שיעורי הגרדש
על בבא בתרא

רבי דב שוורצמן

תוכן העניינים

פרק השותפין

סימן א בגדר חיוב כותל בחצר השותפין ..... ה
סימן ב בדין יחלוקו בכותל שנפל ..... כא
סימן ג בגדר חיוב כותל בחצר שאין בה כדי חלוקה ..... לג
סימן ד בגדר חיוב היזק ראיה בחצר השותפין ..... לז
סימן ה בדין היזק שאינו ניכר ..... מא
סימן ו בדין מחיצת הכרם שנפרצה ..... מז
סימן ז בדין קנין דברים וקנין אתן ..... סג
סימן ח בדין המקיף את חבירו ..... עז
סימן ט בדין מקיף וניקף ..... פז
סימן י בגדר החזקה דאין אדם פורע תוך זמנו ..... צא
סימן יא בחיוב שבועה בבא ליפרע בתוך הזמן ..... צט
סימן יב בדין כפיה בצדקה ..... קז
סימן יג בדין טומאת בגדים בבית המנוגע ..... קיג
סימן יד בדין ד׳ אמות שלפני הפתח ..... קיז
סימן טו בדין מדביק אדם תורה נביאים וכתובין כאחד ..... קכג

פרק לא יחפור

סימן טז בסוגיא דרקיק אינו ממעט בחלון ..... קכט
סימן יז בדין פיל שבלע כפיפה מצרית ..... קלה

פרק חזקת הבתים

סימן יח בגדר חזקת ג׳ שנים להולכי אושא ..... קמה

סימן יט בגדר חזקת ג׳ שנים..... **קנג**

פרק השותפין

סימן א

בגדר חיוב כותל בחצר השותפין

א. **מבואר** בשטמ״ק בדעת רש״י, וכן ביד רמה שגם כשאין חלק שני השותפין שוה בחצר בונין אותו על מקום שניהם בשוה. ונתקשה היד רמה שא״כ נמצא בכור נוטל יותר מפי שנים, ותירץ דלאחר שחלקו ונטל הבכור פי שנים, נותנים כ״א לכותל מחצה, ואין זה ענין לחלוקתן. אולם ברש״ש צידד שנותנים כ״א לפי חלקו, ודוקא כשחלקיהם שוין נותנים כל אחד חצי כותל. ונתבאר שנידון זה תלוי בחקירה אי החיוב כותל הוא מחמת ההיזק ראיה או שהוא מתיקוני החצר.

ב. **תוס׳** כתבו דבמקום שנהגו לבנות בגויל פחות מו׳ טפחים בונין, שהרי אפילו בהוצא ודפנא מהני במקום שנהגו. אבל הרא״ש חולק דבגויל דוקא ו׳ טפחים. וצ״ע ליישב קושית תוס׳ מהוצא ודפנא.

והנה הרא״ש כ׳ דכשכונס בתוך שלו ובונה נפטר אפילו בהוצא ודפנא אפילו שלא לפי מנהג המדינה. ומוכח דלפי הרא״ש החיוב לבנות כותל אינו מצד תיקוני החצר דא״כ לא יפטר בהוצא ודפנא. וגם מבואר דהשיעורין דמתני׳ אינו מחויב בהם כדי להסיר המזיק דהיזק ראיה, דלזה סגי[א] בהוצא ודפנא, דמשו״ה נפטר בהוצא ודפנא בכונס בתוך שלו. אלא דהשיעורין במשנה הוא כשרוצה שחבירו יבנה יחד עמו, שאינו יכול לחייב חבירו להוציא מעותיו להפסד, ולכן אינו יכול לכופו אלא לפי השיעורין שבמשנה. ומיושבת קושית תוס׳ דשאני הוצא ודפנא שאינו הפסד לגבי הוצאה של מחיצה כזו. ותוס׳ הוכיחו מהוצא ודפנא לפי שיטתם שכל השיעורין דמתני׳ הוא למנוע ההיזק ראיה, א״כ אם הוצא ודפנא מועיל כ״ש שגויל פחות מו׳.

ג. **הרשב״א** כתב שאינו יכול לכנוס לתוך שלו ולבנות פחות מהמנהג. ומשמע שהשיעורין שבמשנה נאמרו למנוע ההיזק ראיה, ומאידך כתב כהרא״ש דאינו יכול לבנות בגויל פחות מו׳ טפחים, ולכאורה לשיטתו דהשיעורין הם שיעור ליפטר מחיוב היז״ק ראיה תיקשי קושית תוס׳ מהוצא ודפנא דמהני במקום שנהגו. ונתבאר שרק סוג המחיצה תלוי במנהג, אבל עובי המחיצה צריך לעשות כפי השיעור המפורש במשנה, שזהו השיעור שמתקיים כראוי להוצאה זו. וכן מבואר בלשון הרמב״ם שכשמדבר על החיוב של שניהם ליתן מקום לכותל כתב שאין לזה שיעור ואפילו הוצא ודפנא. משמע שגם בגויל אפשר פחות מו׳. אבל כשמדבר איך בונין יחד הזכיר השיעורין דמתניתין.

[א] הרא״ש כ׳ דכשכונס בתוך שלו ובונה נפטר אפילו בהוצא ודפנא אפילו שלא לפי מנהג המדינה. ומוכח דלפי הרא״ש החיוב לבנות כותל אינו מצד תיקוני החצר דא״כ לא יפטר בהוצא ודפנא. וגם מבואר דהשיעורין דמתני׳

ד. **הרשב״א** כתב דגם כשכונס לתוך שלו אינו יכול לבנות שלא כמנהג המדינה, שחבירו טוען לו שאינו רוצה לעמוד עמו בדין בכל שעה שתיפול המחיצה. ואילו הרא״ש כתב להיפך שיכול לבנות בתוך שלו אפילו בהוצא ודפנא, שיש שופטים בארץ, ואם תיפול יוכל להעמידו בדין. ונתבאר שתלוי בגדר החיוב לבנות המחיצה, דלפי הרשב״א שהוא מתיקוני החצר אינו נפטר מחיובו עד שיעשה מחיצה קיימת שלא צריך לעמוד עמו בדין בכל יום. משא״כ לפי הרא״ש שהמחייב הוא ההיזק ראיה, כל שמונע ממנו ההיזק ראיה אינו יכול לתובעו יותר, ורק אח״כ כשתיפול יתבענו. **ובזה** נתבאר ליישב הסתירה שבדעת הראב״ד, שהרשב״א הביא בשמו כשיטתו דאינו יכול לכנוס בתוך שלו, ובשטמ״ק להלן בדף ו׳ הביא בשם הראב״ד שהיכא שהתחתון אינו צריך לבנות רק העליון, יכול לבנות אפילו בהוצא ודפנא. ולפמש״נ מיושב דדוקא כשהחיוב כותל על שניהם יש כאן חיוב תיקוני החצר, ויכול לתובעו שיעשה כותל כראוי. אבל כשהחיוב הוא רק על אחד מהם, כל חיובו מדין מזיק, וסגי ליה בהוצא ודפנא כדי ליפטר מחיובו. ומיושבים בזה שני הראיות שהביא הרא״ש מכותל גג, וממחיצת הכרם, שלא מצינו בהו חיוב כותל. שהרא״ש הוכיח מזה שהיכא שבונה לבדו יכול לבנות במחיצה כל שהוא. אבל הראב״ד שחולק יסבור דשאני התם שהחיוב כותל הוא רק עליו, וכמש״נ.

ה. **הרמב״ם** והראב״ד נחלקו בחצר שאין בה כדי חלוקה אם ידורו בה כ״א בזמן אחר, או שיכולים לדור בה יחד. ונתבאר דהרמב״ם מחייב משום דס״ל שהמחייב הוא עצם ההיזק ראיה, וגם בחצר זו יש היזק ראיה כשאר חצר. ואילו להראב״ד הוא רק מחיובי שכנים לתקן החצר, וזה אינו בחצר שאין בה כדי חלוקה. וכן תלויה בזה מחלוקת הראשונים אם במקום שנהגו שלא לגדור בחצר חייבים לגדור, דלפי צד א׳ חייבים, דסוף סוף כל אחד מזיק את חבירו, ולפי צד ב׳ פטורים, שהרי נהגו שלא לגדור ואין זה מחיובי שכנים.

ו. **לכאורה** בדעת הרא״ש יש סתירה, שסובר שהחיוב הוא מחמת היזק ראיה כמש״נ דמשו״ה נפטר כשכונס לתוך שלו. ומאידך סובר שמועילה מחילה שלא לבנות הכותל. ומשום שזה חיוב ממון. ונתבאר שאף שעיקר החיוב הוא משום ההיזק ראיה, אבל מצד מניעת ההיז״ר הוי סגי בהוצא ודפנא, וחכמים תיקנו שיעשו כותל. וזה חיוב ממון שמוטל עליו.

אינו מחויב בהם כדי להסיר המזיק דהיזק ראיה, דלזה סגי. הרא״ש כ׳ דכשכונס בתוך שלו ובונה נפטר אפילו בהוצא ודפנא אפילו שלא לפי מנהג המדינה. ומוכח דלפי הרא״ש החיוב לבנות כותל אינו מצד תיקוני החצר דא״כ לא יפטר בהוצא ודפנא. וגם מבואר דהשיעורין דמתני׳ אינו מחויב בהם כדי להסיר המזיק דהיזק ראיה, דלזה סגי.

[ב] הרא״ש כ׳ דכשכונס בתוך שלו ובונה נפטר אפילו בהוצא ודפנא אפילו שלא לפי מנהג המדינה. ומוכח דלפי הרא״ש החיוב לבנות כותל אינו מצד תיקוני החצר דא״כ לא יפטר בהוצא ודפנא. וגם מבואר דהשיעורין דמתני׳ אינו מחויב בהם כדי להסיר המזיק דהיזק ראיה, דלזה סגי.

עפ״ז נתבאר ליישב דברי רבינו יונה שבמקום שאין מנהג יכול לבנות פחות שבכתלים, אבל דוקא כותל ולא הוצא ודפנא. וצ״ב דכמו שבנהגו בהוצא ודפנא מועיל, ה״נ כשאין מנהג יועיל וכמו פחות שבכתלים. ולפמש״נ שהיתה תקנ״ח לבנות כותל, מיושב דהם ב׳ דינים במשנה, כשאין מנהג, בונין את הכותל מתקנ״ח, ובעינן דוקא כותל. אבל במקום שנהגו לא תיקנו חכמים, ועושים כמנהג המדינה בגויל וגזית ואפילו בהוצא ודפנא.

ז. **נתבאר** ליישב דעת הרמב״ם דבחצר שלמעלה מגגו אין בעל החצר זקוק למחיצה כלל, דמכיון שהחיוב של בעל הגג מדין מזיק, ממילא לא תיקנו חכמים לחייב בעל החצר במחיצת י׳. והגמ׳ דמפרשת דבעל החצר חייב במחיצת י׳, היינו ליישב הברייתא כמ״ד היזק ראיה ל״ש היזק, דכשם שבעל הגג מחויב במחיצת ד״א מתקנ״ח. כך בעל החצר מחויב במחיצת י״ט מתקנ״ח.

א.

במשנה ריש מכילתין, השותפין שרצו לעשות מחיצה בונין את הכותל באמצע וכו׳, זה נותן ג׳ טפחים וזה נותן ג׳ טפחים. ופרש״י (ד״ה באמצע) ״זה נותן מחלקו חצי מקום עובי הכותל וכן זה״. ומפרש השטמ״ק כונת רש״י לומר שמה ששנינו בונין את הכותל באמצע, אין הכונה שבונין את הכותל באמצע החצר ממש, ובשחלקיהם שוין, אלא הכונה שמקום הכותל הוא בין שניהם, ובונין את הכותל באמצע בין החלקים, כך שכל אחד נותן מקום חצי רוחב הכותל. ואדרבה, החידוש במשנה שאע״פ שאין חלקיהן שוין אלא לאחד יש שני שלישים ולשני שליש אחד, מ״מ נותנין מקום הכותל בשוה, ולא אמרינן שזה שיש לו ב׳ חלקים יתן כפול מחבירו.

ומקור הדברים ביד רמה. ומקשה היד רמה א״כ בכור ופשוט שחולקים את החצר, ונותן הבכור שני חלקים, נמצא שקיבל יותר מפי שנים מהפשוט, שהרי מקום הכותל נתמעט משל שניהם חצי, ולא כפי חלקו. ומתרץ, דמקום הכותל אינו חלק מהחלוקה שלהם דנימא שזה ב׳ שלישי הכותל בחלקו, וזה שליש אחד, אלא לאחר שחלקו את כל החצר וקיבל כ״א חלקו, יש חיוב על שניהם לבנות כותל, וכל אחד נותן מחלקו מחצה הכותל1ומאוד צ״ע להבין ההו״א בקושיתו דיחשב שהבכור קיבל יותר, דלכאורה אין קשר בין החלוקה שביניהם לבנין הכותל, דבחלוקה נטל הבכור פי שנים, ואח״כ מדיני שכנים יש חיוב לבנות כותל ביניהם, ונותן כל אחד חציו. ויש לפרש הדברים לפי הירושלמי (ב״מ פ׳ בתרא ה״ה) המובא בבהגר״א (חו״מ קנ״ז) ובקצה״ח (שם סוף סק״ה), ״כותל שבין שתי חצירות ונפרץ, רב ושמואל, חד אמר מחצה לזה ומחצה לזה, וחד אמר כולו לזה וכולו לזה״, [וקאמר דנפק״מ ביניהם אם מצא מציאה, אי אמרי׳ דמחציו והילך לזה ומחציו והילך לזה, או שזכה בו המוצא. ע״ש בקצה״ח שביאר דין זה]. ונראה הביאור במחלוקתן הוא אי שותפין שחלקו היינו דחלקו את כל החצר, גם את מקום הכותל, אלא שאח״כ כל אחד נותן מחלקו חצי לבנות הכותל, וא״כ חציו שלו

וחציו שלו. או דעצם הכותל הוא מעשה החלוקה, וכאילו החלוקה נעשית ע״י הכותל, ומקום הכותל אינו בכלל החלוקה, אלא מתחילה נשאר אותו המקום בשותפות שניהם לבנות הכותל עליו, ולכן כולו לזה וכולו לזה. ולפ״ז י״ל שזוהי הקושיא של היד רמה דהואיל ואינן חולקין את מקום הכותל, נמצא שהבכור נוטל יותר מפי שנים, שהרי היה לו למעט מחלקו ב׳ שלישים בעד מקום הכותל שנשאר בשותפות שניהם. ועל זה מתרץ, שאין הכותל מטעם חלוקה אלא מדין היזק ראיה, ועל כל אחד ליתן מחלקו מחצה.. וכן פסק הטור (חו״מ קנ״ז) בשם הרמ״ה, ״אפילו אם יש לאחד פי שנים בחצר, כגון שהאחד בכור והאחד פשוט, אפ״ה יעשו הכותל בין שניהם, שכל כך חייב לסלק ההיזק ראייה מי שאין לו אלא חלק אחד, כמו מי שיש לו שני חלקים״.

אולם הרש״ש כתב היפך מדברי הרמ״ה, יעו״ש שהבין בפשטות לפרש כונת המשנה דבונין את הכותל באמצע, היינו באמצע החצר, ולא כהשטמ״ק, וכתב דנראה דקמ״ל התנא באומרו באמצע, דמיירי דוקא בשחלק שניהם שוה בחצר, ובונין את הכותל באמצע החצר, ובכה״ג נותנים בשוה זה ג׳ טפחים וזה ג׳ טפחים. אבל כשחלק אחד בחצר גדול משל חבירו, נותנין לפי הערך שיש לכל אחד ואחד חלק בו. וזה דומה להא דלקמן (ז׳ ע״ב) דלגבי בית שער ודלת לחצר גובין לפי ממון.

וסברת הרש״ש לדמותו לבית שער ודלת דמשלמין לפי ממון צ״ע, דהתם החיוב הוא משום תיקוני החצר, א״כ זה שיש לו יותר ממון משתמש יותר בחצר, אבל הכא החיוב הוא משום ההיזק ראיה, כדחזינן (ו׳ ע״ב) בגג הסמוך לחצר, שבעל הגג לבדו מחויב למנוע היזק ראיתו מן החצר. וה״נ שתי חצרות שסמוכות זל״ז כל אחד מזיק את חבירו בהיזק ראיה, ומהיכ״ת שאם יש לו פחות, ישלם פחות, אטו זה שחלקו קטן יותר מזיק פחות, ובעל החלק הגדול מזיק יותר, אדרבה, אם אזלינן בתר סברא זו, י״ל דהגדול ניזק בהיזק ראיה יותר מאשר הקטן, שיש לו חצר גדולה יותר שניזקת בהיזק ראיה.

[ומסיים הרש״ש ״אבל לא כן כתב השו״ע (בסי׳ קנ״ז ס״ג). ועל ראיות הגר״א ז״ל שם [ממקיף וניקף דמשמע דגם כשאין החלקים שוין נותנין בשוה] אומר אני, ערבך ערבא צריך״. והנה אם כי במקיף וניקף צ״ע הסברא למה באמת לא יתנו לפי ממון, הרי ההיקף של השדות אינו משום היזק ראיה, אלא לשמור מחיות שלא יזיקו. אבל בכותל חצר שהוא משום היזק ראיה, לכאורה פשוט כסברת הגר״א שנותן כל אחד מחצה כנ״ל].

אכן יש לחקור בגדר חיוב השותפין לבנות את הכותל, אם ההיזק ראיה הוא שמחייבו לבנות כותל, כדי שלא יהא מזיק בהיזק ראיה כנ״ל. או דחיוב מזיק אין בזה, הואיל ושניהם מזיקים זא״ז בשוה, [ולא דמי לגג הסמוך לחצר שאינם מזיקים בשוה, דבזה נחשב בעל הגג למזיק וחייב במחיצה מטעם מזיק, כנ״ל]. אלא חיוב השותפין בכותל הוא רק מטעם תיקון החצר, שלא יהא בו היז״ר, היינו שמחיובי שכנים הוא שבמקום שיש היזק

ראיה זמ״ז משלמין כולם כדי לתקן החצר שלא יהא בה היזק זה2ובזה תתבאר יותר סברת הרא״ה שבנמוק״י שהובא ברמ״א להלכה (חו״מ קנ״ז ד׳), דאפילו אם רוצה לכנוס לתוך שלו ולבנות גויל וגזית, יכול חבירו לחייבו לבנות יחד, משום שכשבונה בתוך שלו אינו יכול להשתמש בכותל לסמוך עליו. [ועי׳ לקמן שיטת הרשב״א ושיטת הרא״ש בזה]. והקשה הט״ז שם כיון שכשבונה בתוך שלו כותל מעליא אין היזק ראיה, איך יכול לחייבו כותל כדי שיוכל לסמוך עליו. ובנתיבות״מ כ׳ ליישב דלא מיבעיא בחצר שאין בה כדי חלוקה, שנתרצו בחלוקה יכול לומר שנתרצה לחלוק אדעתא דמנהגא שיהא לו כותל, אלא אפילו ביש בה כדי חלוקה אפשר לומר שלא חייבו חז״ל בחלוקה ובמחיצה רק באופן שיד שניהם שוה בו. וצ״ע דכיון שיש בה כדי חלוקה א״כ מסתמא הוא דין דאורייתא ששותף יכול להפרד מחבירו, אלא שחכמים תיקנו שיעשה כותל ביניהם. וכיון שרוצה לבנות הכותל בעצמו ואינו דורש ממנו שיבנה עמו מהיכ״ת שיתחייב לבנות כותל. אמנם לפמש״נ שהוא מדין תיקוני החצר א״כ יש כאן דין שיהא הכותל ביניהם, ואם הוא כונס לתוך שלו אין לחצר כותל, דיכול לסלקו מלהשתמש בכותל, ושפיר יכול לחייבו בזה. [אלא שברמ״א הביא דין זה גם במקום שנהגו בהוצא ודפנא, ובכה״ג מצד המנהג אין מתיקוני החצר שיבנו כותל גמור שיכול לסמוך עליו, וא״כ איך יחייבו זאת. וכל זה נכלל בקושית הט״ז. אם לא דנימא דמ״מ יכול לחייבו המחיצה כל דהוא דישתמש בה כדופן רביעית, ולא יוכל לסלקה בעצמו כשירצה, ועיין]..

וזו שיטת הרש״ש דחולקים לפי ממון, דלשיטתו ודאי חיוב הכותל הוא מטעם תיקון החצר, וזהו שמדמה הרש״ש לסוגיא דלקמן שכופין כל אחד מהשותפין לעשות בית שער ודלת לחצר (לקמן ז׳ ע״ב), לתקן החצר למנוע ממנו היזק ראיה שבא מבחוץ, כן כופין זא״ז למנוע היזק ראיה פנימי שלא יזיקו זא״ז. ולכן החיוב של כל אחד תלוי לפי גודל חלקו בחצר, וק״ל.

והסברא לחלוק על הרש״ש, יל״פ בב׳ אופנים. או דעיקר חיוב המחיצה הוא מדין היזק ראיה. או דיש בזה גם חיוב מצד תיקוני החצר, אבל סוף סוף מכיון שסיבת החיוב הוא ההיזק ראיה ממילא חיובו תלוי בהדין מזיק שבו, ולכך נותנין כל אחד מחצה, ולא לפי ממון.

עכ״פ ברמ״ה נראה דס״ל (כצד א׳) שהחיוב הוא מצד היזק ראיה. וכמבואר בדברי היד רמה דלא מהני מחילה שלא לבנות הכותל, משום דאין מחילה באיסורין. ובנתיבות״מ (קנ״ד ס״ק י״ב) מבואר דגם קנין לא מהני לזה. והיינו דזה גרע ממזיק דממון, דהיזק ראיה חשיב איסורים. ולפי דבריו דלא מהני מחילה ברור דחיוב הכותל הוא שלא יזיק בהיזק ראיה, ולכך לשיטתו משלם כל אחד מחצה, כמש״נ.

ובזה יבואר לן סברת השיטה שהביא המאירי במשנה, דבעיר חדשה שאין בה מנהג, צריך ליתן הרחב שבכתלים. [ולא כשאר הראשונים שכתבו שבעיר חדשה אינו מחויב לבנות אלא

פחות שבכתלים]. ולכאורה מהיכ״ת שיתחייב הכותל הרחב יותר. ונראה דלשיטה זו החיוב כותל בין השותפין הוא מטעם מזיק, והשיעורין דמנהג המדינה שנאמרו במשנה, הוא משום שחכמים תיקנו שכדי שיפטר מחיוב ההיזק ראיה, חייב לבנות כותל כפי מנהג המדינה שבכל מקום. אבל כשאין מנהג, הוי ספיקא דאיסורא ואינו נפטר מספק עד שיבנה הרחב שבכתלים. [ואף דהשיעור במחיצה הוא רק מדרבנן, מ״מ י״ל דכשתקנ״ח היא שיעור בחיוב דאורייתא ליפטר מאיסורא, לא אמרינן ספיקא דרבנן לקולא].

וכן מבואר ברמב״ן (נ״ט ע״ב) גבי חלון דהוי דין איסורין משום דאית ביה היזק ראיה. ואף שהיד רמה חולק עליו בחלון, וסובר דאין זה נידון כאיסורין, ע״ש. התם משום דיכול למנוע עצמו ולא להסתכל. אבל בחצר הואיל ואינו יכול שלא להסתכל [כמש״כ הרא״ש (סי׳ ב׳) משום שמשתמש בה לכניסה ויציאה ואי אפשר שלא יסתכל], גם הרמ״ה סובר שהחיוב לבנות כותל הוא דין איסורין, ומשו״ה לא מהני מחילה. [ולהלן (אות ו׳) נתבאר בשיטת הרא״ש דמהני מחילה בזה משום דהוי דין ממון, וע״ש במה נחלקו הראשונים אי המחילה בעי קנין או לא].

ב.

בתוס׳ (ד״ה בגויל) כתבו שאם נהגו בגויל לבנות פחות משלשה טפחים, יעשה פחות, והוכיחו כן, דהא אפילו אם נהגו בהוצא ודפנא יעשה, כדאמרינן בגמ׳ (ד׳ ע״א) הכל כמנהג המדינה לאתויי אתרא דנהיגי בהוצא ודפנא.

אכן שיטת הרא״ש (סי׳ ה׳) דהשיעורין במתני׳ הוא בדוקא, לא פחות ולא יותר, ולא יעשה בגויל פחות מו׳. ודוקא בהוצא ודפנא יכול לעשות במקום שנהגו כן, אבל בגויל פחות מו׳ הוי מנהג שטות ואין הולכים אחר המנהג. והוסיף הרא״ש דאם כונס בתוך שלו ובונה, יכול לעשות אפילו בהוצא ודפנא, גם במקום שלא נהגו כן, דכל שמונע ההיזק ראיה שממנו, אין השני יכול לחייבו לעשות כותל של אבנים.

וביאור שיטת הרא״ש ע״פ ב׳ הנחות. חדא, דהדין שהאחד יכול לכוף את חבירו הוא רק מצד שיש לו דין מזיק דהיזק ראיה, ולא מצד תיקוני החצר, [וכנ״ל לפ״ד היד רמה], דאי משום תיקוני החצר, א״כ במקום שנהגו בגויל וגזית איך נפטר בהוצא ודפנא כשכינס לתוך שלו, הא יש לחבירו זכות לתיקון של גויל. אלא על כרחך כל חיובו הוא מצד הדין היזק ראיה, וע״י שבנה ההוצא ודפנא בחלקו, שוב אין היזק ראיה ואי אפשר לחייבו.

ועוד הנחה, דהא דתנן הכל כמנהג המדינה, אין זה שיעור בחיוב כדי להוריד ולהסיר ההיזק ראיה, שיעשה כן ע״י גויל וגזית, דא״כ אכתי במקום שנהגו בגויל לא יפטר ע״י הוצא ודפנא שבנה בתוך שלו. אלא באמת מצד ההיזק ראיה מספיק בהוצא ודפנא. ו׳הכל כמנהג המדינה׳ הוא שיעור אם בא לחייב את חבירו לבנות עמו יחד את הכותל, דאינו יכול לחייבו אלא באופן שלא יפסיד את ממונו, וכלשון הרא״ש (סוף סי׳ ה׳) דאינו רוצה לעשות כספו אנפרות, ולהוציא הוצאות בכל יום, ומשו״ה אינו מחויב

לבנות בגויל פחות מו׳ טפחים, שזה הוי הפסד ממון. ולכן לפי הרא״ש לא תיקשי מהוצא ודפנא דמהני במקום שנהגו, דזה הוי הוצאה ראויה למחיצה כזו, ולא כגויל פחות מו׳ דאינו מתקיים כראוי לפי הוצאה זו.

והתוס׳ שהוכיחו מהוצא ודפנא משום דלדעתם ׳הכל כמנהג המדינה׳ הוא שיעורים בחיוב עשיית הכותל למנוע היזק ראיה. ואין המשנה מדברת כלל בנוגע שלא יעשה כספו אנפרות, ולשיטתם גם אם רוצה לבנות בתוך שלו, מחויב לבנות כשיעור שבמנהג המדינה, ובפחות מזה לא יצא חובתו במניעת ההיזק ראיה, ולכן אם חזינן דבמקום שנהגו בהוצא ודפנא, נפטר בהוצא ודפנא, ומיקרי שפיר מניעת היזק ראיה, אם כן כל שכן דבגויל פחות מו׳ שמתקיים יותר דסגי לזה.

אבל הרא״ש לשיטתו שסובר שמנהג המדינה הוא שלא יכול לחייב חבירו לעשות מעותיו אנפרות. כתב שפיר שהיכא שכונס לתוך שלו ובונה יכול לעשות אפילו הוצא ודפנא, אפילו במקום שנהגו בגויל וגזית. ודוקא כשרוצה לחייב חבירו לבנות עמו אזלינן בתר מנהג המדינה, וכמש״נ. וע״ע להלן (אות ו׳) מה שנתבאר בדעת הרא״ש.

ג.

והנה יש להקשות בזה סתירה בדעת הרשב״א. ששיטת הרשב״א הובא בשטמ״ק שאינו יכול לכנוס לתוך שלו ולבנות פחות מהמנהג. ולפ״ז מבואר שהשיעורין שנאמרו במשנה אינו רק לענין שאינו יכול לחייב חבירו לעשות מעותיו אנפרות, אלא הוא שיעור במחיצה שמחויב למנוע היזק הראיה, ואי אפשר בפחות מזה. ולפ״ז במקום שנהגו בגויל פחות מו׳, לכאורה היה צ״ל דמהני, דלא גרע מהוצא ודפנא דמהני במקום שנהגו כמש״כ תוס׳. וצ״ע שהרשב״א ס״ל בזה כהרא״ש דא״א בגויל פחות מו׳ טפחים, אפילו במקום שנהגו.

ונראה דאה״נ להרשב״א החיוב כותל הוא שיעור במחיצה למנוע ההיזק ראיה, ולכן גם בכונס בתוך שלו ובונה מחויב לבנות כמנהג המדינה. אבל יש בזה ב׳ דינים נפרדים, דמנהג המדינה קובע רק איזה סוג מחיצה מחויב לעשות, אם מגויל או מגזית, ואפילו בהוצא ודפנא במקום שנהגו כדאמר בגמ׳. אבל יש דין נוסף בזה, והוא השיעור של המחיצה, וזה באמת אינו שייך לדין היזק ראיה, אלא איך בונין ביחד, שכל אחד יכול לחייב את חבירו לבנות בצורה המעולה לבנות, באופן שלא יפסיד מעותיו, וע״ז נאמרו השיעורים במשנה, שאם בונין בגויל אין פחות מו׳, ובגזית אין פחות מה׳, והוא דין בפנ״ע שאינו תלוי במנהג המדינה כלל, אלא כל מין יש לו השיעור המסוים שבמשנה. ולכן אין ראית התוס׳ מהוצא ודפנא במקום שנהגו ראיה לכך שבגויל יוכל לעשות ג״כ בפחות מו׳, וכמובן.

ועל פי זה יש לבאר גם שיטת הרמב״ם, שכתב (פ״ב משכנים הט״ו) ״רוחב מקום הכותל משל שניהם, וכמה יהיה רחבו, הכל כמנהג המדינה, ואפילו נהגו לעשות מחיצה ביניהם בקנים ובהוצין״. הרי שהביא הראיה של תוס׳ מהוצא ודפנא

שאין שיעור לרוחב הכותל, ובלבד שיהא כמנהג המדינה, וכשיטת תוס׳. ולכאורה צ״ע מדבריו להלן (הל׳ י״ח) שכתב כל השיעורין דמתני׳, דגויל ו׳ וגזית ה׳ וכו׳. וכתב שם במ״מ ״ופירוש שיעורי רוחב הכותלים אינו לפי מנהג, שאם נהגו לבנות גזית בד׳ אינו כלום, אלא כופהו בה׳, וכן בשאר״, וא״כ הרמב״ם סותר דברי עצמו, וצ״ע.

ונראה דהם ב׳ דינים נפרדים, דהרמב״ם (בהל׳ ט״ו) איירי בחיוב שיש עליו מצד מניעת ההיזק ראיה, ובזה תלוי במנהג, ואה״נ מצד חיוב ההיזק ראיה, אם נהגו בגויל פחות מו׳, יכול ליפטר בשיעור זה כפי המנהג. אבל להלן (בהל׳ י״ח) איירי הרמב״ם בדין מה שיכול לחייב את חבירו לבנות יחד עמו, וזה אינו תלוי במנהג, אלא כל סוג יש לו השיעור המפורש במשנה, כמש״כ המ״מ3א.ה. נראה הכונה דאף שבהל׳ ט״ו לא איירי הרמב״ם בכונס בתוך שלו, אלא שבונין על מקום שניהם, מ״מ בהל׳ ט״ו איירי הרמב״ם שרק המקום נותן כל אחד מחלקו, אבל לא איירי באבנים, ונפק״מ אם אחד רוצה ליתן האבנים משלו, דיכול לבנות על מקום שניהם לפי רוחב מנהג המדינה. אבל בהל׳ י״ח ששניהם מוציאים לבנין הכותל, יש בו השיעורין דמתניתין..

ואולי כך יבוארו דברי הגר״א (חו״מ קנ״ז אות י״ז) שכתב ״אבל מלשון הרמב״ם שהשמיט דין גויל וגזית וכו׳ שמעינן מינה דס״ל דגם לרחבן תליא במנהגא״. וקשה הרי בהל׳ י״ח מפורש ברמב״ם כל השיעורין דגויל וגזית. ועל כרחך כמש״נ, דבדין היזק ראיה השמיטן הרמב״ם, ומשום דס״ל דבדין זה לא נאמר שיעורין, ותלוי במנהג המדינה.

ולפי שיטות אלו תתיישב קושית תוס׳ (ד״ה בגויל) אמאי קאמר בגויל זה נותן ג׳ טפחים וזה נותן ג׳ טפחים וכו׳, ולא קאמר בקיצור, בגויל ו׳ טפחים, בגזית ה׳ טפחים וכו׳. ולפי מש״נ באמת בגויל אין דין ו׳ טפחים, והיכא שכונס לתוך שלו יכול לפי הרא״ש לבנות אפילו בהוצא ודפנא ואפילו במקום שלא נהגו כן. ולפי הרשב״א בתוך שלו בונה כפי מנהג המדינה, ואפילו בהוצא ודפנא. וכל השיעור במשנה נאמר באופן שבונין ביחד כנ״ל, וזהו שנקטה המשנה בלשון זו דזה נותן ג״ט וכו׳, שהוא דין כמה נותן כ״א, ולא דין בגויל שיהיה ו׳ טפחים, ודו״ק.

ד.

והנה הרשב״א והרא״ש נחלקו בכונס בתוך שלו אם צריך לעשות כפי מנהג המדינה או לא, וכתבו לכאורה סברות הפוכות זה מזה. דהרא״ש כתב דאינו יכול להכריחו עכשיו לבנות מחיצה מעליא, ויכול לבנות מחיצה קלה, הואיל ויש שופטים בארץ, ויוכל לתובעו אח״כ כשתיפול המחיצה. והרשב״א כתב דיכול לחייבו לבנות מחיצה מעליא, דאם יפול הכותל יצטרך לעמוד עמו בדין בכל שעה ושעה. וצ״ע דסברותיהם הפוכות זו מזו, ובמאי פליגי.

ויש לבאר שורש מחלוקתם, דהרא״ש סובר שהחיוב למנוע ההיזק ראיה אינו משום תיקוני החצר, אלא מדין מזיק, וכמש״נ דמשו״ה יכול ליפטר בהוצא ודפנא. ולשיטתו כל שעשה מחיצה באופן

שאין ממנו היזק ראיה, שוב אינו מזיק, ואינו יכול לתובעו עתה כלום, ואם משום שיזיקנו אח״כ כשיפול, יתבענו אז.

משא״כ הרשב״א סובר שהחיוב לבנות את הכותל הוא באמת משום 'תיקון החצר', דחיוב מזיק דהיזק ראיה אין כאן הואיל ושניהם מזיקין זא״ז בשוה כנ״ל, וכל חיובם הוא משום תיקון החצר. ולכן אין טענה כזו לומר שיתבענו אח״כ כשיפול, כי זכותו כבר עכשיו לתבוע ממנו תיקון החצר בכותל אבנים כראוי, ולא בפחות מזה. ומה מועיל מה שכונס לתוך שלו, הא יפול הכותל, ויש לו זכות לתבוע שיתוקן החצר באופן שלא יהיה ממנו היזק ראיה, ע״י שיבנה כותל אבנים.

ובזה יתורץ לן סתירת דברי הראב״ד אהדדי. דהנה הרשב״א במשנה כאן תלה הדין דכונס בתוך שלו, במחלוקת ר״ה ורב חסדא לקמן (ו׳ ע״ב) [בשתי חצירות זו למעלה מזו, דלרב חסדא דגם העליון צריך לסייע מלמטה מוכח שצריך יסוד לבנין, ואינו יכול לכנוס לתוך שלו. אבל לר״ה דהעליון מתחיל מלמעלה ס״ל דיכול לכנוס לתוך שלו ע״ש]. והביא בשם הראב״ד כשיטתו דגם כשכונס בתוך שלו צריך לבנות כמנהג המדינה.

וצ״ע דבשטמ״ק לקמן (ו׳ ע״ב ד״ה איתמר) מובא בשם הראב״ד דדוקא היכא דשניהם צריכין לבנות צריך העליון לבנות עמו כותל גמור, אבל היכא שהתחתון אינו צריך לבנות כלל, שאינו רואה לעליון, יכול העליון לכנוס לתוך שלו ולעשות מחיצה כל שהיא בהוצא ודפנא. ולכאורה סותר למה שמביא הרשב״א בשם הראב״ד שגם כשכונס לתוך שלו צריך לבנות כפי מנהג המדינה.

ונראה לפמש״נ בדעת הרשב״א דהדין שאינו יכול לבנות בהוצא ודפנא כשכונס בתוך שלו הוא משום שמחויב משום תיקוני החצר לבנות כותל אבנים כמנהג המדינה, וכמש״נ. ולפ״ז התם (ו׳ ע״ב) בעליון ותחתון, דאיירי שיש היזק ראיה רק מאחד מהם, ורק הוא מחויב לבנות כותל, אין חיובו מטעם תיקוני החצר, אלא רק מדין מזיק, כמו בגג הסמוך לחצר, ומטעם מזיק יכול לכנוס לתוך שלו ולבנות אפילו הוצא ודפנא, דהואיל וע״י המחיצה כל שהיא כבר אינו מזיקו, שוב אינו יכול לתובעו שיבנה כותל, וק״ל.

ובזה יתורצו לפי שיטת הראב״ד והרשב״א שני הראיות שהביא הרא״ש (סי׳ ה׳) דכשכונס לתוך שלו סגי ליה במחיצה כל שהיא. א׳ ממה שלא הוזכר חיוב בבנין אבנים אלא במקום שמגיע היזק ראיה לשניהם וחיוב הבנין על שניהם, אבל בגג הסמוך לחצר, שבעל הגג לבדו חייב לעשות מעקה, עושה מעקה כל שהוא אפילו בהוצא ודפנא. ב׳ דאי לא תימא הכי, מחיצת הכרם אם תפרוץ תיאסר תבואת חבירו, ולמה לא יצטרך בעל הכרם לבנות גזית. והרא״ש הוכיח מזה שהחיוב כותל לפי מנהג המדינה הוא דוקא כשבא לחייב את חבירו לבנות עמו, שאינו יכול לחייבו לעשות מעותיו אנפרות.

ולפי מש״נ אף שהרשב״א סובר דכשכונס לתוך שלו מחויב לבנות כותל. גם הוא מודה היכא שאין חיוב על שניהם

לבנות כותל דיכול לבנות אפילו בהוצא ודפנא, דדוקא כשחיוב המחיצה הוא מדין תיקוני החצר מחויב לבנות כותל, משא״כ בכה״ג דכל חיובו רק משום מזיק ולא משום תיקוני החצר, סגי במחיצה כל שהיא, וכמש״נ.

אבל הרא״ש לשיטתו אזיל, דס״ל דלעולם חיוב המחיצה הוא משום מזיק, הגם שמזיקים זא״ז בשוה. וממילא לשיטתו אין חילוק אם החיוב על שניהם, או רק על אחד מהם, ומדחזינן דכשבונה לבד יכול לבנות בהוצא ודפנא, מוכח דכל שמסלק המזיק שוב אין עליו שום חיוב. ועל כרחך דכל השיעורים שנאמרו במשנה הוא רק כששניהם בונים ביחד, וק״ל.

ה.

והנה הרמב״ם והראב״ד נחלקו (פ״א משכנים ה״ב) בשנים שירשו חצר שאין בה כדי חלוקה, ואינם רוצים בגוד או איגוד, שלדעת הרמב״ם ״אי אפשר שישכנו שניהם כאחת מפני היזק ראיה, שהרי אין בה דין חלוקה״ ולכן צריכים להשכיר המקום לאחר ולחלוק בדמי השכירות, או שידורו בה שנה שנה, זה בשנה זו, והאחר בשנה הבאה. והראב״ד חולק וסובר שדרים בה שניהם יחד. וכן נחלקו (שם ה״ג) בשנים ששכרו חצר שאין בה שיעור כדי חלוקה, שלדעת הרמב״ם יכול האחד לכוף את חבירו שישכיר לו חלקו או ישכור ממנו. והראב״ד חולק גם בזה וסובר דלא נאמר דין גוד או איגוד אלא בירושה או במתנה, ולא בשכירות, ואולי גם לא במכר, וידורו בה שניהם יחד.

ונראה ביאור מחלוקתם, דלשיטת הרמב״ם עצם האיסור להזיק בהיזק ראיה מחייבו לחלוק עם חבירו באופן שאינו מזיקו, ולכן גם בחצר שאין בה כדי חלוקה, שאי אפשר לעשות כותל ביניהם, מחויב להמנע מהיזק ראיה ע״י גוד או איגוד או בדרך אחרת. משא״כ לפי הראב״ד נראה שההיזק ראיה עצמו אינו מחייב לבנות כותל בחצר השותפין, וכל החיוב שלהם לבנות כותל הוא מצד תיקוני החצר כנ״ל, ולכן בחצר שאין בה כדי חלוקה, שאינה מיועדת לכך שיהיה לכל אחד חלקו בנפרד, אינו מחויב בזה.

וכן נחלקו הרמב״ם והראב״ד לשיטתם בהדין דאחין שחלקו, שאין להם חלונות זה על זה, שהראב״ד מפרש, כפי שהביא הרא״ש (סוף סי׳ כ׳) בשמו, [וכן סובר הרמב״ן בחידושיו (ז׳ ע״ב)], שהדין בזה הוא רק שיש לשני זכות לבנות בחלקו אף אם סותם לאחיו את האורה, אבל אין לו טענה של היזק ראיה, וכל זמן שאינו בונה, אינו יכול לומר לו סתום חלונותיך, אע״פ שיש בהם היזק ראיה. ואילו הרמב״ם (פ״ב משכנים הי״ב) חולק וסובר שצריך לסתום החלון שלא יזיקנו בהיזק ראיה. ואזלי לטעמייהו, דלשיטת הראב״ד חיוב הכותל הוא רק ענין ממוני ואין חיוב למנוע עצמו מלהשתמש כדרכו מחמת ההיזק ראיה. משא״כ להרמב״ם חייב למנוע ההיזק ראיה שלו.

ובזה תלויה לכאורה גם מחלוקת הראשונים במקום שנהגו שלא לגדור בחצר, אם חייב לגדור, שהטור (חו״מ קנ״ז) כתב בשם הרא״ש (סי׳ ו׳), וכ״כ הנמוק״י, שגם בכהאי גוונא חייב

לגדור. וכן משמע ברמב״ם. אבל דעת רבינו יונה (ריש מכילתין) שבמקום שנהגו שלא לגדור בחצר, אין חיוב לגדור. ונראה דאם כל החיוב הוא מצד תיקוני החצר, א״כ במקום שנהגו שלא לגדור, אין זה מתיקוני החצר שיגדור, שהרי לא נהגו לגודרה, ושניהם לא קנו את החצר על מנת לעשות תיקון זה. משא״כ לפי הרמב״ם והרא״ש שעצם ההיזק ראיה מחייב כותל, א״כ אינו תלוי במנהג המקום וחייב למנוע את היזק הראיה שבא ממנו עכ״פ4ובזה מיושב מאי שנא מגינה דמפורש דחיוב כותל תלוי במנהג המקום. ונראה דדוקא בחצר דמחויב מטעם הרחקת נזקין לא מהני מנהג. משא״כ בגינה דאין חיוב משום הרחקת נזקין, וכל חיובו הוא משום תקנ״ח, אזלינן בתר המנהג. ואע״פ שבגמ׳ (ב׳ ע״ב) מדמי גינה לחצר, ופריך מגינה דהיזק ראיה שמיה היזק. היינו דמשמע ליה דגם תקנ״ח משום תקנת שכנים אין בגינה, וכדמשני דבגינה איכא עינא בישא והיינו דמשו״ה איכא בגינה תקנ״ח. אבל משום מזיק ליכא בגינה. ע״ש בשטמ״ק (ד״ה גינה שאני) בשם הגליון, ואכמ״ל. ובזה מיושב הרמב״ם (פ״ב משכנים הי״ד) שפסק דבגינה חייב רק במחיצת י״ט. והראב״ד השיג עליו דבעינן ד׳ אמות כמו בחצר. וגם הרמב״ן בחי׳ תמה עליו מסוגיית הגמ׳ דפריך וכן בגינה שיש גם בגינה היזק ראיה. והרמב״ם בתשובתו לחכמי לוניל השיב דבגינה ליכא היזק ראיה, והגמ׳ דקאמר גינה שאני לשינויא בעלמא ע״ש. ועי׳ בכס״מ שתמה בזה. ונראה דהרמב״ם סובר דמדחזינן דמנהג מהני בגינה, אלמא אין החיוב בגינה מחמת מזיק דהיזק ראיה. וגם לפי סוגית הגמ׳ דיש תקנת כותל הוא מתקנ״ח משום תיקוני החצר. ולפ״ז י״ל דהגמ׳ קאי למ״ד ה״ר ל״ש היזק דהחיוב כותל בחצר מתקנ״ח, ממילא ה״ה גם בגינה איתא להאי תקנ״ח. משא״כ להלכה דבחצר החיוב משום מזיק, ליכא בגינה חיוב כותל. [וע״ע ס׳ משנת ר״א שכנים אריכות בהלכה זו]..

ו.

ויש להקשות לכאורה סתירה בשיטת הרא״ש בזה. דהנה לפי מש״נ הרא״ש ס״ל דהחיוב לבנות כותל בחצר השותפין הוא מדין מזיק, ולכן בכונס לתוך שלו, סגי ליה בהוצא ודפנא. וקשה שהרי דעת הרא״ש (סי׳ ב׳) דאף דלא מהני חזקה בהיזק ראיה, אם מחלו זה לזה במפורש, מועילה המחילה, כמש״כ וז״ל ״אם יש עדים שמחלו השותפין זל״ז על היזק ראיה, שוב אינן יכולין לחזור בהן. אע״פ שהאומר לחבירו קרע כסותי ושבר כדי יכול לחזור בו ויתחייב חבירו בהיזקו אחר שחזר בו, שאני הכא דתביעת ממון יש ביניהן, שנתחייב כל אחד לחבירו לסייעו בבנין הכותל, והוי כמו שנתחייב לו מנה ומחל לו עליו, במחילתו בלא קנין״. ולפמש״נ בדברי הרא״ש דהחיוב לבנות כותל הוא מדין מזיק, צ״ע למה תועיל מחילה על זה, ומאי שנא מקרע כסותי והפטר דיכול לחזור בו.

ובאמת בקו״ש (אות א׳) הקשה על הרא״ש שכתב דמחילה מועילה משום דחוב ממון יש לו עליו. דהא מחילה לא מהניא אלא היכא שחיובו הוא רק

מפני סיבה קודמת כמו הלואה ונזקין וכדו', דלאחר המחילה לא יתחייב עוד, אבל הכא כל שעה ושעה מתחייב לסלק היזק ראיתו. ותירץ ע"פ דברי הרשב"א בתנאי שבממון דתנאו קיים משום דהוי כאומר הריני כאילו התקבלתי. והכי נמי הוי כאומר הריני כאילו התקבלתי, וחשיב כמו שנתן לו דמי הכותל, ושוב אינו יכול לתובעו.

[ויעו"ש בקו"ש שהקשה על תירוצו זה משלושה מקומות, ויש להשיב על כולם כמש"י.

א', מה שהקשה (באות ב') ממש"כ תוס' ב"ק (מ"ג ע"א ד"ה מאי לאו) דלא מהני מחילה בכופר למ"ד כופרא כפרה, משום דמחילה מהניא לסלק זכות התובע, אבל בכפרה דזכות התובע היא בתולדה מחיובו של הנתבע להתכפר, אף שהתובע מסלק זכותו, מ"מ חיובא דהנתבע לא פקעה. ואי נימא דמחילה כקבלה א"כ גם בכפרה ע"י המחילה הוי כאילו שילם לתובע ואח"כ החזיר התובע את הממון לנתבע, דודאי נפטר, ולמה לא תועיל המחילה.

ויש להשיב, דכפרה שאני, דהואיל ואין זה דין ממון, אין לו לתובע בעלות על הכפרה, וכמבואר ברמב"ן ריש מכות דאין התובע יכול לתבוע הכפרה. וממילא הנתבע גם אינו בעלים למחול. אבל במקום שמועילה המחילה שפיר י"ל דחשיב כאומר כאילו התקבלתי.

ב', מה שהקשה (באות ג') מהשטמ"ק בר"פ הגוזל ומאכיל בשם הרמ"ה, בדין דגזל ולא נתיאשו הבעלים רצה מזה גובה רצה מזה גובה, דאם הנגזל מחל לאחד מהם, יכול לגבות מהשני, אבל אילו נפרע מאחד אינו יכול לגבות מהשני, דמשמע דמחילה אינו כפרעון. כמו בשנים שלוו כאחד ומחל לאחד מהם דסובר הרא"ש שנפטר גם מהשני.

ונראה דאינו דומה, דבמלוה יש כאן סיבה אחת לחייב את שניהם, וכשאחד משלם, משלם גם עבור השני, ולכן המחילה שמחל לאחד מהם מועילה כאילו שילם, ושניהם פטורים. אבל בגזל כל אחד מהם גנב לבדו והתחייב בעצמו להשיב, וכשמחל לאחד, אף דנחשב כמו שקיבל ממנו, סוף סוף כיון שלא הושבה הגזילה נשאר השני חייב.

ג', מה שהקשה (באות ה') מהירושלמי בפ' אלו נערות דבמפותה לוקה, ולא כשאר חייבי לאוין דמשלם ואינו לוקה, משום דבמפותה מחלה לו הקנס. וקשה דאי מחילה הוי כאומר כאילו התקבלתי א"כ הוי כמו ששילם ואמאי לוקה. אלא מוכח דלא שייך לומר דמחילה הוי כאומר כאילו התקבלתי.

ונראה שיש לחלק בין ממון לקנס, תדע, שהרי גם בקנס ודאי אילו כבר עמדה עליו בדין ונתחייב לה ממון, מהני מחילתה ואינו לוקה, דלא שמענו שלאחר שנפסק דינו לממון יחזרו ויפסקו עליו דין אחר למלקות. אלא בודאי הוא דין דוקא בקנס דהמחילה לא חשיבא בי' כקבלה, משום דעדיין אין חיוב ממון, ולא שייך שהמחילה תחשב כאילו שילם, ואה"נ שהמחילה מועילה לפוטרו מתשלום הקנס, שהרי מחלה לו, אבל לא שייך לומר דהוי כאילו התקבלתי, שיחשב כאילו שילם הממון ויפטר ממלקות. ולפ"ז

בנידו״ד לגבי היזק ראיה דאיכא חיוב ממון שפיר שייך לומר כהקו״ש דחשיב כאומר כאילו התקבלתי].

אכן עיקר תירוצו צ״ע, דבהיזק ראיה מאי מהני כאילו התקבלתי, הרי על ההיזק ראיה אין מחילה, ונתקבלתי שייך רק על החיוב שנתחייב על העבר, אבל חיוב כותל הוא למנוע היזק ראיה להבא. [וכמו בעשה כותל ונפל דודאי מתחייב לחזור ולבנותו, שהמניעה שעשה לא היתה מספיקה לכך, כך גם במחילה יתחייב שוב מחמת ההיזק ראיה דלהבא]. ודוקא אי נימא דהחיוב לבנות כותל הוא מתיקוני החצר, א״כ המחילה כקבלה מועילה. אבל לפמש״נ בדברי הרא״ש דהחיוב כותל הוא מחמת ההיזק ראיה קשה איך תועיל המחילה.

והנראה בדעת הרא״ש דבאמת חיובא דמחיצה הוא מטעם מזיק דהיזק ראיה, אלא דזה יש לחקור אי ההיזק ראיה עצמו מחייב כותל, היינו שאע״פ שכל מזיק בעלמא כיון שמונע ההיזק דיש עכשיו ממנו תו אין עליו חיוב, אבל בהיזק ראיה מחיובי נזקי שכנים שיסלק עצמו מכאן לגמרי שלא יוכל להזיקו, או יסלק האפשרות שלו להזיקו בהעמדת כותל. או שבאמת מצד ההיזק ראיה אינו חייב רק למנוע ההיזק ולשמור עצמו מלהזיק כמו בכל מזיק דעלמא, וזה יכול לעשות ע״י מחיצה כל שהיא, אלא שבמקום שיש היזק ראיה תיקנו חכמים לבנות כותל גמור. וחיוב הכותל הוא חיוב חדש מתקנת חכמים ולא בתולדה מהאיסור מזיק[5]הנה אם כי בדעת הרא״ש נתבאר דהחיוב כותל הוא חיוב בפני עצמו מתקנ״ח, ואינו בתולדה מחיוב ההיזק ראיה. עכ״פ גם לפי שאר הראשונים שחיוב הכותל הוא בתולדה מהחיוב מזיק דהיזק ראיה, מ״מ נראה דמצד עצם האיסור היזק ראיה שהוא חיוב דאורייתא, [עי׳ נתיבות״מ (סי׳ קנ״ד בחידושים ס״ק י״ב) שהוא מקרא דוירא את ישראל שוכן לשבטיו], הוי סגי במחיצה כל שהיא, ומתקנ״ח הוא שחייבוהו לתקן ההיזק ע״י כותל דוקא. וכך יתפרשו דברי הקצה״ח (קנ״ז סק״א) שכתב דאינו נאמן לומר פרעתי משום דהו״ל טוען אחר מעשה בי״ד, דלבנות הכותל מכלל חיובי בי״ד הוא. וצ״ע דודאי חיובים דאורייתא אינם נקראים מעשה בי״ד, וכי כל מזיק הוי מעשה בי״ד, ודוקא כתובה וכדו׳ שהם חיוב חדש מתקנ״ח הוי מעשה בי״ד. אלא מבואר כנ״ל דמצד האיסור אסור להזיק בראיה, אבל החיוב כותל הוא מתקנ״ח ולכן חשיב מעשה בי״ד. ועפ״ז יש להוסיף ליישב גם מש״כ רש״י (ב׳ ע״ב ד״ה לפיכך) שפירש כונת המשנה ״לפיכך, הואיל ובתחילת הבנין חייבום חכמים לבנות בין שניהם וכו׳״. ולכאורה צ״ע דהא למ״ד גודא, היזק ראיה לא שמי׳ היזק, והוא חייב את עצמו לבנות כותל, ומה חיוב חכמים יש בזה. אמנם י״ל דהפלוגתא אי היז״ר שמיה היזק או ל״ש היזק היא זו, דלמ״ד שמיה היזק מכיון דהחצר מיועדת לתשמישי צנעה, ממילא חשיב היזק, וזה הביאור ברש״י במתני׳ שהזכיר שרוב תשמישן בחצר. ולמ״ד ל״ש היזק ס״ל דהחצר אינה מיועדת לתשמיש דברים שבצנעה. [ולכן בגג הסמוך לחצר לכו״ע חייב, דבכה״ג

החצר מיועדת לזה]. וכך יתבארו דברי רש״י (ב׳ ע״ב ד״ה נפל) שפירש הטעם דבנפל הכותל חייבים לבנותו גם למ״ד ל״ש היזק ״שכבר נתרצו הראשונים בכותל״ וצ״ע מאי מהני ריצוי הראשונים לחייב אותם. ונראה משום דקבעו את השתמשות החצר לדברים שבצנעה וממילא נעשה דהיזק הראיה שמיה היזק. ולפ״ז נראה דלמ״ד גודא כיון שנתחייבו זל״ז לעשות כותל, מיחשב כאילו קבעו את המקום להשתמשות של דברים שבצנעה, וממילא נעשה ההיזק ראיה שמיה היזק, ואיתא לתקנ״ח שחייבוהו לבנות כותל מעליא מצד ההיזק ראיה, ודו״ק..

ונראה שהרא״ש ס״ל כצד זה. [וזהו באמת הטעם לפי הרא״ש דבתוך שלו נפטר בהוצא ודפנא, דבכה״ג שהיא חצר שאין בה היזק ראיה לא תיקנו חכמים כותל. ומצד ההיזק ראיה אינו חייב אלא כשאר מזיק, להסיר ההיזק בלבד]. ולכן סובר הרא״ש שפיר דחיוב זה הוי חיוב ממון, ומהני מחילה על זה. וכמש״כ בקצה״ח (קנ״ה ריש ס״ק ט״ז) דלא דמי לשאר הרחקת נזקי שכנים דיכול לחזור בו. והיינו משום דבכל מזיקין החיוב להרחיק את המזיק כדי שלא יזיקנו, ולכן לא מהני מחילה, דאח״כ מתחייב שוב. אבל בהיזק ראיה החיוב אינו רק להרחיק נזקו בהעמדת הכותל, אלא נתחייב לו כותל, והמחילה על דמי הכותל ולא על ההיזק, ושפיר מהניא מחילה. [ונפק״מ אם אחד עשה הכותל לבדו, דאם החיוב הוא מחמת היזק ראיה א״כ אינו יכול לחייב את השני במה שסילק ממנו ההיזק ראיה. משא״כ אם החיוב הוא כותל, דמחויב לשלם לו חלקו].

ובזה יש לבאר המחלוקת בין הרמב״ם להרא״ש אם מחילה זו מועילה דוקא בקנין או גם בלא קנין. דיעוין ברמב״ם (פי״א משכנים ה״ד) שהשוה היזק ראיה במקום שצריך מחיצה, להיזק דקוטרא ובית הכסא, שחזקתו שאינו מוחל, ולא מהניא מחילה שלא יוכל לחזור בו אלא אם קנו מידו שמחל לו. וכתב המ״מ שלדעת הרמב״ם לא מהניא מחילה מפורשת בפה ובעי דוקא קנין. ולא כהרא״ש שסובר דאי״צ קנין כנ״ל.

והנה דעת הרמב״ם מבוארת דאזיל לטעמי׳ דנתבאר (באות ה׳) דס״ל דהחיוב כותל הוא מדין מזיק דהיזק ראיה, שהם מזיקים זא״ז, ומשו״ה לא מהני מחילה אלא בקנין. ואף דהיד רמה סובר דהוי כאיסורין ולא מהניא מחילה בזה אפילו בקנין, דעת הרמב״ם בזה דהו״ל דין ממון. אבל מ״מ חיובו מדין מזיק, ומשו״ה בעי קנין. אבל לדעת הרא״ש הואיל והחיוב לבנות כותל מתקנת חכמים בפנ״ע שחייבוהו לבנות כותל, ולא כתולדה מהחיוב מזיק דאית ביה, הוי ככל חיוב ממון בעלמא דמועילה עליו מחילה גם שלא בקנין, וכמש״נ.

וכן מבואר בשו״ע (חו״מ קע״א א׳), שכתב דמועיל קנין להתחייב זל״ז שלא לחלוק, ע״ש בסמ״ע (סק״ב) דמוסיף דמהני קנין אפילו בחצר, אע״פ שיש בה היזק ראיה, דהוי כהיזק קוטרא ובית הכסא דלא מהני ביה חזקה, מ״מ קנין מהני ליה. ובש״ך (סק״ב) כתב שאפילו בלא קנין מהני מחילה והשוה לדברי הרמ״א (קנ״ז

ס״א). ובנתיבוה״מ מיישב דעת הסמ״ע, דשם מיירי שכבר חלקו וצריך לעשות מחיצה משום היזק ראיה, ועל זה מועילה מחילה כמו בכל מזיק, משא״כ לענין שלא לחלוק לא שייך מחילה.

ונראה ביאור החילוק בזה, דאף שמועילה מחילה על היזק ראיה בלא קנין, זהו דוקא לאחר שחלקו, שיש התקנת חכמים שחייבום לבנות כותל, והו״ל חיוב ממון ולא בעי קנין. וכמש״נ בטעמיה דהרא״ש דמהני מחילה בלא קנין משום שיש חיוב כותל מתקנ״ח, וע״ז מועילה מחילה. אבל קודם החלוקה, הואיל ואכתי אין חיוב כותל, כל המחילה היא על ההיזק, ועל זה לא מהניא מחילה בלא קנין, ודו״ק.

ובזה יש להוסיף לבאר דברי רבינו יונה המוקשים, שכתב בריש מכילתין דבעיר חדשה דאין בה מנהג, יעשה פחות שבכתלים. ומ״מ מחויב דוקא כותל, ואינו יכול לגדור בהוצא ודפנא. אף שבמקום שנהגו בהוצא ודפנא אמרינן בגמ׳ שיכול לגדור בהוצא ודפנא, ע״ש. ולכאורה צ״ע כיון דהוצא ודפנא מועיל לסלק ההיזק ראיה, ולכך במקום שנהגו מהני מחיצה דהוצא ודפנא, למה לא יפטר בהוצא ודפנא גם כשאין מנהג אחר. ומאי נפק״מ בין הוצא ודפנא לפחות שבכתלים.

ולפי מש״נ דהיתה כאן תקנת חכמים שיבנו כותל, אתי שפיר, דהרבינו יונה לשיטתו דנתבאר דס״ל דבחצר במקום שנהגו שלא לגדור אין חיוב לגדור כנ״ל, ומשום דהחיוב לגדור הוא מתקנת חכמים כנ״ל. ולפ״ז ס״ל דהיכא שיש מנהג באותו מקום אזלינן בתר מנהג המקום ובכה״ג לא תיקנו חכמים כותל, אלא העמידו הדין כפי מנהג המדינה, ולכן אפילו אם נהגו בהוצא ודפנא שפיר דמי. אבל במקום שאין מנהג אז יש התקנ״ח ששותפין שחלקו בונין דוקא כותל ביניהם.

ומקור דבריו לומר שתקנת חכמים היתה דוקא לבנות כותל ולא הוצא ודפנא, נראה שהוציא כן מהמשנה לפי מה שהבין לפרש המשנה דאיכא תרי בבי, א׳ השותפין שרצו וכו׳, בונין את הכותל באמצע. ונאמר בזה הדין מתקנ״ח לבנות דוקא כותל. ודין זה איירי במקום שאין מנהג אחר. ב׳, מקום שנהגו לבנות גויל וכו׳ הכל כמנהג המדינה, שזהו דין אחר, שבמקום שיש מנהג המדינה, בונין לפי מנהג המדינה, ובזה אמרינן בגמ׳ דהכל כמנהג המדינה לאתויי הוצא, דכשיש מנהג המדינה אזלינן בתריה, וליכא התקנ״ח לבנות כותל, וממילא יכול אפילו בהוצא ודפנא במקום שנהגו וכמש״נ, ודו״ק6ובזה תתיישב קושית תוס׳ (ב׳ ע״ב ד״ה הו״א) על רש״י, בהא דאמרי׳ למ״ד מחיצה גודא, דפריך הגמ׳ אמאי תני בונין את הכותל, הו״ל למימר בונין אותו, דרצו קאי על הכותל. ומשני דאי הוי תני ׳אותו׳ הו״א במסיפס בעלמא, קמ״ל כותל. ופרש״י שלפי ההו״א דבמסיפס בעלמא, רצו לא קאי אכותל אלא אחלוקה, דלפי ההו״א הרי אינם מתחייבים לבנות שום כותל. ובתוס׳ הקשו איך הו״א שאינם מחויבים לבנות כותל, הא במשנה תנינן גויל וגזית. אבל לפי דברינו ניחא, דתרי בבי הם. בבא ראשונה במשנה, דכשרצו לחלוק בונין באמצע ואפילו במסיפס. ובבא אחרת, דבמקום שנהגו, יש חיוב

מצד המנהג ואז כמו שנהגו כך יעשו, גויל וגזית..

ז.

עוד יש להוסיף ליישב ע"פ הנ"ל מה שפסק הרמב"ם (פ"ג משכנים ה"ז) דאם היתה חצירו למעלה מגגו של חבירו אין העליון זקוק לתחתון כלום. וקשה על הרמב"ם מדברי הגמ' (ו' ע"ב) דמקשה מהאי ברייתא דאם היתה חצירו למעלה מגג אין נזקקין לו, ארב נחמן דמחייב מחיצת עשרה בין גג לגג, ומשני אין נזקקין לד' אמות אבל נזקקין למחיצת עשרה. וא"כ הרמב"ם שפסק (בה"ו) כר"נ, הי' לו לפסוק כן גם בחצר שלמעלה מן הגג, דמחויב העליון במחיצת י', וכמבואר בגמ'.

ובב"י (חו"מ ק"ס) ביאר דאפשר דדוקא בין גג לגג מחייב ר"נ מחיצת י', אבל בין גג לחצר כיון דבעל הגג צריך לבנות כותל ד' אמות כדי לסלק ההיזק ראיה שלו מן החצר, ממילא בעל החצר נתפס עליו כגנב ע"י מחיצה זו ולכן אין בעל החצר מחויב לבנות מחיצה כלל.

וקשה על הב"י, חדא דא"כ אמאי בגמ' דוחק לפרש דאין נזקקין לד' אמות אבל נזקקין למחיצת י', ולא קאמר כפי האמת דבחצר שלמעלה מגגו אין זקוק לו כלל כמו שסובר הרמב"ם. ב' עיקר הסברא בזה צ"ע, דלמה לא יתחייב בעל החצר להשתתף עם בעל הגג עד גובה י', שזה השיעור שמחויב גם הוא.

ולפי המבואר לעיל דבגג הסמוך לחצר, שרק הגג מזיק לחבירו, החיוב כותל שלו הוא מדין מזיק, מבוארת הסברא דבכה"ג אין על בעל החצר חיוב מחיצת י', דחיוב מחיצת י' הוא מתקנ"ח שלא יהא נתפס עליו כגנב. ובכה"ג שיש לשני חיוב מדין מזיק, לא נאמרה התקנה.

ולפ"ז נראה דלמ"ד היזק ראיה ל"ש היזק, דגם החיוב של בעל הגג שלא להזיק את החצר הוא רק מתקנת חכמים, דאין לו דין מזיק, א"כ קיימת גם התקנה של מחיצת י' שעל בעל החצר. דכשם שתיקנו לחייב את בעל הגג במחיצת ד"א, כך תיקנו לחייב את בעל החצר במחיצת י' טפחים, ויצטרך לבנות עמו עד י' טפחים. וא"כ ניחא סוגיית הגמ', דהגמ' קאמר ליישב דינא דר"נ עם הברייתא אף למ"ד ל"ש היזק, דאה"נ נזקקין לחייב בעל החצר במחיצת י' טפחים. אבל הרמב"ם שפסק להלכה כמ"ד שמיה היזק, סובר שכיון שבעל הגג חייב מדין מזיק, ועליו מוטל חובת המחיצה להרחיק עצמו שלא יזיק, ממילא אין התקנת חכמים לחייב את בעל החצר כלל, ומשו"ה בעל החצר פטור לגמרי, כמש"כ הב"י, ודו"ק.

סימן ב

בדין יחלוקו בכותל שנפל

א. **תוס׳** מבארים שגם אילולי דין המשנה שכופין אותו לבנות כותל היה הדין שחולקים את הכותל מדין ממון המוטל בספק שאין חזקה לזה יותר מלזה, ואפילו נפל לרשותא דחד דשותפין לא קפדי אהדדי ואין להם חזקה זע״ז, והחידוש במשנה הוא שאפילו שהו ברשותו הרבה שיש לו חזקה, אינו נאמן לומר שבנאו לבדו במיגו דלקחתיו דהוי מיגו במקום עדים.

אבל הרמב״ם כתב שמכיון שכופין אותם, לכן אינו נאמן לומר שלקחה ממנו. משמע דלומר שבנה הכותל לבדו, בלא״ה אינו נאמן גם בלא חידוש המשנה דכופין. ונתבאר דהרמב״ם מודה בזה דתפיסה לאחר שנולד הספק לא מהניא. ומ״מ בטענת לקוח היה נאמן כשנפל לרשותו דלא הויא מילתא דידיא לשותפות.

ב. **עוד** צ״ב מה שתלה הרמב״ם דין האבנים בדין המקום, שהטעם שאינו נאמן על האבנים הוא מצד שהמקום של שניהם, ומה תלוי זב״ז, הרי בין המקום בין האבנים אנן סהדי שנבנו משל שניהם.

הקצה״ח מקשה על תוס׳ דאי מצד ממון המוטל בספק היה הדין כמו בשנים אוחזין בטלית ושנים שיושבין בצד עירמה, שמכיון שזה אומר כולו שלי וזה אומר חציו שלי, זה יטול ג׳ חלקים וזה רביע, ודוקא משום הדין כופין אותם לבנות חולקים בשוה. וצ״ע ליישב דעת תוס׳.

בפשוטו י״ל לפי תוס׳ דשאני בב׳ אוחזין בטלית דליכא דרא דממונא ואין ספק לבי״ד אלא מחמת טענותיהם, לכן אזלינן בתר טענותיהם, אם אומרים כל אחד שחציה שלו, או שאחד טוען כולה שלי, אבל בכותל שבין שתי חצירות מפורש בתוס׳ דאיכא דרא דממונא והיינו שהספק הוא גם בלא טענותיהם לכן לא אזלינן בתר טענותיהם.

באופ״א נתבאר לפי המבואר ברשב״א שכאן אינו נקרא ממון המוטל בספק משום שכותל שבין שניהם נחשב כמו ששניהם תפוסים ואדוקים בחצי, כדקיי״ל גבי טלית ששניהם אדוקים בה שכל אחד נוטל עד מקום שידו מגעת, ואפילו אחד אומר כולה שלי ואחד אומר חציה שלי.

עד״ז י״ל גם לפי דעת תוס׳ שנקרא ממון המוטל בספק, שמ״מ נחשב כאן שכל אחד תפוס בחצי שלו, ורק בחצי, דחבירו תפוס בחציו השני, ולא כמו בטלית שנחשב כל אחד מוחזק בכולה. ומשו״ה לא אזלינן בתר טענותיהם להוציא מהחצי שמוחזק בו. ובזה תתיישב קושית הגרע״א על תוס׳ דכשטוען שהוא בנאה לבדו הוי זה נגד המוחזקות של השני שהוא בנאו, ודוקא במיגו דלקוח נאמן משום שכשאומר שלקחה ממנו אין

זה נגד המוחזקות שלו, שהרי מודה שקודם שנפל היה הכותל שלו, אלא שטוען שקנאו ממנו, ודו״ק.

לפ״ז נתבאר שלפי הרמב״ם זו כונת המשנה במאי דקאמר לפיכך וכו׳, דקאי אריש דמכיון ששניהם בונין את הכותל באמצע שוה בשוה, א״כ לא הוי כב׳ שיושבין בצד ערימה אלא יש להם דין מוחזקות בחצי, והוי כמו ב׳ אדוקים בטלית דלא אמרי׳ שהאומר כולה שלי יטול ג׳ חלקים כמש״כ הרשב״א. וזהו שתלה הרמב״ם דין האבנים בדין המקום, דרק מחמת המקום שידוע שהוא משניהם נחשבים כתופסים כל אחד גם מחצה האבנים כמש״כ הרשב״א.

עוד קשה על הרמב״ם שאילולי הלפיכך יהא נאמן לומר שבנאו לבדו עכ״פ במיגו דלקחתי. יש ליישב לדעת הרמב״ם דאינו נאמן במיגו לפי המבואר במ״מ שמיגו במקום חזקה מה שתח״י אדם שלו חשיב מיגו נגד חזקה, וה״נ לפי דעת הרמב״ם דהכותל אינו בגדר ממון המוטל בספק אלא שניהם כאדוקים בו, כשטוען שהוא בנה לבדו גם הכותל שמונח במקום חבירו נחשבת טענתו נגד החזקה כל מה שתח״י אדם שלו.

ג. **עוד** י״ל מה שתלה הרמב״ם דין האבנים בדין המקום ע״פ סברת תוס׳ לקמן, בטוען שאכל פירות הקרקע ב׳ שנים, דמכיון שהקרקע אינה שלו, מתחייב לשלם גם הפירות. והכי נמי מכיון שמקום הכותל ודאי של שניהם ממילא יוצא מזה הדין גם לגבי האבנים שהם ג״כ בודאי של שניהם ואינו בגדר ספק. והתוס׳ שסוברים שגם המקום וגם האבנים בגדר ממון המוטל בספק, סוברים שלגבי המקום יחלוקו, אבל על האבנים שמוחזק בהם יהיה נאמן אילולי דין המשנה דאנן סהדי ששניהם בנאוהו. אבל לפי הרמב״ם דהמקום נחשב ודאי של שניהם, י״ל דממילא גם האבנים שהיו בנויות עליו ודאי של שניהם ולא מהניא התפיסה.

א.

שנינו במשנה ריש פירקין (ב׳ ע״א) השותפין שרצו לעשות מחיצה בונין את הכותל באמצע וכו׳, לפיכך אם נפל הכותל המקום והאבנים של שניהם. ובתוס׳ (ד״ה לפיכך) הקשו למה תולה המשנה הדין דחולקין כשנפל הכותל, במה שכופין אותם מתחילה לבנות את הכותל יחד באמצע ובודאי שניהם בנאוהו. בלאו הכי נמי יש להם לחלוק הכותל מספק, כדין כל ממון המוטל בספק. [ואפילו לפי רבנן דסומכוס דלית להו ממון המוטל בספק חולקים, אלא אזלינן בתר המוחזק ואמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה, הכא יחלוקו, כיון ששניהם היו מוחזקים בו ואין חזקה לזה יותר מלזה], ואפילו נפל לרשותא דחד הו״ל תפיסה לאחר שנולד הספק.

ותירצו דאה״נ כל זה נכלל בקושית הגמ׳ (ד׳ ע״א) פשיטא, [דאין קושית הגמ׳ רק דמאחר שכופין פשוט שיחלוקו, אלא הקושיא שגם בלא הדין שכופין יש להם לחלוק מספק, ומאי קאמר ׳לפיכך׳]. ומשני דאיירי בנפל לרשותא דחד מינייהו, והיינו דשהו ברשותו הרבה, דאע״פ שכל שותפין לית להו חזקה זה על זה, משום דלא קפדו אהדדי, לזמן מרובה קפדו. וכיון שהוא מוחזק הו״א דנאמן לומר

שבנאו לבדו, במיגו דהי׳ יכול לטעון לקוח הוא בידי, והיה נאמן משום דהוא מוחזק, קמ״ל דמאחר שכופין אותו לבנות הכותל, אנן סהדי ששניהם בנאוה, והוי כמיגו במקום עדים ואינו נאמן. ולדבריהם אה״נ אם יטען לקוח הוא בידי יהא נאמן, משום שהוא מוחזק בכותל, דלזמן מרובה שותפין לא קפדי אהדדי.

אמנם ברמב״ם (פ״ב משכנים הי״ח) פסק דין המשנה וז״ל, ״והואיל ומקום הכותל משל שניהם, אם נפל הכותל הרי המקום והאבנים של שניהם. ואפילו נפל לרשות אחד מהן, או שפינה אחד מהן את כל האבנים, וטען שמכר לו חבירו חלקו או נתנו לו במתנה אינו נאמן, אלא הרי הן ברשות של שניהם עד שיביא ראיה״. מבואר מדברי הרמב״ם שגם כשטוען לקוח הוא בידי קאמר מתניתין דאינו נאמן משום דכופין את שניהם לבנותו, והיינו משום דהם שותפין, ושותפין לא קפדי אהדדי, ומשמע דס״ל דבכל גוונא שותפין לא קפדי אהדדי גם לזמן מרובה, וכשיטת הרי״ף7הרי״ף (ב׳ ע״א בריי״ף) כתב דשמעינן ממתניתין דמילתא דידיעא לתרי שותפי, אע״ג דאיתא השתא ברשות דחד מינייהו, לא נפק מחזקה דאידך, מאי טעמא משום דשותפין לא קפדי אהדדי, הילכך לית להו חזקה אלא בראיה או לאחר חלוקה. ומבואר דהרי״ף מפרש שהחידוש במשנה הוא עצם הדבר שהם בגדר שותפין, מכיון שמוטל על שניהם לבנות הכותל יחד, דעי״ז יש להם דין שותפין ואין להם חזקה זה על זה, ולכן אין חזקה למי שנפל הכותל ברשותו. [ולא כתוס׳ שמפרשים שגם בלא חידוש המשנה ידעינן שהם שותפין, ולא קפדי אהדדי]. ומשמע דלשיטת הרי״ף שותפין לא קפדי אהדדי גם לזמן מרובה, ואין להם חזקה זה על זה לעולם. ולפי דבריו גם אם יטען לקוח הוא בידי לא יהיה נאמן, ובכל גוונא חולקים מדין ממון המוטל בספק. [א.ה. ועי׳ בחי׳ הגרע״א ד׳ ע״ב ד״ה ולא יעשו) שהקשה על תוס׳ מהיכ״ת שלא לפרש תירוץ הגמ׳ כך לפי דבריהם]..

והנה מדברי הרמב״ם שהזכיר דוקא טענת לקוח, מבואר שהמשנה דקאמר ״לפיכך״, כלומר שחולקין משום דכופין, איצטריך דוקא להיכא דטוען לקוח או מתנה, אבל אם טוען שבנאו לבדו בלאו הכי אינו נאמן, גם אילולי דין המשנה דכופין, ואפילו בנפל לרשותו, וצ״ע הטעם8ובחי׳ הגרע״א (ד׳ ע״ב ד״ה ולא יעשו) הקשה כעי״ז על תוס׳ שכתבו שאילולי הלפיכך היה נאמן לטעון שבנאו כולו במיגו דלקחתיו. דמאותו טעם שנאמן לטעון לקחתיו בשהו ברשותו הרבה [שסוברים תוס׳ שיש חזקה גם בשותפין בכה״ג], יהא נאמן גם לומר שבנאו כולו, משום ומאי עדיפותא דלקחתיו, ע״ש.. ובשלמא לפי שיטת התוס׳ דלא מהניא תפיסתו, משום דתפיסה לאחר שנולד הספק לא מהניא, [כפי שהקשו תוס׳ דיחלקו מה״ט]. הי׳ אפשר לומר שזהו עצמו הטעם שמפרש הרמב״ם המשנה בטענת לקוח, דאה״נ כשטוען אני בניתי בלא״ה חולקין משום דהוי תפיסה לאחר שנולד הספק, ודוקא לטעון לקוח היה נאמן אילולי ה״לפיכך״, משום דספק לקוח אינו תפיסה לאחר שנולד הספק, דהספק נולד בשעת טענותיהם, ולא היה ספק זה בשעה שנפל הכותל, וכבר הוא

תפוס בו קודם טענותיהם. אבל קשה דלשיטת הרמב״ם מהני תפיסה לאחר שנולד הספק, כמו שפסק (פ״ה מבכורות ה״ג) דתקפו כהן אין מוציאין מידו, ולפ״ז הדקו״ל שאילולי הלפיכך גם אם היה טוען שבנה לבד את כל הכותל, היה נאמן בנפל הכותל לרשותו, משום דתפס.

ועוד יש להקשות על הרמב״ם, דלדבריו שגם בלא הלפיכך אינו נאמן בטענת אני בניתי, ומשום דתלינן בסתמא ששניהם בנאוהו, א״כ גם כשטוען אני לקחתיה אמאי נאמן [אילולי הלפיכך], הרי אנו נוקטים שבנו את הכותל יחד, והם שותפין בו, ואית להו הדין דשותפין לא קפדי אהדדי, ולא תהני תפיסתו כשנפל הכותל לרשותו כלום, ולא יהא נאמן לטעון לקוח.

ויש ליישב דעת הרמב״ם דבאמת בכותל חצר גם להרמב״ם לא תועיל תפיסה לאחר שנולד הספק, והוא לפי המבואר בקונה״ס (כלל ב׳ אות ז׳) לחלק בדין תפיסה לאחר שנולד הספק. יעו״ש שהקשה במש״כ תוס׳ בסוגיין דלא מהני תפיסתו לאחר שנולד הספק, מתוס׳ כתובות (כ׳ ע״א ד״ה ואוקי) שכתבו דכשטוען ברי מהני תפיסה גם לאחר שנולד הספק. ותירץ דדוקא היכא דאנו פוסקים להם מספק המוציא מחבירו עליו הריאה, מהני התפיסה בברי לאחר שנולד הספק, משא״כ כאן דמספק חולקין לא מהני תפיסתו בכל גוונא.

[ויש להביא ראיה לחילוק זה מלשון הרשב״א בקושיתו שהקשה דהוי תפיסה לאחר שנולד הספק ויחלוקו, והוסיף ״וכיון שתחילת הדין לחלוק א״כ כשנפל וכו׳ מוציאין אותה מידו וחולקין, סוף דינא כתחילת דינא״ הרי שדוקא משום שתחילת דינא היה שיחלוקו משו״ה לא מועילה התפיסה שלאחר הספק, ודו״ק].

וסברת החילוק בזה יל״פ ד׳יחלוקו׳ הוא פסק דין, לכן לא מהניא התפיסה שאח״כ לשנות הפסק. משא״כ ׳המוציא מחבירו עליו הריאה׳ הוי בגדר הסתלקות של בי״ד מלפסוק, ומשו״ה מועילה תפיסה אח״כ. וכעי״ז י״ל דבמוציא מחבירו הדין שהתופס אי אפשר להוציא ממנו בלא ראיה, ולכן כשתפס השני ממנו נשאר הדין שהמוציא עליו הראיה, אלא שנשתנה התופס, ומעתה נתהפך המוחזק למוציא. משא״כ ביחלוקו דלא שייך כן, ודו״ק.

ובקונה״ס שם ביאר כן בדעת הראב״ד (פ״כ ממלוה ה״ג) שנחלק על הרמב״ם שכתב בשני שטרות היוצאין ביום אחד שחולקין, דאם תפס האחד אין מוציאין מידו. והראב״ד כתב דלא מהני תפיסה. וביאר דהראב״ד ס״ל דהיכא דהדין שיחלוקו לא מהני תפיסה גם בברי.

ונראה שגם הרמב״ם מודה לסברא זו דביחלוקו לא מהני תפיסה, ודוקא בשני שטרות היוצאין ביום אחד ס״ל דמהני תפיסה משום דהתם לכל אחד מהם יש זכות על כל מה שכתוב בשטר והדין יחלוקו הוא רק משום פשרה ביניהם, ולכן אם קדם אחד וגבה הכל, כדין גבה, ואין לשני זכות להוציא ממנו, אבל בסוגיין דאיכא פסק דין שיחלוקו, לא מהני תפיסה גם בברי. ושפיר מפרש הרמב״ם הסוגיא משום טענת לקוח, דבזה לא הוי תפיסה לאחר שנולד הספק כנ״ל.

ואכתי צריך ליישב קושיא הנ״ל, אמאי לדעת הרמב״ם לטעון לקוח הי׳ נאמן אילולי הלפיכך, הרי הם בחזקת שבנו את הכותל ביחד, והוו בדין שותפין דלא קפדי אהדדי ואין לאחד חזקה על חבירו. ונראה דהרמב״ם סובר דאילולי שכופין אותם לבנות כיון שאינו מילתא דידיעא לשותפות, דיתכן שבנה האחד לבדו, ורק מסתמא אמרינן שבנו יחד, א״כ לית בהו הדין דשותפין לא קפדי אהדדי, ודוקא משום דכופין אותם לבנות יחד אמרינן דאיתנייהו בדין שותפין דלא קפדי אהדדי ולא מהניא תפיסה9הנה מהרש״א כתב כן בדברי התוס׳ שהקשו שגם בלא הלפיכך, יש להם לחלוק מספק, ולא מהני תפיסה אפילו כשנפל לרשותא דחד, והוכיחו מהא דפריך הגמ׳ (ד׳ ע״ב) גבי בקעה שלא יעשה חזית לא לזה ולא לזה, אלמא גם אם יפול לרשותא דחד לא יהא נאמן, דא״כ נימא דמשו״ה צריך לעשות חזית. והקשה מהרש״א דנימא דלא מהניא תפיסה התם משום דהוו שותפין ולא קפדי אהדדי. ותי׳ משום דבבקעה שאין כופין אי״ז מילתא דידיעא לשותפות. ואמנם כבר הקשה מהר״ם מהמשך דברי תוס׳ שהוצרכו לפרש דבנפל לרשותא דחד איירי בשהו ברשותו הרבה ומשו״ה הו״א דיהא נאמן לטעון שבנאו כולו במיגו דלקוח, אבל אם לא שהו ברשותו הו״ל שותפין דלא קפדי אהדדי. [ומה שמתרץ מהר״ם צ״ע, דהתוס׳ כתבו כן אילולי הדין דכופין]. וצריך לחלק בדעת תוס׳ דדוקא לענין הטענה שבנאו לבדו אמרי׳ דבספק שותפין תועיל תפיסה, דגם ספק מוחזק נקרא תפוס. אבל כשאנו באים להאמינו במיגו דלקוח, א״כ הוא מודה שחבירו היה מ״ק והוא בטענתו שמוחזק בא להוציא מחזקת מ״ק, בזה אינו נאמן אפילו בספק, דתפיסתו בספק שותפין אינה יכולה להחשב כראיה וכחזקה דכל מה שתח״י שלו. אבל הרמב״ם שסובר שבטוען לקוח היה נאמן אילולי הלפיכך, צריך לומר דס״ל דבכל גוונא אין להם דין שותפין דלא קפדי אהדדי במילתא דלא ידיעא לשותפות, ומהניא תפיסתו אפילו לענין טענת לקוח שבא להוציא מחזקת מ״ק, משום דעצם התפיסה מועילה שיהיה נאמן לטעון לקוח, ולא מצד ההוחכה דחזקה מה שתח״י שלו, ודו״ק..

והנה יש להוכיח מדברי הרי״ף כשיטת הרמב״ם דהמשנה איירי דוקא בטוען לקוח, דאי משום אני בניתיה גם בלא הלפיכך לא היה נאמן כנ״ל, ודוקא בטענת לקוח אינו נאמן אלא לאחר הלפיכך, שהם ודאי שותפין, והוא ממה שכתב הרי״ף דממתניתין שמעינן דשותפין לא קפדי אהדדי, מדלא נאמן אפילו שנפל הכותל לרשותו]. ולכאורה מהיכ״ת שאינו נאמן משום דשותפין לא קפדי אהדדי, נימא דבלא״ה אינו נאמן לומר שבנאו לבדו, משום הלפיכך, דזו טענה מספקת לבטל טענתו שבנה לבדו. ומוכח מזה שגם הרי״ף סובר כמש״נ בדברי הרמב״ם דלטעון שבנה לבדו בלא הלפיכך ג״כ לא היה נאמן, ולא תועיל תפיסתו. ולכן מפרש המשנה דאיירי בטוען לקוח הוא בידי, וא״כ לכאורה היה צריך להיות נאמן אפילו אחרי הלפיכך, שהרי הוא מוחזק, ומזה הוכיח הרי״ף

דמילתא דידיעא לשותפות, שודאי בנאוהו יחד, לא מהני ביה חזקה, ודו״ק.

ב.

עוד יש להקשות בדברי הרמב״ם הללו, שכתב ״הואיל ומקום הכותל משל שניהם, אם נפל הכותל הרי המקום והאבנים של שניהם״. פתח ב׳מקום׳, וסיים ב׳מקום ואבנים׳, משמע דדין האבנים תלוי בדין המקום, ומאחר שהמקום של שניהם, ממילא זה פועל דין גם על האבנים שאין לו חזקה בהם. וצ״ע למה לא פירש כפשוטו שאותו טעם עצמו שהמקום של שניהם, משום דודאי שניהם בנאוהו, [ותפיסה לא מהניא משום דשותפין ל״ק אהדדי], זה עצמו הטעם שגם האבנים של שניהם, שבודאי בנאוהו שניהם. ומהו שתולה דין האבנים בהמקום, דהואיל והמקום של שניהם, לפיכך המקום והאבנים של שניהם.

והנה בקצוה״ח (קנ״ז סק״ג) הביא בשם הר״י מגא״ש דמפרש קושית הגמ׳ (ד׳ ע״א) פשיטא, דכיון שכופין אותם, והם שותפין בבנין הכותל יחד, פשיטא שיחלוקו10ע״ש דמפרש דכיון שאשמועינן מתני׳ דעל שניהם לבנות את הכותל, פשיטא דאם נפל הכותל חולקין, משום דשותפין נינהו. ומשני דנפל לרשותא דחד וקמ״ל דשותפין לא קפדי אהדדי וגם בנפל לרשותא דחד אין לו חזקה על חבירו. ומשמע דאפילו לזמן מרובה שותפין לא קפדי אהדדי.. ולפי דברי הר״י מגא״ש תיקשי קושית התוס׳, דתיפו״ל דבלא״ה יש להם לחלוק מספק, כיון דהוי ממון המוטל בספק, שאין חזקה לזה יותר מלזה.

ומתרץ הקצה״ח שיטת הר״י מגא״ש, דלא שייך לומר שחולקים משום ממון המוטל בספק כמו בשנים אוחזין בטלית, דמכיון שאחד מהם טוען שכל הכותל שלו, הרי הם כשנים אוחזין בטלית שזה אומר כולה שלי, וזה [השני] אומר חציה שלי, ויהא הדין דזה נוטל ג׳ חלקים וזה נוטל רביע, כדין המשנה בריש ב״מ בשנים אוחזין בטלית. ודוקא משום דשניהם בונין את הכותל באמצע בעל כרחם פריך הגמ׳ דפשיטא שחולקין בשוה, ולא אמרינן שיטול ג׳ חלקים ע״ש. ואדרבה צ״ע ליישב שיטת תוס׳ שלא הסכימו לזה, דמצד דין ממון המוטל בספק חולקים, לא יחלקו שוה בשוה, אלא זה שנפל הכותל לרשותו יטול ג׳ חלקים.

ונראה ביאור סברת התוס׳, דהנה מבואר בתוס׳ דהכא במשנה איכא דררא דממונא, שכתבו דמשו״ה ליכא הכא דינא דכל דאלים גבר, ודררא דממונא היינו דבלא טענותיהם ג״כ יש ספק לבי״ד, [כמו שפרשו תוס׳ ב״מ (ב׳ ע״ב ד״ה היכא דאיכא דררא) ולקמן (ל״ה ע״ב ד״ה דררא) דזהו דררא דממונא], א״כ הדין דחולקים אינו מחמת טענותיהם, ולכן פשוט דגם כשזה אומר כולו שלי וזה אומר חציו שלי יחלוקו, דלא אזלינן כלל בתר טענותיהם. [כלומר, דאע״פ שרבנן דסומכוס סברי דאזלי׳ בתר המוחזק אפילו בדררא דממונא, ולא אמרי׳ יחלוקו, הכא לא מיקרי שמוחזק בכולו, אלא רק בחציו, אף שטוען שכולו שלו, ומכיון דאיכא דררא דממונא, יחלוקו]. ולא דמי למשנה בריש שנים אוחזין, דהתם ליכא דררא דממונא, כמפורש בגמ׳ שם (ב׳ ע״ב), ובלא טענותיהם אין ספק לבי״ד, משו״ה

אזלינן בתר טענותיהם, וכשזה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי, זה נוטל ג׳ חלקים וזה רביע.

ובאמת הקצה״ח (שם ד״ה ואיכא למידק) נתקשה בסברת תוס׳ אמאי מיקרי הכא דאיכא דררא דממונא, מאי שנא משנים אוחזין דנקרא דליכא דררא דממונא כמפורש בגמ׳ שם. ומבואר בדברי האחרונים דבשנים אוחזים לפנינו הטלית, נחשב שנולד לנו הספק מחמת טענותיהם, שכשרואים שניהם אוחזים בטלית מובן ששניהם טוענים שהיא שלהם, ונקרא שהספק שלפנינו הוא מחמת טענותיהם. משא״כ בכותל אין אנו רואים שיש להם טענות זה על זה, אלא רק רואים הכותל לפנינו, ועצם המצב שלפנינו מוליד ספק של מי הכותל.

ויש לבאר ביותר, דבשנים אוחזים בטלית נחשבת אחיזת כל אחד מהם בכל הטלית, כמבואר בגמ׳ ב״מ (ז׳ ע״א) דאם היתה טלית מוזהבת, אע״פ שהזהב קרוב לאחד מהם חולקים בשוה, חצי מהזהב לזה וחצי לזה, ואינם חולקים באופן שיקבל כל אחד החצי שקרוב לו, ומשום דנחשבים שניהם מוחזקים בכל הטלית, ונחשב כאילו טוען כל אחד כולה שלי, ומהיכ״ת נחלוק לכל אחד דוקא החצי שקרוב לו. ולכן הפסק בי״ד הוא לפי טענותיהם. משא״כ בכותל שבין שניהם, ודאי לא נחשב כאילו מוחזק כל אחד בכל הכותל, אלא כל אחד מוחזק בחצי הכותל שקרוב לרשותו, ובודאי משמע שאם יהיה צד אחד של הכותל מוזהב וכדו׳, יהא כל הזהב שייך לזה שהזהב בצד שלו, משום דנחשב כל אחד מוחזק רק בצד שלו כמש״נ. וא״כ הוא מציאות של ממון המוטל בספק מצד עצמו, בלא טענותיהם, וק״ל.

והנה הקצוה״ח חיזק דבריו דאילולי הדין שכופין וכו׳, יש לו ליטול ג׳ חלקים, מהרמב״ם (פ״ט מטוען ה״ז וה״ח) שכתב כן בשנים שיושבין בצד ערימה של חיטים המונחת בסימטה או בחצר של שניהם, דדינם כשנים אוחזין בטלית, שכשזה אומר כולה שלי וזה אומר כולה שלי יחלוקו, וכשזה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי, זה נוטל ג׳ חלקים וזה נוטל רביע. ולא הוי כמו שנים אדוקים בטלית דמפורש בגמ׳ (ב״מ ז׳ ע״א) וברמב״ם (שם ה״ט) דכל אחד נוטל עד מקום שידו מגעת. ומדמה הקצה״ח גם דין כותל שבין שתי חצירות דסוגיין, לשנים שיושבין בצד ערימה, שהיה לו ליטול ג׳ חלקים, ודלא כהתוס׳.

ונראה לבאר שיטת התוס׳ בהקדם שיטת הרשב״א (ד׳ ע״א ד״ה פשיטא) דהכא לא הוי כלל ממון המוטל בספק, אלא הוי כמו שנים אדוקין בטלית דכל אחד נחשב כתפוס במחצה הכותל. יעו״ש שהקשה מאי פריך הגמ׳ פשיטא, כלומר שגם בלא הדין שכופין אותם לבנות באמצע, פשיטא דצריכים לחלוק, הא אי מצד ששניהם מוחזקין בכותל, הי׳ זה נוטל ג׳ חלקים וזה רביע, כמו שנים שאוחזים בטלית, כיון שזה אומר כולו שלי, והשני טוען רק חציו שלי. [והוא כקושית הקצה״ח על תוס׳]. ותירץ דלא דמי לטלית, דבטלית אינם תפוסין בשוה זה כזה, אבל הכא כיון דהמקום מוחזק ביד שניהם ואין אחד מוחזק בו יותר,

מסתמא חלק חצירו של כל אחד מתפשט עד מחציתו, ולכן נחשב כמו שתפוסין באבנים שוה בשוה וכל שביד כל אחד ואחד מהם הרי הוא שלו, וכמו שנים שאדוקים בטלית דאמר בב״מ (ז׳ ע״א) דכל אחד נוטל עד מקום שידו מגעת, וכשכל אחד אדוק במחצה נוטל כל אחד חציה, אפילו שאחד אומר כולה שלי ואחד אומר חציה שלי, ע״ש.

ונראה כוונת הרשב״א דכותל שביניהם לא הוי כשנים שאוחזין בטלית, דכשאוחזין בטלית נחשב ששניהם מחזיקים בכולה, ולכן אזלינן בתר טענותיהם, אבל כותל הבנוי בין שניהם נחשב שבמקום הכותל מוחזקים כל אחד בחציו, וממילא כל אחד נוטל מחצה האבנים שברשותו, כאילו תפוס בו, ומאי דתפיס כל אחד, דידיה הוא. וע״ש מש״כ עוד בהמשך דבריו.

ומבואר מדברי הרשב״א דחלוק דין כותל שבין שתי חצירות משנים שיושבים בצד עריסה, דבשנים שיושבין בצד עריסה יש ספק לפנינו של מי העריסה, משא״כ בכותל שבין שתי חצירות בלא טענותיהם הדבר פשוט לפנינו שמקום הכותל של שניהם, ולכן נחשבים כתפוסים כל אחד באבנים שברשותו.

ונראה שגם התוס׳ שחולקים על הרשב״א וסוברים שכותל הבנוי בין שתי חצירות חשיב ממון המוטל בספק, [ולא כהרשב״א שנחשבים כתפוסין ואדוקין בכותל, שכל אחד נוטל מחצה, כמו בשנים אדוקין בטלית שכל אחד נוטל עד מקום שידו מגעת]. מ״מ מודו תוס׳ דמכיון שאין לנו ספק שהכותל נבנה בין שניהם, נחשב כל אחד מוחזק בחצי הכותל, וכל אחד מקבל דין מוחזק רק על חציו. דעל החצי השני חבירו נקרא תפוס ומוחזק, ולא שייך שיקבל דין מוחזק אלא על החצי שלו כמש״כ הרשב״א, ולא דמי לשנים אוחזין בטלית, ולשנים שיושבין בצד עריסה שנחשב כל אחד כתפוס בכולה, דהכא ודאי לנו שנבנה במקום שניהם וכל אחד תפוס ומוחזק בחציו.

ובזה מיושבת קושית הקצה״ח שהקשה דמכיון שזה טוען כולה שלי, אמאי אינו נוטל ג׳ חלקים, כמו באוחזין בטלית וביושבין בצד עריסה, [ותו אי״צ לחילוק הנ״ל (סוף אות א׳) דלא אזלינן בתר טענותיהם], דהכא מכיון שחבירו נחשב כמוחזק בחצי הכותל, קיי״ל כרבנן דסומכוס דע״י טענה לא מוציאים ממוחזק, ודוקא בטלית ובערימה שגם הוא וגם חבירו מוחזקים בכולה מהני טענתו שיקבל ג׳ חלקים משום שגם הוא מוחזק בכולה ואין אנו מוציאים מן המוחזק לשאינו מוחזק, משא״כ בכותל שעל החצי השני רק חבירו מוחזק ולא הוא, ודו״ק.

ובמה שנתבאר שבכותל הבנוי ביניהם נחשב כל אחד מוחזק בחציו, תתיישב קושית הגרע״א (ד׳ ע״ב) על תוס׳ שכתבו שההו״א שיהא נאמן לומר אני בניתיה משום מיגו דלקחתיה. ולמה לא יהא נאמן בלא מיגו, בעצם הטענה דאני בניתיה, כמו שנאמן לטעון לקחתיה. ונראה דהנה בשהו ברשותו הרבה דמהני תפיסתו משום חזקה דכל מה שתח״י אדם שלו. נראה, וכן מבואר בחי׳ הגרנ״ט (סי׳ קס״ו ד״ה ונראה, וסי׳ קס״ז ד״ה וליישב, ובקו״ש אות ז׳ בשמו), דאין זה כמו אנן

סהדי ועדות שהיא שלו, אלא דחזקה זו רק נותנת לו דין מוחזק וכח טענה, כלומר דבעלמא בשותפין אין להם חזקה, ובשהו ברשותו הרבה שוב נחשב מוחזק.

ואם כן, גם כששהו ברשותו הרבה אינו נאמן אלא מחמת טענתו, ומכיון שהשני הי׳ מוחזק בחלקו בכותל קודם שנפל, אינו נאמן ע״י טענתו להוציא מחזקתו של השני, ולכן דוקא כשטוען לקחתיה, שאינו סותר המוחזקות של השני קודם שנפל הכותל, שמודה שהשני היה מוחזק אלא שעתה לקחה הימנו, נאמן, אבל כשטוען שהוא בנאו לבדו, כיון שלטענתו היה הכותל שלו מתחילה, הרי טענתו נגד המוחזקות של השני ואינו נאמן.

ומעתה יש לפרש היטב לשון הרמב״ם שתלה דין האבנים שנפלו בדין המקום, וכתב ״הואיל ומקום הכותל משל שניהם, אם נפל הכותל הרי המקום והאבנים של שניהם״. ונראה דהרמב״ם מפרש ה׳לפיכך׳ שבמשנה, לא כהתוס׳ דקאי אריש משום שבונים את הכותל בעל כרחם, אנן סהדי שבנאוהו שניהם, והחידוש שאינו נאמן לומר שבנאו לבדו דהוי מיגו נגד עדים. אלא דה׳לפיכך׳ הוא המשך למה ששנינו במשנה שבונים את הכותל באמצע, וכל אחד נותן ג׳ טפחים משלו. שאילולי שהי׳ ידוע לנו שהכותל נבנה על מקום של שניהם בשוה, אף שנחשבים שניהם מוחזקים בכותל כמו שכתבו תוס׳, יהיה הדין בזה כמו בשנים שיושבין בצד עירמה, שפסק הרמב״ם (פ״ט מטוען) הנ״ל, דזה שטוען כולה שלי נוטל ג׳ חלקים, כפי שהקשה הרשב״א דמצד ממון המוטל בספק הי׳ זה שטוען שכולו שלו נוטל ג׳ חלקים, וכמש״כ הקצה״ח. ודוקא משום שידוע לנו שהכותל נבנה על מקום שניהם בשוה, נחשב שכל אחד מוחזק בחציה כמו בשנים אדוקין בטלית, [כמש״נ בדברי הרשב״א]. וכשנפל הכותל לרשותו דחד הוי כמו שידוע לנו שנפלו האבנים מרשות של חבירו ונכנסו לרשותו, ואין זה נחשב כלל שמוחזק באבנים של חבירו.

וזהו שכתב דהרמב״ם דהואיל ומקום הכותל משל שניהם, אם נפל הכותל המקום והאבנים של שניהם, דזהו עצמו נאמר במשנה, שמכיון שהכותל נבנה על מקום שניהם נחשבים שניהם מוחזקים בו בשוה ולכן כשנפל חולקים בו שוה בשוה בין במקום ובין באבנים, ודו״ק.

ובזה מיושבת עיקר שיטת הרמב״ם דבלא הלפיכך הי׳ נאמן לטעון רק שלקחו ממנו, ולא אני בניתיו, כמש״נ דכשטוען שבנאה לבדו הוי טענה נגד החזקה וכנ״ל. אלא שלכאורה אכתי קשה דאף שאינו נאמן לטעון אני בניתיו כמש״נ, מ״מ למה לא יהא נאמן לטעון אני בניתיו במיגו שהי׳ טוען לקחתיו, [וכדרך שפירשו תוס׳ שאילולי הלפיכך יהא נאמן לטעון שבנאו במיגו דלקחתיו. ורק משום דכופין הו״ל מיגו במקום עדים ואינו נאמן].

ונראה לתרץ לפי מה שמבואר במ״מ (פ״א ממלוה ה״ד) בדעת הרמב״ם דמיגו נגד החזקה דכל מה שתחת יד אדם שלו, נחשב כמיגו במקום חזקה ואינו נאמן, ע״ש11ע״ש שהרמב״ם כתב שאם באו לגבות מהלווה וטען שהמטלטלין אינם שלו, אינו נאמן. והקשה המ״מ דיהא נאמן במיגו שיכול

ליתנם לאחר. ותירץ דמכיון שהם תח״י, וחזקה כל מה שתח״י אדם שלו, הו״ל כמיגו במקום החזקה. ובמ״מ שם הזכיר סברא נוספת דניחוש לקנוניא ואכמ״ל. והגר״ח בכתבים (אות רפ״ה) מיישב בסברא זו קושית תוס׳ לקמן (ל״ד ע״א ד״ה הוי) בנסכא דרבי אבא, דעד אחד העיד שחטף, ואמר אין חטפי ודידי חטפי, דאמרי׳ דאינו נאמן במיגו שהיה יכול לומר שלא חטף, כיון שהעד מחייבו שבועה להכחישו, ואינו יכול לישבע שהרי הודה שחטף ונעשה כגזלן. והקשו תוס׳ (ד״ה הוי) דיהא נאמן לישבע, במיגו שהיה אומר לא חטפי, ואע״פ שגם אם היה אומר לא חטפי היה צריך לישבע להכחיש העד, ומאי שנא מהחזרתיו לך דאמר לקמן (ע׳ ע״א) דנאמן בשבועה במיגו דנאנסו, אע״פ שבנאנסו נמי איכא שבועה דאורייתא. ומיישב הגר״ח לפי הנ״ל דמיגו נגד חזקה כל מה שתח״י אדם שלו נחשב כמיגו במקום חזקה ואינו נאמן, דהואיל ויש ע״א שאומר שחטף, יש לנו עדות שהממון היה תחת ידי השני, ממילא אינו נאמן במיגו לומר שחטף את שלו כיון שהוא מיגו נגד חזקה דכל מה שתח״י אדם שלו הוא, ורק אם לא הי׳ ע״א שמעיד שחטף, אזי הי׳ נאמן לומר שחטף את שלו, דאין לזה כלל דין חטיפה, שאין ידוע לנו שהממון הי׳ אצל השני אלא ע״פ מה שאומר בעצמו שנטל את שלו, ואין טענתו כנגד החזקה שכל מה שתח״י שלו, ע״ש.. ולפ״ז ניחא דמכיון שכשהיה הכותל בנוי, היה לשותף חזקה בחלקו שהוא שלו מצד שכל מה שתח״י אדם שלו, לכן אינו נאמן במיגו לומר שהוא בנאו לבדו וכולו שלו, דהוי מיגו במקום חזקה[12]ולא דמי לאומר אין חטפי ודידי חטפי, דלפי טענתו לא הוחזק בו השני כלל כמש״נ לעיל בהערה הקודמת, משא״כ בזה שמודה שבנאוהו יחד אלא טוען שאח״כ קנאו ממנו.. ודוקא לטעון שבנאו לבדו הי׳ נאמן, שזה לא מדין מיגו, והי׳ נאמן לקבל ג׳ חלקים כמו בשנים שיושבין בצד ערימה, וקמ״ל מתני׳ דהוי כב׳ אדוקין בטלית שכל אחד מקבל החצי שתופס וכמש״נ, ודו״ק.

ג.

באופן אחר קצת יש לפרש כונת הרמב״ם דהמקום קובע לגבי האבנים, דהנה התוס׳ בקושיתם ביארו דהכא לא מהני תפיסתו באבנים משום דהוי תפיסה לאחר שנולד הספק. והרשב״א (ד׳ ע״א ד״ה ופרקינן) הקשה כן בתירוץ הגמ׳ שנפל לרשותא דחד, אמאי לא מיקרי תפיסה לאחר שנולד הספק. ותירץ דהכא הספק לא נולד עד שנפלו האבנים, והו״ל תפיסה בשעה שנולד הספק, ואין להוציא מידו. והיינו דלדברי הרשב״א לא שייך הכא כלל לממון המוטל בספק, שמכיון שהכותל בנוי ביניהם אין כאן כלל מצב של ספק, [ולא כתוס׳ שסוברים שגם כשהכותל בנוי יש דררא דממונא וחולקים מדין ממון המוטל בספק. וא״כ התפיסה לאחר שנולד הספק]. ושוב מקשה הרשב״א (שם בד״ה ואכתי) שעל מקום הכותל אין ספק שהוא של שניהם, וא״כ בנפל הכותל יחשב כאילו תפס האבנים מרשות חבירו[13]ויש להוסיף דלכאורה הדבר תלוי בפלוגתת רב ושמואל

בירושלמי (פרק בתרא דב״מ ה״ו) שהביא הקצוה״ח (קנ״ז סק״ה), אם הכותל שבנוי ביניהם נחשב שיש לכל אחד חציו או דהוי כמו חצר השותפין, דהכל של שניהם, דלפ״ז כל המקום של שניהם, ולא יקרא שנפל מרשות שלו לשני, ואכמ״ל.. ותירץ שגם על מקום הכותל אין בירור שהוא של שניהם ונקרא שנולד הספק בשעת הנפילה ע״ש.

והנה הרשב״א לשיטתו שסובר שהכא נולד הספק רק בשעת נפילה, ולפ״ז ביאר שפיר שנקרא שגם המקום אינו מבורר בשעה שנפל הספק ביניהם. אבל בדעת הרמב״ם י״ל כפי שהבין הרשב״א בקושיתו שכשהכותל בנוי אין ספק על המקום שהוא של שניהם, וכל הספק הוא על האבנים. ולפ״ז י״ל שכשנפל הכותל לרשותו, אע״פ שהוא מוחזק באבנים, מ״מ מכיון שמקום הכותל הוא ודאי של שניהם, ממילא גם על האבנים אינו נאמן לומר שהם שלו. והוא לפי סברת תוס׳ לקמן (ל״ג ע״א ד״ה ה״ג) שכתבו בדעת אביי לפי גירסת ר״ח שם, כשהודה שאכל פירות שתי שנים, צריך לשלם הפירות שאכל, ואינו נאמן על הפירות שהם שלו במיגו דהי׳ יכול לומר לא אכלתי, דמכיון שטען שאכל רק ב׳ שנים ואין לו חזקת ג׳ שנים והקרקע יוצאה מתחת ידו לבעלים הראשונים, ממילא גם הפירות הולכים אחר הקרקע והם ודאי לבעל הקרקע, ואינו נאמן במיגו. ועל זו הדרך י״ל גם בסוגיין, דמכיון שמקום הכותל שניהם מוחזקים בו והוא ודאי של שניהם, ממילא גם האבנים הולכים אחר המקום, ואמרינן שהם ודאי של שניהם, ואינו נאמן לומר שהם שלו. וכ״כ באו״ש (פ״ב משכנים הט״ז) לבאר ע״פ סברא זו דברי תוס׳ בסוגיין, ע״ש.

ובדעת התוס׳ שלא תירצו כן, פשוט שיש לחלק בין פירות לאבנים, דדוקא גבי פירות שגוף הספק הוא על הקרקע, סוברים תוס׳ דמאחר שאנו פוסקים שהקרקע של השני, ממילא יוצא שאכל פירות מהקרקע של השני וחייב לשלם לו עליהם. משא״כ לגבי כותל הספק הוא הן על המקום והן על האבנים, וחזקת המקום אינו נוגעת לחזקת האבנים, ודוקא המקום הוי ממון המוטל בספק וחולקים, אבל לגבי האבנים שנפלו לרשותו והוא מוחזק בהם סוברים התוס׳ שיהיה נאמן לומר שהם שלו. [ורק משום האנן סהדי ששניהם בנאוהו אינו נאמן משום דהו״ל מיגו במקום עדים כמש״כ תוס׳].

אבל הרמב״ם שסובר ששניהם נקראים תפוסים במקום, והמקום אינו מוטל כלל בספק, ונקרא שמחצה המקום שלו מן הדין מטעם ודאי, ממילא הודאות של המקום גוררת ודאות על האבנים שהיו בנויות כל אחד בחלקו, ודו״ק.

ונמצא שלפי הרמב״ם עיקר החידוש במשנה הוא שגם כשנפל הכותל לרשותו מ״מ יש לו דין שותף באבנים, כיון שהאבנים הולכים אחר המקום שבודאי הם שותפין בו. [וגם בדעת הרמב״ם י״ל כדברי הרי״ף שממתני׳ שמעינן דשותפין אין להם חזקה זע״ז גם לזמן מרובה, דאי יש להם חזקה א״כ כששהו האבנים ברשותו זמן רב ונעשה מוחזק בהם שוב יהא נאמן לטעון שלקחם, ודוקא משום דשותפין אין להם חזקה זע״ז נשאר הדין שהם שותפין בו

ונחשב הכותל בחזקת שניהם כמו המקום. שנפלו לרשותו הם בחזקת שותפין כמו
אבל עיקר דין המשנה הוא שגם באבנים שהם שותפין במקום, וכמש״נ], ודו״ק.

סימן ג

בגדר חיוב כותל בחצר שאין בה כדי חלוקה

הראשונים הקשו אמאי אמרינן דיחלוקו הכותל הא למ״ד היזק ראיה שמיה היזק איירי בחצר שאין בה כדי חלוקה, וניחוש שלא נתרצה לחלוק הכותל אלא ע״מ שלא יתחייב בבנין הכותל ולכך בנאו חבירו לבד. ותירץ הרמב״ן דאין לחוש לספק זה, מאחר דבלא שהתנה כן נתחייב בכותל, ואין ספק מוציא מידי ודאי. והרא״ש תירץ דכיון ששמיה היזק מסתמא נתרצה לבנות הכותל ולמנוע ההיזק ראיה. וצ״ע דסברת הרמב״ן פשוטה היא, ולמה הרא״ש לא ניחא ליה בזה.

הט״ז הקשה על הרא״ש שסובר שיכול לכנוס בתוך שלו ולעשות הוצא ודפנא, א״כ אמאי כשנפל הכותל חולקין, דלמא אחד רצה בהוצא ודפנא בשלו, ולכן הוצרך השני לבנות הכותל לבדו. ואף שלפי הרמב״ן דאין ספק מוציא מידי ודאי לכאורה לק״מ. מ״מ הרא״ש לי״ל לסברת הרמב״ן. וסברת הרא״ש דודאי נתרצה למנוע ההיזק ראיה לא שייכא הכא, דקושית הט״ז דאה״נ נימא שגם הוא רצה למנוע ההיזק ראיה אלא שרצה ע״י הוצא ודפנא, ולכן בנאו חבירו לבדו באבנים.

והנה צ״ע עיקר סברת הגמ׳ (בע״ב) דהחידוש במשנה דלא מצי א״ל כי איתרצאי לחלוק, אבל לעשות גודא לא איתרצאי. דמהיכ״ת לומר שהתנה כן, הרי הכותל נתחייבו לאחר החלוקה, והו״ל כתנאי צדדי שאינו תלוי בחלוקה. אכן נראה דהרא״ש לפי שיטתו שסובר דהחיוב לבנות כותל הוא דין ממוני. וכמש״נ בדבריו לעיל (בסימן הקודם), ולפ״ז יש לומר דהחיוב כותל תלוי בעצם ההתרצות שביניהם לחלוק. דבחצר שאין בה דין חלוקה, אין בה חיוב היזק ראיה ודין כותל, וכשנרצה לחלוק יש לדון אם נתרצה רק לעצם החלוקה או שנתרצה גם לענין ההיזק ראיה, לבנות כותל. ושפיר קאמר הגמ׳ דהו״א דלא נתרצה לכותל.

לפ״ז י״ל דהרא״ש לא סגי ליה בסברת הרמב״ן דלומר שנתרצה לחלוק בלא חיוב כותל הוי בגדר אין ספק מוציא מידי ודאי, דלדעת הרא״ש אין כאן ודאי דין כותל, ואדרבה תלוי הדבר בהתרצות שלהם איך לחלוק, וממילא יש להסתפק דלמא לא נתרצה לחלוק באופן שאין היזק ראיה. ולכן הוסיף הרא״ש סברתו דמסתמא נתרצה למנוע ההיזק ראיה מזל״ז.

ובזה מתורצת קו׳ הט״ז, דאה״נ בנידון הט״ז לומר שמא האחד רצה לבנות בהוצא ודפנא ולכן הוצרך השני לבנות הכותל לבדו, יסבור הרא״ש שפיר כתירוץ הרמב״ן דלאחר שודאי לנו שנתרצו למנוע ההיזק ראיה ויש חיוב מחיצה ביניהם, אין לנו להסתפק שמא הכותל שלפנינו הוא כותל אחר ממה שנתחייבו לבנות, ואמרי׳ אין ספק זה מוציא מידי ודאי שזהו הכותל שביניהם.

[אלא שלפ״ז אכתי יש מקום לקושית הט״ז דלמא נתרצה האחד רק בהוצא ודפנא ולכן נשתתף עם השני שבנה כותל של אבנים רק בדמי הוצא ודפנא, והכותל שלפנינו יש לשני בו רק דמי הוצא ודפנא. וי״ל דכיון שהם שותפין, הוו שותפין בכולו, ואין אחד נאמן לטעון שיש לו בו חלק יותר מחבירו ע״ש].

במתני׳ השותפין שרצו לעשות מחיצה בחצר בונין את הכותל באמצע וכו׳ לפיכך אם נפל הכותל המקום והאבנים של שניהם. ובגמ׳ מוקמינן לה למ״ד היזק ראיה שמי׳ היזק, בחצר שאין בה כדי חלוקה, וכיון שנתרצו לחלוק, בונין את הכותל באמצע. וברמב״ן הקשה כיון דאיירי בחצר שאין בה כדי חלוקה, ונתרצו לחלוק א״כ יש להסתפק שמא האחד מהם לא רצה לחלוק משום שידע שיצטרך ליתן חצי מהכותל, ולכן התנו ביניהם שיכנוס השני לתוך שלו ויבנה הכותל לבדו, ואמאי פשיטא לן דבנאוהו משל שניהם, והמקום והאבנים של שניהם.

ותירצו הרמב״ן והר״ן, ומבואר יותר בשטמ״ק, דהואיל וידוע לן בודאי שחלקו, וממילא נתחייבו לבנות הכותל מטעם היזק ראיה, הוי החיוב כותל דין ודאי, ומהיכא תיתי להסתפק דהיה תנאי ביניהם שאחד יבנהו בחלקו. והוי זה בגדר אין ספק מוציא מידי ודאי, שאין אנו חוששים לספק.

והרא״ש (סי׳ ו׳) תירץ דהואיל והיזק ראיה שמיה היזק, אמרינן מסתמא שניהם נתרצו לחלוק באופן שלא יהיה היזק ראיה, ויבנו ביניהם כותל כדין.

והנה שיטת הרא״ש (סי׳ ה׳) דאם רצה האחד יכול לכנוס בתוך שלו ולבנות המחיצה לבדו רק בהוצא ודפנא, רשאי, כיון שמסלק היזק ראיה מחבירו, ודיו. והט״ז (חו״מ קנ״ז ד׳) הקשה עליו א״כ מאי קאמר במתני׳ ׳לפיכך אם נפל הכותל המקום והאבנים של שניהם׳, הואיל ומתחילה חייבום חכמים לבנותו בין שניהם, עדיין מי יימר לן שלא טען אחד מהם שרוצה לכנוס לתוך שלו ולבנות בהוצא ודפנא, ולכן השני שרצה דוקא כותל גויל, הוצרך לבנות לבדו כל הכותל בתוך שלו.

והנה לפי מה שפירש הרמב״ן בחצר שאין בה כדי חלוקה, הטעם דלא חיישינן דלמא נתרצה לחלוק דוקא בתנאי שיבנה השני הכותל לבדו, משום דאין ספק מוציא מידי ודאי. הכי נמי ניחא, דליכא לספוקי שרצה האחד לכנוס בתוך שלו, דהא מצד החלוקה בסתמא יש דין של כותל, וא״כ תלינן שזה הכותל שלפנינו הוא הכותל שצריך מדינא להיות בין שניהם, ויש כאן ודאי דין כותל, ואין ספק תנאי וכדומה מוציא מידי ודאי, וכסברת הרמב״ן.

אמנם הרא״ש שלא תירץ כהרמב״ן, משמע לכאורה שחולק על סברא זו, ולשיטתו תשאר קושית הט״ז. [ותירוץ הרא״ש על חצר שאין בה כדי חלוקה, לא שייך כאן כלל, שהרא״ש תירץ דכיון דהיזק ראיה שמי׳ היזק ודאי נתרצו שניהם לחלוק באופן שאין היזק ראיה מזה לזה. אבל הכא מספקא לן דלמא גם הראשון רצה לבנות מחיצה, אלא שהוא רצה לבנותה בהוצא ודפנא, ולכן בנאה השני בגויל משלו], וצ״ע.

אלא שבאמת צ״ע על הרא״ש שפירש הטעם בחצר שאין בה כדי חלוקה שלא כהרמב״ן והר״ן, דלכאורה סברתם פשוטה היא, דמהיכ״ת שיוכל לטעון ולספק לנו על זה שהיה כאן תנאי ביניהם, וצ״ע.

והנראה בזה דהנה באמת צ״ע מאי דאמרינן בגמ׳ (ב׳ ע״ב) בונין את הכותל באמצע, פשיטא וכו׳ מהו דתימא מצי א״ל כי איתרצאי לך באוירא, בתשמישתא לא איתרצאי לך, קמ״ל. וצ״ע מאי ס״ד, ומהיכ״ת יהא נאמן לומר שהיה תנאי ביניהם שנתרצה לחלוק ע״מ שלא לעשות גודא, הא עיקר ההתרצות ביניהם היה לעצם החלוקה, וכיון שנתרצו לחלוק ממילא בא הדין דמחויבים לעשות מחיצה ביניהם. ומאי שייכות הריצוי לחלוק, לחיוב הכותל, והוי כתנאי בעלמא, ומילתא אחריתא היא.

וביותר תיקשי כן על הקצה״ח (קנ״ח סק״א) שמחדש דאליבא דאמת יוכל לטעון טענה זו בגינה שאין בה כדי חלוקה, במקום שנהגו שלא לגדור, שנאמן לומר כי איתרצאי לחלוק ע״מ שתגדור משלך. וצ״ע מה שייכות תנאי זה לחלוקה, ואיך נאמן לטעון כן כנ״ל.

ואשר יראה לומר גדר חדש בזה, והוא דלפי מאי דס״ל להרא״ש דהיזק ראיה הוא דין ממון [ולא כהרמב״ן, וכנ״ל (בסימן הקודם) דמהני לפי הרא״ש מחילה מה״ט

בין אם הך מחילה בעיא קנין כהרמב״ם, ובין אם לא בעיא קנין כהרא״ש]. י״ל דבחצר שאין בה דין חלוקה אין בה כלל דין היזק ראיה, דע״מ כן נשתתפו, וכאילו היא חצר אחת ושניהם בעלים אחד, ובעצם בעלותם אין שום זכות טענה על היזק ראיה מאחד על חבירו.

ולכן בשותפין שחלקו, כל הזכות טענה של היזק ראיה נולד רק ע״י החלוקה, וזוהי סברת הגמ׳ לומר כי איתרצאי שלא לעשות גודא, שטוען שזכות זו לא היתה כלולה בהסכמתו לחלוק, וממילא נשאר כמקודם בלי דין היזק ראיה, וק״ל.

ולפ״ז מבואר טעמיה דהרא״ש דלא ניח״ל בסברת הרמב״ן דלא חיישינן שנתרצה לחלוק בתנאי שלא יבנה בחלקו משום דאין ספק מוציא מידי ודאי, דלפי הרא״ש אין זה מיקרי ודאי חיוב כותל, דיתכן דבחלוקה זו לא היה חיוב כותל כלל. וההתרצות לחלוק היתה רק על עצם החלוקה ולא על חלוקה עם דין היזק ראיה. ודוקא בחצר שיש בה כדי חלוקה יש לו מעיקרא זכות זו להפרד מחבירו ולקבל חלק נפרד לגמרי בשבילו בלי היזק ראיה של חבירו. אבל בחצר שאין בה כדי חלוקה, אין לו זכות חלוקה רק לפי מה שנתרצו, ואולי נתרצו רק לעצם החלוקה ולא לדין היזק ראיה, ודו״ק.

[וביותר מבואר הדבר לפי מש״נ (בסימן הקודם) דהגדר בחלוקה ע״י כותל הוא שמקום הכותל אינו בכלל החלוקה והוא נשאר בשותפות של שניהם. וא״כ הספק שלפנינו הוא אם היתה חלוקה ביניהם על מקום הכותל או לא היה חלוקה על מקום הכותל, ונשארו בו בשותפות. וע״ז אין לנו ודאות, ולא מיקרי ספק מוציא מידי ודאי, ודו״ק].

עכ״פ בזה חוזר ונראה התירוץ על קושית הט״ז על הרא״ש, ע״פ סברת הרמב״ן דאין ספק מוציא מידי ודאי.

דהרא״ש לא ניחא ליה בסברא זו, דוקא בנוגע לשאילה אולי לא נתרצה לחלוק על מנת לעשות גודא, דלא שייך לומר בזה אין ספק מוציא מידי ודאי לפי הרא״ש, דאין זה בגדר ודאי, כמש״נ דאין בכלל ההסכמה לחלוק, הסכמה לעשות גודא. ושפיר הוצרך הרא״ש לסברתו דמסתמא נתרצו לחלוק באופן שלא יהא היזק ראיה ביניהם.

משא״כ בנוגע לשאילת הט״ז דלמא נתרצו לחלוק במחיצה, אבל לא נתרצה לבנות כותל גמור אלא בהוצא ודפנא, והכותל שלפנינו בנאו השני משלו, בזה איתא לסברת הרמב״ן דכיון שיש לפנינו כותל, אין להסתפק לומר שנתרצו על כותל אחר מהוצא ודפנא, והאחד בנה משלו כותל זה, דאין ספק זה מוציא מידי ודאי כותל שנתרצו לחלוק בו, ואמרינן דבודאי זהו הכותל.

[אלא שעדיין יש מקום להקשות קושית הט״ז בלשון דומה, והוא, שמא רצה האחד לבנות בתוך שלו בהוצא ודפנא, והשני רצה לבנות כותל אבנים, נשתתף עמו בדמי הוצא ודפנא לפי חלקו, ונמצא שהכותל שלפנינו הוא הכותל שמחויבים לבנותו ושניהם שותפין בו, אלא שאין לו בו רק שיעור דהוצא ודפנא. ושוב שייך בזה אין ספק מוציא מידי ודאי, ומה מהני ה׳לפיכך׳ דמתני׳ דיחלוקו, דלמא לא נשתתף עמו אלא בדמי הוצא ודפנא. עי׳ בקצה״ח (קנ״ז סק״ד). ובס׳ משנת ר״א (שכנים פ״ב הי״ד אות ה׳ ד״ה ולפ״ז) תירץ בזה ע״פ המבואר בשו״ע (חו״מ קע״ט) דמילתא דידיעא לתרי בשותפות אין המוחזק נאמן לטעון שחלקו בדבר גדול יותר משל חבירו, ושניהם מוחזקין בו בשוה גם כשיוצא מתח״י אחד מהם, משום דעל הכל יש להם הדין שותפין דלא קפדי אהדדי. וממילא הואיל ובודאי יש לו חלק בכותל כשיעור דמי הוצא ודפנא, אית להם דין שותפות בכולה, ולכן פלגי לה בשוה, ע״ש].

סימן ד

בגדר חיוב היזק ראיה בחצר השותפין

מבואר בסוגיא דבהזיקא דבית לכו״ע שמיה היזק, וכן בכותל שנפל, וכל הטעם למ״ד בחצר שמיה היזק משום דיכולים להצטנע זמ״ז, ולא חשיב היזק. ויש לחקור למ״ד דבחצר שמיה היזק אי ס״ל דגם בחצר אינם יכולים ליזהר זמ״ז או דס״ל דבלא״ה חייב משום דהוי כמו גיריה דילי׳ וחייב על זה כשאר הרחקות נזקין דפ׳ לא יחפור.

נתבאר דבזה פליגי הראב״ן והמרדכי. שהראב״ן כ׳ דבאופן שיש לו מקום להצטנע מיני׳ בחצר לכו״ע אינו יכול למחות בו, כדאמר בגג וחצר דבעל הגג חייב משום שאינו יכול להצטנע מיני׳. והמרדכי הקשה עליו ג׳ קושיות. א׳ הרי מפסיד שימוש שאר חצירו. ב׳ הרי בחלונות נמי יכול להצטנע. ג׳ א״כ בשני בתים למה כל אחד עושה חצי גג ומעדיף, גם בלא העדפה יש מקום שיצטנע מיניה.

ונראה דדעת הראב״ן כצד א׳ דכל החיוב למ״ד שמיה היזק הוא משום שאינם יכולים להצטנע זמ״ז ולכן אם יש לו מקום להצטנע שפיר דמי. וממילא לא שייכא קושית המרדכי שמפסיד מקום שאר החצר. משא״כ להמרדכי הוי כמו גירי׳ דילי׳ שמזיקו, וגם כשיש לו מקום להצטנע עכ״פ מזיקו שאר החצר. והקושיות האחרות של המרדכי ג״כ מיושבות דשאני בית דעביד לצניעותא ואינו יכול להצטנע מיני׳ כלל. ומה שהוכיח הראב״ן מדברי הגמ׳ דכל החיוב משום שאינו יכול להצטנע מיני׳, י״ל לפי המרדכי דכל סברא זו היא דוקא למ״ד דהיז״ר לא שמיה היזק, אבל למ״ד שמיה היזק הוי כגירי׳ דיליה וחייב בכל גונא כמש״נ.

בגמ׳ (ב׳ ע״ב) נחלקו ב׳ הלשונות אם היזק ראיה שמיה היזק או לאו שמיה היזק. ומשמע מכל סוגית הגמ׳ דבעיקר דינא דהיזק ראיה כו״ע מודו דשמיה היזק, כדאמר בגמ׳ דגם למ״ד ל״ש היזק, הזיקא דבית שאני, ומודה דהוי היזק. וכן גבי גג הסמוך לחצר חבירו קאמר הגמ׳ שאני התם דא״ל בעל החצר לבעל הגג וכו׳. וכן בכותל שנפל אמרינן (ב׳ ע״ב) נפל שאני, ופרשו התוס׳ (ד״ה נפל) משום שהורגלו לעשות דבר הצנע בחצר ולא למדו ליזהר זמ״ז. ועל כרחך דטעמא דמ״ד ל״ש היזק הוא משום דבסתם חצר יכולים ליזהר זה מזה, ומשו״ה לא שמיה היזק, אבל במקום שאינן יכולין ליזהר שמיה היזק.

ויש להסתפק למ״ד היזק ראיה [בחצר] שמיה היזק, אי ס״ל דבסתם חצר אינן יכולין ליזהר, ומשו״ה גם בחצר שמיה היזק. או דס״ל דהיזק ראיה הוי כמו גירי׳ דילי׳, ולכן אף שהניזק יכול ליזהר, מ״מ על המזיק להרחיק את עצמו שלא יזיק חבירו בגירי׳ דילי׳, ואית בזה חיוב הרחקה כשאר המזיקין דבפרק לא יחפור.

[ובס׳ אבהא״ז (פ״ב משכנים הט״ז) חקר לומר שחיוב הכותל הוא מדיני שותפין ולא מדין הרחקת נזקין, ע״ש].

ונראה דנחלקו הראשונים בזה. דהנה המרדכי ריש פירקין (אות תע״א) הביא בשם הראב״ן שאם יש לאחד מקום בחציר שיכול להצטנע שם ממנו, שוב אינו יכול למחות בו, דהא בגמ׳ (ב׳ ע״ב) אמרינן הטעם דמחויב בעל הגג למנוע היזק הראיה מהחצר, משום דא״ל בעל חצר לבעל הגג לדידי קביעא תשמישי וכו׳ ולא ידענא עידנא דעיילת דאיצטנע מינך. משמע דאם יכול להצטנע שאין עליו לסלק ראיתו.

והמרדכי תמה עליו. א׳ למה יפסיד שימוש שאר חצירו. ב׳ למה בחלונות צריך להרחיק ד׳ אמות כדי שלא יציץ ויראה, הרי יש לו מקום להצטנע, שישתמש שלא כנגד החלון. ג׳ לקמן (ו׳ ע״ב) גבי שני בתים בשני צידי רה״ר, זה עושה מעקה עד חצי גגו ומעדיף. ולמה צריך כל אחד להעדיף, ישתמש במקום שאינו יכול לראותו משם. ולכך מפרש המרדכי דכל היכא שיש קצת היזק ראיה יכול למחות.

ונראה דמחלוקתם תלויה בחקירה זו, דהראב״ן ס״ל כצד א׳ הנ״ל דכל חיובא דהיזק ראיה למ״ד שמיה היזק, הוא רק משום שאינם יכולין ליזהר זמ״ז. ומשו״ה כשיש לו מקום אחד בחצירו שיכול להצטנע בו, שוב אינו יכול למחות. וס״ל להראב״ן דהיזק ראיה אינו בכלל כל המזיקין דלא יחפור דעל המזיק להרחיק את עצמו.

ומיושבת קושית המרדכי למה יפסיד שאר החצר, דכל שיכול להזהר מההיזק ראיה שלו, היזק ראיה לא שמיה היזק, ושוב אין השני מחויב בהרחקה.

ומה שהקשה המרדכי מחלונות, דיכול להשתמש בבית שלא כנגד החלון. י״ל דשאני בית שעשוי לזה, והורגלו בו במילי דצניעותא יותר מבחצר, ואינו יכול ליזהר להשתמש רק שלא כנגד החלון. אבל חצר דאינה מיוחדת למילי דצניעותא, כל שיש לו מקום להצטנע שוב אינו מחויב בהרחקה כמש״נ.

ומה שהקשה המרדכי משני גגין, יש ליישב דהראב״ן יפרש כהר״י מגא״ש והרמב״ם (פ״ג משכנים ה״ה) דאיירי בגגין העשויין לדירה, דהוי כבית דכו״ע מודו דהיזק ראיה דבית שמיה היזק וכנ״ל.

אולם המרדכי שחולק עליו, יסבור כצד ב׳, דהיזק ראיה הוי מזיק גמור, ומחויב בהרחקה, דהוי כגירי דילי׳. וכן משמע מהר״י מגא״ש בס״פ חזקת הבתים, שביאר הטעם שצריך להרחיק חלונו ד׳ אמות מחבירו, משום דהוי גירי דילי׳, אלמא חשיב מזיק ככל המזיקין דפרק לא יחפור. [אלא שלפי המבואר בסמוך בדעת המרדכי, למ״ד ה״ר ל״ש היזק כל החיוב הרחקה הוא משום שמגרע ממנו ההשתמשות במקום. ורק למ״ד שמיה היזק הוא מדין גיריה דיליה].

ומה שהוכיח הראב״ן מלשון הגמ׳ (ב׳ ע״ב) דלא ידענא עידנא דעיילת דאיצטנע מינך. יש ליישב לפ״ד המרדכי, דהגמ׳ הא קאי למ״ד היזק ראיה לא שמי׳ היזק, וי״ל דבזה גופא פליגי הלשונות בגמ׳ לדעת המרדכי, ואה״נ ללישנא קמא דלאו שמיה היזק לא הוי כשאר המזיקין,

אלא רק תקנת חכמים שמחויב לעשות כותל. אבל ללישנא בתרא דשמיה היזק, הוי בכלל כל המזיקין דפרק לא יחפור, וחייב להרחיק שלא יזיק. [ועי׳ מש״נ בדברינו לעיל (סימן א׳) בגדר חיוב כותל בחצר השותפין, ואכמ״ל].

סימן ה

בדין היזק שאינו ניכר

א. **בתוס׳** חידשו שבכלאים הוי היזק ניכר כשרואה הגפנים בגפן, משא״כ במטמא טהרות דאע״פ שרואין השרץ על הטהרות מי יודע אם הוכשרו. והקשה החת״ס דגם בכלאים תלוי במחשבתו דניחא ליה, ואמאי הוי היזק ניכר. ובפרט דמשמע דבהכשר אפילו ידוע שבאו עליהם מים לא הוי היזק ניכר משום דאין ידוע הם נעשה לרצון, א״כ מאי שנא בכלאים.

נתבאר לחקור אם דין היזק שאינו ניכר תלוי אם ניכר שהזיקו או שצריך שיהיה ניכר ההיזק בהחפצא, הינו שהחפץ נשתנה מכמות שהיה. ולפ״ז לכאורה י״ל דבכלאים נשתנו הפירות שהם נמצאים בערבוב כלאים משא״כ במטמא. אבל מדברי תוס׳ מבואר דאינם מחלקין בזה.

ונתבאר דבקבלת טומאה כשלא הוכשר לרצון חסר בעצם המעשה של מטמא, שאין לו אפשרות לטמא אם לא הוכשרו מתחילה. וזה פחות מהצורם אוזן בכור של חבירו דפטור משום דכולהו שוורים לאו לגבי מזבח קיימי, וכיון שלא ידוע שהוא בכור חשיב היזק שאינו ניכר. משא״כ בכלאים שגם אי לא ניחא לי׳ יש כאן מעשה ערבוב של כלאים.

לפ״ז נתבאר ליישב קושית התו״ג אמאי במנסך לא חשיב היזק ניכר הרי בשעת הניסוך ניכר שמנסך, ומדברי תוס׳ מבואר שאזלינן בתר שעת ההיזק, ואם בשעת מעשה המטמא ניכר שנתן השרץ על הפירות חשיב היזק ניכר גם אם סילקו אח״כ. ולפמש״נ י״ל דגם במנסך כיון שכל האיסור הוא ע״י כונתו לנסך לעכזדה זרה, לא מיקרי שרואין כאן מעשה ניסוך.

אבל קשה מעושה מלאכה במי חטאת ובפרת חטאת דחשיב היזק שאינו ניכר אע״פ שבשעת מעשה ניכרת המלאכה בהם. והתם גם בלא הניחותא מיקרי מעשה איסור כמו בכלאים. ונתבאר לחלק ע״פ הר״ש דבכלאים אי״צ ניחותא בהערבוב עצמו אלא רק בגידולין, משא״כ במנסך ובעושה מלאכה שצריך ניחותא היא על עצם המעשה.

ב. **הטעם** שסברו תוס׳ שיתחייב על כל התרומה אף שבחולין לא נחשב שהזיק כי אם דבר מועט, שראויים לאוכלן בטומאה, נתבאר די״ל משום שבפירות חולין השיווי שנשאר לבעלים הוא מהדין שהבעלים מטפלין בנבילה, ואם הוא בגדר תשלומין, נחשב שהזיק הכל, אלא ששילם בפירות הטמאין, וא״כ כשטימא תרומה שאינה שווה כלום, מתחייב על כולה.

אופן ב׳ י״ל כיון שעצם ההיזק ניכר שיש שרץ על הפירות, אף שאינו ניכר אם הם חולין או תרומה, חשיב היזק ניכר ומתחייב על הכל. והראיה ממטיל מום בבהמת קדשים, שאע״פ שאינו ניכר שהיא קדושה מ״מ כיון שהמום ניכר בה חשיב

היזק ניכר. וצריך לחלק בין זה לעושה מלאכה בפרת חטאת שאע״פ שניכר שעושה בה מלאכה מ״מ המלאכה אינה היזק בעצמו אלא מצד הדין שהיא נפסלת.

נתבאר ששיטת הרמב״ן דלא כהתוס׳ אלא שצריך שיהא ההיזק ניכר בהחפצא אבל אם אין ניכר ההיזק, אף שהמעשה שעשה ניכר, הוי היזק שאינו ניכר. ולשיטתו החילוק בין כלאים לטומאה הוא כנ״ל דבכלאים הערבוב הוא עצם האיסור וניכר בהחפצא, משא״כ במטמא שהטומאה עצמה אינה ניכרת חשיב היזק שאינו ניכר. ולשיטתו ניחא במנסך ועושה מלאכה דהוי היזק שאינו ניכר, שלא ניכר בהם שהוזקו ע״ש.

א.

בגמ׳ (ב׳ ע״ב) נתיאש הימנה ולא גדרה ה״ז קידש וחייב באחריותה. ובתוס׳ (ד״ה וחייב) הקשו דהוי היזק שאינו ניכר ולא שמיה היזק כדאמר בגיטין (נ״ג ע״א). ותירצו דחשיב היזק ניכר, שהרי ניכר שהוא כלאים כשרואה הגפנים בשדה. ולא דמי למטמא טהרותיו של חבירו, שאע״פ שרואין השרץ על הטהרות לא חשיב היזק ניכר, דהתם מי יודע אם הוכשרו.

והחת״ס הקשה על תוס׳, דכמו שלגבי מטמא טהרותיו לא חשיב היזק ניכר משום דמי יודע אם הוכשרו, הכי נמי לגבי כלאים לא יהא היזק ניכר מהאי טעמא דמי יודע אם ניחא ליה בכלאים. ובפרט, דמשמע דמטמא הוי היזק שאינו ניכר בכל גונא, אפילו אם הפירות לחין עדיין, וניכר שבא עליהן משקה, משום שלא ידוע אם באו עליהן המשקין לרצון והוכשרו. ומאי שנא מחשבת רצון להכשר, ממחשבת ניחותא דכלאים.

ונראה דהנה יש לחקור אם הדין היזק ניכר היינו שצריך להיות ניכר שהזיק לו, או דלא סגי בזה אלא שחיוב ההיזק ניכר הוא דוקא כשנעשה חסרון בהחצפא, ואם לא כן חשיב רק גרמא, שגרם לו שאינו יכול לאוכלו. וגרע מהיזק דגרמי, דבגרמי גרם לו הפסד והיזק, אבל בזה רק מונע ממנו ההשתמשות בדבר.

ובפשטות ממה שכתבו תוס׳ דמי יודע אם הוכשרו, משמע דאם היה ידוע שהוכשרו הוי חשיב היזק ניכר אע״פ שמצד היזק החפצא אין הבדל אם ידוע שהוכשרו או לא. אכן מדברי הגמ׳ גיטין (נ״ג ע״ב) דתלי דין היזק שאינו ניכר בגזלן אם יכול לומר הרי שלך לפניך, בדין היזק שאינו ניכר אי הוי מזיק, מוכח דהשאלה בזה היא אי חשיב שינוי בחפצא או לא, דבגזלן אינו חייב עבור ההיזק, אלא כל הנידון אם יש שינוי בחפץ וקנאו בשינוי ואינו יכול לומר הרי שלך לפניך, או שנשאר אותו החפץ שגזל, ולא נשתנה, ויכול לומר הש״ל. וכן מבואר בתוס׳ גיטין שם (ד״ה גזלן) דאם היזק שאינו ניכר הוי היזק, א״כ חשיב שינוי וקנאם הגזלן בשינוי.

וכן מבואר ברש״י ב״ק (צ״ז ע״א ד״ה תרומה לא מינכר הזיקה) שביאר הטעם דתרומה שנטמאת חשיב היזק שאינו ניכר ויכול לומר הש״ל משום שלא נשתנה מראיתה משאר חיטין״, הרי דהדין היזק ניכר בהשבה תלוי אם נשתנה מראיתה או לא.

אלא שלפ״ז יש להקשות קושית תוס׳ דבכלאים לא נשתנה מראיתם משאר פירות, והו״ל היזק שאינו ניכר. ומאי שנא מתרומה טמאה.

ולכאורה י״ל הא דבתרומה טמאה הוי היזק שאינו ניכר הוא משום דהטומאה שהיא האוסרת את הפירות אינה ניכרת בהחפצא של הפירות. משא״כ בכלאים דהאיסור הוא מה שגדל בתערובות ונעשה חפצא של איסור, וזה ניכר בפירות. ואף שאין ניכר דהפירות אסורים, דדלמא לא ניחא ליה, מ״מ מחמת זה לא נעשה היזק שאינו ניכר, שזהו רק חסרון ידיעה, אבל החפצא של האיסור ניכר. ולא דמי למטמא דאין הטומאה האוסרת ניכרת כלל, כמש״נ.

אמנם מדברי תוס׳ שנתקשו דכלאים הוי היזק שאינו ניכר, ופירשו דההיזק ניכר משום שרואים הגפנים על התבואה, נראה שסוברים דהכל תלוי אם השינוי ניכר בצורת התבואה, ובתבואה אין ניכר שיש בהם איסור כלאים. ומשמע לכאורה שלתוס׳ היזק ניכר תלוי אם ההיזק עצמו ניכר. ולא תלוי בהחפצא הנאסר אם נשתנה.

ונראה שבאמת גם תוס׳ ס״ל שדין היזק ניכר תלוי בהחפצא, ואינו תלוי במעשה ההיזק אם הוא ניכר או לא. אלא דהתוס׳ סברי דבכלאים כשרואים כלאים בכרם נחשב שרואים איסור כלאים, דזהו איסור חפצא של כלאים. משא״כ בפירות שאין ידוע אם הוכשרו לא נחשב כלל שאנו רואים פירות טמאים.

ולפ״ז יש לתרץ קושית החת״ס, דאף שגם בכלאים האיסור תלוי בניחותא, מ״מ לא דמי למטמא, דבמטמא אם לא הוכשרו הפירות אין לפנינו כלל מעשה של מטמא. וזה כפי שמבואר בב״ק (צ״ח ע״א) דבצורם אוזן בכור פטור משום דכולהו שוורים לאו לגבי מזבח קיימי, וביארו תוס׳ שם (ד״ה הא קמ״ל) ובגיטין (נ״ג ע״א ד״ה בדיני אדם) דמחמת כן לא חשיב היזק ניכר. והביאור, דאע״פ שאנו רואים את מעשה הצרימה, מ״מ כיון שלא ידוע בשעת ההיזק אם הוא קדוש, לא ניכר שעשה מעשה היזק, ע״ש. ולפ״ז כל שכן בהכשר זרעים, דלא ניכר אם המים שבאו עליהם מתחילה היו לרצון, ולא ניכר שיש כלל האפשרות שיהיה בהם מעשה היזק בהנחת השרץ.

משא״כ בכלאים דודאי יש כאן ערבוב כלאים גם בלא הניחותא, ויש כאן חפצא של כלאים, והניחותא הוי רק תנאי בעלמא שאינו נאסר אלא אם ניחא ליה, ומשו״ה חשיב היזק ניכר גם אם לא ניכר שנתקיים תנאי זה. [ובפרט אם הדין ניחותא הוא רק כדי לקבוע שכך ישארו בערבוב ולא ישתנה המצב, דכיון שניחא ליה מתיאש מלגדור ואין המצב של כלאים עומד להשתנות. ואין זה דין בעצם איסור כלאים דבעינן הניחותא].

והנה בדברי תוס׳ יש שני חידושים, א׳ דאע״פ שבכלאים האיסור תלוי במחשבה, דבעינן שיהא ניחא ליה, מ״מ חשיב היזק ניכר, כיון שרואין הכלאים בשדה, וכנ״ל. ב׳ דאף שההיזק ניכר רק בשעת ההיזק ולא אח״כ, נמי חשיב היזק ניכר. כפי שהוקשה להם דבמטמא טהרותיו של חבירו נמי יחשב היזק ניכר, אף אם נסתלק השרץ מהם [אלא דתירצו דאין ידוע אם הוכשרו].

ובתורת גיטין (גיטין נ״ג ע״א) תמה דלפ״ז אמאי מנסך חשיב היזק שאינו ניכר כדאמר בגיטין (שם) ובב״ק (ה׳ ע״א). הרי בשעת הניסוך עצמו רואין מעשה הניסוך.

ונראה דבמנסך נמי כיון שתלוי בכוונתו לנסך לעבודה זרה, הו״ל כמו מטמא שביארו תוס׳ דאינו היזק ניכר, דאין ידוע אם הוכשרו, והכי נמי בעבודה זרה אם אינו מכוין לע״ז אין כאן מעשה ניסוך כלל, א״כ כשלא ניכרת כונתו אין כאן היזק ניכר של ניסוך. ולא דמי לכלאים דיש כאן מעשה כלאים גם בלי הניחותא, והניחותא הוא תנאי בעלמא לאסור הכלאים, ואע״פ שלא רואים הניחותא חשיב היזק ניכר, וכמש״נ.

אמנם יש להקשות על זה מהעושה מלאכה במי חטאת ובפרת חטאת, דמבואר בגיטין (שם) ובב״ק (צ״ח ע״ב) דחשיב היזק שאינו ניכר. והרי בשעת מלאכה ניכר שעושה בה מלאכה, וגם הכל יודעים דפרה דמיה יקרים והוא מזיקו כשפוסלה, והו״ל היזק ניכר. ואי משום דבעינן ניחותא, הא בזה דמי לכלאים דבעינן בהו ניחותא, ואעפ״כ חשיב היזק ניכר כיון דהניחותא הוא רק תנאי באיסור כנ״ל. ואי נימא דבכלאים מיקרי דהניחותא ניכרת ממעשיו, שאינו גודר המחיצה שנפרצה, הרי כל שכן שבפרה ניכרת הניחותא, שעושה בה מלאכה בידים.

ולכאורה יש מקום לחלק בין הניחותא דכלאים, לבין הניחותא דמנסך ודמלאכה בפרה. דבמנסך ובמלאכה צריך שיהא לו ניחותא בחיובא, היינו שרוצה את המלאכה, וכן רוצה לנסך לע״ז. משא״כ בכלאים כל שאינו רוצה לטרוח לסלק הכלאים, חשיב ניחא ליה ונאסר, אף שאין מצידו רצון בחיובא לקיימן. ולכן בכלאים חשיב היזק ניכר, דהעירוב בסתמא הוא האיסור, ולא חסר כלום באיסור הכלאים, אלא להיפך, דאם אינו רוצה בכלאים, ורוצה לסלקן, אז חל הדין דאינם נאסרין. משא״כ במנסך ובמלאכה דבעינן רצון שלו בחיובא, כיון שאין מחשבתו ניכרת, הו״ל היזק שאינו ניכר.

אלא שצ״ע מהיכ״ת חילוק זה, הרי גם בכלאים ילפינן מקרא דבעינן ניחותא, כמש״כ תוס׳ (ד״ה נתייאש) מדכתיב לא תזרע כרמך כלאים, דומיא דזריעה דניחא ליה. ואדרבה בפרה לא בעינן כ״כ רצון שלו כמו בכלאים, כדחזינן דבפרה אפילו כשאינו יודע מהמלאכה, היכא דאילו ידע הוי ניחא ליה, נפסלה, כמבואר בפסחים (כ״ו ע״ב) [ואע״ג דבודאי לא ניחא ליה להפסיד פרתו, לא מיקרי שאינו רוצה מחמת זה כמש״כ תוס׳ שם (ד״ה עלה)]. ואילו בכלאים אף אם היה יודע הי׳ ניחא ליה, לא מיקרי דניחא ליה עד שיוודע לו מהכלאים.

ואפשר לחלק באופ״א לפי המבואר בר״ש (כלאים פ״ב מ״ה) דבכלאים סגי בניחותא בעצם הגידולין, ואין צריך ניחותא במעשה האיסור עצמו דהיינו בערבוב הכלאים. וא״כ כשרואין הערבוב מיקרי שפיר שרואין מעשה היזק, דהניחותא היא בדבר צדדי. משא״כ במלאכה ובמנסך בעינן שיהיה ניחא ליה בהמלאכה עצמה ובניסוך לע״ז, ולכן לא חשיב היזק ניכר כשאין היכר לניחותא שלו, ודו״ק.

ב.

עוד יש להעיר בקושית תוס׳ דבמטמא הוי היזק ניכר, שרואים את השרץ על הפירות. דלכאורה אמאי מתחייב על הפסד התרומה שטימאה ואינה שוה כלום, הא אינו ניכר שהיא של תרומה. [ודמי

לצורם אוזן בכור, דכיון דכולהו שורים לאו למזבח קיימי לא חשיב היזק ניכר כנ״ל]. ואף שבמטמא חולין יש ג״כ היזק קצת, דחולין טמאין שוין פחות מטהורין, מ״מ איך יתחייב על כל ההיזק כשמטמא תרומה.

וצ״ל דהואיל וגם בחולין הוי היזק קצת, ממילא יש כאן קצת היזק ניכר, ומחמת זה מתחייב על הכל. ולכאורה תלוי בגדר הדין שהבעלים מטפלין בנבילה, די״ל שהוא בגדר תשלומין. וא״כ בחולין מה שפטור מלשלם על הכל, הוא מדין תשלומין, שהיין הטמא שנשאר לבעלים, נחשב כמו ששילם בו את הנזק. וא״כ בתרומה כיון שאינו מחזיר כלום, מתחייב לשלם על הכל. [ואע״פ שתרומה ונטמאית אומר לו הגזלן הרי שלך לפניך, התם משום דלא הוי שינוי לקנות הגזילה, אבל לגבי מזיק נקרא שהזיק לו הכל, ומה שנשאר אצלו הוא מדין תשלומין].

אולם נראה שאי״צ לזה, ויש לתרץ בפשיטות יותר, דכיון שהשינוי ניכר, שרואים שנטמא מהשרץ שמונח על הפירות, אף שההפסד אינו ניכר, דלא רואים אם זה חולין או תרומה, חשיב היזק ניכר, דניכר השינוי שנעשה בהפירות, שנטמאו.

והראיה לזה ממטיל מום בבהמה קדושה, דמבואר בתוס׳ ב״ק (צ״ח ע״א ד״ה הצורם) דחשיב היזק ניכר, כיון דודאי לגבי מזבח קיימא. הרי שאע״פ שלא ניכר שהיא קרבן, כיון שרואים השינוי בבהמה, שיש בה מום, הוי היזק ניכר. והכי נמי בשרץ הקשו תוס׳ שפיר דיחשב היזק ניכר מחמת כן. [ותירצו דלא ידוע אם הוכשרו, והיינו דהמחשבה אינה ניכרת, ולכן אע״פ שמחשבתו ידועה לכל, לא חשיב היזק ניכר, וכמו במנסך].

אלא שא״כ צ״ע בצורם פרתו של חבירו, אמאי פטור, הא הצרימה ניכרת, ואע״פ שאינה קדושה, מ״מ ידוע דודאי עומדת להיות פרת חטאת דדמיה יקרים, ובפרת חטאת צרימה פוסלת. וצ״ל דהיזק שהוא רק מחמת דין, לא חשיב היזק ניכר, אפילו ניכר המעשה בגוף הדבר. ודוקא בבהמה קדושה שע״י המעשה נעשית אינה ראויה לתשמישה מיקרי היזק ניכר, אע״פ שאינו שינוי הניכר. אבל בבהמת חולין הואיל וראויה לשאר תשמישין חשיב היזק שאינו ניכר מה שהמעשה שלו פוסלה מחמת הדין, ודו״ק.

[ובמוציא קדשים קלים חוץ לחומה או מע״ש חוץ לירושלים, נראה דלא חשיב היזק ניכר, הואיל ולא ידוע שהוא קרבן ומע״ש, והוי כמו מטמא שלא ידוע שהוכשרו. והכא נמי, מכיון שהוצאה אינה פוסלת רק בקדשים, אין ההוצאה נקראית כלל מעשה ניכר].

והנה כל זה הוא לפי שיטת תוס׳, דסבירא להו דאם ניכר ההיזק בשעת מעשה, אף שבחפצא שהוזק אין שום היכר, חשיב היזק ניכר. אבל הרמב״ן בקונטרס דינא דגרמי כתב וז״ל ״הוי יודע שר״מ סבור שהגורם היזק אע״פ שלא עשה מעשה בידים חייב והיינו דינא דגרמי, אבל מי שלא גרם היזק לא חייב ר״מ, ולפיכך המטמא והמדמע והמנסך וכל היזק שאינו ניכר פטור מן הדין וכו׳. אבל במחיצת הכרם שנפרצה הרי יש [היזק] מחמת יאושו, שהוא הגורם ערבוב, שהוא מבטל השורה ואוסר תבואתו של זה. והיזק ניכר

הוא, שמאחר שנתיאש הערבוב אוסרו, ואיסור ניכר לכל.

ואע״פ שאתה יכול לעקור הגפנים ולא יהא האיסור ניכר שם, שינוי החוזר לבריתו בכגון זו שינוי הוא, והרי עושה בו מעשה ניכר בגרמתו של זה

ולא דמי למטמא דאגע בהו שרץ, שהערבוב [כלאים] שינוי הוא עד שאתה מחזירו לברייתו״, עכ״ל.

ומבוארת דעת הרמב״ן דלא הוי היזק ניכר אלא אם כן ניכר שינוי בהחפצא שהוזק. וסובר הרמב״ן דבכלאים מיקרי שההיזק ניכר בחפצא, משום שהאיסור הוא עצם הערבוב14והנה לפ״ד הרמב״ן בכלאים חשיב היזק ניכר משום דהערבוב הוא האיסור, אבל הוי גרמי משום שיאושו גורם האיסור ומבלי היאוש אין איסור. ואילו במפגל הוי איפכא, דנקרא מזיק משום שהמעשה שחיטה הוא האוסר, אבל הוי היזק שאינו ניכר כי אין מכירים בשחיטה שנעשית במחשבת פיגול.. אבל אם אין היכר היזק בחפצא, אף שהמעשה שעשה ניכר בחפצא, לא מיקרי היזק ניכר. ובטומאה, נגיעת השרץ אינה החפצא של טומאה, אלא שיש כאן טומאה, שהתרומה טמאה, וזה דבר שאינו ניכר.

ולפי הרמב״ן ליתא לסברת התוס׳ שכתבו דלא הוי היזק ניכר משום שאינו ידוע אם הוכשרו, דהרמב״ן סובר דמכיון שהחפצא של הטומאה הוא דבר הניכר, [מחמת השרץ שעל האוכלין], א״כ מאחר שכבר הוכשרו, מיקרי היזק ניכר, ולא מגרע מה שאינו ידוע אם הוכשרו. ורק משום טעמיה דהרמב״ן דהטומאה עצמה אינה ניכרת חשיב ליה היזק שאינו ניכר, וק״ל.

ולפ״ז יסבור הרמב״ן שגם המטיל מום בבהמת קדשים של חבירו, כיון דסתם שוורים לאו לגבי מזבח קיימי, לא מיקרי היזק הניכר, דאף שהמום שהטיל ניכר בו, כיון שאין היכר שהיא של קדשים, לא ניכר שיש ׳היזק׳ בהבהמה על ידי מום זה.

ולפי שיטת הרמב״ן מובן שפיר ההבדל בין כלאים למנסך ולעושה מלאכה, דבמנסך אין ניכר שום היזק בהיין. וכן העושה מלאכה בפרת חטאת ובמי חטאת, לא ניכר שום היזק בהחפצא, ולהכי חשיב היזק שאינו ניכר.

סימן ו

בדין מחיצת הכרם שנפרצה

א. **הרמב"ם** פסק הדין דמחיצת הכרם שנפרצה והתרו בו שיגדור ולא גדר נאסרה בהנאה, ולא כתב שחייב בעל הכרם באחריותה, ומזה הבין הרדב"ז דהרמב"ם איירי בששניהם שלו, גם הכרם וגם התבואה ואעפ"כ אינו נאסר אלא בהתראה שאל"כ לא מיקרי דניחא ליה.

והנה יש ראשונים שפירשו דין ההתראה בכלאים של שנים כדי שיתחייב באחריות התבואה משום דינא דגרמי. ויש שפירשו כדי שתאסר בהנאה משום ניחותא, אבל דוקא בכלאים של שנים שסבור שאינו חייב לגדור לבדו. ונראה שבודאי גם הרמב"ם איירי בכלאים של שנים, דבכלאים שלו אפילו ראה זרע שנפל לכרמו מן השמים ורצה בקיומו נאסר, ועל כרחך אי"צ התראה אלא בכלאים של שנים, וכפירוש שאר הראשונים שמחמת ההתראה נאסרים הכלאים.

אלא שיש להקשות שבכלאים של שנים לכאורה לשיטת הרמב"ם לא יאסר כלל שהרי פסק במסכך גפנו ע"ג תבואתו של חבירו שאין אדם אוסר דבר שאינו שלו ודוקא הכרם נאסר ולא התבואה. ואף שבדברי הרמב"ם הי' אפשר לפרש דבאמת רק הכרם נאסר ע"י הניחותא שלו. אבל מדברי הרדב"ז הנ"ל מבואר דהיכא שהכלאים של שניהם גם התבואה תאסר ויתחייב באחריותה, וזה צ"ע לפי שיטת הרמב"ם כנ"ל.

ב. **הרמב"ם** פסק בהיתה שדה של חבירו זרועה חיטים מותר לסמוך לה בשדה שלו שעורין, ולא עוד אלא אפילו היתה שדה שלו זרועה חיטים יכול לסמוך לה שעורין כשממשיך השעורין עד שדה שעורין של חבירו, שנראין השעורין כסוף שדה חבירו. והראב"ד הקשה עליו דמשמע מהמשנה ומהירושלמי דדוקא לפי ר"ש דס"ל אין אדם אוסר דבר שאינו שלו בכלאי הכרם, אמרינן דאין אדם חובש דבר שאינו שלו בכלאי זרעים, [ומותר לסמוך לכתחילה], אבל לרבנן אסור. וצ"ע מה מקשה הראב"ד, הרי באמת הרמב"ם פסק כר"ש דהמסכך גפנו ע"ג תבואתו של חבירו לא נאסרה התבואה דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו, ולשיטתו פסק שמותר לסמוך לכתחילה.

כמו"כ צ"ע מש"כ הרדב"ז שם ליישב דעת הרמב"ם דבכלאי הכרם שיש בהם איסור הנאה גם הרמב"ם יסבור שהרי זה קידש וחייב באחריותו, שאדם אוסר דבר שאינו שלו, ודוקא בכלאי זרעים פסק שמותר לסמוך לכתחילה לשל חבירו. וצ"ע שמפורש ברמב"ם במסכך גפנו של חבירו שאינו אוסר כנ"ל.

והנה הראב"ד מסיים דהיכא שזרע השעורין בהיתר כדאיירי הרמב"ם בסוף ההלכה שנראין כשדה חבירו, מותר לסמוך לכתחילה. וצ"ע מהי כונת הראב"ד דזה מותר משום שזרע בהיתר ונראין

כשדה חבירו, הרי לשיטת הראב״ד אפילו לסמוך לשל חבירו אסור. כל שכן כשרק נראין כשדה חבירו.

ג. **נתבאר** שנחלקו הראשונים בסומך כלאים לשל חבירו למ״ד אין אדם אוסר דבר שאינו שלו בכלאים, אם גם שלו לא נאסר כמו שכתבו תוס׳, ולשיטתם נתחדש בקרא דלא תזרע כרמך שאין איסור כלאים נוהג אלא בשלו, או שרק של חבירו אינו נאסר, אבל שלו נאסר כמו שפסק הרמב״ם שהילפותא בזה מחדשת רק שבכלאים אפילו ע״י מעשה אין אדם אוסר דבר שאינו שלו, אבל עצם איסור כלאים נוהג גם בשל חבירו.

נתבאר לתלות זאת במחלוקת ר״ש ור׳ יוסי, דר״ש ור׳ יוסי תרוייהו סברי בכלאי הכרם שאין אדם אוסר דבר שאינו שלו, ונחלקו בכלאי זרעים אם מותר לסמוך לשל חבירו, דמפרש הירושלמי דלר״ש כשם שאין אדם אוסר דבר שאינו שלו בכלאי הכרם, כך אין אדם חובש בכלאי זרעים, היינו שאינו יכול לחייב את חבירו בהרחקה, ולשיטתו אין בזה כלאים כלל. משא״כ לר׳ יוסי הדין הוא רק שאינו אוסר של חבירו בהנאה, אבל חיוב הרחקה בכלאי זרעים יש, דלר׳ יוסי איסור כלאים נוהג גם בשל חבירו, וכצד ב׳ הנ״ל. ולפ״ז יש לפרש השגת הראב״ד שאף שלפי הרמב״ם אין כלאים של חבירו נאסרים בהנאה, מ״מ לסמוך לכתחילה מותר דוקא לפי ר״ש, אבל הרמב״ם שפסק ששלו נאסרים, משמע שסובר כדעת ר׳ יוסי שאיסור כלאים נוהג גם בשל חבירו, ואסור לסמוך לכתחילה.

ד. **אלא** שעדיין צריך ליישב המשך דברי הראב״ד שכשסומך שעורין לחיטין שלו ונראין כשדה חבירו מותר. ונתבאר דבאמת הראב״ד סובר שגם לפי ר״ש הדין רק שבדיעבד כשחבירו סמך לו אינו מחויב להרחיק, דאין אדם חובש של חבירו, לחייב אותו להרחיק, [ולא כרבנן דסברי שאדם חובש של חבירו ומחייבו בהרחקה], אבל לו אסור לסמוך לכתחילה לשל חבירו, דבאמת איסור כלאים נוהג גם בשל חבירו. אבל כשכבר זרע בסמוך לשדה חבירו אין חיוב הרחקה. והנה מדאורייתא אין איסור אלא כשזורע שני המינים יחד, ורק רבנן אסרו בכל גוונא מפני מראית העין, והיכא דליכא מראית עין מותר. ומה״ט מותר גם לזרוע שעורין בסמוך לחיטין שלו כשנראין כשדה חבירו, דכל שאין מראית העין לא אסרו חכמים. ונתבאר עפ״ז כונת הירושלמי במקו״א.

ה. **נתבאר** בדעת הרמב״ם שכל הדין ׳שדך׳ ו׳כרמך׳ שמלמד שאין איסור כלאים נוהג בשל חבירו , שייך דוקא לגבי האיסור זריעה שנאמר בכלאי הכרם ובכלאי זרעים, אבל לגבי האיסור הנאה אם חבירו ראה הכלאים וניחא לי׳ בקיומן נאסרו מצד מקיים כלאים, ובזה אינו נקרא שאוסר דבר שאינו שלו שהרי הבעלים עצמם ניח״ל בקיומן. ומש״כ הרמב״ם שהמסכך גפנו ע״ג תבואת חבירו לא נאסרה התבואה זה דוקא כל זמן שלא נתרצה חבירו בקיומן. אבל משראה והניחם שם נאסרו, ולכן כתב הרדב״ז בדעת הרמב״ם שבנפרצה מחיצת הכרם נאסרה התבואה משום דלא גרע ממקיים, ובעל הכרם שגרם להאיסור ע״י שלא גדר מתחייב על התבואה מדינא דגרמי, אע״פ

שהאיסור נעשה ע״י הניחותא דבעל התבואה, ודו״ק.

א.

בגמ׳ (ב׳ ע״א) מחיצת הכרם שנפרצה אומר לו גדור, חזרה ונפרצה אומר לו גדור, נתיאש הימנה ולא גדרה הרי זה קידש וחייב באחריותה. וברמב״ם (פ״ז מכלאים הי״ז) פסק וז״ל ״מחיצת הכרם שנפרצה אומרים לו גדור, גדרה ונפרצה אומרים לו גדור, נתיאש הימנה ולא גדרה הרי זה קידש״. והשמיט הרמב״ם סיפא דברייתא ׳וחייב באחריותה׳, שמתחייב בעל הכרם על התבואה של חבירו שנאסרה על ידו.

ומזה למד הרדב״ז (שם) לפרש דהרמב״ם איירי באופן שגם הכרם וגם התבואה שניהם שלו. [ולכן כתב הרמב״ם ׳אומרים לו גדור׳ ולא כלשון הברייתא ׳אומר לו גדור׳ דהברייתא מדברת באופן שהתבואה של חבירו, והוא אומר לו גדור, כדי שלא תאסר תבואתי, אבל ברמב״ם מדובר שגם התבואה שלו]. והדין דאומרים לו גדור לפי הרמב״ם הוא דין בהלכות כלאים, שאין כלאי הכרם נאסרים בהנאה אלא אם כן התרו בו והניח לקיימם, דגילה דעתו דניחא ליה, אבל בלא״ה לא יאסרו באיסור הנאה דכלאים.

אמנם יש להוכיח שגם הרמב״ם איירי בכלאים של שנים, וכפירוש שאר הראשונים בסוגיא, דהנה בהא דאומרים לו גדור מצינו שתי שיטות בראשונים. א׳, שיטת תוס׳ (ד״ה אומר לו) בשם ר״י, שההתראה שאומר לו גדור, היא כדי לחייבו באחריות תשלומין על התבואה שנאסרת על ידי שמניח ואינו גודר. וכן מפרש בעליות דרבינו יונה כאן. וכן מבואר בשיטת התוס׳ רי״ד גיטין (נ״ד ע״א) שהוכיח מכאן שחיוב גרמי הוא דוקא כשיודע ומתכוין, דע״י שאומר לו גדור הוא יודע שמזיק וחייב באחריותו. ב׳, שיטת הרמב״ן כאן, ועוד ראשונים, שאומר לו גדור הוא מצד האיסור כלאים, שמאחר והכלאים של שנים, סבור בעל הכרם שעל שניהם לבנות את הגדר, [כפי שסוברים באמת חלק מהראשונים שהוא חיוב של שניהם לבנות המחיצה למנוע הכלאים], וסבור שאינו מחויב לבנות את המחיצה אלא כשגם חבירו יתרצה לבנות עמו, ולכן לא מיקרי ש׳נתיאש הימנה ולא גדרה׳ לאוסרה בהנאה אלא כשמתרים בו ואומרים לו שהוא חייב לגדור בעצמו כדי להמנע מאיסור כלאים, ואינו גודר[15] ולכאורה צ״ע כיון דבלא ניחותא שלו אין הכלאים נאסרים, א״כ אדרבה לא נתרה בו ולא יהא כאן איסור כלאים בשל חבירו. אמנם נראה שגם בלא הניחותא שלו יש איסור של מקיים כלאים כשיש בכרמו כלאים של חבירו, וכל הדין ניחותא היא לענין האיסור הנאה דכלאים. וכן מפורש בלשון הרמב״ן דמתרים בו מכיון שיש כאן איסור בדבר מחמת כלאים, שהערבוב יבטל השורה. הרי דיש כאן איסור מקיים כלאים גם כשאינו יודע ואינו נאסר בהנאה. וכן מוכח במכות (כ״א ע״ב) דתנן יש חורש תלם אחד וחייב עליו משום ח׳ לאוין, החורש וכו׳ וכלאים בכרם ובשביעית. ובגמ׳ (שם) מוקי לה כר״ע שלוקה משום מקיים כלאים. הרי

דאע״פ שאין הפירות נאסרין לר״ע, כדאמר בירושלמי (כלאים פ״ז ה״ה) מעשה באחד שזרע את כרמו בשביעית [שהיא הפקר] ואמר ר״ע אין אדם אוסר דבר שאינו שלו. ואעפ״כ קאמר בגמ׳ מכות דעובר לר״ע משום מקיים כלאים, ודו״ק..

והנה הרמב״ם מפרש כפירוש זה דההתראה היא כלפי האיסור של הכלאים בהנאה, שהרי כתב הדין שמתרים בו ואומרים לו גדור, אע״פ שלא הזכיר כלל החיוב אחריות, ובודאי מפרש שההתראה היא לענין שיאסר בהנאה, שנאסרים הכלאים בהנאה דוקא כשאומרים לו לגדור. והנה דין זה שהכלאים אינן נאסרין אלא כשהתרו בו הוא ודאי דוקא בכלאים של שניהם, [שלפיכך כשלא התרו בו לא מיקרי שנתיאש הימנה, שהמתין עד שיגדור חבירו עמו כמש״נ], אבל אם התבואה והכרם שניהם שלו, ודאי לדעת הרמב״ם יאסרו בהנאה כשראה הכלאים והניחם מדעת, אפילו כשלא התרו בו, שהרי הרמב״ם (פ״ה מכלאים ה״ח) כתב דאפילו ראה בכרמו כלאים שצמחו מעצמם והניחם, הרי זה קידש. כל שכן באופן זה שנפרצה הגדר בכלאים שהם שלו, שלא גרע מראה שנפל זרע מן השמים לכרמו וצמח, דמיום שראה הכלאים בכרמו והניחם עבר משום מקיים כלאים, ונאסרו, ואין צריך להתרות בו ולומר לו גדור כדי שיאסר. ועל כרחך דהרמב״ם איירי בתבואה של חבירו, ומפרש דין זה דאומרים לו גדור כשאר כל הראשונים, דאיירי בכלאים של שנים, שאומרים לו גדור מפני שהם של חבירו. ולא כרדב״ז שמפרש שהרמב״ם איירי בכלאים של אחד, ואעפ״כ צריך להתרותו כדי שתאסר תבואתו. וא״כ קשה קושית הרדב״ז למה לא כתב הרמב״ם שחיב באחריותו.

והנה יש להקשות מדברי הרמב״ם (פ״ה מכלאים ה״ח) שכתב וז״ל ואין אדם מקדש [אוסר בהנאה] דבר שאינו שלו, לפיכך המסכך גפנו על גבי תבואתו של חבירו קדש גפנו ולא נתקדשה התבואה, סכך גפן חבירו על תבואתו קדש תבואתו ולא קדש גפן חבירו. והוא כדעת רבי יוסי ורבי שמעון (כלאים פ״ז מ״ד ומ״ה) שהמסכך גפנו על גבי תבואתו של חבירו, לא קידש, דאין אדם אוסר בכלאים דבר שאינו שלו, [אפילו דבעלמא ע״י מעשה אדם אוסר דבר שאינו שלו, בכלאים שאני, כמש״כ הרדב״ז עצמו בדברי הרמב״ם כאן, וכדלקמן], ודלא כת״ק שם דקידש וחייב באחריותו.

ולפ״ז צ״ע איך פסק הרמב״ם להלכה כלל הך דינא דמחיצת הכרם שנפרצה הרי זה קידש ונאסר בהנאה, הא איירי בכלאים של חבירו כנ״ל, וא״כ לפי מאי דקיי״ל כר״י ור״ש, אינו אוסר את של חבירו כלל. והברייתא דמחיצת הכרם שנפרצה, קיימא כדעת ת״ק דאדם אוסר דבר שאינו שלו, כמפורש בתוס׳ ב״ק (ק׳ ע״א ד״ה מחיצת), אבל לר׳ יוסי ור״ש לא יקדשו הכלאים של חבירו. והרמב״ם סתר דבריו בזה.

ואם כי בדברי הרמב״ם עצמו היה אפשר לפרש דאה״נ רק הגפן שהיא שלו קדשה, ולא תבואת חבירו, וכפי שפסק הרמב״ם במסכך גפנו ע״ג תבואתו של

חבירו, דרק התבואה של חבירו לא קדשה, אבל הגפן שלו קדש כנ״ל. [ולא כתוס׳ יבמות (פ״ג ע״א ד״ה רבי יוסי) שכתבו דלר׳ יוסי דאין אדם אוסר בכלאים דבר שאינו שלו, אפילו הזרעים שלו מותרים כדלהלן]. מ״מ הקושיא תעמוד על הרדב״ז הנ״ל, שפירש דברי הרמב״ם בכלאים שלו, רק מכח זה שהרמב״ם לא הזכיר הך מילתא דחייב באחריותו, ומשמע דבכלאים של חבירו יסבור גם הרמב״ם שחייב באחריותו, וקשה דהרי הרמב״ם פסק כר״י ור״ש שאינו מקדש כלאים שאינו שלו, ולא שייך כלל שיפסוק דבמחיצת הכרם שנפרצה נאסרו הכלאים של חבירו על ידו ונתחייב באחריותן כנ״ל, וצ״ע. [ולהלן (אות ה׳) יישבנו דבריו].

ב.

והנה הרמב״ם (פ״ג מכלאים הט״ז) פסק גבי כלאי זרעים בשדה, שאם היתה שדהו זרועה חיטים, מותר לחבירו לזרוע בצדה שעורים, שנאמר שדך לא תזרע, אין האיסור אלא שיזרע שדהו כלאים ולא הארץ. ולא עוד אלא אפילו זרע בתוך שדהו שעורים סמוך לחיטים שלו, אבל משך זרע השעורים עד שסמכו לשדה חבירו שהיא זרועה גם כן שעורים, מותר, מפני שנראין השעורים שבתוך שדהו שהן סוף שדה חבירו.

והראב״ד השיגו על תחילת דבריו שהתיר לסמוך מין אחר לשל חבירו, וז״ל ״לי נראה מן הגמרא (ירושלמי כלאים פ״ב ה״ה) ומן המשנה (כלאים פ״ב מ״ז) שאינו מותר לעשות כך לכתחילה אלא לדעת רבי שמעון דאמר אין אדם מקדיש דבר שאינו שלו בכרם, וכן אין אדם חובש דבר שאינו שלו בזרעים, אבל לרבנן אינו רשאי לחבוש. אבל מותר להמשיך וכו׳ , עכ״ל.

וכונת הראב״ד להמשנה בכלאים שם שנינו שר״ש מתיר לסמוך לשדה חבירו בין זרע פשתן בין כל המינין, אבל לת״ק אין היתר אלא זרע פשתן. ומביא עוד שכן מפורש בירושלמי (פ״ב ה״ה) שר״ש שמתיר בכלאי זרעים לסמוך לשל חבירו, לשיטתו קאי דס״ל בכלאי הכרם דבמסכת גפנו על תבואתו של חבירו לא קידש, משום דאין אדם מקדיש [אוסר] דבר שאינו שלו בכרם. משום הכי ס״ל גם בכלאי זרעים [שאין בהם איסור הנאה אלא רק איסור לזורעם יחד], דאין אדם חובש דבר שאינו שלו, כלומר שאינו נחשב כלאים בשל חבירו, ומותר לסמוך זל״ז, אבל לרבנן אינו רשאי לסמוך.

וקושית הראב״ד צ״ע טובא, כפי שעמד גם הר״י קורקוס בפירושו שם, שאה״נ הרמב״ם לשיטתו קאי שפסק להלכה (פ״ה מכלאים ה״ח) בכלאי הכרם כר״ש שאין אדם אוסר דבר שאינו שלו, והמסכת גפנו ע״ג תבואתו של חבירו לא קדש התבואה כנ״ל, ולפי שיטתו פסק שפיר שגם בכלאי זרעים מותר לסמוך לכתחילה לשל חבירו, ומהו שמקשה עליו הראב״ד מדעת ת״ק שאוסר. וכן הקשה הגרע״א בגלהש״ס בירושלמי (פ״ב סוף ה״ה) על הראב״ד, וצ״ע.

כמו כן צ״ע דברי הרדב״ז שם, שכתב ליישב קושית הראב״ד ממה שמפורש בירושלמי דדוקא לרבי שמעון מותר לכתחילה לסמוך חיטים לשעורים

של חבירו, ולא לרבנן. וביאר דלדעת הרמב״ם שאני כלאי הכרם דנאסרים בהנאה ואדם אוסר דבר של חבירו ע״י מעשה, משו״ה אסור לסכך גפנו על תבואתו של חבירו, משא״כ כלאי זרעים שאינם נאסרים בהנאה, ויש בהם רק איסור לקרב הזרעים זל״ז, מותר לסמוך לכתחילה לשל חבירו גם לפי רבנן, ע״ש סברתו. ומסיים דבריו ״ומ״מ למדנו שהזורע כלאים בכרם חבירו מקדש, וקיי״ל כת״ק קידש וחייב באחריותו, [אבל כלאי זרעים אינו כן שאינם נאסרים ולפיכך מותר לסמוך לשדה חבירו]״.

ומלבד שצ״ע עיקר סברת הרדב״ז, גם יש לתמוה מאוד על עיקר דבריו, שכתב שלפי הרמב״ם הרי זה קידש וחייב באחריותו, [והוא כשיטתו הנ״ל בהלכה דמחיצת הכרם שנפרצה שבכלאים של שנים יסבור הרמב״ם שחייב באחריותו], והרי מפורש ברמב״ם (פ״ה מכלאים ה״ח) להדיא שהלכה כר״ש בכלאי הכרם, שהמסכך גפנו על גבי תבואתו של חבירו לא נתקדשה התבואה [של חבירו], וכן אם סיכך גפן חבירו על תבואתו, לא קדש גפן חבירו, משום דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו כנ״ל, והוא פלא. [ולהלן (סוף אות ה׳) יישבנו הדברים].

והנה צריך לבאר סוף דברי הראב״ד בהשגתו הנ״ל שכתב ״אבל לרבנן אינו רשאי לחבוש. אבל מותר להמשיך בשדות זרועות כמו שמפורש [ברמב״ם] בסוף [הלכה זו]. וכן המשנה בשדות זרועות היא שנויה ובהמשכה, כשבתחילה בהיתר נזרעו ולבסוף נראים כסוף שדה״. היינו שהראב״ד מודה באופן שמפורש ברמב״ם בסוף ההלכה, שמותר להמשיך מין אחר בשדה שלו, כשנראה המין השני כסוף שדה של חבירו, כשבתחילה בהיתר נזרעו. וצ״ב דאי הראב״ד סובר דקיי״ל כת״ק דאדם אוסר בכלאים דבר שאינו שלו, מה הוא האופן שנזרעו מתחילה בהיתר, ואיך מותר לסמוך חיטים ושעורין שלו כשנראים השעורים סוף שדה חבירו, הרי לדעתו אפילו לסמוך חיטים לשעורין של חבירו אסור, כרבנן, כל שכן שיאסר לזרוע שתי מינים שלו, ולא יועיל שמין אחד נראה כשדה חבירו, וצ״ע.

[ויעוין בכס״מ על אתר, שכתב ביישוב דעת הרמב״ם, שגם הרמב״ם לא התיר לסמוך לכתחילה אלא באופן שמפרש הראב״ד, שמתחילה נזרעו שני השדות בהיתר [רחוקים זמ״ז], ואח״כ בתוך שדהו הזרועה חיטים זרע שעורים והמשיכם עד שדה חבירו הזרועה שעורים. והדברים אינן מובנים כלל, הרי לשיטת הרמב״ם מותר לזרוע לכתחילה כל אחד בשדה שלו זה חיטים וזה שעורים גם סמוך זה לזה, כפי שמפורש בדברי הרמב״ם בתחילת ההלכה, א״כ לעולם זריעתם בהיתר, ומה בא הכס״מ לאפוקי שיהא אסור גם לפי דעת הרמב״ם, וכיצד מיישב השגת הראב״ד שאסור לסמוך לכתחילה לשל חבירו, וצ״ע].

ג.

והנה נחלקו הראשונים למאן דאמר אין אדם מקדש [אוסר] דבר שאינו שלו בכלאים, אי המין שלו נאסר או לא. הרמב״ם (פ״ה מכלאים ה״ח) פסק שהמסכך גפנו על תבואתו של חבירו, או להיפך, דוקא התבואה או הכרם של חבירו

אינו נאסר, משום דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו, אבל המין של עצמו נאסר, כנ״ל. אמנם תוס׳ יבמות (פ״ג ע״א ד״ה רבי יוסי) נחלקו על זה, וכתבו דלר׳ יוסי דאין אדם אוסר בכלאים דבר שאינו שלו, אפילו הזרעים של עצמו מותרים, ״דכיון דמן התורה אין אדם אוסר בכלאים דבר שאינו שלו, אין כאן כלאים והכל מותר״.

והנה נידון זה אי לר״ש ור׳ יוסי דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו נאסר או לא, תלוי לכאורה בטעמא דהאי דינא דאינו אוסר בכלאים דבר שאינו שלו, שהראשונים נתקשו בזה דהלא קיי״ל שע״י מעשה אדם אוסר דבר שאינו שלו. והתוס׳ (יבמות פ״ג ע״ב ד״ה אין אדם) ביארו משום דאיסור כלאים תלוי במחשבה ולא מיקרי מעשה. ובר״ש (פ״ז מכלאים משנה ד׳ ה׳) כתב שני טעמים, א׳ משום דליכא ניחותא, דלית ליה הנאה בהכלאים של אחרים, ב׳ דשאני גבי כלאים דכתיב ״לא תזרע כרמך כלאים״, שהאיסור הוא דוקא בכרמו שלו, ולא בשל חבירו. וכ״ה ברדב״ז על הרמב״ם (שם).

ולפי הטעם שבר״ש שבכרם של חבירו ליכא ניחותא, אין חילוק בין הזרעים שלו לגפן של חבירו, דכיון דחסר באיסור כלאים, גם המין שלו לא יאסר. אמנם לפי הטעם שהוא משום דכתיב כרמך, יש להסתפק אם נתחדש בזה דבמסכך גפנו של חבירו אין כלל איסור כלאים, וממילא גם התבואה שלו מותרת. או דבאמת הדין שאין אדם אוסר דבר שאינו שלו בכלאים, הוא כמו בכל התורה כולה דאין בכוחו של אדם לאסור דבר של חבירו. אלא דבעלמא קיי״ל שעל ידי מעשה אוסר גם דבר שאינו שלו, ואילו בכלאי הכרם נתחדש בקרא דלא תזרע כרמך, שלעולם אינו אוסר כרמו של חבירו אפילו ע״י מעשה. אבל המין שלו אסור בכל גוונא.

והנה תוס׳ (שם ע״ב ד״ה אין אדם) הקשו מאי שנא מנותן נבילה או חלב בתבשיל של חבירו שנאסר ע״י מעשה שלו, והוצרכו לתרץ דבכלאים דתלוי ברצון לא מיקרי מעשה, ומוכח מזה דהתוס׳ לית להו הגזה״כ דכרמך, דבעינן שיהיו הכלאים שלו, דא״כ לק״מ דשאני הכא דגלי קרא דכרמך דאין איסור כלאים בשל חבירו. ולפ״ז צ״ע דכיון שלשיטת התוס׳ הדין לפי ר׳ יוסי דאין אדם אוסר כלאים של חבירו הוא כמו בכל התורה כולה שאין אדם אוסר דבר שאינו שלו, א״כ אמאי סוברים תוס׳ (שם בע״א) דלפי ר׳ יוסי במסכך גפנו של חבירו, גם התבואה שלו אינה נאסרת. וצ״ל בדעת תוס׳ דכשאינו אוסר של חבירו, אינו נאסר, דמכיון שהגפנים של חבירו אינם נאסרים, חסר כאן בעצם איסור כלאים, והכל מותר.

ולכאורה נידון זה אי המין שלו נאסר או לא היא מחלוקת מפורשת בירושלמי (פ״ז מכלאים ה״ג), על המשנה דמסכך גפנו ע״ג תבואתו של חבירו, שנחלקו התנאים אי קידש או לא, איתא בגמ׳ שם, אמר ריו״ח הכל מודים בענבים שלו [שסיככם ע״ג תבואתו של חבירו] שהן אסורות, [ולא נחלקו אלא בתבואה של חבירו אם נאסרה]. אמר [לי׳] ר׳ אלעזר [והלא ק״ו הוא], האוסר [היא התבואה של חבירו שאוסרת את הכרם],

אינו נאסר, ושאינו אוסר [הגפן, שאין האיסור בא ממנו], נאסר [היאך יהיה נאסר]. ולר״א ס״ל שגם התבואה שלו מותרת.

[והנה יעו״ש עוד בירושלמי, דקאמר דהני אמוראי נחלקו דוקא במסכך גפנים שלו ע״ג תבואתו של חבירו, אבל היכא דהוי איפכא, שהתבואה שלו ומסכך גפנים של חבירו על גבי תבואתו שלו, לכו״ע האוסר נאסר. והגר״א בשנות אליהו מפרש כונת הירושלמי דבזה כו״ע מודו דהתבואה נאסרה, משום שהתבואה היא האוסרת את הכרם, כמו שכתוב פן תקדש הזרע, משמע שהאיסור בא ממנה, [ולא שייך הק״ו דר״א]. ולפ״ז מבוארת שיטת הירושלמי שהאיסור לסמוך כלאים נוהג גם בשל חבירו, ומשו״ה התבואה שלו נאסרת לכו״ע. וזה לכאורה דלא כתוס׳ שחידשו שאפילו כשהזרעים שלו, סוברים ר׳ יוסי דשניהם מותרים, כנ״ל.

והנה לפי פירוש הגר״א, דהכונה בירושלמי שהתבואה היא גורמת האיסור כלאים, הירושלמי חולק על הבבלי, דבמנחות (ט״ו ע״ב) מייתי מעשה באחד שזרע כרמו של חבירו סמדר ואסרו את הזרעים והתירו את הגפנים, ופריך לימא ק״ו ומה האוסר אינו נאסר וכו׳. ומזה מפורש להיפך, דהכרם היא האוסרת ולא התבואה.

ולפי המבואר בדברי תוס׳ ביבמות שלפי ר׳ יוסי גם התבואה שלו מותרת, משום דכשאינו אוסר של חבירו, גם שלו אינו נאסר. נראה דיש לפרש הכונה בסברת ר״א דקאמר האוסר אינו נאסר, שאינו אוסר נאסר, דהאיסור כלאים הוא דוקא כששני המינים אוסרים זא״ז, וכיון ששל חבירו אינו נאסר משום דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו, ממילא אי אפשר ששלו יאסר. וסברא זו היא בין כשהגפן של חבירו והתבואה שלו כדאיירי הירושלמי, ובין כשהתבואה של חבירו והגפן שלו, ואין מחלוקת בין הבבלי לירושלמי, דבכל גוונא אמרינן שאין שלו נאסר אם של חבירו האוסרו אינו נאסר.

ומאי דקאמר בירושלמי שבמסכך גפנים של חבירו על גבי תבואתו שלו, לכו״ע האוסר נאסר. אין הפירוש כמש״כ הגר״א משום שהתבואה היא האוסרת את הגפנים, דבאמת שניהם אוסרים זא״ז כנ״ל, אלא הכונה בירושלמי כפי שמפרש הר״ש (במשנה שם) דכשסיכך גפנים של חבירו ע״ג הזרעים שלו, לכו״ע נאסר גם הגפן של חבירו, משום שעשה מעשה בגפנים של חבירו, ואדם אוסר דבר של חבירו ע״י מעשה16ויעו״ש בירושלמי דמספקא לי׳ היכא ששניהם אינם שלו, ומסכך גפנו של חבירו ע״ג תבואתו של חבירו, אי אמרי׳ כיון שהכרם והתבואה שניהם של אדם אחד יאסרו לכו״ע, אע״פ שאינם שלו. ונראה ביאור הספק בירושלמי שמסתפק כספק הנ״ל בסברת המ״ד דלר׳ יוסי במסכך גפנו ע״ג תבואתו של חבירו, גם שלו לא נאסר, אם הוא משום שחסר בדין ״כרמך״ שאין שניהם של אחד, [וא״כ כששניהם של אותו אדם קרינן ביה שפיר כרמך ויאסרו], או משום שכשאינו אוסר של חבירו אין איסור כלאים וגם שלו לא נאסר. וכל שכן שכששניהם של חבירו לא יאסרו. ופשיט הספק מרבי יוסי במשנה שהביא הוכחה

לשיטתו שבמסכך גפנו ע״ג תבואה של חבירו אין התבואה נאסרת, ממעשה באחד שזרע את כרמו בשביעית [שהיא הפקר] ואמר ר״ע אין אדם אוסר דבר שאינו שלו, ונראה כונת הירושלמי דבשמיטה אמנם הפירות הפקר ואינם שלו, אבל ודאי מיקרי ״כרמך״ שגוף השדה שלו, וגם הפירות לדעת הב״י לא חל בהם דין הפקר עד שזוכים בהם. ואם ההיתר לר׳ יוסי משום כרמך א״כ בזורע כרם שלו בשמיטה יהיה אסור לכו״ע, אלא מוכח דההיתר הוא משום שאין אדם אוסר דבר שאינו שלו, וכפי שנתבאר בדעת התוס׳, ודו״ק.].

ובזה נבוא ליישב דברי הראב״ד, ונקדים להציע כל דברי הירושלמי ממנו מקשה הראב״ד על הרמב״ם. הנה במשנה שם (פ״ב מכלאים ה״ה) מתיר ר״ש לסמוך לשדה חיטים של חבירו, בין זרע פשתן בין כל המינין, ולא כת״ק דאינו מתיר אלא זרע פשתן שאינו כלאים. וקאמר הירושלמי דר״ש לטעמיה, דכשם שס״ל בכלאי הכרם דבמסכך גפנו על גבי תבואתו של חבירו לא קידש דאין אדם מקדיש דבר שאינו שלו, כך ס״ל בכלאי זרעים דאין אדם חובש דבר שאינו שלו, אבל רבנן אוסרים, ע״ש.

וכונת הדברים, דבכלאי הכרם דנאסרים בהנאה הנידון הוא אם אדם אוסר דבר שאינו שלו, אבל כלאי זרעים אינם נאסרים בהנאה כלל, וכל הנידון בהו הוא רק אם יש האיסור לזרוע אותם בסמוך זל״ז, וכן אם צריך בדיעבד לעקור זרעים שלו הזרועים כלאים, ובזה שייך הלשון חובש, דהיינו שהוא מקיים הזרעים באיסור סמוך לשל חבירו, ויתכן גם שחבירו יתחייב מחמתו לעקור הזרעים של עצמו שהם כלאים עם שלו, וזה נקרא שהוא חובש את הקרקע של חבירו. וקאמר הירושלמי דר״ש כשם שסובר אין אדם אוסר כלאי כרם של חבירו, כך סובר לפי שיטתו גם בכלאי זרעים שמותר לכתחילה לסמוך זרעים לשל חבירו, ואין כאן איסור זריעת כלאים, אבל לפי רבנן אסור.

והנה במשנה שם מבואר דר׳ יוסי חולק על ר״ש ואוסר לזרוע בסמוך לחבירו מין אחר. אע״פ שבכלאי הכרם סובר גם ר׳ יוסי כר׳ שמעון דהמסכך גפנו ע״ג תבואתו של חבירו, אין התבואה נאסרת משום דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו כנ״ל. ובר״ש (שם) עמד על זה, וביאר דר׳ יוסי סובר שאע״פ ששל חבירו אינו נאסר על ידו, שלו נאסר. והיינו דר׳ יוסי סובר דדוקא לגבי איסור הנאה דכלאי הכרם אין בכוחו לאסור החפצא של חבירו בהנאה, אבל עיקר איסור זריעת כלאים, נוהג גם בשל חבירו. ויתכן גם שמתחייב חבירו מחמתו בהרחקת כלאים, דחיוב הרחקה הוא איסור וחיוב אגברא שלא יהיו זרעיו כלאים, ואינו תלוי אם אדם אוסר דבר שאינו שלו.

וצריך לבאר שורש מחלוקתם בזה, ובפרט צ״ע דממה נפשך, כיון דלפי ר״ש תלויים שני הדינים זה בזה, וסברא אחת להם. איך ר׳ יוסי מחלק ביניהם. ואם יש חילוק ביניהם מאי קאמר הירושלמי דר״ש קאי לטעמיה, הרי שני דינים נפרדים הם.

ונראה דר׳ יוסי ור״ש אף דשניהם אומרים במסכך גפנו על תבואתו של חבירו

שאין אדם מקדש דבר שאינו שלו, באמת הם משני טעמים שונים וחלוקים. דלר׳ יוסי הדין שאין אדם אוסר דבר שאינו שלו בכלאים, הוא כמו בכל התורה כולה דקיי״ל אין אדם אוסר דבר שאינו שלו, דאין בכוחו של אדם לאסור דבר של חבירו. אלא דבעלמא קיי״ל שעל ידי מעשה אוסר גם דבר שאינו שלו, ואילו בכלאי הכרם נתחדש בקרא דלא תזרע כרמך, שלעולם אינו אוסר כרמו של חבירו אפילו ע״י מעשה כנ״ל. ובפרט לפי מה שכתבו תוס׳ בסוגיין (ד״ה נתיאש) הטעם דהכלאים אינם נאסרין כל זמן שלא נתייאש מלגדור, משום דכתיב לא תזרע כרמך כלאים, דומיא דזריעה דניחא ליה, ע״ש. י״ל דהדין ניחותא הוא דין בבעלים, כלומר דנתחדש בזה דבעינן ניחותא של הבעלים, וממילא אינו נאסר ע״י ניחותא של אחר, וזהו דילפינן מקרא דכרמך, שאפילו שעושה מעשה, כיון שאינו שלו, אינו אוסר. משא״כ ר״ש ס״ל דהוא גזה״כ מקרא ד״כרמך״ שנתחדש בזה שהאיסור כלאים נוהג דוקא בשלו, אבל בשל חבירו אין כלל דין כלאים וכנ״ל.

ולכן לפי ר׳ יוסי דין זה הוא דוקא לגבי האיסור הנאה שיש בכלאי הכרם, אבל לגבי כלאי זרעים שהאיסור הוא רק זריעת הכלאים, ואין נידון לאסור החפצא של חבירו, נשאר הדין שאסור לקיים כלאים גם בשל חבירו. דכשם שהפסוק ״לא תזרע כרמך כלאים״ אינו בא לאפוקי מאיסור זריעת הכרם כלאים כשהכרם של חבירו, ויש איסור כלאים גם כשסומך לכרם חבירו, ונאסרו הגפנים שלו, ורק של חבירו אינו נאסר. כך גם האיסור ״שדך כלאים״ כולל גם איסור זריעה בשדה חבירו.

משא״כ ר״ש ס״ל דהגזה״כ ד״כרמך״ נאמרה על עצם איסור כלאים, ונתחדש בזה שהאיסור כלאים נוהג דוקא בשלו, אבל בשל חבירו אין כלל דין כלאים, ה״ה גם בכלאי זרעים שנאמר בהו ״שדך״, גזה״כ הוא שאין איסור לסמוך שני מינים אלא בשלו, אבל לסמוך למין אחר של חבירו, מותר. וזוהי כונת הירושלמי דלר״ש ב׳ הדינים תלויים זב״ז, ודו״ק.

ולפ״ז מאי דקאמר בירושלמי דר״ש דמתיר בכלאי זרעים לטעמיה, דכשם שס״ל בכלאי הכרם דבמסכך גפנו על גבי תבואתו של חבירו לא קידש דאין אדם מקדיש [אוסר] דבר שאינו שלו, כך ס״ל בכלאי זרעים דאין אדם חובש דבר שאינו שלו, בדוקא נקט ר״ש, דאילו רבי יוסי אע״פ שסובר בכלאי הכרם כר״ש דאינו אוסר של חבירו, חולק עליו בכלאי זרעים. ובפירוש פני משה על הירושלמי (פ״ב סוף ה״ה) מפרש כן בעצם לשון הירושלמי, שמסיים על זה ״ברם כרבנן לא אתיא״, דהכונה דאפילו ר׳ יוסי דסובר דלא קדש, אוסר לסמוך, שדוקא לר״ש תלויים הדינים זב״ז, וכשם שסובר ר״ש בכלאי הכרם שאינו אוסר בהנאה של חבירו, כך מתיר לסמוך לשל חבירו. אבל ר׳ יוסי מחלק ביניהם, וכמש״נ.

ולפי הנ״ל תהא נפקותא בין ר״ש לר׳ יוסי, אם דוקא של חבירו אינו יכול לאסור בהנאה, אבל שלו נאסר בהנאה, או שגם שלא אינו נאסר. דלר׳ יוסי שלו ודאי יאסרו, משום שעצם איסור כלאים נוהג גם

בשל חבירו, ורק התבואה של חבירו אינו יכול לאסור. וכפי שבאמת דעת הרמב"ם הנ"ל שדוקא של חבירו מותר, אבל שלו נאסר. משא"כ לר"ש שאין כלל איסור כלאים בשל חבירו, גם המין של עצמו מותר.

ולפ"ז תתפרש היטב כונת הראב"ד שהקשה שנראה מן הירושלמי ומן המשנה, שאין היתר לכתחילה לסמוך מין אחר לחבירו, אלא לדעת ר"ש דאמר אין אדם מקדיש דבר שאינו שלו בכרם, וכן [לר"ש] אין אדם חובש דבר שאינו שלו בזרעים. אבל לרבנן אינו רשאי לחבוש. ומיושבת קושית הגרע"א שהקשה שהרמב"ם בעצמו פסק שבכלאי הכרם אין אדם אוסר דבר שאינו שלו. דקושית הראב"ד היא שהרמב"ם היה לו לפסוק בכלאי זרעים שאסור לסמוך כדר' יוסי. שהרי מה שהתיר הרמב"ם בכלאי הכרם, אין זה משום שפסק כר"ש דאיסור כלאים אינו נוהג בשל חבירו, אלא משום שפסק כר' יוסי, שהרי מפורש ברמב"ם שהגפנים שלו כן נאסרים, אע"פ שסיככם ע"ג תבואה של חבירו, וזה כשיטת ר' יוסי, דאילו לפי ר"ש גם שלו לא יאסרו כנ"ל. ומכיון שהרמב"ם פסק כר' יוסי שהטעם ששל חבירו אינו נאסר הוא משום שאין אדם אוסר דבר שאינו שלו, וכמש"נ דלר' יוסי עצם איסור כלאים נוהג גם בשל חבירו, אלא שאינו יכול לאסור בהנאה את של חבירו. ממילא היה לו לפסוק שאסור לסמוך לכתחילה.

ולשון הראב"ד שכתב "אבל לרבנן אינו רשאי לחבוש" כוונתו לדעת ר' יוסי שאוסר לסמוך, אף שבמסכך גפנו על תבואתו של חבירו ס"ל דאין התבואה נאסרת, [וממש כפי שמבאר הפני משה הנ"ל לשון הירושלמי "ברם כרבנן לא אתיא" דהכונה דאפילו ר' יוסי דסובר לא קדש, אוסר לסמוך, ע"ש], וכמש"נ היטב.

ד.

והנה כל זה הוא דרך לבאר עיקר השגת הראב"ד על הרמב"ם שהתיר לסמוך לכתחילה לשל חבירו. אמנם לפ"ז אין מובן להמשך דברי הראב"ד בהשגתו, שכתב שגם לרבנן שאסור לסמוך לשל חבירו, "מותר להמשיך בשדות זרועות כמו שמפורש בסוף [הרמב"ם], וכן המשנה [בכלאים] בשדות זרועות היא שנויה ובהמשכה, כשבתחילה בהיתר נזרעו ולבסוף נראים כסוף שדהו". וכונתו לרישא של המשנה בכלאים (פ"ב מ"ו), דאיתא שם, היה ראש תור חיטים נכנס בתוך של שעורים מותר, מפני שנראה כסוף שדהו, ואח"כ בסיפא מובאת מחלוקת ת"ק ור"ש ור' יוסי הנ"ל אם מותר לסמוך מין שלו למין אחר של חבירו. ומפרש הראב"ד דהרישא איירי בגוונא שכתב הרמב"ם בסוף ההלכה, שהמין השני שלו נמשך לשל חבירו ונראה כסוף שדהו של חבירו, דבכה"ג מודה הראב"ד דשרי. ולפי מש"נ שהראב"ד סובר להלכה כר' יוסי שגם בשל חבירו יש איסור לסמוך כלאים, רק שאינו אוסר הכלאים של חבירו בהנאה, א"כ איך סובר הראב"ד שמותר לסמוך לכתחילה שתי מינים בשדהו מחמת שנראה כשדה חבירו, והרי אפילו לסמוך לשל חבירו אסור כנ"ל.

ובאמת צ"ע לפ"ז עיקר המשנה, דבפשטות משמע דהרישא קאי

לכו״ע, דבזורע בשדהו ונראה כשדה חבירו מותר, ואינו תלוי במחלוקת ת״ק ור״ש בסיפא אם מותר לסמוך לשל חבירו. ולפי דברינו גם הרישא דשרי לזרוע בתוך שלו מאותו מין של חבירו, היא דוקא כר״ש שסובר שאין איסור כלאים בשל חבירו, דאילו לפי ת״ק וכן לר׳ יוסי, שיש איסור לסמוך גם לשל חבירו, רק דאינו יכול לאסור התבואה של חבירו, לא יתכן להתיר לו לזרוע שתי מינים בשדהו מחמת שהמין השני נראה של חבירו, שהרי בשל חבירו עצמו נמי יש איסור כלאים עם שלו, וצ״ע.

ואשר יראה בשיטת הראב״ד בזה הוא דבאמת גם לפי ר״ש יש איסור כלאים בשל חבירו, ועיקר הכונה בדברי ר״ש דאין אדם חובש דבר שאינו שלו, הוא רק שהאדם אינו יכול לחייב את חבירו בחיוב הרחקה כשסומך כלאים לשדהו[17] ולפי גירסאות אחרות בראב״ד בשם הירושלמי הלשון ״אין אדם חורש דבר שאינו שלו בזרעים״, והכל הולך אל כונה אחת, שאינו יכול לחייב חבירו לחרוש ולשרש מה שכבר זרוע בשדהו בהיתר.. וזוהי דעת הירושלמי דקאמר דר״ש לשיטתו, דכשם שבכלאי הכרם סובר ר״ש שאינו יכול לאסור התבואה של חבירו, כך בכלאי זרעים אינו יכול לחייב את חבירו בהרחקה. ומזה משיג הראב״ד על הרמב״ם דאף שקיי״ל כר״ש, שחבירו שסמך לשלו אינו מחויב מחמתו להרחיק את שלו, מ״מ אסור לכתחילה לסמוך לשדה חבירו.

ומוסיף הראב״ד, דהיכא שזרע מתחילה מין אחד בהיתר בתוך שדהו, ולחבירו יש מין אחר בשדה הסמוך, בכה״ג יהא מותר לו גם להמשיך ולזרוע בשדה שלו מאותו המין שזרוע של חבירו, אע״פ שהם שתי מינים שסומך בשדהו. שמכיון שממשיך הזריעה עד של חבירו, נראה המין השני שזרע כסוף שדהו של חבירו, ולשיטת ר״ש אם הוא של חבירו, אין עליו חיוב לעקור הזרעים, ואם כן אין כאן מראית עין של כלאים שלו.

אע״פ שלפום ריהטא הדבר תמוה, להתיר לזרוע לכתחילה מין אחר בשלו מחמת זה, שהרי כפי שנתבאר גם לר״ש יש איסור כלאים בשל חבירו, אלא שמדאורייתא אין לחבירו חיוב להרחיק מה שהוא סמך לו באיסור. ואיך נאמר שמותר לזרוע כלאים דאורייתא בשדהו מטעם זה שנראין כסוף שדה חבירו.

יציבא בארעא וגיורא בשמי שמיא.

אכן כבר כתב הכס״מ (סוף פ״ד מכלאים) על מה שכתב ברמב״ם ששיעור ההרחקה בכלאים תלוי לפי מראית העין אם המינים מחוברים או מובדלים, ״ויש לתמוה מנין לנו להתיר באלו הדרכים בדבר שהוא איסור תורה. ונראה לי שהטעם משום דקים להו לרבנן דלא אסרה תורה אלא כשזרע שתי מינים במפולת יד, דהכי הוי משמעות דקרא דשדך לא תזרע כלאים, וכדאמרינן גבי כלאי הכרם, ורבנן אסרו אפילו שלא במפולת יד, ולא רצו להחמיר ולאסור בדרכים הנזכרים״. והכא נמי מהאי טעמא בנידון דידן דנראה כסוף שדהו, מכיון דאינו במפולת יד, וכל האיסור בזה הוא רק מדרבנן, התירו בכה״ג שאין מראית עין. [א.ה. עי׳ תפאר״י (כלאים פ״ב מ״ז

אות מ״ב) שכ״כ[18]אמנם בכס״מ עצמו כתב (ריש פ״ה מכלאים) דדין זה שאינו חייב מדאורייתא אלא במפולת יד, הוא דוקא בכלאי הכרם, אבל בכלאי זרעים חייב בכל גוונא. וכן מבואר ברמב״ם (פ״ג מכלאים ה״ט) ״ואינו לוקה עד שיהיו קרובין בתוך ו׳ טפחים״ וכן (שם ה״י) ״ואינו לוקה עד שיהיו קרובין בתוך טפח״, משמע שכשמקרב מתחייב מלקות מדאורייתא. וכבר העירו האחרונים בסתירת הדברים, וצל״ע..

וזוהי כונת הראב״ד במה שכתב דהיכא שמתחילה בהיתר נזרעו מותר להמשיך. דמאחר שהמין הראשון זרע בהיתר בקרקע שלו, וכל האיסור לזרוע מין אחר שלא במפולת יד הוא רק מדרבנן, היכא שהמין השני שזורע עכשיו נראה כשדה של חבירו, ואילו היה של חבירו, לא היה על חבירו דין איסור כלאים במין השני שלו, א״כ אין כאן מראית עין של איסור, ולא אסרו חכמים.

ולפ״ז רישא דמתני׳ דבנראה כסוף שדה, חבירו מותר לזרוע מין אחר בשלו, קיימא שפיר אליבא דכו״ע, דגם לפי חכמים שמחייבים אותו לעקור הכלאים שחבירו זרע בשלו, היכא שנראה כסוף שדה חבירו ואינן נראין כזרועין יחד, כיון דליכא מראית עין לא אסרו חכמים לזרוע אפילו לכתחילה, וק״ל.

ואף שהראב״ד כתב בלשונו ״שאינו מותר לעשות כך לכתחילה [לסמוך לשל חבירו] אלא לדעת ר״ש וכו׳, אבל לרבנן אינו רשאי לחבוש, אבל מותר להמשיך וכו׳״, ואילו לפי מש״נ גם אליבי׳ דר״ש סובר הראב״ד דאסור לסמוך לכתחילה לשל חבירו. י״ל דאה״נ נראה הפירוש בכונת הראב״ד שגם לר״ש אסור לסמוך לכתחילה לשדה חבירו. ושיעור דברי הראב״ד הוא כך, שגם לר״ש כל הדין הוא רק שאין אדם חובש אצל חבירו, שאינו מחייב את חבירו לעקור מה שזרע בהיתר, ״אבל לרבנן אינו רשאי לחבוש״, כלומר דחזינן דלרבנן אינו רשאי לחבוש, וכשזורע בסמוך לחבירו חובש הוא, שמחייב את הראשון לעקור זרעיו ולשרשם מחמתו, ומינה לר״ש, דר״ש חולק רק בזה דס״ל שאין על הראשון חיוב בכה״ג, אבל לזרוע לכתחילה בסמוך לשל חבירו לכו״ע אסור, ורק אם זרע בהיתר אזי מותר להמשיך לזרוע מין אחר כשנראה כסוף שדה חבירו, וכמש״נ.

ולפ״ז קושית הראב״ד על הרמב״ם היא דאה״נ קיי״ל להלכה כר״ש כמו שפסק הרמב״ם גם בכלאי הכרם, אבל גם לר״ש אסור לסמוך לכתחילה כלאים לשל חבירו, וכל ההיתר כשבתחילה זרע הוא ראשון בהיתר, וחבירו בא וסמך אליו באיסור שעליו אין איסור וחיוב לעקור. ובכה״ג שזרע תחילה בהיתר, מותר לו להוסיף בשלו מין אחר אם נראה כשדה חבירו, וכמש״נ.

בזה נבין לפרש היטב ירושלמי במקו״א (כלאים פ״ד ה״ה), בהדין דנוטע שתי גפנים כנגד שתים ואחת יוצאה זנב, הוי כרם ושיעור ההרחקה ממנו הוא ד׳ אמות, ולא כמו גפן יחידית שסגי להרחיק ממנה ו׳ טפחים. ובמשנה (שם) איתא דכשהיתה שורה אחת שלו, ואחת של חבירו, מצטרפין הגפנים לכרם, ופריך הירושלמי בשם רבי זעירא, מתני׳ דלא

כר״ש. דכשם שס״ל לר״ש אין אדם מקדיש [אוסר] דבר שאינו שלו, כן ס״ל דאין אדם חובש דבר שאינו שלו, ולר״ש לא יתחייב בהרחקת ד׳ אמות מגפניו, מחמת צירוף הגפנים של חבירו.

ובפירוש פני משה שם, נדחק לפרש כונת הירושלמי בקושיתו, למה תולה הדין דמתחייב בהרחקה ע״י גפנים של חבירו, בפלוגתא דר״ש ורבנן אם מותר בכלאי הכרם לסמוך לכתחילה לשל חבירו.

ולפי המבואר בשיטת הראב״ד, הדברים פשוטים וברורים, דלשיטת ר״ש שאין אדם חובש דבר שאינו שלו, לא נאמר שאין איסור כלאים בשל חבירו, אלא רק שאין אדם יכול לחייב את חבירו בהרחקה ע״י שזורע בסמוך לו. וסובר הירושלמי דהכא שע״י הגפנים של חבירו נעשה בשם כרם, אם באנו לומר שמחמת כן נחשב שיש כאן כלאים בשל עצמו ומחויב בהרחקה מהגפנים, הוי זה חבישה בשל חבירו. ואף דהחיוב הרחקה כאן הוא מצד הכלאים שלו, שיש לגפנים שלו דין כרם, אבל חיוב הרחקה זה בא לו ע״י צירוף הגפנים של חבירו שנתנו לגפניו דין כרם. ולר״ש איך יתחייב בהרחקה מחמת חבירו. [ומתרץ הירושלמי דהכא שלו ושל חבירו מצטרפין לאסור את האמצעי, כלומר שע״י הגפנים של חבירו נהפכו הגפנים שלו עצמו להקרא בשם כרם, שהם נעשו במציאות חלק מכרם, וממילא מתחייב להרחיק מהם, ואם לא, יאסרו בהנאה הזרעים שלו שבאמצע. ולא דמי למסכך גפנו וכן לסומך זרעים לחבירו, שבכה״ג במה ששלו עצמו לבד אין חיוב כלאים כלל, ורק מחמת הזרעים של חבירו באנו לחייבו בהרחקת כלאים, ודו״ק].

ה.

וליישב שיטת הרמב״ם נראה שלפי דבריו מתפרשת כל סוגיא זו באופן שונה לגמרי. והוא דהנה יש שני דינים שונים בכלאים, איסור זריעת הכלאים יחדיו, כמו שנאמר בכלאי זרעים (ויקרא י״ט י״ט) ״שדך לא תזרע כלאים״, וכן בכלאי הכרם (דברים כ״ב ט׳) ״לא תזרע כרמך כלאים״. ואיסור הנאה בכלאי הכרם, שנאמר בהמשך הפסוק ״פן תקדש המלאה הזרע אשר תזרע ותבואת הכרם״, היינו שבכלאי הכרם נוסף גם הדין שנאסרים בהנאה.

ונראה דהרמב״ם סובר שכל הדין ״שדך״ ו״כרמך״, שלמדנו מזה שאין איסור כלאים נוהג אלא בשלו ולא בשל חבירו, שייך דוקא לגבי האיסור זריעת כלאים, וכלישנא דקרא שדך ׳לא תזרע׳, בכלאי זרעים, ו׳לא תזרע׳ כרמך כלאים, בכלאי הכרם, דגילתה תורה שמעשה זריעת הכלאים אסור דוקא בשלו ולא בשל חבירו. אבל האיסור הנאה שיש בכלאי הכרם הוא דין בפנ״ע, שכל שבמציאות יש כלאים בכרם, נאסרים הכלאים בהנאה, ובזה לפי הרמב״ם אינו תלוי בדין ״כרמך״, אלא כל שזרוע תבואתו כלאים עם גפנים, הרי היא נאסרה, גם כשהוא גפנו של חבירו, אם אך רוצה בקיומם והוסיפו מאתים.

והנה בדין זה של איסור הנאה דכלאים נתחדש דין מקיים כלאים, היינו שכל דניחא לי׳ בכלאים, אע״פ שהם הפקר ובאו מעלמא ולא עשה מעשה

לזורעם יחד, נאסרו. וגדולה מזאת מצינו שיטת הרמב״ם מחודשת (פ״ה מכלאים ה״ח) שאפילו הרואה כלאים בכרם של חבירו וקיימם, הרי זה הרואה אסור בהניתן, וכל אדם מותרין בהן. [ואף שחבירו בעל הכלאים שלא ראה אותם לא נאסרו עליו, נאסרו בהנאה אצל הרואה שקיימם מדעתו], ע״ש בנו״כ בפירוש דברי הרמב״ם. והיינו משום דכל דניחא לו במציאות קיום הכלאים, הוי באיסור הנאה דכלאים.

אלא שבדין זה שהמקיים כלאים וניחא לי׳ בהם נאסרו, שייך דינא דרבי שמעון דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו, היינו דהניחותא שלו אין בכוחה לאסור תבואתו של חבירו בהנאה, וזהו שפסק הרמב״ם (פ״ה מכלאים ה״ז וה״ח) דין זה בכלאי הכרם, דאין אדם מקדש דבר שאינו שלו, לפיכך המסכך גפנו על גבי תבואתו של חבירו קדש גפנו ולא נתקדשה התבואה, סכך גפן חבירו על תבואתו קדש תבואתו ולא קדש גפן חבירו. היינו דבשעה שמסכך גפנו על גבי תבואתו של חבירו, הרי המסכך עצמו יש לו דין של מקיים כלאים, שיודע ומתרצה בכלאים אלו, וחייל עליה הדין דפן תוקדש המליאה ונאסר גפנו, אבל התבואה של חבירו, שאינו יודע בזה, ולא ניחא ליה, אינה נאסרת בניחותא שלו.

ואה״נ אם לאחר זמן יראה חבירו בעל התבואה את הכלאים שסמך לתבואתו, וירצה בקיומם, ודאי תאסר גם התבואה שלו, דלא גרע מכל רואה כלאים שצמחו בכרמו, שאפילו נפל זרע מן השמים והניחו, מאחר ורוצה בקיומו נאסר כרמו[19] וכמש״כ הרמב״ם (פ״ה מכלאים הי״ז) היה עובר בכרם ונפלו ממנו זרעים או שיצאו עם הזבלים או עם המים או שהיה זורע וכו׳ וסערתו הרוח לאחוריו ונפלו הזרעים בכרם וצמחו הרי זה לא נתקדש שנאמר אשר תזרע וזה לא זרע, וחייב לעקור כשיראה ואם קימן הרי זה קידש.. והרמב״ם שכתב ששל חבירו אינו נאסר איירי ודאי כשחבירו לא ראה ולא רצה בקיומן, וק״ל.

וכל זה שייך דוקא בכלאי הכרם שיש בהם איסור הנאה, ושייך בהו דין ״מקיים כלאים״ שתלוי בניחותא שלו. אבל בכלאי זרעים שהאיסור בהם הוא רק עצם הזריעת כלאים יחד, בזה קיי״ל שאין כלל איסור לזרוע כלאים בשל חבירו. ושפיר פסק הרמב״ם (פ״ג מכלאים הט״ז) שאם היתה שדהו זרועה חיטים, מותר לחבירו לזרוע בצדה שעורים, שנאמר שדך לא תזרע, אין האיסור אלא שיזרע שדהו כלאים ולא הארץ. ואינו שייך כלל לדין כלאי הכרם שמצד האיסור הנאה שיש בהם, נוהג בהם איסור קיום כלאים, שזה באמת נוהג גם בשל חבירו כמש״נ, וק״ל.

ולפי זה הפירוש בירושלמי שתולה שני הדינים דר״ש זה בזה, שכשם שאין אדם מקדש ואוסר בכלאי הכרם דבר שאינו שלו, כך אין אדם חובש בכלאי זרעים דבר שאינו שלו, היינו דלר״ש דס״ל דשל חבירו אינו נאסר בהנאה על ידו, אע״פ שעושה מעשה לאסור, משום דדריש מ״כרמך״ שהאיסור הנאה תלוי בניחותא של הבעלים, הכי נמי דריש ״שדך״ שאין איסור במעשה זריעת כלאים

בשל חבירו. אבל יש חילוק ביניהם באופן שניחא ליה לבעלים, שבכלאי הכרם אע״פ שלא עבר על איסור זריעה, מ״מ נוהג האיסור דפן תוקדש המליאה, משום שמקיים בכרם כלאים, והאיסור הנאה הוא מצד שיש כאן חפצא של כלאים בכרם, וקרינן ביה פן תוקדש המליאה, אבל בזרעים שאין איסור הנאה, וכל האיסור לקיים הוא רק מצד שנחשב עכשיו זורע, כל שהוא בשל חבירו, שאין איסור זריעה לר״ש, גם איסור לקיים אין בו.

ויתכן לפרש כן גם בכוונת הרדב״ז הנ״ל (פ״ג הט״ז), שכתב דהרמב״ם לא התיר לסמוך לשל חבירו אלא בכלאי זרעים שאינם נאסרים בהנאה, דכל האיסור שנוהג בהם הוא עצם מעשה הזריעה, ובזה גלי רחמנא דאינו אסור אלא בכרמו שלו ולא בשל חבירו, אבל בכלאי הכרם שנאסרים בהנאה מכיון דאית בהו נמי איסור מקיים כלאים, קיי״ל כרבנן דאמרי קידש וחייב באחריותו, פירוש היכא דניחא ליה, ומשום מקיים כלאים כמש״נ, ועיין.

ולפ״ז מבוארת שיטת הרמב״ם שפתחנו בה (אות א׳) ומיושבת הסתירה שבדבריו, שפסק בנפרצה מחיצת הכרם בכלאים של שנים, שמתרים בו ואומרים לו גדור, אע״פ שהכלאים הם של חבירו, ואין אדם אוסר דבר שאינו שלו בכלאים, משום שאם חבירו יראה הכלאים ויקיימם, יאסרו. וזהו שכתב הרמב״ם דהיכא שנתייאש מלגדור הרי זה קידש, שיש כאן ניחותא מצד הבעלים, ונאסר משום מקיים כלאים.

ויפרש הרמב״ם כן בטעם הברייתא דחייב באחריותו כשנאסרו, שבעל הכרם מתחייב על התבואה שנאסרה בהנאה, אע״פ שאיסור התבואה בא ע״י הניחותא של בעל התבואה עצמו, מ״מ מצד הלכות מזיק, החיוב הוא על הסומך, שהוא עשה את מעשה הסמיכה שגורם להאיסור הנאה, ולפי ר״מ דדיין דינא דגרמי, מתחייב באחריותן20א.ה. עי׳ שו״ע (חו״מ שפ״ו א׳) דקיי״ל כר״מ. וע״ש בש״ך ובפתחי תשובה בגדרי היזק גרמא וגרמי, ואכמ״ל., ודו״ק.

סימן ז

בדין קנין דברים וקנין אתן

א. **הרמב"ן** מקשה דבסוגיין פריך למ"ד מחיצה פלוגתא, דהקנין לחלוק את החצר הוי קנין דברים, ובגמ' ע"ז קאמר דקנין למכור חייל. ומתרץ שבע"ז איירי במקנה לו מעכשיו. אבל בלא"ה לא מהני. והנה הראשונים והפוסקים נחלקו אם 'קנין אתן' [שמתחייב ליתן מתנה] מועיל. ומבואר בדבריהם דזה תלוי בקנין אמכור, דלמ"ד שקנין אתן מועיל ה"ה קנין אמכור מועיל, ולפי שיטתם הגמ' בע"ז דקנין אמכור מהני איירי בלא מעכשיו, ולשיטתם צ"ב אמאי לא הוי קנין דברים כמו קנין לחלוק.

המ"מ הקשה לפי הרשב"א שסובר שקנין אתן מועיל מהגמ' בגיטין דשדה פלונית אתננה לפלוני לא קנה. וביאר דהתם איירי דוקא שמתחייב לו בשטר, אבל בקנין עדיף טפי. וצ"ע הסברא בזה.

בגמ' מבואר דלמ"ד מחיצה גודא ניחא שקנו זמ"ז לבנות הכותל, ומבואר בראשונים דלפי השיטות דקנין אתן מועיל הכי נמי קנין לבנות הכותל, ואילו לפי השיטות שקנין אתן לא מועיל צ"ל דאיירי שהקנו ונתחייבו זל"ז דמי מחצית הכותל.

וצ"ע בדברי הרמ"א שהסכים להלכה כהרא"ש דקנין לבנות לא מיקרי קנין דברים, אבל לגבי קנין אתן נחלק על השו"ע ופסק דלא מהני והוי קנין דברים. מאידך צ"ע שיטת הרשב"א שהביא הב"י בשמו שקנין אתן מועיל, ואילו קנין למכור לא מועיל, והגמ' בע"ז במעכשיו, וכן כתב הרשב"א בחידושיו דקנין לבנות לא מועיל כמו קנין למכור.

ב. **נתבאר** ב' אופנים בטעם הסוברים דקנין אתן מהני. הרמ"א יסבור שמועיל מצד שחל שעבוד נכסים בקנין זה. ועפ"ז פסק דקנין אתן לא מהני, דאיירי דוקא במתחייב ליתן שדה מסוימת, ובדבר מסוים לא שייך שעבוד נכסים ולא חל קנין. אבל לבנות משעבד נכסיו לבנין הכותל ומהני.

מאידך, הרשב"א יסבור כהתוס' והרא"ש בר"פ אע"פ ששייך שעבוד הגוף בלא שעבוד נכסים, ולשיטתו קנין אתן מועיל מצד שמשעבד עצמו להתחייבות הממונית וגם בלא שעבוד נכסים, ולכן מועיל הקנין גם בדבר מסוים, אבל לשיטתו דוקא במתנה נקרא שמתחייב, משא"כ במכר שמקבל תמורתו לא מיקרי התחייבות ולא חל קנין, וכן קנין לבנות הכותל לא הוי התחייבות ממונית ולא חל.

ובזה מובנת סברת המ"מ בדעת הרשב"א דהגמ' גיטין דקנין אתן לא מהני איירי בשטר, דבשטר לא מועיל קנין אתן, דשטר חל דוקא על קרקע ולא על מטלטלין, והכי נמי אינו חל על שעבוד הגוף. אבל הרמ"א לשיטתו יפרש דבגמ' בגיטין לא חל משום דהוי דבר מסוים ואפילו בקנין. משא"כ בדבר שאינו מסוים יחול קנין אתן בין בקנין בין בשטר.

ובזה יתורץ הרמ״א שפסק להלכה כהרשב״א דקנין להחזיר זכויות מועיל, והקשו הט״ז והגר״א שהרשב״א כתב שזה מועיל דוקא משום דקנין אתן מועיל, והרמ״א סובר להלכה שקנין אתן אינו מועיל. אכן לפמש״נ הרשב״א לשיטתו שסובר שמועיל מצד התחייבות תולה בזה גם דין חזרת זכויות. אבל הרמ״א סובר שתלוי בשעבוד נכסים, ודוקא בדבר מסוים לא מועיל קנין אתן, משא״כ חזרת זכויות.

במקנה פירות דקל לא חל משום דבר שלבל״ע, ומה שלפי הרשב״א לא חל הקנין מצד שעבוד הגוף וככל קנין אתן, י״ל דאה״נ זהו דוקא במכירה, וכמש״נ דקנין למכור לא חל לשיטתו. אבל במתנה יחול גם על פירות דקל. והגמ׳ לקמן דלא חל מתנה שנתחייב לאחר בנכסים שנפלו לו לאחר מכאן, יפרש הרשב״א דדוקא כלפי היורשין לא חל חיוב, דשעבוד הגוף מחייב דוקא אותו ולא את יורשיו.

ג. **יש** ליישב לדעת הסוברים דקנין אתן מועיל מאי שנא קנין לחלוק דלא מועיל, וכנ״ל. וגם לשיטת הרמ״א דבדבר מסוים לא מועיל, מ״מ חלוקת החצר הוי כדבר שאינו מסוים. [וגם לרשב״א דבעי התחייבות ממונית, חלוקת החצר חשיבא כהתחייבות ממונית שמסלק זכותו מחלק של חבירו]. ונתבאר בדעת הרמב״ם שקנין אתן מועיל בדבר מסוים כשמתחייב ליתנו או למוכרו אח״כ אם יקיים המקבל את התנאי. דוקא משום שמתחייב להקנות לו דבר שגופו ממון. וקאי כהרמ״א דתלוי בשעבוד נכסים ומשעבד הדבר עצמו ליתנו לאחר זמן. אבל לחלוק את החצר שאין כאן קנין בחפצא לא מועיל.

נתבאר שהרמב״ם והרא״ש לשיטתם במה שנחלקו אם מועיל קנין לחלוק ברוחות כשלא קנו מעכשיו. דלפי הרמב״ם תלוי בשעבוד נכסים ומועיל כמו קנין למכור בתנאי. אבל לפי הרא״ש תלוי בהתחייבות, וזה לא מיקרי התחייבות ממונית. כמו כן נתבאר מחלוקת הטור והב״י בדעת הרא״ש אם לבנות חשיב התחייבות ממונית וחל, או לא, וכמו שסובר הרשב״א דמה״ט קנין לבנות ולמכור לא חל.

א.

בגמ׳ (ג׳ ע״א) אי בשאין בה דין חלוקה, כי רצו מאי הוי ניהדרו בהו, א״ר אסי א״ר יוחנן שקנו מידן. וכי קנו מידן מאי הוי, קנין דברים בעלמא הוא, בשקנו מידן ברוחות. ומבואר מסוגית הגמ׳ דהקנין לחלוק את החצר אינו חל משום דהוי קנין דברים. [פירוש, כל קנין היינו שהקונה נותן סודרו למקנה ומקנהו לו, והמקנה מקנה לו כנגד הסודר החפץ שרוצה לקנותו, והכא כשקנו מידו על החלוקה אין כאן שום דבר שיחול עליו הקנין שיקנה לו סודרו, דהחלוקה אין בה ממש, ואין הקנין חל עליה. (לשון הסמ״ע חו״מ קנ״ז סק״ה)].

וברמב״ן הקשה על סוגיתנו מהגמ׳ בע״ז (ע״ב ע״א) דההוא גברא דא״ל לחבריה אי מזביננא לה להא ארעא, מזביננא לך במאה זוזי, אזל זבנה לאיניש אחרינא במאה ועשרין, אמר רב כהנא קנה קמא, מתקיף לה רב יעקב מנהר פקוד האי זוזי אנסוהו וכו׳. משמע דאי לאו דזוזי

אנסוהו לכו״ע קנה קמא. משום דנתחייב בקנין למכור לו. ומאי שנא קנין למכור דהוי קנין, מקנין לחלוק דהוי קנין דברים. ותירץ כהרי״ף (לקמן ספ״ז) דפירש סוגיא דהתם בדהקנה לו מעכשיו. ומבוארת דעת הרמב״ן דאה״נ בלא מעכשיו גם קנין למכור הוי קנין דברים ויכול לחזור בו.

והנה הראשונים נחלקו בקנין אתן, היינו שמתחייב בקנין ליתן לחבירו במתנה כך וכך, אי מיקרי קנין דברים. ובמ״מ (פ״ח מזכיה ומתנה ה״ו) הביא שהרשב״א הסכים עם הסוברים שקנין אתן מועיל. וצריך ביאור במה עדיף קנין אתן מקנין לחלוק את החצר דהוי קנין דברים כמפורש בסוגיין.

והמ״מ (שם) מקשה על הרשב״א מהגמ׳ גיטין (מ׳ ע״ב) דבאומר אתננה [לשדה פלונית] לפלוני, ר״מ אומר קנה וחכ״א לא קנה, א״ר יוחנן וכולן בשטר. הרי דקנין אתן לא חל. וכתב המ״מ שאפשר שלדעת הני ראשונים דוקא בשטר לא קנה, אבל קנין חליפין עדיף מיניה, ע״ש. וצ״ב סברת המ״מ מאי שנא קנין חליפין משטר.

ולהלכה נחלקו בזה השו״ע והרמ״א (חו״מ רמ״ה ס״ב), דעת השו״ע דקנין אתן מהני, ודוקא בשטר לא קנה כמפורש בגמ׳ גיטין. ודעת הרמ״א (שם) שגם קנין אתן לא מהני. ומשמע מדברי השו״ע (שם סעיף ד׳) שלפי שיטתו שקנין אתן מהני, גם הגמ׳ בע״ז בקנין למכור, אי״צ לאוקמיה במעכשיו כדעת הרמב״ן, אלא מועיל הקנין למכור כמו קנין אתן.

וכן מבואר בבהגר״א (שם אות ה׳) שציין מקור דברי השו״ע דאתן מהני מהגמ׳ בע״ז דקנה קמא, וכתב שהדבר תלוי במחלוקת רש״י (שם ד״ה קנה קמא) והרי״ף (סוף פ״ז דב״ב), אי איירי התם בע״ז במעכשיו, ע״ש. הרי שתולה קנין אתן בקנין אמכור.

והנה הגמ׳ בסוגיין מקשה דוקא למ״ד מחיצה פלוגתא, דהקנין לחלוק את החצר הוי קנין דברים, אבל למ״ד מחיצה גודא, שנתחייבו זל״ז לבנות הכותל, ניחא, דלא הוי קנין דברים. ולכאורה מוכח מזה דקנין לבנות לא מיקרי קנין דברים. וכן פסק הרמ״א (קנ״ז ד׳) מהטור בשם הרא״ש ״ואם קנו מידו לבנות מחיצה לא יוכל לחזור בו, דלבנות לא מיקרי קנין דברים. ויש חולקין בזה״.

ובביאור הגר״א (שם אות כ״ג ובחו״מ רמ״ה אות ה׳), הביא הנמוק״י בסוגיין (ב׳ ע״א בריי״ף) בשם הראב״ד, שסובר שקנין לבנות לא מהני, ומפרש מה שהגמ׳ בסוגיין לא מקשה למ״ד מחיצה גודא, דהקנין לבנות הוי קנין דברים, משום דלא איירי שהקנו לבנות הכותל, אלא נתחייבו זל״ז דמי מחצית הכותל. ולפ״ז ביאר הנמוק״י שהגמ׳ בע״ז דנתחייב בקנין למכור איירי במעכשיו כמו שכתב הרי״ף.

והנה מבואר מדברי הנמוק״י דקנין לבנות הוי כמו קנין אתן ותלוי במחלוקת הראשונים בקנין אתן אם חל או לא. וכן משמע מהטור (חו״מ קנ״ז) שהביא מהרמ״ה דקנין לבנות לא מהני, וסיים דאיכא מרבוותא דסברי דקנין לתת מהני. משמע דדין קנין לבנות וקנין אתן תלויים זב״ז. וכן משמע ביד רמה בסוגיין (אות כ״ו) ששני השיטות בקנין לבנות תלויים בדין קנין אתן אי מהני או לא, ע״ש.

ועוד מבואר מדברי הנמוק״י דקנין למכור ג״כ תלוי בקנין אתן, שלפי השיטות דקנין אתן מהני, אתי הגמ׳ בע״ז כפשטי׳ בלא מעכשיו. ודוקא לפי שיטת הראב״ד ודעימי׳ דאתן ואבנה לא מהני הוצרך לומר דהגמ׳ בע״ז בקנין למכור איירי במעכשיו. וכן הוא בבהגר״א (קנ״ז אות כ״ג). ומבואר דגם קנין לבנות תלוי בקנין למכור.

וצע״ג דעת הרמ״א שסתר דבריו, שהרי פסק (חו״מ קנ״ז ד׳) מהטור בשם הרא״ש, דכשנתחייב בקנין לבנות הכותל, לא מיקרי קנין דברים, וסיים ויש חולקים בזה, כנ״ל. משמע שתופס לעיקר כהדיעה דקנין לבנות מהני. ואילו לגבי קנין אתן נחלק הרמ״א על השו״ע ופסק (חו״מ רמ״ה ב׳) דלא מהני וכנ״ל. ולכאורה הרי קנין לבנות וקנין אתן תלויים זב״ז, כמבואר מדברי הראשונים הנ״ל, ומה טעם לחלק ביניהם.

עוד צ״ע בסתירת דברי הרשב״א, ולהיפך, שלגבי קנין למכור הביא הב״י (חו״מ ר״ו אות ב׳ ד״ה כתב הרשב״א) מתשובת הרשב״א שאם אמר לאחד שימכור לו ביתו הוי קנין דברים, והגמ׳ בע״ז דקנה ראשון מפרש הרשב״א במעכשיו. וצ״ע דלגבי קנין אתן נתבאר במ״מ בשמו שמועיל כנ״ל. וכן הביא הב״י (חו״מ קצ״ה אות כ׳) מתשובת הרשב״א דכל שקנו מידו אף שלא אמר בלשון חיוב, חייב. וזה דלא כהגר״א הנ״ל שכתב דלפי השיטות דקנין אתן מהני, ה״ה קנין למכור מהני, והגמ׳ בע״ז איירי בלא מעכשיו. דברשב״א מפורש דקנין אתן מהני, ואעפ״כ כתב שהגמ׳ בע״ז בקנין למכור איירי במעכשיו. וצ״ע הסברא לחלק.

כמו כן צ״ע מהרשב״א בחידושיו בסוגיין דמפורש בדבריו שלא מועיל קנין לבנות הכותל, והוי קנין דברים. ומאי שנא לבנות ולמכור דלא מועיל לפי הרשב״א מקנין ליתן דמועיל. וזה להיפך מסברת הרמ״א שפסק דאתן לא מהני, ולבנות מהני, וצריך לבאר מחלוקתם בזה.

ב.

ואשר יראה בכל זה הוא דהנה טעם הסוברים דקנין אתן לא מהני, הוא משום דלא שייך קנין לעשות פעולה. ודעת החולקים וסוברים דקנין ליתן מתנה או למכור מהני, יש לפרש בשני אופנים, אופן אחד, י״ל דכשמתחייב ליתן או למכור, חל חיוב אגברא, וכמו שבהלואה נעשה שעבוד הגוף, ואע״פ שאין לו נכסים, כמו כן חל חיוב אגברא לתת מתנה, ושפיר שייך קנין על כך. ולא דמי לשאר פעולה בעלמא דאינו מתחייב כלום, ולא חל קנין.

ובאופן אחר י״ל, דבאמת לא שייך קנין אשעבודא דגברא לבד בלא שעבוד נכסים, דזה אכתי חשיב קנין דברים ולא חל. אלא דבקנין אתן באמת חל חיוב על הנכסים שמשתעבדים, ולכן חל הקנין. ואף דבהלואה חל חיוב אגברא לחוד, אף כשאין לו נכסים, שאני בהלואה שהחיוב נוצר מחמת עצם ההלואה, שמתחייב להחזיר למלוה דמי ההלואה שקיבל ממנו. אבל בקנין אתן שבאנו לומר שהקנין יעשה חלות חיוב, לא שייך שיתחייב הגברא ע״י הקנין, והוי קנין דברים. ודוקא משום דחל שעבוד גם על הנכסים שמתחייב לתת אותם, חל קנין אתן, וכמש״נ21א.ה. לשון הרשב״א

בסוגיין (ד״ה וכי רצו) ״דקנין אינו חל אלא או בקרקע או במטלטלין אי נמי בשעבוד, אבל בדברים בעלמא לא חאיל״. והנה לפ״ז מבואר דמה שקנין אתן חל לפי הרשב״א הוא מצד דאיכא שעבוד. [שהרי אין קנין חל אלא על קרקע או מטלטלין או בשעבוד], אלא ששעבוד זה יש לפרש בשני האופנים דלעיל או שעבוד הגוף, או שעבוד נכסים, וכמש״נ..

והנה לפי אופן השני שנתבאר, שקנין אתן תלוי בשעבוד הנכסים, יועיל קנין אתן או אמכור דוקא בדבר שאינו מסוים, דבזה משתעבדים הנכסים. אבל בדבר מסוים לא שייך שעבוד נכסים, משום שכל שעבוד שחל באופן שאינו יכול לסלקו בדבר אחר, נקנה לו לגמרי ונעשה שלו בלא מעשה קנין אחר לקנותו, כמבואר בראש (עי׳ ב״מ פ״א סי׳ ל״ט) גבי אפותיקי דאם אינו יכול לסלקו, נעשה שלו, דאינו מחוסר קנין. א״כ אם היה משעבדו לו מיד, היה קונהו מעכשיו, וכיון שאינו רוצה עכשיו אלא להתחייב ליתנו לו לאחר זמן, אינו משעבדו לו, ובלא שעבוד נכסים הוי קנין דברים, ולא חל קנין.

ולפ״ז תתיישב דעת הרמ״א, דנראה שהרמ״א סובר כצד זה, דקנין אתן מועיל דוקא משום שעבוד נכסים שחל ע״י הקנין. ולכן פסק הרמ״א (בסי׳ רמ״ה) דקנין אתן לא מהני, דהתם איירי בשדה מסוימת, שכותב לחבירו אתן לך שדה פלונית, ובזה ליכא שעבוד נכסים ולא מועיל קנין כנ״ל[22]ולכאורה יש להקשות על זה מהמשך דברי הרמ״א שסיים דבריו שמכיון שקנין אתן לא מהני, לכן הכותב לאשתו בשעת השידוכין לעשות לה כתובה גדולה, לא זכתה כל זמן שלא כתב לה, ולכן נהגו לעשות תנאים חדשים בשעת החופה. ולפמש״נ הרי בדבר שאינו מסוים מודה הרמ״א דקנין אתן מועיל, ובחיוב כתובה הא לא איירי בדבר מסוים. אכן באמת צריך להבין עיקר דברי הרמ״א שכתב דמכיון שקנין אתן לא מהני לכן לא זכתה כל זמן שלא כתב לה ולכן צריך לעשות תנאים חדשים בשעת החופה. אבל אילו קנין אתן היה מועיל, זכתה גם בלא שיכתוב לה תנאים חדשים, ולכאורה צ״ע דכל שכן אי קנין אתן מהני, שחייב לכתוב לה מדינא התנאים בשעת חופה, כדי לקיים מה שנתחייב לעשות לה כתובה גדולה, ומאי ׳ולכן׳. וצ״ל דחיוב הכתובה בשעת האירוסין מיקרי דבר מסוים, שהרי אינו בא לשעבד נכסיו מעכשיו בשעת האירוסין, אלא רק משעבד עצמו לכתוב התנאים אח״כ בשעת החופה, וזה הוי שעבוד לעשות פעולה, היינו שמשתעבד לשעבד הנכסים בכתיבת הכתובה, ולכן הו״ל קנין אתן ולא מהני, ולכן צריך לכתוב אח״כ בשעת החופה תנאים חדשים. אבל אם קנין אתן היה מועיל, סובר הרמ״א שלא היה צריך לכתוב מחדש בשעת החופה, וכונתו שאם קנין אתן היה מועיל אפילו בדבר מסוים, שגם בדבר מסוים היינו אומרים שמשתעבד מיד, [ולא הוי אמרינן שכיון שבא להשתעבד מיד, ממילא נעשה קנין גמור בדבר], א״כ היה חל שעבוד על הנכסים כבר בשעת האירוסין, ולא היה צריך

תנאים חדשים לשעבד נכסיו בשעת החופה, ודו״ק.. משא״כ כשנתחייב בקנין לבנות כותל, דחל שעבוד על שאר נכסיו, ונשתעבדו לבנין הכותל, שפיר סובר הרמ״א (סי׳ קנ״ז) דחל הקנין.

אמנם בתוס׳ בכתובות ר״פ אע״פ (נ״ד ע״ב ד״ה אע״פ) מבואר כצד א׳ הנ״ל, שכתבו שהחתן מתחייב כתובה ע״י קנין אע״פ שאין לו נכסים, ואין זה דבר שלא בא לעולם, משום דמשתעבד בגופו, והוסיפו ״דמצינו כענין זה בפ׳ השוכר את הפועלים, דתניא מתנה ש״ח להיות כשואל, ופריך במאי בדברים, ומשני בשקנו מידו, משמע בכל ענין, אע״פ שאין מקנה לו שום נכסים, אלא שמשעבד גופו לזה החוב מעתה. ולכשיהיו לו נכסים חל שעבודו מעתה. ואין זה קנין דברים בעלמא, דקנין דברים לא הוי אלא כההיא דריש ב״ב שקנו מידם לחלוק חצר שאין בה דין חלוקה, אבל מה שמשעבד גופו להתחייב לדבר זה, משתעבד, ואין זה קנין דברים בעלמא״. וכ״ה ברא״ש שם. ומבואר מדבריהם דכל שיש שעבוד הגוף סגי ולא הוי קנין דברים, וכצד א׳ הנ״ל.

ונראה שגם הרשב״א סובר כצד זה, דכל שחל חיובא דגברא ליתן, לא הוי קנין דברים, אע״פ שלא חל שעבוד אנכסים. וכפי שכתב בתשובה הנ״ל שבב״י, דמתחייב בקנין אתן גם על דבר מסוים כמו בית, אף שאין שעבוד נכסים בכה״ג כנ״ל, דכיון שיש חיובא דגברא חל הקנין. ולפ״ז י״ל שהרשב״א לפי שיטתו מחלק בין מכר למתנה, דדוקא כשקנה ליתן מתנה מועיל הקנין, דבמתנה מתחייב ליתן משלו לחבירו וחל שפיר שעבוד הגוף על זה, ולא הוי קנין דברים. משא״כ כשעושה קנין למכור, כיון שבמכירה מקבל דמים תמורת הדבר שמוכר, לא נקרא שמתחייב חיוב ממוני לחבירו, אלא מיקרי רק שמחייב עצמו לעשות פעולה של מכירה, ולא שייך שעבוד הגוף על זה, והוי קנין דברים ולא חל. ומיושבת הסתירה שבדברי הב״י בשם הרשב״א, דאה״נ קנין ליתן מהני, אבל קנין למכור לא מהני, ולכן הוצרך הרשב״א להעמיד הגמ׳ בע״ז במעכשיו. וכן מיושבים דברי הרשב״א בסוגיין שכתב דקנין לבנות לא מועיל, דבזה ג״כ אינו מתחייב חיוב ממוני ונקרא שמשעבד עצמו רק לעשות פעולה, וע״ז ליכא שעבוד הגוף, והוי בכלל קנין דברים כמש״נ.

משא״כ לפי הרמ״א שסובר שקנין אתן תלוי בשעבוד נכסים, אין נפק״מ בין מכר למתנה, דכל שמתחייב בקנין על דבר שאינו מסוים, חל שעבוד אנכסים, ומועיל הקנין. ולכן כתב הרמ״א שיכול להתחייב בקנין לבנות, דמשעבד נכסיו לבנין הכותל. ודוקא כשמתחייב ליתן דבר מסוים דליכא שעבוד נכסים, סובר הרמ״א שלא מועיל קנין, וכנ״ל.

והנה הגמ׳ בגיטין (מ׳ ע״ב) הנ״ל, דבאומר אתננה [לשדה פלונית] לפלוני, לדעת חכמים לא קנה, כתב המ״מ דלפי הרשב״א שקנין אתן מועיל, איירי הגמ׳ דוקא בשטר, אבל קנין חליפין עדיף מיניה, וכנ״ל. ולפי המבואר בטעמיה דהרשב״א דקנין אתן מועיל משום שמשתעבד בגופו, מובן היטב הסברא דשטר גרע, משום דשטר מועיל דוקא על קרקע ולא על מטלטלין. וכשמשתעבד

בגופו ליתן הקרקע, הוי כמו שעבוד מטלטלין דאין שייך שטר על זה23א.ה. עי׳ יד רמה בסוגיין סוף אות כ״ו שחילק בין שטר לקנין, ואפשר דזה נכלל בכונתו., כדמוכח ברא״ש כתובות פ׳ הנושא את האשה (סי׳ ב׳) גבי חייב אני לך מנה בשטר24ע״ש שהביא מרש״י (ק״א ע״ב ד״ה ה״ג) שפירש דחייב מטעם הודאת בע״ד. ובשם ר״ת שפירש משום התחייבות, שמשעבד עצמו בזה השטר להתחייב לו מנה. והרא״ש מקשה על ר״ת דעל מטלטלין לא מועיל שטר, דשטר מועיל דוקא על שעבוד נכסים, ובחיוב מנה אינו מתחייב רק מטלטלין, ע״ש תירוצו. עכ״פ חזינן דאע״פ שיש שעבוד הגוף דגברא, לא מועיל שטר ע״ז..

אבל הרמ״א יסבור שפיר דהגמ׳ בגיטין איירי בין בשטר בין בקנין אחר, כיון שלשיטתו קנין אתן תלוי בשעבוד נכסים, ואם בא להתחייב לו דבר מסויים דליכא ביה שעבוד נכסים הו״ל קנין דברים ולא קנה וכנ״ל. משא״כ בדבר שאינו מסוים, שכשמתחייב משעבד נכסיו, לעולם קני, בין בשטר בין בקנין אחר, משום דחל שעבוד נכסים, וכמש״נ.

נמצא ג׳ נפק״מ בין הרשב״א להרמ״א. א׳, לרשב״א מועיל קנין אתן דוקא במתנה שמשתעבד בגופו, ולא במכר. וכן קנין לבנות לא מהני מה״ט דאינו משתעבד בגופו. ולהרמ״א מועיל קנין גם במכירה משום שעבוד נכסים. וכן קנין לבנות מהני מהאי טעמא. ב׳, לפי הרשב״א אין חילוק בין דבר מסוים לדבר שאינו מסוים, דבכל גוונא שמתחייב ממון משתעבד בגופו וחל הקנין. ולהרמ״א שהקנין חל משום שעבוד נכסים, מועיל דוקא בדבר שאינו מסוים, ולא בדבר מסוים. ג׳, שלפי הרשב״א שקנין אתן הוא רק שעבוד הגוף, מועיל דוקא קנין חליפין ולא שטר, שעל שעבוד הגוף לא שייך שטר. משא״כ להרמ״א שהחיוב הוא שעבוד נכסים.

ולפי הנ״ל תתיישב היטב קושית הט״ז (חו״מ ר״ג סק״א) והגר״א (שם אות ט׳) במה שפסק הרמ״א מתשובת הרשב״א שאם כתב שטר להחזיר זכויותיו מהני. והקשו, דברשב״א בתשובה שם מבואר שכתב כן דוקא לפי שיטתו דס״ל דקנין אתן מהני. ואיך העתיקו הרמ״א להלכה, הרי הרמ״א פוסק להלכה דקנין אתן לא מהני, וצ״ע.

ולפי המבואר מיושב היטב, דאה״נ הרשב״א לפי שיטתו שסובר שקנין אתן מועיל משום חיובא דגברא, כתב שפיר דלשיטות דאתן לא מהני, דסבירא להו דלא מהני שעבוד הגוף להתחייב בקנין זה, הכי נמי לא מועיל קנין להחזיר הזכויות. אבל הרמ״א לשיטתו דסובר דהא דאתן לא מהני הוא משום דהוי דבר מסוים ולית ביה שעבוד נכסים, סובר שפיר דבהחזרת זכויות מועיל קנין, דלא הוי דבר מסוים, [כמבואר בהגר״א דהחזרת הזכויות אין הפירוש שיחזיר לו הנייר שכתוב בו הזכויות, אלא שמתחייב להחזיר לו הראיות שהם הזכויות שלו, וזה אינו דבר מסוים, ושייך שפיר שעבוד נכסים על זה], וק״ל.

ולכאורה יש להקשות לפי שיטת הרשב״א אמאי אמרינן בכל מקום דהמקנה פירות דקל הו״ל דבר שלא

בא לעולם, ואין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם. הרי כמו שקנין אתן מועיל מצד שעבוד הגוף אע״פ שאין שעבוד הנכסים, הכי נמי בזה תיפו״ל דמשעבד מעכשיו גופו לזה, ומאי שנא מקנין אתן. וי״ל דהרשב״א לשיטתו יפרש הטעם דלא מהני קנין בפירות דקל הוא משום דבמכירה לא מהני קנין, וכפי שנתבאר בשיטת הרשב״א דדוקא במתנה מועיל קנין אתן ולא במכר, דלא חל שעבוד הגוף למכור והו״ל קנין דברים. ואה״נ אם יתחייב ליתן לחבירו במתנה פירות דקל כשיבואו לעולם, יחול חיוב, וככל קנין אתן שחל לפי הרשב״א.

אלא שעדיין צריך ליישב לפי הרשב״א דברי הגמ׳ לקמן (קכ״ז ע״ב) דפריך למאי הלכתא צריך קרא דיכיר יכירנו לאחרים, אי למיתבא לו פי שנים, אפילו לאחר נמי אילו בעי למיתבא ליה במתנה מי לא מצי יהיב ליה. ומשני בנכסים שנפלו לו לאחר מכאן, דהו״ל דבר שלא בא לעולם. ולפי הרשב״א תיפו״ל שיכול ליתן לו משום קנין אתן, דהכא במתנה איירי, ובמתנה נתבאר שלדעת הרשב״א מתחייב בשעבוד הגוף ליתן וחל גם בדבר שלא בא לעולם. וי״ל דלהרשב״א דקנין אתן מועיל משום שעבוד הגוף, אין זה מחייב אלא את עצמו, אבל היורשים שלא נשתעבדו אינם מתחייבים עי״ז, והכא איירי שבא ליטול חלק בכורה מן היורשין. [וזו נפק״מ נוספת בין הרשב״א לרמ״א]. ודו״ק.

ג.

ונחזור לקושית הרמב״ן שפתחנו בה, שהקשה אמאי פשיטא לן בסוגיין למ״ד דמחיצה פלוגתא דהקנין לחלוק את החצר הוי קנין דברים. מאי שנא מקנין למכור דמפורש בגמ׳ בע״ז דנתחייב. והרמב״ן תירץ דאה״נ הגמ׳ בע״ז איירי בדהקנה לו מעכשיו אבל בלא״ה קנין למכור לא חל. אבל קושית הרמב״ן תשאר במקומה לפי שיטת הראשונים הסוברים דקנין למכור ג״כ מועיל, ופירשו הסוגיא בע״ז דנתחייב למכור לראשון בלא שאמר מעכשיו, [כמש״כ הגר״א הנ״ל (חו״מ רמ״ה אות ה׳) בדעת רש״י שם. וכן מבואר בדעת העיטור בסמוך]. לשיטתם צ״ע קושית הרמב״ן מאי שנא קנין למכור דלא הוי קנין דברים, מקנין לחלוק דמבואר בסוגיין דהוי קנין דברים.

ובפרט צ״ע דהרי חזינן דאם אין ברירה אחין שחלקו כלקוחות הן, והיינו שהיורשים הם כשותפין בעלמא שחלקו, ודינם כלקוחות. ומבואר מזה דחלוקת השותפין דמי ממש למכירה, שכל אחד נחשב לוקח, שלקח חלקו משאר השותפין. וא״כ אם הוא נקרא קונה, ממילא שאר השותפין נקראים מוכרין, שאם אין מוכר אין לוקח, וכיון דחלוקת שותפין חשיבא כמכירה, למה לא יועיל קנין לחלוק השדה, ממש כמו שמועיל קנין למכור, וצ״ע.

והנה קושיא זו דקנין לחלוק יועיל כמו קנין למכור, יש להקשות גם לפי שיטת הרמ״א, אף שנתבאר בדעת הרמ״א דבדבר מסוים לא חייל קנין אתן או אמכור, הכא הוי כמו דבר שאינו מסוים, שהרי הטעם דבדבר מסוים לא חל קנין למכור לפי הרמ״א הוא משום דאין שעבוד נכסים [דאם משעבד הדבר

המסוים לקונה ממילא נקנה לו לגמרי כנ״ל], אבל בחלוקת החצר שייך שפיר שעבוד נכסים, שמשעבד את כל החצר ליתן ממנה חלק אחד לחבירו, וכלפי החלק שמקבל לעצמו, מיקרי שאר כל החצר המשועבדת לו דבר שאינו מסוים, ויחול קנין, ודו״ק.

אמנם לפי שיטת הרשב״א ניחא מה שמבואר בסוגיין דקנין לחלוק הוי קנין דברים ולא חייל, אע״פ שקנין אתן חייל לשיטתו, דהרי גם קנין למכור לא חייל, והטעם משום דבמכירה אינו מתחייב ממון משלו לחבירו, ולא שייך שעבוד הגוף ע״ז כמש״נ, ומאותו טעם עצמו גם קנין לחלוק לא יחול לשיטתו, שהרי אינו מתחייב שום ממון לחבירו, והו״ל קנין דברים. אמנם לפי שיטת הרמ״א צ״ע.

[ולכאורה יש להעיר שגם להרשב״א יש כאן התחייבות ממונית, ושוב שייך שיחול קנין ע״ז, דבעצם ההסכמה לחלוק החצר שאין בה דין חלוקה, נקרא שמסלק עצמו מזכות ממון שיש לו בה, שחצר שאין בה דין חלוקה יש לכל אחד מהם זכות שימוש בכל החצר, וע״י שמסכים לחלוק מסלק עצמו מזכות זו.

וחזינן כן ברמ״א (חו״מ קע״א א׳) שכתב בשם הרשב״א היכא דהוי איפכא, דהחצר יש בה דין חלוקה, וקבלו קנין זמ״ז שלא לחלוק, חל קנין, ואינם יכולים לחזור בהם. והיינו משום שחצר שיש בה כדי חלוקה כל אחד יש לו זכות להשתמש רק בחלקו ולא בחלק חבירו, וכשעשו קנין שלא לחלוק הקנה כל אחד לשני הזכות שישתמש בכל החצר. וא״כ הכי נמי איפכא בחצר שאין בה דין חלוקה, דכשעושים קנין שלא לחלוק מסתלק כל אחד מזכות השימוש בחלק של חבירו, והו״ל סילוק מזכות ממון, ושוב יחול שעבוד הגוף ע״ז, וצל״ע25ועיקר מש״נ שבחצר יש לכל אחד זכות שימוש בכולה מבואר במחלוקת בעה״מ והרמב״ן בב״מ שהבעה״מ (ז׳ ע״ב ברי״ף) כתב שכשבע״ח גובה את השדה מן הלוקח שיעור ארעא ושבחא ומשאיר לו את השאר, אם הקרקע שמשאיר ללוקח היא פחות משיעור שראויה להשתמש בה, צריך ליקח ממנו כל השדה ולשלם לו הנשאר בזוזי, כדאמרינן בב״ב (י״ג ע״ב) כל שיחלק ושמו עליו ואם לאו מעלין בדמים. והרמב״ן במלחמות (ח׳ ע״א ברי״ף) הקשה עליו דודאי הבע״ח אינו צריך ליקח קרקע יותר מכדי חובו, ומאי עסקיה דלוקח בהדי בע״ח, אטו איהו מזבין לה ניהליה להך ארעא, והבע״ח לא איכפת ליה מה יעשה הלוקח בשאר הקרקע שמשאיר לו. והוסיף הרמב״ן ״ואפילו שותפי בכה״ג לית בהו דינא דגוד או איגוד, דכיון שאחד מהם יש לו שיעור, אע״פ שחבירו יש לו פחות, מה יעשה לו זה וכו׳ וכל שכן אלו שלא נעשו שותפין מעולם ואין לו עסק עמו״. ומבואר מדברי הרמב״ן דבשותפין בחצר שאין בה כדי חלוקה לכל אחד, אינו יכול לחלוק ולמנוע אותו משאר השדה, שהרי נשתתפו בה ע״מ שיש לכל אחד שימוש בכולה, ומשועבדים זל״ז, וכמש״נ דיש זכות שימוש לכל אחד מהם בכל החצר. דוקא בע״ח לא נשתעבד ללוקח ויכול ליטול

חלקו ולהשאיר לו פחות מכדי חלוקה. ואפילו בשותפין היכא שיש לו כדי חלוקה כיון שלא נשתתף עמו בכל החצר, יכול לכופו לחלוק. [וביאור דעת בעה״מ אע״פ שלא נשתעבדו זל״ז אינו יכול להפסיד את הלוקח ע״י שישאיר לו קרקע שאינה ראויה לשימוש, וכדאמרי׳ בב״מ (ז׳ ע״ב) גבי שנים אוחזין בטלית שחולקין בדמים, דאם יחלוקוה הא אפסדוה, וכן שם גבי שנים רוכבין ע״ג בהמה דאם יחלקוה יפסידוה אלא לדמי. והכי נמי הכא באופן דאפסדיה אינו יכול לכופו לחלוק. [ומחלוקת בעה״מ והרמב״ן תלויה במחלוקת מהרש״ל ומהרש״א (ב״מ שם ד״ה ויחלוקו נמי). דמהרש״ל כתב דגם במקח וממכר היכא דהדין יחלוקו אחד מהם יוסיף עליו בדמים ויטול כולה ולא יחלוקו משום דיפסידוה. וזו סברת בעה״מ. אבל מהרש״א כ׳ דלא שייך במקח וממכר דיחלקו לדמי, כיון שאין ביניהם דיון ממוני אלא כל אחד רוצה הטלית ובכה״ג חולקים הטלית ולא אמרי׳ הא אפסדי׳, ע״ש. וזו סברת הרמב״ן דכיון שלא נעשו שותפין, לא נשתעבדו לאחד על חבירו, ולא שייך כאן הטענה דאפסדי׳, ודו״ק. אלא שמה שכתב הרמב״ן שכשיש לאחד כדי חלוקה ולשני אין, אין בה דינא דגוד או איגוד, וחולקין, דמלשון המשנה (י״א ע״א) ״אין חולקין את החצר עד שיהא ד׳ אמות לזה וד׳ אמות לזה, מבואר דאם אין בה כדי חלוקה לכל אחד מהם, אע״פ שלשני יש כדי חלוקה, אינו יכול לכופו לחלוק, וא״כ למה לא יהא בו דינא דגוד או איגוד, וצ״ע].].

והנראה בזה דהנה גם בדעת הרמב״ם יש סתירה לכאורה, שפסק (פי״א ממכירה ה״ג) ״המוכר בית לחבירו או נתנו לו במתנה על תנאי שילך עמו לירושלים ביום פלוני, והחזיק זה בבית [לקנותו] מעתה, הרי זה קנה, כשילך עמו לירושלים באותו היום, [כלומר בתנאי שיקים תנאו וילך עמו לירושלים] וכו׳. אבל אם התנה ואמר לו אם תלך עמי לירושלים ביום פלוני או אם תביא לי דבר פלוני אתן לך בית זה, או אמכרנו לך בכך וכך, והלך עמו באותו היום או הביא לו, אע״פ שהחזיק בבית אחר שקיים התנאי לא קנה, שזו היא אסמכתא״.

[והנה כונת הרמב״ם שעשו קנין לקיים הדבר שיתננו או ימכרנו לו לכשיקיים תנאו, ואעפ״כ יכול לחזור בו. וכן מפורש בדברי הרמב״ם (שם ה״ו) ״וכן כל התנאין שמתנין בנ״א ביניהן ׳אע״פ שהן בעדים ובשטר אם יהיה כך או אם תעשה כך אתן לך מנה או אקנה לך בית זה וכו׳ לא גמר והקנה שהרי דעתו עדיין סומכת״].

ומבואר מדברי הרמב״ם דהטעם דבלא הקנה לו הבית מעכשיו, לא חל החיוב שנתחייב לו בקנין, הוא משום דהוי אסמכתא, אבל בלאו הכי חל החיוב, ומשום דס״ל להרמב״ם דקנין אתן חל[26]ומבוארת שיטת הרמב״ם דקנין אתן חל בין במתנה, ובין במכירה, [ולא כהרשב״א דבמכירה לא חל קנין כנ״ל]. שהרי הזכיר בדבריו ׳אתן לך בית זה או אמכרנו לך׳. ועל שניהם כתב דלא חל הקנין משום דהוי אסמכתא הא לאו הכי חל.. וזה כמש״כ הב״י (חו״מ ריש סי׳ ר״ו)

בשם העיטור בדעת הרמב״ם דבנתחייב למכור ולא אמר מעכשיו ליכא רק חסרון דאסמכתא משום שנתחייב על תנאי, אבל מצד הקנין גם בלא מעכשיו הוי קנין מעליא ולא חשיב קנין דברים. ועוד מבואר מדברי הרמב״ם דאפילו בדבר מסוים חל קנין אתן. ולכאורה הוא דלא כמש״נ בדעת הרמ״א דדוקא בדבר שאינו מסוים חל קנין.

ויש להקשות מדברי הרמב״ם (פ״ה ממכירה הי״ד) שכתב וז״ל ״הדברים שאין בהן ממש אין הקנין מועיל בהן כלום, כיצד הרי שכתב בשטר קנינו מפלוני שילך בסחורה עם פלוני, או שיחלקו החצר שביניהם או שישתתפו שניהם באומנות וכו׳, הרי זה קנין דברים ואינו מועיל כלום, שהרי לא הקנה לחבירו דבר מסוים וידוע, לא עיקר ולא פירות עיקר הידוע״. ומלשון זו של הרמב״ם שכתב שכל שאינו מקנה לחבירו דבר מסוים וידוע, או עיקר או פירות, הו״ל קנין דברים, היה נראה דקנין אתן אינו מועיל, שהרי בקנין אתן אינו מקנה לו דבר מסוים שגופו ממון. [וכן משמע במ״מ (פ״ח מזכיה ה״ו) דהרמב״ם ס״ל דקנין אתן לא מהני ע״ש]. וצ״ע שזה סותר לדבריו הנ״ל (פי״א ממכירה) שסובר באומר אתן או אמכור לך בית זה, דלית ביה חסרון אחר מלבד דהוי אסמכתא וכנ״ל. ועוד צ״ע לשיטת הרמב״ם קושית הרמב״ן, מאי שנא קנין למכור דחייל ולא הוי קנין דברים, מקנין לחלוק דאמר בסוגיין דהוי קנין דברים, וצ״ע.

ונראה בשיטת הרמב״ם דהא דקנין אתן מהני אין זה משום דחל שעבוד אגברא כמש״נ בדעת הרשב״א, אלא משום שהקנין חל על חפצא של דבר שגופו ממון, שמתחייב להקנותו לו לאחר זמן קנין גמור על פי תנאי זה, במתנה או במכר. ומשו״ה אין בזה חסרון דקנין דברים. וכל החסרון כשנתחייב למכור לו למחר הוא משום דלא חל הקנין עכשיו עד למחר שימכרנו לו והו״ל אסמכתא27א.ה. נראה הכונה בזה דאילולי החסרון דאסמכתא הוי חל קנין, ולא דמי לכל קנין אתן בדבר מסוים שנתבאר דאינו משתעבד לו, שאם משתעבד לו מהשתא, ממילא חל קנין דאינו יכול לסלקו. משא״כ הכא שתלה הנתינה או המכר דלאחר זמן, בקיום התנאי, ואם משתעבד לו מהשתא חל רק שעבוד, ואינו נעשה שלו עי״ז, דהקנין תלוי בקיום התנאי, ודו״ק.. אבל היכא שכל הקנין חל אשעבודא דגברא סובר הרמב״ם דהוי קנין לעשות פעולה ולא חייל.

ומשו״ה בקנין לחלוק את החצר, כיון שאין כאן התחייבות להקנות דבר שגופו ממון, וכל הקנין הוא על פעולת החלוקה בלבד, חשיב קנין דברים. וכך יתפרש לשון הרמב״ם ׳שהרי לא הקנה לחבירו דבר מסוים וידוע׳. שאם היה מקנה לו דבר מסוים, אע״פ שקונה אותו בקנין אחר לאחר זמן, שפיר מתחייב בקנין זה להקנותו לו לאחר זמן.

ובזה מיושבת שיטת הרמ״א דקנין אתן חל בדבר שאינו מסוים, וכן שיטת בעל העיטור, ושיטת רש״י לפי הגר״א, דהסוגיא בע״ז מיירי בלא מעכשיו. ולא תיקשי קושית הרמב״ן מאי שנא קנין לחלוק דהוי קנין דברים. דלפמש״נ יש

לומר דשאני למכור דחשיב התחייבות לחבירו, אף שמוכר החפץ לחבירו תמורת התשלום שמקבל ממנו, מ״מ מתחייב למכור לו חפץ מסוים, וחלה ההתחיבות על החפץ. משא״כ בקנין לחלוק שאין שום התחיבות על חפץ ממוני לחבירו, אלא רק קנין לעשות פעולה, וזה הוי קנין דברים בעלמא, וכמש״נ.

[וע״פ זה יש להוסיף ליישב השגת הראב״ד על הרמב״ם (פ״ג מזכיה ומתנה ה״ה) שכתב שהנותן מתנה ולא סיים מה שנותן לו, כגון שכתב קרקע מנכסי נתונה לך לא קנה, הואיל ולא ידוע מה נתן לו, ואפילו קרקע פחותה שלו אינו חייב ליתן לו. והראב״ד הקשה מהגמ׳ במנחות (ק״ח ע״ב) בית בביתי אני מוכר לך, מראהו עלייה דגריעא. ופסק כן הרמב״ם (פכ״א ממכירה הי״ט). וי״ל הביאור ברמב״ם דבמתנה הואיל ובא להקנות לו בית מסוים, אין שעבוד, כיון שאין ידוע מה נותן לו, וכל הקנין הוא על פעולת הנתינה, ולא חל חלות שעבוד על שום ממון, ולכן לא חל קנין אתן, והו״ל קנין דברים. משא״כ במכירה ששילם עבור המקח ונשתעבד למכור לו הוי כדבר שאינו מסוים, שחל שעבוד על הבתים ליתן לו אחד מהם, ושפיר חל קנין אמכור, ודו״ק].

ד.

ובזה תתישב גם שיטת הרמב״ם (פ״ב משכנים ה״י) שהביא הטור (חו״מ קע״ג ב׳) שבחצר שאין בה כדי חלוקה, אם קנו מידם לחלוק ברוחות, שזה רצה ברוח פלוני וזה רצה ברוח פלוני, [שלא עשו הקנין רק על עצם ההסכמה לחלוק אלא ביררו החלקים איזה צד הוא חלקו של כל אחד מהם], אין יכולין לחזור בהם. והוסיף הטור שהרא״ש חולק על זה וכתב דכה״ג קנין דברים בעלמא הוא, [שהרי עדיין לא קנו כל אחד חלקו28עי׳ בב״י שביאר מחלוקתם בענין אחר, שנחלקו אם צריך שיבררו החלקים עוד קודם מעשה הקנין או בשעת מעשה, ודבריו דחוקים מאוד וצ״ע. ובפשטות מחלוקתם כמש״נ בפנים שאם החליטו כל אחד באיזה צד יזכה סובר הרמב״ם דמהני הקנין ולא הוי קנין דברים.].

ונראה דהרמב״ם, לפי שיטתו שנתבאר דס״ל דקנין אתן תלוי בשעבוד נכסים וכהרמ״א, סובר דבכה״ג שבירורו הרוחות, מכיון שיש כאן שעבוד על חפצא של ממון שיקבל אח״כ בחלקו, נתפס הקנין על החפצא ושפיר חל קנין, וכמש״נ בדברי הרמב״ם באמכור בתנאי. ולא דמי לקנין לחלוק סתם, דהקנין נעשה רק על ההסכמה לחלוק, ואין כאן חלק מסוים וידוע שיקבל אח״כ בחלקו. [והא דלא מוקי הגמ׳ מתני׳ בכה״ג משום שעל זה לא שייך הלשון רצו לחלוק שמשמע שרק נתרצו לללוק, ובכה״ג מיקרי שכבר חלקו].

והרא״ש שנחלק עליו קאי לשיטתו שכתב בכתובות (ר״פ אע״פ) כהתוס׳ שם דהכל תלוי בשעבוד הגוף כנ״ל. וסובר שקנין אתן חל רק מצד שיש בו התחייבות ממון לחבירו, וכמו שסובר הרשב״א דקנין למכור לא חל מה״ט, הכא נמי לחלוק, כיון שיש לו חלק בחצר ואינו מתחייב לו שום ממון במה שמברר חלקו, לא שייך שעבוד הגוף על זה, והוי קנין דברים, ולא חל, ודו״ק.

ובזה נבין לפרש מחלוקת הטור והב״י בדעת הרא״ש. דהטור (חו״מ קנ״ז כ׳) כתב ״ויראה מדברי א״א הרא״ש ז״ל דלבנות לא הוי קנין דברים״. והב״י שם כתב ע״ז ״נראה דהיינו מדפרכינן בגמ׳ אלישנא בתרא [דמחיצה פלוגתא] וכי קנו מידו מאי הוי קנין דברים בעלמא הוא. וכתב הרא״ש שם, למ״ד מחיצה גודא ניחא, דכיון דקנו ושעבדו נכסיהם לבנין הכותל לאו קנין דברים הוא, ומפרש רבינו [הטור] דהכי קאמר, כיון דקנו לבנות הכותל הו״ל כאילו שעבדו נכסיהם, ולי נראה דאדרבה לכך האריך [הרא״ש] בלשונו, לומר דבעינן שיקנו מידו בלשון זה, כלומר שהוא משעבד נכסיו לבנין הכותל, הא לאו הכי קנין דברים הוא״. והפר״ח הקשה על הב״י שבראש״ש ר״פ אע״פ מפורש שמועיל גם קנין על שעבוד הגוף בלא שעבוד נכסים.

ולפי הנ״ל נראה ביאור מחלוקת הטור והב״י בדעת הרא״ש. דהטור הבין שלפי שיטת הרא״ש דקנין אתן תלוי בהתחייבות ושעבוד הגוף כנ״ל, ה״ה גם כשמתחייב לבנות חשיב התחייבות לחבירו, וחל קנין. אבל הב״י סובר שאה״נ לפי הרא״ש קנין אתן תלוי בשעבוד הגוף כמבואר בדבריו בכתובות כנ״ל, אבל אעפ״כ קנין לבנות לא חייל, משום דשעבוד הגוף חל על התחייבות שלו, והחיוב שמתחייב לבנות לא מיקרי התחייבות. וכדרך שנתבאר בדעת הרשב״א דקאי בשיטה זו, דקנין למכור לא חשיב התחייבות, דדוקא כשמקנה ליתן מתנה מיקרי התחייבות, שמתחייב לחבירו ממון משלו. משא״כ כשמקנה למכור שאינו מתחייב ליתן ממון משלו בלא קבלת תמורה, ואין זו התחייבות שיחול ע״ז שעבוד הגוף. והכי נמי כשמתחייב לבנות סובר הב״י דזה הוי כמו למכור, ולא חל קנין. וכן מפורש בהרשב״א בחי׳ בסוגיין דקנין לבנות לא חל, וכמש״נ דקאי לשיטתו דקנין אתן מועיל משום התחייבות, ולבנות אין זו התחייבות, וכמו קנין למכור דלא חל. אבל הטור סובר בדעת הרא״ש דלבנות חשיב התחייבות וחל קנין. [ואפשר שלשיטתו גם קנין למכור מועיל לפי דעת הרא״ש. אם לא דנימא דהתחייבות למכור גרע מהתחייבות לבנות, ולא חל].

סימן ח

בדין המקיף את חבירו

א. **רש״י** פירש הסוגיא במקום שנהגו שלא לגדור, ומשו״ה כשגדר אותו מג׳ רוחות אין מחייבין את הניקף לשלם. אולם בעה״מ מבאר הסוגיא במקום שנהגו לגדור בבקעה, והמקיף הי׳ יכול לחייב הניקף לבנות עמו הגדר, ואעפ״כ כשקדם וגדר לבדו אין מחייבין את הניקף לשלם חלקו. וצ״ע לבאר סברת בעה״מ וחילוקו בין חצר לבקעה.

לכאורה הי׳ אפשר לתלות החילוק בגדר חיוב היזק ראיה בחצר השותפין, כפי שנחלקו הראשונים אם הוא חיוב שמוטל עליו למנוע היזק הראיה שבא ממנו, או שבשותפין כיון שמזיקין זא״ז בשוה אין להם דין מזיק, וכל החיוב לבנות כותל יחד, הוא מחיובי שכנים מצד תיקוני החצר. ויש בזה כמה נפק״מ. ולכאורה נפק״מ בזה גם לענין אם יכול לחייב את חבירו לבנות כותל ביניהם, באופן שלאחר בנין הכותל עדיין ישאר היזק ראיה לחצירו מהצד שפרוץ לרה״ר, דלפי צד א׳ שהחיוב עליו למנוע ההיזק ראיה שלו חייב גם בכה״ג, משא״כ לפי צד ב׳, כיון דגם אם יבנה הכותל עדיין תשאר החצר בלתי מתוקנת מהיזק ראיה, פטור.

לפ״ז לכאורה י״ל דבעה״מ סובר שבחצר החיוב כותל הוא מצד ההיזק ראיה עצמו, כצד א׳, ולכן גם כשלא גדר את הרביעית, ונשאר פרוץ לרה״ר אפשר לחייבו, משא״כ בבקעה שכל החיוב במקום שנהגו הוא מצד המנהג ומחיובי שכנים, וכשאינו גדור מרה״ר אי״ז תיקון לחצירו וא״א לחייבו. אכן זה אינו, דא״כ גם לכתחילה לא יוכל לחייבו לגדור עמו בכה״ג, ומאי שנא כשקדם וגדר לבדו.

ב. **והנה** במאירי הקשה על בעה״מ מאי שנא כשקדם וגדר מחצר דבכל גונא חייב. והרמב״ן הקשה עליו מהגמ׳ ב״ק דתלי לה בדין זה נהנה וזה לא חסר ולפי בעה״מ דאיירי בגדר שבין שניהם הרי כל ההיקף נעשה בשבילו ומיקרי חסר.

לכאורה יל״פ בדעת בעה״מ דהחילוק בין חצר לבקעה הוא דבחצר הוי בגדר חיוב ממוני ביניהם וחייב עכ״פ, משא״כ בבקעה שהוא רק מצד האיסור לעמוד על קמת חבירו. שחייב רק משום נהנה אם גדר את הרביעית. אבל לשון הרמב״ן שכתב דלא דמי בקעה לחצר שחייב לשלם כשחבירו קדם ובנה, משום דבחצר רוב בנ״א מקפידין על היזק הראיה שיש מרה״ר ברוח רביעית, משא״כ בבקעה, משמע שבחצר חייב משום הקפידא על ההיזק ראיה מרה״ר. ונראה בדעת בעה״מ שבחצר כיון שמקפידין על ההיזק ראיה מרה״ר מיקרי שעומד לגדור ואית לי׳ חיוב משום שהשביחה חצירו, ע״ש.

ג. **נתבאר** דמחלוקת הראשונים כאן לשיטתם בדין יורד, וג׳

שיטות ביורד, דלדעת בעה״מ אפילו בשדה שאינה עשויה ליטע אינו יכול לומר לו טול עציך ואבניך, שיטת הרמב״ן דתלוי אם עשויה ליטע או לא. ושיטת הרמב״ם והרא״ש דאפילו בעשויה ליטע יכול לומר לו טול עציך ואבניך. והביאור, לדעת בעה״מ החיוב של יורד הוא מדין ממוני גבך, ומשו״ה חייב בכל גווני. לדעת הרמב״ן הוא משום דהוי כמי שעשה והוציא הוצאות על פיו. ולכן דוקא בעשויה ליטע. ולכן גם סובר הרמב״ן שבעשויה ליטע כשהיציאה יתירה על השבח נוטל מבעה״ב כל היציאה, משום דהוי כמו שעשה על פיו, משא״כ לפי בעה״מ.

לפ״ז, הרמב״ן לשיטתו פירש הסוגיא בהיקף החיצוני שבנה ברשותו ומשום דהוי כשדה העשויה ליטע ומתחייב לשלם גם כשלא השביח בשדהו, ואינו יכול לומר לו טול עציך. משא״כ לפי בעה״מ בהיקף החיצוני או בבונה בתוך שלו א״א שיתחייב מדין יורד דלא שייך בזה ממוני גבך. והרמב״ם סובר שדוקא בבנה הכותל על מקום שניהם מתחייב לשלם חלקו בכותל, דלשיטתו שיכול לומר לו טול עציך, לא הוי כמוציא על פיו, וכל חיובו הוא מדין ממוני גבך, וזה דוקא כשבנה אצלו. והראב״ד שחולק שבכל גוונא חייב לפי שיטתו ביורד דאינו יכול לומר לו טול עציך ומשום דנחשב כמו שעשה על פיו.

א.

במשנה (ד׳ ע״ב) המקיף את חבירו משלש רוחותיו וגדר את הראשונה ואת השניה ואת השלישית אין מחייבין אותו, רבי יוסי אומר אם עמד וגדר את הרביעית, מגלגלין עליו את הכל. ופירש רש״י שהמקיף קנה שלוש שדות סביב שדה חבירו לשלושת מצריה, וגדר בינן לבין שדה חבירו, ונמצא השדה של חבירו מוקף משלוש רוחותיו, ואין מחייבים את הניקף לשלם, משום דאיירי בבקעה שסתמא נהגו שלא לגדור כדאמרינן בגמ׳ לעיל (ד׳ ע״א).

אמנם בבעה״מ (ב׳ ע״ב ברי״ף) כתב וז״ל ״במקום שנהגו לגדור בבקעה, וקמ״ל מתניתין שאין מחייבין אותו לגדור בינו ובין חבירו עד שיהא שמור מארבע רוחותיו, כלומר שלא יהא פרוץ לרה״ר. משא״כ בחצר שמחייבין אותו בכל ענין לבנות כותל באמצע, ואע״פ שפרוץ לרה״ר, סתם חצר עשויה היא לצניעות לבנות לה כותלים מארבע רוחותיה. משא״כ בבקעה שיש הרבה בני אדם שאין מקפידין לסתום מכנגד רה״ר. ואע״פ שהוא מקום שנהגו לגדור ביניהם, משום שאסור לאדם שיעמוד על שדה חבירו בשעה שעומדת בקמתה, אפ״ה משום רשות הרבים לא איכפת להו כולי האי״.

ומבוארת דעת בעה״מ דאדרבה המשנה איירי במקום שנהגו לגדור, ואעפ״כ אין מחייבין את הניקף לשלם הגדר שביניהם, מאחר שחבירו קדם וגדר השדה מעצמו, ולא דמי לחצר דבכל גוונא חייב.

וצריך להבין סברת בעה״מ לחלק בין מקום שנהגו לגדור בבקעה, לבין חצר. דלכאורה כיון שנהגו לגדור הבקעה, הו״ל כמו חצר בעלמא, ויתחייב להשתתף עמו בתשלום הגדר שגדר חבירו מעצמו.

ומהו החילוק שכתב בעה״מ אם רוב בני אדם מקפידין לגדור מרוח רביעית מפני היזק ראיה דרה״ר או לא.

ולכאורה היה נראה לתלות סברת בעה״מ בגדר החיוב כותל בחצר השותפין, אם הוא חיוב מצד ההיזק ראיה שמחויב למנוע היזק הראיה שלו. או שבאמת מצד ההיזק ראיה אין חיוב בשותפין, [משום שהחיוב היזק ראיה הוא מדין מזיק, ובחצר השותפין מכיון ששניהם מזיקין זה את זה בשוה, ואין לאחד מהם שם מזיק יותר מחבירו, אין כלל חיוב של היזק ראיה]. וכל החיוב לבנות כותל בחצר השותפין הוא רק מצד חיובי שכנים, שמוטל על שניהם לתקן את החצר באופן שאין ממנה היזק ראיה. ולעיל (סי׳ א׳ אות ה׳) נתבאר שנחלקו בזה הרמב״ם והראב״ד, ונתבאר כמה נפק״מ בזה, ע״ש.

ולכאורה נפק״מ נוספת בזה תהיה באופן שהכותל שבנה אחד ביניהם, מונע רק את היזק הראיה שבא ממנו, ועדיין נשאר ההיזק ראיה מצד אחר, אם יש חיוב לבנות כותל בכה״ג, דלפי הצד שהמחייב לבנות כותל הוא ההיזק ראיה שלו, א״כ בכל גוונא חייב, משא״כ אם הוא מצד תיקוני החצר א״כ בכה״ג כיון דאין בזה תיקון לחצר שהרי עדיין נשאר ההיזק ראיה לחצירו מרה״ר, פטור מלשלם על הכותל.

ולפום ריהטא היה נראה לפרש שזהו החילוק לפי בעה״מ בין חצר לבקעה, דס״ל לבעה״מ שדוקא בהיזק ראיה בחצר השותפין החיוב הוא מצד עצם ההיזק ראיה, וחייב לבנות הכותל גם כשנשארת רוח הרביעית פתוחה לרה״ר ולא נתקנה חצירו בבנית הגדר משלוש רוחותיה. משא״כ בבקעה שחייב רק במקום שנהגו לגדור, כל החיוב הוא מצד הלכות שכנים, שמכיון שנהגו לגדור, יכול כל אחד לכוף חבירו לתקן איתו השדה בגדר. אבל כשגודרו רק משלוש רוחותיו שלא נתקנה שדהו, אינו מתחייב על זה.

וכך יתפרש מה שכתב בעה״מ בלשונו ״ובמקום שנהגו לגדור בבקעה, וקמ״ל מתני׳ שאין מחייבין אותו לגדור בינו ובין חבירו עד שיהא שמור מארבע רוחותיו, כלומר שלא יהא פרוץ לרה״ר״, פירוש, שאם אינו שמור מארבע רוחותיו, ופרוץ לרה״ר אין תיקון לשדהו בזה, ופטור. ״משא״כ בחצר שמחייבין אותו בכל ענין לבנות כותל באמצע, ואע״פ שפרוץ לרה״ר״, כמש״נ שהמחייב בחצר לבנות כותל הוא עצם ההיזק ראיה שלו, ולכן חייב גם כשאינו שמור מהיזק ראיה, משום שנשאר פרוץ לרה״ר.

אכן מובן שאי אפשר לפרש כן בכונת בעה״מ, שהרי הוסיף בדבריו וכתב ״ואילו מתחילה תבעו לגדור עמו, דכולי עלמא מודו דמחייבין אותו, [במקום שנהגו לגדור בבקעה], אלא לפי שהקדים המקיף וגדר מדעת עצמו, לפיכך באה משנתינו להודיענו שאין מחייבין את הפנימי לתת חלק במה שגדר החיצון בינו לבינו, עד שיהא שמור הפנימי מארבע רוחותיו״. הרי מפורש בדבריו שגם בבקעה, במקום שנהגו לגדור, אף על פי שישאר פרוץ לרה״ר, יכול לכופו לגדור, ודוקא כשקדם וגדר בבקעה, אינו מחויב להשתתף עמו עד שיהא גדור מארבע רוחותיו. ודלא כמש״נ.

ב.

ולכן נראה לבאר דברי בעה״מ באופן אחר לגמרי. הנה ראשית הקושיא שיש לתמוה על בעה״מ, כפי שתמה המאירי, דמכיון שמודה בעה״מ שאילו תבעו מתחילה מחייבין אותו לגדור. מאי שנא כשהקדים המקיף וגדר, הא הוי כאילו המקיף עשה הדבר בשליחותו, ולמה יפסיד הכל. ומאי שנא מחצר שגם אם קדם אחד ובנה שצריך השני לשלם לו חלקו בכותל, וצ״ע29ובמאירי מפרש בכונת בעל המאור, דהסוגיא הכא איירי שכשהמקיף כינס לתוך שלו ובנה, היינו דדוקא כשבנה על מקום של שניהם נחשב שבנה בשביל שניהם וחייב לשלם לו חלקו, אבל היכא שבנה בתוך שלו הרי בנה כותל לעצמו, ואין חבירו מתחייב לשלם לו אלא מצד נהנה, וכיון שלא גדר רוח רביעית, ונשאר המקום פרוץ, והניקף אינו עומד להקיף שדהו מרוח רביעית, לא חשיב כנהנה. משא״כ בחצר סובר המאירי שאע״פ שבנה בתוך שלו, [ואינו יכול לסמוך על הכותל], מ״מ חייב לשלם הואיל ונהנה במה שחצירו מגודר מג׳ רוחות ואינו צריך אלא לגדור רוח רביעית וכנ״ל. אלא שהדברים צ״ע, איך מתחייב הניקף לשלם על כותל שאינו שלו..

והרמב״ן במלחמות תמה על בעה״מ מהגמ׳ ב״ק דתלי החיוב של הניקף כשגדר את הרביעית בדין זה נהנה וזה לא חסר. ולפי דברי בעה״מ דאיירי בגדר שבין שניהם הרי כל ההיקף שעושה המקיף בין חצירותיו לחצר הפנימית היא מחמתו. ומאי שנא מכותל חצר דפשיטא דחייב ״וכי עלתה על דעת שאחד מן השותפין שעשה מחיצה בחצר שאין מחייבין את חבירו לשלם עד ארבע אמות [משום] שיהא נקרא זה נהנה וזה לא חסר, הא ודאי נהנה וחסר הוא, וכיון דהאי בנין אתרווייהו רמיא לסלוקי נזקא מינייהו, שליחותא דידיה עבד״. וצ״ע ליישב דעת בעה״מ אמאי בבקעה במקום שנהגו תלי לה הגמ׳ בב״ק בדין נהנה, ומאי שנא מחצר דודאי חייב.

ולכאורה היה נראה לבאר החילוק לפי בעה״מ בין חצר לבקעה, לפי מה שמתבאר מדברי הראשונים שהחיוב לבנות כותל בחצר הוא בגדר חיוב ממוני שחייב כל שותף לחבירו לבנות כותל בחצר, כפי שמבואר ברא״ש (סוף סי׳ ב׳) שאם יש עדים שמחלו השותפין זל״ז על היזק ראיה, שוב אינם יכולין לחזור בהם, אע״פ שבאומר לחבירו קרע כסותי ושבר כדי ותפטר, יכול לחזור בו ויתחייב חבירו בהיזקו, שאני הכא דתביעת ממון יש ביניהם שנתחייב כל אחד לחבירו לסייעו בבנין הכותל והוי כמו שנתחייב לו מנה ומחל לו עליו, שזכה במחילתו, ע״ש. [וכמש״נ כ״ז לעיל (סימן א׳ אות ה׳)]. ומבואר שהוא דין ממוני שחייב כל אחד לתקן את החצר בעשית הכותל בין החצירות, ויש על כל אחד מהם חיוב חצי כותל לחבירו. ולכן בחצר גם כשבנה לבדו יכול לתבוע מחבירו שיתן את חלקו. ונחשב כותל שבנו שניהם, כל אחד חציו.

משא״כ בבקעה במקום שנהגו לגדור, הואיל והמנהג לגדור הוא מצד האיסור לעמוד על קמת חבירו וכו׳, כלשון בעה״מ, ממילא אין כאן חיוב ממוני ביניהם, אלא חיוב הרחקה גרידא, שמכיון שנהגו לגדור במקום זה גם בבקעה, יש

עליו חיוב לעשות כותל כדי להרחיק עצמו מלהזיק את חבירו בהיזק ראיה.

ומיושבת קושית המאירי, דשאני גבי בקעה דלאחר שקדם אחד ובנה הכותל לבדו, שוב אינו יכול לתבוע חבירו, משום שכל החיוב לבנות כותל מעיקרא הוא רק מצד מציאות ההיזק ראיה שביניהם, וכיון שנבנה הכותל, ואין מצידו היזק ראיה לחבירו, אינו חייב אלא מה שההנהו. ולא דמי לחצר שיש חיוב ממון ביניהם, ויכול לתבוע אותו לשלם חצי הכותל, ודו״ק30ויתכן דלפ״ז גם אם בחצר כשגדר בהוצא ודפנא אינו נפטר מלעשות כותל, כפי שדן הרא״ש (סי׳ ה׳), מ״מ בבקעה אם גדר בהוצא ודפנא, כיון שבמציאות אינו מזיק חבירו בהיזק ראיה נפטר מלבנות כותל, גם במקום שנהגו..

ובזה מיושבת גם קושית הרמב״ן בגדר את הרביעית אמאי תלי לה הגמ׳ בדין נהנה, ומאי שנא מחצר דחייב בלא״ה. ולפי המבואר בבקעה מכיון שאין לו חיוב מחמת ההיזק ראיה, כל חיובו כשגדר אותו מארבע צדדים הוא מה שבמציאות נהנה מהכותל. וכל זמן שגדר אותו רק משלוש רוחות, לא אמרי׳ שעכ״פ ההנה אותו בכתלים הללו לענין שכשירצה למנוע מעצמו ההיזק ראיה לא יצטרך לבנות כותל באותם הרוחות, כי אם את הכותל הרביעי, זה אינו, דסוף סוף כל זמן שאינו בונה לא נחשב שקיבל הנאה לענין זה שאם יבנה יהנה ממנו, שאין הבקעה עומדת לזה. וזהו שכתב בעה״מ בדבריו שרוב בני אדם אינם מקפידים בבקעה על ההיזק ראיה שמרה״ר, וכונתו דמשו״ה לא נחשב שעומדת הבקעה לגדור, כדי שיחשב שההנהו בזה31גם אין לחייבו מצד שנהנה בבנית הגדר שעל ידי זה נפטר מהחיוב שהיה יכול לחייבו לבנות גדר במקום שנהגו, דזה לא מיקרי הנאה לחייבו, דדין נהנה אינו מחייב אלא על הנאה ממשית שנהנה ממנו, ולא מה שפוטר אותו מחיובים, וק״ל., ודוקא כשגדר אותו מרוח רביעית מתחייב מדין נהנה, וכמש״נ.

אמנם בלשון בעה״מ מבואר שהחילוק בין חצר לבקעה, אינו כמש״נ שבחצר נחשב שיש חיוב ממוני ביניהם ובבקעה לא, אלא משום שבבקעה רגילות לגדור תמיד מרה״ר, וכמש״כ בלשונו, ״סתם חצר עשויה היא לצניעות לבנות לה כותלים מארבע רוחותיה, משא״כ בבקעה שיש הרבה בני אדם שאין מקפידין לסתום מכנגד רה״ר, ואע״פ שהוא מקום שנהגו לגדור ביניהם, משום שאסור לאדם שיעמוד על שדה חבירו וכו׳, אפילו הכי משום רה״ר לא איכפת להו כולי האי״. משמע דהחיוב בחצר הוא מצד הרגילות והקפידא של הבני אדם לגדור מהיזק ראיה דרה״ר, וזה החילוק בין חצר לבקעה.

ולכן נראה יותר, דבעה״מ סובר דבאמת גם בחצר אין חיוב ממוני לבנות כותל, וכל החיוב בחצר הוא מצד שנהנה מקיום הכותל. אלא שבחצר מתחייב על כל רוח ורוח שגדר, אע״פ שאינו גדור מרוח רביעית, משום שהחצר נחשבת עומדת לכך להיות גדורה מכל ארבע רוחותיה, ורואים אותה מיד כאילו היא כבר סגורה ועומדת גם משאר רוחות, ונחשב שיש לו הנאה בעצם קיום הכותל

באותן שלוש הרוחות שבנה לו, שהרי עתיד ועומד לסגור גם רוח רביעית. משא״כ בבקעה שהרבה בנ״א אינם מקפידים על ההיזק ראיה, ואינו נקרא שעומדת להיות גדורה גם ברוח רביעית כדי שיחשב הנאה עצם בנית הכותל משלוש רוחות, ודו״ק. [אלא שלפ״ז שוב צריך יישוב לקושית המאירי, מאי שנא בחצר דגם כשקדם ובנה מתחייב לשלם לו חלקו בכותל, משום שהי׳ יכול לתובעו מתחילה לבנות כותל. ומאי שנא בקעה, וצל״ע].

ג.

והנה הרמב״ן בסוגיין, מפרש כהרי״ף, וכלשון האחר ברש״י, דהסוגיא איירי בההיקף החיצוני שבין שדות המקיף לחוץ, שמועיל לניקף למנוע חיות ומזיקים הבאים מבחוץ שלא יכנסו לשטח שדותיהם. ולפי פירושו ודאי בנה הכותל במקום של עצמו, שהרי לא איירינן כלל בגדר שבין שניהם אלא בגדר החיצונית שמבחוץ. והטעם שמתחייב לשלם על גדר זו שבנה חבירו לעצמו, מפרש הרמב״ן משום דהוי כמו יורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות והשביחה, ששדהו הוקרה על ידי גדר זו.

וצ״ע לפי הרמב״ן אמאי תלי הגמ׳ בב״ק דינא דמתני׳ בדין נהנה, הרי חיובו מדין יורד. והרמב״ן עצמו מקשה על בעל המאור שמפרש הסוגיא בגדר שבין שניהם, א״כ מיקרי חסר, והו״ל זה נהנה וזה חסר, ואמאי תלי בדין זה נהנה וזה לא חסר, וכנ״ל. וקושיא זו עצמה תיקשי לפי הרמב״ן, אמאי תלי בדין זה נהנה וזה לא חסר, כיון שדינו כיורד, ותלוי בדין יורד.

והנה לשיטת בעה״מ יש ליישב בפשיטות קושיא זו, דמיקרי שפיר זה נהנה וזה לא חסר, אע״פ שעשה הכותל מחמת ההיזק ראיה שממנו, דדוקא כשנהנה מהחסרון שנעשה בשבילו, כמו בשחרוריתא דאשייתא שנעשה החסרון ע״י ההנאה שלו, מגלגלין עליו כל החסרון, ונקרא זה נהנה וזה חסר. משא״כ בכותל זה שעשה המקיף בשביל עצמו, שלא יוזק בהיזק ראיה, ולא הוסיף שום הוצאה בשביל חבירו, לא מיקרי חסר, והרי זה כמו בונה בית לעצמו לדור בו, וחבירו נהנה מכותלי הבית, שבודאי לא נקרא זה נהנה וזה חסר, והכי נמי כותל זה בנה לעצמו למנוע מעצמו היזק ראיה, ולא שייך שיחשב חסר, כשלא הוציא כלום בשביל חבירו, ומשו״ה תלוי בדין זה נהנה וזה לא חסר.

ובדרך זו נראה לבאר כונת הרמב״ן לפי שיטתו, דמכיון שבנה הכותל החיצוני לשמור עצמו מהחיות וכדו׳, אי זה נהנה וזה לא חסר פטור, לא נקרא כלל יורד לשדה חבירו, שהרי אין חבירו חייב כלל על הנאה זו שהשני לא החסיר בשבילו, ולא נחשב שקיבל ממנו כלום. ודוקא אם זה נהנה וזה לא חסר חייב, שיש חיוב על הנאה זו, נקרא שירד לשדה חבירו ונתן לו אותה ההנאה, ודו״ק.

אלא שאכתי צ״ב איך נקרא עי״ז יורד לשדה חבירו לפי הרמב״ן, דאמנם מדין נהנה יש לחייבו, אבל יורד הוא דוקא כשהשביח בשדה חבירו. והכא בנה הכותל בתוך שלו ולא קיבל ממנו אלא ההנאה מהכותל, ואיך יחשב יורד.

ובאמת הרמב״ם (פ״ג משכנים ה״ד) כתב שכל הדין בגדר את הרביעית

שמגלגלין עליו את הכל הוא דוקא כשבנה הכותל על מקום של שניהם, אבל אם בנה בתוך שלו, אין מגלגלין עליו אלא דבר מועט כמו שיראו הדיינים, שהרי אינו יכול להשתמש בכתלים, ע״ש. וכונתו דבכה״ג אינו נחשב כיורד לשדה חבירו, שהרי הכותל אינו שלו, וכמש״נ. והראב״ד בהשגתו (שם) נחלק וכתב שיכול להשתמש בכותלים, ומתחייב על הכל. וצריך ביאור שיטת הראב״ד אמאי נעשה הכותל שלו, ומהי הגדרת הדברים.

והנראה בזה הוא דבאמת הראשונים אזלי כל חד לשיטתו בדין יורד כמו שיתבאר. הנה נחלקו הראשונים בדין יורד לשדה חבירו, ושלוש שיטות בדבר, כמובא בשטמ״ק ב״מ (ק״א ע״א). א׳, שיטת רב האי גאון המובאת בריי״ף (ב״מ נ״ח ע״ב בריי״ף) דאפילו נטע והשביח בשדה שאינה עשויה ליטע, אינו יכול לומר לו טול עציך ואבניך. וכן הסכים בעה״מ (שם). ב׳, הריי״ף והרמב״ן במלחמות (שם) נחלקו עליהם וסוברים דבשדה שאינה עשויה ליטע יכול לומר לו טול עציך ואבניך, ודוקא בשדה שעשויה ליטע אינו יכול לומר לו כן. ג׳, שיטת הרמב״ם (פ״י מגזילה ה״ה) לפי הכס״מ שם, וכן שיטת הרא״ש (ב״מ פ׳ השואל סי׳ כ״ב), דאפילו בשדה העשויה ליטע יכול לומר לו טול עציך ואבניך.

והנה ביאור מחלוקת רב האי גאון ובעה״מ עם הריי״ף והרמב״ן, אי בשדה שאינה עשויה ליטע יכול לסלקו, לומר לו טול עציך ואבניך, נראה שתלוי בעיקר גדר המחייב ביורד לשדה חבירו, דלדעת רב האי גאון ובעה״מ החיוב בזה הוא מצד ממוני גבך, דמכיון ששיבח את הקרקע שלו, והוא נהנה ממנו, נחשב שיש לו חיוב ממון עליו. ולכן אין חילוק אם השדה עשויה ליטע או לא, ובכל גוונא צריך לשלם לו מצד ממוני גבך.

אבל לפי הריי״ף והרמב״ן החיוב של יורד הוא משום דנחשב כמו שעשה על פיו, והוא לפי מה שכתבו תוס׳ ב״ק (ק״א ע״א ד״ה או דלמא) דהחיוב בנהנה הוא דוקא כשגופו נהנה או כשההנאה באה ע״י מעשה של הנהנה, שמתחייב על לקיחת ההנאה, או ע״י מעשה של בהמתו, אבל בלא״ה פטור. ולפ״ז ביורד לשדה חבירו, כיון שבעל השדה לא עשה שום מעשה, אין עליו חיוב של נהנה, ולמה מתחייב. וצ״ל הואיל וניחא ליה הוי כאילו ירד על פיו ומתחייב כיורד ברשות. ולכן סוברים הריי״ף והרמב״ן דזהו דוקא בשדה העשויה ליטע שהוי כיורד ברשות ואינו יכול לסלקו, משא״כ באינה עשויה ליטע דאינו כיורד ברשות יכול לסלקו.

והנה בשדה העשויה ליטע קיי״ל דשמין לו וידו על העליונה, ולפי רש״י (ב״מ ק״א ד״ה גלית אדעתך) פירושו שאם היציאה יתירה על השבח נוטל מבעה״ב את היציאה. וכן היא דעת הרמב״ן במלחמות שם. אולם בבעה״מ וכן הרשב״א בשטמ״ק הקשו ע״ז דכיון שבעה״ב לא קיבל שבח כשיעור היציאה למה יתחייב לשלם כל היציאה. והנמוק״י שם ביאר משום דניחא ליה בזה.

אכן הרמב״ן לשיטתו, שנתבאר בדעתו דבשדה העשויה ליטע, כיון שניחא ליה, נחשב כמו שעשה על פיו של בעה״ב, ולכן גם כשלא עלה השבח יפה

כנגד היציאה, כיון שהוציא על פיו של בעה״ב מתחייב לשלם לו כל היציאה. והבעה״מ שחולק עליו קאי לשיטתו שסובר שכל החיוב של יורד הוא מדין ממוני גבך כנ״ל, וא״כ אינו יכול לתבוע אלא הממון שיש לו אצלו, וממילא כשהשבח פחות מהיציאה אין לו תביעה אלא שיעור השבח ולא יותר.

והנה הרמב״ן בסוגיין כשמבאר שהמקיף את חבירו מד׳ רוחות מתחייב מדין יורד, כותב דהוי כיורד לשדה העשויה ליטע, ומשו״ה אינו יכול לסלקו לומר לו טול עציך ואבניך. והרמב״ן אזיל בזה כשיטתו דביורד לשדה העשויה ליטע מתחייב כאילו יורד על פיו, ואינו יכול לומר לו טול עציך ואבניך. ומיושבת שיטת הרמב״ן דמחייב את הניקף אע״פ שלא נבנה הכותל בחלקו, דהואיל והמקיף יכול לתבוע ממנו לבנות כותל, ניחא לי׳ שבונה הכותל בכל מקום שהוא, שנפטר עי״ז מלבנות כותל, והו״ל כעושה על פיו. [וכסברת הראב״ד, דאדרבה כשבונה על מקום אחר ניחא לי׳ טפי, שנפטר מלתת מקום משלו לבנות הכותל], ומשו״ה אע״פ שאין הכותל שלו, מתחייב מדין יורד, שהרי עצם הבנין היה על דעתו. וזוהי כוונת הרמב״ן דמתחייב מדין יורד, דכן הוא החיוב בכל יורד שמתחייב משום שהוציא על פיו, אלא דלא נקרא שעושה על פיו אלא אם נהנה חייב דעי״ז נעשה יורד, ודו״ק.

משא״כ הבעה״מ שסובר שיורד לשדה חבירו, אינו נחשב כמוציא על פיו, וכל החיוב שלו הוא מצד ממוני גבך כנ״ל, לא יוכל לפרש כהרמב״ן שאיירי בהיקף החיצוני, ובנה הכותל בתוך שלו, ומתחייב מדין יורד. דכה״ג לא מיקרי ממוני גבך, ואינו מתחייב לשלם על הכותל מדין יורד. ומתחייב רק דמים מועטים על ההנאה שיש לו מכותל זה כמש״כ הרמב״ם [לפי שיטתו דאפילו בשדה העשויה ליטע יכול לומר לו טול עציך ואבניך]. ולפ״ז אין הפירוש בבעה״מ כמו שמפרש המאירי דבריו, דאיירי בכנס בתוך שלו ובנה, דלשיטת בעה״מ בכהאי גוונא אינו מתחייב רק הנאה מועטת, ולא על כל הכותל, וכמש״נ].

ושיטת הרמב״ם והרא״ש שגם בשדה העשויה ליטע יכול לומר לו טול עציך ואבניך אע״פ שיש שבח. ולפי שיטתם על כרחך גם בשדה העשויה ליטע אינו נחשב שעשה על פיו, אלא מתחייב רק על הכותל שנבנה ברשותו. ואה״נ אם אינו רוצה את הכותל, יכול לומר לו טול עציך ואבניך. אלא שכל זמן שאינו אומר לו טול עציך, אמרינן בשדה העשויה ליטע דניחא לי׳ בהאי כותל ומתחייב לשלם כל ההוצאה. ובסוגיין שאינו יכול לומר לו טול עציך ואבניך, שהרי מחויב לבנות כותל מפני היזק ראיה, ממילא מתחייב לשלם על כל הכותל שנבנה אצלו.

וזהו החילוק שמחלק הרמב״ם בבקעה, דהיכא שעשה הכותל אצלו, כיון שנקרא שקיבל ממנו כותל, חייב לשלם עליו, משא״כ כשבנה בתוך שלו, אי אפשר לחייב את השני מדין ממוני גבך. [ומצד שניחא ליה שיחשב כאילו נבנה על פיו, גם כן ליכא לפי שיטת הרמב״ם, שהרי הרמב״ם סובר שיכול לומר לו טול עציך

ואבניך, ואינו נחשב כמו שעשה על פיו]. ומשו״ה סובר הרמב״ם שאינו מתחייב אלא דמים מועטים מדין נהנה.

והראב״ד שחולק, ג״כ קאי לשיטתו בדין יורד, כפי שהביאו הרא״ש (פ׳ השואל סי׳ כ״ג) והשטמ״ק (ב״מ ק״א ע״א) בשמו, שאין בעה״ב יכול לומר לו טול עציך ואבניך ע״ש. וס״ל להראב״ד שנחשב כאילו נעשה על פיו, ולכן מתחייב אפילו כשכינס ובנה בתוך שלו, ולא בחלקו של הניקף, ודו״ק.

סימן ט

בדין מקיף וניקף

א. **ברש"י** פירש הטעם דלרבנן מתחייב הניקף רק על מחיצה הרביעית ולא על הראשונות משום שכבר נפטר מהם מקודם כשלא הועילו לו וקם דינא. וצ"ע כיון שמעכשיו יש לו הנאה למה לא יתחייב עליהם..והרמב"ן הקשה לפי פרש"י דאיירי במחיצות הפנימיות אמאי מיקרי לא חסר הרי עשה אותם רק מחמתו.ותירץ משום שהמקיף לא חיסר בשבילו, אלא שלא יוזק בעצמו בהיזק ראיה, ואצלו ההנאה היא ששמור מהבהמות, דאי משום היזק ראיה הא איירי בבקעה דל"ח היזק ראיה.

צ"ב סברת הגמ' בב"ק דמשום דגרם לו הקיפא יתירא מיקרי חסר וחייב לכו"ע והרי בשעה שנהנה כבר אין החסרון ואיך מצטרפין שניהם. ונראה לפי תוס' בב"ק (כ' ע"ב) שכתבו בתחב לו חבירו שמתחייב כשנהנה מהחסרון שהיה בתחילה ע"ש. ונראה שאי אפשר לחייב מחמת סברא זו שנהנה מהחסרון שהיה בתחילה אלא כשהחסרון בא להנאתו, ולכן על המחיצות הראשונות שלא באו להנאתו, שלא נהנה מהם בלא רוח רביעית, פטור. ורק על הרביעית מתחייב שהיא באה להנאתו, אף שלא נהנה ממנה אלא לאחר שכבר נעשה החסרון וכנ"ל.

לכאורה החילוק בין מחיצות הראשונות לכותל למעלה מד' אמות שמתחייב לשלם על כולו כשסמך לו כותל אחר וגילה דעתו שרוצה בו, משום דהכותל מתחילה בא והיה להנאתו אלא שכשלא גילה דעתו א"א לחייבו על היזק ראיה. וזה דלא כהמחנ"א שכתב במי שקיבל בית מהשר שנטלו מישראל חבירו, שחייב משום שנהנה מחסרונו של חבירו כמו בכותל. ולפמש"נ שאני התם שהשר נטלו ממנו מתחילה ולא היה החסרון להנאתו.

נתבאר הטעם שאין מגלגלין עליו את כל המחיצות, מפני שחיסר קצת בשבילו כמו בשחרוריתא דאשייתא, משום דדוקא אם החסרון המועט הוא סיבה לכל ההנאה מגלגלין עליו את הכל, אבל במחיצה רביעית אינו מתחייב אלא עליה ולא על הנאת שאר המחיצות. ומה"ט ה"ה כשהקיפו במחיצות החיצוניות אין החסרון של ההקיפא יתירא מחייבו אלא על ההנאה ממנו ולא על כל ההיקף כמו שפסק הטור בשם הרמ"ה. ונתבאר לפ"ז דבעמד ניקף וגדר הרביעית לא נקרא שחסר המקיף בשבילו כלל, ואינו מתחייב אלא משום דגלי דעתיה דניחא ליה בהוצאה.

במשנה (ד' ע"ב) תנינן המקיף את חבירו מג' רוחותיו וגדר את הראשונה ואת השניה ואת השלישית אין מחייבין אותו. [אבל גדר את הרביעית חייב לשלם עליה], רבי יוסי אומר אם עמד וגדר את הרביעית מגלגלין עליו את הכל. ובדעת

רבנן שאינו חייב לשלם אלא את הרביעית, פרש״י (ד״ה דת״ק) משום דקם דינא, שכבר יצא מהם זכאי בבי״ד, שהיו שם ימים רבים ולא הועילו לו.

והנה הטעם שעל הרביעית מחייבין אותו, מבואר ברמב״ן ובשטמ״ק משום שעל ידה נעשה שמור מן הבהמות שמבחוץ שלא יזיקוהו. וצ״ע א״כ מה שייך לומר קם דינא לגבי שאר המחיצות, הרי רק מעכשיו נהנה מהם, ומה שעד עכשיו היה פטור מלשלם עליהם משום שלא הועילו לו, משא״כ עכשיו שנהנה מכל המחיצות יתחייב לשלם עליהן.

והנה הרמב״ן (במלחמות ב׳ ע״ב ברי״ף) הקשה על פרש״י דאירי במחיצות הפנימיות שמפסיקות בין שדה הניקף למקיף, א״כ מאי פריך מינה בגמ׳ בב״ק (כ׳ ע״ב) למ״ד זה נהנה וזה לא חסר פטור, הרי הכא עשה את כל הגדר רק מחמתו, והו״ל זה נהנה וזה חסר. ומתרץ דאין החסרון בשביל ההנאה, שהרי המקיף חיסר עצמו בשביל שלא יוזק בעצמו. וע״ש דלא מיקרי שנהנה מהחסרון, שהחסרון נעשה מחמת ההיזק ראיה, והוא לא נהנה מזה, דהרי בקעה לא נהגו לגדור בה מחמת היזק ראיה, וההנאה שלו היא מצד אחר, ששמור מהבהמות שמבחוץ. ובפשטות כונת הדברים דהואיל ואין לו חיוב על החסרון, ממילא אינו מחויב על ההנאה.

והנה בגמ׳ בב״ק מתרצינן למ״ד זה נהנה וזה לא חסר פטור, דהכא חייב משום דאמר ליה את גרמת לי הקיפא יתירא. ולכאורה צ״ע ממ״נ, הרי החסרון היה בשעת הבניה, ובשעה זו אכתי לא נהנה כלום, ואח״כ בשעה שנהנה אין חסרון, ואיך מצטרפין שניהם יחד.

ונראה לפי מה שביארו תוס׳ ב״ק (כ׳ ע״ב ד״ה הא) הטעם דבתחב לו חבירו בבית הבליעה ומצי לאהדורי חייב כדאמר בכתובות (ל׳ ע״ב), ולא אמרינן דזה נהנה וזה לא חסר, שאם היה מחזיר אותה מפיו היתה נמאסת ואינה שוה כלום, הואיל ונהנה מחמת החסרון שהיה בתחילה. [עי׳ תוס׳ כתובות שם (ד״ה לא צריכא) שתירצו באופ״א, שעדיין שוה משהו ומתחייב מחמת זה על כל ההנאה].

ונראה שגם לפ״ד תוס׳ בב״ק, דוקא כשהחסרון הלך להנאתו של זה חייב, אבל אם לא, אע״פ שנהנה ודאי פטור. וא״כ הכא נמי י״ל דאף דהקיפא יתירא שייך גם בכל ההיקף, שהרי חיסר ועשה המחיצות הפנימיות מחמתו, מ״מ כל זמן שלא גדר את הרביעית לא הלך החסרון להנאתו, ופטור. ורק ע״י שגדר רוח רביעית באה הנאתו. ובכה״ג ס״ל לרבנן דמתחייב רק על הרוח הרביעית שחסרונה הלך להנאתו. אמנם על רוח זו מתחייב, אע״פ שנהנה ממנה רק לאחר החסרון, כמו בתחב לו חבירו שמתחייב על החסרון שמתחילה שהלך להנאתו.

ולכאורה צ״ע מאי שנא מכותל למעלה מד׳ אמות, שכתבו תוס׳ (ה׳ ע״א ד״ה אע״פ) שחשיב חסר מחמתו, שגורם לו להגביה הכותל שלא יהיה לו היזק ראיה ממנו, וכשסמך לו כותל אחר וגילה דעתו שניח״ל בכל הגובה, חייב לשלם עליו. ונראה דשאני התם שמתחילת הבניה היה להנאתו, שמונע ממנו היזק ראיה, אלא שהיה יכול להשמט מלשלם כשאומר שלא איכפת לו היזק הראיה.

אבל כשגילה דעתו דניח״ל בכותל כשסמך עליו, מגלגלין עליו את הכל. משא״כ הכא שבשעה שנעשו ג׳ המחיצות הראשונות לא היו כלל להנאתו, ולא נעשו בשבילו כלל. [ועוד יש לחלק דהתם כשסמך על הכותל כיון שמשתמש בגוף הכותל נחשב כמו שקנה אותו ומתחייב על כולו, משא״כ הכא שרק באה לו הנאה מהמחיצות, אינו מתחייב כשלא נעשו בשבילו].

ובמחנ״א (גזילה סי׳ י״ג) הביא מהמרדכי לגבי שר שנטל ביתו של ישראל ונתנו לישראל אחר. והמחנ״א מדמה זאת לדברי תוס׳ הנ״ל בב״ק, דהכא נמי הישראל שקיבל את הבית מהשר נהנה מחסרונו של חבירו. ולפי המבואר לא דמי, דדוקא היכא דכתוצאה מהחסרון באה ההנאה, והחסרון היה למטרה זאת, אמרינן דהוי חסר, אבל הכא דהחסרון נעשה למטרה אחרת, שהשר לקח ממנו הבית שלא בשביל שיהנה ממנו המקבל, אין זה נקרא שנהנה מהחסרון, והוי כמו שכבר חסר והפסיד מתחילה, ולאחר זמן בא אחר ונהנה מזה, שאינו מתחייב על הנאה זו.

אלא דצ״ע דאחרי שבנה הרביעית, ונקרא חסר בשבילו, למה לא נגלגל עליו את הכל, כמש״כ תוס׳ ב״ק דאם חסר קצת משלם בשביל כל הנאתו.

והנה בב״ק שם אמרינן דבאכלה פירות ברה״ר דמשלמת מה שנהנית הו״ל זה נהנה וזה לא חסר, משום דסתם פירות ברה״ר אפקורי מפקר להו. וביארו תוס׳ (ד״ה אפקורי) דאינו מפקירן לגמרי דא״כ לא יתחייב לשלם עליהם כלל, אלא דאם ידרסו יהיו שוים פחות מדמי מה שנהנית, ומתיאש מאותו חסרון שיהיה בהם. ובשטמ״ק שם הקשה א״כ אמאי משלם רק דמי מה שנהנית הא מכיון דחיסר קצת נגלגל עליו את הכל.

ולכאורה י״ל דכיון שנתיאש מהשאר אינו מתחייב ע״ז. אלא דא״כ למה ישלם מה שנהנית, הרי נתיאש מדמי מה שנהנית, ומה זה ענין לזה נהנה וזה לא חסר. אלא על כרחך דמכיון שנשאר לו קצת בחפץ, ממילא כל החפץ אינו הפקר, וא״כ הדקו״ל שנגלגל עליו את הכל.

[ואפשר לומר דבאמת הוי הפקר כמש״כ תוס׳, אלא דמכיון שאינו יכול להנות מהערך המופקר מבלי שישתמש גם בשל חבירו, ממילא מתחייב לשלם לחבירו. והדין כמה ישלם לחבירו תלוי בדין זה נהנה וזה לא חסר, דלמ״ד זנוזל״ח פטור, אינו מתחייב אלא על מה שנלקח לטובתו, אבל על מה שנהנה אינו מתחייב, משא״כ למ״ד חייב מתחייב לפי מה שנהנה].

ונראה, דבאמת לא הוי הפקר מדמדחייב מה שנהנית, אלא דמכיון שהוא מתיאש משיווי הפירות, שוב לא מיקרי חסר, דדוקא אם החסר הוא סיבה לכל ההנאה כמו בשחרוריתא דאשייתא אזי מתחייב על כל החסרון, אבל אם היתה סיבה אחרת להנאה, ודאי אינו מתחייב על כל ההנאה. ולכן הכא דהחסר הוא משום דמפקר להו לדריסת הרבים, ולא בשביל הנאתה, אינו מתחייב על החסרון שנחסר במה שנתיאש ממנו מחמת הדריסה, רק על חסרון הפירות שהביא להנאתו.

חזינן דהיכא שההנאה היא לא משום דחסר בשבילו חשיב זה נהנה וזה לא חסר. ומה״ט הכא בניקף ג״כ אינו

מתחייב על ג׳ מחיצות הראשונות, אע״פ שנהנה מכולם, משום שמחיצות אלו לא חסר עבור הנאתו, ודוקא על כותל רביעי חייב, ולא מגלגלין עליו חסרון אחר שהיה בלא״ה.

ולפ״ז לרש״י אם גדר מחיצות החיצוניות, אין הפנימי חייב להשתתף רק בהקיפא יתירתא שחסר מחמתו, ולא כשיעור כל היקף שדהו הפנימי, דאין החסר מחייבו אלא בעד ההנאה מהחסר. דלא דמי לשחרוריתא דאשייתא דהחסרון נעשה בכל הבית והוא משתמש בכולו ומשלם בעד ההנאה מכולו, אבל בהקיפא יתירתא החסרון הוא רק בהקיפא יתירתא ורק זה ישלם.

ובזה מתורץ הטור שפסק (חו״מ קנ״ח) כהרמ״ה שבנמוק״י שאינו משלם רק על ההקיפא יתירתא, ולא כשיעור כל דמי היקף שדהו הפנימי, ע״ש בב״ח (ס״ק י״ד). אע״פ שפסק (חו״מ שס״ג) כהתוס׳, דכשחסרו בשחרוריתא דאשייתא צריך לשלם לו כל מה שאיתהני מיניה. והחילוק כמש״נ, וק״ל.

והנה בגמ׳ ב״ק (כ׳ ע״ב) פריך למ״ד זנוזל״ח חייב מר׳ יוסי דמחייב בעמד ניקף וגדר את הרביעית, הא מקיף פטור. ובתוס׳ (ד״ה טעמא) [ביארו דקושית הגמ׳ גם מרבנן, דאפילו רבנן לא מחייבי על הרביעית אלא משום הקיפא יתירתא]. והקשו תוס׳ דלפי סברת המקשן דזה נהנה וזה לא חסר פטור, אמאי מחייב ר׳ יוסי בעמד ניקף. ותירצו דשאני היכא דגלי דעתיה דניחא ליה בהוצאה.

וביש״ש (ב״ק פ״ב סי׳ ט״ז) הביא מהטור (חו״מ שס״ג) ומקורו במרדכי שכתבו כן להלכה דהיכא דגלי דעתיה דניחא ליה בהוצאה חייב אפילו בזה נהנה וזה לא חסר. ותמה עליהם דסברת התוס׳ צריך דוקא לפי ההו״א דלר׳ יוסי בעמד מקיף פטור, דלא סבירא ליה לר׳ יוסי הסברא דהקיפא יתירתא, ועל כרחך מה שמחייב בעמד ניקף הוא משום דגלי דעתיה כמש״כ תוס׳, אבל לפי מסקנת הגמ׳ בב״ב שר׳ יוסי מחייב אפילו בעמד מקיף, דליכא גילוי דעתא דניקף, ומשום דגרם ליה הקיפא יתירתא, אין מקור לחדש שבגלי דעתיה מתחייב גם כשאינו חסר, ע״ש.

אולם לפמש״נ היכא דעמד ניקף לא שייכא הסברא דהקיפא יתירתא, כיון שכשהניקף גדר את הרביעית, לא נחשב כלל שהוציא המקיף עבורו, ואינו נקרא חסר כלל על שאר ההיקף שלא הועיל לו ולא נעשה להנאתו, ובעמד ניקף על כרחך חיובו הוא משום דגלי דעתיה דניחא ליה בהוצאה כמש״כ תוס׳, ודו״ק.

סימן י

בגדר החזקה דאין אדם פורע תוך זמנו

א. **נחלקו** הגאונים והראשונים אם בסתם הלואה ג״כ אמרי׳ שאינו נאמן לומר שפרע בתוך ל׳ יום. והסבר הסוברים שנאמן י״ל ע״פ מה שכתב הגרי״ז בדעת הרמב״ם שהדין בסתם הלואה שאינו רשאי לתובעו תוך ל׳ יום הוא כדין שמיטה שיש איסור על המלוה לנוגשו תוך ל׳ אבל מצד עצמו מחויב מיד, ולא כקבע לו זמן שעד שיגיע הזמן אינו מחויב לפרוע כלל. ולפ״ז ניחא דמה״ט בסתם הלואה י״ל שפרע תוך ל׳ שהרי מחויב לו. **ויש** לפרש ביותר, שהחזקה שלא פרע תוך זמנו היא לא רק בירור מחמת שאינו רגיל לפרוע אלא שבתוך הזמן מכיון שאינו מחויב לפרוע אין לו כח טענה של בעל דבר לטעון פרוע, ולכן זהו דוקא בקבע לו זמן שעד שיבוא הזמן אינו נקרא חייב כלל. משא״כ בסתם הלואה שחייב לו מיד אלא שאינו חייב לפרוע עד שיבוא הזמן, נאמן לומר שפרע.

ב. **בזה** תתיישב שיטת השו״ע שפסק שבסתם הלואה נאמן לטעון פרוע תוך ל׳, ואעפ״כ לגבי הדין שסתם קנין לכתיבה עומד פסק דבתוך ל׳ בסתם הלואה לא חיישינן שמא פרע לו וכותבין לו שטר. והקשו הש״ך והגר״א שלפי שיטתו בסתם הלואה גם בתוך הזמן יש לחוש שפרע.

ולפי המבואר אתי שפיר דגם בסתם הלואה אינו רגיל לפרוע עד ל׳ יום, ודוקא לגבי טענת פרעתי שהמלוה טוען שלא פרע לו, והנידון אם יש לו נאמנות של בעל דין לטעון כנגדו פרוע, אמרי׳ דבסתם הלואה נחשב שחייב מיד ונאמן לטעון פרעתי, ולא כמו בקובע לו זמן שאינו נקרא חייב כלל קודם הזמן.

ג. **בזה** יש ליישב מה שפסק השו״ע כדברי הרמב״ם דבסתם שכירות אמרי׳ שאינו פורע תוך זמנו, אע״פ שלדעת השו״ע בסתם הלואה לא אמרי׳ כן, משום דבסתם הלואה סובר השו״ע שמחויב לו מיד כנ״ל. משא״כ שכירות דאינה משתלמת אלא לבסוף, אינו נקרא שחייב לו אלא כשמסתיימת השכירות כעבור ל׳ יום, וא״כ בשכירות ודאי אין לו נאמנות שפרע תוך זמנו.

עוד תתישב בזה קושית הש״ך והגר״א על הרמ״א שפסק שהמלוה אינו צריך לישבע שבועת היסת שהלווה לא פרעו תוך הזמן, שחזקה שלא פרעו תוך זמנו. ואילו בשכירות הרמ״א סתם כהשו״ע שהעתיק לשון הרמב״ם שיכול להשביעו שלא שילם לו תוך ל׳. ולכאורה הוא ק״ו אם בהלואה שחייב לו מיד לא חיישינן שפרעו, בשכירות לא כל שכן.

ולפי המבואר, בשכירות לפני הזמן אין כלל חוב, י״ל דאדרבה מכיון שעדיין אין לו חיוב שכירות א״כ גם לטענתו ששילם לו לא הוי זה בגדר תשלום של שכירות אלא מעות בעלמא

ששילם לו, וע״ז הוא משביעו שאין לו ממון אצלו, כמו שיכול להשביעו על שאר ממון. משא״כ בהלואה שיש חוב מיד [אפילו אם תוך הזמן נקרא שעדיין אינו חייב לו], א״כ מה ששילם לו תוך זמנו הוא בגדר פרעון של ההלואה, ואינו יכול להשביעו אלא על הממון שמשלם לו עתה, וממון זה מתחייב לשלם לו ע״פ בי״ד משום החזקה שלא פרעו תוך הזמן, ואינו חייב לישבע ע״ז.

א.

בגמ׳ בגמ׳ (ה׳ ע״א) אמר ריש לקיש הקובע זמן לחבירו ואמר לו פרעתיך בתוך זמני, אינו נאמן, ולואי שיפרע בזמנו. ובתוס׳ (ד״ה הקובע) כתבו בשם ר״י דדוקא בקובע זמן, אבל בסתם הלואה [דסתם הלואה ל׳ יום (מכות ג׳ ע״ב)], לא חשיב ליה תוך שלושים, תוך זמנו, ונאמן. ובשטמ״ק הביא כן בשם גאון ז״ל, והוסיף שהרשב״א נחלק על זה וכתב שגם בסתם הלואה אינו נאמן לומר שפרע בתוך שלושים. וע״ש בשם הרא״ש שדחה ראית הרשב״א מסוגיין וכמובא להלן. ובר״ן כתובות (ז׳ ע״ב ברי״ף ד״ה ולענין) הביא שנחלקו הגאונים בזה. ויש לבאר שורש מחלוקתם, אם גם בסתם הלואה נאמן לומר פרעתיך בתוך ל׳.

והנה הא דאמרינן חזקה אין אדם פורע תוך זמנו י״ל בזה שתי טעמים. א׳, שכל זמן שלא הגיע זמן הפרעון, אינו רגיל לפרוע, שאינו מקדים לפרוע לפני הזמן שמחויב. ולפ״ז ודאי אין סברא לחלק בין הלואה שקבוע לה זמן או סתם הלואה, וגם בסתם הלואה איכא להאי חזקה שלא פרע בתוך ל׳ יום, כיון שעדיין אינו מחויב לפרוע. ב׳, י״ל דהחזקה שאינו פורע תוך זמנו הוא משום דלפני שהגיע הזמן עדיין אינו נקרא שחייב לו הממון כלל, ועצם חיוב הממון בא רק משעה שהגיע זמן הפרעון. ובפשטות גם לפי סברא זו, אין לחלק בין הלואה שקבוע לה זמן, לסתם הלואה, שהרי גם בסתם הלואה לא חל החיוב ממון עד ל׳ יום שיגיע זמנו לשלם, וממילא הוא בחזקת שלא פרע תוך ל׳ יום. וא״כ צריך להבין שיטת הגאונים והראשונים שחילקו בין הלואה שזמנה קבוע לסתם הלואה.

והנה הגרי״ז בספרו (פי״ג ממלוה ה״ה) ביאר בדעת הרמב״ם דהא דסתם הלואה ל׳ יום אין זה מצד ההלואה עצמה שניתנה בסתמא לל׳ יום, אלא שהוא דין תורה שאסור ללווה לתובעו כל ל׳ יום כמו בשמיטה שיש איסור ליגוש הלווה. ומבואר לפ״ז דממון ההלואה מחויב לו מיד, אלא שהתורה אסרה על המלוה לתובעו עד ל׳ יום, וממילא אינו מחויב לפורעו עד ל׳ יום.

[יעו״ש שביאר כן במש״כ הרמב״ם וז״ל ״המלוה את חבירו וקבע לו זמן לפרעו וכו׳ אינו יכול לתובעו עד סוף הזמן וכו׳, וסתם מלוה ל׳ יום וכו׳ ואם התנה שיתבע בכל זמן שירצה יש לו לתובעו ביומו, שתנאי ממון הוא״. וקשה למה הוצרך לפרש הטעם שיכול לתובעו בכל זמן, מצד הלכות תנאים, שהתנה בדבר שבממון, ותנאו קיים, ולא פירש כפשוטו דמכיון שקבע זמן הפרעון לפחות משלושים יום, אין זו סתם הלואה, ומתחילה לא נתן לו ההלואה אלא עד זמן זה שיתבענו.

ומבאר הגרי״ז דלדעת הרמב״ם הא דאמרי׳ במכות (ג׳ ע״ב) דבסתם הלואה אינו רשאי לתובעו קודם ל׳ יום, אין זה רק שהלווה איננו מחויב לפרוע ההלואה עד ל׳ יום, אלא נאמר בזה שיש על המלוה איסור לתובעו, וכדילפינן לה בגמ׳ שם מקרא דקרבה שנת השבע שנת השמיטה, לומר לך שיש שמיטה אחרת שהיא כזו, ואיזו זו המלוה את חבירו סתם שאינו רשאי לתובעו בפחות מל׳ יום. היינו דבסתם הלואה הוי כמו שמיטה לל׳ יום, שאסור לנגוש את הלווה ולתבוע ממנו החוב תוך ל׳ יום.

ולפ״ז מבאר הגרי״ז את דברי הרמב״ם, שכשהתנה שיוכל לתובעו בכל זמן, מכיון שלא קבע במפורש שמלוהו ליום אחד, לא יצא מתורת סתם הלואה שנוהג בה האיסור לתובעו עד ל׳ יום, אלא שהוא בא ומתנה שיוכל לתובעו בכל עת, ולא יהא עליו דין השמיטה שיש בהלואה זו, והוי כמתנה ע״מ שלא תשמטני בשביעית, ומועיל תנאו משום תנאי בדבר שבממון[32]ולכאורה יש להקשות ע״ז דהאיסור שלא ליגוש את חבירו כל ל׳ יום הוא רק מילתא דאיסורא, אבל הלווה מצד עצמו חייב לשלם לו מיד, והוי ליה תנאי באיסורא, ואיך כתב הרמב״ם דהוי תנאי בדבר שבממון. ומבואר מדברי הגרי״ז דדין התביעה שיש למלוה על הלווה חשיב דבר שבממון, ומשום שזו זכות תביעה שיש למלוה על הלווה, ומשו״ה בסתם הלואה דהוא גדר שמיטה לאותו חוב, חל דין דבהלואה זו נפקע ממנו זכות התביעה כל ל׳ יום כנ״ל, וכשמתנה שיוכל לתובעו תוך ל׳, מיקרי תנאי בדבר שבממון, ודו״ק. ובסברא זו יש ליישב קושית הקצה״ח (ס״ז סק״א) על הרא״ש (בתשובות כלל ע״ז ב׳ ד׳) שכתב שבזמנינו שנהגו לכתוב פרוזבול הוי כמו שהתנה על מנת שלא תשמטני בשביעית ותנאו קיים. והקשה הקצה״ח דהרי שיטת הרא״ש (גיטין פ׳ השולח סי׳ כ׳) שהאיסור ליגוש חל מיד בתחילת השביעית, ואילו השמטת החוב אינו אלא בסוף השמיטה כדקיי״ל ששביעית אינה משמטת אלא בסופה, וא״כ בשנת השביעית עצמה איך מועיל התנאי שיוכל לתובעו, הרי בכל השנה שיש רק האיסור ולא הפקעת הממון, הוי רק מילתא דאיסורא, והוי תנאי בדבר שבאיסור ולא בדבר שבממון. ולפמש״נ לפ״ד הגרי״ז דדין התביעה שיש למלוה על הלווה חשיב דבר שבממון, שזו זכות תביעה שיש למלוה על הלווה, מיושב, דהדין שמיטה שחל בתחילת השביעית מפקיע ומבטל זכות תביעה זו, וקובע שאין לו עוד זכות תביעה על ממון זה. ולכן כשמתנה שלא ישמטנו ויוכל לתובעו, נחשב לתנאי בדבר שבממון ותנאו קיים ככל תנאי בדבר שבממון. [עי׳ בדברינו במכות (סי׳ ז׳ אות ב׳ ד״ה ולפמש״נ) שבארנו כן. [ובמקו״א (מכות סי׳ ח׳ אות ב׳ ד״ה ובפשיטות י״ל) בארנו ליישב קושית הקצה״ח, שהאיסור ליגוש חל דוקא על חוב שיש עליו שמיטה לבסוף, ובחוב זה שאינו נשמט משום שהתנה שלא תשמטנו שביעית, שזהו תנאי בדבר שבממון, ממילא גם איסור נגישה לא נאמר בו, ע״ש. ובתירוץ זה לא תתיישב שיטת הרמב״ם כאן, וכמובן].].

ולפ״ז יש לפרש שפיר שיטת הסוברים דבסתם הלואה אין החזקה שלא פרע תוך ל׳ יום, וי״ל דהם נקטו כטעם ב׳ הנ״ל, שבכל הלואה החזקה שאין אדם פורע תוך זמנו היא מצד שעדיין אינו מחויב כלל ממון ההלואה עד שיגיע הזמן הפרעון. ולכן בסתם הלואה שמחויב לו מיד, כמש״נ ע״פ הגרי״ז, שוב רגיל הוא לפרוע גם בתוך ל׳ יום, וק״ל. [ובקצה״ח (ס״ז סק״ד) הביא בשם הב״ח דסתם הלואה ל׳ יום שביעית משמטת, ואין זה דומה למלוה את חבירו לי׳ שנים שאין שביעית משמטת. ומבואר חילוק הנ״ל דבקבע לו זמן אינו נקרא מחויב כלל עד שיגיע הזמן משא״כ בסתם הלואה, וק״ל].

והנה השטמ״ק בשם הרשב״א כתב להוכיח מסוגיין שגם בסתם הלואה אינו נאמן שפרע תוך הזמן, דפריך לריש לקיש דאמר דתוך זמנו אינו נאמן, ממשנתינו דעד ארבע אמות בחזקת שנתן עד שיביא ראיה שלא נתן. ומאי קושיא הא במתני׳ שלא קבע לו חבירו זמן ורוצה שיבנה עמו מיד, מודה ריש לקיש דפורע תוך זמנו. אלא ודאי בכל גוונא אמרי׳ שאינו פורע תוך זמנו. וע״ש בשטמ״ק בשם הרא״ש שדחה ראית הרשב״א, דבכותל כיון דסלקא דעתין דלא נתחייב כלל עד שיגמור כל הארבע אמות, עדיף טפי מקביעות זמן. וצריך ביאור סברתו בזה.

ולפי הנ״ל נראה כונת הרא״ש כמש״נ, דבסתם הלואה סובר הרא״ש דאמרינן שפורע תוך זמנו משום דמחויב מיד, משא״כ בכותל דלפי ההו״א בגמ׳ אינו מתחייב בכל שפא ושפא אלא רק לאחר שגמר כל הד׳ אמות, לא גרע מקבע לו זמן דכל זמן שאינו מחויב לו חזקה שאינו פורע. [והרשב״א שהקשה מסוגיין, ס״ל דהטעם דאין אדם פורע תוך זמנו הוא משום שאינו מחויב לפרוע, וא״כ אין חילוק בין זה לכותל], וק״ל.

ובאמת עצם הדבר שבסתם הלואה יש חיוב מיד מבואר גם ממה שכתב הקצה״ח (ס״ז סק״ד) ששביעית משמטת סתם הלואה ל׳ יום, ומבואר דאין זה כמלוה שקבוע לו זמן שכ״ז שלא הגיע זמנו אין שביעית משמטתו. אלא מיד בשעת ההלואה יש חיוב, ומשו״ה השביעית משמטתו, וק״ל.

ב.

ונראה לבאר יותר סברא זו דבסתם הלואה שמחויב מיד, אין חזקה שלא פרע תוך זמנו, דאין זה מצד הרגילות, שבהלואה כזו שהוא מחויב בה בתוך הזמן רגיל לפרוע קודם שהגיע זמן הפרעון. [כפי שנקט הקצה״ח (ע״ח סק״ח)]. אלא לעולם גם בסתם הלואה, מכיון שעדיין אינו חייב לפרוע עד ל׳ יום, אינו רגיל לפרוע בתוך הזמן. אלא שבכל הלואה יש ללווה נאמנות לטעון פרעתי מכח טענה של בעל דין, שמכיון שהוא הנתבע יש לו נאמנות לטעון נגד המלוה שפרע. ובתוך הזמן אינו נאמן לטעון פרעתי, דעד זמן הפרעון עדיין אין עליו חיוב כלל כמו שנתבאר, ואינו נחשב לבעל דין כדי שיהיה לו נאמנות בטענתו. וגם טענת פרעתי אינה נחשבת טענה, כמו בכל חוב שאם טוען מחלת לי לא מיקרי טענה, דהחוב אינו עומד למחילה, והכי נמי בתוך הזמן שעדיין אינו מחויב לו הממון, אין

החוב עומד לפרעון, ופרעתי אינו נחשב לטענה, ודו״ק.

ולפ״ז בסתם הלואה שנתבאר שיש לו חיוב מיד, כשטוען פרעתי נחשב שפיר טענה של בעל דין לטעון פרעתי, אע״פ שעדיין אינו מחויב לפרוע החוב עד ל׳ יום. וכ״כ התומים (ע״ח ס״ק י״ב), ודו״ק33ובדעת החולקים י״ל שגם הם יכולים לסבור כמש״נ דבסתם הלואה מיקרי שמחויב לו מיד, [והוא רק איסור על המלוה לתובעו כמו שביאר הגרי״ז], אלא דהם סוברים שבאמת גם בכל הלואה שקבע לו זמן הוא כך, דנקרא שחייב לו ממון מיד משעת הלואה, ואעפ״כ אמרי׳ דחזקה שלא פרע לו, והוא מצד שהרגילות היא שכל זמן שעדיין אינו מחויב לפרוע, אינו רגיל לפרוע, כמש״נ בטעם א׳ דלעיל. ולפ״ז אין שום חילוק בין קובע לו זמן לסתם הלואה. וגם בסתם הלואה, כיון שאינו מחויב לפורעו עד ל׳ יום חזקה שלא פרעו, וכנ״ל, וק״ל..

ובזה יתיישבו לן היטב פסקי השו״ע דסתרי אהדדי. דהנה בשו״ע (חו״מ ע״ח ז׳) פסק דבסתם הלואה נאמן לומר פרעתיך בתוך ל׳ יום. ובבהגר״א (אות כ״ד) כ׳ וז״ל ודעת הרמב״ן אינו כן כמו שכתב [השו״ע] בסי׳ ל״ט סעיף ג׳. וכן הרמב״ם כמש״כ [השו״ע] בריש סי׳ שי״ז, ע״כ. וכונתו לדברי השו״ע שם שכתב דסתם קנין לכתיבה עומד, ואם קנו מיד הלווה שהוא חייב לו מנה, יכולים [העדים] לכתוב שטר למלוה, אף שלא אמר להם לכתוב. ומביא השו״ע שם שיטת הר״ן בשם הרמב״ן דזהו דוקא בתוך שלושים יום, אבל לאחר ל׳ יום בסתם הלואה, אין כותבין, דחיישינן שמא פרע לו. וכן בקבע לו זמן, אין כותבים לאחר הזמן. הרי שדעת הרמב״ן שגם בסתם הלואה לא חיישינן שפרע תוך זמנו אלא רק לאחר זמנו.

ובבהגר״א שם (ל״ט אות י״ז) מבאר דהרמב״ן לשיטתו דס״ל דסתם הלואה דמיא לקובע לו זמן, דבתוך ל׳ יום לא חיישינן לפרעון. אבל על השו״ע קשה מדבריו הנ״ל (בסי׳ ע״ח). וכוונתו, שמכיון שהשו״ע סובר דבסתם הלואה נאמן לומר פרעתיך אפילו בתוך שלושים יום, היה לו להזכיר גם כאן דבסתם הלואה אפילו תוך ל׳ יום אין כותבים שטר למלוה משום דחיישינן שפרע לו בתוך זמנו. ומציין הגר״א לדברי הש״ך (שם סק״ח) שעמד בסתירה זו בשו״ע, וצ״ע.

ולפי הנ״ל יש ליישב היטב, דהנה נתבאר בטעמי׳ דהשו״ע דבסתם הלואה נאמן לטעון פרעתי, דבכל הלואה אינו נאמן לטעון פרוע בתוך זמנו, משום דאינו נחשב בעל דין עדיין, וגם פרעתי אינה טענה עדיין, אבל בסתם הלואה שנחשב שחייב לו מיד, יש לו נאמנות של בעל דין לטעון פרעתי גם בתוך ל׳. ולפ״ז מצד הרגילות י״ל שגם בסתם הלואה אינו רגיל לפרוע קודם זמן הפרעון, אלא שבסתם הלואה גם בתוך שלושים נאמן בטענת פרוע מכח טענה של פרעתי, כמש״נ.

ולפ״ז פשוט דכלפי הנידון אם לכתוב שטר למלוה בתוך הזמן, או לחוש שמא פרע לו, פסק השו״ע דאנן לא חיישינן לפרעון תוך זמנו, גם בסתם הלואה, משום שסוף סוף יש לנו חזקה שאינו רגיל לפרוע חובו עד הזמן שמחויב בפועל לשלם, וכמש״נ דחזקה זו שייכת

גם בסתם הלואה כמו בכל הלואה שקבוע לה זמן, ואין סברא לחלק בזה ביניהם. ולכן גם בסתם הלואה תוך ל׳ יום כתבינן לי׳ שטר, בחזקת שלא נפרע. משא״כ כלפי הנידון אם הלווה נאמן כשבא בתוך הזמן וטוען פרעתי נגד המלוה, אזי בסתם הלואה שיש לו נאמנות וכח טענה של בעל דין, פסק השו״ע שפיר דנאמן לטעון פרעתי גם בתוך ל׳ כמש״נ, ודו״ק.

ג.

ובזה יש לתרץ כמין חומר קושיא נוספת. דהנה בבהגר״א הנ״ל (חו״מ ע״ח שם) ציין שגם דעת הרמב״ם שהובא בשו״ע (ריש סי׳ שי״ז) שבסתם הלואה אין חזקה שלא פרע תוך ל׳, ודלא כהשו״ע. וכונתו לדברי הרמב״ם (פ״ז משכירות ה״ג) שכתב שאם המשכיר תובע השכירות תוך ל׳ יום על השוכר להביא ראיה וכו׳, אבל לאחר ל׳ יום על המשכיר להביא ראיה וכו׳ ע״ש. והיינו משום דסתם שכירות ל׳ יום. וזהו שמציין הגר״א דעת הרמב״ם דגם בשלא קבע זמן אלא השכירו סתם איתי׳ לחזקה שאינו פורע תוך זמנו.

וצ״ע שבשו״ע (חו״מ שי״ז א׳) העתיק כל לשונו של הרמב״ם בהל׳ שכירות הנ״ל, שבתוך ל׳ יום על השוכר להביא ראיה. ולפ״ד הגר״א הרמב״ם אינו עולה בקנה אחד עם דעת השו״ע (חו״מ ע״ח) דבסתם הלואה נאמן לומר שפרע תוך ל׳ יום. וע״ש בבהגר״א (אות ב׳). וצ״ע ליישב הסתירה בדברי השו״ע. [ובאמת הרמ״א (שם בסי׳ שי״ז) הוסיף לפרש בדברי השו״ע לגבי שכירות דאיירי דוקא בקובע לו זמן. אבל בש״ך (שם סק״ב) דחה דבריו וכתב שדברי השו״ע כפשוטם דגם בסתם שכירות אינו נאמן לומר שפרע תוך הזמן]. וכבר עמד בש״ך על סתירה זו שבשו״ע, וצ״ע.

אמנם לפי הנ״ל מיושב היטב, דהא דבסתם הלואה נאמן לטעון פרעתי בתוך הזמן, הוא דוקא בהלואה, וכמש״נ שבסתם הלואה נקרא שמחויב לו מיד בשעת ההלואה [אלא שאסור לתובעו עד שיגיע הזמן] כנ״ל. משא״כ בשכירות דהחזקה שלא פרע תוך הזמן היא משום דקיי״ל (ב״מ ס״ה ע״א) ששכירות אינה משתלמת אלא לבסוף, כמש״כ הרמ״א (חו״מ ע״ח א׳). [ועי׳ בתוס׳ (ב״מ שם ד״ה שכירות אינה) שאפילו מ״ד ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף מודה דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף], ולכן גם בסתם שכירות, מכיון שאינו מתחייב לשלם השכירות אלא בסוף ל׳ יום כשמסתיימת השכירות, ממילא עד ל׳ יום נקרא שעדיין אינו מחויב לו כלל, ולכך אינו נאמן בטענת פרעתי[34]ועי׳ במ״מ (שם) שמציין מקור דברי הרמב״ם דתוך ל׳ יום על השוכר להביא ראיה, מהדין ל׳ יום דהודעה שפסק הרמב״ם (שם פ״ו ה״ז) שהמשכיר בית לחבירו סתם אינו יכול להוציאו עד שיודיעו ל׳ יום מקודם כדי שיבקש לעצמו מקום אחר. והיינו כמש״נ דמזה מבואר דבשכירות לא הגיע זמן תשלום השכירות עד סוף הל׳ יום, ודו״ק.., וק״ל.

ובסברא זו תתיישב היטב קושיא שלישית של הש״ך על הרמ״א (חו״מ ע״ח ב׳), שכתב דאם הלווה טוען שפרע לו החוב בתוך זמנו, יש אומרים שצריך המלוה לישבע שלא פרעו וגובה,

ויש אומרים דאינו צריך שבועה וכן עיקר. ובש״ך (ס״ק ט״ו) האריך להוכיח דלדעה השניה אין צריך לישבע כלל, אפילו לא שבועת היסת לאחר הפרעון. שהרי הרא״ש (פ״ק סוף סי׳ ט׳) סובר שלאחר שבי״ד לא האמינוהו שפרע תוך זמנו, וחייבוהו לשלם, יכול הלווה להשביע את המלוה שבועת היסת שאין בידו ממון שקיבל ממנו שלא כדין. ועל זה חולקת דעה זו השניה וסוברת דאין צריך לישבע כלל.

ומקשה הש״ך שהרמ״א כאן נקט העיקר כדעה זו שאינו צריך לישבע. ואילו לגבי שכירות כשטוען שפרע תוך זמנו, סתם הרמ״א כהשו״ע (ריש סי׳ שי״ז) דצריך לישבע שבועת היסת, ודוחק לחלק בין שכירות להלואה, דאדרבה בסמ״ע (שם סק״ג) איתא דבשכירות תוך זמנו עדיף יותר להאמין לתובע מאשר בהלואה, [דאין רגילות כלל לפרוע תוך זמנו]. וכדמשמע להדיא בתוס׳ ובנמוק״י רפ״ק דב״ב וכו׳, ע״ש. וסברת הש״ך דבשכירות יש עדיפותא להאמין לתובע שלא פרע תוך הזמן יותר מבהלואה, י״ל כמש״נ דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף, ואינו חייב לו עד לבסוף, משא״כ בהלואה שיתכן שנקרא חייב מיד, ויש סברא יותר לומר שפרע תוך הזמן. וא״כ אי בשכירות מחייבים את המשכיר לישבע שבועת היסת שלא נפרע כבר בתוך זמנו, כל שכן שבהלואה צריך לישבע שבועת היסת.

ומוסיף הש״ך בקושיתו, דהרמ״א שהכריע כסברא האחרונה דבהלואה אין צריך לישבע, נמשך אחר דברי הב״י שכתב דהרמב״ם ס״ל כמ״ד דאין צריך לישבע. אבל באמת אדרבה לענין שכירות מפורש ברמב״ם (פ״ז משכירות ה״ג) דצריך לישבע לאחר פרעון, וכיון דבשכירות סוברים הרמב״ם והרמ״א דצריך המשכיר לישבע שלא קיבל דמי השכירות בתוך הזמן, כל שכן בהלואה, וע״ש שהניח בקושיא.

אכן נראה די״ל דאדרבה היא הנותנת, דבהלואה דהחוב קיים מיד בשעת ההלואה, [דאפילו במלוה שזמנו קבוע, דנתבאר דבתוך הזמן נקרא שעדיין אינו חייב לשלם לו, מ״מ ודאי החוב עצמו כבר קיים], א״כ אותם המעות הראשונות שטוען הלווה שפרע לו בתוך הזמן, היו בתורת פרעון דמי ההלואה, וא״כ ממה נפשך אינו יכול לחייב את המלוה לישבע לו שאין אצלו ממון שלו, דעל הדמים ששילם לו בתוך הזמן אי אפשר לחייבו שבועה, שאותם הרי מודה הלווה שהיו מעות של פרעון שחייב לו, וכל טענתו להשביעו היא על הממון שנתחייב לשלם לו עכשיו פעם נוספת, ומכיון שאינו נאמן בטענתו שפרע תוך הזמן, ונתחייב ע״פ בי״ד לפורעו, אינו יכול לחייב את המלוה לישבע לו שבועת היסת עליהם, שהרי בי״ד הם שחייבוהו לשלם.

משא״כ בשכירות, שתוך הזמן עדיין אין כאן כלל חוב של תשלומי שכירות עוד סוף החודש, א״כ מעות הראשונות שטוען השוכר ששילם לו בתוך הזמן, היו אלו בתורת דמים בעלמא ששילם לו, ולא בתורת דמי שכירות, שהרי עדיין לא נתחייב לו דמי השכירות כלל, והרי הם אצלו כמו פקדון, ושפיר יכול להשביעו שבועת היסת על אותם דמים שטוען שהם שלו. [ויל״ע שם אי

יכול להשביעו דוקא לאחר פרעון, שכבר פרע לו דמי השכירות, או אפילו קודם פרעון, משום דסוף סוף אותם דמים ודאי לא נתחייב לו].

ונמצא שבאמת אדרבה מה ששכירות אינה משתלמת אלא לבסוף, זה עצמו הסיבה שמתחייב המשכיר לישבע לו היסת על אותם דמים הראשונים שטוען השוכר ששילם לו בתוך הזמן, שלפי טענת השוכר יש לו מעות אצל המשכיר שלא נתנו בתורת פרעון דמי השכירות, ועליהם בא להשביעו. משא"כ בהלואה אינו יכול להשביעו, לא על המעות שפרע מעיקרא, שאלו המעות היו דמי פרעון ההלואה, ולא על המעות שמתחייב לשלם לו עכשיו על פי בית דין מחמת החזקה שלא פרעו קודם זמנו, וכמש"נ, ודו"ק.

והדברים מדוקדקים היטב בלשון הרמב"ם (בהל' שכירות שם) שכתב הלכה זו וז"ל "אם תבעו בתוך שלושים יום על השוכר להביא ראיה וכו' או יטעון עליו 'בדמים שנתן תחילה טענה בפני עצמה' וישביעו היסת". [ועי' סמ"ע (שם שי"ז סק"ג) מש"כ בזה, ודבריו קשים ליישב]. ומפורש שהשבועה שמשביעו אינה כלל על אותו ממון שהבי"ד חייבו לשלם עתה דמי השכירות. אלא שיכול להשביעו על אותם דמים שנתן לו מתחילה שזו 'טענה בפני עצמה' ואינה נוגעת לחיוב שנתחייב בבי"ד לשלם השכירות, וע"ז שפיר חייב לישבע היסת, וכמש"נ.

סימן יא

בחיוב שבועה בבא ליפרע בתוך הזמן

א. **שיטת** הרמב״ם דבבנה כותל למעלה מד׳ אמות אע״פ שהוא בחזקת שלא נתן, מ״מ צריך הבונה לישבע שבועת הנוטלין. והמ״מ תמה דבתובע תוך זמנו אינו צריך לישבע, ובגמ׳ מוכח דלמעלה מד׳ אמות הוי טפי בחזקת שלו נתן מפורע תוך זמנו משום דאינו יודע ודאי שיחייבוהו לשלם. ונתבאר לפי המבואר (בסימן הקודם) דבתוך זמנו הטעם שאינו נשבע אינו משום שהוא בחזקת שלא פרע, אלא דבתוך הזמן טענת התובע אינה טענה, וזה לא שייך בכותל.

לפ״ז נתבאר ליישב גם הסברא דמלוה בשטר צריך לישבע, ופורע תוך זמנו לא, שהתוס׳ הקשו דשטר אלים טפי [כדחזינן דמיגו לא מהני במקום שטר שהוא כעדים, ובתוך זמנו מספק״ל אם יועיל מיגו]. ולפי המבואר כלפי שבועה תלי בטענת הלווה, ובשטר הוי טענה מעליתא משא״כ בתוך זמנו. כמו כן תתיישב בזה קושית המל״מ על הרמב״ן שכתב דאחין שמכרו לפרנסה קודם הנישואין צריכין שבועה, והא הוי תו״ז. ולפי הנ״ל כיון שמחויבין מיד ורק ממנהגא שמשלמין בשעת הנישואין, יש שפיר טענה מעלייתא שישבעו.

בזה יש ליישב קושית המ״מ על הרמב״ם אמאי בפוגם שטרו אינו צריך לישבע תוך הזמן, הרי איתרע החזקה דאינו פורע תו״ז. ולהנ״ל בתו״ז אינו נשבע משום שחסר בטענת הלווה, שאינו מחויב עדיין ולא משום חזקת חיוב, ולא שייך הטעם דאיתרע חזקה.

אכן בשו״ע מבואר דגם בכה״ג אם הלווה טוען שישבע חייב לישבע. ונראה מזה דבאמת בפוגם שטרו אכתי החלק שלא פרע הוא בחזקת שאינו פרוע, ומה שיכול לחייבו שבועה הוא משום שע״י פגימת השטר יש מקום לטענתו שפרע בתוך הזמן. ונתבאר שזהו החילוק בין פוגם שטרו לנפרע מן הלקוחות בתוך הזמן, שאינו נשבע גם כשהלוה טוען שפרע, דבלקוחות לא איתרע החזקה כלל. וזהו טעמיה דהטור שהבין בדעת רה״ג שגם בפוגם שטרו ובע״א תוך הזמן צריך שבועה, כמו בנפרע מן הלקוחות, דק״ו הוא אם בלקוחות שלא איתרע החזקה צריך צבועה כ״ש בפוגם שטרו ובע״א.

ב. **המ״מ** מביא שבעל התרומות ביאר בדעת הרה״ג שבנפרע מן הלקוחות תוך הזמן ישבע, דל״ד לנפרע מן היתומים דצריך לישבע, כדחזינן במודה לווה שלא פרע דהמלוה צריך לישבע ללקוחות ולא ליתומין. והמ״מ מקשה שאין הנידון דומה לראיה, דהתם בידו להפקיע מן היתומין, אבל בלקוחות חיישינן לקנוניא, משא״כ בנידו״ד מאי שנא לקוחות מיתומין.

נתבאר בכוונת בעל התרומות דבלקוחות השבועה אינה מחמת תביעת

הלווה אלא מתקנ״ח, ולכן גם בתוך זמנו נשבע, משא״כ ביתומין שהוא משום דטענינן ליתומין, כיון שבתוך הזמן ליכא טענה כנ״ל, לא טענינן להו שישבע. ועד״ז נתבאר הראיה שהביא מהיכא שהודה הלוה, דמזה מוכח שהשבועה ללקוחות אינה מדין טענינן דא״כ היכא שהוא עצמו מודה שקיבל הפרעון לא שייך לטעון להם איפכא [כמבואר בתוס׳ ודלא כש״ך].

ג. **נתבאר** מחלוקת ברמב״ם והראב״ד בשטר שאבד בתוך זמנו אם אינו גובה בו כלל, או דבשבועה מיהא גובה בו, דהריעותא דנפילה עשתה מקום לטענת הלוה שישבע, ע״ש.

א.

בגמ׳ (ה׳ ע״ב) ת״ש בחזקת שלא נתן עד שיביא ראיה שנתן וכו׳ שאני הכא דאמר מי יימר דמחייבו לי רבנן. וברמב״ם (פ״ג משכנים ה״ב) פסק דאמנם הוא בחזקת שלא נתן וחייב לשלם, אבל חייב הבונה לישבע שבועת הנוטלין שלא קיבל ממנו תשלום הכותל, ואח״כ נוטל ממנו דמי הכותל. ודלא כהטור בשם הרמ״ה שהובא בש״ך (חו״מ קנ״ז ס״ק ט״ז) שחולק וסובר שנוטל בלא שבועה.

ובט״ז (שם סעיף י״א) הקשה על שיטת הרמב״ם דלכאורה למעלה מד׳ אמות גרע מפורע תוך זמנו, כדמוכח בגמ׳ (ו׳ ע״א) דבעי למיפשט האיבעיא אי אמרינן מה לי לשקר באומר שפרע תוך זמנו ונאמן נגד החזקה דאין אדם פורע תוך זמנו, מהא דלמעלה מד׳ אמות בחזקת שלא נתן, דקס״ד דאירי בטוען שפרע בתוך זמנו, [דאל״כ למה אינו נאמן], אלמא אינו נאמן נגד החזקה דאינו פורע תוך זמנו, ודחי שאני התם דאמר מי יימר דמחייבו לי רבנן, [ומשו״ה אינו נאמן אפילו אמר פרעתי בזמני (רש״י ה׳ ע״ב ד״ה מי יימר)]. הרי שיותר יש סברא לומר שאינו נאמן שפרע בכה״ג דמי יימר וכו׳, מאשר בטוען שפרע תוך הזמן, וגם לאביי ורבא דפליגי אר״ל (ה׳ ע״ב) וסברי דנאמן לומר פרעתיך תוך זמני, מודו במתני׳ דאינו נאמן משום דאמר מי יימר וכו׳, [כמש״כ תוס׳ (בד״ה וא״ל)]. א״כ, כיון שבתוך זמנו דעת הרמב״ם שנוטל בלא שבועה כמש״כ הב״י (סי׳ ע״ח), כל שכן בלמעלה מד׳ דאיכא הסברא דמי יימר דמחייבו לי רבנן, דאינו צריך לישבע, ואיך כתב הרמב״ם דישבע, ועמד בצ״ע.

ונראה לפי היסוד שנתבאר (בסימן הקודם) דבהחזקה דאין אדם פורע תוך זמנו נכללו ב׳ ענינים, א׳ דיש חזקה שלא פרע תוך זמנו, ותלינן שלא פרע, והוא בחזקת חיוב. ב׳ דבתוך הזמן אינו נחשב בעל דין לטעון פרוע, כיון שעדיין אינו מחויב עד שיגיע הזמן, וטענת פרוע דידי׳ לא חשיבא טענה לפוטרו או לחייב את התובע שבועה[35]ועיקר הסברא דתוך זמנו הוא ריעותא בטענת פרוע מבוארת בקו״ש (אות ל׳) ליישב דברי התוס׳ בסוגיין (ד״ה מי אמרי׳) שהקשו בהא דמספק״ל אי אמרי׳ במקום חזקה מה לי לשקר מיבמות (קי״א ע״ב) דיבמה אינה נאמנת במיגו במקום חזקה. ובשטמ״ק תירץ דודאי חזקה עדיפא ממיגו, דחזקה מהניא להוציא ומיגו להוציא לא אמרינן, וכל הספק הכא הוא אם אמרינן מיגו במקום חזקה היכא דחזקת ממון מסייע למיגו, ויהני המיגו להחזיק נגד החזקה, ולא דמי

להההיא דיבמות דודאי חזקה עדיפא ממיגו, ע״ש. ובקו״ש יישב שיטת תוס׳ שדימו להההיא דיבמות, דבאמת אפשר דמיגו עדיף מחזקה, ואה״נ גם חזקה להוציא לא אמרינן, ומה דמהניא החזקה דאין אדם פורע תוך זמנו אין זה משום החזקה שלא פרע, אלא משום דתוך זמנו הוי ריעותא בטענת פרוע משום דחזקה שלא פרע בתוך זמנו, וכיון דליכא טענת פרוע חייב משום דהוי בחזקת חיוב דידעינן שלוה ממנו, ע״ש. [אלא דלפ״ז אם יש לו מיגו דלא לויתי, דאין חזקת חיוב, יהא נאמן אפילו תוך זמנו]. וע״ש בקו״ש שהוכיח דטענת פרוע היא נאמנות לטעון פרוע, מהגמ׳ בב״מ (י״ז ע״א) דבהוחזק כפרן אינו נאמן לטעון פרעתי, אע״פ שגם בכפרן אין חזקה שלא פרע, וכלשון הגמ׳ שם ״ומשום שהוחזק כפרן חדא זמנא לא נימא דתו לא פרע כלל [בתמיה]״, אלא מבואר מזה דלפטור עצמו בטענת פרעון צריך שיהא לו נאמנות בטענתו, וכפרן אין לו נאמנות לטעון פרוע..

ולפ״ז תתיישב היטב דעת הרמב״ם, דאף דהסברא דמי יימר דמחייבו לי רבנן אלימא לענין החזקה שלא פרע, מ״מ סברא זו שייכא דוקא לגבי נידון זה של חזקת חיוב, דכיון שאומר מי יימר דמחייבו לי רבנן, ומסופק בעצמו אם יחייבוהו לשלם או לא, יש לתלות שבודאי לא שילם, והוא בחזקת שלא נתן, וגרע מבתוך זמנו, שיודע שיתחייב לשלם בזמנו.

משא״כ לגבי הנידון אם חייב התובע שבועה, אדרבה בתוך זמנו כיון שאינו נקרא מחויב עד שיגיע הזמן כמש״נ, לא חשיב בעל דין, ואינו מחייבו שבועה[36]וחזינן כן, שאישתבע לי דלא פרעתיך הוי בגדר טענה של בעל דין שתובעו שבועה, ממש״כ הרמב״ם (פ״ו מטוען ה״ג) שכתב דבהוחזק הנתבע כפרן ומשלם, אין התובע צריך לישבע. וע״ש במ״מ שדן מזה לכל מקום שהוחזק כפרן. ועל כרחך משום דהחיוב שבועה דאישתבע לי דלא פרעתיך הוי משום טענת הנתבע, ובכפרן שהורע כח טענתו אינו מחייב את התובע שבועה זו.. משא״כ בכותל למעלה מד׳ אמות, שהוא מחויב ועומד משעה שסמך הכותל, טענת פרוע שלו הויא טענה מעלייתא, ושפיר פסק הרמב״ם דמחויב התובע לישבע שבועת הנוטלין מחמת דין טענה שלו שטוען אישתבע לי דלא פרעתיך[37]ואף שהוא בחזקת חיוב, זה מועיל רק לחייבו לשלם, אבל לפטור את התובע משבועה בעינן בירור, [דשבועה היא לברר שהאמת כדבריו, וצריך בירור אחר כנגדה], וכאן אע״פ שאומר מי יימר דמחייבו לי רבנן, מ״מ אין בירור שלא פרע, שאפשר שידע הדין, וידע שחייבוהו רבנן, ופרע.. [וכעין המבואר ברמב״ם (פי״ד ממלוה ה״ב) גבי מלוה בשטר, שאין הבע״ח נאמן לטעון פרוע נגד השטר, אבל אם טוען שישבע המלוה שלא פרעתיו ויטול, משביעין אותו ואח״כ יטול], ודו״ק.

ובזה מבואר עיקר החילוק בין מלוה בשטר, שכשבא ליפרע ע״י השטר מחויב שבועה, לבין טוען פרעתיך תוך זמני, שהתובע אינו מחויב שבועה. שנתקשו תוס׳ (ד״ה מי אמרי׳) דלגבי מיגו משמע דשטר אלים טפי מהחזקה דאין אדם פורע תוך זמנו, דהא מספק״ל אי

אמרי׳ מיגו במקום חזקה זו, ואילו נגד שטר שהוא כעדים ודאי לא אמרי׳ מיגו. ואילו לגבי דין שבועה הוי איפכא, דכשבא ליפרע בשטר צריך לישבע, ובתוך זמנו אינו נשבע. ולפי הנ״ל מבואר דאה״נ שטר עדיף מחזקה זו, ומ״מ חיוב שבועה שייך בשטר משום דיש טענת פרעתי של הנתבע. משא״כ תוך זמנו שעדיין אין חיוב לשלם, אין זה מיקרי טענת פרוע, כיון שבתוך הזמן לא הי׳ מחויב לפרוע, וממילא אין חיוב שבועה, וכמש״נ.

ובזה תתיישב גם קושית המל״מ (פי״א ממלוה ה״ו) שהקשה על מה שכתב הרמב״ן דאחין שמכרו צריכין שבועה לפרנסה, והא הוי תו״ז, דקודם הנשואין אינן חייבין. ולפי המבואר ניחא דהתם נמי חיוב פרנסה חל על האחין מיד כשמת האב, אלא שהמנהג לשלם דוקא כשנשאת, אבל מכיון שהם חייבין כבר, ממילא כשטוענין שפרעו מיקרי טענתן טענה, וק״ל.

וכן יתישבו בזה דברי הרמב״ם (פי״ד ממלוה ה״א) שכתב דבפוגם שטרו, או שעד אחד מעיד על שטרו שהוא פרוע, וכן הבא ליפרע מן הלקוחות ומן היורשין, בכל אלו אם הוא בתוך זמנו אינו צריך לישבע, שאין אדם פורע תוך זמנו. ובמ״מ (בסו״ד) הקשה דבפוגם שטרו הא איתרע חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו, שהרי פרע חלק מהחוב בזמנו.

ולפי המבואר דבתוך זמנו החסרון הוא בתביעה, דלא חשיב טענה דבעל דין משום דעדיין אינו מחויב, מיושב, דלא שייך להקשות דאיתרע החזקה, דהפטור משבועה אינו מחמת החזקה דאינו פורע תוך זמנו, אלא משום תביעת המלוה, וכל שהוא בתוך הזמן לא חשיב בעל דין לתבוע. ואה״נ משנפגם השטר איתרע החזקה דאין אדם פורע תוך זמנו, אבל מ״מ אין טענתו טענה לחייב את התובע שבועה, ולכן נפרע בלא שבועה, וק״ל.

והנה בשו״ע (חו״מ פ״ד ס״ב) פסק ג״כ דהפוגם שטרו אם הוא בתוך הזמן יפרע בלא שבועה כדעת הרמב״ם (פי״ד ממלוה ה״א), והוסיף שאם טען הלוה ישבע לי צריך לישבע, ע״ש בש״ך (סק״ח). וכ״ה בשו״ע (שם ס״ה) גבי ע״א שמעיד שהשטר פרוע בתוך זמנו, דנפרע שלא בשבועה כדעת הרמב״ם (שם), אבל כשהלוה טוען ישבע לי חייב שבועה. וצריך ביאור מאי תלי חיוב השבועה בכה״ג בטענת הלוה.

ונראה מזה, דהתירוץ על קושית המ״מ הנ״ל הוא אחר, דאה״נ לדעת הרמב״ם והשו״ע גם בפוגם שטרו אכתי איתא החזקה דאינו פורע, דאף שחזינן דחלק פרע בתוך הזמן, מ״מ על השאר דלא חזינן נשאר בחזקת חיוב שלא פרע קודם זמנו, ולא שייך החיוב שבועה דתיקנו חכמים בפוגם שטרו שלא יפרע אלא בשבועה (כתובות פ״ז ע״א). ומה שתביעת הלוה מחייבת אותו שבועה בכה״ג, זהו מצד הדין טענה, היינו דבכה״ג שנפגם השטר כבר נעשה מקום לטענת פרעתי, דדוקא בשטר מעליא אמרינן דאינו נאמן לטעון פרעתי בתוך הזמן, אבל בשטר זה שמקצתו נפרע, כבר נחשב בגדר טענה כשטוען שפרעו כולו, וחייב הלוה לישבע. וכן בע״א שמעיד שהשטר פרוע, נשארת החזקה דאין אדם

פורע תוך זמנו, ולכן פטור משבועה אם לא טענו, אבל מ״מ כיון שהעד מעיד שפרע יש מקום לטעון פרוע לחייבו שבועה, ודו״ק.

ובזה מיושבת גם הסתירה שבדברי השו״ע שבפוגם שטרו ובע״א מעיד שהוא פרוע פסק שבתוך הזמן יכול הלוה לחייבו שבועה כנ״ל. ולכאורה סותר דבריו (שם ע״ח ב׳) דפסק כדברי הרמב״ם גבי לקוחות דכשבא לגבות מהם בתוך הזמן אינו צריך לישבע, גם אם הלוה טוען שפרע. וצ״ע מאי שנא פוגם שטרו וע״א מעיד שהוא פרוע, מלקוחות38ואף שבבהגר״א (פ״ד אות ז׳) הבין שהשו״ע שפסק בפוגם שטרו שכשתובעו לישבע צריך לישבע סובר כהשיטה שהביא ברמ״א (ע״ח ב׳) דגם גבי לקוחות בתוך הזמן אם הלוה טוען שפרע, צריך המלוה לישבע. אמנם יעו״ש בש״ך (ע״ח ס״ק ט״ו) שהוכיח דהשבועה התם היא רק שבועת היסת ולאחר פרעון, אבל שבועה גמורה ודאי אינו נשבע, ע״ש..

ולפמש״נ ניחא, דדוקא בפוגם שטרו ובע״א דאיכא ריעותא בהחזקה דאין אדם פורע תוך זמנו, שהרי פרע מקצתו, או שהעד מעיד שפרע תוך זמנו, משו״ה מהני טענתו לחייבו שבועה. אבל בטורף מן הלקוחות, ליכא ריעותא בהחזקה כלל, ולא שייך כלל טענת פרוע לחייבו שבועה.

בזה יש ליישב מה שהביא הטור (חו״מ פ״ד) שרב האי גאון חולק על הרמב״ם וסובר שבפוגם שטרו וע״א וכן לקוחות, כל אלו אפילו בתוך זמנו יפרעו בשבועה. והש״ך (שם סק״ב) תמה אנה מצא הטור כן בשם רבינו האי, ואדרבה המעיין בבעל התרומות (שער כ״א ח״ה סי׳ ז׳) ובמ״מ (פי״ד ממלוה ה״א) יראה דעתם דרב האי לא פליג אלא בלקוחות שישבע כשבא ליפרע מהן אפילו בתוך הזמן, אבל בפוגם שטרו ובתובעו ע״פ עד אחד שמעיד שלא פרע, מודה רב האי גאון שבתוך הזמן נפרע ממנו בלא שבועה.

אמנם לפי המבואר, דתוך זמנו ליכא בירור שלא פרע לפטור משבועה, אלא דמיקרי דחסר בטענת פרוע שלו כשטוען אישתבע לי דלא פרעתיך. וא״כ אדרבה ק״ו הוא, אם בלקוחות סובר רב האי דחייב שבועה, אע״פ שלא איתרע החזקה דא״א פורע תוך זמנו כלל, כ״ש בפוגם שטרו ובע״א דאיתרע החזקה קצת דיש לחייבו שבועה.

ב.

והנה המ״מ (שם) הביא מבעל התרומות (שער כ״א ח״ה סי׳ ז׳) שביאר שיטת רב האי גאון הנ״ל, שבנפרע מלקוחות תוך הזמן גובה בשבועה, ואע״פ שבנפרע מן היתומים תוך זמנו קיי״ל שאינו צריך לישבע, לקוחות שאני, וצריך לישבע. והביא ראיה לזה [דלקוחות עדיפי מיתומים], שהרי היכא שהודה הבע״ח בשעת מיתה דלא פרע, מהיתומים גובה בלא שבועה ומלקוחות צריך שבועה. והכי נמי בפורע תוך זמנו דוקא כשבא ליפרע מן היתומים אינו נשבע, אבל בנפרע מן הלקוחות ישבע.

והמ״מ נחלק ע״ז וכתב דאין סברא לחלק בין יתומין ללקוחות, וכשם שבנפרע מן היתומים בתוך הזמן אינו צריך לישבע, כך בנפרע מן הלקוחות.

והראיה מהא דבהודה הבע״ח שחייב נפטר המלוה מלישבע ליתומין ולא מלישבע ללקוחות, דחה המ״מ וכתב שאין הנידון דומה לראיה, דדוקא בהודה שחייב יש חילוק בין לקוחות ליתומין, דלגבי לקוחות לא מהניא הודאתו לגבות מהן בלא שבועה דחיישינן שעשה קנוניא עם המלוה כדי להפקיע הלקוחות, ואילו לגבי יתומים לא שייך לחוש לקנוניא שהרי בידו להפקיע ירושתם בלאו הכי ומשו״ה נאמן שלא פרע. אבל בפורע תוך זמנו אין סברא לחלק בין יתומים ללקוחות, ובתרוייהו אינו נשבע.

ובביאור סברת רה״ג ובעל התרומות לחלק בין יתומין ללקוחות נראה, דהנה השבועה שלא קיבל הפרעון, היא שבועה שמתחייב התובע מצד תביעת הנתבע כנ״ל. ובראשונים נחלקו כשנפרע מן היתומין דחייב שבועה, אם הוא מדין טענינן או לא, דדעת רש״י בכתובות (פ״ז ע״א ד״ה מנכסים) שהחיוב שבועה הוא משום דטענינן ליתומין וללקוחות מה שהיה הבע״ח טוען, ואילו היה בפנינו הי׳ יכול לומר אישתבע לי דלא פרעתיך וכ״ה בר״ן שם. ולפ״ד גם שבועה זו היא מדין טענה. אולם תוס׳ בשבועות (מ״א ע״א ד״ה וכי) הוכיחו שהיא שבועה חדשה מתקנת חכמים, ולא מדין טענינן, מהא דגם היכא דאמר לה נקי שבועה, דמחל לה על השבועה ואינו יכול להשביעה בעצמו, נשבעת ליתומין, ע״ש39א.ה. עיין בקו״ש (ח״ב סי׳ ג׳ חלק ב׳ אות ז׳) שיישב שיטת רש״י מהא דנקי שבועה, שהדין טענינן ליתומין אינו בתולדה מכח האב, ולכן אפילו כשמחל האב על השבועה ואינו יכול להשביע טענינן להו. אבל לשיטת תוס׳ טוענין ליתומין מכח האב ואם הוא אינו יכול לטעון לא טענינן להו, ע״ש..

ונראה שרה״ג סובר לחלק בזה בין יתומין ללקוחות, דביתומין שהם במקום האב ואינם יכולין לטעון את טענות אביהם מפני שלא יודעין אותן, טענינן להו במקום אביהם, ונחשב כאילו האב טוען. ולכן בנפרע תוך זמנו דחסר בטענה כנ״ל, גם בנפרע מן היתומין ששבועתו מדין טענה דטענינן להו, אינו נשבע.

משא״כ בנפרע מן הלקוחות סובר הרה״ג שהחיוב שבועה הוא מתקנת חכמים, שתיקנו משום תקנת הלקוחות שלא יוכלו לגבות מהם בלא שבועה. וכיון שהשבועה בהו אינה מדין טענה אלא מתקנ״ח, גם בנפרע בתוך הזמן נשבע מה״ט.

ובדרך זו יש לפרש גם הראיה שהביא בעל התרומות לחלק בין יתומין ללקוחות מהא דבע״ח שהודה שחייב, נפרעין למלוה מן היתומין בלא שבועה, אבל מן הלקוחות אין נפרעין אלא בשבועה. והמ״מ הקשה על זה דאין הנידון דומה לראיה כנ״ל.

ונראה דכונת בעל התרומות להוכיח מזה עצם היסוד שנתבאר בדבריו, שהשבועה ללקוחות היא מתקנ״ח ולא מגדר טענינן כמו ביתומין. והוא, דלכאורה אין מובן כלל, איך נאמן הבע״ח לחוב בהודאתו לאחריני, ליתומין או ללקוחות. ונראה דאה״נ בודאי אינו נאמן בדבריו משום דחב לאחריני, אלא דמ״מ כשמודה שלא פרע ליכא שבועה ליתומין, דהחיוב שבועה ליתומין היא מגדר טענינן, שטוענין להם מה שהיה אביהם

טוען, ובכהאי גוונא שהבע"ח עצמו מודה שלא פרע לא שייך שנטען להם מכוחו שפרע, והיפך מדבריו. וכמשמעות הגמ' ב"מ (ע"ב ע"א) ותוס' שם (ד"ה אמר אביי)40א.ה. נראה הכונה בזה למאי דמספק"ל התם כשמודה המוכר שמכרה לו באחריות אבל השטר בטל לענין המכירה מפני שנתנו קודם לכן במתנה, אם בטל לענין האחריות וגובה מנכסים משועבדים. ופשיט מדרב אסי דאמר מודה בשטר שכתבו גובה מנכסים משועבדים. ובתוס' שם ביארו דהספק הוא משום דנאמן לומר פרעתי ואין השטר מועיל אלא ע"פ הודאתו, ע"ש. ולכאורה כיון דהוא נאמן לומר פרעתי אמאי לא טענינן להו פרוע. ומוכח דכשהבעל דין עצמו מודה שאינו פרוע לא טענינן להו פרוע.. [ולא כהש"ך (חו"מ ק"ו סק"ו) שסובר דגם כה"ג טענינן].

ואעפ"כ ללקוחות נשבעין גם בכה"ג שהודה שחייב, ועל כרחך דהשבועה ללקוחות אינה מדין טענינן כלל, אלא היא מתקנת חכמים שישבע כשבא ליפרע מהם עכ"פ. ונפקא מינה לנידון המ"מ בנפרע תוך הזמן, דדוקא ליתומין אינה נשבע, שהשבועה להם היא מדין טענינן ולא שייך טענה בתוך הזמן. משא"כ ללקוחות נשבע גם בכה"ג כמש"נ, ודו"ק.

[ועפ"ז יש לפרש שיטת הרמב"ם שגם כשנפרע מן הלקוחות אינו נשבע, שהרמב"ם סובר שגם ללקוחות השבועה היא מדין טענינן, ובתוך הזמן לא שייך טענינן41א.ה. ומה שיש שבועה ללקוחות כשהודה המלוה שקיבל הפרעון, יל"פ כדברי הש"ך דגם כה"ג שייך טענינן כנ"ל. כמש"נ].

ג.

הרמב"ם (פי"ד ממלוה הי"ג) פסק בשם רבותיו דשטר שאבד וטען הלוה שפרע, אפילו לא הגיע זמנו ליפרע נאמן שפרעו, שאנו חוששין שמא פרעו ולפיכך קרע השטר או שרפו. והראב"ד נחלק עליו וכתב שבשבועה מיהא יטול.

ובדעת הרמב"ם שאינו גובה בו כלל נראה משום דהשטר איתרע בנפילתו וגם בלא שטוען הלוה שפרע יש אצלינו ספק אם השטר כשר. וכן מוכח בגמ' ב"מ (ט"ז ע"ב), דאף בהוחזק כפרן גובין ממנו ע"י השטר ואינו נאמן לטעון פרעתי כנ"ל, מ"מ היכא דנפל השטר אין גובין בו, הרי שאף בלא טענת הלוה, יש ספק בעצם כשרות השטר שנפל, ולכן אף בשבועה לא יטול.

ולי"ש דעת הראב"ד מהגמ' שם דמוכח דהשטר איתרע בנפילתו. הנה באמת ודאי גם הראב"ד מודה דגם בתוך זמנו איתרע השטר בנפילתו, דמשו"ה אינו יכול לגבות בו בלא שבועה, וא"כ צ"ע ממ"נ, אם השטר איתרע בנפילתו, גם בשבועה לא יגבה בו, ומהיכא אתיא שבועה זו.

ונראה הגדר לפי דברי הראב"ד, דבשטר שאבד עדיין ישנה החזקה דאין אדם פורע תוך זמנו, ולכן אף דהריעותא דנפילה עושה חשש פרעון גם בלא טענת הלוה, מ"מ כנגד זה יש החזקה דאינו פורע תוך זמנו, ונשאר המצב לפנינו כאילו בלא ריעותא ובלי חזקה דא"א פורע, ולכן גובה ע"י שבועה. [וכעי"ז י"ל

דהריעותא דנפילה נותן מקום לטענתו, היינו שתחשב מיהא טענתו שפרע לטענה, ונאמן כבעל דין לטעון פרוע לחייב את המלוה שבועה], ודו״ק.

סימן יב

בדין כפיה בצדקה

א. **צ"ב** לשיטת הרמב"ם איך כופין אצדקה, דמש"כ תוס' דכופין רק בדברים, או רק בנתרצו שיכפום, לי"ל להרמב"ם. ומש"כ תוס' דכופין משום הלאו ג"כ לכאורה לי"ל להרמב"ם דכתב דהלאו הוא רק כשהעניים תובעין אותו. ברמ"א כתב דבהשבת העבוט אין כופין דמתן שכרה בצידה. ובמל"מ ובקצה"ח הקשו סתירה בדברי הרמב"ן בזה דבהשבת העבוט אין כופין, ובצדקה כתב דכופין משום הלאו.

ולכאורה צ"ע מה מהני כלל דאיכא לאו, סוף סוף שייך הטעם שאין כופין על מצוה שמתן שכרה בצידה משום דהתורה גילתה שהעונש על ביטול מצוה זו הוא רק הפסד השכר. וי"ל לפי המבואר ברמב"ם דהמצוה היא ליתן צדקה, והלאו הוא ענין אחר שמעלים עין מן העני, ושייך דוקא בתובעו. ולפ"ז הלאו אינו תלוי בקיום המצוה. ושפיר י"ל דכופין עליו. ואע"פ שהלאו עובר רק כשתובעין אותו י"ל דהגבאין שהם יד עניים חשיב כתובעו.

עוי"ל דהכפיה בדאיכא לאו היא מדין לאפרושי מאיסורא, שהוא דין אחר מדין כפיה על המצוות, וזה שייך דוקא בצדקה שחיובה לשמים. ומיושבת הסתירה ברמב"ן דבהשבת העבוט שהוא חיוב לחבירו לא שייך הדין לאפרושי מאיסורא. עכ"פ ברמב"ם מבואר שגם מצות לויה היא כצדקה וכופין עליה. אע"פ שבזה ליכא לאו, ומוכח דהדין כפיה בצדקה אינו משום הלאו, והדקו"ל. ולכאורה יש לדון שהכפיה בסוגיין היא מדין שעבוד דבני העיר, ולא מדין כפיה על המצות כלל.

ב. **בדין** כפיה על המצוות נחלקו הראשונים אם ממשכנין או לא. ואף דבחוב ממשכנין אפי' למ"ד שעבודא לאו דאורייתא היינו משום דמחויב בגופו לפרוע, אבל בשאר מצוות אין יורדין לנכסיו. ונתבאר דגם במצות צדקה יש עליו חיוב ממוני ולכך יורדין לנכסיו.

ג. **והנה** שיטת הריטב"א דבצדקה יורדיו לנכסיו כשנדר, ומשום דהנדר מחייבו. ושיטת בעה"מ דאפילו כשנדר אין יורדין לנכסיו אלא כופין אותו עד שיתרצה. ונתבאר משום דאם לא מתרצה אינו מקיים בכך חובת נדרו והוי הנטילה ממנו גזילה. ומשום דלשיטת בעה"מ בצדקה אין דין דאמירתו לגבוה כמסירתו ועדיין אינו ברשות העניים. משא"כ הריטב"א לשיטתו שסובר שגם במתנו"ע אמירנן דאמירתו כמסירתו, סובר שפיר דכשנדר לצדקה ממשכנין אותו בע"כ.

א.

בגמ' (ח' ע"ב) לפי שממשכנין על הצדקה וכו', כי הא דרבא אכפיה לרב נתן בר אמי ושקיל מיניה ד' מאה זוזי

לצדקה. ובתוס׳ (ד״ה אכפיה) הקשו מדאמר בחולין (ק״י ע״ב) כל מצות עשה שמתן שכרה בצדה אין בי״ד של מטה מוזהרין עליה. ותירצו ד׳ תירוצים. א׳ דהכא איירי בכפיה בדברים. ב׳ דאיירי בשקבלו עליהם שיכופו אותם הגבאים. ג׳, דבצדקה כופין משום דאית בה גם לאו דלא תאמץ ולא תקפוץ. ד׳, דאין בי״ד מוזהרין היינו שאין נענשין אבל יכולים לכפות.

והנה הרמב״ם פסק (פ״ז ממתנו״ע ה״י) דכופין אותו ומכין אותו מכת מרדות עד שיתן. ומבואר דס״ל דכפיה היינו במכות, ולא רק בדברים. וגם דכופין אפילו בלא שקיבלו עליהם. ודלא כב׳ תירוצים הראשונים שבתוס׳. וכן תירוץ ד׳ לא שייך לדעת הרמב״ם, דמשמע מלשונו שהוא חיוב על בי״ד לכופו.

ותירוץ הג׳, גם כן אי אפשר לומר לכאורה לפ״ד הרמב״ם דכתב (פ״ז ממתנו״ע ה״ב) ״וכל הרואה עני מבקש והעלים עיניו ממנו״. הרי דס״ל דהלאו דלא תקפוץ ולא תאמץ נאמר דוקא כשהעני תובעו. ואילו הדין כפיה משמע ברמב״ם הנ״ל (בהל׳ י׳) שהוא אפילו כשאין העני תובעו.

וברמ״א (חו״מ צ״ז ט״ז) פסק בשם תשובת הרמב״ן שמצות השבת העבוט, מתן שכרה בצדה ואין בי״ד של מטה כופין, אבל הרשות בידם. [והוא כתירוץ ד׳ שבתוס׳]. ובקצה״ח (שם סק״ט) הקשה סתירה בדברי הרמב״ן, שבסוגיין (ד״ה הא דמקשינן) ביאר הרמב״ן הטעם דבצדקה כופין משום דאית בה לאו, וזה כתירוץ ג׳ בתוס׳. ולפי דבריו אלו, גם בהשבת העבוט יהא דין כפיה, דיש בו לאו דלא תשכב בעבוטו. וכבר הקשה כן במל״מ (פ״ז ממתנו״ע ה״י ופ״ג מעבדים ריש הי״ד ד״ה ומ״מ תמהני). [ע״ש מש״כ בזה. ובאבנ״מ (ע״א סק״ד)].

והנה יש להקשות על עיקר תירוץ הראשונים דהכפיה היא מדין הלאו. דברש״י חולין (שם ד״ה שמתן שכרה) ביאר הטעם שמצות עשה שמתן שכרה בצדה אין בי״ד של מטה מוזהרין עליה, שלכך פירש הכתוב מתן שכרה, לומר אם לא תקיימנה זהו עונשו שלא תטול שכר זה, ולכן אין לעונשו בעונש אחר. ולפ״ז לכאורה גם כשיש ל״ת עמה אמאי כופין, מאי מהני הוספת הלאו, הא מ״מ מדכתבה התורה שכר המצוה בצדה, ש״מ דאין התורה רוצה לכפותו אלא בהפסד השכר.

אמנם יעוין בלשון הרמב״ם (פ״ז ממתנו״ע ה״א) שכתב מ״ע ליתן צדקה לעני ישראל וכו׳ שנאמר פתוח תפתח את ידך לו וכו׳. וכל הרואה עני מבקש והעלים עיניו ממנו ולא נתן לו צדקה עובר בל״ת שנאמר לא תאמץ וכו׳. משמע דהעשה הוא ליתן צדקה. ואילו הל״ת הוא דין אחר, שלא להעלים עין מן העני כשרואהו ואינו נותן לו. ולפ״ז אין הפירוש בסברת תוס׳ שבצדקה שיש לאו כופין, משום חומר האיסור שעובר על הלאו, אלא הפירוש דהכפיה היא דוקא משום הלאו, שהוא מחייב בפנ״ע שאינו תלוי בעשה.

ולפ״ז יתכן שגם הרמב״ם סובר כתירוץ זה דהכפיה מצד הלאו, ולפי המבואר ברמב״ם שהלאו דלא תקפוץ אינו

נוהג בכל אופן שיש המ״ע, אלא דוקא אם העני תובעו, אה״נ א״א לכפות בצדקה אלא באופן שהעני תובעו דעובר על הלאו דלא תקפוץ. ומה שסובר הרמב״ם שהגבאים יכולים לכפותו בכל גוונא, י״ל משום שתביעת הגבאים נחשבת כתביעת עני, כיון שהם כיד העניים, וחשיב כמו שהעני תובע ממנו, ועובר על הלאו.

ובאמת לשון הרמב״ם הנ״ל (פ״ז ה״י) ״בי״ד כופין אותו ומכין אותו עד שיתן מה שאמדוהו ליתן ויורדין לנכסיו בפניו, ולוקחין מהן מה שראוי לו ליתן״. ובש״ך (יו״ד רמ״ח סק״ד), ובקצה״ח (ל״ט סק״ג), הקשו למה הוסיף הרמב״ם דיורדין ״בפניו״.

ולפי הנ״ל יל״פ דבפניו חשיב כרואה את העני שמבקש ואפשר לכפותו. משא״כ שלא בפניו ליכא הלאו, ואי אפשר לכפותו. אלא שבלא״ה צ״ע שהרמב״ם השמיט כל עיקר האי כללא דצדקה היא מ״ע שמתן שכרה בצדה ואין בי״ד מוזהרין עליה.

ועוד י״ל הכונה בתירוץ התוס׳, דבצדקה דאיכא לאו כופין, דכיון דאיכא לאו א״כ הכפיה היא מדין לאפרושי מאיסורא. [והוא דין בפנ״ע שאינו מצד כפיה על המצוות, כמבואר בנתיבות״מ (סי׳ ג׳) דלאפרושי מאיסורא כל אחד כופהו, ולא ככפיה על המצוות שמסור דוקא לבי״ד. וראיה מב״ק (כ״ח ע״א) דנרצע שכלו לו ימיו רבו יכול להכותו שיצא].

ולפ״ז יש לחלק בין צדקה להשבת העבוט, דבצדקה הוי חיוב לשמים, ולכן שייך בזה דין כפיה לאפרושי מאיסורא. משא״כ בהשבת העבוט דהוי דין בין אדם לחבירו, דהלווה הוא תובע, אין דין לאפרושי מאיסורא.

אמנם ברמב״ם (פי״ד מאבל ה״ג) כ׳ שכופין ללויה כדרך שכופין לצדקה, והרי במצות לויה ליכא לאו, אלמא להרמב״ם אין הכפיה מצד הלאו כלל, ולכן לשיטתו גם בגמילות חסד כופין, וצ״ע.

ולכאורה יש לתרץ דעת הרמב״ם דהדין כפיה שבסוגיין הוא מצד דין שעבוד דבני העיר, וכדמייתי בגמ׳ לעיל (בע״א) ל׳ יום לתמחוי, ג׳ חדשים לקופה וכו׳, דהוי שיעור זמן שנעשה כבן עיר להתחייב בחיובי העיר כאחד מאנשי העיר, וע״ז נאמר הדין דכופין אותו וממשכנין אותו. ולא מדין כפיה על המצוות כלל.

ואף שבבעה״מ ב״ק (כ׳ ע״א ברי״ף) חילק ביניהם, דהדין שממשכנין הוא מדין קופה, ולכן אפשר למשכנו. ואילו הדין דרבא אכפיה הוא מדין כפיה על המצוות, וזה אי אפשר אלא במילי. בשטמ״ק בסוגיין השוה ביניהם, וכתב דלדעת ר״ת דרבא אכפי׳ לר״נ דוקא במילי, הכי נמי הדין שממשכנין הוא דוקא במילי, משמע דהוא מאותו דין.

ובמרדכי בסוגיין (אות ת״צ) הביא מדכייל בברייתא דין ל׳ תמחוי עם דין פסי העיר אלמא אכולהו כפינן כמו בפסי העיר. ולכאורה נראה מזה שהבין לפרש דהכפיה על הצדקה היא מדין חיובי העיר כנ״ל.

אמנם אח״כ שם דן בקושית התוס׳ דאיך כופין על מ״ע שמתן שכרה בצדה. משמע שגם להמרדכי אי״ז מחיובי העיר,

אלא מדין צדקה. [וכן מבואר במרדכי ב״מ (אות שי״ב)]. וצ״ל מה שהביא מהברייתא דמדמי לפסי העיר, הוא רק לענין זה דכפינן בכולהו, אבל אי״ז מדין חיובי העיר כמו פסי העיר. וצ״ע אמאי באמת לא נימא דמחיובי העיר גם ליתן צדקה כמו ליתן לפסי העיר, כמש״נ בדעת הרמב״ם. וכן צ״ע לדעת תוס׳ שלא תירצו כן.

ב.

והנה יש לדון לומר דהכפיה בצדקה אינה מדין כפיה על המצוות, אלא משום דהוי בגדר חוב שכופין אותו לפרוע. דהנה בכפיה על המצוות נחלקו הראשונים אם יורדין לנכסיו, דשיטת הרמב״ן בחידושיו (סוף ב״ב ד״ה הא דאמר ר״פ) שאפי׳ למ״ד שעבודא לאו דאורייתא, מצד פריעת בע״ח מצוה יורדין לנכסיו. וכן שיטת הר״ן בפ׳ מי שהיה נשוי (נ׳ ע״א ברי״ף), דכיון שכופין על המצוות, אמרי׳ עד שאתה כופהו בגופו כפהו בממונו. ובשטמ״ק כתובות (פ״ו ע״א ד״ה לדידך) בשם הרא״ה, מפרש קושית הגמ׳ שם, דכיון דשעבודא לאו דאורייתא ופריעת בע״ח מצוה, אמאי יורדין לנכסיו. ומשני, דעל מצות עשה כופין אותו, ועד שאתה כופהו בגופו כפהו בממונו.

אמנם בנמוק״י ר״פ איזהו נשך (ל״ד ע״א ברי״ף ד״ה ריבית קצוצה) כתב לענין החזרת ריבית, דאע״פ שכופין על המצוות אין בי״ד יורדין לנכסיו, משום דאין נכסיו משועבדין לו. וכ״ה בשו״ע (יו״ד קס״א ה׳).

ובקצה״ח (ל״ט סוף סק״א) נתקשה, מאי שנא מפריעת בע״ח מצוה דאמרינן שיורדין לנכסיו משום כפיה לקיים המצוה, והכי נמי בריבית נימא דיורדין לנכסיו מה״ט. ונראה דהחילוק בזה הוא דבפריעת חוב הכפי׳ איננה משום חיוב המצוה, אלא משום תביעת ממון שיש על גופו. וא״כ בריבית שאין שום תביעה ממונית, אין יורדין לנכסיו.

וצ״ע דלכאורה גם בצדקה אין תביעה ממונית. ובקצה״ח (ר״צ סק״ג ד״ה ובעיקר) דימה צדקה לפדיון הבן, דיש בצדקה שעבוד נכסים כמו בפדיון הבן. ולכאורה יש לחלק, דבפדיון הבן הוי חוב לכהן, משא״כ בצדקה נראה שאינו חוב ממון, והעני אפילו אינו נקרא בעל דין על התביעה.

ונראה דבאמת בצדקה יש תביעה ממונית, וכפי שמבואר גם בכס״מ (פי״א מנחלות הי״א) דבנשטתה פוסקין עליו, משום דיש בזה שעבוד נכסים. וע״ש ברדב״ז דמ״מ הרי הוא כחוב עליו, וכופין אותו לפרוע חובו. עכ״פ לפ״ז אין לצדקה כל שייכות לדין מצוה שמתן שכרה בצידה, ומיושבת קושית תוס׳. וכן תירץ בקצה״ח (ר״צ סוף סק״ג) עד״ז, וק״ל.

ג.

בר״ן כתובות (י״ח ע״א ברי״ף) הביא בשם רה״ג [המובא בבעה״מ הנ״ל בב״ק] דבצדקה אין חיוב לכופו. ומקשה עליו מהא דדרשי׳ בר״ה (ו׳ ע״א) ועשית אזהרה לבי״ד שיעשוך, ובההוא קרא כתיב נמי צדקה, כדמייתי התם בפיך זו צדקה.

והנה אותם הראשונים שבתוס׳ הסוברים דהכפיה בצדקה היא רק בדברים, ודאי יבארו הגמ׳ בר״ה אזהרה לבי״ד

שיעשוך דהוא מדין נדר צדקה, דעל נדר יש דין כפיה, וכדלהלן. אבל מצד דין צדקה אין דין כפיה. משום דלשיטתם צדקה אין בה דין חוב, כמו חוב בעלמא.

ובאמת הריטב"א בר"ה שם הקשה דצדקה הוי מ"ע שמתן שכרה בצידה ואין כופין עליה. ותירץ דבצדקה לאו משום מצוה דרמיא עליה בלחוד כייפינן ליה, אלא דשאני הקדש וצדקה שחייב עצמו ונכסיו לגבוה או לעניים, ולא גרע מחוב שחייב להדיוט שכופין אותו לפרוע. ובפשטות כונת הריטב"א היא משום דין נדר כפי שנתבאר להלן בסמוך. אבל בלא נדר נשאר הדין דגם צדקה הוי מ"ע שמתן שכרה בצידה ואין כופין עליה. [אולם בריטב"א כתובות (מ"ט ע"ב ד"ה אבל היכא) מפורש דגם בדליכא נדר ממשכנין ע"ש, ולפ"ז לכאורה יל"פ גם כונת הריטב"א בר"ה דהוא דין מיוחד בצדקה שלא יהא אחרת מחוב דהדיוט. ועי' קצה"ח (כ"ו סק"א)].

ובבעה"מ ב"ק (י"ח ע"ב ברי"ף) כתב דבנדר לצדקה כופין אותו עד שיאמר רוצה אני. אבל בלא שיתרצה אי אפשר לכופו אע"פ שחייב לקיים נדרו. וביאור דבריו, הא דלא אמרינן עד שנכפהו בגופו נכפהו בממונו, משום דאם אינו נותן מרצונו, אינו יוצא בזה ידי קיום נדרו, וממילא כשלוקחים ממנו בע"כ הוי גזל. ודוקא כשמתרצה ויוצא ידי נדרו שפיר דמי.

עכ"פ דוקא כשנדר לצדקה סובר הבעה"מ שכופין אותו עד שיאמר רוצה אני, דמכיון שיש עליו דין מוצא שפתיך תשמור, או לאו דבל תאחר, יש דין לכופו עד שיתרצה, כמש"כ הרמב"ם (פ"ב מגרושין ה"כ) שכופין אותו שיתרצה לקיים את המצוות. אבל כשלא נדר לצדקה, משמע שלדעת בעה"מ אי אפשר לכופו שיתן צדקה, דמצות צדקה עצמה היא מ"ע שמתן שכרה בצידה ואין כופין עליה, ע"ש.

והנה יש ליישב עיקר סברת בעה"מ דכשנדר לצדקה אי אפשר לכופו בלי שיתרצה, דלכאורה מאי שנא מכל חוב בעלמא דממשכנין אותו לפרוע חובו בעל כרחו, ואפילו למ"ד שעבודא לאו דאורייתא משום דפריעת בע"ח מצוה כדאיתא בכתובות (פ"ו ע"א).

אכן פשוט, דבחוב יש חיוב גברא לפרוע. לא מבעיא לפי תוס' (קדושין י"ג ע"ב ד"ה מלוה) דבע"ח חיובו משום והאיש אשר אתה נושה בו, [וכ"ה ברמב"ן ב"ב (קע"ה ע"ב ד"ה ואיכא)], שלפ"ז בודאי יש עליו חיוב לפרוע, וכיון שנוטלין ממנו מה שחייב, אין כאן גזל. אלא אפילו לפי שיטת רש"י (כתובות פ"ו ע"א ד"ה פריעת) דהחיוב לפרוע הוא הוא מטעם הן שלך צדק, ג"כ נראה דהוי חיובא דבן אדם לחבירו, ושייך שפיר גזל כשאינו פורע, ולכן בבע"ח שפיר יורדין לנכסיו. וכן מוכח מהא דאיתא בב"מ (ה' ע"ב) דהכופר במלוה כשר לעדות רק משום דאשטמוטתי' קא משתמט, אבל בלא"ה נפסל, ועל כרחך משום דאית ביה עבירה של גזל כשאינו פורע חובו. משא"כ בצדקה שהחיוב הוא לצאת ידי נדרו.

והנה הרמב"ן במלחמות הקשה על בעה"מ מהא דממשכנין בקרבנות. ונראה ליישב דהנה ברי"ף ב"ק (שם) ובבעה"מ, הביאו בשם הגאון ז"ל דבנדרי צדקה ליכא הדין דאמירתו לגבוה

כמסירתו להדיוט, וכשנדר עדיין לא נקנה לעניים. ולפ״ז ניחא דשאני בנדרי צדקה דאם אינו מתרצה כשנוטלין ממנו בע״כ, אינו יוצא ידי נדרו הו״ל גזל כנ״ל. משא״כ בקרבנות, דהתם אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט דמי, ואפשר למשכנו משום דכבר שייך לגבוה ואינו שלו.

וכן מיושבת דעת בעה״מ מהא דמבואר בחולין (קל״א) דכשאינו רוצה לתת מתנו״כ מוציאין ממנו. דשאני מתנו״כ הואיל והתורה זיכתה אותם לכהנים לא הוי ממונו, ושייך שפיר לכופו ולמשכנו. משא״כ בצדקה.

אבל הריטב״א ס״ל דהיכא דנדר שפיר יורדים לנכסיו בעל כרחו כנ״ל, וזה לפי שיטתו (קדושין כ״ח ע״א ד״ה רשות, ע״ו ע״ב ד״ה הא דאמרי׳ ממשכנין) דס״ל דגם במתנו״ע אמירתו לגבוה כמסירתו, ונעשה ממון עניים. [וכדעת הרי״ף בב״ק שם, ותוס׳. וכ״ה בר״ן נדרים (כ״ט)]. עי׳ מחנ״א (צדקה סי׳ ב׳) במחלוקת ראשונים זו.

ואעפ״כ לפי הריטב״א הכפיה רק בדברים, וכן ממשכנין רק בדברים. שהרי גם במתנות כהונה דבודאי הוי ממון של הכהנים, שהתורה זיכתה להם, וכשאינו רוצה לתת מוציאין ממנו כנ״ל, אין כופין אותו אלא בדברים, וק״ל.

סימן יג

בדין טומאת בגדים בבית המנוגע

שיטת תוס׳ דאדם שנוגע או נושא אב הטומאה המטמאו, אם נוגע בבגדים בשעה שלא פירש ממטמאיו, מטמא אותם, וכן היא שיטת הרמב״ם, ולא כרש״י שפירש שאינו מטמא אלא בגדים שלבוש בהם.

המל״מ מקשה על שיטתם מהא דדרשינן שהנכנס לבית המנוגע בגדים שלבוש בהם אינם טמאים אלא כששהה שיעור אכילה מדין שהשוהה בבית יכבס בגדיו. ותמה למה לא יהיו טמאים מיד מצד שנוגע בהם כל זמן שלא פירש מהבית. וקרא דהבגדים אינם נטמאים עד שישהה שיעור אכילה נוקמיה בבגדים שמחוץ לבית שנוגע בהם, וקמ״ל קרא דאין הדין בזה כשאר טומאות שאדם הנוגע בבגדים כל זמן שלא פירש מהטומאה מטמא אותם מיד, אלא בבית המנוגע אין הבגדים הללו נטמאים אלא כששהה בבית שיעור אכילה, ועמד בצ״ע.

נתבאר שהגדר בטומאת כלים כשנגע בהם טמא כשלא פירש ממטמאיו אי״ז מצד שנטמאו מנגיעת הטמא שנוגע בהם, אלא שנחשבין הכלים כגוף אחד עם הטמא הנוגע בהם, ונחשב שהטומאה עצמה נוגעת בהם, שהוא והם גוף אחד שנוגעים בטומאה.

ולפ״ז נראה דבטומאת בית המנוגע לא שייך כלל האי דינא דהטמא שנוגע בהם בחיבורין מטמא אותם, דבגמ׳ בשבועות מבואר דבית המנוגע אינו מטמא אלא מי שנכנס כולו לבית, ואפילו רק חוטמו בחוץ אינו נטמא. אלא אם כן נכנס מלפניו דרך ביאה דבזה כיון שנכנס ראשו ורובו טמא. וא״כ בגדים שהם מחוץ לבית אע״פ שהם נחשבים כאחד עם הטמא שנוגע בהם מ״מ מכיון שלא נכנסו לבית אינם טמאים בטומאת בית המנוגע, דלא גרעי משאר אבריו של הנכנס לבית שאם הם בחוץ אינו נטמא. ומדין ראשו ורובו כשנכנס לפניו בדרך ביאה ג״כ לא שייך שיטמאו הכלים, דסוף סוף אינם גוף אחד עימו שיחשב שהם ג״כ נכנסו לבית, וכמובן.

לפ״ז נתבאר ליישב גם קושית המל״מ על הרמב״ם שכתב שהנכנס לבית המנוגע וטבעותיו בידיו והוציא ידיו עם טבעותיו מחוץ לבית, אין הטבעות נטמאות עד שישהה כדי אכילה. והקשה המל״מ תיפו״ל שיהיו טמאין מיד משום דנוגע בהם כשלא פירש מטומאתו. ולפמש״נ בבית המנוגע אין דין זה שהנוגע בהם בעודו מחובר לטומאה מטמא אותם, ודו״ק.

בגמ׳ (ט׳ ע״ב) מנין למצורע בימי ספורו שמטמא אדם, אמר ליה הואיל ומטמא בגדים מטמא אדם. אמר ליה דילמא טומאה בחיבורין שאני. ופרש״י (ד״ה טומאה) דבחיבורין מטמא בגדים שהוא לבוש בהם. ובתוס׳ (ד״ה דהא)

נחלקו עליו וכתבו דבחבורין מטמא כל בגדים שנוגע בהם. ושיטת הרמב״ם (פ״ו מאבוה״ט הי״ב) כתוס׳ דמטמא כל הבגדים.

והנה ברמב״ם (פט״ז מטומאת צרעת ה״ו) כתב ״אבל אדם מישראל שנכנס לבית מנוגע והוא לבוש בבגדיו, וסנדליו ברגליו וטבעותיו בידיו, הרי האדם טמא מיד, ובגדיו טהורין עד שישהה שם וכו׳, אם שהה כדי לאכול שיעור אכילה האמורה נטמאו בגדיו״. ובמל״מ הביא מקורו מהתו״כ מהכרח הפסוקים, דכתיב ׳והבא אל הבית יטמא עד הערב׳, משמע שאינו מטמא בגדים, וכתיב ׳והאוכל בבית יכבס בגדיו׳, הרי שנטמאו בגדיו, ומזה למדו שאם שהה שיעור אכילה מטמא בגדים.

ותמה המל״מ אמאי לא נימא דלעולם כלים שנכנסו בבית טמאים מיד, מקרא ד׳ולא יטמא כל אשר בבית׳, דמיני׳ ילפינן לטומאת כלים בבית המנוגע. וקרא ד׳והבא אל הבית יטמא עד הערב׳ דמשמע דאינו מטמא בגדים, לא נוקמיה בבגדים שלבוש בהם, דהם טמאים מצד עצמם, שנכנסו לבית המנוגע, אלא נוקמיה בבגדים המונחים מחוץ לבית, שהם טמאים רק מצד שנוגע בהם כל זמן שלא יצא מהבית ולא פירש ממטמאיו, וכפי שיטת הרמב״ם הנ״ל דכל אדם הנוגע באב טומאה שמטמא במגע ובמשא, או הנושאו, מטמא בגדים בשעת מגעו ומשאו, ונימא דבזה גלי קרא דדוקא כששהה בבית שיעור אכילה הוא דמטמא בגדים שמחוץ לבית במגעו, אבל הבא אל הבית ולא שהה בו אינו מטמא בגדים. ובשלמא לשיטת רש״י בסוגיין דהיכא דכתיב יכבס בגדיו קאי על בגדים שלבוש בהם ניחא, דעל כרחך הכא נמי איירי בבגדים שלבוש בהם, אבל לשיטת הרמב״ם ותוס׳ דקאי על כל בגדים שנוגע בהם, קשה, ועמד בצ״ע.

ונראה דהגדר בטומאת כלים שטמא נוגע בהם כשהוא בחיבורין, אין זה סתם משום שכל זמן שלא פירש ממטמאיו, טומאתו חמורה לטמא בגדים בנגיעתו, אלא הכלים שנוגע בהם טמאין מצד שנחשב שהם כחדא עם הטמא הנוגע בהם, וכל זמן שלא פירש ממטמאיו חשיב כמו שהטומאה נוגעת בו וגם בכלים שנוגע בהם, דהוא והכלים או הבגדים הכל כגוף אחד הנוגע בטומאה.

והנה בגמ׳ שבועות (י״ז ע״ב) מבואר שבבית המנוגע נטמא דוקא כשנכנס כולו אל הבית, ולכן כשנכנס דרך אחוריו, כל זמן שלא נכנס כולו, אפילו רק חוטמו מבחוץ אינו נטמא. [ורק כשנכנס מלפניו, בדרך ביאה, טמא מדין ראשו ורובו].

וא״כ לפמש״נ דהטומאה דכלים שנוגע בהם משום דחשיבי כאבר מאבריו, הרי דבבית המנוגע לא שייך כלל האי כללא דכל זמן שהוא בבית ולא פירש ממטמאיו יטמא כלים ובגדים שמחוץ לבית שנוגע בהם, דסוף סוף לא שייך שהכלים שמחוץ לבית יטמאו מדין בית המנוגע, שהרי לא נכנסו לתוכו, דאפילו גופו אינו נטמא אא״כ נכנס כולו לתוך הבית כנ״ל, וא״כ אף שאנו רואים את הכלים שנוגע בהם כאילו הם אבר מאבריו, לא שייך לומר שנטמאו אם לא באו אל הבית. ומדין ראשו ורובו כשנכנס מלפניו ג״כ לא שייך לומר שיטמאו

הבגדים שנשארו מחוץ לבית, דסוף סוף הוא והבגדים אינם גוף אחד ממש כדי שיקרא שנכנסו כאשר נכנס רוב גופו. ועל כרחך איירי קרא בבגדים שלבוש בהם, ונכנסו עמו לבית, שבזה אמרה תורה שאינם נטמאים אלא כששהה בבית שיעור אכילה, וכדדריש בתו״כ.

ובזה מיושבת גם קושית המל״מ (שם ה״ח) במה שכתב הרמב״ם ״מי שהיה עומד בבית המנוגע, ופשט ידיו חוץ לבית וטבעותיו בידיו, אם שהה כדי אכילת השיעור, נטמאו הטבעות אע״פ שהן בחוץ״. ותמה המל״מ דתיפוק ליה שבגדיו טמאים מיד משום שנוגע בהם, וכשיטת הרמב״ם שכל דבר שמטמא במשא, אדם המתטמא בו כל זמן שלא פירש ממטמאיו מטמא בגדים, ואדם זה שנטמא בבית המנוגע אם נגע בכלים שהם מחוץ לבית פשיטא שהם טמאים מיד, ואמאי בעינן שהייה כיון שאינם מדין מלבוש.

ולפי המבואר בבית המנוגע שיש גזה״כ שאינו מטמא אלא מה שהוא בתוך הבית, לא שייך כלל האי דינא שאדם המתטמא בבית יטמא גם הכלים שנוגע בהם. וכל הטומאה של הבגדים שמחוץ לבית היא מצד שהוא לבוש בהם ומדין דהשוהה בבית כדי שיעור אכילה נטמאו בגדים, וכדביארנו, ודו״ק.

סימן יד

בדין ד' אמות שלפני הפתח

שיטת הרמב"ם בבית עם פתחים רבים שאם ייחד לו פתח גילה דעתו שזה פתחו ואין לו ד' אמות בשאר הפתחים, והראב"ד חולק. נתבאר מחלוקת הראשונים אם בשותפין ואחין אין להם ד"א לכל פתח משום דהוי כדרך וסולמות או שיש להם, דתלי במחלוקת הראשונים אם הד' אמות קנויות לו לגמרי או רק לפירוק משאו וכדו'.

והביאור דנחלקו אם הד' אמות הם חלק מהפתח של הבית וקנויות לו כמו הבית עצמו או שהם חלק מהחצר אלא שמיועדות לתשמיש הבית, ואינו קנוי לו. דלפי הראשונים שגם בשותפין יש להם ד"א לכל פתח הד' אמות הם חלק מהבית וקנויות לגמרי ולכן יש להם ד"א ולא דמי לחלונות וסולמות שהם זכויות בתשמיש החצר. משא"כ לפי הגאונים והרמב"ם שהם רק מתשמישי החצר הוי כחלונות וסולמות שאין בשותפין. ומה"ט מהני להרמב"ם יחוד, שויתר על זכותו ואי"צ קנין.

הנמוק"י בשם רבינו יונה כתב שאם יש לכ"א ח' אמות, ד' לפתח וד' לחצר, חולקין אע"פ שאין ד"א לכל פתח. ונחלקו הר"י מגא"ש והרא"ש אם דין זה קיים גם כשאין פתחיהן שוין, לפי שיטת הגאונים שבשותפין אין ד"א לכל פתח. או דכיון שלא יקבל בעל ב' הפתחים ד"א לכל פתחיו יכול לעכב מלחלוק עד שיהא בחצר ו' פעמים ד"א, שיהא במחצה החצר שמקבל ד"א לכל פתח מלבד ד"א שבחצר.

בגמ' (י"א ע"א) א"ר אסי אריו"ח ד' אמות שאמרו חוץ משל פתחים וכו'. תניא כוותיה דר"ח פתחים שבחצר יש להן ד' אמות. היה לזה פתח אחד ולזה שני פתחים, זה שיש לו פתח אחד נוטל ד"א, וזה שיש לו ב' פתחים נוטל ח' אמות והשאר חולקין. הרמב"ם (פ"ב משכנים ה"ב) פסק דבית שיש לו פתחים רבים מכל רוחותיו, אם ייחד לו פתח אחד [שישתמש בו], אין לו אלא ד' אמות כנגד פתחו. ובראב"ד השיג דהיחוד אינו מועיל להפקיע דין פתח משאר רוחות, ובחפירא דסופלי דאמרי' בגמ' בסמוך שיחוד מועיל, היינו דמתקן לו כניסה ויציאה, אבל בבית דפתחיו אינם צריכין תיקון, שייך שיפקע דינו ע"י יחוד. ודעת הרמב"ם, מבואר במגד"ע, שהיחוד מועיל משום גילוי דעת, דגלי דעתיה דבאותו פתח ניחא ליה. וגם בפירי דסופלי מועיל היחוד מטעם זה. אבל הראב"ד ס"ל דלא סגי בגילוי דעת, ובעינן דוקא שהתקינו לכניסה ויציאה. וצ"ב מחלוקתם בזה.

והנה הרא"ש (סי' ל"ח) הביא בשם הגאונים דדין זה שיש לכל פתח ד"א אירי דוקא במחלק נכסיו על פיו ונתן לזה בית עם פתח ואחד ולזה עם ב' פתחים; אבל שנים שירשו או קנו חצר

אחת בשותפות, חולקין החצר והבתים בשוה ואין להם ד׳ אמות לכל פתח, כדקיי״ל דאחין שחלקו אין להם זע״ז לא חלונות ולא סולמות, וה״ה דאין להם זע״ז ד׳ אמות בחלק המשותף לחבירו. וכן היא דעת הר״י מגא״ש והרמב״ם (שם פ״ב ה״א) שהעמידו דין זה דד׳ אמות לכל פתח דוקא בחצרות הכפרים, שכל אחד בונה בית לעצמו, וזוכין בחצר שביניהם מן ההפקר. לאפוקי שנים שירשו או נשתתפו בחצר שאין דין זה, כמש״כ המ״מ שם והטור (חו״מ קע״ב). [ע״ש בדרישה].

וברא״ש (שם) נחלק לומר שגם באחין שחלקו יש ד״א לכל פתח, משום דחלקו בשומא ובעילוי דמים, ונכלל גם הד׳ אמות בחשבון העילוי שביניהם, שידוע שהפתח צריך למקום זה לפרק משאו, ולא דמי לחלון שאינו זוכה לו בהרחקת ד׳ אמות מכנגדו שאינו כל כך מעיקר תשמיש הבית כמו ד״א שלפני הפתח, ע״ש. ולדבריו אה״נ היכא שלא היה עילוי דמים ביניהם, ליכא דין ד״א בשותפין, כמש״כ הטור (שם) בדעתו. אולם בשם הרמ״ה הביא הטור שבלא״ה אין חילוק בזה, ולעולם נשנית הלכה זו שיש לכל פתח ד׳ אמות. וע״ש בפרישה (שם) שלפי הרמ״ה קשה מאי שנא מהך דאחין שחלקו שאין להם זע״ז כלום. [ודחק לפרש דאה״נ גם באחין שחלקו אם חלקו הבתים קודם שחלקו החצר, יש להם דרך וסולמות ע״ש].

והנה הראשונים נחלקו אם הד׳ אמות שלפני החצר קנויות לו לגמרי, [ומאי דאמרי׳ בגמ׳ (בע״ב) דטעמא דד׳ אמות משום פירוק משאו, היינו דדוקא היכא שצריך המקום לפירוק משאו יש לו ד׳ אמות, אבל כשיש לו, הם קנויות לו לגמרי], או שאינם שלו אלא רק להשתמש בהם לפירוק משאו וכדו׳, עי׳ בחי׳ הרשב״א כאן. ובמ״מ (שם פ״ב ה״ג) מחלוקת ראשונים זו, וע״ש שלא הכריע דעת הרמב״ם בזה, כמש״כ הלח״מ.

והרשב״א בתשובה (תתק״ט) תלה זאת במחלוקת הראשונים הנ״ל אי בשותפין ואחין שחלקו ג״כ יש להם ד׳ אמות, דהראשונים שסוברים שאין להם ד׳ אמות בכה״ג, ס״ל שהד׳ אמות הם קנין לכל דבר. אבל לפי הראשונים שהד״א הם רק להשתמש בהם לפירוק משאו וכדומה, גם בשותפין ואחין שחלקו יש להם זכות זו. וכן מבואר מדברי הריב״ש, והב״י בשם הרמב״ן שהביא הלח״מ (שם פ״ב ה״ג), שכתבו שהרמב״ם (בהל׳ א׳) חילק בין כפרים למדינות משום דאית ליה דהד״א קנויות לו.

אמנם ברא״ש מבואר להיפך, שדוקא אם הד״א שלפני פתחו קנויות לו לגמרי, שייך לומר שגם שותפין שחלקו יש להם ד״א לכל פתח, אבל אם אם אין לכל אחד קנין גמור בד״א שלפני פתחו, איך נאמר שיחלקו החצר ויקבל כל אחד ד״א לכל פתח, הרי לפני שחלקו השותפין הי׳ יכול להשתמש גם בשל חבירו, ועתה לא יוכל להשתמש באותם הד״א של חבירו, ונמצא מפסיד מה שהיה משתמש בתחלה, ועל כרחך לפי שיטה זו דבשותפין יש דין ד״א לכל פתח, אינו יכול להשתמש בשל חבירו, דהם קנויות לו לגמרי. [אם לא כפי שדחה הרא״ש שנכלל גם זה בעילוי הדמים שביניהם ע״ש]. ומשמע דלפי הרמב״ם ודעימיה

שבשותפין אין דין ד' אמות שפיר י"ל שהד' אמות קנויות לו.

ובאמת הנמוק"י (ז' ע"א ברי"ף) כתב בשם הרמב"ם דהד"א אינם קנויות לו לגמרי אלא להשתמש בהם. ונראה שמשמע כן בדברי הרמב"ם ממה שביאר (שם פ"ב ה"ג) הטעם שבאכסדרה אין ד' אמות, בלשון זו "שלא אמרו שיש לכל פתח ופתח ד' אמות אלא כדי לפרק משאו שם". [ולא כתב שבמקום שצריך לפרק משאו תיקנו לו ד' אמות, ומשמע שכל הקנין שיש לו בהם הוא רק לפרק משאו]. ובעיקר יש להוכיח כן ממש"כ הרמב"ם (שם ה"ז) דבפרץ את פצימיו אין לו ד' אמות, ובשלמא אם יש לו רק זכות השתמשות כשגילה דעתו הוי כמו שויתר ומחל זכותו וזכה חבירו, אבל אם הם שלו לגמרי איך קנה חבירו. והראשונים הסוברים שהם שלו לגמרי, יפרשו הדין בגמ' (י"ב ע"א) דבית שפרץ את פצימיו אין לו ד"א, דהיינו שהאב פרץ את פצימיו, כמו שפירש בעליות דרבינו יונה שם, ועי"ז בטל שם פתח מן הבית, ונמצא שירש הבית בלא פתח ואין לו ד' אמות. אבל ברמב"ם מבואר שהוא פרץ את פצימיו ומוכח שהד"א אינן קנויות לו, ומשו"ה מועיל כשויתר על זכותו, וכמש"נ.

ונראה ביאור המחלוקת אם הד"א קנויות לו לגמרי או רק לפירוק משאו הוא במה שיש לחקור בגדר ד"א אלו, אם הם נחשבות כחלק מהבית, היינו דהפתח של הבית הוא עם ד' אמות הסמוכות לו, ונחשב שהבית נמשך ומגיע עד כאן. או שהד' אמות הם חלק מהחצר, שהחצר עשויה לשמש את הבית, כשיש לבית פתח, מקבל כל פתח חלק בחצר הסמוך לו לצורך פירוק משאו. ונראה דאם הד"א הם חלק מהבית אם כן הם קנויות לו לגמרי. משא"כ אם הם חלק מהחצר א"כ אין לו זכות אלא למה שהוא זקוק להם היינו לפרק משאו, ואינם שלו לגמרי.

ובזה תתיישב קושית הפרישה הנ"ל על הרמ"ה מאי שנא ד' אמות מחלונות וסולמות שאין לאחין זה על זה. וי"ל דדוקא חלונות וסולמות שהם זכויות השתמשות שיש להם בחצר, אמרינן שכשחלקו אין להם תביעה זע"ז, משא"כ ד"א שלפי הני ראשונים הם חלק מהפתח של הבית, וכשירשו הבית נכלל בו גם הקנין ד"א שבחצר.

[אמנם כל זה ניחא לפי הרא"ש, אבל לפי הרשב"א שהבין איפכא, דלהשיטות שגם בשותפין יש דין ד"א, הוא זכות השתמשות ולא קנין גמור, הקושיא עומדת במקומה מאי שנא מאחין שחלקו. וצ"ל כמש"כ בחי' הרמב"ן דאם יש סולם שכבר נקבע אינו יכול לסלקו, וה"נ דמי לזה. עכ"פ הרמב"ם דס"ל דגם כה"ג אין להם סולמות זע"ז. וגם ס"ל דדין ד"א אינו קנין גמור כנ"ל, פסק לשיטתו דבאחין ושותפין אין דין ד"א כמו שאין חלונות וסולמות].

ולפ"ז מבוארת ג"כ סברת הרמב"ם דמועיל יחוד פתח, דהרמב"ם לפי שיטתו שסובר שהד"א אינן קנויות לו לגמרי כמש"כ הנמוק"י, ולשיטתו אינו אלא זכות שימוש בחצר; ושפיר מהני גילוי דעתא דאינו משתמש בכל הפתחים, ותו אין לו אלא ד"א לפתחו.

והנה הרשב"א כתב דהא דאין חולקין אלא אם יש לכל אחד ח' אמות, ד'

לפתחו וד׳ לחצר היינו כשיש בחצר ט׳ אמות וכדו׳, אבל אם יש ח׳ אמות מכוונות, שיקבל כל אחד ד׳ אמות, ולא ישאר עוד מן החצר, חולקין. אבל יש ראשונים שחולקין ע״ז וסוברים שבכל גווני אינם חולקין עד שיהיה ח׳ אמות לכל אחד. ולכאורה נחלקו בהנ״ל, דהרשב״א ס״ל דהד״א קנויות קנין גמור, ולשיטתו הוו הד״א חלק מן הבית, וכשיש רק ח׳ אמות בחצר, אין כאן חצר כלל, ולכך חולקין, ונוטל כל אחד ביתו עם ד׳ אמות של הפתח. ואילו החולקים סוברים שגם הד״א הם מהחצר, ומיקרי שאין בחצר כדי חלוקה עד שיהא בה ח׳ אמות לכל אחד מהם, ד׳ לפתחו וד׳ לחצר.

אמנם צ״ע בדעת היד רמ״ה שסובר דהד״א קנויות לו קנין גמור, ואעפ״כ כתב דאין חולקין את החצר כשיש ד״א מכוונות לכל אחד, אלא יש דין גוד או איגוד. וצ״ע דלפמש״נ דהד׳ אמות הם חלק מהבית א״כ החצר מחולקת ועומדת שיש לכל אחד ד״א שסמוכות לו כחלק מביתו, ומה שייך גוד או איגוד. ועל כרחך צ״ל דהרמ״ה סובר דלא כמש״נ דהד״א הם חלק מהבית, אלא הם מדין החצר, ואעפ״כ ס״ל שיש לו בהם קנין גמור כדי שתהא החצר פנויה לו תמיד לפרוק שם משאו, ולא ישתמש בה חבירו כלל.

ויש להוכיח בדעת הרמב״ם שהד״א קנויות לו לגמרי, ממש״כ (שם פ״ב ה״א) שאם לאחר שיקבל כל אחד ד״א לפתחו ישאר בחצר פחות מח׳ אמות אינם חולקין. ולכאורה גם בפחות מזה. אם פתחיהן שוין ויקבל כל אחד מחצה, למה מיקרי חצר שאין בה כדי חלוקה, הרי יש בה לכל אחד יותר מד׳ אמות. אבל אי נימא דהד׳ אמות קנויות לו לגמרי והם חלק מהפתח כמש״נ, ניחא, דאינם נחשבות מן החצר, ונמצא שהחצר שבאין לחלוק אין בה כדי חלוקה, ודו״ק.

והנה בנמוק״י הביא בשם ר״י הלוי ורבינו יונה שגם אם היו פתחים רבים, כיון שיש בחצר לכל אחד ד׳ אמות על שמונה, ד״א לפתחו ועוד ד״א בחצר, כופין אותם לחלוק, אפילו שאין ד״א לכל פתח ופתח.

והשטמ״ק הביא בשם הר״י מגא״ש שכתב כדינא דרבינו יונה הנ״ל שאם יש ח׳ אמות לכל אחד חולקין אפילו שיש פתחים רבים ואין ד״א לכל פתח. והוסיף ״ומסתברא לי דדוקא כששוין בפתחם [כגון שיש לשניהם ב׳ פתחים] אבל אם יש לאחד יותר פתחים אין יכולין לכופו, לפי שתשמישו רב בחצר וכו׳״.

והנה לפי השיטות שגם בשותפין יש לכל אחד ד״א לפי פתחיו, אין מקום לספק זה, דבודאי כיון שכשיחלקו זכותו של בעל ב׳ הפתחים לקבל ד״א לפני כל פתח, אינם חולקין עד שיהא בחצר גם כדי ד״א לכל פתחיו. אלא דהר״י מגא״ש אזיל לשיטתו שבשותפין אין ד״א לכל פתח כנ״ל. [וכן מבואר ברא״ש (סי׳ ל״ט) שסובר שדין זה דרבינו יונה שחולקין, הוא גם כשאין פתחיהן שוין, אבל כתב דין זה דוקא לפי הגאונים שסוברים שבשותפין אין ד׳ אמות לכל פתח]. ואעפ״כ סובר הר״י מגא״ש דיני׳ דרבינו יונה דאין חולקין עד שיהא לכל אחד גם ד״א עכ״פ לפני פתח אחד, מלבד הד״א של החצר. אבל כשאין פתחיהן שוין כיון שכשיחלקו לא יקבל בעל ב׳ הפתחים יותר

מחבירו, שהרי בשותפין אין דין ד״א לכל פתח, ויקבלו שוה בשוה, ועד שחלקו היה משתמש בחצר יותר, שהיה פורק שם משאו לפני פתחיו הרבים, לכן מסתבר לו שיוכל לעכב עד שיהא בחצר שיעור ד״א לכל פתחיו, שיוכל גם לאחר החלוקה לפרוק משאו לפני כל פתח שלו [וכנגדן לחבירו ג״כ, שהרי חולקין בשוה לשיטה זו].

ובאמת בראי״ש חולק על זה וסובר שבכל גוונא איתא לדינא דרבינו יונה שחולקין, אפילו אין פתחיהן שוין, כפי שכתב מפורש שלפי הגאונים [הסוברים שבשותפין אין דין ד״א לכל פתח] אם יש לכל אחד ח׳ אמות חולקין [כדינו דרבינו יונה], וכתב להדיא דין זה גם כשאין פתחיהן שוין, שלאחד יש פתח אחד ולשני ב׳ פתחים, אם יש ח׳ אמות לכל אחד חולקין, ואין בעל ב׳ הפתחין יכול לעכב מלחלוק עד שיהא בחצר ו׳ פעמים ד׳, [היינו שלפי פתחיו צריך הוא לקבל ב׳ פעמים ד״א, מלבד ד״א שבחצר, וכנגדן צריך שיהא גם לחבירו כשיעור זה, שהרי לדעת הגאונים בשותפין חולקין בשוה (פלפול״ח אות ו׳)42ולא כפירוש המגיה בס׳ עליות דרבינו יונה (הערה 417) שטעה בהסבר הדברים., וק״ל.

סימן טו

בדין מדביק אדם תורה נביאים וכתובין כאחד

תוס׳ הקשו איך מותר לדבק יחד תורה ונביאים וכתובים לפי מה שמבואר בגמ׳ דאסור להניח נביאים וכתובים ע״ג תורה. ותירצו דכיון דהוי בכרך אחד אינו גנאי ושפיר דמי. וצ״ע דבמגילה מייתי הגמ׳ ראיה דמותר להניח תורה ע״ג תורה משום דלא אפשר בלא״ה, מהא דכרכינן בס״ת דפא אחבריה, ולפ״ד תוס׳ שאני בכרך אחד דאינו גנאי, ומאי ראיה לשאר הנחה.

וברשב״א במגילה מפרש דהסוגיא במגילה כמ״ד בסוגיין דאין מדביקין תורה ונביאים וכתובים אפילו בכרך אחד. אבל הרמב״ם פסק דמדביק אדם, ואעפ״כ פסק האיבעיא דמכירה לחומרא. [והר״ן במגילה תירץ באופ״א קושית תוס׳, וצ״ע תירוצו. וגם יש להוכיח שהרמב״ם לא סבר כדבריו], וצ״ע.

שיטת הר״ן היא דכיון דקיי״ל באיבעיא דגמ׳ מגילה אי מוכרין ס״ת לקנות ס״ת אחר דאסור, אע״פ שלית ליה עלויה אחריני, כ״ש דשאר קדושות דיש להם עיולא אחרינא דאסור למכור ולקנות כיוצ״ב. והט״ז הקשה מזה על שיטת מהרא״י שבב״י, וכן היא שיטת הרמב״ם כמש״כ המג״א, דשאר קדושות מותר למכור כדי לקנות כיוצ״ב. ודוקא בס״ת.

נתבאר בסברת הרמב״ם דדוקא ס״ת דחמיר קדושתיה אית ליה בזיון בעצם המכירה, ומשו״ה מספק״ל דיאסר למכור כדי לקנות כיוצ״ב, או דכיון דלי״ל עיולי אחרינא לית בזיון במכירה כזו. אבל שאר קדושות אין איסור כלל בעצם המכירה, לכן רק כשקונה קדושה פחותה מהם אסור, משום דמורידן מקדושתן.

לפ״ז גם הנידון אי הנחת תורה ע״ג תורה מותר, דמבואר בגמ׳ דתלי בדין מכירת ס״ת לקנות כיוצ״ב, הוא דוקא בס״ת ולא בחומשין וכדומה. ולפ״ז תתישב סוגיין, דסברת תוס׳ דהיכא דהכל בכרך אחד נותן להכל קדושה שוה של תורה. וא״כ לפי שיטת הרמב״ם דכשדיבק תורה עם נביאים וכתובים אין להן קדושת ס״ת אלא רק חומשין, יש לכל הכרך דין חומשין, ומותר לגוללן זע״ז דאין איסור הנחה בחומשין כמש״נ.

אבל אי נימא דלא כהרמב״ם אלא דיש לכרך זה קדושת ס״ת תיקשי דאף דהוי בכרך אחד, מ״מ דוקא משום דלא אפשר שרינן, והכא אפשר שלא ידבקם יחד. ויתכן שמכיון שהם מודבקין יחד מיקרי דלא אפשר, דבאופן זה אינו יכול לגוללן אלא זע״ז. א״נ י״ל שהתוס׳ סברי כשיטת רבינו מנוח דקיי״ל בהאיבעיא דמכירת תורה לקולא, וממילא גם הנחת תורה ע״ג תורה שרי מדינא ולא רק משום דאי אפשר.

בגמ׳ (י״ג ע״ב) ת״ר מדביק אדם תורה נביאים וכתובים כאחד דברי ר״מ. ובתוס׳ (ד״ה מדביק) כתבו ״אע״פ שאי

אפשר שלא יתן נביאים וכתובים ע״ג תורה, ובמגילה פ״ב (כ״ז ע״א) משמע דאסור להניח, הני מילי בשתי כריכות אבל כשהן מדובקין יחד אינו גנאי״.

ותירוצם צ״ע דבגמ׳ מגילה שם (כ״ז ע״א) מספק״ל מהו למכור ס״ת ישן ליקח בו חדש, כיון דלא מעלי ליה [מקדושתו] אסור, או דלמא כיון דליכא לעלויי עילויא אחרינא שפיר דמי, ומייתי ת״ש מניחין ס״ת על גבי תורה, ותורה ע״ג חומשין וכו׳ [אלמא בקדושה שוה שפיר דמי], ודחי, הנחה קא אמרת, שאני הנחה דלא אפשר, דאי לא תימא הכי מיכרך היכי כרכינן ליה והא קא יתיב דפא אחבריה, אלא כיון דלא אפשר שרי, הכא נמי כיון דלא אפשר שרי.

ולפי דברי תוס׳ צ״ע, מאי מייתי הגמ׳ דמותר להניח תורה ע״ג תורה מהא דכרכינן ליה ויתיב דפא אחבריה, שאני היכא שהם בכריכה אחת שאינו גנאי, שהרי מהאי טעמא כתבו תוס׳ דמותר אפילו תורה ונביאים וכתובים בכרך אחד, אע״פ שנכרכים זע״ז, וצ״ע.

והנה הרמב״ם (פ״ז מס״ת הט״ו ט״ז) כתב ״מותר לדבק תורה נביאים וכתובים בכרך אחד וכו׳, כרך זה שיש בו ס״ת נביאים וכתובים אין קדושתו כקדושת ס״ת אלא כחומש מן החומשין, דין היתר כדין החסר״. ומבוארת שיטת הרמב״ם שבאופן שהדביק יחד תורה ונביאים וכתובין אין לו דין ס״ת אלא רק דין חומש43ולפ״ז הא דקאמר בגמ׳ בסמוך מעשה והביאו לפנינו תורה נביאים וכתובים מדובקין כאחד והכשרנום, אין הכונה שהם ס״ת כשר, אלא כמו ״והתרנום״, שהם מותרים. ובאו״ש (שם) ביאר ליישב לפ״ד הרמב״ם הלשון והכשרנום באופ״א ע״ש.. והנה גם לפי דברי הרמב״ם תיקשי קושית תוס׳ איך מותר לכרוך נביאים וכתובין ע״ג חומשין, דבגמ׳ מגילה שם איתא ״אבל לא נביאים וכתובין ע״ג חומשין, ולא חומשין ע״ג תורה״. הרי דגם ע״ג חומשין אסור להניח נביאים וכתובים, ואיך מותר לדבקן יחד. ותירוץ תוס׳ צ״ע כנ״ל.

וברשב״א (מגילה כ״ז ע״א ד״ה הנחה) כתב כסברת תוס׳ דבכרך אחד שרי דהכי מינטר טפי. ונתקשה כנ״ל דא״כ מאי מוכיחינן במגילה שם דתורה ע״ג תורה מותר משום דלא אפשר, מהא דכרכינן דפא אחבריה. והא אפילו נביאים וכתובין שרי כדאמר הכא ועל כרחך משום דשאני בכרך אחד דמינטר טפי. ותירץ דאה״נ הגמ׳ במגילה קאי כמ״ד בסוגיין דאין מדביקין תורה ונביאים וכתובים, אלא צריך שיהיו כאו״א בפני עצמו, מפני שאסור להניח זה ע״ג זה. [וזה דלא כמפורש בתוס׳ בסוגיין (ד״ה ר׳ יהודה אומר) דטעמי׳ דר׳ יהודה אינו משום איסור הנחה. וכ״ה בר״ן (מגילה פ״ג ז׳ ע״ב ברי״ף ד״ה וכן במותריהן)]. וע״ש ברשב״א שעמד בצ״ע א״כ לפי מאי דקיי״ל כמ״ד מדביקין, ליכא הוכחה מהא דמניחין תורה ע״ג תורה דלא בעי עילויא, ע״ש.

ותירוץ הרשב״א לא יתיישב בדעת הרמב״ם שפסק (פ״ז מס״ת הט״ו) כשיטת ר״מ בסוגיין דמדביק אדם תורה נביאים וכתובים בכרך אחד, אע״פ שסובר (שם ה״ב) דהאיבעיא דמכירה איפשיט לחומרא. [וההיתר משום דלא

אפשר, לא שייך בהא דמדביק אדם, כמובן], וצ״ע.

[ובר״ן (מגילה ח׳ ע״ב ברי״ף ד״ה מניחין) תירץ דמכיון שהדין בנביאים וכתובין דנגללין כלפי תחילתן, וס״ת נגלל לאמצעיתו, נמצא דלעולם הוי ס״ת ע״ג כולם. ומלבד דעצם תירוצו צ״ע. גם צ״ל לפ״ד הר״ן דאף שבשעת הקריאה בנביאים וכתובין הוו הנביאים וכתובין ע״ג התורה, לא איכפ״ל, דהעיקר שבשעת הגלילה יהיה הס״ת למעלה. אמנם מעדותו של ר״א בן הרמב״ם שהביא בתחילת ספר מעשה רוקח (והובא בהערה בסמוך) מבואר שהרמב״ם אסר אף כשהנביאים ע״ג חומשין רק בשעת השימוש, ודלא כהר״ן].

והנה בהא דאיבעיא לן בגמ׳ במגילה, מהו למכור ס״ת ישן ליקח בו חדש, כיון דלא מעלי ליה [מקדושתו] אסור, או דלמא כיון דליכא לעלויי עילוייא אחרינא שפיר דמי, כנ״ל. כתב בר״ן (שם ז׳ ע״ב ברי״ף ד״ה אבל) דמדאבעיא לן בס״ת דליכא לעלויי בה, מכלל דפשיטא לן דבהנך אחריני דאיכא לעלויי בהו אסור למוכרן וליקח כיוצ״ב.

אמנם בשו״ע (או״ח קנ״ד ד׳) הביא ב׳ שיטות בזה אי בשאר קדושות מותר למכור כדי לקנות אותה קדושה כיוצ״ב, או אסור. ובט״ז שם (ס״ק א׳) הביא מקור דברי השו״ע מהב״י בשם מהרי״א דבשאר קדושות דוקא להורידן אסור אבל לקנות בהם קדושה כיוצ״ב, מותר. ובמג״א (קנ״ג סק״ד) כתב דכן היא שיטת הרמב״ם, דמשמע מלשונו (פי״א מתפלה הי״ז) דאף לכתחילה מותר למכור ביהכ״נ לקנות בדמיה אחרת. דשאר קדושות מותר למכור ולקנות קדושה כיוצ״ב. וכן האריך לבאר התוס׳ יו״ט (מגילה פ״ג מ״א) דדעת הרמב״ם כהב״י בשם מהרי״א דלמכור בשוין שרי, ע״ש.

והט״ז (שם) הקשה על המתירין כקושית הר״ן דכיון דבס״ת דא״א להעלותו לקדושה אחרת איבעיא לן, ולא איפשטא ואזלינן לחומרא, ק״ו שאר קדושות דיכול לעלותן ודאי אסור למכור ולקנות בשוין44וע״ש בט״ז דלא שייך לומר בזה דכל האיסור לכתחילה אבל בדיעבד שפיר דמי, כדאמר במגילה גבי ס״ת. משום דדוקא בס״ת דאסרינן לקנות בו ס״ת אחר, איכא למימר דבדיעבד אם קנו קנו, דאין תקנה לחזור ולקנות בו ס״ת, דסוף סוף אסור למכור בשוין, משא״כ בשאר קדושות שצריך להעלות הקדושה, לא שייך לומר דבדיעבד אם קנה קדושה כיוצ״ב ש״ד, דלעולם יכול לקנות במקומה קדושה חמורה יותר. אמנם במג״א שם (סק״ד) מפורש דגם בשאר קדושות שייך דיעבד, ואכמ״ל..

ואשר יראה ליישב דעת הרמב״ם ודעימי׳ דמתירין בשאר קדושות, דס״ל דכל האיבעיא לאסור למכור ס״ת ישן ליקח בו ס״ת חדש היא דוקא בס״ת דקדושתו חמירא ויש בזיון לס״ת בעצם ענין המכירה שלו. וכדמשמע בלשון הרמב״ם (פ״י מס״ת ה״ב) ״ס״ת כשר נוהגין בו קדושה יתירה וכבוד גדול, ואסור לאדם למכור ס״ת אפילו אין לו מה יאכל וכו׳ ואפילו יש ליקח בו חדש. ולגבי ס״ת סוברת הגמ׳ דאילו היה בו עילויא אחרינא היתה מכירתו נאסרת לקנות כיוצ״ב, ודוקא משום דבס״ת אין עילויא אחרינא מספקא לן אי מכירה לקנות בו ס״ת

כיוצ״ב נחשבת בזיון או לא. אבל בכל שאר קדושות דלא חמירי כל כך, בלא״ה מותר לקנות בהם קדושה כיוצ״ב, דאין האיסור מצד המכירה עצמה, וכל האיסור ששייך במכירתן הוא מצד שמורידן מקדושתן, היכא דקונה בהם קדושה פחותה מהן, וק״ל.

ולפ״ז דכל האיבעיא בגמ׳ לאסור מכירה של ס״ת כדי לקנות ס״ת אחר, היא דוקא בס״ת דקדושתיה חמירא. ממילא גם האיבעיא לאסור הנחה דתורה ע״ג תורה, דמבואר בגמ׳ שם דתלוי בהאי דינא דמכירה, היא דוקא בס״ת, אבל חומשין ע״ג חומשין וכן שאר ספרים פשוט שאין דין זה.

ובזה מיושבת שפיר הגמ׳ בסוגיין דמדביק אדם תורה נביאים וכתובים, דהנה ביאור סברת תוס׳ דבכרך אחד אין זה גנאי, נראה דהיינו משום דיש לכל הכרך דין קדושה אחת כהתורה שמחוברת בו45ובזה אפשר ליישב מה שהביא הברכ״י (יו״ד רפ״ג סעיף י״ט) מספר מעשה רוקח בשם ר״א בן הרמב״ם, שהרמב״ם היה מונע מלכתוב תנ״ך בקובץ אחד לפי שכאשר קורא בנביאים וכתובים יהיו הנביאים והכתובים למעלה מחמשה חומשי תורה. ולכאורה הוא סותר למה שפסק הרמב״ם בחיבורו להדיא דמדביק אדם תורה נביאים וכתובים, ולא חיישינן לזה שיהיו הנביאים וכתובים מע״ג התורה. אמנם לפמש״נ שההיתר להדביקן יחד הוא משום שנחשב הכל כדבר אחד ויש בכולו קדושת החומש, י״ל דזהו דוקא כשהם נגללין בגלילה דבזה אמרינן דנעשה הכל אחד. משא״כ בספרים כעין שלנו שנכתבים דפים דפים, שהדפים נפרדין ומחברין אותם יחד לקובץ אחד, אין מה שכתוב על דף זה שייך לדף האחר, ואינם נעשים כחדא, וממילא נשאר האיסור הנחה דנביאים ע״ג חומשין.. [היינו דכל הכרך קדוש כחומשין לפ״ד הרמב״ם].

ולפ״ז ניחא דאה״נ בגמ׳ מגילה מייתי שפיר דמותר להניח ס״ת ע״ג ס״ת משום דלא אפשר, מהא דמותבינן דפא אחבריה. דאם היה אסור בהנחה, א״כ סוף סוף גם ס״ת שהוא כרך אחד אין היתר לכורכו בעצמו, דמותיב דפא אחבריה.

משא״כ בסוגיין אמרינן דמדביק אדם תורה ונביאים וכתובים, כיון שהם בכרך אחד, יש לכל דין קדושת חומשין, וחומשין מותר להניח ע״ג חומשין, וכמש״נ בדעת הרמב״ם דאין איסור הנחה בשוין אלא דוקא בס״ת.

אבל אם נימא דלא כהרמב״ם, אלא שהכרך קדוש בקדושת ס״ת, לכאורה יהא אסור להדביק תורה עם נביאים וכתובים, דהא בהאיבעיא דמכירת ס״ת לקנות ס״ת פסקינן לחומרא, וכל ההיתר להניח תורה ע״ג תורה הוא רק משום דלא אפשר כדאמר במגילה, והכא לא מיקרי דלא אפשר, שהרי אפשר שלא ידביק אותם זה עם זה, וישאר הס״ת לבדו.

ואם תימצי לומר דלפי שיטת תוס׳ יש לו קדושת ס״ת, צריך לומר דמ״מ מאחר שהוא כבר בכרך אחד, ואית ליה לכולו דין ספר תורה, מיקרי לא אפשר, דאי אפשר שלא לגוללו, ואית ביה הדין דתורה ע״ג תורה מותר להניח משום דלא אפשר.

א״נ י״ל שהתוס׳ קיימי בשיטת רבינו מנוח שהובא בב״י (יו״ד ר״ע ד״ה

ומ״ש וכ״ש שאין לו) דפסק לקולא בהך בעיא דלא איפשיטא, דמותר למכור ס״ת ישן לקנות חדש, ע״ש בב״ח, והביאו הט״ז (או״ח קנ״ג סק״א). ולכן גם להניח מותר מדינא, [ולא משום דלא אפשר].

פרק לא יחפור

סימן טז

בסוגיא דרקיק אינו ממעט בחלון

הטעם שתבן וגרוגרות שמונחים בחלון חוצצין דוקא כשיכולין לעמוד בפני עצמם, ולא ע״י החבית, מבואר בתוס׳ לפי טעם אחד, מפני שמחיצה שעומדת ע״י כלי אינה מחיצה אפילו שהכלי אינו מקב״ט. כמבואר כן במשנה לגבי אוהל שעומד ע״י כלי. וצ״ע דהכא איירי לגבי מחיצה מן הצד, ומבואר בסוגיין שהחבית יכולה לשמש בעצמה כמחיצה, כ״ש שיכולה לשמש כמעמיד.

בדברי הרמב״ם מבואר שכלי אינו יכול לשמש כמחיצה, אפילו אינו מקבל טומאה, והראב״ד נחלק עליו ומחלק דדוקא מלמעלה אין כלי נעשה אוהל, אבל מן הצד נעשה מחיצה כשאינו מקבל טומאה. וקשה על הרמב״ם מסוגיין דפריך הגמ׳ דהחבית עצמה תחוץ. וכמו כן קשה מדברי הרמב״ם בבית שחלקו בקנקנים שאם פי הקנקנים כלפי הטהרה הרי הם מציאים מפני הטומאה שבצד השני.

נתבאר כונת הרמב״ם ע״פ המבואר בדבריו שכלי שנמצא בתוך אוהל הטומאה, אם יש בו חלל טפח וכפאו על פיו, נעשה אוהל בעצמו להציל על הטהרה שבתוכו. ואע״פ שאינו נחשב אוהל לענין שלא תצא ממנו הטומאה. ונתבאר שזהו הדין שהקנקנים מצילין מפני הטומאה, שהם עצמם נעשים אוהל, ומדין דופני אוהלין אתינן עלה. ואע״פ שמבואר ברמב״ם דכלי חרס אינם מצילין, היינו משום שהטומאה נכנסת דרך פיהם אבל כשפי הכלי פונה לצד הטהרה שפיר י״ל דנעשה כלי להציל.

נתבאר דמה״ט החבית מצלת כשפיה כלפי חוץ, מדין דופני אוהלין. וזהו החילוק לפי תוס׳ דמעמיד למחיצה אי אפשר ע״י הכלי, אבל הכלי עצמו נעשה אוהל לחוץ מצד דין הצלת אוהלים.

בעיקר מחלוקת הרמב״ם והראב״ד אי כלי שאינו מקבל טומאה חוצץ בפני הטומאה נתבאר דאזלו לטעמייהו גבי סתימה בחלון כשעומדת לינטל. דלשיטת הראב״ד היכא שסותמת את כל החלון חוצצת משום דאין מקום לטומאה לעבור. [ודוקא כשממעטת חלק מהחלון צריך שיהא דעתו לבטלה שם דעי״ז נחשב שנתקטן החלון משיעורו]. ואילו לשיטת הרמב״ם אפילו כשסותמת כל החלון אינה חוצצת אלא כשאין דעתו ליטלה משם.

שלפי שיטת הרמב״ם הדין דפותח טפח מעביר את הטומאה הוא לא מצד שהטומאה עוברת דרכו אלא משום שע״י הפתח נחשב הכל כאוהל אחד, וכל האוהל טמא מחמת הטומאה שבצד אחד שלו. ומה״ט לא מהני לפי הרמב״ם סתימה בכלים, דאע״פ שאין הטומאה עוברת כיון שהכלים אינם נחשבין חלק מהאוהל, הוי הכל אוהל אחד ואינו מציל על עברו השני.

ב״ב (י״ט ע״ב) אמר שמואל רקיק אינו ממעט בחלון וכו׳. מיתיבי קופה מליאה תבן וחבית מליאה גרוגרות המונחים בחלון, רואין כל שאילו ינטלו ויכולין תבן וגרוגרות לעמוד בפני עצמן חוצצין, והא תבן חזי לבהמתו, בסריא וכו׳. האי חבית היכי דמי אי דפומא לבר היא גופה תיחוץ, דהא כלי חרס אינו מקבל טומאה מגבו, אלא דפומא לגאו.

ובתוס׳ (ד״ה רואין), ביארו הטעם דבעינן שיוכלו התבן והגרוגרות לעמוד בפני עצמן, משום דכל דבר החוצץ בעינן שיוכל לעמוד בפני עצמו, כדשנינו במשנה באהלות (פ״ו מ״ב) קוברי המת שהיו עוברין באכסדרה ובא אחד מהן והגיף את הדלת וסמכו במפתח, אם יכולה הדלת לעמוד בפני עצמה טהור, ואם לאו טמא, וכן חבית של גרוגרות וכו׳.

וביארו הא דבעינן שיוכל לעמוד בפני עצמו בשלושה דרכים. א׳ דאל״כ הוי סתימת עראי ואינו חוצץ בפני הטומאה. ב׳ דבעינן שהדבר החוצץ לא יעמוד ע״י דבר המקבל טומאה, והמפתח או החבית מקבלין טומאה. ג׳ דאפילו המפתח אינו מקב״ט, לא חשיב הדלת לחוץ בפני הטומאה, כיון שעומדת ע״י כלי, אע״פ שאותו הכלי אינו מקבל טומאה. והביאו שנחלקו בזה רבנן ור״א בתוספתא, דר״א מטהר במפתח שאינו מקב״ט, אע״פ שעומד ע״י כלי, דר״א לטעמי׳ דפליג את״ק במשנה (פ״ו מ״א) בנדבך של אבנים שעומד ע״י כלי גללים כלי אבנים וכלי אדמה, וס״ל דנעשה אוהל לטהר, כיון שאינם מקבלין טומאה, ולרבנן אינו נעשה אוהל אלא כשנתון ע״י אבנים.

ולכאורה צ״ע, בשלמא באוהל דאיירי התם, קיי״ל במשנה שם דאין כלי נעשה אוהל לטהר רק לטמא, ומשו״ה ס״ל לרבנן דה״ה גם המעמיד של האוהל בעינן שלא יהא כלי. אבל הכא לגבי חציצה בחלון שהכלי עצמו מועיל לחצוץ אם אינו מקב״ט, כדפריך הגמ׳ דהיא גופה תיחוץ, כל שכן דאין פסול שיהא הוא המעמיד, ואיך נימא שאין החבית יכולה לשמש כמעמיד משום שהיא כלי. [ובאמת בפירוש הרא״ש אהלות (פ״ו מ״ב) תמה כן גם על עצם דין המשנה דכלי שהוא טהור חוצץ, ודבר אחר העומד על ידי הכלי אינו חוצץ, ע״ש שזהו מגזה״כ, וצ״ע].

ולכאורה צ״ל דאה״נ אין כונת תוס׳ לפרש דהכא נמי החבית אינה יכולה לשמש כמעמיד, אלא לגבי חבית ודאי טעמא דאינה יכולה להיות מעמיד משום שהיא מקב״ט. ודוקא גבי מפתח שמשמש להעמיד את הדלת, שהיא עצמה האוהל שחוצץ, הביאו תוס׳ שנחלקו ר״א וחכמים אם גם כשאינו מקב״ט אינו יכול להעמיד את האוהל. אכן י״ל באופ״א כדלהלן.

הנה הרמב״ם (פי״ג מטומא״מ ה״ד) כתב ״אלו מביאין [את הטומאה] ולא חוצצין וכו׳ ורחים של יד, שהרי היא בכלל כלי אבנים, כל אלו מביאין ואינן חוצצין״. כלומר שגם כלים אלו שאינם מקבלין טומאה אינם חוצצין בפני הטומאה. והראב״ד שם השיג ״אולי סובר זה המחבר שאין שום כלי חוצץ בפני הטומאה, אפילו כלי גללים ואבנים ואדמה, מפני שמצא (פ״ו מ״ו) אדם וכלים נעשים אהלים ליטמא אבל לא לטהר וכו׳,

ואינו כן, שלא אמרו אלא שלא נעשה אהל ולא מעמיד אהל, אבל בחור או בחלון שבין בית לבית או בין בית לעליה, כל דבר שאינו מקבל טומאה חוצץ שלא תעבור הטומאה לצד השני, דוק ותשכח.

ובפשטות כונת הראב"ד לחלק בין אוהל למחיצה, היינו דאוהל מלמעלה אינו נעשה ע"י כלי, אבל למחיצה שהיא מן הצד מועיל כלי לסתום שלא תעבור הטומאה. וצ"ע ליישב דעת הרמב"ם מסוגיין דמבואר שחבית שאינה מקבלת טומאה חוצצת, וכדברי הראב"ד. וכן פסק הרמב"ם בעצמו (פט"ז מטומא"מ ה"ד) "סתם החלון בכלי חרס והיה פיו לחוץ ה"ז חוצץ, לפי שאינו מטמא מגבו והרי הוא טהור וכו' כדי שלא תהיה דעתו לפנותו". הרי שפסק כסוגיין שכלי חוצץ בחלון אם אין דעתו לפנותו.

ולכאורה צ"ל שגם הרמב"ם סובר לחלק בין אהל מלמעלה לבין מחיצה מן הצד, כחילוק הראב"ד. אלא דמדברי הרמב"ם הללו עדיין אין ראיה שסובר חילוק זה, די"ל דגם מש"כ שכלי אינו נעשה אוהל, הוא דוקא אם דעתו לקחתו משם. וכדאיתא (פי"ג מטומא"מ ה"ג) שכלים גדולים הבאים במידה, חשיבי חציצה. והכי נמי י"ל דמהני כל כלי דאין דעתו לפנותו. אבל אם דעתו לפנותו יתכן שיסבור הרמב"ם דכלי אינו חוצץ, גם במחיצה מן הצד, [מלבד כלי הבא במידה].

אבל יש להוכיח כן מדברי הרמב"ם (פכ"ד מטומא"מ ה"א) שכתב "בית שחילקו בקנקנים טהורות וכו', אם הי' פי הקנקנים כלפי הטהרה הרי אלו מצילות". הרי שלא הזכיר כלי הבא במידה, ולא דמאיס [שאין דעתו ליטלו משם], ואעפ"כ כתב שחוצצות. ועל כרחך גם הרמב"ם מחלק בין אוהל למחיצה, דמחיצה נעשית שפיר ע"י כלים, וכמש"נ.

אלא שצ"ע מלשון הרמב"ם (פי"ח מטומא"מ ה"ג) באדם או מפתח שסומכין הדלת, ואין הדלת יכולה לעמוד בפנ"ע, אינה חוצצת, "לפי שנמצא האדם הוא שחצץ בפני הטומאה, והאדם הכלים מביאין ואינן חוצצין, כמו שביארנו (פי"ב ה"א)". חזינן דהכלל שכלים אינם חוצצין, קאי נמי אחציצה מן הצד, וגם במחיצה מן הצד ס"ל דאין אדם[46]הא דמבואר בסוגיין דעכו"ם שישב בחלון, היכא שמבוטל לשם ממעט בחלון. אע"פ ששיטת הרמב"ם שאדם אינו חוצץ. כבר ביאר הגר"ח (בכתבים אות רפ"א) דחלון שעשוי לתשמיש ששיעורו טפח, אם אינו ראוי לתשמישו, לאו שמיה חלון, וכיון שהעכו"ם מבוטל לשם נתמעט החלון משיעור תשמישו, ע"ש. והא דדבר טמא אינו ממעט בחלון, צ"ל משום דגם המיעוט מתשמיש הוא דוקא ע"י שחל חלות מחיצה על הסתימה, [אלא שאין בזה הדין שאדם וכלים אין חוצצין, דע"י שממעטין החלון מתשמישו שפיר חייצי] אבל דבר טמא אין עליו שם מחיצה כלל, וכמי שאינו דמי. וכלים חוצצין. ולפ"ז שוב צ"ע מהא דבית שחילקו בקנקנים.

והנה מקור דין זה דבית שחילקו בקנקנים הוא במשנה (אהלות פ"ו מ"ב) ומובא שם עם הדין דחבית וקופה הנתונין בחלון דסוגיין. וע"ש בר"ש. והי' אפש"ל דחדא דינא הוא עם חבית, ואירי בשאין דעתו לפנותו, דכה"ג כלים חוצצין כמבואר ברמב"ם הנ"ל (פט"ז ה"ד). אבל

בדברי הרמב"ם לא נזכר שאירי בשבטלן שם, וצ"ע אמאי חייצי.

ונראה דהנה ברמב"ם (פ"כ מטומא"מ ה"א) כתב ג' דברים מצילין באוהל המת, צמיד פתיל, ובלועין ואוהלין. ע"ש שביאר שאוהל בתוך אוהל מציל מהטומאה שבאוהל החיצון שלא תכנס לטמא מה שבתוכו, אבל לא מונע את הטומאה שבתוכו שלא תצא ותטמא את הכלים שבאוהל החיצון. וברמב"ם (פכ"א מטומא"מ ה"ג) מבואר שגם כלים שיש בהם טפח על טפח וכפאן על פיהן על הארץ מצילין כל מה שתחתיהן מפני שהם כאוהל והאוהל מציל.

והביאור, הא דמהני הך אוהל להציל על מה שבתוכו ולא למנוע הטומאה מלצאת, משום דאוהל עראי כזה אינו נחשב כאוהל בפנ"ע כדי שיחשב כאילו הוא מחוץ לאוהל החיצון ותחשב הטומאה שבתוכו כמו שאיננה באוהל החיצון שמעליו. ורק נחשב אוהל לענין שמציל מה שבתוכו שלא יטמא מהטומאה שבאוהל, דעכ"פ הוא מקום חלוק.

ונראה שזהו הטעם דבית שחילקו בקנקנים הרי אלו מצילות, דסיבת הצלתו הוא דכשפי הקנקנים כלפי הטהרה, דהקנקנים עצמם חשיבי אוהל להציל מפני הטומאה, ומדין דופני אוהלים חוצצות בפני הטומאה ומצילות מה שבצד השני.

ואף שמבואר ברמב"ם (פכ"א מטומא"מ ה"ג) שאהלי כלי חרס אינם מצילין. ומקורו במשנה (כלים פ"י מ"א). מ"מ לפי המבואר ברמב"ם בפיה"מ שם הטעם שכלי חרס אינו נעשה אוהל להציל, משום שהכלי עצמו נטמא דרך פתחו. וא"כ היכא שגב הכלי חוצץ ולא נטמא תוכו, גם כלי חרס נחשב שפיר כאוהל להציל מפני הטומאה.

ובזה מיושבת גם כונת התוס', דאה"נ גם בסוגיין החסרון הוא משום דהמחיצה עומדת ע"י כלים, ולא משום דמקבלין טומאה. אלא דכשעושה המחיצה עצמה ע"י כלים, מהני מדין דופני אהלים, שהכלים עצמם נעשים אוהלין להציל כנ"ל. משא"כ כשסומך המחיצה ע"י הכלים, הרי המחיצה עומדת ע"י כלים, ואיכא פסול במעמיד שהוא כלי.

והנה עיקר מחלוקת הרמב"ם והראב"ד אם כלי שאינו מקבל טומאה כמו רחים של יד מועיל לחצוץ מפני הטומאה או לא, נראה לבאר לשיטתם במה שנחלקו (פט"ו מטומא"מ ה"ב), דשיטת הרמב"ם דסתימה דדעתו לפנותה אפילו סותמת כל החלון אינה חוצצת. והראב"ד נחלק עליו דדוקא כשהסתימה ממעטת חלק מהחלון, אינה ממעטת כשדעתו ליטלה. אבל כשסותמת כל החלון אין הטומאה עוברת.

וסברת הראב"ד, כפי שמבאר הגר"ח בכתבים (אות רפ"א), דחלון כשהוא פחות מכשיעור נחשב כסתום, ולכן כשהסתימה סותמת חלק מהחלון אם אין דעתו לפנותה ממעטת, ונחשב שנתמעט שיעור החלון, וכמו שהכל סתום, משא"כ כשדעתו לפנותה נשאר החלון בשיעורו והטומאה עוברת דרך האויר שנשאר פתוח, אבל כשהסתימה סותמת את כל החלון, הוי חציצה, דאין מקום לטומאה לעבור, אע"פ שדעתו לפנותה.

אבל הרמב״ם סובר דאע״פ שסותם כל החלון, כל שדעתו ליטלו משם אינו חוצץ, וביאור סברתו דכשדעתו ליטלו משם כיון שלא בטל החלון ונשאר שם חלון ממילא נחשב הכל אוהל אחד ואין כאן מה שיציל עליהם. היינו דלשיטת הרמב״ם הדין פותח טפח ביניהם הוא שע״י הפתח נחשבים שני האוהלים לאוהל אחד, ונחשב שהטומאה נמצאית בכל האוהל. [א.ה. כמו במקואות דע״י נקב כשפופרת הנוד ביניהם מצטרפין למקוה אחת]. ואין צריך שהטומאה תעבור מזה לזה כדי שיטמא האוהל שבצד השני[47]וכדין זה ממש מפורש במשנה (כלים פ״ח מ״א) ומובא בגמ׳ (זבחים ג׳ ע״א) גבי תנור שחצצו בנסרים או ביריעות ונמצא שרץ במקום אחד הכל טמא. והיינו דכיון שנחשב הכל תנור אחד טמא לא מהני מחיצה להציל מפני הטומאה..

[וביסוד זה שלפי הרמב״ם ע״י פותח טפח נחשב שהכלים נמצאים באוהל טמא, מיושבת הסתירה ברמב״ם, שמפשטות לשונו (פי״ב מטומא״מ ה״א) משמע שסובר שהמת אינו ממעט משיעור פותח טפח, כפי שהשיג עליו בראב״ד שם. וע״ש בכס״מ. ולכאורה סותר למש״כ בב׳ מקומות (שם פ״ז ה״ד פי״ב ה״ו) שהמת ממעט. ונראה החילוק בזה דדוקא בקבר שהמת נקבר בו, ממעט משיעור האוהל טפח, ונתבטל שם אוהל ממנו, הואיל והמת מבוטל לשם. אבל באוהל, שהמת לא נקבר שם, ועדיין טעון קבורה, אינו מבטל שם האוהל, וכשיש אוהל כל הנמצא בתוכו טמא, ואין צריך שיעור טפח פנוי, דהרי לשיטת הרמב״ם אפילו אם סתמו כולו טמא מה״ט, כמש״נ, וק״ל].

ולפ״ז הרמב״ם לשיטתו ס״ל דכלים אינם נעשים מחיצה כדי שיחשב כסתום, ואע״פ שאינם מקבלין טומאה, דאין להם דין מחיצה, ולכן גם כשאינם מקבלין טומאה אינם חוצצין בפני הטומאה. והראב״ד לשיטתו דכל שאינם מקבלין טומאה וסותמין את החלון חוצצין, דאין הטומאה יכולה לעבור.

סימן יז

בדין פיל שבלע כפיפה מצרית

א. **רש"י** מפרש ששיר של אדם שנתנו לבהמה פקע מלקבל טומאה אע"פ שלא נעשה בו שינוי מעשה. ותוס' מקשים עליו דקיי"ל כל הכלים אינם עולים מטומאתם אלא בשינוי מעשה, בין לענין טומאה שקיבלו כבר בין לענין להעלותם מתורת קבלת טומאה. וצ"ע ליישב פרש"י.

רש"י לשיטתו מפרש גם האיבעיא דגמ' במנחות ובב"ב בפיל שבלע כפיפה מצרית אי הוי עיכול והוי ככלי גללים שאינם מקבלים טומאה, דאיירי בבלע כפיפה שלימה שמקבלת טומאה, ואעפ"כ מספק"ל שתעלה מתורת קבלת טומאה ע"י שנתעכלה ונעשית כלי גללים ואי"צ שינוי מעשה לענין קבלת טומאה. ותוס' חולקים ומפרשים האיבעיא דוקא בבלע הוצין שלא נחית להו תורת קבלת טומאה עדיין. וצ"ע ליישב פרש"י כנ"ל. וכן צ"ע בשיטת הרמב"ם שמפרש דכפיפה מצרית שנטמאה ובלעה פיל נשארה בטומאתה, משמע דתורת קבל"ט פקע ממנה גם בלא שינוי מעשה.

ב. **שיטת** רש"י שטלית שקרעה נטהרה מטומאתה אע"פ שהיא עדיין מקבלת טומאה מדין מטלניות שיש בהם ג' על ג', כמו שברי כלי חרס שמקב"ט. והתוס' הקשו דאין סברא שיטהר אם עדיין מקב"ט וביארו שהשברים אינם מקב"ט אלא אם כן ייחדם להשתמש בהם.

ונתבאר ע"פ רש"י בקידושין שלשיטת רש"י הדין שנטהר בשבירה הוא מגזה"כ דכלים שנשברו נטהרו, ובעינן דוקא שינוי מעשה דשבירה, משא"כ לענין קבל"ט כל שינוי מעשה שמפקיעו משם כלי מפקיעו מלקב"ט.

ונתבאר יותר, שלשיטת רש"י שבירה מטהרת גם אם נשאר אותו שם כלי כשהיה, כדמוכח מדברי הרמב"ן שמיישב בזה קושית תוס' על רש"י שאוכלין מקב"ט בכל שהוא א"כ אמאי בעינן למעט אוכלין מדין שבירה, הרי לא שייך בהו שבירה שגם כל שהוא מקב"ט. ומבאר הרמב"ן דהוי כטלית שנקרעה שנטהרה אע"פ שמקב"ט, ומה"ט הו"א דאוכלין שנשברו מקב"ט אע"פ שעדיין שם אוכל עליהם כשהיה.

נתבאר ע"פ דברי המאירי שהגדר בטהרת שבירה היא דהשבירה הוי ממש כמו טבילה, ולדעת המאירי בעי הערב שמש בכלי חרס, אמנם רש"י שמדמה שבירת כל הכלים לשבירת כלי חרס ודאי אינו סובר דכשנשברו בעי הערב שמש, שבשאר כלים מוכח בש"ס דמיד כשנשברו טהרו, ולפי שיטתו צ"ל דדין הערב שמש נאמר דוקא בטהרה דטבילה. עכ"פ לפ"ז ודאי בעי מעשה שבירה כדי שיחול דין טהרה דשבירה.

ג. **ד.** לפ"ז נתבאר שלהעלות מקבל"ט צריך שינוי מעשה דוקא כשבאנו

להפקיע ממנו שם כלי אבל היכא שפוקע ממנו דין קבל״ט גם כשנשאר שמו עליו, כגון ע״י ששינהו מתשמיש אדם לבהמה, אי״צ שינוי מעשה, וכן בכפיפה שבלעה פיל ובאנו להעלותה מלקב״ט מדין כלי גללים אי״צ שינוי מעשה. ודוקא לטהרה מטומאה שקיבלה מדין שבירה צריך שינוי מעשה דשבירה. ונתבאר גם דין שינוי מעשה לענין טומאת מדרס.

א.

בגמ׳ (כ״ב ע״א) בעא מיני׳ רב אדא בר אהבה מרב דימי מנהרדעא פיל שבלע כפיפה מצרית והקיאה דרך בית הרעי מהו, לא הוה בידיה וכו׳. ופרש״י וז״ל ״כפיפה מצרית, סל נצרים של ערבה. מהו, מי חשוב כמעוכל והו״ל ככלי גללים ואין מקבל טומאה עוד״. הרי דמפרש רש״י הספק בכפיפה שלימה שהיתה בת קבלת טומאה, והאיבעיא היא לענין קבלת טומאה מכאן ולהבא אי הוי עיכול ונחשב מעתה כלי גללים, או לא.

אמנם בתוס׳ (ד״ה פיל) הביאו שבגמ׳ מנחות (ס״ט ע״א) נמי איבעיא לן פיל שבלע כפיפה מצרית וכו׳, ומפרש בגמ׳ שם, דלענין לטהרה מטומאה, הא קיי״ל כל הכלים אינם עולין מטומאתן אלא בשינוי מעשה, אלא הספק בבלע הוצין ועשאן כפיפה מצרית, דמספקא לן אי חשיבא ככלי שנעשה מגללים שאינו מקבל טומאה או לא. ועפ״ז מפרשים תוס׳ שגם בגמ׳ כאן האיבעיא היא דוקא בהוצין, דאי בכפיפה שלימה, מתני׳ היא דהכלים אינם עולין מטומאתן אלא בשינוי מעשה. וכ״כ תוס׳ במנחות (שם). וכ״ה בר״ש (כלים פכ״ה מ״ט).

אמנם רש״י בפירושו מיישב קושית תוס׳, שדקדק לפרש הסוגיא כאן לענין קבלת טומאה מכאן ולהבא, ואילו הסוגיא דמנחות (בד״ה למיבטל, וד״ה ואין עולין) דקדק רש״י לפרש לענין להפקיע הכפיפה מטומאה שנטמאה כבר. דלדעת רש״י דוקא לענין טומאה שכבר נטמאה לא מועיל העיכול להפקיע הטומאה, ובענין שינוי מעשה, ואיצטריך הגמ׳ לאוקמיה האיבעיא דמנחות בהוצין דוקא, ולא בכפיפה שלימה. משא״כ לענין קבלת טומאה מספק״ל דיועיל העיכול אע״פ שלא נעשה שינוי מעשה, וזו האיבעיא הכא בבלע כפיפה מצרית שלימה, אי חשיב עיכול לענין קבלת טומאה מכאן ולהבא.

אבל תוס׳ הבינו דבתרוייהו בענין שינוי מעשה, וכמו שהעיכול אינו מועיל להפקיע הכלי מטומאה שקיבל כמבואר בגמ׳, ה״ה לענין לבטל הכלי מלקבל טומאה מכאן ולהבא לאחר שנעשה כלי, לא חשיב שינוי מעשה, ולהכי מוקי הגמ׳ האיבעיא דוקא בבלע הוצין שאינם כפיפה שלימה.

והנה רש״י ותוס׳ קיימי לשיטתם בשבת (נ״ב ע״א) בהא דמפרש בגמ׳ המשנה דשיר של בהמה מקבל טומאה, בשיר הבא מנוי אדם לנוי בהמה, ופרש״י שבעודו משמש נוי לאדם נטמא, ולאחר טומאתו נתנו לבהמה. דס״ל לרש״י דלאחר שכבר נתנו לבהמה, שוב אינו מקבל טומאה. והקשו תוס׳ (שם ד״ה בבאין) דגם לאחר שנתנו לבהמה מקבל

טומאה, דמאחר שנעשה בר קבלת טומאה בהיותו לאדם, נשאר מקבל טומאה גם לאחר שנתנו לבהמה, דקיי״ל כל הכלים אינן עולין מטומאתן אלא בשינוי מעשה, ודין זה הוא לא רק לענין לטהר הכלי מטומאה שקיבל כבר, אלא גם לענין כלי שמקבל טומאה, דלא פוקע דינו מלקבל טומאה אלא בשינוי מעשה. [וע״ש שהוסיפו שרש״י עצמו פירש כן בשבת (נ״ח ע״ב)].

הרי דלשיטת רש״י כל הדין שצריך שינוי מעשה להעלות הכלי מטומאתו הוא דוקא לגבי טומאה שנטמא כבר, אבל לענין שלא יקבל טומאה מכאן ולהבא, אי״צ שינוי מעשה. ולשיטתו פירש בכפיפה מצרית, שגם בלא שינוי מעשה מהני עיכול שלא יקבל טומאה עוד48ולפרש״י קצ״ע מהגמ׳ במנחות דנקטה דבלע הוצין, כפי שכתב המאירי דבגמ׳ מנחות משמע כתוס׳. ואפשר דאדרבה יותר רבותא שאע״פ שעשה הכלי לאחר שנתעכלו מ״מ לא פקע מהם דין עיכול ונחשבין כלי גללים, [וכן משמע ברמב״ם (פ״א מכלים ה״ז) שנקט ״שבלע הוצין״, אע״פ שפירש הדין של כפיפה שבלעה שנשארת בטומאתה דוקא כשנטמאת כרש״י. ואפשר עוד דלפרש״י האיבעיא במנחות היא דוקא בהוצין שלא ירד לו שם כלי, ואילו בב״ב בעי מיני׳ דוקא בכפיפה אי אפילו שיש לה שם כלי, מיקרי עיכול, וזה לא הוי בידיה ע״ש].. וכן הביא המאירי (ב״ב שם ד״ה סל שנטמא) מחלוקת ראשונים זו.

ותוס׳ קיימי כשיטתם בשבת דסברי דבעינן שינוי מעשה להעלות הכלי מטומאתו בין לענין לטהר הכלי מטומאה שקיבל, ובין לענין להוציאו מדין קבלת טומאה מכאן ולהבא. ולשיטתם מבארים תוס׳ דכל הספק בגמ׳ בכפיפה מצרית הוא בדוקא כשבלע הוצין, שעדיין לא נעשה כלי המקבל טומאה, ומספק״ל אי הוי עיכול ונחשבין ההוצין כגללים והכלי שנעשה מהם נחשב כלי גללים, או לא הוי עיכול ואי״ז כלי גללים.

והנה בשיטת הרמב״ם צ״ע, שכתב (פ״א מכלים ה״ז) ״כפיפה ׳שנטמאית׳ ובלע אותה פיל והקיאה דרך בית הרעי הרי היא בטומאתה״, משמע שדין זה שהכפיפה נשארת בטומאתה כשלא נעשה בה שינוי מעשה הוא דוקא לענין טומאה שקיבלה כבר, אבל לענין קבלת טומאה מכאן ולהבא ודאי הוי עיכול, וכפרש״י. וצ״ע מדבריו (פ״ח מכלים ה״י) שכתב שצריך שינוי מעשה גם לגבי הדין קבלת טומאה.

עוד צ״ע ליישב שיטת רש״י, מקושית תוס׳ בשבת שם, שמפורש בסוכה (י״ג ע״א) גבי קוצר לאכילה ונמלך לסיכוך, דבעי שינוי מעשה גם לענין קבלת טומאה וכפי שפרש״י בעצמו שם. וגם בגמ׳ שבת (נ״ח ע״ב) מפורש ברש״י שגם לענין להעלות הכלי מלקבל טומאה בעי שינוי מעשה כפי שציינו התוס׳ בשבת. וכן מפורש ברש״י בקדושין (נ״ט ע״א) שלאחר שהמחשבה הביאה את הכלים לידי גמר מלאכה, נחית להו שם כלי, ומקבלים טומאה, ואי אפשר שיפקע מהם שם זה אלא בשינוי מעשה. וצ״ע ליישב סתירה זו שבדברי רש״י.

ב.

והנה בגמ׳ חולין (קכ״ג ע״א) מייתי המשנה (כלים פכ״ח מ״ח) טלית שהתחיל בה לקורעה כיון שנקרע רובה שוב אינו חיבור וטהורה. ופרש״י (ד״ה טלית) ״שנטמאה ובא לקורעה לבטלה מתורת טלית, ומאחר שאינה ראויה למלאכה הראשונה, ואין שמה עליה, מטהרת, אע״פ שיש בשיריה שלוש על שלוש ועדיין ראויה לקבל טומאה, טהורה מטומאתה ראשונה, דומיא דכלי חרס דשבירתו מטהרתו ושבריו מקבלין טומאה, כדאמרי׳ באלו טריפות (נ״ד ע״ב) הן וקרקרותיהן ודפנותיהן״. הרי שלדעתו פוקעת הטומאה מהכלי שנשבר גם כשהוא נקרא עדיין כלי לקבל טומאה אחרת, ודימה זה לדין כלי חרס.

ובתוס׳ (חולין ע״ג ע״א סד״ה בשעת, זבחים צ״ה ע״א ד״ה לא שנו) הקשו עליו ״ואין נראה שום סברא לחלק, דמ״מ כיון שיש בה שלוש על שלוש שהוא שיעור טומאה לא פקע מיני׳ טומאת מגע״. והוסיפו לדחות הראיה שהביא רש״י מכלי חרס דשבירתו מטהרתו ושבריו מקבלין טומאה, וז״ל ״ואין זו שום ראיה, דהתם איירי כשייחד השברים אחר כך, אבל בלא יחוד לא״. וכן בר״ש (כלים שם) נחלק על רש״י. וצריך ליישב שיטת רש״י. עי׳ מל״מ (פכ״ד מכלים הי״א) שהאריך הרבה בזה.

והנה מקור דין זה שהכלי נטהר בשבירה הוא במשנה כלים (פ״ב מ״א) גבי כלי חרס דתנינן ״ושבירתן היא טהרתן״. ויש לחקור בדין זה הנאמר בכלי חרס ששבירתן מטהרת, אם הוא מצד שעל ידי שנשברו בטל מהם שם כלי, ושוב אין בו דין כלי שהטומאה תתפס בו. או שהוא דין מיוחד שהתורה גילתה שהשבירה ׳מטהרת׳ את הכלי, ואפילו הוא עדיין כלי המקבל טומאה, הואיל וחל כאן שם שבירה, נטהר הכלי מטומאתו.

ונראה דבזה נחלקו רש״י ותוס׳, דלשיטת רש״י טהרת הכלי מטומאתו היא מדין שבירה, ולכן אף דהבגד ראוי עדיין לקבל טומאה, מ״מ הואיל ונקרע נטהר. וזהו שהביא הראיה מכלי חרס שנאמר בהם הגזה״כ של שבירה, שאע״פ ששבריהם מקבלין טומאה, הואיל ונשברו טהרו. ואף שהכלי מקב״ט עדיין, כיון שנשבר אותו הכלי שקיבל טומאה, נטהר מטומאתו הראשונה.

אולם התוס׳ חולקים ע״ז וס״ל דכל זמן שהוא מקבל טומאה מכאן ולהבא ועדיין שם כלי עליו אינו נטהר מטומאתו הראשונה, וכשנשברו ונטהרו על כרחך שפקע מהן שם כלי, וממילא גם אינם מקבלין טומאה מכאן ולהבא אלא אם כן ייחד אותן להשתמש בהם כך, ושוב נחית להו שם כלי מכאן ולהבא. [ועי׳ מה שנתבאר בזה היטב בדברינו בשבת (בדין שברי כלים)].

והנה בשיטת רש״י שגם כשעדיין הכלי מקב״ט, טהור מטומאה קודמת כנ״ל, ומשום שהכלי אינו עושה מעין מלאכתו הראשונה (שבת נ״ט ע״א), [כמש״כ המל״מ (פכ״ד מכלים הי״א) בדעתו], יש לחקור אם הוא משום דבכה״ג נחשב שפנים חדשות באו לכאן, ואינו אותו הכלי שהיה מקודם, וכסברת הגמ׳ לקמן (קי״ב ע״ב) גבי סנדל, ע״ש. והכא

נמי מכיון שבגד ג׳ על ג׳ חזי רק למטלניות, שהוא תשמיש חדש שלא היה עומד לכך עד עתה, חשיב ככלי אחר. או דבאמת אין כאן פנים חדשות, מאחר שנשאר ממנו ג׳ על ג׳ וראוי למטלניות, וסוף סוף משמש כעין בגד. והטעם דנטהר מטומאתו, הוא מדין שבירה, דהתורה חידשה דשם שבירה מטהרת את הכלי. ומעין מלאכתו הראשונה הוא שיעור בשם שבירה להטהר.

ויעוין בתוס׳ פסחים (ל״ג ע״ב ד״ה לאימת) שהביאו שיטת רש״י דאוכל כל שהוא מקבל טומאה מן התורה, [וכן היא גם שיטת הרמב״ם ע״פ התו״כ]. והקשו עליו מהתו״כ דדריש גבי כלי חרס, ואותו תשבורו, אותו אתה שובר לטהרתו, ואי אתה שובר אוכלין לטהרתן, ולפי רש״י דאוכלין מקבלין טומאה בכל שהוא, פשיטא דלא שייך בהו שבירה להטהר מטומאה שקיבלו כבר.

והרמב״ן בחידושיו בחולין (ל״ד ע״א ד״ה דאילו מאכל) תירץ שיטת רש״י דאף שאוכל כל שהוא מקב״ט מכאן ולהבא, שייך שבירה כלפי הטומאה שנטמא בה מקודם, והוכיח כן מהא דטלית שהתחיל לקורעה, [לפי מה שסובר הרמב״ן כרש״י] דטלית שנקרעה נטהרה מטומאתה, אף שמקב״ט מכאן ולהבא49וז״ל ״וזו אינה ראיה, שהרי אמרו טלית שהתחיל לקורעה כיון שנקרע רובה טהורה כדאיתא בפרק העור והרוטב, ואע״ג דג׳ על ג׳ מקבל טומאה מן התורה, לפיכך הוצרך הכתוב למעט שבירת אוכלין״.. ומבואר דלפרש״י דין שבירה אינו תלוי בשם כלי כמש״נ (בצד ב׳). דהרי הרמב״ן איירי להדיא בדין שבירה, ומבאר דאע״פ שנקרא עדיין כלי שייך בו טהרת שבירה, ומשום דפנים חדשות באו לכאן, וכמש״נ.

והנה מה שמתרץ הרמב״ן לשיטת רש״י דדרשת התו״כ דממעט אוכלין מדין טהרת שבירה, דהו״א דמהניא בהו שבירה אע״פ שנשאר בהם דין קבלת טומאה מכאן ולהבא בכל שהוא. התוס׳ לשיטתם לא ניחא להו בתירוץ זה, דלפי תוס׳ דין שבירה תלוי בשם כלי, וכל שנשאר בו שיעור קבלת טומאה מכאן ולהבא, אי אפשר שיטהר, וק״ל.

ובאמת לשיטת תוס׳ דאין דין טהרת שבירה, אלא שהשבירה מבטלת שם הכלי, לפי שאינו ראוי לשמש כלי, יש להקשות להיפך, מאי מחלק בתו״כ בין כלים לאוכלין, דבכלים יש שבירה ובאוכלין לא, הרי בודאי גם אוכל אית בי׳ האי דינא דאם נתבטל ממנו שם אוכל נטהר, כדאמרי׳ (חולין קכ״ט ע״א) גבי כופת שאור שייחדה לישיבה דטהורה. [כמובא בתוס׳ לעיל (י״ט ע״ב ד״ה ותיפו״ל) ועי׳ תוס׳ שבת (נ״ב ע״א ד״ה בבאין) ע״ש]. אלא דבאוכל כשנתמעט משיעורו לא בטל ממנו שם אוכל, ולכן נשאר טמא. וא״כ אין חילוק לדינא בין כלים לאוכלין. וצ״ל דנפקא מינה כגון בחתיכה הראויה להתכבד, שע״י שנתמעט משיעורה נתבטל ממנה החשיבות של חתיכה הראויה להתכבד, והוי כמו שנשברה, ואעפ״כ באוכלין אינה נטהרת בכך, שהרי עדיין יש עליו שם אוכל, ועיין. **[ובמל״מ** (פכ״ג מכלים ה״ט ד״ה ודע שמש״כ) דן לפי שיטת התוס׳

ודעימם דאין אוכלין מקב״ט בפחות מכביצה, בהי׳ כביצה ונטמא ונתמעט מכביצה, אם נטהר מטומאתו. וצ״ע שהרי התוס׳ מפרשים דרשת התו״כ למעט אוכל מדין שבירה, ולדבריהם ילפינן מקרא דאוכל נשאר בטומאתו גם כשנתמעט משיעורו].

ויעוין במאירי סוטה (כ״ט ע״ב ד״ה לענין ביאור) שהבין שדין שבירה הוא ממש כדין טהרת טבילה, שכתב ״ויש גורסים ׳טבול יום דכלי חרס יוכיח׳ [שמותר בחולין ופסול בתרומה], ופירושו, שבירת כלי חרס שהיא במקום טבילה, ששבירתו היא טהרתו, וכשנשברו הוו להו טבול יום שפרחה טומאה מהם לענין חולין, [שטבול יום אינו פוסל בהם], ולענין תרומה ודאי לא, עד שיעריבו שמשן כשאר כלים הטבולין ביומן, ע״ש. הרי דלשיטה זו שבירה מטהרת ממש כדין טבילה במקוה, ולא משום דהכלי אינו ראוי לתשמישו, דאם כן הכלי שנטמא כמי שאינו דמי, ומה שייך כלל לומר שצריכים הערב שמש, הרי הכלי שנטמא אינו קיים כלל, והערב שמש שייך דוקא בטהרה.

ובתוס׳ שאנץ (שם כ״ט ע״א) הקשה על שיטה זו, והוכיח דכלי שנשבר נטהר מיד בלא הערב שמש, מהגמ׳ שבת (ט״ז ע״ב) דמפרש הטעם דגזרו בכלי מתכות ששברן וחזר וריתכן ועשה מהם כלים חדשים שיחזרו לטומאתן הראשונה, משום גזירה שמא יאמרו טבילה בת יומא עולה לה, [שהרואה שמשתמשין בהם בו ביום שנטמאו אינו יודע ששברום וסבור שהטבילום בו ביום], הרי שבשבירה אין צריך הערב שמש. ועוד הקשה מחולין (קכ״ג ע״א) דמוקי מתני׳ דטלית שהתחיל לקורעה, בטלית טבולת יום, דמיגו דלא חס עלה ואטבלה לא חייס עלה וקרע לה רובה, אלמא לקריעה לא בעי הערב שמש. ע״ש בתוס׳ שאנץ מה שתירץ בזה.

ולפי המאירי י״ל דהוא דין מסוים דוקא בכלי חרס שנאמר בהם דין טהרת שבירה, ובהם יש דין הערב שמש, אבל אה״נ בשאר כלים אין דין שהשבירה מטהרת כטבילה, וכל טהרתם כשנשברו היא כשנפקע מהם שם כלי, ובאופן זה טהרו מיד.

אמנם לפי שיטת רש״י, ילפינן מכלי חרס גם לשאר כלים שהשבירה מטהרת אותם, כמבואר ברש״י חולין (קכ״ג ע״א) הנ״ל שהביא משברי כלי חרס, לשאר כלים שיש להם טהרה כשנטמאו אע״פ שנשארו בשם כלי המקב״ט מכאן ולהבא. ולפ״ז שוב תיקשי אמאי כלים שנשברו לא בעו הערב שמש. ונראה דלפי שיטתו דין הערב שמש נאמר דוקא בטהרה של טבילה במים, אבל בטהרה דשבירה לא נאמר דין הערב שמש, ומיד שנשברו חל עליהם טהרה זו. עכ״פ מבואר דשבירה מטהרת מדין טהרת שבירה, ולפי זה ודאי בעינן דוקא מעשה שבירה כדי לטהר הכלי, וכמש״נ.

ג.

והנה בפיל שבלע כפיפה מצרית מפורש בגמ׳ במנחות דלית ביה שינוי מעשה, והקשינו על רש״י, א״כ גם קבלת טומאה לא יפקע מינה מה״ט, שגם לגבי

קבלת טומאה בעינן שינוי מעשה להעלותה מתורת קבלת טומאה שהיתה בה, וכמו שכתבו תוס׳.

ונראה דלפי רש״י הא דלענין קבלת טומאה בעינן שינוי מעשה הוא כדי להפקיע ממנו שם כלי, [ולא כמו לענין טומאה דנתבאר דלשיטת רש״י בעינן דין שבירה], ולפ״ז ה״ה אם נפקע שמו ממנו באופ״א שוב אינו מקבל טומאה גם בלא שינוי מעשה. וכן מבואר בתוס׳ שבת (נ״ח ע״א ד״ה אע״פ) דע״י שנאסר בהנאה תו אינו מקב״ט, אע״פ שאין בו שינוי מעשה אחר, מ״מ הואיל ונאסר בהנאה בטל שם החפץ מיני׳ ואינו מקב״ט.

והנה ברש״י בקדושין (נ״ט ע״א ד״ה אלא ובע״ב ד״ה מעשה) חילק בעצם דין שינוי מעשה, בין לטהר הכלי מטומאה שקיבל כבר, לבין להעלותו מלהיות עוד כלי המקבל טומאה. דלענין להעלותו מלהיות בר קבלת טומאה, שנעשה מקב״ט ע״י מחשבה הראשונה, כתב דמועיל שישנהו מכמות שהיה ע״י שיתחיל לשוף ולשבץ ולגרר, שעי״ז מוכיח שהכלי אינו גמור וביטל ממנו תורת גמר מלאכה ושוב אינו בתורת קבלת טומאה. אבל לענין לטהר הכלי מטומאה שקיבל כבר ביאר שצריך שיעשה בו מעשה לקלקלו שישברנו או ינקבנו, יעו״ש.

ונראה ביאור דבריו, שלהעלות הכלי מטומאה שנטמא בה, בעינן דוקא מעשה שבירה, וכמש״כ בקרא דכלי חרס הטומאה פוקעת ממנו בשבירה, ולכך צריך דוקא שיעשה בו שינוי מעשה דשבירה. משא״כ להוציא הכלי מלהיות בר קבלת טומאה, כל שנשתנה קצת שוב חזר להחשב כגולמי כלים ואינו מקב״ט. ואפשר דזה מועיל מדין שינוי השם, שבכה״ג אין שמו עליו, ורק להפקיעו מטומאה בעינן שינוי מעשה גמור.

ולפ״ז בכפיפה מצרית, שע״י העיכול נשתנה הכלי להיות כלי גללים, שוב אינו מקבל טומאה, ובכה״ג אי״צ שינוי מעשה, דלא בעינן להפקיע ממנו שם כלי, אלא אע״פ שנשאר עליו שם כלי אינו מקב״ט טומאה, דסוף סוף נשתנה שמו לכלי גללים.

משא״כ לענין לטהר הכלי מטומאה שנטמא בה, שלשיטת רש״י בעינן דוקא שינוי מעשה דשבירה לטהרו כמש״נ, לא מהני הבליעה לטהרו כדאמר בגמ׳, דלא הוי בי׳ שינוי מעשה, ואפילו אי הוי בי׳ שינוי מעשה נמי לא הי׳ נטהר לשיטת רש״י אלא דוקא בשינוי מעשה דשבירה, וכמש״נ.

וכן מבואר ברמב״ם בפיה״מ (כלים פכ״ח מ״ה) שפירש הדין דכפה [צעיף] שהוא טמא מדרס ונתנתו לספר דנטהר מן המדרס, דאיירי לענין קבלת טומאה, דלענין זה אי״צ שינוי מעשה, כיון שלא באנו להפקיע ממנו שם בגד, אלא ע״י שנשתנה תשמישו, שנתנו לספר ואינו משמש לאדם, שוב אינו מקבל טומאה. אבל ליטהר מטומאתו שקיבל כבר, בעינן דוקא שינוי מעשה כמש״נ, ודו״ק.

וזהו הביאור בפרש״י שבת הנ״ל דשיר של בהמה שנתנו לאדם אינו מקב״ט אע״פ שלא נעשה בו שינוי מעשה, כיון שלא באנו להפקיע ממנו שם שיר אלא רק נשתנה תשמישו, וק״ל.

ד.

אלא שצ״ע מרש״י סנהדרין (מ״ח ע״א ד״ה טהור) שפירש דין המשנה דכפה דאיירי שנטמאית טומאת מדרס, ואעפ״כ כשנתנה לספר תורה נטהרה מן המדרס, אלמא בטיל לה שם מדרס בלא שינוי מעשה. והרי כדי להפקיע ממנה דין מדרס בעינן מעשה. ובשלמא אי הטהרה בשבירה הוא משום שאינו ראוי לתשמישו, [עי׳ מש״נ בדברינו בשבת (בדין שברי כלים)], י״ל דה״נ ע״י שנתנו לספר נאסר להשתמש בו ואינו ראוי לתשמישו ונטהר, אבל לפרש״י דהטהרה היא דוקא ע״י שינוי מעשה דשבירה, צ״ע

דבכפה לא הוי שינוי מעשה כלל.

והי׳ מקום לחלק, דשאני טומאת מדרס, דכיון שייחדו לספר, אומרים לו עמוד ונעשה מלאכתינו, וטומאת מדרס היא דוקא כשאין אומרים לו עמוד ונעשה מלאכתינו (שבת נ״ט ע״א), ולכן כשאינו עומד למדרס נפקעת טומאתה ממנו גם בלא שינוי מעשה, כמבואר חילוק זה בפי׳ הר״ש (כלים פ״ז מ״ב) בביאור דברי התוספתא.

אכן זה אינו, שבר״ש עצמו שם מבואר דחילוק זה הוא דוקא לענין דין קבלת טומאה מכאן ולהבא, אבל טומאה שכבר נטמא בה, גם טומאת מדרס אינה פוקעת בלא שינוי מעשה. ומפורש כן במשנה (כלים פ״כ מ״ר) דסדין שנטמא מדרס ועשאו וילון טהור מן המדרס דוקא ע״י שינוי מעשה כדמפרשת המשנה בסיפא. חזינן דלטהר מטומאה שנטמא גם לטומאת מדרס בעינן שינוי מעשה[50]אלא שהר״ש עצמו מפרש אותה המשנה (פ״כ מ״ו) לענין קבלת טומאה, דסדין שראוי לטמא מדרס ועשאו וילון אינו פוקע מלקב״ט ע״י שינוי מעשה. וצ״ע שסותר לדבריו הנ״ל דלהעלות מקבלת טומאת מדרס אי״צ שינוי מעשה ע״ש.. וכפי שהוכיח המל״מ (פכ״ג מכלים ה״י) ממשנה זו.

עוד יש מקום ליישב, שרש״י בסנהדרין קאי לפי שיטתו בב״ק (ס״ו ע״ב) גבי משכבו ולא הגזול, דבגזל משכב לאחר יאוש טמא משום משכבו דגזלן, וכן פסק הרמב״ם (פכ״ד מכלים ה״ז), והביאור בדבריהם, משום שהוא דין במשכב הזב שטמא כשהוא מיוחד לו, דקרינן בי׳ משכבו, [עי׳ מש״נ בזה בדברינו בב״ק סי׳ ס״א)], והוא דין מיוחד בטומאת מדרס דמטמא דוקא מדרס המיוחד לו.

ולפ״ז מיושב, דבכפה משנתנה לספר תו לא הוי דידי׳, אי משום דנאסר בהנאה או משום קדושתו כדמייתי מינה הגמ׳ סנהדרין שם (מ״ח ע״א) דהזמנה מילתא היא, ולכן לא קרינן בי׳ משכבו. משא״כ סדין שעשאו וילון, שרק נשתנה תשמישו, אבל נשאר משכב שלו, מיקרי סדין, ובעינן שינוי מעשה לטהרו מטומאתו. ורק דין קבלת טומאה מכאן ולהבא פקע מיני׳ כשעשאו וילון כמש״נ, ודו״ק. [ומ״מ צ״ע דלכאורה גם דין זה שיהיה משכב המיוחד לו הוא דוקא לענין קבלת טומאה מכאן ולהבא ולא לענין טומאה שנטמא בה, וצ״ע].

אכן בתוס׳ סנהדרין (מ״ח ע״א ד״ה נתנו) הקשו דהרי אין הכלי עולה מטומאה בלא שינוי מעשה, [ולפי שיטתם גם לענין להעלות מקבל״ט בעי שינוי מעשה].

וצידדו לומר דאירי ע״י שינוי מעשה. ובתוס׳ שבת (נ״ח ע״א ד״ה אע״פ) תירצו דבכפה כיון שנאסר בהנאה ע״י שנתנו לספר, חשיב כשינוי מעשה, ולפ״ז ניחא.

פרק חזקת הבתים

סימן יח

בגדר חזקת ג' שנים להולכי אושא

א. **לדעת** הולכי אושא דילפינן חזקת ג' שנים משור המועד פריך הגמ' דלא תיקום ארעא ברשותיה עד שנה ד' כמו שור שאינו משלם נ"ש עד נגיחה רביעית. ומשני דכמו בשור נעשה מועד בנגיחה שלישית, הכי נמי בג' שנים קמה ברשותיה. ובתוס' הקשו מאי ס"ד הא כמו בשור נעשה נגחן בנגיחה רביעית הכי נמי נעשה שתקן בנגיחה רביעית.

עוד פריך הגמ' א"כ תהא חזקה גם בלא טענה, ומשני כיון דאיהו לא טעין אנן לא טענינן ליה. והקשו תוס' מאי ס"ד דנוקמיה בידיה בלא שיטען כלום. ותירצו דס"ד דלאחר ג' הוי כמו שמחל לו, ומבואר בראשונים הכונה בזה דתלינן שבודאי הקנה לו. עכ"פ לפ"ד תוס' להולכי אושא החזקת ג' שנים רק ראיה שהיא של המחזיק, אבל המ"ק עדיין נחשב המוחזק.

והנה הרמב"ן כתב שלפ"ד אושא לאחר ג' שנים השדה יצאה מרשות הבעלים אבל עדיין לא נכנסה לרשות לוקח, כמו שור שיצא מחזקת תמות ועדיין לא נכנס לחזקת מועדות עד נגיחה רביעית. ומשו"ה פריך דעד ד' שנים לא תהא חזקה. וצ"ע מהו הגדר בחזקה לאחר ג' שנים. ובריטב"א מבאר לפ"ד הרמב"ן שקושית הגמ' דלאחר ג' שנים נימא כל דאלים גבר עד שנה ד', כיון שאינו ברשות אחד מהם. וצ"ע דכל דאלים גבר שייך במקום ספק, וכאן הנידון אי הוי חזקה בג' או בד' אבל אינו בגדר ספק ממון. עוד כתב הרמב"ן דלפי דבריו מובנת קושית הגמ' דיהא המחזיק נאמן בלא טענה כיון שיצאה מרשות המוכר. וצ"ע דהרי ודאי לא נעשית הפקר ומה שייך לומר שיהא נאמן מה"ט.

ב. **נתבאר** לפ"ד רבינו יונה שביאר קושית הגמ' דלא ליבעי חזקה שיש עמה טענה דהיינו שאם המחזיק שותק ואינו רוצה לענות כלום על טענת המוכר לא נימא דהקרקע בחזקת המוכר והמחזיק הוא כמו חוטף במטלטלין, אלא הוי כמטלטלין שאינם עשויין להשאיל ולהשכיר שגם בלא טענה נשארים הכלים בידי המוחזק שהוא תפוס ואחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן.

ונתבאר כונתו דבמטלטלין כאלו אף שהמערער יש לו חזקת מרא קמא מ"מ התופס חשיב מוחזק. והכי נמי בקרקע אין הפירוש שאין בה דין מוחזקות, אלא דבעלמא המ"ק נחשב גם מוחזק. ולאחר ג' שנים לפי הולכי אושא קס"ד שנעשה המחזיק מוחזק, והוי כמטלטלין שבידי המוחזק שאין מוציאים אותם מידו. ומשני הגמ' דגם לאחר ג' שנים המ"ק נשאר מוחזק, והג' שנים רק מחזק את הטענה שלו.

ג. **עפ"ז** נתבאר ליישב גם דברי הרמב"ן והריטב"א דמה"ט פריך הגמ'

דלאחר ג׳ שנים נימא כל דאלים גבר כיון שהקרקע מסופקת בין המ״ק למחזיק. וכן קושית הגמ׳ שגם בלא טענה נשאיר הקרקע בידי המוחזק כששותק ואינו עונה לטענת המ״ק.

אלא שיש חילוק בין רבינו להרמב״ן לפי תירוץ הגמ׳, דלרבינו יונה לפי הולכי אושא החזקה רק באה לחזק את הטענה של המחזיק, ולפי הרמב״ן חזקה שיש עמה טענה עושה אותו למוחזק. ונתבאר לפ״ז גם מש״כ הרמב״ן דלפי הולכי אושא ג״כ ההתראה היא כדי שישמור שטרו, וקושית הגמ׳ שיצטרכו להתרות בו בפניו כמו בשור המועד, משום דההתראה היא כמו ריעותא במוחזקות שלו שמתרים בו תוך ג׳ שנים שאינו מוחזק ושישמור שטרו.

א.

בגמ׳ (כ״ח ע״א) א״ר יוחנן, שמעתי מהולכי אושא שהיו אומרים מנין לחזקה ג׳ שנים משור המועד, מה שור המועד כיון שנגח ג׳ נגיחות נפק לי׳ מחזקת תם וקם לי׳ בחזקת מועד, ה״נ כיון דאכלה תלת שנין נפק לי׳ ברשות מוכר וקיימא ברשות לוקח. ופריך, אי מה שור המועד עד נגיחה ד׳ לא מיחייב הכא נמי עד שנה רביעית לא קיימא ברשותיה, ומשני, הכי השתא התם מכי נגח ג׳ נגיחות הוי מועד, ואידך [עד נגיחה ד׳] כי לא נגח מאי לשלם, הכא כיון דאכלה ג׳ שנים קיימא לה ברשותיה.

ובתוס׳ (ד״ה עד נגיחה) תמהו מאי פריך דלא תהא חזקה עד שנה רביעית כשור מועד, הא שור מועד נמי בשלוש פעמים נעשה נגחן, הכי נמי נעשה שתקן בשלוש שנים, ומשלוש שנים ואילך כמה לה ברשותיה. וע״ש מה שתירצו בדוחק.

הדר פריך הגמ׳, אלא מעתה חזקה שאין עמה טענה תיהוי חזקה וכו׳, ומשני טעמא מאי [ג׳ שנים מפקי לי׳ מחזקת מרא קמא] דאמרינן דלמא כדקאמר, השתא איהו לא טעין אנן ליטעון ליה. ובתוס׳ (ד״ה אלא) וכן ברשב״א תמהו מאי סלקא דעתיה דמקשה דנוקמיה בידיה בלא שטען כלום. ותירצו דהכי פריך כיון דילפת משור המועד מה התם בשלוש נגיחות הוי בחזקת נגחן, הכא נמי כיון דאכלה ג׳ שנים ולא מיחה הויא בחזקת שלא ימחה עוד, ותהא שלו בלא טענה דאית לן למימר שמחל לו, ע״כ.

והרשב״א עמד על תירוצם איך נימא שמחל לו, הא מחילה לא מהניא על דבר שהוא בעין, אלא על חוב וכדומה, ואיך יקנה השדה ממנו ע״י המחילה. ומבואר בדברי הראשונים יישוב הדבר, דכיון שודאי נתרצה בישיבתו בשדהו חשיב כמו שבודאי נתן לו, וכאילו אמר לו לך חזק וקני.

וביאור דבריהם, דהלימוד משור המועד הוא דבשלוש פעמים אית לן ראיה שנשתנה המצב, וכמו ששור בג׳ נגיחות יוצא מחזקת נגחן, הכי נמי לאחר ג׳ שנים יש לנו ראיה שיצאה השדה מרשותו לרשות המחזיק, ואמרי׳ דודאי הקנה לו אותה.

נמצא עכ״פ דלפי דברי תוס׳ לא נתחדש בחזקת ג׳ שנים לפי הולכי אושא שהמחזיק נעשה מוחזק, אלא עדיין הבעלים הוא המוחזק בשדה, רק שיש לנו ראיה ברורה שהיא של המחזיק51ולפי זה

להולכי אושא לא תיקשי קושית הרשב"א (ל"ה ע"ב ד"ה א"ל רב אשי) שאם לאחר ג' שנים נאמנים הבעלים לומר לפירות הורדתיך, יהיו נאמנים לומר שאינה שלו כלל במיגו דלפירות הורדתיך. דלפי הולכי אושא שלומדים החזקה משור המועד, הוי כמו אנן סהדי שהיא של המחזיק, והו"ל כמיגו במקום עדים שאינו נאמן. [ואה"נ לפי המסקנא שאין לומדים משור המועד, אפשר דחזקת ג' שנים אינה כמו ראי' ואנן סהדי, ותיקשי קושית הרשב"א שיועיל מיגו]..

והנה הרמב"ן בחידושיו כתב ליישב כל זה באופן אחר, אלא שלפום ריהטא דבריו אינם מובנים, וטעונים הסבר, ונציע דבריו אחד לאחד, והקושי שבהם. וז"ל הרמב"ן:

"לא נתחוור לי מאי ענין זו לזו [שור המועד לחזקת ג' שנים]. אבל נראה שלכך הקישום, לומר כשם ששור המועד כיון שנגח שלוש נגיחות יצא מאותה חזקה של תמות, אף כאן יצאה שדה זו מחזקת של מוכר, וכיון שיצאת מחזקתה עליו להביא ראיה שלא מכרה, שהרי זה מוחזק ועומד". פירוש, שהרמב"ן מחדש שלפי הולכי אושא הגדר בחזקת ג' שנים הוא שיצאה השדה מחזקת המוכר ומעתה המחזיק נחשב מוחזק בה. [ולא כמש"נ לפי דברי תוס'].

"והיינו דאקשינן 'אי מה שור המועד עד נגיחה רביעית' וכו', כלומר אע"פ שיצא מחזקה של תמות לא נכנס לחזקה של מועדות עד פעם רביעית. הכי נמי לא נכנס שדה זו בחזקת הלוקחו עד שנה רביעית, אע"פ שיצאת מרשות מוכר, האיך הוא נאמן לגמרי". פירוש, הרמב"ן לפי פירושו מתרץ קושית התוס' הנ"ל מאי פריך מנגיחה רביעית, הרי כבר בנגיחה שלישית נעשה נגחן, והכי נמי נעשה שפיר מוחזק משנה שלישית. וכותב הרמב"ן שלפי דבריו מתורץ שקושית הגמ' היא שאה"נ בשנה שלישית יצא השדה מרשות המוכר, אבל עדיין לא נכנס לחזקת הלוקח, ומשו"ה פריך איך הוא נאמן לגמרי לאחר ג' שנים.

והנה מלבד שעצם דבריו צריכים הסבר, שכתב שיצא מרשות מוכר ולא נכנס לרשות לוקח, וממה נפשך, אי בג' שנים הוי חזקה לתלות שמכר לו, א"כ ממילא גם נכנס לרשות לוקח, ואם לא, הרי נשאר לגמרי ברשות מוכר. עוד צריך ביאור מהו שכתב הרמב"ן שקושית הגמ' היא שלכן המחזיק לא יהא נאמן לגמרי, ומהי כונתו בנאמנות זו לחצאין שאנו נותנים לו. ומה טעם יהא נאמן לחצאין.

ובחי' הריטב"א ביאר יותר, שקושית הגמ' היא דלאחר ג' שנים נימא כל דאלים גבר, והדברים תמוהין, דכל דאלים גבר אמרינן בספק שאין אחד מוחזק יותר מחבירו, ומה זה ענין לנידון דידן אי הוי חזקה בג' שנים או רק בד' שנים.

[ומוסיף הרמב"ן עוד] "והיינו נמי דאקשינן 'אלא מעתה חזקה שאין עמה טענה תהוי חזקה', כלומר מאחר שיצאת מרשות של מוכר למה צריך זה לטענה, הא ודאי אינו צריך לטענה אלא כשיש לו למערער עדים או הודאה שהיא שלו, וזו כבר יצאת מרשותו. ומפרקינן טעמא מאי וכו'" פירוש, הרמב"ן לפי פירושו בא לתרץ גם קושית

התוס׳ והרשב״א מאי קס״ד שתהא השדה של המחזיק כשלא טען כלום. ומתרץ הרמב״ן שלאחר ג׳ שנים כיון שיצאה מרשות המוכר, ואין למוכר עדים או הוכחה שהיא שלו, ממילא אין המחזיק צריך טענה.

ודבריו מופלאין, דהרי כאן יש למוכר עדים שהיתה שלו, והוא מרא קמא, ובלא טענה למה תהא של המחזיק, והרי ודאי לא נעשית השדה הפקר לאחר ג׳ שנים שיוכל המחזיק לתופסה, כמו שכתב הרמב״ן מיד בתירוץ הגמ׳52״כלומר אם לא לקחה זה ודאי מאליה לא יצאה מרשותו לפיכך צריך לטענה, שאם לא טען לא לקחה, נמצאת ברשותו של ראשון״., דמאליה בודאי לא יצאה מרשותו של מוכר, ואם לא טען, לא לקחה, ונשארה ברשותו של מוכר, וצ״ע.

[ועוד שם ברמב״ן] ״ותו אקשינן ׳אלא מעתה שלא בפניו לא תהוי מחאה׳. כלומר בשלמא אי לאו משור המועד גמרינן וכו׳. וכן כתב רש״י ז״ל (ד״ה דומיא) דמחאה דומיא דהעדאה היא דהתראה לשמור שורו ואף המחאה להתראה היא להזהר בשטרו״53ואף שרש״י במשנה (ד״ה שדה) ביאר טעמא דחזקה, ״שאין לך אדם הרואה את חבירו שזורע את שדהו ושותק״, ולפ״ז לכאורה גם כשמיחה שלא בפניו, מ״מ כיון שמיחה ולא שתק, תו לא תיהוי חזקה. זה אינו, דקושית הגמ׳ היא דכל שלא באה המחאה לאוזני המחזיק נחשב כמו שתיקה כלפיו, דאין אדם רואה את חבירו אוכל פירות שדהו בלא שישמיע לאוזניו מחאתו..

״ואי קשיא והא השתא לאו קס״ד ההוא טעמא עד דאתא רבא וכו׳״. פירוש, הרמב״ן מקשה דלכאורה דוקא לפי מסקנת הגמ׳ דאמר רבא (כ״ט ע״א) דהחזקה בג׳ שנים היא משום דטפי מג׳ שנים לא מיזדהר איניש בשטרא, שייך לומר דהמחאה היא כדי שישמור שטרו. אבל לפי הולכי אושא שחזקה ילפינן משור המועד, האיך כתב רש״י דהמחאה היא התראה שישמור שטרו.

[ומתרץ הרמב״ן], ״לא סלקא דעתך [לומר דבהו״א אין המחאה כדי שישמור שטרו], דאם כן מחאה למאי מהניא. אלא הכי קא ס״ד השתא, דלא מהימן משום טעמא דלא עביד איניש למזדהר טפי משלוש שנים, אלא משור המועד הוא דגמרינן, ומיהו כל אימת שמיחה בתוך שלוש קודם שיצאת מרשותו של מוכר הי׳ לו ליזהר״. פירוש, דבדברי רבא במסקנא נתחדש דעצם הנאמנות של החזקה היא מטעמא דלא עביד איניש דמזדהר בשטרא. ואילו לפי ההו״א הנאמנות היא באמת משום דילפינן משור המועד, אבל מ״מ כשמיחה קודם ג׳ שנים כיון שלא יצאה השדה מרשותו אמרי׳ דהו״ל ליזהר בשטרו.

וצריך ביאור כונת דבריו, דכיון שגם לפי הולכי אושא ההתראה היא משום שמירת שטרו למה צריך שתהא ההתראה בפניו כמו בשור. וגם מה תלוי ענין הזהירות בשטר באם יצאת השדה מרשותו או לא. סוף דבר, כל דברי הרמב״ן מתחילתן עד סופן צריכים ביאור והבנה.

ב.

ואשר יראה בכל זה בהקדם מה שכתב בעליות דרבינו יונה בביאור קושית הגמ׳ ״אלא מעתה חזקה שאין עמה

טענה להוי חזקה", שהדין שחזקה שאין עמה טענה אינה חזקה, אין זה דוקא כשמודה המחזיק שלא קנאה, אלא אפילו כששותק ואינו רוצה לדבר עם המוכר כלום, אין חזקתו חזקה, ומורידין את המערער לתוכה, לפי שאין כוחה של חזקה אלא בטענה, וכל שאין עמה טענה, קרקע בחזקת בעליה עומדת. ומבאר רבינו יונה שזו קושית הגמ' אלא מעתה חזקה שאין עמה טענה תהוי חזקה, "דכיון דנפקא לי' מרשות מוכר אע"פ שלא רצה המוכר להשיבו דבר, למה מורידין את המערער לתוכה, תהוי כמי שתובע את חבירו כלים שאין עשויין להשאיל ולהשכיר, שאם לא רצה הנתבע להשיבו דבר, אין יורדין לנכסיו אלא הכלים בחזקתו, ומשמתין לו עד דקאי בדינא בהדיה וכדין התובע את חבירו".

היינו דקושית הגמ' דכמו במטלטלין כשהמרא קמא תובע את המוחזק וטוען שהם שלו, והמוחזק אינו עונה לו כלום, אי אפשר להוציא מיד המוחזק בלא ראיה, אלא רק משמתין אותו כמו שמשמתין כל מי שנמנע מלדון עם חבירו עד שיבוא לדינא. כך שואלת הגמ' גם בקרקע לפי הולכי אושא דילפינן חזקה משור המועד, לאחר ג' שנים יהא למחזיק דין תפוס, ונפק"מ לענין זה דאם שותק לא נוכל להוציא מידו ליתן למרא קמא בלא ראיה.

"ופרקינן, טעמא מאי וכו', פירוש דלא ילפינן משור המועד אלא דמהניא חזקה למהוי ראיה למה שהוא טוען שלקחה הימנו, דכיון דשייכא בה טענה, אינה חזקה עד שיטעון וכו' לפיכך כל זמן שאינו טוען כלום קרקע בחזקת בעליה עומדת. והא דלא אמרו הכי במטלטלין, אלא הרי הן בחזקת התפוס בהם, אע"פ שאין עם התפיסה טענה. התם לפי שכבר יצאו מרשות הראשון, שהרי זה תפס בהם, ועוד דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן וכיון דאינן עשויין להשאיל ולהשכיר ודאי מיד הראשון באו לידו".

והנה מה שכתב רבינו יונה הטעם שבמטלטלין לא מוציאין מידו גם כשאין לו טענה משום שהוא תפוס, ועוד דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזינן, אין אלו שתי טעמים נפרדים, אלא הא בהא תליא, דמכיון שאנו רואים שהוא תפוס בחפץ, [בכלים שאינם עשויין להשאיל ולהשכיר שהתפיסה בהם נותנת לו דין מוחזק], אין אנו תולין לומר שבא לידו בגניבה, ממילא אנו אומרים שבא לידו מיד הראשון. ולכאורה צ"ע דלפ"ז הדרא קושית הגמ' לדוכתה, דגם בקרקע כיון שג' שנים הוי ראיה שלקח ממנו, ואחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן, למה נוכל להוציאה מידו בלא ראיה.

אכן יסוד הדבר הוא, דהנה במטלטלין מי שאוחז בהם יש לו דין מוחזק, והראשון שמכר לו יש לו חזקת מרא קמא. משא"כ קרקע דאי אפשר לתפוס אותה אלא רק להשתמש בה, אין המשתמש בה נקרא מוחזק. ונראה דרבינו יונה סובר דאין הגדר בזה, שבקרקע אין דין מוחזק כלל, ולא שייך בה רק חזקת מרא קמא. אלא באמת הראשון שהוא מרא קמא נחשב גם מוחזק בה. והיינו דאמרי' בגמ' בב"מ (ק"ב ע"ב) 'קרקע בחזקת בעליה עומדת', [ונפק"מ בשוכר בית לשנה

ונתעברה השנה דמספק צריך לשלם את חודש העיבור ע״ש], ונמצא דבקרקע הוי היפך ממטלטלין שהם בחזקת המוחזק, אלא היא עומדת בחזקת הבעלים הראשונים שנחשב מוחזק בה, וכמש״נ.

ולכן מובן דבקרקע לא שייך לומר אחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן, דכיון שהמרא קמא נקרא גם מוחזק ממילא כשאנו רואים את המחזיק משתמש בקרקע בלא טענה אנו רואין אותו כגנב, שמשתמש בקרקע שהמרא קמא מוחזק בה, ומוציאין הקרקע מידו, ודו״ק.

ולפי דברי רבינו יונה נראה הפירוש בקושית הגמ׳ דחזקה שאין עמה טענה ג״כ תועיל, משום שהגמ׳ בקושיא סוברת שילפינן משור המועד שע״י שאכלה ג׳ שנים יש למחזיק דין מוחזק בשדה, וא״כ גם כששותק בלא טענה לא נוכל להוציאה מידו, כמו במטלטלין שא״א להוציא מן המוחזק בלא ראיה, ורק משמתינן ליה עד שיבוא עמו לדין.

ומתרצת הגמ׳ לפי רבינו יונה דהילפותא משור המועד אינה שנעשה מוחזק בקרקע בג׳ שנים, אלא הג׳ שנים הם ראיה לטענה שלו, והחזקת ג׳ שנים מועילה רק לחזק את הטענה שלו, אבל אינה משנה את השם מוחזק, ונשאר המרא קמא מוחזק כמו בתחילה. וכפי שמבאר רבינו יונה דלא שייך בקרקע אחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן, ואדרבה כיון שהמרא קמא הוא המוחזק א״כ כשמשתמש בקרקע נחשב שאנו רואים אותו שחוטף וגוזל הקרקע מהראשון. ולכן חזקה בלא טענה לא הוי חזקה, ומוציאים את הקרקע מידו.

ג.

ובזה נחזור להבין דברי הרמב״ן והריטב״א דלאחר ג׳ שנים קודם שנה רביעית נחשב שיצאה השדה מרשות המוכר ולא נכנסה לרשות המחזיק, ונימא כל דאלים גבר. דהגמ׳ בקושיא הראשונה סברא דכמו בשור מועד ע״י שלוש נגיחות יצא מחזקת תם, כך גם אכילת ג׳ שנים מבטלת את החזקת מרא קמא, ושוב אין השדה בחזקתו. אבל עדיין אין אנו רואים שהשדה של המחזיק אלא בשנה רביעית, כמו בשור שאע״פ שיצא מחזקת תם בנגיחה שלישית עדיין אין אנו רואים שהוא שור מועד אלא בנגיחה רביעית שהיא נגיחה של מועד, וכמבואר בלשון הריטב״א, ודו״ק.

וזהו שסוברים הרמב״ן והריטב״א שלפי קושית הגמ׳ לאחר ג׳ שנים נאמן המחזיק לחצאין, ואמרי׳ כל דאלים גבר, שהרי חזקת המרא קמא נתבטלה מחד, ומאידך המחזיק עדיין אינו נחשב כמו שמוחזק בה, ונחשב שהשדה אינה ברשות שניהם, ואמרינן כל דאלים גבר.

ומתרצת הגמ׳ דבקרקע לא שייך לחלק הדבר ולומר שיצאה השדה מרשות מרא קמא ולא נכנסה לרשות המוחזק, דבקרקע כל מה שהיא יוצאת מרשות הבעלים הוא מחמת שאנו אומרים שהמחזיק הוא הוא הבעלים שלה. ולא שייך לומר שיצאה מרשותו אם לא ע״י שנכנסה לרשות המחזיק. [ולפ״ז לשון הגמ׳ ״התם מכי נגח ג׳ נגיחות הוי מועד ואידך כי לא נגח מאי משלם, הכא כיון דאכלה תלת שני קיימא לה ברשותיה״, הכונה לא רק דבשדה אין צריך שנה נוספת לאחר שיצאה מחזקת הבעלים,

אלא דכיון שאכלה ג' שנים בהכרח דקיימא ברשותי', דאם לא כן הרי נשארה ברשות המרא קמא].

וזה הפירוש גם בקושית הגמ' שחזקה שאין עמה טענה תועיל, כפי שמבאר הרמב"ן שאין למוכר עדים שהיא שלו, וכונתו דאף שהוא המרא קמא, ע"י החזקת ג' שנים נתבטלה חזקת מרא קמא שלו ויצאה מרשותו של מוכר, והוא כמו איניש מעלמא שאין לו נאמנות כלל לטעון שהיא שלו. [וגם לפי הרמב"ן יתפרש כפי שכתב רבינו יונה דקושית הגמ' היא דבאופן שהמחזיק שותק לא נוכל להוציא מידו כמו במטלטלין].

ותירוץ הגמ' דבלא טענה ודאי לא הוי חזקה דמאליה ודאי לא יצאה מרשותו. והכונה בתירוץ הגמ', שאי אפשר לחלק זה מזה ולומר שנתבטלה חזקת מרא קמא, והמחזיק לא נעשה מוחזק, דאין השדה יוצאת מרשות הראשון מאליה להעשות הפקר, אלא כל היציאה מרשות הראשון היא מחמת שהשני נעשה מוחזק.

ונראה דלפי הרמב"ן גם לפי תירוץ הגמ' נשאר שלהולכי אושא חזקת ג' שנים עושה שיחשב המחזיק מוחזק בשדה, וכדילפי לה משור המועד שבג' נגיחות יצא מחזקת תם. אלא שבלא טענה אינו יכול להעשות מוחזק, דדוקא במטלטלין התפיסה עצמה עושה אותו מוחזק, [ומוחזק עדיף מחזקת מרא קמא, ואי אפשר להוציא מידו], אבל בקרקע שאינו תפוס בה ונקרא מוחזק רק ע"י שאכלה ג' שנים, אם אינו טוען שקנאה ממנו הרי נשארה של המרא קמא ולא שייך שיחשב מוחזק נגד המרא קמא בלא טענה. ולא דמי לשור, דשור משנגח ג' פעמים ממילא נעשה מועד, משא"כ בקרקע שמאליה ודאי לא יצאה מרשות המוכר, וצריך לטעון שקנאה ממנו.

עכ"פ היכא שמחזיק עם טענה לפי הרמב"ן נחשב שהוא המוחזק לדעת הולכי אושא. ולא כפי שנתבאר בדברי רבינו יונה בתירוץ הגמ' שחזקת ג' שנים הוי רק ראיה וחיזוק לדבריו שהיא שלו.

ובזה מבואר השקו"ט ברמב"ן אי המחאה לפי הולכי אושא הוא כדי שישמור שטרו. דהרמב"ן מקשה שלהולכי אושא שילפינן משור המועד שלאחר ג' שנים נעשה מוחזק, לכאורה אין המחאה כדי שישמור שטרו כפרש"י, דא"כ כל שמיחה בו והגיע לאוזניו הוי מחאה, ולא ייעשה מוחזק, ומאי פריך הגמ' שצריך למחות בפניו. ע"ז מתרץ הרמב"ן דבתוך ג' שנים שעדיין אינו מוחזק וצריך להוכיח שהשדה שלו ע"י השטר, אם מוחה בפניו, נחשב כמו שמתרה בו שאינו מוחזק וצריך לשמור שטרו, ודוקא לאחר ג' שנים שנעשה מוחזק אינו צריך שהשטר יוכיח שהשדה שלו, והמחאה היא ריעותא במוחזקות שלו, שמתרה בו שהשדה אינה שלו. ולכן שואלת הגמ' שפיר שיהא צריך למחות בפניו כמו שמעידים בבעל השור בפניו, דהמחאה היא כמו התראה שישמור שטרו כמו שפרש"י, ודו"ק.

והנה לפום ריהטא הרמב"ן סובר דחזקת ג' שנים עושה מוחזקות, דוקא לפי הולכי אושא, שלמדו חזקת ג' שנים משור המועד, אבל למסקנא דרבא דהחזקת ג'

שנים היא משום דטפי מג׳ לא מיזדהר איניש בשטרי׳, משמע לכאורה שגם להרמב״ן החזקה היא רק ראיה שמכרו לו, ולא מוחזקות. אכן בדבריו להלן (בסימן הבא) הוכחנו בדעת הרמב״ן גם אליבא דאמת דחזקת ג׳ שנים נותן לו דין של מוחזק, אלא שלדעת הולכי אושא ילפינן משור המועד שנעשה מוחזק, ולרבנן נעשה מוחזק מצד ההוכחה מדלא מיחה, יעו״ש.

סימן יט

בגדר חזקת ג' שנים

א. **שיטת** הרמב"ן דחזקת ג' שנים הוא מחמת הרגלים לדבר ששתק ג' שנים ולא מיחה, דמכרו לו, והקצה"ח מקשה עליו א"כ אמאי באומר לאחר ג' שנים לפירות הורדתיו אינו נאמן והוי חזקה, הלא אפילו בדלי לי' צנא דפירי שעשה מעשה שגילה דעתו שמכרו לו אמרי' דבאומר לפירות הורדתיו נאמן, כ"ש בזה. ומזה הוכיח הקצה"ח כשיטתו דחזקת ג' שנים הוא מתקנ"ח שלא יצטרך לשמור שטרו לאחר ג' שנים.

ודעת הרמב"ן יש ליישב דבדלי לי' צני דפירי אין הריעותא דאחוי שטרך מכיון דגלי דעתי' דמכר לו, וכשאומר לפירות הורדתיו שוב חוזרת הריעותא דאחוי שטרך. משא"כ לאחר ג' שנים אין ריעותא דאחוי שטרך ולכך גם כשאומר לפירות הורדתיו הוי חזקה. וגם בלא"ה י"ל דהטענה דלפירות הורדתיו מבטלת עיקר הרגלים לדבר שנעשה במה שדלי לי' צנא דפירי, משא"כ ג' שנים הוי רגלים לדבר מצד עצמו, דאל"כ הו"ל למחויי תוך ג' שהורידו לפירות.

אלא שיש להקשות על הרמב"ן מעצם הסברא של רב אשי בגמ' דבמוחה תוך ג' שאין הקרקע שלו והורידו לפירות לא יחשב מחאה, כיון שאינו מוחה בעצם ישיבתו בקרקע רק שטוען שאין הקרקע שלו והוי מחאה לחצאין. ולפי סברת הרמב"ן דהחזקה היא מחמת הרגלים לדבר א"כ ודאי גם כה"ג הוי שפיר מחאה שהרי ע"י מחאתו זו שוב אין כאן שתיקה ואין שום רגלים לדבר שמכרו לו. ובעיקר קשה שהרמב"ן בשקו"ט בגמ' אי מחאה לפירות הוי מחאה, מבאר שחזקת ג' שנים הוי תקנתא דרבנן.

[יש ליישב שיטת הרמב"ן לפי מש"כ בנתיבוה"מ לתלות נידון זה אם החזקה היא דאורייתא משום הרגלים לדבר או שהיא מתקנ"ח במחלוקת האמוראים בגמ'. וביאר עוד דהסברא דלפירות לא הוי מחאה היא דוקא למאן דאמר דהחזקה מתקנ"ח ואה"נ למ"ד דהחזקה דאורייתא ודאי מועילה מחאה לפירות. ולפ"ז דברי הרמב"ן נאמרו דוקא לפי דעת האמוראים דהחזקה היא מדינא. ורב אשי בסוגיין סבר שהחזקה דרבנן].

קשה על הרמב"ן ג' קושיות נוספות. א' כיון שבב' שנים לא הוי חזקה רק מצד הריעותא דאחוי שטרך, א"כ למה בספק אם אכל ב' או ג' על המחזיק להביא ראיה, יביא המערער ראיה שאכל רק ב' ויש ריעותא בחזקה. ב' מהי סברת הרמב"ן שגם בקטן שאין אצלו הריעותא דאחוי שטרך לא הוי חזקה אלא בג'. ג' קושית השער משפט דביורש שאינו צריך להביא השטר תהא חזקה גם בפחות מג' שנים.

ב. **הקצה"ח** דייק מלשון הרמב"ם שהחזקה אינה מצד שהשתיקה הוי רגלים לדבר אלא מתקנת

חכמים. ומאידך משמע בלשון הרמב״ם דהחזקה היא מצד שאומרים לשמעון למה שתקת. והנה ברמב״ם מבואר שהמעשה של אכילת פירות, וכן דלי לי׳ צנא דפירי הוי חזקה לקנות הקרקע בקנין חזקה. והראב״ד הקשה עליו דדוקא לחזקת ג׳ שנים מהני אבל אין זה כנעל גדר ופרץ דהוי מעשה בגוף הקרקע לקנותה.

נתבאר בדעת הרמב״ם דחזקת ג׳ שנים הוי כמו מוחזקות בקרקע, וכמו שיש דין תפיסה במטלטלין שיחשב מוחזק וא״א להוציא ממנו בלא ראיה כך גם חזקת ג׳ שנים עושה דין מוחזק. וזה מבואר גם בדברי הרמב״ם, דאילולי הריעותא דשטרך בידי מאי בעי, היתה הקרקע נחשבת מיד בחזקת המחזיק. ובזה נתבאר שיטת הרמב״ם באכלה ג׳ שנים ערלה ושביעית דהחזקה בזה היא מחמת אכילת הפירות האסורים ולא מצד אכילת העצים המותרים. ואי הטעם בחזקה הוא מצד הרגלים לדבר, א״כ באכילת איסור דלא לקח מן הבעלים לא ראו למחות בו ואין כאן רגלים לדבר. אבל הרמב״ם לשיטתו דהחזקה היא בעצם מעשה החזקה שמשתמש בקרקע כבעלים. ובזה ניחא דעת הרמב״ם שעל כרחך מעשה זה שמועיל בחזקת ג׳ שנים הוא מעשה בעלות שמועיל גם לקנין חזקה, דאל״כ לא הי׳ נקרא מוחזק ע״י מעשה כזה, ודו״ק.

ג. **נתבאר** בהרחבה שודאי גם לפי דעת הרמב״ן ע״י הרגלים לדבר שמכר אמרי׳ דאיתרע המוחזקות של המרא קמא ונעשה המחזיק מוחזק. ומיושבת שיטת הרמב״ן מכל הקושיות הנ״ל.

א.

בגמ׳ ריש פירקין (כ״ט ע״א) מסיק דטעמא דחזקה משום דעד שלוש שנים מיזדהר איניש בשטריה, טפי לא מזדהר. ובקצה״ח (סי׳ ק״מ סק״ב) הביא מחלוקת הראשונים בגדר חזקה דג׳ שנים. דדעת הרמב״ן (מ״ב ע״א ד״ה הא דתניא) דעיקר טעמא דחזקה הוא דמכיון שידע שאדם אחר יושב בתוך שדהו ושתק, אמרינן לא לחנם שתק, ורגלים לדבר דמסתמא מכרו לו. ומצד סברא זו לבד, היתה החזקה נעשית גם בפחות מג׳ שנים, אלא שבתוך ג׳ שנים איכא ריעותא בחזקה, דאמרינן לי׳ אחוי שטרך, ורק לבתר שלוש שוב לאו ריעותא הוא, משום דטפי מג׳ שנים לא מיזדהר בי׳ כדאמר בגמ׳, ואמרי׳ מדשתק ודאי מכרו לו. ודעת הרמב״ם (פי״א מטוען ה״ב) דהוי מתקנת חכמים מפני פסידא דלקוחות שאינם זהירין לשמור השטר לאחר ג׳ שנים, ע״ש.

ובקצה״ח (שם) הקשה על הרמב״ן מהגמ׳ (ל״ה ע״ב) דהיכא דדלי לי׳ איהו גופי׳ צנא דפירי לאלתר הוי חזקה. ואמר רב זביד, דאם טען לפירות הורדתיו נאמן. והני מילי בתוך שלוש אבל לאחר שלוש לא. ומבואר דהיכא דהמערער דלי לי׳ צנא דפירי הוי חזקה לאלתר, אבל אם טען לפירות הורדתיו נאמן ולית לי׳ חזקה. ואילו גבי חזקת ג׳ שנים אפילו טען לפירות הורדתיו אינו נאמן כדאמרי׳ דהיה לו למחויי תוך ג׳ שירד לפירות. ולפ״ד הרמב״ן דחזקת ג׳ שנים הוי חזקה משום השתיקה שבדבר, דרגלים לדבר שמכר לו, א״כ לא עדיפא חזקה זאת מהחזקה בדלי לי׳ צנא, שעשה

מעשה וגילה דעתו שמודה שהוא של המחזיק, וכמו שבדלי לי' צנא נאמן לומר לפירות הורדתיו, כל שכן כשהחזיק ע"י השתיקה, שיהא נאמן לומר כן, ושוב אין רגלים לדבר בשתיקתו, דשתק לו מחמת שהורידו לפירות.

ולכן סובר הקצה"ח כפי שמבואר בראשונים דחזקת ג' שנים היא תקנת חכמים משום תיקון העולם דלא רגילי אינשי להזהר בשטר טפי משלוש, דהמחזיק סובר כיון דיושב בתוכה משך שלוש שנים ואין עורר עליו, שוב לא יתעורר עוד ערעור, ולא מזדהר טפי, וימשך מזה פסידא דלקוחות, לכן ראו חכמים לתקן שיהיה נאמן בחזקת ג' שנים, והמערער שהאמת איתו יעשה מחאה תוך שלוש, ואחר המחאה גם המחזיק יידע ויזהר בשטרו, ואם אינו מוחה תוך שלוש, יפסיד המערער. וע"ש שהביא כן מלשון הרמב"ם והנמוק"י. ולפ"ז ניחא דאינו נאמן לומר שהורידו לפירות, כיון שבכלל התקנה היה שצריך הבעלים למחות תוך ג' שהורידו לפירות, ואם לא מיחה איהו דאפסיד אנפשי', וקיימא תקנת חכמים שיהא המחזיק נאמן.

ובדעת הרמב"ן מבואר באחרונים ליישב קושית הקצה"ח מדלי לי' צני דפירי, דדוקא תוך ג' שנים דאיכא הריעותא דאחוי שטרך, נאמן לומר לפירות הורדתיו, ואפילו דדלי לי' צנא דפירי, דאע"פ שבכה"ג הוי חזקה לאלתר ע"י שגילה המערער דעתו שמודה שמכר לו הקרקע, והריעותא דאחוי שטרך אינו מגרע בכה"ג את החזקה. מ"מ כשטוען לפירות הורדתיו שוב ליכא כלל להאי גילוי דעתא שהשדה שלו, שהרי טוען שנתן לו הצנא דפירי משום דהורידו לפירות, והדר דינא דליכא חזקה אלא מחמת השתיקה ג' שנים, ושוב איכא בזה הריעותא דאחוי שטרך. משא"כ אחר ג' שנים הוי חזקה ורגלים לדבר שמכר לו, ואין הריעותא דאחוי שטרך, משום דטפי מג' שנים לא מזדהר בשטרי', ולכן גם כשטוען לפירות הורדתיו, מ"מ נאמן המחזיק בטענתו שקנה את השדה.

אלא שלכאורה אכתי קשה קושית הקצה"ח, דסוף סוף לפי הרמב"ן שכל החזקה היא מדשתק, למה באמת לא תתבטל החזקה ע"י שטוען שהורידו לפירות ולכך שתק, כמו בדלי לי' צנא דפירי. ויש ליישב דדוקא בדלי לי' צני דפירי, כשטוען לפירות הורדתיו מבטל ממילא כל עיקר החזקה, שהרי טוען שנתן לו הצנא רק מצד שהורידו לפירות, ואזדא לה כל הרגלים לדבר שמכר לו. משא"כ בחזקת ג' שנים גם כשטוען לפירות הורדתיו, סוף סוף הרי ישב בשדה ג' שנים בשתיקותא, וגם לפי טענתו שהורידו לפירות אמרי' דהו"ל למחויי שהורידו לפירות, וכל שלא מיחה הוי אכילה בשתיקותא ג' שנים ורגלים לדבר שמכר לו.

אלא שיש להקשות על שיטת הרמב"ן מעצם הדין דלאחר שלוש אפילו באומר לפירות הורדתיו הוי חזקה [אפילו לא דלי לי' צנא דפירי]. וכדאיתא בגמ' (שם) א"ל רב אשי לרב כהנא, אי לפירא אחתי', מאי הו"ל למיעבד, [למנוע החזקה כשהורידו לפירות, ואמאי לאחר ג' הוי חזקה], א"ל איבעי לי' למחויי, [בתוך

שלוש ולומר לעדים דעו לכם שלפירות הורדתיו לכך וכך שנים, וגוף הקרקע קנוי לי, שאם אין לו שטר מכירה לזה המחזיק, לא יוכל לטעון שטר הי׳ לי ואבד, כי לא נזהרתי בו אחר שלוש, דכיון דמיחה בו בעל השדה הי׳ לו להזהר בשטרו (רשב״ם)]. דאי לא תימא הכי משכנתא דסורא וכו׳, אלא איבעי לי׳ למחויי הכי נמי איבעי לי׳ למחויי. ופירש הרשב״ם דהנידון אם מחאה לפירות הוי מחאה או לא, הוא משום דהוי מחאה לחצאין, וסבר רב אשי דלא מיקרי מחאה אלא כשמוחה על עצם הישיבה שלו בקרקע, לומר פלניא גזלנא הוא דקאכיל ארעא דידי בגזלנותא למחר תבענא לי׳ בדינא, ורב כהנא א״ל דאף אם מודה שירד ברשות, ואינו שולל את עצם האחיזה שלו בקרקע, ומוחה רק על הקרקע שהיא שלו, הוי מחאה, ומשו״ה איבעיא לי׳ למחויי, ומדלא מיחה הוי חזקה.

וקשה לפי דעת הרמב״ן דכל החזקה היא ע״י הרגלים לדבר שאם לא מכר לו הי׳ מקפיד, שאין אדם רואה את חבירו בתוך שלו, ושותק, א״כ כשהורידו לפירות ומוחה ואומר דאחתי׳ רק לפירות ואין הקרקע שלו, ודאי הוי מחאה מעליא, שהרי לא שתק, ומאי ריעותא איכא במה שאינו שולל את עצם חזקתו בקרקע, ואין כל חילוק אם אומר פלוני גזלנא או אומר שלא ירד אלא לפירות, סוף סוף לא הוחזק שתקן. וא״כ לכאורה מעצם השקו״ט אי חשיב מחאה לחצאין, מוכח כסברת הקצה״ח, דהוא מתקנת חכמים שימחה תוך ג׳ שנים כדי שידע הלוקח ליזהר בשטרו, ובזה שייך לומר דכשאינו שולל את עצם חזקתו בקרקע לא חשיב מחאה כדין.

והנה יש להקשות סתירה בדברי הרמב״ן שהרמב״ן בחי׳ בסוגיין (ד״ה שם וה״מ תוך ג׳) מבאר [כדברי תוס׳ כאן (בד״ה ואי לפירא)] דרב אשי דפריך אי לפירא אחתי׳ מאי הו״ל למיעבד, אי״ז משום דרב אשי סבר שבאמת יהא נאמן לומר לפירות הורדתיו אפילו לאחר ג׳, ״אלא שאלה בעלמא וכו׳, היכי תקון רבנן חזקה, ולא תקון דאי מחית לי׳ לפירא יהא יכול לעשות שום דבר כדי שלא תתקיים החזקה״. ומבואר מדברי הרמב״ן דחזקת ג׳ שנים היא תקנתא דרבנן, ולא כמש״כ בעצמו בריש פירקין דהוא משום דשתיק ורגלים לדבר שמכר לו, דמשמע שחזקה מועילה מדאורייתא מדינא כמש״כ הקצה״ח, וצ״ע.

[ויש ליישב שיטת הרמב״ן עם דברי הנתיבות״מ (ק״נ סק״ה ד״ה לכן נראה). דהנה בגמ׳ ב״מ (ק״י ע״א) פריך אלא מעתה האי משכנתא דסורא וכו׳, היכא דכבשי׳ לשטר משכנתא ואמר לקוחה היא בידי הכי נמי דמהימן, וכי מתקני רבנן מילתא דאתי בה לידי פסידא. וביארו תוס׳ (שם ד״ה א״ל) דשאילת הגמ׳ היא מה תקנה יעשה הממשכן כדי שלא יוכל המחזיק לטעון לקוחה היא בידי, דמחאה לא מהניא אלא כשאומר פלניא אכיל ארעאי בגזלנותא, ומשני רב אשי דאיבעי לי׳ למחויי תוך ג׳ ולומר דעו כי משכנתא היא בידו. [והוא ממש כשאילת הגמ׳ כאן באומר לפירות הורדתיו אי איבעי לי׳ למחויי תוך שלוש ולומר לפירות הורדתיו, או דכה״ג לא הוי מחאה].

וכתב הנתיבוה"מ דהאמוראים בסוגיא בב"מ (שם)54דאיתא שם, במלוה אומר חמש ולוה אומר שלוש ושטרא אירכס לי, אמר רב יהודה מלוה נאמן מיגו דאי בעי אמר לקוחה היא בידי, א"ל רב פפא לרב אשי רב זביד ורב עוירא לא ס"ל הא דרב יהודה, [אלא אינו נאמן] מאי טעמא, האי שטרא כיון דלגוביינא קאי מיזהר זהיר בי', ומיכבש הוא דכבשי' לשטרי'. ומבאר הנתיבוה"מ דרב יהודה ס"ל דמהני מיגו משום דחזקה היא מדאורייתא ואפילו במקום שזהיר בשטרו, אבל רב פפא ס"ל דאינו נאמן בטענת משכונא, דס"ל דחזקה מהני מתקנ"ח, ולכן אינו נאמן, דכל התקנ"ח היא רק משום שאינו יכול ליזהר בשטרו, ובמשכונא שבלא"ה צריך ליזהר בשטרו ליכא התקנה, ומכל שכן שאינו נאמן בטענת משכונא, ע"ש. נחלקו אם חזקת ג' שנים הוי רק משום תקנת חכמים שלא יצטרך ליזהר לשמור שטרו לאחר ג' שנים. או דהוי חזקה מדינא דאורייתא מדשתיק ולא מיחה בו ג' שנים. ומבאר הנתיבוה"מ בכונת מהרש"א (שם), דקושית הגמ' דפריך דלא הוי מחאה למחות שהיא משכנתא אצלו, היא דוקא לפי רב פפא שם דס"ל דחזקת ג' שנים הוא מתקנת חכמים שלא יצטרך ליזהר בשטרו לעולם, ושואל מה התקנה לעשות מחאה במשכנתא, דעל כרחך צריך להיות תקנה למערער לבטל החזקה דאל"כ אתי לידי פסידא. אבל לפי הטעם דחזקת ג' שנים מהניא מדאורייתא משום דהוחזק שתקן, א"כ ודאי אין חילוק בין מחאה דאומר פלניא גזלנא או שאומר שמשכונא היא אצלו, דסוף סוף לא הוחזק שתקן.

ולפ"ז אה"נ גם קושית רב אשי בגמ' בסוגיין גבי לפירות הורדתיו, [שהיא ממש כאותה קושיא בגמ' ב"מ גבי משכונא דסורא], היא דוקא לפי מאי דס"ל כרב פפא בסוגיא בב"מ דחזקת ג' שנים הוי תקנתא דרבנן, ולכך איכא סברא שלא יחשב למחאה55א.ה. ע"ש בתוס' בב"מ (בסה"ד) דרב אשי דפריך הכא מאי הו"ל למיעבד קיבל הסברא מרב כהנא דהו"ל למחויי תוך ג', ולכך בסוגיא בב"מ מתרץ רב אשי בעצמו גבי משכנתא דסורא דהו"ל למחויי.. והן הן דברי הרמב"ן הנ"ל שנקט בפשיטות בדברי רב אשי דחזקת ג' שנים תקנתא דרבנן. אבל דברי הרמב"ן בריש פירקין, קאי לשיטת האמוראים דפליגי וסברי דחזקת ג' שנים מהניא מדינא. ואה"נ לפי שיטה זו פשיטא דבאומר לפירות הורדתיו נמי הוי מחאה, וק"ל].

והנה יש להקשות על דברי הרמב"ן הללו (מ"ב ע"א) כמה קושיות נוספות. דיעו"ש בדברי הרמב"ן שביאר דמשו"ה באכלה האב שנה והבן שתים הוי חזקה, אף שהבן קטן, דגם בקטן לא הו"ל לבעלים לשתוק ג' שנים ולא למחות, ומדשתק רגלים לדבר שמכר לו. ומסיים הרמב"ן "ומיהו בתוך שלוש לא מהני לי' לקטן למימר לא אזדהר בשטרי' [משום דקטן הוי], דא"כ מי שאין לו דעת הרויח, לא מצינו אותו אלא מפסיד". וצ"ע דלכאורה לפי הרמב"ן דכל הסיבה שאין חזקה בתוך שלוש הוא מצד הריעותא שהמחזיק לא שמר את השטר, אה"נ קטן

שאין רגיל לשמור השטר ואין בו הריעותא הזאת, שוב תועיל חזקתו אפילו תוך שלוש, ואין כאן ענין של ריוח והפסד.

ובשער משפט (חו"מ ק"מ אות ג') הקשה על הרמב"ן, דביורש שלא ידע בנכסי אביו, אין ריעותא במה שאין לו שטר. וא"כ למה צריך שיאכל ג' שנים, תהא חזקה גם קודם ג'. ומזה מוכיח השער משפט שחזקת ג' שנים הוא מתקנת חכמים, ולא כהרמב"ן, וצ"ע.

עוד קשה על הרמב"ן דבאופן שיש ספק אם כבר החזיק ג' שנים בקרקע או לא, מבואר בגמ' בכמה מקומות בפרקין דאמרי' למחזיק ברור אכילתך. ולפי דברי הרמב"ן דהחזקה מצד עצמה היא חזקה גם קודם ג' שנים, אלא דבתוך ג' איכא ריעותא בחזקה דאין לו שטר ואמרי' לי' אחוי שטרך, א"כ בספק אם אכל ג' שנים הוי ספק אם יש ריעותא בחזקתו, ומספק צריכה להיות הראיה על המוכר שיוכיח הריעותא שלא אכל ג' שנים. ויעוין להלן (אות ג') מש"נ ליישב.

ב.

ובקצה"ח שם (ק"מ סק"ב) הוכיח מדברי הרמב"ם (פי"א מטו"נ ה"ב) שכתב "הואיל ולא מחית הפסדת על עצמך", דלא כהרמב"ן. דלפי טעמא דהרמב"ן דאמרינן הואיל ולא מיחה, רגלים לדבר שמכרו לו, [כלשון הרשב"ם (ד"ה תלת קפיד) "וזה ששתק ולא מיחה ודאי מכרו לו"], לא שייך הלשון הפסדת על עצמך. ומזה מפרש הקצה"ח בדעת הרמב"ם כדבריו, דמצד עיקר הדין לא היה צריך להיות חזקה, אלא שתיקנו שהמחזיק יהא מוחזק לאחר ג' אם לא ימחה הבעלים, והמערער אם האמת איתו הי' לו למחות, ומדלא מיחה הפסיד. אלא שלפ"ד הקצה"ח שהיא תקנ"ח צ"ע שהי' לו להרמב"ם להביא בדבריו תקנה זו של חכמים שלאחר ג' שנים יהא המחזיק נאמן, וצ"ע.

והנה אף שהקצה"ח הוכיח מסוף דברי הרמב"ם כדבריו שהיא תקנת חכמים. מתחילת דברי הרמב"ם בהלכה זו, משמע לכאורה להיפך, שכתב "אבל אם הביא [ראובן] עדים שאכל פירות קרקע זו ג' שנים רצופות וכו' מעמידין אותה ביד ראובן וכו' מפני שאומרים לשמעון אם אמת אתה טוען שלא מכרת ולא נתת, למה הי' זה משתמש שנה אחר שנה בקרקעך וכו' ולא מחית בו". ומלשון זו משמע שהטעם שהקרקע עומדת ביד המחזיק הוא משום זה עצמו ששמעון לא מיחה, ולא כהקצה"ח שהיא מתקנת חכמים שלאחר ג' שנים נאמן המחזיק. מאידך, לשון הרמב"ם לא מתיישב גם לפי פירוש הרמב"ן, שכתב 'אומרים לו לשמעון', ולפי הרמב"ן עיקר הראיה ששמעון מכר לראובן היא מהמציאות ששמעון שתק ולא הקפיד, ואין זו טענה כנגד שמעון שלא מחה. וגם הרמב"ם לא הזכיר בדבריו שהחזקה היא מצד ששמעון לא הקפיד.

והנה הרמב"ם (פ"א ממכירה הט"ו) כתב וז"ל היתה הקרקע צחיח סלע וכו' ואינה בת זריעה, הרי החזקה שקונה אותה בה שטיחת הפירות, או העמדת הבהמה וכו'. ובהשגת הראב"ד הקשה עליו דהאי חזקה, אכילת פירות היא, ואכילת פירות לא מהניא אלא כנגד טענה, אבל [חזקה]

למיקני בה ארעא, לא קניא אלא מידי דמהניא לארעא כעין נעל וגדר.

עוד כתב הרמב"ם (שם הל' ט"ז) המוכר קרקע לחבירו ונכנס בה הלוקח וזרעה וכו', הרי זה קנה, שהרי החזיק, ואין אחד מהן יכול לחזור בו, וכן אם אסף המוכר סל של פירות ונתן ללוקח קנה לוקח מיד בחזקה, שהרי גילה דעתו שהקנה לו שדה זו קנין גמור ונעשו פירותיה שלו. ובהשגות הראב"ד (שם) "כל זה הולך על הדרך שכתב ואינו כן".

היינו דלשיטת הרמב"ם כל מעשה שמועיל בחזקת ג' שנים לראיה שהוא שלו, חשיב נמי מעשה קנין חזקה לקנות הקרקע, כמש"כ המ"מ. ואפילו דלי' צנא דפירי דעיקר המעשה עשה המוכר ועי"ז גילה דעתו על המכירה, חשיב קנין חזקה לגבי לוקח לקנותה היכא דא"ל לך חזק וקני. וצ"ע מנליה להרמב"ם לחדש דתלי זה בזה, ומעשה דמהני לחזקת ג' שנים חשיב מעשה קנין.

ונראה לחדש בשיטת הרמב"ם, דחזקת ג' שנים אינו מועיל רק מצד דהוי רגלים לדבר וראיה שמכר לו כמש"כ הרמב"ן, אלא מעשה החזקה שעושה בקרקע מחשיב אותו למוחזק ותפוס בקרקע, שאי אפשר להוציא ממנו בלא ראיה. היינו דכמו שכל חפץ מטלטלין שנמצא אצל אדם, נקרא שהוא מוחזק בו, משום דאית לן חזקה דכל מה שתחת יד אדם שלו הוא, ואחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן, ואנן סהדי שהוא שלו. הכי נמי בקרקע שלא שייך בה תפיסה, ובחזקת בעליה עומדת, אם יש לו בה חזקת ג' שנים נעשה מוחזק בה לדעת הרמב"ם, משום דאית לן חזקה דלא חציף איניש למיכל פירי דלאו דילי' כדאמרי' לעיל (ל"ג ע"ב), ותלינן שהיא שלו, ונעשה מוחזק, כמו מוחזק במטלטלין דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן.

[ובעליות דרבינו יונה מפורש כן בהו"א בגמ' (כ"ח ע"א) בדעת הולכי אושא, וכמש"נ היטב לעיל (בסימן הקודם). אלא שבדעת הרמב"ם נראה שכן הוא הגדר בחזקת ג' שנים גם למסקנת הסוגיא, ולהלכה].

ויש להוכיח שכן היא שיטת הרמב"ם, מדבריו במקום אחר. דהנה בגמ' (ל"ג ע"ב) אמרי' באכלה המחזיק רק שתי שנים, הדרא ארעא למרה, ואם אמר המחזיק לפירות ירדתי, נאמן על הפירות, כדאמר רב יהודה, האי מאן דנקיט מגלא ותובליא ואמר איזיל איגזרה לדקלא דפלניא דזבנתיה מיניה מהימן, לא חציף איניש למיגזר דיקלא דלאו דילי', הכי נמי לא חציף איניש למיכל פירי דלאו דילי'. ופריך הגמ' אי הכי ארעא נמי [גם כשטוען שהקרקע שלו יהא נאמן מהאי טעמא אפילו שעדיין לא החזיק בה ג' שנים], ומשני ארעא אמרי' לי' אחוי שטרך, אבל אפירי לא עבדי אינשי דכתבי שטרא.

ובתוס' (ד"ה א"ה) ביארו דאין קושית הגמ' דבטוען שהקרקע שלו, יהא נאמן על הקרקע שהיא שלו, אלא רק יהא נאמן שלא להחזיר הפירות שאכל באותם שתי שנים, אף שאינו טוען שירד לפירות, אלא טוען שהקרקע שלו. אבל הקרקע עצמה פשיטא שמחזיר, שע"י החזקה דב' שנים אינו נאמן להבא שתשאר הקרקע בידו. [ומסיק שאין לו חזקה כלל בפחות מג' שנים משום דאמרי' לי' אחוי שטרך].

אולם ברמב״ם כתב (פ״ט מטוען ה״ו) וז״ל ״וכן היורד לשדה חבירו ואכל פירותיה שנה או שנתים וכו׳ והיורד אומר ברשותך ירדתי לאכול פירותיה, הרי זה האוכל נאמן וכו׳, חזקה היא שאין אדם מעיז פניו ואוכל פירות שאינן שלו, אע״פ שהקרקע בחזקת בעליהן, אין הפירות בחזקת הבעלים, שאין אדם מוסר פירות שדהו בשטר כדי שנאמר לזה שאכל הבא שטרך״. היינו שחילוק זה שקרקע כותבין עליה שטר ופירות לא, פועל את הדין שקרקע בחזקת בעליה עומדת ולא פירות, דבפירות שלא כותבין שטר, לית לי׳ הריעותא דאחוי שטרך, מיד הם בחזקת המחזיק, משא״כ בקרקע איכא ריעותא בחזקה שלו, דאחוי שטרא, ונשארת בחזקת הבעלים.

ומבואר מדבריו דבלא הריעותא דלית לי׳ שטרא, הי׳ נאמן גם על הקרקע שהיא שלו. ולא כהתוס׳ שכתבו שקושית הגמ׳ היא רק שיהא נאמן על הפירות למפרע. ומוכח מזה דהא דלא חציף איניש למיכל פירי דלאו דילי׳ אי״ז רק הוכחה שהפירות שלו, להשאיר הפירות בידו, אלא הוי זה כמו חזקה דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן, דמכח זה שאנו תולין שהחפץ אינו נמצא אצלו בגניבה נעשה מוחזק בדבר. ולכן גם אכילת הפירות ב׳ שנים היתה עושה אותו מוחזק כשטוען שהיא שלו, משום דלא חציף איניש, ורק מחמת הריעותא דלי״ל שטרא אינו נעשה מוחזק בה כדאמר הגמ׳. ולפ״ז באכלה ג׳ שנים, דליכא הריעותא דאחוי שטרך, נעשה לפי הרמב״ם מוחזק בקרקע ותלינן שהיא שלו, וכמש״נ.

עוד יש להוכיח כן בדעת הרמב״ם, דהנה בגמ׳ (ל״ו ע״א) א״ר יהודה אכלה ערלה אינה חזקה, תניא נמי הכי, אכלה ערלה שביעית וכלאים אינה חזקה. וגירסת ר״ח ה״ז חזקה, כמובא ברשב״ם. וברמב״ם (פי״ב מטוען הי״ב) פסק כן וז״ל ״אכלה ערלה שביעית וכלאים, אע״פ שנהנה בעבירה הרי זו חזקה״. ומבואר מדבריו דהחזקה היא מחמת אכילת פירות האסורים. ובמ״מ הביא שהראשונים נחלקו עליו וביארו הטעם דהוי חזקה לא משום שאכל פירות האיסור ונהנה בעבירה, אלא משום אכילת העצים שאין בהם איסור הנאה כמש״כ הראב״ד בהשגתו שם, [ע״ש שדחקו לפרש הדין בכלאים שגם העצים אסורים בהנאה].

והביא המ״מ שהראשונים הוכיחו דבריהם ממה שאמרו בכתובות (פ׳ ע״א) גבי המוציא הוצאות על נכסי אשתו, מה שהוציא הוציא ומה שאכל אכל, עבד רב יהודה עובדא באכילת חבלי זמורות, ואמרו שם רב יהודה לטעמי׳ דאמר אכלה ערלה הרי זו חזקה. והיינו דרב יהודה לטעמי׳ שאכילת עצים חשיבא אכילה כפרש״י שם. ולפי הרמב״ם שהטעם דהוי חזקה הוא משום שנהנה בעבירה, צ״ב מאי מדמי הגמ׳ זה לאכילת חבילי זמורות.

והמ״מ מתרץ שיטת הרמב״ם בשני אופנים. פירוש א׳, ״ודעת רבינו לפרש הא דאכלה ערלה בתרי גווני, או שאכל הזמורות וכההיא דכתובות, או דומיא דכלאים וכגון שאכל הפירות״. ופירוש זה דחוק בדעת הרמב״ם שהזכיר בדבריו רק שנהנה בעבירה באכילת הפירות, ולא שאכל הזמורות.

ופירוש שני כתב המ"מ "דההיא דכתובות הכי קאמר, אכילת חבילי זמורות אכילה היא, דלא גרעה מאכילת איסור דערלה שהיא קרויה אכילה, ועל דרך הדמיון הוא מביא ראיה". [דהגמ' מדמה אכילת זמורות לפירות אסורין שאכלן בעבירה]. וצ"ב הדמיון וההשואה זה לזה.

והנה צ"ע עיקר הדין ברמב"ם דכשנהנה בעבירה ג"כ הוי חזקה, דלכאורה מכיון שנהנה בעבירה, הבעלים לא חשו למחות בו, שהרי לא לקח מהם שום דבר. ואיך יש כאן חזקה שמכרה לו מדלא מיחה. ומוכח מזה שהרמב"ם לא מפרש כהרמב"ן דחזקת ג' שנים היא מצד שאינו מקפיד כשלוקח ממנו, ורגלים לדבר שמכר לו, אלא כמש"נ דעצם זה שהוא יושב בקרקע עושה אותו מוחזק, וכיון שבמציאות אכל מהפירות ג' שנים בלא מחאה, אע"פ שהיה באיסור, נעשה מוחזק. וזהו דמדמי הגמ' בכתובות אכילת עצים לאכילת עבירה כמש"כ המ"מ, דהנידון בגמ' באכילת עצים הוא אם גם השתמשות בדבר שאין לו ערך חשיב השתמשות.

וביותר י"ל דהנידון בעצים אי מיקרי כלל אכילת פירות הקרקע ונעשה מוחזק עי"ז, או שזה לא נקרא אכילה. ומייתי הגמ' מאכילת עבירה, דגם אכילה זו אף שאין לה ערך, מיקרי אכילה, שכל שבמציאות הוא מוחזק בשדה באכילת הפירות נעשה מוחזק, והכי נמי אכילת עצים חשיבה אכילה ונעשה מוחזק.

ומעתה נבין דזהו מקור חידושו של הרמב"ם שאכילת פירות וכן דלי לי' צנא דפירי חשיב מעשה קנין חזקה. דהרמב"ם לשיטתו שחזקת ג' שנים נותנת למחזיק דין מוחזק ותפוס בקרקע, סובר שאם אכילת פירות לא היתה נחשבת כמעשה קנין חזקה, א"כ לא היה מעשה זה נחשב לתפיסה ומוחזקות בקרקע. ורק מעשה שמועיל לקנין חזקה, שנחשב לחזקה והוראת בעלות בשדה, הוא נחשב גם לתפיסה ומוחזקות בחזקת ג' שנים. דבשלמא במטלטלין עצם התפיסה בהם נותנת לו דין מוחזק, אבל בקרקע שאינו תופס בה, לא שייך לומר שנעשה מוחזק באכילת הפירות אם לא מצד שאכילת הפירות נחשבת כמעשה קנין חזקה והוראת בעלות, דאזי מיקרי מוחזק מחמת שעשה בה פעולה של מוחזק. וכן בדלי לי' צנא דפירי, אין בו שום מעשה מוחזקות ותפיסה בשדה, אם לא מצד זה עצמו שהשדה נקנית לו בזה, ודו"ק.

אלא דלפ"ז צ"ב אמאי אין לו דין מוחזק מיד, כמו מעשה קנין דהוי מיד באכילת הפירות, ולמה עד ג' שנים מוציאין השדה מידו. אכן ביאור הדבר דכמו במטלטלין אמרי' דגודרות אין להם חזקה, ולא מהני בהו תפיסה, וכן בדברים העשויין להשאיל ולהשכיר, ומשום דהמרא קמא שיש לו חזקת מרא קמא נחשב גם למוחזק, וכשטוען שהוא נתן לו אותם מרצונו או שהלכו מאליהם, ממילא אין התפיסה בהם מוכיחה כלל שהם שלו. הכי נמי בקרקע, כל ג' שנים הבעלים הראשונים יש לו חזקת מרא קמא והוא נחשב המוחזק, ומגרע דין מוחזק מהמחזיק בטענתו. ורק לאחר ג' שנים אמרי' מדשתק ג' שנים ולא מיחה, ודאי

החזיק בהם המחזיק על פיו, דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן ואמרי' דודאי מכרו לו. ומעתה שוב אית לי' למחזיק דין מוחזק שא"א להוציא ממנו בלא ראיה כמש"נ.

וכך יתפרש לשון הרמב"ם הנ"ל (בהל' טוען) שכתב שלאחר שהחזיק ראובן ג' שנים מעמידין אותה בידו, "מפני שאומרים לו לשמעון אם אמת אתה טוען שלא מכרת ולא נתת למה הי' זה משתמש שנה אחר שנה בקרקעך וכו' ולא מחית בו". שבטעם זה בא הרמב"ם לבאר למה לאחר ג' שנים אין לשמעון החזקת מרא קמא, מפני שאומרים לו לשמעון שעצם הדבר שראובן ישב ג' שנים בלא מחאה, כיון דאחזוקי בגנבי לא מחזקינן, יש ריעותא בחזקת מרא קמא, ונעשה ראובן המוחזק, וכמש"נ.

[וכך הוא סדר הדברים ברמב"ם, שכתב מתחילה (בהל' א') שקודם שהחזיק ראובן ג' שנים, הרי החצר בחזקת שמעון ואומרים לראובן הבא ראיה וכו' שהרי יש עדים לשמעון. היינו שהוא מרא קמא, והקרקע בחזקתו. וע"ז מבאר הרמב"ם (בהל' ב') שאם ראובן "אכל פירות קרקע זו שלוש שנים רצופות, ונהנה בכולה כדרך שנהנין כל אדם באותה קרקע וכו' מעמידין אותה ביד ראובן" היינו שהוא נחשב מוחזק מעתה. וע"ז מפרש הרמב"ם הטעם ששמעון אין לו חזקת מרא קמא לאחר ג' שנים משום דאיתרע חזקתו מדלא מיחה, וכמש"נ. וכשהבעלים טוען לא מחיתי משום שלא ידעתי שזה משתמש בקרקעי, שוב ליכא ריעותא בחזקת מרא קמא שלו, ומכיון שבכה"ג הוא נשאר המרא קמא, הוא נקרא המוחזק, ומוציאין את השדה מראובן וחוזרת לשמעון, וק"ל].

וזהו גם מש"כ הרמב"ם בהמשך דבריו "הואיל ולא מחית אתה הפסדת על עצמך", שאין הכונה מדלא הקפיד יש לנו ראיה שמכר לו, אלא להיפך, דמעיקר הדין המחזיק שאוכל פירות השדה הוא המוחזק, אלא שכשיש לבעלים חזקת מרא קמא, אין המחזיק נקרא מוחזק, משום דאמרי' שבאה אליו הקרקע בסיבה אחרת ולא ע"י מכר, ורק מדהי' יכול למחות ולא מיחה שוב איתרע החזקת מרא קמא ומוחזקות שלו, ושוב זוכה בה המחזיק מצד המוחזקות שלו, וכמש"נ.

[אמנם אכתי צ"ע ליישב לפ"ז לשון הרמב"ם (שם ה"ה) "הרי שמיחה שמעון וכו', וכיון שידעת שמיחה בך בתוך ג' שנים אם באמת היה לך שטר ולא נזהרת בו אתה הפסדת על עצמך". ולפי המבואר באופן ששמעון מחה הטעם דלא הוי חזקה הוא מפני שלא מועיל המוחזקות של ראובן, משום שאין ריעותא בחזקת מרא קמא של שמעון, מאחר שמיחה בתוך ג'. ומה הוצרך להוסיף הטעם שאתה הפסדת על עצמך, הרי עיקר הטעם הוא מצד ראובן שמיחה כדין ולא איתרע חזקתו, וצל"ע].

והנה לפי מה שנתבאר דבדלי לי' צנא דפירי נעשה מוחזק, צ"ב אמאי אמרי' בגמ' דאם אמר בעל השדה לפירות הורדתיו נאמן, ואיך מתבטלת המוחזקות שלו, ואמאי לא אמרי' גם בזה חזקה מה שתחת יד אדם שלו הוא. אכן פשוט, דכשאומר לפירות הורדתיו, נעשית שדה

זו ממש כמו מטלטלין העשויים להשאיל ולהשכיר, דאין בהם מוחזקות ותפיסה כלל, ואינו נאמן לומר לקוחין הן בידי, דאמרי' מדעתו החזיק אותו בהם ונתנם לו בהשאלה או בשכירות. והכי נמי באומר לפירות הורדתיו, כיון שטוען שנתן לו הפירות מדעתו, בטלה המוחזקות שלו שנעשית ע"י אכילת הפירות, דאין כל הוכחה באכילת הפירות שהקרקע עצמה שלו, וק"ל56וברמב"ם (פי"א ממכירה ה"ט) כתב הדין דדלי לי' צנא דפירי בלשון זו "הביא ראובן עדים שזה שמעון בעל השדה קבץ פירות שדה זו ונתנם לי, תעמוד השדה ביד ראובן, 'ואפילו טען ששמעון מכרה לו או נתנה לו היום', שאילו לא מכר או נתן לא היה משמש את ראובן בשדה זו ונותן לו פירותיה", עכ"ל. ומלשון הרמב"ם שכתב 'אפילו טען שנתנה לו היום', מבואר שעיקר החידוש בדלי לי' צנא דפירי הוא שאין בו הריעותא דאחוי שטרך כלל, ולכן אפילו מכרה לו היום, דודאי הי' השטר צריך להיות בידו, מ"מ נאמן. ויתכן שגם מזה למד הרמב"ם שעצם המעשה דדלי לי' פירי נחשב קנין בעצמו, דאל"כ לא היה נאמן שמכרה לו בו ביום ולית לי' שטר, ועל כרחך משום דקנאה במה דדלי לי' צנא דפירי, ועיין..

ג.

והנה לפי הרמב"ן שכתב דהחזקת ג' שנים היא משום דשתק ורגלים לדבר שמכר לו, יש לחקור אם הכונה בזה דהראיה מדשתק שמכר לו היא אלימתא כל כך שאנו מוציאים על פיה ממון מהמוחזק, דאנן סהדי דודאי מכרה לו. או דע"י הרגלים לדבר איתרע המוחזקות של המרא קמא, ומשו"ה נאמן המחזיק בטענתו, ולא משום דבודאי היא שלו.

והנה הרשב"א (כ"ט ע"א ד"ה אלא) כתב וז"ל "תלת שנין מזדהר איניש בשטריה טפי לא מיזדהר, כלומר שזה [הבעלים] יודע דטפי לא מיזדהר, כי לא מיחה תוך שלוש מיחזי כמערים לשתוק עד שיאבד זה ראיותיו". והנה ודאי לא מסתבר לומר דבסיבה זו לבדה שהבעלים מיחזי כמערים, אמרינן דהוא ודאי משקר, ומוציאים הממון מחזקתו. אלא משמע ביאור דבריו על דרך שנתבאר, דמחמת זה דמיחזי כמערים איכא ריעותא במוחזקות שלו, ואדרבה המחזיק בה ג' שנים נעשה מוחזק בה.

ונראה לבאר כן גם בדעת הרמב"ן. דהנה הרמב"ן (ל"ה ע"ב ד"ה וה"מ) הוכיח דלא כהי"מ דבאומר לפירות הורדתיו נאמן אפילו לאחר ג' שנים, וכי תקון רבנן חזקה היכא דלא טען אבל אי טעין ואמר לפירות הורדתיו אין חזקה מועלת. דא"כ גם אם לא טען יהא נאמן לומר פלוני גזלנא במיגו דאי בעי אמר לפירות הורדתיו, ואף דמיגו במקום עדים לא אמרינן, האי חזקה דג' שנים לאו כעדים דמיא ומיגו במקום חזקה דג' שנים אמרינן, ע"ש.

והנה אי נימא דגם לאחר ג' שנים נקרא המרא קמא מוחזק, ואעפ"כ מוציאין הממון ממנו בהאי חזקה, על כרחך דהחזקה דג' שנים אלימתא היא, ומועילה כמו אנן סהדי שמכר לו, ועכ"פ הויא חזקה אלימתא יותר משאר חזקות, דאל"כ איך אנו מוציאים הממון מחזקתו על פיה. וא"כ שוב לא שייך לומר מיגו,

דהוי כמיגו במקום עדים57וגם במקום חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו מספקא לן בפ״ק (ה׳ ע״ב) אי אמרינן מיגו, כ״ש כנגד האי חזקה דאלימא להוציא ממון דלא נימא מיגו. אלא שי״ל דשאני התם דהלווה בחזקת חיוב. [א.ה. עי׳ תוס׳ כתובות (ט׳ ע״ב ד״ה לא דקא טעין)].. ומוכח מזה שגם לפי הרמב״ן ע״י הרגלים לדבר שמכר לו רק נעשה ריעותא בחזקת מרא קמא שלו, ושוב נעשה המחזיק מוחזק, ולכן מחזיקים אותו בשדה בחזקה זו. ולא מכח האנן סהדי שמכר לו. ושפיר ניחא דמהני מיגו להוציא מכח חזקה זו שהוחזק בה58ועי׳ בתומים שכתב שהמערער נאמן במיגו. ולכאורה כיון שהמחזיק מוחזק הוי מיגו להוציא. ואפשר משום דמיגו דאי בעי שתיק אמרי׳ גם להוציא כמש״כ תוס׳ (ב״מ ב׳ ע״א ד״ה וזה), ועיין. [א.ה. גם י״ל ע״פ הקצה״ח (פ״ב ס״ק י״ג) דלא אמרי׳ מיגו להוציא אלא כשמוציא ממוחזק שהוא גם מ״ק. ועי׳ ש״ש (סוף ש״א) שביאר כן בכונת תוס׳ ב״ב (ל״א). משא״כ הכא שהמחזיק רק מוחזק בשדה ולא מרא קמא. ובפרט דזה שכנגדו הוא המרא קמא וי״ל דבכה״ג אמרינן שפיר מיגו להוציא מהמוחזק. ועי׳ תרומה״ד (שי״ד), ואכמ״ל].. ובאמת הרמב״ן בלשונו כאן הזכיר שתקנת חכמים היא שנעשה מוחזק בג׳ שנים, ומבואר שאינו ראיה מוכחת ממה שמכר לו ולא הקפיד, אלא שיש בזה תקנ״ח שנקרא מוחזק וכמש״נ, ודו״ק.

[ובזה תתיישב גם דעת הרמב״ן במקו״א.

דהנה הרשב״ם והתוס׳ נחלקו לקמן (ל״ג ע״א) אי חזקת ג׳ שנים בעיא שבועת היסת או לא. דהרשב״ם (שם ד״ה מהימננא) כתב דאינו נשבע משום דחזקת ג׳ שנים במקום שטר קיימא. והתוס׳ (שם ד״ה מיגו) ס״ל דבעי שבועה. ולפו״ר נראה דנחלקו בגדר חזקת ג׳ שנים דלהתוס׳ הוי רק מתקנ״ח ובעי שבועה. אבל להרשב״ם הוי הוכחה ולא בעי שבועה. ובאופ״א קצת י״ל דבאמת גם להרשב״ם עיקר החזקה היא מתקנ״ח, אבל לאחר שכבר תיקנו חכמים שלאחר ג׳ שנים יהא נאמן ממילא שוב יש הוכחה גמורה דודאי מכרה, הואיל ויודע שיקנה ולא מיחה, וכמש״כ בשער המשפט (סי׳ ק״מ אות ג׳) סברא זו, ע״ש. וכן צ״ל בלשון הנמוק״י דס״ל דהוי תקנה ואעפ״כ כתב הטעם דהו״ל למחוי ולא מיחה, ודו״ק.

עכ״פ לכאורה צ״ע בדעת הרמב״ן שהביא שם שיטת הסוברים דלאחר שהחזיק ג׳ שנים צריך לישבע, ולשיטתו דהוי הוכחה מדלא מיחה אינו מובן למה צריך לישבע. ומוכח מזה כמש״נ דהחזקה מהני רק ליתן לו דין מוחזק מדלא מיחה, וכפשטות לשון הרמב״ן שכתב דרגלים לדבר, דמשמע שאין זו הוכחה גמורה אלא רק רגלים לדבר לתת לו דין מוחזק, וכמש״נ.

אמנם יש לדחות זאת, דהרי בעליות דרבינו יונה כתב ג״כ כסברת השער משפט הנ״ל דמדלא מיחה אמרינן דודאי זבנה לפי שהטילו חכמים עליו למחות וכו׳. ואעפ״כ ס״ל (ל״ג ע״א) דצריך לישבע. ועל כרחך צ״ל דלפטור משבועה צריך הוכחה גמורה כמו עדים, עי׳ בבהגר״א (חו״מ ע״ח אות י״ז) גבי אין אדם פורע תוך זמנו שפטור משבועה משום דהוי כעדים. ולפ״ז אפש״ל גם לפי

דעת הרמב"ן דאף דהוי הוכחה שהיא שלו, מ"מ אין זה מספיק הוכחה כדי לפוטרו משבועה, ועיין.

ובשער המשפט (ק"מ אות ג') הוכיח מדברי הרמ"א אה"ע (קכ"ד) דחזקת ג' שנים מהניא מדאורייתא מדנאמנת שנתגרשה ע"י העבד שהחזיקה בו ג' שנים. ולפ"ז מוכח דחזקת ג' שנים נחשבת כעדים ממש. וצ"ע שבשו"ע (חו"מ קמ"א ס"א וס"ד) משמע שפוסק להלכה דבעי שבועת היסת. וגם הרמ"א נראה שהסכים לזה. ואם חזקת ג' שנים הוי כעדים להתגרש על פיהם, אמאי בעי שבועת היסת. וצ"ל דלעולם החזקה אינה כעדים, ומה שנאמנת להתגרש ע"י החזקה צ"ל כמש"כ השער המשפט שם בסברתו השנית, דהוא רק בצירוף החזקה דאשה שאמרה לבעלי גרשתני נאמנת, ע"ש].

ולפ"ז מיושבת הקושיא הנ"ל על הרמב"ן דבמקום ספק אם אכל ג' שנים אמרי' למחזיק לברר אכילתו. דגם לפי הרמב"ן בתוך ג' שנים דהו"ל לאזדהורי בשטר, כיון שאין לו שטר איכא ריעותא בהדין מוחזקות שלו, ונשאר המרא קמא מוחזק. ולכן בספק אם אכל ג' שנים עליו לברר אכילתו ולהוכיח שאכל ג' שנים דאל"כ אינו מוחזק כלל.

ועדיין צריך ליישב הקושיא מדברי הרמב"ן דגם בקטן שאינו יודע לאיזדהורי בשטרא לא הוי חזקה בפחות מג', דא"כ מי שאין לו דעת הרויח. וזה לכאורה אינו מיושב עדיין, דבכה"ג שאין הריעותא דלי"ל שטרא למה לא אמרי' שהוא מוחזק מיד. וכן קושית השער משפט מיורש שאין בו הריעותא דאחוי שטרך ולמה לא הוי חזקה בפחות מג' שנים.

אמנם הנה בגמ' (כ"ט ע"א) קאמר דתרתי לא קפיד תלת קפיד, ופריך הגמ' א"כ נתת דבריך לשיעורין, ומשני, דעד ג' שנים מזדהר איניש בשטריה. ולפי המבואר מלשון הרמב"ן בחי' (ל"ה ע"ב) הנ"ל, שהחזקה היא תקנת חכמים שנתנו לו דין מוחזק כנ"ל. וצריך לומר דעד ג' שנים דרגיל ליזהר בשטר ויש לו דין מוחזק ע"י השטר לא נתנו לו חכמים דין מוחזק מחמת האכילה. ורק לאחר ג' שנים שאינו רגיל להזהר בשטר, ראו חכמים ליתן לו דין מוחזק ע"י האכילה לבד. וכיון שלא נתנו חכמים דבריהם לשיעורין, קבעו דעד ג' שנים דיש האפשרות להחזיק בקרקע ע"י השטר, לא נעשה מוחזק, וא"כ אין הדבר תלוי באם הוא רגיל ליזהר בשטר או לא, וממילא גם קטן אינו יכול לטעון שלא נזהר בשטרו, ובפרט שגם הקטן יכול הי' להזהר בשטרו ג' שנים, וסוף סוף לא תיקנו שיהא מוחזק ע"י אכילה עד ג' שנים. וכן ביורד לא הוי חזקה עד ג' שנים מה"ט דלא נתנו חכמים דין מוחזק אלא לאחר ג' שנים, ודו"ק.