

קונטרס ביאורי שמעתתא

ביאורים ובירורי סוגיות
הערות וחידושים
עמ"ס בבא בתרא

נכתב בעזרת החונן לאדם דעת
יהושע בלאאמו"ר הג"ר ראובן שליט"א מלין
חודש תשרי תשפ"ז

להערות והארות:

050-411-8650



עיצוב כריכה ושער:



052-7609874

m0527609874@gmail.com

מכתב ברכה
ממו"ר דו"ז רה"י שליט"א

ESHIVA GEDOLA & KOLLEL AVREICHIM
BAIS MEDROSH ELYON
BNEI - BRAK



ישיבה גדולה וכולל אברכים
בית מדרש עליון
בני ברק

בית מדרש עליון בני ברק
בית מדרש עליון בני ברק
בית מדרש עליון בני ברק

ראש הישיבה: הנאמן רבי יצחק מאיר אונגריישר שליט"א

בס"ד

כ"ו אלול תשפ"ו

באתי בזה לכבוד החתן המופלג חריף ובקי טובא ועדיו לגאון ש"ב כמר יהושע מלין נ"י נכד גיסי הגאון הגדול ר' איסר יהודה שליט"א.

שמחתי מאוד לקבל את קובץ החידושי תורה שכתב על מסכתא בבא בתרא, ומראה בזה כחו לברר וללבן הסוגיות ולהבין את דברי רבותינו הראשונים והאחרונים היטב, ומוסיף ומפלפל הרבה מדיליה, ומחדש חידושים נכונים וישרים ומשמחים, וזכה להעלות הדברים על הכתב בסדר יפה והגון.

ובס"ד התקיים בו מה שאמרו חז"ל יגעת ומצאת תאמין, שיגע יגיעה מרובה בעמל התורה בכל שנותיו בישיבה, וגם עמל הרבה לקבל תורה מהרבנים בישיבה, וזכה כבר לחבר כמה קונטרסים על המסכתות שלמדו בישיבה, והשקיע בהם עמל רב להוציא דבר מתוקן מתחת ידו, וגם עכשיו בס"ד זוכה לקיים מה שאמרו חז"ל מעלין בקודש ואין מורדין.

ומוציא את הקונטרס לרגל שמחתו שזוכה ב"ה להכנס בברית הנישואין עב"ג תחי', בת ידידי הגאון הגדול ר' ישראל מאיר דרוק שליט"א אשר ידוע ומפורסם לכל גדלותו בתורה וירא"ש זוכה להרביץ תורה לרבים.

ולפעל טובא אמינא יישר כחו להמשיך לעלות במעלות התורה ללמוד וללמד לשמור ולעשות את כל דברי התורה הקדושה.

ויה"ר שיזכה לבנות בית נאמן בישראל על אדני התורה והיראה לתפארת המשפחה המרוממה.

דפדפני כתיבה אמינה
יהודה מאיר אונגריישר

מכתב ברכה
ממור"ר הגר"נ קופשיץ שליט"א

Rabbi Naftoli Ha'kohen Kopshitz
Rabbi of
"Chanichei Hayeshivos" Congregation
Romema, Jerusalem

הרב נפתלי הכהן קופשיץ

רב קהילת ובית המדרש
"חניכי הישיבות"
רוממה, ירושלים

מען למכתבים: רח' זכרון יעקב 11 ירושלים. טל': 02-5023503 Address: Zichron Yakov 11 Jerusalem.

בס"ד ג' תשרי תשפ"ז

מכתב ברכה

הנני בזה להכיר ולהוקיר את ידידי ויקירי וחביבי החתן **יהושע מלין** נ"ו שהנו מפארי ישיבת בית מדרש עליון בעיה"ק בני ברק חתנו של הגאון הגדול ראש ישיבות תפארת ישראל ר' ישראל מאיר דרוק שליט"א, אשר עמל ויגע בתורה בכשרונות נפלאים וברוכים ומבקש את האמת ומצא כדי מדתו וגם יראתו קודמת לחכמתו.

והנה אתי ואייתי מתניתא בידיה דברי תורה נפלאים חידושי תורה על מסכת בבא בתרא הנקרא "**ביאורי שמעתתא**" המשמחים כל לב שמוציא לאור לרגל שמחתך שמחת נשואיך עב"ג בת גדולים וצדיקים ונהנתי לראות רוב גיעו ועמלו נושאים פירות מתוקים הראויים להנתן על שולחן מלכים.

והנני לברכך ברכת כהן מעומקא דלבא שתזכה לעלות תמיד בתורה וביראה בשמחה וברוב הצלחה ועליה גדולה בתורה וביר"ש כשאיפת לבך הטהורה, ושאיפת הוריק היקרים, ותזכה לפאר את בית ישראל.

ותזכה לבנות את ביתך הגדול לשם ולתפארת מתוך מנוחת הנפש והרחבת הדעת ותזכה לזרע של קיימא עוסקים בתורה ובמצוות עושים נחת רוח ליוצרים.

כעתירת וכברכת ידידו מוקירו ומכבדו כערכו



נפתלי הכהן קופשיץ

מכתב ברכה

מאדוני אבי מורי ורבי שליט"א

בין כסא לעשור תשפ"ז.

מה אשיב לה' כל תגמולהי עלי, אודה לה' בכל לבב, על כי הטוב אשר גמלנו, ובפרט על אשר אנו עומדים בעז"ה לפני נשואי בננו יקירנו אהובינו, המופלג מאוד בשקידת התורה ועמלה בעוז ובשמחה, ביר"ש טהורה, ובכל מדה נכונה, ומצוין מאוד במצוות כיבוד אב ואם באופן מיוחד ביותר, אציל הנפש וזך המידות, הבה"ח **יהושע** נ"ו.

עב"ג הכלה תחילת בת מחותני הגאון המופלא רבי **ישראל מאיר דרוק** שליט"א ראש ישיבות תפארת ישראל בארה"ק, ונכדת הגאון הגדול, מרא דכולה תלמודא רבי **מיכל זילבר** שליט"א.

וכמה שמחה כפולה היא לנו אשר בני **יהושע** נ"ו מוציא לאור בס"ד את חידושי תורתו אשר עמל ויגע עליהם עד מאוד, בסוגיות הנלמדות בישיבה, במסכת בבא בתרא, להיכנס ליום הגדול יום החופה, ולכונן את הבית החדש, מתוך שמחת וחדוות התורה.

והנה הן זאת ידוע לכל, התמדתו הגדולה והעצומה, הן בסדרים והן בבין הסדרים ובכל עת, ובפרט גודל עמלו ושקיעותו המופלגת, בלימוד ועיון הסוגיות, בעמקות גדולה, הן בדיבוק ופלפול חברים בכל עוז, והן אשר דן ובירר וליבן לפני רבותיו בישבה"ק אשר דבק בהם עד מאוד.

ונתקיים בו יגעת ומצאת תאמין, ועלה בידו לחדש חידו"ת לאמיתה של תורה, נפלאים וערבים לכל שומעיהם, בעמקות ובהירות ובסברה ישרה, ועוד עמל ויגע בבירור אחר בירור, לסדרם ולהעלותם ע"ג הכתב, בשפה ברורה ונעימה וכל הרואה אומר ברקאי, ועליך אני קורא את הפסוק, 'בני אם חכם ליבך - ישמח ליבי גם אני'.

ועל כל זאת אודה את ה' בכל לב ונפש, עד הנה עזרנו רחמין ולא עזבונו חסדיך ואל תטשינו ה' אלוקינו לנצח.

ואברך אותך בברכת אב בלב ונפש, שתזכה אתה וכלתך המהוללה, המעוטרת בכל מידה נכונה, מרת **שרה** שתחילת להקים יחד בית נאמן בישראל, בית שכולו תורה ויר"ש, מדות טובות והשראת השכינה, ששון ושמחה, אהבה אחוה שלום ורעות, בית מלא ברכת ה' תמיד, ותזכו לדורות ישרים מבורכים מתוך בריות גופא ונהורא מעליא, ויזכו ההורים והסבים לרוב נחת ממכם תמיד אכ"ר.

כברכת אביך אוהבך בלו"נ

ראובן מלין

מכתב ברכה
ממורי חמי שליט"א

בעזרת

RABBI ISRAEL MEIR
DRUCK

הרב ישראל מאיר דרוק
ראש ישיבות "תפארת ישראל" בארה"ק



בעזה"י

ערש"ק לסדר "לא בשמים היא"

כאן ירושלים עיה"ק ת"ו.

ראיתי את תכריך כתביו הנפלאים של חתני היקר רבי יהושע מלין שליט"א בן ידידי הגאון רבי ראובן שליט"א, אשר העלה על הכתב מחידושיו על מסכת בבא בתרא, בשם "ביאורי שמעתא".

עברתי מעט על הדברים וראיתי כי הם כתובים בעומק גדול ובכשרון נפלא, יורד לנבכי הסוגיא ומעלה חידושים נפלאים משובבים נפש ומאירים עיניים, ומגיש את הדברים באופן בהיר כשולחן הערוך ומוכן.

זכה חתני היקר שליט"א ובזכות עמלו הרב נתקיימה בו ההבטחה המיוחדת שניתנה לטורדים לדעת סודה שנפש עמל בתורה תורה עומלת לו, שמחזרת עליו, ומבקשת מאת קונה למסור לו טעמי תורה וסדריה, וזכה ומסרו לו טעמי תורה וסדריה, וזכה לחדש חידושים מתוקים וערבים.

ממעון הברכות יתברך שספרו זה יתקבל בבי מדרשא ויביא תועלת מרובה ללומדי התורה, יעלו דברי תורתו על שולחן מלכים, מאן מלכי רבנן, ויתבדרו דבריו בבתי מדרשות להגדיל תורה ולהאדירה, ויזכה להוסיף כהנה וכהנה, להקים את ביתו על אדני התורה והיראה יחד עם בתנו היקרה תחיל, ולשבת במנוחה והשקט באהלה של תורה כל ימי חייו.

הכו"ח לכבוד לומדי תורה ועמליה



הישיבה הגדולה
וכולל אברכים
"בית מדרש עליון"
סניף ירושלים

הישיבה הגדולה
וכולל אברכים
"נתיבות חיים"
בית שמש

כולל אברכים
"תפארת ישראל"
ירושלים

הישיבה לצעירים
"משכן ישראל"
ירושלים

הישיבה לצעירים
"נתיבות מרדכי"
נוה יעקב ירושלים

הישיבה לצעירים
"תורת מרדכי"
מודיעין עילית

כולל ערב
"תפארת ישראל"
ירושלים

כולל ששי

כולל שבת

רח' הרב ריינס 16 ירושלים - טל: 02-6537286
16 HaRav Reines St., Jerusalem - Tel: 02-6537286



לעילוי נשמת זקני

הגאון הגדול רבי **מאיר אייזיק מלין** זצוק"ל

בן הגה"ק רבי איסר יהודה זצ"ל הי"ד

ראש ישיבת כנסת יהודה ירושלים

נלב"ע ביום ז"ך תשרי תשנ"ה

ת.נ.צ.ב.ה.

לעילוי נשמת זקני

הגאון הגדול רבי **דן אונגרישר** זצוק"ל

בן הרב ר' ירחמיאל זצ"ל הי"ד

ראש ישיבת "בית מדרש עליון" בארה"ק ובארה"ב

נלב"ע ביום ג' מרחשוון תשע"ב

ת.נ.צ.ב.ה.

לעילוי נשמת

זקנתי הרבנית הצדקנית

מרת **לאה ברלין** ע"ה

בת הגה"צ ר' נחום ברגמן זצוק"ל

נלב"ע א' ניסן תשמ"ו

ת.נ.צ.ב.ה.

לעילוי נשמת

זקנתי הרבנית הצדקנית

מרת **רבקה ברגמן** ע"ה

בת הרה"צ ר' ישראל אשר הלוי וואלעס זצ"ל

נכדת המגיד הירושלמי הגה"צ רבי בן ציון ידלר זצ"ל

נלב"ע כ' אייר תשפ"ג

ת.נ.צ.ב.ה.

תוכן העניינים

אקדמות מילין ג

פרק השותפין

סי' א'	בגדר חובת בניית הכותל בשותפין ובשכנים, ומנהג המדינה, ז
סי' ב'	בביאור דברי התוס' ד"ה לפיכך והמסתעף וכו' [ב.] יח
סי' ג'	בענין מחיצת הכרם שנפרצה [ב.] כח
סי' ד'	בפלוגתא היזק ראייה אי שמיה היזק [ב:] לו
סי' ה'	בענין קנין דברים ואתן [ג.] מ
סי' ו'	בגדרי נהנה ומשתרשי ליה וסוגית יורד לשד' חבירו
מז	וביאור הסוגיא מקיף וניקף והמסתעף [ד:] מז
סי' ז'	בענין חזקה אין אדם פורע תוך זמנו וביאור הסוגיא [ה. - :] סז

פרק חזקת הבתים

סי' ח'	בגדר החזקה בקרקע ובעבדים ובמטלטלין - הקדמה לפרק [כח.] עז
סי' ט'	ביאור דעת הולכי אושא והילפותא וסוגיית הגמ' [כח. - :] פב
סי' י'	בגדר חזקת ג"ש [כט.] פח
סי' י"א	בענין מקוטעות ומפוזרות בשדה וברוכלים ועדות שוכרין
ק	ונוגעין בעדותן והמתסעף [כט. -:] ק
סי' י"ב	בסוגי' שכוני גוואי ודבי סיסין בשיטת הרשב"ם
והראשונים [כט: - ל.]	 קיא
סי' י"ג	בסוגי' שוקי בראי [ל.] קכג
סי' י"ד	בסוגית לאו קא מודית [ל. - :] קכז
סי' ט"ז	בסוגי' תרי ותרי [לא. - :] קלז
סי' ט"ז	בגדר מתנת שכי"מ [קלז.] קמז
סי' י"ז	בדין תקנת חז"ל בנכסין מרובין ומועטין
בשיטת הראשונים בסוגיא [קמ.]	 קמט
סי' י"ח	בענין גדר הנחלה בשיטת ריב"ב ורבנן [קכו: - קלא. - קמא:] קנה
קונטרס אוסף הערות	 קסה



ישתבח הבורא ויתעלה היוצר על כל החסד והטובות אשר עשה עמדי מיום בואי לעולם ועד היום הזה, ששם חלקי מיושבי בית המדרש להגות באמרי שפר ולהתעלות בתורתנו הקדושה אשר באהבתו אין קץ הנחילנו, והבדילנו מן התועים וזיכני לישב באוהלה של תורה ולחסות תחת כנפי השכינה.

והנה הבאנו בחיבורים הקודמים את הענין של כתיבת חידו"ת שהם מבחינה כמו פריה ורביה, והנה מצינו חידוש מבהיל על הרעיון דהנה הגמ' ביבמות [סג:] אי' ואתם פרו וכו' - 'בן עזאי אומר כאילו שופך דמים וממעט הדמות שנאמר 'ואתם פרו ורבו' אמרו לו לבן עזאי יש נאה דורש ונאה מקיים - נאה מקיים ואין נאה דורש ואתה נאה דורש ואין נאה מקיים, אמר להן בן עזאי ומה אעשה שנפשי חשקה בתורה'.

ולכאוף דבר פלא הוא מה השיב בן עזאי בדבר הזה, והנה מצאתי בגליוני הש"ס לר' יוסף ענגיל ביבמות [שם] וז"ל 'י"ל שקיים בלימוד תורתו מעין מצות פ"ו ושבת שההלכות שנתחדשו ע"י לימוד תורתו כתולדות בנים היו לו, עי' ברכות [מ"ז:] 'שנים ושבת מצטרפין' ושבת גברא הוא אלא אימא שני ת"ח המחדדין זה את זה בהלכה מצטרפין, ובתוס' הרא"ש שם כתב 'שני ת"ח המחדדין זה את זה בהלכה בתוך הסעודה מצטרפין שההלכה חשובה כשלישי' עכ"ל אלמא דההלכה המתילדת מאת הת"ח כתולדת גברא חשבינן לה וכו' עי"ש, ובזה מבאר את טענתו של בן עזאי.

ושוב הראוני שכן כתב גם בס' דרך פיקודך [לבני יששכר] וז"ל [מצות עשה א' חלק המחשבה] 'והנה בזאת המצוה אפשר לקיים בכל עת ובכל זמן מצות פריה ורביה בתורה, להוליד בכל פעם שכל חדש בתורה וכו', ולפי"ז מחשבת הדעת והשכל הוא העיקר פריה ורביה באדם, רק שהשי"ת צונו גם להוליד בגשמיות ואז יתרבה גם השכל ביותר כי כל אדם שיוולד יהיה לו שכל משכיל, והבן.

וג"ל דמשום הכי פטר את עצמו בן עזאי באמרו מה אעשה ונפשי חשקה בתורה [ביבמות סג:] ועוד חיזק דבריו בן עזאי באמרו אפשר שתיעשה [המצוה הזאת] ע"י אחרים, והנה לכאורה דבריו תמוהין א"כ נאמר כזאת בכל המצות בציצית ותפילין, אך הוא אשר דברנו להיות שאמר שאף על פי כן הוא מקיים המצוה ברוחניות שהוא ג"כ

מחוייבת, ואם יפנה מחשבתו מחשק התורה כדי להוליד בגשמיות הנה תתבטל ממנו מצות פ"ו ברוחניות בעסק התורה הולדת השכל, וזה אי אפשר לעשותה כל כך ע"י אחרים כי לא כולי עלמא גמירי בתורה להוליד ברוחניות, משא"כ בגשמיות אפשר לעשותה ע"י אחרים, הבן הענין ויונעם לך וכו' עי"ש דבריו הנפלאים.

ועוד מצינו בבן יהוידע [סוף סיצה] שכתב 'ללמדך עיקר לימוד המסכתא הוא לעשות בה פריה ורביה שיוליד ממנה חדושי תורה הנקראים בנים ולכן מתפללין בראש השנה ויום הכיפורים 'שערי פריה ורביה בתורה' וכמו שהשיב בן עזאי על אשר לא נשא אשה נפשי חשקה בתורה [יבמות סג:]: כלומר הנני מוליד ממנה בנים.

והבאנו עוד רמז לזה דהמצוה הראשונה בתורה היא פריה ורביה והמצוה האחרונה היא ועתה כתבו לכם שמבואר בראשונים דהוא אזיל על כתיבת חידו"ת שע"ז יבוא ויזכור כמו שכתב המהרש"א בב"ב [י:]. ושור"ר דהבן איש חי בדרשות [פר' בראשית] כתב הכי וז"ל 'נ"ל בס"ד מצוה ראשונה שבתורה היא מצות פו"ר ונראה לפרש בס"ד לכך מצוה האחרית שבתורה היא מצוה כתיבת ספר תורה כל אדם לעצמו וכתבה אחרית לומר שנוהג בה דין מצוה הראשית שיעשה האדם פו"ר בתורה שמוליד נשמות ע"י עסק התורה וכמ"ש בס"ד על מאמר בן עזאי בעת שהוכיחו אותו על אשר לא עסק בפו"ר שלא נשא אשה - א"ל מה אעשה נפשי חשקה בתורה ואין אני בטל מפו"ר אלא עושה אני ע"י עסק התורה וכו' עי"ש.

והנה מו"ר מרן פוסק הדור הגאון הגדול רבי יצחק זילברשטיין שליט"א בספרו חשוקי חמד [ערכין טו:] הביא מעשה כשיצא קונטרס 'גיעת ערב' על מסכת בבא קמא, המכיל את שיעוריו של מרן הגרא"מ שך זצ"ל, כותב הספר נכנס אל מרן הגר"ח קניבסקי זצוק"ל והראה למרן שבספר הובאה שאלה שהקשה הגרא"מ שך, ובסיומה אמר שמי שיאמר תירוץ על שאלה זו - 'זהו סגולה למציאת זיווג', למשמע הדברים, הפטיר מרן זצוק"ל 'כיון דנפק מפומיה דמור' - הם יתקיימו, והנה אחד מהבחורים בישיבת 'ארחות תורה', שהגיע לגיל מבוגר מסר 'חבורה' על הסוגיה האמורה, והציע תירוץ ליישב את קושייתו של הרב שך, שבועיים לאחר מכן זכה בחזר להתארס.

ויש לברר הרי מרן הגרא"מ שך כל דבריו שקולים ומדודים, ואם אמר שתירוץ על קושיא זו היא סגולה להתארס הרי שיש לזה מקור, מהי המקור שאמירת חידושי תורה, היא סגולה להיוושע באירוסין,

וביאר ע"ד הרמז ע"פ דברי הגליון הש"ס שגם חידושי תורה נחשבים כאילו קיים פריה ורביה, והוסיף ואולי זוהי כוונת הנביא "כה אמר ה' לסריסים וגו' ובחרו באשר חפצתי ומחזיקים בבריתי, ונתתי להם בביתי ובחומותי יד ושם טוב מבנים ומבנות". אלו הם דברי נחמה לסריס הלומדים תורה "ובחרו באשר חפצתי ומחזיקים בבריתי", שהוא תורה שבעל פה שעל זה כרת השי"ת ברית עם ישראל, נחשב גם הוא כעין שילד בן.

לאור זאת יש לומר, שאם מי שאין לו בנים נחשבים דברי התורה שמחדש כאילו ילד, כלומר שדברי התורה נחשבים לאדם כתולדות שלו, כל שכן שדברי תורה שאומר יש להם סגולה שאכן באמת ישא אשה ויהיה לו עוד תולדות.

עוד אפשר לומר שאמרו במסכת ברכות [דף ו':] 'כל הנהנה מסעודת חתן ומשמחו זוכה לתורה, שבשמחת חתן נאמרו חמשה קולות, "קול ששון וקול שמחה קול חתן וקול כלה קול אומרים הודו את ה' צבאות", וגם התורה נתנה בחמשה קולות, שנאמר "ויהי ביום השלישי בהיות הבקר ויהי קולות וברקים, וענן כבד על ההר וקל שופר וגו', ויהי קול השפר וגו' והאלהים יענו בקול", ואם כן יש לומר שזה גם להיפך, שדברי תורה נלמדים זה מזה, שאם המשמח חתן זוכה לתורה, כל שכן שהזוכה לתורה, יזכה להיות ממשמחי חתן, ויזכה להקים בית בישראל ע"כ.

שו"ה דכן כתב האבודרהם [הלכ' ברכת אירוסין ונישואין] 'והטעם בזה כי המחזיק יד החתן ומשמחו שעוסק במצות פריה ורביה שממנו יצאו מקיימי התורה וזו היא כוונת הנשואין להוליד בנים ולגדלם לתלמוד תורה. ועל כן יש בנשואים ה' קולות כנגד ה' קולות שניתנה בהם תורה. ולכן זוכה לתורה מדה כנגד מדה'.

ובאתי בזה החיבור 'ביאורי דשמעתא' ובו סיכום וביאורי הסוגיות אשר נלמדו בישה"ק בשנת תשפ"ו, ובנוסף לזה הערות קצרות וביאורים וחיידושים על סדר הדף אשר נתחדשו ונכתבו תוך כדי הלימוד הסוגיות, ויה"ר שאזכה לכוון לאמיתיה של תורה ולא יצא תקלה ומכשול תחת ידי ח"ו.

החובה והזכות להודות למקום ברוך הוא שזיכני לישב ולחסות בצל האילן הגדול הישיבה הקדושה 'בית מדרש עליון' בראשות דו"ז רבינו ראש הישיבה הגר"י אונגרישר שליט"א ועמו רבותינו הגאונים שליט"א, שרבות קיבלתי ומקבל אני מהם מתורתם ומיראתם וחכמתם, אשר משפיעים על כל בני הישיבה. ושיזכו עוד רבות בשנים לגדל ולהעמיד תלמידים רבים, ההולכים בדרכי התורה והעבודה אמן ואמן.

וכאן המקום להודות בהערכה עמוקה למו"ר הגר"י שניידר שליט"א אשר בחדוותא דשמעתא ובריתא דאורייתא התלבנו הרבה מהחידושים אשר כתובים בקונטרס זה, וכן למו"ר הגר"י קלרמן שליט"א אשר בעומק הדברים והדיעות הנרחבות התבררו הדברים לאשורם, ובברכת הדיוט הנני לברכם שימשיכו בזיכוי הרבים להגדיל תורה ולהאדירה, מתוך בריאות גופא ונהורא מעליא.

וכן המקום להודות לחברותות אשר בזכותם בדיבוק חברים התבררו הדברים כדרכה של תורה, הבה"ח ישראל מאיר שולביץ נ"ו, הבה"ח ישראל הוף נ"ו, הבה"ח מתתיהו כהן נ"ו, וכן לכל הבחורים אשר הדברים שנכתבו בזכותם 'ושלי שלהם'.

והנני להודות ולברך מקרב הלב קמיה אדוני אבי מורי ורבי שליט"א ואמי מורתי תליט"א אשר כל אשר יש לי מהן הוא, והם אשר גדלוני והשקיעו בי את כל כוחם ומרצם במסירות נפש ברוחניות ובגשמיות, למען אוכל לגדול לעלות ולהעלות בתורה וירא"ש על הצד הטוב ביותר, ובפרט עתה שאזכה לבנות את ביתי עם כלתי שתחי' עם כל הטירחה והשקעה בלי סוף בכל כוחם והונם, ואשר על כן באתי בזה להודות להם ולברכם שיזכו תמיד לרוות נחת דקדושה ממנו ומכל יוצ"ח מתוך בריות גופא ונהורא מעליא שמחה ואושר כל הימים ואך טוב וחסד ירדפום כל ימי חייהם ברכה והצלחה בכל הענינים אכ"ר.

ובכפל כפליים אמלא פי בשירות ותשבחות עד אין קץ לאלוקינו שבשמים אשר הוא בורא ומנהיג לכל הברואים שזיכני בבוא עת כלולות לקראת שמחת נישואי עב"ג הכלה המהוללה שרה שתחי' בת מו"ח הגאון הגדול רבי **ישראל מאיר דרוק** שליט"א, ראש ישיבות 'תפארת ישראל' וחתדב"נ דמרא כולה תלמודה הגאון האדיר רבי **יחיאל מיכל זילבר** שליט"א.

שמחה גדולה וזכות עצומה היא להיכנס אל הבית הגדול הזה ביתם של מו"ח שליט"א וחמותי תליט"א אשר מיום אירוסיי עב"ג שתחי' נפלאתי מאהבת תורה וירא"ש אשר ע"ז מושתת הבית, ומשמחת החיים והערכה עצומה לתורה, והשפע אשר הם משפיעים עלינו כל כך הרבה טובות ועל כל הטירחה וההשקעה בלי סוף כל הזמן המגיע מאהבת הנתינה שיש להם מחביבות ובשמחה ובהארת פנים.

ואין לי אלא להודות להם מקרב הלב על כל אשר השקיעו וטרחו למען נוכל לבנות את בתינו על הצד הטוב ביותר מתוך שמחה ומנוחת נפש, ואברכם שיזכו עוד לרוות נחת דקדושה מכל יוצ"ח, מתוך בריאות ושמחה ונחת כל הימים אמן ואמן.

ואני תפילה לבורא עולמים שנזכה שיהיה זה הבית שעומדים אנו להקים בעז"ה בית של אהבת תורה וירא"ש, בית של אהבה ואחוה שלום ורעות, בית שיהא משכן לשכינה ונזכה תמיד לעשות נחת רוח לאבינו שבשמים ולעשות רצונו תמיד, ונזכה להעמיד דורות ישרים ומבורכים אנשי אמת יראי אלוקים זרע קודש בה' דבקים, מתוך בריות גופא ונהורא מעליא וכל טוב סלה.

יהושע בלאאמו"ר הג"ר ראובן שליט"א **מלין**

תשרי תשפ"ז

פרק השותפין

ס"א א'

בגדר חובת בניית הכותל בשותפין ובשכנים, ומנהג המדינה, ריש פרק השותפין [ב.]

'תימה מה הוצרך לפרש שיעור גזית וכו' על כן נראה לפרש דהכל כמנהג המדינה לא קאי אלא אעיקר המחיצה כמנהג לבנותה אם בגויל או בגזית או בכפיסין או בלבנים ואפי' בהוצא ודפנא כדקאמ' בגמ', אלא שיעור עובי החומות לאו במנהגא תליא מילתא אלא בשיעור המפורש במשנתינו, ואם נהגו בפחות מנהג גרוע הוא ולא אזלי' בתריה דקים ליה לרבנן דבצייר מהכי לא קאי כדמוכח בגמ' וכו' עי"ש.

מבואר מדבריו לא כדברי התוס' דאין חילוק בין הוסיפו או פחתו לעולם עובי הכותל הוא כפי השיעור דקתני במתני' ובטעמא דמילתא יש לדקדק דנהגו יותר מו' נקט לישנא 'לא כפינן ליה דקים ליה לרבנן דלא בעי טפי', ובנהגו פחות נקט 'מנהג גרוע הוא ולא אזלינ' בתריה' - וצ"ב גם במה נחלקו התוס' והרא"ש.

[ג] **וביאור** דברי התוס' נראה דכשנהגו יותר מהשיעור הוי כמנהג

א' **א'** במשנה השותפין שרצו לעשות מחיצה בחצר - בונים את הכותל באמצע מקום שנהגו לבנות גויל גזית כפיסין לבינין הכל כמנהג המדינה גויל ז"נ נותן ג"ט וכו'.

כתבו התוס' [ד"ה בגויל] וא"ת אמאי איצטריך למיתני גויל וגזית כיון דתנן הכל כמנהג המדינה כמו שנהגו כן יעשו, - וי"ל דאם נהגו יותר מו' בגויל לא יעשה, וכן כולם אלא כשיעור המפורש, ומיהו אם נהגו לעשות פחות מו' טפחים יעשה - דאפי' אם נהגו בהוצא ודפנא יעשה כדמפרש בגמ' וכו', ונראה לר"ת דדוקא בהוצא ודפנא אבל פחות מכאן אפי' נהגו מנהג הדיוט הוא, ומוכיח מכאן דיש מנהגים שאין לסמוך עליהם אפי' היכא דתנן הכל כמנהג המדינה ע"כ, מבואר מדברי התוס' דאם נהגו יותר ל"צ לעשות כהמנהג ומאידך גיסא אם נהגו בפחות יכול לנהוג כן והדברים צריכים ביאור.

[ב] **הרא"ש** [ס"א א'] כתב לא כדברי התוס'

נוהג כמעיקרא דדינא ע"ז לא כפו חז"ל לנהוג כמנהג העיר וכלישנא של הרא"ש לא כפינן ליה, ואה"נ יתכן דמנהג שלא סותר הלכה אע"ג דלא ניתקן לתקוני גדר מילתא אפשר דאכתי כייפינן ליה כדי לא להרבות מחלוקת בישראל, אבל הכא כיון דעיקר המנהג סותר הדין בזה איכא סברא דלא כפינן ליה אבל מנהג דניתקן לגדר מילתא או תיקון העולם אף אם זה סותר דין לכאור' כייפינן ליה לכו"ע למיעבד כהמנהג ועוד יש להאריך בזה, ודו"ק.

ד] **ובמעמא** דמילתא דמנהג גרוע לא אזלי' בתריה, יש לעיין בעיקר טעמא דכייפינן ליה כמנהג העיר, והנה כתב החזו"א [סי' ה' סק"ג] דיש ג' ענינים במה שהציבור כופה את היחיד.

א' - לבנות חומה וכיו"ב שא"צ לזה הסכמת הציבור אלא יחיד כופה את הציבור ולא מהני הסכמת רוב הציבור לבטל זה דאי"ז מגדר מילתא ולא תיקון העולם אלא הלכה היא, ואפשר דאף אם הסכימו כולם שלא לבנות חומה יכול כ"א לחזור בו שזה מנהג גרוע ואינו מבטל הלכה, והבא לדור בעיר ושהה י"ב חודש הרי הוא כאנשי העיר וכופין אותו לבנות חומה.

ב' - דבר דאינו מן הדין אבל הסכימו עליו רוב הציבור ויש בו משום תיקון העולם ויש להם כח ב"ד ותקנתם קיימת, וגם בזה הבא לדור ושהה יב"ח הרי הוא כאנשי העיר.

שטות וגרוע וכדברי הרא"ש [בפחות מכשיעור] ולא אזלי' בתריה - ובהמשך יבואר טעמא דמילתא, ובפחות מו' טעמא דיכול לנהוג כן דלא גרע מהוצא ודפנא, מאידך הרא"ש סבר דפחות מו' מנהג גרוע הוא וכנ"ל, ולא סבר סברא דל"ג מהוצא ודפנא דשאני הוצא ודפנא דאם כך נהגו אה"נ אזלי' בתריה הגם דאי"ז כותל בריא אך זה דבר זול, אך אם כן נהגו לעשות בגויל או בגזית ובכל זאת לא עושים כפי הצורך אלא בונים פחות מו' זה הוי מנהג גרוע דאינו נעשה כתיקון העולם אפי' דלמעשה הוא עדיף על הוצא ודפנא, מ"מ יש הפסד לבעלים שמשקיעים ממון לבנות כותל אך לא בונים אותו כצורתו הנכונה בזה סבר הרא"ש דנחשב כמנהג גרוע ולא אזלי' בתריה.

וביותר מו' מדויק מדברי הרא"ש דלא נקט מנהג גרוע אלא לא כפינן עליה דקים וכו' וביאורה דדא"א לומר דהוי מנהג גרוע או שטות דסו"ס ככל שיוסיפו לעובי הכותל הוא יהיה כותל יותר בריא וחזק טפי - אלא דקים ליה לחזו"ל של"צ לזה ומהני בו' לחוד - זה לא יקרא מנהג גרוע, - אלא הביאור הוא דמנהג מדינה על פי רוב ניתקן לצורך גדר מילתא ותיקון, אך הכא אם נהגו לעשות ביותר מו' בפשטות אי"ז אלא מנהג בעלמא דנהגו אבל עיקר הדבר נוגע הוא להלכה דמעיקרא דדינא קים ליה לחזו"ל דגזית מהני בו' ולא יותר, - א"כ כיון דמי שמבטל את המנהג זה לא מבטל גדר מילתא או תיקון העולם אלא להפך הוא

לשיטתו דוקא דקסבר דפחות מו' בגויל אם נהגו ינהג כהמנהג ע"כ הוקשה לו כיון שכן למה הגמ' נקטה דוקא לאתויי הוצא ודפנא וע"ז יישב דבא לדיוק דדוקא בהוצא ודפנא אבל לא פחות מכן, אבל הא גופא לפי הרא"ש וכן הרמב"ן כתב כן דבעובי הכותל לא אזלי' בתר מנהג אלא רק כדין הכותל כשיעור שחז"ל שיעורו, א"כ ע"כ לאתויי ל"ש אלא במנהג של הוצא ודפנא וא"א לנקוט סתם כמנהג המדינה ע"כ אין הכרח שדוקא הוצא ודפנא וה"ה לשאר מחצלות, והא דנקטו הוצא ודפנא דמסתמא לא יעשו פחות מכן אבל אה"נ אם נהגו לעשות פחות מכן יעשו] אך לפ"ז קצ"ע דהרא"ש הא חלק על תוס' בשיעור הכותל ומאידך גיסא בפחות מהוצא ודפנא סבר כהר"ת ויש לדחות ועיין.

ו] **בתב** הרא"ש [ס"י ה'] י"מ הא דכייפי אהדדי לבנות כותל של גויל וגזית והכל כמנהג המדינה היינו דוקא כשמעמידין הכותל על הקרקע של שניהם, ואין אחד מהם רוצה להיות כונס בתוך שלו ולבנות משלו דמצי כל אחד למימר אני רוצה לוותר קרקע ולא לבנות בבנין - אם לא בבנין בר קיימא - אבל אם רצה האחד לכנוס בתוך שלו - ולעשות מחיצה בתוך שלו בהוצא ודפנא כיון שמסלק היזק ראייה מחבירו דיו - תדע שלא הוזכר חיוב בבנין אבנים או לבינים אלא במקום שמגיע היזק ראייה לשניהם וחיוב הבנין על שניהם ועל יסוד שניהם, אבל במקום שמגיע לזה ולא לזה כגון גג הסמוך לחצר

ג' - בדבר שאין בו תקנת העיר מוחלטת ואין רוב הציבור יכולים לכוף את המועט, אלא אם הסכימו כולם הרי הסכמתם קיימת וגם בזה הנכנס לדור הרי הוא כבני העיר דמסתמא הוא מסכים ומשום הנאה דצייתא אהדדי חשיב קנין, או משום דבני העיר יש להם כח ב"ד גם על הבא לדור וכמש"כ לעיל.

ולכאו' משנתינו הוא כגדר זה, ולפ"ז במנהג גרוע כתב שם החזו"א 'ונראה דמנהג גרוע אין הולכין אחריו אף אם הסכימו עליו כל הציבור דאדם זוכה בדבר שהוא זכות לו - אבל אינו זוכה בדבר שהוא חב לו', ונראה ביאורו ד'ד' דכתב באופן הג' 'וגם בזה הנכנס לדור הרי הוא כאנשי העיר דמסתמא הוא מסכים', - זה עיקר הסברא דלכן הוא מתחייב, אלא הוסיף דהסכמתו מחייבת אותו כקנין או משום הנאה דצי"י אהדדי או ככח ב"ד אבל השורש הוא משום 'דמסתמא הוא מסכים' - לזה כתב דדוקא דבר שהוא זכות לו אמרי' דמסתמא הוא מסכים, אבל דבר שהוא חובה לא אמרי' דאדעתא דהכי נכנס לדור ולא כפינן ליה ודו"ק.

ה] **כתבו** התוס' 'וא"ת מאי בעי בגמ' הכל כמנהג המדינה לאתויי מאי ומשני לאתויי אתרא דנהיגי בהוצא אבל פחות מכאן אפי' נהגו מנהג הדיוט הוא', ועי' רא"ש [ס"י ה'] שג"כ כתב כדברי התוס' עי"ש.

מאידך הרמב"ן נחלק ע"ד דאם נהגו בפחות ינהג כן, ולכאו' תוס'

כופין אותו לבנות, אלא נראה לבאר דנחלקו הא גופא בגדר המחייב, דעה הראשונה והיא הרא"ש סברה דהמחייב הוא לסלק הזיקו ובוזה מהני בהוצא ודפנא, רק כשרוצים לעשות בשותפות במקום של שניהם אזי אזילנ' בתר מנהג המקום, ולפיכך דמי לחצר וגג דמבואר דכשארחר מסלק הזיקו סגי בהוצא ודפנא, והא דבית שער כופין אותו יש לפרש דסברו דהתם הא עתה הם שותפין א"כ פשיטא דכייפינן ליה מדין השותפין דכל הבא לדור במבוי על דעת כן בא לדור שיצטרכו צרכים לחצר שייבנו כמנהג המקום, אבל הכא הא אין הם כבר שותפין דנחלקו בחצרם, א"כ עתה אין אחד משועבד לחבירו מדין שותפות רק מדין מזיק לסלק ע"ז מהני שיעשה בהוצא ודפנא, ואה"נ כשירצו כן לעשות בשותפות יחד הדר דינא שיעשו כמנהג המדינה ובוזה איירי מתני'.

אבל הדעה השניה סברה וכלשונו של החזו"א דנהי דהם עתה לא שותפין בבעלות של החצר מ"מ מפני ששניהם צריכים הצלה וכל שהצורך הוא משותף אחד כופהו כל חבירו, - ומחמת זה נמי בבית שער כופין אותו כיון דהם שותפין בנזק וזה עצמו מחשיב אותם כשותפין ומשועבדים זה לזה וממילא אין ראייה כלל מגג שע"ג החצר דשם הא אין הם שותפין אף לנזק דרק בעל החצר ניזק ובוזה ודאי דמהני הוצא ודפנא, ולפ"ז ה"ה בב' שכנים ג"כ אם הם יהיו שותפין בנזק זה עצמו מחייב אותם לעשות הצלה כאחד וממילא ינהגו כמנהג המדינה, וביאור

חבירו שבעל הגג לבדו חייב לעשות מעקה לא הוזכר שם בנין אבנים או לבנים אלא עושה מעקה כמו שירצה בין לבנים בין הוצא ודפנא כדקאמר וכו', - וי"מ שאפי' אם רוצה לכנוס בתוך שלו ולגדור בהוצא ודפנא חבירו מעכב עליו לפי שאומר לו אינה מחיצה של קיימא ואצטרך לצעוק עליך תמיד כשתיפול המחיצה לסלק מעלי היזק ראייתך, וסיים שם הרא"ש ונראה כפירוש קמא' וכו'.

[ז] **הרמב"ן** והנמו"י נקטו כדעה שניה, וביאר החזו"א [סי' א' סק"ו] 'ולדעת הסוברים דבכותל חצר כופהו לבנות כותל ולא סגי ליה בהוצא ודפנא לכאו' מה יתמצו על כך ראייה דמיי' הרא"ש מגג הסמוך לכותל חבירו, - אלא ביאר שם דצריך לחלק דהיכי דשניהם מזיקים וניזקין כופהו אחד לחבירו משני טעמים אחד מפני שהוא מזיקו, שנית מפני ששניהם צריכין הצלה וכל שהצורך הוא משותף אחד כופהו על חבירו כדין כופין לעשות שער לחצר דהיזק ראייה שמהי היזק, והלכך נהי דא"א לחייבו בכותל מטעם מזיק כיון שעשה הוצא מ"מ חייב להשתתף בכותל כיון דצורך החצר כפי ההגון הוא בכותל ולא בהוצא וכופין בני החצר זא"ז לעשות כל צורכי החצר כהוגן, משא"כ כשאינו ניזק אלא מזיק כל שסילק היזקו בהוצא ודפנא סגי ע"ש.

[ח] **אלא** דצ"ב לדעת הרא"ש דלא כופהו מאי שנא מכופין אותו לבנות בית שער ודלת לחצר כדאי' לקמן ז: דמוכח דאע"ג דאינו מזיק לחבירו כלל

הענין דעל דעת כן השותפין חלקו וכן שכנים על דעת כן באו לדור כשיצטרכו צורך משותף ישתעבדו זה לזה ויקנו כפי התיקון הראוי כמנהג המקום, ולא דבר קל שיפול ויצטרכו להתעצם כל יום בב"ד שיקנה זה לחבירו כותל, [וע"ע חזו"א ס"ג סק"י]^א.

ט מכל הלין יוצא לנו ב' צדדים בגדר המחייב של בניית כותל, ויש להרחיב בזה דהנה אי היזק ראייה לא שמיה היזק מבואר בגמ' דאין היה יכול לכופו לבנות כותל מזה מוכח דמעיקרא דדינא היזק ראייה מדין נזיקין לא היה חייב כלל, וכמה טעמים בדבר הא' דהוי כגרמא לכא' דומיא דמבעית את חבירו דאי"ז בידים והוי גרמא אך אף בלא זה איכא סברות לומר דאי"ז גדר מזיק ממש, והוא ע"פ הנתיבות [ס"י קנ"ה סק"ח] שהאריך לייסד דכל ההרחקות במסכתא דבב"ב אין עניינם לד' אבות נזיקין דמסכתא דבב"ק וביאר שם דע"כ צ"ל דהד' אבות נזיקין אינו חייב עליהם רק כשאפשר להחזיקו ברשותו ובשמירה שלא יזיקו דאז רחמנא חייבה בשמירה וכשלא שמרו חייבין בתשלומין, אבל הני דחשיב בפרק לא יחפור הוא באופן דכשיתחייב לשלם ההיזק אין אפשרות לו לעשות תשמיש זה ברשותו כלל ויתבטל תשמיש זה מרשותו כיון דא"א כלל בעשייה ובשמירה ובביטול רשות לא חייבה רחמנא ע"כ.

י ועוד סברא איכא בחידושי ר' שמעון [ס"י א' אות ג] ע"פ דברי הרמב"ן בב"ק שלא חייבה תורה שמירה ותשלומין רק אם המזיק יוצא לרשות שאינה שלו, אבל אם המזיק אינו יוצא מרשותו לרשות אחרת לא חייבה תורה ע"ז שמירה ולא תשלומין וזה הביאור אף דהיזק ראייה אין ע"ז מחייב ע"כ תיקנו חז"ל שיתחייב בכל זאת אך לא חייבוהו לשלם ע"ז דאי"ז כמזיק ממש אלא חייבוהו חז"ל ובגדר המחייב נחלקו ב' הדעות ברא"ש, הדעה הראשונה סברה דגדר התקנה היתה לסלק המזיק בזה - א"כ ע"כ דמהני הוצא ודפנא, והדעה השניה סברה דגדר התקנה היתה חובת בניית כותל בשותפות כה"ג ששניהם שותפין בנזק.

יא ומבאן יש לבאר את דעת הרא"ה המחודשת הביאה הנמו"י 'והרא"ה מוסיף בה דברים, דאפי' בא לכנוס בתוך שלו ולבנות גויל או גזית חבירו מעכב עליו משום דאמר ליה אם אתה עושה כן לא יהא לי רשות לסמוך עליו, ואפי' א"ל אנא יהבנא לך רשותא למיסמך מצי א"ל אי במכר לא בעינא השתא למיזבן [עי' בפ"י מגלה עמוקות שביאר דבריו אלו דלפנ"ר תמוהים] ואי במתנה לא ניחא לי דכתיב שונא מתנות יחיה' [עי' לקמן יג:].

וכבר תהמו בזה רבותינו האחרונים הט"ז [ס"י קנ"ז סעי' ד'] תמה 'ומש"כ

א. עוד אפשר לדחוק ולדחות מבית שער לדעה הראשונה כמו שכתב הקוב"ש [אות מא] עי"ש דבריו.

יב] עוד ביאור מצינו בדברי הרא"ה והוא ע"פ הבנה חדשה בכל הגדר תקנת חז"ל בהיזק ראייה וכמו שהארכנו לעיל דהוי תקנת חז"ל לחייב. וגדר החיוב הבאנו ב' צדדים אי הוי כחיוב מזיק לסלק הזיקו או כחיוב שותפות בנזק, אך מצינו באחרונים [ר' אריה ליב [סי' צ"א] ובחידושי ר' שמואל [סי' א'] דהגדר הוא חיוב ממון שכל אחד מחויב לחבירו ולסייעו בבנין הכותל והיינו שיתן לו חצי הכותל להשתתף עמו שיוכל להשתמש בכולו ולסייעו בבנין הכותל והיינו שיתן לו חצי הכותל להשתתף עמו שיוכל להשתמש בכולו ואשר על כן דכיון דהוי חיוב ממון וכופין ע"ז מדין שיעבוד וא"כ נמצא דיש לכ"א מהשותפין זכות על חבירו על כותל שישתתף עמו בכותל, - ומשום הך זכותא מעכב עליה שיבנה עמו ביחד ומשו"ה שפיר כתב הרא"ה דאפי' אם רוצה לכנוס בתוך שלו בגזית ג"כ חבירו מעכב עליו משום סמיכת קורות, דהיינו דיש לו זכות ממון שיתן לו כותל להשתמשות ובהמשך יבואר בהרחבה ראיות לביאורים הללו.

אך מ"מ צע"ק מה היה ההכרח של חז"ל לתקן בצורה שיהיה חיוב ממון, אלא ביאר מו"ר הגר"י שניידר שליט"א דעצם הענין שתיקנו חיוב כותל י"ל סברא פשוטה כדברי הרא"ש דרצו דיהיה תיקון מעולה ולא יצטרך כל יום לבנות מחדש, אלא דבזה הוסיף הרא"ה לחדש דכיון דגדר התקנה היתה לסייע חד לחבריה בבניית כותל אבנים דוקא א"כ יכול לכופו

שרוצה שיהיה לו כותל שיסמוך עליו, הוא תמוה מאוד מהיכן זכה זה דלא מצינו דחייבו חכמים את שניהם לעשות מחיצה בשביל תועלת סמיכת קורות עליה אלא בשביל היזק ראייה, הגע עצמך אם הלך זה מחצירו ואינו רוצה להשתמש שם כלל וכי יכול לכופו לבנות עמו מחיצה וה"נ דכוותיה כיון שבונה הפסק כותל ומסלק היזק ראייה ממנו הרי כאילו אינו דר שם.

ובנתיבות [סק"ג] כתב ויש ליישב קצת דלא מיבעיא דין חלוקה ונתרצו בחלוקה ודאי דיכול לומר לא נתרציתי בחלוקה רק אדעתא דמנהגא דכדי שיהיה לי כותל לסמוך קורות, ואם אתה תבנה בתוך שלך שוב א"א לעשות כותל אחר לעצמי שיתמעט בחלקי כדי רוחב כותל שלם, ואפי' ביש בו דין חלוקה אפ"ל דלא חייבו חז"ל בחלוקה ובמחיצה רק באופן שלא יפסיד אחד את חבירו בחלוקה שבניהם, וסיים שם אבל אם קנו כ"א חצי חצר לעצמו [דהיי" שכנים ולא שותפים] ודאי דאין חבירו יכול לעכב כשמסלק ממנו היזק ראייה בכה"ג ע"כ.

אמנם בחזו"א ביאר ע"פ דרכו דכל החובה הוא משום דהם שותפין בנזיקין א"כ לכאור' לסמוך קורות אי"ז דבר ששייך לשתיים ולמה שיצטרכו לדאוג לו לצורכו ע"כ כתב לפרש [שם] דהוא מדין כופין על מידת סדום דהא רק ירויח מזה גם בהוצאות וגם במקום החצר חבירו ישתתף עמו וכיפי' עליה ולכן כתב דליכא מאן דפליג על הרא"ה כיון דדברי הרא"ה רק לכתחילה.

כך בלא מחיצה ואם נאסור על הא' להשתמש נצטרך לאסור גם על השני ולא מסתבר שלא ישתמשו כלל בחצרותיהם.

אך אכתי יש לעיין בעני ועשיר דלעני אין מעות לשלם פסק השו"ע דג"כ דינא הכי ואפי' העשיר לא מחויב לבנות - לפו"ר ודאי מוכח דאין כלל חיוב לסלק הנזק אלא חיוב כותל גרידא וכשאין אפשרות לבנות כותל לאחד מהם אין הם חייבים.

מאידך הנתיבות שם ביאר באופ"א את השו"ע 'אבל בפשטות העשיר יכול לכפות את העני לא לדור בחצר' - מבואר להדיא דסבר דהוי חיוב לסלק נזיקין [אך אין ראייה אם סבר רק את הצד של סילוק נזק או דהוי חיוב כותל אלא שזה מגיע מחמת חיוב נזיק ועיין].

ב' - ר' שמואל מ' מפשטות המשנה דאם כל הענין היה אמצעי וה"ל לסילוק מזיק לחוד לא היה שייך בזה דינא דהכל כמנהג המדינה לבנות בגויל או בגזית, כיון דאין אלא דין לסלק ההיזק ראייה ויסלק במה שירצה, אלא ודאי דהוא חיוב שחייבוהו חכמים לבנות מחיצה וע"ז קתני במתני' דשיעור החיוב שחייבוהו חכמים הוא לבנות כמנהג המדינה עיי"ש ועיין.

ג' - האור זרוע לקמן ג. הקשה הא לר"י לקמן כה: דסבר דעל הנזק להרחיק את עצמו למה כאן הוא חייב לעשות כותל, ותירץ דהוי גיריה דיליה דאמר' בגמ' לקמן כה: דמודי ר"י בגירי דיליה דעל המזיק להרחיק א"ע, והארכנו בזה

מכתחילה שיבנה כצורת תקנת חז"ל שיעשה באמצע וכן נראה מדברי ר' ראובן [ס"א א' סוף אות ג'] שכתב דכיון דנתקנה התקנה שחייבים לעשות כותל בשותפות משום היזק ראייה וכיון שכשיעשה בשותפות תהיה להם גם על הענין השתמשות בכותל לסמוך קורות א"כ כבר קם דינא בשותפות גם על הענין זה, וגם בזה מסיים שם ר' לייב שודאי שאם כבר בנה בתוך שלו לא כופין לשבור אלא זה רק דין כשבא לבנות הכותל יכול לכופו לזה ודו"ק.

יג] והנה בגדר חיוב היזק ראייה שהבאנו ג' צדדים א' - הוי חיוב סילוק היזק, ב' - חיוב בנין כותל, ג' - חיוב שותפות כמבואר בחזו"א, יש להביא ראיות לכל צד ונדקדק בדברי רבותינו מר כדאית ליה ומר כדאית ליה.

א' - המאירי בדף ג. מביא גבי ב' עניים שאין להם כסף לבנות כותל דרים כרגיל, ולכאור' אם יש חיוב סילוק נזיקין מה מתיר להם להזיק אם אין להם כסף אלא משמע דאין הוא כלל סילוק נזיקין, אלא גדר חיוב כותל לבד, ומי"י שם המאירי דעה הסוברת לא כן דכ"א ידור בחצירו לבד ולכאור' מבואר דהדעה הזו סוברת דהגם אם זה חיוב כותל מ"מ הוא מחויב סילוק נזק או דסברו דהוי רק חיוב נזק ולא חיוב כותל וכמו שנאריך בזה בדעת הרא"ש בעז"ה.

אך בחידושי ר' שמואל דחה ראייה זו די"ל דשאני התם דשניהם משתמשין

הביא סברא זו בכדי להוכיח דהחייב הוא
בנין כותל ולא לסלק הנזק.

ח' - באבן האזל [פ"ב משכנים הט"ז] מיי
סברא שאי"ז חיוב לסלק הנזק דיאמר
לו 'לא אזיק ולא אראה' - והוסיף שם וכי
אם ידור ראובן עם שמעון, ועל שמעון יש
חשש שהוא גנב יכוף אותו ראובן להרחיק
א"ע ממנו עי"ש.

ט' - אבי עזרי [פ"ב משכנים הי"ח] מביא
ראייה ברורה לזה, מהא דמבואר
במשנה בדף ה. דאם אחד בנה כותל
מחויב השני לשלם לו, וצ"ע למה מחויב
לשלם לו הלא באמת חייב הוא לסלק
ההיזק מהשני וכל אחד לבד מחויב לבנות
כותל אלא שאין צריכין שני כתלים והם
מתפשרים ביניהם שזה יתן חצי וזה יתן
חצי, אבל אם אחד מהם בנה לבדו הרי
עשה את מה דמוטל עליו ושוב אין השני
מזיק לו כלל, שאי אפשר לו לראות
לרשות השני, ובמה בא לחייב השני הלא
אין חיוב על העבר מה שהזיק לו אלא הוא
חיוב בשביל העתיד שלא יזיק לו, ועכשיו
ממילא אין מזיק לו כלל שהרי יש גדר
ולמה יתחייב לשלם.

ואין לומר שיתחייב מדין יורד לתוך שדה
חבירו והשביח לו, וגם כאן הרי
עשה חצירו של השני גדור והושבח החצר
הלוא זה באמת הוא המחויב לעשות
הכותל שלא יזיק השני, והשני ממילא אין
מזיקו ולמה הוא מחויב לשלם, וע"כ
שאחרי הדין שהיזק ראייה שמה היזק -
שוב חייבוהו חכמים לשניהם לבניית

להלן [סי' ג'], ולכאור' אם כל החיוב הוא
לבנות כותל ולא סילוק מזיק מאי שייטא
האי דינא למחלוקת ר"י ורבנן על מי
להרחיק, אבל אם החיוב הוא מדין סילוק
נזיקין ודאי דשייטא למחלוקת הנ"ל
ודו"ק.

ד' - הרא"ה ודאי מבואר כנ"ל וכמו
דהראכנו דאי"ז רק חיוב לסלק אלא
חיוב ממוני לבנות כותל או בשותפות
וכנ"ל.

ה' - ר' ראובן [סי' א'] מדייק מהא דפסקו
בשו"ע דאע"ג דיש לאחד חלק גדול
מחבירו כולן משלמים בשוה, ולכאור' אם
זה כמו החזו"א דהוי שותפות הוא תמוה
דכ"א צריך לשלם כפי החלק שיש לו בה,
וכן אם זה חובת כותל לחוד גריידא ג"כ
היה צריך להיות כל אחד לפי חלקו, אלא
ע"כ משמע דהוי דין של היזק ראייה וא"כ
הכל שווה דשניהם שווין בנזק ועיין.

ו' - בית שער דכופין על כל בני החצר
הארכנו דבפשטות מוכח דהוא גם בלא
דין מזיק דהא אחד לא מזיק לחבירו, -
ודחי' דהתם הא ודאי לכו"ע אחד מסייע
לחבירו דהם שותפים בעצמם, ול"צ להגיע
לתקנה מיוחדת רק כה"ג שהם אינם
שותפין ודו"ק.

ז' - הסברות שהבאנו בשם הנתיבות ור'
שמעון דאין מחייב של מזיק - עיקרם
של סברות אלו רק לבאר דאין כאן חיוב
מזיק כד' אבות נזיקין אלא ר' שמואל כן

וכו' דלאחר המחילה לא יתחייב עוד, אבל הכא כל שעה ושעה הוא מתחייב לסלק היזק ראייתו ולא עדיפא מחילה מאילו כבר בנה הכותל ונפל דצריך לבנות עוד פעם ע"ש מה שתירצו בזה.

מ"מ נראה מדבריהם שלמדו דדעת הרא"ש שהמתחייב הוא סילוק נזק ע"י בניית הכותל ולהכי הקשו שפיר, אך אי נימא דאה"נ הרא"ש סבר דנהי דסיבת התקנה היה משום סילוק נזק מ"מ החיוב שחייבוהו חז"ל הוא לא לסלק נזק, אלא חיוב לבנות כותל וא"כ שפיר שייך מחילה על זכות זו ודו"ק.

טון הקצות [ס' קנ"ה סקט"ז] הביא דברי הרא"ש וכתב דתינח היזק ראייה אבל שאר הרחקות מאכ"ל למה שלא יוכל לחזור בו, דהי' דוקא היזק ראייה ייסד הרא"ש דהגדר הוא בנין כותל והוי כחיוב ממוני ולזה שייך מחילה, אבל שאר דיני הרחקות לפו"ר אי"ז אלא כגדר סילוק הנזק, ובזה קשה קושיא הנ"ל למה מהני מחילה ולא יוכל לחזור בו, ותיירץ הקצות דכיון דאינו מזיק בידים דינא דנזקי שכנים דכל שעמד בהתר - על הניזק להרחיק את עצמו, וכיון שמחל הוי כעמד בהתר ע"ש.

ולכא'ו יש לדקדק דביאור זה אף מישב את דין היזק ראייה והרא"ש לא יישב כן י"ל דהרא"ש כתב את האמת מה שסבר דמוכח דגדר היזק ראייה הוי חיוב ממוני וא"כ פשיטא שמהני מחילה לגמרי אבל אה"נ אפשר דמודי לסברת הקצות בשאר מילי ועיין.

כותל, וממילא כשאחד בנה כותל לבד צריך השני לשלם חלקו ודו"ק.

יד [כתב הרא"ש [ס' ב'] 'אבל אם יש עדים שמחלו השותפין זה לזה על היזק ראייה שוב אין יכולין לחזור בהן, אע"פ שאומר לחבירו קרע כסותי ושבר כדי יכול לחזור בו ויתחייב חבירו בהיזקו אחר שחזר בו שאני הכא דתביעת ממון יש בניהם שנתחייב כל אחד לחבירו לסייעו באבנים הכותל, והוי כמו שנתחייב לו מנה ומחל לו עליו שזכה במחילתו בלא קנין.

ודייקו רבותינו האחרונים [ר' לייב ור' שמואל ועוד] דלכא'ו אם הגדר הוא לסלק הנזק מה שייך מחילה הא יכול לחזור בו כלפי הנזק העתידי דלא שייך מחילה לנזיקין דהא שמחל עתה הוא לנזק של עתה אבל נזק שלא בא לעולם לא חל עליו שם מחילה דל"ש קנין בנזיקין כמו בקרע כסותי, אלא ע"כ צ"ל דהכא אין הגדר הוא חיוב לסלק הנזק אלא חיוב כותל וכמו שהארכנו לעיל בחיוב כותל ממילא זה ודאי שיכול למחול ותו לא יכול לחזור בו, א"כ יש הוכחה דהרא"ש קא סבר דהחיוב הוא לבנות כותל.

אך אכתי תמהו האחרונים [ר' שמעון ס' א' ור' אלחנן אות א'] דאכתי לא מובן מה תועיל מחילה כיון שהחיוב של בנין כותל בא מחמת היזק ראייה, ועל היזק ראייה לא מהני מחילה, נמצא לפ"ז שראוי שיתחדש החיוב בכל שעה ושעה ואיך תהני המחילה אלא איכא שחיובו הוא רק מפני סיבה קודמת כמו בהלואה ונזיקין

לחודיא או חיוב לבנות כותל, דלפי ההנ"ל אף הרא"ש סבר דהוא חיוב ממוני לבנות כותל ופליגי בסברא אחרת, א"כ אין לנו הוכחה אם נמצא דעה הסוברת דהחיוב הוא רק סילוק נזק ולא חיוב כותל, וא"כ לשיטת הרמב"ם [פי"א ה"ד] שפסק דלא מהני מחילה על היזק ראייה הוא לא מטעם דלמד דהוי סילוק נזק אלא דהוי סוג היזק קבוע ותמידי שאין דעת האדם סובלת וחזקה דלא מחל ע"ש.

ע"ב יש לפרש בעוד אופן המחלוקת הרא"ש והי"מ אם יכול לכנוס בהוצא ודפנא - ובנוסף מש"כ הרא"ש דלא מהני חזקה בהיזק ראייה ודימה זאת לסוגיא לקמן קוטרא וביה"כ דלא מהני בזה חזקה.

יז [ובק"י [סי' ה'] ביאר הענין ע"פ חקירה בגדר היזק ראייה דבהיזק ראייה מצינו ב' ענינים 'הזיקא לגופו' - 'הזיקא לממונו', דהיי' למ"ד דהיזק ראייה שמיה היזק היינו דסבר דכל חצר א"א להשמר ממילי דצניעותא וממילא אית ליה צערא דגופא מההסתכלות חבירו בשלו, ויש לפרש דמורה שבאמת יכולים להזהר ממילתא דצניעותא אלא דא"כ נמצא דמחמת ההסתכלות וראייה של חבירו הוא מנוע להשתמש השתמשות צנועה ככל צורכו בחצירו והו"ל ע"י ראייתו כמזיק את חצירו דמצמצם ומעכב עליו תשמישי חצר, ובזה ביאר הקה"י דלדעת הרמב"ן והרא"ש דלא מהני חזקה הוא משום דקא סברי כדרך הראשון דאיכא צערא דגופא

אלא דיש לדקדק טובא בדברי הרא"ש דגבי מחילה ביארנו דיוצא דחיוב כותל הוא חיוב ממון ולא חיוב לסלק הנזק, ואילו לעיל הבאנו דהרא"ש נחלק עם הראשונים לגבי אי יכול לכנוס לרשותו ולבנות בהוצא ודפנא דדעת הרא"ש שיכול לעשות כן וביארנו בהרחבה דדעה זו סברה דהחיוב הוא לסלק הנזק ותו לא, ולכן כל שסילק הנזק תו אין לו תביעה עליו, ואילו הדעה השניה סברה דהוי חיוב לבנות כותל ממש, א"כ יוצא סתירה ברא"ש אי סבר דהוי כסילוק נזק או חיוב ממון לבנות כותל.

מז' **אלא** על כרחינו צ"ל וכן ביארו רבותינו האחרונים דאה"נ הרא"ש סבר דהוא חיוב ממון לבנות כותל ולפיכך מהני מחילה, אך מ"מ כיון דסיבת התקנה היא משום היזק ראייה א"כ אם מסלק הסיבה ע"י שעושה בתוך שלו מחיצה מהוצא ודפנא שוב אין סיבה לחייבו כותל, וממילא אין חיוב ממון של כותל, והי"מ דחולקין אע"ג דגם הם מודי דסיבת התקנה היתה היזק ראייה וא"כ לכאור' כיון דסילק את הנזק תו ליכא תביעה י"ל דאה"נ אם כבר בנה מהוצא ודפנא לא יוכל לכפות לשבור ולבנות מחדש כותל בריא יותר, אבל כל זמן שלא כנס ובנה בתוך שלו דאין דין היזק ראייה קיים, וממילא גם החיוב ממו של הכותל במקומו יכול לכופו ולתבוע ממנו שיתן לו חצי דמי ההוצאה, א"כ נפל בבירא עמיקתא כל היסוד שביארנו שנחלקו ב' הדעות ברא"ש אי המחייב הוא לסלק הנזק

מלבנות היום או למחר לא כצורה הרגילה מפני היזק ראייה שבו, לכן יכול למנוע ממנו מלבנות היום שמא למחר הוא יבנה.

לפ"ז י"ל עוד על דרך זו לבאר את המחלוקת הי"מ והרא"ש, דדעת הרא"ש דיכול לכונוס תוך שלו בהוצא ודפנא ואין לו טענה אצטרך להתעצם עמך בדין, י"ל דהרא"ש לשיטתו דכל התביעה היא על הזק דגופא א"כ על עוד דאין היזק לדוף דגדר בהוצא ודפנא תו ליכא עליה תביעה כלל וכלל.

אך מאידך הי"מ סברו דכיון דעתה הוא לא בנה כראוי וכל הזמן הוא ירא שמא יפול ומונע ממנו את השימושים בחצר להשתמש בזה כראוי כה"ג אין הוא סילק הנזק כלל [ולא הכוונה שהיום יכול לתבוע על הנזק שיארע לאחר זמן כשיפול אלא עתה הוא תובע דאין הוא סילק ההיזק לגמרי דסו"ס הוא לא יכול להשתמש כראוי בחצירו שמא יפול], וביותר חצר כזו דאין בטח לעשות בשטחה תשמישים צנועים בקבע כי יהיו זמנים שיוסר המחיצה בזה גופה מזיק את שווי החצר והשימושים של החצר והוי היזק ממוני לחצר כבר מהיום אפי' בזמן שיש הוצא ודפנא ובזה איכא תביעה דהדעה זו סברה כנ"ל דהמחייב הוא בתביעת הממון שבו ולכן יכול גם לעכב מלבנות לו היום כותל שמא מחר הוא יבנה ואזי לא יוכל לבנות כי יהיה לו היזק וזו הטעם אף שיהיה מועיל חזקה בהיזק ראייה וכנ"ל ועיין.

ובזה לא מהני חזקה, והסוברים דמהני חזקה להיזק ראייה כנראה דסברי דבכל חצר יכול להזהר במילי דצניעותא כהדרך השני שכתבנו ורק משום שבשביל ההסתכלות חבירו הוא נמנע מלהשתמש בחצירו ולפ"ז אינו אלא מזיק ממונו דהו"ל כמקלקל חצירו ובנזקי שכנים דממונו הא שפיר מהני חזקה לנזיקין.

ועפ"ז אפשר לבאר מחלוקת המובאת בטשו"ע [ס' קנ"ד סעי' ט"ז] דעת הרא"ש שהפותח חלון לרשות חבירו למקום שעכשיו אינו מזיקו בהיזק ראייה אין שכנו יכול לעכב עליו בטענת שהיום או למחר יבנה הוא במקום ההוא ויזיקנו זה מחלון זה - דכיון שעכשיו אינו מזיקו אינו יכול לעכב עליו וכו' ובהמשך הסעי' מיי' אבל הרשב"א כתב שראובן הבא לפתוח חלון על חצר שמעון במקום שאינו מזיקו עכשיו בהיזק ראייה ושמעון טוען שהוא יקנה בשלו היום או למחר ויזיקנו בראיה שהדין עם שמעון לעכב על ידו.

יח' ולכא' יש לבאר המחלוקת ע"פ מה שהבאנו, דהרא"ש סבר דכל מה שהוא יכול לתבוע הוא הזיקא דגופא אבל אין לו תביעה על עצם התשמישים בחצר ולפיכך י"ל דאינו יכול לטעון עתה לשכיניו שלא יפתח חלון שמא היום או מחר יקנה דסו"ס עתה הוא לא מזיקו, מאידך י"ל דהרשב"א למד כהסברא דהתביעה היא על היזק תשמיש בחצר כמו"כ יכול לתבוע מה שימנע ממנו



סי' ב'

בביאור דברי התוס' ד"ה לפיכך והמסתעף וכו' [ב.]

[ב] ובמהר"ם תמה בזה והביא סברת הרא"ש [בסי' ו'] דמסתמא כיון שהיזק ראייה שמייה היזק שניהם נתרצו לסלק ההיזק מעליהם, - אכן באמת הוא דנחלקו בזה הראשונים, הרמב"ן מ' יש מפרשים שצריך למי' עדים שנתרצו לחלוק בגוף החצר והא דעת הרבינו יונה בחידושו, אך הרמב"ן והרשב"א נחלקו ע"ד וכתבו כעין דברי הרא"ש דכיון דאין כאן דין חלוקה סתמא דמילתא אם רואים לפנינו חלוקה ע"כ דנעשתה ברצון שניהם וממילא דייני' דשניהם בנו הכותל כדין שותפין שחלקו במתני'.

[ג] עכ"פ הא לן מחלוקת אי סתמא אמרי' דהכותל של שניהם או דהוי ספק ואפשר שהוא של אחד מהם, ובפשטות המחלוקת נסובה לאחר הדין הלפיכך דיש מחייב וכ"א כופה חבירו לבנות בזה סברי הראשונים דודאי אם חלקו הדין נותן שהכותל שייך לשניהם, אבל אילולי הלפיכך לכאור' ודאי הדין נותן דאף אם נסבור דשניהם נתרצו בחלוקה מ"מ אין סברא טפי ששניהם בנו ואיכא לאסתפוקי בגויה שמא אחד בנה בתוך שלו כמו שהוא טוען, וזה מבואר בהכרח מדברי התוס' דבריש דבריו מדויק דלא בעי עדים וע"כ ביארנו משום דאיכא סברא דשניהם בנו הכותל, אך להלן תוס'

א] כתבו התוס' 'לפיכך אם נפל וכו' פי' לפי שבונים הכותל בעל כרחם או משום דהקנו זה לזה לעשות גודא ללישנ"ק וכגון דידוע לנו עדין וזוכרין שהקנו זה לזה, וללישנ"ב משום היזק ראייה וכו'.

מה שכתבו דללישנ"ק וכגון שידוע וכו' הכוונה דהא למ"ד היזק ראייה ל"ש היזק ומיירי בחצר שיש בה כדי חלוקה ויכולין לכופ' זא"ז בחלוקה בחצר עצמה, מ"מ אין אחד יוכל לכופ' את חבירו לבנות גודא וע"כ יכול לטעון לחבירו שלא נתרצה לגדור ובנה הגודא לבד, לפיכך צריך ראייה עדים שזוכרים ששניהם בנו יחד הכותל - ע"ז שייך לפיכך ששניהם יתחלקו באבנים.

ויש לדקדק דללישנ"ב דהיזק ראייה שמייה היזק ומיירי בחצר שאין בה כדי חלוקה וכיון שנתרצו לחלוק החצר כייפי' לבנות גודא משום היזק ראייה, אך לכאור' כמו דללישנ"ק בעי' ראייה שרצו לבנות הגודא יחד כמו"כ ללישנ"ב בעי' ראייה שנתרצו לחלוק גוף החצר - דשמא יטען האחד דלא רצה חבירו לחלוק עימי דל"ר לבנות הכותל ע"כ בניתי הכותל לבד ורק לכך הסכים לחלוק ע"ד שאבנה הכותל משלי, ומשמע מהתוס' דלזה א"צ ראייה ואי"ז כזה טענה.

ללינש"ק דל"ש היזק ראיא אין סברא שירצה לדאוג לחבירו מאחר ואין שום תביעה בזה וצע"ב.

ה] **כתבו** התוס' 'וא"ת ומאי אריא משום דבונים הכותל בעל כורחם בלאו הכי נמי הוי של שניהם אפי' נפל לרשותא דחד מיניינו כיון דאין חזית לא לזה ולא לזה כדפריך בגמ' גבי בקעה לא יעשה חזית לא לזה ולא לזה וכו', והא דאמר' בהשואל וכו' - מבואר מדברי התוס' דהאי סברא דאין חזית לא לזה ולא לזה אי"ז סברא דהוי הוכחה וראייה דשל שניהם הוא, אלא דהוי סברא למיעבד ספק אף דאחד יהיה מוחזק והוי כספיקא דדינא וממילא יעשו יחלוקו - אע"ג דיכול להיות דאחד יהיה מוחזק לכשיפול הכותל מ"מ לא משגחינן ביה, ובזה היו צריכין לבאר טעם הדבר שאין החזקה מועילה משום דהוי תפיסה קודם שנולד הפסק - דהספק התחיל כבר מאז שהכותל בנוי ובהמשך נבאר בארוכה הענין בזה, מ"מ מבואר שפיר דהא הקשו למה צריך להאי סברא של הלפיכך מספיקא נפלוג ולא אזיל בתר מוחזק.

ו] **מאידך** גיסא ברמב"ן וברשב"א הקשו כע"ז דמאי קפריך בגמ' גבי בקעה דלא נעשה חזית לא לזה ולא לזה האי האני כה"ג דאחד יהיה מוחזק ויטען כולה שלי ויהני חזקתו כה"ג שלא יהיה חזית, וע"ז כתבו ורש"י נשמר מזה ופ"י לא יעשה לא לזה ולא לזה והרי סימן שלא עשאה האחד משלו - שאילו עשאה היה עושה חזית מבחוץ וכו' - כל' רש"י פירש

כתבו דאיכא הכא ספק בלא טענותיהן ואף אם ידונו על הכותל יש להסתפק, ולכאור' מה הספק הא נקטי' דשניהם בנו הכותל וכה"ג לא ייחשב דררא היכא דבלא טענותיהן אמרי' דזה של שניהם דומיא שנים אוחזין בטלית וכמו שנבאר בהרחבה להלן בעז"י.

ע"ב מוכח כנ"ל דדברי התוס' להלן הם לפי מאי דמקשי בקושייתם דלולי הלפיכך נמי נעביד חלוקה ובזה ודאי איכא סברא דהוי ספק מי בנה, ותוס' בריש דבריו אזיל בתר הלפיכך דשניהם מוכרחים לבנות ממילא ודאי בזה תוס' סברו כהפשטות וכמובאר בראשונים דשניהם בנו יחד, אלא דאפי' אחר הלפיכך אכתי יש שסברו דאין הכרח ובעי' למהוי ראייה שחלקו ובנו יחד.

ד] **ברם** מדברי הרא"ש יש לדקדק שכתב 'דמסתמא כיון שהזיק ראייה שמיה היזק שניהם נתרצו לסלק ההיזק מעליהם' - ולא נקט כיון שנתרצו לחלוק ומעתה כייפי' לבנות ולסלק ההיזק - דיהיה משמע דדוקא לבתר הלפיכך אמרי' ודאי דכפי', אלא משמע דאפי' אילולי הלפיכך איכא סברא דמסתמא נתרצו לסלק ההיזק ראייה בניהם אף בלא מחייב דוקא.

ואין להקשות א"כ אף ללינש"ק נימא סברא זו - זה אינו דרך ללינש"ב דהיזק ראייה שמיה היזק איכא סברא למימר הכי, והיי' דכיון דשמיה היזק ויודע אדם דהוא נזק שיש תביעה זה על זה איכא למימר דמסתמא נתרצו לחלוק, אבל

ח] וצ"ב במה נחלקו - בחידושי הגרנ"ט [סי' קס"ז] כתב לבאר דהוא תלוי אם הכא הוי דרד"מ או לא, דהתוס' דכתבו במפורש דהכא הוי דרד"מ ממילא היה ספק בלא טענותיהן ובטרם שבאו לדין ספק הוא אם הכותל שייך לזה או לזה ולהכי הוי תפיסה לאחר שנולד הספק, אבל הרא"ש סבר דהכא לא הוי דרד"מ ולא שום ספק בלא טענותיהן מפני שאין לנו לספק כלל כשאנו רואים כותל בחצר דאפשר שאין כאן מחלוקת כלל ולכן הספק אינו מתחיל כי אם עתה כשבאו לדין והוי תפיסה קודם שנולד הספק, עיי"ש.

ולכאן יש להעיר ע"ז מה דאיהו גופיה תמה א"כ לדברי הרא"ש דסבר דלא הוי דרד"מ למה לא עבדי' כדא"ג וכמו שכתבו התוס' ולזה התוס' תירצו דהוי דרד"מ, אלא דיש לדחות וכמו שכתב שם דסבירי ליה כדברי הקצות וכמו שנביא להלן בעז"ה דהכא הוי כאוחזין וכשנים אוחזין בטלית ולפיכך ל"ה כדא"ג עיי"ש.

ט] והציע ביאור המחלוקת ע"פ מה שכתבתי בחיבורי צורתא דשמעתתא³ [סי' י"ב אות י"ב] בגמ' ב"מ [קב:]: דנחלקו ר"נ ושמואל גבי אחד ששכר מרחץ ל"ב חודש ונעברה השנה ואיכא ספק על חודש הי"ג - שמואל סובר דאם בא בסוף החודש הוי כולו לשוכר, ור"נ פליג וסבר דהכל בחזקת המשכיר,

דהוי כהוכחה וסברא מדלא עשו חזית לא לזה ולא לזה דשניהם עשאוהו וממילא לא יהני מוחזק דהוי כאנ"ס נגד מוחזק, ולפ"ז א"ש דדוקא התם בבקעה הוי אנ"ס דשניהם עשאוהו הואיל ואין יכול לכופף חבירו ואם אחד בונה לבדו הוי ליה לעשות חזית, אבל בחצר ושותפין אף דאחד עשה חזית לא תיקנו לעשות חזית אילולי הסברא של הלפיכך הו"א דמוחזק יהני ולזה בעי לפיכך ול"ק קושית התוס', ודוקא התוס' דלמדו אחרת דא"ז סברא אלא ספק וע"כ מבואר דלא מהני מוחזק ותפוס והביאור הוא משום דהוי תפיסה קודם שנולד הספק - ממילא הקשו שפיר דאף הלפיכך יעשו יחלוקו, ודו"ק.

ז] כתבו התוס' והא דאמר בהשואל וכו' היי' משום דהתם מתחילה מבורר היה הדבר וברשות אחד מהן נולד הספק, אבל הכא מעיקרא נולד הספק ואם היו באים לחלוק בעוד שהכותל קיים היו חולקים בשוה מספק.

התוח"ר כתב לא כך וז"ל 'ואע"ג שאם באו לדון על הכותל בעודו קיים היינו פוסקים להם הדין שיחלוקו מכל מקום כיון שלא נודע שום ספק בכותל קודם נפילה ואפשר אותו שנפלו אבנים לרשותו אילו היה אומר כשהיה הכותל עומד שלי הוא היה חבירו מודה לו נמצא שלא נולד לנו הספק עד אחר הנפילה הלכך דמי למחליף פרה בחמור והבית ועליה ואזלי' בתר חזקת ממון עיי"ש.

ב. ובחיבורי קובץ חבורות ב"מ [פרק השואל אות ז].

וז"ל שם בביאור הפלוגתא דר"נ ושמואל לקמן התוס' רבינו פרץ כתב להדיא לפרש דנחלקו מתי הספק נולד, דעת שמואל דכיון דבאו לדין רק בסוף חודש הוי כתפיסה קודם שנולד הספק, ואילו ר"נ בהא פליגי וקסבר דהספק הוי מתחילת החודש ולפיכך הוי כתפיסה לאחר שנולד הספק ולא מהני עכ"ל שם.

וביאור הענין הוא דלכו"ע סיבת הספק הויא מתחילת החודש אך בפועל לא באו לדין רק בסוף החודש ובוה נחלקו לפי מה נוקטים כדי להחשיב כתפיסה קודם שנולד הספק או לאחר שנולד. ועד"ז י"ל הכא דלכו"ע מודי דסיבת הספק נמצאת אף שהכותל בנוי וכמו שכתבו התוס' דאם היו מתעצמים בדין בכותל גם היו חולקים, אלא שבפועל לא נתעצמו בדין רק לאחר שנפל הכותל, א"כ יש מקום לדון בזה כנ"ל, תוס' סברו דאזיל בתר סיבת הספק וכיון דהיה סיבה כבר בעוד הכותל בנוי הלכך הוי כתפיסה לאחר שנולד הספק.

ואילו דעת הרא"ש היא וכ"מ מלשונו שכתב 'ואע"ג שאם באו לדין על הכותל בעודו קיים טכו' מ"מ כיון שלא נודע לנו שום ספק וכו' דהיינו משמע דמודי דסיבת הדררא קיימת לפני שנפל הכותל מ"מ סבר דבפועל לא באו לדון עד לאחר שנפל הכותל הלכך הוי תפיסה קודם שנולד הספק.

[י] ויש להוסיף ולבאר הא גופא במה תלוי הנידון אי אזלי בתר סיבת הדררא

או דוקא אשעה שבפועל נתעצמו בדין יש לתלות זה בעיקר הטעם דלא מהני תפיסה לאחר שנולד הספק, בקונטרס הספיקות כתב הטעם בזה דהוי כתפיסה בגזלנותא וכתפיסה שלא ברשות, ואידך בקוב"ע כתב לבאר הטעם דהוי כקם דינא כל' דאיכא ספק ומכח הספק הוי יחלוקו או דהממעה"ר וכשבא בתפיסה לשנות הדין אין בכוחו זה לעשות, ולכאו' נפק"מ פשוטה בין ב' הטעמים היא אי מהני תפיסה כשזה לא היה תפוס אצל אחד מהם אלא קיימא באגם, אי אמרי' דהוי תפיסה בגזלנותא לכאו' שייך אף בכה"ג, אך בכה"ג אין קם דינא כשאין מוחזק וליכא דררד"מ לומר שיחלוקו יהני דלא שינה הדין.

לפ"ז י"ל ה"נ דאי הטעם מצד תפיסה בגזלנותא לכאו' הכא כיון דסיבת הספק כבר קיימת א"כ הוי תפיסה שלא ברשות דיודע שבזה שיתפוס הוא יזכה והוי תפיסה שלא ברשות, אבל אי נימא כהטעם דקם דינא לכאו' כל מאי דשייך לומר הכי רק כה"ג שכבר נתעצמו בדין והתקבל טענותיהן בב"ד והוקבע הדין דיהא מוחזק או יחלוקו כפי הנראה לדיינים אזי איכא סברא שלא יכול ע"י תקיפתו לשנות הדין, אבל כה"ג שלא הגיע לב"ד ותפס אף דסיבת הספק כבר קיימת ל"ש למימר קם דינא ויהני התפיסה ודו"ק.

יא [עוד כתבו התוס' 'והא דלא אמר הכא כדא"ג כמו בזה של אבותי התם הוא דליכא דררד"מ אבל הכא איכא דררד"מ', וכבר נודע דברי הקצות [סי'

עיקר הדין הלפיכך כמו שלמדו הראשונים, אלא כיון דאיכא לפיכך למה הוצרכה המשנה לנקוט דחולקין במקום ובאבנים וע"ז משני הו"א דכיון דאחד תפוס יהיה מוחזק קמ"ל דלא הוי מוחזק דשותפין לא קפדי אהדדי ואה"נ לפי ההבנה של הראשונים בקושית הגמ' לפיכך דהוא על עיקר הדין של לפיכך דאף אילולי זה היה יחלוקו אה"נ יש להקשות דהא יש חידוש דלא נימא כה"ג שטוען כולה ומחצה ואה"נ הרשב"א לקמן ד. הקשה הכי ותירץ עי"ש ונבאר בארוכה בעז"ה דבריו ודו"ק בכל זה.

יב] בקה"י [סי' א'] הביא דברי הקצות ותמה ע"ד דא"כ מאי קפריך פשיטא בגמ' הא איכא רבותא כה"ג דז"ט כולה וז"ט מחצה, ולכא"ל לפי מה שכתבנו לק"מ דאה"נ הקצות איירי בדעת הר"י מיגאש דפירש קושית הגמ' פשיטא לא על עצם הדין של הלפיכך, ואה"נ לפי הראשונים שכן פירשו כן קשה ואה"נ הרשב"א דבר בזה וכן"ל.

ולזה כתב דהכא ודאי ל"ש לומר דהוי אוחזין כיון שעל המקום גופיה אנו מסופקים ואין המקום אלא סמוך ועומד בין שני הרשויות, אבל אין אחד מהם מוחזק בגוף המקום וממילא אינו מוחזק בכותל שעליו, ואינו דומה לדברי הריב"ש שהגג נכון על שני הבתים דהגג נישא ועמוד קצותיו על שני הבתים ממש דהו"ל כתפיסי בכרכשתא, וההיא דשנים יושבין בצד ערימה שאני דגוף החיטין על מקום שניהם דהוא בחצר של שניהם, א"נ

קנ"ז סק"ג] דתמה ע"ד התוס' מאי שנא כותל משנים אוחזין בטלית דכמו דשנים אוחזים ל"ה דרד"מ ותוס' ריש ב"מ כתבו הטעם דלא עבדי' כדא"ג משום דאוחזין הוא כמו"כ בכותל ל"ה דרד"מ והטעם דלא יהיה כדא"ג הוא כמבואר ברמב"ם דשנים היושבין בצד ערימה ז"ט כ"ש וז"ט כ"ש דחולקין דכיון דשניהם בצד ערימה חשיב כאוחזין כמו"כ כיון דשניהם עומדין בצד כותל הוי כאוחזין וכן מיי' שם דברי הריב"ש דגג שנכון על שניהם על שני כתלים אע"פ שאין משתמשין בו יחד ה"ל כתפיסי תרוייהו אהדדי והניחו בצ"ע.

תו מיי' התם פירוש הר"י מיגש דפירש קמ"ל דבגמ' הוא כיון דשותפין לא קפדי אהדדי ולא חילק בין שהו הרבה ללא שהו הרבה כדברי התוס', א"כ לשיטתם יתעורר קושית התוס' מאי הלפיכך דהא אף אי לאו דינא דמתני' דכופין זא"ז נמי הוי דינא דיחלוקו, וכתב ליישב עפ"ד דהא גופא אילולי הלפיכך כה"ג דאחד יטען כולה שלי וא' יטען מחצה שלי היה הדין כמתני' בריש ב"מ זה נוטל ג' רבעים וזה נוטל רבע, ובזה אתי הלפיכך דכיון דעל שניהם נוטל לבנות הוי יחלוקו, וכן הוסיף שם דהא הוי ודאי רמאי הכא ואילולי הלפיכך הוי הדין דיהא מונח לזה האני הלפיכך.

ומבואר מדבריו דלפ"ז כל מה שביאר הוא אילולי הלפיכך, אך הגמ' דהקשתה פשיטא מה הקשתה הא איכא חידוש גדול כנ"ל כדבריו, אלא מבואר בר"י מיגאש דפירש תמיהת הגמ' לא על

כמש"כ הנתיבות בסי' קל"ח דהוי משום ד"א שלו וחשיב רשותו אבל הכא שגוף המקום מסופק למי שהוא אין כאן מוחזקים והארכתי בזה במק"א¹.

יג] עוד כתב הקה"י שם לדחות קושית הקצות דמאי שנא משנים אוחזין בטלית, וחילק די"ל דאוחזין מיגרע גרע דכל שאוחזין אין מסתפקין בדבר כלל בלא טענותיהן, אבל כשליכא אוחזין רק ששניהם חונים על שני צדדיו שפיר בלא טענותיהן אנו מסתפקים כותלו של מי זה - אבל כששניהם אוחזין ואנ"ס דמאי דתפיס האי ידיה הוא וכו' נקטינן דודאי שהוא של שניהם ורק משום שבאו לטעון ולתבוע נולד הספק האיך לדון גם לסומכוס דליכא בזה כללא דמזמן המוטל בספק חולקין בלא שבועה, דכיון דרק מכח טענותיהן הוזקקנו לדון בדבר יש לנו להשביעם ולברר אמיתות טענותיהן.

יד] והוסיף שם ובאמת נראה דהא דמבואר דמ"מ דשנים אוחזין ליכא דררד"מ שפירושו לשיטת התוס' דבלא טענותיהן ליכא ספק לב"ד - אינו אלא לענין דינא דסומכוס דבאיכא בלא טענותיהן ספק - חולקין בלא שבועה, ובשנים אוחזין שבלא טענותיהן אנו נוקטים דודאי הוא של שניהם - ורק מכח טענותיהן הוזקקנו לדון בדבר צריכין שפיר להשביע לברר אמיתות טענותיהן, כיון שכל הדיון בא מכח טענותיהן, אבל

לענין הא דב"ב דבליכא דררד"מ אמרי' כדא"ג ובאיכא דררד"מ א"א לפסוק כדא"ג - מסתבר מאוד דגם בשנים אוחזין בטלית מחשבא דררד"מ מה שהם תפוסין וא"א לומר כדא"ג מכח סברת דררד"מ עי"ש.

מבואר מדבריו דודאי כה"ג דבלא טענותיהן נקטינן דשייך לתרוויהו לא גרע מדררד"מ ונעשה יחלוקן אלא רק כלפי השבועה אמרי' הכי דהיכא דבלא טענותיהן אמרי' דודאי שייך לשניהם הטלית דהאוחזין הוי אנ"ס ואה"נ אילולי האוחזין הוה כדא"ג ודוקא ע"י האוחזין אמרי' דודאי הוי לשניהם וכלפי החלוקה ודאי נעשה יחלוקן וכלפי השבועה איכא סברא להשביעם דע"י הטענות איכא לאסתפוקי אי כולו שלו או כולו שלו, ורק כה"ג דהפסק הוא אף בלא טענותיהן איכא סברת הדררא דממונא עכ"פ מבואר מדבריו דהכא גבי כותל בלא טענותיהן נמי איכא ספק ואילו בשנים אוחזין בלא טענותיהן ליכא ספק ונקטי' דלכ"א יש מחצה.

אם כן א"ש דברי הקצות דבזה גופא פליג וסבר דגם בכותל בלא טענותיהן נקטי' דשייך לתרוויהו והוי ממש כשנים אוחזין בטלית דכל הטעם דלא עבדי' כדא"ג הוא משום האוחזין ואחרי שהן אוחזין לא הוי דררד"מ אלא בלא טענותיהן וודאי הוי של תרוויהו וע"י הטענות איכא לספוקי בזה הוי סברא

ג. חיבורי צורתא דשמעתתא [סי' י"ג] בדעת הרמב"ם בשנים היושבין בצד ערימה עי"ש.

ומשני לא צריכא דנפל לרשותא דחד מיניהו פירוש ושהו ברשותו הרבה מהו דתימא כיון דשהו ברשותו הרבה ניהמניה שעשאוה כולה מיגו דאי בעי אמר ממך לקחתיה והיה נאמן משום דשהו הרבה ואע"ג דאמר בריש הבית והעליה דשותפין לא קפדי אהדדי הכא מיירי דשהו יותר מכדי רגילות דאטו משום דשותפין נינהו לא יקפידו עד עולם וכו', ותמה הרעק"א בגליון קשה לי למה לי מדין מיגו כי היכי דנאמן לקחתיה מכח דשהו הרבה מוכח שהוא שלו - ה"נ יהא נאמן מדשהו הרבה מוכח שהוא בנה משלו ומאי אולמיה טענת לקוח מטענת אני בניתי ע"כ.

[יז] ובחידושי הגרנ"ט [סי' קס"ו קס"ז] כתב לתרץ בארוכה ונראה בביאור דבריו דדין נאמן אדם לומר על חפץ לקוח הוא בידי דאמרי' בגמ' בשבועות דאחזוקי אינשא בגנבא לא מחזקי' יש לדון בגדר החזקה, האם האחזוקי אינשא זה החזקה ומכח זה אנו דנים שהחפץ ישאר אצלו אלא דצריך לחזקה הזאת מוחזקות בחפץ כדי שנוכל להוכיח ולומר את הסברא הזאת אבל כהיום שאנו מניחים אצל המוחזק החפץ הוא מכח ההוכחה וסברא של אחזוקי אינשא בגנבא לא מחזקי'.

מאידך גיסא י"ל באופ"א והוא - דלעולם אין בסברא של אחזוקי הוכחה ובירור אלא דכיון דאיכא הכא מר"ק א"כ המר"ק מעיקר הדין עדיף על מוחזק בעלמא אלא דאיכא סברא של אחזוקי אינשא בגנבא לא מחזקי' וזה הסברא נגד

דיצטרכו שבועה, דומיא דשנים אוחזין, והקה"י סבר דהכא אף בלא טענותיהן איכא ספק ממילא הוי ממש דררד"מ אף כלפי השבועה.

[טו] ולכא' אפשר לתלות מחלוקת זו במחלוקת הראשונים דהנה הבאנו בריש דברי התוס' מחלוקת ראשונים אי בעי ללישנ"ב למי' עדים שחלקו דאל"כ יוכל לטעון דבנה הכותל לבדו או דאף בלא עדים אמרי' מסתמא בנו הכותל בשותפות ומבואר דיש מחלוקת אי בלא טענותיהן נקטי' מסברא שבנו הכותל בשותפות או לא, עד"ז י"ל דהקצות סבר דגם בכותל הסברא הפשוטה היא דשניהם בנו הכותל, ואילו הקה"י סבר דל זה דוקא לאחר הלפיכך אך תוס' הא איירי לפני הלפיכך א"כ בזו איכא סברא דהוי ספק השקול מי בנה הכותל, ואילו הקצות לכא' סבר דאף לפני הלפיכך איכא סברא לומר דשניהם עשו יחד וכמו שהבאנו לעיל סברת הרא"ש וכמו שדקדקנו בלשונו דסברתו לכא' קיימת אף לפני הלפיכך.

[ואין] הכוונה בהאמור לעיל דהקצות והקה"י נחלקו באותו נידון של הראשונים אי בעי עדים דהראשונים איירי לבתר הלפיכך והכא אי' אילולי הלפיכך רק איכא לתלות באותם סברות שנחלקו לענין עדים לאחר הלפיכך י"ל אף לפני הלפיכך וכנ"ל לפי הרא"ש ודו"ק].

[טז] כתבו התוס' לתרץ ומתרג' ר"י הך דפריך בגמ' פשיטא וכו'.

המר"ק והוא עושה ספק על המר"ק וממילא כיון שהוא מוחזק בחפץ אמרי' לא נוציא מספק ועיקר הטעם שאנו לא מוציאים הוא משום המוחזקות שלו עתה בחפץ.

יח' נפק"מ בין ב' הפירושים מ"י שם הגרנ"ט אם היה מוחזק בחפץ שעה אחת ויש ידיעה על זה אבל עתה הוא כבר לא מוחזק, אי נימא דמהני, אי נימא כהצד הראשון לכאור' שפיר הוי מוחזק דכיון דהמוחזקות הינה רק להוכיח את הסברא של אחזוקי אינשא בגנבא לא מחזקי' ול"צ שיהיה בפועל כל הזמן תפוס בחפץ דאין התפיסה בחפץ הויא מכח שלא מוציאים אלא ההוכחה והסברא של אחזוקי אינשא בגנבא לא מחזקי', ע"כ התפיסה לא מדיני תפיסות של ספיקות שבזה יש דינים והלכות כיצד ומתי נחשב כמוחזק אבל הכא הוי תפיסה קלישתא רק להוכיח את הסברא של אחזוקי אינשא בגנבא [ע"י שיעורי ר' שמואל אות כ"א שכתב הסברא הנ"ל].

לפ"ז ביאר הגרנ"ט את דברי התוס' דאי נימא שהתוס' סבירי ליה כהצד השני א"כ אמת קשה קושית הרעק"א למה צריך למיגו תיפול"ל מאותו סברא, אך אי נימא כהצד הראשון דע"כ בעי תפיסה כדיני תפיסות של ספיקות, א"כ הא איכא דין בהלכות תפיסה דרק אם תפס קודם שנולד הספק, אבל הכא כיון דהתפיסה היתה לאחר שנולד הספק וכמו שכתבו התוס' דמפורש לעיל א"כ בטענת בנייתה אינו נאמן, לכך בעי' למיגו בטענת

לקחתיה הוי טענה חדשה דלזה הספק לא קדם דלא הסתפקנו כלפי טענת לקחתיה וכה"ג מהני התפיסה, ולכן רק בטענת מיגו נאמן ובזה מיושבין קושית הגאון הרעק"א זצ"ל ודו"ק.

יט' כתב הרשב"א לקמן ד. פשיטא וכו' קשיא לי דודאי איצטריך דאי לאו הכי אם זה טוען כולו שלי ומשלי בניתי - וזה אומר חצייה שלי ושנינו בנינו אותו - היה הדין נותן שיטול זה ג' חלקים וזה נוטל רביע וכמו ששנינו גבי שנים אחזקין בטלית זה אומר כולה שלי וזה אומר חצייה שלי וכו'.

ובתב הרשב"א לתרך' וניחא ליה דהתם בשלא היו תפוסין בשוה זה כזה דכל הנכסים וכיון שכן דנין בו דנים, אבל כאן שהמקום על כרחנו מוחזק ביד שניהם להיותו מחצה על מחצה דמי מהם מוחזק יותר ומסתמא חלק חצירו של זה מתפשט עד מחציתו של זה והרי האבנים כאילו מוחזקים ותפוסין כולן ביד שניהם בשוה זה כזה וכל שביד כל אחד ואחד מהם הרי הוא כאילו הוא שלו, וכדאמר' התם בפ"ק מציעא גבי טלית אנ"ס דמאי דתפיס וכו' ואילו היו שניהם אדוקין בטלית זה במחציתו וזה במחציתו אע"פ שזה אומר כולה שלי וזה אומר חצייה שלי אין מוציאים את הרביע מתחת ידו של זה ונותנים לחבירו וכו'.

כ' ובביאור דברי הרשב"א רבו הביאורים ואנוכי אקיים ואל תיטוש תורת אמן כדרכי אבותי מו"ר הגר"ד

כא [וביאור] דסבר הרשב"א דדרד"מ הוא שייכות ממון כל' זכות ממון בגויה דהיי' כיון דלכ"א יש שייכות ממון ודאית בחלק מהקרקע דהא כ"א יש לו ודאי עד המקום המסופק א"כ היכא דררא להסתפק גם על שאר המקום והוי ספק של דררא, אלא אכתי בעי ליישב למה נקט הרשב"א לישנא 'אבל כאן שהמקום על כרחנו מוחזק ביד שניהם להיות מחצה על מחצה וכו' כוונתו כמבואר בעלמא דדררא דממונא הוי כשניהם תפוסים וכמו שכתבו התוס' ב"מ [צז: ד"ה לימא] ושם [קטז: ד"ה לימא - עי' קוב"ש ח"ב סי' ט' אות ז' מה שביאר בזה, ועי' בחיבורי צורתא דשמעתתא סי' ו' אות ו'].

ולאחר שהם נחשבים תפוסים בקרקע הזו ומחמת הדררא דממונא, מכן נדון על האבנים מה דינם ויש לבאר למה על האבנים לא יהיה ג"כ דררא דממונא אלא הביאור פשוט וכנ"ל דביארנו דדררא לפי הרשב"א היינו שייכות ממון - ושייכות ממון ביארנו שיש לכ"א זכות ודאית בחלק מהממון, א"כ פשיטא שבאבנים אין ודאי לכ"א דהא גופא הספק הוא על על האבנים אם רק הוא בנה או חבירו ואין אבן שודאי שייכת לאחד מהם - א"כ ודאי ל"ש לדון את האבנים מצד דרד"מ, אלא רק אפשר לדון הוא מכיון שעל המקום הם מוחזקים [והוא מטעם דרד"מ] א"כ תו הרי כאילו תפוסים ומוחזקים באבנים עצמן מכח התפיסה שלהם בקרקע וזה מה שסיים הרשב"א 'וכל מה שביד כ"א מהן

אונגרישר וצוק"ל בספרו אשר זכינו שיצא לאור שיעורי ר' דן [ב"מ סי' י"ח ענף ג'] הובא הדברים בקצרה אך כאן הבאנו את יתר ביאור שיטתו ואת ההכרחים לבאר בדברי הרשב"א כביאורו.

ובחקדם יש להביא את דברי הרשב"א להלן מניה [ד"ה ואכתי קשיא] שכתב בזה"ל 'וי"ל דאפי' המקום אין אנו דנים בו בבירור שהוא של שניהם אלא מפני שנפל בו המחלוקת וכיון שאין אחד מהם מוחזק בו יותר מהשני מן הספק אנו דנים בו שיחלוקו ככל דבר המוטל בספק חולקין'.

לשון זה שכתב 'ככל דבר המוטל בספק חולקין' ידוע בש"ס שהוא לישנא של דררא דממונא [יעוי' רש"י ב"מ פ. ד"ה תרווייהו משלמים וכו' ובתוס' שם ד"ה ואי בדוכתיא, ורש"י שם ח. ד"ה ממשנה יתירא וכו' שנקט כהאי לישנא ודייק שם במשנת ר' אהרן ב"מ [סי' י"ג] שכן הוא, יעוי' עוד רשב"ם לקמן צג. ד"ה ורביע נזק שמבואר כן, ועיקר דברי סומכוס ב"ק מז. ב"מ ק. הכי לישנא 'ממון המוטל בספק חולקין' ורק הגמ' ב"מ ב: מכנה זאת בלישנא דררא דממונא ודוק].

א"כ הרי לנו בהדיא דעל המקום איכא דרד"מ, וכן הסברא נותנת שלא יהא על המקום מוחזק כי מה הועיל בזה שיש לכ"א חלק ודאי בשדה ותפוס בחצי קרקע להחשיבו כתפוס בחלק הקרקע המסופק ומאי שייטא זה לזה, אלא רק כן י"ל דהוי דרד"מ.

וכו' וכשנים אדוקין בטלית הוא' כלו' על האבנים שפיר שייך לדנו כשנים אדוקין שרק מכח תפיסה מהני ביה, ובוזה איכא דין אדוקין שאף שם טוען כולה שלי וא' טוען חציה שלי נוטלין עד מקום שידו מגעת ויחלוקו בשוה, וזו תורף כוונת הרשב"א.

כב] ויש להוסיף עוד דעל האבנים אין דררא מהא דכתב הרשב"א לבאר למה הכא אין על האבנים דין תפיסה לאחר שנולד הספק וכתבו אבל כאן לא יצא הספק עד שבא לידו של זה וכיון שבידו של זה נולד הספק אין מוציאין אותן מידו, ולכאו' אם על האבנים יש דררא דממונא הא הבאנו לעיל בשם הגרנ"ט לבאר במה נחלקו התוס' והתוס'

הרא"ש בענין אי הכא הוי תפיסה קודם הספק או לאחר הספק, דתוס' סברו דהכא הוי דררא דממונא ממילא הספק נולק עוד לפני הטענות והתפיסה שלו והוי תפיסה לאחר שנולד הספק, אבל התוה"ר סבר דלא הוי דררא דממונא והספק נולד רק ממה שנתווכחו, א"כ ה"נ אם נימא ברשב"א דסבר דגם על האבנים איכא דררד"מ לא א"ש אמאי התפיסה הכא נחשב קודם שנולד הספק וכנ"ל אלא משמע ג"כ דעל האבנים ודאי אין דררא ורק על המקום איכא דררא כמו דכתב הרשב"א להדיא, וביאור זה מיישב את כל התמיהות והסתירות שנלאו ליישב בדברי הרשב"א והמעייין היטב ימצא תרופה לכל מלקושיו ודו"ק בזה^ד.



ד. עי' בשיעורי ר' שמואל [אות כ"ב] שהביא ביאור זה ותמה כמה תמיהות ולביאור הנ"ל לכאו' לק"מ.

סי' ג'

בענין מחיצת הכרם שנפרצה [ב.]

כלאים לפי שסמך בעל השדה את זרעיו סמוך לגדר כדתנן בפרק שני היה גדר בנתיים זה סומך לגדר מכאן את אילונתיו וזה סומך לגדר את זרעיו מכאן וכשאיין שם גדר תנן בפר' שני לא יטע אדם אילן סמוך לשדה חבירו א"כ הרחיק ממנו ד"א כדי עבודת הכרם דבהכי הוי כלאים' עכ"ל.

מבואר מדברי רש"י דהא דיש דין להרחיק ד"א הוא ד"א של עבודת הכרם ובזה הוא שיעור הרחקה של כלאים דבפחות מד"א הוי איסור אע"ג דרש"י לקמן שם במתני' פירש [ד"ה סמוך לשדה חבירו] וז"ל בין שדה הלבן בין שדה האילן וטעמא כדי עבודת הכרם שכשיחרוש את אילונתיו לא יהא צריך להכניס מחרישתו לתוך שדה חבירו ע"כ.

ולכאן' הוא טעמא אחרינא אלא ביאר מו"ר שליט"א דהא התם במשנה בין שדה הלבן ובין שדה אילן, דבשלמא שדה האילן שייך כלאים בכרם ושייך לפרש דיש דין הרחקה משום איסור כלאים, אך בשדה הלבן ליכא שום איסור לכן ע"כ פירש שם עוד טעמא אחרינא משום המחרישה, אבל אי"ז סותר למה שפירש הכא בסוגי' דהד"א של הרחקה הוא כדי עבודת המחרישה שבזה הוא שיעור של כלאים.

א' א' בגמ' 'סברוה מאי מחיצה גודא כדתניא מחיצת הכרם שנפרצה אומר לו גדור חזרה ונפרצה אומר לו גדור נתיאש הימנה ולא גדרה ה"ז קידש וחייב באחריות', וצ"ב בתרתי א' – מה הטעם שבעל הכרם חייב לגדור יותר מאשר בעל הזרעים, ב' – וממילא מה הטעם שהוא חייב באחריות ועוד במה הוי גרמי.

ב' הרמב"ן בסוגי' תמה 'ואע"ג דקי"ל כר"י דאמר על הניזק להרחיק א"ע כיון שיש איסור בדבר מחמת הכלאים שהערבוב מבטל את השורה מחייבין אותו לגדור שהוא המקיים כלאים בכרם שבא לתחומו של חבירו ואין חבירו נכנס בתחומו וכו'.

וב"ב הרמב"ן בקונטרס דינא דגרמי [סוף הקונטרס ד"ה ואי קשיא לך וכו'] דשאני מחיצת הכרם דכיון שיש בה איסור כלאים חייב לגדור – וחבירו פטור מלגדור שהוא בתוך שלו הוא עומד ואינו בא בגבולו של חבירו – אבל זה שהוא בא בגבולו עליו לגדור מחמת שאסור לערב הגפנים בתבואה וכו'.

ג' וביאור ד' ביאר מו"ר רה"י שליט"א דהנה רש"י כתב הכא בסוגי' 'אומר לו לבעל הכרם גדור אתה שלא יאסרו גפניך את תבואת השדה משום

ה] **כתב** היד רמ"ה [אות יח] 'ושמע מניה דמאן דהוה מחייב למיגדר בינו ובין חבריו ולא גדר ואתו גנבי וגנבו לו דרך הגדר חייב לשלומי ליה, וכן כל מאן דגרם לאפסודי ממונא דחבריה כה"ג ואע"ג דלא קעביד מעשה וכו'.

דין זה הובא בשו"ע [סי' קנ"ז סעי' ה'] וכתב ע"ז הטור ולא נהירא לא"א הרא"ש ז"ל דאפי' פורץ גדר בפני בהמת חבריו בידים פטור מדיני אדם על הבהמה וכו', ובביאור המחלוקת ביאר מו"ר רה"י שליט"א דהנה בחיוב דינא דגרמי בעי' ב' תנאים לחיוב שיהיה ברי הזיקא ושיהיה מעשה שיעגורם, אבל כשאין מעשה או לא ברי הזיקא הוי גרמא ופטור [עי' תוס' לקמן כה: ד"ה זאת].

ו] **ברין** פורץ גדר בפני בהמת חבריו דהדין שפטור כתב הטור בסי' שצ"ו בשם הרא"ש שפטור רק על הנזקים שהבהמה עשתה אבל גוף הבהמה ודאי שחייבים, וביאור הענין – שורף שטרו של חבריו יש בזה גם מעשה בידים וגם ברי הזיקא לכו"ע, אלא פורץ בפני בהמת חבריו לכאור' גם הוי ברי הזיקא דודאי כשיפרוץ הבהמה תלך לאיבוד, ולכאור' הכא בסוגי' דלא בונה כותל דמבואר שחייב הא הוי ברי הזיקא א"כ מאי מיי' הרמ"ה ראייה הא הרא"ש יחלק שפורץ גדר ובאו גנבים הא לא ברי הזיקא, אלא הביאור שבזה ודאי שהרמ"ה חולק וסובר שגם זה הוי ברי הזיקא כמו ששחלק על פורץ גדר בפני בהמת חבריו דגם שם לפי

ד' **עב"פ** מבואר מדברי רש"י שד"א של הרחקה הוא משום איסור כלאים, אלא הא גופא צ"ב מה הטעם שבעל הכרם צריך להרחיק וזו קושייתו של הרמב"ן אלא בזה מתרץ וביאור' דהנה כתב רש"י בעירובין צג. ד"ה ה"ג ד"א – 'וכיון דצריך לו הוי כרם עצמו', מבואר דכל כרם ממילא הד"א של חוץ לכרם שייכים לבעל הכרם והוי ככרם עצמו.

ממילא הביאור בדברי הרמב"ן הוא דכשנופל הכותל ממילא ד"א של בעל הכרם יוצאים ונכנסים לתוך רשות התבואה ונעשה תערוכת אע"ג דבעל הכרם לא רוצה בזה ממילא זה נידון כך וכנ"ל דד"א של סביבות הכרם נחשב ככרם עצמו א"כ ודאי נחשב שבעל הכרם נכנס לתוך רשות בעל התבואה – דבעל התבואה אינו עושה דבר ונשאר לעמוד ברשותו ורק בעל הגפנים רשותו ממילא יוצאת ונכנסת לתוך רשות חבריו דכל שהיה כותל בניהם היה מותר לשניהם לסמוך אבל כשהכותל נפל ממילא ד"א של בעל הכרם נכנסות וזו כוונת הרמב"ן 'שהוא בא בתוך גבולו' א"כ המקיים של הכלאים הויא בעל הכרם והוא עובר באיסור וכיון שהוא בעל האיסור עליו מוטל חובת ההרחקה ובזה תירץ הרמב"ן קושייתו דאף לר"י דמדיני מזיק ל"צ להרחיק מ"מ הכא הוא משום איסור כלאים שבו חייב להרחיק זו תורף כוונת הרמב"ן ז"ל, אך אכתי לא ברירה לן מאי טעמא חייב באחריות וצ"ע.

הרחקה מפאת האיסור כלאים, ואפ"ה מבואר בגמ' שחייב נמי על הפסד כלאים שגרם ושפיר למד הרמ"ה דכל דחל עליו החיוב לגדור מחייב על כל ההזיקות הבאים ממניעת עשיית הגדר והמחייב הוא על עצם אי בניית הגדר, והא גופא הטעם שבעל הכרם צריך להרחיק משום המחרישה ובזה הוי גירי דיליה אפי' לר"י ומבואר דטעם אחד הוא לחיוב בניית הכותל ולתשלומין והוא חיוב בניית הכותל.

ח] **מאידך** מ"י שם הקה"י את דברי הרמב"ן וכתב לבאר דעתו וכן"ל דכל הדין ההרחקה הוא מפאת איסורא דמקיים כלאים בכרם, וע"ז הוסיף וחזי' מזה דאע"ג שאין חיובו לגדור מטעם מזיק אלא משום העבירה דמקיים כלאים מ"מ אחרי דחיוב לגדור מוטל עליו חייב נמי אתשלומין עבור ההיזק כיון דעליה דידיה רמיא למיגדר, ובהמשך נרחיב בענין זה ובמה שיש לתמוה ע"ד.

ט] **עוד** כתב לבאר שם הקה"י במחלוקת הרמ"ה והרא"ש לא כדברינו לעיל, דסבר הרא"ש דהא גופא הכא לא המחייב על אי עשיית כותל ובזה סברא גופא סבר דלא איקרי מעשה אלא המחייב הכא הוא מגוף הגפנים עצמם והוא מזיק ממש ע"י הגפנים וזה גופא טעם שחייב לגדור אפי' לר"י.

וביאר הענין, דהנה יש לחקור בטעמא דר"י האם סובר שמזיק כזה שעושה בשלו אין עליו שם מזיק כלל לכן

הרא"ש הטעם שלא חייב כי סבר דלא הוי ברי הזיקא ואילו הטור סבר דכזה נזק הוי ברי הזיקא א"כ מה מ"י הרמ"ה ראייה מהסוגיא.

אלא הביאור הוא דמ"י הרמ"ה ראייה לדין מעשה שצריך שיהיה בגרמי ובזה מ"י ראייה דאע"ג דרק לא בנה את הכותל גם זה נחשב כמו ששבר את הכותל ואי עשייה הוי כעשייה הפוכה [כמו שמצינו בב"ק מח. הוי לי למלויה ולא מליה כמאן דכריה דמי] וזה הוכיח גם לדינו דהוי מעשה בזה שלא בנה הכותל ואה"נ הרא"ש ג"כ יודה ליסוד זה דהוי מעשה אך הרא"ש לשיטתו סבר דלא הוי ברי הזיקא ולכן אף דפורץ גדר בפני בהמת חבירו דודאי הוי מעשה בידים מ"מ פטור דקסבר דלא הוי ברי הזיקא ודו"ק.

ז] **בקה"י** [סי' ג'] ביאר בארוכה באופ"א ובהקדם ביאר עיקר שיטת הרמ"ה דהחייב הוא על זה שלא גדר וביאר דלכאור' זו דעת תוס' בסוגי' שכתבו דהא דמחויב לגדור אע"פ שקי"ל כר"י דעל הניזק להרחיק א"ע כשאינו גירי דיליה הכא הוי גירי דיליה.

ובב"ק [ק.] ביארו יותר דמשו"ה הוי הכא גירי דיליה דד"א שאמרו להרחיק הוא משום עבודת הכרם וחיוב ההרחקה הוא משום דשמא יכניס מחרשתו בשדה חבירו ויזיק שהכרם צריך ד"א לעבדותו ולכן חל חיוב לגדור על בעל הגפנים שלא יבוא לידי גיריה דיליה ע"י הכנסת מחרשתו בשדה חבירו – אבל אין החיוב

ומדברי הרמב"ן גופיה שכתב להדיא שהחיוב בניית כותל הוא חיוב ממוני, ועל פניו נראה סתירה בדברי הרמב"ן בעיקר דבריו, אבל עכ"פ מסברא ודאי שיש לדחות בזה ביאור הקה"י וצ"ל באופ"א והוא מה שביאר בחידושי ר' שמואל בארוכה [ס' ג' אות ח'] דהם שתי עניינים נפרדים הן החיוב לגדור והחיוב תשלומין, אלא שתלויים זה בזה.

יא] וביאור הענין – דדין כלאים כמבואר בברי' הוא תלוי ביאוש דרק אם היה יאוש נאסר אבל אם לא נתיאש לא נאסר אלא היאוש גופה יש לדון במי הוא תלוי ומי הבעל היאוש שבדעתו תלויה דודאי אדם מן השוק לא יועיל היאוש שלו אלא ודאי שבעל הכלאים ומי שעובר באיסור בו תלוי הדין היאוש, והכא בסוגי' יש לדון במי תלוי היאוש ומי נקרא בעל הכלאים בזה איכא סברת הרמב"ן שבעל הכרם הוא המקיים הכלאים ובדעתו תלוי היאוש, אבל כל זה אינו כלל וכלל סיבה לחייבו בתשלומין וכנ"ל, אלא עיקר סיבת החיוב של השתלומין הוא עצם זה 'שמתיאש' ועי"ז גורם לאיסור שיחול – מחשבת יאוש הזו הוי מחשבה שמזיקה ואפשר לחייבה מדין גרמי שבזה – אלא שאם בעל הכרם לא היה עובר באיסור כי הוא לא היה מקיים הכלאים ממילא לא היתה תלויה בו היאוש ולא היה נאסר וממילא לא היה חייב, ואה"נ כל דברי הרמב"ן הוא כדי להוכיח שהיאוש תלוי בבעל הכרם כי הוא עובר האיסור, אבל לא זה טעם החיוב מפני שהוא עובר

לא חייב להרחיק ועל הניזק להרחיק א"ע או דלמא מודי שיש ע"ז שם מזיק אלא דסבר דמאי חזית שהמזיק ימנע מתשמישים מאשר הניזק וכיון דשניהם שווין וכאור"א רשאי לעשות בשלו אין יכול לחייבו להימנע, אם נאמר כהצד זה א"ש דאף לר"י הכא כיון דיש עוד סיבה לחייב את בעל הגפנים לגדור והוא טעם אחר או כדברי הרמב"ן שיש איסור כלאים או עבודת הכרם ממילא שוב יש עדיפות למזיק להרחיב מאשר הניזק ובלא"ה חייב להרחיק או משום איסור או מצד המחרישה ובזה ליכא מאי חזית עי"ש דבריו ובהמשך נדון בכל דבריו בהרחבה.

י] במה שביאר הקה"י בביאור דברי הרמב"ן דעיקר המחייב לגדור הוא רק משום האיסור כלאים שבו וממילא איכא חיוב ממון – יש לתמוה טובא דהנה כתב הקוב"ש הכא בסוגי' [אות י"ג] ע"פ דברי הרמב"ן גופיה בקונטרס דינא דגרמי וז"ל שם והיודע בעדות חבריו ואינו מעיד לו [לא חייב לשלם לו ההפסד הנגרם לו מכך] וטעמא דמילתא דאף הוא אינו חייב להעיד לו אלא מדין גמ"ח שחייבה תורה להעיד ואם לא רצה לקיים אותה מצוה אין מן הדין לחייבו ממון משא"כ בנתיאש הימנה ולא גדרה דכיון שהוא חייב חיוב ממון לגדור ולא גדר ונתיאש חייב וכו', ומזה הוכיח הקוב"ש שע"כ האי טעמא הכא דמחויב בעל הכרם לגדור הוא משום חיוב הרחקת נזיקין אבל אם לא היה חייב לגדור אלא בשביל איסור כלאים לא הי המתחייב בתשלומין, והיא קושיא מסברא.

ומ"מ יש לדקדק דלכא' מסברת הרמב"ן שהבאנו לעיל גבי יודע עדות לחבירו ולא העיד שביאר הרמב"ן שלא חייב לשלם א"צ לכל הנ"ל כדי ליישב הסתירה דאף אי נימא הכא דהמחייב הכא לגדור הוא משום האיסור כלאים שבו מ"מ לא יקשה מאי שנא דאכתי מצי לחלק דביודע עדות לחבירו כל מה ששייך לחייבו הוא רק מפני שלא העיד ובוזה ביאר הרמב"ן שאי"ז סיבה לחייב שלא חייב להעיד מדיני ממונות, אבל הכא הוא לא מחייבו מפני שלא גדר [שבזה ג"כ אי"ז סיבה לחייבו כי החיוב הוא משום איסור כלאים] אלא הכא מחייבו על הייאוש גופיה שנתיאש ומחשבה זהו גופה סיבה לחייבו מדיני דגרמי ותו לק"מ.

אך מ"מ כבר הבאנו דמלשוננו של הרמב"ן בקונטרס דגרמי דכיון שהוא החיוב לגדור הוא חיוב ממוני וכהביאור אחרון של ר' שמואל וצ"ע בזה.

יג] עוד במה שביאר הקה"י בדעת הרא"ש שחלק על הרמ"ה וביאר דקסבר דהמחייב הוא על הגפנים גופיה וחיוב הרחקה אף לר"י שייך וכנ"ל, לכא' בפשיטות הול"ל בדעת הרא"ש דאם המחייב הוא הגפנים גופיה ממילא י"ל דגם משום חיוב הרחקה הויא סיבה לחייבו מצד הגפנים גופיה דהוי גיריה דיליה וכדמצינו ברא"ש דביאר כן, והוא דברי הרשב"א בסוגי' שכתב בזה"ל 'ואפי' לר' יוסי דאמר על הניזק להרחיק את עצמו הא מודה הוא בגירי דעל המזיק

האיסור, אלא כיון שבו תלויה הדין יאוש ממילא החיוב הוא במחשבתו של היאוש.

ובן מדויק מלשוננו של הרמב"ן בכמה מקומות בקונטרס דינא דגרמי וז"ל [בד"ה תו איכא למידק] 'דלא מתסר מחמת ערוב לחודיא אלא מפני שנתיאש לגדור ויאוש הוא הגורם האיסור והוא הגורם לו להתחייב' וכן בהמשך שם 'ויאושו ומחשבתו הוא שאסרו והוא שחייבו לשלם'.

יב] ובחידושי ר' שמואל הוסיף שם דיש לפרש עוד דאפי' המחייב לגדור אינו משום איסור כלאים שבו לחוד אלא גם הרמב"ן מודי דעיקר החייב הוא משום דינא הרחקת נזיקין וחיוב ממון הוא אלא רק הוסיף לפי ר"י דרך בגירי דיליה צריך להרחיק א"כ מאי טעמא הכא דצריך להרחיק אלא בזה ביאר דכיון דיש עוד טעם לבעל הכרם להרחיק וכמו שהבאנו לעיל בשם הקה"י דר"י לא חולק וסובר דליכא ביה שם מזיק כלל אלא מודה דיש לו שם מזיק – רק סובר דאין סברא להעדיף את המזיק על הניזק, א"כ כה"ג שיש טעם נוסף לחייבו לבעל הכרם גם ר"י מודה שהוא צריך להרחיק וכיון שכן הוא בעל הכרם אף לר"י יש חיוב.

[ואה"נ לכו"ע היאוש תלוי בכרם משום שהוא בעל הכאים אבל ל"צ לומר שזה גופא הסיבה שצריך לגדור אלא יש לומר שחייב אף מדיני הממונות להרחיק ואפי' לר"י וכנ"ל].

להרחיק את עצמו והכא נמי גירי נינהו
וטפי מגירי דמשום ערבוב גפניו
שמתערבין עם תבואתו של זה הוא
שנאסרה התבואה'.

ולכא' ביאור ד הוא ע"פ מש"כ התוס'
רי"ד בריש דבריו וז"ל 'מה שאנו
מחייבין בעל הכרם לגדור יותר מבעל
התבוא' משום דהאיסור בא מחמת גפנים
ולא מחמת זרעים שהגפנים יונקים
למרחוק יותר מן הזרעים ואפי' למ"ד על
הניזק להרחיק א"ע דילמא בכה"ג מודה
דעל המזיק להרחיק א"ע דכמו גירי' ידיד'
דמי דכשנפרצה מתחיל ההיזק שבכל שעה
גדל באיסור וכמאן דעביד בידים דמי'.

וב"מ במאירי וז"ל 'זה שאומרים לו גדור
יש מפרשים בו לבעל הכרם אבל
לא לבעל הזרעים ולא מפני שהגפנים
יאסרו את הזרעים ולא הזרעים את הגפנים
ששניהם נאסרים אלא מפני שהגפנים
משתרשים ומגדלים נופים והולכים אצל
הזרעים והן הם הגורמות עיקר האסור וכו'
— משמע מכל הלין ששייך לפרש
שהגפנים הוי כגיריה דיליה ובזה גופא
הטעם שחייב לגדור וחייב לשלם [ועי'
שיטמ"ק ב"ק ק: בשם הר"ר יהונתן].

יד] ויש לפרש במה נחלקו אי אפשר
לחייב מצד הגפנים מצד גירי
דיליה או לא, והוא ע"פ מה שמצינו
מחלוקת ראשונים לקמן כב: בענין גיריה
דיליה רש"י לקמן כב: ד"ה בגירי וכו'
מבואר שגירי דיליה הוי היכא שהנזק בא
מידידיו של המזיק ולא שהתגלגל למקום
אחר וכן מבואר להדיא ברש"י לקמן כה:

ד"ה בגיריה וכו' וכן ברש"י ב"מ קיז. ד"ה
דפסקי וכו' עי"ש.

מזן מאידך גיסא במאירי שם בב"מ קיז.
וכן בשיטמ"ק לקמן כב:
בשם הר"י מיגאש מבואר שגירי דיליה
הוא שהנזק אירע לאלתר ולא לאחר זמן.
הרמב"ן לקמן [כב: ד"ה לימא] מבואר
ג"כ כנ"ל דתלוי דאם הנזק יוצא
ממקום הנחתו הוי פסיק גיריה ואם הנזק
נעשה מקום הנחתו הוי גיריה דיליה.

הרשב"א שם ד"ה לימא וכו' בשם מורי
הרב וכו' מ"י שגירי דיליה בעי
תרתי היכא שהנזק נעשה במקום הנחתו
וגם נעשה לאלתר.

מזן לפ"ז י"ל נמי הכא בגפנים דלכא' אינם
מזיקים ע"י שהן נמצאים במקומן
אלא ע"י שגודלין והולכין לכיון
השדה ובזה הוי כלאים א"כ לפי הדעות
שסברי דגירי דיליה הוי דוקא אם הזיקו
במקום שהניחם הכא י"ל דלא נחשב
שהזיקו במקום הנחתן דלאחר מכן גדלי
ומתפשטי למקום אחר ושם מזיקים, אך
לאידך גיסא לכא' גפנים הוי לאלתר ולפי
הדעות הסוברות שגירי דיליה הוי לאתר
הכא הוי לאלתר, אך מלשון הרמב"ן
בדינא דגרמי משמע דלא הוי לאלתר
שכתב 'ואי קשיא לך גבי מחיצת הכרם
שנפרצה לימא ליה אי בעית קוץ ועליך
להרחיק עצמך — דהא בתר שנפרצה גדלי
ענפים ומתערבי ואסרי ומאי שנא מדברי
ר"י וכו' אך מ"מ מלשון התוס' רי"ד
שהבאנו משמע לא כן שכתב דכשנפרצה

חשיב היזק ניכר, מאידך ידוע שיטת הרמב"ם דבעי' שינוי בגוף החפץ עצמו.

הרמב"ן בדינא דגרמי כתב 'תו איכא למידק היכי שמעינן מהאי מתניא דדינינן דינא דגרמי הא ממונו הוא דאזיק שהגפנים שלו הם הולכים ומתערבין עם תבואתו של חברו ואוסרין אותה ומאחר שעליו לגדור וכו'.

והביא ליישב 'ואיכא דסליק אדעתא לתרוצי שאני הכא שאין כאן נזק אלא מחמת גרמא שאף הגפנים שלו אינן מזיקין את התבואה אלא שהן גורמין לאיסור שיבוא וכו' ודחה שם הרמב"ן דבריהם דא"כ הוי ליה היזק שאינו ניכר וכו'.

יט] וביאור הדברים ביאר הברכ"ש [סי' י"ז] דהראשונים שהביא הרמב"ן סברו דהאיסור כלאים אינו כמו מגע שרץ שמטמא דשם גוף הנגיעה מטמאה – אינו כן בכלאים אלא אם יהיה עירוב של כלאים התורה תחיל ע"ז איסור אבל אין בגוף הערוב איסור כמו איסור בשר וחלב שאין גוף הערוב איסור אלא אם מעורב בשר וחלב איכא ע"ז שם איסור בשר וחלב, וכביכול שגוף הערוב ליכא איסור אלא הוי תוצאה שאם זה מעורבב חל ע"ז איסור, א"כ קסברי שאין בכדי זה כדי לחייב בגרמי אלא הוי גרמא והא גופא לפי דבריהם תמה הרמב"ן דהוי היזק שאינו ניכר הואיל וגוף הערוב אינו חלות האיסור, אלא החלות האיסור הוא בזה שזה מעורב ואין ניכר חלות זה.

מתחיל ההזק שבכל שעה גדל באיסור וכו' א"כ יש לומר שבוזה נחלקו בסוגיא אי הוי גיריה דיליה ודו"ק.

יז] אך מעתה יש לתמוה סתירה בדברי הרשב"א דהכא הרשב"א לפו"ר תירץ שהגפנים נחשבינן גיריה דיליה וכמו שהבאנו לעיל, ומאידך פשטות דעת הרשב"א לקמן וממה שהביא בשם מורו ורבו דבעי' תרתי לגירי דיליה וכנ"ל שיהיה ממקום הנחתו ולאחר ולפיכך כתב שם הרשב"א ששורשין לא הוי גיריה דיליה וז"ל 'ואינך דומין לאילן שהשורשין נולדים לאחר מיכן ומתפשטין והולכים עד הבור ולפיכך אינן נחשבים כגירי וכו' עי"ש ומאי שנא שורשין מגפנים, והוא תימה רבתי.

ובדוחק יש ליישב מה שביאר לי מו"ר הגר"י קלרמן שליט"א לבאר דבשורשים לא די במה שמזיק במקום אחר ובזמן אחר אלא התם נמי עיקר הנזק הוא לא בעצם גדילת השורשים אלא המצד שאחרי שהשורשים גדלו בכה"ג לא הוי גיריה כיון שהוי לאחר זמן, אבל הכא עצם גדילת הגפנים זה עצמו האוסר וזה הנזק בכה"ג הוי גיריה דיליה וצ"ע.

יח] כתבו התוס' [ע"ב ד"ה וחייב באחריותו] 'אע"ג דהיזק שאינו ניכר לאו שמיה היזק נראה לר"י דהאי דחשיב היזק ניכר שהרי ניכר שהוא כלאים כשרואה הגפנים בשדה וכו' – מבואר מדברי התוס' דהיזק הניכר ל"צ שיהיה שינוי בגוף החפץ הניזוק אלא מהני בזה שיהיה ניכר סיבת הנזק בכה"ג נמי

ע' בחידושי ר' שמואל [ס' ג'] שדחה דברי הברכ"ש וביאר באופ"א ע"ש.

ב] עוד כתבו התוס' 'ועוד אי קנס הוא במזיד דוקא היה לו להתחייב' –

ותמהים דהא תוס' לעיל בע"א מבואר מדבריהם דאם לא התרו בו אע"ג שקידש לא חייב והביאור הוא דלא חייבים בגרמי בשוגג והוא משום שקסבר דגרמי המחייב הוא משום קנס וכן הביא צד זה ברמב"ן דינא דגרמי א"כ מאי תמהו התוס' הכא דא"כ במזיד הוי ליה לחיובא.

אלא הביאור בתוס' ע"פ מש"כ המהר"ם שפירש בתוס' ר"ל אם פרץ הוא בעצמו הגדר במזיד אבל כנשפרץ מאליו ל"ש לקונסו' – היי' כוונתם דהכא כל הנזק אירע כשוגג כיון שלא פרץ בידים ול"ש לקונסו דטעם הקנס הוא שלא יבוא לעשות כן ואילו הכא ל"ש האי טעמא ולכן אי היה טעם החיוב משון קנס ל"ש היה לחייבו כלל בכה"ג, וכן פירש במצפ"א בב"ק ק: שפי' שיתכוין להזיק במזיד דוקא וכאן אף שהתרו בו מ"מ אפשר שלא נתכוין להזיק לכן תוס' ודאי קסברי שהכא המחייב מעיקרא דדינא אבל אה"נ מודי שכה"ג שלא התרו בו פטור דהוי שוגג וכנ"ל ואי"ז סתירה וכן פירש בשיעורי ר' שמואל [אות מא].

אבל הרמב"ן סבר דגוף הערוב הוא האוסר כמו מגע שרץ לטמא א"כ הוי ודאי חיוב בגפנים והוי היזק הניכר דסבר הרמב"ן דעצם המצב של הגפנים מעורבין עם תבואה נחשב כשינוי בגפנים עצמם אלא דאם גוף הערוב לא היה איסור וכנ"ל לא היה נחשב ניכר דסו"ס האיסור לא בהעירוב, אבל כיון דגוף הערוב הוא האוסר ובזה הוי נזק א"כ הוי שפיר נחשב היזק ניכר ואע"ג דסיבת הנזק אולי לא ניכר כל כך דמי יימר שגדל מאתיים – לק"מ דרך לפי התוס' דל"צ שינוי בדבר עצמו והכא אה"נ לא נחשב שינוי בגוף אזי צריך עכ"פ שיהיה ניכר סיבת הנזק, אבל לפי הרמב"ן דסבר דמצב של גפנים עם תבואה נחשב שינוי בגוף הגפנים וכן שערבוב עצמו הוי האוסר א"כ ל"צ שיהיה ניכר סיבת האיסור דאיכא שינוי בגוף החפץ, ובזה סגי כדי לחייבו והרמב"ן לשיטתו דקסבר דהא דמאתיים נאסר ובפחות ממאתים לא חל כלל האיסור ולא אמרי' קמא קמא בטיל, אך תוס' לשיטתייהו דנחשב דסיבת הנזק קיימת דקסברי דגם בפחות ממאתיים דעיקר הדבר יש סיבה לאסור אלא דיש דין קמא קמא בטיל בכה"ג שפיר נחשב דניכר סיבת האיסור ודו"ק.



סי' ד'

בפלוגתא היזק ראייה אי שמייה היזק [ב:]

דאם עושה תשמישים צנועים לא יסתכל עליו דהוי צערא דגופא או כה"ג שיש לו תביעה כן להשתמש בחצר בדברים צנועים מודי דהוי תביעה מצד זה.

[ג] ולכאן דברי רש"י מפורשים בזה שכתב לקמן [ג]. ד"ה דאיצטנע מינך דברי הצנע אבל חצר החלוקה לתרוייהו קביעא תשמישתא לכל אחד בחלקו כל שעה ולא עבדי בה מילי דצנעא ע"כ, הרי להדיא פירש שכל הטענה שלא שמייה היזק כי אין לו זכות לתבוע תשמישים צנועים, אבל אה"נ בחצר וגג כיון שלגג לא קביעא תשמישתא ממילא רשאי בעל החצר לתבוע בחצירו תשמישים צנועים וממילא מחויב לבנות לו כותל, ולכאן יש לדקדק עוד בדעת רש"י בזה במה שכתב בד"ה נפל שאני 'שכבר נתרצו הראשונים בכותל' - דהיי' משמע דלאו דוקא הם נתרצו מי שהיום דר בחצר אלא מאלה שקנו מהם הם נתרצו.

ולכאן משמע נמי להדיא וכן ביאר בחידושי ר' ראובן [שם בהערה] דאם נימא דהיזק ראייה הוי בצערא דגופא א"כ נהי דהראשונים נתרצו להגן כ"א על צערא דגופיה דחבריה אבל אי"ז נחשב שיש זכייה בחצר לתשמישים צנועים ומאי שייטא לאלו שבאו לדור היום אלא ודאי משמע שהענין הוא בתשמישי החצר וכיון

א] מסקינן בגמ' ב' לישנות לישנא קמא סבירי ליה דהיזק ראייה לאו שמייה היזק ומתני' דקתני רצו אבניית כותל קאי ואה"נ כשרוצים לעשות כותל אזי יש את דין המשנה אבל א"י לכוף אחד את חברו בזה, ולישנא אחרינא סברה דהיזק ראייה שמייה היזק ורצו דקתני אחלוקה קאי ומיירי בחצר שאין בה כדי חלוקה שא"י אחד לכוף את חברו על החלוקה וכיון דחלקו כופין אותן לעשות כותל משום ההיזק ראייה שבוה, ויש לפרש המחלוקת במה נחלקו.

[ב] וכבר ביארו בחידושי ר' ראובן [סי' ב'] ובקה"י [סי' ה'] דיש לדון בתרתי דיש לפרש בב' אופנים דין היזק ראייה, א' - היזק בגופא דהיי' שמצטער שרואהו בחצירו, ב' - הזיקא דממונא דהיי' דמצד מה שראהו אין ע"ז תביעה ממונית אלא הא גופא ע"י שלא רוצה שיסתכל עליו נמנע מלהשתמש בחצירו א"כ מניעת תשמישים גופה הוי תביעה ממונית שמזיק לחבירו בשוויות של החצר, וממילא יש לדון דמ"ד דסובר דהיזק ראייה לאו שמייה היזק האם הוא סובר דאין כזה תביעה בצערא דגופא לתבוע, או דלמא הענין נסוב על החצר דיכול לטעון לו חצר זו לא מיועדת לתשמישים צנועים הואיל וחצירי סמוכה לחצירך, אבל אה"נ מודי

שנתרצו הראשונים בחצר זו לבנות כותל הרי שקנו אחד לשני זכויות בחצר להשתמש תשמישים צנועים א"כ איכא סברא מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבוא לידו.

ובזה גם הפירוש במאי דקאמרי בגמ' 'הזיקא דבית שאני' - דהיי' דבית קביעא לתשמישים צנועים ובודאי זכותו לתבוע ד"ז משא"כ בחצר שיכול לטעון לו לא קביעא ליה לתשמישים צנועים, וכן מדברי הרמב"ן משמע כהביאור הנ"ל [עיי"ש בד"ה אלמא וכו'] וכן ע"י מש"כ לקמן יז: ד"ה ויש שטועין וכו' שכתב 'דכיון דגלי אדעתיהו דקפדי בהיזק ראיא קפדי ואם נפל מחייבין אותן לחזור ולסלק הזיקא וכו' לכאו' דבריו כדברי רש"י שכ"א נתן לחבירו זכות תשמישים צנועים והוי מגוף החצר וממילא איכא מה מכר ראשון לשני וכו' ודו"ק.

ד' מאידך התוס' [ד"ה נפל שאני] פירשו באופן א' שהורגלו לעשות דבר הצנע בחצר ולא למדו ליזהר זה מזה ויש לפרש דתוס' סברו כהצד שהיזק ראיא הוא צערא דגופה א"כ סבירי ליה למ"ד לאו שמיה היזק דאין כזה טענה'.

ה' ויש לפרש דהוא על דרך מאי דקאמרי בבב"ק [נו.] המבעית את חבירו פטור מדיני אדם וקאמרי שם להלן [צא.] 'טעמא משום דאמרי' הוא דאבעית אנפשיה' - ה"ה הכא כיון דעד היום הורגלו לעשות בלי מחיצה א"כ כשרוצה לתבוע ממנו משום היזק לבנות כותל יטען

לו דאיהו אבעית אנפשיה שמתבייש לעשות תשמישים צנועים א"כ א"ש דנפל שאני פירשו התוס' דאין טענה דכיון דע"כ הורגלו כ"א לעשות תשמישים בצינעא ואי"ז תלוי בו אבל כה"ג שלא נפל ולא היה מעיקרא כותל ורוצה בזמן מן הזמנים לבנות טוען לו דאיהו גורם לעצמו מחמת שרוצה להתנהג בצורה אחרת אי"ז טענה שמחייבת את חבירו.

ו' תמה המהרש"א לפי רש"י דאם המחייב משום שנתרצו הראשונים נימא שלא נתרצו הראשונים אלא עד שאחד עשה לבד ובמקומו את הכותל - אלא ע"כ צ"ל דרש"י ס"ל דמן הסברא כיון דיש כאן כותל שהפריד ומנע ההזק ראיא מסתמא כ"א נתרצה לסלק את היזק ראיתו, א"כ א"ש דתוס' פליגי דלשיטתם במה שכתבו בע"א בד"ה לפיכך וכמו שהתבאר בארוכה [לעיל סי' ב] דסבירי ליה התוס' דלמ"ד לאו שמיה הזק ורצו אכותל צריך עדים וראיה שנתרצו לחלוק דאל"כ יוכל לטעון שאני בניתיה לבד אבל בדעת רש"י ע"כ צ"ל דאף למ"ד לאו שמיה היזק איכא סברא שנתרצו שניהם לעשות בשותפות למנוע היזק ראיא.

ז' עוד תמהו הראשונים בדעת רש"י דנהי דנתרצו בכותל הראשונים אך דלמא נתרצו רק בכותל ראשון ומי המחייב לאחר שנפל לבנות כותל חדש, וברבינו יונה כתב לבאר ברש"י דמסתמא לא למחיצה לבד נתרצו כיון שמקפידין רק על היזק ראיא, וכן מה שתמה בתוה"ר

דבעי לאוקמיה מתני' באין בה דין חלוקה דהא הכא אסיקנ' למ"ד לאו שמיה היזק.

י] **אלא** הביאור ברש"י וכן משמע בשיטמ"ק בשם גליון התוספות - דהא התוס' כתבו בריש דבריהם פ' ורצו דקתני וכו' כוונתם להקשות דלכאור' כיצד שייך לאוקמיה במסיפס א"כ תיקשי אמאי צריך למינקט רצו הא אף בלא רצו מ"מ במסיפס קונים כדאי' להדי' בגמ' דדייקי' ת"ש אין חולקין את החצר עד וכו' הא יש חולקין מאי לאו בכותל לא במסיפס דהיי' מבואר דאך כשלא רצו לבנות כותל בונים במסיפס א"כ למה מתני' נקטה דוקא רצו - ותירצו התוס' דאה"נ יש ב' דרגות במסיפס אך רש"י יישב באופ"א דאה"נ אף למ"ד לאו שמיה היזק צ"ל דמיירי דאין בו דין חלוקה וארצו לא קאזיל על הכותל אלא אגוף החלוקה ואה"נ לא נתרצו על הכותל ובכל זאת בונים במסיפס דהא לאו שמיה היזק וקמ"ל כותל ושוב שפיר ארצו אכותל מתפרש וקמ"ל דכשהם רוצים ארצו הוא לפי המנהג המדינה ולכן צריך לבנות באבנים.

יא] **אמרי'** בגמ' מהו דתימה כי אתרצאי לך באורא דתשמישתא לא אתרצאי לך קמ"ל - ופיר' רש"י מהו דתימה וכו' במחיצה דקה נתרציתי ולמיעוטי באורא כגון של נסרים שהיא דקה והיזק ראייה אין בה או תמשוך עובי הכותל בחלקך חוץ מדבר מועט אבל

שלפי רש"י דהמחייב כיון שנתרצו בכותל א"כ אף למעלה מד"א - אך י"ל בפשיטות וכן"ל דהביאור ברש"י הוא דכ"א קנה זכות בחצר לתשמישים קבועים [ולא זכות כותל דוקא] א"כ לא יכול לתבוע יותר מד"א שזה לא נצרך בשביל תשמישים צנועים.

ח] **ובדעת** התוס' תמה החזו"א [סי' א' סק"א] דאם הטעם הוא שהתרגלו בהצנע תמיד יוכל האחד לבנות הוצא ודפנא בשלו ויתרגל בהצנע ותו יכפה את חבריו לבנות כותל עי"ש מה שביאר בכוונת התוס' והוי דומיא דרש"י, אבל לפי דברינו ניהא דהא גופא אם הוא הרגיל עצמו יכול שוב לטעון 'איהו אבעית אנפשיה' וזה לא סיבה שחבירו יצטרך לתת לו ד"ז ורק כששניהם נתנו בדעתם אי"ז טענה דחבירו גופיה נתן לו זכות ואפשרות זו ודו"ק.

ט] **אמרי'** בגמ' אי תנא אותו הו"א במסיפס בעלמא קמ"ל וכו' ופי' רש"י הו"א במסיפס בעלמא מיירי מתני' דאיהו נמי מחיצה איקרו ורצו דקתני אחלוקה קאי וכשאין בה דין חלוקה קמ"ל ורצו דקתני משום כותל וכו'.

ובתוס' תמהו ע"ד רש"י כמה קושיות ובהמשך נבארם בעז"ה, אך מ"מ בפירוש רש"י י"ל דהא דפירש 'ורצו דקתני אחלוקה קאי' דהיי' מיירי בחצר שאין בה כדי חלוקה אין כוונת רש"י לפרש דאזיל' כמ"ד היזק ראייה שמיה היזק

כזו והריצוי הוא לבנות ולהשתתף בהוצאות אבל לא במקום, אבל משמע שאם כונס בתוך שלו ולא תובע חבירו מאומה דל"צ לזה ריצוי.

יג] **הרשב"א** בשו"ת [ח"ג סי' קנ"ה] דן באחד שרצה לבנות מחיצה בינו ולבין חבירו בספסל בביה"כ וחבירו מעכב עליו שמחמת המחיצה יישבו בדוחק, והשיב הרשב"א שאין כזו טענה דממעט לו באויר והוסיף שם ואל תטעה במה שאמרו בריש ב"ב בונין את הכותל באמצע פשיטא והשיבו מהו דתימא מצי אמר ליה כי אתרצאי לך למיעוטי באוירא למיעוטי בתשמישתא לא אתרצאי לך קמ"ל דאלמא משמע דאפי' במכניס בתוך שלו בעי ריצוי כל שבא למעט באוירא עי"ש שדחה שאין ראה - אבל עכ"פ משמע מדבריו שלמד כרבינו גרשום שהאתרצאי אזיל אאירא אפי' שהיה כונס בתוך שלו, ולא כמו שפירש רש"י.

ולכאן איכא סתירה בדבריו דבחדושים פירש להדיא לא כן וז"ל כי איתרצאי לך למעוטי באוירא, כלומר לא נתרציתי לך לסייע בהוצאת כותל גבוה ד"א אלא כדי שתבנה אתה כל הכותל בחלקך ולא יתמעט תשמיש חצרי אבל למעט גם תשמיש חצרי לא נתרציתי לך לסייע בהוצאה וכו' - להדיא מבואר כרש"י וצ"ע.

לבנות כותל אבנים עד למיעוטי נמי תשמישים לא נתרצתי ע"כ.

וביאור ד' נר"ל דודאי א"י לומר לו אין רצוני שתבנה באבנים רק בקנים דהא כיון שנתרצו לבנות שמעי' במשנה בהדיא דהכל כמנהג המדינה וכופין זא"ז לבנות בגויל גזית כפי מנהג המקום א"כ מאי אמרי' בגמ' בהו"א שלא הא להדיא שמעי' מהמשך מתני' לא כן, אלא הביאור דזה ודאי שאם המנהג לבנות באבנים דחייב ליתן לו לבנות כן, אלא דמ"מ אומר לו חבירו נתרציתי אך אין המנהג דוקא שיבנו שותפין באבנים ועל מקום שניהם, אלא או תבנה בקנים במקום של שנינו ואם אתה רוצה אבנים כמנהג אה"נ מחויב ליתן לו אבל לא על מקומו ויכניס לרשותו ויבנה דכלפי זה אין מנהג וזה לא שמעי' ממתני' דקתני בונים באבנים קמ"ל.

יב] **ברבינו** גרשום פירש באופ"א וכתב כי נתרצתי לעשות מחיצה דרך נתרצתי שלא אשתמש באוירא דידך אבל למיעוטי בתשמיש שלי ליתן מקום חצי כותל לא נתרצתי וכו' דהיי' מבואר דיכול לתבוע אותו לא למנוע ממנו אויר וע"ז נסוב הריצוי שנתחייב שיבנה בתוך שלו ולא יהיה לו אויר של חבירו, אך לפי הפירוש של רש"י אין וזאי זכות תביעה



סי' ה'

בענין קנין דברים ואתן [ג.]

על הנתינה עצמה והנתינה עצמה אין בה ממש אלא מעשה בעלמא הוי קנין ומצי הדר ביה, ואיכא מרבוותא דסבירא להו דקנין לתת לאו קנין דברים הוא דלא מיקרי קנין דברים אלא במי שקנו מידו לחלוק או להשתתף או לילך ע"כ, ויראה מדברי אדוני אבי הרא"ש דלכנות לא הוי קנין דברים ע"כ.

ובב"י כתב ומפרש רבינו דהכי קאמר כיון דקנו לבנות הכותל הוה ליה כאילו שיעבדו נכסיהן, ולי נראה דאדרבה לכך האריך בלשונו לומר דבעינן שיקנו מידו בלשון הזה כל' שהוא משעבד נכסיו לבנין הכותל הא לאו הכי קנין דברים הוא.

ובדרישה כתב כן לקיים דברי הב"י וסיים שם 'ועיי"ש בתוס' בד"ה קנין דברים בעלמא הוא דשם משמע כדברי' ע"כ ובהמשך יבואר דבריו בעז"ה.

עכ"פ נמצינו למדין דיש מחלוקת ראשונים אי מהני בקנין להתחייב ליתן ממון ובדעת התוס' לפו"ר ג"כ מבואר דס"ל דלא מהני דכתבו דלמ"ד גודא ל"ק דקנו ושיעבדו נכסיהן וכו' להדיא כתבו שצריך שיעבוד נכסים והוי ממון בהדיא ופשוט.

[ה] **ובביאור** הפלוגתא נראה דהוא תלוי בעיקר הדין דקנין דברים

א] אמרי' בגמ' במאי אוקימתא למתני' בשאין בה דין חלוקה, אי בשאין בה דין חלוקה כי רצו מאי הוי נהדרו בהו א"ר אסי א"ר יוחנן בשקנו מידו וקפריך וכי קנו מידן מאי הוי קנין דברים בעלמא הוא בשקנו מידן ברוחות, רב אשי אמר כגון שהלך זה בתוך שלו והחזיק וזה בתוך שלו והחזיק.

ב] וכתבו התוס' [ד"ה כי רצו וכו'] למ"ד מחיצה גודא לא פריך דאיכא למימר דקנו ושיעבדו נכסיהן לבנין הכותל - אלא למ"ד פלוגתא לא מהני קנין - דקנין דברים בעלמא הוא דלא מסיק אדעתא דקנו ברוחות ע"כ.

ג] וברא"ש [סי' ג'] ג"כ כתב 'למ"ד מחיצה גודא ניחא דכיון דקנו ושיעבדו נכסיהן לבנין הכותל לאו קנין דברים הוא, אבל למ"ד מחיצה פלוגתא שלא נתרצו אלא לחלוקה אין כאן שיעבוד נכסים ולא מכר ולא מתנות ואין לו לקנין על מה שיתפיס' עכ"ל.

ד] כתב הטור [סי' קנ"ז] בשם הרמ"ה 'ומיהו דוקא בקנו מיניה דמחייב ליתן כך וכך דדרך הודאה הוא א"נ דרך שיעבוד דשיעבד נפשיה להכי ולא קנין דברים הוא, אבל אם קנו מידו לתת כך וכך או לבנות כיון שאין קנין נופל על החיוב ולא על גוף הממון אלא

החיסרון בקנין דברים, האם החיסרון הוא בחלות הקנין שאין לו על מה לחול, או דהחיסרון הוא גם במעשה קנין שאין בכוחו להעביר בעלות על לא דבר.

לפ"ז יש לבאר המחלוקת הרא"ש והרמ"ה, דהרא"ש סבר דהחיסרון בקנין דברים הוא שאין לחלות על מה לחול, א"כ חידש הרא"ש דגם דהקנין נעשה על התחייבות ליתן ממון ולא על הממון עצמו מ"מ כל דבר שסופו הוא מגיע לידי ממון הרי זה כנתן לו משהו בממון וכזכות בממון עצמו שהוא מחויב ליתן לו כה"ג שייך שהחלות יחול על שיעבוד קל זה דיש לו איזה שהוא שייכות בממון לענין זה שהוא התחייב ליתן לו.

מאידך גיסא הרמ"ה סבר דהחיסרון בקנין דברים הוא לא רק בחלות הקנין אלא אף במעשה קנין ובוזה אין חילוק דמאי אכפת ליה דבסוף הוא יגיע לידי ממון סו"ס במעשה הקנין אין בכוחו להעביר בעלות על התחייבות דעלמא דאם החיסרון הוא רק שאין לו על מה לחול שייך לומר דסו"ס יש לו על מה לחול וכנ"ל - אבל כשהחיסרון במעשה קנין בזה לכאור' אין מעלה ואין מוריד בזה שבסוף יש שייכות ממון - סו"ס המעשה קנין הוא לפי המצב של המעשה קנין וכה"ג אין בכוחו להעביר כזאת בעלות ובהמשך יבואר ביתר עוד בזה.

[ז] ויש לחדד דודאי שיעבוד הגוף היי' אדם שמתחייב ונותן שטר מתנה על סכום מסוים חל השיעבוד אף שאין לו

לא הוי קנין ובטעם הדבר - ונראה לבאר הדברים דהנה ביסוד דין קנין צריך להבין כיצד פועל ומה המחייב של קנין.

וביאור הדברים הוא - אדם שיש לו בעלות על חפץ הבעלות הזאת נותנת לו זכויות בחפץ ואחר שיטול ויקח יקרא גזלן כדכתיב בתורה, א"כ אדם שמוכר חפץ פירושו הוא שמעביר את הבעלות שהיה לו על החפץ ונותן לחבירו שהוא יהיה הבעלים על החפץ ותו לא יכול לחזור בו וכדו' כיון דחבירו נעשה בעלות כל דבר שיעשה שיסתר בעלות חבירו הר"ז גזל, וזה מהות כל קנין, אלא דהעברת בעלות מעיקר הדין נעשית ע"י גמירות דעת וכידוע אלא דתיקנו דהגמירות דעת תתבטא ע"י מעשה קנין וזה מחייב את הבעלים ליתן לחבירו ממילא דבר שיש בו ממש שייך שיתפס בו הבעלות ויחול וממילא הקנין מחייבו בזה, אבל דבר שאין בו ממש ואין הוא דבר מסוים ואין מה להתפס עליו את הבעלות ממילא לא חל הקנין דל"ש להחיל כח בעלות על לא דבר, לכן קנין על דברים ל"ש בזה בעלות וזה הטעם שלא מהני קנין דברים.

[ו] **אך** בזה יש לבאר בעוד נוסח ובהמשך יתבאר ביתר הרחבה - דכמו שביארנו העברת בעלות נעשית ע"י מעשה קנין לכן יש עוד סברא דאין במעשה קנין כח להעביר בעלות על 'לא דבר' דהיי' לא רק שהבעלות והחלות הקנין לא חל על כלום אלא אף המעשה קנין אין בכוחו לפעול כאלו קנינים שאין דבר כנגד - ממילא נמצינו למדין דיש ב' טעמים מהו

שום נכסים וביאורה"ד אדם יש לו ממון שהוא בעלים ע"ז וגופא זכות בעלים זו יכול ליתן לחבירו שהוא יהיה בעלים וכל ממון שיהיה ברשותו חבירו יהיה הבעלים ע"ז - בזה הקנאה על גוף הממון ובעלות על הממון עצמו וגם אין חיסרון על דבר שלא בא לעולם אם יאמר מעכשיו דהיי' המעשה קנין חל והחלות תלוי ועומד עד שיהיה את החפץ בעולם וכשיגיע הממון יכול ליטול דלא ידיעתו ובלא רשותו דזה שייך לו.

ובמהרש"א שם על תוס' כתב 'ויש ליישב דהתם משמע להו שאין מקנה לו שום נכסים אלא שמשעבד גופו בקנין לעשות לו שמירה מעולה כשואל ולהתחייב אם לא יעשה כן' וכו'.

לבאו' מבואר מדברי המהרש"א שבשומר הוא לא מתחייב או מקנה לו ממון עתה - אלא הוא משעבד עצמו לשמור כפועל וכדו' והמחייב תשלומין אם יארע אונס הוא ג"כ מתחייב מעתה אבל הוא לא קנין בגוף הנכסים אלא הוא מתחייב ליתן לו אם יאנס ולכאו' הוא ממש כקנין אתן שמתחייב ליתן לו.

ט] ובאמת מצינו ב' ביאורים בחיוב של שומר וכן כתב בקוב"ש [פסחים אות י"ז] לחקור במחייב של שומרים האם המחייב מפני שלא שמר דהיי' כמו שנראה מבואר במהרש"א שהמחייב שהשתעבד חיוב שמירה ושם לא ישמור מתחייב לשלם אבל אין עתה שום שיעבוד נכסים, או דלמא בשומר בלקיחת החפץ נתחייב באחריותו של

עתה נכסים וביאורה"ד אדם יש לו ממון שהוא בעלים ע"ז וגופא זכות בעלים זו יכול ליתן לחבירו שהוא יהיה בעלים וכל ממון שיהיה ברשותו חבירו יהיה הבעלים ע"ז - בזה הקנאה על גוף הממון ובעלות על הממון עצמו וגם אין חיסרון על דבר שלא בא לעולם אם יאמר מעכשיו דהיי' המעשה קנין חל והחלות תלוי ועומד עד שיהיה את החפץ בעולם וכשיגיע הממון יכול ליטול דלא ידיעתו ובלא רשותו דזה שייך לו.

אך כל הענין בסוגי' שאין הוא מקנה לו שום זכות בגוף הממון אלא בפעולה ליתן לו ואם אין לו שום שייכות בממון ואין יכול ליטול הממון בלא רשות בעלים דאין הממון שייך לו כלל וכלל רק התחייבות, ובהתחייבות אין בכוחו לעשות דבר עד שחבירו יתן לו בכה"ג אמרי' דיש החיסרון ופשוט הוא, ולכן תוס' כתבו דלמ"ד גודא הוא משעבד לו ממון שיהיה לו שייכות בממון ליטול בשביל הוצאות הכותל אבל למ"ד אפלוגתא הקנין נפל על ההתחייבות לבנות לו כותל אבל בממון לא נתן לו דבר בכה"ג לא חל וכנ"ל וכן מבואר ד"ז בשער"י [שער ה' פ"ב] ובשיעורי ר' שמואל [אות נא ואות ס"ז] עי"ש, ודו"ק.

ח] כתבו התוס' בכתובות [נד: ד"ה אע"פ וכו'] [שאל ר"י לר' אליהו והשיבו דמצינו הענין זה בפרק השוכר את הפועלים מתנה ש"ח להיות כשואל ופריך במאי בדברים ומשני בשקנו מידו' - משמע דכל הענין אע"פ שאין מקנה לו

י' ולכא' אף התוס' דידן שכתבו לחלק בין מתנה להיות כשואל כדכתבו התם "לאו קנין דברים הוא אלא קנין גמור שמעבד את עצמו שאם יאנס ישרם' - נמי מדויק שכתבו שאם יאנס ישרם' ולא כתבו דהוי חיוב ושיעבוד נכסים מיד כשמשיך את החפץ משמע ג"כ דסברו כהתירוץ א' של התוס' בכתובות וזה כוונת הדרישה שכתב ועי"ש בתוס' בד"ה קנין דברים וכו' דמשמע כדברי - דהיי' כדבריו שכן נקט הטור דהרא"ש סבר דמהני קנין אתן וזה סותר לדברי התוס' לעיל מניה בד"ה כי רצו שכתבו ושיעבדו נכסיהן דמדויק לא כדעת הרא"ש דבעי' שיעבוד הגוף ממש.

ובאמת בשיטת הרא"ש והנך שיטות דסוברים דקנין אתן מהני יש בזה ביאורים שונים, וכמו שביאר בארוכה בשיעורי ר' שמואל [אות נד] דהב"י [סי' קצ"א] הביא דברי הרשב"א בשו"ת דקנין אתן מהני משום דהוי אנ"ס דמסתמא כוונתו להקנות לו זכות בנכסים גופייהו אבל באמת אה"נ לית ליה מאן דפליג דאפשר לזכות ולהתחייב ליתן ממון, אך כתב שם דבדברי הקצות [סי' רמ"ה סק"א] מבואר להדיא לא כן שכתב במפורש שבקנין אתן אף לשיטות דמהני מ"מ שיעבוד נכסים לא חל ומבואר דשייך שיחול חיוב ליתן מעות אף שאין שום זכות ממון ואנו נקטנו כתפוס לשון אחרון וכן מה שנשמע כן מכל האמור ומתוס' בכתובות ועיין.

החפץ כמו גזלן והיי' שמתחייב בחפץ או בדמיו ועתה הוא מעבד לו בממונו שיעבוד להחזיר לו החפץ או דמיו וכמו גזלן שגוזל מחויב בתורת ממון להשיב לו או החפץ אם יהיה בעין או דמיו כמו"כ בשומרים א"כ לפי צד זה לכא' הא ודאי דהוי שיעבוד נכסים דשפיר חל.

לפ"ז י"ל דבזה נחלקו ב' התירוצי התוס' תוס' בתירוצו הראשון שמיי' ראיה מש"ח סבר דגם בשומרים המחייב הוא לא שיעבוד ממון אלא שיעבוד הגוף לשמור ומתחייב שאם לא ישמור ישרם' לו ובזה תוס' מוכיח גם לעניינו שם, והתוס' בתירוץ ב' שם סברו דאין ראיה מש"ח דהתם המחייב שיעבוד נכסים ממש ומתחייב בליקחתו של החפץ וכנ"ל, אבל במה שתוס' דיברו שם הוא בכה"ג שלא מעבד לו אלא מתחייב כי אין לו נכסים עתה ליתן לו כה"ג אין הוכחה מש"ח דמהני.

א"כ נמצא דנחלקו ב' התירוצים בענין זה אם להתחייב חוב בשיעבוד הגוף בלי שיעבוד נכסים אי הוי קנין דברים שיטת התוס' בתירוצו א' שאי"ז נחשב קנין דברים וחל, ושיטת התוס' ב"מ דחשיב קנין דברים, וביאור המחלוקת היא כנ"ל דאם החיסרון הוא במעשה קנין א"כ ל"ש להחיל קנין הגוף להתחייב ממון אבל אם החיסרון בחלות קנין כיון דסו"ס נותן לו זכות בממון שלו לענין זה שיתחייב ליתן לו כה"ג אין חיסרון ועי' בשיעורים כללים למרן הגרי"ג אדלשטיין זצ"ל [סי' ה'] באריכות.

דחשיבות הצורה אינו אלא על פי דיבור המלך ואין קנין סודר נתפס בו כדפריך בריש ב"ב וכי קנו מידו מאי הוי הא ליהדרו בהו ומשני כשקנו ברוחות אבל אם קנו לחלוק אין הקנין מועיל בדבר שאין בו ממש, ויש לדקדק שכתב בלשונו ואין קנין מועיל בדבר שאין בו ממש - משמע מדבריו כהצד דהחיסרון במעשה קנין.

ולפ"ז י"ל דהוא דוקא בחליפין ולא בשאר קנינים והוא יתבאר ע"פ מש"כ בזכרון שמואל [סי' מ"ז] והארכתי בזה בצורתא דשמעתא [סי' י"ט - כ'] לחקור בגדר קנין סודר האם מהות הקנין הוא ככסף דהוא מעשה קנין דע"י המעשה קנין איכא גמירו"ד או דלמא הוי קנין דכנגד הסודר מקנה לו החפץ וכחליפין כפשוטו דמחליף זה בזה, א"כ י"ל דאם חליפין הוי כמעשה קנין אין הבדל לכאור' בהגדרה בין חליפין לשאר קנינים אבל אי נימא דחליפין הוא שוה בשוה א"כ י"ל דדוקא בחליפין איכא למימר דכיון דכנגד הסודר מקנה לו דבר - אם הדבר שכנגד הסודר הוא דברים בעלמא אין בכח הקנין להחיל כזו חלות דאין כנגד החליפין מידי, אך בשאר קנינים דהוי מעשה קנין י"ל דאין חיסרון דסו"ס הגילוי דעתא נעשית ע"י מעשה קנין ולא ע"י שנותן שוה בשוה, וכל זה רק אי נימא דהחיסרון במעשה קנין, אבל אי נימא דהחיסרון בחלות הקנין לכאור' נמי לא יהא חילוק בין חליפין

יא] כתב רש"י קנין דברים הוא 'ואין חליפין קונים אלא דבר הנקנה או מכר או מתנה או שיעבוד קרקעות שהקנין חל עליו או מטלטלין, ויש לדקדק למה נקט דוקא חליפין, ובשיעורי ר' שמואל [אות נא] כתב לבאר דבחליפין הו"א כיון דהקנין הוא לקיים כל דבר כלשון הפסוק הו"א שגם כה"ג יחול הקנין גם על להתחייב לעשות קמ"ל דלא חל - דלקיים כל דבר הוא דוקא בדבר שבממון אבל הכא אין ממון.

ועפ"ז מתבאר עוד מה שכתב הרב המגיד [פ"ח מזכיה ומתנה ה"ו] דתמה לשיטות הסוברות דמהני קנין אתן מאי שנא ממאי דא"י בגיטין דכתב שטר על שדה אתננו לך דלא זכה וש"מ דלא מהני קנין אתן ותירץ שם ד"ל דקנין סודר עדיף מקנין שטר והביאור כנ"ל דדוקא בקנין סודר דהוא לקיים כל דבר אפשר דסברו דחליפין מהני להתחייב ליתן לו ממון וגם זה נחשב לקיים כל דבר היינו ממון כיון דסו"ס התחייב ליתן ממון, אבל בשאר קנינים ודאי לא חל כל שאין ממון בעין ודו"ק.

יב] ואפשר לבאר עוד פירוש ברש"י ע"ד הפלפול - די"ל דרש"י ס"ל דדוקא בחליפין^ה דהנה כתב בתוה"ר ב"מ מו. ד"ה אלא כו' ומטבע היינו טעמא דלא מיקניה משום דדעת הקונה לקנותו בשביל צורתו וצורה הוא דבר שאין בו ממש

ה. עי' ש"ך [סי' של"ג סק"ד] שג"כ דייקו בדבריו דס"ל דיש חיסרון רק בקנין סודר ע"י ש.

מחייב שמירה ואם אין מחייב שמירה ע"כ שהמחייב של האונסין וכדו' אינו משום שלא שמר [כי לא חייב לשמור] אלא משום חיוב אחריות משעת משיכת החפץ דמשעבד נכסיו לחפץ, ואם בשואל הוא כן ע"כ דגם בשאר שומרים כן הוא מדהא דילפי' בריש השואל חיוב גנו"א בשואל מש"ש וחיוב פשיעה בשואל מש"ח ואם בשאר שומרים המחייב כי לא שמר מאי שייטא זה לזה ע"כ דגם בשאר שומרים [אע"ג דודאי יש חיוב שמירה דאל"כ לא יהא פטור בעלים עמו ודו"ק] מ"מ חיוב תשלומין שבהם הוא לא מחמת שלא שמר אלא מפני חיוב אחריות משעת משיכה כגזלן [והארכתי בזה בקובץ חבורות ב"מ סי' א' עי"ש] וכנ"ל ע"כ מתבאר שפיר דנמי בשומרים אין המחייב הוא כקנין אתן אלא שיעבוד נכסים ממש ודו"ק.

מזן יעו' בפרישה [סי' קנ"ז] דכתב על רש"י הנ"ל ביאור דבריו נראה לפרש דכל קנין היינו שהוא נותן לו סודרו ובהא דמקנה לו סודרו הוא מקנה לו כנגדו החפץ והיכא כשקנו מידו על החלוקה זו אין כאן שום דבר שיחול עליו הקנין שיקנה לו נגד סודרו דחלוקה אין בו ממש ואין הקנין חל עליו וכו' עי"ש ולכאור' משמע כדברינו דבסודר החיסרון דאין דבר כנגד הסודר וכמו שכתבנו ודו"ק.

מזן מא' דיש לעיין טובא לפי הדעות הסוברות דבקנין אתן מהני א"כ למה בחלוקת שותפות להתחייב לחלוק לא הוי כקנין אתן דבשלמא אי נימא דיש ברירה י"ל דאין כאן שום

לשאר קנינים דסו"ס אין על הקנין על מה לחול.

יג' אף יש להוסיף דלכאור' דקדקנו דלצד שהחיסרון במעשה קנין לכאור' הוא 'אף במעשה קנין' ולא רק במעשה קנין, א"כ הכא ביארנו דהחיסרון רק במעשה אלא י"ל דאה"נ ודאי דהחיסרון הוא במעשה הוא גם בחלות אלא דרש"י בא לארואי דאפי' כה"ג שלא יהא חיסרון בחלות קנין כה"ג שמתחייב ליתן ממון כקנין אתן בכה"ג רש"י ס"ל דדוקא בחליפין לא מהני אף בקנין אתן משום דשם איכא חיסרון אף במעשה קנין - משא"כ בשאר קנינים דהחיסרון רק בחלות בזה אמרי' דבכה"ג דמתחייב בממון כאתן ליכא חיסרון של חלות וכדעת הרא"ש.

ולפי מה שביארנו דלדעות הסוברות דהחיסרון הוא בחלות הקנין ע"כ ס"ל דלא מהני קנין אתן ובשומרים ע"כ המחייב שם הוא לא שיעבוד לשמור ואם יאנס יתחייב אלא הוי שיעבוד נכסים לאלתר ממשכת החפץ י"ל דברש"י א"ש דלשיטתו דביארנו דס"ל [עכ"פ בחליפין] דיש חיסרון במעשה קנין א"כ בשומרים [שהקנו בחליפין כפשטות לשון הגמ' בב"מ צד. דאוקמיה בשקנו מידו] רש"י ע"כ צ"ל דס"ל דהמחייב הוא אחריות.

יד] ובאמת בקוב"ש [שם] דקדק שפיר בדעת רש"י דסבירי ליה הכי במש"כ בגמ' ב"מ [פא. ד"ה שמירה וכו'] שכתב בהשאיילני ואני אשאל לך - אין בזה בעלים עמו ומבואר דבשואל אין

הקנאת ממון, אך אי אין ברירה מצינו פלוגתת ראשונים בגיטין מז: רש"י ותוס' שם אי לכ"א יש חלק ודאי שאין לחבירו - רק לא מבורר החלק או דבאמת אין לאחד דבר שיש לו חלק לבד בלא חבירו, א"כ ודאי איכא הכא הקנאת ממון ומאי טעמא לא נחשב הקנאת ממון.

יז] **אלא** בזה י"ל וכן ביאר בשיעורי ר' שמואל [אות נ"ד - נ"ג] יסוד ברור דבשותפין אין הקנאה לממון חדש דכל הממון שהיה לו יש לו גם עתה ולא התווסף ממון חדש רק התברר איזה ממון בדיוק שייך לו ואיזה ממון לחבירו וכה"ג ודאי לא נחשב לקנין ממון אף לדעות

הסוברות דמהני קנין אתן, וזה דקפריך בגמ' דקנין לחלוק לא הוי אלא קנין דברים משום דאין ממון חדש, וכשמשי דקניא ברוחות שהיי' דהקנו ממש את החצר עצמה ולא התחייבו לחלוק אלא כבר חלק ממש - אך גם בזה איכא חידוש דשייך קנין על החלוקה דגם בזה אין ממון חדש וכנ"ל אלא רק לסדר את הממונות ולתת כ"א חלקו לבדו בזה כן מבואר דמהני וביאור הדברים דבקנין שותפות הוא שונה משאר קנינים ומהני כה"ג אפי' שאין בו ממון חדש רק לגבי קנין דברים שפיר מתבאר דל"ש דסו"ס אין על מה לחול הקנין ועיין.



ס' ו'

בגדרי נהנה ומשתרשי ליה וסוגית יורד לשד' חבירו וביאור הסוגיא מקיף וניקף והמסתעף [ד:]

מהאומר לחבירו אכול עימי דחייב ומאי שנא ממש"כ התוס' בחולין דלא חייב מדין משתרשי ליה דיכול לומר הייתי מתענה, ותירץ דלא דמי דבאוכל משל חבירו חייב מדין מזיק א"כ במתנות כהונה הרי הדין הוא דמזיק פטור, עכ"פ מבואר מדבריו דמש"כ התוס' דאפשר דהיה מתענה נאמר גם על חיוב נהנה.

[ג] ברם הקצות דחה שם דבריו וכתב לבאר באופ"א - דודאי בחיוב נהנה לא שייך לומר הייתי מתענה דטפי עדיף ליה לאכול ומתחייב על עצם ההנאה שקיבל, והוכיח זאת מהסוגיא בכתובות [ל.] תחב לו חבירו לבית הבליעה דחייב משום נהנה והתם הא ליכא לחייבו מדין מזיק דבע"כ תחב לו חבירו, ומוכח מזה דההנאה בכלל האכילה ואינו יכול לומר הייתי מתענה אלא במתנות כהונה כשם שאינו חייב על הזיקן משום דהו"ל ממו שאין לו תובעין - כך אינו חייב על הנאתו - כיון דהוא ממון שאין לו תובעין, אך משתרשי ליה כן היה שייך לחייבו אף בתרומה וכמבואר בחולין דחייב [וביאור החילוק יתבאר בעז"ה בהמשך] ולזה הקשו בתוס' דכל אוכל תרומה נהי דמדין נהנה לא חייב וכנ"ל דהוי כמזיק ופטור מ"מ יתחייב מדין משתרשי ליה, וע"ז

ענף א'

נהנה בסוגית מקיף וניקף משתרש לכמה סוגיות גדולות ועצומות בש"ס על כן בעז"ה נסדר הדברים כמה שאפשר בסוגיות השונות כדי שהסוגיא ידון תהיה ברורה על כל פרטיה בעזרת צורי וגואלי.

[א] מצינו בש"ס בחולין [קלא.] במי שהיה לו בביתו תבואה של תרו"מ והיה חייב למלך חוב ובא המלך ולקח התרומה במקום ליקח תבואה שלו ובלשון הגמ' נזכר 'אונסו בית המלך גורנו' - הדין שחייב לעשר מהתבואה שנשארה אצלו ואמרי' בגמ' דיסוד החיוב הוא מדין 'משתרשי ליה' - ופירש רש"י 'כלו' משתכר הוא בה שהרי היה צריך לפרוע מעות'.

ובתוס' שם [ד"ה שאני וכו'] כתבו - 'דבמקום זה הניח לו המלך שאר ממון וא"ת מתנות כהונה כשאכלם משתרשי ליה שבמקום זה לא אכל דבר אחר ואמאי פטור, וי"ל דלא מיירי לאונסו בית המלך גורנו דתחתיהן לא לקח משלו אבל באוכלו אפשר דלא משתרשי ליה שהיה מתענה ע"כ.

[ב] הקצות [ס' רמ"ו סק"ב] הביא דברי המהרי"ט דתמה על האי דינא

הנאה שבאה על ידי מעשיו או לא הוא דוקא היכא שאין בזה משתרשי ליה אלא שאנו באים לחייבו על הנאתו - היינו דליכא עכשיו בעולם שום חלק מממון חבירו אצלו, אבל היכא שנשתרש ליה על ידי ממון חבירו הרי נמצא אצלו דבר שזכה בו חבירו ע"י דין משתרשי ומה הנפק"מ בזה אם על ידי מעשיו או לא ופשוט, ועוד כתב לבאר דחויב משתרשי ליה ל"צ חסר וזה יבואר ביתר הרחבה להלן בעז"י.

ה] בחיוב נהנה מצינו סוגיא ערוכה בב"ק כ. ומקודם דנדקדק בפרטי החיוב אי בעי חסר - יש להביא מש"כ השער"י שם לבאר מהו המקור לחיוב זה וכתב שם שהוא מסברא או יותר נראה דילפי' זה מקרא דאשר חטא מן הקודש ישלם - אף דמזיק הקדש פטור מ"מ משלם בעד הנאתו וכל מעילה הוא בעצם מחייב על תשמיש הנאה עי"ש.

הכרכ"ש [ב"ק סי' י"ד אות ד] מבאר בטו"ד גדר חיוב נהנה ומקודם מ"י דהנה שאלתי מכבר את פי מו"ר זיע"א דלכא"ו הא תביעת מה שההנהו הוא כתביעת חוב מלוה דתובעו ממוני גבך הוא דהביאור דין מה שההנהו אינו דין מזיק שתובעו תשלומי החפץ אלא שתובע תביעת החפץ עצמו שיש עליו ע"י שהוא נהנה מהחפץ ונתרבה אצלו דמים ותובעו דממוני גבך הוא, וא"כ איך שייך שיפטור ע"י קלב"מ ובכתובות ל: גבי תחב לו וכו' מבואר דע"י קלב"מ פטור אף מדין מה שההנהו, והשיב לי דתביעת

כתבו התוס' דיכול לומר הייתי מתענה עי"ש.

ד] וביאור דבריו ביאר נפלא בשער"י [ש"ג פכ"ה] דהנאה היא מה קיבל תועלת או נחת רוח ומשתרש הוא מה שנשאר תחת ידו ממון, והנה לענין הנאה ל"ש לומר הייתי מתענה דאם היה מתענה לא היה לו הנאה כלל ואנו מחייבין ליה בעד זה גופא שנהנה ולא התענה, ורק אם אנו דנים שהשתרש שעכשיו יש תחת ידו ממון יתרים ע"ז יכול לומר שהיה מתענה ולא היה מוציא את ממונו גם בלעדיו, והוסיף לבאר דמאי שנא דמתנות כהונה על נהנה אמרי' דל"ג מהיזק ופטור ואילו במשתרשי ליה חייב.

וכתב שם ונראה ביאור הענין - דכמו שולד פרה הוא קנוי לבעל הפרה מהני שפרתו הולידה את הולד ובסיבתה יצא לאויר העולם - כמו"כ אם נשאר ממון שלו ברשותו בסיבת המתנות כהונה יש חלק לבעלי המתנות כהונה בהאי ממון שנשאר תחת ידו, וכל מי שהיה בעלים על המתנות כהונה כשהיו בעין הם הבעלים עכשיו על ממונו לפי ערך המתנות כהונה, ומזיק מתנות כהונה או אכלם פטור משום דליכא בעולם מתנות כהונה ולשלם לכהנים על הזיקן או הנאתן אין הדין מחייב כיון דליכא תובעין אבל במשתרשי ליה חשיב דאיכא עכשיו מתנות כהונה בעין, ופשוט.

והוסיף שם ולפי זה נראה לי דמש"כ הרא"ש והתוס' בב"ק לחלק בין

מה שהנהנהו הוי ג"כ מלוה הכתובה בתורה, - וביאור'ד וכן ביאר בשיעורי ר' שמואל דחייב נהנה הוא חיוב על נטילת הנאה ואם לא ישלם הוי גזלן על הנאה וכגזול הנאה מחבירו ולא הוי כממוני גבך דנהנה מרשותא דמרא והוי כשולח יד בפיקדון ולכן הוי כמלוה הכתובה בתורה.

והוסיף שם והנה כ"ז הוא באופנים שלמעלה כגון אכלה מתוך הרחבה ובאידך דהוא נהנה שלא מדעתו של בעלים, אבל במקיף את חבירו דשם דעתיה דמקיף דוקא להנות אותו, ונמצא בדוקא דהוי זה נהנה וכו' א"כ זוכה ממילא הניקף בהשבח בזכותי השבח כדין יורד שלא ברשות ואז ודאי לא הוי מלוה הכתובה בתורה וכו' ע"ש.

[ו] **וביאוה"ד** ביאר בשיעורי ר' שמואל [אות ק"ד] דיש שתי מחייבים - יש מחייב על נטילת הנאה וליקחתו מהבעלים את השימושים וזה הוי כשולח יד והוי כגזלן והוי מלוה הכתובה בתורה, ויש חיוב כשדעתו של המהנה להנות אותו הוי כזוכה בהנאה גופה וקונה ההנאה והוי כממוני גבך והתם לא הוי מלוה הכתובה בתורה, והוסיף שם הברכ"ש [סוף אות ג'] דבמחייב הראשון של נטילת הנאה ל"צ גילוי דעתא ואנ"ס אלא עצם הלקיחה מחייבת כגזלן, אבל כה"ג שלא חייב אלא מדין הזכייה שם כדי לזכות חוץ ממה שצריך שהמהנה יתכוין לזכותו נמי צריך אנ"ס דהנהנה נתכוין לזכות וזה בסוגיא דיורד דיש אנ"ס דניחא ליה בגוויה.

והנה היה מקום לחדש לפי הברכ"ש דחייב נהנה של גזילת הנאה ל"צ שום נוחותא ואפי' שמיחה לפני כן [וזה כתב כן מפורש בחידושיו לב"ב סי' ז'] אלא אפי' ודאי אין לו נוחותא בזה והטעם משום דסו"ס קיבל הנאה וגזל הנאה ודמי לזה לא נהנה ול"ח דלא הכוונה דאין הנאה אלא יש הנאה אלא דבשבילו אי"ז הנאה שהיה צריך להוציא הוצאות דהיה מוצא גם כן בחינם אבל מ"מ קיבל הנאה וחסר חייב על גזילת הנאה וצ"ע באמת לשיטות הסוברות דזה לא נהנה וחסר פטור ע"י תוס' בב"ק כ. וצ"ע.

לפ"ז מתבאר עוד דבתחב לו חבירו בבית הבליעה תלוי מי תחב, אם הבעלים תחב יש כאן חיוב של קונה הנאה וזוכה בה אך מאידך אין כאן הנאה של נטילת הנאה וכגזל דהא הבעלים עצמו תחב לו ואיהו אזיק אנפשיה, אך אם אחר תחב לו אדרבא אין כאן חיוב של זכייה בהנאה דהבעלים לא נתכוין לזכות לו אך חיוב של נטילת הנאה כגזלן אף ע"כ חייב וכנ"ל.

מאידך בחידושי ר' שמעון בב"ק ובסוגי' נחלק ע"ד וסבר דכל חיוב נהנה המחייב הוא כממוני גבך אך אנן ניזיל בסוגיא כשיטת זקנינו זיע"א לכן אסתום כפירושו - ועוד נחזור לעניני חיוב נהנה בעז"ה.

[ז] **עוד** מצינו סוגית יורד לתוך שדה חבירו בב"ק [קא.] יורד לשדה חבירו שלא מדעתו והשביח אם הוי שדה

כהנאה ממילא הוא - ובנוס"א דאם לא חסר לא נחשב שהמקנה נתן הנאה אלא כממילא ניתן וכן כשחסר נחשב שהמהנה נתן את ההנאה והנה דייקי' בגמ' שם תנן המקיף חבירו מג' רוחותיו וגדר את הראשונה וכו' - אין מחייבין אותו - הא רביעית מחייבין אותו ש"מ זה נהנה וזה לא חסר חייב - ודחי' שאני התם דאמר ליה את גרמת לי הקיפא יתירא והוי חסר, ותו דייקי' ת"ש א"ר יוסי אם עמד ניקף וגדר הרביעית מגלגלין עליו את הכל טעמא דגדר ניקף הא גדר מקיף פטור ש"מ זה נהנה ול"ח פטור - ודחי' שאני התם דאמר ליה לדידי סגי ליה בנטירא בר זוזא ואין הנאה ולא חייב.

לפ"ר מבואר בגמ' דהחייב של מקיף הוא כחייב נהנה דצריך לזה חסר דומיא דדר בחצר חבירו אך באמת יש לדון טובא בזה.

י] הנה הרמב"ן והראשונים כתבו בסוגיא זו"ל 'ועדין יש לדקדק בה כיון שאינו יכול לכופו לסייע עמו לגדור אותו הגדר החיצון למה מגלגלין עליו עכשיו וכי מפני שקדם הלה ובנה משלו הפסיד זה, ולדידי לא קשיא שהרי זה דומה במקצת ליורד לתוך שדה חבירו ונטעה שלא ברשות שאילו מתחילה בא לימלך ומיחה על ידו אינו רשאי ליגע בה ואפשר שאינו חייב לו כלום אלא יטול עציו

העשויה ליטע משלם לו כשתילי העיר ואם בשדה שאינו עשויה ליטע ידו על התחתונה, וגדר החיוב בזה כבר הבאנו לעיל בשם הברכ"ש דלמד דהוי חיוב נהנה דזוכה בזכותי החפץ וזוכה בהנאה והוי כממוני גבך ועוד נדבר בענין זה לקמן בעז"ה.

ח] אמרי' במשנה המקיף את חבירו מג' רוחותיו¹ וגדר את הראשונה ואת השניה ואת השלישית אין מחייבין אותו ר' יוסי אומר אם עמד וגדר את הרביעית מגלגלין עליו את הכל, ולפני שנדקדק מה שיש לדקדק בביאור הפלוגתא וכדמפרש בגמ' נצא לדון מהו המחייב של מקיף וניקף ובאיזה גדר מיירי.

ט] הנה בגמ' בב"ק [כ:]: בסוגית זה נהנה ולא חסר מי' הך מתני' ובעי להוכיח מרבנן ומר"י לנידון הנ"ל ונחלקו שם רש"י והתוס' באיזה גדר מיירי רש"י שם כתב דהוא גדר בין מקיף לניקף והתוס' הקשו עליו וכן בראשונים כאן פירשו דמיירי בגדר חיצוני שהמקיף גדר ועי"ז נהנה גם הפנימי מהמחיצות של החיצון.

הנה דנה הגמ' אי נהנה ולא חסר חייב או פטור וביאור הנידון דדוקא כשחסר יש לדנו דנטל את הנאה וקיבל דבר, אבל כשלא חסר לא נחשב שקיבל הנאה אלא

ו. רש"י פירש דמיירי בבקעה שלא נהגו לגדור, ובבהע"מ ביאר דמיירי אף בחצר דיש דין היזק ראייה ובביאור המחלוקת עי' ברכ"ש [סי' ג' - ו].

הקרקע כמו"כ הנהנה לא יכול דמיד זכה, אבל לרשב"א והראב"ד שחלקו וסברו דלא זוכה למה מודי דמ"מ הנהנה לא יכול לומר טול.

יב] והביא הגרנ"ט מש"כ הפנ"י שם לפרש בדעת הראב"ד והרשב"א דיש לדון מהו המחייב של יורד, דהנה הנמו"י שם כתב 'וטעמא דכיון דשדה העשויה ליטע ידידי הבעלים ושתקו ודאי נחא להו דמאי דעביד וכאילו ירד מדעתם דמי' עכ"ל, דהיי' דהוי כמוציא הוצאות על פיו וכפועל ממש שעושה פעולה ומוציא הוצאות בשביל בעה"ב, א"כ יש לומר דהראב"ד והרשב"א לעולם סברו דהנהנה לא זוכה מיד במה שהשתבח רק אם אמר במפורש ולכן הנוטע יכול לומר עצי ואבני אני נוטל, מ"מ המהנה לא יכול לומר טול עציך דאיכא סברא דסו"ס הנוטע נטע מדעתו וכמוציא הוצאות על פיו וא"כ ודאי לא יכול לומר לו טול עציך ואבניך, אך דעת הראשונים הרא"ה והרמב"ן מתבאר דסברו דהמחייב של יורד אינו כהסברא הנ"ל אלא כיון דהוא זוכה בגוף השבח וקונה זה המחייב ולכן הכל תלוי רק אם הוא זכה או לא זכה.

לפ"ז ביאר נפלא דזו המחלוקת הרמב"ם והראב"ד לשיטתם, דהרמב"ם סבר דהמחייב ביורד הוא מטעם שזכה בשבח א"כ הכא נמי דהמחייב מדין יורד כדי שיתחייב הניקף ע"כ צריך שיזכה בגוף הכותל א"כ ע"כ דוקא כשעושה את הכותל על מקום שניהם מתחייב אבל אם לא בנה

ואבניו וישלם כחש קרקעו של זה ואפי' בשדה העשויה ליטע וכו' אף כאן כיון שירד וגדר ושדה העשויה לגדור וצריכה לכן היא אינו יכול לסלקו בלא דמים אלא שמין לו כיורד שלא ברשות' וכו' עי"ש, וכן כתב ברשב"א ובר"ן ובנמו"י - הרי מבואר דהחייב הוא כדין יורד לשדה חבירו.

יא] עוד נמצינו למדין דהנה הרמב"ם [פ"ג משכנים ה"ד] כתב דמיירי בבנה הגדר על קרקע של שניהם אבל אם בנה על קרקע של מקיף פטור ומשלם כפי ראות הדיינים - והראב"ד השיג ע"ד, וביאו"ד ביאר בחידושי הגרנ"ט דהנה מצינו מחלוקת ראשונים בב"מ קא. גבי יורד לשדה חבירו בשדה העשויה ליטע אי יכול לומר היורד עצי ואבני אני נוטל, דעת הרא"ה והרמב"ן דלא יכול ליטול כיון דזכה הנהנה במה שהביחו, מאידך הרשב"א והראב"ד חלקו וסברו דעד דהנהנה לא גילה דעתו במפורש שהוא רוצה לזכות יכול הנוטע לומר עצי ואבני אני נוטל אם הנהנה קדם ואמר שרצה לזכות לא יכול הנוטע ליטול, ושוב כתב הרשב"א בסו"ד אבל הנהנה לא יכול לומר טול עציך ואבניך וכו'.

ולכא'ו צע"ט כיון דדעת הרשב"א דהמהנה לא זוכה אלא"כ גילה דעתו במפורש ולכן הנוטע יכול ליטול עצי ואבניו למה א"כ לא יכול הנהנה לומר טול עציך ואבניך הא לא זכה, דבשלמא לרא"ה כמו שהנוטע לא יכול לומר עצי ואבני אני נוטל דזכה מיד בעל

כיון דיכול לחזור בו דאין דין כחשא דארעא א"כ הנוטע לא נתכוין לזכות לו את החורבה וממילא הנהנה ג"כ לא זוכה לכן יכול לומר טול, אך תימה דהא גופא לפי הטעם של הנמו"י שכשמוציא הוצאות ע פיו לכאור' אף אי לא יזכה בחורבה כי הנוטע לא מזכה לו מ"מ לא יוכל לומר טול מהסברא של כמוציא הוצאות על פיו דכל זה מה שהפנ"י תירץ בדעת הרשב"א והראב"ד.

ואולי י"ל בדוחק דשאני חורבה דאינו כ"כ עשויה להבנות עד כדי כך דיש סברא כמוציא הוצאות על פיו משא"כ בשדה העשויה ליטע הסברא כמוציא הוצאות על פיו וכעין חילוק זה כתב הגרנ"ט שם לחלק בדעת הראב"ד גופיה עי"ש [בסי' קס"ט בסוף].

אך ביאר מו"ר שליט"א די"ל ע"ד הנ"ל דבחורבה כיון דהנוטע יכול לחזור בו ואינו מזכה לו לגמרי ויכול לומר עצי ואבני אני נוטל ממילא גם הנהנה לא מכוין להחשיבו כפועל דאכתי לא גמר להוציא הוצאות על פיו, משא"כ בשדה דאינו יכול הנוטע ליטול וגמר להוציא הוצאות אזי אמר' האי סברא דלא יוכל הנהנה לומר לו טול, אך מ"מ בלשון הרשב"א לא נראה כן דלא נראה דאפי' במקום דהנוטע יכול לומר עצי ואבני אני נוטל ולא מזכה נמי הנהנה לא יכול לומר לו טול וצע"ב.

מון מ"מ מבואר מכל הלין דהחויב במקיף וניקף הוא ממש כחויב של יורד לשדה חבירו ואינו מדין

הכותל על מקום שניהם לא יכול להתחייב מדין יורד, אך הראב"ד סבר דהמחייב של יורד הוא לא דוקא מצד שזוכה בשבח אלא כמוציא הוצאות על פיו א"כ ה"נ כאן אף דלא זכה בכותל מ"מ הוי כעושה על פיו ומדעתו בנה את הכותל כמו ביורד לשדה חבירו.

יג] ובעיקר הדבר צ"ע דאם איכא סברא דמוציא הוצאות על פיו א"כ למה שלא יזכה גם בשבח ולמה הוי רק סברא שלא יוכל לומר טול עציך ולא נימא הא גופא שיזכה ודאי בכותל או בשבח, אלא י"ל דנהי דמוציא הוצאות על פיו מ"מ לא בהכרח דהיורד מתכוין לזכות לנהנה.

יד] ויתבאר ביתר דהנה יש להקשות סתירה בדברי הנמו"י - שם בריש דבריו כתב במפורש בשדה עשויה ליטע הנהנה לא יכול לומר טול עציך והוסיף שם דבחורבה דשומעין לו לנוטע דיכול לומר עצי ואבני אני נוטל גם הבעל החורבה יכול לומר טול עציך ואבניך וצ"ב מאי שנא חורבה משדה לגבי הנהנה דנהי דלגבי היורד הגמ' מחלקת דבבית אין כחשא דאערא ובשדה יש אבל לגבי הנהנה מאי שנא.

אלא ביאר מו"ר הגר"י קלרמן שליט"א דהא גופא תלוי הא בהא דבשדה דהנוטע לא יכול לחזור בו ולומר עצי ואבני אני נוטל משום כחשא דארעא ממילא לא אכפת ליה ומזכה לו את הנטיעות ממילא זוכה בזה הנוטע ושוב לא יכול לומר לו טול, אך בחורבה הא גופא

חיוב נהנה הגרידא א"כ יש להקשות טובא מאי קא מדמי הגמ' בב"ק כ: דאם ניקף הקיף את הרביעית חייב ש"מ זה נהנה ול"ח חייב - הא שאני מקיף דהוי כיורד לשדה חבירו בין לדברי בין לנמו"י דהוי כמוציא הוצאות על פיו ובין לרמב"ם דזוכה בכתלים אינו דומה לחיוב נהנה ובודאי דל"צ חסר ומאי הראייה לדר בחצר חבירו שחייב אע"ג דלא חסר.

ובשיעורי ר' שמואל [אות ק"ב] ביאר דאף החיוב נהנה של יורד לפי הגר"ד צריך לזה חסר דנהי דזוכה אף אי לא יהיה חסר לא יחשב דהנאה מגיעה ממנו מהמהנה והוי כהנאה ממילא א"כ שפיר הגמ' הוכיחה דאף לרבנן חייבין אף בלא חסר בכזה הנאה, אבל לא נראה כן וגם א"כ לפי הגר"ד מה כוונת התוס' שם בב"ק דניקף שאני דגילה דעתו ופשטות אזי יש מחייב של נהנה של יורד ול"צ חסר ולפי דבריו נמי צריך חסר וצ"ע בזה.

וביותר יש לתמוה דע"כ ל"ש לומר דבמקיף המחייב הוא מדין נהנה ורק מדין יורד דהנה כתבו התוס' בב"ק קא. דהקשו למה בצבע צמרו לא מחייב מה שהנהנו ותרצו התוס' דכיון דליכא מעשיו או מעשה בהמתו לא חייב ובתחב דאין מעשיו מ"מ איכא הנאת גופו אבל במקום שאין הנאת גופו ג"כ לא מחייב, א"כ הכא בסוגיא דאין מעשיו ואין מעשה בהמתו ואין הנאת גופו ל"ש להתחייב מדין נהנה ובאמת שכ"כ הש"ך [סי' שצ"א סק"ב] דביורד לשדה חבירו כיון דמתכוין להשביח חייב לשלם לו יציאותיו, ולכא'ו

ביאור כוונתו כביאור הברכ"ש דאז המחייב מדין ממוני גבך ול"צ מעשה גופו או בהמתו עכ"פ אי"ז מדין הנהנה הגרידא א"כ תמוה טובא מה הגמ' הוכיחה מזה.

מז' ובשיעורי ר' שמואל [אות צ"ד] כתב לבאר מכח זה דצ"ל דהסוגיא אזיל לא כדעת ר"ה אלא כדעת ר' חייא בר רב כמו שכתב הרשב"א דהיי' בגמ' איתא פלוגתא אי משלם דמי קנים בזול או דמי אבנים ובביאור הפלוגתא יתבאר בעז"ה בהרחבה בהמשך, אך מ"מ בדעת הרמב"ם דהתבאר דהכא הוא זוכה בכתלים זה דעת ר"ה דחייב על כל הכותל ובע"כ דחייא בר רב דסבר דדמי קנים בזול פליג דלא זוכה בכתלים דאין כאן יורד ועל כן חייב כדין נהנה גרידא דהיי' דהוי כשדה שאינה עשויה ליטע וכמו שכתבו התוס' דאמר סגי ליה בנטירא בר זוזא אלא דאנ"ס דכזה מחיר ודאי היה משלם א"כ י"ל דהסוגיא בב"ק אזיל בשיטתיה דאין כאן מחייב של יורד רק מה דאנ"ס דישלם, ותו הקשה שם ר' שמואל במש"כ הרמב"ם דכן פסק כר"ה דאם הכותל לא היה על מקום שניהם ישלם לפי ראות הדיינים ולכא'ו ישלם כדין נהנה בדמי קנים בזול דכן מבואר נמי לפי חייא בר רב דסבר דאין כאן זכיה בכותל ומשלם כדמי קנים בזול.

יז' ולכא'ו יש לדקדק בזה דהנה כבר ביארנו דל"ש לומר דחייב מדין נהנה וכמו שכתבו התוס' בב"ק א"כ מאי קסבר חייא בר רב, וצ"ל דלא המחייב

ליכא מעשה בהמתו או גופו א"כ כיצד שייך לומר דאי זה נהנה ול"ח חייב א"כ בכל אופן היה חייב וממילא רוצה לזכות הא גופא לא יתחייב אף מדין נהנה כי אין כאן חיוב נהנה כיון שלא היה מעשה בהמתו או גופו וצע"ט.

ואבתי יש לדקדק דלכאור' כשהגמ' מוכיחה בב"ק מר' יוסי שפטור לק"מ דהא גופא מוכח דאם פטור במקיף נמי דמדין יורד פטור מ"מ מדין נהנה שיתחייב ואם גם בזה פטור זה גופיה מוכיח שאין חיוב נהנה כשלא חסר

אך לכאור' צע"ט וכן"ל דכיון דיבארנו דל"ש לחייב דין נהנה ביורד א"כ אכתי לא יהיה ראייה דרק מדין יורד שייך לחייב ולא מדין נהנה ואכתי אין למקום שיש אפשרות לחייב מדין נהנה שלא יתחייב כשאין חסר וצ"ע.

ב [ועוד יש לתמוה לפי הביאור של הברכ"ש דביאר דבמקיף יש חיוב נהנה של זכותי השבח, וכבר דקדקנו לפי הברכ"ש דהחיוב נהנה של גזילת הנאה ל"ש כה"ג שהבעלים עצמו נתן לו דאיהו אזיק אנפשיה א"כ במקיף ל"ש לחייבו אלא מדין נהנה של זכותי החפץ ואם פטור במקיף וניקף אכתי אין ראייה דמי יימר דהטעם שפטור הוא מחמת שלא חסר נימא דהא ר' יוסי ודאי דפליג ארבנן קסבר דאין דין יורד כיון דסבר דלא אמרי' אנ"ס דרצה בכתלים רק אם יגלה דעתו וכמו שכתבו התוס' אבל כל שלא גילה דעתו בעין לא אמרי' דמסתמא הוי כיורד וכעושה הוצאות על פיו א"כ מדין יורד

הוא דין נהנה אלא כדשה שאינה עשויה ליטע לאבנים אלא לדמי קנים ובאמת זוכה בזה לענין זה, וכן יש כזו משמעות מדברי הרמב"ן דביאר דבזה נחלקו ר"ה וחייא בר רב ובדעת תוס' עוד נאריך בזה, א"כ כה"ג שבנה הכותל לא ברשות שניהם א"כ אין אפי' מחייב של דמי קנים בזול וכן"ל, א"כ סבר הרמב"ם דאין חיוב מצד נהנה וכמו שכתבו התוס' ומ"מ איכא חיוב נהנה גריידא של כפי ראות הדיינים דהיי' הרמב"ם סבר דאף דליכא מעשה בהמתו או גופו ולא חייב נהנה מ"מ יהיה חיוב פורתא כפי ראות הדיינים וצ"ע בכל זה.

יח [ונחזור לקושיא קמייתא דהקשינו מאי שייטא מקיף וניקף לנהנה ול"ח ובחידושי ר' שמעון [סי' ג'] כתב ליישב דתלוי הא בהא דהיי' אם היה חייב מדין נהנה כי נהנה ול"ח חייב א"כ סברא שכבר ירצה לזכות בכל השבח והוי דינו כיורד אבל אם נהנה ול"ח פטור א"כ כיון דיודע דלא יתחייב לשלם א"כ הסברא אומרת שלא רוצה לזכות בכותל ולא יהיה כיורד.

יט [ולכאור' יש לתמוה בתרתי א' - מסברא למה נימא דאם ממ"נ חייב מדין נהנה מסתמא רוצה לזכות הא החיוב של נהנה הוא לא כחיוב של יורד ושתי תשלומין הן חיוב נהנה הוא רק דמי הוצאה בזול ואילו ביורד צריך לשלם לו על על הכותל ושכר טירחה ומי יימר דניחא ליה בכל זה.

ב' - ועוד תימה גדולה היא הא כבר ביארנו דל"ש לחייבו מדין נהנה כי

ליכא לחיובי ואף מדין נהנה של גזילת
הנאה ליכא לחיובי דאין כאן חיובי
נהנה דהבעלים עצמו נתן לו ולא בגלל
שלא חסר.

כאן אלא בע"כ צ"ל דהא גופא הגמ'
בהו"א סברה דנהי דלר"י
אין את הסברא של אנ"ס ולא הוי כדין
יורד מ"מ אהני האי אנ"ס דלפחות
להחשיבו שקיבל ההנאה ונטל הנאה
ויתחייב מדין זה ומניה מוכח דלא חייב
כי לא חסר ודחינן דאין נהנה דסגי ליה
בנטירא בר זוזא.

ובן יתבאר דברי התוס' שם שהקשו דאי
הגמ' סברה דנהנה ול"ח פטור למה
בגדר ניקף חייב ותירצו התוס' דשאני
דגילה דעתיה וביאור דברי התוס' לפי
הברכ"ש לכאור' דר"י סבר דלא אמרי' סתם
אנ"ס למיחשבי שרוצה את ההנאה ולזכות
בה וליחשב כממוני גבן וכמוציא הוצאות
על פיו או זוכה בכתלים כהרמב"ם.

אבל כשגילה דעתו יש מחייב של יורד
וזוכה בשבח ואז ל"צ חסר או שזה
נחשב חסר [ובהמשך יבואר ביתר הרחבה]
אך תוס' שם הוסיפו ולא דמי לדר וכו'
דלא גילה דעתו שרוצה לדור אלא בחינם,
דהיי' תוס' התקשו א"כ למה לא נימא נמי
דדר בחצר חבירו שלא מדעתו דכיון
דגילה דעתו לא יצטרכו חסר כניקף -
ותירצו דלא גילה דעתו בשכר, ולכאור' מאי
שיטא אף אי נימא דגילה דעתו בשכר
מ"מ לא יהיה כאן סברא של יורד כי כל
דברי הברכ"ש ביורד הוא רק כשהמהנה

נתכוין לזכות לנהנה אבל הכא דר בלא
רשות חבירו וכיצד יכול לזכות בדבר בלא
רצון חבירו.

אלא י"ל דאה"נ אך התוס' דימה דדר
בחצר חבירו ולא חסר אמרי' דלא
חייב כי לא נחשב שנטל ההנאה ותוס'
למדו דכמו דגילה דעתיה דניקף משפיע
דיחשב כיורד כמו"כ י"ל דבדר אמנם לא
יחשב כיורד אך מ"מ יהיה חייב אף בלא
חסר כי כל הסברא כשלא חסר ל"ח כי
לא נטל הנאה אך אם גילה דעתו דרוצה
בשכר אמרי' דודאי נחשב שנטל הנאה
ולא צריך חסר דכשגילה דעתו שרצה
להוציא בשכר ודאי יתחייב על ההנאה
כזאת ועיין בכל זה.

כב [ועתה נדבר בביאור דברי התוס' שם
בב"ק וכבר הזכרנו בזה קצת
דתוס' הקשו אי הגמ' סברה דנהנה ולא
חסר פטור למה אם הניקף גדר חייב ותירץ
התוס' דשאני דגילה דעתיה, וביש"ש תמה
מה יועיל דגילה דעתיה, וכמה נוסחאות
יש לבאר בדברי התוס'.

ר' שמעון בשער"י שם ביאר דהיכא דגילה
דעתיה ממילא מתחייב מדין משתרשי
ליה ולא יכול לומר הייתי מתענה דגילה
דעתו שרוצה, וכה"ג ל"צ לחסר אך בזה
יש לדון דלכאור' בגמ' בחולין קלא. דאמרי'
משתרשי ליה אין הוכחה אלא בכה"ג
שחייב להוציא את הממון ולא במקום
שהוכיח שהוא רוצה להוציא וזה הכוונה
הייתי מתענה - ואין הכוונה כפשוטו שלא
היה אוכל דאף אם הוא ודאי אדם שאוכל

ונם טעם של הנמו"י לכאו' ל"ש דהא תוס' דימו ניקף לדר בחצר שלא מדעת חבירו ושם לכאו' הגילוי דעת לא היה מחשיב כמוציא הוצאות על פיו א"כ משמע דסברת הגילוי דעתיה הוא אף בלא סברת הנמו"י.

כד] ובאמת יש ליישב וכמו שביארנו כנ"ל דיש לפרש עוד בכוונת התוס' ע"פ הגר"ד דבניקף המחייב של נהנה הוא כזוכה בהנאה א"כ י"ל דכשגילה דעתיה אז זוכה בהנאה והוי כחסר וכממוני גבך והא דתוס' מדמה לדר אין הכוונה לדמות ממש דגם שם יהיה זכייה בהנאה דהא ל"ש ד"ז כיון דאין המהנה מתכוין לזכות אלא ביארנו דכמו בגילוי דעתא דניקף מהני של"צ חסר [כי זה נחשב חסר] כמו"כ גילה דעתיה דדר היה יכול להשפיע דלא יצטרכו חסר דכל הסברא דבי חסר לא חייב הוא משום דלא נחשב שנטל את הנאה אבל כה"ג שגילה דעתו הוי כנטל הממון ובודאי חייב אף בלא חסר ועיין.

עד כה עסקנו בפירוש הסוגיא מצד יורד, אך יש לדעת דיש בראשונים דרך נוספת והוא ברבינו יונה דמדויק דלא הזכיר יורד אלא רק דין נהנה, וכן יש שדייקו מהרמב"ן במלחמות ואולי גם מהבעה"מ וע"כ נצטרך לומר דלפי הדעות האלו נחלקו על הראשונים בב"ק וסברו דאף בלא מעשה גופו או בהמתו חייב מדין נהנה ולקמן נדייק ונוכיח מדברי הרבינו יונה ודו"ק.

ע"כ ההגדרה דלא חייב לאכול ויכול להתענות דזה הוי סימן דלא חשיב ריבוי ממון א"כ נמי הכא שניקף גדר הרביעית אין בזה חיוב אלא הוכחה שרוצה לגדור ולמה שיחשב כשמתרשי ליה.

ובכן מוכח ד"ז לפי הביאור של הגר"ד בחיוב נהנה דפירש דיש נהנה דהוי גזילת הנאה, ויש חיוב נהנה דהוי כזכייה בהנאה כיוור וניקף - ולכאו' א"כ מה ההגדרה של משתרשי ליה דלכאו' ודאי אלים מחיוב נהנה אלא ע"כ צ"ל כנ"ל דמשתרשי ליה הוי במקום דודאי היה צריך וחייב להוציא ובכה"ג הוי דרגה טובה יותר וחיובו כממון גמור ולא יצטרכו חסר וכנ"ל.

כג] אלא הקצות [סי' קנ"ח סק"ו] ביאר דברי התוס' ע"פ דברי הרמב"ם וכנ"ל דהחיוב של ניקף הוא משום דזכי בכתלים א"כ כיון כשגילה דעתו זוכה בכתלים ואין לך חסר גדול מזה, ועד"ז יש לומר אף לסברת הנמו"י דכשגילה דעתיה הוי כמוציא הוצאות על פיו, ויש לפרשו בב' אופנים או דאז ל"צ חסר בפועל או דאז הוי חסר והיינו הך.

ובדעת תוס' דייק ר' שמואל דסבירי לא כהרמב"ם ולא כהנמו"י א' - דלפי הרמב"ם דזוכה הוא משום דקסבר כרש"י דמחיצות הפנמיות שביין הניקף למקיף ושייך שיזכה, אבל הא דעת התוס' שם דמיירי במחיצות החיצוניות ול"ש שיזכה ופשוט.

ענף ב'

אחר הדברים האלה נבוא ונשוב לגוף הסוגיא דידן ובפרטיה ודקדוקיה.

א [אמרי' בגמ' 'אתמר ר"ה אמר הכל לפי מה שגדר ופיר' רש"י בכל יציאותיו שהוציא מהן יחזיר לו מחצה [ומחצה ולא כולו כיון דהכותל גם בשביל הניקף] חייא בר רב אמר הכל לפי דמי קנים בזול'.

ב [ובביאור הפלוגתא יש לפלפל ולדון לפי כל מה שהתבאר עד כה - ברמב"ן וברשב"א כתבו 'והיינו דפליגי אמוראי בגמ' מר אמר הכל לפי מה שגדר דבהכי ודאי נחא ליה, ושדה העשויה לכן היא ודיניה כיורד לשדה העשויה ליטע ששמן לו הכל ומר סבר אדם עשוי לגדור בקנים ובנטירא בר זוזא ואין סתם השדות העשויות לגדר בנין לפיכך דנים אותו כיורד לשדה שאינה עשויה ליטע שיכול לומר לו טול עציץ ואבניך ולך ואינו משלם אלא קנים או נטירא בר זוזא, ויש מקום לדקדק אם לחייא בר רב הכוונה דלגדר אבנים אין עשויה אבל מיהא לדמי קנים כן עשויה וכלפי זה הוי כיורד - או הכוונה דאף לדמי קנים אינה עשויה כלל רק מדין נהנה מתחייב דעכ"פ כך היה מוכן לשלם לו תמורת קנים במחיר של זול.

ויש נפק"מ דאם הוי כשדה העשויה ליטע לקנים יצטרך ליתן לו גם דמי טירחה כאריס בזה כל החילוק בין העשויה ליטע

לשאינו העשויה ליטע ואילו כאן לא משמע דלחייא בר רב צריך לשלם רק הגדר עצמה אלא דבזה י"ל וכן ביאר כן בנתיבות [סי' קנ"ח סק"ח] דאה"נ אף לר"ה דמשלם הכל לפי מה שגדר למד הנתיבות דאין הכוונה כאריס אלא רק ההוצאות עצמן לגדר וביאר הטעם דדוקא ביורד להשביח אדעתיה דחבריה לחוד נוטל אך כאן הא ירד גם אדעתיה ידידה לפיכך לא משלם לו שכר טירחה עי"ש ועוד נדקדק בזה.

ג [כתבו התוס' ד"ה דמי קנים בזול וכו'] 'וא"ת מאי שנא משדה שאינה עשויה ליטע דאם נטעה שלא ברשות אמר רב ושמואל שמין לו וידו על התחתונה - ואור"י דשאני הכא דמצי א"ל לדידי סגי ליה בנטירא בר זוזא ומ"מ דמי קנים בזול יהיב ליה דאנ"ס דאם היה מוצאם כ"כ בזול היה גודר בהם'.

ד [ודברי התוס' צ"ב רב בקושייתם ותירוצם, דהנה בקושייתם כבר תמהו האחרונים הנחל"ד והפני שלמה דמה הקושיא הא ודאי שאני דהכא יכול לומר טול ושם הא לא יכול לומר לו טול, ובברכ"ש [סי' ז' אות א'] כתב שע"כ צ"ל דתוס' סובר דלא יכול לומר טול, ואה"נ ברמב"ן וכמו שהבאנו כתב בפשיטות דהכא אומר לו טול ולא הקשה א"כ מה תוס' שאלו, אלא ביאר ר' שמואל דהכא איכא סברא לומר דל"ש לומר טול דידוע דהבעלים לא יטלו כיון דהם צריכים לגדר בכה"ג ליכא טענת טול דחיי' דבאמת נח"ל אלא כיון דידוע דבכל אופן לא

יטול לא אכפת ליה לטעון טול כדי להפטר.

ובתירוץ של תוס' י"ל או דחזר בו מהאי סברא של ר' שמואל וקסבר דכן יכול לומר טול, אך לפי הברכ"ש דביאר דתוס' סבירי ליה אף בעלמא דא"י לומר טול - צ"ל דתוס' בתירוצם תירצו דטול הוא לא סתירה שיש שבח אך אין רצוני בזה, אבל הכא יש סברא של נטירא בר זוזא ואין כאן שבח כלל ול"צ להגיע לטול, דבשדה שאינה עשויה ליטע יש ודאי שבח וא"א להתכחש לזה שיש שבח [אלא"כ זה באמת גירע לו אבל בפשטות אי"ז חיסרון אלא שבח רק פחות ממה שניח"ל] ולכן כה"ג יש לדון רק מצד טול אבל הכא אף בלי טול טוען לו דאין כאן שבח.

ה] עוד יש לדקדק במש"כ התוס' דשאני הכא דמצי א"ל סגי ליה בנטירא בר זוזא ומ"מ דמי קנים' וכו' - למה לא פירשו דא"ל סגי ליה בדמי קנים' וכמו שבאמת פירש רש"י ד"ה דמי קנים' וז"ל 'דא"ל לדידי סגי ליה בגדר קנים' ואי אפשר' וכו'.

אלא מה שנראה לבאר דהנה ביורד לתוך שדה חבריו שלא ברשות ונטעה דאינה עשויה ליטע ודאי ל"ש לטעון אתן לך דמי נטיעות בזול והביאור בזה דאה"נ יכול לומר לו טול נטיעותך אבל כשלא אומר לו טול ורוצה בנטיעות האלה ברור דצריך לשלם לו כמה שהוציא על הנטיעות ואינו יכול ליתן לו בזול דהרי אין כזה

מחיר בשוק דמי נטיעות בזול שהוא שיעור לא מצוי וברור דסתמא יצטרך לשלם כפי ההוצאות שהוציא המשביח ולא יכול לכוף את המשביח ליתן לו נטיעות בשווי שלא קיים בשוק - א"כ ה"נ אם כאן היה רוצה בקנים וניח"ל בזה א"כ לא א"ש למה בזול דכיון דרוצה בגדר קנים שישלם לו עכ"פ דמי קנים כשווי בשוק ולא בזול אלא ע"כ תוס' הוצרכו לומר דלדעתו הוא לא רוצה כלל גדר אפי' קנים אלא נטירא בר זוזא אלא עכ"פ אנ"ס דאם היה מוצא בשוק קנים בזול היה משלם א"כ לגבי זה אפשר לומר דניח"ל דהוי כיורד לשיעור זה, אבל לא הכוונה דחייב מדין נהנה וכמו שביארנו דל"ש חיוב נהנה כשאין מעשה גופו, אלא ע"כ דלגבי זה ניח"ל בכזו שיעור והוי כיורד.

ו] ונחזור לדברי הרמב"ן במש"כ ומר סבר אדם עשוי לגדור בקנים ובנטירא בר זוזא, לכאור' מה שכתב בנטירא בר זוזא א"ש והוי ביאורו כתוס' דל"צ שום גדר כלל ואנ"ס וכנ"ל, אבל במש"כ עשוי לגדור בקנים היה מקום ללמוד דהכוונה דשדה סתם עשויה לקנים וניח"ל בקנים וא"כ קשה למה משלם בזול הא כיון דניח"ל בקנים ישלם כהמחיר שבשוק וכמו שהתבאר בתוס' אלא י"ל דהכוונה דלדמי קנים בזול השדה עשויה ליטע כל' דבזה ניח"ל [ובלא זה לא ניח"ל כלל בקנים] וא"כ מש"כ בנטירא בר זוזא הכוונה כמ"ד בגמ' דסובר דאפי' לדמי קנים בזול לא ניח"ל וכן בנטירא בר זוזא ואי"ז כתוס', ועוד יש ליישב דברי

הרמב"ן ע"פ מה שנבאר להלן בדעת רש"י.

מיהא דהנאה שוה לכה"פ שני שליש מערך החפץ.

[ז] ברם בדעת רש"י שכן פירש הכי עי' בפורת יוסף דלפונ"ר כתב מדברינו שכתב לבאר 'ומ"מ נ"ל דעל פירוש רש"י לק"מ דאפ"ל דרש"י ז"ל מפרש הכא בארבע דנקי כמו שפירש בב"ק אלא בזול היותר גדול וכה"ג ב"מ וכו' - ודבריו סתומין.

[ט] ברם הרמב"ן והריטב"א בכתובות [לד:] להדיא תמהו על רש"י מאי פשרה היא זו דבכל דוכתי הוי שני שליש עי"ש וכוונתם דבכל דבר ודבר איכא לכאור"א אומדנא ידיה והאיך נקטינן לכל דוכתי חדא שוויות, וכן התבאר ד"ז בתוס' דידן דאזלי' כשיטות הראשונים דהתשלום בזול הוי משום דכך היה משלם ודלא כרש"י וכהרשב"ם א"כ י"ל נמי הכא דרש"י לשיטתו דהיי' בשלמא לתוס' דבזול הוא משום דכך היה משלם שפיר שייך לפרש כל מה שפירשנו דע"כ צ"ל דסגי ליה בנטירא בר זוזא, אלא דיש אנ"ס דאם היה רוצה בקנים לא היה יכול ליתן בזול, אבל לרש"י לכאור"א י"ל דניח"ל בקנים ובכל זאת משלם בזול ולא משום אנ"ס כתוס' אלא דכן שיעורו חז"ל וכנ"ל דשיעור הנאה הוא תמיד בזול.

[ח] ויש לפרש דברי רש"י ואולי זה גם כוונת הפור"י ע"פ מה שביאר בס' קונטרס השיעורים [למורינו הגר"י סוקל צוק"ל עמ"ס ב"ק ס' כ"א אות ז'] דהנה רש"י שם בד"ה דמי שעורין בזול כתב וז"ל בתו"ד ולא יתן לו כשער שבשוק דלמא איהו לא מאכיל לה שעורין והוסיף ע"ז רש"י אלא בזול יתן לו, ומדייק ברש"י דהא דמשלם בזול לא הוי משום דאמדינן ליה דהיה משלם כן אלא משום דכן הוא שוויות וערך של הנאה, ולא כמו שיש ללמוד באופ"א שהכוונה דמשלם בזול משום דאמדי' דכל אדם היה לוקח בזול וכמו שמשמע מהתוס' דידן.

[י] אך בכוונת הרמב"ן דכתב דשדה עשויה לקנים והקשינו א"כ למה בזול וכפי שהתבאר במהלך של תוס' א"א ליישב כה"ג בתרי אנפי א' - דהרמב"ן להדיא חלק על רש"י וכנ"ל. ב' - דלכאור"א אף לרש"י הוא סברא בחיוב נהנה אבל הכא לפי הרמב"ן הוא חיוב של יורד ולא נראה דגם בחיוב יורד שמו חז"ל כזו שיעור דלפי תוס' דהבזול הוא באנ"ס נמי שייך ביורד וכפי שביארנו דהא גופא ניח"ל דיהיה יורד רק בשיעור הזה של דמי קנים בזול, אבל לרש"י דהוא שיעור של חז"ל לכאור"א הוא נאמר דוקא במחייב של

ובן משמע מרש"י בב"ק [קיד: ד"ה בזול וכו'] דכל תשלומי הנאה הוי בזול הי' שני שליש, וכן עי' ברשב"ם לקמן [קמו: ד"ה ושמן להם וכו'] והעולה מדברי רש"י והרשב"ם דערך של הנאה לעולם הוי שני שליש דבאמת הנאה הוי דבר של ממון וכיון דקיבלו צריך לשלם עבורו אכן א"א לשום הנאה כמה נמכרת בשוק דליכא שוק של הנאות ובהא אמדו חז"ל דהא

מעצמה נטלה האוכל, אלא יש לחייבו מדין משתרשי ליה דהרויח שאינו צריך ליתן אוכל לבהמה ובהמשך דבריו הוסיף לבאר דלמה באמת ל"ש לחייבו מדין הנאה גרידא ולמה דוקא מדין משתרשי ליה - לזה הוסיף לבאר דרבה סבר דדוקא בבהמה אינו משלם עבור הנאת הבהמה דליכא תועלת לבעלים מהנאת בהמתו ומאי דמשלם הבעלים הוי רק על המשתרשי ליה ולכן א"ש דמשלם רק דמי עמיר דבזה השתרש דלא צריך להביא לה מזון אבל ל"צ לתת לה שעורין, אע"ג דתוס' כתבו בחולין דלגבי משתרשי ליה יכול לומר הייתי מתענה בבהמה ל"ש לומר זאת דדוקא לאדם עצמו מצי למימר הכי אך לא כן באכילת בהמה דחייב הבעלים במזונות בהמתו שפיר חייב מדין משתרשי ליה.

יג] וברעת רבא ביאר שם דנמי סבר דאין חיוב של נהנה וכנ"ל אלא כיורד ופיטום אך צ"ע א"כ מאי שייך בזול וכמו שהקשינו לעיל בדעת רש"י דלכאור' ביורד הרי לא מצינו חיוב של זול לכן היה נר"ל דכן חייב מדין הנאה וכמו דמשמע מתוס' בב"ק קא. דכתבו דכשיש לקיחת מעשה בהמתו הוי כחיוב נהנה וכולי עלמא שוה נהנה של בהמה לנהנה של אדם וכן משמע בברכ"ש, א"כ יש לברר למה משלם לו שעורין שיתן לו דמי עמיר בזול כשיעור נהנה כמו בסוגי' אלא יש לומר דלעולם בנהנה וכמו דהבאנו בשם הגר"ד דחייב על נטילת ההנאה וגזילת ההנאה וודאי חייב לשלם כמו שקיבל ואם

נהנה וא"כ נצטרך לחדש דרש"י סבר דהמחייב בסוגיא הוא מדין נהנה כדעת הרבינו יונה וכנ"ל ועיין.

יא] ומעתה נבוא לבאר את פלוגתת ר"ה וחייא בר רב לדעת הרבינו יונה ודעימיה דביארו דהכא הסוגיא איירי בחיוב של נהנה, והנה יש לדקדק דמצינו מחלוקת בב"ק כ. ואם נהנית משלמת מה שנהנית וכמה רבה אמר דמי עמיר - רבא אמר דמי שעורין בזול, ופיר' רש"י שם דמיירי שאכלה שעורין ולרבה לא צריך לשלם מה שאכלה ולרבא כן משלם מה שאכלה אלא בזול.

וא"כ אם נדמה זאת לשתי הדעות בסוגיא ייצא דרבה סובר כחייא בר רב דלא משלם מה שקיבל אלא כפי שיעור ההנאה ואילו רבא סובר כר"ה בסוגי' - אך זה אינו דלכאור' הוי איפכא דמי שסובר שמשלם מה שקיבל סובר דלא משלם בזול אלא דמי אבנים ואילו בסוגיא התם רבא ס"ל דמי שעורין בזול, ולאידך גיסא מי שסובר הכא דמשלם לא כפי מה שקיבל אלא משלם בזול דמי קנים ואילו התם רבה סובר דמי עמיר אבל לא בזול, ודאי אינו ענינו לכאן ומקודם נבאר הפלוגתא שם ונבוא לבאר בסוגי'.

יב] בביאור הפלוגתא התם ביאר בקונטרס השיעורים [שם ריש סי' כ"א] דרבה סבר דליכא לחיובי שם מדין נהנה מצד שהבהמה השביחה ונתפטמה טפי דבזה צריך דוקא כשהמשיכה עשה זאת כיורד והכא הבהמה

עכ"פ ישלם זאת, אלא דלכאור' תלוי בשלמא לדעות הראשונים דסברו דמדין נהנה ל"ש לחייבו דאין כאן מעשה גופו או בהמתו ורק מדין יורד חייב לק"מ דודאי דביורד איכא למימר דלא נח"ל להחשיבו כפועל וכעושה הוצאות על פיו או לזכות בכתלים כשאין רוח רביעית.

אבל לפי הרבינו יונה וכמו שביארנו דכן ביאר דהחייב הוא מצד נהנה לכאור' תימה הוא ואף אם נדחוק ונימא דאין שום הנאה מ"מ לא יועיל לזו ממש"כ הקצות [סי' קנ"ח סק"ו] במש"כ הטור דאם גדר הרביעית ונשאר פתוח קצת אין מחייבין אותו וביאר דהוא כהדעות שאין המחייב כהרמב"ם דזוכה בכותל דודאי חייב דסו"ס גילה דעתו שרוצה לזכות ואפי' בגדר הניקף את השלישית כתב שם הקצות שחייב, אלא הטור סבר כהסוברים שהחייב מצד נהנה ובזה ודאי תמוה דודאי יש הנאה גדולה ובזה שיש צד קצת פרוץ זה מסלק את כל ההנאה.

מז' ובאמת מצאתי סיעתא גדולה לקושיא זו דאמת היא מדקדוק רבינו יונה גופיה דסבר דהחייב הוא מצד נהנה ולפ"ד התקשינו הקושיא הנ"ל דהנה ביאר בגמ' ראשונה שניה שלישית איכא בנייהו ת"ק סבר א' ב' ג' לא רביעית אין, פ' רביעית אין לפי שהוא חסר בה, שהרי אינו צריך לה, אלא בשביל חבירו עשאה כדי שיגדר מד' רוחותיו וייתחייב לשלם אבל דמי הראשונות א' ב' ג' לא לפי שאינו חסר בהם דלצורך עצמו עשאן לגדור בינו ובין

בהמתו אכלה שעורין ודאי שלא יכול לשלם דמי עמיר דמה שייטא עמיר סו"ס נטל וקיבל שעורין אלא דנמי שעורין לא משלם כשווי שבשוק אלא בזול כמו כל דין הנאה.

יד] ומזה נבוא לבאר בסוגי' לפי הרבינו יונה דנחלקו בחיוב נהנה יש לפרש ע"ד הנ"ל דר"ה סבר דמשלם דמי אבנים ואה"נ בזול וכמו שהביא הרבינו יונה שם בדבריו דהיי' דמי אבנים כי זה מה שקיבל ואין סותר לרבה שם דסבר דמי עמיר וכמו שביארנו דהתם איכא סברא גבי בהמה אבל הכא ודאי הוי הנאה לאדם עצמו ומיקרי הנאה גמורה לשלם עליה, לפיכך משלם כמה שקיבל דגזל הנאה כזאת אלא בזול, וחייא בר רב סבר דאע"ג דבעלמא אמר' שישלם אותו חפץ שקיבל [אלא בזול] הכא שאני דיכול לומר לו טול דהתם בבהמה כבר אכלה ונהנתה ולא יכול להשיבו א"כ ודאי צריך לשלם שעורין כפי מה שאכלה אבל הכא יכול לומר טול את אבניך ואיני צריך אלא קנים בזול, ור"ה סבר דהכא הוי כבהמה שכבר בנה הכותל ונחשב שקיבל ובנוסף י"ל עוד ע"פ הסברא שהזכרנו לעיל [בתוס'] דיודע הוא שלא יטול א"כ הוי כאכלה ובודאי שצריך לשלם שעורין אלא ישלם בזול ועין בכל זה.

טו] ויש לדקדק טובא בהאי סוגיא במה דקאמר' המקיף את חבירו מג' רוחות לא חייב ולכאור' תימה הוא דסו"ס הרי ודאי נהנה עכ"פ הנאה פורתא בג' רוחות וא"א לומר דאין שום הנאה א"כ

רוצה לזכות בהם ל"ש דין יורד או דל"ש בהם דין מוציא הוצאות על פיו ודו"ק.

תו הראוני בנתיבות [סי' קנ"ח סק"ד] דכתב ואין להקשות דמ"ש מחצר כשכונס בתוך שלו דא"צ ליתן לו כלום, דשאני התם דחצר דאין מציל אותו רק מהיזק של עצמו ומזה א"צ ליתן לו דעל המזיק להרחיק עצמו, משא"כ הכא שמציל אותו מהיזק דבני רה"ר לכן צריך ליתן לו כפי מה שנהנה ועיין בכל זה.

כ [אמרי' בגמ' תנן המקיף את חבירו מג' רוחותיו וכו' אין מחיבין אותו - הא רביעית מחיבין אותו אימא סיפא ר' יוסי אומר אם עמד וגדר את הרביעית מגלגלין עליו את הכל בשלמא לר"ה וכו' אלא לחייא בר רב דאמר הכל לפי דמי קנים בזול מאי איכא בין ת"ק לר"י וכו' איבעית אימא אגר נטר איכא בנייהו ת"ק סבר אגר נטירא אין דמי קנים לא ור' יוסי אומר דמי קנים בזול וכו'.

כא [וצ"ב טובא דהא השתא קסברי בגמ' דלא שנא גדר מקיף ל"ש גדר ניקף וכמו שכתב רש"י להדיא א"כ מאי טעמא דת"ק דאפי' גדר ניקף את הרביעית וגילה דעתו לכא' דניח"ל בגדר ובכל זאת לא משלם אלא אגר נטירא, ובע"כ צ"ל כהסברא המוזכרת בתוה"ר [קצת בנסו"א] דיכול לטעון הניקף לדידי סגי ליה בנטירא אלא לאחר שכבר גדרו מג' רוחותיו כבר השלים לרביעית דלא ניח"ל דיהיה לו ב' אופני שמירה גדר ואגר נטירא אבל לעולם

חבירו וקסבר זה נהנה ול"ח פטור, ור' יוסי סבר א' ב' ג' קא סבר זה נהנה וזה לא חסר חייב כן נראה בעיני' ע"כ.

יז [לכא' יש לדקדק טובא דכל הטעם שפטור על הג' הראשונות משמע משום דלא חסר אבל לעולם נהנה ואילולי שהיה חייב מדין נהנה הרי לן להדיא כסברתינו דאפי' בג' רוחות עכ"פ מיהא איכא הנאה עד כדי שכדי לפטור צר"ל דלא חסר ור' יוסי דמחייב אעפ"כ צ"ל דסבר דזה נהנה ול"ח חייב ודו"ק.

ובאמת בדעת רש"י כבר הוכחנו לעיל דקסבר דהחייב מצד נהנה ואיהו גופיה פירש בהדיא הטעם דפטור מג' רוחות וז"ל 'דהא לא אהני ליה מידי שהרי גלוי מצד רביעית' וכו' ולכא' קצ"ע ממה שתמהנו ועיין.

יח [ובעוד מקום יש לדבר בענין זה בריש הסוגיא הביא הנמו"י את דברי הרא"ה שכתב דאם כנס בתוך שלו בכותל אבנים לא יכול לתבוע ממנו ממון הואיל וניח"ל שיהיה ברשותו כדי לסמוך עליו קורות ושם ודאי תמוה דהא עכ"פ ודאי הציל מהיזק ראיה דאיירי בשדה וכמבואר בראשונים כאן דחולקין על דעת הבעה"מ דסילוק היזק ראיה ודאי דשייך לחייבו ודל מהכא מחייב זה מ"מ מחייב נהנה שבנה יחייבו, ובאמת י"ל בפשיטות דהרא"ה סבר כהשיטות דאין חיוב נהנה אלא במעשה גופו או בהמתו והתם הא ליכא מעשה גופו או בהמתו, ומדין יורד נמי לק"מ דפשוט דאם לא ניח"ל בכתלים ולא

דאמוראי אך ברם יעוי' במאירי שכבר עמד
בזה וביאר דאי"ז בהכרח אותו שורש
מחלוקת עיש"ד.

כה] ובתום' כתבו לבאר ב' ג' לא אור"י
דהיינו טעמא דאין לך אדם
שלא היה מסייע לרביעית ע"מ שיהא גדור
מד' רוחותיו וכו'.

ולכאן' ביאור כוונתו ע"פ מה שביארנו
בארוכה בדברי התוס' לעיל מניה
דהכא ע"כ שלא ניחא ליה בכל הגדר
ואומר לדידי סגי ליה בנטירא בר זוזא
אלא כמו שכתבו התוס' דאיכא אנ"ס דדמי
קנים משלם כמו"כ הכא אמרי' דבג' רוחות
הראשונות ואף כשגדר הרביעית בעיקר
הדבר לא ניח"ל בגדר דאם היה ניח"ל
ברביעית ודאי דנחייבו ממילא על כל
הגדרות [דהא לא פירש קם דינא או
מחילה].

אלא ע"כ צ"ל דאין בדעתו בכל הגדרות
אפי' לאחר שגדר רביעית אלא רק
כן אמרי' דאיכא אנ"ס דלשלם דמי רביעית
כנגד כל הרוחות ודאי דניח"ל ובכה"ג
ודאי שישלם א"כ ה"נ ישלם עכ"פ דמי
רביעית, א"כ לפ"ז ר"י דנחלק צ"ל דפליגי
אאומדנא הזאת וקסבר דכן ניח"ל בכל
הרוחות ורק כשמיחה אבל סתמא דמילתא
אמרי' דרוצה בזה וחייב לשלם כל הגדרות
ולא רק דמי רביעית ועיין.

כו] וברבינו יונה ביאר באופ"א כל
הסוגיא דבגדר ג'
הראשונות ל"ח דלא הוי חסר ורביעית הוי
חסר ור"י סבר דזה נהנה ול"ח חייב, והיה

אי"ז גילוי דניח"ל להוציא את כל הכתלים
ועיין.

כב] עוד אי' בגמ' איבעית אימא ראשונה
שניה שלישית איכא בנייהו ת"ק
סבר רביעית הוא דיהיב ליה אבל א' ב' ג'
לא יהיב ליה, ור"י סבר א' ב' ג' נמי יהיב
ליה, ופי' רש"י דת"ק סבר דמי רביעית
יהיב ליה אם גדרה מקיף אבל דמי
הראשונות לא יהיב ליה שכבר יצא מהם
זכאי מב"ד שהיו שם ימים רבים ולא
הועילו לו ואם גדרה ניקף לרביעית לא
יהיב ליה מידי וכו', ובתוס' נתקשו בדבריו
דא"כ גם ברביעית שיפטר ועי' רש"ש
מש"כ לבאר בדעת רש"י.

כג] וברמב"ן וברשב"א כתבו בנוס"א
בא' ב' ג' דכיון דלא בנה
אלא ג' כבר גילה בדעתו שלא בנה אותן
על דעת שישתלם מהם שהרי לא היה
מהנה בהן את חבריו כלל, ואע"פ שבנה
עכשיו רביעית זו והרי חבריו נהנה בכולן
פטור על הג' הראשונות לפי שלא עשאן
להשתלם מהן כלל, ור' יוסי סבר כיון
שלבסוף הוא עומד וגודר הרי גילה בדעתו
שמתחילה היה רוצה לגדור לגמרי אלא
שלא נזדמן לו עד עכשיו עי"ש.

כד] וברבינו יונה הביא פירוש שמוחל
ולכאן' כוונתו כנ"ל וכתב
דכן פירש רש"י דהיי' דלמד דרש"י ג"כ
כוונתו למחילה ולא לקם דינא, והיה
אפשר לדקדק ולומר דניחא לומר כן
ברש"י דקצת תימה לומר דנחלקו ר"י
ורבנן בקם דינא וביבמות לז': הוא פלוגתא

בשיעורי ר' שמואל [אות ק"ה] וכן לפי הרמב"ן דהסברא הוא מחילה נמי איכא למימר דלא מחל אלא רק דלא גילה דעתו אבל כשגילה דעתו והוי ע"ז מחייב של יורד בזה לא מחל כלל, ור' יוסי הא גופא נחלק וסבר דגם במקיף יש דין יורד ומתחייב בהכל ולא רק בניקף.

בח [אך] אכתי יש לדקדק טובא לפי הדעות דל"ש כלל מחייב של נהנה ומעיקרא כבר ביארנו דכל המחייב אפי' במקיף הוא מדין יורד וע"ז היה קם דינא או מחילה א"כ הדרא קושיא לדוכתיה מאי אהני דהניקף גדר, וע"כ צ"ל לפי שיטת התוס' וכפי שיתבאר דאין כאן קם דינא אלא איכא אנ"ס דלא ניה"ל כלל רק דמי רביעית כנגד כולה א"כ שפיר איכא למימר דדוקא בגדר מקיף יכול לומר לדידי סגי לה בנטירא בר זוזא ואין משלם אלא דמי רביעית כנגד כולה שבזה איכא אנ"ס דודאי היה מוכן לשלם, אבל כה"ג דהניקף גדר בזה ודאי גילה דעתיה דניח"ל בכל הגדרות א"כ תו לא מצי אמר לדידי סגי לה בנטירא בר זוזא ומחויב לשלם כל הגדרות וכמו שביארנו דאין כזה מחיר לשלם דמי רביעית כנגד כולם וע"כ חייב לשלם הכל, ור"י בהא נחלק דגם בגדר מקיף אמרי' הכי דודאי ניה"ל בכל הגדרות ולכן חייב לשלם הכל, אך אכתי צ"ב דהרמב"ן כן ביאר בגמ' סברא של מחילה ודעתו אף דהמחייב הוא מדין יורד אף במקיף א"כ הדרא קושיא לדוכתיה מאי שנא דניקף גדר וצ"ע.

אפשר לדון ולומר דר"י לא סבר מהאי טעמא אלא סבר דכיון דחסר קצת התחייב על כל החסר כדמצינו כזו סברא בשחרוריתא דאשייתא בב"ק כ: ועי' בשיעורי ר' שמואל [אות ק"ו] דכתב דהכא ל"ש האי סברא.

בז [עוד] אמרי' בגמ' איבעית אימא מקיף וניקף איכא בנייהו דת"ק סבר טעמא דעמד ניקף דמגלגלין עליו את הכל אבל עמד מקיף אינו נותן לו אלא דמי רביעית בלבד, ור"י סבר דל"ש וכו' - לכאו' יש לדקדק טובא דמבואר בתירוצ' זה דלא הדרא מהתירוצ' הקודם דכשהמקיף גדר הרביעית חייב רק רביעית אך בכל זאת כשהניקף גדר רביעית כן מתייב - ולכאו' יש לדקדק הא דביארנו בין לרמב"ן ובין לרש"י דהטעם הפטור הוא משום קם דינא או מחילה א"כ צע"ט מאי שנא דמקיף גדר דאיכא מחילה או קם דינא על ג' הראשונות לבין דהניקף גדר דאז חייב על הכל סו"ס איכא מחילה או קם דינא על ג' הראשונות.

אלא יש לבאר לפי השיטות דהמחייב של מקיף הוא מדין נהנה א"כ יש לבאר בפשיטות דכה"ג דהמקיף גדר א"כ בזה נאמר קם דינא או מחילה כשזה בתורת חיוב נהנה, אך כשהניקף גדר הוי מחייב של יורד דכיון דגילה דעתו הוי כמוציא הוצאות על ידו או כהרמב"ם דמיד זוכה בכתלים א"כ שפיר ל"ש לומר קם דינא דע"ז אין קם דינא דהוי מחייב חדש של יורד שלא היה לפני כן, ובדומה לזה כתב

ל] **כבר** הבאנו ביאור הרבינו יונה דביאר בתירוץ הקודם דבג' הראשונות לא חייב דהוי נהנה ול"ח אבל ברביעית הוי חסר ור"י סבר זה נהנה וזה ל"ח חייב, א"כ דקאמרי בגמ' דניקף גדר מחייבין לבנות הכל תימה הא לא הוי חסר בזה דהניקף גדר ביותר מהכותל הרבעי ולמה שיתחייב בהכל, ותמה שם תמיה זו, ולכאור' לפי דברינו כנ"ל היה אפשר ליישב דכשהניקף גדר איכא מחייב של יורד ובזה ל"צ חסר דהוי כמוציא הוצאות על פיו או כהרמב"ם עי"ש דבריו.

ובן בתירוץ בתרא של הגמ' דת"ק סבר אם גדר מקיף את הרביעית נמי יהיב ליה דהיי' דלא אמרי' קם דינא וכו' אלא מתחייב בהכל או דמתחייב רק דמי רביעית וכנ"ל, - ור"י סבר אם עמד ניקף וגדר הרביעית הוא דיהיב ליה דגלי אדעתיה דניח"ל אבל אם גדר מקיף לא יהיב ליה מידי, דהיי' גילוי דעתיה הוא לכאור' כמו שביארנו לעיל בארוכה דדברי התוס' בב"ק כ: דכתבו נמי האי סברא וביארנו כמה ביאורים או כהביאור הגרש"ש דאז הוי משתרשי ליה או כהקצות דאז זוכה בכתלים או כהנמו"י דאז איכא סברא כעושה הוצאות על פיו וחייב, וכן לפי הברכ"ש דאז הוי זוכה בהנאה ומתחייב מדין ממוני גבך.

לא] ויש לדקדק טובא דהתם בסוגיא בב"ק דדייקי' מר"י דגדר מקיף פטור לגמרי ודייקי' זה נהנה ול"ח פטור ובקס"ד זה ודאי מבואר דסברה

הגמ' דלא הוי חסר והוא להדיא פליגי האי סברא דאמרי' שם לעיל מניה לרבנן דחסר דאמר את גרמת ליה הקיפא יתירא - למאי דמשני בגמ' לר"י דאין ראייה הואיל ולא נהנה דסגי ליה בנטירא בר זוזא א"כ תו א"צ לומר דר"י פליג האי סברא של רבנן דלא חסר.

וי"ל דכן סבירי ליה דהוי חסר משום דאת גרמת ליה הקיפא יתירא - ואעפ"כ לא חייב דהוי נהנה ולא חסר ופטור [אם נסבור כהשיטות דלא נהנה וחסר פטור] א"כ כשהניקף גילה דעתו ל"צ לבאר ביאורים למה חייב פשיטא ליה דחייב דכיון דכל הטעם דמקיף גדר פטור הוא משום דיכול לומר לדידי סגי ליה בנטירא בר זוזא וליכא נהנה, א"כ תו כשהניקף גדר וליכא האי טענה דלידידי סגי לה בנטירא תו הדר דינא דנהנה וחסר וחייב, אלא דבאמת בדברי התוס' שם ל"ש למימר הרי דאזיל אסק"ד של הגמ' שם דסבירי דהיי' נהנה ולא חסר א"כ תו הקשה מאי מחייב דניקף אבל הכא בתירוץ הגמ' אפשר דאזיל אמסקנת הסוגיא שם א"כ פשוט הוא דכשהניקף גדר הוי ליה נהנה וחסר וכשהמקיף גדר הוי לא נהנה וחסר ופטור ודו"ק.

אף בדברי התוס' לקמן ה. ד"ה אע"פ וכו' דכתבו שם דגילה דעתיה נמי ל"ש לפרש כפירושינו דהתם הא אין חסר ואעפ"כ כתבו התוס' דבגילה דעתו חייב ע"כ הכוונה כתוס' בב"ק וכנ"ל הביאורים שביארנו בזה ודו"ק.

לב] הנמו"י לקמן [ה.] במשנה ביאר בקושית התוס' כנ"ל למה חייב וביאר דכיון דגילה דעתיה זכה בכתלים ויש לעיין הרי כבר הוכחנו בדעת הנמו"י בב"מ דסבר דהמחייב של יורד הוא כמוציא הוצאות על פיו א"כ למה בסמוך ביאר סברתו של הרמב"ם דזוכה בכתלים ולא ביאר כפשוטו דהוי כמוציא הוצאות על פיו.

די"ל דסבר הנמו"י דל"ש לומר מוציא הוצאות על פיו למפרע דהיי' דלאחר שבנה הכותל והלה סמך כנגדו כותל ל"ש דמתברר דעשה כל ההוצאות על פיו והוא סברא רק ביורד דעתה כשיורד הוא כמדעתו - על כן פירש דזוכה, ואה"נ ביורד נמי היה שייך לומר האי טעמא של זוכה אלא כתב לרבותא לנפק"מ טובא בטעם זה של כמוציא הוצאות לענין טול וכמו שהארכנו באריכות לעיל.

וביאר לי מו"ר הגר"י שניידר שליט"א



ס"ז'

בענין חזקה אין אדם פורע תוך זמנו וביאור הסוגיא [ה. -]:

משום דא"א פורע תוך זמנו א"כ טענה גרועה היא ולא נאמן בה וממילא הדר דינא דחייב וא"כ הסברא דא"א פורע תוך זמנו אינו מוציא ממון אלא רק סברא דלא יהיה נאמן לטעון פרעתי וממילא איכא חזקת חיוב גביה והמלוה ברי ולפיכך חייב.

ודוגמא לזה מצינו ממה שכתב המרדכי בסוגי' ופסקו הרמ"א [ס"ז ע"ח ס"א] דאם הלוח טוען מחלתי לי על החוב אינו נאמן והוכיח זאת מהסוגיא דאם היה נאמן היה לו מיגו דפרעתי תוך זמני מיגו דאי בעי טעין מחלתי לי, אלא ע"כ אינו נאמן וטעמא דמילתא כתב המרדכי דטענת מחילה טענה גרועה היא ואינו נאמן - ולכאור' ביאור' ד כנ"ל דכיון דחוב אינו עומד למחילה א"כ בטענתו דמחל הוי טענה גרועה ואינו נאמן וממילא חייב משום החזקת חיוב של הלואה, וה"נ הביאור בדין א"א פורע תוך זמנו, וכ"כ להדיא בקוב"ש אות' ל' וז"ל וא"כ הא דחייב לשלם אינו משום דחזקה מהניא להוציא אלא משום דחזקה מרעא לכח טענה ואין לו נאמנות בטענתו וממילא חייב כמו בהחזק כפרן.

[ד] ונראה דיש לתלות ב' צדדים אלו בדברי רבותינו, הנה כתב הסמ"ע [ס"ז ע"ח סק"ב] על ההלכה

א] אמרי' בגמ' אמר ר"ל הקובע זמן לחבירו ואמר לו פרעתיך בתוך זמנו אינו נאמן ולוואי שיפרע בזמנו אביי ורבא דאמרי' תרווייהו עביד איניש דפרע בגו זמניה זימנין דמתרמו ליה זוזי אמר איזיל איפרעיה כי היכי דלא ליטרדן וכו'.

ב] ובשיטת ר"ל יש לעיין בפשטות סברת ר"ל היינו דרוב אנשי לא פרענא בגו זימנא א"כ יש להקשות הא אין הולכין בממון אחר הרוב כדעת שמואל בב"ק מו: והכי הילכתא ומאידך הילכתא כר"ל כדאמרי' להדיא להלן בע"ב ונאמרו בזה כמה אופנים.

יש שלמדו דהוי כאנ"ס ואלוימא מרוב אלא סברא אלימא דא"א פורע תוך זמנו - אך יש לדקדק בזה דהנה בלישנא דר"ל נאמר אינו נאמן ולוואי שיפרע תוך זמנו אך להלן בע"ב 'חזקה לא עביד איניש דפרע תוך זמניה' מהשינוי הלשון משמע דר"ל למד דהוי פשיטות ול"צ להגיע לחזקה.

ג] על כן יש לבאר וכן מבואר ברעק"א בתשובה [קמא סו"ס קצ"ז] דאה"נ אי"ז מוציא ממון אלא דכל חוב איכא גביה חזקת חיוב שהרי מודה שחייב אלא דיש נאמנות לבע"ח לומר פרעתי אם הוא ברי אלא דיש גריעותא בטענה ידיה

ו] עוד כתב הקצות כה"ג ששניהם שמא גם המלוה וגם הלוח בודאי נוטל דל"ג החזקה משטר דנוטל כה"ג ול"ש כה"ג ברי ושמא וכמו שכתב לעיל מניה דאם המלוה שמא פטור כי הוי ברי א"כ גם הלוח ששמא יכול להוציא ע"י החזקה.

מאידך הנתיבות חלק ע"ד ונקט בפשיטות ודבריו יותר מתבארים לפי דרכינו דל"ש חזקת חיוב בשמא א"כ לא אכפת ליה דגם הלוח שמא סו"ס מהאי טעמא גופא דכשהמלוה שמא והלוח ברי הטעם הוא [לא כהקצות דהוי ברי ושמא] דאין חזקת חיוב ה"נ היכא דהלוח נמי טוען שמא מהאי טעמא וכדברי הסמ"ע ע"ש.

ז] עוד אי' בשו"ע שם אם אמר תוך זמנו פרעתי ולא האמינו לו ושוב לאחר זמנו תבעו שוב ואמר פרעתיך אחר הזמן ג"כ לא נאמן דהוחזק כפרן, וכתב הסמ"ע [סק"ה] פירוש ופסקו עליו דאינו נאמן לומר פרעתיך אפי' לאחר זמן וכו'.

ומבואר מדבריו דהוי כדין הנאמר בב"מ [יז]. יצא מב"ד וחייבהו ובא ואמר בפני עדים שלא חייב ולא משלם ושוב תבעו וטען פרעתיך אמרי' הוחזק כפרן, ובש"ך שם כתב צ"ע למה הוחזק כפרן והא יכול לומר ודאי פרעתיך תוך זמני אלא שמאחר שלא הייתי נאמן הוכרחתי לפרעך אחר זמני ע"ש - היינו מבואר מדבריו דלא למד להסמ"ע דהוא מצד הדין דיצא מב"ד והוחזק כפרן.

בשו"ע דאינו נאמן תוך זמנו ו'תובעו תוך זמנו - היינו כשתובע טוען ברי אבל לא כשטוען שמא מרדכי ריש ב"ב, ובש"ך שם השיג ע"ד דבמרדכי כתב זאת עם טעמים נוספים, ועל כן סיים שם וגם באמת נראה לפענ"ד עיקר לדינא דאפי' כשטוענים היורשין שמא שייך חזקה דא"א פורע תוך זמנו לכאו' מאי אכפית ליה דטוען שמא סו"ס איכא אנ"ס דודאי לא פרע ומודה בהלואה, ולמה שלא יתחייב אלא ע"כ מבואר בסמ"ע דלמד כהצד השני דאי"ז כאנ"ס אלא דרק מגרע בטענתו ומתחייב מצד החזקת חיוב ובזה למד דאין חזקת חיוב כה"ג דלא תובע ברי דכשטוען שמא הוי ריעותא בחזקת חיוב ועל כן יהיה נאמן לומר פרעתי.

ה] **ובקצות** שם סק"א הביא דברי הש"ך וכתב ע"ד ודבריו נכונים דודאי טענינן ליה ליורש כל מה דאביהן מצי למיטען ואי"ז טענת שמא אלא כמו טענת ברי דהא בטענתא דאביהן טענינן להו', ובהמשך הסתפק כה"ג דהמלוה גופיה טוען שמא וביאר הצדדים 'וא"כ אפשר דאמרי' בתוך זמנו ברי ושמא ברי עדיף או אפשר כיון דחזקה בתוך זמנו אלים טובא מהני למלוה אפי' דטוען שמא' וצ"ע.

ונראה כדברינו וכן"ל וכתב להדיא שם ומדברי הש"ך נראה דלא בא לחלוק על הסמ"ע אלא בשמא דיורשין אבל במלוה מודי לסמ"ע ובהמשך נדקדק עוד בדברי הש"ך.

בעי טעין פרעתי היום דהא אם היה טוען פרעתי היום ממילא הוי הוכחה דהוחזק כפרן דלמה שילם פעם נוספת ואם כן לא יטען טענה זו א"כ אין לו מיגו ולא יהיה נאמן לטעון פרעתי תוך זמני ושוב לא יהיה הוכחה מזה שטען פרעתי שוב פעם דהוחזק כפרן וכתמיהת הש"ך, ועי' בקצות סק"ב דג"כ כתב הכי עי"ש.

י' א' עכ"פ צע"ט דאיכא סתירה בדברי הסמ"ע דעתה ביארנו דמוכח מדברי הסמ"ע דהוי כאנ"ס ולפיכך הוי הוחזק כפרן וסותר לדבריו במש"כ דכשהמלוה שמא לא חייב וביארנו משום דליכא חזקת חיוב וצ"ע.

ובדברי הש"ך לכאו' מדויק הכא דלמד דלא הוי כאנ"ס אלא כחזקת חיוב א"כ שפיר וכמו שביארנו לעיל בדברי הקצות דנקט דהש"ך לא פליג אדברי הסמ"ע דטוען שמא אלא ביורשין ובזו הביאור כנ"ל דטענינן והוי כברי אבל במלוה שמא מודי ועתה איכא ראייה לדבריו מזה דהש"ך מוכח דהוחזק כפרן דסבר דהוי חזקת חיוב וא"כ לסברא זו אמרי' דכשהמלוה טוען שמא אין חזקת חיוב, דאם ננקוט בדברי הש"ך ופליג על הסמ"ע אף דמלוה טוען שמא וסובר שחייב א"כ ייצא סתירה בדבריו דע"כ סבר דהוי כאנ"ס ולפיכך אף כשהמלוה טוען שמא חייב א"כ לא יובן מה הוקשה לו למה הוחזק כפרן ודו"ק.

יא' א' דיש לדון בכל זה במש"כ דכה"ג דהמלוה טוען שמא אין חזקת

ח' וביאור המחלוקת הוא לכאו' במה שייסדנו - אם א"א פורע תוך זמנו הוי כאנ"ס דלא פרע הוי דומיא ממש כהאי דינא דיצא מב"ד חייב ואמר בפני עדים דלא משלם בזה הוי ודאי הוחזק כפרן, וזה סבר הסמ"ע, אך הש"ך מבואר דלא ניח"ל כהאי טעמא והביאור דאי נימא דא"א פורע לא הוי כאנ"ס אלא כמו שביארנו דמגרע טענתו וממילא איכא חזקת חיוב א"כ כשלא האמינו לו בתוך זמנו לא היה ודאי כפרן אלא רק טענתו היתה גרועה א"כ מאי טעמא היום דטוען פרעתי לא נאמינו, אלא ביאר הש"ך דלמא הטעם דהוחזק כפרן הינו מניה וביה במה שטען פרעתיך אחר זמני דמבואר מדבריו דפרע שוב פעם ואם מחזיק בטענתו הראשונה דפרע תוך זמנו למה פרע בשנית ומזה מוכח דהוי שקרן לזה דחה הש"ך דאין מזה ראייה דאה"נ אכתי מחזיק בטענתו הראשונה אלא דטוען הא לא האמינו לי והוכרחתי לשלם בשנית.

ט' ובאמרי ברוך כתב לבאר דאכתי מוכח מניה דשקרן דהיה יכול לטעון עתה שוב פרעתיך תוך זמני והיה נאמן דמיגו דאי בעי פרעתי לאחר זמני ולא היה צריך לשלם שוב ע"כ מוכח דהוי כפרן, וסיים שם 'אמנם לפי הנראה מדברי הסמ"ע עיקר הטעם כיון דחזקה מעידה שטען מתחילה שקר בב"ד הוי הוחזק כפרן דאינו נאמן לעולם לפטור מאותה תביעה בלא ראייה'.

ולכאו' תמוה דבריו במש"כ דהיה נאמן לטעון פרעתי תוך זמני מיגו דאי

לא יודע מהלואה או מהגזילה בכה"ג ודאי אמרי' דאין חזקת חיוב אבל אם המלוה טוען ברי דלוייתי ואיני יודע אם פרעתין אימא איכא חזקת חיוב ואם הלוח טוען איני יודע אם פרעתין יתחייב [לדעות שחייב] או הכוונה אפי' בודאי טוען שהלוח אלא שלא יודע אם פרע נמי אמרי' דפטור וכמו שביארנו דאין חזקת חיוב כה"ג דהמלוה טוען ודאי שלא פרע אפי' שטוען ברי על ההלואה.

ובזה היה מקום לדמות נידון זה למה שהתבאר בדעת הסמ"ע כה"ג שהמלוה שמא והלוח טוען פרעתין תוך זמני אע"ג דהכא הלוח טוען ברי מ"מ הא הוי טענה גרועה ולא נאמן לומר פרעתין ול"ג מהאומר איני יודע אם פרעך - ואם כשהמלוה טוען שמא אין תורת חיוב ה"נ לא יתחייב.

ואולי היה מקום לדייק מהגמ' גופא דלא משני התם דהמשנה איירי בלא קא תבע ליה בכה"ג שחייב הוא דמודי בגזל אלא דלא ידע אם פרע אלא משמע דכשהתובע שמא לעולם פטור ואין חילוק וצ"ע.

ומסתימת השו"ע בסי' ע"ה המובא שם כל ההלכות האלו לא מוזכר דשמא של מלוה יש חילוק מה היה השמא אם שמא על עצם ההלואה או על הפירעון ומשמע דלעולם וא"כ הן הן דברי הסמ"ע, אולם מדברי הקצות שהבאנו לעיל משמע דיש מקום לומר דאינו דומה דתוך זמנו הוי טענת ברי ולא כאיני יודע אם פרעתין

חיוב דיש לומר דאף בשמא איכא חזקת חיוב, ואולי היה מקום לדקדק מדברי החזו"א [ב"ק סי' ד' סק"ז] דדן לגבי אדם דבהמתו הזיקה בהמת חבירו ויש ספק אם שמר כראוי ופטור או לא שמר וחייב, נקט שם החזו"א דכיון דההיזק לפנינו חשיב המזיק כטוען דבר מחדש ועליו לברר, דהיי' מבואר דאיכא חזקת חיוב הגם דהניזק לא טוען ברי שלא שמר אלא ספק הוא, מ"מ על המזיק לברר.

אך יש לדחות בפשיטות דהתם כלשונו דהנזק לפנינו ועתה אנו רואים הנזק ויש סיבת חיוב עתה ולא כמו הלואה דהיה הלואה אבל עתה כבר אין לפנינו ודאי הלואה ובפרט דהלואה עומדת לפירעון והכא הניזק ג"כ לא אמור לדעת אם שמר או לא ולא נחשב שמא ובודאי דהמזיק נחשב כמחדש מצב ועליו להוכיח אבל הכא כשהמלוה טוען שמא אימא כשהלוח טוען פרעתי לא נחשב כמחדש מצב דחוב עומד ליפרע וכנ"ל.

יב] אלא דיש לדמות זה להאי סוגיא דברי ושמא, - דהנה בגמ' בב"ק קיח. אסיק' מנה לי בידך והלה טוען איני יודע אם פרעתין, ואי טעין איני יודע אם נתחייבתי לכו"ע פטור, ויש לדון כה"ג דהמלוה טוען איני יודע אם הלוייתי והלוח טוען איני יודע אם פרעתין כיצד יהיה הדין, דקאמרי' בגמ' התם על המשנה ה"ד אילמא דלא קא תבע ליה אמאי חייב אלא דקא תבע ליה ופי' רש"י וא"ל גזלתני דהוי טענת ברי, ויש לדון א"כ אי הכוונה דלא קא תבע ליה האם דוקא דהתובע כלל

שהיה הלואה בשטר וכמו דאסהידו העדים.

יד] **אלא** באמת יש לבאר לא כן ובחידושי הגר"ח על הש"ס [שבועות מא.] וכן בקוב"ש [ב"ב אות תכ"ו] וכן באו"ש [עדות פכ"ב ה"א] כתבו לבאר באופ"א וז"ל האו"ש 'ע"כ דהך חזקה אינו בירור על הדבר שלא נפרע רק הענין דמה יעשה אדם להיות נותן מעותיו ויביא עדים שלא זזה ידם מתוך ידו האם יתכן זה - ונמצא לא ילוה לשום אדם ויהיה המשא ומתן בעולם בטל, על כן כן הוא כשיבוא עם השטר יגבה בחייו ובמותו ובהכחשה אפי', והוי כאילו הימניה מעיקרא כל זמן שיבוא עם השטר יגבה חובו' עי"ש, מה שהאריך בזה [ועי' מש"כ בענין זה בחיבורי צורתא דשמעתא ס' ט"ז אות ח'], א"כ לק"מ דכל זה דוקא שיש שטר אבל אם אין לו שטר לא.

אך מ"מ יש מקום ללמוד כהביאור הראשון והוא מלשון הרשב"ם לקמן ע. ד"ה או דלמא אמר ליה מפקיד שטרך בידי מאי בעי לא היה לך להניח השטר בידי אילו החזרת לי פקדוני כדי שלא אחזור ואתבענו וכמו מה לי לשקר במקום עדים וכו' - וא"כ יש מקום לפרש דעת הראב"ד כשיטה זו, וא"כ אין בהכרח לפרש דנחלקו בגדר דתוך זמנו אלא בגדר הנאמנות של הלואה לטעון פרעתי כנגד השטר.

ואם המלוה שמא בכל אופן יפטר ולא מצד דאין חזקת חיוב אלא דהלואה הוי ברי ובכה"ג הברי עדיף הגם דאיכא ריעותא בטענתו וצ"ב בזה.

יג] **הנה** נחלקו הרמב"ם והראב"ד [פ"ד ממלוה ולוה ה"ג] בשטר שנפל ועדין בתוך זמנו כתב הרמב"ם שנאמן לומר פרעתי אפי' בתוך זמנו אפי' שיש עדים שמקיים את השטר, ובראב"ד השיג ע"ד וכתב ובשבועה יטול.

והנה היה מקום לבאר דמחלוקת זו תלויה בחקירה הנזכרת, דהנה כשאין שטר דוגמתו למלוה שמא דהיי' דהגם דהכא אירי דיש עדים על הלואה מ"מ כה"ג דהיה מלוה בשטר ואבד השטר הוי ריעותא בחזקת חיוב ותו לא חייב [או כהקצות דהוי ברי ושמא וברי עדיף] ונאמן בטענה גרועה [בתוך זמנו] דפרע, ומאידך אי נימא כהצד ב' דהוי אנ"ס א"כ מאי אכפת ליה דאין שטר סו"ס איכא אנ"ס ולכן חייב, וא"כ י"ל דהראב"ד סבר כהצד זה, אך אכתי צ"ע במה שכתב דנוטל בשבועה ואולי י"ל דנמי מודה דסו"ס איכא ריעותא דאין לו שטר וצ"ע.

אלא דבדעת הרמב"ם צ"ב דכיון דאיכא עדים על הלואה והוא לא כופר בזה אלא טוען פרעתי א"כ איכא עליה טענה למה הניחו השטר אצל המלוה ובזה הסברא דכל שלמלוה איכא שטר בידו לא נאמן לומר פרעתי א"כ ה"נ ומאי גרע בזה שנאבד השטר למלוה עד כמה דידעי

חלקים בירור ונאמנות, א"כ מיגו דהעזה בבירור ליכא אבל נאמנות איכא, ובממון מהני נאמנות לפיכך אמרי' מיגו אפי' העזה, אבל שבועה כדי להיפטר בעי' מיגו דראיה, א"כ לא מהני מיגו דהעזה אך הכא כיון דאיכא חזקה א"א פורע תוך זמנו סברא נמי דלא יועיל מיגו דנאמנות ובעי' מיגו של ראייה ובירור ובזה מיגו דהעזה לא מהני.

מזן וכל זה דעת תוס', מאידך גיסא הרמב"ן נחלק וסבר דמהני לטעון מיגו דאי בעי טוען פרעתי ביום עצמו, אך הביא שם דברי השיטמ"ק דכתב כדברי התוס' אך לא מטעמיה אלא מטעמא אחרינא והוא משום דרוב אינשי לא פרעי ביומא והינו דקאמר ר"ל ולואי שיפרע וכו' ותמה ע"ד דמה בכך כיון דאי טעין הכי יהיה נאמן א"כ אית ליה מיגו, אלא ביאר בדבריו ע"פ יסוד אחר - דכל הצד בגמ' דאמרי' מיגו במקום חזקה הינו דוקא דהמיגו הוי פה שאסר הוא הפה שהתיר כגון דאנו נמצאים לאחר הזמן והוא עצמו אומר שפרע - אין ידוע לנו החזקה אלא מפיו, אבל בעומד תוך זמנו ידיע החזקה אע"ג דאית ליה מיגו אינו נאמן במקום חזקה, ולכן ביום דמישלם זמניה לאו מפיו אנו חייין והחזקה ידועה לפנינו א"כ ל"ש הפה שאסר ולא נאמן עייש"ד.

רק מה דצ"ע טובא בדבריו דממ"נ אי לא מהני מיגו כיון דיש חזקה דא"א פורע תוך זמנו א"כ אף בלא מיגו לא יהיה נאמן, ואם אי"ז חזקה אלימה ונאמן לומר

וא"כ נימא דתלוי בזה יש מקום להוכיח דמה שכתב הסמ"ע דכשמלוה טוען שמא לא גובה וביארנו משום דקסבר דהחזקה הינו חזקת חיוב וכשאין חזקת חיוב לא גובה והביא הסמ"ע מדברי המרדכי ובש"ך פקפק במקור זה אך לפי הנ"ל י"ל דע"כ המרדכי סבירי ליה הכי דנמי בריש דבריו מי' ההלכה הנ"ל דאם נאבד השטר לא גובה אפי' תוך זמנו וכפי שביארנו נמי מבואר דין זה לפי צד זה דכיון דאין שטר אין חזקת חיוב והבן.

מזן הקשו בתוס' [ד"ה ובא בזמנו וכו'] 'וא"ת מ"מ ניפשוט מהכא דלא אמרי' מיגו דאי בעי אמר פרעתין עתה ואומר ר"י וכו' מ"מ אי"ז מיגו דלא חציף איניש למימר פרעתין היום אבל רגיל הוא לומר פרעתין אתמול ושכחת' ע"כ, ובפשטות דבריו הוא דהוי מיגו דהעזה, ותמה הקצות [סי' ע"ח סק"ה] דהא קי"ל דאמרי' מיגו דהעזה [וכן משמע נמי מתוס' לקמן נב: ד"ה דברים] וע"כ כתב והתוס' אולי ס"ל דאפי' בממון לא מהני מיגו דהעזה.

ובתרומת הכרי [סי' ע"ח] כתב ליישב דכיון דאיכא חזקה אין אדם פורע תוך זמנו אע"ג דמעיקר הדין מהני מיגו כנגד מ"מ בעי למיגו מעליא טובא ושלא תהיה בו העזה וכו', וכן בתומים [סי' ע"ח סק"ח] כתב ג"כ הכי דכיון דאיכא חזקה לא מהני האי מיגו דהעזה, וביאור סברתם יש לפרש ע"פ מה שביאר הקוב"ש [ח"ב סי' ג' - וכן בחידושו] למסכת אות כז' ביאר דכל מיגו יש ב'

דפרע למה שמיגו לא יהיה לו וצ"ב כעת, ובנוסף לפי מה שביארנו דאי הוי בגדר חזקת חיוב למה שלא יהיה נאמן במיגו הא כה"ג הוי טענה טובה ואם הוי כאנ"ס ולפיכך לא מהני מיגו נגד אנ"ס נמי בטענה גופה לא יהיה נאמן.

[ז] **בגמ'** ע"ב מסתפקי' אי כה"ג דאיכא מיגו מהני נגד החזקה ולכאור' צ"ב אי כהצד דהוי כחזקת חיוב למה שלא יהני מיגו ואי הוי כאנ"ס מאי יהני מיגו והא ברור הוא דלא אמרי' 'מיגו נגד אנ"ס', אלא יש לבאר דהיא גופה זה היה ספק הגמ' אי הוי כאנ"ס או כחזקת חיוב וכן משמע מדברי הגר"א [סי' ע"ח סק"ח] - דכתב על דין השו"ע שהובא באריכות לעיל דהוחזק כפרן וכתב דס"ל דחזקה הוא כמו עדים וכו' וצ"ע שהרי איבעיא להו לגמ' אי אמרי' מיגו וקיי"ל לקולא דאמרי' מיגו אלמא לא הוי כעדים וכו' - והבן.

[יח] **הנה** דקדק הרעק"א בדברי רש"י במתני' האי דינא 'עד ד' אמות בחזקת שנתן' - ופי' רש"י 'דמשו"ה נאמן דודאי פרע דאל"ה לא היה בונה אלא היה צועק עליו בב"ד' - וק' הא אפי' הוי ספק אם פרע או לא נמי נאמן שפרע דהרי הכולת הוי ברשות שניהם והוי מוחזק בממון ובמקום והממעה"ר, אלא כתב דבשלמא רש"י י"ל דפירש כן משום דהיה קשה לו לשון המשנה דתנא בחזקת שנתן משמע דהויא חזקה גמורה משו"ה פירש רש"י דודאי פרע אבל על המשנה גופה

קשיא אמאי באמת תנא לישנא בחזקת שנתן.

אלא כתב לבאר דמשו"ה תני בחזקת שנתן כפירוש רש"י דודאי פרע ונמצא דאפי' אם הכולת נפל אחר כן לרשות תובע נאמן הנתבע שפרע, ולכאור' כל דבריו הוא לפי דרכו שגם בקושיתו דתמה דלולי טעמא דודאי פרע נמי נאמן וכתב משום דהם מוחזקים שניהם באבנים על כן כתב דנפק"מ דאחד מוחזק ואחד לא מוחזק, אך לכאור' אם נימא דצריך להיות נאמן משום דכל שפא ושפא זימניה וכתירין הגמ' א"כ נאמן מדין כל הלואה דנאמן לאחר זמנו לומר פרוע א"כ מאי הועיל לזה שהוא מוחזק באבנים סו"ס נאמן לאחר זמנו [כל שאין שטר נגדו] וכן תמה התומים ולפ"ז לא משני שפיר, ונחזור לדברי הרעק"א דתו הקשה אך קשה לפ"ז מאי פריך בגמ' אי דאמר פרעתי בזמנו פשיטא הא איכא נפק"מ אפי' אם נפל הכולת אח"כ לרשות התובע נאמן הנתבע שפרע עכ"ל עי"ש.

[יט] **וברתומים** וכפי שהוזכר האריך ג"כ בדברי רש"י וביישוב דבריו על פי הסוגיא להלן דאמרי' תנן בחזקת שנתן וכו' ומשני שאני הכא דכל שפא ושפא זמניה הוא - הנה מצינו מחלוקת גדולה בראשונים בביאור תירוצי הגמ' דכל שפא ושפא זמניה הוא.

הרשב"א כתב 'ולעולם אין בכך תוך זמנו אלא לאחר זמן וא"ת א"כ

דמשני דכל שפא ושפא זימניה הוא ותמה
הא פשיטא וכקושית הרשב"א אלא כתב
דהגמ' אתי למימר דכל הסברא דר"ל הוא
דוקא בהלואה דכיון דא"צ לשלם לו אלא
בסוף הזמן משום טרדא כזו לא פריע תוך
זמנו, אבל הכא כל שפא ושפא זימניה הא
יש לו טירדא דכל שפא ושפא א"כ עביד
איניש דפרע מעיקרא בעד כל הכותל כי
הכי דלא ליטרידיה בכל שפא, וא"כ ה"ה
בקונטרסין.

והוסיף דבטור לא משמע הכי דהטור [סי'
קנ"ז סעי' כ"ד] כתב דבכל שורה
ושורה זמנו הוא ולא דוקא בכל אלא
קודם גמר שורה, וביאר הב"ח דהוקשה
לטור הקושיא הנ"ל דממ"נ אי איירי בסוף
הד"א הא הוי לאחר זמנו ופשיטא דנאמן,
ואי איירי בתוך הד"א שלא גמר הא הוי
תוך זמנו אלא כתב ולא דוקא דכל
שהתחיל השורה נאמן על השורה הזאת,
אך הש"ך חלק ע"ד דלפ"ד אפי' לא
התחיל כלל בשורה ועומד בשורות
קודמות לזה נמי נאמן לומר בעד כולם
שפרע וכנ"ל.

ובתומים כתב על כל זה דנראה דמרש"י
והטור אין מקור לזה ובריש
דבריו הביא דברי רש"י ותמה ע"ד
התמיהות לעיל, והוסיף לתמוה מאי
הוקשה לר"ל מסיפא בחזקת שלא נתן
אלמא לא פרע דממ"נ אי מיירי בסוף כל
שפא ושפא הוי לאחר זמנו ואף לאביי
ורבא קשיא, ואי איירי בתוך השפא ושפא
והוי כתוך זמנו אפי' תוך ד"א לא צריך
להיות נאמן.

תיהדר קושיין לדוכתיה פשיטא וי"ל דהיא
גופא קמ"ל.

וברבינו ינה כתב פירוש - אחר גמר
השפא והחידוש שלא יכול
לומר לו לפני שנגמר השפא נמי שילמתי
כיון שהרי גם מתחילה היה מחויב לבנות
עמו קמ"ל דל"א תוך זמנו עד גמר הבנין
- אבל כל שלא גמר לבנות כיון דהתחיל
לבנות משלו הרי הוא כמי שפוטר
מלבנות עמו עד גמר הטור שהתחיל עי"ש.

מאידך הריטב"א כתב ופרקינן דשאני
הכא דכל שפא ושפא זימניה הוא
פי' שאפי' תוך הד"א לאחר זמנו הוא
ואע"פ שטען שבאותה שעה פרע על
הנשאר [דהי' גם על מה שלא בנה עדין]
ג"כ [נאמן] שדרך להקדים מעות על הבנין
עכ"ל - הרי להדיא דלא כהרבינו יונה.

בן המרדכי דן באחד שהשכיר סופר
לכתוב לו כמה קונטרסים
וכתב לו מקצת הדין דאע"ג דחזקה א"א
פורע תוך זמנו ושכירות אינה משתלמת
אלא לבסוף מ"מ הא אמרי' דכל שפא
ושפא זימניה הוא וה"נ כל קונטרס וכל
מסכתא זימניה הוא ואע"פ שקצין עמו
לכתוב כמה קונטרסים ביחד דמ"ש מן
הכותל וכן כל מלאכה המתפרדת בדבר
מסוים יש לומר הכי והממעה"ר.

דין זה הובא בשו"ע [סי' ע"ח סעי' א']
וכתב ע"ז הש"ך [שם סקי"ד] דנראה
מדברי הרמ"א דדוקא בקונטרס דגמרו
נאמן אבל כתב דלפענ"ד אפי' על כל שאר
הקונטרסים שכתב נאמן, והוכיח זאת מהא

לב"ד שישלם לו מה שכבר הוציאו ויסייעו להבא דכל שורה בבנין וא"כ אין הפירוש כל שפא ושפא זמניה הוא בסוף השורה אלא כבר מתחילת השורה סברא דלא המשיך לבנות עד שכבר ביקש ממנו ובזה הוי זמנו וכבר שילם לו, וא"כ דברי הגמ' כל שפא ושפא ודברי רש"י דהיה צועק עליו כוונה אחת לשתיים ורש"י פירש כוונת הגמ', ומעתה לק"מ כל הקושיות דביותר מד"א ל"ש כל שפא ושפא כיון דאין בזה הסברא דיכול לכופו ולצעוק עליו בב"ד וכן מש"כ הטור תחילת שורה א"ש אמאי נחשב כתוך זמנו וכנ"ל ולפ"ז אין ענינו של סברא זו לקונטרסים ולדינא דהמרדכי דודאי הסברא שכל מלאכה המתפרדת אין מקום לומר אלא שישלם לו בגמר הספר כי מה לו בחצי הספר הלא שכרו לכל המלאכה ולא יכול לתובעו בב"ד כלל וכנ"ל, וכל דברי הגמ' הינו בדבר שיש חוב לשניהם לעשות ולא בסתם הלואה.

בג [אך לכאור' קושית הרעק"א אכתי קשה דלשיטתיה רש"י דפירש ודאי מכח הלישנא בגמ' בחזקת שנתן ואף אי נימא דבהו"א של הגמ' לא סלקא דעתך כה"ג הא גופא קשיא כיצד הגמ' סברה כן הא א"כ כיצד יתפרש לשון המשנה 'בחזקת שנתן' וכיצד הגמ' סברה דאע"ג דהוי תוך זמנו הוי בגדר דודאי פרע וע"כ דהוי כלאחר זמנו ופרע וכנ"ל ודו"ק.

עוד צ"ע גדול דכתב שם 'ועוד שורה אחרונה מאכ"ל דכאן ל"ש תחילת שורה דהא קודם שבנה אותו שורה אין

ותו מ' דברי הטור הנ"ל ותמה למה באמת בתחילת השורה כבר נאמן ולמה נחשב בתחילת שורה זמנו הוא.

בא [על כל זה ביאר בטוטו"ד, דהא גופא יש מקום לומר דחז' דזה התחיל לבנות הכותל מעצמו, וצ"ל דידוע דזה התחיל לבנות משלו לבד כמש"כ התוס' בע"ב ד"ה אילמא וברש"א שם וא"כ יש סברא דכיון דכבר התחיל לבנות משלו מסתמא אין תובע מחבירו עד דמשלם הבנין לדעת כמה מגיע וא"כ קודם גמר כל הבנין הוי קרוי תוך זמנו, או דלמא להיפוך דמה בכך דהתחיל מתחילה לבנות לבד - מתחילה ביקש לעשות התחלה לבנין וכל התחלות קשות, אבל בשכבר בנה שורה או שתיים מה"ת יגמור הכל משלו ולתבוע אח"כ לחבירו תיכף צועק על חבירו בב"ד תן לי חלקך דמה דכבר בניתי ותן לכל שורה ושורה חלקך מה שאבנה עוד כי לך המשפט הבנין כמוני ולמה אקיף לך ומשפט זה גלוי לכל שיזכה בדין, ומדשתק ולא בא לב"ד ש"מ דבאמת עשה לו כך ופרעו ואי"ז ראייה ממה שמתחילה התחיל לבנות משלו דיקיפנו עד גמר הבנין עד שיהא נקרא בתוך זמנו.

וזו סוגית הגמ' כי בקס"ד ס"ל כסברא ראשונה דהוא מתחילה התחילה התחיל לבנות משלו הרי זה בחזקת שקיבל עליו להקיפו עד גמר הבנין, והרי זה בגדר א"א פורע תוך זמנו ומשני הגמ' לא כן דאי"ז בגדר תוך זמנו דזה שגמר שורה אחת ושתיים תיכף זמניה הוא להזמינו

מחויב ליתן לחבירו דבר ובמה יכופו לפרוע ראש' - והדברים תמוהים הא כיון דאיירי עד ד"א ומדין היזק ראייה מחויב לבנות ויכול לכופו לאלתר שיעזרנו ויסייע עמו בבנין ולמה כתב אין מחויב ליתן לחבירו וצ"ע.

עב"פ נמצינו למדין כמה שיטות בענין, אי מפרשי' כהשיטות דכל שפא ושפא זמניה לפרוע א"כ ודאי דהוי זמניה כהפשטות והש"ך מחדש דא"כ אפי' מה

שלא התחיל לבנות וכן משמע מהריטב"א. **והטור** שכתב כל תחילת שפא לכאו' לא יובן לפי דרכו של הש"ך דמה ענין דוקא דכל שפא ושפא ואם יש סברא ששילם לו מתחילת השפא על כל השפא נמי נימא סברא זו על שאר השורות שאכתי לא התחיל לבנות וע"כ מוכח לכאו' כסברת התומים דהוא דין אחר לגמרי והוא נאמר בדבר שהוא חוב לשותפין ולא בחוב דעלמא ודו"ק.



פרק חזקת הבתים

ס' ח'

בגדר החזקה בקרקע ובעבדים ובמטלטלין

- הקדמה לפרק [כת].

כדין אנ"ס גמור או דהוי כסברא לעורר הספק ולהרע המר"ק וממילא מעמידים בחזקת המוחזק אבל אי"ז כאנ"ס ובירור של התפוס אלא מספיקא הוא מוחזק.

ולפ"ז יש לבאר ב' התירוצים, הנה יש לדקדק בהאי סברא דאחזוקי דאין הכונה בו דלא חשבינן לעבור על איסור גזל דאת"ה מאי אולמיה התופס לא לחושבו בגזל מהאי מערער דלחושבו לגזלן, ועוד בכלים שעשויים להשאל ולהשכיר דאינו נאמן הא כיצד חשבי' דגזל, אלא ע"כ הכוונה דלא חשבי' לעשות מעשה חטיפה ואלים של גזל, וממילא כשאנו רואים את החפץ בידו לא חושבים שחטפה מהבעלים ולכן בכלים העשויים להשאל ולהשכיר דלא נראה בהאי חטיפה דאיכא סיבה לומר שהונחו אצלו לשאילה או שכירה בכה"ג לא היה צריך לעשות מעשה חטיפה ע"כ לא נאמן, וכן בגודרות ה"נ דאזלי" מאליהן.

[ד] א"כ לפי ביאור זה נמצינו למדין חילוק ברור בין מטלטלין לקרקעות בהאי סברא לומר דבשלמא

א] בהקדמה לריש פרק חזקת הבתים יתבאר בעז"ה יסוד גדול המובא ברבינו יונה דף כח: בענין חזקה שאין בו טענה אך למדין מזה יסוד כללי והוא מה שנאמר במשנה חזקת הבתים דוקא משמע דמטלטלין אינו כן וכן הדין נותן דקרקע כדי להיות מוחזק בעי ג"ש ואילו דמטלטלין מבואר דאחיזה הראויה לפי פרטי הדינים המבוארים הוי חזקה לאלתר וההפרש בניהם טעון ביאור.

ב] הנה כתב הרבינו יונה וז"ל 'לפיכך כל זמן שאינו טוען כלום קרקע בחזקת בעליה עומדת והא דלא אמרי' הכי במטלטלין אלא הרי הן בחזקת התפוס בהן אע"פ דאין עם התפיסה טענה, התם לפי שכבר יצא מרשות הראשון שהרי זה תפס בהן, ועוד דאחזוקי אינשי בגנבא לא מחזקינן וכיון דאינן עשויים להשאל ולהשכיר ודאי מיד הראשון באו לידו'.

ג] וביאור דבריו בב' התירוצים - הנה ידוע חקירת רבינו הגרנ"ט [הובא בריש מכילתין ס' א'] בגדר הדין אחזוקי אינשא בגנבא לא מחזקינן, אי הוי

וכמו שכתב תוס' ב"מ קג. ד"ה פרדיסי וכו' - ממילא אמרי' דהמר"ק לא הוקלש ול"ש לתפוס הקרקע והמר"ק אלים וכו"ל, אך מטלטלין כן מצינו קניני גזילה דהיי' דשייך לסלק המר"ק והסברא דכן יכול להצניעו מהבעלים ושליטת הבעלים על החפץ הופקעה מיד דהלה תופסו לפיכך הוי מוחזק - וזה ביאור תירוצו הראשון של הרבינו יונה ודו"ק.

[ו] עוד חילוק מתבאר בדברי הרשב"ם לקמן מב. ד"ה אין להם חזקה וכו' דבקרע איכא שטר משא"כ במטלטלין, ומבואר מדבריו דמצד אחזוקי אין חילוק בין קרקע למטלטלין וכו"ל, ואף מצד התפיסה בקרקע אין חילוק ולא זו הסיבה לומר דצריך חזקה ג"ש אלא רק מהטעם של שטר ובהמשך יתבאר בענין זה באריכות.

[ז] הנה כתב הרשב"א במתני' 'והעבדים - קשיא לי אמאי תנא הכא העבדים דמשמע דדוקא משום דעושין פירות חזקתן שלוש שנים - הא לאו הכי לא בעי ג"ש ואמאי והא מנפשיהו קא אזלן והוו לי כגודרות דאין חזקתן לאלתר אלא לאחר ג"ש' וכו'.

ודבריו צ"ב במש"כ דמשום דעושין פירות בעי' ג"ש וכי איזה טעם נאמר בזה ומאי שייטא זה לזה - אלא היה אפ"ל דלפי ר' ישמעאל במתני' דבשדה בית הבעל ל"צ ג"ש אלא י"ח חודש ובשדה בית הלבן צריך ג"ש דאכילה אחת חשוכה שנה וזו כוונתו - אך א"א לומר

מטלטלין איכא סברא של אחזוקי לא לחושבו שעשה מעשה גזילה, אך בקרקע אין צריך מעשה גזילה אלא כ"א יכול בחפצו להכנס לקרקע חבירו בכה"ג לא אמרי' דנאמן בלקוח, ולפו"ר זה כוונת התירוצ' השני של הרבינו יונה [אלא א"כ מאי הוי ג"ש יתבאר להלן בעז"ה בדברי הרשב"א].

אלא דאי נימא כהצד דאחזוקי אינו אנ"ס וסברא אלא רק מהרע את המר"ק וממילא הוי מוחזק יש לכאו' לדחות ד"ז דהכוונה דאיכא חזקת כשרות, וממילא נעמיד בחזקת המחזיק א"כ למה שבקרע לא נימא הכי דהאחזוקי הוי דררא להרע המר"ק וממילא יהיה מוחזק דל"צ בזה סברא חזקה של אנ"ס שלא רק כדי להרע המר"ק ולכאו' אף בקרקע נימא הכי [אלא דבכלים עשויים להשאל ולהשכיר אף את החזקת כשרות ל"ש וכן בגודרות, ובנוס"א י"ל דהמר"ק אלים ממוחזק כיון דהמר"ק הוי חזקה דינית דהדין מראה לומר כן משא"כ בחזקה הוי חזקה מציאותית וחזקה דינית אלימה, אלא כה"ג דאיכא אחזוקי והוקלש המר"ק ממילא החזקה הדינית אינה אלימה מהחזקה המציאותית ובהמשך הדברים אולי יהיה נפק"מ לפי האי לישנא].

[ח] **אלא** בזה צריך לבוא ולבאר חילוק נוסף בין קרקע למטלטלין וזה לכאו' תירוצו הראשון של הרבינו יונה, וביאו"ד הוא דמצינו דאין קרקע נגזלת והמתבאר בזה דל"ש לסלק רשות בעלים מהקרקע דקרע ל"ש להצניע מהבעלים

אין לו להיות בטוח מדלא מיחה כיון
דהבעלים לא מערערין בכזו חזקה.

ולכאן' למה לא פירש בפשיטות דאפי'
אם הבעלים היה צריך למחות
מ"מ איהו גופיה לא בטוח בעצמו כדי
לאבד השטר, בזה י"ל דדוקא כלפי הדין
ג' שנים וכלפי אכילות בזה בגוף החזקה
איכא למימר הסברא הזאת דכשלא עשה
ג"ש או אכילות [בג' שנים] לא בטוח
בעצמו, אבל כה"ג דעיקר החזקה קיים
ג"ש ואכילות אלא דלא החזיק כצורה
שמחזקים איכא ריעותא בחזקה בזה איכא
סברא דלא בטוח בעצמו דכן עשה עיקר
החזקה לכן פ' הרמב"ן סברא אחרת
וכנ"ל ודו"ק.

אלא ע"כ צ"ל ברשב"א דודאי אין כוונתו
לתלות טעם הדין ג"ש משום עושין
פירות וכן בודאי יש חילוק בין חזקה של
קרקע לחזקה של מטלטלין, אלא י"ל
דלמד הרשב"א דהמנין ג"ש שנאמר
במשנה הוא נמי שייך לדין קרקע ובזה
תמה [ומש"כ עושין פירות אי"ז אלא שם
ביטוי לקרקע אבל לא שזה הטעם] דלכאנ'
בעבדים נמי יצטרכו ג"ש אף לא מצד
שדומין לקרקע [ואה"נ הג"ש אלה לא
יצטרכו אכילות ובזה כן מהני הדימוי
לקרקע אך מ"מ מנין ג' לא תלוי בקרקע]
והמשנה משמע דדוקא משום דין קרקע
בעי' ג' שנים.

לזה יישב הרשב"א וי"ל דגודרות אין להם
חזקה לאלתר, אבל לאחר שנה או
שנתיים שדרך הבעלים להקפיד ואינם

כן דהא איהו גופיה להלן כח: ביאר
במתני' דאיכא דעת רבנן דבעי' ג"ש
לעולם אף בבית הבעל רק ל"צ מיום ליום
הכוונה אכילה רצופה דאינו צריך להחזיק
אלא כדרך הבעלים, אבל צריך ג"ש להיות
בקרקע להתעסק בה וכדו', א"כ אדרבא
אין פירות תדיר הסיבה לג"ש דאף מה
שאינו עושה כן בעי' [ובהמשך יתבאר עוד
הכרח דדברי הרשב"א אזלי' כדעת רבנן
ולא כר"י].

ובנוסף יש לתמוה בגוף קושייתו של
הרשב"א דהא רב המרחק בין
חזקת קרקע לשאר מילי דבקרקע חוץ
מתפיסה בדבר בעי' 'חזקת אכילות' ואם
יתפוס בקרקע דלא אכילות לא יהני מידי
א"כ עבדים מצד הדין גודרות שלהם לא
היינו מצריכים אכילות אלא תפיסה גרידא
ורק משום דדמי לקרקעות בעי' אכילות
[וביאור הדבר דבעי' אכילות בדבר דיש בו
שטר רק אם ישתמש בו עם אכילות בזה
הוא בטוח בעצמו לא לשמור השטר אבל
כל שלא אכל רק תפס לא בטוח ועליו
להזהר בשטר א"כ בעבדים נמי איכא שטר
אבל במטלטלין דאין שטר ל"צ אכילות].

ח] בהשקפה ראשונה היה נראה לבאר
דקרקע בעי' אכילות דזו
הדרך להחזיק בקרקע משא"כ במטלטלין,
אך א"כ בעבדים תקשי למה בעי' אכילות
הא איכא בהם תפיסה וע"כ צריך לבאר
שעבדים דמיא במידי לקרקע והוא בשטר,
ועי' רמב"ן לקמן לז: דביאר דהא דצריך
להחזיק כדמחזקי' אינשא הוא כיון דשמא

מניחים אותן ביד אחרים יש להם חזקה, ועבדים נמי אי משום האי טעמא לאחר שנה או שנתיים סלקא להו חזקה אבל משום דעבדי פירות תדיר אין להם חזקה עד לאחר ג' וכו'.

ט] ותירוצו צ"ב אם בעבדים לכאור' כן שיין ההוכחה לאחר שנה או שנתיים למה באמת לא יהני האי הוכחה ולמה באמת צריך ג' שנים, אלא בזה ביאר הברכ"ש [סי' כו] דהטעם בזה הוא משום דעבד איכא ביה שטר ולכן עד ג' שנים אכתי איכא ריעותא דאחוי שטרך ולא יהני ההוכחה מעצם השתיקה.

י] אלא דבזה יש נמי לתמוה כיון דהיה צריך הבעלים למחות לאחר שנה או שנתיים ולא מיחה ממילא נמי לא מיזדהר בשטרא ולמה שלא יהיה חזקה לאחר שנה, אלא דזה נמי יש להוכיח דלא איירי הרשב"א בדעת ר' ישמעאל דבאמת לר"י דקסבר דבג' אכילות לחוד מהני ואין אחוי שטרך ע"כ למה דתלוי זה בזה בזמן שהאדם צריך למחות צריך הלה לשמור הטשר, אבל כל זמן שכבר לא מוחה לא מיזדהר א"כ ה"נ היה צריך להיות דלאחר שנה שנתיים לא אמור להזדהר בשטר אלא לפי רבנן א"ש דידוע שיטת הרמב"ן ובעז"ה יובא דבריו ובהמשך הסוגיא דביאר דמצד המחאה כבר לאלתר היה צריך למחות אלא בכל אופן המוחזק צריך לשמור השטר עד ג"ש א"כ מבואר דשמירת השטר לא תלויה במחאה של הבעלים, ואף דכבר יש ראייה לאלתר מדלא מיחה מ"מ צריך לשמור השטר עד ג"ש,

א"כ י"ל שפיר הכא דאף בשנה שנתיים זה הוכחה והיה צריך למחו מ"מ אין זו כדי שלא יזדהר בשטר ואכתי צריך לשמור השטר עד ג"ש, וזו כוונת הרשב"א דכיון דעושה פירות תדיר דהיי' דהוי כקרקע דבעי' ג' אכילות וממילא בעי' ג"ש דיזדהר בשטר וכנ"ל דעד ג"ש לא בטוח בדבר ממילא אין חזקה עד ג"ש.

אך התימה רבתי בזה דהא הרשב"א גופיה לא סבירי ליה כהרמב"ן בגדר החזקה דכתב לקמן כט. דתלוי זה בזה דעד ג"ש אדם מקפיד אבל לאחר ג"ש כיון דלא הקפיד תו לא יקפיד ולכן לא מיזדהר בשטר, א"כ תו הדרא קושיא לדוכתיה דכיון דשנה או שנתיים בכר אמור למחות ומדלא מיחה תו ל"צ להזדהר בשטר [וכן ראיתי מובא בשם הגר"ד כהן ר"י חבורן דתמה בזה] וצע"ג.

יא] הבאנו דברי הרשב"ם דחילק בין קרקע למטלטלין והוא דקרקע איכא שטר אך מטלטלין ליכא שטר וכתבנו דמבואר דלא סבר כהתירוץ של הרבינו יונה אך לפי הנ"ל יש לדחות דנמי סבירי ליה כהתירוץ השני דקרקע ל"ש תפיסה ומטלטלין איכא תפיסה ומ"מ אכתי אין טעם לג' שנים דנימא בתוך שנה או שנתיים כן יהיה אלא ע"כ מטעם אחוי שטרך וכנ"ל ועיין.

מאידך הרשב"ם לקמן לו. ד"ה הגודרות וכו' כתב להדיא דגודרות בעי' ג"ש ופליגי ארשב"א וסבירי ליה כהתירוץ הב' של הרשב"א דאין חילוק בזה ועיין.

ל"ש תפיסה בהם אלא ע"י שטר.

א"כ י"ל נמי ביאור דברי הגר"א דהוי כביאור הרבינו יונה דכיון דקרקע ל"ש תפיסה כלל ממילא בעי' ג"ש כמו"כ בעבדים ל"ש תפיסה כלל עד ג"ש, ולאחר ג"ש הוי כתפיסה בשטר עצמו וכמבואר דחזקת ג"ש הוי כשטר גופיה, א"כ י"ל נמי ברשב"א דמה שהקשינו דיהיה תפיסה עכ"פ לאחר שנה או שנתיים לפי הנ"ל י"ל דמ"מ כיון דהוי כקרקע ודינו כקרקע ל"ש כלל לדונו כתפיסה.

ומיהו גוף דברי החידושי הרי"ם לדמות זה לזה - איכא לדחויי דדוקא תפיסה מדין תפיסה גרידא של מטלטלין בעי' הכי אבל הכא איירי בתפיסה מצד ראייה ולא כדין מטלטלין ובזה לא שייטא לזה שנקנה דוקא בשטר ועיין [ועי' שיעורי הגר"ח ב"ק צו: דכתב לא כן להדיא דאע"ג דעבדים הוקשו לקרקעות תפיסה מיהא מיישך שייך בהם עי"ש].

יב כתב הביאור הגר"א [סי' קל"ה סק"ה] דהא דעבדים בעי' ג"ש הוא משום דהוקשו לקרקעות והדבר צ"ב טובא דהא ודאי בעבדים שייך תפיסה ולא הוי כקרקע אלא לענין דין דאפשר לכתוב שטר ומאי שייטא לדין ג"ש אף לפי ביאור הרשב"א הנ"ל מ"מ לא מחמת ההקש אלא מחמת המציאות בדבר שרגילין לכתוב שטר מיזדהר ג"ש.

יג אלא הביאור בזה י"ל ע"פ מש"כ בחידושי הרי"ם [סי' ק"מ] בדברי הרמב"ן דהנה ידוע שיטת הרמב"ן בכתובות [פב:] דשטר ל"ש תפיסה כיון דבעי' תפיסה הראויה לקנין ושטר הא אין נקנה אלא בכתיבה ומסירה, עד"ז רצה לבאר דכיון דעבדים הוקשו לקרקעות דשייך בהם קנין שטר א"כ י"ל דל"ש תפיסה אחרת אלא ע"י שטר דומיא דשטר ל"ש תפיסה בו אלא ע"י כתיבה ומסירה דהיי' שטר, א"כ כמו"כ קרקע ועבדים



סי' ט'

ביאור דעת הולכי אושא והילפותא וסוגיית הגמ' [כח. - :]

ליתנו ללוקח אלא הוי מדין הממעה"ר וז"ל הרבינו יונה 'מה שור המועד וכו' הכא דכיון דאכלה תלת שנין בלא ערעור ומחאה ומבטל חזקת הבעלים ראשונים ועומדת בחזקת המחזיק והוי ליה קמא מוציא מחבירו ועליו הראיה שחזר ולקחה מזה'.

ויש להעיר קצת מלשון הגמ' דקא אמרי' מה שור המועד כיון שנגח וכו' נפק לה מחזקת תם וכו' ה"נ נפק ליה מרשות וכו' ולפי דברי הראשונים הנ"ל למה לא נקטו נמי כלשון הראשון נפק ליה מחזקת וכו' וצ"ע.

ד] ובן מתבאר בהמשך הגמ' דקא מקשי אי מה השור המועד עד נגיחה רביעית לא מחייב ה"נ עד שנה רביעית לא קיימא ברשותיה וכו' לפי שיטות הראשונים שפיר מצי לפרש וכמו שכתבו להדיא וז"ל הריטב"א ופרכינן דא"כ בג' שנים תיפוך מרשות מוכר אבל לא תיכנס ברשות לוקח עד שנה רביעית דומיא דשור המועד דאע"ג דבג' נגיחות נפק לה מחזקתו אין מועד לשלם נ"ש עד נגיחה רביעית ולא יהא זה חשוב מוחזק יותר מחבירו ונימא כל דאלים גבר וכו'.

אלא לפי דברי התוס' הוקשה לו מה הפירכא הא כיון דילפי' דלאחר ג' א"כ ראיה דלא שייך למוכר ממילא הוי

א] אמרי' בגמ' א"ר יוחנן שמעתי מהולכי אושא שהיו אומרים מנין לחזקה ג"ש משור המועד מה שור המועד כיון דנגח ג' נגיחות נפק ליה מחזקת תם וקם ליה בחזקת מועד ה"נ כיון דאכלה תלת שנין נפק לה מרשות מוכר וקיימא לה ברשות לוקח וכו'.

ב] וכבר גדולה התמיה מה הדמיון בין שור המועד לחזקה, ורגילין לבאר זאת ע"פ החקירה הידועה מהי החזקה של שור המועד האם לאחר ג"פ הוי ראיה שהשור מועד או דבג' פעמים נעשה השור מורגל לנגיחות, א"כ י"ל דאם הכוונה דהוי ראיה זה ילפי' לכאן דלאחר ג' שנים הוי ראיה דהוי של מוכר, ולכאור' כן מבואר בכוונת התוס' במש"כ 'ה"נ הוחזק שתקן בג' שנים א"כ מג"ש ואילך קמה' וכו' - משמע דאיכא סברא דשתק והוי כהוכחה שזה של הלוקח.

ג] מאידך ברמב"ן וברבינו יונה ובחידושי הריטב"א מבואר ביאור אחר והוא לכאור' כהצד דהוי הרגל, דהיי' דכמו דבג' פעמים לא תולים בסיבות אחרות אלא מכח זה אמרי' דעד עתה השור היה בחזקת תם ולאחר ג' נגיחות יצא מחזקתו ונכנס לחזקת מועדות כמו"כ הכא לאחר ג' שנים יצא מחזקת מר"ק ועתה הוא בחזקת המוחזק ולעולם אין סיבה חזקה

מוכר למה צריך זה טענה - הא ודאי אינו צריך לטענה אלא כשיש לו מערער עדים או הודאה שהיא שלו וזו כבר יצאת מרשותו - ביאור דבריו יש לבאר ע"פ מש"כ המרדכי [סי' תקל"ד במתני' לקמן מא.] דחזקה שאין עמה טענה ל"ה חזקה נסתפק רבינו יקר כשלמערער אין שום ראייה שהקרקע היתה שלו אלא שטוען ששלו היתה מעולם אם יזכה המחזיק בשדה אף כשטוען לא אמר לי אדם דבר מעולם ורבינו שב"ט כתב שזוכה בה המחזיק דכל זמן שאין למערער ראייה לא הוי בעל דין כלל ולא הותחל דיון בב"ד על שדה זו וכו' וכן נפסק בשו"ע [סי' קמ"ו סעי' ט'] ובמאירי שם מא. הביא ג"כ ב' שיטות בזה.

ובזה נר"ל דזו כוונת הרמב"ן דהכא לאחר ג"ש הוי כאילו אין מר"ק דכבר יצאת מרשות המוכר וכרגע הוי התפוס כנגד אדם שאין לו שום ראייה ושהוא בעלים ובכה"ג ל"צ טענה וכנ"ל.

ודחי' דודאי יש חילוק דהכא אי"ז ודאי אינו בעלים אלא הוי ריעותא אבל כל שלא נכנס לרשות תופס ממילא הדר דינא שיחזור לבעלים הראשון דרק כשזה תפוס ודאי אצל המחזיק אפשר לומר דאין מר"ק כלל אבל כל שאין הוא תפוס לגמרי הדר דינא שיחזור.

הרשב"א כתב דהקושיא היא דנטוען ליה [אבל בלא טענין ודאי דלא יehנין] ובכל כה"ג יהיה חזקה כשור המועד.

כראיה של הלוקח, ותירצו וכו' ונראה לבאר דבתירוצם נמי מודו לסברת הרמב"ן אלא דבתירוצן הגמ' הדרא בזה הסברא.

[ה] **מאי** דאיכא לאקשויי הא כבר התבאר לעיל בארוכה דל"ש תפיסה בקרקע ואילו הכא כן מבואר בפשיטות דיצא מחזקת המר"ק וקיימא ליה בחזקת המחזיק, אלא הביאור בפשיטות דתלוי הא בהא, כל הסיבה דל"ש תפיסה בקרקע הוא מחמת המר"ק דאלים ולא מסתלק בכדי אך כה"ג דהסתלק המר"ק א"כ תו מצי לתפוס בקרקע ודו"ק.

[ו] **ותו** מקשי בגמ' 'אלא מעתה חזקה שאין עמה טענה תיהוי חזקה אלמה' וכו' - בביאור קושית הגמ' צ"ב רב מאי אלא מעתה ומה השייכות איכא לזה שנלמד משור המועד, וכתב הברכ"ש [סי' כ"ד סק"א] 'דהקושיא היה דלמא דוקא לפי המסקנא דטעם החזקה הוא משום דעד תלת שנים מיזדהר איניש בשטרא - ודאי עיקר החזקה הוא רק ליתן נאמנות להטענה, אבל מה שזוכה הוא דוקא ע"י טענתו ובלא טענה אין לו שום דין ובע"ד כלל בהקרקע, אבל למ"ד דיליף משור המועד א"כ עיקר זכייתו כשטוען לקוח בידי הוא ע"י חזקתו בשור המועד, ואפשר דהוי כמו חזקת הגוף דמהני אפי' להוציא או דלמא דהוי כמו בירור דהעובדה כמו רוב וחזקה וזהו גם גוף הטענה וע"כ הוי ס"ד דלא בעי טענה דטענין ליה אנן וכו' עי"ש.

[ז] **ובביאור** הקושיא כתב הרמב"ן כלו' מאחר שיצאת מרשות של

דמילתא ולא טעין אנן לא נטעון ליה
וביורש ובלוקח הוא דב"ד טוענים משום
דלית ליה למידע.

יא] כתבו התוס' וי"ל דהרי פריך כיון
דילפת משור המועד מה התם
בג' נגיחות הוי בחזקת נגחן הכא נמי כיון
דאכלה ג"ש ולא מיחה הויא בחזקת שלא
ימחה עוד ובלא טענה נמי תהא שלו דאית
לן למימר שמחל לו, וכו', ומבואר מהתוס'
דקאזלי' לשיטתם דפירשו דכל הילפותא
משור המועד הוא דהוי ראיא מדלא מיחה
דהוי של הלוקח א"כ א"צ טענה דאיכא
ראיה ברורה, ובתירוצ' הגמ' יתבאר כבר
ע"ד הרבינו יונה דודאי אין הכונה דיש
ראיה ברורה אלא דיש ראיה לטענתו שטען
א"כ כל שלא טען לא יהני ודו"ק.

יב] במש"ב התוס' דאית לך למימר
שמחל לו, כבר תמהו
הרשב"א הר"ן והריטב"א דל"ש מחילה
אלא על השיעבודים ולא על דבר שבעין
ע"כ נראה דכוונת התוס' כמו שכתב
הרבינו יונה לאפוקי מביאור זה וז"ל והא
ודאי ליכא למילף משור המועד דבתלת
שנין אחיל ליה אחולה ולתלות בשתיקתו
דתיהוי כמאן דאמר ליה לך חזק וקני
במתנה אלא כך אנו למדין משור המועד
דבתלת שנין קמה ליה ברשות לוקח
ומחזקי' ליה שלקחה מן הראשון - מבואר
שפיר דכוונת התוס' הוא שנתן לו מתנה
אלא דהרבינו יונה לשיטתו דאין זה
הלימוד משור המועד אלא כשיטת הרמב"ן
וכנ"ל.

ח] הרבינו יונה תמה דאם לא טען ואמר
לא אמר לי אדם דבר הוי
כמודה שלא קנה וכיצד יזכה לכן פירש
דודאי הכוונה שאמר לא רוצה לדון עמך
או שתק, וביאור הקושיא כתב כדברי
הרמב"ן אך בתירוצ' הגמ' לכאו' נראה
דחזר בו ממה שביאר בסק"ד דלא הכוונה
דיצא מחזקת מר"ק ונכנס לחזקת מוחזק
כהרמב"ן - אלא כדברי התוס' דהוי ראיא
שזה של הלוקח ובתירוצ' הגמ' קא סבר
דאין זה ראיא במציאות אלא ראיא לטענה
שלו וכל שלא טען לא מהני מידי וז"ל
הרבינו יונה 'אלא דלא ילפי' משור המועד
אלא דמיהמנא חזקה למיהוי ראיא למה
שטוען שלקחה הימנו וכו'.

ט] בחידושי הר"ן פירש כדברי הרשב"א
הנ"ל דנטעון ליה, ובתירוצ' **הנ"ל**
כתב בנוס"א וז"ל כלו' שהרי א"א שיזכה
בקרע זה אלא א"כ לקחה וכיון דאיהו לא
טעין הכי הורעה חזקתו שאילו לקחה
בודאי שהיה טוען כן בפירוש וכיון
דאיתליד ריעותא בהך חזקה לא מהני [וכן
מבואר בשו"ת חת"ס חו"מ סי' צ"ח דכל
היכא ריעותא דחזקה של המחזיק ואיכא
ריעותא נגד ריעותא של המר"ק - המר"ק
עדיף עי"ש].

י] בחידושי הריטב"א ג"כ תמה כיצד הוי
ס"ד דמהני בלא טענה הא
הוי כמודה שלא קנה אלא ביאר כנ"ל
דמיירי שאומר סתם שלי ולא בירר וביאר
הקושיא כנ"ל דנטעון ליה ובתירוצ' הגמ'
נראה דהוי בדין טענינן וז"ל ולהכי
מהדרינן דכיון דאיהו קאי וידע קושטא

אלא דאף זה צ"ע מתי עשה המחזיק קנין והא לא ידע שרוצה ליתנו מתנה דאם הלה ידע או עכ"פ חשב כן והתכוין לעשו מתנה למה לא טען זה ומשמע דאין לו באמת לטעון דלא חשב כלום אלא כמו שבאמת טוען דלא אמר לי אדם מעולם.

אלא ע"כ צ"ל וכן ביאר מו"ר הגר"נ קופשיץ שליט"א ע"פ דברי הנמו"י לקמן מא. דאם מקנה מכוין להקנות לאדם [הפועל פעולות הראויות לקנין] אע"ג דאין הקונה מכוין להניי פעולות לקנין מ"מ איכא דעת מקנה ומהני, א"כ כמו"כ י"ל דכוין דתולים דהבעלים מחל הכוונה דנתן לו במתנה א"כ אמדי' בדעתו שנתכוין להקנות לו במה שרפק בה פורתא אע"ג דהמחזיק כלל לא נתכוין לקנות.

יג] בברכ"ש [סי' כ"ה אות ד'] כתב ג"כ לפרש 'וכוונת התוס' דלהס"ד הוא משום דמתסמא מחל לו - הוי הביאור שמכר לו וזה כמה שנים שבא לידי ס' מן הרב דלאהוסק ומביא שיעור אחד משיעור של רבינו הגאון האמיתי החסיד מרן ר' ישראל סלנטר צוקלה"ה על ר"פ חזקת הבתים וזכורני שכתוב שם ג"כ שבאור דברי התוס' שמכר לו בס"ד של מקשן עי"ש, ומש"כ שמכר לו לא ברור מה כוונתו דהרי ודאי לא היה מכירה של מעות דא"כ שיטען זאת ואולי כוונתו למתנה וצ"ע בדבריו.

יד] עוד כתבו התוס' 'אי נמי הא דקפריך למימרא דחזקה שלא בטענה תהא חזקה היינו כגון דאמר ליה מפלניא

זבנה דזבנה מינך אע"ג דלא קמי ידי זבנה ולא דר בה אפי' חד יומא ולא ידע אי זבנה מניה אי לא אלא דהכי א"ל, וצ"ב מה השייכות הקושיא לפי ביאור זה דוקא להולכי אושא.

טז] ובברכ"ש [סי' כ"ז אות ב'] ביאר בארוכה הענין ובהקדם הענין ובהקדם לזה ביאר את דין המוכר בגמ' לקמן [מא:]: דהא דבעי' לדר בה חד יומא שיטען מפלוני זבנתי, הוא דכיון דצריך טענה כיצד הגיע קרקע זו לידיו והחזקה הוי ראייה לטענה ידידיה א"כ חזקתו לא מוכיחה למה שטוען מפלוני זבנתי א"כ על טענה זו ליכא ראייה ולא יועיל חזקתו אלא אם המוכר דר בה חד יומא אין הכוונה דאז מהני חזקתו לעצמו אלא להפך התפוס לא העלה ולא מוריד לגביו אלא רק אם המוכר דר בה חד יומא אפשר לצרף את חזקתו שלו שהחזיק ג"ש שתועיל לחזקת המוכר שהיה תפוס בו יום אחד וממילא תועיל החזקה למוכר וכדמצינו לקמן מא: לגבי ג' לקוחות שמהני החזקה ללוקח ראשון כמו"כ הכא ולפיכך בעי' דר בה חד יומא והתחיל את החזקה דירת יום אחד ובזה מצרפי' לאכילת הלוקח עם חזקת המוכר ואף דהמוכר לא טען - טענינן ליה למוכר ונמצא דהטענינן הוא להעמיד את טענת המוכר על חזקתו של המוכר.

לפ"ז ביאר הברכ"ש דברי התוס' שכתבו דלפי הולכי אושא לא בעי' דר בה והביאור הוא דלפי רבנן דחזקתו הויא להוכיח טענתו בזה איכא חיסרון כלפי

נפק"מ לדידיה אך אי"ז טענה ישירה כמו פלוני פרע בשבילי דזה ודאי טענת פרעתי דנאמן גם לטעון על אחר שפרע לו, אך כה"ג צ"ל דאין בה כח טענה.

אך לפי ביאור הברכ"ש אש"ט דהכא המחזיק בקרקע כלל לא יועיל בטענתו דסו"ס אנו דנים כלפי המוכר והוא הבעל דבר ולא הלוקח וכמו שביאר שם הברכ"ש דהמערער לא טוען כלפי התפוס אלא כלפי המוכר ולזה לא יהני שום טענה דאין הוא בע"ד לטעון טענות וכאדם בשוק וכן ביאר שם הברכ"ש לגבי המיגו של התפוס למוכר ביאר כה"ג דאין הוא בעל דבר עי' ברכ"ש [סי' כ"ח אות ג'] ע"ש ודו"ק.

יז] ותו קפריך בגמ' אלא מעתה מחאה שלא בפניו לא תהא מחאה דומיא דשור המועד וכו' - בביאור קושית הגמ' התקשו בזה הראשונים למה הגמ' נקטה מחאה ולא חזקה דזו גופא נלמד משור המועד, וברש"י יישב ד"ז כמבואר בראשונים דנקט מחאה דזו דמיא לעדות של שור המועד כדי להודיעו לאזדהורי בשטרא.

בתוס' פירש וכן ביאר המהרש"א דזה תלוי הא בהא דכיון דלא מהני המחאה ממילא לא תועיל החזקה דלא היה לו באפשרותו למחות ומיירי שלא היו באותו העיר וכמו שכתבו התוס' לקמן כט. ד"ה אלא וכו'.

יח] **עוד** נתקשו בראשונים דהא אסיקנ' השתא בדעת ר"י ולכאו' אין

טענת המוכר ובעי' דר בה חד יומא וכו"ל, אך להולכי אושא שגדר החזקה הינו מוחזקות [ומבואר בתוס' בתירוץ זה כהביאור הרמב"ן ושאר דלא כתוס' בתירוץ א' דסבר דהוי ג"כ ראייה וכו"ל] בקרקע א"כ מהני רק לטעון כיצד הגיע הקרקע לידיך אך א"צ בראיות אלא עצם התפיסה מהני כיון דיצא מרשות מוכר הלוקח מוחזק וכתפיסת מטלטלין דל"צ להביא ראייה לטענתו ולהכי מקשינן דלא יצטרכו דר בה חד יומא [עי' בשיעורי הגר"ח שם אות קמ"ט דדן אף לשיטות דגם במטלטלין בעי' ראייה לטענתו דזבניה מפלניא עי"ש].

ובתירוץ הגמ' צ"ל כנ"ל דאף לר' ישמעאל לא היה הגדר דמהני תפיסה אלא התפיסה הוי ראייה לטענתו ולפיכך תו בעי' דר בה חד יומא.

טז] **ולפי** דברי הברכ"ש יתיישב עוד ענין שרבות התחבבתי בו, בגמ' לקמן מא: איתא דאם טוען מפלניא זבניה דזבניה מינך בעי' למיגו, ולכאו' למה שלא יהיה נאמן מכח טענה לטעון רק מפלוני זבנה דזבנה מינך ואף לשיטות שביארו דאין כוונת הגמ' שם למיגו מ"מ ביארו דמהני החזקה גם לכזו טענה ולכאו' ל"צ לזה דהחזקה תועיל כלפי הטענה שהיה מכירה אך כלפי שפלוגי זבנה מינך שיהיה נאמן מדין טענה ככל טענות שאדם נאמן בהם.

אלא היה צ"ל דאין כזו נאמנות להעיד על אחר על מה שעשה אע"ג דזו

דלא ישמע מחאתו ממילא לא יהני החזקה
דכל החזקה אף לר"י בנויה על שתיקתו
וכל שאין הוכחה משתיקתו תו לא יצא
מחזקת המר"ק ודו"ק.

מ"מ הלישנא אלא מעתה לכאו' אינו
מתפרש כהקושיא הראשונה מחזקה
שאין עמה טענה דשם התבאר דהוא דוקא
לר"י אבל הכא הא להדיא הגמ' נמי
הקשתה לרבנן לקמן אלא צ"ל דהוי לשון
מושאלת והגמ' נקטה אגב לישנא קמייתא
ועיין.

טעמו משום מיזדהר שטרא ומאי שייטא
מחאה להכא, אלא ביארו דודאי אף לר"י
דילפי' חזקה משור המועד סו"ס איכא דין
מחאה ובדואי דאם ימחה יהני מחאתו ולא
יצא מחזקת המר"ק א"כ כיון שכן יש
דינים כיצד למחות ואם ימחה בצורה
שהלה לא ישמע המחזיק הוי ריעותא
במחאתו ולא תועיל מחאתו ממילא ודאי
נעמיד הקרקע בחזקת התפוס ולזה קפריך
בגמ' ממחאה.

ובן לפי תוס' ודאי כה"ג דלא יכול למחות



סי' י'

בגדר חזקת ג"ש [כט.]

בני שטרא ניהו כי לא מחזי שטרא ריעא חזקתו וכו' אלא כיון דעברו ג' שנים לית ליה להזדהורי בשטרא איקיימת אחזקה וכו'.

ג] ויש לדקדק טובא בדעתם דאם נקטו דיש ראייה לאלתר א"כ למה המחזיק צריך למי' ראייה לג"ש שהחזיק שיביא ראייה לאכילה אחת וכבר איכא ראייה מדלא מיחה, ורק איכא אחוי שטרך בזה סגי שטוען שכבר עבר ג"ש ולמה על המחזיק להוכיח זאת הרי הוא כבר מוחזק מדלא מיחה - וכן הק' בשיעורי ר' שמואל אות ב' ונאמרו בה דרכים רבים בביאורם וננקוט הביאור הרווח המיישב כל התמיהות וכל המכשולות ועפ"ז נבאר כל האי סוגיא ע"פ דרך זו ואל תנח ידך מזה.

והוא דנמי דמכתחילה איכא למימר דיש ראייה לאלתר מדלא מיחה אך כיון דסו"ס אמרי' דאיכא ריעותא דאחוי שטרך א"כ נמי המערער לא מיחה לאלתר אלא כל ג"ש כיון שיש לו טענת אחוי שטרך ולמעשה אין רגלים לדבר ששותק אלא לאחר ג"ש דאז כבר לא יהיה טענת אחוי שטרך ולמעשה אין רגלים לדבר ששותק אלא לאחר ג"ש דאז כבר לא יהיה לו טענת אחוי שטרך אזי איכא ראייה מהשתיקה שלו שלא מיחה, א"כ א"ש שצריך להביא המחזיק ראייה שהיה ג"ש

א] אי' בגמ' אלא אמר רבא שתא קמי' מחיל איניש וכו' וקפריך אלא מעתה כגון הני דבי בר אלישיב דקפדי וכו' אלא אמר רבא שתא קמייתא מיזדהר איניש בשטריה תרתי ותלת מיזדהר טפי לא מיזדהר.

ובפשטות צ"ב בגמ' דנהי דיש טעם לזה דלאחר ג"ש המר"ק מאבד השטר מ"מ מאיזה כח הוא בא להוציא מהמר"ק את הקרקע והלא אי"ז ראייה בעדים להוציא מהמוחזק ע"כ נאמרו בה כמה דרכים.

ב] הרמב"ן לקמן [מב.] כתב בזה"ל 'דטעמא דחזקה לאו משום איזדהרי ידיה לחוד אלא כיון דהאי שתיק רגלים לדבר אלא שתוך ג' אמרי' ליה למוחזק אחוי שטרך, ולאחר ג' כיון דלא מזדהר בה טפי אתרע ליה האי טענה ואמרי' לא לחינם שתק'.

וב"ב הריטב"א 'ומיהו צריך תלמוד מה ענין שיפסיד הלה קרקעו מפני שזה אין לו להזדהר בשטריה כיון דלית ליה השתא לא טעמא דקפידא ולא טעמיה דמחילה - והנכון דשורת הדין כיון שזה מחזיק בקרקע ואוכל בשופי גמור ויודעין הבעלים ואינן מוחין דין הוא שתהא ראייה אפי' באכילה אחת כעין שהתפיסה ראייה במטלטלין, אלא כיון דקרקעות ועבדים

של הנמו"י שם בשם הרמב"ן דמ"מ דרך העולם הוא שמערערין כשמחזיקים אחרים בנכסיהם ואמאי לא ערער זה אם אמת שלא מכרו ולא מצי למימר בחינם הייתי קובל ומערער וכו' [והא דבשעת חירום לא אמרי' הכי יש לומר או דמ"מ איכא אחוי שטרך ועוד דגם אם ימחה לא יועיל משא"כ הכא שיועיל או דהא גופא כיון דידוע דהוא צריך לשמור השטר אף שלא ימחה אין ענין למחות אבל כאן אין לו שום אפשרות אלא למחות וזה שלא מחה הוי ריעותא ועיין].

ה] ויש לפרש הענין, דהנה לכאור' אם אנו נוקטים דמזה שהוא שתק איכא ראי' לאלתר אלא אכתי איכא טענה אחוי שטרך אך הא גופא גוף השתיקה אכתי מוכיחה דאין לו טענת אחוי שטרך דלכן לא טען זאת כי באמת מכר אלא ע"כ למדו דכל הסיבה שאדם מוחה הוא כדי שישמור השטר אף לאחר ג' א"כ שפיר כיון דאין לו שטר בתוך ג' אמרי' להכי שתק כי באמת לא היה מכירה ולמה שימחה הרי אין כאן שטר, ומבואר דאחוי שטרך זה גופה מסביר את השתיקה שלו דממילא אין לו מה למחות כי לא היה כאן לא מכירה ולא שטר, אבל לפי הרמב"ן דבעי' לצעוק גם כשאין שטר א"כ גם אחרי הטענת של אחוי שטרך דמזה אנו תולים שלא מכר א"כ למה באמת הוא לא טען זאת ואדרבא זה רק יכול להוכיח לשתיקה שלו כיון דידוע דאין לו מה לטעון כיון דהיה מכירה ואף דעתה אין לו שטר מ"מ יודע המערער דיוציא לו כדין,

כדי שיוכל להוכיח שהיה שתיקה על ג' דער זמן זה אין ראי' לשתיקה.

ולפ"ז אין מקום לדון למש"כ האחרונים לדון כה"ג שנשרף לו הבית ואין לו שטר או כה"ג דלא כותבין שטר וכל מקום שיש לו טעם הגון שאין לו שטר לא נימא דיועיל חזקה בפחות מג"ש דסו"ס המערער בוטח בג' שנים למחות ואין ראי' מדלא מיחה.

אלא דא"כ יש להק' מה הנפק"מ במש"כ הרמב"ן דתחילת החזקה הינו לאלתר - כיון דלמעשה כהיום אין רגלים לדבר אלא לאחר ג' - לזה י"ל דמקום דגם המערער יודע שלא יהיה שטר עד ג' שנים כגון קטן וע"ז דיבר הרמב"ן לקמן מב. דקטן שהחזיק כה"ג אם ישתוק מיד יהיה ראי' כיון דידוע המערער דאין שטר דקטן לא מיזדהר כלל בשטר וכה"ג אם שתק ולא מיחה [דהרמב"ן סבר דיש ענין מחאה אף בלא סיבת השטר] איכא ראי', ורק כה"ג שהמחזיק אמור לשמור השטר אמרי' הכי ועיין.

ד] עוד יש לברר המחלוקת הרמב"ן והי"מ לקמן, דהנה הרמב"ן שם מי' כה"ג שאב ובנו קטן החזיקו י"מ סברו דכיון דהקטן לא יודע לשמור השטר ממילא אין לו סיבה למחות דהרי טעם המחאה הוא כדי שישמור השטר אבל כה"ג שידוע שלא ישמור אין לו ענין למחות וא"כ אין חזקה, אך הרמב"ן כתב ע"ז לא כן אלא מ"מ צריך למחות וכלשונו

המוחזק בא להוציא מהמר"ק, אך כאן בטענת אבדתי השטר בא להוציא ממוחזק.

אך יש לדון דבשלמא לפי הנ"ל אם כדברי הי"מ דע"י האחוי שטרך ממילא השתיקה מובנת למה הוא שתק ואכתי הקרקע בחזקת בעליה י"ל דע"י שיוכיח שהיה לו שטר נחשב שבא להוציא מחזקת מר"ק, אך אם כדברי הרמב"ן דאף שיש טענת אחוי שטרך מ"מ כבר היה שתיקה וכבר לכאו' יוצא מחזקת המר"ק רק כדי שהלה יזכה צריך להוריד את הריעותא.

ח] ולכאו' ע"ז אי"ז נחשב שמוציא ממוחזק א"כ למה שלא יהיה נאמן לומר אבדתי מהר, ולכאו' אף לדברי החת"ס י"ל דרק כשאין ודאי תפוס ממילא חוזר לבעלים, אבל אי"ז סברא לומר שגם לאחר השתיקה [לפי הרמב"ן] נחשב שבא להוציא מהמר"ק רק הסברא נותנת אם לא הצליח התפוס להחזיק לא נאמר שיהיה כדא"ג, אבל שהתפוס יהיה נאמן לומר אבדתי השטר מוקדם למה שלא יהיה נאמן.

וי"ל ע"פ מש"כ היד רמ"ה דהק' זאת דא"כ נתתה דברך לשיעורין - וכתב ליישב דרק בדבר שנתון בדעת בנ"א שייך להקשות נתתה דברך לשיעורין, אך הכא כו"ע דעתם לשמור ג"ש אלא גם אם יהיה אחד שיאבד אי"ז משום דדעתו כן אלא דרק איתרמי ליה - בזה ל"ש להקשות הכי, ומשמע מדבריו דאה"נ יתכן שאם יטען שמאבד יותר מהר יהיה חזקה פחות

ע"כ ביארו דהאחוי שטרך מסביר גופה השתיקה ועיין.

ו] והנה יש לעיין טובא במה דקאמרי' דכיון דיש אחוי שטרך אכתי לא מספיק ראייה אך מ"מ אכתי שתק ובשלמא לפי הי"מ כנ"ל אה"נ האחוי שטרך מסביר גופה למה שתק אבל לפי הרמב"ן לכאו' היה אמור להיות כדא"ג כיון דיש הוכחה שזה לא של המחזיק ויש גם הוכחה שזה לא של המר"ק והוי ריעותא נגד ריעותא ולמה שלא יהא כדא"ג.

אלא לפי הנ"ל דגם לשיטת הרמב"ן אין רגלים לדבר עד ג"ש א"ש, אך בלא"ה יש לומר דאינו כן, וכן להדיא כתב בתשובת החת"ס חו"מ [סי' צ"ח] אבל האמת יורה דרכו דבכל הני מילי כל שטענותיהן שוות יד המרער על העליונה ע"ש שהאריך בזה ודו"ק.

ז] אלא יש לעיין בגוף דברי הגמ' דקא אמר רבא בתחילה טעם החזקה שתא קמיי' קפיד וכו' וקפריך א"כ בר אלישיב דקפיד א"כ נתתה דברך לשיעורין, וע"ז משני דבג' שנים מיזדהר אינשא בשטרא, ולכאו' תקשי אכתי נתתה דברך לשיעורין שאחד יטען שהוא יותר מהר מאבד השטר ושיהיה נאמן בזה לומר שאיבד השטר יותר מהר משאר בנ"א, כמו דמצינו לקמן דנאמן בעל המערער לטעון לפירות הורדתיך, אלא היה אפשר לחלק לפירות הורדתיך אי"ז נגד חזקה דלהפך

אלא מעתה מחאה שלא בפניו לא תיהוי מחאה אע"ג דכשמיחה אפי' שלא בפניו מ"מ הרי גילה דעתו דקפיד ולית ליה ריעותא נמי למוכר - יש לומר דשפיר פריך אמאי מהניא מחאה שלא בפניו כשמוחה בשנה שניה ושלישית דכיון דשתק בשנה קמייתא ולא קפיד אית ליה למוכר ריעותא וכיון דלוקח לית ליה ריעותא אמאי לא הוי חזקה, ומבואר מדבריו דנקט גם במסקנא הכי דהראיה מלאלתר ולא אמר' כנ"ל דכהיום הראיה היא לאחר ג' שנים.

י' כתב הרא"ש [ס' א'] 'ואם עדי מחאה מעידים שלא אמרו המחאה לשום אדם אפ"ה הוי מחאה' וכו' - בגוף הדין שכתב הרא"ש יש לעיין לכאור' לפי דברי הרמב"ן שכל החזקה הוא מדלא מיחה א"כ הכא ליכא ראיה דהא מיחה והוא לא ידע שהם לא יאמרו לו אלא רק לבסוף אמרו שלא אמרו לאף אחד ויהני המחאה.

אלא לפי דברי התורת חיים שהבאנו שכתב דכה"ג הא אין ריעותא דאחוי שטרך א"כ תלוי אם איירי שמיחה לאחר שנה א"כ יהיה ריעותא למערער מדלא מיחה וגם אין ריעותא דאחוי שטרך כי לא שמע א"כ הדין יהיה עם המחזיק א"כ דברי הרא"ש לא יהיו לפי הרמב"ן אלא א"כ נעמיד את דברי הרא"ש כה"ג שמיחה בשנה ראשונה דאז גם לפי דברי התור"ח ליכא ריעותא דהא מיחה לאלתר ואף כשאין ריעותא דאחוי שטרך מ"מ המחאה הועילה.

מג"ש, אך אי אמרי' ברמב"ן גלגל החוזר דאין ראיה מדלא מיחה עד ג"ש לא אכפת דמאבד מהר סו"ס אין ראיה מדלא מיחה דהמערער לא אמור לדעת שהוא איבד יותר מהא [והדברים טעונים ביאור עוד ואכמ"ל].

ט' ומקשי' בגמ' 'אלא מעתה מחאה שלא בפניו לא תהא מחאה' - היינו ויהיה חזקה, ויש לעיין טובא לשיטת הרמב"ן אם כל החזקה היינו מדלא מיחה כיון דמיחה אע"ג דלא שמע אותו סו"ס אין ראיה מדלא מיחה, אלא י"ל בפשיטות דהא גופא כיון דמיחה שלא בפניו אמרי' דאיכא ריעותא בזה שלא רצה שישמע המחזיק את עירעורו כדי שלא ידע לשמור השטר וכדברי הרשב"א [שבועז"ה נבאר דבריו בהמשך], או י"ל דזה מוכיח דמפחד למחות ולא מעיז פניו לכפור והוי ריעותא דמחאה וממילא תו אמרי' דהוי כשתק והדר דינא דהוי חזקה ולא חדבי' בהאי מחאה כלל וכלל ודו"ק.

ובזה גם ביארנו הקושיא של הגמ' לעיל בדעת ר' ישמעאל דהגמ' הקשתה מחאה שלא בפניו ותמהו הראשונים שם וכי לר"י אין ענין חזקה למחאה אך הביאור כנ"ל דודאי גם לר' ישמעאל מהני מחאה כדי שישמור שטרו ואם מיחה כה"ג הוי מחאה גרועה וכמי שלא מיחה ותו הדר דינא שיהיה חזקה או משום דשתק או משום החזקה לר"י ודו"ק.

בתורת חיים הביא פירוש לחזקה כדברי הרמב"ן והקשה כנ"ל 'והא דפריך

כמערים לשתוק עד שיאבד זה ראיותיו ובהכי סלקא שמעתתא וכו'.

והוסיף עוד 'ובטעמא דמילתא משום דהאי טעמא דתלת מזדהר טפי לא מיזדהר לאו כהלכתא בלא טעמא נקטינ' ליה אלא בטעמא תליא, והוא משום דכיון דרובן של בנ"א מקפידים באכילת פירות של ג"ש כאידך טעמא דרבא ובפחות מכאן לא קפדי אף לוקח זה חושש ונזהר בראיותיו כל ג' דמימר אמר שמא יבוא היום או מחר ויערער עלי, אבל לאחר שראה זה שותק כל ג' בוטח שלא יערער עוד ושוב אינו נזהר בשטרו וכו' ובהמשך דבריו ביאר ואע"ג דאפי' דבי בר אלישיב דקפדי טובא לא הוא חזקה בפחות מג"ש כשאר אנשים דעלמא, משום דכיון דרובן של בנ"א אין דרכן להקפיד כולי האי אכתי נזהר זה בשטרו שמא יטעון עליו שלא הקפיד כמו שאין דרכן של בנ"א להקפיד' וכו'.

ובפשטות מלשונו נראה דסבר כדברי הרמב"ן דהחזקה מדלא מיחה אלא דתלה הזמן המחאה בזמן שמירת שטר דתלוי הא בהא כיון דעד ג"ש דרך האדם להקפיד לכן שומר שטרו עד אז אך לאחר ג' שראה שלא מיחה כבר אינו נזהר ויש ראייה מדלא מיחה ואין קושיא מאחוי שטרך דנמי לא נזהר, וכן למד הנתיבות בדבריו, ומש"כ בריש דבריו דאמרי' דלא מיחה דרצה שיאבד שטרו אי"ז אלא הוספה דלא רק דאמרי' דאיכא ראייה מדלא מיחה אלא אמרי' דמסתמא רצה לרמות

והנמ' לקמן [לו]. אמרי' עדים שאמרו שלא יאמרו למערער אם באמת מיירי שהמחזיק לא שמע את המחאה אף אם נסבור כר"פ דלא התכוונו לומר באמת אלא לא יאמרו דוקא למערער לפי התורת חיים יהיה תלוי אם שתק שזה אחת דאז איכא ריעותא בין אם מיחה מיד דאז לא יהיה ריעותא ודו"ק.

יא] בדעת הרמב"ן הביא הקצות [סי' ק"מ סק"ב] דבריו ופירש כנ"ל דהעיקר הראיה היא לאלתר ותמה ע"ד [בסי' קל"ה סק"ב] מאי שנא דעבד קטן אמרי' בגמ' לקמן דאיכא חזקה לאלתר הא איכא ריעותא דאחוי שטרך, אלא כתב ליישב דאיכא אנ"ס טובא ובברכ"ש [סי' כ"ו] ביאר זאת דהוי חזקה דאמא לא מנשיא ברא, וע"ש בברכ"ש שם שתירץ באופ"א הקושיא ע"ש.

הנתיבות [סי' קמ"ד סק"ג] כתב לפרש כוונת הרמב"ן לא כך אלא דיש ראייה רק לאחר ג"ש והוכיח זאת מהא דגודרות בעי' ג"ש אפי' דליכא שטר, ולכאור' אין הכרח לדבריו דהא נהי דבדעת הרשב"ם לקמן דגודרות בעי' ג"ש אך הרשב"א להדיא וכמו שהארכנו לעיל בדבריו כתב דגודרות אה"נ מהני שנה או שנתיים כפי הקפידא של האדם א"כ אה"נ נימא בדעת הרמב"ן ותו לק"מ.

יב] הנה הרשב"א כתב בזה"ל 'אלא אמר רבא וכו' כל' שזה יודע דטפי לא מיזדהר כי לא מיחה תוך ג' מיחזי

חצי דבר והיי' מבואר דנחלקו לפי רבא בדעת רבנן והולכי אושא בתרתי - האם ג' אכילות דוקא ולא צריך ג' שנים ומאידך מילתא לרבנן הג' שנים הוי לריעותא דאחוי שטרך אבל הראיה היא לאלתר אך לא מהני ג' אכילות ובעי' דוקא ג"ש, אך להולכי אושא אין ראיה פחות מג' אכילות.

טו] אך העירוני להקשות סתירה בדברי הרשב"א - דהבאנו מדבריו דלמד דהראיה מדלא מיחה הוא לאחר ג' שנים ולא לאתר א"כ לדבריו לא יבואר - דהוי חצי דבר דהא בעי' ג' שנים כדי להוכיח זאת, אך כן כתב תירוץ זה בשם רש"י וז"ל 'אבל גבי חזקה כל כת וכת מעמידה שהוא מוחזק בה כאדם המחזיק בשלו שהוא טוען אני לקחתיה, ואין אנו צריכין אלא שיהא אוכלה כאדם שאוכל את שלו והרי אלו מעידין כן אלא שאנו חוששין שמא יצאת מרשותו ולא עמדה על אותה חזקה אלא אותה שנה ראשונה ולפיכך אנו צריכין לעדות אחרים ומ"מ כשאתה מעמידה בעדות זו שלו היא ונמצא עדות זו התחלת עדות בשניה שהרי העידו שראה אותה ברשותו של זה ולא יצאת מרשותו בפניהם ושלו היא, אלא"כ נולד שם דבר אחר שהוא מוציא מרשותו הילכך עדות שתיהן כדבר אחד הוא וזה נכון ע"כ.

אלא בדקדוק לשונו יש לומר דלא נקט כלשון הר"ן דכתב דכל הג"ש הוא רק לאחוי שטרך דזה הוי כדעת הרמב"ן, אלא היה אפ"ל דאי"ז סתירה לדברי הרשב"א שכתב דג' שנים הוי ראיה דיותר

ולהערים שלא ישמור השטר דאם מיחה לאחר ג' הוי ריעותא דלמה לא מיחה קודם לכן, אך בחידושי ר' ראובן למד את דבריו אחרת דמש"כ בריש דבריו זה עיקר טעמו דהוי ריעותא בטענת המערער לפיכך לא יכול להוציא מהמוחזק עי"ש דבריו.

יג] והנה יש לדקדק דאי' במשנה לקמן [נו.] שנים בראשונה שנים בשניה ושנים בשלישית וכו' וקאמרי' בגמ' מתני' דלא כר"ע דסבר חצי דבר ורבנן פליגי, וכתב שם הר"ן לפרש החילוק בין חזקה לעדות שערות 'אבל בעדות חזקה כיון שהם מעידים שהוא מוחזק בה כאדם המוחזק בשלו עדות גמורה היא דמדינא בהכי סגי'א ועד כאן לא בעי ג"ש אלא משום דריעא טענתא דאידך כשאין לו שטר, הילכך בכה"ג מצרפי אהדדי דדבר גמור הוא וכו'.

לכא' ביאור דבריו הן כדברי הרמב"ן הר"ן כתב כן בשם הרמב"ן לקמן [מב.] דהראיה מדלא מיחה לאלתר הוי ראיה א"כ א"ש דהוי דבר דכל עדות על שנה מספיקה כדי להוכיח, ולכא' זה סותר מש"כ הנתיבות לפרש דאין כונת הרמב"ן דיש ראיה מלאלתר אלא לאחר ג"ש והא בר"ן מבואר בהדיא דכך סבר דאח"כ הוי חצי דבר.

יד] ובשם הגר"ח מוסיפים לבאר לפ"ז דהא גופא ר"ע נחלק על רבנן וסבר כר' ישמעאל דהוי מהולכי אושא דלא זאת הסברא אלא בעי ג' אכילות ועד ג' אכילות ליכא ראיה כלל וכלל וא"כ הוי

אחר וז"ל ולענ"ד עיקר החזקה דג"ש אינה אלא תק"ח משום תיקון העולם דלא רגילי להזהר בשטר טפי מג' דסובר המחזיק כיון דיושב בתוכו משך ג' שנים ואין עורר ערעור, שוב לא יתעורר עוד עירעור ולא מזדהר טפי, וימשך מזה פסידא דלקוחות, לכן ראו חכמים לתקן שיהיה נאמן בחזקת ג"ש, והמערער שהאמת אתו יעשה מחאה תוך ג' ואחר המחאה גם המחזיק יזהר בשטרו ואם אינו מוחה תוך ג' יפסיד המערער, וכן נראה מלשון הנמו"י וז"ל טפי לא מיזדהר כי סבר לא יערער עוד וכו' ולפי שדעת העולם כן לא תיקנו חכמים אלא ג"ש עכ"ל ומשמע דתקנת חכמים היא ונתקנו שניהם המחזיק והמערער וכמ"ש.

וב"מ מדברי הרא"ש 'ואם עדי המחאה מעידים שלא אמרו המחאה לשום אדם אפ"ה הוי מחאה דכיון דאמרו חכמים מחאה שלא בפניו הוי מחאה וסמכו ע"ז דמסתמא יאמרו לאחרים שמיחה פלוני על קרקע שפלוני מחזיק בו במילתא וכו' אפי' אם אירע שלא אמרוהו לשום אדם הויא מחאה כיון שמיחה כמאמר חכמים ולא הזקיקוהו לילך אצל המחזיק למחות בו.

יז [כתב השו"ע [סי' קמ"ו סעי' ג'] 'אבל אם הוא אמר לא יצא דבר זה מפיהם לא הוי מחאה, והש"ך הוסיף ע"ז אפי' שהעדים אמרו לו שמיחה ג"כ לא מהני כיון דאמרו למי שגילו שלא לגלות ולא יצא הדבר מפיו, ובקצות [סק"א] מדייק מדבריו דאם לא סיימהו הכי אלא כן מיחו והגיע לידי המחזיק הוי מחאה

לא מקפיד ואיכא ראיא מדלא מיחה, די"ל דאה"נ עד ג"ש אין הוכחה לשתיקתו אך אחרי שעבר ג"ש ממילא שתיקתו כבר מתחילה מוכיחה שזו היה השתיקה הראשונה כבר מתחילת הג"ש שבאמת מכר לו, ע"כ יוצא דכבר לאלתר שמחזיק בקרקע ושחק יש להסתפק אם שותק מחמת שאכתי לא מקפיד או דבאמת מכר וזה הדבר תלוי ועומד עד לאחר ג' ולאחר ג' הוי גילוי מילתא לכתחילה וממילא לאחר ג' יוצא דכל עדות ועדות בפנ"ע הוי הוכחה וחזקה דהחזיק והיה שתיקה וזה הוי דבר שלם.

וזה לכאו' כוונתו במש"כ 'אלא שאנו חוששין שמא יצאת מרשותו ולא עמדה לו על אותה חזקה אלא אותה שנה' וכו' - דהיי' צריכים אנו הוכחה מכל הג' שהיה החזקה ושתיקה כדי להוכיח כבר על ההתחלה דמתחילה אחז מכח בעלות והכל מתייחס להחזקה הראשונה ממילא היום כל עדות בפנ"ע הוי ראיא דהחזיק בתורת בעלות - כה"ג לא הוי מיקרי חצי דבר ולא דומה לב' שערות דלאחר שהעידו על שני שערות אין שום משמעות לעדות על שעה אחת עד שהצטרף עדות נוספת לבסוף והעידה על שתי שערות כאחת וזה בלא זה אין משמעות כה"ג ודאי מיקרי חצי דבר - ומ"מ איכא חידוש בדבר דחשבינ' דבר שלם בעדות שרק לאחר כל העדויות יחד ייצא עדות שלימה לכאו"א ועיין בזה.

יז [ידועים דברי הקצות שחלק על הראשונים וביאר בנוסח

דהו"ל לזיהור בשטרא כיון שאמרו לו שמיחה בפניו מחאה גמורה.

אמנם הקצות גופיה נחלק ע"ז וכתב דכי היכי דאם לא היתה מחאה כלל ובאו שנים ואמרו לו שמיחה המערער ונתברר הדבר שלא מיחה דהוי חזקה כיון שלא היתה מחאה אע"ג דהמחזיק סבור שעשה מחאה ה"ה בזה כל שאמר לא יצא הדבר מפיהם דהו"ל כאילו לא עשה מחאה כלל, א"כ אם לא סיימו קמיה ואח"כ נתברר שאמר להם לא יצא הדבר - דהוי חזקה מעליא כיון דסו"ס המערער לא מיחה כראוי וזה פשוט.

ולכא' נראה בפשטות לבאר דנחלקו לשיטתם, הקצות לשיטתו דהוי תק"ח א"כ כל שלא מיחה המערער ולא עבד כתיקון חכמים ל"ה מחאה ולא אכפת ליה דאיכא ריעותא דאחוי שטרך, אך הש"ך למד לא כן אלא כדברי הרמב"ן א"כ כיון דאיכא ריעותא באחוי שטרך אפי' אם לא מיחה כראוי סו"ס ל"ש לאוקמיה ברשותיה דהמחזיק.

מה שקצ"ע דהנתיבות [סי' קמ"ו סק"ב] הסכים לדברי הקצות ופשטות הנתיבות [סי' קמ"ד סק"ג] נראה דנקט עיקר כדברי הרשב"א ומ"מ לפ"ז לא א"ש דאכתי יהיה אחוי שטרך וצ"ע.

יח' הנמו"י ג"כ הביא דין הרא"ש בשם הרבינו יונה אך ביאר לא מטעמיה, וז"ל וכתב הרבינו יונה שאפי' נודע לך דודאי שלא שמע המחזיק המחאה כגון שהעידו עדי המחאה שלא הגידו

לשום אדם, אפ"ה לא הויה חזקתו חזקה דמצי טעין מערער לא הוזקקתי לטרוח למחות בפניו וכו' ונראה טעמו דכיון שלא זכה בחזקה זו אלא משום דכיון דאית ליה להאי למחוי ולא מחה אמרי' ודאי זבנה, וא"כ כיון שמיחה ואין לו לטרוח ולמחות בפניו ל"א זבנה עכ"ל, לכא' להדיא מלשונו נראה ע"ד הרמב"ן וא"כ סותר דבריו לעיל במה שדייק הקצות דקסבר דהוי תק"ח.

יט' וביותר מבואר דהנה בגליון המהרש"א ציין ע"ד הנמו"י אלו 'עי' בנמו"י לקמן [סי' תשי"ד ד"ה מוכר שדותיו] בשם הרמב"ן - כוונתו נראה למה שהביא שם לקמן מב. דברי הרמב"ן הנודעים שביאר דחזקה ג"ש הוא מדלא מיחה וכן מבואר שפיר דסבר כדברי הרמב"ן.

כ' ולכא' אף בדברי הרמב"ן נראה סתירה דלקמן לה: וכן לקמן לו. ג"כ נקט לשון דכי תקון רבנן חזקה וכו' הצריכו חכמים וכו' - משמע דהוי דרבנן, וכן בריטב"א שהבאנו שנקט להדיא כלשון הרמב"ן [בדף כט.]. בדף קע. כתב להדיא 'וחזקה מכח שטרא אתיא פי' דמשום דלא אודהר איניש טפי מג' שנין תקנוהו דאי לא - שורת הדין שאין חזקה כלום וכו' - להדיא ג"כ משמע דהוי תק"ח וסותר לדבריו.

וכן הקצות שדייק מלשון הרמב"ם שכתב לשון שאם לא מיחה הפסיד דהוי שייך רק אי הוי תק"ח אמרי' דהפסיד, אך

שנתייחס לרגלים לדבר כראיה גמורה להעמיד בחזקתו, ובתוך ג"ש דאיכא ריעותא דאחוי שטרך לא תיקנו כה"ג שמשום ששתק נעמיד בחזקת המחזיק דסו"ס הו"ל לאזדהורי בשטרא, ורק לאחר ג' תיקנו, וכן אם מיחה נמי כה"ג לא תיקנו כי כל התקנה היתה מחמת השתיקה להחשיבו כראיה.

לפ"ז אש"ט דלעולם מש"כ הראשונים לשונות של תק"ח אמת הוא ומ"מ אי"ז סתירה למה שיבארו דהראיה מדלא מיחה דזו גופא היתה התק"ח, וזו כוונת הנמו"י דכיון דהתק"ח היתה דאם שתק הוי ראייה כל שלא שתק אע"ג דלא שמע המחאה הוי מחאה, דלא כהרא"ש דמניה משמע להדיא כדברי הקצות.

ובן שייך לישנא איהו דאפסיד אנפשיה דהכוונה דהתקנה היתה דאם ישתוק נראה שתיתקו כראיה דהיי" דלא מגוף השתיקה לחוד הוי ראייה אלא חכמים תיקנו שנראה זאת כראיה א"כ שייך לישנא דאפסיד אנפשיה דידע דאם ישתוק הגם דאי"ז ראייה ודאי שמכר מ"מ חכמים כן יראו זאת ומחמת זה נחזיק את התפוס בקרקע ודו"ק.

ובן הנפק"מ שהבאנו כה"ג שהעדים מיחו במחזיק אבל המערער גופיה לא מיחה דהקצות כתב דלא הוי מחאה ג"כ א"ש דהקצות לשיטתו דכל כה"ג דלא מיחה כראוי לא מהני, אך לראשונים הרי ביארנו דכל התקנה היתה כה"ג שלא יהיה ריעותא דאחוי שטרך א"כ כל שיש ריעותא

לפי הרמב"ן לכאור' אם שתק הוי רגלים לדבר שמכר ולא רק הפסיד, א"כ לכאור' הוי גמ' ערוכה בב"מ קי. דאמר' משכנתא דסורא דבעי' למחויי [וכן מבואר דין זה בגמ' לקמן לח.]. ולישנא בגמ' הוא איבעיא ליה למחויי ולא אימחא מאי איהו הוא דאפסיד אנפשיה' ואם כדברי הקצות דלשון זו שייך רק אם הוי תק"ח א"כ יוצא דהוי גמ' ערוכה דהוי תק"ח כדברי הקצות ומה ישיבו על ראייה זו.

ובן ברמב"ם גופיה שדייק הקצות מלשון הפסיד דהוי תק"ח - בהלכה ב' שם כתב וז"ל מפני שאומרים לו לשמעון אם אמת אתה טוען שלא מכרת ולא נתתה למה היה זה משתמש שנה אחר שנה וכו' ולא מחית בו וכו' משמע להדיא דהוי ראייה מדלא מיחה ולא כדברי הקצות.

כא [מכל] הלין מוכרחים לבאר מה שביאר מו"ר הגר"נ קופשיץ די"ל גדר בחזקה בדעת הראשונים [הרמב"ן והריטב"א והנמו"י והרמב"ם - דלא כהקצות בדעת הרמב"ם והנמו"י] והוא דלעולם הוי תק"ח וכמו שכתבו להדיא אלא גופא התק"ח היתה לא הלכה בלא טעם שתיקנו ללוקח שיהיה נאמן וכן לא מטעמיה דהקצות גרידא שתיקנו מפני שרגילים לאבד עד ג"ש אלא כיון דלא מיחה הוי רגלים לדבר דהיי" דמצד זה לחוד לא הוי ראייה ברורה וחלוטה אלא הא גופא רבנן תיקנו כיון דרגילים לאבד שטרו אם ישתוק ג' שנים יהיה השתיקה ראייה להעמיד את הקרקע בחזקת המוחזק והכל בגדר של תק"ח, והתק"ח היתה

מדלא מיחה יגבר על הריעותא דאחוי שטרך ונחזירו אצל המחזיק.

בג] ויש להוסיף דלמד הנתיבות דאחוי שטרך אינו סברא אלימה וכדמצינו מחלוקת ראשונים בזה לקמן [ל:]: ויבואר בעז"ה במקומו אי אחוי שטרך הוי כאנ"ס ומיגו לא יועיל נגד זה, אך יש שסברו דלא הוי כאנ"ס ומהני מיגו - א"כ י"ל דכך סבר הנתיבות.

בר] וא"ת במש"כ שם דבר אלישיב דהא לאלתר הוי ראיא מדלא קפיד ובכל זאת אמרי' אחוי שטרך ולדברינו הא כיון דאיכא ראיא מדלא מיחה יהינן אף נגד אחוי שטרך נראה דזו מש"כ שם 'כוונתו דדבר זה באומנדא דב"ד תליא אי אדם מקפיד או לא וא"כ המחזיק מחויב ליזהר בשטרו דאימר יאמרו הב"ד שאדם זה וכו' היינו דודאי יש גדר שב"ד תיקנו וכה"ג איכא אחוי שטרך אלים טפי דזה היה גוף התקנה דעד ג"ש ישמור אדם שטרו ולא פחות, אבל ודאי כה"ג דיהיה ראיא מדלא מיחה ג"ש רק יהיה אחוי שטרך כה"ג איכא למימר דאי"ז ריעותא אלימה דמ"מ אין ראיא כ"כ מדלא שמא עד אחר ג' דאימא שמר ג' שנים ולא חשש לדברי העדים דהיה סבור דאם מיחה היה שומע מעורר בנ"א או ממנו גופיה ולא מעדים.

ובן] ברשב"א גופיה נראה קצת אחרת שכתב שמא יטעון עליו שלא הקפיד כמו שאין דרכן של שאר בנ"א להקפיד - נראה להדיא דהמערער עצמו יכול לטעון

של אחוי שטרך אע"ג דשתק ממילא נראה שתיקתו כהודאה עד כמה דיש ריעותא דאחוי שטרך.

בב] אך אכתי קשיא מדברי הנתיבות דלכאור' נקט דהחזקה מדלא מיחה ואחוי שטרך ומאידך נקט כדברי הקצות, ונראה לבאר שפיר דהנתיבות לשיטתו, דהנה הקצות נקט בדברי הרמב"ן דהראיה מדלא מיחה לאלתר ובכל זאת אמרי' דאדם שומר שטרותיו עד ג"ש א"כ מוכח דאפי' כה"ג דיש ראיא מדלא מיחה כל דלא סילק המחזיק הריעותא ידיה א"א להחזיקו בקרקע א"כ שפיר אמרי' כה"ג דאיכא גביה ריעותא דאחוי שטרך אף לאחר ג"ש כיון דמיירי דהעדים אמרו לו שהבעה"ד מחא א"כ אין חילוק דהא תמיד איכא ראיא מדלא מיחה ובכל זאת אם יש על המחזיק ריעותא דאחוי שטרך לא מחזיקים אותו א"כ כה"ג נמי אף דמיירי לאחר ג' מ"מ כיון דיש עליו אחוי שטרך לא נחזיקו בזה.

אך הנתיבות הא להדיא ביאר לא כן בדעת הרשב"א והרמב"ן אלא כתב לפרש דעד ג"ש אין ראיא מדלא מיחה דעד ג"ש אדם דרכו להקפיד לפיכך צריך להיזהר בשטרו א"כ אין ראיא בכה"ג דיהיה ראיא מדלא מיחה נגד אחוי שטרך דג"כ לא נחזיק את המחזיק בכל חזקה עד ג"ש דיש אחוי שטרך משום דאין ראיא נמי מדלא מיחה, א"כ י"ל דכה"ג דאיכא ראיא מדלא מיחה דעבר ג"ש אך אכתי אחוי שטרך יהיה כה"ג דהעדים העידו שמיחה הראיה

לו דאין לו ראייה ודאי עד ג' שנים כדין
שאר בנ"א וא"ש].

כז] מאידך גיסא הרמב"ן לקמן [לה:]
כתב וז"ל דדבר ברור הוא
ודאי דחזקה לאו כעדים דמיא ומיגו
במקום חזקה דג"ש אמרי' בכל מקום
עי"ש, וביאור דבריו הוא כנ"ל דע"כ ראייה
דלא מיחה אינה ראייה אלא תק"ח דנראה
את זה כראיה א"כ ודאי דמיגו הוי אלים
נגד הנאמנות שתיקנו חכמים למוחזק, אך
הרא"ש דפירש כהקצות דהתק"ח היתה
בלא טעמא הנ"ל יש מקום לומר דלבתר
התקנה הוי ראייה גדולה ודו"ק בכל זה.

כז] עי' באבי עזרי [פי"א מטו"נ ה"א]
דביאר בארוכה דגדר חזקת ג"ש
הינו דחזקה מה שתחת יד האדם שלו רק
לאחר ג' שנים מהני, וקצ"ע דלפי מה
שהארכנו בריש פירקין דבקרקע ל"ש כלל
חזקת ג"ש וכמו שכתב הרבינו יונה א"כ
למה שאחר ג"ש יחזור החזקה דומיא
דכלים העשויים להשאל ולהשכיר מבואר
בשו"ע [סי' קל"ג סע' ה'] דלא מהני אף
לאחר ג"ש ויש לחלק, וכן יש לעיין
מגודרות דמבואר ברשב"ם לקמן לו.
דמהני ומאי שנא מכלים העשויים להשאל
ולהשכיר וצ"ע בכל זה.

כח] עוד נפק"מ יש לדון דאית' בשו"ע
[סי' ל' סעי' ו'] 'וכן אם אמר
האחד בפני הלוחו והשני אמר בפני הודה
לו' וכו' - הרי אלו מצטרפין דאמנה
אתרוייהו מעידים, א"כ יש לדון כה"ג
דע"א מעיד דהקרקע שלו וע"א מעיד
דאכלה שני חזקה מה יהיה הדין, לכאור'
הוא תלוי בהנ"ל אם הוי ראייה מדלא מיחה

וכן מה שהביא שם במקום שמחאה אינה
נשמעת דלא הוי חזקה דהו"ל
להיזדהרי בשטרא נמי איכא למימר דכה"ג
אין ראייה מדלא מיחה דידע המערער שאין
לו ענין למחות דלא ישמע אותו כמש"כ
הרשב"ם לקמן לח. ד"ה לחזקה וכן מוכח
כל הסוגיא התם, וביותר י"ל נמי ע"ד מה
שיבארנו דחז"ל תיקנו דכה"ג לא יהיה
חזקה כיון דכה"ג האחוי שטרך אלים טפי
דיודע דלא כאן והוי חזקה שלא בפניו
דחסר כל הראיה ועיקר דין חזקה ודו"ק.

כח] עוד יש לדקדק טובא דהנה כתב
התוס' הרא"ש בב"מ [ק"י].
דמיגו נגד חזקה הוי כמיגו במקום עדים
וז"ל וי"ל דהוי מיגו במקום עדים דאנ"ס
שאין אדם מניח קרקע ביד חבירו ג"ש
בלא מחאה אם לא שמכרה כי ידוע לכל
שתיקנו חכמים דחזקת ג"ש עומדת במקום
שטר כי אין אדם יכול לשמור שטרו
לעולם וגם תיקנו כנגדה שהמחאה מבטלת
החזקה היכא שמחזיק בה בגזל וכו' -
מבואר להדיא מלשונו ביאור אחר ממה
שביארנו דלא שהתק"ח גופה היה לראות
שתיקתו כראיה אלא ודאי עיקר הוא תק"ח
כדברי הקצות רק לאחר שתיקנו כן ממילא
הדר דינא דיהיה כראיה והוכחה לזה שאם
לא חס מלמחות ולא חשש ממה שתיקנו
חז"ל א"כ הוי ראייה וכאנ"ס ולא יהני מיגו
נגד זה ועי' בקה"י [סי' י"ח אות ג'] שכתב
כע"ז בדעת הנמו"י עי"ש.

לכאו' שניהם מעידים על ענין אחד אבל אם הוי תק"ח לכאו' אי"ז ענין אחד ועיין בזה.

כט] כתבו התוס' ד"ה שתא קמייתא וכו' [תימה מנא לן דר"י דוקא יליף משור המועד' וכו' - ותירצו 'דלא דמי דודאי ר' ישמעאל דאזיל בתר אכילות שפיר מצי למיגמר משור המועד דמה התם וכו' אבל לרבנן דתלוי בשהוי זמן כמה ישהה ויקפיד ל"ש למיגמר משור המועד' עכ"ל.

ויש לעיין טובא הא רש"י לעיל [יח: ד"ה ולר"מ] כתב כלו' לר"י דאמר בב"ק איזהו מועד כל שהעידו בו כל ג' ימים איכא למימר הכא ג' שנים דומיא דג' ימים אלא לר"מ וכו' - א"כ ישל"ע דבשלמא לר"מ א"ש מה שכתב התוס' אבל לר"י לכאו' הא נמי הוי ענין של שיהוי זמן א"כ

הדרא קושית התוס' לדוכתיה דאימא דטעמא דרבנן נמי משור המועד וסבירי ליה כר"י.

ל] שו"מ בתוס' רי"ד שכתב לעיל מה דמקשי' אכלה תלתא פירי וז"ל 'נראה לי דכל הני לא מקשה אלא לר"מ דמחייב בקירוב נגיחותיו אבל לר' יודא דבעי ג' ימים לק"מ דלכל יום בעי שנה גבי חזקה וכולהו קיימי אמאי דקאמר לעיל ולר' מאיר דאמר ריחק נגיחותיו וכו' - וכי קאמר לקמן לרבנן מאי אי הוי בעי הוה אמר רבנן כר' יהודה סבירא ליה, אלא דר' ישמעאל ור"ע בלחוד סבירא ליה דיש חזקה בפחות מג"ש מיום ליום, אבל רבי מאיר לא סבירי ליה כוותיהו דא"כ ליתני גם דברי ר"מ - אלא ודאי יחידאי נינהו ושום תנא לא סבר כוותיהו משום הכי מהדר לאשכוחי טעמא דליתי נמי כר"מ'.



סי' י"א

בענין מקוטעות ומפוזרות בשדה וברוכלים ועדות שוכרין ונוגעין בעדותן והמתסעף [כט. :-]

א [אמר] בגמ' אמר רב הונא שלוש שנים שאמרו הוא שאכלן רצופות מאי קמ"ל תנינא ג' שנים מיום ליום מהו דתימא מיום ליום לאפוקי מקוטעות ולעולם אפי' מפוזרות קמ"ל.

ב - עוד יש לפרש בזה דאיכא ראיא מדלא מיחה לאלתר לאחר אכילה אחת מ"מ אחוי שטרך אכתי קיימא כל שלא אכל כדרך הבעלים ועי' רמב"ן לקמן לו: ד"ה ואיכא למידק ודו"ק.

ג - עוד יש לבאר בשיטת הרמב"ן טעמא אחרינא והוא ע"פ מש"כ הרבינו גרשום בפירושו למתני' וכתב חזקתן ג' שנים מיום ליום דכל הני עושים שימוש מיום ליום ואם החזיק בהן ג"ש וכו' ומשו"ה בעי מיום ליום כדי שלא יוכל לטעון המערער אני באתי לשם ולא ראיתיו שהיה משתמש בו לפיכך לא מחיתי עי"ש.

ג [והנה] יש לדקדק טובא בדעת ר' ישמעאל דמהני ג' חדשים בראשונה וכו' ולכאוי' יש לעיין האם בעי רצופות - דהיינו מקוטעות לא הוי דכיון דזו דרך הבעלים להשתמש ג' אכילות ל"צ דוקא שנה, וכן לפי ת"ק דפליגי אר"י סבירי ליה דבשדה בית הבעל לא צריך מיום ליום הכוונה כמו שכתב הרשב"א

וצ"ב בגדר הדין של מקוטעות ומפוזרות, והנה לכאוי' מקוטעות הוא פשיטא כיון דכבר ביארנו לעיל בהרחבה דבעי' ג"ש של אכילות שלימות דאז אדם בטוח בעצמו ולא מאבד שטרותיו ממילא פשיטא דלא יועיל בפחות, אלא דצ"ב הטעם במפוזרות הרי אכל ג' שנים ומאי אכפת ליה דלא היה רצוף.

ב [ברשב"ם] כתב שאכלן רצופות אבל אם הניחה שנה שניה ואח"כ אכלה שתי שנים שלישית ורביעית מצי אמר בעל השדה האי דלא מחאי לך היינו משום דאוברת לה שנה שניה דגלית אדעתך דלאו דידך הואי והלכך לא זרעת אותה, - ולכאוי' כוונתו דלא החזיק כדרך הבעלים, ויש לדקדק לפי שיטת הרמב"ן דכל חזקה איכא ראיא מדלא מיחה לאלתר א"כ כיון דשנה ראשונה לא מיחה מאי אכפת ליה דהוי מפוזרות הא כבר איכא ראיא לאחר אכילה אחת וא"כ צ"ב מה הטעם דלא מהני מפוזרות ויש לבאר בכמה אנפי.

שעה לא הוי מחאה, וצ"ע כוונתו אם לפ"ז בעי דוקא שיזרע בזמן הרגיל לזרוע ולא לסמוך דוקא רצופין, או דלמא דיבר דוקא לדעת ת"ק החולק על ר"י דבעי ג"ש רק ל"צ אכילות קבועות וזה הנכון.

ה] ויש לעיין טובא מה"ת לר"ה למימר דהמשנה איירי במפוזרות והא לפ"ז הוי תימה גדולה דמה דקתני ברישא וכל שהוא עושה פירות תדיר חזקתם ג' שנים מיום ליום מתפרש שלא יהיה מפוזרות ואילו להלן מניה שדה בית הבעל חזקתן ג"ש ואינם מיום ליום - אין הכוונה שאפשר שיהיה מפוזרות אלא הכוונה של"צ אכילה אחת רצופה וכדברי הרשב"א וכן לפי רש"י שמפרש שגם זה אזיל בשיטת ר' ישמעאל נמי הבאנו בשם הרשב"ם דבעי דוקא רצופות וגם לפ"ז הכוונה אינה מיום ליום של"צ אכילה של שנה שלימה אלא מהני אכילה אחת בשנה וכיון דרישא לא הוי דומיא דסיפא הוי תימה לדחוק המשנה כן, וכן תמה בתוס' יו"ט במשנה.

והעירוני לומר דהנה הרשב"ם בד"ה קמ"ל רב הונה כתב 'דדוקא קתני למיעוטי מפוזרות' - ולפ"ז תמוה והול"ל גם מפוזרות אלא יש לדקדק דכוונתו לומר דמיום ליום דקתני ברישא הוא דוקא וא"כ בא ללמד שבעי רצוף בין למיעוטי מקוטעות ובין מפוזרות וא"כ לפ"ז אש"ט דהסיפא דקאמרי' אינו מיום ליום אין בהכרח שמתפרש אלא ל"צ כמו הרישא דגם לא מקוטעות וגם לא מפוזרות - אלא אפשר יהיה מקוטעות אבל מ"מ

דל"צ אכילות תמידות דאין רגילות לאכול אלא אכילה אחת בשנה רק אכתי בעי ג' שנים שיתעסק בשדה בין עידור וניכוש ושאר עבודתיה, אבל מ"מ בעי ג"ש, א"כ יש לדון האם בעי רצופות הי' אם בעי לר' ישמעאל שיעשה אכילה הראשונה והאחרונה דוקא סמוך לשנה האמצעית כלישנא דמתני' או הכוונה אפי' כה"ג מהני דצמצם את האכילות לגמרי.

הנה יש לתלות ד"ז בטעמים אמאי בעי דלא יהיה מפוזרות אם כמו הטעם של הרשב"ם לכאור' ל"ש זה דיודע דמשתמש פ"א בשנה ומאי נפק"מ מתי ישתמש העיקר שיהיה אכילה כל השנה, אך לכאור' לפי הטעם של רבינו גרשום לכאור' יצטרך לסמוך האכילות זל"ז כלישנא דמתני' דמתוך כך ודאי מסתמא יראהו.

ד] ובן נראה להדיא מדברי הרשב"ם לקמן [לו. ד"ה ר' ישמעאל וכו'] וז"ל 'הלכך צריך ג' חדשים בראשונה וג' באחרונה דבהכי גדל פרי כל צורכו וי"ב חודש באמצע דבעי רצופין', - וא"כ לכאור' סותר דברי הרשב"ם גופיה דלפי טעמו כאן ל"ש כלל רצופין ועי' להלן דנבאר עוד בדעת הרשב"ם, וכן יש לעיין במש"כ הרבינו גרשום דשדה בית הבעל חזקתו ג"ש ולא צריך שיהא משמש בו בכל יום ויום שאם בא המערער ואומר אני באתי ולא ראיתיו משמש בה לפיכך לא מחיתי יכול לומר לו אני הייתי משתמש בשעה שבנ"א רגילין להשתמש בשדה בית הבעל הואיל ולא מחית באותה

מפוזרות מיהא איכא, ור"ה למד דין זה מדקדוק הלשון מיום ליום דהוי דוקא וכלשונו של הרשב"ם והבן.

[ו] **עוד** אמרי' בגמ' 'א"ר חמא ומודי ר"ה באתרי דמוברי באגי פשיטא' וכו' ופי' הרשב"ם מקום שנוהגים לזרוע שנה ולהוביר שנה שלא להכחיש את הקרקע דהא אחזיק בה כדאחזקי אינשי, ומיהו שנה שהובירה אינה עולה לו לחשבון ג' שנים וצריך לשמור שטרו יותר מג"ש עד שילקוט ג"ש, ואי טעין אידך אני באתי בתוך ג' ומצאתי שדה ריקם ולכן לא מחיתי מצי א"ל היה לך למחות שאע"פ שלא זרעתה הייתי עושה בה ניר שאחר הקציר והיה לך להבין שבשביל שלא להכחיש כחה לא חפצתי לזרעה כמנהג שדות העיר עכ"ל.

והיה מקום לדקדק מה כוונתו שדה ריקם אם הכוונה דלא ראה אותו השדה כמו טעמא דרבינו גרשום וע"ז משיב דכן היה צריך לראותו - א"כ צ"ע דהא הרשב"ם לא פירש דזו הטעם, אלא היה אפשר לבאר דמ"מ ב' ענינים הם, עיקר הטעם במפוזרות הוא דלא החזיק כדמחזקי אינשי, אך אה"נ יש עוד טעם דיכול להיות דלא ראוהו א"כ באתרא דמוברי באגי צריך לב' הטענות אלו לומר דמצד דלא החזיק כדמחזקי אינשי ליכא חיסרון דכן הוא רגילות וגן הוסיף לבאר דאף אם הוא יטען דלא ראוהו ג"כ יש נגדו עדות דמ"מ עשה ג' שנים והיה צריך לעלות בדעתו דרוצה להוביר.

אך היה אפשר לפרש בפשיטות כוונתו בשדה ריקם מזריעה ותו הוי ממש כמו הטענה של מפוזרות וע"ז הוא טוען לו דכיון דהיה עכ"פ ג' שנים של אכילות ליכא שום חיסרון, וצ"ע בזה ועי' ביה"ל [ח"ג סי' נ'] שהוכיח מהתוס' לקמן ע"ב ד"ה אם איתא דפליג ארשב"ם דל"צ ניר וכן דייק מהשיטמ"ק עי"ש.

[ז] **אמרי'** עוד בגמ' 'ומודי ר"ה באתרי דמוברי באגי פשיטא ל"צ דאיכא דמובר ואיכא דלא מובר והאי גברא מוברה מהו דתימא א"ל אם איתא דדידך הואי איבעי לך למיזרעה קמ"ל דאמר ליה חדא ארעא בכוליה באגא לא מצינא למינטר ואי נמי בהכי ניהא לי דעבדת טפי' ע"כ.

עי' ברבינו יונה ובריטב"א מש"כ מה נפק"מ בין ב' התירוצים, וצ"ב מאי אמרי' מהו דתימא א"ל אם איתא דדידך הואי איבעי לך למיזרעא - כיון דהוא רגיל להוביר מה טענה זו, וצ"ל בדוחק דכיון דעתה הוא מקיים החזקה ידידה הו"ל לזרוע רצוף אפי' דבעלמא לא רגיל בכך כדי שיראהו הבעה"ב וצ"ע.

[ח] **אמרי'** עוד בגמ' 'תנן חזקת הבתים והא בתים דביממא ידעי בליליא לא' וכו' - והקושיא שממילא עולה מאי שייטא לר"ה וכי אף למ"ד דבעי' מקוטעות ולא מפוזרות נמי איכא לאקשווי דכיון דבליליא אין ידיעה תו מצי למיטען מי יימר דגר בלילות ול"ה ג"ש וכן תמהו הראשונים.

אלא כתבו הראשונים דאה"נ לולי דברי ר"ה הו"א דיהני ו' שנים ימים כמו ג' שנים ימים ולילות - רק לר"ה דלא מהני מפוזרות לא יהני אף ו' שנים ימים דכיון דסו"ס הוי מפוזרות, והנה יש לדון למה לא יהני למפוזרות אם הטעם דמפוזרות שמא לא ראהו כפירוש רבינו גרשום לכאור' צ"ע כיון דהוי ו' שנים לא ימלט שלא יראהו, אך לפי הטעם של הרשב"ם דפירש דכיון דראהו שלא דר בלילות לא חושש למחות א"ש דלא יועיל ו' שנים ימים סו"ס כיון דלא ראהו בלילות לא חושש למחות.

ט] ובאמת ברמב"ן וכמו שהוכחנו לעיל בדבריו - יצטרך לבאר כפירוש רבינו גרשום, ובלא"ה ברמב"ן להדיא מבואר כן האי טעמא דהטעם במפוזרות שלא ראהו א"כ לא יובן מה יועיל ו' שנים ובאמת הרמב"ן כתב בתירוץ השני דאה"נ לא צריך ו' שנים ימים אלא סגי ג' שנים ימים אע"ג דאין לילות, ולכאור' ביאור הדבר דהלילות מצטרפין לימים כלו' בעי' שיהיה מיום ראשון עד סוף ג' שנים ואם בכלל הזמן הזה היה בבית זמן של ג' שנים רצופות ל"צ כל הזמן שיהיה בבית דמספיק בהכי וכן משמע מדכתב דבאתרי דמוברי באגי שנה שהוביר לא עולה וכן צריך ו' שנים כתב דכיון דמשיך זימניה היי' איכא זמן ארוך וממושך לא מצטרף משמע דאי היה זמן לא ממושך כמו לילות דאין בהפסקם כולי האי מצטרף לזמן הזה של כל הג' שנים.

י] וברבינו יונה עוד כתב באריכות לפרש שלא יצטרכו למ"ד מקוטעות ו' שנים ימים אלא סגי ג' שנים ימים וטעמו הוא דאה"נ ל"צ לילות [ולא הכוונה דמצטרף הלילות לימים כנ"ל] דבעי' עיקר הדירה שהוא ביום וכן כתב הרא"ש [ס' ב'] באריכות והוכיחו זאת דאמרי' בגמ' להלן מניה ומודי ר"ה בחנוותא דמחוזא דליממא עדיפא לליליא לא עדיפא - לכאור' למה נקטו ר"ה הא אף למ"ד מקוטעות בעי' לילות והכא מודי דל"צ ע"כ דאה"נ אף בעלמא ל"צ לילות אלא רק ימים ורק לר"ה דבעי' דלא יהיה מפוזרות כלל מעכב בעלמא ולזה אמרי' דעכ"פ מודי בחנוותא דמחוזא ודו"ק.

יא] אמרי' בגמ' 'אמר אביי מאן מסהיד אבתים שיבבי שיבבי מידע ידעי ביממא ובליליא' - ויש לעיין למה נקטו שיבבי דוקא ולא סתם עדים וכתב הרשב"א דאה"נ ולא דוקא אלא דשאר עובדי דרך אפי' יממא נמי לא מסהדי וכתב עוד ושיבבי דמעידים ל"צ להעיד דראוהו להדיא בלילה אלא כל שהעידו שלא הרגישו בו שיוצא בלילה מהני ועוד נאריך בזה.

יב] הנה להלן בסוגיא ומודי מא זוטרא מבואר ב' מהלכים בראשונים אי הכוונה דסתם שמעידים שראהו בימים ואנן מסתמא אמרי' הכי שגם בלילות היו - או הכוונה דתולים דמסתמא העדים גופיה התכוונו להעיד גם על הלילות.

הנה לפ"ז יש לדון דאם אנו שומעים מהם שדר בימים וממילא הסתמא דידן

דהוכרח הרשב"ם לפרש דמיירי בטענת ברי גופה דהוקשה לו למה נקטו שיבבא דוקא וע"ז מיישב כיון דמיירי בטענת ברי.

ואה"נ ברשב"א וכן ברבינו יונה נראה דלמדו בפשטות דמיירי בסתמא ולא קא תבע ליה [ובמהשך נבאר ההכרח לזה] לפיכך פירשו דמה דקתני שיבבי מידע ידעי לאו דוקא צריכים להעיד על הלילות אלא כל שהעידו דראוהו בימים מהני אלא דיקשה למה בעי' דוקא שיבבי - בזה כבר ביארנו דסברו דהסתמא הוא בעדים וכן משמע ברבינו יונה גבי שוכרין עי"ש, וכן ברשב"א להדיא להלן בדברי מר זוטרא כתב לפרש הכוונה דסתמא העדים מעידים על הלילות א"כ א"ש למה נקטו שיבבי [א"כ צ"ע למה כתב בריש דבריו תירוץ אחר מה שהבאנו דנקטו שיבבי דשאר אינשי אפי' ימים לא אסהידן].

ובאמת דיש הכרח לראשונים לפרש לא כפירוש הרשב"ם דאביי ורבא איירי בטענת ברי דאפי' מאי דקאמר להלן מניה ומודי מר זוטרא דאי טעין וכו', הא בזה כבר איירי אביי ורבא והיה צריך לומר להפך דאי לא טעין אז ל"צ עדות להדיא אלא אמרי' סתמא לכן פירשו דאביי ורבא איירי נמי מסתמא וע"ז בא להוסיף מר זוטרא דאי טעין לא יועיל הסתמא אלא יצטרכו עדות מפורשת.

ונראה דהרשב"ם נמי הרגיש בזה במש"כ בריש דבריו בד"ה אמר מר זוטרא 'מילתא באפי נפשה היא' וכו' - כוונתו

דגם בלילות לכאור' ל"צ דוקא שיבבי אלא אף סתם עדים מן השוק שיעידו שהיו בימים וממילא אנו ננקוט שהיו גם בלילות, ואה"נ נקטו שכנים כדכתב הרשב"א דסתם אינשי אפי' ימים לא ידעי, אך לפי הטעם השני דהכוונה דסתמא העדים גופייהו התכוונו להעיד על הלילות א"כ ודאי דצריך דוקא שיבבי דבהם י"ל הסתמא הזאת דסתם אינשי א"א לומר הסתמא הזאת לכן א"ש למה נקטו שיבבי דרק בהם אמרי' הסתמא.

אלא דהא גופא יש לדון אם צריך הסתמא הזאת ולכאור' איכא כמה דרגות אי כלל לא תובע המערער מ"מ המחזיק מצד עצמו צריך למי' ראיה בזה אמרי' שאם יביא סתם עדים שיעידו על הימים תלוי בטעמים הנ"ל אי אמרי' סתמא גם על הלילות, אבל אם תובע ואומר אני לא ראיתי בלילות וברי טענתו היא בזה מר זוטרא להלן סבר דלא מהני סתמא ובעי' ידיעה וודאית ולזה ודאי ניחא דוקא שיבבי שיבואו להעיד על הימים ולילות.

יג' א"כ מצינו ב' אפשרויות לפרש למה נקטו דוקא שיבבי או כיון דהסתמא הינו בעדים עצמם א"כ רק בשיבבי אפשר למימר הכי, אך בדברי הרשב"ם נראה לא כן דנקט להדיא אף באביי ורבא דמיירי דהמערער היה ברי בטענתו שלא היה בלילות וכה"ג הא בזה אמר מר זוטרא דבעי' עדות גמורה א"כ מבואר טעמא אחרינא למה נקטו שיבבי דבדרך כלל רק הם יכלו להעיד לו גם על הלילות בהדיא, ובזה גופא יש לומר

ליישוב זאת דאה"נ מר זוטרא לא איירי אדברי אביי ורבא אלא מעצמו אמר זאת וכן כתב ברבינו יונה ליישוב הקושיא הזאת וז"ל ואפשר לדחות דמר זוטרא לאו אסוגיין קאי אלא אמתני' דחזקת הבתים אמרה ע"ש - תו חזי' בביה"ל [ח"ג סי' נ'] שדייק להדיא כן שכוונת הרשב"ם במש"כ ליישוב קושיא זו ע"ש ודו"ק [ובהמשך נאריך עוד בענין זה].

[יד] 'רבא אמר כגון דאתו בי תרי ואמרי' אן אגרי' מיניה ודרינן ביה תלת שנין ביממא ובליילא' וכו' - ברשב"א הביא פירוש דנחלקו אביי ורבא דרבא סבר דלא מהני הסתמא של שיבכי כה"ג דטעין ברי דלאביי סגי ולרבא לא סגי ודחה זה דלא נראה דלאביי יועיל הסתמא הזאת כה"ג דטעין ברי ע"כ פירש לאו דוקא אלא לרווחא דמילתא.

והנה דנו הראשונים כיצד נחשב בזה שהשוכרין דרו בבית שהמשכיר דר בו, בשלמא להו"א דמיירי דאכתי לא שילמו למשכיר א"כ איכא גביה תשלום והוי כפירות של הקרקע אך למאי דמסיק' דלא שילמו א"כ צ"ע דמאי נחשב תפוס וכתב הרמב"ן הרשב"א והר"ן דאיכא למימר כיון דמ"מ בשליחותיה אחזוקי בה הני כמאן דדאיר בה איהו נמי דהא מצינו בכל מקום ששלוחו של אדם כמותו אולם הרשב"א מי' מהראב"ד שכתב דמיירי שכתבו שטר חוב על השכר ובזה המשכיר תפוס בשט"ח.

מון עוד מצינו מחלוקת רשב"א והראב"ד אם בעי דמתחילת השכירות שיכתבו שטר ע"ז - דהראב"ד כתב דבעי' שיהיה שטר שכירות כדי שיהיה קול, אך הרשב"א נחלק וסבר דלא דמי לג' לקוחות דאמרי' לקמן מא: דבעי' שטר כדי שיהיה קלא דדוקא שם דלא יהיה שטר לא ידע דהלוקחים לקחו אחד מהשני אבל הכא ידידי דהשוכרין מחמת לוקח הם, ובריטב"א ביאר עוד לחלק דבשוכרין ממ"נ הוי ליה למחויי כיון דדרו הם ג' שנים משא"כ בג' לקוחות שלא יודע שייכות שלהם לא הוי ליה למחויי כי כל לוקח היה שנה ולא יותר.

והנה בשיעורי הגרח"ש [אות שנ"ז] הביא בשם הגר"ב דלפרש את שתי המחלוקת דנחלקו ביסוד אחד, דהנה יש לחקור כה"ג דהשוכרין דרים מכח המשכיר מי נחשב דעביד עיקר החזקה אי אמרי' דהוי המשכיר נחשב דעביד עיקר החזקה ע"י ששוכריו דרו בו ואה"נ בעי למחויי במשכיר דהוא בעל החזקה הוא, או דלמא דעיקר החזקה השוכרין עבידי רק דזה מתייחס כלפי המשכיר דומיא דג' לקוחות דשם ודאי הכוונה דהלוקחות הם בעלי החזקה אלא דזה מועיל ללוקח ראשון.

ובזה מבואר היטב דדעת הראב"ד כהצד א' דהמשכיר הוא בעל החזקה א"כ בעי שטר שכירות כיון דבעי שיהיה קלא בין השוכרין למשכיר כדי שיידעו למחות במשכיר וכן א"ש דבריו דצריך דינקוט

והלבוש דהוי כבעל דבר, דבעל דבר הוא אפי' הלא חשש משקר כמשה ואהרן [כדאמרי' בב"ב קנט.]. וכן אפי' לרעתו פסול עי' קה"י סנהדרין [סי' ט"ו] שהאריך בזה.

והנה דעת הש"ך דנוגע בעדות הוא מפני חשש משקר א"כ הוי סתירה בש"ך דנקט כנ"ל דהוי פסול השלישי והוי נוגע אע"ג דאין חשש משקר - אלא ע"כ צריך לחלק ולומר דהנה יש פסול קרוב ויש פסול בעל דבר ושניהם פסולין מדאורי' וגדר קרוב הוא אפי' בעדות ובעל דבר הינו כה"ג דהנידון שייך אליו ולא רק במעיד על ענין לחבירו והוא קרוב או נוגע [דבזה איכא ב' טעמים כנ"ל] אלא כה"ג דהוא הבעל דבר התובע או הנתבע לא הוי רק נוגע בעדות אלא הוי שם בעל דבר דאין יכול להעיד ע"ע בלי טעמא דהחשש משקר, אלא כה"ג שלא מן התובע או הנתבע אלא רק מעיד על הענין [ולא קרוב] בזה תלוי בטעמים אי נוגע בעדות הוא כמו קרוב וא"כ אף בלי טעמא דחשש משקר פסול או דדוקא כשיש חשש משקר.

ובזה מבואר שפיר הסתירה בש"ך דלעולם כה"ג דמעיד לא על עצמו והוי נוגע בעדות סבר הש"ך דהטעם הוא חשש משקר, אך כה"ג דבא תובע לתבוע פקדונו הוי תובע ונתבע והשליש הנתבע והוי כבעל דבר ודאי דאין לו שום שייכות נאמנות אף בלא חשש משקר, א"כ בזה נמי מבואר דלא דמי הש"ך לסוגי' דידן דהכא בא המערער ותבע את המשכיר והתובע והנתבע הם המערער והמשכיר

המשכיר שט"ח דאל"כ לא נחשב דתפוס בקרקע, אך הרשב"א סבר לאידך גיסא דהשוכרין הם עצמן בעל החזקה אלא דזה מייחס למשכיר א"כ ל"צ שטר כיון דממ"נ בעי' למחויי בשוכרין ולא במשכיר [בריטב"א א"ש אך ברשב"א לא כ"כ משמע דזו הטעם וצ"ע] וכן לא צריך שינקוט המשכיר שט"ח דהשוכרין עצמן בעלי החזקה ומש"כ בלשונם דהוי שלוחין אין כוונתם לומר שממילא המשכיר הוא בעל החזקה אלא הכוונה דמהני ישיבתם בקרקע כמו שלוחים אבל לעולם הם בעלי החזקה ועיי'.
טז [ומקשי' בגמ' 'א"ל רב ימר לרב אשי הני נוגעין בעדותן הן דאי לא אמרי' הכי וכו' א"ל מי לא עסקינן כגון דנקטי אגר ביתא ואמרי' למאן יתבי' - הנה הקשה השער המשפט [סי' ק"מ סק"ז] בדברי הגמ' אכתי הא אי' בש"ך כה"ג דאחד תובע חבירו בפיקדון והלה טוען דזה של חבירו מבואר דאינו נאמן דזה הוי בעל דבר אע"ג דאין רווח לשליש ומאי שנא מהכא דתרצינן דכן מהני, ומכח זה רצה לבאר דאה"נ לגבי עצמם הוי בעלי דברים אבל לגבי המשכיר מהני דעבדי' פלגי' וזו דעת הרמב"ם בסוגי' דפסק להלכה דאי תבע השוכרין אינם נאמנים ע"ע לפטור מממון אבל נאמנים למחזיק.

יז [ויש לתמוה כמה תמיהות בדבריו, הנה מצינו מחלוקת אחרונים בטעמא דנוגע בעדות פסול הש"ך והסמ"ע [ר"ס ל"ז] סברו דהוא חשש משקר ודעת הקצות

ב [עוד יש לעיין במש"כ השער המשפט ליישב דברי הרמב"ם דעבד' פלגין דמה שמעידים למשכיר נאמנים ומה שמעידים ע"ע אינם נאמנים, דלכא' ידוע דאיכא פלגי' דיבורא אך יש כה"ג דל"א פלגי' אם זה פלגי' בתולדה והארכתי בזה בחיבורי רווחא שמעתתא [ס' ו' אות ה'] ושם הבאנו שורש הדברים והמקורות שבהם, דלא אמרי' פלגי' בתולדה כדמצינו בגמ' ביבמות [מז].] שאדם נאמן על בנו לומר שהוא ממזר מדין יכיר אבל על בן בנו לא נאמן, לפיכך כה"ג שיש לו בן ונכד אם יעיד על בנו שהוא ממזר ע"כ נאמר שגם הנכד ממזר ול"ש למיעבד פלגי' דרק לגבי בנו נאמן ולגבי נכדו לא יהיה נאמן דהוי תולדה זה מזה אלא ע"כ מזה שלא נאמן על נכדו גם על בנו לא נאמן.

ושם הקשינו דלמה לא נימא להיפך דמתוך שנאמן על בנו יהיה נאמן גם על נכדו והבאנו שם [אות ז'] בשם מו"ר הגר"י אדלשטיין שליט"א לפרש דיותר הכרח לא להאמין מאשר להאמין דהיי' דאין חיוב להאמין על בנו אלא יש דין דנאמן ואנן חוששין לדבריו אבל על בן בנו אנו מוכרחים לא להאמין דזה לא נאמן לו - ממילא ההכרח לא להאמין גובר על ההכרח להאמין עי"ש עוד מה שהארכנו בזה.

עכ"פ נמי הכא איכא האי סברא דכיון דאם יהיו נאמנים על המשכיר שדרו מכוחו ממילא הוי חזקה גם על עליהם דל"ש לפלוגי בהכי דהוי בתולדה

ובודאי דהשוכרין אינם בעלי דבר אלא רק נוגעין בעדותן כה"ג ודאי אי נסתלק חשש משקר תו שפיר נאמנים ובזה נמי מיושב דברי הרמב"ם - דהרמב"ם איירי כה"ג שבא התובע המערער ותבע את השוכרין בכה"ג השוכרין הוו נתבעין ובעלי דבר בכה"ג ודאי שלא נאמנים להעיד כלל דהוי בעלי דברים.

יה [ובזה מבואר שפיר מה שכתבו בתוס' בע"ב ד"ה מר זוטרא [המתחיל בע"א] 'ולכא למימר דדילמא מכחיש להו שהוא לא היה יודע כלל שהיו בהם וכו' ועי' מהרש"א מה שביאר, אך לפי הנ"ל י"ל דאם הכחישו ממילא הוי שוכרין נתבעין א"כ בזה לא יהיו נאמנים ולא יהני אף פה שאסר ורק כה"ג שלא מכחישם ורק תובע את המשכיר לא הוי בעלי דברים.

יז [וכן יש לפרש הא שהקשו התוס' בד"ה הני נוגעין בעדותן וכו' וא"ת ואמאי הוו נוגעין בעדותן וכו' ולכא' מה יועיל המיגו לפסול של בעל דבר והיה מקום לדיוק דתוס' סברו דנוגע בעדות אינו פסול של בעל דבר דאפי' לא יועיל מיגו אלא קסבר דהטעם הוא מחשש משקר וא"כ כשיש מיגו הוי נאמנות טפי.

אך יש לדחות דאין ראייה מתוס' דהתם הא גופא מחמת המיגו תו לא יהיו נוגעין בעדותן כיון דהא גופא היו יכולים להפטר ממ"נ מהחיוב ע"י שהיו אומרים דהמערער בעל דבר לפיכך אין בטענתם היום חשש נגיעה ודו"ק.

וברשב"א וברבינו יונה הביאו דעה זו ודחו זאת מכיון דממ"נ דאם אף בסתמא שטען הבא ראייה אנן לא רואים דבעדותן של העדים כוונתם להעיד על זה א"כ אף כשלא טען כלום נחשוש כן, ואם כה"ג אמרי' דכיון דהעדים העידו מסתמא כוונתם להעיד גם על הלילות ולא משגחי' ביה א"כ אף כשצועק ברי לי שלא דר בלילות נמי נימא הכי כיון דהעדים סתמא מעידים כן, וכיצד יכול לטעון נגד עדים, לפיכך פירשו דודאי סתמא אמרי' העדים מעידים ורק כשטוען ברי שלא דר כלל אזי אמרי' דצרך למיחש גם לדבריו ולשמוע במפורש.

וברעת הרמב"ן י"ל דסבר כהטעם השני דהסתמא הינו לא בעדות אלא אנן נוקטים כן וממילא רק כשאין טענה כלל אפשר לנקוט כן אבל כל שמבקש הבא ראייה ל"ש לנקוט הסתמא דהעדים לא העידו וגם אנן לא ננקוט בסתמא.

בגן עי' ברבינו יונה דהקשה גם על פירוש הרשב"ם הקושיא שהזכרנו דאם אב"י ורבא איירי בברי א"כ מה הוסיף מר זוטרא ואי טעין וכו' הול"ל ואי לא טעין, לכך פירש פירוש אחר וביאר לי מו"ר הגר"י שניידר שליט"א דיש ג' דרגות, דרגה אחת דלא טוען ברי וכה"ג מהני הסתמא של השיבבי ושוכרין, יש דרגה דטוען ברי שלא דר ובזה לא מהני סתמא של שיבבי אלא צריכים להעיד בפירוש שראהו בלילות, ויש דרגה נוספת שטוען ברי לי שלא ראיתי אותו דר כל הזמן בכה"ג לא מהני שיבבי אלא דוקא שוכרין

[עי' קוב"ע סי' כ"א סק"ז גדר הדין בתולדה] א"כ לא שייך דנימא פלגי' אלא נימא דמתוך שנאמן על המשכיר יהיו נאמנים ע"ע זה אינו וכן"ל דאין הכרח להאמינם על המשכיר רק אם יש אפשרות להאמינם אבל על עצמם יש הכרח לא להאמין לפיכך נאמר דמתוך שאינם נאמנים על עצמם לא יהיו נאמנים על המשכיר, ועי' בחידושי הגרנ"ט (סי' קע"ג) שכתב בדברים שכתבנו ודו"ק.

כא [אמרי' בגמ' 'אמר מר זוטרא ואי טעין וכו' - כבר הבאנו יסוד הדברים לעיל דמצינו ב' ביאורים בראשונים מה הביאור בסתמא - בתוס' בקושייתו בד"ה אמר וכו' מבואר שלמדו דהכוונה סתמא בעדים שהתכוונו להעיד גם על הלילות, לפיכך הקשו למה לא חוקרים את העדים ולמה לסמוך על סתמא, ובתירוץ תירצו דהכוונה דכיון דהעדים העידו סתמא אנו נוקטים שכך היו בלילות.

אבל אם טען ברי לי שהוא לא היה בלילות כבר ל"ש לסמוך על סתמא בין לפי הטעם הראשון דהעדים התכוונו לכך כה"ג שטוען ברי איכא למיחש ולא לתלות כן, וכן לפי טעמא דאנן סתמא נוקטים ג"כ י"ל דכשיש ברי לא סמכינן הכי.

בב [הרמב"ן כתב דמר זוטרא דיבר כה"ג שלא טען ברי שלא דר בלילות אלא אף אי טעין לייתו סהדי דדר בלילות גם בעי' עדים ורק כשלא טען זה,

דטוענים שדרו הם עצמם יום ולילה ומר
זוטרא איירי בדרגה הזאת ע"ש.

בר] והעירוני דהנה בשו"ת הרשב"א
[ח"ב סי' כ"ג] הביא

דברי השואל בענין חזקת הבתים בלא
שטר ובלא שוכרין כיון דבעינא דליסהודי
ביממא ובליליא כל כה"ג דלא מצו סהדי
למיקם עליה מי מקבלינן סהדותיהו בלא
חקירה גדולה או לא וכו', והשיב הרשב"א
מסתברא דהעדים כי הני צריכין להעיד
בפירוש כן דודאי מוכחא מילתא דאינהו
לא מצו מסהדי בליליא, ומיהו דוקא
כשטוען המערער בבירור שלא דר בו ימים
ולילות.

ולפ"ר הוי סתירה מניה וביה כיון דמיירי
בעדים דלא אמרי' עליהם בסתמא
התכוונו להעיד גם על הלילות וצריך
חקירה גדולה א"כ ע"כ אף בלא טענת ברי
א"כ תו מה הוסיף לכתוב דדוקא טענת
ברי, וע"כ צ"ל דתלוי בב' הטעמים דהי'
לפי הטעם דאמרי' דסתמא העדות היתה
גם על הלילות אה"נ כל שמוכחא מילתא
דאין כוונתם גם על הלילות לא מהני
ואה"נ כה"ג אף בלא טענת ברי, אלא
הרשב"א גופיה ס"ל דלא זה הטעם אלא
סתמא לא בעדות גופה אלא אנן כך תולים
דכל שהעידו על הימים ולא אכפת ליה מי
העיד מ"מ סתמא דמילתא דהמציאות
היתה דדר גם בלילות א"כ תו שפיר אמרי'
דרק כשטוען ברי דכל שלא טוען ברי תלי'
אסתמא, א"כ תחילת דבריו הוא לפי דרכו
של השואל, ומ"מ איכא סתירה לדברי

הרשב"א דידן דבחיידושים כתב וכמו
שהבאנו דסבר דהסתמא הינו בעדות וכו"ל
ממה שביארנו דבזה נחלקו הרשב"א
והרמב"ן וצ"ב בכל זה.

בה] הביה"ל [ח"ג סי' נ'] למד האי ענינא
באופן קצת אחר, דדייק מה
שהבאנו דבנמו"י משמע דסתמא בשיבכי
דוקא אמרי' דמעיד גם על הלילות, אבל
סתם עדים אף בטענת שמא לא אמרי'
סתמא, ולכאור' הביאור כנ"ל דהסתמא הוא
בעדות וזה דוקא בשיבכי ולא בסתם עדים,
ודייק מהרשב"ם והתוס' דכל עדים אמרי'
האי סתמא וכן מבואר ברא"ש א"כ תמה
קושייתו לעיל א"כ למה נקטו בגמ' שיבכי
דוקא הו"ל כל עדים וכבר הזכרנו דלפיכך
הרשב"ם נקט דמיירי דטענת ברי או
כתירוץ הרשב"א דאה"נ ולא דוקא אך
הביה"ל מיאן בכל זה.

ובתב לבאר דהנה בקס"ד של הגמ' סברה
הגמ' דאין אפשרות כלל העיד על
הלילה וא"כ אין חושש למחות דידוע
דתמיד יוכל לטעון טענה זו ולא יוכל הלה
המחזיק להשיבו בראיה לפיכך אף דלא
טוען ברי לא יועיל החזקה דיצטרך לשמור
שטרו, ולזה משני אביי ורבא דיש אפשרות
ע"י שיבכי או שוכרין א"כ תו הדר הסברא
דכיון דיכול להמצא עדות על זה כל שלא
טען ברי לי שלא דר בלילות ולפיכך לא
מיחה אמרי' כיון דהלה ידע דאם לא ימחה
יוכל הלה להביא עדות גם על הלילה ותו
לא יהיה לו טענה ולא יהיה ריעותא דאחוי
שטרך א"ת תו איכא ראיא מדלא מיחה.

ודאי ידע מהימים א"כ הו"ל למיחש על הלילות, אבל כה"ג שגם מהימים לא הכרח שהוא ידע כיון דלא היה כאן דהוא רוכל א"כ יכול להיות דבכלל לא ידע שהיה א"כ יש סיבה טובה למה לא מיחה דכלל לא ידע מהחזקה א"כ כה"ג א"א לצרף את שתיקתו של היום לשתיקתו דאז ואין ראייה מדלא מיחה, והא דשתק היום אין כדי סיפוק להוציא ממנו, וביותר י"ל דהא גופא אם גם על ספק היה צריך למחות ורק בודאי שידע שלא היה בלילה לא הוי למחויי א"כ צריך למיטען הכי, אבל אם גם בספק לא צריך למחות כיון דגם על הימים לא בהכרח שראהו כי לא היה כאן א"כ כה"ג ל"צ אפי' לטעון ואנן טענינן, שיביא ראייה שהיה גם בימים וגם בלילות ועיי'.

בח' ויש שפירשו ורוכלין הכוונה על השוכרין והדרין בבית שהיו בבית לא תדיר אלא יצאו ונכנסו - עי' תוס' סוה"ד וכן ברא"ש דכך פירשו דכיון דכן מנהגו של עולם מהני החזקה, אך ברשב"ם לכאור' לא פירש כן, וברבינו גרשום פירש גם ברוכלין הכוונה על השוכרין אלא היא גופא דלא מהני וטענינן ליה אף אם המערער לא טוען, וברבינו יונה מבואר דמהני רק אם ישלים החסר ויהני מפוזרות, ויש לבאר דאם הטעם במפוזרות דלא מחזקי כדמחזקי אינשי הכא ל"ש האי טעמא דראוהו דהוא רוכל, אבל אם הטעם דשמא לא ראיתיו א"כ לא מהני וזה טעמו של הרבינו גרשום לשיטתו וכמו שהתבאר.

כו' והוסיף דזה כוונת התוס' בתירוצם דכיון דהמערער צריך לחוש דכיון דסתמא היה בלילה פי' [לא הכוונה כמו שביארנו דאנן תולים כן] והיה המערער צריך לעשות מחאה על הצד שדר גם בלילות אף שלא ראהו להדיא ומזה דלא מיחה זה הראיה א"כ יוצא מדבריו דאין סתמא בעדות ולא במציאות אלא רק סברא להוכיח משתיקתו דלמה הוא שתק והוי הוכחה דמדשתק מתסמא מכר לו ולא בגלל שלא ראהו בלילות.

אך צע"ט לפי הביה"ל דכל הטעם הוא משום דאיכא ראייה מדלא מיחה א"כ צ"ע סו"ס כיון דלא טען דלא מיחה משום דלא היה בלילות יהיה ראייה מדלא מיחה, ואיכא למימר דכיון דאנו חוששין דלא היה בלילות א"כ הוי ריעותא אצל המחזיק ואיכא ריעותא דאחוי שטרך הגם דיש גם ריעותא אצל המערער סו"ס הדין עם המערער וכדברי החת"ס שהבאנו לעיל.

כו' ועוד היה מקום לדקדק ולפרש דדוקא בע"א דאיכא עדים שהיה בימים א"כ אף עם המערער לא היה לו ודאות שודאי לא היה בלילות הו"ל למחויי דשמא כן היה, ורק דודאי יש לו ידיעה שלא היה בלילות אזי ל"צ למחות וזה הוא צריך לטעון וכל שלא טען אזי מצרפין שתיקתו דהיום לשתיקתו דאז ותולים שלא היה אכפת ליה דבאמת מכר לו.

אך הכא אף דשתק עתה מ"מ א"א לצרף לשתיקה דאז ולמימר דשתק הגם שהיה צריך לחשוש כיון דבשלמא אם

ס"י י"ב

בסוגי' שכוני גוואי ודבי סיסין בשיטת הרשב"ם והראשונים [כט: - ל.]

סבר ר"נ דעל המחזיק להביא ראיה.
אך יש עוד מקום לדקדק דהכונה דהוי
כמחאה דבזה שעבר עליו חישב זאת
למחאה אך אי נלמד כן צ"ע מאי שנא
מכל מחאה דחובת ההוכחה הינו על
המערער ואילו הכא חובת ההוכחה על
המחזיק.

ג] אלא יש לבאר דהנה צ"ב הטעם
שחובת המחאה על המערער
ובפרט לפי הרמב"ן כל הטעם החזקה הוא
מדלא מיחה א"כ כל שיש נידון על
המחאה הוי כספק בעיקר החזקה א"כ למה
ההוכחה למחאה על המערער.

ד] ובקוב"ש [אות ק"ד] הביא שיטת
הנמו"י [דלמד בדבריו
דסבר כהרמב"ן] דפירש טעם החזקה
משום מדלא מיחה א"כ תמה שם למה
חובת המחאה על המערער והביא וז"ל
'כיון דהחזקה ודאית וביטול החזקה ע"י
מחאה ספק אין מוציא מידי ודאי ודוגמא
לזה בקנין ודאי ותנאי ספק אף שאם היה
תנאי ולא נתקיים נעקר הקנין למפרע מ"מ
אמרי' אין ספק מוציא מידי ודאי וכו'.

ובהשקפה ראשונה היה אפשר לבאר
כוונתו, דמצינו ב' אופני
תנאי והארכתי בזה בחיבורי רווחא

א] א"י בגמ' ההוא דאמר לחבריה מאי
בעית בהאי ביתא א"ל מינך
זבנתיא ואכלית שני חזקה, א"ל אנא
בשכוני גוואי הואי אתא לקמיה דר"נ א"ל
זיל ברור אכלתיך א"ל רבא הכי דינא
הממעה"ר.

ופי' רשב"ם אנא בשכוני גוואי הואי
בחדרים הפנימים היתה עיקר דירתי
והייתי עובר דרך עליהן ומשתמש עמך
בבית החיצון שדרת בו ברשותי ולכך לא
מחיתי, הנה זה ברור מאי דאי' בגמ' לקמן
לט. מחאה בפני שנים כלו' דחובת המחאה
על המערער ואילו חובת ההוכחה שהחזיק
בקרקע על המוחזק כדאי' בגמ' [לג:].

ב] א"כ איפה יש לדון כה"ג דטען
שהחזיק והביא עדים עלה
שדר אך המערער טוען שדו עמו יחד
כה"ג על מי מוטל חובת ההוכחה ובזה
נחלקו ר"נ סבר דחובת ההוכחה היינו על
המחזיק ורבא סבר דחובת ההוכחה על
המערער וצ"ב מחלוקתם.

והנה במש"כ הרשב"ם והייתי עובר דרך
עליך וכו' צ"ב מה הכוונה בזה יש
מקום ללמוד דלא הוי חזקה כלל הואיל
והשתמש עמו ולכך ל"ח למחות, ואם
נלמד כן יש הבנה בדעת ר"נ דסבר דלא
נחשב אלא כספק על עיקר החזקה ולכן

ודאי דחובת ההוכחה על המחזיק דהמערער לא בא לחדש אלא אדרבא בעל החזקה בא לחדש שעשה מעשה חזקה.

ו] **ובל** זה מבואר בעלמא, ומעתה נבוא לבאר בסוגי' דידן וכתב שם לבאר ע"ד הרמב"ן ובהמשך יבואר דבריו בהרחבה, אך הכא אזלי' בשיטת הרשב"ם דפירש דמיירי שעובר עליו בדרך והקשינו למה אם זה מוגדר כמחאה חובת המחאה עליו, וי"ל דכל הטעם וכמו שביארנו דחובת ההוכחה על המערער כיון דהחזקה מצד עצמה היתה חזקה מושלמת והמערער מחדש עשיה א"כ הכא דכיון דהיה עובר בדרך ממילא עצם החזקה לא חזקה טובה דחזקה כזאת דהבעלים עובר בה לא מקרי שמחה ואין סיבה שימחה דאדם צריך לעשות חזקה שיהיה סיבה למחות א"כ המחודש כאן הוא המחזיק דרוצה לחדש שכן היה חזקה מעליא וזה ודאי על המחזיק להוכיח.

ז] **הרמב"ן** תמה ע"ד הרשב"ם מה שפירש הרשב"ם וכו' לא נראה לי מפני שהדין נותן שלא יפסיד חזקתו בשביל כן וכי אין אדם עשוי למכור בית חיצון ומשייר לעצמו הפנימי ודרך ואעפ"כ כיון שזה דר למה יעלה לו חזקה, ועוד א"כ מאי טעמיה דרבא הלא כל זמן שלא הביא ראיה שדר לבדו לא הביא עידי חזקה שאין חזקה למי שדר עם הבעלים'.

בקושיא הראשונה שתמה הרמב"ן יש לבאר, אם נפרש כוונת הרשב"ם דהוי כמחאה א"כ תמה הרמב"ן

שמעתתא עמ"ס גיטין [סי' ב'] עי"ש, דיש אופן דהמעשה עצמו לא קיים עד שיתקיים התנאי וכשהתקיים התנאי ממילא חל עתה למפרע הקנין, ויש אופן שהמעשה מצד עצמו קיים אלא אם לא יתקיים התנאי יתבטל התנאי למפרע - אך המעשה כבר חל גם לפני שיתקיים התנאי.

א"כ אי נימא כהצד הראשון אין הבנה למה חובת ההוכחה של המחאה היא על המערער - הא לא חל החזקה כלל עד שודאי תהיה שתיקה, אך אי נימא דחזקה הינו כהצד ב' דחל החזקה אלא אם ימחה החזקה תתבטל ושדא ביה נרגא בחזקה א"כ א"ש דהמחאה הינו מעשה שמבטל החזקה.

ה] **אך** זה צ"ע דברמב"ן לא משמע כן דנראה דלא חל כלל החזקה עד שודאי יהיה שתיקה ולא שודאי חל אלא מחאה מבטל, ע"כ י"ל וכן ביאר לי מו"ר הגר"י קלרמן שליט"א דאף אי נימא דהעיקר החזקה לא חלה עד דודאי יהיה שתיקה מ"מ חובת המחאה על המערער והביאור דאם נעשית גוף מעשה החזקה והמערער בא לחדש שעשה עשייה נוספת של מחאה הוי המחודש ועליו הראיה.

ובדומה לדברי הקצות [סי' רמ"א סק"ח] דכתב דתנאי בקום ועשה חובת ההוכחה על התנאי שהתקיים הינו על בעל התנאי, וכתב שם כיון דעשיית הנאי הינו מעשה נוסף ומי שמחדש שנעשה מעשה עליו הראיה וזו כוונת הקוב"ש לדמותו לתנאי, ולכן הכא חובת ההוכחה על המערער, אך אם אין עדים כלל על החזקה

תו ל"ה סתירה, א"כ צ"ע מה הקשו הראשונים.

אך יש לומר דתמה הרמב"ן נמי דהכא לפי דברי המחזיק הוי מחאה כיון דטוען להכחיש שאין לו אפי' דריסת רגל מ"מ אף אי נקבל דברי המערער דעבר כאן מ"מ הו"ל למחויי על הצד שיטען לו המחזיק לשותפי החזקתי ולטענה זו לא יהיה תשובה למה לא מיחה דזו שעובר כאן אי"ז סתירה דהוא שותף ומדלא מיחה אכתי איכא ראייה על המערער והמחזיק תפס כראוי, וא"כ י"ל דהרשב"ם פליג ע"ז ולא ס"ל הכי דלא צריך לחוד לזה ולמחות על הצד דיטען לו כן, או דסו"ס לפי טענת המחזיק דהכל שלו איכא מחאה וריעותא זו עדיפא על הריעותא של המערער ועליו הראיה, [עי' מנח"י שכתב כן].

י [הנתיבות תמה על הקצות דלפ"ד מה הקשו הראשונים על הרשב"ם - ביאור השגתו הוא - דברור לנתיבות דגם הרמב"ן מודה בכה"ג שבא להוציא כל הקרקע דהוי סתירה למה שהיה לו דריסת רגל וודאי דלא הוי חזקה, אלא הרמב"ן דיבר דוקא על תשמישים וע"כ דהרמב"ן בקושייתו למד מדברי הרשב"ם דאירי גם כה"ג דהמחזיק טוען חזקה שיתוף ואף בכה"ג סובר דלא מהני חזקה כיון דהיה לו דריסת רגל וע"ז תמה דמאי שנא מכל שיוור דרך שודאי לא נימא דהוי כמחאה, ומכח זה הוכיח לא כהקצות דודאי הרשב"ם סובר דאף בחזקת תשמישים ל"ה חזקה.

דאין זה סיבה לא למחות כיון דיכול להיות שיש לו דרך דשייר לעצמו ולפיכך לא מיחה, וכן אם נפרש כוונת הרשב"ם דכשעבר עליו לא הוי חזקה נמי קשה דאי"ז מסלק החזקה דיכול שהיה לו דרך בשדהו.

ח [הקצות [ס"י ק"מ סק"ג] הביא מעשה באחד שטען דהחזיק במקום חבירו בביה"כ להיות שותף על חבירו במקום והלה טען דאכתי ישב עמו והשתמש עמו ולא מיחה מחמת זה, והביא תשובת הב"ח במעשה דומה וכתב הב"ח דל"ה חזקה דהא אמרי' בב"ב דכשהיה עובר עליו בדרך הוי כמחאה ועל המחזיק להביא ראייה, אולם הקצות גופיה חלק ע"ד הב"ח וסבר דכה"ג מהני חזקת שותפין, ומה דמבואר דחזקת הבתים כתב הקצות דהתם טוען שקנה גוף הקרקע להיות שלו וכיון שלבעלים יש להם דריסת רגל הוי כמחאה, אבל בשותפין כאו"א בשלו הוא נכנס ואין אחד משתמש בחבירו כלל דאמרי' ברירה וכו'.

ט [ולפ"ר כל הראשונים הרמב"ן והרשב"א הר"ן והריטב"א תמהו על הרשב"ם דאטו מי ששייר לעצמו דרך ל"ה חזקה לכאו' להדיא סברתם כסברת הקצות דמהני חזקה כה"ג, וגופא אפשר ליישב קושיית הראשונים על הרשב"ם כחילוק הקצות דהרשב"ם איירי כשהמחזיק טוען כולה שלי כה"ג ודאי דהוי סתירה למה שהבעלים עבר כאן, אבל כה"ג דהמחזיק מעיקרא לא טוען אלא רק שותפות א"כ

סתירה ודלא כקושית הרמב"ן דאכתי לא הוי סתירה ע"כ משמע מהרשב"ם דרבא נחלק בטעמא אחרינא דבזה לא הבין הרמב"ן טעמו ודו"ק.

יב] הקצות [סי' ק"מ סק"ז] הביא דברי הב"ח דדקדק דהנמו"י תמה על הרשב"ם קושיא א' של הרמב"ן ולא קושיא הב', וביאר הב"ח וכפי מה שהבאנו בריש דברינו דיש לפרש ברשב"ם בטענה הייתי עובר עליך בתרי אנפי או דהוי כמחאה או דלכן ל"ה חזקה כלל, דהיי' בלשון הרשב"ם כתוב 'והייתי עובר דרך עליך' - דזה לכאור' הוי מחאה, והוסיף 'ומשתמש עמך בבית החיצון' - דזה הוספת דברים דגם השתמש, וכתב לבאר דהוי בדרך ממ"נ אי נקוט דהשתמש ממש כסוף הלישנא דהרשב"ם א"כ קשה קושיא השניה מה טעמו של רבא אך קושיא הראשונה לק"מ כיון דכלל ל"ה חזקה, אבל אי נקוט בדברי הרשב"ם דהיה רק עובר עליו דרך א"כ קושיא ראשונה קשה אבל קושיא שניה לא קשה דפשיטא דבהעברת דרך ל"ה דיוורין, ובקצות תמה ע"ד דהא ודאי ע"כ העברת דרך מבטל החזקה דלרבא אי מייתי ראייה המערער שעבר עליו ודאי דיתבטל החזקה וע"כ משום דהוי דיוורין ולא נחלקו ר"נ ורבא אלא על מי מוטל הראיה.

יג] ובחת"ם ביאר כוונת הב"ח דהא גופא רבא סבר דהעברת דרך לא הוי כביטול החזקה אלא רק כמחאה וא"כ אין סתירה וא"כ ודאי דחובת ההוכחה הינו על המערער, ור"נ גופה פליג וסבר

אך לפי דברינו אין הוכחה וכנ"ל דאפשר דאף רשב"ם איירי דרך בטוען כולה שלי ובכל אופן הרמב"ן בא למי' דוגמא דכמו דבשותפין אין זה הוכחה כן גם הכא היה לו לחשוש ולמחות על הצד שכן יטען, ומ"מ ודאי אף לנתיבות מהראשונים מבואר דמהני חזקת שיתוף וקצת תימה על שיטת הב"ח דנקט כדעת יחידאה.

יא] ובקושית הרמב"ן השניה תמוה טובא דכיון דלא הבין את שיטת הרשב"ם בדעת ר"נ א"כ מה הוקשה לו בדעת רבא - עכ"פ רבא יובן דבאמת חלק על סברת ר"נ דהוי כמחאה וכקושית הרמב"ן, ואולי לפי הנתיבות ניחא דפירש דגם הרמב"ן מודה דכה"ג שטוען כולה שלי ודאי הוי סתירה לזה שעבר בדרך - ובזה מודה לדברי הרשב"ם אלא הבין דגם בתשמישים אמרי' כן, ובזה תמה למה נימא כן, א"כ בזה גופא תמה דמה רבא נחלק אם דיבר כה"ג דטען לתשמישים דאמת לק"מ דסבר דמה שטוען יקבל אלא הוקשה לו דרבא גם נחלק על ר"נ כה"ג שטוען כולה שלי ובזה הא ודאי סברא הוא כדברי ר"נ דהוי סתירה ולא הבין א"כ מה טעמא דרבא בזה ולא קיבל כל הביאורים שנבאר להלן בדעת רבא בזה.

ואף לפי דברינו י"ל דזו קושיתו דר"נ איירי רק כשסותר דבריו לגמרי ובכל זאת תמה למה באמת רבא סובר לא כן אם נקבל דברי ר"נ דהא לא נראה דרבא נחלק על ר"נ בסברא זו גופא דמודה דאם יהיה עדים למערער דעבר בדרך הוי

דלא רק בעבר אלא גם השתמש בה והוי ביטול החזקה לכן על המחזיק צריך למי' ראי'ה, [ותמה שם א"כ מה סבר רבא וכי נחלקו במציאות מה אירע שם עי"ש מש"כ] עכ"פ חזי' מניה דהב"ח למד בר"נ דהוי כביטול החזקה וא"כ ל"ק קושית הרמב"ן דהוי ביטול החזקה - היינו מבואר מדבריו דקושית הרמב"ן ניחא רק אם נסבור בכוונת הרשב"ם דהוי כמחאה אזי תמה למה הוי ראי'ה אבל אי הכוונה ביטול החזקה אין קושיא וצ"ב מאי שנא.

יד] ואולי נראה לחדש דהנה הקשינו לעיל דלכאור' שיטת הב"ח נסתרת מכל רבותינו הראשונים שתמהו על הרשב"ם, ואשר נראה לומר דסבר הב"ח דתלוי מה היה הטענה של המערער, אם טען דהשתמש לגמרי ובזה לא הוי חזקה וודאי מודי הב"ח דלא הוי חזקת תשמישין ואף הרמב"ן מודה לזה וכמו שכתב כן דלא הקשה כלום הרמב"ן דסבר דודאי הוי סתירה לזה שנשתמש ולא הוי חזקה, אלא אם בא המערער וטען דעבר ולא השתמש אלא רק עשה פעולה דמחמת זה סבר של"צ למחות בזה סבר דאה"נ הרשב"ם בזה איירי וסבר דעל המערער למי' ראי'ה וע"ז גופה תמה הרמב"ן דאין הוכחה למחאה דאין בזה כדי מחאה או כמו שכתבנו דעכ"פ הו"ל למחויי על הצד שהיה טוען לו לשותפות, ובזה אה"נ הראשונים רבו על הרשב"ם.

ורק כה"ג דהמערער טוען דלא היה צריך כלל למחות כי לא החזיק בצורה שנחשב לתפיסה אף דהמחזיק טוען רק

לשותפות בזה כו"ע מודי דלא הוי חזקה אף לרמב"ן, - אלא דבזה אדרבא תמה הרמב"ן למה באמת רבא סובר דהוי חזקה כיון דודאי אם נשתמש עמו ל"ה חזקה, דחזקה הינו רק בכה"ג דסילק הבעלים לגמרי, וכל שלא סילק הבעלים דהבעלים אכתי משתמש בזה ודאי לא מהני חזקה, רק כה"ג דמצד ההשתמשות השתמש לחוד וגם המערער מודה דהשתמש לחוד אלא בא בטענה דהוא לא היה צריך למחות - בזה נחלקו הרמב"ן והרשב"ם, דהרמב"ן תמה בזה למה הוי סיבה למחות, ובודאי דהלה צריך להביא ראי'ה לזה וכדעת רבא.

זו] ויש לדקדק שפיר דהרמב"ן והנמו"י נקטו דאטו אדם ששייר לעצמו דרך אצל חבירו ולא נקטו כשאר הראשונים שהוסיפו או שייר לו בור או אילן דהיי' דבאמת הרמב"ן איירי כלפי דרך דהוי רק מחאה - ובזה הוא תמה אבל כה"ג ששייר לעצמו בור או אילן דהוי תשמיש הוי מודי דלא הוי חזקה וכנ"ל וכמו שביארנו ודו"ק בכל זה.

ובזה אש"ט דהקצות י"ל דחלק ע"ז וסבר דאין צד לפרש דהוי כמחאה א"כ ודאי דהרמב"ן והרשב"ם איירי בטענה שהשתמש ול"ה חזקה - וא"כ ע"כ דכל הראשונים נוקטים דחזקת תשמישים ל"ה חזקה גם כה"ג שטוען שהשתמש.

זו] ובזה הוסיף די"ל דגם הרשב"ם לא חולק ע"ז אלא דיבר כה"ג שהמחזיק תובע כל הקרקע דבזה ודאי הוי סתירה והרמב"ן דתמה כמו שביארנו תמה

וכתב 'וטעמא בכל הני דהבא בטענה שהיא משנה ומחדשת את הענין חשיב כמוציא והמחזיק בטענה המעמדת את הדבר על ענינו הידוע חשיב מוחזק וכי היכי דהמוחזק בממון שאין לאחד טענה מחוורת מחבירו מהני חזקת המוחזק להעמיד הממון בידו ה"נ כל הני שהממון ידוע טפי לאחד חשיב כמוחזק ואידך חשיב מוציא, ובזה מתבאר ה"נ כאן דהסתמא כאן הוי כהתפוס הלכך הוי כודאי חזקה והמערער נקרא מחדש א"כ עליו הראיה [וע"ע בחזו"א אהע"ז סי' ס"ז סק"ז דהביא גם בר סיסין וע"ע בב"ק סי' ז' סק"ז שג"כ מבואר הכין] ובהמשך הסוגיא בדמיון לבר סיסין יתבאר בעז"ה עוד.

יח] הרמב"ן פירש האי סוגיא באופ"א וז"ל ואני שמעתי בפירוש הא דעובדא דשכונא גואי שהוא מקום רחוק ברוח דרום ונקרא גואי לפי שהוא חדר וכו' וקא טעין האי שהיה במקום שלא שמע החזקה או שלא היה יכול למחות דבמקום חירות הוא, והימניה ר"נ עד דמיי" אידך סהדי דהוה במקום קרוב שאינו מקום חרום דכיון שזה טוען שלא בפני החזקת במקום חרום טענתיה טענה וצריך הלה לקיים חזקתו כאילו טענו זה לא החזקת, ורבא סבר מכיון שהחזיק הרי הוא ברשותו והלה צריך להודיעו חזקתו בראיה של חירות כשם שצריך להביא ראיה על המחאה דטוען מחיתי ור"נ מדמי לה לקיום חזקה גופה ורבא מדמי לה למחאה וכו'.

דכמו דבתשמישים הא ודאי מודי הרשב"ם דהוי סיבה דיחשב חזקת תשמישין א"כ הכא נמי אפי' דטוען כל הקרקע שלו מ"מ איכא ריעותא על המערער למה לא מיחה על הצד שיטען לו המחזיק לתשמישים, ובזה נחלקו הרשב"ם והרמב"ן בסברא הזאת אבל כו"ע מודו דחזקת תשמישים לא הוי חזקה כמו שנקטו הרמב"ן להדיא בלשונם ואף הרשב"ם לא נחלק ע"ז אלא כה"ג דטען המחזיק כולה שלי דבזה הוי סתירה אבל כל שאין סתירה לזה הוי חזקה מעליא ודו"ק בכל זה.

וקצ"ע דלפי כל זה וכמו שמשמע מהחת"ס יוצא דהקצות סבר כהרשב"ם דהכוונה בזה דלא הוי חזקה כלל ולא הכוונה של"צ למחות, אך העירוני דבקצות גופיה משמע דכן סבר דהוי כמחאה יעוי' בסי' ק"מ סק"ח עיי"ש וצ"ע בזה.

יז] עד עתה עסקנו בדעת ר' נחמן - ומעתה יש לבאר בשיטת הרשב"ם את שיטת רבא - והנה כתב הרשב"ם 'עליו למערער להביא ראיה שנשתמש עמו וס"ל לרבא דכיון שראו עדים לזה המוחזק שנשתמש בו ג' שנים אין לנו לחוש שמא גם זה היה עמו הואיל ולא שמענו בלתי היום'.

ורגילים לבאר זאת ע"פ מש"כ החזו"א אהע"ז [סי' ע"ב סק"ז] דמי' שם מכל הש"ס דוגמאות של דין מוציא מחבירו דלא נאמר דוקא במוחזק ממש

יב] ולכא' מבואר ברמב"ן דיש ב' אופני טענה או שלא שמע החזקה או דשמע החזקה רק שלא יכל למחות, אי נימא דלא שמע החזקה א"ש דהוי חיסרון בחזקה עצמה והמחזיק הו"ל להוכיח ד"ז, אבל אם שמע החזקה רק טוען שלא יכל למחות לכא' מאי שנא מכל הוכחת מחאה דמבואר בגמ' דהמערער צריך להוכיח זאת, וכן לאידך גיסא בדעת רבא אי נימא דלא יכל למחות א"ש דחובת המחאה על המערער אך אי לא שמע החזקה לכא' הוי חיסרון בגוף החזקה ועל המחזיק להוכיח זאת.

ב] ועוד תימה דהרמב"ן בהמשך הוסיף ולפ"ז צריך להביא עדים שהיה כל ג' שנים במקום קרוב דהא חזקה בפחות מג"ש לאו חזקה היא, וכיון דמקצת ג' היה במקום חירום אינן עולין לו - לכא' אי נימא שטוען דלא שמע החזקה א"כ גם כששמע י"ל דלא שמע אלא מזמן שהגיע אבל לא שמע גם ישיבתו לפני כן א"כ א"ש דבעי' שיביא עדים שהיה ג' שנים כאן ושמע ודאי ג"ש, אבל אם טוען דשמע החזקה גם כשהיה בשכונני גוואי א"כ שמע מיד בתחילת ישיבתו בקרקע רק טוען שלא היה יכול למחות א"כ למה צריך ג' שנים שיהיה במקום קרוב ואם חסר קצת לא מהני הא אפי' יום אחד יש טענה שאם היה כאן למה לא מיחה, ולכא' דברי הרמב"ן הללו מללו לדעת ר"נ דלרבא הא לעולם ל"צ להביא ראיה א"כ כתב וסתם דין זה והוא לכא' תלוי באופנים הנ"ל והוא תימה.

ע"ב רצה לחדש מו"ר הגר"י שניידר שליט"א ולבאר דהא גופא ר"נ ורבא נחלקו בזה גופה, דהיי"ר ר"נ מודי דאם טען שמעתי רק לא מחיתי ודאי דחובת ההוכחה על המערער, אלא סבר דאם יטען לא שמעתי כלל החזקה אזי טענתו טענה וא"כ חובת ההוכחה על המחזיק, ורבא גופא נחלק וסבר דאין טענה כזו [וכמו שכתב הרא"ש דל"ח לזה דלא שמע] שלא שמע ול"ח לדבריו אלא רק יכול לטעון דלא יכל למחות וא"כ ודאי דבכה"ג חובת ההוכחה על המערער ומש"כ הרמב"ן הוא לצדדין קתני ולפ"ז א"ש דמה שהוסיף דהוא לשיטת ר"נ בטענתו שלא שמע החזקה כלל ע"ז כתב דיצטרך להביא עדים על כל הג' שנים וכנ"ל ועיין בזה.

ברם בקוב"ש נראה להדיא לא כן דר"נ סבר דאף כשטוען שלא יכל למחות נמי חובת ההוכחה על המחזיק וכתב שם לבאר [הבאנו לעיל ג"כ חלק דבריו] דתמה על הדין שעל המערער למי"י ראיה שמיחה הא לפי הרמב"ן כל החזקה מבוססת על לא מיחה וכתב דהוי כתנאי והארכנו לבאר כוונתו לעיל.

כא] ושוב הוסיף לבאר - ואם המערער טוען שלא היה במקום שיכל למחות כתב בני" דבהא פליגי ר"נ ורבא, וקיי"ל כר"נ דאמר זיל ברור אכילתך והיי" כיון דההוכחה מהחזקה היא רק בצירוף שתיקתו של המערער ואם לא היה יכול למחות אין כאן הוכחה כלום ע"כ צריך

תפיסה כזאת שיש לה טענת אחוי שטרך לא הוי תפיסה דמועילה, אבל מ"מ הוי תפיסה לכן נחשב דהמערער מחדש דבר והחובת ההוכחה של המחאה על המערער.

א"ב כל זה דוקא דהחזקה מצד עצמה הוי חזקה מעליא אף דימחה אבל כה"ג שלא יכל למחות כיון דטוען דהחזקה עצמה לא היתה ראויה להמחות א"כ זה גופא הסיבה דלא נחשב דמחדש דבר בזה שטוען שלא יכל למחות כיון דהחזקה גופא אף בלא מחאה לא היתה חזקה כלל והמחזיק הוא המחדש למעשה החזקה, ודוקא כה"ג דהחזקה מצ"ע היתה חזקה שלימה מקרי דהמערער המחדש, א"כ יוצא דתלוי הא בהא איפה דהמעשה חזקה מצד עצמו לא חסר ממילא המחדש הינו המערער אבל אם החזקה לא מעליא יוצא דהמערער לא מחדש דבר ועיין.

אך אכתי תימה גדולה מה שהקשינו במש"כ הרמב"ן בהמשך דבריו דלפ"ז צריך עדים שהיה כל הג' שנים ולכאור' אי טען דלא יכל למחות יהני שיהיה זמן קצר יותר, ובסוגי' שוקי בראי נבאר בזה.

כג [הרא"ש [סי' ו'] כתב לבאר דאם המערער טוען שלא שמע החזקה אין לו כזו טענה דמסתמא שמע החזקה וממילא כל הטענה היא רק שלא יכל למחות וכה"ג ודאי דעל המערער מוטל הראיה, וביאר הקוב"ש שם דהרא"ש לשיטתיה דשתיקת המערער אינה חלק מהחזקה, אלא טעמא דהחזקה שלא

לברר שהיתה חזקתו חזקה כדין, וצריך להבין למה עדיפא טענת לא הייתי יכול למחות מאילו טען מחיתי דצריך המערער להביא ראיה, ובאמת מה"ט פליג רבא אבל מ"ט דר"נ.

וע"ב צריך לחלק ולומר דמחאה מיקריא דבר המבטל את החזקה ושייך לומר אין ספק מוציא מידי ודאי כנ"ל, אבל אם היה המערער במקום שאינו יכול למחות החזקה מתחילתה ומצד עצמה אינה כלום והספק הוא בעיקר החזקה אם היה כדין או לא ואין הספק אם היה כאן דבר המבטל החזקה כמו בספק מיחה וכו'.

כב [וביאור] דהא כבר ביארנו במש"כ בריש דבריו דחובת המחאה על המערער אפי' לרמב"ן כיון דהוא המחדש א"כ הכא הו"ל לקוב"ש לומר דהכא הוא לא מחדש דטוען דלא יכל למחות ואי"ז עשיה וכתב מצד דהחזקה עצמה לא ודאית ויותר משמע כהצד א' שהזכרנו שם דהחילוק דהחזקה הוי חזקה והמחאה הוי מבטל רק דהקשינו דבפשטות לפי הרמב"ן אינו כן.

וביאר מו"ר הגר"י קלרמן שליט"א דהנה ר' שמואל ביאר דכל מחאה שהאדם מיחה החזקה אכתי קיימא דהיי' הא כיון דרק מיחה ולא הוציא אותו מהקרקע א"כ כח החזקה קיים אף שמיחה אלא הדין הוא דכיון דמיחה הדר טענת אחוי שטרך ובוה מוציאין ממנו, א"כ כל שבא לטעון שמיחה הוי כמחדש כיון דגם אם מיחה חזקתו חזקה מצד תפיסתו רק

חייבוהו חכמים לשמור שטרו לעולם לפיכך סבר דכל דטען דלא יכל למחות על המערער להוכיח זאת ע"ש.

כד] הקצות [ס' קמ"ג סק"ג] הביא דברי הרא"ש וביאר כן דודאי כל דברי הרא"ש הוא כה"ג שתלינן דודאי שמע החזקה וא"כ כל הנידון הוא רק אי יכל למחות או לא, ובכה"ג תלי' דהמערער בעי לאכוחי זאת, אבל כה"ג דיש צד דגם לא שמע החזקה גם הרא"ש מודי דעל המחזיק להביא ראיה, ואם כדברי הקוב"ש בדברי הרמב"ן דר"נ סובר אפי' בטענה שלא יכל למחות דעל המחזיק להביא ראיה, א"כ הרא"ש והרמב"ן נחלקו בזה, אבל לפי הביאור שהבאנו בדברי הרמב"ן בדעת ר"נ איירי רק כשטוען דלא שמע החזקה א"כ הרא"ש ג"כ נחלק אלא דנחלק על זה שלא יכל לטעון ד"ז אבל מודי שאם טען ד"ז ויתקבלו דבריו המחזיק יצטרך להביא ראיה ורק נחלקו האם יכל לטעון טענה זו אבל כו"ע מודו דאם שמע ולא יכל למחות דחובת ההוכחה על המערער ודו"ק.

מ"מ בדעת הקצות דחילק כה"ג לפי סברת הקוב"ש ע"כ צ"ל דהרא"ש לשיטתיה וכן הקצות דהוי תק"ח וא"כ לכאו' א"ש חילוק הקצות ורק הרמב"ן לשיטתיה לא יהיה מובן.

כה] והנה עוד יש לדקדק במש"כ הרמב"ן דצריך להוכיח ג"ש שהיה כאן לכאו' יש לתמוה עוד דהרמב"ן לשיטתיה דלאתר הוי חזקה אף

אם לא שמע אלא יום אחד ולא מיחה הוי לאלתר חזקה ואין אחוי שטרך דא"כ עבר ג"ש וע"כ איכא למידק מהרמב"ן כביאור הגר"ר דלמעשה אף לרמב"ן בעי ג"ש להוכיח דלא מיחה וכן כיון הגר"ר בעצמו שם שכתב 'וגם ניחא הא דר"נ דבעי' ברור אכילתך על כל הג' שנים שאכילת כולם הוא השטר' ע"ש ודו"ק.

הנה ר' שמואל [אות ב'] תמה לפי עיקר דברי הרמב"ן למה כלל בעי' המחזיק להוכיח על החזקה ג"ש שיוכיח רק יום אחד, ובזה לכאו' איכא למימר בפשיטות דכיון דאמר' דחזקה הוי במקום שטר א"כ הגם שיש ראיה מדלא מיחה מ"מ איכא אחוי שטרך דכיון דאין ראיה דהחזיק ג"ש תו אמרי' הו"ל לאזדהורי בשטרא אך בר' ראובן תמה בנוסח שונה דנהי דבעי' להוכיח דישב ג"ש דיהיה לו כשטר מ"מ להוכיח אם החזקה היתה כשרה או לא דהיי' אם היה בפניו או לא בפניו בשכונני גוואי בזה תמה כיון דישב ודאי ג"ש בעדים ויש הוכחה מדלא מיחה לאלתר למה על המחזיק להביא ראיה טפי ולזה הוכרח לתרץ וכו'.

כו] והערוני דאולי גם בקושיית הגר"ר י"ל כנ"ל דכל שלא הוכיח דישב ג"ש לפניו ג"כ הוי חיסרון של אחוי שטרך דלא אמור להיות בטוח בעצמו וכדברי הרמב"ן לקמן לו: דבמקום חירות ל"ה חזקה, אך יש לפקפק בזה דשם איירי שאפי' יום אחד לא ראוהו, אבל היכא דראוהו יום אחד י"ל דכבר לא חושש מפניו וזמן ג"ש הוא לרגילות שמירת

צריך לברר מי שבא לבטל עי"ש, וכן בחזקה אי היה ודאי חזקה מי שבא לבטל החזקה עליו הראיה כגון אם טען המערער שמיחה צריך להביא ראיה שמיחה, מפני שאין חיסרון במעשה החזקה שלו, והמערער צריך לעשות מעשה למחות עליו הראיה.

אבל כאן בשכונני גוואי שאם לא היה עמו בשכונני גוואי אין צריך המחזיק להוסיף במעשה אכילה - אלא שאם כן היה עמו בשכונני גוואי אין זו חזקה כלל ולא רק שיש כאן מעשה המבטל חזקה - אלא שאין זו חזקה - בזו נחלקו על מי לברר [ובקיצור יש פשטות שהיה חזקה וסתמא עם המחזיק - רק דהמערער בטענתו לא מחדש עשיה אלא גורם דמעיקרא לא היה חזקה כה"ג מי עדיף על מי דמצד אחד היה ודאי מעשה חזקה לפי הסתמא ומצד שני המערער לא בא לבטל עי"ש עשיה אלא בא לעקור מעיקרא את החזקה] שר"נ סובר שבכגון זה על המחזיק לברר שיש כאן חזקה ורבא סובר דכגון זה כל על המערער להביא ראיה - שהלוקח הוא המוחזק מאחר שהחזקה שלו היא ברורה ואין חסר בהאכילה שלו.

בט [וזהו שהגמ' מדמי את זה לבר סיסין - ששם ג"כ אין המוכר צריך להוסיף במעשה המכירה שלו ואין גם הלוקח צריך להוסיף במעשה הקנין אי השדה זו היא ג"כ של בר סיסין - ומעשה הקנין שעשה היא מעשה קנין אחת על כל השדות של בר סיסין, ואם זו השדה היא

השטר והוא תלוי לכאן מה הסיבה דאכתי שומר שטרו אי משום דאכתי חושש שמא ערער א"כ י"ל כנ"ל דכל שלא החזיק ג"ש בפניו לא מהני או דנימא דסתם דרכו לשמור השטר ג"ש א"כ הכא נמי כיון דראהו עכ"פ יום אחד וכבר עבר ג"ש דאין דרכו לשמור ממילא לא א"ש למה בעי כל הג' שנים וצע"ב.

בז [אמרי' בגמ' ורמי דרבא אדרבא ור"נ אדר"נ ומי' מבר סיסין שמכר קרקעותיו סתם בשטר והיה ספק על קרקע שנקראת בר סיסין אי זה נכלל במכירה דס"ל לר"נ דהקונה תפוס ורבא סבר דהמר"ק עדיף ולכאן' הוי סתירה וצ"ב הדימוי בין תרי הסוגיות הא הכא עסי' בחזקת ג"ש ואילו התם הוי במכירת שטר.

בח [אלא הביאור בזה ויסוד הדברים מבואר באבי עזרי [טו"נ ט"ו ה"י] ואעתיק לשונו הרהוטה למען יעמדו הדברים לאשורם, דזה ודאי דאם יש ספק אי היה מעשה מכירה על זו השדה או לא או שהיה ספק אי אכל גם בשדה זו או לא - אף שיש עדים שודאי מכר לו ובודאי אכל חצי שדה זו והספק על חציה השני אי היה מכירה או אכילה גם בחצי השני בודאי הלוקח והמחזיק צריך להביא ראיה שהיה מעשה מכירה ומעשה אכילה.

ובן בודאי דאם היה מכירה ודאית ובא בטענת ביטול המכירה כגון טענת מום או דאם היה תנאי ע"מ שלא תעשה החיוב לברר מי שבא לבטל המכירה וכן הוא בשו"ע [רמ"א - י'] שתנאי בשוא"ל

לא] ובנוס"א י"ל דסבר ר"נ דשכונאי גוואי איכא תרתי לריעותא דהמערער לא מחדש דבר וגם המחדש הוא לא לבטל החזקה אלא עוקר לגמרי דלא מתחיל החזקה, משא"כ דבר סיסין אפי' שלא מחדש עשייה מ"מ הרי זה מבטל דהרי ודאי שהיה מעשה קנין וחל על כל הנכסים ויש סתמא גם על שדה זו וזה נקרא דמבטל את מעשה קנין כלפי שדה זו, אבל בשכונאי גוואי אין כאן דבר דודאי חל אלא כל הסתמא הוא כל עיקר החזקה ואין חזקה ודאית דכה"ג מודי דהמחזיק צריך להוכיח.

ורבא סבר דסתמא של הלוקח נחשב שהמערער מחדש דהיי' נהי דלא מחדש עשייה ופעולה מ"מ מחדש טענה, וכה"ג הוי חיסרון וזה קשה מבר סיסין והחילוק דבשכונאי גוואי חוץ מזה שהלוקח מוחזק בטענה נמי מוחזק בגוף הקרקע משא"כ בבר סיסין דאינו מוחזק וכה"ג מוחזק בגוף הקרקע וגם מוחזק בטענה מודי רבא דמוחזק בקרקע וגם לא מחדש עשייה רק טענה אזי הלוקח נקרא מוציא ועליו הראיה.

לב] עוד נוס"א י"ל דבעלמא מר"ק נגד מוחזק המר"ק עדיף, אלא דיש אופנים דהמוחזק אלים כגון אחזקי בגנבא וכן חזקת ג"ש, הכא הנידון הוא כה"ג דהחזקת ג"ש אינה מצד עצמה אלא מבוססת על סתמא האם כה"ג אמרי' דהמר"ק אלים או דגם בזה החזקה עדיפא.

אינה של בר סיסין אין זה ביטול הקנין אלא שבכלל אין כאן קנין ע"ז השדה.

רהי' בדרך כלל יש צד אחד שהוא המחדש או הלוקח דמחדש על המכירה וא"כ המוכר לא מחדש או להפך דודאי היה מכירה והלוקח לא מחדש והמוכר רוצה לבטל והוא המחדש - ואילו כאן לפו"ר שניהם שווין ואין אחד מהם מחדש יותר דגם סתמא היה מכירה וגם אין המוכר בא לבטל המכירה אלא עוקר לגמרי ובזה נחלקו מי נקרא מחדש בכה"ג] וסובר שם ר"נ שהמוכר צריך לברר שזו אינה בכלל וזה סותר למה שאמר שבשכונאי גוואי היא טענה כיון שלדבריו אין כאן חזקה כל עיקר, וכן רבא סובר גבי בר סיסין שהלוקח צריך לברר שזו היא בכלל הקנין ולמה גבי שכונאי גוואי סובר שאדרבא המערער צריך להוכיח שאין כאן חזקה.

ל] ודחי' הגמ' דרבא אדרבא לק"מ התם מוכר קאי בנכסיה הכא לוקח קאי בנכסי דהיי' דטו"נ כגון זה תליא מי הוא שעומד בנכסים ואין זה מדיני ספיקות ששייך למוחזק שבקרקע תמיד קיימא בחזקת מר"ק, אלא כן הוא עיקר ההלכה דכגון זה שהמוציא עליו לברר, ודר"נ אדר"נ ל"ק ששם כיון דאמר ליה דבי בר סיסין ואיקרוי דבי בר סיסין עליו לברר שאינה של בר סיסין והיינו שמסתמא גם זו נכלל בהמכירה משא"כ בעובדא דשכונאי גוואי אין כאן סתמא שלא היה בשכונאי גוואי וע"כ המחזיק צריך לברר אכילתו עי"ש.

ובמו"ב בבר סיסין דהיכא מר"ק נגד מוחזק בשטר הנסמך על סתמא האם הוי עדיף או לא, ודחי' דר"נ קסבר דשכונני גוואי אין כ"כ סתמא משא"כ בבר סיסין ואילו רבא סבר דשכונני גוואי הוא גם מוחזק בגוף הקרקע ממש, משא"כ בבר סיסין דלא מוחזק ועיין בכל זה.

וביאורים אלו נכונים בין לרשב"ם ואף לשיטת הרמב"ן דסו"ס הנידון נסוב דהמערער טוען טענה שלא מחדשת עשיה אלא עוקרת לגמרי ואילו מנגד המוחזק איכא גביה סתמא דהיה חזקה רק ההבדל בין הרמב"ן לרשב"ם מה היתה טענת המערער אבל יסודם אחד ודו"ק.

ויש לבאר דהנה בסוגית חזקה ג"ש התבאר בדעת ר' ישמעאל דהיה לגמ' קס"ד דחזקה ל"צ טענה ומסיק' בעדים והתבאר שם כיון דכל חזקה הוא רק ראייה למה שטוען וכל שלא יטען לא מעלה ולא מוריד החזקה, אך בר"ן שם הבאנו דביאר בר"י דכל מאי דבעי' טענה הוא דאם לא יטען הוי ריעותא בחזקה למה לא טוען מידי, והיה נראה דב' הביאורים אלו יוצא הב' הצדדים שמבואר לעיל אם הטענה הוי חלק מהחזקה או לא, ובאמת דיש מקום לדקדק דבגמ' כאן נראה דהתחדש דחזקה לא יהא אלא כשטר וכו' וממילא פשוט דבעי' טענה אך לולי סברא זו לא יצטרכו טענה ויתכן דהרי"ף למד דבזה נחלקו האמוראים הכא בסוגי' וצ"ע.

ובשיעורי ר' דוד [אות קי"ד] ביאר דסבר הרי"ף דבדין חזקת ג"ש ממני אינו נכון דהא הייתי במרחקים ולא שכנתי כאן בזמן שאתה טוען שקנית ממני, ר"נ סובר דצריך להביא ראייה שהיה כאן ואפי' יום אחד דאז תלי' דמכר לו אז ורבא סבר של"צ להביא ראייה.

ובשיעורי ר' דוד [אות קי"ד] ביאר דסבר הרי"ף דבדין חזקת ג"ש



ס' י"ג

בסוגי' שוקי בראי [ל.]

אך לרשב"ם ולרא"ש דפירשו בשכונא גוואי פירוש אחר לשיטתם כה"ג דהנידון ע"ז הרא"ש סבר דכו"ע מודי דלא יכול לטעון שלא שמעתי החזקה אלא רק לא יכלתי למחות וכה"ג ודאי דעל המערער להביא ראיה והכא בגמ' משמע דנאמן בטענתו, ובאמת ברא"ש נקט דהכא היה קלא במקום רחוק ולא שמע החזקה ולכן נאמן בטענתו וכדברי הקצות בכה"ג מודי הרא"ש דעל המוחזק למי' ראיה ולפיכך הכא הביא עדים הלוקח שהיה כאן אלא דעתה נסוב הויכוח בנושא אחר כשהיה כאן למה לא מיחה.

ג **אך** התימה גדולה היא דמבואר בגמ' דמהני דיביא עדים דהיה בשתא תלתין יומין ול"צ שיביא עדים שהיה כל זמן ההחזקה וברמב"ן בשכונא גוואי התבאר לא כן דצריך להביא עדים על כל הג' שנים וצ"ע.

ד **הנה** כתב הנמו"י 'ומשמע מהכא דאין צריך שיהיה המערער כל הג' במקום הראוי למחות ולא מיחה והלך במקום שלא היה יכול למחות לא עלתה לו החזקה כלום דאימא דעתו היה לשוב אלא שלא נזדמן לו וכל מה דפריך בגמ' הוא כיון שהיה אפי' בסוף הג' שנים כאן הו"ל למחויי וכל שלא מיחה לא מהני וכן

סוגית שוקי בראי מיישך שייך לסוגית שכונא גוואי אך מ"מ חילקתיו לשני מחנות לחלוק כבוד לסוגיא זו בפנ"ע.

א **אמרי'** בגמ' ההוא דאמר לחבריה מאי בעית בהאי ביתא א"ל מינך זבנתיה ואכלתיה שני חזקה, א"ל בשוקי בראי הוואי אמר ליה והא אית ליה סהדי דכל שתא ושתא אתית תלתין יומי א"ל תלתין יומין בשוקא הוי טרידנא אמר רבא עביד איניש וכו'.

ב **ופירש** רשב"ם 'אנא בשוקי בראי הוואי בארץ מרחקים מקום שאין שיירות מצויות ולא ידעתי ולכך לא מחיתי ותנן ביהודה וכו' א"נ איכא לאוקמיה בשעת חירום ואפי' באותה מדינה וכו' אבל במקום דליכא חירום והשיירות מצויות לא מצי טעין הכי' וכו'.

לכאן' לפי הרמב"ן שפירש בשכונא גוואי דטען דלא שמע או דלא יכל למחות א"כ בזה נחלקו ר"ג ורבא - אין מקום לפרש דהויכוח בשוקי בראי כה"ג אלא בעי לאוקמיה דמודה בזה המחזיק שהיה במקום אחר רק טוען שהיה כאן והלה משיב דנהי דהיה כאן מ"מ היה טרוד בשוק ולזה נסוב הנידון של הגמ' ופשטי' דהמערער צודק בטענתו.

ז] עוד הביא הקצות [שם סק"א] ב' פירושים של הרשב"ם שלא

שמע החזקה וי"א דהיה טרוד ולא היה לו זמן פנוי למחות, וכתב הקצות דלפי מש"כ התוס' והרא"ש דהחזקה נשמעת למרחוק א"כ מה בכך שהיה בשוקי בראי כיון דידע מכך וכי אתא לעירו למה לא מיחה וע"כ צ"ל דהיה טרוד בשוק כל כך עד דשכח במה שהיה לו הידיעה מחזקתו, אבל אם טען שידע בשוק מן החזקה אלא שהיה טרוד ולא היה לו פנאי למחות אמרי' שבקל היה יכול למחות.

ח] ולפ"ד איכא סתירה בדברי הקצות דבסק"א נראה דנקט דאין סברא לומר דידע את החזקה וסתם לא היה לו זמן למחות אלא ע"כ אמרי' דשכח לגמרי ואילו בסק"ב מבואר דתמה דא"כ למה בעי לאוקמיה בשוקי בראי אף אם היה כאן מ"מ היה לו אונס, וע"כ ביאר דסבר הנמור"י כהטעם דלע היה לו זמן פנוי למחות ונראה דכן סבר הסברא זה דאפי' שידוע מהחזקה מ"מ כיון דטרוד מהני וצ"ע.

ובן עוד היה מקום לעיין דהיד רמ"ה כמו שהבאנו מבואר דאפי' יום אחד מהזמן של ג' שנים ששכן כאן מהני להוכיח דלא מיחה - א"כ מבואר דלא סבר דכיון דהיה לו זמן ושהות ולבסוף היה אונס לא מהני, ואילו הנמור"י בב"ק הוא בשם הרמ"ה דכן מבואר דסבר דאונס ביום אחרון מהני.

ט] אלא ע"כ צ"ל בדעת התוס' והרא"ש דהקצות נקט בלשונם דסברו דמיירי שלא יכל למחות כלל אם כהדימוי

דעת הר"י והרשב"א [בדף כט:] ובחידו' הר"ן.

ה] אך השיטמ"ק בדף [כט.] בשם השיטה לנ"ל וברמ"ה בסוגי' שכוני גוואי [אות כח] מבואר דאפי' היה מתחילה יום אחד מהני כדי להוכיח מדלא מיחה, ובקצות [סי' קמ"ג סק"ב] כתב לבאר דהנמור"י לשיטתו במש"כ בב"ק בשם הרמ"ה לענין תפילה באחד שהיה לו זמן להתפלל ולא התפלל דסבור היה דיש לו עוד זמן ולבסוף אירע אונס נקט שם הנמור"י דהוי אונס כמו"כ הכא בתחילת הג' היה לו אפשרות למחות מ"מ לא חייב דנקט בדעתו שיהיה לו עוד זמן ולבסוף נאנס לא הוי חזקה.

ו] ותמה הקצות כיון דעיקר הדבר אזלי' בתר סוף ג' שנים אי היה כאן או לא וכיון דבסוף הג' היה טרוד בשוק והוי כלא היה כאן א"כ למאי הוצרך לומר דהיה בשוקי בראי אף אם היה כאן מ"מ כיון דהיה לו זמן ושהות למחות ולבסוף נאנס א"כ הוי כאונס ביום אחרון ולא הוי חזקה.

ע"כ ביאר שם הקצות דכוונת הנ"י אליבא דיש מפרשים מה שהביא הרשב"ם ב' פירושים בשוקי הוי טרידנא א' - לא שמע כלל החזקה, ב' - לא היה לו זמן למחות, א"כ אייז כ"כ אונס שלא היה לו זמן למחות, ע"כ אם היה כאן בתחילת ג' הגם שלבסוף לא היה לו זמן למחות מ"מ לא מקרי אונס והוי חזקה לכן הוצרכו לאוקמיה דלא היה כלל וגם כשהיה לבסוף לא היה לו שהות דדוקא כה"ג הוי אונס ע"ש.

יא] מו"ר הגר"י קלרמן שליט"א דייק בדברי השיטה לנ"ל אין כ"כ ראייה דכתב כן וכן מסתבר לי דבין בראש בין באמצע בין בסוף הוה ליה למחוי כיון שהיה רוצה להפליג דהי' נראה מדבריו דלא היה בדעתו לחזור דרוצה להפליג משמע שיודע שלא יוכל לחזור אבל כה"ג שרוצה לחזור ולבסוף נאנס אין ראייה.

יב] אך התימה הגדולה על הקצות דלהדיא הנמו"י כתב לא כן אלא כתב ל' יומי בשוקי הוה טרידנא - ולא שכנתי שם אלא בבית אחר שלי או הוצרכתי לעמוד עם חברותי במקום אחר אשר אכלנו בשותפות ומתוך זה לא ידעתי שהיית מחזיק כדי שאוכל למחות וכו' הרי להדיא סבר דלא הכוונה דלא היה לו זמן למחות אלא לא שמע את החזקה וע"ז כתב ומשמע מהכא וכו' הדין של הנמו"י.

ותו חזי' במגלה עמוקות בהגהותיו על הנמו"י דתמה הכי וע"כ צ"ל וכן כתב בכתונת פסים על קושית הקצות למה העמידה הגמ' שטען שוקי בראי וז"ל ולא קשיא דהגמ' מביא ומספר המעשה האין היה והאין השיב אחד לחבירו והוא השיב לו האמת כפי שהיה בשוקא בראי ותמהני על חכם כמותו דיעשה מזה קושיא עיש"ד.

יג] ומעתה נחזור לדברי הרמב"ן שהבאנו בשמו שצריך כל הג' שנים להוכיח וצ"ל דאין כוונת הרמב"ן כן - אלא י"ל דסבר הרמב"ן דבשוקי בראי

של הקצות לדברי הנמו"י בב"ק י"ל דסברי דאונס ביום אחרון לא הוי אונס ולפיכך אי היה כאן בתחילת הג"ש הגם שלבסוף היה לו אונס גמור לא מהני דהיה לו זמן ולא מקרי אונס לכן צ"ל דמייירי שתחילת הג' שנים הוא לא היה כאן, ורק לדברי הנמו"י לפי הקצות צ"ל דכיון דסבר דאיכא אונס ביום אחרון צריך לאוקמי' של"ה אונס.

י] אך אכתי צ"ע דמאי הסברא איכא שהיה טרוד ולא היה לו זמן למחות, ואולי י"ל דסבר הנמו"י דלא שומע החזקה [ועי' נמו"י לקמן במשנה דשלש ארצות דמבואר בלשונו דיש כזה טענה שלא שמע החזקה ודו"ק] למרחוק א"כ בזמן מועט כזה גם לשמוע וגם להספיק למחות שייך לומר דהוי אונס כל' דמיד שמגיע שומע ולא חיי' שלא שמע אך מ"מ לא שמע לפני כן, דאם שמע לפני כן א"כ מיד שיגיע לפני שיתעסק בדבר ילך למחות אבל אם לא ידע לפני כן א"כ כשהגיע ושמע שייך למימר דלא יספיק מלמחות אך מ"מ אי"ז אונס גדול כדי למחשביה כאונס ביום אחרון וצ"ע.

ובדעת הרמ"ה נמי צ"ל דאפי' דסבר דאונס ביום אחרון מהני צ"ל דכאן סבר דלא הוי כאונס ביום אחרון דודאי שומע לכן אם היה לו זמן למחות וכדברי הקצות והא גופא אולי זה היה הכרח של הקצות לומר כן דלא"כ ייצא סתירה בדברי הרמ"ה וצ"ע בזה.

בסוף שנה שלישית ורואהו עומד בשלו יש לו למחות קודם שילך משם שהרי 'יודע' שזה החזיק [ולא נקט שהרי ראוהו משמע שכבר יודע עוד לפני שהגיע לכאן] עליו ואם לא עכשיו ימחה אימתי, והיינו עובדא דשוקי בראי, ולזה הוסיף ואם אתא ממקום חרום וכו' בסוף שנה שלישית ולא מיחה אומדין אם אפשר שלא שמע - הרי להדיא בכה"ג דלא שמע לא מהני בזה שהיה בסוף ג' כיון דצריך שישמע כל הג' ורק כה"ג שודאי שמע אמרי' דצריך למחות עכ"פ בזמן שהיה כאן ודו"ק.

ודאי שמע החזקה ואולי הוא כמו שביארנו דאין כ"כ נפק"מ במה שאמר שוקי בראי דהנידון הוא בעיקר באונס ביום אחרון והגם שהיה כאן יש לו טענה ששכח מטירדת השוק וא"כ גם כשטען שוקי בראי אין בכוונתו לומר בזה שלכן לא שמע החזקה אלא שלא יכול למחות והוא לאו דוקא ואה"נ כה"ג שלא שמע החזקה ודאי דצריך ג"ש.

ובן נראה מדויק מלשון הרמב"ן שכתב ויפה כיוון ר"ח בזו שפירש עד שיהא עמו במדינה כל שני החזקה ואי איתא



ס"י י"ד

בסוגית לאו קא מודית [ל. - :]

ג] בסוגיא לקמן [מא.] אי' במשנה 'כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה' וכו' - היינו נאמר דין מעיקרי החזקה דלא סגי בחזקה של הקרקע ג"ש לחוד אלא בעי' טענה דיטען כיצד הגיע הקרקע זו לידו ורק כה"ג מהני, טעם הדבר - התבאר לעיל כח: בסוגית חזקת ג"ש דכל חזקה היא רק ראייה למה שטוען אבל כל שלא טען כלום לא מהני, ובתוספת ביאור - הנה הגמ' לעיל ל. מגדירה את החזקה 'לא יהא אלא דנקט שטרא' דהיי' האופן להחזיק בקרקע הוא בשטר [אפסרא דארעא] ויש תחליף לשטר והוא חזקת ג"ש, אך כמו שבשטר יש ב' חלקים החזקת השטר דאם לא יתפוס בשטר לא יהני, וכן שיהיה כתוב בשטר תוכן המאורע כדי לידע אכן למי הקרקע שייכת.

כמו"ב חזקה עצם החזקה מהני כתפיסת השטר אך בעי' לזה גם טענה וזה פשוט וברור בלי עוררין [עי' בסוגית הולכי אושא דקפריך בגמ' דיועיל חזקה בלי טענה ושם ביארנו באריכות - ומ"מ אף לר"י למסקנת הסוגיא בעי' חזקה עם טענה ושם פירשתי טעמי הדברים].

אם כך כל היושב בקרקע ובא מערער ותובעו על זה ולא משיב לו כלום הדין דודאי מוציאו מהקרקע כל זמן שיש

א] אמרי' בגמ' ההוא גברא דאמר ליה לחבריה מאי בעית בהאי ארעא אמר ליה מפלניא זבנתיה דאמר לי דזבנה מינך א"ל את לאו קא מודית דהאי ארעא ידידי הוא ואת לא זבינתה מינאי זיל לאו בעל דברים ידידי את.

הנה סוגיא זו איכא כמה אופנים לדון בשינוי טענות מצד המוחזק ופרטיהם רבים ויסודה מסוגיא לקמן מא: ומיישך שייכי להתם ע"כ בעז"ה נבאר עקרי הדברים והיסודות בשיטות הראשנים בהאי סוגיא.

ב] הנה כל עיסוקינו בהאי פירקא הוא בדין חזקת ג"ש, דהיי' אדם היושב בקרקע ג"ש ובזה בא להוציא מהמר"ק ויש כמה תנאים ופרטים בזה דבעינן כדי להצריך החזקה וכשאינן מחלק הפרטים יש לדון כיצד הדין אם ישתנה משום זה וטעמיהם, ובסוגיא זו יתבאר הענין בכללותו.

האופן המצוי בו לכו"ע דין החזקה הוא כשיש עדים למר"ק דהוא הבעלים ובא אדם עם עדים שישב בה ג"ש ויש לו טענה כיצד הגיעה קרקע זו לידיו כה"ג בעי' ומהני החזקה להוציא מהמר"ק בלי שום פקפוק.

בראשונים דכיון דתפוס בקרקע לא הוי מוציא.

עכ"פ כל האי סוגיא התם הוא כה"ג שהחזיק ג"ש בוראי דהיה לו עדים ע"ז והיה ודאי מר"ק שהיה לו עדים ע"ז, וכל הנידון הוא כלפי הטענה של החזקה, דטענתו שטוען דקנה או ירש בעי' ראייה לטענה או ע"י דר בה חד יומא דאז טענינן וכנ"ל, או דטוען בנאמנות של מיגו.

[ז] **בסוגי'** השתא אסיקנא כה"ג דאין מר"ק ודאי כלו' אין עדים למר"ק [כמבואר בראשונים] א"כ היה מקום לדון דל"צ תו מידי לא חזקה ולא טענה כיון דמי יימר דהוי מר"ק, וכל שהלה תפוס לא נוציא מידו כמבואר - אלא ע"כ מיירי דהתפוס הודה דהמערער בעלים אלא שטען כנגד זה דהמוכר לו קנה מהמערער ותו מכר לו בכה"ג כיצד נדון דבר זה.

[ח] **הרשב"ם** האריך לבאר המקרה בגמ' וכתב כמו שפירשנו דמיירי אפי' שלא היה עדים למערער דהוא הבעלים מ"מ הודה המחזיק דהוא הבעלים תו דדר דינא דבעי' חזקה אלא דאה"נ איכא חזקה אלא חסר טענה דכיון דטוען שלא הוא קנה מהמערער אלא המוכר לו קנה מהמערער לא הוי טענה דבעי' דיביא ראייה לטענתו וכל שלא הוכיח לנו דהמוכר שלו היה שייך לו האי ארעא הוי חזקה בלא טענה ולא יחגיג מידי.

אלא דיש לדון כיצד כן יש באפשרותו להיות נאמן בשתי האופנים

ודאי מר"ק בעדים, אך בגדר טענה נכללו בזה כמה דינים והם מבוארים בסוגיא שם.

[ד] **אדם** המחזיק בקרקע בטענה דהוא לא קנה הקרקע מהמערער אלא תולה זאת באחר או דטוען ירשתיה מאבותי נאמר במשנה לקמן דל"צ טענה - ודייק' בגמ' דנהי דל"צ טענה כלו' דל"צ לומר כיצד הגיע לאביו או למוכר ידיה אך מ"מ ראייה בעי' היי' בעי' שיוכיח באופן המועיל דאביו או המוכר ידיה היה שייך לו האי ארעא, ומבואר שם דיש ב' אופנים כיצד יוכיח זאת, או דמי' עדים דדר בה חד יומא אביו או המוכר, או דטוען קמי ידי זבנה מינך ואמר' דמיגו דאי בעי אמר זבנתי מינך.

[ה] **האופן** הראשון פירושו דכיון דהביא עדים דדר בה חד יומא ממילא טענינן ללוקח שני דכנראה כיון דראינו דדר בה ואפי' חד יומא מסתמא קנה מהמערער ותו מכר למוחזק דידן.

מעם הדבר דבעי' עדים דדר בה חד יומא כדי למיעבד טענינן - יש לפרש בתרי אנפי [ובהמשך נבאר השיטות בזה] או דכדי לעשות טענינן בעי' שיהיה רגלים לדבר וכל שלא ראינהו דר בה חד יומא לא הוי רגלים לדבר ולא עבדי' טענינן, או יש לפרש דל"צ רגלים לדבר כדי לומר טענינן אלא כל שלא ראינהו חד יומא הוי ריעותא בטענתו בזה שטוען דהמוכר מכר לו ולא עבדי' טענינן היכא דאיכא ריעותא.

[ו] **באופן** השני דטוען קמי ידי זבנה והוי מדין נאמנות של מיגו והא דלא הוי מיגו להוציא מבואר

להוציא כיון דלא החזיק ג"ש דכל הטעם דלקמן ל"ה מיגו להוציא ביארנו כי תפוס בקרקע א"כ כל שלא תפס הוי מיגו להוציא, אך אכתי יש לבאר במה נחלקו בטענת דר בה חד יומא.

ויש לבאר דרך נוספת במה נחלקו ובזה יתבאר בתרי האופנים, הנה כתב הרשב"ם [ל: ד"ה ואת מינאי לא זבינתה] 'שאפי' אם היית טוען דמינאי זבינת הלא אין לך לא שטר ולא חזקה - לכאור' מבואר מדבריו דכה"ג דטוען טענה מעלייתא דקנה ממנו כיון דלא דר ג"ש ואין לו חזקה לא מהני - וא"ת הא כיון דאין למערער עדים דהוי ידידה ואיהו קא מודי א"כ 'יהיה מיגו או אפי' פה שאסר דמתוך שטען דהוי של המערער נאמינו בטענה שקנה ממנו.

מ"מ מבואר דלא מהני והטעם משמע מהרשב"ם 'הלא אין לך שטר' וביאר הדרישה [ס' קמ"ו סכ"ה] דסבר הרשב"ם דאחוי שטרך הוי טענה אלימה נגד מיגו ואפי' פה שאסר א"כ נמצא איפה שאפי' דיש לו טענה מעליא לא מהני כיון דאיכא גביה טענת אחוי שטרך, א"כ יתבאר שפיר דעת הרשב"ם דסבר דכה"ג דאין לו ג"ש לא יהני מיגו דלהד"מ משום טענת אחוי שטרך אלא דשם האחוי שטרך אינו שטר הקנין של המוחזק דהא לא קנה מהמערער אלא כתב הדרישה דריעותא שלא נטל השטר של המוכר לו שקנה מן המערער כדי להיות בטוח שהקרקע של המוכר לו [עד כמה שלא היה למוכר לו חזקה] ובזה איכא טענה לאפוקי ממיגו.

המבוארים בסוגיא לקמן - לכאור' היכא דיהיה לו חזקת ג"ש ויטען קמי ידידי זבנה מינך יהיה לו מיגו דאי בעי מינך זבנתי, וכן אם יביא עדים דדר בה המוכר שלו חד יומא נמי יהני כן מתבאר מדברי הרשב"ם.

י עוד מבואר ברשב"ם דמש"כ אבל החזיק בה ג"ש וכו' משמע דוקא שהחזיק בה ג"ש אבל כל שלא החזיק בה ג"ש לא יהני דר בה חד יומא, וכן לא יהיה נאמן במיגו וזה לכו"ע דאין לו מיגו דאי בעי מינך זבנתי כיון דלא החזיק ג"ש.

יא כתבו התוס' בע"א [ד"ה לאו קא מודית] - 'אבל בעובדא דהכא משמע שלא היה למערער עדים מדקאמר לאו קא מודית וכו' אי הוי טעין קמי דיד זבנה מינך או דר בה חד יומא אע"פ שלא החזיק ג"ש מיגו דאי בעי אמר לא היתה שלך מעולם, אבל ודאי השתא דאמר מפלניא זבינתה דזבנה מינך והודה שהיתה שלו תו לא מצי למיטען קמי ידידי' וכו'.

מבואר להדיא מדברי התוס' דבב' האופנים של הגמ' לקמן דר בה חד יומא או דקמי ידידי זבנה מיגו להד"מ יועיל הכא אף בלא חזקת ג"ש דלא כהרשב"ם וצ"ב מחלוקתם.

יב הנה במה שכתבו התוס' דאיכא ליה מיגו דאי בעי טעין לא היתה שלך מעולם יש לפרש בפשיטות דהוי מיגו

יד] **הנה** ביארנו דיש אופן דיביא עדים דדר בה חד יומא, וממילא עבדי' טענינן, ויש לדון למה בעי דוקא עדים נאמינו למחזיק דדר בה חד יומא המוכר שלו במיגו דאי בעי אמר מינך זבנתיה כמו דאמרי' דנאמן לומר קמי ידי זבנה מינך במיגו, אלא דיש לדון לפי האי תרי טעמא דבעי' דר בה חד יומא, דאם נימא דאם לא דר בה חד יומא הוי ריעותא ולא עבדי' טענינן א"ש דמה יועיל מיגו סו"ס אנן לא חזי' להאי ואיכא ריעותא וכ"כ להדיא הרשב"א לקמן מא: וז"ל ומשמע דאפי' אמר ליה האי קמאי ידי דר בה חד יומא לא מהימן וכו' וטעמא דמילתא משום דקא סבר ר' חייא דאם איתא דזבנה סתמא דמילתא מיחזו הוו חזו ליה אנשי דדר בה או דאכיל לה חד יומא מיהא וכל דלא מי' ראיא חזקה דלא זבינה ליה הלכך כי אמר קמאי ידי דר בה ולית ליה סהדי קלישא טענתיה ולא טענינן ליה וכו'.

אלא דהקצות [סי' קמ"ו סק"ח] ביאר טעמא אחרינא דבעי' רגלים לדבר כדי לעשות טענינן וכל דאין לנו ידיעה דדר בה חד יומא לא עבד' טענינן, א"כ יש לתמוה דכיון דנאמן מטעם מיגו דדר בה הוי כעדים לגבי זה ונוכל לעשות טענינן.

זו] **ובאמת** הרגישו בזה הראשונים לקמן, הנמו"י שם כתב 'ושמע' מהכא מדבעיא סהדי ולא סגי אם אמר איהו ידענא דדר בה המוכר חד יומא

מאידך התוס' ושאר סברו דאחוי שטרך אינו טענה כ"כ נגד חזקה וכ"ש נגד הפה שאסר וכמו שכתב להדיא הרא"ש בסוגי' וכן כתב בריש פירקין דכל שטען דקנה מהמערער איכא פה שאסר אפי' בלא ג"ש ולא אמרי' אחוי שטרך וה"נ בטוען קמי ידי זבנה נאמן במיגו להד"מ.

יג] **וא"ת** הא הרשב"ם לעיל [כט: ד"ה עליו וכו'] כתב להדיא דכה"ג דאין למערער עדים דהוא מר"ק נאמן המחזיק בלא ראיא דהוי פה שאסר והוא לכאור' הוי משנה בכתובות [יז:]: וכן הקשה בבב"ה"ל [ח"ג סי' ל"ו] וכתב לבאר דחלוק אם המחזיק טען דהחזיק ג"ש רק שאין לו עדים ע"ז כה"ג ודאי כל היכא דליכא למערער עדים נאמן המחזיק דפה דאסר, אך הכא לא טען שהחזיק ג"ש - אלא רק טען שמכר לו כה"ג סובר הרשב"ם דכיון דמודי המחזיק דלא עבר ג"ש איכא גביה ריעותא דאחוי שטרך ובזה אלים אף נגד מיגו ופה שאסר ודו"ק בזה.

ומעתה כה"ג שלא החזיק ג"ש והביא עדים דדר בה חד יומא דמבואר ברשב"ם דלא מהני יש לבאר הריעותא באופ"א והוא דהמוכר שלו שדר בה חד יומא אילו היה המערער תובעו לא היה לו חזקת ג"ש ותו איכא גביה ריעותא דאחוי שטרך א"כ אף התפוס בקרקע לא יהא כוחו בזה, ואפשר גם לבאר ע"ד הפרישה דיש אחוי שטרך שלא נקט שטר המכירה דין המערער למוכר שלו.

משום מיגו וכו' דלא אמרי' מיגו אלא במילתא דבתר דמהימנינן ליה משום מיגו שוב ליכא ספיקא - אבל במילתא דאף כי נימא מיגו אכתי איכא לספוקי אם לקחה המוכר מזה המערער אם לא - לא אמרי' מיגו דלא מפיו אנו חיינן שנאמין כל כך לדבריו משום מיגו עד שנצטרך לברר ספק אחר מדעתינו לקיים דבריו ולמיטען שהמוכר לקחה מן המערער וכ"כ המפרשים ז"ל עכ"ל.

ובביאור ד' הנה ידוע דבגדר מיגו איכא ב' ביאורים או דהוי כח הטענה או דהוי מיגו נאמנות, לכא' אי הוי כח הטענה א"ש דפשיטות דאין כל נאמנות לומר שדר בה חד יומא אלא רק טענה ובודאי דלא נוכל לעשות טענינן מכח כח טענה שיש למוחזק.

אלא אי נימא דמיגו הוי נאמנות היה מקום לומר דסו"ס נאמן בזה א"כ נטעון ליה אלא בזה ביאר האבי עזרי [פט"ו מטו"נ ה"י] שבכל מיגו אין הנאמנות הוא על הטענה מזה שהוא טוען עכשיו אלא המיגו הוא רק על הפטור שיש לו מיגו להפטור וע"ז הוא נאמן וזהו כוונתו דלאו מפיו אנו חיינן כל' דאין לו נאמנות דדר בה חד יומא ממילא תו אין מקום למיעבד טענינן, דטענינן עבדי' היכא דאיכא רגלים לדבר מצד המציאות וכל שאין לנו ידיעה לא טענינן והבן.

מז' תו הראוני דבתוס' רי"ד לקמן משמע מלשונו ביאור אחר דכתב תשובה אי הוי סגי ליה בההוא לחוד הוה אמרי'

מיגו - אלא אכתי צריך לטענת ב"ד שרוצים לטעון דודאי ההיא פלוני זבנה מיניה ואין ב"ד טוענים אלא בדבר ברור ולא בדבר הבא ע"י מיגו ותרי לא עבדי' מיגו וטענת ב"ד וכו', משמע דלא הוי חיסרון מצד המיגו - אלא דתרי לא עבדי' דכל עצמו של מיגו או טענינן הוי חידוש וא"א לצרף ב' כוחות לנאמנות, וכן משמע בחידושי הב"ח לקמן מא: שכתב 'ואי אפשר שיהא זוכה המחזיק מטעם מיגו בלבד אלא בצירוף הטעם דאנן טענינן ליה דזבנה מן המערער תרתי לא אמרי' דנימא מיגו ודנטעון ליה נמי אנן עיש"ד.

יז' תוס' דידן יש שלמדו דחלק וסבר דכן מהני דכתב בלשונו 'אי הוי טעין קמי ידי זבנה מינך או דר בה חד יומא היה נאמן וכו' מיגו דאי בעי אמר לא היתה שלך מעולם וכו' דהמיגו אזיל אתרוייהו, וכן נראה מלשון הב"ח וכן נקט האבי עזרי ולפ"ז תוס' חלקו בכל הסברות שביארנו למעלה, ועי' מש"כ המהרש"א ע"ד התוס' וע"ע חידושי ר' ראובן [סי' י"ד].

יח' כתב הרא"ש [סי' ז'] ותמיה לי דלא מוכח לישנא כלל שהודה המחזיק שהקרקע היתה של המערער אלא שאמר מפי המוכרה לו שהוא אמר לו שקנאה ממנו ואילו היה עומד בפנינו אותו שמכרה לו היה נאמן לומר שלך היתה ולקחתיה ממך במיגו דלא היתה שלך מעולם וא"כ זה הבא מכוחו אמאי לא מהימנן נמי בטענה זו, ומצאתי שכ"כ הרבינו יונה וז"ל דמירי כשהודה המחזיק

מודה לו שהיתה שלו, הרי הודאת בע"ד כמאה עדים דמי, הלכך אין לו להאמין שזה שמכרה לו לקחה מן המערער אלא בעידי מקח או בעידי חזקה'.

ב] ולכא' יש לעיין טובא דמאי שנא ביודע מעצמו דהשדה של

המערער נמי נימא דפה שאסר ידידי דהודאתי לך דהשדה שלך [דהא לא היה עדים למערער] נמי שנאמין לו בפה שאסר דטוען דאמר לו אחר והוא המוכר לו דקנה ממנו המערער ומכר לו דהא נאמן המוכר לו לומר זאת מדין הפה שאסר א"כ תו נצרפו לפה שאסר של המחזיק ותו יהא נאמן ומש"כ הגע עצמך אילו היה וכו' נמי קשיא כנ"ל דלא דמי דאם איכא עדים למערער נופל כל הפה שאסר אבל הכא כיון דאין לו אלא ע"פ הודאת עצמו נאמינו נמי למה שטוען בשם המוכר לו דהא גם המוכר לו נאמן בהאי טענה והוא תימה גדולה היא.

כא] ואולי אפשר לבאר ובהקדם לזה יסוד גדול ולפ"ז נרווח לן כמה פרטים דהאי סוגיא, הנה מצינו מחלוקת בגדר הפה שאסר - רש"י בכתובות יח: פירש טעם הנאמנות בפה שאסר דכי היכא דהימנת להו אהא הימניהו אהא' היי' כל הודאתו של זה מוגבלת למה שטוען אחר כך לסייג הודאתו ואין לנו כח לקבל הודאתו בלי שנשמע גם מה שטוען ע"ז ואם לא נשמע מה שסייג נמי לא נשמע את הודאתו וליכא למימר פלגי' דהוי כפלגא' בתולדה.

שידע שהיה הקרקע של המערער אף בלא דברי המוכרה לו הלכך אמר ליה כיון דידעת בודאי שהקרקע שלי היתה ואינך יודע שהיתה של אותו שמכרה לו אלא על פיו אין לך לסמוך על דבריו ולהניח הודאי מפני הספק.

הנה זה ברור דדעת הרא"ש השתא והנמו"י סברו דאין הריעותא דאחוי שטור כסברת הרשב"ם וכמו שלהדיא כתב הרא"ש ריש הסימן שם שאם המחזיק היה טוען לקחתיה ממך הוי פה שאסר אף דלא החזיק ג"ש, וכן במש"כ דהמוכר לו גם היה נאמן מדין הפה שאסר מבואר דלא היה יכול לטעון לו המערער הוא מהודאתו של המוכר לו א"כ טוען המוזחק הפה שאסר דהי' דהמוכר לו בירר לו דהקרקע היתה שייכת למערער [ואין למערער עדים] הוא נמי הפה שהתיר לומר לו דמכרת לו וקנה מהמערער ותו אין הקרקע שייכת למערער ותו קניתי ממנו ולמה לא מהני.

יח] אלא לזה הביא דברי הרבינו יונה ואעתיק לשונו 'אבל עכשיו שלא הי' טוען אלא מפלוני זבינתה, שאמר לי דזבנה מנך אבל אינו יודע כן אלא מפיו, אומרים לו כיון שאתה יודע ששדה זו של זה הוא, ואינך יודע אם לקחה זה שמכרה לך ממנו, אין ספק מוציא מידי ודאי, ויש לך להחזיר לו השדה. והגע עצמך אלו היה לו לזה המערער עדים דאבהתי', כלום היו ב"ד מאמינים את הלוקח לומר שלקחה הימנו, אלא בעידי מקח או בעידי חזקה, גם עכשיו שזה

איכא למימר דכשטוען חוץ לב"ד אין ראייה שיטען נמי בב"ד דשמא לא יעזיז לטעון כן בב"ד ורק חוץ לב"ד מעזיז לכפור והוי מיגו דהעזה, מ"מ כיון דמיגו פשיטא לן דלא מהני חוץ לב"ד א"כ נמי פה שאסר דמבוסס על מיגו לא יהני חוץ לב"ד לפיכך פה שאסר של המוכר דאמר לו דקנה לא הועיל כלל דהיה חוץ לב"ד וכיון שמ"מ היה הודאה מצד המוכר תו לא מצי להתיר ונקטי' את ההודאתו שהקרקע שייך למערער ותו לא מצי להוציא כל שאין ראייה דדר בה חד יומא וכנ"ל זה ביאור דעת הראב"ד.

אך אי נסבור דפה שאסר אינו מכח מיגו אלא כרש"י א"כ שייך שפיר למימר דאין חיסרון במה שטוען ד"ז חוץ לב"ד ותו נאמן המוכר לטעון כן.

בד' אם כן נבוא לבאר שיטת הרבינו יונה די"ל דנקט דפה שאסר כתוס' דקודם מקבלים הודאתו בפנ"ע ותו איכא גביה מיגו על טענתו - א"כ י"ל דנהי דסבר דזו הגדר מ"מ לא קיבל דעת הראב"ד למימר כיון שכן לא מהני חוץ לב"ד כיון דסו"ס הוי מיגו אלים טפי, א"כ ודאי דלמוכר שלו איכא פה שאסר אלא כל החילוק דין יהיה תלוי גבי המחזיק, דאם כל ידיעתו של המחזיק הינו רק מכח המוכר שלו תו שפיר איכא הפה שאסר.

אך אם המחזיק הודה למערער דהקרקע ידידה בזה אמרי' דכיון דהודה לו תו הוי כעדות למערער וזה הדמיון דהוי כמו דאיכא למערער עדים כמו"כ הכא דלא

אך התוס' שם קראו לזה מיגו ובמחנ"א [פי"ח מאיסורי ביאה בד"ה הן] כתב דתוס' סברו דכל פה שאסר הוא מכח מיגו היינו דכשהודה הודאתו הוי כעדים דמי ובפנ"ע היא, אלא דיש לו כח להוסיף ולומר על הודאתו מילי משום מיגו אבל לא הכוונה דכל ההודאה מסויגת למה שיטען אח"כ אלא שתי דברים הם קודם כל נאמן לאסור ואח"כ נאמן להתיר משום מיגו, ותלה בזה המחנ"א במחלוקת הראשונים אם הנאמנות של פה שאסר הוא דוקא תוכ"ד - דאם בעי תוכ"ד הוא משום דהוי מכח מיגו וכל דלא הוי תוכ"ד הוי מיגו למפרע [ונבאר אי"ה במקומו בתוס'] ואם זה מדין נאמנות כרש"י לכאור' ל"צ תוכ"ד, וכן כתב הקוב"ש שם [אות מ"ג] והוא יסוד גדול בדין פה שאסר, וכן יש נפק"מ אי אמרי' פה שאסר להוציא לכאור' יש לתלות בנידון זה, דאם פה שאסר מכח מיגו הוא לא גרע ממיגו דלא אמרי' להוציא.

בג' והנה הרמב"ן בסוגי' הביא דעת הראב"ד שסבר דאפי' שאין יודע אלא מן המוכר לו דהקרקע של המערער נמי לא אמרי' פה שאסר וכ"ש כשיודע מעצמו דלא כשאר ראשונים.

וביאר בזה בחידושי ר' שמואל [סי' כ"א בשם התומים] דסבר הראב"ד דפה שאסר הוא מדין מיגו וכנ"ל - והרי מיגו לא מהני חוץ לב"ד וטעם הדבר - דזה פשוט דאי מיגו הוי כח הטענה ודאי דכל כח טענה הוא דוקא בב"ד במקום שטוענים, וכן אי נימא דמיגו זה נאמנות

יביא עדים דהיתה שלו, אבל כשטוען שקנה מאותו שמכרה לו סבור שימצא עדים.

בז [אך לכא' צ"ע טובא דברי הרא"ש דמאי דכתב דניחא ליה לטעון קניתי מפלוני לכא' אם אנו תולים דמשקר למה שימצא עדים כן הלא שקר הוא שאנו תולים שלא אמר לו כן המערער ואם ננקוט שישכור עדי שקר אף אי יטעם להד"מ יוכל להביא עדי שקר לא כן א"כ סו"ס איכא מיגו דאם היה טוען להד"מ היה נאמן בזה כהיום שטוען מפלניא זבנתה נהימנה דאי הוי משקר כבר היה טוען להד"מ ובשניהם החשש שווה וצ"ע ג.

בז [והעירוני דהרשב"א סותר עצמו דהכא בסוגי"א כתב דאי יטען דדר בה חד יומא והחזיק ג"ש נאמן במיגו דאי בעי להד"מ ואילו הבאנו לעיל דברי הרשב"א לקמן מא: דכתב להדיא במפורש דלא מהני מיגו כה"ג כיון דאיכא ריעותא לא יועיל המיגו.

אלא הנראה דזה גופה מה שביארנו, די ש לחלק דהכא הוי פה שאסר ואילו התם הוי מיגו, דה"י הרשב"א סבר דפה שאסר לא הוי מטעם מיגו אלא א"א לקבל את הודאתו אלא כפי הסיוג שאמר א"כ הגם דאיכא ריעותא במה שרוצה לטעון דדר בה חד יומא תו לא נוכל לקבל הודאתו ג"כ לא שייך לפלוגי בהכי וא"כ הוי כדין מוחזק בקרקע בלא טענה כלל ואין למערער עדים דהוא בעלים דהדין

אמר' דכל הודאתו מסויגת למה שיטען אח"כ אלא פלגי' - הי"י קודם נקבל הודאתו א"כ השתא נקטי' דיש למערער עדים לטובתו, א"כ אם היה למחזיק עצמו מיגו ודאי דהיה מהני דכל עצמו של פה שאסר כן הוא, אלא הכא הרי המחזיק עצמו לא יודע אלא בא מכח הפה שאסר של המוכר שלו כה"ג תו לא מהני פה שאסר של חבריו נגד העדות כמו שיש עדים למערער ודאי דלא נסמוך על פה שאסר של מוכר שלו ונצטרך עדי חזקה או מכירה כמו"כ הכא כיון שהודה וההודאה התקבלה א"כ תו לא יהני פה שאסר של חבריו נגד עדים של המערער ועיין בזה.

בה [רבינו הרא"ש שם כתב ע"ד הרבינו יונה ולי נראה דאע"ג דאותו שמכרה לו היה נאמן במיגו דלא היתה שלך מעולם אין מיגו זה טוב לגבי אותו שלקחה כי ניחא ליה טפי למימר שלקחה מאותו שמכרה לו כי הוא סבור שימצא עדים שהמערער מכרה לו אבל לא בעי למיטען לא היתה שלך מעולם כי הוא ירא שהוא ימצא עדים שהיה שלו' עכ"ל.

מדבריו נראה דסבר כהראב"ד אך לאו מטעמיה דמה שביארנו דסבר דלא מהני פה שאסר לב"ד מ"מ הא אין לנו ידיעה שכן אכן אמר המוכר לו אלא מפי המוחזק אנו יודעין ולמה שנאמין למוחזק שכך אמר המוכר שלו אלא איכא גביה מיגו דאי בעי אמר להד"מ בזה ביאר הרא"ש דלא הוי מיגו דניחא ליה מיטען דקנה מאחר ולא להד"מ דשמא

הוא דלא מוציאין מידו עי' מרדכי [סי' תקל"ד] והבאנו דבריו לעיל בסוגי' הולכי אושא וציינו שם דכן נפסק בשו"ע וברמב"ם.

וברעת הראב"ד דסבר דפה שאסר הוי כמיגו א"כ עבדי' פלגי' - נוכל לקבל הודאתו בזה דהוי קרקע ידיה אבל במה שטוען דר בה חד יומא לא יהני מצד הריעותא שבזה, ואין חילוק בין מיגו לפה שאסר וזה משמע במש"כ דהודאתו נקבל אך הפה שהתיר של המוכר לא נקבל דהוי מחוץ לב"ד והוי כפלגי' דיבורא, אבל לפי הרשב"א לא נוכל לעשות כן, ודו"ק.

בח' כתבו התוס' אבל ודאי השתא דאמר מפלניא זבנה דזבנה מינך והודה שהיתה שלו תו לא מצי למיטען קמי ידידי זבנה מינך או קמי ידידי דר בה חד יומא מיגו דאי בעי אמר בתחילה להד"מ דמיגו למפרע ל"א'.

הנה יש לעיין אי נימא דמיגו הוי נאמנות י"ל דסברו התוס' דכיון דאתמול טען טענה ותו ראה דלא הועיל לו טוען היום טענה נוספת, אבל אי מיגו הוי כח הטענה מאי אפכת ליה כיון דאין כאן חיסרון של חוזר וטוען דאינו סותר דבריו כמבואר בסוגי' לקמן לא. א"כ סו"ס במה שטוען היום איכא גביה כח טענה ולמה שלא יועיל ובאמת תוס' הוכיחו מרש"י דסבר דאמרי' מיגו למפרע י"ל דכן נקטו דמיגו הוי כח הטענה ולפיכך מהני אף למפרע.

במ' תו הוכיחו מרש"י בכתובות דאמרי' מיגו למפרע ולכאו' הא התם הוי פה שאסר ולא מיגו, אלא די"ל דתלוי במה שהבאנו לעיל, אי הפה שאסר הוי מדין מיגו א"כ ל"ג ממיגו וכמו שמיגו תוס' נקטו דלא מהני גם הפה שאסר לא יהני, אך אי נימא דדעת רש"י דפה שאסר הוא לא כמיגו לא כל טענותיו היום מתקבלות א"כ ליכא חיסרון של לפרע וכ"כ הקוב"ש [אות ק"ט] דיש לתלות מחלוקת כאן לשיטתם דרש"י סבר בכתובות דפה שאסר ל"ה כמיגו ותוס' נקטו דהוי כמיגו וכנ"ל ודו"ק.

ל' ומבואר בסוגי' דאם טוען קמי ידידי זבנה מהני משום מיגו, ונחלקו בזה רבותינו הקצות [סי' קמ"ו סקי"ב] וכן לומדין מתשובת רעק"א דל"צ למיגו אלא כמו דאם יטען מינך זבנתיה יהיה נאמן כמו"כ כשטוען קמי ידידי זבנה מינך נאמן.

והנתיבות חלק ע"ד ומבארים דסבר הנתיבות דהחזקה לא מהני לזה שטוען דקנה מפלוני דעל עצמו של חזקה מהני להוכיח למה שטוען ולכן אי יטען ממך זבנתיה שפיר החזקה הועילה, אבל אי טוען מפלניא זבנתיה החזקה לא מועילה לזה, אך בקצות מלשונו נראה דלמד דהחזקה כן מועילה לזה שכתב 'וכשם שנאמן לוקח בשני חזקה לומר שהוא לוקחו ה"נ נאמן בשני חזקה כשאומר בפני זבנה והו"ל חזקה שיש עמה טענה דמהני בלי מיגו'.

ואפשר דנחלקו במה שהבאנו בסוגית גופה צריך למיי' ראייה או דהטענה אינה
שכוני גוואי בשיטת הרי"ף אי חלק מהחזקה וממילא ל"צ דהחזקה
בעי לטענה גם ראייה וביארנו אי הטענה תביא ראייה למה שהוא טוען ממש ועיין
הוא חלק מהחזקה א"כ אף על הטענה בזה.



ס"י ט"ו

בסוגי' תרי ותרי [לא. -]:

חזקה נגד והיא חזקת ממון וממילא לא נוציא מספק.

ולפ"ר פלא גדול ע"ד דא"כ מה הדימוי למחלוקת ר"נ ורבא הא להדיא כתב הרשב"ם להלן ד"ה דאבהתיה היא והרי לשניהם עדי חזקה וכו' וכל דאלים גבר וכו' היינו דמיירי דלא היה מוחזק בקרקע ולפיכך פסקי' כדא"ג א"כ מודי ר"ח לר"ה דנחזיקם בחזקת כשרות, וכן הקשה בקוב"ש [אות קל"א] ובשיעורי ר' שמואל [אות י"ד] וכתב ר' שמואל לבאר דצ"ל דאין כוונתו דוקא משום חזקת ממון אלא כוונתו רק דהוי ספק פסולים וממילא אין עדותן מתקבלת עיש"ד.

ג] וחנה יש לדון בטעמא דר"ה דהוי חזקת כשרות וכי מהני חזקה להוציא ממון הא חזקה ל"ג מרוב והא אין הולכין בממון אחר הרוב, ובסוגי' חזקה א"א פורע תוך זמנו הארכנו בזה.

ד] בקוב"ש כתב לבאר [אות קי"ז] והנה ודאי גם ר"ה מודה דלא מהניא חזקה לאפוקי ממונא, אלא צ"ל דמוקמינן לעדים בחזקת כשרות והוצאת הממון היא ע"י עדות, אלא דתמה לפ"ז להסוברין בחולין [דף י'] דהשוטט סכין בדוקה ונאבד הסכין לאחר השחיטה שחיטתו פסולה דמוקמי' חזקת איסור

א] אמרי' בגמ' ז"א של אבותי וז"א של אבותי האי אייתי סהדי דאבהתיה ואכלה שני חזקה והאי אייתי סהדי דאכלה שני חזקה אמר ר"נ אוקי אכילה לבהדי אכילה ואוקי ארעא בחזקת אבהתא - א"ל רבא והא עדות מוכחשת היא א"ל וכו' - לימא רבא ור"נ בפלוגתא דר"ה ור"ח קמיפלגי דאיתמר ב' כיתי עדים המכחישות זא"ז זה באה בפני עצמה ומעידה וזה באה בפני עצמה ומעידה ור"ח אמר בהדי סהדי שקרי למה לי' וכו'.

ב] חנה מבואר בגמ' דבקס"ד דמחלוקת ר"נ ורבא הוי כמחלוקת ר"ח ור"ה ובמסקנא אפשר לדחות דפליגי בענין אחר והדברים צריכין ביאור.

כתב הרשב"ם ע"ב [ד"ה זו באה בפני עצמה ומעידה] 'בשאר עדויות שבעולם דלא נחזיקה בפסולה מספק' - היי' דעת ר"ה דאוקמיה כל כת בחזקת כשרות וממילא כל כת בפנ"ע שתעיד נקבלה, וכן כתב להלן מניה 'וטעם דר"ה משום דאוקי גברא אחזקיה ולא תפסלינהו מספק', ובדעת ר"ח כתב הרשב"ם בהדי סהדי למה לי - ולא יעידו בשום עדות בעולם דאוקי ממונא אחזקיה ולא תוציאנו מספק שמא העדים פסולים, - ולכאור' מלשונו נראה דסבר דאע"ג דאיכא חזקת כשרות לכל כת וכת בפנ"ע מ"מ איכא

ו] ואבתי צ"ב דנמצינו למדין דר"ה אזיל בתר חזקת כשרות ור"ח אזיל בתר חזקת ממון ובזה גופא יש להבין במאי פליגי ובשיעורי ר' שמואל כתב בשם רבו הגרש"ש [אות י"ב] לבאר בטעמו דר"ח משום דכל פסול רשע איכא תרתי חדא גזיה"כ דרשע פסול כשם שקרוב פסול, ותו פסולא משום חשש משקר, וס"ל דבשלמא לגבי הפסול רשע איכא למימר דבספק מכשרינן ליה דאית ליה חזקת כשרות אבל לגבי החשש משקר מאי האני ליה חזקת כשרות והא סו"ס חשוד לשקר.

ז] הנה בסוגי' פלגינן נאמנות ודיבורא בסנהדרין [ט:] כתב הקובה"ע [סי' כ"א] דיש בפסול גזלן תרי פסולים חדא פסול בגברא וחד פסול חשש משקר והוכיח כן דחוץ מחשש משקר איכא פסול בגברא דאי' בשו"ע דתחילתו בפסול וסופו בכשרות פסול - ואי נימא דכל הפסול הוא משום חשש משקר מאי אכפת ליה במה שהיה גזלן בשעת ראיית העדות אלא ע"כ דפסולו משום גזיה"כ, וזו ג"כ ביאור דברי התוס' לקמן מג. ד"ה וליסלקו וכו' במש"כ 'ואור"י דל"ש תחילתו בפסולות הכא כיון דאין פסולות תלוי בגוף אלא בממון' היי' דאם הוי פסול בגוף אמרי' דתחילתו בפסולות פסול, אבל אי ענין של ממון היי' חשש משקר כיון דלא חשודים לשקר תו כשרים.

ומ"מ אפשר לומר לפ"ז דבזה נחלקו ר"ה ור"ח - ר"ח סבר דכלפי הפסול של

בהמה ולא מועיל חזקת כשרות דסכין ותמה מאי שנא מהכא כיון דמחזקי' בכשרות העדים ממילא מוציאין ממון ולא חשבי' חזקה מנגד כמו"כ בסכין והניח בצ"ע.

ח] אלא נראה לבאר דענין עדות שונה ממה שמצינו גדולה מזו בדברי הרמב"ם הידועה בפט"ו מעדות דכתב שהעיד על חלב מלקין אותו אע"ג דע"א לא נאמן להעיד על מלקות איכא דין יוחזק - עד"ז י"ל הכא דהרי כח עדות היא כח שהתורה חידשה שנאמן לתרי ומסברא לא היינו אומרים כן, ובזה התורה ציוותה דב' אנשים מישראל המוחזקים בכשרותם נתנה להם התורה כח עדות והוא דבר המתווסף אל החזקה של העדים ומעצם כוחו יותר מהחזקה עצמה בדומה למה שהבאנו מהרמב"ם דע"י שהעיד על החלב עדות זו מתעצמת עד כדי חיוב מלקות, א"כ ודאי דאפי' דיש חזקת ממון לא גרע כיון דקיבלנו עדותן הוי כח עדות נגד כל החזקה שבעולם אבל בסכין שחוטה אין לנו יותר אלא מאשר חזקת כשרות על הסכין ותו לא ולא מתווסף כח נוסף א"כ יש שסוברין דחזקת כשרות בסכין נגד חזקת איסור דבהמה הוי אלים ופסלי' אבהמה.

ובן מצינו בגמ' ביבמות [פז:] כל מקום שהאמינה תורה לע"א הרי הוא כשנים והוא ע"ד הנ"ל דהתורה מעצימה כוחו יותר ממה שאנו מקבלים והעירוני דכן ביאר מו"ר רה"י שליט"א והבן.

גברא התורה החשיבה בחזקת כשרות, אבל לגבי חשש משקר לא אהני ליה, אבל ר"ה סבר דאיכא רק פסלות של התורה בגברא ולא חשש משקר לפיכך כל שהתורה החזיקה בכשרות תו לא חיי' - אך צ"ע דנראה בקוב"ע הנ"ל דלכו"ע חשש משקר ודאי איכא גביה רק הנידון לגבי פסול הגוף.

על כן נראה מלשונו של ר' שמואל בנוס"א דכתב ור"ה ס"ל דהא גופא דחשוד לשקר נמי מדינא הכי דבכה"ג מיפסל כשחשוד לשקר וכיון דדינא הכי מוקמי' לה בחזקת כשרות - נראה כוונתו דס"ל לר"ה דנהי דיש תרי ענינים פסול בגברא ופסול חשש משקר, אך זה תלוי הא בהא ואם התורה הכשירה בגברא א"כ אין לנו לחשדו יותר מה"ת וחשש משקר כפוף לדין תורה וא"כ גם כלפי החשש משקר אמרי' חזקת כשרות ולעולם לכו"ע איכא גם חשש משקר ועיין.

ח] הר"י מיגאש בשבועות [מז]. ביאר טעמא אחרינא מה סבר ר"ח למה לא סמכי' אחזקת כשרות ולכאו' הא לכו"ע אמרי' חזקת כשרות אלא כתב כיון דהוי תרתי דסתרי דא"א לנו להכשיר שתייהם ע"כ לא סמכי' אחזקה, וכתב הקוב"ש אות קט"ז נפק"מ בין הפירושים אם יהיה תרי ותרי להעיד על אחד אם כשר או לא לפי הר"י מיגאש כיון דאין תרתי דסתרי לכו"ע נוקמה אחזקת כשרות, אבל לפי טעמא דהרשב"ם ולפי מה שביארנו לא יהיה חילוק בזה.

ט] והנה בחידושי ר' שמעון כתובות [ס'] כ"ן תמה לדברי הר"י מיגאש מאי שנא משני שבילים דמוקמי' אחזקה אפי' דהוי תרתי דסתרי, אלא כתב לבאר וכן ביאר בשיעורי ר' שמואל [אות י"ב] דלא דמי דהתם הספק הוא על כאו"א בפנ"ע דמספ"ל על כל שביל בפנ"ע אם הוא כשר, משא"כ הכא דהספק על כל כת וכת מכח הכת השניה דהם סותרים זא"ז, דכת זו אומרת על חברתה שהיא שקורי משקרי וכת זו אומרת עליה - ל"ש להכריע על שום אחד מהם דהוי תרתי דסתרי וצ"ב א"כ מאי קסבר ר"ה בזה [יעוי' בחזו"א אעה"ז ס' פ' מש"כ ואולי לפי דבריו מיושבין דעת ר"ה וצ"ב].

י] הנה כתבו התוס' [ע"א ד"ה א"ל] להקשות ע"ד רבא דבבב"ד מוקמי' ליה בדעת ר"ח דפסל שתי הכיתות כמו"כ פסל את שתי העדויות של הכת דאי' בגמ' בב"ק [עב:] פלוגתא אביי ורבא אי עד זומם נפסל למפרע או מכאן ולהבא כגון אם העידו בא' ניסן ובכ' ניסן והוזמו הא' אייר אי עדות של כ' ניסן פסולה דכבר מא' ניסן נפסלה או דאיליבא דאמת פסולה רק מא' איר והלאה ולא למפרע, אלא דודאי על עדות של א' ניסן פסולה ולא משום פסול של הזמה דוקא אלא מצד ההכחשה שבזה ומ"מ הפסול הזמה חל רק מא' אייר.

והגמ' מדמה זאת לעדות שהעידה על גניבה וטביחה והוזמו על הטביחה וקא אמרי' אי לא נפסל למפרע ודאי דעל

אלא ע"ז כתב הר"ן לכאן דודאי למאי דסק"ד דרבא סבר כר"ח אפי' לשאר עדויות פסול צ"ל דרבא ודאי ס"ל דאין בזה כל חידוש לומר דנפסלות אפי' מכאן ולמפרע ולכן הכא פסול למפרע, אלא דעד זומם אה"נ החידוש לא שפסלנו את הכת המוזמת דזה פשיטא - אלא החידוש דמה שהתורה הכשירה את הכת המזימה וכיון שכן שמעת מניה שנשתנה דין הזמה מהכחשה ואף את המוזם לא נפסול אלא משעת חידושו ואילך, אבל בהכחשה שלא חידשה תורה כלום אנו פוסלין את שניהם למפרע וכן כתב ברמב"ן כן ודו"ק.

[ג] **עוד** כתבו התוס' לתרץ דטביחה ומכירה הוי שתי עדויות נפרדות אבל הכא אין שום נפק"מ במה שטוען של אבותי אם לא שטוען אכלתיה שני חזקה, ושאר ראשונים כתבו בנוס"א [רשב"א רבינו יונה וריטב"א] דעדות אכילה ועדות אבהתיה הכל עדות להעמיד הקרקע בידו והוי ליה חדא סהדותא, אבל גניבה וטביחה תרי מילי נינהו דגניבה משלם כסף וטביחה משלם ד' הלכך הוי תרי מילי עיש"ד.

[ד] **הנה** התוס' בב"ק [עב:] ג"כ תירץ תירוצא קמא דלמ"ד חידוש הוא לק"מ ותמה שם הפנ"י דקשיא טובא וכי הזמה גרע מהכחשה הא כל הזמה איכא נמי הכחשה ולמה לא נימא דמדין ההכחשה שבזה יופסלו העדים למפרע, אלא כתב ליישב בדוחק דאין כ"כ הכחשה

טביחה דהיה הכחשה פסלי' אך על הגניבה של"ה הכחשה לא פסלי', אלא למ"ד למפרע חל הפסול והטביחה פסולה משום הזמה א"כ נמי אגניבה נפסלה [ובהמשך יבואר למה דוקא בהזמה הוי כן] א"כ קא מקשי התוס' הרי מבואר דלמ"ד מכאן ולהבא הוא נפסל רק אמאי דאתכחוש אתכחוש א"כ הכא נמי על אכילה אתכחוש אבל על אבהתא לא.

[א] **וכתבו** התוס' לתרץ ב' תירוצים, א' - אי הסברא של מכן ולהבא בעד זומם הוא משום דחידוש הוא א"כ כל דלא הוי חידוש בהכחשה דין הוא שיהיה אפי' מכאן ולמפרע - בתירוץ זה יש לתמוה ממ"נ אם אמרי' דהכא בלא חידוש פסול גם למפרע א"כ למה בעד זומם הוי חידוש, ואם נימא דמה שחידוש הוא לא הפסול למפרע דהא גם בהכחשה הוי כן אלא החידוש הוא בכשרות של העדות השניה א"כ מאי שייטא לכת הנפסלת דהוי חידוש לומר שלכן מכאן ולהבא [ע'] תוס' לקמן בע"ב ד"ה והבא וכו' מש"כ בזה וכן כתב כן הרמב"ן בראשית דבריו].

[ב] **מאידך** הר"ן [וכן כתב הרמב"ן] כתב לבאר ובראשית דבריו תמה בנוס"א - דאם מפרשי' בעד זומם חידוש הוא ובפשטות הכוונה על הכת שנפסלה שזה חידוש ולכן הוי רק מכאן ולהבא א"כ היכא דהתורה לא חידשה כמו הכא לא נפסול אפי' מכאן ולהבא וכ"ש שלא נפסל מכאן ולמפרע.

בהזמה דלא מעידים על הסיפור עצמו
אלא על העדות.

אך בר' שמעון [שם] כתב דהוי דחוק כמו
דאיהו גופיה כתב כן, אלא כתב לבאר
ממה שביארנו לעיל דביאר דכל טעמא
דר"ח הוא משום דהוי תרתי דסתרי וגריע
משני שבילים וכן"ל וזה כל הסיבה שפסל
ר"ח, א"כ באמת דהזמה יודה ר"ח שלא
יתבטל העדות גניבה כיון דעל המזימים
אין לנו שום ספקות לדון עליהם דהתורה
הכשירתם בודאי ואין לנו לדון רק
המוזמים משעת הגדתם עד שעת ההזמה
ודין ספק עליהם וכיון שאין לנו לדון
עליהם בלחוד גם ר"ח מודה דבכה"ג
מוקמי' להו אחזקיהו ובחזקת כשרים הם
עד שעת ההזמה שחידשה תורה עיי"ש
דבריו, וכל זה הוא רק לפי ביאור של
הר"י מיגאש אבל אם כדברי הרשב"ם אין
מקום לדבריו ובזה יש ליישב סתירת דברי
התוס' בע"א דמוכח דהחידוש הוא לא
הפסלות וע"כ צ"ל כהביאור של ר' שמעון
ואילו תוס' בע"ב ד"ה ורבא מבואר לא כן
וי"ל דסבר כהרשב"ם וא"כ ל"ש למימר
הכי ע"כ כתבו באופ"א וצ"ע.

שו"ן עוד יש לעיין דהתוס' בב"ק שם ג"כ
כתבו להדיא דכל דברי ר"ח
דפסל את הכיתות הוא רק להוציא ממון
ולא להחזיק ובזה ביאר דעד זומם נפסל
גם להחזיק ממון - א"כ הדרא קושיא
קמיי' בריש דברינו מה הדימוי לפלוגת
ר"נ ורבא דהם לפו"ר לא מיירי במוחזק,
אלא לק"מ דאה"נ נוקמיה דהיה אחד

מוחזק ושוב ראיתי דכן משמע מהתוס'
להלן ד"ה אנן וכו' דנראה דיש אפשרות
לבאר דמיירי שהיה מוחזק א"כ שפיר הוי
בדומה ודו"ק.

והנה בדברי הגמ' בב"ק דאי' עד זומם
נפסל למפרע גם אגניבה אתזום
התקשו בזה האחרונים דנהי דהזמה הוי
פסול וחשש משקר אבל דוקא מכאן
ולהבא ובודאי לא נפסול כל העדויות
שהעיד לפני העדות הזאת א"כ למה הכא
אמרי' דנפסל גם אגניבה [והא מיירי לא
בתוכד"ד כמבואר בסוגיא שם לכל מעיין
- ודאמרי' דהרמב"ן תירץ קושית תוס'
הכא דמיירי בתוכד"ד ולפיכך הכל נפסל]
אלא כתב הנתיבות [סי' נ"ב סק"א] דהוי
מדין עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה
וכיון שבטל מקצת עדות טביחה יתבטל
כל העדות גם הגניבה.

מזן ובקצות במשובב נתיבות תמה טובא
א"כ מאי קאמרי' בגמ' דאי
עד זומם נפסל מכאן ולהבא ל"א הכי הרי
סו"ס מדין עדות שבטלה מקצתה בטלה
כולה ויתבטל כל העדות אף של גניבה
ומאי שנא ומאי שייטא למחלוקת של עד
זומם למפרע או מכאן ולהבא.

לפיכך הקצות ביאר באופ"א דכיון דאיכא
חשש משקר למ"ד עד זומם
למפרע הוא א"כ חשבי' אכולה עדות והכל
בטל, אבל אי מכאן ולהבא נפסל הכוונה
דאין חשש משקר א"כ רק דין הכחשה
איכא א"כ מאי דאתכחוש אתכחוש ומאי
דלא לא.

יז] ובִּיאור דעת הנתיבות ביאורו האחרונים [אחיעזר יור"ד סי' כ"ה - עי' קוב"ש ב"ב אות קט"ו דנמי רימזו לסברא זו] דשאני היכא דהוי פסלות עדות וגורם לפסול הגוף כגון בהזמה דמכח פסלות העדות הוי חשד משקר א"כ אמרי' שבטלה כל העדות, לבין אם היה בטלות העדות אבל לא גרם לפסלות הגוף כהכחשה דעלמא כה"ג לא אמרי' בטלה כולה, והקצות סבר דאין הברל בין בטלה להכחשה, - ברם הנתיבות [סי' ל"ו סק"ד] סתם לא כן וצ"ע.

יח] הנה מסיקא בסוגיא ורבא עד כאן לא קאמר אלא לעדות אחרת אבל לעדות עצמה לא - וכתב הר"ן לבאר 'אבל למסקנא דאמרי' דרבא לא אמר אלא לאותה עדות נקטינן מילתא כפשטיה דחידוש עד זומם משום פסולו ומשום הכי בהכחשה שניהם כשרין - אלא דהכא כיון שבאותו עדות עצמה הוכחש נפסל בזה וכו' עי"ש.

יב] מתבאר ד"ז ברבינו יונה דהקשה דכיון דקיי"ל כר"נ דכשרין כיצד פסקי' כאביי דעד זומם מכאן ולהבא הוא נפסל, וכתב לבאר דבהזמה הוא דשייך למימר שנפסל למפרע אבל בהכחשה לא מיבעיא דאינו נפסל אלא אפי' מכאן ולהבא אינו נפסל - הלכך אע"ג דאכתחוש באכילתה הכי לא הוכחשו באהבתיה ורבא סבר ה"מ דזו באה בפני עצמה ומעידה לעדות אחרת אבל לאותה עדות כיון שבטלה מקצתה בטלה כולה דחדתא סהדותא היא עי"ש.

יג] וְאִלֵּי אפש"ל דנחלקו בגדר נאמנות של עדות אי בעי ודאי כשרות וכל שאין ודאי כשרות לא סמכי', או דלמא להפך בעי' ודאי פסלות כדי לפסול וכל שאין בודאי פסלות מכשרינן [ולא דמי לחזקת כשרות דהתם הוי כודאי אבל הכא ודאי פסלנהו חלק מהעדות] א"כ הכא דנסתרו בעדות אכילה ר"נ סבר דנהי דנסתרו על עדות אכילתה מ"מ אין לנו ודאי פסלות של אבהתא א"כ נכשיר, אבל רבא סבר כיון דודאי פסלנהו לגבי אכילתה א"א לקבלם לגבי אבהתא ועיי'.
יד] בִּיּוֹתֵר ביאור איכא למימר דנחלקו ביסוד אחר האם דין עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה נאמר דוקא בעדות שבטלה בגוף העד שהעד נפסל או גם בפסול בהגדה שנפסל הגדת העד ונמצינו למדין מחלוקת ראשונים בזה, תוס' בסנהדרין [מא: ד"ה כמאן וכו'] נקטו דכת עדים בעד אחד מהם נפסל בחקירות

שאיכא גביה פסול בהגדה גרידא [של עדות שאי אתה יכול להזימה אבל לאו פסלא בגופא] ותוס' דנים דיהיה עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, וכן למד כן הנתיבות [סי' ל"ו סק"ד].

מאידך הוכיחו מתוס' כתובות [לג. ד"ה ונותרו] - דמבואר דפליגי א"כ י"ל דבזה נחלקו רבא ור"נ דהכא נמי נפסל מהגדה ולא פסול בגברא דלכו"ע לפי השתא מכשרינן בחזקת כשרות כר"ח אלא נחלקו אם דין עדות שבטלה מקצתה נאמר דוקא על פסול באדם או אפי' פסול בהגדה וכן מתבאר אולי פלוגתת הקצות והנתיבות מה שהבאנו דנחלקו הכחשה אי שייך בזה פסול של עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה נמי מבואר לפ"ז אי הדין

נאמר גם בפסול בהגדה אלא שהערנו דהנתיבות עצמו נראה דסתור דבריו בסי' ל"ו נקט דשייך פסול של עדות שבטלה בהגדה ואילו בסי' נ"ב סתם לא כן וצ"ע.

כא [יעוי' בתשובת רעק"א אהע"ז [סי' קכ"ה] מה שדן בארוכה והביא דברי הנתיבות שג"כ נראה מדבריו דהיכא דבעי' הגדה בב"ד אמרי' עדות שבטלה מקצתה גם בהגדה עי' בארוכה מה שהבאתי הדברים בחיבורי רווחא שמעצתא עמ"ס גיטין [סי' ז' אות ט"ו] באורך ודו"ק.

בתוס' [ד"ה וזו באה בפנ"ע וכו'] תמהו למה לא נימא מיגו בתרי עי' בקוב"ש בב"ק [אות מ"ט] מש"כ לבאר בפלוגתת התירוצי התוס' עי"ש.



סי' ט"ז

בגדר מתנת שכי"מ [קלו].

שכי"מ כירושה שוויא רבנן וכו' - שם בסוגיא האי סברא נאמרה לחומרא ולכן בגר דלאו בתורת ירושה לא מהני במתנת שכי"מ, אך יש ללמוד אף להפך דתקנת חז"ל היתה דמתנת שכי"מ יחול כירושה וכמו שירושה חלא לאחר מיתה כך מתנת שכי"מ גדרו כירושה, ובפרט לפי הראשונים הסוברים [בדף קמז]. דהגמ' דורשת מקרא והעברתם את נחלתו וכו' למתנת שכי"מ דהוא פסוק של ירושה ובודאי חזי' דהגדר הוא כירושה.

ועי' תוס' לקמן [קעה. ד"ה ודברי שכי"מ וכו'], וכן הדבר מוכח לפי שיטת הר"ת הובא בתוס' [קמז: ד"ה איזה וכו'] דמכירת שטרות אינה מועילה על שיעבוד הגוף ולכן יכול מחול אבל במתנת שכי"מ לא מהני למחות כמבואר בסוגיא התם וע"כ דהאלימו מתנת שכי"מ כירושה וכן מבואר בדברי הרעק"א שם בליקוטים עי"ש ודו"ק.

ג] אך באמת יש לדקדק דהנה בחיסרון של קנין לאחר מיתה מצינו ב' חסרונות כדברי הרשב"ם שמשמע מלשונו דהחיסרון שאין לו רשות בנכסים דפקע רשותו בזה שפיר איכא למימר דכיון דהוי כירושה - הא כל ירושה הויא לאחר מיתה וכבר הארכנו בסוגית הנחלה להוכיח דכל אב יש לו הכח להוריש לאחר מותו

א] אי' בגמ' ומודה שאם נתנה במתנת שכי"מ לא עשה כלום, מאי טעמא אמר אביי מתנת שכי"מ לא קנה אלא לאחר מיתה וכבר קדמו אחרין ומי אמר אביי הכי והא איתמר מתנת שכי"מ מאימתי קנה אביי אמר עם גמר מיתה ורבא אמר לאחר מיתה הדר ביה אביי מההיא וכו'.

ולכא' צ"ע כיצד מהני לאחר מיתה והא לא מהני קנין לאחר מיתה ואצטט לשון רשב"ם בשני מקומות בדף קלה: ד"ה ואיזו היא מתנת בריא וכו' - דמשמע הכי גופה קנוי לך מהיום ופירי לאחר מיתה אבל אי לא הוה כתב בה מהיום אינו קונה דאין מתנה לאחר מיתה שהרי אין כח לאדם ליתן מקודם לכן דבר שלא יוכל להקנות באותו הזמן שהוא רוצה שתתקיים המתנה ואחר מיתה האין יוכל אדם ליתן אחרי שמת ונקבר עכ"ל, וכן כתב להלן מניה קלו. ד"ה וצריך וכו' אבל בלא מהיום לא נתן להם כלום דאין מתנה לאחר מיתה דבההיא שעתא אין לנו חלק בהן שיוכל להקנות' - הרי לן דל"ש אפי' שבשעת מעשה הקנין הוי בעולם אך אם בזמן חלות הקנין כבר לא מעולם ל"ש לאקנויי.

ב] אלא' הנראה לומר דהנה הגמ' [בדף קמט.] איתא אי במתנה מתנת

והדברים מפורשים בדברי ר"ת בתוס' בגיטין [יג. ד"ה והא וכו'] וביתר הרחבה בדברי הר"ן שם בסוגי'.

אך כבר דייקנו בסוגית הנחלה בדברי הרשב"א [קלא.]. דתמה בכל הנחלה הא אין קנין לאחר מיתה וביאר ר' שמואל - דסבר הרשב"א דהחיסרון לא משום דהנכסים אינו ברשותו כדברי הרשב"ם דזה כבר ייסדנו דהוי דרשותו נמשכת לאחר מותו, אלא סבר דהחיסרון שאין גמירות דעת של מקנה בשעת חלות הקנין, ולזה תירץ הרשב"א דקונה עם המיתה כל' כל ירושה הוי עם המיתה א"כ מאי נאמר ומה נדבר במתנת שכי"מ שחל לאחר מיתה כיצד מהני.

ד] אלא היה מקום לומר דכיון דתקינו רבנן דמתנת שכי"מ הויא כירושה א"כ כמו שירושה הוי עם המיתה כמו"כ מתנת שכי"מ הוי עם המיתה - אך זה אינו דהא הגמ' בגמ' [קלז.]. אי' דאחרין קדם למקבל - והנה כתב שם הרשב"ם לבאר דמצד היורשין של הראשון הוי ודאי לאחר מיתה, אלא מצד המקבל מתנה מן הראשון לזה כתב הרשב"ם דכוונתו ליתן לאחרין כבר מזמן שהראשון לא משתמש בזה בשעה שהתחיל להטריף וא"כ קדם למקבל מתנת שכי"מ.

וא"ת כה"ג שלא היה גוסס אלא לאלתר מת ולא היה זמן לק"מ דאה"נ כה"ג לא מיירי דהא איירי במתנת שכי"מ שהיה שכי"מ וגוסס והקנה לאחר בזה דיינינן שהאחרין קדם, אך צע"ק דא"כ אף

אי נימא כאביי דהוי עם המיתה לא יהיה קשיא דעם המיתה הוי יותר סמוך למיתה משעה שהתחיל לגסוס שאז כבר אחרין זכה, וצ"ל דגם אם מתנת שכי"מ הוי עם המיתה הכוונה שיש אומדן דעת שיחול משעה שמתחיל לגסוס.

ה] ומ"מ לפי דברי הרשב"א קשיא טובא הרי עם המיתה גם היורשין של הראשון וגן המתנת שכי"מ אמורים להקדים לאחרין, אלא שבזה כתב להוכיח הרשב"א דאחרין הוי כירושה ואמרי' דנתכוין לזכות לו כמו כל ירושה דהוי עם גמר מיתה, ומבואר מדבריו דלכן הוי אחרין קודם למתנת שכי"מ דהיי' דהמתנת שכי"מ חלה רק לאחר מיתה כפשוטו והאחרין חל עם המיתה ככל ירושה, אך צ"ע אכתי מיורשיו של ראשון שגם הם חלים עם המיתה ומי יקדם למי, ומ"מ שמע"י להדיא מהרשב"ם שמתנת שכי"מ הוי לאחר מיתה וגרע מירושה רגילה שחלה עם המיתה וצע"ג כיצד א"כ חל הקנין לאחר מיתה.

ו] ועורני הקל יתברך ומצאתי שכתב הרשב"א גופה [בדף קמט.]. וז"ל 'והפירוש הנכון משום דמתנת שכי"מ אינה אלא לאחר מיתה כירושה היא לכל אדם ומן הדין אינה כלום בכל אדם שאין מתנה לאחר גמר מיתה אלא דמשום ירושה תיקנוה וכו' ועדין צריך לי עיון דאדרבא ירושה עם גמר מיתה היא כו' ואפשר לומר דלאו כירושה ממש אלא כירושה שאינה קונה מהשתא' וכו' - הרי לן בהדיא דמצד אחד הוי כירושה לענין זה שלא תיקשי

ח] ובגוף דין זה צ"ב למה באמת דבריו קיימין ולא הוי מתנה על מה שכתוב בתורה בזה שאומר בלשון מתנה, ובי"ד רמה כתב באריכות והוא דאמר בלשון מתנה - 'דאע"ג דהשוה להן את הבכור וכתוב לא יוכל לבכר ה"מ היכא דאמר בלשון ירושה דכיון דתלי למילתא בירושה ולירושה דאורי' שקיל בכור פי שנים לאו כל כמניה לאתנויי על מה שכתוב בתורה, אבל היכא דאמר משום מתנה כיון דלאו לירושה דאורי' קא נחית - לאו מתנה על מה שכתוב בתורה הוא'.

וביאור ד' הרמ"ה יש לפרש ע"פ הגמ' במכות [ג:] וב"מ [נא:] 'האומר לחבירו ע"מ שלא תשמיטני שביעית' - שביעית משמטת, 'ע"מ שלא תשמיטני בשביעית' - אין שביעית משמטת, וכן גבי אונאה הוא דכתיב עי"ש תוס' [ד"ה ע"מ] שביאר שאם מתנה על דין שביעית לא מהני אך אם מתנה על האדם מהני וכע"ז אפשר לומר דכשאומר בלשון ירושה הוי כנגד דין תורה ממש וודאי קא עקר [ע"י ב"מ נא:] אך כשאומר בלשון מתנה אי"ז דיבור נגד התורה והבן.

ט] וביותר יש להקשות ע"ד הרשב"א שהובא בריש דברינו דקסבר דמתנת שכי"מ חל לאחר מיתה וירושא חלה עם המיתה א"כ צע"ט דכשאמר בלשון מתנה חל רק לאחר מיתה וירושא כבר קודמתו דבשלמא לפי הרמ"ה הנ"ל שניהם חלין בזמן אחד איכא למימר דמהני כל שאי"ז נגד התורה, אך אם כדברי

שאין קנין לאחר מיתה ומנגד לא הוי ממש כירושא שחל עם המיתה והדברים כילורין לעינים.

ז] א' במשנה [קכו:] 'האומר איש פלוני וכו' המחלק נכסיו על פיו ריבה לאחד ומיעט לאחד והשוה להם את הבכור דבריו קיימין ואם אמר בלשון ירושה לא אמר כלום'.

ופיר' רשב"ם 'המחלק נכסיו על פיו דצוואת שכי"מ אינה צריכה קנין ולא שטר ולא משיכה אלא בדיבור פה בעלמא וכגון שמצוה מחמת מיתה כו' - דבריו קיימין שיש כח באדם ליתן ממונו במתנה לכל מי שירצה ואין כאן מתנה ע"מ שכתוב בתורה שהרי לא נשאר לו אחר מיתתו כלום להוריש לבניו בתורת ירושה שיטלו הפשוטים בשוה והבכור פי שנים' עכ"ל, וכן כתב רש"י ביבמות [לו. ד"ה ריבה וכו'] 'דלכולן נתן בחייו ואין כאן ירושה ליטול' וכו'.

קרי מבואר להדיא מדבריהם דהטעם שאין כאן מתנה ע"מ שכתוב בתורה הוא מכיון שכבר חל המתנה מחיים ולא נשאר מה לירש ולא ביטל תורת ירושה מה"ת, והקושיא הגדולה היא דהגמ' ערוכה היא וכמו שהבאנו בריש דברינו דאמרי' דלכו"ע מתנת שכי"מ חלה לאחר מיתה, והרשב"ם הא בהדיא פירש המשנה של המחלק נכסיו דהוא מדין מתנת שכי"מ וכ"כ בפ"י רבינו גרשום א"כ כיצד כתב הרשב"ם דחל מחיים.

הרשב"א שהירושה חלה עם המיתה כיצד יכול לתת מתנה לרבנן הא כבר חלה הירושה, ובאמת היה מקום לומר דאה"נ הרשב"א לא יעמיד את המשנה במתנת שכי"מ אלא במתנה בעלמא דלא כהרשב"ם.

י' אך ישל"ע בזה דלישנא המחלק נכסיו על פיו נמצא גם במשנה לקמן [קנו]. המחלק נכסיו על פיו והוא לישנא דשכי"מ - אך באמת אי"ז הוכחה דהא במשנה גופה שם נאמר דברי ר"א 'אחד בריא ואחד מסוכן' וכו', ומ"מ מאי רבותא בלשנא 'על פיו' ושו"ר בגר"א [ס' ר"נ סעי' א'] דאי' שם דמתנת שכי"מ לא נאמרה אלא כשהוא עצמו אמרה למעט אפוטרופוס וציין שם הגר"א סק"ג למשנה דידן ולמשנה לקמן קנו:, אך נמי צ"ע דגם זה בא ללמד לדין שכי"מ ומ"מ ע"כ מוכרחים לאוקמיה במתנה בעלמא ולא במתנת שכי"מ.

ומ"מ דברי הרשב"ם אכתי בעי לתרוצי - ונראה לבאר דהנה כתבו התוס' בגיטין [יד: ד"ה הא] בסוה"ד 'דדברי שכי"מ כשמת כמסורין דמי למקבל משעת נתינת שכי"מ או אמירתו' עכ"ל - משמע מדבריו דמתנת שכי"מ הוי למפרע משעת המיתה לזמן אמירתו.

יא] וברברי התוס' נאמרו כמה ביאורים, בקצות [ס' קכ"ה סק"ה] ביאר דסברת התוס' היא דהואיל ומתנת שכי"מ כירושה שויה רבנן א"כ זכה

המקבל בשם יורש בחפץ זה משעת אמירה עי"ש.

מאידך בס' ר"נ סק"א כתב דלדעת תוס' הא דמתנת שכי"מ קונה לאחר מיתה היינו דאם מת קונה למפרע משעת אמירתו נמצא דבאמת זוכה מחיים והמיתה היינו תנאי בעלמא ועי"ש שהק' מהא לקמן קלז. דבאומר נכסי לך ואחריו לפלוני אף דס"ל לרשב"ג דאם קדם ראשון ומכר אין לשני כלום אלא מה ששייר ראשון מ"מ אם נתנם במתנת שכי"מ לא עשה כלום דמתנת שכי"מ אינה קונה אלא לאחר מיתה וכבר קדמו אחריו, ולדברי התוס' קשה דהא משעת אמירה שמת אגלאי מילתא למפרע זוכה בה המקבל מתנת שכי"מ מחיים עי"ש בדבריו וכן תמה הרש"ש בגיטין שם עיש"ד.

יב] התיבנות [ס' ר"נ סק"א] הביא תשובת המהרי"ט לבאר דאין כוונת תוס' דזוכה למפרע אלא דייפו כח עשו חכמים לדברי שכי"מ דיחשב כמהיום ולאחר מיתה ובר' שמואל דף קלג. [אות קל"א] ביאר דמתנת שכי"מ לא הוי ככל קנין לאחר ל' דלית ליה למקבל שום דין וזכיה על הנכסים היום ורק לאחר ל' יחול הקנין, אלא דמתנת שכי"מ זוכה המקבל היום בזכות ושיעבוד שהנכסים יהיו שלו לאחר מיתת הנותן וזהו כוונת המהרי"ט שחל שיעבוד היינו דיש לו זכות היום בנכסים שיהא לאחר מיתה שלו ולכן לגבי דין אחריו כיון דלא זכה בפועל קדמו אחריו עי"ש באורך.

מ"מ לענינינו לבאר בשיטת הרשב"ם אי
נפרש כדברי הקצות בסי' ר"נ ודאי
א"ש דדבריו קיימין דחל למפרע ממש
ולפיכך לא הוי מתנה ע"מ שכתוב בתורה
דלא נשאר למת מידי, אך זה קשה מהגמ'
לקמן וכן"ל, לכן אי נפרש כדברי הקצות
בסי' קכ"ה שיש לו שם יורש מחיים יש
מקום לעיין דסו"ס כשאומר בלשון מתנה
עוקר דין שם יורש מחיים שהוא נגד
התורה, בזה נראה דלק"מ - דנהי דשם יורש

מחיים איכא מ"מ עקירה אין כאן דסו"ס
בקרא לא נאמר רק שלאחר מיתה יש דין
נחלה וכנגד זה אם מתנה במפורש הוי כנגד
מש"כ בתורה, אבל כשמתנה מחיים אין
עוקר נגד מפורש וכמו שביארנו החילוק בין
לשון מתנה ללשון ירושה וא"כ שפיר
מבואר דברי הרשב"ם דבמתנת שכי"מ כבר
מחיים איכא שם יורש וכשמת תו אין נכסים
דדין ירושה יחול ע"ז וכן יש לפרש את
דברי רש"י ביבמות וכן"ל ואכתי צ"ע בזה.



סי' י"ז

בדין תקנת חז"ל בנכסין מרובין ומועטין בשיטת הראשונים בסוגיא [קמ].

כירושא ובסיימו להם חלק שלהם וכיון שכן אם הוול הוול גם חלקם.

ועי' בשיטמ"ק בשם הרשב"א שהביא בשם הראב"ד להקשות דאיבעיא בגמ' להלן גבי אלמנה ממעטת בת אשתו והק' מאי שנא בת אשתו ואלמנותו דאיבעיא לה ומשום דאי מייתי אי נמי מנסבין לית להו ומאי שנא בנות עצמן דממעטי חדא אחברתה אע"ג דאי מיתה או מנסבה ליה לה, ותירץ דבנות כיורשות שוינהו רבנן מילתיהו דלאו בנות אחולי אבל אלמנותו ובת אשתו לאו יורשות הוי ובעלות חוב הן ובנות מחילה הן וכו' הא מדויק מלשונו ההגדרה שהזכרנו דעשו אותם כיורשות לכן א"ש דנתמעטו נמי נכסיהן לפי חלקו של כאו"א.

ג] אלא דצ"ע א"כ במועטין ונתרבו דמספקי' בגמ' - הא כיון דאמרי' דהוו כיורשין דיש להם חלק א"כ ה"ה כשנתרבו למה לא נאמר שנתרבה חלקן ומאי שנא מנתמעטו.

אלא צ"ל דבעיקר הדבר הנכסים מדאורי' שייכים לבנים ומשום תק"ח תיקנו שהבנות יטלו זאת א"כ פשוט דכל דבר שאין נצרך למזונות אינו מתק"ח וממילא הדר לבנים לכן אי"ז כ"כ פשוט הגם דעשהו כיורשים ואה"נ הספק הגמ'

א] אי' במשנה מי שמת והניח בנים ובנות בזמן שהנכסים מרובין הבנים יירשו והבנות יזונו, נכסים מועטים הבנות יזונו והבנים, ישאלו על הפתחים וכו', וקא אמרי' בגמ' עלה פשיטא מרובין ונתמעטו כבר זכו בהן יורשין מועטין ונתרבו מאי ברשות יורשין קיימי הלכך ברשות יורשין שבוה או דלמא סלוקי מסלקי יורשין מהכא וקא פשיט ת"ש דאמר ר' אסי אמר ר"י יתומים שקדמו ומכרו בנכסין מועטין מה שמכרו מכרו ע"כ.

ופיר' הרשב"ם זכו בהן יורשין בשעת מיתת אביהן דקרינן בהו נכסים מרובין ויקחו הבנות חלקן המגיעם כפי שומא של שעת מיתת אביהן והבנים יירשו חלקם שהיה מגיעם באותה שעה וכל מה שחסרו הנכסים חסרו לבנות ולבנים כ"א כפי חלקו הראוי לו' ע"כ.

ב] והדבר תימה כיון דיש שיעבוד גרידא לבנות בנכסים אטו בע"ח שיש לו שיעבוד והתמעטו הקרקעות של הלווה גרע חלקו של שיעבוד המלוה ה"נ כיון דאירי בנכסים מרובין והיה שיעבוד הגם שהתמעטו למה חסר חלקם, אלא ביאר בחידושי ר' דוד זצ"ל דהגדר הוא דהאפי' דהוי שיעבוד ואין להם בגוף הדבר אלא שיעבוד מ"מ רבנן תיקנו שגבייתו תהיה

שם בגמ' דבת מאכלת ואוקי' כה"ג דיש נכסים מועטין שדינם שכל הנכסים לבנות ויש בנים ועובר דממ"נ קאכלי העבדים מחמת הבנות דאם העובר זכר ל"ג משאר בנים ואם העובר נקבה ושייכי לתק"ח אמרי' שם בגמ' דלא תיקנו כל שלא יצא לאויר העולם, וקפריך והא הדין ביתומים שקדמו ומכרו מכירתן ופי' רש"י ומדמצי למימכר אין העבדים יכולין לאכול דהיי' כיון דחזי' דשייך לזכרים א"כ ה"ה שייך לעובר ותו איכא חיסרון דעובר לא מאכיל.

והקשה בתוס' כיון דמצי למימר דמיירי לאחר שתפסו הב"ד תו אין חיסרון במכירה אלא ע"כ דגם לאחר שתפסו מצי למימכר, ודחו התוס' דמ"מ חלק העובר לא מצי לגבות לבנות והוי ברשות הבנים ומצי למכור.

ו **ותימה** מה דחה בזה סו"ס הא איכא חלק בנות ומשום הא שיאכל העבד, אלא ע"כ צ"ל דהדין הוא שלא מסיימים בדיוק חלקים מתוך הנכסים אלא הדין שפוסקים ב"ד על סכום מתוך הנכסין שהם משועבדים למזון הבנות אך כל דבר אין ראיה עד הגבייה אם הוא מממון שיועד למזונות או לא לפיכך כיון דיש חלק של עובר מעורב בכל הנכסים שזה כן ברשות הבנים למוכרו א"כ איכא לספוקי שמא יפול חלקו של עבד בחלקו זה של העובר שנמצא עתה ביד הבנים, ובהמשך נביא ראיה לזה.

ואע"ג דביארנו דלא מסיימים משוהו מ"מ מייחדים סכום וייחוד ובוזה נמי יש

לפירוש הרשב"ם בזה גופא אם עשאוהו כיוורשין לכל דבר שיהיה שלהם לגמרי אפי' לגבי הרווח, או דרק תיקנו שצורת הגבייה תהיה כיוורשין אבל הוי לעולם שיעבוד וא"כ הדר הסברא דכל דבר שלא שייך למזונות שייך לבנים ולא לבנות ודו"ק.

ד **עוד** כתב הרשב"ם יתומים שקדמו וכו' קודם שהעמידום בנות בדין ומכרו אפי' בנכסים מועטין מה שמכרו מכרו דאין וכו' - וכתב הריטב"א דא"כ גם הבעיא של הגמ' דמועטין ונתרבו הוי דנתרבו קודם שיתפסוהו ב"ד ברשות בנות דאילו לאחר התפסה בב"ד כבר זכו בהן בנות ודכוותא וכו' ועוד דא"כ אין ראיה מהברי' דקדמו ומכרו דהתם הוי קודם תפיסה ולכן מהני אבל מי יימר לאחר תפיסה ולזה מתבאר דאה"נ לאחר תפיסה הוי כבנות, ובאמת אי"ז כ"כ ברור דיש להבין למה באמת אם ב"ד תפסוהו כבר לא מהני למכור, ובאמת בלשון הריטב"א מבואר להדיא דהכוונה דלאחר שתפסו הוי כשלהם ממש.

ה **התוס'** הביאו פירוש רשב"ם דקדמו הכוונה קודם התפיסה, והוכיחו מהגמ' יבמות לא כן ותורף ראייתם היא, דהדין הוא דכשיש יורשין ועובר כהנים - העבדים לא אוכלין בתרומה לפי מ"ד בגמ' כיון דיש לעובר חלק [אם הוא זכר] אך לא מבורר החלקים דא"א לחלקו קודם שנולד ושמה העבד יפול בסוף לחלקו וכיון שכן עתה לא יוכל לאכול בתרומה דעובר אינו מאכיל, ונאמר

לו נפק"מ - דבזה תוס' דנו וכתבו להוכיח דנעמיד בגמ' לאחר שתפסו ולכאור' איזה תפיסה יש כאן, אלא הכוונה שב"ד העמידוהו ושמנו את הסכום הנצרך למזונות וחייבוהו כגון עישור נכסים שמשועבדים [עי' רבינו גרשום בפ' המשנה] וכן מוכח ד"ז בתוס' להלן מניה ד"ה מר אמרי וכו' דהקשו דמחוסר גוביינא בבת והביאור כנ"ל דלא שגובין ממש אלא הייחוד שמיחדים סכום הוי גוביינא ועיין.

[ז] הנה תמה הקוב"ש [אות תע"ד] דיאכל העבד ממ"נ אם חלקו של הבנות ואם מחלקו של הבן וחלקו של העובר לא גרע דממ"נ אי הוי בת א"כ ייצא דהחלק שהפרישו לבן לא שייך לבנות ונמצא ביד הבן הקיים ושייך לו ויאכל ואם העובר זכר א"כ התברר דהחלק שייך לבנות ומכחם יאכלו, ויש להעיר לצד זה דסו"ס כיון דנמצא ברשות הבן הקיים וחלק זה שייך לבנות ואכתי לא זכו בזה - דלא גובין לבנות א"כ שייכי לבנים והבן הוא גם עובר ואם העובר בת אה"נ ליכא חיסרון דסו"ס אין זכות לבת כל שלא יצא לאויר העולם ושייכי לבן והוא מאכיל אבל אם העובר זכר נמי עתה רשאי בנכסים כדין יורש דאכתי לא ניתן לבנות ותו איכא חיסרון של עובר ושייכי לבנים מהא דיכולים למכור בנכסים, ובאמת שכ"כ המנח"י והאיה"ש לדחות קושיא זו.

אך בדעת ר' אלחנן בקוב"ש י"ל דסבר דכיון דהוא זמני דעיקר הנכסים הוי שייכי לבנות אלא דכל שלא ברור אם

העובר זכר או נקיבה הפקידו ביד הבן החי י"ל דסבר דאין זכות אלא לבנים הקיימים ולא לעובר דסו"ס אין הם יורשין דאורי' ממ"נ בין אם העובר זכר בין אם הוא נקיבה דמיירי בנכסים מועטין דגם אם זה יהיה בן יביאו הכל לבנות ומוכח כן [וכן כתב במנח"י] א"כ הוא תקנתה להפקיד ביד הבנים ותו איכא סברא דזה רק לבנים הקיימים ולא לעובר ועיין.

[ח] ותירץ הקוב"ש דיש לחשוש שילוד תאומים בן ובת וחלק הבת שייך לבנים א"כ גם שייך לעובר, וצע"ט כיון דביארנו דזו גופא היתה דחיית האחרונים לקושיית הקוב"ש דכיון דיש עובר א"כ הנכסים שנמצאים ברשות הבן גם נמצא שייך לעובר, וביארנו דהקוב"ש למד לא כן דכיון דהוי רק זמני תיקנו שיהיה רק לבנים הקיימים - א"כ מה תירץ עתה בתאומים הא נמי לא תיקנו שיהיה אלא לבנים הקיימים.

אלא אולי י"ל בדוחק דשאני כה"ג דיש רק עובר בן א"כ ביארנו דיוצא דהחלק שהפרישו לעובר היה בטעות ואמור לחזור לבנות א"כ הוי סברא דהוי זמני בזה לא שייך לעובר אלא לבן הקיים, אבל כה"ג דיש בן ובת א"כ יוצא דהחלק שהופרש לבת כדין הופרש ובאמת לא יחזור לבנות וכיון שכל עוד שלא יצא לאויר העולם אמרי' בגמ' דלא גובין המזונות לבת א"כ השתא הנכסים בדין שייכי לבנים א"כ הוי סברא שגם לעובר הוי שייכי וצ"ע, וע"ע ברמב"ן מש"כ בענין זה עי"ש.

ומוציאין לבנות עכ"פ לשיטה א' ברשב"ם לקמן [ד"ה אלמנותו] ובתוס' [ע"ב ד"ה מי אמרי'] עי' מהרש"א, וצ"ע מאי הנפק"מ בין מועטין למרובין לדעת הרשב"ם אלא צ"ל כמו שכתבו התוס' ויובא להלן.

יא [ונחזור לדברי התוס' שכתבו 'וי"ל דיש חילוק דבנכסין מרובין יכולים למכור לצורך גדול אבל בנכסים מועטין אין יכולין למכור כלל לכתחילה', לכאור' שיטה זו לא כ"כ אזיל בשיטת הרשב"ם וכמו שביארנו לפי דברי הרעק"א דהסברא היא משכון ושיטת התוס' כבר ביאר שם הרעק"א דאע"ג דהוי אינו ברשותו מ"מ רשותו וקנינו באין כאחד וייסוד שמצינו גם בדברי הרבינו יונה לעיל [מג.] וכבר הארכתי בזה בסוגי' ת"כ בחיבורי צורתא דשמעתתא עי"ש.

יב **א'** נמי כתבו התוס' ועוד דמרובין ונתמעטו יזונו הבנים עם הבנות ובנכסין מועטין לא יזונו כלל, וזה לכאור' גם קיים לשיטת הרשב"ם, אך י"ל ביותר והוא דבנכסים מרובין שיטת הרשב"ם דמוציאין לבנות גם כמו בנכסין מועטין א"כ אפי' דנתמעטו אמרי' דהבנים לא גריע דזכו בהן משא"כ במועטין לכתחילה דרק אם נשאר לבנים, אך בשיטת התוס' י"ל ביותר מזה, דבנכסים מרובין הא לא מוציאין א"כ הכל ברשות הבנים ואין צריכין הבנים לדאוג כל הזמן שישאר כפי השיעור ששיערו ובודאי יכולים לאכול יותר קצת ולא לחשב כל יום לפי הסכום שיצטרך להשאר עד סוף ימי המזונות שיבגרו דבעצם הכל שייך לבנים רק אם

טז **כתבו** התוס' 'וא"ת כיון דבנכסים מועטין נמי מה שמכרו מכרו אפי' כבר תפסו מה החילוק יש בין הנכסים מרובין לנכסין מועטין וכו' - קושייתו משתייכת למה שיסד קודם וביאורה"ד - לכאור' לפי דברי הרשב"ם דיתומים שמכרו לאחר הייחוד לא מהני הוא דוקא בנכסים מועטין דאיכא בזה יחוד לגמרי וזוכות בזה הבנות וכדברי הריטב"א שהבאנו אבל בנכסים מרובין אע"ג דשיטת הרשב"ם דגם מוציאין חלקם ולא רק מייחדים אלא מסיימים ממש וכמו שיתבאר להלן מניה מ"מ אי"ז הקנאה גמורה ואף לאחר הסיום מ"מ אם מכרו מכרן קיים.

י **ברם** הרעק"א דקדק בכל זה לפי הבנת תוס' דלכך הקשה מהגמ' ביבמות אבל איהו רצה לבאר דאין כוונת הרשב"ם דלא מהני מכירתן מפני דהוי כשלהם לגמרי אלא דלא גרע ממשכון על חוב מזונתיהן, והרי במשכנתא מבואר בכתובות [נט.] דאינו יכול להקדיש מעתה להפקיע חובו כו' עי"ש.

מ"מ שמעי' מניה דהסברא שלא יכולים למכור הוא מפני הייחוד דהוי משכון א"כ מסברא אין חילוק בין הייחוד של מועטין לייחוד של מרובין לגבי הסברא של משכון א"כ אין נפק"מ בזה לדעת הרשב"ם בין נכסין מרובין למועטין, ואף מש"כ הרא"ש ועוד דהחילוק בין מרובין למועטין הוא דמרובין לא מסיימין ובמועטין מסיימין נמי ל"ש לדעת הרשב"ם דקא סבר דבשניהם גובים

דהרשב"ם לשיטתו דהוי כגדר ירושה לכן
היה הו"א דלגמרי הוי כירושה אבל אה"נ
התוס' לא אזלו בשיטה זו.

טו] **אלא** כתב לבאר השיטמ"ק והכי
פירושו 'מי אמרי' זכו בהם
הבנות ומפרישין מזון הבנות עד שיבגרו
או דלמא לא זכו בהן ויזונו כולן ביחד עד
שיכלו'. ונראה ביאור כוונתו וכמו שכבר
הקדמנו דהנה בשיטת התוס' רק בנכסים
מועטין מייחדים סכום למזון הבנות אך
בנכסים מרובין לא מייחדים מאומה רק
יבואו הבנות ויבקשו צורכם כל עת הנצרך
להם ויתנו להם הבנים מרצונם, א"כ כה"ג
דהיה נכסים מועטין וייחדו לבנות חלק
שמשתייך לבנות ואין הבנים ניזונים מזה
אלא רק מהשאר וכעת ודאי דהשבח היה
כולו לבנים דבזה התוס' מיאן בפירוש
הרשב"ם ובודאי דשייך לבנים אלא
דטוענים הבנים כיון דעתה שווי כל
הנכסים הוא כשיעור נכסים מרובין ע"כ
נוציא מיד הבנות אף חלקיהם שייחדו להם
ויהיה הכל ביד הבנים כדין נכסים מרובין
ורק יזונו הבנות מהבנים אך לא יהיה
הנכסים אלא ברשות הבנים לאכול כרצונם
וכמו שביארנו דסתמא לא צריכים להקפיד
לאכול כשיעור הקצוב לכל יום כפי
החשבון ששיעורו בנכסים אלא כל ששוי
הנכסים כשיעור כזה תו אמרי' דהוי
ברשות הבנים ומסתמא לא יחסר אלא
יתרבה ואה"נ הב"ד כן ישגיחו שלא
יפשעו סתם בנכסים, אבל עיקר הנכסים
ברשות הבנים.

זה מרובין והשיעור של מרובין הוא שאם
נחשב מראש הכל שייך לבנים ולבנות אך
כשזה הגיע לגדר זה ברור דמעתה והילך
לא נדקדק כל הזמן אצל הבנים שישארו
הקרן אך בנכסים מועטין מפרישין החלק
ואין להם בזה חלק כלל, אלא דיש להוכיח
מדלא כתבו נפק"מ פשוטה דבמרובין לא
מסיימי ובמועטין מסיימי משמע להדיא
דאף במועטין לא מסיימין חלק ממש אלא
משערין סכום מתוך הנכסים שיהיו
משועבדים וזה גם נאמר בנכסים מרובין
ודו"ק ועוד נאריך בזה בהמשך הדברים.

יג] **ונחזור** לדברי הגמ' דמרובין ונתמעטו
כבר זכו - מועטין ונתרבו מאי
וביארנו לפי הרשב"ם דהספק כלפי השבח
דמרובין ונתמעטו לשניהם נתמעט, אך
בפשטות חלוקין עליו חבריו שאר
הראשונים וקסברי דנתמעט לכולן בשוה
ויזונו יחד עד שיגמר וישאלו שניהם על
הפתחים ולא נאמר דניתן לבנות כדין
נכסים מועטין דכבר זכו הבנים.

ומועטין ונתרבו ג"כ ביארנו ע"ד הרשב"ם
דאם הוי ממש של הבנות אף
לגבי השבח או לא ובזה פשטי' דכיון
דיכולין למכור תו ודאי למדין דאכתי הוי
ברשות בנים לגבי שבח.

יד] **ומעתה** נבוא לבאר לפי התוס'
דמועטין ונתרבו הנה כתב
השיטמ"ק משם התוס' הרא"ש ובהקדם
לזה תמה על הרשב"ם דמה הצד דהשבח
יילך לבנות הא לא זכו בזה וכמו שביארנו

זו] ובוזה מסתפקי' בגמ' אי כיון דכעת ששווי הנכסים עומד על שיעור נכסים מרובין א"כ שיחזור הדין לקדמותו והכל יהיה ביד הבנים או דלמא קם דינא וישארו הנכסים שייחדו לבנות בידם ורק שבת שייך לבנים, ובוזה פשטי' דודאי כה"ג יחזור לבנים והדר דינא, וכן בספק קמיי' לכאור' יש לפרשו ע"ד זו דמרובין ונתמעטו לא נוציא מיד הבנים כלום דכבר זכו ולא נחשב כדין נכסין מועטין ויאכלו כנכסין מרובין דניזונים יחד עד שיכלה הנכסים וישאלו שניהם על הפתחים.

יז] ובוזה יבואר היטב קושית התוס' להלן [ד"ה מה שמכרו וכו'] דהביאו הסוגיא בכתובות [צא.] גבי דין כתובת בנין דיכרין, אך אם הם מועטין יחלוקו כחלוקה דאורי' שוה, וקאמרי' פשיטא מרובין ונמעטו דזכו בהן בני כתובה הגדולה כדין כתובת בנין דיכרין, מועטין ונתרבו נחלקו בזה האמוראי - וביאר המהרש"א דקושית התוס' היא מר"נ דקסבר דמועטין ונתרבו הדין כמועטין.

ולכאור' לפי שיטת הרשב"ם בביאור ספק הגמ' הכא וכדפירשנו לא שייטא סוגיא דהכא לסוגיא דהתם, אך לפי ביאור התוס' דהכא הספק הוא בדין נכסין מועטין אם נהפך הדין למרובין או נשאר כמועטין ומסקי' הכא דהדר דינא ואילו התם אמרי' קם דינא דלעולם נעמיד כמצב שהיה בשעת מיתה, בין אם היה נכסין מרובין בין אם היה נכסין מועטין.

יח] וע"ז תירצו בתוס' דהכא לא רצו להפקיע הדין דאורי' לכן כל אימת שאיכא בנכסים אפשרות לחזור לדין דאורי' לא נאמר קם דינא אבל אה"נ במרובין ונתמעטו אמרי' דקם דינא, אבל התם לעולם הוי כעין דאורי' ואין שם הפקעה גמורה.

יט] אי נמי כתבו התוס' דהכא לעולם הוי ברשות בנים גם בנכסים מועטין א"כ ודאי כשיתאפשר להחזיר לבנים לגמרי נשיב להם אבל התם שייצא מרשות בנים לגמרי יצאו ולא צריך להחזיר להם לכן סבר ר"נ דמועטין ונתרבו ישאר כדין מועטין.

כ] בשיטמ"ק שם בשם התוה"ר הציג הקושיא באופ"א דהכא אמרי' דכה"ג דהוי מרובין ונתמעטו נשאר בדין דאורי' כמרובין ולא נפקיע הדין, וכן במועטין ונתרבו נשיב לבנים לקיים הדין דאורי', ואילו התם במרובין ונתמעטו לכו"ע אוקמ' בדין דהרבנן [דהתם מרובין הוי דין דרבנן] ואילו במועטין ונתמעטו דדין דאורי' הוי ברישא לר"נ אה"נ ולר"י אפי' כה"ג נהדר אדין דרבנן, ולכאור' כן נראה אף בשיטת ר"י לפנינו דסבר דאף ר"נ קסבר דמועטין ונתרבו לא אמרי' קם דינא אלא יחזור לדין המרובין דהוי דרבנן ודאי קשיא טובא וכנ"ל וע"ז משני בשיטמ"ק כנ"ל דאין שייכות זל"ז דהכא כל דמיהדר לדין דאורי' הדר והתם אין בזה כ"כ עקירה דסו"ס שניהם דינם לירש וכנ"ל.

ס' י"ח

בענין גדר הנחלה בשיטת ריב"ב ורבנן
[קכו: - קלא. - קמא:]

וכתב דהא דאהני משום דקודם מתן תורה שאני ולא נתחדשה ההלכה שא"א להנחיל - ומדבריו נמי מוכח דמעיקר הדין מהני להנחיל ורק מדין תורה דמתנה ע"מ שכתוב בתורה לא מהני והתימה כנ"ל.

ד] אלא מבואר מכאן יסוד גדול וכן מבואר באחרונים [עי' זכרון שמואל ס' ס"ג אות ג'] דירושה אין הכוונה דנכסי האב במקום שיהיו הפקר כי יצאו מרשות האב והתורה חידשה שהבנים זוכים בזה אלא הכוונה דהתורה חידשה שהאב הוא עצמו מוריש לבניו את הנכסים לאחר מותו והוא הבעלים של הירושה ואף לאחר מותו הנכסים לא יוצאים מרשותו אלא הוא מנחיל עד שהבנים זוכים.

ובזה ג"כ ידוע את שיטת המהר"ח אור זרוע [ס' קכ"א] בתפוסת הבית דקסבר דעד החלוקה הנכסים ברשות המת, וכן משמע מרש"י חולין [כה:]: ובכורות [נו:], ועד החלוקה אכתי עומד ברשות האב המת, ואפי' לדעת הקוב"ש [ב"ב אות תד] דהוי של היורשים אלא דלא הוי בשותפין שלכ"א יש חלק בנכסים אלא כולם כבעלים אחד, ואחד לא יכול למכור חלקו כי הוא חלק מהבעלים וכולם נחשבים כבעלים אחד, מ"מ האב מיד במיתתו מוריש לבניו והוא המוריש.

א] אי' במשנה [קכו:]: האומר 'איש פלוני בני בכור לא יטול פי שנים, איש פלוני בני לא יירש עם אחיו - לא אמר כלום, שהתנה על מה שכתוב בתורה - המחלק נכסיו על פיו, ריבה לאחד ומיעט לאחר, והשוה להן את הבכור - דבריו קיימין, ואם אמר משום ירושה - לא אמר כלום וכו'.

ב] מבואר מהמשנה דמעיקר הדין היה אמור להועיל להנחיל אלא דהוא מתנה על מה שכתוב בתורה, ובגמ' קא מקשי' לר"י דמתנה בדבר שבממון תנאו קיים שיהני ומשני דהכא לא מחיל, ולכאו' דבר פלא הוא דאמאי בעי להאי טעמא דלא מחיל ואיכא לאקשווי בתרתי - חדא דכמו שאדם לא יכול להנחיל בנכסי חבירו דאין לו שום שייכות ואינו בעלים ע"ז כמו"כ לאחר מותו של אדם אין הוא בעלים על נכסיו ואין הם ברשותו שיוכל להנחיל, ועוד דאין קנין לאחר מיתה ומה"ת דאדם יוכל להנחיל בנכסים לאחר מותו [ובהמשך יתבאר דשני תמיהות הם].

ג] וברמ"ה [אות צט] ג"כ מבואר כן דכתב דמצינו דיעקב הנחיל את נחלת ראובן - ונחלת אפרים ומנשה הנחיל בחיי יוסף דהוי כבת בין הבנים

ו] ויש להביא לזה סמך מהגמ' [דף קמא:] דאסיק' בסוגיא המזכה לעובר קנה ומי' ראייה דעובר יורש ולכא' אי ירושה הוא דהתורה מקנה לחוד ואין שום שייכות לאב מה שייטא למזכה לעובר אלא משמע קצת דהגמ' סברה כהסברא הנ"ל דבאמת כל ירושה האב הוא המוריש אלא דפרכי' דסו"ס ירושה הבאה מאליה שאני כלו' דאי"ז מכח האב לחוד אלא הכוונה דהתורה זיכתה את הנכסים ע"י האב שהזכייה תעבור דרכו וזה מכח חידוש התורה.

ועוד יש לדקדק לאידך גיסא מהמשך דברי הגמ' דקא מקשי לר"ש דקסבר דהמזכה לעובר קנה מהא דתניא דעובר לא מנחיל ולא נוחל ולכא' אף אי נימא דלזכות לעובר מהני מ"מ ירושה דזה חידוש התורה והתורה מזכה הנכסין ליורשין אימא לא זיכתה לעובר וזה פרשה ודינים שונים מדיני זכייה ומאי קושיא אלא נמי משמע דהאב הוא המוריש וא"כ אם האב לא יכול להוריש לבנו עובר כ"ש שלא יכול לזכות לו זכייה גמורה ועיין.

ז] אי' במשנה [קל.] 'ר' יוחנן בן ברוקה אומר אם אמר על מי שראוי ליורשו - דבריו קיימין, ועל מי שאין ראוי לו ליורשו - אין דבריו קיימין, ובגדר הנחלה מצינו ב' גדרים באחרונים ובעז"ה נבוא לדקדק כן בדברי הראשונים.

ח] נחלקו האחרונים האם האב שהנחיל לבנו יכול לחזור בו, הקצוה"ח [סימן רפ"א סק"ג] כתב שאינו

ובזה מבואר שפיר דאילולי מתנה ע"מ שכתוב בתורה האב דהוא המוריש היה יכול בדעתו להחליט למי להוריש ולשנות את הירושה אלא דלזה בעי' טעמא דמתנה ע"מ דכתוב בתורה, ואף לריב"ב לקמן [קל.] דקסבר דכן מהני להנחיל ויליף מקרא שם והיה ביום הנחילו וכו' הלימוד לא לעצם ההנחלה דזה מסברא אלא ילפי' דאין חיסרון של מתנה ע"מ שכתוב בתורה דהתורה גופה גילתה דאפשר להנחיל.

ה] ומ"מ לפי ריב"ב מצינו נפק"מ בגדר זה דיכול להנחיל, אבל לרבנן דלמעשה א"א להנחיל צ"ב דמה הנפק"מ בגדר זה, אלא הראוני רש"י ביבמות [לו. ד"ה לא אמר כלום שהתנה ע"מ וכו'] 'הואיל ולא חילק לפשוטים בשוה ולבכור פי' שנים' - יש משמעות לדקדק שדוקא כה"ג שהוא מיעט לאחד וכו' הא אם רק השוה חלקיו וחילק שדה זו לפלוני חל לפי רבנן מדין הנחלה והוא כהיסוד הנ"ל שיש לאב כח מנחיל.

ואולי יש לדחות בדוחק דהא הגמ' דף קכו: משני דאף אליבא דר"י דמתנה ע"מ שכתוב בתורה בדבר שבממון תנאו קיים ה"נ דמחיל הכא לא מחיל, - דלמא רש"י בא לארואי דכה"ג דמשוה ולא מיעט מחיל, ותו יהני לר"י דקסבר דמתנה בדבר שבממון תנאו קיים, ועי' שם תוס' [ד"ה משום וכו'] שכתב דלרבנן בעי קרא לדרשא אחריתא ואולי הכוונה לזה וע"ש קרן אורה.

בנו שהוא יהיה היורש היחיד וממילא בשעת מיתתו איזה נכסים שיהיו לאב אותם יירש, אך הנתיבות סבר שהוא לא מעמיד שם יורש אלא עושה מעשה הנחלה בנכסים ממילא וודאי דירושה חלה רק לאחר מיתה ועתה לא חל שום חלות אלא רק מעשה הנחלה ובכה"ג דמי למקנה לאחר ל' דודאי יכול לחזור בו כל עוד לא חל הקנין הכא נמי כל עוד לא חל החלות ירושה יכול האב לחזור בו, ולכן מהני דוקא בנכסים שנמצאים בעולם דומיא דמקנה לאחר ל' דבעי' שיהיו הנכסים בעולם דבהם עושה את המעשה¹.

ט [מצינו מחלוקת ראשונים [בדף קלא]. אי בעי' קנין בהנחלה הראב"ד מביא בזה ב' דעות אי בעי' דוקא שטר או אפי' בע"פ, וברשב"א כתב דבעי' דוקא שטר [ובהמשך נבאר דבריו בארוכה] אך הריטב"א והר"ן והנ"י כתבו דלא בעי' קנין, וביאר הר"ן 'דכיון שהתורה נתנה רשות לאב להנחיל לכל מי שירצה, כשהוא מנחיל בן אחד בין הבנים הרי הוא כאלו אין לו אלא אותו בן בלבד דבדיבורא בעלמ' סגי ליה' - ומשמע להדיא דזה תלוי בסברות הנ"ל דאי זה בגברא להעמיד שם יורש ואי"ז שום עשייה ביורש א"כ לא צריך קנין שהנכסים יורשים ממילא והן הן דברי הר"ן, אבל אי הוי מעשה הנחלה בנכסים יש מקום ללמוד דבעי' קנין כדי שיחול המעשה הנחלה, וכן הוא דעת הרשב"א.

יכול לחזור בו, והנה"מ [סימן רפ"א סק"ג] ס"ל שיכול לחזור בו. והנה"מ מביא דכ"כ הנ"י בשם הריטב"א, וכ"כ ר' יונה [קלא. ד"ה בעי] והרמ"ה [אות קלז] והרשב"א [תשובה ח"ג סימן קכ"ב]. ועוד נחלקו האחרונים אם אפשר להנחיל דבר שלא בא לעולם, הרע"א [תשובה קלב] מביא דברי המהרי"ט והרשב"א [קידו' ס':] שס"ל שאי אפשר להנחיל דבר שלא בא לעולם.

גם הנה"מ [שם] ס"ל שלא מהני הנחלה בדשלב"ל, והקצוה"ח [סימן רנ"ג סק"ח] ס"ל דמהני. וכתב ר' שמואל [בשי' אות פז] דמתבאר מכאן ב' גדרים ביסוד דין הנחלה לריב"ב, האם הכוונה דהאב מעמיד את שם היורש אצל בנו שהוא יהיה היורש היחיד וכביכול הוי בן בין הבנות ושם יורש זה חל אפי' מחיים, או דלמא דאין עושה שום דין יורש לבנו יותר מאחרים אלא מעמיד את הנכסים שלו מעתה לבנו לאחר מותו וכקנין לאחר ל' דמעשה הקנין נעשה כתב והחלות חל לאחר ל' כמו"כ בהכא מעשה הירושה חל עתה וחלות הירושה חלה לאחר מותו.

א"כ הקצות סבר כהצד א' שהוא מעמיד את השם יורש א"כ זה כבר חל מחיים וא"כ אין יכול לחזור בו דכבר חל והנכסים הם כירושה ממילא דהבן יורש, ואין חיסרון דהנכסים לא בעולם דאין עושה שום דבר בנכסים אלא רק מכין את

ז. ובקיצור האם הוא מעשה בגברא והוא היורש - או בחפצא והוא בנכסים שהבנים יורשים.

יב] והנה יש מקום לעיין דהבאנו נידון אי מהני הנחלה בנכסים שלא באו לעולם, ותלינו זאת בנידון הנ"ל בגדר הנחלה דאי הוי בנכסים לא מהני ואי הוי בשם יורש מהני, והנה יש לעיין טובא כה"ג דהיורש לא בעולם לכאור' יש לומר לאידך גיסא דאם הוא בשם יורש ודאי לא שייך להעמיד שם יורש כשאין היורש בעולם, אבל אי הוי בנכסים א"כ יש מקום לדון דנמי ליכא חיסרון אך גמ' ערוכה היא [בדף קלא. ובדף קמא:] דאמר' דל"ש להנחיל לדבר שלא בעולם ולכאור' מה החילוק, אלא ע"כ צ"ל דאף לפי ההגדרה של הנתיבות דהוא מעשה בנכסים מ"מ הוא להעמיד את הנכסים ליורש.

ובאמת י"ל דמצינו שיטת הרשב"ם העיקרי והובא בתוס' [קלא.

ד"ה ושמע מינה בסוה"ד] דקסבר דאין חיסרון להנחיל לדבר שלא בא לעולם כיון דהירושה חל לכשיבאו לעולם, והיה מקום לומר דסבר דהנחלה הוא בנכסים וא"כ כמו דאי הוי השם יורש ליכא חיסרון אם הנכסים לא בעולם כמו"כ אי הוי בנכסים אין חיסרון שהיורש לא בעולם [ועי' מש"כ בזה באיילת השחר ונראה שביאר דבריו דהוא בשם יורש אך מלשון התוס' לא משמע כן דנקט 'דאין המתנה באה אלא לאחר מיתה וכו' משמע דהענין הוא בנכסים ועיין].

יג] ובתוס' שם הקשה על זה מהגמ' לקמן [קמא:] דקפריך להדיא דאיכא חיסרון להנחיל לדבר שלא בא לעולם, ולכאור' יש לתמוה מה הוצרכו

ומ"מ גם זה אינו מוכרח דהא שיטת הריטב"א והר"י סוברים דיכול האב לחזור בו וא"כ דייקי' לעיל דהוא כהסברא דהוי מעשה הנחלה בנכסים ומ"מ הכא סברו דאי"צ קנין אך לק"מ דודאי חידוש הוא דבעי' קנין דסו"ס עסקי' בירושה שהתורה מזכה את זה אלא שאם כן בעי' קנין אפשר לומר דהוא רק לצד שזה מעשה בנכסים דאי זה בשם יורש ל"ש לומר קנין ודו"ק.

י] והנה הרשב"א כתב דבעי' קנין שטר אלא דהקשה הא אין קנין לאחר מיתה, והנה בריש דברינו הבאנו דלכאור' כל הנחלה משמע דמעיקר הדין מהני וייסדנו דמבואר דהאב הוא המוריש לאחר מותו והנכסים ברשותו א"כ יש מקום ליישב בזה קושית הרשב"א.

יא] אך בשיעורי ר' שמואל כתב לבאר נפלא, דיש ב' חסרונות בקנין לאחר מיתה ברשב"ם [דף קלו. ד"ה הכותב] כתב דהחיסרון דאין למת בנכסים כלום שיוכל להקנותם, א"כ בזה אמרי' דכלפי ירושה לא כן אלא האב אכתי ברשותו קיימא, אך י"ל דהרשב"א סבר דאיכא חיסרון של דעת מקנה ואפי' דדעת הרשב"א דנשתטה המקנה בקנין לאחר ל' ליכא בזה חיסרון י"ל דשאני שוטה דנהי דאין בו דעת הקנאה מ"מ אינו חשוב דאינו בר הקנאה לכך מהני אם בשעת מעשה הקנין היה בר דעת והקנאה, אך מת אינו בר הקנאה כלל וכלל, א"כ י"ל דזה הוקשה לרשב"א כיצד מהני הקנאה לאחר מותו בשטר ובזה כתב ליישב עיש"ד.

דוקא בעובר דקסבר ר"נ דהוא קצת בעולם לענין המעשה קנין וכה"ג אין חיסרון כיון דהחלות חל לכשתלד אבל בעלמא משמע שלא מהני, א"כ צ"ל דהרשב"ם סבר זאת רק בהנחלה דלא בעי' מעשה קנין והוא מעשה קלוש יותר וכמו שביארנו דהוא בנכסים בזה יש מקום לומר דמעשה ההנחלה הוא רק להעמיד את הדברים ואי"ז כמעשה קנין ובזה ליכא חיסרון או כמו שביארנו דבהנחלה אין חיסרון שהיורש לא בעולם דהוא בנכסים לחוד, אך מ"מ המרדכי כן למד כן בדברי הרשב"ם לכל מקנה לדבר שלא בא לעולם ועיין.

זו] הנה בסוגיא דף קמא: מתבאר עוד בסוגיא של הנחלה ובכל הגדרים שהובא כנ"ל, דהנה אמרי' בגמ' אמר ר"ה המזכה לעובר לא קנה ומקשי' ממתני' דאמרי' האומר אם ילדה אשתי זכר וכו' ואמרי' איני יודע מי שנאה וקא מקשי' ואימא ר"י דאמר עובר פוסל ואינו מאכיל ודחי דירושה הבאה מאליה שאני וקא מקשי' ואימא ריב"ב וכו'.

יו] הנה ברעק"א [הובא בליקוטי הרעק"א בחלק מהדורות] כתב לדקדק בשיטות הראשונים שם דנחלקו בביאור הסוגיא, הנה הרשב"ם כתב [ד"ה דתנן] 'ביש נוחלין רבי יוחנן בן ברוקה אומר אם אמר איש פלוני יירשני על מי שראוי ליורשו במקצת כגון בן בין הבנים וקס"ד דבעובר בין הבנים קאמר דהיינו ראוי ליורשו לכשילד דבריו קיימין אלמא

להקשות מהגמ' ולא הקשו מסברא ברורה שהא כל מקנה לדבר שלא בא לעולם ודאי דהחלות חל רק לכשיבוא לעולם ובזה נחלקו ר"מ ורבנן וע"ז אמרו רבנן דלא מהני, אלא משמע דדוקא בהנחלה יש צד לומר כן ולכן תוס' הקשו דוקא מהגמ' בדף קמא: דשם איירי בהנחלה.

יד] אך באמת המרדכי והרמ"א [ס' ר"ט סעי' ד'] מביא להלכה דעה זו דהוא בכל מקנה לדבר שלא בא לעולם דאי אומר דחל לכשיבוא מהני, ובשיעורי ר' שמואל [אות קט"ז] כתב לבאר דהנה מצינו מחלוקת ר"נ ור"ה בגמ' [בדף קמב.] אי מהני לזכות לעובר לכשתלד, וברמב"ן [בדף קלא.] מבואר דלמד דחלקו דאף דבכל הקנאה לדבר שלא בא לעולם לא מהני אם מפרש להדיא דיחול לכשיבא בעולם סבר ר"נ דמהני והביאור דכל הקנאה לדבר שלא בא לעולם בפשטות כוונתו דהמעשה קנין יכול עתה ובזה איכא חיסרון דבעי' דהמעשה קנין יהיה רק כשיהיה בעולם, אבל אי מפרש להדיא לכשתלד אמרי' דכוונתו דגם המעשה קנין יחול לכשיבוא לעולם ועתה הוא רק מכין את המעשה קנין ולא שיחול המעשה קנין, בזה נחלקו ר"נ ור"ה וא"כ כתב הרמב"ן דשיטת הרשב"ם הנ"ל והוא ג"כ שיטת הראב"ד סבירי ליה דשיטת הגמ' בדף קלא. הוא בשיטת ר"נ, ור"ה סבר דלא אמרי' דהמעשה קנין חל רק לכשיבוא לעולם [עי' קוב"ש אות ת"צ].

טו] אלא שבשיטת הרשב"ם גופיה [בדף קמב.] כתב דר"נ סבר דהוא דין

שכתוב דהאב יכול לזכות לעובר וכו"י
א"א להעמיד דהא לא סבר דאפשר
להנחיל לפיכך מ"י מריב"ב כדי שנוכל
להעמיד את המשנה כריב"ב דסבר דאפשר
להנחיל לעובר אבל אין בזה להוכיח טפי
מר"י ומה שהגמ' דחתה.

וא"כ ע"כ הכוונה דבעי' להעמיד את
המשנה גופה באופן של הנחלה
ולא באופן של זכייה גמורה לעובר, וע"ז
משני דאין ראייה מריב"ב דסבר דבאמת
אפשר להנחיל לעובר דאימא ראוי ליורשו
הכוונה במי דכבר בעולם ממש ולא מי
שראוי ליורשו רק לכשיוולד.

יט] אך התוס' למדו דגדר הנחלה הוא
דעושה מעשה הנחלה עתה
לאחר מותו וכקנין לאחר ל' כמו שהבאנו
לעיל, והאב עושה מעשה הנחלה כמו
מעשה קנין לאחר מותו, וא"כ הגמ' בא
להוכיח מריב"ב לדין של מזכה לעובר
קנה כמו דאפשר להוריש לעובר את
הנכסים דסברה הגמ' כהסברא הנ"ל
דעושה היום מעשה הנחלה בנכסים גופה
ליורש והוא עובר שיזכה בזה עתה לאחר
מותו, והוי ממש מזכה לעובר שיקנה עתה.

ובזה תוס' הקשו דאם בדברי ריב"ב דסבר
דאפשר להנחיל נמי לעובר וליכא
בזה חיסרון של מזכה לעובר א"כ רבנן
שחולקין על ריב"ב לא משמע דחלקו אלא
רק על לשון ירושה אבל בלשון מתנה
מודי דכמו שמהני לריב"ב להנחיל אפי'
לעובר בלשון ירושה לרבנן מהני בלשון

המוריש לעובר קנה דהיינו מזכה לעובר
ולעיל נמי במזכה לעובר שלו מיירי שהוא
ראוי ליורשו. מלשוננו משמע להדיא
דהכוונה דנעמיד את המשנה דהנחלה
במזכה לעובר שלו שהוא ראוי ליורשו.
מאידך גיסא התוס' ד"ה ולימא וכו' תמהו
דלמה לא אוקמיה נמי כרבנן דמודי
לריב"ב בלשון מתנה וכו'.

ורקדק הרעק"א דבר נפלא, דהנה
הרשב"ם וכן הרמב"ן ובתוס'
הרא"ש ביארו קושית הגמ' ולימא כריב"ב
דהגמ' לעיל מניה מ"י מר"י דעובר אית
ליה זכייה בירושה ודחי דירושה הבאה
מאליה שאני ולא דמי לזכות לעובר, והנה
מ"י מריב"ב דאפשר להנחיל לעובר
ופירשו הראשונים דהוא כדברי ר"י דהוי
ירושה הבאה מאליה שאני אלא דמבואר
רק דאפשר לעשות מעשה הנחלה אף
לעובר דהו"א דראוי ליורשו הכוונה אף
לעובר דראוי ליורשו לכשיוולד, ובמשנה
הרי מבואר דהאב מנחיל לבנו זכר לפיכך
דוקא לריב"ב שפיר אפשר לפרש המשנה.

יח] והביאור בזה דלמדו הראשונים דגדר
הנחלה הוא כהצד דלעמיד

את השם יורש ואין עושה בנכסים כלום
אלא הנכסים ממילא ככל ירושה נוחלים
למי האב העמיד השם יורש, וכה"ג הוי
כו"י ממש ואין שום הוכחה לזכייה גמורה
לעובר מריב"ב טפי מר"י דע"ז משני בגמ'
דהוי ירושה הבאה מאליה שאני, אלא
שבכל זאת הגמ' באה ליישב את המשנה

מתנה וא"כ אף לרבנן מהני לזכות לעובר
עכ"פ בלשון מתנה¹.

[ואה"נ לפי מה שדקדקנו בדברי ריב"ב
דאיכא חיסרון של לקנות לאחר
מיתה וביארנו דבירושה התחדש דליכא
בזה חיסרון מ"מ לרבנן לפי השתא דסברי'
דמהני לזכות לעובר וודאי דצריך דוקא
דיקנה שיחול שעה אחת קודם מיתתי דזה
לא נראה לחדש דרבנן סברו דגם זה ליכא
חיסרון ורק לענין לזכות לעובר מדמי'
רבנן לריב"ב ובפרט דאף בריב"ב דעת
הרשב"א דהכוונה דחל ההקנאה עם
המיתה כל' רגע קודם המיתה והוא מחיים
- ע' רשב"א קלא.].

ובל' זה בשיטת התוס' אך בשיטת
הרשב"ם דאף לריב"ב לא היה
קס"ד דמהני לזכות לעובר ורק בעי
לאוקמיה מתני' בעובר א"כ ל"ש להקשות
דבר, ורק בשיטת התוס' דהגמ' לא בא
לאוקמיה כריב"ב אלא להוכיח מריב"ב
לדין דאפשר לזכות לעובר א"כ מקשי
שפיר התוס' דנימא אף לרבנן הכי.

[ו'יש לדקדק שפיר לפ"ז מאי דדחי
הגמ' מריב"ב לכאו' אמרי'
אימור דשמעת ליה לרבי יוחנן בן ברוקה
לדבר שישנו בעולם לדבר שאינו בעולם

מי אמר וכו' ומשמע דהוא חיסרון של קנין
לדבר שלא בא לעולם, והנה בשלמא לפי
הביאור של תוס' דהגמ' באה להוכיח
מריב"ב דאפשר לזכות לעובר אמרי' שפיר
כנ"ל מה שהגמ' דחי לעיל מניה מר"מ
דא"א לזכות למי שלא בא לעולם, אבל
לפי הביאור של הרשב"ם לכאו' לא היה
קס"ד דאפשר לזכות לעובר אלא כל ענין
בגמ' הוא בדין הנחלה דבהו"א סברה
הגמ' דראוי ליורשו של ריב"ב הוא אף
בעובר דראוי ליורשו לאחר מותו ובוזה
דחי דרק מי דבעולם וראוי ליורשו עתה
בעולם וכן כתב בשיטמ"ק בשם הר"ן -
א"כ ל"ש הלשון של הגמ'.

אלא המדייק בלשון הר"ן יראה שפיר
דכתב בלשונו 'במי שישנו בעולם'
ולא גרס כהגירסא לפנינו 'לדבר שישנו
בעולם' דהוא לשון של הקנאה לדבר אלא
נקט במי שישנו בעולם דזה הכוונה
דהראוי ליורשו הוא דוקא במי שישנו
בעולם ודוק בזה.

[כא] אלא דקצ"ע דבגמ' קלא. נמי דמי'
ריב"ב לזכות למי שאינו
בעולם ואמרי' לשון לדבר שישנו בעולם
וכן נקט שם הרשב"ם, ואולי יש לומר
בדוחק דכוונת הגמ' בעיקר אלשון יסכון
כדאמ' בקושית הגמ' 'אמר ליה רב פפא

ה. ע' קוב"ש [אות תפ"ג] דג"כ מבואר כנ"ל דביאר במחלקות הראשונים בביאור קושית הגמ' אי ריב"ב
סבר דהוי כירושה הבאה מאליה שאני כר"י או דמוכח מניה טפי מר"י דלא הוי ירושה מאליה אלא הוא
המוריש וזה תלוי בגדר הנחלה וכנ"ל, וא"ש דהר"ן כמו שדייק בלשונו סבר דהוי הנחלה בשם יורש וכן
לעיל הבאנו דעת הר"ן דהנחלה הוא בשם יורש לכן כתב דאפשר להנחיל בלא קנין, ובוזה תלה בנפק"מ אי
אפשר להנחיל בנכסים שלא בעולם והוא כדברינו דתלוי בגדר הנחלה וכמו שיבארנו בארוכה לעיל ודו"ק.

בתוס' דבעי להוכיח מריב"ב דמצי לזכות לעובר א"כ לאו דוקא בעי לאוקמיה המשנה בשכי"מ וצ"ע.

בר [עוד ענין יש לברר דהנה הרעק"א שם כתב דלפי ביאור הרשב"ם דבעי לאוקמיה המשנה כריב"ב יש תימה גדולה הא המשנה קתני דאמר אם זכר אם נקיבה ילדה וכו' מבואר דמיירי גם בבת וכו' והא אמרי' בגמ' [קל.] דריב"ב לא איירי בבת בין הבנים אלא בכך בין הבנים ובת בין הבנות, וא"כ כיצד אפשר לאוקמיה מתני' כריב"ב [אף דהגמ' שם מביאה בתחילה תירוץ דכן יש דעה הסוברת כן מ"מ נראה דלא עיקר עי' שם רשב"ם ד"ה הלכה וכו' וכן תוס' שם ד"ה הלכה ולא נראה דסתם גמ' הכא לא כעיקר מילתא], והניח בצ"ע.

בה [והנה שו"ר דבמרחשת [ח"ב סי' ל"ח ענף ב' אות ה'] הקשה כן אלא דכתב דהוא רק לפירוש הי"מ ברשב"ם במשנה שפיר' כוונת המשנה דילדה גם זכר וגם נקיבה וכה"ג הוי הנחלה בת בין הבנים וכתב והיא קושיא עצומה לא ידעתי לפותרה עי"ש.

אך צ"ע בדבריו דלכאוי' הא אף לפי פירוש הרשב"ם גופיה שכתב שמייירי שילדה או זכר או נקיבה קשיא והוא דממ"נ כשאמר אם ילדה זכר או נקיבה אי מיירי דאין לו בנים מה הנפק"מ במה שאמר זכר הא הוא היורש היחיד, וכן אם

לאביי בין למאן דאמר יסבון ובין למאן דאמר ירתון הא אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם' וכו' וע"ז נסוב לשון מקנה לדבר שלא בא לעולם וצ"ע.

ובן נמי צ"ע מדברי הרשב"ם שם [ד"ה א"ל] דכתב 'ובשעת נשואין לא באו הבנים לעולם שהוא מקנה להם כתובה' וכו' ושם אסיק' בדעת הריב"ב ומשמע להדיא דגדר הנחלה הוא להנחיל את הנכסים שבכתובה ובוזה קשה הא לא הוי בעולם - ולפי גדר הנחלה של הרשב"ם כמו שהוכחנו הכא הוא בשם יורש וצ"ע.

בב [ועי' רש"ש ע"ד התוס' דתמה לכאורה ה"נ דדוקא לריב"ב דקאמר על מי שראוי ליורשו דבריו קיימין וקס"ד דעובר נקרא ראוי ליורשו לכשיוולד כפי' רשב"ם אבל לרבנן הוה כשאר מזכה לעובר דלא קנה עכ"ל, ולכאוי' להדיא מבואר מדבריו דדיבר בדעת הרשב"ם דענין הגמ' הוא רק להוכיח שאפשר להנחיל לעובר וא"כ אין עניינו לרבנן, אך לפי הנ"ל דדיקנו דתוס' הא גופא פליג וסבר דהגמ' באה להוכיח מריב"ב דאפשר לזכות שפיר אמרי' הכי.

בג [ומ"מ צ"ע^ט התוס' קמא: ד"ה נכסי וכו'] דכתבו דהכא בעי לאוקמיה מתני' בשכי"מ דהא אוקימ' לריב"ב והגמ' בבריא הסתפקה לקמן קלא. והנה לכאוי' לפי דרך הרשב"ם דהגמ' בעי לאוקמיה הכי א"ש, אבל לפי מה שביארנו

ט. דברי התוס' מוקשים ועי' במרומי שדה מש"כ, וע"ע במחצית השקל מה שביאר בזה.

יש לו רק בנות ובזה אמר אם ילדה בת כדי להנחיל לה מ"מ לא צריך להנחיל לבן שהוא היורש היחיד ואע"כ מיירי שיש לו עוד בנים וא"כ מוכח שרוצה להנחיל את הבת במקום הבנים ובזה איכא לאקשווי כיצד מהני להנחיל הכי.

ואולי י"ל ע"ד הפלפול דמיירי דיש לו רק בנות ובזה רצה להנחיל את הבת, אלא מה שאמר אם ילדה זכר כוונתו להנחיל לו להבא אם תלד אשתו עוד זכרים, אלא דבזה גופא יש לדון אי מהני להנחיל לבנו כשאכתי אין עוד בנים ואין נפק"מ עתה במה שהוא מנחיל, ואולי יש לתלות נידון זה בגדר הנחלה וכנ"ל, דאי הנחלה הוא להעמיד שם יורש לכאור' ל"ש הכא להעמיד דהא עומד מאליו, אבל אם הוא בנכסים א"כ עד כמה דלמעשה לא חל גם עתה חלות אלא רק להעמיד את הנכסים לאחר מותו שיעמדו למי שהנחיל וכמו שביארנו שבזה יש הו"א דאפי' אם היורש לא בעולם מהני, א"כ ה"נ הכא מעמיד את הנכסים שיהיו מיועדים לבן הנולד שיירש לאחר מותו ולא יהיה חלק לשום בנים אחרים אם יוולדו בעתיד וצ"ע ב.

כז הנה תוס' [ד"ה ולימא וכו'] תירצו 'ויש לומר דכיון דראוי ליורשו והוא לא הזכיר לשון מתנה אם כן בירושה קאמר' - לכאור' מבואר מדבריו ג"כ דלמד דהמשנה גופה מיירי בהנחלה לריב"ב א"כ

קושית הרעק"א קשה נמי לפי התוס', וביותר קשה דהא הרעק"א דייק מקושית תוס' דלמד לא כהרשב"ם דאין קושית הגמ' להעמיד דוקא בהנחלה לריב"ב אלא להוכיח מריב"ב דמצי לזכות לעובר ומאידיך מתירין התוס' מבואר לא כן וצ"ע.

כח [ש"ר בס' אריאל שכתב לבאר בדוחק דילדה אשתי זכר הוא בלשון ירושה אבל לגבי בת הוי בלשון מתנה, אך יצא שכתב בהפסדו דא"כ הדרא קושיית התוס' לדוכתיה שהק' דנמי לרבנן מצי אמרי' הכי ותיר' דמשמע דמי' בלשון ירושה, אך אי מיירי דאמר גם בלשון מתנה הא אמרי' בגמ' בדף קלא. 'והוה לזה במתנה ולזה בירושה, וכל לזה בירושה ולזה במתנה - אפי' רבנן מודו' - אלא ע"כ דהוי רק בלשון ירושה וא"כ הדרא קושית הרעק"א לדוכתיה ועיין.

כח עוד ענין מתבאר מדברי הרעק"א דהנה לפי דברי הרשב"ם שו"ט בגמ' הוא דאקשווי לימא מתני' כריב"ב ומיירי בהנחלה אפי' בעובר ודחי דמי יימר דריב"ב מיירי אפי' בעובר, ומקשי' דדלמא ריב"ב מצי סבר כר"י דעובר יש לו זכות ירושה וע"ז דחי דמי יימר וכו' - ולכאור' יש להעיר למה הגמ' מקשה דנימא דריב"ב סבר כר"י וע"ז דחי' דמה"ת לומר כן, ולמה לא אמרי' דנימא תנא דמתני' סבר כריב"ב וסבר כר"י

דפחות דחוק לומר כן מאשר לומר דריב"ב גופיה סבר כר"י.

כמ אלא דמדברי הרעק"א מתבאר דלפי מהלך של תוס' הוא מדיוק שפיר, והוא דלפי התוס' השו"ט - דבעי להוכיח מריב"ב גופיה לדין מזכה לעובר וע"ז דחי דהוי לדבר שלא בא לעולם ומי יימר דמצי סבר הכי, ומעתה דמקשי' ולימא סבר כר"י לכאן' אכתי לא אהני דהא בר"י לא מבואר דמצי לזכות במעשה זכייה לעובר אלא ירושה הבאה מאליה ואילו ריב"ב איירי בלעשות זיכוי גמור לעובר וזה לא מוכח מר"י - כך הקשה הרעק"א.

אלא בזה ביאר דאה"נ כוונת הגמ' להוכיח מלשון ריב"ב דאמר 'כל הראוי ליורשו' דהגמ' סברה דכוונתו לרבות גם עובר דראוי ליורשו וממילא

משמע מריב"ב דאפשר לזכות לעובר דהא ריב"ב הוי בנותן לאחר מותו וכנ"ל, ובזה דחי דמי יימר דכוונתו לעובר, ובזה גופא מקשי' דאי נימא דסבר בעלמא כר"י דעובר יורש א"כ הדר מצי למימר דמה שאמר ראוי ליורשו כוונתו לעובר דהא הוי ראוי ליורשו ואה"נ הוי טפי מר"י דאיירי רק בירושה הבאה מאליה מ"מ מלשון ריב"ב הראוי ליורשו מצי לפרש דכוונתו לרבות אף עובר דלולי ר"י דאמר דעובר בר זכייה בירושה אפי' בירושה מאליה לא הוה הו"א דריב"ב דאמר הראוי ליורשו כוונתו לעובר ובזה דחי' דמ"מ אין הכרח לומר דסבר כר"י, וא"כ א"ש מה דמקשי' ולימא ריב"ב גופיה סבר כר"י דלא היה הו"א לומר דתנא דמתני' סבר כריב"ב וכר"י דאכתי לא אהני וכנ"ל אלא רק אם נימא דריב"ב גופיה סבר כר"י מצי לפרש דמירי בעובר, ועי' מהרש"א ודו"ק.



קונטרס

אוסף הערות

ובו הערות והארות על סדר הדף



הערות והארות אלו נתחדשו ונכתבו תוך כדי מהלך הלימוד ויתכן
דברים שלא ניתן עליהם עיון כפי הצורך, אך בכל זאת אין ביהמ"ד
בלא חידוש.

פרק השותפין

דף יב:

פשימא חלק בכור וכו' - עי' פירוש רש"י
שביאר סברא, ולכאור' צ"ע
דהתוס' [ד"ה חלק] הביאו סוגיא לקמן
דדרשי מקרא.

ובתוס' [ד"ה כגון אחי וכו'] הקשו למה
לי קרא ופירש המהר"ם דתוס'
כוונתם למה שהביאו בדיבור לפני כן דיש
קרא, וצ"ע עוד ביבם מאי פלוגתא תיפול'
משום דכופין על מידת סדום וצ"ע.

פרק לא יחפור

דף יז:

תוד"ה ה"ג וכו' - נר"ל דר"י סבר דקרקע
בא בידים הוי רק טעם להרחיק
טפי אבל לא הוי סיבה כדי לומר דלרבא
דוקא כה"ג נרחיק, אבל בלא בא בידים
לא נרחיק, אבל ר"י סבר דהוי הזק ממש
דהקרקע עתה נשברת והיה מדרון לכיון
הבור ידידה והוי היזק.

דף יח:

רש"י ד"ה דירה שאני וכו' - נראה כוונתו
דבבור אמרי' שיעשה בור אלא

ירחיק קצת, אבל הכא אין אלא למנוע
ממנו לגמרי לעשות את הנחתום או רפת
א"כ סברא דכל עוד שאין נזק מאי אולמיה
האי מהאי למה שהוא ינזק שלא יוכל
לעשות נחתום, ע"כ דוקא כשכבר יש אוצר
ועתה הוא מזיק ואולמיה האי מהאי, ולכן
דייקי למימר דכה"ג דהקדים הנחתום
באמת עתה האוצר שבגללו הוא יצטרך
למנוע תשמישו והוי היזק לגביו.

תוד"ה דיקא נמי וכו' ולאביי וכו' - תימה
הא תוס' לעיל מניה הקשו דודאי
אין ליישב את הדיוק דאתי לארווי לר"י
דגירי דיליה ולמה לא סתמו כן לאביי
וצ"ע.

תוד"ה הכא וכו' שקדמה נטיעת האילן
לערעור בעל הבור כו' דהערעור
אינו בא אלא ע"י מכירת בור או מכירת
האילן וכו' - וצ"ע א"כ כה"ג שמכרה אילן
לריב"ם למה הוי קדם הא ערעור הבור
קדם למכירת האילן דטענת האילן באה רק
לאחר מכירת האילן וכבר ערעור הבור
קדם וצ"ע.

דף יח:

תוד"ה ואי וכו' וא"ת נוקי פלוגתייהו כו'
אע"פ שסמך תחילה וכו' - לא
היה לתוס' לומר כן דהא אסור לו לסמוך,

דף כו:

תוד"ה גזלן וכו' - ויש להקשות על פי' ר"ח הא דמקשי' לעיל [יח]. מהמשנה לרבא דקא סבר דמותר לסמוך והא משמע דוקא משום עבודת הכרם, ועי' שם תוס' [ד"ה טעמא וכו'] ולכאור' ביותר הו"ל לאקשוויי דבין לרבא בין לאביי אסור לסמוך עד ט"ז אמה דהא מזיק שורשים אלא משמע דאין חיסרון בזה.

עי' מהר"ם מה שתמה מלישנא דגמ' גזלן על פירוש התוס' דלאו גזלן, וביותר קשה מלישנא דגמ' לקמן [כז:]: אכחושי לא אכחושי אלא עד ט"ז אמה ופי' שם רש"י דמכחיש הקרקע וצ"ע.

פרק חזקת הבתים

דף לא:

נפק עבד עובדא וכו' - צ"ע כיצד שיקר לאביי דאמר לו לא נעביד עובדא ולבתר הכי עשה עובדא וצ"ע.

דף לג:

תוד"ה ואי טעין וכו' בסוה"ד דאי מהימן במאי דאמר שאכלה ג' שנים גם הקרקע תהיה שלו - ביאורה"ד דהוי כעין פלגי' אתולדה דא"א לחייבו על אכילה של שנה שלישית דא"כ הוי ראי' דהחזיק ונחזיקו בחזקת ג"ש בקרקע, וצ"ע קצת למה לא נקט משום הפה שאסר דהא על השנה ג' ליכא עדים ע"ז ואיהו קא מודי דאכל, וכן כתב הרשב"ם להלן [לד. ד"ה

אלא הול"ל דבעל החרדל צריך להרחיק מכתחילה ולא לסמוך ולר"י צריך לכתחילה להרחיק רק חצי וצ"ע.

תוד"ה מכלל וכו' עי' מהר"ם שכתב שצ"ל דתוס' אזיל אפי' לר"ח ור"ת דרבינא הדר ביה במה שהקשו בריש דבריהם לרש"י לק"מ, ויש להוסיף עוד דמוכח מהני וביה מכל הדיבור הזה דקאזיל הך אפי' לר"ח ור"ת במש"כ דבעל הדבורים היה בהתר ולפי רש"י דרבינא אזיל גם כר"פ דמיירי בלוקח אין לזה הבנה כלל וכלל דהא מיירי דבעל החרדל היה ראשון ולמה זה נחשב דהדבורים היו בהתר ודו"ק.

דף יב:

תוד"ה דמחממי וכו' - צ"ע א"כ נמי הכא השמש תחמם את החול ומה אמרי' דמחממי או מקררי - ואולי כיון דצמוד לכותל והכותל קר החול ג"כ קר עי' קשב"ם ד"ה דמחממי וכו'.

דף כד:

תוד"ה מתקיף [המתחיל בע"א] בסוה"ד ואין להקשות דהכא משמע דשאר אילנות מתקיימי טפי וכו' - העירוני דמבואר לעיל דף נב. מן הקטן יעשה לו סגולה וכו' מר בר הונא אמר דיקלא דאכל מניה תמרי וכלאו' למה הא שאר אילנות מתקיימי טפי, ועי' תוס' בב"ק [צב. ד"ה למחר בסוה"ד] דנראה דנקטו להפך דדקל מתקיימי טפי מאילני וגופני וצ"ע.

אלא וכו', וכן יש לדקדק א"כ בגמ' גבי אתאי חד סהדא דהעיד על ג' שנים בהו"א הגמ' סברה לחייבו ג' שנים אכילות ולפי ביאור התוס' דהוי כפלגין' בתולדה יקשה כיצד מחייבים ג' שנים א"כ נחזיקו בקרקע אבל אם נפרש פה שאסר תו לא קשיא מידי וצ"ע.

דף זח.

התם ליכא למיקם עלה וכו' - צע"ט דהא כתבו התוס' [בד"ה רב אמר וכו'] דקפריך לשמואל דקסבר ע"מ כרתי או לאידך פירושא דלכו"ע עדי מסירה כרתי א"כ שפיר שייך שיביא עדים מתי נמסר, וכן מש"כ הרשב"ם [ד"ה ומ"ש וכו'] דרק בירושלים דכותבין שעות אבל הכא לא חל אחד יותר מהשני גם זה הא לשמואל דקסברי דעדי מסירה כרתי הוי כשעות בירושלים ועי' בחידושי הרי"ם כתובות שהקשה כן עי"ש מה שיישב ודו"ק.

דף זח:

רשב"ם ד"ה רב אשי אמר וכו' ומוציאין מידו ומעמידים אותה בפני וכו' - וצ"ע דהרשב"ם להדיא להלן כתב לא כן, ונראה דהדין מצד עצמו צריך להוציא - רק דפירש רשב"ם דמצד השבה מעליא לא מתקיים בזה שמחזיר לשניהם ומצד הדין לא אמור להחזיר וזה כוונת רב אשי דלאו ניתק להשבה כיון דנהי דהיה מניח בידו שמא ימצא הנגזל וישיבהו, אבל הכא כיון דע"כ צ"ל להוציא מידו משום דין שניהם ומ"מ לא קיים בזה השבה דמצידו

הוא צריך להחזיר לודאי בעלים ממילא נתקיים בזה דין השבה ואין לו תקנה ודו"ק.

דף מא:

תוד"ה נחלקה עדותן בב"ד וכו' הקשה ריב"א וכו' - ולכא' היה אפשר ליישב דרק היכא דהיכא פסול הגוף שייך שיפסול את הכת כולה אבל כה"ג שאין פסול הגוף דאין ידיעה מיהו המכחיש בזה לא נימא דפוסל את כל הכת, ויש לדחות דנמי הכא סו"ס איכא חד שמשקר אפי' שלא ידעי מיהו מ"מ יש סיבה לפסול את כל הכת.

דף מה.

תוד"ה מאי נפק"מ וכו' ושמא בשביל כן אין לפוסלו לעדות וכיון דהשתא לא מרויח מידי וכו' - וצע"ט מסברא הרי סו"ס לא נפטר מהחוב ובזה שעתה לא חייב ק' ממאי דקאמרי' לעיל מניה [מג.]. דניחא ליה כיון דרוח רוח דנמי מתפרש על רוח לעתיד וצ"ע.

דף מה:

תוד"ה המפקיד וכו' בסוה"ד אלא משום וכו' - ואכתי צ"ע מה תירצו בזה סו"ס רבה לא היה צריך לחזור בו ממה שאמר ואכתי יסבור דהמלוה את חברו בעדים צריך לפורעו בעדים והא דקתני בברי' ראה אע"ג דאיירי בעדים הוא משום דלא נימא מיגו דנאנסו וכמו שהוכיח תוס'

ובאותו ענין יש לדון מה מקרי שקר האם מה שאכן אירע, או מה שע"פ דין כגון בעדים שיכולים להעיד על מכירה ויודעין שהיה מודעא אך אין עדים על המודעא האם כיון שיוודעין שאליבא דאמת היה מודעא והמכירה לא חלה א"כ אסור להם לבוא ולהעיד על המכירה, שע"י שיעידו על המכירה יבאו להוציא מהמוכר או דכיון דמצד הדין אמור להיות שהמכר קיים כי אין לו עדים על מודעא אי"ז נחשב שקר אלא זהו האמת ע"פ הדין, וא"כ לאידך גיסא יהא מחויב להעיד על המכירה דמצד הדין המכירה קיימת עד שיוכיח שהיה מודעא וצ"ע בכל זה.

תוד"ה [המתחיל בע"א] אמר רבא וכו' בסוה"ד אבל מתנה אי ידעין באונסיה לא מהני ביטול ולא גמר ומבטל וכו' - צ"ע מאי נפק"מ ממ"נ כיון דידעין באונסיה אף דהמודעא תיבטל מ"מ לא יחול הקנין כי ידעי' באונסיה ותלוי ויהיב מתנה לא הוי מתנה, ואי לא ידעי' באונסיה אה"נ כתבו התוס' ומיהו וכו' דמהני וצ"ע.

תוס' שם פירש בריש דבריו דאפי' מחמת אונס ממון כי ההיא דפרדיסא וכו' - יש לדקדק בפי' רשב"ם לעיל [מ:] מבואר דלרבא בזבני לא כתבין מודעא ממ"נ אי בשדה זו לא הוי קנין אף בלא מסירת מודעא, ואי בסתם הא הוי מדעתו ולא כתבי' מודעא דלא נחשב אונס, וע"ז משני בגמ' בפרדיסא.

ותמה הרמב"ן לפירוש הרשב"ם הא הוי כשדה זו דלא הוי מכירה אף בלא

דאף למ"ד צריך לפורעו בעדים נאמן במיגו וצ"ע ט.

דף מח.

תוד"ה דבר תורה וכו' וי"ל כיון שע"י כפיית עכו"ם נותנו וכו' - צ"ע קצת דסו"ס כשכופה הרי מקיים את ההלכה שצריך לכפות ומאי מחשיבו שלא כדין אם הכפייה היתה ע"י גוי וצ"ע.

דף מח:

חתם רבה בר בר חנה וכו' - ישל"ע למה אין איסור 'לא תענה ברעך' במה שחתם בשטר מכר הא יודע דלא הוי זבני משום המודעא דאיהו גופיה חתם, ויש ליישב בתרתי, י"ל דמודעא הגדר הוא דאי"ז כלל שטר ואין ע"ש שם שטר א"כ הא אמרי' בכתובות דהעדים חתימי עוברים באיסור דהוי הגדה בב"ד כיון דהוי כנחקרה עדותן בב"ד - א"כ י"ל דכל זה כשיש ע"ז שם שטר, אבל כשאין שם שטר ע"ז כלל ואין ע"ז נחקרה א"כ אין האיסור כלל,

אך יש לדחות דא"כ נמי לא יהיה חיסרון של כיון שהגיד שוב אין חוזר ומגיד כמבואר בגמ', לכן י"ל באופ"א דמצד המכירה היה מכירה גמורה - אלא יש דבר אחר שמבטל את המכירה א"כ י"ל דמצד עצם השטר אי"ז שקר דאמת שהיה מכירה רק שיש דבר אחר שמבטל כה"ג אין זה נחשב כדבר שקר.

יכול הבעל לומר איני אוכל פירות ואיני פודה דלטובתה נתקן, עי' רש"א ודו"ק.

דף נו:

תוד"ה אלא וכו' - צ"ע לפי התוס' דר"י איירי בעדות הסותרת ומנין לר"נ לחדש דין נוסף שיש בו עוד חיסרון דגם לא עדות דכ"א מעיד רצופות וזה כלל לא נאמר בדין של ר' יהודה וצע"ג, ועי' רש"ש, ולכא' זו כוונת תוס' במש"כ הניחה בורה רבנן מוברי באגי ודו"ק.

דף נז:

הכנים תרנגולין לתוך הבית וכו' ישל"ע מה הדין בנה מחיצה לתרנגולין משמע מהמשנה דאי"ז חזקה ועיין.

דף נח:

תוד"ה עד וכו' ובעל החצר יכול למחות משום היזק וכו' - הול"ל משום נפילה וכו"ל אלא נקט לרווחא דמילתא.

וגם היה יכול לפרש משום שרוצה לבנות דהא ע"כ לתירוץ השני של תוס' שלא סבירי ליה הסברא שיפול מסתמא גם בר"י לא חידש סברא זו, וע"כ צ"ל שהטעם דבעל החצר יכול למחות הוא כמו שפיר' רשב"ם שירצה לבנות שם.

ולפי תירוץ ב' של תוס' לק"מ הסתירה לתוס' לקמן [ע"ב ד"ה ואפי'], אך לפי תירוץ קמא קשיא דמסברא י"ל דפחות מטפח ל"ח כלל וכלל, אך תוס' כתבו טעם

מסירת מודעא, ותירץ הב"י דאה"נ המודעא היא רק להוכיח שהיה אונסא אבל אה"נ טעמא דלא הוי זביני משום האונסא, א"כ מה שמיי' התוס' דכה"ג הוי אונסא דמהני אין זה מובן דלהפך זה הטעם דלא הוי זביני, אלא ע"כ י"ל כמו שפירש הב"ח דאה"נ פרדיסא הוי אונסא דממונא ובזה מודי רבא דהוי זביני ולהכי בעי מודעא דכה"ג יועיל המודעא, וא"כ א"ש מה דמיי' התוס' דאונסא דפרדיסא הוי אונסא דמהני אף לרבא.

עוד יש לדקדק מתוס' [ע"ב ד"ה אבל שדה זו כו'] שכתבו דלפי רבא לא משכח"ל מודעא רק בפרדיסא דבשדה זו לא הוי זביני דידעי באונסא, ולפי הב"י דבפרדיסא הכוונה דהמודעא מגלי האונסא א"כ משכח"ל לאו דוקא בפרדיסא אלא בשדה זו ובלא ידעי' אונסא, א"כ מאי דוחקא לגמ' ולתוס' למיי' דוקא פרדיסא, אך לפי הב"ח א"ש דהגמ' מיירי בכה"ג דהמודעא לא רק שמגלה לאונסא אלא שהמודעא גופה היא הסיבה שבטל הקנין וזה לא משכח"ל רק בפרדיסא דלולי המודעא הוי זביני וכו"ל ודו"ק.

דף מט:

תוד"ה וכדרב כהנא [המתחיל בע"א] דאטו יש לה ליטול מזונות בע"כ וכו' ותימה דמ"מ היא לא צריכה ליטול ע"כ אך כיצד יכולה למנוע מעש"י שלו הא לא הפקיעה דין דרבנן וצ"ע.

תוד"ה יכולה וכו' ומ"מ אומר רשב"א וכו' - צע"ט א"כ אמאי באמת

החידוש הא לרבנן בעין יפה הוא מוכר, וכנראה שלזה כיוון הרשב"ם להלן [עב. ד"ה נפקא מניה וכו' - המתחיל בע"א: שכתב ומעיקרא נמי כו' כונתו דע"כ ר"ה דיבר גם על רבנן דהגמ' הוסיפה כמבואר ברשב"ם דידן, ועי' תוס' [עא. ד"ה אמר] ובמהרש"א שם.

רשב"ם ד"ה אבל בנותן וכו' - צ"ע בשלמא למ"ד דבעלמא מוכר בעין יפה אמרי' דבמתנה הוי טפי, אבל למ"ד דבעין רעה הוא מוכר יש לדון דבמתנה הוי בעין יפה רק לגבי הדברים שהוי בכלל וצ"ע.

תוד"ה אמר וכו' ולא מטעם עין יפה וכו' וכן מבואר בתוס' להלן [עב. המתחיל בעא: ד"ה רב הונא] דטעמא דרבנן מטעם דנחית לשוורא, וצ"ג דהא להדיא הגמ' לקמן [סד:] מבואר דטעמא דרבנן הוי משום עין רעה ולא טעם אחר, אלא ביאר לי מו"ר הגר"י שניידר שליט"א דאין כוונת התוס' דהוי טעם אחר לגמרי אלא דדוקא הכא כיון דיש סברא דנחית לשוורא אמרי' דמוכר בעין רעה ולא בעלמא.

ולפ"ז מתיישב מה שהערנו לעיל בסוגיא [שם סד:] דקא פריך על פלוגתא דר"ע ורבנן דמי יימר דטעמיהם בעין יפה או בעין רעה דלמא טעמיהם משום דאין אדם רוצה וכו', והקשינו הא גופא מה הטעם דקא סברי האי סברא והאי קסבר האי סברא הוא משום דעין יפה או עין רעה, ולפי מה שמתבאר א"ש דהא גופא זה כוונת הגמ' להקשות דמי יימר דהוי

אחר לא שלא חששו שיפול דלכאו' אין הטבע נפילה ישתנה דין טפח לפחות מטפח אלא רק כח הנזק וצ"ע.

פרק המוכר את הבית

דף סא:

תוד"ה ארעתא וכו' צ"ע דלא תירצו מההיא ממוכר שור ונמצא נגחן וכו', ועי' שיח השדה בישוב הדעת.

דף סד:

דלמא בהאי פליגי וכו' - וצ"ע דמ"מ תלוי בזה דר"ע דסבר דבתר הלוקח אזלי' מה טעמו אלא ע"כ דהמוכר דעתו למכור בעין יפה כפי רצונו של לוקח וכן להפך לרבנן וכו' ועיין.

דף סה:

רד"ה האחין שחלקו שניהם מוכרין זה לזה וכו' - צ"ע דהרשב"ם לקמן [קז.] ביאר דרב ושמואל פליגי אי האחין שחלקו הוו כשותפין דאין ברירה או כלקוחות ויש ברירה א"כ אי"ז פשוט, שו"ר דהריטב"א לעיל [ז:] האי בריי' מפרש כן דהא גופא הכא הוי פלוגתא רב ושמואל ורב דסבר דיש להן דרך דהם כיורשין ולא כלקוחות ואכתי צ"ע לדברי הרשב"ם דהכא פירש לא כן ועיין.

דף עא:

אמר ר"ה וכו' - צ"ע דמבואר ברשב"ם דר"ה איירי בדעת רבנן - וא"כ מא

וא"כ אמור לצאת דלסברת ר"ה יוכל רק להשאיר עד שיבש ומנ"ל לר"ע לחדש תרי דרגות גם להשאיר את האילן וגם לשתול אילן חדש לכשיבש וע"ע תוס' לעיל [לז. ד"ה לימא] וצע"ב.

וביותר צע"ט מאי קא מי' ראי' מהקדש דאי שיורי קא משייר א"כ מדנפשיא קא ינקי והא יניקה כפי שהתבאר לכו"ע איכא שיור גם בקונה שתי אילנות שאין לו קרקע יניקת ארעא איכא גביה ומצי למקשי ולטעמך שו"ר בתוס' רי"ד שעמד בזה עי"ש מש"כ.

פרק המוכר את הספינה

דף עז.

תוד"ה אמר אמימר וכו' בסוה"ד דלגבות החוב הם יודעין וכו' - עי' מל"ד ורש"א כאן - ורש"א ביבמות שם - דפירשו דלפ"ז ה"נ צריך לפרש האי סוגיא ביבמות דרבא הביא ראי' לא ממסירה אלא מהא דמסר לו לצור ע"פ צלחיתו, אלא דיש לדקדק א"כ מאי השיב אביי לטענה זו במה שאמר אותיות נקנות במסירה, וי"ל דהא גופא לאביי כיון דאותיות נקנות במסירה א"כ ליכא למיחש שמסר לו לצור כי יודע שאם ימסור לו יוכל לגבות הימנו דיטען דמסר לו והקנה לו במסירה דכך באמת הדין דמהני, ע"כ ממ"נ אי אי"ז המלוה ונמצא בידו השטר ע"כ דבאמת מסר לו וקנה, אך לרבא כיון דאותיות לא נקנות במסירה א"כ יש לחשוש שמא מסר לו לצור ע"פ צלוחיתו

כלל דר"ע סבר בעין יפה ורבנן סברי בעין יפה דלמא הכא איכא טעמא גרידא למימר בעין יפה או רעה.

אך לפ"ז הא גופא כשהגמ' למסקנא כן מתרצת דר"ע ורבנן בעין יפה או רעה הכוונה דלא סברי דוקא התם משום טעמא אחרינ' אלא קא סברי אף בעלמא - א"כ תו הדרא קושייתנו לדוכתא כיצד התוס' דידן מפרש דברי רבנן לא מטעם עין רעה ושמא מאי דקאמרי' בגמ' לעיל הוא דוקא אליבא דר"ע אבל לעולם לרבנן הוי דוקא באופנים מסוימים ובפרט דלמסקנא הלכה כר"ע כדמסקי' התם [סה.] עי"ש.

דף עא:

אם איתא דלא שייר לימא לך עקור וכו' - ברשב"ם מבואר דודאי גם בלא הסברא של ר"ה לא היינו אומרים לו לעקור מיד לאלתר אלא רק לאחר שיבש, ולזה אהני סברת ר"ה לארווי דיכול גם לאחר שיבש וא"כ סברי בקס"ד דאפי' לר"ע דמוכר בעין יפה ולא שייר לעצמו כלום כלפי היניקה של פירות ודאי שלו, ורק לגבי לשתול מחדש ועי' רשב"ם לעיל [לז. ד"ה לימא].

אך צ"ע דאמרי' להלן נפק"מ דאי נפיל הדר שתיל כלו' דאף לרבנן דאיכא סברא שמשיר לעצמו קרקע דהא מוכר בעין רעה מ"מ אמרי' דלשתול לא ולזה אהני סברת ר"ה, א"כ לר"ע נחית דרגה דבעין יפה מוכר אמור להיות דאף לפירות לאלתר לא יהני אלא"כ איכא סברת ר"ה

הוא הכוונה כפשוטו קרבן חולין, אלא התם בסוגיא הכוונה דהוי גזירה דרבנן דומיא מש"כ הרשב"ם כאן [בד"ה בטמא וכו'] באי נמי שפירש כן שהכא לאו הכוונה חולין בעזרה ממש אלא גזירה לחולין בעזרה, ה"נ בגמ' שם גבי לחמי תודה.

דף פב.

תוד"ה בצרן ושלחן וכו' ועוד דלא קתני או מת שלח וכו' - וי"ל דלפי רשב"ם אתי לרבותא דאפי' בצרן איהו ושגרן ביד שליח ומת שליח ואיהו מיי' לביהמ"ק אפ"ה מביא ואינו קורא וכדברי הריטב"א לעיל בדברי הרשב"ם שצריך שכל ההבאה צריכה להיות באדם אחד, לאפוקי משיטת הרמב"ן שסובר שמהני בזה בסוף ההבאה מי שבצר ועיין, עוד י"ל דומת מתפרש או כדמצינו בב"ק [ח.]. חלץ ועשה בו מאמר - עי' רש"י דפי' הכוונה או עי"ש.

המוכר פירות

דף צו:

תוד"ה ושמואל וכו' ועוד הקשה ר"י דר' יוחנן וכו' - ויש לעיין טובא דהא ע"כ רב פליג נמי על סברת שמואל א"כ מאי קשה לתוס' טפי מרב נימא נמי דר' יוחנן פליג על שמואל בהאי סברא, וי"ל דכיון דאמר' בגמ' והלכתא כשמואל א"כ משמע דסברתו עיקר ומאידך גיסא הלכה כר"י כמו שכתבו התוס' בע"א [ד"ה

דלא יחוש המלוה שיגבה כי לא יוכל לטעון שמסר לו דלא קנה ואנשים לא מוסרים כדי לגבות כמש"כ התוס' שאם כן מסר לו הוא לצור ע"פ צלוחיתו והוא בא לגבות עם זה ומזה דלא חיישי' איכא ראייה.

ואכתי צ"ע קצת דנמי לרבא כיצד לא יחוש שמא כשימסור לו לצור ע"פ צלוחיתו יטען דהוא המלוה בעצמו, וע"כ י"ל דאנשים לא מוסרים כלל וכלל וכסברת אב"י ואם הוא כן אוחז בשטר ע"כ דהוא הבעלים ולא נחשוב כלל למסירה וצ"ע.

דף עז:

רשב"ם ד"ה דהא מטבע - בפרק הזהב והתם מפרש טעמא וכו' - לא ידעתי מה כוונתו דהא התם דף [מו:] איכא טעמא לאין מטבע נעשה חליפין משום דאדעתא אצורתא וצורתא עביד דבטלה עי"ש ולהלן שם [מו:] מבואר הדין דאין נקנה ולא מבואר הטעם, ובס' מקח והממכר לר' האי גאון [שער י"ד השער הרביעי ד"ה ומטבע] ביאר הטעם והארכתי בזה בחיבורי צורתא דשמעתתא [סי' י"ט אות ז'] עי"ש, והעירוני למש"כ הראשונים שם [מה:] דחלקו ע"ד רש"י בביאור הטעם אדעתא אצורתא ופירשו דהוי כאין גופו ממון וא"כ ה"ה לאין נקנה מאותו טעם דאין גופו ממון ודו"ק.

דף פא:

תוד"ה המקדיש כו' וי"ל דגבי וכו' - נראה דודאי בעלמא חולין בעזרה

לא מתייחס ול"ש למקרי בני בנים - לכן זרע משמע דוקא זרע כשר, אבל בן לא מלמד לשאר הזרע אלא לבנו אפשר אפי' בן פסול דזה מתייחס כלפי הבן אבל זרע הוא ביחס ליחס ועיין.

דף קב:

רשב"ם ד"ה הפרת וכו' והפרה לדורות נפקא וכו' כיון דאיכא למידרשיה וכו' - צ"ע א"כ כיון דנמי 'זה' דשחוטי חוץ קא דרשי למה בעי קרא לדורותכם וצ"ע.

דף קכא:

תוד"ה יום שכלו וכו' בסוה"ד מיהו קשה וכו' - צ"ע נימא דבנ"י לא ידעי זאת ותוס' גופיה כתב דבתחילה היה הגזירה גם על בני כ' ממש ורק לבסוף כיפר להם. שו"ר באור החיים עה"ת במדבר [פר' י"ד פס' כ"ט] דתירץ הכי עי"ש עוד מה שתירץ שם ודו"ק.

דף קכג:

מסר לה סימנין וכו' - יש להבין כיון שרחל אמרה ליעקב דלבן אביה רמאי מה יועיל הסימנים הרי לבן לא ידע שיעקב מסר לרחל סימנים וכי מה היה דעת רחל בתחילה, וכי לא ידעה דלבן בכל זאת ינסה לרמות ויביא את לאה וא"כ תתביש, ומלשון הגמ' 'סברה השתא מיכספא וכו' וכי מה חשבה בזמן שיעקב מסר לה הסימנים ולמה אז לא טענה

דרומאי וכו'] וכ"כ הרשב"ם שם [ד"ה ח"ד] - א"כ איכא סתירה, אך קצת דחוק כי ברוב הראשונים לא גרסו זאת ועיין.

ובן יש לעיין מה תירצו קושיא זו במה שביארו שע"י נענוע הא נמי איכא סברא זו בר"י, ועי' מהר"ם מה שפירש שמירי שלא נענוע וקצ"ע א"כ מאי מקשי התוס' מר"י בר חנינא נמי איכא לאוקמי שלא היה ניענוע וצ"ע.

פרק בית בור

דף קה:

תוד"ה פירוש וכו' פי' הקונטרס וכו' ובשם רש"י וכו' - מכאן נמצא למד דכ"מ דמזכיר קונטרס כוונתו לרשב"ם ולא כאומרים דרק רש"י כונה בשם הקונטרס.

דף קו:

תוד"ה הכי גרסינן כו' בסוה"ד והשתא דאתי להכי ר' יהודה מצי לשנויי וכו' - צ"ע דהא בריש דבריהם כבר כתבו דלא קשיא לר"י האי קושיא.

פרק יש נוחלין

דף קמז:

תוד"ה בן הבן כו' וי"ל דזרע משמע כשר וכו' אבל בן וכו' - נראה לבאר ע"פ מש"כ התוס' קודם לכן דזרע הוי ג"כ בני בנים הרי הן כבנים וזרע פסול לכאור'

צ"ע מדברי הרשב"ם לעיל במתני' [קכו]:
ד"ה דבריו קיימין וכו'] משמע דאף לשון
ירושא קונה וצ"ע.

פרק מי שמת

דף קמא.

תוד"ה בת וכו' - צ"ע דהא אבות קיימו
את כל התורה כולה ע"י ביעב"ץ
משכ"ב.

תוד"ה אלא לאביי וכו' מ"מ רישא דאיירי
בתנאי ב"ד וכו' - צ"ע דלפני כן
כתבו סברא הפוכה דאפי' רבנן דהתם הכא
מודי לרשב"ג והשתא כתבו דאפי' רשב"ג
התם הכא מודי לרבנן.

דף קמב.

תוד"ה בן וכו' וי"ל וכו' - צ"ע אכתי כיון
דמ"מ לפי סברת המקשה דבן
נוחל ולא עובר א"כ ל"ש לבאר הרישא
כביאורו דזה אזיל לדעת שעובר יורש
וא"כ תו מצי למיפרך מרישא דמתני'
וצ"ע.

שם והשתא נחא וכו' - צ"ע דסו"ס אין
ראייה לר"ש מברייתא דאימא זו ר"י
אלא דסברא דיליה סבר דרבנן לא חלקו
אבל סו"ס מהברייתא אין מוכח יותר מר"י
ואכתי מנ"ל, וע"כ צ"ל כמו שכתב
הריטב"א דכיון דבברי' שנינו סתמא
משמע אף לרבנן, מ"מ מש"כ התוס' אין
מיושב וצ"ע.

ליעקב דזה רק יבייש את לאה, וכן מה
היה דעת יעקב בזה שמסר הסימנים ועיין.

דף קכז:

תוד"ה כן נאמן לומר וכו' וי"ל כיון שנא'
לבכר בכל ענין האמינו הכתוב
ואפי' וכו' - הנה יש לעיין טובא דידוע
דין הרמב"ם דנאמן ע"א להעיד על חלב
וממילא נאמן על המלקות א"כ נימא ה"נ
דכשמעיד על בנו בכור ממילא אמרי' דבנו
פסול, ומאי ראייה לפסול בן גרושה, אלא
הביאור פשוט דגם בחלב להבא הוא נאמן
אבל אם כבר אכל לא מאמינים לו
להלקותו, וכמו"כ מצינו ביבמות [מז].
דנאמן להעיד על בנו ולא על בן בנו נמי
תלוי אם כבר נולד בן בנו לא נאמן אבל
אם אכתי לא נולד אה"נ, וכמו"כ הכא
כשמעיד על בנו בכורו הוי גילוי למפרע
שנאמן גם על שאר בניו שהם כבר נולדו
שהם ממזרים וממילא אם נאמן כה"ג -
נאמן גם להעיד שבנו הוי ב"ג וב"ח.

אך יש לעיין גופה מאי שנא הכא דאמרי'
דאם התורה האמינה לבנו בכור אמרי'
סברא שבכל ענין נאמן אפי' שע"ז יפסול
שאר הבנים למפרע, נמי נימא גבי לפסול
את בנו ממזר דאמרי' דבן בנו לא נאמן
למה לא נימא שהוא ממזר אף אם זה
פוסל בן בנו ומאי שנא דאחיו לבן בנו
וצ"ע.

דף קכח.

רשב"ם ד"ה כתב וכו' והרי הוא כמי
שאומר לשון מתנה לחוד וכו' -

דף קמח:

פרק גמ פשוט

איבעיא להו המקדיש וכו' - יש להעיר
דבמשנה לעיל [עא.] מבואר
דאפי' במכר איכא פלוגתא ר"ע ורבנן אי
מוכר בעין יפה או רעה דהקדש לכו"ע
בעין יפה הוא מקדיש.

דף קנב.

מאי טעמא אי נימא וכו' - למה לא מוכח
מזה שכתב כל נכסיו ולא שייר
לעצמו דהוי שכי"מ כמבואר בסוגיות לעיל
וצ"ע.

דף קנד:

בשלמא לדידי וכו' אלא לדידך וכו' -
ובתוס' [ד"ה אלא וכו'] הקשו
דהא מ"מ בעי בדיקה כדי לוודא דגדול
הוא, ותירצו עי"ש, ולכא"פ צע"ט דאף
לדידיה קשיא דכיון דלא מצאו עדים
שהיה גדול מה יהני בדיקה הא רבנן סברי
כר"י דלא אזלי' בתר השתא [ואה"נ לפי
תירוצ' התוס' דהכא איכא חזקה בלא
בדיקה יתורץ נמי קושיא זו אך הא גופא
למה תוס' כבר לא כתבו זאת על הרישא],
והעירוני לומר דדלמא מיירי שמת מיד עם
המכירה ועל כן איכא ראיא, ושו"ר בעז"ה
לדייק כן מדברי הגמ' דקאמר' 'ובאו בני
משפחה וכו' לומר קטן היה 'בשעת מיתה'
ולא קאמרי בשעת מכירה ודו"ק.

דף קסא.

א"ל מי קא סברת וכו' - צ"ע מה הלשון
מאחורי הכתב 'וכנגד הכתב', ועוד
צ"ע מה הועילו בזה סו"ס יוסיף עד
ויוסיף מאי דבעי, עי' רבינו גרשום ולא
זכיתי להבין דבריו ועי' רמב"ן ועיין.

תוד"ה וניחוש וכו' - צ"ע במה שהקשו
דניחוש שיוסיף עדים במאי
אילמא ממאי דהקשו בגמ' למה לא יתיר
כתירוצ' הגמ', וגם בתירוצם לא זכיתי
להבין למה שיוסיף עד בצד העד החתום
דמאי שנא מכל השורות למעלה שחתמו
עד כנגד כל שורה ואין צד כזה וכן החשש
שיוסיף עוד שורה תחת העד ויחתים עד
נוסף וע"ז שיין רק תירוצ' בתרא שמטייט.

בא"ד וי"ל ההיא דר"ח ב"ג וכו' - צ"ע
דכבר העלו כן בפשיטות מהכרחים
אחרים התוס' לעיל [קס.] ד"ה פשוט
שכתבו וכו' ועי' רשב"ם להלן [קסא: ד"ה
מר זוטרא אמר] ודו"ק.

דף קסב:

גמ' הרי שבא ואמר וכו' - צ"ע א"כ למה
במשנה דקתני דהראה להם שטר
מחוק נמי נימא דהביא נייר מחוק אחר -
והראוני בדברי הרבינו גרשום על המשנה
שכתב דמיירי שהראו לב"ד לפני כן את
השטר קודם המחיקה.

