן. וחזקת האם מהני רק מפני שזה מכריע את דין האם שלא נפסלה לכהונה וממילא הבן כשר, בזה ס״ל לרש״י שאם לא דנים על האם אין להכשיר הבן מכח חזקת האם, אבל חזקת אבהתא לדעת הש״ש והקו״ש הוא חזקה שאומרת באופן ישיר על כשרות הבן דפסלות הבן הוא שינוי בסדר הטבעי של הדורות וכיון שזה חזקה של הבן שלא נשתנה אין נ״מ בזה האם דנים על האב או לא. אמנם הקו״ש בעצמו מסתפק באות קל״ב שאולי גם לגבי חזקת אבהתא יסבור רש״י שאם לא דנים על האב לא יועיל חזקה זו לבן. אך לכאורה פשוט שבזה יועיל החזקה גם אם לא דנים על האב דאין זה חזקה של האב אלא של הבן ולא דמי כלל לחזקת האם מהני לבת דלבת ליכא חזקה כלל ומכשירין אותה ע״י חזקת האם. ואם יש מקום לדון שלא יועיל חזקת אבהתא לבן כשלא דנים על האב זה רק לשיטת הריטב״א והחזו״א דחזקת אבהתא הוי מדין חזקת כשרות ונתבאר דאינו חזקה של סברא אלא שנחשב שינוי במצב של האב דעשה מעשה רשעות בזה יש לדון דלא מהני חזקת האב לבן אא״כ דנים על האב דאין זה חזקתו של הבן אלא של האב. אבל להבנת הש״ש והקו״ש פשוט דמהני גם כשלא דנים על האב וזה מה שהקשו התוס׳ על רש״י. אך למש״כ הקו״ש דרש״י לית ליה חזקת אבהתא כלל ניחא.

אמנם נראה שקושית התוס׳ דנכשיר את

ינאי מכח חזקת אבהתא תלוי במה שנחלקו הראשונים בקידושין פ. לגבי תינוק הנמצא בצד העיסה דמבואר שיש רוב לטמא את העיסה וחזקה לטהרו ורבנן סברי דמטמאין בגלל שרובא וחזקה רובא עדיף. ופרש״י שהתינוק בודאי נגע בעיסה והספק הוא אם התינוק הוא טמא או לא וע״ז אמרינן דיש רוב שהתינוק טמא דרוב תינוקות מטפחין באשפה ומצוי שם שרצים. והקשה הריטב״א [וכן הרמב״ן בחולין פו.] דאם התינוק בודאי נגע בעיסה אין חזקת טהרה של העיסה מועילה לטהר דכיון שיש ודאי נגיעה בתינוק שהוא ספק טמא הרי דין העיסה הוא כדין הדבר שנגע בו ואין חזקת העיסה מסייעת לטהר כיון שידוע שנגע העיסה בתינוק ודינו כדין התינוק. לכן מפרש הריטב״א שהתינוק הוא ודאי טמא והספק הוא אם נגע בעיסה או לא. וע״ז יש רוב שרוב תינוקות מטפחין ומסתמא נגע בעיסה. ובזה שפיר איכא חזקת טהרה לעיסה כיון דהוי ספק אם נגע או לא. נמצא דנחלקו רש״י והריטב״א בדבר שבודאי נגע בספק טומאה אם אפשר לטהרו מכח חזקת טהרה או לא. ובנידון דידן לדעת הריטב״א אין מקום להכשיר מכח חזקת אבהתא כיון שבודאי נשא אשה שהיא ספק שבויה וכיון שא״א להכריע דין האשה כיון שאינה בפנינו הוי כנגיעה ודאית בספק טומאה דאין לנוגע חזקת טהרה וקושית תוס׳ היא רק על רש״י לשטתו דס״ל שגם בכה״ג אית ליה לנוגע חזקה והכא נמי יש לאב חזקה אף שבודאי נשא ספק שבויה.

והא דאמר לעיל ב׳ אומרים מת וכו׳. בלשון התוס׳ מבואר שהקשו מדברי ר׳ מנחם בר״י דמחלק בין באו עדים ואח״כ נשאת לנשאת ואח״כ באו עדים והקשה המהרש״א דהיו יכולים להקשות מדברי ת״ק אמאי לא תצא הא אית לה חזקת אש״א והוי ודאי איסור ולא מהני ברי לי. ע׳ מש״כ בזה התומים בריש ס׳ ל׳ שהובא בגליון מהרש״א. ובעיקר קושיתם ידוע מש״כ הרשב״א בקידושין סו. והאריך בזה הפנ״י בכתובות כב: דגם במקום שיש חזקת איסור מהני ברי לי דחזקה הוא דין הנהגה במקום ספק אבל למי שאין ספק לא נאמר דין חזקה. וגם המהרש״א ביבמות פח: כתב כן מסברא דנפשיה.

הקונה״ס בכלל ב׳ אות ד׳ כתב לבאר ע״פ דברי הרשב״א טעם חדש להא דכתבו הראשונים דאף דקי״ל תקפו כהן מוציאין מידו היינו דוקא בתופס בטענת שמא אבל כשתופס בטענת ברי מהני תפיסה. ומבאר הקונה״ס דמה דלא מהני תפיסה הוא משום דהתפיסה היא נגד חזקת מרה קמא. אבל במקום דלא אזלינן בתר חזקת מ״ק מהני תפיסת התופס. וכיון שכתב הרשב״א שבאיסורין לא אזלינן בתר חזקה קמייתא במקום דאיכא טענת ברי ה״נ בממון לא אזלינן בתר חמ״ק כשהתופס טוען ברי ולכן מהני תפיסתו. [וע׳ בקה״ס שהרגיש בעצמו דיש לחלק בזה בין איסורין שנוגע רק לו לממון דנוגע לאחריניה אך ס״ל דאין לחלק בזה דגם בממון א״א להוציא מהתופס מכח חזקה כשהתופס טוען שלו אין ספק].

סברת התוס׳ דלא ס״ל כהרשב״א הוא דאמנם לאשה אין ספק ואין לה דין ללכת אחרי החזקה אבל כיון שלב״ד יש ספק ולהם יש הכרעה של חזקה מצווים ב״ד להפרישה מן האיסור. דהיינו שמחלוקת תוס׳ והרשב״א בזה אינו אם נאמר דין חזקה למי שאינו מסופק או לא אלא פליגי בגדר חיוב הב״ד לאפרושי מאיסורא אי אזלינן בתר דידהו ולהם יש ספק או שאזלינן בתר העובר ולדבריו שאין לו ספק לא נאמר לגביו דין חזקה ממילא אין חיוב לאפרושי מאיסורא.

דף לב:

שטרא זייפא הוא. מבואר בגמ׳ דרבה ס״ל דסמכינן על מגו זה בין בארעא בין בזוזי ונאמרו כמה דרכים בראשונים לבאר הא דמהני מגו זה לרבה אפילו בזוזי אע״ג דהוי מגו להוציא. א. שיטת הרמב״ן דמגו להוציא אמרינן. ב. התוס׳ בב״מ ב. כתבו דרבה ס״ל דמגו אי בעי שתיק מהני גם להוציא ועדיף משאר מגו. ג. הנ״י כתב דרבה ס״ל דלא נחשב כאן מגו להוציא כיון

שכבר זכה בממון ע״י השטרא זייפא וכיון שכבר פסקו שמגיע לו הממון נחשב שהממון בחזקתו ואין זה מגו להוציא. וע׳ בראי״ש שמבאר עפ״ז לשונו של ר׳ יוסף לפירוש הריב״ם שכתב דר״י חולק מפני שס״ל דהוי מגו להוציא. והקשו התוס׳ דאין זה משמעות לשון הגמ׳. וכתב בזה הרא״ש דמה שגורם שלא יחשב מגו להוציא לרבה הוא שכבר זכה בממון ע״י השטר וע״ז קאמר ר״י האי שטרא חספא בעלמא דהיינו שעכשיו שמודה שהשטר מזויף בטל המוחזקות שנעשה ע״י השטר וחוזר להיות מגו להוציא. וגם ר׳ יונה שמובא בשיטה מפרש על דרך זה ובד״ה עלה בידינו מפרש ר׳ יונה בזה גם את הכרעת הגמ׳ הלכתא כרבה בארעא וכר״י בזוזי דלענין ארעא שהתובע הוא מוחזק והוי רק נגד חמ״ק בזה שפיר אמרינן דכיון שזכה ע״י שטרו הראשון יצא מחזקתו של המ״ק והוי בחזקת המחזיק ואינו מגו להוציא. אבל בזוזי דבא להוציא ממוחזק ממש בזה קי״ל כר״י דלא מהני מה שפסקו בתחילה לזכותו של התובע לגרום שלא יחשב מגו להוציא דסו״ס הוא נחשב מוציא כיון שהמעות ביד הנתבע.

ולפ״ז יובנו דברי הכנה״ג בכללי מגו אות ט׳ שכתב ששיטת ריב״ם בסוגיין דמגו נגד מ״ק נחשב מגו להוציא ולא מהני אף שהתובע הוא מוחזק בקרקע. ותמה התומים בסק״ט דהריב״ם כ״כ רק בדעת ר׳ יוסף אבל למסקנת הגמ׳ דהלכתא כרבה בארעא הרי דקי״ל דרק בזוזי הוי מגו להוציא משא״כ בקרקע שאינו נגד מוחזק אף דהוי נגד חמ״ק אין זה נחשב מגו להוציא. ולשון התומים הוא במחילה מכבודו הרמה תקפה עליו משנתו. אבל למה שנתבאר דברי הכנה״ג מובנים דהתוס׳ הקשו דלשון הגמ׳ בדברי ר׳ יוסף לא משמע כריב״ם ותי׳ הרא״ש דסברת רבה דלא הוי מגו להוציא הוא משום שכבר זכה ע״י השטר וע״ז חולק ר׳ יוסף. והכרעת הגמ׳ מבאר ר׳ יונה דהוא שבארעא קי״ל כסברתו של רבה שאינו מגו להוציא מפני שכבר זכה ויצא מחזקתו של המ״ק ורק בזוזי לא קי״ל כסברת רבה דכיון שהנתבע מוחזק ממש זה נשאר בחזקתו והוי מגו להוציא. א״כ מה דמבואר בדברי ר׳ יוסף לשיטת ריב״ם דמגו נגד מ״ק הוי מגו להוציא לא מצאנו שרבה חולק ע״ז אלא דס״ל דע״י מה שפסקו בתחילה יצא הממון מחזקת מ״ק ובזה קי״ל כרבה בארעא. אבל בעלמא דלא זכה בממון בטענת המגו אלא שהיה בידו לזכות גם רבה יודה דלא מהני מגו אפילו נגד חמ״ק והוי מגו להוציא.

ובזה א״ש גם שיטת הרא״ש דהקו״ש בח״ב ס׳ ח׳ מוכיח מדברי הרא״ש בקידושין דס״ל דלא מהני מגו נגד חמ״ק דהוי מגו להוציא והכא מפרש הרא״ש הלכתא כרבה בארעא וכר״י בזוזי דבזוזי הוי מגו להוציא ובארעא אינו נחשב להוציא הרי דקי״ל דנגד מ״ק אינו נחשב מגו להוציא. אבל להנ״ל א״ש דבעלמא גם נגד מ״ק הוי מגו להוציא והכא שאני דזכה ע״י טענתו הראשונה ויצא בזה מחזקת מ״ק משא״כ בזוזי דהוי להוציא ממוחזק ממש. וכן נראה מלשון הרא״ש שכתב דהלכתא כרבה בארעא דכיון דאמר שטרא מעליא הוא זכה בקרקע שהוא מחזיק בו ואע״ג דבתר הכי קאמר שטרא זייפא הוא אמרינן מגו להעמיד הקרקע בידו, ובזוזי הלכתא כר״י ואע״ג דזכה בתביעתו כשאמר שטרא מעליא הוא מ״מ אכתי מחוסר גוביינא והוי מגו להוציא. משמע בהדיא כסברת ר׳ יונה דבעלמא גם נגד מ״ק הוי להוציא והכא שאני שזכה בתחילה ובקרקע מועיל סברא זו שלא יחשב להוציא משא״כ בזוזי. אבל בעלמא גם נגד חמ״ק הוי מגו להוציא. אמנם להלכה הכרעת הפוסקים הוא דמהני מגו נגד חמ״ק. ע׳ סמ״ע ס׳ פ״ב ס״ק מ״ד וש״ך כללי מגו סק״א ונתיבות שם כלל ה׳ וקצות ס׳ פ״ב סקי״ג וסמכו כולם דמסקנת הגמ׳ דמהני מגו נגד מ״ק אך זה דלא כר׳ יונה וכמשמעות לשון הרא״ש. ע״ע בב״מ כ״ח. מה שכתבנו בשיטת הרא״ש לענין סימנים נגד חמ״ק.

הקונה״ס בכלל א׳ אות ז׳ מסתפק בהא דקי״ל ברי ושמא לאו ברי עדיף דלא מהני להוציא ממון מה הדין בו״ש נגד חמ״ק ומביא שנחלקו בזה הראשונים. ובכלל ו׳ אות י״א מסתפק ברוב

נגד חמ״ק אי מהני או לא. וגם הש״ש דן בזה בש״ד פכ״ד ומביא ראיה מסוגיין דמסקינן הלכתא כרבה בארעא ופרשו התוס׳ דבארעא לא הוי מגו להוציא ומוכח דמגו נגד חמ״ק אינו נחשב מגו להוציא וא״כ ה״ה שרוב ובו״ש נגד מ״ק לא נחשב להוציא ומהני. אך לר׳ יונה הנ״ל אין מקור מכאן לחידוש זה דשאני הכא שכבר זכה בטענתו הראשונה אבל בעלמא גם נגד מ״ק נחשב להוציא.

אמאי סמכת אהאי שטרא וכו׳. בביאור דברי רב יוסף נאמרו כמה דרכים בראשונים. הרשב״ם כתב דלא מהני מגו הכא מפני שכל כחו וחזקתו בקרקע זו ע״י האי שטר הוא והלא מודה שהשטר פסול. והרמב״ן כתב ע״ז ואיני מבין דבריו. דהיינו שאינו מובן מה בכך דלדבריו לית ליה שטר הא סו״ס אית ליה מגו ומה גרע מגו זה משאר מגו. והרשב״א מוסיף דכל מגו אטענה דלאו קושטא מסמכינן ליה. וידוע מש״כ בזה הקו״ש בח״ב ס׳ ג׳ באות י״ב ע״פ היסוד של כח הטענה דהכא לית ליה כח נאמנות דהיה זוכה ע״פ עדים ולא בטענה וכיון שנודע שאין לו עדים בטלה כח הנאמנות שלו. אך א״כ מבואר ברשב״ם שלולא חסרון זה היה מועיל המגו אף שלדבריו אין לו שטר והוי מגו נגד ריעותא דאחוי שטרך ולעיל בדף ל: נתבאר דשיטת הרשב״ם דלא מהני מגו במקום ריעותא דאחוי שטרך. וצ״ל דהכא שאני דהוי מגו אי בעי שתיק כמש״כ התוס׳ בב״מ ב. לענין מגו להוציא ע״ש. ואכתי צ״ב בלשון הרשב״ם שכתב דהוי כמה לי לשקר במקום עדים ואמנם חסר בכח הטענה כיון שהודה ששטרו פסול אבל אין זה מגו נגד עדים. וע׳ ברא״ש שכתב שדעת הרשב״ם דמחשב ממך זבנתה והא שטרא חד טענה כיון דאין לו כח בקרקע כי אם ע״י השטר ואותה טענה נתבטלה בהודאתו. והרא״ש חולק וכתב וליתא להאי טעמא דעיקר טענתו היינו הא דקאמר מינך זבנתה והשטר אינו כי אם לראיה ע״ש. ואינו מובן מה כונת הרא״ש דהרשב״ם ס״ל דהא שטרא הוא חלק מהטענה דממך זבנתה. ולכאורה נראה שכוונתו דטענת ממך זבנתה אינו טענה מפני שנגד טענה זו איכא ריעותא דאחוי שטרך והרשב״ם לשטתו דלא מהני מגו נגד ריעותא זו לכן צריך להוסיף הא שטרא שרק כשאין ריעותא דאחוי שטרך נאמן בטענת ממך זבנתה. ולכן כשמודה ששטרא זייפא הוא איכא הודאת בע״ד דאיכא ריעותא דאחוי שטרך ואף דאית ליה מגו זה מגו נגד אחוי שטרך והוי כמגו נגד עדים. ולפ״ז יתפרשו דברי הרשב״ם דכל כחו וחזקתו בקרקע זו ע״י האי שטר הוא היינו דבלי זה איכא הוכחה שלא קנה דאיכא ריעותא דאחוי שטרך וכיון שמודה ששטרא זייפא הרי זה כעדים דאיכא ריעותא וראיה שלא קנה והוי כמגו במקום עדים. וגם לגבי זוזי איכא ריעותא שטוען שטר היה לי ואבד ואינו נאמן אפילו ע״י מגו.

שיטת הריב״ם דר״י ס״ל דהוי מגו להוציא וגם נגד מ״ק נחשב להוציא ולית ליה סברת רבה דכיון שכבר זכה ע״י השטר והוחזק בממון אין זה להוציא אלא כיון שהודה ששטרו פסול חוזר להיות מגו להוציא. יסוד הדין דמגו להוציא לא אמרינן למדו התוס׳ בב״מ ב. מהא דזה אומר כולה שלי וז״א חציה שלי דזה נוטל ג׳ רבעים וזה נוטל רביע והקשו התוס׳ למה לא יטול חצי במגו דכולה שלי. והרמב״ן כאן מביא ראיות דאמרינן מגו להוציא ואת ראית התוס׳ דוחה הרמב״ן דכמו שאם היה אומר כולה שלי היה מקבל חצי טענתו כך בחציה שלי מקבל חצי טענתו. ואינו מובן דבכולה שלי מקבל חצי טענתו מפני שאין לו מגו על יותר אבל בחציה שלי יש לו מגו ולמה לא יקבל חצי במגו דכולה שלי, וע׳ ברמב״ן בב״מ שכתב שאם בטענת חציה שלי יקבל חצי נמצא שמיפים את כחו בטענת חציה שלי יותר מטענת כולה שלי ונראה שכוונתו דכל מגו להוציא מהני מפני שגם בטענת המגו היה מוציא ואותה כח שהיה לו בטענת המגו מקבל בטענה שטוען עכשיו אבל בב׳ אוחזין בטלית הדין מוחזק נקבע לפי הטענות ובזה אומר

כולה שלי וז״א כולה שלי כ״א נחשב מוחזק בחצי טלית. וכשמקבל חצי בטענת כולה שלי אין הוא זוכה אלא בממון שהוא מוחזק בו ואינו מוציא מהמוחזקות של חברו. וכשטוען חציה שלי אין לו דין מוחזק אלא על רבע, שהוא חצי מהממון המוטל בספק, ואם יקבל חצי במגו דכולה שלי הרי הוא מוציא ע״י המגו מהמוחזקות של חברו וכח זה לא היה לו בטענת כולה שלי שאם היה טוען כולה שלי היה מקבל רק את מה שהוא בחזקתו. וא״א לתת לטענת חציה שלי כח יותר ממה שהיה לו בטענת כולה שלי וכיון שבטענת כולה שלי היה רק מחזיק במה שהוא מוחזק כך בטענת חציה שלי אינו מקבל אלא רבע שהוא בחזקתו.

שיטת ר״י דסברת ר׳ יוסף דכיון דלית ליה הכא מגו אא״כ שיקר תחילה לא סמכינן על מגו זה. וגם בזה אפשר ללמוד כמו שלומד הקו״ש בדעת הרשב״ם דחסר כאן בכח הנאמנות כיון שאין לו טענה שע״פ דין יכול להיות נאמן בו אלא רק שיכול ע״י שקר להטעות את ב״ד שיחשבו שיש לו עדים אבל באמת אין לו שום כח נאמנות ולא דמי לשאר מגו דאף שטענת המגו אינה אמת מ״מ הכח לטעון יש לו. ודמי לנידון של המהרש״ל שהובא בקצות ס׳ ל״ב סק״ב בשלשה שנושין באחד ושנים מהם העידו לשלישי ואח״כ הודו שהם בעלי דברים אך אומרים שהעידו אמת וכתב המהרש״ל דפשוט שאינם נאמנים במגו כיון שמודים שהעידו שקר א״כ הוברר שלא היה להם שום כח נאמנות. והקצות כתב לדמות לגמ׳ דידן וכיון דקי״ל כרבה בארעא מוכח דסמכינן על מגו כזה כשאינו להוציא וגם בנידון דהמהרש״ל אינו להוציא שהממון כבר ביד העדים. עכ״פ סברת רב יוסף הוא כסברת המהרש״ל דאין כאן מגו כיון שלפי האמת אין לו כח הנאמנות. ובקה״י ב״מ סי׳ כ״ד אות ב׳ כתב לבאר דברי התוס׳ באופן אחר דכיון ששיקר בתחילה הוחזק כפרן ואיבד נאמנותו ושוב אינו נאמן אפילו במגו. וכדבריו מפורש ביד רמ״ה כאן ע״ש. וגם במהרש״ל הנ״ל אחר שכתב שפשוט שאין לו מגו כיון שהודה שהעיד שקר, וכוונתו כמו שנתבאר לעיל דאין כח נאמנות, מוסיף המהרש״ל וגם איתרע חזקתיה דלאו קושטא קאמר וזה על דרך הרמ״ה והקה״י נמצא דשני הדרכים שנתבארו בדברי ר״י מבוארים במהרש״ל.

עוד פירש ר״י דר׳ יוסף ס״ל דלא מהני מגו הכא משום דהוי חוזר וטוען. והקשו האחרונים דנתבאר לעיל לא. דמפטור לפטור טוען וחוזר וטוען. [ע׳ קו״ש]. ושמעתי בזה ממרן הגרא״מ שך שליט״א דמה דחוזר מפטור לפטור הובא לעיל דהנתיבות כתב דהוא משום דבטענת פטור יכול לומר שלא דק והקצות כתב דכ״ז שלא יוצא חיוב מטענתו לא נתקבלה בב״ד הודאתו ולכן יכול לחזור ולטעון. ולדברי הנתיבות אמר דרק בנתבע יש סברת לא דק אבל הכא הוא תובע זוזי מחברו או שטוען שזייף שטר לא שייך לומר שלא דק דלא יזייף שטר בלי לדייק לכן אינו חוזר אף שהוא מפטור לפטור. אך לסברת הקצות אין לחלק בזה בין תובע לנתבע ואמר שבזה נחלקו רבה ור׳ יוסף דרבה ס״ל כסברת הקצות לכן מהני המגו להיות חוזר וטוען מפטור לפטור גם במקום שמדייק ור׳ יוסף ס״ל כסברת הנתיבות לכן ס״ל הכא שאינו חוזר וטוען אפילו מפטור לפטור ואע״ג דאית ליה מגו. ע׳ אבי עזרי פ״ו ה״ג מטו״נ אות י״א וי״ב.

הרמב״ן מפרש כל הסוגיא בשטר שאינו מקוים וכדי שיהיה לו מגו שהיה שותק וגובה עם השטר המזויף הוא צריך לקיים את השטר. וסובר רבה דאף שהודה שהשטר מזויף ב״ד מקיימים את השטר כדי שיהיה לו מגו ור׳ יוסף ס״ל דכיון שידוע שהשטר מזויף לא מזדקקים ב״ד לקיימו ובלי קיום לית ליה מגו.

תוד״ה הלכתא. כתבו שלדעת הרשב״ם צריך לחלק בין ספק במציאות כההוא דבר שטיא דמעמידים בחזקת מ״ק לגמ׳ דידן דהוי ספיקא

דדינא ולא מוציאים מהמוחזק. וב' דרכים נאמרו בביאור דברי התוס'. א. המל"מ בפ"ב מטומאת צרעת בסוף ה"א כתב דרק בספק במציאות מעמידים על חזקה באיסורין אבל בספיקא דדינא לא מהני חזקה. ומבאר המל"מ סברתו בזה"ל אטו מפני חזקתו של זה משתנה מאי דאגמריה רחמנא למשה עכ"ל. וצ"ב דגם בספק במציאות נימא אטו משום חזקתו של זה משתנה המציאות. אך כוונת המל"מ הוא דבספק במציאות הספק הוא על מקרה מסוים זה ובמקרה זה יש חזקה שתכריע. אבל בספיקא דדינא אין הספק קשור למקרה מסוים זה דהספק היה קיים גם לפני שקרה מקרה זה ואין החזקה שעל מקרה זה יכול להכריע הספק שאין לספק קשר למקרה זה. וע' קה"י כתובות ס' כ"ז אות ד' שכתב שכ"ז שייך רק אי אמרינן דחזקה הוא דין להתנהג כאילו נתברר הספק אבל אם אינו אלא דין הנהגה גרידא אין לחלק בזה בין ספק במציאות לספיקא דדינא. ורע"א בתש' ל"ז אחר שמביא דברי המל"מ בד"ה והנה כתב דיש לעשות סמוכין לדברי המל"מ מתוס' בב"ב לב: ומבאר רע"א די"ל דחזקת מ"ק הוא כמו כל עניני חזקות דאוקי אחזקה דלא נשתנה ממקודם [כוונת רע"א בזה דיש מקום לומר דחמ"ק אינו כשאר חזקות אלא דין מוחזק ע' קונה"ס כלל א' אות ה'] וכונת התוס' דהרשב"ם ס"ל דכמו שחזקה באיסורין לא מהני בספיקא דדינא כן חמ"ק לא מהני בספיקא דדינא לכן מספק נשאר ביד המוחזק.

האו"ש בפט"ו מטו"נ ה"ט כתב דאין לפרש כן בדברי התוס' דרק במקום שהספק הוא בדין לא מהני חזקה אבל הכא הספק יסודו במציאות, אם היה מכירה או לא ורק לענין ראית המגו יש ספק בדין אם יש הוכחה על מכירה או לא. ובזה נוכל להכריע מכח חמ"ק שלא היה מכירה. לכן מפרש האו"ש דברי התוס' באופן אחר. ע"ש בלשון האו"ש וכונתו דספק במציאות הצדדים שקולים ויש לו שם ספק אבל ספק בדין אין הסברות שקולות ואימור שפיר אמר רבה דהוי מגו דהיינו שיתכן שפשוט כרבה ומי שאינו יודע לרדת לעומק הסברא לא יוציא ממון מחזקתו ושב ואל תעשה עדיף. ואין זה סברא דוקא לענין חזקה דלא מהני בספיקא דדינא אלא בכל ספק בדין אין לשנות המצב ממה שהוא.

וסברא זו כתב הרשב"ם לקמן קסו: דמה דסבר סומכוס ממון המוטל בספק חולקין הוא דוקא בספק במציאות אבל בספק בדין "הואיל ואין הדיינים יודעין לפסוק את הדין היו שותקין והמחזיק יחזיק במה שבידו".

שני פשטים אלו שנתבארו בדברי התוס' כתבם גם הקונה"ס. דבכלל ד' אות ד' מאריך לבאר סברת הסוברים דמהני תפיסה בספיקא דדינא דהוא משום דמה שת"כ מוציאים מידו הוא משום חמ"ק ובאופן דלא מעמידים על חזקה באיסורין לא מהני חמ"ק בממון וכיון דבספיקא דדינא י"א דלא מהני חזקה ה"נ בממון ליכא לחזקת מ"ק ולכן מהני תפיסה. ומביא שכן מבואר בתוס' בב"ב לב: ומבאר דבריהם דס"ל שלא אזלינן בתר חזקה בספיקא דדינא. [וע"ש מה שהאריך לבאר עפ"ז דברי הר"ן בפ"ק בקידושין וכדבריו כתב גם רע"א בתשובה הנ"ל]. ובכלל ה' אות ט' כתב לבאר סברת הרשב"ם דספיקא דדינא אין לה שם ספק ומי שלא יודע הדין יהיה שותק ומביא ע"ז דברי הרשב"ם בדף קסו: וזה כדברי האו"ש הנ"ל. אלא הקונה"ס כתב כן מעצמו בדעת הרשב"ם וכתב שבתוס' לא משמע שפירשו כן כונת הרשב"ם והאו"ש לומד כן בדעת התוס'. וע"ע בזה בקו"ש אות קל"ו.

ונראה לר"י דהחילוק בין ארעא לזוזי הוא דבזוזי הוי מגו להוציא ובארעא אינו אלא נגד חמ"ק ולא חשיב מגו להוציא. לפירוש ריב"ם לעיל דמחלוקת רבה ור"י הוא במגו להוציא דרבה ס"ל דמהני גם בזוזי מהטעמים שנתבארו לעיל ורב יוסף ס"ל דגם נגד מ"ק נחשב מגו להוציא א"ש ההלכתא דהוי במקצת כרבה ובמקצת כר"י. אבל לר"י שכתב לעיל דר"י ס"ל דיש חסרון במגו דבא ע"י שקר או דהוי חוזר וטוען א"כ הכרעת הגמ' אינה מטעמייהו דרבה

ור״י אלא קי״ל לגמרי כרבה דאין חסרון במגו והא דבזוזי לא מהני אינו מטעמיה דר׳ יוסף אלא משום דהוי מגו להוציא.

בסוף הדיבור הקשו מסטראי דמהני מגו להוציא ותירצו שאני התם דאיכא שטרא. ומה דאמרינן מגו להוציא כשיש שטר ע׳ בקצה״ח ס׳ פ״ג סק״ה וש״ש ש״א פכ״ד בשם שו״ת הרמב״ן דהוא מפני ששטר העומד לגבות כגבוי ואף דזה שיטת ב״ש ואנן קי״ל כב״ה דאינו כגבוי היינו דוקא לענין ספק שאין המלוה נחשב מוחזק אבל קצת הוי כגבוי וסגי בזה שלא יחשב מגו להוציא. ומה״ט כתב הקצות שרק שטר שמשעבד נכסים מועיל שלא יחשב מגו להוציא. ובס׳ פ״ב סק״י מביא הקצות בשם ספר נתיבות משפט שהקשה על דברי ר׳ יונה שהקשה בכתובות פז: אמאי פוגמת צריכה שבועה הא אית לה מגו דלא היתה פוגמת ותי׳ ר׳ יונה דהוי מגו להוציא. וקשה הא מוכח מסטראי דבמקום דאיכא שטר מהני מגו להוציא. וכתב הקצות דר׳ יונה חולק על התוס׳ וס״ל שגם במקום שיש שטר לא מהני מגו להוציא ומסטראי לא קשיא דהרמב״ן כתב תי׳ אחר על קושית התוס׳ מסטראי. אמנם גם אם נאמר דר׳ יונה חולק על התוס׳ אכתי דבריו צ״ב. דתוס׳ מיירי באופן שאף שיש בידו שטר מ״מ אין דינו לגבות אא״כ יש לו מגו כההוא דסטראי ובזה הוא מוציא ע״י המגו ואעפ״כ חדשו התוס׳ כיון דאיכא שטרא והוי כגבוי מהני המגו להוציא. אבל בנידון דר׳ יונה גם בלי המגו דינה לגבות אלא דצריכה שבועה וע״י המגו רוצים לפטור מהשבועה ולכאורה אין זה מגו להוציא אלא מגו לאפטורי משבועה. וע׳ מה שכתבנו בזה בסמוך בסוגיא דרבה בר שרשום.

הרמב״ן כתב לישב הגמ׳ של סטראי דאינו נחשב מגו להוציא. דטענת המלוה הוא שזכותו לעכב הממון שבידו עבור חוב אחר והלוה טוען שלא היה חוב אחר וממילא זה פרעון של המלוה בשטר והמלוה נאמן לעכב בידו את הפרעון הראשון עבור החוב האחר במגו של להד״מ ככל מגו להחזיק. וממילא אם זכותו לעכב הממון עבור חוב אחר חוזר וגובה שוב ע״י השטר ואין זה מגו להוציא. דהיינו שלתוס׳ נחשב מגו להוציא דהנידון הוא אם נפרע המלוה בשטר או לא, והרמב״ן ס״ל דהנידון הוא לעכב הממון שבידו בפרעון המע״פ ואם נפסוק שיכול לעכב ממון זה בשביל המלוה ע״פ ממילא חוזר וגובה ע״י השטר.

ע״פ דברי הרמב״ן יתבארו דברי הרא״ש בכתובות דף פה. שכתב בס׳ ג׳ דמה שאינו נאמן בטענת סיטראי אא״כ יש לו מגו הוא משום דלאו טענה מעלייתא היא דיותר ברצון אדם פורע מלוה בשטר ממלוה ע״פ [ס״ל דאין טענת הלוה שלא היה מע״פ אלא שטוען שהפרעון ניתן בשביל המלוה בשטר]. ולכאורה אינו מובן מה היה קשה לרא״ש ולמה הוצרך לסברא זו הא התוס׳ הקשו שגם מגו לא יועיל דהוי מגו להוציא. ואם טענת סיטראי נחשב להוציא פשיטא שבלי מגו אין להאמינו להוציא ממון. וקושית התוס׳ וקושית הרא״ש הם שני הפכים. אך תלוי בזה דתוס׳ ס״ל שהנידון הוא אם נפרע המלוה בשטר ולכן הבינו שטענתו היא להוציא והקשו שלא יועיל מגו והוצרכו לחדש שבמקום שיש שטר מהני מגו להוציא. אבל הרא״ש ס״ל כרמב״ן שהנידון הוא על המעות שבידו אם זכותו לעכבם בשביל המע״פ ובזה טענתו להחזיק לכן היה קשה לרא״ש שיהיה נאמן בלי מגו. וע׳ ברא״ש בשבועות פרק שבועת הדיינים ס׳ י״ט שכתב בשם הר״י מגש כדברי הרמב״ן דסטראי לא נחשב מגו להוציא אלא להחזיק וגם דבריו בכתובות קאי בשיטה זו.

ובזה יתישב מה שיש לעיין בדברי הר״ן בכתובות פה. שכתב על הגמ׳ של סיטראי מהא שמעינן שמי שנושה בחברו שני חובות ופרע לו הלוה סתם אינו יכול לומר שיהיו לפרעון חוב פלוני אלא הרשות ביד המלוה לעכב הממון בשביל איזה חוב שירצה. דהיינו שלר״ן אין הנידון לשם מה פרע דאפילו פרע לשם המלוה בשטר יכול המלוה לקחת בשביל המע״פ ולדעת

הר״ן צ״ל דטענת הלוה הוא שלא היה מע״פ. וא״כ יקשה למה צריך מגו. ולדברי הר״ן אין לתרץ כרא״ש שזה טענה גרועה שאין הדרך לפרוע מע״פ כשיש מלוה בשטר שאין טענת המלוה שהלוה פרע בשביל המע״פ אלא שהוא תפס בשביל המע״פ אף שניתן לו בשביל המלוה בשטר א״כ אין טענתו טענה גרועה ומה יענה הר״ן על שאלת הרא״ש למה ליה מגו. אבל למה שנתבאר ניחא דהר״ן יפרש כתוס׳ דטענת סטראי נחשב טענה להוציא א״כ פשוט שאין להאמינו בלי ראיה ואדרבה קשה מה מועיל מגו הא הוי מגו להוציא. וע״כ יסבור הר״ן כתי׳ התוס׳ דבמקום דאיכא שטר מהני מגו להוציא.

ההוא ערבא. מבואר בגמ׳ שלולא שהודה הערב שקיבל פרעון היה גובה מהלוה ע״י השטר שקיבל מהמלוה. ואין הלוה יכול לטעון לערב פרעתיך. וכתב הרא״ש דצ״ל שנזכר הערבות בשטר דאל״כ מהיכן יודעים שהוא ערב ועוד כתב בשם ר׳ יונה דמיירי שכתב המלוה לערב התקבלתי דאל״כ חיישינן שלא פרע הערב למלוה והשטר הוא פקדון בידו. ומשמע בראי״ש דכ״ז הוא רק כדי שיהיה הוכחה שהוא ערב ושלא יהיה חשש שלא שילם הערב ולכן כתב הרא״ש דהיכא שמודה הלוה שהערב הוא ערב לא בעינן התקבלתי וכן כשמודה שהערב פרע למלוה לא בעינן שיכתוב המלוה לערב התקבלתי. ואינו מובן אפילו כשאין חששות אלו איך ישמש שטר זה שנכתב על חיובו של הלוה למלוה כשטר על חיובו של הלוה לערב. ולשון הרשב״א הוא דמיירי שכתב המלוה התקבלתי ונתן לו זכותו הא לאו הכי אע״פ שהשטר יוצא מתח״י אינו גובה בו וכמלוה ע״פ דמי שהלוה לא נשתעבד בשטר זה לערב אלא למלוה, וכ״כ הריטב״א. ומבואר שבלי התקבלתי אפילו ידוע שפרע הערב למלוה אין זה שטר על חיובו של הלוה לערב. אך אכתי אינו מובן מה מועיל כתיבת התקבלתי שכותב המלוה לערב הא סו״ס שטר זה לא נכתב על חיובו של הלוה לערב ולמה לא יוכל לטעון פרעתי. ובשיטמ״ק כתב בשם שיטה לא נודע למי דמיירי שכתב התקבלתי וכגון שהקנה לו השטר בדרך קנין השטרות דאי לאו הכי יכול למימר פרעתיך שאינה אלא כמלוה ע״פ. וכן כתב הש״ך בס׳ ק״ל סק״ח בשם כמה ראשונים ונדחק לומר דגם הרא״ש בשם ר׳ יונה כוונתו עם כתיבה ומסירה. והנתיבות שם סק״ה חולק וכתב דמוכח דאין כוונת הרא״ש שהקנה בכו״מ ועוד הקשה אם מיירי בכו״מ למה נקטו ערב הא משכחת לה בכל אדם שקנה חוב בכו״מ. לכן מפרש הנתיבות דערב שפורע למלוה דעתו לקנות ממנו השטר ואף דבעלמא בעינן כו״מ בערב סגי במסירה בלי כתיבה. דמה דבעלמא בעינן כו״מ הוא מפני שאין גופו של הלוה משועבד לקונה ויכול לומר לאו בע״ד דידי את משא״כ הכא שגופו של לוה משועבד לערב סגי במסירת השטר לערב ולא בעינן כו״מ.

והנה עיקר סברת הנתיבות דבמקום דלא שייך סברת לאו בע״ד דידי את אפשר לקנות חוב ע״י מסירה בלי כתיבה מבואר בחי׳ הריטב״א החדשים על ב״מ ז. [והובא בקצרה בשיטמ״ק שם] דכתב שאם המלוה איבד את שטרו ונתיאש ומצאו הלוה יכול לזכות בחוב ע״י הגבהת השטר ומוסיף הריטב״א דאע״ג דבעלמא בעינן כו״מ לוה שאני והלוה יכול לקנות את החוב מהמלוה ע״י מסירה בלבד כיון שהוא החייב והנכסים ברשותו. אמנם לגבי ערב לא ברור כוונת הנתיבות דמה שגופו של לוה משועבד לערב זה חוב אחר ולא קשור לחוב שיש למלוה על הלוה. וכדי שיוכל השטר שכתב הלוה למלוה לשמש שטר לערב על הלוה צריך שיקנה מהמלוה את החוב שחייב הלוה למלוה דרק על חוב זה נכתב השטר ולענין קניית חוב זה אין הערב עדיף מאחר. ומה שבל״ה גופו של הלוה משועבד לערב זה חוב אחר ולא על חוב זה נכתב השטר וא״כ איך יקנה הערב את חובו של המלוה על הלוה בלי כו״מ.

רשב״ם ד״ה דפרעתי למלוה עילוך. כגון ערב קבלן. ע׳ שיטמ״ק דאם לא היה ערב קבלן

ולא היה חייב לפרוע עד שיתבע את הלוה תחילה אם פרע הערב לפני שתבע המלוה את הלוה דינו כפורע חובו של חברו דהוי מבריח ארי ואינו יכול לתבוע את הלוה. ומסברא היה מקום לומר דאין זה נחשב פורע חובו שלא מדעתו דהרי הוא משועבד לשלם אלא שאינו חייב עד שיתבע קודם את הלוה ולא דמי למבריח ארי דלא רמי עליה כלל אלא מצוה קעביד. וע׳ בחו״מ ס׳ ק״ל סע׳ ב׳ שנחלקו הפוסקים בדין זה והגאון בסק״ו כתב שסברת המחייבים דלא דמי לפורע חובו שלא מדעתו דהכא שאני דאית ליה שיעבוד. וע׳ בש״ך שם סוף סק״ז שמביא שמדברי הרשב״ם בסוגיין מבואר דס״ל כדעת הפוטרים ולכן נקט שהיה ערב קבלן. וזה כדברי השיטמ״ק הנ״ל.

כי האי גוונא מאי. צריך להבין מאי מספקא ליה לר׳ אידי בר אבין הא מודה ששטרו פסול ודמי ממש לגחין ולחיש אין שטרא זייפא. לשון הרשב״ם הוא דלא דמי הכא לשטרא זייפא דאע״ג דפרעינהו כיון דהדר שקלינהו כאילו לא פרעינהו דמי וחייב לפרוע א״ד מ״מ מודה שפרעו וקי״ל שטר שלוה ופרעו אינו חוזר ולוה בו. ואינו ברור כ״כ. והיה מקום לומר דהספק הוא במה שנחלקו הפוסקים בס׳ מ״ח אם שטר שלוה בו ופרעו אין לו דין שטר רק לענין משועבדים אבל מיניה יכול לגבות בשטר זה ומהני נגד טענת להד״ם או טענת פרעון או שאין לו דין שטר כלל אפילו לגבות מהלוה. והאריכו בזה הסמ״ע שם סק״א והש״ך סק״ב. והש״ך כתב להוכיח מסוגיא דידן דאינו שטר כלל דמשמע דהוי כשטרא זייפא דלדבריו אין לו שטר ורוצה להיות נאמן במגו שלא היה מגלה שאין לו שטר דומיא דשטרא זייפא דלעיל. וא״כ היה מקום לומר דזה גופא הספק של ר׳ אידי אם כשר לגבות מבנ״ח א״כ לא דמי לשטרא זייפא או שפסול גם לגבות מבנ״ח ודמי לשטרא זייפא. אך ע׳ בקצה״ח שם סוף סק״א שכתב שאין ראית הש״ך ראיה אפילו אם השטר כשר לגבות מבנ״ח לא יועיל כאן משום דהוי מגו להוציא ורק כשיש בידו שטר שכשר לגבות ממשעבדי הוי כגבוי ומהני מגו להוציא אבל שטר זה כיון שאינו ראוי לגבות ממשעבדי לא מועיל לסלק מכאן את החסרון של מגו להוציא. וכוונת הקצות בזה דהיכא דידוע שחזר והלוה בשטר שנפרע והלוה טוען שפרע גם את החוב השני בזה אין המלוה צריך למגו ומהני השטר להוכיח שלא נפרע החוב השני. אבל במקום שטוען הלוה שלא לוה פעם שנייה בזה כיון שמודה המלוה שהחוב שעליו נכתב השטר נפרע איתרע שטרו כמבואר בשבועות מב. גבי סיטראי ואינו נאמן לטעון שחזר והלוה אלא מכח מגו שיכול להכחיש פרעון החוב הראשון. ובזה המגו הוא מגו להוציא ומהני רק מפני שבמקום שטר אמרינן מגו להוציא. וכיון דשטר שנמחל שיעבודו פסול לגבות ממשעבדי לכו״ע א״כ שוב אינו נאמן במגו דהוי מגו להוציא. נמצא דגם לדחיית הקצות נשאר שמוכח מכאן דלא מהני שטר שנמחל שיעבודו לגבות מבנ״ח נגד טענת להד״ם. דבזה תמיד צריך מגו והוי מגו להוציא כיון שאין השטר כשר לגבות ממשעבדי ורק כשיש עדים שחזר והלוה בשטר זה וטוען הלוה פרעתי גם חוב זה בזה אין המלוה צריך למגו ויועיל השטר לגבות מבנ״ח ולא יוכל הלוה לטעון פרעתי. אך רחוק לומר דר׳ אידי הסתפק בספיקות אלו וצ״ע בכונת הרשב״ם.

הריטב״א כתב שספיקו של ר׳ אידי הוא דאולי הכא לא דמי לשטרא זייפא דהכא אינו שקר כ״כ כמו בזיוף. דהיינו ע״פ סברת ר״י דמה דסבר רב יוסף דליכא מגו בשטרא זייפא הוא משום דהוצרך לשקר תחילה ואיתרע נאמנותו בזה מספקא ליה אולי הכא אינו שקר גמור ויודה ר׳ יוסף דאית ליה מגו. אך הריטב״א דוחה פשט זה דהכא נמי שקר גמור הוא ואסור להשהותו ע״ש. ולכן מסיק הריטב״א דבאמת אין לחלק כלל בין זה לשטרא זייפא אלא ר׳ אידי שאל את אביי לדעת אם יאמר כהכרעתו דהלכתא כרבה בארעא וכר״י בזוזי.

הקצה״ח בס׳ פ״ד סק״ב כתב לבאר ספיקו של ר׳ אידי בר אבין [ע״פ מה שמביא שם

מהגידולי תרומה ע״ש] דאולי מה דסבר רבה בשטרא זייפא דמהני המגו אף שהוא להוציא הוא משום שאף שאין בידו שטר עכשיו מ״מ לדבריו היה לו שטר ולדבריו הוי מגו עם שטר אבל במעשה דההוא ערבא מודה שהשטר שבידו פסול ואינו טוען שהיה לו שטר אחר ואולי בזה מודה רבה דהוי מגו להוציא. ופשט אביי דגם בזה סובר רבה דמהני מהטעמים שנתבארו לעיל אבל מה שטוען שהיה לו שטר אינו מעלה כיון שעכשיו אין בידו שטר. ולא דמי לסיטראי שמהני השטר שיועיל המגו להוציא דהתם באמת יש בידו שטר אבל מה שטוען שהיה לו שטר לא מהני מידי וא״כ גם באופן שאינו טוען שהיה לו שטר נאמן לרבה. אך פירוש זה קשה קצת דקי״ל כרב יוסף בזוזי וא״כ אין נ״מ מספקו של ר׳ אידי להלכה אלא רק ספק בדעת רבה אם יודה כאן או לא. ובשלמא פירושו של הריטב״א דמספקא ליה אולי ר׳ יוסף יודה כאן דאינו שקר גמור ניחא. דיש נ״מ למעשה מהספק אבל לקצות אין נ״מ להלכה בספיקו של ר׳ אידי ובגמ׳ משמע ששאל הלכה למעשה על מעשה שהיה.

דף לג.

סוגיא דרבא בר שרשום. רוב הראשונים פרשו דרבא בר שרשום רצה לכבוש את שטר המשכנתא ולאכול פירות עד כדי דמי החוב ואח״כ להחזיר את הקרקע ולטעון שאכל כדין מפני שהיו חייבים לו חוב ויהיה נאמן בלי שבועה במגו דלקוח. והקשו הראשונים למה לא החזיר מיד והיה טוען שחייבים לו חוב אחר והיה נאמן במגו דלקוח ויועיל המגו שיגבה חובו כשיגדלו בלי שבועה. וכמה דרכים נאמרו בזה בראשונים.

שיטת ר׳ יונה שאם היה טוען כן לפני שגבה חובו לא היה נאמן במגו דהוי מגו להוציא ורק אחר שגבה מהני המגו להחזיק הממון בידו בלי שבועה, ומוסיף ר׳ יונה דאף שיש בידו שטר כיון שאין דינו ליטול אלא בשבועה אם נאמין לו לגבות בלי שבועה ע״י המגו הרי זה מגו להוציא. ומבואר דלא ס״ל לר׳ יונה כדברי התוס׳ לעיל שכתבו דבמקום דאיכא שטר מהני מגו להוציא. ור׳ יונה בזה לשטתו דהובא לעיל שהקצות בס׳ פ״ב סק״י מוכיח מדברי ר׳ יונה שהובאו בשיטמ״ק כתובות פז: דהקשה שפוגמת תפטר משבועה במגו ותי׳ דהוי מגו להוציא ומוכיח דס״ל דגם במקום דאיכא שטר לא מהני מגו להוציא. ודברי הר׳ יונה בכתובות הם ממש כדבריו כאן דמגו לפטור משבועת הנוטלין הוי מגו להוציא. וכתבנו לעיל דגם אי אמרינן דלית ליה לר׳ יונה סברת התוס׳ וס״ל דגם במקום שיש שטר לא מהני מגו להוציא זה מובן במקום שבלי המגו אינו נוטל כההוא דסטראי אבל כאן ובכתובות דינו ליטול גם בלי מגו אלא שצריך שבועה ואינו בא ליטול ע״י המגו אלא רק לפטור משבועה והוי מגו לאפטורי משבועה ולא מגו להוציא. ונראה שיש להוכיח מזה דסובר ר׳ יונה דגדר תקנ״ח בנשבעין ונוטלים הוא שאף שמדינא זכותו ליטול בלי שבועה, בתקנת חכמים שהצריכו שבועה אין זה רק חיוב שבועה אלא שבטלו חז״ל את זכות הנטילה ותקנו שיטול ע״י השבועה. ולכן סובר ר׳ יונה דכשבא לגבות בלי שבועה ע״י המגו אין זה מגו לאפטורי משבועה אלא מגו להוציא דכ״ז שלא נשבע אין לו זכות ליטול. ותוס׳ בכתובות פז: שהקשו קושית ר׳ יונה ולא תירצו דהוי מגו להוציא וכן הראשונים שהקשו כאן ולא תרצו כר׳ יונה י״ל דס״ל דלא בטלו את זכות הנטילה אלא רק תקנו שכשנוטל יכול הנתבע להשביעו ואינו אלא מגו לאפטורי משבועה ולא מגו להוציא. וראיתי בשעה״מ בס׳ פ״ב סק״ב שמסתפק בשאלה זו אי מגו לאפטורי משבועת הנוטלין הוי מגו להוציא או לא. ולפי מה שנתבאר תלוי בגדר תקנ״ח בשבועת הנוטלין. ומביא מהתוס׳ בכתובות שהקשו שפוגמת תפטר ע״י מגו מוכח דס״ל דלא הוי מגו להוציא ודחה דשיטת התוס׳ דבמקום דאיכא שטר מהני מגו להוציא לכן לא תרצו כן. נמצא דברי יונה מפורש

כצד של השעה״מ דהוי מגו להוציא ומתוס׳ אין ראיה.

ובמחלוקת זו יש לתלות מה שנחלקו הראשונים בענין עד המסייע. דנחלקו הראשונים בריש ב״מ אם עד המסייע פוטר משבועה או לא. והובא בזה מחלוקת להלכה בס׳ פ״ז סע׳ ו׳ וכתב שם הרמ״א די״א שגם בנשבעין ונוטלין מהני עד המסייע לפטור משבועה ויטול בלי שבועה. ולכאורה הנידון של עד המסייע לפטור משבועת הנוטלין דמי ממש לנידון של מגו לאפטורי משבועת הנוטלין. שאם תקנ״ח בשבועת הנוטלין היתה שבטלו את זכותו בממון עד שישבע וע״י השבועה הוא מקבל את זכות הנטילה ולכן כשבא ליפטר מן השבועה ע״י מגו זה נחשב מגו להוציא, כמו כן בעד המסייע נחשב שמוציא ממון ע״י העד וע״א קם לשבועה ולא לממון וכאן הוי ע״א להוציא כמו שהמגו הוא להוציא. אבל אם לא בטלו את זכות הנטילה אלא רק תקנו חיוב שבועה א״כ המגו אינו להוציא דבל״ה מוציא ואינו אלא מגו לאפטורי משבועה א״כ גם העד המסייע אינו נחשב להוציא אלא רק לפטור משבועה ויועיל לפטור משבועת הנוטלין.

אמנם א״כ יהיו דברי ר׳ יונה סותרים זא״ז. שהגאון בס׳ פ״ז מציין כמה מקורות לדברי הי״א שמביא הרמ״א דעד המסייע פוטר משבועת הנוטלין. ובתוך דבריו מביא מדברי הרא״ש בפ״ק דב״מ שכתב ועוד הקשה מהא דתנן וכו׳ וכונתו למה שמביא שם הרא״ש בשם ר׳ יונה שהקשה על הסוברים דעד המסייע פוטר משבועה דמהמשנה בשבועות מוכח דכדי לפטור משבועת הבא ליפרע מנכסי יתומים בעינן ב׳ עדים. ומזה שר׳ יונה מקשה משם מוכח שהבין שהסוברים דעד המסייע פוטר ס״ל שפוטר גם משבועת הנוטלים. ולכאורה זה סותר לדברי ר׳ יונה בסוגיין דס״ל דמגו לא מהני לפטור משבועת הנוטלין דהוי מגו להוציא א״כ ה״ה שהסוברים דעד המסייע פוטר יודו דמשבועת הנוטלין אינו פוטר ואיך הקשה מנוטלין על נפטרים.

ועכצ״ל דר׳ יונה מחלק בזה בין מגו לעד המסייע. דעיין רע״א בכתב וחותם ס׳ ג׳ שמסתפק בגדר עד המסייע דפוטר משבועה אם זה משום דע״א נאמן לפטור מחיוב שבועה או דחשיב כנשבע כיון שנאמנות ע״א שקול לבירור של השבועה. ואי נימא דהוי כנשבע א״כ בודאי יועיל עד המסייע לפטור משבועת הנוטלין אפילו אם בטלו את זכות הנטילה דכמו שמקבל זכות הנטילה ע״י שבועה כך יקבלנו ע״י הע״א. ושפיר הקשה ר׳ יונה דאם ע״א אינו פוטר מנוטלין ה״ה דאינו פוטר מנפטרים. אבל הגדר של מגו לאפטורי משבועה ע׳ בקו״ש ח״ב ס׳ ו׳ שמוכיח מהר״ן בשבועות שאינו מפני שהמגו הוא במקום השבועה אלא שהמגו פוטרת משבועה ובזה סובר ר׳ יונה דלפטור משבועת הנוטלין הוי מגו להוציא דכ״ז שלא נשבע אין לו זכות נטילה והמגו לא הוי כנשבע.

ועוד יש לעיין בזה בדברי ר׳ יונה דהרא״ש כתב כאן בס׳ י״ח דשמעינן מהכא דגם אם תפס נכסי יתומים אינו נפטר מחיוב השבועה של הבא ליפרע [ורק כאן רצה רב״ש ליפטר אחרי הגבייה ע״י מגו] אבל אם תפס ואינו רוצה לישבע לא נחתינן לנכסי אלא משמתינן ליה עד שישבע ככל מחויב שבועה דרבנן שאם אינו רוצה לישבע לא נחתינן לנכסי כמבואר בשבועות מא. וכן שיטת הרי״ף בכתובות פח. שכמו שבשבועת הנפטרין אם אינו רוצה לישבע לא נחתינן לנכסיו כך בשבועת הנוטלין אם תפס ואינו רוצה לישבע לא נחתינן לנכסיו. והר״ן בשבועות מא. מביא מחלוקת בזה וכתב שהעיקר שבנשבעין ונוטלין אם תפס ואינו רוצה לישבע מוציאים מידו. ובפשטות גם מחלוקת זו תלויה בספק הנ״ל. דאם לא בטלו זכות הנטילה יש לו זכות בממון גם בלי שבועה אלא דרמי עליו חיוב שבועה והוי ככל שבועת הנפטרין דלא נחתינן לנכסי. אבל אם בטלו זכות הנטילה א״כ כ״ז שאינו נשבע אין לו זכות ליטול ואם תפס הרי זה גזל דרבנן ולא שבועה דרבנן לכן נחתינן לנכסי. אך א״כ צ״ע בדעת ר׳ יונה דממה דסבר כאן ובכתובות

דמגו לאפטורי מנוטלין הוי מגו להוציא מוכח דס״ל שבטלו זכות הנטילה ומאידך בשיטמ״ק בד״ה עלה בידינו כתב בשם ר׳ יונה דאם תפס ואינו נשבע אין יורדים לנכסיו. וזה כשיטת הרי״ף ולכאורה מבואר מזה שיש לו זכות הנטילה ואינו אלא מחויב שבועה וא״כ למה המגו נחשב מגו להוציא. וע׳ בכתובות דף פח. שכתבנו דאף דסובר ר׳ יונה דבטלו זכות הנטילה מ״מ ס״ל דאי תפס לא נחתינן לנכסי והוכחנו שם שגם הרי״ף דס״ל שלא נחתינן אין זה מפני שלא בטלו זכות הנטילה אלא אע״פ שבטלו זכות הנטילה לא מוציאים מהתופס יעו״ש.

שיטת הרשב״א בשם י״מ דהא דלא טען כן לפני שאכל דכיון דהיו היתומים קטנים א״א ליפרע מהם עכשיו וכיון שכן אילו אמר כן מעיקרא מפקינן ליה ארעא מיניה ולכי גדלי יתמי ומשתעי דינא בהדייהו הא אזיל ליה מגו. ואינו מובן למה אזיל ליה מגו הרי בשעה שטען היה לו מגו והיה נאמן אלא שא״א לגבות משום דאין נזקקין ולמה לא יגבה כשיגדלו ע״י המגו שהיה לו בתחילה.

המל״מ בפכ״א ממלוה ה״א בד״ה ועל דברי כתב בשם מהרש״ך ומהר״ש הלוי דהתופס ממון של יתומים קטנים אחר מיתת אביהם וטוען שיש לו חוב על אביהם אינו נאמן אע״ג דאית ליה מגו דלא עדיף מגו מעדים וכמו שאין מקבלים עדים שלא בפני בע״ד כך לא מהני מגו שלא בפני בע״ד וקטן כשלא בפניו דמי. וכתב ע״ז המל״מ על סברא זו כל ימינו צווחנו ככרוכיא ומוסיף שהרב הגדול מר דודי הוה מקהי בה מקהייתא דלא שייך כאן אין מקבלים עדות שלא בפני בע״ד דהוי עדות להחזיק והר״ן בכתובות צח. כתב דרק להוציא אין מקבלין עדות שלא בפני בע״ד. והקצות בס׳ ק״י סק״ב מאריך לישב דברי מהרש״ך דמה שמהני עדות להחזיק שלא בפני בע״ד הוא רק מפני שאח״כ כשיבא הבע״ד יחזרו העדים ויעידו א״כ כל זמן שלא נמצא הבע״ד סומכים על עדותם לענין שלא להוציא מהמוחזק. אבל מגו כיון שאח״כ לא יהיה ראית המגו דהוי מגו למפרע א״כ צריך לפסוק ע״פ המגו שהיה בתחילה וזה א״א כיון דהוי שלא בפני בע״ד. והקצות מסיק דהעיקר בזה כמהרש״ק דלא מהני מגו שלא בפני בע״ד. והנתיבות בסק״ב כתב דרק בעדים הוי גזה״כ דלא מקבלים שלא בפני בע״ד והוי כמפי כתבם או עדות שאאי״ל שגזה״כ שלא האמינה תורה לעדים באופנים אלו אבל מגו הוא ראיה שאומר אמת ואין לחלק בזה בין בפניו לשלא בפניו. וע׳ במשובב דמבואר שהקצות נקט שכל מה שהיה קשה למל״מ על מהרש״ך הוא דלהחזיק אין חסרון דשלא בפני בע״ד ואת זה ישב הקצות. אבל הנתיבות הבין דמה שצווח המל״מ על דברי מהרש״ך ככרוכיא אינו רק בגלל שזה להחזיק אלא שעיקר הסברא הוא תמוה למה שלא יועיל מגו שלא בפני בע״ד אלא שמוסיף המל״מ בשם מר דודי שהקשה עוד דהוי להחזיק.

בסוף דבריו כתב הקצות דלדבריו יתישב מה שהקשו הראשונים בסוגיא דרבה בר שרשום למה אכל ואח״כ טען דאם היה טוען מתחילה היה זה מגו שלא בפני בע״ד ולא מהני לכן אכל תחילה והמתין עד שגדלו שאז הוי מגו בפני בע״ד. ודברי הקצות בזה הן הן דברי הרשב״א שהובאו לעיל שאם היה טוען מיד לא מהני מגו דאין נזקקין לקטנים וכשיגדיל אזל ליה מגו. ושאלנו לעיל אמאי אזל ליה מגו דבשעתו היה נאמן ועכשיו יגבה ע״פ הנאמנות שהיה לו אז. אלא ברור שהרשב״א ס״ל כפוסקים שמביא המל״מ דמגו שלא בפני בע״ד לא מהני. וכן נראה שהבין השיטמ״ק שהקשה על דברי הרשב״א בזה״ל אין זה מחוור וכו׳ אין כאן דמיון לקבלת עדות כלל וכו׳ והמגו נמי ידוע הוא לנו וכמי שנחקרה עדותן בב״ד דמי עכ״ל. ומבואר שהבין כונת הרשב״א דלא מהני מגו שלא בפני בע״ד והקשה על הרשב״א מה שהקשה הנתיבות על הקצות.

ביאור סברת מהרש״ך והרשב״א הוא ע״פ

מש״כ הרא״ש בתשובה כלל ק״ו ס׳ ב׳ ודבריו הובאו לקמן מו. שלמד מסוגיא דרמאי דפומבדיתא דלא מהני מגו חוץ לב״ד ואם טען טענה חוץ לב״ד והיה לו מגו ולפני שבא לב״ד יש עדים נגד טענת המגו אינו נאמן במגו אע״ג דאם היה טוען בב״ד ואח״כ באו עדים נגד טענת המגו לא היה מתבטל המגו. דנאמנות המגו הוא רק כשטוען בב״ד. כך למד התומים בס׳ ע״ב בדעת הרא״ש [הש״ך בס׳ ע״ב ס״ק צ״ב מפרש שהרא״ש מיירי רק בטענה שצריכה שבועה דאורייתא ע״ש] וע׳ בחי׳ ר׳ שמעון בס׳ כ׳ מש״כ לבאר סברת הרא״ש. ולדברי הרא״ש שנאמנות של מגו הוא רק כשטוען בפני ב״ד יש מקום להוסיף דגם בפני ב״ד אם טען שלא בפני הבע״ד הוי כמגו חוץ לב״ד וע׳ לשון הקצות במשובב ס׳ ק״י סק״ב שכתב דלא מהני מגו שלא בפני בע״ד דשלא בפני בע״ד אין תורת ב״ד וא״כ לדעת הרא״ש דמגו בעי ב״ד ה״ה דיש צד לומר דבעינן בפני בע״ד.

אמנם אכתי צ״ע דמקורו של הרא״ש הנ״ל הוא מהגמ׳ בדף מו. ברמאי דפומבדיתא והרשב״א שם מפרש בע״א ומוכח מדבריו דלא ס״ל חידושו של הרא״ש כמו שיתבאר שם בס״ד. וכן כתב בהגהות אמרי ברוך בס׳ ע״ב, על הרמ״א סע׳ י״ח שמביא להלכה דברי הרא״ש, דמדברי הרשב״א בב״ב מו. מוכח דלא ס״ל כרא״ש. ואם מגו לא בעי ב״ד איך יתכן דלא מהני מגו שלא בפני בע״ד. ועוד דגם הרא״ש דס״ל שחוץ לב״ד לא מהני מגו היינו דוקא כשבאו עדים לפני שטען בב״ד דבזמן שטוען בב״ד לית ליה מגו בגלל העדים. אבל לא אמרינן שאם טען חוץ לב״ד אינו יכול שוב לטעון בב״ד כיון שכבר הודה חוץ לב״ד ובטל המגו כמבואר בקצות ס׳ קל״ג סק״ג בשם המהבי״ט וא״כ ה״נ לגבי מגו שלא בפני בע״ד אם טען שלא בפני בע״ד ולא באו עדים נגד טענת המגו למה לא יוכל לחזור ולטעון בפני בע״ד, וצ״ע.

שיטת הנ״י דמה שלא טען רב״ש מיד דהורו הגאונים דכל נוטל אף דאית ליה מגו בעי שבועה כגון הטוען על המשכון במגו של לקוחה בידי צריך שבועה כעין דאורייתא לכן היה צריך לגבות קודם ואח״כ לטעון כדי שיפטר משבועת הנוטלין. וגם הרשב״א ור׳ יונה הזכירו פירוש זה. ועוד כתב ר׳ יונה דלפני האכילה הוי מגו מממון לממון ולא מהני ע״ש.

שיטת הרמב״ם בפי״ד מטו״נ ה״ח וה״ט שבאמת רב״ש טען לפני שאכל שחייבים לו חוב ורצה להיות נאמן לגבות בלי שבועה במגו דלקוח. והראב״ד הקשה מהוראת הגאונים דהטוען על המשכון בעי שבועה אף דאית ליה מגו. וע׳ בש״ך ס׳ פ״ט סוף סק״י שמביא שבעה״ת כתב בשם הראב״ד להקשות על הגאונים מסוגיא דרבא בר שרשום דמבואר כאן דמהני המגו לפוטרו משבועה. והבין הראב״ד שמשמעות הסוגיא הוא שגם אם טען כן מיד היה גובה בלי שבועה [הפך דברי כל הראשונים הנ״ל שהבינו שמשמעות הסוגיא הוא שרק אחרי האכילה היה נפטר מהשבועה ע״י המגו]. ותי׳ הראב״ד דיש לתרץ דבתר דקאכל קאמר. ומה שהקשה בהשגות על הרמב״ם הוא מפני שהרמב״ם בעצמו פוסק כגאונים בפ״ח מטו״נ ה״ב ולדבריהם ע״כ סוגיא דרב״ש איירי אחר האכילה א״כ איך פסק שנאמן בלי שבועה לפני האכילה. וכתב הש״ך בס׳ פ״ט סוסק״י ובס׳ קמ״ט סקכ״ד דהרמב״ם ס״ל דמה דסברו הגאונים שהטוען על המשכון בעי שבועה הוא משום דכיון שהוא נוטל ע״י המגו אין המגו מועיל גם ליטול וגם לפטור מהשבועה אבל ברב״ש שהיה לו שטר והיה נוטל גם בלי מגו אלא שהיה צריך שבועה בזה גם לדעת הגאונים נפטר מהשבועה ע״י המגו. ובס׳ ק״נ סק״ג מסיק הש״ך דהעיקר בש״ס דעובדא דרב״ש היה על פירות להבא כדעת הרמב״ם. והקצה״ח בס׳ פ״ט סק״ו דחה דברי הש״ך דהש״ך בעצמו כתב בס׳ ק״נ סק״ג דדעת הרמב״ם דמהני המגו לגבות מקטנים אף דלולא המגו אין נזקקין ליתומים קטנים א״כ הגביה הוא ע״י המגו ודמי לטוען

על המשכון דכיון שגובה ע״י המגו לא מועיל המגו לפטור משבועה.

נמצא דרוב הראשונים בסוגין הבינו דמשמעות הגמ׳ הוא דרק אחר האכילה מהני המגו והטעם. א. דהוי מגו להוציא. ב. מגו שלא בפני בע״ד. ג. כטוען על המשכון דלא מהני המגו לפטור מהשבועה. ד. מגו מממון לממון. הראב״ד שמביא הש״ך בס׳ פ״ט סוסק״י נקט דמשמעות הסוגיא דגם לפני האכילה מהני המגו לפוטרו מהשבועה אלא שלדעת הגאונים נדחק לפרש אחר האכילה. הרמב״ם ס״ל דגם הגאונים מודים כאן דמהני המגו לפטור מהשבועה גם לפני האכילה.

מה שיש להקשות מסוגיא זו לשיטת הר״י מגש דס״ל מגו לאפטורי משבועה לא אמרינן ע׳ קה״י כאן בס׳ כ״ד.

רשב״ם ד״ה מהימנא. כתב דאם היה טוען לקוח היה נאמן בלי שבועה משום דאין נשבעין על הקרקעות ועוד דחזקה במקום שטר קיימא. ומבואר דס״ל דלולא זה היה נשבע היסת אע״ג דאין היתומים טוענים ברי דטענינן ליתמי ומהני טענינן לחייב שבועת היסת. ותוס׳ חולקים על הרשב״ם בתלת. א. ס״ל דנשבעין היסת על קרקע והוכיחו מהא דנשבעין שבועת המשנה על קרקע. ובדעת הרשב״ם צריך לחלק בין היסת לשבועת המשנה. ב. ס״ל דגם הזוכה ע״י חזקה נשבע היסת ונתבאר לעיל דתלוי בגדר חזקת ג׳ שנים אם הוא ראיה או רק דין שנחשב בחזקתו. וכ״כ בחי׳ ר׳ מאיר שמחה דף כט. אות ד׳ ע״ש. וב׳ השיטות בזה הובאו בס׳ ק״מ סע׳ א׳ וסע׳ ב׳ ע״ש. ג. פליגי אי מחייבים שבועת היסת ע״י טענינן. ובפשטות פליגי אי טענינן הוי טענת ברי או טענת שמא. דהרשב״ם ס״ל כשיטת הרא״ש שכתב בריש פ״ב דכתובות דטענינן הוי כטענת ברי [ע׳ קו״ש באות קל״ז ובח״ב ס׳ ה׳ אות ב׳ שמבאר דהוי ספק ברי וכ״כ הקה״י בפ״ק ס׳ ז׳] ותוס׳ ס״ל דהוי טענת שמא. והרא״ש לשיטתו ס״ל הכא כרשב״ם דנשבעים היסת ע״י טענינן. ובקו״ש כאן כתב דתוס׳ ס״ל דאפילו נימא דטענינן הוי טענת ברי לא טענינן לחייב שבועה דהוי כטענינן להוציא. והא דחיוב שבועה נחשב להוציא מבואר גם בב״ש אבה״ע ס׳ צ״ו סוף סק״ח דלא אמרינן מגו לחייב שבועה דהוי כמגו להוציא. והובאו דבריו ברע״א בשו״ע חו״מ ס׳ פ״ב סע׳ י״א ובקצות שם סק״ז. ובדעת הרשב״ם צ״ל או דס״ל דטענינן להוציא או דחיוב שבועה לא נחשב להוציא וכן צ״ל בדעת הרא״ש דהמקור להא דלא טענינן להוציא הוא משו״ת הרא״ש שהובא בקצה״ח ס׳ קנ״ה סקי״ד. ועכצ״ל דס״ל הכא דטענינן לחייב שבועה לא נחשב טענינן להוציא. ובקושית האחרונים מדברי התוס׳ והרא״ש לעיל ה: עיין מה שכתבנו שם בס״ד.

מה שהיה רב״ש נאמן בטענת לקוח אע״ג דצריך להביא עדי חזקה ואין מקבלים עדות שלא בפני בע״ד כתב הרא״ש כיון שרב״ש היה מוחזק בבית מקבלים עדים להעמיד הבית בחזקתו. וזה ע״פ דברי הר״ן כתובות צח. דלהחזיק מקבלים עדות שלא בפני בע״ד. וכן דעת הרמב״ם בפי״ב ממלוה ה״ז שאם המחזיק מביא עדי חזקה מהני אף שהמ״ק הוא קטן כמבואר במ״מ שם. אבל שיטת התוס׳ בב״ק קיב: ד״ה אבל אינה כן אלא גם אם מחזיק בית לא מהני עדי חזקה אם המ״ק הוא קטן דנחשב כעדות להוציא מהקטן. [כן הוא הפשט בתוס׳ שם לפי הבנת הש״ך בס׳ ק״י סקט״ו אבל הסמ״ע שם סקי״ד מפרש דברי התוס׳ באופן אחר כמבואר בנתיבות שם סק״ד]. וצ״ע על שיטת התוס׳ מסוגין דמבואר דיכול לטעון לקוח כנגד קטנים. וצ״ל דתוס׳ יפרשו כרמב״ן שכתב בסוגין דזה דחיית הגמ׳ דאינו יכול לטעון לקוח כיון שיש קול שהקרקע של יתומים לא מקבלים עדות נגד מ״ק קטן וזה כשיטת תוס׳ הנ״ל ולומד שזה גופא טענת אביי. [דברי הרמב״ן הובאו בהגהות אמרי ברוך בגליון הש״ך ס׳ ק״י סקט״ו ע״ש].

רשב״ם ד״ה א״ל. כתב דאפשר לפרש מעשה דרב״ש גם במע״פ. ותמה הרש״ש דבמע״פ טענינן פרוע וא״א לגבות אא״כ מת תוך זמנו

ואז אינו צריך שבועה. וכבר הקשו על הרשב״ם הרשב״א והרמב״ן ע״ש.

דהא איכא קלא וכו׳. כמה דרכים נאמרו בזה. א. הרשב״ם מפרש דיצא קול בזמן שאכל ג׳ שנים בחיי אביהם והוי כמחאה ובטל החזקה. ב. תוס׳ פרשו דעכשיו יש קול שהוא של יתומים ואף שהיה נאמן לטעון לקוח נגד הקול מ״מ לא ניחא ליה לטעון כן ובטל המגו [ע׳ ריטב״א]. ג. הרמב״ן מפרש דכיון שיש קול שבתחילה היה של אביהם של היתומים א״כ הוי כעדי מ״ק והמחזיק נגד מ״ק קטן לא יכול להביא עדי חזקה דאין מקבלים עדות שלא בפני בע״ד אף שהוא מוחזק בבית. וזה כשיטת התוס׳ הנ״ל בב״ק קיב: ולא כרא״ש כאן. ד. הרמ״ה בתחילת אות נ״א ס״ל כשיטת הרא״ש דאם המוחזק מביא עדי חזקה מהני נגד מ״ק קטן כיון שהוא מוחזק בבית חשיב כעדות להחזיק. אבל ע״ז אמר אביי כיון דאיכא קלא שעכשיו הקרקע הוא של יתומים הקול גורם שיחשב בחזקת היתומים ועדות נגד הקול חשיב כעדות להוציא מהקטן ואין מקבלים עדות שלא בפני בע״ד.

תוד״ה אמור. כתבו דע״כ לא ס״ל כמ״ד פריעת בע״ח מצוה ויתמי לאו בני מעבד מצוה. אך בלשון הרשב״ם בד״ה אמר ליה משמע שלא ס״ל כן ע״ש.

תוד״ה אכבשיה. שיטת תוס׳ דאם ידוע שבא לידו בתורת משכנתא אין לו חזקה אפילו שאכל ג׳ שנים אחרי גמר זמן המשכנתא דשתיקה מהני רק בצירוף שתולים שבא לידו בדרך מקח. וכן דעת הרמב״ן לקמן דף לה: אבל הנ״י שם מביא כמה ראשונים שחולקים וס״ל שרק בתוך זמן המשכנתא אינו נאמן לטעון לקוח אבל אם אכל ג׳ שנים אח״כ שפיר אית ליה חזקה.

קריביה דרב אידי. שיטת ר״ח שבסוף הביא רב אידי עדים שהוא קרוב אך לא העידו שהוא קרוב טפי ולשני לא היו עדים כלל ומדין אין ספק מוציא מידי ודאי זכה רב אידי בדיקלא. ובביאור מחלוקת ר״ח ואביי ורבא כתבו התוס׳ לפר״ח דר״ח ס״ל דאף דזוכה בדקל מדין אין ספק מוציא מידי ודאי מ״מ כיון שעל הפירות איכא מגו מהני מגו נגד סברת אין ספק מוציא מידי ודאי וגם אביי מודה דמגו מועיל נגד הדין של אין ספק מוציא מידי ודאי אלא דהכא לא מהני המגו לגבי הפירות כיון שדין הפירות תלוי בדין הקרקע וכיון שמוציאים את הקרקע מוציאים את הפירות. ע׳ מש״כ בקו״ש ח״ב ס׳ ג׳ אות י״ג בביאור המחלוקת בזה אם מהני מגו על פירות במקום שהקרקע יוצא מתח״י. ובקו״ש אות קמ״ג כתב בשם הריב״ש דלא מהני מגו במקום אין ספק מוציא מידי ודאי ולדבריו צ״ל דבזה פליגי ר״ח ואביי דר״ח ס״ל דמהני מגו במקום אין ספק מוציא מידי ודאי ואביי ס״ל דלא מהני. וכעין זה נחלקו הקצות בס׳ ר״פ סק״ב והתה״ד אם מהני רוב נגד אין ספק מוציא מידי ודאי או לא דהתה״ד ס״ל דלא מהני והקצות חולק דע״י הרוב נחשב הספק כודאי ומוציא מידי ודאי.

ונראה דמדברי התוס׳ בריש ב״מ יש להוכיח דס״ל כריב״ש דלא מהני מגו נגד אסממ״ו ולא כשיטתם כאן דהקשו בדף ב. בזה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי אמאי נוטל זה שאומר כולה רק ג׳ רבעים נימא אין ספק מוציא מידי ודאי ויטול הכל. ואי נימא דמהני מגו במקום אסממ״ו לק״מ דהתם לאומר חציה שלי אית ליה מגו והתוס׳ שם הקשו לפנ״ז שהאומר חציה שלי יטול חצי במגו דכולה שלי ותי׳ דהוי מגו להוציא. וזה אמת רק לענין קושיתם שיטול חצי בטענת חציה שלי, דהאומר כולה שלי מוחזק בג׳ רבעים והאומר חצי שלי מוחזק ברבע דכ״א נחשב מוחזק בחצי מהממון המוטל בספק ואם האומר חציה שלי יטול חצי הרי הוא מוציא. אבל כשהקשו שיטול האומר כולה שלי את הכל מדין אסממ״ו שפיר יש לתרץ דהאומר חציה שלי יש לו מגו דכולה שלי ויהיה נאמן ע״י המגו להחזיק בידו רבע ואין זה מגו להוציא. אלא מוכח דס״ל כריב״ש דלא מהני מגו נגד אסממ״ו ולא אמרינן

דע״י המגו נחשב הספק כודאי. וע׳ בחי׳ הרשב״א כאן שגם לומד כתוס׳ דסברת אביי דכיון שיוצא הקרקע מוציאים גם את הפירות ומוכח דס״ל כתוס׳ דידן דלולא זה לכו״ע מהני מגו במקום אסממ״ו. ואח״כ שואל הרשב״א את קושית התוס׳ בב״מ אמאי לא אמרינן אסממ״ו בזה אומר כולה שלי וז״א חציה שלי. ותי׳ דשאני התם דלא ידוע מלתא אלא דהוא מודה. דהיינו דכיון דאין עדים נאמן האומר חציה במגו דכולה שלי. וזה לטעמיה דס״ל דמהני מגו במקום אסממ״ו כתוס׳ דידן ולא כתוס׳ בב״מ והריב״ש. וכדברי הרשב״א כתב גם הקצה״ח בסי׳ קי״ב סק״ה בשם המרדכי.

ובזה יתבאר שיטת הרשב״ם דגרס לבסוף אודי. ולא מובן לפירושו מה סברת ר״ח הרי הודה שרב אידי קרוב טפי ולמה לא יחזיר הפירות. ובפשטות נר׳ מהמשך לשון הרשב״ם בסד״ה אהאי דתולים הודאתו בויתור וכנותן במתנה על דרך הפירוש הראשון בתוס׳. אבל הרשב״א מפרש שיטת הרשב״ם באופן אחר. דלא הודה שרב אידי קרוב טפי אלא רק שרב אידי קרוב ומדין אסממ״ו זכה רב אידי בדיקלא. דהיינו על דרך פר״ח אלא דלר״ח היו עדים ולרשב״ם הודאתו גרמה דין של אסממ״ו. וסבר ר״ח דרק לגבי הדקל. שהוא קיים אמרינן שהוא בחזקת היורש הודאי. אבל הפירות שכבר נאכלו ובאים להוציא ממון מידם בזה לא מהני אסממ״ו ואביי ורבא פליגי דמהני גם לגבי הפירות או שדין הפירות נגרר אחר דין הקרקע. ותמה הרשב״א על פירושו של הרשב״ם כיון דליכא עדים שרב אידי קרוב אלא מפיו של זה אנו חיים למה לא יהיה נאמן לומר שהוא ג״כ קרוב מדין הפה שאסר. והרשב״א בזה לשטתו דס״ל דמהני מגו במקום אסממ״ו כדמוכח מזה שמבאר מחלוקת ר״ח ואביי לר״ח כתוס׳ ולא כריב״ש וכן מוכח מתירוצו על מה שהקשה דנימא אסממ״ו בב׳ אוחזים בטלית ותי׳ דהאומר חציה שלי נאמן במגו. אבל בדעת הרשב״ם י״ל כדמוכח מהתוס׳ בב״מ דלא מהני מגו במקום אסממ״ו וגם הפה שאסר לא מהני דהתם נמי איכא הפה שאסר ואעפ״כ הקשו התוס׳ דנימא אסממ״ו.

נמצא דלגבי רוב נגד אסממ״ו נחלקו הקצות ותה״ד. ולגבי מגו תוס׳ כאן והרשב״א ס״ל דמהני. תוס׳ בב״מ והרשב״ם והריב״ש ס״ל דלא מהני.

בגדר הדין דאסממ״ו. נחלקו התוס׳ והרשב״א. התוס׳ בב״מ שהקשו בז״א כולה שלי וז״א חציה שלי נימא אסממ״ו תירצו דרק בירושה שאחד הוא ודאי יורש והשני ספק אמרינן אסממ״ו משא״כ בטלית מה שהוא ודאי בחצי טלית אינו מועיל לחצי השני. וביאור דבריהם דכשיש שני יורשים יש לכ״א סיבה לזכות בכל הנכסים ואם אחד מהם אינו יורש כגון שהדירו אביו הנאה לסוברים שאינו יורש, ירש אחיו הכל [ע׳ קובה״ע ס׳ מ׳]. א״כ במקום ספק יש לודאי סיבה ודאית לרשת את כל הנכסים ולכן אין הספק מוציא מידו. משא״כ בטלית אין שום מעלה לגבי החצי המסופק במה שהוא ודאי בחצי השני. ומדברי הרשב״א כאן שהקשה קושית התוס׳ על ב׳ אוחזין בטלית ולא תי׳ כתוס׳ מוכח דס״ל שגם בטלית אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי דכיון שיש לו בודאי חצי טלית יש בודאי שייכות לממון זה והשני ספק אם יש לו שייכות לממון לכן הממון בחזקת הודאי.

שיטת הרמב״ן דגרסינן לסוף אייתי סהדי דאיהו קריביה. ומפרש שהקרוב לא טען בודאות שהוא קרוב יותר מר׳ אידי אלא טען שהוא קרוב ואולי קרוב טפי. והעדים העידו שרב אידי הוא קרוב באופן שלא יתכן שהשני הוא קרוב יותר אבל עדיין יש צד שגם השני היה שוה לר״א אך כיון שר״א היה ודאי והשני ספק אין ספק מוציא מידי ודאי לכן זכה ר״א בדיקלא. ולענין הפירות סבר ר״ח דכיון דאית ליה מגו לא מפקינן מיניה הפירות שאכל דשמא הוא קרוב כר״א וחלקו אכל. ואביי ס״ל כיון שגם לדבריו אינו ודאי קרוב כר״א א״כ אף אם נאמין שהוא קרוב אכתי הוי ר״א ודאי ואיהו ספק ואין ספק מוציא מידי

ודאי. ולכאורה דברי הרמב"ן בסברת ר"ח אינם מובנים דמה מוסיף המגו הא גם בלי מגו איכא ספק שמא הוא קרוב כר"א ואעפ"כ אמרינן כיון דר"א ודאי והוא ספק אסממ"ו א"כ גם אחרי המגו אכתי הוי ספק שהרי הוא בעצמו אינו טוען ברי שהוא קרוב כר"א וכמו שבלי המגו מוציאים פירות שאכל מכח אסממ"ו כך אחרי המגו נוציא פירות שאכל מדין אסממ"ו.

ועוד יש לעיין בדברי הרמב"ן שכתב שהעדים העידו שרב אידי היה קרוב שבודאי יש לו חלק בירושה כגון שידוע שאין למת בנים והעידו שר"א הוא בן אחיו והשני ספק אם גם הוא בן אח ויורש בשוה עם ר"א או שהוא מזרע אחי אביו ואינו יורש עם ר"א. ומשמע שאם היה צד שהשני הוא קרוב יותר מר"א כגון שר"א ודאי בן אח והשני ספק אולי הוא בן המת לא היינו אומרים שר"א ודאי והוא ספק. וע' בקובה"ע ס' מ' שמביא שנחלקו הראשונים בספק בן במקום ודאי בת או במקום ודאי אח דהרא"ש והרמב"ן ס"ל שגם בזה אמרינן אסממ"ו והבת או האח יורשים כיון שהם ודאי והספק הוא ספק אף שיש צד שהספק הוא בן וקודם לבת ולאח. ושיטת הריטב"א דרק בודאי בן במקום ספק בן או ודאי אח במקום ספק אח שהודאי הוא בודאי מקבל חלק מהירושה שאין צד שהשני עדיף ממנו אבל ודאי בת במקום ספק בן נחשב ספק וספק שעל הצד שהספק הוא בן, הבת לא יורשת. א"כ אמאי כתב הרמב"ן דהכא ר"א הוי ודאי מפני שאין צד שהשני עדיף מיניה הא אפילו אם היה צד שהשני קרוב טפי אכתי הוי ר"א ודאי והשני ספק כדין ודאי בת במקום ספק בן.

אמנם הדברים מתבארים בדברי הרמב"ן ביבמות לז: דמה דסבר הרמב"ן דודאי בת יורשת במקום ספק בן מקורו ממתני' יבמות ק. דספק בן ט' לראשון בן ז' לאחרון אינו יורש עם יורשי אביו. והרא"ש והרמב"ן ס"ל דמיירי אפילו במקום שאין למת בן אלא בת או אח. והריטב"א ס"ל דמיירי דוקא במקום ודאי בן אבל במקום ודאי בת הוי ספק וספק. והקשה הרמב"ן על עצמו דמבואר ביבמות לח. דספק וסבא בנכסי יבם חולקים. וקשה דהסבא הוא ודאי אב במקום ספק בן ואמאי לא אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי ואף דעל הצד שהספק הוא בן הוא קודם לאב מ"מ הוי כודאי בת במקום ספק בן, ותירץ הרמב"ן דבמשנה בדף ק. יש צד שהספק אינו שייך למשפחת המת כלל ובזה אמרינן דאע"ג דאיכא צד שהוא בן ויורש לפני הבת מ"מ כיון שהבת היא ודאי שייכת למשפחה זו והספק הוא ספק נדחה הספק מפני הבת הודאית. משא"כ בספק וסבא אפילו לצד שהספק אינו בן המת והאב קודם לו בירושה מ"מ אין הספק זר דאם אינו בן הרי הוא בן אח. ובאופן שהספק הוא ודאי ממשפחה זו אמרינן אסממ"ו רק במקום שהודאי הוא ודאי בפועל בחלק בירושה כגון ספק ויבם בנכסי סבא שהיבם הוא ודאי יורש של הסבא אפילו לצד שהספק הוא בן המת. אבל בספק וסבא בנכסי יבם אע"ג דהסבא הוא ודאי אב מ"מ כיון שיש צד שהספק קודם לו, אין הסבא נחשב ודאי כלפי הספק.

נמצא דאיכא תרי גווני אסממ"ו לדעת הרמב"ן. א. כשאחד ודאי ממשפחת המת והשני ספק. בזה אמרינן אסממ"ו אע"ג דאיכא צד שהספק הוא קודם לודאי. ב. כששניהם ודאי ממשפחת המת ואחד הוא ודאי יורש בפועל דאין צד שהשני קודם לו אלא רק ספק שמא שוה לו.

ולפ"ז כל דברי הרמב"ן כאן פשוטים דהכא ההוא גברא היה ספק אם שייך למשפחת המת כלל ולר"א היו עדים שהוא קרוב וזכה בדקל מדין אסממ"ו. ולענין הדקל דליכא מגו היה זוכה ר"א אפילו אם היה צד שההוא גברא קרוב טפי כיון שר"א הוא ודאי ממשפחה זו וההוא גברא ספק והוי כודאי בת במקום ספק בן. ומה שהוצרך הרמב"ן לומר שלא היה צד שההוא גברא עדיף מר"א הוא כדי לבאר סברת אביי לגבי הפירות כמו שיבואר בסמוך. ואמר ר"ח דלענין הפירות נאמן במגו. ושאלנו לעיל מה מהני המגו הא גם לדבריו הוא ספק ונשאר אסממ"ו כמו בלי המגו. אך הביאור הוא דבלי הנאמנות של המגו יש לנו

ספק אם הוא קרוב כלל ובזה גדר הדין אסממ״ו הוא שלא מספקינן כלל והיו מוציאים מכח זה את הפירות שאכל אבל ע״י המגו הוא נאמן לומר אנא קריבנא דהיינו שהוא שייך למשפחה זו. ואף שגם לדבריו הוא ספק ונשאר הדין אסממ״ו סובר ר״ח דבאופן זה אין הדין אסממ״ו מועיל להוציא פירות שאכל דאיכא לידת הספק שמא גם הוא קרוב כר״א כיון שהוא ודאי ממשפחה זו. ואביי פליג וס״ל שגם באופן זה שנאמן ע״י המגו לומר שהוא ממשפחה זו כיון דאכתי הוי ספק ור״א הוא ודאי אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי ומוציאים הפירות. אבל כ״ז רק מפני שאין צד שההוא גברא קרוב טפי אלא לכל היותר הוא כר״א. אבל אם היה צד שהוא עדיף מר״א לא היה נחשב ר״א ודאי כלפיו כיון שאחרי המגו הוא ודאי ממשפחה זו הרי זה כספק וסבא בנכסי יבם דאין הסבא נחשב ודאי אף דהוא ודאי אב כיון שעל הצד שהספק הוא בן הוא קודם לאב. לכן כתב הרמב״ן שאין צד שההוא גברא קרוב טפי ובזה אמרינן אסממ״ו אע״ג ששניהם בודאי ממשפחה זו כיון שר״א הוא ודאי בירושה וההוא גברא ספק כדין ספק ויבם בנכסי סבא.

נמצא דמחלוקת ר״ח ואביי הוא במה שנתבאר לעיל דלרמב״ן איכא תרי גווני אסממ״ו דר״ח ס״ל דרק באופן שיש צד שאינו קרוב כלל הוי הדין אסממ״ו דין ודאי ומהני גם להוציא פירות שאכל אבל הדין השני אינו מועיל להוציא. ואביי ס״ל דגם באופן השני, ששניהם ודאי קרובים ואחד ודאי יורש והשני ספק, הוי דין ודאי ומהני להוציא פירות שאכל.

בשו״ע ס׳ קל״ט סע׳ ד׳ פסק שאם גבר האחד ואכל פירות ואח״כ הביא השני עדים שהוא קרוב מוציאים מהתופס מדין אסממ״ו. וכתב ע״ז בהגהות מהרי״ש בגליון השו״ע דצ״ע שמבואר בלשון הרמב״ן בסוגיין דאמרינן אסממ״ו רק במקום שאין צד שהספק קרוב יותר מהודאי ובשו״ע משמע דבכל גווני אמרינן אסממ״ו. ומוסיף דמלשון התוס׳ משמע דס״ל שגם כשיש צד שהספק הוא קרוב יותר אמרינן אסממ״ו אך לדינא כתב דצ״ע אולי צריך לחוש לשיטת הרמב״ן. ולמה שנתבאר לעיל לא פליגי בזה התוס׳ והרמב״ן כלל. ואדרבה מפורש ברמב״ן ביבמות דף לז: שאם יש צד שהספק אינו קרוב כלל אף שיש גם צד שהוא קרוב יותר מהודאי אמרינן אסממ״ו, וזה כמשמעות התוס׳ כאן. ומה שכתב הרמב״ן דאין צד שהספק קרוב יותר מרב אידי הוא משום דעל הפירות יש לו מגו ונאמן לומר שהוא ממשפחת המת. וכיון שידוע שהוא קרוב אם היה צד שהוא קרוב יותר מר״א לא היה ר״א נחשב ודאי. וע״ז לא פליגי התוס׳ אלא דס״ל שטענתו היתה שקרוב יותר וקשה א״כ למה אינו נאמן על הפירות מדין מגו והוצרכו לחדש דכיון שמוציאים את הקרקע מוציאים גם את הפירות. אבל בדינא דאין ספק מוציא מידי ודאי לא מצאנו מחלוקת הרמב״ן והתוס׳. וע״ע בקצה״ח בס׳ רפ״ד סוף סק״א שגם מביא מסוגיא זו דאמרינן אסממ״ו גם במקום שיש צד שהספק קרוב יותר ולמה שנתבאר גם הרמב״ן לא חולק ע״ז.

מדברי הרמב״ן מוכח שחולק על הכלל שכתבו התוס׳ דבמקום שמוציאים את הקרקע מוציאים את הפירות אע״ג דאית ליה מגו על הפירות. דהרמב״ן מפרש שלא הועיל המגו על הפירות משום שלא טען ברי שהוא קרוב טפי ולולא זה היה נאמן על הפירות במגו אף שמוציאים מידו את הקרקע. וע׳ בש״ך ס׳ קל״ט סק״ה שכתב על דברי התוס׳ דמחדושי הרמב״ן נראה שחולק וכוונתו כנ״ל.

שיטת בעה״מ. דהא דלא מהני המגו על הפירות לאביי הוא משום שאם אמת שהוא קרוב טפי בקל ימצא עדים ובמקום שקל למצוא עדים לא סמכינן על מגו. וע׳ קצה״ח ס׳ רצ״ד סק״ב שהקשה על הדין של איסי בן יהודה דס״ל בב״מ פג. דשומר נאמן לפטור עצמו בשבועת נאנסו רק במקום שאין רואה אבל אם טוען שנאנס ברה״ר במקום שיש רואין אינו נפטר בשבועה ואם לא מביא עדים משלם. וקשה הא שומר

שטוען נאנסו אית ליה מגו דהחזרתי או דלהד״ם אלא דהוי מגו דהעזה ולא מהני לפטור משבועה אבל במקום דאיכא רואין ובאים לחייבו ממון למה לא יפטר ע״י מגו. ומביא הקצות שבמהרי״ט ובמל״מ מבואר דמהני מגו לפטור במקום דאיכא רואין. ואח״כ כתב דלדברי בעה״מ בסוגיין ניחא דבמקום שאפשר בקל למצוא עדים לא סמכינן על מגו.

בב״מ פא: במעשה דההוא גברא דאוגר ליה חמרא לחבריה ואמר לו לא תיזיל באורחא דנהר פקוד דאיכא מיא וטוען שהלך ולא היה מים אמר אביי מה לי לשקר במקום עדים לא אמרינן. ופרש״י דהוי מגו במקום עדים משום דאנן סהדי דאיכא מים בנהר פקוד. ובשיטמ״ק שם בד״ה וכתב עליו הרמ״ך, כתב ואפשר לפרש במקום עדים דודאי בההיא אורחא שכיחי רבים וה״ל מקום שיש רואין וקי״ל דבמקום שיש רואין או יביא ראיה או ישלם. דהיינו שמפרש פשט מגו במקום עדים שאמרו שם אין הכונה מגו נגד עדים אלא מגו במקום שמצוי עדים ומשמע מלשונו דהוא מדינא דאיסי בן יהודה דכמו ששבועה לא מהני במקום רואה כך מגו לא מהני במקום רואה. וזה כשיטת בעה״מ בסוגיין [אך בעה״מ לא כתב דנלמד מקרא דאיסי בן יהודה]. אך עיקר פירושו של השיטמ״ק בגמ׳ בב״מ צ״ע דמעשה דנהר פקוד מובא גם בכתובות כז: ושם מבואר בגמ׳ דכונת אביי דהוי מגו נגד עדים ע״ש.

תוד״ה הי״ג. כתבו שאין לפרש דפליגי במגו במקום עדים דלשון הגמ׳ לא משמע כן. למה שנתבאר לעיל בדף לא. דאין מ״ד דסבר דאמרינן מגו נגד עדים אלא ס״ל דמתרצינן דיבוריה כדי שלא יסתור המגו את דברי העדים צ״ל דהכא נמי יש אפשרות ליישב דבריו. וכן מפורש ברשב״א והרמב״ן כאן ע״ש. וע׳ ברמב״ן במלחמות שכתב בסוף דבריו דגם אי גרסינן לבסוף אייתי עדים דאיהו קרוב טפי אין להקשות דהוי מגו נגד עדים דהכא הוי הפה שאסר ועדיף משאר מגו. נראה שאין להוכיח מכאן שהרמב״ן ס״ל דמהני הפה שאסר נגד עדים דרק כאן אמרינן הפה שאסר משום דאפשר לתרץ דבריו. אלא שהרמב״ן מחדש דאפילו המ״ד דס״ל מ״ל לשקר במקום עדים לא אמרינן ולא מתרצים את דבריו זה רק במגו דאין כח המגו סיבה ליישב דבריו במקום עדים אבל הפה שאסר שכחו חזק יותר ממגו לכו״ע גורם שניישב דבריו כדי שלא יהיה סתירה בין דבריו לעדים. אבל במקום שאין אפשרות ליישב דבריו גם הפה שאסר לא יועיל במקום עדים.

בסה״ד כתבו דליכא למימר שנאמין לו שאכלה ג׳ שנים ולא נאמין שקנה הקרקע ונחייבו פירות ע״פ הודאתו שאכל פירות ג׳ שנים כדאמרינן בגיטין. ביאור דבריהם דבגיטין כיון שהוציא הס״ת מתח״י איכא חזקה שנכתב בכשרות. וע׳ בש״ש ש״ו פ״ז דהוי כהוחזקה נדה דהוי כאילו שיש עדים שהס״ת כשר ולא מפיו אנו חיים. לכן אינו נאמן לפסול משא״כ כאן שרק מפיו נודע לנו שאכל והוא אומר שאכל ג׳ שנים. וא״ל שנאמין שאכל ב׳ שנים ומחצה ונחייבו פירות דע׳ ברשב״א שא״א לקבל דבריו לחצאין.

נמצא הדרכים שכתבו הראשונים בסברת אביי דלא מהני מגו לגבי הפירות א. דהוי מגו נגד הודאת בע״ד. ב. דהוי מגו נגד עדים. ג. כיון שהקרקע יוצאת מוציאים גם את הפירות. ד. מגו נגד הדין של אין ספק מוציא מידי ודאי. ה. לא מהני מגו כיון שהוא עצמו לא ידע אם הוא קרוב יותר או לא. ו. מגו במקום שקל למצוא עדים לא מהני.

דף לג:

זה אומר של אבותי. פרשב״ם שמביא עדים שהיתה של אבותיו עד יום מותם ומעולם לא מכרו לאבותיו של זה השני. כונת הרשב״ם בזה לחלק בין מחלוקת ר״ח ואביי ורבא כאן למחלוקת רבה ואביי לעיל לא. דלעיל מיירי שהעדים רק העידו שהיה של אבותיו ויש מקום

לתרץ דבריו שאבותי לקחו מאבותיך אבל כאן שמעידים שהיה של אבותיו עד יום מותם א״א לתרץ אבותי לקחו מאבותיך שגם זה נגד עדים וצריך לתרץ דסמיך עלה כדאבהתי. ור״ח מחדש שגם בזה מתרצינן דיבוריה כדי שלא יסתור המגו לדברי העדים. וע׳ במהרש״א שלפ״ז אפשר ליישב הגרסא דגרסי לעיל רבא ולא קשיא מדברי רבא כאן דס״ל כאביי, דהתם ס״ל דמתרצינן דיבוריה אבל כאן שא״א לתרץ דבריו שהתכוין אבותי לקחו מאבותיך אלא רק דסמיך עלה כדאבהתי בזה מודה רבא לאביי דלא מתרצינן דיבוריה והוי מגו במקום עדים.

הדרא ארעא והדרי פירי. פרשב״ם דהיינו דוקא כשיש עדים על אכילת פירות אבל אם אין עדי אכילה אלא שהוא טוען שקנה ואכל פירות אינו משלם פירות דלגבי הפירות אית ליה מגו. וע׳ בש״ך ס׳ קל״ט סק״ה שהוכיח מכאן שהרשב״ם חולק על סברת התוס׳ לעיל דהיכא שהקרקע יוצאת מתחת ידו מוציאים גם את הפירות אף דאית ליה מגו על הפרות ובדברי התוס׳ ג״כ יש לכאו׳ סתירה בזה דבסוף ד״ה ואי הקשו שהטוען שקנה את גוף הקרקע ויש לו עדים על אכילת ב׳ שנים יהיה נאמן לגבי הפירות במגו דלפירות ירדתי. והקשה רע״א דכיון שעל הקרקע לית ליה מגו ויוצאת מתח״י ממילא מוציאים גם את הפירות. וכן הקשה בהגהות אמרי ברוך בגליון השו״ע ס׳ קמ״ה על הש״ך סק״ב. והשעה״מ בס׳ קל״ז סק״א גם עמד בזה ומוסיף להקשות מתוד״ה א״ה שפרשו קושית הגמ׳ אפילו ארעא נמי היינו שהטוען שקנה את הקרקע יהיה נאמן לגבי הפירות הרי דס״ל דאף שהקרקע יוצאת מתח״י אין זה גורר חיוב פירות וסותר לתוס׳ בעמ׳ א׳. וכן הקשה בקו״ש אות קמ״ג. וע׳ בחי׳ ר׳ מאיר שמחה מש״כ ליישב קושית רע״א.

מה דקשיא לרשב״ם איך נאמן לגבי הפירות במגו דלא אכלתי הרי חשב שע״י טענת אכילה יזכה בקרקע והוי מגו לחצי טענה. ותי׳ דלזה סגי באכילת קצת פירות. ע׳ רמב״ן דכיון שרק על פיו יודעים שאכל הוי הפה שאסר ומהני אף דהוי כמגו לחצי טענה דרק במגו יש חסרון זה ולא בהפה שאסר ע״ש.

תוד״ה ואי טעין. הקשו לגבי פירות לא צריך להגיע לסברת לא חציף דהוי ככל מטלטלין שיש בהם חזקה מה שתח״י אדם שלו. ותי׳ דבאופן דהוי ברשותו זוכה מכח חזקת מטלטלין בלי סברת לא חציף אבל באופן שהניח ברה״ר ליכא חזקת מטלטלין ואז צריך סברת לא חציף. ומבואר דס״ל דחזקת מטלטלין אינה רק מצד סברא דאחזוקי אנשי בגנבי לא מחזקינן ותולים שהגיע לידו בדרך התר והוי כראיה שקנה דאם זה רק מכח ראיה לא ישתנה הדין כשמניח ברה״ר. אלא מוכח דס״ל דאינו אלא דין מוחזק ואחזוקי אנשי בגנבי לא מחזקינן אין זה ראיה שזה שלו אלא רק שע״י שנמצא בידו נחשב בחזקתו ולא בחזקת המ״ק כיון שהוא מחזיק כדרך הבעלים. וכיון שהוא המוחזק על המוציא ממנו להביא ראיה. לכן כשהניח ברה״ר ואינו מוחזק בטל חזקתו במטלטלין. ואזלינן בתר מ״ק. ע׳ בקו״ש אות ק״ס וח״ב ס׳ ט׳ שמבאר בנוסח אחר.

הנוב״י אבה״ע ס׳ ל״ז הקשה אמאי לא מתירים אש״א על פי סימנים בבגדים של המת משום דחיישינן לשאלה, למה לא נימא בזה חזקה משתח״י שלו ככל חזקת מטלטלין. ותי׳ דנגד חזקה זו איכא חזקת אשת איש [והובאו דבריו לעיל כח:]. וכתב בזה האו״ש בפ״ב ממלוה ה״ו דחזקת מטלטלין אינה חזקה המבררת אלא שא״א להוציא מידו בלי ראיה ממילא לענין איסור והתר ליכא הוכחה שהבגדים הם של המת. וע״ש עוד מה שמאריך לבאר גדר חזקה זו. ומדברי התוס׳ מוכח דס״ל בזה כאו״ש ולא כנוב״י. ומש״כ המ״מ בפ״א ממלוה ה״ד בשם הרמב״ן דהטוען על ממון שברשותו שאינו שלו אינו נאמן אע״ג דאית ליה מגו כיון שהמגו נגד חזקה משתח״י שלו ומשמע דהוי חזקה המבררת ולא רק דין מוחזק מבאר האו״ש דאיכא חזקה שמה שמחזיק

מחזיק בתורת שלו ואינו נאמן לומר שמחזיק בשביל אחר אבל אין בירור שבאמת זה שלו ע"ש.

איתא בקידושין ס. הרי את מקודשת ע"מ שיש לי מאתים זוז ויש לו מקודשת. וכתב הר"ן דכל שיש בידו ר' זוז מקודשת ודאי אף שאין עדים שזה שלו דחזקה מה שתח"י שלו. והב"י באבה"ע ס' ל"ח מדייק מלשון הרמב"ם בפ"ז מאישות ה"ג שאם אין עדים שזה שלו אינה אלא ספק מקודשת וכן מדייק הגאון שם סקכ"ג בלשון השו"ע שהוא כלשון הרמב"ם. וסברת הרמב"ם הוא כמבואר בתוס' דידן ובאו"ש דחזקת מטלטלין אינה חזקה של ראיה אלא רק דין מוחזק ומספק לא מוציאים אבל אין בירור שבאמת זה שלו ולכן הקידושין אינם אלא ספק קידושין. ובדעת הר"ן י"ל דס"ל דהוי בירור שזה שלו ולא כתוס' א"נ כיון שלמעשה לא מוציאים הממון מידו ובידו להשתמש בהם כשלו הרי זה נחשב שיש לו ר' זוז ונתקיים התנאי אף על הצד שאינם שלו.

לכאורה ענין זה תלוי במה שנחלקו הראשונים בגדר דברים העשוים להשאיל ולהשכיר דרוב הראשונים ס"ל שכל שדרכו לפעמים לשאילו אין בו חזקת מטלטלין. והרמב"ם ס"ל בפ"ח מטו"נ ה"ט שגם דברים שדרכם להשאיל יש בהם חזקת מטלטלין ורק דברים שתחילת עשייתם להשאיל ולהשכיר כיורות הגדולות וכו' אין בהם חזקת מטלטלין. ולדעת הרמב"ם ע"כ אין חזקת מטלטלין מכח ראיה שזה שלו שהרי בדברים שדרכם בהשאלה אף שאינם עשוים לזה מ"מ ליכא הוכחה שזה שלו אע"כ דכל שמחזיק כדרך בעלים הוי בחזקתו אף שאין ראיה. והחולקים ס"ל דכל שדרכו להשאיל ליכא ראיה שזה שלו ואין חזקת מטלטלין. ועיין מש"כ בזה בדף מה. בדברי הרשב"ם שם בדעת רבה ובדף נב.

הקו"ש באות ק"ס הקשה על מש"כ התוס' דמיירי שהניח הפירות ברה"ר דבתחילת דבריהם כתבו דמה שנאמן בגלל סברת לא חציף הוא רק בפירות שאכל. דהיינו שבתחילה כתבו דסברת לא חציף מהני רק כשכבר אכל הפירות והוא מוחזק בהם בזה סברת לא חציף מסייע למוחזקותו אבל אם הניח הפירות ברה"ר הרי אינו מוחזק ואיך מהני סברת לא חציף נגד חמ"ק. וצ"ל דלא בעינן שיהיה בחזקתו אלא סגי בזה שאינו ברשות בעל הקרקע דרק כשמוציא ממוחזק לא סמכינן על לא חציף אבל כשלקח הפירות ואין המ"ק מוחזק בהם אף שגם הוא אינו מוחזק דנמצאים ברה"ר מהני סברת לא חציף. ואף דכתבו בד"ה א"ה שגם כשטוען שגוף הקרקע שלו אינו נאמן על הפירות להבא אף שלדבריו הם בקרקע שלו ואין המ"ק מוחזק בהם צ"ל דכיון שלגבי הקרקע אינו נאמן והוכרע שהקרקע של המ"ק הרי הוא נחשב מוחזק גם על הפירות דלהבא ולא מהני סברת לא חציף להוציא מחזקתו אלא לענין פירות שכבר לקח המחזיק ובזה נאמן כיון שאינם ברשות המ"ק אף שהניחם ברה"ר ואינם ברשותו.

ההגהות מיימוניות בפ"ט מטו"נ ה"ו בשם הריצב"א מיישב קושית התוס' באופן אחר. דחזקת מטלטלין איכא רק כשלא ידוע איך הגיעו המטלטלין לידו בזה תולים שניתן לו ע"י הבעלים דאחזוקי בגנבי לא מחזקינן. אבל הכא שראינו שלקח פירות שלא בפני הבעלים דמי לתפס בפנינו דליכא חזקת מטלטלין כמבואר בסמוך בסוגיא דנסכא דר"א. [אין להוכיח מזה שחולק על תי' התוס' וס"ל דחזקת מטלטלין הוא מכח הוכחה ומהני גם כשאינו ברשותו דאולי לא ניחא ליה לפרש דמיירי שהניחן ברה"ר]. ובקצה"ח בס' קל"ז סק"א כתב דהעיקר בזה כתי' הריצב"א דכן משמע להדיא גבי נסכא דר"א דהיכא דתפס בפנינו ליכא חזקת מטלטלין ולכאורה נראה דלק"מ על התוס' מנסכא דר"א דהתם מיירי שתפס בפנינו בדרך גזילה ובזה פשיטא דליכא חזקת מטלטלין אבל הכא אף שאכל שלא בפני הבעלים לא היה זה בדרך גזילה אלא ירד וליקט כדרך הבעלים שלא בדרך חטיפה בזה נקטו התוס'

דאית ליה חזקה ככל מי שמחזיק בידו מטלטלין כדרך בעלים. ומפורש בתוד"ה לא חציף דמיירי הכא שלא לקח דרך גזילה שבזה לא מהני סברת לא חציף. וצ"ע קצת על הקצה"ח שדחה דברי התוס' בגלל קושיתו מנסכא דר"א ולכאורה לא קשה כלל.

עוד ישוב על קושית התוס' י"ל ע"פ דברי ר' יונה שהובא בריש פרקין שכתב בדף כח: ב' טעמים דחזקת קרקעות גרע מחזקת מטלטלין. א. דאינו תח"י ממש. ב. דמי קצת לגודרות דלא בעינן מעשה גניבה ממש כמו במטלטלין שנמצאים בביתו.וכתבנו לעיל דנ"מ מזה לענין לקיטת פירות דהסברא הראשונה לא שייכת בזה דהוי בידו ככל מטלטלין אבל לגבי הסברא השניה לקיטת פירות דמי לקרקע ולא למטלטלין ואין בזה חזקת מטלטלין לכן צריך להגיע לסברת לא חציף. וסברא זו כתב האבה"א בפ"ט מטו"נ ה"ו ד"ה וראיתי ליישב על מה שהקשה שם בהמשך דברי הגמ' אחרי שתרצו דלא מהני סברת לא חציף לענין הקרקע משום דאיכא ריעותא דאחוי שטרך הקשו א"ה פירות נמי. וקשה הא מוכח מעבד קטן דבמטלטלין גם במקום שהדרך לכתוב שטר לא מהני ריעותא דאחוי שטרך לבטל חזקת מטלטלין.ותי' דליכא הכא חזקת מטלטלין דדמי במקצת לגודרות כיון שאפשר להגיע לפירות בלי מעשה גזילה ממש.

והנה למה שכתבו התוס' דהכא מיירי בהניח הפירות ברה"ר וליכא הכא חזקת מטלטלין לק"מ קושית האבה"א [האבה"א לא קאי בשיטת התוס'] דכאן אינו זוכה מכח חזקת מטלטלין אלא רק מכח סברת לא חציף ובזה שפיר מהני ריעותא דאחוי שטרך. ע' קו"ש אות ק"ס שכ"כ. וכן לדעת הריצב"א ליכא הכא חזקת מטלטלין כיון שתפס בפנינו וזוכה רק מכח לא חציף ושפיר הקשו דאיכא ריעותא דאחוי שטרך.

נמצא ג' דרכים בישוב קושית התוס' ל"ל לא חציף ת"ל משום חזקת מטלטלין. א. מיירי שהניח ברה"ר, תוס'. ב. כיון שתפס בפנינו ליכא חזקת מטלטלין, ריצב"א. ג. לפי סברת האבה"א ליכא חזקת מטלטלין בלקיטת פירות דדמי לגודרות וסברא זו יש לה מקור בדברי ר' יונה בדף כח:

סוד"ה ואי. הקשו שיהיה נאמן לטעון שקנה הקרקע לענין שיהיה פטור מלשלם פירות במגו דלפירות ירדתי. ותי' דהוי מגו לחצי טענה שרצה לזכות גם בקרקע. ויש לע' אמאי לא תרצו כן גם לעיל כשהקשו שיהיה נאמן כשטוען אנא קריב טפי לגבי הפירות במגו דאי בעי אמר לא אכלי הרי גם שם זה מגו לחצי טענה דבטענת אנא קריב טפי רצה לזכות גם בקרקע. דהיינו שלעיל הובא שהאחרונים הקשו למה לא תרצו כאן כמו שתירצו לעיל דכל שמוציאים את הקרקע מוציאים את הפירות. וכמו כן קשה אמאי לא תרצו לעיל מה שתירצו כאן. אמנם לפי מש"כ הנתיבות בכללי מגו כלל י"א שבמקום שאין סתירה בין הטענה שטוען לטענת המגו ואם ירצה יכול לטעון את שתי הטענות אין בזה חסרון של מגו לחצי טענה, א"כ לעיל היה יכול לטעון אנא קריב טפי ולא אכלתי פירות ולכן מהני המגו אף דהוי לחצי טענה משא"כ כאן שבא לזכות ע"י החזקה. אך בתוס' בכתובות פח: מוכח שגם באופן שיכול לטעון את שתי הטענות לא אמרינן מגו לחצי טענה כמו שמוכיח המהרי"ט ודבריו הובאו בגליון מהרש"א שם. וע"ע לקמן לו. בהני עיזי בזה. וע"ע בשעה"מ כללי מגו סק"ג בשם המהרי"ט שבאמת מפרש סברת אביי לעיל דלא מהני מגו לפירות דהוי מגו לחצי טענה.

תוד"ה איזיל. כתבו דסברת לא חציף מהני רק לענין לקיטת פירות ולא לענין קציצת האילן דאין דרך בנ"א למכור אילן לקוץ. הרשב"א גורס בגמ' איזיל ואגזריה לדיקלא דפלניא וס"ל שנאמן גם לענין קציצת הדקל ומיישב ראית התוס' מב"ק דשאני הכא דאמר תחילה משא"כ בב"ק שלא היה אמירה אין סברת לא חציף. דהיינו שהרשב"א חולק גם על תוד"ה איזיל וגם על תוד"ה לא. וראית התוס' בד"ה לא דוחה הרשב"א דלקיטת פירות שאני שזה פעולה שנמשך זמן וכמאן דאמר

מתחילה דמי. וכן דעת הרמב"ן וגם הרמב"ם פ"ט מטו"נ ה"ו פסק שנאמן גם לענין קציצת הדקל. והראב"ד חולק וס"ל כתוס'. עיין מש"כ בזה בשבועות מ"ו.

תוד"ה אי הכי. כתבו דקושית הגמ' שיהיה נאמן לגבי הפירות שאכל כשטוען שקנה את גוף הקרקע. אבל לענין גוף הקרקע לא מהני סברת לא חציף כמו שלא מועיל לענין פירות להבא. הרמב"ן והרשב"א חולקים וס"ל דרק לגבי פירות להבא שבא להוציא מהמוחזק לא מהני סברת לא חציף אבל לגבי הקרקע שהוא מחזיק בו מהני סברת לא חציף נגד חמ"ק. ולפ"ז אחר ג' שנים שבטל ריעותא דאחוי שטרך יכול לזכות גם בלי הראיה משתיקת המ"ק, מכח סברת לא חציף. וע' בשעה"מ ס' קמ"ו סק"ג שכתב שהרמב"ן יחלוק על מה שכתבו הרא"ש והנ"י בריש פרקין דאם עדי המחאה מעידים שלא אמרו לשום אדם ולא ידע המחזיק מהמחאה אעפ"כ מחאתו מחאה ובטלה החזקה וכ"כ הרשב"ם לקמן לט. בד"ה מחאה שלא בפניו. וכ"כ התוס' מ. ד"ה מחאה. וכן נפסק בשו"ע ס' קמ"ו סע' ג'. וכ"ז מפני שהחזקה הוא מכח הראיה שיש מהשתיקה ואם מחה לא שתק וליכא חזקה אף שלא שמע המחזיק מהמחאה. וכתב השעה"מ שכ"ז רק לשיטת התוס' דסברת לא חציף לא מהני בקרקע אבל לרמב"ן שמהני לגוף הקרקע אלא שיש ריעותא אחרי ג' שנים אם לא שמע המחאה ליכא ריעותא ואף שאין ראיה מהשתיקה מ"מ זוכה בגלל לא חציף ע"ש.

לענין הלכה. לשון המחבר בס' קל"ז סע' א' הוא היורד לשדה חברו ולקט פירותיו וכו' נאמן בשבועת היסת. ובסע' ב' כתב אם אין בעל השדה והאילן כאן ואמר א' אלך ואלקוט וכו'. הסמ"ע בסק"א וכן הקצות הבינו שהנאמנות בסע' א' אינו מדין לא חציף דבסע' ב' משמע דבעינן אמירה. אלא סע' א' הוא מכח חזקת מטלטלין והסמ"ע מבאר ע"פ התוס' דסע' א' מיירי שהפירות ברשותו ואז לא צריך להגיע ללא חציף דאיכא חזקת מטלטלין וסע' ב' מיירי שהפירות ברה"ר או ברשות בעל הקרקע דליכא חזקת מטלטלין ואז צריך להגיע ללא חציף ולזה בעינן אמירה. והקצות מבאר ע"פ תי' הריצב"א דסע' א' מיירי שאכל בפני הבעלים ויש חזקת מטלטלין וסע' ב' מיירי שלקט שלא בפני הבעלים ואז ליכא חזקת מטלטלין ולכן בעינן אמירה כדי שיהיה סברת לא חציף. ולדבריהם יוצא שהמחבר פסק כשיטת הרשב"א והרמב"ן דבעינן דוקא אמירה ולא כתוד"ה לא.

יש לעיין בזה בתרתי א. לדבריהם עיקר דינו של רבי יהודה דנאמן על פירות שלקט בגלל סברת לא חציף לא נזכר בשו"ע. דבסע' א' אין הטעם מפני שלא חציף אלא מדין חזקת מטלטלין. ובסע' ב' לא נזכר שלא מוציאים מידו פירות שלקט כשבאו הבעלים וטענו שהוא גזלן אלא רק שאם מלקט שלא בפני הבעלים אין ב"ד מונעים ממנו ואם באו הבעלים קודם שליקט מונעים ממנו להמשיך ללקט. אבל עיקר הדין שלא מוציאים ממנו הפירות שכבר לקט לא נזכר בשו"ע. ועוד דבסע' ג' פסק המחבר דלענין כריתת האילן לא סומכים על סברת לא חציף. וזה כשיטת התוס' בד"ה איזיל וראיתם מהגמ' בב"ק והראיה הוא לשטתם דס"ל בד"ה לא דלא בעינן אמירה. אבל הרשב"א והרמב"ן דפליגי וס"ל דבעינן אמירה דחו ראית התוס' מב"ק דהתם מיירי בלי אמירה, ואם השו"ע פסק כשיטת הרשב"א דבעינן אמירה לכאורה אין מקור לחלק בין לקיטת פירות לכריתת האילן.

בביאור הגר"א בסק"א מפורש שלא למד כסמ"ע והקצות אלא שסע' א' הוא דינו של רב יהודה והטעם שנאמן משום דלא חציף וע"כ דס"ל שגם בלי אמירה אמרינן לא חציף וכשיטת התוס'. וגם בסק"ב כתב בהדיא דסע' א' מיירי באופן דליכא חזקת מטלטלין ולכן כתב המחבר שיש עדים שלקטן דאז ראינו שתפס ואין חזקת מטלטלין כריצב"א ונאמן בגלל לא חציף. ולדבריו צ"ל דמה דנקט בסע' ב' ואמר הוא לשון הגמ' ולאו דוקא דלא בעינן אמירה וב' הסעיפים הם

ב׳ דינים שיוצא מדברי רב יהודה. דהרשב״ם כתב בד״ה מהימן דהנאמנות שיש בגלל לא חציף הוא לענין ב׳ דינים. א. דכ״ז שלא באו הבעלים שבקין ליה ב״ד ללקט וזהו הדין שנפסק בסע׳ ב׳. ב. אם אתא חבריה וטען להד״ם נאמן המלקט לגבי פירות שכבר לקט וזה הדין שנפסק בסע׳ א׳. והכל בגלל לא חציף והכל באופן דליכא חזקת מטלטלין. ודלא כהסמ״ע והקצות.

דף לד.

נסכא דרבי אבא. מבואר בגמ׳ שאם לא היו עדים שחטף היה נאמן לומר אין חטפי ודידי חטפי במגו דלא חטפתי. ומה שאינו נאמן לומר דידי חטפי כשיש עדים שחטף הוא משום דלית ליה מגו. א״כ קשה מה נוגע ענין זה לדין של מתוך שאינו יכול לישבע משלם הא הכל תלוי אם כשיש ע״א שחטף יש לו מגו או לא. דאם אית ליה, שהיה יכול להכחיש את העד, למה לא יהיה נאמן לומר דידי חטפי במגו. ואם אין לו מגו מפני שירא לישבע להכחיש את העד גם בלי מתוך לא יהיה נאמן לומר דידי חטפי. זהו קושית התוס׳ וצריך להבין כוונתם בתירוצם. וכמה דרכים נאמרו בזה.

א. **מרן** הגרא״מ שך שליט״א היה רגיל לומר בשם הגרא״ז זצ״ל [ע׳ אבן האזל פי״ד מטו״נ ה״ח ד״ה והמ״מ ובאבי עזרי פ״ב מטו״נ ה״ד ופ״ד מגו״א הי״ד] שהרמב״ם כתב בפ״א ממלוה ה״ד שאם טען הלוה על מטלטלין שבידו שאינם שלו אינו נאמן והמלוה גובה מהם. והקשה ה״ה אמאי אינו נאמן לומר שהמטלטלין אינם שלו במגו שהיה נותנם במתנה לאחר. ותי׳ בשם הרמב״ן דכיון דחזקה מה שתח״י שלו אינו נאמן לומר שאינו שלו אפילו במגו דלא מהני מגו נגד חזקה זו. והגאון בהגהתו על הרמב״ם כתב שהמקור לסברא זו מסוגיא דנסכא דר״א. ואינו מובן דאדרבה בנסכא דר״א מוכח איפכא דמבואר שאם חטף בלי עדים נאמן לומר דידי חטפי במגו דלא חטפתי אע״ג דטענתו היא נגד חזקה דמה שתחת ידו של הנחטף הוא שלו. ועכצ״ל דאמנם מגו לא מהני נגד חזקה זו אבל כשאין עדים שחטף ויודעים שחטף רק ממנו אית ליה הפה שאסר וזה עדיף ממגו ומהני נגד החזקה. וכשיש ע״א שחטף אי לא אמרינן מתוך כל נאמנותו של העד הוא רק לענין שבועה אבל לענין הממון אין לו נאמנות כלל ונמצא שלענין ממון הידיעה שחטף הוא ממנו ואית ליה הפה שאסר ומהני נגד החזקה. אבל למאן דאית ליה מתוך כלול בנאמנות העד נאמנות לענין ממון כ״ז שלא נשבע כנגדו ואף דאכתי אית ליה מגו שהיה יכול לטעון לא חטפתי ולישבע נגד העד אין זה אלא מגו ולא הפה שאסר ולא מהני נגד חזקה. וזה שלמד הגאון מכאן דמגו לא מהני נגד חזקה זו דאל״כ אפילו למ״ד מתוך אכתי יהיה נאמן במגו. אלא מוכח מזה שרק הפה שאסר מהני נגד חזקה זו ולא מגו. ולפ״ז יוצא שבאמת אין החיוב מדין מתוך שאיל״מ אלא חיובו מפני שטענתו נגד חזקה. אלא שאם לא אמרינן מתוך אית ליה הפה שאסר ואי אמרינן מתוך לית ליה הפה שאסר ומגו נגד חזקה לא מהני. אך בדעת הרמב״ן כאן א״א לפרש כן דכתב שאפילו אם יש ב׳ עדים שחטף אם לא ראו בידו החפץ נאמן לומר דידי חטפי במגו דהחזרתי. הרי שאם יש מגו נאמן לומר דידי חטפי נגד החזקה אע״ג דלא הוי הפה שאסר. ועוד הקשה האבי עזרי דזה מתרץ רק את נסכא דר״א אבל אכתי קשה בחזקה כשמביא חד סהדא על תרתי שני שהגמ׳ תולה במתוך ובזה אין המגו נגד חזקה ולמה לא יהיה נאמן במגו אפילו למאן דאית ליה מתוך. וע״ש שכתב לבאר באופן אחר.

ב. **הקה״י** בס׳ כ״ה מבאר על דרך הנ״ל דאי אמרינן מתוך לא הוי הפה שאסר ואי לא אמרינן מתוך איכא הפה שאסר. אך הא דבעינן דוקא הפה שאסר ולא סגי במגו אינו משום דלא מהני מגו נגד חזקה אלא דאינו מגו כיון שירא לישבע להכחיש את העד. אבל זה חסרון רק אי אמרינן מתוך ולא הוי הפה שאסר אבל אי לא אמרינן מתוך נאמן מדין הפה שאסר ובזה נאמן אף שלא ניחא ליה להכחיש את העד דאין נאמנות

של הפה שאסר מכח ראיה. ובזה מיישב קושית ריב״ם על ר״י.

ג. **התרומת** הכרי בס׳ ע״ה מבאר דברי ר״י דמה שאם חטף בלי עדים נאמן אינו מפני מגו אלא כל שלא ראו שחטף לא איתרע חזקתו של החוטף ורק כשראו שחטף דרך גזילה מוציאין מידו דאז הממון בחזקת הנחטף. והיכא דאיכא ע״א על חטיפה אי אמרינן דנחשב שראינו החטיפה ואיתרע חזקת התופס או שנחשב כתופס שלא בפנינו דלא איתרע חזקתו ולא צריך מגו זה תלוי אי אמרינן מתוך או לא. דאי אמרינן מתוך יש לע״א נאמנות גם לממון ואז צריך התופס מגו ולית ליה מגו דירא לישבע להכחיש את העד. אבל אי לא אמרינן מתוך ליכא עדות על חטיפה דאין העד נאמן אלא לשבועה וא״כ נאמן לומר דידי חטפי אף שאין לו מגו. [ע׳ בקה״י בפירושו השני שגם כתב שכשתופס בלי עדים אין טענתו נגד חזקה ורק כשראו שבא לידו ע״י חטיפה הרי הוא כאילו שהוא עדיין ביד הנחטף ע״ש].

ד. **הקו״ש** באות קמ״ה מבאר תי׳ הריב״ם ע״פ היסוד שמגו אינו בירור אלא דין של כח הטענה והכא אי אמרינן מתוך העד נאמן גם לגבי הממון כ״ז שאינו מכחישו ואף שבפועל היה יכול לישבע כנגדו מ״מ כ״ז שלא נשבע יש בירור ודאי שחטף ועכשיו א״א להאמינו בכח הטענה של טענת לא חטפי. אבל אי לא אמרינן מתוך אין לעד נאמנות לענין הממון ושפיר אית ליה כח הטענה דלא חטפי דגם עכשיו שאינו נשבע ליכא בירור ודאי שחטף.

הצד השוה של כל פשטים אלו הוא שבאמת אין החיוב בנסכא דר״א מדין מתוך שאיל״מ אלא דדין מתוך גורם לחיובו. להגרא״ז מתוך גורם דליכא הפה שאסר ומגו גרידא לא מהני נגד חזקה. לקה״י מתוך גורם דליכא הפה שאסר ומגו ליכא דירא להכחיש את העד. לתרה״כ מתוך גורם שיש בירור שחטף ואיתרע חזקת התופס. לקו״ש המתוך גורם דלית ליה כח הטענה וממילא חייב בגלל חזקתו של הנחטף.

ה. **הקצה״ח** בס׳ ע״ה סקי״ב כתב דלגבי מי שראה את החטיפה ליכא מגו ואם היה התופס זוכה בטענת דידי חטפי במגו דלא חטפתי והיה מוכר הממון למי שראה החטיפה לא היה הקונה יכול לעכב הממון בידו דלגביו ליכא מגו. וכיון שכ״ז שלא נשבע להכחיש את העד נאמן העד כשנים גם לגבי הממון למאן דאית ליה מתוך א״כ ידוע לנו מכח העד שחטף והוי כחטף בפנינו דלא מהני מגו למי שידוע לו החטיפה. ולכאורה אינו מובן למה לא יוכל הרואה את החטיפה לעכב הממון הא כיון שיכול התופס להכחישו אית ליה מגו וגם לגבי מי שראה שחטף קיימת ראית המגו. ורק אי אמרינן היסוד דכח הטענה אפשר להבין דברי הקצות. ומה שלמד כן הקצות מהתוס׳ לעיל ל. כבר נתבאר שם שלא כתבו התוס׳ שאם המוכר היה טוען לקחתי והיה נאמן במגו דלהד״ם לא היה הקונה שמודה שהיה של המ״ק יכול לעכב אלא כתבו שאם היה המוכר טוען להד״ם לא היה יכול הקונה לעכב כיון שמודה שטענת המוכר שקר. וכיון שא״א לטעון לקונה להד״ם א״א לטעון בשבילו לקחתי מגו דלהד״ם. אבל אם המוכר היה טוען כן היה מועיל גם לקונה.

הר״ן בשבועות מז. כתב דטעמא דאינו נאמן במגו בנסכא דר״א לפי שהתורה האמינה ע״א לענין שבועה כב׳ עדים לענין ממון. וכיון שיש לעד נאמנות כשנים כ״ז שלא נשבע כנגדו יש לבעל דין לשלם או לישבע ואינו נאמן לומר דידי חטפי כי היכי דלא מצי למימר הכי בשנים לענין ממון. ומיד אח״כ הקשה הר״ן למה אינו נאמן במגו דהחזרתי. ומבואר דסברא זו דנאמן העד כשנים ויש לנו ידיעה שחטף רק גורם שלא יהיה נאמן במגו דלא חטפתי ואין סיבה שלא להאמין במגו דהחזרתי. [ולפי הקו״ש הפשט דנאמנות העד מסלק כח הטענה של טענת לא חטפתי דכ״ז שלא נשבע יש ידיעה ודאית שחטף אבל אין זה מגרע את המגו של החזרתין]. מדברי הר״ן יש ללמוד דדין זה דנסכא דר״א נאמר רק בשבועת ע״א שיש לו נאמנות כשנים כ״ז שלא

נשבע כנגדו ולא בשאר שבועות. דסברא זו כתב הר״ן גם בריש כל הנשבעין בדברי הר״י מגש דס״ל מגו לאפטורי משבועה לא אמרינן ואחד מראיותיו של הר״י מגש הוא משבועת ע״א ע״ש. ודחה הר״ן דאף אי אמרינן בכל שבועות דמהני מגו לאפטורי משבועה בשבועת ע״א לא אמרינן מגו לאפטורי משבועה דעד אחד נאמן כשנים כ״ז שלא נשבע כנגדו והוי כמגו נגד עדים. הרי שמחלק הר״ן בין שבועת ע״א שבזה כ״ז שלא נשבע יש בירור של עדות שנאמן כשנים שחייב לשאר שבועות דאף למ״ד דס״ל מתוך אין בירור ודאי שחייב. א״כ גם מש״כ הר״ן בדף מז. דמה שחייב בנסכא דר״א הוא משום דע״א נאמן כשנים הוא דין מיוחד בע״א. אך מדברי השיטמ״ק כאן בשם תה״ר ור׳ יונה מבואר דלא ס״ל כן דהקשו למה שומר נאמן בטענת החזרתי במגו שהיה נשבע נאנסו נימא כ״ז שלא נשבע נאנסו דין הוא שישלם. ותרצו דכ״ז שלא טען טענת נאנסו לא חל חיוב שבועת השומרים. מבואר שאילו היה חל חיוב שבועת השומרים הדין מתוך היה גורם שלא יפטר בהחזרתי אף דאית ליה מגו כ״ז שלא ישבע נאנסו.

נמצא שנחלקו הראשונים בביאור דברי ריב״ם להר״ן הוא דין מיוחד בשבועת ע״א ולרא״ש ור׳ יונה הוא הלכה בכל מתוך. ושו״ר באמרי ברוך בגליון השו״ע ס׳ ע״ה סע׳ י״ג שמביא מחלוקת הראשונים בזה. ואין להקשות לר״ן שהוא מכח הנאמנות של ע״א ודוקא בשבועת ע״א ולא בשאר שבועות א״כ אין זה נוגע לדין מתוך שמתוך נאמר בכל שבועה דאורייתא ולא רק בשבועת ע״א. דההלכה של מתוך הוא שחיוב השבועה אינו רק חיוב שבועה גרידא אלא בכלל חיוב השבועה חיוב תשלומין אם לא נשבע. אך במודה במקצת חיוב הממון שיש אינו חיוב ודאי אלא שהרגלים לדבר שיש ע״י שמודה במקצת גורם חיוב שבועה וכלול בזה חיוב ממון אבל אינו חיוב ודאי ומהני מגו לפטור מחיוב זה. משא״כ שבועת ע״א אי אמרינן מתוך וכלול בנאמנות של העד נאמנות לענין ממון א״כ יש חיוב ממון ודאי דהעד נאמן כשנים כ״ז שלא נשבע כנגדו ולכן לא מהני מגו לפטור מחיוב זה.

וענין זה תלוי בפשטים שנזכרו לעיל. דלפי דברי הגרא״ז זצ״ל והקה״י דהמתוך גורם שלא יהיה הפה שאסר לא בעינן דוקא בירור ודאי דכל שיש חיוב ממון כ״ז שלא נשבע ליכא הפה שאסר ולכן סברי התה״ר ור׳ יונה דבכל מתוך אמרינן כן. אבל לקו״ש מה שמבטל כח הטענה של טענת לא חטפתי הוא מה שיש ידיעה ודאית שחטף דהעד נאמן כשנים כ״ז שלא נשבע כנגדו זה דוקא בע״א ולא בשאר שבועות.

נ״מ בין תירוצו של ר״י לריב״ם כתב הקצה״ח בס׳ נ״ח סק״ד באופן שהעד מעיד שחטף ושהנסכא אינו של התופס. לר״י באופן זה יהיה התופס נאמן במגו דלא חטפי שגם בטענת דידי חטפי צריך לישבע להכחיש את העד א״כ שתי הטענות הם העזה ואית ליה מגו. אבל לריב״ם גם בזה לא מהני מגו כיון שאינו נשבע שלא חטף משלם.

תוד״ה הוי. מיהו לפר״ת דפירש שבועה דנאנסו וכו׳. דהיינו דלר״ת דנאנסו דרבנן אין להוכיח משם דמהני מגו דטענה שצריך שבועת התורה. וצריך להבין דבטענת החזרתי אין שבועה אפילו מדרבנן [לפני שתקנו היסת] ואעפ״כ נשבע ועי״ז יש לו נאמנות של מגו שהיה יכול לישבע נאנסו ולמה בשבועה דאורייתא לא יהיה נאמן כשנשבע במגו שהיה נשבע שבועה דאורייתא. ואולי י״ל דנחלקו הפוסקים בגדר שבועה זו דהחזרתי שנשבע כדי שיהיה לו מגו דנאנסו. שיטת הסמ״ע בס׳ קכ״א שדינו כשבועת התורה לכל דיניו והש״ך ס״ל שדינו כשבועה דרבנן. והקצות בס׳ רצ״ו סק״ב מביא שהתומים הקשה על הש״ך דאם בשבועת החזרתי יש קולות של שבועה דרבנן א״כ בטל המגו דניחא ליה לטעון החזרתי כדי שלא יתחייב שבועה דאורייתא. לכן לומד התומים ששבועת החזרתי אף שאינו שבועת התורה יש לו כל הדינים של שבועה דאורייתא.

וע׳ מה שכתבנו בזה בס״ד לקמן מה: לפ״ז י״ל שכונת התוס׳ שלדעת הסוברים דנאנסו דאורייתא א״כ מוכח מהגמ׳ שמחייבים שבועה על טענת החזרתי עם כל הדינים של שבועה דאורייתא כדי שיהיה לו מגו. אבל לר״ת אין מקור לחידוש זה א״כ י״ל כהש״ך ששבועת החזרתי דינה כשבועה דרבנן וא״כ ישאר טענת התומים ויועיל שבועה זו רק במקום שגם בטענת המגו היה נשבע שבועה דרבנן. אבל במקום שבטענת המגו חייב שבועה דאורייתא כנסכא דר״א לא נוכל להשביע בטענת דידי חטפי ששבועה זו דרבנן ויהיה בו הקולות של שבועה דרבנן וניחא ליה לטעון טענה זו. ורק בהחזרתי ע״י השבועה יהיה מגו דנאנסו כיון שגם בנאנסו השבועה דרבנן לר״ת.

שירא שלא יפסלוהו לעדות העד ובעל הנסכא. רע״א בגליון השו״ע ס׳ ל״ג סע׳ י״ג מביא שהתומים הקשה שגם בטענת דידי חטפי יכולים העד והבע״ד להעיד שעשה מעשה גניבה ויפסל לעדות. ותי׳ רע״א דאף שבזמן שמעיד הבע״ד על מעשה החטיפה כבר אינו נוגע בעדות מ״מ בשעת ראיה היה נוגע והוי תחילתו בפסול ותוס׳ יסבור כשיטות שגם בנוגע יש דין תחילתו בפסול [כתוס׳ בנדה נ. ולא כתוס׳ לקמן מג.] משא״כ כשבאים לפוסלו מחמת שנשבע לשקר בזה אין הבע״ד נוגע דאין חיובו של החוטף מחמת שנשבע לשקר אלא מחמת מעשה הגניבה. ואע״ג דידיעתו שהשבועה הוא שקר הוא מפני שראה שחטף ובזמן ראית החטיפה היה נוגע אין זה פוסל את עדותו שהמעשה שמעיד עליו הוא שבועת השקר ואף שצריך ידיעה שחטף אין זה בכלל עדותו. ויש להביא מקור לסברא זו של רע״א מדברי הרמב״ן במלחמות בכתובות כא: שכתב דעדי קיום שראו שהעד חתם כשהיו קרובים יכולים להעיד אח״כ שידוע להם שאינו מזויף אע״פ שידיעתם הוא מחמת שראו אותו חותם ובזמן ראית החתימה היו פסולים אין זה בכלל עדותו אלא מעיד שעכשיו מכיר שאינו מזויף. אך דברי הרמב״ן צ״ב דבכתובות כח. משמע בגמ׳ שיש דין תחילתו בפסול בעדי קיום מעיקר הדין אלא שהקילו שיעיד בגודלו מה שראה בקטנו משום שקיום שטרות דרבנן וע׳ מש״כ בזה בס״ד בכתובות.

תודי״ה וכל המחויב. שיטת התוס׳ דהיכא דאיכא על התובע שבועת הנוטלין ואינו יכול לישבע הדין מתוך גורם שיגבה בלי שבועה ולא אמרינן מתוך שאין התובע יכול לישבע מפסיד אלא מתוך שהתובע אינו יכול לישבע משלם הנתבע. ולכן הגמ׳ בשבועות מוכיחה דרב ושמואל לית להו מתוך מזה שאמרו במת לוה בחיי מלוה שבני המלוה אינם גובים כיון שאינם יכולים לישבע ומוכח דמאן דאית ליה מתוך ס״ל בכה״ג מתוך שאין התובע יכול לישבע משלם הנתבע. שיטת התוס׳ בשבועות מז. בשם ר״ת דדין מתוך בשבועת הנוטלין הוא שמתוך שאין התובע יכול לישבע מפסיד. וגם הר״ן בשבועות חולק על תוס׳ דידן ומאריך לבאר ראית הגמ׳ דרב ושמואל לית להו מתוך ע״ש. וצריך להבין סברת התוס׳ כאן שדין מתוך גורם שאם התובע לא יכול לישבע הנתבע משלם. וע׳ ברא״ש שבועות פ״ז ס׳ ז׳ שמבאר דמאן דאית ליה מתוך ס״ל דעיקר הממון תלוי בשבועה דהיינו שבכלל חיוב שבועת הנפטרין כלול חיוב ממון ונפטר מהממון ע״י השבועה וכשאינו יכול לישבע נשאר דין הממון ומשלם. ובנוטלין כגון הבא ליפרע מנכסי יתומים שמעיקר הדין נוטל בלי שבועה מכח השטר כשאינו יכול לישבע חוזרים לדין הממון וגובה בלי שבועה. ומזה דרב ושמואל ס״ל שאם התובע אינו יכול לישבע הנתבע אינו משלם ע״כ ס״ל דדין השבועה משנה את דין הממון וכיון שצריך שבועה כדי ליטול אם אינו יכול לישבע אינו נוטל א״כ גם בשבועת הנפטרין לא רמי עליו אלא שבועה ואם אינו יכול לישבע אינו משלם.

מה שביתומים מן היתומים אמרינן מתוך אע״ג דילפינן מקרא דשבועת ה׳ תהיה בין שניהם דביתומים לא אמרינן מתוך. ע׳ בקצה״ח ס׳ ס״ט סק״ז שמסתפק במודה במקצת שנתחייב שבועה

ואח״כ מת אם הבנים משלמים דאולי המיעוט קאי רק באופן שתחילת חיוב השבועה היה על היתומים אבל במקום שנתחייב האב ומת יש מתוך על היתומים. והנתיבות שם סקי״ג פשיטא ליה שגם בכה״ג אין מתוך אצל יתומים אך מציין לעיין במה שכתב בס׳ ק״ח סק״ד ושם מביא הנתיבות ראיה מהדין של יתומין מן היתומים שאם חל חיוב שבועה על האב אמרינן מתוך גם אצל היתומים ע״ש.

רשב״ם ד״ה אלא אי דמיא. וכגון שמעיד שלא אכל כי אם ב׳ שנים. מבואר שרק באופן זה שהעיד שאכל ב׳ שנים ולא יותר ובא לחייבו פירות מחייב שבועה אבל אם העיד שאכל ב׳ שנים ואינו יודע אם אכל יותר בזה הוא מסייע לטענתו שהחזיק ג׳ שנים ואף שלא מצא עדים על שנה שלשית אין עד זה מחייב אותו שבועה על פירות. וע׳ ברשב״א לעיל לג: על דברי ר״נ שאם הביא עדים על ב׳ שנים הדרא ארעא והדרי פירי שכתב בשם הרשב״ם שמה שמחזיר פירות הוא רק כשהעדים מעידים שאכל ב׳ שנים ולא יותר אבל אם העידו שאכל ב׳ שנים ואינם יודעים אם אכל יותר אינו מחזיר פירות. ולכאו׳ כונת הרשב״א לדברי הרשב״ם כאן שכתב שאחד מחייב שבועה רק באופן זה והוא משום ששנים מחייבים ממון רק באופן זה. אך מסברא אין הדברים מובנים וכי חיוב ממון ע״י ב׳ עדים או חיוב שבועה ע״י ע״א תלוי בכונת העד אם בא לסייע או לחובתו ולמה לא יתחייב פירות ע״פ עדים אלו. ולא דמי לע״א על ג׳ שנים שאינו מחייב שבועה דהתם לדברי העד אית ליה חזקה וממ״נ אי אפשר לחייבו פירות של ג׳ שנים, וצ״ע.

דף לד:

ההוא ארבא. בגדר דינא דכל דאלים גבר ידוע מחלוקת התוס׳ והרא״ש אם אחד גבר ואח״כ חברו תפס ממנו. התוס׳ בב״מ דף ו. ס״ל דמהני תפיסתו ונשאר הדין לעולם דכל דאלים גבר. ורגילים ללמוד בשיטת התוס׳ דכל דאלים גבר הוא הלכה שב״ד מסתלקים כיון שעכשיו יש ספק ואיכא למיקם עלה דמלתא ואינם יכולים לפסוק פסק אחר וכן הוא בלשון הרשב״ם בסמוך הלכך אין ב״ד נזקקין להם לדון דין שסופו לבא לידי עיוות אלא מניחין אותם וכדא״ג עד שיבואו עדים ויבררו הדבר. והרא״ש כתב דבמקום דאיכא למיקם עלה דמילתא סמכו על זה שמי שהממון שלו ימסור נפשו יותר ויהיה גבר ואחרי שגבר לא מהני תפיסת השני. ובשיטמ״ק בד״ה אמר ר״נ כתב על דברי הרא״ש ואלו הדברים אינם ברורים אצלי שהטעם שאמר כל דא״ג מפני שאין ב״ד זקוקים ליזקק לדינם כיון דליכא דררא דממונא וליכא [צ״ל ואיכא] למיקם עלה דמילתא וכיון שכן נוח להניחם לעשות כרצונם וכו׳ ע״ש. ומבואר דלרא״ש הוי פסק והשיטה ס״ל דמסתבר שאינו אלא סילוק ולכן מהני תפיסה חזרה. והובא לעיל שהאו״ש בחידושיו כאן תלה במחלוקת זו את מחלוקת תוס׳ והרמב״ן לעיל לא: ע״ש. וע׳ בש״ך ס׳ קל״ט סק״ו שכתב שלדעת הרא״ש לא אמרינן כדא״ג בפלוגתא דרבוותא דלא שייך בזה לומר שמי שהממון שלו ימסור נפשו טפי דגם הוא אינו יודע בודאות שהממון שלו. וע׳ רע״א בשו״ע ס׳ שס״ה שלמד מזה דלדעת הרא״ש רק בטענת ברי אמרינן כדא״ג ולא בטענת שמא דלא שייך בשמא סברת הרא״ש.

עוד שיטה בענין כדא״ג יש בשיטמ״ק בסוף ב״ק בשם הראב״ד. דאיתא התם בדף קיז. ההוא שותא דהוו מנצו עלה בי תרי האי אמר דידי והאי אמר דידי והלך אחד ומסרה למלכות ונחלקו אביי ורבא אם דינו כמוסר או לא. אביי אמר יכול לומר כי מסרי דידי מסרי ורבא ס״ל דלאו כל כמיניה למסור לעכו״ם ודינו כמוסר. וכתב השיטה בשם הראב״ד דכיון שלא היו מוחזקים בשותא היה דינו כדא״ג. ולכן סבר אביי דאינו מוסר דע״י שמסר למלכות הוא גבר דכמו שיכול בעצמו לתפוס כך יכול לאוקמא גברא אלימא בחריקאי. ורבא ס״ל דיכול לתפוס בעצמו אבל לאו כל כמיניה למסור ביד עכו״ם. ומבאר

הראב״ד סברת רבא דהאי דינא דכדא״ג לאו דינא חתוכה היא לעולם דאי אלים השתא ולבתר זימנא אלים אידך לא מפקינן מיניה מש״ה דן רבא דלאו כל כמיניה לזבונא או לאורתא. [ועל דרך זה כתב גם השיטה שם בשם ר׳ יהונתן בשינוי קצת ע״ש]. מבואר דהראב״ד קאי בשיטת התוס׳ דאחרי שאחד גבר יכול השני לתפוס חזרה אך מוסיף הראב״ד בזה חידוש גדול דלא רק אם במקרה תפס חברו חזרה לא מפקינן מיניה אלא שזכותו של הראשון לתפוס רק באופן שיהיה עדיין אפשרות שאם חברו יתגבר יוכל לתפוס חזרה אבל אם מוסר לעכו״ם שמונע מחברו אפשרות לתפוס חזרה לאו כל כמיניה. והרשב״א תמה על דברי הראב״ד דלדבריו אם היה בהמה אסור לשוחטה דעי״ז לא יהיה אפשרות לתפוס חזרה וגם לא יוכל להעמידה במקום צנוע שאין יד חברו שולטת שם ע״ש. עכ״פ שיטת הראב״ד שאינו יכול למסור לעכו״ם מפני שמונע אפשרות מחברו לתפוס חזרה. ואינו מובן דאם ס״ל כשיטת התוס׳ דכדא״ג הוא סילוק ויעשו כרצונם איך מונעים ממנו מלמסור לעכו״ם. ונראה לכאורה שגדר כדא״ג לדעת הראב״ד שהחפץ ניתן לשניהם וישמש כ״א בזמן שהוא יהיה גבר והוי כעין חלוקה. ולכן בעינן שתמיד יעמוד במצב שיד שניהם שולטת בו.

כתב הרמב״ן דהא דעבדינן בארבא כדא״ג היינו דוקא בברי וברי אבל בברי ושמא ברי עדיף אא״כ אחד מהם מוחזק או מ״ק. ומבואר דס״ל דבו״ש לא מהני נגד חמ״ק אע״ג דאינו מוחזק. ודבריו הובאו בקונה״ס כלל א׳ אות ז׳ ומביא שהראב״ד חולק. ודברי הרמב״ן הובאו גם בנתיבות בס׳ רכ״ג סק״ו ע״ש.

תוד״ה הוא ארבא. שיטת ר״ת שגם באיכא למיקם עלה דמילתא דאמרינן כדא״ג היינו דוקא כשאינם אוחזין אבל באוחזין חולקים דחשיב כאילו אנו יודעים שיש לשניהם חלק בה כדאמרינן גבי נסכא דר״א. מבואר דהחלוקה בשנים אוחזין אינה חלוקה מספק אלא חלוקה ודאית וכמו שכל המחזיק ממון תולים בודאות שהממון שלו כך בב׳ אוחזין תולים בודאות שהוא של שניהם. וגם בלשון הרא״ש בריש ב״מ מבואר דהוי חלוקה ודאית. [ובחי׳ הר״ן בב״מ דף ו. והובא בשיטמ״ק שם לומד שזה ספק בגמ׳ שם אי יחלוקו דב׳ אוחזין הוי חלוקה ודאית או חלוקה מספק ע״ש]. ויש לעיין אמאי הוצרכו התוס׳ והרא״ש לומר דבשנים אוחזין לא אמרינן כדא״ג אלא יחלוקו מפני שהוא ודאי של שניהם הא מבואר בסמוך דגם במחליף פרה בחמור אמרינן יחלוקו אע״ג דאינם מוחזקין כיון דאיכא דררא דממונא. ובתוס׳ בב״מ צז: ד״ה לימא וכן בדף קטז: ד״ה לימא כתבו שהענין של דררא דממונא הוא דנחשב כשניהם מוחזקים כיון שיש ספק בלא טענותיהם ויש לכ״א שייכות לממון. ובזה לכאורה פשוט דלא שייך לומר דתולים בודאות שהוא של שניהם וחלוקה דסומכוס בדררא דממונא הוא חלוקה מספק [וגם רבנן מודים כשאין מוחזק או מ״ק כמש״כ התוס׳ בסמוך]. א״כ למה הוצרכו התוס׳ לומר שבאוחזין לא עבדינן כדא״ג מפני שהוא ודאי של שניהם ת״ל דאוחזין ממש לא גרע ממוחזקות דדררא דממונא שהוא מספיק סיבה שא״א להוציא מאף אחד מהם וחולקין אף דאינה ודאי של שניהם.

ועוד קשה דמבואר בב״מ ג. דהא דבמנה ג׳ לא אמרינן יחלוקו אע״ג דנחשב כב׳ אוחזין [לשיטת ר״ת] כיון שאין החלוקה יכולה להיות אמת. ובמחליף פרה בחמור עבדינן חלוקה אע״ג דאין החלוקה יכולה להיות אמת וכן מפורש בתוס׳ ב״מ ב. דחלוקה דדררא דממונא לסומכוס הוא אפילו באין חלוקה יכולה להיות אמת. א״כ חזינן דבדררא דממונא עבדינן יחלוקו אפילו באופן שבמוחזקין ממש לא עבדינן יחלוקו ובתוס׳ הנ״ל מבואר דכל מעלת דררא דממונא הוא דנחשב כאוחזין.

ונראה שמוכח מזה דאע״ג דכתבו התוס׳ דדררא דממונא נחשב כאוחזין באמת המוחזקות שיש ע״י דררא דממונא הוא יותר מהמוחזקות שיש ע״י שנים אוחזין. ובמקום דליכא דררא

דממונא אע״ג דאוחזין אילו לא היה חזקה משתח״י שלו שגורם שזה ודאי של שניהם היינו אומרים כדא״ג אע״ג דשניהם אוחזין. ולכן במקום שאין החלוקה יכולה להיות אמת לא חולקים אע״ג דאוחזין. משא״כ דררא דממונא עדיף מאוחזין ובזה אע״ג דליכא אנן סהדי שהוא ודאי של שניהם חולקין ובזה חולקים גם במקום שאין החלוקה יכולה להיות אמת.

וכן מוכח בגמ׳ בב״מ ב: דפריך על מתני׳ דב׳ אוחזין אמאי חולקין בשבועה הא סומכוס אית ליה חולקין בלא שבועה ומשני כי אמר סומכוס היכא דאיכא דררא דממונא אבל היכא דליכא דררא דממונא לא. ואינו מובן הא כל מעלת דררא דממונא הוא דנחשב כמוחזקין ומתני׳ אע״ג דליכא דררא דממונא הא מוחזקים ממש. [ע׳ בב״מ שכתבנו דע״כ מאי דסברי התוס׳ דבב׳ אוחזין אנן סהדי דכ״א בעלים על חצי והוי חלוקה ודאית הוא רק למסקנת הגמ׳ שם שטעם השבועה הוא כדר׳ יוחנן שלא יהא כ״א הולך ותוקף בטליתו של חברו אבל לה״א ס״ד דהוי חלוקה מספק דאל״כ לא מובן כלל תי׳ הגמ׳ דמתני׳ ליכא דררא דממונא הא עדיף מדררא דממונא דהוי ודאי של שניהם ע״ש]. ומוכח מזה דהמוחזקות של דררא דממונא עדיף מהמוחזקות שיש ע״י אוחזין כשאין חזקה משתח״י שלהם.

הקונה״ס בכלל א׳ אות ד׳ כתב דבב׳ אדוקים בחפץ ואית ליה לחד חמ״ק חולקים ולא אזלינן בתר חמ״ק ולמד כן מהא דס״ל לסומכוס בדררא דממונא דחולקין ולא אזלינן בתר חמ״ק וכתבו התוס׳ משום דס״ל דדררא דממונא הוי כאוחזין א״כ יש ללמוד מזה לדידן דבאוחזין ממש לא אזלינן בתר חמ״ק. ולמה שנתבאר המוחזקות של דררא דממונא עדיף מאוחזין ואין ללמוד זה מזה. ואם כונתו דבאוחזין איכא חזקה משתח״י שלו והוי ודאי של שניהם פשוט שלא אזלינן בתר חמ״ק ולא הוצרך להוכיח מדררא דממונא דסומכוס.

הא דמנה שלישי נחשב שניהם מוחזקים וחשיב בודאי של שניהם אף שלכאורה השומר מחזיק רק בשביל הבעלים ולא בשביל שניהם ע׳ בקה״י ב״מ ס״א דכיון שמדובר שהפקידו בכרך אחד או כעין כרך אחד כמבואר בב״מ לז. הרי זה כאילו הפקידו יחד ג׳ מנים והשומר מחזיק כל הג׳ מנים בשביל שניהם. וע״ש מש״כ עפ״ז לבאר דברי הר״י מגש בסוגיין שכתב שמה שבמנה ג׳ לא חולקים הוא משום דאינם מוחזקין. והקשה הרמב״ן דבב״מ ג. מבואר דהטעם הוא מפני שאין חלוקה יכולה להיות אמת וע״כ דנחשב מוחזקין כר״ת או דחולקין גם בלי מוחזקין כריב״א. וע״ע באבי עזרי פ״ט מטו״נ ה״ז שמבאר דברי הר״י מגש באופן אחר.

שיטת הריב״א שגם במקום שאינם אוחזין חולקים כשאין ודאי רמאי וס״ל דמנה ג׳ אינם מוחזקים. גם רש״י בב״מ ג. ס״ל דלא חולקים במקום דאיכא ודאי רמאי אף שחלוקה יכולה להיות אמת. ומה שהקשו התוס׳ על ריב״א דמשמע בב״מ ג. דרק לר״י תלוי בודאי רמאי קשה גם לרש״י וכתב שם רע״א דרש״י ס״ל דאחרי שחדשו לר״י הסברא של ודאי רמאי חזרו מסברת חלוקה יכולה להיות אמת וגם לרבנן תלוי בודאי רמאי אלא דר״י ס״ל שבמקום דאיכא ודאי רמאי אמרינן יהא מונח גם על המנים שאין עליהם ספק ורבנן ס״ל כן רק לגבי המנה הג׳ המוטל בספק. וכ״כ הביה״ל ח״ג ס׳ ל״ב אות ב׳. אך שיטת רש״י דגם באוחזין לא חולקים כשיש ודאי רמאי. והקשה הרא״ש בריש ב״מ מב׳ אדוקים בשטר דחולקין אע״ג דאיכא רמאי. ולכן הריב״א שינה בזה מפרש״י וכתב דרק כשאין אוחזין בעינן שלא יהיה ודאי רמאי. לשיטת ר״ת בפשטות לא קי״ל כלל סברת ודאי רמאי אך דעת הש״ך בס׳ ש׳ סק״ה דמה דאמרינן במנה ג׳ דכיון שאין חלוקה יכולה להיות אמת לא חולקים זה רק מפני שיש ודאי רמאי אבל היכא דליכא רמאי חולקים באוחזין אף דאין חלוקה יכולה להיות אמת. כ״כ הקצה״ח בס׳ קל״ח סק״א והנתיבות שם סק״ג בדעת הש״ך.

מה שהקשו התוס׳ על ריב״א שכתב דהא

דלא אמרינן במנה ג׳ כדא״ג משום דלא מפקינן דקשה למ״ד מפקינן, למש״כ הרשב״ם דסברת מ״ד מפקינן הוא דלדעת כן תפסוהו שאם יביא עדים יחזירוהו, וזה לא שייך במנה ג׳ לכן שם לכו״ע לא מפקינן.

תוד״ה רב הונא. כתבו שלר״ה תפסינן אע״ג דלא מפקינן דמהימנינא ליה שיביא עדים. אינו מובן למה מאמינים לו בזמן שחב לשני ומונע מהשני האפשרות לתפוס בזמן שצריך להיות הדין כדא״ג. וצ״ל דס״ל דכ״ז שיש צד שיש לאחד עדים אין פסק של כדא״ג וא״כ אדרבה צריך לתפוס כדי שלא יבריח חברו את הממון ולא יוכל להוציא כשיביא עדים. ומ״ד לא תפסינן ס״ל דכיון שאין בפנינו עדים פוסקים כדא״ג ולכן א״א למנוע תפיסת השני.

ב׳ שטרות היוצאים ביום אחד. בגמ׳ בכתובות מבואר דלר״מ דס״ל ע״ח כרתי אין צד לומר שודא אלא רק יחלוקו ושיטת התוס׳ דהוא משום דלר״מ בעינן מוכח מתוכו ואם לא ניכר מתוך השטר מי קדם שניהם קונים בשוה בסוף היום ואין ספק אלא בודאי כ״א קנה חצי כיון שהקנין של שניהם חל יחד בסוף היום. ולר״א דס״ל ע״מ כרתי מי שנמסר לו קודם קנה וכשלא ידוע למי נמסר תחילה הוי ספק ומספק סובר שמואל דשודא עדיפא. ומש״כ הרשב״ם כאן בד״ה התם דהכא אפילו נתברר בעדים שנכתב ונמסר לאחד לפני השני אין הוא זוכה ואעפ״כ עושים שודא אינו מובן דשודא שייך רק מפני שיש אחד שקדם והוא קנה ולא יודעים מי. וכבר תמהו הרשב״א והרמב״ן על דברי הרשב״ם ע״ש. ועי׳ מה שכתבנו בזה בגיטין מ״ב. ומה שמביא הרשב״ם מאימיה דרב״ח ע׳ תוס׳ ב״מ כ. ורא״ש כתובות צד: דקאי בשיטת ר״א דע״מ כרתי. והא דנחשב ליכא למיקם עלה דמילתא פרשו דלא מצוי שימצאו עדים אבל בודאי אם יהיו עדים שנמסר לאחד תחילה הוא קנה.

תוד״ה ומ״ש. כתבו דפליגי רק בשטרי מכר אבל בשטרי הלואה ואין נכסים כדי שתי החובות, והדין הוא שהמוקדם קודם לגבות, כשזמן השטרות שוים לכו״ע חולקין. וכתב הר״ן בכתובות צד. דגביה מלקוחות במלוה בשטר תלוי בקול והקול יוצא רק מסוף היום מהזמן שמוכח מתוך השטר לכן ב׳ שטרי חוב היוצאים ביום אחד השיעבוד של שניהם חל כאחד ולכן בודאי אין דין קדימה. ומה דסבר ר״מ בשטר מכר מודו כו״ע בשט״ח. ומוסיף הר״ן דאף שרק הגבייה מלקוחות תלוי בשטר ובקול משא״כ הגבייה מיניה יש גם במע״פ ולמה בגביה מיניה חולקין הא לענין זה מי שקדם קיבל זכות גביה מיניה לפני המאוחר ולמה לא יגבה קודם ומספק נימא שודא כמו בשטר מכר. ותי׳ שלמע״פ אין דין קדימה כיון דליכא שיעבוד ורק במלוה בשטר יש קדימה ולענין השיעבוד של מב״ש שניהם שוים. אך דברי הר״ן תלוים במחלוקת של ר׳ האי גאון והרי״ף שהובא בנ״י בסוף ב״ב אי מע״פ מוקדמת יש לה דין קדימה למב״ש מאוחרת. דרה״ג ס״ל שיש קדימה לענין גבייה מיניה וא״כ כ״ש ששני מע״פ יש למוקדם קדימה והרי״ף ס״ל שאין למע״פ מוקדמת קדימה למב״ש. וע׳ בטור ס׳ ק״ד שכתב שאפילו לרי״ף שמע״פ אין לו קדימה למב״ש היינו דוקא למב״ש שדינו כלקוח לגבי מע״פ אבל מע״פ מוקדם למע״פ מאוחר יש קדימה גם לרי״ף. וכתב הב״י דברי״ן הנ״ל מבואר דלא ס״ל כהטור.

ר׳ האי גאון שהובא בריי״ף כתובות פו. חולק על תוס׳ דידן וס״ל שגם בשט״ח עבדינן שודא למאי דקי״ל כשמואל. ומה דקתני במתני׳ חולקין היינו לר״מ דס״ל ע״ח כרתי וגם בשטר מכר ס״ל דחולקין. וכן שיטת ר״ח ובעה״ע שהובא בר״ן כתובות צד. וע׳ ברע״א שם באות ב׳ שכתב ב׳ דרכים לבאר סברת החולקים. א. דלית להו סברת הר״ן וס״ל שהקול יוצא מיד כשהלוה בשטר ולא מהזמן שמוכח מתוכו ומי שקדם שטרו קדם שיעבודו לכן מספק עושים שודא. ב. מודים לסברת הר״ן אבל ס״ל שגם מע״פ יש לו קדימה ולפ״ז ר׳ האי גאון לשטתו.

והנ״מ בין הפשטים הוא דלפשט השני הם חולקים רק לענין גבייה מיניה אבל לענין גביה מלקוחות יודו ששניהם שוים וחולקין דזה תלוי בקול ולפשט הראשון גם בגבייה מלקוחות יסברו שעבדינן שודא.

דף לה.

תוד״ה רב הוכיחו דלר״מ בעינן מוכח מתוכו ולכן לר״מ חולקין דקנו שניהם בסוף היום. אך ר״ת בתוס׳ בכתובות מפרש דברי ר״מ באופן אחר וביאור דבריו ע׳ במהר״ש שם בכתובות ובחזו״א אבה״ע ס׳ צ״ח סק״ה. עכ״פ מוכח דלית ליה האי כללא דמוכח מתוכו וס״ל שגם לר״מ חל הקנין משעת מסירה אף דאין מוכח מתוך השטר. וע׳ ברשב״א גיטין דף ב: שכתב דרש״י ור״ת ס״ל דלא בעינן מוכח מתוכו וכ״כ בדף כב. ומה שהוכיחו התוס׳ מגיטין כד: ע׳ ברשב״א שם שכתב שר״ת גרס בעדי מסירה ולא גורס ור״א.

הרמב״ן בספר הזכות בגיטין פו. הקשה על שיטת התוס׳ דלר״מ בעינן מוכח מתוכו ואין הקנין חל אלא בסוף היום דא״כ גם כשמוכר רק לאחד יוכל המוכר לחזור מהמכירה עד סוף היום. וכן הקשה הרמב״ן כאן על דברי הרשב״ם שכתב שאפילו ידוע שנמסר לאחד קודם אין הוא קודם לחברו וקשה א״כ יוכל לחזור מהמכירה לפני סוף היום. וע׳ בר״ן בגיטין פו. מש״כ לישב קושית הרמב״ן. וביאור דבריו הוא דענין מוכח מתוכו הוא דר״מ ס״ל ששטר הוא רק מה שכתוב בתוך השטר וכמו שהעדים צריכים להיות חתומים בתוך השטר וא״א לצרף ע״מ שהם אינם חלק מהשטר כך כל בירור שמברר מתי חל ועל מה חל צריך להיות כתוב בתוך השטר וא״א לצרף בירור מבחוץ לדין שטר כיון שהם אינם חלק מהשטר והשטר יכול לפעול רק מה שכתוב בתוכו. ומה ששטר אינו מוכיח על המכירה עד סוף היום הוא רק מפני שיכול למסור שטר אחר לקונה אחר באותו יום ולא יוכל הראשון להוכיח שקדם לשני. א״כ אין בכחו של מקחו של הראשון לדחות מקחו של השני דאין השטר יכול לפעול אלא מה שמוכח מתוכו וא״כ אין שטר זה יכול להקנות לראשון אלא עם שיור זכות למוכר למכור לאחר עד סוף היום דעל יותר מזה אין השטר מוכיח. אבל לענין המוכר השטר מוכיח מיד שהגיע ליד הקונה אפילו לפני סוף היום דמה שנמצא ביד הקונה מוכיח שקנה ממילא כיון שלגבי חזרת המוכר השטר מוכיח א״כ יכול לפעול קנין שמונע חזרת המוכר. אבל לענין דחיית לוקח אחר כיון שאין השטר מוכיח אינו יכול לפעול קנין אלא רק קנין עם שיור למכור לאחר עד סוף היום. ע׳ בזה חזו״א אבה״ע ס׳ צ״ח סק״א ובמערכת הקנינים ס׳ ג׳. כל זה לדעת הר״ן אבל הרשב״א בסוגיין כתב על קושית הרמב״ן וזו אינה קושיא כ״כ דיתכן שאה״נ לר״מ דבעי מוכח מתוכו באמת יכול המוכר לחזור בו עד סוף היום.

הקו״ש לקמן אות תקצ״ו הקשה על היסוד של מוכח מתוכו דמבואר בגיטין יז. דגט שאין בו זמן פסול מדרבנן ואמאי אינו פסול מן התורה לר״מ דבעי מוכח מתוכו הא כשיש זמן חל רק בסוף היום א״כ כשאין זמן לא יחול לעולם. ולמה שנתבאר שלגבי המוכר השטר מוכיח מיד א״כ בגט שנוגע רק להוכיח שהבעל גירש ולגבי זה יש הוכחה מיד כשנמצא ביד האשה לכן כשר מן התורה. וקושית הקו״ש קשה רק לדעת הרשב״א דס״ל שגם המוכר יכול לחזור בו עד סוף היום.

הכא ליכא למיקם עלה דמילתא.

הרמב״ן לעיל לא: כתב דבמקום תו״ת לא אמרינן כל דאלים גבר דליכא למיקם עלה דמילתא ועוד דספיקא דאורייתא. מש״כ שספיקא דאורייתא לכאורה כונתו דהוי כספק של דורא דממונא דהעדים המוכחשים מעוררים ספק גם בלא טענותיהם. אך ברשב״ם ובתוס׳ מפורש בדף לא: שגם בתו״ת עבדינן כדא״ג. ע׳ בזה בנתיבות ס׳ קמ״ו סקכ״ח. וצ״ל דס״ל דכיון שהמציאות מצד עצמה אינה מעוררת ספק אין זה נחשב דורא

דממונא אע״ג דאיכא הכחשת עדים. אך הראוני דבספר שבילי דוד בתחילת חלק חו״מ בכללי כל דא״ג כתב דע״כ צריך לחלק בין גדר דררא דממונא לענין כדא״ג לבין לענין תפיסה דלגבי תפיסה בטענת ברי דמהני רק בספק של דררא מבואר דספק של תו״ת נחשב דררא דממונא. וע׳ בריי״ף פרק הכותב דף פו. שלמד מכאן דב׳ שטרות היוצאים ביום אחד לא נחשב דררא דממונא [הובא בר״ן שם דף צד.] דאל״כ היו מתרצים ע״ז כמו שתרצו על מחליף פרה בחמור דבדררא דממונא לא עבדינן כדא״ג. הובא לעיל שהש״ך בס׳ קל״ט סק״ו כתב דבפלוגתא דרבותא לא אמרינן כדא״ג מפני שלא שייך בזה סברת הרא״ש. ומוסיף שם הש״ך דהרשב״ם כתב דהא דאמרינן כדא״ג בארבא הוא משום דשמא יבואו עדים ויצטרכו לבטל הפסק הראשון ובספיקא דרבוותא לא שייך האי טעמא ע״ש דהיינו שספיקא דרבוותא נחשב ליכא למיקם עלה דמילתא לכן לא אמרינן בזה כדא״ג. וע׳ בזה במל״מ פט״ו מטו״נ ה״ו בשם התה״ד.

רשב״ם ד״ה שודא. כתב דסברת שמואל דשודא עדיפא משום דשמא כוון לאמת אבל כשאתה אומר יחלוקו בודאי אחד נטל חצי שלא כדין. ועוררוני להסתפק לשיטת התוס׳ דשודא היינו מה שירצה יעשה ולא עושים אומד הדעת אם יכול הדיין לתת חצי לזה וחצי לזה. דמצד אחד כל מעלת שודא הוא שאולי יצא דין אמת משא״כ אם נתן חצי לזה וחצי לזה בודאי אין הדין אמת ואין בזה מעלת שודא. אך מאידך לכאורה נראה דאם ביד הדיין לתת הכל לזה או הכל לזה יכול גם לתת חצי לזה וחצי לזה, וצ״ע.

תוד״ה שמואל. מה שכתבו דבב״מ משמע דשמואל סבר כאביי דעדיו בחתומיו זכין לו ע׳ ר״ן גיטין פו. שחולק וכתב דאין ראיה מב״מ דשמואל ס״ל עבז״ל. ומש״כ דעדיו בחתומיו זכין לו הוא רק מהזמן שמוכח מתוך השטר שיטת הרמב״ן בגיטין אינה כן וגם בדעת רש״י בכתובות צד: כתב שם רע״א דס״ל דלא בעינן מוכח מתוכו לגבי עבז״ל.

תוד״ה שודא דדייני. כתבו בשם ר״ח דלא אמרינן שודא במטלטלין ודוקא בדיין מומחה. והקשו דבגיטין יד: מוכח דגם במטלטלין עבדינן שודא. וכן בכתובות צד: הביאו שני החידושים של ר״ח והקשו מגיטין רק דגם במטלטלין עבדינן שודא. וכתב שם המהר״ם שיף דה״ה דיכלו להקשות משם על מש״כ ר״ח דבעינן מומחה דהתם מבואר שגם שליח עושה שודא. וע׳ בשיטמ״ק שם בשם ר׳ יונה שמקשה מגיטין על שני החידושים של ר״ח. ומה שתוס׳ לא הקשו משם לענין מומחה נראה פשוט דאם קשה משם, גם לתוס׳ יקשה. דע״כ לא פליגי התוס׳ על ר״ח אלא דלא בעינן מומחה אבל דיין פשוט שצריך לכו״ע והתם השליח אינו דיין ואיך הוא עושה שודא. אלא בודאי התם אין זה שודא של השליח אלא שודא של הב״ד שהסתפקו אם הולך כזכי או לא ופסקו שודא וכיון שאין זה ספק במציאות שמתעורר על מקרה מסוים אלא ספק קבוע בדין ותמיד הספק הוא כשיש שליח, במקום שיטרחו בכל פעם לב״ד ויפסקו שודא ויתן הדיין למי שירצה פסקו שתמיד יתן השליח למי שירצה. אך פשוט דאין זה שודא של השליח אלא של הדיין ולכן לא הקשו התוס׳ משם לענין מומחה אלא רק הוכיחו דעבדינן שודא במטלטלין. ואדרבה דברי ר׳ יונה והמהר״ש שהוכיחו משם דלא בעינן מומחה לכאורה אינם מובנים דא״כ יקשה גם לתוס׳ איך השליח עושה שודא הא אינו דיין.

ונראה שעל דרך זה יש לתרץ גם מה שהקשו התוס׳ על ר״ח לענין מטלטלין דמה דס״ל לר״ח דעל מטלטלין לא עבדינן שודא היינו דוקא כשבאים לעשות שודא על מקרה מסוים שנוגע רק למטלטלין אבל הכא דהוי ספק בדין והוא ספק קבוע ופעמים נוגע למטלטלין ופעמים נוגע לקרקע [כגון הולך שטר מתנת קרקע] וקבעו מראש שודא לכל ספק של הולך כזכי דמה שירצה

שליח יעשה בכה״ג גם במטלטלין עבדינן שודא כיון שאינו פסק של שודא על מקרה מסוים שנוגע רק למטלטלין. ואולי לזה כיון הרא״ש בכתובות צד: שתי׳ על קושית התוס׳ מגיטין בזה״ל ונ״ל דר״ח קאמר בשודא דדייני הבא לפני הדיין אבל ההיא דשליש עליו היה מוטל לעשות שודא דדייני עכ״ל דהיינו שרק בשודא הבא לפני הדיין והדיין פוסק שודא על המקרה שלפניו בלבד בזה לא עבדינן שודא במטלטלין אבל בההוא דגיטין אין פסק מסוים על מקרה זה אלא פסקו שתמיד השליש יתן למי שירצה ואין זה שודא על מקרה זה לבד כנ״ל. דהיינו שלענין מומחה גם התוס׳ ידעו דהתם שאני דאינו שודא של השליח אבל לענין מטלטלין ס״ל דאין לחלק בזה והרא״ש ס״ל דגם לענין מטלטלין יש לחלק בין שודא דדיין לשל שליח.

הגאון בס׳ ר״מ סקי״ז כתב דמקורו של ר״ח דס״ל דבמטלטלין לא עבדינן שודא הוא מסוגיא דידן דהקשו על דינא דכדא״ג ממתני׳ דמחליף פרה בחמור ואמאי לא הקשו מהתם על שמואל דס״ל גבי ב׳ שטרות היוצאים ביום אחד שודא אלא מוכח מזה דרק בקרקע עבדינן שודא ולא במטלטלין. אבל הרשב״ם לשטתו פירש דבמחליף לא שייך שודא דלא שייך התם לעשות אומד הדעת. וע׳ במהרש״א שכתב שלשיטת התוס׳ דס״ל מה שירצה יעשה צריך לפרש בע״א. ור״ח למד מזה דבמטלטלין אין שודא. וע״ע מש״כ בה הנ״י והשיטה בשם ר׳ יונה והריטב״א. אך כל מה שנתקשו בזה הוא רק להא״א אבל למסקנה שתרצו דהוי דררא דממונא פשוט שזה גם סיבה שלא לומר שודא.

הרא״ש מביא ראיה לשיטת התוס׳ דשודא היינו מה שירצה דיין יעשה מדאמרינן בכתובות צד: דאמר ר״נ לר׳ ששת אנא דיינא מר לאו דיינא ואם הדבר תלוי בראיות וסברות וכי ר״ש לא היה יכול לדון דין התלוי בראיות אבל אם הדבר תלוי ברצון הדיין ניחא שר״נ היה דיין מומחה מפי ריש גלותא והיה כח בידו ליתן למי שירצה. וביאור דברי הרא״ש הוא כמש״כ התוס׳ בקידושין עד. דהכח לעשות שודא ולתת למי שירצה בלי אומד הדעת הוא מדין הפקר ב״ד הפקר וכח זה תלוי במינוי של דיין. אמנם עיין בר״ן בכתובות שכתב איפכא דמגמ׳ זו ראיה לשיטת רש״י דתלוי באומד הדעת וז״ל לאו למימרא דר״ש לא היה ראוי לב״ד דהא מומחה היה ומי שהוא מומחה דינו דין אע״ג דלא נקיט רשות מריש גלותא כדמוכח בפ׳ זה בורר אלא ה״ק ליה חדא דאני מומחה וגדול ממך וכיון דשודא שיקול הדעת הוא שיקול הדעת במקום דאיכא גדול לאו כלום הוא עכ״ל דהיינו אע״ג דשיקול דעתו של ר״ש הוא מספיק לכל דין היינו רק במקום שיש גדרים קבועים אבל שודא שתלוי רק בשיקול דעת בעינן השיקול דעת הגדול ביותר. נמצא דתוס׳ והרא״ש ס״ל דמהא דר״ש מוכח כשיטתם והר״ן ס״ל דמזה ראיה לשיטת רש״י.

מה שכתבו דא״כ יתן למי שיתן לו שכר היינו כיון דאין הדין תלוי בשיקול הדעת לא שייך בזה איסור שוחד דאין בזה ענין של הטיית לב הדיין דמותר לתת למי שירצה. וגם בתירוצם לא כתבו שיש בזה איסור משום שוחד אלא משום דיין הנוטל שכר לדון דדיניו בטילין כמבואר במשנה בכורות כט. והוא קנס על מה שעבר על מה אני בחנם שאסור ליטול שכר על כל דבר מצוה. ע׳ בראשונים בסוף פ״ב דקידושין.

להלכה נפסק בס׳ ר״מ סע׳ ג׳ כרש״י דעושים אומד כמבואר בגאון ס׳ ט״ו סקי״ח ומבואר שם דכיון דתלוי באומד הדעת לא עבדינן שודא בזה״ז.

ומ״ש ממחליף פרה בחמור. לפי מה שהובא לעיל בשם הש״ך בס׳ קל״ט סק״ו ורע״א בס׳ שס״ה דבטענת שמא שלא שייך סברת הרא״ש לא אמרינן כדא״ג צ״ל דקושית הגמ׳ ממחליף פרה בחמור הוא למ״ד בב״מ ק. דמתני׳ מיירי בברי וברי אבל למ״ד התם דמתני׳ בשמא ושמא לא קשיא דליכא למימר בזה כדא״ג. וע׳ ביד רמ״ה באות ס״ג שמפרש פשט בתי׳ הגמ׳ דבמחליף ליכא ודאי רמאי כיון שטענתם שמא

ולכן חולקין משא״כ בז״א של אבותי כ״א טוען ברי ואיכא ודאי רמאי לכן לא חולקין אלא אמרינן כדא״ג. א״כ גם לדבריו יוצא שבשמא ושמא לא אמרינן כדא״ג אך לא מטעמייהו דהש״ך ורע״א. ומבואר עוד בדברי הרמ״ה שגם חלוקה דדרא דממונא עבדינן רק במקום דליכא ודאי רמאי [כמו חלוקה דשנים אוחזין לרש״י]. ונראה עפ״ז לבאר דברי הרשב״ם בד״ה התם שכתב דגבי מחליף פרה בחמור כ״א טוען ברשותו ילדה א״נ בשעת חליפין ילדה. ואינו מובן מה כוונתו בשעת חליפין ילדה הרי אין צד שילדה ממש בשעת חליפין דא״א לצמצם וא״כ היינו רישא דכ״א טוען ברשותי ילדה. אלא כוונתו דקאי כמ״ד דמתני׳ דמחליף מיירי בברי וברי וקשיא ליה א״כ איכא ודאי רמאי ולא חולקין לכן כתב דכמו שבמציאה ליכא ודאי רמאי דיתכן שהגביהו כאחד וכ״א חושב שהוא קדם כך כאן אף שכ״א טוען ברשותי ילדה דהיינו בזמן שאין מקום לטעות מ״מ כיון שיתכן שהיה הלידה בשעת חליפין דהיינו סמוך לו בזמן שיש מקום לטעות ליכא ודאי רמאי לכן חולקין.

תוד״ה ומאי שנא. כתבו דקי״ל כרבנן דסומכוס. ע׳ קונה״ס כלל א׳ אות א׳ שמביא כמה ראשונים דס״ל דקי״ל כסומכוס וכן סובר הרשב״ם לקמן קסו: אך כתב שם הרשב״ם דסומכוס ס״ל כן רק בספק במציאות אבל בספק בדין הואיל ואין הדיינים יודעים לפסוק את הדין יהיו שותקין והמחזיק יחזיק במה שבידו. ויש לעיין בזה מדברי הרשב״ם בדף סג. שהובא בהמשך דברי התוס׳ בתנו חלק לפלוני מנכסי סומכוס אומר אין פחות מרביע ופרשב״ם דהוי ספק אי חלק היינו מחצה או כל דהו וסומכוס לטעמיה דס״ל דמספק חולקין לכן מקבל רביע. וקשה דספק זה אי חלק היינו מחצה או כלשהו לכאורה הוי כספיקא דדינא דאין הדיין יודע להכריע משמעות לשון חלק ולדעת הרשב״ם מודה סומכוס בספיקא דדינא ויהיו דברי הרשב״ם בדף סג. סותרים את דבריו בדף קסו: וע׳ בקונה״ס כלל א׳ אות ב׳ דהקשה על הרשב״ם הנ״ל דר״נ ס״ל בב״מ קב: גבי ספק דתפוס לשון ראשון או אחרון דקרקע בחזקת בעליה עומדת והוי בחזקת המשכיר וקשה ממתני׳ דקתני דחולקין וכתבו התוס׳ כאן בסוה״ד דר״נ ס״ל דמתני׳ כסומכוס וקי״ל כרבנן. א״כ מוכח דבספיקא דתפוס לשון ראשון ס״ל לסומכוס דחולקין אף דהוי כספיקא דדינא וקשה לרשב״ם. ומביא שהמל״מ ס״ל דספק דתפוס לשון ראשון נידון כספק במציאות כיון שהוא ספק איך להכריע אומדן דעת בנ״א. ולפ״ז יתישב גם הרשב״ם בדף סג. דהספק של תן חלק לפלוני הוא ג״כ ספק מה כוונת האומר תן חלק לפלוני ולא דמי לספק בדף קסו: בקפל מלמעלה וספל מלמטה אי חיישינן לזבוב או לא. דהתם הספק הוא כולו בדין אי חיישינן לחשש כזה או לא. אך הקונה״ס חולק על המל״מ וס״ל דספק דתפוס לשון ראשון הוי כספיקא דדינא וגם בזה איכא לסברת הרשב״ם דמי שאינו יודע יהיה שותק. ולדבריו גם הספק של תן חלק חשיב ספיקא דדינא א״כ קשיא דברי הרשב״ם אהדדי. ומה שכתב הקונה״ס לישב קושיתו מתפוס לשון ראשון דהוי כאילו הוציא שתי לשונות כאחד ואין שום דיין יכול להכריע בזה ואין החסרון בחיק הדיין ע״ש כ״ז לא שייך בספק של תן חלק לפלוני, וצ״ע.

ור״נ נמי סבר כרבנן. בביאור מחלוקת ר״נ ושמואל ע׳ מש״כ בס״ד בב״מ דף ו: ובפרק השואל.

היוצא מסוגיא זו בממון המוטל בספק הוא, כללא דכדא״ג: א. שלא יהיו מוחזקין. ב. שלא יהיה דררא דממונא. ג. שיהיה איכא למיקם עלה דמילתא. ד. לריב״א בעינן נמי שיהא ודאי רמאי דאל״כ חולקין. כללא דיחלוקו: א. שיהיו שניהם מוחזקין או דררא דממונא בלי מוחזקים. ב. חלוקה יכולה להיות אמת [ממחליף פרה בחמור מוכח דבדררא דממונא לא בעינן תנאי זה וכ״כ התוס׳ ב״מ ב.]. ג. לריב״א אם אין ודאי רמאי חולקים גם בלי מוחזקין ובלי דררא דממונא. ד. כל זה באיכא למיקם עלה דמלתא אבל בליכא

למיקם לרב חולקים תמיד דא״א לעשות כדא״ג וחלוקה עדיפא משודא (לפשט השני בגמ׳ בכתובות צד:). כללא דשודא: א. ליכא למיקם עלה דמילתא. ב. שלא יהיו מוחזקין ולא יהיה דררא דממונא. ג. לר״ח קרקע ודיין מומחה. כללא דיהא מונח: א. שיהיו שניהם מוחזקין ולכן א״א לעשות כדא״ג. ב. שאין חלוקה יכולה להיות אמת ולכן א״א לחלוק. ג. לריב״א כשהיה צריך להיות כדא״ג וא״א מפני שלא מפקינן.

דף לה:

אם בא אחד מן השוק. צריך להבין סברת נהרדעי אמאי אין מוציאים מידו הא מיירי דלא טעין מידי א״כ איזה זכות יש לו לעכב ממון שבודאי אינו שלו כשהם טוענים שהוא שלהם. וכתב הרשב״ם דחיישינן שמא גם לב׳ הראשונים אין חלק בה. ואינו מובן איזה בע״ד הוא למנוע מהם מאחר שמודה שאינה שלו. ובתוד״ה אין משמע דלא ס״ל כרשב״ם דקשיא להו אמאי אינם מוציאים מהתופס ע״י שיכתבו הרשאה זל״ז. ואי כפרשב״ם דחיישינן שמא אינה של שניהם א״כ גם ע״י הרשאה לא יוציאו. אלא משמע דפליגי על הרשב״ם וס״ל דלא חיישינן לאחר אלא שמבין שניהם יכול הוא לדחות כ״א. ולכן הקשו שיכתבו הרשאה. וגם זה אינו מובן איך דוחה אותם הרי הוא מודה שאין הממון שלו ואיך מעכב מהם.

הרמב״ם בפי״ד מטו״נ הי״ב כתב על הדין של חזקה שאין עמה טענה אינו חזקה, כגון שטוען לא אמר לי אדם דבר מעולם, שאעפ״כ אין מוציאים אותה מידו עד שיביא זה המערער עדים שהוא שלו. וגם בזה קשה כנ״ל כיון שמודה המחזיק שאין הקרקע שלו והמערער טוען שהוא שלו איזה זכות יש למחזיק למנוע ממנו הרי ברי ושמא ברי עדיף כשלא בא להוציא ממוחזק והכא המחזיק אין לו דין מוחזק כיון שמודה שאינה שלו ואפילו טענת שמא לית ליה. וע׳ בגאון בס׳ קמ״ו סק״כ שהקשה על הרמב״ם ממסקנת הגמ׳ כאן דאמר ר׳ אשי שמוציאים מהתופס אף שאין למערער עדים. וכן הקשה הנתיבות בס׳ קמ״ו סק״ט. ומבאר הנתיבות דסברת הרמב״ם דיכול המחזיק לעכב הממון מהמערער אף שמודה שאינה שלו ככל מוצא אבידה שאינו מחזיר אף שיש תובע עד שיביא ראיה שזה שלו. ובאמת הפנ״י בכתובות יב. הקשה על כל אבידה אמאי אינו מחזיר בלי סימנים הא המאבד טוען ברי והמוצא מודה שאינו שלו וכשאין מוחזק ברי עדיף. וידוע מה שתירצו האחרונים דזהו גזה״כ דעד דרוש אחיך אותו דורשיהו אם רמאי שחייבה תורה לשמור את האבידה עד שיתברר של מי הוא. וכן כתב הנתיבות בדעת הרמב״ם דאחר שבא לידו ממון חברו הרי הוא מחויב מדין השבת אבידה שלא להוציא הממון מתח״י עד שיתברר מי הוא הבעלים. ומה שמותר להשתמש כתב הנתיבות דכיון שאין הבעלים כאן הוי כבית דלא קיימא לאגרא דזה נהנה וזה לא חסר. משא״כ בגמ׳ דידן שהיה טענה על הממון לפני שבא לידו לא חל עליו חיוב השבת אבידה וכיון שמודה שאין הממון שלו ואינו שומר אבידה אין לו זכות לעכב הממון בידו.

לפ״ז י״ל דסברת נהרדעי הוא כקושית הנתיבות על הרמב״ם דהיינו שנהרדעי סברי כיון שהממון נמצא בידו ולא ידוע מי הבעלים יש עליו חיוב לברר מי הבעלים מדין השבת אבידה. ור״א חולק דליכא הכא דין השבת אבידה כיון שנולד הספק לפני שהגיע הממון לידו. אלא דהרשב״ם ס״ל שאם לא היה חשש שמא זה של אדם שלישי היה מועיל הרשאה. ותוס׳ ס״ל דלא חיישינן לאחר כיון שלפני שהגיע לידו הם טענו שזה שלהם והדין השבת אבידה בזה הוא רק בין שניהם לכן הקשו שיכתבו הרשאה. ומסקנת הגמ׳ דליכא כלל דין השבת אבידה כאן כמש״כ הנתיבות. [ע׳ קה״י ס׳ כ״ו שהקשה על דברי הנתיבות ומביא שמקורו של הרמב״ם מירושלמי בקידושין ע״ש]. וע״ע בשיטמ״ק בשם ר׳ יונה שכתב כרשב״ם דחיישינן שמא אינה של שניהם ומוסיף דשמא שדה של הפקר הוא ועוד שאם יוציאוה שמא יש נזק לבעל השדה. אך כ״ז

חיישינן רק מפני שיש על המחזיק דין להשיב אבידה לבעליו אבל לולא זה אין הוא בע״ד לעכב הממון כשיש אחר שטוען ברי שהוא שלו. ולמה שנתבאר דסברת נהרדעי הוא כקושית הנתיבות יוצא שלנהרדעי מותר למחזיק להשתמש בממון כמו שהרמב״ם מתיר להשתמש. אך בריטב״א כאן מפורש שגם לנהרדעי אסור למחזיק להשתמש בממון ע״ש.

עיין חזו״א ליקוטים חו״מ ס׳ כ״א לדף מג: שכתב דמאי דסברי נהרדעי שאין מוציאים מהתופס הוא רק מפני שיש צד שאינו של שניהם אבל כשידוע שהוא של אחד מהם מודים נהרדעי דמוציאים מידו. וכן מבואר ברשב״ם אבל כבר נתבאר דמדברי התוס׳ שהקשו שיכתבו הרשאה מוכח דס״ל דלא חיישינן לאחר ואעפ״כ בלי הרשאה לא מוציאים מהתופס לנהרדעי. וצ״ל דמאי דחיישינן לאחר הוא רק כשיש שני תובעין אבל אם היה בפנינו רק תובע אחד לא מסתפקים באחר ואם היה מועיל הרשאה היה נחשב שיש רק תובע אחד ודאי ואז לא היו חוששין לאחר אבל כיון דלא מהני הרשאה ויש שני תובעים חיישינן נמי לאדם שלישי.

תוד״ה אין מוציאין. הא דלא מהני הרשאה ברשעים כתב הקצה״ח בס׳ מ״ט סק״ח וכן הנתיבות שם סקי״ז דמדינא לא מהני הרשאה במטלטלי דכפרי דהוי אינה ברשותו וא״א להקנות אלא שהוא תקנ״ח ולרשעים לא תקנו.

ר״א אמר לעולם שמיה גזלן. כבר נתבאר סברת ר״א דס״ל דליכא חיוב השבת אבידה ממילא אין הוא בעלים לעכב הממון בידו. ומדברי התומים שהובא בקצה״ח ס׳ מ״ט סק״ח נראה שהבין שגם ר״א מודה לעיקר סברת נהרדעי אלא דס״ל כקושית התוס׳ דיכולים לכתוב הרשאה זה לזה ונהרדעי ור״א פליגי אי תקנו הרשאה לרשעים או לא. אבל הקצות חולק וס״ל דלכו״ע לא תקנו הרשאה לרשעים אלא דר״א ס״ל דבלי הרשאה חייב להשיב ואינו יכול לעכב הממון בידו.

שלא ניתן להשבון. שיטת הרשב״ם דכיון שנתחייב בהשבה אינו נפטר ע״י שמניח ביניהם עד שישלם לכ״א וכן דעת ר׳ יונה ומדמה להא דספק הינוח אם נטל לא יחזיר דחיוב השבה אינו רק להחזיר למצב שהיה לפני שלקחו אלא חיוב להחזיר לבעלים. וכל זה לענין הפירות אבל קרקע אינה נגזלת וליכא חיוב השבה כמבואר בר׳ יונה. ומש״כ תוס׳ בשם הרשב״ם דקאי רק על חנוני כבר כתב המהרש״א דברשב״ם שלפנינו מבואר דקאי נמי אסוגיין וכ״כ הרמב״ן בשם הרשב״ם והרמ״ה באות ס״ד מוסיף שאפילו ישלם לשניהם לא יצא יד״ח דדלמא דאינש מעלמא הוא ע״ש. שיטת התוס׳ והרמב״ן דקאי על גנב מה׳ ורק שם צריך לשלם לכ״א דגנב ממון מאדם מסוים ונתחייב בהשבה אבל כאן גנב ממון שהיה עליו ספק ולא רמי עליו אלא להחזיר למצב שממנו גנב. ולא דמי לספק הינוח דהתם חיישינן שמא באו הבעלים וראו שהחפץ לא נמצא לכן לא יחזיר. אבל לולא זה היה מקיים חיובו ע״י שמחזיר למקום שמשם נטלו. נמצא ג׳ שיטות בזה. א. לרשב״ם חייב להשיב לכ״א ונפטר בזה כלשון השו״ע בס׳ קל״ט סע׳ ב׳ אין לו תקנה עד שישיב לכ״א. ב. לרמ״ה אפילו החזיר לכ״א לא יצא יד״ח ולכאורה כונתו דצריך לעשות צרכי רבים. ג. לתוס׳ והרמב״ן מניח ביניהם ומסתלק.

דין זה מובא להלכה בב׳ מקומות. בס׳ קל״ט סע׳ ב׳ כתב המחבר דאם בא אחר וחטפה מוציאים מידו אבל דוקא כשחטף בלא טענה כמבואר בלשון הרשב״ם בד״ה אין מוציאין [וע׳ בר׳ יונה דלכן נקטה הגמ׳ בא אחד מן השוק] אבל כשתפס עם טענה אין מוציאים מידו דהוא לא גרע מהם וגם הוא בכלל כדא״ג. ובס׳ קמ״ו סע׳ כ״ב כתב המחבר ב׳ שהיו עוררין על שדה ואין לאף אחד מהם עדים או שהביא כ״א מהם עדים שהוא שלו אם אין מוחזק אמרינן כדא״ג [זה כשיטת תוס׳ והרשב״ם בדף לא: ודלא כרמב״ן שם שבתו״ת לא עבדינן כדא״ג]. ומסיים המחבר דאם בא שלישי ותקף מסלקין אותו ממנה. משמע דקאי בין על האופן שיש לכ״א

עדים בין כשאין לאף אחד מהם עדים. וכתב ע״ז הסמ״ע בסקנ״ד דאע״ג דקאי על שני האופנים אין דינם שוה. דבאופן שאין לכ״א מהם עדים מה שמוציאים מהשלישי הוא רק כשבא בלי טענה כמבואר בס׳ קל״ט אבל כשיש לכ״א מהם עדים מוציאים מהשלישי אע״ג דבא בטענה כיון שממ״נ יש עדים שהוא של אחד מהשנים. וע׳ לקמן מג: שכתבנו שבר׳ יונה שם מפורש כדברי הסמ״ע אבל בריטב״א שם מבואר שגם באופן זה שיש לכ״א מהם עדים אינם יכולים להוציא מהשלישי כשתפס עם טענה דיכול לדחות כ״א מהם בטענה שאולי עדיו פסולים ע״ש.

אי דלי ליה צנא דפירי. ע׳ קצה״ח ס׳ קל״ה סק״ב שלמד מכאן דאע״ג דעד תלת שנין איכא ריעותא דאחוי שטרך במקום דאיכא חזקה אלימתא כגון הכא דדלי ליה צנא דפירי או בעבד קטן דאיכא חזקה דאימא לא מנשיא ברא סומכים על החזקה גם במקום ריעותא דאחוי שטרך. ויש לפרש דברי הקצות בב׳ אופנים. א. דהראיה שיש ממה דדלי ליה צנא דפירי מהני נגד ריעותא דאחוי שטרך. ב. כיון שסומך על מה שהמוכר דלי ליה צנא דפירי אינו חושש לשמור השטר וליכא ריעותא. וע׳ ברשב״א לקמן נ: דאיתא התם דאע״ג דבעל אין לו חזקה בנכסי אשתו אם חפר בורות יש לו חזקה. ולומד הרשב״א דהיכא דחפר בורות אית ליה חזקה לאלתר [וכ״כ הרשב״ם שם] ומבאר הרשב״א דחזקה שאין אדם רואה שמקלקלין קרקעו ושותק ולוקח נמי בוטח בזה שלא יערער עליו מעתה ואינו נזהר טפי בשטרו וכאידך דרבא דאמר אי דלי ליה צנא דפירא לאלתר הוי חזקה. וזה כדברי הקצות שלמד מכאן דמהני חזקה אלימא בתוך ג׳ שנים ובלשון הרשב״א מבואר שהטעם דליכא ריעותא באופן זה ולא שמהני הראיה נגד הריעותא.

אם אמר לפירות הורדתיו נאמן. צריך להבין למה בעינן שיטען כן אפילו אומר פלניא גזלנא הוא על הקרקע והפירות וע״כ המ״ק משקר שהרי דלי ליה צנא דפירי אבל אין ראיה שקנה גם את הגוף דאולי ירד לפירות ועל יותר מקנין פירות אין הוכחה מהא דדלי ליה צנא דפירי. ואין לדמות לכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי ונימא מדלא טען שירד לפירות הוי הודאה שלא הרידו לפירות דהוא טוען שלא מכר לא קרקע ולא פירות ויש הוכחה שמשקר או לגבי הגוף או לגבי הפירות ומנין שטענתו על הקרקע הוא שקר אולי רק תביעת הפירות הוא שקר ועל יותר מזה ליכא ראיה ממה דדלי ליה צנא דפירי. וצ״ל דסתמא דמילתא הוא שבעל הגוף הוא בעלים על הפירות ובלי טענה לא מחלקים את הפירות מהגוף.

הקצה״ח בס׳ ק״מ סק״ב מוכיח מכאן דחזקה הוא תקנ״ח דאי נימא כשיטת הרמב״ן שחזקה הוא ראיה משתיקת המ״ק למה לא יוכל לטעון אחרי ג׳ שנים ששתק מפני שלפירות הורדתיו וכמו שטענה זו מבטלת את הראיה שיש ממאי דדלי ליה צנא דפירי כך יתבטל ראית השתיקה דטוען ששתק מפני שהורידו לפירות. וע׳ מש״כ בזה הקה״י בס׳ י״ח אות ד׳ ובגליון הקצות וכדבריו מבואר בלשון הנ״י דהא דלא יכול לטעון לפירות הורדתיו כשאכל ג׳ שנים הוא משום דלא שביק איניש לארעיה כולי האי ברשותא דאחריני ולא מודע לאינשי דלפירי אחתיה. דהיינו שאפילו אם הוריד לפירות הדרך למחות ואם שתק זה ראיה שמכר את הגוף. וע׳ באבי עזרי שתירץ באופן אחר ע״פ דרכו בביאור שיטת הרמב״ן. וע״ע בקצות שם מש״כ בביאור דברי התוס׳ כאן בד״ה ואי וגם מדבריהם מוכיח דחזקה הוא תקנ״ח.

רשב״ם ד״ה דלי. ור״ח פירש וכו׳ ואין נראה בעיני. הרמ״א בס׳ קמ״ב סע׳ א׳ מביא בשם י״א כפירושו של ר״ח ומוסיף בשם המרדכי דמכאן יש ללמוד דראובן שיש לו ערעור על שמעון בחזקת ישוב וקנה ראובן משמעון החזקה לשנה הרי זה הוכחה שהוא של שמעון דאילו היתה של ראובן לא היה קונה משמעון. ובסמ״ע סק״ד מביא לשון המרדכי שהקשה מהא דאיתא

לעיל עביד אינש דזבין דיניה. ותי׳ דה״מ כשקנה כל דינו והרויח בזה שלא יצטרך להתרעם עמו אבל כשקונה למחצה זה ראיה שאינה שלו. ולכאורה נראה דהרשב״ם לית ליה האי חילוק ולכן כתב על פר״ח דאינו נראה משום דקשיא ליה קושית המרדכי דעביד איניש דזבין דיניה וכ״ש דעביד לקבל דבר שלו במתנה.

תוד״ה ואי דלי. כתבו דלא מהני בזה מגו דלפירות הורדתיו משום דהוי מגו נגד אנן סהדי. ע׳ בהגהת פורת יוסף שהקשה מה הקשו התוס׳ הא הוי מגו להוציא ותי׳ דכל שלא החזיק ג׳ שנים אינו נחשב מוחזק ולא הוי מגו להוציא. וכן מבואר בנתיבות בכללי מגו כלל ה׳ שאם יש לבעל החמ״ק מגו הוא נאמן להוציא מהמוחזק כיון שחמ״ק מסייע למגו. ובביאורים כתב הנתיבות שהמקור לזה הוא מתוס׳ זה. אך כ״ז כשידוע בעדים שהמערער הוא מ״ק אבל אם אין עדי מ״ק אף שהמחזיק מודה שהמערער הוא המ״ק נחשב המ״ק מוציא והממון בחזקת המחזיק אע״ג דלית ליה חזקה כמבואר ברמ״ה בסמוך באות ס״ח לגבי ישראל הבא מחמת עכו״ם ולא טען קמי דידי זבנא שהמ״ק מוציא רק כשיש עדים שהוא מ״ק אבל אם אין לו עדי מ״ק אף שהוא טוען ברי והמחזיק שמא קי״ל לאו ברי עדיף כיון דקיימא ארעא בידי המחזיק והוי כמנה לי בידך והלה אומר איני יודע. הרי שאע״ג דמודה המחזיק שהמערער מ״ק נחשב המ״ק מוציא ולא מהני ברי ושמא להוציא מהמוחזק. ועכצ״ל דרק כשידוע המוחזקות בעדים נחשב הממון בחזקת המ״ק.

לשון הרמב״ם והשו״ע בדינא דדלי ליה צנא דפירי הוא שאם יש עדים שדלי ליה נאמן המחזיק. וכתב הנתיבות בס׳ קמ״ב סק״א דמשמע שאם אין עדים נאמן המ״ק במגו שהיה אומר שלא דלי ליה. ואף דכתבו התוס׳ דמגו לא מהני בזה דהוי מגו נגד אנן סהדי הכא שאני דהוי הפה שאסר. והשעה״מ חולק וס״ל שמתוס׳ מוכח שחולק וס״ל שגם בלי עדים אינו נאמן דהוי מגו נגד אנן סהדי. וע׳ בזה בסמוך על תוד״ה ואי לפירא.

תוד״ה ואי לפירא. הקשו אי סבר ר״א דאפילו כשהחזיק ג׳ שנים יכול המערער לטעון לפירות הורדתיך א״כ למה אחרי ג׳ שנים לא מזדהר איניש בשטרא. הנ״י הקשה באופן אחר דא״כ בטל כל חזקה שתמיד יטען לפירות הורדתיך. ומבואר מדבריהם דקשיא להו רק שיכול לטעון תמיד לפירות הורדתיך אבל לא הקשו שבטל כל דין חזקה מפני שתמיד יהיה נאמן לומר גזולה במגו דלפירות הורדתיך. ומשמע דס״ל דלא מהני מגו נגד ראית החזקה וכן מבואר בתורי״ד דס״ל אליבא דאמת שלר״א נאמן לטעון לפירות הורדתיך גם כשהחזיק ג׳ שנים וחזקה מהני רק כנגד טענת גזולה. והטעם דלא מהני בזה מגו הוא או משום דהוי מגו להוציא, דרק כשלא החזיק ג׳ שנים נתבאר לעיל דאמרינן מגו לסייע למ״ק נגד המוחזק, או דהוי מגו נגד אנן סהדי דמדשתק ג׳ שנים מוכח שמכר. וכן כתב בשיטמ״ק בשם שיטה לא נודעה למי על דברי התוס׳ לעיל דלא מהני מגו נגד הראיה של דלי ליה צנא דפירי, מכאן אני לומד שמגו נגד חזקה לא מהני דמשמע לי דלי צנא הוי כחזקה אבל לא עדיף מיניה ע״ש. אך הרמב״ן הרשב״א והריטב״א כתבו שאם לר״א נאמן לטעון לפירות הורדתיך נגד חזקה יהיה נאמן גם לטעון גזולה במגו ובטלה חזקת ג׳ שנים. ולשון הרמב״ן בזה דחזקה לאו כעדים דמיא ומגו במקום חזקה אמרינן בכ״מ. והדברים מבוארים בתוס׳ בב״מ קי. דבתי׳ אחד כתבו דהוי מגו נגד חזקה א״נ מגו להוציא ובתי׳ אחד תירצו דהוי מגו לחצי טענה ולולא זה היה מועיל מגו נגד חזקת ג׳ שנים.

רע״א בשו״ע ק״מ סע׳ א׳ דן במערער שיש לו עדי מ״ק והמחזיק החזיק ג׳ שנים אבל אין לו עדי חזקה והמערער מודה שהחזיק אבל טוען גזולה היא בידו אם נאמן המערער במגו שהיה מכחיש את חזקתו של המחזיק. ומציין רע״א

לעיין בתשובת מהר״י כולי. ולכאורה נידון זה תלוי במחלוקת הראשונים בסוגיין ובתירוצי התוס׳ בב״מ ק״י. דברמב״ן וברשב״א מפורש דמהני מגו נגד ראית החזקה ובתוס׳ ונ״י מבואר דלא מהני או משום דהוי מגו נגד חזקה או מפני שזה מגו להוציא. [ולא מסתבר לומר שבנידון דרע״א יש חסרון בחזקה שלא היה לו למחות מפני שידע שלמחזיק אין עדים דמנין למערער שאין למחזיק עדים]. אמנם אכתי תלוי במחלוקת הנתיבות והשעה״מ שהובא לעיל. שהשעה״מ מוכיח ממה שכתבו התוס׳ דלא מהני מגו נגד דלי ליה צנא דפירי שתוס׳ חולק על הרמב״ם דס״ל שאם אין עדים שדלי ליה נאמן המ״ק במגו דלא דלי ליה ולתוס׳ אינו נאמן דהוי מגו נגד אנן סהדי. והנתיבות חולק וכתב דיש לחלק בין מגו להפה שאסר. א״כ לדברי הנתיבות אין להוכיח ממה דסברי התוס׳ והנ״י שלא מועיל מגו נגד חזקה שלא יועיל מגו בנידון דרע״א דהתם שאני דליכא עדי חזקה כלל והוי הפה שאסר [אך לרמב״ן דמגו מהני כ״ש בנידון דרע״א דהוי הפה שאסר]. משא״כ לשעה״מ כמו שמוכח מתוס׳ שחולק על הרמב״ם בדלי ליה צנא דפירי כך מוכח מהתוס׳ שבנידון דרע״א לא מהני מגו נגד חזקה.

נמצא דיש לבאר ספקו של רע״א בב׳ אופנים. א. אם מהני מגו נגד חזקת ג׳ שנים. וא״כ זה תלוי במחלוקת הראשונים בסוגיין ובתי׳ התוס׳ בב״מ. ב. הספק הוא אליבא דשיטת התוס׳ דמגו לא מהני אולי הפה שאסר שאני וזה תלוי במחלוקת השעה״מ והנתיבות.

אי כביש לשטר משכנתא. נחלקו הראשונים בזה אי כדי לטעון לקוח צריך להכחיש שמעולם לא היה ממושכן בידו או מספיק שהחזיק ג׳ שנים אחר גמר זמן המשכנתא. הנ״י כתב שגם אם ידוע שהגיע לידו בתורת משכון נאמן לטעון שלקח אח״כ ומחלק בזה בין חזקת קרקעות למטלטלין. וכ״כ הרמ״ה באות ס״ו. ושיטת הרמב״ן דכל שידוע שהגיע לידו שלא בתורת מקח אינו נאמן לטעון לקוח וכן הוא שיטת התוס׳ לעיל לג.

ישראל הבא מחמת עכו״ם. שיטת הרשב״ם דרק בעכו״ם עצמו ליכא חזקה דירא למחות בעכו״ם אבל ישראל הבא מחמת עכו״ם אין חסרון בחזקה אלא דהוי חזקה שאין עמה טענה כיון שאינו יודע אם העכו״ם קנה מהמ״ק. אלא דבישראל כה״ג סגי בעדים שדר המוכר חד יומא וטענינן ללוקח, ובבא מחמת עכו״ם לא טענינן דסתם עכו״ם גזלנים הם. ומלשון הרמב״ם פי״ד מטו״נ ה״ה ולשון השו״ע ס׳ קמ״ט סע׳ ט״ו משמע דס״ל דכשם שאין אכילת העכו״ם ראיה דירא למחות בעכו״ם כך אין אכילת הישראל הבא מחמת העכו״ם ראיה שגם בו ירא למחות. וכ״כ הסמ״ע בסקכ״ב. ונראה דהרשב״ם לשטתו לא יכול לפרש כן דמבואר בגמ׳ שאם אמר הישראל קמי דידי זבנא העכו״ם מנך נאמן. ולדעת הרמב״ם הא דנאמן בזה אף דאין חזקתו חזקה היינו משום דאית ליה מגו דמנך זבנתיה ואז היה לו חזקה. ואפילו הסוברים דבלוקח מישראל שטוען קמי דידי זבנא לא צריך להגיע למגו הכא צריך מגו כיון שלדבריו הוא בא מחמת עכו״ם ולית ליה חזקה. אבל בשיטת הרשב״ם נתבאר כמה פעמים דאי לדבריו לית ליה חזקה לא מהני מגו דהוי מגו נגד ריעותא דאחוי שטרך לכן הרשב״ם מפרש דאין חסרון בחזקתו של ישראל הבא מחמת עכו״ם דממנו אינו ירא אלא דלית ליה טענה ולא טענינן כשבא מכח עכו״ם אבל בקמי דידי נאמן כלוקח מישראל שטוען קמי דידי.

יש להסתפק למש״כ הרשב״ם שישראל הבא מחמת עכו״ם החסרון הוא דהוי חזקה בלי טענה ולא טענינן לבא מחמת עכו״ם משום דסתם עכו״ם גזלנים אם הפשט הוא דכיון דסתם עכו״ם הוא גזלן הוי כטענה דלא שכיח דלא טענינן או כיון דטוענים טענת המוכר ועכו״ם לית ליה נאמנות טענה דסתם עכו״ם גזלן א״כ א״א לטעון בשבילו. [וכעין זה נחלקו הדרישה והנתיבות בס׳

קמ״ט סק״ה אך התם הנידון אי מהני מגו או נחשב מגו נגד חזקה ולא לענין טענינן]. והנ״מ בדין שהובא ברמ״א בס׳ קמ״ט סע׳ ט״ו בישראל שקנה מישראל שקנה מעכו״ם דפסק הרמ״א דטענינן ללוקח שני שאולי לוקח ראשון היה טוען שהעכו״ם קנה בפניו. ובשלמא אם מה שלא טוענים ללוקח מעכו״ם הוא משום דאין לעכו״ם נאמנות טענה כאן שפיר טענינן שהלוקח הראשון היה יכול לטעון שהעכו״ם קנה בפניו וטענינן טענה זו ללוקח שני. אבל אם טענת לקוח ע״י עכו״ם הוא כמילתא דלא שכיח דלא טענינן א״כ מה בכך דלוקח ראשון היה יכול לטעון כן מ״מ א״א לעשות ע״ז טענינן ללוקח שני. [ומה שמביא הגאון בסקי״ט המקור מגיטין נח: התם שאני שטוענים ללוקח שני שלוקח ראשון חזר וקנה מהישראל אבל הכא טענינן ליה שהעכו״ם קנה בפני לוקח ראשון].

הרמב״ם בפי״ד מטו״נ ה״ה פסק שכשמוציא הישראל מהעכו״ם אינו נשבע היסת שלא תקנו היסת אלא לישראל. ונחלקו הרמב״ם והראב״ד בישראל הבא מחמת עכו״ם אם נשבע המ״ק היסת כשמוציא מידו. ויש לבאר מחלוקתם בכמה אופנים. א. המ״מ כתב דפליגי אם ברי ע״י אחר נחשב טענת ברי לחייב שבועה. ב. לשון הרמב״ם הוא שלא תקנו היסת אלא לישראל משמע לכאו׳ שגם טענת עכו״ם נחשבת טענה לחייב שבועה אלא שלא תקנו לעכו״ם אך המ״מ כתב דכוונת הרמב״ם שאין טענת העכו״ם טענה להשביע עליו דכיון שפיהם דבר שוא נחשב טענתו כטענת שמא. ואם החסרון הוא בטענה י״ל שגם טענינן לא שייך שאם העכו״ם בעצמו טוען אין זה מחייב שבועה איך אנן נטעון בשבילו. אבל אם אין חסרון בטענת העכו״ם אלא שלא תקנו בשבילו שפיר שייך לטעון ולחייב שבועה ללוקח שאינו עכו״ם. ג. י״ל דלכו״ע טענת עכו״ם אינה טענה ופליגי אי טענינן הוי טענת המוכר או טענת הלוקח. ד. פליגי במחלוקת תוס׳ והרשב״ם לעיל לג. אי טענינן נחשב כטענת ברי לחייב שבועת היסת. ה. האו״ש כתב דהרמב״ם ס״ל דכשם שלא תקנו לעכו״ם כך לא תקנו לישראל הבא מחמת עכו״ם כמבואר בב״ק צו. לענין תקנת השבים וע״ע מש״כ שם בביאור דברי הראב״ד.

מה עכו״ם אין לו חזקה אלא בשטר. מבואר בגמ׳ דקאי על חזקת ג׳ שנים. וגם הרמב״ם מביא לגבי חזקת ראיה בפי״ד מטו״נ כנ״ל. אך הובא ברמב״ם גם לענין חזקה של קנין בפ״א ממכירה הי״ז דעכו״ם אינו קונה בחזקה אלא בשטר [ולא כתוס׳ לקמן נד: וקידושין יד: דעכו״ם אינו קונה בשטר] וכתבו ה״ה והכ״מ שם דמקורו מכאן וכ״כ הגאון בס׳ קצ״ד סק״א וסק״ב. וכיוצא בזה מצאנו לעיל כט: צונמא במה יקנה באוקמי בה חיותא ומשטחא בה פירי שמובא בגמ׳ לענין חזקת ראיה והרמב״ם מביא את זה גם לענין חזקת קנין בפ״א ממכירה הט״ו.

דף לו.

אי אמר ישראל קמי דידי זבנא. בשו״ע ס׳ קמ״ט סע׳ ט״ז פסק דעכו״ם שנתגייר והחזיק ג׳ שנים אחרי הגירות וטוען קניתי אחרי שנתגיירתי נאמן. וכתב הסמ״ע בסקכ״ז דרק בזה נאמן אבל אם טוען שקנה לפני הגירות אינו נאמן. ואינו מובן דלא גרע מקמי דידי זבנא דנאמן במגו. וע׳ בט״ז שחולק בזה על הסמ״ע והנתיבות בסק״ה כתב שהעיקר כהט״ז.

אכלה ערלה שביעית וכלאים. הרשב״ם גרס לא הוי חזקה ומפרש שאכל הפירות תוס׳ גרסי הוי חזקה ופרשו באכילת זמורות. הרמב״ם בפי״ב מטו״נ הי״ב גורס הוי חזקה ואעפ״כ מפרש באכילת הפירות וס״ל שגם אכילת איסור הוי חזקה. והקשו על הרמב״ם מהגמ׳ בכתובות שלומדת ממה דהוי חזקה שאכילת זמורות הוי אכילה ומה הראיה הא מיירי שאכל פירות. וכתב ה״ה דגם אכילות פירות אינה אכילה חשובה כיון שהפירות אסורין והגמ׳ מדמה אכילת זמורות לפירות האסורין. והנתיבות בס׳ קמ״א סק״ב כתב דבשביעית הרמב״ם מודה דאכילת

פירות לא הוי חזקה דאף דאכילת איסור נחשב אכילה לרמב״ם שביעית גרע דהפירות הם הפקר ואינם של הבעלים ואכלה שביעית גם לרמב״ם קאי על אכילת זמורות ומזה למדה הגמ׳ בכתובות דאכילת זמורות הוי אכילה. שיטת הרמב״ן דבערלה אכילת איסור לא הוי אכילה לענין חזקה כיון שלא הפסיד לבעלים כלום אבל בכלאים גם אכילת איסור הוי חזקה שיש הפסד לבעלים שהיו יכולים לזרוע בלי איסור כלאים. דהיינו ג׳ שיטות לענין אכילת איסור לתוס׳ לא הוי חזקה לרמב״ם הוי חזקה ולרמב״ן יש הבדל בין ערלה לכלאים. וע״ע בנתיבות סק״ג מש״כ בשם התומים דלא חל איסור כלאים שלדברי המערער המחזיק גזלן ואין אדם אוסר דבר שאינו שלו. עמש״כ בזה הנתיבות.

תוד״ה הכי גרים. הביאו ב׳ ראיות שבכלאים גם העץ נאסר. וראיתם השניה מהא דכלאים עיקרן נאסר לכאורה אינו מובן דעיקרן נאסר היינו שלא רק מה שגדל בתערובת נאסר אלא גם הזרע שנעשה בו מעשה הזריעה שהוא עצמו גדל בהתר ועכשיו נזרע כלאים נאסר אך אולי רק חיטה שהוא מאכל נאסר ומה הראיה מזה שהעץ נאסר. ובתוס׳ בפסחים כה. על הא דכלאים עיקרן נאסר כתבו שגם הגבעולים והקש נאסר כדאמרינן לקמן תנור שהסיקו בקשין של כלאי הכרם. משמע שמהא דעיקרן נאסר ליכא ראיה שהעץ נאסר אלא רק מתנור שהסיקו. ואולי הכא משמע להו שעיקרן נאסר קאי גם על החרצן שאינו אוכל וצ״ע. שיטת הגר״א ביו״ד ס׳ רצ״ו סק״י דאין איסור כלאים על עצים אלא דוקא בעצי תלתן שטעם עצו ופריו שוה. ותנור שהסיקו בקשין של כלאי הכרם מירי בקשין של תלתן. ומביא הגאון ראיה שעצים מותרים ממה שאמרו כלאי הכרם עיקרן נאסר ואי נימא דאפילו העץ אסור פשיטא שהעיקר לא גרע מהעץ. דהיינו שמהמקום שהתוס׳ הוכיחו שהעץ נאסר למד הגאון שאינו נאסר. עכ״פ מבואר בגאון שליכא ראיה משם לאסור העץ. אך גם מה שהוכיח הגאון משם להתיר העץ לכאורה אינו מובן דהמקדש דוד בזרעים ס׳ ס״א אות ז׳ בד״ה הנה אי קשין תמה על הגר״א מה כתב שאם העץ נאסר פשיטא שהעיקר נאסר ומה הראיה מעץ לעיקר דהעץ גדל באיסור לכן נאסר אף שאינו ראוי לאכילה אבל העיקר גדל בהתר ובלי לימוד מהיכן נדע שנאסר.

ואולי יש לבאר ראית הגר״א דפשיטא ליה לגר״א דעיקר מה שאסרה תורה כלאים הוא על הפירות דהמלאה הוא פירות ויסוד האיסור דזרוע מעיקרא וזרוע ובא שווים. אלא דאכתי יש מקום לדון שהעץ יאסר מדין טפל לפרי וע״ז בא הגר״א להוכיח שאינו נאסר כלל אפילו מדין טפל לפרי דאי נימא דאף שהעץ אינו פרי ואין סיבה מצד עצמו ליאסר מ״מ נאסר מדין טפל א״כ למה לי קרא לעיקרן נאסר הא גם אם אין לעיקר סיבה עצמית ליאסר מפני שלא גדל באיסור אכתי יאסר מדין טפל כמו העץ. אלא מדאצטריך קרא לאסור העיקר מוכח דכל מה שאין לו סיבה לאיסור מצד עצמו אינו נאסר מדין טפל וממילא פשוט העץ אינו נאסר.

וסברא זו שהעץ יאסר מדין טפל לפרי מבואר בר״ש בכלאים בפ״ז מ״ז דמבואר שם במשנה שתבואה נאסרת משום כלאים משתשליש וענבים משיעשו כפול הלבן. והקשה הר״ש אמאי בעינן שיעורים אלו הא בכלאים גם העץ נאסר וענבים לפני כפול הלבן לא גרע מעץ. ותי׳ הר״ש דכ״ז שאין פירות אין העץ נאסר אבל אחרי שהגיעו הענבים לכפול הלבן ונאסרו הענבים נאסר גם העץ. ומבואר מזה דאיסורו של העץ הוא מדין טפל לפירות. ומזה בא הגאון לאפוקי דאם העץ נאסר מדין טפל למה לי קרא לאסור העיקר ת״ל שגם הוא יאסר מדין טפל. [והגאון לא ס״ל כהר״ש שאיסור העץ חל רק אחרי שיש פירות דא״כ בעינן קרא לאסור העיקר לפני שיש פירות אלא גדר איסור העץ ס״ל כהר״ש שהוא מדין טפל ומזה בא לאפוקי].

ומיהו הא לא קשה דאיכא למימר דעיקרן נאסר משום דכתיב הזרע. דברי התוס׳ אינם

מובנים דאם ס״ל דמדקתני עיקרן נאסר זה ראיה שהעץ נאסר א״כ מה בכך דהעיקר נאסר מקרא דהזרע. ולכאורה היה נראה שכוונת התוס׳ כמו שכתב הר״ש במשנה הנ״ל בכלאים בהמשך דבריו ליישב הסתירות בענין איסור עצי כלאים דבזרוע מעיקרא נאסר גם העץ ובזרוע ובא רק הפירות נאסרים דכתיב המלאה דהיינו פירות. ואולי זה גם כוונת התוס׳ דאה״נ מעיקרן נאסר מוכח שהעץ נאסר אבל זה דוקא בזרוע מעיקרן דכתיב הזרע אבל בזרוע ובא העץ אינו נאסר. אך א״א לומר כן דבלשון התוס׳ מבואר דתי׳ זה מיישב רק הראיה מעיקרן נאסר ולא את הראיה מתנור שהסיקו בקשין של כלאי הכרם. ואם כמו שכתבנו גם משם ליכא ראיה דאולי מיירי בקשין של זרוע מעיקרא. א״כ צ״ב גם בראית התוס׳ מעיקרן נאסר וגם בדחייתם.

ואולי יש לבאר דברי התוס׳ ע״פ הסברות שכתבנו בביאור דברי הגר״א. דהיה קשה לתוס׳ אמאי נאסר העיקר הא לא גדל באיסור ולכן הבינו שאיסור העיקר הוא משום דנעשה טפל לשאר הגידול שגדל באיסור ומזה הביאו ראיה לעצים. שלעיקר אין סיבה עצמית לאיסור אפילו שהוא מאכל ואעפ״כ נאסר מדין טפל א״כ גם העץ יאסר מדין טפל דלא גרע מהעיקר. ותרצו דשאני עיקר דנאסר מקרא דהזרע ונתחדש בפסוק איסור עצמי לעיקר ואינו מדין טפל וא״כ אין ללמוד מזה איסור לעץ.

נמצא ג׳ שיטות לענין עצי כלאים. א. שיטת התוס׳ דבין בזרוע מעיקרא בין בזרוע ובא דין העץ כדין הפרי ובזרוע מעיקרא הכל נאסר מיד בהשרשה ובזרוע ובא כל דבר נאסר כשהוא מוסיף מאתים. ב. שיטת הר״ש [באחד מפשטיו] שבזרוע מעיקרא גם העץ נאסר ובזרוע ובא העץ אינו נאסר אפילו שהוסיף מאתים. ג. שיטת הגר״א דאין שום איסור על עצי כלאים אלא בתלתן שטעם העץ כטעם הפרי.

הרשב״א כתב בשם יש מי שאומר שהאיסור של הפירות אחרי שהוסיף מאתים הוא רק על התוספת ולא על העיקר משמע שהיה צד לומר שהכל נאסר וצ״ע דבסוגיא דפסחים כה. מוכח בהדיא שרק התוספת נאסרת.

הגודרות אין להם חזקה. כתב הרשב״ם דטעמא משום שיכול לומר מעצמו נכנס או אתה הכנסתו לביתך והחזקת בו. וע׳ באבן האזל פ״ט מטו״נ ה״ו ד״ה אלא שכתב נ״מ בין שני הטעמים שכתב הרשב״ם, במי שנכנס לשדה חברו וליקט פירות שאם מה שגודרות אין להם חזקה הוא מפני שמעצמו נכנס אבל כשלא נכנס מאליו אפילו שלא צריך מעשה גניבה ממש כדי להגיע לממון אין זה נחשב כגודרות ולטעם השני של הרשב״ם אף שלא נכנס מאליו אלא נמצא במקום שאפשר לתופסו בלי ליכנס לבית חברו דרך גזילה ליכא בזה חזקת מטלטלין. ומביא שהרמב״ם בפ״י ה״א כתב כטעם הראשון שמעצמו נכנס ולשון השו״ע בס׳ קל״ה סע׳ א׳ הוא כלשון הרשב״ם [כמש״כ הגאון סק״א] דחיישינן נמי שמא לקחה בדרך והחזיק בה ע״ש.

אין להם חזקה לאלתר. שיטת הרשב״ם שעבדים וגודרות יש להם חזקה אחר ג׳ שנים. ולא מובן מהו השעור של ג׳ שנים בגודרות ובשלמא בעבדים י״ל שלאחר זמן הדרך להקפיד אלא דעד ג׳ שנים איכא ריעותא דאחוי שטרך משא״כ בגודרות דלא כותבים עליהם שטר. וע׳ בריטב״א לעיל כח. דלא פלוג רבנן וכדי שלא לתת דבריהם לשיעורין קבעו זמן הקפידא בגודרות כזמן החזקה דקרקעות. שיטת הרשב״א בדף כח. שגודרות אית להו חזקה לאחר שנה או שנתים בזמן הדרך להקפיד ועבדים שעושים פירות תדיר [או משום ריעותא דאחוי שטרא] בעינן ג׳ שנים. בשיטת הרמב״ם כתב ה״ה בפ״י מטו״נ ה״ד דס״ל דשרק עבדים יש להם חזקה אחר ג׳ שנים אבל גודרות אין להם חזקה לעולם. וכ״כ הגאון בס׳ קל״ה סק״ה אבל הש״ך שם סק״ג חולק וכתב דאין חולק בזה שגם גודרות אית להו חזקה לאחר ג׳ שנים. אמנם ביד רמ״ה באות ע״ה כתב בהדיא שרק עבדים שכותבים

עליהם שטר יש להם חזקה אחר ג׳ שנים אבל גודרות אין להם חזקה לעולם. אך צריך להבין הסברא בזה למה עבדים עדיפי מגודרות דמה שאין בגודרות שטר הוא סיבה להקדים חזקתם ולא לאחרו. ולכאורה יש להביא ראיה מזה דחזקת ג׳ שנים אינו ראיה מהשתיקה אלא כשיטת הקצה״ח דהוי תקנ״ח שלא יפסיד הלוקח אחרי ג׳ שנים שהדרך שאינו שומר את השטר ובמקום דליכא שטרא אין מקום לתקנה זו ולעולם צריך להביא ראיה. ועוד שמעתי מבארים דלשון הרשב״א לעיל כט. הוא שראית החזקה הוא מזה שיודע המערער שאחרי ג׳ שנים אין הקונה שומר שטרו ומזה שמערער מחה דוקא אחרי ג׳ שנים מחזי כמערים לשתוק עד שיאבד זה ראיותיו ע״ש. וזה לא שייך בגודרות לכן אין בהם חזקה לעולם.

בדברים העשוים להשאיל ולהשכיר, לסוברים דגודרות אין להם חזקה לעולם ה״ה בזה וכ״כ הרמ״ה. לשיטות שגודרות יש להם חזקה אחרי ג׳ שנים ע׳ ריטב״א די״א דדבר העשוי להשאיל גרע והוי כאילו שיש עדי פקדון והריטב״א חולק שגם בזה יש חזקה אחר ג׳ שנים.

אם היה קטן וכו׳. הקשה הקצה״ח בס׳ קל״ה סק״ב אמאי אית ליה חזקה לאלתר הא כותבים שטר על עבדים ואיכא ריעותא דאחוי שטרך. ותי׳ דהיכא דאיכא ראיה אלימתא לא מתחשבים בריעותא דאחוי שטרא וחזקה דאימא לא מינשיא ברא אלים כחזקה דדלי ליה צנא דפירי וצריך להוסיף דכיון דליכא בזה חסרון דגודרות מהני חזקת מטלטלין דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן גם במקום ריעותא דאחוי שטרך. וע׳ לקמן דף מב. על דברי הרשב״ם שם. והובא לעיל שברשב״א בדף נ: מבואר שאין הטעם מפני שחזקה אלימתא מהני נגד ריעותא דאחוי שטרך אלא משום דבמקום חזקה טובה אינו חושש לשמור השטר וליכא ריעותא.

הנהו עיזי. מבואר שנאמן עד כדי דמיהן במגו דלקוחין הן בידי. ויש לעיין במגו זה מכמה טעמי. א. הוי מגו להוציא. ב. הוי מגו לחצי טענה. ג. הוי מגו דהעזה דבטענת לקוח חברו מכיר בשקרו. ד. הוי מגו מממון לממון. לענין מגו להוציא עיין בשיטמ״ק לעיל לג. בד״ה וז״ל הר׳ יונה דהא דהוצרך רבה בר שרשום לגבות חובו ורק אח״כ להחזיר הקרקע ליתומים ולא החזיר מיד והיה יכול לתבוע חובו במגו דלקוח [דומיא דהני עיזי] משום דהוי מגו להוציא ואח״כ בד״ה עלה בידינו מביא שהגאונים כתבו דהמחזיק משכון וטוען שחייבים לו חוב ונאמן במגו שהיה טוען לקוח על המשכון צריך לישבע שבועת הנוטלין. וכתב ע״ז ר׳ יונה ולא מפני שהוא מוציא אמרו כן שא״כ אף בשבועה לא היה נוטל [דהיינו שאין הטעם שצריך שבועה ולא נפטר מן השבועה ע״י מגו משום דהוי מגו להוציא שאם היה מגו להוציא לא היה גובה כלל אפילו בשבועה] אלא אין זה מוציא ממון שהרי תפוס ומוחזק במשכונא. דהיינו כיון שתופס במשכון אין זה נחשב מגו להוציא אלא מגו לעכב בידו המשכון משא״כ ברבה בר שרשום דהוי קרקע ואין בו דין משכון לכן הוי מגו להוציא. וכ״כ הקצות בס׳ ק״נ סק״ב דכיון שתופס משכון לא נחשב מגו להוציא. ועי״ל דרוב הראשונים לומדים דהכא בעל העיזי אינו מכחיש את תביעת בעל החושלא בטענת ברי. וא״כ איכא מגו וברי ושמא ומהני להוציא כמבואר בפ״ק דכתובות. [ע׳ ש״ך כללי מגו אות א׳]. אך התוס׳ כתבו לקמן נב: דמיירי שבעל העיזי מכחיש בטענת ברי וא״כ צ״ל כנ״ל דלא נחשב מוציא כיון שמחזיק משכון.

כתב הר״ן בשבועות [דף כז. מדפי הרי״ף] דמה שאמרו הגאונים דהטוען על המשכון נשבע הוא דוקא כשבא לגבות חובו מן המשכון שכיון שבא ליטול צריך לישבע כשאר נשבעין ונוטלין הא אילו רצה לשתוק ולהחזיק במשכונו עד שיתן לו מעותיו אינו נשבע אלא היסת. ומבואר שגם במקום שבא לגבות חובו מהמשכון מהני המגו

ולא נחשב מגו להוציא אף שלענין חיוב שבועה נחשב נוטל. וע׳ בריטב״א שכתב שמה שנאמן רק עד כדי דמיהן היינו אם בא לגבות מן הבעלים אבל אם רצה לתפוס בהם ביותר מכדי דמיהן אין הבעלים מוציאין מידו. ומבואר שמהני המגו גם לגבות מחברו ולא רק לענין לעכב בידו המשכון וגם לענין הגבייה מחברו אינו נחשב מוציא כיון שתופס משכון בידו. אך הרמ״ה כתב באות ע״ז שאינו נאמן בהני עיזי לחייב את בעל העיזי לשלם דמי החושלא אלא נאמנותו הוא רק לענין שיכול לעכב העיזי בידו עד שישלם בעל העיזי. ולכן כתב הרמ״ה דאינו נשבע הכא שבועת הנוטלין.

נמצא דלכו״ע הא דמהני הכא המגו ואינו מגו להוציא הוא מפני שהוא מחזיק בעיזי אלא דפליגי עד כמה הוא נאמן. לריטב״א נאמן לחייב את בעל העיזי לשלם. לר״ן נאמן לענין לגבות חובו מן המשכון ולרמ״ה אינו נאמן אלא לענין לעכב בידו את העיזי עד שישלם בעל העיזי.

לענין מגו לחצי טענה ע׳ לשון הרמב״ם פ״י מטו״נ ה״ג יכול לטעון עד כדי דמיה. ואפשר לפרש לשון זה שנאמן בטענתו אם טוען עד כדי דמיו אבל אה״נ אם תובע יותר אינו נאמן אפילו בכדי דמיו דהוי מגו לחצי טענה. אבל בלשון הרשב״ם מבואר שאף שטוען שאכלו יותר מדמי העיזי נאמן עד כדי דמיהן וזה לכאורה הוי מגו לחצי טענה. אך לעיל לג: הובא דברי הנתיבות בכללי מגו כלל י״א שבמקום שיכול לטעון את שתי הטענות מהני מגו לחצי טענה. והכא נמי יכול לטעון שאכלו העיזי יותר מכדי דמיהן וקיבל העיזי בפרעון חלק מהחוב. וע׳ בשעה״מ כללי מגו אות ג׳ שגם כתב כלל זה ומביא ראיה לזה מהני עיזי ומדייק לשון הרשב״ם כנ״ל. אך מביא שהמהרי״ט חולק על כלל זה וס״ל שגם בכה״ג לא אמרינן מגו לחצי טענה ולדבריו יקשה מכאן. וצ״ל שיפרש שנאמן רק אם תביעתו עד כדי דמיהן כמו שהובא לעיל מלשון הרמב״ם ולא כרשב״ם. עי׳ מה שכתבנו בכתובות פ״ח: על תוד״ה הוציאה ובדף פט: על תוד״ה יכול.

לענין מגו דהעזה ע׳ בר״ן בשבועות [בדף כג. מדפי הרי״ף] על דברי רבה מפני מה אמרה תורה מודה במקצת נשבע ואינו נפטר במגו אי בעי כפר הכל, משום דאין אדם מעיז פניו. ומבואר דמגו דהעזה אינו מגו וכתב הר״ן וא״ת הא אמרינן מגו כה״ג בהני עיזי בחזקת הבתים ותירץ דגם מגו דהעזה הוי מגו לאפטורי ממון אלא שלא אלים לאפטורי משבועה. [ע׳ תוס׳ לקמן נב: שגם כתבו שמגו דהעזה מהני בממון אלא שדחו הראיה מכאן דמיירי שבעל העיזי מכחיש בטענת ברי ושתי הטענות הם העזה]. ועפ״ז כתב הר״ן שם [בדף כז. בדפי הרי״ף] שאפילו החולקים על הגאונים וסוברים שהטוען על המשכון אינו נשבע שבועת הנוטלין היינו משום דס״ל שהמגו מועיל לפטור מהשבועה אבל בהני עיזי דהוי מגו דהעזה לכו״ע בעי שבועה. והוא משום דמגו דהעזה לאפטורי משבועה לא אמרינן ולפטור מממון כן אמרינן. גם הרמ״ה כאן באות ע״ז מוכיח מכאן דמגו דהעזה מהני לפטור מממון. וכן נקטו הש״ך בכללי מגו כלל ו׳ והגאון שם סק״ד להלכה אף שמביאים שיש ראשונים דס״ל שגם בממון לא מהני מגו דהעזה ע״ש. וע׳ לקמן נב: בביאור טעם החילוק בין ממון לשבועה.

לענין מגו מממון לממון ע׳ שיטמ״ק לג. בשם ר׳ יונה בד״ה וז״ל הר״י אחרי שר׳ יונה מבאר באחד מפשטיו דמה שלא טען רבה בר שרשום מתחילה הוא משום דהוי מגו מממון לממון שואל ר׳ יונה מהני עיזי דמהני המגו אף דהוי מממון לממון דטענתו הוא על דמי החושלא והמגו הוא על העיזי. ותי׳ דהכא לא הוי מממון לממון שגם לפי תביעתו שתובע דמי החושלא הוא טוען שזכותו לעכב העיזי כמשכון על דמי החושלא ונחשב כתביעה על העיזי. וכמו שלא נחשב מגו להוציא מפני תפיסת המשכון גם לא נחשב ממון לממון. משא״כ ברבה בר שרשום דהוי קרקע ואין בו דין משכון ע״ש.

הא דליכא הכא חיוב שבועה כדין מודה

במקצת וממילא ישלם כדין חמשין ידענא וחמשין לא ידענא ע׳ בקו״ש באות קס״א.

פירא רבא ופירא זוטא. פרשב״ם פירא זוטא כגון שחת וקשה דלעיל אמר רב יוסף דאכלה שחת לא הוי חזקה ואין זה נוגע למש״כ התוס׳ בדף כת. דמחזיק בתחילת הג׳ חדשים ע״י אכילת שחת דהתם חוזר ואוכל בגמר הגידול. וצ״ל שלומד הרשב״ם שרק אם אכל ג׳ שנים שחת לא הוי חזקה אבל כשיש אכילה חשובה באמצע מצרפים אכילת שחת שאכל בתחילה לר״ע. וכן מדויק בלשון הרשב״ם בעמ׳ א׳ שלגבי אכלה ערלה כתב אחת מן שלש שנים הויא שנת ערלה ולגבי אכלה שחת כתב שג׳ שנים קצרה כשהיא שחת. וכן מפורש בריטב״א כאן ע״ש.

ניר לא הוי חזקה. שיטת הרשב״ם שכל הנידון אם ניר הוי חזקה או לא הוא רק למאן דיליף חזקה משור המועד וס״ל שחזקה תלויה בג׳ אכילות ולא בג׳ שנים בזה יש לדון אם ניר נחשב ג״כ כאכילה דלא עביד איניש דכרבו ליה לארעיה ושתיק או שאינו כאכילה דמימר אמר וכו׳. ואי ניר הוי כאכילה סגי בשנה וב׳ ימים. אבל למ״ד דחזקה הוא ג׳ שנים שלימות אין מקום לדון שניר יהיה חזקה דניר הוא פעולה שעושים בזמן קצר וסובר הרשב״ם כשיטת הרשב״א שאפילו למ״ד ניר לא הוי חזקה מ״מ מצטרף לחשבון ג׳ שנים כשיש גם זריעה ואכילה וא״כ המחלוקת אי ניר הוי חזקה או לא הוא לענין ניר לחודיה וזה יתכן רק למ״ד דתלוי באכילות. ולכן מוכח דרבנן דרב סברי דניר לא הוי חזקה דכיון דהצריכו שנים שלימות לא יתכן שניר יעשה חזקה אפילו אי קפדי הבעלים על ניר. וע׳ ברשב״א שלרשב״ם לא גרסינן בגמ׳ מיום ליום למעוטי מאי לאו למעוטי ניר דלרשב״ם אין הראיה מדיוק לשון מיום ליום אלא מעצם דברי רבנן. [הרמב״ן הקשה על הרשב״ם למה צריך למעוטי מיום ליום ע״ש]. והרמב״ן חולק וס״ל שגם מ״ד דבעי ג׳ שנים יכול לסבור דניר הוי חזקה ומהני ניר להצטרף בהדי זריעה ואכילה [דשיטת הרמב״ן דלמ״ד ניר לא הוי חזקה אינו מצטרף] ועוד מבאר הרמב״ן דאפילו בלי אכילה כלל משכחת ניר על משך שנה כגון שירד לתוכה בתחילת השנה ונר אותה כדניירי אינשי ועמדה כל השנה בחזקתו ונטר לה כדנטרי אינשי עד שזרע בשנה הבאה אותה שנה של ניר חשיבה כשנה מיום ליום. וכן כתב השיטה בשם הר״ן דמה שמבואר בגמ׳ דאי ניר הוי חזקה סגי בשנה וב׳ ימים היינו דוקא לר״ע ור״י דתלוי באכילות ואי ניר הוי חזקה הרי זה אכילה ביום אחד אבל למאן דבעי ג׳ שנים אם ניר הוי חזקה בעינן ניר של שנה שלימה ומשכחת לה או ע״י צירוף [וזה יתכן רק אי אמרינן דלמ״ד דניר לא הוי חזקה אין ניר מצטרף] או כנ״ל שנר ונטרה במשך כל השנה. וראית הגמ׳ דרבנן דרב ס״ל דניר לא הוי חזקה הוא מדקתני מיום ליום דמשמע מלישנא יתירא שכל הג׳ שנים יהיו שוים בחזקתם וכמו שלכו״ע לא מהני ניר בכל הג׳ שנים כך לא מהני ניר של שנה אחת כ״כ בשיטמ״ק ד״ה ילמדנו, והראיה מרבנן דשמואל הוא כמש״כ השיטה בשם תוס׳ הרא״ש דמשמע דכל מה דלא הוי חזקה לר״ע ור״י לא הוי חזקה לרבנן. שיטת התוס׳ בד״ה למעוטי הוא כשיטת הרמב״ן דגם למאן דבעי שנים שלימות יש מקום לומר שיועיל ניר. ובעיקר מחלוקת הראשונים אם ניר מצטרף ע׳ מש״כ בס״ד בריש פרקין.

דף לו:

אבל חכמים אומרים. בביאור דברי חכמים שיטת הרשב״ם שרק רבנן דרב מצריך ג׳ שנים שלימות ורק הם סוברים שטעם החזקה הוא משום דעד ג׳ שנים מזדהר בשטרא משא״כ רבנן דשמואל לא מצריכים שנים שלימות אלא ג׳ אכילות בג׳ שנים ולית להו דרבא וכיון דקי״ל כרבא ע״כ קי״ל כרבנן דרב. והנ״י חולק וס״ל שגם רבנן דשמואל ס״ל כטעמיה דרבא ואעפ״כ אינו מצריך שנים שלימות שגם שמירת השטר תלוי באכילת פירות של ג׳ שנים דאחר שאכל

היבול של ג׳ שנים אינו נזהר בשטר. ולדברי הנ״י קי״ל כשמואל שאין סתירה מדבריו לדברי רבא. שיטת הרמב״ן שגם רב אינו מצריך שנים שלימות אלא שיאכל כל מה שאפשר לאכול במשך ג׳ שנים וכשגמר לאכול נשלם החזקה אף שלא החזיק שנים שלימות [ודקל נערה שאני שממהר יותר משאר דקלים ולא החזיק כל זמן הבציר הרגיל]. שיטת ר״ח לפי איך שמפרש הרשב״ם דבריו דבין לרב בין לשמואל בעינן שנים שלימות מיום ליום וכולהו סברי כרבא ופליגי בדקל שמשיר פירותיו אי חשיב אכילה או דבעינן דוקא שיגדור הוא. וכן הוא שיטת ר׳ יונה שמובא בשיטמ״ק בריש פרקין שבין לרבנן דרב בין לרבנן דשמואל בעינן ג׳ שנים שלימות מיום ליום. והא דסברי רבנן במתני׳ דחזקת הבתים שבית הבעל אינו מיום ליום לרשב״ם אין זה כרבנן דרב דלדידהו בעינן בכל מקום שנים שלימות. ולרמב״ן מתאים גם אם רבנן דרב דלא בעינן לרבנן דרב שנים שלימות. אך בשיטמ״ק כתב כאן בשם הר״ן שגם לרבנן דמתני׳ צריך שנים שלימות אלא שאינו צריך לאכול במשך כל השנה.

לענין הלכה הרמב״ם בפי״ב ה״א פסק כרבנן דמתני׳ דבבית הבעל לא בעינן שנים שלימות וכן פסק המחבר בס׳ קמא סע׳ א׳ וכתב הגאון בסק״ח שזה כשמואל ע״פ פירושו הראשון של הרשב״ם בדקל נערה דהיינו שלפירוש זה רב ושמואל פליגי אי בעינן שנים שלימות או לא אלא דהרשב״ם ס״ל לפי פירוש זה דקי״ל כרב והשו״ע פסק כשמואל דס״ל שאין בזה סתירה לרבא וכמש״כ הנ״י. וגם לרמב״ן לא בעינן להלכה שנים שלימות. והרמ״א כתב י״א דגם בבית הבעל בעינן שנים שלימות וכתב הגאון בסק״ט שזה כפר״ח והיינו כפי שלומד הרשב״ם בר״ח שלכו״ע בעינן שנים שלימות ורבנן דמתני׳ אינם רבנן דרב ושמואל. ומש״כ הרשב״ם שהלכה כרב היינו רק לפירוש הראשון דלשמואל לא בעינן שנים שלימות ואנן קי״ל כרבא דתלוי בשטר וע״כ קי״ל כרב. אבל לפר״ח דגם שמואל מודה דבעינן שנים שלימות גם הרשב״ם יודה דקי״ל כשמואל. [ע׳ קצה״ח ס׳ קמ״א סק״א].

היו לו לי׳ אילנות. כתבו התוס׳ בד״ה היו דדוקא בל׳ אילנות דינא הכי אבל בט׳ אילנות ממטע ג׳ לבית סאה ואכל אחת בכל שנה לא הוי חזקה דבעינן באזי בזויי. דהיינו דס״ל כמו שצריך שיהיו האילנות מפוזרים בכל הג׳ סאין כך בעינן נמי בכל סאה שיהיו האילנות שאכל מפוזרים וכשאוכל בכל שנה אילן אחד בכל סאה אין זה פיזור. ובקו״ש מדייק מלשון הרשב״ם בד״ה והוא דבאזי שחולק על תוס׳. דכתב הרשב״ם שמה שצריך פיזור הוא משום שכל בית סאה נחשב שדה בפנ״ע ולא מהני אכילת שדה אחד לחברו משמע דבתוך הבית סאה לא בעינן פיזור. וכן שיטת הטור בס׳ קמ״א בשם הרמ״ה שגם ט׳ אילנות בג׳ סאין מהני אכילת אילן אחד בכל סאה בכל שנה וע״כ ס״ל כרשב״ם דבתוך הבית סאה לא בעינן פיזור. ויש לעיין לרשב״ם ולרמ״ה מה הדין בג׳ אילנות בסאה אחד ואכל כל שנה אילן אחד אם גם בזה מועיל אכילת אילן אחד בכל שנה לכל הבית סאה. דכתב הסמ״ע בסקכ״ג שכמו שמהני בל׳ אילנות בג׳ בית סאין ה״ה בי׳ אילנות בבית סאה אחד ואכל כל שנה ג׳ אילנות ואולי ה״ה לרמ״ה דסגי בט׳ אילנות לג׳ סאין ה״ה דסגי בג׳ אילנות בסאה אחת ואכל כל שנה אילן אחד. אך נראה דיש מקום לומר שבזה יודה הרמ״ה דלא מהני דאף דלא בעינן פיזור בתוך הסאה מ״מ בעינן אכילת ג׳ אילנות כל שנה וכיון שכל אילן נמצא בסאה אחר תופס בזה את כל הג׳ סאין אבל כשאוכל כל שנה רק אילן אחד אין לו אלא מקומו.

תוד״ה ממטע. הנתיבות בס׳ קמ״א סק״ו תמה על דברי התוס׳ שחשבו חשבון המגיע לכל אילן כשיש בין אילן לאילן ט״ז אמה לפי עיגול דאמנם היניקה הוא בעיגול אבל השטח שצריך לכל אילן כשנוטעין שורות שורות הוא ריבוע של ט״ז. ולפ״ז יוצא החשבון של ט״ז אמה

כחשבון דעשרה לבית סאה ע״ש. וכדבריו מבואר ברשב״א ובריטב״א ע״ש.

דף לז.

והי״מ דלא אפיקו. כתבו התוס׳ בשם ר״ח דמשכחת לה בבנות שוח. ולכאורה קשה מגמ׳ זו על חידושו של הרא״ש בענין חזקה בבנות שוח. דכתב הרא״ש שאם התחיל להחזיק בשנה הראשונה ונעל וגדר כל שלש שנים ותיקן צרכי האילנות ואכל פירות בשנה השלישית הויא חזקה. ולדברי הרא״ש אמאי בעינן הכא שיאכל בכל שנה עשר אילנות אפילו אם לא אכל כלום במשך ב׳ שנים מהני אכילת שנה שלישית. וע׳ בפ״ח שעמד בזה וכתב שהגמ׳ מיירי שלא תיקן ואז אם לא אכל כל שנה י׳ אילנות לא מהני אכילה של סוף שלוש. אך א״כ יהיה מוכח שהרא״ש חולק על השיטמ״ק שמביא הנתיבות בס׳ קמ״א סק״ה שגם כשאוכל בעינן שיעשה כל עבודות האילן. ועוד העירוני דהרא״ש קאי רק בהתחיל להחזיק בשנה ראשונה אבל אם התחיל בשנה שיצאו הפירות ואכל ואח״כ שנתיים נעל ותיקן צרכי האילן לא יהיה לו חזקה כיון שתיקון זה לא הביא לידי אכילה א״כ לגבי אותם האילנות שאכל בשנים הראשונות צריך לצרף את האכילה של האילנות האחרים שאכל בשנה שנייה ושלישית.

דברי הרא״ש הובאו להלכה בס׳ קמ״א סעי׳ ט״ז וכתב ע״ז הגר״א בסקכ״ה כן משמע שם לז. וה״מ היכא ובפי׳ ר״ח שם בתוד״ה היכא. דהיינו שמגמ׳ זו יש מקור לדברי הרא״ש דמבואר שלא נתנו האילנות פירות בכל הג׳ שנים ופירש ר״ח בבנות שוח ומ״מ הוי חזקה. ודברי הגאון בזה לכאורה תמוהים דהביא ראיה לסתור דהכא משמע שלולא הלימוד שלמדנו מדברי ר׳ ישמעאל שאכילת עשר אילנות בכל שנה מועיל לכל הל׳ אילנות לא היה חזקתו חזקה וא״כ אדרבה מכאן קשה על הרא״ש. ואף שכתבנו לעיל ליישב שאין מכאן סתירה לדברי הרא״ש מ״מ בודאי אין מכאן מקור לדברי הרא״ש דהכא איכא אכילה בכל שנה. וע׳ בסמוך על תוד״ה היכא מה שכתבנו בס״ד לבאר דברי הגר״א.

תוד״ה היכא. א״ת היכי מצי מיירי בבנות שוח הא אמרינן לעיל דבעינן דבעידנא דאיתא להאי פירא ליתא להאי פירא. חידוש גדול חדשו התוס׳ בזה. דעד כאן לא אמרו האי כללא אלא לר׳ ישמעאל דיליף חזקה משור המועד וס״ל דחזקה אינה תלויה בג׳ שנים אלא בג׳ אכילות ולגבי זה אמרו שכדי ליחשב ג׳ אכילות בעינן בעידנא דאיתא להאי ליתא להאי דאל״כ הכל נחשב אכילה אחת. אבל הכא קאי אליבא דרבנן דס״ל שחזקה תלויה בג׳ שנים ואף שגם לרבנן בעינן שיאכל במשך הג׳ שנים מ״מ אין בזה דין של ג׳ אכילות שנצטרך אכילות נפרדים. ואפילו לרמב״ן ולנ״י דס״ל שג׳ שנים אינו מיום ליום אלא תלוי באכילת הפירות של ג׳ שנים מ״מ אין מקור לחדש דבעינן ג׳ אכילות. ובתוס׳ מבואר דפשיטא להו שגם לרבנן בעינן שיהיה במשך הג׳ שנים ג׳ מעשה אכילה נפרדים.

בדברי הרא״ש לענין בנות שוח מוכח שחולק בזה על התוס׳ שכתב שאם החזיק בבנות שוח ע״י נעילה ותיקון צרכי האילן ואכל בשנה שלישית אית ליה חזקה. ובזה ליכא אלא אכילה אחת דנעילה ותיקון צרכי האילן אינם נחשבים אכילה דקי״ל ניר לא הוי חזקה אלא מצטרפים לג׳ שנים כשאין אפשרות לאכול ונחשב שהחזיק ג׳ שנים ואכל כל מה שאפשר לאכול [ומה דאיתא לעיל שלמ״ד ניר לא הוי חזקה נר שנה וזרע שנתים לא מהני ולא מצרפים שנת הניר הוא משום דהתם יש אפשות לאכול וצירוף ניר דמהני לכו״ע לרא״ש ולרשב״א הוא בתחילת השנה עד זמן הזריעה או שנתיים דבנות שוח שאין אפשרות לאכול] ומוכח שהרא״ש ס״ל דלמאי דקי״ל כרבנן לא בעינן ג׳ אכילות אלא שיחזיק ג׳ שנים ויאכל כל מה שאפשר לאכול. והתוס׳ יחלקו על דינו של הרא״ש בבנות שוח דאין חזקה אא״כ אכל במשך הג׳ שנים ג׳ אכילות.

לפ״ז נראה שיש לבאר דברי הגר״א

שהובאו לעיל שכתב שמקורו של הרא״ש הוא מסוגיא דידן. דשני חידושים יש בדברי הרא״ש בחזקת בנות שוח א. שמצרפים נעילה ותיקון צרכי האילן לאכילת שנה שלישית. ב. כיון שהחזיק ג׳ שנים חזקתו חזקה אף שלא אכל אלא אכילה אחת דלרבנן לא בעינן ג׳ אכילות ודלא כתוס׳. ונראה שמה שכתב הגר״א שמקורו של הרא״ש מגמ׳ דידן אין כוונתו להביא מקור לחי׳ הראשון של הרא״ש דהכא איכא אכילה בכל שנה אלא כוונת הגר״א לחידוש השני של הרא״ש שלרבנן לא בעינן ג׳ אכילות ולזה ציין דף לז. פר״ח בתוד״ה היכא וכוונתו דלר״ח מיירי הכא בבנות שוח א״כ בשעה שאכל י׳ אילנות בשנה הראשונה כבר התחיל גידול הפירות שאכל בשנה השנייה וא״כ אין זה אכילות נפרדות דבעידנא דאיתא להאי פירא איתא להאי פירא. דהיינו שקושית התוס׳ הוא מקור לשיטת הרא״ש דלרבנן לא בעינן ג׳ אכילות ולכן לא בעינן בעידנא דאיתא להאי ליתא להאי. ולרא״ש אין צורך להגיע לתי׳ התוס׳. [ע׳ חי׳ החת״ס על ב״ב שכתב שתי׳ התוס׳ דחוק]. וע״ע בביאור הגר״א בסקכ״ו שכתב עוד מקור לדברי השו״ע מתוס׳ בדף כח. ד״ה חזקה וע׳ בריש פרקין שבארנו שמביא מקור דאע״ג דאנן קי״ל שניר אינו מצטרף כמו שסתם המחבר בסע׳ ט׳ [ורק בשם י״א הביא שיטת הרשב״א] מ״מ נעילה מצטרפת וסברא זו מבוארת בתוס׳ בריש חזקת ע״ש. נמצא דב׳ חידושים חי׳ הרא״ש בזה ובסקכ״ה מביא הגאון מקור לחידוש שלא בעינן ג׳ אכילות ובסקכ״ו מביא מקור דנעילה מצטרף.

זה החזיק באילנות וכו׳. שיטת הרשב״ם דמיירי לענין קנין ומה שהקשו התוס׳ אמאי נקט לה הכא כתב הריטב״א משום דיש ללמוד דין חזקה מדין הקנין [דהיינו שבין לתוס׳ בין לרשב״ם ר״פ ור״ז פליגי בין לענין קנין בין לענין חזקת ראיה]. ועוד הקשו התוס׳ אמאי נקט חזקה ולא כסף שטר וחליפין. וכתב בזה הקצה״ח בס׳ רט״ז סק״ב ע״פ דברי המל״מ שמסתפק בפ״א ממכירה במשכיר בית לחברו וחזר ומכרו לאחר אם יכול הלוקח לקנות ע״י חזקה שעושה בבית שמושכרת לשוכר דאולי לא מהני חזקה זו כיון שהשימוש בבית שייך לשוכר א״כ אינו מחזיק מכח הלחו״ק של המוכר דצריך רשותו של השוכר. לפ״ז מבאר הקצות הא דמתקיף לה ר״פ לר״ז לימא ליה עקור אילנך. ואינו מובן הא כ״ז שהאילן קיים אינו יכול לומר לו לעקור ואחר שיבש באמת כן הדין לר״ז שיכול לומר לו כן ומה הקשה ר״פ [כמו שהקשו התוס׳ בד״ה לימא]. אלא קושית ר״פ היא שאם יש לבעל האילן זכות ושיעבוד בקרקע להחזיק שם אילנו עד שיבש הרי הקרקע כמושכרת לו לשימוש האילן ואיך זוכה בעל הקרקע בקנין חזקה, אע״כ דאין בעל הקרקע קונה מקום האילן. ולכן נקטו קנין חזקה דרק באופן זה יש מקום לקושייתו של ר״פ. ודברי הקצות לכאורה אינם מובנים מתרי טעמי א. דספקו של המל״מ הוא רק כשעושה את החזקה במקום המושכר אבל כשעושה את החזקה במקום אחר בודאי יכול לקנות בזה את הקרקע המושכרת. דאין החסרון בזה בחלות הקנין אלא במעשה הקנין וחזקה במקו״א הוי כקנין כסף וחליפין דמהני להקנות הקרקע המושכרת. וא״כ אפילו אם הקרקע במקום האילן משועבד לבעל האילן אין זה מגרע את החזקה שעשה בעל הקרקע בשאר הקרקע ויכול לקנות בזה גם את מקום האילן שמושכר לבעל האילן. ב. מה דלא מהני חזקה כשהקרקע מושכרת לאחר אינו אלא כששימוש זה לעשות מעשה של רפק בה פורתא שייך לשוכר אבל הכא אין לבעל האילן שום שימוש בקרקע מקום האילן אלא רק לענין שלא יאמרו לו עקור אילנך אבל יש רשות לבעל הקרקע לחפור שם באופן שאינו מזיק לאילן שהרי לר״ז גוף הקרקע שייך לבעל הקרקע גם לפני שיבש האילן ולמה זכותו של בעל האילן מקלקל חזקתו של בעל הקרקע.

הריטב״א מבאר באופן אחר אמאי נקט קנין חזקה לשיטת הרשב״ם משום דחזקת קנין משכחת אפילו בזוכין מן ההפקר כאחד א״נ גבי

מכר ומתנה שמכר להם בזה אחר זה והלכו הם והחזיקו כאחד. משא״כ בכסף אין מציאות שיקנו שניהם בבת אחת שאמר לכ״א בפנ״ע לקנות. דהיינו שמחלוקת ר״ז ור״פ הוא בב׳ אופנים. א. כשאומרים לשניהם זה בפני זה שנותן לאחד את הקרקע ולשני את האילנות וכ״א החזיק בשלו ובזה נחלקו באומדן דעת הנותן למי נתן את הקרקע הצריך לאילנות. לר״ז קרקע זה הוא חלק משאר הקרקע והוי בכלל קנינו של בעל הקרקע. ור״פ ס״ל כיון שקרקע זה צריך לאילנות הוא יותר שייך לאילנות והוי בכלל הקנאת המקנה לבעל האילנות. וזה אפילו החזיקו בזה אחר זה. ב. אם אמר לכ״א שיקנה קרקע ואילנות או שהיה הכל הפקר ובאו והחזיקו מעצמם זה בקרקע וזה באילנות ואם היה כ״א לבדו היה קונה בין את הקרקע ובין את האילנות. ועכשיו שהחזיקו כאחד לגבי הקרקע אלים יותר קנינו של זה שהחזיק בקרקע ולגבי האילנות אלים יותר קנינו של זה שהחזיק באילנות. ונחלקו ר״פ ור״ז מי זכה בקרקע הצריך לאילנות. ואופן זה משכחת רק בקנין חזקה ולא בכסף שהמחלוקת באופן זה הוא רק כשעשו שניהם את מעשה הקנין בבת אחת. ואין זה ב׳ מחלוקות בין ר״פ ור״ז דתלוי זה בזה. שאם הקרקע הצריך לאילנות שייך יותר לאילנות א״כ האומדנא היא שזה בכלל הנתינה לבעל האילנות ולכן גם בהפקר זה נקנה בחזקת האילן.

אילנות וחצי קרקע. שיטת הרשב״ם שחצי היינו הקרקע הצריך לאילן. שיטת התוס׳ שגם לר״פ לא קנה בעל האילן קרקע כלל ואין לא אלא זכות לנטוע אחר כשיתיבש זה. ולשון התוס׳ בדיבור זה משמע שאפילו מקום הגזע אינו של בעל האילן אך בד״ה לימא כתבו שקנה מקום הגזע ליטע אחרים במקומן כשייבשו. משמע קצת שאת מקום הגזע הוא כן קונה [אך אינו מוכרח דאולי כוונתם רק לענין לחזור ולטע אחר]. וע״מ אם יכול בעל הקרקע לחפור מתחת לאילן באופן שאינו מזיק לאילן. ועי׳ בקצה״ח בס׳ קמ״א סק״ב בשם הב״ח שיכול לחפור. ע׳ ברשב״א מש״כ לבאר לשון הגמ׳ חצי קרקע לתוס׳. בדעת הרמב״ם כתב המ״מ בפכ״ד ממכירה ה״ח שחצי קרקע הוא חצי ממש, ונתקשה בסברת הרמב״ם וגם הקשה סתירה מפי״ב מטו״נ הט״ז לענין חזקה. ועמש״כ בזה האבן האזל. גם הראב״ד בפכ״ד ממכירה ה״ח מפרש חצי ממש אך כתב דמיירי הכא לענין שמכר לשניהם הכל והחזיקו בבת אחת כמו שהובא לעיל בשם הריטב״א. שיטת בעה״מ דסוגיא זו מיירי דוקא בעשרה לבית סאה שדינו כשדה אילן ואינו נוגע כלל לדין של מכר ב׳ או ג׳ אילנות יעו״ש.

להלכה פסק המחבר בס׳ קמ״א סע׳ י״ט כשיטת הרשב״ם שהמחזיק באילנות החזיק בקרקע הצריך לאלנות ובס׳ רט״ז סע׳ י״ג לענין קנין מביא הרמ״א את שיטת התוס׳ שלא קנה בעל האילן קרקע כלל. וע׳ בגאון שם סקכ״ט שנשאר בצ״ע למה לגבי חזקה בס׳ קמ״א לא הביא הרמ״א את שיטת התוס׳.

מכר קרקע ושייר אילנות. פרשב״ם דמיירי בב׳ אילנות וכן מפורש בגמ׳ לקמן עא. וקמ״ל דאע״ג דהמוכר ב׳ אילנות לא קנה הלוקח קרקע, המוכר קרקע ושייר אילנות משייר לעצמו קרקע. דאל״כ יאמר הקונה עקור אילנך וזיל. ופרשו הרשב״ם והתוס׳ שיאמר כן כשיבש האילן אבל לפנ״כ אפילו אם אין לו קרקע א״א לחייבו לעקור כמבואר במשנה בדף פא. בקונה ב׳ אילנות דאע״ג דלא קנה קרקע א״א לחייבו לעקור אא״כ מתו האילנות. והקשו התוס׳ לקמן עא: א״כ מה ההכרח שמשייר קרקע כדי שלא יאמר לו לעקור אחרי שיבש אולי אין רצונו לנטוע אחר אלא רק לקיים אילן זה עד שיבש. לכן פירשו התוס׳ שם שאם אינו משייר יאמר לו הקונה לעקור מיד וכ״כ הרשב״א כאן והרמב״ן בשם איכא דאמרי. ומבאר הרמב״ן דלא דמי למוכר ב׳ אילנות שאינו יכול לומר לו לעקור עד שיבש דהתם אילנות מכר לו ולא עצים אבל הכא אם אינו משייר

קרקע אמרינן דכוונתו היה לשייר רק עצים ולא אילנות וא"כ יאמר לו לעקור מיד. וכתב הקצה"ח בס' רט"ז סק"א דכוונת הרמב"ן דרק במוכר שמפרש שמוכר אילנות לשון אילן הוא דבר היונק וכלול במכירה זכות לקבל יניקה עד שיבש האילן אבל כשמשייר אינו מזכיר לשון אילנות ואפשר לפרש שמשייר עצים לקורות ובזה לא כלול שיור זכות יניקה ויאמר לו הקונה עקור מיד וכדי שלא יצטרך לעקור מיד משייר לעצמו הקרקע. וע' באבן האזל פכ"ד ממכירה ה"ח שמבאר דברי הקצות למה במשייר אינו מזכיר לשון אילנות משום דיכול לומר שאינו מוכר אלא הקרקע ואז אינו מזכיר בלשון השיור אילנות ואפשר לפרש שכוונתו לשייר עצים.

והקשה הקצה"ח אם ההכרח שמשייר קרקע הוא כדי שלא נימא ששייר עצים ולא אילנות ויאמר לו לעקור מיד הא סגי לזה שישייר זכות יניקה בקרקע של הלוקח כדי שלא יאמר לו לעקור ומנין שכוונתו לשייר את גוף הקרקע כדי לנטוע אילן אחר כשיבש זה. ועוד הקשה הקצות על עיקר דברי הגמ' מה החידוש דמשייר ב' אילנות משייר קרקע אע"ג דמוכר ב' אילנות לא מכר קרקע הא גם בב' אילנות מבואר בדף פא. דהוי ספק שמא קנה לוקח קרקע אלא שמספק נשאר בחמ"ק. אבל במשייר אילנות הרי בעל האילנות הוא המ"ק ואפילו אם דין המשייר כדין המוכר אית ליה קרקע מספק. וכתב הקצות דכל מה דמוכר ב' אילנות יש צד שמוכר קרקע הוא מפני שפירש אילנות אבל משייר שלא מזכיר לשון אילנות ס"ד דמפרשינן ששייר לעצים ובזה גרע מלוקח ב' אילנות ובודאי אין לו קרקע, קמ"ל דכיון שאם משייר רק לעצים יאמר לו הקונה עקור אילנך בודאי משייר לכה"פ זכות יניקה להחזיק את האילן עד שיבש ואז בודאי שלא משייר עצים אלא אילנות ואף שאין הכרח שמשייר קרקע ממש וזכות לנטוע אילן אחר, ממילא יש לו זכות זו, דברגע שמשייר זכות יניקה הרי שייר אילן ולא עצים וממילא יש לו קרקע מדין המוכר ב' אילנות דהוי ספק והכא הוא המ"ק. וע' באבה"א הנ"ל מה שהקשה על דברי הקצות ומפרש דברי הרמב"ן באופן אחר.

דף לז:

מכר אילנות ושייר קרקע. הרשב"ם מפרש בב' אילנות ומתני' דלקמן דב' אילנות לא קנה קרקע הוא דלא כר"ע. התוס' פרשו בג' אילנות כשפירש שמשייר גם את הקרקע הצריך לאילנות. אבל המוכר ב' אילנות גם לר"ע לא קנה הלוקח קרקע. ולענין מקדיש בתי' הראשון מודו התוס' לרשב"ם שגם המקדיש ב' אילנות הקדיש קרקע לר"ע ולתי' השני גם מקדיש ב' אילנות לא הקדיש קרקע אפילו לר"ע. בדעת הרמב"ם כתב הגאון בס' רט"ז סקכ"ו דמפרש בג' אילנות וע' באו"ש שמבאר שיטת הרמב"ם דהא דאיתא בדף פא. דהקונה ג' אילנות קנה קרקע מירי שמכר ג' אילנות בשדה אילן וגם לעצמו שייר אילנות. ובזה לכו"ע קנה הלוקח קרקע הצריך לאילנות. וסוגיין מירי דהיו לו ג' אילנות ומכרם ושייר לעצמו שאר השדה שאין בו אילנות בזה לא קנה הלוקח הקרקע הצריך לאילנות לרבנן דר"ע דקרקע זה הוא בכלל הקרקע ששייר המוכר משא"כ כשמכר אילנות ושייר אילנות כמו שמשייר לעצמו אילנות עם קרקע כך מוכר לחברו אילנות עם קרקע ע"ש. וסברת האו"ש בזה הוא איפכא ממש"כ הרשב"א בשם הראב"ד דסוגיין מירי במוכר ב' אילנות והא דאיתא לקמן דמכר ב' אילנות לא קנה קרקע היינו שמכר ב' אילנות ושייר לעצמו אילנות והכא מירי במוכר ב' אילנות ולא היו עוד אילנות ובזה לר"ע קנה הלוקח קרקע. וע' ברשב"א שהקשה על סברת הראב"ד.

אמר ר' זירא כתנאי. כתב השיטמ"ק בשם הר"ן דכיון שדברי רבא הם כר"ש קי"ל בזה כר"ש ומסיים כן כתב הרמב"ם בפ"ז מהל' כלאים. וכן נקט הכ"מ שם ה"ב דהרמב"ם פסק כר"ש אבל התוס' יו"ט בפ"ה מכלאים מ"א והגאון ביו"ד ס' רצ"ו סקנ"א כתבו דהרמב"ם

פסק כרבנן והובאו דבריהם בחזו״א כלאים ס׳ י״א סק״ב. הרמ״ה באות פ״ח כתב דרבא כר״ש וקי״ל כרבנן אין הלכה כרבא. הרא״ש כתב דרבא מחלק בין כלאים למכירה ודבריו אינם כתנאי וקי״ל כרבנן אע״ג דקי״ל כרבא. הרשב״ם בדף פג. בד״ה רואים כתב דהא דאמרי רבנן רואים את האמצעיים וכו׳ הוא חומרה לגבי כלאים. וקשה א״כ למה אמר זירא שדברי רבא הם כתנאי. וצ״ל שכונת הרשב״ם דרבא יסבור שאין דבריו כתנאי ודברי רבנן הם חומרה בכלאים א״כ אפשר לפסוק כרבא אע״ג דקי״ל כרבנן [ע׳ רש״ש בדף פג.]. וזה כרא״ש אך לא מטעמיה דהרא״ש מחלק בעיקר הדין בין מכר לכלאים. ע׳ בלשון הריטב״א ונראה מדבריו דמה שאמר רבא שמכרן רצופים אין לו קרקע אינו מדין ודאי אלא הוי ספק ומספק נשאר בחמ״ק אבל לענין כלאים מודה רבא דאסור מספק כרבנן. נמצא שיטות הראשונים בזה. א. הרא״ש מחלק בין מכר לכלאים. ב. לרשב״ם רבנן מודו מדינא אלא החמירו בכלאים. ג. לריטב״א הוי ספק ובכלאים אזלינן לחומרה ובממון לקולא. ד. לר״ן רבא כתנאי וקי״ל כר״ש. ה. לרמ״ה רבא כתנאי וקי״ל כרבנן ואין הלכה כרבא.

אינו כרם. כתבו התוס׳ דנ״מ לענין שעור הרחקה דמגפן יחידי מרחיק ג׳ טפחים [הרמב״ם פסק ו׳ טפחים] ומכרם מרחיק ד׳ אמות. ע׳ חזו״א כלאים ס׳ י׳ סקי״א שמסתפק אם שעור ד׳ אמות להרחקה מכרם הוא מן התורה או מדרבנן. ובספר דרך אמונה פ״ז מכלאים סק״ב מביא מהראשונים בשיטמ״ק ב״ק ק: שהוא מן התורה ומדייק מדברי הגר״א שהוא מדרבנן עי״ש. לשון הרשב״ם בד״ה על פחות הוא שהמביא זרע לשם אינו לוקה משום לא תזרע כרמך כלאים ומותרים באכילה. ובדף פג. בד״ה אינו כרם כתב ומותר בכלאים. וקשה דגם בגפן יחידי איכא איסור כלאים והוי ליה לרשב״ם לומר שאם הרחיק ג׳ או ו׳ טפחים אינו לוקה ומותר באכילה. ולכאורה היה נראה דהרשב״ם ס״ל בזה כשיטת היראים במצוה ע״ו שהובא בדרך אמונה בפ״ז מכלאים ה״א בביאור הלכה דחיוב הרחקה מגפן יחידי הוא מדרבנן. ע׳ רש״י סוטה מג: שכתב שלמ״ד כרם רבעי נוהג רבעי רק בכרם ולא בגפן יחידי [ועוד מחדש שם רש״י דכמו שרבעי לא נוהג בשאר אילנות למ״ד כרם רבעי כך ערלה נוהג רק בכרם] ורע״א בגליון הש״ס בברכות ריש כיצד מברכים כתב דדברי רש״י צע״ג. וע׳ בזה בשו״ת חת״ס יו״ד ס׳ רפ״ה. ועיין ברמב״ן ר״ה דף י: בד״ה אבל נ״ל שמביא בשם השאילתות דס״ל שרבעי לא נוהג בגפן יחידי ומדמה השאילתות רבעי לכלאים. והרמב״ן חולק בין לענין כלאים ובין לענין רבעי שנוהג מן התורה גם בגפן יחידי. נמצא דלענין רבעי בגפן יחידי פליגי רש״י והשאילתות עם הרמב״ן ולענין כלאי הכרם השאילתות והיראים ס״ל דליכא איסור מן התורה בגפן יחידי וכן נראה לכאורה מלשון הרשב״ם, והרמב״ן חולק. ולרש״י בסוטה יש עוד נ״מ ממחלוקת ר״ש ורבנן לענין כרם רבעי.

אמרי נהרדעי האי מאן דזבין דיקלא. שיטת הרשב״ם דס״ד שגם הקונה אילן אחד אף שאין לו קרקע היינו דוקא כמלא אורה וסלו אבל מקום האילן קנה וכשיבש האילן יכול לנטוע אחר. וע״ז הקשו התוס׳ דמפורש במשנה בדף פא. שאם מתו אין לו קרקע. שיטת התוס׳ שגם לה״א אין יכול לנטוע אילן אחר ולא קנה מקום האילן אלא לענין שלא יוכל המוכר לחפור חלל תחתיו אע״ג דאינו מזיק בחפירתו לאילן כלל. וצ״ב אם לא קנה קרקע כלל למה מונע מהמוכר לחפור כשאין החפירה מזיקה לאילנות. הרמב״ן כתב דס״ד שגם באילן אחד קנה גוף הקרקע של מקום האילן והוא שלו לעולם ואפילו יבש האילן יכול בעל האילן לחפור שם בור או למשטח בה פירי ורק לנטוע אילן אחר אינו יכול כיון שיונק מקרקע חבירו. [לשון הרמב״ן שלא יהיו שרשיו וענפיו מכחישין את של חברו]. ויתכן שזה גם כוונת התוס׳ אלא שהתוס׳ כתבו שיש נ״מ מקנינו בקרקע של מקום האילן גם כשהאילן

קיים לענין למנוע מהמוכר לחפור תחת האילן אף שאינו מזיק לאילן דקרקע מקום האילן שייך לבעל האילן. וה״ה שהוא שלו כשיבש האילן. אמנם בלח״מ בפי״ב מטו״נ הי״ח מבואר דשיטת התוס׳ אינה כשיטת הרמב״ן. דהיינו שלומד שלתוס׳ אחרי שיבש האילן אין בעל האילן יכול לחפור בור במקום האילן ואעפ״כ כ״ז שהאילן קיים יכול לעכב על המוכר לחפור אף שאינו מזיק האילן בחפירתו. וצ״ל שהקרקע מקום האילן קנוי לבעל האילן לזמן כ״ז שזה משמש את האילן אבל כשיבש האילן בטל קנינו בקרקע. ע״ע בשיטמ״ק בשם תוס׳ הרא״ש דנהרדעי קאי דוקא בדקל וס״ד שדקל שאני משאר אילנות עי״ש.

הרשב״א כשמקשה על הרשב״ם דמפורש במשנה שאם מתו אין לו קרקע מוסיף שאפילו לר״מ דפליג התם וס״ל שהלוקח ב׳ אילנות קנה קרקע מודה שאם מתו אין לו קרקע. והוא חי׳ גדול דבפשטות ב׳ אילנות לר״מ הם כג׳ אילנות לרבנן ומפורש התם דלר״מ בב׳ אילנות מביא וקורא והרשב״א עצמו כתב בדף פא. דב׳ לר״מ כג׳ לרבנן ואם מתו יש לו קרקע וצ״ע.

דף לח.

היה ביהודה והחזיק בגליל. ע׳ רשב״א שתלוי בסוף ג׳ שנים ולא בתחילתן. וע׳ לעיל ל. מש״כ בדבר הנ״י שם.

לא אמרו ג׳ שנים אלא כדי שיהא באספמיא. כתב הנ״י דכל שלא בפניו נתנו שעור ג׳ שנים כאספמיא כדי שלא לתת דבריהם לשעורים. וקבעו השעור של אספמיא כמש״כ התוס׳ שאין הדרך להרחיק יותר ממהלך שנה. [ע׳ חי׳ חת״ס שמחשב שהמקום הרחוק ביותר הוא מהלך שנה]. ומש״כ הרשב״ם שאם המערער בעיר הוי חזקה מיד ומשמע אפלו שלא בפניו לכאורה כונת הרשב״ם שאם הוא באותו העיר כשעובר במקום שהמחזיק מחזיק מיד יהיה חזקה אבל כ״ז שהוא שלא בפניו לכאורה הוי בכלל הלא פלוג דבעי ג׳ שנים. וא״כ יהיה ראיה מדברי הרשב״ם שאם בתחילת החזקה היה שלא בפניו ואח״כ בא לפניו מיד הוי חזקה. ולא אמרינן כיון שהתחיל שלא בפניו הרי זה בכלל הלא פלוג. וע׳ בתוס׳ רי״ד שכתב בשם ר׳ יצחק שבכה״ג בעינן ג׳ שנים מדין לא פלוג כיון שבתחילת החזקה היה שלא בפניו והתורי״ד חולק ע״ש. ומסברא נר׳ כהתורי״ד דדל מהכא תחילת החזקה ואילו היה מתחיל להחזיק עכשיו היה לו חזקה מיד ואיך יגרע כחו מפני שהחזיק קודם. וכוונת הרשב״ם שבאותו העיר כשיעבור לפניו יהיה לו חזקה מיד. אמנם מלשון הרשב״ם לקמן מא. ד״ה כר״י משמע שכל שהוא בתוך מהלך יום אחד נחשב כבפניו ואינו בכלל הלא פלוג וצ״ע. והא דפשיטא לגמ׳ לקמן מא. דר״י סבר בפניו לאלתר הוי חזקה ומנין לגמ׳ שלא אמרינן לא פלוג גם בזה ע׳ שיטמ״ק בשם ר׳ יונה דמסברא בפניו הוא מצב אחר ולא נכלל בלא פלוג א״נ היה ידוע להם דס״ל לר״י הכי ע״ש.

מחאה שלא בפניו. לכאורה היה נראה שהמחלוקת אם מחאה שלא בפניו הוי מחאה או לא אינה אי סמכינן על חברך חברא אית ליה אלא אי יוצא יד״ח מחאה באופן זה דיש צד לומר דכל שאינו בא ומוחה בפניו חסר במחאה אף ששומע המחזיק גם כשמוחה שלא בפניו. אך מדברי התוס׳ בד״ה מחאה מבואר דס״ל שהנידון אי מחאה שלא בפניו הוי מחאה או לא היא אם המחאה נשמעת או לא.

רשב״ם ד״ה אי קסבר. כגון ששניהם דרים בעיר אחת מבואר שאם מחאה שלא בפניו לא הוי מחאה זה אפילו בעיר אחת. ובד״ה אפילו היה ביהודה והחזיק ביהודה כתב הרשב״ם בעיר אחרת משמע שבאותה העיר מהני המחאה אפילו אי מחאה שלא בפניו לא הוי מחאה. אך הביאור הוא פשוט דודאי אי מחאה שלא בפניו לא הוי מחאה אפילו באותה העיר אין זה מחאה אלא שבאותה העיר אין המחאה מחאה והחזקה היא חזקה מפני שהיה יכול לבא לפניו ולא בא משא״כ

בעיר אחרת אם המחאה אינה מחאה הרי הוא במצב שאינו יכול למחות ואין החזקה חזקה כמבואר בתוס׳ לעיל כט. ד״ה אלא. ולכן בעיקר הנידון אי הוי מחאה או לא פרשב״ם אפילו באותה העיר ובקושית הגמ׳ אפילו מיהודה ליהודה שהשאלה היא שגם בזה לא תהיה חזקתו חזקה היינו דוקא כשנמצא בעיר אחרת.

דף לח:

תוד״ה דסתם. כשחותמין על גט אין דרך שיצעקו בעיר וכו׳. משמע שאם היו צועקים היה מועיל לקיום וקשה דהוי עד מפי עד. ע׳ בקו״ש שלמד מכאן דתוס׳ סברי שהקילו בקיום להכשיר עד מפי עד כמו שמצאנו שיטת הריב״ש שהכשירו בקיום עדות מפי כתבם כמו שמביא הרמ״א בס׳ מ״ו סע׳ ז׳. אך הקשה הקו״ש דמדברי התוס׳ לקמן מ. משמע דס״ל דעמ״ע פסול בקיום.

תוד״ה אין מחזיקין. כתבו שהחזקה נשמעת בכל מקום והא דאין חזקה מיהודה לגליל הוא משום שהמחאה אינה נשמעת וכ״כ הרא״ש. אך בלשון הרמב״ם בפי״א מטו״נ ה״ב מבואר דהא דלא הוי חזקה מיהודה לגליל הוא משום שאין החזקה נשמעת וכ״ה בלשון הטור בס׳ קמ״ג. ומסוגיא דשוקי בראי לעיל ל. מוכח לכאו׳ שאין החזקה נשמעת ע׳ מש״כ בזה התומים בס׳ קמ״ג סק״א והקצה״ח שם סק״א והובאו דבריו לעיל ל. עי״ש. והנתיבות שם כתב דבסתם תולים ששמע החזקה אבל אם טוען שלא שמע מקבלים טענתו.

הרא״ש פסק לעיל בדף ל. דהיכא דאיכא ספק אם היה במקום שהמחאה נשמעת על המערער להוכיח שהיה במקום שאין מחאתו נשמעת כיון שהחזקה ודאי נשמעת. וזה דלא כרמב״ן בדף כט: שלומד שנחלקו בזה רבא ור״נ בשכוני גוואי והלכה כר״נ שעל המחזיק להוכיח. אך הקצות בס׳ קמ״ג סק״ג מדייק בלשון הרא״ש שרק מפני שהחזקה ודאי נשמעת והספק הוא במחאה על המערער להוכיח אבל אילו היה ספק אם החזקה נשמעת היה מוטל על המחזיק להוכיח שהחזיק כדין. וכדברי הקצות כתב המהרי״ט שהובא ברע״א בשו״ע ס׳ קמ״ג סע׳ ב׳ בספק אם המערער היה קטן בתחילת החזקה ואין מחזיקין בנכסי קטן או שהיה גדול. וכתב דקטן הוא חסרון בשמיעת החזקה ובזה מודה הרא״ש שעל המחזיק להוכיח. וע״ע בקצה״ח ס׳ קמ״ו סק״ב שמביא שו״ת הרשב״א בראובן שנתן מתנה לשמעון וטוען ראובן ששוב קנה חזרה משמעון והחזיק ג׳ שנים ושמעון טוען שלא מחה מפני שלא ידע כלל שניתן לו המתנה. וכתב הרשב״א שעל שמעון להוכיח שלא ידע. והוא משום דדמי לטוען שהיה בארץ מרחקים וס״ל כרא״ש שעל המערער להוכיח. והקשה הקצות דבלשון הרא״ש מבואר שעל המערער להוכיח רק מפני שהחזקה בודאי נשמעת אבל הכא איכא ספק אם שמע כלל דיש צד שלא ידע שמחזיקים בשלו. וטענת הקצות על הרשב״א הוא ממש כדברי המהרי״ט שהובא ברע״א. אבל למה דמשמע בטור בס׳ קמ״ג דס״ל שאין החזקה נשמעת במקום חירום ואעפ״כ פסק כהרא״ש דבספק על המערער להוכיח א״כ דבריו הם כשיטת הרשב״א.

מחזיקין בנכסי בורח. כי אמריתא קמיה דשמואל אמרי לי פשיטא. לכאורה שאלת שמואל פשיטא הוא אמאי נקט בורח הא בכל אדם מחאה שלא בפניו הוי מחאה. ובשלמא לל״ק ניחא מה דנקט בורח אע״ג דבכל אדם סובר רב לל״ק דלא הוי מחאה בורח שאני דבכל אדם ס״ל כר״י שצריך לבא ואם לא בא החזקה חזקה אבל בורח שאינו יכול לבא אין החזקה חזקה, כ״כ הריטב״א והרשב״א. אבל לל״ב אמאי נקט רב בורח הא בכל אדם מחאה שלא בפניו הוי מחאה, אך ע׳ בריטב״א שלא פירש כן אלא פשיטא דהלכה כרבנן דכ״ז שלא פסק בהדיא כר״י פשיטא דקי״ל כרבנן.

הרמב״ם השמיט הדין של מחאה בפני בנ״א שאינם יכולים לומר לו. וע׳ מש״כ בזה הראשונים כאן. הלח״מ בפי״א מטו״נ ה״ז כתב דס״ל דהוי ק״ו מאמר להם לא תאמרו ליה.

השעה״מ בס׳ ק״מ סק״ה מצדד לומר

שאין מחזיקין בביתו של בורח שמה שלא מחה מפני שאינו חסר דבל"ה ביתו לא קיימא לאגרא והוי זה נהנה וזה לא חסר עי"ש מש"כ בזה. וע' בחי' החת"ס על דברי הרשב"ם בד"ה א"ל פשיטא דמה שהחזיקו בנכסי השונמית מפני שטענו שבנה מת וחי והוי כבריה חדשה ואינו יורש את אביו.

כאן בבורח מחמת מרדין. בפשטות בבורח מחמת מרדין כו"ע לא פליגי דאינו יכול למחות כלל. אך הרמב"ן כתב דבזה פליגי רב ושמואל דרב ס"ל שאפילו בורח מחמת מרדין יכול למחות בפני בנ"א שאינם יכולים לומר לו ואם לא מחה הוי חזקה. ושמואל ס"ל שאין זה מחאה לכן מחמת מרדין אינו חזקה ואם לא מחמת מרדין פשיטא דמחזיקין.

היכי דמי מחאה. פרשב"ם דקאי אמחאה שלא בפניו. וגם הרא"ש כ"כ וכונתו דאח"כ כתב בשם ר"ח דבעינן דוקא שיאמר ולמחר תבענא ליה לדינא דאל"כ השומעים חושבים שאין כוונתו למחות ולא יפרסמו את המחאה. וזה חסרון רק במחאה שלא בפניו שבאופן זה ליכא חברך חברא אית ליה. אבל במחאה בפניו הוי מחאה גם בלי למחר תבענא ליה בדינא. אך הרשב"ם כתב בד"ה אמר רב זביד שאפילו אם אמר לשון זה למחזיק דהיינו מחאה בפניו ג"כ לא מהני ואמאי פירש שאלת הגמ' על מחאה שלא בפניו. ונראה דהיה קשה לרשב"ם מה שנתקשו התוס' בד"ה ולמחר דקשיא רישא לסיפא. דרישא משמע שרק פלניא גזלנא לא הוי מחאה אבל פלניא גזלנא דאכיל לארעאי בגזלנותא הוי מחאה, ובסיפא קתני שגם זה לא מהני אא"כ אמר למחר תבענא ליה לדינא. לכן מפרש הרשב"ם דרישא קתני האופן דלא מהני אפילו בפניו דהיינו פלניא גזלנא דבזה החסרון הוא שאינו יודע אמאי קרי ליה גזלן ולא יזהר בשטרו אבל כשמוסיף דנקיט לארעאי בגזלנותא שפיר הוי ליה לאזדהורי בשטרו ומהני כשמחה בפניו. אבל גם זה לא מהני שלא בפניו דאינו אלא כנותן פגם בחברו ולא כמוסר עדות דהיינו שאין העדים מבינים שנאמר בפניהם כדי שיאמרו לאחרים וכדי שיועיל אפילו שלא בפניו בעינן שיוסיף למחר תבענא ליה לדינא. והדברים מפורשים בלשון הרשב"ם למעיין בלשונו. ויוצא לפ"ז דבמחאה בפניו גם ר"ח מודה שלא מעכב למחר תבענא ליה בדינא. ובשו"ע ס' קמ"ו סע' ד' פסק המחבר כר"ח ולא כתב שרק במחאה שלא בפניו בעינן שיאמר כך. אך בדעת הרשב"ם נראה כמו שכתבנו.

הרמ"א בס' קמ"ו סע' ד' כתב שאם לא ידוע שהקרקע היתה של המערער כגון שניתן לו בסתר לא מהני מחאתו אף ששמע המחזיק את המחאה שיכול לומר לא חששתי במחאתו שלא ידעתי שהקרקע שלו. ומקורו מהב"י בשם שו"ת הרשב"א ולשון הרשב"א בזה הוא שלא היה לו לחוש למחאה שהרי במחאה צ"ל ולמחר תבענא ליה בדינא ומה היה לו לחוש ולמה יעמידנו בדין והם אינם בעלי דבר שלו. משמע שתלה הרשב"א דין זה במאי דס"ל שצריך לומר למחר תבענא ליה בדינא. לפ"ז יש לעיין קצת בדברי הרמ"א דבתחילת סעיף ד' פסק המחבר כר"ח דצריך לומר תבענא ליה לדינא והרמ"א מביא י"א שא"צ לומר אתבע אותו בדין א"כ איך מביא בסתם את דברי הרשב"א. אך י"ל דהרמ"א ס"ל דלא תלוי זב"ז והרשב"א כתב כן מפני שס"ל שצריך לומר למחר תבענא ליה אבל גם אם לא צריך לומר כן בעינן שידע שהמערער היה בעלים דאל"כ אינו חושש למחאתו. אמנם יש לעיין בדברי הגאון בסקט"ו שכתב על דברי הרמ"א שמביא הב"י בשם הרשב"א וז"ל לפי' הר' יעקב שם ע"ש ולשטתו כנ"ל וי"א שא"צ כו' עכ"ל ואינו מובן הרי פשטות לשון הרשב"א הוא דדינו תלוי בהא דצריך לומר למחר תבענא ליה בדינא ואף אי אמרינן דכתב כן לרווחא דמילתא וגם מי שסובר שלא צריך לומר יכול להודות לדינו של הרשב"א מ"מ איך כתב הגאון דמקורו של הרמ"א הוא מדברי ר' יעקב דס"ל שלא צריך לומר למחר תבענא ליה בדינא וכתב שהרמ"א בזה לשטתו שפסק כר' יעקב הא אדרבא ניחא טפי לשיטת ר"ח. ונראה כוונת הגר"א שיש ב' שינויים בפשט

של ר׳ יעקב בר יקר מהפשט של הרשב״ם בשם ר״ח א. לר״ח צריך לומר למחר תבענא ליה ולר׳ יעקב לא צריך. ב. לפירוש הראשון של הרשב״ם מה שלא מהני לשון פלוני גזלנא הוא מפני שאינו יודע אמאי קרי ליה גזלן אבל אם יאמר פלוני גזלן על קרקע זו סגי בזה. משא״כ לר׳ יעקב אפילו מפרש גזלן על קרקע זו לא מהני שהרי לא מיחה מחמת עצמו ולכן צריך להוסיף דנקיט לארעאי בגזלנותא כדי שידע שמוחה מחמת עצמו. וזה שלמד הגאון מדברי ר׳ יעקב שבעינן שידע המחזיק שהמחאה באה מבעל הקרקע. ואמנם הרשב״א תלה טעמו במה שצריך לומר למחר תבענא ליה אבל לרמ״א לשטתו שמביא הי״א דא״צ לומר כן לדבריו דינו של הרשב״א קיימת מטעם אחר דבעינן שידע שהמחאה באה מבעל הקרקע וסברא זו מצאנו בדברי ר׳ יעקב.

נחלקו הרא״ש והריטב״א כשאמר פלניא נקיט לארעאי בגזלנותא ולמחר תבענא ליה בדינא ולא אמר פלניא גזלנא אי הוי מחאה או לא. הרא״ש כתב דהוי מחאה דכלול בנקיט לארעאי בגזלנותא שהוא גזלן והריטב״א חולק ע״ש טעמו.

דף לט.

לא תימרו ליה. בלשון הרשב״ם משמע שגם ר׳ זביד מודה שאם אמר בהדיא לא תימרו ליה אבל לאחריני תימרו דסמכינן על חברך חברא אית ליה אף שהם עצמם לא יאמרו לו אלא דס״ל שלא תימרו ליה הוי כאומר שלא יאמרו כלל ורק ר״פ מדייק הלשון ליה לדידיה לא תימרו אבל לאחריני תימרו. ומש״כ התוס׳ דר״פ יכול להודות לשמואל דלא מהני מחאה בפני בנ״א שאינם יכולים ללכת הרא״ש כתב דדוחק לחלק בזה ולכן פסק כרב דקאי כר״פ. וע׳ בריטב״א לעיל שמבאר סברת שמואל דלא סומך על חברך חברא אית ליה בבנ״א שאין יכולים לומר אע״ג דבעלמא סמכינן על חברך חברא אית ליה דכיון דחזו זקנים וחולין אלו שאין מוחה אלא בפניהם סבורים דקפיד לגמרי לפ״ז יכול שמואל להודות לר״פ דהכא אינם סבורים כן כיון שאמר ליה דמשמע לאחריני תימרו. והובא לעיל שהלח״מ בפי״א ה״ז כתב שהרמב״ם השמיט דינו של רב דמהני מחאה בפני בנ״א שאינם יכולים ללכת משום דהוי ק״ו מדינו של ר״פ וזה הפך מסברת התוס׳ שכתב שר״פ יכול לסבור כשמואל.

לא אמרינן ליה. מה שהוצרך ר״פ לומר בזה שהוי מחאה משום דלדידיה לא אמרינן ליה לאחריני אמרי להו הוא לשטתו דס״ל בסמוך שאם אמרו לא מפקינן שותא לא הוי מחאה אבל למאי דקי״ל כר״ה בריה דר״י דכל מילתא דלא רמיא עליה דאיניש אמר לה ולאו אדעתיה א״כ גם אי מפרשינן לא אמרינן ליה שלא יאמרו כלל הוי מחאה. ויש להעיר בלשון הרמב״ם בפי״א מטו״נ ה״ו דאחר שכתב הדין שאם אמרו העדים אין דבר זה יוצא מפינו ה״ז מחאה כתב הרמב״ם וכן אם צוה לעדים ואמר להם אל תודיעוהו או שאמרו הן מעצמם אין אנו מודיעים אותו גם זו מחאה היא שאע״פ שאינם מודיעין אותו מודיעים הם לאחרים והדבר יגיע אליו. ולכאורה לא היה צריך הרמב״ם לכלול בבבא זו שאמרו כן העדים דבזה כבר פסק שאפילו אמרו שלא יאמרו כלל הוי מחאה. וכמדומה שראיתי הערה זו בספר אמת ליעקב להגר״י קמנצקי זצ״ל. וע׳ לשון השו״ע ס׳ קמ״ו סע׳ ג׳ שהפך סדר ההלכה וכתב בתחילה הדין של לא תימרו ליה ולא אמרינן ליה ואח״כ כתב הדין דלא נוציא דבר זה מפינו. ואולי שינה מלשון הרמב״ם מה״ט דאחר דאמרינן שגם לא נפיק שותא הוי מחאה אין צורך לומר דלא אמרינן ליה הוי מחאה.

לא תיפקו לכו שותא. כתב הש״ך בס׳ קמ״ו סק״ג אפילו אמרו לו שמיחה כיון שאמרו לו שאמר להם שלא יצא הדבר מפיהם, דהיינו שאפילו שמע המחאה אין זה מחאה כיון שהקפיד שלא יתפרסם. ומשמע בלשון הש״ך שאם אמרו שמחה ולא אמרו שאמר להם שלא יפיקו שותא הוי מחאה כיון שהמחזיק חושב שמחה כדין והיה צריך לשמור שטרו. הקצות בסק״א

והנתיבות בסק״ב חולקים דכיון שלמעשה אין המחאה מחאה אף שהמחזיק חושב שמחה כדין אין זה מחאה והוי חזקה דהוי כמי שלא מחה כלל והלכו עדים ואמרו למחזיק שמחה דפשוט לקצות ולנתיבות דהוי חזקה אף דלכאורה יש ריעותא דאחוי שטרך.

ונראה דנידון זה הוא מחלוקת הראשונים לקמן לט: דאיתא התם דצריך למחות בסוף כל ג׳ ואם ערער בסוף ג׳ ראשונות בטענה אחת ובסוף ג׳ שניות חזר ומחה ושינה טענתו יש לו חזקה. ומבאר הרא״ש דכיון ששינה טעם המחאה בסוף ג׳ השניות הרי הודה בזה שהמחאה שמחה בסוף ג׳ הראשונות היתה שקר נמצא שעל ג׳ ראשונות לא היה מחאה ואית ליה חזקה מג׳ ראשונות. ובשיטמ״ק בשם הר״י מגש מביא פירוש זה והקשה בזה״ל ועוד מי הוי ידע האי מחזיק דמשנה הוא בטענתו בג׳ שניות כי היכי דלא ליזדהר בשטרי מג׳ ראשונות השתא הוא דאגלאי מילתא דהך מחאה לאו כלום היא אבל מעיקרא לא וכיון שכן איבעי ליה לאזדהורי בשטריה עכ״ל. הרי שמודה הר״י מגש שהוברר שהמחאה אינה מחאה ואעפ״כ כיון שהמחזיק לא ידע איבעי ליה לשמור שטרו ואיכא ריעותא דאחוי שטרך. וזה סיוע לסברת הש״ך. ומהרא״ש ליכא ראיה לסברת הקצות די״ל דאמנם עד עכשיו חשב שהיה מחאה והיה לו לשמור שטרו מ״מ עכשיו שנודע לו שהמחאה הראשונה לא היתה מחאה הוברר לו שכבר החזיק בג׳ ראשונות ולכן אינו חושש למחאה השניה. אבל מדברי הר״י מגש לכאורה יש ראיה לסברת הש״ך. ואולי יש לדחות דכ״ז שלא הודה ששיקר במחאתו הראשונה באמת היתה המחאה מחאה שתמיד לדברי המחזיק המחאה היא שקר אעפ״כ כ״ז שלא נודע ששיקר מחאתו מחאה ואף שאח״כ נודע שלא היה מחאה מ״מ כ״ז שלא נודע היה מוטל עליו לשמור שטרו ע״פ דין ולא דמי לנידון דהש״ך והקצות שלפי האמת לא היה מוטל עליו לשמור שטרו אלא שהוא לא ידע.

אכתי צריך להבין סברת הקצות דסו״ס למה שחשב המחזיק שהיה מחאה היה לו לשמור שטרו ואיכא ריעותא דאחוי שטרך. ולשיטת הקצות בס׳ ק״מ דחזקה הוא תקנ״ח שאחרי ג׳ שנים לא מוטל על הקונה להוכיח קנינו, ובאופן שמחה לא תקנו חכמים א״כ אם המחאה אינה מחאה איכא תקנ״ח והוי חזקה. אך לסברת הרמב״ן שחזקה הוא מכח הראיה ועד ג׳ שנים איכא ריעותא דאחוי שטרך לכאורה באופן שחשב שהיה מחאה איכא ריעותא. ולפי מה שפירש מרן האבי עזרי את דברי הרמב״ן דאין החזקה מכח ראיה אלא כל שמחזיק כדרך הבעלים אית ליה חזקה ובתוך ג׳ שנים הדרך להחזיק עם שטר ואחר ג׳ שנים הדרך להחזיק בלי שטר, לענין זה י״ל שהמוחזקות כדרך בעלים תלוי במצב לפי האמת ולא לפי מחשבתו של המחזיק. וכן נראה דהיכא דלא היה מחאה כלל אלא שיש עדים שכבר בתוך ג׳ שנים לא היה בידו שטר לפי הפשט הפשוט ברמב״ן לכאורה איכא ריעותא שהרי נאבד שטרו בתוך ג׳ שנים אבל לדעת האבי עזרי הוי חזקה דעכשיו שפיר מחזיק כדרך בעלים.

היכא דמחה כדין ובאו עדים שלא שמע המחזיק [ע׳ קה״י ס׳ י״ח שהקשה איך נאמנים לומר שלא אמרו למחזיק הא כ״א מעיד על עצמו והוי ע״א וכתב בשם החזו״א דנאמנים מדין הפה שאסר] מבואר ברשב״ם בסמוך בד״ה מחאה שלא בפניו דהוי מחאה מאחר שמיחה זה כהוגן וכ״כ התוס׳ בדף מ. ד״ה מחאה וכ״כ הרא״ש והנ״י בריש פרקין וכן נפסק בשו״ע ס׳ קמ״ו סע׳ ג׳. וע׳ בגאון שכתב שכן משמע מהגמ׳ בסמוך דפריך אי ס״ד מחאה שלא בפניו הוי מחאה ליתיב התם אדוכתיה ולימחי ע״ש וכוונתו דמאי פריך ליתיב אדוכתיה הא צריך לבא או לשלוח שליח כדי שידע ששמע המחזיק אלא משמע שגם אם לא שמע הוי מחאה ובטל החזקה. ובזה ניחא סברת הראשונים בין אי חזקה הוא תקנ״ח בין אם החזקה הוא מכח הראיה מהשתיקה. דכל שמחה באופן שיכול המחזיק לשמע הוי מחאה וליכא תקנ״ח וגם ראיה מהשתיקה ליכא כיון שלא שתק.

ואף דליכא ריעותא דאחוי שטרך כיון שלא שמע את המחאה מ״מ בעינן ראית השתיקה וליכא [ע׳ לשון הנ״י בריש פרקין ובקה״י ס׳ י״ח אות ג׳].

אף שדין זה מבואר בכמה ראשונים ונפסק בשו״ע כתב השעה״מ בס׳ קמ״ו סק״ג דאינו דעת כל הראשונים. דאיתא לעיל לג: האי מאן דנקט מגלא ותובילא וכו׳ נאמן דלא חציף איניש דגדר דיקלא דלאו דיליה. והקשו א״ה ארעא נמי ומשני ארעא אמרינן ליה אחוי שטרך. ונחלקו תוס׳ והרמב״ן בביאור קושית הגמ׳ א״ה ארעא נמי. תוס׳ פרשו שיהיה נאמן רק לגבי פירות שאכל והרמב״ן פירש לענין גוף הקרקע. נמצא לפי הרמב״ן דבמקום דליכא ריעותא דאחוי שטרך זוכה ע״י אכילתו מתרי טעמי. א. איכא ראיה משתיקת המ״ק. ב. איכא סברת לא חציף. והיכא דמחה המ״ק ויש עדים שלא שמע המחזיק אמנם ראיה מהשתיקה ליכא שהרי לא שתק אבל אכתי איכא סברת לא חציף וליכא ריעותא דאחוי שטרך כיון שלא שמע את המחאה. אמנם בתשובת חת״ס ח״מ ס׳ צ״ח הובא בפת״ת ריש ס׳ קמ״ו דחה סברא זו דשאלת הגמ׳ שיזכה בקרקע מכח לא חציף הוא רק בצירוף שתיקת המ״ק והיכא דמיחה ליכא שתיקה ולא מהני סברת לא חציף לחודיה, ע״ש.

מחאה בכמה. נחלקו הרמב״ן והרא״ש היכא דמיחה בפני ע״א או בלי עדים כלל ומודה המחזיק שמחה המערער אי הוי חזקה או לא. הרמב״ן כתב דלא הוי מחאה ובתחילה כתב הטעם דכיון שיכול המחזיק להכחיש את המחאה אינו חושש לשמור שטרו ואע״ג דלשיטת הרמב״ן עיקר ענין המחאה הוא כדי שלא יהיה ראיה מהשתיקה ואפילו אם לא שמע המחזיק המחאה כלל ולא היה עליו לשמור שטרו אין חזקתו חזקה כיון דליכא שתיקה צ״ל דאמנם לא בעינן שישמע בפועל אבל המחאה צריכה להיות בצורה כזו שיגרום שהמחזיק ישמור שטרו ואל״כ הרי זה נחשב כשתיקה. ושו״ר בשעה״מ ס׳ קמ״ו סק״ה שעמד בזה וכתב שדוחק לומר שמחאה באופן זה נחשב כשתיקה ע״ש. בהמשך דבריו כתב הרמב״ן שאפילו נימא דאין חסרון במחאה כשמחה בלי עדים מ״מ נאמן המחזיק בטענת לקוח במגו שיכול להכחיש את המחאה. והרא״ש חולק דלא מהני מגו במקום ריעותא דאחוי שטרך. ומחלוקת זו הובא להלכה בס׳ קמ״ו סע׳ ב׳ אך נחלקו הש״ך והגאון אם כוונת המחבר כשמביא שיטת הרמב״ן לסברא הראשונה של הרמב״ן או לסברא השנייה דהש״ך בסק״א מפרש כפשטות לשון השו״ע שנאמן מדין מגו והגאון בסק״ו כתב שכוונת המחבר לסברא הראשונה של הרמב״ן שמתוך שיכול להכחיש את המחאה יכול לומר שלא חשש למחאתו. וע׳ רע״א בשו״ע ס׳ קמ״ו על הסמ״ע סק״ד שכתב נ״מ בן טעמי הרמב״ן היכא דמודה המחזיק שמחה המערער בפני ב׳ עדים אבל עכשיו אין בפנינו עדים. לטעם הראשון של הרמב״ן הוי מחאה דלא ידע שיוכל להכחיש אבל מגו איכא כ״ז שלא העידו עדים שמחה. ועוד נ״מ כתבו התומים בסק״ג והשעה״מ בסק״ה היכא דמחה ב׳ פעמים כל פעם בפני ע״א דאם אין שום חסרון במחאה אלא דאית ליה למחזיק מגו שיכול להכחיש הע״א בכה״ג דאיכא תרי ע״א אינו יכול להכחיש וליכא מגו. אבל אם אינו חושש למחאה א״א לצרפם דכ״א מעיד על מחאה שאינה מחאה. ומה״ט הקשה השעה״מ סתירה בנ״י דכתב כסברת הרמב״ן דמחאה שלא בפני עדים אינה מחאה שאינו חושש לה ומאידך כתב בשם הרא״ה דאם מחה ב׳ פעמים בכל פעם בפני ע״א מצרפים עדותן. והעירוני דאולי יש לישב דברי הנ״י דאחר שמחה ב׳ פעמים ויש אפשרות לברר ע״י שני הע״א שהיה מחאה הרי הוא חושש למחאה וצריך לשמור שטרו. אבל התומים ושעה״מ לא סברו כן דכיון שבשעת מחאה ראשונה לא היה אפשרות לברר את המחאה אינו חושש לה אף שאח״כ מחה שוב בפני ע״א וממילא גם אינו חושש למחאה השניה כיון שלא נוכל לצרף את הע״א של מחאה הראשונה.

רע״א בשו״ע שם וכן בחידושים כאן תמה

על הרא״ש שכתב דלא מהני מגו כיון שהוא נגד ריעותא דאחוי שטרך דהא קי״ל שאם אין למערער עדי מ״ק נאמן המחזיק בתוך ג׳ שנים במגו דלא היתה שלך מעולם הרי דמהני מגו נגד ריעותא דאחוי שטרך [ואף שהובא לעיל דשיטת הרשב״ם בכמה מקומות דלא מהני מגו נגד אחוי שטרך וכ״כ הביה״ל בח״ג ס׳ ל״ו בדעת הרשב״ם ע״ש מ״מ שאר הראשונים לא ס״ל כן]. וגם השעה״מ עמד בזה בס׳ קמ״ו סק״ב וכתב דבתוך ג׳ שנים מהני מגו נגד ריעותא דאחוי שטרך אבל אחרי מחאה הריעותא יותר אלים ובזה סובר הרא״ש דלא מהני מגו. [כעין זה כתב שעה״מ גם בס׳ ק״מ סק״ד דאם טוען הלוקח שקנה ולא כתבו שטר כלל גרע מהיכא דטוען שהיה שטר ונאבד ואינו נאמן אפילו במגו. וע׳ לקמן מב. מש״כ לפ״ז לבאר דברי הרשב״ם שם]. וגם רע״א בחידושים כאן הרגיש בתי׳ זה וכתב דאכתי יכול לטעון שנאבד השטר לפני המחאה ובזה איכא רק הריעותא של תוך ג׳ ויהיה נאמן במגו. והשעה״מ כתב שכן הוא הדין לדעת הרא״ש שאם טוען שאבד השטר לפני המחאה נאמן במגו ואם טוען שנאבד אחרי המחאה אינו נאמן במגו. אך תמה למה סתמו האחרונים בזה. היכא דליכא בפנינו עדי מחאה אלא עדים אחרים מעידים שעדי המחאה אמרו בפניהם ע׳ בהגהות אמרי ברוך בריש ס׳ קמ״ו ובמה שמביא מהרא״ש בסוגיא דרבה בר שרשום בשם ר׳ יונה.

דף לט:

כל מילתא דמתאמרא באפי תלתא וכו׳. החפץ חיים האריך בבאר מים חיים בכלל ב׳ לבאר שיטות הראשונים בהתירא דאפי תלתא וכתב בזה ה׳ שיטות בראשונים. א. שיטת הרשב״ם שהותר לשומע ששמע באפי תלתא לספר למי שספרו עליו כיון שבל״ה עתיד לשמוע דהיינו שנאמר התר באיסור רכילות. אבל המספר שסיפר באפי תלתא לית ליה התירא וכן אין התר לשומע לספר לאדם אחר. ב. שיטת התוס׳ כאן ובערכין טו. שהותר לספר לאחרים אבל דוקא כשלא היה גנות ממש אלא דבר שמתפרש בתרי אנפי וכשאומר באפי תלתא תולים שיאמר באופן שלא ישתמע לגנות. אבל בגנות ממש אין שום התר לא למספר ולא לשומע ולא לשומע לספר לאחרים. ג. שיטת הרמב״ם שנאמר בזה התר על השומע לספר לאחרים מאחר ובל״ה סופו להתפרסם ובתנאי שלא יתכוון להעביר הקול ולגלותו יותר. ד. שיטת ר׳ יונה דמיירי באדם שמותר ע״פ דין לספר בגנותו אלא שאם מספר דוקא באופן שלא ישמע עובר משום חנופה לכן צריך לספר באפי תלתא באופן שישמע מי שמספר עליו אבל בעלמא ליכא התירא כלל. ה. שיטת רש״י בערכין שאם אדם סיפר גנות על עצמו באפי תלתא מוכח דלא איכפת ליה שיתפרסם והוי כאילו נתן רשות לגלות.

בשיטת הרמב״ם תמה הח״ח בבאר מים חיים סק״ד מהו ההתר לשומע באפי תלתא לספר לאחרים ואף דסוף הדבר להתגלות איזה התר יש שהפרסום יהיה על ידו. וכתב בזה ב׳ ביאורים. א. כיון דאיסור סיפור לשה״ר נאמר בתורה בלשון לא תלך רכיל ורכיל הוא המעביר שמועה ממקום למקום נקרא רכיל רק באופן שלא היה מתגלה אם לא שהוא הלך וסיפר אבל בדבר שבודאי יתגלה בסוף בין בדרך התר בין באיסור סו״ס יתגלה ואין עליו שם רוכל. ב. כיון שידוע לג׳ תולים שבודאי כבר התפרסם והשומע ששומע עכשיו כבר יודע הגנות. ושני הפשטים לכאורה אינם ברורים. דלמה אינו נחשב רכיל ומה בכך דעתיד להתפרסם הא עכשיו עדיין אינו ידוע והוא הולך ומפרסם. ומש״כ בפשט השני שמסתמא השומע כבר יודע אינו מובן דא״כ למה התנה הרמב״ם שלא יכוון ולהעביר הקול ולגלותו יותר. ומש״כ הח״ח שאם ידוע שהשומע לא יודע אסור וזהו שכתב ובלבד שלא יתכוין וכו׳ אינו מובן דמשמע דבכוונה תליא מילתא וגם מדברי הכ״מ מבואר שכוונת הרמב״ם שמותר לספר רק בתוך סיפורו בדרך מקרה אבל לא שיתכוין לגלות יותר משמע שאין כוונת הרמב״ם בזה לחלק בין היכא דיודע שהשומע אינו יודע לבין היכא שאינו יודע

ואם תולים שהשומע יודע יהיה מותר אפילו מכוון לגלות יותר. ועו"ק לשני הפשטים שאם ההתר לדעת הרמב"ם הוא משום שעתיד הדבר להתגלות קשה דמשמע שאם אחד מהג' ששמעו בא לשאול אם מותר לספר מתירים לו ואמאי אדרבה נימא שאסור לספר ואז ליכא תלתא שהרי הח"ח כתב בסע' ה' שאם הג' שספרו בפניהם או אפילו אחד מהם הוא ירא אלקים אין התר דאפי תלתא דאינו עומד להתגלות. ואינו מובן וכי רבר"ה דיבר על אנשים שאינם יראים ובשלמא אם היה מצריך באפי ארבעה י"ל דכ"א תולה שיש ג' אחרים דאינם יראים וממילא מותר לו לספר אבל כשיש רק ג' איך התיר רבר"ה נימא דאסור ואז אינו עומד להתפרסם. שהרי לדעת הח"ח יוצא שבאמת כן הדין שאם היו רק ג' הבא לשאול אמרינן ליה שאסור לו לספר ואיך רבר"ה אמר שמותר. ועוד קשה דלשיטת רבותיו של הרשב"ם כל מחאה הוא לישנא בישא ומה שמתפרסם הוא רק בגלל התירא דאפי תלתא וס"ל כרמב"ם שמותר לשומע לספר, ומפורש בגמ' שגם בפני ג' ת"ח הוי מחאה במעשה דגידל בר מניומי. והח"ח בעצמו הרגיש בזה בבמ"ח סוף סקי"ב וכתב דזה אינו דכבר הסכימו הרשב"ם והתוס' דמחאה אינו לשה"ר ודלא כרבותיו של הרשב"ם. ואינו מובן דלא חלקו מטעם זה אלא משום דס"ל דמצוה לפרסם כדי שישמור שטרו אבל בהא דמוכח מרבותיו של הרשב"ם שגם בפני ת"ח איכא התירא דאפי תלתא לא מצאנו חולקים. ועוד שאין זה רק שיטת רבותיו של הרשב"ם דעיין בשיטמ"ק בשם הראב"ד שגם ס"ל כן וכ"כ ר' גרשום והיד רמ"ה באות ק"א [הרמ"ה ס"ל כן רק למ"ד דמחאה בפני ג' וא"כ אין ראיה דקי"ל מחאה בפני שנים אבל תימה לומר דלמ"ד בפני ג' צריך למחות דוקא בפני אנשים שאינם ת"ח].

ולולא דברי החפץ חיים היה נראה לבאר שיטת הרמב"ם באופן אחר וז"ל הרמב"ם בפ"ז מדיעות ה"ה ואם נאמרו דברים אלו בפני ג' כבר נשמע הדבר ונודע ואם סיפר אחד מן הג' פעם אחרת אין בו משום לשה"ר עכ"ל. ונראה דאין טעם ההתר מפני שעתיד להתגלות אלא מפני שעצם הדבר שהגנות ידוע לג' אנשים נחשב שכבר נשמע הדבר ונודע. דיסוד איסור לשה"ר הוא הולך רכיל מגלה סוד והיינו שמגלה גנות של חברו שלפנ"כ היה בבחינת סוד והוא הולך ומפרסמו אבל דבר שנודע לשלשה יצא מכלל סוד ואין בו איסור אא"כ כונתו להעביר הקול ולגלותו יותר דאם כוונתו לגלות יותר הרי מכוון לבזות חברו וזה אסור אפילו כשאינו מגלה סוד. אבל מה שאסור באופן מוחלט אפילו כשאין כוונתו לבזות ולגלות יותר הוא דוקא כשזה בגדר מגלה סוד. ולכן כתב הרמב"ם כבר נשמע הדבר ונודע שידיעת הג' הוא הפרסום שמוציאו מכלל סוד ולא מה שעתיד להתפרסם. עיין שבועות כה: לגבי שבועה לשנות את הידוע דאמר עולא והוא שניכר לג' בנ"א. ופרש"י דמיד דידעו ביה תלתא בנ"א הוי מפורסם ע"ש. ובזה ניחא סברת הרמב"ם דלא קשיא וכי מותר לו לגלות כיון שבל"ה יתגלה דאין ההתר משום שעתיד להתגלות אלא מפני שהוא כבר גלוי. ואפילו אם נאמר בפני ג' ת"ח יראי אלוקים מותר לספר בדרך אקראי דגם ידיעת ג' ת"ח נחשב שנודע הדבר אף שאינם עתידים לפרסם הדבר. ולכן מורים לאחד מן הג' שבא לשאול שמותר לספר כשאינו מכוון לגלות יותר שגם אם נאמר לו שלא יפרסם לא יתבטל ע"י זה ההתר. ואין להקשות א"כ שאין ההתר מפני שעתיד להתפרסם א"כ מה הביאו מזה לענין מחאה, דבודאי מה דאמרינן שאם יש ידיעה לג' אנשים נחשב שנודע הדבר הוא מפני שבדרך כלל ע"י ידיעת ג' מתפרסם הדבר ולכן דבר הידוע לג' יצא מכלל סוד אבל אין טעם ההתר בלה"ר מפני שעתיד להתפרסם אלא מפני שידוע לשלשה ואינו מגלה סוד. ומצב זה שידיעת ג' נחשב דבר שנודע ונשמע הוא בין אם אותם אנשים יפרסמו בפועל ובין אם הם ת"ח שלא יפרסמו.

עוד כתב הח"ח בסע' ד' שמה שהותר לרמב"ם הוא רק לאחד מן הג' ששמעו באפי

תלתא לספר לאחרים אבל השומע ממי ששמע באפי תלתא, ולא ראה בעצמו שמי שסיפר לו שמע באפי תלתא, אסור לו לספר לאחרים דאין לשומע הראשון נאמנות לומר לאחרים שדבר זה שמע באפי תלתא. ובבמ"ח סק"ט מבאר הטעם דהוי ע"א שאינו נאמן באיסורין במקום דאיתחזק איסורא והכא דיבור זה הוא בחזקת איסור אא"כ הותר ע"י שסיפר בא"ת. ומבאר בזה לשון הרמב"ם שכתב אם סיפר אחד מן השלשה וכו' משמע שרק להם הותר ולא לשומע מהם. ויש לעיין בזה שאם אין למספר ששמע בא"ת נאמנות לומר ששמע בא"ת א"כ חוץ ממה שיש איסור על השומע לספר לאחרים גם השמיעה שלו אסורה. ואיך אמר רבר"ה שמותר לספר הא למעשה אין מי שיוכל לשמוע אא"כ ראה בעצמו שהמספר שמע בא"ת. ואף שאין לאסור על המספר משום לפנ"ע שהרי הוא יודע שאין השומע עובר אבל השומע בעצמו אינו יודע ולא משכחת התירא דא"ת בפועל, אך אם נאמר שבאמת כן הוא הדין יתבאר לשון הרמב"ם שכתב התירא דאפי תלתא בלשון דיעבד, אם סיפר אחד מן הג' פעם אחרת אין בו משם לשה"ר, ואמאי לא כתב שמותר לכתחילה לספר. ולהנ"ל ניחא דבפועל אין היכא תמצא לספר שהרי לשומע אסור לשמוע אבל אם עבר וסיפר לא עבר משום לשה"ר. אך יש לדחות שהרמב"ם כתב לשון דיעבד מפני שמתיר רק בדרך אקראי כשנתערב תוך דבריו שאם כל כוונתו לספר הגנות הרי זה כמתכוין להעביר הקול ולגלותו יותר. אמנם מדברי רבותיו של הרשב"ם מוכח לכאורה דלא כהח"ח שבבמ"ח סק"ט הקשה בעצמו מרבותיו של הרשב"ם דס"ל דמחאה הוי לשה"ר ומה שמתפרסם הוא ע"י התירא דא"ת וקשה הרי השומע אינו יכול לספר וליכא סברת חברך חברא אית ליה. ותי' דכ"א מעדי המחאה יספר בעצמו לאחרים עד שיתפרסם הדבר וכשידוע שזה מפורסם מותר לכל השומעין להמשיך לספר והוי כידוע לכ"א שנאמר בא"ת דידוע לכ"א שנתפרסם הדבר. אך זה מיישב רק השאלה איך השומעים מספרים לאחרים אבל קשה עוד איך הג' ששמעו המחאה מספרים לאחרים הא אסור להם לשמוע ואיך יתפרסם המחאה וע"ז לא יועיל תירוצו של הבמ"ח. ואף דכתב בכלל ב' סע' י' דמותר לספר רק אם השומע לא יחליט לאמת הא בעלמא גם זה אסור כמבואר בכלל ו' סע' ב'. ולכאורה מוכח מרבותיו של הרשב"ם וכן מר"ג והראב"ד והרמ"ה דסברי כותייהו דמותר לשמוע וא"כ מוכח שנאמן המספר לומר ששמע באפי תלתא וא"כ מותר גם לשומע לספר לאחרים. ומה שכתב דהוי ע"א נגד חזקת איסור לכאורה אינו מוכרח דגנות זה שנאמר באפי תלתא מעולם לא נאסר דאין כאן חפצא של איסור שהותר ע"י הא"ת. אלא לספר גנות שאינו ידוע נאסר וגנות הידוע לא נאסר וצורה זו לא נאסר מעולם ולא שייך בזה חזקה.

סהדותא בעינן. שיטת הרשב"ם דמ"ד סהדותא ס"ל דלא בעינן שבודאי יגיע המחאה לאזני המחזיק אלא מספיק שיש אפשרות שיגיע למחזיק ושלא מראה שרצונו לכסות הדבר. והמ"ד גילוי מילתא בעינן ס"ל שצריך שבודאות יוכל לשמוע המחזיק ולכן בעינן מחאה באפי תלתא. אך אין הכרח ברשב"ם דפליגי ביסוד דין מחאה אם העיקר שלא יהיה שתיקה ולכן סגי במה שיש אפשרות שישמע ומ"ד גילוי מילתא ס"ל דבעינן דוקא שישמע המחזיק וידע לשמור שטרו, די"ל שגם המ"ד גילוי מילתא מודה שעיקר המחאה תלוי במה שאין שתיקה אלא אלא דס"ל שכל שלא מחה באופן שבודאי ישמע המחזיק נחשב כשתיקה. אמנם התורי"ד כתב בהדיא דמ"ד סהדותא ס"ל דעיקר המחאה הוא שלא יהיה שתיקה וכל שמחה באופן שיש אפשרות שישמע המחזיק אין זה שתיקה ומ"ד גילוי מילתא ס"ל דחזקה לא בנוי על ראית השתיקה אלא כל שאין ריעותא דאחוי שטרך אית ליה חזקה ועיקר המחאה הוא כדי שישמע המחזיק וישמור שטרו לכך בעינן מחאה בפני ג' כדי שבודאי ישמע. ויתכן שזה גם כונת הרשב"ם. אך א"כ יוצא שמש"כ הרשב"ם לעיל שאף שנודע שלא שמע

המחזיק בטל חזקתו כיון שמחה המערער כדין זה רק למאי דקי״ל כמ״ד מחאה בפני שנים דסגי בסהדותא אבל למ״ד גילוי מילתא עיקר המחאה הוא כדי שישמור שטרו ואם לא שמע ליכא ריעותא דאחוי שטרך והוי חזקה.

שיטת התוס׳ בד״ה סהדותא דלא פליגי כלל איזה דרגת פירסום בעינן דלכו״ע בעינן אותו פרסום במחאה כמו שצריך להתירא דאפי תלתא אלא דמ״ד סהדותא ס״ל שרק לשה״ר אינו נשמע אא״כ נאמר בא״ת כיון שמעלימין אותו אבל מחאה בתרי הוי כלשה״ר בג׳. ומ״ד גילוי מילתא ס״ל שגם כאן אינו מתפרסם אלא אם נאמר בפני ג׳ כלשה״ר. ולרשב״ם ולתורי״ד לא קשיא כלל מה שנתקשו התוס׳ מאי שנא מלשה״ר דהתם בעינן שיהיה בודאי עומד להתפרסם משא״כ הכא סגי במה שיש אפשרות שישמע המחזיק.

הרמ״ה מבאר באופן אחר דפליגי אם מחאה הוא דוקא כשמוחה בתורת מחאה כעין עדות ובאופן זה אין במחאה משום לישנא בישא ולא צריך להגיע להתר של אפי תלתא. ומ״ד גילוי מילתא ס״ל דאין צורך למחות בתורת מחאה כעין מסירת עדות אלא יכול למחות בדרך סיפור דברים אך באופן זה יש בו משום לישנא בישא ולא יתפרסם אא״כ יאמר בפני ג׳ שאז יש התר של אפי תלתא. ולכאורה גם למ״ד גילוי מילתא אם מוחה בתורת מחאה סגי במחאה בפני שנים. נמצא ד׳ שיטות בביאור דברי הגמ׳. א. הרשב״ם לפי מה שפרשנו בתחילה. ב. התורי״ד ג. התוס׳ ד. הרמ״ה.

תוד״ה כיון. וא״ת מתני׳ היא. לכאורה אינו מובן שגם למאי דסברו שלה״א של הגמ׳ כל שעבר שנה בלי מחאה הוי חזקה אין זה אלא מפני שהיה יכול למחות ולא מחה ושתיקתו נחשבת כהודאה. אבל במתני׳ ששומע רק אחרי שנה ובא שנה ומוחה לא היה אפשרות למחות קודם ובזה בודאי לא מהני שתיקה של שנה אבל היכא דהיה כאן ולא מיחה שפיר ס״ד דשתיקת שנה היא כהודאה וצ״ע.

צריך למחות בסוף כל ג׳. הרשב״ם והתוס׳ כתבו דאין הטעם מפני שיכול לטעון חזרתי ולקחתי דכיון שידוע שלא בא לידו בתורת מקח אינו נאמן לומר אח״כ לקחתי. התוס׳ בזה לשטתם דס״ל כן לעיל לג. והובא שנחלקו בזה הראשונים והובאו דבריהם בנ״י כאן ע״ש. אלא הטעם דבעינן מחאה בסוף כל ג׳ שאם עברו ג׳ שנים בלי מחאה אינו שומר שטרו ותולה מחאה הראשונה בדברי הבאי. והבעה״מ ס״ל שהטעם הוא משום שיכול לומר חזרתי ולקחתי ובזה מיישב מה שהקשו התוס׳ מלעיל לא. דהתם מירי כשלא טען כן. וע׳ במהרש״א שלכן תוס׳ הקשו קושייתם רק להאי טעמא ומשמע מלשונם דאם היינו מפרשים שהטעם הוא מפני שיכול לטעון חזרתי ולקחתי לא היה קשה והיינו כבעה״מ. אך הרמב״ן הקשה על דברי בעה״מ דאם נאמן לומר חזרתי ולקחתי ה״ה שיהיה נאמן שקנה בתחילה ואבד שטרו במגו דחזרתי ולקחתי. והרמב״ן בזה לשטתו דס״ל שמחאה בפני ע״א לא מהני אפילו שמודה המחזיק שמחה דיכול לטעון לקחתי במגו שהיה מכחיש המחאה. והרא״ש חולק דהוי מגו נגד אחוי שטרך. והובא שהשעה״מ כתב בדעת הרא״ש דאף דבעלמא אמרינן מגו נגד אחוי שטרך היכא דמחה שאני דיותר נזהר לשמור שטרו וכנגד ריעותא זו לא מהני מגו. וא״כ י״ל שכך סובר גם בעה״מ והרמב״ן לשטתו ס״ל שגם בזה מהני מגו.

הרמב״ן מפרש כתוס׳ דאם ידוע שהגיע לידו שלא בתורת מכר אינו נאמן לומר שקנה אח״כ ולשון הרמב״ן בזה דלא תהיה חזקת קרקעות עדיף מחזקת מטלטלין. ואינו מובן הא שיטת הרמב״ן דחזקה בקרקע הוא מכח ראית השתיקה וזה אין בחזקת מטלטלין. ונראה שמזה סיוע למש״כ האבי עזרי שאין כוונת הרמב״ן מכח ראית השתיקה אלא כיון שמחזיק כדרך הבעלים הקרקע בחזקתו כחזקת מטלטלין. ובסוף דבריו כתב הרמב״ן דכיון שנאמן לומר לקוח בידי מתחילה כיון ששתק ג׳ שנים אחר המחאה ממילא נאמן גם לומר חזרתי ולקחתי במגו ע״ש.

ועל קושית התוס׳ מדף לא. כתב הרמב״ן דמחאה ע״י מעשה שאני וזה כתי׳ הרא״ש לעיל לא. ועמש״כ בזה שם.

ערער וחזר וערער. שיטת הרשב״ם שאם שינה טענתו שתי המחאות בטילות ולכן גם כשמחה ב׳ פעמים בתוך ג׳ הוי חזקה. המחאה הראשונה בטילה מפני שעכשיו מודה ששיקר והשנייה בטילה מפני שהוחזק כפרן. ותמה הרא״ש דאין אדם מוחזק כפרן ע״פ עצמו והטוען שתי טענות בב״ד המכחישות זו את זו בוחר איזה מהם שירצה ויכול לומר טעיתי במחאה ראשונה. דהיינו דקי״ל דטוען וחוזר וטוען מפטור לפטור. ולכאורה כוונת הרשב״ם דאף שע״פ דין לא הוחזק כפרן מ״מ בעיני המחזיק נראה כפרן ואינו חושש למחאתו וע׳ לשון הרשב״א דנראה כמשקר ומהתל. ובאבי עזרי פ״ו מטו״נ ה״ג אות י׳ י״א כתב ליישב קושית הרא״ש על הרשב״ם דהרשב״ם ס״ל כשיטת הר״י מגש דהטעם שחוזר מפטור לפטור הוא משום דנאמן במגו לומר שלא דק וטענת לא דק הוא רק בנתבע ולא בתובע והכא המערער נחשב תובע שבא להוציא מהמוחזק וכיון דליכא בזה סברת לא דק הוי מגו נגד הודאת בע״ד ע״ש.

שיטת הרא״ש שאם מחה ב׳ פעמים בתוך ג׳ שנים אפילו ששינה טענתו אחד מהמחאות קיימות וסגי בזה לבטל החזקה ורק כשמחה פעם אחת בג׳ הראשונות ופעם אחת בג׳ השניות בזה כשמשנה טענתו בטל מחאה הראשונה ואית ליה חזקה מג׳ ראשונות. [ע׳ באבי עזרי הנ״ל שהקשה שקשה לרא״ש לנפשיה מה שהקשה על הרשב״ם שגם כאן אף שלא היה מחאה בג׳ ראשונות מ״מ אית ליה מגו שהיה נשאר בטענתו הראשונה. אך תלוי במחלוקת הראשונים שהובא לעיל בדף לה: ובספק של רעק״א שהובא שם אם מהני מגו נגד ראיית החזקה דיש צד לומר דכיון ששתק ג׳ שנים אינו נאמן לבטל החזקה אפילו במגו]. והובא לעיל שהשיטה בשם הר״י מג״ש הקשה על פשט זה אמאי בטל המחאה הראשונה דאף שעכשיו הוא מודה שזה שקר מ״מ המחזיק לא ידע והיה לו לשמור שטרו. וכתבנו שלכאורה זה תלוי במחלוקת הש״ך והקצות בס׳ קמ״ו במקום שלא מחה כדין ואמרו למחזיק שמחה כדין ע׳ בזה לעיל. ועוד הקשה הר״י מגש אמאי נקט חזר וערער ג׳ פעמים [הרא״ש כתב שזה לאו דוקא]. לכן מפרש הר״י מגש דאין החסרון במחאה הראשונה אלא במחאה האחרונה ורק כשמשנה ג׳ פעמים הוחזק בטענות שקר ולכן לא נזהר המחזיק בשטר דלא חשש למחאה השלישית ובג׳ האחרונות אית ליה חזקה. גם הרמ״ה באות ק״ג מפרש כר״י מגש דבטל המחאה האחרונה ומתקיימת החזקה ע״י ג׳ שנים האחרונות אך בתחילה ס״ל ממש כר״י מגש דהוחזק שקרן רק אחר ג׳ פעמים ובסוף מביא שיש נוסחאות דגרסי חזר וערער רק ב׳ פעמים וכשהחליף טענתו בסוף ג׳ השניות נעשה בזה שקרן ובטלה מחאה זו והוי חזקה בג׳ השניות ע״ש.

נמצא השיטות בזה א. לרשב״ם שתי המחאות בטילות ולכן אפילו ב׳ מחאות בתוך ג׳ שנים אם שינה בטלו שניהם והוי חזקה. ב. לרא״ש רק המחאה הראשונה בטילה ואית ליה חזקה מג׳ הראשונות. ג. לרמ״ה מחאה שניה בטילה ואית ליה חזקה בג׳ השניות. ד. לר״י מגש רק כשהחליף ג׳ פעמים בטל מחאה שלישית ואית ליה חזקה מג׳ שנים השלישיות.

אמנם יש לעיין טובא בדברי הר״י מגש שכתב שאם מחה בשנה ראשונה ובשנה רביעית ובשנה שביעית דהיינו בשנה הראשונה של כל שלש שנים ושינה בכל פעם טעם המחאה בטל המחאה האחרונה ואית ליה חזקה בג׳ שנים האחרונות והיה צריך להיות שתושלם החזקה בסוף השנה השביעית שמאחר ובטל המחאה של השנה הז׳ נמצא שהמחאה האחרונה היתה בשנה רביעית א״כ איכא הו״ז שהם ג׳ שנים בלי למחאה. וכן מפורש ברמ״ה באות ק״ג דנשלם ג׳ שנים אחרי מחאה שנייה. ובר״י מגש מבואר דלא נשלם החזקה עד שנה התשיעית. ולכאורה

מבואר בזה דהר״י מגש יש לו שיטה מחודשת בהא דסגי במחאה אחת לכל ג׳ שנים וצריך למחות בסוף כל ג׳. דבפשטות לומדים דבעינן שלא יעברו ג׳ שנים בין מחאה למחאה ואם מחה בשנה ג׳ צריך למחות שוב בשנה ו׳ ואם מחה בשנה ראשונה אם לא מחה שוב בשנה ד׳ אית ליה חזקה. כן מפורש ברמ״ה באות ק״ב וכן משמע ברשב״ם בד״ה ה״ג. אבל הר״י מגש לא ס״ל כן אלא לכל תקופה של ג׳ שנים סגי במחאה אחת וגם אם מחה בשנה ראשונה ביטל במחאה זו את החזקה של ג׳ שנים הראשונות וגם אם לא ימחה שוב לא יושלם החזקה עד שנה ששית. לכן כששינה טענת המחאה ובטל עי״ז מחאה של שנת ז׳ לא נשלם החזקה עד שנת ט׳ דכיון שמחאה שמחה בשנה ד׳ לא בטל הועיל מחאה זו לבטל את החזקה של ג׳ שנים השניות ולית ליה חזקה אלא בג׳ השלישיות ונשלם בסוף שנה ט׳.

הרמב״ם השמיט הדין של ערער וחזר וערער ועמד בזה הלח״מ בפי״א מטו״נ ה״ז. וע׳ מש״כ בזה באבי עזרי הנ״ל בפ״ו מטו״נ ה״ג אות י׳ י״א י״ב. הריטב״א והשיטה בשם הראב״ד והטור בשם הרמ״ה כתבו דכל מה שבטל המחאה כששינה טענת המחאה הוא רק אם אומר במחאה השניה שמתחילה היה כך דאל״כ יתכן שבתחילה היה גזול ועכשיו ממושכן. אך הטור לומד בדעת הרא״ש שבסתם הוי כמפרש שהיה כן מתחילה אא״כ מפרש אחרת ע״ש.

דף מ.

מחאה בפני ב׳ ואי״צ לומר כתובו. הקשו התוס׳ איך כותבין שטר מחאה ומודעה ואפילו אם יאמר המוחה כתובו הא בעינן דעת המתחייב וליכא. והוסיפו דעדות נמי לא חשיב דהוי מפי כתבם. דהיינו שקושיתם מתחלקת לשתים. א. דין שטר שיחשב כמי שנחקרה עדותן בב״ד ויועיל אפילו מתו העדים או שכחו את העדות ליכא הכא דבעינן דעת המתחייב. ב. אף דליכא דין שטר אכתי נקבל כעדות מתוך הכתב ויועיל כ״ז שהעדים כשרים ויכולים להעיד מפיהם יעידו מתוך הכתב ע״ז כתבו ועדות נמי לא חשיב דהוי מפי כתבם. ותירצו דתקנ״ח הוא שיהא חשוב עדות לבטל החזקה. ויש להסתפק בכוונת תירוצם, אם תקנו חכמים שיקבל דין שטר בלי דעת המתחייב או שלעולם אין בזה דין שטר אלא שהכשירו עדות מפי כתבם והנ״מ תהיה במתו העדים או נפסלו או שכחו את העדות שאם תקנו דין שטר ה״ז כמי שנחקרה עדותן בב״ד משעת חתימה. ואם אין לזה דין שטר אלא שהכשירו מפי כתבם בעינן שיהיו כשרים להעיד בשעה שמגיע השטר לב״ד. והדבר מפורש בביאור הגר״א בס׳ קמ״ו סקי״ז וז״ל וי״ל דתקנת וכו׳ ר״ל שיחשוב בשטר עכ״ל וראייתו מסוף דברי התוס׳ יבואר בסמוך בס״ד.

ועוד אומר ר״י ששמע מר״ת וכו׳. לכאורה כוונת התוס׳ דלר״ת דס״ל שיכול העד לשלוח עדותו לב״ד בכתב וס״ל דאין חסרון בהגדה מתוך הכתב במי שראוי להגדה א״כ ה״נ במחאה אע״ג דלית ליה דין שטר כיון דליכא דעת המתחייב מ״מ כשר בתורת עדות מתוך הכתב. וכן מפורש בתוס׳ ביבמות לא: שלר״ת כשר רק כ״ז שהעדים זוכרים את העדות. וכן כתבו הקצה״ח בס׳ מ״ו ססק״ג והנתיבות בס׳ ל״ט סק״ו דגם לר״ת דאין מפי כתבם אין זה אלא עדות מתוך הכתב ואין לזה דין שטר. אמנם מדברי התוס׳ כאן מוכח לכאורה דס״ל שלר״ת מקבל דין שטר בלי דעת המתחייב. וכמו שבתי׳ הראשון שתי׳ דתקנ״ח והובא שהגר״א מפרש שתקנו שיקבל דין שטר ה״נ מה שכתבו שלר״ת ניחא היינו שלר״ת יש דין שטר מדינא בלי דעת המתחייב. שאחרי שהביאו את דברי ר״ת הקשו מהגמ׳ בכתובות כותב אדם עדותו וכו׳ ואמאי אינו יכול לשלוח את הכתב לב״ד אף ששכח העדות, ובתוס׳ בכתובות כ: תירצו דהתם ליכא תורת שטר כיון שנכתב שלא מדעת המתחייב והכא כוונתם להקשות על מה ששמע ר״י בשם ר״ת דבשלמא לתי׳ הראשון לא קשיא דבלי דעת המתחייב ליכא תורת שטר אבל לר״ת דאין פסול

של מפי כתבם ס"ל דמקבל דין שטר בלי דעת המתחייב וקשיא מכתובות ותי' שע"א בכתב לית ליה דין שטר ומפורש שגם לר"ת אי איכא ב' עדים יש לזה דין שטר ומהני אפילו ששכח את העדות ודלא כתוס' ביבמות.

יסוד זה דלר"ת מקבל דין שטר בלי דעת המתחייב מבואר בש"ך בס' ל"ט סק"ט שהרמ"א בסע' ג' מביא ששטר בלי דעת המתחייב אינו אלא כפנקס בעלמא וי"א דאם נתקיים דנים על פיו, דהיינו דס"ל לרמ"א דדין זה של דעת המתחייב בשטר שנוי במחלוקת. וכתב הגר"א בסקי"ט דפליגי בתירוצי התוס' בכתובות הנ"ל דבתי' הראשון כתבו דבלי דעת המתחייב אין תורת שטר ואח"כ כתבו ועוד אומר ר"י דלא בעינן דעת שניהם אלא מיירי שאינו כתוב כתיקון שטרות. ומפורש בתי' השני של תוס' שגם בלי דעת המתחייב יש דין שטר אם נכתב כתיקון שטר וע"כ הכוונה דין שטר ולא עדות מתוך הכתב דאל"כ לא בעינן שיעשה כתיקון שטרות ועוד דמהני אפילו שכחו את העדות. והש"ך חולק וס"ל דלדידן דקי"ל כרש"י דאין אדם שולח עדותו לב"ד לית מאן דפליג דבלי דעת המתחייב ליכא תורת שטר ומה שנזכר בתוס' בכתובות בתי' השני שיש שטר בלי דעת המתחייב כוונתם לשיטת ר"ת, ולר"ת מקבל דין שטר בלי דעת המתחייב, ומוסיף הש"ך דהועוד אומר ר"י בתוס' בכתובות הוא הועוד אומר ר"י בשם ר"ת בתוס' דידן. הרי דס"ל שהתוס' דידן והתוס' בכתובות ס"ל שלר"ת מקבל תורת שטר בלי דעת המתחייב ולא רק שכשר בתורת עדות מתוך הכתב ודלא כתוס' ביבמות, אמנם בסברא הדברים אינם מובנים למה ישתנה תורת שטר לר"ת מלרש"י דר"ת חולק רק דליכא מפי כתבם אבל למה יקבל תורת שטר לר"ת באופן שלא מקבל תורת שטר לרש"י. וכבר עמדו בזה התומים ורע"א בס' ל"ט על דברי הש"ך, והתומים כתב דלתוס' דידן מקבל דין שטר בלי דעת המתחייב ובלי נוסח שטר, יעו"ש.

הרמ"א בס' קמ"ו סע' ה' כתב דכשכותבין העדים שטר מחאה יכתבו בלשון שליחות ולא יכתבו שמענו שמיחה דהוי עדות מפי כתבם [מקורו מהנ"י ויבואר לקמן בס"ד] וכתב הסמ"ע בסקי"א דכ"ז לשיטת רש"י אבל לר"ת דליכא דין מפי כתבם מהני גם בלשון עדות אף דליכא דעת המתחייב. ובזה מבאר דברי הטור שלא התנה שיכתבו בלשון שליחות ע"ש. ותמה הנתיבות בסק"ה בשם התומים שגם לר"ת אף דליכא מפי כתבם מ"מ ליכא תורת שטר לענין אם מתו העדים או שכחו עדותן אא"כ נעשה מדעת המתחייב וגם לר"ת צריך להגיע לתקנ"ח בכתיבת שטר מחאה. ואמנם כדבריו מבואר בתוס' ביבמות לא: אבל בתוס' דידן מוכח שלר"ת מקבל דין שטר בלי דעת המתחייב והתומים בעצמו כ"כ בס' ל"ט דלר"ת יש דין שטר בלי דעת המתחייב ובלי נוסח שטר א"כ ניחא דברי הסמ"ע.

הקצה"ח בס' כ"ח סק"ו מביא שיטות הראשונים בהא דסומכים על עדות בשטר ולא הוי מפי כתבם, וכתב בזה ד' שיטות. א. לבעה"מ כיון דאיכא דעת המתחייב הוי מפי כתבו ולא מפי כתבם. ב. לרמב"ן כיון דאיכא נוסח שטר אין בזה מפי כתבם. ג. שיטת ר"ת דליכא מפי כתבם אלא באלם. ד. שיטת הרמב"ם דשטרות מד"ס, ואינו מובן למה הביא ר"ת כשיטה בפנ"ע הא מבואר בתוס' ביבמות שלר"ת אין עדות מתוך הכתב מקבל דין שטר ומהני רק כ"ז שזוכר העדות וכ"כ הקצות בעצמו בס' מ"ו סק"ג כמו שהובא לעיל. ובודאי מודה ר"ת שיש בממון דין שטר שהוא כמי שנחקרה ומהני אפילו מתו העדים או שכחו העדות א"כ גם לר"ת צריך לבאר מה נותן דין שטר וצ"ל או דעת המתחייב או נוסח שטר א"כ גם לר"ת צריך להגיע לאחד מהתירוצים האחרים, ודברי הקצות שהביא את ר"ת כשיטה בפנ"ע יש להם מקום רק למה שנתבאר בביאור התוס' דידן דס"ל שלר"ת מקבל דין שטר בלי דעת המתחייב ולדעת התומים גם נוסח שטר לא בעינן.

שיטת הנ"י דאע"ג דבעלמא אין שטר בלי

דעת המתחייב הכא שאני דאין הדבר תלוי אלא בו ודי שיכתבנו בלשון שליחות, דהיינו שאין הדין שטר תלוי בדוקא בדעת המתחייב אלא בדעת בעל המעשה ובעל השטר וכמו שאין המוחה צריך את דעת המחזיק לעצם מעשה המחאה כך אינו צריך דעתו לכתיבת השטר וסגי הכא בדעת המוחה ושליחותו, משא״כ בעלמא בעינן דעת המתחייב לחלות שעליו כותבים את השטר והוא בעל השטר לכן בעינן שיכתב השטר מדעתו, אבל התוס׳ פליגי וס״ל דתמיד בעינן דעתו של מי שהשטר מחייבו. ידוע קושית האב״מ בס׳ ל״ב סק״ד על הא דפליגי בקידושין ט: אם בעינן דעת האשה בכתיבת שטר קידושין ת״ל שהיא מתחייבת ע״י שטר זה דנאסרת לעלמא וכל שטר צריך דעת המתחייב. וכתבו בזה הגר״ח בפ״ג מאישות הי״ח והקו״ש בקידושין שם דאף דבעינן דעת האשה על מעשה הקידושין מ״מ כיון דילפינן מקרא שהבעל כותב את השטר הוא נחשב בעל השטר ומדין דעת המתחייב סגי בדעתו דלא תלוי דוקא בדעת המתחייב אלא שבדרך כלל המתחייב הוא בעל השטר. ותי׳ זה הוא אמת לשיטת הנ״י בסוגיין אבל בתוס׳ מבואר שגם בכה״ג בעינן דעת המתחייב, ולשיטת התוס׳ צ״ל על קושית האב״מ כמש״כ האמרי משה בס׳ י״ח אות א׳ דכיון שהשטר נמצא ביד האשה ובידה להצניע את השטר אין השטר מעיד חובתה ולכן לא בעינן דעתה ולא דמי לשטר הלואה שנמצא ביד המלוה ומעיד חובתו של הלוה. וכדבריו כתב גם החזו״א בגליונות הגר״ח בפ״ג מאישות.

הקצה״ח בס׳ קמ״ו סק״ג וסק״ד נקט דמה שפסק הרמ״א שהעדים שכותבים שטר מחאה צריכים לכתוב לשון שליחות ולא לשון עדות ומקורו מהנ״י הנ״ל תוס׳ פליגי שכתבו שמדינא לא היה מועיל שטר מחאה דהוי מפי כתבם כיון שנכתב שלא מדעת המתחייב אלא תקנ״ח להכשירו א״כ אין ענין לכתוב בלשון שליחות, ולומד הקצות שתלוי במחלוקת הרמב״ן ובעה״מ שהביא בס׳ כ״ח סק״ו דלבעה״מ דעת המתחייב גורם דין שטר והוא משום דאינו מפי כתבם אלא כתבו כיון שנכתב בשליחותו והכא סגי בשליחות המוחה והוי ככתבו, אבל תוס׳ ס״ל כרמב״ן דבעינן צורת שטר וזה לא שייך במחאה לכן בעינן תקנ״ח ע״ש. ולדבריו מש״כ התוס׳ בסוף הדיבור דאתא לאשמועינן דאע״פ שלא צווה להם לכתוב והם כתבו שצוה כשרה ולא מחזי כשיקרא אין כוונתם דבעינן דוקא שיכתבו שצוה אלא שאם רצו יכולים לכתוב כן, וק״ק דא״כ היכן כתוב חידוש זה. אמנם בביאור הגר״א ס׳ קמ״ו סקט״ז כתב על דברי הרמ״א שכתב שיכתבו בלשון שליחות וז״ל תוס׳ שם ד״ה מחאה וא״ת מאי קמ״ל וכו׳ וי״ל וכו׳ עכ״ל דהיינו שס״ל שגם לתוס׳ בעינן דוקא שיכתוב לשון שליחות וזה כוונת התוס׳ במה שכתבו דקמ״ל שאפשר לכתוב לשון ציווי אף שלא ציוה והיכן כתוב חידוש זה אע״כ דבלי זה לא מהני וע״כ ר״נ מיירי באופן זה וממילא מוכרח שיכולים לכתוב לשון צווי בלי ציווי. ואין לדחות דאין כוונת הגאון להביא מקור מהתוס׳ למה שכתב הרמ״א שצריך בדוקא לכתוב לשון שליחות אלא רק מביא מקור שאפשר לכתוב לשון שליחות ולא מחזי כשיקרא אבל לעולם לתוס׳ לא צריך לכתוב כן והרמ״א פסק כנ״י שצריך בדוקא לשון שליחות, דגם על סוף דברי הרמ״א שכתב אבל לא יכתבו שמענו וכו׳ כתב הגאון בסקי״ז שהמקור מתוס׳ זה, וז״ל ע״ש וא״ת מה וכו׳ ועדות נמי וכו׳ [היינו קושית תוד״ה מחאה דאיך כותבים בלי דעת המתחייב] וי״ל דתקנת וכו׳ ר״ל שיחשוב בשטר מדקאמר ואצ״ל כתובו ש״מ שהרבותא שכותבין בלשון שטר אע״פ שלא אמר כתובו עכ״ל דהיינו שגם לתוס׳ דתקנ״ח שלא בעינן הכא דעת המתחייב מ״מ נוסח שטר וצורת שטר בעינן דהיינו שיכתבו שהמוחה ביקש שיכתבו בשבילו שטר מחאה ולא שיכתבו בלשון עדות. ומחלוקת התוס׳ והנ״י הוא דהנ״י ס״ל דסגי בזה מעיקר הדין ולא בעינן דעת המתחייב אלא ציווי של בעל המעשה, ותוס׳ ס״ל דבעלמא בעינן גם דעתו של כל מי שהשטר מעיד חובתו והכא תקנו

דלא בעינן, אבל גם כאן בעינן עכ״פ ציווי המוחה ואף שתולים שניחא ליה בעינן שיכתבו בלשון שליחות דזה מה שנותן צורת שטר, ומפורש בגאון שגם במחאה שייך צורת שטר ולא כמש״כ הקצות בסק״ג, ומזה מוכיח הגאון דמה שכתבו התוס׳ תקנ״ח אין הפשט שהכשירו מפי כתבם אלא שתקנו שיקבל דין שטר ולזה בעינן לשון צווי וזה חידש ר״נ דאף שאין ציווי בפועל יכולים לכתוב לשון ציווי ועי״ז מקבל דין שטר.

נמצא דנחלקו הקצות והגאון בביאור שיטת התוס׳, לקצות הוי תקנ״ח שיועיל בלי דעת המתחייב ובלשון עדות, ולהגאון תקנו רק דלא בעינן דעת המתחייב אבל צורת שטר דהיינו לשון שליחות בעינן. ומצאתי בס״ד שנידון זה בביאור דברי התוס׳ כבר נסתפקו בו הראשונים. ע׳ בשיטמ״ק בד״ה מחאה שכתב בשם תוס׳ הרא״ש דקמ״ל ר״נ דלא בעינן שיאמר המוחה כתובו דסד״א אע״פ שתקנו שיועיל בלי דעת המחזיק מ״מ צריך דעת המערער אע״ג דאנן סהדי דנחא ליה ה״א דבעינן דעתו בפועל קמ״ל דסמכינן בזה על אנן סהדי דניחא ליה וכותבין שלא מדעת שניהם ואח״כ כתב בזה״ל מיהו הא גופא מספקא לן אם כתבו העדים עדותם וכתבו בתוכו שמדעתם נכתב כדי שיהא מלוה בשטר אם ראוי להוציא בב״ד עכ״ל דהיינו שמספקא ליה אם תקנ״ח היתה להכשיר גם בלשון עדות כהבנת הקצה״ח או דבעינן דוקא שיכתבו בלשון שליחות ורק באופן זה תקנו שיקבל דין שטר כהבנת הגר״א.

מדברי הקצות בס׳ קמ״ו סק״ג וסק״ד נראה שלומד פשט בשיטת בעה״מ שמה ששטר אין בו מפי כתבם הוא משום דכיון שכתבו בשליחות המתחייב הוי ככתבו, ואין הדברים מובנים דמנין לנו שזה כתבו הרי ע״ז העדים מעידים וזה עצמו הוי עדות מפי כתבם של העדים שיש כאן דעת המתחייב ועוד הכא במחאה אין המוחה המתחייב ואם היה כותב בעצמו לא היה מועיל לחוב למחזיק ואיך עדים על מחאתו נחשב כתבו במקום שכתבו לא מהני. והקצות כתב בהדיא דלבעה״מ גם במחאה מהני כשיטת הנ״י ע״ש. והפשט הפשוט בדברי בעה״מ הוא שגם בעה״מ מודה שיש גזה״כ של שטר ולא בא בעה״מ אלא להגדיר מהו שטר שהכשירה תורה ומהו עדות מתוך הכתב שפסלה התורה. וע״ז כתב דעדות מתוך הכתב היינו שהעדים הולכים מדעתם וכותבים עדותן ושטר הוא דבר שעושה הבע״ד שמבקש מהעדים שיכתבו בשבילו וכותבין בלשון שליחות, ובזה נחלקו תוס׳ והנ״י אם בעינן דוקא דעתו של המתחייב או סגי בדעת בעל המעשה, ולפ״ז מש״כ הקצות בסק״ד לבאר דברי המהרי״ט שלא כותבין שטר מחאה אחרי ג׳ שנים ע״פ בעה״מ לכאורה אינו מובן שגם לבעה״מ אין שום סיבה שלא יוכלו לכתוב אחר ג׳ שנים דגם בזה כתיבתן הוא ע״פ ציווי המוחה ומה בכך שעכשיו אינו יכול למחות. וגם מש״כ בסק״ג דבמחאה לא שייך דין שטר ומה דמהני לנ״י הוא משום דס״ל כבעה״מ אינו מובן דגם לבעה״מ הענין של מפי כתבו הוא שזה צורת שטר וגזה״כ דבאופן זה ליכא דין מפי כתבם. דהיינו שביסוד הדברים הרמב״ן ובעה״מ [שהם שני תי׳ התוס׳ בכתובות כ:] שווים ופליגי רק מה קובע צורת שטר, לבעה״מ מה שנכתב בציווי הבע״ד וזהו שנקרא דעת המתחייב, ולרמב״ן שנכתב בנוסח שטר, וכו״ע מודו שבשטר גזה״כ דליכא דין מפי כתבם.

וקיום שטרות נמי משום דמעשה ב״ד הוא. היינו דקשיא להו איך כותבים ב״ד את הקיום ואח״כ בא לפני ב״ד אחר וסומכים ע״ז הא כתיבת ב״ד נעשה בלי דעת המתחייב והוי מפי כתבם. ותי׳ דמעשה ב״ד שאני [ולשון הרשב״ם בד״ה אמר רבא כותבים העדים בלא רשותו כדין כל מעשה ב״ד שכח ב״ד יפה והפקירן הפקר לכתוב הנעשה בפניהם]. ומדהוצרכו לזה משמע דס״ל דלולא זה היה פסול של מפי כתבם בקיום שטרות ולכאורה מוכח דלא ס״ל כריב״ש שהובא ברמ״א בס׳ מ״ו סע׳ ז׳ שהכשירו מפי כתבם בקיום. אך יש לדחות דאמנם הכשירו מפי כתבם בקיום אבל מהני רק

מדין עדות מתוך הכתב שכשר כ״ז שהעדים חיים וזוכרים העדות וקיום מהני גם באופנים שאין להכשיר מדין עדות וע״כ דמקבל דין שטר והוי כמי שנחקרה בב״ד וע״ז הקשו דליכא דעת המתחייב. ואף דנתבאר דלר״ת דליכא פסול מפי כתבם יש שטר בלי דעת המתחייב זה רק לר״ת דליכא כלל דין מפי כתבם במי שראוי להגדה אבל לדידן גם במקום שהקילו להכשיר מפי כתבם לא מקבל דין שטר בלי דעת המתחייב.

הודאה בפני שנים. ע׳ רמב״ן שנחלק עם הראב״ד בענין הודאה בפני אחד והש״ך האריך בזה בס׳ פ״א סקכ״ב. מש״כ הרשב״ם דבהודאה צריך לומר כתובו דהכתיבה הוא חוב לו שע״ז אינו יכול לטעון פרעתי שאפילו הוציא עליו כת״י גובה מנכסים בנ״ח ואינו יכול לטעון פרעתי, צע״ק דתלה תניא בדלא תניא דבשטר פשוט דא״א לטעון פרוע ולמה היה צריך ללמוד מכתב יד, ובכת״י אין הדין מוסכם דשיטת הרי״ף שהובא בתוס׳ כתובות כא. שיכול לטעון פרעתי ומהני הכת״י רק כנגד טענת להד״מ. וסברת הרי״ף כתבו הראשונים בסוף ב״ב דשטר שלא גובה ממשעבדי אינו מקפיד לקחת בשעת פרעון. והריב״ש [הובא בקצה״ח ס׳ ס״ח סק״ב ובמל״מ פי״א ממלוה ה״א] כתב שכת״י אינו שטר גמור וליכא בזה הדין של שטרך בידי מאי בעי.

קנין בפני שנים. כתבו התוס׳ דלא בעינן בזה עדות לקיום הדבר אלא רק לראיה. [מה שהוכיחו מהגמ׳ בסנהדרין אינו מוכרח כמו שכתבו התוס׳ שם]. וכל הה״א בתוס׳ לומר דקנין בעי עדות לקיומיה הוא רק בקנין סודר כן מבואר בשיטמ״ק בד״ה קנין שכתב דלא בעינן עדים דמ״ש חליפין משאר קנינים מוכח דבשאר קנינים פשיטא דלא בעינן עדים. וכן מוכח בתוס׳ שהביאו ראיה מב״מ מו. שלא תירצו שלא היו עדים ולכן לא הקנה את המעות בקנין סודר ואעפ״כ מבואר שהקנה את הפירות הרי שרק בקנין סודר היה צד שלא מהני בלי עדים משא״כ הגבהה ומשיכה.

וע׳ ברמב״ם בפ״ה ממכירה ה״ט שהמוכר או הנותן או השוכר או השואל בין בהגבהה בין במשיכה ומסירה בין בקנין [דהיינו סודר] בין בכסף שטר או חזקה קנה אע״פ שאין שם עדים וכתב הראב״ד א״א אין הכל מודים בקנין. דהיינו שי״ח דס״ל שקנין סודר בעי עדות לקיום הדבר, וכ״כ הרשב״א כאן בשם הראב״ד. והראוני שכן הוא שיטת הרשב״ם שכתב לקמן קמ״ד. דמה שתקנו קנין מעמד שלשתן כדי שלא יצטרך תמיד להקנות בקנין ובעדים, והקשה רע״א דעדות לקיומי גם בסודר לא בעינן ולברורי גם במעמד שלשתן בעינן ומה הועילו חכמים בתקנתם. אבל אי נימא דהרשב״ם ס״ל כראב״ד ניחא דקנין סודר בעי עדות לקיומי ורק מסודר קשיא לרשב״ם דשאר קנינים לא תמיד אפשר לעשות כגון שהחפץ נמצא במק״א. וכן בדף קמז: כתב הרשב״ם שמה שתקנו שדברי שכ״מ ככתובין ומסורין דמי הוא משום שאם היה צריך להקנות בסודר חיישינן שמא עד שיבאו עדים לקנות תטרף דעתו. והקשה הרש״ש דלברורי גם במתנת שכ״מ בעינן עדים ולקיומי גם בסודר לא בעינן עדים. אבל אי אמרינן שהרשב״ם ס״ל כראב״ד ניחא.

אכתי צריך להבין הסברא לחלק בין קנין סודר לשאר קנינים בין לדעת התוס׳ שבסודר היה ה״א שצריך עדות לקיומי ובשאר קנינים פשוט דאינו אלא לראיה, ובין לראב״ד דס״ל אליבא דאמת דסודר בעי עדות לקיומי ומ״ש משאר קנינים. עוד מצאנו חילוק בין סודר לשאר קנינים בתוס׳ בקידושין כו: שכתבו בשם ר׳ שמעיה דאף דבכל קנינים אפשר לזכות לאחר שלא מדעתו קנין סודר לא מהני אלא בפני הקונה ולא אמרינן בזה זכין לאדם שלא בפניו. ונראה דהאי דשני קנין סודר משאר קנינם הוא משום דבכל קנין מעשה הקנין הוא או הכנסה לרשותו או הנהגה של בעלים או תשלום עבור החפץ שזה דבר שהוא סיבה לקנין אבל קנין סודר הוא מעשה בעלמא בלי שהמעשה עצמו יהיה סיבה לקנין אלא כיון שנעשה לשם קנין עם כוונת קנין

קונה. לכן בזה בעינן שיתיחד מעשה זה לשם קנין וס״ד דבעינן עדות לקיום הדבר משא״כ שאר קנינים שהם בעצמותן סיבה לקנין ולא בעי עדים לתת להם שם מעשה קנין. ולכן סובר ר׳ שמעיה דלא מהני קנין סודר אלא בפני הקונה דאז גומר בדעתו לקנות ע״י מעשה זה. וע״ע שיטמ״ק כתובות צב: ד״ה ריב״ם וכן ברא״ש פ׳ יש נוחלין ס׳ ה׳ שבקנין סודר יכול לחזור בו כ״ז שעסוקין באותו ענין משא״כ שאר קנינים. וכן נפסק בשו״ע ס׳ קצ״ה סע׳ ז׳ ע״ש בסמ״ע ובש״ך.

לפ״ז יובן המשך דברי הראב״ד שכתב שמה דבעינן עדות לקיומי הוא רק בתפיסת הסודר בלבד שאין בו שום משא ומתן ושלא בעדים מחזי כחוכא וטלולא אבל קנין האמור במקרא שלף נעלו ונתן לרעהו א״צ לעדות. ובמאירי מבואר דכוונת הראב״ד לחלק בין היכא שנותן את הסודר נתינה גמורה להיכא דהוי קני ע״מ להקנות ומחזיר את הסודר. והסברא הוא דהיכא דנותן הסודר דמי לכסף דהוי כתשלום עבור החפץ ובזה המעשה הוא ראוי לעשות קנין מצד עצמו ולכן לא בעינן עדות לקיומי אבל כשנותן ע״מ להחזיר אינו אלא מעשה בעלמא וצריך יחוד לשם מעשה קנין דאל״כ הוי כחוכא ולכן בזה בעינן עדות לקיומי.

ע״פ דברי התוס׳ כאן שכתבו שהגמ׳ בב״מ היתה יכולה לתרץ דלא היו עדים בגורן כתב הקצה״ח בס׳ מ׳ סק״א ליישב קושיית התוס׳ בב״מ שם אמאי לא הקנה בקנין אודיתא דקנין אודיתא כיון שיסודו הודאת בע״ד בעינן דוקא בפני עדים דאל״כ אין ראיה ובטל כל הקנין. וכ״כ רע״א בב״מ מו. ועיקר הדבר שקנין אודיתא בעי עדות לקיומי מבואר גם במהרש״א בגיטין יג: אך הנתיבות בס׳ מ׳ סק״א כתב דמקושית התוס׳ בב״מ מוכח דס״ל דאודיתא לא בעי עדים לקיומי ועמש״כ בזה הקצות שם במשובב.

קיום שטרות בשלשה. כתבו התוס׳ דבעינן שלשה כדי שיהיה ניכר שהם ב״ד ולא יהיה נראה כעד מפי עד. ולעיל כתבו דהא דאין בכתיבת הקיום משום מפי כתבם הוא משום דהוי מעשה ב״ד א״כ בל״ה בעינן שיהיה ניכר שהם ב״ד דאל״כ מחזי כמפי כתבם ולמה הוצרכו כאן לומר דמחזי כעד מפי עד. אך באמת שני הטעמים אמת דלעיל מיירי לענין כתיבת הקיום שצריך להיות מעשה ב״ד והכא מיירי לענין עצם הקיום דהיינו קבלת העדות בעי ג׳ אף למ״ד שנים שדנו דיניהם דין דבעינן שלא יהיה נראה כעד מפי עד. והא דמבואר בכתובות כב. ג׳ שישבו לקיים את השטר ומת אחד מהם אחרי קבלת העדות לפני כתיבת הקיום צריך למכתב במותב תלתא הוינא וחד ליתוהי כדי שיהיה ניכר שבשעת הקיום היו ג׳. וקשה דאכתי בעינן ג׳ גם לכתיבת הקיום דצריך להיות מעשה ב״ד דאל״כ א״א לכתוב בלי דעת המתחייב ואיך יכתוב עכשיו שהם רק שנים ע׳ נתיבות ס׳ ז׳ סק״ג שעמד בזה ולמד מגמ׳ זו ששנים שבאו מב״ד של ג׳ תורת ב״ד עליהם כיון שהם חלק מהב״ד הראשון של ג׳.

כתב הסמ״ע בס׳ מ״ו סק״ז דהא דבעינן ג׳ לקיום הוא רק במקום שאין הדיינים מכירין החתימות וצריכים לקבל עדות ודמי לעמ״ע אבל במקום שמכירין הדיינים בעצמם חתימות העדים לא בעינן ג׳, והש״ך חולק בסק״ו דבכתובות כא: מפורש דג׳ שישבו לקיים את השטר ושנים מכירים ואחד אינו מכיר מעידים בפניו וחותם מפורש דאף ששנים מכירים בעינן צירוף של השלישי, אך מסברא היה נראה כהסמ״ע דבאופן שמכירין בעצמם לא דמי לעד מפי עד. ולפי מה שנתבאר לעיל ניחא דמה שצריך ג׳ לפסק של הקיום הוא משום דאל״כ נראה כעד מפי עד אבל גם באופן שמכירים אכתי בעינן ג׳ בשביל כתיבת הקיום כדי שיהיה מעשה ב״ד ולא יהיה מפי כתבם. והדברים מבוארים בשיטמ״ק כאן בשם ר׳ יונה דכתב כתוס׳ דבעינן ג׳ שלא יהיה כעמ״ע ואח״כ כתב וז״ל והיכא דהן עצמם מכירין חתימת ידי העדים ואין צריכים לקבל עדות מאחרים אפ״ה בעינן תלתא חדא דלא פלוג רבנן בקיום שטרות ועוד דאי ליכא אלא תרי לא מהניא

סהדותייהו דאמרינן מפיהם ולא מפי כתבם עכ״ל דהיינו דמסברא ס״ל כסמ״ע שהסברא של נראה כעמ״ע לא שייך כשמכירים בעצמם אבל לדינא ס״ל כש״ך משום לא פלוג ועוד דאף שלא צריך ג׳ לפסק של הקיום אכתי בעינן ג׳ לכתיבת הקיום כנ״ל.

האי קנין או כמעשה ב״ד דמי. בלשון הנ״י משמע שמה שהיה צד לומר שקנין הוא כמעשה בי״ד ויצטרכו ג׳ הוא רק לענין שיוכלו לכתוב בלי שיאמר כתובו אבל לא היה צד שעצם הקנין הוא מעשה ב״ד ובעי ג׳. אך מלשון הרשב״ם נר׳ דס״ד שלא יועיל הקנין אא״כ נעשה בפני ג׳ [למה שנתבאר דלרשב״ם בעינן אליבא דאמת ב׳ לקיומי שפיר יש מקום לומר דס״ד דבעי ג׳] ואולי הכוונה בקנין דרבנן שפועל מדין הפקר ב״ד. וגם הש״ך בס׳ פ״א סקכ״ב כתב בתוך דבריו דס״ד דעצם הקנין בעי ג׳.

סתם קנין לכתיבה עומד. כתב הכ״מ בפ״ד מעדות ה״ה דדוקא בקנין שנעשה בפני שנים אמרינן שסתמו לכתיבה עומד. ויש לע׳ קצת מדברי התוס׳ בד״ה קנין דנתקשו אמאי נקט קנין בשנים הא לא בעינן עדות לקיומי והוי להו למימר דנקט שנים דאל״כ צריך לומר כתובו.

עיין בריטב״א שנחלקו הראשונים אם כותבין גם לאחר זמן או חיישינן שמא פרע והובא מחלוקת בזה בשו״ע ס׳ לט סע׳ ג׳ וכתב שם הש״ך בסק״ו שהמחלוקת היא אי חיישינן שמא יתברר בעדים שפרע אבל הוא אינו נאמן בטענת פרוע אחרי שנתחייב בקנין ובהגהת אמרי ברוך שם כתב דברמב״ן מבואר שנאמן לטעון פרוע נגד עדי קנין.

לא כתבינן מודעה אלא אמאן דלא צייית דינא. כמה דרכים נאמרו בראשונים בביאור מחלוקת רבה ור״י עם אביי ורבא. א. הרמב״ן בפירושו הראשון כתב דבזביני דבעינן ידעינן באונסא דפלניא בודאי כותבים גם למאן דצייית דינא כיון שיש עדות שהוא אנוס והמחלוקת הוא בגט ומתנה דלא בעינן ידיעת האונס בזה סוברים רבא ור״י דאם צייית דינא תולים שלא היה אנוס ורק בלא צייית דינא תולים במתנה וגט שהיה אונס אף דלא ראינו את האונס. ואביי ורבא ס״ל דגם בצייית דינא תולים שהיה אנוס דאל״כ למה נתן המתנה, ומיושב בזה קושית התוס׳. ב. מסקנת הרמב״ן דפליגי גם בזביני ואף שיש ידיעה שהיה אנוס סברי רבה ור״י דאין זה נחשב אונס כיון שבידו לתבוע בדין ואינו תובע. ג. הריטב״א מפרש דפליגי בזביני באופן דלא ידעינן אונסיה ואעפ״כ בלא צייית דינא כתבינן כדי שאם יברר אח״כ ע״י עדים שהיה אנוס יהיה בידו מודעה וע״ז אמרו שבצית דינא לא כותבים כ״ז שלא רואים שהוא אנוס דתולים שבודאי משקר. ואביי ורבא ס״ל שגם בזה כותבים ואח״כ יביא עדים שהיה אנוס. ד. שיטת בעה״מ דרבה ור״י לית להו דנהרדעי וס״ל דבלא צייית דינא כותבים אפילו שלא יודעים שהוא אנוס וע״ז אמרו שבאופן זה שלא יודעים אונסו לא כותבים אמאן דצייית דינא דאולי אינו אנוס. ורבא ואביי ס״ל כנהרדעי דתמיד בעינן ידיעת אונסו ולכן כותבין גם על מאן דצייית דינא.

דף מ:

כל מודעה דלא כתיב בה אנן ידעינן באונסא דפלניא לאו מודעה. שיטת הרשב״א דאעפ״כ כותבין אלא שלא מהני לבטל המקח עד שיביא עדים שהיה אנוס. ור׳ יונה ס״ל דאין כותבין אא״כ יודעים האונס ע״ש טעמו והובאו דבריו בטור ס׳ ר״ה. ושיטת הריטב״א שהובא לעיל דרבה ור״י מחלקים בזה בין צייית דינא ללא צייית דינא.

גילוי מילתא בעלמא היא. שיטת הרשב״ם שגם בגט ומתנה לא מהני מודעה לבטל אא״כ היה אנוס אלא שבזביני אף שכתב מודעה בעינן עדות שהיה אונס ובגט ומתנה אין סיבה לחשוש שאינו אנוס דאם אינו אנוס לא יתן ולא

יצטרך מודעה. וכתב בשיטמ״ק בשם שיטה לא נודעה למי דאם קיבל מעות כדי לגרש הוי כזביני ולא מהני מודעה אא״כ ידעינן אונסיה, וכ״כ הקו״ש באות קס״ח בשם הריב״ש ומביא שיש חולקים דאין אדם מגרש את אשתו בשביל מעות, וכעין זה נחלקו הפוסקים לענין הא דמבואר לקמן מח. דגט מעושה שלא כדין פסול משום דהוי כתליוהו ויהיב [ורק במקום דהוי מעושה כדין דינו כתליוהו וזבין כמבואר בתוס׳ מח. ד״ה אילימא]. וכתב הרמ״א באבה״ע ס׳ קל״ד סע׳ ח׳ שאפילו נתנו לו מעות כדי שיגרש אין זה נחשב תליוהו וזבין. ובפת״ת שם מביא חולקים וע׳ בב״ש שם שמביא מדברי הרשב״ם כאן. וע׳ מש״כ בזה בס״ד בדף מח.

הרא״ש מפרש דברי הגמ׳ גילוי מילתא בעלמא דבמתנה לא בעינן אונס כלל אלא סגי במסירת מודעה לבטל המתנה אף שניתן המתנה בלי אונס. וכתב הרא״ש דכן דעת הרמב״ם. וצריך להבין מאי שנא מכר דלא מהני מודעה לבטלו אא״כ היה אונס ומאי שנא מתנה דלא בעינן אונס. ונראה דבדברי הרשב״א בקידושין נ. מבואר שענין מודעה הוא דבלי מודעה אם טוען שמכר מחמת אונס ולא היה בדעתו להקנות אין זה אלא דברים שבלב כיון דבסתם תולים שאגב אונסא וזוזי גמר ומקנה, ולזה מהני מודעה דע״י המודעה יצאה מכלל דברים שבלב והוי דברים מגולים. ומה דבעינן אונס הוא משום דכדי שלא יחשב דברים שבלב לא מספיק מה שאומר בפני עדים דצריך לומר לבע״ד ואם היה יכול לומר לבע״ד בשעת מכירה ולא אמר אף שאמר לפנ״כ לעדים אכתי הוי בכלל דברים שבלב אך אם הוא אנוס בשעת מקח ואינו יכול לומר לבע״ד מהני הדיבור שדיבר לפנ״כ לעדים להוציא מכלל דברים שבלב. וכ״ז מבואר בלשון הרשב״א שם, וז״ל ואע״ג דכי מסר מודעה חשבינן להו דברים התם לאו דשב״ל נינהו אלא דברים מגולים הם לעדים אלא שהוא ירא מלגלותן בשעת מעשה מחמת אונסו, והיינו טעמא דאמרינן כל מודעה דלא כתיב בה ידעינן באונסא דפלניא לאו מודעה היא עכ״ל. דהיינו דבעינן תרתי כדי שלא יהא דשב״ל א. שיאמר לעדים דהיינו מסירת מודעה. ב. שלא יוכל לדבר עם הבע״ד ולכן בעינן אונס.

לפי״ז יש לבאר סברת הרא״ש והרמב״ן דבמתנה לא בעינן אונס, דהרמ״א בס׳ ר״ז סע׳ ד׳ כתב די״א דבמתנה דשב״ל הוי דברים. וסברתם דרק במכר שגם הקונה מתחייב הרי הוא נחשב בע״ד וצריך לדבר אתו וכל שלא דיבר עם הבע״ד הוי דשב״ל. אבל במתנה המקבל אינו מתחייב כלל והכל תלוי בדעת הנותן וכיון שתלוי רק בו סוברים הי״א דאין הלכה של דברים שבלב. ונראה שגם החולקים דס״ל שגם במתנה דשב״ל אינם דברים מודים ליסוד דמקבל המתנה אינו נחשב בע״ד ולא צריך לדבר אתו ואעפ״כ ס״ל דגם במקום שתלוי רק בנותן דשב״ל אינם דברים דאין אדם גומר דעתו על מחשבת הלב בלי דיבור אבל בזה סגי במה שאמר לעדים ולא בעינן שידבר עם מקבל המתנה. דהיינו שבין במכר ובין במתנה המודעה גורמת שע״י האמירה לעדים הוי דברים מגולים אבל במכר אין זה מספיק מפני שצריך לדבר עם הקונה ורק במקום אונס שאינו צריך לדבר עם הקונה סגי באמירה לעדים. אבל במתנה גם בלי אונס אינו צריך לדבר עם מקבל המתנה וסגי באמירה לעדים להוציא מכלל דשב״ל גם בלי אונס. ומתנה בלי אונס הוי כמכר עם אונס דבתרוייהו אין טענה למה לא דיבר בשעת מעשה ומהני אמירה לעדים להוציא מכלל דשב״ל.

וכעין זה ראיתי בחזו״א אבה״ע ס׳ מ״ג אות ד׳ בהא דמהני מסירת מודעה על נדרים ושבועות שעתיד לישבע [כשמסר המודעה סמוך לשבועה או שאמר בפירוש שידור והוא מבטלו ע״ש] אף שנשבע אח״כ בלי אונס ומ״ש ממודעה דזביני דמהני רק כשהיה אנוס. ומבאר החזו״א דענין מודעה הוא דלא חשיב דשב״ל כיון שהוא אנוס וגם פירש הדבר לפני עדים וזה כמבואר ברשב״א דכיון שלא יכול לדבר בשעת מעשה מהני אמירה לעדים שלא יהיה דשב״ל. ומה שבשבועה מהני מודעה בלי אונס מבאר החזו״א דשבועה ונדר

הוי דבר שבינו לבין עצמו ובזה מהני אמירתו הראשונה. דהיינו שאם לא היה אמירה כלל גם בדבר שנוגע רק לו דשב"ל אינם דברים אבל בזה סגי באמירה קודם אף ששתק בשעת מעשה ורק במקום שיש עוד בע"ד שצריך לדבר אתו לא מהני אמירה קודם אא"כ הוא אנוס. ומתנה לדעת הרא"ש הוי כנדרים ושבועות, והרשב"ם חולק וס"ל שגם מתנה נוגע למקבל וצריך לדבר אתו ולא מהני מודעה אא"כ היה אנוס. וע' בחי' ר' שמעון זצ"ל שמבאר ענין מודעה באופן אחר שזה חלות שמבטל את מה שעתיד לעשות ומבאר באופן אחר החילוק בין מכר למתנה ע"ש. ושו"ר בקו"ש בסוף אות ק"ע שמביא בשם ההגהות אשרי בפ' מי שמת שבמתנה אין דין דשב"ל, וזה כי"א שהובא ברמ"א הנ"ל, וכתב שזה כשיטת המפרשים דבמתנה מהני מודעה בלי אונס. ולמה שנתבאר גם החולקים דס"ל דבמתנה נמי דשב"ל אינם דברים יכולים להודות כאן דלא בעינן אונס דסגי באמירה לעדים.

לשון הרמב"ם בפ"ה מזכיה ה"ד שמודעה מבטלת מתנה אף שאין שם אונס שאין הולכים במתנה אלא אחר דעת הנותן והואיל וגילה דעתו שאינו רוצה בה מתנתו בטילה. ולפי מה שנתבאר הכונה הואיל וגילה לעדים הוי דברים מגולים ואינו דברים שבלב. ואף דבעלמא צריך לדבר עם הבע"ד ולכן מהני מודעה רק במקום אונס מתנה שאני דתלוי רק בדעת נותן ואין צורך לדבר עם המקבל אלא סגי באמירה לעדים להוציא מכלל דשב"ל.

הקצה"ח בס' ר"ה סק"ח כתב דלשיטת הרשב"ם דבמתנה וגט נמי בעינן אונס א"כ אין המודעה המבטל דבמתנה האונס עצמו מבטל בלי מודעה ואין המודעה אלא הוכחה שהיה אונס א"כ לא מהני ביטול מודעה דלא המודעה מבטלת אלא האונס והראיה שיש אונס לא מתבטלת ע"י שאומרים לו לבטל את המודעה ורק בגט מעושה כדין דהוי כתליוהו וזבין דבזה אין האונס מבטל את הגט אלא מסירת המודעה בזה שפיר מהני ביטול מודעה לקיים את הגט. והנתיבות בסק"ז חולק שגם לרשב"ם דבעינן אונס במתנה מ"מ סגי באונס כההוא גברא דאזל לקדושי אתתא דאין זה נחשב אונס לבטל מקח ומ"מ בזה מהני מודעה לבטל מתנה והביטול בזה הוא מכח המודעה וע"ז מהני ביטול מודעה ורק אם יביא עדים שהיה אונס גמור יתבטל הגט והמתנה אף שביטל את המודעה. אבל המודעה אינה הוכחה על אונס כזה. ועוד כתב הנתיבות שם דגם במקום דליכא אונס כגון לרא"ש והרמב"ם כותבים מודעה ולא אמרינן דהקילו לכתוב בלי דעת המתחייב לשיטת התוס' לעיל רק כדי להציל המוכר מאונסו אבל במקום דליכא אונס בעינן דעת המתחייב דלא חלקו בזה בין מודעה למודעה ודלא כהקצות בסק"ה ע"ש.

לא כתבינן מודעה אזביני. כתב הרשב"ם דרבא בזה לשטתו דאית ליה לקמן מת. דבאנסוהו למכור שדה זו המקח בטל בלי מודעה דלית ליה אגב אונסא וזוזי גמר ומקני. א"כ בזה אין שום ענין לכתוב מודעה דמודעה לא מהני לבטל אא"כ יש עדות שהיה אנוס ואם יש עדים שהיה אנוס זה עצמו גורם ביטול המקח בלי מסירת מודעה. ולא דמי למתנה דאע"ג דהאונס עצמו גורם ביטול המתנה כדין תליוהו ויהיב מ"מ כותבים מודעה כדי לגלות שהיה אונס דבמתנה אינו צריך להכיר אונסו. אבל במכר דבעינן עדות על אונסו אין שום תועלת במסירת המודעה. ובשדה סתם שמודה רבא דזביני זביני סובר הרשב"ם שלא מועיל מודעה דאינו נחשב אונס, כיון שהוא מברר מדעתו איזה שדה להקנות. והקשה המהרש"א מנין לרשב"ם דלא מהני לרבא מודעה בשדה סתם אולי כמו דס"ל לר"ה בכל תליוהו וזבין [אפילו בשדה זו] דזביני זביני מ"מ כשמסר מודעה המודעה מבטלת את המקח א"כ גם לרבא בשדה סתם המקח קיים אך כשמוסר המודעה בטל. דהיינו שברשב"ם מבואר דמה שמחלק רבא בין שדה זו לשדה סתם הוא משום דס"ל דשדה זו נחשב אונס ובמקום אונס המקח בטל ולית ליה אגב אונסא וזוזי גמר ומקנה, ומה

שבשדה סתם המקח קיים הוא משום דנחשב רצון ולכן ס״ל דלא מהני מודעה. וקושית המהרש״א היא דאולי גם שדה סתם נחשב אונס אלא דבאונס כזה מודה רבא דאמרינן אגב אונסא גמר ומקנה כיון שמברר השדה מדעתו. וא״כ כשמוסר מודעה יועיל לבטל כמו לר״ה. [ועיין בקרני ראם שכתב שאין כוונת הרשב״ם לומר שמדברי רבא לקמן מוכח דלא כתבינן מודעה אזביני אלא רבא בפירוש אמר כן והרשב״ם רק כתב דרבא בזה לשטתו, אך ברשב״א ובריטב״א מפורש דרבא לא אמר בהדיא דלא כתבינן מודעה אזביני אלא נלמד מדברי רבא לקמן]. לפי מה שמבואר ברשב״ם דשדה סתם לרבא לא נחשב אונס כלל לכאורה יהיה הדין שגם בתליוהו ויהיב בשדה סתם יתקיים המתנה לדברי רבא. וע׳ לקמן מח: שכתבנו בס״ד דמדברי התוס׳ שם מוכח שביהיב בטל המתנה גם בשדה סתם ומוכח לכאורה כהבנת המהרש״א דגם שדה סתם הוי אונס אלא דבזה מודה רבא לסברת ר״ה דאגב אונסא וזוזי גמר ומקנה.

הרמב״ן הקשה על דברי הרשב״ם בתרתי. א. מה תירוץ הגמ׳ דמשכחת לה כההיא דפרדיסא הרי גם פרדיסא הוא אונס על שדה מסוים והוי כשדה זו דהאונס בעצמו מבטל המקח ולא בעינן מודעה. ב. אם רבא ס״ל דשדה סתם הוי כרצון ולא מהני בו מודעה היכן מצאנו שר״ה חולק בזה. דר״ה חולק רק שגם בשדה זו בלי מודעה המקח קיים אבל מה שמודעה מבטל אולי הוא רק בשדה זו דהוי אונס אבל בשדה סתם לכו״ע הוי רצון ולא מהני מודעה ולא ראינו לאחד מהראשונים שיאמר שלהלכה לא מהני מודעה בשדה סתם. וכתב בזה הב״י בס׳ ר״ה סק״ד דהמיוחד בפרדיסא לדעת הרשב״ם הוא דבכל אונס צריך להוכיח את אונסו ואין המודעה ראיה שהיה אנוס א״כ אין שום תועלת מהמודעה. אבל בפרדיסא אחרי ששמעו העדים הכחשת המחזיק ואח״כ נמסר בפניהם מודעה ורואים שטר מכירה זהו ראיה על אונסו. אבל בלי המודעה חיישינן אולי אח״כ מכר מדעתו. ובקושית הרמב״ן משדה סתם מביא שנחלקו הראשונים די״א דאה״נ גם לר״ה לא מהני מודעה בשדה סתם וי״א דר״ה פליג על רבא בתרתי דתליוהו וזבין כולל גם שדה זו וגם שדה סתם והכל קים בגלל אגב אונסא וזוזי. ומשמע שגם בשדה סתם צריך להגיע לטעם זה. ורבא ס״ל דשדה זו לא אמרינן גמר ומקנה ושדה סתם לא צריך להגיע לזה דאינו אונס אבל ר״ה ס״ל דבתרוייהו הוי אונס ומהני מודעה.

מעשה דפרדיסא. הקשה הנתיבות בס׳ ר״ה סקי״ד דמשמע שלולא מסירת המודעה היה המקח קיים וקשה דהוי ממון שאין אתה יכול להוציאו בדיינים דמבואר בב״מ ז. דהוי אינו ברשותו גם בקרקע שאינה נגזלת וא״א להקנותו. וכתב הנתיבות דיש להוכיח מזה מש״כ הבית שמואל באבה״ע ס׳ כ״ח סקט״ז דאע״ג דגזל ולא נתיאשו הבעלים א״א למכור מ״מ למכור לגזלן שהממון ברשותו אפשר. לכן כאן יכול למכור למחזיק, אך יש לעיין בזה דלקמן מג. כתבנו מה שכתבו האחרונים בטעם הדבר שיכול להקנות לגזלן אף שכלפי הקנאת הבעלים לכאורה הוי אינה ברשותו. והובא שם שהנתיבות כתב בספרו קהילת יעקב בס׳ כ״ח סע׳ ה׳ דהטעם הוא משום דכל שפוקע חיוב השבה זוכה הגזלן ע״י הקניני גזילה [כמש״כ האחרונים לבאר הא דגזלן קונה בשינוי] ולכן לא בעינן הקנאת הנגזל אלא סגי במחילת חיוב השבה וממילא זוכה הגזלן. וזה שייך רק במטלטלין שיש בהם קניני גזילה אבל בקרקע שאינה נגזלת וליכא קניני גזילה והוי אינה ברשותו מפני שבמציאות א״א להוציאה בדיינים בזה לא יועיל מחילה, אלא בעינן הקנאה ואיך יקנה דבר שאינה ברשותו. ולכאורה יהיה מכאן ראיה שאין כונת הב״ש כדברי הקה״י אלא כדבריהם של שאר האחרונים שהובאו לקמן מג. עי״ש.

שיטת הרמב״ן שיש הבדל בין צורת האונס במעשה דפרדיסא לשאר תליוהו וזבין.

וגם לר״ה דס״ל בעלמא תליוהו וזבין זביניה זביני ואם לא מסר מודעה המקח קיים, במעשה דפרדיסא מודה שאם העדים מכירים אונסו המקח בטל בלי מסירת מודעה ולא אמרינן בזה אגב אונסא וזוזי גמר ומקנה. וע׳ בלשון הרמב״ן בביאור החילוק ונראה שכוונתו דהב״י מבאר בס׳ ר״ה הא דאיתא בגיטין נה: בדינא דסקריקון דבגזירה קמייתא דאמרו כל דלא קטיל ליקטיל הנותן קרקע לעכו״ם כדי להציל עצמו ממיתה מתנתו קיימת. וקשה דהוי תליוהו ויהיב. ותי׳ הב״י דהא דתליוהו ויהיב נחשב אונס הוא דוקא כשבא לכופו לתת הקרקע אבל כשרוצה להורגו וכדי להציל עצמו נותן מרצונו ממונו זה נחשב אונסא דנפשיה ואין לזה דין אונס לבטל המתנה, ועל דרך זה נפסק בשו״ע ס׳ ר״ה דאם אנסוהו להביא ממון ואין לו והיה מוכרח למכור קרקע כדי לקבל מעות אין זה נחשב אונס וגם אם מסר מודעה לא יתבטל המקח. דכיון שהמציא מעצמו העיצה למכור חשיב אונסא דנפשיה. ועל דרך זה סובר רבא לקמן מח: לחלק בין אונס של שדה זו לשדה סתם. דאף דגם בשדה סתם הוא אנוס על המכירה מ״מ כיון שמכירת שדה מסויים זה היה מרצונו ס״ל לרבא דאין זה נחשב אונס. ולומד הרמב״ן דכל מה דסבר ר״ה שאף שהוא אנוס על שדה זו אמרינן דמחמת אונסו גמר ומקנה הוא רק מפני שגם בשדה זו יש תערובת של רצון שאין ביד המאנס להכריחו למכור באופן מוחלט דאם יסכים לקבל על עצמו יסורים ומיתה לא יצליח האנס לכופו למכור. וכיון שמעורב רצון המוכר כדי להציל עצמו מאונסו אמרינן דגמר ומקנה. ובזה שונה מעשה דפרדיסא דבזה אם לא ימכור ביד המאנס לטעון לקוח בידו ויזכה בקרקע בלי הסכמת הבעלים ואפילו ירצה למסור עצמו למיתה לא יוכל למנוע מהמאנס טענת לקוח לכן בזה נחשב אונס גמור ולא אמרינן בזה אגב אונסא גמר ומקנה ובלי מודעה המקח בטל. דבאופן זה האונס הוא מושלם ואין בו שום תערובת של רצון והחלטה מצד הבעלים.

ועפ״ז מבאר הרמב״ן דמאי דאמרי נהרדעי כל מודעה דלא כתיב ביה אנן ידעינן באונסא דפלניא לאו מודעה היינו דוקא כשבאים לכתוב מודעה בלי שנמסר מודעה בפניהם אלא על סמך ידיעתם שהיה אנוס. וע״ז אמרו דמשכחת לה ביטול מקח ע״י אונס בלי מסירת מודעה רק כגון מעשה דפרדיסא. ומבואר דס״ל לרמב״ן דהקולא שהקילו לכתוב מודעה שלא מדעת המתחייב הוא לא רק כשנמסר מודעה בפניהם דעכ״פ כותבים מדעת המוסר מודעה אלא גם בלי מסירת מודעה כלל כותבים שראו שנאנס וזה אינו בצורת שטר כלל אלא כעדות מפי כתבם. ולכאורה מבואר מזה דהרמב״ן לא ס״ל כנ״י שצריך לכתוב דוקא בלשון שליחות. ולעיל נתבאר דשיטת הגאון דגם לתוס׳ בעינן לשון שליחות וזה שייך רק כשנמסר מודעה או מחאה בפניהם בזה יכולים לכתוב שהוא צווה לכתוב שטר. אבל כשלא נמסר בפניהם כלום אלא שראו אונס בזה הכתיבה היא בלשון ראיית עדות ואעפ״כ ס״ל דהקילו להכשיר מפי כתבם במודעה. וזה כהבנת הקצות בשיטת התוס׳ כמו שהובא לעיל, אמנם אין להוכיח ממודעה על מחאה דהקצות בס׳ ר״ה סק״א כתב לחלק ביניהם ע״ש.

האי מתנתא טמירתא. ב׳ טעמים נאמרו בדין זה. א. הרא״ש כתב שאנו אומדים דעתו שלא גמר לתת לו בנפש חפיצה אלא שהוצרך לפנים לתת הלכך לא קנה. ב. ה״ה בפ״ה מזכיה ה״א לומד בדעת הרמב״ם דהוא תקנ״ח לבטל המתנה דחיישינן שנתן לראשון בצינעה כדי שיוכל למכור אח״כ לאחר ויהיה הפסד ללקוח השני. וצריך להבין לפי סברת הרמב״ם דאין שום חסרון בגמירות דעת בהקנאה לראשון אלא שחכמים בטלו המתנה משום פסידא דלוקח שני א״כ איזה צד יש בגמ׳ לומר דמתנה זו נעשית מודעה לחברתה. בשלמא לרא״ש דתולים שלא גמר בדעתו לתת לראשון א״כ למה כתב לו ע״כ כדי שיהיה מודעה לבטל הנתינה לשני. אבל לרמב״ם תולים שרצה באמת להקנות לראשון אלא שתקנו חכמים לבטל הקנין של

הראשון ולמה שיהיה מודעה לשני. וקשה לומר דבזה גופא תלוי הנידון אם נעשה מודעה לחברו או לא דבה"א סברו כסברת הרא"ש לכן ס"ד דנעשה מודעה ובמסקנה חזרו לומר כסברת הרמב"ם ולכן אינו נעשה מודעה. ועוד דבדעת הרמב"ם א"א לומר כן דס"ל שגם למסקנה היכא דמוכח מילתא שהוא אנוס המתנתא טמירתא הוי מודעה לבטל המתנה השניה כמו שיבואר בסמוך. ואמאי הוי מודעה הא כוונתו היתה להקנות לראשון וכשבטל הראשון למה יהיה הנתינה לראשון מודעה לשני.

ויש ליישב ע"פ מש"כ האו"ש בפ"ה מזכיה ה"א להקשות על טעמו של הרמב"ם דקי"ל בסתמא חיישינן, ומבואר ברשב"ם דהוי ספק וכ"כ הלח"מ בדעת הרמב"ם ומספק מבטלים את המתנה דנשאר בחמ"ק. וקשה כיון דמדאורייתא המתנה קיימת הוי ודאי קנין דאורייתא וספק תקנ"ח לבטל הקנין ובכה"ג אמרינן דאין ספק תקנ"ח מבטל ודאי קנין דאורייתא, ותי' האו"ש דאחרי תקנ"ח לבטל המתנה שוב אמרינן דלאו למתנה איכוין ובטל מדינא. לכן בספק נשאר בחמ"ק. ובזה ניחא מאי דנעשה מודעה לחברתה דכיון דאחר תקנ"ח אמרינן דלא נתן לשם מתנה א"כ למה נתן לכן יש צד לתלות שנתן כדי שיהיה מודעה לחברתה. ועוד כתב האו"ש לבאר ע"פ סברת ה"ה את מה שכתב הרי"ף בשם ר' האי גאון והובא ברמב"ם בהל' ט' דשכיב מרע שנתן מתנה ע"מ שלא יפרסמו עד אחר מותו לא הוי מתנתא טמירתא. ומבאר האו"ש דעד מותו אין חשש פסידא דלקוחות שבידו לחזור ממתנתו עד מותו ואם נתן לאחר קונה השני, ומהזמן שחל המתנת שכ"מ דהיינו מיום מותו לא הצניע וליכא חששא.

הרמב"ם בפ"ה מזכיה ה"ב כתב הדין דמתנתא טמירתא במתנת קרקע. וכתב ה"ה דלאו דווקא קרקע והא דנקט הרמב"ם קרקע משום דמיירי בקנין שטר אבל ה"ה במטלטלין בשאר קנינים. הלח"מ כתב דהרמב"ם בהל' ב' מיירי בסתמא ובזה ביטול המתנה הוא מספק ובקרקע סובר הרמב"ם שאפילו החזיק הקונה מוציאים מידו דלא מהני תפיסה בקרקע [זה דלא כרשב"ם דס"ל בסמוך שגם בקרקע לא מוציאים מהקונה בסתמא אם כבר ירד לקרקע] אבל במטלטלין אילו היה תופס לא היו מוציאים מידו דהרמב"ם ס"ל תקפו כהן אין מוציאין מידו. לכן נקט הרמב"ם קרקע דבזה המקח בטל בכל גווני. אבל עיקר דין מתנתא טמירתא נוהג גם במטלטלין ולכן בהל' א' דמיירי באמר כתבו בסתר לא הזכיר הרמב"ם קרקע. וכ"כ הגאון בס' רמ"ב סק"י. הקצה"ח בסק"ג כתב דהרמב"ם ס"ל דדין מתנתא טמירתא נוהג רק בקרקע דכיון דס"ל שהוא תקנה משום פסידא דלוקח שני רק בקרקעות חיישינן דליכא בזה תקנת השוק וכשיוציא מקבל ראשון מהשני אינו נותן לשני דמים ששילם. אבל במטלטלין דאיכא תקנת השוק ומקבל דמיו ליכא פסידא כ"כ ולא תקנו. ועוד י"ל דנחלקו הראשונים אם דין זה דמתנתא טמירתא הוא דוקא כשמקנה בשטר או גם בשאר קנינים. דהרשב"א כתב בשם ר"ח דגם שטר שכתוב בו קנין בעינן לשון פרסום והריטב"א מביא חולקים והטור מביא שהר"י מגש דן בזה ומסיק שגם בקנין בעינן לשון פרסום [ע"ש בב"ח] ואי נימא דבשאר קנינים ליכא דין זה א"כ פשוט דלא שייך אלא בקרקע שנקנה בשטר.

תוד"ה איכא. כתבו דלגרסת ר"ח גם הא"ד ס"ל דבסתמא שלא אמר כלום כשר אלא דס"ל שאפילו לא אמר שיכתבו בצינעא אלא שלא יכתבו בפרהסיה נחשב מתנתא טמירתא וזה נקרא סתמא. והקשה המחנ"א בהל' זכיה ס' ל"ז דהנ"י כתב בשם ר"ח דצריך לכתוב דוקא כתבו בשוקא אבל סתמא הוי טמירתא וסותר מש"כ התוס' בשם ר"ח. אך המעיין בחי' הרשב"א והרמב"ן והריטב"א יראה שפרשו גרסת ר"ח אחרת מהתוס'. דא"ד דאמר להו לא תיתבו בשוקא אין הטעם שנחשב טמירתא כמו שהבינו התוס' משום שהצניעה קצת ובסתם כשר אלא הפסול באמר להם לא תיתבו בשוקא הוא משום

דבעינן שיאמר שכן יכתבו בשוקא וסתמא פסול. דהיינו שהתוס׳ הקשו על גרסא דידן בתרתי. א. מאי קבעי מאי בינייהו. ב. היכי מגבינן כולהו מתנתא. ולפי פירושם בגר׳ ר״ח נתישב רק השאלה השניה אבל אכתי קשה מאי קבעי מאי בינייהו. ולפירוש הרשב״א בגרסת ר״ח מיושב מאי קבעי ולא השאלה מכולהו מתנתא.

ההוא גברא. הטור בס׳ רמ״ב מביא שנחלקו הר״י מגש ור״ח דר״ח ס״ל שמה שבטל מתנת הנכסים במעשה דההוא גברא הוא מפני האונס בלבד והמתנתא טמירתא אינה נחשבת כמודעה כלל ואע״ג דהאי אונסא הוי כאונס דנפשיה ואינו נחשב אונס לבטל מקח, במתנה סגי באונס כזה. והר״י מגש ס״ל דאין אונס כזה מבטל מתנה והביטול הוא ע״י המודעה ולגבי זה נחשב המתנתא טמירתא מודעה לחברתה. [עי׳ שיטמ״ק שהר״י מגש בעצמו כתב ב׳ פשטים בזה]. ולכאורה היה נראה דמחלוקת זו תלוי במחלוקת שהובא לעיל אם מהני מודעה במתנה כשאינו אנוס. דלשיטת הרשב״ם דמודעה לא מבטל מתנה בלי אונס עכצ״ל דאונס זה נחשב אונס לגבי מתנה וא״כ לא בעינן מודעה. ולדעת הרמב״ם דמודעה מהני לבטל מתנה בלי אונס א״כ י״ל דהכא לא נחשב אונס והביטול הוא מכח המודעה. וע׳ ברמב״ם פ״ה מזכיה ה״ד שאחר שכתב שמודעה מבטל מתנה בלי אונס כתב שהביטול במעשה דההוא גברא הוא בגלל המודעה. וכ״כ האו״ש שם הל׳ ד׳ דלרמב״ם אין זה נחשב אונס כלל והביטול הוא רק מפני המודעה והרמב״ם לשטתו דמודעה מבטל בלי אונס. אמנם בלשון הרשב״ם בד״ה דמחמת אונסא משמע דס״ל שכאן הביטול הוא מכח המודעה דכתב התם הוא דהויא במקום מודעה. וצ״ל דאע״ג דס״ל דאונס זה אינו אונס גמור לבטל מתנה בלי מודעה מ״מ כשיש מודעה סגי באונס זה לבטל המתנה אע״ג דהיכא דליכא אונס כלל לא מהני מודעה לבטל מתנה. וכן מבואר בנתיבות בס׳ ר״ה סק״ז שכתב דהאופן שמשכחת ביטול מודעה לדעת הרשב״ם הוא באונסא כעין ההוא גברא דאינו אונס שמבטל מחמת עצמו אלא בצירוף המודעה.

נמצא ג׳ שיטות בזה א. לר״ח נחשב זה אונס לבטל מתנה בלי מודעה. ב. לרמב״ם אין זה אונס כלל ומודעה מבטל מתנה בלי אונס. ג. לרשב״ם מודעה בלי אונס לא מהני ואונס כזה בלי מודעה לא מבטל אבל כשיש מודעה סגי באונס כזה לבטל המתנה. ועוד נ״מ ממחלוקת זו יהיה אם מהני מתנתא טמירתא ליחשב מודעה לבטל מכירה שידוע שנעשה באונס. לרמב״ם ולרשב״ם ולר״י מגש כשמוכח אונסו הוי מתנתא טמירתא מודעה משא״כ לר״ח אין זה מודעה כלל והכא הביטול מפני האונס ורק במתנה אונס מבטל בלי מודעה דהוי תליוהו ויהיב משא״כ במכר.

הא דלא נחשב נתינת הנכסים לאשה תמורת קידושיה כזביני ע׳ בקו״ש אות ק״ע ואו״ש פ״ה מזכיה ה״ד וחזו״א אבה״ע ס׳ צ״ט סק״ה ד״ה ויש לעיין.

סתמא מאי. פרשב״ם שנתן סתם ותלוי בשתי הלשונות דלעיל. התורי״ד מפרש שבא לפנינו שטר ולא ידוע אם היה טמירתא או לא ע״ש.

דף מא.

הלכתא חיישינן. פרשב״ם דמספק בטל המקח ואם ירד הקונה לקרקע לא מוציאים מידו. וכתב רע״א דהרשב״ם בזה לשטתו דס״ל בדף לב: דבספיקא דדינא לא אזלינן בתר חמ״ק להוציא מהמחזיק, ומבואר מזה דבאופן דהוי ודאי מתנתא טמירתא כגון שאמר זילו אטמורו ביטול המקח הוא מדין ודאי ובזה מוציאים מהקונה. וכן מבואר בראש״ש שכתב שאמדינן דעת הנותן שלא גמר לתת בנפש חפיצה הלכך לא קנה ומוסיף הרא״ש ולא שיהיה הדבר מסופק אם קנה אם לא קנה אלא ביטול המקח הוא ודאי. ואפילו אם היה הדבר ספיקא דדינא לא מהניא תפיסה דתקפו כהן מוציאים מידו. דהיינו

כרשב״ם דעיקר דינא דמתנתא טמירתא הוא ביטול ודאי ולא כרשב״ם לגבי תפיסה בספיקא דדינא. וברשב״א משמע דס״ל שגם באופן שאמר זילו אטמורו אין ביטול המקח אלא מספק דחיישינן שמא לא גמר בדעתו להקנות וז״ל ומיהו מאי דאמר ר׳ יוסף [צ״ל רב יהודה] האי מתנתא טמירתא לא מגבינן ביה לאו למימרא לא מגבינן הא תפס לא מפקינן אלא אפוקי נמי מפקינן דממונא בחזקת מריה קאי עכ״ל מבואר דעיקר דין מתנתא טמירתא הוא מספק אלא דס״ל דמספק מוציאים מהמחזיק כרא״ש ולא כרשב״ם. ואולי בזה גם הרשב״ם יודה דמוציאים דהוי ספק במציאות ולא ספק בדין, [ולרשב״א בסתמא שהוא ספק מתנתא טמירתא הוי ספק ספיקא ויש לעיין מה הדין בס״ס נגד חמ״ק].

הטור בס׳ רמ״ב כתב בשם הרמ״ה שאם לא כתבו העדים שאמר להם כן והחזיק המקבל מוציאים הקרקע מידו ואם נתן מטלטלין והחזיק בהם המקבל לא מפקינן מיניה דספיקא הוא. ומסיים הטור אבל א״א הרא״ש ז״ל כתב דמפקינן מיניה. וכתב הב״י דמה דסובר הרמ״ה שבמטלטלין לא מוציאים מהתופס אינו במתנתא טמירתא שידוע שאמר אטמורו אלא באופן שלא ידוע מה אמרו והקונה טוען דאמר כתבוה בשוקא והמוכר מכחיש והעדים ליתנייהו קמן. אבל מדברי הטור מוכיח הב״י שלא למד כך בדברי הרמ״ה דע״ז לא מצאנו שהרא״ש חולק. אלא הטור הבין שהרמ״ה קאי על עיקר דין מתנתא טמירתא באומר זילו אטמורו שגם בזה הביטול הוא רק מספק ובמטלטלין לא מוציאים מהתופס וע״ז הרא״ש חולק דהביטול הוא ודאי. ואפילו אם היה ספק מוציאים מהתופס. נמצא דהרשב״א והרמ״ה ס״ל דהביטול הוא מספק והרא״ש ס״ל שהוא מדין ודאי.

אכתי צריך להבין אמנם הרמ״ה סובר שהביטול הוא מספק הא קי״ל ת״כ מוציאין מידו, והרא״ש בכתובות כ. כתב בשם הרמ״ה שאפילו בטענת ברי וקודם שנולד הספק לא מהני תפיסה. ובספר תקפו כהן בס׳ י״ד דן בשיטת הרמ״ה בתפיסה בספיקא דדינא. ומביא שר׳ דוד בן לב כתב דלדעת הרמ״ה גם בספיקא דדינא לא מהני תפיסה. והש״ך מוכיח מהטור בס׳ תי״ד בשם הרמ״ה דמהני תפיסה בספיקא דדינא ודחה דיש נוסחאות דגרסי בטור רמב״ם במקום רמ״ה, ואח״כ מביא הש״ך שיש להוכיח שהרמ״ה ס״ל דמהני תפיסה בספיקא דדינא מדברי הטור בשם הרמ״ה בס׳ רמ״ב דמהני תפיסת מטלטלין בספק דמתנתא טמירתא. ומבאר הש״ך דע״כ לא מיירי הרמ״ה באופן שהלוקח טוען שהיה מתנה גלויה והמוכר מכחיש [כפירושו של הב״י] דא״כ הוי ספק במציאות ולא מהני תפיסת מטלטלין לרמ״ה אע״כ מיירי בסתמא ותלוי במחלוקת שתי הלשונות והלכתא חיישינן מספק והוי ספיקא דדינא ובסד״ד סובר הרמ״ה דמהני תפיסה. וע״ז הרא״ש חולק וס״ל שגם בספיקא דדינא מוציאים מהתופס.

נמצא ג׳ דרכים בביאור דברי הטור בשם הרמ״ה. א. הב״י מפרש שהלוקח טוען שהיה מתנה גלויה והמוכר מכחיש. וקשה א״כ למה מהני תפיסה. ב. בדעת הטור מפרש הב״י דקאי על עיקר דין מתנתא טמירתא באומר זילו אטמורו, ונחלקו הרא״ש והרמ״ה אם הביטול הוא מספק או ודאי וגם בזה צ״ע אמאי מהני תפיסה הא הוי ספק במציאות. ג. הש״ך בת״כ מפרש דמיירי בסתמא והוי סד״ד ופליגי אי מהני תפיסה בסד״ד או לא. אמנם הדברים מבוארים ביד רמ״ה אות קי״ב דאחר שכתב שבקרקע מוציאים מהקונה אף שהוא ירד לקרקע כתב בזה״ל וכ״ת א״כ ל״ל לרב יהודה למנקט לישנא דלא מגבינן בה [דמשמע רק דלא מגבינן אבל אם ירד לקרקע לא מפקינן מיניה] לימא פסול א״נ לא קנה נ״מ למטלטלי דאי מטלטלי נינהו ומטו לידה דמקבל מתנה וכו׳ לא מפקינן מיניה דקי״ל הממע״ה עכ״ל. הרי מבואר בהדיא דרמ״ה קאי על עיקר דין מתנתא טמירתא וס״ל דהוי ספק ומהני תפיסה במטלטלין וזה דלא כפירושו של הב״י ודלא

כהש״ך אלא כמו שכתב הב״י שמשמע בטור. וא״כ אין להוכיח מכאן דשיטת הרמ״ה דמהני תפיסה בסד״ד דאינו ספק בדין אלא במציאות. והא דמהני תפיסה היה אפ״ל דאין כוונת הרמ״ה שתפס דלשון הרמ״ה דמטו לידא דמקבל והיינו שקיבל מהמוכר והוי תפיסה ברשות ובזה כו״ע מודו דמהני תפיסה כמש״כ הקונה״ס בריש כלל ז. והרא״ש חולק משום דס״ל דהוי ודאי וא״כ אפילו תפיסה ברשות לא מהני. א״נ י״ל שגם ספק זה אי בכל מתנתא טמירתא גמר ומקני חשיב ספיקא דדינא כמו הספק של תפוס לשון ראשון דכתב הקונה״ס בכלל א׳ דהוי ספיקא דדינא ודלא כמל״מ שמביא שם דהוי ספק במציאות, ולפ״ז א״ש ראית הש״ך מכאן דהרמ״ה ס״ל דמהני תפיסה בסד״ד אך לא כהש״ך דהספק הוא במחלוקת שתי הלשונות אי בסתם הוי מתנתא טמירתא או לא אלא כל מתנתא טמירתא הוי ספק אם גמר בדעתו וגם ספק זה נידון כספיקא דדינא.

כל חזקה שאין עמה טענה. כתב הרמב״ם בפי״ג מטו״נ ה״ב וכן חשו״ק אין אכילתן ראיה מפני שאין להם טענה. וכתב ה״ה דסברת הרמב״ם לפי שאין טענתן כשאר בנ״א ואין מקחן מקח דבר תורה. ודבריו לכאורה אינם מובנים דמש״כ שאין טענתן כשאר בנ״א הכוונה דהוי חזקה שאין עמה טענה וס״ל דלא טענינן הכא א״כ מה צריך להוסיף דמקחן אינו ד״ת. ואם לא חסר בטענתן מה מוסיף מה שקנינם דרבנן. ואולי יש לדמות לדברי התוס׳ בכתובות צב: שדנים אם טענינן מזויף ליתומים וכתבו הסברא שלא טענינן משום דמן התורה לא חיישינן לזיוף [ולא כשאר הראשונים שכתבו משום דהוי טענה שלא שכיחה]. ומבואר דלא טענינן כדי לקיים דין דרבנן. א״כ סובר ה״ה שגם כאן אף שאין טענתם טענה היו ב״ד טוענים להם אבל כיון שמקחן דרבנן לא טענינן לקיים קנין דרבנן. אך פשוט דיש לחלק דלגבי קיום תקנ״ח הוא לחשוש לזיוף וכיון שמן התורה לא חיישינן לא טענינן בגלל חשש דרבנן, אבל בקנין שתקנו שיקנה למה לא יעשו טענינן לקיים קנין דרבנן.

הקצה״ח בס׳ קמ״ט סק״ה לומד שחזקה של קטן הוא חזקה בלי טענה ולא טענינן אלא בבא בטענת אביו דאילו היה אביו כאן היה טוען אבל בבא בטענת עצמו לא טענינן ליה. והנתיבות חולק וס״ל שגם בזה טענינן ואין החסרון בטענה אלא שחזקה של קטן אינה חזקה דלאו בר אזדהורי בשטרא הוא ע״ש. והנ״מ מזה הוא בחזקת מטלטלין אי אית להו לחשו״ק חזקה או לא. לקצות דחזקת חשו״ק הוי חזקה שאין עמה טענה גם במטלטלין אין חזקתו חזקה. אבל לנתיבות אין חסרון של טענה דטענינן ליה אלא שאין חזקתו חזקה אבל במטלטלין שפיר הוי חזקתו חזקה. ובהדיא נחלקו בזה הקצות והנתיבות בס׳ קל״ג ע״ש. ועוד נ״מ בזה בהחזיק האב שנה ומת ובנו הקטן החזיק ב׳ שנים לדעת הקצה״ח חזקתו חזקה דבא מכח אביו וטענינן ליה כמו שטוענים לכל לקוח. ולנתיבות אינו חזקה דחזקתו של קטן אינה חזקה א״כ אינו מצטרף לחזקת אביו. וכמו שלענין אין מחזיקין בנכסי קטן לא מצרפים שנה שהחזיק בפני אביו לב׳ שנים שהחזיק בפני בנו הקטן כמבואר בתוס׳ לקמן מב. ובמ״מ בפי״ב מטו״נ ה״ז מדייק בלשון הרמב״ם דהחזיק האב שנה ובנו הקטן ב׳ שנים מהני. והאבה״א שם כתב דאין ראית המ״מ ראיה, ולהנ״ל תלוי במחלוקת הקצות והנתיבות.

הנתיבות מקשה לקצות דהחסרון הוא בטענה אפילו החזיק ג׳ שנים ואח״כ נשתטה לא יהיה לו חזקה דהוי חזקה שאין עמה טענה. ואולי י״ל דכמו שבבא מכח אביו מודה הקצות דטענינן ליה. כיון שבא מכח אדם שהוא בר טעינה אף שעכשיו מת אביו כך בפקח ונשתטה הוא בא מכח אדם בר טענה וטענינן ליה. ויש לעיין עוד בהחזיק ג׳ שנים כשהיה קטן ואח״כ הגדיל דלכאורה בזה אין חסרון בטענה ולקצות אית ליה חזקה ולנתיבות לית ליה חזקה.

בדין חזקה שאין עמה טענה כתב הרמב"ם בפי"ד מטו"נ הי"ב דאף שאין למחזיק טענה לא מוציאים מידו אא"כ יש למערער עדים שהוא מ"ק. והובא לעיל לה: שהנתיבות מבאר דיש על המחזיק לעכב הקרקע בידו עד שיתברר מי הבעלים מדין השבת אבידה. ומותר לו להשתמש עד שיתברר מי הבעלים מדין זה נהנה וזה לא חסר. ובקה"י בס' כ"ו כתב דלא שייך בזה חיוב השבת אבידה דלדברי המערער אינו אבידה כלל. וכתב שמקורו של הרמב"ם הוא מהירושלמי שהובא בר"ן קידושין סג: דנחלקו בגמ' במקדש את בתו ולא יודע למי קדשה ובא אחד ואמר קידשתיה אם נאמן או לא. ואיתא בירושלמי דאם אומר שמכר שדהו לפלוני ואינו יודע למי ובא אחד ואומר שהוא קנה אינו נאמן, א"כ מבואר דאף שהמוכר מודה שאין הקרקע שלו והתובע טוען ברי שהוא שלו אין המוכר מוציא הקרקע מתח"י. והרמ"א בס' רכ"ב סע' ד' פסק שאם בא אחד ואמר אני קניתי נאמן, וע' בגאון שם שזה ע"פ גרסא אחרת בירושלמי, וכתב שם הש"ך בסק"ח דקשה מס' קמ"ו סע' ט' דשם נפסק כרמב"ם דבלי עדי מ"ק לא מוציאים מהמחזיק אף שאין לו טענה וזה כגרסת הר"ן בירושלמי ולא כגרסא שמביא הרמ"א.

כגון זה פתח פיך לאלם קמ"ל. כתבו הרשב"ם והרא"ש דקמ"ל רק דאנן לא טענינן ליה אבל אם בעצמו אומר כן מקבלים דבריו ולא הוי כטוען וחוזר וטוען. ובשיטמ"ק כתב דחוזר וטוען בזה רק כ"ז שלא יצא מב"ד ולכאורה זה תלוי בספק של תוס' לעיל דף לא. ד"ה ומודו שנסתפקו באופן שלכו"ע חוזר וטוען אם זה אפילו יצא חוץ לב"ד או לא. ואולי הכא גרע דאינו פירוש לדבריו הראשונים אלא אמתלא למה לא טען כן מתחילה. גם הריטב"א ס"ל כרשב"ם והרא"ש ומבאר בזה פשט במשנה דקשיא דיוקא דרישא לסיפא. דברישא משמע שרק לא אמר לי אדם דבר מעולם אינה חזקה אבל אם שותק או אומר שלי הוא סגי בזה ובסיפא משמע דבעינן טענה ממש. ותי' דסיפא מיירי כשבתחילה טען לא אמר לי אדם דבר מעולם ואח"כ בא לתקן דבריו. יוצא לפ"ז דהאמת כדיוקא דרישא שאם בתחילה אמר שלי הוא או שתק אית ליה חזקה וזה דלא כר' יונה לעיל כח: שכתב דאם שותק או שטוען אין רצוני להשיבך לית ליה חזקה. וע' בתוס' רי"ד שמביא בשם ר' יצחק שחולק על כל הראשונים הנ"ל וס"ל שאם אמר בתחילה לא אמר לי אדם דבר מעולם אינו יכול לחזור ולטעון.

בלשון הרמב"ם בפי"ד מטו"נ הי"ב מבואר דלא היה ה"א שמי שאומר לא אמר לי אדם דבר מעולם ב"ד יטענו בשבילו שלקח כדין טענינן ללוקח דאיך יטענו לו שלקח בזמן שאינו טוען כן בעצמו. אלא ס"ד שפותחין לו ושואלים אותו אולי לקח ומה שאינו טוען כן הוא מפני שחושש שלא יהיה נאמן, אך בלשון התוס' בד"ה שלא משמע קצת דהוי טענינן ממש ע"ש.

תודיה שלא. עוד י"ל דלרבנן דר' ישמעאל וכו'. מבואר דלרבנן דר"י דטעמא דחזקה כדרבא פשיטא דבעינן טענה. ולר"י דיליף משור המועד יש ה"א שיועיל חזקה בלי טענה. ונראה ביאור דבריהם דשיטת התוס' בריש פרקין שמשור המועד ילפינן דאחרי ששותק ג' פעמים הרי הוא בחזקת שתקן דהיינו שאין השתיקה מקרה ואם אינו מקרה זה ראיה על מכירה. ואם החזקה בנויה על ראיה מהשתיקה יש ה"א לומר דלא בעינן טענה דהחזקה עצמה היא ראיה שקנה, אבל בדעת רבנן דס"ל כרבא ס"ל כמבואר בלשון הרא"ש וכמש"כ הקצות בדעת הרמב"ם והרשב"ם והנ"י דהוי תקנ"ח דאחרי ג' שנים א"צ ראיה בזה פשיטא דטענה מיהא בעי. [עי' קה"י ס' י"ח אות ז' שהקשה לסוברים דחזקה היא מכח ראית השתיק אמאי בעינן טענה וכתב דלסוברים דהוי תקנ"ח ניחא ע"ש. וזה סברת התוס' כאן]. והתוס' בזה לשיטתם דמדבריהם לעיל לג. שכתבו דהזוכה ע"י חזקת ג' שנים צריך שבועת היסת וזה משום דאין החזקה ראיה, אלא תקנ"ח. וגם מדברי התוס' לעיל לה: למד הקצה"ח דס"ל דהוי תקנ"ח.

בסה״ד ונראה דפריך אחזקה דיום אחד. מסברא היה מקום לומר דמאי דסברי חלק מהראשונים דחזקת תשמישים לא בעי ג׳ שנים זה להלכה דקי״ל כרבא דטעמא דחזקה הוא משום דתלת שנין מזדהר איניש בשטרא בזה תשמישים שאני דלא כותבים ע״ז שטר וסגי בחזקה דיום אחד. אבל לר׳ ישמעאל דיליף חזקה משור המועד והלימוד הוא דשתיקה אחת תולים במקרה ורק בג׳ שתיקות הוחזק שתקן ותולים שאינו מקרה ואז השתיקה היא ראיה על מכירה א״כ לכאורה היה נראה דלענין זה אין לחלק בין חזקת קרקעות לחזקת תשמישים. ובתוס׳ מבואר שגם לר״י דיליף משור המועד חזקת תשמישים סגי ביום אחד. שהרי דחו התירוץ הקודם דמתני׳ קאי כר׳ ישמעאל וע״ז תרצו דפריך אחזקה דיום אחד. וצ״ל דרק בחזקת קרקעות בעינן שיוחזק שתקן כיון שבאים ע״י ראית השתיקה להוציא קרקע מחמ״ק. משא״כ בחזקת תשמישים דגוף הקרקע נשאר בחזקתו ואינו זוכה אלא בתשמיש בזה סגי בשתיקה אחת, אך כיון דליכא חזקה אלימא פשיטא דבעינן טענה. אך העירוני דלתי׳ זה של תוס׳ צ״ע מהו תירוץ הגמ׳, דשטרא הוי ליה ואירכס לא שייך לגבי חזקת תשמישים.

רב ענן שקל בידקא בארעיה. מבואר בגמ׳ דמה שלא זכה רב ענן הוא משום שהקנאת בעל הקרקע היתה בטעות אבל אילו לא היה טעות מצד המקנה היה זוכה רב ענן אף שחשב שמחזיק בשלו ולא כוון לקנות. ומזה למד הנ״י בשם הראב״ד דהא דמבואר ביבמות נב: דעודר בנכסי הגר וסבר שהן שלו לא קנה היינו דוקא בנכסי הגר דליכא דעת אחרת מקנה משא״כ בנכסי חברו והקנה המקנה זוכה הקונה בלי כוונת קנין ע״י דעת אחרת מקנה. וכ״כ הרשב״א בגיטין כ: בשם הראב״ד והובאו דבריהם בקצה״ח בס׳ ער״ה סק״ד וברע״א תש׳ ל״ז. ומבואר מזה דהעודר בקרקע וחשב שהקרקע שלו אין שום חסרון במעשה הקנין אלא רק בכוונת הקנין ולכן מהני דא״מ דכשיש דעת מקנה לא בעינן דעת קונה. אבל אי נימא דפעולה זו שעושה ולא יודע כלל שקונה על ידו חסר במעשה הקנין לא יועל בזה דא״מ. וצריך להבין לפ״ז למה קטן לפני צרור וזורקו או שוטה אינו זוכה אפילו בדא״מ. ובשלמא אי אמרינן דבלי כוונה כלל חסר במעשה הקנין ניחא אבל אם חסר רק בכוונת קנין למה לא יועיל דא״מ. ולכאורה קנין של שוטה הוא לא פחות מעשה קנין ממי שעודר בקרקע וחושב שזה שלו. והקצות בס׳ רמ״ג סק״ה עמד בזה וכתב דקטן לפני צרור וזורקו וכן שוטה גרע דלית להו יד כלל.

הפשט הפשוט בביאור דברי הראב״ד הוא דס״ל דסגי בדעת מקנה לפעול קנין בלי דעת קונה. אך הקצה״ח בס׳ ער״ה סק״ד ובס׳ רל״ה סק״ד מחדש בדעת הרמב״ם דלעולם בעינן דעת קונה ובלי דעת מקנה וקונה ליכא קנין אלא כמו שאפשר לזכות ע״י אחר והזוכה נעשה שלוחו של הקונה מדין זכין לאדם שלא בפניו והוא עושה בשביל הקונה את מעשה הקנין וגם את הדעת שצריך כדי לקנות, כך בדא״מ אף שאת מעשה הקנין עושה הקונה בעצמו מ״מ דעת קנין יש ע״י שהמקנה מכוון לקנות בשביל הקונה והמקנה עושה שתי פעולות, גם פעולת הקנאה וגם מכוון לקנות בשביל הקונה והוי שלוחו לקנות עבורו מדין זכין, נמצא דאיכא דעת מקנה ודעת קונה, ואף דאין המקנה יכול לעשות את מעשה הקנין בשביל הקונה ובעינן דוקא שיזכה ע״י אחר זה חסרון רק במעשה הקנין דבעינן שיוציא הדבר מרשותו אבל כשיש מעשה של אחר יכול הוא לכוון לקנות בשביל הקונה והוי כשלוחו על כוונת הקנין מדין זכין. ויש לע׳ בזה מדברי הר״ן בכתובות צח. שכתב שמי שנעשה שליח למכור ממון חברו אינו יכול לקנות לעצמו אף שאין קפידא מצד הבעלים דכיון שהוא המקנה אינו יכול להיות גם מקנה וגם קונה. וע׳ בכתובות שם שכתבנו שיש מהאחרונים דס״ל שלר״ן אפילו אם יתן לאחר שיזכה בשבילו לא מהני דאף שאין חסרון במעשה הקנין אין הוא יכול להיות גם מקנה וגם קונה.

לפ״ז כתב הקצות דמה דמהני דא״מ בלי דעת קונה הוא רק בישראל דאית ליה זכיה אבל לעכו״ם שאינו בתורת שליחות וזכיה לא יזכה אפילו בדא״מ אא״כ כוון לקנות. בשו״ע או״ח ס׳ רמ״ו מבואר דמי שהשאיל בהמתו לעכו״ם והגיע שבת וחושש משום שביתת בהמתו יקנה בהמתו לעכו״ם שלא בפניו. והקשה המג״א איך יקנה העכו״ם הא בעינן דעת קונה, וכתב שם היד אפרים דלפי מה שמבואר בנ״י כאן וברשב״א בגיטין בשם הראב״ד דבדא״מ לא בעינן דעת קונה ניחא. ומביא היד אפרים שהמחנ״א בהל׳ קנין חצר ס׳ י״ב הקשה כן על המג״א. וכתב היד אפרים דלפי דברי הקצות ניחא דבעכו״ם לא מהני דא״מ, אך כתב דלשון המג״א הוא דכה״ג אפילו בישראל לא היה קונה ע״ש.

הקצות הנ״ל מקשה סתירה בענין זה בדברי הראב״ד דהטור בס׳ ר׳ כתב בשם הראב״ד דאם הקונה הכניס החמרים ומדד ובשעת מדידה הגביה לא קנה כיון שלא כוון לקנות. והטור חולק דקונה בלי כונה והיינו משום דאיכא דא״מ. א״כ מבואר דהראב״ד ס״ל שגם בדא״מ לא קנה וקשה מדבריו בסוגיין. וכתב הקצות דאולי תרי ראב״ד נינהו. אך הנתיבות בס׳ ר׳ סקי״ד כתב דכמו שהלוקח לא מכוון לקנות בזמן שמודד כך המוכר אינו מכוון להקנות עד המשיכה. ועוד דהתם הוי מכר ולא מתנה א״כ לא ניחא ליה לקנות עד שימשוך כדי שיוכל לחזור ולא יתחייב דמים. וגם רע״א עמד בשאלה זו בתשובה ל״ז בד״ה ומדברי הראב״ד ותירץ דכיון שעוסק במדידה ועדיין לא משך הוי כנתכוון שלא לקנות. ויש לדמות ענין זה לתוס׳ בדף נד. שכתבו דאע״ג דחצר קונה שלא מדעת היינו דוקא שאינו יודע שנמצא בחצר או שיודע שנמצא בחצר וחושב שאינו יכול לקנות כגון שלא יודע שמת הגר, אבל אם יודע שנמצא בחצר ויודע שבידו לזכות ואינו מכוון לקנות אין החצר קונה לו שלא מדעתו. דכיון שיודע שיכול לזכות ואינו מכוון לקנות הוי כמכוון שלא לקנות. וה״ה לענין דא״מ מה דמהני בלי כונת קונה הוא כשלא יודע שבידו לקנות אבל יודע ולא מכוון הוי ככוונה שלא לקנות. ושו״ר בקה״י כאן ס׳ כ״ז שמדמה תירוצו של רע״א לתוס׳ בדף נד.

לקמן בדף נד. כתבנו דבדברי היד רמ״ה באות רכ״ד בד״ה ולא תימא מפורש דלא ס״ל כהראב״ד אלא גם במקום דאיכא דא״מ אם חושב הקונה שמחזיק בשלו לא קנה. ומביא הרמ״ה את הגמ׳ ביבמות בעודר בנכסי הגר וכתב שה״ה בנכסי חברו ומביא ראיה דהגמ׳ שם קאי על מקדש חלוצתו וחשב שהיא עדיין זקוקה לו וקידושין הוי כנכסי חברו. ואין להקשות מגמ׳ דידן דהרשב״א כשמביא דברי הראב״ד כתב דיש לדחות דאחר שנודע לרב ענן הוא חזר והחזיק לכן צריך להגיע לטעות של המקנה, וכן צ״ל לדעת הש״ך שהובא בקצות בס׳ רמ״ג סק״ה דס״ל דאין לחלק בין דא״מ להפקר. אך תימא דכאן בסוגיין באות קט״ו כתב הרמ״ה בהדיא כהראב״ד ודבריו סותרים זה את זה וצע״ג. ומה שהוכיח הרמ״ה שם דקידושי אשה הוי דא״מ הובא לקמן שהאו״ש בפ״ב מזכיה הי״ג כתב ע״פ הר״ן בנדרים ל. דאשה אינה מקנה עצמה לבעלה אלא מפקרת עצמה ולכן אין זה נחשב דא״מ. גם האב״מ בסי׳ מ״ג סק״ב מסתפק אם קידושין הוי דעת אחרת מקנה ומביא מהר״ן בנדרים. ועי״ל דכמו שהמקדש חושב שהיא עדיין זקוקה ואינו מכוון לקנות כך גם היא חושבת כן ואינה מקנה עצמה.

בקצה״ח בס׳ רל״ה סק״ד מאריך לבאר דענין דא״מ הוא מדין זכין ובתוך דבריו כתב וה״נ מצאנו כיוצא בו בחצר שאינה משתמרת דהיכא דאיכא דא״מ מהני וכתב הרא״ש בפ״ק דב״מ הטעם כיון שהוא שמור לדעת נותן סגי לה. כדברים האלו כתב היד רמ״ה כאן באות קט״ו כשמבאר דדא״מ מהני בלי דעת קונה הקשה היכן מצאנו זכיה בלי כוונת הזוכה וכתב ע״ז חצר תוכיח דלית ליה דעתא למזכי וזכיא ליה במתנה אפילו שלא בפניו כדאסיקנה בפ׳ שנים אוחזין. וכוונתו מהא דמהני דא״מ בחצר שאינה משתמרת כדברי הקצה״ח, אבל אין להוכיח מזה

דס"ל כקצות דדא"מ הוי מדין זכין לאדם שלא בפניו.

והא אחזיקו לי. שיטת הרשב"ם שגם טענה זו היא מכח הסיוע בבנין הכותל דהוי כאומר לחו"ק אלא שבתחילה לא הביא עדים ע"ז אלא רצה להיות נאמן מכח החזקה ואחר שאמרו לו שאין חזקתו חזקה הביא עדים שבעל הקרקע סייע. ולשון הגמ' הא אחיל מפרש הרשב"ם דאין הכוונה מחילה דלא מהני על דבר בעין אלא על שיעבוד [ע' ריטב"א] אלא הסיוע מתפרש הקנאה כאומר לחו"ק. וע' קצה"ח ס' פ"ח סקי"ג לגבי טענו חיטין והודה לו בשעורין דנפטר מדמי שעורים כיון שמחל וכתב בשם התומים דאם השעורין בעין לא מהני בזה מחילה. והקצות חולק דבמקום שאין אומדנא ומחל בפירוש אין זה מועיל לממון בעין אבל במקום דאיכא אומדנא אי בעינן הקנאה מתפרש הקנאה. ועמש"כ בזה לעיל כח: ואין להביא ראיה לקצות מכאן דהסיוע מתפרש הקנאה דע' שיטמ"ק בשם ר' יונה דהקשה מאי שנא סיוע בבנין הכותל דמתפרש הקנאה ומהני בלי טענה מדלי ליה צנא דפירי דמהני רק כשטוען המחזיק שקנה. ותי' דרק כאן מתפרש הקנאה כיון שעשה מעשה וסייע בעשית הכותל אבל בעלמא לא.

כמאן כר"י ור"י. צ"ב לשיטת הרשב"ם דחזקת תשמישים לא בעי ג' שנים מה הראיה מר' ישמעאל שאמר לגבי חזקת חלונות דהוי לאלתר שגם בקרקעות חזקה לאלתר הא תשמיש שאני. וע' בטור בס' קנ"ג שכתב שגם הרשב"ם מודה בתשמישים הגדולים כגון פתיחת חלונות ומרזב ומזחילה דבעינן ג' שנים. ולפ"ז ניחא דדין חלונות כדין חזקת קרקעות ומדברי ר"י דסגי ביום אחד מוכח שגם בקרקע ס"ל כן. וע' בריטב"א שכתב מכאן נראה דחזקת חלונות כחזקת קרקעות. ויש להסתפק בכוונתו אם מכריע מכח גמ' זו דכל חזקת תשמישים ג' שנים או שכוונתו לחלק בין חלונות לשאר תשמישים. [לעיל דף ו. הביא מחלוקת הראשונים אי חזקת תשמישים לאלתר או ג' שנים ולא הכריע]. וע' בב"י על הטור הנ"ל שכתב שמלשון התוס' משמע שבכל תשמישים לא בעינן ג' שנים אפילו בחלונות וע"ז יקשה מגמ' דידן כמו שהקשה הריטב"א.

תוד"ה כמאן. ע' רע"א שהקשה מה הקשו התוס' הא מסקינן לעיל דמה דאמר ר"י שיבא שנה היינו עיצה טובה ולעולם ס"ל מחאה שלא בפניו הוי מחאה.

תוד"ה א"ל מחילה בטעות. שיטת רש"י דמסקנת הגמ' בב"מ דר"נ ס"ל מחילה בטעות הוי מחילה והקשו התוס' דהכא אמר ר"נ דמחילה בטעות אינה מחילה. וכתבו הרמב"ן כאן והרא"ש בב"מ דהכא שאני דלא ידע ומחיל דהיינו שכאן אינו יודע בכלל שיש מה למחול ואין כאן מחילה אפילו בטעות משא"כ בב"מ יודע שנותן ממון לחברו ואף שנותן בטעות הוי מחילתו מחילה. הקצות בס' קמ"ב סק"א מתרץ באופן אחר. דההגהות אשרי בב"מ מבאר הצד דמחילה בטעות הוי מחילה דאף שבטל המחילה מ"מ נשאר יאוש שבזמן שחשב שצריך לתת לחברו נתיאש מממונו. והוי ככל יאוש דאבידה שאם היה יודע מקומו לא היה מתיאש. אך כדי לזכות ע"י היאוש בעינן כונה מצד הזוכה דאין זה דא"מ א"כ כאן שרב ענן לא כוון לזכות בעינן הקנאת המקנה וזה בטל בגלל הטעות ואף דנשאר יאוש זה אינו דא"מ ובעינן כוונת הקונה.

ובזה יובן המשך דברי התוס' שהביאו ראיה דמחילה בטעות לא הוי מחילה מהא דאיתא בב"מ לה. בב"ד שגבו מהשומר שפשע בשמירת הכיפי ובסוף נמצאו הכיפי ומבואר בגמ' דאפילו מי שסובר בעלמא שומא לא הדרא הכא שאני דמעיקרא שומא בטעות הוא שהרי לא אבדו הכיפי. ואינו מובן מה הראיה מכאן שקנין בטעות חוזר הא כל הנידון של מחילה וקנין בטעות הוא באדם שמקנה או מוחל ממון שלו מדעתו והיה טעות בזה יש צד לומר שהטעות אינו מבטל

הקנין או המחילה. אבל התם מיירי בב״ד שירדו לנכסי השומר וגבו בע״כ וכל כחם מפי שכן הוא הדין אבל כשמתברר שהיה הגבייה בטעות דאשתכח כיפי פשיטא שבטל הגבייה דאין הם בעלים להקנות ממון אחרים אא״כ עשו כדין ולא כשטעו. אבל אי אמרינן שמה שמחילה בטעות הוי מחילה הוא מדין יאוש ניחא דהכא נמי שייך יאוש.

הנתיבות בס׳ קמ״ב סק״ג מקשה על תירוצו של הקצות דאם היה יאוש והיה לרב ענן התר לזכות בקרקע אלא שלא זכה מפני שלא כוון לקנות למה אמר ר״נ זיל הדר הל״ל כל הקודם זכה ואם אחרי שנתברר הטעות היה רב ענן קודם ומחזיק לפני בעל הקרקע היה זוכה. ודברי הנתיבות בזה לכאורה אינם מובנים דידוע דשיטת הקצות בס׳ ת״ו סק״א והנתיבות בס׳ רס״ב סק״ג והתרה״כ בס׳ רס״ב והאו״ש בפ״כ ממלוה ה״ב דיאוש אינו מוציא את החפץ מרשות הבעלים עד דאתי ליד זוכה. ועד הזכיה הממון של בעליו אלא שיש התר זכיה בממון. [החזו״א בב״ק ס׳ י״ח סק״ג חולק וס״ל שגם ביאוש יוצא מרשותו מיד ע״ש]. עוד נחלקו הקצות ותרה״כ אם מהני חזרה מיאוש. דהיינו היכא דבטל סיבת היאוש כגון שרואה את האבידה ולפני שזכה בו קדם אחר וזכה בו. הקצות ס״ל בס׳ ת״ו דכיון שלא יצא מרשותו ע״י היאוש א״כ מיד כשבטל היאוש בטל ההתר זכיה ונשאר של הבעלים ואינם צריכים לזכות חזרה. אבל התרה״כ אע״ג דס״ל דיאוש אינו מוציא מרשותו מ״מ כתב בסוף ס׳ רס״ב דאינו יכול לחזור מיאוש [ומוכיח כן מהדין של שור הנסקל שהוזמו עדיו והקצות מפרש דהתם הוי מדין הפקר ולא מדין יאוש]. ולשיטת התרה״כ מובן קושית הנתיבות אבל הנתיבות בעצמו כתב בס׳ רס״ב סק״ג כהקצות דיכול לחזור מהיאוש אם בטל סיבת היאוש וא״כ מה הקשה על הקצות הא מיד שנודע הטעות בטל סיבת היאוש ובטל ההתר זכיה ושפיר אמר ר״נ זיל הדר. ואף דלשון הנתיבות כשמקשה על הקצות הוא כיון דהפקר הוא יכול רב ענן לזכות אין כוונתו הפקר אלא יאוש שהרי תירוצו של הקצות הוא דאף שהקנין הוא בטעות מ״מ יאוש בטעות מהני אבל הפקר דמי לקנין ולא מהני בטעות וע״כ שכוונת הנתיבות יאוש ולכאורה דבריו בס׳ קמ״ב סק״ג סותרים את דבריו בס׳ רס״ב סק״ג.

דף מא:

בהי״א יש בכלל מאתים מנה. הקשה הנ״י איך גובים ע״פ עדים אלו מנה הא הוכחשו במנה השני ואחד מהם פסול לעדות ואיך מצטרפים לחייב מנה אחד. ותי׳ דתולים בטעות ושניהם כשרים לעדות [ע׳ נתיבות ס׳ ל׳ סק״ג שתולים הטעות בעד שמעיד מנה שלא דקדק במה שאומר שלא היה יותר ממנה אבל א״ל שבעל המאתים לא דקדק דאם לא דקדק איך הוא מעיד על מאתים ואם מעיד בלי לדקדק גם מנה לא נוכל לחייב על פיו]. וצריך להבין מה הקשה הנ״י מעיקרא הא זהו עיקר פלוגתא דב״ש וב״ה אי מדמינן מנה ומאתים ליין ושמן דהוי הכחשה בגוף העדות ומדקדקים בזה או דדמי לארנקי שחור וארנקי לבן או מנה שחור ומנה לבן לנהרדעי דהוי הכחשה בבדיקות וכשר מפני שאינם מדקדקים בזה. ונראה דמה דמבואר בסנהדרין דהוי כהוכחשו בבדיקות היינו כשדנים לגבי המנה ששניהם מודים בו דבמנה זו אין שניהם שוים שאחד אומר שהיה עם המנה עוד מנה ואחד אומר שהמנה היה לבדו וביחס למנה זה המנה השני הוא כארנקי והוי כבדיקות. אבל הנ״י מקשה שהוכחשו במנה השני ולגבי הנידון אם חייב מנה שני המנה השני הוא גוף העדות ולגבי זה אין זה הכחשה בבדיקות וכיון שהוכחשו בזה אחד מהם נפסל ואין שני עדים כשרים על המנה הראשון. ותירץ דאף שזה גוף העדות תולים בטעות כיון דעבידי אינשי דטעי בין מנה למאתים.

הש״ך בס׳ ל״א סק״א מביא ספיקם של חכמי בריסק בע״א בהכחשה אם יכולים שניהם להצטרף לעדות אחרת. וכתב הש״ך לפשוט ספקם מדברי הר״ן בכתובות כב: שהקשה דע״א אומר נתגרשה וע״א אומר לא נתגרשה תרוייהו באשת

איש קמסהדי ואחד שאומר נתגרשה אינו נאמן. והקשה הר״ן איך מתחזקת כאש״א ע״פ עדים אלו הא אחד מהם הוא פסול. הרי מבואר דע״א בהכחשה אינם מצטרפים לעדות אחרת מפני שאחד מהם בודאי פסול. וע׳ בחת״ס בגליון הש״ך שכתב לפשוט מהנ״י בסוגיין. ודברי הנ״י כאן הם ממש כדברי הר״ן בכתובות. התורי״ד כתב על קושית הנ״י בשם ר׳ יצחק דע״א בהכחשה שאני דלא חשבינן הכחשה בעד אחד דאין בו תורת הכחשה דאין כאן עדות שלימה. והתורי״ד תמה ע״ז דאין הפסול מכח ע״א אלא אגן סהדי דחד משקר והוא פסול. דהיינו שנחלקו ר׳ יצחק והתורי״ד ממש בספקם של חכמי בריסק, [עי׳ חי׳ ר׳ מאיר שמחה זצ״ל כאן שכתב שספקם של חכמי בריסק נזכר בתורי״ד]. אך לא מובן סברת ר׳ יצחק וסברת חכמי בריסק כמו שהקשה התורי״ד ועוד כתב הגאון שם סק״א איני יודע ספקם דמפורש בגמ׳ בשבועות מח. שגם ע״א בהכחשה נפסל וכן הקשה הנתיבות בשם התומים. ועמש״כ הנתיבות לבאר סברתם דבע״א תולים דלא דייק. ומיישב עפ״ז הגמ׳ בשבועות ע״ש. וע״ע מש״כ בזה האו״ש בפכ״ב מעדות ה״א ד״ה נסתפקו.

היד רמ״ה בסנהדרין לא. הקשה ג״כ כקושית הנ״י וכתב בזה״ל וכ״ת הא קי״ל כל מקום שנא׳ עד הרי כאן שנים [וא״כ קרא דלא תענה ברעך עד שקר קאי דוקא על ב׳ עדים] לא ס״ד דהא גבי עדות החודש קתני וכו׳. הרי שגם ברמ״ה היה ה״א דע״א בהכחשה אינו נפסל ומבאר הטעם דע״א שהעיד עדות שקר לא עבר על לאו דלא תענה דקאי על ב׳ עדים, אלא שדחה הרמ״ה תירוץ זה מכח הגמ׳ בשבועות וזה קושית הגאון והתומים. אך מסברא היה ניחא ליה לרמ״ה. ונר׳ שזה כונת ר׳ יצחק שמביא התורי״ד דאין כאן עדות שלימה והתורי״ד הבין כוונתו דהעד המכחישו והגורם פסולו אינו עדות שלימה וע״ז הקשה דלא המכחיש מגלה לנו שיש כאן עד פסול דאנן חזינן שאחד הוא פסול. אך נר׳ כונת ר׳ יצחק כרמ״ה דהעדות שקר שהעיד אינה עדות שלימה כיון שהיה רק ע״א ולא עבר בלאו דלא תענה. ומה שדחה הרמ״ה את דבריו מכח הגמ׳ בשבועות יש ליישב דהתם שאני דבאו ב׳ עדים להעיד יחד והוכחשו בחקירות בזה שפיר עבר המשקר על לאו דלא תענה כיון שבא ומעיד עדותו כחלק מכת של ב׳ עדים משא״כ ע״א שמעיד לבדו לא עובר בלאו דלא תענה ולא נפסל. עיין בנתיבות שכתב על דרך זה ע״פ דרכו.

המחנ״א בהל׳ מלוה ס׳ ו׳ כתב ליישב קושית הר״ן הנ״ל בכתובות ע״פ מה שמבואר בב״ק עג. דעד שהעיד עדות שקר נפסל רק אחרי כ״ד א״כ בשעה שהעידו עדיין היו שניהם כשרים ושפיר מקבלים משניהם עדות שהיתה בחזקת אש״א. עיין בתורי״ד כאן אחרי שדחה תירוצו של ר׳ יצחק כתב שהתירוץ הוא כפי מה שתירץ במה״ק שחילוק יש בין מכאן ולהבא ובין אותה עדות. ולכאורה כוונתו בזה כתי׳ המחנ״א.

תודי״ה נחלקה עדותן. הקשו לב״ש דאיכא הכחשה וכת אחת פסולה למה לא יפסל גם הכת השנייה מדין נמצא אחד קרוב או פסול עדות כולן בטילה. הקצה״ח בס׳ ל״ו סק״ד מסתפק לשיטת התוס׳ שהדין של נמצא אחד קו״פ תלוי בצירוף בשעת ראייה וגם בהגדה מה הדין כשבשעת ראייה היו כולם כשרים ולפני ההגדה נפסל אחד. האם בעינן שהצירוף בשעת ראייה יהיה צירוף לפסול או סגי בזה שהצטרפו ונעשו כת אחת ואפילו אם אח״כ נפסל אחד מהם עדות כולם בטילה, וכתב הקצות דמתוס׳ זה מוכח דלא בעינן שיהיה פסול בשעת ראייה שהרי כאן נפסלו ע״י שהוכחשו בשעת הגדת העדות ולא היו פסולים בשעת ראייה. אמנם מדברי הקצות נראה דלדעת הסוברים דתלוי רק בצירוף בשעת ראיה ולא צריך שיעידו פשוט שאם בשעת ראייה כולם היו כשרים ולפני ההגדה אחד נפסל אין הוא פוסל השאר. אבל הנתיבות בסוס״ק א׳ כתב שגם בזה כיון שנצטרפו בראייה הרי הם כת אחת ואם אחד נפסל לפני ההגדה בטלו כולם, אך אכתי יש לעיין מה הקשו התוס׳

דאפילו אי אמרינן דלא בעינן פסול בשעת ראייה הא הכא על הצד שהכת הפסולה היא הכת השנייה א״כ בזמן שהעידו הראשונים עדיין אין בכת עד פסול דהכת השנייה נפסלה רק כשהעידו אח״כ. וא״כ למה לא נקבל עדות הראשונים ונעמיד אותם על חזקת כשרות ונתלה הפסול בכת השנייה ואז אין כאן דין נמצא אחד קו״פ שבזמן שהם העידו לא היה פסול באף אחד מהעדים. ולא הוי כאותה עדות דלא מעמידים על חזקת כשרות דהתם שאני דגוף העדות הוכחש משא״כ הכא אין הכחשה לעדות המנה והוי כעדות אחרת שמעמידים על החזקה. ויהיה מוכח לכאורה מתוס׳ דכת שהיו כולם כשרים בשעת ראיה ורק אחרי שחלק מהעדים העידו נפסל אחד מאלה שעדיין לא העידו יפסלו כולם. ואינו מובן דאפילו אם נפסל העד בעצמו אחרי שהעיד אין זה מבטל עדותו ואיך יתבטל עדותו כשנפסל אחד מן הכת אחרי עדותו. ואולי קושית התוס׳ לר״ח דלא מעמידים על חזקה א״כ חיישינן שהכת הראשונה הם הפסולים וא״כ גם הכת השנייה נפסלו מדין נמצא אחד קו״פ, וצ״ע.

כגון דאתו למיחזי. הש״ך בס׳ ל״ו כתב דהא דמבואר במכות שאם באו למחזי ליכא דין נמצא אחד קו״פ הוא דוקא כשהכשרים התכוונו להעיד והפסול בא לראות אבל אם גם הכשר בא לראות הוא נפסל ע״י הפסול. והקשה השעה״מ בס׳ ל״ו סק״ב מתוס׳ דידן דהכא לא ידוע מי הוא הפסול וע״כ דתי׳ התוס׳ שבאו לראות קאי על כולם ומוכח דגם בכה״ג לא אמרינן בטלה כולם. ע״ע במנ״ח מצ׳ ד׳ אות י״ז מה שהקשה על הש״ך ממתני׳ דסוף פ״ק דר״ה, וע׳ מש״כ בזה הקה״י בר״ה. התוס׳ בסנהדרין כתבו עוד תירוץ דהיכא דלא ידוע מי הוא הפסול לא אמרינן נמצא אחד קו״פ והוא חידוש דידוע בודאות שיש כאן פסול ומה בכך שלא ידוע מי הוא.

דר בה חד יומא. ברוב הראשונים מבואר דהא דבעינן דר בה חד יומא הוא משום דאל״כ איכא ריעותא וקצת הוכחה שהמוכר לא קנה מהמ״ק ולא טענינן ליה במקום דאיכא ריעותא. כ״כ הנ״י והריטב״א דבלי חד יומא טענתו מחזי כשיקרא וכ״כ הרשב״א שאם אין עדים דדר בה חד יומא קלישא טענתיה. ומה״ט כתב הרמב״ן דבמטלטלין כשטוען שלקח מפלוני טענינן ליה שפלוני קנה מהמ״ק אף דליכא עדים שהיו המטלטלין אצל המוכר חד יומא דבמטלטלין ליכא ריעותא בזה שלא ראו בידו. וכן הוא פשטות לשון הגמ׳ וכי אין אדם עשוי ליקח ולמכור בלילה. הקצות בס׳ קמ״ו סק״ו כתב לבאר דברי הרשב״א בתשובה דהא דבעינן חד יומא הוא משום דבעינן קצת הוכחה לטענה כדי לעשות טענינן. [ואינו מובן מ״ש מכל טענינן דלא בעי הוכחה קצת]. וע׳ מש״כ בזה בס״ד לקמן מז. בס״ק ט׳ מביא הקצות בשם המהרי״ט דמה דבעינן עדות שדר בה המוכר חד יומא הוא משום דאל״כ ליכא ראיה שהוא לוקח אבל היכא דאיכא עדים שקנה לא בעינן עדות על חד יומא. ולמד כן המהרי״ט מדברי הרשב״ם כאן בד״ה אפילו חד יומא. והקצות כתב דאין ראיה מלשון הרשב״ם ומביא שברשב״ם לעיל ל: מפורש דאע״ג דאית ליה שטר שקנה מ״מ בעינן עדי חד יומא. וכן מפורש בנ״י וז״ל הא דבעינן ראיה שדר בו המוכר חד יומא לאו משום דלא מהימנינן ליה כשטוען שלקחה עכ״ל. וכן מוכח ברמב״ן ברשב״א ובריטב״א שהביאו דברי הראב״ד דאע״ג דאיכא עדי חד יומא בעינן נמי הוכחה שקנה וחלקו עליו ע״ש. ומבואר דכולהו פשיטא להו דאע״ג דאיכא עדים שקנה בעינן עדי חד יומא. אך בתורי״ד כאן כתב בהדיא כדברי המהרי״ט ודבריו הובאו בקו״ש באות קע״ה. וע׳ במל״מ בפי״ד מטו״נ הי״ד שמביא דברי המהרי״ט ומדבריו נראה שהבין כוונה אחרת במהרי״ט דהקצות כתב בשם המהרי״ט דמה שצריך עדי חד יומא הוא משום שעי״ז יש ראיה שקנה והמל״מ כתב בשם המהרי״ט דאם מביא עדים שקנה לא בעינן עדות על חד יומא דמה שקנה הוא ראיה שהמוכר דר בה חד יומא ע״ש. דהיינו שיסוד הדין דבעינן חד יומא הוא כדי

שלא יהיה רעותא כמש״כ הראשונים אבל ס״ל דהיכא דאיכא עדים שקנה זה הוכחה שדר בה המוכר חד יומא.

עוד נחלקו הראשונים אם בעינן דוקא עדים על חד יומא או דסגי במגו באופן דאית ליה מגו. התוס׳ כתבו לעיל ל. דאי אית ליה מגו לא בעינן עדים. והראשונים כאן פליגי וס״ל דבעינן דוקא עדים על חד יומא ולא מהני מגו. וכן לומד המהרש״א בדעת הרשב״ם. וכמה טעמים נאמרו בזה, א. הרמב״ן כתב דכיון שגם אחר המגו צריך להגיע לטענינן לא טענינן על סמך מגו אא״כ יש בירור ודאי כעדים. עיין לשון הריטב״א בזה. ב. בעה״מ כתב לעיל בסוגיא דקריביה דר״א דבמקום שיכול למצוא עדים בקל לא סמכינן על מגו ומביא ראיתו מכאן דבעינן עדים על חד יומא. וע׳ לעיל לג. שהובא בזה דברי הקצה״ח בס׳ רצ״ד סק״ב שמביא דברי בעה״מ לגבי דינא דאיסי בן יהודה. וע׳ בריטב״א כאן שגם כתב פשט זה ומדמה בהדיא לדינא דאיסי בן יהודה דכשם שלא מהני שבועה במקום רואין כך לא מהני מגו. ג. בלשון הרשב״א משמע דכיון שאם היה דר בה היו מצוים עדים אי ליכא עדים איכא ריעותא וראיה שלא דר בה ואינו נאמן במגו. וקשה דא״כ גם כשטוען קמי דידי זבנא למה נאמן במגו דלקחתי ממך הא איכא ריעותא דליכא עדים דדר בה המוכר חד יומא. וע״כ דמגו מהני נגד ריעותא זה. ואולי כונת הרשב״א רק לבאר עיקר הדין דבעינן חד יומא אבל מה דלא מהני בזה מגו אינו מטעם זה אלא כרמב״ן או כבעה״מ. ד. היד רמ״ה באות קי״ח ס״ל כשיטת הראב״ד דאף שמביא עדי חד יומא צריך גם להביא עדים שהוא לוקח או יורש. ומה שאינו נאמן לומר שלקח מכח מגו דממך לקחתי מבאר הרמ״ה דלא אמרינן מגו מטענה שבה יש לו חזקה עם טענה לטענת זבינתה מפלניא דהיא חזקה שאין עמה טענה. ומביא הרמ״ה ראיה לסברא זו ממה שצריך עדים שדר בה חד יומא ואינו נאמן במגו דמנך זבינתה, דכשטוען מינך זבינתה יש לו חזקה עם טענה משא״כ כשטוען מפלניא זבינתה ודר בה חד יומא הוי חזקה שאין עמה טענה ולא אמרינן מגו כה״ג. ולשון הרמ״ה בזה דלא אמרינן מגו אלא מטענה לטענתא אחריתי דכותיה והרמ״ה מוסיף ראיה לזה מהגמ׳ לעיל ל: ע״ש היטב.

עיין בריטב״א דחד יומא לאו דוקא וה״ה שעה אחת וכן נפסק ברמ״א בס׳ קמ״ו סע׳ י״ד והגאון בסקל״ה כתב המקור מכאן דאיבעיא להו נראה בו מהו משמע דדירה דומיא דסייר ארעיה מהני אע״ג דאינו יום שלם.

קמי דידי זבנא. בלשון הגמ׳ מבואר שנאמן בזה בגלל מגו דממך לקחתי. והקשה רע״א למה צריך מגו הא אית ליה חזקה וטוען טענה מעליתא ומה לי ממך לקחתי מה לי לקחתי מפלוני דזבנא מינך קמי דידי. וכתב דאה״נ לא בעינן מגו אלא כונת הגמ׳ דכמו שנאמן לומר ממך לקחתי כך נאמן לומר שלקח מפלוני. אמנם בתוס׳ לעיל ל. מבואר דס״ל דנאמן מתורת מגו דכתבו שאם לא טען כן מיד אינו נאמן דהוי מגו למפרע. וע׳ קצה״ח ס׳ קמ״ו סקי״ב שלומד בדעת הרא״ש והטור דקמי דידי אינו מדין מגו כטענת רע״א ומביא שתוס׳ לא ס״ל כן. אמנם כתבנו לעיל דבדברי הרא״ש בריש ס׳ י״ג מפורש שקמי דידי הוא מדין מגו דמבאר דמגו לקיים חזקה נגד חמ״ק לא נחשב מגו להוציא וכתב ע״ז כגון קמי דידי זבנא דנאמן במגו דממך לקחתי.

ובקושית רע״א אמאי צריך מגו ואינו נאמן בקמי דידי מכח החזקה כתב הקה״י בס׳ כ״א דכיון דאין עדים שדר בה המוכר חד יומא איכא ריעותא בטענתא [והובא לעיל דסברא זו מבוארת בכמה ראשונים] ולכן אינו נאמן אלא משום דאית ליה מגו, וע׳ בשיטמ״ק בד״ה אמר רב שכתב בשם ר׳ יונה ותה״ר דרב הבין בתחילה שר״ח אמר שאפילו בקמי דידי זבנא אינו נאמן בלי עדים שדר בה חד יומא דאע״ג דאית ליה מגו לא מהני דאיכא ריעותא דלא ראוהו דר בה חד יומא וע״ז אמר רב חזיתיה לדעתיה דאם היה טוען קמי דידי היה נאמן. ואם יש ה״א דכיון דאיכא ריעותא אפילו במגו לא יהיה נאמן בודאי

שי״ל דלמסקנה שכן נאמן מה שצריך מגו הוא משום ריעותא זה וכמש״כ הקה״י. ונראה דיש לבאר באופן אחר ע״פ מה שיתבאר בס״ד בסמוך לגבי ג׳ לקוחות מצטרפים ע״פ דברי הקצה״ח דכל לוקח שמחזיק ואינו טוען שקנה מהמ״ק לית ליה חזקה אא״כ יש קול שהמחזיק קנה ממי שטוען שקנה מהמ״ק א״כ באופן דליכא קול אין חזקתו חזקה ואעפ״כ זוכה מכח מגו דממך לקחתי ואם היה טוען כן היה לו חזקה אבל לולא מגו אע״ג דטענתו טענה לא היה זוכה דאין חזקתו חזקה. עיין בסמוך.

ג׳ לקוחות מצטרפין. אמר רב וכולן בשטר. מבואר בגמ׳ דבלי שטר לית להו חזקה כיון שכ״א החזיק רק שנה ולא היה לו למחות אבל כשיש שטר יש קול שכ״א בא מכח מי שלפניו והיה לו למחות. הנ״י לעיל כט. וכן הטור בס׳ ק״מ מביאים מחלוקת בראשונים בהא דמבואר לעיל שאם המחזיק השכיר הבית עולה דירת השוכרים לחזקתו של המשכיר אם בעינן דוקא שהשכיר בשטר. שיטת הרשב״א דדין השוכר כדין הלוקח ואם שוכר אחד דר כל הג׳ שנים הוי חזקה ולא בעינן שטר כמו שבלוקח אחד לא בעינן שטר. ואם כל שנה היה שוכר אחר בעינן שטר דומיא דג׳ לקוחות. שיטת ר׳ יונה שרק בג׳ לקוחות בעינן שטר מפני שכ״א מחזיק לעצמו אבל בשוכרים אפילו נתחלפו כל שנה אין הם מחזיקים לעצמם אלא למשכיר ודירתם כדירת המשכיר לכן לא בעינן שטר [ע׳ בגאון ס׳ ק״מ ס״ק מ״ב שמבאר כן דברי ר׳ יונה]. שיטת הראב״ד שבשוכר אפילו שוכר אחד דר כל הג׳ שנים לא הוי חזקה אלא א״כ שכר בשטר. ואינו מובן מ״ש שוכר אחד מלוקח אחד דלא בעי שטר. ולעיל דף כט: נתבאר שיטת הב״ח בזה ע״ש.

וכתב בזה הקצה״ח בסק״ו שהראב״ד ס״ל דבעצם גם בלוקח אחד כיון שאינו טוען שלקח מהמ״ק יש חסרון בחזקתו דטוען המ״ק שלא חשש מהמחזיק כיון שאינו טוען שקנה ממנו ומהמוכר לא ידע המערער. ומה דבלוקח אחד לא בעינן שטר הוא רק מפני שמאן דזבין בפרהסיא זבין ואף שלא מתפרסם מאליו מ״מ אם רוצה לברר יכול לברר. ורק בג׳ לקוחות טוען המערער שלא חשש לברר כיון שהחזיקו בדרך גזילה. אבל בלוקח אחד היה צריך המערער לברר ואם יברר ישמע לכן לא בעינן שטר. אבל בשוכר סובר הראב״ד שלא משכירים בפרהסיא ואפילו ירצה לברר לא יוכל לכן אפילו בשוכר אחד בעינן שטר. וצריך להבין דברי הקצות אמאי בלוקח אחד לולא הפרסום לא היה חזקתו חזקה אמנם לפי טענתו לית ליה חזקה מ״מ אית ליה מגו דממך לקחתי ואם היה טוען כן היה לו חזקה וצ״ל דהראב״ד ילמד כשיטת הרשב״ם שאם לדבריו לית ליה חזקה ויש ריעותא דאחוי שטרך לא מהני מגו.

נמצא דיש ללמוד מדברי הקצה״ח דכמו שבג׳ לקוחות לולא קול ליכא חזקה כמו כן בלוקח אחד לולא קול לא היה לו חזקה [ולכן שוכר אחד בעי שטר]. א״כ יש לבאר עפ״ז דברי הגמ׳ דקמי דידי זבנא נאמן רק מכח מגו ונאמר דגם החולקים על הראב״ד אין זה מפני שחולקים על יסוד דבריו אלא מודו כו״ע דכיון שאינו טוען שלקח מהמ״ק אין חזקתו חזקה אא״כ אית ליה שטר שאז יש קול שקנה מהמוכר. אלא דס״ל דאעפ״כ זוכה מכח מגו דממך לקחתי וס״ל דמהני מגו במקום ריעותא דאחוי שטרך ככל הראשונים דפליגי בדף ל. על הרשב״ם.

הגר״א בסקמ״א מבאר שיטת הראב״ד באופן אחר דס״ל דכל שאין הלוקח הראשון דר בו בעצמו לית ליה ללוקח השני חזקה אא״כ קנה בשטר דאית ליה קלא. ואה״נ גם בלוקח אחד בעינן שטר. ולדבריו מה שאמרו וכולם בשטר לא קאי דוקא על ג׳ לקוחות אלא נאמרו בזה ב׳ דינים. א. ג׳ לקוחות מצטרפים. ב. כל חזקה של לקוח הוא דוקא ע״י שטר. וגם זה ע״פ דרכו של הקצות דאם המחזיק לא טוען שקנה מהמ״ק לית ליה חזקה אא״כ יש קול. וגם ע״פ דרכו של הגר״א י״ל שגם החולקים על

הראב״ד ס״ל כן אלא דסברי דאעפ״כ לא בעינן שטר משום דאית ליה מגו ורק בג׳ לקוחות לית להו מגו דכ״א החזיק רק שנה. ונתישב בזה למה בקמי דידי בעינן מגו משום דמיירי באופן דלית ליה שטר וא״כ אין חזקתו חזקה וזוכה מכח מגו ואה״נ היכא דאית ליה שטר נאמן בקמי דידי בלי מגו. והראב״ד ס״ל דלא מהני בזה מגו כיון דלדבריו לית ליה חזקה ואיכא ריעותא דאחוי שטרך לכן ס״ל שגם בלוקח אחד אינו זוכה בלי שטר. והעירוני דאולי מה שכתבו הקצות והגאון הוא רק כשמחזיק בלי טענה כלל אבל כשטוען קמי דידי זבנא ומכחיש דברי המ״ק אין חסרון בחזקתו אך המעיין בלשון הגאון יראה שכתב שכל שאינו טוען שקנה מהמערער בעצמו אין חזקתו חזקה אא״כ יש קול שמחזיק מכח המוכר.

המוכר שדה בעדים. מבואר דאע״ג דליכא שטר על חיוב האחריות כיון דאיכא קול הוי כמלוה בשטר וגובה מנכסים משועבדים. ויש לעיין מזה על דברי הקצות והנתיבות בס׳ ס״ו. דאיתא בסי׳ ס״ו סע׳ י״ד דרק שטר קנין נקנה בכתיבה ומסירה. וכתב הש״ך דהא דשט״ח נקנה בכו״מ אף דאינו אלא שטר ראיה מ״מ כיון שמע״פ לא גובה ממשעבדי השיעבוד נעשה ע״י השטר והוי שטר קנין. והקשה הקצה״ח בסק״כ דקי״ל שיעבודא דאורייתא א״כ הכסף משעבד ורק במע״פ בטלו רבנן את השיעבוד אבל במלוה בשטר נשאר כדין תורה שהכסף משעבד והשטר אינו אלא לראיה ולמה נקנה בכו״מ. וכתב הנתיבות בסקכ״ג דאמנם מן התורה הכסף משעבד אבל אחרי שבטלו רבנן את השיעבוד במע״פ הא דמב״ש גובה ממשעבדי הוא משום דהשטר משעבד והוי שטר קנין. ותמה הקצות במשובב דהשטר אינו משעבד אלא ע״י השטר יש קול ובמקום דאיכא קול לא בטלו רבנן את השיעבוד ע״ש. ומגמ׳ דידן מוכח כדברי הקצות דחזינן הכא דהיכא דאיכא קול גובים ממשעבדי גם מע״פ וא״כ מלוה בשטר שיש קול לא גרע ממע״פ במקום שיש קול א״כ לא צריך שהשטר ישעבד אלא המעות משעבדים ובמקום דאיכא קול לא בטלו רבנן את השיעבוד. אך גם דברי הקצות צ״ע דהקצות הקשה על הש״ך רק משום דקי״ל שיעבודא דאורייתא משמע דלמ״ד שיעבודא דרבנן ניחא דהשטר עושה את השיעבוד, והכא מוכח דגם למ״ד שיעבודא דרבנן כל שיש קול יש שיעבוד מתקנ״ח גם במקום דליכא שטר דמבואר בסמוך דרב אית ליה שיעבודא לאו דאורייתא ורב הוא שאמר שמוכר שדהו בעדים גובה ממשעבדי ומוכח מזה דכשרבנן תקנו שיעבוד במלוה בשטר לא תקנו שהשטר ישעבד אלא תקנו שיעבוד בכל מקום דאיכא קול וליכא פסידא דלקוחות ואפילו כשאין שטר א״כ אפילו למ״ד של״ד אין השטר משעבד אלא המעות ולא הוי שטר קנין. [ע׳ ב״ק קד: דגם מע״פ אחרי העמדה בדין גובה ממשעבדי ופרש״י בב״מ טו. דהוא משום דאיכא קול ומבואר דגם בלי שטר גובים ממשעבדי במקום שיש קול אבל ע׳ ברע״א תשובה קל״ב ד״ה אמנם שכתב שבתוס׳ בב״ק קד: מוכח דאחרי העב״ד גובה ממשעבדי מן התורה גם למ״ד של״ד וע״כ דאינו משום קול וע׳ בזה בקצה״ח ס׳ קי״ט סק״א וקו״ש ב״ב אות תרכ״ח, ובמה שכתבנו בגיטין פ״ו].

הנתיבות בס׳ קט״ז סק״א כתב בשם התומים דלא אמרו המוכר שדהו בעדים גובה ממשעבדי רק למ״ד שיעבודא דאורייתא דמן התורה כל חוב גובה ממשעבדי ורק במע״פ הפקיעו משום דלית ליה קלא מש״ה במוכר בעדים דאית ליה קלא גובה ממשעבדי אבל למ״ד של״ד רק בשטר תקנו ולא בחוב ע״פ אף דאית ליה קלא. וכתב ע״ז הנתיבות דלא משמע כן בפוסקים דהרבה פוסקים דשל״ד ודין המוכר שדהו בעדים הוא דין מוסכם. והדברים תמוהים דלא צריך להוכיח מדברי הפוסקים הא רב דאמר המוכר שדהו בעדים אית ליה של״ד. והמעיין בתומים בסק״ד יראה שלא כ״כ כלל ואדרבה כתב בהדיא דדין המוכר שדהו בעדים הוא גם למ״ד של״ד ומוסיף דהא רב ס״ל של״ד ומה שמחלק התומים בין ש״ד לשיעבודא ל״ד הוא

לענין מה שמבואר בגמ׳ בב״מ עב: דהמוכר שדה ונמצאת גזולה ויוצאת מיד הלוקח וחוזר הלוקח וגובה קרן ממשעבדי והקשו בגמ׳ אמאי הא שטרא חספא בעלמא נמצא דהוי כמע״פ ואינו גובה ממשעבדי. והקשה ע״ז התומים מה בכך דבטל השטר הא מוכר בפרהסיא וחיוב זה של החזרת דמי המקח הוא חוב שיש לו קול ויגבה ממשעבדי אף שאין שטר. ותי׳ דלמ״ד שיעבודא דאורייתא באמת גובה חוב זה ממשעבדי בלי שטר, דרבנן בטלו רק במקום דליכא קול וקושית הגמ׳ למ״ד של״ד ולדידיה כיון שסתם הלואה לית ליה קלא לא תקנו שיעבוד על שום מלוה אף שבמקרה יש לו קול דלא חלקו בין מלוה למלוה. אבל כ״ז לענין נמצאת גזולה דבזה נהפכו הדמים להלואה, אבל לענין בא בע״ח וטרף אין חיובו של המוכר מדין הלואה אלא בגלל חיוב אחריות על המכירה וכיון דאיכא קלא גובים חוב זה ממשעבדי אפילו למ״ד של״ד.

בהגהת אמרי ברוך בגליון השו״ע בס׳ קט״ז מביא דברי התוס׳ בב״מ יד. שכתבו דהמוכר שדה ונמצאת גזולה גובה דמיו ממשעבדי מפני שנהפכו הדמים להלואה והוי כמלוה בשטר דגובה ממשעבדי ע״ש. והקשה האמרי ברוך למה הוצרכו לומר דהוי מלוה בשטר הא איכא קלא דחוב זה בא מחמת מכר והיכא דאיכא קלא גובים ממשעבדי גם בלי שטר. זה ממש קושית התומים על הגמ׳ ב״מ עב: ותי׳ כתירוץ התומים דתוס׳ קאי לשמואל דס״ל של״ד ולדידיה גם מלוה דאית ליה קלא לא גבי ממשעבדי אא״כ כתב שטר משא״כ למ״ד ש״ד. ולכאורה כונתו כנ״ל דרק במלוה אמרינן כן אבל עיקר דינא דמוכר שדהו בעדים הוא גם למ״ד של״ד כמו שנתבאר לעיל. אך בדבריו מוכח דלא ס״ל כן דמביא ע״ז את התוס׳ בב״ק יד: ד״ה ש״מ שכתבו דנזקין אית להו קלא ולמ״ד ש״ד גובה ממשעבדי ולמ״ד של״ד לא גבי ממשעבדי. ומשמע דס״ל כן בכל חיוב שיש לו קול דתלוי אי ש״ד או של״ד. וקשה מסוגין דמבואר דחוב שאינו הלואה גובים ממשעבדי אם יש לו קול גם למ״ד של״ד.

ובסוף דבריו הקשה האמרי ברוך סתירה ברא״ש דמצד אחד פסק דמוכר שדהו בעדים גובה ממשעבדי אפילו לא פירש אחריות ומאידך פסק של״ד ולמה דמבואר בתוס׳ בב״ק הנ״ל למ״ד של״ד גם חוב שיש לו קול לא גובה ממשעבדי.

עיקר דברי התוס׳ הנ״ל בב״ק צ״ב דבסוגיין מבואר דחוב שיש לו קול גובה ממשעבדי גם למ״ד של״ד. אך הדברים מבוארים בשיטמ״ק בב״ק שם בשם הרא״ש דכתב על מה שכתבו התוס׳ דמזיק אית ליה קלא וז״ל ומיהו לית ליה קלא כמו מוכר שדהו בעדים דגובה מנכסים משועבדים לכ״ע עכ״ל. וע׳ בשעה״מ פי״ט ממלוה ה״ה שמבאר דברי התוס׳ בב״ק דנזקין לית להו קול גמור ולכן אם ש״ד לא בטלו בזה את השיעבוד אבל אם של״ד גם לא תקנו בזה שיעבוד. אבל במקום דאיכא קול גמור גם למ״ד של״ד גובים אף דליכא שטר. וזהו שכתב הרא״ש בשיטמ״ק דבמוכר שדהו בעדים גובים לכו״ע. ומיושב שפיר קושית האמרי ברוך בסתירה בדברי הרא״ש. אך א״כ בטלה תירוצו על התוס׳ בב״מ דהתם איכא קול גמור ואינו תלוי בש״ד או של״ד. וצ״ל כתירוצו של התומים לחלק בין מלוה דאית ליה קול לשאר חובות שיש להם קול. דמלוה שיש לו קול תלוי אי ש״ד או של״ד אבל שאר חובות שיש להם קול גם למ״ד של״ד גבי ממשעבדי. ואין זה נוגע לתוס׳ בב״ק דהתם ליכא קול גמור.

גובה מנכסים משועבדים. כתב הרא״ש דמיירי אפילו לא פירש אחריות ואפילו למ״ד אחריות לאו ט״ס היינו דוקא כשכתב שטר ולא כתב אחריות אבל כשלא כתב שטר לכו״ע איכא אחריות אף שלא פירש. והש״ך בס׳ קט״ז סק״ה מביא שבעה״ת חולק וסובר איפכא מסברת הרא״ש דאפילו למ״ד אחריות ט״ס היינו דוקא בכתב שטר אבל בלי שטר בעינן קבלת אחריות מפורשת. והש״ך כתב דמלשון הרשב״ם משמע דס״ל כבעה״ת וכוונתו לרשב״ם בד״ה המוכר שדהו שכתב וקיבל עליו אחריות, וע׳ בתומים

שם שכתב לדחות ראית הש"ך מהרשב"ם. והא דגובה ממשועבדים ואף דליכא שטר ואיכא חשש פרעון ואפילו המוכר מודה אינו נאמן לחוב ללקוחות ע' ברמב"ן ונ"י דמיירי באופן דליכא חשש פרעון. לענין נותן מתנה באחריות אי אית ליה קלא הרשב"א כתב בשם ר"ח דלא גובה ממשעבדי והריטב"א חולק ע"ש.

תוד"ה מלוה. צ"ב מה הביאו ממלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דאינו ענין של קול אלא שבמלוה הכתובה בתורה לא בטלו חכמים את השיעבוד אע"ג דליכא קלא.

דף מב.

אכלה האב שנה והבן שתים. בתוד"ה בפני מבואר דהא דקתני בסמוך אכלה בפני האב וכו' מיירי שבזמן שמת האב הבן היה גדול. ולגבי אכל האב שנה והבן שתים נחלקו הראשונים. הרמב"ם בפי"ג מטו"נ ה"ב ס"ל שחשו"ק אין להם חזקה. וה"ה כתב בפי"ב ה"ז דזה רק כשהיה חשו"ק כל הג' שנים אבל החזיק האב שנה והבן שתים מודה הרמב"ם דהוי חזקה אע"פ שהבן קטן. והובא לעיל שהאבה"א כתב דאין ראיה מהרמב"ם דסמך על מש"כ בפי"ג וגם באכלה האב שנה והבן שתים מיירי דוקא בבן גדול. וכתבנו לעיל דתלוי במחלוקת הקצות והנתיבות בטעמא דחשו"ק אין להם חזקה. הרמב"ן והרשב"א פליגי על עיקר דינו של הרמב"ם וס"ל שגם קטן שהחזיק ג' שנים אית ליה חזקה [ע' מ"מ פי"ג ה"ב]. ומבאר הרמב"ן דחזקה הוא בגלל הראיה שיש מהשתיקה וזה יש גם בקטן. ומה דבעינן ג' שנים הוא משום דעד אז איכא ריעותא דאחוי שטרך. והקשה הרמב"ן א"כ נימא דלקטן יהיה חזקה בפחות מג' שנים דליכא בקטן ריעותא דאחוי שטרך. ותי' דא"כ מי שאין לו דעת הרויח ולא מצינו אותו אלא מפסיד. והאחרונים נתקשו בביאור דברי הרמב"ן. ע' בזה בקה"י ס' י"ח אות ח'. ובנתיבות בס' קמ"ד סוף סק"ג מבואר שכונת הרמב"ן דלא פלוג רבנן וכן מפורש בריטב"א כאן שגם כתב כרמב"ן דהחזקה היא ראיה מהשתיקה והקשה א"כ קטן יהיה לו חזקה בתוך ג' שנים ותי' דלא פלוג רבנן ע"ש.

ורמינהי אכלה בפני האב. הקשו התוס' דהוי מצי לשנויי כאן בשטר כאן בלא שטר. ותירץ הרמב"ן דאכלה האב ואכלה בפני האב הכל ברייתא אחד ורישא דומיא דסיפא. וקשה א"כ מאי משני ההיא במוכר שדותיו סתם הא בעינן סיפא דומיא דרישא. וע' בנתיבות ס' קמ"ד סק"א שלמד מזה שרק בסיפא שהמערער מכר כל נכסיו סתם א"כ אינו ניכר שמכר הקרקע שהמחזיק מחזיק בו ולא הוי מכירתו מחאה אא"כ מכרה בפירוש. אבל ברישא שהמחזיק מוכר נכסיו והלוקח החזיק גם בקרקע זו בודאי היה המ"ק צריך למחות גם כשמכר המחזיק שדותיו סתם. וע"ש שמביא שהתומים מסתפק בזה והנתיבות כתב שפשוט שרישא מיירי גם בסתם. אמנם ע' ביד רמ"ה אות קכ"ה שכתב בהדיא דשמעינן מהכא דאכלה בן שנה ולוקח שנה וכן הא דג' לקוחות מצטרפים מיירי דוקא דזבנא כל חד מינייהו להאי ארעא בפירוש אבל מכרו כל שדותיהם סתם לית להו קלא ולא קיימא להו חזקה. וזה דלא כנתיבות.

עוד תירץ הרמב"ן את קושית התוס' דלענין שיחשב מכירת המ"ק כמחאה לא בעינן מכירה בשטר שהעדים מפרסמים המחאה [והובא מחלוקת בזה להלכה בס' קמ"ד סע' ד']. וזה הפך סברת הרש"ש שהקשה מה הקשו ממחאה על חזקה הא כתבו התוס' לעיל דהחזקה נשמעת יותר ע"ש.

הרשב"ם בד"ה אמר רב פפא מביא בשם י"מ שגם אם פירש שמוכר שדה זו לא הוי מחאה כיון שמכר יחד עם שאר שדותיו. ע' בטור ס' קמ"ד שסתם כפירוש זה של הי"מ.

האומנין השותפין והאריסין. הריטב"א והרמ"ה באות ה' כתבו דכמו ששותפין ואריסין מיירי בקרקע גם אומנים מיירי בקרקע באופן

שדרך האומן לדור במקום שהוא מתקן. גם הרמב"ם פי"ג מטו"נ ה"א מפרש הכל בקרקע. אבל הרשב"ם כתב דסתם אומנין הוי של מטלטלין. ויש קצת לעיין לפי הרשב"ם מאי קאמר בגמ' דאבוה דשמואל ולוי תנו שותף וכ"ש אומן ומאי כ"ש הא שותף מיירי בקרקע ואומן במטלטלין והמוחזקות במטלטלין אלים טפי מבקרקע ואיך נלמד שאין לאומן חזקה במטלטלין ממאי דאין לשותף ואריס חזקה בקרקע. והא דחזקת מטלטלין עדיף משל קרקע מבואר בר' יונה בריש פרקין דף כח: בהא דפריך אלא מעתה חזקה שאין עמה טענה תיהוי חזקה ומבאר ר' יונה דבמטלטלין אין המחזיק צריך טענה אלא יכול לומר אין רצוני להשיבך דהחזקה היא חזקה בפנ"ע בלי צורך בצירוף של טענה משא"כ בקרקע שאין חזקתה אלימא צריך טענה עם החזקה. וכתב ר' יונה ב' טעמים דחזקת מטלטלין עדיף. א. מפני שתופס בידו ממש משא"כ בקרקע. ב. במטלטלין כדי לקחת צריך מעשה גניבה ממש ואחזוקי אינשי דגנבי לא מחזקינן משא"כ בקרקע כשיורד לקרקע של חברו אין זה מעשה גניבה ממש. מטעם זה חזקת מטלטלין הוא לאלתר וחזקת קרקע בעי ג' שנים. א"כ איך נילף חזקת מטלטלין דאומן בק"ו מחזקת קרקעות דשותף. ונראה שיש סיוע מגמ' זו לסוברים דחזקת ג' שנים בקרקע אינו הוכחה שקנה מדשתק המ"ק כמו שהבין הקצות בס' ק"מ סק"ב בדעת הרמב"ן אלא חזקת ג' שנים בקרקע הוא ממש אותו דין כחזקת מטלטלין אלא דמטלטלין כיון שחזקתו אלים הוי מיד בחזקתו ולדעת ר' יונה לא בעי טענה ובקרקעות בעינן טענה וג' שנים. אבל אחרי הג' שנים וטענה מקבל דין מוחזק על הקרקע ממש כמו המוחזקות דמטלטלין לאלתר. כך מבאר האבי עזרי פי"א מטו"נ ה"א את שיטת הרמב"ן. ולפ"ז ניחא הק"ו מקרקע למטלטלין דהוי חד דינא. אמנם מדברי הרשב"ם לעיל לג. דס"ל דהזוכה בקרקע ע"י חזקת ג' שנים לא בעי שבועת היסת מוכח לכאורה דחזקה דקרקע הוא מכח ראיה ולא כחזקת מטלטלין וצ"ע.

עוד כתב הרשב"ם דהא דבמטלטלין החזקה הוא לאלתר משום דסתם לוקח מטלטלין מחברו בלא עדים הוא קונה ובלא שטר. משמע שאם היה הדרך לכתוב שטר על מטלטלין היה בזה ריעותא דאחוי שטרך ולא היה חזקתו עד ג' שנים. ראיתי מעוררים מהא דאיתא לעיל לו. דעבד קטן המוטל בעריסה דאינו כגודרות הוי חזקתו לאלתר ואע"ג דכותבין שטר על עבדים ומוכח מזה דלגבי מטלטלין דחזקתו אלימא לא מהני ריעותא דאחוי שטרך לקלקל חזקתו א"כ למה הוצרך הרשב"ם למימר דחזקת מטלטלין לאלתר מפני שלא כותבין שטר על מטלטלין. וע' קצה"ח ס' קל"ה סק"ב שהקשה אמאי אית ליה לעבד קטן חזקה לאלתר הא איכא ריעותא דאחוי שטרך. ותי' דחזקה דאימא לא מינשיא ברה עדיף מריעותא דאחוי שטרך. ואין זה מספיק דאמנם לא חיישינן לאמא מינשיא ברה אבל ניחוש שמא המחזיק גנבו אע"כ דחזקת מטלטלין ואחזוקי אנשי בגנבי לא מחזקינן נמי עדיף מריעותא דאחוי שטרך וא"כ דברי הרשב"ם צ"ב. וכעין זה הקשה באבן האזל פ"ט מטו"נ ה"ו ד"ה וראיתי על דברי הגמ' בדף לג. ארעא אמרינן ליה אחוי שטרך אי הכי פירי נמי, שטרא לפירי לא עבדי אינשי. וזה ממש כדברי הרשב"ם דמבואר שאם היו כותבין שטר אפירי היה בזה ריעותא דאחוי שטרך אע"ג דהוי כמטלטלין. והקשה האבה"א מהגמ' בדף לו. גבי עבד קטן. אך מה שמתרץ האבה"א שם לא יתרץ את דברי הרשב"ם ע"ש.

ונראה דיש לעיין עוד בדברי הרשב"ם דכתב שבמכירת מטלטלין הדרך שמוכר בלא עדים ובלא שטר. ואינו מובן בשלמא בלא שטר משום שאם היה הדרך למכור בשטר היה ריעותא דאחוי שטרך אבל למה מוסיף הרשב"ם שאין הדרך למכור בעדים. וכי אם היה הדרך למכור בעדים היה ריעותא מזה שאין עדים דאטו בכיפא תלו להו. אע"כ אין כונת הרשב"ם לריעותא דאחוי שטרך אלא מיירי שטוען שקנה וכשאומר התובע שיביא שטר או עדים משיב שלא כתב

שטר ולא העמיד עדים ובקרקע הטוען כך בודאי הוי ריעותא דאין הדרך לקנות בלי הוכחה אבל במטלטלין אין זה ריעותא כיון שכן הוא הדרך. ומה דנקט הרשב״ם שטוען כך מפני שהאמת שכן הוא הדרך. ובמקום הדרך לכתוב שטר הריעותא דקניתי בלי שטר גרע מהריעותא דאבד שטרי וזה היה מקלקל גם חזקת המטלטלין. לכן הוצרך הרשב״ם לומר דאין הדרך למכור בעדים ובשטר לכן ליכא ריעותא. ויוצא לפ״ז דין מחודש דהא דעבד קטן יש לו חזקה לאלתר הוא רק כשטוען הלוקח שטר היה לי ואבד, בזה ריעותא דאחוי שטרך לא מקלקל חזקת מטלטלין. אבל אם יטען לקחתי בלי עדים ובלי שטר יוציאו מידו, וא״ש דברי הרשב״ם. ושו״ר בשעה״מ ס׳ ק״מ סק״ד שמסופק במחזיק ג׳ שנים וטוען שקנה בלי שטר שאולי אינו נאמן אף דאית ליה מגו שאבד שטרו הוי מגו נגד אנן סהדי.

בסוה״ד כתב הרשב״ם דמה דאין לאומן חזקה הוא כשטוען בעה״ב שלחתיו לך לתקנו. משמע לכאורה שאם טוען שהאומן גנבו יהיה לאומן חזקה ככל אדם. ודבר זה תלוי במחלוקת הראשונים בדבר העשוי להשאיל ולהשכיר או גודרות ואין המ״ק טוען שהשאיל או שהגודרות הלכו מעצמם אלא טוען שהמחזיק גנבו אם נאמן או לא התוס׳ בשבועות מו: כתבו דנאמן וכתב שם המהרש״א שהוא במגו דשאולים והרא״ש שם כתב דלא מהני מגו להחזיק אינש בגנבי. ועוד סברא שלא יהיה נאמן כתבו התוס׳ שם בסוף דבריהם דהוי מגו להוציא. ומחלוקת זו הובאה להלכה בס׳ צ׳ סע׳ י״א. וע׳ מש״כ הנתיבות שם סק״ח לבאר סברת הסוברים דמהני מגו אמאי לא הוי מגו להוציא וע״ע בזה לקמן נב:.

האריסין והאפוטרופין. כתב הנתיבות בס׳ קמ״ט סקי״ג דמלשון הרמב״ם והשו״ע משמע דמיירי שידוע שהוא אריס או אפוטרופוס של מי שהוא מחזיק בנכסיו אבל אל״כ אף שידוע שאומנותו אריס ואפוטרופוס אית ליה חזקה. וכן מוכח בהדיא בדברי השו״ע שם סע׳ כ״ט שמביא מחלוקת באפוטרופוס כשידוע שהמחזיק הוא אפוטרופוס של המ״ק אבל לא ידוע שהיה אפוטרופוס באותה קרקע. ומבואר שאם לא ידוע שהוא אפוטרופוס שלו כלל בודאי אית ליה חזקה. וכתב הנתיבות שמדברי התוס׳ בדף מז: ד״ה ומעמידים משמע לגבי אומן בקרקע דכל שידוע שהוא אומן אין לו חזקה אע״ג שלא ידוע שירד לנכסי חברו בתורת אומנות. וכתב הנתיבות דכן נראה דבכלל אומן גם אומן דמטלטלין ובזה פשוט דכל שידוע שהוא אומן אין לו חזקה א״כ גם בקרקע צריך להיות כך הדין. וכדברי הנתיבות מפורש ביד רמ״ה באות ה׳ דכתב על אומנין אריסין ואפוטרופין דלא מיירי דוקא שידוע שירדו לנכסי פלוני בתורת דברים אלו אלא כל שידוע שאומנותם בכך אין להם חזקה ע״ש.

בד״א במחזיק אבל נותן מתנה וכו׳. התנא נקט מתנה אחים שחלקו ומחזיק בנכסי הגר וחיסר לוקח קרקע מחברו. כתב בזה הרמ״ה באות ו׳ דבמכר אין חזקה קונה עד שיתן דמים כמבואר בקידושין כו׳. דשטר אינו קונה במכר עד שיתן דמים. אך שיטת הר״ן בקידושין שם דרק בשטר שלא החזיק בגוף הממון אבל בחזקה קונה גם לפני נתינת מעות ורק בעשר שדות בעשר מדינות בעינן דמי כולם מפני שלא החזיק בגוף הקרקע השניה ע״ש.

דף מב:

שותפין מחזיקין זע״ז. הרמב״ם פסק דשותף יש לו חזקה רק בתרתי, דנחית לכולה והוי חצר שיש בו כדי חלוקה. וכן דעת הרא״ש. והטור כתב בס׳ קע״ט בשם ר״ח דגם בנחית לפלגא אית ליה חזקה. לכאורה היה נראה דאין כונת ר״ח לומר שבנחית לפלגא יהיה נ״מ בין יש בו כדי חלוקה לאין בו כדי חלוקה. דאין סברא כלל לחלק בין יש בו כדי לחלוקה לאין בה בנחית לפלגא ומחלוקת הרמב״ם והר״ח הוא רק מה סובר רבינא במה דפליגי תרי לשני אמרי

לה להאי גיסא ואמרי לה להאי גיסא. דלענין נחית לכולה ס״ל דתלוי אם יש בו כדי חלוקה או שאין בה כדי חלוקה ובנחית לפלגא תלוי אם הדרך להניח שותף להשתמש בחצי מסוים ג׳ שנים וזה תלוי במחלוקת ב׳ לשונות הנ״ל. ולפ״ז לק״מ מה שהקשו הב״י והלח״מ פי״ג ה״ח מטו״נ לר״ח אמאי נקט רבינא נחית לכולה דרצה להשמיע דנחית לכולה החילוק בין יש בה כדי לחלוקה לאין בה ובנחית לחציה בכל גווני הוי חזקה. אמנם דברי ר״ח הובאו גם ברשב״א ובדבריו מפורש שכונת ר״ח לחלק בין יש בה כדי חלוקה לאין בה כדי חלוקה גם בנחית לפלגא. אך הסברא לכאו׳ צ״ע דבין אם חלקו כדברי המחזיק בין אם לא חלקו כדברי השותף עשו מה שאין השדה ראוי לו ולמה ביש בה כדי חלוקה יהיה חזקה יותר מאין בה כדי חלוקה דנחית לפלגא.

תוד״ה אבל. ויש לחלק ע׳ מהר״ם ביאור דבריהם. וכדבריו כתב הלח״מ בפי״ג מטו״נ ה״א וסברא זו כתב גם בשיטמ״ק בשם תוס׳ הרא״ש.

תוד״ה שבח. כתבו דאין לתמוה על ההיא דהאומר זה אחי אמאי נוטל שמעון בשבח ששבחו נכסי הספק הא גם חלקו השביח דהם טרחו והם אכלו. דבריהם אינם מובנים דכל קושית התוס׳ היתה על שבח ששבחו נכסים מאליהם ולא משבח שבא ע״י טירחא ומה תירצו דהם טרחו והם אכלו. ועיין בחזו״א חו״מ ס׳ ט״ו באמצע ד״ה ונראה שכתב שדבריהם סתומים ומבאר כונתם דלאו דוקא נקטו הם טרחו והם ואכלו אלא כונתם דלא אמרינן ממ״נ אם הספק הוא אחיו א״כ החזיקו בשלו ולקחו מזה שבח וקבלו חלקם. אלא אמרינן דמה שקבלו שלהם הוא וקם דינא והשבח הוא שבח של ממונם ועכשיו נוטלים בשבח של נכסי הספק. ורק לענין גוף השדה שנתן ראובן לספק אמרינן שמקבל חזרה דעל דעת כן נתן ע״ש. ועפ״ז מישב החזו״א פסק הרמ״א בס׳ ר״פ סע׳ ב׳ שאם מה שנתן ראובן לספק אינו בעין אלא שיש ממון אחר כנגדו אין ראובן מקבל ממון זה אלא חולקים בו ראובן ושמעון כדין נפלו לו נכסים ממקום אחר. ומסברא אינו מובן דשמעון כבר קיבל חלק כנגד זה ומה לי אותה קרקע שנתן ראובן מה לי ממון אחר. ומקורו של הרמ״א הוא מהטור בשם הרמ״ה וידוע שהעירו בזה דט״ס איכא בטור וביד רמ״ה מפורש הפך דברי הרמ״א. והאריך בזה בשערי יושר ש״ה פי״א וכתב שדברי הרמ״א הם טעות. והחזו״א כתב דאמנם הרמ״ה שהוא מקורו של הרמ״א דעתו הפך מפסק הרמ״א אבל מתוס׳ דידן מוכח כפסק הרמ״א דמבואר דעל מה שקיבל שמעון אמרינן קם דינא וחולק בכל שאר נכסים עם ראובן בשוה חוץ מאותה קרקע עצמה שנתן ראובן.

בביאור דברי שמואל דשותף נוטל בשבח המגיע לכתפים נאמרו ג׳ דרכים. א. הרמב״ן והנ״י כתבו בדעת הרשב״ם דנוטל בכל השבח אף שבשעה שירד לשדה כבר היה במצב של מגיע לכתפים ותחילת השבח לא היה ע״י מעשיו. ב. שיטת ר״ת דמקבל רק בשבח שבא ע״י טורח וגרע מאריס דמקבל גם שבח שלא בא ע״י טורחו. ג. תוס׳ בדעת רש״י כתבו דכל יורד שלא ברשות אפילו בעשוי ליטע מקבל כקבלן ולא כאריס ושותף עדיף מיניה ומקבל כאריס שלוקח פירות וא״א לסלקו בדמים.

ומעידים זה לזה. ופריך אמאי נוגעין בעדותן הן. הקשו הרשב״א והריטב״א דלמאי דס״ד שלא הסתלק הרי הוא בעל דבר ממש ולמה הגמ׳ שואלת בלשון נוגע בעדות דהיינו שע״כ שמואל מיירי באופן שהמערער תובע את הממון המשותף לשניהם ואם יזכה בדין יהיה הפסד לשני השותפים שאם תובע רק ששותף אחד מכר לו חלקו פשיטא שנאמן השותף השני גם בלי סילוק ואינו נוגע כלל כמבואר בתוס׳ רי״ד וכן מפורש בשו״ע ס׳ ל״ז סע׳ א׳. ובאופן שהתביעה על שניהם הרי הוא בעל דבר ממש ולא רק נוגע. ותירצו דנקטו נוגע בגלל השאלה השניה שגם אחרי הסילוק שאינו בעל דבר אכתי

נוגע בעדות שרוצה להעמידה בפני בעל חובו. אמנם למה שמבואר בתוס׳ רי״ד יתישב קושית הרשב״א באופן אחר. שכתב שאילו המעיד לא היה אחד מהשותפים אלא קרוב של אחד מן השותפים, היה יכול להעיד. ואף שלגבי קרובו אינו נאמן פלגינן סהדותא ומאמינים לגבי הרחוק. ואין לפסול משום חשש משקר דבקרוב ליכא חשש משקר אלא גזה״כ ולגבי הרחוק נאמן. אבל כשהשותף בעצמו מעיד א״א לעשות פלגינן ולהאמין לגבי חברו דבבעל דבר יש גם פסול חשש משקר והחשש משקר הוא פסול גם במה שנוגע לחברו כיון שזה עדות אחת. נמצא לדברי התוס׳ רי״ד דבדוקא הקשו מדין נוגע בעדות ולא מדין בעל דבר. דמצד בעל דבר היה אפשר לקבל לגבי חברו ולא לקבל על עצמו ונעשה פלגינן נאמנות אבל מדין נוגע בעדות יש חסרון גם במה שנוגע לחברו דהחשש משקר מקלקל העדות גם לגבי חברו ובזה לא שייך לומר פלגינן ושפיר הקשו מדין נוגע ולא מדין בעל דבר.

מחלוקת הרשב״א והריטב״א עם התורי״ד בזה תלוי במה שנחלקו הראשונים במכות ז. בעילעא וטוביה שהיו קרובים לערב ורחוקים ללוה ולמלוה ופסלו עדותם גם לגבי הלוה והמלוה כיון שנוגע גם לערב. והקשה הרא״ש מאי שנא מפלוני רבעני לרצוני דפלגינן דיבורא ה״נ נעשה פלגינן ונאמין לגבי הלוה והמלוה ולא לגבי הערב. ותי׳ הרא״ש בשם י״מ דבפלוני רבעני מקבלים חלק מעדותו וחלק לא מקבלים אבל כאן א״א לחלק את העדות אלא להאמין כולו לגבי אחד ולא להאמין לגבי השני וזה לא עבדינן. דהיינו פלגינן דיבורא עבדינן ופלגינן נאמנות לא עבדינן. ועוד תי׳ בשם הראב״ד דכשיש על חלק מהעדות פסול קרוב א״א לעשות פלגינן דעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה. ורק כשעל חלק הוא בעל דבר שאין לו שם עד כלל פלגינן. נמצא דבמקום שבעל דבר מעיד על עצמו ועל חברו לי״מ לא פלגינן נאמנות ולראב״ד פלגינן. א״כ הרשב״א והריטב״א ס״ל כשיטת הי״מ שלא פלגינן ולכן הקשו דהיה לגמ׳ להקשות דהוי בעל דבר ממש ולא רק נוגע. אבל התורי״ד ס״ל כראב״ד דפלגינן ולכן ליכא הכא חסרון בעל דבר דאפשר להאמין לגבי חברו אך אכתי נוגע בעדות איכא דפסול נוגע הוא פסול גם לגבי חברו. ורק בפלוני רבעני שמעיד חובתו וליכא חשש משקר אלא רק פסול בע״ד בזה פלגינן. ושו״ר שמפורש ברשב״א בהמשך דבריו כאן שחולק על סברת הראב״ד אך לא כמו שכתבנו שסובר כי״מ שהובא ברא״ש שלא פלגינן נאמנות אלא ס״ל שגם בעל דבר יש לו שם עד ואמרינן בזה עדות שבטלה מקצתה וממילא לא פלגינן נאמנות. והרשב״א לשטתו הקשה שהגמ׳ היתה צריכה לשאול שיש פסול בעל דבר ולא רק נוגע. אבל התורי״ד ס״ל שמצד פסול בע״ד אפשר לעשות פלגינן ובדוקא הקשו מדין נוגע בעדות.

אמנם מה שכתב התורי״ד שאילו קרוב של השותף היה מעיד היו מאמינים לגבי הרחוק והיה נאמן בלי סילוק לכאורה צ״ע דמפורש בגמ׳ הנ״ל במכות דבקרוב לא פלגינן ואם עדותו נוגעת לקרוב לא מאמינים גם לגבי רחוק ורק לגבי בע״ד יש ראשונים דס״ל שפלגינן וצ״ע.

דף מג.

האומר לחברו דו״ד אין לי. ע׳ במס׳ כתובות ריש פרק הכותב שבארנו בס״ד שיטות הראשונים בענין סילוק. ומדברי הרשב״ם כאן שכתב בד״ה וידי יהיו, שמה דמהני סילוק בדבר שעדיין לא זכה בו הוא משום שמתנה שלא יהא שלו כשיבוא הזמן שעתיד לזכות באותו דבר ואינו זוכה מפני שאין אדם זוכה בדבר בע״כ, מבואר דס״ל שלא חל כלום בשעת הסילוק ואינו אלא כמודיע שאין רוצה לזכות אח״כ וזה כשיטת התוס׳ רי״ד והריטב״א בריש פרק הכותב. ולדבריו מסתבר שיכול לחזור בו מהסילוק כשיטת המהרי״ט שהובא בקצה״ח ס׳ ר״ט סקי״ב. וע׳ מה שכתבנו בזה בריש פרק הכותב.

כתב הריטב״א דלא מהני לשון סילוק אלא במי שאין לו בדבר אלא שיעבוד בלבד או במתנה עד שלא זכה בה, ואינו מובן דמפורש בכתובות

צה. שגם בע״ח הבא להסתלק מקרקע המשועבד לו בלשון דין ודברים לא מהני. וגם שיעבוד נחשב לענין זה כדבר שכבר זכה בו דלא מהני סילוק אא״כ מחל בפירוש. עוד כתב הריטב״א על קושית התוס׳ בד״ה אין לי עסק דשאני עבד שיש לו יד לזכות בעצמו וזכו בו שמים. תי׳ זה כתבו התוס׳ בגיטין עז. והר״ן בריש פרק הכותב והריטב״א בקידושין ו: וע׳ מש״כ בזה האמרי משה ס׳ כ״ד אות ח׳.

מפני שמעמידה בפני בע״ח. מבואר לקמן מה. דמירי כשאין למוכר נכסים ובל״ה הבע״ח לא יגבה ממנו א״כ אין לו רוח ממון ולא חיישינן שמא אח״כ יהיו לו נכסים כמש״כ התוס׳ לקמן מה. ד״ה מאי. וכל התביעה הוא משום דאינו רוצה להיות לוה רשע ולא ישלם. והקשה שם הר״י מגש למה ניחוש שישקר כדי שלא יהיה רשע הא בזה שמעיד עדות שקר ג״כ הוי רשע נמצא שלא ירויח ע״י השקר ואין סיבה לחשוש שמשקר. ותי׳ דהנגיעה הוא שאינו רוצה שבנ״א יחזיקוהו לרשע אבל מה שהוא רשע כלפי שמיא לא איכפת ליה. ועוד תי׳ דאע״פ שאין חשש משקר מ״מ כיון שהעדות נוגעת לו הוי בע״ד ופסול מגזה״כ. ואין להקשות לתי׳ השני מהא דמבואר הכא שאם קיבל אחריות דנפשיה ולא אחריות דעלמא יכול להעיד ואין נגיעה של רוצה להעמידה בפני בע״ח מפני שאם יגבה הבע״ח ונפטר ממנו הרי מיד נתחייב ללוקח מפני האחריות ונשאר לוה רשע כלפי הלוקח. הרי מבואר דאף שנפטר מבע״ח אינו נחשב נגיעה כיון שאין סיבה שישקר בגלל זה ומ״ש מחליף בע״ח בבע״ח דמבואר בגמ׳ דאינו נוגע ומ״ש מחליף רשע דלוה רשע לרשע דעדות שקר דהוי נוגע. אך הביאור הוא דתלוי אם יש לו הנאה מהעדות על הצד שמעיד אמת דבדברי הר״י מג״ש אם מעיד אמת הרי אינו נעשה רשע בעדותו ואז מרויח בעדותו שנפטר מבעל חובו ובזה מחדש הר״י מגש דאע״פ שאין לחשוש שישקר בשביל רוח זה שאם ישקר שוב הוי רשע ונמצא שלא הרויח מ״מ כיון שעל הצד שהעדות אמת יש לו רוח מעדותו הוי בע״ד ופסול אף שאין חשש משקר. משא״כ בקיבל אחריות גם על הצד שמעיד אמת אינו מרויח כלום מעדותו דאינו אלא מחליף בע״ח בבע״ח ובזה פשוט שאין לא חשש משקר ולא פסול בע״ד.

בגדר פסול נוגע בעדות. ע׳ קצה״ח ס׳ ל״ד סק״ד בשם מהריב״ל שמסתפק אם הפסול של נוגע הוא משום דנחשב בע״ד דהיינו אף שעיקר העדות אינה עליו מ״מ הנגיעה נותנת לו דין בע״ד ופסול מגזה״כ דאדם קרוב אצל עצמו. או שאינו נחשב בע״ד ופסולו מפני חשש משקר. ונ״מ מזה כתב מהריב״ל בנוטל שכר להעיד דבזה בודאי אינו בעל דבר כלל שאין העדות נוגעת לו כלל אלא שאם יעיד יקבל שכר ובזה אין לפסול משום בע״ד אלא רק משום חשש משקר ואי נוגע פסולו משום בע״ד לא מצאנו פסול מחשש משקר וע״כ דנוטל שכר להעיד פסולו מדרבנן. וע״ע בקצות בס׳ ל״ז סק״ט שתלה בספק זה את מה שנחלקו הראשונים אם נוגע לחובתו פסול או לא. ופשוט דספיקות אלו תלוים בב׳ תי׳ הר״י מגש הנ״ל [דברי הר״י מגש הובאו בקצות בסי׳ ל״ז סק״א אך לא כתב שזה תלוי בספק של המהריב״ל]. וע׳ ברשב״א בסמוך בשם הראב״ד על קושית התוס׳ מתחילתו בפסול דבתי׳ אחד נקט דנוגע הוא חשש משקר ובתי׳ השני נקט דהוי בע״ד ותלוי ג״כ בתי׳ הר״י מגש ובספיקו של המהריב״ל. וע״ע בסמוך בדברי הראב״ד. אמנם בדברי הר״י מגש אין הכרח שיש צד שחשש משקר אינו סיבה לפסול מן התורה דרק כתב שגם במקום שאין חשש משקר פסול מדין בע״ד אבל למהריב״ל יש צד שכל הפסול הוא רק משום בע״ד ונוגע אינו סיבה לפסול כלל. דהיינו שבמהריב״ל יש צד שנוגע פסולו רק משום בע״ד וליכא פסול של חשש משקר כלל. ובראשונים שמכשירים נוגע לחובתו מוכח דס״ל דכל פסולו רק משום חשש משקר ואינו נחשב בע״ד. עוד נ״מ משאלה זו בקרוב של נוגע

ורע״א בשו״ע ס׳ ל״ז מציין למחנ״א שמכשיר קרוב של נוגע ולכאורה הטעם דנוגע אינו בעל דבר ובקרוב ליכא חשש משקר. וע׳ בקו״ש באות קפ״ח מש״כ בזה בשם הרשב״א וע״ע בזה לקמן בדף מה.

בעיקר הדבר שמסתפק המהריב״ל אי פסולו של הנוטל שכר להעיד מן התורה או מדרבנן ע׳ ברמב״ן וברי״ן ספ״ב דקידושין שכתבו שפסולו של נוטל שכר להעיד הוא משום דקנסו רבנן כיון דעבר על מאי דכתיב מה אני בחנם אף אתה בחינם. וכן משמע במשנה בבכורות כט. שהוא המקור של הדין שנוטל שכר להעיד עדיו פסולים דהוי דומיא דנוטל שכר לדון ולהזות ע״ש. אמנם ע׳ בנתיבות ס׳ ל״ז סק״ט דאיכא תרי גווני נוטל שכר להעיד, חד דנוטל לכל צד שיעיד בזה בודאי ליכא חשש משקר ופסולו מדרבנן אך כשנוטל רק אם יעיד לצד אחד יש חשש נגיעה ובזה יש מקום לפסול מדאורייתא. וצ״ל דע״ז קאי המהריב״ל.

ליסלקו בי תרי מינייהו. הקשה רע״א איך מקנה את חלקו בס״ת הא אין הס״ת ברשותו והוי כגזל ולא נתיאשו הבעלים דשניהם אינם יכולים להקדיש. וכן הקשה הקצה״ח בס׳ ל״ז סק״י. בתחילה הקשו על ס״ת שהוא מטלטל ויש בו דין גזילה והוי אינה ברשותו ממש. אך הוסיפו רע״א והקצות דגם בשותפין קשה דאע״ג דמיירי בקרקע שאינה נגזלת מ״מ מבואר בב״מ ז. דבמקום שאינו יכול להוציאו בדיינים גם קרקע הוי אינה ברשותו ואינו יכול להקדיש וכאן אם אינו מקנה אינו יכול להעיד וא״א להוציאו בדיינים. וכתבו בזה הקצות ורע״א דכיון שע״י ההקנאה יכול המוכר להעיד נחשב ממון שיכול להוציאו בדיינים וקנינו וזכייתו באים כאחד ונחשב כאילו היה ברשותו בזמן ההקנאה וחלה ההקנאה וממילא הוי ברשותו. ודברים אלו מבוארים בשיטמ״ק כאן בשם ר׳ יונה וז״ל הכא עם ההקנאה יכול הקונה להוציא בדיינים דהא אית ליה עליה סהדי בתר הכי עכ״ל.

כל זה בשותפין דהוי קרקע אבל לגבי ס״ת אפילו נימא דנחשב יכול להוציא בדיינים אכתי כ״ז שנמצא ביד הגזלן אינו ברשות הבעלים ואינם יכולים להקנותו. וכתב בזה הקצות די״ל דאין כונת הגמ׳ שיקנה את חלקו בס״ת לשאר אנשי העיר אלא שיקנה לגזלן. והקצות דוחה תי׳ זה דהגזלן לא ירצה לקנות. אמנם רע״א ור׳ שלמה איגר כתבו בדרך זה ונדחקו לישב שאין זה חובה לגנב ואפשר לזכות לו ע״ש. אך זה מתרץ רק בס״ת אבל בשותפין מוכח בגמ׳ שמקנה לשותף ובזה צריך להגיע לתי׳ דלעיל דנחשב ממון שיכול להוציאו בדיינים.

מה דנקטו דלגנב יכול הנגזל להקנות הוא ע״פ דברי הב״ש בס׳ כ״ח סקט״ז שמחדש דאף ששניהם אינם יכולים להקדיש היינו כ״א בפנ״ע אבל שניהם ביחד יכולים להקדיש. ואף שהאחרונים לא הסכימו עם חידוש זה של הב״ש כמבואר באב״מ ס׳ כ״ח סקי״ג היינו רק לענין מה שחידש ששניהם יחד יכולים להקדיש אבל בהא דס״ל שיכול הנגנב להקנות לגנב הסכימו כמה אחרונים והם רע״א ורש״א כאן, הקצות הנ״ל ס׳ ל״ז סק״י, באב״מ ס׳ כ״ח סקי״ג והנתיבות בס׳ ר״ה סקי״ד. אך צריך להבין טעם הדבר מה בכך שמוכר לגנב עצמו הא אצל המקנה אינה ברשותו ואינו יכול להקנות. וראיתי בזה ג׳ דרכים. א. הקו״ש בקידושין אות צ״ג רצה בתחילה לומר שכל הדין של אינה ברשותו הוא חסרון רק בקונה ולא במקנה ולכן כשמקנה לגנב שאצל הקונה הממון ברשותו ליכא חסרון כלל. אך כתב שא״א לומר כן דמבואר שאינו יכול להקדיש או להפקיר דבר שאינה ברשותו ובזה ע״כ החסרון מצד המקנה. ב. בחי׳ הגרש״ש על ב״ק ס׳ ל״ד מבאר ע״פ מה שמחדש שיש קנין מצד הקונה, דהיינו דאף שבדרך כלל הקנין חל ע״י הקנאת המקנה אפשר להקנות גם ע״י שהמקנה נותן רשות לקונה לקנות וכל חלות הקנין נעשה ע״י דעת הקונה. ובאופן זה אין חסרון של אינו ברשותו מצד המקנה אלא רק מצד הקונה ואם הקונה הוא הגנב יכול לקנות

מהבעלים. ג. הנתיבות בספרו קהילת יעקב בס׳ כ״ח סע׳ ה׳ מבאר ע״פ מה שלמדו האחרונים מהגמ׳ בסנהדרין עב. דגזלן קונה ע״י קלב״מ דכל שפוקע חיוב השבת הגזילה זוכה הגזלן ע״י הקנינים שקיבל בשעת גזילה. ומזה למדו האחרונים גדר קנין שינוי דכיון שפוקע מצות השבה זוכה הגזלן. והכא נמי כל שמוחל הנגזל לגזלן פוקע חיוב השבה ממילא זוכה הגזלן ולא בעינן הקנאה לכן אין בזה דין של אינה ברשותו. ובזה יתישב גם מה שקשה שהגנב לא ירצה לזכות דשיטת הנתיבות בסי׳ ל״ד סק״ה ובס׳ שנ״א ובס׳ שס״א דגזלן קונה בשינוי בע״כ דרחמנא אוקמא ברשותיה דהיינו כל שפוקע חיוב השבה זוכה הגזלן בע״כ וכמו שזוכה בע״כ ע״י שינוי כך יזכה בע״כ ע״י מחילת חיוב ההשבה. אך שיטת האו״ש בפ״ב מגזילה הט״ו שאינו קונה בע״כ בשינוי וכן כתב המחנ״א שם.

ע״פ דברי הגרש״ש הנ״ל שאם אצל הקונה זה ברשותו מהני ע״י קנין מצד הקונה אולי יש לבאר דברי ר׳ יונה הנ״ל שכתב שלגבי שותף נחשב יכול להוציאו כיון שע״י ההקנאה יהיה ממון שיכול להוציאו בדיינים. ואינו מובן דאכתי בשעת ההקנאה אינו יכול להוציאו בדיינים. והקצות מביא ע״ז את דברי הרשב״א בגיטין נ״ה לגבי גנב והקדיש שחל ע״י יאוש וש״ר דאמרינן דהקדישו וזכייתו באים כאחד. אבל אין זה מספיק דהקצות בעצמו מבאר בס׳ שנ״ג סק״א דדברי הרשב״א נאמרו רק בגלל שסובר שההקדש הוא סיבה לזכיית המקדיש ובזה אמרינן שבאים כאחד אבל כאן ע״י ההקנאה יהיה ברשות הקונה שהוא יוכל להוציא בדיינים אבל המוכר לעולם לא יוכל להוציא בדיינים א״כ לא שייך בזה באים כאחד. וצריך להוסיף בזה מה שכתב רע״א דלא בעינן דוקא שהוא יוכל להוציא בדיינים דקרקע הוי ברשות הגזלן רק אם אין אדם שיכול להוציאו ממנו אבל אם יש מי שיכול להוציא אין זה ברשות הגנב וא״כ גם אחר שאינו יכול להוציאו יכול למכור ולהקדיש א״כ שפיר י״ל גם בזה באים כאחד דע״י ההקנאה יהיה ממון שיכול להוציאו בדיינים ועי״ז יורד חסרון דאינו ברשותו גם לגבי המקנה ודו״ק. אך לפי דברי הגרש״ש אין צורך לזה דסגי במה דהוי ברשות הקונה דלגביו אמרינן שזכייתו ורשותו באים כאחת ומהני זכייתו אף שלגבי המוכר נשאר אינו ברשותו אין זה חסרון דיכול הקונה לקנות בקנין מצד הקונה. ולזה נוטה לשון ר׳ יונה שכתב רק דע״י ההקנאה יוכל הקונה להוציאו בדיינים משמע דלגבי המוכר זה נשאר אינה ברשותו ואעפ״כ מהני כיון שלגבי הקונה זה ברשותו.

החזו״א בב״ק ס׳ י״ח סק״ו כתב לישב קושית רע״א דבקנין אודיתא יכול להקנות גם דבר שאינה ברשותו ובזה מקנה הס״ת לשאר אנשי העיר. וזה ע״פ שיטתו של החזו״א דקנין אודיתא אינו מעשה קנין אלא עיקרו הודאת בע״ד דהיינו נאמנות אלא שבאודיתא נתחדש שהדין נקבע ע״פ הודאתו ומשתנה דין הממון עי״ז. אבל אין זה בגדרי הקנינים ומהני גם בדבר שאינו ברשותו. ומביא שברמ״ה מבואר כדבריו דקנין אודיתא מהני גם בדבר שאינו ברשותו. וחולק החזו״א על הקצה״ח בס׳ קצ״ד סק״ד שסובר שאודיתא הוא קנין דרבנן ככל שאר הקנינים ומהני רק בדבר שהוא ברשותו. וע׳ לקמן מד: על תוד״ה דלא מה שכתבנו בס״ד עוד במחלוקת הקצות והחזו״א בזה.

האבן האזל בפ״ב משכנים ה״י ד״ה איברא מדייק בלשון הרמב״ם דהסילוק של שותף הוא ע״י הקנאה דוקא כמסקנת הגמ׳ אבל בס״ת סגי בסילוק. ומבאר האבה״א דגדר בעלות אנשי העיר שונה מממון השותפין. דבממון השותפין יש לכ״א בעלות פרטית על חלק וכשאחד מפקיר חלקו אין חברו זוכה ממילא. אבל בעלות של בני העיר הוא בעלות כללית של הציבור ובזה אם אחד מפקיר חלקו ממילא זוכים האחרים וא״צ בזה הקנאה אלא סגי בסילוק ע״ש. ובזה יתישב קושית רע״א דלגבי סילוק אין חסרון של אינה ברשותו. דבר זה שמעתי מאחי הג״ר דוד שליט״א והוסיף דלכן ר׳ יונה הקשה רק בשותפין ולא בס״ת דס״ל דבס״ת סגי בסילוק כדברי

האבה״א. ועי״ל דבס״ת לא קשיא דאפשר לישב כדלעיל שמקנה לגנב ורק בשותפין דמוכח בגמ׳ שמקנה לשותף קשיא ליה.

נמצא שבשאלה משותפין יש ב׳ דרכים א. דע״י ההקנאה יהיה ממון שאתה יכול להוציא בדיינים. כ״כ רע״א והקצות וכן מבואר בר׳ יונה. ב. לחזו״א י״ל שגם כאן מקנה באודיתא, ולגבי ס״ת יש ג׳ דרכים. א. שמקנה לגנב עצמו. ב. לחזו״א מקנה באודיתא. ג. בס״ת סגי בסילוק וממילא זוכים שאר אנשי העיר. וע״ע ברע״א בשו״ע סי׳ רי״א שמביא ששיטת הרשב״א שאפשר למכור דבר שאינו ברשותו ורק להקדיש אי אפשר. וכתב רע״א שגם הרשב״ם כאן ס״ל כן ע״ש.

תודי״ה מפני שמעמידה. הקשו ת״ל משום תרעומת דמצאנו דמשום תרעומת נחשב בע״ד וה״ה דפסול לעדות מחמת זה. לולא דברי התוס׳ היה נראה שאין ללמוד משם לנידון דסוגיין. דהתם מיירי בראובן שמכר שדה לשמעון ובא בע״ח דראובן לטרוף משמעון וראובן טוען שהחוב הוא פרוע ורוצה לדון עם הבע״ח. ושם לכאורה עיקר הבע״ד הוא ראובן שהרי באים לגבות את חובו של ראובן אלא שאם אינו נוגע לו כלל אין הוא נחשב בע״ד אבל כשיש נגיעה של תרעומת חוזר הוא להיות עיקר הבע״ד כיון שמעיד שפרע חובו אבל במקום שאין לו שום שייכות לעדות כלל אלא רק הענין של תרעומת מנין שגם בזה תרעומת מחשיב אותו לבע״ד. ובסוגיין מיירי שבא מערער בטענת גזל וראובן מעיד שהשדה של שמעון ואינו מעיד על עצמו כלל בזה כל השייכות של ראובן הוא רק תרעומת מסברא היה נראה שבזה אינו נחשב בע״ד ולא נוגע.

המעיין בדברי הקצה״ח בס׳ ל״ז סק״ה יראה שכתב כדברים האלו דהקשה סתירה מתוס׳ לקמן מה. שכתבו שנגיעה שאינה עכשיו אלא בעתיד לא פוסלת ושם בתוס׳ בכתובות צב: מוכח שגם נגיעה שתהיה בעתיד פוסלת בההיא דראובן שמכר שדה לשמעון. ותי׳ דהתם מעיד על עצמו והוי בע״ד ממש בזה אפילו נגיעה בעתיד פוסלת משא״כ הכא עצם העדות אינה עליו ואין לנו אלא הנגיעה בלבד בזה פסולו מדרבנן ורק ע״ז כתבו התוס׳ דנגיעה בעתיד לא פוסלת. [ע״ע בזה לקמן מה.] וכמו שמחלק הקצות בין כאן לשם לגבי נגיעה בעתיד כן נחלק אנן בזה לגבי תרעומת דרק שם שהוא בע״ד סגי בנגיעת תרעומת כמו שסגי בנגיעה בעתיד. אבל כאן שיש רק הנגיעה כמו שלא סגי בנגיעה בעתיד כן אולי לא סגי בנגיעה של תרעומת. ומדברי התוס׳ נראה שלא חלקו בזה אלא מוכיחים משם לכאן וזה לכאו׳ סתירה לחילוקו של הקצות הנ״ל.

י״ל דאין נפסל בשביל כן לעדות. בגליון מהרש״א ציין על סוף דברי התוס׳ לע׳ במהרי״ט ח״א ס׳ י״ד. המהרי״ט שם מוכיח מתי׳ זה של תוס׳ דס״ל דנגיעה הפוסלת לעדות הוא רק נגיעת ממון אבל כשאין נגיעת ממון אינו נפסל דלא גרע מאוהב ושונא שכשרים לעדות וכן הוא שיטת המהרי״ט בס׳ פ׳ והובאו דבריו בקצה״ח ס׳ ל״ז סק״ב וע׳ מש״כ בזה בקו״ש באות ק״פ ובאות קפ״ח ויתבאר בס״ד לקמן דף מה.

תודי״ה וליסלקו. הקשו דבעינן תחילתו וסופו בכשרות. הרשב״א מביא ג׳ תירוצים על שאלה זו. א. בשם הרמב״ן דרק בקרוב ונתרחק הוי תחילתו בפסול שהאדם שמעיד עליו עכשיו, בשעת הראיה היה פסול להעיד עליו אבל כאן לגבי שאר אנשי העיר לא היה פסול מתחילה אלא שבתחילה העדות היתה גם עליו ולגבי עצמו הוא פסול וכשנסתלק אינו מעיד עליו אלא רק על אחרים ולגבי האחרים זה תחילתו וסופו בכשרות. ב. בשם הראב״ד מתרץ הרשב״א דבפסול של נוגע אין דין תחילתו בפסול כיון שאינו פסול הגוף אלא רק חשש משקר. ג. עוד כתב הרשב״א בשם הראב״ד דרק במי שיש עליו שם עד ויש בו פסול אמרינן תחילתו בפסול אבל

בע״ד שמעיד על עצמו אין לו תורת עד כלל. נמצא שרק בזמן הסילוק חל עליו שם עד ומהזמן שחל עליו שם עד היה כל הזמן בכשרות. שני תירוצי הראב״ד בזה הם דבר והיפוכו דבתי׳ ראשון תי׳ דאינו פסול הגוף כלל אלא רק חשש משקר ובתי׳ השני כתב שגרע אפילו מפסול קרוב, שיש עליו שם עד ויש בו פסול, והכא אין עליו שם עד כלל. ולכאורה זה תלוי בספק של המהריב״ל ושני תירוצי הר״י מגש שהובאו לעיל אי נוגע הוי בע״ד או חשש משקר דבתי׳ ראשון ס״ל דהוי חשש משקר ובתי׳ שני ס״ל דהוי בע״ד. אך הדברים צ״ע דזה נאמר בנוגע אבל כאן בס״ת כ״ז שאינו מסתלק הרי הוא בע״ד ממש. ויבואר לקמן בס״ד.

בתירוצו השני של הראב״ד יש ב׳ חידושים: א. דבעל דבר אין עליו שם עד כלל וגרע מקרוב. ב. בפשטות לומדים שהדין של תחילתו וסופו בכשרות שנלמד מקרא דוהוא עד או ראה דבעינן שיהיה ראוי להעיד בשעת ראייה כמש״כ הרשב״ם לקמן קכת. והראב״ד ס״ל שאין הלכה שיהיה כשר בשעת ראייה אלא שיהיה כשר בשעה שחל עליו שם עד ובדרך כלל שם עד חל בשעת ראייה. אבל בבע״ד שלא חל שם עד בשעת ראיה אלא בשעת סילוק סגי בזה שהיה כשר בזמן שחל עליו שם עד דהיינו זמן הסילוק.

כלל זה כתב הראב״ד לגבי ג׳ דינים. א. כאן לגבי תחילתו בפסול ס״ל שאם בתחילה היה בע״ד אין דין של תחילתו בפסול דתחילת הויתו לעד היא בכשרות. ב. הרא״ש בסופ״ק דמכות כתב בשם הראב״ד שהדין של עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה נאמר כשעל החלק שבטל היה לו שם עד אלא שהיה בו פסול בזה אמרינן דבטל כולו כמו במעשה דאילעא וטוביה אבל כשעל חלק הוא בע״ד אין לזה תורת עדות כלל ואינו מבטל את שאר העדות ולכן פלגינן דיבורא בפלוני רבעני לרצוני ולא אמרינן בזה עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה כיון שעל עצמו אין לזה שם עדות. ג. בדין של כת עדים שנמצא אחד מהם קרוב או פסול עדות כולם בטילה סובר הראב״ד שרק אם הפסול יש עליו שם עד אבל אם הוא בע״ד אין עליו תורת עד ואין גורם פסול לשאר הכת. שכל מקורו של הראב״ד לחידוש שלו לגבי עדות שבטלה הוא מהגמ׳ במכות דפריך הרוג יציל דהיינו שהנרצח שפסול להעיד על מעשה הרציחה דהוי בע״ד יגרום פסול לכל שאר העדים שראו הרציחה שהרי נמצא אחד מהם פסול ומשני יקום דבר במקיימי דבר ולא בעושי דבר. ומפרש הראב״ד [התוס׳ במכות פרשו דרק עד המעיד דהוא ממקיימי הדבר גורם פסול לשאר הכת ולא העד הרואה ע״ש] דמקיימי דבר ולא עושי דבר היינו דעושי הדבר הוא בע״ד ואין עליו שם עד ולכן אינו גורם פסול לשאר הכת ע״ש.

כתבנו לעיל דיש לעי׳ בתי׳ הראשון של הראב״ד אמאי הוי רק נוגע הרי הוא בעל דבר ממש יעוין באבי עזרי בפי״ב מעדות ה״ב שמבאר דכל דברי הראב״ד דהיינו שני תירוציו ותי׳ הרמב״ן כולם צריכים זל״ז. דתי׳ הרמב״ן בפנ״ע אינו מספיק. דמש״כ שלגבי חברו מעולם לא היה פסול אינו נכון. דאמנם פסול בע״ד ממש יש לו רק על חלקו אבל אכתי יש פסול גם בחלק חברו כ״ז שלא הסתלק מתרי טעמי. א. כיון שמעיד גם על עצמו והוי נוגע יש פסול נוגע גם על חלק חברו. ב. יש לפסול העדות על חברו מדין עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה. [ע׳ בתורי״ד שמביא תירוצו של הרמב״ן והקשה ע״ז דגם לגבי חברו תחילתו היה בפסול מדין עדות שבטלה מקצתה וזה כדברי האבי עזרי. וגם מש״כ דיש פסול בחלק של חברו מדין נוגע הוא גם מבואר בתורי״ד שהובא לעיל דמפרש קושית הגמ׳ בשותפין דהוי נוגע דבע״ד אין כאן דפלגינן מ״מ יש פסול נוגע שהוא פסול גם לגבי חברו]. ועל מה שהוא נוגע תי׳ הראב״ד דנגיעה אינה אלא חשש משקר ולא גורם תחילתו בפסול ועל מה שקשה שיש פסול בעדות על חברו מדין עדות שבטלה תי׳ דבע״ד אין לו שם עד ממילא אין בזה דין עדות שבטלה כדבריו במכות. אבל לגבי תחילתו בפסול גם בע״ד גורם שלא יחשב

תחילתו בכשרות אלא שלגבי זה מודה הראב״ד לתירוצו של הרמב״ן ע״ש היטב. ואפילו אם לא נלמד בראב״ד ככל דברי האבי עזרי אלא כמו שהרשב״א הבין בראב״ד שהם שני תירוצים מ״מ לענין מה שקשה אמאי הוי נוגע הרי הוא ממש בע״ד בזה יש לבאר כנ״ל דלענין בע״ד אמרינן כרמב״ן שלגבי האחרים מעולם לא היה בע״ד אלא שנשאר פסול נוגע ובזה סובר הראב״ד בתי׳ הראשון דפסול נוגע אינו אלא חשש משקר ולא גורם דין תחילתו בפסול. ובתי׳ השני ס״ל שגם הנגיעה יש בו פסול בע״ד.

בביאור תי׳ התוס׳ שכתבו דלא שייך תחילתו בפסול הכא שאין הפסלות תלוי בגוף אלא בממון. י״ל או כפירושו של הרמב״ן שאין גופו פסול אלא מחמת הממון שלו וכשאין לו ממון נשאר העדות רק לאחרים ובזה הוא כשר מתחילתו. וכן מבואר שלמד הגליון מהרש״א ע״ש. א״נ כתי׳ הראשון של הראב״ד דפסול משום נוגע ואינו פסול הגוף. ובקצה״ח ס׳ ל״ג סק״ג כתב על דברי הרא״ש שכתב ממש כלשון התוס׳ שהוא כפי׳ השני של הראב״ד ע״ש.

עוד תרצו הראשונים על קושית תוס׳ שהגמ׳ בדוקא שאלה ליסלקו ולידיינו על הדיינים ולא על העדים מפני שלגבי העדים לא מהני סילוק דהוי תחילתו בפסול. כן כתבו התוס׳ בנדה דף נ. והרמ״ה באות קל״ד [גם התורי״ד בתחילת דבריו כתב כן ע״ש]. ובשו״ת הרא״ש [מובא במל״מ פט״ו מעדות ה״א ובש״ך ס׳ ל״ז סקל״ב] הקשה על פירוש זה דלעיל לגבי שותפין מפורש דמהני סילוק גם לגבי עדים. וכתב הש״ך די״ל דכונת הגמ׳ לעיל שיעיד מה שראה אחר הסילוק וכתב שמוכח כן בתוס׳ שהקשו רק בס״ת ולא הקשו לעיל. וכדברי הש״ך כתב התורי״ד דלעיל מעיד על מה שראה אחר הסילוק. אך הדברים צ״ב דכל החידוש של שמואל שמהני סילוק מבואר ברשב״ם ובנ״י דס״ד דחיישינן לקנוניא שמסתלק כדי להעיד ואם מעיד על מה שראה אחר הסילוק פשיטא דמהני סילוק. המל״מ כתב איפכא דבשותף מעיד שהקרקע היתה של מי שמכרה להם וראיית עדות זו הוא לפני שקנה א״כ הוי תחילתו בכשרות ואחר הסילוק הוי תחילתו וסופו בכשרות. ורק בס״ת קשה שמעיד על הגניבה והראייה בזה הוא בזמן שהיה פסול לכן בזה שאלת הגמ׳ הוא רק על דיינים ולא על עדים. וכ״כ בהדיא היד רמ״ה באות ק״ל ע״ש. אבל התוס׳ כאן הבינו שקושית הגמ׳ גם לגבי ס״ת הוא על העדים וכ״כ הרמב״ן דליסלקו ולדיינו היינו שיסתלקו שנים ויעידו ויוכלו הדיינים לדון ע״פ עדותם.

עוד תירץ המרדכי [הובאו דבריו בקו״ש באות קע״ט] דלא שייך הכא תחילתו בפסול מפני שמתחילה בידו להכשיר עצמו ע״י סילוק וכ״כ הסמ״ע בס׳ ל״ג סקכ״ג. המחבר בס׳ ל״ג סע׳ ט״ו פסק כשיטת התוס׳ דבפסול ממון לא בעינן תחילתו בכשרות והש״ך בס׳ ל״ז סקל״ב כתב דכיון דאיכא כמה ראשונים דס״ל שרק בדיינים מהני סילוק אבל בעדים אפילו בפסול מחמת ממון יש דין תחילתו בפסול יכול המוחזק לומר קים לי.

תנו מנה לבני עירי. ה״נ בס״ת. כתב המחבר בס׳ ל״ז סע׳ י״ח בני העיר שבא מערער לערער עליהם ממרחץ או ברחוב של עיר מהני סילוק והרמ״א כתב ע״ז י״א דלא מהני סילוק מכל דבר שהוא צרכי בני העיר. דהיינו שנחלקו המחבר והרמ״א אם הא דמשני דס״ת שאני דלשמיעה קאי אם זה דוקא בס״ת אבל שאר צרכי העיר כגון מרחץ ורחוב מהני סילוק או דכל צרכי הרבים הוי כס״ת דלא מהני בהו סילוק. כן מבאר הגאון בסקכ״ז ע״ש. ומדברי הרשב״ם שמפרש שבה״א תנו מנה לבני עירי היינו לצורך חומות העיר וכל צרכי רבים וע״ז פריך ליסלקו ומשני בס״ת מבואר שרק בס״ת לא מהני סילוק כשיטת הי״א שמביא הרמ״א. ע׳ היטב במהרש״א והמהר״ם בזה ודברי המהרש״א הם דלא כפירוש הרשב״ם אלא כשיטת המחבר. והא דלא מהני סילוק בס״ת כתב הרמ״א בס׳ ל״ז סע׳ י״ח וסע׳ י״ט שהוא דוקא כשאין ס״ת אחר. וכ״כ המחבר

בס׳ ז׳ סע׳ י״ב והגאון בסקמ״ו כתב המקור מדברי הרשב״ם כאן ד״ה הכל עניים אצל ס״ת שכתב דנקראים עניים כשאין להם ס״ת משמע שדין זה נאמר רק באופן זה. וכן מבואר בשיטמ״ק בשם ר׳ יונה ע״ש.

דף מג:

אמאי שמירה בבעלים היא. אמר ר״פ דאמר ליה שמור לי היום ואני אשמור לך למחר. הקשו התוס׳ דאכתי הוי בעליו עמו דמבואר בב״מ ריש פרק השואל דבעלים באמירה דע״י אמירה נחשב כהתחיל במלאכתו לענין בעליו עמו א״כ כשאומר אני אשמור לך למחר נשתעבד באמירתו והוי בעליו עמו. ותרצו דרק כשמשעבד עצמו ליכנס למלאכה מיד חשיב כהתחיל במלאכתו משא״כ הכא שאינו משעבד עצמו אלא למחר. מבואר מדברי התוס׳ שאם משעבד עצמו למלאכה עכשיו חשיב בעליו עמו אף שלא התחיל במלאכה ולא בהכנה למלאכה וזה דלא כשיטת התוס׳ והרא״ש בריש השואל שכתבו שבעלים באמירה היינו רק כשמזמין ומכין עצמו ללכת דזה נחשב כהתחיל במלאכה אבל אמירה בלא הזמנה לא מהני. והשו״ע בס׳ שמ״ו סע׳ ג׳ פסק כהתוס׳ והרא״ש בריש השואל. והש״ך שם סק״א כתב שבתוס׳ דידן מבואר שלא ס״ל כן ורצה לדחוק שגם התוס׳ בהשואל כונתם כתוס׳ דידן. והנתיבות שם סק״א כתב שגם תוס׳ דידן ס״ל דבעינן שיכין ויזמין עצמו אלא שרצו להשמיע דבמשעבד עצמו למחר אפילו מזמין עצמו לא מהני. אך הפשטות הוא שהתוס׳ כאן והתוס׳ בריש השואל פליגי אי סגי באמירה כשמשעבד עצמו למלאכה עכשיו או דבעינן שיזמין ויכין עצמו.

הריטב״א כתב על קושית התוס׳ דאין כונת הגמ׳ כאן שאומר בהדיא אני אשמור לך למחר אלא נעשה כאומר וא״כ לא שיעבד עצמו באמירה ולכן לא הוי בעליו עמו. וגם הרמ״ה באות קל״ז מביא שיש ספרים דגרסי נעשה כאומר לו שכיון שאינם מתעסקין כאחד אלא בזה אחר זה נעשה כאומר לו אשמור לך למחר ואינו משועבד עד למחר. אך מדברי הריטב״א משמע שאילו היה אומר בפירוש אשמור לך למחר היה נחשב בעליו עמו אף שלא הזמין עצמו וגם לא שיעבד עצמו אלא לעבודת מחר. ואף שהמחנ״א בדיני שומרים ס׳ ל״ו בד״ה האמנם מביא שהריטב״א בב״מ כתב בשם התוס׳ כדברי התוס׳ כאן שאם משעבד עצמו למחר אינו נחשב עכשיו בעליו עמו צ״ל דכ״כ בשם התוס׳ אבל דעת הריטב״א עצמו מבואר שגם כשמשעבד עצמו לאחר זמן כיון ששיעבד עצמו באמירה חשיב בעליו עמו ודברי שמואל הם כשלא אמר כן בפירוש. ובזה מיושב גם הקושיא השניה של תוס׳ מאי קמ״ל שמואל דקמ״ל שבסתם הוי כאומר אף שלא אמר בפירוש.

נמצא ג׳ שיטות בזה. א. תוס׳ והרא״ש בב״מ ס״ל שאפילו שיעבד עצמו באמירה לעבוד עכשיו אינו נחשב בעליו עמו אא״כ מזמין ומכין עצמו. ב. תוס׳ כאן ס״ל שאם משעבד עצמו לעבוד עכשיו הוי בעליו עמו אף שלא מזמין ולא מכין עצמו כלל. אבל אמירה למחר לא חשיב עכשיו בעליו עמו. ג. שיטת הריטב״א דאפילו אם משעבד עצמו למחר הוי בעליו עמו והכא מיירי שלא היה אמירה מפורשת אלא נעשה כאומר.

הטור והמחבר כתבו בס׳ קע״ו סע׳ ח׳ ששותפין שומרי שכר הן בד״א בזמן שכ״א מתעסק זמן ידוע ונגנב לו בזמן שנתעסק בו. ולא נזכר בדבריהם דמיירי דוקא בהתנו שמור לי היום ואשמור לך למחר. אלא שהרמ״א מוסיף דוקא התנו כן מתחילה אבל בלי תנאי אינו אלא ש״ח. והש״ך בסקט״ז מאריך להקשות על דברי הרמ״א בתחילה מקשה דבלי תנאי אינו שומר כלל אפילו ש״ח לא ומביא שכן מבואר בראשונים בריש שור שנגגח דו״ה. אח״כ מוסיף הש״ך להקשות שאם לא פירש שמור לי היום ואשמור לך למחר פטור אפילו מפשיעה מדין בעליו עמו. ולומד הש״ך שגם הטור והמחבר אף שלא כתבו בהדיא דמיירי באופן זה כונתם כשפירש כמבואר בגמ׳. ותמה על המהר״ם אלשקר שכתב שדעת

המפרשים והמחברים שגם בלי פירש ליכא פטורא דבעליו עמו כיון שאינם שומרים באותו זמן אלא כ״א בזמנו. אך המחנ״א דיני שומרים ס׳ ל״ו ד״ה מעתה כתב שפשטות לשון הטור שלא הזכיר שום תנאי משמע שאפילו לא התנה בהדיא אין דין בעליו עמו. וכדבריהם מבואר בהדיא בריטב״א הנ״ל שמפרש כונת הגמ׳ שלא אמר אלא נעשה כאומר וכן גרסת הרמ״ה נעשה כאומר וזה דלא כהש״ך.

הש״ך מביא ראיה לדבריו דבעינן דוקא שפרשו ואשמור לך למחר מדברי התוס׳ שהקשו מאי קמ״ל שמואל ואי נימא דלא בעינן שיתנה בהדיא הרי קמ״ל דהוי כאילו פירש ומוסיף הש״ך דמה״ט השמיט הרמב״ם הדין של שמואל ששותפין מעידים זל״ז. דהיה קשה לו קושית התוס׳ וס״ל דשמואל נקט כל הדינים שנוהגים השותפין, שמעידין זל״ז ונעשים ש״ש זל״ז, אך באמת אין בזה חידוש יותר מהדין של שמור לי ואשמור לך. אך לדעת הריטב״א דלא בעינן אמירה מפורשת יש חי׳ בדברי שמואל כמו שנתבאר לעיל.

כיון דאסהיד דלוי הוא היכי מצי מפיק לה מיניה. דהיינו כיון שיש בדבריו הודאת בע״ד שהוא של לוי לא יוכל להוציא מלוי וא״כ אינו נוגע בעדותו. כתב הנ״י דשמעינן מהכא דנוגע אינו כקרוב דקרוב פסול בין לטובתו בין לחובתו ונוגע כשמעיד לחובתו כשר כגון הכא שמעיד שזה של לוי ובזה מבטל זכותו להוציאו מלוי ועדותו כשרה לסלק ערעורו של יהודה ומוכח מזה דנוגע לחובתו כשר והוא משום דנוגע אינו בע״ד אלא רק חשש משקר. הקצות בס׳ ל״ז סק״ט מביא שגם ברשב״א בסופ״ק דגיטין מוכח דס״ל כנ״י ובאמת הרשב״א כאן כתב בהדיא כדברי הנ״י ע״ש. ומביא הקצות שבשו״ת הרא״ש מבואר דס״ל דנוגע לחובתו פסול דהוי כבע״ד. וכן מוכח ברא״ש בכתובות פד: דע׳ קצוה״ח ס׳ קכ״א סק״ד שמוכיח מהר״ן בכתובות שם גבי בקרא דס״ל שנוגע לחובתו פסול וכדברי הר״ן כתב גם הרא״ש שם. ואת ראית הנ״י מכאן כתב הקצות שיש לדחות דבכלל דבריו שמעיד שהוא של לוי הודאת בע״ד שעידיו המעידים שזה שלו פסולים וכיון שפסל עדיו שוב אין עדותו שהקרקע של לוי נוגע לו כלל. וצ״ל דבזה פליגי הנ״י והרא״ש דהנ״י ס״ל כיון שפסול עדיו אינו עדות בפנ״ע אלא כלול בעדות שהקרקע של לוי א״כ אין זה מתחלק לב׳ עדויות אלא עדות אחת שנוגעת לו לחובתו אבל הרא״ש ס״ל שמתחלק לב׳ עדויות ונגיעתו מתבטלת ע״י מה שכלול בעדותו שעידיו פסולים ונשאר העדות שהקרקע של לוי בלי נגיעה.

מבואר בגמ׳ שאם העיד שהקרקע של לוי שוב אינו יכול להוציא מלוי כיון שהודה שאינה שלו. יש לע׳ בזה מהא דנחלקו הפוסקים אי מהני אמתלא בהודאת בע״ד. והובאו דבריהם בקצה״ח ס׳ פ׳ סק״א. דמהר״ש הלוי ס״ל דמהני אמתלא בהודאת בע״ד ומהר״א חסון חולק וס״ל דלא מהני אמתלא בהודאת בע״ד. והקצות מסיק כשיטת מהר״א חסון אך בס׳ פ״א סקכ״ג מביא שבמרדכי מבואר כמהר״ש הלוי ע״ש. ולדעת הסוברים דמהני אמתלא בהודאת בע״ד יש לעיין אמאי הכא אינו יכול להוציא מלוי ולתת אמתלא לדבריו דהעיד שזה של לוי מפני שהראשון נוח לו והשני קשה הימנו כמבואר בהמשך הגמ׳. ואף דרבנן פליגי בכתובות קט. על אדמון ולית להו טענה זו, מבואר לעיל ל: דרק התם פליגי דעשה מעשה שחתם עצמו כעד אבל דיבורא עביד איניש דמקרי ואמר א״כ הכא דהוי רק דבור יועיל אמתלא. ומהגמ׳ בכתובות דסבר אדמון שיכול לבטל הודאתו בטענה זו אין ראיה דמהני אמתלא בהודאת בע״ד דהתם אין הודאה מפורשת אלא חתם על שטר מכירה ויש הוכחה מדבריו שמודה דאל״כ לא היה חותם אבל אין זה הודאה מפורשת ומהני אמתלא בכה״ג לכו״ע. אבל הכא איכא הודאה מפורשת שהקרקע של לוי לכן למהר״א חסון ניחא דאע״ג דליכא הכא מעשה לא מהני אמתלא לבטל הודאת בע״ד. אבל למהר״ש הלוי קשה. וע׳ בלשון הרשב״ם בד״ה ומקשינן ואכתי

שכתב וכיון שהודה בפני ב״ד דשל לוי הוא וכו׳ ואמאי נקט בפני ב״ד הא הודאת בע״ד הוא בכל מקום ולא בעינן דוקא בפני ב״ד. ואולי כונתו לומר כיון שהודה בפני ב״ד לא מהני אמתלא.

וראיתי שהריטב״א כאן עמד בשאלה זו ומביא הגמ׳ בדף ל: דהא דפליגי רבנן על אדמון הוא משום דעשה מעשה וכתב דה״נ הגדת עדות הוי מעשה גם כשמעיד בע״פ ולא רק כשחותם על שטר. וכן מבואר בריטב״א לעיל ל: ע״ש. ויתכן שלזה כיוון גם הרשב״ם במה שכתב שהודה בפני ב״ד דאין זה אמירה גרידא אלא הגדת עדות בפני ב״ד והוי מעשה ולא מהני בזה אמתלא. אך א״כ יהיה מוכח מדברי הריטב״א דס״ל כמהר״ש הלוי דמהני אמתלא בהודאת בע״ד דאל״כ עד כאן לא הוצרכו לעיל בדף ל: לומר בסברת רבנן דלא מהני אמתלא משום דעבד מעשה אלא התם דליכא הודאה מפורשת שרק חתם על שטר מכירה וזה מעשה שמוכיח שאינו שלו אבל אין זה הודאה מפורשת אבל הכא שיש הודאה מפורשת לדעת מהר״א חסון דלא מהני אמתלא אין צורך לומר דהוי מעשה דגם אם אינו מעשה לא מהני אמתלא לבטל הודאת בע״ד. אלא מוכח מדברי הריטב״א דס״ל דמהני אמתלא לבטל הודאת בע״ד.

כגון דאית ליה סהדי למר וכו׳. כתב השיטמ״ק בשם ר׳ יונה דבמקום שגם אם יזכה יהודה יוכל שמעון להוציא מידו תלוי בשני התי׳ בגמ׳. דלל״ק אכתי הוי נוגע דהשני נוח והראשון קשה, אכל לתי׳ שני בכה״ג אינו נוגע. וכתב ר׳ יונה דכיון שזה ספק לכתחילה לא יעיד אבל אם העיד מהני עדותו להחזיק. [צ״ע כיון דהוי ספק אמאי לא יקבלו עדותו לכתחילה לענין להחזיק]. ויש קצת לעיין דמבואר בכל הסוגיא דכל שיש חשש נגיעה העדות פסולה מדין ודאי כגון הכא דחיישינן שמא השני נוח לו אף שאינו ודאי וכן הא דחיישינן שמא מעיד כדי להעמידה בפני בעל חובו אף שלא ידוע כלל שיש לו בע״ח. וכן נפסק בשו״ע ס׳ ל״ז סע׳ כ״א דכל שיש לעד צד הנאה אפילו בדרך רחוקה ונפלאה ה״ז לא יעיד. ופסולו מדין ודאי ולא מהני אפילו להחזיק ואמאי הכא כשיש ספק אי קי״ל כל״ק דהוי נוגע או כל״ב דאינו נוגע מכשירים עדותו בדיעבד לענין להחזיק. אך החילוק הוא פשוט דשאני ספק במציאות מספק בדין דכל שיש צד שיש נגיעה בעדותו הרי אין הוכחה שמעיד אמת ובטל כל דין נאמנותו מדין ודאי כיון שיש צד שיש חשש משקר. אבל בספק בדין על הצד שקי״ל כתי׳ השני הרי אין כאן שום צד נגיעה ושפיר הוי ספק עד וכשר בדיעבד להחזיק. וע׳ לקמן מ״ד. שכתבנו בס״ד שיש חולקים על ר׳ יונה בזה וג׳ שיטות הובא שם בזה.

עכ״פ מבואר בר׳ יונה דס״ל ששני התירוצים בגמ׳ פליגי אהדדי. אבל ברמב״ם פט״ז מעדות ה״א מבואר דשני התירוצים אמת לא פליגי והביא שניהם להלכה. דבתחילה כתב הדין בראובן שגזל משמעון [ולא מכר ללוי] ובא יהודה להוציא מראובן ששמעון אינו מעיד להעמיד הקרקע ביד ראובן ובזה פרה וטלית שוים לבית ושדה וכתב הרמב״ם שהוא נוגע מפני שאפשר שיש לו הוכחה להוציא מראובן אבל לא מיהודה וזה התי׳ השני. ואח״כ כתב הדין של ראובן שגנב משמעון ומכר ללוי ובזה כתב הטעם של השני נוח והראשון קשה הימנו. והלח״מ תמה למה כתב טעם אחד בדין הגזלן וטעם אחר בדין המכירה. ע׳ באו״ש שכתב דכשבא להוציא מהגזלן עצמו היה נר׳ לרמב״ם דלא שייך הסברא של הראשון נוח כיון שהוא הגזלן לכן הביא בזה רק התי׳ השני. ולפ״ז קושית הגמ׳ ולוקמא בגזלן הוא רק לאיב״א, עכ״פ מבואר ברמב״ם ששני התירוצים אינם חולקים זע״ז ושניהם אמת להלכה דלא כר׳ יונה.

ארעא היכא דקיימא תיקום. מבואר בגמ׳ דאע״ג דאיכא הכחשה בין עידי שמעון לעידי יהודה ואם יגיע הקרקע ליהודה לא יוכל שמעון להוציא ממנו מ״מ כשנמצא אצל לוי יכול שמעון להוציא ממנו אע״פ שעדיו מוכחשים ע״י

עידי יהודה. ויש לע׳ מהא דאיתא לעיל לה: בזה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי שהדין הוא כל דאלים גבר אם בא אחד מן השוק והחזיק בה מוציאין מידו. ומבאר הרשב״ם דמיירי שהשלישי שתפס לא טעין מידי לכן מוציאין מידו אבל היכא דטעין שזה שלו אין מוציאין מידו כיון שתביעתו של כ״א הוא מספק. וכן נפסק בשו״ע ס׳ קל״ט סע׳ ב׳ א״כ הכא נמי כיון שלוי טוען שזה שלו איך יהודה או שמעון מוציאין מידו הא עידיהם מוכחשים ותביעת כ״א הוא מספק. אמנם אין נידון דידן דומה להא דדף לה: דהתם מיירי שכ״א אומר של אבותי ואין לאף אחד מהם עדים ובזה פשוט שהתופס לא גרע מהראשונים ואם יש לו טענה למה שהם יוציאו ממנו אבל הכא ללוי ליכא עדים ולשמעון ויהודה יש עדים ואף שהעדים מכחישים זא״ז מ״מ שנים מהם בודאי מעידים אמת וממ״נ אינו של לוי לכן מוציאים מידו.

חילוק זה מבואר בסמ״ע בס׳ קמ״ו סקנ״ד דאיתא התם סע׳ כ״ב שנים שהיו עוררין על השדה וכ״א טוען שזה שלו ואין לאחד מהם ראיה או שהביא כ״א מהם עדים שהוא שלו הדין כל דאלים גבר. ומסיים המחבר ואם בא השלישי וירד לתוכה מסלקין אותו ממנה. דהיינו אותו הדין שנפסק בס׳ קל״ט סע׳ ב׳ אלא שכאן מבואר הדין בין שיש לראשונים עדים בין שאין להם עדים. וכתב הסמ״ע דאף שהמחבר משוה ב׳ אופנים אלו אין דינם שוה. דבאופן שהראשונים באים מחמת טענתם בלבד בלי עדים הא דמוציאין מהשלישי הוא דוקא כשתופס בלי טענה אבל כשתופס עם טענה אין מוציאין מידו, משא״כ כשיש לכ״א מהראשונים עדים מוציאים מהשלישי אע״פ שתופס עם טענה. ויש מקור לדברי הסמ״ע מסוגיא דידן דמבואר שאף שיש ללוי טענה ושמעון ויהודה הם ספק ועידיהם מכחישים זא״ז אעפ״כ כ״א מהם מוציא מלוי.

אמנם נראה דדברי הסמ״ע תלוים במחלוקת הראשונים. דר׳ יונה [מובא בשיטמ״ק בסוף ד״ה ולענין] כתב והוי יודע שאם חולקים ראובן ושמעון על שדה, זה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי ואית ליה סהדי למר וסהדי למר ובא אחר ואמר של אבותי ועדים אין לו והחזיק בה כ״א משניהם מוציא אותה מידו כיון שע״כ עדות אחת מן הכתות אמת. וזה כדברי הסמ״ע. ושואל ר׳ יונה מ״ש מב׳ יוסף בן שמעון הדרים בעיר אחת שאין מוציאים שט״ח על אחר מפני שדוחה הלוה כ״א אף שממ״נ חייב לאחד מהם וה״נ ידחה לוי כ״א בטענה שעדיו מוכחשים ולשמעון יאמר אולי עדי יהודה הם האומרים אמת. ותי׳ שרק בחוב אמרינן הכי דמלוה להוצאה ניתנה ומשלם ממון שלו, בזה דוחה כ״א אבל כאן שיש קרקע בעין שבודאי אינה שלו אף שכ״א מהם ספק אינו יכול לעכב הממון כיון שממ״נ הוא אינו הבעלים.

והריטב״א חולק בזה על ר׳ יונה והקשה איך שמעון מוציא מלוי הרי עדיו מוכחשים ע״י עידי יהודה ואיך יוציא שמעון מלוי בעדים שהם ספק פסולים. ותי׳ הריטב״א דכיון שבתחילה כשבא יהודה להוציא מלוי טען לוי שאין הקרקע של יהודה הרי הודה בזה שעדי יהודה אינם אמת וממילא הוי הודאה שעדי שמעון הם אמת לכן שמעון מוציא מידו. אבל לולא זה לא היה שמעון מוציא מלוי אף שממ״נ יש ב׳ עדים כשרים שאינה של לוי כיון שכ״א עדיו ספק א״א להוציא. ולפ״ז הא דמבואר בשו״ע שאם יש לכ״א מהשנים עדים ובא השלישי ותפס שמוציאין מידו היינו דוקא כשתפס בלי טענה אבל כשתפס עם טענה אין מוציאין מידו אף שיש לכ״א מהראשונים עדים. ויהיו דברי השו״ע כפשוטן שמשוה המקרה שכ״א טוען שלי ואין לו עדים למקרה שיש לכ״א מהם עדים. ודברי הסמ״ע שנוים במחלוקת ר׳ יונה והריטב״א.

רשב״ם ד״ה ואיבע״א. הרשב״ם מביא ראיות שגם בקרקע כשיש הכחשה נשאר הקרקע ביד המוחזק. ובסוף מביא הגמ׳ של נכסי דבר שטיא דאוקי ארעא בחזקת בר שטיא. ואינו מובן דהרשב״ם בא להביא ראיות דאזלינן בקרקע בתר

מוחזק ובבר שטיא מבואר דאזלינן בתר מ״ק. כן הקשה בקו״ש ע״ש. ואולי י״ל דאחר שהוכיח דאזלינן בקרקע בתר מוחזק מביא ראיה שגם בהכחשה של תרי ותרי אזלינן בתר מוחזק דס״ד לומר כמו שיש מ״ד דלא מהני חזקה באיסורין בתו״ת כן לא נתחשב במוחזק בתו״ת ע״ז מביא דכמו דמהני חזמ״ק בתרי ותרי כמבואר בבר שטיא ה״ה דאזלינן בתר מוחזק בתו״ת.

דף מד.

דהוה ליה יאוש ושיר. פרשב״ם דמיירי שמכר שלא באחריות ופרשו התוס׳ דאילו היה עם אחריות היה שמעון מוציא מלוי אף דזכה ביאוש וש״ר כיון שיכול לוי לחזור ולקבל דמיו מראובן המוכר. הש״ך בס׳ ל״ז סקכ״ט תמה על דבריהם מה בכך שיש לו על מי לחזור הא מ״מ אית ליה פסידא שרוצה את גוף החפץ ועוד מה ענין פסידא לכאן הרי קנה ביאוש וש״ר ולמה יוציאו ממנו. ואמר לי בזה אחי הג״ר דוד שליט״א שמצאנו כיוצא בזה ברשב״א בב״ק קיד. בשם הראב״ד דאף שקונה הלוקח מן הגזלן ביאוש וש״ר מ״מ חייב להחזיר החפץ לבעלים בדמים. דהיינו אם הבעלים נותנים דמי החפץ חייב הלוקח להחזיר את גוף החפץ לבעלים. וכמו שסובר הראב״ד שאם מקבל דמים מן הבעלים מחזיר הלוקח החפץ לבעלים כך סובר הרשב״ם שאם מקבל דמים מהמוכר מחזיר את גוף החפץ לבעלים. אך היא גופא קשיא מהו סברת הראב״ד. וראיתי בחזו״א ב״ק ס׳ ט״ז סק״י שכתב בדעת הגאון ששיטת הראב״ד הוא שכל הדין של יאוש וש״ר הוא תקנ״ח מפני תקנת הלוקח ובאופן שמקבל דמים ולית ליה פסידא לא תקנו. ואולי יש להוסיף קצת הסבר בדברי הראב״ד דלשונו הוא שמחזיר בדמים מפני שבאיסורא אתא לידיה. ואינו מובן הא לקח אחר יאוש ואמאי הוי באיסורא. ואולי ס״ל דכיון שכבר היה החפץ שלא ברשות הבעלים לא הוסיף הלוקח בגזילה, אבל לגבי גוף החפץ גרם הלוקח שיפקע בעלותם ע״י השינוי רשות. ולענין זכיה בגוף החפץ חשיב באיסורא אתא לידיה. לכן זכייתו של הלוקח בחפץ הוא רק לדמיו ואם מקבל דמים מחזיר החפץ. אך א״כ אין זה נוגע לדברי הרשב״ם ובדעת הרשב״ם צ״ל כמו שנתבאר בשם החזו״א.

בעיקר דברי הראב״ד הקשה השעה״מ בפ״ה מגניבה ה״ג מסוגיא זו דאין שמעון נוגע בעדות כיון שבל״ה אינו יכול להוציא הפרה וטלית מלוי שזכה ביאוש וש״ר ולדברי הראב״ד אכתי הוי נוגע שאם ישאר ביד לוי יתן לו דמים ויוציא את גוף החפץ ואם יהודה יוציא מלוי לא יוכל שמעון להוציא את החפץ. וכתב השעה״מ דצ״ל דאין זה נגיעה שפוסלת לעדות דמה לי הן מה לי דמיהם. עוד הקשה הרשב״א בב״ק על הראב״ד דמבואר בסוכה דף ל: דהלוקח מן הגנב אחרי יאוש שקנה ביאוש וש״ר הוי לכם ואי נימא שחייב להחזיר כשיתנו לו דמים אין גוף החפץ שלו ואמאי הוי לכם. [ומש״כ בזה הקצה״ח בס׳ שנ״ג סק״ב דלא מובן קושית הרשב״א זה מפני שראה הראב״ד כפי שמובא בטור שם שכתב שהקונה ביאוש וש״ר מחזיר דמים, במקום הגרסא שמביא הרשב״א בשם הראב״ד שמחזיר בדמים, והבין הקצות שקונה את גוף החפץ אלא שמשלם דמים ולכן כתב שפשוט שנחשב לכם אבל כבר כתב הגאון בסקי״ג דנוסח מוטעת נזדמנה לטור דלא אמר הראב״ד שמחזיר דמים אלא שמחזיר את החפץ כשמקבל דמים מהבעלים וע״ז שפיר הקשה הרשב״א דא״כ אמאי הוי לכם].

שיטת הרמב״ם פ״ה מגניבה ה״ג שלוקח שזוכה ביאוש וש״ר זוכה בגוף החפץ אבל משלם דמים. וגם זה צ״ע מסוגיא זו דאי נימא דמשלם דמים אכתי הוי שמעון נוגע דרוצה שישאר אצל לוי כדי שיוכל לתבוע מלוי דמי החפץ. וע׳ בשיטמ״ק ב״ק ריש פרק הגוזל ומאכיל שהקשה כן בשם המאירי. ועיין מה שכתבנו בזה שם בס״ד. וחלק ממה שכתבנו שם ראיתי שכתב בקה״י כאן ע״ש. המחבר בס׳ שנ״ג סע׳ ג׳ פסק כרמב״ם והרמ״א כתב י״א דא״צ ליתן לו דמים דקנה לגמרי דהיינו דלא כרמב״ם שמחזיר דמים ולא כראב״ד שמחזיר החפץ תמורת דמים. וע׳

בגאון סקי״ג שמאריך להקשות על הראב״ד מסוכה ל: ומב״ב מד. כנ״ל וגם הקשה על הרמב״ם ומסיים ודברי הרב (הרמ״א) הן הן דברים שנאמר למשה בסיני.

כל מה שנתבאר בדברי הרשב״ם הוא ע״פ הבנת התוס׳ אבל הנ״י מבאר דברי הרשב״ם באופן אחר. דמכירה עם אחריות לא הוי ש״ר כיון שנשאר באחריות המוכר. וגם ע״ז תמה הש״ך בס׳ ל״ז סקכ״ט דמה ענין אחריות לשינוי רשות. אך האמרי ברוך בגליון השו״ע מציין על דברי הש״ך לתוס׳ ב״ק סז. ד״ה מעיקרא שכתבו שגנב והקדיש הוי שינוי רשות בקדשים שאינו חייב באחריותן משמע שאם חייב באחריותן אין זה נחשב שינוי רשות וזה כדברי הנ״י בדעת הרשב״ם. ומוסיף לע׳ בפנ״י בדף עו. שהקשה על דברי התוס׳ דזה ניחא לר״ש דס״ל דבר הגורם לממון כממון דמי א״כ כשהמקדיש חייב באחריות נחשב ברשותו וליכא שינוי רשות אבל למאי דקי״ל כרבנן אין אחריות המקדיש סיבה שלא יחשב ש״ר. עכ״פ דברי התוס׳ בב״ק הם כדברי הנ״י בדעת הרשב״ם.

יאוש וש״ר בקרקע. כתב הרשב״ם דבקרקע לא מהני יאוש וש״ר דקרקע אינה נגזלת. והתוס׳ פליגי והוכיחו שגם בעבדים וקרקעות מהני יאוש אלא דהכא מיירי שלא נתיאש דבקרקע אין רגילין להתיאש. ביאור המחלוקת בזה הוא בגדר הקנין של יאוש וש״ר. ובתחילה יש לדון למ״ד יאוש כדי קני אם יועיל יאוש בקרקע דהמ״ד דסבר יאוש קונה יליף לה בב״ק סו. מידי דהוי אאבידה והחולק ס״ל דשאני גזל דבאיסורא אתא לידיה. ולמ״ד שקונה יש להסתפק אי לית ליה סברת איסורא אתא לידיה וס״ל שגם בגזל מהני יאוש כמו יאוש דאבידה או שמודה דלא הוי ממש דומיא דאבידה אלא כיון שמקבל בשעת גזילה קנינים בחפץ היאוש מהני להפקיע חיוב השבה וקונה מכח הקניני גזילה דומיא דשינוי שהוא עצמו אינו סיבה לקנין אלא בצירוף הקניני גזילה ובודאי שקרקע לא נקנה בשינוי כמפורש במשנה ב״ק דף קיז: גזל שדה ושטפה נהר אומר לו הרי שלך לפניך. ואי נימא שגם יאוש קונה מכח קניני הגזילה אבל בפנ״ע לא מהני דהוי באיסורא אתא לידיה א״כ גם יאוש לא יועיל בקרקע. אבל אי אמרינן דיאוש קונה דומיא דיאוש דאבידה א״כ גם בקרקע יהיה קנין דיאוש. אף שאין קרקע נגזלת ואין בזה קניני גזילה. בספק זה נסתפקו התוס׳ בב״ק סט. ד״ה כל שלקטו בגזלן שקונה ביאוש אם בעינן דוקא שיהיה החפץ הגזול ברשותו כדי שיזכה בו ע״י היאוש אבל אם נמצא ברה״ר לא יזכה הגזלן א״ד זוכה בו בכל מקום שהוא. ותלוי בספק הנ״ל שאם קונה מחמת הקניני גזילה קונה בכל מקום שהוא דאינו צריך מעשה קנין בשעת הזכייה אלא קונה דומיא דשינוי מעשה אבל אם הקנין אינו מכח קניני גזילה אלא דומיא דיאוש דאבידה בודאי צריך לזכות ולא יקנה כשנמצא ברה״ר.

כל זה למ״ד יאוש כדי קני אבל למאי דקי״ל יאוש לא קני אלא דוקא יאוש וש״ר יש לדון אם הקנין של יאוש וש״ר הוא בצירוף הקניני גזילה וא״כ לא יועיל בקרקע או שאינו נוגע לקניני גזילה ויועיל גם בקרקע. ותלוי בגדר הקנין של יאוש וש״ר דנחלקו הראשונים אי קי״ל דבעינן דוקא יאוש ואח״כ ש״ר או שמהני גם ש״ר ואח״כ יאוש. והאריך בזה הקצה״ח בס׳ שנ״ג סק״א דלשיטת הרמב״ן ותוס׳ בסוכה ל: דבעינן דוקא יאוש ואח״כ ש״ר גדר הקנין הוא דכיון שבא לרשות הקונה אחרי יאוש בהתירא אתא לידיה וקונה דומיא דיאוש דאבידה ולפ״ז גם בקרקע קונה ע״י יאוש וש״ר. ואפילו לצד שנתבאר לעיל דיאוש כדי קונה מכח קניני גזילה ולא מהני בקרקע זה מפני שבאיסורא אתא לידיה ולא קונה מדין יאוש דאבידה אלא מכח הקניני גזילה אבל ביאוש וש״ר דבהתירא אתא לידיה קונה כדין יאוש דאבידה גם במקום שאין קניני גזילה. אבל שיטת הרמב״ם בפ״ה מגניבה ה״ג דמהני גם ש״ר ואח״כ יאוש מבאר הקצות דלדבריו גדר שינוי רשות הוא דשינוי הבעלות הוי שינוי במצב של החפץ והוי כעין שינוי מעשה כל דהוא שקונה

בצירוף עם יאוש ולפ״ז הוי דומיא דשינוי מעשה דקונה ע״י הקניני גזילה ולא יועיל בקרקע. וזה אפילו לצד דיאוש כדי מהני בקרקע מפני שקונה דומיא דיאוש דאבידה אבל אם יאוש לבד לא קונה אלא רק בצירוף ש״ר הוי דומיא דקנין שינוי שקונה מכח קניני גזילה ולא יועיל בקרקע, א״כ י״ל דבזה פליגי התוס׳ והרשב״ם דהרשב״ם ס״ל כרמב״ם דדמי לקנין שינוי ולכן בקרקע דליכא קניני גזילה לא מהני יאוש וש״ר ותוס׳ ס״ל כתוס׳ בסוכה והרמב״ן דהוי מדין בהתירא אתא לידיה וקונה דומיא דאבידה ומהני גם בקרקע אע״פ שאין בה קניני גזילה.

ועפ״ז יש לבאר דברי התוס׳ בסוכה ל: שדנים אם מהני יאוש בקרקע והוכיחו מסוגין דלא מהני יאוש בקרקע וכתבו דאולי למ״ד יאוש כדי קני מהני יאוש בקרקע והכא שאני דקאי למ״ד יאוש כדי לא קני ובעינן ש״ר ושינוי רשות לא מהני בקרקע, ודחו דכיון דטעמא דש״ר משום בהתירא אתא לידיה אין סיבה שלא יועיל בקרקע אע״כ דיאוש לא מהני בקרקע ע״ש. וצ״ב אמאי ס״ד דלא יועיל ש״ר בקרקע. אך כונתם כנ״ל שאם ש״ר אינו מטעם בהתירא אתא לידיה אלא משום דש״ר חשיב כשינוי מעשה כמש״כ הקצות בדעת הרמב״ם א״כ בודאי שלא מהני בקרקע דקנין שינוי הוא מכח קניני גזילה. לכן כתבו דש״ר אינו מדין שינוי מעשה אלא מדין דהתירא אתא לידיה וצריך להועיל בקרקע ואם לא מהני מוכח דלא מהני יאוש בקרקע.

עוד יש לבאר מחלוקת התוס׳ והרשב״ם דאפילו אי אמרינן דיאוש בגזילה קונה מדין יאוש באבידה ולא מכח קניני גזילה ונימא דש״ר לא הוי מדין שינוי מעשה אלא מדין בהתירא אתא לידיה אכתי יש מקום לומר שלא יועיל יאוש בקרקע. דיאוש מהני דוקא בדבר שאבוד מן הבעלים ואינו ברשותם. ובמקום שהדבר אבוד במציאות מהני יאוש גם בלי קניני גזילה אבל במקום שמצד המציאות אין הדבר אבוד הדין אינו ברשותו תלוי בקניני גזילה דעצם הדבר שיש לגזלן קנין גורם שיחשב אינה ברשותם של הבעלים כדמוכח מב״מ דף ז׳. א״כ י״ל שכונת הרשב״ם דבקרקע כיון שא״א לאבדה מן הבעלים אין זה נחשב אבוד ולא מהני בו יאוש. אך אם היה בו דין גזילה הקניני גזילה היו גורמים שיחשב ברשות הגזלן והיה מועיל יאוש לזה כתב הרשב״ם דכיון שקרקע אינה נגזלת הרי הקרקע ברשות הבעלים ולא מהני בה יאוש אפילו מדין יאוש דאבידה דהוי כיאוש ברשות הבעלים דלא מהני. וסברא זו כתב הגר״ח בפ״ט מגזילה לחלק בין יאוש בעבדים דמהני אף שעבדים אינם נגזלים ליאוש בקרקע דלא מהני. ומבאר הגר״ח דבקרקע שאין מציאות של אבוד וגם אין קניני גזילה לא מהני יאוש אבל בעבדים אף שדין גזילה אין בזה מ״מ מציאות של אבוד יש לכן מהני בו יאוש. וע׳ בקו״ש באות קפ״ה שגם ר׳ יונה מחלק בזה בין קרקע לעבדים. גם הנתיבות בס׳ שס״ג מחלק בין יאוש בעבדים ליאוש בקרקע.

נמצא ענין יאוש בקרקע תלוי. א. למ״ד יאוש כדי קני תלוי בגדר קנין יאוש בספק של תוס׳ ב״ק סט. ב. יאוש וש״ר תלוי אי קני מכח קניני גזילה או כדין יאוש דאבידה ותלוי במחלוקת ראשונים שהובא בקצות ס׳ שנ״ג. ג. תלוי אם יש מציאות של אבוד בקרקע. והנ״מ בין הפשטים הוא בעבדים דאם כונת הרשב״ם דיאוש וש״ר קונה מכח קניני גזילה א״כ כמו שלא מהני בקרקע כך לא יועיל בעבדים. ואם כונתו דבקרקע אין מציאות של אבוד א״כ רק בקרקע לא מהני יאוש אבל בעבדים מהני.

וג׳ שיטות יש בזה בראשונים א. שיטת תוס׳ שגם בעבדים וגם בקרקע מהני יאוש דס״ל שיש מציאות של אבוד בקרקע וס״ל שקנין יאוש וש״ר אינו תלוי בקניני גזילה. ב. שיטת הרשב״א שהובא בש״ך בס׳ שס״ג סק״ג שבין בקרקע בין בעבדים לא מהני יאוש. וזה משום דס״ל שהקנין של יאוש וש״ר הוא מכח קניני גזילה [ובל״ה מוכח שכן דעת הרשב״א שכתב בגיטין נ״ה שגנב והקדיש חל ההקדש מדין יאוש וש״ר דהקדשו וקנינו באים כאחת ומבאר הקצות בס׳ שנ״ג שזה

שייך רק אי אמרינן ששינוי רשות הוא סיבה לקניית הגזלן ולא אי אמרינן דהוי מדין בהתירא אתא לידיה ע״ש] ואפילו בעבדים שיש מציאות של אבוד לא מהני יאוש כיון שאין קניני גזילה. ג. שיטת ר׳ יונה דבעבדים מהני יאוש כיון שאינו תלוי בקניני גזילה אבל זה רק במקום שיש מציאות של אבוד משא״כ בקרקע שאין בו מציאות של אבוד וגם קניני גזילה לית ביה לכן לא מהני בזה יאוש. ועיין מה שכתבנו עוד בזה בב״ק ס״ו.

הראיות שהביאו התוס׳ דמהני יאוש בקרקע ועבדים לא קשיא לרשב״ם דמה שהביאו מהירושלמי ע׳ תוס׳ סוכה ל: דהוא תקנ״ח להחמיר באיסור כלאים ע״ש. ומה שהוכיחו מפרק השולח לכאו׳ כונתם למשנה בדף לז: דמהני יאוש בעבד שנשבה וכבר תי׳ הרשב״א שם והובא בש״ך ס׳ שס״ג סק״ג ובקצות שע״א סק״א דהתם לא מדין יאוש דגזילה אלא מדין כיבוש מלחמה מקרא דוישב ממנו שבי. והרא״ש מביא הראיה מדף לט: נתיאשתי מפלוני עבדי וגם זה יש לדחות דמיירי ביאוש דאבידה אבל בגזילה בעינן דוקא קניני גזילה. א״נ ע״פ מש״כ שם רש״י דלשון זה נתיאשתי מפלוני עבדי הוא לשון הפקר והוי כמפקיר עבדו ולא מדין יאוש. ומה שהוכיחו מסקריקון ע׳ בקצה״ח ס׳ שע״א סק״א דלא מיירי בגזל אלא שבאו עליו בעקיפין ובזה אמרינן כיון דאיכא בי דואר והיה יכול לתבוע בדין ולא תבע גמר ומקני ע״ש.

נהי דמגופה מיאש מדמיה מי מיאש. דהיינו דאכתי הוי נוגע שרוצה שישאר ביד לוי כדי שיוכל להוציא הדמים מראובן. ע׳ באו״ש פ״ד מגזילה הי״ד ד״ה אולם ששאלת הגמ׳ הוא רק לאיבע״א דמיירי שיש הכחשה בין עידי יהודה לעדי שמעון ואם יזכה יהודה בדין לא יוכל שמעון להוציא דמים מראובן. אבל לתי׳ הראשון דמיירי שיהודה מביא עדים שקנה מראובן ושמעון מביא עדים שראובן גנב ממנו בזה גם אם יוציא יהודה מלוי אכתי יוכל שמעון לתבוע דמים מראובן כמו שיכול להוציא הקרקע מיהודה בבית ושדה. ולגבי תביעת הדמים ליכא סברת הראשון נוח והשני קשה הימנו כיון שתובע הדמים מראובן ולא מיהודה א״כ אין שום נ״מ אם החפץ יהיה ביד לוי או ביד יהודה. וע״כ קושית הגמ׳ לאיבע״א שאין שמעון יכול להוציא מיהודה וא״כ כשיזכה יהודה אינו יכול להוציא הדמים מראובן.

אכתי צ״ב אי קאי כתי׳ השני ואם יזכה יהודה לא יוכל להוציא הדמים מראובן א״כ גם אם ישאר ביד לוי איך מוציא שמעון הדמים מראובן הא יאמר ראובן אייתי ראיה שהאמת כעדים שלך אולי האמת כעדי יהודה ואיך יוציא מראובן דמים בעדים מוכחשים ודמי ממש לב׳ יוסף בן שמעון שאין מוציאים שט״ח על אחר. עי׳ בשיטמ״ק בשם ר׳ יונה שהקשה כן ותי׳ דיצטרך ראובן להתפשר עם שמעון דאל״כ יכתבו שמעון ויהודה הרשאה זל״ז ויוציאו ממנו הדמים.

דף מד:

מטלטלי לבע״ח לא משתעבדי כתב הרשב״ם הטעם דאין שיעבוד על מטלטלין משום דלית ליה קלא. ואינו מובן דטעם זה נאמר בגמ׳ אחר דקי״ל שמטלטלין לא משתעבדי והיה צריך להיות שאם עשה אפותקי כן ישתעבד בזה אמרינן דכיון שאין קול לא ידעו הלקוחות שעשאה אפותקי ואיכא פסידא דלקוחות אבל אילו היה הדין שכל מטלטלין משתעבדי בודאי יודע הלוקח שמשועבד דהמלוה יש לו קול אם הוא בשטר א״כ מה שייך לומר דמטלטלי לא משתעבדי משום דלית ליה קלא. כן הקשה הרש״ש על דברי הרשב״ם ומביא שבטור בס׳ קי״ג כתב שהטעם הוא דלא סומך המלוה דעתו על מטלטלין כיון שיכול הלוה להבריחן ומה שהקשה ע״ז הסמ״ע אינו מובן כמו שהקשה הרש״ש ע״ש. וכדברי הרש״ש כתב גם התומים בס׳ קיג סק״א ע״ש. רש״י בב״ק יד: כתב שמה שלא גובין מטלטלין מיתמי הוא משום דשמא קנו המטלטלין אחר מיתת אביהן. ואינו מובן דגם

כשידוע שירשו מאביהם לא גובים. אלא כונת רש״י על דרך הטור דאין המלוה סומך דעתו על המטלטלין כיון שלא יוכל להוכיח שהם המטלטלין שירשו מאביהם וכיון שלא סומך דעתו אין שיעבוד אפילו ידוע שירשו מאביהם.

גם בתוס׳ בב״ק יא: ד״ה כגון מוכח דס״ל כשיטת הרשב״ם דהטעם שמטלטלי לא משתעבדי הוא משום דלית להו קלא. שכתבו על הא דאיתא בסמוך עשה עבדו אפותיקי בע״ח גובה הימנו משום דאית ליה קלא דכמו שגובה מלוקח כך גובה מיתומים וז״ל ואע״ג דמיתמי לא שייך טעמא משום קלא כמו בלוקח דלגבי דידהו אפותיקי ולא אפותיקי שוה מ״מ היכא דגבי מלקוחות גבי נמי מיתמי עכ״ל. ומה שכתבו דלגבי יתומים אפותיקי ולא אפותיקי שוה אינו מובן דההבדל בין אפותיקי ללא אפותיקי אינו ענין של קול דלשיטת הטור בלי אפותיקי אין המלוה סומך דעתו ובאפותיקי סומך דעתו וזה סברא לחלק גם לגבי יתומים. והוי להו למימר דלגבי יתומים עשה שורו אפותיקי ועשה עבדו אפותיקי שוים. שההבדל בין שורו אפותיקי לעבדו אפותיקי הוא מצד קול וזה לא שייך לגבי יתומים. אלא מבואר דסל כרשב״ם שמה שמטלטלי לא משתעבדי הוא בגלל חסרון קול ובעשה עבדו אפותיקי איכא קלא ושפיר כתבו דלגבי יתומים אין לחלק בין אפותיקי ללא אפותיקי. אך מסברא אינו מובן מה שייך חסרון קול בכל מטלטלין וכמו שהקשה הרש״ש על הרשב״ם.

בעיקר הדבר דמטלטלי לא משתעבדי אם הוא מן התורה או מדרבנן, שיטת הרשב״א שהובא בקצה״ח ס׳ ל״ט סק״א דמן התורה יש שיעבוד גם על מטלטלין ולומד הקצות שלרשב״א מן התורה גובים מטלטלין גם מלקוחות. ושיטת היד רמ״ה בדף קע״ה דשיטת עולא דשיעבודא דאורייתא נלמד מקרא דיוציא אליך את העבוט וקרא מיירי במטלטלין א״כ יש שיעבוד מן התורה גם על מטלטלין אבל אנן קי״ל כר׳ פפא דשיעבוד הוא סברא שנכסוהי דאינש ערבון ביה שהמלוה מלוה על סמך נכסי הלוה וכיון שמוציא המעות על סמך הנכסים זה משעבד את הנכסים כשיעבודו של הערב ולדבריו רק בקרקע שעליו סומך המלוה יש שיעבוד מן התורה אבל מטלטלין מן התורה לא משתעבדי. ומדברי הרשב״ם והתוס׳ הנ״ל בב״ק דסברי דטעמא דמטלטלי לא משתעבדי משום דלית להו קלא זה סברא של פסידא דלקוחות והוי סברא דרבנן ומוכח דס״ל כהרשב״א דמן התורה יש שיעבוד על מטלטלין. אבל סברת הטור דאין המלוה סומך דעתו על מטלטלין זה יכול להיות גם סברא דאורייתא כמבואר ברמ״ה הנ״ל.

עשה שורו אפותיקי וכו׳. הובא לעיל דברי התוס׳ בב״ק יא: דכמו שמלקוחות לא גובים בעשה שורו אפותיקי כך מיתומים לא גובים אע״ג דלגבייהו אין סברא לחלק בין עם קול לבלי קול מ״מ בכל מקום דין הגבייה מיתומים הוא כדינו מלקוחות. ובתוס׳ בב״ק קט. בד״ה לוה כתבו שאם עשה שורו אפותיקי ונתנו במתנה בע״ח גובה הימנו כיון שלגבי מקבל מתנה ליכא פסידא אין לחלק בזה בין היכא שאיכא קול להיכא דליכא קול. והקשה הקצה״ח בס׳ קי״ז סק״א דדברי התוס׳ סתרי אהדדי. דביתומים ובמקבלי מתנה תרוייהו ליכא בהו ענין פסידא דלקוחות ולגבי יתומים כתבו שדינם כלקוחות ובמתנה כתבו שאין דינם כלקוחות.

רע״א בגליון הש״ס ב״ק קט. מציין על דברי התוס׳ הנ״ל שהרשב״א בתשובה חולק וס״ל שגם ממקבל מתנה לא מוציאים בעשה שורו אפותיקי וגם הקצות הנ״ל מביא שהרשב״א חולק בזה על תוס׳. ולכאו׳ זה משום דס״ל לרשב״א כשיטת התוס׳ בב״ק יא: שהשוו יתומים ללקוחות וה״ה למקבל מתנה אבל זה אינו דמפורש ברשב״א בסוגין והובא גם בנ״י ובשיטמ״ק בשם הרשב״א דכיון שעשה שורו אפותיקי אין בע״ח גובה מפני חסרון קול, מיתומים שאין ענין של קול בע״ח גובה. נמצא דתוס׳ והרשב״א הפכו

שיטתם דלגבי יתומים לתוס׳ לא גובים ולרשב״א כן גובים וממקבל מתנה לתוס׳ גובים ולרשב״א לא גובים אך ברשב״א לא קשה כ״כ דס״ל דמקבל מתנה דמי טפי ללוקח ולא חלקו משא״כ יורשים. וקושית הקצות הוא רק על תוס׳ שכתבו איפכא. ונ״מ מכ״ז לסוגין בנתן פרה וטלית במתנה אם יכול המוכר להעיד אם יש מקום לחשוש שמא עשאו אפותיקי ורוצה להעמידה בפני בע״ח.

תוד״ה עשה. כתבו דעשה עבדו אפותיקי גובה הימנו אפילו במלוה בע״פ ועדיף עבדו אופתיקי מקרקע סתם והטעם דע״י הקול של עשיית האפותיקי יוצא קול גם על עצם החוב והוי כמלוה כשטר. וע׳ בשיטה בשם ר׳ יונה דה״ה עשה קרקע אפותיקי נמי איכא קלא וגובים מלקוחות אפילו במע״פ. אבל ה״ה בפי״ח ממלוה ה״ה כתב דמה שמהני עשה עבדו אפותיקי הוא רק לענין מלוה בשטר דלא עדיף עשה עבדו אפותיקי מקרקע סתם.

תוד״ה שורו, ע׳ קו״ש מש״כ בדבריהם.

דילמא אקני ליה מטלטלי אגב מקרקעי. מבואר שאם משעבד מטלטלין אגב קרקע חל שיעבוד על המטלטלין ומוציאים מהלקוחות והוא דכתב דלא כאסמכתא. מה ששיעבוד מטלטלין הוי אסמכתא ומה שמהני לכתוב דלא כאסמכתא אע״ג דבכל שאר אסמכתא לא מהני אמירת דלא כאסמכתא מבאר הרמב״ן דשיעבוד מטלטלין דומה לאסמכתא שאין עיקר דעתו על מטלטלין אלא רק אם לא יפרענו ולא ימצא קרקעות יפרע ממטלטלין. ומה דמהני כתיבת דלא כאסמכתא מבאר הרמב״ן דכי כתב הכי גלי אדעתייהו דעיקר שיעבודיה נמי אמטלטלי ושוינהו דומיא דקרקע. דהיינו כיון שמגלה שסומך על מטלטלין בשוה לקרקע כבר אינו אסמכתא אבל בשאר דוכתיה שגם אחרי האמירה נשאר אסמכתא לא מהני אמירת דלא כאסמכתא, ומבואר ברמב״ן דמה שמסלק חסרון אסמכתא אינו הקנין אגב קרקע אלא כתיבת דלא כאסמכתא. ומה שא״א לשעבד מטלטלין בשאר קנינים ויכתוב דלא כאסמכתא הוא משום חסרון קול ורק באגב יש קול גם למטלטלין.

שיטת הרא״ש בת׳ כלל ע״ב ס׳ ז׳ [הובא בקו״ש אות קצ״א] דאמירת דלא כאסמכתא לא מהני לסלק חסרון אסמכתא משיעבוד מטלטלין אלא מה שאינו אסמכתא הוא מפני שמשעבד אגב קרקע ונעשו המטלטלין טפלים לקרקע וסומך על גביית המטלטלין כגבית הקרקע. ומה שכותב דלא כאסמכתא אינו אלא לשופרא דשטרא. אבל אם משעבד בשאר קנינים הוי אסמכתא ולא מהני כתיבת דלא כאסמכתא. ובכלל ע״ט ס׳ י״ב כתב הרא״ש [הובא בקו״ש שם ובקצה״ח ס׳ ק״ז סק״ז] דמה דבעינן אגב דוקא הוא משום שע״י אגב יש קול גם לשיעבוד המטלטלין. דהיינו שאגב גורם ב׳ דברים. א. מסלק חסרון אסמכתא. ב. גורם שיהיה קול. ובשאר קנינים לא מהני לשעבד מטלטלין גם משום דהוי אסמכתא וגם בגלל חסרון קול.

שיטת הרשב״ם דמה דלא מהני לשעבד מטלטלין בקנין סודר הוא משום דהוי אסמכתא. ותמה הרש״ש דגם באגב הוי אסמכתא אלא כותב דלא כאסמכתא וה״נ בקנין סודר יכתוב דלא כאסמכתא. ועוד ת״ל דלית ליה קלא. אך פשוט דלענין אסמכתא שיטת הרשב״ם כרא״ש דהיכא דהוי אסמכתא לא מהני כתיבת דלא כאסמכתא אלא מה שמסלק חסרון אסמכתא הוא ההקנאה אגב קרקע ולכן בסודר לא יועיל כתיבת דלא כאסמכתא. ומה שלא כתב הרשב״ם שלא מהני סודר משום חסרון קול י״ל ע״פ דברי הריטב״א שכתב בד״ה דאמר רבא דמה שבאגב אין חסרון של קול הוא משום דרק באפותיקי שמשעבד דבר אחד מסוים אין קול אבל באגב שמשעבד כל מטלטליו יש קול וה״ה אם יש אפשרות לשעבד כל מטלטליו בקנין אחר יועיל ע״ש ואח״כ כתב בשם התוס׳ דדוקא אגב מהני לסלק חסרון דקול דע״י אגב נעשו המטלטלין כקרקע עצמו. וזה כדברי הרא״ש הנ״ל. וברשב״ם צ״ל

כתחילת דברי הריטב״א דכשמשעבד כל מטלטליו איכא קלא ולכן קשיא לרשב״ם שישעבד כל מטלטליו בקנין סודר ותי׳ דבעינן דוקא אגב כדי שלא יהיה חסרון אסמכתא.

נמצא דמה שצריך דוקא אגב כדי לשעבד מטלטלין יש בו ג׳ שיטות. א. שיטת הרמב״ן דמה שמסלק חסרון אסמכתא הוא אמירת דלא כאסמכתא וע״כ מה שצריך דוקא אגב הוא משום שאגב גורם קול כמש״כ הריטב״א בשם התוס׳. ב. שיטת הרא״ש דאגב גורם קול וגם מסלק חסרון אסמכתא ובשאר קנינים לא מהני גם משום דהוי אסמכתא ולא מהני אמירת דלא כאסמכתא וגם בגלל חסרון קול. ג. שיטת הרשב״ם דאגב מסלק חסרון אסמכתא ובשאר קנינים לא יועיל לכתוב דלא כאסמכתא, כרא״ש. אבל מצד קול כל שמשעבד כל מטלטליו איכא קלא. ולפי הרשב״ם והשיטה הראשונה בריטב״א יוצא שאם משעבד חלק ממטלטליו באגב לא מהני.

והוא דכתב דלא כאסמכתא. הובא לעיל דברי הרמב״ן דמטלטלין הוי אסמכתא משום שדעתו לגבות מזה רק אם לא ימצא קרקע. וכתב ע״ז הרשב״א וז״ל ואין טעם זה מספיק כל הצורך לפי דעתי דא״כ אפילו מיניה דידיה לא לגבי מטלטלין עד דכתב ליה דלא כאסמכתא עכ״ל. דברי הרשב״א לכאורה אינם מובנים דלענין גביה מיניה לא בעינן שיעבוד דגם למ״ד שיעבודא לאו דאורייתא גובים מן התורה מיניה ואפילו מגלימא דעל כתפיה. א״כ מה בכך דהוי אסמכתא ולא חל שיעבוד מ״מ גובה מדין מיניה. [וכן קשה מדאיקני דגובים מיניה אף שלא כתב דאיקני ולא נשתעבד. אך זה יש לדחות די״א שגובים דאיקני גם מיורשים וע״כ דחל שיעבוד גם בלי כתיבה ורק מלקוחות לא גובים כמו שיבואר לקמן בס״ד]. ולכאורה נראה דצ״ל דהיה פשוט לרשב״א שלהלכה הדין שגובים מיניה ואפילו מגלימא דעל כתפיה היינו דאם אינו נותן לוקחים בע״כ ולא רק שכופין עד שירצה לתת וזה ע״כ מכח שיש שיעבוד על מטלטלין ובזה קשיא ליה אי שיעבוד מטלטלין הוא אסמכתא איך לוקחין מיניה מטלטלין בע״כ. אך דבר זה תלוי במחלוקת ראשונים. דאיתא בכתובות פו. לר״פ דאמר פריעת בע״ח מצוה אמר לא ניחא לי דאיעביד מצוה מאי. ורוב הראשונים פרשו שאלת הגמ׳ דלמ״ד שיעבוד לאו דאורייתא אין שיעבוד אלא רק מצוה ואיך יגבו אם אינו רוצה לקיים מצותו. ומשני דכופין כמו שכופין על כל מצות עשה דמכין אותו עד שתצא נפשו. וכתבו הרמב״ן והריטב״א בקידושין יג: דאחר תי׳ הגמ׳ שיש כפיה על מצות בפרעון חוב לא בעינן כפיה של מכין אותו דאפשר לכופו ע״י לקיחת הממון. דהיינו דס״ל שגם בלי שיעבוד אפשר לקחת ממונו בע״כ. מדין כפיה על המצות. אמנם הרשב״א בב״ב קעה: מביא דברי הרמב״ן וחולק דכיון שאין שיעבוד א״א לקחת ממונו אלא בעינן דוקא כפיה בגופו עד שיתן מרצונו. [ע׳ באמרי בינה דיני הלואה ס׳ ג׳ שמוכיח שהרשב״א חולק בזה על הרמב״ן מדברי הרשב״א בב״ב קכד. ואין צורך לזה דמפורש כן ברשב״א בדף קעה: שמביא דברי הרמב״ן וחולק להדיא]. א״כ י״ל דהרשב״א לשטתו הקשה על הרמב״ן איך כופין לשלם מגלימא דעל כתפיה הא שיעבוד מטלטלין הוי אסמכתא ובלי שיעבוד ליכא כפיה בממונו אלא רק בגופו. אבל לרמב״ן לשטתו לא קשיא דס״ל שגם בלי שיעבוד כופין בממונו כמו למ״ד שיעבודא לאו דאורייתא.

ועוד נראה דממתני׳ דכתובות פד. מוכח עכ״פ לשיטת ר׳ טרפון שיש שיעבוד על מטלטלין דס״ל שאם המטלטלין אינם ברשות היתומים כגון שמופקדים ביד אחר בע״ח גובה מהם אחר מיתת הלוה אף שזכו בהם היתומים וע״כ דאיכא שיעבוד גם על מטלטלין אלא שאחר שנכנס לרשות היתומים תקנו שלא מוציאים מידם [ע׳ מה שכתבנו מזה בס״ד בכתובות] וע״ז הקשה הרשב״א אם שיעבוד מטלטלין הוי אסמכתא איך יש שיעבוד על מטלטלין לענין גבייה מיניה ומוכח בגמ׳ שהגבייה אינו רק מדין מיניה אלא יש שיעבוד ע״ז.

עוד יש לעיין בדברי הרשב״א מה קשיא ליה על הרמב״ן מגביית מטלטלין מיניה הא מש״כ הרמב״ן דשיעבוד מטלטלין הוי אסמכתא מיירי אחרי שהדין שמטלטלי לא משתעבד לענין גבייה מלקוחות מעצמם אא״כ משעבדם אגב קרקע והקנאת שיעבוד זה הוי אסמכתא. אבל שיעבוד מטלטלין לענין מיניה הוא דבר שחל מאליו בלי הקנאה של הלוה ובזה ליכא דין אסמכתא. וכן מוכח מדברי התוס׳ בד״ה והוא שהסתפקו אי הא דבעינן למכתב דלא כאסמכתא הוא דוקא במטלטלין או גם בקרקעות ואינו מובן איך יתכן לומר שגם שיעבוד קרקעות הוי אסמכתא הא בכל הלואה וחיוב איכא שיעבוד קרקעות בלי לכתוב דלא כאסמכתא וע״כ שכונת התוס׳ כמש״כ המהר״ם באופן שהקרקע אינו משתעבד מאליו אלא בעינן שישעבד מפורש כגון דאיקני בזה מספקא להו אם בקרקע כה״ג יש גם חסרון של אסמכתא או לא. ומזה שיש להם צד שגם בקרקע הוי אסמכתא ואעפ״כ כשלא צריך לשעבד בפירוש משתעבד מוכח דכל שחל השיעבוד בלי הקנאה מיוחדת לא שייך בזה אסמכתא א״כ מה הקשה הרשב״א על הרמב״ן מגביית מטלטלין מיניה. ונראה דמוכח מזה שהרשב״א חולק על תוס׳ וס״ל שגם לענין שיעבוד שחל מאליו יש דין אסמכתא.

וענין זה תלוי במקור של שיעבוד למ״ד שיעבודא דאורייתא. דהרמ״ה בדף קעה: מאריך לבאר דלעולא המקור מקרא ולדבריו גדר השיעבוד הוא קנין שנתנה תורה למלוה בנכסי הלוה ולפ״ז לא שייך דין אסמכתא בזה דרחמנא שיעבדיה בע״כ. אבל ר״פ ס״ל דשיעבוד הוא מדין ערב שהמלוה מוציא מעותיו על סמך שיגבה מנכסי הלוה וזה גורם שיעבוד על נכסי הלוה כמו שנכסי הערב משתעבדים מפני שהמלוה הוציא מעותיו על סמך הערב. ולגבי שיעבוד זה שפיר שייך לדון דהוי אסמכתא ואינו משתעבד גם כשלא צריך הקנאה מיוחדת ושפיר הקשה הרשב״א אי שיעבוד מטלטלין הוי אסמכתא איך גובים מיניה.

הקה״י בס׳ כ״ט מביא בשם ח״א שהקשה על דברי הרשב״ם שכתב ששיעבוד מטלטלין הוי אסמכתא א״כ היכי מהני כל שיעבוד קרקעות דגם גבייה מקרקע הוא רק כשלא יפרע בזמנו והוי אסמכתא כמו שיעבוד מטלטלין. ותי׳ הח״א שרק לגבי מטלטלין שלא משתעבד מאליו ובעינן שישעבדם בהדיא בזה אמרינן דהקנאת שיעבוד הוי אסמכתא אבל קרקע שמשועבד מעצמו בלי הקנאה אין בזה דין אסמכתא. ולפי מה שנתבאר בדברי הרשב״א מבואר שלא כדבריו אלא שגם כשמשועבד מעצמו יש חסרון אסמכתא. ובעיקר מה דנקט מסברא שאותו חסרון של אסמכתא שיש במטלטלין כיון ששיעבודם רק אם אין קרקע, כמו כן קרקע הוי אסמכתא כיון שגובה רק אם אינו פורע מעות תמוה דבהדיא הסתפקו התוס׳ בד״ה והוא אי בקרקע נמי הוי אסמכתא והטעם מבואר בהדיא ברמב״ן וז״ל המטלטלין דומין לאסמכתא שאם לא יפרענו ולא ימצא קרקעו וימצא מטלטלין שיפרע מהם וכו׳ אבל הקרקעות עיקר שיעבודו עליהם ולא הלוהו אלא ע״מ ליפרע מהם עכ״ל. הרי מפורש דבקרקע לא הוי אסמכתא כיון שעיקר סמיכות דעתו עליו ולק״מ מה שהקשה הח״א על הרשב״ם. אבל בתוס׳ שיש להם צד שגם קרקע הוי אסמכתא יקשה קושית הח״א איך כל קרקע משתעבד וצ״ל כתירוצו דתוס׳ ס״ל שרק במקום שמשעבד ע״י הקנאה יש דין אסמכתא כמש״כ המהר״ם אבל כבר נתבאר דשיטת הרשב״א אינה כן.

עוד יש להוכיח מדברי התוס׳ שיש להם צד לומר שגם שיעבוד קרקע הוי אסמכתא דע״כ ס״ל כרמב״ן שאמירת דלא כאסמכתא מסלק דין אסמכתא וא״א לומר כרא״ש שקנין אגב מסלק דין אסמכתא דנעשו המטלטלין טפלים לקרקע דשיעבוד הקרקע עצמה הוי אסמכתא ואיך יועיל להוריד דין אסמכתא מהמטלטלין אלא מוכח מדבריהם דס״ל בזה כרמב״ן ולא כשו״ת הרא״ש שהובא לעיל.

תוד״ה כגון. ע׳ בתומים ס׳ קי״ב סק״ב מש״כ לישב קושית התוס׳.

ש״מ דאיקני קנה ומכר משתעבד. הגמ׳ בדף קנז. מסופקת אם דאיקני קנה ומכר משתעבד או לא דהיינו אם יכול אדם לשעבד בשעת הלואה את הנכסים שעתיד לקנות האם אמרינן כמו שאינו יכול להקנות דבר שלא בא לעולם כך אינו יכול לשעבד דשלב״ל או דלמא אע״ג דא״א למכור דשלב״ל אפשר לשעבד דשלב״ל. ומבואר לכאורה מזה דבלי שישעבד בפירוש את מה שעתיד לקנות לא יחול שיעבוד ממילא על מה שיקנה אח״כ, וע׳ בקצה״ח ס׳ קי״ב סק״א שמאריך לבאר דהא דקי״ל נכסוהי דאינש ערבון ביה וכל נכסיו משתעבדים מן התורה כשחל עליו חיוב היינו דוקא נכסים שיש לו בשעת חלות החיוב. אבל מה שקנה אחר שהוא כבר מחויב לא משתעבד אע״ג דחיוב הגוף עדיין רמי עליו אין זה גורם שיעבוד על נכסיו ואפשר לגבות רק מדין מיניה אבל שיעבוד שחל על הנכסים לענין שיוציאו מלקוחות חל רק בתחילת זמן חיובו. ובזה מסתפקת הגמ׳ דאף שמאליו לא חל שיעבוד על מה שקונה אח״כ מ״מ יתכן שבידו לשעבד ואולי לענין שיעבוד אין חסרון של דשלב״ל. וע״ש בקצה״ח דמעיקר הדין גם בשיעבוד יש דין דשלב״ל והצד שיכול לשעבד הוא מדרבנן כמבואר ברשב״ם דף קנז. אמנם שיטת התומים בס׳ ק״ד סק״ז אינו כן [והביאו הקצות בס׳ ק״ד סק״ט] דמוכיח מתוס׳ בבכורות דכל שחל שיעבוד הגוף בשעת הלואה כל מה שקונה אח״כ ממילא משתעבד דאין חילוק בין תחילת זמן החיוב לאח״כ דכל רגע רמי עליו חיוב הגוף וזה משעבד כל מה שבא לרשותו. והספק לענין דאקני הוא דקי״ל מע״פ לא גובה מלקוחות משום דלית ליה קלא והשטר גורם שיעבוד רק למה שיש בשעת כתיבת השטר ולענין מה שקונה אח״כ אף שחל שיעבוד מ״מ השטר לא קאי ע״ז והוי כמע״פ ובזה מספקא לגמ׳ אי מהני דאיקני לשעבד דשלב״ל לענין שגם זה יכלל בשיעבוד השטר ויחשב מלוה בשטר. ובזה תלוי מחלוקת הפוסקים שהובא בש״ך ס׳ קי״ב סקט״ו בלוה וכתב דאיקני ואח״כ לוה מאחר ולא כתב דאיקני ואח״כ קנה אם לענין גבייה מיניה יש קדימה לראשון אם לא. שיטת הש״ך דאף שאם ימכור, הראשון שכתבו לו דאיקני יוציא מלקוחות והשני לא, מ״מ לענין מיניה משועבד לשניהם ואין לראשון קדימה והקצות בסק״ט חולק וס״ל דלשני ליכא שיעבוד כלל ואינו גובה אלא מתורת מיניה ולכן לראשון שיש לו שיעבוד יש קדימה. ובזה תלוי גם מחלוקת הסמ״ע סקי״ט והש״ך סקי״ג ע״ש.

ע״פ דברי התומים יובנו דברי המהרי״ט שהובא בקצות בס׳ קי״ב סק״א שמבאר מה שיש צד שאפשר לשעבד דשלב״ל אע״פ שלהקנות דשלב״ל א״א דלענין שיעבוד כיון שיש שיעבוד הגוף יחול ממילא שיעבוד נכסים כשיקנה נכסים. והקצות דחה דבריו דשיעבוד הנכסים חל רק בתחילת זמן החיוב. אך במהרי״ט מבואר כהתומים דכל זמן שנמשך חיוב הגוף יש סיבה לשעבד כל נכסיו שיבואו לרשותו והספק הוא רק אם מהני דאקני להחשיב גם מה שעתיד לקנות כדין מלוה בשטר ולגבי זה יש צד שאין חסרון של דשלב״ל כיון שעיקר השיעבוד חל ממילא. וכדברי המהרי״ט מבואר בב״י בריש ס׳ ר״ט בסוד״ה אין בשם תלמידי הרשב״א דמה שיכול לשעבד דשלב״ל הוא משום דשיעבוד הנכסים גריר בתר שיעבוד הגוף ע״ש [הובאו דבריו בשעה״מ סי׳ קי״ג סק״א]. ומבואר כשיטת התומים דלא כהקצות.

ובזה נבין דברי השיטמ״ק כאן בשם ר׳ יונה שכתב דלא גרסינן דאיקני קנה והוריש דלענין גבייה מיורשים גם אם לא כתב דאיקני גובים דקי״ל מע״פ גובה מן היורשים וכל דאיקני הויא לה כמע״פ כיון שלא היה בכלל הקנאת השטר אבל שיעבוד כמע״פ יש לו דלאלתר דקני להו משתעבדי דקי״ל מע״פ גובה מן היורשים. ודין זה הוא מחלוקת הראשונים והובא מחלוקת בזה להלכה בס׳ קי״א סע׳ כ׳ ותלוי בביאור דברי הגמ׳ בדף קנז. ולשיטת הקצות פשוט שגם מיורשים לא גובים דלא חל שום שיעבוד על הנכסים והוי כנכסים שקנו היורשים אחר מיתת

אביהם. אלא מבואר ברי יונה כתומים והש"ך דלענין גביה מיניה חל שיעבוד גם על מה שקנה אח"כ וכל הספק בגמ' הוא רק אם יכול לכלול נכסים אלו בשיעבוד השטר ויוציאו מלקוחות אבל לגבי גביה מיניה או מן היורשים חל שיעבוד גם על נכסים אלו כדין מע"פ.

נמצא מחלוקת יסודית בין הקצות והסמ"ע עם הש"ך והתומים אם זמן חלות שיעבוד על הנכסים הוא דוקא בתחילת ההלואה או כל זמן שנמשך החיוב. ובזה תלוי הסיבה שיש צד שאפשר לשעבד דשלב"ל, לקצות וכן מבואר ברשב"ם מעיקר הדין אין מעלה בשיעבוד אלא מתקנ"ח אבל לתלמיד הרשב"א והמהרי"ט והתומים שיעבוד עדיף מפני שנגרר אחר שיעבוד הגוף וכתיבת דאיקני הוא רק כדי לכלול את זה בשיעבוד השטר לענין גביה מלקוחות. ובזה תלוי מחלוקת הראשונים בלי דאיקני או לצד דלא מהני דאיקני, אם גובים מיורשים.

דלא הוה ליה ארעא מעולם. כתב הרמב"ן מדהוצרכו להעמיד שמעידים שלא היה לו קרקע מעולם ולא סגי בזה שיעידו שבזמן שקנה הפרה והטלית לא היה לו קרקע ש"מ דאם כתב מטלטלין דאיקני ושיעבד את המטלטלין שעתיד לקנות אגב קרקע מהני אפילו שאחר ההלואה קנה קרקע ומכרו ואח"כ קנה מטלטלין ומכרן דבזמן קניית המטלטלין חל שיעבודן אע"פ שמכר הקרקע לפני שקנה המטלטלין. [ה"ה בפי"ח ממלוה ה"ב והובא בסמ"ע ס' קי"ג סק"ה מעתיק דין זה באופן שהיה לו קרקע בשעת הלואה ומכרו לפני קניית המטלטלין והקשה רע"א בגליון הסמ"ע דברמב"ן מבואר יותר מזה שגם אם הקרקע נקנה אחר ההלואה ונמכר לפני שקנה המטלטלין מהני אמנם נראה דמקורו של ה"ה אינו מהרמב"ן אלא מהרשב"א והרשב"א כתב כלשון ה"ה שבתחילה היה לו קרקע] ומבואר בהמשך דברי הרמב"ן דמה שמהני אף שמכר הקרקע לפני שקנה המטלטלין הוא משום דכשקנה הקרקע חל שיעבוד על הקרקע והשיעבוד קיים גם אחר מכירת הקרקע לכן בזמן קניית המטלטלין חל שיעבוד עליהם. אבל אילו היה פוקע שיעבוד הקרקע לפני קניית המטלטלין לא היה חל שיעבוד על המטלטלין. וכן מפורש בריטב"א שכתב שאם היה לו קרקע שכור או שאול ושיעבד אגב קרקע זה מטלטלין מהני רק כ"ז שהקרקע שאול לו אבל אם קנה המטלטלין אחרי גמר זמן השאלה שכבר פקע השיעבוד שעל הקרקע לא חל השיעבוד על המטלטלין.

הקצה"ח בס' קי"ג סק"א הקשה על הרמב"ן למה יש חידוש יותר בזה שחל השיעבוד על המטלטלין כשקנה המטלטלין אחר מכירת הקרקע יותר מאשר כשקנה אותם אחרי קניית הקרקע לפני מכירת הקרקע. הא גם בזה כבר חל השיעבוד על הקרקע לפני שקנה המטלטלין א"כ למה ס"ד לחלק בין אם מכר הקרקע או לא הא שיעבוד הקרקע אינו פוקע ע"י המכירה. ונראה דמצאנו כיוצא בזה במקנה קרקע לאחר ל' בקנין שטר דכ"ז שלא נקרע השטר לא כלתה קנינו וקונה לאחר ל'. ואינו מובן מה נ"מ אם נקרע השטר או לא הא בל"ה כבר זכה הקונה בשטר [בפשטות זוכה בשטר מיד ורק בקרקע אחר ל'] ואין השטר עכשיו ראוי לקנין ואעפ"כ אין בזה חסרון של כלתה קנינו כיון שזה ברשות הקונה מחמת הקנין שעשה אבל כשנקרע השטר שאינו ראוי לקנין מסיבה אחרת בזה יש חסרון של כלתה קנינו. וכן כאן הקנאת הקרקע הוא מעשה הקנין של המטלטלין והקרקע לגבי המטלטלין כשטר לגבי קרקע ומה שאין הקרקע ראוי לשעבד בו עכשיו מפני שהוא כבר משועבד אין בזה חסרון כמו שאין חסרון במה שהשטר קנוי לקונה. אבל כשמכר הקרקע לאחר שאין הקרקע ראוי לשעבד אגבו מפני שאינו ברשות הקונה והמקנה דמי לנקרע השטר והוי ככלתה קנינו של המטלטלין וס"ד שלא יועיל.

ובזה יתבארו המשך דברי הרמב"ן שכתב שמה שמהני אפילו שמכר הקרקע לפני שקנה המטלטלין הוא משום דשיעבוד המטלטלין חל מההיא שעתה ואינו יכול לחזור משיעבוד

המטלטלין אפילו לפני קנייתם. והרשב״א חולק וס״ל דאע״ג דחל שיעבוד המטלטלין אף שמכר הקרקע תחילה מ״מ יכול לחזור בו מדאיקני כ״ז שלא קנה הנכסים. והבין הקצה״ח בס׳ קי״ב סק״ג שכונת הרמב״ן שחל שיעבוד המטלטלין מרגע שכתב דאיקני אף שעדיין לא קנה המטלטלין ולכן הקשה הקצות אמאי אמרינן דלוה ולוה וכתב לשניהם דאיקני ואח״כ קנה יחלוקו ואין קדימה לראשון מפני שהשיעבוד חל כשקונה הקרקע ונשתעבד לשניהם כאחד, והא הרמב״ן כתב דבדאיקני חל השיעבוד מעכשיו עוד לפני הקנין ולמה לא יהיה לראשון קדימה ונשאר בצ״ע. והדברים תמוהים איך יתכן לומר שחל שיעבוד עכשיו על ממון שאינו שלו הא פשוט דגם לר״מ דאדם מקנה דשלב״ל אין הקנין חל עד שבא לעולם. אלא פשוט דאין כונת הרמב״ן שהשיעבוד חל ממש מעכשיו אלא כמו שמצאנו לר״מ דאדם מקנה דשלב״ל יש ענין של מעכשיו וכתבו התוס׳ בקידושין סג. דמהני מעכשיו בדשלב״ל שלא יהיה חסרון של כלתה קנינו ואפילו נקרע השטר מהני. וביארו האחרונים [ע׳ מערכת הקנינים ס׳ ב׳ וג׳] שאף שפשוט שלא חל עדיין הקנין מ״מ מעשה הקנין נגמר ולשיטת תוס׳ זה גורם שלא יהיה דין כלתה קנינו ושיטת הרשב״א שמעכשיו בדשלב״ל גם א״א לחזור אף שעדיין לא חל הקנין. וזה כונת הרמב״ן כאן שהשיעבוד חל מעכשיו, לא כהבנת הקצות שהנכסים כבר משועבדים, אלא שמעשה הקנין שמשעבד נגמר מעכשיו דומיא דמעכשיו בדשלב״ל לר״מ. ולכן לא איכפת לן שמכר הקרקע דנתבאר לעיל דמכירת הקרקע הוי כנקרע השטר וכאן ליכא דין כלתה מפני שהמעשה נגמר כאילו שאמר מעכשיו. וגם לגבי זה שיעבוד עדיף מקנין דבלי אמירת מעכשיו הוי כמעכשיו. ולכן סובר הרמב״ן דלא מהני חזרה. והרשב״א מודה דליכא חסרון של כלתה אבל חולק לענין חזרה וס״ל דמהני חזרה כל זמן שלא קנה הנכסים וזה קצת סתירה לשיטת הרשב״א לגבי מעכשיו בדשלב״ל וצ״ע. ומחלוקת זו אי מהני חזרה בדאיקני הובא להלכה בס׳ קי״ב סע׳ א׳ בהג״ה.

עוד חידוש יש ללמוד מדברי הרמב״ן דאף שזמן חלות השיעבוד על הקרקע הוא כשקנה הקרקע והשיעבוד על המטלטלין חל כשקונה המטלטלין אין זה מגרע את הקנין. ויש ללמוד מזה שיכול להקנות לחברו קרקע מעכשיו ואגבו להקנות מטלטלין לאחר ל׳ ולא בעינן שזמן חלות הקנין של הקרקע והמטלטלין יהיו כאחד. [דהיינו למה שנתבאר שאין כונת הרמב״ן ששיעבוד המטלטלין חל לפני קנייתם דזה לא יתכן]. ובזה יתבארו דברי הרמב״ן בקידושין כז. שמבואר שם דאגב קונה רק במתנה אבל במכר לא קנה עד שיתן דמים ולשון הרמב״ן שם דלא גמר להקנות עד שיתן דמים. ומשמע דכשיתן הדמים יקנה ע״י קנין אגב והקשה שם הגרא״ז זצ״ל בהגהותיו איך יקנה אח״כ באגב הא קנין הקרקע חל עכשיו ובטל האגב ואיך יקנה אח״כ המטלטלין. אבל למה שמבואר כאן ברמב״ן אפשר להקנות קרקע מעכשיו ואגבו מטלטלין לאחר ל׳ ולא איכפת לן דזמן חלות קנין הקרקע אינו יחד עם זמן חלות קנין המטלטלין. [וחסרון דכלתה ליכא בזה כיון שהקרקע הוא ברשות הקונה כמו כל שטר ששייך לקונה ולא הוי כנקרע ורק בשיעבד למלוה ומכרו לאחר הוי כלתה ובזה הוצרך הרמב״ן לבאר דמהני מפני ששיעבוד הוי כמעכשיו].

רשב״ם ד״ה לא צריכא. כתב בשם ר״ח דבעינן עדות ברורה שלא היה לו קרקע מעולם וזה יתכן רק כשלא פרשו ממנו מעודו עד היום. הרשב״א חולק וס״ל דאין מציאות כזו ולא דמי למה שמביא ר״ח מיבמות ע״ש וכיון דאינו אלא חשש סגי בזה שמעידים שלא ידוע שיש לו קרקע ואילו היה לו קרקע היה ידוע בין שכיניו. והקשה ר׳ יונה אכתי ניחוש שמא ניתן לו קרקע במתנה ע״מ להחזיר ולזה אין קול ולא ידוע לשכניו ואגב קרקע זה שיעבד מטלטלין. וסובר ר׳ יונה שאפשר להקנות מטלטלין אגב קרקע שקנוי לו במתנה ע״מ להחזיר [דין זה

מביא רע״א בשם ר׳ יונה בשו״ע ס׳ ר״ב]. ומתרץ דאמנם אפשר להקנות אגב הקנאת קרקע שיש לו מתנה ע״מ להחזיר אבל לשעבד אגב שיעבוד של קרקע שיש לו במתנה ע״מ להחזיר אינו יכול דאין קרקע זו ראויה לגוביינא ואינו בר שיעבוד. ודין זה מביא רע״א בשם ר׳ יונה בס׳ ס׳ סע׳ א׳. [ומשמע דלא מהני אפילו אם קיבל קרקע ע״מ להחזיר אחר שכבר היו המטלטלין ברשותו]. וצריך להבין אמנם אין הקרקע ראוי לגוביינא וא״א לשעבד אגב שיעבוד הקרקע אבל אמאי אינו יכול לשעבד אגב הקנאת הקרקע דהיינו שיקנה הקרקע שקנוי לו ע״מ להחזיר ואגב הקנאת הקרקע ישעבד את המטלטלין.

ונראה דיש לבאר דברי ר׳ יונה בב׳ אופנים. א. איתא בקידושין כז. איבעיא להו שדה במכר ומטלטלין במתנה מהו ומבואר דיש צד בגמ׳ שכדי שיוכלו להקנות מטלטלין אגב קרקע, ויסוד קנין אגב הוא שהמטלטלין טפלין לקרקע, בעינן שצורת הקנאת המטלטלין יהיה שוה להקנאת הקרקע ולכן היה צד לומר דקרקע במכר ומטלטלין במתנה לא מהני. א״כ י״ל שגם למסקנת הגמ׳ דמהני קרקע במכר ומטלטלין במתנה היינו משום דמכר ומתנה שוים דאותו קנין שמקבל בקרקע מקבל במטלטלין אלא שעבור הקרקע משלם דמים והמטלטלין במתנה אבל לשעבד מטלטלין אגב הקנאת קרקע שזה שני חלויות שונות א״א באגב. ויתכן שזה הביאור בדברי ר׳ ירוחם שהובא בש״ך ס׳ ר״ב סק״ב דאע״ג דמוכח בגמ׳ ונפסק בשו״ע דאפשר להקנות מטלטלין אגב השכרת קרקע מ״מ קרקע בשאלה ומטלטלין במכר או מתנה לא מהני ותמה הש״ך איזה סברא יש לחלק בין שכירות קרקע לשאלת קרקע. וכתב שם הקצה״ח בסק״א דמצאנו בעוד מקומות ששאלה ושכירות שונים במהות הקנין ולא רק שזה כמכר וזה כמתנה אלא שכירות הוא יותר קנין בגוף הדבר וכממכר ליומא ושאלה הוא יותר קנין השתמשות. אך אכתי קשה דמ״מ למה לא יוכלו להקנות אגב שאלת קרקע. אבל להנ״ל הפשט דבעינן אותו חלות בקרקע ובמטלטלין כדמוכח מזה שיש צד שקרקע במכר ומטלטלין במתנה לא מהני א״כ ה״נ סובר ר׳ ירוחם ששאלה והקנאה לא דמו זל״ז ולא מהני באגב. כמש״כ בר׳ יונה דשיעבוד מטלטלין אגב הקנאת קרקע לא מהני.

ב. יש לבאר עוד דמה דלא מהני שיעבוד מטלטלין אגב הקנאת הקרקע ע״פ מה שהובא לעיל בשם שו״ת הרא״ש ונתבאר שכן שיטת הרשב״ם דמה שבעינן דוקא קנין אגב לשעבד מטלטלין הוא משום דבשאר הקנאות הוי אסמכתא כיון שדעתו לגבות מטלטלין רק אם לא יהיה קרקע ורק באגב לא הוי אסמכתא מפני שמשעבד אגב קרקע ומגלה שסומך דעתו על המטלטלין בשוה לקרקע. וזה שייך רק כשמשעבד מטלטלין אגב שיעבוד הקרקע אבל כשמשעבד אגב הקנאת קרקע אמנם מעשה קנין יש כאן אבל אין גילוי דעת שסומך על מטלטלין כקרקע והוי כמשעבד מטלטלין בקנין סודר דלא מהני משום דהוי אסמכתא.

תוד״ה דלא. הביאו שי״א שגם מי שאין לו קרקע יכול להקנות אגב ד׳ אמות שיש לו בא״י דקרקע אינה נגזלת. ע׳ קו״ש שהקשה דכיבוש מלחמה מהני גם בקרקע ומסתפק אולי בא״י לא מהני כיבוש מלחמה. אך בל״ה דברי התוס׳ צ״ע דמבואר בב״מ ז. דאע״ג דקרקע אינה נגזלת ויכול להקנות אפילו שנמצא ביד הגנב מ״מ אם אינו יכול להוציאו בדיינים אינו יכול להקנות וד׳ אמות בא״י שלא ידוע היכן הוא בודאי הוי ממון שאי אתה יכול להוציאו בדיינים. ומה שהביאו מע״מ שיש לי קרקע תמה רע״א דגרסינן התם ע״מ שיש לי בית כור עפר ואין לכ״א בית כור בא״י ובל״ה אינו מובן דדעתו על קרקע הראוי לשימוש.

ונראה לר״ת וכו׳. כתבו דכשמודה שיש לו קרקע אף שידוע שאין לו מהני מדין אודיתא. ומה שצריך להודות שיש לו קרקע ולא מקנה את החוב לשליח באודיתא גמורה היינו משום

שאינו מודה דהחוב היה מתחילה של השליח דאין רוצה להכחיש השטר שנכתב על שמו לכן אומר רק שהקנה את השטר לשליח וכדי שיהיה ע״י הודאתו קנין אודיתא בעינן שיודה שהקנה באופן המועיל דאם אומר שהקנה באופן שלא מהני הקנאתו הרי שלא הודה שהממון הוא של חברו לכן צריך שיודה שיש לו קרקע ומקנה באגב ואז אע״ג דהאמת היא שאין לו קרקע קונה חברו בקנין אודיתא כיון שלפי הודאתו זכה חברו בחוב.

וע״ז הקשה ר׳ חזקיהו א״כ ה״נ ניחוש שמא שיעבד מטלטלין אגב קרקע ע״י שהודה שיש לו קרקע וישתעבד מדין אודיתא. וכתב הקצה״ח בס׳ קצ״ד בסוף סק״ד אחר שהאריך לבאר הדין של קנין אודיתא שהוא תקנ״ח שיחשב ההודאה קנין ככל מעשה קנין עם כונת קונה ומקנה ומהני להקנות רק דבר שנמצא ברשותו ויכול להקנותו בשאר קנינים. ועפ״ז כתב לישב קושית התוס׳ דאע״ג שתמיד יכול להקנות מדין אודיתא כשמודה שיש לו קרקע מ״מ אין זה קנין אגב אלא קנין אודיתא אלא הודאתו היא שהקנה באגב. ולענין שיעבוד מטלטלין לא מהני שאר קנינים אלא בעינן דוקא אגב כמו שנתבאר לעיל ועל הצד שאין לו קרקע ומודה שיש לו אמנם קנין יש כאן אבל אגב אין כאן והכא בעינן דוקא אגב לכן לא מהני אודיתא אע״פ שהאודיתא נעשה ע״י הודאה של אגב.

אך כ״ז להבנת הקצות בקנין אודיתא אבל כבר הובא לעיל דדף מג. ששיטת החזו״א בב״ק ס׳ י״ח סק״ו שאודיתא אינו מעשה קנין כלל אלא עיקרו הודאת בע״ד אלא שדין הממון נקבע ע״פ הנאמנות שב״ד מקבלים מהודאתו ולכן משתנה דין הממון אף שכלפי שמיא אין הודאתו אמת. אבל אין זה מעשה קנין ככל הקנינים ומהני גם בדבר שאינו ברשותו. ולדברי החזו״א אין מקום לתירוצו של הקצות שאם מודה שיש לו קרקע הרי יש כאן הודאה שיש כאן קנין אגב ואם הדין נקבע לפי הודאתו זה יועיל גם לשעבד את מטלטליו כאילו שיעבדם אגב קרקע. וע׳ בגליון הקה״י על הקצה״ח בס׳ קצ״ד שמציין לע׳ בשו״ת הרשב״א שדן בפירוש בשאלה זו בגדר קנין אודיתא ומסיק דאינו מעשה קנין אלא נאמנות וכונתו כמש״כ החזו״א דלא יתכן דהוי רק נאמנות גרידא ולא משנה שום דין דא״כ איך רב מרי הוציא הממון מרבא בב״ב קמט. הא ידע האמת שאינו שלו וזכה רבא. ויש להוסיף בזה דכן מפורש בחי׳ הרשב״א קידושין כו: בד״ה מעשה שהקשה על הא דמבואר שם מעשה במרוני אחד שרצה להקנות מטלטליו ואמרו לו אין לו תקנה עד שיקנם אגב קרקע וקשה למה לא הקנה באודיתא כמעשה דאיסור גיורא ותי׳ וז״ל שאלו נכסים ידועים לו ובא לישאל באיזה קניה יכול להקנותם והודאה לא מדרך הקנאה היא עכ״ל. וזה כחזו״א ודלא כהקצות, והרשב״א לשטתו. ושו״ר שהמקור חיים בס׳ תמ״ח סק״ה ד״ה ולענין מפרש הרשב״א כפשוטו דאין זה אלא הודאה ולא קנין וצ״ע.

נמצאת שאינה שלו חוזר עליו.

מחלוקת ר״פ ור״ז בזה הוא בפי׳ שלא באחריות אבל לא פירש איזה אחריות אבל בסתם אפילו למ״ד אחריות לאו ט״ס, לכו״ע היינו רק לענין בע״ח, אבל נמצאת גזולה הוי מק״ט וחוזר. ובזה לא שייך סברת ר״ז להכי זבני לך שלא באחריות כיון שמכר סתם כן מבואר ביד רמ״ה אות קנ״ו. ולענין הלכה ה״ה והכ״מ ס״ל דהרמב״ם פסק כר״ז דכן נראה מדברי הרמב״ם בפי״ט ממכירה ה״ח. אך הקשה הכ״מ דא״כ לא היה צריך הרמב״ם בפט״ז מעדות ה״ד את האוקימתא דמכיר בה שהיא בת חמורו. וע׳ בכ״מ מה שתי׳ ובמה שהקשה הלח״מ על תי׳ של הכ״מ והלח״מ כתב שהרמב״ם פסק כר״פ ע״ש וע׳ באו״ש בפט״ז מעדות משכ״כ לישב הכ״מ וע׳ ישוב אחר בדעת הרמב״ם בש״ך ס׳ ל״ז סקכ״ה לחלק בין קרקע למטלטלין דדוקא בקרקע חולק ר״ז וס״ל דעביד אינש דזבן ארעא ליומא אבל במטלטלין לכו״ע נמצאת שאינה שלו חוזר עליו אפילו פירש שלא באחריות ע״ש.

במכיר בה שהיא בת חמורו. ע' נ"י שזה דוקא שאמר כן בתחילה אכל אח"כ חיישינן לקנוניא והיד רמ"ה באות קנ"ה כתב דלא חיישינן להכי ע"ש.

דף מה.

אי דאית ליה ארעא אחריתי וכו'. מגמ' זו מוכח בהדיא דהדין של אין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש בנ"ח הוא אפילו כשהבנ"ח הם מטלטלין דאי נימא דכשיש מטלטלין בנ"ח אפשר לגבות קרקע מהלוקח א"כ הוא נוגע בעדות שרוצה שישאר הקרקע ביד הלוקח כדי שהבע"ח יגבה משם ולא מהמטלטלין שלו. אלא מוכח דאם יש לו אפילו מטלטלין לא נפרעין מהלוקח. וידוע שהמהרש"א כתב בב"ק קח: דבמטלטלין ליכא דין אין נפרעין והקצות בס' שס"ז סק"ד כתב על דברי המהרש"א דלא שמענו לחלק בין קרקע למטלטלין דהא אין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש בנ"ח אפילו מצא מטלטלין לגבות וכן הוא בשו"ע סי' ק"ד סע' א' עכ"ל. ורע"א בתשובה קל"ט בד"ה לענ"ד כתב וז"ל לענ"ד דברי המהרש"א הם יחידאי ומדברי כל הפוסקים לא משמע כן עכ"ל. וצע"ק שלא כתבו שמוכח בהדיא בסוגיא זו דלא כמהרש"א. ואין זה נוגע למה שמביא הקו"ש כאן באות קצ"ג בשם התוס' הרא"ש בקידושין דבמטלטלין לא אמרינן הנחתי לך מקום לגבות דהתם מיירי לענין שלקח קרקע והניח מטלטלין ואח"כ מכר הלוה את המטלטלין דבזה אין טענת אין נפרעין דעכשיו ליכא בנ"ח כלל אלא טענת הנחתי וזה פשוט שלא שייך במטלטלין דא"א להוציאם מהלקוחות ובודאי גובים מהלוקח הראשון שקנה קרקע דלא גרע מאישתדוף בנ"ח ודברי הקו"ש בזה לכאורה אינם ברורים ע"ש.

תוד"ה מאי נ"מ. כתבו דנגיעה שיהיה בעתיד לא פוסל וכן נפסק בשו"ע ס' ל"ז סע' י' דכל היכא דהשתא אינו נוגע אע"פ שאם יתעשר יהנה מעדותו כשר להעיד. ואע"פ שבסע' כ"א כתב שכל שימצא לעד צד הנאה בעדות זו אפילו בדרך רחוקה ונפלאה ה"ז לא יעיד בה. כ"ז כשיש צד הנאה עכשיו אבל הנאה שיהיה בעתיד אינו פוסל. ומש"כ בקו"ש כאן באות קצ"ד דכלל זה נאמר רק כאן דהוי רק חשש נגיעה אבל כשיש נגיעה ודאית, אפילו אם זה בעתיד פוסל בלשון השו"ע משמע דגם בנגיעה ודאית אמרינן כן. והקצה"ח בס' ל"ז סק"ה כתב דדברי התוס' קאי רק באופן שאין עיקר העדות עליו ולא הוי בע"ד ופסולו רק משום חשש משקר ובזה אפילו אם נוגע לו פסולו רק מדרבנן ובזה הקילו כשהנגיעה רק בעתיד אבל כשמעיד על עצמו ממש כגון ההיא דכתובות צב: ראובן שמכר שדה לשמעון ובא בע"ח של ראובן וראובן טוען שפרע הרי הוא מעיד על עצמו ואף דבעינן שיהיה נוגע לו בזה סגי בנגיעה בעתיד כיון שפסולו מן התורה. וע' מש"כ בדברי הקצות לעיל מ"ג. על תוד"ה מפני. וע' בנתיבות סק"ט שחולק על דברי הקצות וס"ל שאין לחלק בזה.

לא ניחא דלהוי לוה רשע ולא ישלם. כתב הרמ"ה באות קנ"ט דמהא שמעינן דכל נגיעה אפילו שאין בו הנאת ממון פוסלת לעדות והובאו דבריו בקו"ש באות ק"פ וכתב שזה דלא כמהרי"ט שהובא בקצה"ח ס' ל"ז סק"ב. וגם הקצות בסק"ד מביא שמהריב"ל חולק על המהרי"ט וראיתו מכאן דפוסלים בגלל הנגיעה שלא ניחא ליה להיות לוה רשע אף שאין זה נגיעת ממון. ובקו"ש אות קפ"ח מביא משו"ת הרשב"א דנגיעה זו שמעמידה בפני בע"ח כיון שאינו נגיעה של ממון רק המוכר בעצמו פסול אבל קרובו כשר ולומד הקו"ש בדעת הרשב"א שמחלק בזה בין נגיעת ממון לנגיעה שאינה של ממון. דהיינו אע"ג דס"ל כרמ"ה ולא כמהרי"ט שגם נגיעה שאינה של ממון פוסלת מ"מ ס"ל שיש נ"מ בין נגיעה של ממון דהוי בע"ד וגם קרובו פסול, לנגיעה שאינה של ממון שאינו אלא חשש משקר וקרובו של הנוגע כשר. וע' באו"ש פט"ו מעדות ה"ו שגם מחלק בדעת הרמב"ם בין

נגיעת ממון דהוי בע״ד לנגיעה שאינה של ממון דאינו אלא חשש משקר. וע׳ במחנ״א עדות ס׳ א׳ שהובא ברע״א ס׳ ל״ז סע׳ כ׳ לגבי תנו מנה לעניי עירי שאין דנים בדייני אותה העיר וכתב המחנ״א דקרובים של אנשי העיר כשרים והתם הוי נגיעת ממון ואעפ״כ ס״ל דהוי כבע״ד וקרובו פסול ולא כרשב״א שמכשיר קרוב של נוגע רק בנגיעה שאינה של ממון.

ויש לעיין בשיטת הרשב״א שס״ל שקרוב של נוגע כשר רק כשאין נגיעת ממון אבל בנגיעת ממון נחשב בע״ד וקרובו פסול ומאידך במה שנחלקו הראשונים בנוגע לחובתו כתב הקצות בסק״ט דשיטת הרשב״א בסופ״ק דגיטין דנוגע לחובתו כשר וכן מפורש ברשב״א לעיל מג: והתם הוי נגיעת ממון והקצות תלה מחלוקת זו אי נוגע לחובתו כשר או לא בספק אם נוגע הוא בע״ד או חשש משקר א״כ יהיה מוכח שהרשב״א סובר שגם בנגיעת ממון אינו בע״ד אלא רק חשש משקר וצ״ע.

היוצא מכל מה שהובא כאן ולעיל מג. בנוגע לספק של המהריב״ל אם נוגע הוא בע״ד או חשש משקר א. תלוי בשני תי׳ הר״י מגש כאן. ב. תלוי בשני תירוצי הראב״ד שהובאו ברשב״א דף מג. ג. תלוי במחלוקת ראשונים בנוגע לחובתו שהובא בקצה״ח ס׳ ל״ז סק״ט וס׳ קכ״א סק״ד. ד. בזה תלוי הדין של קרוב של נוגע אם כשר או לא. ה. הרשב״א מחלק בזה בין נגיעת ממון דהוי בע״ד לנגיעה שאינה של ממון דהוי רק חשש משקר. ו. הקצות בס׳ ל״ז סק״ה מחלק בזה בין היכא שמעיד על פעולה שהוא עשה כגון שמעיד פרעתי אף דעיקר עדותו ללוקח כיון שנוגע גם לו חשיב בע״ד וכשאינו מעיד על עצמו אלא מעיד לסלק מערער מהלוקח בזה הנגיעה גורמת רק חשש משקר ולא הוי בע״ד וס״ל דכל חשש משקר כשאינו בע״ד פסולו מדרבנן מדין נוטל שכר להעיד.

תוד״ה אי דאית ליה. כתבו דהוי מצי לשנויי באפותיקי דס״ל שבאפותיקי גובים מהלוקח אפילו כשיש בנ״ח ואם יוציא המערער מהקונה יחזור הבע״ח ויגבה מהבנ״ח לכן המוכר נוגע בעדותו. ובקו״ש אות קצ״ג מסתפק אם כונת התוס׳ אפותיקי מפורש או אפותיקי סתם ומביא שהרמב״ן הקשה כקושית התוס׳ ומפרש קושיתו באפותיקי מפורש דהיינו דס״ל שבאינו מפורש אין הבע״ח מוציא מהלוקח במקום שיש בנ״ח וכן מביא שכתב ר׳ יונה גבי עשה עבדו אפותיקי דבאפותיקי סתם גובים מהלוקח רק כשאין בנ״ח ובמפורש גובים מהלוקח גם כשיש בנ״ח. הרמב״ן תי׳ על שאלתו דאם מיירי באפותיקי מפורש אין שיעבודו על שאר נכסים והוי כלית ליה ארעא אחריתי. דהיינו שסובר הרמב״ן שבאפותיקי מפורש גם אם המערער יוציא ואין אפשרות לגבות ממנו אינו גובה משאר נכסים. ובדברי התוס׳ בין אם נפרש דבריהם במפורש בין בסתם יוצא שחולקים על הרמב״ן דאי מיירי בסתם מבואר דס״ל שאפילו בסתם אפשר לגבות מהאפותיקי במקום שיש בנ״ח ודלא כרמב״ן ור׳ יונה ואי מיירי במפורש מבואר דס״ל שגם במפורש אם א״א לגבות מהאפותיקי מפני שהמערער הוציאו מהלוקח גובה משאר נכסים ודלא כרמב״ן.וזה לא יתכן דמפורש בגיטין מ״א. דבאפותיקי מפורש אינו גובה ממקום אחר אפי׳ אשתדוף. ואכתי י״ל דתוס׳ איירי במפורש וס״ל דכיון שהוברר שלא היה שלו בטל האפותיקי וגובה משאר נכסים. עי׳ ברמ״א ס׳ קי״ז סע׳ א׳ ובגאון סק״ו. ומקורו של הגאון מר׳ ירוחם שהובא בב״י שם שכתב בהדיא שנחלקו בזה התוס׳ והרמב״ן.

סוף סוף לגבי אידך נמי וכו׳. ע׳ ברשב״ם שהשאלה היא שאינו נוגע שגם אם ישאר ביד הלוקח ולא יהיה רשע כלפי הבע״ח אכתי הוי לוה רשע כלפי הלוקח. ואינו מובן דשמואל מיירי בפי׳ שלא באחריות ולגבי בע״ח בודאי שלא קיבל אחריות ולא הוי רשע כלפי הלוקח ע׳ בריטב״א שמבאר דברי הרשב״ם דס״ד דאעפ״כ יהיה ללוקח תרעומת א״כ אינו מרויח

כלום ומשני כיון שמכר שלא באחריות לא יהיה לו תרעומת. והריטב״א והרשב״א מפרשים איפכא דשאלת הגמ׳ מאי קמ״ל שמואל דהוי נוגע מחמת הבע״ח ת״ל דהוי נוגע מחמת הלוקח שאם יוציא המערער מהלוקח יחזור על המוכר ואע״ג דקי״ל כר״נ דאפילו נמצאת שאינה שלו אינו חוזר עליו ס״ד דאעפ״כ תרעומת יהיה לו וזה פוסלו לעדות ומשני כיון שמכר בפי׳ שלא באחריות גם תרעומת ליכא. דהיינו שלרשב״ם השאלה שאינו נוגע ולרשב״א וריטב״א השאלה שבלי מעמידה בפני בעל חובו בל״ה הוא נוגע. אך דבריהם תלוים בב׳ תירוצי התוס׳ לעיל מג. אי נגיעה של תרעומת גורמת פסול לעדות דלתי׳ הראשון א״א לפרש כרשב״א אלא כרשב״ם.

האי בר ישראל וכו׳. שיטת הרשב״ם דאינו חייב לשלם אף שמכר באחריות כיון שאין לקונה הוכחה שהוציאו ממנו כדין ואחוי טירפך ואשלם לך, אלא חייב לדון עם העכו״ם ולהשתדל להוציא מידו אך גם אם לא מוציא אינו משלם. כ״כ הריטב״א בדעת הרשב״ם ע״ש. ותוס׳ ס״ל דכיון שהוציא בדיני עכו״ם וגם יש רגלים לדבר שהדין עמו מדלא אניס לאוכפא סברי רבא ור״פ שגם זה כלול באחריות וקי״ל כאמימר דאינו חייב לדון ולא לשלם ואפילו שהוציא בדיני עכו״ם. הקשה הכ״מ בפי״ט ממכירה ה״ד דקי״ל דדינא דמלכותא דינא וא״כ כשמוציא ע״פ דינא דמלכותא נחשב שהוציא כדין ואמאי לא יתחייב המוכר באחריות. והריטב״א כאן הרגיש בשאלה זו וכתב בזה״ל ואע״פ שהוא מחוק המלכות להוציאו מידו בעדות זו אינו מחוקי המלכות שיפצה לו ישראל חברו ע״פ דיניהם עכ״ל ואינו מובן דאמנם אין דינא דמלכותא על חוב האחריות מ״מ כיון דנחשב שהוציאו מהלוקח ע״פ דין דדינא דמלכותא דינא א״כ יתחייב באחריות בדיני ישראל. ובישוב קושית הכ״מ כתב האו״ש דכיון שהעכו״ם דן ע״פ עידי עכו״ם וע״א שאין להם נאמנות א״כ אין בירור על העבר שבאמת החפץ הוא גנוב ואף דצריך הלוקח להוציא הממון מידו מדינא דמלכותא זה דבר שמתחדש עכשיו והוי כשטפה נהר דאינו בכלל האחריות. ופשוט שאם יעידו עידי ישראל בב״ד של ישראל שע״פ דינא דמלכותא החפץ שייך לעכו״ם המערער, כגון שקנה ע״י משיכה ברה״ר ומהני בדיניהם, בזה בודאי יתחייב המוכר באחריות אף שזכה העכו״ם ע״פ דינא דמלכותא ולא ע״פ דיני ישראל אבל כשהחסרון הוא בבירור המציאות אף שגם שגם בזה אזלינן בתר דינא דמלכותא זה דבר שמתחדש אח״כ ולא כלול באחריות.

אמר רבה לייש אלא שמסר בעדים. רבה ס״ל דהא דאומן אין לו חזקה הוא דוקא כשידוע שניתן לו כדי לתקן לרשב״ם, או לתוס׳ שניתן לו בסתם דהוי כפירש ע״מ לתקן, בזה אינו נאמן לטעון שחזר וקנה. אבל אם לא ראינו שבא לידו ע״מ לתקן נאמן לטעון לקוח, דהיינו שבא לידו לשם מקח, אף שאין לו שום מגו. וממילא נאמן גם לומר שקיבל לתקן ואח״כ קנה במגו שהיה טוען שמעיקרא קיבל לשם מקח. וזה נקרא להד״מ דהיינו שמעולם לא היה אומן בזה. ומש״כ הרשב״ם בד״ה אבל מסר לו שהמגו דלהד״ם הוא שהיה יכול לומר שלא קיבל מן הבעלים כלל אלא אחר מסרו לי שמכרתו לו, הוא לאו דוקא דה״ה שהיה נאמן לטעון אתה מכרתו לי דאין שום נ״מ בין זה לטענת נתתו לאחר והוא נתן לי. וכן מוכח מדברי הרשב״ם בד״ה אלא שמסר לו שכתב שמה שאין לאומן חזקה לרבה הוא רק כשיש עדים שנמסר לו לתקן ואי נימא שהמגו הוא רק שלא נמסר לו כלל מהבעלים א״כ סגי בזה שיעידו שקיבל מן הבעלים אפילו אינם יודעים שקיבל לתקן דכבר אין לו מגו דקיבל מאחר. אלא פשוט שגם בזה יש לו מגו דקבלתי ממך לשם מקח ולא בא הרשב״ם במה שכתב שאחר מסרו אלא לבאר לשון הגמ׳ לא היו דברים מעולם. וכן משמע שהבינו התוס׳ ברשב״ם שכתבו שלא היו דברים מעולם היינו שמתחילה לא ניתן לו לתקן אלא דרך מקח א״נ כדפירש הקונטרס שקיבל מאחר

משמע שדברי הרשב״ם אינה בדוקא אלא עוד אופן של להד״ם.

סברת רבה דנאמן האומן לטעון לקוח ולא הוי כדברים העשוים להשאיל ולהשכיר דאינו נאמן לטעון לקוח כתב הרשב״ם דמצי אמר אומן אינך רגיל לתקן בגדיך אצלי. ואינו מובן דחזקת מטלטלין בנוי ע״ז דאם אינו שלו איך הגיע לידו ואחזוקי בגנבי לא מחזקינן וע״כ שקנה. אבל כל שיש הסבר איך הגיע לידו בלי שנצטרך לומר שגנב לית ליה חזקה כגון גודרות או דברים העשוים להשאיל או להשכיר. וא״כ ה״נ אמנם יתכן שאין דרכו לתקן אצלו אבל יתכן גם שכן דרכו לתקן אצלו ואין ראיה ממה שנמצא בידו שזה שלו ואולי ניתן לו לתקן ובטלה ראית החזקה.

ונראה בכונת הרשב״ם ע״פ מש״כ הרמב״ם בפ״ח מטו״נ ה״ט דיש דברים שדרכם להשאיל ובהם יש חזקה ויש דברים שתחילת עשייתם להשכיר ולהשאיל ורק בהם אין חזקה ע״ש שהאריך בזה. הרי מבואר שדבר שאין עשוי להשכיר יש בו חזקה אע״פ שדרכו להשכיר וגם בזה אין הוכחה ממה שמחזיק שזה שלו דיש אפשרות שאף שלא גנב אין זה שלו דניתן בשאלה אעפ״כ נאמן לטעון לקחתי אף שהמ״ק טוען השכרתי. ומבואר מזה דלא בעינן שיהיה הוכחה ממה שמחזיק בידו שזה שלו ואין אופן אחר להסביר איך הגיע לידו אא״כ גנבו. אלא כל שהממון בידו חשיב מוחזק גם נגד חמ״ק ועל המוציא להביא ראיה. ומה שבדבר שתחילת עשיתו להשכיר אין חזקה הוא משום דבזה מה שנמצא בידו לא נותן לו דין מוחזק כלל שהרי הרגילות הוא שהמשתמש בכלים אלו אינו בעליו דלזה נעשו. ואומן לרבה דמי לדברים שדרכם להשכיר אבל לא כדברים שתחילת עשיתם להשכיר שהרי יתכן שאין אדם זה רגיל לתקן אצלו. ואף דאין הוכחה שזה שלו דאולי כן מתקן אצלו מ״מ דמי לדברים שדרכם להשכיר שג״כ אין הוכחה ואעפ״כ יש חזקה. ואע״ג דרוב הראשונים פליגי בזה על הרמב״ם היינו למאי דקי״ל כאביי דאומן אין לו חזקה. אבל בדעת רבה לומד הרשב״ם שסברתו כסברת הרמב״ם. והרמב״ם ילמד שגם אביי מודה בעיקר הסברא אלא דס״ל דאומן הוי ככלים שעשוים להשאיל ולא ככלים שדרכם להשאיל וע״ע לקמן נב. בזה.

התוס׳ כתבו בסד״ה אבל שסברת רבה דלא דמי לדברים העשוים להשאיל ולהשכיר דהתם א״א להשאיל תמיד בעדים או להקפיד להשאיל רק לאדם נאמן אבל באומן יכול לתת לאומן שמכיר שהוא נאמן או לתת לו בעדים. כונתם בזה דאם נותן לאומן בלי עדים ע״כ סומך עליו ומאמין לו והוי כסברת הימניה שמצאנו במוסר גט לשליש בגיטין ס״ד.

דף מה:

המפקיד בעדים צריך להחזיר בעדים. כתבו התוס׳ בד״ה המפקיד דסברת המ״ד צריך להחזיר בעדים דכיון שהקפיד להפקיד בעדים גלי דעתיה שאינו סומך עליו והוי כהתנה ע״מ שלא תחזיר אלא בעדים. ובהתנה ע״מ שתפרע בעדים נחלקו הראשונים בטעם הדבר שאינו נאמן לומר פרעתי שלא בעדים. הר״ן בשבועות על המשנה בדף לח: כתב בשם הרמב״ן דמה שמבואר שם במשנה שגם אחר ההלואה יכול המלוה להתנות ע״מ שלא תפרע אלא בעדים היינו דוקא בהסכמת הלוה דאם אינו מסכים במה משתעבד לפרוע דוקא בעדים. דהיינו שהרמב״ן לומד שמה שאינו נאמן הוא משום דהתחייב שלא יפטר ע״י הפרעון אא״כ יפרע בפני עדים. והר״ן חולק וס״ל דאין זה ענין של התחייבות אלא כשמתנה שיפרע בפני עדים [או למ״ד מלוה בעדים צריך לפרוע בעדים דס״ל דהוי כהתנה] הדרך שהלוה אינו פורע אלא בעדים ואם טוען שפרע בלי עדים אנן סהדי דמשקר. ולכן כתב הר״ן שגם אחר ההלואה מהני התנאי גם בלי הסכמת הלוה. דאין בזה ענין של התחייבות.

ומה שאינו נאמן לומר פרעתי בלי עדים במגו דפרעתי בפני פלוני ופלוני והלכו למדה״י יש ג׳ טעמים. א. הרשב״ם כתב דאינו מגו טוב

דירא פן יבואו ויכחישוהו. ומגו דפרעתי בפני פו״פ ומתו כתב הרא״ש דאע״ג דאם היה טוען כן היה נאמן אין זה מגו דנראה כשקר שהרוצה לשקר ירחיק עדותו. והרשב״א ס״ל שגם אם טען כן אינו נאמן. ב. הר״ן בשבועות כתב ע״פ דרכו דהוי מגו נגד אנן סהדי דאנן סהדי שלא פורע בלי עדים. ג. ה״ה בפט״ו ממלוה ה״ב כתב דלא מהני מגו מפני שהתחייב שלא יפטר עד שיפרע בעדים [על דרך הרמב״ן הנ״ל] ואף שמאמינים לו שפרע אינו נפטר מחיובו עד שיפרע בעדים.

הנ״מ בזה הוא בפקדון לרבה דס״ל צריך להחזיר בעדים, או לדידן בהתנה שלא יחזיר אלא בעדים, אם יהיה נאמן לומר שהחזיר שלא בעדים במגו דנאנסו. לסברת הרשב״ם רק מגו דהלכו למדה״י לא מהני אבל בפקדון דאיכא מגו דנאנסו אין שום חסרון במגו זה ויהיה נאמן וזה דעת ר״ת והי״מ בתוד״ה המפקיד. לפי סברת הר״ן דמגו דהלכו למדה״י לא מהני משום דהוי מגו נגד אנן סהדי ה״ה דמגו דנאנסו לא יועיל וזה שיטת ר״ח בתוס׳ ד״ה המפקיד. לסברת ה״ה דלא מהני מגו מפני שהתחייב שלא יפטר עד שיפרע בעדים נחלקו הקצות בס׳ קל״ג סק״ב והנתיבות שם סק״ג אם סברא זו קיימת גם בפקדון או רק בהלואה דבהלואה אין פטור אלא ע״י פרעון וכשמתנה יש התחייבות שפרעון לא יפטור אא״כ יפרע בעדים. אבל בפקדון שאם יאנס יפטר אף שלא פרע א״כ כשפרע שלא בעדים לא גרע מנאנס. כ״כ הקצות, והנתיבות חולק דגם בפקדון יכול להתנות שבאונס מסוים לא יפטר וה״נ מהני תנאי שלא יפטר ע״י השבת הפקדון עד שיחזיר בעדים. ופשטות לשון התוס׳ בדברי ר״ח שכתב שלא מהני מגו דאיהו דאפסיד אנפשיה משמע כסברת ה״ה וכדברי הנתיבות שגם בפקדון שייך סברא זו. ולקצות צריך לדחוק שכונת ר״ח כסברת הר״ן דהוי מגו נגד אנן סהדי אך הלשון אפסיד אנפשיה משמע יותר כה״ה. [אך צ״ב במה מתחייב בלי קנין ובשלמא בהלואה לשון הר״ן הנ״ל בשבועות דהמעות מחייבים אבל בפקדון מה מחייב. אך גם לרמב״ן צריך להבין במלוה כשהתנה אחרי ההלואה והסכים הלוה מה מהני הסכמתו במה יתחייב דהמעות הם כבר שלו].

תוד״ה המפקיד. נחלקו ר״ת והי״מ עם ר״ח לרבה דצריך להחזיר בעדים אם מהני מגו דנאנסו ונתבאר דתלוי בטעמים דלא מהני מגו דפרעתי בפני פו״פ. אך כ״ז בלי תנאי לרבה דמפקיד בעדים צריך להחזיר בעדים אבל היכא דהתנה שיחזיר בעדים אם יהיה נאמן לומר החזרתי בלי עדים במגו דנאנסו נחלקו הש״ך והגאון בדעת התוס׳. דהמחבר פסק בס׳ קל״ג סע׳ ב׳ דאם התנה בפקדון שלא יחזיר אלא בעדים נאמן לומר פרעתי בלי עדים במגו דנאנסו. וכתב הגאון בסק״ט שהמקור מתוס׳ דידן מדברי ר״ת [מה שנדפס אר״י לכאו׳ ט״ס וצ״ל ר״ת] וי״מ ונ״מ לדידן באומר אל תחזירהו. דהיינו אע״ג שתוס׳ דברו לרבה בלי תנאי יש ללמוד מזה לדידן היכא דהתנה אבל הש״ך שם סק״ב כתב דמדברי התוס׳ משמע דלא מהני מגו דנאנסו דעד כאן לא חלקו על ר״ח אלא כשלא התנה בזה ליכא כ״כ אנן סהדי ומהני מגו אבל בהתנה יודו התוס׳ לר״ח דלא מהני מגו משום דאפסיד אנפשיה. ותמה על השו״ע שפסק דנאמן במגו ע״ש.

הרשב״א כתב על קושית התוס׳ שיהיה נאמן במגו דנאנסו די״ל דרבה ס״ל כמ״ד בדף ע. דמפקיד אצל חברו בשטר אינו נאמן לומר החזרתי במגו דנאנסו. ואף שהתוס׳ כתבו דהתם פליגי מפני שטענתו נגד שטרך בידי מאי בעי אבל הכא דליכא טעם זה לכו״ע וצריך להיות נאמן במגו דנאנסו, הרשב״א ס״ל שגם כאן יש אנן סהדי שלא יפרע בלי עדים וסובר רבה דנגד אנן סהדי זה לא מהני מגו על דרך הר״ן בשבועות אלא שהרשב״א תולה את זה במחלוקת בדף ע. אם מהני מגו נגד שטרך בידי מאי בעי ולהלכה דשם מהני גם כאן מהני אבל רבה ס״ל כמ״ד התם שאינו נאמן ולכן ס״ל שגם כאן אינו נאמן. יש להוסיף בזה מה דכתב בכתבי הגר״ח לבאר

דין שטרך בידי מאי בעי דאינו מדין ראיה מדלא לקח השטר אלא דמי למלוה ע״מ שלא תפרעיני אלא בעדים ומביא ראיה מלשון הרמב״ם פי״א ממלוה ה״א ע״ש לפ״ז בודאי יש מקום לתלות השאלה אם מהני מגו במתנה שתפרע בעדים, או במפקיד בעדים סתם דסבר רבה דהוי כהתנה, במחלוקת אם מהני מגו נגד שטר דתרוייהו חד דינא.

בגדר השבועה בהחזרתי מגו דנאנסו נחלקו הפוסקים שיטת הסמ״ע בס׳ קכ״א שדינו כשבועת התורה לכל הדינים שבין שבועת התורה לשבועה דרבנן. והש״ך ס״ל שדינו כשבועה דרבנן. וע׳ בקצה״ח בס׳ רצ״ו סק״ב שהאריך בזה ומביא שהתומים תמה על דברי הש״ך איך יתכן שיש לשבועת החזרתי קולות של שבועה דרבנן הא א״כ בטל המגו דניחא לטעון החזרתי כדי שיוכל להפוך השבועה ולא ירדו לנכסיו אם לא ישבע משא״כ אם היה טוען נאנסו לכן מסיק התומים דאף דבאמת אינו שבועת התורה אלא שבועה דרבנן מ״מ דיניו כשבועה דאורייתא ולכן קראוהו הפוסקים שבועה דאורייתא. והקצות תמה על דברי התומים איך יתכן דהוי שבועה דרבנן ואפ״ה נחתינן לנכסי הלא המה שני הפכים בנושא אחד. לכן לומד הקצות כש״ך שזה שבועה דרבנן ואעפ״כ אין זה מגרע את המגו וסובר הקצות דמן התורה נאמן בהחזרתי גם בלי שבועה. ולולא דברי הקצות היה נראה דדברי התומים ברורים דמש״כ שזה שבועה דרבנן כונתו דאין זה מג׳ שבועות דאורייתא שחייבה תורה ומן התורה אין חיוב שבועה על טענת החזרתי אבל אם רוצה להיות נאמן במגו דנאנסו הרי מן התורה א״א להאמין אא״כ נשבע החזרתי. ושבועת החזרתי הוא עיצה שיהיה לו נאמנות של מגו אך כיון דלא רמי עליו חיוב שבועה מן התורה אין זה נקרא שבועת התורה אבל בודאי שצריך להחמיר בשבועה זו כשבועת התורה דאל״כ בטל המגו.

הנותן טליתו לאומן. הא דנאמן האומן כ״ז שהטלית בידו מבואר כאן דהוא במגו דלקוח. ודמי להא דהני עיזי דנאמן עד כדי דמיהם במגו דלקוח. הא דנאמן במגו להוציא מבעה״ב ולא אמרינן דהוי מגו להוציא ע׳ קצה״ח ס׳ ק״נ סק״ב דכיון שהעיזי, וכאן הבגד, נמצא בידו וזכותו לעכבו כמשכון על הדמים שתובע אין זה נחשב מגו להוציא דע״י המגו נאמן להחזיק בידו המשכון על הדמים שתובע. ומה שכתב הטור שם בס׳ ק״נ בשם ר׳ יונה דהמחזיק בקרקע חברו ותובע דמים אינו נאמן במגו שהיה טוען לקוח על הקרקע כיון שמודה שהקרקע אינו שלו וכתבו הסמ״ע והט״ז דהטעם הוא משום דהוי מגו להוציא, כתב שם הקצות דקרקע שאני דאינו תח״י ואין בו קנין משכון לכן תביעתו על המעות והוי מגו להוציא. אבל כשתופס מטלטלין לא הוי מגו להוציא. אך הש״ך שם בסק״ג כתב דדברי ר׳ יונה הם בין בקרקע בין במטלטלין ומה שקשה מהני עיזי ומאומן ע״ש שכתב שבנידון של ר׳ יונה הנתבע מכחיש את החיוב כולו משא״כ בהני עיזי מודה בחלק מן הנזק וכן כאן מודה בזוז אחד, ע״ש.

אע״פ שנתבאר שבגלל הקנין משכון שיש במה שתופס בידו אין זה נחשב מגו להוציא מ״מ מביאים הראשונים כאן ובשבועות בר״פ כל הנשבעין שהרי״ף והגאונים כתבו בהני עיזי דאף שנאמן במגו צריך לישבע כיון שבא ליטול ע״י המגו וכל נוטל צריך שבועה כעין דאורייתא. ואף שלענין מגו להוציא אין זה נחשב להוציא מ״מ לענין חיוב שבועה נחשב נוטל כיון שסו״ס תובע ממון מחברו. והקשו הראשונים מברייתא דאומן דברישא על בעה״ב להביא ראיה משמע דאם לא מביא ראיה גובה האומן בלא שבועה ורק בסיפא קתני נשבע ונוטל. ע׳ מש״כ בזה הרשב״א כאן. והר״ן בריש כל הנשבעין בדפי הרי״ף כז. מביא שהרמב״ן תירץ דהכא שאני דאומן קונה בשבח כלי א״כ תביעתו על גוף הטלית ועדיף מסתם משכון דשיטת הרמב״ן דאומן קונה בשבח

כלי היינו קנין גמור כמו שמבאר הש"ך בס' פ"ט סק"י. אבל הר"ן חולק דאומן קונה בשבח כלי אינו קנין גמור ולא עדיף מקנין משכון ומישב קושית הראשונים באופן אחר ע"ש וע' בזה בקצה"ח ס' פ"ט סק"ו.

תודייה נתנה לו בזמנו. ב' מחלוקות יש בין ר"י לרבנן בענין תקנת שכיר נשבע ונוטל דרבנן ס"ל שנשבע שכיר דוקא כשבעה"ב טוען פרעתי אבל כשהנידון בקציצה לא תקנו, דקציצה מידכר דכירי [שיטת הרמב"ם והר"י מגש דבקציצה נשבע בעה"ב דחלק זה של התקנה קיים גם בקציצה ורק מה שהפכו את השבועה על השכיר משום דבעה"ב טרוד זה ליתא בקציצה, ושיטת הרי"ף שבקציצה לא תקנו כלל ובעה"ב פטור ואינו נשבע עד שתקנו היסת. ע' מש"כ בזה הר"ן ריש כל הנשבעין]. ועוד פליגי דלרבנן תקנו אפילו כשבעה"ב כופר הכל ור"י מחייב רק כשבעה"ב מודה במקצת ובל"ה בעה"ב היה חייב שבועה בזה הפכו את השבועה על השכיר. וכתב הר"ן בשבועות (בדפי הריף כז.) דגם ר' יהודה לא מצריך מודה במקצת ממש אלא כל שדומה לשבועה דאורייתא כגון שמודה באופן דהוי הילך תקנו שישבע מדרבנן והפכו על השכיר. וכתב הקצה"ח בס' תי"ח סק"א דמדברי התוס' בב"ב מה: מוכח דפליג על הר"ן וס"ל דלר"י בעינן הודאה במקצת ממש ולא סגי בדומה למודה במקצת. וכונתו דכתבו התוס' דאין לומר דמיירי שטוען שקצץ אחד ופרע האחד שקצץ דא"כ אין הודאה במקצת וליכא שבועה לר' יהודה.

דברי הקצות בזה לכאורה אינם מובנים דעד כאן לא אמר הר"ן שר"י מחייב במה שדומה למודה במקצת אלא בהילך דיש מציאות של הודאה במקצת אלא שאת חלק ההודאה הוא פורע מיד ובזה יש חידוש שהילך פטור משבועה, בזה מחדש הר"ן דכיון דדמי למודה במקצת סגי בזה לתקנת שכיר. אבל תוס' מיירי שתובע האומן שתים קצצת ומשיב בעה"ב קצצתי אחת והאחת שקצצתי פרעתי בזמנו. הרי שעל חצי כופר שלא קצץ ועל חצי טוען פרעתי ואין כאן שום חלק של הודאה והוי ממש כופר הכל ובזה פשוט שגם הר"ן מודה שאין תקנת שכיר לר' יהודה ומצאתי בס"ד ברע"א על שבועות מו. בד"ה ונלע"ד שמביא דברי הר"ן הנ"ל ואח"כ כתב דמדברי התוס' שם ד"ה לא קצצתי [שכתבו כמו שכתבו כאן] מבואר דאם אמר שכבר פרע אותו אחת שקצץ דלא מקרי הודאה במקצת [ומשמע דפליגי על הר"ן] מ"מ י"ל דזהו דוקא באם כבר החזיר לו דלא מקרי עליו שם הודאה אבל בלא החזיר אלא דמכח הילך דנים דכמאן דנקיט בגווי' דמי בזה מקרי עכ"פ כעין הודאה עכ"ד. וזה כדברינו אך גם ברע"א משמע שבפשטות התוס' הוא דלא כר"ן אלא שכתב שיש מקום לישב ולכאורה היה נראה שאין שום שייכות בין דברי התוס' לר"ן דבתוס' הוי ממש כופר הכל. ע' מה שכתבנו בזה בשבועות מ"ו. בשם הרמב"ן והריטב"א.

דף מו.

תובתא דרבה תובתא. שיטת הרשב"ם והתוס' ורוב הראשונים דלאביי דקי"ל כוותיה הדין של אומן אין לו חזקה תלוי בראה. שאם רואים בידו אין לו מגו דהחזרתי ואינו נאמן לומר לקחתי אבל כשאין ראה נאמן במגו דלהד"ם או מגו דהחזרתי. אבל לרי"ף שיטה מחודשת בזה דכל שמודה שנמצא בידו אינו נאמן לטעון לקוח לא במגו דהחזרתי ולא במגו דלהד"ם. וע' ברמב"ן במלחמות שמאריך לישב שלא יהיה סתירה לזה מסוגית הגמ'. ובסוף דבריו מבאר סברת הרי"ף וכתב שהוא תקנ"ח דאי לאו הכי לא שבקת חיי לבעלי בתים שאין אדם עשוי להוליך עדיו עמו לאומן וגם האומן ניחא ליה בזה שיהיו בעלי בתים מצוים אצל האומנים. ומסיים הרמב"ן וז"ל והנוטה מזה תועה מדרך השכל גם רבינו שבצרפת כתבו כן בשם ר"ת ז"ל והוא האמת עכ"ל. דהיינו ששיטת ר"ת שנזכר בתוד"ה אי הכי ובד"ה אי דאיכא הוא כשיטת הרי"ף ולדבריהם לשונו של אביי בתחילת הסוגיא

אי הכי אפילו בעדים נמי יהיה נאמן במגו דהחזרתי הוא כפשוטו דאביי לנפשיה ס״ל שלא מהני שום מגו לתת נאמנות לטענת לקוח של אומן.

ת״ר נתחלפו לו כלים בכלים. הא דמותר להשתמש כשנתחלפו בבית האומן משום דאדם עשוי לומר לאומן מכור לי טליתי. מפרשב״ם דתולים שאחר אמר לאומן למכור טליתו וטעה ונתן לקונה טליתו של זה ועכשיו נותן לו הטלית של מי שאמר לו למכור. וצ״ב למה מותר להשתמש בזה הרי המקח שנעשה לא חל והטלית של מי שאמר לאומן למכור את שלו נשאר שלו ומה מתיר לשני להשתמש בזה.וג׳ דרכים נאמרו בזה. א. הרא״ש כתב דכיון שהמוכר קיבל מעות ומשתמש בהם אינו מקפיד אם ישתמשו בטליתו. ונראה שאין להוכיח מדברי הרא״ש דס״ל כהש״ך בס׳ שנ״ח סק״א דאם יודע שחברו מסכים שישתמש בממונו מותר להשתמש אע״פ שלא יודע חברו ולא היה נתינת רשות בפועל סגי בזה שיודע שאם היה חברו יודע היה נותן רשות ולא דמי ליאוש דקי״ל כאביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש דהתם בעינן יאוש בפועל והכא סגי בידוע שאינו מקפיד. וחולק הש״ך על התוס׳ בב״מ כב. דגם נתינת רשות דמי ליאוש ולמאי דקי״ל כאביי בעינן רשות בפועל ואל״כ אסור להשתמש אף שיודע שאין חברו מקפיד [אא״כ יש ניחותא דמצוה שהוא אומדנא שניחא וחשיב כידיעה בפועל ע׳ בקצה״ח שנ״ח סק״א]. ומדברי הרא״ש לכאורה מוכח כהש״ך שאין הבעלים יודעים שלא נתקיים המקח ואמנם אם היו יודעים לא היו מקפידים אבל הסכמה בפועל אין. אך נראה שכאן גם התוס׳ יודו דחשיב כיאוש מדעת שהרי הבעלים חושב שמכר טליתו ובזה גופא מתיאש מדעת מהשתמשותו בחפץ ואף שאינו יודע שזכותו לעכב מ״מ יש כאן יאוש מדעת מהשתמשות בחפץ שהרי בין אם חל המקח בין אם לא חל אינו מקפיד על ההשתמשות א״כ אפילו לצד שמן הדין יש לו זכות לעכב כיון שאינו מקפיד הרי זה כלול בידיעה הכללית שהוא יודע שאחרים משתמשים ואין מקפיד ע״ז. ב. הריטב״א כתב דכיון שקיבל מעות מהאומן ואינו מקפיד מי יהיה הקונה א״כ על הצד שנמצא הטלית אצל האומן הרי הוא מקנה לאומן והאומן זוכה בטליתו וכדין נותן לחברו. ג. היד רמ״ה כתב דלא מיירי כפרשב״ם שהחליף הטלית שהיה צריך למכור אלא נאבד טלית של אחד מבית האומן וכשאחר מבקש למכור טלית קונה האומן הטלית לעצמו והוא נותן דמיו כדי שיחזיר טלית זה למי שאבדה טליתו. ונראה שזה גם שיטת הרמב״ם בפ״ו מגזילה ה״ו שמוסיף על דברי הגמ׳ שיש גם תלייה שהטלית שקיבל מהאומן הוא של האומן או שאחר ביקש מהאומן למכור טליתו משמע שהכל בחד גוונא שאבד טלית של בעה״ב והאומן מחזיר טלית שלו, או שהיה שלו מעיקרא או שאחר ביקש למכור טלית והאומן קונה לעצמו כדי להשיב הטלית שנאבד. ומה שתולים בזה כתב הריטב״א משום שדרך האומן לדקדק כשמחזיר טלית שלא יהיה של אדם אחר ע״ש אך תולים בזה רק כ״ז שלא בא ותובע שהטלית שלו כמבואר בר׳ יונה ע״ש.

תא אחוי לך רמאי דפומפדיתא. כתב הרשב״א דמדקרי להו אביי רמאי מוכח דס״ל דלא עשו כדין וחולק על רבא וסובר שמחויבים להוציא הממון מתח״י כדי לברר טענתם ורבא פליג וס״ל שאינו חייב להוציא הממון כדי לעשות מצב של ראה. וצריך להבין במאי פליגי אביי ורבא. ג׳ דרכים נאמרו בראשונים בביאור דברי הגמ׳ מה היה טענתם של רמאי דפומפדיתא. א. שיטת תוס׳ דמיירי שטענו להד״ם והיו עדים שהכירו קצת שדומה לטלית של התובע ואין זה מספיק להכחיש טענת להד״ם ואילו היו טוענים לקחתי או שתים קצצת ובאים להאמינם במגו דלהד״ם לא היו נאמנים דלקלקל המגו סגי בעדות זו דירא לסתור דברי העדים והוי כמגו דהעזה וגרע מיניה. וכיון דמיירי שטוען להד״ם ולא יהיה

הפסד בהוצאת הטלית אלא יתברר עי״ז האמת סבר אביי שחייב להוציא ורבא ס״ל דאעפ״כ אין חייב להוציא וסברת רבא יתבאר בסמוך בס״ד.

ב. שיטת הרא״ש בתשובה כלל ק״ו סי׳ ב׳ דטענת האומנין הוא שתים קצצת במגו דלהד״ם. וצ״ל לפ״ז דמה דאיתא בלשון הגמ׳ להד״ם הוא טענת המגו אבל עיקר טענתם היה שתים קצצת. וחולק הרא״ש על דברי התוס׳ וס״ל דאע״ג דיש מקצת עדות נגד טענת להד״ם אין זה מקלקל המגו כיון שסו״ס אם יטען להד״ם יהיה נאמן. והקשה הרא״ש לשיטתו דמיירי שטוען שתים קצצת למה אינו רוצה להוציא הא גם אם יוציא לא יאבד נאמנותו, שהרי בזמן שטען שתים קצצת עדיין לא היה ראה והיה בידו לומר להד״ם ואחרי שיש לו ראית המגו גם אם יוציא לא יתבטל נאמנותו כמבואר בסנהדרין לא. בההיא איתתא שטענה פרוע על שטר אחר שאיתחזק בב״ד אינה נאמנת אבל אילו היתה טוענת לפני שהוחזק לא יתבטל המגו אף שאח״כ הוחזק בב״ד דבשעה שטענה היה מגו. ואין להקשות ממודה בשטר שכתבו צריך לקיימו דנאמן לטעון פרוע מגו דמזויף ואם המלוה מקיים אח״כ מתבטל המגו אף שבשעה שטען פרוע אכתי לא היה מקוים [וע׳ קצה״ח סי׳ פ׳ סק״ג שלמד מזה שבכל מגו אם באו אח״כ עדים נגד טענת המגו בטל המגו אך האחרונים חולקים ע׳ קו״ש אות קי״ב ואבי עזרי פ״ו מטו״נ ה״ג] דהתם שאני שאין ביד הלוה למנוע את הקיום משא״כ כאן ובההיא איתתא שיכולה לאבד השטר ולא להראותו וכן כאן בידו לאבד הפקדון א״כ אף שבסוף יש ראה אין זה מבטל הנאמנות שהיה בשעה שטען. ומחדש הרא״ש מכח זה דהנאמנות של טענה שיש לו מגו מתקבל רק כשטוען בפני ב״ד ובשעה שטוען בפני ב״ד בעינן שיהיה אפשרות לטעון טענת המגו לכן אם טען חוץ לב״ד שתים קצצת ולפני שבא לב״ד יהיה ראה בטל המגו. ורק אחר שטען בב״ד יכול להראות ולא יתקלקל בזה המגו. לשיטת הרא״ש מובן היטב סברת רבא שאינו חייב להוציא דלא יהיה בזה בירור האמת לגבי טענת שתים קצצת אלא רק יקלקל לעצמו את ראית המגו ואינו מחויב לבטל מעצמו את המגו. ואדרבה לרא״ש לא מובן סברת אביי מאיזה טעם יתחייב להוציא. ולכאו׳ צ״ל דהרא״ש לא ילמד כהרשב״א אלא דאביי לא פליג על רבא אלא אמר שהמציאות היתה שאומני דפומפדיתא עשו כן ברמאות אבל גם לאביי אינו חייב ע״פ דין להוציא הפקדון.

ג. שיטת הגאון בס׳ ע״ב ס״ק ק״ז, ועל דרך זה כתב גם הרשב״א, דבתחילה כשהיו חוץ לב״ד טענו להד״ם כפשטות לשון הגמ׳ אבל היה בדעתם לטעון בפני ב״ד שתים קצצת ולהיות נאמנים במגו דלהד״ם. ויכולים להחליף טענתם דלא עביד אינש דמגלי טענתיה חוץ לב״ד. הרשב״א כתב כן משום דקשיא ליה אי מיירי שמתחילה טענו שתים קצצת או לקחתי במגו דלהד״ם לא היה מתבטל נאמנות המגו אפילו אם יציאו את הפקדון דלית ליה חידושו של הרא״ש שנאמנות המגו תלוי בטענה בב״ד. אלא אם מביא עדים שטען טענתו לפני שהיה ראה יש לו נאמנות של מגו אע״פ שבזמן שבא לב״ד היה כבר ראה. וע׳ בהגהת האמרי ברוך בס׳ ע״ב סע׳ י״ח וכן בס׳ קל״ג סע׳ ג׳ שכתב שמבואר ברשב״א שחולק בזה על הרא״ש. ולדברי הגאון והרשב״א מובן סברת רבא שאינו חייב להוציא דכיון שרצונו לטעון בב״ד שתים קצצת ואם יהיה ראה לפני שיבא לב״ד לא יהיה לו אח״כ מגו אינו חייב להוציא כיון שיש לו הפסד. וכמש״כ לרא״ש אלא שלרא״ש אפילו שטען בתחילה שתים קצצת יתקלקל המגו ע״י שיהיה ראה לפני שטוען בב״ד ולגאון ולרשב״א הראה יקלקל מפני שעדין לא טען שתים קצצת עד שבא לב״ד.

חידושו של הרא״ש שנאמנות המגו הוא דוקא בב״ד ובעינן בזמן שטוען בב״ד שיהיה אפשר לטעון טענת המגו מובא להלכה בס׳ קל״ג סע׳ ג׳ [הש״ך שם סק״ה ס״ל שלא נאמר כלל זה אלא בטענה הצריכה שבועה בזה אין לו נאמנות עד שישביעוהו ב״ד אבל טענה שאינה צריכה שבועה מודה הרא״ש שאין המגו תלוי

בב״ד. והקצות שם סק״ג חולק וס״ל דבכל טענה אמרינן כן לדעת הרא״ש יעו״ש]. ובס׳ קל״ד סע׳ ג׳ הובא חידושו של התוס׳ שאם טוען טענה הצריכה מגו כגון שתים קצצת או לקחתי ויש עדות לא ברורה נגד טענת להד״ם אין לו מגו. ותמה רע״א שם בגליון השו״ע דב׳ חידושים אלו מקורם בסוגיא דידן ומדברי הרא״ש שהביא ראיה לדבריו מסוגיא זו מוכח שלא ס״ל כפירוש התוס׳ ולית ליה חידושו של התוס׳ וכיון דקי״ל כרא״ש אין מקור לחידושם של התוס׳, או איפכא אי ס״ל כתוס׳ אין מקור לחידושו של הרא״ש.

הרמ״א בס׳ רצ״ז סע׳ א׳ כתב וז״ל אמר המפקיד חפץ פלוני הפקדתי בעדים בידו שסמנו כך וכך ואנו רואים ביד היתומים חפץ כזה צריכים להראותו לעדים ואם עדים מעידים אותו שהוא זה מחזירים אותו עכ״ל ופסק זה של הרמ״א הוא לכאורה דלא כדברי רבא בסוגיין דאינו חייב להראות. ועמד בזה הגאון הנ״ל בס׳ ע״ב סקק״ז וכתב דכל מה דסבר רבא שאינו חייב להראות הפקדון הוא רק חוץ לב״ד אבל בב״ד לכו״ע חייב להוציא. ובסוגין לשיטת הגאון בתחילה טען להד״ם ובב״ד טען שתים קצצת ורק אם היה מראה לפני שבא לב״ד בטל המגו אבל אחר שבא לב״ד וטען שתים קצצת והיה נאמן במגו ואח״כ הראה לא יתבטל המגו. אבל אם בב״ד היה עומד בטענתו דלהד״ם הוי מחייבים אותו להוציא ולברר דבריו. וגם לשיטת הרא״ש י״ל על דרך זה דכל מה שרצו רמאי דפומפדיתא להרויח ע״י שלא יוציאו הוא שישאר להם מגו עד שיטענו טענתם בב״ד אבל אחר שנתקבלה טענתם לא יתבטל המגו אפילו אם יוציאו. ואולי זה גופא הטעם שחוץ לב״ד אינו חייב להוציא ובב״ד חייב להוציא דחוץ לב״ד יהיה לו הפסד שיתבטל המגו אבל בב״ד שלא מפסיד ע״י הוצאת הפקדון חייב להוציא כדי לברר האמת.

אמנם לכאו׳ נראה שגם לשיטת תוס׳ דטוען להד״ם בתחילה ובסוף ואף שאין לו הפסד אינו חייב להראות מ״מ בב״ד חייב להראות [וגם בגאון נר׳ יותר דיש נ״מ מעיקר הדין בין חוץ לב״ד שאינו חייב להוציא לבפני ב״ד ולא רק מפני שחוץ לב״ד יש לו פסידא ובב״ד לית ליה פסידא]. כתבנו לעיל דצ״ב לשיטת תוס׳ מה סברת רבא אמאי אינו חייב להוציא ולאמת דבריו כיון דלית ליה פסידא. ונראה דענין זה תלוי במחלוקת שהובא ברישׁ פרקין אי חזקת מטלטלין בעי טענה, דהקצות כתב בס׳ קל״ג דכמו שחזקת קרקעות בלי טענה לא מהני כך בחזקת מטלטלין המוחזקות מהני רק בצירוף טענה. ובר׳ יונה בדף כח: על הא דפריך אלא מעתה חזקה שאין עמה טענה תיהוי חזקה כתב דבמטלטלין לא בעינן טענה דהיינו שאין מוציאים מהמוחזק אפילו אם טוען אין רצוני להשיבך. ולפי הקצות שאין חזקתו חזקה אלא עם טענה א״כ אף שהוא מוחזק במטלטלין יש דו״ד בינו לבין המ״ק והוא זוכה ע״י טענתו בזה מסתבר שמחויב לאמת דבריו וכדין האומר יש לי עדים שמחויב להביא עדיו. אבל לר׳ יונה שאין כאן דין ודברים כלל ויכול לומר אין רצוני להשיבך ודמי לטענת לאו בע״ד דידי את א״כ גם אינו חייב להוציא. ולא מתעורר ספק כ״ז שאין עדים שראו ראיה ממש. ויתכן שבזה גופא נחלקו אביי ורבא דאביי ס״ל כסברת הקצות ורבא ס״ל כסברת ר׳ יונה.

ובזה נבין הנ״מ בין חוץ לב״ד לבפני ב״ד דז״ל ר׳ יונה בדף כח: מי שתובע את חברו כלים וכו׳ שאם לא רצה הנתבע להשיבו דבר אין יורדים לנכסיו אלא הרי הכלים בחזקתו ומשמתינן ליה עד דקאי בדינא בהדיה כדין התובע את חברו מנה עכ״ל. ואינו מובן אי ס״ל דחזקת מטלטלין לא בעי טענה ויכול לומר אין רצוני להשיבך א״כ למה משמתין אותו עד דקאי בדינא הא אינו מחויב לדון עמו כלל. ומבואר מזה דאע״ג דודאי סובר ר׳ יונה שעיקר חזקת מטלטלין הוא דבר בפנ״ע ואינו זקוק לצירוף של טענה ודלא כהקצות מ״מ כשעומד בפני ב״ד וחברו תובע אינו יכול לומר אין רצוני להשיבך דבפני ב״ד חייב להשיב ואם לא משיב הוי כהודאה שחייב וכן ראיתי שכתב בשיעורי ר׳ שמואל זצ״ל בענין חזקת מטלטלין שגם ר׳ יונה מודה שבפני

ב״ד חייב לטעון ואם שותק הוי כהודאה. וא״כ כמו שכתבנו לתלות השאלה אם חייב להוציא חוץ לב״ד במחלוקת אם המחזיק יכול לומר אין רצוני להשיבך או לא כמו כן נאמר שגם לרבא שחוץ לב״ד אינו חייב להשיב וממילא אינו חייב להראות מ״מ כשעומד בפני ב״ד מוכרח להשיב דכן הוא הלכות טוען ונטען וממילא צריך להראות כדי לאמת דבריו.

תוד״ה הא אית לי. כתבו דהעדים ראו סימנים כעין שלו ולא היה שם טביעות עין. יש להסתפק בכונתם אי סימנים כעין שלו היינו סימנים שאינם מובהקים אבל סימנים מובהקים מהני וטביעות עין לאו דוקא. א״ד כל סימנים לא מהני ובעינן דוקא טביעות עין. הש״ך בס׳ רצ״ז סק״א מאריך לבאר דסימנים מובהקים הוי כטביעות עין. אך הקצות שם כתב דתלוי במה שדן בס׳ רנ״ט סק״ב אי מהני סימנים להוציא ממון או לא דאולי רק באבידה שלא באים להוציא ממוחזק מהני סימנים ותלה במחלוקת ראשונים בביאור דברי הגמ׳ לקמן קכח. ומביא שבתוס׳ בחולין צו. מפורש דלא מהני סימנים להוציא וכ״כ הריטב״א כתובות פה: והובא בקצות בס׳ רצ״ז סק״א.

תוד״ה שפיר. גרסת התוס׳ כמש״כ הב״ח שפיר קאמר ליה דלא משוי ראה מ״ט דראה תניא. ובתחילה פרשו שכונת הגמ׳ שפיר קאמר דלא מחויב לגרום לעצמו מצב של ראה וע״ז מביאים דתניא שהראה יקלקל טענתו וע״ז הקשו דבשלמא אם היה טוען טענה אחרת במגו דלהד״ם שפיר קמ״ל דע״י ראה בטל המגו ואינו נאמן. אבל כשטוען להד״ם פשיטא שראה יבטל טענתו ומה הוצרכו להביא מראה תניא. [א״כ לשיטת הרא״ש דמיירי שטען שתים קצצת במגו דלהד״ם שפיר אפשר לפרש דמייתי מראה תניא שע״י ראה בטל המגו וממילא בטל טענת שתים קצצת]. למסקנת התוס׳ ראה קתני קאי על הדיוק דדוקא כשטוען להד״ם לא סגי בראה כל דהוא לבטל טענתו אבל אם היה טוען טענה אחרת במגו דלהד״ם היה מספיק ראה כל דהוא לבטל המגו וע״ז מייתי ראה קתני דמשמע ראה כל דהוא. בלשון הרשב״ם משמע וכן מפורש ברשב״א דהא דמייתי מראה תניא הוא דמשמע ראיה גמורה דרק זה חשיב ראה ולא ראיה כל דהוא [הפך דברי התוס׳] וכיון שעד עכשיו אין עדיין מצב של ראה אינו מחויב להוציא ולעשות ראיה ממש. הגאון בס׳ ע״ב ס״ק ק״ז כתב דראה קתני היינו שרק ראה לפני שטען בב״ד מהני לבטל טענתו אבל מה שיש ראה אחר שטען אינו מקלקל. וממילא מרויח במה שאינו מוציא חוץ לב״ד אע״ג דבב״ד ע״כ יצטרך להוציא זה לא יחשב ראה דראה תניא היינו לפני שיבא לב״ד.

נמצא ד׳ פשטים בביאור דברי הגמ׳ ראה תניא. א. לרא״ש כה״א של תוס׳ דראה מבטל המגו. ב. למסקנת התוס׳ דאם טוען טענה שצריכה מגו סגי בראה כל דהו לבטל המגו. ג. לרשב״א ורשב״ם דבעינן ראה ממש וראה כל דהו לא חשיב ראה. ד. לגר״א שראה מבטל טענתו רק כשראה לפני שטען בב״ד.

דף מו:

ואי חכים משוי ליה ראה. כתבו הריטב״א והנ״י דאף שמודה שחייב והוי הודאת בע״ד אינו מתחייב בזה כיון שהודה מחמת אונס. והגאון הנ״ל בס׳ ע״ב סקק״ז כתב שזה דוחק אלא מבאר ע״פ דרכו דכל הסוגיא מיירי לפני שבאו לב״ד וכיון דהודאתו שלא בפני ב״ד יכול לומר משטה הייתי בך כיון שלא אמר אתם עידי.

אריס בתי אבות, ברשב״ם משמע שגם את בן האריס א״א לסלק והרשב״א חולק ולקמן מז. הקשו הראשונים על הרשב״ם ממה דמבואר שם שבן אריס יש לו חזקה. ע׳ פרשב״ם בהבדל בין הוריד אריסין תחתיו לחלק לאריסין והכ״מ בפי״ג מטו״נ ה״ו לומד שהרמב״ם חולק וכ״כ השיטה בשם הר״ן ע״ש.

אריס מעיד או אינו מעיד. מסקנת

הגמ׳ דאי איכא פירא בארעא אינו מעיד ואי ליכא פירא בארעא מעיד. הקשו התוס׳ אמאי הוי נוגע בדאיכא פירא בארעא משום שרוצה לקבל חלקו בפירות הא גם אם יזכה המערער ויוציא הקרקע יתבע האריס את המערער מדין יורד. ותי׳ דאי משום יורד שלא ברשות יהיה ידו על התחתונה. ואינו מובן דבפשטות אם הראשון הוריד אריס הוי שדה העשויה ליטע ובעשוי ליטע מקבל היורד כדין אריס כמש״כ רש״י ב״מ קא. א״כ לא יפסיד כלום אם יזכה המערער. ואף שכתבו התוס׳ לעיל מב: בפשט אחד דיורד מקבל כקבלן ולא כאריס ממש [ע׳ קו״ש כאן] מ״מ אין זה נקרא ידו על התחתונה. הרשב״א והריטב״א תי׳ דאע״ג דהוי שדה העשויה ליטע ומקבל כאריס מ״מ כשיש פירא שעדיין לא נגמרו ועדיין צריכים לקרקע בזה לא יקבל האריס מהמערער אלא לפי מה שהשביח וינכה הוצאות שיש לו עד גמר פירא. ובזה מישבים מה שקשה עוד למה כשאין פירא בארעא אינו נוגע הרי יבוא המערער ויוציא את הקרקע וכל הפירות שאכלו אבל לדבריהם ניחא דבזה לא יפסיד האריס חלקו דגם מהמערער יקבל כאריס ורק באיכא פירא שלא נגמר מפסיד חלק משכרו. ולתוס׳ שכתבו שמדין יורד מקבל פחות ממה שמקבל בתורת אריס יקשה אמאי אינו נוגע כשליכא פירא בארעא כמו שהקשה הרשב״א. וצ״ל לתוס׳ כשיטת ר׳ יונה והובאו דבריו בטור ס׳ ל״ז דלא יוציא מהאריס פירות שכבר אכל דנאמן לומר שזה שלו במגו שלא אכל ע״ש.

ואכתי צריך להבין סברת התוס׳ אמאי אינו מקבל מהמערער כדין יורד בשדה העשויה ליטע ואמאי כתבו שידו על התחתונה. ונראה דהנ״י בב״מ קא. מבאר הטעם שיורד שלא ברשות בשדה העשויה ליטע מקבל כאריס דכיון שידעו הבעלים ושתקו ודאי ניחא להו והוי כאילו ירד ברשות מדעתם. היינו דאף שירד שלא ברשות חשיב כפועל שלו כאילו ירד ברשות. וע׳ ברמב״ן במלחמות לעיל ד: בסוגיא דמקיף וניקף שמבאר סברת המ״ד דהניקף משלם רק עבור מחיצה רביעית אף שבסוף נהנה מכולם דג׳ ראשונות כיון שלא היה לניקף הנאה מהם אמרינן דלא היה כונת המקיף בשביל הניקף ורק במחיצה רביעית שמיד נהנה הניקף אמרינן שעשה כדי להשביח לניקף. ומבואר דחיובו של יורד הוא רק כשכונתו להשביח בשביל חברו אבל אם מכוון לעצמו אין בעל הקרקע משלם כאריס אלא רק יציאות שעור שבח שחיובו מדין משתרשי ליה ולא משום דהוי פועל שלו. אבל מה שחייב מפני שהוא פועל שלו הוא רק כשעושה בשביל חברו. וכן מבואר בש״ך ס׳ שצ״א סק״ב וכ״כ הנתיבות בס׳ קס״ד סקי״א לבאר הא דבעל העליה בונה את הבית עד שיתן לו בעל הבית יציאותיו. ולמה אינו מקבל כאריס כדין שדה העשויה ליטע, וכתב ע״פ הש״ך דכיון שלא נתכוון להשביח לחברו אלא לעצמו אין חיוב מדין יורד.

ולפ״ז דברי התוס׳ מבוארים דאע״ג דהוי שדה העשויה ליטע מ״מ האריס חשב שהקרקע הוא של המחזיק ולא היה כונתו להשביח נכסי בעל השדה ממילא אין לו דין יורד כלפיו דאינו פועל שלו ואין לו אלא יציאות כההוא דהבית והעלייה. ומה שנקטו הרשב״א והריטב״א דמקבל האריס מהמערער כדין יורד נראה דאין להוכיח מזה דס״ל שיש דין יורד גם במי שאינו מכוון להשביח, דלעולם מי שמשביח לצורך עצמו בודאי אין בו דין יורד והכא שאני שהאריס אינו משביח לעצמו אלא לצורך בעל הקרקע. ובזה פליגי התוס׳ והראשונים דתוס׳ ס״ל כיון שלא היה כוונתו למערער מפני שחשב שהמחזיק הוא הבעלים אינו יכול לתבוע את המערער מדין יורד והראשונים ס״ל כיון שכונתו היה לבעל הקרקע והוברר שהמערער הוא בעל הקרקע יכול לתבוע מדין יורד.

ונ״מ מזה לענין הא דמבואר בב״מ דף עו. השוכר פועל והראה לו בשדה חברו נותן לו שכרו משלם וחוזר ונוטל מבעה״ב מה שהנהו. דהיינו שהשוכר חייב לפועל דהוי פועל שלו אך השוכר חוזר ונוטל מבעל הקרקע מדין יורד. והיכא דאין השוכר משלם לפועל כגון שאין לו

או שברח אם יוכל הפועל לתבוע את בעל הקרקע מדין יורד תלוי במחלוקת זו. לשיטת תוס׳ יקבל רק ידו על התחתונה כיון שלא כוון להשביח נכסיו ולחולקים יקבל כדין יורד בשדה העשוי ליטע.

רשב״ם ד״ה דליכא פירא. כתב דע״כ מיירי שעדיין לא טרח דאם טרח נוגע בעדות מפני שניחא ליה שישאר ביד המחזיק כדי שיקבל שכר טירחא. והיד רמ״ה באות קע״ג חולק על הרשב״ם וכתב שאפילו טרח אינו נוגע שמקבל שכר טירחו ומביא ע״ז הרמ״ה את הגמ׳ בב״מ עו. השוכר את הפועל לעשות בשלו והראהו בשל חברו נותן לו שכרו משלם וחוזר ונוטל מבעה״ב מה שהנהו. וגם כאן אפילו אם יוציאו את הקרקע מהמחזיק יקבל האריס שכר טירחא ולכן אינו נוגע. ובלשון הרמ״ה לא מבואר אם כונתו שיקבל שכרו מהמחזיק ששכרו או מהמערער שהוא בעל הקרקע. אך בלשון הטור שמביא בס׳ ל״ז את מחלוקת הרשב״ם והרמ״ה כתב בהדיא דלרמ״ה אינו נוגע אע״פ שטרח מפני שגם אם יזכה המערער יקבל האריס שכרו מהמערער. אך נחלקו בזה הסמ״ע והש״ך. דהסמ״ע בס׳ של״ו סק״א כתב דמזה שמביא הרמ״ה את הגמ׳ בב״מ השוכר פועל לעשות בשלו והראה בשל חברו נותן לו שכרו משלם והכונה שמקבל שכרו ממי ששכר אותו ולא מבעל הקרקע א״כ משמע שכונת הרמ״ה לומר שיקבל מבעל הקרקע ולכן כתב הסמ״ע דמה שכתב הטור בס׳ ל״ז שלרמ״ה מקבל שכר טירחא מהמערער הוא ט״ס. והש״ך שם חולק וכתב דכונת הרמ״ה להמשך הגמ׳ בב״מ וחוזר ונוטל מבעה״ב מה שהנהו. וכמו ששם נוטל מי ששכר את הפועל מבעל הקרקע מדין יורד כך כאן נוטל האריס מהמערער מדין יורד. וכדברי הש״ך משמע ברמ״ה שמביא גם חלק זה שחוזר ונוטל מבעה״ב והסמ״ע ראה רק דברי הטור שהשמיט חלק זה ומביא רק תחילת דברי הרמ״ה שהוא החלק הראשון שהשוכר נותן לפועל שכרו משלם. אך צ״ע א״כ למה הוצרך הרמ״ה ללמוד דין זה מב״מ עו. הא זה סוגיא מפורשת בב״מ קא. דיורד בשדה העשויה ליטע מקבל מבעה״ב מה שהשביח. וא״ל שמב״מ עו. מוכח שמקבל כדין יורד אף שלא התכוון להשביח לבעל הקרקע שלא ידע שהקרקע שלו. זה אינו דאמנם הפועל לא ידע אבל מי ששכרו ידע שמראה בשל חברו והוא יורד ככל יורד.

נראה שמהמשך דברי הרמ״ה מוכח שכונתו כהש״ך ולא כסמ״ע. שבאות קע״ד הקשה הרמ״ה אמאי הוי האריס נוגע כשיש פירות בארעא הא גם אם יזכה המערער אכתי יתחייב המחזיק לשלם לאריס כדין השוכר פועל לעשות בשלו והראה לו בשל חברו [התוס׳ והראשונים שהובאו לעיל הקשו שיקבל מהמערער מדין יורד והרמ״ה כאן שואל שיקבל מהמחזיק]. ותירץ דדין זה הוא רק בפועל שמתחייב לו השוכר דמים ויש עליו שיעבוד הגוף לפרוע מיניה ואפילו מגלימא דעל כתפיה, בזה גם כשאין הקרקע של השוכר חייב. משא״כ באריס שאינו מתחייב לו דמים אלא מקבל חלק בפירות ואם נאנסו הפירות או נשתדפו אין האריס מקבל כלום. א״כ ה״ה כשבא מערער ולקח הקרקע והפירות אין לאריס תביעה על המחזיק. הרי שכתב הרמ״ה בהדיא דהאי דינא דהשוכר את הפועל והראה לו בשל חברו לא נאמר אלא בפועל ולא באריס. ואיך כתב הרמ״ה באות קע״ג שאפילו טרח האריס אינו נוגע מפני שיקבל שכר מכח הגמ׳ בב״מ עו. אלא מוכח דכונת הרמ״ה כש״ך ומביא מסוף דברי הגמ׳ שחוזר ונוטל מבעה״ב מה שהנהו. וכן כאן יקבל האריס מהמערער מדין יורד אבל מהמחזיק אינו מקבל כלום. דבאריס ליכא דינא דהשוכר והראה בשל חברו נותן לו שכרו משלם.

הטור בס׳ ל״ז מביא בשם ר״י לישב מה שהקשו הראשונים דגם אם יזכה המערער יקבל האריס ממנו מדין יורד דמיירי הכא שהתחייב המחזיק יותר ממנהג האריסים ורווח זה יפסיד האריס אם יזכה המערער. אך הב״ח הקשה ע״ז דאי מיירי בכה״ג א״כ עצם הדבר שמפסיק להיות אריס הוא סיבה שיהיה נוגע. ומש״כ הרשב״ם

הרבה ימצא שדה באריסות לר״י שנותן יותר ממנהג האריסים לא שייך לומר כן.

תודי״ה לוקח. ביאור דבריהם דבמקום שיש חשש שהעד יודע שהעדות נוגעת לו חוששים גם לחשש נגיעה דיש צד שהעד הוא נוגע ואין לו נאמנות אע״ג דלדידן הוי ספק אבל נגיעת ספק אינו נגיעה דלא ישקר בשביל זה. ובביאור סוף דברי התוס׳ דרק בלוקח באחריות חיישינן לגזול ע׳ מש״כ הקצה״ח בס׳ ל״ז סק״ו. ובס״ק ז׳ כתב לישב קושית תוס׳ אמאי לא קאמר לוקח מעיד למוכר. ומה שהקשה המהרש״א לתוס׳ אמאי לא נקטו לוקח שני מעיד לראשון ע׳ בשיטמ״ק בד״ה וז״ל הרשב״א וכן בשיטה בשם הר״ן מה שכתבו בזה. הרמב״ם בפט״ו מעדות מפרש כתוס׳ שהנגיעה של לוקח ראשון הוא בגלל שקנה באחריות וכתב ע״ז הראב״ד והוא שכתב אפותיקי. וכונתו דס״ל דלא חיישינן לנמצאת גזולה אלא נגיעת הראשון מפני שחושש שבע״ח יוציא ממנו ורוצה שיהיה מקום לגבות האחריות. וקשה דאין בע״ח יכול לגבות מלוקח ראשון דהניח מקום לגבות, הקרקע שנמצא אצל לוקח שני. לכן כתב הראב״ד דמיירי שהקרקע שאצל לוקח ראשון היתה אפותיקי ואין בזה טענת הנחתי. וע׳ בזה בש״ך ס׳ ל״ז סקי״ח ואו״ש פט״ו מעדות.

דף מז.

קבלן אמרי לה מעיד. פרשב״ם דקבלן היינו שקבל המעות מידו של מלוה ונתן לידו של לוה. ותמה ע״ז הש״ך בס׳ ל״ז סקט״ז דאופן זה חשיב נשא ונתן ביד ובזה מבואר לקמן קע״ד. שאינו יכול לתבוע את לוה כלל אלא רק את הערב וקבלן הוי כשלא לקח המעות אלא אמר תן לו ואני פורע. וכתב הש״ך תמה אני אם כתב הרשב״ם זה. וכעין קושית הש״ך על הרשב״ם הקשו התוס׳ בגיטין מט: על רש״י. שרש״י מבאר מהו קבלן דכתובה שהאשה נותנת את המטלטלין שיחד הבעל לכתובתה לערב לשם קבלנות ומחזירתן לבעל. דהיינו שגם ברש״י מבואר שכדי שיקבל דין קבלן בעינן שיבואו המעות לידו. והקשו התוס׳ שם וקשה דאמרינן בגט פשוט דהיכא דנשא ונתן ביד אין לו למלוה על הלוה כלום. וזה ממש קושית הש״ך על הרשב״ם. וכתבו התוס׳ ושמא היינו שלקח המעות המלוה ונתן ללוה ואע״ג דמשמע התם דבלשון תליא מלתא שמא תרוייהו בעינן. וכתב שם המהרש״א שכונת התוס׳ דנשא ונתן ביד שאינו יכול לתבוע את הלוה כלל היינו שהערב לקח מהמלוה ונתן ללוה. וקבלן לרש״י הוא כשנתן המלוה המעות לערב לשם קבלנות [ואמר לשון תן לו ואני פורע] והחזיר הקבלן המעות למלוה והמלוה מסרם ללוה. א״כ תי׳ התוס׳ על רש״י לא יתרץ שיטת הרשב״ם דהרשב״ם כתב בהדיא שהערב קיבל המעות מהמלוה ומסרם ללוה.

אמנם נראה דאכתי יש לישב דברי הרשב״ם ע״פ שיטת רש״י. דכתב הנתיבות בס׳ קכ״ט סקי״ג דכדי שיחשב נשא ונתן ביד ויפטר הלוה בעינן דוקא שהמסירה מהערב ללוה לא יהיה בשליחות המלוה. אבל אם המלוה אמר לערב לתת ללוה הרי הוא כשלוחו והוי כאילו נתן המלוה. א״כ י״ל דהרשב״ם ס״ל כשיטת רש״י דבעינן שהמעות יבואו ליד הערב לשם קבלנות כדי שיהיה קבלן ומה שאומר הרשב״ם שהערב נתן ללוה אינו בדוקא אלא במקום שיחזיר למלוה והמלוה יתנם ללוה אמר המלוה לערב שיתנם הוא ללוה והנתינה היא בשליחות המלוה ולא הוי כנשא ונתן ביד. דהיינו ששיטת הרשב״ם כשיטת רש״י. וקושית הש״ך על הרשב״ם הוא כקושית התוס׳ על רש״י ויש מקום לתרץ דברי הרשב״ם כמו שתירצו התוס׳ את דברי רש״י אך צריך להוסיף דברי הנתיבות.

ואמרי לה אינו מעיד. כתב הרשב״ם שאם יש ללוה זיבורית ובינונית ולערב יש בינונית ויצא ערעור על בינונית דלוה הוי הקבלן נוגע דאם יוציאו הבינונית מהלוה יבא המלוה לגבות בינונית מהקבלן. [אין הכרח שכונת הרשב״ם

שהנגיעה הוא משום שיפסיד בינונית ויקבל זיבורית מהלוה אלא י״ל שכונת הרשב״ם כתוס׳ שאינו רוצה לטרוח בדין לכן רוצה שיהיה ללוה בינונית כדי שלא יבא המלוה לגבות ממנו]. ומשמע לכאו׳ דסובר הרשב״ם שאפילו אם ללוה יש רק זיבורית אפשר לגבות בינונית מהקבלן ולא כמו שהוכיחו התוס׳ מגיטין מט: שאם יש ללוה רק זיבורית א״א לגבות מהקבלן יותר מזיבורית. ובאמת לשיטת רש״י שהביאו התוס׳ שם בד״ה אלא אין ראיה מהגמ׳ שם. ואולי יש לדחות שכונת הרשב״ם כשאין לקבלן קרקע אחרת אלא רק בינונית. ויש לע׳ אם מה שכתבו התוס׳ שא״א לגבות בינונית מהקבלן כשללוה יש רק זיבורית היינו דוקא כשיש לקבלן בינונית וזיבורית אבל כשאין לקבלן אלא בינונית בלבד אפשר לגבות ממנו בינונית אף שאין ללוה אלא זיבורית או אולי גם בזה אינו גובה מהקבלן אלא מזיבורית דלוה. וצ״ע.

עכ״פ מדברי הרשב״ם משמע לכאו׳ שרק כשיצא הערעור על בינונית דלוה הוי הקבלן נוגע אבל אם יצא הערעור על הזיבורית אינו נוגע כיון שנשאר בינונית ביד הלוה ומה שיוציאו הזיבורית מהלוה אינו גורם שיגדל החשש שיבא המלוה לקבלן. והריטב״א כתב [והובאו דבריו בנ״י] שגם אם הערעור יצא על זיבורת הוי נוגע דאולי ניחא למלוה בזיבורית וזכותו לתבוע זיבורית טפי פורתא אם רוצה. ומוסיף הריטב״א שגם אם הערעור יצא על עידית שאין זכות למלוה לתבוע מ״מ ניחא ליה לקבלן שישאר ביד הלוה דשמא ירצה המלוה עידית ויתפשר עם הלוה שיתן לו עידית ועי״ז לא יבא לקבלן. אך אם יש ביד הלוה חוץ מהקרקע שיצא עליו הערעור זיבורית בינונית ועידית סגי בזה ויכול הקבלן להעיד. אך מלשון התוס׳ משמע לכאו׳ שגם בזה הוי נוגע דניחא ליה שיהיו ללוה קרקעות הרבה דמה שיש יותר קרקעות ביד הלוה יש יותר צדדים שלא יבא המלוה לקבלן.

כדברי הריטב״א כתב גם השיטמ״ק בשם ר׳ יונה אמנם בדברי ר׳ יונה יש תוספת דברים ובהם חידוש גדול. דשיטת התוס׳ בב״ק ח: ד״ה אבל דאף שבע״ח דינו בבינונית מ״מ יכול לתבוע זיבורית טפי פורתא בע״כ של לוה. והרא״ש שם ז: חולק דלעולם יפרע הלוה ממה שירצה. ובדעת התוס׳ בפשטות הכונה רק שזכותו לדרוש מין זיבורית כדי שלא תנעול דלת אבל לא שיש לו זכות לדרוש זיבורית מסוים וכמו שבבינונית נותן הלוה איזה בינונית שירצה כך כשתובע זיבורית אין הלוה יכול לסלקו בבינונית אלא נותן איזה זיבורית שירצה. אמנם בדברי ר׳ יונה כאן מפורש שאם תובע זיבורית ביד המלוה לברור וליטול איזה זיבורית שיחפוץ בה וכשתובע בינונית אין בידו לברור אלא ביד הלוה ליתן לו איזה בינונית שירצה. וטעמא דמלתא כתב ר׳ יונה וז״ל לפי שנתנו ברירה בידו עד בינונית משום נעילת דלת כמו שנתנה תורה ברירה ביד המזיק עד מיטב עכ״ל. דהיינו כיון שזכותו לדרוש בינונית כלול בזה זכות לתבוע כל דבר שהוא פחות מבינונית לכן יכול לברור זיבורית מסוים דגם זיבורית זה הוא פחות מבינונית נמצא שלא תובע יותר מדינו. אבל בינונית מסוים הוא יותר מדינו מפני שהלוה רוצה לפרוע בינונית אחר ואין לו זכות יותר מאותה בינונית שגם לה דין בינונית ולתבוע בינונית מסוים חשיב תביעה על יותר מדינו משא״כ תביעת זיבורית מסוים.

לענין הלכה במחלוקת זו אי קבלן מעיד באית ליה ללוה ארעא אחריתי או לא הרמב״ם בפט״ו מהל׳ עדות והמחבר בס׳ ל״ז סע׳ י״ג כתבו את הדין שערב מעיד ולא חלקו בין ערב לקבלן. וכתבו הכ״מ בהל׳ ו׳ והש״ך בסקי״ז דהרמב״ם פסק כל״ק שקבלן מעיד ודינו כדין ערב לכן לא הזכיר חילוק ביניהם. אבל הרמ״א כתב די״א שקבלן לא מעיד אפילו באית ליה ארעא אחריתי כל״ב. ומביא הש״ך בשם בעל העיטור שכתב אמרי לה מעיד ואמרי לה אינו מעיד ולקולא. ומפרש הש״ך כונתו דכיון שיש בזה ב׳ לשונות הרי זה ספק וכיון שהעדות הוא להחזיק אזלינן לקולא ומכשירים עדותו מספק

דהממע״ה. ומבואר מזה דשיטת בעל העיטור הוא שאם יש ספיקא דדינא אי הוי נוגע או לא מקבלים עדותו לכתחילה לענין להחזיק. וזה דלא כר׳ יונה שהובא לעיל מג: בהא דראובן שגזל שדה משמעון ומכרה ללוי ויהודה מערער ושמעון רוצה להעיד ללוי וגם שם יש ב׳ לשונות בגמ׳ מה הטעם ששמעון נוגע ויש נ״מ בין הטעמים וכתב שם השיטה בשם ר׳ יונה דאין להכשירם להעיד לכתחילה מספק דלא שייך בזה חזקה שלא באים לפסול אותם לעדות ולהוציאם מחזקתם אלא לפוסלם לעדות זו בלבד ומספק אסור להם להעיד אלא שבדיעבד אם העידו ונתקבלה עדותן אומר ר׳ יונה שנסמוך ע״ז להחזיק, ע״ש. ומבואר דלכתחילה לא מקבלים עדות של ספק נוגע אפילו להחזיק. אך ע׳ ביד רמ״ה בסוף אות קע״ה שכתב וז״ל וקי״ל כמ״ד אינו מעיד דבהכי סלקא שמעתא ועוד דקי״ל בשל תורה הלך אחר המחמיר עכ״ל. [וזה כי״א שהובא ברמ״א דקי״ל שאינו מעיד]. ומבואר דסובר הרמ״ה דספק נוגע פסול אפילו בדיעבד דבשל תורה הלך אחר המחמיר. וצ״ב כיון דהוי ספק ממון אמאי הולכים אחר המחמיר והיה מקום לומר דכל שיש ספק נגיעה הרי א״א להאמין לעד ובטלה נאמנותו וכמו שפוסלים מדין ודאי כשיש ספק במציאות אולי הוא נוגע אבל א״כ אין זה משום דבשל תורה הלך אחר המחמיר. וצ״ע.

נמצא ג׳ שיטות לענין עד שיש בו ספיקא דינא אי הוי נוגע או לא. א. לבעל העיטור כשר לכתחילה להעיד להחזיק. ב. שיטת ר׳ יונה שלכתחילה אסור להעיד ובדיעבד סומכים על עדותו להחזיק. ג. שיטת הרמ״ה שספק של תורה לחומרה ולא מהני אפילו בדיעבד אפילו להחזיק. גם מבואר ברמ״ה דנגיעה כגון זה פסולו מדאורייתא ולא כחי׳ של הקצה״ח בס׳ ל״ז סק״ה דכל שאינו מעיד על עצמו פסולו רק מדרבנן מדין נוטל שכר להעיד.

רשב״ם ד״ה ואמרי לה. כתב בסוף דבריו דכל שיש ללוה קרקע אפילו זיבורית אין נפרעין מנכסי הערב דקי״ל אין נפרעין מן הערב תחילה. דין זה שכתב הרשב״ם דאין נפרעין מן הערב תחילה הוא אפילו כשללוה יש רק זיבורית שהוא פחות מדינו של המלוה אינו מבואר בגמ׳ [מבואר כן לענין אין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש בנ״ח אבל לא לענין ערב]. וע׳ בשו״ע ס׳ קכ״ט סע׳ ח׳ שכתב המחבר שאין נפרעין מן הערב אפילו יש ללוה רק זיבורית וכתב שם הגאון בסקכ״ב ערשב״ם מז. ד״ה ואמרי וכו׳. וגם באר הגולה שם מביא שמקור דין זה מבעה״ת שלמד כן מב״ב מז. ע״ש.

בן אומן יש לו חזקה. מבואר בגמ׳ דהיינו דוקא שבא בטענת עצמו או שטוען בפני הודה אבל בבא בטענת אביו דהיינו שטוען שירשו מאביו ואינו יודע איך הגיע לאביו גם בן אומן אין לו חזקה כמו שלאומן עצמו אין חזקה. ויש לעיין בזה דאמנם אם האב היה טוען לקחתי היו מוציאים מידו היינו משום דלית ליה חזקה אבל הבן שהחזיק ג׳ שנים אית ליה חזקה אלא דהוי חזקה שאין עמה טענה ואמאי לא טענינן ללוקח שאביו לקחה כמו שטוענים לכל לוקח ויורש אף שלא דר בו המוכר אלא חד יומא ולית ליה למוכר חזקה, וגם אם היה טוען לקחתי היו מוציאין מידו כיון שלא החזיק, ואעפ״כ ללוקח שכן החזיק טענינן לקוח וה״נ נטען לבן האומן כן אף שלאביו אין חזקה. ומ״ש יום אחד דכל אדם מג׳ שנים דאומן. וענין זה מתבאר בדברי הקצה״ח בס׳ קמ״ו סק״ו שמביא שכעין שאלה זו מקשה המהרי״ט על הרשב״א. שהרשב״א כתב בתשובה שאם המחזיק החזיק ג׳ שנים ובתוך ג׳ מחה המערער ואח״כ מכר המחזיק לאחר והחזיק הלוקח ג׳ שנים. ורוצה הלוקח לזכות מדין טענינן ללוקח וכתב הרשב״א שאין חזקתו חזקה כיון שיכול המערער לומר שלא מחה דכיון שהלוקח אין לו טענה אלא בא מכח המוכר ובמוכר כבר מחה ואינו צריך למחות בלוקח. ותמה המהרי״ט דהוי ממש כלוקח שיש לו עדים שהמוכר דר בו

חד יומא דסגי בזה לעשות טענינן ומאי שנא ג׳ שנים עם מחאה מחד יומא בלי מחאה הא בתרוייהו למוכר אין חזקה והקונה אין לו טענה וכמו ששם טענינן ללוקח כיון שהוא החזיק וטענינן מחשיב את זה חזקה עם טענה כמו כן כשמחה במוכר מ״מ נעשה טענינן ללוקח כיון שהלוקח החזיק.

וכתב בזה הקצה״ח דמה שטענינן ללוקח דוקא כשהמוכר דר בה חדא יומא הוא משום דלא טוענים טענה אא״כ יש קצת הוכחה שהטענה אמת. ואף דחזקה ממש יש רק בג׳ שנים מ״מ גם ביום אחד יש קצת הוכחה וזה מספיק כדי שיעשו טענינן ללוקח כשהלוקח החזיק ג׳ שנים. ובזה מבאר הקצות מה שבן אומן לית ליה חזקה כשבא בטענת אביו דג׳ שנים של אומן גרע מחד יומא של אדם אחר ואין בזה אפילו קצת הוכחה וממילא לא טענינן כמו שלא טענינן בלי דר בה חד יומא. ובזה מבאר הקצות את דברי הרשב״א דמי שהחזיק ומחה המערער אמנם אם ימשיך ויחזיק ג׳ שנים אחרי המחאה שוב יהיה לו חזקה אבל החד יומא אחרי מחאה אין בו אפילו מקצת הוכחה כיון שהמחאה הראשונה מבררת שתחילת ירידתו לקרקע היתה שלא ברשות אין אפילו מקצת אומדנא ממה שמחזיק אח״כ עד שיחזיק עוד ג׳ שנים. לכן גרע חזקתו של הראשון במקרה של הרשב״א מכל דר בה חד יומא ודמי לבן אומן שאין לו חזקה אפילו החזיק ג׳ שנים כיון שבא מכח האומן ומוחזקות של אומן גרע מחד יומא דאדם אחר.

כדברי הקצות מבואר בשיטה כאן בשם ר׳ יונה [הובא בקו״ש כאן אות קצ״ז] דכתב דטעמא דבן אומן אין לו חזקה מפני שאין הוכחה ממה שהחזיק אביו וגרע מחד יומא דאיכא קצת הוכחה. אמנם הנ״י בדף מא: כתב בשם הרמב״ן דמה דבעינן חד יומא הוא רק בקרקע שאם לא ידוע דדר בה חד יומא יש ריעותא לטענה ולא טענינן אבל בלוקח מטלטלין טענינן ללוקח גם בלי שראו שהחזיק המוכר משום דבמטלטלין ליכא ריעותא אף שלא ראו. וכתב הקו״ש לעיל באות קע״ד שמבואר מזה דהרמב״ן לא ס״ל כהקצות ולא בעינן קצת אומדנא אלא שלא יהיה ריעותא. ולדבריו תחזור השאלה למקומה אמאי אין לבן אומן חזקה. וראיתי בתורי״ד כאן שעמד בזה אמאי לא טענינן לבן אומן מ״ש מכל לוקח דטענינן אף שהמוכר לא החזיק ג׳ שנים. ותי׳ וז״ל הנ״מ כי אתי מכח אינש דעלמא וכו׳ אבל אריס דסתמא דמלתא באריסות אתא לידיה כאילו אנן סהדי דבאריסות אתת לידיה עכ״ל וזה דלא כהקצות דלא בעינן הוכחה אלא כל שאין ריעותא טענינן וס״ל דבן אומן ובן אריס איכא ריעותא דמן הסתם תלינן שמה שנמצא אצל אומן ואריס אינו שלו.

התורי״ד בזה לשטתו דשיטת המהרי״ט שהובא בקצות הנ״ל שהענין של חד יומא אינו כדי שיהיה הוכחה לטענת לקוח ולא כדי שלא יהיה ריעותא דבל״ה אין ריעותא אלא בעינן הוכחה שקנה המחזיק ועי״ז דינו כלוקח וטענינן ללוקח אבל היכא דאיכא עדות שקנה לא בעינן עדות שהמוכר החזיק חד יומא. וע׳ בקו״ש לעיל אות קע״ה שבתורי״ד מפורש כמהרי״ט שאם יש לשני שטר מהראשון לא בעינן דר בה חד יומא ולכן הוצרך לומר דבן אומן איכא ריעותא ולכן לא טענינן אבל לולא זה טענינן אף שאין הוכחה כלל.

תודי״ה פעמים. הקשו אמאי בן בן גזלן שבא בטענת אבי אביו אין לו חזקה מפני שטוען שאביו ירש מאבי אביו ואבי אביו לית ליה חזקה כיון שהוא גזלן מ״מ נטען ליורש דאביו שהוא בן הגזלן חזר וקנה מהנגזל. וכתב בזה השיטה בשם ר׳ יונה דאה״נ אם היה אביו מחזיק ג׳ שנים היו טוענים שחזר ולקחו אבל מיירי הכא דלא החזיק ג׳ שנים. וצריך להבין כונתו הא בשביל טענינן לא בעינן שהמוכר יחזיק ג׳ שנים דסגי בחד יומא. ועוד צריך להבין במה נחלקו התוס׳ ור׳ יונה בזה דמדברי התוס׳ משמע דס״ל שאם היה שכיח היו טוענים אף שלא החזיק אביו רק חד יומא. ונראה דהדברים מבוארים ע״פ הקצות

הנ״ל בס׳ קמ״ו סק״ו. דב׳ חידושים מחדש הקצות בענין טענינן ללוקח. א. דלא טענינן אלא היכא דאיכא קצת הוכחה לטענה. ובזה מבאר הא דלא טענינן בבן אומן. ב. כדי לבאר דברי הרשב״א מוסיף הקצות עוד חידוש. דבבן אומן הוא מחזיק באופן שגם אם יחזיק ג׳ שנים לא יהיה לו חזקה ובזה מובן דגרע מחד יומא, דחד יומא הוי עכ״פ חלק מחזקה משא״כ מוחזקות של אומן. אבל בנידון של הרשב״א שמחזיק אחרי מחאה הרי אם היה ממשיך להחזיק ג׳ שנים אחרי המחאה היתה חזקתו חזקה א״כ לכאו׳ גם יום אחד אחרי מחאה הוא חלק מחזקה ויהיה סיבה לטענינן. אך כדי לבאר דברי הרשב״א מחדש הקצות דכיון שידוע שהגיע לידו שלא בתורת מקח, שהרי היה מחאה על תחילת החזקה, א״כ במה שממשיך להחזיק ליכא אפילו קצת הוכחה עד שיחזיק עוד ג׳ שנים ופחות מג׳ שנים באופן זה אינו כלום וגרע מחד יומא.

ונראה דבחידוש זה השני פליגי התוס׳ ור׳ יונה. דתרוייהו יכולים להודות דבעינן קצת הוכחה כדי לעשות טענינן ולכן בן אומן אין לו חזקה. אבל בבן גזלן שאם מחזיק ג׳ שנים וטוען חזרתי ולקחתי היה נאמן אף שידוע שבא לידו מאביו ס״ל לתוס׳ דבזה גם חד יומא הוי מקצת הוכחה דחזי לאיצטרופי לחזקת ג׳ שנים ודמי לחד יומא דלוקח רגיל. אבל ר׳ יונה ס״ל דכיון שבא לידו שלא ברשות אף שבג׳ שנים יהיה לו חזקה מ״מ חד יומא בכה״ג אין אפילו קצת הוכחה ולא טענינן. נמצא שדברי שו״ת הרשב״א הנ״ל יהיו תלוים לכאורה במחלוקת ר׳ יונה והתוס׳ כאן אי סגי לעשות טענינן בבן בן גזלן במה שאביו החזיק חד יומא או בעינן דוקא ג׳ שנים [לולא תי׳ התוס׳ דחזר ולקח הוי טענה לא שכיחה ולא טוענים טענה זו אפילו החזיק ג׳ שנים]. ויוצא שכל דברי הקצות שם, גם עיקר היסוד דבעינן הוכחה וגם דלא סגי בחד יומא היכא דירד שלא ברשות אף שג׳ שנים בכה״ג הוי חזקה, כל זה מבואר בדברי ר׳ יונה בסוגיא זו.

סד״ה פעמים. מבואר בסוף דברי התוס׳ דפליגי על הרשב״ם בהא דבן בנו של גזלן אית ליה חזקה. דהרשב״ם ס״ל דמיירי בבא בטענת אביו ולא אומר שאביו ירש מאבי אביו. אבל התוס׳ פרשו דאע״ג שטוען שבא מכח אבי אביו יש לו חזקה דמיירי שאומר בפני הודה והא דמהני הודה כתב המהר״ם דאף שהמודה לגזלן יכול לטעון שהיה מחמת פחד היינו כשמיד במיתת הגזלן תובע את בנו אבל כשהמתין עד בן בנו זה הוכחה שההודאה היא אמת. ובראי״ש מבואר באופן אחר דמיירי שהודה לבן בנו של הגזלן ולכן הודאתו הודאה משא״כ בבן גזלן אפילו הודה לבן הגזלן תולים שהודה מחמת פחד ע״ש. והא דליכא טענת משטה בהודאה זו ע׳ נ״י וריטב״א שרק בהודאה על התחייבות יכול לטעון משטה אבל כשהממון נמצא ביד חברו ומודה אינו יכול לטעון משטה.

ירד מאומנותו יש לו חזקה. נחלקו הראשונים לעיל בירד לקרקע בתורת משכנתא והמשיך לאכול פירות לאחר גמר זמן המשכנתא ג׳ שנים אם יש לו חזקה. ע׳ תוס׳ לעיל לג: ד״ה אכבשיה, ונ״י לה. ומחלוקת זו הובאה להלכה בס׳ ק״נ סע׳ ג׳ וכתב שם הגאון בסק״ג דתלוי בשני תירוצי התוס׳ כאן בד״ה ירד. דלתי׳ הראשון דמיירי בכלים שניתנו לו אחר שירד מאומנותו א״כ יתכן שכלים שידוע שקיבל כשהיה אומן לא יהיה לו בהם חזקה לעולם וכן בקרקע שהחזיק בו האריס ג׳ שנים אחר שנגמר זמן האריסות. אבל לתי׳ השני גם בזה יש חזקה אם עברו ג׳ שנים או במטלטלין אחר הזמן שהדרך להקפיד. אך הנתיבות בסק״ב כתב בשם התומים לחלק בין אומן ואריס למשכנתא דבאומן ואריס לא ידוע שלא היה שלו מתחילה אלא בסתם חיישינן אבל אחר שהחזיק ג׳ שנים אחרי זמן האריסות חזקה זו מגלה שמתחילה היה שלו משא״כ במשכנתא ידוע בבירור שבזמן שירד לקרקע לא היה שלו ובזה יתכן שב׳ תי׳ התוס׳ יודו שלא יהיה לו חזקה לעולם.

דף מז:

מגורשת ואינה מגורשת בעלה חייב במזונותיה. כתב הרשב״ם הטעם משום דאגידא ביה שבגללו אסורה לינשא לאחר. בקו״ש הקשה ת״ל משום חזקת אשת איש. ותי׳ דלא מהני חזקה להוציא ממון. אמנם יש לדון מכח חזקת חיוב שהרי בודאי נתחייב בשעת נישואין לזון את אשתו והגירושין מפסיקים חיוב זה והוי ודאי חיוב וספק פטור שיטת הרשב״א בגיטין עח: הובא במגיה במל״מ פ״ד משאלה ה״א ובקצה״ח ס׳ ע״ה סק״ו דבחזקת חיוב מוציאים ממון גם בלי ברי ושמא. וע׳ כתובות צז: דלפרש״י שם מבואר בגמ׳ דדין זה הוא רק כ״ז שהבעל חי אבל אם גירש ספק גירושין ואח״כ מת אין היתומים חייבים במזונות האלמנה כיון שהיא ספק גרושה. והקשו התוס׳ מאי קמ״ל פשיטא שאין היתומים חייבים מספק דסברת אגידא גביה לא שייך אחר מיתה. והקשה שם ההפלאה אמאי פשיטא הא גם ביתומים יש מקום לחייב, אף שלא אגידא גביה, מדין איני יודע אם פרעתיך דהיינו חזקת חיוב. ותי׳ דתוס׳ ס״ל דחיוב מזונות מתחדש בכל יום וא״כ הוי ספק חיוב על זמן זה ולא ספק פטור. ולכן מחייבים רק במקום שיש סברת אגידא גביה. וע׳ במה שכתבנו בדברי ההפלאה בכתובות שם. ועוד מובא שם מה שיש לדון בגדר חיוב מזונות במגורשת ואינה מגורשת אם הוא מדין מזונות דחייב הבעל לאשתו מזונות תחת מע״י, או שזה כלול בתקנת מזונות דאלמנה והוי מדין תנאי כתובה יעו״ש.

גזלן שהביא ראיה אין ראייתו ראיה פרשב״ם דטעמא דאין ראייתו ראיה משום דמיירי דליכא עדים על נתינת מעות והוי תליוהו ויהיב דמתנתו בטילה. רב ביבי דאמר דהמקח בטל אפילו כשהיה נתינת מעות פליג על ר״ה כמבואר בהמשך הגמ׳. אמנם שיטת הרמב״ם אינה כן אלא דהא דאין ראייתו ראיה הוא אפילו אם יש עדים שקיבל מעות ור״ה מודה לרב ביבי ולא דמי להא דס״ל לר״ה תליוהו וזבין זביניה זביני. דהתם מיירי באנס שעכשיו בא לכוף למכור בזה אמרינן דאגב אונסא וזוזי כשנותן החפץ ומוציאו מרשותו גמר ומקנה. אבל בגזלן שכבר גזל והוציא החפץ מרשות הבעלים בזה אפילו כשמקבל דמים לא גמר ומקנה. וע׳ בגאון ס׳ קנ״א סק״ג שכתב שהרמב״ם לא גרס בגמ׳ לקמן דר״ה פליג על רב ביבי. וכתב שמיושב בזה קושית תוס׳ בד״ה ורב ביבי ולפ״ז אין שייכות בין דברי ר״ה שאין ראיית הגזלן ראיה לדין של תליוהו ויהיב. ואין להקשות א״כ מאי פריך מאי קמ״ל תנינא מההוא דסקריקון הא קמ״ל דאפילו בדמים לא קנה משא״כ בסקריקון דלא קנה מפני שזה תליוהו ויהיב כמבואר בסוף הסוגיא דמיירי בלי דמים דלשיטת הרמב״ם בדין של סקריקון כלול שני דינים שונים. דמה שהסקריקון אינו קונה מהבעלים הוא משום דהוי תליוהו ויהיב ומה דאיתא לקמן דסקריקון מיירי בלא דמים לרמב״ם היינו שהסקריקון לא נתן דמים לבעלים. אבל הלוקח מן הסקריקון וחזר ולקח מן הבעלים בודאי נתן דמים כפשטות הלשון חזר ולקח, אך כיון שכבר לא היה ברשות הבעלים אלא ברשות הגזלן אין בזה דין של תליוהו וזבין ואפילו בדמים לא קנה ומזה הקשו על ר״ה מאי קמ״ל תנינא. ולא כרשב״ם שמפרש דמאי דקאמר לקמן דסקריקון מיירי בלא דמים קאי גם על הלוקח.

עוד מחלק הרמב״ם בין אנס שכופה הבעלים למכור לגזלן שכבר הוחזק גזלן על ממון זה דמה דאמר רב ביבי שהודאת הנגזל על קבלת דמים אינה מחייבת שיכול לומר שהודה מחמת פחד זה דוקא במי שהוחזק גזלן אבל בדין של תליוהו וזבין פסק הרמב״ם שגם אם אין עדים על קבלת הדמים מקיימים את המקח ע״י הודאת הנגזל. זהו שיטת הרמב״ם בביאור דברי הגמ׳ לקמן דלא שנא ארצי ליה זוזי לא שנא לא ארצי ליה זוזי ע״ש. ולכן פסק הרמב״ם בפ״י ממכירה ה״א דבתליוהו וזבין לא בעינן עדים על קבלת המעות. כך מפרש הגאון בס׳ ר״ה סק״ה את שיטת הרמב״ם. דהיינו שהרמב״ם מחלק בין גזלן לאנס בתרתי. א. באנס תליוהו וזבין זביניה זביני

ובגזלן גם עם דמים המקח בטל דלא גמר ומקני כיון שזה כבר ביד הגזלן. ב. באנס מהני הודאתו לקיים המקח ואינו יכול לטעון שהודה מחמת פחד ובגזלן לא סומכין על הודאתו לענין החזרת הדמים דהודה מחמת פחד.

האבן האזל בפ״י ממכירה ה״א מבאר שיטת הרמב״ם באופן אחר דמש״כ הרמב״ם שגם אם אין עדים מתקיים המקח ע״פ הודאתו מיירי באופן שאינו טוען שהודה מחמת פחד אלא עומד גם עכשיו בהודאתו. והחידוש בזה הוא דס״ד כיון שהיה יכול לחזור מהודאתו יהיה נאמן לומר שלא גמר בדעתו להקנות במגו שהיה אומר שהודה מחמת פחד. קמ״ל שגם אם באמת לא גמר בדעתו אין זה מבטל את הקנין דכיון שיש אומדנא שגמר ומקנה מה שבלבו לא גמר הוי דברים שבלב. ואף שפירושו ברמב״ם הוא מחודש מ״מ עיקר הדבר שכתב שבתליוהו וזבין אינו נאמן לטעון שלא גמר להקנות אפילו כשיש מגו דהוי דברים שבלב הוא לכאורה פשוט.

אמנם בדברי רע״א על תוד״ה ראייתן מבואר לכאו׳ דלא ס״ל כן דתוס׳ כתבו דמה שאמר ר״ה גם דגזלן אין ראייתו ראיה וגם דאין מעמידים שדה בידו משום שאם אמר רק אין ראייתו ראיה לא הוי ידעינן שכונתו לומר שלא סומכים על הודאת הגזלן דאולי כן סומכים ולית ליה דר׳ כהנא אלא אין ראיתו ראיה מפני שגם עם דמים המקח בטל קמ״ל תרתי דאין מעמידים בידו היינו דבטל המקח כשאין דמים דהוי תליוהו ויהיב ואין ראייתו ראיה היינו דלא סומכים על הודאתו. וכתב רע״א דדוחק לומר דס״ד לפרש דברי ר״ה באופן שיסתור דברי ר״ה דתליוהו וזבין והוי להו למימר באופן אחר שה״א דנאמן בהודאתו אך כיון שידוע שיש דמים רק על פיו נאמן לומר שלא גמר להקנות במגו שהיה אומר לא קבלתי דמים קמ״ל שאינו נאמן כלל בהודאתו. ומוסיף רע״א שבאופן שאליבא דאמת נאמן בהודאתו כגון בן בנו של גזלן שאומר בפני הודה הנגזל שקיבל מעות יוכל לטעון שלא גמר להקנות במגו שלא יודה שקיבל מעות. הרי דסובר רע״א דלא כסברת האבה״א הנ״ל שאפילו אם באמת לא גמר בלבו אין זה מבטל את הקנין דהוי דבשב״ל. אך הדברים לכאו׳ צ״ע דמבואר בקידושין נ. דבאופן שכופין אותו עד שיאמר רוצה אני מהני אף שבלבו אינו רוצה דהוי דברים שבלב. ואף דהתם מיירי בגט וקרבן ולא בתליוהו וזבין לכאו׳ דינם שוה להה״א שלא ידעו שקרבן וגט שאני. א״כ כמו שבגט וקרבן בה״א ס״ד שיש צד שבליבו אינו רוצה ואעפ״כ נחשב רצון משום דמה שבליבו אינו רוצה הוי דבשב״ל א״כ ה״ה בתליוהו וזבין אף שיש הוכחה שבליבו לא רוצה הוי דשב״ל.

ואולי יש לחלק דרק בגט וקרבן שכופין עד שאומר בפיו רוצה אני בזה לא מתחשבים במה שבליבו. אבל בתליוהו וזבין שיטת הרמב״ם דמהני גם כשלא אומר רוצה אני ובזה סובר רע״א דאם באמת בליבו אינו רוצה אין בזה דשב״ל כיון שלא אמר בפיו רוצה אני ואין להקשות א״כ לה״א בקידושין שלא תולים שרוצה בלב למה באמת בתליוהו וזבין זביניה זביני הא בלבו אינו רוצה ואין זה דברים שבלב, דע׳ ברשב״א שם שהקשה למה הגמ׳ לא הוכיחה דדשב״ל אינם דברים מתליוהו וזבין ותי׳ דהתם שאני דאגב אונסא גמר ומקנה ולא שייכא בהא כלל ע״ש. דהיינו שבזה הגמ׳ גם בה״א ידעה שתולים שגם בליבו הוא רוצה א״כ י״ל דגם אליבא דאמת מה שזביניה זביני הוא רק מפני שתולים שגם בלבו רוצה. אבל אם ידוע שלא רצה בליבו אין בזה משום דברים שבלב כיון שלא אמר בפיו רוצה אני ואדרבה מעשיו מוכיחים שהוא אנוס אלא שיש תליה שרוצה אגב אונסא אבל לצד שאינו רוצה לא הוי זביניה זביני. אך אכתי צ״ע מהמשך דברי הרשב״א שם שכתב שמה שמהני מודעה לבטל המקח הוא משום דמודעה מגלה שאינו רוצה והמודעה אינו דברים שבלב אלא דברים מגולים. משמע דאילו לא היה דברים מגולים היה חסרון של דברים שבלב, וצ״ע.

ובעיקר פירוש התוס׳ הקשה רע״א א״כ

מאי פריך מאי קמ"ל תנינא מסקריקון הא כלול בדברי ר"ה עוד חידוש שלא סומכים על הודאתו דתולים שמודה מחמת פחד הגזלן ע"ש.

לקח מסקריקון וכו' מקחו בטל. כתב הרשב"ם שהטעם שמקחו בטל משום דהוי תליוהו ויהיב ומה דמבואר בגיטין דבגזירה קמייתא ומציעתא המקח קיים כתב הרשב"ם דכיון דקטלי נכרים לישראל אגב אונסא גמר ומקני ורק בגזירה בתרייתא שאסור להרוג לא גמר ומקני דאמר האידנא לישקול ולמחר תבענא ליה בדינא. מבואר בדברי הרשב"ם כדברי הרשב"א בגיטין שמביא הב"י בס' ר"ה סע' י"ב שהקשה אמאי בתרתי קמייתא המקח קיים הא הוי תליוהו ויהיב ותי' וז"ל דאגב אונסייהו גמר ומקני הואיל והפקיר אותם המלכות להריגה ואינם מקוים לשוב לנחלתם עוד עכ"ל וזה ממש כרשב"ם. והב"י כתב לבאר באופן אחר. דבקמייתא ומציעתא כיון שהיה גזירת הריגה היו באים על נפשות ולא על ממון אלא כדי להציל עצמו נותן הישראל מדעת עצמו הקרקע כדי שלא יהרגנו וזה חשיב רצון כיון שבוחר לעצמו הקנאת הממון כדי להציל את עצמו ורק בגזירה שלישית היו באים על ממון ובזה נחשב אנוס על הקנאת הממון וכיון דליכא זוזי לא גמר ומקנה. ולדברי הב"י יתפרשו דברי הגמ' בסמוך שאני אונסא דנפשיה מאונסא דאחריני דלא תלוי דוקא אם האונס בא מחמת עצמו או מאחריניה אלא כל שלא אונסים אותו על הקנאת הממון אלא רוצים להורגו וכדי להציל עצמו רוצה לתת ממונו זה חשיב אונסא דנפשיה כיון שהוא בוחר לעצמו אופן ההצלה ואף שעושה כן מחמת אונס גמר ומקנה ורק כשאנסוהו על נתינת הממון נחשב אונסא דאחריני.

סברא זו של הב"י דכל שבוחר לעצמו דרך הצלה אף שמוכרח לעשות כן אין זה נחשב אונס מצאנו בכמה דוכתי. א. השיטה בדף מח: בד"ה נקטינן כתב בשם הר"י מגש דאם לא אנסוהו למכור אלא אנסוהו להביא מעות וכיון שלא היה לו מעות היה מוכרח למכור קרקע זה נחשב מכירה מרצון ולא מהני בזה מודעה דחשיב אונסא דנפשיה. כ"כ הרמ"ה באות קפ"ז וכן נפסק בשו"ע ס' ר"ה סע' י"ב. ב. בב"ק קי"ז. מבואר לגבי מוסר דאם נשא ונתן ביד דינו כמזיק וחייב אפילו באונס ואם רק הראה חיובו מדין גרמי ופטור על אונס ואמר רבה הראה מעצמו כנשא ונתן ביד דמי וחייב. והקשה הרשב"א מאי קמ"ל פשיטא דאם הראה מעצמו שלא מחמת אונס חייב שזה דין מוסר שמבואר במשנה שם שחייב מדין גרמי. ותי' דאין כונת הגמ' שלא היה אנוס בכלל אלא לא אנסו להראות אבל רצו להורגו וכדי להציל עצמו הראה בשל חברו. ומבואר כסברת הב"י דאף שמוכרח לעשות כן אין זה נחשב אונס כיון שלא אנסו אותו על עצם הפעולה אלא שעושה כן להצלתו. ג. איתא באו"ח ס' ר"ד סע' ח' אם אנסוהו לאכול או לשתות אע"ג דהחיך נהנה אינו מברך הואיל ונאנס על כך. והקשה המג"א בסק"כ דקי"ל דחולה האוכל ביוה"כ חייב לברך אע"פ שאוכל מחמת אונס ומה לי אנסוהו אחרים או אנסוהו מן השמים ומסיים המג"א ואפשר לחלק בזה. וכונתו כנ"ל דרק כשאנסוהו על פעולת האכילה חשיב אונס משא"כ חולה מעשה האכילה הוא מרצונו. ד. הרמב"ם בפ"כ מסנהדרין כתב דמי שאנסוהו לעבור במקום שהדין יהרג ואל יעבור ועבר ולא נהרג אף שעשה שלא כדין אינו חייב מיתת ב"ד כיון שהיה אנוס. ובפ"ה מיסודי התורה כתב הרמב"ם שהמתרפא מעצי אשירה שדינו יהרג ולא יעבור ועבר לוקה ואינו נחשב אנוס אף שעשה כן כדי להציל עצמו אלא כיון שבוחר לעצמו אופן ההצלה אין זה נחשב אונס אף שמוכרח לעשות כן. ה. תוס' כתובות כו: כתבו דאשה שנחבשה מחמת נפשות אסורה אפילו לבעלה ישראל דחיישינן שמא נתרצתה לאחד מהם כדי שלא יהרגוה דס"ל דכה"ג אף שעושה להצלת עצמה נחשב רצון ולא דמי להא דמבואר בכתובות ג. בגזירה דכל הנשאת לרביעי תבעל להגמון תחילה דכיון שהיא אנוסה מותרת לבעלה דהתם עצם המעשה הוא

באונס משא״כ בתוס׳ אינה אנוסה אלא עושה מדעתה להצלתה. וכל זה כסברת הב״י הנ״ל. ו. עי׳ ש״ך סי׳ שע״ח סק״ב לענין אדם המזיק באונס.

תוד״ה ומעמידים. הנתיבות בס׳ קמ״ט סקי״ג מדייק מלשון התוס׳ דאם ידוע שהוא אומן אין לו חזקה אף שלא ידוע שהיה אומן בקרקע זה וכתב דמלשון הרמב״ם והשו״ע לא משמע כן ע״ש.

אבל בשטר קנה. כתב השיטה בשם ר׳ יונה דהא דקנה כשכתב שטר לרב לא דמי למה שקונה כשכתב אחריות לשמואל, דטעמא דשמואל דכשכתב אחריות תולים שמסתמא לא נאנס ע״ז דאין דרך האנס לחייבו למכור באחריות ואם כתב אחריות בודאי גמר בדעתו להקנות. אבל אם ידוע שנאנס על כתיבת האחריות גם בזה לא קנה. משא״כ לרב אפילו ידוע שהיה אנוס על כתיבת השטר עצם הדבר שמוסר שטר לקונה גורם שגמר ומקנה אפילו בלי קבלת דמים. אבל מדברי התוס׳ בד״ה אבל מוכח דלא ס״ל כן דלר׳ יונה אין מקום לחלק בין כתב שטר עם קנין או שטר בלי קנין אחר וגם אין לחלק בין חתמה בשטר של הבעל לכתבה שטר בפנ״ע כיון שבל״ה הכל מחמת אונס. אלא לתוס׳ גם סברת רב כשמואל דמסתמא לא היה אנוס על כתיבת השטר ומזה שעשה דבר בלי הכרח האנס מוכח דגמר ומקנה. וגם בתוס׳ לקמן בד״ה הא איתמר עלה מוכח דלא ס״ל כר׳ יונה ע״ש.

תליוהו וזבין זביניה זביני. בב״ק סב. מבואר דדין זה הוא דוקא כשאגב אונסא אמר המוכר רוצה אני אבל אם לא אמר כן לא קנה וזה הדין של חמסן. וכן מבואר ברשב״ם כמה פעמים בסוגיין דבעינן שיאמר רוצה אני. וכ״כ הרמ״ה באמצע אות קפ״ה. אך הרמב״ם בפ״י ממכירה כתב סתם דתליוהו וזבין זביניה זביני ולא הזכיר דבעינן רוצה אני. ורק בגט מעושה ובכפיה על קרבן כתב הרמב״ם בפ״ב מגירושין ופי״ד ממעשה הקרבנות דבעינן רוצה אני. ומה שקשה מהגמ׳ בב״ק ע׳ בביאור הגר״א ס׳ ר״ה סק״א שכתב שהוא מחלוקת הסוגיות והרמב״ם פסק כסוגיא דסנהדרין דלא כסוגיא דב״ק ע״ש. והנתיבות בס׳ ר״ה סק״א וכן באבי עזרי פ״ד מאישות ה״א כתבו לישב הגמ׳ בב״ק באופנים אחרים. ובסברת הרמב״ם כתבו דס״ל דבקנין לא בעינן רצון הלב אלא רק כוונת קנין לכן לא בעינן רוצה אני משא״כ בקרבן יש דין לרצונו דבעינן רצון הלב וכן בגט מביא האבי עזרי לשון הרמב״ם בפ״א מגירושין ה״ב שלומד מקרא דבעינן רצון הבעל בגירושין וע״כ אין כונתו לכוונה הרגילה שצריך בכל קנין דלזה לא בעינן קרא אלא ודאי יש דין רצון מיוחד בגט יותר מכונת מקנה ובעינן רצון הלב ולכן בעינן דוקא שיאמר רוצה אני. וגם בדברי הרשב״ם כאן בד״ה וכן אתה אומר בגיטי נשים כתב דבגט בעינן רצון דונתן מדעתו משמע מבואר שיש לימוד מיוחד דבעינן רצון בגט יותר מכל קנין. ולגבי קידושין הרמב״ם בפ״ד מאישות ה״א לא הזכיר רוצה אני דס״ל דסגי בכוונה ככל קנינים ואין דין רצון מיוחד והראב״ד חולק דס״ל דקידושין דמי לגט אבל במקח גם הראב״ד יכול להודות דלא בעינן רוצה אני. ועפ״ז כתב הנתיבות לבאר את דברי הרמב״ם בפ״ב מגירושין ה״כ שכתב סברא מיוחדת למה מה שמתרצה מחמת כפיה נחשב רצון ומפורש ברמב״ם שם דסברתו קיימת רק במילי דמצוה ולא במכר והא קי״ל גם במכר דזביניה זביני. וכתב הנתיבות דבזביני אין דין רצון הלב לכן לא צריך להגיע לסברא זו משא״כ בגט צריך לזה מפני שצריך רצון הלב. וע׳ עוד בזה לקמן בסמוך.

דף מח.

כופין אותו עד שיאמר רוצה אני. בקידושין דף נ. מביאה הגמ׳ ראיה מדין זה דדברים שבלב אינם דברים דאף שאומר בפיו רוצה אני מ״מ בליבו אינו רוצה וע״כ שדברים שבלב אינם דברים. ואינו מובן מה ראית הגמ׳

הא מבואר בסוגיין דאגב אונסא גמר ומקנה א״כ יש רצון בלב ומה הראיה שדברים שבלב אינם דברים. ואם הגמ׳ שם לית לה דר״ה א״כ אמאי הוי דשב״ל הא בליבו ובלב כל אדם דלא ניחא ליה והוי אומדנא דמוכח. וע׳ בחזו״א אבה״ע ס׳ קמ״ח לדף נ. שכתב שגם בה״א ידעה הגמ׳ בקידושין את מה שמבואר בסוגיין דגמר ומקנה וניחא ליה בכפרה אך סברו דכ״ז נאמר לענין שמסתבר שגמר ומקנה ואין אומדנא דמוכח שאינו רוצה. אבל אכתי יש מקום לחשוש שאולי אינו רוצה ומזה רצו להוכיח דאפילו אם אינו רוצה אין זה מקלקל דהוי דשב״ל [ע׳ לעיל בדברי רע״א דרק בקרבן הוי דשב״ל ולא בזביני דהתם רק תולים שבודאי רוצה אבל כשידוע ע״י מגו שלא רוצה אין זה דשב״ל ע׳ לעיל על תוד״ה ראייתן]. ומשני דניחא ליה דתהוי ליה כפרה ותולים שבודאי רוצה ואין אפילו דברים שבלב, ועל דרך זה כתב גם באבי עזרי פ״ב מגירושין ה״כ ע״ש קצת בנוסח אחר אבל גם מבאר דסוגיא דקדושין קאי אחר סוגיא דב״ב. ובלי סוגיא דב״ב גרע מדברים שבלב דליכא מעשה הקנאה כלל.

והמעיין ברשב״א בקידושין דף נ. בסד״ה ואכתי יראה שמפורש כן בדבריו וז״ל אפילו להא דאמרינן מעיקרא אילימא מהא דתניא [דהיינו בה״א שבאו להוכיח דדברים שבלב אינם דברים מיקריב אותו] מיפשט פשיטא להו דמשום נייח נפשא דכפרה הוא דאיכא לדמויי לדשב״ל דאי לאו הכי דברים מגולים הן דאוניס מודע עליה עכ״ל דהיינו שלולא הגמ׳ בב״ב הוי אומדנא דמוכח שאינו רוצה ומה שרצו להביא ראיה לדבשב״ל היינו אחר גמ׳ דידן דס״ד דעכ״פ נשאר דשב״ל שאינו רוצה ומשני דטענה זו חזקה לעקור לגמרי דברים שבליבו ע״ש. ומה שהרשב״א שואל שם בתחילת דבריו בריש דף נ. אמאי הוצרכו לתרץ משום ניחותא דכפרה הא יכלו לתרץ משום אגב אונסא גמר ומקנה זה שאלה אחרת דיכלו לתרץ שאגב אונסא גמר ומקנה גורם ניחותא ומסלק דברים שבלב. אבל זה ברור שגם הרשב״א לומד כאחרונים הנ״ל שהה״א בקידושין קאי אחרי שבסוגין מבואר דגמר ומקנה או מדר״ה או משום דניחא ליה דכפרה.

וכן מבואר בחי׳ הריטב״א שם שהקשה למאי דס״ד דטעמא דגט מעושה כשר משום דאף שבליבו אינו רוצה הוי דשב״ל א״כ למה מעושה שלא כדין פסול גם בזה נימא דאף שבלבו אינו רוצה הוי דשב״ל. ותי׳ דהתם ליכא סברת גמר ומקנה והוי אומדנא דמוכח שאינו רוצה ורק במעושה כדין ידעינן גם בה״א דניחא ליה אלא ס״ד דאעפ״כ נשאר דברים שבלב שאינו רוצה. והעירוני שהדברים מדויקים בלשון הגמ׳ דכאן תירצו שאני התם דניחא ליה דתהוי ליה כפרה ובקידושין נ. לשון הגמ׳ הוא שאני התם דאנן סהדי דניחא ליה בכפרה. דהכא לא אמרו שיש אנן סהדי שניחא ליה אלא רק מסתבר שניחא ליה וליכא אומדנא דאינו רוצה וזה ידעו בקידושין גם בה״א, והתם משני דאנן סהדי דניחא ואין אפילו צד של דשב״ל שלא ניחא ליה.

וכן אתה אומר בגיטי נשים. שיטת התוס׳ דמתחילת הסוגיא הגמ׳ ידעה שר״ה דיבר בתליוהו וזבין דוקא ומודה בתליוהו ויהיב ואעפ״כ הקשו מקרבן וגט דכל דבר שהוא מחויב לעשות הוי כמו מכר, דאגב אונסא וקיום חיובו גמר ומקנה דאין זה נחשב הפסד כיון שמחויב בזה. [מה שכתב הרשב״ם דגט הוי כמכר כיון שבל״ה אשתו שונאתו ולא תעמוד אצלו אינו מובן דא״כ גם מעושה שלא כדין היה צריך להיות תליוהו וזבין ע׳ קו״ש אות ר״ב]. ולפ״ז מה שהקשו מלוקח מסקריקון הוא משום דס״ד דמיירי שהלוקח נתן דמים. אבל שיטת הרשב״א והריטב״א והשיטה בשם הר״ן שגם גט מעושה כדין וכפיה על קרבן דמי לתליוהו ויהיב וכל הסוגיא קאי למאי דס״ד דר״ה מיירי בין בזבין בין ביהיב עד דמשני מודה שמואל היכא דיהיב זוזי שם נתחדש דר״ה מיירי רק בזבין ולא ביהיב. והקשו הרשב״א והריטב״א לה״א למה לא הקשו מר״ה דלעיל דגזלן אין ראייתו ראיה והיינו משום שאפילו מביא עדים שהקנה כל שלא ראו נתינת

מעות הוי תליוהו ויהיב והקנין בטל. וכתב הריטב״א דס״ד דהוי אמוראי אליבא דר״ה והרשב״א תי׳ באופן אחר ע״ש. אך כ״ז למה שהבינו כתוס׳ והרשב״ם לעיל שדברי ר״ה דגזלן אין ראייתו ראיה הוא בגלל הדין של בתליוהו ויהיב. אבל למה שנתבאר לעיל שיטת הרמב״ם דר״ה לעיל מיירי אפילו שיש עדים על נתינת דמים ואעפ״כ הקנאתו בטילה דהרמב״ם מחלק בין הוחזק גזלן לאנס שעדיין לא גזל. ולדברי הרמב״ם אין שום ראיה מר״ה דלעיל לדין של תליוהו ויהיב ושפיר ס״ד הכא דגם ביהיב זביניה זביני עד דמסיק מודה שמואל היכא דיהיב זוזי.

הנ״מ ממחלוקת זו הוא אם להלכה דקי״ל כר״ה דזביניה זביני צריך להגיע בכפיה על גט וקרבן לסברא מיוחדת שניחא ליה בכפרה ומצוה לשמוע דברי חכמים. דלשיטת התוס׳ כ״ז נאמר כדי לדחות הראיה לר״ה אבל למאי דקי״ל כר״ה בל״ה איכא ניחותא דחשיב כתליוהו וזבין. אבל לרשב״א ולריטב״א ולר״ן גט וקרבן הוי תליוהו ויהיב ולמסקנה דר״ה מודה בתליוהו ויהיב דבטל המתנה עכצ״ל דהא דמהני כפיה בגט וקרבן למסקנה הוא בגלל שניחא ליה בכפרה ומצוה לשמוע דברי חכמים. ונ״מ היכא דהכפיה נעשה ע״י עכו״ם במי שמחויב ע״פ דין לגרש. וכתבו התוס׳ בד״ה דבר תורה דדברי ר׳ משרשיא תלוים אם עכו״ם בני עישוי או לא. דאם הם בני עישוי א״כ הכפיה כדין והוי תליוהו וזבין כיון שחייב לגרש ויהיה הגט כשר מן התורה ולהלכה דקי״ל דלאו בני עשוי א״כ הכפיה היא שלא כדין והוי תליוהו ויהיב [אע״ג דחייב לגרש בעינן שגם אופן הכפיה יהיה כדין כדי שיחשב זבין]. אבל לחולקים על תוס׳ גם אם נאמר דעכו״ם בני עישוי לא יהיו דברי ר׳ משרשיא להלכה דמבואר בגמ׳ שבכפיית עכו״ם אף שהוא כדין אין בזה מצוה לשמוע דברי חכמים א״כ כל דברי ר׳ משרשיא הם רק לס״ד דגם ביהיב מתנתו מתנה אבל למסקנה בודאי בעינן סברת מצוה לשמוע ובעכו״ם אפילו אם הם בני עישוי יהיה פסול מן התורה. וכן מפורש ברמב״ן בד״ה גט המעושה דכתב פשט אחד כראשונים הנ״ל דגט לא נחשב זביניה ובה״א ס״ד דגם ביהיב דיבר ר״ה והא דגט מעושה כדין כשר למסקנה הוא משום דהדרינן למצוה לשמוע דברי חכמים וכתב דמה״ט ליתא לדר׳ משרשיא. וכ״כ הריטב״א גיטין פח: דגט מעושה ע״י עכו״ם כדין פסול משום דאין בזה סברת מצוה לשמע וגט הוי כיהיב וכל סוגין הוא למאי דס״ד דר״ה מיירי נמי ביהיב, ע״ש.

לכאורה נראה שבמחלוקת זו תלוי מחלוקת הרא״ש והרמ״ה שהובא בטור באבה״ע ס׳ קל״ד בהא דמבואר בגמ׳ דאם עכו״ם חובטין אותו ואומרים לו עשה מה שישראל אומר לך הגט כשר ומיירי שהכפיה כדין והעכו״ם הם שלוחי ב״ד של ישראל והוי ככפיית ב״ד של ישראל. שיטת הרמ״ה דאף שנצטוה העכו״ם ע״י ב״ד של ישראל לכוף בעינן דוקא שיאמר בשעת כפיה עשה מה שישראל אומר לך. והרא״ש חולק דסגי בזה שכופה בשליחות ישראל ולא בעינן שיאמר כן בשעת הכפיה. ודברי הרמ״ה לכאורה אינם מובנים כיון שהכפיה היא בשליחות ב״ד ישראל א״כ הכפיה הוא כדין א״כ למה לי אמירה וכי גרע ממה דסבר ר׳ משרשיא דעכו״ם בני עישוי ויכולים לכוף בלי שליחות ישראל ואז בודאי שלא אומרים עשה מה שישראל אומר לך ואעפ״כ כיון שמותר להם לכוף הוי גט מעושה כדין א״כ גם לדידן דלאו בני עישוי מ״מ כשנשלחו ע״י ישראל הם כן בני עישוי ולמה בעינן אמירה. אלא כונת הרמ״ה דדברי הגמ׳ ברב משרשיא הם למאי דס״ד דר״ה קאי גם ביהיב וגמר ומקנה אגב אונסא גם בלי מצוה לשמוע וכו׳. ובזה לא בעינן אמירה. אבל להלכה כפיה בגט מהני רק כשיש מצוה לשמוע ולגבי מצוה לשמוע מבואר בגמ׳ שאפילו אם עכו״ם בני עישוי והכפיה הוא כדין אין בזה מצוה לשמוע. וסובר הרמ״ה שאפילו שנשלחו ע״י ב״ד של ישראל ומותר להם לכוף מ״מ מצוה לשמוע דברי חכמים שייך רק אם העכו״ם אומר עשה מה שישראל אומר לך. והרא״ש חולק וס״ל דגט הוי תליוהו וזבין

ולא בעינן סברת מצוה למאי דקי״ל כר״ה וא״כ אין ענין של אמירה דכל שהכפיה הוא כדין חשיב זבין.

שיטת הרמב״ם. הרמב״ם בפ״ב מגירושין ה״כ מאריך לבאר הטעם דמהני כפיה בגט מעושה כדין דבעצם רצונו הפנימי הוא לקיים חיובו אלא שיצרו מונעו מזה וע״י הכפיה חוזר רצונו האמיתי שרוצה לגרש. ומפורש ברמב״ם שסברא זו שייכת רק במילי דמצוה ולא בכפיה על מכירה. וקשה דקי״ל כר״ה דתליוהו וזבין זביניה זביני אף שלא שייך בזה סברת הרמב״ם ולמה בגט בעינן סברא זו. וכתב בזה הנתיבות בס׳ ר״ה סק״א ע״פ דבריו שהובאו לעיל בהא דבגט וקרבן בעינן רוצה אני ובמכר לא בעינן דבגט וקרבן לא סגי בכונת קנין אלא בעינן רצון הלב ולכן הוצרך הרמב״ם דוקא בגט לסברא מיוחדת לבאר דע״י הכפיה יש רצון גמור וגם בקרבן הוא מילי דמצוה שייך סברא זו. אבל בקנין דסגי בכונת קנין ולא בעינן רצון הלב סגי במה שאגב אונסא גמר ומקני אף שאין בזה סברת הרמב״ם.

ודברי הנתיבות לכאורה צ״ב שהגמ׳ מביאה ראיה לר״ה מגט ולא תרצו שאני גט שיש את סברת הרמב״ם אלא שאני גט דמצוה לשמוע דברי חכמים ועכצ״ל דסברת הרמב״ם הוא הסבר בדברי הגמ׳ שאני גט דמצוה לשמוע דברי חכמים. וכן ראיתי שנקט האבי עזרי פ״ב גירושין בסוף ה״ח דסברת הרמב״ם הוא סברת הגמ׳ מצוה לשמוע. ומפורש בגמ׳ דלדברי ר״ה דס״ל אגב אונסא גמר ומקני גם גט מעושה ע״י עכו״ם כדין כשר מן התורה אם עכו״ם בני עישוי [ומה דליתא לדר׳ משרשיא הוא רק משום דקי״ל דעכו״ם לאו בני עישוי]. הרי שגם במקום דליכא מצוה סגי בסברת גמר ומקני גם לענין גט. ויותר היה נראה דהרמב״ם קאי בשיטת הראשונים הנ״ל דס״ל דכל דברי הגמ׳ הם למאי דס״ד דר״ה קאי גם ביהיב אבל למסקנה כל גט מעושה כשר רק בגלל סברת מצוה לשמוע ולכן הוצרך הרמב״ם לסברא זו משא״כ במכירה יש סברת אגב אונסא וזוזי ורק בגט שהוא כתליוהו ויהיב בעינן סברת מצוה. וכמש״כ הרמב״ן הנ״ל דלמסקנה גט כשר רק מטעם מצוה דהוי יהיב. אך גם זה אינו מספיק שהרמב״ם כתב שם בהל׳ כ׳ דאנסוהו עכו״ם באופן שהדין נותן שיגרש הרי זה גט פסול. ומשמע דכשר מן התורה וזה כר׳ משרשיא ומפורש בגמ׳ דבכפיית עכו״ם ליכא סברת מצוה לשמוע ואם הרמב״ם מצריך מצוה לשמוע כדי להכשיר גט איך הרמב״ם מכשיר גט מעושה בעכו״ם. ודברי הרמב״ם לכאורה סתרי אהדדי דמצד אחד מצריך מצוה ומאידך מכשיר מעושה בעכו״ם ומפורש בגמ׳ דליכא בזה סברת מצוה, וצ״ע. וע׳ בכ״מ שם שתמה אמאי פסק כר׳ משרשיא הא בגיטין מבואר דר׳ משרשיא בדותא. ולמה שנתבאר קשה יותר דהרמב״ם בעצמו מצריך מצוה לשמוע דברי חכמים ואיך פסק שמעושה בעכו״ם כשר מן התורה.

נמצא ג׳ שיטות בזה. א. שיטת תוס׳ דכפיה בגט הוי כתליוהו וזבין ולא בעינן סברת מצוה. ב. שיטת הרשב״א הריטב״א הרמב״ן והר״ן דגט אפילו כדין הוי תליוהו ויהיב ולמסקנה כשר רק בגלל הסברא של מצוה לשמוע דברי חכמים. ג. שיטת הנתיבות בדעת הרמב״ם דבגט לא סגי ברצון הרגיל של אגב אונסא גמר ומקני אלא בעינן רצון הלב ולכן צריך להרמב״ם לסברא מיוחדת דניחא ליה מחמת המצוה. והנ״מ בין סברת הראשונים דצריך הטעם של מצוה משום דהוי יהיב לסברת הנתיבות יהיה במה שדנים הפוסקים בגט מעושה שלא כדין ונתנו לו ממון כדי שיסכים לגרש. לתוס׳ והראשונים הנ״ל סיבת הפסול הוא בגלל דהוי יהיב [לתוס׳ בגלל שזה שלא כדין ולראשונים מפני שכל גט הוא יהיב ורק היכא שהוא כדין יש סברת מצוה לשמוע] ובאופן שמקבל דמים כדי לגרש יש לדון אולי חשיב כזביניה ואגב אונסא וזוזי גמר ומקנה. אבל לסברת הנתיבות בדעת הרמב״ם בגט לא סגי בגמר ומקני אפילו כשיש אונסא וזוזי אלא בעינן

דוקא מצוה לשמוע וליכא סברא זו כשהכפיה היא שלא כדין.

הרמ"א באבה"ע ס' קל"ד סע' ח' כתב דגט מעושה שלא כדין פסול אפילו שנתנו דמים. והפת"ת שם סקט"ז מביא שי"ח בזה דס"ל דהוי כתליוהו וזבין וכשר. ובסקי"ז מביא הפת"ת בשם התורת גיטין דלא מהני זוזי בגירושין מפני שאין זה כל דמי האשה והוי כנותן מקצת דמים דלא נחשב זבין כמבואר בס' ר"ה סע' ד'. וכדברי התו"ג כתב גם הריב"ש הובא בבית מאיר שם. וע' בריטב"א גיטין פח: שכתב בהדיא דבגט שלא כדין לא מהני נתינת דמים אך לא כתב כסברת התו"ג וז"ל ולא דמי לזביני ולקדושי דאילו התם בהני זוזי קני אבל הכא לאו בהני זוזי מגרשי עכ"ל ואין נראה לפרש שרק במקום שהקנין נעשה ע"י הכסף חשיב זביני דאטו אם קונה מטלטלין במשיכה ונותן דמיהם לא יחשב תליוהו וזבין אלא צ"ל דדמים שנותנים כדי לגרש אין זה תמורת האשה אלא תשלום על מעשה הגירושין וכיון שלא מקבל תשלום עבור האשה חשיב תליוהו ויהיב. אך לפי הנתיבות בדעת הרמב"ם אין מקום לדון בכל זה ואפילו נימא דחשיב זבין לא סגי בזה דבעינן דוקא הסברא דמצוה לשמוע ואין סברא זו כשהכפיה הוא שלא כדין.

תודי"ה יקריב כתבו שמה שאמרו דניחא ליה דתהוי ליה כפרה אין הכונה כפרה ממש דעל קרבנות שבאים לכפר לא כופים. אלא כונת הגמ' ניחא לקיים נדרו שאם לא ישלם נדרו עונו ישא. ואח"כ הקשו דיש כפרה גם בעולה ולמה כופין ותי' דעולה מכפרת רק מקופיא ולא מקיבעא. דהיינו שאינו מיוחד לכפרה ואין הכפרה כפרה גמורה ככפרת חטאת ואשם [מש"כ המהר"ם דמקופיא היינו שמכפר על עונות קלים ומקיבעא היינו שמכפר על עונות חמורים צ"ע]. וכפרה מקופיא אינו סיבה שלא יכופו. אך לכאורה יכלו לבאר הא דניחא ליה דתהוי ליה כפרה שהכונה לכפרה מקופיא שיש גם בעולה ולא הוצרכו לדחוק דכפרה היינו שלא יהיה לו עון שלא קיים נדרו. אך העירוני דלא כתבו כן מפני שרק בעולה מצאנו שמכפר על עשה והדין שכופין נאמר גם בשלמים ושם ליכא כפרה כלל. אך הרמב"ן באמת מפרש ניחא ליה בכפרה היינו כפרת קופיא וצ"ל דכפרה לאו דוקא אלא בעולה יש כפרה ובשלמים יש הריצוי של הקרבן אף שאינו מכפר אפילו מקופיא.

תוד"ה דבר תורה. מה שהקשו התוס' מאי נ"מ אם תולה בעכו"ם הרי ע"פ דין חייב לגרש ע' ברשב"ם שכיון לישב קושיתם וכתב בד"ה ותולה עצמה שהחשש הוא שתחניף לו ותזנה עמו דהיינו שאין התקלה מה שמוציאה את עצמה מבעלה אלא שתזנה עם העכו"ם.

ולרב ביבי דמסיים בה וכו'. הובא לעיל דהגאון כתב בס' ר"ה סקכ"ב וס' קנ"א סק"ד דהרמב"ם לא גורס כ"ז וכתב שהוא תוספת של איזה גאון ולרמב"ם אין סתירה בין דברי ר"ה לדברי רב ביבי שיש הבדל בין אנס למי שהוחזק גזלן. אבל שאר הראשונים גורסים כגרסתינו. וכתב הריטב"א דיש מקשים מה קושית הגמ' מרב ביבי אולי מיירי בנתן מקצת דמים דנחשב יהיב והמכר בטל ומחזיר הדמים שקיבל. ורצו להוכיח מכאן דכיון שאין אונאה לקרקעות סגי במקצת דמים ודינו כתליוהו וזבין ועוד ראיה הביאו מקידושין דתליוה וקדיש חשיב כתליוהו וזבין אף שאינו נותן אלא פרוטה והריטב"א חולק ודחה ראיות אלו ע"ש וכדבריו כתב גם הרשב"א בעמ' ב'. וע' בזה בשו"ע ס' ר"ה סע' ד'.

דף מח:

ולא אמרן אלא בשדה סתם. אבל בשדה זו לא. רוב הראשונים פרשו כרשב"ם ששדה סתם יותר גמר ומקנה כיון שבחירת השדה תלוי ברצון הבעלים אבל המעיין היטב בלשון השיטמ"ק בשם הר"י מגש יראה שמפרש באופן אחר. דשדה סתם הכוונה שהאנס כופה על מכירת שדה סתם דהיינו שימכור שדה בשדותיו ואינו

מכריחו עכשיו לברר איזה שדה מוכר והלך המוכר ובירר מדעת עצמו שדה מסוים וכיון שעשה יותר ממה שאנסו אותו מוכח דגמר ומקנה ככתיבת שטר לרב וכאחריות לשמואל. אבל אם אנסו לברר שדה מתוך שדותיו אפילו שהבררה ביד הבעלים לתת מה שירצה כיון שמוכרח לברר שדה מסוים מתוך שדותיו חשיב כשדה זו. ולדבריו יתישב קושית רע"א בהמשך הגמ' דאשה כשדה זו, מנין שאשה כשדה זו אולי מיירי שכופה האב לקדש לו אחת מבנותיו וביד האב לברר איזה בת שירצה דהוי כשדה סתם. ותי' דהתוס' כתבו דמקדש בשטר וביאה הוי תליוהו וזבין בגלל שמתחייב לאשה שאר כסות ועונה והם חיובים לאשה ולא לאב נמצא דכלפי האב שהוא המקנה הוי תליוהו ויהיב. ולדברי הר"י מגש קושיא מעיקרא ליתא דשדה סתם הוי דוקא כשהמאנס אינו מחייבו לברר כלל אלא למכור שדה משדותיו בלי לברר איזה ובקידושין אין מציאות זו דמקדש אחת מב' אחיות אינה מקודשת דהוי קידושין שאינם מסורים לביאה וע"כ שמחייב את האב לברר אחת מבנותיו וזה הוי כשדה זו אף שהבררה ביד האב.

תוד"ה אמר רבא. כתבו דענין מודעה בזביני הוא שונה מבמתנה. דבמתנה אם ידוע שהיה אנוס לא בעינן מודעה לבטל המקח דתליוהו ויהיב האונס בעצמו מבטל המתנה והמודעה הוא רק לגלות שהיה אונס ולכן לא שייך במתנה ביטול מודעה אא"כ מבטל ברצון דאז חזינן דנותן מדעתו. אבל בזביני, בלי מודעה המקח קיים והמודעה הוא שמבטל המקח, ומה שמועיל המודעה לבטל אף דאח"כ אגב אונסא וזוזי גמר ומקנה כתב הרשב"א בקידושין דף נ. דאף דגמר ומקנה ואין אומדנא דמוכח שאינו רוצה מ"מ דברים שבלב שאינו רוצה יש צד שיש, אלא דלא מתחשבים בזה דדברים שבלב אינם דברים וכשכותב מודעה יוצא מחשבה זו מכלל דברים שבלב ונעשה דברים מגולים כיון שאמר כן בפני עדים. אך כ"ז כשאנוס על המכירה דאז אינו יכול לדבר עם הקונה אבל כשאינו אנוס לא סגי באמירה לעדים כיון שהיה יכול לדבר עם הקונה ובאופן זה לא מהני האמירה לעדים להוציא מכלל דברים שבלב. ובחי' ר' שמעון מבאר ענין מודעה באופן אחר שהוא חלות שמבטל המקח כמו ביטול שליח או חזרה מקנין לאחר ל' דמהני מדין אתי דיבור ומבטל דיבור ה"נ דיבור המודעה שנעשה לפני הקנין מבטל האמירה של הקנין ע"ש.

ומה שכתבו התוס' שגם אם מבטל המודעה מחמת אונס הוא מתבטל דגם על חלות הביטול אמרינן אגב אונסא וזוזי גמר ומבטל הרמ"ה באות קפ"ה מאריך בענין זה וחולק על התוס' וס"ל דהמודעה מבטלת כל מה שעושה אח"כ מחמת אונס כולל ביטול המודעה. ורק בגט מהני ביטול מודעה באונס דבגט יש סברת הרמב"ם שבאמת בליבו רוצה אלא שיצרו אינו מניחו לרצות ואגב אונסא חוזר לרצונו האמיתי ועל מצב זה ליכא מודעה ע"ש. ובטור סוף ס' ר"ה מביא ג' שיטות בזה. תוס' והרא"ש ס"ל דאזלינן בתר ביטול מודעה אפילו כשביטל מחמת אונס. הרמ"ה ור' האי גאון ס"ל דלא מהני ביטול מודעה מחמת אונס. שיטת הרמב"ם דעל מודעה סתם מהני ביטול אפילו מחמת אונס ואם מסר מודעה על ביטול המודעה לא מהני ביטול מודעה באונס דעל זה עצמו מסר מודעה.

תודי"ה אבל שדה זו לא. כתבו דלרבא אין מקום למודעה בזביני אלא כההוא דפרדיסא דבשדה זו סובר רבא שהמקח בטל בלי מודעה דלית ליה דר"ה ובשדה סתם לא מהני מודעה דלא נחשב אונס. וכ"כ הרשב"ם בד"ה ר' הונא ולעיל מ: [והא דבפרדיסא כותבין כתב הב"י בס' ר"ה דאין שום ענין מיוחד באונס דפרדיסא אלא רק שא"א להוכיח שהיה אנוס ובזה בעינן מודעה כדי שיהיה ראיה על האונס ע"ש]. ומבואר דס"ל דהא דאמר רבא בשדה סתם זביניה זביני אינו משום דלענין שדה סתם מודה רבא לסברת ר"ה דאגב אונסא וזוזי גמר ומקני אלא דס"ל דשדה סתם לא נחשב אונס כלל ולכן לא מהני בזה

מודעה. וע׳ קו״ש אות ר״ה שכתב שלפי דבריהם בשדה סתם המקח קיים גם בלי שיאמר רוצה אני אפילו לסוברים דלר״ה בעינן רוצה אני דהכא שאני שאינו אנוס כלל. ולכאורה היה נראה לפ״ז דבשדה סתם גם במתנה יהיה קיים דרק באונס מחלקים בין זביני ליהיב אבל שדה סתם לרבא דחשיב רצון לכאורה יהיה קיים גם ביהיב. אך מדברי התוס׳ בד״ה ואפי׳ מפורש איפכא שדחו גרסת הספרים דגרסי לא אמרן אלא דלא ארצי ליה זוזי והכונה שאין עדים על נתינת המעות ואינו נאמן בהודאתו לכן המקח בטל דהוי תליוהו ויהיב. והקשו ע״ז דא״כ גם בשדה סתם לא סומכים על ההודאה ובטל. מפורש דגם בשדה סתם אי ליכא דמי הוי תליוהו ויהיב ובטל דנחשב אונס ורק בקיבל זוזי גמר ומקנה. וצ״ב מאי שנא דלענין שלא מהני מודעה נחשב רצון ולענין יהיב נחשב אונס. וע״ע בסמוך על תוד״ה ואפילו.

הרמב״ן (הובא בב״י סי׳ ר״ה) הקשה על הרשב״ם שכתב דבשדה סתם לרבא לא מהני מודעה דא״כ גם לדידן דקי״ל כר״ה לא יועיל מודעה בשדה סתם דעד כאן לא פליג ר״ה אלא לענין שדה זו דאע״ג דהוי אונס גמר ומקנה אבל בשדה סתם לא מצאנו שר״ה חולק ואם לרבא נחשב רצון ולא מהני מודעה ה״ה לר״ה. [ע׳ ברע״א וברש״ש על דברי הרשב״ם שגם כתבו כן]. וכתב הב״י דנחלקו הראשונים בזה בדעת הרשב״ם י״א דאה״נ גם לר״ה לא מהני מודעה בשדה סתם וי״א דכיון דר״ה כלל בדבריו גם שדה זו וגם שדה סתם ועל הכל אמר הטעם דאגב אונסא גמר ומקני הרי שחולק על רבא בתרתי. א. דגם בשדה זו דהוי אונס גמר ומקנה. ב. שדה סתם נמי הוי אונס וגם בזה צריך לטעם של גמר ומקני. ממילא למאי דקי״ל כר״ה מהני מודעה בשדה סתם.

תוד״ה ואפילו. הביאו גרסת הספרים דגרסי לא אמרן אלא דלא ארצי ליה זוזי ופרשו דהיינו שאין עדים שנתן זוזי אלא שהוא מודה דאי ליכא נתינת מעות כלל פשיטא דלא קנה דהוי תליוהו ויהיב. והקשו דא״כ גם בשדה סתם יתבטל דגם בזה אינו נאמן בהודאתו. לכאורה היו יכולים להקשות טפי אמאי למסקנת הגמ׳ בכל גווני זביניה זביני הא מבואר לעיל דלא סמכינן על הודאת המוכר דתולים שמודה מחמת פחד. אך שיטת הרמב״ם כגירסא זו כמש״כ ה״ה פ״י ממכירה ה״א והגאון בסי׳ ר״ה סק״ד, ולכן פוסק דתליוהו וזבין הוא אפילו כשאין עדים על נתינת המעות דסמכינן על הודאתו בזה. ואין זה סתירה לדברי רב ביבי לעיל שלא סומכים על הודאה דהתם מיירי דהוחזק גזלן כמו שנתבאר לעיל. ואולי מה״ט לא הקשו התוס׳ דידעו שיש מקום לחלק כסברת הרמב״ם אלא הקשו מה סברת רבא לחלק לענין זה בין שדה זו לשדה סתם וזה קשה לשיטת הרמב״ם. אך לפי מה שכתבנו לעיל דלשיטת תוס׳ דשדה סתם לרבא אינו נחשב אונס ולא מהני מודעה היה צריך להיות דבשדה סתם יתקיים המקח גם בלי דמים וכתבנו שמתוס׳ מוכח דאינו כן. אך בדעת הרמב״ם י״ל דמה״ט בשדה סתם לא בעינן עדים דארצי ליה זוזי לא מפני שנאמן בהודאתו, דלרבא כמו שאינו נאמן בשדה זו כך אינו נאמן בשדה סתם [ומה דפסק הרמב״ם שנאמן הוא למאי דלא קי״ל כרבא]. אלא מפני שגם בלי דמים המקח קיים כיון ששדה סתם אינו נחשב אונס. וע׳ בנתיבות בס׳ ר״ה סק״ב שכתב על דרך זה אלא שמוסיף דכיון שאין קיום המקח בשדה סתם תלוי בהודאתו הוא נאמן שקיבל מעות דרק מה שנוגע לקיום המקח לא סומכים על הודאתו.

עוד פשט בארצי ולא ארצי כתב השיטה בשם הר״י מגש, וכן כתב הב״י בשם הרי״ף בפרק הנזקין, דלא ארצי ליה זוזי היינו שלא נתן דמים מיד אלא התחייב לתת דמים אח״כ. ורבא ס״ל דבעינן נתינת מעות מיד כדי שיהיה גמר ומקני והלכתא שאפילו אם מתחייב גמר ומקני אף שאינו נותן מיד. וע׳ בנתיבות ס׳ ר״ה סק״ב שכתב שכן מוכח בשיטת התוס׳ [אף דלא פרשו כן בארצי ליה זוזי] דכתבו בד״ה קידש שקידושין נחשב זבין מפני שמתחייב לה שאר כסות ועונה

הרי שנחשב כדמים אף שעכשיו אינו נותן כלום אלא רק מתחייב ולהלכה מובא ברמ"א ס' ר"ה סע' א' מחלוקת בזה אי סגי בהתחייבות או לא.

דהא אשה כשדה זו. ע' לעיל קושית רע"א בזה ובמה שכתבנו ע"פ דברי הר"י מגש בפשט בשדה סתם. יש קצת לעיין עוד מדברי הר"ן בנדרים דף ל. שכתב שהאשה המתקדשת אינה המקנה אלא מפקרת עצמה ונותנת רשות למקדש לקנותה ואינה פועלת בעצם מעשה הקידושין. ולדבריו היה מקום לומר דאין להוכיח מדסגי בדעת האשה המסכמת להתקדש אגב אונסא וזוזי, שיועיל גמר ומקני זה במקום שהקנין נפעל ע"י דעת מקנה.

תליוה וקדיש. פרשב"ם דכפה את האשה להתקדש ולאמימר מקודשת כדין תליוהו וזבין ומרבר"א פליג וס"ל שרבנן הפקיעו הקידושין כיון שעשה שלא כהוגן. נחלקו הראשונים היכא דאנסו את האיש לקדש. הב"י באבה"ע ס' מ"ב מביא בשם הסמ"ג שמפרש גמ' דידן בכפו את הבעל וס"ל שגם בזה מן התורה מקודשת דאגב אונסא גמר וקדיש וגם בזה סובר מבר"א שרבנן הפקיעו את הקידושין מפני שהיא עשתה שלא כהוגן. וע' ברשב"א קידושין ב: שמביא שנחלקו בזה הרמב"ם ובעל העיטור. דהרמב"ם כתב בפ"ד מאישות ה"א שאם אנסו את האיש הרי זו מקודשת דהיינו שגם בזה אמרינן דגמר וקדיש ובזה לא הפקיעו רבנן. וכתב ה"ה דמה שהפקיעו רק כשכפו את האשה הוא משום שאין ביד האשה להתגרש משא"כ כשכפו את האיש אין צורך להפקיע שבידו לגרש בע"כ. וע' בב"ש ס' מ"ב סק"א שכתב שיתכן שבזה"ז שאסרו לגרש בע"כ יבטלו את הקידושין גם כשאנסו את האיש. ושיטת בעל העיטור שאם כפו את האיש אין קידושיו קידושין. וכתב הח"מ בס' מ"ב סק"א שגם בעל העיטור מודה שמן התורה מקודשת גם כשכפו את האיש אלא דס"ל כמו שהפקיעו רבנן את הקידושין כשכפו את האשה כן הפקיעו כשאנסו את האיש. דהיינו ששיטת בעה"ע כשיטת הסמ"ג הנ"ל וכן מפורש ביד רמ"ה אות קפ"ו דמן התורה חל ורבנן הפקיעו. אמנם האב"מ בס' מ"ב סק"א מוכיח מלשון הרשב"א בריש קידושין שלמד בדעת בעה"ע דס"ל שמן התורה אינה מקודשת כשכפו את האיש דרק תליוהו וזבין זביניה זביני ולא בתליוהו וקני. וכן הבין הרמ"א שמביא את שיטת בעה"ע להלכה בס' ר"ה סע' י"ב לענין תליוהו וקני דלא מהני הרי דס"ל דדברי בעה"ע נאמרו בכל קונה ולא רק בקידושין, וכן מפורש בריטב"א כאן ע"ש.

בסברת בעה"ע נחלקו הקצות והנתיבות. הנתיבות בס' ט' לומד שתליוהו וקני לא גמר ומקנה כיון שאינו מקבל מעות והוי כתליוהו ויהיב. וכ"כ הגאון בס' מ"ב סק"ב וכן מבואר במאירי בקידושין דף ב: וצ"ל דס"ל דקבלת החפץ לא חשיב כקבלת דמים דבעינן זוזי דוקא. וצ"ע דהנתיבות בעצמו כתב בס' ר"ה סקי"ח בדעת בעה"ע דגם אם נותן שוה כסף אמרינן דאגב אונסא גמר ומקני וכן מוכח בתוס' דכתבו ששאר כסות ועונה חשיב דמים בתליוהו וקדיש אף שיכול לפרוע בשוה כסף. א"כ למה קבלת החפץ בתליוהו וקני לא יהיה סיבה שיהיה גמר וקני אגב אונסא וקבלת החפץ. והעירוני דהנתיבות מחלק בין חפץ תמורת חפץ לחפץ תמורת דמים. הקצות במשובב בס' ט' וכן באב"מ ס' מ"ב חולק על הנתיבות וכתב שהטעם הוא דקונה צריך גמירות דעת יותר כדי להכניס ממון לרשותו ממה שצריך המקנה ובזה לא מהני מה שמתרצה אגב אונסא. ומרן הגרא"מ שך שליט"א הקשה לשיטת הקצות איך מהני תליוהו וזבין כשהקנין נעשה ע"י כסף הא בעינן שהמוכר יזכה בכסף וכל תליוהו וזבין בקנין כסף הוי תליוהו וקני, ובשלמא לנתיבות ניחא דאגב אונסא וזוזי גמר לקנות הכסף וגמר להקנות החפץ אבל לקצות קשה דזכיית הכסף הוא קני ולזה בעינן גמירות דעת יותר ולא מהני בזה מה שמתרצה אגב אונסא.

האב"מ בס' מ"ב סוף סק"א אחר שמבאר סברת בעה"ע דלקנות בעי רצון טפי כתב דיש

לחלק בזה בין קנין לקידושין דרק בקנין שמכניס הממון לבעלותו בעי רצון טפי אבל באשה שאין האשה ממונו של בעל לא בעינן רצון מיוחד ואפילו אם נסבור במקח כבעה"ע שתליוהו וקני לא קנה אין זה מחייב לומר כן גם בקידושי אשה. וכונתו לישב בזה מה שהקשה הב"ש דבאבה"ע מביא המחבר מחלוקת הראשונים בזה ובחו"מ סוף ס' ר"ה סתם הרמ"א דתליוהו וקני לא קנה כדעת בעה"ע ודלא כרמב"ם והרשב"א. ולדברי האב"מ ניחא דגם החולקים בקידושין היינו רק מפני שאין האשה נעשית ממונו אבל במקח יכולים להודות לבעה"ע לכן שם סתם הרמ"א כבעה"ע.

ואפקעינהו רבנן לקידושין מיניה. הרשב"ם כאן ורש"י יבמות קי. כתבו שגם כאן שבשעת קידושין עשה שלא כהוגן וכבר בשעת קידושין יש סיבה להפקעת הקידושין אעפ"כ אמרינן בזה כל המקדש אדעתא דרבנן מקדש. וצ"ל שתולים שלא ידע שרבנן אמרו שאין קידושיו קידושין דאם יודע ואעפ"כ מקדש הרי זה כאילו פירש שאינו מקדש ע"ד רבנן. וגם התוס' שחולקים וס"ל שבאופן שבשעת הקידושין עשה שלא כהוגן לא אמרינן אדעתא דרבנן מקדש לא כתבו טעם זה דידע שרבנן מפקיעים הקידושין ואעפ"כ קידש הרי שלא קידש על דעתם, אלא כתבו שכיון שעשה שלא כהוגן וכפה האשה להתקדש לו מסתמא אינו מקדש על דעתא דרבנן. ומה שזה שלא כהוגן אינו מפני שרבנן הפקיעו אלא הפקיעו בגלל שעשה שלא כהוגן. דהיינו שגם לתוס' מסתמא לא יודע בשעת קידושין שרבנן הפקיעו ואעפ"כ ס"ל שלא שייך בזה לומר שמקדש אדעתא דרבנן כיון שעושה פעולה שלא ראוי לעשות הרי שאינו מתחשב ברצון חכמים.

לכאורה נראה דיש להוכיח מדברי התוס' דלא ס"ל מה שכתב האו"ש בפ"ד מסוטה סוף הי"ח. שמביא שיש מקשים באופן שצריכים רבנן להפקיע קידושיו של יבם ואת היבום א"א לעקור בגלל הסברא של כל המקדש דיבום קונה בלי כונה. וע"כ שעושים הפקעה לקידושי אחיו המת וממילא בטל דין יבום. וקשה לסוברים דקיום וביטול התנאי צריך להיות דוקא בחיי המקדש שעשה התנאי, והכא כבר מת המקדש ואיך יתבטלו הקידושין מכח מה שקידש ע"ד רבנן. ותי' האו"ש דכמו שהמקדש מקדש ע"מ שירצו רבנן. גם האשה המתקדשת מתקדשת ע"ד כן. א"כ יש גם תנאי מצד האשה וכ"ז שהאשה בחיים ביטול התנאי יבטל הקידושין. ולדבריו צ"ב למה כתבו התוס' שאם עשה שלא כהוגן א"א להפקיע קידושיו מדין כל המקדש כיון שלא קידש אדעתא דרבנן, אמנם הוא לא קידש ע"ד כן אבל האשה שהסכימה להתקדש מתרצה על דעתא דרבנן וא"כ אפשר להפקיע מכח תנאי האשה. ובשלמא אם היה מדובר שיודע שרבנן הפקיעו ואעפ"כ רוצה לעשות בפירוש נגד רבנן וע"ז גופא כופה את האשה לעשות נגד רצון רבנן ולא להתקדש על דעתם ניחא. אבל א"כ לא הוצרכו לומר שלא שייך כל המקדש מפני שעשה שלא כהוגן אלא מפני שבפירוש רוצה שיחולו קידושין באופן שרבנן אמרו שלא יחולו. אלא ודאי שהוא אינו יודע בשעת קידושין שרבנן הפקיעו ולא ע"ז יש הכפיה אלא כופה שתתקדש ככל אשה המתקדשת א"כ לכאורה אין סיבה שלא תתקדש אדעתא דרבנן. וא"כ יהיה ראיה מדברי התוס' שרק המקדש שהוא עושה את מעשה הקידושין מקדש אדעתא דרבנן ולא המתקדשת ולא כאו"ש. וצ"ל דכיון שאינה מתקדשת מדעתה אלא מחמת אונס אין אומדנא שמתקדשת ע"ד רבנן אף שאין כפיה מפורשת ע"ז. [ואין להוכיח דגם המקדש מחמת אונס מקדש ע"ד רבנן מהראשונים דסברי שאם כפו את המקדש מקודשת מן התורה ורבנן הפקיעו [שיטת הרמ"ה והסמ"ג וגם ה"ה ברמב"ם הוצרך לבאר למה לא הפקיעו משמע שהיה אפשרות להפקיע] ואיך יפקיעו הא המקדש היה אנוס ולא קידש אדעתא דרבנן. זה אינו דאדרבה לדעת האו"ש יהיה בזה ההפקעה מצד תנאי האשה לרש"י ולרשב"ם שגם מי שעושה שלא כהוגן מקדש ע"ד רבנן, ולתוס' יש הפקעה גם בלי כל

המקדש מדין יש כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה].

תינח דקדיש בכספא. מה שמביא הרשב״ם בשם אית דמפרש הוא שיטת רבותיו של רש״י בכתובות ג. שקידושי כסף דרבנן. וידוע שגם הרמב״ם בפ״א מאישות ה״ב כתב דקידושי כסף הם מדברי סופרים. והרמב״ן בספר המצות בשורש השני הבין דברי הרמב״ם כפשוטם דמקודשת רק מדרבנן והקשה שלפ״ז מתקדשת בכסף שזינתה אינה בסקילה. אך לפי מש״כ ה״ה שאין כונת הרמב״ם שזה דרבנן אלא שנקרא דברי סופרים כיון שנלמד מי״ג מדות ולא מפורש בקרא א״כ אין דברי הרמב״ם כדברי רבותיו של רש״י.

תוד״ה תינח. כתבו שכאן אין הפקעת הקידושין מדין כל המקדש וכו׳ דהכא אינו מקדש ע״ד רבנן אלא מדין יש כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה. ואינו מובן דיש כח ביד חכמים היינו להתיר דבר האסור אבל לא להפקיע קידושין, ובגמ׳ מוכח דנפקעו הקידושין ולא רק שהתירו איסור אשת איש דמבואר שאם קידש בביאה ביאתו ביאת זנות ומוכח דלא חלו הקידושין. ואף דיש צד באחרונים לומר דיש כח כיד חכמים אינו רק להתיר איסור ולצוות שלא לקיים מצוה אלא שיש כח לעקור המצוה, ע׳ קונטרס דברי סופרים בקו״ש ח״ב ס׳ ג׳ ובקובצ״ע ס׳ ס״ט, אך זה רק לעקור מצוה או איסור אבל לבטל קנין לכאורה כחם רק מדין הפקר ב״ד או בגלל שמקדש על דעתם. ובקו״ש כאן אות ר״ו עמד בזה וכתב דמוכח מדבריהם דכלול ביש כח גם לבטל מעשה הקידושין. והקשה למה להו להפקיע ולגרום שיהיה ביאת זנות הא אפשר לתקן שיחולו הקידושין ואח״כ יתירו איסור אשת איש. אך הא לא קשיא דאם לא היו מפקיעים הקידושין אלא רק מתירים איסור אשת איש לא היה תופס בה קידושין לאחר ורצון חכמים היה שתוכל להתקדש לאחר. וכדי שיתפוס קידושין של אחר צריך להפקיע את קנינו של הראשון ולא מספיק להתיר איסור אשת איש דכתב הפנ״י בגיטין מג. דמה שלא תופס קידושין באשת איש אינו מצד הדין ערוה שבזה שגם באופן שאין כרת לא תופס קידושין כיון שכבר קנויה לראשון ומה שתמה האב״מ ס׳ מ״ד סק״ד מהגמ׳ קידושין סז: תירצו הקובצ״ע ס׳ ג׳ אות ט׳ והחזו״א אבה״ע ס׳ קמ״ח לדף סז. ע״ש. וכיון שהקנין מונע קנינו של השני לא מספיק להתיר איסור אש״א אלא הוצרכו להפקיע הקידושין. אך אכתי קשה איזה כח יש לרבנן להפקיע את קנינו בלי כל המקדש.

ונראה שבאמת אין כח לחכמים להפקיע קנין או קידושין מדין יש כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה אלא רק להתיר איסור אשת איש. אבל התר זה ממילא גורם שלא חלים הקידושין. דמבואר בגיטין פב: למ״ד דמהני קידושי חוץ אם ראובן קידש חוץ משמעון וחזר שמעון וקידש סתם תפסו קידושי שניהם, דקידושי ראובן אסרו לעלמא וקידושי שמעון אסרו על ראובן. אבל אם ראובן קידש חוץ משמעון ושמעון קידש חוץ מראובן לא חלים קידושי שמעון דלא אסר ע״י קידושיו כלל דלעלמא היתה כבר אסורה מכח קידושי ראובן ולראובן לא נאסרה גם אחרי קידושי שמעון. לכן קידושי שמעון אינם חלים כלל. מבואר דקידושין שלא גורם איסור אשת איש אינו קידושין כלשון הגמ׳ בריש קידושין מאי קידושין דאסר לה אכו״ע כהקדש. וא״כ כשרבנן אמרו שאשה זו שנתקדשה באונס לא חל עליה מתחילת קידושיה שום איסור אשת איש נמצא דלא נאסרה לשום אדם ע״י קידושין אלו א״כ אינם קידושין כלל כמבואר בגמ׳ הנ״ל בגיטין. ובזה ניחא שלא יקשה אמאי הפקיעו את הקידושין מעיקרן ועי״ז נעשה ביאת זנות ולא אמרו שיחולו הקידושין ואח״כ יפקיעו אותם מכאן ולהבא. דמה שהקשה הקו״ש שרק יתירו האיסור ולא יפקיעו הקנין כלל לא קשיא כמבואר לעיל דא״כ לא יתפוס קידושין של אחר וע״כ צריכים להפקיע, אבל למה צריך להפקיע

מעיקרא. אבל להנ״ל ניחא דאם יחולו אין כח ביד חכמים לעקור קידושין דאף שפקע איסור אש״א לא בטלו הקדושין אבל ע״י שאמרו שמתחילה ליכא איסור אשת איש זה גורם שלא יחולו הקידושין כיון שלא נאסרה ע״י הקידושין לשום אדם.

תוד״ה קדיש. הקשו דמקדש בביאה הוי תליוהו ויהיב אבל ממקדש בכסף לא קשיא להו אף דמקדש בפרוטה ולא בכל דמי האשה כיון שדרך אשה להתקדש בזה הוי תליוהו וזבין כמש״כ הריטב״א בעמ׳ א׳ ע״ש ורק מביאה דאינו משלם כלל קשיא להו. ומה שתי׳ שנחשב זבין בגלל חיוב שאר כסות ועונה כתבנו לעיל בשם הנתיבות ס׳ ר״ה סק״ב דמוכח דס״ל דסגי בהתחייבות אף שלא נתן דמים מיד, וגם מוכח דסגי בשוה כסף ולא בעינן דוקא דמים ממש כמש״כ הנתיבות בס׳ ר״ה סקי״ח. ומה שחלקו בין חיוב שאר כסות לפטור משאר כסות במגרש לכאו׳ אינו מובן ע׳ קו״ש אות ר״ז. הרשב״א כאן והריטב״א לעיל כתבו דהוי זבין מפני שנעשה עי״ז בעלה והבעל חשיב לה כמעות יקרים.

מאן דחתים אמודעה שפיר חתים. אין כונת הגמ׳ שפיר חתים רק שזה כדין והיה מותר לחתום, דא״כ מאי פריך אי מודעה לאו אשקלתא, אמנם מודעה מבטלת האשקלתא מ״מ אין זה סתירה למאי דקאמר שפיר חתם. אלא שפיר חתם היינו דאהני מעשיו כדמשמע ברשב״ם וע״ז שפיר פריך אי מודעה לאו אשקלתא דאם המודעה הועילה א״כ בטל האשקלתא ולא אהני מעשיו. אבל הר״ן בכתובות יט: לא ס״ל כן שלומד שסברת ר״נ דאין העדים נאמנים לומר מודעה היו דברינו הוא משום דס״ל שגם מודעה הוא עולה דאסור לחתום על שטר מכירה כשידוע שנמסר מודעה על מכירה זו אא״כ יש אונס נפשות והכא מירי באונס ממון. ומביא הר״ן ראיה לדבריו ממה שאמרו מאן דחתים אמודעה שפיר חתים היינו שעשה כדין ומותר לחתום וע״ז הקשו אי מודעה לא אשקלתא דאם יש מודעה אסור לחתום על האשקלתא ולאו שפיר חתם.

העדים שאמרו אמנה היו דברינו. ביאור דברי ר״נ לשיטת התוס׳ הוא דמה שבאנוסים וקטנים נאמנים העדים כשאין כת״י יוצא ממק״א ולא אמרינן דהוי מגו נגד עדים הוא משום דכיון שביחד עם הקיום פסלו השטר אמרינן דלא חשיב כלל קיום כמש״כ התוס׳ דכתובות יח: וזה שייך רק כשלדבריו אין שטר בזה אמרינן דלא חשיב קיום. אבל אמנה ומודעה שאינו אומר שיש פסול בשטר אלא שמה שהשטר מעיד אינו נכון שהיה אמנה או שהמכירה נעשה באונס בזה אף שיש לו מגו הוי מגו נגד עדים ועדות ליכא דהוי חוזר ומגיד. ורק בפרוע שהוא לגמרי מילתא אחריתי מהני מגו דאינו נגד השטר כלל. ושיטת הר״ן בכתובות דגם במודעה יש סברא שלא חשיב כלל קיום וצריך להועיל המגו אלא דאינו נאמן מפני שמשים עצמו רשע ומה דסבר מבר״א באמנה סובר ר״נ גם במודעה שגם זה עולה כנ״ל.

סברת מבר״א שבמודעה כן נאמנים ולא אמרינן דהוי מגו נגד עדים לשיטת תוס׳ דמיירי דוקא באין כת״י יוצא ממק״א היה אפשר לבאר בב׳ אופנים א. דס״ל כקושית התוס׳ דמודעה דמי לאנוסים ונאמן במגו לפסול השטר דגם בזה אמרינן דלא חשיב כלל קיום. ב. ס״ל דמודעה הוי מילתא אחריתי ודמי לתנאי דאינו סותר השטר כלל. בתוד״ה מר כתבו בהדיא כפירוש השני והקשה רע״א למה הוצרכו לזה הא באמנה בודאי אין זה מילתא אחריתי ואעפ״כ לולא שהיה עולה היה נאמן וע״כ דס״ל דדמי לאנוסים א״כ למה לא נימא דסבר כן גם במודעה.

שיטת הרשב״ם דלמבר״א נאמן לומר מודעה אפילו בכת״י יוצא ממק״א דס״ל דהוי מלתא אחריתי ואינו סתירה לשטר ונאמן אפילו בלי מגו. ותוס׳ פליגי וס״ל דאע״ג דהוי מילתא אחריתי ולכן כשיש מגו נאמן ולא הוי מגו נגד עדים מ״מ בלי מגו אינו נאמן. וצריך להבין סברת

התוס׳ ממ״נ אם עדות על מכירה חשיב כעדות שהמכירה נעשה כדין מרצונו וכאילו שהעידו שלא היה מודעה א״כ אפילו עם מגו לא יהיו נאמנים דהוי מגו נגד עדים [כשיטת ר״נ] ואם ס״ל דלא כלול בעדות על המכירה שלא היה מודעה א״כ למה שלא יהיו נאמנים לומר מודעה בלי מגו.

אמנם פשוט דמחלוקת תוס׳ והרשב״ם בדעת מבר״א אם נאמן בלי מגו, אף דתרוייהו ס״ל דלמבר״א מודעה הוי מלתא אחריתי, הוא ממש מה שנחלקו הראשונים בכתובות יט: בעדים שאמרו תנאי היו דברינו דנאמנים משום דתנאי מילתא אחריתי. ומביא שם הר״ן שנחלקו אבות העולם אם מה שנאמנים בתנאי הוא דוקא כשאין כת״י יוצא ממק״א או אפילו ביוצא. שרב האי גאון ועוד ראשונים ס״ל שנאמן אפילו בכת״י יוצא ממק״א והרמב״ן ס״ל שנאמן רק כשאין כת״י יוצא ממק״א. והר״ן הקשה על שיטת הרמב״ן דאם עדות על מכירה סתם הוי כעדות שלא היה תנאי א״כ גם באין כת״י יוצא ממק״א לא יהיו נאמנים דהוי מגו נגד עדים אע״כ דלא נחשב כעדות שלא היה תנאי א״כ למה שלא יהיו נאמנים לומר שהיה תנאי בלי מגו דהא אינם סותרים עדותם הראשון כלל. וכקושית הר״ן על הרמב״ן בתנאי קשה גם על תוס׳ במודעה.

הביאור בדברי התוס׳ הוא כמו שכתב הקה״י כתובות ס׳ כ״ב לבאר שיטת הרמב״ן בתנאי. דלעולם אין השטר עדות שלא היה תנאי ולכן כשיש מגו נאמן ולא הוי מגו במקום עדים ואעפ״כ בלי מגו אינם נאמנים דאף שאין עדות ברורה שלא היה תנאי מ״מ כיון שלא הזכירו התנאי יש אומדנא שמסתמא כלול בעדותן שלא היה תנאי לכן בלי מגו אינם נאמנים דעד כמה שתולים שכלול בעדות שלא היה תנאי ה״ז חוזר ומגיד ואין עדות שיכולה להכריע נגד האומדנא דעד כמה שיש אומדנא אין עדים אבל כשעדים אחרים מעידים שלא היה תנאי אין זה תרי ותרי וכן כשיש מגו אין זה מגו נגד עדים אלא רק נגד אומדנא והמגו מברר שלא היה כלול בעדותן שלא היה תנאי. וכן צ״ל בדעת התוס׳ לענין מודעה.

נמצא דלר״נ עדות על מכירה הוי כעדות שלא היה מודעה ולכן אינם נאמנים אפילו במגו ולמבר״א בודאי לא נחשב עדות שלא היה מודעה ולכן כשיש מגו נאמנים ואינו מגו נגד עדים והיכא דליכא מגו נחלקו תוס׳ והרשב״ם אם יש אומדנא שלא היה מודעה ואינם נאמנים או שנאמנים גם בלי מגו וליכא אומדנא. והיכא דעדים אחרים מעידים שהיה מודעה למבר״א בודאי נאמנים ולא הוי תו״ת. אבל לר״נ כמו שהמגו נחשב מגו נגד עדים כך עדים יחשב לכאורה תרי ותרי. עיין ברמב״ן כאן שכתב שבאמת זה תו״ת ואעפ״כ מהני עדותן לבטל המקח דמספק נשאר בחזקת המוכר שהוא המ״ק.

לענין הלכה ע׳ בש״ך בס׳ מ״ו ס״ק קי״ז דנחלקו הראשונים אי קי״ל כר״נ או כמבר״א וגם נחלקו אי מבר״א מיירי דכת״י יוצא ממק״א כרשב״ם או דוקא באין כת״י יוצא ממקו״א כתוס׳.

דף מט.

לא אתי ע״פ ומרע לשטרא. לשון הגמ׳ משמע שיש הבדל בזה בין עדות ע״פ שלא אלים לבטל את השטר לעדות בשטר שמבטל שטר אחר. אך הרשב״ם אינו מפרש כן אלא דכל המעלה של שטר הוא דקדם חתימת השטר של המודעה לעדות על המכירה ואין בזה משום חוזר ומגיד כיון שעדות המודעה כמי שנחקרה לפני שהעידו עדות המכירה משא״כ עדות ע״פ לא נתקבל בב״ד עד אחר שהעידו על המכירה ואז הוי חוזר ומגיד. וה״ה שיועיל עדות ע״פ אם יעידו בב״ד על המודעה לפני שיעידו על המכירה וכן איפכא אם לא חתמו על שטר המודעה עד אחר שחתמו על שטר המכירה לא יהיה בכחו של המודעה לבטל את המכירה דהוי חוזר ומגיד. אמנם בשיטמ״ק ד״ה ה״מ [והוא מדברי ר׳ יונה] מבואר שכונת הגמ׳ לחלק בין עדות ע״פ לעדות בשטר דמה שאמרה תורה אם לא יגיד ודרשינן מינה כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד בעדות

ע״פ הוא ולא גמרינן מינה לענין הגדה בשטר דאלימא שאינה צריכה ב״ד. דהיינו דמה שמבואר בכתובות יח: שגם בעדות בשטר יש דין של אין חוזר ומגיד זה רק לגבי העדות הראשונה שגם עדות בשטר א״א לבטל ע״י הגדה אחרת. אבל לענין העדות השנייה רק עדות ע״פ לא יכול לסתור עדות אחרת אבל בעדות בשטר לא נאמר דין זה ויכול לסתור את מה שהעיד תחילה בין בע״פ בין בשטר.

המל״מ בפ״ג מעדות ה״ה כתב בשם מהרש״ך בשטר מכירה שיצא אחריו שטר אחר המבטל את המכירה כיון שהעדות השנייה הוא בשטר לא מקרי חוזר ומגיד אלא חשיב כתרי ותרי. ותמה ע״ז המל״מ מה לנו אם עדותן בשטר או בע״פ כיון שקדם שטר הראשון כל שחתמו אח״כ הפך זה הו״ל חוזר ומגיד. ומסיים המל״מ דברים הללו אחר המחילה אין ראויים לשומען. ולכאורה ברור שדברי מהרש״ך הם על סמך גמ׳ דידן דדוקא ע״פ לא אתי ומרע לשטרא אבל שטרא מרע לשטרא. וכונת המל״מ דאין כונת הגמ׳ לחלק בין שטר לעדות ע״פ אלא בין קדמה עדות מודעה לעדות המכירה לבין קדמה עדות המכירה לעדות המודעה, כמבואר ברשב״ם. אבל לדברי ר׳ יונה צדקו דברי מהרש״ך שיש חילוק בעיקר דין חוזר ומגיד בין שטר לעדות ע״פ.

דברי ר׳ יונה והמרש״ך שבעדות בשטר ליכא גזה״כ דחוזר ומגיד לכאורה אפשר להבין רק אי אמרינן דהלכה של אין חוזר ומגיד הוא שלא נתנה תורה דין נאמנות להגדה השנייה ובזה יש מקום לחלק בין עדות בע״פ לעדות בשטר שהוא יותר אלים ולא נאמר בו דין זה. אבל אי אמרינן שההלכה של אין חוזר ומגיד הוא הלכה בהגדה הראשונה שלא יכולה להתבטל, דע״פ שנים עדים יקום דבר ואינו ניתן לביטול אפילו בכח עדות, א״כ לכאו׳ אין לחלק בין אם המבטל הוא עדות ע״פ לעדות בשטר וע׳ בקו״ש לקמן קכז: באות תי״א שדן בזה ותולה בזה קושית רע״א כתובות יח: בחוזר ומגיד כשיש לו מגו דרע״א הבין דאין שום סיבה שלא יועיל המגו והקו״ש כתב שאם זה הלכה בעדות הראשונה שלא ניתנת לביטול יתכן שגם מגו לא יועיל ע״ש.

עוד יש ללמוד מדברי מהרש״ך הנ״ל דאע״ג דס״ל כשעדות השנייה הוא בשטר, ליכא הדין של אין חוזר ומגיד אעפ״כ לא כתב שהעדות הראשונה בטילה ע״י החזרה אלא דהוי תו״ת. ומבואר דגם במקום דליכא גזה״כ דאין חוזר ומגיד אינו יכול לבטל עדותו הראשונה אלא רק להכחישו וישאר תו״ת. ונחלקו בזה האחרונים בכתובות יח: דהמהר״ם שיף כתב דהיכא דליכא גזה״כ יכול הוא לעקור עדותו הראשונה וההפלאה שם כתב דלא נעקר אלא הוי תו״ת וכ״כ הבית יעקב שם ומביא שכן דעת התומים ע״ש.

דו״ד אין לי בנכסייך. בריש פרק הכותב כתבנו בס״ד דג׳ שיטות יש בראשונים בגדר דין סילוק. א. שיטת הר״ן דסילוק מהני גם בדאורייתא ואין בזה חסרון של דשלב״ל ורק בארוסה מהני סילוק ולא לפני אירוסין. ע׳ חזו״א אבה״ע סי׳ ע״ז אות ט׳ שמבאר דברי השו״ע בס׳ צ״ב סע׳ א׳ שלא מהני סילוק לפני אירוסין שמקורם מהר״ן שסילוק הוא מחילת זכות ארוסה שהרי מזמן האירוסין זכה בה שהנישואין גומרים בה וזוכה בנכסיה, דהיינו שהאירוסין משעבד לעשות נישואין כאלה שעל ידם יזכה הבעל בכל הזכויות שיש לו בנכסי אשתו. והסילוק מפקיע זכות זו. ולכן לפני אירוסין לא מהני סילוק דאין עדיין מה להפקיע. ולפי הר״ן אין מקום לדון שיהיה בסילוק חסרון של דשלב״ל דכל חלות הסילוק חל עכשיו ולא לכשתנשא א״כ הוי בא לעולם ולכן סובר הר״ן דמהני גם בדאורייתא. וכיון שחל הסילוק מיד בודאי א״א לחזור כמש״כ החזו״א בהמשך דבריו ע״ש. ב. שיטת התוס׳ [להבנת המל״מ פכ״ג מאישות] דבדאורייתא לא מהני סילוק משום דהוי דשלב״ל. ומה שיש בזה חסרון של דשלב״ל הוא מפני שס״ל שלא חל כלום בשעת הסילוק וכל חלות הסילוק הוא למנוע זכייתו בנכסים בשעת נישואין וכיון שעכשיו אין

לסילוק על מה לחול הוי דשלב״ל ולכן לא מהני בדאורייתא. אבל אם היו סוברים כהר״ן שחל עכשיו אין זה לא בא לעולם. ולכאורה נראה שלתוס׳ יועיל סילוק גם לפני אירוסין דבל״ה לא חל כלום בשעת הסילוק. וגם נראה שלתוס׳ יועיל חזרה מהסילוק עד זמן הנישואין ככל חלות בדשלב״ל דמהני חזרה עד שיבא לעולם. וע׳ בקצה״ח ס׳ ר״ט סקי״ב שכתב בשם המהרי״ט דמהני חזרה מסילוק דאתי דיבור ומבטל דיבור והקצות חולק ומביא ראיה מהר״ן בפרק אלו נערות דלא מהני חזרה. ולמה שנתבאר הר״ן בזה לשיטתו דחל הסילוק מיד לכן לא מהני לפני אירוסין ולכן מהני בדאורייתא ואין בזה משום דשלב״ל א״כ לא מהני חזרה. אבל לשיטת התוס׳ שזה דשלב״ל ועדיין לא חל יועיל חזרה. ג. הריטב״א בכתובות פג. כתב דמסתלק בעודה ארוסה לא חשיב כמקנה דבר שלא בא לעולם מפני שאינו עושה בלשון הקנאה אלא בלשון תנאי כגון שמתנה עמה בשעת נישואין קודם שתכנס לחופה והוא כונסה ע״מ כן, ע״ש. דהיינו דס״ל דסילוק אינו פועל שום חלות ואינו אלא גילוי דעת שע״ד כן כונסה והוי כתנאי בנישואין. ולא דמי לשיטת התוס׳ שהוא חלות שמבטל הזכייה שעתידה לבא ולכן יש בזה חסרון של דשלב״ל [ודמי למה שהובא לעיל בגדר מסירת מודעה דברשב״א מבואר דאינו אלא גילוי על מה שבליבו וגורם שלא יהיה חסרון של דברים שבלב בשעת הקנין ולגרש״ש מסירת מודעה הוא חלות שמבטל את הקנין שיהיה בעתיד]. ולפי הריטב״א לכאורה פשוט דמהני חזרה כדברי המהרי״ט. וכדברי הריטב״א כתב גם התורי״ד שם בריש פ׳ הכותב.

תודי״ה דכתב לה. כתבו דלא מספיק שיאמר בנכסייך דבזה עדיין אוכל פירות אלא בעינן שיאמר דו״ד אין לי בנכסייך ובפירותיהם. גם הנ״י כתב כדברי התוס׳ אלא שמוסיף דבעינן שיכתוב בפרותיהן ופירי פירותיהן. וכ״כ הרשב״א. ומבאר הרשב״א דאם הסתלק רק מפירות עדיין פשיטא דלית ליה חזקה דאפשר לתלות שלוקח הפירות כדי לעשות מהם גוף ויקח מהם פירי פירות. אך מדברי התוס׳ שכתבו רק שצריך לכתוב פירותיהן ולא הזכירו פירי פירות משמע דלא ס״ל כרשב״א והנ״י. וכן מוכח מדבריהם בד״ה בכתב שכתבו דהוי מצי למימר דמיירי בנתן לה הבעל קרקע במתנה דבזה אינו אוכל פירות. ובתוס׳ לקמן נא: בסד״ה במתנה מבואר דבעל שנותן מתנה לאשתו אינו אוכל פירות אבל פירי פירות אית ליה וכן נפסק באבה״ע ס׳ פ״ה סע׳ ז. א״כ איך כתבו כאן דיכלו לתרץ דמיירי כשנתן הבעל מתנה הרי עדיין יש לבעל פירי פירות. אלא מוכח דסברי התוס׳ דכיון שאין לו פירות ואכל הפירות כבר לא פשוט שאין לו חזקה ולא ס״ל כרשב״א דפשיטא שאין לו חזקה דתולים שלקח פירות בשביל פירי פירות.

לכאורה ענין זה תלוי במה שנחלקו הראשונים בכתובות פג: [ע״ש בר״ן] במסתלק מפירות ולא מפירי פירות אם זכותו לעכב את האשה מלאכול פירות כדי שתהיה הקרן קיימת ויעשה מהפירות פירי פירות. או שזכותה של האשה לאכול את הפירות ורק אם במקרה נשאר ויש פירי פירות הם של הבעל. הרשב״א שכתב שאם מסתלק מפירות בלבד פשיטא שאין לו חזקה זה מפני שס״ל שזכותו לקחת פירות כדי לעשות פ״פ כמבואר בלשונו. אבל התוס׳ י״ל דס״ל דרק בשיירא יש לו פ״פ אבל אין לו זכות לקחת פירות בשביל פירי פירות ולכן כשמסתלק מפירות אף שלא הסתלק מפ״פ אם לקח הפירות ס״ד דיהיה לו חזקה דאין לו זכות לקחת פירות בשביל פירי פירות.

ידי מסולקת ממנה לא אמר כלום. בפשטות הטעם הוא דכיון שהממון הוא שלו לא מהני סילוק אלא בעינן דוקא לשון הקנאה או הפקר. וכן מבואר בלשון הרשב״ם. לפ״ז מש״כ התוס׳ דמבואר בכריתות כד. דאי אפשי הוא לשון טוב צ״ל דהוא לשון הפקר וכן מפורש בתוס׳ בגיטין לב. ד״ה מבוטלת דאי אפשי

הוא לשון הפקר. אבל השיטמ״ק כאן בד״ה האומר לחברו [והוא מר׳ יונה] כתב שמה שלשון דין ודברים וידי מסולקות ממנה לא מהני הוא שאין זה לשון טוב גם בשביל סילוק דמדין ודברים סליק נפשיה. אבל אם יאמר לשון שמשמעותו הוא שמסתלק מהממון מהני סילוק גם מממון שכבר זכה בו. וכתב דהא דלשון אי אפשי מהני הוא משום שהוא לשון סילוק אבל לא שזה לשון הקנאה והפקר. ומוכיח ר׳ יונה דמהני סילוק מהא דאיתא לקמן נד. נכסי עכו״ם הרי הן כמדבר כל המחזיק בהם זכה בהם מ״ט עכו״ם מכי מטי זוזי לידיה אסתלק ליה ישראל לא קנה עד דמטא שטרא לידיה. הרי מבואר שיכול אדם להסתלק מממון אף שכבר זכה בו. ומה שמבואר כאן דלא מהני סילוק אחרי שזכה היינו דוקא בלשונות אלו שכמו שאינם לשון הקנאה והפקר גם אינם לשון סילוק. וזו שיטה מחודשת בענין סילוק. וכדברי ר׳ יונה נקט האמרי בינה בקונטרס הקנינים סי׳ כ״א, והובאו דבריו באמרי משה סי׳ כ״ד אות ח׳. והאמר״מ חולק דלא מהני שום סילוק בממון שברשותו. וע״ע מש״כ לקמן נד: בשם המחנ״א.

תודי״ה וכדרב כהנא. כתבו בשם ר״י שהגמ׳ מביאה מר״כ דבסילוק ליכא חסרון דדשלב״ל והטעם הוא כדרבא ור״ה דמהני רק בדרבנן מדין אי אפשי בתקנ״ח. ושיטת הר״ן הוא שבסילוק אין חסרון של דשלב״ל ומהני גם בדאורייתא ומה שהביאו מרבא הוא דלא נימא דבדרבנן עשו חיזוק יותר משל תורה. זה שיטת המל״מ בפכ״ג מאישות. והקצות בס׳ ר״ט סקי״א חולק וס״ל שכל מה שכתבו התוס׳ דסילוק מהני רק בדרבנן הוא רק למ״ד מתנה ע״מ שכתוב בתורה בדבר שבממון תנאו בטל דס״ל שא״א לשנות דין התורה אפילו בדבר שבממון. וכמו שא״א להפקיע דין התורה ע״י תנאי כך א״א להפקיעו ע״י סילוק. אבל למאי דקי״ל שבדבר שבממון תנאו קיים כמו שאפשר לשנות דין התורה ע״י תנאי כך אפשר לשנות ע״י סילוק. [ומש״כ התוס׳ בדרך תנאי היה מועיל בלי ר׳ כהנא היינו במילי דרבנן כפירות]. אמנם לדברי הקצות מה שצריך להגיע לרבא ולר״ה הוא משום דאילו היה דאורייתא א״א לעקור דבר מן התורה ובתוס׳ משמע שמה שבדאורייתא לא מהני הוא משום דהוי דבר שלא בא לעולם. ומשמע יותר כהמל״מ שגם למ״ד מתנה ע״מ שכתוב בתורה בדבר שבממון תנאו קיים ובדרך תנאי מהני מ״מ בדרך סילוק לא מהני דהוי דשלב״ל.

על מה שכתבו התוס׳ דאין להוכיח דמהני סילוק בדשלב״ל בלי ר״כ מע״מ שאין לך עלי שאר כסות ועונה דשאני התם שעושה דרך תנאי, הקשה המהרש״א א״כ מה ראית הגמ׳ מר׳ כהנא אולי ר״כ נמי דיבר כשאמר כן בלשון תנאי כלשונו של ר״כ מתנה עליה שלא ירשנה. ותי׳ דתירוץ זה של תוס׳ קאי לי״מ שתרצו לעיל דע״כ ר״כ מיירי בלשון גרוע דאם בלשון טוב למה נקט נחלה הבאה שעדיין לא באה הא בלשון טוב מהני גם אחרי שזכה ולדבריהם גם כאן י״ל דאם מיירי בלשון תנאי גם אח״כ מהני וע״כ מיירי בדרך סילוק. ולר״י דלא ס״ל תי׳ זה צ״ל כמש״כ ועוד דלא שייך לדון כאן מדין תנאי דהוי פיטומי מילי. דהיינו שתי׳ הראשון הוא לי״מ והשני לשיטת ר״י. ודברי המהרש״א בזה לכאורה אינם מובנים דדברי הי״מ נאמרו לישב מה שהקשו אולי ר״כ מיירי בלשון טוב וע״ז שפיר תרצו דלשון טוב מהני גם אחר שבא לידו. אבל שאלת המהרש״א אולי ר״כ מיירי בדרך תנאי אין לתרץ דאם כן מהני גם אחר שבא לידו, דהתנאי צריך להיות או בקידושין או בנישואין אבל אחרי נישואין אין אפשרות להפקיע ירושה או פירות בדרך תנאי דבמה הוא מתנה הרי אינו עושה שום חלות. וצ״ע.

דף מט:

נחלה הבאה לו לאדם ממקוי״א. היינו ירושת הבעל אבל בירושת אבותיו לא מהני סילוק וג׳ טעמים נאמרו בזה. א. שיטת התוס׳ וכן הוא בלשון הרשב״ם דרק בדרבנן מהני סילוק ולא

בירושת אבותיו שהוא דאורייתא. ב. הר״ן דס״ל דמהני סילוק בדאורייתא כתב בכתובות פג. דהא דבירושת אבותיו לא מהני סילוק הוא משום דחשיב כאילו כבר זכה בנכסים והוי כמסתלק לאחר נישואין דלא מהני. ג. שיטת ר״ח [הובא במל״מ פכ״ג מאישות בד״ה עוד אפשר לומר] דסילוק מירושת אבותיו הוי כמסתלק לפני אירוסין דאין לבן שום זכות בנכסי אביו לפני מיתתו ורק בבעל שדין ירושת הבעל הוא זכות שיש לו בנכסי אשתו, פירות בחייה וירושה אחר מיתה, בזה יש זכות בחייה ויש לסילוק על מה לחול מזמן האירוסין אבל סילוק מירושת אבותיו הוי כמסתלק לפני אירוסין. ודברי ר״ח הם הפך דברי הר״ן דהר״ן כתב דהוי כסילוק אחרי נישואין שכבר זכה. ור״ח כתב דהוי כלפני אירוסין דאין לסילוק על מה לחול. אך תלוי על מה חל הסילוק דאם הסילוק הוא מהקנין והזכות בנכסים א״כ מסתבר כר״ח דלפני מיתה אין לבן שום זכות בנכסי אביו. ואם הסילוק הוא מהדין יורש בזה צדקו דברי הר״ן דכיון שכבר יש לו דין יורש לא מהני סילוק ורק בבעל יש מציאות של סילוק לפני שנעשה יורש.ובעיקר הנידון אם הסילוק הוא מהנכסים או מהדין יורש ע׳ אב״מ ס׳ צ״ב סק״ג וקו״ש כתובות אות רצ״ח וחזו״א אבה״ע ס׳ ע״ז סק״ל.

המל״מ בפכ״ג מאישות בד״ה והנה אם, מסתפק בדעת התוס׳ אם מה דמבואר בסוגיין דסילוק מהני רק בעודה ארוסה היינו דוקא לגבי סילוק מפירות דאחר נישואין כבר זכה בפירות ולא מהני סילוק אבל לגבי ירושה שלא זכה בירושה עד מיתת האשה אולי מהני סילוק גם אחרי נישואין. ומביא שבר״ן בכתובות מפורש דבנשואה לא מהני סילוק מירושה כמו שלא מהני סילוק הבן מירושת אביו אך כתב דזה רק לשיטת הר״ן דהטעם דלא מהני סילוק בירושת אביו משום דחשיב כאילו כבר זכה [למה שנתבאר היינו שכבר יש לו דין יורש] א״כ ה״ה בעל אחרי נישואין. אבל לתוס׳ דירושת אביו לא מהני סילוק הוא מפני שזה דאורייתא א״כ בבעל שירושתו דרבנן יועיל סילוק גם אחרי נישואין ולא דמי לפירות שכבר זכה בהם. ומסיים המל״מ דאולי גם לגבי ירושה אמרינן דאחרי נישואין ידו כידה דלא מצאנו בכל הפוסקים מי שיאמר שמהני סילוק מירושה אחר נישואין. אבל א״כ צריך להיות שע״י קנין כן מהני סילוק מירושה אחרי נישואין וגם זה הוא הפך כל הפוסקים עכ״ד. ומה שכתב שלא מצאנו בכל הפוסקים מי שיאמר שמהני סילוק מירושה אחרי נישואין כבר כתב בקו״ש אות ר״ד דבשיטמ״ק בשם ר׳ יונה מפורש שמהני. ומש״כ דכל הפוסקים סברי דלא מהני קנין להסתלק מירושה ע׳ לשון השיטה בשם הר״י מגש וז״ל אבל אם ראוי עכשיו ליורשו אינו יכול להסתלק אלא עד דקנו מיניה עכ״ל משמע דקנו מיניה מהני גם בזה.

בשיטמ״ק הנ״ל בשם ר׳ יונה כתב עוד דהא דמייתי מרבא הוא להוכיח דרק בגלל שירושת הבעל דרבנן מהני סילוק דמדברי ר״כ יש מקום לומר דמה דנקט ירושת הבעל דוקא אינו משום דהוי דרבנן אלא אפילו אם ירושת הבעל דאורייתא מהני סילוק אף שבשאר ירושות לא מהני שאני ירושת הבעל דלא אלימא שלא להתנות עליה כשאר הנחלות. קמ״ל כדרבא דכונת ר״כ שרק מפני שירושת הבעל דרבנן מהני סילוק. וצ״ב אמאי ס״ד לחלק בין ירושת הבעל שיועיל סילוק אף שזה דאורייתא לשאר ירושות דלא מהני בהם סילוק. ואף דהר״ן ס״ל כן אליבא דאמת היינו דבירושת בעל מסתלק לפני שנעשה יורש ובשאר ירושות הוא כבר יורש ור׳ יונה לא כתב חילוק זה אלא דשאר ירושות אלימי טפי מירושת הבעל ועוד דר׳ יונה ס״ל דבבעל מהני הסילוק גם אחרי הנישואין. וצ״ל דכונתו דירושת הבעל שאני משאר ירושות דאינו ירושת קורבה אלא מזכויות הבעל בנכסי אשתו. ולכן ס״ד שבזה יועיל סילוק אף שזה מן התורה דלא אלים כשאר ירושות שהם מחמת קורבה.

אמנם א״כ יש חידוש בדברי ר׳ יונה דבפשטות לומדים שמה שירושת בעל אינו ירושת קורבה ושונה משאר ירושות זה רק למ״ד ירושת

הבעל דרבנן אבל למ״ד ירושת הבעל דאורייתא זה ירושת קורבה ככל יורשים. וכן נקט מרן האבי עזרי בפ״א מנחלות ה״ט דרק אם זה דרבנן אינו ירושת קורבה ע״ש. אבל מדברי ר׳ יונה מוכח שאפילו למ״ד ירושת הבעל דאורייתא אין זה ירושת קורבה ולכן ס״ד שיועיל סילוק אפילו למ״ד ירושת הבעל דאורייתא והביאו דברי רבא לאפוקי מזה לומר שר״כ קאי רק למ״ד ירושת הבעל דרבנן ומהני סילוק מדין אי אפשי. ובמס׳ קידושין דף יח: כתבנו בס״ד שגם מדברי רש״י שם בד״ה ואין לאביה מוכח דאפילו למ״ד ירושת הבעל דאורייתא אינו ירושת קורבה דמוכיח שנשואה יוצאת מרשות אביה מזה שבעלה יורש אותה אותה. ואי נימא דירושת בעל הוא ירושת קורבה אין מזה ראיה שאינה ברשות אביה דגם בת קטנה פנויה שהיא ברשות אביה אם משכחת שתלד פשוט שבנה יורש אותה. אלא מוכח דירושת בעל אינו ירושת קורבה אלא זכות הבעל בנכסי אשתו ואם יורש אותה ע״כ שאינה ברשות אביה. ורש״י קאי למ״ד ירושת הבעל דאורייתא כמבואר למעיין בדבריו.

איני ניזונת ואיני עושה. כתב הרשב״ם דהא דיכולה לומר גם אחר נישואין ואילו סילוקו של הבעל מפירות נכסי מלוג שהוא ג״כ מדין אי אפשי בתקנ״ח מהני רק בעודה ארוסה ולא אחרי שכבר זכה דגם אי אפשי לא מפקיע קנין שכבר חל. ותי׳ דרק בקנין פירות שיש לבעל קנין דקל לפירות א״א להפקיע קנינו אחרי נישואין משא״כ מזונות הוא חוב שמתחדש בכל יום ועדיין לא נתחייב הבעל במזונות של מחר והוי לגבי זה ככותב בעודה ארוסה. וב׳ חידושים חידש הרשב״ם בזה. א. דמזונות אינם חוב אחד לזון כל ימי חיה אלא חוב שמתחדש בכל יום על מזונות של אותו היום. וסברא זו כתב גם הריטב״א בכתובות דף נח: [והובא באב״מ ס׳ ס״ט סק״א] שמביא מחלוקת התוס׳ והרא״ה באמרה איני ניזונת ואיני עושה אם יכולה אח״כ לחזור ולהיות ניזונת מכאן ולהבא. וכתב הריטב״א דסברת התוס׳ שחוזרת הוא משום שכל יום הוא חוב בפני עצמו [תוס׳ דידן כתבו טעם אחר דאינה עוקרת כלל את חיוב המזונות אלא שאינה לוקחת מזונות. אבל שאר הראשונים ס״ל שמה שאינה לוקחת מזונות אינו פוטר ממעשה ידים אלא א״כ מחלה את חיוב המזונות]. ואח״כ מביא הריטב״א שהרא״ה חולק וס״ל שאינה חוזרת וכתב הריטב״א שנראין דבריו. וגם בתוס׳ דידן שכתבו שהגמ׳ יכלה להביא ראיה דמהני סילוק בדשלב״ל מדברי רבא מוכח דחיוב מזונות של מחר נחשב לא בא לעולם וע׳ קו״ש כתובות אות ש״א שהוכיח מזה דס״ל שחיוב מזונות מתחדש בכל יום.

ב. עוד חידוש יש בדברי הרשב״ם שמה שתקנו שבעל אוכל פירות נכסי מלוג אין זכייתו בפירות בלבד אלא יש לו בגוף הקרקע קנין דקל לפירות. וחי׳ זה מוכח גם בתוס׳ שכתבו שהביאו את ר׳ כהנא לבאר דמהני סילוק דבשלב״ל. ומשמע דהוצרכו לזה רק אחר שהעמידו בכותב בעודה ארוסה אבל למאי דס״ד דמיירי בנשואה הוי בא לעולם. והקשה המהרש״א בכתובות פג. הא גם אם מיירי בנשואה הפירות לא באו לעולם והוי סילוק מדשלב״ל. ותירץ דמסתלק מהקנין שיש לו בקרקע לפירות והקרקע בא לעולם.

אמנם האו״ש בפ״ב מרוצח הט״ו כתב לחדש דלית ליה לבעל אלא פירות בלבד ולא דקל לפירות. וכתב לבאר בזה דברי התוס׳ שהקשו בכמה מקומות לר׳ יוחנן דאית ליה קנין פירות כקנין הגוף אמאי בעינן תקנת אושא. וביבמות לו: וכן לקמן קלו: תירצו התוס׳ דאף שכל קנין פירות היא כקנין הגוף קנין פירות דבעל שאני דאית ליה בתקנ״ח. ומבאר האו״ש דמי שקונה פירות אינו יכול לקנות פירות בלבד דהוי דשלב״ל וע״כ מוכרח לקנות דקל לפירות אבל בעל שיש לו בתקנ״ח יכולים חכמים לתקן שיזכה בפירות כשיבואו לעולם בלי שיהיה לו קנין בדקל לפירות. ומה דסבר ר״י קנין פירות כקנין הגוף הוא דוקא כשיש לו קנין בגוף לפירות ולא בקנין פירות

גרידא. לכן בקנין פירות דבעל לא אמרינן קנין פירות כקנין הגוף ובעינן תקנת אושא.

וכן מבואר בדברי המרדכי שהובאו בב״ש באבה״ע ס׳ צ״ב סק״ז. דנחלקו הראשונים אם מהני סילוק מנכסים שעדיין לא הגיעו לרשות האשה בשעת הסילוק [ע׳ רא״ש ורמב״ן ריש פרק הכותב] והמרדכי מוכיח דמהני דכל סילוק מפירות הוא סילוק מדבר שעדיין לא הגיע לרשות האשה דבזמן הסילוק אין הפירות בעולם. ואי נימא דאית ליה לבעל קנין בגוף לפירות הרי מסתלק מקנינו בקרקע שנמצא ברשות האשה. אלא מוכח דס״ל כדברי האו״ש דאין לבעל אלא קנין פירות בלבד ולא דקל לפירות. אבל שאר הראשונים שלא הביאו ראיה זו ס״ל כדברי המהרש״א דיש לבעל דקל לפירות.

בעיקר שאלת הרשב״ם מאי שנא פירות דבעל דלא מהני סילוק מדין אי אפשי אחרי נישואין מסילוק האשה ממזונות דמהני גם אחרי נישואין, עמד גם הריטב״א בכתובות פג. ומה שלא תירץ כרשב״ם הוא או משום דקאי בשיטת הרא״ה שהביא בכתובות בדף נח: דס״ל דלא מהני חזרה שהכל חוב אחד. והריטב״א כתב שם דנראין דבריו. או דאפילו אם החוב מתחדש בכל יום הרי זה כמסתלק לאחר נישואין מנכסים שעתידים ליפול לרשות האשה דלא מהני למסקנת הירושלמי שהובא בראשונים בריש הכותב. ומתרץ הריטב״א דרק בפירות לא מהני סילוק אחרי נישואין משום דיש לו קנין בנכסי האשה [בזה הריטב״א כרשב״ם דיש לבעל קנין דקל לפירות] ולא מהני לשון סילוק להפקיע קנין. משא״כ מזונות הוא חוב המוטל על הבעל ויש שיעבוד נכסים ע״ז. אבל אין לאשה קנין בגוף המזונות ובזה מהני לשון סילוק גם אחרי הזכיה דאינו אלא חוב ולא קנין. ומה שיכולה להפקיע את זכות של הבעל במעשה ידיה אף שזכה בזה בנישואין ע׳ חזו״א אבה״ע ס׳ ע״ז סוף סק״י.

בסד״ה וכדרב כהנא. כתבו דרק בירושה סבר רב דעשו חיזוק משום דיורשי האשה כנכרים באותה ירושה משא״כ בנכסי מלוג. לכאורה ביאור דבריהם דמה שעשו חיזוק הוא כדי שלא יזלזלו בתקנ״ח. ולגבי ירושה שעקרו הממון לגמרי מיורשי האשה כשמסתלק וגורם שיפול ליורשי האשה זהו הפך רצון חכמים וזלזול בתקנתם לכן עשו חיזוק. משא״כ בתקנת פירות לא עקרו הממון מיד האשה אלא תקנו שגם הבעל יהנה מהנכסים ובזה כשמסתלק ונותן הפירות לבעלת הגוף אין זה מנגד רצון חכמים ולא עשו חיזוק. אמנם ראיתי במחנ״א זכיה ס׳ י״א וכן בקובה״ע ס׳ מ׳ אות א׳ שכתבו שאחרי שתקנו שבעל יורש אין ליורשי האשה דין יורש כלל והוי כרחוק במקום קרוב שי״א שאין לו שם יורש. והביאו ע״ז מתוס׳ הזה, דהיינו שלמדו שבירושת הבעל עשו חיזוק מפני שאינו עוקר רק את דין הממון אלא משנה את השם יורש לכן בזה עשו חיזוק.

תודי״ה יכולה. האריכו לחלוק על הרשב״ם דס״ל דסילוק הבעל מפירות הוא ע״י שאומר איני מקבל עלי תקנת פרקונה ואיני לוקח פירות. והקשו התוס׳ דמוכח דתקנת פירות תחת פרקונה הוא לטובתה של האשה ואין הבעל יכול להפקיע תקנה זו. אך לא כתבו התוס׳ לבאר לשיטתם איך מהני בסוגיין סילוק הבעל מפירות ובגמ׳ מבואר דהוא מדר״ה ולתוס׳ לא דמי לר״ה דהתם התקנה לטובתה והכא אין התקנה לטובתו. ע׳ במהרש״א שעמד בזה. והוסיף להקשות דאפילו האשה שהתקנה לטובתה כתבו שאינה יכולה להפקיע משום שיש לבעל קנין לפירות ואיך הבעל כן מפקיע. וע״ז מתרץ המהרש״א דלפני נישואין עדיין אין לו קנין ומהני הסילוק. אך על השאלה הראשונה לא תירץ המהרש״א. ולכאורה צ״ל דמה שאין הבעל יכול להפקיע תקנה זו מפני שנתקן לטובת האשה הוא רק כשבא להפקיע את כל תקנת פרקונה תחת פירות דהיינו להסתלק מפירות וליפטר מפרקונה. אבל אם אין מפקיע חיוב פרקונה אלא רק מוותר על זכותו בפירות זה ודאי יכול. וע״ז מביאה הגמ׳

מר״ה דכמו ששם שכל כללות התקנה נתקן בשביל האשה ויכולה לומר אי אפשי כך כאן חלק זה שיש לבעל פירות נתקן בשביל הבעל וע״ז יכול לומר אי אפשי, אבל רק אם אינו מפקיע בזה את חיובו לפדותה.

נחת רוח עשיתי לבעלי. כתב הרשב״ם דלא אמרינן בזה אגב אונסא גמרה ומקנה דאינו אונס גמור דהיינו דס״ל דמה שהאונס גדול יותר יש יותר סברא לומר שגמר ומקנה והרש״ש כתב דאיפכא מסתברא דמה שפחות אנוס יש יותר סברא לומר שגמר ומקנה. וע׳ ברמב״ן וברשב״א שחולקים על הרשב״ם וס״ל דטענת נחת רוח יש רק כשלא קיבלה דמים דהוי תליוהו ויהיב וכ״כ הנ״י, וע׳ בדבריהם שביארו למה הגמ׳ לא תירצה דמיירי שקיבלה דמים ואז ליכא סברת נחת רוח עשיתי לבעלי. ומחלוקת זו הובא להלכה באבה״ע ס׳ צ׳ סע׳ י״ז ע״ש.

הרמב״ם בפכ״ב מאישות הי״ח כתב שהאשה שמכרה בג׳ שדות חוזרת בכל עת בגלל טענת נחת רוח דהיינו שס״ל כשיטת רש״י שמובא בתוד״ה אילימא דבג׳ שדות המכר בטל מיד. וכתב ע״ז הראב״ד אם יכולה לומר נחת רוח עשיתי לבעלי ותגבה ממנו בטול מקח למה ואיזה נחת רוח יהיה לו כשתחזור ותבטל מקחו. וזה כשיטת הרשב״ם שאפילו בג׳ שדות אין המכר בטל מיד אלא שחוזרת וגובה מזה. ובביאור טענת הראב״ד איזה נחת רוח יהיה לו כשתבטל מקחו כתב האב״מ בס׳ צ׳ סקכ״ז שאין הפשט בטענת נחת רוח שהיה אונס במקח ולא גמרה ומקנה כדין תליוהו ויהיב, אלא יש אומדנא שהסכמתה לקנין היתה רק כמה שצריך בשביל נחת רוח דהיינו שמקנה קנין לזמן כל זמן שצריכה שיהיה שלום בינה לבין הבעל דהיינו כ״ז שהיא אשתו, ובזה מבאר האב״מ את דברי הרשב״ם שאין ביטול המקח מדין אונס אלא מדין קנין לזמן.

ובזה מבאר האב״מ דברי הגמ׳ בכתובות צה. דתנן התם אשה שכתבה ללוקח דין ודברים אין לי עמך ופריך הא לא מהני סילוק בלשון דו״ד ומשני בקנו מידה. והדר פריך ותימא נחת רוח עשיתי לבעלי ע״ש. וקשה למה הקשו תימא נח״ר רק אחרי שתרצו דמיירי בקנו מידה הא גם בה״א דמהני סילוק קשה תימא נח״ר ולא גמרה דעתה להסתלק. וכתב האב״מ דלדבריו ניחא דטענת נח״ר אינו חסרון בגמר ומקני דלא נחשב אונס כמבואר ברשב״ם אלא זה אומדנא שמקנה קנין לזמן ובסילוק לא שייך סילוק לזמן לכן אין בזה טענת נח״ר ורק למאי דמשני בקנו מידה שהוא הקנאה הקשו תימא נח״ר שתאמר שהקנתה רק קנין לזמן.

ע״פ דברי האב״מ יתבארו היטב דברי הרמ״א בס׳ צ׳ סע׳ י״ז שכתב אשה שסלקה כחה מנכסי בעלה קודם שקנאן הבעל יכול למוכרן ואינה טורפת מהם ולא שייך לומר בזה נח״ר עשיתי לבעלי. ותמה ע״ז הגאון בסק״ס אמאי לא אמרינן בזה נח״ר עשיתי דכאן נמי י״ל שמא נתת עיניך בגירושין. ולדברי האב״מ ניחא דכיון שהסתלקה לפני שקנה הבעל ס״ל לרמ״א דמהני בזה סילוק בלי קנין כדין כותב לה ועודה ארוסה וכיון שמסתלקת ולא מקנה לא שייך בזה סילוק לזמן וממילא אין בזה טענת נח״ר כמש״כ האב״מ לה״א של הגמ׳.

דף נ.

ואחד שהכניסה לו שום משלה. שיטת הרשב״ם דהיינו נכסי צאן ברזל וגם בזה ס״ל דאם מכר הבעל המכירה קיימת עד זמן גביית הכתובה דהיינו שיש בזה טענת נח״ר אבל רק לענין שיכולה לגבות מזה אבל המכירה חלה דלענין זה אינו צריך הסכמתה דנכסי צאן ברזל הם ברשות הבעל. וזה כשיטת הראב״ד הנ״ל. אבל שיטת הרמב״ם דמכירת הצאן ברזל בטל לגמרי דאינו יכול למכור בלי הסכמתה ואמרינן בזה נח״ר עשיתי. הטור בס׳ קנ״א כתב בשם הרמ״ה לגרסת הב״י שם [ע׳ חידושי הגהות שם ובמל״מ פ״ל ממכירה ה״ג, וביד רמ״ה כאן אות קצ״ב מפורש כגרסת הב״י בטור] דמכירתו בנכסי צאן ברזל עם הסכמת האשה קיימת ואין טענת

נח״ר דדין צאן ברזל כדין נכסי מלוג. וצ״ל דס״ל כשיטת ר״ח שצאן ברזל אינו כלול בג׳ שדות. נמצא ג׳ שיטות בזה א. לרמב״ם בטל מיד. ב. לרשב״ם מכירה קיימת וחוזרת וגובה. ג. לרמ״ה המכירה קיימת ואינה גובה מזה.

תוד״ה אילימא. ויש לישב פ״ה וכו׳. הא דכתבו דאע״ג דבג׳ שדות לרש״י בטל מיד מ״מ מה שאמרו למעוטי שאר נכסים אינו לענין ביטול מיד. ולכאורה אינו דומיא דג׳ שדות, אך הביאור הוא פשוט. דג׳ שדות לה״א בא למעוטי שאר נכסי הבעל דבג׳ שדות יש טענת נח״ר ובשאר שדות אין. וטענת נח״ר היינו שאין הסכמתה הסכמה. ובכל מקום טענת נח״ר תלוי למה צריך הסכמתה. בג׳ שדות בלי הסכמה אינו מוכר כלל א״כ בזה טענת נח״ר גורם לביטול מכירה, ובשאר נכסים שגם בלי הסכמתה המכירה חלה והסכמה בזה הוא רק לענין שלא תחזור ותגבה א״כ ממילא גם טענת נח״ר בזה הוא רק לענין שתחזור ותגבה. וכשאמרו ג׳ שדות למעוטי שאר נכסי היינו שבג׳ שדות יש טענת נח״ר ולא בשאר שדות. אך פשוט שהנ״מ מטענת נח״ר בכל מקום הוא לפי הצורך בהסכמת האשה וק״ל.

דזבין איהו ומית. ברשב״ם מבואר שאם מכר הבעל ואח״כ מתה האשה זכה הלוקח בגוף. וכתב הב״ש בס׳ צ׳ סקמ״ז דפשוט שבכה״ג מכירתו בטילה דבזמן המכירה לא היה בעלים על הגוף ואיך ימכור דבר שאינו שלו. ומש״כ הרשב״ם שאם מתה חל מכירתו על הגוף כתב הב״ש דמיירי כשאמר בפי׳ שמוכר אם תמות. ואינו מובן דאכתי הוי דשלב״ל. וכתב האב״מ בס׳ צ׳ סקכ״ב שכונת הב״ש לשיטת ר״ת שמובא בתוס׳ בכתובות צא: דהאומר שדה זו שאירש מאבא מכור לך קנה דכיון שיזכה בו ממילא אח״כ בלי מעשה וסיים קרקע זו קנה. והאב״מ חולק וס״ל דאחר תקנת אושא שתקנו שאם האשה מכרה הבעל מוציא הרי שתקנו שאם בסוף מתה האשה נעשה הבעל לוקח למפרע והובררו שהגוף היה שלו מחיים לכן אם מכר ומתה אח״כ האשה חל מכירת הבעל שהובררו שבשעת מכירה הוא היה בעלים על הגוף. ומביא האב״מ ראיה לדבריו מדברי הרא״ש כאן שכתב שמכירת הבעל בטילה וחולק על הרשב״ם אך כתב הטעם משום שבח בית אביה. משמע שלולא זה חל כיון שנעשה לוקח מחיים, אמנם דבר זה תלוי במחלוקת ראשונים בגדר תקנת אושא כמו שיבואר בסמוך בס״ד.

באושא התקינו וכו׳. הקצה״ח בס׳ ק״ג סק״ט מבאר דנחלקו הראשונים בגדר תקנת אושא. ובתחילת דבריו מביא שהש״ך והב״ש כתבו דמשיטת הרא״ש דס״ל שהאשה שמכרה בנכסי מלוג הבעל מוציא מהלקוחות ומבטל המכירה של הגוף אפילו בחיי האשה מוכח דהא דתקנו באושא שהבעל נחשב לוקח בנכסי אשתו היינו שתקנו שעל הצד שעתיד לירש יחשב לוקח ראשון ובעלים על הגוף מחיים דזוכה למפרע בגוף על הצד שתמות אשתו אח״כ. והקצות כתב דשיטת רש״י שתקנת אושא היתה שהחשיבו קנין הפירות שיש לבעל בנכסי אשתו כקנין הגוף ולכן אין מכירת האשה מכירה כמו למ״ד קנין פירות כקנין הגוף. אבל לא תקנו שיחשב הוא בעלים על הגוף. והא דמבואר בכמה מקומות שבאושא התקינו שהבעל לוקח הוי היינו שזכותו בגוף אחר מיתה יהיה כלוקח ולא כיורש. אבל אינו נעשה לוקח למפרע. ולא הדין לוקח מבטל את מכירתה אלא שהאלימו את קנין הפירות שיש לו מחיים שיחשב כקנין הגוף, ע״ש.

אך בדעת התוס׳ שכתבו בכתובות נ. שמה שצריך תקנת אושא לר״י דאית ליה ק״פ כקנין הגוף הוא באופן שהסתלק מהפירות. הרי מבואר שגם באופן שאין לו פירות תקנו באושא שיתבטל מכירת האשה. וע״כ שאינו מפני שתקנו שק״פ דידיה יהיה כקנין הגוף אלא מפני שנעשה לוקח למפרע והובררו שהיה הגוף שלו מחיים.

הנ״מ ממחלוקת זו תהיה בנידון שהובא לעיל היכא דמכר הבעל הגוף בחיי האשה ומתה האשה בחיו אם קנה הלוקח את הגוף. דאי אמרינן

דתקנת אושא היתה שזוכה הבעל בגוף למפרע א״כ יחול המכירה ולא הוי דשלב״ל. אבל אם מה שמכירת האשה בטילה אינו מפני שהבעל הוא בעלים על הגוף אלא מפני שהאלימו קנין פירות דידיה, זה רק סיבה לבטל מכירת האשה אבל אינו מספיק לקיים מכירת הבעל. דאין הוא בעלים על הגוף ואיך ימכור הגוף שאינו שלו. ודברי האב״מ הנ״ל בס׳ צ׳ סקכ״ב הם קצת סתירה לדבריו בקצות. דבקצות כתב שאין ראיה מדברי הרא״ש שאומר שהבעל מבטל מכירת האשה בחייה דס״ל שנחשב בעלים על הגוף למפרע דיתכן שהרא״ש ס״ל כרש״י דמכירה בטילה בגלל שהאלימו את הקנין פירות של הבעל ואילו באב״מ מוכיח מדברי הרא״ש בסוגיין שכתב שלולא שבח בית אביה היה מכירת הבעל קיים דע״כ ס״ל דתקנת אושא היתה שהבעל נחשב לוקח על הגוף למפרע.

שיטת הרמב״ם דלא תקנו באושא אלא שאם מתה מוציא הבעל מהלקוחות אבל בחיה אין הבעל יכול לבטל מכירת הגוף ודלא כהרא״ש [מחלוקת זו הובאה בס׳ צ׳ סע׳ ט׳, ע״ש בב״ש ובח״מ הנ״מ בזה]. וכתב האב״מ בסקי״ב דמוכח שהרמב״ם לא ס״ל כסברת רש״י הנ״ל שעשו קנין פירות דבעל כקנין הגוף וגם לא שעשו את הבעל כלוקח מחיים דא״כ היה בטל מכירת הגוף בחיו דעל הצד שהיא עתידה למות בחיו הרי הוא בעלים עכשיו על הגוף. וכתב האב״מ דס״ל כשיטמ״ק בב״ק שהובא באב״מ סקי״א ד״ה ובשיטה שתקנו באושא שיוציא מלקוחות שאל״כ כל אשה לא היתה מנחת ירושתה לבעלה ע״ש. ולמד האב״מ שזה שיטה שלישית בתקנת אושא. ובזה מבאר שיטת הרמב״ם. ואינו מובן דדברי השיטמ״ק אינם אלא טעם לתקנה ולא ביאר גדר התקנה וגדר התקנה הוא או כרש״י בב״ק או כשיטת תוס׳ שהבעל הוא לוקח מחיים, וצ״ע.

האב״מ בס׳ צ׳ סקי״א מביא שה״ה כתב בפכ״ב מאישות בשם הרשב״א שהנותן מתנה לאשתו אף שאינו אוכל פירות מ״מ אם מכרה ומתה הבעל מוציא מיד הלקוחות [ע׳ חי׳ הרשב״א לקמן נא:]. וכתב האב״מ דמוכח מהרשב״א דס״ל כשיטת התוס׳ דתקנת אושא הוא שנחשב כלוקח על הגוף על הצד שתמות אשתו. אבל לרש״י שאינו לוקח על הגוף מחיים אלא רק אלמוה לקנין פירות דבעל שיחשב כקנין הגוף כשאין פירות אין מקום לתקנת אושא. אך כתב לדחות דקי״ל בס׳ פ״ה סע׳ ז׳, ומקורו מתוס׳ לקמן נא: סד״ה במתנה, דאף שאינו אוכל פירות מנכסים שנתן לה במתנה מ״מ אוכל פירי פירות וגם זכות של פירי פירות הוא מספיק ליחשב קנין הגוף למ״ד ק״פ כקנין הגוף או ע״י תקנת אושא שהחשיבו קנין פירות כקנין הגוף. ומביא האב״מ ראיה שגם זכות פירי פירות הוי כקנין הגוף מהתוס׳ בב״ב קל״ו שכתבו שמה שצריך תקנת אושא לר׳ יוחנן הוא באופן שכתב לה דו״ד אין לי בנכסייך ובפירותיהן ופירי פירותיהן. משמע דאם היה מסתלק רק מפירות עדיין לא היו צריכים לתקנת אושא דזכות פירי פירות הוא כקנין הגוף ומבטל מכירת האשה.

אמנם מסברא אין זה מובן דמה שקנין פירות הוא כקנין הגוף הוא מפני שעיקר הבעלות הוא ההשתמשות אבל כשיש לאשה בעלות על הגוף וגם הפירות שלה למה שזכות פירי פירות של הבעל יחשב כקנין הגוף לבטל כח המכירה שלה הא גם לה יש פירות. ונראה שדברי האב״מ בזה תלוים במה שנחלקו הראשונים בריש הכותב במסתלק מפירות ויש לו פירי פירות אם זכותו של הבעל לקחת את הפירות כדי לעשות מהם פירי פירות או שהאשה יכולה לאכול את כל הפירות ורק אם נשארו פירות ויש פירי פירות הם של הבעל. ורק אי אמרינן שזכותו של הבעל לעשות מהפירות פירי פירות יש מקום להבין שיחשב קנין פירות דידיה כקנין הגוף. דאף שגוף הפירות של האשה מ״מ אין לה שום השתמשות בפירות אלא רק שגופם שלה אבל ההשתמשות כולו של הבעל לכן קנינו כקנין הגוף.

וכנה איהי ומתה. כתב הרשב״ם דאהני מכירתה שאם ימות בעלה בחייה יטלם הלוקח.

וכן כתב הרמ״א בס׳ צ׳ סע׳ ט׳ דאם נתאלמנה או נתגרשה מכרה קיים והקשה הב״ש בסקל״ט למה מכירתה קיימת הא עכשיו אינה יכולה למכור ואיך יחול לכשימות הא הוי דשלב״ל. וכתב בזה האב״מ בס׳ צ׳ סקי״ג דמפורש בב״ב קל״ו בנתן האב לבנו גוף מהיום ופירות לאחר מיתה שאם מכר הבן ומת האב בחיי הבן והגיע הממון לבן חל הקנין אף שבשעת המכירה לא היה הבן בעלים למכור דקנין פירות של האב כקנין הגוף דמי. והרמב״ן שם והתוס׳ ביבמות לו: הקשו אמאי קנה הא הוי דשלב״ל. עכ״פ מבואר דהיכא דאית ליה גוף ומוכר באופן שיחול כשיהיה לו גם הפירות אין בזה חסרון של דשלב״ל והמקח חל כשיגיע לרשותו.

הרמב״ן מבאר דלא הוי דלשב״ל מפני שבשעת מכירה הוא בעלים על הגוף אלא דמתלא תלי וקאי כי מאית האב בחיי הבן איגלאי מילתא דמההיא שעתא קניא. והבין האב״מ שכונת הרמב״ן לומר דכשמת האב הוברר למפרע שחל הקנאת הבן ועפ״ז מקשה האב״מ בסקי״ד על מה שמבואר בב״ק דלמאן דאית ליה תקנת אושא אין עבדי מלוג יוצאין בשן ועין לאשה כמו שאינה יכולה למכור כך אינה מוציאה בשן ועין. ולדברי הרמב״ן שאם בעל הגוף מוכר ואח״כ זוכה בפירות חלה מכירתו למפרע א״כ גם אם הפילה שן ועין ואח״כ מת בעלה יחול למפרע השחרור. ולולא דבריו היה נראה פשוט שאין כונת הרמב״ן לומר שחל למפרע דהרמב״ן הקשה אמאי חל מכירת הבן הא אין אדם מקנה דשלב״ל. משמע שלמ״ד אדם מקנה דשלב״ל ניחא ובודאי למ״ד אדם מקנה דשלב״ל הקנין חל רק לכשיבא לעולם. א״כ מה שמתרץ הרמב״ן דכיון שהיה בעלים על הגוף חל המכירה כשיבאו הפירות לרשותו אין הכונה שחל למפרע אלא רק שאין בזה חסרון של דבר שלא בא לעולם וחל לכשיבא לעולם ומש״כ שחל למפרע אין הכונה שהקנין חל למפרע ממש דאיך יחול הקנין לפני שהוא נחשב בעלים. אלא כונת הרמב״ן שחל אח״כ מכח מעשה קנין הראשון אבל ודאי חלות הקנין הוא אח״כ. ע׳ לשון רש״י קידושין סב: ד״ה ונתלשו שכתב שבאופן שאין חסרון של דשלב״ל חל למפרע וכתב הרש״ש שאין כונתו למפרע ממש אלא חל אח״כ מכח מעשה הראשון וזה גם כונת הרמב״ן. וכן משמע בתוס׳ ביבמות לו: שהקשו קושית הרמב״ן למה חל הקנין כשמת האב הא הוי דשלב״ל ותי׳ דלגבי הכי לא אלים קנין פירות לבטל לגמרי קנין הגוף דהיינו שאף שקנין פירות גורם שבעל הגוף לא יכול להקנות עכשיו מ״מ אם מקנה שיחול לכשיבאו הפירות לרשותו אין בזה חסרון של דשלב״ל כיון שהגוף הוא שלו עכשיו ויחול הקנין כשיבאו הפירות לרשותו. ולפ״ז לק״מ משן ועין, דשן ועין לא יכול לעשות שחרור לאחר זמן וכיון שבזמן הפלת השן לא יצא לחרות כיון שקנין פירות כקנין הגוף גם אח״כ כשיבאו הפירות לרשותו לא יחול השחרור. ורק בהקנאה יכול להקנות לאחר זמן ואין בזה משום דשלב״ל כיון שהגוף שלו בשעת מכירה.

תוד״ה קסבר. אחרי שהביאו גרסת ר״י בר ברוך כתבו ומשום הכי לית להו תקנת אושא דלר״א אין מכירתו כלום. ביאור דבריהם ע׳ במל״מ פ״ה מעבדים הט״ז דקשיא להו אמאי אמרו כו״ע לית להו תקנת אושא ובפלוגתא דהני תנאי פליגי, בשלמא לגרסתינו ניחא דהא דקתני לא לאיש ולא לאשה הוא כר״מ דקנין פירות כקנין הגוף וע״כ דלית ליה תקנת אושא דאם אית להו תקנת אושא אפילו אם ק״פ לאו כקנין הגוף לא יוצא לא לאיש ולא לאשה ולכן צ״ל דכו״ע לית להו תקנת אושא. אבל לגר׳ ר״י בר ברוך אולי הברייתא שסברה שלא יוצא לא לאיש ולא לאשה אית לה תקנת אושא אך מצד תקנת אושא היה צריך לצאת לאיש כמו למ״ד ק״פ כקנין הגוף שיוצא לאיש לר״י בר ברוך ולכן צריך להוסיף דסבר כר״א אפילו אי אית ליה תקנת אושא ולמה הוצרכו לומר דכו״ע לית להו תקנת אושא. ותירצו התוס׳ דאי סבר כר״א ע״כ

לית ליה תקנת אושא דלר״א אין צורך בתקנת אושא דבל״ה אינה מוכרת כיון שאינו מיוחד לה.

א״נ דלא דמי קנין פירות דבעל שלא היה לו בגוף כלום מעולם וכו׳. ע׳ ברש״ש שכתב שלפ״ז מיושב מה שהקשו בד״ה המוכר אמאי נקט כה״ג. וכדבריו כתב גם המל״מ הנ״ל בפ״ה מעבדים הט״ז ע״ש. אך עיקר סברת התוס׳ בזה אינה מובנת מה נ״מ מה היה בתחילה הא עכשיו המצב הוא שאין לו גוף אלא רק פירות. ומה שהביאו מבהמת ארנונא שם ניחא דאם העכו״ם הוא הבעלים אף שישראל יכול לסלקו בזוזי אין זה מבטל בעלותו של העכו״ם. אבל כשבתחילה היה של ישראל ומה שגורם שיחשב שיש בעלות של עכו״ם הוא מה שלוקח העכו״ם בע״כ של ישראל בזה אמרינן שאם יכול לסלק בדמים לא בטלה בעלותו של הישראל. אבל כאן שעכשיו אחד הוא בעלים על הגוף והשני בעלים על הפירות קשה להבין הנ״מ בין אם בתחילה היה הכל שלו או לא.

דף נ:

ספק נפשות להקל. ע׳ קו״ש משכ״כ בדברי התוס׳ דלכאורה אין ראיה מממון למיתה דחזינן דרוב לא מהני בממון ומהני בנפשות. ובדעת הרשב״ם כתב דנ״מ מקרא דוהצילו שיהיה פטור ודאי ודן שאולי נ״מ מזה לקלב״מ במי שספק אם מחויב מיתה. וע״ע בקו״ש ריש אלו נערות אות פ״ד מה שמדייק מדברי רע״א שם בענין ספק חיוב מיתה לענין קלב״מ.

כספו המיוחד לו. מבואר בגמ׳ דכמו שלר״א שניהם אינם בדין יום או יומיים כך אינם יכולים למכור אפילו שניהם יחד. והקשה האב״מ בס׳ צ׳ סקכ״ו דמפורש בקרא שאפשר למכור ולהקדיש שדה מקנה בזמן שהיובל נוהג ומבואר בגיטין ס״פ השולח דלוקח שדה בזמן שהיובל נוהג אין לו אלא קנין פירות ואעפ״כ יכול למכור ולר״א מבואר בסוגין דכשיש לאחד גוף ולאחר פירות שניהם אינם מוכרים. ותי׳ המגיה דמה דמבואר בגמ׳ דלר״א אפילו שניהם יחד אינם יכולים למכור היינו רק לענין הגוף דבעל הגוף לא יכול למכור הגוף אף שבעל הפירות ג״כ מכר הקנין פירות עם הגוף של בעל הגוף. אבל בודאי שאת קנין הפירות יכול בעל הפירות למכור ולגבי זה נחשב ממון המיוחד לו דמה שמוכר הוא לגמרי שלו ורק לענין הגוף אין זה נחשב מיוחד. ויש לעיין לדבריו למה אינו יוצא בשו״ע לאיש אמנם ק״פ דידיה אינו כקנין הגוף מ״מ קנין הפירות יפקע דעד כמה שהוא בעלים על הפירות זה ממון המיוחד וכמו שכתבו התוס׳ ששותפין נחשב כ״א בעלים על ממון המיוחד ופוקע חלקו ע״י שן ועין ה״נ עד כמה שבעל הפירות הוא בעלים יפקע קנינו ע״י שו״ע. אע״כ שגם הקנין פירות לא נחשב ממון המיוחד כיון שזה חלק מהקנין הכללי וכמו שלא פוקע קנין הפירות בשו״ע כך גם לא יוכל למוכרו, וצ״ע. וע״ע מש״כ בדברי האב״מ ובדברי המגיה בחי׳ הג״ר מאיר שמחה זצ״ל.

המנ״ח בקומץ המנחה מצ׳ ר״פ הקשה אמאי עבד של שותפין אוכל בתרומה ורק אם אחד מהשותפין הוא ישראל אינו אוכל אבל כששניהם כהנים אוכל והא כתיב קנין כספו ובעינן כספו המיוחד דקי״ל כר״א ששניהם אינם בדין יום או יומיים. וכתב בזה האמרי משה בס׳ י״ג אות ה׳ דמה דאין בעלים מיוחדים הוא רק בנוגע לדין הבעלים דאין לאחד מהם, וגם לא לשניהם יחד, דין בעלים מיוחדים שהבעלות מחולקת בין שניהם. אבל תרומה הוא דין בעבד והעבד יש לו בעלים אלא שהוא מחולק לשני בעלים אבל בסה״כ יש לעבד בעלים גמורים ושפיר אוכל בתרומה.

תוד״ה רבי אלעזר. כתבו דמה דאיתא בב״ק דלר׳ אלעזר עבד של שותפין אינו יוצא בשו״ע היינו שותפות שלאחד יש גוף ולשני פירות וזה לא נחשב ממון המיוחד לענין יציאת שו״ע וכן לענין מכירה אבל שותפות רגיל הוי ממון המיוחד ויכול למכור כ״א חלקו גם לר״א

וכן יוצא חלקו של כ״א בשו״ע. הרמב״ן חולק וס״ל דאע״ג דלענין מכירה שותפות נחשב מיוחד ויכולים למכור ממון המשותף גם לר״א ורק בגוף ופירות א״א למכור מ״מ לגבי יציאת שו״ע גם שותפות רגילה לא חשיב מיוחד ונתמעט מקרא דכספו המיוחד.

הרמב״ם פסק בפ״ה מעבדים כר״א דעבד של שותפין אינו יוצא בשו״ע וכן בהל׳ רוצח פ״ב הט״ו פסק כן לענין דין יום או יומים. ומבואר ברמב״ם שזה גם בשותפות ולא רק בגוף ופירות. והקשה הלח״מ בפ״ה מעבדים הט״ז דמבואר בסוגיין דלר״א כמו שאינו בדין יום או יומים כך אינו נמכר והרמב״ם בפכ״ב מאישות הט״ז פסק דאיש ואשה שמכרו יחד מכירתן מכירה כסתם משנה וזה דלא כר״א. ועו״ק דהרמב״ם פסק דגם בשותפות רגילה לא נחשב ממון המיוחד והיה צריך להיות ששותפין אינם יכולים למכור. אך זה יתישב ע״פ הרמב״ן הנ״ל דאף שלגבי גוף ופירות מדמין מכר ליום יומים, בשותפות רגילה מחלקים ביניהם. אבל אכתי קשה אמאי איש ואשה שמכרו ממכרן ממכר הא לר״א לא חלה המכירה והרמב״ם פסק כר״א. וכתב בזה הלח״מ דכל מה דסברה הגמ׳ שלר״א גם לגבי מכירה יש דין ממון המיוחד הוא רק לאיבע״א דפרשו דברי אמימר במכרו שניהם כאחד ולא מהני כר״א. בלשון זה נתחדש דילפינן לר״א מכירה מיום או יומים. אבל לל״ק שהעמידו דברי אמימר באיש שמכר לחוד או אשה שמכרה לבדה אבל אם מכרו שניהם המכר קיים א״כ י״ל שזה אמת גם לר״א דל״ק ס״ל דלא ילפינן מכר מיום או יומים. והרמב״ם פסק כר״א והלכה כסתם משנה] דדוקא היכא דגלי קרא כדין יום או יומים או ביציאת שן ועין בעינן מיוחד ולא ילפינן מזה למכר. וכל מה שהוכרחו התוס׳ לחדש דר״א לא מיירי בשותפות רגילה הוא רק לל״ב דילפינן מכר מיום או יומים ולא יתכן לומר ששותפין אינם יכולים למכור לכן הוצרכו לפרש דגם מה שלא יוצא בשו״ע הוא דוקא בשותפות דגוף ופירות. אבל לל״ק דלא ילפינן למכר אלא גזה״כ דוקא ביום יומים ושו״ע י״ל דגזה״כ קאי על כל שותפות א״כ אין הכרח שתוס׳ והרמב״ם חולקים דתוס׳ קאי לל״ב ובזה גם הרמב״ם מודה שדוקא שותפות של גוף ופירות ולל״ק גם תוס׳ יודו שר״א קאי על כל שותפות. וגם מש״כ התוס׳ דשו״ע לא נלמד מקרא דעבדו המיוחד לו אלא ילפינן שו״ע מיום יומים כמו שלומדים מכירה מיום יומים כ״ז לל״ב אבל לל״ק לא ילפינן מכירה מיום יומים א״כ דינו של ר״א הוא דוקא ביום יומים מקרא דכספו ובשו״ע מקרא דעבדו.

כל זה לדברי הלח״מ אבל הגאון באבה״ע ס׳ צ׳ סקנ״ב מבאר שיטת הרמב״ם באופן אחר. דכמו שפירשה הגמ׳ בפשט הראשון שאמימר קאי על אשה שמכרה לבד ואיש שמכר לבד כן הוא באיבע״א דמיירי נמי שכ״א מוכר לבדו ומה דלא קנו הוא כדר״א וא״צ להגיע לתקנת אושא ומה דלר״א אינם יכולים למכור היינו כ״א לבדו אינו יכול למכור כמו שאינו בדין יום או יומים לכ״א בפנ״ע, דשנים שהכו כאחד בל״ה פטורים, כמו כן אינו במכירה לכ״א לחוד אבל שניהם שמכרו יחד מהני גם לר״א.

אין מחזיקין בנכסי אש״א. ג׳ טעמים נאמרו בראשונים בדין זה. א. הרשב״ם כתב בד״ה אין מחזיקין דטעמא משום שיכולה לומר על בעלי סמכתי. ובתוד״ה במאן מבואר שמה שסומכת על הבעל אינו מפני שסומכת שהבעל ימחה בשבילה, אלא שסומכת שהבעל ימחה כיון שנוגע גם לו דאם אחר יחזיק יפסיד הבעל פירותיו. ואפילו אם כתב דו״ד אין לי בנכסייך אכתי נוגע לו לענין ירושה. ולדבריהם לדעת הפוסקים דמהני סילוק מירושה אם הסתלק מפירות וירושה כבר אינה סומכת על בעלה ואם לא מחתה יהיה חזקת המחזיק חזקה. ומה שהקשה הב״ש בס׳ פ״ז סק״ג לפוסקים דמהני סילוק מירושה אמאי לא משני דהא דאשת איש צריכה למחות מיירי כשכתב לה דו״ד וסילק עצמו מפירות וירושה תירץ שם רע״א שהגמ׳

שואלת על רב לשטתו דס״ל בכתובות פד. דלא מהני סילוק בירושה. ולרווחא דמלתא הוסיפו התוס׳ דקי״ל כן דאפילו לסוברים דלא קי״ל כרב הכא פריך ארב לשטתו. וכ״כ הקצה״ח בס׳ קמ״ט סק״ג. ב. הב״ש הנ״ל בס׳ פ״ז סק״ג לומד בדעת הרשב״א שהובא בב״י חו״מ ס׳ קמ״ט דמה שסומכת על בעלה אינו משום שצריך למחות משום פסידא דידיה אלא שסומכת שימחה בשבילה מפני שהוא כאפוטרופוס של אשתו. ולדבריו אפילו באופן שאין לבעל שום צורך למחות בשביל עצמו כגון שהסתלק מפירות ומירושה מ״מ סומכת עליו שימחה בשבילה. גם זה הובא בקצות ס׳ קמ״ט סק״ג ע״ש. ג. הרשב״ם בד״ה רב יוסף כתב עוד טעם שאין מחזיקין בנכסי אש״א דכיון שהפירות שאוכל המחזיק אינם של האשה אלא של בעלה אין סיבה שתמחה דהא אינו לוקח מהאשה כלום אלא משל בעלה. לפי סברא זו אם הסתלק הבעל מפירות אף שעדיין נוגע לבעל לענין ירושתו כמש״כ התוס׳ מ״מ כיון שלוקח פירות של האשה היתה צריכה למחות.

הרמ״ה באות קצ״ז [והובא בטור חו״מ ס׳ קמ״ט] כתב דכמו שמבואר בגמ׳ דבעל שחפר בורות בנכסי אשתו יש לו חזקה כך הא דאין מחזיקין בנכסי אש״א שנאמר לגבי אחר הוא דוקא שלא חפר בורות אבל חפר בורות אית ליה חזקה. וזה מתאים לסברת הרשב״ם שמה שאין מחזיקין בנכסי אש״א הוא מפני שהמחזיק שאוכל פירות אינו לוקח כלום מהאשה ולמה תמחה. וכן מבואר בלשון הרמ״ה כסברת הא״נ של הרשב״ם. אבל כשחופר בורות שמזיק הגוף של האשה היה לה למחות. אבל לסברת התוס׳ שסומכת על בעלה מפני שיש לבעל הפסד וכן לסברת הרשב״א שסומכת עליו שימחה בשבילה ה״ה שסומכת עליו שימחה על חפירת בורות.

עוד כתב שם הרמ״ה שמדין זה דאין מחזיקין בנכסי אש״א יש ללמוד למאן דזבין פירי דארעיה לחבריה ובא אחר ואכל פירות ג׳ שנים דאין לו חזקה וכ״כ הריטב״א שאם משכן חצרו לחברו ובא אחר ואכל ג׳ שנים לית ליה חזקה. וגם זה תלוי בטעמים הנ״ל שלסברת הא״נ של הרשב״ם בודאי גם בזה אין חזקה כיון שאין לוקח כלום מן הבעלים דהפירות אינם שלו. וכן לסברת התוס׳ י״ל דה״נ סומך על חברו שימחה בשביל עצמו אבל סברת הרשב״א שסומכת על בעלה מפני שהוא אפוטרופוס שלה לא שייך בממשכן או מוכר שדהו לפירות וא״כ היה לו למחות אף שמכר הפירות לאחר.

כגון שחפר בורות. שיטת הרשב״ם דלתי׳ הראשון דמה שאמרו אין חזקה לנזקין היינו אין דין חזקה, בחפירת בורות אית ליה חזקה לאלתר. ולאיבע״א גם בחפירת בורות יהיה חזקתו רק לאחר ג׳ שנים. גם הרשב״א ס״ל בזה כרשב״ם דלתי׳ קמא חזקתו של הבעל כשחפר בורות הוא לאלתר. ומוסיף הרשב״א דאע״ג דבכל חזקה תוך ג׳ שנים יש ריעותא דאחוי שטרך הכא שאני דכיון שיש חזקה שאין אדם רואה שמקלקלין קרקעו ושותק ולוקח נמי בוטח בזה שלא יערער עליו מעתה ואינו נזהר טפי בשטרו. ומדמה הרשב״א להא דאיתא לעיל לה: ואי דלי ליה צנא דפירא לאלתר הוה חזקה. וע׳ בקצה״ח ס׳ קל״ה סק״ב שגם למד מהא דדלי ליה צנא דפירי דהיכא דאית ליה חזקה אלימתא לא אמרינן אחוי שטרך ובזה מבאר הא דעבד קטן אית ליה חזקה לאלתר אע״ג דדרך לכתוב שטר על עבדים ואיכא ריעותא דאחוי שטרך מ״מ כיון דאיכא חזקה דאימא לא מנשיא ברה מהני גם תוך ג׳. והיה אפ״ל דכונת הקצות דכיון דאיכא חזקה אלימתא כח החזקה עדיפא מהריעותא דאחוי שטרך אבל בדברי הרשב״א מבואר דבאופן דאיכא חזקה אלימתא ליכא כלל ריעותא דאחוי שטרך דכמו שאחר ג׳ שנים בטוח בעצמו ואינו שומר השטר כך אחרי דלי צנא דפירי או אחר שהמחזיק חפר בורות המחזיק בטוח שכבר לא יערער ואין נזהר יותר בשמירת השטר.

הרמב״ן והריטב״א פליגי וס״ל שגם לתי׳ הראשון אין חזקתו חזקה, אף שחפר בורות, עד

אחר ג׳ שנים [וע׳ בריטב״א וברמב״ן איך שמבארים פשט באין להם דין חזקה לפי שיטתם]. הרמב״ן ס״ל דגם בחפר בורות בעינן ג׳ שנים דאל״כ איכא ריעותא דאחוי שטרך ולא ס״ל סברת הרשב״א הנ״ל דאחר חפירת בורות אין ריעותא במה שאינו שומר את השטר. והריטב״א חולק מטעם אחר דס״ל דחפירת בורות מהני רק בצירוף אכילת פירות ג׳ שנים ואע״ג דבאכילת פירות לבד אין לבעל חזקה בנכסי אשתו דאינה מקפדת אבל על אכילת פירות יחד עם חפירת בורות מקפדת ולריטב״א בעינן אכילת פירות עם חפירת בורות אבל ברמב״ן לא מפורש דבעינן אכילת פירות אלא רק דבעינן ג׳ שנים ויתכן דסגי במה שמחזיק ג׳ שנים ע״י חפירת בורות וגם הרשב״ם באיבע״א דכתב דבעינן ג׳ שנים לא הזכיר אכילת פירות.

ויש לעיין לשיטת הריטב״א דבעינן חפירת בורות וג׳ שנים אכילת פירות האם בעינן דוקא שכתב לה דו״ד אין לי בנכסיך שאז יש ראיה קצת מאכילת פירות ומצטרף לחפירת בורות א״ד עיקר החזקה הוא מכח חפירת בורות אלא שאם אינו אוכל פירות אינה מקפדת גם על חפירת בורות אבל כשאוכל פירות אף שמגיע לו ע״פ דין מ״מ כיון שלוקח פירות אינה מוחלת על חפירת בורות. וע׳ ביד רמ״ה באות קצ״ה שכתב בהדיא דבעינן חפירת בורות עם אכילת פירות ודוקא שכתב דו״ד אין לי בנכסייך דאל״כ הוי כאילו לא אכל כלל. והטור חו״מ ס׳ קמ״ט מביא דברי הרמ״ה וכתב ונר׳ דאפילו אם לא כתב לה כן יש לו בהם חזקה אם חפר בורות ע״ש. ויש להסתפק בכונת הטור אם כוונתו דסגי בחפירת בורות בלי אכילה כלל ולכן ס״ל דלא בעינן שיכתוב דו״ד או שמודה לרמ״ה דבעינן אכילת פירות וחולק רק דלא בעינן שיכתוב דו״ד דכל שאוכל אינה מוחלת חפירת בורות. ומלשון הטור נר׳ יותר דמודה דבעינן אכילה וחולק רק דלא בעינן כתיבת דו״ד. נמצא דמה שהסתפקנו בדעת הריטב״א הוא מחלוקת הרמ״ה והטור.

הנתיבות בס׳ קמ״ט סק״ג הקשה על הא דמבואר כאן דאית ליה לבעל חזקה ע״י חפירת בורות הא מבואר בכמה מקומות דחזקת ג׳ שנים הוא דוקא ע״י אכילת פירות ובעינן דוקא שיאכל כדרך הבעלים ואפילו זרע רצופין באתרא דמוברי לית ליה חזקה כ״ש במזיק ממש. וכתב דמיירי שהיה הבעל צריך לבורות לאכול פירות מהבורות וחפירת הבורות הוא בכלל אכילת פירות ע״ש. וע׳ בשיטמ״ק בשם הר״י מגש שלומד בפשט אחד שבאמת בעל שטוען שקנה הגוף מן האשה לית ליה חזקה אפילו בחפירת בורות ומה דמבואר בגמ׳ דאית ליה חזקה היינו רק לענין שאינה יכולה לעכב ולסתום את הבורות דהחזיק בשימוש זה אבל אין לו חזקה לענין טענת לקוח על גוף הקרקע. ודבריו הובאו בגאון אבה״ע ס׳ פ״ז סק״א.

ר׳ יוסף אמר לעולם באחר. נחלקו הראשונים אם ר׳ יוסף פליג על התי׳ הראשון וס״ל שבעל אין לו חזקה אפילו בחפירת בורות או ששני התירוצים אמת להלכה ולא פליגי. הרמב״ם כתב בפי״ג מטו״נ ה״ח דבעל לית ליה חזקה אע״פ שכתב דו״ד ואכל ג׳ שנים ובנה והרס. וכתב ה״ה דטעמו דפסק כרב יוסף ולית ליה תי׳ קמא. ולדבריו יש ג׳ שיטות בגמ׳ לתי׳ קמא סגי בחפירת בורות בלי ג׳ שנים [לרשב״ם] לאיבע״א בעינן חפירת בורות וג׳ שנים. לרב יוסף אפילו ג׳ שנים עם חפירת בורות לא מהני. אך הטור בס׳ קמ״ט כתב בשם הרמ״ה דמהני חפירת בורות עם אכילת פירות ג׳ שנים דס״ל דרב יוסף לא חולק. אך כ״ז להבנת ה״ה אבל הרמ״א בס׳ קמ״ט סע׳ ט׳ לומד שהרמב״ם והרמ״ה לא פליגי ובנה והרס דכתב הרמב״ם אין זה חפירת בורות שנזכר בגמ׳. וע׳ בזה בסמ״ע סקי״א ובגאון סקי״ב.

תוד״ה מגו. ע׳ בדברי התוס׳ ובדברי הרמב״ן כאן בקצה״ח ס׳ קמ״ט סק״ד. ובמה שקשה מכאן לראשונים דס״ל דיורד ברשות לית ליה חזקה לעולם אפילו שידוע שעברו ג׳ שנים

מגמר זמן המשכנתא או האריסות ע' מש"כ בזה הרמב"ן הרשב"א והריטב"א.

דף נא.

לימא לגלויי זוזי הוא דבעי. נחלקו הרשב"ם והתוס' עם הרמב"ן בביאור הענין של גילויי זוזי. דאיתא בסמוך דל זוזי מהכא ותיקני בשטרא. דהיינו מה נ"מ אי איכא טענת גלויי זוזי או לא הא בל"ה יתקיים המקח ע"י השטר. והקשה הרשב"ם בסוד"ה א"ל דכמו שטענת גלויי זוזי הוא סברא לבטל המקח שנעשה ע"י כסף כך יתבטל בטענה זו גם הקנין שנעשה ע"י השטר שגם השטר כתב כדי לגלויי זוזי. ותי' הרשב"ם דכל כך לא מסיק אינש אדעתיה. ואינו מובן אמאי לא אסיק אדעתיה הא בלי שטר לא תתן כסף וע' בתורי"ד שהקשה כן על דברי הרשב"ם. עכ"פ מבואר ברשב"ם שטענת גילויי זוזי הוא טענה שלא גמר ומקנה דלא הקנה אלא כדי לגלויי זוזי. ויש בטענה זו גם כדי לבטל קנין השטר אלא דלא חיישינן שכתב השטר כדי לגלויי זוזי. וכן מבואר בתוד"ה דל שכתבו דשאלת הגמ' ת"ל משום שטרא הוא דוקא בשטר שנכתב אחרי קבלת הכסף בזה אין מקום לטענת גילויי זוזי אבל היכא דכתב השטר לפני קבלת הכסף גם קנין השטר יתבטל בגלל טענת לגלויי זוזי. והרמב"ן חולק וס"ל דאין הפשט בגילויי זוזי שלא גמר ומקנה שאין גילויי זוזי אונס לבטל מכירתו. ואין זה אלא סברא לגבי קנין כסף שאם קונה בקנין כסף יש טענה שהכסף שקיבל אינו שלה. ונאמן בטענתו לאחר שהוא תפוס במעות כמבואר בתוד"ה ברם. וממילא ליכא קנין דלא קיבל מעות מהקונה אבל אם כתב שטר אין שום סיבה לבטל הקנין בטענת גילויי זוזי. וכדברי הרמב"ן כתב גם התורי"ד ע"ש.

הרמב"ן מקשה על מש"כ התוס' דמיירי בנתנה דמים ואח"כ כתב שטר א"כ מה אמרו דבמכר שטר אינו קונה ונשאר הקנין מכח הכסף א"כ שפיר יש נ"מ אי איכא טענת לגלויי זוזי או לא, הא אחרי נתינת דמים בודאי שטר קונה במכר ואכתי קשיא ת"ל משום שטרא. ובדעת התוס' צ"ל דעל הצד שיש טענת גילויי זוזי חייבת ליתן דמים אחרים ולא יחול הקנין ע"י השטר [ע' ברמב"ן שכתב בעצמו שכן צ"ל לדעת התוס' אך לא נראה לו לפרש כן]. דהיינו שהרמב"ן ס"ל שאם נתינת המעות היה לפני כתיבת השטר אפילו אי איכא טענת גילויי זוזי על קבלת המעות זה רק גורם שהכסף אינו קונה ואכתי תקנה מכח השטר והוי כשטר מתנה שקונה בלי דמים כיון שכבר קיבל הדמים ואף שעל הדמים יש טענת גילויי זוזי אינו תובע דמים אחרים ויחול הקנין מכח השטר כדין שטר מתנה, והגמ' מיירי בשטר שלפני דמים ובזה אמרו ששטר לא קונה במכר אלא הדמים ושוב יתבטל קנין הדמים בטענת לגלויי זוזי.

נמצא דנחלקו התוס' והרמב"ן היכא דאיכא טענת גילויי זוזי ובאים לקיים המקח בגלל השטר אם יכול לתבוע דמים אחרים. לתוס' יכול לתבוע דמים אחרים לכן חשיב מחוסר דמים ושטר לא קונה ולרמב"ן בכה"ג אינו מחוסר דמים והוי כמתנה ששטר קונה. [ומה שכתבו התוס' בעמ' ב' ד"ה ברם דהיכא דאיכא סברת לגלויי זוזי ומתקיים המקח בגלל השטר הוי מתנה, זה למ"ד דאית ליה טענת דל זוזי ת"ל משום שטרא והכא קאי למאן דדחה טענה זו דס"ל דאי אמרינן לגלויי זוזי אין המקח מתקיים ע"י השטר משום דהוי מכר דחייבת דמים אחרים]. וע' בנתיבות בס' ס"ב סק"ו שהקשה בתוך דבריו מה הקשו דל זוזי מהכא ת"ל שיתקיים המקח ע"י השטר הא אכתי נ"מ אי יכול לתבוע דמים אחרים דאי איכא טענת גילויי זוזי אף שהמקח קיים מכח השטר יכול לתבוע דמים אחרים ואי ליתא לטענת גילויי זוזי אינו יכול לתבוע דמים אחרים. טענה זו היא לכאורה רק לשיטת התוס' ולא לרמב"ן. דלרמב"ן כיון שמכר בשביל דמים אלו אף שיש טענה שהם שלו אינו יכול לתבוע דמים אחרים.

סברת המ"ד דלית ליה טענת גילויי זוזי כתבו הרמב"ן והריטב"א דכיון שהסכים למכור

בשביל מעות אלו הוי כהודאת בע״ד שהמעות הם שלה. וכן צ״ל בדעת תוס׳ ד״ה דל. דמה שכתבו התוס׳ בד״ה ברם שסברת המ״ד דלית ליה גילויי זוזי הוא בגלל שס״ל כקושית הגמ׳ דל זוזי ת״ל משום שטרא, בתוד״ה דל מוכח דלא ס״ל כן [עיין בחי׳ ר׳ שמעון שכ״כ] שכתבו שהגמ׳ יכלה לתרץ נ״מ מסברת לגלויי זוזי במקום שאין כותבין שטר הרי דס״ל דמאן דלית ליה גילויי זוזי ס״ל שגם בלי שטר יחול הקנין בכסף לבד ועכצ״ל כסברת הרמב״ן דס״ל דחשיב כמודה שהמעות שלה. ועיין לקמן בעמ׳ ב׳ שכתבנו שדברי התוס׳ שם נאמרו רק בדעת ר׳ אבא ור׳ אבהו.

הרמב״ם בפכ״ב מאישות הכ״ט מביא הדין של גלויי זוזי בזה״ל ואם היו מעות טמונים לא קנתה שהבעל אומר לא מכרתי אלא כדי להראות המעות שטמנה ואותן המעות שנראו ילקח בהן קרקע והבעל אוכל פירות עכ״ל. לשון הרמב״ם לא מכרתי אלא כדי להראות המעות הוא כשיטת התוס׳ והרשב״ם שטענתו שלא כוון להקנות אלא רק לגלויי זוזי. והרמב״ם מוכרח לפרש כן. דמבואר בדברי הרמב״ם שגם כשמוציא המעות מידה וטוען שהם שלו אינו נאמן לומר שזה לגמרי שלו שגזלה ממנו או שזה מציאתה או מעשה ידיה שהם שלו לגמרי אלא נאמן רק לומר שמגיע לו פירות כדין נכסי מלוג. וכיון שגוף המעות שלה הרי ראוים מעות אלו לעשות קנין ואין בזה סיבה לבטל את המקח מכח שלא היו המעות של הקונה דלקנין כסף מספיק מה שגוף המעות הם של הקונה. לכן ע״כ צריך הרמב״ם לפרש כתוס׳ שטענתו שלא התכוין להקנות אלא רק לגלות המעות של נכסי מלוג שהיו טמונים. והרמב״ן שמפרש שאין כאן קנין כסף מפני שהכסף אינו של הקונה כתב בהדיא שהבעל נאמן לטעון שהמעות הם ממציאתה או ממע״י והגוף שלו לכן ליכא קנין כסף דאין המעות של הקונה. אבל הרמב״ם לשטתו אינו יכול לפרש כרמב״ן.

דל׳ זוזי מהכא ותיקני בשטרא. הרשב״א והריטב״א מביאים שבעל העיטור הקשה אולי מיירי שהשטר לא היה כתוב בלשון קנין אלא בלשון הודאה ושטר זה אינו ראוי לעשות קנין ובזה יהיה נ״מ אי אמרינן שהכסף ניתן לגלויי זוזי או לא. ולמד מזה בעל העיטור שגם שטר שנכתב בלשון הודאה יכול לעשות קנין. ואף דלשון הברייתא שמובא בסמוך בשטר כיצד כתב לו וכו׳ שדי מכורה לך שדי קנויה לך שהוא לשון הקנאה ה״ה דמהני לשון עבר. וע׳ במגיד משנה פ״א ממכירה ה״ז שכתב בשם קצת המפרשים דהני שטרי דידן דכתיב בהו מכרתי או נתתי שהוא לשון עבר מהני ולא אמרינן דלשונות אלו אינם לשון הקנאה אלא לשון הודאה ומסיים ה״ה ואיכא מאן דפליג והראשון עיקר. וע׳ בר״ן בקידושין כ״ו שכתב דשטר מכר כהני דידן אע״פ שכתוב בהן ומכרתי ונתתי לשון עבר שטר קנין הוא כמו נתתי כסף השדה. אבל מאידך מפורש בר״ן שם דלשון הודאה ממש כגון שכתוב שמודה שמכר או מודה שהשדה הוא של פלוני לא מהני לקנין. [לשון הר״ן בזה הובא בכ״מ פ״א ממכירה ה״ד]. הטור פסק בסוף ס׳ קצ״א דשטרי דידן אינם אלא לראיה ואין הקרקע נקנה על ידם. ומקורו משו״ת הרא״ש כמו שמביא הב״י שם וכתב שזה דלא כבעה״ע והר״ן וה״ה בשם קצת מפרשים. ובשו״ע שם סע׳ ג׳ פסק המחבר דשטרי דידן שטרי קנין והרמ״א מביא את דברי הר״ן שאם כתב בפירוש לשון הודאה לא מהני. וכתב ע״ז הגאון בסק״ו שדברי הרמ״א בשם הר״ן הם דלא כאותם הראשונים שהביאו ראיה דלשון הודאה מהני מב״ב נא. דל׳ זוזי מהכא וכו׳ דמי שמוכיח מכאן ע״כ ס״ל שגם לשון הודאה מפורשת מהני דאל״כ אכתי קשה אולי מיירי בלשון הודאה מפורשת.

נמצא שיש בזה ג׳ שיטות. א. שיטת הרא״ש בתשובה וכן דעת הנ״י כאן בשם הרא״ה דבעינן לשון הקנאה ממש דהיינו לשון עתיד שדי מכורה וקנויה אבל לשון עבר כשטרי דידן אינו אלא לשון הודאה ולא מהני לקנין. ב. שיטת הר״ן

וה״ה דשטרי דידן כשרים לקנין אבל לא מפני שלשון הודאה מהני לקנין אלא כלשון המחבר בס׳ קצ״א סע׳ ב׳ דשטרי דידן שטרי קנין הם דלשון מכרתי הוא לשון קנין כמש״כ הר״ן מקרא דנתתי כסף השדה. ג. שיטת בעל העיטור שאפילו לשון שא״א לפרשו לשון קנין דפירש לשון הודאה גם זה מהני לקנין. וכן דעת היד רמ״ה באות ר״ג. דהיינו דרוב הראשונים ס״ל דבעינן לשון קנין ופליגי אי לשון עבר הוי לשון קנין או לא ורק בעל העיטור והרמ״ה ס״ל דגם לשון הודאה מהני לקנין. ומה שמסיים הר״ן בקידושין בסוף דבריו וכן דעת הרב בעל העיטור אינו מובן דשיטת הר״ן אינו לגמרי כשיטת בעה״ע וכבר עמד בזה האבן האזל פ״א מכירה ה״ד ע״ש.

ביאור המחלוקת בזה נראה דתלוי בגדר קנין שטר. שאם גדר קנין שטר הוא דכמו שיש חלויות שחלים בדיבור כהפקר והקדש שאומר שיהא הפקר ונעשה הפקר, גם במקום שלא מהני דיבור אבל כתיבה ומסירת שטר מהני דכותב בשטר שדי מכורה ומוסר השטר לקונה בזה השטר נחשב מעשה קנין לפעול מה שכתוב בו באותה צורה שאמירה מועילה במקום דמהני אמירה. וא״כ פשוט שצריך להיות נוסח השטר כפי מה שהשטר צריך לפעול. שאם זה שטר מכר צריך להיות כתוב שהשטר עושה מכירה ובקידושין שהשטר מקדש ובגירושין שמגרש. לפ״ז פשוט שלשון הודאה לא מהני שהשטר עושה מה שכתוב בו. אבל בעל העיטור דס״ל דמהני לשון הודאה הוא משום דס״ל שגדר קנין שטר הוא מסירת ראיה לקונה שהדבר שרוצה להקנות הוא שלו ומסירת הראיה הוא מעשה הקנין. ואם זה גדר השטר אדרבה עיקר נוסח השטר הוא לשון הודאה ושדי מכורה מועיל רק מפני שגם בזה כלול הודאה ויהיה לקונה ראיה משטר זה. וע׳ בחי׳ הג״ר מאיר שמחה בקידושין כו: שמביא בשם הירושלמי שנוסח שטר מכירת האב את בתו לאמה הוא אני פלוני מכרתי את בתי לפלוני וכתב ע״ז האו״ש אלמא עיקרו של מכר כן. דהיינו דעיקר קנין השטר הוא מכח הראיה שבו לכן מהני לשון הודאה.

במחלוקת זו בגדר קנין שטר תלוי מה שדנים האחרונים בדברי התוס׳ בד״ה כתב שכתבו ששטר שנכתב על דבר שיכול להזדייף כשר לשטר קנין ופסול לשטר ראיה. והש״ך בס׳ מ״ב סק״ב מדייק מלשון התוס׳ בכתובות כא. דשטר שנעשה לקנין יכול אח״כ לשמש גם לראיה ורק שטר שעיקרו נעשה לראיה פסול ע״ג דבר שיכול להזדייף. ובקו״ש כאן אות רל״א כתב דע״כ צ״ל כן דאי נימא דפסול לראיה גם לקנין לא יועיל דעיקר קנין שטר הוא מסירת ראיה ואם אינו כשר לראיה חסר בעיקר הקנין. אך דבריו תלוים במחלוקת אחרונים בדעת הרמב״ם. דשיטת הרמב״ם דשטרות מדברי סופרים והקשו הראשונים מגיטין וקידושין וכתבו בדעת הרמב״ם דרק שטר ראיה הוא מדברי סופרים ושטר קנין הוא מן התורה ונחלקו האחרונים האם שטר שנעשה לקנין כשר לראיה מן התורה לדעת הרמב״ם. הגר״ח בפ״ג מעדות כתב שמהני גם לראיה. הקו״ש כאן ולקמן אות תר״ז מסתפק בזה וכתב דצ״ל דכשר גם לראיה דאל״כ גם לקנין לא יועיל. אך שיטת התומים בס׳ כ״ח סקט״ז הוא שלרמב״ם שטר קנין לא מהני לראיה. ומבואר דס״ל שגם שטר שלא מהני לראיה יכול לעשות קנין. וע׳ מש״כ בזה הקה״י יבמות ס׳ כ״ד. וענין זה תלוי במחלוקת הנ״ל שאם קנין שטר הוא שפועל מה שכתוב בו א״כ אין צורך שיוכל לשמש ראיה ואם יסוד הקנין הוא מסירת ראיה בעינן שיהיה ראוי לראיה.

בשטר מכר לא קנה עד שיתן דמיה.

יש לעיין בגדר דין זה אם האומדנא היא שאין רצונו לקנות ע״י השטר אלא שהכסף שאחר השטר יגמור את הקנין או שהקנין חל ע״י השטר אלא שהשטר יקנה רק לכשיקבל דמים. ולכאורה זה תלוי במה שנחלקו הראשונים בקידושין כו. בהא דכסף אינו קונה במקום שנהגו לכתוב שטר. דכתב שם הר״ן בשם י״מ שדין זה הוא רק

במקום שנהגו לכתוב שטר הראוי לקנין בזה אמרינן שרצונו לקנות בקנין שטר ולא בכסף ששטר הוא קנין טוב יותר. אבל במקום שהשטר אינו ראוי לקנות ולא נכתב אלא לראיה אין אומדנא שרוצה שלא יחול קנין הכסף עד נתינת השטר. ולדבריהם ה״ה איפכא מה ששטר אינו קונה במכר הוא מפני שרוצה שיחול ע״י קנין כסף דבכל אחד מהקנינים יש מעלה ותמיד רוצה לקנות בשני. אבל היכא שאין הדבר השני ראוי לקנין אין אומדנא שרוצה שלא יחול הקנין של הכסף עד השטר וה״ה שאין אומדנא שלא יחול קנין השטר עד קבלת הכסף אא״כ הכסף ראוי לקנין ואז רוצה שיחול הקנין ע״י הכסף. והר״ן חולק וס״ל שגם בשטר שאינו ראוי לקנין רוצה שלא יחול קנין הכסף עד כתיבת השטר ולדבריו ה״ה כאן גם אם הכסף אינו ראוי לקנין יכול לחזור מקנין השטר עד קבלת הכסף.

ונ״מ מזה במקום שקנו בשטר ע״ד לשלם ע״י מחילת מלוה שהוא כסף שאינו ראוי לקנין דזה דומה לכסף במקום שנהגו לכתוב שטר לראיה. לי״מ בזה נגמר הקנין ע״י השטר ולר״ן יכול לחזור עד מחילת המלוה. והיכא דקנה בשטר ע״ד דמים סתם ואח״כ רוצה לפרוע ע״י מחילת מלוה לדעת הי״מ לא יחול הקנין עד שיתן כסף הראוי לקנין ולא יועיל מחילת מלוה. וע׳ באבן האזל בפ״א ממכירה סוף ה״ז שלומד בדעת בעל העיטור שלא יגמר קנין השטר עד שיתן כסף הראוי לקנין ולא יועיל מחילת מלוה וזה כשיטת הי״מ. וראיתי בחי׳ הריטב״א כאן שדן בפירוש בענין זה ובתחילה לומד שהשטר קונה לכשיתן דמים והקשה ת״ל שיכול לקנות בדמים ותי׳ כגון שהיה מלוה שאינו קונה וקמ״ל דכשפורע הדמים קונה מכח השטר. ובסוף חוזר מזה וכתב דה״ק לא קנה עד שיתן דמים ובאותה שעה קונה בדמים ואם הדמים אינם ראוים לקנין אינו קונה בשטר ע״ש. וזה ממש כדברי האבה״א בדעת בעל העיטור.

תוד״ה אע״פ. הקשו מאי קמ״ל במה שאמרו אע״פ שאין בה ש״פ הא גם אם יהיה פרוטה לא יוסיף כלום כיון שהמוכר נותן השטר לקונה. וע׳ בראשונים שכתבו לישב בכמה אופנים. הרמב״ן והרשב״א כתבו דס״ד ששטר קונה בההיא הנאה דמקבל לוקח מיניה ממונא וכדאמרינן בקידושין ז. דאם נתנה ממון לאדם חשוב מתקדשת בהנאה שיש לה שהאדם חשוב מקבל ממנה. לכן ס״ד דבעינן שיהיה בשטר ש״פ כדי שיקבל המוכר הנאה ממה שמקבל הקונה ממון ממנו. והדברים צ״ב דרק באדם חשוב יש לנותן הנאה מקבלת המקבל וכי ס״ד דשטר קונה רק במקום שהקונה הוא אדם חשוב. וכעין זה הקשה המג״א בס׳ רכ״ג על הרא״ש שכתב דמקבל מתנה מברך הטוב והמטיב ולא שהחינו מפני שיש הנאה גם לנותן. שאם המקבל עני מקיים הנותן מצות צדקה ואם אינו עני יש לנותן הנאה ממה שהמקבל קיבל ממנו ממון. והקשה המג״א דהנאה זו איכא רק אם המקבל אדם חשוב ולמה כתב הרא״ש שבכל אדם מברך המקבל הטוב והמטיב. וכתב בזה הקצה״ח בס׳ ק״ץ סק״ד ע״פ דברי הר״ן בקידושין שהקשה כעין זה על הגמ׳ בב״מ מז. שמבארת סברת המ״ד דחליפין הן בכליו של מקנה דבההיא הנאה שהמקבל מקבל ממנו יש גם הנאה למקנה. והקשה הר״ן דרק באדם חשוב אמרינן הכי. ותי׳ דרק באדם חשוב יש לנותן הנאה ש״פ מקבלת המקבל. אבל בכל אדם יש הנאה כל דהו. ובקידושין דבעינן פרוטה לא מהני אלא באדם חשוב. אבל בחליפין דמהני גם פמש״פ סגי בכל אדם. ובזה מבאר הקצות דברי הרא״ש דלענין ברכת הטוב והמטיב סגי במה שיש לנותן הנאה קצת ואפילו פמש״פ. ועל דרך זה יש לישב גם דברי הרשב״א והרמב״ן דאין כונתם לומר דס״ד שכל הקנין של שטר הוא מכח הנאה זו דבודאי שטר אינו קנין כסף. אלא ס״ד דלא גמר ומקנה אא״כ יש למקנה הנאה מקבלת המקבל וסגי בזה גם בהנאה של פמש״פ, וזה יש בכל אדם. אך א״כ יהיה מוכח מדבריהם דרק בקבלת ממון ש״פ יש לנותן הנאה [באדם חשוב הנאה ש״פ

ובכל אדם הנאה פמש"פ] אבל מקבלת ממון פמש"פ לית ליה לנותן הנאה כלל. וזה דלא כר"ן הנ"ל דס"ל שגם בקבלת פמש"פ [שהרי בחליפין סגי בנתינת ממון פמש"פ ומהני מפני הנאת הנותן מקבלת המקבל] יש לנותן הנאה.

ולמה כתב לשון מכר ליפות את כחו. שיטת הרשב"ם שכתב בשטר אחד גם לשון מכר וגם לשון מתנה וכיון שהלשונות סותרים זא"ז תולים שבאמת היה מתנה וכתב לשון מכר ליפות את כחו לענין אחריות ולשון מתנה כתב משום יפוי כח דבר מצרא. וכיון שהאמת היא שזה מתנה נקנה בשטר. והקשו התוס' דמבואר דב"מ קח: דמתנה דאית בה אחריות יש בה משום דינא דבר מצרא. ולכן פרשו שכותב ב' שטרות באחד לשון מתנה לחוד ויוציאנו לסלק הבר מצרא ואחד לשון מכר לחוד בשביל האחריות. והקשה הסמ"ע בס' ר"מ סק"ו למה מותר להצניע השטר של מכר ולרמות את הבר מצרא. הרי האמת היא שזה מתנה עם אחריות ודינו כמכר. וכתב בזה הנתיבות שם בסק"א שאם יודע שהאמת הוא שזה מתנה אין זה רמאות. וביאור דבריו דרש"י כתב בב"מ קח: שהטעם שמתנה עם אחריות יש בו דינא דבר מצרא הוא משום שתולים שזה מכר שאין דרך לכתוב אחריות על מתנה. א"כ פשוט שאם יודע האמת שזה מתנה אף שיש אחריות אין דינא דבר מצרא ממילא אין זה רמאות שמצניע שטר המכירה. ועל דרך זה כתב הריטב"א כאן לישב קושית התוס' על רש"י דמירי הכא שידוע שהיה מתנה אף שיש בו אחריות ולכן אין בזה דינא דבר מצרא. וצריך להבין כוונת הריטב"א בזה דאיזה יפוי כח יש ע"י כתיבת לשון מתנה בשטר דממ"נ אם ידוע שזה מתנה גם אם לא יהיה כתוב לשון מתנה אין בזה דינא דבר מצרא ואם כשיוציא את השטר לא יהיה ידוע הרי ידונו אותו כמתנה עם אחריות וא"כ מה מרויח מכתיבת לשון מתנה בתוך השטר הרי אחריותו בצידו. אך לשון הרשב"א שהובא בר"ן כתובות מד. ובה"ה פ"ה מזכיה ה"ח דמתנה עם אחריות נידונת כמכר משמע יותר שמתנה זו דינה כמכר ולא משום שחיישינן שבאמת היה מכר וכתב מתנה להערמה. והוא מדברי הרשב"א כאן יעו"ש. אך עיקר דברי הרשב"א שמחלק בין אם כתוב האחריות במתנה עצמה או שכתב האחריות בלשון מכר קשה להבין הסברא בזה וע' ברמב"ן שדחה פשט זה וע"ע מש"כ על דברי הרשב"א המל"מ בפ"ה מזכיה ה"ח.

ואור"ת וכן ר"י וכו'. המהרש"א הבין פשט בתי' הראשון של תוס' דס"ל שכל שטר מכר תולים שבאמת היה מתנה וכתב לשון מכר רק כדי להתחייב אחריות. ולכן הקשה המהרש"א היכי משכחת לה הא דאמר שמואל אבל שטר מכר לא קנה הרי כל שטר מכר תולים בשטר מתנה. ומהמשך דברי המהרש"א משמע דס"ל דהוי מתנה ממש שאינו חייב לשלם דמים. וזה חי' גדול לומר שנפרש כל שטר שבא לפנינו בלשון מכר לחוד ונאמר דהוי מתנה. ובדברי הרשב"א והריטב"א מבואר שלא למדו בר"ת כמו המהרש"א. דכתבו שלדברי ר"ת דברי ר"א דאמר במתנה ביקש לתנה לו אינם תירוץ חדש אלא הם הסבר לתי' של מוכר שדהו מפני רעתה. דלעולם בעלמא לשון מכירה בודאי הוא מכירה ממש דאין סיבה לשנות משמעות לשון השטר. [אא"כ יש ב' לשונות הסותרים כפרשב"ם]. ורק במוכר שדהו מפני רעתה אמרינן דאע"ג דכתב לשון מכר, במתנה ביקש ליתנה לו וכתב לשון מכר בשביל אחריות. וגם בזה אין הכונה מתנה ממש שאין הלוקח משלם דמים, אלא מתנה היינו שאינו מעכב קנין השטר עד קבלת המעות ככל מכר דכיון שמוכר מפני רעתה רצונו שיתקיים המקח מיד ע"י השטר כמו במתנה אבל לעולם אין זה מתנה ממש, כן מבואר בשיטמ"ק בשם ר' יונה.

הרמב"ם בפ"א ממכירה ה"ז מביא להלכה את התי' של מוכר שדהו מפני רעתה. והקשו ה"ה והכ"מ אמאי פסק הרמב"ם כתי' הראשון ולא כר' אשי. ותי' ה"ה דס"ל דהתי' של ר"א

הוא הסבר בדברי התי׳ הראשון וזה כפירושם של הריטב״א והרשב״א בדעת ר״ת.

בסוה״ד כתבו התוס׳ ומיהו קשה אמאי בעי שטר באיקני סגי. וב׳ דרכים נאמרו בביאור דבריהם. הרש״ש כתב דצ״ל באי קנה וכונתם דאם כתב לשון מתנה כדי שיחול הקנין מיד ע״י השטר לפני קבלת מעות, הא יכול לעשות זאת בלי כתיבת לשון מתנה ע״י שיקנה הקרקע בקנין סודר וסברי התוס׳ כשיטה שהובא בר״ן בקידושין שרק שטר לא קונה במכר עד קבלת כסף אבל סודר כן קונה [ע׳ בב״י ס׳ קצ״א בד״ה כתב הרשב״א ובס׳ קצ״ה ד״ה ובשאילת שמביא מחלוקת ראשונים בזה]. ובהגהות חת״ס כתב שכונת התוס׳ דכדי שיחול ע״י השטר לא צריך לכתוב לשון מתנה דיכול לפרש אי בעי בשטר איקני ואי בעי בכספא איקני כמו שכתבו בד״ה דל. ולשני פירושים אלו מבואר דכונת הגמ׳ במתנה ביקש ליתנה לו אין הכונה מתנה ממש אלא כדברי ר׳ יונה שיחול הקנין לפני קבלת המעות וע״ז הקשו דיכול לעשות כן ע״י קנין סודר לרש״ש, וע״י אמירת אי בעי לחת״ס. אבל להבנת המהרש״א לשון מתנה גורם שיהיה מתנה ממש לא מובן מה הקשו באיבעי סגי.

לא ניחא ליה. לשוויה נפשיה עבד לוה. ברשב״ם משמע דאין זה דוקא מפני שאינו רוצה להיות משועבד לעבדו ולאשתו אלא כל שיש אפשרות לפרש באופן שלא ישתעבד מפרשינן כן. אבל הרש״ש כתב שזה סברא מיוחדת באשתו ועבדו שאין רצונו להשתעבד להם. וכן מבואר בשיטמ״ק בשם הר״ן שכתב שאינו רוצה להיות עבד לאשתו שהיא משועבדת לו. וכן הוא לשון הרמב״ן בסד״ה מן האשה דלא ניחא ליה לשווי נפשיה עבד לעבדיו.

תוד״ה לוה. הקשו מאי רבותא נקט ושחררו וגרשה. והקשה החזו״א דלגבי אשה שפיר איכא רבותא דס״ד שיכול לעכב המעות בטענה שהם של נכסי מלוג והוא אוכל פירות אבל אם נתגרשה יצטרך להחזיר לה קמ״ל דנאמן הבעל לטעון שהם לגמרי שלו ואפילו גירשה אין לה עליו כלום. וביאור תירוץ התוס׳ הוא דאמנם כשתפס הבעל המעות והוא מוחזק בהם לא חיישינן שנתנו לאשה ע״מ שאין לבעלה רשות בו ויכול הוא לאכול פירות אבל אכתי יש מקום לחשוש שניתן לעבד בקנין לאחר זמן שיזכה לכשישתחרר ולאשה שתזכה לכשתתגרש ואז היה צריך להחזיר בשעת שחרור וגירושין קמ״ל דלא חיישינן לזה.

דף נא:

תוד״ה לא ניחא ליה. כתבו דלגבי עבד אין חילוק בין לוה למכר דמה שקנה עבד קנה רבו. דהיינו שגם בלי טענת גילויי זוזי לא חל מכירת האדון לעבד דאפילו אם מכר האדון לעבד חוזר האדון וזוכה כדין מה שקנה העבד קנה רבו. [ראיתי בספר אמת ליעקב להגר״י קמינצקי זצ״ל שלמד מכאן שגם מה שקונה העבד עם ממון שניתן לו ע״מ שאין לרבו רשות בו זוכה בו האדון ולא אמרינן שמה שקנה הוא חליפי המעות ויהיה דינם כדין המעות שהיו שלו ע״מ שאין לרבו רשות בו]. ומבואר בתוס׳ שהאדון זוכה גם במה שקנה העבד מהאדון. וע׳ ריטב״א קידושין כג: שכתב בשם י״א שכמו שהנותן מתנה לאשתו אין הבעל אוכל פירות דנותן בעין יפה כך הנותן לעבדו זכה העבד ואין לרבו רשות בו. וכוונתם דסתם אדון שנותן לעבדו הוי כפירש ע״מ שלא יהיה לרבו רשות בו. והריטב״א חולק וס״ל דלא מיבעי דאין לעבד יד לקנות מרבו אלא אפילו אם זיכה לו ע״י אחר לא קנה דמה שקנה העבד קנה רבו. דהיינו דס״ל שבמה שנותן האדון לעבדו לא כלול תנאי שלא יזכה האדון חזרה מהעבד. ע׳ בחזו״א אבה״ע ס׳ ע״ג סקט״ו שכתב שלולא דברי הריטב״א היה נראה דסתם נותן לעבדו הוי כהתנה שלא יזכה חזרה דאל״כ לשם מה נתן לו. אך בריטב״א מבואר דלא ס״ל כן. וכן נפסק בשו״ע יו״ד ס׳ רס״ז סע׳ כ״ב שהאדון זוכה גם במתנה שהוא נותן לעבדו. הריטב״א שם מוסיף בסוף דבריו דאם התנה האדון בפירוש בשעה שנתן מתנה לעבד שלא יהא לו רשות בו

מסתבר דמהני כמו שמועיל תנאי של אחר וכ״ש הוא ומסיים הריטב״א ועדיין צ״ע. דהיינו שיש צד לריטב״א לומר שאפילו אם התנה האדון בפירוש לא יועיל תנאו וחוזר וזוכה. וע׳ בחזו״א הנ״ל שמבאר שהאדון אינו יכול להקנות לעבדו דהוי כנותן לעצמו ולא שייך בזה קנין כלל ע״ש.

א״כ דברי התוס׳ כאן שכתבו שהאדון שמוכר לעבדו חוזר האדון וזוכה יש לבאר בב׳ אופנים. א. דס״ל דסתם הקנאת האדון לעבדו אינו כולל תנאי שלא יחזור ויזכה כמבואר בריטב״א. ב. יתכן שס״ל דהוי כהקנה ע״מ שאין לרבו רשות בו אבל ס״ל כצד של הריטב״א שלא מהני תנאי של האדון למנוע זכייתו במה שקונה העבד מהאדון.

ר׳ אבא ור׳ אבהו וכל גדולי הדור אמרו וכו׳. שיטת הרשב״ם דס״ל דבעל שכותב שטר מכירה לאשתו תולים שבאמת היה מתנה ומה שכתב לשון מכר היה ליפות את כתה שיהיה לה אחריות. וכיון שזה מתנה אינו אוכל פירות ופליגי על ר״ה בר אבין. ומה דלעיל סובר הרשב״ם שרק כשיש בשטר ב׳ לשונות הסותרות דהיינו לשון מכר ולשון מתנה תולים במתנה וכאן תולים שזה מתנה אף שאין בו אלא לשון מכר לחוד הוא מפני שאשתו שאני כמבואר ברשב״ם ד״ה במתנה. שיטת ר״י שגם באשתו לא היינו תולים במתנה כשיש בשטר רק לשון מכר אבל ס״ל דסברת גלויי זוזי גורם שלא יחשב מכר דמה שמתקיים המקח הוא מכח הטענה דדל זוזי מהכא ותיקני בשטר וזה גורם שהמכר הוי כמתנה ולכן אינו אוכל פירות. וגם ר״ת ס״ל כן אלא שלומד שלפיכך כתב לשון מכר כדי לגלות שרוצה לאכול פירות אף שבאמת זה מתנה ולא מכר.

למה שכתבו התוס׳ שמה שהמקח קיים למאן דס״ל שטענת גילויי זוזי אינו מבטל המקח הוא לא משום דלית ליה גילויי זוזי אלא דס״ל טענת דל כספא ותקני בשטרא צ״ב מה קושית הגמ׳ מיתיבי לוה מן העבד וכו׳ בשלמא לסברת הרמב״ן דמאן דלית ליה גילויי זוזי ס״ל דחשיב כמודה שהמעות שלה א״כ קשה אמאי לוה מן האשה אינו חייב לפרוע הא כשלוה ממנה הוי כמודה שהמעות שלה. אבל לתוס׳ שכו״ע מודו שיש טענה לגלויי זוזי ומה שהמקח קיים הוא משום דהשטר קונה והוי מתנה א״כ מה קשה מלוה מן האשה דכיון שעל המעות יש טענה דלגלויי זוזי עבד ואחר שתפס המעות נאמן לטעון שהם שלו לכן לכו״ע פטור מלשלם לאשה ולעבד. וע׳ במהרש״א שהקשה כן. ולכאורה נראה דכבר נתבאר דמהתוס׳ לעיל ד״ה דל מוכח דס״ל כרמב״ן שמאן דלית ליה גילויי זוזי הוא משום דס״ל דחשיב כמודה שהמעות של האשה וכל דברי התוס׳ כאן נאמרו רק בדעת ר׳ אבא ור׳ אבהו וג׳ שיטות יש בזה. א. לצד של הגמ׳ לעיל דלא אמרינן גילויי זוזי היינו דלא אמרינן כן כלל דהוי כהודאה שהמעות שלה. ב. לצד שאמרינן, המקח בטל לגמרי ולא מתקיים לא ע״י הכסף ולא ע״י השטר דשטר לא קונה במכר בלי מעות כמבואר לעיל. ג. ר׳ אבא ור׳ אבהו ס״ל דלגבי הכסף אמרינן גילויי זוזי והמקח מתקיים ע״י השטר והוי מתנה. ושאלת הגמ׳ מיתיבי הוא לר״ה בר אבין דס״ל דהמוכר שדה לאשתו קנתה והבעל אוכל פירות דס״ל דהוי מכר ולא מתנה ולדבריו גם התוס׳ מודו דליכא לסברת גילויי זוזי כלל וחשיב כמודה שהמעות שלה וע״ז שפיר הקשו מהלוה מן האשה אמאי אינו חייב לפרוע.

עוד כתבו התוס׳ דמה שיכול לטעון שמכר לגלויי זוזי והמעות הם שלו אע״פ שאינו יכול להוציא ממנה בדין שנאמנת היא לומר שהמעות הם שלה כ״ז שנמצא בידה מ״מ אם תקף ממנה או שהוציא מידה דרך ערמה מהני תפיסתו. והא דמהני הכא תפיסה אף דבעלמא מוציאים ממי שתופס בדרך גזילה כמבואר בסוגיא דנסכא דר׳ אבא כתב החזו״א בחו״מ ליקוטים ס׳ ה׳ סק״א דלא מצוי ביד האשה ממון ששייך לה ואף שלא מוציאים מידה מ״מ כשתפס מהני תפיסתו. וכדבריו כתב גם הריטב״א בד״ה שאני התם דטעמא דמהני תפיסה דרוב מעות הנמצאות

בידיהם [של העבד ואשה] של האדון ושל הבעל הם. אך החזו"א כתב לבאר בזה שלכן מהני תפיסה אפילו שהבעל טוען שמא והריטב"א ס"ל דטעם זה מועיל רק כשהבעל טוען ברי שהמעות הן שלו. הנתיבות בספרו בית יעקב בס' פ"ה סע' ט' ד"ה ויש כתב טעם אחר בהא דמהני תפיסת הבעל דכיון שהמעות הם טמונים יש ריעותא ולידת הספק אולי הם של הבעל וחשיב כדררא דממונא ושיטת התוס' דמהני תפיסה בטענת ברי כשיש דררא דממונא כמבואר בדבריהם בכתובות כ. וב"מ ק.

מה שכתבו התוס' דכ"ז שהמעות ביד האשה אין הבעל נאמן להוציא מידה נחלקו הראשונים אם נאמנת רק לומר שהממון הוא שלה ככל נכסי מלוג שהגוף שלה והבעל אוכל פירות או שנאמנת לומר שניתן לה ע"מ שאין לבעלה רשות בו וגם הפירות שלה. וכתב הריטב"א דנחלקו בזה ר"י והרמב"ן דר"י ס"ל שנאמנת לגמרי והרמב"ן כתב דאינה נאמנת אלא רק שהגוף שלה אבל לא להפקיע פירות מהבעל. והריטב"א מכריע דהיכא דאיכא ראה ואין לה מגו אינה נאמנת לומר שניתן לה ע"מ שאין לבעלה רשות בו אבל כשאין ראה ויש לה מגו שלא היתה מגלה שיש בידה ממון נאמנת לומר שזה לגמרי שלה ע"מ שאין לבעלה רשות בו. אמנם הש"ך בס' ס"ב סק"ו לומד בדעת הרמב"ם שאפילו במגו אינה נאמנת לומר שניתן לה ע"מ שאין לבעלה רשות בה דהוי מגו נגד חזקה ורע"א בגליון הש"ך כתב שבריטב"א בקידושין מבואר דמהני בזה מגו וכן הוא בריטב"א כאן כנ"ל. וכנגד טענת הש"ך דהוי מגו נגד חזקה כתב כאן הריטב"א וז"ל ולא מגו במקום חזקה דהא מלתא דאפשר הוא שנתנו לה ע"מ שאין לבעלה רשות בה עכ"ל. וע"ע מה שדן שם הש"ך לענין מגו דנתת לי במתנה ובמה שמביא בזה בשם בעה"ת והגידולי תרומה ובמה שכתב בזה רע"א שם.

במתנה קנתה ואין הבעל אוכל פירות. בתוד"ה במתנה מבואר דאע"ג דאינו אוכל פירות מ"מ אם מכרה ונתנה אינו קיים. וכ"כ הריטב"א בשם התוס' אבל מביא שי"ח שכמו שאינו אוכל פירות גם מכירתה קיימת וכן דעת הרמ"ה באות ר"ה. אבל אם לא מכרה ומתה כתבו הריטב"א והרמ"ה שהבעל יורש אותה. והמחלוקת לענין מכירה תלוי במה שנחלקו הראשונים בגדר תקנת אושא [הובא בקצות ס' ק"ג סק"ט ובאב"מ ס' צ' סקי"א] דשיטת רש"י שתקנת אושא היתה שהחשיבו את קנין פירות דבעל כקנין הגוף לכן אין מכירתה מכירה וזה שייך רק במקום שהבעל אוכל פירות אבל שיטת התוס' דאפילו כתב לה דו"ד והסתלק מפירות אכתי מכירתה בטילה מתקנת אושא כמש"כ הקצות והאב"מ, ותוס' כאן לשטתם בזה דאע"ג דבמתנה אינו אוכל פירות מ"מ אינה יכול למכור. אך יש לדחות לפי מש"כ התוס' בסוד"ה במתנה דאף שאינו אוכל פירות מ"מ פירי פירות אית ליה וגם זכות פירי פירות נחשב קנין פירות והוי כקנין הגוף. ודחיה זו כתב האב"מ בס' צ' סקי"א יעו"ש.

תודי"ה במתנה. כתבו שמה שמבואר בגיטין שאשה אינה מתגרשת בחצר של נכסי מלוג אינו מפני שהבעל אוכל פירות דרבא אית ליה קנין פירות לאו כקנין הגוף אלא מפני שאינה בעלים לענין מכירה. ואח"כ הביאו ראיה מהירושלמי דתלוי באכילת פירות. והקשה האב"מ בס' קל"ט סק"א דהירושלמי קאי אליבא דר"י דס"ל ק"פ כקנין הגוף וכל מה שכתבו התוס' דאינו תלוי בפירות הוא לרבא דס"ל ק"פ לאו כקנין הגוף. וכן הקשה רע"א. וכתב בזה החזו"א באבה"ע ס' ע"ה סקט"ו דאין כונת התוס' לתלות דבריהם במחלוקת של ק"פ כקנין הגוף וגם למ"ד ק"פ כקנין הגוף ס"ל שאין קנין תלוי באכילת פירות אלא בזכות מכירה ורק לרווחא דמלתא כתבו שלרבא דס"ל לאו כקנין הגוף בודאי אינו תלוי באכילת פירות.

התוס' הביאו כמה ראיות דחצר שכורה קונה לשוכר. וכן הוא שיטת רש"י בב"מ קב.

שיטת הרמב"ם בפ"ו משכירות ה"ה דחצר שכורה קונה למשכיר והראב"ד הקשה משוכר את מקומו. וע' בש"ך בס' שי"ג סק"א שכתב לישב שיטת הרמב"ם בב' אופנים. וע' מה שכתבנו מזה בס"ד בב"מ קב.

מה שכתבו ששכירות עדיף מקנין פירות דקנין שכירות מוריש ליורשיו משא"כ באשה אם מתה בעלה יורשה ואינה מורישה ליורשיה וגם אם מכרה הבעל מוציא מהלקוחות. ולכאורה אינו מובן דמה שפוקע זכות האשה במיתתה הוא מפני שקנינה הוא רק בחיה והוי כשוכר ששכר לכל ימי חיו דמה שאינו מוריש ליורשיו אינו חסרון בקנין אלא שנגמר זמן הקנין. וכתב בזה החזו"א באבה"ע ס' ע"ה סקט"ו שתוס' ס"ל כשיטת הרא"ש שהבעל מוציא את הגוף מהלוקח גם בחיי אשתו א"כ חזינן דגם בחיה שיש לה את הקנין אין קנינה אלים ואינה יכולה למכור. ועוד הקשה החזו"א שם על סוף דברי התוס' שתי' בשם ר"י דרק כשנותן מתנה אין הבעל אוכל פירות אבל לגבי גט רק משאיל המקום. ואינו מובן דאדרבה אם רק משאיל בודאי לא יתכן שיזכה בזכות השתמשות דאין יותר מזה יעו"ש.

ועוד אומר ר"י דמה שמבואר כאן שבמתנה אינו אוכל פירות זה דוקא פירות אבל פירי פירות אוכל. והטעם הוא דגוף הקרקע קבלה ממנו ונתן בעין יפה אבל הפירות לא קיבלה ממנו אלא הם שלה מפני שגדלו בקרקע שלה ודינם ככל נכסים שנפלו לה ממקום אחר שהם בכלל נכסי מלוג והבעל אוכל פירות. אבל א"כ דברי התוס' אינם מובנים למה זכות הבעל בפירי פירות ימנע את זכיית האשה ע"י החצר הרי אין לו שום זכות בחצר דמה שפירי פירות הם שלו אינו משום ששייר לעצמו זכות בשדה לפירי פירות דכמו שנותן בעין יפה לגבי פירות כך נותן בעין יפה לגבי פירי פירות ולא משייר לעצמו שום זכות פירות בקרקע. ומה שפירי פירות הם שלו אינו מפני שהם פירי פירות של הקרקע אלא מפני שהם פירות של הפירות של האשה. וצ"ל דס"ל כראשונים דסברי שיש לבעל זכות למנוע מהאשה לאכול פירות כדי שיהיו פ"פ נמצא שלמעשה אין לאשה השתמשות ממש בשדה דחייבת להעמיד לבעל הפירות לצורך פירי פירות לכן חצר זו אינה קונה לאשה בקנין חצר.

אין מקבלים פקדונות לא מן הנשים וכו'.

הובא לעיל שנחלקו ר"י והרמב"ן אם אשה נאמנת על ממון שבידה רק לומר שהגוף שלה או שנאמנת גם לומר שניתן לה ע"מ שאין לבעלה רשות בו וגם הפירות הם שלה. וע' היטב בריטב"א וברמב"ן שבארו כל חלק מבריתא זו לכ"א מהשיטות. הרמב"ן מביא ראיה לשטתו מהא דמתה האשה יחזיר לבעלה ואי נימא דנאמנת לומר שניתן לה ע"מ שאין לבעלה רשות בו ה"נ ניחוש שמא ניתן לה ע"מ שלא ירשנה בעלה ומתה יתנו ליורשיה, אלא מוכח דלא חיישינן לזה. ומבואר דס"ל לרמב"ן דכמו שמהני תנאי ע"מ שאין לבעלך רשות בו שלא יאכל הבעל פירות כך מהני תנאי שלא ירש הבעל. וע' במחנ"א זכיה ס' י"א שמביא שיש מן הפוסקים שכתבו דמהני תנאי שלא ירש הבעל דהוי כמתנה ע"מ להחזיר כשתמות האשה. אך לדבריהם כשמתה האשה חוזר המתנה לנותן וברמב"ן מבואר דמהני התנאי להפקיע הירושה מהבעל ויורשיה יורשים אותה. וכן מביא שם המחנ"א בשם בעה"ת. אבל בסוף דבריו מביא שהטור בס' פ"ה כתב בשם הרמ"ה דלא מהני תנאי של הנותן למנוע ירושת הבעל. והקשה המחנ"א על סברת הרמב"ן איך יתכן שיועיל תנאי להעביר את ירושת הבעל ליורשי האשה אפילו נימא דיש בכח התנאי לעקור ירושת הבעל איך יורשיה ירשו הרי במקום בעל הם כנכרים דאין להם דין יורשים במקום בעל [ומביא המחנ"א ע"ז את התוס' לעיל מט: דמה דסבר רב דחכמים עשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה וא"א להפקיע ירושת הבעל הוא משום דיורשי האשה כנכרים הם] ואטו בר קשא דמתא לירות.

וציונים

ולפי מה שנתבאר לעיל בדף מט: דירושת הבעל שאני משאר ירושות דאינו מדין קורבה והוכחנו דאפילו למ"ד ירושת הבעל דאורייתא אין זה מדין קורבה אלא זה מזכויות הבעל בנכסי אשתו א"כ אפשר להבין שאם מהני תנאי לבטל דין ירושת הבעל חוזר דין ירושת קרובים ויורשי האשה הם הקרובים הראוים לירושה כשאין הבעל יורש. ויתכן שזה נכלל בתירוצו של המחנ"א שתירץ דע"כ אינם כנכרים ממש דחזינן גם כשהבעל יורש מ"מ נכסים שאינם ידועים או נכסים שהיו ראוים שאין הבעל יורש אותם, יורשי האשה יורשים ולא אמרינן שהם כנכרים. והוא גופא מה"ט דגם כשהבעל יורש אין זה מפני שהוא הקרוב הראוי לירש אלא זה מזכויותיו בנכסי אשתו וכל שאינו יורש, הירושה הולכת ליורשי האשה שהם קרוביה.

ועוד יש לבאר אפילו אי נימא דירושת בעל מדין קורבה ע"פ מחלוקת הראשונים שהובא בקובה"ע ס' מ'. דבאות א' מביא בשם שו"ת הרשב"א דסילוק מירושה מהני רק במקום שיש שני יורשים וע"י סילוקו של אחד ירש השני את הכל אבל במקום שהקרוב הראוי לירש מסתלק לא יעבור הירושה לקרוב שבא אחריו שהוא נחשב כזר במקום מי שקרוב ממנו. והרשב"א כ"כ גם על ירושת הבעל דאינו יכול לגרום ע"י סילוק שיורשי האשה ירשו דהם כזרים נחשבים דאין להם שם יורשים במקום בעל. [ורק בכתב ועודה ארוסה לפני שחל דין יורש על הבעל מהני סילוק]. וזה ממש כסברת המחנ"א בקושיתו על הרמב"ן. וגם הקובה"ע מביא שם בסוף אות א' את דברי התוס' בדף מט: דיורשי האשה כנכרים הם במקום הבעל. ובאות ז' כתב דכ"ז דעת הרשב"א אבל יש ראשונים שחולקים וס"ל שרחוק במקום קרוב יש לו דין יורש וכל היכא שהקרוב הראשון אינו יורש מאיזה טעם שיהיה הקרוב הבא אחריו יורש. א"כ י"ל דהרמב"ן ס"ל כן ולכן כשמתנה שהבעל לא ירש עוברת הירושה ליורשי האשה שגם להם יש דין יורשים אפילו במקום בעל אלא שהוא קודם ואם הוא לא יורש הם יורשים.

בדברי הרשב"ם בד"ה יחזיר לבעלה שכתב שאפילו ניתן לה ממון זה ע"מ שאין לבעלה רשות בה מ"מ אם מתה יורשה מוכח דס"ל שלא מהני תנאי לענין הירושה וכן מבואר בראי"ש וזה כשיטת הטור בשם הרמ"ה ולא כרמב"ן הנ"ל. וכתב בזה המחנ"א בהל' זכי' ס' י"ג ובהל' נדרים ס' כ' דכל הנידון אם מהני תנאי להפקיע ירושת הבעל או לא הוא לדעת הסוברים דמהני תנאי ע"מ שאין לבעלה רשות בה. אבל לסוברים דבעינן דוקא שיאמר שאינו נותן אלא מה שאת נותנת לתוך פיך א"כ מה שהבעל אינו זוכה הוא מפני שעד האכילה זה עדיין של הנותן ובזה פשיטא שאם מתה חוזר לנותן ולא לבעל ולא ליורשי האשה. והקשה המחנ"א שא"כ דברי הרא"ש סתרי אהדדי דהכא כתב שלא מהני תנאי למנוע את ירושת הבעל ובעלמא פסק דבעינן תנאי בלשון אין לך אלא מה שאת נושאת ונותנת לתוך פיך. וע' מה שכתבו בזה השעה"מ בפ"ז מנדרים הי"ז והאב"מ בס' פ"ה סק"א. וע"ע במגיה במחנ"א בהל' זכי' סוף ס' י"ג שהקשה על הרשב"ם אמנם ס"ל דמהני תנאי ע"מ שאין לבעל רשות בה שלא יאכל פירות ותנאי זה סובר הרשב"ם שלא עוקר ירושה, אבל אכתי ניחוש שמא הנותן אמר בלשון מה שאת נושאת ונותנת לתוך פיך ואז אין הבעל יורש. [לפי מה שכתב האב"מ שגם בלשון זה האשה זוכה ואין זה של הנותן ומישב בזה קושית המחנ"א על הרא"ש ניחא גם דברי הרשב"ם]. ותי' דאף שבאופן זה מהני התנאי שלא ירש מ"מ לזה לא חיישינן דכל מה דחיישינן שמא ניתן לה ע"מ שאין לבעלה רשות בו הוא משום שהיא מוחזקת וזה רק סיבה לחשוש שמא זה שלה, אבל אין סיבה לחשוש שמא הנותן נתן באופן שעד האכילה נשאר שלו שהרי אין הנותן מוחזק.

קיבל מן העבד יחזיר לעבד. ואם מת יחזיר לרבו. פרשב"ם דלא נותנים ליורשי העבד

אלא לרבו דסתם עבדים גזלנים ורק כ״ז שהעבד חי יחזיר למקום שנטל משם כיון דסו״ס יש צד שזה של העבד ואין לאדון הפסד אם מחזיר למקום שקיבל. וע׳ בתורי״ד שחולק וס״ל דכמו שבחיי העבד מחזיר לעבד כך אחר מותו מחזיר ליורשיו שהם כמותו ומה דקתני יחזיר לרבו צ״ל דמיירי כשאין לעבד יורשים.

ההגהות מיימוני בפ״ה מאשות מביא בשם הראב״ן שאם נשתחרר העבד יחזיר לעבד ואם הוא עדיין עבד יחזיר לרבו ותמה הקו״ש באות רל״ג מאי שנא נשתחרר מלא נשתחרר. ואולי יש לבאר דהריטב״א כשמבאר למה מת העבד יחזיר לרבו כתב בתוך הדברים וז״ל ומסתמא כיון שהעבד בחזקתו ממונו בחזקתו עכ״ל דהיינו כיון שהעבד הוא ממונו של האדון נחשב האדון מוחזק גם בממון שביד העבד ולכן סובר הראב״ן שמחזירים לאדון. ורק בנשתחרר הוי העבד מוחזק בממונו ואז יחזיר לעבד.

תוד״ה קבל. כתבו דכיון שהדין הוא שמחזיר לאשה ממילא אם אומרת שזה של אחר יתנו למי שאמרה דאית לה מגו שיכולה לומר שזה שלה ולתת לפלוני. וכתב הש״ך בס׳ ס״ב סק״ו שמוכח מדברי התוס׳ דס״ל כר״י שהאשה נאמנת כ״ז שמוחזקת לומר שהממון הוא לגמרי שלה וניתן לה ע״מ שאין לבעלה רשות בו דאי נימא דהוי ככל נכסי מלוג כשיטת הרמב״ן איך יכולה לתת לאחר ולמה לא צריך להודיע לבעל הרי מפסיד פירות. וכן כתב החזו״א בחו״מ ליקוטים ס׳ ה׳ סק״ח. אך צ״ע דלכאורה כמו שמוכח מתוס׳ שנאמנת שהפירות שלה דאל״כ איך נותנת לאחר כמו כן מוכח שנאמנת גם לענין שניתן לה ע״מ שבעלה לא ירשנה דאל״כ איך נותנת לאחר ומפקיעה את ירושת הבעל. וא״כ אמאי מתה יחזיר לבעלה. דב׳ פשטים נאמרו בהא דמתה יחזיר לבעלה, הרשב״ם כתב דתנאי לא מהני להפקיע ירושה, והרמב״ן למד מזה דלא חיישינן שניתן לה בתנאי אלא הוי כנכסי מלוג. אבל מתוס׳ מוכח דמהני תנאי להפקיע ירושה ושנאמנת ע״ז א״כ אמאי במתה יחזיר לבעלה. ואולי י״ל דבמתה כבר אינה מוחזקת לכן יתנו לבעלה אבל בחיה נאמנת לגמרי לכן יכולה לתת לאחר. וסברא זו כתב הריטב״א בסמוך בביאור סברת הא״ד לשיטת ר״י. אך ברא״ש א״א לומר כן דכתב בהדיא דלא מהני תנאי להפקיע ירושה ואעפ״כ כתב כתוס׳ שנאמנת לומר שזה של אחר במגו שיכולה לתת לאחר. ואיך יכולה לתת לאחר הא האשה שמכרה בנכסי מלוג ומתה הבעל מוציא מהלקוחות. ולכאורה היה נראה להביא ראיה מזה לדברי הש״ך שכתב בס׳ ס״ב סק״ו ובסוף הסימן בדינים העולים באות ג׳ שמה שנאמנת לומר שזה של אחר הוא רק במקום דליכא ראה ויש לה מגו שאין בידה ממון כלל. אבל הנתיבות שם סק״ו והחזו״א ליקוטים ס׳ ה׳ סקי״ד חולקים. ולדבריהם קשיא למה נאמנת הא אינה יכולה לתת לאחר כיון שהבעל יורש. וצ״ל דס״ל בדעת התוס׳ והרא״ש כשיטות שהובאו בקצות בס׳ ק״ג סק״ט דסברי דהיכא דאין הבעל אוכל פירות ליכא לתקנת אושא ואם מכרה המכר קיים ולא ירשנה בעלה.

אך אכתי קשה במה שכתבו שאין צריך להודיע לבעל ולמד מזה החזו״א הנ״ל דתוס׳ ס״ל שנאמנת גם שהפירות שלה דאל״כ צריך להודיע מחמת הפירות וצ״ב אפילו אי ס״ל כן למה לא צריך להודיע כדי שידע שצריך לרשת ואפילו אם נאמר דתוס׳ ס״ל שמהני תנאי גם להפקיע ירושה וניישב הא דמתה יתנו לבעל כמש״כ לעיל אכתי וקשה בדעת הרא״ש דכתב בהדיא דלא מהני תנאי שלא ירש ואעפ״כ כתב כתוס׳ דאין צריך להודיע לבעל ולמה לא צריך להודיע בגלל הירושה וצ״ע.

מה שכתבו התוס׳ בתחילת דבריהם דנאמנת לומר שזה של אחר במגו שתאמר שזה שלה ותתן לאחר ובהמשך דבריהם כתבו איפכא שאם היתה נאמנת לומר שהם של פלוני היתה נאמנת לומר שזה שלה במגו דאי בעי אמרה שזה של פלוני ע׳ מש״כ בזה החזו״א ליקוטים ס׳ ה׳ סק״ח.

דף נב.

יעשה כפירושן. גרסת הרשב״ם ואם לאו יעשה פירוש לפירושן. ופירש דאם נאמנת על השומר יעשה כדבריה ואם אינה נאמנת עליו יחזיר לבעל. ואינו מובן אם ע״פ דין נאמנת למה תלוי במה שהוא מאמין לה וכי הוא בעלים לקבוע אם להאמין לה או לא. ובשלמא בסמוך דאמר רב אי מהמנא לך עשה כפירושה ניחא דהתם הממון ביד הבעל ומדינא אינה נאמנת ואעפ״כ אם מאמינה וסומך על דבריה יעשה כדבריה. שהרי הוא הבע״ד והוא מאמין לה. אבל כאן שהממון ביד שומר איך יאמין לה לחוב לבעל. וראיתי בחזו״א בליקוטים ס׳ ה׳ סק״ח וסק״ט שמבאר בתוך דבריו שכל הנאמנות של האשה הוא מפני שהיא מוחזקת. ומה שביד השומר כיון שהיא הפקידה אצלו והוא מחזיק בשבילה נחשבת היא מוחזקת בזה. אך זה רק כשהשומר סומך על דבריה וממשיך להחזיק בשבילה ובשביל מי שהיא אומרת שהממון שלו א״כ עדיין הממון בחזקת האשה ונאמנת. אבל אם הוא אינו סומך עליה הרי הוא אינו מחזיק בשבילה ובטלה המוחזקות שלה וממילא ע״פ דין אין לה נאמנות.

רוב הראשונים גורסים יעשה כפירושן ואיכא דאמרי יעשה פירוש לפירושן [וע׳ בריטב״א שמבאר סברת שתי הלשונות לשיטת ר״י ולשיטת הרמב״ן] ומה שהקשה הרשב״ם על גרסא זו דא״כ רב דאמר בסמוך שתלוי אם מאמינה או לא כמאן. ולכאו׳ אינו מובן מאי קשיא לרשב״ם דבדברי רב פשוט החילוק בין אם נאמנת עליו או לא כנ״ל שהרי רב תלה אם הבעל מאמין לה או לא. דהיינו שס״ל שמדינא אינה נאמנת כאיכא דאמרי אבל אם הבעל מאמין בודאי צריך לעשות כדבריה. ואין זה דומה כלל למה שהברייתא מחלקת לגרסת הרשב״ם אם נאמנת עליו או לא דהתם קאי על השומר. וע׳ בשיטמ״ק בשם ר׳ יונה שב׳ הלשונות בברייתא אם נאמנת או לא הן הן ב׳ הלשונות ברב. דל״ק דא״ל רב אי מהימנא לך וכו׳ דהיינו שאינה נאמנת היינו כא״ד דיעשה פירוש לפירושן. ול״ב דא״ל רב אי אמידא לך סבר דנאמנת, אא״כ יש ריעותא שהמקבל אינו אמיד, היינו כלשון הראשון דיעשה כפירושן.

רשב״ם ד״ה כולן שאמרו כתב דקאי נמי על קטן. לכאורה יש ללמוד מכאן שסומכין על הודאת בע״ד של קטן ובקצה״ח ס׳ צ״ו סק״ב מביא שנחלקו הפוסקים בזה. וע״ע בקו״ש אות רל״ה.

רשב״ם ד״ה אי אמידא. כתב בא״נ שאם יש אומד שראויה שיתנו לה ע״מ שאין לבעלה רשות בו יכולה לתת ממון זה לאחר, ויש לע׳ דהרשב״ם ס״ל לעיל דלא מהני תנאי להפקיע ירושה ואיך נותנת לאחר. וצ״ל דס״ל דכשאין פירות ליכא לתקנת אושא וכמו שכתבנו לעיל בתוד״ה קבל.

רבא אפיק זוגא דסרבלא בדברים העשוים להשאיל ולהשכיר. נחלקו הראשונים בגדר דין זה. הרמב״ם כתב בפ״ח מטו״נ ה״ט שרק דברים שתחילת עשייתן הוא כדי להשאיל ולהשכיר מוציאים מהמחזיק אבל אם אינו עשוי מתחילתו לכך אף שדרך להשאילו אין מוציאין אותו מהמוחזק. ורוב הראשונים חולקים [ע׳ ר״ן ורא״ש שבועות מו:] וס״ל דכל שדרכו להשאיל מוציאים מהמחזיק. וביאור המחלוקת הוא דהרמב״ם ס״ל דכל שמחזיק בממון אע״פ שיש הסבר איך הגיע לידו בלי לומר שגנב דאולי שאל, אין זה מספיק להוציא מידו. ורק בדבר שתחילת עשייתו להשאיל בזה מה שנמצא בידו אינו נותן לו דין מוחזק כלל. והחולקים ס״ל דרק באופן שיש חזקה שזה שלו דאל״כ איך הגיע לידו דלא חיישינן שעשה מעשה גזילה לא מוציאין מידו אבל כל שגם בלי גניבה מובן למה נמצא בידו מוציאים מידו ונותנים למ״ק.

ונראה שבמחלוקת זו יהיה תלוי מה שמסתפק הקו״ש באות רל״ז בדברים שספק אם הם עשוים להשאיל או לא אם מוציאים מהמחזיק האם נימא בזה הממע״ה ומספק א״א להוציא דשמא אינם עשוים להשאיל א״ד כיון שיש צד

שעשוים להשאיל אין תפיסתו מוכחת שזה שלו. ולכאו׳ נראה דלשיטת הרמב״ם שאף שאין תפיסתו מוכחת כל שיש לו דין מוחזק אין מוציאין מידו ואפילו דבר שדרכו להשאיל לא מוציאים א״כ כשיש ספק שמא אינו עשוי להשאיל א״א להוציא מספק. אבל לחולקים מה שמוציאים הוא מפני שאין תפיסתו מוכחת דשמא השאילו לו וכל שיש צד שזה דרכו להשאיל אין הוכחה מתפיסתו. ומש״כ הקו״ש לפשוט ספיקו מדברי הרשב״ם לעיל מה. בדעת רבה דס״ל דאומן יש לו חזקה ע׳ לעיל מ״ה. שכתבנו דסברת רבה הוא כשיטת הרמב״ם ומה דפליגי שאר הראשונים הוא למאי דקי״ל דלא כרבה.

דף נב:

תודי״ה דברים. הקשו על הגמ׳ בב״ק קי״ד: אמאי בעינן יצא שם גניבה גם בלי זה יהיה נאמן לומר שנגנבו במגו דשאולים שספרים הם דברים העשוים להשאיל. והוסיפו דאין לדחות דלא מהני מגו לאחזוקי אינשי בגנבי דכאן אינו אומר על אדם מסוים שהוא גנב. וכתבו כן לרווחא דמלתא דשיטת התוס׳ בשבועות מו: ד״ה בטוענו שאפילו בטוען על אדם מסוים שגנב נאמן בדברים העשוים להשאיל במגו דשאולים, והרא״ש שם חולק וס״ל דלא מהני מגו לאחזוקי אינשי בגנבי. ובתוס׳ שם בד״ה וספרא כתבו כמו שכתבו כאן וכתב שם המהרש״א דכתבו כן לרווחא דמלתא את״ל כהרא״ש.

במה דסברי התוס׳ בקושיתם ובתי׳ הראשון דנאמן במגו ולא ס״ל כתירוצו של מורי דודי דהוי מגו להוציא נאמרו כמה ביאורים. א. הש״ך בס׳ קל״ג סקי״ג כתב דס״ל כיון שכשמוציא הספרים מהלוקח משלם דמים מפני תקנת השוק נמצא דאין הנאמנות אלא לענין גוף החפץ אין זה נחשב מגו להוציא דאין הפסד ללוקח כיון שמקבל דמי החפץ. וכן משמע מלשון התוס׳ בסוף דבריהם דכתבו שלמורי דודי נראה דהוי מגו להוציא אע״פ שנוטל דמים שהוציא. משמע דעד עכשיו הבינו שלא נחשב מגו להוציא מפני שמשלם דמים. ב. הקצוה״ח בס׳ קל״ג סק״ז ובס׳ פ״ב סקי״ב מוכיח מתוס׳ בב״מ ב: שגם במקום שמשלם דמי החפץ נחשב מגו להוציא כיון שמוציא את גוף החפץ, ולכן כתב שמה דסברי התוס׳ דמהני הכא מגו הוא משום שהתובע טוען ברי והלוקח הוא שמא וברי ושמא עם מגו מהני להוציא. ג. הנתיבות בס׳ קל״ג סק״ח דוחה ראית הקצות מהתוס׳ בב״מ. ובס׳ צ׳ סק״ח מבאר דברי התוס׳ באופן אחר. דבדברים העשוים להשאיל כיון שאין החזקתו מוכחת שהממון שלו נשאר הממון בחזקת המ״ק ואין זה נחשב מגו להוציא.

כדברי הנתיבות מוכח לכאורה מדברי התוס׳ בשבועות בדף מו: שהובא לעיל. דכתבו שבדברים העשויים להשאיל או בגודרות נאמן התובע לטעון שהמחזיק גנב במגו שהשאיל או שהלכו מעצמם. וס״ל שמהני מגו לאחזוקי אינשי בגנבי. וגם הרא״ש שחולק הוא רק משום דהוי כמגו נגד חזקה דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן אבל לולא זה היה מועיל המגו. וקשה דהוי מגו להוציא. וכן הקשו הרמב״ן והרשב״א שם. ובזה אין מקום לתירוצו של הש״ך דרק בלוקח מהגזלן כגון בההוא דמכיר כליו וספריו ביד אחר כשמוציא משלם דמים מתקנת השוק. אבל כשמוציא מהגזלן עצמו אינו משלם דמים. וכן תירוצו של הקצות לא שייך בזה דהגזלן טוען ברי שלא גזל והוי מגו בלי ברי ושמא ולמה מועיל להוציא. עכצ״ל כתירוצו של הנתיבות דכיון שעשוי להשאיל אין לו דין מוחזק ולא הוי מגו להוציא.

נמצא דהא דמהני מגו להוציא דברים העשוים להשאיל נשנה ב׳ פעמים בתוס׳ בשבועות מו: בד״ה בטוענו ובד״ה וספרא. בד״ה בספרא, שהוא כתוס׳ דידן, יש לבאר בג׳ אופנים למה לא הוי מגו להוציא. אבל בד״ה בטוענו מוכרחים לפרש כפירושו של הנתיבות.

הרמב״ם פ״ה מגניבה ה״י מביא הדין של המכיר כליו וספריו ביד אחר וכתב דמה שהגמ׳ מעמידה דוקא בבעה״ב שאינו עשוי למכור כליו הוא דוקא בדברים שאינם עשוים להשאיל אבל

בעשוי להשאיל מוציא גם אם עשוי למכור כליו. ונחלקו הטור וה״ה בכונת הרמב״ם אם בדברים העשוים להשאיל בעינן יצא שם גניבה בעיר [ורק אינו עשוי למכור לא בעינן] או שבעשוי להשאיל מוציא אפילו בלי שיצא שם גניבה בעיר. הטור כתב בס׳ שנ״ז דלא בעינן יצא שם גניבה וזה כתי׳ הראשון בתוס׳ דידן דנאמן במגו דשאולים. והמ״מ לומד שגם בעשוי להשאיל בעינן יצא שם גניבה וזה לכאורה כשיטת מורי דודי דלא מהני בזה מגו דהוי מגו להוציא. אך המ״מ כתב שסברת הרמב״ם דלא מהני מגו בזה הוא משום דלא מהני מגו לאחזוקי אינשי בגנבי. ואינו מובן דהתוס׳ כתבו דלא שייך טעם זה אלא כשטוען על אדם מסוים שהוא גנב אבל הכא כמה גנבים יש בעולם. וע׳ בגאון בס׳ שנ״ז סק״ה שהקשה כן על המ״מ. ויותר פשוט לומר שסברת הרמב״ם כמורי דודי דהוי מגו להוציא.

בענין מגו דהעזה הביאו התוס׳ כמה ראיות שמהני מגו דהעזה לפטור מממון ואף שתוס׳ דחו הראיה מהני עיזי, כמה ראשונים הביאו ראיה זו, ע׳ בר״ן שבועות בדפי הר״ף כו: ד״ה הלכך ובשו״ת הרא״ש שמובא בש״ך ס׳ פ״ב בכללי מגו כלל ו׳. ומה שמבואר בכמה מקומות מפני מה אמרה תורה מודה במקצת ישבע ואינו נאמן במגו אי בעי כפר הכל דהוי מגו דהעזה כתב הר״ן הנ״ל דרק לאפטורי משבועה לא מהני מגו דהעזה אבל לפטור מממון מהני. וכן דעת רוב הפוסקים כמו שמביא הש״ך הנ״ל.

וטעם החילוק בין לפטור משבועה לבין לפטור מממון כתב הקצה״ח בס׳ פ״ב סקי״ד בדעת הר״ן דרק בממון שבאים להוציא ממון מהמוחזק והדין מוחזק מסייע למגו בזה מהני גם מגו דהעזה אבל כשבאים רק לחייב שבועה ולא להוציא ממון אין סיוע של חזקת ממון ובזה לא מהני מגו דהעזה. אך בדעת הרא״ש כתב הקצות שא״א לומר כן שהרא״ש בריש כל הנשבעין ס׳ ג׳ מביא שיטת הר״י מגש דלא מהני מגו לאפטורי משבועה [אפילו מגו שאינה דהעזה] ותמה הרא״ש כיון דמגו דאורייתא מה לי לפטור מממון מה לי לפטור משבועה. הרי דס״ל דאין לחלק בין לפטור מממון לבין לפטור משבועה ולמה במגו דהעזה כן מחלקים בין ממון לשבועה. לכן כתב הקצות דרק כשחשוד לעכב ממון חברו בודאי גם יכול להעיז. אבל כשבאים לחייב שבועה ע״כ אינו חשוד אממונא דחשוד אממונא חשוד אשבועתא ומחייבים שבועה רק מפני שתולים באשתמוטי קמשתמיט. וא״כ אין לנו סיבה לחשוב שיעיז ולית ליה מגו. וע״ע מה שכתב בקו״ש ח״ב ס׳ ג׳ אות כ״ב לבאר טעם החילוק בין לפטור מממון לבין לפטור משבועה ע״פ מש״כ האחרונים בגדר כח הנאמנות של מגו.

אך האי כללא דמגו דהעזה מהני בממון אינו מוסכם. דבדברי התוס׳ בב״ק קז. בסוף ד״ה עירוב מבואר לכאורה דס״ל שגם בממון לא מהני מגו דהעזה. ואף שהש״ך הנ״ל בכללי מגו רצה לדחוק שגם התוס׳ שם כוונו לחלק בין ממון לשבועה אין זה הכונה הפשוטה בדברי התוס׳. וע׳ בגאון על הש״ך בכללי מגו שכתב בסק״ד שהריב״ש והר״ן מחלקים בין ממון לשבועה ואח״כ כתב וש״פ חולקים ע״ז וס״ל דאף בממון לא אמרינן ועתוס׳ דב״ק קז. בד״ה ועירוב. ומסיים הגאון שהעיקר כריב״ש והר״ן. ועוד מביא הש״ך בכללי מגו את דברי הנ״י בב״ק קיד: על מתני׳ דהמכיר כליו וספריו ביד אחר שמביא הנ״י שי״א דבדברים העשוים להשאיל נאמן לומר שנגנבו במגו דשאולים [כתוס׳ דידן בתי׳ הראשון] וכתב הנ״י תמהני מגו דמעיז הוא. הרי מבואר דס״ל שגם בממון לא מהני מגו דהעזה. אך בהגהות אמרי ברוך בגליון הש״ך כתב לדחות ראית הש״ך מהנ״י דלשון הראשונים שכתבו דמהני מגו דהעזה בממון הוא דלאפטורי מממון מהני מגו דהעזה והוא דוקא כשמחזיק בממון ובא ע״י המגו להעמיד הממון בידו. אבל במכיר כליו וספריו הממון נמצא ביד אחר. ואף דנתבאר דשיטת התוס׳ דאין זה נחשב מגו להוציא מ״מ

גם אינו ממש להחזיק דסו״ס הממון אינו בידו ובזה סובר הנ״י דלא מהני מגו דהעזה. ודבריו נראין לביאורו הראשון של הקצות דמה שממון שאני הוא משום דכח המוחזק מסייע למגו. וזה אין בב״ק שאין הממון תח״י. ועיין בב״מ ב. שכתבנו שגם מדברי הנ״י שם מוכח דס״ל דלא מהני מגו דהעזה אפי׳ בממון.

נמצא דג׳ שיטות איכא בענין מגו דהעזה. א. תוס׳ דידן ס״ל דבממון מהני גם כשאין הממון בידו [ובזה צ״ל כסברא השניה שכתב הקצות או כהקו״ש]. ב. שיטת הנ״י דרק במקום שהממון בידו וכח המוחזק מסייעת למגו מהני מגו דהעזה לאפטורי ממון. ג. שיטת התוס׳ בב״ק קז. שגם להחזיק לא מהני מגו דהעזה.

רבה אמר ראיה בעדים. פרשב״ם שצריך להביא ראיה שקימץ מעיסתו או שירש מאבי אמו והיה ממון של שטרות הללו שלו, על תחילת דברי הרשב״ם תמה המהרש״א דמבואר בגמ׳ שכל שחלוקים בעיסתן אינו צריך ראיה דסגי בזה שיש אפשרות שקימץ מעיסתו וברשב״ם משמע שצריך עדים שקמץ מעיסתו וע׳ מש״כ בזה המהרש״א. אך גם אחרי תירוצו של המהרש״א צ״ע בסוף דברי הרשב״ם דמשמע שאף שידוע שירש ירושה מאבי אמו צריך להוכיח שהשטרות הם מממון זה שירש מאמו. וקשה הא כשידוע שירש מאמו הוי כחלוקין בעיסתן. וע׳ ברשב״א בשם ר״ח שרק צריך להביא ראיה שירש ממון וממילא תולים שהשטרות הם מממון זה. וכ״כ הרמ״ה באות רי״ג. ואולי גם הרשב״ם לא מתכוין שצריך להוכיח ששטרות אלו הם מממון זה אלא שממילא תולין כן.

ר״ש אמר ראיה בקיום השטר. פרשב״ם דכיון שקימוהו ב״ד בודאי חקרו ועמדו על אמיתת הדבר. הקשו התוס׳ בכתובות קט. דקי״ל דדיינים המקיימין את השטר א״צ לקרוא את השטר דאינם דנים אלא שאינו מזויף וא״כ איזה ראיה יש מקיום השטר. ותי׳ דכשבא לפני הדיינים שטר של אחד מן היתומים שנושא ונותן בתוך הבית רמו אנפשייהו לברר טפי. ואינו מובן דאם לא קוראים את השטר מנא ידעי שהוא שטר של יתום הנו״נ בתוך הבית. ועמש״כ בזה המהרש״א שם שהדרך שבעל השטר בעצמו בא לב״ד לקיים. ויותר נר׳ דס״ל כמש״כ שם הר״ן בשם הרא״ה דאף שאינם צריכים לקרוא את כל השטר מ״מ שמות הבעלי דין בודאי צריך לקרוא דאל״כ יש חשש שהבע״ד קרוב לדיין או לעדי הקיום. וכן מפורש ברמב״ן כאן דהקשה קושית התוס׳ ותי׳ דשמות הבע״ד צריכים לקרוא. וגם הרשב״א הקשה קושיא זו ומביא שהראב״ד מפרש פשט אחר בגמ׳ דר׳ ששת דאמר ראיה בקיום השטר היינו דס״ל כמ״ד דאינו צריך להביא ראיה כלל וסגי בזה שמקיים השטר ורבה ור׳ ששת פליגי במחלוקת דרב ושמואל. וכ״כ התורי״ד.

תודי״ה מעיסתו קימץ. כתבו דנאמן לומר שירש מאמו במגו דקימץ מעיסתו. מה שנאמן בטענה שקימץ מעיסתו יותר מטענת ירשתי הוא מפני שכל הממון שבידו הוא בחזקת תפוסת הבית כ״ז שלא ידוע שהיה בידו ממון פרטי שלו. לכן אינו נאמן לומר שירש כ״ז שלא ידוע. אבל לטעון מעיסתי קמצתי נאמן כיון שידוע שיש לו ממון פרטי שהרי חלוקים הם בעיסתן ממילא הטענה שקימץ מעיסתו אינו סותר למוחזקות של תפוסת הבית.

דף נג.

שלא בפניו צ״ל ליה לחו״ק. דהיינו אע״פ שנתרצה למכור בענין אמירת לחו״ק כדי שיוכל להחזיק שלא בפניו. האבן האזל בפ״ב משכנים ה״י מסתפק בגדר דין זה, אם הטעם הוא משום דחיישינן שמא חזר בו מרצונו למכור או שאף דידוע שעדיין רוצה למכור לא מספיק רצון למכור אלא בענין דעת מקנה דהיינו שיכוין להקנות לחברו ולא רק רצון והסכמה שחברו יקנה. והעירוני מלשון הרשב״ם בסוגיין בד״ה

מתנה וז״ל דדלמא כשירצה להחזיק כבר חזר בו ממתנתו עכ״ל משמע דס״ל שבלי לחו״ק יש חשש חזרה. ועוד יש לעיין בדין לחו״ק אם אומר עכשיו לחו״ק והקונה הולך ומחזיק לאחר זמן אם מהני הקנין שעושה עכשיו מכח דעת המקנה שהיה בשעת אמירת לחו״ק או שאמירת לחו״ק רק מגלה שזה דעתו ומצב זה קיים גם אח״כ כל שלא חזר בו והרצון של אח״כ הוא שפועל הקנין אף שלא חשב אח״כ בפועל הרצון הראשון עדיין קיים. וע׳ בחזו״א אבה״ע ס׳ נ״ח סק״ג שמסתפק באומר לחו״ק בדשלב״ל וחברו החזיק אחרי שבא לעולם אי קנה או לא. דאולי רק מעשה הקנין לא מהני בדשלב״ל אבל אמירת לחו״ק בדשלב״ל מהני אם הקנין נעשה אחר שבא לעולם א״ד גם אמירת לחו״ק צריך להיות דוקא אחרי שבא לעולם. והיה מקום לתלות ספק זה בספק הנ״ל אבל אינו מוכרח. וע׳ מש״כ בזה החזו״א.

רשב״ם ד״ה שלא בפניו. כתב דמיירי במקום שכותבין שטר לכן הכסף אינו קונה עד שיחזיק. מבואר דס״ל לרשב״ם שגם במקום שכותבין שטר אף שכסף לא קונה חזקה כן קונה. וכן מביא הר״ן בקידושין כו. בשם ר׳ שמואל בפרק חזקת הבתים. [ומה שציינו דף נא. נר׳ שהוא ט״ס וצ״ל נג.] וכתב שהרמב״ן חולק וס״ל שגם חזקה אינו קונה במקום שכותבין שטר. וכן דעת היד רמ״ה באות רי״ז וכתב דמיירי שהחזיק לפני נתינת המעות ואע״ג דשטר לא קונה במכר וסובר הרמ״ה דה״ה חזקה, מיירי במוכר שדהו מפני רעתה דבזה חזקה קונה אף שעדיין לא שילם מעות. א״נ שקדמו הדמים אבל לא היו ראוים לקנין כגון שפרע ע״י מחילת מלוה ע״ש.

תוד״ה נעל. נחלקו תוס׳ והרשב״ם בהא דאמרו בפסחים ד. דחיוב בדיקת חמץ של שוכר תלוי במסירת מפתחות. שיטת הרשב״ם דמסירת מפתח הוא מעשה קנין בשכירות ובמכר. אבל בנכסי הגר לא מהני דמאן מסר לו שיקנה. ואינו מובן דאם זה מעשה קנין למה לא יועיל בנכסי הגר כשלוקח בעצמו את המפתח. וכמו שכל קנין צריך לחו״ק ובהפקר קונה בלי לחו״ק כך נאמר במסירת מפתח שאם יש מקנה בעינן שיקבל מהמקנה ואם אין מקנה עושה הקונה הכל לבדו. אך פשוט שכוונת הרשב״ם לגמ׳ בב״מ ח: דקנין מסירה קונה רק בנכסי חברו אבל במציאה ובנכסי הגר לא קני, מאי לשון מסירה כאדם המוסר לחברו במציאה ובנכסי הגר מאן קא מסר ליה דליקני. והפשט הוא דמסירת המקנה הוא חלק ממעשה הקנין דזהו צורת קנין מסירה שנמסר לקונה מהמקנה [אף דשיטת הרשב״ם דלא בעינן מיד ליד כמש״כ התוס׳ לקמן עה: בד״ה אחזה] ועדיף מאמירת לחו״ק בשאר קנינים. ולכן בהפקר שאין מי שימסור אין אפשרות לקנות בקנין מסירה. וזה גדר הקנין של מסירת מפתח לדעת הרשב״ם שהמפתח הוא כאפסרא של הבית ודמי לקנין מסירה דמהני בשל חבירו ולא בנכסי הגר. ולשון הרשב״ם דבהפקר מאן מסר ליה דליקני הוא לשון הגמ׳ בב״מ וברור שמשם המקור לדברי הרשב״ם.

עוד נחלקו תוס׳ והרשב״ם אם נעילת דלת בלי עשיית מנעול ובלי העמדת דלתות קונה או לא. ושיטות הראשונים בזה הם: א. נעילת דלת לא קונה והעמדת דלתות קונה אף שלא נעל כ״כ הרא״ש בדעת הרשב״ם. ב. תוס׳ ס״ל דנעילת דלת קונה בלי שום תיקון ולרשב״א שבתוס׳ פשיטא ליה דהעמדת דלתות בלי נעילה לא קנה. ג. הרא״ש ס״ל כתוס׳ דנעילה לבד קונה אבל פתיחה אינו קונה והא דנקטו בגיטין תיחוד ותפתח אינו משום דפתיחה ג״כ קונה אלא שהיה נעול ואמרו שתפתח ותנעול והדרך שאינו מקפיד על המוקדם ומאוחר. ובפרק הזורק כתב דכיון שהיתה רגילה לנעול הדלת שלא לצורך קנין אינו ניכר שנעשה לשם מעשה קנין אא״כ תפתח מיד אחר הנעילה. והשיטה בשם הר״ן כתב דנקט לשון זה לאשמועינן דסגי בנעילה לרגע אחד אפילו שמיד פתחה וזה כונת הגמ׳ נעל כל דהוא. ד. השיטה בשם ר׳ יונה כתב דסגי או בנעילה לבד או בפתיחה לבד וכ״כ הרמ״ה בריש חזקת

אות ו׳ דהעמדת דלתות לבד מהני או נעילה לבד או פתיחה. ונעילה היינו שסגר בלי לנעול או שהיה סגור ונעל. הרא״ש בהזורק חולק דבעינן דוקא נעל במפתח. ה. שיטת הרמב״ם דבעינן דוקא שיסגור ויחזור ויפתח. וע׳ בב״י ס׳ קצ״ב בפי׳ השני שכתב שכוונת הרמב״ם על דרך הרא״ש בהזורק שבאמת עיקר הקנין הוא הנעילה אלא שאם אינו חוזר ופותח לא ניכר שהנעילה נעשה לשם קנין, אלא שהרא״ש כתב כן רק באשה שדרה בבית בעלה ודרכה לנעול והרמב״ם ס״ל כן בכל נועל. וע׳ בגאון ס׳ קצ״ב סוף סק״ה שגם בתוס׳ בע״ז עא. ד״ה ור׳ אשי מבואר כרמב״ם דבעינן נעילה ופתיחה.

לענין הלכה פסק הטור בס׳ קצ״ב כדברי הרא״ש בשם הרשב״ם דהעמדת דלתות קונה בלי נעילה. והקשה הב״י דדברי הטור סתרי אהדדי דבס׳ ער״ה פסק לגבי הבונה פלטרין בנכסי הגר דהשני שהעמיד דלתות לא קנה אא״כ גם נעל וזה כדברי הרשב״א שהובא בתוד״ה נעל. וכתב דהטור מחלק בזה בין נכסי הגר דליכא דעת אחרת מקנה ובעינן דוקא נעילה ולא סגי בהעמדת דלתות משא״כ בנכסי חברו דאיכא דא״מ סגי בהעמדת דלתות. וגם הרמ״א בס׳ קצ״ב מביא הסוברים דסגי בהעמדת דלתות ובס׳ ער״ה סע׳ כ״א הביא הסוברים דבעינן דוקא נעילה. וכתב הסמ״ע בסק״ז דמחלק בין נכסי חברו לנכסי הגר כתי׳ הב״י. וע׳ בט״ז שחולק וכתב דאין לחלק בזה בין הפקר לנכסי חברו וכן הסכים הגאון בסק״ה ע״ש.

לכאורה נראה דעצם דברי הטור והרמ״א בס׳ קצ״ב אין בהם שום סתירה למה שכתבו בס׳ ער״ה. דהמקור לדברי הטור בסי׳ ער״ה דלא סגי בהעמדת דלתות אם לא נעל הוא מדברי הרשב״א שהובא בתוס׳. וראית הרשב״א דלא קנה דגם הראשון שבנה את כל הפלטרין תיקן הרבה ואעפ״כ לא קנה דלבני בעלמא הוא דאפיך דאין תיקון כ״ז שאינו ראוי לדירה א״כ גם השני שהעמיד דלתות כ״ז שלא נעל לא עדיף מהראשון. והנה התוס׳ בדף נג: הקשו על מה שהראשון לא קנה למה בניית הפלטרין גרע מסייד וכייר שקונה בנכסי הגר. ותי׳ דסייד וכייר מיירי שהיה פלטרין בנוי והוא הפקר ורצה לזכות בפלטרין ע״י שסייד סיוד אחד בזה קונה דכל תוספת שבח בפלטרין הוא תיקון וקונה אף שעדיין אין דלתות ואינו ראוי לדירה. משא״כ הבונה פלטרין בנכסי הגר הממון של הגר שבאים לזכות בו הוא הקרקע וכדי לקנות את הקרקע בעינן שיתקן תיקון בקרקע. וכל מה שבונה ומוסיף לתקן את הפלטרין אינו אלא תיקון הפלטרין ולא תיקון הקרקע ורק כשנועל דלתות הפלטרין איכא תיקון בקרקע שנעשה מקום משומר. א״כ גם מה שלמד הרשב״א מכאן שהשני שהעמיד דלתות לא קנה אא״כ נעל, גם זה קאי באותו אופן שהראשון אינו קונה, דהיינו כשבאים לזכות בקרקע. אבל אם היה פלטרין של גר ורוצה לזכות בפלטרין, כמו שסייד וכייר קנה כך כל תוספת בניה שעושה הוא תיקון וקונה אף שעדיין אינו ראוי לדירה. ובזה בודאי שגם העמדת דלתות קונה שגם הוא תיקון ולא גרע מסייד. [כ״ז לשיטת התוס׳ לקמן אך לרשב״ם שיטה אחרת בזה כמו שיבואר לקמן בס״ד].

ולפ״ז אין שום סתירה כלל בין דברי הטור והרמ״א בס׳ קצ״ב לדבריהם בס׳ ער״ה. דבס׳ קצ״ב מיירי לענין הקנין של נעילה והאופן הרגיל שקונה ע״י נעילה הוא כשהבית הוא הפקר ובא לזכות בו. ובאופן זה בודאי שגם העמדת דלתות קונה. ובס׳ ער״ה מיירי לענין הבונה פלטרין בנכסי הגר ודנים לענין זכיית הקרקע ע״י בניית הפלטרין, ולא בזכיה בפלטרין, ובזה כ״ז שלא נעל אינו אלא כמהפך בלבני בעלמא דלא תיקן את הקרקע אא״כ נעל וכמו שהראשון לא קנה כך המעמיד דלתות לא קנה ולק״מ.

והדברים לכאו׳ פשוטים וצ״ב מה הקשו הב״י והסמ״ע והט״ז והגאון. ונראה דמאי דקשיא להו הוא משום שהמקור לדברי הטור בס׳ קצ״ב הוא מדברי הרא״ש בשם הרשב״ם. ותוכן דברי הרא״ש הם שמביא קושית הרשב״א מהבונה פלטרין דהשני קנה וע״כ המעמיד דלתות גם סגר

ומוכח דסגירה לבד לא קנה. ותי׳ הרא״ש דלעולם נעילה לבד קונה והוי מצי למימר שהראשון בנה והעמיד דלתות והשני רק נעל אלא אורחא דמלתא נקט דהמעמיד דלתות הוא הנועל. ואח״כ כתב הרא״ש ומתוך פרשב״ם משמע שתיקון מנעול כדי לנעול אע״פ שלא נעל קנה כיון שאינו מחוסר אלא נעילה וה״נ העמדת דלתות קני בלא נעילה, ולמד הב״י שכונת הרא״ש לומר שלרשב״ם יתורץ באופן אחר קושית הרשב״א דמיירי בהעמיד בלי נעילה ולא כרשב״א דפשיטא ליה דהעמדה בלי נעילה לא קנה. ואם זה כונת הרא״ש א״כ מבואר בדבריו שלרשב״ם גם הבונה פלטרין בנכסי הגר קונה בהעמדת דלתות בלי נעילה. וכיון שהטור מביא דברי הרא״ש ע״כ דס״ל דגם כשבא לקנות הקרקע מהני העמדת דלתות בלי נעילה וע״ז הקשה מס׳ ער״ה. וכן משמע קצת בגאון בס׳ קצ״ב סק״ה שמקדים לקושית הב״י שמקורו של הטור הוא מהרא״ש. אבל א״כ אין מקום לתי׳ של הב״י דהרא״ש בשם הרשב״ם קאי על נכסי הגר ואיך כתב שהטור פסק כן רק לענין נכסי חברו. אע״כ דס״ל או שהטור לא פסק לגמרי כרא״ש או שלמד שאין כונת הרא״ש במה שמביא דברי הרשב״ם לישב קושית הרשב״א אלא דבר חדש דמשמע ברשב״ם שעשיית מנעול מהני בלי נעילה ולא קאי על בונה פלטרין. א״כ י״ל כדברינו.

נמצא דבעיקר דברי הטור והרמ״א אין שום סתירה כלל ואם יש מקום להקשות הוא רק משום שמקורו של הטור הוא מהרא״ש. וע׳ בלשון הרא״ש שכתב שסברת הרשב״ם דסגי בהעמדת דלתות הוא משום שאין מחוסר אלא נעילה ומשמע דס״ל שלא קונה מפני התיקון של העמדת דלתות אלא משום דע״י דלתות נחשב ראוי לדירה אף שעדיין לא נעל דכבר ראוי לדירה שיש אפשרות לנעול. וזה סברא שיקנה אפילו בבונה פלטרין. אבל לדברינו צ״ל שהטור לא פסק כן מה״ט אלא משום דס״ל דלא גרע מסייד וכייר. וזה סיבה שנחשב תיקון בבית וקונה כשרוצה לזכות בבית. אבל לענין זכיית הקרקע אין זה תיקון אא״כ נעל שראוי לדירה. ואין הכרח לחלק בזה בין נכסי חברו לנכסי הגר.

ביאור מחלוקת תוס׳ והרשב״ם לענין נעילה לבד דהרשב״ם ס״ל דלא קנה ותוס׳ ס״ל דקנה הוא דהרשב״ם ס״ל דבעינן תיקון בגוף הקרקע כגדר ופרץ וכל שאינו תיקון בגוף הוא בכלל מבריח ארי דאינו אלא מונע נזק מהחצר והוי בכלל השבת אבידה. ותוס׳ ס״ל כמש״כ בשיטמ״ק בשם ר׳ יונה שיש ב׳ אופנים של חזקה. א. תיקון בגוף הקרקע. ב. נוהג כמנהג בעלים ומונע כניסת אחרים ע״י נעילת דלת.

התוס׳ הוכיחו דסגי בנעל מהגמ׳ בגיטין דמיירי בשבת ואינו יכול לתקן מנעול. הרא״ש מוסיף בזה דכיון דהוי מלאכה דאורייתא לא התירו בשבת אפילו ע״י עכו״ם. ומדייק מזה הקו״ש דמשמע שאם היה התר לתקן מנעול ע״י עכו״ם היה מועיל לקנין אף דאין שליחות לעכו״ם ומציין לע׳ באב״מ בתשובה ס׳ כ״ה בסוף התשובה שכתב דמהני חזקה ע״י עכו״ם דלא בעינן בזה שליחות. ומביא האב״מ שכ״כ המחנ״א בהל׳ מכירה ס׳ ט״ו. אמנם האב״מ כ״כ דוקא בקנין חזקה אבל משיכה והגבהה ע״י עכו״ם ס״ל דלא מהני והמחנ״א דן שגם במשיכה יועיל מדין יד פועל כיד בעה״ב ע״ש. וע״ע בזה בפת״ת קצ״ב סק״ב.

מבריח ארי מנכסי חברו הוא. פרשב״ם דטעמא דלא קנה משום דאין הוכחה שהוא בעלים דכל ישראל מצווין להציל ממון חבריהם מן ההיזק. הסמ״ע בס׳ קצ״ב סק״י מביא לשון הרשב״ם וכתב ע״ז רע״א וז״ל לפ״ז בנכסי הגר קנה וצ״ע. וע׳ בשעה״מ ס׳ קצ״ב סק״א שגם הקשה על הרשב״ם דבהפקר לא שייך סברא זו ומביא שמפורש בלשון הרשב״ם שגם בהפקר מבריח ארי לא קנה. וע׳ ביד רמ״ה שעמד בזה וכתב דלסברת הרשב״ם בפני הבעלים שאין חיוב השבת אבידה וכן בהפקר יקנה. ולכן חולק וכתב דמה שאינו קונה אינו מפני מצות השבת אבידה אלא דבעינן תיקון ולא הצלה מנזק. והראני אחי

הג״ר דוד שליט״א שהצפנת פענח בהל׳ מתנות עניים פ״ד ה״ח מביא מדברי הרשב״ם כאן שיש ענין של השבת אבידה גם בממון הפקר יעו״ש. וע׳ ברמב״ן שגם הרגיש בשאלה זו וכתב שאפילו בפניו או בנכסי הגר דליכא מצוה מ״מ זרוזי הוא דמזרז נפשיה דלא לקרו ליה מפסיד ואין דרך הקנאה בכך. וע׳ בשעה״מ הנ״ל שכתב שצ״ל שזה גם כונת הרשב״ם.

שתי שדות ומיצר אחד ביניהם. הרשב״ם והתוס׳ הקשו מאי שנא מהא דאמרינן בקידושין דעשר שדות בעשר מדינות נקנים ע״י חזקה אחת. ותי׳ דהא דעשר שדות בעשר מדינות הוא דוקא בקונה מחברו והכא מיירי בנכסי הגר. וב׳ דרכים נאמרו בראשונים בביאור החילוק בין נכסי חברו לנכסי הגר. תוס׳ והרשב״ם ס״ל שבנכסי הגר לא קנה מפני שצריך שיתן הקונה דמי כולם ובנכסי הגר ליכא דמים. והרמב״ן והרשב״א כתבו בשם הר״י מגש די׳ שדות בי׳ מדינות קנה רק במקום דאיכא דעת אחרת מקנה. [בלשון הרשב״ם צע״ק דבתחילת דבריו בד״ה אותה קנה משמע כר״י מגש דכתב דבנכסי הגר דממילא קני אין בו כח לקנות אלא אותה שדה, אך בסוף הדיבור כתב בהדיא דטעמא משום דבהפקר אין דמי כולן, וברמב״ן והרשב״א כתבו בהדיא שהרשב״ם חולק על הר״י מגש]. דהיינו שהרשב״ם והר״י מגש פליגי בתרתי א. לר״י מגש החסרון בהפקר משום דליכא דא״מ אבל לולא זה מהני אף שאין דמי כולם דס״ל דרק כשמחוסר דמים לא קנה אבל במקום דליכא דמים לא בעינן דמים. והרשב״ם ס״ל דכל שאין דמים שישעבדו ויצרפו את העשר שדות לא מהני. והנ״מ מזה הוא במתנה, לר״י מגש מהני דאיכא דא״מ ולרשב״ם לא מהני כיון דליכא דמים. ונחלקו בזה תוס׳ דידן שכתבו דמתנה לא מהני והתוס׳ בקידושין כז: כתבו בשם ר״ח דבמתנה קנה אפילו בי׳ מדינות. והובא מחלוקת זו להלכה בסי׳ קצ״ב סע׳ י״ב. ב. לר״י מגש בלי דא״מ לא מהני י׳ שדות בי׳ מדינות ולרשב״ם לולא חסרון דמים היה מועיל גם בלי דא״מ.

הריטב״א בקידושין כז. מבאר מה שצריך בי׳ שדות בי׳ מדינות שיתן דמי כולן מפני דקי״ל דשטר לא קונה במכר דאין דעתו לקנות עד קבלת המעות וכ״ז רק בקנין שטר שלא החזיק בגוף השדה אבל בחזקה כיון שעושה מעשה בגוף השדה קנה גם לפני קבלת הדמים. אבל בי׳ שדות שלא החזיק בשאר השדות הוי קנין גרוע ולא קונה עד שיתן דמים. דהיינו שמה שצריך בי׳ שדות דמי כולם הוא אותו דין דשטר אינו קונה במכר ואין בזה המעלה שיש בכל חזקה שקונה בלי דמים כיון שהחזיק בגוף השדה ובי׳ מדינות הרי לא החזיק בגוף השדות הנמצאות בי׳ מדינות ולדבריו בודאי שבמתנה יועיל בלי דמי כולם.

נמצא לדברי כולם שהדין של י׳ שדות דקונה כולם משום דסדנא דארעא חד אין הכונה דהוי כשדה אחת ממש וקונה את כולם כמו שקונה שדה אחת במכוש אחד. אלא נחשב כל שדה כדבר בפנ״ע ומעשה הקנין היה רק בשדה שבו החזיק. ומה שקונה בי׳ מדינות אינו מפני שנחשב שהחזיק שם אלא הוי כעין קנין אגב, דאגב קניית השדה כאן יכול לקנות גם שאר השדות כיון שיש קשר ביניהם ע״י סדנא דארעא חד. וכיון שהוא דומה לגדר של קנין אגב בעינן דמי כולם ולדעת הרשב״ם זה כדי לצרף את שאר הקרקעות לקרקע זה ולדעת הר״י מגש בעינן דא״מ כמו שבאגב נקטו רוב האחרונים דבעינן דא״מ ולכן סובר הריטב״א דלא נחשב שהחזיק בי׳ מדינות לענין שיהיה גמר ומקני לפני קבלת הדמים דלגבי שאר השדות הוי רק כקנין שטר ולא כחזקה שלא החזיק בהם.

יסוד זה בגדר י׳ שדות בי׳ מדינות מבואר בהדיא בלשון הר״ן בקידושין כז. בטעמא דבעינן דמי כולם וז״ל אבל הכא [שאינו מחזיק בגוף השדה הנקנה אלא] שקונה דבר אחר בחברו כמטלטלין אגב קרקע ושדה שבמדינה זו אגב שדה שבמדינה אחרת כיון דהקנאה ריעא היא

אע״ג דלא עאיל ונפיק אזוזי לא קנה אלא כנגד מעותיו עכ״ל. וכן מבואר בנתיבות בס׳ ר״ב סק״ב, שהקשה על הקצות שמחדש בס׳ ער״ה דמהני אגב בהפקר, דגדר עשר שדות הוא כגדר אגב וכמו שכתבו הראשונים דעשר שדות לא מהני בהפקר ה״ה דאגב לא מהני בהפקר.

דף נג:

החזיק באחת מהן לקנות אותה ואת המיצר. ביאור הספק בזה הוא אם מה שב׳ שדות ומיצר ביניהם נחשב כב׳ שדות בב׳ מדינות הוא דוקא מפני שלא קנה המיצר ויש קרקע שמפסיק בין ב׳ השדות שקונה. א״ד המיצר גורם שיחשב שדה אחר ואפילו אם רוצה לקנות הכל בלי שום הפסק לא מהני. אמנם גם לצד של הגמ׳ שקונה אין זה מפני שנחשב כשדה אחת ממש. דמבואר ברשב״ם בעמ׳ א׳ בד״ה החזיק באחת מהן דבשדה אחת קונה את כולה אפילו בסתם דבסתם דעתו לכל השדה ולא צריך כונה מפורשת לכל חלק ממנה. והיכא דמיצר מפסיק פשוט לגמ׳ שבסתם אינו קונה אלא עד המיצר ואעפ״כ מספקא לגמ׳ כשרוצה לקנות את שתיהן עם המיצר אולי מהני דאף דאינו שדה אחד ממש מ״מ לא הוי כעשר מדינות כיון שאין הפסק ביניהם. דהיינו שיש ג׳ דרגות בזה. א. שדה המסוימת במיצריה דעד המצר הוי דבר אחד ממש ובסתם קנה כולה. ב. ב׳ שדות ומיצר ביניהם שבסתם אינו קונה אלא עד המיצר. ועם כונה יש צד שקונה הכל אפילו בנכסי הגר. ג. עשר שדות בעשר מדינות שלא מהני בנכסי הגר אפילו עם כוונה. ורק בנכסי חברו עם דמי כולם קנה הכל.

וכן מבואר בר״ש שמביא לשון התוספתא שגם בנכסי הגר קונה עשר שדות ע״י שמחזיק באחד מהם. ומבאר דלא מיירי בעשר מדינות אלא שסמוכות זו לזו ואין מיצר ביניהם ומבואר לקמן נד: דבכה״ג קונה במכוש אחד עד מקום דאזיל תיירא דתורי והדר [כתוס׳ שם ולא כרשב״ם]. וכתב הרא״ש דזה רק בסתם אבל אם מפרש קונה כמה שפירש אפילו בנכסי הגר כיון שאין הפסק ביניהם. ואע״ג דלענין סתמא אין זה שדה אחת מ״מ עם כוונה קונה גם בנכסי הגר. ובנכסי חברו קונה אפילו בעשר מדינות. הרי מבואר דיש דין שדה לענין סתם, ודין שדה לענין מפרש בנכסי הגר, ודין שדה לענין נכסי חברו. והספק כאן הוא במפסיק מיצר ורוצה לקנות גם את המיצר אי הוי כעשר מדינות ולא מהני בנכסי הגר אפילו עם כונה או שזה כיותר מאזלא תיירא דתורי דאף שבסתם אינו קונה, במפרש קונה אפילו בנכסי הגר.

הרמב״ן מביא המשך דברי התוספתא לענין שנים שהחזיקו יחד אחד נעל ואחד גדר וכ״א רצה לקנות את כולו ודבריו הובאו במל״מ פי״ז מגזילה ה״ג וע׳ מה שכתבנו בזה בס״ד בב״מ ח:.

כל זה לפרשב״ם דהמחזיק בסתם אינו קונה המצר. אבל התורי״ד כתב שהמחזיק בשדה קונה גם את המצר שהוא משמש את השדה וטפל לו. ואם המצר משמש רק שדה זו קונה את כולה ואם היא בין שתי שדות קונה חצי מצר ע״י שמחזיק בשדה. ומה שהחזיק בשדה לקנות אותה ואת חברתה קונה רק אותה מבאר התורי״ד דכיון שרק חצי מצר הוא טפל לשדה שהחזיק בו נמצא החצי השני מפסיק בין שתי השדות. ואינו מובן דכמו שחצי אחד טפל לשדה שהחזיק בו כך החצי השני טפל לשדה השני א״כ למה לא יקנה שתי השדות וכל המצר. וצ״ל דכיון שמה שנקנה המצר עם השדה הוא מפני שהיא טפילה לשדה א״כ רק לאחר דאמרינן שיש סיבה לזכות בשדה השני ממילא קונה גם את הצד השני של המצר ורק אחרי זכיית השדה השני יש סיבה לזכות במצר וכ״ז שאין סיבה לזכות בצד השני של המצר הוא מפסיק בין השדות ומונע את הקנין של השדה השני.

החזיק במצר לקנות שתיהן מהו. ע׳ פרשב״ם. ובשיטמ״ק בשם ר׳ יהונתן מפרש שפשוט שהמחזיק במצר קנה השדה והספק כאן

הוא כיון שמצר זה משמש ב׳ שדות אולי קנה שתיהן א״ד אין המצר יכול ליחשב כאפסר של שתי השדות וקונה אחת ולא ידוע איזה, ע״ש. וע׳ מש״כ בדבריו בקו״ש אות רל״ט.

לענין הלכה בב׳ ספיקות אלו כתב הרא״ש כיון שיש ספק בקנינו של הראשון נשאר הקרקע כמו שהיה ואם בא אחר והחזיק חזקה ודאית מוקמינן לה בידיה. והקשה הש״ך בתקפו כהן דדברי הרא״ש כאן סותרים את דבריו בב״מ ס׳ י״ז לגבי הספק של גמל בהנהגה וחמור במשיכה וכן בס׳ כ״ג לגבי הספק של משוך בהמה וקני כלים שעליה וכן בס׳ ל״ב בספק של זרק ארנקי אי קנה באויר שאין סופו לנוח. בכולהו פסק הרא״ש דבמכר נשאר בחזקת מ״ק ובהפקר נשאר ביד הראשון ומספיקא לא מפקינן מיניה. ותי׳ הש״ך והובאו דבריו בקונה״ס כלל ח׳ אות א׳ דהכא לא החזיק בשדה השני כלל ועל הצד שלא קנה ע״י מה שהחזיק במצר אין לו דין מוחזק על השדה השני כלל. משא״כ בב״מ שמשך הבהמה עם הכלים והנהיג בחמור או משך בגמל והארנקי עבר דרך אויר חצרו יש לו דין מוחזק ולא מהני תפיסת השני. והקונה״ס בסוף אות ב׳ מבאר דבריו דאע״ג דבעינן מוחזקות הראויה לקנין וא״כ גם בב״מ על הצד שלא קנה אינו מוחזק זה רק כשיש נגד תפיסתו חזקת מ״ק אבל בנכסי הגר שאין נגד תפיסתו חמ״ק לא בעינן מוחזקות הראויה לקנין לכן בהני דב״מ אפילו על הצד שלא קנה מוחזק הוי ואין מוציאין מידו. משא״כ הכא על הצד שלא קנה הרי לא החזיק כלל. וע׳ בקצה״ח ס׳ ר״ב סק״ז שמבאר באופן אחר. והמחנ״א בהל׳ קנין חצר ס׳ י״ג כתב לחלק בזה בין הספיקות בב״מ דהוי במטלטלין לגמ׳ דידן דאיירי בקרקע ע״ש.

לכאורה נראה דלפי מש״כ הקונה״ס בהמשך דבריו בכלל ח׳ אות ג׳ יתישבו דברי הרא״ש באופן פשוט. שכתב שמה שמבואר ברא״ש בב״מ דבהפקר מעמידים ביד הראשון ולא מהני תפיסת השני היינו דוקא היכא שתפס השני בעוד הראשון מחזיק כגון שהראשון מנהיג בגמל והשני חטף ממנו. אבל אם הראשון הנהיג בגמל והניח הבהמה ברה״ר ובא אחר ותפסו אין מוציאין מידו. ובזה מבאר דברי הטור שמביא דברי הרא״ש בזרק ארנקי וכתב דמיירי שהשני תפס מאוירו של הראשון מבאר הקונה״ס דרק באופן זה מוציאין מהתופס אבל אם יצא מרשות הראשון ובא אחר ותפס מהני תפיסתו. ולפ״ז אין מקום להקשות דברי הרא״ש אהדדי כלל דרק במנהיג בגמל או מושך בהמה לקנות כלים שעליה שהן פעולות נמשכות מיירי הרא״ש שבא השני ותפס בעוד הראשון מושך. אבל הכא מיירי שרפק בה פורתא כדי לקנות ובזמן שבא השני והחזיק כבר אין הראשון עוסק בפעולת החזקה והוי כמשך והניח ברה״ר דמודה הרא״ש דמהני תפיסת השני. ובזה יתישב גם מה שהקשה שם הקונה״ס באות ב׳ סתירה בדברי הר״ן בין הספק של משוך בהמה וקני כלים שעליה שפסק דבשל חברו מהני תפיסת הקונה ובזרק ארנקי פסק דבמכר נשאר בחזקת מ״ק. ולמה שנתבאר ניחא דבמשוך מיירי שמשך עד שהביאו לרשותו ולא הניחו ברה״ר. אבל בזרק ארנקי מיירי שיצא בחלון השני ואינו מונח ברשות הקונה כפשטות הגמ׳ ולא כאוקימתא דהטור דתפס אחר מהאויר ודמי לחזר והניחו ברה״ר דבטל תפיסת הראשון והדר דינא דאזלינן בתר חמ״ק. ומה דסבר הרא״ש בהפקר סובר הר״ן במכר ומתנה.

שני בתים זה לפנים מזה. לגרסת הרשב״ם מבואר שהחזיק בפנימי סתם קונה רק את הפנימי. החזיק בפנימי ע״מ לקנות שניהם קנה שניהם. החזיק בפנימי ע״מ לקנות רק את החצון לא קנה כלום. ומוכח מכאן דאע״פ שיכול לקנות את החיצון ע״י החזקה שהחזיק בפנימי מ״מ אם את הפנימי אינו רוצה לקנות אינו קונה גם את החיצון. ולכאורה יש ללמוד מזה דהא דקי״ל דע״י רפק בה פורתא קונה את כל השדה היינו דוקא כשרוצה לקנות גם את המקום שרפק. אבל אם מחזיק בחצי שדה ע״מ לקנות רק את

חציו השני ולא את המקום שבו עשה את התיקון לא קנה.

ויש לעיין בזה מהא דאיתא לקמן פז. דהקונה פשתן שמחובר לקרקע קונה ע״י שתולש מקצת פשתן. ופריך משום דתלש כל שהוא קנה ומשני דאמר ליה לך יפה קרקע כל שהוא וקנה כל מה שעליה. ומפרש הרשב״ם דתלישת מקצת פשתן הוא יפוי הקרקע ועי״ז קונה הפשתן המחובר לקרקע. וכפרושו נפסק בשו״ע ס׳ קצ״ג ע״ש. ומבואר דכיון שהפשתן הוא חלק מהשדה ונקנה בקנין הקרקע יכול להחזיק בקרקע ולקנות הפשתן אף שאת הקרקע שיפה אינו רוצה לקנות. ולכאורה זה סותר את מה שמבואר בסוגיין. אך כ״ז רק לרשב״ם דגרסת הרמב״ם והרי״ף בסוגיין הוא דהחזיק בפנימי ע״מ לקנות שניהם לא קנה אלא הפנימי כדין החזיק בחיצון. ולפ״ז אין החצון נקנה בחזקת הפנימי אפילו אם רוצה לקנות שניהם ולכן לא מהני נמי החזיק בפנימי לקנות החיצון לבדו. וגם בדף פז. התוס׳ פרשו באופן אחר אבל לשיטת הרשב״ם לכאורה קשה מסוגיין להא דאיתא בדף פז.

ונראה דיש לישב דהא דחיצון נקנת בחזקת הפנימי אינו משום דנחשב שדה אחת ממש. דחזינן דבשדה אחת קונה כולה בסתם כמבואר ברשב״ם בסוף עמ׳ א׳ ואילו הכא מפורש שהחזיק בפנימי סתם אינו קונה את החיצון. ומה שאם החזיק בפנימי ע״מ לקנות שניהם קנה הוא משום דדמי לשדה שאינה מסוימת במיצריה דבסתם קנה רק כדאזיל תירא דתורי דיותר מזה הוי כשדה אחר ואעפ״כ אם כיוון בפירוש קנה יותר כמבואר ברא״ש. וי״ל שהגדר בזה כדין י׳ שדות בי׳ מדינות דנתבאר לעיל שמה שמתקן כאן אינו תיקון בי׳ מדינות אלא מעשה הקנין נעשה כאן ואגב שדה זו קונה שאר השדות כמו שהובא לעיל מלשון הר״ן בקידושין כז. והנתיבות בס׳ ר״ב סק״ב. ואע״ג דהכא מיירי בהפקר ובהפקר אין דין של י׳ שדות בי׳ מדינות הכא עדיף שהשדות סמוכים זל״ז ואין הפסק ביניהם. וכאן החיצון משמש את הפנימי ויש שייכות ביניהם ומהני גם בהפקר. אבל לעולם גדר הקנין בזה הוא אותו גדר כמו י׳ שדות בי׳ מדינות. וכל מה שנחשב שדה אחת ממש ונקנה כולו בסתם בזה מה שקונה כולו הוא משום דהוי כחפץ אחד והתיקון במקצתו נחשב תיקון בכולו ונחשב שעשה מעשה קנין בכולו. וכל מה שאינו נקנה בסתם נחשב שדה אחר ובזה כשמתקן שדה אחד אין זה נחשב שתיקן את השני דמעשה הקנין היה רק כאן ומה שקונה השני הוא אגב קניית זה קונה את השני. ובזה יש ב׳ דרגות א. שדות בי׳ מדינות שמהני רק בנכסי חברו. ב. שדה שיתירה על אזיל תיירא דתורי או החזיק בפנימי לקנות אותה ואת החצון דאע״ג דהוי כב׳ שדות נקנה אחד ע״י הקנין שעשה בחברו גם בנכסי הגר.

מה דמבואר בדף פז. שיכול לקנות הפשתן ע״י יפוי הקרקע אף שאינו קונה את הקרקע הוא משום דהקרקע והפשתן הוי כשדה אחת ממש בזה אמרינן שנחשב שנעשה מעשה קנין בכל השדה לכן יכול לקנות הפשתן אף שאינו קונה את הקרקע. אבל בי׳ שדות בי׳ מדינות פשוט שאם אינו קונה את המקום שבו החזיק אינו קונה בשאר המקומות שהרי לא תיקן שם כלל והקרקע שם נקנה אגב הקרקע שהחזיק בו ואם במקום שהחזיק לא קנה איך יקנה במק״א. וכן מפורש ביד רמ״ה כאן באות ר״כ ע״ש. וא״כ גם פנימי וחצון אף דעדיף מעשר שדות בעשר מדינות ומהני גם בנכסי הגר מ״מ כיון שאינו שדה אחת ממש דלא נקנה בסתם אין התיקון בפנימי נחשב תיקון בחיצון אלא שנקנה החצון אגב הפנימי באותו צורה של קנין עשר שדות ובזה אם אינו קונה המקום שבו החזיק אינו יכול לקנות גם את החיצון.

ועוד העירוני די״ל באופן אחר דכל מה שחזקת הפנימי מהני לחצון מבאר הרשב״ם שהחיצון משמש את הפנימי לדריסת הרגל. וכל זה רק כשקונה את הפנימי אבל אם אינו קונה את הפנימי אלא רק את החיצון ע״י חזקת הפנימי אין שייכות בין החיצון לפנימי ובאופן זה דמי

להחזיק בחיצון לקנות את הפנימי דלא קנה דהוי כב' שדות רק כשקונה את הפנימי והחיצון משמש את הפנימי נקנה החצון ע"י החזקה של הפנימי.

בעיקר דברי הרשב"ם שהחזיק בפנימי קנה את החצון מפני שהחיצון משמש את הפנימי ע' תורת חיים שהקשה שסותר סברת הרשב"ם לעיל לגבי מיצר שאת"ל דהחזיק בשדה לא קנה המצר מ"מ יתכן שהחזיק במצר קנה השדה כיון שהמצר משמש את השדה ע"ש.

הבונה פלטרין בנכסי הגר. מבואר דאינו קונה אף שבנה את כל הפלטרין עד שיעמיד דלתות ויהיה הפלטרין ראוי לדירה ואילו בסמוך במוצא פלטרין בנכסי הגר סגי בסד בסיד לקנות את הפלטרין והקרקע. ולכאו' נר' דנחלקו התוס' והרשב"ם בביאור ענין זה. דהרשב"ם ס"ל דשום תוספת בנין אינו קונה אא"כ עשה מאינו ראוי לדירה לראוי לדירה ואחרי שראוי לדירה כל תוספת שבח הוי תיקון וקונה והא דסד בסיד קנה מיירי שכבר היו בו דלתות וראוי לדירה ממילא יש תועלת בסיד והוי תיקון אבל אם סד בית שאין בו דלתות לא קנה. אבל התוס' הקשו מסד בסיד ולא תירצו דמיירי שכבר היו דלתות אלא חלקו דהיכא שרק הקרקע הוא של הגר ורוצה ע"י בנין הפלטרין להחזיק בקרקע, לענין הקרקע אין תיקון עד שיהיה הבית ראוי לדירה. אבל היכא שהפלטרין הוא הפקר ובא לזכות בו כל תוספת שבח הוא תיקון בבית ויקנה ע"י סד בסיד אפילו אם אין בבית דלתות.

הנתיבות בסוף ס' קצ"ב מביא תשובה שכתב בענין זה [התשובה נשלח לבעל הקצה"ח ותשובת הקצות נמצא בסוף האב"מ בתשובה כ"ה ומה שמביא הנתיבות בשם ח"א שרצה לסתור דבריו ומשיב עליהם הכונה לתש' של האב"מ הנ"ל ע"ש] ובתוך דבריו כתב דהא דצר צורה קונה היינו דוקא בבית שיש בו דלתות וראוי לדירה דאל"כ לבני בעלמא הוא דאפיך דלא יתכן שצר צורה יהיה עדיף מבניית כל הפלטרין שלא קנה עד שיעמיד דלתות. ולכאו' נר' שזה רק לשיטת הרשב"ם שכתב שהמוצא פלטרין שקונה ע"י סד בסיד היינו שבנויין ואין חסר כלום דהיינו שכבר ראוי לדירה בזה תוספת סיד הוא תוספת תיקון אבל כל שאינו ראוי לדירה מה שמוסיף בבנין לא קונה. אבל בתוס' משמע בהדיא שלא חלקו בזה אלא חלקו בין הבא לזכות בקרקע של גר ע"י בניית בית לבין הבא לזכות בבית של גר. דתוספת סיד הוא תיקון בבית אף שעדיין אין דלתות וממילא כיון שתיקן הבית יכול לקנות בזה גם את הקרקע. אבל היכא שרק הקרקע הוא של הגר בזה הבנין נחשב תיקון רק מדין גדר ובעינן שיהיה ראוי לדירה דאל"כ לא תיקן את הקרקע.

תוד"ה ליבני. ואע"ג דרפק בה פורתא כשבנה יסוד לא מהני. ונחלקו הראשונים בחפירת יסודות לצורך בנין אם קונה או לא. הרא"ש כתב כתוס' דאינו קונה ומוסיף דלא דמי להא דאיתא בסמוך האי מאן דאתקיל תיקלא וכו' וכתב הרשב"ם שאם משוה הקרקע כדי לעשות גורן קבוע קנה דהתם גמר תיקון הקרקע למה שהוא רוצה לעשות בו אבל הכא חופר היסוד כדי לבנות הבית ועדיין לא נגמר למה שהוא רוצה לדור בו. ומזה למד הנתיבות הנ"ל דכל תיקון של בנייה לא קנה אא"כ ראוי לדירה. [וזה אמת גם לשיטת התוס' דמיירי לענין קניית הקרקע. ורק מש"כ דצר צורה דמיירי בבית של גר שגם לא קנה אא"כ ראוי לדירה זה לכאו' רק לרשב"ם כנ"ל]. והאב"מ בתש' כ"ה כתב דכונת הרא"ש לסברא שכתב הרמב"ן דיסודות לא הוי תיקון כיון שעשו למלאות דהיינו שאינו רוצה שישאר חפירה אלא התכלית הוא למלאות לכן אין זה גמר תיקון אבל דבר שמתקיים אף שאינו גמר תיקון קנה. אך כ"ז לדעת הרא"ש והרמב"ן דחפירת יסודות לא קנה אבל הנ"י מביא בשם הר"י מגש דס"ל דחפירת יסודות קנה והרשב"א כתב שנראין דבריו והריטב"א חולק ע"ש.

וא"ת והא יש בה גג וראוי ליכנס בה בחמה מפני החמה וכו' וי"ל דמ"מ לא חזיא וכו'

דאדרבה קילקלה דמעיקרא חזיא לזריעה. ע' באב"מ הנ"ל שמדייק מלשון התוס' דהיכא דלא חזיא לזריעה מעיקרא שפיר חשיב תיקון במה שראוי לכנוס בה מפני החמה והגשמים, ע"ש.

הקצה"ח בס' ער"ה סק"א כתב דלסוברים דבית הוי תלוש ולבסוף חברו ודינו כתלוש אין בית נקנה בקנין חזקה בפנ"ע אלא ע"י שקונה את הקרקע בחזקה וקונה את הבית בקנין חצר או בקנין אגב. ומדברי התוס' כאן מוכח דלא ס"ל כן שכתבו שסד סיד אינו תיקון בקרקע אלא תיקון בבית ורק אם הבית הוא הפקר ובא לקנותו קנה. וע"כ דסברי התוס' שהבית דינו כמחובר ונקנה בחזקה וממילא קונה גם את הקרקע המחובר לו. דאי נימא דבית דינו כתלוש א"כ בעינן דוקא תיקון בקרקע ולא בבית ולא יועיל סד בסיד. ובדעת הסוברים שבית נחשב מחובר צ"ל כפירוש הרשב"ם דבבית הראוי לדירה הסד בסיד הוסיף תיקון בקרקע דעכשיו יותר ראוי לדירה.

המציע מצעות בנכסי הגר קנה. שיטת הרשב"ם שקונה מפני שנהנה גופו מגוף הקרקע. ומשמע ברשב"ם דהקנין הוא ע"י השכיבה בלבד ולא בעינן פעולת הצעת המצעות. ומה דנקט ר"ש הציע מצעות כתבו הנ"י והרשב"א דאם שכב ע"ג קרקע אין זה כדרך הנאתו ולא קנה. ולדבריהם אם היו מצעות ובא ושכב עליהם קנה. וזה כשיטת ר' יונה שמובא בשיטמ"ק לעיל נב: דג' עניני חזקה הם א. נעילה ופתיחת דלתות שאינו מתקן כלל וקונה מפני שנוהג כמנהג בעלים. ב. גדר ופרץ שתיקן השדה. ג. מציע מצעות שאינו מתקן אלא נהנה מגוף הקרקע. ואף דאכילת פירות לא קונה כמבואר בראב"ד פ"א ממכירה הט"ו ואפילו לרמב"ם שחולק וס"ל דאכילת פירות קונה מדין חזקה הא כתב בפ"ב מזכיה דרק בנכסי חברו מהני אכילת פירות ולא בהפקר [ואע"ג דבעלמא נכסי הגר קונה יותר בקל מנכסי חברו כמבואר ברמב"ם שם ע' באו"ש שם שמבאר דלגבי אכילת פירות הפקר גרע משל חברו] מציע מצעות שאני כמבואר בראשונים כאן דנהנה גופו מגוף הקרקע. וזה החידוש שר"ש אנהרינהו לעיינין שלמד מהברייתא דקתני שאם האדון משתמש בעבד ונהנה גוף האדון מגופו של העבד קנה ואין זה נחשב כאכילת פירות. ומה שמוליך כליו לבה"מ קנה אף דלא נהנה גופו ע' רמב"ן קידושין כב:. ולשיטת הרמב"ם אינו מובן מה ראית הגמ' מהתם הא מיירי בקונה מחברו ובזה סובר הרמב"ם שאכילת פירות קונה ואיך נלמד מזה לנכסי הגר, שאכילת פירות לא מהני, שיועיל נהנה גופו מגוף הקרקע. וע' בלח"מ פ"ב זכיה ה"ג שעמד בזה. ולמה שיבואר בסמוך שהרמב"ם ס"ל כר"י מגש ניחא.

שיטת הר"י מגש שמובא בשיטמ"ק כאן ובמ"מ פ"ב מזכיה ה"ד דמציע מצעות קונה מפני שנחשב תיקון ויפוי הקרקע והוי כצר צורה. ולדבריו לא בעינן שישכב כלל. והקשה הלח"מ בהל' ד' דלפ"ז קשיא מאי מייתי מעבד ותי' דכל הני מלאכות שנזכרו בברייתא רחצו סכו הלבישו הכל מיירי בין שהעבד עשה כן לרבו בין שרבו עשה כן לעבד וכשהאדון עושה כן קנה מכיון שמיפה את העבד ומזה למדו למצעות שהוא ג"כ מיפה את הקרקע. וכדבריו מבואר ברשב"א בשם י"מ וכן מפורש בשיטמ"ק בשם הר"י מגש. וע"ע מש"כ בזה הרש"ש. וברמב"ם משמע ג"כ שמפרש כן דמביא הדין של מציע מצעות בין הצר צורה לחורש בנכסי הגר ושתיהם קונים מדין תיקון וכ"כ הגאון ס' קצ"ב סקי"ב מדלא הזכיר הרמב"ם שצריך שכיבה. ואף שהרמב"ם מביא את הברייתא של עבד כפשוטו י"ל כתי' הרש"ש ודו"ק. וע' ברמ"ה אות רכ"ז שגם לומד דקונה בהצעה לבד בלי שכיבה ומפרש ראית הגמ' ממוליך כליו אחריו לבה"מ ע"ש.

שיטת התוס' והרא"ש דקונה ע"י שכיבה אבל בעינן דוקא שיציע את המצעות אבל אם היו מצעות ושכב לא קנה. וצ"ב אי ס"ל דקונה ע"י שכיבה מה מוסיף הצעת המצעות וכי מצרפים קצת תיקון עם קצת השתמשות. ועוד דהרא"ש כתב דה"ה אם ערך שולחן ואכל עליו ובעריכת

שולחן אין יפוי הקרקע כמבואר בגאון ס׳ קצ״ב סקי״ב שכתב שלסוברים שהקנין הוא מצד יפוי לא יועיל עריכת שולחן ואם בעריכת שולחן אין שום תיקון ע״כ שכל הקנין הוא מפני השימוש של האכילה א״כ למה לא סגי באכילה לבד בלי עריכת השולחן. ועו״ק דבעבד יש רק את פעולת ההשתמשות דדמי לשכיבה ולא החלק של הצעת המצעות. וצ״ל דמה שצריך הצעות מצעות הוא כדי שלא יהיה בגדר הנאה הבאה לו מאליו אלא בעינן שיכין ויקח לעצמו את ההשתמשות. ובעבד שהעבד עושה פעולה של נתינת ההנאה, ולא הוי כשוכב ע״ג קרקע שאין הקרקע עושה פעולה, בזה שפיר לא דמי להנאה הבאה מאליו.

נמצא דשיטת הרשב״ם ורוב הראשונים דסגי בשכיבה לבד כיון שנהנה גופו מגוף הקרקע. לר״י מגש ולרמ״ה ולרמב״ם סגי בהצעת מצעות לבד. ולשיטת תוס׳ והרא״ש בעינן תרתי הצעה ושכיבה.

הנעילו. ע׳ מש״כ בזה הרש״ש וכדבריו כתב הרמ״ה באות רכ״ז.

הגביהו רבו לו לא קנאו. בביאור מחלוקת ת״ק ור״ש בהגביה רבו לעבד אם קנה או לא יש לבאר בג׳ דרכים. א. הרשב״ם מפרש דסברת ת״ק דאין דרך להגביה בני אדם ולר״ש צ״ל או שזה דרך או שאין חסרון בהגבהה אף שאין זה הדרך. ב. הפנ״י הקשה בקידושין כב: על מה דסברי שמואל ור׳ אשי התם דעבד כנעני נקנה במשיכה והא קי״ל דעבדים הוקשו לקרקעות וקרקע לא נקנה במשיכה ותי׳ דמה שהעבד הוקש לקרקע הוא רק שיהיה לו גם הקנינים של קרקע אבל לא נתמעט מעבדים קנינים של מטלטלין ועוד תירץ דמה שקרקע לא נקנה במשיכה הוא מפני שא״א למשכו משא״כ עבד שראוי למשיכה נקנה במשיכה דאין דנים אפשר מאי אפשר. והנתיבות בס׳ קצ״ו סק״א תמה על הפנ״י דבגיטין כב. מפורש דעציץ נקוב שנחשב כקרקע אינו נקנה במשיכה אף שבמציאות ראוי למשיכה. [ע׳ חזו״א אבה״ע ס׳ קמ״ח לדף כב: דגם בעציץ לא שייך משיכה דיניקתו מחשיבו כמחובר לקרקע וה״ל כמושך מקצתו ולא כולו]. ולפ״ז י״ל דסברת ת״ק כקושית הפנ״י דכיון שעבד דינו כקרקע אינו נקנה בהגבהה ור״ש ס״ל כתי׳ של הפנ״י.

ג. הגאון בס׳ קצ״ו סק״ג כתב ישוב אחר על קושית הפנ״י ומבאר בזה מחלוקת ת״ק ור״ש. דקי״ל כר״י דדבר תורה מעות קונות א״כ מן התורה קרקע ומטלטלין נקנים בכסף. ומה שיש הבדל בין קרקע למטלטלין בזה הוא אחר תקנ״ח שתקנו שמטלטלין נקנים במשיכה והגבהה. ומחלוקת ר״ש ות״ק הוא במה דפליגי אמוראי בב״ק יב. אם מה שעבדים הוקשו לקרקעות הוא רק לענין מילי דאורייתא אבל במילי דרבנן דין עבד כמטלטלין או שגם לגבי דרבנן דינו כקרקע. כמבואר בתוס׳ ב״ק יב. ות״ק ס״ל שגם לגבי דרבנן דינו כקרקע לכן לא נקנה בהגבהה כקושית הפנ״י ור״ש ס״ל דלגבי דרבנן אין דינו כקרקע. וכדברים אלו כתב גם הנתיבות בס׳ רמ״א סק״ג וכן החזו״א אבה״ע ס׳ קמ״ח לדף כב: הריטב״א לקמן פ״ו. כתב שהטעם של ת״ק הוא שעבד הוקש לקרקע וקרקע אינו נקנה בהגבהה. וזה כדברי הפנ״י.

הרמב״ם פסק בפ״ב ממכירה ה״ב כר״ש דעבד נקנה בהגבהה. ומה דפסק כר״ש כתב הריטב״א כאן ובקידושין כב: דגרס בגמ׳ הגביהו רבו לו אמר ר״ש וכו׳ א״כ לא פליגי בזה כלל. אבל הרשב״א כתב בקידושין והובאו דבריו במ״מ דדברי שמואל בקידושין כב: דעבד כנעני נקנה במשיכה הם כר״ש ודלא כת״ק וכיון דקי״ל כשמואל ע״כ קי״ל כר״ש. ומבואר בדברי הרשב״א דכשם שנחלקו ר״ש ות״ק בהגבהה כמו כן נחלקו במשיכה ודברי שמואל כר״ש. וכן צ״ל למש״כ הגאון, ולמה שנתבאר ע״פ הפנ״י דסברת ת״ק דעבד נקנה רק בקנינים של קרקע וכמו שהגבהה לא מהני מטעם זה ה״ה דלא מהני משיכה. ולדעת הרשב״ם דטעמו של ת״ק משום שאין דרך להגביה בנ״א יש להסתפק אם יש טעם זה גם במשיכה או לא. ובשו״ע ס׳ קצ״ו סע׳ ה׳ פסק כשמואל דעבד נקנה במשיכה. ושם

בסע׳ ג׳ הביא שאם הגביה העבד את רבו קנו וי״א שה״ה אם הגביהו רבו. הרי שלענין משיכה פשוט דקי״ל שנקנה ובהגבהה הביא רק בשם י״א. ומוכח דס״ל שגם מי שפוסק כת״ק דלא מהני הגבהה מודה דמשיכה מהני. וזה יתכן רק לסברת הרשב״ם דסברת ת״ק מפני שאין דרך ובזה יש מקום לחלק בין הגבהה למשיכה. וע׳ בנתיבות ס׳ קצ״ו סק״ב ונר׳ שבא לישב שאלה זו למה הגבהה גרע ממשיכה ולמה שנתבאר א״ש.

דף נד.

האי מאן דשדא ליפתא וכו׳. בלשון הרשב״ם משמע דאין החסרון מפני שאין דרך זריעה בכך וע׳ בריטב״א דבדוקא נקט ליפתא שצומח מהרה ושבחו קרוב ואין צריך לכסותו בעפר. א״כ אין החסרון דאין זה דרך זריעה אלא כיון שלמעשה לא כיסה הרי שרק הניח זרע ע״ג קרקע ואין זה נחשב תיקון בגוף הקרקע וכל השבח נעשה מאליו. אבל התורי״ד כתב דהוי כזורע לאיבוד דאין הדרך לצמוח בזריעה זו ואם כן צמח הוי כדבר הבא מאליו. אבל אילו היה דרך זריעתו בכך היה קונה אף שרק הניח הזרע ע״ג הקרקע.

רשב״ם ד״ה דשדא. מביא הגמ׳ לקמן נז. והרי אכילת פירות דבנכסי חברו קנה ובנכסי הגר לא קנה. ומבאר דנכסי חברו היינו לענין חזקת ג׳ שנים. אבל לענין קנין לא מהני בין בחברו בין בגר. אבל לרמב״ם בפ״ב מזכיה דס״ל שבנכסי חברו אכילת פירות מהני לקנין ורק בנכסי הגר לא מהני א״כ הגמ׳ כפשוטו.

האי מאן דפשח דיקלא. נחלקו התוס׳ והרשב״ם בכל הני דאינו קונה מפני שאין דעתו לתקן. שיטת הרשב״ם דאין החסרון בכוונה לקנות אלא במעשה הקנין דכמו שמעשה קנין חזקה צריך להיות מעשה שמתקן כמו כן בעינן שכוונת המחזיק יהיה לתקן ואל״כ אין זה קנין חזקה ואפילו כיוון לקנות הרי זה כמהלך בשוק ואומר רוצה אני לקנות. ובתוס׳ מבואר שהחסרון הוא שאם לא היה כוונה לתקן מוכח שלא כיוון לקנות ודמי לעודר בנכסי הגר וסבור שהן שלו שלא קנה אף דאין שום חסרון במעשה הקנין כיון שלא היה כוונה לקנות. ונ״מ מזה בדעת אחרת מקנה דמבואר ברשב״א בגיטין כ: ובנ״י בשם הראב״ד לעיל מא. דבדעת אחרת מקנה לא בענין כוונה מצד הקונה [והובאו דבריהם בקצות בס׳ ער״ה סק״ד ובשו״ת רע״א ס׳ ל״ז]. דלדעת הרשב״ם דבלי כונה לתקן אין זה מעשה קנין גם דא״מ לא יועיל וכן מבואר ברשב״ם ד״ה אדעתא דבי דרי דדינים אלו הם בין בנכסי הגר בין במתנה בין במכר. אבל לתוס׳ שאין חסרון במעשה הקנין אלא בכוונה לקנות בדא״מ דלא בעינן כוונה מהני.

ולכאורה יש עוד נ״מ היכא שלא נתכוין לתקן אבל פירש שמכוין לקנות. לרשב״ם לא מהני דליכא מעשה קנין. לתוס׳ מהני כיון שלמעשה תיקן והיה כוונה לקנות ומה שכתב הרא״ש שאם החזיק באופנים שתולים שלא כוון לתקן לא מהני אפילו שאומר שעשה לתקן וכוון לקנות, יש לפרש שכוונת הרא״ש שאח״כ אומר שזו היתה כונתו ולא סמכינן על דבריו דמעשיו מוכיחים שלא כוון לתקן אבל אם בשעת מעשה אומר שמכוון לתקן לכאורה יועיל לכו״ע ואם אומר שכוון לקנות ולא לתקן יהיה תלוי בתוס׳ וברשב״ם. אך יתכן שגם אמירה בשעת מעשה לא יועיל דע׳ רע״א תש׳ ל״ז בד״ה גם מ״ש שמביא דברי הרא״ש בגיטין לגבי תיחוד ותפתח דכיון שהיתה דרה בבית בעלה לא ניכר בנעילה לבד שכונתה לקנין לכן בעינן דוקא שאחרי הנעילה תפתח ואז מוכח שהנעילה נעשה לשם קנין. וכתב רע״א שאפילו אם תאמר בפי׳ בשעת נעילה שעושה כן לשם קנין לא מהני דבעינן מעשה המוכיח שנעשה לשם קנין ע״ש. וא״כ נר׳ שגם כאן כונת הרא״ש שאפילו אמר בשעת מעשה לא מהני. אמנם הנ״מ של דא״מ נראה שהוא קיים גם לרע״א דרק במקום דבעינן כונה בעינן מעשה המוכיח על כונה אבל בדא״מ דלא

בעינן כוונה של הקונה לא בעינן מעשה המוכיח על כוונה.

הרמ"ה באות רל"ג דן בהדיא בנידון זה בהני דמעשיו מוכיחים שלא כוון לתקן אי מירי דוקא בנכסי הגר או גם בנכסי חברו. ומביא שרב האי גאון כתב דבנכסי חברו קנה דאין זה חסרון במעשה הקנין אלא בכונת הקנין. אך כתב בנוסח אחר ממה שכתבנו בדעת התוס' דכיון שמה שאינו קונה הוא בגלל חסרון כונה בנכסי חברו אין חסרון זה דכשאומר לו חברו לחו"ק והולך ומחזיק מעשיו מוכיחים שמכוין לקנות. והרמ"ה חולק וכתב דבלי כונה לתקן חסר במעשה קנין ואף שמוכח שכוון לקנות לא מהני. ומחלוקת זו הובא בטור בס' ער"ה. והקצות שם סק"ד הקשה אמאי הוצרך ר' האי גאון לומר שבדא"מ מהני מפני שמחזיק מכח אמירת לחו"ק ומוכח שמכוון לקנין ת"ל דבדעת אחרת מקנה לא בעינן כונת קנין. ותי' הקצות דהתם שאני דצריך שיהיו מעשיו מוכיחין שעושה כדי לתקן והרמ"ה ס"ל דאפילו בדא"מ אין מעשיו מוכיחים ור' האי ס"ל דבדא"מ מעשיו מוכיחין. אך המעיין ביד רמ"ה יראה שמבואר בהדיא דלא בזה פליגי אלא דר' האי ס"ל כתוס' שזה מחמת חסרון כונה לקנות והרמ"ה ס"ל שבלי כונה לתקן אין מעשה קנין אפילו כוון לקנות [והקצות ראה רק את הטור שמביא בקצרה פלוגתתן].

ומאי דקשיא ליה ת"ל דבדא"מ לא בעינן כונת קונה הנה המעיין בדברי הרמ"ה באות רכ"ד יראה שחולק בפירוש על הראשונים הנ"ל וס"ל שגם בדעת אחרת מקנה בעינן כוונת קנין מצד הקונה. והרמ"ה לשטתו הוצרך כאן לומר שמעשיו מוכחים שכוון לקנות כיון שהמוכר אמר לחו"ק. וראיתו של הרמ"ה שגם בדא"מ בעינן כונת הקונה הוא שהגמ' ביבמות מביאה את הדין של עודר בנכסי הגר וכסבור שהן שלו שאינו קונה בלי כוונה למשל על מקדש אשה וכסבור שהיא יבמתו. ובקידושי אשה איכא מקנה דהיינו האשה שמקנה עצמה לבעל. וע' באו"ש בפ"ב מזכיה הי"ג שהרגיש בשאלה זו וכתב דבקידושי אשה אין דא"מ ע"פ הר"ן בנדרים כט. דאין האשה מקנה עצמה לבעלה אלא רק מפקרת עצמה והבעל זוכה בה כזוכה מן ההפקר. וכיון שאין דא"מ בעינן דעת קונה. אך מדברי הרמ"ה מוכח שחולק וס"ל שהאשה נחשבת מקנה. אך צ"ע דברמ"ה בדף מא. אות קט"ו מפורש כהראב"ד כמו שכתבנו שם.

אדעתא דדיקלא קני פרשב"ם קני הדקל. והתורי"ד כתב שקנה כל השדה. ולכאורה פליגי אי הדקל והשדה נחשבים כשדה אחד שקונה בסתם את כולו או שלא נחשב דבר אחד ממש ולא קונה בסתם את השדה ע"י החזקה בדקל. אך יתכן שאם כוון בפירוש לקנות את השדה קונה לכו"ע. ולעיל כתבנו בביאור דברי הרשב"ם בדף פז. דקרקע ופשתן נחשבים שדה אחת ממש ונקנה הפשתן בסתם ע"י החזקה בשדה. ואולי יש לחלק בין החזיק בשדה דקונה הפשתן להחזיק בדקל דלא קנה הקרקע. ולפי מה שהגיה הב"ח בדברי הרשב"ם אין הכרח שחולק על התורי"ד.

האי מאן דזכי זיכיא נחלקו בזה הנתיבות בתשובה שבסוף ס' קצ"ב והאב"מ בת' כ"ה. הנתיבות לומד שרק כשמלקט דברים המחוברים לקרקע או שנדבקו לקרקע באופן שבשבת היה בזה חיוב חורש דאל"כ אין זה אלא כמפנה חפצים מן השדה שאינו תיקון בגוף הקרקע. והאב"מ חולק וס"ל שגם באופן דאין חיוב חורש חשיב תיקון וקונה.

תודי"ה אדעתא דציבי. כתבו דהא דחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו היינו שאינו יודע שהוא בחצרו ואם היה יודע היה רוצה לקנות אבל אם יודע ואינו מתכוין לקנות לא קני. והטעם, שאם יודע ולא כוון לזכות הוי כמפרש שאינו רוצה לקנות. ולכן פשוט שאם חושב שאינו יכול לזכות כגון שמת הגר והוא אינו יודע שמת בודאי חצרו קונה לו שלא מדעתו אע"פ שיודע שנמצא בחצר ולא מכוין לקנות. וראיתי שכן

כתב המחנ"א קנין משיכה ס' ה' ומביא ראיה מהגמ' בב"ק מט: דמיד אחרי הגמ' שתוס' הביאו מבואר לגבי משכון של גר ברשות ישראל דחצרו קונה שלא מדעתו אף שיודע שנמצא בחצרו וע"כ הטעם מפני שאינו יודע שיכול לזכות.

אמנם כלל זה שכתבו התוס' אינו מוסכם שהרמב"ם השמיט דברי הגמ' בב"ק בספק אם זכה בנייר וכתב בזה הש"ך בס' ער"ה סק"ג שהרמב"ם לומד שהגמ' שם הוא למאן דפליג על ר"י בר"ח וס"ל שחצר קונה רק מדעתו. ולכן למאי דקי"ל חצרו של אדם קונה שלא מדעתו פשוט שזוכה בנייר גם אם לא כוון. וכתב שם הנתיבות בסק"ב שדברי הש"ך הם קושית התוס' דידן. עכ"פ יוצא מדברי הש"ך שהרמב"ם לא ס"ל תי' התוס' וגם במקום שיודע שיכול לזכות ולא כוון לזכות קונה שלא מדעתו. וגם התוס' בגיטין סא. ד"ה ליקט סובר כרמב"ם לפי הבנת המהרי"ט שמובא במל"מ בפי"ז מגו"א ה"ח. אך המל"מ כתב שאין ראיה מהתוס'. אבל בחי' הרשב"א שם בגיטין מפורש שמה שנמצא בידו קונה אף שלא כוון לזכות וע"כ הטעם משום דחצרו קונה שלא מדעתו ולית ליה סברת התוס'. ויש לחלק קצת בין הגמ' בב"ק לרשב"א בגיטין דבגיטין בודאי רוצה לקנות אלא שלא כוון בפועל לקנות משא"כ בב"ק דעתו לקנות את הקרקע ע"י השטר ואין דעתו על הנייר של השטר. וע' במחנ"א הנ"ל שמזכיר סברא זו בתוך דבריו.

וא"ת מצא בגל וכו'. הרמב"ם בפט"ז מגו"א ה"ח הקשה כקושית התוס' ותי' כיון שמה שנמצא בכותל הוא אבוד מכל אדם הוי כזוטו של ים ואם ממון שלו הותר כשנמצא במצב זה ק"ו שאינו ראוי לזכות בממון שנמצא במצב של אבוד ממנו ומכל אדם. והראב"ד תי' וז"ל אבל הטעם בכאן לפי שאינה חצר משתמרת עכ"ל והבין ה"ה שכוונת הראב"ד להעמיד אוקימתא דמיירי שלא היה משתמר. אך האבן האזל כתב שכונת הראב"ד דחצר המשתמרת היינו חצר שמשמר החפץ לבעלים והכא שגם הבעלים אינו יכול להגיע לחפץ הוי כחצר שאינה משתמרת. ומוסיף האבה"א שזה גם כונת התוס' במה שכתבו דאין חצרו זוכה כיון שאינו הווה שימצא, דהיינו שנחשב חצר שאינה משתמרת ולולא דבריו היה נר' דכונת התוס' דמה שחצר קונה שלא מדעתו הוא מפני שיש אומדנא כללית שדעתו שרוצה לקנות מה שנכנס לחצרו. וזה רק בדבר שמעלה על דעתו שאולי נמצא או ימצא אבל בדבר שאינו הווה לא מסיק אדעתיה.

ההיא איתתא. ע' שיטמ"ק בשם תה"ר שבודאי במשך תליסר שנין השקתה או שעשתה תיקון אחר בקרקע הדקל אך לא עשתה כן לשם קנין דסברה שזכתה ע"י התפשיחא.

לא קנה אלא מקום מכושו. פרשב"ם דפליגי רק בנכסי הגר אבל בנכסי חברו לכו"ע קנה דלא גרע מי' שדות בי' במדינות. דהיינו שלרב נחשב שעשה תיקון בכל השדה ולכן מהני גם בנכסי הגר ולשמואל נחשב תיקון רק במקום שרפק ואת השאר קונה מדין י' שדות ולכן בעינן דמי כולם ולא מהני בנכסי הגר. ולפ"ז מה דאיתא לקמן פז. דקונה הפשתן ע"י יפוי הקרקע אף שאינו קונה את הקרקע וע"כ משום דיפוי הקרקע נחשב תיקון בכל השדה ולכן יכול לקנות את הפשתן אף שאינו קונה את הקרקע שיפה, כ"ז ניחא לרב אבל לשמואל שגם בשדה אחת קנה רק מקום מכושו בנכסי הגר, ובנכסי חברו קונה מדין עשר שדות איך יקנה הפשתן אם אינו קונה המקום שיפה. וצ"ל דדברי ר' ששת בדף פז. הם כרב, ושמואל יפרש את המשנה שם באופן אחר [על דרך פירוש התוס' שם שקונה קנין שאלה בקרקע ובקנין חצר או באגב קונה את הפשתן].

אמנם מדברי היד רמ"ה נראה שאינו מפרש כרשב"ם דכתב באות רל"ה דשמואל סבר דלא אלימי מצרים לשויה לכולה שדה אחת אלא היכא דדעת אחרת מקנה. משמע שבדא"מ מודה שמואל דאהני המצר להחשיב את כל השדה לדבר אחד ומה דסבר רב בנכסי הגר סובר שמואל בדא"מ. דהיינו שלרשב"ם אף דפליגי בנכסי הגר יש נ"מ

ביניהם גם בנכסי חברו דלרב לא צריך דמי כולם ולשמואל צריך ולרמ״ה בנכסי חברו לא פליגי כלל דכשיש דא״מ מודה שמואל לסברת רב והקנין אינו מדין עשר שדות בעשר מדינות. ולפ״ז גם לשמואל אפשר לפרש את המשנה של פשתן שע״י תיקון הקרקע קונה את הפשתן אע״פ שאינו קונה את המקום שיפה שכל השדה הוא דבר אחד ונחשב תיקון בכולו.

דף נד:

כדאזיל תיירא דתורי והדר. ע׳ מהרש״א מש״כ להגיה בדברי הרשב״ם שקונה ממזרח למערב כפי השעור שחרש ממזרח למערב וקונה מצפון לדרום כפי השעור שחרש מצפון לדרום. ושעור מדת תלם לשיטת התוס׳ כתב הרש״ש שהוא מאה אמה ע״ש ראייתו. וכדבריו כתב היד רמ״ה באות רל״ה. הובא לעיל שהרא״ש בס׳ ס׳ כתב דהאי שעורא הוא בסתמא אבל אם פירש קונה יותר אפילו בנכסי הגר, אבל מדברי הרמ״ה בסוף אות רל״ה שכתב בד״א בנכסי הגר אבל בנכסי חברו קונה אפילו יותר מאזיל תיירא דתורי כדין עשר שדות בעשר מדינות משמע דהוי ממש כעשר מדינות ובנכסי הגר לא קנה אפילו כוון בפירוש.

יש לעיין בשדה המסוימת במצריה שהוא גדול משעור דאזיל תיירא דתורי אם קונה את כולה במכוש אחד לרב או שקונה רק עד שעור זה. דהיינו האם המצר גורם להגדיל את שעור השדה וכל מה שבמצר נחשב שדה אחת גם יותר משעור דתיירא דתורי או המצר רק גורם להקטין את השעור שקונה רק עד המיצר אפילו שזה פחות מתיירא דתורי. ומלשון הרמ״ה באות רל״ה מבואר דהמצר מהני להגדיל את השעור דכתב דהיכא דמסוימת במצריה כיון שהכיש בה מכוש אחד קנה כולה דכולה חדא שדה היא אבל היכא דאינה מסוימת במצרניה איכא למימר דכל פורתא ופורתא באנפי נפשיה קאי ולא מקני האי פורתא בחזקה דאידך ע״ש. וכן מבואר בלח״מ פ״א מזכיה הי״ג כשמבאר דברי הטור בדעת הרמב״ם ע״ש וכן מבואר בלשון הרמ״א ס׳ ער״ה סע׳ ז׳ שכתב שאם אינה מסוימת במצריה קנה מלא המענה ואם מסוימת במצריה קנה כולה. משמע שהמצר מהני להגדיל את השעור. אמנם מדברי הע״ש שהובא בסמ״ע סקי״ג נראה שלמד שלעולם אינו קונה יותר מאזיל תיירא דתורי והמצר מהני רק להקטין את השעור ולא להגדילו והסמ״ע חולק ע״ש.

נכסי עכו״ם הרי כן כמדבר. יש לברר בסוגיא זו ג׳ דברים. א. למה לא קנה הישראל בכסף. ב. אם הישראל לא קנה אמאי הוי הפקר הא לא היה כאן מעשה הפקר אלא מכירה ואם הקונה לא קנה הרי נשאר הקרקע ברשות המוכר. ג. למה רק בעכו״ם שמוכר אמרינן כן הא גם ישראל שנתן כסף לא קונה במקום כותבין שטר ואעפ״כ לא אמרינן דנעשה הפקר אלא כ״ז שלא קנה הלוקח נשאר של המוכר ולמה בעכו״ם אינו כן. [עיין ברשב״ם לקמן קל״ח. שגם בישראל יש אופן שנעשה הפקר כשאין הקונה רוצה לזכות].

הא דלא קנה הישראל ע״י הכסף יש ג׳ שיטות בראשונים. א. שיטת תוס׳ דמיירי במקום שכותבים שטר ודין הלוקח מעכו״ם כדין לוקח מישראל שבמקום שכותבין שטר אין דעתו לקנות בכסף עד שיקבל שטר וכן משמע ברשב״ם. ולכן כתב הרשב״ם שלא זכה המחזיק אא״כ החזיק לפני הלוקח אבל אם קדם הלוקח והחזיק זכה שגם במקום שכותבים שטר שיטת הרשב״ם שחזקה קונה לפני קבלת השטר. ב. שיטת הרשב״א דכיון דסתם עכו״ם אנס אין דעת הישראל לקנות עד שיגיע שטר לידו וגם במקום שאין כותבין שטר שלוקח מישראל קונה ע״י כסף לוקח מעכו״ם לא קונה עד שיגיע שטר לידו. ומה״ט כתב הרשב״א שגם אם החזיק לא קנה דרק בישראל מהני חזקה לפני קבלת השטר ולא בלוקח מעכו״ם. וגרע הלוקח מהתופס דהלוקח נתן מעות ולא סומך דעתו לקנות עד שיקבל שטר משא״כ התופס שלא נתן דמים ולית

ליה פסידא קונה מיד. ג. שיטת הרמב״ם ור׳ האי גאון שישראל הקונה או מוכר לעכו״ם אינו קונה לא בכסף ולא בחזקה אלא רק בקנין שטר [הפך דברי ר״ת בד״ה עכו״ם]. והמעיין בדברי הגאון בס׳ קצ״ד סק״א וסק״ד יראה שמביא שיש ג׳ שיטות בזה כמו שנתבאר. אלא שבסק״א משוה שיטת הרשב״ם לשיטת תוס׳ דמיירי דוקא במקום שכותבין שטר ובסק״ד מפרש פשט ברשב״ם בד״ה אסתלק במה שכתב וכ״ש מעכו״ם דסתם עכו״ם אנסים הם שכונת הרשב״ם לומר בזה כהרשב״א שאפילו במקום שאין כותבין שטר, מעכו״ם אינו קונה עד שיגיע שטר לידו. אבל אין לומר שהרשב״ם לגמרי כרשב״א דברשב״א מבואר שגם אם החזיק הלוקח לא קנה וברשב״ם בד״ה אמר רב יהודה מבואר שאם החזיק הלוקח לפני התופס מוציאים מהתופס.

הא דהוי הפקר ולא אמרינן דכ״ז שלא זכה הקונה נשאר ברשות המוכר, האחרונים למדו מכאן דכל מעשה קנין יש בו ב׳ חלקים. ההוצאה מרשות המוכר והכנסה לרשות הקונה. והיכא דהמוכר דעתו להקנות והקונה אין דעתו לקנות הועיל הקנין להוציא מרשות המוכר אף שלא קנה הלוקח ויהיה הפקר. ואין כאן מעשה הפקר כלל אלא ההקנאה הוא שמוציא מרשות המוכר. כ״כ הנתיבות בס׳ קצ״ד סק״ב והאמרי משה ס׳ כ״ב אות ד׳ וס׳ כ״ד אות י׳ ואות ט״ו [וע״ש שהקשה שמדברי הירושלמי משמע דאין מעשה קנין להפקיע מהמוכר בלי להכניס לרשות הקונה]. ומה שבישראל שמוכר בכסף והקונה אינו קונה עד קבלת השטר לא אמרינן דנעשה הפקר מבאר הנתיבות שישראל המוכר יודע שהקונה אינו רוצה לקנות וממילא גם הוא אינו מקנה עד נתינת השטר משא״כ עכו״ם שאינו יודע שהקונה מחזיקו לאנס וחושב שהישראל רוצה לקנות בכסף ולכן הוא מקנה עכשיו וכיון שהקונה אינו רוצה לקנות הוי הפקר. אך צ״ב למה הוצרך הנתיבות לתוספת זו דחלק זה מבואר בתוס׳ וברשב״ם דעכו״ם שאני מישראל דאין אצל עכו״ם קנין שטר. לרשב״ם כל קנינו בכסף ולתוס׳ אף שיש בו שאר קנינים מ״מ קנין שטר אין לו ולכן גמר ומקני בכסף משא״כ ישראל שיכול להקנות בקנין שטר גם דעת המקנה להקנות בשטר כרצונו של הקונה. וגם התוס׳ בקידושין יד: הוכיחו מסוגיא זו דאין לעכו״ם קנין שטר ולדברי הנתיבות אין ראיה מכאן כלל.

בחידושי הגרשש״ק מבאר הא דנעשה הפקר באופן אחר דס״ל שאין קנין להפקיע מרשות המוכר אא״כ עשה מעשה הפקר אלא הא דנכסי עכו״ם כמדבר הוא מפני שבכל מכירה של עכו״ם כל תכלית המכירה ומטרתו היא קבלת הכסף ואין לו ענין שיגיע הממון ליד הקונה ממילא ברגע שקיבל מעותיו לא איכפת ליה מה יהיה עם הקרקע וכלול בזה מעשה הפקר. אבל ישראל אינו כן דאף שמוכר כדי לקבל דמים מ״מ רוצה שיגיע הקרקע ליד הקונה ולא כלול במכירתו מעשה הפקר. וכדברים אלו כתב הריטב״א וז״ל וקשה לי אמאי לא אמרינן דגוי אדעתא דלוקח בלחוד אפקריה וכו׳ וי״ל דגוי לא קפיד בהאי שאין דעתו אלא לכספו ולהנאתו כן נראה לי עכ״ל. ולפי סברא זו לכאורה יש לדחות ראית רע״א בשו״ע חו״מ סי׳ ק״כ סעי׳ א׳ מהשיטה בשם הרשב״א ע״ש. ועי׳ מה שכתבנו בזה בגיטין ע״ח:.

עוד דרך בביאור סוגיא זו ראיתי בקה״י על מס׳ קידושין ס׳ כ״ז בשם הזכר יצחק שהמכר אינו מפקיע מרשות המוכר כ״ז שלא קנה הקונה, ולא כלול במכירת עכו״ם מעשה הפקר, אלא כיון דקיבל מעותיו אסחי דעתיה מהקרקע והוי הקרקע במצב של אבוד ממנו, וכל הקודם זכה אינו מדין הפקר אלא מדין אבידת עכו״ם. לפ״ז הא דעכו״ם שונה מישראל הוא או מפני שישראל לא אסח דעתיה שרוצה שיגיע לקונה או שאפילו אם אסח דעתיה והוי אבידה אין התר זכיה באבידת ישראל.

נמצא ג׳ פשטים במה שכל הקודם זכה. א. שהמכירה הועילה לענין יציאה מהמוכר. ב. כלול במכירה מעשה הפקר. ג. אסח דעתיה מיניה והוי אבידת עכו״ם. ומה שבמכירה של ישראל אין

דין זה א. לתוס׳ ולרשב״ם מפני שישראל יש לו קנין שטר ועכו״ם אין לו קנין שטר. ב. לנתיבות מפני שישראל יודע שאין הקונה רוצה לקנות משא״כ עכו״ם לא יודע. ג. לגרש״ש והריטב״א עכו״ם דעתו על כספו ואחרי שקיבל כספו מפקיר הקרקע משא״כ ישראל. ד. לזכר יצחק הוי אבידה ואבידת עכו״ם מותרת ושל ישראל אסורה.

כתב השיטמ״ק לעיל מט. בד״ה האומר על מה דאיתא התם דהכותב לחברו דין ודברים אין לי על שדה זו לא אמר כלום, דמה דלא מהני סילוק הוא דוקא בלשון דו״ד אבל אם אמר לא יהא לי כלום בשדה זה אע״פ שלא הזכיר קנייתו של זה אלא שהזכיר לשון סילוק מסתלק הוא בכך מן השדה ומיד שיחזיק בה חברו יזכה בה. ומביא ע״ז מדברי הגמ׳ כאן וז״ל ואשכחן נמי דמהני סילוק המקנה בלא קניית הקונה דאמרינן לקמן עכו״ם מכי מטו זוזי לידיה אסתלק ליה ישראל לא קני עד דמטא שטרא לידיה הלכך כל המחזיק זכה בהם עכ״ל. ודברים אלו הם מדברי ר׳ יונה ונמצא בעליות דר״י. וכדברי ר׳ יונה כתב גם המחנ״א בדיני שכירות ס׳ ט׳ דמה דלא מהני לשון דו״ד הוא משום דמדין ודברים סליק נפשיה אבל אם אומר בפירוש אי אפשי בביתך והריני מסתלק ממנה הרי הוא הפקר וכתב ע״ז המחנ״א וראיה עוד מפרק חזקת דאמר שמואל הלוקח בית מעכו״ם וכו׳ אלמא דאע״פ שאין העכו״ם מפקיר ביתו כל שנסתלק עצמו הוי הפקר. ודברי ר׳ יונה והמחנ״א נוטים לדברי הגרשש״ק שבמכירת עכו״ם כלול מעשה הפקר דכל שמסלק עצמו סילוק גמור מהנכסים הרי הם הפקר. ועי׳ מה שכתבנו בזה לעיל מ״ט.

רשב״ם ד״ה הרי הם כמדבר. כתב בשם י״מ דצריך הזוכה להחזיר ללוקח הראשון את דמיו. והרשב״ם חולק דכיון שזכה השני מן ההפקר אינו משלם דמים. וב׳ דרכים נאמרו בראשונים בביאור שיטת הי״מ [שהוא שיטת ר״ח ור׳ האי גאון]. א. הרא״ש כתב בשם ר״ח וכ״כ הריטב״א בשם ר׳ יונה דאע״פ שהלוקח לא קנה קנין גמור בנכסים בכסף דאין דעתו לקנות עד קבלת השטר מ״מ מקבל קנין משכנתא בקרקע בשעת נתינת המעות וחל שיעבוד על קרקע זה למעותיו, והוי כמשכון של גר שהזוכה בו משלם למלוה דמיו. והרא״ש מסיים דנראה כרשב״ם. ב. הרמב״ן כתב בשם רב האי גאון דהמחזיק נותן דמים ללוקח ראשון וכתב שנראין דבריו ומבאר סברתו דכיון דמשום זוזי דהאי מסתלק נכרי ומשתרשי ליה הני זוזי ללוקח שני מחייבין אותו להחזיר מעות ללוקח ראשון. והריטב״א כתב על דברי הרמב״ן ואיני מבין טעם זה הגע עצמך אילו נתן ראובן מעות (לאחר) כדי שיפקיר שדהו ועשה כן (ובא שמעון וזכה מן ההפקר) למה יתחייב שמעון לפרוע לו אותן מעות עכ״ל.

ונראה שמחלוקת הרמב״ן והריטב״א בזה תלוי במה שנתבאר לעיל בטעם הדבר דנעשה הפקר. דלסוברים דבמכירה של עכו״ם כלול מעשה הפקר דאחרי שקיבל מעותיו אין לו ענין שיגיע הקרקע לקונה ומפקירו א״כ בודאי מסתבר כריטב״א דהמעות הם רק הדבר שגרם לו שיפקיר אבל בעצם חלות ההפקר הוא דבר בפנ״ע ואין לו שייכות לקבלת הכסף ודמי ממש למשל של הריטב״א. אבל לדעת הסוברים שלא היה מעשה הפקר אלא הקנאה והקנין נעשה ע״י כסף והכסף הוא המעשה קנין שפעל את הפקעת הממון מרשות העכו״ם אלא כיון שהקונה לא כוון לקנות נשאר הפקר בזה אפשר להבין סברת הרמב״ן. דכיון שהכסף עשה את המצב שיוכל הזוכה לזכות א״כ הוא משתרשי ליה ממעותיו של הראשון וחייב לשלם. ואין זה דומה כלל למשל של הריטב״א.

עוד כתב הרשב״ם שאם יכול לוקח ראשון לדון עם העכו״ם ולהוציא ממנו מעותיו יעשה. והרא״ש חולק שאינו יכול להוציא מעותיו מן העכו״ם בדין דכיון שנגמר הקנין ע״י נתינת הכסף אין העכו״ם חייב להעמיד מקחו בידו כיון שבדיני ישראל זכה המחזיק. גם מחלוקת זו לכאורה תלויה בשאלה הנ״ל. שאם ההפקר הוא דבר בפנ״ע ואינו מכח קנין הכסף בודאי נראה

כרשב״ם שיכול לתבוע הדמים חזרה. אבל אם הפקעת הבעלות של העכו״ם נעשה ע״י קנין כסף בלי תוספת מעשה הפקר א״כ אין סיבה שיוכל לתבוע דמים שהרי העכו״ם הקנה תמורת הדמים שקיבל אלא שהקונה לא רצה לקנות ולכן נשאר הפקר ולמה יחזיר העכו״ם המעות.

על מש״כ הרשב״ם שרשע הוי מדין עני המהפך בחררה כתב הרשב״א דזה ניחא לסוברים שהשני משלם דמים א״כ הוי כמקח שיכול למצוא במק״א והוי רשע. אבל לשיטת הרשב״ם שאינו נותן דמים א״כ אין טענה שיכול למצוא במקו״א ואינו רשע. אבל הרשב״ם ס״ל כשיטת רש״י בקידושין שגם בהפקר איכא דינא דעני המהפך בחררה.

ישראל לא קני עד דמטא שטרא לידיה. כתב הרשב״א בשם י״א שאם הגיע השטר ליד לוקח ראשון לפני שהחזיק השני קנה הראשון. והרשב״א חולק דכיון שהנכסים הם הפקר אין הוא בעלים להקנות ולא מהני השטר אא״כ כתב השטר לפני קבלת הכסף. וכן נפסק בשו״ע ס׳ קצ״ד סע׳ ג׳ בשם יש מי שאומר. אמנם מדברי היד רמ״ה נראה דס״ל כי״א שמביא הרשב״א שכתב באות רל״ח על דינו של שמואל ודוקא היכא שהחזיק בהן לבתר דמטו זוזי לידיה דגוי ומקמי דנמטי שטרא לידא דלוקח. משמע שאם החזיק אחרי שהעכו״ם קיבל את הכסף, וגם כתב שטר אחרי קבלת הכסף מוציאין מידו. וצריך להבין סברת הי״א שברשב״א והרמ״ה אין יועיל שטר אחר קבלת כסף הרי הנכסים הם הפקר ואין העכו״ם בעלים להקנותם. ולכאורה היה נראה שלפי הזכר יצחק שכתב שאינו הפקר כלל אלא שדינו כאבידת עכו״ם שאפשר לזכות בו א״כ כ״ז שלא זכו שפיר הוי בבעלותו להקנות. ועיינתי בדברי הזכר יצחק בפנים בס׳ ע״ח וראיתי שכתב כן וכל חידושו נאמר כדי לבאר שיטות אלו ומדייק שגם הרמב״ם סובר כן ע״ש.

אך צריך להוסיף בזה דנחלקו האחרונים בהא דהתירה התורה אבידת עכו״ם אם הפקיעו את בעלותו של העכו״ם והוי כממון הפקר או שאינו אלא התר זכיה ועד הזכיה זה ממון העכו״ם. דהבית הלוי בח״ג ס׳ מ״ה אות ו׳ נקט דהוי הפקר. והאמרי משה בס׳ ל״ז אות ט״ז כתב דהוי שלו עד הזכיה [בדעת הב״ח שכתב ביו״ד ס׳ קמ״ו שאפילו אחרי הזכיה אין אבידת עכו״ם של הזוכה ואינו אלא התר להשתמש בשל עכו״ם ודאי מודה הביה״ל אלא דס״ל דלדעת החולקים הוי הפקר עוד לפני הזכיה]. ועוד נחלקו האחרונים אם דבר שהוא במצב של אבוד מן הבעלים אם הוי ברשותו להקנותו או לא. שיטת האמרי משה בס׳ ל״ד שאבידה אינה ברשותו ואינו יכול להקנותה ומביא שהאו״ש ס״ל דהוי ברשותו. וע׳ בריטב״א בריש המפקיד [ודבריו הובאו בקצה״ח ס׳ רצ״ה סק״ג] שכתב שמה שהצריכו לומר שמקנה בהמה לשומר משעת משיכה זה רק אם נגנב שאינו יכול להקנות אח״כ שאינה ברשותו אבל בנאבד יכול להקנות אחר שנאבד. וע׳ בב״מ כו: שכתבנו שגם מדברי הריטב״א שם מוכח דאבידה הוי ברשותו. וכדי לבאר שיטת הי״מ דמהני שטרו של העכו״ם אחרי קבלת המעות צ״ל א. דס״ל שאינו הפקר אלא אבידת עכו״ם. ב. ס״ל דאבידת עכו״ם אינו הפקר אלא שייך לעכו״ם עד הזכיה. ג. ס״ל שאבידה הוא ברשותו ויכול להקנותו. [ואין לדחות שזה אבידה רק מפני שמסיח דעתו מהקרקע אבל כשרוצה לכתוב שטר בטל דין אבידה מיניה ולכן יכול להקנות דא״כ לא מספיק שיזכה לפני נתינת השטר אלא צריך שיזכה לפני שמכין עצמו לכתיבת השטר].

תוד״ה עכו״ם. כתבו בסה״ד דאין אצל עכו״ם קנין שטר. וע׳ בקצה״ח ס׳ ס״ח סק״א שכתב ע״פ תוס׳ זה שאפילו לסוברים שעכו״ם כשר לעדות מן התורה מ״מ אם חתם על שטר השטר פסול דכיון שעכו״ם אינו בקנין שטר אינו בתורת עשיית שטר דעכו״ם לאו בני שטרא נינהו.

תוד״ה וישראל. וי״ל דהתם בדיניהם קאמר. ביאור דברי התוס׳ ראיתי במהרי״ט אלגזי בריש פ״ב דבכורות עמ׳ יא. ד״ה והנה לעיל שתוס׳ פרשו מה שאמרו שם ישראל שנתן מעות לעכו״ם

בדיניהם הכוונה שאמר בשעת מתן מעות שרוצה שהקנין יהיה לפי דיניהם ובזה פשוט שאין כונתו לקנות כמו שרגיל לקנות מן הישראל. ולא ס"ל כפרש"י דפירש בדיניהם היינו שכך הדין שישראל שקונה מעכו"ם דנים אותו כדיניהם. וע"ע ברע"א מה שכתב על סוף דברי התוס' ולכאורה י"ל דאע"ג די"א דחיוב של מוסר הוא מדרבנן מ"מ יש גם חומרה במוסר משאר גזלן דיש אופנים שמותר להורגו כמבואר בסוף ב"ק ומורידין אותו ולא מעלין ונידון בגהנום לדורי דורות וגהנום כלה והם אינם כלים כמבואר בר"ה דף יז.

דף נה.

דינא דמלכותא דינא. נחלקו הראשונים ביסוד הדין של דינא דמלכותא א. שיטת הרשב"ם כאן דכחו של המלכות הוא משום שאנשי המדינה מקבלים על עצמם את חוקי המלכות. ב. שיטת הר"ן בנדרים כח. דכחו של המלך הוא משום שכבש את המדינה בכיבוש מלחמה והוי שלו ולכן יכול לומר שמי שלא יעשה כמצוותו יגרשנו מארצו. ומה"ט כתב שם הר"ן שבא"י אין דינא דמלכותא דאין המלך בעלים על א"י דירושה היא לישראל מאבותיהם. ואף דלשון הר"ן הוא שתלוי אם המלך הוא עכו"ם או ישראל מתוכן דבריו מוכח דלא תלוי בזה אלא בא"י וחו"ל. ולדברי הר"ן צ"ל דהא דמבואר בב"ק ס: דשלחו לדוד אבל אתה מלך אתה ומלך פורץ לעשות לו דרך, אין זה מכח דינא דמלכותא אלא מדיני כבוד מלכות שחייבים להניחו לעבור בכל מקום שירצה. אבל הרמב"ם בפ"ה מגו"א מביא בכלל הדינים של דינא דמלכותא שמלך שהרס בתים ועשה דרך או חומה מותר להנות בה שדין המלך דין. ובגאון בס' שס"ט סק"ח מבואר דמקורו מב"ק ס: מהא דאמרו לדוד א"כ מבואר שהוא מדין דינא דמלכותא דינא. ומבואר דס"ל שגם במלך ישראל בא"י דינא דמלכותא דדינא. ג. בדברי ר' יונה כאן מבואר דהמקור לדינא דמלכותא הוא מהדין של הפקר ב"ד שנלמד מקרא בגיטין לו: וע' בדבר אברהם ח"א ס"א שמבאר דס"ל דהפקר ב"ד אינו תלוי דוקא בב"ד אלא כל שיש לו כח השררה והשלטון הפקרו הפקר. וע"ע בדב"א שמאריך בשיטות הראשונים בזה וגם מבאר ששיטת ר' יונה דהפקר ב"ד ודינא דמלכותא מהני רק להפקיע בעלות ולעשותו הפקר לא להקנות, ע"ש. ד. רש"י בגיטין ט: כתב ששטרות העולין בערכאות של עכו"ם כשרים, ומבואר בגמ' בדף י': שהטעם הוא משום דינא דמלכותא, וכתב רש"י בדף ט: הטעם מפני שבני נח נצטוו על הדינים. משמע דס"ל שבכלל מה שנצטוו על הדינים כלול שניתנה להם כח לעשות דין ולכן דינא דמלכותא דינא. כן מבאר האבה"א בפ"ח מנז"מ ה"ה ד"ה והנראה ע"ש שהאריך בזה. ה. שיטת הב"ש באבה"ע ס' כ"ח סק"ג שדינא דמלכותא הוא דין דרבנן מתקנ"ח והאב"מ שם סק"ב בד"ה אלא חולק ע"ש.

הרמב"ם בפ"ה מגו"א הי"ח כתב על הדין של דינא דמלכותא וז"ל בד"א במלך שמטבעו יוצא באותן הארצות שהרי הסכימו עליו בני אותה מדינה וסמכה דעתם שהוא אדוניהם והם לו עבדים אבל אם אין מטבעו יוצא הרי הוא כגזלן בעל זרוע וכמו חבורת ליסטים המזוינים שאין דיניהם דין עכ"ל. ולכאורה היה נראה דס"ל כשיטת הרשב"ם דטעמא דדינא דמלכותא דינא הוא משום שכל בני המלכות מקבלים עליהם מרצונם חוקי המלך. לכן סובר הרמב"ם דבעינן שיצא טבעו במדינה וסמכה דעתם שהוא אדוניהם שרק באופן זה מקבלים עליהם חוקיו. אך מדברי הגאון בס' שס"ט סק"ט משמע שס"ל שמה שכתב הרמב"ם דבעינן שמטבעו יוצא בעולם אין זה הלכה דוקא לגבי דינא דמלכותא דינא אלא הוא הלכה בכל הדינים שתלוים במלך דרק במצב זה יש למלך דין מלך דכתב הגאון שהמקור לדברי הרמב"ם הוא ממגילה יד: דאמרה אביגיל לדוד דאין דין מורד במלכות מפני שעדיין שאול קיים ולא יצא טבעך בעולם. והדין של מורד במלכות אינו בגלל הדין של דינא דמלכותא אלא מוכח שזה הלכה בכל הלכות המלך שרק ביצא טבעו

בעולם יש לו דין מלך לכל דיניו. וכמו שאין בו דין מורד במלכות כך אין ההלכה של דינא דמלכותא דינא.

איתא בסמוך הנו זהרורי דזבין ארעא לטסקא זבינהו זביני ונחלקו בגמ׳ אם זה דוקא בטסקא או גם בכרגא. והקשה הרשב״א במאי פליגי הא דין זה הוא בגלל דינא דמלכותא א״כ תלוי מהו חוק המלכות ולא מסתבר לומר דפליגי במציאות אם גם כרגא הוא בכלל דין המלכות או לא. וכתבו הרשב״א והרמב״ן דדינא דמלכותא אמרו ולא דינא דמלכא ולא כל מה שירצה המלך לעשות נחשב דינא דמלכותא אלא תלוי בדינים המקובלים במדינה. [וע׳ בדבר אברהם שמבאר למה המלכים הראשונים כן קבעו חוקים והבאים אחריהם אינם יכולים לשנות]. ובזה נחלקו במקום שנוהג המלך דין זה גם בכרגא אם דינו דין או לא. אבל ברמב״ם בפ״ה הי״ד מבואר שלא למד כך דכתב דממכרן של זהרורי ממכר רק בטסקא ולא בכרגא ומסיים הרמב״ם אא״כ היה דין המלך כך. דהיינו שגם המ״ד שמחלק בין טסקא לכרגא הוא רק מפני שס״ל שכן הוא חוק המלך אבל במקום שחוק המלך הוא בין בטסקא בין בכרגא בשניהם ממכרו ממכר. ומבואר דס״ל דפליגי אם כרגא היה בכלל חוק המלך ולא כרשב״א. והרמב״ם בזה לשטתו דבתחילת הי״ד כתב שכל דין שיחקוק המלך לכל ולא ליחיד אינו גזל וכתב ה״ה דמבואר מזה דלא ס״ל לרמב״ם כרמב״ן אלא ס״ל שהמלך יכול לחדש חוקים בתנאי שהוא דרך חוק השוה לכל בני המדינה ולא לגבי יחיד שהוא דרך חמס וגזל. ולכן אין הרמב״ם יכול לפרש המחלוקת לגבי כרגא כרמב״ן והרשב״א. וכן מבואר בגאון ס׳ שס״ט סקכ״ו שהרמב״ם ס״ל שכל הדינים שנאמרו בגמ׳ מדינא דמלכותא היינו רק שכך היה הדינא דמלכותא בזמנם אבל תלוי בכל מקום וכל זמן מהו חוק המלך ומסיים הגאון וע׳ ס״ט אבל מס וכו׳ אא״כ הוה וכו׳. דהיינו שבסעי׳ ט׳ מובא לשון הרמב״ם דהא דבכרגא אין ממכרו ממכר הוא רק מפני שלא היה בזה חוק המלך כנ״ל. וע״ע בס׳ קס״ג סע׳ ו׳ שפסק הרמ״א דהא דמבואר לקמן שאם המלכות פטרה אדם מהמס אינו חייב לתת חלקו הוא דוקא אם פטרוהו קודם שקבעו המס אבל אם קבעו המס על בני העיר ואח״כ פטרו אדם בטל חייב לתת חלקו. ומקורו בדברי הנ״י לגבי אינדסקי בסמוך. וכתב הגאון בס״ק פ״ט שסברת הנ״י דלענין לפטור לפני שקבעו המס בידם לחייב את מי שרוצים מדינא דמלכותא אבל אחר שהטילו המס על כל העיר ובאים לפטור אדם מסוים בזה לא אמרינן דינא דמלכותא דינא וז״ל אין המלכות יכול לפטור שלא כדין כמש״כ הר״י פ״א דגיטין מדקאמר דמלכותא ולא דמלכא עכ״ל דהיינו שאין זה מחוקי המלך לפטור ממס ולכן אין בזה דין של דינא דמלכותא וזה כשיטת הרשב״א והרמב״ן ודלא כרמב״ם. אך יתכן שכאן גם הרמב״ם יודה כיון שעושים רק ליחיד ולא לכל בני המדינה.