

כפר

עדה יצחק

עמ"ס כ"ב

פ' איוולת נשד, פ' הכותב לאשתו

נחמד בעדה"ח ע"י
יצחק שפדן

פערה"ק ירושלים תככ"א
שנת תשנ"ג לפ"ק

תוכן:

א-מג	פ' השותפין
מד-נא	גליונות בשולי הכר"ש בפ' השותפין
נב-קב	פ' לא יחפור
קג-קיא	גליונות בשולי הכר"ש בפ' לא יחפור
קז-קלז	פ' חזקת הבתים
קנז-רנו	פ' יש נוחלין
רנח-רסה	פ' מי שמח
רסו-רצב	פ' איחזו נשך
רצג-שכה	פ' הכותב לאשתו

שאלות תורה

למדן נר ישראל ושכבה"ג הגדו"מ שך שליט"א
ולגאון רבי מענדל אטיק שליט"א
לאמי מרת אילה ולסבתי מרת נחמה אבן-חן
שתמכתן איפשרה הדפסת ספר זה

מפתח לעניינים הנדונים בהרחבה, ולמקצת מהעניינים שבאו שלא במקומם.

פרק השותפותן

- ג' א', על הוד"ה רב אשנ.
ו' א'.
שם.
שם.
שם.
י"ב ב'.
י"ב ב'.
י"ג א'.
על הכר"ש סי' ג'.
במהות קניין חוקה
בעניין חוקת תשמישין
במחלוקת אי שפירות היו קניין גוף לפירות
בריטבי"א על ב"מ צ"ט א'
בסוגיא דזה נהנה חזק אינו חסר
בדברי הגר"ח פ"ב מהל' שכנים
במדר מצוות פור"ר
בעניין חיוב נהנה משל הבוחר

פרק לא יחפור

- כ"ב ב', ועל הכר"ש סי' י"ח.
כ"ג א', על הוד"ה והא.
בעניין קניין חזקה בנוקדן
בעניין ספק בהרחקת נוקדן והחילוק בין ספק איסורא לספק ממונא. [בדברי
הגר"א קנ"ח ס"ק ה', הכר"ש סי' ט"ז, והגרע"א בק"י דנוקדן]
כ"ג א'.
כ"ז א', על הוד"ה זקא.
אשו משום חיצו ברין גררי דילי.
ביסוד עניין אשו משום חיצו וכוהו כ"ז א', על דברי הגר"ח פ"א מהל' שכנים.

פרק חזה"ב

- כ"ח ב'.
מדרג בעיני טענה בחזקת ג"ש לשי' הולכי אושא
בדין חזקה מה שתח"י של אדם שלו [בר"ן כתובות פ"ה א' גבי מלוגא דשטרין]
שם [ס"ק ד'].
שם [ס"ק ד'].
כ"ט א', ומ"א ב'.
ל' א'.
ביסוד דין חזקת ג"ש
בעניין מינו חוץ לב"ד
בעניין הפה שאסר ומיגו
כ' כתי' ערדים המכחישות זא"ז
שם.
שם.
ביסוד דיני חזקה דמעיקרא [וכסוגיא דריש נדה]

פרק איזתו נשך

ביסוד החיובי החלואה איזתו משום הפסיקה לחוד, ואם יוכלה לחייב חפץ

רש"פ' איזתו נשך.

שם: בסוגיא דר"פ הוזתב

שם: במתני"א חל רבית ס"ב כ"ב

ס"א א' א': בעניין אם קנה המלואה הרבית ואי מהני מחילה ברבית

ס"ב ב' ב': על רש"י ורמב"ם דמלואה קונה

ס"ב ב' ב': על תורה דבר דבר שלא בא לעולם

פ"ג א. א': ביסוד עניין קניין דבר דבר שלא בא לעולם

פרק הכותב לאשתו

פ"ג א. א': ברין סילוק, ואי מהני בדאורייתא

שם: בעניין מתנה על מש"כ בתורה [ובתוס'] כתובות י"ז ובפרב"ש כ"מ ס"ר, ל"ז ל"ח.

פ"ד א' א': ובר' הגרע"א בתורע"א פאה ספ"ח

פ"ד ב' א': בעניין שעבודא דר"ג, ובתוס' פסחים ל"א א' ד"ה משתעבדנא

פ"ד ב' א': במדר סימטא לעניין קניינים

פ"ד ב' א': קונטרס ביסוד סוגיא דמכירת שטרות

ל"ב א': בסוגיא דכתובות כ"ז ב' [ובש"י רבינו יצחק בר ברוך בתוס' שם]

ל"ב א': בעניין אי חזקה האם מהני לכת [ובדברי רש"י קידושין ס"ז א']

ל"ב א': על תורה אגף.

ל"ב א': בשרש עניין המחלוקת אי תרי ותרי הוי סד"א או סד"י

ל"ב ב': ביסוד עניין מינו

ל"ב ב': בעניין ספקא דדינא

ל"ב ב': על תורה והלכתא

ל"ב ב' ב': על חזקה ממון וחזקה מרא קמא במטלטלי ובקרקע.

שם: בדברי תוס' כתובות ע"ז א' ד"ה על ותוס' ב"מ ק' א' ד"ה ולחזי,

שם: ובעניין אי חזקה ממון מהניא לאיסורי

ל"ג א' א': בעניין טענין אי טענין טענת ברי

ל"ג א' ב': בעניין חזקה מה שתח"י של אדם שלל, בסוגיא דנסכא דר"א,

ל"ג א' ב': וברברי הגרע"א בריש מפילתיין על תורה לפיכך

ל"ד א': ביסוד עניין חזקה מה שתח"י של אדם שלל ואי מהני נגדה תפיסה

ל"ד א': [ובדברי הגרע"א ט"ז ל"א]

ל"ד א': בשיטות הראשונים בסוגיא דנסכא דר"א מרדע לא מהני מינו נגד הע"א

ל"ד ב': ביסוד דין כל דאליס גבר

פרק יש נוחליין

קונטרס ביסוד עניין ירושת בכור [בעניין תפוסת הבית, במחלוקת רמב"ם ושאר

ראשונים ביסוד גדר שותפות, בסוגיא דמכירי כהונה, ועוד] מחילת פרק יש נוחליין.

ק"ג ב' ב': בסוגיא דמכירי כהונה.

שם: ברין דמתנות כהונה חן ממון השבט

שם [ס"ק ו' והלאתא]: ברין שלוחות אי השליח יכול לעשות עצמו שליח וסגני בהתמצות הכעלים

ק"ד ב': בהא דב' הראשונים דרבית הוי שכירות מעות אי הוי שכירות המעות

ק"ד ב': או שכירות הלואה

ק"ד ב': קונטרס ביסוד עניין קניין פירות, ונפלוגתא אי כקד"ג דמי או לא, ושאר עניינים בזה

ק"ד ב': ק"ד ב'.

פרק מי שמת

ק"ט א': בפרק אי בע"ח נטל בראוי

ק"ט א': בפרק אי בע"ח נטל בראוי

פרק דשותפין

והטעם דאין הדין כדא"ג משום דהוי כב' אחוין בטלית, ע"י בקצה"ה קנ"ז ס"ק ג', וע"ע בזה לקמן].

והק' במהרש"א דהתוס' לא הוי צריכים בקושייתם להק' דאף כלא דינא דמתני' לא תועיל תפיסת הא' בנפול לרשותו מטעם דהוי תפיסה לאחר שנוול הספק, אלא הוי יכולין לומר בפשיטות יותר דהטעם דלא מהניא תפיסתו בנפול לרשותו כיוון דשותפין לא קפדי אהדרי. וה"י דרק הינא דה"י ידוע כודאי שהוי שותפין בנפול שייד ל"י דלא מהני התפיסה משום שותפין לא קפדי אהדרי.

אבל הכא אין זה מכורר שהוי שותפין, וזה גופא הספק דהמחזק טוען שלא הוי שותפין כלל ואין להוציא מתפיסתו מספק שמא הוי שותפין. וע"י גם במהר"ם ש"כ כ"ן.

ובתירוץ קושייתם ביארר התוס' דהוי דהוקשה לגמ' לקמן דהק' פשיטא.

וה"י הגמ' דאם שהוי הרבה ברשות ה' שנופל לרשותו או נעשה מחזק מדין חזקה מה שחת"י של אדם שלו ואם לא היינו יודעים דינא דמתני' דכופין זאי"ז לבנות הכותל היינו שהיינו יודעים דינא דמתני' דכופין זאי"ז היינו אומרים דיהא הא' מחזק כיוון דשהו ברשותו הרבה, שה"י לא יתכן דיהא מחזק דשותפין לא קפדי אהדרי, ותירצו דכשהו הרבה תו' ליכא למימר דלא קפדי אהדרי.

ומכונא בדברי התוס' דגם כלא שדייננו יודעים דינא דמתני' דכופין זאי"ז לבנות הכותל ה"י שייד לומר כזה שותפין לא קפדי אהדרי, וזהו להדיא דלא כהמהרש"א ומהר"ם. וכמהר"ם כ"י על דברי תוס' אלה דזהו לאחר דידעינן דהכותל הוא בשותפות ואז אמרינן דשותפין ל"ק אהדרי, וע"ע סוכא

ב' א' תו"ד"ה לפיכך.

(א) קושיית התוס' דגם אם לא היינו יודעים דיכול כל א' לכוף חבירו לבניין

הכותל [ודאן און סהדי שבנו בשותפות]. נמי ה"י הדין דאפי' נפל לרשותא דחד מינייהו לא מהני תפיסתו לזכות בכל, וחבירו להוי המעשה, אלא יצטרך להחזיר חצי לחבירו. ולכן קשה מאי דתנן לפיכך כו'.

והטעם דלא מהני תפיסתו כמב' התוס' משום דתפס לאחר שנוול הספק.

דחוקת ממתן דאמרינן מן הסברא דכאיב ל"י כאיבא אזיל ל"י אסיא זהו רק הינא דכשבא הספק לפני ב"ד המצב הוא דהממוז ברשותו חד מינייהו, ואז ב"ד מכריעים ואין להוציא מחזקתו מספק, אך אם כשבא הספק לפני ב"ד הממוז אינו ברשות א' מהם, נפסק הדין שיתלוקו, ואחרי שכן הדין, אם משתה יתפוס א' מהם ה"י כחוסף לפנינו ממתן המחזק לחבירו, וכזה קיי"ל בב"מ ר' א' דהקפו כה"ל מוציאם מידו ונייש כמה דוכתי בתוס' דס"ל דבטוען ברי מהני תפיסה אף לאחר שנוול הספק, אך רבים החולקים וגם בתוס' יש דס"ל דלא מהני טו"ב, וע"י באורך לקמן ל"ב ב"ן.

והכא ס"ל להתוס' דמיד כשב"ד חזו הכותל בנייהם התעורר ספק שמא כנאו א' מהם לכדו, ומיד הוכרע הדין דיתלוקו, ואם יתפוס מכאן ואילך הוי תפיסה לאחר שנוול הספק והתוס' ס"ל דכהכרח צ"ל דכשהכותל עמד כין תצדוהתם כבר התעורר הספק לכ"ד, דאל"כ אין זה דרד"מ וה"י ראוי להיות בבקשה שאין שום סימן לא' מהם שיהא הדין כדא"ג ונדחתו, לא ס"ל דמה שאין כלל חזית זהו גופא סימן דהוי של שניהם. וע"י שמ"ק דשאר ראשונים פליגי וס"ל דהספק התעורר רק עם טענותיהם, ולפני כן לא הסתפקו הב"ד,

דמתני טר"ב. ורוב הראשונים לא ס"ל דמתני טר"ב ועי' במשנת' לקמן ל"ב ב' כזה.

(ב) הקונשיא הב' שהוקשה לחז"א דבלא מתני אם א' ה"י טוען כולל שלי וא' הציז שלי, ה"י הד"י דחולקין וכיע ר"י רב"ע. ואחרי דידעינן מתני' יחלקו מחצה ומחצה. ולכן הוכיח לפרש דגם לפני שרדענו מתני' ה"י הד"י להחזיק כאילו כדאי לכל א' מחצה.

ולענין ד"ל דהנה כסוגיא דריש שנים אחזין ליכא דרד"מ כמבואר בגמ' שם ריש דף ג' [והטעם אינו משום דהחזקה מה שחת"ח של אדם שלו מורה שהטלית של שניהם בשותפות, דאין הבי"ד דנים עפ"י חזקה זו כיוון דלא באה לפניהם טענה דהטלית של שניהם, אלא רק שתי טענות 'כולה שלי', ואין א' מהטענות כהחזקה מה שחת"ח של אדם שלו המורה דלכל א' הציז מהטלית. וחזקה זו רק מהניא למנוע מהבי"ד האפשרות לפסוק כדאיג, ועל דרך שנכתב באור כשהש"ח כדברינו בתחילת פ' שנים אחזין עש"ה. אך מ"מ מאחר דלא מתחשבינן בחזקה מה שחת"ח של אדם שלו לגבי הפסק על הטעלות על הטלית, א"כ אין הפיסתם מוכיחה מאומה על הטעלות וה"י הטלית כארכא דאין שום אדם תפוס בה וליית בה דרד"מ כמבואר לקמן ל"ה.

ואין לבי"ד שום סיבה לעורר ספק שמא היא של א' מהם יותר משאר אינשי דעלמא וטענותם אינן סיבה לעורר ספק אצל בי"ד. כפי"ש לקמן ל"ב ב' ע"ש.

וע"ש בה"י הגוישי"ש שם סי' ד' שה"ק מדעי' בא' טוען כולה שלי וחבירי חצי שלי נטל ג' רב"ע, דעיני זה אינן חלוי בשנתם, דהרי כאן הם לא רק כמותקים אלא כגוד דחזקה דמה שבדי אדם שלו הוא, ומכיוון דמוכח מהחזקה דחצי שלו מדוע יפסידו מחמת טענת חבירי. וע"ש שרצה לחזק דמחזקתו מוכח רק שהוא שותף אך לא ידעינן כמה חלקו. וכעצמו כ' שם דזה אינו נראה

בין ועי' קמ"ל דלא מהני טענתו שלקח, ועי' הטעם משום דשותפין ל"ק אהדי. דאי מטעם דתפלתן לרשותו אינה מוכיחה מאומה על בעלותו, וכמו גודרות, מ"מ כשהו זמן אורח שפיר מוכח בעלותו כפי"ש תוס', וכן איתא ברשב"א ריש חז"ה"כ לגבי גודרות, והגמ' לא חילקה בזה [וכבר"ה הוכח בתוך פירוש"י ג"כ נ"ר דמפרי' כהר"ף].

ש"ס.

(א) עי' חז"א ב"ב א' סק"ז לפי בקו' התוס' דגם בלא ידעינן דכופין זא"ז מחזקין. הכותל בחזקה שותפות ונקיטין דכוראי כל א' בעלים על הציז כותל. אמנם מלשון תוס' מבואר להדיא לא כך, שהרי הציזכו ל"י דאפי' לרבנן דסומכוס חולקין, וכמכו בפירושו דהחלוקה מספק.

והחז"א נרחק בזה מבח ב' קושיות. קושיא א' דהתוס' כפרק השואל [ב"מ ק' א'] כתבו דמתני תפיסה כטוען כרי אף לאחר שגולל הספק וכפי"ש הרא"ש בסוגיא דתקפו כהן, ותוס' כתובות כ' א'. ולזה ביאר החז"א דהכא לא מועיל אף בטוען כרי משום דלא מחזקין הכותל בספק כולל, אלא בחזקה שותפות כוראי. ואפי' דלשון התוס' אינו כן כ' דקיצרו בלשונם.

ולענין משום הא"צ להציא דברי התוס' מפשוטם, דקוה"ס ב' ז' כבר כ' דהתוס' כאן ס"ל כדעת רוב הראשונים דלאחר שגולל הספק תו לא מהניא תפיסה מהמחזק אף כפי"כ [והכא ה"י כמותקו ברשות שניהם כמבואר היטב בקוב"ש אות ח' ע"ש] ודלא כתוס' פ' השואל וכתובות. שהרי מאי דמתני טרי"ב לתפוס אחר שגולל הספק הוא סברא מחודשת [עי' הביאור בזה לקמן ל"ב ב'] ובס"ד דהתוס' ככתובות כ' וכתשואל לא סברו כן. ובכתובות כתבו עוד ב' הירוצים מלכד זה. ובתוס' כתובות ע"ז א' ד"ה על ס"ל בה"י הא' דלא מהני טרי"ב, ורק אח"כ הביאו דעת ריב"א

אינו דבר המכורר שהוא כשותפות וכפי"ש מהרש"א. רק המה דתימא בגמ' לא בא רק לומר מה היינו אומרים לפני דידעינן דינא דמתני', אלא גם אחרי דידעינן רישא דמתני' ה"י סלקא דעתך דבנפלו לרשותא דחד מיניהו יזכה בהם [שהרי הוצרך לחזק גם מדוע אחרי דקמתי רישא דמתני' הוצרך עוד למתני לפיכך, דג"ז נכלל בקונשיא]. והס"ד הוא משום דנהי דאחרי דקמתי רישא דמתני' אינו נאמן לטעון שבנת, מ"מ ודאי נאמן לטעון לקוח, שהרי אין סתירה לזה מדינא דמתני' ומסייע לו החזקה מה שחת"ח של אדם שלו. וא"כ אחרי דבאמת נאמן לטעון לקוח ידא נאמן גם לטעון אני בנתי' כמזנו דלקוח. וכלפי סלקא דעתך זה העירי התוס' שהרי אחרי דידעינן דינא דמתני' ומכורר לן דהווי שותפין א"כ כיצד יתא נאמן לטעון לקוח הרי שותפין ל"ק אהדי וממילא אין לו כלל החזקה מה שחת"ח של אדם שלו. ומיזשב היטב דברי המהרש"א דהמהר"ם בעזה"ש"ת [ועי' לקמן ל"ג ב' על תר"ה ואי שתי' עוד כדברי התוס', וע"ש שהבאנו בארכות דברי הגמ"ט ד"ל כסוגיין, ונתבאר בעזה"ש"ת באורך גדול החזקה דכל מה שחת"ח של אדם שלו].

(ב) ועי' ר"ף על הגמ' פשיטא כ"י דכ' ושמעין מהא דמלוא דידעינן דיוכולין שותפי כ"י. ע"כ. ועי' דאחרי דידעינן דיוכולין לכפות זא"ז לבנות ידעינן דבניהו כשותפות ולכן א"צ ואי' להוציא מהמחזיק גם אם שותפין קפדי אהדי וחזקתו חזקה. ומ"מ אם אין בה ברור גמור להוציא מחזקה, א"כ תו אין לסמוך חזקתו מטעם דשותפין ל"ק אהדי. והני' דהרי"ף פ' קושיית הגמ' כפשוטה, דלאחר דתנן דיכולין לכפות זא"ז תו לא אצטרך למתני לפיכך, ודלא כפירוש"י. ומ"ש הגמ' מהו דתימא כ"י ע"כ מירי שיטען דמחזיק לקוח, או אני בנתי' כמנו דלקוח וס"ל דלא הוי כמנו במקום עדים אלא כמנו במקום חזקה דהוי קולא לנתכב [עי' לקמן ח' דמתני' ובהו ארוחא גם ה"י מרווח לקוישית גלין השי"ש כאן. דהגמ"ע כהשי"ש ה"י אחרי דנעשה כאבי הכותל חזקה כל מה שחת"ח של אדם שלו, א"כ כמו שנאמר מכה חזקה זו לטעון לקוח כן נאמן גם לטעון אני בנתי'. ומאי דלא מחזקין אינשי כנולני, ומחזקין דאינו שררה ברשותו כגול אלא בהיתר, הוי חוכה שבאמת הוא כנאה לבדי, באותה מידה דהוי חוכה שקאנה, ומדוע הציזכו תוס', לומר דמאי דמהמנינן ל"י שבנאה לבדי הוא רק משום מינו דלקוח.

וללמשנת' בעזה"ש"ת א"ש היטב, דבאמת ללא דינא דמתני' ה"י נאמן לומר דכנאה לבדי אף בלא מינו דלקוח, וגם לא ה"י שייר דלקח, דשותפין לא קפדי אהדי. שה"י

אנו דבר המכורר שהוא כשותפות וכפי"ש מהרש"א. רק המה דתימא בגמ' לא בא רק לומר מה היינו אומרים לפני דידעינן דינא דמתני', אלא גם אחרי דידעינן רישא דמתני' ה"י סלקא דעתך דבנפלו לרשותא דחד מיניהו יזכה בהם [שהרי הוצרך לחזק גם מדוע אחרי דקמתי רישא דמתני' הוצרך עוד למתני לפיכך, דג"ז נכלל בקונשיא]. והס"ד הוא משום דנהי דאחרי דקמתי רישא דמתני' אינו נאמן לטעון שבנת, מ"מ ודאי נאמן לטעון לקוח, שהרי אין סתירה לזה מדינא דמתני' ומסייע לו החזקה מה שחת"ח של אדם שלו. וא"כ אחרי דבאמת נאמן לטעון לקוח ידא נאמן גם לטעון אני בנתי' כמזנו דלקוח. וכלפי סלקא דעתך זה העירי התוס' שהרי אחרי דידעינן דינא דמתני' ומכורר לן דהווי שותפין א"כ כיצד יתא נאמן לטעון לקוח הרי שותפין ל"ק אהדי וממילא אין לו כלל החזקה מה שחת"ח של אדם שלו. ומיזשב היטב דברי המהרש"א דהמהר"ם בעזה"ש"ת [ועי' לקמן ל"ג ב' על תר"ה ואי שתי' עוד כדברי התוס', וע"ש שהבאנו בארכות דברי הגמ"ט ד"ל כסוגיין, ונתבאר בעזה"ש"ת באורך גדול החזקה דכל מה שחת"ח של אדם שלו].

הוצרך כדי לפטורו מכותל למחול האיטור לעמוד ולראות להדיא, שמה יכול להזהר אף בלא כותל. אך אין זה נראה כלל.

והנלענעדי דכוונה הרא"ש דהמחילה היא על חוב המזון לחור. והאיטור לעמוד ולראות להדיא אינו גורם לחיוב כותל דאפשר להזהר גם בלי כותל, ומה שראוה ממילא ע"י שמשמש בשותו. הוי ככל נזקי שכנים שמאחר דיעקר מצעדה אינו לילך ולהזיק בשל חבירו אלא להשתמש בשלן, וההזיק כא ממילא, נפק מאיטור מזיק, ואם חבירו מחול על זכויותי לעכבו חו אין איטור כלל כמה שמוזיק, ותבאר אי"ה עניין זה באורח לקמן פ' לא תפטר [וע"י ברכ"ש סי' י"ג י"ד ועוד].

ב) והנה דעת הרא"ש בכל נזקי שכנים דכענין חזקה ג"ש וטענה.

וכפשוט הטעם דכענין טענה משום דמחילה בעלמא בלא קניין לא מהני, וע"י רשב"א לקמן כ"ח ריש ע"ב כשיטת הגאונים דלמאן דס"ל דנקנה במחילה בעלמא א"צ טענה דמדארכא עדים ששתק ה"ז כעדים על המחילה עצמה ותו א"צ שום טענה. משא"כ אם בעינו לעשות משתקתו אומדנא דמסתמא מכר זה ל"א בלא טענה כמבואר באורח לקמן פ' חדה"ב יעו"ש. וכן הכין ברעמו ככהג"א סי' קנ"ה ס"ק ק"ז עש"ה וכו"כ בנתיב"מ שם ס"ק כ' ע"ש. וכאן גבי כותל סגי במחילה לחור.

והטעם נלענעדי דכל נזקי שכנים החיוב על המזיק הוא להמנע מלהזיק, וע"ז לא שייך מחילה, דרק כשתבירי חייב לו איזה ממון ומחול לו, זוכה באותו ממון ופקע החוב. משא"כ הכא, דאחרי שיחזור בו ממנו הרשות למחוק שוב היא עליו החיוב להמנע, דאין כאן דבר לזכות בו.

אמנם ה"זק ראי' אינו ככל נזקי שכנים שאסרו להזיק. דאם נאמר כן ה"ז מחילה ה"ז הוא שאסרו להשתמש בחצירו, וכניית הכותל הוא רק עצה טובה שלא יפסיד רשותו. ואם נאנס שלא לעשות כותל, או בזמן

ויעניין ברשב"א שה"ז ג"כ כהחזו"א דחלוקו רביע וגי' רכעים. ולפ"י י"ל דקשייתו היא דווקא למש"כ בהמשך דבריו דהטעם נולד רק משעת תעצומותיהם ודלא כחוס'. ולכן כיוון שמתעצמים רק על חצי החלוקה רביע ורביע וצ"ע.

רא"ש פ"ק סי' כ'.

ע"י חזו"א סי' א' סס"ק ט' דכ' דכוונה הרא"ש דכהכרח נמחל איטור ה"זק ראי', ולא יתכן שנמחל רק חוב המזון לכנות כותל ולא עצם האיטור, דאם נשאר האיטור בעל כוחו יחייב לעשות כותל, והטעם דיכול למחול על האיטור, אף דבקצת את כוחו לא מהני מחילה ואפי' בקניין, משום דכאן המזיק נהנה שנפטר מחוב הכותל. יעו"ש לשונו ה"ק.

ובעניונו תמהים בעיני דברי מרן ז"ל, דמה שהילק דבקצת את כוחו אפי' בהקנה כחותו לא מועיל דכיוון שאין למזיק שום ריווח אין כאן שום חלות, משא"כ בנר"ד כמוריה חוב הכותל, זה יעוויי רק אם המזיק יעשה קניין לזכות ברשות לחזיק ובחוב הכותל, אך במחילה בעלמא כמש"כ הרא"ש זה לא יתכן כלל, דהאיטור לחזיק אינו חוב ממון שאפשר למחול עליו, באופן שיפקע ולא יוכל לחזור בו. ועוד הלא מסתבר דמחמה ריווח צרדי נעשה עצם החזיק דבר שיכול לחול עליו קניין או מחילה [ואח"כ זכינו בעשהש"ית להכין היטב סכרת החזו"א ז"ל דמחמת הריחות יוכל לחול הקניין ע"י בזה באורח לקמן בדברינו על דף קל"ז ב' בסס"ק ח"ל].

וכיותר קשה דכסי' קנ"ז סעי' ד' בהג"ה כ' דמי שהחזיק בחלון על הצד חבירו אסור לו לעמוד ולראות. ולמדנו דאין במחילה חוב הכותל גם מחילה על האיטור, ואחרי דמחילה הו' אין האיטור גורר חיוב כותל חדש [ווי"ל כדחוק דהתם מחל האיטור שבהכטה הבאה ממילא ע"י שמשמש בשותו אין לא

שניהם. וממילא הוי דרד"מ דמתעורר ספק אצל כ"י שמה הכותל כולו של א' מהם דלגבי בניית הכותל הוי כאילו רק שנדהם אחנייהו בעלמא, ורדאי לא כבאו אדם אחר שאין לו חצר סמוכה לכותל ואמנם בשמ"כ כ' דאף ככותל אין המתעוררת ספק לפני שבאו טענותם לכ"י ופליג על החוס' ע"ש].

וכדרד"מ הטעם ולא אמרין כל דאלים נבר ומכבואר לקמן ל"ה] משום דלפני טענותיהם יש לכ"י צד שלפני ידוע שהמזון של אחד וצד שלפני מבורר שהמזון של השני [דקורבת הצצר לכותל מפרדת שהוא בנאה, רק הך בירור איכא גם לחבירו], ולכן אין כ"י מניח לא' לחטוף מחבירו דעל צד הספק דהוא של הנחטף הוי החוטף גולן, וכ"י אינם יכולים להניח לו לגזול אף לא על הספק [וע"י שע"י ריש שער ה', וכמ"ש לקמן כ"ג בספק הרחקה נזקין, דספק איטור גול לא החתן].

ומאחר דאין להפקיע משום אחד מהם זכותו בחפץ שיש לו מכה שיש בירור על צד ספק שהוא שלו אין פוסקים כדא"ג אלא חלוקה [וכארכא אין לכ"י שום התעוררות ספק שמה היא של א' מהם, דאין שום בירור שמורה כן גם לא על צד ספק, ולטענותם אין שום נאמנות ואינו מתעוררת ספק על המציאות היכי מהו, ולכן אין להם למנוע מא' ליטול דבר שלא ידוע מאומה מי בעליו אם הוא טוען שהוא שלי, וכמ"ש ברא"ש ריש כ"מ, וע"י בדברינו שם על תור"ד ויחלוקו ביאור באורח בכל דהן].

ולמעשה מבואר דכותל אף בטוען חציו שלי [וחבירו טוען כולו שלי] יזכה הסוען חציו שלי כחצי, דסיבת זכייתו בחצי היא צד הספק שיש לכ"י שמא הכותל כולו שלי, וסיבה זו אינה נמנעת במאומה כמה שמורה שחצי אינו שלי, ולכן אין לו להפסיד מחמת טענת חבירו וקשישית המרש"ש הנ"ל וז"ל לעי"ד [וע"י מ"ש בזה בר"פ שנים אחדות על תור"ד ויחלוקו].

וע"י כמה שביאר מודע באמה אמרין דכל א' חזינן דמחזיק בחצי. ודונלענעדי קושייתו כפשוטו, דכשהוא מורה בעצמו דמה שתח"י אינו שלי פשיטא דלא שייך לו' בזה חזקה מה שתח"י של אדם שלי. ומאחר דהטוען חצי שלי מורה אינו שלי, א"כ רק על החצי שעליו הוא טוען שייך לו' דתחצי זה תפיסתו ופוכח שהיא שלו. וכאותו חצי גם הטוען כולה שלי תפוס, ומאחר דשניהם תפוסים בו אמרי' דהחזקה מה שתח"י ש"א שלו מורה דחצי זה שייך לשניהם בשותפות ולכל א' יש בו רביע. וע"י מ"ש בזה באורח בר"פ שנים אחדות].

וככותל הנה ה"ק בקצה"ה קנ"ז ס"ק ג' מודע דכסתפק הטעם דלא מתעורר אצל כ"י סיבה להסתפק שמה היא של א' מהם, לפי מה שהעליתו בר"פ שנים אחדות הוא משום דבדין הטלית לא מתחשבינו בחזקה מה שתח"י של אדם שלו ואחרי שאין תפיסתם מורה על בעלותם מהיכי חתי' להסתפק שמה היא של א' מהם יתור מכל איניש דעלמא. ויש שכתבו בר"פ שנים אחדות דהטעם דליכא דרד"מ משום דהחזקה מה שתח"י של אדם שלו מורה דהטלית של שניהם ולכל א' חצי כה, ואין לכ"י לעורר ספק שמה כולה של א' מהם לכדי ודלא כהחזקה [וכר"פ שנים אחדות הארכבו להקשות על זה עש"ה]. אך ככותל אינו כן, דמאחר דמספקתן גם על הקרקע שעליו עומד הכותל ואין בירור דחצי' לזה חצי' לזה, הוי אין כאן שנים אחדות ככותל, דגם על זה גופא נופל הספק מי אחז בו [ודדינו מי בעל הקרקע שעליו הכותל]. אמנם לשינוי תוס' דכתבו דכותל הטעם דל"א כל דאלים גבר משום דרד"מ, כותל אינו דומה לארכא המונחת במקום הפקר, דמה שהכתול

רק על החצי שעליו הוא טוען שייך לו' דתחצי זה תפיסתו ופוכח שהיא שלו. וכאותו חצי גם הטוען כולה שלי תפוס, ומאחר דשניהם תפוסים בו אמרי' דהחזקה מה שתח"י ש"א שלו מורה דחצי זה שייך לשניהם בשותפות ולכל א' יש בו רביע. וע"י מ"ש בזה באורח בר"פ שנים אחדות].

וככותל הנה ה"ק בקצה"ה קנ"ז ס"ק ג' מודע דכסתפק הטעם דלא מתעורר אצל כ"י סיבה להסתפק שמה היא של א' מהם, לפי מה שהעליתו בר"פ שנים אחדות הוא משום דבדין הטלית לא מתחשבינו בחזקה מה שתח"י של אדם שלו ואחרי שאין תפיסתם מורה על בעלותם מהיכי חתי' להסתפק שמה היא של א' מהם יתור מכל איניש דעלמא. ויש שכתבו בר"פ שנים אחדות דהטעם דליכא דרד"מ משום דהחזקה מה שתח"י של אדם שלו מורה דהטלית של שניהם ולכל א' חצי כה, ואין לכ"י לעורר ספק שמה כולה של א' מהם לכדי ודלא כהחזקה [וכר"פ שנים אחדות הארכבו להקשות על זה עש"ה]. אך ככותל אינו כן, דמאחר דמספקתן גם על הקרקע שעליו עומד הכותל ואין בירור דחצי' לזה חצי' לזה, הוי אין כאן שנים אחדות ככותל, דגם על זה גופא נופל הספק מי אחז בו [ודדינו מי בעל הקרקע שעליו הכותל]. אמנם לשינוי תוס' דכתבו דכותל הטעם דל"א כל דאלים גבר משום דרד"מ, כותל אינו דומה לארכא המונחת במקום הפקר, דמה שהכתול

רק על החצי שעליו הוא טוען שייך לו' דתחצי זה תפיסתו ופוכח שהיא שלו. וכאותו חצי גם הטוען כולה שלי תפוס, ומאחר דשניהם תפוסים בו אמרי' דהחזקה מה שתח"י ש"א שלו מורה דחצי זה שייך לשניהם בשותפות ולכל א' יש בו רביע. וע"י מ"ש בזה באורח בר"פ שנים אחדות].

ד'א. ולפיז נ"ו דייזעל חליפן בשכירות, דהנה אמירה זו מצינו רק בקנין היבא שמוזיק שלא בפניו, וכן בקניין משיכה היבא שמושך שלא בפניו [כמב' בב"ק נב. ובסי קצ"ז ס"ג], ובשאר קניינים עפ"י רוב הוא בפניו, ואם אינו בפניו לפ"ד לא מצאתי כעת מפורש אם צ"ל לך הגבה וקני' ורד"א א"ב לא. ודעת רבינו צ"ל דהוא דין כפל קניינים לא. ודעת רבינו צ"ל דהוא דין כפל קניינים שלא בפניו, ומכיון שאינו בפניו צריך שיאמר להדיא שאינו חודו בו ומסכים על הקנין. והצד הכי דכ' רבינו דבעינן דעת הקנאה צ"ל דכקונה לפניו מוחזי מוכח דמקנה, ושלא בפניו צריך שיפורש דאי' דעת מקנה על מעשה ההקנא' עצמו מלבד מה שמסכים על עיקר המכירה. ורד"ז דבעינן דעת מקנה צ"ל דממ"ש דחלו' במחלו' הקצה"ח והנתי"מ משמע דס"ל דזה דין כפל הקניינים, וצ"ל שחזי א"כ כיצד קונה מהפקדן, ועי' ברמב"ם פ"ה מאישות ה"ה דמכורא דאפי' במזיד דאית לי' בעלים ואינו הפקר, רק דבעלים לא מקפיד [והוי דומיא דיאוש דלא יצא מרשות הבעלים, רק דהבעלים לא אכפת לו ב"י, עי' חוסי' במ"ס] סו. ד"ה כיוון, ובשע"י שער ה' עמ' מ"ט] אפי' קנה וא"צ דעת מקנה, ע"ש במל"מ וע"ש ברמב"ם פ"א ממעשרות ה"ב ורד"ק. ועי' רשב"ם ב"ב נג. ד"ה מתנה ור"ה ור"ב כ"ו דכ' להדיא דהטעם דצ"ל לך חזק וקני' הוא לכרד שלא חזר בו המוכר, וכל"ז מספקא לך אי גמר ליחן או לא [ומכורא דאינו משום דצריך הקנאה].

ונלעצ"ד בידורא דהך מילא, דכאמת לא בעינן כלל הקנאה מצד המוכר, וגם אחרי שאמר שמסכים להקנות תו איך ספק כלל דילמא חזר בו, דזה פשוט דאיך להמציא ספק בחינם, ויחנך דאפי' אם חזר בו בלדכו הוי זכרים שבלב. אלא שאחרי דרדיעין דמסכים אבתי צריך לעשה קניין. ויש מעשי קנין שהקונה עושה לברו את כל המעשה וכגון הגבה ומשיכה, ויש ששיקר המעשה חלוי במכר וכגון הקנאת שדה בשטר ויש שנעשה

דחי ק"פ. ולפיז נ"ו דייזעל חליפן בשכירות, מ"מ הכא שעבוד השותפין להשתמש זה בחלקו של זה נראה פשוט דאינו קניין גוף לפירות וכוה כ"ע יורו להחסי' דליבא קניין חליפין. **ג' א. תורה רב אשי כ"ו [ובמדרש קניין חזקה].** צ"כ כטעם חילוק החוסי'. ובמ"מ פ"ב משנבים ה"י חילוק קצת דהבין דס"ל כהר"ף וקמשי"ת לעיל וע"ע. וברא"ש לא ס"ל כהר"ף מדי' דיועיל חזקה האי' מדין חליפין, והביא דברי' החוסי'. וכן מלשונו שביאר חילוקם דלך חזק וקני' בעינן דחוקא היבא שאין לו חלק בו אלא כקניין זה משא"כ בשותפין, משמע דלא מפר' כהמ"מ.

ועי' באהא"ז פ"ב מהלי' שכנים ה"י שפי' לכאר דעת החוסי' והרא"ש, וחז"ד דיש לחקור אי הטעם דבעינן שיאמר לך חזק וקני' משום דכל"ז לא דעינן אי חזר בו המוכר מהסכמתו למכירה, או דודאי דעינן שאינו חודו בו אלא משום "דצורך הקנאה על החזקה שהמקנה יקנה להקונה את הקרקע מדעתו" דגם אם הסכים בכללות שיקנה הלוקח, אכתו לא סגי כזה דבעינן דעת הקנאה מצד המוכר. וכ' דחלו' במחלוקת הקצה"ח והנתי"מ ס"ו רמ"ד סק"ב, דלהקצה"ח בשליח להוליך מתנה לפלוני בעינן דיני' שלחנות, ולהנתי"מ הוי כמעשה קוף בעלמא, ופי' באהא"ז ולהקצה"ח בעינן הקנאה ולא סגי בנתינת רשות בלבד, ולהנתי"מ סגי בנתינת רשות הבעלים לחוד והקניין נעשה רק מכת הקונה וא"צ הקנאה, ולכן גם א"צ לשלחות כלל, והשליח הוי רק כחמור הנשא המתנה מהכא להתם.

וכ' באהא"ז דאם לך חזק וקני' מוכר שלא חזר בו מעצם הסכמתו למכור, איך מקום לחלק בין קניין בעלמא לשותפין. אך אם זהו רק נצוד לגלות על ההקנאה כזה יש לחלק דכשותפין א"צ שיקנה לו אלא סגי כשסמחלק והשותף זוכה [ע"ש שהאר"י לכאר כיצד יחנך דכשותפין סגי בסילוק לחוד וא"צ הקנאה].

ג' א. בשקנו מודין ברוחזת כ"ו. (א) עי' רש"י שפי' דבעל החלק המעורבי הקנה חלקו בגוף הקרקע שבתחלק מוחזי לחבירו וכן חבירו הקנה לו, ובקניין זה עצמו נישטה החלוקה. וכן לענין קניין חזקה. ועי' רי"ף על מתני' דלקמן י"א א', שהביא ראי' מכאן דכחצר שאין בה דין חלוקה, אם השותפות הייתה שכל א' ישתמש לבדו בצד א' ולא שניהם בכלה, יכולין לכוף זא"ז לחלק. וע"ש בהגהת חר"י אות ב'. והנו' בכונת הר"ף דס"ל דאיך הקניין ברוחות שמקניין זל"ז בגוף הקרקע אלא רק בשעבוד השותפות. דדיינו שגוף השדה נשאר של שניהם רק מה שכל אחד חלקו משועבד להבירו להשתמש בו, כזה הקנו ששיעבוד האי' להשתמש לכל רך במזרח. ואחרי שהקנו כן, יכול אח"כ האי' לכוף חבירו לחלק, שהרי כל הטעם שאין יכול לכוף בדרך שאין בו כדי חלוקה משום דמפסיד תשמיש חבירו, וכבר"ג לא מפסיד.

ויחנך שדייק כן מהלשון הלך זה כחוד שלו והחזיק, דהול"ל דהחזיק זה בשלו, או דהולך והחזיק בשלו, ומלשון הגמי' משמע דדהליכא כחוד שלו היא גופה החזקה וחזקה כזו שפיר מהני' לזכות בשעבוד התשמיש וכמשנ"ת בנתי"מ ססי' קצ"ב ע"ש אך לא לקניין בגוף הקרקע. וס"ל דהקניין הוא דומיא דענין החזקה [ושו"ד משי"כ כזה הפ"ח אות ו' והובא בשו"ד קני"ז ס"ק ר' ע"ש].

(ב) ולדעת רי"ף וסייעתו' נר' דלא סגי שיחזיק רק האי' במלוק וכמשי"כ ברא"ש שיהא נקנה מדין חליפין, דהחסי' בקודשיו כ"ז א' ד"ה ומקומו כ' דשידחת לא נקנה בחליפין [ועתוסי' עורכין ל' א] והובא לדינא בשו"ע קצ"ה ט'. וכשידחת דעת החוסי' דיש לשוכר תשמישין לחוד ולא קניין גוף לפירוח, וכמשנ"ת לקמן ר' א' במשי"ש לגבי חזקה תשמישין בעושה"ת, ויש חולקין וס"ל

שעסקו בבנינו אסור להשתמש ברשותו. וזה ראי' ליחא, דאם נאם מלעשות כחל דדאי מותר להשתמש ברשותו אע"פ שרואה בשל חבירו, ולא נמצא בשום פוסק לאסור עד שיבנה הכותל ושו"ד בשו"ע קני"ז ג' מפורש להיתרן. ויחנך דזהו משום שלא אסור היבא שפקע תשמיש המזיק מרשותו לחלוטין. אלא יסוד הדין בהיזק ראי' אינו ההמנעות מלהזיק אלא רק חזיב כותל שחייב כן לחבירו. וזהו עניין ממוני ושייכא כ"י מחילה. ונר' דזו כוננת מברכ"ש כסי' א' וכ', יעו"ש היטב.

ונר' דמה שהקשה הרא"ש מאי שנא מקצת את כסותי דלא מהני מחילה, לא היתה כוננתו לקצת את כסותי ממש, דהיינו מוזיק דעלמא אלא לכל נזקי שכנים, דכהם לא מהניא מחילה כיוון דהוי כקוצ את כסותי. דהיינו שיש על המזיק איסור להזיק ולא חוב ממון, והחזיב שלא להזיק אינו יכול להפקע במחילה לחוד.

ודא דמהני בנזקי שכנים קניין לדעת הרא"ש אע"פ שבקצת את כסותי בפשטות לא מהני, וכן דעת הסוברים דכל נזקי שכנים מהני מחילה, יתבאר באורח אי"ה לקמן בפ' לא יחפור [כ"ג א' יעו"ש].

(ג) ובסור קני"ז ס"ק כ"ב מכורא דדהיק הוי תפסד החשמתות שאין הניזק יכול להשתמש ברשותו תשמישי צנוע. אמנם דהמכ"ז הובא בני"ו בסוגין קרי' ל' נזקי גופו ויש באחרונים שחקרו כזה וכ' דהוא מחלוקת ויש באחרונים שחזרו כ"ל ר' עניוין דפשוט דתרווייהו איתנה במציאות. ויעוין סמ"ע שע"ח ס"ק ד' דכ' דההיזק הוא דחוקא שמפסיד תשמיש חבירו, והטעם דמה שרואהו עושה מדי' דצניעותא איך שייך לדין היזק כיוון שלא מחסירו ממון כלל, אך כשהנודן לענין חזקה ומחילה רדאי' יש להתחשב בהיק גופו, דהוא מצטער מפגיעת צניעותו כמו מפגיעת גופו, וד"פ.

שכירות הדי' אמות שנה כו גופו לחוד, ואם יש תקרה אינו יכול לוי' שישלם דמי שכירות רק של האבן במקרה שהיתה מעל ראשו. אלא מאחר שהכל בניין אחד ותשמיש אחד מתחייב בכל. ואף כאן כך הוא. וכפרט שאם הדי' קוחל א' לכד מצד הדי' עדיין היו בני דהדי' וראים אותו מן הצדדים. וגם הכותל הרחוק מצד הדי' מגן עליו לא רק מחבירו הגובל בו. אלא גם מן החוקים הנמצאים הלאה משרה חבירו. אלא שזה בפני' אינו נחשב, אבל אחרי שיש כאן בניין שלם המגן עליו מכל אדם, נתי' דעיקר הנוק בא מצד הדי' מתחייב בכלול. וזה מודייק בלשון הגמי' מגלגלן עליו את הכל. דמשמע דעיקר חיובו באמת אינו אלא על כותל רביעי לחוד, אלא שאחרי שמתחייב בו המגלגל עליו החיוב על הכל. וכן בחצב, מבואר בדברי בעה"מ שאינו מתחייב מדין נהנה על הכותל האי' בפני' אלא רק משום שסתמה עשוי' לצניעות לכנות לה כמתלים מדי' רוחתי'. וזה ברור שאם היתה מקפת רק מג' רוחות עדיין אין כאן צניעות, גם בלי ההיזק ראי' של חבירו, וא"כ כותל חבירו משלים לו הפניין השלם של היקף מדי' רוחות ועל הנאה זו מתחייב דהיא הנאה נוספת שהתנהו חבירו מלבד מה שסילק עצמו להזיקו בראי' [שכאמור על סילוק זה לחוד לא חייב משום נהנה שהדי' חבירו חייב בוה].

ב) וכמה שנתבאר דבעה"מ ס"ל דאם קדם חבירו וכנה נפטר מתקני"ח שהחייבוהו לכנות כותל, ואינו חייב אלא מדין נהנה, הק' הורמב"ך בפלחמות "כיון דהאי בנך אחוזהיה רמיא לסלקי נוקא מנייהו שלחותא דידי' עבדי' עכ"ל. וכוונתו דנהה אם אדם מן השוק יעשה הכותל עבור שניהם כדאי חייבים שניהם לשלם לו, שהרי זה כנטע בשדה חבירו שלא שדעתו דבעשוי' לנטיעות כיוון דניחא ליי' אמרינן מסתמא שכיוון לכותל ומחוייב לשלם. והכא דאי החצר עשוי' לכותל שהרי מחוייב ככותל, וס"ל להרמב"ן שכתצ

חבירו וכנה, שהרי אם תבעו מתחילה חייב גם כלי הסכרא דעומדת להקיף מדי' רוחות ודי'ן. ובלעני' הכאור כזה, דכמה שחבירו מחוייב לכנות כדי' לסלק היזק ראייתו, אינו יכול לתובעו משום נהנה, שאם נאמר דפטור הניקף מחוייב לסלק היזק עצמו מחבירו אחרי שקדם חבירו וכנה [וכמו שהבאר אי"ה לקמן] אי"כ מדין נהנה ג"כ פטור שהרי החיוב מוטל על חבירו לסלק היזקו ממנו, ועליו תקנו חכמים לישא בהוצאה זו, ואין הניקף חייב לו מאומה על הנאת סילוק היזקו שהוא עצמו מחוייב בה. וסברא זו החכי' במלחמות בתחילת דבריו. ופי' בברכ"ש רס"י ד' [ושם בס"ק ב' נודק כזה ע"ש]. ולכן בהקפנו חבירו מרות א' אינו חייב לו משום נהנה. ובהו יחבאר מודעי הוכרח בעה"מ להרחק להעמיד סוגיין במקום שנהנה לגודו, דבמקום שלא נהנו מתחייב מדין נהנה גם כרות אחת, וכסוגיא מבואר דדוקא בהקיף רוח רכיעות מתחייב [וצל"ע דברי המ"מ פ"ג משבנים ה"ג, שהק' על מי שהעמיד במקום שלא נהנה מה נפ"מ בהקני"ח, ואינו מוכן שהרי מקני"ח יכול לבחתי' לתובעו לסייעו גם ככותל מרות אחת. וכהכרח צ"ל דהמ"מ ס"ל שלא כדברינו אלא שגם במקום שלא נהנו לא מקרי נהנה אלא בדי' רוחות שהרי מסוגיין מוכח דאין חיוב על די' מדין ה"ר ולא ככותל יי' משום דריסת רגל שבה כאמת אין שום הנאה אלא רק בדי'א, וצ"ע].

דמחייב משום דנהנה הוא רק משום שכתבירו מנע ממנו היזק דבני דהדי'. וא"ת דאי"כ יתחייב רק על הרוח הרכייעת לחוד זה אינו, דכל היקף מכל הצדדים נחשב כגין אחד ואחרי שנהנה ממנו חייב לשלם על כולו. שהרי בוד בחצב חבירו שלא מדעתו אם השחיר הכתלים, או על הצד שזה נהנה וזה א"ת חייב, אינו יכול לומר שישלם רק דמי

ד' ב' בשי' בעה"מ ורמב"ם פסו"א דמקיף. ע"י בעה"מ דפי' דסוגיין מיירי ככותל די"א ומשום היזק ראי' ופי' דמיירי במקום שנהנה לגודו. ומבואר בהמשך דבריו דהינא שחבינו המקיף מתחילה לגודו עמו, יכול להחייבו להשתתף עמו אף כשגודו רק מרות אחת. דמקני"ח שיכולים לכוף זאי"ז להסיר היזק ראי' מביניהם ודאי איכא גם על רוח א' אן אם קדם והקיף אינו יכול לתבע הניקף על הוצאותיו עד שיקפנו מדי' רוחות. והטעם דס"ל להבעה"מ דתקני"ח שמחוייב לעשות כותל לסלק היזק ראייתו מחבירו זהו רק לכחתי' אם חבירו תובעו. אן בקדם חבירו ובהו בעצמו פקע ממנו החיוב משום תקני"ח לגמרי, וחבירו יכול לתובעו רק מדין נהנה. וזה מוכח מסוגיין דהחיוב רק מדין נהנה שיהי' לחוד לשנא לת"ק יכול להחייבו רק דמי נטורא בר חזאי. דס"ל שמוניעת הדי' לא חשיב הנאה לחיבו דאין זה שבת ממש בגוף שדהו. הנאות הוא רק כשמירה מרגל הרבים ומעשים וכיו"ב. ולקמן אי"ה יחבאר מדוע ס"ל להבעה"מ דחיוב תקני"ח לכנות כותל לסלק היזקי פקע כשחבירו קדם וכנה, ומה מחלוקתו עם הורמב"ך כזה.

וצ"ב מדוע מדין נהנה מתחייב רק כשהקיפו מדי' רוחות ולא קודם לכן. שהרי מבואר בבעה"מ דהדי' דחבירו גודל יותר מדי' דבני דהדי'. ותחילת דבריו של בעה"מ מיירי בקדם א' ובהו שמחייבין אח"כ חבירו מדין נהנה רק בניקף מדי' רוחות. וכאור החילוק בין בקעה לחצר, דבבבא אפי' בקדם א' ובהו מחייבים חבירו גם על רוח א' משאי"כ בחצב. ומבואר מדבריו דגם כחצר אינו מתחייב משום נהנה על הכותל שביניהם לחוד, אלא רק משום שסתמה עשוי' לכנות לה מדי' רוחות, וכותל זה ישלים להיקף שמדי' רוחות [ומזה גם מוכח דמיירי בתחילה דוקא במקם

מבין שניהם כמו קניין סכף או חליפין, או מסרה, ונקניין חזקה גדר מעשה הקניין גופא שיאמר גם המוכר לך חזק וקני, וכזה ניכר שגומסת החזקה הקרקע ממנו לקונה [ורמ"י קצת לקניין מסירתו], ובל"ז המעשה לא נחשב מעשה קניין.

ומ"ש הרשב"ם דכלי האמירה מספקא לן אי נמר בדעתו למכור, כוונתו דחונך האמירה לך חזק וקני" פירושו שמגלה את גמרי דעתו על המכירה וזה מוכח מהא דה"ד צד בגמ' דכמתנה מאחר שביען יפה נותן טפי דעתו מבוררת מעצמה סגי כזה בלא האמירה. ומכירה א"צ שיאמר כן, דמאחר שגמרתה ריש לעיין אי החזקה עניין לחוד ואמירתו המוכר היא עניין לחוד ושניהם כענין למעשה הקניין, או שכאמת החזקה היא היא מעשה הקניין, אלא בלא שיאמר המוכר מעשה החזקה אין סנותו כמעשה של הכנסת נכסי חבירו לרשותו, אלא זהו סנותו של הנכנס בלא רשות לנכסי חבירו. ונראה כהצד הכי', ולפי"ז מפואר מדוע כענין דווקא שיאמר לך חזק וקני, ולא סגי סתם בגילוי דעת על המכירה, דאם הפכים למכור כסתם אכתי מעשה החזקה עצמו סנותו ככנס לנכסי חבירו ולא כמעבדים לרשותו, ודווקא ע"י שמגלה גמ"ד דעתו באופן שאומר לו להחזיק קניין, ולפי"ז יחבארו גם דברי למעשה המכור קניין, ולפי"ז יחבארו גם דברי התוס' לפי הרא"ש, דדווקא באי שאין לו חלק בו אלא בקניין זה, מתפרש סגנון מעשה החזקה ככנס שלא ברשות לנכסי חבירו, ומעשה כזה אין זה המעשה קניין שקבעה החזקה, אבל בשותף שהקרקע של שניהם סגנון מעשה החזקה הוא של מעשה זכ"י. שו"ך ברש"י לקמן כי"ז ריש ע"ב שבי' אופני קניין הקרקע וכי' יאו החיזק בקרקע מדעת מוכרי' וכשאר קניינים לא הזכיר מדעת מוכר ומשמע כמשניות בשת"ש"ת. וע"ע גם בסור ח"ט ס"ו ע"ד הדיק, ועי' תוס' בי"ב ע"ה ב' סד"ה אחת.

דאינו תלוי בסכרוא, והם היו בקיאים בזה וקבלו מרבותיהם, אין לנו מניעה לוי דגם הרמב"ם יספור כן. ולא מצאתי שום דרך ישרה ליישב הרמב"ם עם סוגיא דביק. ויש"ר דכ"כ גם כההיא פ"ג משכנים ה"ד ד"ה והנה עכ"פ ע"ש.

רע' השגת הראב"ד וז"ל "א"א זה המשפט מעוקל שאם הרווח לו המקום ונגד אותו שיפוחת לו ההוצאה. ומה שאמר שאינו יכול להשתמש בכוחים כן ישתמש אלא המקום לו יהי, והדי לו שטר ע"ז שאם יפול הכותל האבנים והעפר לשניהם המקום שלי" עכ"ל. ומשמע לכאן דהמקף יכול לחייב הניקף לקנות חצי הכותל. ולא תכן ככל, דמהיכי תיצי לחייבו יותר מעל הנאתו [והסוגיא אינה יכולה להתפרש דהניקף חייב מדין חיוב כותל אלא רק מדין נהנית], ומ"ש בזה בכרכ"ש לא הכנתי בענייניו [שו"ר בתי הגמ"ט שפי' דהראב"ד לשיטתו כסוגיא דהיורד לשרה חבירו דסיל דחיוב בעל השרה אינו רק משום שקנה אלא אפי' אם לא קנה חייב דהיי כעשוה על פני ובשלחותו. ולענ"ד שייד לומר כן רק כשנעט בחור שרדו דאז אם לא מיחה ואמרין דעתי' דניחא לוי הוי כמציא הוצאת על פני, אך כאן שאינו בונה ברושותו כלל לא שייד לוי כן].

והנלענ"ד דדעת הראב"ד דלא מייירי בחורבה העשירי לכנות עליו תקרה, והכתלים נעשים רק למינעת ה"ד וכניסת כ"א וחיות וכי"ב, והתמיש עוביים אינו להנחת תקרה אלא להניח לפעמים כלים וכי"ב ואינו עיקר כלל ולא בא בחשבון ערך הכותל, ומשום הנאת מניעת הניקף ראי' והגל הרביע לחוד מחוייב הניקף דמי מחצית הכותל. ומ"ש הראב"ד דיכול להשתמש בכתלים לא זהו הטעם דמחוייב חצי, אלא אחרי שהשמיע עיקר הדין, דמחוייב חצי גם אם לא ישתמש בעובי הכתלים, הוסיף עוד דכאמ"ל יכול גם

רמייירי במקום שנהגו לגדור. ולכן העמיד הדין בחורבה, שסומה במקום שנהגו לגדור, ואינה כחצר שבה מחוייב על כותל א' כמש"כ בפעדה"מ. דלא נוחא לוי להעמיד בבקעה והלא כסתם דהיי מקום שלא נהגו [אמנם אין דרכו לנטות ממי"ש בגמ' ואולי העמיד גם סוגיית הגמ' בחורבה, ולשיטתו שפי' בפ"ב דבבבב"ה גם במקום שנהגו זהו רק במחיצת י' ולא ככותל ד"א. וצריך בירור רב ביה, וכאהא"ז האריך ע"ש].

(ו) ודעת הרמב"ם דבכנה המקף באופן יתכן שישלם הניקף דבר מועט עבור מניעת הניקף ראי' לחוד ולא ישתמש בעובי הכתלים והוא פטור מדמי השמוש בהם, דמאתר שמתצית עובי הכותל שבמקף הניקף אביר מהמקף, דאינו יכול לגזור קרקע חבירו להשתמש בו בכותל עצמו, ואפשר רק שישתור כותלו ויטול אבניו [או לחלופין שיקנה הקרקע] או שיזכה בהם הניקף, ומאתר דאמרין דעתו דניחא לוי מחיבין את הניקף לזכות בחצי הכותל ולשלם דמין, וכדין היורד לשרה חבירו שלא מדעתו בעשירי' ליטע.

ובבבב"ה המקף הכותל בקרקעו מהיכי תיצי לחייב הניקף לקנות חצי כותל, או לחייב המקף למכור לו. ולכן כופין הניקף בע"כ רק בזמי הנאת מניעת ה"ד וכניסת עוים. והרמב"ם מייירי רק בחיובים דבע"כ ולא כמה שירצו לעשות מדעתם איזה מקף ומכפר בניניהם, ואה"נ שאם רצה הניקף לקנות חצי כותל ונתציה המקף בודאי הרשות בידם. וכן מכוון במ"מ יע"ש.

ולדברמב"ם לא שייד כלל לדון מסוגיין לגבי דין זה נהנה זהו אינו חסר. ומאתר שזוהי הניקף בחצי הכותל ודאי חסר המקף חצי כותלו והיי מקף. ונלענ"ד דאחרי שמצענו בבבב"ה שפי' דהן סוגיות מתחלפות, ובעניין כללי הש"ס ודרכיו אין לנו כח לחלוקי דברי איזה ראשון מסתברים יותר,

בהוצאה מדין התקני"ה שכופין. ואינו דומה להבא, ששם הסיבה שמחוייבין בבית שער אינה משום שהם מייקים. ולכן לא אמרין שכל אחד מחוייב כהכל. אלא טעם החיוב שלא רצו חכמים שבדבר הניצוד לכולם יחכה א' שהאחרים יבנו ואח"כ יהנה בחינם. ולכן חייבותו לבנות ג"כ. ומטעם זה אין שום טעם לחייבו ביותר מחלקו בהכ"ה שער. ומאתר שהוא מחוייב רק בחלקו, אם בנה הכל, הרי כל מה שכנה יותר מחלקו בנה כשכיל שכניו, והיי כירוד לשי"ס ונטע בה שיכול לתובעם [וכדעת הרמב"ן בכותל חצר].

(ד) ונ"י דגם לפי שיטת בעה"מ אכתי קשה קושיית הרמב"ן הראשונה מדוע כב"כ כ' ב' אמרי' דהטעם דהיי חסר משום שגומת לו הניקף והתרא. דחליל' עדיף מזה דאת גומת לו כי כל הטעם שעשויית הכתלים למנוע מעצמי הניקף ראייתן. ולפי"ז גם אין הכנה להסי"ד כגמ' שיהא זה חשוב כזה נהנה וזה אינו חסר. ונלענ"ד דג"כ ככלל מש"כ הבעה"מ בסוף דבריו שסוגיין וסוגיא דכ"ק אינו מתאימות והן מהסוגיות המתחלפות.

בהוצאה מדין התקני"ה שכופין. ואינו דומה להבא, ששם הסיבה שמחוייבין בבית שער אינה משום שהם מייקים. ולכן לא אמרין שכל אחד מחוייב כהכל. אלא טעם החיוב שלא רצו חכמים שבדבר הניצוד לכולם יחכה א' שהאחרים יבנו ואח"כ יהנה בחינם. ולכן חייבותו לבנות ג"כ. ומטעם זה אין שום טעם לחייבו ביותר מחלקו בהכ"ה שער. ומאתר שהוא מחוייב רק בחלקו, אם בנה הכל, הרי כל מה שכנה יותר מחלקו בנה כשכיל שכניו, והיי כירוד לשי"ס ונטע בה שיכול לתובעם [וכדעת הרמב"ן בכותל חצר].

(ד) ונ"י דגם לפי שיטת בעה"מ אכתי קשה קושיית הרמב"ן הראשונה מדוע כב"כ כ' ב' אמרי' דהטעם דהיי חסר משום שגומת לו הניקף והתרא. דחליל' עדיף מזה דאת גומת לו כי כל הטעם שעשויית הכתלים למנוע מעצמי הניקף ראייתן. ולפי"ז גם אין הכנה להסי"ד כגמ' שיהא זה חשוב כזה נהנה וזה אינו חסר. ונלענ"ד דג"כ ככלל מש"כ הבעה"מ בסוף דבריו שסוגיין וסוגיא דכ"ק אינו מתאימות והן מהסוגיות המתחלפות.

בדעת הרמב"ם והראב"ד (ד) ע"י רמב"ם פ"ג מהלי שכנים ה"ל ג' ד'. ומהא דכ' בסוף ה"ג דחייב ע"ד ד"א מכוון דס"ל דסוגיין מייירי בכותל דהניקף ראי' ולא במחיצת י'. ומהא דכ' הטעם דפטור הניקף כשגדור מג' רוחות משום שלא הויעל לו, מכוון דחייב הניקף מטעם דנהנה, ואינו מחוייב מטעם שמוטל עליו ג"כ לסלק הניקף ראייתו [וכן מוכח בסוגיא, שלמד לישנא מחוייב רק בזמ"ל נטורא בר זוזא]. ולא נראה דהרמב"ם ס"ל דמייירי במקום שלא נהגו לגדור דא"כ אין זה חשיב הנאה [אמנם יתכן דאכתי חשיב הנאה לנניח תשלומין וכמ"ש בכרכ"ש פ"ג ג' ס"ק ג' ד"ה ולכא' אמנם לפ"ז מסתבר שיהא חייב מדין נהנה גם על כותל אחד וכמשנת' לעיל] ויותר נראה דס"ל כבעה"מ

כר"ג תקני"ה היא לחייב כל א' בחצי כותל ומאתר שתכבירו בנה עבורו את חצי הכותל שמחוייב בו, הוי כירוד לשידדו העשירי לנטיעות ונטע בה, שזכה הבעלים בחצי הכותל ומחוייב לשלם.

ודעת בעה"מ ונלענ"ד דס"ל דהנה בגמ' הסמוד לחצר חייב בעל הגג לעשות לכבוד כותל. ואין תקני"ה נפרדה לכל מקום כפי בנייניו שבגג וחצר חייבותו ככל, ובחצר וחצר חייבו חצי, אלא היא תקנה אחת שאם הוא מוסיף כ"י תצירות כ"א חייב בכותל שלם ולמנוע הניקף מחבירו. דמאי נפי"מ אם גם חבירו מוסיף או לא, אין זה מעלה או מוריד לגבי חיובו שלו. רק מכיון שא"צ כ' כחלים וכה שניהם שווה שכי"א תובע חבירו, בונים ביחד כותל א'. אך אם קדם א' ובנה, אינו יכול לתבוע חבירו מדין תקני"ה, שתכבירו יאמר שלא בנית חצי כותל עבורי, אלא בנית כל הכותל עבור עצמך, שהרי אחת מ ייב בכותל שלם. ואחרי שיש כאן כבר כותל זה אינו מוסיף ומשנה איך עלי שום חיוב. וגם לפי מש"כ הרא"ש דהכותל הוא חיוב ממון שמתחייבים זל"ז, מ"מ בריר שהחזיר ממון נוצר רק מהסיבה שמוסיף ברא"י. ואם יעשה חבירו תצירור לגג יפקע החיוב, והכא נמי שבה חבירו כותל, והוא כבר אינו מוסיף פקע החיוב [וע"כ במש"כ על כרכ"ש פ"ג כ' תוספת ביאור במחלוקי זל].

ובמחלוקי לקמן ה' א' לקי"מ על בעה"מ שהרי בחצר ס"ל דחבירו מחוייב מדין נהנה גם בכותל א'. ועוד דע"י לקמן כמה שנוכחא שם דגמ' מוכח שהעמדה מתני' כתבוע מתחילה ותתפשד שהיא יבנה וחבירו ישלם לו כפועל.

(ג) וכרכ"ש פ"ג ד' הביא ד' רמ"ה ור"י מגאש שכתבו על מתני' ד' ב' כופין אותו לבנות בית שער כ' דאם אחד יכול לתבוע השכנים חלקם קדם ובה הכל, יכול לתבוע השכנים חלקם

בהוצאה מדין התקני"ה שכופין. ואינו דומה להבא, ששם הסיבה שמחוייבין בבית שער אינה משום שהם מייקים. ולכן לא אמרין שכל אחד מחוייב כהכל. אלא טעם החיוב שלא רצו חכמים שבדבר הניצוד לכולם יחכה א' שהאחרים יבנו ואח"כ יהנה בחינם. ולכן חייבותו לבנות ג"כ. ומטעם זה אין שום טעם לחייבו ביותר מחלקו בהכ"ה שער. ומאתר שהוא מחוייב רק בחלקו, אם בנה הכל, הרי כל מה שכנה יותר מחלקו בנה כשכיל שכניו, והיי כירוד לשי"ס ונטע בה שיכול לתובעם [וכדעת הרמב"ן בכותל חצר].

(ד) ונ"י דגם לפי שיטת בעה"מ אכתי קשה קושיית הרמב"ן הראשונה מדוע כב"כ כ' ב' אמרי' דהטעם דהיי חסר משום שגומת לו הניקף והתרא. דחליל' עדיף מזה דאת גומת לו כי כל הטעם שעשויית הכתלים למנוע מעצמי הניקף ראייתן. ולפי"ז גם אין הכנה להסי"ד כגמ' שיהא זה חשוב כזה נהנה וזה אינו חסר. ונלענ"ד דג"כ ככלל מש"כ הבעה"מ בסוף דבריו שסוגיין וסוגיא דכ"ק אינו מתאימות והן מהסוגיות המתחלפות.

בדעת הרמב"ם והראב"ד (ד) ע"י רמב"ם פ"ג מהלי שכנים ה"ל ג' ד'. ומהא דכ' בסוף ה"ג דחייב ע"ד ד"א מכוון דס"ל דסוגיין מייירי בכותל דהניקף ראי' ולא במחיצת י'. ומהא דכ' הטעם דפטור הניקף כשגדור מג' רוחות משום שלא הויעל לו, מכוון דחייב הניקף מטעם דנהנה, ואינו מחוייב מטעם שמוטל עליו ג"כ לסלק הניקף ראייתו [וכן מוכח בסוגיא, שלמד לישנא מחוייב רק בזמ"ל נטורא בר זוזא]. ולא נראה דהרמב"ם ס"ל דמייירי במקום שלא נהגו לגדור דא"כ אין זה חשיב הנאה [אמנם יתכן דאכתי חשיב הנאה לנניח תשלומין וכמ"ש בכרכ"ש פ"ג ג' ס"ק ג' ד"ה ולכא' אמנם לפ"ז מסתבר שיהא חייב מדין נהנה גם על כותל אחד וכמשנת' לעיל] ויותר נראה דס"ל כבעה"מ

דמיירי דהכותל כאמצע, וכדמתן כ"פ, וכיעד יתכן דהני"י לא ידע זאת והקי', ורק בחירוי חידש דחצי הכותל על חצירו, ועוד אינו מוכן מאי קשא לי' דלא אמר לי' אדרך תקנה לך חצרך, דמאחר שכבה על שטח הכירו פשיטא שנתכווין שיזכה בו הכירו, דאלי"כ הוא עצמו גזלן וא"צ כלל שאמר או שנגלה דעתו שנתאה לי' שהכירו יזכה, וכמו בירוד לשרה חבירה, ונר' דפי' כמש"כ דעזרי' להגביה הכותל ר"א שבנו כיהד משותף כולו לשניהם, ויש לא' רשות להשתמש בכולו כדי להגביה הכותל, ומאחר דמסקינן בפי' המוכר את הספינה דף פ"ד כ' ובחצו השותפין איך חצרו קונה להם זה מזה, וכמ"ש חוס' קידושין ה' ב', הקשה לני"י כיצד יקנה הכותל, ותי' דנהי דעזרי' הכותל ד' הוא משותף כולו לשניהם, מ"מ הקרקע שעלי עומד הכותל אינה בשותפות, וחצי' שייך לגמרי לא' מזה ויכול לקנות מוכחה בקניין חצר את הכותל דמעל ד"א.

וכזה מוכן גם דמאחר דלזה שהגביה את הכותל הימה רשות להשתמש בשטח אינו יורד לשרה הכירו אלא כעושה בשלך, ולכן הוקשה לני"י מדוע מחוייב למכור כותלו לחבירו, ולהכי' מדוע בני"ד דניחא לי' בהוצאה חייב עי' מ"ש כזה לקמן י"ב ב' א"א בסוגיא דזה נהנה חת א"ח.

[ודרך אגב יש להעיר כמש"כ בקצה"ה קני"ז סק"ה, דבחה"ד דן בכותל השותפין הבאים לחלקו, והא' הוצה לזכות באכנס שבצד שלו שהן יקרות יותר, וכ' התה"ד וחולקין בשווה והביא רא"י מטעמים מוחזקים ככ"מ ד', וכך הביא רא"י זו ככהג"ה א, דחולקין בשווה ולא יזכה כזהב זה שבצדו, ובקצה"ה חקי' על ראית המת"ד דמש"כ לגבי טלית דחולקין בשווה זהו דוקא כפשי בכרששתא, אבל אם א' מהם אחז חת"י כל החלק המוחזק וזכה בו, דכל א' נוטל עד מקום שידו מגעת, ורק בשאר שאינו חתת יד שניהם חולקין בשווה, וככותל כיוון דהקרקע שתחתיו

קניית מחצית הכותל, שרי" דבקה"ה קני"ח סק"ז תי' כך את קשיית חוס', וכמבואר ברמב"ם ונכ"י דקונה מחצית הכותל יעו"ש. ורובנו לעני"ד דהנה זה ברור דכשנונים ביחד כותל שניהם שותפים בכל הכותל ול"א דכל א' בעלים על האכנס שעל קרקעו, דאלי"כ לא ה"י זה מלתא דדינעא בשותפות כלמשי"כ חוס' ב' א' ועי' מהרש"א שם ומשי"כ בזה לעיל, ועי' קצה"ה סי' קנ"ז ס"ק ה' שהביא באורך דברי הפוס' בזה, ובאן מיירי שפנו ביחד הכותל עד ד' אמות ואח"כ הגביה אחר מהם יותר, והוכח שא' בנה מעיקרא כל הכותל על קרקע חבירו או אמרי' דמכיוון דהוא אינו יכול שכותל זה הוא שלו דאז הוא גזלן קרקע חבירו, וצריך או לסתור או שהכירו יקנהו, אם הוי כשרה העשוי' ליטע מחוייב חבירו לקנותו, וכמו כשרה העשוי' ליטע שאין הנוטע יכול שיהיו הנוטעים לו, אך כאן עזרי' הכותל עד ד' אמות כולו משותף לשניהם, וכשבהה הא' יותר מדי"א אינו גזלן על השטח כיוון שהוא שותף בו ויכול להשתמש בכולו מרי" ברורה [שר"ר משי' כזה כשרי"ע קני"ז ט' ובהג"ה א שם ע"ש], ולכן יתכן שהכותל דמעל ד"א יהא כולו שלו ויעמוד במקומו, ומשי"ה אין חבירו מחוייב לקנותו, ואם זנוח"ה פטור יכול להנות ממנו כלי לקנותו וכלי לשלם מאומה, ורק אחרי תי' החוס', דחייב לשלם על הנאתו, ומרי" דמכיוון דמשלם דינא הוא דייקה בחצי הכותל [ולפ"ד צ"ל דמיירי דעוד הנאתו שווה למחצית דמי הכותל, ויש לו כל ההנאה מן הכותל כמו לפעלים, דאלי"כ אם ירצה ישלם רק כפי הנאתו ולא יקנה הכותל ולא יתחייב בכל דמי מחציתו, וצ"ע].

(ב) ובלעני"ד די"ל כן גם בדעת הנ"י שפי' י"א כמה קנאו דמחייבים לי' י"ל דכיון שחצי כותל עומד הוא על חצירו קונה לו חצירו ואי"פ דלא אמר לי' איך תקנה לך חצרך ברור לו שע"ד כן כנאו שידה' שלו כ"ז שירצה"ה עכ"ל, והנה זה פשוט וברור

כמותו, רק דאם זנוח"ה פטור יכול להנות בחינם ולא לקנותו, ורק משום דזנוח"ה חייב, וממילא חייב לשלם, אחרי שמשלם גם קונה, ולא דהקניין הוא סיבת חיוב התשלומין.

עוד כ' שם להעיר מדוע לא ישלם הניקף כל שנה ושנה כפי ערך הנאתו, ומדוע מחוייב לשלם ככ"א כל דמי מחצית הכותל, ותי' דזהו דין שדה העשוי' ליטע, וכוחתו לשיטתו דלכ"ע זוכה הניקף במחצית הכותל והוי כמקח שמחוייב לשלם מיד הכל.

ולעני"ד גם למ"ש בשי' חוס' דאין הניקף זוכה במידי ל"ק דהם מפרישים בגר שדה בנוכה י' העשוי' רק למניעת דריסת הרגל, ולא ככותל בריא בנוכה ד"א, ונדר זו אין בה שום שמוש מלבד הנזירה, ואינה עומדת לסתור ולמכור קרשי' ואבני', ואין בה שום שוויות וערך יותר מהנאת גזירותה, ושכורות שייכא רק היכא ויש חילוק בין נכוח השוכר לזכות חלקו, אבל כאן שאין נפ"ש אם יקנה הגדר או ישכרנה, דהנאתם שווה דאין בה מיזי מלבד הנאת השמירה וגם עומדת לעולם, לא שייך כלל עניין שכירות, ומכיוון שכעת כבר זכה ששדהו גזיר חייב מיד לשלם עבור זה, וצ"ע.

ועי' מש"כ הכרכ"ש סי' ג' וסי' ד' בהא דיש כ' חייבים כדן נהנה, ביאור בגר חייב נהנה המוטל על הניקף, ולחלמלידים צעירים כמנו דברי רבינו הכרכ"ש כאן בקוצר ועי' מ"ש בעניינתו לכאן דבריו בסוף פקדון על הכרכ"ש סי' ג' ס"ק ב' ושם כאן באורך יסודות חשובים בסוגיין כדן חייב נהנה ומדוע אינו יכול למחות לאחר מעשה וכיצד מהני מחאתו מקודם ע"ש.

ד' א', תול"ד אפי"פ.
(א) הק' בחוס' מדוע מחייב דזנוח"ה פטור, ועי"ב דהרי מיירי הכא שהכותל הוא על קרקע שניהם וקונה מחצית הכותל, ובעל הכותל חסר אבניו, ופשיטא שצריך לשלם על להשתמש בעזרי' הכותל דסי' אחר שישלם חציו, וזכותו בחצי מכל הנאות הכותל, וכן מדרייק קצת לשון הראב"ד, דאם ס"ל דכלי תשמשי עזרי' הכותל באמת אינו מחוייב חצי, אין הבה כלל לחילת דבריו, שתמה שאם הרויח לו המקום כיו שיפחות לו ההוצאה, ומה תמיהה היא זו, שהרי עדיין לא השמיענו שיוכל להשתמש בכתלים, והי' לו להחיל בהא זיכול להשתמש בכתלים ואח"כ לחמה אי"כ דיכול להשתמש בכתלים היא משמע דהא דיכריי ולא עיקר חידושו [ומ"ש הערת אגב לדכריי ולא עיקר חידושו] ומ"ש דזוכה הניקף בחצי האכנס ועפר, וזהו משום דגם בלא שיזכה חייב בחצי דאין הנאה בכותל מלבד הנזירה ולא עומד לסתור וכמ"ש לקמן, ואחרי שמשלם חצי דין הוא שחצי האכנס שלו, דלמה יגזע חלקו אחרי שישלם חצי, אלא דצ"ע לדברינו דהבעלים יוכל ליתול כל האכנס ולהחזיר חלק הדמים לפי ערך, וכן הניקף יוכל לתבוע כן, וי"ל דאחרי' דכלל גזונא משלם חצי מטמתא דעת שניהם שיקנה חצי הכותל.]

(ז) וראיתי בה"י הגרש"ש רסי' ד' דכ' דלכ"ע זוכה הניקף במחצית הכותל, וגם רשי' חוס' יורד לזה, דאלי"כ אין שייך לחייב הניקף בחצי ולימחר יסתור המקוף כותלו, והקי' לפי' לשיטת חוס' שההיקף מבחוג כיצד יזכה הניקף, ע"ש שהאריך, וממה דהרי שי' חוס' ושאר ראשונים דסוגיין מתאימה לסוגיא דבי"ק ואין סוגיית מחלפות, ובהכרח לא זוכה הניקף ככותל מרי' דאלי"כ לא שייך לדון בזה דין זה נהנה חת א"ח, וקשייתו נלעני"ד דהנה הכותל אינו עומד לסתירה, ולאו כשופטני עסקינן, ולכן לא חיישנין לסתירה ונזכרן מראש דמי כל מחצית הכותל, ואם אכן יסתור בעל הכותל את כותלו יחזיר הדמים שקיבל לפי חשבון, וז"פ ונאחר שמשלם חצי אפשר דמשי"ה גם קונה חצי האכנס דאין מן הדין שלא יהא לו חלק כבעל הכותל אחרי שישלם

רדברי הטור דזמן הפרעון הוא גם לפני גמר השורה צ"ע טובא, דלכא' זהו סתירה לדין ששכירות אינה משתלמת אלא לבסוף, ואפי' חוב השכירות עצמו אינו נשלם עד לבסוף, ולהטור יכול לחבוע בכל רגע. ואף בפעולה שאינה מתחלקת מ"מ תהא כבודה שורה אחת שיכול לחבוע באמצעה.

ורא דאמרינן בהמשך הגמ' לגבי סמך כותל אחר מגלגלין עליו את הכל, דעד שלא גמר הכותל הרי בחור דמני, צ"ע דמאחר דגלי דעתו, דניחא לי' מחייב מייד בכל הנעשה כותל לביתו, וקנה מחציתו. והא דאמרי' לקמן דל"ג מחייב רק עד היכן שמסך זה רק היכא שטיים כעת בנייתו. אבל בעוסק בכ"י ודאי מחייב עד היכן שטופו לגמור. ורש"י ה"י זה, דעד שלא גמר א"א לחבוע ממנו דלא ידוע באיזה גובה יטיים בנייתו. ולא נראה דיכול לחבוע ממנו כעת הנאת השפא דכנה כעת דבה ודאי כבר נמחייב, דדוקא פועל יכול לחבוע שכירותו אחרי כל שפא, אבל כאן אין שייכות לדין שכירות פועל אלא הרי כמקום, דקונה הנאת הכותל, ואף אבני הכותל עצמן, והרי כמורד לחור כליו מעט מעט דמחייב לשלם רק כשיגמור למדוד כל מה ששפסן. והנא הוא לברו קובע הפסקה ואם רצונו להגביה ענה לא מחייב עד שיגמור בניינו [כונה מיושב ק"י הדד"ל הנד' בסוף מפליחין אחרי הגהות מהעריכין על השי"ך, ע"ש. ועי' גם ק"י מהרש"א על תורה כי היכי ודוק. ורש"י מ"ש ברע"א על המהרש"א ע"ש].

ג) ועי' רש"י על מתני' ה' א' ר"ה עד שייבא, וכ' דיש אומדנא שנתן דודאי לא ה"י כונה משלו כלא שיגבה קודם דמי חצי ההוצאות מחבור. וצ"ע דהרי בגמ' אמרי' דפריטא דכחו שנתן, וכמו שפירשי"י שם דהוי טענת מנה לי בידך הלה אומר אין לך בידך כלום. וההודש הוא דגם בטוען שפירע לפני גמר הכותל אין החטורין דלא עבדי איניש דפירע בגו זימני', ואכתי נשאר כטענת

כלל ראי' לפועל, דהוא מדין שכירות שאינה משתלמת אלא לכסוף [ההדמיון עצמו צ"ב, דכל קונטרס יש לו שימוש ועוד בפני"ע משא"כ שורה דכותל דאינה ולא כלום בפני"ע].

ועוד צ"ע על דבריו דאם א' סורב לסייע וחבירו כונה, נראה דיכול לחייבו מראש על דמי הכותל, דהרי מיד כשנתבע מחייב לתון חלקו בבניין הכותל, וחבירו אינו מחייב להשכיר עצמו לפועל עבורו, ויכול לומר לו שאם אין רצונך שאכופך לסייע תן לי כשת במקום פעולתך דמים כרי שאוכל לשכור פועלים שסייעוני במקומך. ולא נראה דיכול לומר שישלם כל זום דמי פעולת אחת יום, דחבירו גם אינו מחייב להיזהר שליח של ולטרוח במקומו לחור אחרי פועלים, והמענות אין בחרות משלום שכר הפועלים אלא דתמורתן נפטר מן הדין המחייב ככותל ונשאר החיוב רק על חבירו. זה ודאי יכול חבירו לחבוע מראש, ולומר לו שאם אינו רוצה לתן הכל מראש יכפחו לסייע בעצמו דאינו מחייב לטרוח במקומו. וגם אם אין ב"ד כופין אותו בשוטים לסייע בגופו אלא רק מפיק ממון ממנו, מ"מ יכולים להוציא הכל מראש כתיבת חבירו וכמשנטי' [רש"י דמורש"י ה' א' ר"ה עד משמע דיכול לחבוע לפני שמתחיל לבנות].

ב) ועל כן נר' דצריך לפרש סוגיין דהשותף הכונה את הכותל הסכים להשכיר עצמו להיות פועל לשותף השני, והכן הטעם דכפי' בכותל אינה רק שיכול להוציא ממנו ממון הכותל אלא שבי"ד כופין אותו לסייע בגופו. ולכן אין להעמיד מתני' דהחובע לא נתוצה לבנות לבדו, רק מכוחן שחבירו לא חסכים לסייע הוכרח לבנות לבד ולקבל הדמים, אלא מללא כפאו כבי"ד לסייע בגופו מוכח דנתוצה לבנות לבד וא"כ מסתמא דתוצותו היא שהיא פועל של חבירו וצ"ע"י.

שירצה לחבוע על מה שכבר בנה, אבל אינו יכול לחבוע על מה שעוד לא בנה, דעל להבא חבירו יכול לומר שרוצה לבנות חלקו בעצמו ואינו יכול לחבועו ממון, וסוגיין מירי שהנתבע טוען שישלם לפני גמר הבניין את דמי הכותל כולו, וזה ודאי לא ה"י חייב אז, ומתא דנאמן על כל דמי הכותל מוכח דעבדי איניש דפירע בגו זימני'.

ומה שתי' בגמ' שאני הבא דכל שפא ושפא זימני' צ"ב מה בכך דזה ידע גם המקשן דעל מה שכבר בנה יכול לחבוע מתי שירצה. ופי' התיד"מ שם אינו מתאים ללשון הגמ'.
ועי' טור קנ"ז סע' כ"ד דכ' דככל שורה ושורה זמנו הוא ולא דוקא בכל שורה ושורה אלא ה"ה קודם גמר השורה" עכ"ל.
ופי' ב"ח ושי"ך דהוקשה לטור דמ"מ אם שלם לפני הגמור ס"ס על ההלק החסר ככותל עדיין הוי תוך זמנו [ולפי"ז משמע דמסכים לפי' ק"י הגמ' כמש"כ], והי' דישלם אחרי החילה השורה האחרונה ואז נמחייב בכל דמייה כשמתחיל שורה מחייב בכל דמי. וצ"ל דזה ח"י הגמ' דמחייב כבר בחתי' השורה, ולשוך הגמ' לא משמע כן. וכן הדין עצמו אין לו הכנה דמהיכי תיתי לחייבו יתור מחצי השורה הבני', וצ"ע.

ובשי"ך [ע"ח ס"ק י"ב] פי' דמכיוון דיכול הכונה להטוריד מתי שירצה, לחבוע על מה שכבר עשה, כטרדא גרולה כי האי מודה ר"ל דמתחמת עבדי איניש דפירע הכל לפני זמנו. וזה מתאים לפירושנו בגמ'.
אמנם כפי' ע"ח סע' א' בהג"ה כ' דאם שכר סופר לכחוב לו כמה קונטרסים כל קונטרס מדי זמנו הוא. וכבהג"ה צ"י מקורו לסוגיין דכל שפא ושפא זימני' הוא. ולפמ"ש"כ הטעם דכל שפא ושפא זימני' משום דהבונה אינו פועל של חבירו ואינו חובע שכר פעולתו, אלא יכול לחבוע מכוון שחבירו ג"כ מחייב להשתתף בבניית כותל זה, ותכניעה זו אינא על כל בניה כלשהו שמוסוף בכותל, אין מזה

אינה בשותפות וחצי' מטיימת לזה וחצי' לזה, חצי הכותל שבני על קרקעו הוי כאחת בידו וזוכה בו גם אם הוי יתור וכמו באותו בותלן הטלית המוזהב.

ובפענתי' צ"ע טובא קושיית רבינו הגדול דכטלית אמרי' בחוס' ריש ר"מ ב"מ דליכא דרד"מ, דהיינו לשום א' מהם אין זכות בה וצר שהיא שלו אלא רק מה ששיניהם חופסים בה ביחד, ומאחר שתפסתו מוכחת על בעולתו ושיניהם חופסים, תפיסת שיניהם מוכיחה שלכל א' יש חצי, עי' ברא"ש ריש ב"מ ובמש"כ בזה לעיל, ובר"פ שנים אחרין. וכתפסי בכרכשתא אמרינן דהטלית כולה תפוסה ביד שיניהם, אך כשתלק השלית נמצא ביד א' מהם, הוא לבדו מוחזק בחלק זה, ולהכיבין אין תפיסה בו כלל, ולא שום טענה עליו, ומהיכי תיתי שיהא לו בו מיד. ורק בחלק שאינו אחת בידם דכו שיניהם תפוסים יחלקו.

אך בשותפין דלכל א' יש חצי בעלות גמורה ושלמה בלא ספק, מה שא' חופס כל זמן שלא הסכימו לחלוק תפיסתו היא גולגולתא בעלמא ואינו זוכה בה מיד וכתותף חפץ דחבירו בלא שום טענה. וז"פ עד מאור וצ"ע"י.]

ד' ב'. בגמ'.
א) "ה"ד אילימא דאמר לי' פרעתין כומני פשיטא כר' אלא לאו דא"ל פרעתין בחור זמני זמני כר'." וצ"ע אמאי זה מקרי עמו מחטלת הבניין יכול חבירו לכפותו להשתתף עד שיגמור חבירו לבנות. וראיתי בתיד"מ פטור ע"ח ס"ק ד' שהך כן וכ' דמירי שהי' התחייב לבנות כל הכותל והיי כפועל דחבירו, ודין פועל דאינו משתלם אלא לבסוף. ולעני"ד דחוק לי' דקושיית הש"ס היא מבה אוקימתא וי"ל בפשטת דהבונה ודאי לא נמחייב מאומה וכבה על דעת עצמו, וכאמת ה"י יכול מתי

ואולי משום דנגזר חזקות אלה נזכר בגמ' גם סברא להיפך, דאולי השאיר השטר בידו דרייר אפשיטי דספרא, וכן אולי פרע ת"י כי היכי דלא ליטדיד. לכן מרביציא לן בהזן, משא"כ בהא דרייש פרקין. אמנם בהא דריבמות לא נזכר ריעותא כמדוי' לפי"ה, וצ"ע. והא דבי"מ פ"א ב' צ"ל דעדף מחזקה דהוי דריעה ברורה דחמיד יש שם מים וכפרים ממש, וצ"ע.

אח"כ ראיית דבקיב"ש עמד בזה, וע"ע משי"כ שם בדברי הנוס' [וכמשי"כ שם באות ל"ה דמגז נגז שטר הוי מגז להוציא דאצי"ג דלא קיי"ל ככ"ש דשטר העומד לגבות כגבוי דמי מ"מ לכמה דברים השיב כגבוי ע"י בזה ס"י י"ב בש"ך ס"ק י"ז ובמהות אמרי כרד עלי. ובקצה"ח שם ס"ק א', קודמ' ד ב', ותוס' על ק"י ת"כ ס"י ק"ל]. ובסיום דברי הנוס' ע"י דברים חשובים בקוב"ש ח"ב ס"י ג' כמשי"ש באמצע הסי' יעד כדני מצינ'.

ד. א. בענין הזקת תשמישין ושכירות.

א) ש"י הרמב"ם דחזקות דסוניין אי"צ ג"ש וטענה, אלא מיד כשראהו משתמש ושחק, החזיק בתשמיש חזקה כו לעולם. ע"י רמב"ם פ"ח ושם במ"מ הי"ז כ' "ופרושו בזה ובאותן הסמוכין לה כדעת הגאונים ז"ל שכל אלו וכריב"ש שהן מחילה השעבודין כשתיקה לכל די וא"צ טענה ולא חזקה ג' שנים. ודעת רבתינו הצרפתיים שצריך טענת מבר או מחנה וחזקה ג"ש."

וע"י רשב"א לקמן כ"ח רע"ב שהביא ש"י הגאונים ד"ככל דבר שאינו מחסור קרקע דטענת סבלנות מהניא ל"י ומדין מחילה", וכי "אבל שעבדים שיש להם חזקה בטענת סבלנות כדעת הגאונים ז"ל נקנין הן במחילה. שאלי הוציא ז"ז על חצר חבירו וא"צ שנועץ קורה ככתלו יכול הוא למחול לו שלא יסלקם משום שאין זה כנותן קרקע אלא כמחול על

נאן עמד בזה, ע"ש ונע"י לקמן לב ב' מ"ש באורך ביטוד עניין זה, בעזחהש"ת].

ה' ב'. התודיה מ"י.

הבניא כסוניין אי אמרין מגז במקום חזקה לא אפשיטא והוי קולא לנתבע כמשי"כ בראשונים. ובתוס' הק' מהא דרמי בר חמא בשבועות מ"ה, וממתי' דיבמות קי"א. וע"י ש"ך פ"ב ס"ק ג' דכ' דאין כל החזקות שוות לעניין זה. וכ"כ שם בסוף הסי' בכללי מגז אות י' לתרץ הק"י מיבמות ונע"ש מה שתי' ער בדה]. אמנם דעת הנוס' מכונאר דהשור החזקות זו לזו.

וע"ע מהא דכ' תוס' לעיל ב' א' ר"ה לפיכך דאינו נאמן ל"י עשיית' כולה כמגז ולקוח דהוי כמגז במקום עדים, וע"י גם תוס' בי"מ ר' א' ד"ה אגרת, ונע"י זה איתא בכמה דוכתי ונע"י גם ש"ך ס"י קי"ח סק"ז מ"ש לחלק בין הפה שאמר למגז ונגזל. וע"ש בקצה"ח. אמנם תוס' דידן כע"כ לא ס"ל חילוק זה וכמשי"כ הש"ך שם].

וע"י ב"מ פ"א ב' וברש"י ד"ה במקום דאין סהדי הוי כעדים ממש וליתא להאיבעיא אי אמרי' מגז כנגדו [אמנם הרמב"ם שם לא כ"כ]. וכן משמע לשון תוס', וע"י גם ש"ך ס"י ע' ס"ק י"א כשם ב"י, וכי כפשיטת דאנן סהדי הוי כמגז במקום עדים ומשמע דעדיף מחזקה ולא תלוי אי אמרין כל החזקות שוות או לא.

אמנם נלע"י דחוק ל"י ד"אנן סהדי" עדיף מחזקה בעלמא, דגם חזקה אי"א פורע תוך זמנו, ושטרך בידי מאי בעי, ולא מוקי איניש אנפשי' טפי מלי' יום, הן חזקות בידור, וידעינן שכך הוא, ומאי בין זה לאנן סהדי. וכן משמע בשו"ת רע"א קל"ז דקרי לחזקה א"א פרוע תי"ז, ושטרך בידי מאי בעי, "אנן סהדי" וכוונתו שאין חזקות הנחמה אלא חזקות בידור.

מחזקות, דהכא לא שייך ההוכחה דכל מה שתח"י של אדם הוא שלי, וידעינן דהכונה הניחן שם על דעת שישתלם מהן. ותפיסה בעלמא שנאמר הממעה ג"כ לא שייך כאן, דזה שייך רק היכא דלא ידעינן מי הכעלים מחמת ספק, אבל כאן שהבעלים ידוע כודאי לאו כל כמיני' לחטוף מדי דחברי' ולומר דידי חטפי כי שלמתי עלי. ולכן אם טוען הלה פרעתי, נהי דא"א להוציא המעות מחזקותי, יכול בעל הכותל ליטול אבניו, ולזה קמ"ל מחנ"י דהוא בחזקת שפועי, מחמת האומדנא שכי' רש"י, וזוכה באבני הכותל ואין בעל הכותל יכול ליטלן.

ולמשי"כ דסוניית הגמי, דבונה הכותל הוי כפועל דחברו לא תקשי מדין שכ"י נשבע ונטול כמשי"כ בנתימ"מ ס"י ס"ח ס"ק ה' ע"ש.

ה' ב'. תוס' סד"ה ובה.

ע"י קצה"ח ע"ח ס"ק ה', דכ' דאפשר דתוס' הכא נמי ס"ל דמגז דהעדה מהני למפתן, אלא דהכא הוי העדה טפי. והנה מורגל בשייכות לכא דעת הסוכרים דמגז דהעדה מהני לממונא ולא לשכונתו, דכ"י לפסטר משבועה בעינן בידור, ומגז דהעדה אינו בידור, אך לממונא מהני דמכיוון דככותו לזכות בממון זה אם ירצה לטעון ולהע"י, לא הפסיד כוחו גם במה שטוען השתא. ע"י בזה בתי' הגרש"ש כ"מ ס"י ה', קוב"ש ח"ב ס"י ג' ועוד.

ולכאוי צ"ע מדברי תוס' הכא, דגם כמע"ד טורח אכתי יש לו כח לזכות בממון. והתן דיי"ל דהעדה קטנה, נהי דאין המגז מברר כיוון דלא ניתא ל"י להע"י, אכתי אינו מפסיד כוחו בממון זה כיוון דאם ה"י הוציא ה"י משני, אבל בהעדה גדולה מכיוון דמסמ אדם אין לו כח לפעול בפניו להע"י כ"כ גם אם יכתו בזה, ממילא גם לא נחשב דידי לו כח על ממון זה, וצ"ע רב. אח"כ ראיית דבקיב"ש

ולעיל דהמסניפא הוה אמינא דהנה לעיל נתבאר דהגמי מעמידה מחנ"י דזה שכונה המכ"ס עם חברו שיהא פועל שלו. וכדאי ה"י הפשוט אינו כן, אלא שמאחר שהביו סרב לסייע בנה לבדו ותובע חצי ההוצאות, וכתבני שאולי מאחר שהדין שיכול לכפותו בב"ד לסייע בגופו, או שיטרח בעצמו אחרי פועלים, מרלא כפאו מוכח דנתרצה והסכים עם חברו שיכונה הוא לכד, ומסתמא ההסכמה היא שיהא לו כפועל. אך מרש"י משמע קצת דא"א לכפות בב"ד בשוטים שיסייע בגופו אלא רק לאפקי ממון, וכן מסמכ, וא"כ אין שום סיבה להעמיד שהסכים להיות כפועל ולקבל שכירותו לכסות, דהפשוט דתובע חבירו לסייע, וכוונה לקיים חיובו ע"י שמוציא ממנו כל מעות הכותל מחי שירצה וכמשי"ח לעיל.

וכן לשון מחנ"י בחזקת שנתן לא משמע דזהו רק מדין מנה לי בידך והלה מכחילי אלא שיש חזקה שנתן ולכן איצ"פ שדאי יש טעם לגמי מדיע פ"י מחנ"י דלא כפשוטה העדיף רש"י בפירושו על מחנ"י לפרשה כפשוטה [וכדרכו בדוכתי טורח שלא להביא כפי' על מחנ"י אוקלמותה דחזקות ושאר דחוקים דאיחא בסוגיית הגמי]. ופשוטה כאמור דכנה לכד ותובע חבירו לא מדין שכירות פועל אלו מחמת שמחוייב בכותל.

והנה לפי הגמי דנעשה פועל לחבירו דאי בונה הכותל כשביל חבירו, וחבירו זוכה מיד ככותל חייב לו דמי שכירותו. אך לפירש"י במתני' השותף שכנה כל אבני הכותל שייכים לו. וכשיפיע חבירו יקנה מחציתם. ואם טוען שחבירו לא פוע א"א להוציא מדין אבני הכותל שעד עכשיו הוי בודאי שלי, ואצ"פ שחציין על קרקע חבירו אין זה

ועד סוף, או רק לכסוף, זה שירד רק בשכירות פועלים, אך בשכירות קרקע ומטלטלין מכיוון דהוי מכל לעניין תשמישין מתחייב השוכר הכל מראש וכמו במקח ואם כי פשוט דומן הפרעון אינו אלא לכסוף כמבאר בתוס' כ"ט ס"ה א' ד"ה שכירות אנהו]. וכן בגליון רע"א שמ"א ס"ג הופיח כן מרשב"א וריטב"א.

וכמדוי שכן מבואר מריטב"א כ"ב ק"ד א' לגבי שבח פרה ואינו תחייב נעת. וע"י אבני"מ סי' כ"ח ס"ק מ"ז שהוכיח דעת תוס' ורוא"ש דגם בשכירות קרקע ומטלטלין חוב השכירות אינו נוצר מהחלה.

זהו יתכן רק אם נאמר דיש כאן שבנד לחוד על המשכיר להצמיד לרשות התשמיש, אבל אם הוי קניין גוף לפירת לא ייתכן שלא יתחייב כדמים משה שקנה. אלא ודאי זהו לשיטתם דשכירות היא שעבוד לחוד [וע"י נחד"מ ססי קצ"ב בסוף דבריו דשכירות יש שעבוד הגוף של המשכיר. וביתר ביאור בסי' שי"ב ס"ק ה'. וע"ע שם ס"ק יגנ]. ולפ"ד נ"י כן גם בוצע הר"י ורוא"ש הובאו בשמ"ק כפ' יש נוחלין דף קכ"ג רע"ב ויתכן דזה גם היסוד לסברת תוס' דקניין חליפין לא מהני לשכירות, וע"י תוס' ערכין ל' א' וצ"ע]. ובאחרונים הנ"ל לא זכרו מחלוקת זו, והיא ידועה מוציאה.

ג) ופדעת תוס' פשוט דדין שאלה כדן שכירות. וע"י נ"י כ"ט צ"ט א', וברמב"ם פ"א מהל' שאלה ה"ה שג"כ השור שאלה ושכירות לשיטתם וכתבו דכתרווייהו אינא קניין הגוף לפירות.

אמנם ברטב"א כ"ט צ"ט א', הובא בשמ"ק ד"ה אמר ר"ה כ"י, מחלק בין שאלה לשכירות, ודבריו שם קשים להבין, ע"י חז"א חו"מ ליקוטוס סי' כ' על דף צ"ט, כ"ה "בתוס' ב"ק צ"ט א' וכו"י מש"כ שם בסה"ד לתמוה בדברי הריטב"א. ומדברי הריטב"א בקידושין מ"ז ב' מתבארת שיטתו יותר, דשם ביאר דבשאלה לא יתכן דקונה השואל הגוף

מוכה כן, דא"כ מה בין זה למתנה דכתב ורע"ש כבהג"א דמחלוקת רוא"ש ורמב"ם אי הורא"ש.

בעיני קניין או רמגי במחילה, זהו לשיטתם כמה שחלקו אי בעינן הזקת ג"ש וטענה או לא. וע"ע דהנה בחד' נקין אולי אפשר להבין שיוציל מחילה, דהמזיק עושה בשלל ולניק יש רק שעבוד לכופו להחזיק, ואם מחל פקע שעבודו [וגם כזה צ"ע ורא"ה יתבאר לקמן] אך מחלוקת רמב"ם ורוא"ש אי בעינן ג"ש וטענה איתה גם בחד' נעיצת קורות, ושפכי'. וכי"ב, והתם הוא ממש שאלה וכתובה גם להרמב"ם בעיני קניין וכמשינה, ומוכח דהמחלוקת אי בעינן ג"ש וטענה אנה חלו' בשאלה אי טגי במחילה או דבעינן קניין.

ב) והלעני"ד להבין ברורא דמילתא באופן אחר. ובהקדם דהנה מציעו מחלוקת ראשונים אי בשכירות קונה השוכר קניין בגוף לפירותיו, או שאין לו מאומה בגוף, ורק הכעלים משועבד להרשות לו להשתמש.

ע"י תוס' כ"ט נ"ז ב' ד"ה והאי דס"ל דרק לעניין אונאה אמרנן דשכירות ממכר ליומא, ולשאר מילי ל"א כן כלל. וע"ש בניי רשב"א דס"ל דלכל מילי אמרי' דשכירות הוי ממכר ליומא, וחידשו קו' התוס' מגמ' דע"ז דאין זו מכירה גמורה על הגוף לזמן קצוב אלא המכירה היא רק על התשמישין. וע"י ש"ך סי' שיי"ג, ובסי' של"ד ס"ק ב', שהביא באופן זה מחלוקתם.

וע"י ריטב"א כ"ט צ"ט א' הובא בשמ"ק ד"ה אמר ר"ה כ"י דמבאר להדיא דשכירות הוי קניין הגוף לפירות [וע"ע ריטב"א קידושין מ"ז ב']. וכן משמע בניי שם, בריכ"ש סי' תק"י, וברמב"ם פ"א מהל' שאלה ה"ה, ובר"ש פ"ז מהל' שכירות.

וע"י קוד"ס ד' ה' שהוכיח מרשב"א דהא דאמרנן דחוב השכירות נוצר מתחילה

שאומר מעולם לא אמר לי אדם דבר מעולם הרי הוא מודה שלא נתכוון לקנות ולא החזיק בתורת קניין. ועוד שאינו טוען שהעללים הסכים להקנות לו, והלה מכחיש, ואציג דאיכא אומדנא שהסכים מדחי חז"ה"ב נ"י דההכחה כן. ועוד דמטוניא דריש חז"ה"ב נ"י דההכחה מן השתיקה היא רק שלא מקפיד שישתמש בשלל, אך לנ"ד צ"ל דארובה, בשלל מקפיד שישתמש ומתוך שישותק מוכח שהסכים להקנות לו בקנין גמור, ולא רק למחול על התשמיש לפי שעה. ולזה נראה דעת הראשונים שם דליכא הוכחה מן השתיקה.

וע"י דלפ"ז לא מוכן טעם החולקים על הרמב"ם והגאונים, ע"י נחד"מ דהוכיח מגמ' דבתי"ד מהני השימוש לחוד לעשות קניין חזקה.

וע"י בתוספת שכפירש"י, שדיא מהרשב"ם, ומדכתב דנטל רשות ממנו משמע דלמתנה א"צ קניין סודר אלא טגי כונשלת רשות וחזקה, וע"י בניי שהזכיר בחמילה מחילה ואח"כ כ' מהנה ומשמע קצת ג"כ כמש"כ ברשב"ם. ואפ"ה הצריכו טענה, והנ"י גם ג"ש. והטעם נראה כמש"כ לעיל דכלי טענה אין כאן קניין.

וע"י סי' קנ"ה טע' ל"ה שהובא בהג"ה מחלוקת הרמב"ם ורוא"ש לגבי חזקה נקין. ושם טע' ל"ו הובא דעת הרמב"ם דמהני מחילה הניקח דעת רוא"ש דבעינן דווקא מכר או מתנה בקניין וע"י כבהג"א שפ"י כן. והא דלהרמב"ם צריך שיקטע מידו שמחל, זהו מפני דס"ל דגם בקונסרא וכו"ה"כ השתיקה מוכיחה על המחילה, ודלא כמש"כ שאר ראשונים, ומאחר דבהם קיי"ל דלא מהני חזקה, צ"ל דאע"פ שמחל יכול לומר דהוי מחילה בטענתו, ולכן גם כשמתחל כפרו יוכל ל"י כן עד שיעשה קניין לאלומי מילתא שלא יוכל לחזור בו, אך לא כדי לאקנויי מאומה. כן מוכח ברעת הרמב"ם ואכמ"ל וגם מבהג"א

שעבודים וכי"י ע"ש היטב בכל קישור דבריו. דעת רוא"ש בסוגיין דבעינן חזקה ג"ש וטענה.

רע"י סוגיא דכ"ט צ"ט א' דתקנו משיכה לשומרים וי"א דהוא מה"מ. וע"י רמב"ם פ"א מהל' שאלה ופקדון ה"ה דבשאלה זוכה השואל במשיכה לעניין שלא יוכל המשאל לחזור בו באותו אופן ממש שזוכה בשכירותו. ושם בגמ' אמרי' דשכירות קרקע קונה בסוף שטר וחזקה, וה"ה לשאלת קרקע, וכן מפורש בשו"ע קצ"ה טע' ט'.

וכפ"ד הוי ג"כ שאלה קרקע ובעינן קניין כרי שלא יוכל המשאל לחזור בו. וע"י נחד"מ ר"א דהוא מה"מ. וע"י רמב"ם היכא שקונה רק התשמיש טגי כמה שמשתמש לחוד. וה"י לכא' אפשר לומר דמאחר דמשתקה הכעלים מוכח שמתחייב לקניין מועיל חזקה המשתמש לקנות השאלה בקניין חזקה, והוי כהחזיק בפניו וברשותו. ואחרי שראינו הקניין עצמו לפנינו חו אין כאן ענין כלל לג"ש וטענה, דזה שייך רק היכא דלא ידעינן אם ה"י קניין ואח"כ לדון בה מד"ן חזקה.

אמנם מלשון רשב"א וסי' משמע דאח"כ עלה מד"ן מחילה ממש ולא מד"ן קנין חזקה. ועוד דאם אינו בא בטענה, דהיינו

שעבודים וכי"י ע"ש היטב בכל קישור דבריו. דעת רוא"ש בסוגיין דבעינן חזקה ג"ש וטענה.

ו' ב'. רש"י ד"ה לא הו"א חזקה ב"ו.

מלשון רש"י גבי כשורא דמטללתא מבואר דס"ל דבעינן טענה דכ"י ולא הו"א חזקה לטעון ול"י פייסמיה כו"ו וכהרשב"ם. וכדף ד' א' ד"ה בדנפשא כ' רש"י דבעינן ג' שנים לחזקה אורה וכ"כ לקמן כ"כ א' במתני' ע"ש.

ורג"ו בפשיטות דס"ל כש"י הרשב"ם דלקמן ג"ט סוף ע"כ פ"י כפשוטו דמירי שהחזיק בלא מחאת בני החצר, ואפ"ה דעת רבי חי"א דלא הוי חזקה עד שיחזיק ג"ש, ע"ש ברשב"ם. וכדף מ"א א' אמרין דהלכתא כרכי חי"א בה. והא רקשה משם על מה שמפשיט הרשב"ם ורש"י בסוגיין דחו"י תשמיעין הוי לאלתר, ה"י הרשב"ם על מתני' דדף ג"ז א' דתשמיעין קבועין ג"כ צריך חזקה דג"ש. וכסור קני"א סעי' כ"ד הביא ש"י הרשב"ם בה וכו' דהטעם דתשמיעין קבועין דסוגיין דחזקתן לאלתר הוא משום שהם תשמיעין קטנים ואין דרך לכתוב עלהם שטר.

ודעת הרמב"ם דהטעם דכסוגיין החזקה לאלתר ולא כעי' ג"ש אינו משום שאין דרכם כשטר אלא משום שכתבתי לחדר תקני"ח דמהני מחילה ושתיקה בעלמא, וא"ע חזקה המוכחה על קניין. ולפ"ז גם בתשמיעין גדולים שדרכן כשטר מהני חזקה לאלתר. ולכן הוכיח לדחוק בהא דלקמן ג"ש ב' דמירי בשמחו בני החצר, וכמשי"כ במ"מ פ"א משכנים, וכמ"מ פ"ה משכנים ה"ז ע"ש.

ו' ב'. שתי הצרות זו אמצעלה מזו ב"ו.

נראה דחלק הכותל שבונים מלמטה עבדי הוא חצי מעובי הכותל. וכשמגיע לגובה החצר העליונה מוסיף בעליון עוד חצי

ולענין י"ל לפ"י דהנה מה שנתבאר לעיל דדעת החופסת דשכירות אינה קניין גוף לפירות זהו כסתמא, אך אם פ"י שרצונו לקנות גוף לפירות ודאי מהני, ואם הקיים המעות אמרי' כסתמא דאין זה משום שמלוליה למשכיר אלא משום שרצונו לקנות הגוף לפירות וממלא מחחיב כעת בדמי המיקח, וכן נראה מתוס' ערוך כ"א א' סד"ה הכי ע"ש. ולדעת רשב"א וסיעתו דכלל שכירות קונה גוף לפירות ממילא לא קשה מירי. אמנם אכתי צ"ע לפ"י מפורעל כמבואר בב"ב דפ"ז, וצ"ע.

ו' א'. בעניין ספק בחזקה תשמיעין.

ענין סמ"ע קני"א ס"ק ל"ב דכ"י לגבי נעיצת קורות דכפולוגוא דהרמב"ם והרא"ש אי בעינן חזקה ג"ש או שמחזיק לאלתר דבעל הכותל נחשב מוחזק ובעל הקורות הוי המוציא מחביבו, ולכן ה"י מן הדין דכל שלא יחזיק ג"ש לא מהני חזקתו ע"ש ונמש"כ שם דאין זה מוציא ממש צ"ב דודאי התשמיע הוי שורה כספן. וטעמו מבואר דמכיוון דהנודין אי קנה תשמיעי הכותל, כל דהוי ספק בקנייתו אמרי' דחקיקע נשאת בחזקה בעלי' הראשונים, דבקרקע לא שו"י תפיסה.

אמנם כנ"י כאן מבואר דלא כהסמ"ע, ש"י גבי מחלוקת הרמב"ם והרא"ש דכ"י החזיק האי בכשורא יום א' החזיק י"ז שחוקין ושכנין ל"י בחוקתי' לא עבדינן ולא מירי אבל אי היה מפקיע ל"י מחזקתי' הו"ינן כמוציא מחביבו ואין עבדינן הכי והלא הדבר הזה עליו בספק. וכת"ז ס' קני"א סעי' ל"ה, ובב"ב א' שם ס"ק צ"ט, כתבו ג"כ כתנ"י. ואולי טעמם דכספיקא דדינא לא מקמינן אחזקה ע"י משנ"ת בה בעזשה"י לקמן ל"ב כ' על חוד"ה והלכתא, וצ"ע.

דבוקיקע לא שו"י תפיסה.

אמנם כנ"י כאן מבואר דלא כהסמ"ע, ש"י גבי מחלוקת הרמב"ם והרא"ש דכ"י החזיק האי בכשורא יום א' החזיק י"ז שחוקין ושכנין ל"י בחוקתי' לא עבדינן ולא מירי אבל אי היה מפקיע ל"י מחזקתי' הו"ינן כמוציא מחביבו ואין עבדינן הכי והלא הדבר הזה עליו בספק. וכת"ז ס' קני"א סעי' ל"ה, ובב"ב א' שם ס"ק צ"ט, כתבו ג"כ כתנ"י. ואולי טעמם דכספיקא דדינא לא מקמינן אחזקה ע"י משנ"ת בה בעזשה"י לקמן ל"ב כ' על חוד"ה והלכתא, וצ"ע.

ולענין י"ל לפ"י דהנה מה שנתבאר לעיל דדעת החופסת דשכירות אינה קניין גוף לפירות זהו כסתמא, אך אם פ"י שרצונו לקנות גוף לפירות ודאי מהני, ואם הקיים המעות אמרי' כסתמא דאין זה משום שמלוליה למשכיר אלא משום שרצונו לקנות הגוף לפירות וממלא מחחיב כעת בדמי המיקח, וכן נראה מתוס' ערוך כ"א א' סד"ה הכי ע"ש. ולדעת רשב"א וסיעתו דכלל שכירות קונה גוף לפירות ממילא לא קשה מירי. אמנם אכתי צ"ע לפ"י מפורעל כמבואר בב"ב דפ"ז, וצ"ע.

דבוקיקע ליכא אונאה. וכזה יוכי' סיום דברי המדלי דהוקשה לו דמדאמרין דשכירות קרקע נקנה כאופנים שנקנה קרקע משמע דהשוכר קונה הקרקע לפירתי', ותי' דאינו כן אלא רק תקני"ח היא דאחרי תקניין תו אין המשכיר יכול לחזור בו ממה שהכסתה להעמיד שימוש הקרקע לשוכר.

ולענין הקולשה פשוט דגם הנאה מקרקע והתשמיע בה יש לה דין קרקע, ורלא כמשי"כ בקה"י שם, וראיותיו שם צלע"ג, ואכמ"ל בה. רק הטעם דלהמרדכי יש בו אונאה אינו משום דלהנאה לחוד אין דין קרקע, אלא משום דאף את ההנאה לחוד אינו קונה, שהרי לא שייך כלל קניין על הזכות להשתמש לחוד, דאין זה הפצא שיוכל לחול בו תקניין. רק הוא משלם דמי שכירות כדי לפייס המשכיר שירשה לו להשתמש בשלו. ולא שקונה ממנו את זכות השימוש [ולכן בלא תקני"ח ה"י יכול המשכיר לחזור בו מתי שירצה, דקניין שכירות הוא בכלל התקני"ח ודחקו משיכה לשומרין, דהמשיכה אינה לקנות מירי בחפץ, שהרי שומר ודאי אינו קונה, אלא רק שלא יוכל לחזור בו מהתכנס בייניהם]. ובהו סברת המדלי דכיון דאינו קונה קרקע כלל, אחרי דגויה"כ דיש אונאה לשכירות ממילא גם שכירות קרקע ככלל זה, והבין.

ז' והנה באות ב' הדי הקה"י על דברי הגמ' ב"מ דף ס"ה דשכירות מותר ל"י אם מעשיו כ"י סלעים לשנה ואם של חדש בחדש כסלע לחוד, אמאי אין זה רבית שהרי אם אמר של חדש בחדש כסלע לחוד הרי זו השוויית האמיתית של החצר, דזה המחיר שפסקו בזמן שמחוייב לשלם, וא"כ כשמשלם מראש י' מוחיל המשכיר תמורת הקדמת המעות שמלווה לו השוכר המעות עד זמן חובת השלום השכירות שהוא רק לכסוף ותנן

ז' והנה באות ב' הדי הקה"י על דברי הגמ' ב"מ דף ס"ה דשכירות מותר ל"י אם מעשיו כ"י סלעים לשנה ואם של חדש בחדש כסלע לחוד, אמאי אין זה רבית שהרי אם אמר של חדש בחדש כסלע לחוד הרי זו השוויית האמיתית של החצר, דזה המחיר שפסקו בזמן שמחוייב לשלם, וא"כ כשמשלם מראש י' מוחיל המשכיר תמורת הקדמת המעות שמלווה לו השוכר המעות עד זמן חובת השלום השכירות שהוא רק לכסוף ותנן

ז' והנה באות ב' הדי הקה"י על דברי הגמ' ב"מ דף ס"ה דשכירות מותר ל"י אם מעשיו כ"י סלעים לשנה ואם של חדש בחדש כסלע לחוד, אמאי אין זה רבית שהרי אם אמר של חדש בחדש כסלע לחוד הרי זו השוויית האמיתית של החצר, דזה המחיר שפסקו בזמן שמחוייב לשלם, וא"כ כשמשלם מראש י' מוחיל המשכיר תמורת הקדמת המעות שמלווה לו השוכר המעות עד זמן חובת השלום השכירות שהוא רק לכסוף ותנן

ועי' רש"י דהעמוד סוגיין באחין שחלקין, ובני"י לא הביאו, ונר' כוונת רש"י דמיייר שאין להם שעבודים זה על זה, וכסוגיא דתרביצא ואספולדא, וכני' ס"ל דאם כהלי התחתן נשתעבדו לסמוך עליית העליין, וכמו חזקה כשורי והורדי, יהא השעבוד גם כמטו למטה פרי, דהסבא שכי' בדת הנ"י לעיל שיתבטל השעבוד אינה מחוורת כ"כ. וצ"ל דגם בדלילא שעבוד העליין על התחתון, אסור לתחתן לטול את שלו דהוי מוזיק העלי, ולא ומי לכוונה אשיתא אפומא דאספולדא, דאציג דחתם ומי כתי אפל אינו שורה כלום, מי"מ הוא לא חזיקו במאומה, אלא רק נטל ממנו האורה הצריכה לו. ומלכותן שאורה זו שלו יכול לטלה, והכית אינו ניזוק, אלא דאציג שהוא שלם ומתקן, כלא אורה אינו שורה, וזה אינו נזק [ומתוס' ד"ה א"ל כו' מדכתבו ועור דמאי קאמר כו', משמע דמשי"כ וחילמה הוא עניין בפניע ומשום נזק, וכ"כ בקוב"ש, ואינו מחזור כ"כ וכו"ש לא הביאו וצ"ע, ושר"י דבמהרש"א שם פ"י דאינו משום מוזיק עש"ה]. אמנם בעלי' למרות שאינו חייב להרשות לעליין להשתמש בשלי, מי"מ הוא גורם בזה לנזק ממש לעליין ואסור לו להזיק. וזה כורר שאם כנה העליין עליות ע"ג ביתו שלא ברשות, כודאי יכול לומר שלי אני נטול, דאינו חייב להרשות לעליין להשתמש בכחלי, ומאחר שיכול לאסור שימושם עליי יכול גם ליטלם. אמנם כאן שבפל העליה לא עשה שלא ברשות, נהי דמצד בעלותו על הכתלים הי' יכול ליטלם שאינם משועבדים לשימוש תבירן, מי"מ מצד מוזיק אין היתר ליטלם, כיוון שהעלי' כנו"י בהיתר אסור להזיק. ובהגניע למטה מי' דנתבטל תשמישו לגמרי חו אינו מחוייב להפסיד ביתו כדי לא להזיק לחבירו. ויסוד זה נתבאר בחת"ה"מ ק"ה ס"ה י"ח ע"ש [וואף שיש לעיין במשי"כ בחת"ה"מ ואי"ה יתבאר באורך במקומו, מי"מ חכא הוא רק גרמא, ונושה בשלן, ואינו מדי' אבות נזיקין

אלא כנוקי שכנים, וכזה ודאי אינו מחוייב להפסיד תשמישו כדי לא להזיק]. וזה ניתן להעמיס בלשון הגמ' אם כי לא מי"כ בריות, אמנם משי"כ גלעני"ד ברור ונכון בדת נ"י ורש"י בעזה"ש"ת, ולשון הגמ' אינו מתפשט כפשוטו [ועי' לקמן י"ז ב' מי"ש על חת"ה"ה אביין].

והחידושי ככללות הסוגיא דאפי' בקפיא
מועט לא מקרי מידת סדום כמה שמקפיד, ואצי"פ שזה פשוט, וכן מבואר גם בב"ק כ' דיכול להקפיד משום שחוריותא דאשייתא וני"י"ב, מי"מ הי' ס"ד דכשתבירו ניזוק משום כך נזק גדול מאד, יהא חשוב מידת סדום, ונפינן לי' על מידת סדום. ולזה הוסיף הסוגיא דלקמן דאפי' כתבא וציפי, לא הוי מי"ס, ח"פ.

ז' א' דגדנ כ"י תרי אחי דפפני כ"י, דהקושיא משדה כום ושדה לבן, דמתחם מבואר דכשנותן בעל הכרם דמי העליי כלול כזה כסתמא גם עבודת הכרם ולא רק הכרם גופו וכמשי"כ ברמב"ם פפ"ד ממכירה הי', והי"ה כאן, דודאי בעל האספולדא נתן דמי עליי האספולדא, ונכלל בה גם מה שגוצר לה ונכוון אורה, דומיא דעבודת הכרם, ומבואר כנו"י דאחי' ומוקינן לה בעלו רק לפי שזמנת הלכתי כשורי והודרי. ומוכח מהא, דרכינא ג"כ ס"ל דמוכר בעין יפה מוכר ולא משייר לעצמו מדי', יפן הקשה רק דהאורה מסתמא נכלל בתשלום העלוי. דאם הי' ס"ל דמוכר בעין רעה מוכר א"כ שייך לעצמו בעל האספולדא כשמכר וכוונתו בתרביצא את הזכות להשתמש באורי התרביצא לאורה, וזהו גם אם על דמי האורה, וזה דמייית לקמן מילמא דר"ג אמר שמואל האחי' שחלקו כ"י, זהו רק לאפקי מסכת דדאורא כה כי היכי דדרו אבהתן. וכן מבואר לקמן ס"ה א' דלצורך זה נאמרה מילמא זנ.

ועי' רש"י דהעמוד סוגיין באחין שחלקין, ובני"י לא הביאו, ונר' כוונת רש"י דמיייר שאין להם שעבודים זה על זה, וכסוגיא דתרביצא ואספולדא, וכני' ס"ל דאם כהלי התחתן נשתעבדו לסמוך עליית העליין, וכמו חזקה כשורי והורדי, יהא השעבוד גם כמטו למטה פרי, דהסבא שכי' בדת הנ"י לעיל שיתבטל השעבוד אינה מחוורת כ"כ. וצ"ל דגם בדלילא שעבוד העליין על התחתון, אסור לתחתן לטול את שלו דהוי מוזיק העלי, ולא ומי לכוונה אשיתא אפומא דאספולדא, דאציג דחתם ומי כתי אפל אינו שורה כלום, מי"מ הוא לא חזיקו במאומה, אלא רק נטל ממנו האורה הצריכה לו. ומלכותן שאורה זו שלו יכול לטלה, והכית אינו ניזוק, אלא דאציג שהוא שלם ומתקן, כלא אורה אינו שורה, וזה אינו נזק [ומתוס' ד"ה א"ל כו' מדכתבו ועור דמאי קאמר כו', משמע דמשי"כ וחילמה הוא עניין בפניע ומשום נזק, וכ"כ בקוב"ש, ואינו מחזור כ"כ וכו"ש לא הביאו וצ"ע, ושר"י דבמהרש"א שם פ"י דאינו משום מוזיק עש"ה]. אמנם בעלי' למרות שאינו חייב להרשות לעליין להשתמש בשלי, מי"מ הוא גורם בזה לנזק ממש לעליין ואסור לו להזיק. וזה כורר שאם כנה העליין עליות ע"ג ביתו שלא ברשות, כודאי יכול לומר שלי אני נטול, דאינו חייב להרשות לעליין להשתמש בכחלי, ומאחר שיכול לאסור שימושם עליי יכול גם ליטלם. אמנם כאן שבפל העליה לא עשה שלא ברשות, נהי דמצד בעלותו על הכתלים הי' יכול ליטלם שאינם משועבדים לשימוש תבירן, מי"מ מצד מוזיק אין היתר ליטלם, כיוון שהעלי' כנו"י בהיתר אסור להזיק. ובהגניע למטה מי' דנתבטל תשמישו לגמרי חו אינו מחוייב להפסיד ביתו כדי לא להזיק לחבירו. ויסוד זה נתבאר בחת"ה"מ ק"ה ס"ה י"ח ע"ש [וואף שיש לעיין במשי"כ בחת"ה"מ ואי"ה יתבאר באורך במקומו, מי"מ חכא הוא רק גרמא, ונושה בשלן, ואינו מדי' אבות נזיקין

העליין נצרך ליסוד זה כדי לסלק היזק עצמו, דכ"ל"י לא שייך לחיבתן.

ז' א' קמסדה מ"י רשותא דירי הוא כ"י.
צ"כ מה זה הלוי כ"י טפחים, שהרי כל גובה ביתו הוא רשותו. וכמדו' דקוב"ש הק' כן ואינו חת"י כעת. ונר' דודאי אינו יכול לבוא בשענה שהעליין משתמש כחלל שלו, דהבעלות על חלל הכית כאה ממילא מכה הבעלות על הכית עצמו, ואינה דבר בפניע. ולו יצוייר שייזו הכית יפיו ושמאל, ודאי תהא בעלותו על החלל שבמקום הכית החדש, והחלל שהי' בו ביתו מקודם ממילא לא יהא שלו, ואצי' שיפקידנו, והי"ה כזה ביתו למטה, דממילא פקעה בעלותו מהחלל שמעל תקותו, ח"פ.

ומה שטוען למטה מ"י רשותא דירי הוא כ"י, נ"י דהנה בני"י כ' הטעם דאין התחתן יכול לכוף לעליין לסתור ולכנות משום דכית לעלי' שעבודי משעבד. ומשמע דס"ל דמה שטותר התחתון קירותיו אינו אסור משום דמוזק לעליין, שהרי ללא השעבוד אינו חייב להרשות לעליין להשתמש בקירותיו כ"י לסמוך עלייתו, ויכול ליטול את שלו והעליין ממילא נופל, אלא דכתלוי משועבדים לעליין. וכע"כ צ"ל דהוי כעין חזקה תשמשיין דנעיצת קורות דאין בעל הכותל יכול להסיר הקורות אחרי שהחזיק בעל הקורות. אמנם השעבוד הוא שכחלי ביתו משועבדים לסמוך העלי', אך כשמגיע למטה מ"י חו אין זה בית, והעליין אינו עלי' אלא הוא נעשה בית, ופנים הדישות כאו לכאן, וככה"ג לא היתה חזקה השעבוד שלתחתון יהיו רק כתלים בעלמא חסומכיס בית הכיוד, אלא ביתו השתעבד, וכעת שבטל ממנו שם בית כפר ליכא שעבוד, ולשון הגמ' אינו נח כ"כ לפי', ועי' חנ"י הנדפס בגליון הרי"ף דנח קצת יותר וצ"ע.

עובי מחצתו. דאל"כ הי' צ"ל דהעליין נתון לתחתן דמי הקרקע דחצי עובי הכותל. אמנם א"א לומר דהכותל הי' עומד אם הי' מחילי רק מחצו העליין דאל"כ אין שום טעם לחייב מאשר לסלק מה שהיא מוזיק, מחוייב ביוצר מאשר לסלק מה שהיא מוזיק, וכחוייבת החוס'. וכחכרת צ"ל דלו יצוייר שהעליין לכדו הי' מחוייב לסלק היזק ראי' הי' מוכרת ג"כ לכנות מלמטה חצי עובי כ"י לתמוך בכותל שלא תפסוד העפר שחתחיו, ומאחר שבניין זה נצרך גם לסילוק נזקו מחוייב להשתתף בו.

ורב הונא ג"כ מודה דהעליין נצרך לבניין
התחתון כדי שיעמוד כותלו, אלא ס"ל דיכול לטעון דמכיות דשפלות קרקען גרם שאצטרך להוסיף גם הבניין שלמטה, ולו היתה קרקען גבוהה לא הייתה נצרך להוצאה זו, מן הדין שאתה תשלם אותה, וכן מבואר מפירושי'.

וצ"כ בדת רב הונא, דכמו כן יכול התחתון לומר דהסיבה להוצאה היתה היא גבוהת חצרו ואין צריך לסכל החוצאה שגומה גבוהת חצרו.

ולפיר' נר' דבהכרח יש להעמיד דגובה חצרו של העליין הוא גובה חצרות כל בני העיר והתחתון קרקעו מחמת לגובה קרקע העולם. ואם הי' להיפך דהעליין על תל גבוה, והתחתון חצרו כגובה חצרות שאר בני העיר הי' העליין לכדו נושא בהוצאה היתירה הנגרמת מהפרש הגובה, וצעי"ע כזה [אח"כ ראיתי בחזו"א ב"כ ג' ססק"י משי"כ כזה ע"ש. ושר"י משי"כ ברא"ש כזה, וכשני פריטים כמציאות הבניין מבואר שם דלא כמשי"כ, דכ' דאם הכותל הי' כולו כחלק בעל החצר הי' עומד שפיר על עפר, ורק מכיות שרוצה לעשות על קרקע שניהם צריך יסוד. ועוד כ' דא"א שרק חצי עובי הכותל יהא יסוד אלא בעינן שקצצ הצפף ויעשה יסוד לכל הכותל. אמנם ביסוד הסוגיא מבואר כמשי"כ דודאי

דכשוחטפין הבאין לחלוק מעכבין זא"י עד שיהא ד"א לפתח, דודאי אנו חולק על המציאות שצריך לפרק משאן.

ב) וצרא"ש את ל"ח ש"כ בשם ריב"א דכ"ן לר"ה בין לר"ח אם חלקו חצר

ובתים ביחד חולקים בשווה. וכן אם חלקו הבתים ואח"כ החצר, לא זכה בעל הבית בן שני הפתחים פעמיים ד"א בחצר כמו שאין לאחין זל"ז חלונות ודרך וכו"כ כר אין פתחו זוכה לו ד"א בחצר המשותף. וצ"ע, דהנה בתוס' ז' ב' ד"ה אין הביאו ולמאי דק"י"ל דהמוכר בעין יפה מוכר, אם מוכר בית ושייר לעצמו החצר, מוכר גם הדרך. רק דכאחין שחולקין מכיוון דגם בעל הבית מוכר חלקו בחצר לבעל החצר, הרי מוכר לו אותה ביחד עם הדרך. וגם את חלק בעל החצר בדרך שמכר לו ביחד עם הבת מחזיר לו כשמוכר לו החצר. וההצד השני מוכר חלקו בדרך צדי החצר, והחצר נשארת כשוחטפת, כשמוכר האחד את חלקו בבית השני לאחר, מוכר לו בעין יפה עם הד"א הסמוכות לפתחו, כפי מניין פתחיו, וכשהוא השני מוכר חלקו בבית הראשון לאח הראשון, אין שום סיבה שיחזיר לו את הד"א שקיבל ממנו, וכשהוא מוכר בעין יפה, אין העין יפה כוללת ויחזר על ד"א שלו, אלא שהוא נותן לו סמוך לפתחיו ד"א אחרות.

ג) וברא"ש הסכים למש"כ הר"ב"א דמורין מוכר בעין יפה אין להם ד"א בחצר כשום פתח. אלא כ' דמאחר שנסתמא א' הבתים שווה יותר, והנשטלו בחלקו נותן דמי עליו לראחין, ומסתמא ככלל דמי העילוי גם הד"א, וכמו ד"א דעבודת הכוס [כ"י דלא דמי לחלונות. והו כשי" תוס', אך בני" מבואר דגם חלונות בסתמא ככלל בעילוי. ולפי"ן רק למי שביטו שווה יותר יהא ד"א לפתחו, אבל זה שביטו שווה פתוח ולת נתן דמי עליו לא זכה בחצר המשותפת ד"א לפתחו. וברא"ש

שאסור לחזק כמבואר בס"י קנ"ז טע' ג' כהג"ה וכעניינם אינם אסורים להשתמש, ונ"י שהוא תקני"ח לבנות כותל [וכזה מבואר דעת הרא"ש ריש פרקין דיוכל למחול על חיוב כותל אע"ג דעל נזקי שכנים לא מהני מחילת הניזק וצריך קניין כמבואר לעיל]. וכמדומה שדעת הקרית ספר שכל דין נזקי שכנים הוא תקני"ח ואינו תחי"י כעת. ולומר שבחצר תקנות חכמים הן לחייב השכן רק כשהוא סיבה לנזק, וכעיר תקנה גם לחייבו הוכא שנהנה אע"פ שאינו הסיבה לנזק, לכא"ן אין לזה טעם ולא ידעתי מדוע נקט כן רבינו כדבר פשוט, וצ"ע.

יא. א. אר"ה חוצר מתחלקת לפי פתחיה כ"ו.

א) דברי ר"ה לא יחננו בשוחטפין שחלקו, ולכן פירש"י דמיידי באב המצודה לבניו, ואמרינן דעמו שחלק החצר לפי הפתחים. והר"י מגאש הוכא בני" פי דמיידי בבנו שציהם בתים הפתוחים לחכה של הפקר וזכו בחכה לפי פתחיהם. ויחנן דעת הר"י מגאש כדעת הרמב"ם הוכא בשו"ע קצ"ב טע' ח', דבצחית סלע קנה בחזקה ע"י התשמישים הראויים לה, וה"ה בחצר מה שהצ"ב על"י בית ומשתמש בה בחצר לביתו, כיוון שזהו התשמיש הראוי לה הוי קניין חזקה. אך להראב"ד [הוכא בסמ"ע שם] דצחית סלע א"א כלל לקנותו בחזקה, נ"י דגם הוכא אין חזקה כמתן זו קונה.

ולדעת ר"ה עיקר תשמיש החצר להילוך בין פתח הבית לרה"ר, ולכן מי שיש לו פתחים תשמישו בחצר כפול, ולכן איכא אומדנא דכוננת האב ליתן לו פי שתיים בחצר, ולכן אם תשמיש זה קונה בחזקה הרי הוא קונה פי שתיים. ודעת רב חסדא דהו שייך רק לאבי ר"א דהפתח, שבהן באמת עיקר תשמישן לצורך הפתח, אך שאר החצר עומדת גם לתשמישין אחרים ובהם שני הבתים שוין אע"פ שלזה פתח א' ולזה שניים [ומודה ר"ה

שיעשה תשמיש צניעות ויראהו חכירו, והו מבואר מדברי רמב"ן שהביא נ"י דף א' סוף עמ' ב' מדפי הר"ף, ש"כ דהדיק ראי' הוי דיק דגופו [דאם יכול בעל החצר להזהר תמיד, הרי מוטל עליו להזהר, וההירחתו המבטלת תשמיש חצירו היא רק פסידא דהחצר ולא חזק דגופא]. וצ"ל דמשום חשש זה מסכים בעל החלונות שלא לשייר לעצמו קניין בחצר לעניין שלא יוכל בעל החצר לכפותו לסתום על הרצאתו. והו כמובן דחוק, שאם הוא חושש לאיסור שיסתום מיד, ואם אינו רוצה לסתום, מסתברא שלא רוצה גם שתבדיל ויכל לכתפו לסתום. ולכן כ' הכ"מ שדברי הר"ב"ש דחוקים.

וכארא"י פ"כ מהל' שכנים הט"ז ר"ה והנה באחין כ"ו תלה מחלוקת הרמב"ם והראב"ד [שהוכא ברא"ש] כפי ענין הדיק ראי'. ובעניוהו אין מובנים לי דברי רבינו צ"על שהדי מחלוקת זו היא באמת המים ובסתם וכו"כ ממש כאותו אופן כמו בהדיק ראי'. ובע"כ צ"ע דהיא חלוקת סבורות בדין המוכר בעין יפה ולא בדין ה"ר. ורק בריב"ש כ' דיש פלוגתא מיוחדת בענין ה"ר, אך לדברי סברת הרמב"ם דחזקה ובפשטות הוראב"ד לא ס"ל לחלק בה, וצ"ע.

ז' ב'. מתני' כופין אותו כ"ו.

ע"י קוב"ש את מ' ש"כ דהא דכופין אותו לבנות בית שע"י ודלת לחצר לא נראה דהוא תקי"ח. ואין לנו להרהר אחרי שיקול דעת מרן זצ"ל, אך צריך להבין, שהרי מצינו גבי חנופה יסוד זה שתקנו חכמים דהיכא דא' נהנה ג"כ, מחייבי להשתתף עם כולם, ולא הדישו שיחבה עד שיכנו האחרים והנה בחיוב. ואם ס"ל לרבינו דתקנת חכמים מצינו דתקנו סדר העיר כולה אך לא תקנת הנוגעות רק לבני החצר, זה צ"ע שהרי מחיצת י' שלא יתפס כנוב, כדלעיל י' ב', נ"י בהכרח דהוא תקי"ח, וכן דין כותל דהדיק ראי' אינו משום

כזה דווקא היכא דהוי בלבו ובלב כל אדם, אבל היכא דהוי רק בליבו הוי דברים שבלב ואינם דברים]. אמנם גם לפ"ז לק"מ דברי המ"מ, שהוא הרי טוען שלא מחל, ומאחר שמעמישו אין ראוי שמחל, א"א להרשותו. וברעת רש"י צ"ל דאציג מ"מ סתמה סתם במקום ע"מ לפתוח אח"כ מ"מ סתמה סתם במקום שאין פצימין שפיר הוי אומדנא שמחל, שהרי בכל האומדנות יש מיעות שלא עבדי הכי ואפע"כ הוי אומדנא, ואין זה מדין רוב, אלא מכייון שכל הדרן, שכסתמותים סותמתים לעולם, נחשב כבירור גמור שכן כוונתו.

וש"ר דמשי"כ דמספק עבדין כרש"י, דהם נחשבים המוחזקים, אין זה ברור. ור"ל דמאחר שכלל השותפין יש שעבוד על חלק השותף האחר, וגם לו הוי כן מקודם, וכעת יש ספק אי פקע השעבוד או נמשך, מספק לא מפקעין שעבודו. דאצי"פ שהם בעלים על גוף הקרקע שלהם, וכעל הקרקע הוא גם בעל כל החמשותף, וכוכייתו להשתמש הוא זוכה דבר שלהם, וקרקע תמיד בחזקת בעליה עומדת, מ"מ מאחר דבכל שותפין יש שעבוד זה על זה, והכא הוא שותף, וצריך להיות לו שעבוד, כל שאין בידור שפקע שעבודו, לא הפסיד זכותו. וכעין זה מצינו בכחובות פ"ג ב' דהוכא שיש ספק אם יורה הכעל זכותו לאכול פירות נכסי המלוג של אשתו, יד הכעל על העליונה, דאצי"פ שהוא בא לזכות בתשמישי שבתוהה וקרקע בחזקת בעלי, מ"מ מאחר שכלל בעל יש שעבוד, כל זמן שלא הוכרר שנפקע שבתו, לא נפקעת זכותו מן הספק. ע"ש ברש"י שבבאר כן, וע"ש בחזו"א [א"ה ע"ז ט"ז] שהדוכא שגם דעת רב אשי שם כך, שהרי הראשונים פסקו שם באביעיות הגמ', לטובת הבעל. ואולי יש מקום קצת לפקפק בזה דשאני ההם שיש תקנת חז"ל שיאכל בנכסי וכמשי"כ שם רש"י פ"ג ב' ד"ה יד כ"י יוצאן הבעל בא בתקנה"ה על נכסי אשתו כמ'

י"ב ב' תוד"ה בגמ'.
(א) להבין הטיב דברי החוס' יש להקדים ביאור הסוגיא בעניין זה נהנה זה אינו חסר, ע"י ב"ק כ' א' א"ל רב חסדא לרמי בר חמא כו', [וע"ש בתוס' ד"ה זה אין כו'. וערא"ש ש"כ סברת החולקין דהכא אצי"פ שאינו נהנה חייב, דאינו כמזיק דסיס אבל חסרונו של זה. ואי כפשוטו צ"ב מאי פשיטותי דהגמ' בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר. דסיס אבל חסרונו של זה והוי ממש כהאביעיא דלא קיימא לאגרא ועביד למיגר, ויש לעיין]. ומבואר דטענת השוכר מאי חסרתין, וכעה"כ טוען הוא אהניתי. וע"ש מה זה שטוען מאי חסרתין. הרי פשיטא דהנאת הדירה שייכת לבעה"ב והיא שווה כסף. והרי אם קיימא לאגרא וליכא הרוצים לשכור אלא רק אחד, פשיטא שלא נאמר דפסור כיוון דלא חסר את בעה"ב

שממילא לא הוי מוצא שוכרים אחרים. והו פשוט דחייב השוכר לשלם אינו משום שחיסר מבעה"ב האפשרות להשכיר לשוכרים אחרים, אלא משום דתשמישי הכיח שייכים לבעה"ב, ואם הוא השתמש בהם חייב לשלם עבורם כמו בכל מקח. והוי כמו אחד שקנה חפץ של חברו שאינו נחזין לו וגם לא הוי עומד למכירה, האם שייך לומר שיהא פסור מלשלם כיון שאומר מאי חסרתין.

וע"י תוס' כ"א א' ד"ה כהדינו כו' שכתבו דהטעם דבהקדש מועל כוונה, אצי"פ שלא נחסר ההקדש, משום דדעת שכינה איכא שלא יהנה בלא מעלה. ומבואר דאם כהדינו נמי הוי דעתו שלא יהנה שום אדם בלא תשלום, פשיטא דכל הדר כהצירי הוי מחזיק [אמנם יתכן דקפידא כוון הוי מידת סדום וכפינן לא שלא יקפיד בכך, וכפינן על מדת סדום, אך לו יצוייר שהרי מהור לו להקפיד הוי מחייב הדר כהצירי בכל גזונא דומיא דמעלה]. ומבואר דהטעם דהדר כהצירי פסור משום דבעה"ב אינו מקפיד על כך שלא יהנו מחצירו בלא תשלום. ואין זה הפקדן, וכ"ז שלא זכה אדם בתשמישי זה עדיין הוא שייך לבעה"ב, והזוכה זוכה מרשותו של בעה"ב, אלא הוא יאוש והתוצאת שייכה מי שירצה בתנם [ודומה למשי"כ ברמב"ם פ"ה מה"ל אישות ה"ח. וע"ש כמ"ל]. וכן מבואר מתוס' כ' ב' ד"ה אפקורי שכתבו דאף כוונה מפירות חבירי, אם הלה התייאש מלהרויח בהם, אצי"פ שלא הפקידם, הוי כהדין דזה נהנה זה אי"ה [וע"ש כמה"מ דהגמ' כפנים היא הנוכחה]. ומבואר להדיא דמה שאינו חסר אין הנונה שלא נטל ממנו השוכר מיד, או שאינו בעלים על הנהא זו, אלא והאי הוי כנטל ממנו פירות בעין ואלכל, רק שמה שאינו חסר גורם לו שלא יקפיד בדמיהם. וזו טענת הדייר, מאי חסרתין, דהיינו כיון שאיך חסר כאן מדין איך מקפיד שזוכה כזה אדם בחתנם, והוי דאמה יכול לחזור כך ולגושני, מ"מ על מה

שכבר דרתי, מכיוון שכשרדתי לא הקפדתי שזוכה אדם בחתנם, אני כבר זכיתי בחתנם, ועק מה שכבר דרתי תו איך יכול לחתובעי. **נמה** שטוען שאכלת פירותי אין כוונתי ונליך להחזירי לי. שהרי הוא מחל על תביעתך על ממון זה והסכים שיתכר בו בחתנם. ולא משמע דבזה גופא פלגי דבעה"כ טוען שלא שאת, ואין זו מידת סדום. וכן יש להוסיף. וחס' כ"ב ד"ה אפקורי, שהרי דהם הטעם דהבעלים מתייאש אינו משום שאינו חסר אלא משום שמונתים ברה"י במקום שדורסים עליהם. ואם נאמר דהטעם דהנווא"ה חייס משום דבעה"כ לא מתייאש גם כשאינו חסר אין שוב ראוי ממתני, ד"ל דדווקא במתני הוי אומדנא דמתייאש כיון שהם ברה"י אכס בעלמא מה שאינו חסר אינו חשוב מידת סדום ול"א שאינו רשאי להקפיד, וגם לא הוי אומדנא שמתייאש.

ואולי י"ל דנהנה באכלה מתוך הרחבה דחייס לשלם מה שהנתי, אצי"פ שפסור עסק נוק, ולא הוי גזיל, ואין הבעלים יכול להיות חובע על הפירות, וזה מוכח מהא דאינו חייס לשלם לו דמי הפירות עצמם אלא רק דמי הנהגה, ובתוס' ד"ה הא, נחכו דלפני הנהגה לעסה וכבר לכא פירות, וכודאי שאין תביעה דמי הנהגה משום שהפירות שלו וחובעם אלא בע"כ צ"ל דאין חייב הנהנה משום ששק חבירו נמצא אצלו וחייב להחזיר, אלא משום שחייבתו תורה לשלם על הנהא שבאה לו מידת ממון חבירו גם אם ממון זה אינו גזיל או מזיק עליו, ואפי' כבר אינו בעולם כגון מזיק שלעסה, וחייב זה ביאר בכרכ"ש [ב"ק י"ז ט"ק ב'] דרשונו מדין שליחות יד דאסרה תורה להננות מפקדון בלי לשלם עש"ה, וכמוכן דלא דמי ממש, וע"ע [ופשיטא דהיכא דחסר, דאי לכ"ע הנהנה חייב לשלם, וכגון כחצר דעבדא למגור, חייב התשלום הוא מדין שוכר רגיל דכה שחסר גורם שלא יתייאש ויקפיד שלא

כ"י יורש ולוקח ומשום דין ירושה כשבא בעי"ח ונטל חלק א' מהן בטלה חלוקה, ולכא"י אינו מוכן כיצד יתקיימו תרווייהו. וכמדוי דבאה"ח ה'ל' שכנים תמה על עניין זה ואינו תח"י כעת.

והרנלענדי בזה, אם כי מי אני לעמוד במקום קדושים, לפמשי"כ רבינו לעיל מינה לבאר דעת הראשונים ולא גרסי אלא, דכ"י דהנה למי"ד יש בוירה אחרי שהגורל מוכר דחלק פלוני שייך לירוש פלוני, מחבר למפיע דמתחילה, מיד כרגע התחלת הירושה, אותו פלוני ירש חלק זה לבדו, והשני חלק זה לבדו, רק דאז אכתי לא ידענו מי ירש איהו חלק והיו מעורבים. ואחרי שנתברר מועיל הכיורר למפרע על החללת הירושה וכעת אנו יודעים שבעיקרא כשרישו ירש ראובן חלק זה ושמוען חלק זה, וממילא א"צ שום קניין כדי שחלק כל א' יהא חלקו לבדו ואין לאחיו שום יד בו.

אמנם ביאר רבינו הגאון זצ"ל דזה ניתן להאמר דחוקא בחלוקת א"י. דשם דהשכינה עצמה אומרת דזה חלק ראובן והוה חלק שמעון, א"כ כעת מתברר לנו שאפן כשזרעה הקב"ה את הארץ לבני"י בעיקרא זיכה אותה שחלק זה יהא לראובן והוה לשמעון, רק מחוסר ידיעה היו מעורבין וכעת נמכר דאפן חלק זה זכה ראובן לבדו בעיקרא מתחילת הירושה א"י לבני"י ע"י הקב"ה וממילא א"צ שום קניין יותר מזה.

אך כירושת אחיו, אם נאמר דהגורל מברר כעת שראובן ירש חלק זה לבדו ברגע מיתה האב, ולשמיעון לית ב"י מאומה, ושמוען ירש רק חלקו, רק שמוחוסר ידיעה היו מעורבין וכעת נמכר, זה אינו אמת. שהרי ברגע מיתה האב אין זה נכון שכל א' ירש חלק א' לבדו רק לא דעינין איהו, וא"כ הוכרר למפרע. דדאי האמה שברגע מיתה האב יד כל האחין שוה בירושה וכולן יורשין בשווה את הכל. דדחוקא בחלוקת א"י יש לומר דהקב"ה

כ"י יורש ולוקח ומשום דין ירושה כשבא בעי"ח ונטל חלק א' מהן בטלה חלוקה, ולכא"י אינו מוכן כיצד יתקיימו תרווייהו. וכמדוי דבאה"ח ה'ל' שכנים תמה על עניין זה ואינו תח"י כעת.

כ"י יורש ולוקח ומשום דין ירושה כשבא בעי"ח ונטל חלק א' מהן בטלה חלוקה, ולכא"י אינו מוכן כיצד יתקיימו תרווייהו. וכמדוי דבאה"ח ה'ל' שכנים תמה על עניין זה ואינו תח"י כעת.

והרנלענדי בזה, אם כי מי אני לעמוד במקום קדושים, לפמשי"כ רבינו לעיל מינה לבאר דעת הראשונים ולא גרסי אלא, דכ"י דהנה למי"ד יש בוירה אחרי שהגורל מוכר דחלק פלוני שייך לירוש פלוני, מחבר למפיע דמתחילה, מיד כרגע התחלת הירושה, אותו פלוני ירש חלק זה לבדו, והשני חלק זה לבדו, רק דאז אכתי לא ידענו מי ירש איהו חלק והיו מעורבים. ואחרי שנתברר מועיל הכיורר למפרע על החללת הירושה וכעת אנו יודעים שבעיקרא כשרישו ירש ראובן חלק זה ושמוען חלק זה, וממילא א"צ שום קניין כדי שחלק כל א' יהא חלקו לבדו ואין לאחיו שום יד בו.

אמנם ביאר רבינו הגאון זצ"ל דזה ניתן להאמר דחוקא בחלוקת א"י. דשם דהשכינה עצמה אומרת דזה חלק ראובן והוה חלק שמעון, א"כ כעת מתברר לנו שאפן כשזרעה הקב"ה את הארץ לבני"י בעיקרא זיכה אותה שחלק זה יהא לראובן והוה לשמעון, רק מחוסר ידיעה היו מעורבין וכעת נמכר דאפן חלק זה זכה ראובן לבדו בעיקרא מתחילת הירושה א"י לבני"י ע"י הקב"ה וממילא א"צ שום קניין יותר מזה.

אך כירושת אחיו, אם נאמר דהגורל מברר כעת שראובן ירש חלק זה לבדו ברגע מיתה האב, ולשמיעון לית ב"י מאומה, ושמוען ירש רק חלקו, רק שמוחוסר ידיעה היו מעורבין וכעת נמכר, זה אינו אמת. שהרי ברגע מיתה האב אין זה נכון שכל א' ירש חלק א' לבדו רק לא דעינין איהו, וא"כ הוכרר למפרע. דדאי האמה שברגע מיתה האב יד כל האחין שוה בירושה וכולן יורשין בשווה את הכל. דדחוקא בחלוקת א"י יש לומר דהקב"ה

כ"י יורש ולוקח ומשום דין ירושה כשבא בעי"ח ונטל חלק א' מהן בטלה חלוקה, ולכא"י אינו מוכן כיצד יתקיימו תרווייהו. וכמדוי דבאה"ח ה'ל' שכנים תמה על עניין זה ואינו תח"י כעת.

היובל נשאר בירור הגורל דמסאך ולהבא ראובן הוא יורש לבדו על חלק זה, ולכן נהי' דהמקח התבטל נשאר הזכות לראובן לכוף את אחיו למכור לו מה שיש להם בחלקו, כיוון שהגורל בדר' דדהו ירשתו לבדו. ויש לו גם דין זכ"י מכח יורש על חלקו זה, והקניין נצרך רק לסלק זכ"י האחרין מחלקו [רק שלא ימנע סילוק כלי זכ"י האחרין מחלקו] והוא יורש על חלקו כלי זכ"י ומכשמתבטל דין זכ"י יורשו משעם יורש, ונגזר שבא בע"ז גובה חלק א' מהם, ממילא מתבטל גם המקח, דכל כוחו לכופו למקח זה משום שהם בעלים על חלקו שנתמכר לו בגורל והוי כגזלנים עלינו. אך כשהתמכר הגורל למכור מתבטל, ממילא התבטל גם כל מה שהזנוכרה למכור לו חלקם בחלק זה והוי כמכרה בשעוה ותבטל הכל, וכזה כל דברי רבינו הגאון זצוק"ל מאירים ושמהים בעזה"ש"ת.

י"ג א'. תולדות כבוד.

(א) ע"י ח"י הגרש"ש סי' ה' שסכר לפי ברע"ת ר"י צ"ג השכר לאמצע משום במתכות דף צ"ג השכר לאמצע משום דנשתתפו ארעא דהכי. והק' דא"כ מה החלוק בין עומד לחרישה לעומד לטבחה. וע"ש ברא"ש דוז אינה קושיא. אמנם מיני וכו' מבואר בתוס' דא"כ לפרש כן, שהרי בפשוט ופשוט לא קשיא לרבא על רב נחמן, וא"כ הכא דלכא למימר דנשתתפו ארעא דהכי ונטל הכבוד פי שוים בשכר חזר להיות כפשוט ופשוט דיחירו ביחד וחלקו בשכר ולק"מ, אע"כ ס"ל להחסי' כפרש"י שם דהטעם דחולקים בשוה משום שא"כ לחרוש כלי חלקו של זה, וא"כ גם הכא אע"כ דנשתתפו בעל כרחם חלקו השכר בשוה, ולכן קשיא על ר"ג ומתוך דבכה"ג תקנו חכמים חלוקת זמנים. והא דכ' תוס' דחתם נשתתפו ארעא דהכי, היינו דמה"ש אין כופה שם בעל המאחזים על חלוקת זמנים, דהוא השתתף ארעא שיטול רק חצי השכר. ומעין

תבאר לעיל בעשה"ש"ת דיש מחלוקת ראשונים ורמב"ם לראובן כח לכפות זא"ז לחלקו הוא תקנה דרבנן או דין דאורייתא. ולמ"ד שהוא דין מדאורייתא לחלקו בגורל [כמבואר כן להרי"א בלשונות הראשונים וכמשנ"ת לעיל] מקורו מהלפיתא מא"י. ולמ"ד שהוא תקני"ח זהו משום דס"ל דגרסינן אלא וליחא להילפיתא [וואלי' לומרם הילפיתא באופן אחר וצ"ע]. ולמ"ד דאכא ילפיתא לחייב לחלקו אף למאי דקיי"ל אין ברירה צ"ב כיצד שייך גורל בכה"ג דאין לכ"א חלק מבדור משלו ונצרך לקנות חלק אחריו. והלעני"ד דאין מגוה"כ דגורל, מכר הגורל דראובן יורש חלק פלוני לבדו ולאחיו אין יורשה בחלק זה כלל. אך מאחר ולגורל אין דין קניין מאחר שבעת הירושה ירשו כולם הכל נשאר לשמעתן זכ"י בחלק ראובן, רק שהיא זכ"י בכר שאינו שלו, דהגורל ביר' דזה אינו שלו ומה שהו כבעלת על דבר שאינו שלו מן הדין, זה החיוב לחלקו שעושה הגורל, ומכח זה יכולין לכוף זא"ז לחלקו, דראובן אומר לו בע"כ סלק ירך מחלקי, דהגורל ביר' שאין לך ירושה כו. והנה לסלק את כח שמעתן מירושת ראובן א"א שיסתלק מדין זוכה ברידה אין הגורל וכמשנ"ת לעיל. דלמ"ד אין ברידה הגורל נהי מכר למפרע מדין. ומאחר דכירור הגורל נהי דנחשב בירור, מ"מ אינו ככירור בכל דוכתא דהוי רק גילוי מילתא על מה שהי' כך באמת, אלא הכירור של הגורל מגוה"כ מחדש בידור חלקים לכל אחד מה שלא הי' כן באמת מקדום. ומאחר דכירור זה מחיליל רק משעה תפלת הגורל ולא חל אלמפרע, א"כ על השעה שבי' המיתה לחלוקה ליכא לראובן דין יורש לבדו על חלקו ככל אלא יד כל האחרין שוה בחלק זה. ורק אחרי הגורל נהדרש דהו חלקו שירש לבדו ויכול לכופו להסתלק ממנו. ומאחר דעל השעה שלפני הגורל אינו יכול לכותב בחלקו מדין יורש לחוד חייב לכותב כו מדין לוקח, ולכן חזר ביובל. אך גם אחרי

ירש רק חלק פלוני, ולמ"ד יש ברידה בירור זה חל אף למפרע. רק מאחר דלגורל אין כח קניין, א"כ מה שהי' יד לשמעון בחלק ראובן לא מסתלק בגורל לחוד, אך מ"מ מהני הגורל לכר' דחלק זה רק של ראובן, ומה שלשמעתן יש זכ"י בו הרי זו בעלת על דבר שאינו שלו. וכאשר מקנה שמעתן מה שיש לו בחלק ראובן לראובן, אין ראובן צריך זכ"י מדין לקוח כרי לזכות בוה, דככל קניין יש ב' חלקים, הסתלקות כח המוכר וזכ"י החלק. והכא כשסתלק המכר ולא מדין סילוק אלא מדין מכרן מייד נעשה מעצמו של ראובן מדין יורש, דשוב אין בעלות שמעתן מפרעה למה שמכר הגורל למפרע דהו חלק ראובן לבדו. ולמציעו כיו"ב דהסתלקות המוכר וזכ"י החלק הם ב' עניינים הנחתים להפרדה ולא רק ב' פנים של עניין א'. דאמרי' בב"ב ג"ז ב' נכסי עכו"ם ה"ה כמדבר כ"י מי"ש עכו"ם ממי זתי לדי' אסתלק ליי, ישראל לא קני עד דפסא שטרא לדידי כ"י ע"ש. ואף כאן כשמוכר שמעתן מכח המכר מסתלק, אך ראובן א"צ להגיע לכתו כלוקח כרי לזכות, כיוון שיש בירור הגורל למפרע מכח גוה"כ דגורל דהו חלק שירש ראובן לבדו ואין לשמעון חלק בו, ומכח זה זוכה מיד בחלקו מדין יורש, דהו שלו מכח הגורל גם כששלשמעתן הייתה יד בו, וכשנסתלקה ידו ע"י המכר, דלגורל אין כח קניין, ממילא נשאר של ראובן לבדו מדין יורש לחוד, ול"ש כזה הדינים בהחזיק שחלקו ה"ה כלקוחות.

(ב) ולפ"ז תבאר גם המשך דברי רבינו

הקדושים, שהוא הוכיח מהרמב"ם דביובל לא בטלה החלוקה, דאף למאי דקיי"ל אין ברידה אין הדין דהחלוקה היא הסכם ביניהם לקנות ולקנות בלבד. והגורל הוא רק הסכם ביניהם שיקנו על פניו, אך לא די' דין גורל דאין כאן מה לבדו, דהו גוה"כ דלפנין גורל אף בחלוקת אחרין, דאע"פ שבאמת לפני הגורל ירשו כולם הכל בשוה הגורל מחדש דנעשה מפורד דכל א'

וכוונתו כי דמחוייב במעשה זה וכשעשאו יצא, ולפי זה הוקשה לו למה לא יצא כל זמן שלא נולדו בניו או שמחו, וכן למה יצא כשעשה המעשה בגנותו. והצד הכי דמחוייב כל הזמן שהיו לו בן ובת וזה המצוה, וכשמתו ממחרש החיוב דהוא חיוב תמיד, ע"ש באורך. ולא ידעתי מדוע אי אפשר לומר צד שלישי דבאמת המצוה היא הביאה ולא עצם הולדת הבנים, וכמש"כ בחוסי', אלא שאינו חיוב רק לעשות מעשה המצוה ותו לא כמו לולב ומצה, אלא הוא חיוב תמיד לעסוק בפריה ורביה, דדיינו דיש עליך חיוב תמיד לעשות ביאה כל זמן שאיך לו בן ובת ולפי זה מיושב מדוע כל זמן שלא הוליד עדיין מחוייב, וכן כמתו. והא דבהוליד בגיורת ומגוריי פטור, י"ל דהנה אם נאמר דיש חיוב תמיד לעסוק על ידי ביאה אם כן מה שביש קיים, שהרי המצוה אינה עצם הוויית הבנים, והחיוב הוא תמיד, אלא ע"כ שביש לו בן ובת איכא פטור מחיוב העסק בפריה ורביה [שהרי העסק הוא להכלית זו ובהגיע להכלית פטור], ולכן גם לזה שהוליד בגיורת ונתגיייר איכא הפטור, ולפי זה מיושב דברי החוסי', וצ"ע.

והא דאמרינן בריש האישי מקלש דמקיים מצוה ולא גוף המצוה. ונדאמרינן התם מצוה ולא גוף המצוה. וכדאמרינן התם דמליחה שיבטא לשבת איכא מצוה כו' יותר מכשלוותו אצ"ג דהוי רק המשך מצוה. ואיך ל' דמאחר דהמצוה בעסק כל מה שעוסק בה כן בקידושין בין במצוה הוי גוף המצוה, דא"כ גם תחלת ביאה יהא גוף המצוה וידחה הל"ת ונלמש"כ אם כא מחוץ כוונה להוליד ולא זכה לבנים קיים המצוה, ולי רק משום דחשב לעשות ונאם מעלה עליו הכתוב כו' אלא קיים כפועל גוף המצוה וצ"ע.

דמפרשים כהרא"ש בכחוכות שם דבנר"ד רמי ריזוח החרישה ביחד מקבל בהם הכבוד כי שלישים, ולכן הוכרחו לדחוק בן. להחסי' י"ל דאצ"ג דמקבל הכבוד פי שניים בודאי המכירה אברי קשוא על ר"ג, ולא יוכל לתרן דימכרו ורחלקו בודמים דמן הדין איך כח לכבוד לכוף הפטור למכור, ויאמר איני חפץ למכור חלקי לאדם אחר אלא ישאר ברשותי ואחרוש ביחד אחר או עם מי שיקנה ממך חלקך.

וי"ג א'. רש"י ד"ד ד"ג שאני הכא כ"ו.

ע"י קודשין י"ד ב' דעבד עברי מוכר עצמו ליתור משש לדעת חכמים דר"א, ומסתמא הלכה כוותיהו וכ"פ ברמב"ם. וכדחתך י"ל דכוונה רש"י דגם אם ימכור עצמו כמכירת עבד עברי שאינו נמכר כמכירה גמורה ויש בו דינים רבים, וכמש"כ בח"י הרמב"ן ע"ש. ואולי יש לדחוק דס"ל לרש"י דהכא סתמה הגמ' כר"א, ולכן גם הלכתא כוותי'. ואינו נראה וצ"ע.

וי"ג א'. תרד"ה כו"פ.

ע"י מנחה מצות פו"ר הרי היא מצוה הבאה בעבירה, וכי לתרן דעיקר המצוה היא הולדת הבנים ולא הביאה והרא"י דאם כא ולא הוליד לא קיים המצוה, וכן אם הוליד ומתו. וכן כ' ליישב קושיית הטרי"א מדוע בהוליד בגיורת ונתגיייר קיים דהרי אכל מצה כשהוא שוטה לא יצא. ולפי' התקשה בדברי החוסי' דידן, מדוע כ' דהמצוה בגמ' ביאה, וכי דגם לפי סברתם דבנמ"כ כיוון דרוב מתעברות וילדות הוי ככר כהולדת, אכתי קשה דגם אם הוליד לא קיים כ"י שאיך לו בן ובת.

והנה ב' הצדדים דהמנחת חינוך הא' דהביאה היא מצוה עשה כמו לולב ומצה

וראוי. ולהפ"י הכי ע"כ מה טעם הוא זה לפי שאינה עומדת אלא לשבר הו"ל ראו'. ובהמשך כ' הרמב"ן "מהו אי אית דינא דגא"א הכבוד נוטל פי שניים בשכרה כו"ו, ולפי' הגרש"ש אין הבנה מה תלוי דין השכר במחלו' אי איכא דינא דגא"א, אמנם באמת מש"כ כאן הרמב"ן נוטל פי שניים בשכרה בהכרח כוונתו ללמי מכירתה מדכ' בהמשך "או בשכרה אי רצו להיות משותפים בנייהם", ולפי' מכוון דברי שא התכוון בדוקא ללמי מכירתה, דאם מוכרים אותה קודם חלוקה כיוון שלא עומדת לזה הוי ראוי, אך אי אית דינא דגא"א מכוון דדודי גופא החלוקה, וכוונתו בהמה ודאי יש לכבוד פי שניים דהיא עצמה מוחזקת, ולכן גם בהלוקה הגא"א יש לו פי שניים.

ולפי' זה קושיית רבא על ר"ג דמאחד שא"א למכור ולחלוק הדמים, ואע"פ שיכולים לחרוש ביחד ולחלוק הריחות כ' שלישים ושליש אין מן הראוי שיהיו מוכרחים להשתתף ולא יוכלו לחלוק כשום אופן [וכמש"כ ש"ת הרא"ש ע"ה סס"ק ד' דלעולם טובה החלוקה, או כמש"כ בשו"ת רשב"א ח"א תתקני' דמאחד שמזינא יכולין לכוף זא"ז בכל מדי, ובליצא דין חלוקה אינם יכולים רק משום הישר והטוב, ואוי לתקן חלוקה כלשהי שלא להפקיע את זכותם מעיקר הדין לכוף לחלוק. ועי' לעיל משנ"ה בזה בעדהש"ת]. ולפי' חוסי' הקוניא על ר"ג היא רק משום שגם לחרוש ביחד אינם יכולים. אמנם ע"כ מה הקוניא אי יכולין למכור ולחלוק. ולכן ה"י נה יותר לפי' דהחוס' ס"ל ג"כ דדמי המכירה הוי ראוי. ולפי' ע"כ מש"כ הרמב"ן "ואחרים פי' לעולם מוחזקת היא כו"ו והכוונה דאף דמי מכירתה חשיבי מוחזקת, הנהי כוונתו דזה לא מסתבר ל' דדמי מכירתה חשיבי ראוי, וכוונתו דהחוס' דמפרשים כרש"י בכחוכות דבכתב דמי ריזוח החרישה מחלוקין בשוה, ולכן אצ"א לדחוק זה דדמי המכירה הוי ראוי, משא"כ להי"ס

סברת הרי"ג מנאש שהביא הרא"ש באות ג"א, וכמו שבי' הגרש"ש שם [אח"כ כא לירי לזמן קצר ספר קה"י וראתי לפו"ר שהוכיח מחוס' דחלוקת זמנים אינה מדין חלוקה. אלא כך נוטלים מכת מה שיש להם בגופה. ולמש"כ ליתא וצ"ע. וכיסוד הסוגיא דכתובות ע"ג ע"י מ"ש בעדהש"ת באורך לקמן ר"פ ר"ע]

ב) ועי' כה"י הרמב"ן כאן, שהביא י"מ רלהבי נקט כבוד ופשוט לפי שאין להם לחלוק ברמים שאין הכבוד נוטל ברמים בדאוי כבמחזקת ואע"פ שהבהמה מוחזקת כיוון שהיא טמאה ואינה עומדת אלא לשכר הו"ל ראוי, כו'. וצ"ב אי הכוונה במשי"כ שאין להם לחלוק ברמים כוונתו דדמי המכירה כיוון דאינה עומדת למכרה אלא לשכר, דמי המכירה הוי דבר שנתחדש אחרי מות האב וחשיב ראוי. אך אם חורשין ביחד נוטל בכבוד פי שתיים בריזוח. או הכוונה דגם מה שמדווחין בהרישתו יחד הוי שבה שלפני חלוקה ואין הכבוד נוטל בו פי שניים [וכן פי' הגרש"ש].

ולדפ"י הראשון הטעם דהשכר אינו כשבת ששבתו נכסים לפני חלוקה, נר' לפי' דה"ל דהכא משום שא"א לחלוק הבהמה, וכעת החלוקה חשיבו שכר ישאר לעולם שיחרשו ביחד, א"כ זוהי גופא החלוקה שהחשיבו להשאר שותפין כבהמה, ומשנהו והלאה דינם ככל שותפין, ואם יספיקו בנייהם לחלוק השכר לאמצע כיוון שהפשוט בקי יותר בחרישה יחלקו לאמצע ואם יסכימו לחלק השכר ג' שלישים ושליש יחלקו כד [וכמבואר ברא"ש על כחוכות ע"ג דמפ"י הכי טעמא דהשכר לאמצע ודלא כרשב"ן]. ולפי' א"ש הא דקאמר "לפי' שהבהמה טמאה ואינה עומדת אלא לשכר הו"ל ראוי" דכוונתו דאם היתה טהורה שעומדת לאכילה א"כ מכירתה הוי כאכילתה ואין הדמים פנים חדשות משא"כ בטמאה שאינה עומדת להפכה לשכר או דמים אלא רק לחרישה הוי המכירה דבר חדש

חבירו מכה חזיב חבירו להחזיק גם הוא, אלא רק מדין נהנה. אמנם לעיל סי' א' סי' ב' רבנו עיי' מש"ש בטעמו. ולכן הוכרח לדחוק כאן דלהבטח"מ אינו מוסיף כלל, דאע"פ שמוע חבירו להשתמש, והו' רק משום שגורם לו שלא ירצה להשתמש, ואינו מקלקל גוף חצירו, וככה"ג אפשר דאינו מוסיף כלל. אלא הוא תקנה חכמים לעשות דבר המועיל לכולם, ולא משום חירב להחזיק חזק, אם עשה עכור חבירו דבר המועיל לו, ודאי יכול להתוכע על שהתנהגו. אמנם זו סברה החזקה ל"י שה"ד אינו משום מוסיף כלל וכמדוי' שבראשונים לא משמע כן, וגם לא בגמ' ואכמ"ל. וכן בפיה שער ודאי הסברא הפשוטה דתקנה"ח מחייבת הא' להשתתף בהוצאה גם כשקדם חבירו וכנה, שהרי יסוד התקנה שאין זה מן היסור שהא' יתנה כחינם ממה שעשה חבירו דבר הנצרך בשווה לשניהם. וכן הביא רבנו לקמן סי' ד' בשם רמ"ה ור"י מגא"ש.

ב) מ"ש רבנו דב' דינים יש בחיוב נהנה, כפי"ק סי' י"ד סי' ב' עש"ה. והנלע"ד כביאותו, הנהה כפי"ק דף כ' מכוואר דאכלה בהמתו פירות כרה"ר אע"פ שפסור מדין נזק משלם מה שנהנית. וכן כתוב לו חבירו כביה הבליעה חייב לשלם לבלע"ל על הנאתו. וחירוב זה אינו משום ריש להבירר אינו תביעה עליו, שהרי על אבדן החפץ הוא פטור כיוון דכרה"ר פטורה בהמתו מדין שן, וכן כתוב לו חבירו, הרי החותב הוא המזיק, וגם על הנזנה אין לבלע"ל שום תביעה שהרי אין הנזנה גולן על הנזנה שבאה לו כדחתר וכעל כחהו ובלא שום פסיקה התחייבות. אלא זהו דין שחייבה התורה את הנזנה מצד עצמו לשלם על הנזנה, לא משום שלבלע"ל יש שום "ממתי גבר" אצלו אלא שהתורה הטילה עליו חירוב לשלם על הנזנה, וכמבואר כ"י בדברי רבנו כסי' ד' ובפי"ק [ועיי' משנ"ת עוד בפניין זה

ואולי י"ל עפ"י מש"כ בדעת רמב"ן רמב"ן במלהמות בפנים, עיי' דס"ל דנהי ריש תקנה כללית דכל היכא שמזיק מחייב בכותל או סתומה, כחצר וחצר אין זה הדין הפשוט שכי"א חייב לסלק חזקו בכותל, וא"כ חייבים בעצם כ"י כחלים ורק משום שא"ע בזה מתפסרים וכוונים ביחד [ולפי"ז אם קודם א' ובנה אינו יכול לעטון שבנה חצי כשלחות חבירו מדין יורד לשרדה חבירו], אלא ס"ל וכתובתו חצי וזהו תקנה מיוחדת לחייב כ"א רק בחצי [ולכן בקדם א' ובנה יכול ל"י שבנה חצי עכור חבירו ולתובעו]. דא"א לחייבו משום שמזיק ומחייב להמנע מלהזיק, שהרי חבירו מזיקו ג"כ, ואם הוא יסלק חזקו בזה יסתלק גם חזקו חבירו ממנו והוא אינו צריך לסלק חזקו חבירו ממנו. ולכן חייבו חכמים כ"א רק בחצי, והו' ודאי לא מטעם חירוב לסלק חזקו, דלזה צריך כותל שלם ולא רק חצי, אלא הוא חירוב ממתחייב לחבירו מחזקו"ח, ובמקום שאכתו רק הוא מוסיף יתכן שחייב להחזיק מדין החזקה נזק ולא בחותה חירוב ממון [אלא שאכתו יקשה מדוע בנאנס מבלבנות מותר להשתמש וי"ל ואכמ"ל].

סי' ג'

א) מ"ש רבנו בחהילת הסי' כדעת פנה"מ, עיי' בפנה"מ שמבואר דס"ל דחירוב הנזק רק מדין נהנה מאחר שחייב רק בהקיפו מדי רוחות, ואם ה"י חייב מדין חירוב כותל שחטילו עליו חכמים ה"י חייב כבר במקיפו מרות א' [וכן מוכח מהא דאמרינן לחד לישנא דחייב רק נטרוא בר חווא, דאינו נהנה ביותר מזו, דה"ר אינה הנאה ממש שהשביח גוף שדהו]. ומבאר רבנו מדוע אינו חייב מדין תקנה"ח שחייב לבנות כותל. וה"י יכול ל"י דתבעיה"ע פלג על הרא"ש [כפי משנ"ת לעיל סי' א' ב' דס"ל דחירוב כותל הוא חירוב כמו כל חזקתו נזקי שכנים דלעיל כ' דככה"ג אם קדם הא' והחזיק חזקו אין לו תביעה ממון על

ג' צדנות בשולחן ערוך דברכ"ש פ' השותפין.

כסילק ממנו חבירו חזק רבני רה"ר. ונהי דמכריח ארי מחבירי, עצם הכרחה הארי לא תשיבא הנאה, מ"מ אם נתן בידי מקל להכריח הארי, המקל גופו פשיטא דנחשב שהתנהו בזה, שהשימוש במקל הוא דבר השווה כסף, אע"פ שהכרחה הארי כשלעצמה אינה שווה כסף.

א) אלא מצד אחר יתכן ל"י דפטור, כיוון שחבירו מחייב מצד עצמו בכותל שלם, שהרי דל מהכא חויבו שלו, וכתן שלחבירו יש גג, חייב חבירו מצד עצמו בכותל שלם, ומאחר שחכמים הטילו על חבירו את חירוב ההוצאה, הוא אינו חייב על זה מדין וחייבו שלו ככל פקע אחרי שיש כאן חותל דחבירו. ועיי' מש"כ בפנים על דף ד' ע"ב בדעת בעה"מ. ושר"ד דכנראה זוהי כוונת רבנו האמרי"ת, דמאחר שלסלק עצמו מלהזיק מוטל עליו, לא חשיב בזה מהנה לחבירו, וכן מוכח ממש"כ ברכ"י ג' דכעושה בית שער לחבירו חייב משום מהנה וגם החם הוא מניעת חזקו. אמנם צ"ע דכמלהמות מוכח דס"ל דככותל כין שניהם ל"א דכ"א מחייב הכל. אלא כ"א מחייב רק חצי. ועיי' מש"כ בזה בפנים. ועמ"ש רבנו סי' ד' וע"ש.

סי' ב'

מש"כ רבנו כסף הסי' א' יש חילוק בנה וחצר. עיי' גם בקוב"ש אתה ל"ש שחילק בזה. ולהטעם שכתבו לעיל אין לחלק בזה. וגם בלא זה לא ידענא שום טעם לחלק בין חצר וחצר לחצר וגג, דמה נפ"מ לגבי חירובו שלו אם גם חבירו מחייב או לא, וכיצד יתכן דחירוב חבירו או אי חירוב, גורם להפך את חירוב עצמו מחירוב ממון לשעבר דהחזקה הנתן.

סי' א'

א) נראה הטעם דחירוב כותל דה"ר אינו כשאר חירובי החזקה נזקין משום דכשאוטוסיים מלעשות כותל מותר להשתמש בחצר גם בלי כותל וכמבואר בשר"ע קני"ג ג', ואילו ה"י לזה דין מוסיף ה"י אסור להשתמש בחצר בלא כותל. אלא צ"ל דאינו מוסיף משום דכשמתכחיל כל חשמישו אינו אסור משום מוסיף [ואולי יתכן גם דמאחר שאין כאן נזק ממש בגוף חצר חבירו אין זה חשוב מוסיף כלל]. ויש רק תקנה מיוחדת שחייבהו ככותל, והיא חירוב ממון. ועיי' מ"ש בזה בפנים בדעת הרא"ש.

ב)

והרא"י שהביא רבנו מהראב"ד, עיי' בשמ"ק דף ג' א' ד"ה וכו' שהביא דברי רש"י"א וכתובם נזכר שכן גם דעת הראב"ד דס"ל דקניין לעשות כותל ה"י קניין דברים [והוא מחלוקת ראשונים עיי' חר"מ סי' קנ"ז ס"ד וכו"כ"כ שם]. ולמ"ד מחזיקה גורא כ"י הרשב"א שם דהקניין ה"י שנתחייב כ"א לחבירו דמי מחצית הכותל. ומשמע דאותו חירוב שיש למ"ד חזקו ראיה שמי' חזקו קנו לחלוק, הוא הוא החירוב שיש למ"ד חזקו ל"ש חזקו קנו לעשות כותל, אם כי כמובן אינו מוכרח לגמרי.

סי' ב'

ג) ומ"ש כסף סק"א דאם קדם הא' ועשה כותל, חבירו מחייב לשלם לו אליבא דהרא"ש דהוי חירוב דמים, כן מבואר כמלהמות ולקמן סי' ג' כ' דאפשר דבעה"מ פליג.

ד)

ומש"כ דחייב משום נהנה, ובסי' ב' כ' דבר דאינו חייב כי כל הנאות היא רק כסילוק חזקו חבירו וסילוק חזקו לא חשיב הנאה, צ"ע דבעה"מ ודמכ"ס שהביאו רבנו כסי' ג' מבואר דשפיר חייב משום נהנה

והמלענע"ד בזה פעם דהנה כחוד"ה דמי כ"י כמ"ב דאגן סהדי דאם ה"י מוצאם סהדי אע"ג דכפשות מיירי גם כשהניקף מוחה ואומר דסגי ל"י בלא כלום. ובכפשות המחלוקת בין הלשונות היא ער היכן אמרינן דאגן סהדי. האם רק בעמד ניקף איכא אגן סהדי, והאם אגן סהדי רק לגבי דמי קניס כוול או דאגן סהדי דניחא ל"י ככותל מעליא. וכפשות היורד לשרה חכירו אף באומר אח"כ שלא ה"י נוחא ל"י חייב בעשוי' ליטע כיוון דאגן סהדי דניחא ל"י ואינו נאמן כמה שאומר שלא להניטע מחכירו לחייבו בהוצאות ע"י שיריד בשלן, ולזה הי"ד דאם מוחה לפני שירד פטור דא"א לחייבו להיות לוקח בעל כרחו אך אחרי דחזינן יודיע שעה אחת שחכירו רוצה לירד לשרה ולא מוחה מיד אמרינן דאגן סהדי דניחא ל"י, ואם מוחה אח"כ אחרי שחכירו כבר נטעם חו אינו נאמן לומר דלא נוחא ל"י לקנות וכ"כ רבני בסוף ס"י זה ונטעב דאם לא ידע עד שחכירו כבר נטע ואח"כ נודע לו יכול למחות מיד כשנודע לו. ואם לא מוחה חו אינו יכול למחות יותר. וצריך בדיקה בסוגיא דהשואלן. ולכן בנר"ד היכא שלא מוחה מחלילה אגן סהדי דניחא ל"י לקנות תשמיע הגדר [והיינו קניין כל רגע על ההנאה שבאה בכל רגע ולא שקונה באופן שלא יוכל בעל הגדר לסתור גדרו כשירצה] ומחייב עליי מד"ן שוכר ומד"ן היורד לשרה חכירו ואינו עניין כלל לדין נהנה דאבלה מתוך הרחבה. ולא יחזן ל"י דהאומדן דרוצה להנות בתנ"ס דאז הוא גזילן על החשמל אם מקפיד חכמה. והא דמייית הגמ' דכ"ק ראי' מזה לדין זנוחא"ה דשם הגדרן רק אם משום שאינו חסר מחייבא מלהכובע דמי השימש בנדרו. וכמו בדר בחצר חכירו דודאי החיוב מד"ן שוכר ולא מד"ן נהנה והא דמייית חתם ראי' מד"ן אכלה מתוך הרחבה דחזיכו מד"ן נהנה.

רניחא ל"י, שהדי אינו נהנה בחינם ואולי אין לו ממון לשלם עבודה ולא נוחא ל"י במקח זה, ולא מסתבר שהיכא שגילה דעתו בפירוש יהא אומדנא ואגן סהדי, וא"כ הרי לא תועיל מחאתו גם מקודם וזה מבואר בראשונים לפני שבבה המקף מהני מחאה.

ואחרי שאומר דלא נוחא ל"י במקח א"כ פשיטא דא"א לחייבו לקנות התשמיש בעל כרחו. ויכול לחזור בו ולחכות הדמים לפי חשבון מהמקף. שהרי הלוח מקח הוא רק כשיש הסכם בין שניהם ומחויבת דעת לקנות. ופשוט דלא נעשה לוקח על התשמיש שיהחייב בדמיו היכא שאינו רוצה לקנותו. ולכא"י ה"י מקום לומר דהיכא שממאן להיות לוקח מתחייב לשלם מד"ן נהנה כמו באכלה ברמתו מתוך הרחבה. שכמו שם באה לו הנאה מוכסי חכירו ופריחתו כלא שום החחיבות מצידו והחורה חייבתו לשלם כמה שנהנה מוכסי חכירו. והוא אינו יכול למחות דאינו יכול לומר לחכירו שיסתור כוחלו העומד בשוחו. אך נר"ד א"א לומר כן. וזה שכתבו התוס' בב"ק ק"א א' ד"ה או שהיכא שאינו עושה שום מעשה להביא ההנאה אליו ואין גופו נהנה פטור מד"ן נהנה עש"ה. ועוד דתוס' בסוגיא ד' ב' ד"ה דמי דימחו לירוד לשרה חכירו ומשמע דחייב מד"ן זה ובכפשות זהו אף דאינו רוצה לשלם וכן מד"ן נהנה לא מסתבר שיהא חייב היכא שהכעלים עצמו תחתיו לגרונו, וכמ"ש לעיל. ועוד דאם חייב מד"ן נהנה כמו אכלה בהמתו מתוך הרחבה יחא חייב אף במחה מקודם ומבואר בראשונים דכמותה מקודם פטור [וכח"י הגרש"ש ס"י ד' ס"ק ב' כ' דהגדר נקנה לניקף לתשמיש אף לתוס' ע"ש. ולענ"ד קשה להבין דודאי אף תשמיש זה נכנס בגדר קניין חזקה דאין תשמיש ע"ש. ולענ"ד קשה להבין דודאי אף כדשתמשות זו שום עניין החזקה ובעלות על הגדר. ורבינו לקמן בס"ק ג' ג"כ כ' דנקנה לניקף אף בלא שנומד על קרקעו ע"ש ונ"י אינו מוכן ל' וכמ"ש לקמן].

דניחא ל"י להנות בחינם דא"כ הוא גזילן על הנטיעות וחייב להחזירן ולכן דואי האומדנא דניחא ל"י לקנות.

והנה לשי' הסוברים דקנה הניקף חצי הגדר א"כ חזיכו מד"ן לוקח, ומאחר דאמרין דעתי' דניחא ל"י זוכה ומתחייב. ולדעת תוס' דהגדר מבחזין, ואין הניקף קונה כה מדי [וכן לשי' רש"י נר" לפי"ד דאין הניקף קונה בגדר, וכע"כ צ"ל דאינה על קרקע הניקף]. מ"מ מכיוון דמשתמש בגדר חכירו חייב עלי' כד"ן שוכר, וא"ע להגיע לדין נהנה דאכלה בהמתו מן הרחבה, שהרי כאן יש לבעל הגדר תביעת ממוני גבול, שהרי הגדר קיימת והוא משתמש בה וחייב לשלם על התשמיש כשוכר. ודוקא באכלה בהמתו דהפירות אבודים, ואין הננה חייב על אבנים, א"כ אין לכעלהם שום תביעה כיוון שפירותיה אבודים מה יתבע מהם, ולכן צריך להגיע שזהו חיוב על הננה מצד עצמו. מה שאין כן כאן שהגדר קיימת, והוא כעלים עלי' וממילא גם השימוש בה שייך לו ויכול לאסור על מי שירצה, ויש לו תביעה על מי שמשתמש בלא לשלם ה"י גזילן. השימוש, ומי שמשתמש בלא לשלם ה"י גזילן.

אמנם צ"ע שהנה כד"ן היורד לשרה חכירו לפני שקנה הנטיעות ודאי יכול למחות ולא לקנות, ואחרי שקנה קנה וכבר לא יכול לחזור בו. אמנם כאן לשי' התוס' שאינו קונה בגדר מדי, הרי גם את השכירות אינו קונה, וחייב לשלם רק משום שבמציאות נהנה משל חכירו, אבל אין לו שום קניין שכירות בגדר, וחזיבו וגם לא שום קניין על תשמיש' לחוד, וחזיבו הוא משום שעל כל רגע הנאה שבמציאות נהנה נעשה כלוקח על אותה הנאה שהגיעה אליו לחוד [והוא דחייב לשלם הכל מראש נתבאר בפנים דהכא לא שייך עניין שכירות באופן המחייב לפי פרק הזמן, ואם ירצה בעל הגדר ליטול גדרו טול וחזיר חלק הדמים לפי חשבון]. א"כ מדוע לא יוכל לומר מהי שירצה אי אפשר בהנאה זו. ואין לומר דאגן סהדי

כמ"ש בפנים דף י"ב ב' בסוגיא דזנוחא"ה. ולקמן במ"ש על דברי רבני בס"ק ב'ז].

וכח"כ זה לא שייך מחאה כלל, שכל הגדרן הוא כריעבך אחרי שבעל ההנאה וכללה אותה, ולא שייך כבר להחזירה. ומאחר שצמציאות נהנה חייב על הנאה אף שהוא נגר רצונו. ואע"ג דה"י באונס לא שייך כזה פטור דאונס דס"ס אם התורה הקפידה שהנהה בחנם הרי אינו אונס שלא לשלם ויכול לשלם והנאות תחת בהיתר. ומ"ש דכל הגדר הוא רק לגבי דיעבד אחרי שנתכללה החנאה, זהו משום שאם הפירות בעין חייב להחזירם, ואם אוכלם כשיכול להחזירם הרי הוא גזילן ומחוייב מד"ן גזילן. ואם הכעלים עצמו תחת לו לבית הבעלה והוא מוחה בו פשיטא שאינו חייב לו, שהבעלים השליך בעצמו פירותיו לאיבוד והרי אכירה מדעת, ולא כל כמותי' לאנסו להנות משל בע"כ. ואם אינו מוחה בו וניחא ל"י, או דאגן סהדי דניחא ל"י, חייב מד"ן לוקח.

ויש דין נוסף של היורד לשרה חכירו ונטע בו נטיעות שלא מדעתו. ובה פשיטא דאם מוחה בו מקודם שאינו חייב לו כלום, דודאי אינו יכול לכופו לקנות נטיעותיו בעל כרחו. רק דאם קודם נטעם שלא מדעתו, היכא דאיכא אומדנא דניחא ל"י, זוכה בנטיעות שהרי הן תחצירן, ומחיייב ברמיהן מד"ן מקח. ואין לזה שום שייכות לדין נהנה דלעיל, דמד"ן נהנה של אכלה בהמתו מן הרחבה ודאי פטור ככה"ג, דהו שייך רק היכא שהגיעו אליו פירות הכעלים בלא דעת בעליהן והוא אכלם, חייב לשלם לו. אך היכא שבעל הפירות עצמו תחכן לפני ודאי אינו חייב לו כלום על ההנאה דאיהו אפסיד אנפשי' וכשינ"ה לעיל. רק היכא דאיכא אומדנא שניחא ל"י בכל הוי כאילו האכלו חכירו ברצונו, וא"כ חייב לחכירו מד"ן לוקח. והיכא דלא נוחא ל"י, ונכון שמחה בו, אז ודאי אינו מתחייב מד"ן לוקח בע"כ, וגם לא מד"ן נהנה. והיכא שניחא ל"י א"א ל"י

שהפירות שנתנה מחבירו כבר אינם בעין. שאם הם בעין פשיטא שחייב להשיבם כמשיב אבדה. וכן עסקינן שהוא לא גולם או הזיק ולא נתחייב עליהם כלל, אלא מעצמה באה הנאתם לזר, ולכן אין לחבירו תביעה עליו. אלא הוא מחוייב מצד עצמו בחיוב שחייבת תורה לשלם על מה שנתנה משל חבירו. ואם היתה התביעה מצד חבירו ממוני גבר פשיטא שיכול לתבוע גם בצבע קוף, דזה לא גרע מאבדה שחייב להשיב. אמנם מאחר שהחיות הוא מצדו על מה שנתנה משל חבירו, אם ההנאה באה אליו מעצמה לגמרי, ואין שום מעשה ונזמא מצדו להביא ההנאה אליו, יכול לזר דהוי כנתנה מעלמא ולא משל חבירו. וההנאה באה אליו מעצמה ומה לו מהיכן באה, ולגבי זה כבאה מן החפץ. וכדאיכא מעשה בהמתו מאחר שלא נפלה ההנאה אליו לגמרי מאלי' אינו יכול לו' דהיא נתהוותה מעצמה אצלו, אלא נלקחה מחבירו וחייב לשלם לו. ועי' הק' חוסי' מאי שנא מחתב לז' חבירו דחייב והוי ממש כצבע הקוף סממניו וחריצו דמאחר שגופו נדנה הוי כמו דאמריין דמחצסק בחלבים ועויות חיוב, דהנאת גופו משיי לה מעשה. ואין נפ"מ לנ"ד להבין עומק סברת החוס' יהא אין שהיא כתבו דצבע קוף פטר והקשו מאי שנא חתב חבירו מצבע קוף. וזה עצמו קושיית החו"י ככתובות.

וכאמת אינה דווקא על פי' ר"ת, אלא מה שהביאו פי' ר"ת הוא עניין בפניע. ואח"כ הקשו ממש בקושיית חוסי' כ"ק מאי שנא בין חתב חבירו לצבע קוף חתי' כפי' שחריצו. ומהצד עצמה עולה כפי' ר"ת ולכן הביאום בזה. ואם לא נאמר כר"ת יהא ג"כ קשה וצטרך לו' כתי' החוס' כ"ק [ומה שלדעת החוס' במקוף וניקף מתחייב על ההנאה אפי' דלא עשה מיד וגם לא קנה מיד, והו' משום דמשתמש בשל חבירו ויש לכעל הגדר תביעה עליו מדין נהנה אינו משום ששל חבירו אצלו וחבירו שוכר וכמשיג"ת לעיל ובה לא שייך לפטור חובע ממוני גבר. שהרי עסקינן באופן

ד' מ"ש רבנו בס"ק ב' ע"י לקמן סי' ז' שהוכיח דחוב נדנה הוא אף כאונס, והוקשה לו על החוס' ישנים בכתובות הני' שם בגליון דף ל' ב', שהקשו החו"י על החתב לחבירו תרומה וז"ת והאין יתחייב ממון כידון שתתב לו כאונס, וי"ל כידון דמצי לאחזורי ע"י הדחק ולא חרדי' נדנא לו בהנאה זר' עכ"ל. ורבנו הקשה עליהם שהרי חז"ב נהנה איכא גם כאונס, ועוד מדוע הקשו דווקא לפי' ר"ת.

ולענין המעיין הטיב כראיות ובסברא שהביא רבינו בס"ק ז' סי"ק ב' יראה דאין שום ראי' דאף כאונס גמור מתחייב. דהרא"י הוא רק שמתחייב בנתנה אפי' דאינו מייק וממון חבירו הגיע לידיו בלי שיהיו לו שום חיובים עליו. ורבינו כ' דמאי שנא פטור מייק בבהמה שאפלה ברה"ר מפטור אונס. ועי' ברכ"ש כ"ק סי' י"ד סי"ק ג' שהרחיב יותר בסברא זו ולא שייך דין אונס רחמנא פטרי' בדין נתנה. דחייב לשלם כדי שלא ידא גזול על ההנאה. ואע"פ שההנאה כאונס, מי"מ אינו אנוס שלא פה הוא מה שאינו משלם ולא עצם ההנאה שהיא הגיעה אליו מעצמה ונכונן באכילה בהמתו היכא שאינה נחשבת מייק, או בלקח כשונג וכי"כ. ולכן ודאי חייב גם כשההנאה כאונס.

אמנם לענין ד"ד מבואר היטב בחוס' כ"ק ק"א א' ד"ה א', דבקושייתם סברו כמו רבינו, דגם כאונס גמור חייב על הנאתו, וחריצו דכאונס גמור וכוונן שבא קוף וצבע צמר דחד כסממניו דחברי', פטור על ההנאה ונלא משום דאונס רחמנא פטרי' וכמש"כ רבינו דזה לא שייך הכא, ואפי' אם נאמר דמה שעשה כאונס לא מתחייב אליו כלל, מי"מ סי"ט ההנאה כמציות אצלו וחייב לשלם. והטעם דפטור דהנה ביאר רבנו בס"ק ז' וכב"ק דחז"ב נהנה אינו משום ששל חבירו אצלו וחבירו שוכר ממוני גבר. שהרי עסקינן באופן

זהו משום דאין נפ"מ להחם מאיזה דין מתחייב דהנדון רק אם הכעלים התיישא מחביעת דמי ההנאה או השכירות משום שאינו חסר, ע"י כדרכינו בפנים על חוס' י"ב ב'. זה הנעלע"ד כעת בעניין עמוק זה, וצריך עוד תלמוד רב בזה.

ולפי' משנית כעזתש"ת נ"ו רחוק להעמיס בכונות קושיית הראשונים שהביא רבינו דסברו בקושיא דככותל חייב מדין נדנה דאכלה בהקשיא דהנה ג"כ מחאה לפני שנתנה ונפטרה מחמתו. ועוד דדין זה אינו שייך כלל דלא דהבעלים מאכילן, דאם נדנא ל"י או אנו סהרי דניחא ל"י אפי' דמוחה חייב משום לקוח. ואם באמת לא נידנא ל"י פשיטא דפטור מכלום דלאו כל כמיני' דהבעלים לחייבו נגד רצונו. וכל הנדון דהנה מתחיל רק כשההנאה באה אליו שלא מדעת בעלים וכמון באכילה בהמתו, או צבע קוף צמור, או חתב לו חבירו דאין לא שייך להחייב מדין מקח, דאינו מקבל ההנאה מן הבעלים, וכן לא שייך לפטור מדין שהבעלים אפסידו אפשי' ואיכ"ב מדעת כמו בחתוב לו הבעלים כשלא נדנא ל"י. וכשאין פטור זה ואין חז"ב מקח איתנין עלה מדין נתנה. והבא בגדר לא שייך זה כלל.

ובקושיית הרמב"ן על בעה"מ צל"ע שהרי לכעה"מ היכא שמתחייב מתקני' דכותל יכול חבירו לחייבו אף ברוח אחת, ומדין נדנה דהיורד לשרה חבירו אינו מתחייב אלא כד' רוחות. ועי' בפנים מה שנתקשינו בדברי המ"מ בזה.

ועי' לקמן בדברי רבינו סי' י' סק"ב שבי דמדין הנאת תשמיש השמורה דהכותל מתחייב אף לקנות הכותל, וכ"כ בכמה דוכתי. וצל"ע גדול בזה דגם ההנאה על התשמיש וגם קניית חצי הכותל שניהם מדין היורד לשרה

חבירו, דהיינו דאחר שלא מחה בתחילה אנו סהרי דניחא ל"י לקנות ומחייב מדין לוקח אפי' דמוחה אח"כ וזהו תמצית החידוש בדין היורד לשרה חבירו. ונחבאר לעיל דהחייב מדין לוקח אינו דווקא שבאמת קונה איזה דבר ולכן לא יכול לחזור בו אלא אפי' כנתנה משימוש בלא שיקנה מאומה. וא"כ כעשה הכותל על קרקע הניקף דאם לא יקנה יהא גזול עליו וצטרך להחזיר האבנים למקף, שהרי הוא אינו מסכים שהנה מהן בלא שיקנה, מיד יש אנו סהרי דניחא ל"י למקני קונה. ומה שייך לומר דקודם מתחיל באנו סהרי על התשמיש ומה נעשה אנו סהרי על הנהחאת בקני'. ומה שהוקשה לרבינו לפי הרמב"ם כיצד שייך להביא ראי' מאן לדין זנוזא"ח כבר כתבנו בפנים דהרמב"ם ס"ל דהן סוגיות מתהלפות כבעה"מ והכאנו דברי דהרא"י שבי"כ דלהרמב"ם צ"ל דסוגיא דכ"ק מיידי בעושה הכותל שלא על קרקע הניקף.

ג' במ"ש רבינו בס"ק א' הנה משי"כ דדין חסר הוא אפי' שאין לו דין מייק. עי' משנית בדרכינו בפנים כעזתש"ת על חוס' י"ב ב' בדין זנוזא"ח דמה שצריך שיהא חסר הוא רק דבלא זה אמדין דדעתו דנתיישא מתביעת דמי ההנאה או התשמיש בנכסיו. ואין לזה שייכות לדין מייק כלל וכל חסרון בעלמא סגי לזה וכמבואר בסוגיא בב"ק בהדיא כמה דברים ולא ידעתיה מה ראה רבינו בדברי הרמב"ן יותר ממה שנומצא שם. ומ"ש דהיכא ריש לו שם מייק אז יכול לחייבו מדין הנאה, לא הבנתי, שהרי הרמב"ן הק' רק דמאחר שהניקף מייק, חייב מדין תקני' שחייבדו לכנות כותל [ומקורם הק' אין שייך לומר כאן זה נהנה זה אינו חסר, שהרי הניקף הוא גרם למקף לכנות הכותל לסלק הניקף ראיית הניקף ממנו. ואח"כ חייק קושייתו דאין הניקף מתחייב כלל מדין נהנה אלא מדין תקני' שמתחייב לסלק הניקף ראייתו ע"י כותל.

זהו מהם מאיזה דין להחם מאיזה דין מתחייב דהנדון רק אם הכעלים התיישא מחביעת דמי ההנאה או השכירות משום שאינו חסר, ע"י כדרכינו בפנים על חוס' י"ב ב'. זה הנעלע"ד כעת בעניין עמוק זה, וצריך עוד תלמוד רב בזה.

ולפי' משנית כעזתש"ת נ"ו רחוק להעמיס בכונות קושיית הראשונים שהביא רבינו דסברו בקושיא דככותל חייב מדין נדנה דאכלה בהקשיא דהנה ג"כ מחאה לפני שנתנה ונפטרה מחמתו. ועוד דדין זה אינו שייך כלל דלא דהבעלים מאכילן, דאם נדנא ל"י או אנו סהרי דניחא ל"י אפי' דמוחה חייב משום לקוח. ואם באמת לא נידנא ל"י פשיטא דפטור מכלום דלאו כל כמיני' דהבעלים לחייבו נגד רצונו. וכל הנדון דהנה מתחיל רק כשההנאה באה אליו שלא מדעת בעלים וכמון באכילה בהמתו, או צבע קוף צמור, או חתב לו חבירו דאין לא שייך להחייב מדין מקח, דאינו מקבל ההנאה מן הבעלים, וכן לא שייך לפטור מדין שהבעלים אפסידו אפשי' ואיכ"ב מדעת כמו בחתוב לו הבעלים כשלא נדנא ל"י. וכשאין פטור זה ואין חז"ב מקח איתנין עלה מדין נתנה. והבא בגדר לא שייך זה כלל.

ובקושיית הרמב"ן על בעה"מ צל"ע שהרי לכעה"מ היכא שמתחייב מתקני' דכותל יכול חבירו לחייבו אף ברוח אחת, ומדין נדנה דהיורד לשרה חבירו אינו מתחייב אלא כד' רוחות. ועי' בפנים מה שנתקשינו בדברי המ"מ בזה.

ועי' לקמן בדברי רבינו סי' י' סק"ב שבי דמדין הנאת תשמיש השמורה דהכותל מתחייב אף לקנות הכותל, וכ"כ בכמה דוכתי. וצל"ע גדול בזה דגם ההנאה על התשמיש וגם קניית חצי הכותל שניהם מדין היורד לשרה

לי' דהניקף חייב מנה תקני"ח גם בדיעבד כמו לסברא זי ס"ס הנקף חייב מתקני"ח גם לתחיל'. וכס"ק ב' כ' לחתך. ולא הפנתו דמי שהיוצו אינו מחייבם לקוישא. דכתי' ביאר שהיווד לשדה חברו העשוי' לנטיעות אין חכירו חייב לשלם על הנטיעות דהיי כאלו היורד הפקידן, ועשה עבור חברו כחנם. וכאמת הקוישא שחתייב גם בדיעבד מנה תקני"ח י"ל דתקני"ח אינא רק הינא שהוא מזיק ומחוייב לסלק הזיקן, אבל בקום חברו מי"ם הכא הוי חסר כי לא עשה כל הכותל לעצמו, שאינו מחוייב ביותר מחצי, והחצי השני עשה רק עבור חברו ולא עבור עצמו. וכנה אי"כ כבר אין כאן מציאות של מזיק ונפקע החיוב, וכמו בעשה חברו חצירו לגג.

פ"ו ז'
 ע"י משנתי' כזה כס"ד לעיל כס"י ג'.
 לא מתרץ מה שהקי' רבינו מה היוצרך הרמב"ן שמתחייב משום דעבד שלחותא דחבר'י אך לו עברתן. וזה רק מסביר סברת הרמב"ן מהו דהוא עצמו חסר הנטיעות וחכירו חייב לשלם

מדין נהנה, משא"כ להרמב"ן דהוי כיווד לשדה חברו וכנה עבורו כותל, צל"ע, דאין זה מתאים ככל' ללשון בעה"מ, ולפי' רבינו מודה בעה"מ דכמחייבו בתחילה יכול לחייבו בגזית וכי' וכבעה"מ משמע דס"ל דגזית וכי"ב נאמר דוקא בחצר אבל בבקעה גם כשנכספו זהו רק בדבר זול. וכיוור קשה ולפי' רבינו הול"ל דהנאתו היא רק הנאת קנים ואין שום טעם לר' הלשון אילו הודעתו בתחילה וכי'.

והנלפע"ד דקושיית הרמב"ן יש ליישב
 רבאמא בעה"מ ס"ל דמתחילה אינו כופהו ביותר מקנים או שאר דבר זול. ומה שהקי' הרמב"ן דאי"כ מי"ט דרב הונא שמחייב בדמי גזית אי גדר בגזית אינו קשה, דמכיוון דס"ס הוגיעתו הנאת גזית שהיא יותר מהנאת קנים מתחייב לשלם דמי גזית. וכפרט דמסתמא לדיע בעה"מ זוכה בחצי כותל, דשי' בפנים, וכוזאי משלם חצי דמי כפי מה שהוא. ולכן באמת אינו יכול לטעון שהנאתו היא רק קנים כותל, וצ"ל דרעונו למחות שהרי אין חברו יכול לכופו להנות בעל כרחו וכמנשנתי' לעיל במש"כ על דברי רבינו כס"י ג'.

פ"ד ז'
 מי"ש כס"ק ב', אין נר' כוונה הרמב"ן דהוי כיווד לשדה חברו ברשות והוי שליחו ממש, דאין מסתבר שנעשה שליחו מדין זכין לאדם, דודאי עדיף לו לעשות באופן שירצה ומתי שירצה ולא שתכירו יעשה שלא מדעתו. אלא כוונה הרמב"ן דהוי כיווד לשדה חברו שלא מדעתו ונטע. ואם עשוי' לנטיעות חייב לשלם לו אי"פ שאינו שליחו. והרמב"ן הזכיר לשיור שליחת כלשון מושאל. ועי' בפנים שכ' לכאר מחלוקתם לפ"ז.

פ"ג ז'
 כסוף סק"א הקי' רבינו על הרמב"ן מה צריך לר' דהא עושה כשביל חברו. תיפוק

ה) במש"כ רבינו ס"ק ג', הנה הקוישא
 מודיע בכחשה ארעא אינו יכול ליטול נטיעותיו ולשלם ההיק שנכשש השדה, לא הפנתו בענייניו, שזה פשוט שאסור לכתחי' להזיק לחכירו ולקחת שלו ע"מ לשלם לו, אם אינו מסכים, ואם כ"ד היו יכולים לכופו להגוע מלהזיק של חברו בודאי היו כופין אותו, וכמ"ש בטור רס"י שיע"ח. והכא אין מתירין לו ליטול הנטיעות ולהזיק ע"מ לשלם. ואינו יכול לטעון שמ"מ הן שלו וכותו לקחתם, שהרי מן הדין הוא שבעל השדה יקח בע"כ הנטיעות וישלם דמיהם ולא שבעל הנטיעות יקח בע"כ ניקת הארץ וישלם דמי' שהרי בעל הנטיעות גרם לעצמו.

ומה שתסביר רבינו בשם הגר"ח בענייניו לא
 הפנתו, וגם לא הפנתו מה זה שייך להראב"ד, שהרי ודאי שאינו קונה הכותל בלי מעשה קניין, ובסוגיא דבי"ט ק"א א' מבווא להרי"א דכתרוכה יכול ליטול אבניו, דמי' ממש להכא. ועוד דכל הנדון שם בבונה ונטע בשל חברו. אבל בבונה בחור של פשיטא דאין להכיר כזה מודי אפי"ג דנהנה.

(ו) כד"ה ולכא', קושייתו הראשונה כבר
 כתבנו לעיל דלהרמב"ם סוגיין אינה מתאמה לסוגיא דבי"ט, וכמשי"כ בפערה"מ, וכ"כ באהא"ז. ומקושייתו השני' נר' דפי' דעת הרמב"ם במקום שלא נהגו לגזור. ולענ"ד נר' יותר דמיידי במקום שהגו לגזור וכבעה"מ. ועי' מי"ש כזה בפנים ד' ב'.

פ"ד ז'
כ"א ז'
 כ"א ז'
 כ"א ז'

כמותל בית חבירי א"צ להרחיק בור יותר דאין כמה שחופר סמוך למיצר השתמשות מג"ט כמשי"כ ברמב"ם ושו"ע וכמ"ר דלית בשל חבירי שיכול למונעו מדין גזל. וכאמת מאן דפליג בזה [ויש עוד ראיות לזה ואכמ"ל]. צריך טעם בזה ונבחי' הרשב"א החודשים נ"ר ושו"ר מ"ש בזה בחז"ר א"י ה' להרחיק כן ע"ש ואכמ"ל]. וא"כ כסמך הראשון, אם חבירי ירחיק ה' טפחים זייק רק טפח א' מנותל הכור שנמצא בתוך חצייה שלו, והרק"ל מדיע אינו יכול לומר דזו קרקעי וכרשותי לעשות בה כחפצי.

ובלעני"ד דהנה ברשב"א כאן כ' דכפותח חלוך על חצר חבירי מקרי שמשתמש ממש בשל חבירי, כיוון דמשתמש בחלל חצייה שיעבדי דרכו אורי ואור לחור ביה. וכב"ג פשיטא דחבירי יכול למונעו, מליון שהחצר היא שלו מנח בעלותו יכול למנוע החשמיש מאחרים. רק דבאינו חסר מתקני"ח כופין אותו על מידת סדום, אך באיכא שום צד חסרון או קפידא בעולם חו ליכא מידת סדום, ולכן בחושש שאח"כ יחזיק עליו ולא יוכל להאפיל החלוך יכול מעיקרא לא להרשות לו להשתמש בשלו. ולא שמוניע האפלה היא נוק שמתמנתו מונעו מלפתוח החלוך. וכמ"ש בתוס' לעיל דזה לא מקרי נוק כיוון שבעל החלוך הוא הנייק ובעל הכותל הוא המייק, ומחמת הייק צריך להרחיק. אלא הטעם שמונעו מלפתוח חלוך, ומכיוון שהוא בעלים על החצר יכול למנוע כל אדם מלהשתמש בה, ומדין גזל, ומה שהחלוך גורם שלא יוכל לבנות זהו רק לכטל הייק דמירת סדום.

ב) והנה אם ה' יכול לאסור מללחלה על חבירי להשתמש לכופו משום הכי להרחיק בורו יכול גם ליטול קרקעו והבור יחמוטט ממילא. אמנם אם בעל הבור עשה כרשות, נהי דודאי אין לו שום שעבוד על קרקעו דבעל החצר, מ"מ אם בעל החצר ירצה לסלק קרקעו, נהי דמצד בעלותו עליו אין שום מניעה, דאין כאן שעבוד, אך ס"ס הוא מדיק, ומקלקל בורו של חבירי, דהשתמשת הכור בחללו, ואותו עשה בעל הבור כרשות עצמו, ואין לבעל החצר רשות להזיק. ומבואר דמדיק שכנים אין האיטור תלוי רק כמה שהולך הכה המדיק אל חורן שטח השכן. דאף בנעשה הנזק רק בתוך שלו, אם נצמח מזה הייק לחבירי

אסור משום מדיק.

פרק לא יחפור

וי"ז א. רש"י ד"ה אא"כ כו'. עשה רק עד המיצר והרחיק חלל בורו ד"ט, ודאי השני אינו יכול לחפור בחצר הראשון וחופר רק על המצר ואינו סותר מדי. ואין לו דיכול לבנות בשל חבירי משום דכופין על מידת סדום שהרי יכול לעכבו שלא יצטרך אח"כ להרחיק ממנו יותר, וכמשתמש בשל חבירי יכול לעכבו אף לאבי, וצ"ע.

וי"ז ב. אמר ז"ל רבא דא איתמר גלגה כו' מפותל בורו שנינו.

לכא"י מה בכך דמכותל בורו שנינו אכתי י"ל דהראשון סמך והשני מרחיק מכותלו ג"ט ובסד"כ מן המיצר ו"ט. וכן לקמן דמקשי על אביי ה"י יכול לתמן כן. וכרש"י תי' זה ב"ד"ה אלא לאביי קשיא כו', דא"כ חול"ל דמרחיק ו"ט, ומדנקט כותל ע"כ כא לאשמעינן שיעור כותל, וזה שמעינן רק אי אמרין דגם הראשון חייב בהרחקה, ומדאמרי' דהיי מרחיק מן הכותל מבואר דהכותל מניע עד המצר ומנכ דעבדי ג"ט. ולפ"י צ"ע על מש"כ הרא"ש דלרבא אפשר להעמיד מתני' גם באינה עשוי' לבורות והראשון סמך למיצר וקמ"ל דכותל כור ג"ט והב' מרחיק ו"ט.

וי"ז ב'. תו"ד"ה אביי.

(א) כמש"כ תוס' דצריך להרחיק ו"ט הק' הנהיגה"ם ק"ה"ה ס"ק"י י"ב דהא כל הקרקע עד המיצר הוא שלו ומדיכיל תיח לא יהי' יכול להפסיד את שלו, וכי צריך הוא ליתן כותל לחבירי משלו [וכן הק' בחזו"א י"א סק"ב]. וה"י בנהיגה"ם דכשחופר פתוח מני"ט לבור מפסיד אף הכתלים שבצדי הבור שהן של חבירי. ולא ידדתי לעומק דעת רבנו ז"ל, שהרי זה בורו דכין מחיית המלא וכל המתנותא אין הייקם חולך יותר מג"ט שהרי

משי"כ רש"י דפעמים שהוא סותר אף כותל חבירי כו' מיידי שלא הסתפק חבירי כלהניח הפער סביב בורו אלא בנה לו כותל אבנים. וכן מבואר ברבינו גרשום שם, דאי חפיר סמוך לכותל בור חבירי צריך להרחיק ג' ואי עבדי כותל לבורו ל"צ הרחקה כלל, עכ"ל [ומשמע מהר"ג דאפשר גם להניח הפער כמות שהוא זה מקרי כותל גם כותל כולו]. אמנם צ"ע שליליחים עושה גם כותל כולו. אמנם צ"ע ברעת רש"י נציר יכול הראשון לבנות הטפח הרביעי של הכותל בתוך חצר חבירי, ואם

הרחקה כיוון דבעל חרדל לא עשה כלל שלא כהוגן עכ"ל. וצ"ב דהרי תוס' מפרשים דר"פ סבר כדמסקי דעל המזיק להרחיק את עצמו אע"פ שסמך בהיתר. וא"כ מאחר שבעל החרדל לא זכה במסיכחו כדזיתו כמדרי א"כ ירחיק הוא חצי ובעל הדבורים חצי.

ונו' הטעם משום דתביעת בעל הדבורים היא ונו' אחר שדוכרוי כבר נזקקת מן החרדל. אמנם מאחר שאסור לו לרחיק את החרדל אינו יכול מעיקרא להניח דכרוי במקום שיגיעו לחרדל, וכ"ז שאינו מניח שם. אין לו מנח מה לחבוע הרחקה החרדל, והבן. ואח"כ מצאחי סברא זו בקיצר בתוך דברי הקצדה"ח כאן, והגורע"א בקונטרס הרחקה נויקין.

אמנם במהרש"א מוכח רלא סבר הכי, ע"י משי"ב על דברי התוס' וצריך בעל הדבורים כ"י שחוק' מדוע לא נאמר דרי יוסי מתוך גם לכעל הדבורים להשאיר דכרוי סמוך למצר ע"ש מה שח"י. ועוד חקי דנעמד בא' שהיו לו דבורים וחרדל סמוכין זל"י ונכר הדבורים לא, והחרדל לב', והשתא תרווייהו אינם צריכין להרחיק. ולסברת הקצדה"ח והרע"א אין התחלה לקוישיתו דכלא שונאמר שבעל הדבורים חייב להרחיק הכל א"כ יתבעו זא"ז שכ"א ירחיק חצי. וכן בשניים שלקחו מא' יוכלו לחבוע זא"ז להרחיק חצי, שהרי השתא קיימנין להסכרוא דסמיכה כדזיתו גמור אינה זוכה מידי למזיק וצריך להרחיק עצמו אע"פ שסמך בהיתר דלקוח. ומה אנפ"ל שח"י ג"כ מוזק ס"ס אע"פ שלא יוכל לחבוע הרחקה שלמה כי גם חבירו יחבט אותו, מ"מ מדוע שלא יחבט חצי הרחקה וכמו שהרי הוא רק נזקק דה"י יכול לחבוע.

(ב) והנלעצ"ד לבאר מחלוקתם, דהנה המקשן שח"י אי כדלקוח

מ"ט דרכנו ועוד כ"י, ה"י פשוט לו דכלקוח לא מסתבר לחייב המזיק להרחיק. וצ"ב כיצד סבר כן, הרי ס"ס הוא מוזק ואסור לחזיק, וכיצד

משום דאסקה ותיצצה ולדבריהם דרכנו קאמרן.

וע"י מהרש"א בסוגיין ברובור השני על חרד"ה וא"י, על מ"ש התוס' היכי משכחת כ"י. שג"כ פ"י סוגיין רלא אסקה ארעשה דר"י ס"ל על הניזק להרחיק וכמשנ"ת, והוקשה לו ממש קושיית הגורע"א על התוס' ותי' דהלמורא לא אסקה ארעתי' מה שאמר וכא דל"י יוסי וזו משום כל מורא ומורא, וכמו שלא הטיק דל"י על הניזק להרחיק עצמו. ונו' דהגרע"א לא ס"ל כתי' המהרש"א, דזה א"א כלל שהגמ' לא הטיק ארעמה גוף דכרי רכא שעלהם סוכב כל הסוגיא. וס"ל דבכתחה צ"ל דהסוגיא ידעה דל"י בעיני כל מרא ומרא. רק דבהכרח צ"ל רלא אסקה ארעשה דממתי' דבר ואילן מוכח דר"י ס"ל דלעולם על הניזק להרחיק עצמו, ומורה רק בגור"י דל"י, ולכן בעיני מורא ומורא. אלא סברה דבעיני מורא ומורא לא מטעם גור"י דל"י אלא משום שכל האיטור לסמור הוא רק כשמשעת סמיכתו מתחיל הניזק ולא בע"א. ונו"י דזה דוחק, זה נכלל במה שבהכרח צ"ל דסוגיין לא דוחק, זה נכלל במה שבהכרח צ"ל [וכמשנ"ת דזה משמע בסוגיא, ומבואר להדיא בתוס' דהסוגיא לא ידעה מראש דר"י לדבריהם דרכנו קאמרן]. אך לומר כהמהרש"א דאפי' דכרי רכא עצמו דעל"י קאי הסוגיא ג"כ לא אסקה ארעשה זה לא ניתן להאמר כלל. ולכן א"ש קושייתו, דס"ס בהחדל דדבורים ליכא טעמא דמרא ומורא [וכן מדריין קצת לשון הרע"א דקושייתו דל"י מותר לסמור הדבורים כיוון ד"דבלא מורא ומורא מותר לסמור". ולא כ' משום דאינו גור"י דל"י]. ועל החזר"א צל"ע דלשיטתו המהרש"א שהכבאנו אין לו חכמה, וכן דברי התוס' שהכבאנו תמוזים.

(ב) והנלעצ"ד לבאר מחלוקתם, דהנה המקשן שח"י אי כדלקוח

מ"ט דרכנו ועוד כ"י, ה"י פשוט לו דכלקוח לא מסתבר לחייב המזיק להרחיק. וצ"ב כיצד סבר כן, הרי ס"ס הוא מוזק ואסור לחזיק, וכיצד

בכחוס' מבואר דהוא מטעם מוזיק. והנ"י כביאר טעמם דהתוס' ס"ל דדין נזיק שכינים הוא ריין מיוחד מלכך דין ד' אבות נזיקין וכמשנ"ת באורך לקמן כ"ב ב'. וכשי"ת הרא"ש ק"ח אות י' ביאר דלמדוהו חכמים מוכתוב דרכי דרכי נעם וע"ע משנ"ת בזה בעזרשי"ת לקמן כ"ב דכדין נזיק שכינים הממירי אף יורה מדין נזיקין דכאש כשהרחיק כראוי ופטר מ"מ התמירי מדין נזיק שכינים לחיבו לשלם. וע"ש בא"ש דכ' עוד עניינים שהחמירו בתזקי שכינים. והנלעצ"ד דמה שהחשיכו עניין דיושא כמזיק אף זהו מחמורא דנזיק שכינים דאע"ג דעושה בתוך שלו, וכוונתו לבנות בשלו מה שירצה ואינו משועבד לדיושא דחבירו, מ"מ מכיוון שזוהו נחוץ לחבירו שלא יפול כחלו ג"ז נכלל כדרכי נעם והחמירו להחשיכו כמזיקין. ולפ"ז י"ל דה"ה הכא כבור החשיבותו כמזיק מדין נזיק שכינים. ואפשר דאף הרשב"א דס"ל דדיושא לא הוי מטעם מוזיק זהו משום דלא מוזיק מידי לכותל חבירו, אך יתכן דכנו"ד יודה דאע"ג דמרפי ארעא דר"י ואינו חייב לשעבד קרקעו לכותל בור דחבירו מ"מ החמירו מדין נזיק שכינים להחשיבו כמזיק וא"ע לכל מה שכתבנו וצ"ע.

י"ח ב'. כפוגיא דחרד"ל.
ע"י חזו"א סי' י' ס"ק ב', ד"ה ובתי' לעיל כ"י. מה שתמה על קשיית הרע"א. והלעצ"ד כדעת הגורע"א, דהנה משמעוהו הסוגיא דרק לכסוף חקי דר' יוסי ס"ל דזה נוטע בתוך שלו זה חופר בתוך שלו ותי' דר"י לדבריהם דרכנו קאמר להו. ומשמע דלפני כן לא ידע דר"י לדבריהם דרכנו קאמר, וכי"כ התוס' רי"ש ד"ה וסבר דלקמן על מקומה ה"ל לאקשויי' כ"י ע"ש ומבואר דס"ל דלא בא לפוש דכל הסוגיא מעיקרא סברה דר"י לדבריהם דרכנו קאמר. אלא הסוגיא הקשתה מר' יוסי משום דלא אסקה ארעשה דר"י ס"ל דזה חופר בתוך שלו זה נוטע בת"ש [ולא

בכחוס' מבואר דהוא מטעם מוזיק. והנ"י כביאר טעמם דהתוס' ס"ל דדין נזיק שכינים הוא ריין מיוחד מלכך דין ד' אבות נזיקין וכמשנ"ת באורך לקמן כ"ב ב'. וכשי"ת הרא"ש ק"ח אות י' ביאר דלמדוהו חכמים מוכתוב דרכי דרכי נעם וע"ע משנ"ת בזה בעזרשי"ת לקמן כ"ב דכדין נזיק שכינים הממירי אף יורה מדין נזיקין דכאש כשהרחיק כראוי ופטר מ"מ התמירי מדין נזיק שכינים לחיבו לשלם. וע"ש בא"ש דכ' עוד עניינים שהחמירו בתזקי שכינים. והנלעצ"ד דמה שהחשיכו עניין דיושא כמזיק אף זהו מחמורא דנזיק שכינים דאע"ג דעושה בתוך שלו, וכוונתו לבנות בשלו מה שירצה ואינו משועבד לדיושא דחבירו, מ"מ מכיוון שזוהו נחוץ לחבירו שלא יפול כחלו ג"ז נכלל כדרכי נעם והחמירו להחשיכו כמזיקין. ולפ"ז י"ל דה"ה הכא כבור החשיבותו כמזיק מדין נזיק שכינים. ואפשר דאף הרשב"א דס"ל דדיושא לא הוי מטעם מוזיק זהו משום דלא מוזיק מידי לכותל חבירו, אך יתכן דכנו"ד יודה דאע"ג דמרפי ארעא דר"י ואינו חייב לשעבד קרקעו לכותל בור דחבירו מ"מ החמירו מדין נזיק שכינים להחשיבו כמזיק וא"ע לכל מה שכתבנו וצ"ע.

י"ח ב'. כפוגיא דחרד"ל.
ע"י חזו"א סי' י' ס"ק ב', ד"ה ובתי' לעיל כ"י. מה שתמה על קשיית הרע"א. והלעצ"ד כדעת הגורע"א, דהנה משמעוהו הסוגיא דרק לכסוף חקי דר' יוסי ס"ל דזה נוטע בתוך שלו זה חופר בתוך שלו ותי' דר"י לדבריהם דרכנו קאמר להו. ומשמע דלפני כן לא ידע דר"י לדבריהם דרכנו קאמר, וכי"כ התוס' רי"ש ד"ה וסבר דלקמן על מקומה ה"ל לאקשויי' כ"י ע"ש ומבואר דס"ל דלא בא לפוש דכל הסוגיא מעיקרא סברה דר"י לדבריהם דרכנו קאמר. אלא הסוגיא הקשתה מר' יוסי משום דלא אסקה ארעשה דר"י ס"ל דזה חופר בתוך שלו זה נוטע בת"ש [ולא

תכמים שסמיכה מהני לזכות שא"צ להרחיק, כזה גם הסכימו שבפ"ג יוטל על השני להרחיק הכל שהרי תחילת הדין הוא שלא הסכימו שהיו באופן שזיקן ז"ל. וא"כ היכא זוכה בקדמתו ממילא מפסיד חבירו. חז"ל המחלוקת בין חוס' י"ז ב' ד"ה אבי דס"ל דבעל הבור השני מרחיק וי"ט לבין הסבורים דמרחיק רק ג"ט. ומבואר מהרמב"ן דזהו גם בתרדל וא"כ אין טעמם כפי שבבאר בחז"א י"א סק"ב. וגם לא כמו שבא בדברינו לעיל על החוס' שם. אח"כ ראינו מ"ש בחז"א י"ג ב', ולא הפנתי, שהרי הרמב"ן דימה כפרדוש בין כור וכור לחדל ודבורים. ולא נ"ל דיתכן לפני דמתלק ביניהם. ולא נ"ל כלל דכזה תהא מחלוקת בין ר"י ורבנן וצ"ל"ע) זה א"ש גם למשנות לעיל בדעת הקצרה"ה והרע"א דהם ס"ל דרק בכרי רכינא נחחדש דמה שהוא מזיק זוהי סיבת חיוב ההרחקה, ובקושיא ל"כ"ע לא סבר כן.

(ב) ומאחר דבעל החודל אינו מחוייב כוונתו מחצי, וחצי אינו מועיל מאומה.

פסור מכלום. והוסף הרמב"ן עוד טעם דמאחר שבעל הדבורים מזיק עכשיו כל שעה ושעה לכן בעל החודל אינו מרחיק. וכונתו לכאור דאמתי נאמן שירחיק בעל החודל חצי דס"ס הדבורים יאכלו כבה"ג פחות חודל משיסמול לגמרי. ולזה הוסיף כסברת החוס' דמאחר שבעל הדבורים עושה שלא כהגון דס"ס הוא מזיק עכשיו ואינו מרחיק וא"כ פסור לגמרי גם בעל החודל.

(ג) וכ' הרמב"ן ואוקימנא בלוקח. ולא מפ"י כחוס' דר"פ כלל כבר בדבריו דברי רכינא. ובלוקח פי' שזרע בתוך שדהו חודל וכן משדה וברייתין]. והלוקח קנה חצי שדהו והעמיד דבורים [ואם ירק ובעל]. ואח"כ אקשינן וכן בלוקח וכו'. ומפשי הרמב"ן דהמקשן כבר נחית לסברא שאמר אח"כ רכינא זסמל בחיבת דלוקח לא מהני מדי, ועל המזיק להרחיק א"צ ע"פ שסמך בהיתר. אך קשה לו כדעת

י"ד ב'. בשי ח"י רמב"ן בסוגיא דדרדל.

(א) ע"י ח"י רמב"ן מה שפי' בשי רש"י. ובתחילה ביאר דאי סבירא לן דהבא לסמוך סמוך אחי שפיר, דבעל הדבורים קדם וסמך, והכי וסי מתיר אף לבעל החודל לסמוך. ולא פי' כהחוס' דהטעם דעשה בעל דבורים שלא כהגון, דאפי' אם עשה כהגון גמור אינו יכול לחייב בעל החודל יותר מחצי הרחקה, ומאחר שחצי אינו מועיל מאומה פסור מכלום.

והטעם דבעל החודל פסור אע"פ שהוא מוזק גמור וגם אין לו זכות הקדמיה, טעם חובב ההרחקה משום שהוא מוזק ואסור לחזיק, אלא היא הכרעת תכמים דמאחר שלא רצו שהיו נזקקים סמוכין תקנו חובת הרחקה כפי הדין. ובה ס"ל להרמב"ן דבשניהם מוזקין לא הטילו עליו תכמים יותר מחצי ההרחקה, וא"כ נהי דזכה בעל הדבורים בקרימתו שא"צ להרחיק, מ"מ מהיכי היתר יחייב את בעל החודל להרחיק יותר מפי' דמושת עליו [וחוס' ס"ל דבמה שהסכימו

יעלה על הרעת דסמיכה בהיתר דלקוח והא סיבה להחיר האיסור להזיק, ובע"כ צ"ל כמשי"כ הנהיג"מ ס"י קנ"ה סק"ה, וכדוד אחר בברייתא ורא"ה נאריך בהו הרבה לקמן כ"כ בש"כ. דאע"ג דרוב נזקי שבנים נכללים ברי' אבות וזיקין, היכא שעושה בתוך שלו נפיק מדין ר' אבות נזיקין מהטעמים המבוארים שם ונולד רק בדין נזקי שבנים [ראם ה"י כאן מדין מדין ר' אבות נזיקין פשיטא דאין שום היתר להזיק במה שסמך ע"י לקוח]. ודין נזקי שבנים לא בא לומר דגם מוזק כזה נחשב כמוזק גמור לכל דבר, אלא נשאר בגדר דנפיק מדין מוזק, רק משום שאין זה דרכי שלום שכ"א יעשה ברישותו דבר המזיק לשכנו לא הסכימו תכמים להחיר לעשות כן [וכמבואר בשו"ת הרא"ש ק"ד י' והתבאר א"ה באורך לקמן כ"כ ב"ן]. אלא שכ"א יכול לטעון שהחבירו ירחיק, וישניהם עושין בהיתר, ואף המזיק יכול לטעון כן דאחרי שאין לו דין מוזק דר' אבות נזיקין וכמשנ"ת נזותו שזוח לשל החביר.

אמנם המהרה"א ס"ל דרכינא אינו דוחק את הבנת המקשן ביסוד דין נזקי שבנים, דאין המזיק נחשב כמוזק לעניין החיוב להרחיק, אלא רק רצו לחלק כפי היושר בין שניהם את ההפסד הנגזר ממה שא"א לסמוך שני החשמישין זל"ז, רק הוא מוסף דמה שהסיכה לכך שא"א לסמוך שני החשמישין תלוי רק במזיק עד כדי כך שאפי' קודם בהיתר יזכה בחשמיש עד כדי כך שאפי' קודם בהיתר חייב להרחיק. וכמו שלפי המקשן לרוב גרע כח המזיק לעניין שאסור לקדום ולסמוך. מחדש רכינא יותר דרכא ס"ל דמהך סברא שכל הסיכה להכרח ההרחקה תלוי רק במזיק, משי"ה אין מן היושר שהחבירו יפסיד בגללו כלל, ולכן אף בקדם בהיתר חייב להרחיק.

ולכן לפי המהרה"א אמ' א' היו לו חודל ודבורים סמוכין זל"ז, ומכר החודל לא' והדבורים לשני, אין לשים א' מהם הכינה על חבירו, גם לא שירחיק חצי הרחקה. דאחרי שהסיכה לזק שורה בין שניהם, ואינה תלוי רק בא', הודנא לסברת המקשן דמאחר שהנזק רק מי יפסיד את ההרחקה ולא שיש כאן איסור מוזק, אם א' כבר משתמש בהיתר ולא אכפת לו שניזק מחבירו, לאו כל מצי"ת דחבירו לעקור תשמישו כדי שיוכל הוא להשתמש, דמאי חזית כו'. וכשהחודל קודם ע"י לקוח, יש סבירא לכאן ולכאן אם יוכל גם

יעלה על הרעת דסמיכה בהיתר דלקוח והא סיבה להחיר האיסור להזיק, ובע"כ צ"ל כמשי"כ הנהיג"מ ס"י קנ"ה סק"ה, וכדוד אחר בברייתא ורא"ה נאריך בהו הרבה לקמן כ"כ בש"כ. דאע"ג דרוב נזקי שבנים נכללים ברי' אבות וזיקין, היכא שעושה בתוך שלו נפיק מדין ר' אבות נזיקין מהטעמים המבוארים שם ונולד רק בדין נזקי שבנים [ראם ה"י כאן מדין מדין ר' אבות נזיקין פשיטא דאין שום היתר להזיק במה שסמך ע"י לקוח]. ודין נזקי שבנים לא בא לומר דגם מוזק כזה נחשב כמוזק גמור לכל דבר, אלא נשאר בגדר דנפיק מדין מוזק, רק משום שאין זה דרכי שלום שכ"א יעשה ברישותו דבר המזיק לשכנו לא הסכימו תכמים להחיר לעשות כן [וכמבואר בשו"ת הרא"ש ק"ד י' והתבאר א"ה באורך לקמן כ"כ ב"ן]. אלא שכ"א יכול לטעון שהחבירו ירחיק, וישניהם עושין בהיתר, ואף המזיק יכול לטעון כן דאחרי שאין לו דין מוזק דר' אבות נזיקין וכמשנ"ת נזותו שזוח לשל החביר.

ולזה בא דין נזקי שבנים לקובע מי מהם הוא המאחר. ולאבי ס"ל דמאחר שזוכייהויהם שוות, וכמשנ"ת דאינו חשיב מוזק, א"כ כל הקודם זוכה וחבירו שכא אח"כ ירחיק. ולרובא ס"ל דמאחר דס"ס הסיכה שאינם יכולים שיהיו תשמישיהם סמוכים זל"ז תלוי במזיק גרע כוח משי"ה ואין לו רשות לקדום ולזכות. אמנם אם ביסוד הדין זכויותיהם שוות דהמזיק אינו נחשב מוזק, ורק משום שא"א שיסמך זל"ז, דאין זה דרכי נעם [וכמש"כ בשו"ת הרא"ש ס"י ק"ח] שתמיד הניק ידא מוכרח להרחיק דזה אינו מן היושר, והוכרחו לקבוע משפט ישר שההפסד מהחבת להרחיק יתחלק ביניהם כפי היושר ולא כפי הכרח המציאות שמפילו המיד על הניק, אין שום סברא אף לרובא שגרע כח המזיק, שאם הוא קדם בהיתר שיתחייב לעקור תשמישו מפי' תשמישי חבירו. וזו סברת המקשן שהק' אי בלוקח כו'.

מהני קדימתו דסי"ט הוא מוזיק, ורק בדידה ס"ל כאי"י דאינו חשיב מוזיק. והוה ממש ככל אשר נתבאר במ"ש לעיל על התוס' בעזרשי"ת, וראיתי הקצה"ח אחרי מ"ש שם ונתניתי מאור.

(ב) ואח"כ הק' הקצה"ח משרה שאניה עשויה לכוונה דבזה אף לרבא

מהני סמיכה. וע"ש דכ' דלסברת תוס' שהשני צריך להרחיק, דמכח מה יהבני אחרי שלפני התחלה תביעמו ככר הל עליו החיוב להרחיק הכל. אך להסוכרים דירחיק השני רק חצי אמאי פסור הראשון. וכ' להרץ דהבא שעשה הראשון כוהנו גמור לכ"ע מרחיק השני הכל. והוה לפירושו ברעת החוס' דנתחדש כדברי רבינו דהמוזיק חייב להרחיק כוון שמזיק, וא"כ לא יתכן שירחיק השני רק חצי, אם לא מסברת שלא כוהנו, שהרי אכתי הוא מוזיק וחייב להרחיק עד שיפסוק מלהזיק.

אמנם בחי' רמב"ן מכואר להדיא דאף ככוהנו גמור חייב השני רק חצי [והוה

לשיטה עצמו וזלא כשי' ה"מקצת נוסחה" שהביא וכמשנ"ת לעיל], וע"ע. ואין ליישב דהקצה"ח כ' כאן דוקאק לשני תוס', דהרי קושייתו למ"ד דחייב השני רק חצי הרחקה וזה לא יתכן לשני תוס' אלא רק לשני הרמב"ן. וכעיקר קושייתו נ"י לפי"ד דאכן כשיעמיד השני בבור אכן יוכל לחייב את הראשון בחצי הרחקה, דו"ש שי' ח"י הרמב"ן אליבא דר"י כהרדל והכורים, וע"ע.

י"ח כ'. כדעת הראש' ורמב"ן דרע"א וחזו"א ברמתן.

(א) ערא"ש דפסק כר"ה ור"ה בסוגיא דהודל, דמלכד כבור מתח

אף לרבא לסמוך. ועיי' תוס' לקמן כ"ה כ' שי' אע"ג דסמך בהיתר א"צ להרחיק אפי' בגרי"י דל"י כו', ומכואר דלשי' ר"ת אפי' בגרי' דל"י. אמר א"צ להרחיק אח"כ גם כשבא התיק, והא דקרי ל"י גרי' דל"י משום דפעולת הנוק

ברשות, ירחיק [והכורים] כל ההרחקה כו"י, וק"ל.

י"ח כ'. כדברי הקצה"ח בסוגיא דהודל.

(א) עלקצה"ח ס"ק י"א שי' דלשי' רש"י בכל המוזיקין סמך בהיתר לא מהני. וכי ע"ז אינא למידיק מאי שנא מבור דמהני בדידה דהא לאבי דאמר סומך אפי' עמד התיק אח"כ אין הראשון צריך להרחיק כו"י. וע"כ מה הקשה מאפי', דודאי רבינא חידש דעל המוזיק להרחיק עצמו לשיטת רבא. וכן חידשו אין לו הבנה מ"ש דלאבי אין על המוזיק דין הוחקה קודם שעמד הניק דאז אין עליו שם מוזיק ואם רוצה אח"כ הניק לעמוד שם אין המוזיק צריך להרחיק. ואם סבר דדברי רבינא נאמרו אף לאבי זהו רק מגדיל הקושיא, וכיצד יתכן דקדם בהיתר דלקוח לא מהני אחרי שקדם אפי' בלא לקוח מהני לאבי.

אלא פשוט דכוונתו להקשות מה החילוק בין מה שסברה הגמ' לפני רבינא למה שנתחדש בדברי רבינא, דאם לפני כן סברנו דקיימה בהיתר מהני, כיצד אפי' רבינא מסבא זו בלא שום טעם. ולזה ביאר דמה שסברנו לפני רבינא אינו משום קיימה בהיתר. אלא משום שכלל אין דין על המוזיק להרחיק, דאינו נחשב מוזיק כלל, ורק אם קדם הניק אסור לו לבוא ולהזיק. אבל אם קדם המוזיק, אפי' כשבא אח"כ הניק אין עליו שם מוזיק, אע"פ שכפועל כעת מוזיק. והוה כמשנ"ת לעיל

בדעת החוס', דאין כאן דין ד' אבות נתיקין, ודין נתיק שכנים אינו להחשיבו כמוזיק, אלא רק אם קדם הניק וזה. אך בקדם המוזיק וזה אף הוא משעם שבאמת אין לו שם מוזיק כלל. ודעת רבא חידש רבינא דחשוב מוזיק, ומה שהיה מוזיק מחייבו להרחיק, וא"כ פשיטא דלא מהני קדימתו. וחידש רבינא דלא רק זאת אלא אפי' בהיתר דלקוח לרבא לא

והנעלענ"ד כדעת הרמב"ן דהטעם דקדם בהיתר דלקוח לא מהני אינו לא כהקצה"ח ולא כהמהרש"א בדעת חוס', אלא משום דס"ל דמוכר בעיז יפה מוכר, ולכן כשמכר בעל החודל חצי שדהו רבא הלקוח להעמיד דבורים בחצי זה, מאחר שמכר לו בעין יפה מכר לו עם הזכות להטע הרחקה החודל. ועיי' מש"כ בזה בקצה"ח ס"ק י"ג ברעת הרמב"ן במלהמות.

וסברא זו דהמקשן נשארה אמת גם להמסקנא. דבאמת אם לא מהני קודם בהיתר דלקוח, יוכל בעל הדבורים לחייב להרחיק החודל חצי. והו' המסקנא דאכן יוכל לחייבו מטעם זה. ומ"ש דר"י מהיר בחודל הכוונה כשאין בעל הדבורים רוצה להיכנס, כיוון שגם הוא אז יצטרך להרחיק חצי.

(ה) ואח"כ הביא הרמב"ן "ומקצת נוסחי דכתב בהו ועור מי"ש דר"י ועור כו"י". ולנוסחי אלה יש שיטה אחת, דסבריא להו דבקדם בהיתר גמור יכול לחייב החודל להרחיק את הדבורים הרחקה שלמה. והוה דלא כפי' הרמב"ן דלעיל שי' ס"ל יוסי דמתיר בחודל ולא מצי לכוף אותו להרחיק חצי ההרחקה משום שהוא לוקח כו"י דמכואר דסבר דאף בקדם בהיתר גמור אינו יכול להרחיק חבירו יותר מחצי ההרחקה.

וכמהמשך הדברים כ' הרמב"ן "ואקשינן מכלל דר"י סבר על הניק להרחיק א"ע". ופי' "הואל והוא לוקח המוזיק" ופירושו זה הוא לשיטתו לעיל דאף בקדם בהיתר גמור אינו יכול להרחיק חבירו יותר מחצי. והוה כמשנ"ת לעיל דכהכרח סבר המקשן דמתיר היתר לוקח לר"י דאל"כ יציב יתיר בחודל ולא יחייבו להרחיק חצי. ואח"כ הוסיף הרמב"ן "ויש לפרשה אפי' בלא לוקח כו"י" והוה דוקא לשיטת המקצת נוסח שהביא לעיל, שהרי כ' "ואי לא סבר כרבנן [דהיינו אם סבר דמהני קדם בהיתר] כשסמך [החודל]

דכי יוסי, דאם נאמר דל"י לא מהני קדם בהיתר דלקוח, א"כ יוכל בעל הדבורים לחייב את בעל החודל חצי ההרחקה. ונאחר דמתיר בחודל לסמוך מוכח דמהני קדימת החודל, ונמלאל פסור גם הדבורים כמשנ"ת לעיל, וא"כ קשה משה וירק נמי.

(ד) והנה דעת תוס' דל"י לא מהני קודם בהיתר, אפי"ה יתיר בחודל וירחיק בעל הדבורים הכל, ולמשנ"ת לעיל דעת הקצה"ח מאחר שמתחלה חייב הדבורים להרחיק הכל אי"כ תו אין החודל מוזיק כלל ולילכו עליו שום תביעה מצד הדבורים, ולפי"ז מכוואר מ"ש הרמב"ן כאן, דהרי לשיטתו מחייב הדבורים רק חצי וא"כ יכול לתביע להרחיק. אמנם באמת א"א ליישב דברי

הרמב"ן עם סברת הקצה"ח. דאם הטעם דלא מהני קדם בהיתר משום דמה שהוא מוזיק זו הסיבה לחייבו להרחיק, א"כ לא יתכן כלל לומר רכעל הדבורים חייב להרחיק רק חצי ובהכרח צ"ל דס"ל כהמהרש"א דגם אחרי שנתחדש דקדם בהיתר לא מהני אכתי נשאר הסברא דהמוזיק לא חשיב מוזיק מדינא, וחזיב ההרחקה הוא רק כפי' משפט חז"ל להכריע ביניהם ולא בהכרח מי שמוזיק הוא המחוייב. וברעת החוס' לפי' המהרש"א ביארנו דס"ל דהטעם דלא מהני למזיק קדימתו בהיתר משום דמתיר דסיבת ההרחקה תלוי' בו אין חבירו צריך להפסיד בעבורו ועלוי' להרחיק לעולם. אך אם הסיבה תלוי' בשניהם הדיונן לסברת המקשן דפשיטא דקיימה בהיתר מועלת דלא מסתבר לחייבו לעקור תשמלו עכור חבירו. וע"ע דעת הרמב"ן דהרי זה מכואר להדיא בדעת המקשן דקיימה בהיתר מהני. ויש רק כ' דרכים לדחותו. הא' דלעולם מי שמוזיק מרחיק דאסור להזיק, והוה א"א לומר ברמב"ן כמשנ"ת. הב' דמה שהסיבה תלוי' כמותו מגיע כוחו, והוה אינו בחודל דדבורים. וא"כ לא נשאר שום טעם לאפוקי מסברת המקשן דקיימה בהיתר תועיל לכעל החודל.

כזה אין קדימתו מותרת לו לעשות בעצמו כדברים נזק לבור בין לזבון בין לר' יוסי. ולפי' קדימתו גם לא תחיר לו ברפת ועצורי דייקי' שומשמי' לעשות כדברים נזק אחרי שבא הניזק. וזה הרי המיר טפי ממרא ומרא. וכמרא ומרא אין קדימתו מותרת לו לעשות כדרי הנזק אפי' דאמתי ליכא בור. ור"ש בהנך שלא תחיר לו לעשות כדברים נזק דכבר אכא נזק. וא"ש היטב דאף לר"ת מהאסור דמרא ומרא לא חזר בו רבא. וא"כ איסור זה עצמו איכא גם ברפת בקר ועצורי שומשמי, והבן וולגמישי' הגרסי' דהר"ש ס"ל דאף בגפת אם קדם וסמך צריך להרחיק אח"כ. א"א לומר הביאור שכתבנו, וקושיית החזו"א קמה וניצבה. ושאר קושיית החזו"א שם אין קשות כ"כ לעני'. ומה שהק' מחוס' הר"ש כידוע שדרכו להתחיק בתוספתו דעת החוס' גם היכא דהוא עצמו פליג. ויחזן גם דס"ל בתוספתו כמש"כ בשו"ת שלו, וכבר כתבנו להרע"א בהכרח צ"ל דהשו"ת פליג על הפסקים וזה מצוי בדוכתי סוכא כידוע, וכ"ז פשוטן. ועי' לקמן במ"ש על הני" עוד ראי' לפי שנבאר ברא"ש.

(ד) שו"ר דעת הטור נר' כהרמב"ן דלר' יוסי אם סמך גפת ואח"כ בא הכיר וכנה כותל שפיר חשיב גורי' דילי' ודלא כחחוס' וני" דר' כפי' קנייה טע' מי"ז דלר"ש גורי' ור"יף ככל הנזקין דכפי' קנייה אסור לסמוך. ואם לר"י לא הוי גורי' כשיבוא אח"כ הניזק א"כ פשיטא דמותו לסמוך וכמש"כ החוס' י"ז ב' ד"ה מרחיקין דלא פריך אלא לזבון. ואח"כ ראיתי מי"ש כזה הנהגה קני"ח ס"ק י"ג ולא נחמתי לי דצי"ע. ועי' לקמן במ"ש בעשה"ש על דף כ"ב ב' בענין גורי' כמה שבאנו דברי הרמב"ן בד"ג החתום, בסוגיא דרקתא, שם נבאר יסוד וטעם המחלוקת בין חוס' להר"ש אי בגרי' המתחשים מהני סמיכתי כהיתר שלא יצטרך להרחיק כשבא הניזק או לא.

ולאבי נחא אף בלא טעמא דזירה שאני. ומבאר דס"ל דקרימה מהני שלא יצטרך להרחיק גם כשנעשה הניזק אף דהוי גורי' המתחשים וא"כ לטעמא דזירה שאני, ולפי' ר"ת למסקנת הסוגיא רבא ס"ל כאבי מלכד היכא דמוזיק מיז ככל מרא ומרא שחופר. ולעני' י"ל דדעת הר"ש דמה שאף למסקנא אליכא דר"ת פליגי אביי ורבא בבור ומשום כל מרא ומרא, בודאי לא פליגי במציאות וגם אביי מודה דאיכא הדיק דכל מרא ומרא. ומדמתו אביי מביאר דס"ל דאין המרא נחשב נזק על השדה עצמה שמצד ערכה שכבר א"א להפוך בה כוונה, דבזה לא שייך שיחיר, וכפי' ס"ל דאינו נזק על השדה עצמה, דאין ערכה יורד מש"ה ואין גופה משתנה באופן שיש בו נפ"מ מצד השדה לחוד. אלא הניזק הוא רק על הכור העתיד להיות שם. ואביי ס"ל דהוי דעכשיו דאי מקרי מוזיק, שהרי עושה עכשיו הניזק לבור שיבוא אח"כ, מי"מ בנזקי שכנים מי שקדם זכה אפי' דהוא מוזק ורכאתא נפיק מדון ד' אבות נזיקין, ור"ן נזקי שכנים לא חידש ליתן עליו שם מוזיק, וכמשנ"ת לעילן, והשני צריך להרחיק הכל.

ורבא בודאי ג"כ מודה דאין זה הדיק בגוף השדה. אלא פליג וס"ל דדוקא אם אינו עושה הניזק שום מעשה הדיק בידיה, ונכון גפת דכסומך לא עכרי נזק כלל [ודלא כמש"כ חוס' י"ז ב' ד"ה מרחיקין דגפת ג"כ הוי כמרא, דזה הוא דוקא לשי' רש"י ולר"ת בהכרח לא ס"ל הכין וכשיבוא הניזק נהי דאז נעשה הניזק, מי"מ מכיוון שמעשיו של בעל הגפת לא גרמו הניזק, והניזק התחיל רק מכה מעשיו של בעל הכולל, ומאז בעל הגפת נהפך ממלא הגפת למזיק ולא איהו עבד לה, כזה מותר להשאיר הגפת גם אח"כ, אפילו לזבון. אך ככל מרא ומרא שהראשון עושה כדברים עכשיו הניזק לבור, ונהי דהבור אחרי אינו כאן, מי"מ הניזק לבור כבר נמצא עכשיו,

מנעו מתחזקין, מוכח דס"ל דחשיב גם כה"ג גורי' דילי' ונרעת הוי הרמב"ן. ועי' דנדחק מכת זה ככמה דחוקים. ומה לי ליעול באתר דזיקוקין די נורא, אך נלעני' דחוק לומר כן בדעת הטור ולא יחזן דלא יבאר להדיא דאח"כ צריך להרחיק. מלכד הדחוקים שבי' שם, וכן קושיא שנכתבו לקמן. והנלעני' קרוב יותר בדעת הטור, דהנה משו"ת הר"ש הובא בטור קני"ד ס"ק כ"ב [וכשו"ע שם טע' ט"ז] מבאר להדיא דגם בגורי' המתחשים יותר גם כשבא אח"כ הרע"א בענין צ"ל לדחות ראי' זו, ולדעת הרע"א בהכרח צ"ל דהר"ש בשו"ת ס"ל דלא כדעתו בפסקיו. וי"ל דהטור ידע שחשובה זו נכתבה אחרי פסקיו, ולכן פסק כמותו, וכדעת החוס'.

(ב) ועתה ס"י י ס"ק ח' דס"ל להשוות דעת הר"ש לדעת החוס', וכ' דמה שהזכיר הר"ש ג"כ רפת בקר קרמה דלדיה שאני זהו לרווחא דמלתא דאף לפרשי' הכא אינו מרחיק, וכענינו צ"ע דברי מרן דצ"ל דזה הוי נתיב להארר אם הוי הר"ש מוכרי סתם הטעם דזירה שאני. אך לשון הר"ש "אפי' דהוי גורי' דילי' משום דזירה שאני" ודאי דלינא כל ההרחקות האסורות משום שהן גורי' דילי' ובודאי ממה שאסור בקדם אפי' דרפת הוי גורי'. ובהכרח הדיקשה לו על הדין הפרטי דקדם רפת מותר, דמשום שהיא גורי' דילי' הוי ראי' לאסור אף בקדם, והיינו דלאחר שנעשה האוצר צריך אז להרחיק. ומ"ש דזירה שאני בא לחזק קושי זה, וא"א לפרשו דלא כהרע"א. וכן גבי פאפי יונאה המתבונן בקישור דברי הר"ש רואה דמי"ש בחזו"א דס"ל כהחוס' דשאני הכא משום דאינו קבוע זהו דחוק שא"א לסכל לעני'.

מתחיל בכל יום. דעי' חוס' י"ז ב' ד"ה ורחיקין שיק' מאי פריך לרבא כו' וכוונתם מניין להמקשן דרבא ס"ל הסברא דחיישנין דא"א להמיר לר"י דעעמא דכל מרא ומרא אהמיר דוקא דל"י רבא לא פריך אלא אליכא דרובן. וכוונתו לרובא לזבון אסור יסמוך גם כלי מרא ומרא, וא"כ בהכרח ס"ל סברא דחיישנין שלא יללי' דילי' ור"י. ואם נפתח נחשב לגורי' דילי' א"כ מסתמא גם ל"י יחיישנין שלא יסלק הדיקן. ומדאמרו ופריך רק יללי'. דאפי' דרבנן מוכח דס"ל דל"י אין זה גורי' ג"מ א"כ כשנעמד הכותל כבר פסקו גורי', כ"כ ב"י. ודלא כדעת הרמב"ן בחזו"שיו דל"י סמיכתי גפת ואח"כ בא הכותל הוי גורי'. וכן גם מי"ש חוס' י"ח א' ד"ה דייקא דרפת לחנות הוי גורי' דילי' אף בקדם הרפת, ג"כ משום דפעולת ההדיק מתחיל בכל יום.

ולפי' ר"ת הא דברפת בקר אם קדמה מותר, וזה משום שמוחל לסמוך וא"כ לטעם דלדיה שאני. ומאחר דהכריע הר"ש כו"ת צ"ע אפי' באות כ"ז דהטעם דרפת קודמת לאוצר מותר משום דזירה שאני, וכן צ"ע מי"ש הר"ש באות כ"ז גבי פאפי יונאה דכ' כפשיטתא דגם אם הוי הנך עצרי מקודם חייבים להרחיק. והוסיף דכקדמו לית להו חזקה שהרי קיי"ל כר"ת דמותר לסמוך, ואפי' כ' כפשיטתא דכשבא הניזק חייבין להרחיק ולא הזכיר כלל מתי החוס' בדין כ"ה ב' או שאר סברא לחלק.

ולמה הוכיח הגרע"א בשו"ת סי' קנ"א דדעת הר"ש דבגורי' דילי' אפי' שמוחל לסמוך צריך אח"כ לשבא הניזק ע"ש. ומשמע דמוכח כן רק בגורי' המתחשים בכל יום. ועי' בגרע"א שבי' דחזו"א דס"ל דהטור זהו דבר הנזקין, שהרי מקושיית הגמ' י"ח א' על רבא מחמתו של נתחמתין מבאר

מנעו מתחזקין, מוכח דס"ל דחשיב גם כה"ג גורי' דילי' ונרעת הוי הרמב"ן. ועי' דנדחק מכת זה ככמה דחוקים. ומה לי ליעול באתר דזיקוקין די נורא, אך נלעני' דחוק לומר כן בדעת הטור ולא יחזן דלא יבאר להדיא דאח"כ צריך להרחיק. מלכד הדחוקים שבי' שם, וכן קושיא שנכתבו לקמן. והנלעני' קרוב יותר בדעת הטור, דהנה משו"ת הר"ש הובא בטור קני"ד ס"ק כ"ב [וכשו"ע שם טע' ט"ז] מבאר להדיא דגם בגורי' המתחשים יותר גם כשבא אח"כ הרע"א בענין צ"ל לדחות ראי' זו, ולדעת הרע"א בהכרח צ"ל דהר"ש בשו"ת ס"ל דלא כדעתו בפסקיו. וי"ל דהטור ידע שחשובה זו נכתבה אחרי פסקיו, ולכן פסק כמותו, וכדעת החוס'.

(ג) אמנם בחזו"א שם חק' עוד קושיא עצומה על הגרע"א, שהרי מקושיית הגמ' י"ח א' על רבא מחמתו של נתחמתין מבאר

מתחיל בכל יום. דעי' חוס' י"ז ב' ד"ה ורחיקין שיק' מאי פריך לרבא כו' וכוונתם מניין להמקשן דרבא ס"ל הסברא דחיישנין דא"א להמיר לר"י דעעמא דכל מרא ומרא אהמיר דוקא דל"י רבא לא פריך אלא אליכא דרובן. וכוונתו לרובא לזבון אסור יסמוך גם כלי מרא ומרא, וא"כ בהכרח ס"ל סברא דחיישנין שלא יסלק הדיקן. ומדאמרו ופריך רק יללי'. דאפי' דרבנן מוכח דס"ל דל"י אין זה גורי' ג"מ א"כ כשנעמד הכותל כבר פסקו גורי', כ"כ ב"י. ודלא כדעת הרמב"ן בחזו"שיו דל"י סמיכתי גפת ואח"כ בא הכותל הוי גורי'. וכן גם מי"ש חוס' י"ח א' ד"ה דייקא דרפת לחנות הוי גורי' דילי' אף בקדם הרפת, ג"כ משום דפעולת ההדיק מתחיל בכל יום.

דחיי צריך להשגיח על האש אפי' שהחזיק דהיי' בשאר מוזיקין דפרקין דחייב לשלם. כשיעור, ולכן מכוון שלא השגיח כראוי חשיב ואפי' דאנו בכלל דיי' מוזיקין כמשי"כ הנהדמי' קנייה סקרי"ח ובפרכי"ש [והתבאר לקמן אפי' כ"כ כ"ז].

ואת"כ הכי'א שם דברי בעל העיטור דחייב לשלם משום דממונא דירי' אזיק [החטעם שלא נוכר חזוב משלומין עד הכא דקשה למה מה שהביא הוזיק] ואילו לשיטתו דיי' לעיל מינה מה שהביא הוזיק"א דכרי בעל העיטור שכי' "ומסתברא דכולהו הני דחניגי בפירקין משום פמון הוא שמוזיק ממון חבירו ולא דמי לאלף וכו' דשרשויו פנים חדשות באו לכאן" עכ"ל. דשיטת בעל העיטור דהרכא דהוא גירי' יליל' הוי ממש דין דיי' מוזיקין. אך דעת שאר ראשונים דכל מוזיקין דפרקין אף בגירי' דילי' אינו מדין דיי' מוזיקין וכדמוכח מתוס' בסוגיא דקתתא. ואפי' נאריך כוה הרכא לקמן.

ב) והנה ברא"ש הוכיח מרפטור ריש' דלא חשיב פושע. ועי' פושע. דכי' שהוא פושע אי"כ מודע פטר ריש'. ויש' כפשות דס"ל דאף באש תדירא אינו חייב להשגיח עליו. אחרי שהחזיק כראוי, אך אינו מרווח כ"כ. ועי' בכ"מ קרי"ח כ' דרי' יהודה רשבי"ג וריש' סבורא להו דכי"מ שנתנו חכמים רשות החזיק פטור. והתם מיייר' בובלים ולבנים כרד"ר דודאי מוזיק, אלא ס"ל דאחרי שנתנו חכמים רשות פטורוהו מן השמירה ומחזיק תשלומין אפי' דבאמח אינו משומר. וא"כ היי' כסוגיין דטעם הפטור משום הרשות שנתנו חכמים ואפי' שאינו משומר כראוי משום שהוא תדיר וכפי עינוי, ולהרוא"ש צ"ע מסוגיא זו דאם אינו פושע כלל, חכמים מחייבים לא משום דין אש אלא מחמתא מיוחדת בדין מוזיק עניי' להך דרי' רשבי"ג חומרא זו, אי' אינו עניי' להך דרי' רשבי"ג דהוי מוזיק דאורייתא ואפי' פטור משום שנתנו לו חכמים רשות, ואף ראי' שיספור כמותם.

דחיי צריך להשגיח על האש אפי' שהחזיק כשיעור, ולכן מכוון שלא השגיח כראוי חשיב פושע.

ובכרי האריך לדון אי נדון השאלה הוי קיי"ב כ'. ואחר שהסיק דצריך להחזיק דן כמה יחזיק ומבאר דלא סגי בגי"ט אלא בשיען שירחיק כפי הצורך עד שלא יזיק, וכי' הטעם מודע החמירו לחייב להחזיק עד שלא יזיק כלל, ולא סגי בגי"ט בכל מקום וכי' דרכי נעם וכל נחמדותי' שלי' והקפידה תורה שלא יעשה אדם בתוך שליו דבר הגורם יזיק לחבירו. ואמרו חכמים כו' ועוד החמירו יותר בהזיקות דאפי' דאחזיק כשיעור שאמרו חכמים אם חזיק חייב לשלם כדמנן הי' מעמידו בעלי' כו' ואם חזיק משלם מה שחזיק, ומסתברא דהיי' בשאר הזיקות דמאי שנא משאר הזיקות הרי לא פשע ששמר גתלתו כמאמר חכמים דאי פשע באשו לא הי' אומר וכי' שמעון דפטור, ומאחר שלא פשע אין לחלק בין תנור לשאר הזיקות אלא חכמים לא הזיקו להחזיק בכל דבר ודבר אלא לפי מה שרגיל להזיק והזהירו למקורב ההזיק שאם עכ"ז יזיק שחתייב לשלם" עכ"ל דקי'.

ומבואר מלשוננו דלא ס"ל כהרי"ף דהכא חשיב פושע, אלא ס"ל דחייב לשלם אפי' דחזיק ואינו פושע. ומבואר מלשוננו דהכא חזיקו לאינו מדין ד' אבות מוזיקין [דאפי' דהכא בודאי הוא אש גמור מ"מ קיי"ל כהכונס דמדין דיי' מוזיקין בהחזיק כראוי פטור, והכא נמי החזיק כראוי]. אלא הוא דין מיוחד בנזיקי שבונים שלמדו חכמים מדוכתיב דרכי נעם שראוי להחמיר שלא יזיק לשכנו ובה תקנו שישלם אפי' דמדין דיי' מוזיקין פטור. והוה דוקא בשימוש תדיר והגיל בבימו דשייך לנזקי שבנים ולא בהדליק לפי שעה דכזה ליכא התמקיי"ח ופטור. ולכן ס"ל להרוא"ש

להסיק כרי"ת אי"כ מהו שכי' דאינו יכול למחות שהרי לעיל הביא דברי חוסי' דיכול למחות משום דיש לחוש שמא יתעצל מלסלק אח"כ. ולא משמע דאומר רק לדבריו דהרי' יונה בתרתי. האי' דס"ל דמותר לסמוך. ולפי הר"י אטור לסמוך, ואם יסמוך יחזיק, וכוה נמי פליגי הרוא"ש דס"ל דאפי' שסומך מ"מ אינו מחזיק. והחזקה נפי"מ לזמן שיבוא אח"כ הניחיק דאז כלל חזקה יצטרך להחזיק כיוון דהרי' הוי גירי' דילי' המתחדש בכל פעם, וכמשנתי' לעיל.

ועי' מה שהק' הפ"ח ס"ק ה' מדברי הרוא"ש לעיל פ"ק אות כ' כמה שהשיג על הדאפי"ד [וכי"כ שם הפ"ח ס"ק ת"ז]. וכן צ"ע דמבאר מדברי הנ"י שהבאנו לעיל דעת הרוא"ש דבכל שיפסק רה"ר ביניהם יכול הניחיק לעכב על פתיחת החלתן מדין גזל שאוסר עליו להשתמש באורי חצירו. ונר' דצ"ל דלהרוא"ש דוקא בחצר יכול למונעו מלהשתמש באורי חצירו מדין גזל. אך בחורבה לא. ועי' דכחורבה נחשב לעולם מידת סדום מה שטוען שאינו מרשה כי אינו רוצה להתעצם עמו אח"כ בדין. ואולי משום דס"ל דסתם חורבה אינה עומדת להכנות ואין זה מחזור כ"כ וצפי"ע [כל מה שזנבת בדת הנ"י והרוא"ש נכתב בלא עיון כה"צ ושו"ר בקצרה"ח קי"ד ס"ק ה' שכי' דברים מאירים כמ"ש הרוא"ש דהיכא שאינו יכול למחות ליכא חזקה וכמה שהק' עליו הר"י ש"כ כוה יעו"ש. אלא שנעלם ממנו לפי שעה דברי הרוא"ש פ"ק אות כ"ז].

ד) כ"ב בניי [וברא"ש אות כ' ז'] יונה ואח"כ כ' אמר המחבר מה נכתב דיל' היא כסברת רי"ף וריש' ז"ל. אבל רוא"ש ז"ל כתב כרי'". ומה שכי' בדת הרוא"ש י"ב. ולפי"ז נר' קישור דבריו מדברי הר"י גה משמע דמיייר' דאיכא ביניהם רה"ר. למי"ד דאטור לסמוך ודאי זהו גם באיכא גמ' קיי' ביניהם דמי' אטור חזיק ראי' גם כהפי"ג ולכן אטור לסמוך. דעת הרוא"ש כרי' בהפי"ג לזמנא מותר לסמוך. ואי"כ צ"ע מודע הוצרך זמר דרד"ר הפק' והראשון שפתח הוי כזוכה לן ההפק' דגם בלי"ז מותר לסמוך. ונר' דטעם לן הוצרך, דאם לא הי' שם רה"ר יכול למונעו לסמוך מדין גזל שאוסר עליו להשתמש באורי שלו וכמו שהביא לעיל בשם רשב"א זה מקרי שמשתמש בשליו, וככפי"ג אין זה ידעת סדום. ולכן יכול לאסור עליו מלסמוך אפי' דמדין דחזקה מותר לסמוך.

ה) ואח"כ כ' הנ"י דלהרוא"ש אין ככפי"ג חזקה. ועי' מה שייך כוה חזקה, דאם מותר לסמוך, ונזיל ליכא דאיכא חזקה"ר ביניהם, הרי זכה כסמכתו אף בלא חזקה. ומכאן דס"ל בדת הרוא"ש דבגירי' חזקה"ר להחזיק. ולהו דן אי תועיל לו חזקה"ר ויריד להחזיק. יצטרך להחזיק אח"כ. ועי' בקונטרס הרוא"ש שהביא ראי' זו מדברי הרוא"ש אך שאלה דהו דיל' דהניק מלעכב אח"כ מדין גזל שלא גוששתמש באורי חציר, ולא מדין מוזיקין. אך כ"י מבואר דמיייר' כמפסיק רה"ר ביניהם וליכא חזקה"ר הנ"י [ועיקר הנ"י כסוגיא דחורדל הוא לקמן י"ג א' בדפי הרי"ף].

ו) ועברא"ש אות כ' דכפ"ה חזיק משלם מה שדחיק. (א) עי' רי"ף בס"פ הכונס שבאר הטעם מודע לרבנן הכא חייב לשלם והכי קיי"ל. ואילו כמנ"י דבי"ק לכ"ע אם החזיק כשיעור פטור מלשלם. דהתם שהוא לפי שעה בהחזיק חשיב אנוס, אבל הכא כיוון שהוא מלשוננו שכותב לדיוא, וכן אי אכתו לא נחית

כ"ב בניי [וברא"ש אות כ' ז'] יונה ואח"כ כ' אמר המחבר מה נכתב דיל' היא כסברת רי"ף וריש' ז"ל. אבל רוא"ש ז"ל כתב כרי'". ומה שכי' בדת הרוא"ש י"ב. ולפי"ז נר' קישור דבריו מדברי הר"י גה משמע דמיייר' דאיכא ביניהם רה"ר. למי"ד דאטור לסמוך ודאי זהו גם באיכא גמ' קיי' ביניהם דמי' אטור חזיק ראי' גם כהפי"ג ולכן אטור לסמוך. דעת הרוא"ש כרי' בהפי"ג לזמנא מותר לסמוך. ואי"כ צ"ע מודע הוצרך זמר דרד"ר הפק' והראשון שפתח הוי כזוכה לן ההפק' דגם בלי"ז מותר לסמוך. ונר' דטעם לן הוצרך, דאם לא הי' שם רה"ר יכול למונעו לסמוך מדין גזל שאוסר עליו להשתמש באורי שלו וכמו שהביא לעיל בשם רשב"א זה מקרי שמשתמש בשליו, וככפי"ג אין זה ידעת סדום. ולכן יכול לאסור עליו מלסמוך אפי' דמדין דחזקה מותר לסמוך.

כ"ב בניי [וברא"ש אות כ' ז'] יונה ואח"כ כ' אמר המחבר מה נכתב דיל' היא כסברת רי"ף וריש' ז"ל. אבל רוא"ש ז"ל כתב כרי'". ומה שכי' בדת הרוא"ש י"ב. ולפי"ז נר' קישור דבריו מדברי הר"י גה משמע דמיייר' דאיכא ביניהם רה"ר. למי"ד דאטור לסמוך ודאי זהו גם באיכא גמ' קיי' ביניהם דמי' אטור חזיק ראי' גם כהפי"ג ולכן אטור לסמוך. דעת הרוא"ש כרי' בהפי"ג לזמנא מותר לסמוך. ואי"כ צ"ע מודע הוצרך זמר דרד"ר הפק' והראשון שפתח הוי כזוכה לן ההפק' דגם בלי"ז מותר לסמוך. ונר' דטעם לן הוצרך, דאם לא הי' שם רה"ר יכול למונעו לסמוך מדין גזל שאוסר עליו להשתמש באורי שלו וכמו שהביא לעיל בשם רשב"א זה מקרי שמשתמש בשליו, וככפי"ג אין זה ידעת סדום. ולכן יכול לאסור עליו מלסמוך אפי' דמדין דחזקה מותר לסמוך.

כ"ב בניי [וברא"ש אות כ' ז'] יונה ואח"כ כ' אמר המחבר מה נכתב דיל' היא כסברת רי"ף וריש' ז"ל. אבל רוא"ש ז"ל כתב כרי'". ומה שכי' בדת הרוא"ש י"ב. ולפי"ז נר' קישור דבריו מדברי הר"י גה משמע דמיייר' דאיכא ביניהם רה"ר. למי"ד דאטור לסמוך ודאי זהו גם באיכא גמ' קיי' ביניהם דמי' אטור חזיק ראי' גם כהפי"ג ולכן אטור לסמוך. דעת הרוא"ש כרי' בהפי"ג לזמנא מותר לסמוך. ואי"כ צ"ע מודע הוצרך זמר דרד"ר הפק' והראשון שפתח הוי כזוכה לן ההפק' דגם בלי"ז מותר לסמוך. ונר' דטעם לן הוצרך, דאם לא הי' שם רה"ר יכול למונעו לסמוך מדין גזל שאוסר עליו להשתמש באורי שלו וכמו שהביא לעיל בשם רשב"א זה מקרי שמשתמש בשליו, וככפי"ג אין זה ידעת סדום. ולכן יכול לאסור עליו מלסמוך אפי' דמדין דחזקה מותר לסמוך.

כ"ב בניי [וברא"ש אות כ' ז'] יונה ואח"כ כ' אמר המחבר מה נכתב דיל' היא כסברת רי"ף וריש' ז"ל. אבל רוא"ש ז"ל כתב כרי'". ומה שכי' בדת הרוא"ש י"ב. ולפי"ז נר' קישור דבריו מדברי הר"י גה משמע דמיייר' דאיכא ביניהם רה"ר. למי"ד דאטור לסמוך ודאי זהו גם באיכא גמ' קיי' ביניהם דמי' אטור חזיק ראי' גם כהפי"ג ולכן אטור לסמוך. דעת הרוא"ש כרי' בהפי"ג לזמנא מותר לסמוך. ואי"כ צ"ע מודע הוצרך זמר דרד"ר הפק' והראשון שפתח הוי כזוכה לן ההפק' דגם בלי"ז מותר לסמוך. ונר' דטעם לן הוצרך, דאם לא הי' שם רה"ר יכול למונעו לסמוך מדין גזל שאוסר עליו להשתמש באורי שלו וכמו שהביא לעיל בשם רשב"א זה מקרי שמשתמש בשליו, וככפי"ג אין זה ידעת סדום. ולכן יכול לאסור עליו מלסמוך אפי' דמדין דחזקה מותר לסמוך.

כ"ב בניי [וברא"ש אות כ' ז'] יונה ואח"כ כ' אמר המחבר מה נכתב דיל' היא כסברת רי"ף וריש' ז"ל. אבל רוא"ש ז"ל כתב כרי'". ומה שכי' בדת הרוא"ש י"ב. ולפי"ז נר' קישור דבריו מדברי הר"י גה משמע דמיייר' דאיכא ביניהם רה"ר. למי"ד דאטור לסמוך ודאי זהו גם באיכא גמ' קיי' ביניהם דמי' אטור חזיק ראי' גם כהפי"ג ולכן אטור לסמוך. דעת הרוא"ש כרי' בהפי"ג לזמנא מותר לסמוך. ואי"כ צ"ע מודע הוצרך זמר דרד"ר הפק' והראשון שפתח הוי כזוכה לן ההפק' דגם בלי"ז מותר לסמוך. ונר' דטעם לן הוצרך, דאם לא הי' שם רה"ר יכול למונעו לסמוך מדין גזל שאוסר עליו להשתמש באורי שלו וכמו שהביא לעיל בשם רשב"א זה מקרי שמשתמש בשליו, וככפי"ג אין זה ידעת סדום. ולכן יכול לאסור עליו מלסמוך אפי' דמדין דחזקה מותר לסמוך.

כ"ב בניי [וברא"ש אות כ' ז'] יונה ואח"כ כ' אמר המחבר מה נכתב דיל' היא כסברת רי"ף וריש' ז"ל. אבל רוא"ש ז"ל כתב כרי'". ומה שכי' בדת הרוא"ש י"ב. ולפי"ז נר' קישור דבריו מדברי הר"י גה משמע דמיייר' דאיכא ביניהם רה"ר. למי"ד דאטור לסמוך ודאי זהו גם באיכא גמ' קיי' ביניהם דמי' אטור חזיק ראי' גם כהפי"ג ולכן אטור לסמוך. דעת הרוא"ש כרי' בהפי"ג לזמנא מותר לסמוך. ואי"כ צ"ע מודע הוצרך זמר דרד"ר הפק' והראשון שפתח הוי כזוכה לן ההפק' דגם בלי"ז מותר לסמוך. ונר' דטעם לן הוצרך, דאם לא הי' שם רה"ר יכול למונעו לסמוך מדין גזל שאוסר עליו להשתמש באורי שלו וכמו שהביא לעיל בשם רשב"א זה מקרי שמשתמש בשליו, וככפי"ג אין זה ידעת סדום. ולכן יכול לאסור עליו מלסמוך אפי' דמדין דחזקה מותר לסמוך.

כ"א ב'. תודיה מרחיקין.

וכן במציאה משמע דמיירי ששניהם ראיה וכל א' רץ כרי לקידום הכוהן, שהרי קשה וכו' בשופטנו עסקינו שנופל עלי' במקום להגביהה, וא"כ שניהם הפכו בכ"א, ואדרבה הנופל הוא המפסיד וכותו של הכוהן כה'. ועתה דהתם הנדון הוא רק רצה להאריך מי הרשע כיוון קנה ואלו לא רצה להאריך מי הרשע כיוון דאינו מעניין הסוגיא שם. אמנם בפאה ודא' דלא מקרי רשע שהרי תנן מעבירין אותה הימנו ומשמע דכך ראוי לעשות לכתחלה.

כ"א ב'. ומודי ר"ה במקרי דרדקי

כ"ו.

צ"ע מודע גבי מקרי דרדקי נקט דווקא רס חונא, שהרי גם ר"ה כדריי מודה במקרי דרדקי דלא מצי מעכב אפן מתא אחרינא, וכ צ"ע מודע גבי רכילין נקט דווקא ר"ה כדריי ונתרד"ה כופין דלריי בחינוקות ישדאל כפ"ה מתא אחריתי אין מעכבין ולפי"ז צ"ע א"ח הרשב"א שם ס"ל דמלמד תינתוק ישראל ככל שהרי אפי' ר"ה מודה לזה שהוא תקנה שדאל ונתרד"ה כופין דלריי בחינוקות ישדאל כפ"ה מתא אחריתי אין מעכבין לכן המבוי אך לבר מתא דמודה דאין מעכבין לכן המבוי אך לבר מתא ב"ן מלמד תינתוקת ישראל לשאר אומנות ומעמה י"ל דגבי רכילין נקט ר"ה כדריי כיון דהלכתא כותי' [משא"כ לריי דא"א לוי כן דא"כ לינקוט ר"ה כדריי גם גבי תינתוקת].

כ"ב א'. תודיה מעלמא כ"ו.

**לא משמע דחמוסי' באו רק לפרש בגמ' דכיומא דשוקא מותר למכור רק להני דאתו מעלמא ולא לכני המקום דא"כ הר"ק למינקט ג"כ במכירה כהנמי' ולא דווקא בהלאה לנכרים, וכן הול"ל ישר דמשמע דלכני המקום אסור אפי' בשוק ומלשונם משמע דאף את התיזת להני דאתו מעלמא למדו ממשמעות הגמ'.
הוא גם בחורה דהפקר. והקי' עלוי ר"ת מפאה וממציאה. וצל"ע קצח קישות ר"ת דהרי כפאה מיירי שכולם מהפקים כה'. ועיי' ברמב"ם דזה שנופל או זרק על השאר אפי' מה שנטל לוקחין מידו ונתנון לאיש אחר, ועיי' במפר' המשנה פי"ד מי"ג דהנופל אפשר דהוא מקרי רשע כיוון שמפסיד וכותו האחרים, דאף הם מחזירים ככל השרה כמותו, והכתם שווה כפאה זו לשלל. ועיי' המהפך פשוט דהוא דווקא כפאה'ג שמצא קודם בעצמו, ורק אח"כ בא אחר וזכה.**

ב' וקילוישין שם פרישי' דדין עני המהפך

הוא גם בחורה דהפקר. והקי' עלוי ר"ת מפאה וממציאה. וצל"ע קצח קישות ר"ת דהרי כפאה מיירי שכולם מהפקים כה'. ועיי' ברמב"ם דזה שנופל או זרק על השאר אפי' מה שנטל לוקחין מידו ונתנון לאיש אחר, ועיי' במפר' המשנה פי"ד מי"ג דהנופל אפשר דהוא מקרי רשע כיוון שמפסיד וכותו האחרים, דאף הם מחזירים ככל השרה כמותו, והכתם שווה כפאה זו לשלל. ועיי' המהפך פשוט דהוא דווקא כפאה'ג שמצא קודם בעצמו, ורק אח"כ בא אחר וזכה.

נלעני' דעת הרמב"ם דאין כר מתא אחריתי

אם שיין ככרנא דהכא עדיף, דאם נאמר דאינו עדיף מבר מכאנה אחר א"כ כל א' יעכב עלוי מכו' דלוי' ולא יהא לו שום מקום לעשות אומונתו. משא"כ כן מכו' אחר שיכול לעכב ולומר לו עשה כמכונא' ומודע הכוה' למכונא'. ודעה הרמב"ם גום ככרייתא דדף כ"א א' אחר מכו' מכו'. ועיי' תודיה' אחר מה שהקי' על זה. וראיתי ככהגארא ס"י קנייז ס"ק ג' מ"ש לחוק כזה. ועיי' מודע הוצרד לחוק כן, שהרי מכווא' ברמב"ם ח"י אחר לזה, שבהל"ל י"ב מכווא' דמפר' מתי' משום קול [ומחלק בין קול הפטיש לקול הנכנסים דלזה מהני חזקה וזה לא. והוא דרך שלישית לחלק מלמד מה שהכאנו לעיל דרך התוס' ודרך תנ"י. וכמדוי' שפפ"ח רס"י קנייז בשם תח"ס הכיני עור דרך רכישת לחלק יע"ש]. ומדוהזכיר שם חצר משמע דמכווי' אינו יכול לטעון משום קול. וכדריי' פי' דמכווי' מעכבין משום ריכו' דרך והוא טעם אחר, ואינו עניין כלל למתני'.

שוי"ד דכפיי' משנכנס הי"ה כ' הרמב"ם דגם

כמכו' מעכבין משום קול. ולפי"ז ציל' דכאן כפ"י כהרי"א הוא ג"כ משום קול. וכדל' י"ב דנקט חצר הי"ה למכו'. וההו כפי' הגרי"א אלא דצ"ב מודע כהרי"א שחם מה הגריעותא כונסין ויזעאן ופירשה רק כהרי"ב [ואולי י"ל דמכווי' מהני חזקה אף בנכנסין יצ"ע].

ג' עורד ראויה שם ככהגרי"א ס"ק ט"ז דפי

ברמב"ם כהרי"ת כהפ"י שדחזינו לעיל. והתכרח שפ"י לזה לדברינו אחי שפיר. ומיי"ש דאף לרעת הרמב"ם כר מתא מעכב על כר מתא אחרינא את כל העיר צל"ע שהרי בהל' ח' כ' הרמב"ם אבל גר כ"י שבא לעשות חנות כצד חנותו של זה כר' יש להך למונעו'. ומדכ' יש להך דקאי על בני מכו' משמע להריא דרק הם מעכבין ולא כל בני העיר. וכן משמע ממי"ש בצד חנותו של זה, דמשמע באותו מכו' ולא ככל העיר, וצ"ע.

ה' כ' הרמב"ם דגמ' נלעני' דעת הרמב"ם

כר' דאמר ר"ה כדריי' פשיטא לי' כר מתא אפר מתא אחריתי מצי מעכב, דמצי מעכב רק כמכו' דלוי' ולא מעכב עלוי' את כל העיר. והא דאמר כהלכה ט' אין בני המדינה יכולין לעכב' הכוונה כל א' מכו' המדינה המדינה מוכרים כל א' לכל בני המדינה, וכן כהל' י' מיירי כדריי'ג, ולכן מעכבין עליהם כל העיר. אך באופן שקובע אומונתו במקום א' ורק בני מכווא' באים אליו, ובני מכו' אחר באים לקרוב אליהם, ככהג' מעכב עלוי' רק את המכו' ולא כל העיר.

והא דאמר דאי שיין ככרנא דהכא לא מצי

מעכב, וקשה וכי עדיף מכן מכו' אחר מאותה עיר דאף הוא שיין ככרנא דהכא [וזה שהתכרח לרשיי' לפרש דבר מתא מעכב עלוי' כל העיר, וכשיין ככרנא אינו מעכב העיר אבל מעכב המכו' דלא עדיף מכן מכו' אחר].

ולא מחייבי בריתא דגרמי דה א גרע מגרמי
"שקורויהו מחמת עצמן הוא, למה זה דומה
למניח גחלת על כנוד של הכיור שהוא מכייר
והולך חייב אף כאן הם מחלחלין את הכותל
ומלקין אותו עד שנופל חייבי" ואח"כ דן לגבי
הנך ומשום הפלא דאפשר דר"מ דמחייב
כרד"ג מחייב בהו וכי לכסוף "ומסתברא
דרבנן נמי מודו בה דחייב שהסלעין הם עצמם
חמים אלא שאין המלכות נכרית עד שגשתהו
וכל אחת ואחת כגחלת היא אלא שאינה מזקת
עד זמן מדובה הלכך לכ"ע חייב לשלם.
והלשון עצמו מוכיח שהרי קראוהו גירי",
עכ"ל ר"ק. והביא דעת הראב"ד שם דככל הנך
פטור משום דהו גרמא. אמנם גם לדבריו צ"ע
דגרמא אסור מדין מדיק מדאורייתא וכיצד
מותר כסומן מקודם וכד"ב.

וע"י שו"ת הרא"ש ק"ח אות י' שהביא מפעל
העיסור דכ"י "ומסתברא דכולהו הנך
דחייבין בפקדון משום ממונן הוא שמזיק ממונן
חכירו ולא דמו לאילן דרששו פנים חדשות
כאן לכאן" ע"כ. וכ"כ שם לקמ"י בשם בעל
העיסור דהטעם ודלא קתני חיוב השלומין ככל
הנך דפקדון משום שקשה לאמור הדיקן וכי
צ"א ידע ומכבד מלאת לכ"ע חייב דלמנונא
יד"י אוק"י. ומפל זה מבואר דנזקין דפקדון
הם ככלל ד"א נזיקין וחולדותם וא"כ צ"ע
כיצד יתכן בהם הנך קולות כנ"ל.

(ב) וע"י נהד"מ קנ"ה ס"ק י"ח שהק' דכל
מזיקין דפקדון הוי ככלל ד' אבות
ונזיקין נכמו שהוכחנו מהראשונים הנ"ל.
וקושינו צ"ע דהוקשה לו דאם הם מד"א
נזיקין מודע פטור, ובאמת דעת הראשונים
דחייב ודק הראב"ד פטור דהוי גרמא, וגרמא
פטור בכל ד"א נזיקין. ותוס' כ"ז א' גבי רקתא
שכתבו דרבנן ר"י לא פלגי לגבי תשלומין,
יתכן דהטעם דלרבנן דאסרי פטור מתשלומין
כיוון דהוי גרמא. וכ"כ הרמב"ן בד"ג דמה
שאינו גירי כודאי הוי רק גרמא, אך אבתי
יתכן דלחומס' מה שהווא גירי חייב לכ"ע

ה"ה דאין להם זכות על מה שמודמן מחמת
השוק ואע"ג דאינו מעצם השוק. אמנם
למלווים דאוהו עיר דווקא ההדומנות לפגוש
כני עלמא לחלות להם באה מחמת השוק,
ולכן על זה אינם יכולים לעצם אחרים כשעתה
פסקת לחיותי, אך לפגוש לורין בני עירם זהו
יש להם גם כלא השוק, ועל זה יכולין לטעון
פסקת לחיותי אפי' במקום השוק, כיוון שאינו
חלק מהשוק. משא"כ בקנינים בני עירם מביין
שהשוק גורם להם לבוא לקנות מה שלא היו
קונים כלא השוק, אין על קניניהם למכור אותו
מקום טענת פסקת לחיותי. אח"כ ראיתי דזה
מתאים לדברי הסמ"ע קנ"ז ס"ק כ', אך כמדו'
דחילק כפר"ש באופן אחר, וצ"ע.

כ"ב א. תוד"ה וקמא כ"ו.

ע"י ברע"א שהק' קושינו עצומה בתוס', וע"י
חזו"א י' סס"ק ד' מ"ש להר"ן. ומשמע
מתי' החתום דס"ל דדושא הוי מטעם נזק
שכנים. וע"י רשב"א שתמה ע"י דאין כאן נזק
וכמה נשתעבד קרקעו לדדושא לצורך חכירו.
ע"ש באורן. וכדעת החתום נ"ו דהחמירו בנזקי
שכנים להחשיב כנזק אף ככד"ג וכמבואר
בשו"ת רא"ש ק"ח אות י' דהחמירו בנזקי
שכנים. ע"י משני' בה לעיל כ' ב' ולעיל י"ז
ב' בסוף דברינו על תוד"ה אב"י, וכדעת
הרמב"ן ביטור דין דדושא ע"י מ"ש לקמן כ"כ
ב' כמ"ש לגבי גירי דל"י בסוף ביאורנו כשי'
החתום בה ע"ש.

כ"ב ב. בענין גירי ד"א.

(א) הנה מצעו כפרקין קולות בנזקי שכנים
דכמוק דד' אבות נזיקין לא יתכן
להקל כן. דלאב"י מהני סמיכתו. ולר"ה ור"ח
למסקנא אף לרבא כן. ולכ"ע לרבא באניה
עשרי' לכרות, וכן כמה שאינו גירי דל"י.
לר"י מותר לכחילה אף בקודם נזק.
וע"י ברמב"ן בסוף דינא דגרמי שבי' דהנך
דמתנותא חייב המזיק אף לרבנן דר"מ

בני העיר אפי' כמב"ר שהקנינה מעלמא.

ודלולא אינה חלק מהשוק כלל, ולא נקבעו
לשוק לשם כך, ולכן ה"י נראה
לאסור לבני עלמא להלותי אפי' לבני עלמא
אחרים, דהו"ל כאהדורי כיון דאין זה שייד
לשוק. ולהו באו לחדש בתוס' דמאחר
שהאפשרות לפגוש כלווים אלה נגרמה מחמת
השוק, מאחר דעל השוק אין לבני העיר זכות,

פנא פתרא נא : ביאר חשובה ברמב"ן בתחלת דבריו לקמן על החוסין. וש"י בברכ"ש סי' י"ד ס"ק ג' מה שהביא מהגרי"ח וזה מתאים היטב לדבריו בסד"ש ולתכונים גם באילן היו כגרי"ח ונחשב אדם המזיק רק דמזיק ע"י גרמא. ומה שנחשב גרי"ח הנונה דנחשב כעושה לילך לשל חברו ולכן היו אדם המזיק ואסור. ורק פטור משום גרמא. ול"י יוסי כפי"ג נחשב כעושה חברו וכו' ומותר והכרס הנ"ל נכתבו אחרי שראינו דברי הכרמ"ש רק כפי"ג. ואחרי שכתבו ואינו שארית דבריו שם עד סי' כ"ב. וכפמה דברים זכינו לחיות לדבריו. אך לא השמטנום דמנונו קצת קשה להבין לצעירים. יעו"ש ברבריו הקדושים שביאר סוגיין היטב היטב. ובסוף פרקין צופנו קצת ביאורים בשולי דבריו. ועי' בעיקר בדברינו על סי' י"ח שזכרנו שם לכהירות ביטור סוגיין, והי' מן הראוי לצרפו לדברינו כאן, אך הוקשה עלינו לכתוב מחדש ויילקח משם.

שי' תוס'. (יא) כמש"ת לעיל דעת החוס' כסוגיא דקמא דף כ"ז א' דאם ריקתא הוי כאש יתחייב לשלם אף ל"י יוסי ואי"ג דלא הוי גזיר' דילי'. שהרי קושייתם היא לדמותו לאבנו ספינו ומשאו שאינם גזירי [וכמש"כ בחזו"א רס"י י']. ואם כל נזיק שכתוב היבא שהוא גזיר' הוי מתיק מדין ד"א נזיקין הנדון צריך להיות רק אי ריקתא הוי גזיר' או ריקתא הוי גזיר' דלא הוי גזיר' דילי'. והוא א"כ היבא ומתחדש מעשה הדיוק ככל יום ויבנו בחנונת של נחתמין וההוא דאפיי יונאת, וההיק הוה גזיר' דילי', לא יתכן כלל להחרי כסמך בהיתר להיק חברי'. ובה"ה צ"ל דהרמב"ן יסבור כזה כשי' הרא"ש וכמש"ת לעיל כסוגיא וחרול דכתב אחרי שבא הניק חייב המזיק להחריק, ע"ש. והא דכ' הרא"ש להחרי זאת משעם דדירה שאני, בהכרח צ"ל דטעם זה מהני להחרי אף כמזיק דאורייתא ובהא אנו זקיקין לסברת התורה הנ"ל אלא שלרמב"ן ורא"ש אימת לסברא זו רק כשמכטל דיווי לגמרי מאותה דירה ולא כשמזקיקין רק לחריק ג"ש נפתו מכתל חברי וע"ע תוספת

לכפי"ג הוי פסקין ל"י גזיר', וכמובאר להדיא בפ' כיצד הרגל דכפי"ג פטור על אדם המזיק באישו משום חצי דפסקין ל"י לגזיר', וכאן אחי הרמב"ן לחייבו משום אדם המזיק ובודאי פטור. אלא צ"ל דמאחר דעתה שלח מכתור חייץ היק לחצר חברי', נהי דאין שם נזיק, יכול חברי לעכבו, דכח ההיק ששולח עכשיו הוי גזיר', והזכות לעכבו מלסמוך זהו משום שמתח זכותו ליתן שם הניק עכשיו יש לו תביעה להחריק הסומך כאילו יש לו עכשיו ניקן בחצריו. ונהי דחייץ ההיק כעת אינם פועלים כלום. מ"מ רואים כאילו יש שם נזיק, שכעת הם מבטלים אפשרותו להניח שם נזיק, ולכן יכול לעכבו מלסמוך. ויש להעתיק לכאן סברא זו ביחוד בהירות אך יהא אף שיהא זהו הרי מכוואר כפי"ג א' דכפי"ג הוי פסקין ל"י לגזיר'.

ובנת"מ קני"ה י"ח ה"ק כיצד מהני חזקה למזיק דאורייתא. וצ"ע דגם לדברי הנתיב"מ שדין נזיק שבכנס הוא דין הרחקה מיוחד אחרי דנפיק מאסור ד' אבות נזיקין ג"כ צ"ב כיצד שייך בזה קניין וחזקה. ועי' מ"ש בזה בסד"ש על חוס' כ"ג א' ד"ה והא ולמש"ש הוה מתורין. הוי אדם המזיק, א"כ היבא ומתחדש מעשה הדיוק ככל יום ויבנו בחנונת של נחתמין וההוא דאפיי יונאת, וההיק הוה גזיר' דילי', לא יתכן כלל להחרי כסמך בהיתר להיק חברי'. ובה"ה צ"ל דהרמב"ן יסבור כזה כשי' הרא"ש וכמש"ת לעיל כסוגיא וחרול דכתב אחרי שבא הניק חייב המזיק להחריק, ע"ש. והא דכ' הרא"ש להחרי זאת משעם דדירה שאני, בהכרח צ"ל דטעם זה מהני להחרי אף כמזיק דאורייתא ובהא אנו זקיקין לסברת התורה הנ"ל אלא שלרמב"ן ורא"ש אימת לסברא זו רק כשמכטל דיווי לגמרי מאותה דירה ולא כשמזקיקין רק לחריק ג"ש נפתו מכתל חברי וע"ע תוספת

גרמא שעושה בתוך רשות חברי הוי גרמא דגזירי שהוי מאחר שוכנס לשל חברי מייד הוי גזיר', דכל עניין גזיר' פירושו שנכנס לשל חברי'. וכעושה בתוך של יו גרמא דגזיר' דהיינו סולם ונמ"י, דאע"ג דהוא גרמא בעלמא ופטור לכ"ע, מ"מ אסור דנחשב כעושה לחור של חברי'. וגרמא שאינו גזיר' וכשרשין מותר. ובהו כל מיני הגרמא האסורין ופטורין נכללים בלשון גרמא דגזיר'.

ט) ולדעת הרמב"ד שהביא הרמב"ן בסוף דבריו כל גזיר' דפיקון הוי גרמא דגזיר' ופטור. ולדעת הרמב"ן רובן הוי אדם המזיק גמור. ומאחר דהוי אדם המזיק מדאורייתא, לא יתכן להחרי ע"י דסמך בהיתר. וצ"ל דהיבא שלא קודם הניק, וזה בא ופטור גמור, לא הוי גזיר' דילי' להחשיבו אדם המזיק. שהרי כשמתנה וליכא נזיק ודאי נחשב כעושה רק בתוך של כיון שמה שעושה בשל חברי' אינו מתיק ואינו פועל כלום נחשב כליאת. ומה שאח"כ בא הניק ולוקח זה כבר אינו מכה מעשהו, ונשאר ההיתר על מעשהו שעושה בתוך של ואלא אכתי שייך בזה דין ממונו המזיק, ונ"ל דילי' בזה מ"ש הרמב"ן גבי שרשין דא"א לשמך, וכ"ש כאן שההכל והקיריות של שהולכין לשל חברי' אינם בני שמויה ומדין מזיק דאורייתא צ"ל דלא חייב לכטל הגפת מדין שמויה על איי ההבל וכמו כשרשין וצ"ע וכבר כ' הרמב"ן גבי שרשין שהסברות בזה דקות מאד וכולן גמורא. וכאן מוכח מהגמ' דליכא בזה ממונו המזיק אע"פ שההכל נכנס בשל חברי' דאלי"כ לא יתכן להתירו ע"י סמך בהיתר.

ומ"ש הרמב"ן בחידושו בסוף סוגיא דחרול דלש"י רש"י דסמך בהיתר לא מהני אסור לסמך נפת אף ל"י יוסי [ודלא כחוס' ונ"י דמתורין כיון שכשיכבד הניק לא יהא גזיר' דילי' וא"כ איך כאן מזיק כלל ומותר אף לסמך גם לש"י רש"ן] ודאי אין כוונתו דכשיכבד הניק יהא היק דגזיר', דהרי פשוט

הרמב"ם פ"י משכנסים ה"ה [וכפ"ט זה נראה דפליגי החוס' ושו"ת הרא"ש דס"ל דאחרי דגם כשההיק הוה גזיר' ס"ס אכתי אינו עיקר מעשהו אלא רק נספל אליה, ועיקר מעשהו אינו לילך בתוך ש"ח, אך מה שהוא גזיר' גורם לאפוקי כל מעשהו מהיתר הגרי"ח אלא אכתי נשאר מותר מדין אדם המזיק, וההיק הצדדי מה שהוא ע"י גזיר' גורם רק שחייב הרחקה מדין מיוחד של נזיק שבכנס, ולשו"ת הרא"ש מתחייב גם השולמין מדין זה. וכמו שכתבאר כ"ז לקמן].

ז) ובתוך דבריו דן הרמב"ן בשרשי אילן. ונהי דמצד אדם המזיק פטור וכמשנ"ת, מ"מ כשצומחין השרשין ויצאין לתוך רשות חברי', הרי גופם יוצא לתוך של חברי', וכפי"ג לא שייך כלל היתר הגרי"ח בעושה בתוך שלו שהרי כאן שורר נכנס ממש לתוך רשות חברי' ומזיק בה. ויתחייב לקוק מדין שמירת שורר המזיק. ולהו הוצרך ליתן טעמים מדוע אין בזה משום שורר המזיק [ואגב גם מכאן מכוואר דלא כהנה"מ. דלהנתיב"מ אף שהוא שורר המזיק פטור מלקוק האילן מש"ה, דהרי ביטורל רשותו].

ח) וכזה יבואר לשון הרמב"ן בתחילת דבריו שהתבאר דכ' דיש כדני גרמי חייב, פטור ואסור, ומותר, וכחלק הפטור ואסור הזכיר גרמא דגזיר'. וצ"ב שהרי אינו עוסק כאן בנזיק שבכנס אלא בכל דיני גרמא שבכ"ס. ולעיל ביאר החלוקה בין גרמי דברי היקא וחייב לדי"מ, לבין גרמא דחלו' בדבר אחר ולא ברי היקא ופטור אפי' לדי"מ, והה"ל להזכיר כאן בדין פטור אבל אסור עניין הגרמא דנוגע לכל השי"ס, ולא לשון גרמא דגזיר' דנוגע לה"ל שבכנס. ונלע"ד דנהו גרמא לחוד פטור אבל אסור רק כשנכנס לרשות חברי ועושה שם הגרמא, אך גרמא שעושה בתוך שליו וכנוטע אילן מותר. ולכן לא ה"י יכול לנקוט בסתם דגרמא אסור. ונקט גרמא דגזיר' והכונה גרמא שהולך לתוך של חברי. וכל

הגרי"ת ואיסורו רק מדין דרכי נועם נשחית להרחיק וכוה שקלי חכמים זכות בעל המזל כנגד זכות הנזק והכריעו כפי הסבר המבוארות שם ע"ש. וזה לשיטתם כל דלעולם לא הרי מדיק מהי"ת ונכנסקנת רבתי לשי' הקצה"ת כפי משנית שם יתכן לפרך דחידש דהוי מדיק גמור וכהרמב"ן אך רחמ' לפשי דכל יסוד דין נזקי שנים נשתנה אח' תי' רבינאן. וע"ש דגם כרמב"ן ביארנו עפ' מהלך זה. אמנם נר' דדחו רק כמה שביא' הרמב"ן לשי' התוס'. אך מה שביאר ש' כהר"י מגאש וכן חפס עיקר אחי שפיר ש' שישתו כרד"ג דכגירי דילי' הוי מדיק מהי"ת ע"י

וברעת בעל העיטור שהביא בשו"ת הרא"י
דחייב כמדיק שפנים מדין ד"א נזיקין זהו כהרמב"ן. אך משמע מלשונו דחייב מדי' נזקי ממנו ולא מדין אדם המדיק רצ"ב. נזקי

ולעיל גבי דוושא, כתבנו דהרשב"א
תמה מדיק אסור והרי אינו מדיק כלל, וכמה נשתכר קרקעו לדוושא דחברת' ותי' דמיירי בקנה מן המלך קנה גם הזכר' דדוושא. וכתוס' משמע דהוא מדין נזקי שנים. ושם במקומו כתבנו דהתוס' לשיטת' וכמו שביאר בשו"ת הרא"ש דיש דין מדיק להרחיק בשכנים מדין דרכי נועם והתמיה' בדין זה טובא, וסבירא להו דהחמירו ג' לאסור מניעת דוושא אע"ג דאינו מדיק כלין שאין זה דרכי נועם שימוע דוושא מחברת' והרשב"א יתכן לפי"ד דס"ל כהרמב"ן א

פשי כלל, ואע"פ דכפי' הכונס מבואר לכהרחיק כשישור פטור מדין מ"מ כדין נזקי שכנים החמירו טפי וחיובוהו אפי' שהרחיק כשישור [וע"י משנית בזה לעיל כ' ב' ע'ל מתני' דלא יעמיד כו' כסד"ש].
וג' ולרמב"ן לא יתכן כלל לוי' כן. דין דלשיטתו אין כלל דין מיוחד ונזקי שכנים, אלא כל החלוקה בין נזקי רמס' כ"ק לנזקי שכנים דכמדיק שפנים יש אופנים של חומר היכא שעושה בחור שלו, והיכא דאינו נכלל באופני החומר חוץ לדין ר"א נזיקין. והדחתו אינו דין מיוחד, אלא כך נאמר דין ר"א נזיקין דהיכא שעושה בחור של ולא שמעשהו חולך להכנס בשל חבירו או לא מקרי מדיק. וא"כ מעולם לא נאמר דין מיוחד של נזקי שכנים מטעם דרכי נועם. ואם מדין ר"א נזיקין מבואר ככ"ק ס"א ב' דכהרחיק כשישור פטור מדין אפי' בהכרח גם כגפח וכה"ג אם הרחיק כשישור פטור [ויבאר הסוגיא דמתור כהר"ף וע"י מ"ש לעיל]. וממשי"כ

הרא"ש דכהרחיק כשישור חייב מוכח דס"ל דיש דין נזקי שכנים מדין דרכי נועם מלבד דין מדיק דר"א נזיקין, ומדין המיוחד של נזקי שכנים חייב לשלם אפי' בהרחיק. וע"י לעיל כסוגיא דחורל דהבאנו דשי' שו"ת הרא"ש שהובא כטור קנ"ד ס"ק כ"ב דס"ל כהתוס' דאפי' בגירי' המתחשים בכל יום אם קדם בהיתר מותר להרחיק אפי' כשיבוא הניזק. וזהו כשישור כשו"ת שלו כאן דכגירי' דילי' ג"כ אינו נכלל בדין אדם המדיק אלא אסור רק מטעם דרכי נועם ולאסור זה מהני שקדם בהיתר. ובפסקיו דאינו כשישור כשו"ת שהביא חטור קנ"ד סק"ב אלא דס"ל דכגירי' המתחשים כשבא המדיק צריך להרחיק ס"ל כהרמב"ן דהיכא דהוי גירי' דילי' הוי אדם המדיק דלוח לא מהני קדם בהיתר ונזק מטעם דדידה שאני וכמשנית לעיל].

**וע"י לעיל בסוגיא דחורל שפירשנו ש' התוס' דאינו מדיק מטעם החיתר ש' פשי כלל, ואע"פ דכפי' הכונס מבואר לכהרחיק כשישור פטור מדין מ"מ כדין נזקי שכנים החמירו טפי וחיובוהו אפי' שהרחיק כשישור [וע"י משנית בזה לעיל כ' ב' ע'ל מתני' דלא יעמיד כו' כסד"ש].
וג' ולרמב"ן לא יתכן כלל לוי' כן. דין דלשיטתו אין כלל דין מיוחד ונזקי שכנים, אלא כל החלוקה בין נזקי רמס' כ"ק לנזקי שכנים דכמדיק שפנים יש אופנים של חומר היכא שעושה בחור שלו, והיכא דאינו נכלל באופני החומר חוץ לדין ר"א נזיקין. והדחתו אינו דין מיוחד, אלא כך נאמר דין ר"א נזיקין דהיכא שעושה בחור של ולא שמעשהו חולך להכנס בשל חבירו או לא מקרי מדיק. וא"כ מעולם לא נאמר דין מיוחד של נזקי שכנים מטעם דרכי נועם. ואם מדין ר"א נזיקין מבואר ככ"ק ס"א ב' דכהרחיק כשישור פטור מדין אפי' בהכרח גם כגפח וכה"ג אם הרחיק כשישור פטור [ויבאר הסוגיא דמתור כהר"ף וע"י מ"ש לעיל]. וממשי"כ**

הרא"ש דכהרחיק כשישור חייב מוכח דס"ל דיש דין נזקי שכנים מדין דרכי נועם מלבד דין מדיק דר"א נזיקין, ומדין המיוחד של נזקי שכנים חייב לשלם אפי' בהרחיק. וע"י לעיל כסוגיא דחורל דהבאנו דשי' שו"ת הרא"ש שהובא כטור קנ"ד ס"ק כ"ב דס"ל כהתוס' דאפי' בגירי' המתחשים בכל יום אם קדם בהיתר מותר להרחיק אפי' כשיבוא הניזק. וזהו כשישור כשו"ת שלו כאן דכגירי' דילי' ג"כ אינו נכלל בדין אדם המדיק אלא אסור רק מטעם דרכי נועם ולאסור זה מהני שקדם בהיתר. ובפסקיו דאינו כשישור כשו"ת שהביא חטור קנ"ד סק"ב אלא דס"ל דכגירי' המתחשים כשבא המדיק צריך להרחיק ס"ל כהרמב"ן דהיכא דהוי גירי' דילי' הוי אדם המדיק דלוח לא מהני קדם בהיתר ונזק מטעם דדידה שאני וכמשנית לעיל].

**וע"י לעיל בסוגיא דחורל שפירשנו ש' התוס' דאינו מדיק מטעם החיתר ש' פשי כלל, ואע"פ דכפי' הכונס מבואר לכהרחיק כשישור פטור מדין מ"מ כדין נזקי שכנים החמירו טפי וחיובוהו אפי' שהרחיק כשישור [וע"י משנית בזה לעיל כ' ב' ע'ל מתני' דלא יעמיד כו' כסד"ש].
וג' ולרמב"ן לא יתכן כלל לוי' כן. דין דלשיטתו אין כלל דין מיוחד ונזקי שכנים, אלא כל החלוקה בין נזקי רמס' כ"ק לנזקי שכנים דכמדיק שפנים יש אופנים של חומר היכא שעושה בחור שלו, והיכא דאינו נכלל באופני החומר חוץ לדין ר"א נזיקין. והדחתו אינו דין מיוחד, אלא כך נאמר דין ר"א נזיקין דהיכא שעושה בחור של ולא שמעשהו חולך להכנס בשל חבירו או לא מקרי מדיק. וא"כ מעולם לא נאמר דין מיוחד של נזקי שכנים מטעם דרכי נועם. ואם מדין ר"א נזיקין מבואר ככ"ק ס"א ב' דכהרחיק כשישור פטור מדין אפי' בהכרח גם כגפח וכה"ג אם הרחיק כשישור פטור [ויבאר הסוגיא דמתור כהר"ף וע"י מ"ש לעיל]. וממשי"כ**

שהשולבת דהיא הגפת נשאת בחור שלו. ורק נצמח ממנה הכל המחמס את של חבירו. וזה מתאים גם לדברי הרמב"ן דודאי אפי' שום היתר שאסרה תורה, וכגון אסור'ם, אין שום היתר וא"ע בזה לסברת גירי' דילי'. דרק כגפח וכה"ג דעיקר מעשהו נשאר בחור שלו ולכא"ו שייך בזה היתר הגרי"ת, מה שהחזיק הוצמח מזה מדיק באופן של גירי' דילי', זה מועיל להחשיב כאילו כל המעשה נעשה לילך לחור של חבירו אע"פ שבאמת אינו כן. אבל היכא שהשולבת חולכת לחור של חבירו וכמו אסור'ם שנופלים מהנג על חבירו גם בלי סברת גירי' דילי' חשיב כמכעיר אפי' שהחלכת חולקת בחור של חבירו, דזה גוף דין אפי' שאסרה תורה [ודו"ק היטב דזה יסוד הבנת מהלך הרמב"ן כענין גירי' דילי'. דר"א נזיקין חשיב כעושה בחור של חבירו מכת חידוש החורה שאמרה דהני מדיקין וא"ע לסברת גירי'. ורק היכא שנושתתה צורתן מהדין התגל דר"א נזיקין, ועיקרן הוא מעשה בחור שלו ורק נצמח מזה היק ערדי שניזוק חבירו, בזה יש צורך לסברת גירי' דילי' להחשיבו לאדם המדיק מדאורייתא. וכל שאינו גרמא וגרמי תמיד יחא גירי' אע"ג דעיקר צורת המעשה היא לעשות בחור שלו וכמבואר מהרמב"ן דנוטע הי' אדם המדיק אם לא הי' צריך בו לסברת גירי' כיוון שעיקר צורת המעשה היא לעשות בחור שלו. ולמ"ד שאינו גירי' בהכרח ס"ל דהוא גרמא, ואם לא הי' גרמא הי' גירי' ע"י ברמב"ן שבי"כ להדיא. וע"י חוספת בהירות בזה כמ"ש בעיה"ת לקמן על חוס' כסוגיא דרקמא].

וכבר נראה
שהוא מדיק מטעם החיתר ש' פשי כלל, ואע"פ דכפי' הכונס מבואר לכהרחיק כשישור פטור מדין מ"מ כדין נזקי שכנים החמירו טפי וחיובוהו אפי' שהרחיק כשישור [וע"י משנית בזה לעיל כ' ב' ע'ל מתני' דלא יעמיד כו' כסד"ש].
וג' ולרמב"ן לא יתכן כלל לוי' כן. דין דלשיטתו אין כלל דין מיוחד ונזקי שכנים, אלא כל החלוקה בין נזקי רמס' כ"ק לנזקי שכנים דכמדיק שפנים יש אופנים של חומר היכא שעושה בחור שלו, והיכא דאינו נכלל באופני החומר חוץ לדין ר"א נזיקין. והדחתו אינו דין מיוחד, אלא כך נאמר דין ר"א נזיקין דהיכא שעושה בחור של ולא שמעשהו חולך להכנס בשל חבירו או לא מקרי מדיק. וא"כ מעולם לא נאמר דין מיוחד של נזקי שכנים מטעם דרכי נועם. ואם מדין ר"א נזיקין מבואר ככ"ק ס"א ב' דכהרחיק כשישור פטור מדין אפי' בהכרח גם כגפח וכה"ג אם הרחיק כשישור פטור [ויבאר הסוגיא דמתור כהר"ף וע"י מ"ש לעיל]. וממשי"כ

הרא"ש דכהרחיק כשישור חייב מוכח דס"ל דיש דין נזקי שכנים מדין דרכי נועם מלבד דין מדיק דר"א נזיקין, ומדין המיוחד של נזקי שכנים חייב לשלם אפי' בהרחיק. וע"י לעיל כסוגיא דחורל דהבאנו דשי' שו"ת הרא"ש שהובא כטור קנ"ד ס"ק כ"ב דס"ל כהתוס' דאפי' בגירי' המתחשים בכל יום אם קדם בהיתר מותר להרחיק אפי' כשיבוא הניזק. וזהו כשישור כשו"ת שלו כאן דכגירי' דילי' ג"כ אינו נכלל בדין אדם המדיק אלא אסור רק מטעם דרכי נועם ולאסור זה מהני שקדם בהיתר. ובפסקיו דאינו כשישור כשו"ת שהביא חטור קנ"ד סק"ב אלא דס"ל דכגירי' המתחשים כשבא המדיק צריך להרחיק ס"ל כהרמב"ן דהיכא דהוי גירי' דילי' הוי אדם המדיק דלוח לא מהני קדם בהיתר ונזק מטעם דדידה שאני וכמשנית לעיל].

**וע"י לעיל בסוגיא דחורל שפירשנו ש' התוס' דאינו מדיק מטעם החיתר ש' פשי כלל, ואע"פ דכפי' הכונס מבואר לכהרחיק כשישור פטור מדין מ"מ כדין נזקי שכנים החמירו טפי וחיובוהו אפי' שהרחיק כשישור [וע"י משנית בזה לעיל כ' ב' ע'ל מתני' דלא יעמיד כו' כסד"ש].
וג' ולרמב"ן לא יתכן כלל לוי' כן. דין דלשיטתו אין כלל דין מיוחד ונזקי שכנים, אלא כל החלוקה בין נזקי רמס' כ"ק לנזקי שכנים דכמדיק שפנים יש אופנים של חומר היכא שעושה בחור שלו, והיכא דאינו נכלל באופני החומר חוץ לדין ר"א נזיקין. והדחתו אינו דין מיוחד, אלא כך נאמר דין ר"א נזיקין דהיכא שעושה בחור של ולא שמעשהו חולך להכנס בשל חבירו או לא מקרי מדיק. וא"כ מעולם לא נאמר דין מיוחד של נזקי שכנים מטעם דרכי נועם. ואם מדין ר"א נזיקין מבואר ככ"ק ס"א ב' דכהרחיק כשישור פטור מדין אפי' בהכרח גם כגפח וכה"ג אם הרחיק כשישור פטור [ויבאר הסוגיא דמתור כהר"ף וע"י מ"ש לעיל]. וממשי"כ**

הרא"ש דכהרחיק כשישור חייב מוכח דס"ל דיש דין נזקי שכנים מדין דרכי נועם מלבד דין מדיק דר"א נזיקין, ומדין המיוחד של נזקי שכנים חייב לשלם אפי' בהרחיק. וע"י לעיל כסוגיא דחורל דהבאנו דשי' שו"ת הרא"ש שהובא כטור קנ"ד ס"ק כ"ב דס"ל כהתוס' דאפי' בגירי' המתחשים בכל יום אם קדם בהיתר מותר להרחיק אפי' כשיבוא הניזק. וזהו כשישור כשו"ת שלו כאן דכגירי' דילי' ג"כ אינו נכלל בדין אדם המדיק אלא אסור רק מטעם דרכי נועם ולאסור זה מהני שקדם בהיתר. ובפסקיו דאינו כשישור כשו"ת שהביא חטור קנ"ד סק"ב אלא דס"ל דכגירי' המתחשים כשבא המדיק צריך להרחיק ס"ל כהרמב"ן דהיכא דהוי גירי' דילי' הוי אדם המדיק דלוח לא מהני קדם בהיתר ונזק מטעם דדידה שאני וכמשנית לעיל].

**וע"י לעיל בסוגיא דחורל שפירשנו ש' התוס' דאינו מדיק מטעם החיתר ש' פשי כלל, ואע"פ דכפי' הכונס מבואר לכהרחיק כשישור פטור מדין מ"מ כדין נזקי שכנים החמירו טפי וחיובוהו אפי' שהרחיק כשישור [וע"י משנית בזה לעיל כ' ב' ע'ל מתני' דלא יעמיד כו' כסד"ש].
וג' ולרמב"ן לא יתכן כלל לוי' כן. דין דלשיטתו אין כלל דין מיוחד ונזקי שכנים, אלא כל החלוקה בין נזקי רמס' כ"ק לנזקי שכנים דכמדיק שפנים יש אופנים של חומר היכא שעושה בחור שלו, והיכא דאינו נכלל באופני החומר חוץ לדין ר"א נזיקין. והדחתו אינו דין מיוחד, אלא כך נאמר דין ר"א נזיקין דהיכא שעושה בחור של ולא שמעשהו חולך להכנס בשל חבירו או לא מקרי מדיק. וא"כ מעולם לא נאמר דין מיוחד של נזקי שכנים מטעם דרכי נועם. ואם מדין ר"א נזיקין מבואר ככ"ק ס"א ב' דכהרחיק כשישור פטור מדין אפי' בהכרח גם כגפח וכה"ג אם הרחיק כשישור פטור [ויבאר הסוגיא דמתור כהר"ף וע"י מ"ש לעיל]. וממשי"כ**

הרא"ש דכהרחיק כשישור חייב מוכח דס"ל דיש דין נזקי שכנים מדין דרכי נועם מלבד דין מדיק דר"א נזיקין, ומדין המיוחד של נזקי שכנים חייב לשלם אפי' בהרחיק. וע"י לעיל כסוגיא דחורל דהבאנו דשי' שו"ת הרא"ש שהובא כטור קנ"ד ס"ק כ"ב דס"ל כהתוס' דאפי' בגירי' המתחשים בכל יום אם קדם בהיתר מותר להרחיק אפי' כשיבוא הניזק. וזהו כשישור כשו"ת שלו כאן דכגירי' דילי' ג"כ אינו נכלל בדין אדם המדיק אלא אסור רק מטעם דרכי נועם ולאסור זה מהני שקדם בהיתר. ובפסקיו דאינו כשישור כשו"ת שהביא חטור קנ"ד סק"ב אלא דס"ל דכגירי' המתחשים כשבא המדיק צריך להרחיק ס"ל כהרמב"ן דהיכא דהוי גירי' דילי' הוי אדם המדיק דלוח לא מהני קדם בהיתר ונזק מטעם דדידה שאני וכמשנית לעיל].

**וע"י לעיל בסוגיא דחורל שפירשנו ש' התוס' דאינו מדיק מטעם החיתר ש' פשי כלל, ואע"פ דכפי' הכונס מבואר לכהרחיק כשישור פטור מדין מ"מ כדין נזקי שכנים החמירו טפי וחיובוהו אפי' שהרחיק כשישור [וע"י משנית בזה לעיל כ' ב' ע'ל מתני' דלא יעמיד כו' כסד"ש].
וג' ולרמב"ן לא יתכן כלל לוי' כן. דין דלשיטתו אין כלל דין מיוחד ונזקי שכנים, אלא כל החלוקה בין נזקי רמס' כ"ק לנזקי שכנים דכמדיק שפנים יש אופנים של חומר היכא שעושה בחור שלו, והיכא דאינו נכלל באופני החומר חוץ לדין ר"א נזיקין. והדחתו אינו דין מיוחד, אלא כך נאמר דין ר"א נזיקין דהיכא שעושה בחור של ולא שמעשהו חולך להכנס בשל חבירו או לא מקרי מדיק. וא"כ מעולם לא נאמר דין מיוחד של נזקי שכנים מטעם דרכי נועם. ואם מדין ר"א נזיקין מבואר ככ"ק ס"א ב' דכהרחיק כשישור פטור מדין אפי' בהכרח גם כגפח וכה"ג אם הרחיק כשישור פטור [ויבאר הסוגיא דמתור כהר"ף וע"י מ"ש לעיל]. וממשי"כ**

הרא"ש דכהרחיק כשישור חייב מוכח דס"ל דיש דין נזקי שכנים מדין דרכי נועם מלבד דין מדיק דר"א נזיקין, ומדין המיוחד של נזקי שכנים חייב לשלם אפי' בהרחיק. וע"י לעיל כסוגיא דחורל דהבאנו דשי' שו"ת הרא"ש שהובא כטור קנ"ד ס"ק כ"ב דס"ל כהתוס' דאפי' בגירי' המתחשים בכל יום אם קדם בהיתר מותר להרחיק אפי' כשיבוא הניזק. וזהו כשישור כשו"ת שלו כאן דכגירי' דילי' ג"כ אינו נכלל בדין אדם המדיק אלא אסור רק מטעם דרכי נועם ולאסור זה מהני שקדם בהיתר. ובפסקיו דאינו כשישור כשו"ת שהביא חטור קנ"ד סק"ב אלא דס"ל דכגירי' המתחשים כשבא המדיק צריך להרחיק ס"ל כהרמב"ן דהיכא דהוי גירי' דילי' הוי אדם המדיק דלוח לא מהני קדם בהיתר ונזק מטעם דדידה שאני וכמשנית לעיל].

דהטעם דר"י אוסר בתוך משום דהוי חזן תגשלה מידו ואינו כן. אלא מפרש הרא"ש דטעם הר"ח שאמר דר"י מודה בכל הנך משום דנפיש היזיקא וקביעא משמיש הניין. והו עישה שיתחשבו חכמים כפסידא דהניקא מדין דרכי נועם באותו משקל כמו שעושה מה שהוא גירי ממש. ורק היכא דלא נפיש היזיקא או קביע משמיש הניקא צריך להניע שהוא גירי ממש. והוון נדון דהכית והעלי' [ושם צ"ל להרא"ש דאף בנפלים המים ישר לא הוי אדם המזיק מהי"ת ואסור רק מדין שבונים. דעיקר פועלותו ליטול ירין, והו נחשב לעשות בשלן. ואע"פ שהמים נפלים על הכויר אין זה עיקר פועלותו להפלים לשם ולכן לא הוי אדם המזיקן].

ומדבריה הר"ח למדנו דהיכא שאסרו חכמים מצד הנפיש היזיקא וכ"י הטלן כוה תנאי דבעינן דזיקא דההניק יחא מההוא שעמא. ואם לא מההיא שעמא אשתכח היזיקא מותר אף דנפיש היזיקא וכ"י. ולכן הוצרך הרא"ש לכאר דבנדון השאלה שפיר חשיב דמההיא שעמא אשתכח היזיקא, ומצד זה הוי גירי דילי'. כלי' נחשב כגירי אע"פ שבאמת אינו כן וכמשנ"ת. ומזה למדנו דיתר חדש באילן, דההניק בא אח"כ ולכן ה"י מותר אפי' אם ה"י נפיש היזיקא וכ"י. אך באמת גם לא נפיש היזיקא, ולכן מותר אפי' אם ה"י ההניק בא מיד. ואח"כ ביאר דהכחית והעלי' כיוון דליכא לסכנת נפיש היזיקא וא"א לניקא להשמר צריך להניע להא שידא גירי ממש כדי לאסור לר' יוסי.

וכמש"כ ולא דמי נדון הלזה להא דאמרין וכ"י כוונתו דעך כאן בידר דהוא גירי וחייב לר"י. ונעת מפור מהו שיעור ההרחקה. ואחר שפירר דחייב עד שיסלק היזיקא לגמרי ולא רק ג"ט מביא ראי' לה מס' אביאסף ומרב עמדם גאון [ושו"ר מ"ש כוה בתורא י"ד ס"ק י"ג].

ב) והמשך קישור דברי הרא"ש, אחרי שחודש וכנפיש היזיקא וקביע

משמיש הניקא מודה ר"י אע"ג דלא הוי גירי ממש הוקשה לו מדוע באילן מותר. וה"י דבכור בקל יכול הניקא לסלק עצמו. וסגי כוה להתיר אך הוסיף לרווחא דמילתא דבאמת גם לא נפיש היזיקא [ואולי י"ל ברא"ש דסגי כוה טעם לאסור לר' יוסי, ומ"ש בנדון השאלה דאיכא חרתי לחייב. ונפיש היזיקא, והניקא קובע זהו לרווחא דמילתא. ולכן באילן הוכרח לפי' דליכא תרווייהו דכח סגי לאסור. אך לפי' נר' יותר כמש"כ דבעינן תרווייהו לאסור וצע"ע].

ג) ואח"כ הוכיח חידושו, דסגי בטעם נפיש

ר"י אע"ג דלא הוי גירי ממש, מדברי הר"ח דהחשיב כל הנך דפרקין לגירי דילי'. ואלה רוכן אינם גירי ממש כמו הנך דהכית והעלי' שממש מידו יוצא ההניק ישר אל הניקא, וכמש"כ רש"י כסוגין וברף כ"ה ב' [וצע"ע דהרמב"ן כ' דהוי ממש כמניה גחלת על בגדו של חבירו. אמנם להראב"ד חשיבי כולן גרמא. וצע"ע כוה וכבר כ' הרמב"ן דהסכרות כוה דקוח כוהט השערה. אמנם זה מבואר ברש"י דלא הוי כגירי דהכית והעלי', ואולי הרמב"ן פליג. אמנם אף לרש"י יתכן דאם עושה גפה בחצר הכויר ונופל כותל חבירו חייב מתולדת אש אע"פ שאינו גירי. וצע"ע רב ככל זה]. וס"ל להרא"ש דהטעם דהחשיב ה"י"ת כל הנך דפרקין לגירי דילי' אינו רק משום דמההיא שעמא משתכח היזיקא, שה"י הכחית והעלי' מבואר דלא סגי כוה להחשב כגירי וכמש"כ רש"י דלא דמי לשם, וא"כ כיצד יחלוק הר"ח על הגמ' שם ויחדש דמה שמההוא שעתא משתכח היזיקא זה לכד סגי להיות גירי. וה"י דאמת אינה כן שה"י ברושא אין כאן חזן הנשלה מידו כלל, ומבואר מרש"י דגם מחמתא והבלא אינו חזן הנשלה מידו ממש [אע"פ שצ"ב מדוע] וכיצד יאמר הר"ח

צצמו דהו יתני לעשותו גירי דילי'. דדברים אלה לא מועילים כלל להחשיב מעשהו כעושה לילך לתוך של חבירו, ורק הסכרות שנתכבאר בר"ח והגאונים דמההיא שעמא אשתכח היזיקא ומדוכחא דאנחי' מדין גורמות שייחשב מעשהו כנעשה לילך בשל חבירו, דמה שניצטח ממעשהו הכה ההולך להזיק בשל חבירו, והו צצמה מיד כשעושה, בלא הפסק זמן ומקום, ולכן כיוון שהכח ההולך אינו מופסק כלל מן המעשה חשיב המעשה כולו כנעשה לילך לשל חבירו. משא"כ בשורשין שכשונטע לא נעשה מדין לילך לשל חבירו. והשו"שן ההולכין באים רק לאח"כ כוה כבר אין הליכתן שייכת אל מעשה הנטיעה להחשיבו כזריקת חזן לשל חבירו אלא הוא נשאר כהיתרו להחשב מעשהו בתוך שלו לחוד [ולחכמים גם ככה"ג לא כלי חייצו דמשתע הנטיעה הונח בכח הסיכה להליכת השורשין אח"כ וא"כ הנטיעה עצמה כבר חשיב כמעשה לילך לתוך של חבירו להזיק. רק דמזיק בגרמא. וכמו שביאר הג"ח הוכח בכר"ש י"ד סק"ג. וכ"ז חשיב כעושה בתוך של חבירו רק מכה סכרת גירי דילי' אע"ג דעיקר צורת המעשה אינו כן. דכמעשה שעיקרו לילך לשל חבירו כמסו"מ שנפלו מגנו חייב אע"ג דלא הוי גירי. וכמש"כ כבר כ"ז לעיל].

אמנם דעת הרא"ש כמשנ"ת דבגירי דילי' אינו עושהו לאדם המזיק אלא דבלא גירי החחשבו חכמים כפסידא דהמזיק יתור משל הניקא. דמאי חזית דנועם דהניקא עדיף מנועם דהמזיק אחרי שאינו נחשב מזיק כיוון שעושה כחוד שלו וכגירי דילי' זהו סיבה שמדן דהחקה שכנס החחשבו יתור בנועם דהניקא וחיובתו להחיק. ולפי"ז מוכן דהסכרות דנפיש היזיקא ואם יכול הניקא להחזיק עצמו חז סיבה להחחשב יתור בנועם דהניקא ולכן בצירופן מודה ר"י דעל המזיק להחחיק אע"ג דלא הוי גירי ממש כוה דהכית והעלי'.

דבר מצרא ושאר דינים כו"ב, ואינו שייך כלל לדין נזיק ומתנתא, וצע"ע. **וילמשנ"ת** לעיל כסד"ש דהרא"ש בפסקיו ס"ל כהרמב"ן ולכן כ' דבגירי המתחשים כשיבוא הניקא צריך להחחיק אף למסקנא דמותר לסמוך. וכמש"י הגרע"א ונתבאר לעיל כסוגיא דחודל, מדוייק היטב גם מה שהביא גפי פאפי יונאה, בסוף אות כ"ו, דברי הרמב"ם לעניין חיוב תשלומים משום דהוי אדם המזיק. ודלא כמשנ"ת הרא"ש ק"ח דשם ס"ל כהתוס' דטעם דהמשלומין מדין נזיק שכנסו לחוד ולא מדין דרכי נעם].

כ"ב ב'. בדעת שו"ת הרא"ש ק"ח בגירי דילי'.

א) ע"י שו"ת הרא"ש כלל ק"ח אות י'. וקישור דבריו כ' יזאף לר"י דאמר על הניקא בתחלת דבריו ה' נלעני' דהנה להרחיק עצמו היכא דלא הוי גירי דילי' הכא מודה כיוון דנפיש היזיקא דשמעון וגם משמיש של שמועון קובע וא"א לו לסלק אע"י, עכ"ל. ומבואר דנדון דשאלתו באמת לא הוי גירי דילי' רק אע"פ שאינו גירי מודה ר"י מתוך טעמי. וזה כפי שיבואר דעתו לקמן דגירי ממש הוי רק באופן המבואר בהכית והעלי' שהמים נופלים ישר מיד המזיק על הניקא אבל בפסקי והדר נפלי לא הוי גירי. ובנדון השאלה המים פסקי ואינו גירי כהך דהכית והעלי' ולכן כ' דלא הוי גירי. רק דחידש דר"י מודה אע"ג דאינו גירי היכא דאיכא חרתי, דנפיש היזיקא וכן דהניקא אינו יכול להרחיק עצמו.

ורטעם כמשנ"ת לעיל בדעת הרא"ש דכל שעושה כחוד שלו לעולם נפיק מדן אדם המזיק ואפי' בגירי דילי' איתנין עלה רק מהדין דהרחקה נזיק שכנס הגלמד מדכותב דרכי נועם. ולהרמב"ן דסכרת גירי דילי' פתחי להחשיבו לאדם המזיק לא יתכן כלל לומר דמה דנפיש היזיקא או אם הניקא יכול להחחיק

בתוס' דידן "אלא להגמיש בעלמא שנהנה ממנה כו"ו. ומבואר להדיא דהמזיק חשיב משתמש בקרקע הניזק ונהנה ממנה. וא"כ חזקתו או קנינו כל מר כדאית ל"י מהני ממש באותו אופן כמו חזקת תשמישין דלעיל דף ו'. וכן מבואר להדיא בתוס' שהשוו בין כ' הונדונים, וכ"כ בהג"א כאן, וכדומי טובא בפוסקים שהשוו בין חזקת תשמישין וחזקת נזיק ואכמ"ל. ומבואר מזה לעני"ד דמ"ש בתוס' דידן דהמזיק משתמש בקרקע תכירו ונהנה ממנה חל ע"ז קניין או מחילה ממש כמו הנחה הודרי וכשווי וכי"כ [ועי' משנ"ת בזה לעיל דף א.].

אך כמובן צ"כ כיצד יתכן ל"י דהמזיק משתמש בקרקע הניזק. דזה בורר במציאות דאין זו השתמשת, שאין לו צורך בחצר הניזק להנחה גפנתו וכי"כ. ובח"י רשבי"א לעיל י"ז ב' כ' דהפנתה חלון על חצר תכירו, יכול בעל החצר לעכבו מדין גזל שאוסר עליו להשתמש באווירו, ואין זו מידת סדום וחושש שאח"כ יחזיק ויצטרך להמנע מלבנות בתוך ד"א. וכ' דכבור ואילן אינו כן, דאין בעל האילן יכול לעכבו לסמור הכור מדין גזל, דאין זה נחשב שבעל הכור משתמש בשלן [וכמו"ד בורר אכן צ"כ בזה, שהרי שהיה תכירו משמש לו לכותל כו"ו. אך בגמ' וכי"כ פשיטא דאינו משתמש כלל. ודברי הרשב"א הם בכל המזיקין מלבד חלון].

פ) והנלעני"ד

דהנה באומר לחבירו קרע כסותי והפטר כ' האחרונים דאפי' קנה הכסות לחזיק, לא חל הקניין ויכול הניזק לחזור בו אפי' באמצע הקריעה. והטעם דמאחר שאין בחזיק שום הנאה למזיק, אין לזה שום שוויון ולא חל קניין. ובפשיטת גמ' אם יש איזו הנאה הנסככת מהמזיק, אכתי גורף החזיק הוא דבר שאין בו שוויון. אך לו יצטרף שהחזיק עצמו הוא דבר שיש בו הנאה ושוויון דאי אפשר לקנות להזיק, ואחרי הקניין מותר להזיק דהוי כמזיק את שלי.

מדין אשו משום ממונו. דמה לי אם ה"י מזיק ע"י הכלי שדוק דבר אחר [דהה"י חיצו ממש ומבואר דבפסקי לגיז' איכא חיוב ממונו], ומה לי אם ע"י וריקה זו מדין הכלי הנזקק עצמו.

ולפ"ו נלעני"ד בזה דידן ממונו שייד רק כשמומונו מזיק מכת עצמו, ומאחר שמומונו כלא שמירה יכול להזיק חייב לשמור, וכשאינו שומרו מתחייב עליו. אבל בחז וכו"קת כלי אין זה הזקק דהזקן, אלא כח האדם שזקק הזקן הוא המזיק, ורק האדם כאן הוא המזיק, והזקק מצד עצמו אינו מזיק כלל. דאין זה כשרור שהולך מכת עצמו ומזיק או כשלהבתו השורפת מוחם עצמה, דרק כח האדם כחזק הוא המזיק, וכשנפסק כוחו דהאדם תו ליכא מזיק כלל, ועצ"ע.

כ"ג א. תוד"ה והא כו' [בעניין קניין והזקקה לעניין].

א) ע"י קצה"ה קי"ה סקט"ז שה"י בעניין

חזקת נזיקין לכל מר כדאית ל"י, או כפסלנות או בגי"ש וטענה, מדוע אין הניזק יכול לחזור דהא למה זה דומה לאומר קרע כסותי והפטר כו' כיוון דאינו נותן לו את הכנה במתנה אלא מוחל לו על נזקיו ויכול למחות שלא להזיק יותר [ולחזור בו ממחילתו]. וכעין זה כ' הרא"ש ר"פ השותפין דכלא הסברא דכוחל חוי חיוב ממון שחייב לחבירו וע"ז מהני מחילה, לא ה"י שייד מחילה בנזקי שכנים דה"י כאומר קרע כסותי והפטר. ובק"ע כסותו גמ' קניין לא מהני. וע"י חזקת קושטייתו. וע"ש מ"ש ליישב בזה, וע"י בתי הגמיש"ש ב"ב סי' א' סי' ג' מה שהק' עליו. וע"ש בתי הגמיש"ש מ"ש בעצמו. וע"ע בתור"א י"א סי' ה' ד"ה וכתב הטור כו'.

ועל"ע מה שהאריכו בזה וכוותינו כ"א לפי דרכו, דהנה בתור"ה אמו אומני כו' כ' דבקרקע שלהן היו יושבין, ואעפ"כ כ'

כ"ב ב. תוד"ה זאת.

א) ע"י מ"ש בזה בקוב"ש אות ע"ה. והמתנתו הראשונה לא הבנת דהא רק דיכא שכשזקק לא היו כרים מתחת אז מעת הוויקה כבר היו מנא תבוא. אך אם כשעת הוויקה היו כרים לא נעשה מנא תבוא מתחילת הוויקה דו"פ.

ומה שהק' אח"כ דמסלק הכרים ידא כפנתה בור ויתחייב משום בור, ות"י דאח"כ רק דבור פטור על כלים, ע"י כפי' קהילות יעקב ב"ק סי' ב' סק"ב שהביא קוש"א זו וגם ת"י זה והק' קוש"א עצומה על ת"י זה מתוס' סנה"ל ע"ז ע"ש היטב.

וכפצנתי לא הבנת כלל החתלת קוש"א זו, שהרי בור הוא רק דבר שדרכו להזיק וכדתנן בריש ב"ק, ובבור סיבת הדזק היא עומקו של הבור, והבור הוא משובב הדזיק, משא"כ כאן דקרקע עולם ישר שאין בו שום עומק אינו דבר שדרכו להזיק כלל, ולא מה שיש כאן קרקע עולם הוא הדבר שממנו נסבב הדזק אלא פעולה וריקת הכלי משהגם היא מעשה הדזיק, ולכן אין כאן דין בור כלל אלא רק דין אדם המזיק, ודיעני חזוקין.

ב) ואגב, בקה"י שם כ' דמרחיבה תורה פותח בור יש ללמוד שהמסיר שמירה ממזיק חייב. והק' מפיצו ליסטים בפני' פטורין. ע"ש עור ממי"ש תוס' סנה"ל ע"ז דחזוקת חזק ותריס בידי ואח"כ בא אחר או חזוקת חזק וסילק התריס פטור מסלק התריס אף על נזקין. וחזיק דבסילוק השמירה מהחזק לא מתחייב המסלק על נזק החזק, ומאי שנא ולעני"ד לק"מ דכפתה בור אינו רק כמסיר שמירה מדבר שדרכו להזיק, אלא ה"י יצירה גמורה של המזיק, וכחוסר ממש. שהרי בור אין בו שום דבר החולך ומזיק, וגם למ"ד בור להכלו אין ההכל לחוד דבר המזיק,

ג) ולפ"ז יש ת"י נוסף על הקוש"א מדוע מסלק הכרים אינו מתחייב מדין פותח בור, שהרי גם אם הקרקע נחשב כאן בור, הרי כאן סילוק הכרים הוא רק סילוק שמירה, ואינו ככריית הכור. שהרי כאן לא רק גילוי הכרים לחוד הוא הסיבה הוחדדה להיתנו מדין, דודאי כאן מה שעושה את הכור למזיק הוא כה נפילה הכלי. וזה עיקר העושה לדבר שדרכו להזיק. וסילוק הכרים הוא רק סילוק שמירה ופטור. ולא דמי לפותח בור בעלמא דכל מה שעושה הכור לדבר המזיק הוא גילוי לחוד.

ד) וע"ע שם כס"ק ג' שהק' כהחזוק חזק וקודם וסילק התריס מדוע לא יתחייב מדין אשו משום ממונו, דאמרי' בב"ק כ"ג דדיכא שהיתה גדר ואח"כ נפלה דאו פסקי לגיז'י, מ"מ חייב מדין אשו משום ממונו. והק' כן גם על מה שהביאו בתוס' דידן דחזוקת כלי וקודם וסילק הכרים מדוע לא חייב ולעני"ד לק"מ דכפתה בור.

והק' קוש"א י"א סי' ה' ד"ה וכתב הטור כו'.
ועל"ע מה שהאריכו בזה וכוותינו כ"א לפי דרכו, דהנה בתור"ה אמו אומני כו' כ' דבקרקע שלהן היו יושבין, ואעפ"כ כ'

וצל"ע בדברי הטור, דהנה דעת הרא"ש דבחזקת נזיקין בעינן ג"ש וטענה [נכחות י"ח כ' כ"לומר הם יטענו עליו חזקה" וכוונתו כ"י כ' דחזקה היא ג"ש, ובשני המקומות כ"כ לפני שנתח לומר דהם חמירי כקוטרא וכי"ח]. ואם בנזיקין שאינם כקוטרא מהני מחילה כלא קניין לא הי' צריך טענה. ועי' סי' קנ"ה כבהגרא סי' ק"ז ק"ז ש"י דהרמב"ם דס"ל דמהני מחילה [והקניין רק לאלומין] זהו לשיטתו דא"צ ג"ש וטענה, והרא"ש ס"ל דבעינן דווקא מתנה או מפר לשיטתו דבעינן ג"ש וטענה. וכ"כ שם הנהיגה"ם סי' כ', יעו"ש. ואם כשאר נזיקין לא מהני מחילה כלא קניין בעי"כ דבעינן קניין כי מחילה לחוד אין לה על מה לחול, ולא רק לאלומי מילתא. דכשאר נזיקין א"צ לאלומי מילתא, דמהיכי תיתי שיוכל ל"י בהם סברתי שאוכל לקבל ואיני יכול. והטעם דלא מהני מחילה כשאר נזיקים, זהו משום דצריך לקנות זכות חשמיש כחצר חבירו, וכמשנ"ח לעיל מדברי החת"ס, וכל חפץ אינו יוצא מתחת רשות בעליו במחילה בעלמא אלא דווקא בשנ"ח, והי"ח לגבי זכות החשמיש. וכמשנ"ח לעיל ר' גבי חזקת חשמישין. דעת הרמב"ם דמהני מחילה והו' מחקני"ח כמבאר שם. ואחרי שמבאר בהגרא הנ"ל דלהרא"ש לא מהני מחילה בקניין [לאלומי מילתא]. אלא בעינן דווקא מפר או מתנה, וכ"כ בסתמא ולא ציין דפלג על הטור, ובדברי הרא"ש אין ברור לזה, ומפ' דיש לדחות פ"י הטור בעי"כ או שפ"ל בו ט"ס, וצ"ע.

ד **ועי' חו"א סי' י"א** סי' ה' ד"ה וכתב הטור כו'. וכ' שם דלכ"ע מעיקר הדין מהני מחילה, והקניין הוא רק לאלומי מילתא ד"כל שעושה בשל חשמישים הרגילים סגי מחילת חבירו שמתוח על זכותו שנתנה לו תורה למחות בשל חבירו ושכ הדין זה חופר בתוך שלו זה נטע בת"ש אע"ג דהוי גרי"י עכ"ל. וכתב שם דנהי דכ' הרא"ש כפי"ק את

גופו לנזיקי ממונו הוא משום דבנזיקי גופו יכול ל"י דהוי קניין בטענה, ולא התכווין שיצטרך לדור במק"א, ואינו יכול לסבול לדור שם.

ו **עי' טור קנ"ה** סעי' ס"א, שהביא רי"א דרא"י על מפר או מתנה מהני אף כקוטרא וכי"כ אך ראי' על מחילה לא מהני. והביא דר"י והרא"ש ס"ל דרא"י על מחילה ג"כ מהני רק דצריך קניין. ועי' הוסיף דכ"כ הרמב"ם דצריך קניין, וכפשוטו להדי"י זה הו"א שהצריכו קניין על המחילה, אין זה דוחק ומחילה לא חל אלא רק קניין, אלא משום דמחילה מהני מחילה, רק דבעינן קניין כרי' דבאמת יכול ל"י שהיא מחילה בטענה. דאל"כ שלא יוכל ל"י מחילה למחילה, וכמה פליגי עם מה הנפ"מ ב"ן מתנה למחילה, וכמה פליגי עם הדעה הראשונה דמהני קניין ומתנה, ורק מחילה לא. ואם הקניין הוא להפוך המחילה למתנה אין כאן פלוגתא. אלא ודאי הקניין רק לאלומי מילתא והמחילה מהני מדין מחילה להדי"י ורא"ש וכו' פליגי עם הדעה הראשונה דלא מהני מחילה כלל. ועי' קאי שפיר וכ"כ הרמב"ם. דעת הרמב"ם להדי"י דככל נזיקין מהני מחילה עי' פ"יא ה"ד, וא"כ מ"ש הרמב"ם שם דבקוטרא וכי"כ בנוסף למחילה בעינן קניין בעי"כ זהו רק לאלומי מילתא שלא יאמר שמחל בטענה. ומצד עצם חלוח המחילה כמו שחל בכל הנזיקין ודאי חל גם בקוטרא וכי"כ [ונצ"ל דיצא לו זה משום על דאף בקוטרא השתקה הוי ראי' על המחילה, וא"כ ממה דיקי"ל דחזקה בשתקיה לא מהני הוכיח דאף מחילה בפירושו לא מהני עד שיעשה קניין. ודלא כהרא"ש ש"י באות י"ש דבקוטרא אין השתקה ורא"י, דלפ"י אין רא"י מהגמ' דמחילה מפורשת לא חוסי, ומעיל לחלק כלא ראי' משאר נזיקין דמהני מחילה]. ואגב מ"ש הרמב"ם שכל המחזיק בנזק זכה בו כמו שבארנו, משמע ג"כ דזהו מדין חזקת חשמישין. דלעיל מנה לא ביאר חרמב"ם מדין לגבי חזקת נזיקין אלא רק לגבי חזקת חשמישין.

דראי מהני, ולא דמי לקונה זכות קריעה בבגד דאינו שוויון ממתן, וכמשנ"ח לעיל.

ג **אמנם** יתכן דבהיות ראי' באמת לא יהי קניין על הרשות להזיק, דמלבד מה שמכביל רשות הניזק שלא יוכל לעשות מדי דציניעות, כ' הרמב"ן הובא פ"י [דף א' ב' מדפי הרי"ף] דא"א שתמיד יחד שלא לעשות דבר צנוע, ולפעמים יעשה ויראה חבירו וזה חשיב נזק במטו [ולא מציעו מי שיהחלוק על הרמב"ן בזה, ואין להדש מחלוקת בחינם. ומ"ש מקצת ראשונים דהחזיק הוי כביטול רשותו שמונע חשמישו, משום דרק חזק זה יש לו דין חזק ממתן, דפניעה בעצירת גופו אע"ג דהוי נזק, אין לו שומא בדמינס]. ועל הרשות להזיק גופו ודאי לא מהני קניין, דנהי דיש הנאה ושוויון בנותן, מ"מ אין זה עדיף משכירות פועל דיכול לחזור בו כאמצע היום. והו' טעם נוסף על מה שלא מהני קניין בנזיקי גופו מלבד הטעם שהחזיק גדול כ"כ עד שא"א לסובל ויכול לומר סבור הייתי שאוכל ואיני יכול.

וצ"ע דכתס' כ"א א' ד"ה אין כתבו דשפיר חל קניין על חזקת דקוטרא וכי"כ, רק דלר"ח יכול לומר דהוי קניין בטענה. ולמשי"כ, וכמשנ"ח לשתן הרמב"ן, א"צ לזה דמילא לא יכול לחול קניין על גופו. אך באמת נלע"ג דזה פשוט דהמוכר לחבירו זכות לעשות קוטרא וכי"כ דחצירי, דמצד חשמיש החצר ודאי חל עי"י קניין, אינו יכול אח"כ לבטל הקניין בטענה שגופי נזוק מהקוטרא והזכות לחזיק גופי לא מוכחי. דהלוקח יאמר לו דאחרי שקניית זכות החשמיש בחצר, לעינין זה החצר היא שלי, ואם גופך נזוק מהקוטרא לך לדור במק"א. שודאי מי שנכנס לחצר חבירו וניזוק שם עליו לצאת למק"א כדי שלא יזיק, ובעל החצר יכול לעשות מה שירצה בחצירי. דכאן בעל הקוטרא אחרי שקנה זכות בחצר לעשנו, הוי כבעלים לעינין זה. ולכן נ"ל לפד גם בדעת הרמב"ן דהחלוק בין נזיק

דאינו קונה מדין כנף החצר אלא רק בחשמיש. אך ודאי סגי בזה, דאם הי' לו זכות חשמיש להניח גפה בתוך חצר חבירו [ובתוך ג"ט לחתלים] הי' שהותו לו החשמיש והזיק הוא ממילא בכלל החשמיש שהותו כיוון שא"א להשתמש בלא להזיק. רק דקושיית הקצרה"ח הנ"ל דהן זה אמת שזכות חשמיש להניח גפתו בחצר חבירו ודאי חל עי"י קניין, דהוי הנאה שיש בה שוויון, ומאחר שהזיק הוא דבר אחר עם החשמיש חל הקניין גם על ההיזק להזיק, דכבה"ג אין החסרון שאין הקניין להזיק שווה מאומה, מ"מ הקושה לו דכשמשתמש בגפה בחצירו, ואצל חבירו אין חשמיש של הנאה אלא רק חזק דאין בו שוויון שחול עליו קניין, בזה אין כאן קניין ויכול הניזק לחזור בו.

אך לעיני' י"ל בכוחות החת"ס דמה שיש לניזק כח מדין נזיקי שכנים לבטל חשמיש המזיק, דבר זה מחשיב את ההזיק ג"כ להשתמשו, כיוון שכל ההשתמשו חלו"י ברשות להזיק, וא"א להשתמש בלי להזיק. והכוונה דכבה"ג ההזיק עצמו יש בו שוויון ממון וחל עליו קניין, שהרי כמה שקונה הרשות להזיק, קונה כזה האפשרות להשתמש, דכלי שיוחר לו להזיק יצטרך לבטל חשמישו, וא"כ יש הנאה ושוויון בנזק ממש כמו בעצם החשמיש. וחל הקניין בקונה רשות להזיק ממש כמו שקונה זכות להניח גפה בחצר חבירו.

ומ"ש הרא"ש פ"ק את כ' דדווקא בחזקת ראי' מהני מחילה משום דחזיב הכותל הוי כמו שנתחייב לחבירו מנה, וכלא זה הוי כאומר לו קרע ככותל, ומשמע דכשאר נזיקין הוכא דאין חזיב מנה שמתחייב לחבירו לא מהני, והו' דווקא במחילה, דדעת הרא"ש דמחילה לא מהני לחזקת חשמישין, וא"כ אין דמחילה דאין לחזק חזיב ממתן. אך קניין כאן על מה למחול דאין חזיב ממתן.

דאינו שוויון ממתן, וכמשנ"ח לעיל.

ג **אמנם** יתכן דבהיות ראי' באמת לא יהי קניין על הרשות להזיק, דמלבד מה שמכביל רשות הניזק שלא יוכל לעשות מדי דציניעות, כ' הרמב"ן הובא פ"י [דף א' ב' מדפי הרי"ף] דא"א שתמיד יחד שלא לעשות דבר צנוע, ולפעמים יעשה ויראה חבירו וזה חשיב נזק במטו [ולא מציעו מי שיהחלוק על הרמב"ן בזה, ואין להדש מחלוקת בחינם. ומ"ש מקצת ראשונים דהחזיק הוי כביטול רשותו שמונע חשמישו, משום דרק חזק זה יש לו דין חזק ממתן, דפניעה בעצירת גופו אע"ג דהוי נזק, אין לו שומא בדמינס]. ועל הרשות להזיק גופו ודאי לא מהני קניין, דנהי דיש הנאה ושוויון בנותן, מ"מ אין זה עדיף משכירות פועל דיכול לחזור בו כאמצע היום. והו' טעם נוסף על מה שלא מהני קניין בנזיקי גופו מלבד הטעם שהחזיק גדול כ"כ עד שא"א לסובל ויכול לומר סבור הייתי שאוכל ואיני יכול.

וצ"ע דכתס' כ"א א' ד"ה אין כתבו דשפיר חל קניין על חזקת דקוטרא וכי"כ, רק דלר"ח יכול לומר דהוי קניין בטענה. ולמשי"כ, וכמשנ"ח לשתן הרמב"ן, א"צ לזה דמילא לא יכול לחול קניין על גופו. אך באמת נלע"ג דזה פשוט דהמוכר לחבירו זכות לעשות קוטרא וכי"כ דחצירי, דמצד חשמיש החצר ודאי חל עי"י קניין, אינו יכול אח"כ לבטל הקניין בטענה שגופי נזוק מהקוטרא והזכות לחזיק גופי לא מוכחי. דהלוקח יאמר לו דאחרי שקניית זכות החשמיש בחצר, לעינין זה החצר היא שלי, ואם גופך נזוק מהקוטרא לך לדור במק"א. שודאי מי שנכנס לחצר חבירו וניזוק שם עליו לצאת למק"א כדי שלא יזיק, ובעל החצר יכול לעשות מה שירצה בחצירי. דכאן בעל הקוטרא אחרי שקנה זכות בחצר לעשנו, הוי כבעלים לעינין זה. ולכן נ"ל לפד גם בדעת הרמב"ן דהחלוק בין נזיק

דאינו קונה מדין כנף החצר אלא רק בחשמיש. אך ודאי סגי בזה, דאם הי' לו זכות חשמיש להניח גפה בתוך חצר חבירו [ובתוך ג"ט לחתלים] הי' שהותו לו החשמיש והזיק הוא ממילא בכלל החשמיש שהותו כיוון שא"א להשתמש בלא להזיק. רק דקושיית הקצרה"ח הנ"ל דהן זה אמת שזכות חשמיש להניח גפתו בחצר חבירו ודאי חל עי"י קניין, דהוי הנאה שיש בה שוויון, ומאחר שהזיק הוא דבר אחר עם החשמיש חל הקניין גם על ההיזק להזיק, דכבה"ג אין החסרון שאין הקניין להזיק שווה מאומה, מ"מ הקושה לו דכשמשתמש בגפה בחצירו, ואצל חבירו אין חשמיש של הנאה אלא רק חזק דאין בו שוויון שחול עליו קניין, בזה אין כאן קניין ויכול הניזק לחזור בו.

אך לעיני' י"ל בכוחות החת"ס דמה שיש לניזק כח מדין נזיקי שכנים לבטל חשמיש המזיק, דבר זה מחשיב את ההזיק ג"כ להשתמשו, כיוון שכל ההשתמשו חלו"י ברשות להזיק, וא"א להשתמש בלי להזיק. והכוונה דכבה"ג ההזיק עצמו יש בו שוויון ממון וחל עליו קניין, שהרי כמה שקונה הרשות להזיק, קונה כזה האפשרות להשתמש, דכלי שיוחר לו להזיק יצטרך לבטל חשמישו, וא"כ יש הנאה ושוויון בנזק ממש כמו בעצם החשמיש. וחל הקניין בקונה רשות להזיק ממש כמו שקונה זכות להניח גפה בחצר חבירו.

ומ"ש הרא"ש פ"ק את כ' דדווקא בחזקת ראי' מהני מחילה משום דחזיב הכותל הוי כמו שנתחייב לחבירו מנה, וכלא זה הוי כאומר לו קרע ככותל, ומשמע דכשאר נזיקין הוכא דאין חזיב מנה שמתחייב לחבירו לא מהני, והו' דווקא במחילה, דדעת הרא"ש דמחילה לא מהני לחזקת חשמישין, וא"כ אין דמחילה דאין לחזק חזיב ממתן. אך קניין כאן על מה למחול דאין חזיב ממתן.

דאינו שוויון ממתן, וכמשנ"ח לעיל.

ג **אמנם** יתכן דבהיות ראי' באמת לא יהי קניין על הרשות להזיק, דמלבד מה שמכביל רשות הניזק שלא יוכל לעשות מדי דציניעות, כ' הרמב"ן הובא פ"י [דף א' ב' מדפי הרי"ף] דא"א שתמיד יחד שלא לעשות דבר צנוע, ולפעמים יעשה ויראה חבירו וזה חשיב נזק במטו [ולא מציעו מי שיהחלוק על הרמב"ן בזה, ואין להדש מחלוקת בחינם. ומ"ש מקצת ראשונים דהחזיק הוי כביטול רשותו שמונע חשמישו, משום דרק חזק זה יש לו דין חזק ממתן, דפניעה בעצירת גופו אע"ג דהוי נזק, אין לו שומא בדמינס]. ועל הרשות להזיק גופו ודאי לא מהני קניין, דנהי דיש הנאה ושוויון בנותן, מ"מ אין זה עדיף משכירות פועל דיכול לחזור בו כאמצע היום. והו' טעם נוסף על מה שלא מהני קניין בנזיקי גופו מלבד הטעם שהחזיק גדול כ"כ עד שא"א לסובל ויכול לומר סבור הייתי שאוכל ואיני יכול.

וצ"ע דכתס' כ"א א' ד"ה אין כתבו דשפיר חל קניין על חזקת דקוטרא וכי"כ, רק דלר"ח יכול לומר דהוי קניין בטענה. ולמשי"כ, וכמשנ"ח לשתן הרמב"ן, א"צ לזה דמילא לא יכול לחול קניין על גופו. אך באמת נלע"ג דזה פשוט דהמוכר לחבירו זכות לעשות קוטרא וכי"כ דחצירי, דמצד חשמיש החצר ודאי חל עי"י קניין, אינו יכול אח"כ לבטל הקניין בטענה שגופי נזוק מהקוטרא והזכות לחזיק גופי לא מוכחי. דהלוקח יאמר לו דאחרי שקניית זכות החשמיש בחצר, לעינין זה החצר היא שלי, ואם גופך נזוק מהקוטרא לך לדור במק"א. שודאי מי שנכנס לחצר חבירו וניזוק שם עליו לצאת למק"א כדי שלא יזיק, ובעל החצר יכול לעשות מה שירצה בחצירי. דכאן בעל הקוטרא אחרי שקנה זכות בחצר לעשנו, הוי כבעלים לעינין זה. ולכן נ"ל לפד גם בדעת הרמב"ן דהחלוק בין נזיק

דאינו שוויון ממתן, וכמשנ"ח לעיל.

ג **אמנם** יתכן דבהיות ראי' באמת לא יהי קניין על הרשות להזיק, דמלבד מה שמכביל רשות הניזק שלא יוכל לעשות מדי דציניעות, כ' הרמב"ן הובא פ"י [דף א' ב' מדפי הרי"ף] דא"א שתמיד יחד שלא לעשות דבר צנוע, ולפעמים יעשה ויראה חבירו וזה חשיב נזק במטו [ולא מציעו מי שיהחלוק על הרמב"ן בזה, ואין להדש מחלוקת בחינם. ומ"ש מקצת ראשונים דהחזיק הוי כביטול רשותו שמונע חשמישו, משום דרק חזק זה יש לו דין חזק ממתן, דפניעה בעצירת גופו אע"ג דהוי נזק, אין לו שומא בדמינס]. ועל הרשות להזיק גופו ודאי לא מהני קניין, דנהי דיש הנאה ושוויון בנותן, מ"מ אין זה עדיף משכירות פועל דיכול לחזור בו כאמצע היום. והו' טעם נוסף על מה שלא מהני קניין בנזיקי גופו מלבד הטעם שהחזיק גדול כ"כ עד שא"א לסובל ויכול לומר סבור הייתי שאוכל ואיני יכול.

וצ"ע דכתס' כ"א א' ד"ה אין כתבו דשפיר חל קניין על חזקת דקוטרא וכי"כ, רק דלר"ח יכול לומר דהוי קניין בטענה. ולמשי"כ, וכמשנ"ח לשתן הרמב"ן, א"צ לזה דמילא לא יכול לחול קניין על גופו. אך באמת נלע"ג דזה פשוט דהמוכר לחבירו זכות לעשות קוטרא וכי"כ דחצירי, דמצד חשמיש החצר ודאי חל עי"י קניין, אינו יכול אח"כ לבטל הקניין בטענה שגופי נזוק מהקוטרא והזכות לחזיק גופי לא מוכחי. דהלוקח יאמר לו דאחרי שקניית זכות החשמיש בחצר, לעינין זה החצר היא שלי, ואם גופך נזוק מהקוטרא לך לדור במק"א. שודאי מי שנכנס לחצר חבירו וניזוק שם עליו לצאת למק"א כדי שלא יזיק, ובעל החצר יכול לעשות מה שירצה בחצירי. דכאן בעל הקוטרא אחרי שקנה זכות בחצר לעשנו, הוי כבעלים לעינין זה. ולכן נ"ל לפד גם בדעת הרמב"ן דהחלוק בין נזיק

התביעה ההרחקה של הניקן מהחוק היות ששכר כעלמא שאפשר למחול עליו, דזה א"ל ל"י כלל כמשנ"ת, אלא הרשב"א ס"ל הכי ג' בחזקת השמישין. ובניקן מהני מחילה דהו כנותן הניקן להמזיק זכות להשתמש בחצי"ע ע"י שמחל לו על השמיש זה. ועל דרך שנתבאר לעיל דהוי כנותן לו זכות שימוש הנתח גפ' בחצי"ע ומיילא איך עליו איסור כמה שמזיק דזה נכלל בלחור מרשות זו דהו כמזיק ברשות [וא"ל לחור מרשות זו דהו כמשמיש שיש בו שויות, ועל דרך שא"ל לחור ממחילה בחזקת השמישין. ומאי דפליג' הרשב"א לעיל ו' ב' וכאן על ש"י הרמב"ם בחזקת השמישין אינו פליג על כך שמחילה מעלת. אלא ס"ל דאע"פ שמחילה מעלת מ"מ השתיקה היא רק אומדן שמחול וצריך טענה על טענת מחילה כמו על טענת מכירה. דהו לענ"ד האמת כשיי הרשב"א אם כי אפתי אין הבנה מדוע קרי להשמישין רק שעבוד, וכמו שהארכנו לעיל ו' א' להקשות דתשמישין הוי כשאלת קרקע ולא מהני מחילה לה, וצריך בהכרח לחזוק דכוחו הוא אחר התקני"ח דא"ל לחור מנחנה רשות ועל הדרך שנתבאר שם לעיל, אם כי קשה מאוד ל"י כן, דכל ראות הרמב"ם דארכא תקני"ח כו', היא רק מכה פשוטת הסוגיא דלעיל דף ו', ואחרי דהרשב"א מפ' שם דכעין טענה ונ"ש, וכמיש"ש בחידושינו, א"כ אין שום ראי' דתקנת חכמים דסני במחילה לתשמישין ומחילי תית' לומר כן אחרי שמדינא אינו כן. ועוד דלשון הרשב"א לא משמע דהוה מתקני"ח. וצ"ע.

שמוחל [ואין זה כהאומדנא דאמרינן דאם שתק ורליים לרוב שמכר, דאין זו ראי' גמורה ולכן בעינן גם טענה וכמבואר שם באורדן]. וכלי כביאור הגר"א קני"ה ל"ה ול"ו דלמ"ד וצריך בחי' השמישין ונזקין טענה דהו משום ולא מהני מחילה. דאי מהני מחילה תו א"ע טענה. וצ"ל דהרשב"א פליג ע"ז וס"ל דהשתקה היא רק אומדנא שמוחל ולכן בעינן גם לגבי המחילה שיטען כן. וצ"ע.

ומ"ש הרשב"א דהטעם דמהני מחילה משום דהו כמחילה השעבודין, צ"ע, שהרי בנזקי שכנים יש על המזיק איסור, ולהרמב"ם ורמב"ם וסיעתם הוא איסור אדם המזיק גמור, ולתוס' ושו"ת הרא"ש הוא דין מיוחד מדין דרכי נועם, אך ודאי דהו ג"כ איסור, ונ"ל הוא איסור מדאורחיה. ע"י מ"ש בזה לעיל כ"ב ב'. וכדאי במחילתו אינו יכול להחיר האיסור, רק כ"ז שנותן רשות אין המזיק עובר דהוי כמזיק את שלו, אך מאחר דפשיטא שלא נעשה חצר חכידו שלו במחילה בעלמא, ממילא כשחזור בו הניקן, ממילא חל מחדש האיסור. וממש כמו באומר קרע כסתי שיכול לחזור בו, ואין הבנה למ"ש דיש על הניקן רק שעבוד ממוך בעלמא על המזיק וכשמוחל פוקע השעבוד. וע"י משנ"ח לעיל ו' א' בדברינו על חזקה תשמישין שכתבנו דעת הרמב"ם דהוה תקני"ח שלא יוכל לחזור בו ממה שנתן רשות ובאמת שלשון הרשב"א לקמן כ"ח ב' לא משמע הכי, דכ' לדעת הרמב"ם והגאונים "שאלו הוציא ז"י על חצר חכידו כו' יכול הוא למחול לו שלא יסלק משם שאין זה כנותן קרקע אלא כמחיל על השעבודים" עכ"ל. ושם משמע מכל קישור דבריו שבוה מסכים לשי' הגאונים, דמכח סברתם כ' וולדידי קשיא לי אודבא איהו שפיר קא פריך כיוון דמשור תמועיד גמרת כו'". ולא כ' דקשייתו היא רק אל"כא דהגאונים דהוה עצמו פליג עליהם. ונ"ל מזה דמ"ש כאן הרשב"א דהוי כמחילה השעבודים, זה אינו דווקא בחזקת נזקין,

דהשתמיש בשל המזיק דאמרינן דאם שתק ורליים לרוב שמכר, דאין זו ראי' גמורה ולכן בעינן גם טענה וכמבואר שם באורדן]. וכלי כביאור הגר"א קני"ה ל"ה ול"ו דלמ"ד וצריך בחי' השמישין ונזקין טענה דהו משום ולא מהני מחילה. דאי מהני מחילה תו א"ע טענה. וצ"ל דהרשב"א פליג ע"ז וס"ל דהשתקה היא רק אומדנא שמוחל ולכן בעינן גם לגבי המחילה שיטען כן. וצ"ע.

ומ"ש הרשב"א דהטעם דמהני מחילה משום דהו כמחילה השעבודין, צ"ע, שהרי בנזקי שכנים יש על המזיק איסור, ולהרמב"ם ורמב"ם וסיעתם הוא איסור אדם המזיק גמור, ולתוס' ושו"ת הרא"ש הוא דין מיוחד מדין דרכי נועם, אך ודאי דהו ג"כ איסור, ונ"ל הוא איסור מדאורחיה. ע"י מ"ש בזה לעיל כ"ב ב'. וכדאי במחילתו אינו יכול להחיר האיסור, רק כ"ז שנותן רשות אין המזיק עובר דהוי כמזיק את שלו, אך מאחר דפשיטא שלא נעשה חצר חכידו שלו במחילה בעלמא, ממילא כשחזור בו הניקן, ממילא חל מחדש האיסור. וממש כמו באומר קרע כסתי שיכול לחזור בו, ואין הבנה למ"ש דיש על הניקן רק שעבוד ממוך בעלמא על המזיק וכשמוחל פוקע השעבוד. וע"י משנ"ח לעיל ו' א' בדברינו על חזקה תשמישין שכתבנו דעת הרמב"ם דהוה תקני"ח שלא יוכל לחזור בו ממה שנתן רשות ובאמת שלשון הרשב"א לקמן כ"ח ב' לא משמע הכי, דכ' לדעת הרמב"ם והגאונים "שאלו הוציא ז"י על חצר חכידו כו' יכול הוא למחול לו שלא יסלק משם שאין זה כנותן קרקע אלא כמחיל על השעבודים" עכ"ל. ושם משמע מכל קישור דבריו שבוה מסכים לשי' הגאונים, דמכח סברתם כ' וולדידי קשיא לי אודבא איהו שפיר קא פריך כיוון דמשור תמועיד גמרת כו'". ולא כ' דקשייתו היא רק אל"כא דהגאונים דהוה עצמו פליג עליהם. ונ"ל מזה דמ"ש כאן הרשב"א דהוי כמחילה השעבודים, זה אינו דווקא בחזקת נזקין,

דהשתמיש בשל המזיק דאמרינן דאם שתק ורליים לרוב שמכר, דאין זו ראי' גמורה ולכן בעינן גם טענה וכמבואר שם באורדן]. וכלי כביאור הגר"א קני"ה ל"ה ול"ו דלמ"ד וצריך בחי' השמישין ונזקין טענה דהו משום ולא מהני מחילה. דאי מהני מחילה תו א"ע טענה. וצ"ל דהרשב"א פליג ע"ז וס"ל דהשתקה היא רק אומדנא שמוחל ולכן בעינן גם לגבי המחילה שיטען כן. וצ"ע.

ומ"ש הרשב"א דהטעם דמהני מחילה משום דהו כמחילה השעבודין, צ"ע, שהרי בנזקי שכנים יש על המזיק איסור, ולהרמב"ם ורמב"ם וסיעתם הוא איסור אדם המזיק גמור, ולתוס' ושו"ת הרא"ש הוא דין מיוחד מדין דרכי נועם, אך ודאי דהו ג"כ איסור, ונ"ל הוא איסור מדאורחיה. ע"י מ"ש בזה לעיל כ"ב ב'. וכדאי במחילתו אינו יכול להחיר האיסור, רק כ"ז שנותן רשות אין המזיק עובר דהוי כמזיק את שלו, אך מאחר דפשיטא שלא נעשה חצר חכידו שלו במחילה בעלמא, ממילא כשחזור בו הניקן, ממילא חל מחדש האיסור. וממש כמו באומר קרע כסתי שיכול לחזור בו, ואין הבנה למ"ש דיש על הניקן רק שעבוד ממוך בעלמא על המזיק וכשמוחל פוקע השעבוד. וע"י משנ"ח לעיל ו' א' בדברינו על חזקה תשמישין שכתבנו דעת הרמב"ם דהוה תקני"ח שלא יוכל לחזור בו ממה שנתן רשות ובאמת שלשון הרשב"א לקמן כ"ח ב' לא משמע הכי, דכ' לדעת הרמב"ם והגאונים "שאלו הוציא ז"י על חצר חכידו כו' יכול הוא למחול לו שלא יסלק משם שאין זה כנותן קרקע אלא כמחיל על השעבודים" עכ"ל. ושם משמע מכל קישור דבריו שבוה מסכים לשי' הגאונים, דמכח סברתם כ' וולדידי קשיא לי אודבא איהו שפיר קא פריך כיוון דמשור תמועיד גמרת כו'". ולא כ' דקשייתו היא רק אל"כא דהגאונים דהוה עצמו פליג עליהם. ונ"ל מזה דמ"ש כאן הרשב"א דהוי כמחילה השעבודים, זה אינו דווקא בחזקת נזקין,

דהשתמיש בשל המזיק דאמרינן דאם שתק ורליים לרוב שמכר, דאין זו ראי' גמורה ולכן בעינן גם טענה וכמבואר שם באורדן]. וכלי כביאור הגר"א קני"ה ל"ה ול"ו דלמ"ד וצריך בחי' השמישין ונזקין טענה דהו משום ולא מהני מחילה. דאי מהני מחילה תו א"ע טענה. וצ"ל דהרשב"א פליג ע"ז וס"ל דהשתקה היא רק אומדנא שמוחל ולכן בעינן גם לגבי המחילה שיטען כן. וצ"ע.

ומ"ש הרשב"א דהטעם דמהני מחילה משום דהו כמחילה השעבודין, צ"ע, שהרי בנזקי שכנים יש על המזיק איסור, ולהרמב"ם ורמב"ם וסיעתם הוא איסור אדם המזיק גמור, ולתוס' ושו"ת הרא"ש הוא דין מיוחד מדין דרכי נועם, אך ודאי דהו ג"כ איסור, ונ"ל הוא איסור מדאורחיה. ע"י מ"ש בזה לעיל כ"ב ב'. וכדאי במחילתו אינו יכול להחיר האיסור, רק כ"ז שנותן רשות אין המזיק עובר דהוי כמזיק את שלו, אך מאחר דפשיטא שלא נעשה חצר חכידו שלו במחילה בעלמא, ממילא כשחזור בו הניקן, ממילא חל מחדש האיסור. וממש כמו באומר קרע כסתי שיכול לחזור בו, ואין הבנה למ"ש דיש על הניקן רק שעבוד ממוך בעלמא על המזיק וכשמוחל פוקע השעבוד. וע"י משנ"ח לעיל ו' א' בדברינו על חזקה תשמישין שכתבנו דעת הרמב"ם דהוה תקני"ח שלא יוכל לחזור בו ממה שנתן רשות ובאמת שלשון הרשב"א לקמן כ"ח ב' לא משמע הכי, דכ' לדעת הרמב"ם והגאונים "שאלו הוציא ז"י על חצר חכידו כו' יכול הוא למחול לו שלא יסלק משם שאין זה כנותן קרקע אלא כמחיל על השעבודים" עכ"ל. ושם משמע מכל קישור דבריו שבוה מסכים לשי' הגאונים, דמכח סברתם כ' וולדידי קשיא לי אודבא איהו שפיר קא פריך כיוון דמשור תמועיד גמרת כו'". ולא כ' דקשייתו היא רק אל"כא דהגאונים דהוה עצמו פליג עליהם. ונ"ל מזה דמ"ש כאן הרשב"א דהוי כמחילה השעבודים, זה אינו דווקא בחזקת נזקין,

דהשתמיש בשל המזיק דאמרינן דאם שתק ורליים לרוב שמכר, דאין זו ראי' גמורה ולכן בעינן גם טענה וכמבואר שם באורדן]. וכלי כביאור הגר"א קני"ה ל"ה ול"ו דלמ"ד וצריך בחי' השמישין ונזקין טענה דהו משום ולא מהני מחילה. דאי מהני מחילה תו א"ע טענה. וצ"ל דהרשב"א פליג ע"ז וס"ל דהשתקה היא רק אומדנא שמוחל ולכן בעינן גם לגבי המחילה שיטען כן. וצ"ע.

ומ"ש הרשב"א דהטעם דמהני מחילה משום דהו כמחילה השעבודין, צ"ע, שהרי בנזקי שכנים יש על המזיק איסור, ולהרמב"ם ורמב"ם וסיעתם הוא איסור אדם המזיק גמור, ולתוס' ושו"ת הרא"ש הוא דין מיוחד מדין דרכי נועם, אך ודאי דהו ג"כ איסור, ונ"ל הוא איסור מדאורחיה. ע"י מ"ש בזה לעיל כ"ב ב'. וכדאי במחילתו אינו יכול להחיר האיסור, רק כ"ז שנותן רשות אין המזיק עובר דהוי כמזיק את שלו, אך מאחר דפשיטא שלא נעשה חצר חכידו שלו במחילה בעלמא, ממילא כשחזור בו הניקן, ממילא חל מחדש האיסור. וממש כמו באומר קרע כסתי שיכול לחזור בו, ואין הבנה למ"ש דיש על הניקן רק שעבוד ממוך בעלמא על המזיק וכשמוחל פוקע השעבוד. וע"י משנ"ח לעיל ו' א' בדברינו על חזקה תשמישין שכתבנו דעת הרמב"ם דהוה תקני"ח שלא יוכל לחזור בו ממה שנתן רשות ובאמת שלשון הרשב"א לקמן כ"ח ב' לא משמע הכי, דכ' לדעת הרמב"ם והגאונים "שאלו הוציא ז"י על חצר חכידו כו' יכול הוא למחול לו שלא יסלק משם שאין זה כנותן קרקע אלא כמחיל על השעבודים" עכ"ל. ושם משמע מכל קישור דבריו שבוה מסכים לשי' הגאונים, דמכח סברתם כ' וולדידי קשיא לי אודבא איהו שפיר קא פריך כיוון דמשור תמועיד גמרת כו'". ולא כ' דקשייתו היא רק אל"כא דהגאונים דהוה עצמו פליג עליהם. ונ"ל מזה דמ"ש כאן הרשב"א דהוי כמחילה השעבודים, זה אינו דווקא בחזקת נזקין,

כ"א. כעניין ספק בהרחקה נזקין.

(א) ע"י בהגר"א ס"י קנ"ה ס"ק ח'. והנלע"ד כוונתו, לולא שאינו כדאי, דהנה הקי' האחרונים מדוע בספק ממוך אזלינן לקולא, הוא איכא ספק איסור גזל, וכי בקוה"ס א' ס"ק ו' דאיסור גזל הוא תוצאה של החין. דהיינו

דהשתמיש בשל חכידו ס"ס אינו יחזר מהחזיק. וכן מוכח מהפרישה קנ"ה סעי' ס"א שפי' דמ"ש הטור דמכירה צריכה קניין סודר דהו היכא "דלא קובל עדיין דמי המכירה" עכ"ל, וכדאי מיי"ר שהתחיל להשתמש ועדין לא שילם, דאם לא התחיל להשתמש ונגם לא שילם אכתי אין כאן מאומה. וכן משמע גם מלשון הפרישה דסתם דכל שלא קובל עדיין דמי המכירה בעינן קניין סודר. ומשי"ש עור דכמחל הניקן הוי כקדם המזיק בהיתר באינה עשויה לבורות, דהו כדברי הקצה"ח בסק"טז. וצ"ע דאם יחזור בו תו הוי כעשוי לבורות ולשי' רש"י לא מהני. ופטעם זה לחוד לא סגי, וכמשי"כ רבינו עצמו בסד"ה ומהאמור, דלפ"ז במחילה לחוד, ואפי' בקניין, יכול הניקן לחזור בו כ"ז שלא התחיל המזיק להשתמש. וע"ע ח"י הגורש"ש ס"י א' רס"ק ג' מה שהק' על הקצה"ח. ומשי"ש עוד החזו"א בסס"ק ה' דשייד בזה קניין כמו בנותן רשות לפתוח חלונות, צ"ב שרימיהו בסתם לחלונות דבאמת אינו דומה, דבחלונות אף למ"ד שמוחל לסמוך מדין מזיק יכול בעל החצר לעכבו מלהשתמש באוויר מדין גזל משא"כ בשאר נזקין דאין זה שימוש בחצר הניקן השוה ממוך מצד עצמו, וכל שוויו הוא רק משום שיכול הניקן למונעו, וכמשנ"ח לעיל.

(ז) וע"י ח"י רשב"א כאן, שכמחילה דהו שי' הרמב"ם והגאונים דס"ל בתוך נזקין דמהני כהו חזקה דא"ע טענה, וכן לעיל ו' ב' הסכים לדעת דכ"י דאפי' לנזקין דל"ל דבריו הכי' דכ"י הריב"ם דאפי' לנזקין דל"ל חזקה מהני מחילה מפורשת וכ' ז"ל "ונראין דבריו דאין זה אלא כעין שעבוד ומחילה השעבודין אינן צריכין קניין כדאמרי' בקידושינו [ט"ז א'] גבי עבר עברי גופו קניו דאי לא תימא הכי לימא ל"י באפי תרי זילי, עכ"ל. וע"י לקמן כ"ח ב' במשי"ש דטעם הרמב"ם וסיעתו דאחרי דמהני מחילה תו א"ע טענה דשתקת הפעלים הוא ממש כאלו אמר להדיא

דהשתמיש בשל חכידו ס"ס אינו יחזר מהחזיק. וכן מוכח מהפרישה קנ"ה סעי' ס"א שפי' דמ"ש הטור דמכירה צריכה קניין סודר דהו היכא "דלא קובל עדיין דמי המכירה" עכ"ל, וכדאי מיי"ר שהתחיל להשתמש ועדין לא שילם, דאם לא התחיל להשתמש ונגם לא שילם אכתי אין כאן מאומה. וכן משמע גם מלשון הפרישה דסתם דכל שלא קובל עדיין דמי המכירה בעינן קניין סודר. ומשי"ש עור דכמחל הניקן הוי כקדם המזיק בהיתר באינה עשויה לבורות, דהו כדברי הקצה"ח בסק"טז. וצ"ע דאם יחזור בו תו הוי כעשוי לבורות ולשי' רש"י לא מהני. ופטעם זה לחוד לא סגי, וכמשי"כ רבינו עצמו בסד"ה ומהאמור, דלפ"ז במחילה לחוד, ואפי' בקניין, יכול הניקן לחזור בו כ"ז שלא התחיל המזיק להשתמש. וע"ע ח"י הגורש"ש ס"י א' רס"ק ג' מה שהק' על הקצה"ח. ומשי"ש עוד החזו"א בסס"ק ה' דשייד בזה קניין כמו בנותן רשות לפתוח חלונות, צ"ב שרימיהו בסתם לחלונות דבאמת אינו דומה, דבחלונות אף למ"ד שמוחל לסמוך מדין מזיק יכול בעל החצר לעכבו מלהשתמש באוויר מדין גזל משא"כ בשאר נזקין דאין זה שימוש בחצר הניקן השוה ממוך מצד עצמו, וכל שוויו הוא רק משום שיכול הניקן למונעו, וכמשנ"ח לעיל.

(ז) וע"י ח"י רשב"א כאן, שכמחילה דהו שי' הרמב"ם והגאונים דס"ל בתוך נזקין דמהני כהו חזקה דא"ע טענה, וכן לעיל ו' ב' הסכים לדעת דכ"י דאפי' לנזקין דל"ל דבריו הכי' דכ"י הריב"ם דאפי' לנזקין דל"ל חזקה מהני מחילה מפורשת וכ' ז"ל "ונראין דבריו דאין זה אלא כעין שעבוד ומחילה השעבודין אינן צריכין קניין כדאמרי' בקידושינו [ט"ז א'] גבי עבר עברי גופו קניו דאי לא תימא הכי לימא ל"י באפי תרי זילי, עכ"ל. וע"י לקמן כ"ח ב' במשי"ש דטעם הרמב"ם וסיעתו דאחרי דמהני מחילה תו א"ע טענה דשתקת הפעלים הוא ממש כאלו אמר להדיא

דהשתמיש בשל חכידו ס"ס אינו יחזר מהחזיק. וכן מוכח מהפרישה קנ"ה סעי' ס"א שפי' דמ"ש הטור דמכירה צריכה קניין סודר דהו היכא "דלא קובל עדיין דמי המכירה" עכ"ל, וכדאי מיי"ר שהתחיל להשתמש ועדין לא שילם, דאם לא התחיל להשתמש ונגם לא שילם אכתי אין כאן מאומה. וכן משמע גם מלשון הפרישה דסתם דכל שלא קובל עדיין דמי המכירה בעינן קניין סודר. ומשי"ש עור דכמחל הניקן הוי כקדם המזיק בהיתר באינה עשויה לבורות, דהו כדברי הקצה"ח בסק"טז. וצ"ע דאם יחזור בו תו הוי כעשוי לבורות ולשי' רש"י לא מהני. ופטעם זה לחוד לא סגי, וכמשי"כ רבינו עצמו בסד"ה ומהאמור, דלפ"ז במחילה לחוד, ואפי' בקניין, יכול הניקן לחזור בו כ"ז שלא התחיל המזיק להשתמש. וע"ע ח"י הגורש"ש ס"י א' רס"ק ג' מה שהק' על הקצה"ח. ומשי"ש עוד החזו"א בסס"ק ה' דשייד בזה קניין כמו בנותן רשות לפתוח חלונות, צ"ב שרימיהו בסתם לחלונות דבאמת אינו דומה, דבחלונות אף למ"ד שמוחל לסמוך מדין מזיק יכול בעל החצר לעכבו מלהשתמש באוויר מדין גזל משא"כ בשאר נזקין דאין זה שימוש בחצר הניקן השוה ממוך מצד עצמו, וכל שוויו הוא רק משום שיכול הניקן למונעו, וכמשנ"ח לעיל.

(ז) וע"י ח"י רשב"א כאן, שכמחילה דהו שי' הרמב"ם והגאונים דס"ל בתוך נזקין דמהני כהו חזקה דא"ע טענה, וכן לעיל ו' ב' הסכים לדעת דכ"י דאפי' לנזקין דל"ל דבריו הכי' דכ"י הריב"ם דאפי' לנזקין דל"ל חזקה מהני מחילה מפורשת וכ' ז"ל "ונראין דבריו דאין זה אלא כעין שעבוד ומחילה השעבודין אינן צריכין קניין כדאמרי' בקידושינו [ט"ז א'] גבי עבר עברי גופו קניו דאי לא תימא הכי לימא ל"י באפי תרי זילי, עכ"ל. וע"י לקמן כ"ח ב' במשי"ש דטעם הרמב"ם וסיעתו דאחרי דמהני מחילה תו א"ע טענה דשתקת הפעלים הוא ממש כאלו אמר להדיא

קודם מבררים מה דין המשפט בממון זה, ואחרי שנקבעה הפלולת עפ"י כללי המשפט שנחנה התורה"ק, אז מי שתופס ממון זה שלא עפ"י אותם כללים עובר על איסור גזל. ומי שלוקח עפ"י משפטי התורה, והו מותר לו לצעות לבחילה ומכירתו שעפ"י המשפט הוא שלו לא נאמר בזה איסור גזל, אע"פ שבמציאות הממון בספקי, ולכן מאחר שבמשפטי התורה"ק ספק ממון הוא קולא לנתבע, א"כ מאחר שהנתבע מחזיק בו עפ"י הוראת משפט התורה הו הותר גמור [וכמדו] שכ"כ גם בשע"י ריש שער ה' ואינו תח"י כעת].

וכברכ"ש סי' ט"ז ס"ק כ' כ' בדעת הגר"א דהו דווקא בגזל. אבל לגבי נזקין ואבידה ומתנות עניים ובכור, מלבד דין ממון שיש בהם יש בהם גם עונש שמים דומי אקרקפתא דגבוא [וע"ש סי' ט"ז שהביא בשם הגר"ח דאם הספק הוא אם הוא של חברו אז נקרא ספק ממון, אבל אם הו' הוא אם חייב לשמייים אז נקרא ספק איסורא]. וכ' גבי כל הנז' ל"ד לגולה דכל דין דעושה איסור הוא ג"כ רק ע"י התביעה, ואם החידה התורה ממילא אין כאן שם גזל, אבל גבי נזיקין ואבידה ומתע"ש ובכור ל"ש לומר דהתורה החריה כל דין מזיק לעניין לבחילה בתורה ודאי, על כן יש לספק זה דין איסור ואולתו לחומרא, ורק דהו סו"ס מילי דממונא הוא, לכן אם הוא בחזקת פטור אז אולתו לקולא, וכי' אבל אם הספק הוא לעניין להזיק לחבירו לבחילה, אז יש בו גם עונש שמיים בחפצא דהו' ממנו, ע"כ לא דיינינן בה דין ספק ממנו לקולא, אלא אם כבר עשה דצדק להוציא מחזקתו הו' אז הו' ממון לקולא, אבל אם לא העמיד עדיין אז א"צ להוציא מחזקתו דהו' בא עמה להזיק אולתו בה לחומרא כס' איסוריק. עכ"ל. וע"ש מה שהאר"י עזר.

ובעניינותי קשה לי להבין עומק כוונת רבינו זצ"ל, דאם יש בזה סי' איסורא להזיק, מה מועיל שכבר עשה להחזיר הספקי, וכפרט בתנור של נחזומין, דגם אח"כ הו' גזר דילי' כל פעם שמדליק התנור, ומה החזיר הספק איסורא דאיכא בכל פעם שמדליק. **(ב)** וע"י בחולין קל"ד א' שהקי' אביי מדוע בעיטה דספק נעשית משנתגזיר ספק נעשית משלא נתגזיר חייב, ומאי שנוא מפרה דמספק בכה"ג פטור, ומי דחלה היא ספק איסורא ולכן אולתו לחומרא, וכפרה הוא ספק ממונא ולקולא, ומבואר דלעניין איסורא לא אולתו בהר חזקת הפטור, וע"ש ברש"י ד"ה חלה דכ' דמשום האיסור לא סמכינן אחזקה, משא"כ לגבי מתע"ש דהממנה"ה, וע"כ מדוע לא סמכינן אחזקה, שהרי בכל איסורין סמכינן אחזקה, ומה שהחזיק רש"י איסור מיתה וכתו אינו ל"י דמשום חומרתם החמירו בהו חכמים, שהרי בככור בהמה סמאה לא הוכיח כן, ויש להקי' ע"ז עוד ואכ"מ, ע"כ נר' דרש"י חזכור איסור מיתה רק כדי לבאר האיסורא דאמר"י בגמ'. **ודגלעני"ד** דאין זו חזקה דמעיקרא לפטור, שהרי חזקת הגוף דהפדה דנשחטה אחרי גירוחו, דלאו דווקא חזקת פטורא קאמר, אלא שאין חזקת חיוב, והו' ספקי.

וער"ן נדרים ד' א' ד"ה ולעניין כ"י שכ' להוכיח מסוגיא דחולין דכמו שבפדה בספק פטור מתתע"ש, כך יש לפסוק לקולא בספק יד לצדקה, וככל ספק ממון עניים, וכן בספק מע"ד כדאיבת בימא ה' כ' והו' דספק לקט לחומרא זהו רק משום דהו' בחזקה חויב, ומוכח דכפרה אינו משום דמוקמינן אחזקה דמעיקרא דפטורה דא"כ ליהא לראיית תרי"ן משם [ולשון רש"י שכ' דלא סמכינן אחזקה, ומשמע דחזקה מיהא הו', ע"כ], וכ' דאם כס' ממון עניים הו' דין ספק איסורא, ה"י יכול לחלק ביין פרה ללקט כמו שמתלק בין

חלה לפרה, דספק איסורא לחומרא, ולדעת הברכ"ש באמת איכא ספק איסורא אף בפרה, רק החילוק דהיכא שהוא מוחזק וצריך להוציא ממנו לא מוציאין אע"ג דאיכא סי' איסורא, כיוון דסי"ס הוא מידו דממונא, ולפי"ז לא יתכן מ"ש חר"ץ שה"י יכול לחלק דבלקט הו' סי' איסורא וכפרה סי' ממונא, שהרי גם בלקט בעיטה"כ מוחזקי, דהחטיין נמצאים בשדהו, ואם כפרה איכא סי' איסורא וכל הטעם דלא דיינינן ל"י לחומרא רק משום שהו' מוחזק, א"כ גם בלקט כן.

ג) ולולי דמסתפינא הו' אמינא דכאמת גם בנזקין ומתנות ואבידה ובכור וכל כיו"ב האיסור נקבע אחרי דיני המשפטים וממש כמו באיסור גזל, דאחרי שמוחלת עפ"י משפטי התורה מי יהא הבעלים רק מי שעובר על המשפט הו' גזול, אבל מי שמחזיק מספק כהמשפט אין בו סרך גזל כלל כיוון שעושה כד"ן, וה"ה בכל הנז' דינים החלויים בממון, דקודם נקבע הדין עפ"י משפטי הממון שנחנה התורה"ק ורק העובר עליהם עובר על האיסור, ותתנוג על פיהם אין בו סרך איסור כלל, ולכן במתנות כיוון דהממנה"ה אינו עובר על דין מתנות, והו' דאמרינן דקמה בחזקת חיוב אין הכוונה לחזקה מעיקרא דחיוב לקט, שהרי בפרה כנגד זה אין הכוונה חזקת פטור דמעיקרא כמשנ"ח לעיל, ועוד דודאי אין כאן מקום לחייב בלקט משום חזקה דמעיקרא, דאין שום שייכות לחזקה דמעיקרא לקבוע אי הנז' חזרי הנגמלים נפלו בשעת קצירה או שלא בשעת קצירה, ועוד דאי הו' חזקה דמעיקרא אמאי הוצרך לפסי' ע"י ורש חזקה דמעיקרא במפר' המשניות ילפתות נוספה לזה, דאין נר' ל' דהו' גילוי מילתא בעלמא, אע"ג דהו' פסי' מהקבלה וע"ש, [ולעניין מ"ש דגם איסור מזיק הו' כאחריא גזל, לגבי איסור מזיק שו"ד דמוכח כן לחדיא לעני"ד, דהנה לגבי מזיק לא נתפרש הלאו שבו, ובכור רסי' שע"ד כ' דגלמד מלאו דגזל ונגיבה, וסי"ל דהאיסור בגזל

יטודו אינו רק משום שהוא משתמש בממון חבירו, אלא משום שמונע מחבירו להשתמש בשלו, והו' איכא גם בגזל שמבטל רשות חבירו ובעלתו, ומאחר שרורש האיסור נלמד מגזל, ולא נאמר בזה איסור בפני"ע, א"כ הכרח כמז' שבגזל האיסור נקבע רק אחרי משפט הממון, ואם הדין דמספק נשאר אצלו אין בזה גזל כיוון שעושה כד"ן, א"כ הכרח כן גם לגבי איסור מזיק שלגזל ממנו, וכדכרח בספק דהו' מותר, אם זהו ספק שמדין ממון מקולין כו, ומה שמספק אין להחזיר לו שפירו הלך וחזיק זהו משום דכוח לא חשיב נתבע מה שהניק כופרו לשמור פרתו ואין הדין המשפטי של קולא לנתבע, דאין הניק בא להוציא ממנו מאומה כמה שכופרו לשמור נזקן מספקי, אלא להיפך מונע מהמזיק להוציא ממון מהניקי, דההיק חשבו כהוצאת ממון כמש"כ בטר, ודברי הטור הם לכאוי הירבה על מ"ש הכרכ"ש וע"ש, ואחרי שד"מה הגר"א מתנות ושאר דינים למזיק מוכח דגם בהם כך הו', ואחר וכן ראינו מ"ש הקה"י ריש כ"ק בעניין האיסור להזיק, והביא שם ראיות דאיכא איסור דאורייתא להזיק, וע"ש שכ' דגלמד מדין השכת אבידה, ולעני"ד לשון הטור מוכח דגלמד מגזל, וכן מוכח מהמרדכי שהביא הב"ח חו"מ ל"ד אות י"ב שכ' דמזיק ע"מ לשלם הו' חמס, ודין חמס כידוע הוא בגזל ע"מ לשלם דמין, ומבואר דהשווה מזיק לגזול, וע"ש שם באור"ן.

ודגלעני"ד דמהפסי' ע"י ורש הצדיקן לצינן דהו' כמו דאמרי' רכאומו איני יודע אם לוחצי פטור, אך איני יודע אם פועתי חייב, כיוון דודאי נחתיב וספק פלע אין ספק פוערן מוציא מיד חזקת חיוב דאיית, והו' ה"י שייך ל"י גם במתנות כהנה, ולזה ה"י רכא, דהך ילפתא שייכת רק היכא דודאי מחוייב במצוות לקט, אז שייך ללמוד מהפסי' דחיוב המצווה הו' כודאי חייב ממון וספק פלע [וכלא הילפתא דהו' לא שייך ל"י כן שהו'

מלכבד, א"כ כעת הוא תפוס ויע"ע באורך כבי"מ ר' ב"ן.

ודע"פ הגר"א "אבל הרמב"ם סובר דווקא להציאו מחזקתו כגון שכבר עשה כו" דווקא כשהמזון תפוס אצלו, אז נאמר הד"ן דהמע"ה וחשיב כשלו, אך זה כרוך דכשאר המזון תפוס אין ע"ז הד"ן דהוי של הנחבע. שהרי אם התובע יוכל לחקות ולחטפו ממנו, בע"כ אין לנחבע שום זכות כממון זה מלבד תפיסתו בו. ולכן כאשר המזיק עדיין לא הניח תשלמו סמור למיצר, או שעוד לא עשה תנור של נחזמתן, אכתי אינו תפוס בהמש"ש וזה. דה"י דהקרקע שלו, מ"מ אין שום נידון על גוף הקרקע, והד"ד הוא על החמש"ש לחוד, שלניקן יש זכות לכסלו, ולמזיק זכות להשתמש, ומספקינן זכות מי חגיגבר. וכ"י שאין המזיק משתמש אינו תפוס בשוויות הממון ששוות החמש"ש. וממילא אע"פ שהוא הנחבע, אין כאן הד"ן המשפטי של הממע"ה. שלהרמב"ם ד"ן זה נאמר רק על מי שתפוס, ולא על כל מי שנתבע אע"פ שאינו תפוס. ונהי דאיסור מזיק הוי ממש כמו איסור גזל, שנתבע רק אחרי החלטה הד"ן המשפטי, כאן אין שום ד"ן שהממון שלו, וממילא מספק אין שום היתר להתיק. משא"כ כעשה כבר המזיק, מכיוון שהממון כאן הוא החמש"ש עצמו, והוא מחזק בן, הוי ככהן שתפס, וכעת הד"ן שהממון שלו כ"ז שהוא תפוס בו. ואחרי שכל ד"ן הממון ממילא אין איסור מזיק כיוון שעושה כד"ן.

והרא"ש ס"ל כהנ"ל דה"ל מוציאין מידו. דלא רק התפיסה מוציאה לחשיב הממון כשלו, אלא כך הד"ן דפוסקים קולא לנחבע, והוי שלו לא רק משום תפיסתו, וממילא לאו כל כמיני' דהכה"ן לתפוס משלו. וה"ה כאן כיוון שהמזיק חשיב נחבע, ממילא זכות החמש"ש שלו מספק, אע"ג דאינו תפוס בה. שהרי גם הניקן לא תפוס בה, ולכן מותר לי להחליף להשתמש.

כסדי תנן וכדאיתא בסעי' י"ח וע"ש בבבא"א, רש"י הויתר כמש"ת דזוכה המזיק בשלו מספק. וכסעי' ג' ומי"י מספק קום בעל האוצר, דג"כ זוכה מספק בקרימתו. ואע"ג לכתובותיה ודאי הוי מזיק ולמשנית נ"י דה"ה אך היכא שהספק רק בקניין וכדנודן שהביא בחו"א ב"ב י"ג סק"י בשם תשו' הרשב"א וע"ע ויע"ע בזה לקמן על דברי הגר"ע"א.

ו) והא דדעת הרמב"ם לאסור לכתחילה ולהתיר רק בדיעבד, כ' הגר"א דהנה דעת הרא"ש דכיוון שהוא ממונה אוליין לקולא וכמבואר בר"ן נודים וכמש"ת לעיל כעודשי"ת "אבל הרמב"ם סובר דווקא להוציא מחזקתו וכתן שכבר עשה וכמש"ש בחולין כו', וכפ"ק דיומא (ח' ב'), וכן כס"י בכור המע"ה, וכן כאן שבא להזיקו עכ"ל. ומד"ל אבל הרמב"ם סובר דווקא להוציא מחזקתו כו' משמע דהרמב"ם מודה דכל הנך דינם כד"ן ממונות דאמרי' ספיקו לקולא, רק דס"ל דאמרי' הממע"ה רק כשכבר עשה.

וע"י בהג"א יו"ד שט"ז סק"כ שביאר דעת הרמב"ם בכל ספק ממון בש"ס דמהני תפיסת הכע"ד מספק, וכה"ן דתקפו כהו דמספ הרמב"ם אין מוציאין מידו. וה"ה לכל ספק ממון. ומבואר דדעת החו"ס דס"ל דה"ל מוציאין מידו, וה"ה לכל ספק ממון דתפיסה מספק לא מתי, א"כ בע"כ הא דקיי"ל הממע"ה וספק ממון קולא לנחבע, הכולנה דמספק הד"ן דמספק שיד לנחבע, וממילא כשתופס אח"כ התובע משל הנחבע הוא תופס, והוי גזלן וצריך להחזיר. אך להרמב"ם דיכול התובע לתפוס מספק בע"כ אין הד"ן דהמע"ה קובע דהוי ממון גמור של הנחבע, אלא קובע רק דתפיסת הממון מוציאה לתופס שיהא נחשב כשלו, אך זהו מכה תפיסתו לחוד, וכשהצב"ד תופס, יכול הוא להשתמש בממון כשלו, כיוון דרק התפיסה הוציאה לנחבע, ולא ה"י לו זכות כממון זה

שוויות וחל הקניין. ואחרי שהתנדן כאן על ממון, דהחמש"ש הוי ממון, ממילא הד"ן מספק ממון דהוי קולא לנחבע. ואע"ג דהמזיק חשבו כמשתמש ברשות הניקן, וכמש"ת לעיל גבי חזקת תשלומין, וא"כ יש להשאיר רשות הניקן בחזקתו מספק, והו דווקא לענין קניין, שמה שצריך לקנות כרי להחזיר הניקן, הוא חלק החמש"ש הנעשה בחצר הניקן [ורק זה מה שמעכב עליו מלהזיק. ומה שנעשה ברשות עצמו ודאי אין שום צורך לקנות כרי להחזיר הניקן]. אבל כאן, מאחר שא"א להשתמש בלי להזיק, ואם מספק נאסור עליו להשתמש יפסיד המזיק תשלומי חצירו, מאחר דהחמש"ש במציאות נעשה רק בחצר המזיק, והחמש"ש שבחצר הניקן מצד עצמו אין לו שום שוויות [וכמוכח מרשב"א י"ז ב' ד"ק בשימוש החלון באורי החצר יש לשימוש שוויות ויכול בעל החצר למונוע מודן גזל, משא"כ בשאר תשלומין], וכל שוויו מודן גזל, משום שבעלד"ד לא יוכל המזיק להשתמש בחצר עצמו, לכן כאן מאחר שהחמש"ש השווה ממון הוא בחצר המזיק, והניקן תובע לבטל החמש"ש, חשיב המזיק נחבע, ומספק זוכה בחמש"ש חצירו, וממילא נכלל בזה גם ההזיק ברשות חכירו, דאין לומר שמספק לא יזכה בזכות בחצר ממון מצד עצמה, רק מכה הד"ק יכול הניקן למונוע המזיק להשתמש בשלו [וזה לחוד מה שגורם לשוויות ההשתמשות בחצר הניקן].

והבא מספק אינו יכול דחשיב כמוציא ממון כיוון שהחמש"ש שווה ממון, ואחרי שאינו יכול תו אין שום שוויות לחמש"ש הד"ק שנעשה בחצר הניקן, שהרי המזיק יכול להשתמש בשלו גם בלא זה, והבן [ואע"ג דעל המזיק לשמור עצמו, ואין תביעת הניקן שלא יזיק חשיבא הוצאת ממון. מ"מ כאן מה שמחכיל תשלומי הוי הוצאת ממון דור"ק]. (ד) וע"י בבבא"א ש"כ דהה שייך ב"ן באיכבייא דאן סר כסיד תנן או נסד

אע"ג דוראי חייב בלקט, והו רק מה שנפול בשעת קצירה, ואם ספק נפל שלא בשעת קצירה אין כאן חיוב ממון דור"ק אבל היכא דאיכא ספק אי חל חיוב המצוה לא שייך ד"ק ילפוטא. ובצדקה ג"כ איכא ספק אי כמע"ה אלא יש חיוב צדקה, אע"ג דהגבירא ודאי מחוייב, מ"מ אין החיוב חל על כל ממונו. משא"כ בלקט דהחיוב חל בודאי על כל הקמה ליתן מה שיפול ממנה בשעת קצירה.

ואח"כ חיפשיה ומצאתי בעודשי"ת בחו"א יו"ד ז' סק"י שזכינו לכיוון לדעתו דהחכה בעודשי"ת, ע"ש ש"כ בקוצר לשנון הזהב ממש ככל אשר נחבאר לעיל. ויעוויין גם בחו"א כ"ב י"ג סק"י ש"כ דמאחר דמחזיקין להחליק כל פעם התנור אע"ג דהוי גירי בהכרח אין בזה ספק איסורא. וסבדה הברכ"ש דה"י איסורא מחכיל כשהוא מחזק בממון דה"י, איסורא מחכיל כשהוא מחזק בממון לא זכיתי לעני"ד להבין.

ד) ומ"ש בברכ"ש דבהכרח ניקקן לא זמי לגזל, דלא יתכן שאם יש ספק אי מחוייב בשמירתו שווה נחיי לו להחליף לא להניח לשוור לילך ולהזיק, ג"ז בעניוהי לא הבנתי עומק דעת מרן, שהרי כבי"ג גם מצד המשפטים אין לו רשות לעשות כן. דהד"ן רק דכ"י ממון אמרי' קולא לנחבע, אבל הכא שספק אי שוויו נכלל בדין שמירתו על"ד אינו נחבע מאומה, ואין כאן שום ד"ן משפטי להחיל עליו מספק, וממילא כיוון שאסור להזיק, אסור גם מספק.

וברה"ק ניקקן לא זמי לספק אי שוויו חשיב מזיק. דכשור אין שום שוויות ממון שיכול לזכות בה מספק, שהשוות להזיק אינה הנאה השווה ממון, ולכן גם לא שייך בזה קניין. אך נזקן דפרקין מיירי שמשתמש בחצירו. ועיקר פעולתו היא תשלומי לצורך עצמו ולא הניקן. ולכן אי לא חשיב מזיק זוכה בזכות להשתמש ברשות. ולעיל נחבאר דמהו עצמא יכול לקנות הרשות להזיק בחצר חכירו דהוי מידו דהנאה שיש לו

מלכדה, איכ כעת היא תפוס ויע"ע באורח
 כבי"ג ו' ב'].

ועי"ע הגר"א "אבל הרמב"ם סוכר דוקא
 להוציא מחזקתו כגון שכבר עשה

כר"י ודוקא כשהמזון תפוס אצלו, אז נאמר
 הדין והמעמ"ה והשיב כשלו, אך זה ברור

דכשאר המזון תפוס אין עי"ז הדין דהוי של
 הנתבע. שהרי אם התובע יכול לחזקו ולחטפו

ממנו, בעי"א אין לתבע שום זכות כממון זה
 מלבד תפיסתו בנ. ולכן כאשר המזון עדיין לא

הניח תשמישו סמוך למיצר, או שעוד לא עשה
 תנור של דהקרקע שלו, מי"מ אין שום נידון על

זה. ונדי דהקרקע שלו, מי"מ אין שום נידון על
 גוף הקרקע, והדו"ד הוא על התשמיש לאחר,

שליניק יש זכות לבטלו, ולמזיק זכות
 להשתמש, ומספקין זכות מי חזקב. וכ"ז

שאר המזיק משתמש אינו תפוס בשוויוח
 המזון ששוה התשמיש. וממלא א"ע"פ שהוא

הנתבע, אין כאן הדין המשפטי של המפע"ה.
 שלארמב"ם דין זה נאמר רק על מי שתפוס,

ולא על כל מי שנחשב א"ע"פ שאינו תפוס. ונדי
 דאיסור מזיק הוי ממש כמו איסור גזל, שנקבע

רק אחרי החלטת הדין המשפטי, כאן אין שום
 דין שהמזון שלו, וממלא מספק אין שום

היתר להזיק. משא"כ בעשה כבר המזיק,
 מכיוון שהמזון כאן הוא התשמיש עצמו, והוא

מוחזק בו, הוי כהן שתפס, וכעת הדין
 שהמזון שלו כ"ז שהוא תפוס בו. ואחרי שכן

דין המזון ממלא אין איסור מזיק כיוון
 שעושה כדן.

והרא"ש ס"ל כחוס דתי"כ מוציאין מידו.
 דלא רק התפיסה מועלת להחשיב

המזון כשלו, אלא כך הדין דפוסקים קולא
 לנתבע, והוי שלו לא רק משום תפיסתו,

וממלא לאו כל כמיני' דהכדן לתפוס משלו.
 וה"ה כאן כיוון שהמזיק חשיב נתבע, ממילא
 זכות התשמיש שלו מספק, אצי"א דאינו תפוס
 כה. שהרי גם הניקין לא תפוס בה, ולכן מותר
 לי לכתחילה להשתמש.

כסיד תנו וכדאיחא כטי' י"ז ועי"ע כבהר"ג,א,
 דשם התייר כמשנ"ח דזוכה המזיק בשלו

מספק. וכטי' ג' דמיירי מספק קדם בעל
 האוצר, דגי' זוכה מספק בקרימתו. ואצי"ג

דבתורוייהו ודאי הוי מזיק. ולמשנ"ח נר דה"ה
 אף ה"כא שהמפק רק בקניין וכהנודן שהביא

בחז"א כ"ב י"ג סקי" בשם תשי' הרשב"א
 ועי"ע [ועי"ע בזה לקמן על דברי הגרע"א].

ו) וראו דעת הרמב"ם לאסור לכתחילה
 ולהתיר רק בריעבד. כ' הגר"א

דהנה דעת הרא"ש רכיוון שהוא ממונה אוליך
 לקולא וכמבואר בר"ן נודים וכמשנ"ח לעיל

בשהשני"ת "אבל הרמב"ם סוכר דוקא
 להוציא מחזקתו וכוון שכבר עשה וכמשי"ש

בחולין כו', ובפי"ק דיומא [ח' ב'], וכן כס'
 ככור המע"ה, וכן כאן שבא להזיקו" עכ"ל.

ומד' אבל הרמב"ם סוכר דוקא להוציא
 מחזקתו כו' משמע דהרמב"ם מודה דכל הדין

דינם כדן ממונות דאמרי' ספיקו לקולא, רק
 דס"ל דאמרי' הממע"ה רק כשכבר עשה.

ועי' כהר"א יו"ד שטי"ז סקי"כ שביאר דעת
 הרמב"ם בכל ספק ממון בש"ס דמתי

תפיסת הבע"ד מספק, וכדן דתקפו כהן דמפק
 הרמב"ם אין מוציאין מידו. וה"ה לכל ספק

ממון. ומבואר דדעת החוס' דס"ל דתי"כ
 מוציאין מידו, וה"ה לכל ספק ממון תפיסה

מספק לא מהני, אי"כ בעי"א הא דקיי"ל
 הממע"ה וספק ממון קולא לנתבע, הכוונה

דנפק הדין דמספק שיין לגמרי לנתבע,
 וממלא כשתופס אח"כ התובע משל הנתבע

הוא תופס, והוי גזלן וצריך להחזיר. אך
 להרמב"ם דיכול התובע לתפוס מספק בעי"כ

אין הדין דהמעמ"ה קובע דהוי ממון גמור של
 הנתבע, אלא קובע רק תפיסת המזון מועילה

לתופס שהוא נחשב כשלו, אך זהו מנה
 תפיסתו לחוד, וכשהבע"ד תופס, יכול הוא
 להשתמש בממון כשלו, כיוון דרק התפיסה
 הועילה לנתבע, ולא ה"י לו זכות כממון זה

שוויות והל הקניין. ואחרי שהנודן כאן על
 ממון, דהתשמיש הוי ממון, ממילא הדין בספק

ממון דהוי קולא לנתבע. ואצי"ג דהמזיק חשוב
 כמשתמש בלשון הניק, וכמשנ"ח לעיל גבי

חזקת תשמישין, וא"כ יש להשאיר רשות הניק
 בחזקתו מספק, והו דוקא לעיין קניין, שמה

שצריך לקנות כדי להחזיר הניק, הוא חלק
 התשמיש הנעשה בחצר הניק [ודק זה מה

שמעכב עליו מלהזיק, ומה שעושה ברשות
 עצמו ודאי אין שום צורך לקנות כדי להחזיר

ההזיקן. אבל כאן, מאחר שא"א להשתמש בכל
 להזיק, ואם מספק נאסר עליו להשתמש פסיד

המזיק תשמיש חצירה, מאחר דהתשמיש
 במצאות נעשה רק בחצר המזיק, והתשמיש

שבחצר הניק מצד עצמו אין לו שום שוויוח
 [וכדמוכח מרשב"א י"ז ב' דק בשיימוש

החלון באורי החצר יש לשימוש שוויוח וכו'ל
 בעל החצר למונעו מדין גזל, משא"כ בשאר

תשמישין]. וכל שוויו הוא רק משום שכלע"ז
 לא יוכל המזיק להשתמש בחצר עצמו, לכן

כאן מאחר שהתשמיש השווה ממון הוא בחצר
 המזיק, והניק תובע לכסל התשמיש, חשיב

וממלא נכ"ל בזה גם הדין ברשות חבירו,
 דאין לומר שמספק לא זכה בזכות בחצר

חבירו, דאמור זכות זו אין בה שום שווי
 ממון מצד עצמה, רק מנה הדין יכול הניק

למונע המזיק להשתמש בשלו [וזה לחוד מה
 שגורם לשוויות ההשתמשות בחצר הניקין].

והכא מספק אינו יכול דחשיב כמוציא ממון
 כיוון שהתשמיש שווה ממון, ואחרי שאינו

יכול חו אין שום שוויות לתשמיש הדין
 שעושה בחצר הניק, שהרי המזיק יכול

להשתמש בשלו גם בלא זה, והבו [ואצי"ג רעל
 המזיק לשמור עצמו, ואין תביעת הניק שלא

יחוק חשיבא הוצאת ממון. מי"מ כאן מה
 שמתבטל תשמישו הוי הוצאת ממון ודוקין].
ה) ועי' כהר"א שפי' דזה שיין כין
 באיבעיא דאו סד כסיד תנן או וסד

שנפל
 בשעת קצירה, ואם ספק נפל שלא בשעת
 קצירה אין כאן חיוב ממון ודאין אבל ה"כא

דאיכא ספק אי חל חיוב המצוה לא שיין הך
 לפתא, וכצדקה ג"כ איכא ספק אי במענה

אלא יש חיוב צדקה, אצי"ג דהגבירא ודאי
 מחוייב, מי"מ אין החיוב חל על כל מונעו.

משא"כ בלקט דהחיוב חל בוראי על כל הקמה
 ליתן מה שיפול ממנה בשעת קצירה.

ו) ואר"כ תפסתי ומצאתי בעושהשני"ת בחז"א
 יו"ד ז' סקי" שזכינו לכוון לדעת

הרחבה בעושהשני"ת. עי"ש שפי' בקוצר לשונו
 הזרב ממש ככל אשר נחבאר לעיל. ועי"ז גם

בחו"א כ"ב י"ג סקי" שפי' החנור אצי"ג דהוי גזי'
 להדליק כל פעם החנור אצי"ג דהוי גזי'

בהכרח אין בזה ספק איסורא. וסברה הברכ"ש
 דה"ס איסורא מתבטל כשהוא מוחזק בממון

לא זכיתו לעי"ז להבין.

ד) ומ"ש כברכ"ש דכהכרח נזיקין לא דמי
 לגזל, דלא יחכ שאם יש ספק אי

להניח לשוור לילך ולהזיק, גי"ז בעניותו לא
 הכנה עומק דעת מדין, שהרי ככד"ג גם מצד

המשפטים אין לו רשות לעשות כן. דהדין רק
 דכ"ס ממון אמרי' קולא לנתבע, אבל הכא

שספק אי שוור נכ"ל כדן שמרחתו על"ד אינו
 נתבע מאומה, ואין כאן שום דין משפטי להקל

עליו מספק, וממילא כיוון שאסור להזיק, אסור
 גם מספק.

וכהר"ק נזקין לא דמי לספק אי שוור
 חשיב מזיק, דכשור אין שום

שוויות ממון שיכול לזכות בה מספק, שהרשות
 להזיק אינה הנאה השווה ממון, ולכן גם לא

שיין בזה קניין. אך נזקין דפרקין פיריי
 שמשתמש בחצירו. ועיקר פועלתו היא

תשמישו לצורך עצמו ולא הניק, ולכן אי לא
 חשיב מזיק זוכה בזכות להשתמש ברושות.
 ולעיל נחבאר דמהו טעמא יכול לקנות הרשות
 להזיק בחצר חבירו דהוי מדי' דהנאה שיש לו

והכתן הוא הנובע והישראל מוחזק, מותר להרמב"ם לתפוס כיוון שברור שעל שה זה הל מספק, ומאחר שדאי יש לו בו דרד"מ, מותר לתפוס כיוון שתפיסתו גורמת שעכשיו הוא יהא הבעלים. ובתוס' כתובות, נהי דלהתוס' בתקפו כהן לא להני תפיסה דהו משום שהתם מספק נפק הדין שהוא של הנתבע גם כשאינו תפוס ביד הנתבע, והנתבע הוי בעלים גמור ולא רק מכה תפיסתו, ממילא אין תפיסת הנתבע מפקיעה בעלותו, ולכן אם תפס צריך להחזיר. אך בנדרון דכתובות, ס"ס יש לאשה שטר, וכדאי ראי לה לפרוע שטרה אף מספק, רק דמספק ידה על החתונה אבל לא רלית לה מירי. ולכן יש לה כח לתפוס ולא מוציאין מידה. אך מה דלכתחילה אסור לה לתפוס, זהו משום דאין הספק על ממון מסויים, שבו יש דרד"מ לשני הצדדים. אלא הספק הוא על איזו מהג' תקנות מהני שטרה, ואין לה דרד"מ על א' מהן, וכשתופסת אותה יתכן דכלל לא זו היא שנתמכרין בשטר. וכזה הוי כמשנ"ג לעיל, דבכר שיש דרד"מ, וכספק בכור להרמב"ם, תפיסתו של הנתבע היא ממילא עושה את בעלותו. ודאי יש לו זכות לתפוס מכה הדרד"מ דאית לי ב"י. אך כאן מכיוון שאין לה דרד"מ דוקא בתקנה זו אין עצם תפיסתה מהני לעשוה כעלים. דאין לה זכות לתפוס כיוון שאין לה דרד"מ, וזיל הכא קא מדחי לה וזיל הכא קא מדחי לה. רק אחרי שתפסה באיסור, ממילא נולד מהו דאנו יכול להבוע מדה כיוון דס"ס יש לה שטר, ואין דבר פחות מזה שיכול לומר שהחזיר כיוון שידה על החתונה. והו נולד רק אחרי שהיא כבר תפוסה, ובעת תפיסתה עצמה, דהיינו כשמוכרת, עוברת מספק על איסור גזל [ואין זה כמש"כ בכרכ"ש, ובתומים שהביא בקה"ס א' ר', שהתורה החירה ספק איסור גזל כמו שהחירה ספק ממזר. ודאי ה"כא שיש ספק איסור גזל אסור מספק וכמ"ש בשע"י ריש שער ה']. רק בדי"כ ליכא ספק איסור גזל

שהרי באיבעיא דסד כסיר או בחנות של נתמכרין וכיו"ב יש רק ספק אי יש לו תביעה הרחקה. וגם אם הוא מוחזק אכתי צ"ב מאי שנא מקמפי כהן, דגם שם הישראל מוחזק, ואפ"ה לא חשיב שעובר על ספק איסור גזל בתפיסתו. ויתכן החילוק דבתקפו כהן מכיוון דעצם תפיסתו היא גופא עושה שהיא הממון שלו, אין כמעשה התפיסה ספק איסור גזל, דנהי דכ"ז שלא תפס הוי הממון של הישראל, מ"מ תפיסת כהן ומה שעושה שלו כאין כאחד ממש, שעצם התפיסה עושהו שלו. משנ"כ כמותין, דגם כשהוא בעלים על התשמיש ס"ס הוא מוזיק, רק דהבעלת מולידה הוה להזיק, ואין זה ככגול דהתפיסה והיור איסור גזל הם דבר א' ממש ואין שום חילוק ביניהם ואין שום רגע שעובר על ספק איסור גזל, דכמותין צריך קודם שיהא שלו, ורק אח"כ נולד מזה שמותר לו להזיק. ונהי דזה נעשה מיד אבל מ"מ יש לומר דבעת ובעתה אחת עם מה שתופס עובר על ספק איסור מוזיק, ורק לאחר שנשלמה בעלותו נולד מזה ההיתר גם להזיק, וצע"ע.

וע"י תוס' כתובות פ"ג ב' ד"ה רב אשי כתי וכמהרש"א שם [וע"י משנ"ג כזה בכרכ"ש שם ליישב המהרש"א כפשוטו, ודלא כהחז"א שם שפ"י בע"א]. ומבואר דלאביי דהבעל חשיב מוחזק דייש לו בודאי תקנ"ה על נכסי אשתו בני דברים לעכב מכירתה ולאכול פירות ולירש, והיא יש לה שטר שכי' לה דר"ד אין לי בכס"יך, ויש ספק לאיה זכות כיוון, וכאן להוציא מספק הפחות שבכרכ"ש, כתבו החוס' דלכתחילה אין לה למכור מספק אצ"פ שמכירה היא הפחות שבכרכ"ש. רק דבדעיבד אם מכרה מכרה קיים, ואינו יכול לעכב דס"ס זהו הפחות שבכרכ"ש ולכ"פ את זה יכולה להוציא מכה שטרה.

וע"פ אמאי לכתחילה אינה יכולה למכור. וכפשוטו הטעם משום שעוברת על ספק איסור גזל. ויש לחלק דבתקפו כהן אצ"ג ודאי דרבי הגר"א צ"כ דהביא מחולין ומא ובכור דהיכא שכבר עשה אין מוציאין מחזקתו, ואח"כ כ' וכן כאן שבא להזיקו, דהיינו דכב"ג שאינו בחזקתו אז אסור מספק. וצע"ק לשונו שכי' "וכן" וכללן בחדיא מחתא. (ז) וע"י בחז"א י"ג סק"י שהק' מה איסור יש לתפוס כיוון דזוכה בתפיסתו ואי תקפו כהן אין מוציאין מידו משמע דרשאי לתפוס. וכ' דאפשר דנויקין דקודם שעשה חשיב הניק מוחזק. ואינו רשאי להזיקו. ולענ"ד קשה לי שיהא הניק חשיב כמוחזק

כיוון דמשפט הממון דספיקו שייך לנתבע ומאחר דכן המשפט אין בזה כלל ספק גזל דאיסור גזל הוא רק כשעושה דלא כהמשפט אך בנדרון דכתובות, כיוון דאף מצד המשפט אין רשות לתפיסתה מספק. והיא המוציא ולא המוחזק, ולא נאמר על"י ריך הממעה"ה, וממילא חל על"י גם איסור גזל מספק]. אמנם באמת דכל דברינו כס"ק זה רחוקים ממכר האמת, ולא נהי שישתנה הדין בחילוק רק כ"כ, ויש לחלק בע"א דכספק בכור הנדרון הוא רק על הממון המסופק וכתיפתו נעשה שלא ולכן מותר לתפוס לכתחילה, אך כאן הנדרון על ממון ששייך לחבידו בודאי, דהיינו כחלק חבידו שניזוק, ונ"י אנו מספיק, ושמא להרמב"ם אף כספק בכור אסור לכת"י לתפוס, וצע"ע רב ונע"י מה שנכתוב עוד בדברי הגר"א אלה אי"ה ככ"מ כ"ה ב' בעניין ספק היונות, ובסוגיא דתקפו כהן].

(ח) ע"י בקונטרס דנויקין מהרצ"ק, הובא בשו"ת שלו סי' קנ"א, כסוף דבריו שכי' ולענין הלכה יש לעיין מי נקרא מוחזק בעניינים אלו כר'. והביא משו"ת הרשב"א דכספק אי מהני קניין לקוטרא הדין דלכתחילה לא יעשה, ואם עבר ועשה אין מחייבין אותו להחזיק. וכאור הגרע"א הטעם דלכתחילה לא יסמוך "אף דעושה הכל בשלוי, מ"מ כיוון דבא לחדש דבר נקרא מוציא ועל"י לכר"י ואם כבר סמך הוי המוזיק מוחזק.

ולשיתטתו כ' דבעשן שאינו תדיר דהוי ספיקא דרבנותא לכתחילה יכול המוזיק לעשות. והטעם ברור דהוכא דהוא ספק א מקרי מוזיק או שאינו מוזיק כלל, בזה ודאי אין להחשיב הניק מוחזק. כיוון דהמוזיק עושה בשלוי, והניק אין זה ודאי כלל שהזו אכן ניזק, ומחייב חיות שיהא מוחזק. ורק היכא שהוא ודאי ניזק י"ל דמאחר דהוא ניזק ומן הראוי שתהא לו זכות למחות, והמוזיק בא לחדש דבר לאפוקי מונחת זו הוי הניק מוחזק אצ"ג דהמוזיק עושה בשלוי. ודמי להא דאיתא

כ"ד ב'. רש"י בסוף דעמי ד"ה בשלמא.

נ"ר דרש"י מפ" ג"כ כמוד"ה קשיא. דאם לא ה"י קתני נ' אמה ה"י מפ"ש אביי דסיפא דברייתא מ"י"י בגו"ן שאינו קבוע ולכן קתני כ"ד שלא יזיק. והשתא דקתני נ' אמה מוכח דשפיר י"ל דשלא יזיק מה טעם קאמר, וכמ"ש בתוס', וק"ל.

כ"ה ב'. תרד"ה עני.

נ"ר דהתוס' לא פ"י כמ"ש בהג"ה דס"ל דה"י כשה"י שאינה עש"י לכוונה, וש"י לסמוך כור. וכוונתם דה"י כאילו בכל פעם דר"י"ק שומשמי ה"י עניין חדש ולא המשך תשמישם שעשו מקודם. ולכן מה שהתחילו מקודם אינו סמוכה דאינו התחלת תשמיש דהשתא אלא עניין בפפ"ע, וק"ל.

כ"ז א'. תרד"ה זקתא כ"ו.

(א) קולית התוס' דלחייב משום אש וכוה לא מצריך ר"י שיהא גייר דיל"י, דהכיב דהדבר המזיק הולך ומזיק אצל הכיור וכמו אס"מ שנפלו מראש גגו זהו חייב אש שהי"בה תורה וחייב ככל גזונא [שהרי אס"מ] אינם גיירי דיל"י, ורק הזכא שהדבר המזיק נשאר ברושותו וכמו גפת וכיו"ב, ורק המזימות מחמת אצל הכיור, דכפ"ג כיוון דאינו הולך לשל הכיור לא ה"י כמו אש שהי"בה תורה רק כזה צריך להגיע לכך שיהא גייר דיל"י כדי לחייב הרחקה ל"י יוסי [וכן לרובן רק דהם ס"ל דגם מה שאינו גיירי ממש רק שגששה מכה מעשהו נחשב כמו גיירי דיל"י] וכמשנ"ה באריכות במ"ש לעיל כ"ב ב' עינ"ש הי"טב. ותר"צ דאש ה"י רק כשעושה לבדו הדבר המזיק ומנחתו במקום שהורה תורה יכולה להיעפו אל הנזיק. ובה חידשה תורה דחשב כאילו הוא זקן בעצמו על הנזיק. אך הזכא אם לא היהת רוח כלל וה"י לזקת רקתא חזוק כ"ד על כב"א לא ה"י נזוקים כלל כיוון שה"י

במחילה כמו כל חזקת תשמישין, וה"ה שחולעל מחילה להשתמש ביונים בחצירו אע"ג דמזיקין אצל שבנו, דה"י הנזק אצל הכיור כמשממש בשלו לצורך יוניו וכמשנ"ה לעיל. מ"מ על הורעונים לא מהני מחילה כלל, דמחילה תקנו חכמים שתועיל על תשמיש של הכיור, אך לקנות גוף חפץ של הכיור ל"ש"ע לא מהני מחילה אף מתקנת"ה, ולכן בעינן הזכא טענה שקנה משכניו זכות אכילה הורעונים. ועי"ש מ"ש כזה בתוס' ר"י.

כ"ח ב'. תרד"ה ודאי כ"ו.

ע"י מהרש"א. ונ"י דס"ל דעוברי דרכים לא חשיבי רובא, דאי"ן זה מבורר כמה עוברי דרכים אינא דאית להו יונים. ומספקין רק כאלה שבערו כאן בזמן קורב שלא מה הגזול ולא ככל העולם. וחזק ל"י אמה ה"י של מוציא מספק דלית בהו סימן, ולא דמי למ"ש תוס' ד"ה חזק ונע"י דכ"ים חשוכים כזה כתי' הגורש"ש ס"י ח"ן. ואע"ג דבדל"כא הכרעה רוב אולין כתר קורבא אף דלא מוכח, מ"מ לא שייך כאן חזק ל"י אמה לזיל כתר קורבא, דקורבא שאינו מוכח ה"י רק הכרעה בין ב' מקומות. והכא לא מבורר מקומם של העוברי דרכים ולא שייך להכריע מדין קורבא שאינו מוכח. אך חזק נ' שפיר אזלינן כתר קורבא דמוכח [דהשתא אכתי לא אסיק לאוקמי במדדה], וחזק נ' ה"י משום קורבא דמוכח, וכ"י אמה מליא כוסייהו. דקורבא דמוכח אינו רק הכרעה בין ב' מקומות אלא הוא סברא דמתכא נפל.

ועי"ש כתי' הגר"ע"א כאן, ונתקשיתי טובא בדבריו הקי' ואח"כ מצאתי שזכיתי לכיוון כשהדשי"ת למש"כ כזה בשערי יושר שע"ר פ"ט. וכן מצאתי בתוס' ר"י דמבאר כן ודלא כהגר"ע"א. ולא ה"י כדברי מה לחדש יזתר ממ"ש בשע"י, על כן השמטתים, ויעו"ש בירור הי"טב כסוגיא.

דהניק אינו מחזק וזהו טעם אחר ממ"ש הגר"ע"א.

ועי' ברמב"ם ספ"א משכנים שכי' דבניקין שאין להם חזקה, אם החזיק המזיק וטעין שקנה לא מהני חזקתו. והנ"ר בפשטות דזה דווקא היכא דמן הדין איך ספק שיש לניקן זכות להרחיקו, והספק הוא רק אי קנה או לא, כזה ה"י ככל קניין קרקע דכ"ז שאין ראי' על הקניין נשאר בחזקת המוכר, אם לא שהחזקת הלקוח [וכמש"ש הרמב"ם בה"ן]. אך אם יש ספק בדין אם יכול הלקוח לחבוט הוחקה או לא, כזה דה"י המזיק מחזק. וכ"כ שם במ"מ, ע"ש. ויש לדקדק הי"טב ככל אופן של הסתפקות אי דמי לספק לגבי הקניין או לספק בדין ועי"ש רב.

כ"ט א'. אר"ם וא"ת ר"ז ז"א טוענין לזקתא ומטענין לזירש.

ע"י ח"י רשב"א שהוכיח מכאן דחזקת נזיקן בעינן טענה, דאם מהני כלא טענה אע"י ולעני"ד י"ל לדעת הרמב"ם דמהני חזקה סבלנות, לפי משנ"ה לעיל דחז' נזיקן ה"י חזקה תשמישין וכאלו זוכה בתשמיש הנחת גפת בחצר הכיור. וזה כרוך דאם יש לו רשות להניח גפת ככלל זה גם ההי"ק, דהוא חלק מהתשמיש. וכשוכר חצר הכיור לנפת, ודאי איך לעכב עליו משום רמזיק הכתלים, ונזקין אינו שלו, דלה השכיר לו. אך אם הכיור הניח לו להכניס יונים לחצירו אכתי איך זה מחזיר לו לגזול וזעוני הכיור להניח ליוניו לאכול מהם. וכמבאר ברמב"ם פ"ו מהל' גזילה ה"ש [ועי"ש בה"ן] דביונים איך זה משום מזיק לחזר אלא חשיב כגזול על הזעים שמאכיל בהם יוניו, ובהו כדור דגם אם יש לו רשות להניח יוניו בחצר הכיור צריך לקנות מלכד זאת גם מה שאוכלות זעוני הכיור שלא יהא גזול עליהם. ונהי דהרשות על שימוש היונים בחצר נקינת

בכתובות פ"ג ב' דהבעל חשיב מחזק כיוון שדאי יש לו תקי"ה בכסי אשתו, והיא באה לאפקי מתביעתו חשיבה מוציאא אע"ג דגוף הונסים שלה.

וכמו"ן שסברא זו אינה מחזרת כ"כ דלא דמי ממש להם, דהתם בודאי איכא תקי"ה והיא באה לאפקי מוכותו שנתנו לו חכמים מנה השטר [וגם שם הטי"ז ס"ל דהיא המוחזקת]. וכאן איך המזיק בא להוציא מוכח הנייקן לחבוט הדיקה, ע"י דבר חיצוני המבטל זכות הנייקן. אלא כמו שיש לניקן זכות הרחקה יש גם למזיק זכות להשתמש בשלו. ובמקומות שקבעו חכמים דזכות המזיק ערופא, וכו"ן בקדם חנות של נחמומין, וכר"ב, איך זה כמוציא מוכות הכיור ע"י שטר, אלא שזוכה בקרימתו בשלו וממילא תו אינו מזיק. אך הגר"ע"א הוכיח כן מהרשב"א.

ולעני"ד צ"ע, דאם כהנכת הגר"ע"א בהרשב"א דהניקן חשוכ מחזק,

קשה כיצד בריעבד מהני עשיית המזיק, דה"י קיי"ל כהתוס' דתקפו כהן מוציאין מדין, והכא מה שעושה המזיק, ומוציא מחזקת הנייקן, ה"י ממש כתקפו כהן דחופס מחזקת הכיור בלא טענת כ"י או שאר החורים, והדין דמוציאין מדין. ולפי"ז כתבנו לעיל דכאמת איך הנייקן מוחזק כלל, ואעפ"כ להרמב"ם אסור לכתחילה לסמך משום ספק איסור מזיק וכמשנ"ה. ולפי"ז איך מקום לחלק בין ספק בעיקר המזיק, לזדא מזיק וספק איכא איתר דקרימה.

ובדברי הגר"א משמע יותר כמשנ"ה לעיל ודלא כהגר"ע"א, שכי' דטעמו של הרמב"ם כ"יוון דמה"ה נזיקין אסור אזלינן לחזרה כ"י. ולדברי הגר"עק"א אינו משום דאסור דאורייתא לחזרה, אלא משום דתמטע"ה ותמזיק חשיב מוציא, ומקמינן בחי' הנייקן דיכול למונעו. וכן מ"ש הגר"א בהמשך "אבל הרא"ש סובר אע"ג שהוא מדאורייתא כיוון דמילי דממונא אזלינן לקולא כ"י. ולגהר"ע"א צ"ל בדעת הרא"ש דס"ל

דבר שאין בו שום כובד וכה לחזיק. ולכן גוף הרקמא לא חשיב מוזיק כלל. משא"כ שלדבת או אבנו סכינא ומשאן שאם הי' זורקין בידי היז מייקין שיש להם כובד וכה לחזיק בנופן. ורק בצירוף מה שיש רוח המשיב הרקמא בחזק נעשה הרקמא למוזיק [ש"י] דרבינו הם כלשון הרשב"א הובא בשמ"ד ד"ה אבל כ"י ע"ש].

(ב) וחידוש המורה דאשו משום חצי לא בא לחדש דכל מה שעושה כסויע

הרוח נחשב כמעשה. אלא רק הולכת המוזיק ע"י הרוח נחשב כמעשה, אך מה אין ללמוד דהפרדת מין מהגניעין או יצירת לדבה נמויק וכ"י"ב דעושה והרוח מסייעתו שיהחשב למעשהו. רק מה דחייבה תורה חזרה בשבת אע"ג דהרוח מסייעת להפרדת המין מהגניעין, סברה הגמ' כ"י"ב ללמוד דכל מעשה שעושה כסויע הרוח נחשב כמעשה שלו, ודוחה דה דווקא לעניין שבת כיוון דנתקיימה מחשבתו ומלאכת מחשבת אטרה תורה מחייב על כוותו שיופד המין אע"ג דלעולם לא הי' מעשה בעצמו המעשה כד"י [ועי' ביאור הלכה בס"י ש"י"ט דהביא מס' אלפי מנשה דבבל מלאכות שבת חייב הינא דנתעבדה מחשבתו כסויע הרוח].

ובבגן ג"כ ס"י דבלא רוח נכבה מיד ואין בו ממש כלל, ואין בו כדי לחזק מצד עצמו, ורק מה שהרוח מעיפתו ככה על האדם, זה מחדש בו את הכח לחזק, והוי כרקמא. ומתוך דכיוון דניתח ל"י דלדיל מכה ככה ועף חזק מחמת המכה עד שאם הי' פוגע אז כבאדם הי' מוזיקו גם כלא רוח. ואחרי שהיא מוזיק חייב עליה גם כשנשארת אח"כ הרוח. אך ברקמא לא מכה כ"כ חזק שתעוף באופן שמהירות מעופה מחמת מכתי גרום שיהא לה כח לחזק גם כלי רוח.

ודמה הגמ' ידעה כבר תי' החוס', והתובעים שבאו לקמי' דרבינא סברי לאסור אציג דהוי כליבה ולכתו הרוח, דס"ס נהי דפסול מתשלומין ככה"ג מ"מ גרום לחזיק, וגרמא

בנויקין אסור, ואם הגרמא נעשית ע"י גירי דל"י חייב להחזיק. וכמבואר לעיל כ"כ ב' דגרמא דגירי אסור ל"י, ותי' רבינא דוח לא חשיב גירי כיוון דזיקא הוא דקא ממטי לה.

(ג) וע"כ כתי' רבינא, שהרי מה שמוסר דבר להלכת הרוח, בזה חידשה תורה

דאשו משום חצי, ואין זה חידוש דווקא בחיוב אש אלא גם בנפשות חייב משום רצח בכה"ג, ובכ"כ דנחשב חצי משום רצח דהוא רק גרם ליצירת המוזיק ולא עשאו כד"י, ומש"ה פסור מתשלומין, מ"מ אותו מוזיק שגורם ליצירתו, מה שהוא מוסר לרוח שתעפוי מדין אשו משום חצי הי' כדורקו כד"י"א ו"כ בהכרח גרם החיבה נעשה ע"י גירי דל"י. ולמה זה דומה לליבה שלהבת באופן שאין בו כדי ללכותה והרוח סייעה ללכותה כל צרכה, ואח"כ זרק השלהבת כד"י על הכדור [אמנם בזה ודאי חייב, דכמה שנטל כד"י השלהבת המלוכה לזרקה הי' כעשה את כל המזיק, אך כנ"ד אין לחייב משום הך כיוון שהולכת המוזיק נעשית מאל"י ע"י הרוח ובלא מעשיו, אך דל מהכא מה שנתחייב משום אש ולו יצויר דנשאר גרמא, מ"מ פשוט דהוי גרמא ע"י גירי"].

ועי' חז"א כ"כ י' ס"ק א' שמשום שהוקשה לו דבר זה ביאר דמה שהחשיכו רבינא

כאנו גירי דל"י אינו משום שהרוח מולידתו, דזה כאמור אשו משום חצי, אלא הטעם שאינו גירי הוא משום דהרוח נשתתפה ביצירת המוזיק [ע"ש בסוף הזיבור הראשון שבי' יורבינא סבר דל"י לא מקרי גירי, כיוון דלא חייל עליה שם מוזיק אלא בשיחתו הרוח"].

אלא שלפי' החז"א אין הבנה לקושיית החוס' הנמ"ל ומעורבלי. דשם הנמ"ל והעורב הי' מוזיק גמור. וע"ש בחז"א מה שתי' בעורבין ברוחק גודל, ולדברי קושיית החוס' הנמ"ל נשארה תמורה, וסיום דברי

החוס' הי' סתירה גמורה לפירושו, ע"ש שעמד ע"ז בעצמו.

(ד) והגלעני' דכרמא את שום הכרח דאשו משום חצי ידא גם גירי

לל"י. עי' חוס' סנהדרין ע"ז א' ד"ה סוף שכתבו להדיא דאף אס"מ שפסלו כראש גמר ח"י אשו משום חצי. ואם כשמוניין ליכא רוח ואח"כ כבא רוח ומפילתן הי' ממש דומיא דשולשי אלן, וכדנאי לא הי' גירי ולאן מהחיא שעתא אשתכח הדיקא. ובחז"א בעצמו כ' כאן דאס"מ לא הי' גירי. וללעני"ד טעם הדבר דהנה נמבאר לעיל כמ"ש בדין כ"ב ב' בעושה"ה, והכאנו כן כשם הגר"ח הובא בכרכ"ש ס"י י"ג וי"ד, דהינא שאינו עושה מעשה או פשיעה לילך לחזק של חבירו לא חשיב מוזיק כלל, אף שלכסוף צומח ממעשהו נוק להכירו. וכדמשמע מפ"י המיזחם לרבינו גרשום. וכאש, אע"פ שמוליקה להשתמש בחזק שלו, מכיוון שעושה דבר שדרכו לילך ולהזיק, ואינו מונע את אפטרותו לילך, עשיית המוזיק חשיב כעושה להכנס בשל חבירו כיוון שמוזיק זה שעושהו דרכו לילך לשל חבירו. והינא שעיקר מעשהו הוא לעשות לחזק של חבירו בזה הי' מוזיק כלל שייכות אם הוא גירי דל"י או לא. ולכן אס"מ כשמוניין על הגמ', עצם הנחתן הי' כמעשה להכנס לשל חבירו כיוון שדרכו ככך.

ויש לעיין כסוגיין דאחר שחירצו החוס' דרקמא לא הי' אש גמור אלא כליבה

ולכתו הרוח דהוי גרמא, ע"ע מה הועילו בחירוצם, דהיי' גם גרמא אסור כמו מוזיק ממש, וכל החילוק רק דפסול מתשלומין. וא"כ כמו שהקשו מעיקרא ולחייב משום אש, כך קיימא קושייתם גם לחירוצם, דממש כמו שסבדו שיתחייב משום אש, ד"י ויסי לא מחזר במקום דאורייתא, א"כ לחירוצם יאסר משום גרמא אש. דלגרום אש איסורו ממש כמו אש שלא ע"י גרמא.

המוזיק הי' המעשה לילך לחזק משי"ח כמשי"ח לעיל. אך אחרי שחירצו דהוא לא עושה המוזיק בעצמו אלא רק גרום שיווצר מוזיק, גרמא זו כבר אינה נחשבת כמעשה לילך לחזק של חבירו. שהרי עצם נפיקו כרמא, או לברי אש בכירתו הי' מעשה שעיקר צורתו להעשות בחזק שלו. ורק מכיוון שהמוזיק שעושה דרכו לילך חשיב כעושה בשל חבירו. אך כשרק גרום להעשות מוזיק שפיר מחשבינן נפיקו הכרמא כעושה מעשה שעיקר צורתו להשאר בחזק שלו. וכוה נפיק מגור מוזיק, ורק אם היא גירי אז מה שהוא גירי החשיבו כעושה לחזק של חבירו. להרמב"ן מדאורייתא ויהא אדם המוזיק גמור. ולהתוס' לענין שיאסר מדין שכיבם, וגם בגירי לא יהא אדם המוזיק. וכמשנת' לעיל כ"ב ב', יע"ש היטב.

ודמה מה שאשו משום חצי מחשיב הדבר זהו רק כרוך דמה שנועשה מכותו ממש. אמנם זה כרוך דמה שנועשה מכותו ממש אם הוא רק תוצאה צדדית של מעשהו ולא עיקר המעשה, אכתי יחשב מעשהו כעושה לחזק שלו ולא להכנס לחזק של חבירו. דהנה ברך כ"ה ב' לגבי פאפי יונאה מבואר בתוס' דהנך עצורי שמכין על השומעמין לא הי' אדם המוזיק, שהרי מתי קיימתם בהותר גם לחזיק אחרי שבא הנייק. וכע"כ אין בהם משום אדם המוזיק דאורייתא. והטעם דאינם מכיב כמכתשיהם כאפדנא אלא מכיב בשומעמין שהן בולשותם. וא"כ עיקר מעשיהם אינו מכוון לילך לחזק של חבירו אלא מכוון לחזק שלו, ולכן לא הי' אדם המוזיק ומה שזעזוע הקרקע מנדנד האפדנא, זהו אינו עיקר מעשיהם אלא דבר צדדי הנצמח ממנו. ואין בו כדי להחשיב כל המעשה כליילך לחזק של חבירו. ורק משום שנוק צדדי זה הוא גירי דל"י שכיבם להחוס' הניירי לאסור משום דין שכיבם להחוס' ומבואר דאף כשהחזיק לחבירו נעשה כד"י

אלא כפי"כ הטעם דאיכא גם כותו ממש. ומ"ש דגרמא אטור צריך לומר הכונה דילפינן מזה שמה שהורה מסייעת אין זה מפי' המעשה לחלוטין מאיסור נזיקין, אלא מהא שאטור מטעם גרמא ילפינן דשפיר מתייחס אל העושה, וחשוב מוזיק. ואם כן הבא דאיכא כותו, וכותו הוי גזירה, נלמד דסיוע הורה לא נכסל שנחשיבו ככותו לעניין איסורו. והטעם דפליג רבינא על מבריא ומריר יתאר אי"ה לקמן על תרד"ה מאי ע"ש.

(ח) וקושיית חוסי' מנמי' ומעורבין דרב יוסף.
הנה אם ה"י שם סולם בתוך חצר חבירו, או מניח שם דם, יתכן וה"י מתחייב משום מעמיד בהמת חבירו על קמת חבירו, ע"י כ"כ ג"כ ב' וכחוס' נכרש"א שם [ועתוס' כ"כ כ"כ א' ד"ה אשון]. והתנן דכא לא דמי דהוי רק גרמא ואכמ"ל. אך הכא מעשה הנהגה הסולם הנהגה הזו בתוך שולן מכיוון שמשתמש בשולו אין זה מעשה פשעה [וכמבואר לעיל על דף כ"ב ב.]. רק דחזיק הכפי"ח הוי גזרי' דמעשיו [ונהי דלדחוס' שם אין המעמיד בהמת חבירו הוי אדם המזיק, זהו משום דלא ברר היקיקא, אך ודאי הוי אדם המזיק ע"י גרמא]. ומאחר דאין ההיקיק הלך מכוחו הוי כרקתא דזיקא ממש לה. ומתצייסי דכנמי' ממטי הנמי' כרדים כמ"ש בתוס' שאנ"י' הובא בשמ"ק, וסגי בתחלת הלכת ההיקיק כדי שיהא גזרי' כמ"ש בתוס' ריש פרקין. וכעורבין ה"י ר"י דערין מרות, דרוח כח אחר מעורב כהן צ"ל כ"כ, וכתמ"ס על כח אחר מעורב כהן צ"ל כ"כ, וקאי על הורה, ולכן הליכת המזיק אינו מתייחס לאדם כ"כ. אך כפי"ח כשמצמיד מזיק סמוך לחבירו, ומזיק זה כבר טמון בו עצמו כותו לילך, דמי יתרו לכותו וכוה מודה רבינא. וע"ש ביאור יתרו כוה, לקמן בסוף דברינו על תרד"ה מאי.

ורגלנעני' דהנה מבואר בחוסי' ברשי פרקין דל"י יוסי סגי שיהא גזרי' דל"י רק בתחילה מעשה ההיקיק, וגם בדבריהם כאן ע"כ צ"ל כן. שהרי כסולם ומי' למאי שסבור החוס' ורבע"ח הוי כרוח שאינו מכוחו, ותוצרו רכשומדת הנמי' על הסולם מקרבה בידיה, אבתי כשגמר לקרבה אינה מניעה לשוכך ממש, שהוא רחוק עד ד"א מן הסולם, ומה שהולכת אח"כ מן הסולם עד השוכך שוב אין זה מכוחו, אלא ודאי סגי שמתחילה ההיקיק לחור הוי גזרי'. וזה כוונה מל בר"א, דכאל"ן הנטיעה אינה התחלת מעשה היקיק, דהאילן לא הולך לשל חבירו, והשרשין הוי גולל, ומעשה היקיקם מתחיל רק אח"כ שכנגדילין. אבל כאן העפת הרקתא למעלה למקום שהורה תעופו ודאי הוי תחילת הולכתו לחור של חבירו, אע"פ שגמר הולכתו נעשה ע"י הורה לחור. ומבר"א ס"ל דנהי דפטור מתשלומין דכלא כח הורה לא ה"י נעשה החיק, מ"מ כיוון שאיכא כפיצאות כותו גמור כחד עם הורה [ולא רק שהוא גורם לרוח לעשות מעשה נזק, וכמו כאל"ן שגורם לשרשין להזיק מכתס] זה הוי גזרי' דל"י.

ור"י לפיר' כפשטות דגם כשכת ודאי לא חייב על כל גרמא בעלמא, אלא רק כשביחד עם סיוע הורה איכא גם כותו ממש כמעשה [דכוורה איכא כותו ממש עד סוף המעשה, דנהי דהולכת הורה את המזיק אין כוה כותו, מפל מקום כוורה החיוב על עצם ההפדה של המזיק והורה, וכוה איכא מלבד הורה גם כותו ממש]. וזה שהק' מבריא דהכא הוי כוורה רוח מסייעתו ואיכא גם כותו בתחלת מעשה היקיק ולכן הוי גזרי' דל"י [ולשון תרד"ה מאי, שכי' דלמבריא ילפינן כוורה רוח כ"י כיוון דגרמא כנויקין אטור, אי אפשר לפרש כפשוטו דטעם דאטור משום גזרי' משום דגרמא אטור. שהרי גם כשרשין הוי גרמא ומודה מבר"א דמות,

בחיודו זה כלל שיהא לזה כה לקבוע כיוון המעשה, שיהא נחשב כעושה בשל חבירו. וכאמת אינו נחשב כן כיוון שכפיצאות אינו כותו. ודו"ק היטב כי הם דברים כרוכים, כעושה"ת.

(ו) ולדמהכאור דברי רבינא קאי על הולכת הרקתא ע"י הורה ולא על מה שנשתתף הורה ביצירת המזיק. וקאמר רבינא דהולכת ע"י רוח, נהי דלגבי דין חיוב האדם עליו נחמדה שחייב כמו על כותו, מ"מ מה שהו משתייך לאדם כמו כותו אינו סיבה לאסור כיוון שמעוף הרקתא הוא דבר צדדי לעיקר מעשה הניפוף, שהיא מותר מדין מזיק כיוון שאין עיקרו מכוח לילך לחור של חבירו. וכדי שהרקתא תחשיב את כל מעשה הניפוף כמעשה מזיק [להרמב"ם] מדין אדם המזיק, ולהחוס' מדין שכנים], בעינן שהרקתא תועף במציאות מידו ממש, ור"ש רבינא הכא זיקא הוא רקא כמסטי לה. ולא סגי לזה דין אשו משום חיצין.

(ז) ומר בר רב אשי [עפ"י תרד"ה מאן] לא תקשה מדין אשו משום חיצין דגם הוא מודה דאשו משום חיצין לא מהני לזה. אלא הק' רק מדין כוורה רוח מסייעת. דנהי דפטור מתשלומין מ"מ כיוון דהוי גרמא, וגרמא אטור, ה"י לעניין איסור להזיק בגזרי' דל"י. יתא אטור. וע"כ בדעתו שהרי גם כשרשין הוי גרמא וכמשי"כ בסוף דד"ג להרמב"ם דהוי אף גרמי וחייב לר"מ. וע"י חוס' שאנ"י' הובא בשמ"ק כאן ר"י דכנמי' וסולם בלא שאמור דהנמי' עומדת על הסולם כשמקובל, ומקרב החיק בידיים ממש, גם למר בר"א לא ה"י גזרי' דאין האדם עושה כלום ולא נוע משרשין. אע"ג דודאי אטור משום גרמא. וע"כ מאי שוא הכא שהוא מעיף הרקתא למעלה, ואז נגמר מעשהו ומכאן והלאה הורה מוליכה הרקתא לבה, והוי כאילן שהוא נוטע, ומכאן והלאה השרשין הולכים לכדם.

ממש בלא שום גרמא ואמציני, אכתי יתכן דאין זה אדם המזיק אם הכיוון של עיקר המעשה הוא להעשות בתוך שלל לחוד ולא מכוח בעיקרו לצאת לחור של חבירו. וסבתו גזרי' דל"י אין עניינה לדון אי הוי כותו או לא.

שהרי גם מה שהוא כותו יתכן דישאר כהורה של עושה בתוך שלו אם כותו זה והחיצים אלה עצמים מדידי כדבר צדדי וטפל לעיקר מעשהו,

ואין זריקתם עיקר המעשה. אלא סבתו גזרי' דל"י, בא לדון על הכיוון שאילוי מכיוון מעשהו, ונהי דבמציאות עיקרו לחור שלל, אם הרבר הצדדי המזיק הוא ע"י גזרי' זה גורם להחשיב אף את עיקר המעשה להעשות לחור של חבירו.

אשר משום חיצין, נהי דנתחדש לכל דינים שבתורה דהוי ככותו ממש, ס"ס מה ששעליו נתחדש דהוי ככותו ממש כסוגין הוא

מכיוון דהרבר הצדדי, דהיינו מעוף הרקתא, וא גזרי' זה יחשיב שאף הניפוף עצמו הוי מכוחו לילך לשל חבירו לגבי דין שכנים

מדין אדם המזיק להחוס' נשאר בחיבתו. ומג"ז זה לא מהני כלל החידושי דאשו משום חיצין. דמאחר שכפיצאות אשו משום חיצין לא י"י כח יד ממש, שהרי אסו"ג אינו כותו, וגם שעף ברוח זהו כפיצאות כח הורה ולא כח

גזרי' דל"י. לא יתכן שזה יגרום להחשיב את מעשהו לחור לילך לשל חבירו, והחידושי חשיב חיצין, נתחדש רק לגבי שיש לזה דין

ל כותו, אך כמשנ"ח לעיל גבי פאפי יונאה ש"ל כותו, דכוחו לכך אין כוה כלל

כוע את כיוון עיקר המעשה, כיוון שככותו הוא רק דבר צדדי. וא"כ נהי דנתחדש

שו משום חיצין שיהא לו דין של כותו ויין חיובו על המעשה, מ"מ לא נכלל

להתעלם ולהשיב שווא עשה לכר מהתעוררות הכח האחר, כזה יש לך דלענין דין כותו לא מתעלמים מהכח האחר וכאמת אינו כותו אלא רק גרמא. ורק לענין חיובו ואחריותו על המעשה מתעלמים מהתעוררות הכח האחר ולא מחשבינן ליה גרמא.

וּמַה שְׁהֵבִיא הַחֲזוּ"א מִשְׁמִי"ק ב"ק אֵין כּוּרִי לְהַכְרִיעַ. דָּאם הָרֵא"ה הִי כּוּתֵב כֵּן כּוֹכֵב פְּשׁוּט אֲכַן יִי"ל דְּאֵין לְחַדֵּשׁ מִחֲלוּקֵת. אֲךְ הָרֵא"ה הוֹקֵשֶׁה לֹא מִגִּירֵי בְּנוֹקֵין וּבְקוּשִׁייתוּ לֹא סָכַר כֵּן. וְלִחְרָץ הַקּוּשִׁיא כִּי דִבְרוּעָה בְּעִינֵין כּוּתוּ. אֲךְ שִׁי הַתּוֹס' בְּגִירֵי אֵינֵה כֵּן וְלִק"ם לְדִידָהוּ מִדָּהֵם, וְיִי"ל דָּהֵם לֹא יִסְבְּרוּ דִבְרוּעָה בְּעִינֵין כּוּתוּ, דְּאֵין לֵיה שׁוּם מִקּוּר מִלְּפִנְתָּא, וּגַם לֹא רֵא"י מִשִּׁי"ס, וְלֹא הִכְרַח בְּסִבְרָא, וּמִהִיכֵי הִיחַ לְהַנִּיחַ כֵּן כַּדְּכַר פְּשׁוּט. וְאִדְרַבָּא אִי"כ מִתּוֹת טוֹבָא מִדּוּעַ דְּחוּזוּ כִּפְשִׁיטוּת וּכְלָא רֵא"י, אַחֲרֵי שׁוּרְדֵי אִפְשִׁיטוּת דְּלִרְוּעָה לֹא בְּעִינֵין דְּרוּקָא כַּח גְּבֵרָא, וְלִכֵּן נִדְחָק הַגִּירֵי"ח כְּפִי קוּשִׁייתָם.

ג) וּמַה שְׁתַּמְהָה הַחֲזוּ"א עַל דְּכִרֵי הַגִּירֵי"ח דָּאֵשׁ הוּי כּוּתוּ מִמֶּשׁ כְּמִצִּיאוֹת 'דִּאֲזִיזָה כַּח דּוּחָף שֶׁל הָאִיִּם אִיכָּא בָּאֵשׁ, וְהִלָּא הָרוּחַ מְלִיכְתוֹה לְצַד שְׂכַנְגֵי הָרוּחַ וְאֵין כִּרֵּי הָאִיִּם לְשִׁלּוֹת בְּרוּחָה." יִי"ל לְעַנְיַד שְׂתַּמְהָה הַגִּירֵי"ח מִדְּרָה שִׁישׁ כַּח הָרוּחַ בָּאֵשׁ, וְהֵה מְפֹרֵשׁ בְּגַמ' דַּכּ אַחַר מַעֲרֹב כּוּ, רֵק דְּהוּא סִי"ל דְּדֵל מִהִכָּא הָרוּחַ יֵשׁ כַּאֵן גַּם כַּח הָאִיִּם מִמֶּשׁ. וְהֵה נִתְחַדֵּשׁ בְּדִין אִשׁוּ מִשׁוּם חֲצִינֵי, דְּדִלִּינֵין מִתְּכַא חֲשִׁיבוּת עִירֹב הָרוּחַ וּמִסְתַּכְלֵיִם עַל כּוּתוּ לַחֲרֵי וְרֵק זֶה דְּכַרֵּב אִשׁוּ לִיכָּא כּוּתוּ כִּלְלֵי לֹא לֹא כֹּא דִּין אִשׁוּ הִיכָּא דְּכַמִּצִּיאוֹת אִיכָּא כּוּתוּ. אֲךְ בָּאִסוּ"ע דְּכַמִּצִּיאוֹת לִיכָּא כּוּתוּ כִּלְלֵי לֹא לֹא כֹּא דִּין אִשׁוּ מִשׁוּם חֲצִינֵי לְהַחֲשִׁיבוּ כְּמַעֲשֵׂהוּ הִיכָּא שְׂאֵין כַּאֵן מִצִּיאוֹת כּוּתוּן. וְהֵנָּה כְּמִקּוּם שְׂלִיכָה רִוּחַ כִּלְלֵי, וּמִדְּלִיק אִשׁ כְּמִמָּה וְהוֹלֵכֵת וּמְכַעֲרָה כִּלְלֵי הַשְּׂדֵה, חִידֵשׁ הַגִּירֵי"ח כַּאֵן זֶה חֲשִׁיב כַּח גְּבֵרָא דְּהַמְכַעֲרֵי. וְלֹא מִשׁוּם שִׁישׁ כַּח דּוּחָף שֶׁל הָאִיִּם בָּאֵשׁ, דְּכּוּתוּ אִינוּ צָרִיד לְהִיחַ בְּהַכְרַח

ממילא יהא מוכרח דאשו משום חיצו נאמר גם לגבי דין כותו שהרי נאמר לגבי רוצח. **אמנם** מה שהוכיח החזו"א מהש"ס דברוצח בעיני נמי כותו ולא סגי שיהא נחשב שהוא עשה המעשה זה צ"ע, דמה שהוכיח מקשיית הגמ' סנה' ע"ז כ' ממקדש ונפל על ידו, הנה בכבוד החתור מן הכתול, אי כח דחפס הכותל שמחזיר את הכדור חשיב כח הכותל א"כ כח הכותל הוא דקטיל והוא רק גוס לוח והוי גרמא בעלמא שגורם לכדור אחר לקטול. ואם חזרת הכדור אינו מכה הכותל שרוחפו אלא כח ריצת הכדור כשנתקל בכותל רחף עצמו בחזרה, וכן האמת, א"כ גם החזרה היא מכה ריצת הכדור דהוי כח גברא ממש, ואין שום גריעותא בעולם כמח החתור לגבי כח החולך. ואין סבוא כלל ל' דהוי מדרגת בניינים דגועי מכותו ממש דבעינן לקודש מי חטאת, ועדיף מגרמא שגורם לכח אחר לקטול. ולכן לא נכלה הגמ' לחרץ כמו שבי החזו"א.

וכן מ"ש מגמ' חולין ט"ז א, גם שם כך הוא. דבאשקל בדקא דמיא יתכן א' מבי צדידן. או דחשיב כח המים והוא רק גורם לכח המים לפעול. ואז לא יתכן לחייב ברוצח דהוי גרמא בעלמא. דזה גדר גרמא שהוא גורם לכח אחר לעשות המעשה. והצד הכי דחשיב כותו, ואז מתגי גם בשחיטה. וא"א לומר ליש כאן גריעותא כמה שנחשב כותו ולא הוי כותו גמרי. דבע"כ החסרון כמה שאחה מחשיבו שאינו כותו גמור הוא מחמת התעוררות כח המים. ואם ה"י כאן פעולה כח המים לא יתכן לחייבו משום רוצח דזה רק גרמא, וא"כ מדחייב מוכח דלא מחשבינן כאן כח המים כלל, והוי רק כותו, והוי כאוחז המים בידי כולל, והוי על חבירו [ולקמן יבאר היטב בעזרהש"ת דלכא' תמוה דבאמת זהו כח המים]. ועי' לעיל דכתבו דכמצאו לא מצינו ציור שיהא בו ציור הגר"ח שיהא נחשב שהוא לכדו עושהו ואעפ"כ לא יתא כזה כותו. ורק אחרי שתדשה תורה באשו משום חצי

כ"ז א. תוד"ה זיקא כפדריש"א.
עמדהש"א, ודכ"ד ה' צ"ב דמה ככל שאין כוונתו להניח הרקתא שם, וכל מויק חייב גם כלא כוונה. ורק אם יודע, והכא יודע שמוניח הרקתא שם, וכל אם יניח אכן בראש גגו ביריעין, רק אין כוונתו להזיק כה אלא הניחה אגב צורך אחר היא פטור מדין אש. וגם לדבריו דכלא כוונה אינו פשיעה ואינו חשוד פשיעה שנותן לאש דין דכר שדרכו להזיק ושמיריתו עלין, א"כ יהא דומה לנועל גחלתו בבלת אע"ג דחחורה אצל כלב דפטור מכלום אע"ג דנטלה הכלב, דאין זו פשיעה, כמבואר בכרכ"ש ס"י י"ח סק"א ע"ש. וממילא פשוט דא"צ להרחיק, וצ"ע.

כ"ז א. בדברי הגר"ח פ"א מדי' שכנים.

א) ע"י ח"י הגר"ח הל"י פ"א משכנים
שהביא קושיית תוס' סנה' ע"ז א' ד"ה סוף כ"ו למאי דקיי"ל אשו משום חצינ' ואסו"מ שהניחן כראש גגו ונפל ברוח מצוין, הוי ג"כ חצינ', א"כ אם נפלה סכין מידו ושחט אמאי שחיטתו פסולה. דהוי ממש כסכינו שנפל מראש גגו והוי אשו משום חצינ'.

קושייתם.

ג) ומה שתמה החזו"א על דכרי הגר"ח דאש הוי כותו ממש כמצאו' דאזיז'ה כח דוחף של האים איכא באש, והלא הרוח מוליכתו לצד שכנגד הרוח ואין כרי האדם לשלוט ברוח". י"ל לענ"ד שתמה הגר"ח מדרה שיש כח הרוח באש, והו מפורש בגמ' דכח אחר מערב בו, רק דהוא ס"ל דדל מרחא הרוח יש כאן גם כח האדם ממש. והו נמתדש בדין אשו משום חצינ', דדלינן מהכא חשיבות עירוב הרוח ומסתכלים על כותו לחתו [רק זה עירוב אשו ליכא כותו כלל לא לא כה דין אשו דכמצאו' איכא כותו. אך באסו"ע הוכא דכמצאו' איכא כותו כלל לא לא כה דין אשו משום חצינ' להחשיבו כמעשהו היכא שאין כותו מצאו' כותו]. והנה במקום שליכא רוח כלל, ומדליק אש כממה והולכת ומכערה כל השדה, חידש הגר"ח כאן דזה חשיב כח גברא דהמכעיר. ולא משום שיש כח דוחף של האדם באש, דכותו אינו צריך להיות בהכרח

גורם שאין זה מעשהו. אלא מה שגורם שאין זה מעשהו זהו משום שזה גם מעשה הכח האחר. ולו יצויר שלא היחה כאן התעוררות כח אחר שפיר ה"י נחשב מעשהו גם אם לא ה"י כותו. רק דכמצאו' אין לנו ציור כזה שהרי המעשה לא יהקיים כלא כח כלל ואם אין בו התעוררות כח אחר הרי יש כאן כותו, ואם מתערב כח אחר יש כאן הכח האחר שגורם שלא יתיחס המעשה אליו ישירות כמ"ש יחשב רק לגורם [ועי' תוספת בהירות כמ"ש לקמן בסמוך לדחות ראיות גליון החזו"א]. אך אחרי שנתחדש אשו משום חצינ' מצינו מצאו' בכר"ג, דהחידוש אשו משום חצינ' מכטיל את החסרון שהכח האחר מעורב בו, וכל מה שהכח האחר המעורב גורם לכטיל שנחשיב זאת מעשהו, אחרי הדין דאשו משום חצינ' אמרי' דדל מהכא כח הרוח לעניין לפטור מלשייד המעשה אליו, וממילא נחשב שהוא בעצמו עשהו, אך מה שמעורבות הכח האחר גורם כמצאו' שאין זה כותו, הנה לגבי הדעינים שמלבד מה שהוא עשהו יש דין מיוחד בעינינו גם כותו, ולגבי זה לא מצאנו שאשו משום חצינ' גמור עם להחשיבו ככותו.

ב) ועי' בגליונות החזו"א דס"ל דזה פשוט דברוצח דאמרי' ג"כ כותו, ומאחר דמצינו דאמרי' אשו משום חצינ' ברוצח, א"כ מוכח דכאשו משום חצינ' נתחדש גם דחשיב כהו. ולפ"ז פ"י גם פ"י נח יותר בתוס', ולפ"י הגר"ח מ"ש החוס', א"א לא נחלק בשחיטה ולא מסתבר לחלק כיוון דאפי' מיתה גמורין נממון כו"ו כוונתם לחלק דאשו משום חצינ' הוי גריד"כ רק בנוקד' תמוה, שהרי בתחילת דיבורם הוכיחו מהגמ' דאשו משום חצינ' הוי גם כנפשות, וצ"ע כעת סבור להקי' דהוי גריד"כ רק כממתן. ונהי דלפי מה שתי' הגר"ח לא נתנו החוס' לחלק דאשו משום חצינ' לא נתחדש לגבי דין כותו, והוא ס"ל לחלק בהכי, מ"מ אם פשיטא להחוס' דברוצח בעינן כותו כה לא יוכל הגר"ח לחלק עליהם [וא"כ

וכ' הגר"ח לחרץ לשי' החוס' [עי' ב"י וכו']
ד"ד ס"י ג' וכמ"מ פ"ב מהל' שחיטה ד"כ ש"י אחרות כותן ד"ל דכדין אשו משום חצינ' נתחדש רק שעשה המעשה בעצמו אך אין שום הכרח לומר דנתחדש אף דהוי כותו. וכוונתו דהנה ככל דוכתא ולא הוי כותו ממש, יש כח אחר שמעורב כמעשהו. דכחורף צדור למעלה ונפל ישר לחת נפילתו היא מכה הכובד ולא מכה זריקתו, וכן באסו"מ דמעורב כח הכובד ואף כח הרוח, וכן כל כד"ב. וכוונת הגר"ח דמה דהוי, וכן כל כד"ב. וכוונת הגר"ח דמה שככל אלה נחשב רק גרמא או גמרי ולא מעשהו ממש [לפני החי' דאשו משום חצינ'] הוה אינו משום דבעינן שיהא כותו חסרון כותו

הרמב"ם ג"כ י"ל ואמ"ל. ולחלק בין לכה וליתתו הרוח יתכן גם אם נאמר דלהרמב"ם ככל גזוהא הוי אשו משום חיצו ע"י מה שתלקו ביה כשי"ן סי' תי"ח, וככהנ"א שם, כדברים בודדים, וצ"ע.

ש"ר"ר כמנחת"ח מצוה נ"ז שיישב דעת הרמב"ם בכופתו כמשום חיצו אינו מתחייב לכוא, דס"ל וכאשו משום חיצו אינו מתחייב משום רוצח ע"ש, וכ"כ בחזון יחזקאל ע"ש בחידושים שבסוף ב"ק אות ג'.

כ"ז א. תוד"ה מאי וככהנ"א קנ"ה מ"ב.

(א) ע"י כהנ"א קנ"ה סי"ק מ"ב. ומזה שטרח להוכיח דמתחייב בתשלומי אע"ג דמזיק בידים ממש, מוכח דס"ל דהכי לעושה בתוך שלו אינו ככלל עיקר החיוב דאדם המזיק, ומתחייב רק מטעם גזרי דילי. וכא להוכיח דבחיוב גזרי דילי איכא גם חיוב תשלומין. וס"ל דכמתני' כ' ב' חשיב כעושה בתוך שלו כיוון שהחזיק. וכמבואר בב"ק סי"א כ' דהיכא שהחזיק כראוי נפיק מדיון אש דד' אבות נזיקין [וככלא שהחזיק כראוי לעולם רק כעושה בשל חבירו אע"פ שכונתו רק להשתמש בחוד שלו. כיוון שדודן אש לילך ולהכעיר]. ומה שביאר שם הר"ף דחטעם דכפ"כ מחייבין חכמים אע"ג דכפ"ק לכ"ע פטור כהחזיק, משום דהוא תשמיש חזיר ואיכפי ל' לא לשנויה. והו"ו רק לאפוקי גמור אוס אך לא דמשי"ה יהא נחשב כאש גמור להמכיר עושה בשל חבירו. והוא"ו לזה דחתרו חכמים, דכאש גמור לא מסתבר שחתרו, ולכן צ"ל דהכא בשל החזקה חו אינה יכולה לעבור מעצמה בשל חבירו, ולכן החזיר רק דמ"מ כיוון שהוא חזיר צריך להשיגה. אולי במקרה תבשר יותר מכפי האומדן. ומשי"ה לחוד לא אסרו. ואחרי שנפיק מדיון אש דעושה בשל חבירו, הוי עושה בשל כשלו כשאר

דדוא גרם לרוח שתזיק כמה שהעמיד לפני ובר המזיק שתעופ, מ"מ בגרמא זו אין כוחו. ועל פגיעת הרקתא בבנ"א הוי גרמא דגרמא דהגרמא הראשון הוא יצירת הרקתא למזיק ע"י שמכה בו ומרימו שתוכל הרוח לשאתו [וזה רק גרמא דרק כסיוע הרוח מקבל הרקתא שם מזיק] והגרמא השני הוא עצם הולכת הרקתא דאינו מכווח אלא מכה הרוח והוא רק גרם לרוח שתולכו, ויתכן דככה"ג אינו כלום. משא"כ בליכה וליכתו רוח שההולכה, אחרי שנוצר המזיק בגרמא, היא מכווח ממש, ועל"ע כזה.

(ו) וכגוף חידוש הגר"ח דלהרמב"ם אס"מ

שנפלו מהגג ברוח מצו"ה לא הוי אשו משום חצי צל"ע, שהרי הרמב"ם בפ"ד מהל' נזקי ממון ח"ט"ז הביא דין דאשו משום חצי, שלכן חייב כנוקז וכשכחו וכדפריי וכו' כאדם המזיק ולא כנוקז ממונו כשפטור מחמשה דברים. ומיר אה"כ בהט"ז כ' כל תולדות האש חרי הן כאש, כיצד, הניח אבן או סכין או משא בראש גגו ונפלו ברו"מ כו'. ומבואר להדיא מקישור דבריו דכאס"מ חייב ממש כמו אש נאמר אשו משום חיצו. ומה שהוכיח דגם בזה נאמר אשו משום חיצו. ומה שהוכיח הגר"ח מרמב"ם פ"א מרוצח ה"ב משי"ש דמ"ל דאשו משום חיצו ג"כ חשיב כוחו, והרמב"ם שם מכווחו היא כאה כא לאפוקי שלא נאמר דכא מכה מכה הכוחל בה אך לא שאל דנידוק לאפוקי אשו משום חיצו. וכמשי"ה הרמב"ם בה"ג דבזוק למעלה ונפלה לצד חייב ומשמע דנפלה לחת ממש פטור אע"ג דדמי ממש לאס"מ שנפלו, י"ל דנקט לשון הגמ'. ומה שרייקה הגמ' שם דלחתה לאו כוחו הוא י"ל דדיקו זה הוא דווקא למ"ד אשו משום ממונו וכמשי"כ חוס' שם, והרמב"ם לא רצה משום הך לשנות לישון המורא כיוון שנפלה לחת ממש לא שכיח כמש"כ חוס' שם. ומכופתו כמקום שסוף חמה לכוא דפטור

זיקן, וכלא גרמא האדם לא ה"י מוזיק. אך באשקיל ברקא דמ"א, לא רק שגרם שכח כוכב המים זיקן, אלא הוא הפעיל בעצמו את כח המים. דבליכה וליכתו רוח הוא לא הפעיל הרוח, רק גרם שכסיוע ליכרו יועיל ליכוי הרוח. אך כאן כח המים ה"י עומד, והוא הפעילו שיחמדה שיחא כח הולך, ולמה שנמבאר אליבא דהגר"ח כל כח שהאדם מפעיל באופן ישר הוי כוחו ואין נפ"מ איה כח יפעיל. וכן לדוגמא אם ישפוך חומר חומצי על חפץ חבירו והחפץ יתאכל מהרופת החומציות יהא איכול זה כוחו, אע"ג דהוא לא דחף מידו, וכן אם הגיע בחבירו חוט חשמלי והזגו הוי כוחו, וכן כל כדו"ב.

(ד) ומה שהחזיק החזו"א לתמה בגליון

השלישי דליכה וליכתו רוח לש"י הגר"ח יהא כאדם ושור שדחפו לכו, בענייניו לא ידדתי לעומק כוונת מין יצוק"ל דזה לא דמי כלל, דגם בהולכת האש הוי רק גרמא כיוון שאח הכיוון קובעת הרוח לכוה וגם בשור אם השור ישנה את כיוון הדחיפה לפו"ר יהא גרמא, אך אע"ג לזה דגם אם נאמר דעל הולכת אש זו הוי כשור ואדם שדחפו מ"מ הוא לא יצר כלל את המזיק לכדו וכלא כח הרוח לא ה"י מזיק, וגם אם השלהבת כבר היתה מונחת על גזיזי, וזמן חכירו וליכה וליכתו רוח ה"י זה רק גרמא [וכתוס' ב"ק ס' א' ד"ה והכא כתבו דה"ה שנים שלכו חזי רק גרמא]. וזה לענ"ד פשוט וצ"ע.

(ה) ולישב מה שהמה החזו"א בסוף דבריו,

אולי יש לחלק, דבליכה וליכתו רוח, נהי דחשיב גרמא כיוון דכלי הרוח לא ה"י נוצר כלל דבר המזיק, והוא גרם לרוח שתעשה מכווח דבר המזיק, מ"מ ס"ס מאחר שהבעיר ואותה אש לכסוף הזיקה, והולכת האש היא כוחו ממש, אחרי שגם ליצירתה, יש כוחו ממש בפפולת הזיקה, וחשיב גרם על גוף פגיעת הזיקה. אך ברקתא נהי דמסתבר דכאס"מ שהניחן על הגג חשיב ג"כ גרמא,

כח דחיפה, אלא כל כח שהפעיל בעצמו. ורא"י לזה שהרי בב"ק כ"ב אמר"י דאף למ"ד אשו משום ממונו מורה דמקום הנחלת הוי כחו ממש ככלל וכמכל וכהציה בגופו של עבד. ואי רק כח דחיפתו חשיב כוחו אמאי חשיב כוחו לר"ל כשהציה בגופו של עבד, הרי מיתת העבד לא בא מכה דחיפתו וכנעיצת סכין או מכה אבן, אלא הוא רק הגיע בו השלהבת וכח בעירת השלהבת המית. ולהחזו"א ה"ל למיפטר משום גרמא, שכח המימות האש המית והוא רק הביאו למקום כח הממית ולא המיתו מכווחו. אלא דואי דכח בעירה חשיב כח כמו כח דחיפה. ואם נגע בידו בקרח דחב"י והמימו מחום גופו כדראי חשיב כוחו אע"פ שלא פעל ע"י דחיפה, דחמולנות גם הוא כח, וה"י בגחלת. והמחלוקת אי אשו משום חצי הוא רק על הליכת השלהבת, וצ"ל דלר"י נחתה באשו משום חצי חזתי, האי דרצם הליכתה ע"י שכוערת ואוכלת הראוי לה וע"י כך מתקדמת, והו כוחו שהפעיל כח בעירה, וכמו שנגע עם גחלת בידו במדי דחב"י. וה"י דמה שמעורבת הרוח כהולכת האש אינו מגרע את מה שנחשב כוחו אע"ג דככל דוכתא סויע כח אחר מחשיב ל"י גרמא. וריש לקיש פליג לא רק על החידוש ה"י אלא גם על הח"י הא'.

ע"ש בסוגיא דמוכה כן.

ומה שהקי החזו"א דאח כיוון הליכת האש

קובעת רק הרוח והוא אינו משתתף בזה כלל, זה לק"מ כיוון דרצם מה שהאש הולכת זהו כוחו, מה בכך שאח הכיוון קובעת הרוח. ולפמשי"כ יחבאר היטב כיצד נתכן דאשקיל בדקא דמ"א וזהו כוחו. דלכא"י קשה ס"ס חכח הפועל הוא כח כוכב המים דחשיב כח גברא. והוי פמ"ש גרמא, דגוד גרמא הוא מה שהוא גורם לכח אחר שיעשה המעשה אך הביאור בסד"ש דגרמא הוא כשיש כח אחר שלא האדם מפעיל אותו אלא פועל מעצמו. והאדם עושה דח"י המצי שכת זה

אסור לא מוכח משם, ומה שזהו גרמא אכתי גמור, ולא רק גרמתי, ומחשיב את כל מעשהו כליילך לחור של חבירו, וא"כ אם חזן זה שקול אינו סיבה לאסור כאן וכמו שרשי אילן. ועיקר קושיית מבר"א היא ממה שכוחו ממש משתתף בהחללת הולכת המזיק, ומה הוסיף כזה ממה שבשבת חייב על זורה. אלא נר' כמשנ"ת בס"ד.

ומאחר דז"ב דכוחו הוי גירי, וכאן איכא גמא, ומה שסויע הרוח פטור הוא רק מתשלומין ולא מאסור, אי"כ צ"ע להבין דעת רבנא, מדוע מחיר לכמתילה, וכפרט לדעת תוס' כ"ב ב' דאפי' דוושא הווי גירי דמיר נעשה החזיק, אע"ג דאיין זה כוחו לעניין חיוב תשלומין, והכא שהוא כוחו ממש ודאי הוי מיר נעשה החזיק אע"ג דמעורב גם כח הרוח.

ונר' דלחומר קושי זה ס"ל להגר"א דניתן להבין דעת רבנא רק אם נאמר דדין גירי דילי נאמר ביסודו לגבי חיוב תשלומין, והאסור משום גרמא ליכא לגבי דין גירי דילי, כיוון שעושה בתוך שלן, אם אינו חייב ורק הוי גרמא מה שעושה בתוך שלו גורם שיהא חזרו גמור, וגרמא אסור רק בשעיקר המעשה הוא לילך לשל חבירו, ואמנם מציעו גירי דילי דפטור מתשלומין, אך לרבנא זהו רק משום שחזקו שחוקק המחילת מעורפו היא באופן שאם הוי פוגע בניזק הוי מחייב תשלומין. וכזה מודה רבנא, דאם יצא מחמת דוד כח המתיתים אליו לגמרי באופן שאם הוי עושה מיר הנזק הוי חייב, כזה חשיב גירי אע"ג דכמציעאות לא פגע מיר בניזק אלא החזקו רק ע"י גרמא דהיסוד הוא דלא בעינן דווקא חיוב תשלומין ממשי, ולא מציעו אסור גרמא כשעושה לעניין חיוב, ולא מציעו אסור גרמא כשעושה בתוך שלן, בעינן שיעשה הגירי באופן שידיו ואחרי שהם חי יז גמורים ממש א"כ הם גירי דילי, וזה מחשיב מעשהו כמעשה חזקו, ומוציא מההיתר של עושה בתוך שלו [ממבואר לעיל כ"ב ב'] ואחרי שזהו חיצו

אסור לא מוכח משם, ומה שזהו גרמא אכתי גמור, ולא רק גרמתי, ומחשיב את כל מעשהו כליילך לחור של חבירו, וא"כ אם חזן זה שקול אינו סיבה לאסור כאן וכמו שרשי אילן. ועיקר קושיית מבר"א היא ממה שכוחו ממש משתתף בהחללת הולכת המזיק, ומה הוסיף כזה ממה שבשבת חייב על זורה. אלא נר' כמשנ"ת בס"ד.

ומאחר דז"ב דכוחו הוי גירי, וכאן איכא גמא, ומה שסויע הרוח פטור הוא רק מתשלומין ולא מאסור, אי"כ צ"ע להבין דעת רבנא, מדוע מחיר לכמתילה, וכפרט לדעת תוס' כ"ב ב' דאפי' דוושא הווי גירי דמיר נעשה החזיק, אע"ג דאיין זה כוחו לעניין חיוב תשלומין, והכא שהוא כוחו ממש ודאי הוי מיר נעשה החזיק אע"ג דמעורב גם כח הרוח.

ונר' דלחומר קושי זה ס"ל להגר"א דניתן להבין דעת רבנא רק אם נאמר דדין גירי דילי נאמר ביסודו לגבי חיוב תשלומין, והאסור משום גרמא ליכא לגבי דין גירי דילי, כיוון שעושה בתוך שלן, אם אינו חייב ורק הוי גרמא מה שעושה בתוך שלו גורם שיהא חזרו גמור, וגרמא אסור רק בשעיקר המעשה הוא לילך לשל חבירו, ואמנם מציעו גירי דילי דפטור מתשלומין, אך לרבנא זהו רק משום שחזקו שחוקק המחילת מעורפו היא באופן שאם הוי פוגע בניזק הוי מחייב תשלומין. וכזה מודה רבנא, דאם יצא מחמת דוד כח המתיתים אליו לגמרי באופן שאם הוי עושה מיר הנזק הוי חייב, כזה חשיב גירי אע"ג דכמציעאות לא פגע מיר בניזק אלא החזקו רק ע"י גרמא דהיסוד הוא דלא בעינן דווקא חיוב תשלומין ממשי, ולא מציעו אסור גרמא כשעושה לעניין חיוב, ולא מציעו אסור גרמא כשעושה בתוך שלן, בעינן שיעשה הגירי באופן שידיו ואחרי שהם חי יז גמורים ממש א"כ הם גירי דילי, וזה מחשיב מעשהו כמעשה חזקו, ומוציא מההיתר של עושה בתוך שלו [ממבואר לעיל כ"ב ב'] ואחרי שזהו חיצו

ונקי שכנים ומה שמזיק הוי רק מדן גירי, ומבואר בתוס' ריש פוקין, וכן מדברי תוס' ומוכח דחייב גם בכה"ג דמתחייב רק על גירי, שאע"ג כאן גבי נמי, דסגי שהחללת הולכת וגם אם נאמר דאחרי דהוי חזיר חו חשיב כלא הרחיק כלל, מ"מ י"ל דזה נופא שהחזיר גורם שיהא נחשב כעושה בתוך שלו והחזיר רק משום גירי ודריק [וע"ע משנ"ת בזה לעיל מדברי רש"י].

ב) ומה שהוסף הגר"א להוכיח מסוגניין דליכה וליבתו רוח אסור מטעם גרמא מדוע שכווח זה לא יחשיב החזיק לגירי דילי לעניין אסור.

ויש ב' אופנים של גרמא, הא' שפועל כוחו הגמור לכדו, רק דהוא לא עושה החזיק, אלא עושה שאח"כ כח אחר יעשה החזיק, וכגון מוציא כח מהחמה כלי הנופל, שהתצאת הכר הוי כוחו גמור לבד, ומפעיל את כח חכמת הקרקע שיעשה החזיק, וכן באשקל בידקא דמיא בכח שני, דהחללת המעשה הוי כוחו לבד, והוא הפעיל כח המים שדריק, וכליכה וליבתו רוח טעם הגרמא אינו כמו בשפיר פועל רק דכידה אחר פועל כח אחר המסייע, ובמתילה סבורי אולי י"ל דלדעת רבנא היכא ששני הכוחות פועלים בהדי הדדי, תו איך כאן כח עצמו לבד, אלא מצידורם נוצר כח שלילי שאינו לא כוחו ולא כח הרוח, אלא יצירה חדשה, ולכן לא הוי גירי. והטעם דאסור משום גרמא דהוי ס"ס נעשה ע"י גרמתו, וכמו באשקיל בידקא בכח שני דהוא גם לכח המים לחזק ואסור אע"ג דאין כוחו בפעולת החזיק כלל, אך נר' דזה נופא מוכיח מבר"א מזורה ורוח מסייעתו. דהנן גרמות כמו מחיר משום דהולכת הקרקע ע"י הרוח, אע"ג דבעלמא אלא הוי אישוי משום חיצו.

ב) והפלעני ד' דהנה לעיל על תור"ה זיקא, נתבאר בזה"ש"ת הטעם הנהגה הוי הכא גירי, דהנה ודאי דלא כל גרמא הוי גירי שהרי שרשי אילן אף הם גרמא, אלא ודאי מודה מבר"א דכדי שיהא גירי בעינן שיהא חזקו ישר ממנו וכוחו, וכמשנ"ת לעיל כ"ב ב' דאחרי שזהו חיצו

אסור לא מוכח משם, ומה שזהו גרמא אכתי גמור, ולא רק גרמתי, ומחשיב את כל מעשהו כליילך לחור של חבירו, וא"כ אם חזן זה שקול אינו סיבה לאסור כאן וכמו שרשי אילן. ועיקר קושיית מבר"א היא ממה שכוחו ממש משתתף בהחללת הולכת המזיק, ומה הוסיף כזה ממה שבשבת חייב על זורה. אלא נר' כמשנ"ת בס"ד.

ומאחר דז"ב דכוחו הוי גירי, וכאן איכא גמא, ומה שסויע הרוח פטור הוא רק מתשלומין ולא מאסור, אי"כ צ"ע להבין דעת רבנא, מדוע מחיר לכמתילה, וכפרט לדעת תוס' כ"ב ב' דאפי' דוושא הווי גירי דמיר נעשה החזיק, אע"ג דאיין זה כוחו לעניין חיוב תשלומין, והכא שהוא כוחו ממש ודאי הוי מיר נעשה החזיק אע"ג דמעורב גם כח הרוח.

ונר' דלחומר קושי זה ס"ל להגר"א דניתן להבין דעת רבנא רק אם נאמר דדין גירי דילי נאמר ביסודו לגבי חיוב תשלומין, והאסור משום גרמא ליכא לגבי דין גירי דילי, כיוון שעושה בתוך שלן, אם אינו חייב ורק הוי גרמא מה שעושה בתוך שלו גורם שיהא חזרו גמור, וגרמא אסור רק בשעיקר המעשה הוא לילך לשל חבירו, ואמנם מציעו גירי דילי דפטור מתשלומין, אך לרבנא זהו רק משום שחזקו שחוקק המחילת מעורפו היא באופן שאם הוי פוגע בניזק הוי מחייב תשלומין. וכזה מודה רבנא, דאם יצא מחמת דוד כח המתיתים אליו לגמרי באופן שאם הוי עושה מיר הנזק הוי חייב, כזה חשיב גירי אע"ג דכמציעאות לא פגע מיר בניזק אלא החזקו רק ע"י גרמא דהיסוד הוא דלא בעינן דווקא חיוב תשלומין ממשי, ולא מציעו אסור גרמא כשעושה לעניין חיוב, ולא מציעו אסור גרמא כשעושה בתוך שלן, בעינן שיעשה הגירי באופן שידיו ואחרי שהם חי יז גמורים ממש א"כ הם גירי דילי, וזה מחשיב מעשהו כמעשה חזקו, ומוציא מההיתר של עושה בתוך שלו [ממבואר לעיל כ"ב ב'] ואחרי שזהו חיצו

גלגלונות בשולף הכרכ"ש לא יחפור

להזיק כיוון שיעושה בתוך שלו. רק הוקשה

כ"י י"ג.

לרבותינו כיצד יתכן להחזיר כאשר במציאות הוא מוזק בדידים לחכירו, ולכן הוסיפו תכלין דזה נחשב שחכירו מוזק לעצמו בדידים. וזהו דמזיק בדידים להחכירו, דזה נגר הסכוא, ולכן אמרין שהחורה באמת החירה רק לעשות הפעולה המזיקה במקום זה, ולא שהחירה להזיק גוף חכירו או ממונו. ואחרי שמוחר לו לעשות פעולה ההזיק כאן, מה שחכירו אינו מזיק עצמו, וכאן למקום ההזיק, זה חשיב כאילו הניזק הויזק עצמו, ולא שהמזיק הויזק. שהוא עשה רק פעולה שהחורה החירה לו, והשמידה מוסלה על הניזק. וא"כ כשכא הניזק, כיוון שחחרון השמידה חלוץ בו, נחשב שהוא הויזק עצמו. ולקמן סי' י"ד סס"א.

(א) ע"י במשנ"ת כאורך כעדהשי"ת כפנים על דף כ"ב ב' בענין זה שהוא כפי דברי רבינו כאן. ומ"ש רבינו דאפי' בהנן דגרי' נמי כל חורבו הוא ע"י סמיכתו הראשונה, כוונתו בזה דגם באלה אע"י דההזיק נחשב שבא ע"י גרי', מ"מ ההזיק הוא דבר ספל, ועיקר המעשה אינו מכוון לעשות כשל חכירו, ולכן נשאר בזה ההיחור של עושה בתוך שלו לענין שלא יתחייב על השרשין מדין דליל דלא אצנעי'. רק זהו דין מיוחד בנזקי שכנים דאע"י דעיקר המעשה בתוך שלו, מה שההזיק הנצמח מפניו בא ע"י גרי' נעשה ההזיק לאיסור, וגרי' נקבע רק בעת שמנחה, אי הניזק בא באופן ישר מהנחתו הוי גרי' ואם לאו אינו גרי' רק בזה חלוץ האיסור. ועיקר הדברים נחבא במ"ש לקמן על סי' י"ח ולהמבואר שם יפנו היטב רוב דברי רבינו בסוגיין.

סי' י"ד.

(א) מ"ש רבינו כס"ק ג' בשם הגר"ח הכוונה דודאי גם חכמים ס"ל מ"ש לעיל דהויא דעושה בתוך שלו לא חשיב מזיק. והטעם דאוסרים כאלין אע"י דכודאי הוי עושה בתוך שלו, כע"כ צ"ל דס"ל דגם ככה"ג חשיב גרי' דילי' ואסור מטעם גרי' דילי' רק דפלגי על ר"י מה חשיב גרי' דילי'.

(א) מ"ש רבינו כס"ק א' דמחלוקת ר"י וחכמים אינה לגבי ממון המזיק, צל"ע, שהרי כמה שהעתיק מכת"י הגר"ח בס"ק א' מבואר בה"ל "דעיקר דין חיוב שמירת נזיק ממונו מדין ושמידתן עליו, ודין שמירת גופו שבחורה כו"ו ומבואר דההיחור דעושה בתוך שלו נאמר גם על דין נזיק ממונו, וזה פשוט דאין שום טעם לחלק בזה. וכודאי גם האיסור מטעם דהוי גרי' דילי' וכודאי גם האיסור מטעם דהוי גרי' דילי'.

וכמ"ש רבינו בס"ק א' דמחלוקת ר"י וחכמים אינה לגבי ממון המזיק, צל"ע, שהרי כמה שהעתיק מכת"י הגר"ח בס"ק א' מבואר בה"ל "דעיקר דין חיוב שמירת נזיק ממונו מדין ושמידתן עליו, ודין שמירת גופו שבחורה כו"ו ומבואר דההיחור דעושה בתוך שלו נאמר גם על דין נזיק ממונו, וזה פשוט דאין שום טעם לחלק בזה. וכודאי גם האיסור מטעם דהוי גרי' דילי' וכודאי גם האיסור מטעם דהוי גרי' דילי'.

(ב) מ"ש רבינו בס"ק א' דמחלוקת ר"י וחכמים אינה לגבי ממון המזיק, צל"ע, שהרי כמה שהעתיק מכת"י הגר"ח בס"ק א' מבואר בה"ל "דעיקר דין חיוב שמירת נזיק ממונו מדין ושמידתן עליו, ודין שמירת גופו שבחורה כו"ו ומבואר דההיחור דעושה בתוך שלו נאמר גם על דין נזיק ממונו, וזה פשוט דאין שום טעם לחלק בזה. וכודאי גם האיסור מטעם דהוי גרי' דילי' וכודאי גם האיסור מטעם דהוי גרי' דילי'.

וכמ"ש רבינו בס"ק א' דמחלוקת ר"י וחכמים אינה לגבי ממון המזיק, צל"ע, שהרי כמה שהעתיק מכת"י הגר"ח בס"ק א' מבואר בה"ל "דעיקר דין חיוב שמירת נזיק ממונו מדין ושמידתן עליו, ודין שמירת גופו שבחורה כו"ו ומבואר דההיחור דעושה בתוך שלו נאמר גם על דין נזיק ממונו, וזה פשוט דאין שום טעם לחלק בזה. וכודאי גם האיסור מטעם דהוי גרי' דילי' וכודאי גם האיסור מטעם דהוי גרי' דילי'.

(ב) מ"ש רבינו בס"ק א' דמחלוקת ר"י וחכמים אינה לגבי ממון המזיק, צל"ע, שהרי כמה שהעתיק מכת"י הגר"ח בס"ק א' מבואר בה"ל "דעיקר דין חיוב שמירת נזיק ממונו מדין ושמידתן עליו, ודין שמירת גופו שבחורה כו"ו ומבואר דההיחור דעושה בתוך שלו נאמר גם על דין נזיק ממונו, וזה פשוט דאין שום טעם לחלק בזה. וכודאי גם האיסור מטעם דהוי גרי' דילי' וכודאי גם האיסור מטעם דהוי גרי' דילי'.

וכמ"ש רבינו בס"ק א' דמחלוקת ר"י וחכמים אינה לגבי ממון המזיק, צל"ע, שהרי כמה שהעתיק מכת"י הגר"ח בס"ק א' מבואר בה"ל "דעיקר דין חיוב שמירת נזיק ממונו מדין ושמידתן עליו, ודין שמירת גופו שבחורה כו"ו ומבואר דההיחור דעושה בתוך שלו נאמר גם על דין נזיק ממונו, וזה פשוט דאין שום טעם לחלק בזה. וכודאי גם האיסור מטעם דהוי גרי' דילי' וכודאי גם האיסור מטעם דהוי גרי' דילי'.

(ב) מ"ש רבינו בס"ק א' דמחלוקת ר"י וחכמים אינה לגבי ממון המזיק, צל"ע, שהרי כמה שהעתיק מכת"י הגר"ח בס"ק א' מבואר בה"ל "דעיקר דין חיוב שמירת נזיק ממונו מדין ושמידתן עליו, ודין שמירת גופו שבחורה כו"ו ומבואר דההיחור דעושה בתוך שלו נאמר גם על דין נזיק ממונו, וזה פשוט דאין שום טעם לחלק בזה. וכודאי גם האיסור מטעם דהוי גרי' דילי' וכודאי גם האיסור מטעם דהוי גרי' דילי'.

וכמ"ש רבינו בס"ק א' דמחלוקת ר"י וחכמים אינה לגבי ממון המזיק, צל"ע, שהרי כמה שהעתיק מכת"י הגר"ח בס"ק א' מבואר בה"ל "דעיקר דין חיוב שמירת נזיק ממונו מדין ושמידתן עליו, ודין שמירת גופו שבחורה כו"ו ומבואר דההיחור דעושה בתוך שלו נאמר גם על דין נזיק ממונו, וזה פשוט דאין שום טעם לחלק בזה. וכודאי גם האיסור מטעם דהוי גרי' דילי' וכודאי גם האיסור מטעם דהוי גרי' דילי'.

(ב) מ"ש רבינו בס"ק א' דמחלוקת ר"י וחכמים אינה לגבי ממון המזיק, צל"ע, שהרי כמה שהעתיק מכת"י הגר"ח בס"ק א' מבואר בה"ל "דעיקר דין חיוב שמירת נזיק ממונו מדין ושמידתן עליו, ודין שמירת גופו שבחורה כו"ו ומבואר דההיחור דעושה בתוך שלו נאמר גם על דין נזיק ממונו, וזה פשוט דאין שום טעם לחלק בזה. וכודאי גם האיסור מטעם דהוי גרי' דילי' וכודאי גם האיסור מטעם דהוי גרי' דילי'.

וכמ"ש רבינו בס"ק א' דמחלוקת ר"י וחכמים אינה לגבי ממון המזיק, צל"ע, שהרי כמה שהעתיק מכת"י הגר"ח בס"ק א' מבואר בה"ל "דעיקר דין חיוב שמירת נזיק ממונו מדין ושמידתן עליו, ודין שמירת גופו שבחורה כו"ו ומבואר דההיחור דעושה בתוך שלו נאמר גם על דין נזיק ממונו, וזה פשוט דאין שום טעם לחלק בזה. וכודאי גם האיסור מטעם דהוי גרי' דילי' וכודאי גם האיסור מטעם דהוי גרי' דילי'.

(ב) מ"ש רבינו בס"ק א' דמחלוקת ר"י וחכמים אינה לגבי ממון המזיק, צל"ע, שהרי כמה שהעתיק מכת"י הגר"ח בס"ק א' מבואר בה"ל "דעיקר דין חיוב שמירת נזיק ממונו מדין ושמידתן עליו, ודין שמירת גופו שבחורה כו"ו ומבואר דההיחור דעושה בתוך שלו נאמר גם על דין נזיק ממונו, וזה פשוט דאין שום טעם לחלק בזה. וכודאי גם האיסור מטעם דהוי גרי' דילי' וכודאי גם האיסור מטעם דהוי גרי' דילי'.

רא"ש שנתקשה בזה וכי דלא כהתוס', ויע"ש כפ"ח אות צ"ל.

וע"כ נלענ"ד דצ"ל בדעת תוס', דהאילן גופי הוי דבר המזיק, דטבע אילן גבוה ולעולם יהיו עליו ציפורים. ולכן לענין נזק נחשב הציפורים כחלק מהאילן כמו עליו וכדו"ב. ועצם נטיעת האילן היא המעשה המזיק, רק דעיקרו נעשה לתמשיש בתוך שלו ולכן לא הוי כמעמיד בהמת חכירו על קמת חכירו, רק דמ"מ האילן הוא מזיק מיה, ונטיעתו היא פעולת היזק ע"י גרי', דהוי כאילו מעמיד כעת הציפורים דיש להם כח בעצמם לילך, בלא כח אחר, והוי כהכרח ועצ"ע. אך אם לא נאמר כן, גרי' דצ"ל כהכרח דמירי' ככסולם שמקרב הציפור בדיים כשעומדת על העץ כשעה שנוטע, או שצנטרד להעמיס בדוחק דברי הור"ש בדעת החתם.

וכערוכ"ב דהם גרי' חזק לומר דהם עצמו חשוב מזיק כיוון שבטבע תמיד באות ציפורין סביבו. ואולי י"ל הדם מביח העורכין לכוה, שכמשוריהין דם טבעם אונסם לכוה, ואז הוי כמעמיד העורכין בדיים על קמת חכירו, דהוי כאוחז בידו ומכבאן. ופסור משום דעיקרו עושה בתוך שלו. דאין עיקר המעשה להזיק בשל חכירו. ועוד דלא מעמיד ממש על קמת חכירו אלא רק סמוך באופן שאינו כרי' היזקא. אך מה שמביאן בדיים מחשיכו לגרי' דילי'. ועל"ע"כ ככל זה.

וכנמ"י כ' תוס' שאנ"ן שמקורבה בדיים ממש, ונהי דדעת תוס' כ"ק נ"ו ב' דה לא אדם המזיק לענין חיוב, ומדין שורר וראי ליכא כאן, מ"מ מאחר שעושה ממש בדיים ודאי הוי גרי' מעליא לכ"ע.

(ד) ולכאור' קשה על דברינו מעורכין דרב יוסף ב"ר כ"א א', וכן מהא דאמרינן בעמ' דידן, דרבה ב"ר חנן הוי ל' דנהו דיקלי אמרצא דרב יוסף כו'. דכזה אין גרי' ממש כלל. אך זה ממיז' צ"ע, שהרי בתוס' שאנ"ן חובה בשמ"ק כאן כחבו דכסולם ונמי' אם לא נאמר שמקרב הנמי' בדיים כשיושבת על הסולם, דהא קשה אף למבר"א מדוע זהו גרי' דילי'. דהיא שאין מנשה האדם כלל נהי דהוי גרי' דילי' מ"מ הוי כשירשי אילן ואין זה גרי'. ואפי' בלא זה הוי דבקורקור דרב יוסף וכן בהא דרבא בר"ח משמע דלא בעינן דכהדי' ונשע או כהדי' דמק"ז דם מיד בא הציפור. ואילו כנמי' מבואר להדיא דרק משום דכהדי' דנמי', ואם חיימה באה אח"כ לא הוי זה גרי' דילי'. וכתוד"ה אבל כגופים כו' כחבו דמירי' שנטע דקלים נכודים. אך כאמור זה צ"ע, דהדקלים הוי ממש כסולם דנמי', וכסולם אמרי' דיומנין דכהדי' דמנת, וכדקלים לא אמרינן הכי. וע"י

הנאה ממנה, דאז מה שגוף הגולה נשאר בתצירו אינו מחשיב מעשה שהוא לעשות בתוך שלום. לכן אע"ג דכ"ה המזיק הוא כחור גמור, ונזקק ישירות מתוך ידו על כותל חבירו, אין זה נחשב יותר מגרמא כיוון שאין זה עיקר מעשהו אלא דבר הטפל למעשהו. ולא אמרינן דיש כאן ב' מעשים נפרדים, הא' לשרוף כותל חבירו, והב' להניח גפת בחורף שלו למשמעו, והמעשה הא' בנפרד והא' הוא אדם המזיק להר"א. כיוון דהמעשה הא' אין רצונו לעשותו, ואם לא היה עושה מעשה הכ' לא היה עושהו כלל, נחשב שמעשה הא' הוא רק תוצאה הנסככת ממעשה ב'. וזה גדר גרמא, שעושה דבר אחר, והוא סיבה שיקרה דבר אחר שידבק וגם כאן נחשב שעושה גפת שיכעיר ולתשלשנו, והנחת הגפת הוא סיבה שהזיק גרמא בידיו כותל חבירו, וכזה נחשב ההזיק גרמא אע"ג דכא מילד [אע"ג דבהשקפה ראשונה נראה כדבר והיפוכו].

ואחרי שזוהו גרמא אמרינן דלא רק דפטור מתשלומין שזוהו משום שהוא גרמא, אלא אפי' מותר לכתובי' והטעם משום מה שביאר הגר"ח דדין מזיק הוא רק בעושה להתגבר לילך לתוך של חבירו. אבל הכא הנחת הגפת אינה לילך לתוך של חבירו, כיוון שהיא אינה בעצמה המעשה המזיק, והנזק הנצמח ממנה הוא רק גרמא, דהיינו מעשה אחר הנסכב ממעשה הנחת הגפת, ולא דנוף הנחת הגפת הוא מעשה המזיק. ולכן אחרי שההזיק הוא מעשה אחר, אפשר להחשיב עצם הנחת הגפת כמעשה היחיד שאינו לילך לתוך של חבירו. וכאמ"ת מה שכתובנו שההזיק דגפת היא גרמא, לא משכחת לה ציור שיהא לו דין גרמא דפטור אבל אסור. דאם עושה הגפת כדח"ו, אז אין להפריד את מה ששורף כותל חבירו ואת מה שעושה גפת לשימוש עצמו לשני מעשים ולומר שמעשה ההזיק נסכב מהנחת הגפת והוא רק גרמא. כיוון שאין לו רשות להניח שם גפת לשימוש עצמו, אין

ורדין נזקי שכנים תמורה דאין כזה וצע"ע]. וכדין נזקי שכנים תמורה דאין כזה חייב לשלם אם לא מרחיק, שהרי עובר על דין תורה"ק ומורד במי שנתנה ח"ו, ואם סומד באיסור אחרי שפונע בזה בכללות חבירו על שלו, הרי ממש אותו איסור כמו כל מזיק. ואם מחמת שעושה בשלל איסור רק משום הסמיכה לא חשוב מזיק א"כ הרי חיוכו רק לשמים. ועי' משנ"ת בס"ד בפנים על דף כ"ג א' בספק ברין נזקי שכנים דנתבאר בעזרתה"ת דאיסור מזיק אינו שונה במיד מאיסור גזל.

פי' י"ח וכתחלתו ביאור כדיר בעזרתה"ת ככל יסוד פוגיין.

(א) עיי' מ"ש רבינו בס"ק ג'. והכוונה דהנה במזיק גפת בחצי"ו סמוך לכותל חבירו, ביחס להכל המזיק לכותל, הרי ממש כמנח גחלת על בלבו של חבירו, כי"כ הרמב"ן ב"ד"ג. שהרי עושה בידים את פעולת ההכל על כותל חבירו. ואעפ"כ לולא נחחד הדין המיוחד של גירי דילי' הרי נחשב זה רק גרמא [וכרינו כעת הם לפני דאמרינן הדין דגירי דיליין]. והטעם דבמניח גחלת צורת כל מעשה הנחת הגחלת הוא להכליל לשרוף כגד חבירו, ולכן הרי מעשה מזיק, והוא כוחו ממש, והוא אדם המזיק גמור [וכפ"ג אין שום היתר שמועיל סמיכה כדחתו וכי"כ גם אם הגחלת היא בחצי"ו וכגד חבירו גחלת אינה להכליל בגפת צורת מעשה הנחת הגפת אינה להכליל להוליד חום לחצר חבירו, אלא מניחה לצורך תשמיש עצמו. ומכיוון שזוהו צורת עיקר מעשהו להכליל להשתמש בשלל, וגוף הגפת נשאר בחצי"ו ודאם ה' גוף הגפת הולך להזיק בשל חבירו היתה נחשבת הנחתו מעשה מזיק גמור אף אם ה' לו בעצמו הנאה מזה. וכאן מה שגוף הגפת נשאר אציל עושה שעיקר מעשהו אינו לילך לתוך של ח' , רק אם כל תכונה היתה לשרוף בשל חבירו גירי חוץ להיות נחשב מעשה להכנס לתוך של חבירו, וכבר במניח גחלת בחורף שלו שאין לו שום

חבירו להניח תפוצי שם גם כשאנום מזיקים. וא"כ לא ידעתי למה נקט לשון כזה, וגם מה הס"ד בקדושיא. וכיתר מה שהוסף הסבר לזה בהצעה אות ח', ולא ידעתי מה זה עניין לכאן. דבמלונת מיידי שההזיק בעל החלונות להשתמש באויר חבירו. וכה בשמוש באויר חבירו לצורך אוויר, או משום שקנאו בדמים, או משום דכ"ה ע"י מחללה הפעלים ומתקנה"ת, וכשיטתו הוראשונים בחזקת תשלומין. ואחרי שתשלמיש אויר חצר חבירו קנוי לו, בודאי אין רשות לבעל החצר לגזול הלטנו ע"י בניית כותל חור' ד' אמות. ולא הכנתו כלל מה זה עניין לגזול האויר, ואם כוונתו דכמו שאסור לבעל החצר לגזול תשלומי האויר ששייך לבעל החלון כך אסור לבעל השרשיין לגזול תשלומי בעל השדה, א"כ זה פשוט ומה הוצרך לדוגמא משם וכי משם נלמד דאסור לגזול ועוד דכתלונות יש לבעל החלונות רק זכות תשלומי, והכא נזף החצר שלו ופשיטא שיכול לפגוע השרשיין.

(ד) מ"ש בס"ק ה' ה"ה דטעם מה שאין מרחיקין אותו הוא ע"י דגרמא ניהו ולא מעשיי דהמסמך כלל, הרי להדיא כדברי מו"ד כ"ו" הנה מה שהוא גרמא ודאי דלא סגי בזה לחוד להחרי, שהרי כסולם נמ"ל הוא ג"כ רק גרמא. והחילוק הוא רק אי הרי גירי' או לא. אמנם דאי צדקו דברי רבינו, וכמשמעות הרמב"ן דיסוד היתר חלוי כמה שהוא גרמא. ונתבאר באורך למעוט דעתנו במ"ש על דברי רבינו לקמן סי' י"ח יעו"ש.

פי' ט"ו.

עיי' משנ"ת בפנים בעזרתה"ת על רש"י כמתני' דף כ' ב', דמבואר מדברי הטור ופי' שע"ח דסיבת האיסור להזיק דפוגע בכללות חבירו על ממונו וכמו גזל. וממילא כל הכא דמזיק הרי לחבירו תביעה, והיי"כ לחבירו להרחיק הנזק [וככלל רע יתכן דילי' דאיתו אפיעת נפשי' מעצמו, ואין הכלל מזיק,

אע"ג דעושה בח"ש ג"כ איתא כותקי ממונו, וא"כ גם כזה יהא המחלוקת ר"י וחכמים מה חשיב גירי דילי'. ומה שהקשה הרמב"ן לגבי חז"ב השרשיין מדין שוור, זהו משום שאחרי שגזלו ונעשו שוור הם כאמת נכנסים לתוך של חבירו, והו' אל ההיתר דעושה בחורף שלו. ואין כזה חילוק בין נזקי האדם לנזקי ממונו, דאם ממונו ישאר בחורף שלו ורק יחס וכי"כ בשל חבירו יהא כזה המחלוקת חכמים ור"י, ואם ילך לתוך ש"ח דהא מזיק לביע', וגם מעשה האדם כן [ועי' דברי בעל העיסור הובא בשו"ת הרא"ש ק"ח י', דכ' דכל מזיקין ופירקין הוי נזקי ממונו. ותי' דמפ"י גירי דילי' כדעת רש"י דבעינן שייק ממש בכחור, והלא כדעת ר"ח דסגי שמזיק ממקום שמניח. ולכן גפת וכי"כ אינו גירי דהאדם המניח, אך מ"מ הוי ההכל גירי דהגפת, והוי גירי דממונו. אמנם לפי דברינו אלה יצא דלרש"י דאיסור מטעם גירי דילי' נאמר רק על הזיק האדם ולא על הזיק ממונו, וצע"ע]. ובמ"ש אי לחכמים חייב תשלומין בנוגע, כי"כ גם לקמן י"ט סק"ב. אך כפי' כ' סק"ג ובס"י כי"כ לחייב בתשלומין. ולקמן סי' כ"ב ביאר ב' הצדדין בזה. ועי' בדברינו על סי' כ"ב.

ג)

במניח רכיני בס"ק ד' בשם הגר"ח דצ"ל, בעניוהי לא זכרתי להבין דבריו העמוקים. דקושייתו כיצד מותר לבעל השדה לקוק השרשיין לא הכנת, דמהיצי חזית יצטרך להרשות לחבירו להניח רששיי בשדהו. ונהי דאם אינם מפריעים י"ל דכופין על מידת סרום, וכפטי שכר דרך העולם, אך כשהם מפריעים ודאי אין זה מידת סרום. וזהו גם אחרי שאין לשרשיין דין מזיק כלל. וכי במנוח תפץ שאינו מזיק בשדה חבירו לא יוכל בעל השדה לומר היצא תפצין מש"י, אמתה. ומה שתי' דזהו מדין שיעבודין, ג"כ לא הבתי איהו שעבוד יש כאן. ואולי ניתן להעמיס כדבריו מ"ש, דזהו אינו מדין מזיק אלא מדין גזל, שאינו ראוי להשתמש בחצר

חז"ק הרחוקה ולא חז"ק תשלומין כמו שהראב"ד סוכר אפי' בגרי' ישר.

ד) ומה שבאר דעת הראב"ד הובא בשמ"ק בסוגיא דרקתא, עיי' מ"ש בזה לקמן

סי' י"ט. וכביאר רבינו בדעת חכמים דר' יוסי מ"ש הכא נ"י דאינו נכון וגם לא ברור לי אם זה אכן עוסק כונת רבינו. ועיי' מ"ש בזה לקמן על סי' כ"ב לכאר הקושיות על הסבר דעת חכמים שכתבנו כאן. וכתבנו שם הגלעדי

בזה. אמנם בדעת הראב"ד נר' כמשנת. ועיי' למביאר הגר"א נר' דמפרש בראב"ד כמשנת לקמן בסוף דבריו על סי' כ"ב שכתבנו

כאן וכלא כופי' הפשוט דאין זה כותו וכושי' שכי' דאפי' גירי דילי' לא הוי.

פ"י ט"א.

א) כשי' הראב"ד הובא בשמ"ק גבי סוגיא דרקתא, ביאר רבינו לעיל י"ח ט"א

א, והכא בס"ק ד'. ותו"ד דהנה במתני' דליש כ"ק אמרי' הצד השווה שפדן שדרכן להזיק כו'. ומבאר דחז"ק נוקין הוא רק במדרי' דדרכו להזיק, שהוא כבר מוכן להזיק, ואז חייב על הזיקו עד ששמענו באופן שאם זיק אפי' ששמרו יתא נחשב כאנוס. אמנם יש דברים שאין דרכן להזיק. ונכון אבנו המנוחה בחצרות.

וכהו אפי' דאינו שומרה כלל אי איתלמי דהלכה כמה אחר והזיקה פטור. וכוה בעינן פשיעה כרי' להפכה לדרכ שדרכו להזיק דאז יתחייב אם הזיק כמה אחר. ונכון ששמנה אבנו על הגג דזה זיקו כמה אחר. ומעתה הוי דבר שדרכו להזיק ומחייב לשמרו שמירה גמורה.

ולפ"י ביאר הגר"ח, הביאר רבינו כטי' י"ח סק"א, את הגמ' בפ"ק כ"ג. דתכלב הוא דבר שמשפצו מוכן להזיק, והוי דרכו להזיק וצריך לשומרו באופן שלא יכול להזיק. ודלת שהכלב יכול לחזור לא הוי שמירה ולא הוי אנוס. אמנם המחלה אם היא מונחת במקום שאין להלכה יכולה לבעור אל שורה חכית, וכמבאר במתני' בפ"ק ס"א ב', הוי דבר שאין

סס"ק ב'. וזה מ"ש בכל מקום וגם בהנך מדיקין דאסור וחייב חז"קו הוא רק על מעשה סמיכתו הראשון, ולא על פשיעתו.

ג) ודעת הראב"ד לכל נזקי שכנים פטור מהשלומין, מבאר רבינו דאחרי שנתבאר דלפי דין גירי הכערת הכותל היא רק גורמא ופטור. לגבי חז"ק השלומין גם אחרי שנתבאר דין גירי' נשאר פטור כמו שהי' מקודם. דדין גירי' אינו מכטל את ההכנה דעיקר מעשהו אינו מכוון להזיק בתוך שי"ח, וגם מצד הכוונה וגם מצד צורת המעשה דגוף הגפת נשאר בחצרות. וכמשנת לעיל, דמגי בתוך מהנך להפקיע לגמרי שייכות התר הגר"ח לאלן, וההזיק הוא ענין נפרד, ומכיוון שהוא רק תוצאה מהעיקר נחשב גורמא אפי' שהוא כותו גמור.

רק הנה נתבאר לעיל, דהי' ס"ד דהרמב"ן לומר דהוי דעיקר מעשהו יש עליו התר הגר"ח שעושה בתוך שלו, והתוצאה הנוטפת, דהיינו ההכערה, והאי היא עשיי' בשל חכית, דמבעי' בידיים כותל חכית, ויאסר חל' החצרות של עיקר המעשה על תוצאותיו ג"כ. וכוה ס"ל להראב"ד דדין גירי דילי' עושה שהחצרות דעושה בתוך שלו לא יועיל על תוצאת מעשה הנחת הגפת, דהיינו ההכערה. ונהי דנשאר ההפרדה דיש כאן ב' מעשים כביכול, מ"מ אמרי' דמאחר ששמעשה החצרות של השמעות בשל נסכב הזיק דגירי' לחכית, אין לו התר לסוכב הזיק זה, וחייב להזיק. אך לענין תשלומין מאחר דההזיק נחשב רק כנסכב מעיקר המעשה שהוא אינו מעשה מזיק, אכתי ותי' רק גורמא.

כך ביאר רבינו סכרת הראב"ד. וכך ביאר סכרת חכמים באילן דאוסרים משם דהוי גירי' לשיטתם גם ככה"ג. רק מכיוון שאין זה גירי' גמור, יורה גם הרמב"ן דאינו מחשיב חכל לאדם המזיק, אפי' דהנטוע כרה"ר הוי אדם המזיק גמור וחייב, אלא הרמב"ן יסבור בדעת חכמים דגירי' שאינו ישר כ"כ יעשה רק

ההיתר גם על ההכערה הנסכבת ממנו. ומה שרי"מ מחייב גורמא זהו היכא שהמעשה הראשון אינו מזיק ורק נסכב ממנו דבר אחר המזיק, אך מה שהמעשה הראשון אינו מזיק אינו משום שיש לו היתר וכתוך שלו, אלא רק משום שכמעצמות אינו מזיק. אבל אם ההיתר אינו משום שבאמת אינו מזיק, אלא שעושה בתוך שלו א"כ גם הגורמא היוצאת ממנו מותרת אפי' לר"מ. וכוה בחסדי השי"ת זכינו לאור כהיר' ושמח בכרבי הרמב"ן הקדושים.

ב) ואחרי' שתבאר סיכת ההיתר כמנהי גפת לפני דין גירי דילי', יש להבין מה נחחדש בדין גירי דילי'. והנה להרמב"ן והרמב"ם [ועיי' משנת' בפנים דגם דעת פסקי הרא"ש כן] מה שההזיק הצדדי הנסכב ממעשה הנחת הגפת, דהיינו הכערת הכותל, מחייבם באופן ישר למעשה האדם [ודם מקרי גירי דילי']. זה מכטל את כל ההפרדה שאמרנו בין הנחת הגפת שהיא מעשה היתר, לבין ההכערה שהיא נחשבת כביכול פעולה אחרת שרק נסכבת כהוצאה ממעשה היתר. והתור לחיות כמו מניח גפת כרה"ר סמוך לכותל חכית, או מניח גחלת שאין בה הגאה בחצרות, דהוי מעשה מזיק פשוט וגמור ללא כל צד היתר וולכן להרא"ש בגירי' המתחדישים מה שסמך בהיתר לא מהני להיתר אח"כ כשכא תתיקן.

אמנם מכיוון שסיכת החז"ק אינה עצם הפשיעה כהנחת גפת שסופה להזיק, אלא הנחת הגפת היא כשלעצמה היתר, ומה שמחייב הוא רק ההתייחסות הישירה של ההזיק לכותל, דהיינו מה שהוא גירי', א"כ בגירי' שאינם מתחדישים כל יום, ונכון גפת. מהני סמיכה כדחתו לחוס' ונ"י כיוון שאז אינו גירי'. וכן אם ממעשהו יתחדש אח"כ ענין הזיק נוסף יתא פטור עליו, דהוא כבר אינו גירי', משא"כ היכא שסופך כרה"ר דאז סיכת החז"ק היא פשיעתו ולא הגירי' ופשיעתו כולל גם מה שיתחדש אח"כ. וזה ביאר רבינו כאן

הנחת הגפת נחשבת שעיקרה לשימוש עצמי, והוי כאילו מניח שם גחלת שאין בה תועלת, והוי עיקר הנהגה צורת מעשה שתכליתו להזיק, והוי אדם המזיק גמור.

ואם מניח בתוך שלו, אחרי שיש לו רשות לעשות גפת לצרכו בחצרות, זהו גופא מפורי' את הנחת הגפת, וההזיק היוצא ממנה לכותל חכית, לשני מעשים נפרדים, ומחשיב את ההזיק רק לגורמא וכמשנת. אך ככה"ג יתא מותר לגמרי כיוון שעיקר המעשה אינו לילך לתוך של חכית אלא להשאר בשל וכתסבר הגר"ח. וכוה יבואר היטב דברי

הרמב"ן ברד"ג כמ"ש ההיתר לנטוע בתוך שלו, אפי' דהעושה כן כרה"ר הוי אדם המזיק גמור כמש"כ רבינו, דתלה החצרות כמה שההזיק הוא גורמא. ומשיש הרמב"ן "ואעפ"כ פטור לר"י אליבא דרבנן דלא דיני גורמא משום דאמר ל"י הרחק עצמך, לר"מ נמי א"ל הרחק עצמך ולא מקרי גורם כי היכי דלא מזיק ופטור לרבנן" עכלה"ק, הכוונה לפענ"ד, דהנה ההיתר דעושה בתוך שלו, יתור קל להבין שגורם שלא יתא אדם המזיק. כיוון שעצם הנחת הגפת הוא מעשה של היתר דעושה בתוך שלו להשתמש לצורכו, אם כן הוא אינו מזיק. ורק דקשה הרי ס"ס ה"י כאן מעשה הכערה בידיים של כותל חכית. ונהי דמפורי' דאז כביכול לשיני מעשים, מ"מ הרי מעשה ההכערה כשהוא לעצמו אין עליו היתר דהגר"ח שעושה בשל, שהרי הוא מכעיר בידיים כותל חכית. ונהי דההכערה נחשבת רק כנסכבת מן העיקר שהוא הנחת הגפת, ומה שמתחייבם לאדם הוא רק עיקר המעשה, ולכן מוכן שלרבנן דמחייבי רק על אדם המזיק גמור לא יחייבוהו על ההכערה, מ"מ לר"מ דדיין דדי' צריך לחייבו על ההכערה דהוי דאינה עיקר מעשהו אלא רק מעשה נוסף טפל שנסכב ממנו, מ"מ לא צריך זה מגורמא דמחייב ר"מ. ועי' תי' הרמב"ן דמ"מ מאחר שעיקר המעשה הוא בהיתר. חל

לו לעשות בתוך שלו זה בכלל בעלותו על רשותו לא יתפסל ההיתר מגרמת היזק לחבירו ועליו להרחיק דאין כוחו למנוע בעל הזפת מלהשתמש בתצויו אחרי שהתורה הוציאה תשמיע בשלו מגדר מדיק, ורק דין גירי גורם לאסור.

אמנם עניין גירי לא שמענו כלל אלא דלחכמים, וי"ל דהם סבורים דכל גרמא היזק לחבירו מחייבת הרחקה, ונהי דעיקר המעשה מותר כיוון שהוא בתוך שלו, אך אחרי דנטפל אליו מעשה היזק לילך לשל חבירו על זה ליכא כלל ההיתר של עושה בתוך שלו. ועי' משני' לעיל על ס"י י"ח דלפני דין גירי המעשה הטפל נחשב תמיד גרמא, והו' דווקא כשעיקר המעשה נעשה ברשות, או נחשב ההיזק לדבר נפרד הנגזר על ידו, אך בנוטע ברה"י ודאי הכל חשיב מעשה ידו, א' של היזק, והכא לחכמים אין נטיעתו ברשות ולכן אם ההיזק הוטפל הי' מדיק בכוחו, וכנפנת, הוי חיוב גמור מדין אדם דהשרשין הוי נולד ואינו כוחו הבא ישירות המדיק, והטעם דבשרשין פטור משום המעשה הנטיעה, כמו שההכלב בא ישר מהנחת הגפת, ובהו מבואר היטב לשון הרמב"ן, דכ' דפשיטא ל' דמאחר שאינו גירי דלכ"ע הגר"ח דלחכמים הוי לא כלו חיצוי, לכן מאחר שאינו כוחו א"א לחייב ע"ז תשלומין, דמציאות פעולת ההיזק אינו יומר מגרמא, רק דלחכמים ג"כ יש חילוק, דבנוטע ברה"י חייב כתשלומין על כור חבירו, וכמש"כ רבינו, דהוי פשיעה ומחוייב מדין אדם המדיק על תוצאות פשיעתו, ופשיעתו מחשיבה אותו לעושה המעשה וגם על מה שנתחדש אח"כ כגון שרשין, אך בנוטע בתוך שלו, מודו חכמים דמכיוון דעיקר המעשה לעשות בתוך שלו, וההיזק רק נטפל, זה אינו חשיב פשיעה, רק ס"ס הוי אדם המדיק במעשיו שנושה כעמ, דבמעשיו טמון כבר היזק השרשין והוי כרי

ג, וי"ט ס"ק ב' דכ' דפטור, ועי' משני' בזה כ' וברבינו על ס"י י"ח, וכסי' כ' וס"י כ"א כ' דלחכמים חייב דהוי ממש כגירי דיילי, וכאן בחכמים חייב דאנום ברייק רבנינו כהמבואר שם ע"ש היטב, וכל דברי רבנינו סובבים על מה שהביא בשם הגר"ח ע"י ס"י ס"ק ג' ועוד דהמחלוקת בין ר"י לחכמים הוא האם באילן מקרי כלו חיצוי, דלחכמים זה אינו כלו חיצוי [וכאן יש ט"ס וצ"ל "או לא נאמר דנהי דלא כלו לו חיצוי" מ"מ היינו לענין כו"ן]. והטעם דודאי מודו דמה שעושה בתוך שלו מותר, וא"כ בהכרח צ"ל דגם באילן מקרי גירי דיילי, ומ"ש לכאן דעתם כסי' י"ח ע"ש אינו מסתבר, שהרי בשלמא למשני' שם לדעת הרמב"ם כל גירי דיילי הוא כהו' גרמא, אבל לחכמים צ"ל דאיכא הרי גוויי גירי דיילי, דבאילן יסברו כהרמב"ם ג' אילכא דהרמב"ן, ובגפת להרמב"ן ודאי מודו דחייב בתשלומין, וגם אין זה מתאים ללשון הרמב"ן דכ' דלחכמים ודאי משום שאינו גירי הוי' רק גרמא, ומניין נקט כן בפשיטות, והוי' לכתב ולמסבר דלחכמים כאילן הוא גירי גרמא, ומ"ש רבינו כאן ג"כ לא נחידא לעני' דמה הגירי הוא הנחת הסולם וזה הוי ממש מכוון רק כוחו גורם היזק ואינו מדיק בעצמו, ולכן אסור דגרמת הנזק, דהיינו הסולם, הוי גירי, ופטור דעצם הנזק עושה הנמ"ל, אך באילן ממ"נ אם אין ההיזק לכור מכוון אין זה גירי כלל, ואם לחכמים ג"ז חיצוי הוא חייב, ואם האילן חשוב סולם והשרשין נמ"ל, והא אסור אף לר' יוסי, ועוד דלא מסתבר כלל לוי דזה לחכמים חשוב לא כלו חיצוי, אחרי שהשרשין נחשבי' כגול.

ב) והרמב"ם ע"י משני' לעיל על ס"י י"ח דלר' יוסי כלא דין גירי דהיתר דעושה בתוך שלו חל לא רק על עיקר המעשה שהוא הנחת הגפת אלא גם על הנסכב ממנו שהוא ההיזק לכותל חבירו, שאם מותר דיילי יעו"ש, דזהו מהלך אחר לגמרי ביסוד סוגיין, דלא ס"ל כלל חילוק הגר"ח בין עושה בתוך שלו לעושה בשל חבירו, ונר' דבאמת מודו דבעושה בתוך שלו לגמרי ולא יוצא שום כח היזק לרשות חבירו דאינו מדיק, וכאופן המבואר בדברי הרמב"ן במלחמות שהביא בחי' הגרש"ש ב"ק א' ס"ק ג' יעו"ש, אך בגפת וכיו"ב כיוון דיוצא הכל המדיק לשל חבירו ס"ל דהנחת ההיזק הוי עושה בשל חבירו, וזו הסברא הפשוטה, רק דס"ל דהכא שמכיל תשמיעו לא הוי מדיק כמש"כ הנתה"מ ק"ח ס"ק י"ח, או לחכמים החירו תשמיעו שהוא כדרך העולם אע"פ שמדיק, וכמש"כ בחזו"א י"ד סק"ד.

ג) ועי' מה שהביא רבינו ש"י הרמ"ה בר"ס י"ח, ואין תח"י ס"י יד' רמה, אך לפי מה שהביא רבינו נר' דס"ל ג"כ כהח"ס רי"ד, ומכיוון דכלל גוונא הוי מדיק גמור רק שחכמים החירו, או דמוותר מח"ה לשי' הנתה"מ, והו' דווקא לגבי הרשות לרשתה, שהרי הסברא להחיר דאין לאסור תשמיעו ורשותו, אך לגבי תשלומין אין סיבה לפטור דס"ס נזק חבירו, ומה שהקשה הרמב"ן כיצד החירו אם חשיב מדיק חייב לשלם ל"ק לשטתו, דמאחר שהוא תשמיעו כדרך העולם ואינו חייב לבטל רשותו הי' דאי אף לפוטרו לגמרי, אך עשו מילתא לטובת הנזק דס"ס אינו חייב להפסיד ממנו משום תשמיעו של חבירו, וזה הובן.

ס"י כ"ב

א) כמה שביאר רבינו בר"ה והנה כמה כ' הספק אי לחכמים דחייב להרחיק באילן חייב בתשלומין, ע"י לעיל ס"י י"ד ס"ק

ב) אך לעני' המורה לומר דהכא שגוף המדיק עצמו הולך לשל חבירו שיהא שייך בזה ההיתר דעושה בתוך שלו, ועי' משני' בזה לעיל על ס"י י"ח, דהכא דגוף הדבר הולך לשל חבירו ודאי נחשב עיקר מעשהו לילך לחתך של חבירו, אע"ז דלא נתכוון לזה, והרי אש שאסורה תורה ודאי היא גם במדליק להסיק כיומו [ורק היכא דעיקר מעשהו נשאר כה"ש ורק מחמם אצל חבירו שייך היתר הגר"ח וכמשני' לעיל]. ולעני' ש"י הרמב"ם בשמ"ק היא כדעת חוסי רי"ד על סוגיא דרקתא ע"ש היטב, דלא ס"ל כמהלך שנובאר בדברי רבינו אליבא דהגר"ח, אלא כפי' דברי הנתה"מ והחזו"א חובבא כמשני' בפנים על דף כ"ב ב' בהחלית העניין דגירי

רס"ל בפשיטות דכל הנך נזיקין הרי כנמיי והבא לא טייעו מידי, רק אין זה כוחו. ואלו ראובן כוחו. דא"כ אין לזה שום דמיון לליבה הגר"א רק הוכיח משם דיש גרמא דפסור אף וליתמו רוח. דהתם הרי כוחו רק שההרח טייעו. לר"מ, ולא נראה כן. וצ"ע.

הזיקא, ומאחר שעושה כעת פעולת הדיק אסור גם כלא גירי, דפעולת הדהדיק עצמו אין עליו ההיתר רעושה בתוך שלו אפי"ג דאינו עיקר המעשה, שהרי בהדיק מוזיק בתוך של חבירו [רק מה שההיתר בא כדרך עם מה שעיקר הפעולה מכוונת לעשות נטיעת אילן שלא להחשיב הנטיעה כפשיעה לחייבו על כל מה שנוצמה מפשיעתו כאלו הוא עשה ומתחייב תשלומין, דס"ס זהו אינו פשיעה, אפי"ג דהוא מעשה הדיק, חוד"ק].
ואין לכוון ד"ז בדברי הגר"ה, דלמשנת לחכמים הרי כלי חיצוי ממש כמו לר"י. רק דס"ל דאפי"ג כלי להגיע שיהא גירי כדי לחייב הרחקה. והטעם דפסור הוא רק משום חך דבאמת כלי חיצוי ואין זה כוחו דדושרשין הו"ו גולד.
ג) ומ"ש הרמב"ן דמי לשור שהבאיש מימי כור חבירו. ע"ש ברד"ג לעיל, שביאר הטעם דאינו חייב לר"מ מרינא דגרמי, משום דלר"מ חייב תשלומין בגרמי זה רק בגרמי דהארם אבל לא בגרמי דשורי. והבא לעניין שורשין מה שדן הרמב"ן אם לחכמים חייב בתשלומין זה ודאי רק מצד אדם המוזיק. שהרי מצד ממונו המוזיק אין כלל ההיתר דעושה בתוך שלו. דגוף השרשין הולך לשל חבירו, וכשגוף השור והמוזיק יוצא בעצמו אל חבירו כבר כחכנו כ"פ דכזה לא נאמר כלל סכרת הגרי"ה. והרמב"ן ביאר טעמים אחרים מדוע אין זה שורר המוזיק. אלא הו"ד ה"י מצד אדם המוזיק. וכי הרמב"ן דאחרת שאינו גירי דילי אפי"ג הפי דכלו חיצוי, וגם לחכמים שאוסרים כלא שיהא גירי ס"ס ה"י גרמא מהטעם הפשוט דבאמת כמציאות אינו חיצוי. רק התקשה לו שיחתייב מדינא דגרמי לר"מ, רק יי"ל כוחו, וע"ז כי דכמו דפסורו שהבאיש נהי דפסור על גרמי דשורי, יהא נחשב זה גרמי דארם ששלה שור שהבאיש, ומוכח דכפי"ג ליכא חייב גרמי על דבר שגולד אח"כ דכפי"ג ליכא חייב גרמא דלא מפרש כן בראב"ד

ממעשהו, דנפילה לבור גולדה אח"כ מהפשיעה בסחרון שמירת השור. וה"ה הבא לא יתחייב משום גרמי דהשרשין גולד.
ד) ועי' בהגר"א קני"ה ס"ק צ"א, שפירי לקושיית הגמ' כ"כ כי הוא גרמא הוא כו' אינו משום צידוף כח הנמלי, דלא קאי הקושיא עמ"ש זימנין דחבא כו', אלא הקושיא היא על מ"ש קודם כדרך כלל דמודה ר"י בגירי דיליה. ועל כלל זה הק' והא גרמא הוא. ומוכח דכל גירי אינו יותר מגרמא. וה צריך טעמא מדוע הוא גרמא הרי יש מהו שמוזיק בימים ממש לממוין חבירו. ולזה ביאר הגר"א דהוי כמ"ש כבא קמא ס' א', דהיינו ליבה וליבתו הרוח פסור. ולכאוי אינו מוכן המוזיק, אבל כאן כמנוח גפת או מתנוחה וכיוצא בזה מאי כח אחר איכא. ונרי כוונתו כמשנ"ת לעיל על ס"י י"ח בעדושי"ת, דמאחר שעיקר המעשה אינו החיך, אלא עשיית ההיתר בתוך שלו, והמוזיק הוי רק כדבר צדדי הנטפל אליו, חשיב המעשה כולו כמתעורב איסור והיתר והוי גרמא על הדרך שנתבאר כמ"ש לעיל על ס"י י"ח דמי לליבה וליתמו רוח, דגם כאן המוזיק נעשה רק כסידע פעולה דיתר. דכלי עיקר החתמים של היתר לא ה"י כאן גם המוזיק.

אמנם דעת רש"י בדרך כ"כ ב', וכ"ה ב' במה שביאר על גירי דילי נרי, דס"ל דמוזיקין דפרקין לא הוי כוחו ממש. ולזה י"ל דהראב"ד ס"ל כוחו"י רק דס"ל דגירי לעניין איסור הרחקה הוי כל שמוזיק ממקומו ומ"י, והו הוי אפי"ג כדושיא, והטעם דפסור מתשלומין כיון דס"ס לא הוי גירי וכוחו וכדעת רש"י. ולכאוי זה הביאור הפשוט בראב"ד, אלא שצ"ב מדוע ס"ל דאינו גירי והרמב"ן ביאר בסוף ד"ג דהוי ממש כמנוח גחלת על כנר חבירו [ועי' דברי רבינו בתחילת ס"י זתן]. וצ"ב במחלוקת רש"י והרמב"ן. אמנם מביאור הגר"א מוכח דלא מפרש כן בראב"ד

ואומדנא זה עומד כנגד האומדנא דעברין משתקת המערער דאמרינן דאם שתק ג"ש כשאכלי שדהו רגליים לדבר שמכר, ואחרי שהחזקה מיוסדת על אומדנא זו, מאחר שנסתרה חו ליכא חזקה [ולקמן ג"ש א' הבאנו לשון הרבינו יונה ז"ל דהחזקה מיוסדת על האומדנא דמדינתה ג"ש רגלים לדבר שמכר ונתבאר שם בעזהשי"ת באורך יעו"ש]. ויעויין ברשבי"א לקמן ג"א ב' דכתב דכ"ל יכא עדים דדר המוכר חד יומא חסרון העדים הוא חזקה שלא קנאה המוכר, וע"ש בפלגות דר"י הוכח בשמ"ק דפי' דהס"ד רהגמי דחזקה זו אלמא כאן סהדי ולא מהני כנגדה מגו. וכמסקנא פי' דמהני כנגדה מגו, אך אכתי יש לומר דדי בחזקה זו לסתור האומדנא שמכחה עברין החזקה דגם היא אינה אלמא כעדים כמש"ת בראיות בעזהשי"ת במ"ש לקמן כ"ש א' [ולרבנן דפליגי על הולכי אושא מודה הרה"י דהטעם משום דהוא חזקה שאין עמה טענה. ויתבאר א"י לקמן מ"א ב', וע"ש שם באורן]. ודעת הח"ס' דההוכחה דעברין מדה דלא נמצאו עדים דדר בה המוכר חד יומא אינה אלמא כדי לסתור החזקה, אלא רק גורמת שב"כ לא ידעו לטעון דהמוכר קנאה מז המערער. והוא זכ"ל שב"כ יטענו לא עלתה חזקה והו משום דאף להולכי אושא הוא חזקה כלא טענה, כדמוכח מדבריהם כאן וכמש"ת.

ז) ולמשנ"ת ברעמ הרבינו יונה ז"ל דכשותק אמרינן דמאחר שיכול לטעון ואינו רוצה לא יטענו כ"י עכ"ל שיקנה, ואם לא נאמר שקנה ודאי עדים המערער להוציא ממנו מכה ויש לו עדים שה"י שלו מקודם, צ"ע מדוע גם כמטלטלין לא נאמר כן. ולהבין מעט חילוקו יש להקדים דברי הרי"ן ככתובות פ"ה א' גבי הדיא אחת דאפקידו גבה מלוגה דשטר, ודנו הראשונים אם נאמנת לטעון שקנחה הך שטרי מאבי היתומים. ואם הוי שאר מטלטלי ולא שטרות טענתו ובלא טענה אין לו שום דין וכע"ד כלל בחק"קע" עפ"ל. והו כוונת הגמ' "טעמא מאי דאמרינן רלמא כדקאמר כו"י, ודהיינו דאמרינן כמטלטלין שאפשר לאחז החפץ ביד, א"כ מה שהחפץ ביד המחזיק זהו גופא חסכה לעורר עליו ספק ולדון בו דין, והחפץ עצמו בא לפני כ"י והם נותנים אותו למי שזוכה בו כד"ן, אך בחק"קע מלכ טענתו אין שום סיכה לעורר ספק ואין חק"קע בא לפני כ"י, ורק טענתו לבד היא זו שבאה לפני כ"י ורק עלי' הנדון ולכן אמרה הגמ' "דאמרינן דלמא כדקאמר", וכל הנדון הוא על טענתו וכשאינו טוען אין כאן כלום.

ח) וכתח"י ה"י נ"י דגם בדברי הגליות דר"י צריך לפרש כן, ודדאי גם הוא מודה דכטוען מפלגיא זכינתה דזכנה מינך ואין לו עדים דדר בה חד יומא דאינו זוכה בחק"קע וכמבואר בסוגיא דרף מ"א ב', דזה חשיב חזקה שאין עמה טענה. ויחכן להעמיס זאת כלשוננו, אמנם באמת א"א לומר כן, דלפי' המשך וכד"י לא אחי שפיר. דאם כוונתו דלקרקע בעינין טענה עם החזקה מטעמייהו דהח"ס' א"כ פשיטא דזה לא שייך כמטלטלין ולא ה"י צריך להאריך לכאר מדוא לא ינמא הכי כמטלטלין, ואין לדחוק דזהו גופא בא לומר דכמטלטלין מניין שהוא תפוס א"צ טענה דתפיסתה גורמת לעורר הנדון על החפץ, וא"כ אין הכנה למה שהוסיף "ועוד דאחוזיק אינשי בנגבי כ"י דדאי מדי האשון כאן ליד"י. ועל כן נלע"ד האמת בדינת הור"י דס"ל כמו הפי' הראשון שכמבנו בדבריו. והא דבאומר מפלגי זכינתה דזכנה מינך וליכא עדים דדר חד יומא דלא עלתה לו חזקה, לדעת הולכי אושא אין זה מפני דהויא חזקה בלא טענה, דמיסוד דין חזקה סיל דסגי כטענת שמא כל זמן שאינו מודה שלא קנה ושאינו שותק, אלא חמם מטעמא אחרינא אחזיק עלה, דמה שאין עדים דדר בה חד יומא ה"י אומדנא דהמוכר לו לא קנה מן המערער.

ואע"פ שאין עם התפיסה טענה, חמם לפי בקרקע, דבקרקע לא שייך תפיסה דאיה נשמטת ממקומה וא"א לשום אדם להכניסה לרשותו או לאחזה בידו, וגם הבעלים איני תפוס בה, ומחזיקין לה בחזקה הבעלים לא משום שהיא כד"י וכרשותו אלא מאחר שנתכר פסם א' שהיא שלי דקנאה כשטר או עדים, או דהחזיק בה [ובמקום דליכא מערער עולה למחזיק חזקה בעלות בקרקע אף ביום א' כמבואר בשו"ע רס"י ק"פ], מעתה אחרי דנקטינן שהיא שלי ממשויכס לנקוט כן גם להבא כ"י שלא יתבאר להדין, ומדן טעמא כ' הקצה"ח ס"י פ"ב ס"ק י"ג דבקרקע יש לעולם רק חזקה מרא קמא ולא חזקה ממון כמטלטלי [וע"י לקמן ל"ב ב' כמ"ש בעניין חזקה ממון בעזהשי"ת, ביאור באורן בכל זה, דזה יסוד ברור ואין בו חולק כלל, ומבואר כן בראשונים. ע"י חוסי לקמן ל"ב ב' ד"ה אמאי כ"י ועוד. ומה שיש לדון בדברי הקצה"ח הנ"ל הוא מצד אחר]. ומה שאדם יורד לקרקע אין זה חשיב תפיסה כלל.

ומאדור דהיורד לקרקע לא חשיב תפוס בה, והוי ממש כעומד מחזק לקרקע, אם אין לו טענה כרי הוי אין כאן החשדות ספק כלל, וחזקה הוא דין להכריע הספק הכא לפני כ"י [וכמו שנבאר בס"ד לקמן כ"ט א', וע"ש לקמן ל"ב ב' דכל חזקה ממון הכי הוא, אך הוכח שלא נמצער לב"ד שום ספק, ולא בא לפני שום טוען ומערער על מה שמחזיק לו המרא קמא כבעלות, אין כאן מקום לדין כלל, ולא אמרינן דנעמיד מספק חקרקע בחזקה ולא מחזיק. שה"י הוא כאדם העומד מחזק לקרקע וגם לא טוען שום טענה, ואינו בכל דברים בקרקע זו יותר מכל אדם אחר בעולם. ורק כשטוען טענה כרי שהקרקע שלו אז נקוקי הכ"י להכריע בין הטענות ומפריעין כטענת המחזיק מכה חזקה ג"ש דל"י [ואח"כ כתבי מצאתי בעזהשי"ת כפר"ש כ"ד ס"ק א' שפי' דז"ל "יעקר החזקה הוא רק ליחז נאמנת להטענה, אבל מה שזוכה הוא דוקא ע"י

ואע"פ שאין עם התפיסה טענה, חמם לפי בקרקע, דבקרקע לא שייך תפיסה דאיה נשמטת ממקומה וא"א לשום אדם להכניסה לרשותו או לאחזה בידו, וגם הבעלים איני תפוס בה, ומחזיקין לה בחזקה הבעלים לא משום שהיא כד"י וכרשותו אלא מאחר שנתכר פסם א' שהיא שלי דקנאה כשטר או עדים, או דהחזיק בה [ובמקום דליכא מערער עולה למחזיק חזקה בעלות בקרקע אף ביום א' כמבואר בשו"ע רס"י ק"פ], מעתה אחרי דנקטינן שהיא שלי ממשויכס לנקוט כן גם להבא כ"י שלא יתבאר להדין, ומדן טעמא כ' הקצה"ח ס"י פ"ב ס"ק י"ג דבקרקע יש לעולם רק חזקה מרא קמא ולא חזקה ממון כמטלטלי [וע"י לקמן ל"ב ב' כמ"ש בעניין חזקה ממון בעזהשי"ת, ביאור באורן בכל זה, דזה יסוד ברור ואין בו חולק כלל, ומבואר כן בראשונים. ע"י חוסי לקמן ל"ב ב' ד"ה אמאי כ"י ועוד. ומה שיש לדון בדברי הקצה"ח הנ"ל הוא מצד אחר]. ומה שאדם יורד לקרקע אין זה חשיב תפיסה כלל.

ומאדור דהיורד לקרקע לא חשיב תפוס בה, והוי ממש כעומד מחזק לקרקע, אם אין לו טענה כרי הוי אין כאן החשדות ספק כלל, וחזקה הוא דין להכריע הספק הכא לפני כ"י [וכמו שנבאר בס"ד לקמן כ"ט א', וע"ש לקמן ל"ב ב' דכל חזקה ממון הכי הוא, אך הוכח שלא נמצער לב"ד שום ספק, ולא בא לפני שום טוען ומערער על מה שמחזיק לו המרא קמא כבעלות, אין כאן מקום לדין כלל, ולא אמרינן דנעמיד מספק חקרקע בחזקה ולא מחזיק. שה"י הוא כאדם העומד מחזק לקרקע וגם לא טוען שום טענה, ואינו בכל דברים בקרקע זו יותר מכל אדם אחר בעולם. ורק כשטוען טענה כרי שהקרקע שלו אז נקוקי הכ"י להכריע בין הטענות ומפריעין כטענת המחזיק מכה חזקה ג"ש דל"י [ואח"כ כתבי מצאתי בעזהשי"ת כפר"ש כ"ד ס"ק א' שפי' דז"ל "יעקר החזקה הוא רק ליחז נאמנת להטענה, אבל מה שזוכה הוא דוקא ע"י

אמנם מהח"ס' מוכח ברדאי דלא זה הטעם דבעינין טענה, שה"י הח"ס' לא מיייר כצריך שיכול לטעון ואעפ"כ שותק דאמרי' דכשתקתו אפסיד אנפשי', אלא כנוונא שרוצה לטעון רק אינו יכול לטעון כרי כיוון שאינו יודע אם זה שמכר לו באמת קנה מז המערער. ולהפ"י שכתבנו בדברי הרבינו יונה ז"ל כפ"ה הגלג' עלתה לו חזקה כיוון דאין כאן שתקתו המפסדתו ואע"פ שטוען שמא מ"מ כבר מוכיח בנמ" ריש פוק שרי שנתת את חפרה דאמרינן דמפסדה"א אע"פ שהחובע טוען כרי דהתבע טוען שמא, והכא כאמור המחזיק הוא התבע.

ה) ולשי' הח"ס' נלע"ד הטעם דבעינין טענה כרי ובלא זה אין המחזיק זוכה

החובע את הקרקע אין זה כתובע דבר הנמצא תחת ידו דחזין דנכנס לרשותו וקניי לז רוק הדרון אם הקניין ה' באיסור או בהיתר, אלא הוא כעומד מחוץ לקרקע וטוען לכעלות עלי'. ובי"ד לא רואים כולל שהקרקע קניי לז, רק הם מאמינים לטענתו, דמה ששתק המוכר ג"ש הוי נגלים לדבר שטענתו אמת ונלעיל כחבנו דדעת

התוס' ומאחר דחשיב המחזיק כעומד חוץ לקרקע, כיוון שאין תפיסה בקרקע, אם לא טוען בר"א בא כולל נרון לבי"ד. והר"י פלג וסי' דלעניין שיכוב הספק לדון לפני כ"ד מהני מה שיער לחור הקרקע לחור, דנהי דודאי מודה דאין זו תפיסה מ"מ חשיב כח ואלמות בקרקע זו, דלרוב הראשונים מהניא ל"י ירידה לקרקע לזכות בה מדין כל דאלים גבר, ולהוציא מן הקרקע בעינין לדון על טענתו. אך ודאי גם הר"י מודה דמה שירד לקרקע אין לזה דין תפיסה כולל, וכל היכא דאיתנא להכריע מדין חזקה מוטו חשיב כאינו תפוס כלל. וכמו שיתבאר אי"ה לקמן יטור זה בראיות רבות]. ובהו אם יכול לומר שקנה ובחור לשותף, אין כ"ד אומרים במקומו שקנה, ומאחר דלא חזין בעינין שקנה, אלא אדרבה חזין הקרקע ברשות מרא קמא, רק מהימנינו ל"י בטענתו שקנה, אם לא טוען אין למה להאמין, ונשארת הקרקע היכא דחזין לה, דהיינו ברשות מ"י.

אך במסלילי חזין בעינין החפץ קניי למחזיק, וא"צ להאמינו בטענתו שקנה כיוון דחזין לפנינו את החפץ קניי לז. ומכאן רלא מחזיקין אינשי בגבי מוחזקין לז דקניינו הוא קניין מדינת בעלים ולא קניין גזילה. ואין הוא צריך לטעון שהוא כמו רוב האנשים שאינם גולנים, דלא זוהי טענתו על ממונו זה, ואין זה עניין לטענה. דרק כשאחזין לדון על חפץ מסויים, על כל א' מבניי הדינים לטעון מה אירע בחפץ, דהו צעם הדין. אך מה שמסתמא הוא מחזקין לז כרוב האנשים שאינם גולנים ממילא מחזיקין ל"י בהכי ולא שייך כזה טענה דז"פ.

והוא כזה אפי"צ דהמחזיק בחפץ שותק אין להפסידו מפני שתקימו, דאין אנו צריכים כלל לטענה שקנה. כיוון דחזין בעינין קניי לז, ומחזקין לז דקניינו של גברא זה הם בהיתר, וממילא אחרי חזקה זו חזין בעינין שהחפץ הוא של המחזק כד"ן. ולכך שחזין בעינין א"צ שום טענה, ונהי דמה שהוא לא טוען גם כ"ד לא טוענים לז, מ"מ לא אכפת לז שהרי חזין שהוא שלו. משא"כ בקרקע שאינו תפוס ולא חזין שהיא שלו, וכל הנדון להאמין לטענתו, אם אין טענה אין לז מהיכן לזכות. דכבר הוכינו יונה ו"ל לפ"י מדוקדקים ומאורים היאכ בעהש"ית [אח"כ ראיתי בכרכ"ש סי' כ"ז סי"ק א' דמפ"י דעת הר"י דסי"ל נמי כדעת התוס'. והנלע"ד כחכת].

דכתי' הרי"מ כאן עמר כזה ואינו חתי". ולמשנת א"ש היטב, דחזקה זו היא רק כשרואים החפץ קניי לפלוני והספק אם נקנה בהיתר או באיסור, אז החזקה מכריעה שנקנה בהיתר. אך אם אין החפץ תחת ידו, וחזין ל"י פשיטא דלא אמרינן רלא מחזיקין ל"י בגבני השתא דחוקף וחוטפו שלא מדינת בעלים בהו כדחור. אך אם אין החפץ תחת ידו, וחזין ל"י פשיטא דלא אמרינן רלא מחזיקין ל"י בגבני וברדאי שלו הוא חוטף. דא"כ לא אשכחן גזלן בעולם, וברדאי החזקה אינה מבררת על חטיפה שלא מדעת בעלים שהיא כד"ן, וכדמוכח מטוניא דנסא דרבי אבא, דאדרבא חטיפה שלא מדעת בעלים מסתמא היא גזילה, אלא רק אם חזין החפץ כבר בתוך רשותו ולא ידעינן אם נחטף או נקנה מדינת בעלים מחזיקין שקנה מדעת בעלים. וכ"כ להרי"א בהגהמ"י פ"ט מהל' טוען אות ה' בדעת ריב"א, והתוס' לא פליגי בהו כמו שנתבאר לקמן ל"ג ב' ע"ש. ובקרקע לעולם היורד לחובה הרי הוא כחוטף כל שעה ושעה מן המרא קמא. דאין היורד לקרקע חשוב תפוס בה וכתפיסה לרשותו. ונהי דגם המ"ק אינו תפוס, מ"מ חזין לה ברשותו מכה שהי'

שהוא תופס בהו הוא קונה לז, נאמן הוא לומר לקוחתו הם בידי כ"י, אבל בשטר שאין תפיסתו קניין ואינו מוחזק כלל אלא בנייר שלו, אם טען בעניין כך וכך נמסר לי, עליי הריא, שאין שעבור השטר יוצא מחזקתו של מלווה הכתוב בשטר עכ"ל.

ומבואר מזה גדר החזקה דכל מה שחתי" של אדם הוא שלו [וכמבואר ברמב"ם רפ"ח מהל' טוען וכתוס' לקמן ל"ד כ' ד"ה ההוא כד"ן], דבעינין לה כרי שיכפה המחזק בממונו נגד ערי מרא קמא של התובע במקום דליכא דרד"מ. דביאר הר"ן דבחפץ שחפסומו גופא הוא קנייתו, כד חזין ל"י כדאי דהמחזק חזין בעינין שקנאו מחזק זה, שהרי תפיסה בידי במקום שטוען לכעלות [לאמרי כשמוטה שהחפץ אינו שלו דאז אין תפיסתו קניין] היא עצמה קניין, ואם חזין שחופס וטוען הרי חזין בעינין שקנאי לז. הוא המרא קמא מעוררת ספק שמא קניין זה הוא קניין גזילה ואינו מדינת הבעלים, ומפריעין ספק זה מכה החזקה דאחזיקי אינשי בגבני לא מחזיקין, ומכאן סברא זו מכריעין דקניין זה דחזין הוא מדינת בעלים ובהיתר, וזוהי המחזיק. ובשטרות רק הנייר לחור נקנה במסירה, אבל גוף החוב הכתוב בהם אינו יוצא מרשותו לרשות אלא ע"י כתובה. וכ"ז דליכא כתיבה נשאר החוב ברשותו זה שכתוב על שמו בשטר אף אם נייר השטר נמצא בידי אדם אחר. ומאחר דאנן חזין לפנינו שהחוב רשום על שם אבי היתומים הרי זה כאלו ראינוהו ברשותו, והאשה הרי כאדם העומד בשוק וטוען שחפץ של ראוהו הנמצא כעת בבית ראוהו שייך לי, דאין לטוען החזקה כל מה שחתי" ש"א שלו ואין בטענתו כלום.

ומזה נוכח להבין בעהש"ית חילוק הר"י, דהנה קרקע הוי כמו חוב לעניין זה, דלא שייכא בה תפיסה, ולא חזין לה מחזקת כדו של שום אדם, ולעולם חזין לה ברשות זה שדרשום בשטר שקנאה. והמחזיק

ודאי היתה נאמנת לטעון לקוח, דגם אם יש עדים שהיו של אבי היתומים מ"מ לא מחזיקין אינשי בגבני, וכל שיש ספק אם נכנסו המסלילין מרשות האב לרשות האשה בגזילה או במקח מחזיקין שרדאי נכנסו לרשותה או בהיתר והם לקוחים אצלה. ומאחר דמחזיקין שלקוחתם זוכה בהם אפי"צ ריש לאב עדים שהיו שלו [והתעם דב"ל החזקה דלא מחזיקין בגבני אינה נאמנת לטעון לקוח מכה חזקה ממון בעלמא נובאר כסד"ש לקמן ל"ב כ' בעניין חזקה ממון יעו"ש].

ודעת הר"י כמכותב שם דכ"ז הוא דוקא בשאר מסלילין, אבל בשטרות אינה נאמנת לטעון לקוח אפי"פ שהם תחת ידה משום דשטרות אינם נקנים בהגבהה או משיכה אלא רק בכתיבה ומסירה [ודיינו דבענין שמוכר השטרות גם יכתוב שטר שמכר שטרות אלה].

והר"ן שם ה"ק על זה דמבואר בגמ' דלמ"ד דשטרות נקנין במסירה לחור נאמן החופס בהם לטעון דלקוחות הם בידי. והנה גם לרדין דבעינן כתיבה יש אופנים שנקנה בלא כתיבה ונמנו במחנה שכיב מדע או אגב קרקע. וא"כ תראה נאמנת לטעון לקוח בקניין אגב או מחנה שכיב, ואז לא ידא ריעותא בדרכי"י כמה שאין לה שטר על קניין שטרות אלה.

ות"י ע"ז הר"ן ח"ל "ו"ל דלא דמי דלמאן דאמר אותיות נקנות במסירה, כיוון דמסירה גופא הקנאה היא נאמן לומר לקוח הוא בידי שהתפיסה מוכחת באותיות דבעלים מסרום לשם מקח כשם שהיא מוכחת בשאר מסלילין. אבל לרדין דקיי"ל דאין אותיות נקנות במסירה, כיוון דמסירה גופא לאו הקנאה היא לא מהימנו דתפיסתו לא מוכחת אלא שהבעלים מסרום, אבל על הקנאה אגב או כתיבה לא מוכחת כלל" עכ"ל. ובמלחמות שם ג"כ כ' כעין זה ח"ל "לפ"י שהמסלילין כיוון דנקנין במסירה והגבהה, ותפיסתו עצמה

הוא כזה אפי"צ דהמחזיק בחפץ שותק אין להפסידו מפני שתקימו, דאין אנו צריכים כלל לטענה שקנה. כיוון דחזין בעינין קניי לז, ומחזיקין לז דקניינו של גברא זה הם בהיתר, וממילא אחרי חזקה זו חזין בעינין שהחפץ הוא של המחזק כד"ן. ולכך שחזין בעינין א"צ שום טענה, ונהי דמה שהוא לא טוען גם כ"ד לא טוענים לז, מ"מ לא אכפת לז שהרי חזין שהוא שלו. משא"כ בקרקע שאינו תפוס ולא חזין שהיא שלו, וכל הנדון להאמין לטענתו, אם אין טענה אין לז מהיכן לזכות. דכבר הוכינו יונה ו"ל לפ"י מדוקדקים ומאורים היאכ בעהש"ית [אח"כ ראיתי בכרכ"ש סי' כ"ז סי"ק א' דמפ"י דעת הר"י דסי"ל נמי כדעת התוס'. והנלע"ד כחכת].

דמיא, ומגו במקום חזקה דג"ש אמרינן בגמ"מ עכ"ל [וכתוב] ב"מ ק"י א' ד"ה א"ל כ"י שכתבו דמגו במקום חזקה ה"י כמגו במקום עדים, נ"ר דה"ו למש"ש לעיל מינה שאחרי שידע שתכמים תקנו שאחרי ג"ש יהא של המחזיק א"כ בודאי הו"ל למחזיק יודע שאם לא ימחה יפסיד שדחו מתקני"ה, וכוה נעשה שתקנתו כאנו סהדי. אך לפני התקני"ה, דעבדינן אומדנא רק מחמת שטבע האדם שאינו רואה שיוורדים לשדחו ושותק, משום זה לחוד לכ"ע לא נעשה אנו סהדי. ויש להאריך עוד בזה ואכ"מ].

וכן מוכח דהרגלים לדבר אינו רא"י גמורה כעדים דהא לקמן מ"א ב' גבי ההוא דרד בקשתא בעליתה, אם טוען וזכינה מפלוגי דזכנה מינן, ויש עדים דרד בה המוכר לו חד יומא, אז טעינו ל"י דהמוכר לו זכנה מן המעוער, וחזקתו עולה לו להוציא מחזקה המעוער. והתם אין על המחזיק טענה דאחרי שטרך, שהרי ודאי אין בידו השטר שקנה המוכר לו מן המעוער. ולהרמב"ן ב"דף מ"כ דבקטן אינא הרגלים לדבר בפחות מג' ורק משום שאין לו דעת אינו מחזיק בפחות מג', א"כ הכא המחזיק שיש לו דעת הו"ל להחזיק בפחות מג', שהרי בפחות מג' יש לו רא"י דאלמלא כעדים שהמעוער מבר, וליכא ריעותא דאחרי שטרך [וראינו בח"י הגרש"ש שהביא קושיא זו, ומד שח"י שם לענ"ד אינו מחזור כלל. ועי' מ"ש בזה לקמן מ"א ב'].

וכן מוכח מסוף דברי הרמב"ן ב"דף מ"א גבי חזקה קטן, שכ' דאע"ג דה"י רא"י שחזיק בפחות מג' אינו כן שמי שאין לו דעת לא מצינו שיריחו. ואם הרגלים לדבר ה"י כעדים, א"כ מאחר דאין כאן הריעותא דאחרי שטרך לא יתכן כלל שנוציא מהקטן שדה שיש עדים שהיא שלו רק מנה המכר דלא מצינו שיריחו. ומוכח דהרגלים לדבר אינו חשוב כעדים מדאורייתא, אלא ה"י אומדנא בעלמא דמה"ת לא מפקינן מכתה ממון. ורק חקני"ה

רבינו שלא זכה בחזקה זו אלא משום מחמת דאית ל"י להאי למחוי ולא מחת אמרינן ודאי זכנה וא"כ כיוון שמחה ואין לו לטרות ולמחות כפניו לא אמרינן זכנה עכ"ל. ומבואר דאע"ג דס"ל דה"י תקני"ה מורה לסברת הרגלים לדבר דכ' הרמב"ן.

ועי' רש"ב לקמן ל"ה ב' ד"ה ישאל האב מחמת עכ"מ כ"י שכ' יוסתם עכ"מ גולנים הם כ"י והלכך לא תקנו בהם חזקה"י ומשמע דס"ל דהוא תקני"ה. וכן משמע מד"י לקמן ל"ז ב' ד"ה ושתיק ולקמן נ"ח ב' ד"ה אבל יש למקומו כ"י דכ' דמדלא מיתה הפסיד. וכמו שדי"ק הקצו"ה מהרמב"ם. וכן משמע ברש"ב שהביא בהגהת הב"ח כאן אות ה' ודע"ג דס"ל דהוא תקני"ה ס"ל ג"כ כהרמב"ן דמשתתקת הכעלים אינא רגלים לדבר שכ' ב"דף ג"ח ב' ד"ה המחזיקה, לגבי המחזיקה ופולחא דקביעותא הוא הלכך יש לו חזקה דלא עבדי אנש דשתיק אלא קפיד, ומדשתיק אינא לממור הד"ן עם המחזיק דודאי נהרצה עמו כדמסי' עכ"ל. וכ"כ הרש"ב"ם לעיל ר' א' בתוספת שפטר"ש"י כסברת הרמב"ן ע"ש.

ולעיל כהובות י"ז ב' שכ' שני חזקה. ג"ש שתקנו חכמים לכל מחזיקים בקרקע כ"י ע"ש. וב"דף ר' ב' מוכח דעת רש"י דבחזקה תשמשיין מחזיק לאלתר [והטעם כיוון דלא עבדי בהו שטר וכמ"ש בטור קנ"ג סע' כ"ד]. ואם כל טעם החזקה הוא רק תקני"ה משום דלא מודהר כשטר"י צ"כ מדוע בדלינא שטר מחזיק לאלתר. ונ"ר דס"ל ג"כ כסברת הרמב"ן וכמשי"כ הרש"ב"ם לעיל [אך זה יש לדחות וק"ל].

ב) והנלענ"ד כביאור ענין זה, בהקדם דנ"ר דלכ"ע הרגלים לדבר דעבדינן משתיקת המוכר, דמדשתיק מוכח דמכר, אף כלא הריעותא דאחרי שטרך, אינא רא"י גמורה להוציא ממון, ואין זה כאנן סהדי. וכן מוכח מדברי הרמב"ן ל"ה א' ד"ה והני מילי כ"י שכ' ז"ל "ידבר כדור הוא דחזקה לאו כעדים

מחזיק ל"י לקטן למימר לא אודחה בשטר"י, דא"כ מי שאין לו דעת הריית, לא מצינו אותו אלא מפסיד" עכ"ל.

ובקצו"ה הבין דלדעת הרמב"ן חד חזקה היא מדאורייתא, דהרגלים לדבר משתיקת הבבלים הינא רלינא ריעותא לאחרי שטרך, הוא רא"י גמורה מה"ת להוציא מחזקה המרא קמא, וא"ע כלל לתקני"ה בזה.

ועי"ש שהביא לשון הנ"י שכ' דחזקה היא מתקני"ה, וכן די"ק מלשון הרמב"ם, וס"ל להקצו"ה דאי ה"ו ראשונים דכ' דהוא תקני"ה היו מורדים לסברת הרמב"ן דהטעם דמפקינן מחזקת המ"ק הוא משום רגליים לדבר, לא היו צורכים להגיע לכך שהוא מהני מדאורייתא. ומדכתבו דהוא תקני"ה כע"כ דפליגי על סברת הרמב"ן וסבירא להו דלמסקנא ליכא כלל רגלים לדבר משתיקת המוכר. והטעם דמפקינן מחזקת המ"ק הוא רק משום התקני"ה.

ולענין דעתו, השרתי בעלטה, נפלאתי מאד על רבינו הקצו"ה דכל זה לא אינא ל"י, שהרי הרמב"ן עצמו לקמן על דף ל"ה א' ד"ה והני מילי בחזן שלש כ"י כה"ל "היני תקין רבנן חזקה ולא תקין דאי מחיה ל"י לפירא היא יכול לעשות שום דבר כ"י שעכשיו לקחה מידת הד"ן כו"י. ומבואר דאף הוא ס"ל דחזקה היא תקני"ה. ועי"ש שכ' גם תירון לקושיית הקצו"ה על"ז מהנ"י שם [וכן נ"ר מסוף דברי הרמב"ן שהבאנו לעיל שכ' דבקטן לא אמרינן דחזיקין בפחות מג"ש דלא מצינו מי שאין לו דעת אלא מפסיד. ואם הוא דין דאורייתא לא שייך ל"י הך טעמא, אלא רק אם הוא תקני"ה].

מכורר שהיא שלו כעדים או שטר או חזקה, וכל שעה ושעה מה שהיורד נמצא בקרקע ה"י הוא כחוטף כל הזמן את אבילת הקרקע מרשות המרא קמא. וכב"ג ל"י לחזוקי אינשי בגבי לא מחזיקין].

ט) והנה לקמן מ"א ב' באומר המחזיק למשער מפלניא זכינה דזכנה מינן, ואי אית ל"י סהדי דרד בה חד יומא, זוכה. ומבואר שם דזכינתו היא משום דהבא משום ירושה א"ע טענה, ולעיל כ"ג א' אמרינן גבי ברייתא זו דהיא משום דשעינן לירוש וללקוח. ולמשנ"ת בדעת הר"י כב"ג א"ע

לשעינן כלל דמכיוון דמספק מחזיקין ל"י כבעלים זוכה בלא טענה. וכוה אין הטעם דכשתקנתו מפסיד, כיוון שרוצה לשערן רק אינו יכול דאינו יודע אם קנאה המוכר לו מן המעוער. אמנם ככר כמבנו לעיל דכל משנ"ת כאן הוא רק לדעת הולכי אושא. וכן משמעות הגמ' דקושיא זו הוסיפה לנ"י רק בדעת הולכי אושא ולא בדעת רבנן. ולדעת רבנן יש צורך בטענה מצד אחר, והבאור אי"ה באורד לקמן מ"א ב', עי"ש.

כ"ש א'. ביסוד דין חזקה קריבנן.

(א) עי' קצו"ה ס"י ק"מ סק"ב שהביא הא דמסקינן בגמ' דטעמא דחזקה משום דער חלה שנין מודהר אינש בשטר"י כו. וכ' "ואכתי צ"ד טעמא נהי דהו לאו ריעותא כמה דלית ל"י שטרא ומשום דטפי לא מודהר, אבל ס"ס אין לו רא"י והיני מוציאין ממ"ק בלא רא"י".

וליישב זה הביא דברי הרמב"ן לקמן מ"ב א' שכ' דגם לקטן המחזיק בשדה עולה חזקה וד"ל "כיוון דהאי שתיק רגלים לדבר, אלא שחזן ג' אמרינן ל"י למחזיק אחרי שטרך ולאחר ג' כיוון דלא מודהר כ"י טפי אחר"ע ל"י הוא טענה ואמרינן לא לחנם שתק. וקטן נמי לא בר אודחותי טפי הוא, והכי מוכחה סוגיא דריש פר ין כדאמרו כו". ומיהו בחד ג' לא

ורק בסוף ג"ש איכא אומדנא משתיקתו שמכר. דרק אחרי ג"ש ששוחק המוכר אז פוסק הלוקח מלהזהר בשטרי. ולמה שנתבאר בדברי ואבי לא סתר דכן הוא ברובא דאינשי, ורק הק' ריש אינשי קפדני ומקפידים אף בפחות. וריצע נקט הרמב"ן דככל אדם איכא מיד רגלים לדבר.

ועי' היטב ברמב"ן לקמן ל"ז כ' ד"ה מאי בנייהו דקל נערה כ"י שהבין ברע

הרשב"ם דהא דאמרי דבג"ש מודדו בשטרי

הוא משום דכן המציאות, ואין זה תלוי בשום

טעם [דאם הזהירות בשטר היא משום דהוי

שהמוכר שוחק ג"ש ולכן בוטח שלא ימחה

ערד ואינו חושש לשמור שטרו, איצ המיד

ג"ש שלמות אלא סגי באכילת תבואה דג"ש,

וכשגומר לאכול שנה שלישית וחזי דהמוכר

שחק תו לא נזדח אציג דלא נגמר משך ג"ש

מיום ליום]. ופי' ברעית הרשב"ם דמיד איכא

הרגלים לדבר, רק דחז"ל קבעו דכ"ז דאיכא

שטרא לא יתקו חזקה, שאם יש לו שטר אצי

לחזקה. ורק בסוף ג' יתקנו שתהא לו חזקה

מכת האומדנא דמציעקא, וכ' עיז הרמב"ן

יארין דכיוו נכונים שעדיין יש להקשות עליו

א"כ כל חזקה ג"ש תעלה לו ואפי' שנים

מפחות וכתים שרד בהם כליב אציפ

שלא דר בהם בלילת, ואפי' אפיק כורא ועייל

כורא, ותפתחא ונידא, אלא כך הוא הטעם

לחזקה, שכיות שהחזיק אדם בבית או בשדה

ג"ש כדרך שאדם מחזיק בשלו ורואה שאין

מעער עליו שוב אינו נזהר בשטר. לפיכך

הצרכי חכמים לכל דבר ודבר מעין תשמישו

שהוא עשוי לו. אבל כשלא החזיק בו כדרך

שאדם מחזיק בשלו הי' צריך להזהר בשטרו,

עולה לו שהי' לו להזהר בשטרו עד שיראו

חכורי דר בו ולא יערער, שבאותה שעה יודע

לכל שהיא שלו ואח"כ לא יחזיק לזהר

בשטרו, והו' טעם החזקה והמתחאה עכ"ל יק.

ומבואר מדבריו דהטעם דאם החזיק ב' שנים

כדרך בעלים, וכשנה ג' אפיק כורא

ועייל כורא וכי"כ, הטעם דאינה חזקה משום

אם המוכר קפדן כהני דכי בר אלישיב או לא. והמוכר יוכל לטעון אח"כ שהקפיד רק לסוף ג' ורק אז דאיכא אומדנא אלימתא סומך שלא להזהר בשטרו יותר.

(ו) **ברעית** רשב"ם לכאורה יתכן ל"י דסי' ברעית הרמב"ן בזה דמאחר

האומדנא איכא לאלתר [וכמש"כ הרשב"ם

גופי' לעיל ו' א"ן, איכ' הא דבעינן דכל הג"ש

לא יחזי נ"י ותפתחא וכי"כ אינו משום

דבעינן זה לעשות האומדנא, אלא רבעינן זה

רק כ"י שתהא אומדנא אלימתא שהלוקח

יטמון עליו לא להזהר בשטרו יותר. ומה שדק'

עליו הרמב"ן דא"כ סגי בני אכילת של ג"ש,

ואם בסוף האכילה האחרונה נשארו עוד כמה

ימים שלא אוכל בהם עד תשלום זמן ג"ש

מיום ליום, מאחר שימים אלה לא משלים ולא

מורידים לענין האומדנא אין להחשב בהם

וכבר עולתה לו החזקה, י"ל לפמש"כ חוסי

כ"י א' ד"ה שחא, דמוכח דלרובן זמן קפידא

אינו תלוי במספר האכילת אלא בשיהוי הזמן,

הוא הגורם לקפידא. ומה הכריח לפסוק ולא

כשמואל, דהלוקח פוסק מלהזהר רק אחרי

ששה ג"ש שלמות, דא"כ אין הכרח ל"י

דרכן לא ילפי משור.

ועי' הי' רשב"א ריש פרקן שביאר כאורך

המחלוקת בין הפוסקים כרב להפוסקים

כשמואל. ולשי' הפוסקים כשמואל י"ל

דההכרח ל"י דרכן לא ילפי משור, לפמשנתי

לעיל דלהולכי אושא ביטול חזקה המיק' אינו

מכת האומדנא דעבדינן משתיקתו, אלא

מדחזינן ג"פ המצב היפך מחזקתו, דחינו

שאחר מחזיק בה כדרך בעלים. וכדי שונאמר

דחזינן היפך חזקה המיק' ודאי לכ"ע סגי

באכילת ירק או כ"כ כ"י ישמעאל או כ"ע.

והטעם דפליגי שמואל ומצירך דווקא אכילה

דשעה שלמה בכ"י שהשדה עומד לו [וכמו

שביאר ברשב"א עי"ש ותבין] כע"כ זהו משום

דסי' דבעינן רגלים ל"ג משתיקת המוכר.

ובפחות מהא ס"ל דליכא רגלים לדבר. ומדמצריך דוקא רגלים לדבר כע"כ דלא ס"ל הלפוחא משור, והבין.

(ז) **אמנם** כאמת נ"י דהרשב"ם ס"ל דלא כהרמב"ן בזה. שהנה ברשב"ם

שהביא כאן הכ"ח באות ה' כ' י"טפי לא

מודדו הלכך הי' לבעלים הראשונים למחמת

בתוך ג' שלא יחזיק בקרקע שלו ואם לא

מחה הפסיד ע"כ. ומשמע דהטעם דמפסיד

המרא קמא משום דלא מוחה בתוך כל הג'

שנים, ולא רק משום דלא מוחה לאלתר

כשראה זה יורד לשרתו.

וכרף ל"ז א' דמפר' הרשב"ם דאפי' בא'

מהג"ש הוא עולה דלא קפיד בה המ"ק

אינה חזקה, כ' בפשיטות דהטעם דאינה חזקה

משום דככול המערער לטעון דלא מחה משום

דלא קפיד בערלה. וכן כ' בכל הג' דאינס

חזקה כסוגיא שם. וכן כאן כסוגיא דמפחות

כ' בפשיטות דהטעם דאינה חזקה במפחות

משום דככול המערער לומר דכיון שהוכרר לא

מחה וסבר דאז פסק מלהחזיק. ואציג דבשנה

ראשונה שהחזיק כבר איכא אומדנא משתיקתו

ל"א דמגי בזה להחזיק אחרי ג"ש שכבר לא

מודדו בשטר. ומפשיטות לשון הרשב"ם

משמע דבטענה זו דמהערער מתבטלת עצם

החזקה, ולא חזקיר דכ"ז הוא רק לעשות

שיבטח לב הלוקח לא להזהר בשטרו כמ"ש

הרמב"ן.

וכעליות דרכינו יונה כ' וי"ל ידמכיוון דפי'

מג"ש לא מודדו, הו"ל למחות.

ומדלא מוחה אמרינן דודאי זכנה. לפי שהשטרו

חכמים עליו למחות כיוון דפי' לא מודדו

אינשי בשטרי. ועי' טעמא דמילתא הכי הוא,

שא"כ מה בכך אם לא מודדו בשטרי ספי'

מג"ש, מי"מ כמה יצאה קרקע חזקה בעל"י,

ומה דא"י יש שהי' בידי שטר מעולם" עכ"ל

[ולא ראיתי כל ההמשך בפנים רק כך מצאתי

מועתק]. והו' נ"י דכבר הרשב"ם שהביא

בהגהות הב"ח, וכנ"י מפרש הסוגיא דלא

יסלקוהו בי"ד כיוון דאין לו שטר. ואם לא נאמר כן נצטרך לוי דהרשב"ם מודה להרמב"ן דהטעם דכענין כל גי'ש אכילה מעליא משום דכל"ז אינו פוסק מלשמור שטר, וצ"ע.

ושו"ר דמלשון הרשב"ם לקמן בסמוך ד"ה באחר דמוכרי באני מוכח דלא ס"ל כהרמב"ן, דהרמב"ן כ' להדיא לקמן ל"ז כ' דגם בשנים מפורות הטעם דכענין ו' שנים ולא סגי כג' משום דהלוקח מפסיק לחשוש לשטר ר' אחר ג"ש דאכילה גמורה דחיי דשתק המוכר. ומאחר דהלוקח מרצונו חושש לשטר בפפורות ו' שנים, וזה הסיבה דר' אחר ו' שנים עולה לו חזקה. ואילו ברשב"ם כאן כ' וזמיה שנה שהחבירה אנה עולה לחשבון ג' שני חזקה וצריך לשמור שטר יותר מג"ש"ע כפ"ל. ומבואר דס"ל דמדין חזקה כענין ו' שנים ומסובב מזה דצריך לשמור שטר ו"ש. ולהרמב"ן הוא להיפך. דמקורם אמרי' דודעת עצמו שומר שטר ו"ש, ומה נסבב דדין החזקה הוא רק אחר ו"ש. ומכאן מזה דהרשב"ם ס"ל כמשנית' לעיל, וכע"כ צ"ל דבתשמישין איכא קפידת טפי.

ש"ס ע"י קוב"ש אות ק"א, שהביא דברי הרשב"א על הגמ' השתא אידו לא טעין און לשטרן ל"י, דר' אמאי לא נימא כיוון ששתק אחולי אחל. ומבואר דאם המחילה היחה מועלת היינו מעמידים הקרקע בחזקה המחזיק אע"ג דלא טעין מדי, וכפשוטו גם א"צ לשטרן שהלה מחל לו. וכשי' הרמב"ם וגאונים לעיל ר' א' דתשמישין שמהילה מועלת בהם [נצי' לעיל שנבאר בעזשה"ח שהוא מתקין] א"צ טענה להחזיק וצ"ב מודע לא נאמר כן אף לענין מכירה. ונלענ"ו הביאור דלגבי מכירה לא חזינן בעין מצב שהקרקע מכור למחזיק, אלא רק שחזקת המוכר עושה אומדנא שמכר, ואחרי ג"ש מחזקינן מספק שהוא כן. אך לגבי מחילה חזינן להדיא במציאות שהוא מוחל

לקמן מי"ב טוף ע"א הביא דברי הרמב"ן גבי קטן והסכים לדבריו, אך חזקן לשונו חיי' קטן נצטרך לו' דמדי איכא אומדנא, באופן שלא נצטרך לו' דמדי איכא אומדנא, אלא רק לאחר ג"ש, ע"ש היטב.

ט **ובדעת הרשב"ם** ש"י דס"ל כהר"י דעבדינן האומדנא רק משתתק ג"ש, צ"ע מדי' לעיל ר' א' [בתוס' שכתשו"רין], ולקמן על מתני' מ"א א', דבחזקה תשמישין מחזיק לאלתר. וכ' שם דהטעם דמדי עבדינן אומדנא משתתק הבעלים. וללאו ה"י צריך לרזוק דס"ל כהרמב"ן. אך ג"ז צ"ע ולרהרמב"ן הא דעבדינן אומדנא לאלתר הוא דווקא למסקנת רבא. ולהרשב"ם מתני' ס"ל כהולכי אושא, דרבנן דרב לקמן ל"ז כ' אינם רבני דמתני', ומסקנת רבא היא דווקא לתר' רבנן וכמ"ש הרשב"ם שם. ולקמן מ"א א' פי' ושכ"ם דגם מתני' אית לה דחזקה תשמישין חיי' לאלתר. וע"כ נר' דצ"ל דדווקא הכא דעבדינן שטר, מאחר דקבעי חכמים דחזון למחות הוא ג"ש עד שלא יודעה בשטר, לכן כענין דווקא מחאת ג"ש. ולעיל גבי חזקה תשמישין דלא עבדי' להו שטר חזון שקבעי חכמים למחאה הוא דוקא לאלתר. ומרלא מחת בזמן שקבעי לו רגלים לדבר דמכר. אך אכתי צ"ע, דאחרי דחזינן מחי' תשמישין דהשתמשות המחזיק לאלתר גורמת קפידת המספקיה לעשות אומדנא, אי"כ באכל שנה ראשונה חשדה בהכרח זו סיבה לקפידת תגורמת אומדנא שמכר. ונהי דא"א שחזיק לאלתר כיוון דיודע הבעלים דיש לו זמן למחות ג"ש ואולי משהה מחאתו לסוף ג', מ"מ אם אח"כ עשה כ' שנים ניד או הפחתה וכי"ב, וחלפו ג"ש ואכתי לא מחת על האכילה דשנה ראשונה מודע לא נאמר דמתקנתו איכא אומדנא דמכר. ושמא י"ל דבחי' תשמישין מקפיד יותר כיוון דיודע דלא עבדי' להו שטר לא וכל סלק המחזיק בטענת אחרי שטר. משא"כ בשדה דאנו חש כ"כ יודע דאין למחזק שטר וכשירד עמו בדין

האומדנא שירדע שתקנו ומשי"ה צריך למחות ומרלא מחת רגלים לדבר שמכר. וראיתי כ"ס קה"י ש"י כעין זה, דמעיקרא תקנו שיחזיק הלוקח כלי טעם, וספכו על כך שאחרי תקנתם מכה התקנה יתחילי גם הטעם דרגלים לדבר. ולעני' הקלושה לא נר' לומר סברא כזו להקדים המאחר ולאחר המוקדם. אלא חכמי קבעי זמן למי שרוצה למחות, ולא שקבעי שבחום הזמן תצא חשדה מחזקתו, אלא שבסוף הזמן מאחר שלא מיתה בזמן שקבעי ממילא איכא רגלים לדבר שמכר דאין אדם רואה שאוכלים שדהו ושותקי, ומכה הרגלים לדבר תקנו חזקה ללוקח. וזו סברא דקה ל' דאציג דהתקני' היא רק אחרי דאיכא אומדנא, ולא שתקנו לפני האומדנא, מ"מ עצם האומדנא נוצר מכח קביעת חכמים עצמה שקבעי זמן למחאה. ואולי משי"ה הוצרך הרמב"ן לפרש דהאומדנא איכא כבר מחילה רק חכמים לא תקנו מכחה חזקה עד תום ג"ש.

ת **וע"י** ש"י שלישית כזה בחי' הרשב"א כאן, ולא ס"ל כהרשב"ם דהאומדנא היא מכח שרואה ג"ש שהלה אוכל שדהו ושותק ודס"ל דזה הוא דווקא לטעם הב' דרבא, ואב"י דחזון, ולכן הוצרך לפרש כהרמב"ן דהטעם דלא מהני נר' והתפתחה וכי"ב [המבוארים לקמן ל"ז א' ב'] הוא משום דבחי' אכתי חושש הלוקח לשמור שטר. אך במשי"כ הרמב"ן דהאומדנא איכא לאלתר, כזה פליג עליו הרשב"א וס"ל דכענין למסקנת הגמ' דקא ג"ש לאומדנא, דכתי' הב' דזה אב"י והוכיח ריש דקפדי בפחות מג"ש, ולמסקנא הוסיף רבא דלא סגי כמה ששותק כשרואה שאוכלים שדהו, אציג דידעין דכבר קפדי, אלא עבדינן האומדנא מחזיקן ששייה מחאתו עד לאחר דזה כבר לא נהיה בשטר [וגם כבי בר לאחר דזה כבר לא נהיה בשטר דחושש שימחו לסוף ג' ויטענו דקפידתם כרובא דעלמא, כמבואר כ"ז ברשב"א ע"ש].

כמשנית' לעיל ברעת הרמב"ן, אלא ס"ל דבאמת סבר רבא דלאומדנא בעינן דוקא ג"ש, דבפחות מזה לא קפדי, ואח"כ הוכיח אב"י דיש דקפדי בפחות, וא"א משום הא להגביל זמן ג"ש לכל העולם. וע"י כתי' רשב"א שהק' על קושיית אב"י מהני דבי בר אלישיב מודע לא נאמר כזה דלא פליג רבנן, ונר' דלפי הר"י וזה גופא מסקנת רבא, דבאמת ס"ל דיטור האומדנא הוא משתתק ג"ש, ובעינן דווקא ג"ש דחזקה כיוון דבפחות לא קפדי אינשי, רק כלפי קושיית אב"י מתקן רבא דכריי ומוסיף לגבי הני אינשי דקפדי בפחות מג"ש דלא אמרי' שיחזיקו בפחות, אלא חכמים קבעי זמן א' לכולם. וקבעי ג"ש דזה זמן החזירות בשטר. ואין הכוונה דחכמים תקנו חזקה כג"ש משום אודותי כשטרא ג"ש, וכל זמן א' לכולם. ורק אח"כ נולד מזה גבביל חכמים הזמן הראוי למחאה לג"ש. וכל אדם יודע שאם ברצונו למחות וזה הזמן שקבעי חכמים למחאה, וממילא אם לא מיתה בזמן זה נקטינן שאינו רוצה למחות ועבדינן מזה האומדנא דמכר.

רלפ"ז י"ל דהטעם דאם חלק מזמן החזקה הי' נר' או אפיק כורא כ"י וכי"ב לא עלתה לו חזקה, אין זה מטעם שכ' הרמב"ן דבכ"ג אכתי חושש לשמור שטר. אלא אחרי שקבעי חכמים זמן המחאה לג"ש, ממילא כדי לעשות האומדנא בעינן דווקא שתתק דג"ש. ואם חלק מהג"ש הי' כענין שיכול המציער לשטרן מודע לא מחת, אי"כ אין כאן שתתק דג"ש שליסות, ואין האומדנא משתתק ג"ש, דריא העושה החזקה.

והטעם מודע מוחה אינו משום שירדע שאחרי ג"ש תקנו חז"ל שיפסיד חשדה ומוחה כדי שלא יפסידנה. דאז לא הי' צריך שכל הג"ש תהא אכילה גמורה באופן שמקפיד הבעלים. וא"א לומר כן דא"כ נצטרך ל' דמקודם תקנו חכמים שיפסיד חשדה אחרי ג"ש בלי טעם. ורק אחרי תקנתם נוצר

האומדנא שירדע שתקנו ומשי"ה צריך למחות ומרלא מחת רגלים לדבר שמכר. וראיתי כ"ס קה"י ש"י כעין זה, דמעיקרא תקנו שיחזיק הלוקח כלי טעם, וספכו על כך שאחרי תקנתם מכה התקנה יתחילי גם הטעם דרגלים לדבר. ולעני' הקלושה לא נר' לומר סברא כזו להקדים המאחר ולאחר המוקדם. אלא חכמי קבעי זמן למי שרוצה למחות, ולא שקבעי שבחום הזמן תצא חשדה מחזקתו, אלא שבסוף הזמן מאחר שלא מיתה בזמן שקבעי ממילא איכא רגלים לדבר שמכר דאין אדם רואה שאוכלים שדהו ושותקי, ומכה הרגלים לדבר תקנו חזקה ללוקח. וזו סברא דקה ל' דאציג דהתקני' היא רק אחרי דאיכא אומדנא, ולא שתקנו לפני האומדנא, מ"מ עצם האומדנא נוצר מכח קביעת חכמים עצמה שקבעי זמן למחאה. ואולי משי"ה הוצרך הרמב"ן לפרש דהאומדנא איכא כבר מחילה רק חכמים לא תקנו מכחה חזקה עד תום ג"ש.

ת **וע"י** ש"י שלישית כזה בחי' הרשב"א כאן, ולא ס"ל כהרשב"ם דהאומדנא היא מכח שרואה ג"ש שהלה אוכל שדהו ושותק ודס"ל דזה הוא דווקא לטעם הב' דרבא, ואב"י דחזון, ולכן הוצרך לפרש כהרמב"ן דהטעם דלא מהני נר' והתפתחה וכי"ב [המבוארים לקמן ל"ז א' ב'] הוא משום דבחי' אכתי חושש הלוקח לשמור שטר. אך במשי"כ הרמב"ן דהאומדנא איכא לאלתר, כזה פליג עליו הרשב"א וס"ל דכענין למסקנת הגמ' דקא ג"ש לאומדנא, דכתי' הב' דזה אב"י והוכיח ריש דקפדי בפחות מג"ש, ולמסקנא הוסיף רבא דלא סגי כמה ששותק כשרואה שאוכלים שדהו, אציג דידעין דכבר קפדי, אלא עבדינן האומדנא מחזיקן ששייה מחאתו עד לאחר דזה כבר לא נהיה בשטר [וגם כבי בר לאחר דזה כבר לא נהיה בשטר דחושש שימחו לסוף ג' ויטענו דקפידתם כרובא דעלמא, כמבואר כ"ז ברשב"א ע"ש].

כמשנית' לעיל ברעת הרמב"ן, אלא ס"ל דבאמת סבר רבא דלאומדנא בעינן דוקא ג"ש, דבפחות מזה לא קפדי, ואח"כ הוכיח אב"י דיש דקפדי בפחות, וא"א משום הא להגביל זמן ג"ש לכל העולם. וע"י כתי' רשב"א שהק' על קושיית אב"י מהני דבי בר אלישיב מודע לא נאמר כזה דלא פליג רבנן, ונר' דלפי הר"י וזה גופא מסקנת רבא, דבאמת ס"ל דיטור האומדנא הוא משתתק ג"ש, ובעינן דווקא ג"ש דחזקה כיוון דבפחות לא קפדי אינשי, רק כלפי קושיית אב"י מתקן רבא דכריי ומוסיף לגבי הני אינשי דקפדי בפחות מג"ש דלא אמרי' שיחזיקו בפחות, אלא חכמים קבעי זמן א' לכולם. וקבעי ג"ש דזה זמן החזירות בשטר. ואין הכוונה דחכמים תקנו חזקה כג"ש משום אודותי כשטרא ג"ש, וכל זמן א' לכולם. ורק אח"כ נולד מזה גבביל חכמים הזמן הראוי למחאה לג"ש. וכל אדם יודע שאם ברצונו למחות וזה הזמן שקבעי חכמים למחאה, וממילא אם לא מיתה בזמן זה נקטינן שאינו רוצה למחות ועבדינן מזה האומדנא דמכר.

רלפ"ז י"ל דהטעם דאם חלק מזמן החזקה הי' נר' או אפיק כורא כ"י וכי"ב לא עלתה לו חזקה, אין זה מטעם שכ' הרמב"ן דבכ"ג אכתי חושש לשמור שטר. אלא אחרי שקבעי חכמים זמן המחאה לג"ש, ממילא כדי לעשות האומדנא בעינן דווקא שתתק דג"ש. ואם חלק מהג"ש הי' כענין שיכול המציער לשטרן מודע לא מחת, אי"כ אין כאן שתתק דג"ש שליסות, ואין האומדנא משתתק ג"ש, דריא העושה החזקה.

והטעם מודע מוחה אינו משום שירדע שאחרי ג"ש תקנו חז"ל שיפסיד חשדה ומוחה כדי שלא יפסידנה. דאז לא הי' צריך שכל הג"ש תהא אכילה גמורה באופן שמקפיד הבעלים. וא"א לומר כן דא"כ נצטרך ל' דמקודם תקנו חכמים שיפסיד חשדה אחרי ג"ש בלי טעם. ורק אחרי תקנתם נוצר

האומדנא שירדע שתקנו ומשי"ה צריך למחות ומרלא מחת רגלים לדבר שמכר. וראיתי כ"ס קה"י ש"י כעין זה, דמעיקרא תקנו שיחזיק הלוקח כלי טעם, וספכו על כך שאחרי תקנתם מכה התקנה יתחילי גם הטעם דרגלים לדבר. ולעני' הקלושה לא נר' לומר סברא כזו להקדים המאחר ולאחר המוקדם. אלא חכמי קבעי זמן למי שרוצה למחות, ולא שקבעי שבחום הזמן תצא חשדה מחזקתו, אלא שבסוף הזמן מאחר שלא מיתה בזמן שקבעי ממילא איכא רגלים לדבר שמכר דאין אדם רואה שאוכלים שדהו ושותקי, ומכה הרגלים לדבר תקנו חזקה ללוקח. וזו סברא דקה ל' דאציג דהתקני' היא רק אחרי דאיכא אומדנא, ולא שתקנו לפני האומדנא, מ"מ עצם האומדנא נוצר מכח קביעת חכמים עצמה שקבעי זמן למחאה. ואולי משי"ה הוצרך הרמב"ן לפרש דהאומדנא איכא כבר מחילה רק חכמים לא תקנו מכחה חזקה עד תום ג"ש.

ת **וע"י** ש"י שלישית כזה בחי' הרשב"א כאן, ולא ס"ל כהרשב"ם דהאומדנא היא מכח שרואה ג"ש שהלה אוכל שדהו ושותק ודס"ל דזה הוא דווקא לטעם הב' דרבא, ואב"י דחזון, ולכן הוצרך לפרש כהרמב"ן דהטעם דלא מהני נר' והתפתחה וכי"ב [המבוארים לקמן ל"ז א' ב'] הוא משום דבחי' אכתי חושש הלוקח לשמור שטר. אך במשי"כ הרמב"ן דהאומדנא איכא לאלתר, כזה פליג עליו הרשב"א וס"ל דכענין למסקנת הגמ' דקא ג"ש לאומדנא, דכתי' הב' דזה אב"י והוכיח ריש דקפדי בפחות מג"ש, ולמסקנא הוסיף רבא דלא סגי כמה ששותק כשרואה שאוכלים שדהו, אציג דידעין דכבר קפדי, אלא עבדינן האומדנא מחזיקן ששייה מחאתו עד לאחר דזה כבר לא נהיה בשטר [וגם כבי בר לאחר דזה כבר לא נהיה בשטר דחושש שימחו לסוף ג' ויטענו דקפידתם כרובא דעלמא, כמבואר כ"ז ברשב"א ע"ש].

כמשנית' לעיל ברעת הרמב"ן, אלא ס"ל דבאמת סבר רבא דלאומדנא בעינן דוקא ג"ש, דבפחות מזה לא קפדי, ואח"כ הוכיח אב"י דיש דקפדי בפחות, וא"א משום הא להגביל זמן ג"ש לכל העולם. וע"י כתי' רשב"א שהק' על קושיית אב"י מהני דבי בר אלישיב מודע לא נאמר כזה דלא פליג רבנן, ונר' דלפי הר"י וזה גופא מסקנת רבא, דבאמת ס"ל דיטור האומדנא הוא משתתק ג"ש, ובעינן דווקא ג"ש דחזקה כיוון דבפחות לא קפדי אינשי, רק כלפי קושיית אב"י מתקן רבא דכריי ומוסיף לגבי הני אינשי דקפדי בפחות מג"ש דלא אמרי' שיחזיקו בפחות, אלא חכמים קבעי זמן א' לכולם. וקבעי ג"ש דזה זמן החזירות בשטר. ואין הכוונה דחכמים תקנו חזקה כג"ש משום אודותי כשטרא ג"ש, וכל זמן א' לכולם. ורק אח"כ נולד מזה גבביל חכמים הזמן הראוי למחאה לג"ש. וכל אדם יודע שאם ברצונו למחות וזה הזמן שקבעי חכמים למחאה, וממילא אם לא מיתה בזמן זה נקטינן שאינו רוצה למחות ועבדינן מזה האומדנא דמכר.

רלפ"ז י"ל דהטעם דאם חלק מזמן החזקה הי' נר' או אפיק כורא כ"י וכי"ב לא עלתה לו חזקה, אין זה מטעם שכ' הרמב"ן דבכ"ג אכתי חושש לשמור שטר. אלא אחרי שקבעי חכמים זמן המחאה לג"ש, ממילא כדי לעשות האומדנא בעינן דווקא שתתק דג"ש. ואם חלק מהג"ש הי' כענין שיכול המציער לשטרן מודע לא מחת, אי"כ אין כאן שתתק דג"ש שליסות, ואין האומדנא משתתק ג"ש, דריא העושה החזקה.

והטעם מודע מוחה אינו משום שירדע שאחרי ג"ש תקנו חז"ל שיפסיד חשדה ומוחה כדי שלא יפסידנה. דאז לא הי' צריך שכל הג"ש תהא אכילה גמורה באופן שמקפיד הבעלים. וא"א לומר כן דא"כ נצטרך ל' דמקודם תקנו חכמים שיפסיד חשדה אחרי ג"ש בלי טעם. ורק אחרי תקנתם נוצר

האומדנא שירדע שתקנו ומשי"ה צריך למחות ומרלא מחת רגלים לדבר שמכר. וראיתי כ"ס קה"י ש"י כעין זה, דמעיקרא תקנו שיחזיק הלוקח כלי טעם, וספכו על כך שאחרי תקנתם מכה התקנה יתחילי גם הטעם דרגלים לדבר. ולעני' הקלושה לא נר' לומר סברא כזו להקדים המאחר ולאחר המוקדם. אלא חכמי קבעי זמן למי שרוצה למחות, ולא שקבעי שבחום הזמן תצא חשדה מחזקתו, אלא שבסוף הזמן מאחר שלא מיתה בזמן שקבעי ממילא איכא רגלים לדבר שמכר דאין אדם רואה שאוכלים שדהו ושותקי, ומכה הרגלים לדבר תקנו חזקה ללוקח. וזו סברא דקה ל' דאציג דהתקני' היא רק אחרי דאיכא אומדנא, ולא שתקנו לפני האומדנא, מ"מ עצם האומדנא נוצר מכח קביעת חכמים עצמה שקבעי זמן למחאה. ואולי משי"ה הוצרך הרמב"ן לפרש דהאומדנא איכא כבר מחילה רק חכמים לא תקנו מכחה חזקה עד תום ג"ש.

ת **וע"י** ש"י שלישית כזה בחי' הרשב"א כאן, ולא ס"ל כהרשב"ם דהאומדנא היא מכח שרואה ג"ש שהלה אוכל שדהו ושותק ודס"ל דזה הוא דווקא לטעם הב' דרבא, ואב"י דחזון, ולכן הוצרך לפרש כהרמב"ן דהטעם דלא מהני נר' והתפתחה וכי"ב [המבוארים לקמן ל"ז א' ב'] הוא משום דבחי' אכתי חושש הלוקח לשמור שטר. אך במשי"כ הרמב"ן דהאומדנא איכא לאלתר, כזה פליג עליו הרשב"א וס"ל דכענין למסקנת הגמ' דקא ג"ש לאומדנא, דכתי' הב' דזה אב"י והוכיח ריש דקפדי בפחות מג"ש, ולמסקנא הוסיף רבא דלא סגי כמה ששותק כשרואה שאוכלים שדהו, אציג דידעין דכבר קפדי, אלא עבדינן האומדנא מחזיקן ששייה מחאתו עד לאחר דזה כבר לא נהיה בשטר [וגם כבי בר לאחר דזה כבר לא נהיה בשטר דחושש שימחו לסוף ג' ויטענו דקפידתם כרובא דעלמא, כמבואר כ"ז ברשב"א ע"ש].

כמשנית' לעיל ברעת הרמב"ן, אלא ס"ל דבאמת סבר רבא דלאומדנא בעינן דוקא ג"ש, דבפחות מזה לא קפדי, ואח"כ הוכיח אב"י דיש דקפדי בפחות, וא"א משום הא להגביל זמן ג"ש לכל העולם. וע"י כתי' רשב"א שהק' על קושיית אב"י מהני דבי בר אלישיב מודע לא נאמר כזה דלא פליג רבנן, ונר' דלפי הר"י וזה גופא מסקנת רבא, דבאמת ס"ל דיטור האומדנא הוא משתתק ג"ש, ובעינן דווקא ג"ש דחזקה כיוון דבפחות לא קפדי אינשי, רק כלפי קושיית אב"י מתקן רבא דכריי ומוסיף לגבי הני אינשי דקפדי בפחות מג"ש דלא אמרי' שיחזיקו בפחות, אלא חכמים קבעי זמן א' לכולם. וקבעי ג"ש דזה זמן החזירות בשטר. ואין הכוונה דחכמים תקנו חזקה כג"ש משום אודותי כשטרא ג"ש, וכל זמן א' לכולם. ורק אח"כ נולד מזה גבביל חכמים הזמן הראוי למחאה לג"ש. וכל אדם יודע שאם ברצונו למחות וזה הזמן שקבעי חכמים למחאה, וממילא אם לא מיתה בזמן זה נקטינן שאינו רוצה למחות ועבדינן מזה האומדנא דמכר.

רלפ"ז י"ל דהטעם דאם חלק מזמן החזקה הי' נר' או אפיק כורא כ"י וכי"ב לא עלתה לו חזקה, אין זה מטעם שכ' הרמב"ן דבכ"ג אכתי חושש לשמור שטר. אלא אחרי שקבעי חכמים זמן המחאה לג"ש, ממילא כדי לעשות האומדנא בעינן דווקא שתתק דג"ש. ואם חלק מהג"ש הי' כענין שיכול המציער לשטרן מודע לא מחת, אי"כ אין כאן שתתק דג"ש שליסות, ואין האומדנא משתתק ג"ש, דריא העושה החזקה.

והטעם מודע מוחה אינו משום שירדע שאחרי ג"ש תקנו חז"ל שיפסיד חשדה ומוחה כדי שלא יפסידנה. דאז לא הי' צריך שכל הג"ש תהא אכילה גמורה באופן שמקפיד הבעלים. וא"א לומר כן דא"כ נצטרך ל' דמקודם תקנו חכמים שיפסיד חשדה אחרי ג"ש בלי טעם. ורק אחרי תקנתם נוצר

האומדנא שירדע שתקנו ומשי"ה צריך למחות ומרלא מחת רגלים לדבר שמכר. וראיתי כ"ס קה"י ש"י כעין זה, דמעיקרא תקנו שיחזיק הלוקח כלי טעם, וספכו על כך שאחרי תקנתם מכה התקנה יתחילי גם הטעם דרגלים לדבר. ולעני' הקלושה לא נר' לומר סברא כזו להקדים המאחר ולאחר המוקדם. אלא חכמי קבעי זמן למי שרוצה למחות, ולא שקבעי שבחום הזמן תצא חשדה מחזקתו, אלא שבסוף הזמן מאחר שלא מיתה בזמן שקבעי ממילא איכא רגלים לדבר שמכר דאין אדם רואה שאוכלים שדהו ושותקי, ומכה הרגלים לדבר תקנו חזקה ללוקח. וזו סברא דקה ל' דאציג דהתקני' היא רק אחרי דאיכא אומדנא, ולא שתקנו לפני האומדנא, מ"מ עצם האומדנא נוצר מכח קביעת חכמים עצמה שקבעי זמן למחאה. ואולי משי"ה הוצרך הרמב"ן לפרש דהאומדנא איכא כבר מחילה רק חכמים לא תקנו מכחה חזקה עד תום ג"ש.

ת **וע"י** ש"י שלישית כזה בחי' הרשב"א כאן, ולא ס"ל כהרשב"ם דהאומדנא היא מכח שרואה ג"ש שהלה אוכל שדהו ושותק ודס"ל דזה הוא דווקא לטעם הב' דרבא, ואב"י דחזון, ולכן הוצרך לפרש כהרמב"ן דהטעם דלא מהני נר' והתפתחה וכי"ב [המבוארים לקמן ל"ז א' ב'] הוא משום דבחי' אכתי חושש הלוקח לשמור שטר. אך במשי"כ הרמב"ן דהאומדנא איכא לאלתר, כזה פליג עליו הרשב"א וס"ל דכענין למסקנת הגמ' דקא ג"ש לאומדנא, דכתי' הב' דזה אב"י והוכיח ריש דקפדי בפחות מג"ש, ולמסקנא הוסיף רבא דלא סגי כמה ששותק כשרואה שאוכלים שדהו, אציג דידעין דכבר קפדי, אלא עבדינן האומדנא מחזיקן ששייה מחאתו עד לאחר דזה כבר לא נהיה בשטר [וגם כבי בר לאחר דזה כבר לא נהיה בשטר דחושש שימחו לסוף ג' ויטענו דקפידתם כרובא דעלמא, כמבואר כ"ז ברשב"א ע"ש].

כמשנית' לעיל ברעת הרמב"ן, אלא ס"ל דבאמת סבר רבא דלאומדנא בעינן דוקא ג"ש, דבפחות מזה לא קפדי, ואח"כ הוכיח אב"י דיש דקפדי בפחות, וא"א משום הא להגביל זמן ג"ש לכל העולם. וע"י כתי' רשב"א שהק' על קושיית אב"י מהני דבי בר אלישיב מודע לא נאמר כזה דלא פליג רבנן, ונר' דלפי הר"י וזה גופא מסקנת רבא, דבאמת ס"ל דיטור האומדנא הוא משתתק ג"ש, ובעינן דווקא ג"ש דחזקה כיוון דבפחות לא קפדי אינשי, רק כלפי קושיית אב"י מתקן רבא דכריי ומוסיף לגבי הני אינשי דקפדי בפחות מג"ש דלא אמרי' שיחזיקו בפחות, אלא חכמים קבעי זמן א' לכולם. וקבעי ג"ש דזה זמן החזירות בשטר. ואין הכוונה דחכמים תקנו חזקה כג"ש משום אודותי כשטרא ג"ש, וכל זמן א' לכולם. ורק אח"כ נולד מזה גבביל חכמים הזמן הראוי למחאה לג"ש. וכל אדם יודע שאם ברצונו למחות וזה הזמן שקבעי חכמים למחאה, וממילא אם לא מיתה בזמן זה נקטינן שאינו רוצה למחות ועבדינן מזה האומדנא דמכר.

מ"ק ובראי שלו צריכים לשלם השכירות, והוסיפו התוס' ו"לכא למימר רדילמא מכחיש להו, שהוא לא הי' יודע כלל שהיו דרים באותו בית" ע"כ. וכוונתם דאם הי' יודע בעדים שדרו באותו בית הי' יכול לתבע מהם אגרא כשאוברים שדרו כ' שנים, דאם לא דרו ג"ש הכיח שלו. ואם אין לו עדים יכול להשביעם [וכמ"ש במהרש"א ע"ש]. אך ליכא למיחש ליה כיוון דמיירי שאינו יודע שדרו בבית ולכן אין לו הכינה כלל וגם אינו יכול להשביעם דאין לו טענה עליהם כלל. ולא הבתי שהיו הם מדרים שדרו, וגם מורים שהמחזיק לא המחזיק, ואין להם שום כוונת שהביח של המחזיק, ולמעשה יש עדים שהביח שלו, ומדוע לא יתבעם עפ"י הודאתם, וצ"ל ע"כ.

כ"ש ב' תו"ד"ה אמר כו'

לש"י ר"ח דמיירי דמביא דמביא לו סה"י דדרו ג"ש ופרעו לו וככה"ג שכבר ומי השכירות ונפקו ואלו, וככה"ג שכבר אינם דרים בבית אינם נוגעים בעדותו. וכ' החוס' ו"לא נוגעין בעדותן הן [כל"י ולא חשירין דערף להו לשקן ולי' שדרו ג"ש ולהפטר ולא להדות על האמת שדרו כ' שנים, דגם אם יודו שדרו כ' שנים יהיו פטורים מלשלם למעשה משום הפה שאסר כו"ג]. אלא אנתו אמרו רייזנא [כ' שנים] ואנתו אמרו פוענו, והפה שאסר הוא הפה שהחתי, דאי כשו אמרי לא היירנא כ"י [וכע"כ מיירי הכא מדוע לא יתחייבו כאו רים שדרו כ"ש, דכנ"ש אין צורך להפה שאסר דאין למעשה תביעה עליהם כלל דאין הביח שלו ח"פ"ג].

שהרי כע"כ מיירי שאין הושוכים מעדים שהמחזיק קנה הכיח, דא"כ א"צ שיאמרו דדרו ג"ש ביזם וכלילה. אלא כע"כ מודו שאינם יודעים אם קנה, רק יודעים שאמר להם שהביח שלו ושכרו ממנו ודרו ג"ש. וא"כ אם מודים שדרו כ"ש, הרי מבח עיי מרי"ק והמעשה הכ"ד פוסקין דהביח שלו, ומאחר שהודו דדרו חייבין לשלם לו, וכיצד יתכן לפוטרו מדרך הפה שאסר כו', דנהי דיש להם נאמנות גמורה לפטור עצמם, מ"מ הזו הרי רק היכא דלפי דבריהם הם פטורים. אך כאן גם אם נאמין לדבריהם הרי אינם אומרים שפטורים, אלא להיפך הם מודים שחייבים למעשה, שהרי הודו ששילמו למחזיק, ואינם טוענים כלל דהביח באמת של המחזיק, ומאחר ולדבריהם דרו כ' שנים ואין לו חזקה, הרי הביח של המעשה ומכח זה הוא תובע, והם מודים שאינם יודעים כלל שהביח אינו שלו, וממילא אף לדבריהם חייבים לשלם לו.

דשנת דבורה היא חלק מהחזקה מעליא כדרך בעלים הו"ל להמכר למחות גם בשנה זו ויהא סני כ"י שנים לחוד דשנת הכרות עולה לחזקה. ולזה הי' דהמכר יכול ל"י שלא מחה כיוון דסבר דהכרות היא משום שאינו מחזיק בדרך דסבר בעלים דהא איכא דורע. וברכותא דכלי עלמא מוכרי נצרך לת"י הכי דכיוון דמוכרי עד שלא יחזיק ו' שנים ליכא קלא. וה' צ"ע, דפשיטא דכשנה ראשונה שאוכל כבר יצא קול, וכמו שנוי מדברי הרמב"ן לקמן ל"ו גבי ניר, והרי אכן לא קיי"ל דבעינן ג"ש משום קלא. ועוד דלפ"ז אם יהיו עדים שראו המעשה שהחזיק זה בשדרו ושתק יחזיק כג"ש לחוד וא' או כ' מהם בודות, וה' תימה, לפענ"ד.

ובחי' רשב"א כ' הטעם דכאחרא דמוכרי

כאני בעינן ו' שנים, ולכ"ע ניר לא הוי חזקה. ועי' ברמב"ן לקמן ל"ז ד"ה הא דאמרינן ניר לא הוי חזקה כו', דכ' דומן הניר אינו עולה לג"ש דחזקה אף בנר המחזיק לצרכו. ובסוף הדיבור שם הביא מי שפ"י דכאחרא דמוכרי כאני שנת החוברה היא היא מה שאמרו ניר לא הוי חזקה, אבל שנה של זרע עולה לו גם חומן שני כה. והרמב"ן פליג וס"ל דגם בשנה של זרע אינו עולה זמן הניר. וכ"ש דשנת החוברה דהוי ניר אינה עולה לשני חזקה. וא"כ צ"ע מדוע נדחק כאן הרמב"ן ליתן טעם מדוע בעינן ו"ש ולא כ' כהרשב"א.

[אב עור קשה ל' בוכרי הרמב"ן לקמן ד"ה הני נוגעין בעדותן הן כו' שה"ק "ונהמנהו משום מנו דאי כשו אמרי מהאד מערער אגרא ל"י ויהיבנא ל"י אנא כו"י

וכקי' החוס'. וה"י ויי"ל האי מערער הא לא מחזיק בארצא ואיך קאי כה ואינו נאמין לומר נתנו" עכ"ל. ולא זכיתי להבין, שהרי אם יטענו ששכרו מן המערער א"כ אין להמחזיק עור חזקה ונאין ל"י דחוששין שיביא אחריים. שה"י תי' השני של הרמב"ן]. והמעשה הוא המחזיק בקרקע דיש לו עור

הנלענ"ד.

כ"ש א' אמר רב הונא ג' שנים כמפוזרות הטענה ולא החזיק כדרך בעלים ולכן לא חש למחות, וכאחרא דמוכרי כאני הוסיף הרשב"ם טענה אחרת דה"י יכול ל"י בא ומצא שדה ריקם וסבר שהמחזיק הסתלק, ולכן הצריך שיעשה ניר בשנה שמוכר, דאע"ג דניר אינו סוכה למחאה, מ"מ סגי כו' לאפוקי מהאי טענה. וסביב למחאה איכא כג' השנים שזרע.

ולמ"ש הרמב"ן לקמן ל"ז כ' הטעם דבעינן ג"ש דאכלה גמורה משום דבפחות מכך אכתי נזהר הלקוח בשטר [ולישות רגלים לדבר סגי בשתיקה המוכר בשעה ראשונה וא"צ שתיקה דג"ש], הני טענות דהמוכר מדוע לא מחה במפוזרות, דטוען דאכתי יש טענת אחי שטרך כלפי המחזיק, וככה"ג לא תקנו לו חזקה.

מוציא מידו ודאי, וכי דדמי לודאי קניין וספק כמנאי.

וְלַעֲבָדִי אינו מוכר, דבכניין יש כח להקניין להקנות לקונה גם כלי הנמאי כלי, דהתנאי מילתא אחריתי הוא, ומאחר דהקניין ודאי על המוכר להביא ראיה ויש מילתא אחריתי המכסלת אותו. אבל כנדר"ד אי"א לומר דהאכילה היא סיבה ודאית להחזיק הקרקע והמחאה היא דבר בפניע המכסל סיבה זו. שהרי אכילה בלא שתוקת המוכר אינה סיבה כלל להחזיק הקרקע בתוקת הלוקה. ורק בצירוף דידעינן דהמוכר שתק אז ממחדש עיקר הסיבה להחזיק ברשות הלוקה. וכ"ז שאין בידור על זה לא יתכן להוציא מהמוכר מספק, וי"פ לעני"ד וצ"ע.

וּמַשִׁי"ש דלהור"ש דס"ל דהוי הקני"ח רק משום אזהרוי כשטרא, ושתיקת המעורר אינה חלק מהחזקה, כענותי תמורה גם לשיטתו [וכבר כתבנו לעיל ולא מציינו מחלוקת בזה, ואין לחדש מחלוקת בחינם אחרי דבכמה ראשונים התבאר להדיא דס"ל דהוא הקני"ח משום אזהרוי כשטרא וגם ס"ל דכנינו להוגלים לדבר משתיקת המוכר].

ז' א'. הוֹדֵי"ד לֹאָר כ"י.

ע"י מהרש"א שפ' דלהרשב"ם בהחזיק ג"ש א"צ עדים שדר חד ונמא אלא סגי שטותין כן. וע"י לשרן הרשב"ם לקמן ריש ע"כ דמשמע דכנינו דיוקא עדים, ומה שיישב זאת מההרש"א דחוק [וע"ש בקרוני ראם]. וע"י לקמן מ"א ב' ברשב"א שכ' טעם מדוע כנינו דיוקא עדים ולא סגי שטותין שדר חד ונמא אע"צ דאמנן כמנן. ומש"ש במהרש"א ליישב המשך דברי החת"ס, ע"י כדרש"ה קמ"ז את כ"י שג"צ נתקשה בזה ויישב דרך אחר.

ולעני"ד נתקשיתי בהכנת דבריו ע"ש ואכמ"ל. ומה שדנו החת"ס אי חזר וטוען קמי דידי ובהו אי נאמן כמנן, והסיקו דהוי מנן למפרע, והו משום דקיי"ל כשולא לקמן ל"א

וְהוּבָה זה ברוך דאם דר הלוקה בחדר עם המא קמא אין זו אכילה. ולכן א"ל רב נחמן ויל ברוך אכילתך, דנהי דאינו צריך לברר שתוקת המוכר, אע"פ שהיא עיקר החזקה. מ"מ מה שמלוי בן, דהיינו האכילה, עליו לברר שהיתה אכילה גמורה היוצרת חזקה [וע"י לשרן הרשב"ם ד"ה ויל ברוך כדלן]. והו שדימחו לנקיט שטרא, ומה שהטליל חכמים עליו לברר, וע"י בידורו בא להוציא מכה תקני"ח שתקנו להחזיקו בקרקע כ"ז שלא הוכח שהיתה מחאה, והו כבא להוציא בשטר שעליו לברר [וע"ש ברשב"א בכיבאור הדמיון לשטרן].

וְדַעַת רבא ומאחר ויש עדים שדר, ודרך העולם שאם דר הכעלים עמו ה"י מהפרסם העדים היו מעידים שדרו ביחד, ולא שדר רק הוא [וכמ"ש ברשב"ם ד"ה עליון]. אמרינן דבמה שהביא עדי חזקה שפיר קיים המוטל עליו להוכיח שאכל. והמעורר, מאחר ולא שמענו בלתי היום דדר עמו, לא חשיב כמותו כל עיקר אכילתו אלא כבא לשעזן שמחה וכזה עליו הרא"י.

וְעַל דרך זה היא מחלוקת הראשונים אם טוען המעורר שה"י במקום רחוק ולא ה"י יכול למחות, ולהני"ד דעל המחזיק להביא ראיה זהו משום שאכילה בעת שהמ"ק במקום רחוק אינה אכילה גמורה הוראו"י להחזיק מנחה, וכשאנו כאן אין מניעה מכל אדם לאכול שדרה. ולהור"ש שפיר חשיב אכילה [וכן לרבא אלוכא דהג"י, ואפשר הטעם כמ"ש הרשב"ם לשיטתו בדעת רבא הואיל ולא שמענו בלתי עמה] וכזה יוכן גם חילוק החת"ס בד"ה בשכונן.

ג' שו"ד מ"ש כזה בקוב"ש את ק"ד, והקי' שם ג"כ להטעם דעבדינן רגלים לדבר משתיקת המוכר מדוע לא אמרי' דעל המחזיק להביא ראיה שלא היחה מחאה. וה"י משום דהחזקה ודאי והמחאה ספק אין ספק

דשכונן גואי מיידי כבתי"ג וקיי"ל כר"ג דעל המחזיק להביא ראיה שלא ה"י במקום רחוק, והור"ש"א כותב ר' פלג וס"ל דהוי כטוען מחזיק דעל המעורר להביא ראיה ע"ש. והרא"י ויש ריעותא בעצם החזקה, ויש עדים שהמעורר ה"י בשכונן גואי כפי' הרשב"ם וחס"י, ורק לא ידעינן באיזו דרך אויל, כבתי"ג קיי"ל כר"ג דעל המחזיק להביא ראיה. והרא"י דהמעורר טוען עמו הייתי על המעורר להביא ראיה כמ"ש כהר"ה בשכונן. וס"ל דהוי כטוען מחזיק שעליו הרא"י.

וְהוּבָה אם נאמר דענין החזקה דמפקין מהמא קמא מכה ההוכחה דמדשתקין רגלים לדבר דמכר, אין הבנה כלל מדוע על המעורר להביא ראיה כשטוען שמה. שהרי כל עיקר ההוכחה דמפקין בה המחזיק מחזקה המ"ק היא שתקתו. וכטוען שלא שתק פשיטא דעל המחזיק להוכיח ששתק, דהו כל כוחו להוציא מהמ"ק. וכ"ש שאין הבנה לדעת רבא כסוגיא דשכונן גואי. כן לפי הרשב"ם וכן לפי הג"י.

וּמוֹכַח מזה כמשנ"ח לעיל כ"ט א', דענין החזקה אינו דהרגלים לדבר משתיקת המוכר הוא ראיה דהמחזיק בא להוציא מכה כמו שאר ראיות, וכע"כ צ"ל הטעם דאינה אלאימא כ"כ להוציא בזה. אלא חכמים אמרו דמאחר דאין חזיקן המצב דאוכל בשופי ודלה שותק, מכה זה מחזיקין מן הספק דהשדה של המחזיק. ואין כאן עניין דהמחזיק מוציא מכה אומנא זו מהמעורר, אלא שתחכמים קובעים שהישרה בחזקתו מכחם שהם רואים שכן המצב. ולכן אין חובת הראיה על המחזיק. וע"ל דחכמים קבעו דעל כל א' להביא ראיה על מה שמלוי בן. דעל המחזיק להביא ראיה על מה שמלוי בן. ואע"צ דכאכילה לחור אין שום רגלים לדבר דהוא שלו, מ"מ כ"ז שלא הביא המעורר ראיה שמחה מחזיקים חכמים דמסתמא לא היחה מחאה, ומכח שכן הם אוחדים מעמידים השדה בחזקת המחזיק.

אחרי הודאתם שדרו לא הוציאו עצמם ממה שחייבו עצמם לשלם למעורר, שהרי רק אמרו שפיעו לאדם זר דכ"ז יודעים שהוא לא הפעלים. ובהו גם לדבריהם אבתי מחוייבים לכעלים שב"ד יודעים שהוא הכעלים האמיתי. ועלע"ג ככ"ז ד"י יאיר עיני.

כ"ט ב'. אַחַר כְּשִׁכְוִי גוֹאֵי הוּאֵי כ"י.

(א) הוסי' דהמקשן דרמי מעובדא דכי בר סיסין דלכ"ע המעורר מוחזק בבית והמחזיק מוציא סמנו. דעת רבא ומאחר שלא נפרסם שהמעורר ג"פ דר עם המחזיק ולא שמענו בלתי היום [וכמ"ש ברשב"ם], ודרך העולם שמתפרסם עניין כנון הא, איכא אומדנא ולא דר עמו, כיוון שלא נפרסם כן, ונקטינן דהכי סתמא וילילא ומפקין ממונא, עד שיביא המעורר ראיה שדר עמו.

וְלִזְה הקשה דהך ארעא דהוה מקרי דכי בר סיסין ג"כ סתמא דמלתא דמחזיקיא הכי משום דקנאה מכר סיסין ורבא לשיטתו ה"י ראוי דסיסין מילתא כסתמי. וי"ז ס"ל ללא מפקין דנקטינן מילתא כסתמי דענינא.

וּמַתְרַצִּינָן דרבא ס"ל דכאמת לא מפקין ממנוא כלל מכה אומדנא כה"ג, וכשכונן גואי הים המחזיק הוא המחזיק בקרקע והמעורר הוא המוציא הוא המחזק, הור"י וי"ז ס"ל דהמעורר הוא המחזק, והמחזיק מוציא ממנו. ואומדנא דהמחזיק קלישא ואין בה כפי' להוציא ממנו. אך בזה דכי בר סיסין ס"ל דהאומדנא וסתמא דמילתא דקנה הך ארעא נמי מכר סיסין אלאימא טובא וסמי בה להוציא ממנו.

(ב) וּמַצִּינָן בעניין זה כמה חלוקות. דכטוען המעורר שמחה לכ"ע עליו להביא ראיה שמחה. וכטוען שה"י במקום רחוק ולא ה"י יכול למחות דעת הנ"י דסונין

אלא רק כשעומדים בפני ב"ד, אמרין דכל טענה לזכות הנאמרת חוץ לכ"ד לא משגחנין בה כלל אע"פ דאית לה מגו. ודוקא בהודאה מהימן אף מחוץ לכ"ד, ודואי לא יאמר מילי דשיקרא לחייב עצמו. ותי' הלמדו כן מטוניא ולקמן ל"א א' דהיא רטוען לזכותו חוץ לכ"ד יכול לחזור ולטעון דבר אחר בכ"ד דעבד איניש ולא מגלי טענתו' אלא בכ"ד. ומפרשים דהכוונה דכל שטען חוץ לכ"ד לא משגחנין בדבריו עד שיבוא לכ"ד, דדרך בנ"א כשהם חוץ לכ"ד לשנות משה שכוונתם באמת לטעון בדין.

ראפשר להלוק על הראב"ד מטעם דמהני טענה מחוץ לכ"ד. דדוקא אם אח"כ טוען טענה אחרת, היא מגלה שהטענה הראשונה אינה אמת ואין זה כחזור וטוען כיוון דככה"ג אמרין דעבד איניש דלא מגלי טענתו' אלא לכ"ד. אך כ"ז שלא חזר בו ודאי משגחנין בטענתו הראשונה אף שהיתה חוץ לכ"ד ואם נודע לן ע"י המחזיק שאמר כן אף מחוץ לכ"ד מהימנינו ל"י. וכן סברה הש"ך ע"י ח"מ ע"כ סעי' י"ח בהג"ה. וע"ש בתומים ס"ק ל"ה דפליג על הש"ך וס"ל ולא משגחנין כלל בטענה דמחוץ לכ"ד אע"ג דאית לה מגו, יע"ש באורח יע"ש בתומים קמ"ז ס"ק י"ד ומה שפי' בסוגיון עפ"י שיטתו].

ג) אמנם גם אם בעלמא נסבור כהתומים דלא מהני טענה מחוץ לכ"ד אכת' יתכן לחלוק על הראב"ד, וכמוכר בשו"ת הגרע"א סי' קל"ה, ד"ל דטענה מחוץ לכ"ד לא משגחנין בה זהו דוקא היכא דיש עדים שהחפץ הי' של המערער, וגם הדאית להם עמה, ומאחר דהערס רואים את החפץ וידעים שהי' של המערער ממילא מבורר דהוא של המערער. והמחזיק רוצה להוציא מבידור זה בטענה שקנה, בזה אם טען קניתי מחוץ לכ"ד, נתי' ריש לר' מגו דלא הי' מראה לעדים, מ"מ אינו זוכה כיוון דטענה מחוץ לכ"ד אינה טענה כלל ולא משגחנין בה אף

וכהש"ב"ם, דככה"ג ליכא חסרון דחד סהדא וכה"ש כל יריעתו היא מדברי המוכר, והב"ד שרי' כל במקומו מה שהי' יכול לטעון במיני' טוענים מידעת הלוקח למינו, ועפ"י. ואין סתירה מיריעת הלוקח איתן לו נאמנות מעולם. והמחזיק מצד עצמו אין לו נאמנות לזכות בקרקע מדין מגו או הפה שאסר, שהרי הוא מודה שהיא אינו יודע אם קנה המוכר מן המערער וכמ"ש הראב"ד דככה"ג שאינו יודע לא שיק' הפה שאסר ובה לית מאן דפליג. אלא הנדון אם אחרי דמבורר שאכן המוכר אמר למחזיק בשעה שמכר לו שקנה מן המערער, יהא נאמן המוכר עצמו בטענה זו [ומנה נאמנות המוכר יזכה המחזיק, דאנו מאמינים למחזיק שאכן כך אמר המוכר].

ד) דנה דעת הראב"ד והרשב"ם דאין למוכר נאמנות לומר שקנה מן המערער. והטעם דכמה שהורה המוכר שהיתה של המערער ודאי נאמן דהודאת כע"ז כק' עדים. והודאה ודאי אחת גם מחוץ לכ"ד [וכמ"ש בריב"ם ל"א א' ד"ה דלא מגלי כו.]. ומיד כשהודה המוכר נעשה מבורר דהשדה בחזקה וכעת כא המוכר להוציא מבידור זה בטענה דקניתי. ותי' מקום לדון דנאמן בטענה זו כמנו שהי' יכול לשחק ולא להודות שהיתה של המערער.

ובדו ס"ל להראב"ד ורשב"ם דמכיוון דאמירת המוכר שקנאה היתה מחוץ לכ"ד, אע"פ שיש להאמינו כמנו דלא הי' של מעולם מ"מ עד שלא יבוא המוכר לכ"ד יטען כן לא נאמינו. והטעם אינו משום שיש דין מיוחד לטעון בכ"ד, ולא אשכחן כן, והרי הודאה ודאי מהני אף מחוץ לכ"ד, רק מאחר דדרך העולם שלא לחשוש לאמיתות דבריהם

א' דיכול לחזור ולטעון בכה"ג שאינו עוקר דבריו הראשונים. אך אם יחזור וישען מינך זכנת' או לא הי' שלך מעולם אינו נאמן לעוקר טענתו הראשונה ו"פ.

ש"ב. (א) ע"י רשב"ם ריש ע"מ כ' דמשמע דמפ"י הגמי' כפשוטה דהמחזיק אינו מודה שידוע בעצמו שהיתה של המערער, אלא רק אומר בשמע מן המוכר דהיתה של המערער. וע"י רא"ש ו"ל י"כ פרשב"ם, והמ"י ל' דלא מוכח לישנא כלל שהורה המחזיק שהקרקע היתה של המערער אלא שאמר מפ"י המוכרה לו שהוא אמר לו שקנאה ממנו. ואילו הי' עומד בפנינו אותו שמכרה לא הי' נאמן לומר שלך היתה ולקחת' ממך כמנו שלא היתה שלך מעולם. וא"כ זה הכא מוכחו אמאי לא מהימן נמי בטענה זו. ומצאתי שבי' יונה ז"ל דמ"רי כשהורה המחזיק שידע שהי' הקרקע של המערער אף דברי המוכרה לו, הלכך אמר ל"י כיוון יודעת בודאי שהקרקע שלי היתה, ואיך יודע שהיתה של אותו שמכרה לך אלא על פני אין לך לסמוך על דבריו ולהניח הדאי מפני הספק" עכ"ל וע"ע שם.

וש"י הרא"ש דנהה נאמנות המוכר לומר דכבה מהמערער זהו רק משום דאית ל"י מינו [ואן הפה שאסר] דה"י יכול שלא להודות שהיתה של המערער. ומאחר דהמחזיק יודע שהיתה של המערער לרד"י לית למוכר מינו, ולכן כשהוא טוען שהמוכר אמר לו שקנה, הוי טענת שמה.

אמנם אי היה מייתי המחזיק סהדי דוד בה המוכר חד יומא הי' זוכה לדעת הרשב"א כחוס', כיוון דכשהמוכר טוען שקנה מן המערער הוא נאמן לכ"ד דאית ל"י מינו שלא היתה של המערער מעולם, והא דהמחזיק יודע שאין לו מינו אינו מגרע המינו כיוון דהיי' רק ע"א, ומאחר דהמוכר מהימן לכ"ד,

ראית לי מנו, ונשאר כאילו שתק ולא טען כלל וממילא פוסקים כפי שביררו העדים דחתפן של המערער.

אך אם ירעין שהי של המערער רק מפי מחזיק זה, וכנותן שאומר שלך היחה וקניתי ממך, ככה"ס ס"ל להגדע"א דזוכה המחזיק. ואע"ג דבהודאתו שהיא כפי עדים ונאמנת אף חזק לכ"ד בירר שהוא של המערער, והי לנו לומר דעתה לא יוכל להוציא מהבירור כמה שטוען קניתי אע"ג דאית לי מנו דלא היי שלך מעולם, כיוון דהוי טענה לזכות מחזק לכ"ד, כ"י הגרע"א דככה"ג לא אמרין הכי "כיוון דעיקר חובתו הוא רק טענת אמרין הפה שאסר הוא הפה שהחזיר, וכיוון דטוען מיד לקוח לא מקרי הודאה כלל, דמה לי אם טוען שלי היי מעולם או שאומר לקוח, כיוון שאומר שהוא של לא מקרי הודאה כלל" עכ"ל.

וס"ל להגרע"א דהפה שאסר הוא הפה שהחזיר אינו רק שנאמן הפה שהחזיר להוציא ממה שאסר קודם כמנו שהיי יכול שלא לאסור. אלא נחחדש כזה יותר, דא"צ להגעי למנו, אלא אמרין ומכיוון דהאיסור לא נודע לנו אלא מפני נאמן גם להחזיר דהכל נאמנת אחת ואמירה אחת, וכשם שנאמן כאיסור כך נאמן בהיחזר וכאילו לא אסור מעולם [ואע"ג דכדוכתי טובא מפלגין נאמנות ואמרין דמה שנאמן נאמן וכמה שלא לא. הכא אינו רק משום שהוא דיבור אחד, אלא משום שמפניו אנו חייין לידע האיסור א"א לנו שלא לקבל ג"כ מה שמחזיר וצ"ב קצת טעמא דמלתא]. והנפ"מ בזה דאם הפה שאסר הוא מדין מנו, א"כ מיד כשהודה נגשה מבורר שהוא של המערער. וכמה שטוען שקנה אינו נאמן אף כמנו כיוון דהוא חזק לכ"ד, וממילא נשאר מבורר שהוא של המערער. אך לדברי הגרע"א היבא דאיכא הפה שאסר כרי בהודאתו אינו נגשה מבורר למערער עד שיצטרך טענה לסתור הבידור. דמכיוון דכשם שמקבלים

האיסור מקבלים ההיחזר, א"כ הכל כדורר אחר. שהוא של המחזיק.

[ואע"ג דגם אם נאמר דהפה שאסר הוא רק מדין מנו, יש אוחו כח נאמנות להודאתו ולטענתו שקנאה, דבהודאתו נאמן מכת גזירה"כ [עי' קצה"ח ל"ד סק"ד], וגם בטענתו שקנה נאמן מדאורייתא, דמנו הוא סברא מדאורייתא, ואעפ"כ מפלגין בייחיהו לכ"ד אך לזכותו יש אומדנא דמה שאומר חזק ואמרין דלחובתו ודאי אומר אמת גם חזק לכ"ד לא אומר את מה שבאמת רצונו לטעון, ולכא"ג גם בהפה שאסר היי אפשר לומר כן, דנהי דמדאורייתא הכל כדורר אחד, וכמו שיש לו כח לאסור כך כוחו להחזיר, מ"מ כאן החילוק בקבלת נאמנותו אינו שייך למקור דין הנאמנות מדאורייתא, רק דאמרין מצד אחד דיש אומדנא שבמה שהוא לזכותו חזק לכ"ד אינו מקודק ואין להשיג בדבריו [ועי' כטונא דדף ל"א א', דרי' דהכל דינים מצד אומדנא שאינם שייכים לעיקר דין נאמנות הטוען]. וכמה שלחובתו שפיר משגזרין. וגם אם נפרש דין הפה שאסר כהגרע"א אכתי ס"ס כמציאות יש בדבריו צד לחובתו וצד לזכותו ומדוע לא נחלק מכת האומדנא הנ"ל שאין לו שייכות לדין דאורייתא דהכל נחשב כאילו כדורר אחד וצ"ע].

ד' ועי' כלשון הרמב"ם שהכאנו מחחילה דכ' בתחילת דבריו גבי הודאת המוכר שהיחה של המערער וז"ל "אבל מאי דא"ל הווא גברא דדירי' היא, לאו הודאה היא. דאע"ג דהודאת בע"ד כפי עדים, הכא לא, דהא ארוה אומר דזבנה מינך והפה שאסר הוא הפה שהחזיר" ומהו משמע כסברת הגרע"א דאפי' לא משגזרין בטענותיו שחזק לכ"ד מ"מ הכא אין כאן הודאה כלל דהפה שאסר כרי, ואחרי שהביא הרמב"ם דברי הרמב"ם כ' לסתור דבריו וביאר שנית סברת בעצמו וז"ל "ואותו פלוני [נדיינו המוכר] נאמן היי לומר מפלוני לקוחתי בדין מנו, שאלו בכ"ד אסר כן

היי מאמילים אותנו, עכשיו שאמר לו למה לא ירא נאמן" עכ"ל. וכאן כבר לא כי דאינה ירא נאמה כלל, רק אסר ונאמן בטענתו כמנו, וכי רכשם שנאמן בכ"ד לטעון כמנו כך נאמן אף חזק לכ"ד. ובתחילת דבריו לא הוכיר כלל נפ"מ כמה שאינו בבי"ד. ונר' קצת לדייק רכתחילה כ' הרמב"ן כסברת הגרע"א דכאן אין נפ"מ אם משגזרין בטענה שמחזק לכ"ד או לא, דכיון כך וכיון כך הרי אין כאן הודאה כלל, דהוה דין הפה שאסר שהכל כדורר אחד וממש כאילו אסר שלי היא. ואחרי שהביא דברי הרמב"ם לא דחה דבריו מכת סברא זו, וכנ"ל סבר הרמב"ן בעצמו דיש מקום לטות מסברא זו, ולפרש שהפה שאסר הוא רק מדין מנו, ולכן דחה דברי הרמב"ם טעם אחר, דלו יחא שהוא רק מנו מ"מ פשיטא לי להרמב"ם דמשגזרין בטענה שמחזק לכ"ד [ולעיקר דברים אלה העירתי אחד הלומדים דפערי"ק נ"ן].

אח"כ מצאתי בעדה"ש"ת דכבר עמד בכל זה בתי הגרע"ש ז"ל כפי כ' יעו"ש שהעמיק בכיבאר סוגיא זו בדברים מאירים.

כ"י. רישב"ם ד"ה א"ף מפלגיא

מ"ש הרשב"ם "אלא אפי' החזיק בה שלש שנים נמי אינה חזקה ומפקינן לי' מיני' כרי" לא מיירי בהביא עדים על חזקת ג"ש, אלא סגי כטוען שהחזיק ג"ש שהרי נאמן לטעון כן כמנו שלא היחה שלך מעולם, וכן משמע לשהנו לקמן "מנו דאי כפי אסר אנא זבנתה מינך ואכלתי" שני חזקה כרי" דמשמע שטוען שאכל ג"ש ונאמן לטעון כן. וכן מ"ש לקמ"י אבל החזיק זה ג"ש וטוען מפלגיא זבנתה דזבנה מינך כרי" מיירי שטוען שהחזיק ג"ש דא"צ להביא עדים וז"פ.

וכ' הרשב"ם "ולא אמרין מנו דאי כפי אסר אנא זבנתה מינך ואכלתי" שני חזקה כדאמר מפלגיא זבנתה דזבנה מינך נאמן כרי"."

ומהו דהוסף בטענת המנו "ואכלתי" שני חזקה" משמע דהס"ד שהי' לו להאמינו כמנו דזבנתה מינך הוא דוקא בטוען שאכל שני חזקה. ומשמע דאם מודה שלא אכל ג"ש אינו נאמן לטעון זבנתה מינך, ואין סלקא דעתך שיהא נאמן בטענתו מפלוני זבנתה דזבנה מינך כמנו שטוען מינך זבנתה ולא אכלתי שני חזקה. וגם לא כמנו דלא היי שלך מעולפ. [והרשב"ם היי יכול גם לנקוט דהס"ד להאמינו הוא כמנו דלא היי שלך מעולפ וצ"ב קצת, שו"ר בפ"ח אות ט' שעמד בזה]. וכן נר' מרז' לקמן "אבל החזיק זה ג"ש וטוען מפלגיא זבנתה דזבנה מינך קמאי דירי כרי" ומשמע שרק כטוען שהחזיק ג"ש נאמן לטעון קמאי דירי זבנה מינך. ואם יודה שלא החזיק ג"ש לא יהא נאמן לטעון כן אע"ג דאית לי' מנו שלא היחה שלך מעולם. וכפי' הרשב"ם לחדאי לקמן ד"ה ואת מינאי לא זבנתה כרי' "שאפי' אם היית טוען דמינאי זבנתה הלא אין לך לא שטר ולא חזקה" ומכאור דלא נאמן כמנו דלא היי שלך מעולם.

ואין לומר דהרשב"ם ס"ל דטענת לא היתה שלך מעולם אינה טענה מעליא מאיזה טעם, ולכן לא עבדינן מכתה מינך. שהרי כטוען מינך זבנתה והחזיקי ג"ש, דכ' הרשב"ם דנאמן, והו ג"כ רק מכת המנו דלא היי שלך מעולם. דכלא מנו זה עליו להביא עדים שהחזיק ג"ש דמאחר שהודה שהי' של המערער הרי הוא המערער. ורק מכת מנו דלא היי שלך מעולם נאמן לי' שהחזיק בלא עיר חזקה. ועי' סוגיא דכתובות י"ז כ' דנאמן לומר שדה זו של אביך היחה ולקוחתי" ממנו, אע"ג דמודה דלא החזיק ג"ש, דשנה א' היחה כפי קטן שאין מחזיקין בנסונו, ואמרין עליה דנאמן מטעם הפה שאסר הוא הפה שהחזיר, דדיינו שהיי' יכול ללי' להשיב.

וכ' דבהכרח צ"ל דאם מודה דהחזיק פחות מג"ש א"כ כשטוען מינך זבנתה היי צריך להיחזק לו שטר. ומדאן לו שטר הוי נאמן

הקרקע מחזיקת מארי קמא. שאם בלא טענה לא חל דין חזקה הרי איז שום דין וכירו להרע חזקה המרא קמא, וצ"ל.

(ב) ולפ"ד ה"י נלענ"ד כוונת הרשב"ם דהנה ס"ל דאיז נשבעין על הקרקעות

אפי' שכוונת היסט כמבואר לקמן ל"ג א', וגם ס"ל דכל שהודה שלא החזיק ג"ש אגן סה"י דלא קנה ולא שייר מינו, ולכן היכא דלא בא המחזיק כטענת עצמו, וגם איז שום צד שיזא איזה כח בתביעתו שב"ד יצטרכו להשביע מכה דכריז או לברר אם יש כטענתו צד וכ"י, מאחר שמודה דאיהו לא ה"י לו עסק עם המעורר מהיכי תיזת להטווחו לכ"ד בחינם. ולפ"ז י"ל דככה"ג מודה הרשב"ם שאם ה"י למחזיק איזה יסוד לטענתו ה"י יכול לכתוב המעורר למיחה עמו כדינא וכמש"כ בחוס' דכל זכות שהתבא לידו מכה ראשון לשני, דזה נ"י דבר פשוט, ועוד דבלא זה אף בהחזק דוד בקשתי בעליתלא לא ה"י המחזיק יכול למיחה עמו כדין. וכן מודה לשון הרשב"ם בד"ה ואח מינאי כ"י שכ"י ש"אפי' אם היית טוען דמינאי זכינתה הלא איז לך שטר ולא חזקה" ולכא"י צ"ע למה הוצרך לזה, ולדברינו א"ש דזה עצמו הסיכה שאנו יכול לכופו למיחה לדינא כיוון דאיז שום טענה שיוכל לטעון, וכיוון דהוא לא קנה למה יטריחו כב"י, וצ"ע בזה.

פ' ב'. רשב"ם ד"ה אמר רבא דינא קא"ש כ"י.
כ' הרשב"ם דה"ל 'ואפי' שהחזיק כה ג"ש בלא מחאה יפסיד רהא חזקה שאיז עמה טענה היא שמודה הוא שלא לקחה מיד הכעלים כי אם מיד איש נכרי שאיז ידוע שה"י לו חלק כה אפי' יום א'. ולא מצי טעין אמאי לא מיהא מעורר כחוד ג', דהיכא אמרינן דמפסיד מעורר בשתוקמו היינו היכא דטעין איז מינך ובינתה ואכלתי שני חזקה, דער ג"ש מיהדה אוניש בשטר"י טפי לא מזדדר, הלכך זה שלא מיהא והוא לא נזהר בשטר

את וכשטוען מפלגי זכינתה] דוקא היכא שהמעורר הוא המחזיק בקרקע זו והלוקח תובעו לדינא להוציא ממנו אז מצי א"ל איז לי עסק עמך כ"י, אבל היכא שהמחזיק כבר מחזק והמעורר הוא המוכר לדינא להוציא מידו פשיטא שהמחזיק הוא בעל דינו וצריך הוא למקם עמו ברינא" וכן לקמן מ"א ב' שהחזיק כבר ד' שנים ה"י בע"ד דהמעורר הוכא שלא החזיק ג"ש אנו בעל דין. והיכא שבא הרשב"ם לכאן דאינו בע"ד כי משום שלא החזיק ג"ש דמשי"ה אינו בע"ד. וכיוחך מ"ש באמת הוא בע"ד אך מ"ש מפסיד כדין את הקרקע. ולכן דינא דסוגיין כ' הרשב"ם דהוא אפי' החזיק ג"ש אך מה שטוען לאו בע"ד ירדי את בזה הוא דוקא בלא החזיק ג"ש.

ובעניוהי קשה לי להכין דברי מרן זיע"א, שה"י אם בסוגיין ובהיא דוד בקשתי בעליתלא ה"י המחזיק מחזק בקרקע אחרי ג"ש, והמעורר מוציא מינו, א"כ פשיטא דהמעורר לא ה"י יכול להוציא מינו שה"י איז לו ראי' שלא קנה המוכר ממנו, ובלא ראי' איז להוציא מן המחזיק, וכמו במסלולין שהמ"ק אנו יכול להוציא מזה שהופס עכשיו אפי' דאיז לו טענה. וכן כ' התוס' כ"ה ב' ד"ה אלא בתי"ב ה"י דזה ה"י קושיית הגמ', וכמו שביאר בעליות דר"י שם דאם הוא מחזק זוכה אף שטוען מפלגי זכינתה דזכה מינך [ולא טוען קמאי ירדי זכנה וגם ליכא סה"י דוד חד יומא], וה"י הוא דבאמת לא נעשה מחזק כאכלתי ג"ש לחוד אלא רק בציורף טענה. ובלא טענה איז חזיקו כלום.

ובק"ה הביא ראיות דבהחזק חזקה מעליא ובלא טענה איז חזיקו כלום. והמעורר מוציא ממנו. אמנם זה פשוט דרק משום דעלתה לו חזקה נעשה המחזיק מחזק. והכא שאיז לו טענה ה"י תנן דחזקה שאיז עמה טענה אינה חזקה, ומאחר שאינה חזקה ה"י שהיא דהא מחזק זכמה יצאה מחזקי

ומטעם זה גם בלא החזיק ג"ש לא מה"י עדים שדר בה חד יומא, דאנן לא נטען לו שהמוכר קנה מן המעורר. שה"י סגי בריעותא קצת בטענה זו, וכמו דלא חזנין דוד חד יומא כרי שב"ד לא ישענו מידי דמחזי כשיקרא. וכ"ש ה"כ דמה שאיז לו וגם למוכר שטר ה"י כאנן סה"י שלא קנו מן המעורר.

והתוס' פלגי על דעת הרשב"ם וס"ל דגם במודה דלא החזיק ג"ש סה"י השטר אינו אגן סה"י שלא קנה. שה"י אפשר שאכד לו [ונר] דדעת הראשונים כהתוס'], וכזה יבואר כל מחלוקתם עליו.

וע"י רשב"ם לקמן קפ"ה ריש עמ' א' ד"י דכעכד נאמן הנתבע לומר שקאנו מהמרא קמא אף בלא החזיק כו ג"ש אם לא ראוהו עדים בבית הנתבע. וצ"ל גם שם דהנתבע אינו מודה שלא החזיק ג"ש אלא רק דאיז לו עדים שהחזיק ג"ש.

פ' ב'. רשב"ם ד"ה ז"ה ז"ה כ"י.
א) כ' הרשב"ם בסה"ד ש"אחה לא החזקה שלש שנים" עכ"ל. ולכא"י תמה טובא דהרשב"ם כ' להדיא לעיל מינה ללמ"י דאף בהחזיק ג"ש זוכה המעורר. וע"י כ"י קה"י ס"י י"ש שהביא דברי הבית הלוי בזה והמה על דבריו. והק"ה"י עצמו ביאר דברי הרשב"ם שהנה חתום' ל' א' בסוף הדיבור הביאו ש"י הגאונים ד"ל "דהאי מחזיק לית ל"י למיחה לדינא כה"י מרי' דארעא אלא האי דובין ל"י מיהת כה"י, ואיז נראה לרשב"א דהא כל זכות שתבא לידו מכה ראשון לשני כ"י ולקמן אשבחן כה"י גבי ההוא דוד בקשתי בעליתלא (מ"א ב') דלא מצי למימר ל"י לאו בע"ד ירדי את" עכ"ל.

וכיאר הק"ה שהנה זה דבר פשוט דאחרי שהחזיק המחזיק ג"ש נעשה הוא מחזק בקרקע [והביא שם ראיות לזה והוא פשוט דזה כל עניין החזקה] וכ' לשי' הגאונים "דאומיני יכול המעורר לטעון לאו בע"ד ירדי ומהי קנה, וה"י מה ל' לסקר במקום עדים. וכ"כ בדרישה קמ"ז אות כ"ד ע"ש. ומ"ש הרשב"ם לקמן ל"ג ב' ד"ה והדרי פרי דבהביא ערי חזקה של כ' שנים חסרון השטר אינו הוכחה שלא קנה, דזה משום שאיז לנו בירור שלא החזיק ג"ש, וכן צריך להעמיד הסוגיא דכתובת י"ז ב', ולכן איז שום ראי' מחסרון השטר, דזה גופא אנו מסתפקים אולי החזיק ג"ש דחו לית ליה ל"י שטרא. ומה דמקומינן השדה כה"י מ"ק אינו בירור על ספק זה, אלא רמספך א"א להוציא ממי"ק, ע"ש ברשב"ם. אך כאן ריש הודאת בעל דין שהחזיק פחות מג"ש, חסרון השטר ה"י אגן סה"י שלא קנה וה"י מנו במקום עדים, וע"ש בדרישה שכ"י חלוק זה [נאגב מלשון רשב"ם זה משמע קצת דהיכא דאיז הודאה שלא אכל ג"ש, וכעובדא דרף ל"ג ב', חסרון השטר אינו ריעותא כלל כטענת הלוקח, והלא כמ"ש בקצה"ח ק"מ ס"ק ב' בדעת הרמב"ן, דגם ככה"ג ה"י ריעותא].

וה"י מה ל' לסקר במקום עדים. וכ"כ בדרישה קמ"ז אות כ"ד ע"ש. ומ"ש הרשב"ם לקמן ל"ג ב' ד"ה והדרי פרי דבהביא ערי חזקה של כ' שנים חסרון השטר אינו הוכחה שלא קנה, דזה משום שאיז לנו בירור שלא החזיק ג"ש, וכן צריך להעמיד הסוגיא דכתובת י"ז ב', ולכן איז שום ראי' מחסרון השטר, דזה גופא אנו מסתפקים אולי החזיק ג"ש דחו לית ליה ל"י שטרא. ומה דמקומינן השדה כה"י מ"ק אינו בירור על ספק זה, אלא רמספך א"א להוציא ממי"ק, ע"ש ברשב"ם. אך כאן ריש הודאת בעל דין שהחזיק פחות מג"ש, חסרון השטר ה"י אגן סה"י שלא קנה וה"י מנו במקום עדים, וע"ש בדרישה שכ"י חלוק זה [נאגב מלשון רשב"ם זה משמע קצת דהיכא דאיז הודאה שלא אכל ג"ש, וכעובדא דרף ל"ג ב', חסרון השטר אינו ריעותא כלל כטענת הלוקח, והלא כמ"ש בקצה"ח ק"מ ס"ק ב' בדעת הרמב"ן, דגם ככה"ג ה"י ריעותא].

וה"י מה ל' לסקר במקום עדים. וכ"כ בדרישה קמ"ז אות כ"ד ע"ש. ומ"ש הרשב"ם לקמן ל"ג ב' ד"ה והדרי פרי דבהביא ערי חזקה של כ' שנים חסרון השטר אינו הוכחה שלא קנה, דזה משום שאיז לנו בירור שלא החזיק ג"ש, וכן צריך להעמיד הסוגיא דכתובת י"ז ב', ולכן איז שום ראי' מחסרון השטר, דזה גופא אנו מסתפקים אולי החזיק ג"ש דחו לית ליה ל"י שטרא. ומה דמקומינן השדה כה"י מ"ק אינו בירור על ספק זה, אלא רמספך א"א להוציא ממי"ק, ע"ש ברשב"ם. אך כאן ריש הודאת בעל דין שהחזיק פחות מג"ש, חסרון השטר ה"י אגן סה"י שלא קנה וה"י מנו במקום עדים, וע"ש בדרישה שכ"י חלוק זה [נאגב מלשון רשב"ם זה משמע קצת דהיכא דאיז הודאה שלא אכל ג"ש, וכעובדא דרף ל"ג ב', חסרון השטר אינו ריעותא כלל כטענת הלוקח, והלא כמ"ש בקצה"ח ק"מ ס"ק ב' בדעת הרמב"ן, דגם ככה"ג ה"י ריעותא].

להשאל כאחד, ובמעידים א' מכת זו וא' מכת זו ודאי עדותם פסולה דלא נאמר להעמיד על חזקה אלא במקום ספק, אבל כבה"ג דאי אין שניהם כשדין ואין בוח ספק כלל וממילא לא מהני החזקה להכשירים. וכ"כ בתנ"י פסחים שם ד"ה הלך.

(ב) ודעת רב חסדא כ' הרשב"ם דאריק

ממונא אחוקי ולא הוציאנו מספק שמא העדים פסולים. ורב הונא לא חייש לחזקה ממון, רקודס דיינינן על העדים אם הם פסולים, ואחרי שנפסק דינם דמוקמינהו אחזקתייהו, ממילא הוי כעדות עדים כשרים שיש בה כח להוציא מחזקה ממון. ועי' ריטב"א ערוכין ל"ז א' שכ' ד"ל "הר"ם בר שניאור ד"ל נתן טעם לדבר למה אלימא חזקה העירוב, שבכל מקום אין לנו לרוך חזקה אלא מדובר שהספק בא ממונא, וכן גבי מקוה אמרין העמד אדם על חזקתו ולא אמרין העמד שהרות על חזקתו" עכ"ל. וכוונתו דבגדה ב' ב' אמרין דמקוהה שנמדד ונמצא חסר כל שהרות שנעשו על גבוי למפרע טמאות. והטעם דאציג דהמקוה בחזקה שלם מ"מ מאחר שהשתא ודאי חסר אחת על חזקה שלם, והוי דאם ה"י הנדון על המקוה לחוד חזקה שלם דמיעקרא עריפא מחזקה חסר דהשתא, מ"מ דהם איבא חזקה הטובל שה"י בחזקה שלם שטבולו כון ומאחר שבחזקה שלם איבא ריעותא שה"י חסר לפניך, עריפא חזקה טומאה דהטובל ומוקמינן ל"י בחזקה טומאה. אמנם מלשון הגמ' שם מביאר שהנדון אינו על הטובל עצמו אלא על שהרות שנעו בהם. וכ"כ רש"י שם ד"ה שניעשו כ"י, ולכא"י קשה מדוע לא נצרך לחשבון החזקה את חזקה הטהרה של הטהרות, ונאמר דאיכא נמי תרתי לטיבותא [חזקה שלם דהמקוה וחזקה טהרה דהטהרות]. ולזה מתין הר"ם בר שניאור ז"ל דמאחר שדין הטהרות הוא תולדה של דין הטובל, יש לרוך קודם על הטובל, ואחרי שנפסק דינו

השרה לפניך. דשתוקה הכעלים רק עושה שנתחייק השרה בחזקה המחזיק, ולענין זה אין שום נפ"מ אם באה ליד המחזיק בקניין או שהיא שלו מצד אחד וכוונן שקודם וקנה מאדם שלישי. והוי חזקה שיש עמה טענה, וכטענתו שקודם וקנה מההמוכר שפיר הויה טענת כרי נגד בעלתו של הלוהק בשטר, וכ"ז פשוט.

וה"י ברא"ש ב' תירוצים, ועי' גם במלחמות

לקמן ל"ט ב', ודעת הרשב"ם נ"י דס"ל ג"כ כמ"ש במלחמות שם. ולהרמב"ן משעה ראשונה דשתק המוכר כבר איכא רגלים לדבר שמכר, ונ"ש דשתוקה כענין רק כרי שאח"כ לא יודעה הלוהק בשטרא, וא"כ מאחר דנ"ש אחרי המחאה הו לא נודח יותר שפיר איכא חזקה מכת הרגלים לדבר שה"י לפני המחאה הראשונה.

ולש"י הרשב"ם כמשנית לעיל כ"ט א'

בעזה"ש"הת הכנסים תקנו זמן למחאה, ומולא מזה בזמן שהגבילו חכמים אמרי' דרגלים לדבר שמכר, א"כ הכא תקני אחרי מחאה הראשונה ג"ש למחאה שני', ומדלא מזה בזמן שקבעו חכמים אמרי' דדאי חסכים לאכליל המחזיק כיוון שמכר לו והוי כפיטל מחאתו הראשונה.

ועי' שו"ת הרשב"א הובא בקצה"ה קמ"ז

סק"ו, והבאר לקמן אי"ה מ"א ב' יעו"ש.

**ל"א ב' ב' כותבי עדים המכחישים
זו את זו כ"י.**

(א) דעת רב הונא דמחזיקין את שתיהן

דוכתי דמוקינן אחזקה אף בדבר שלא יכול להיות. דדא א"א שבאמת שתיהן בחזקה כשרות. עי' בזה תוס' נדה ב' א' ד"ה והלל כ"י, וכ"כ בתנ"י פסחים י' א' ד"ה ככת אחת כ"י, ובגדה ס' א' ד"ה כאנו כ"י. וכאן לא שייך לפסול מדרבנן מטעם חוכא דדא אין זה כבאו

מועיל לו שהרי מגולץ לקח אף חזקתו אינה כלום". והכוונה דהחזקה היא רק דמחזיקין שהאמת כפי שטיען שה"י לו שטר, וכלשון הגמ' כ"ז ב', וכטוען שאיכד שטר מועלת לו החזקה לאמת טענתו ומועילה לו במקום שטר. אך במקום שלא ה"י לו שטר ונאכד, וכוונן כסוגיין מהמעורר, בזה לא מועלת החזקה שמכחיזין שלא ה"י לו שטר שאכד ממילא גם אין לו טענה, ואז החזקה לחודה אינה כלום. ומביאר דדא דאמרינן דחזקה במקום שטר עומדת אינה בא לאלם כחה של החזקה לומר שהיא ראי' שכחה שקול לכת השטר, אלא להיפך בא לגרע כחה לומר שמצד עצמה אינה כלום ואפי' גריעא מטענה בעלמא, ורק במקום טענת כרי שה"י שטר ואכד היא מועלת לזכותו מן הספק.

ל"א א' אב"ל שית אין לך מחאה

גדולה מזה. דה"י בראשונים דהכא אמרי' דאם מזה אחרי שנתיים המרא קמא כמה שמכר השרה ללוהק הוי מחאה מעלא אציג דאח"כ אכל המחזיק ד' שנים בשופי. ואילו לקמן ל"ט ב' אמרין דצריך למחות בסוף כל שלש ושלוש. וקיישייהו ודאי אינה משתוקה המוכר כדן ד' שנים דשתיקתו אינה מוכיחה כלום. דיסוד החזקה הוא מהך ולא עכ"י איניש דחייזו דו היודד ואוכל שדתי שתק ג"ש. והכא אחרי שמכר השרה תו מה אכפת לו שטר יורד ואוכל, ועוד דגם לו צוירי דשתיקתו הויה כהודאה שמכר למחזיק. מ"מ אחרי שמכר ללוהק בשטר תו לאו כל כמיני' להודות שמכר לאדם אחר. אלא הקשו משתוקה הלוהק בשטר, דישי לו שטר על שדה זו ואפי"ה חיי דהמחזיק אוכלה ד' שנים ושתק. ומשתיקתו דדאי איכא אומדנא דמורה דשרה זו אינה שלי. ואין נפ"מ כמה שבאן מודה אף המחזיק שלא קנה ממנו, ד"ל דשתיקתו אינה אומדנא שמכר אלא היא אומדנא שיועד שהמחזיק קנה

הפסיד. אבל הכא דמתי מחזיק דלא מיני' דמעורר זבני' שהוא בעל הקרקע ובנידים זכנה לא הויע כוחו של מעורר בשתיקתו, שהחזקה במקום שטר מכריחו עומדת, וכיוון דאין שטר מועיל לו שהרי מגולץ לקח, אף חזקתו אינה כלום" עכ"ה"ק.

ולרנ"י בפשטות דהוקשה לרשב"ם מדוע לא

נאמר דשתוקה המעורר הוי ראי' שמכר [וכמבואר ברשב"ם לקמן נ"ח ב' ד"ה המוחתילה כ"י דס"ל דאף למסקנא יסוד החזקה הוא ההוכחה מדשתיק המעורר ודאי מוכן. אמנם נר' מדקדוק קישור לשנונו דהוקשה לו יותר מזה, דזה ה' פשיטא ל' דשתוקה המוכר אינה ראי' אלימא כאנן סהדי להוציא ממון, אלא היא רק אומדנא בעלמא, ומכח אומדנא זו תקנו חז"ל חזקה דנעמיד מספק שהשרה בחזקה המחזיק, וכמשנ"ל לעיל כ"ט א' באורך בעזה"ש"ה. וממילא אין קושיא מדוע לא יכיה המחזיק מכת ראי' משתוקה המוכר, דבאמת אינה ראי' רק חכמים תקנו שיתחיק מכת זה, ומגדרי החזקה דבעינן טענת כרי ובלא זה אינה חזקה [ויחבאר הטעם א"י"ה לקמן מ"א ב']. והכא דאין לו טענת כרי אין חזקה.

אמנם זהו גופא מה שהוקשה לרשב"ם אמאי

לא יוכל המחזיק לטעון מכת האר אומדנא דשתק המ"ק ג"ש טענת כרי שמכר הקרקע דאל"כ ה"י מקפיד ומורה. דנהי דאין ראי' זו אלימא כשטר מ"מ אומדנא איכא ויטיען המחזיק כן.

ובללות דכרי הרשב"ם דזה אינו יכול

להחשב טענה, ובעינן דוקא טענת כרי נגמורה, וממילא מכיוון דאין המחזיק בא בטענה ולכן לא עבידינן ל"י מוחזק בקרקע לא הויע כוחו של המעורר, דשתיקתו לחוד אין ראי' המפסיקה לגרע המעורר, והטעם מדוע אין זו טענה יחבאר אי"ה לקמן מ"א ב' כמ"ש שם בסוד חזקה ג"ש יעו"ש באורך. ובסוף דבריו כ' "שהחזקה במקום שטר מכריחו עומדת, וכיוון דאין שטר

ועי' כחכות כ"א ב' ראמרין דאם שנים מעידים על הדין שהוא גזל וכי מכהישים שלא גזל מעולם פסלין מספק חד דיין מלקיים השטר לפירשיי. והק' שם בתמי' [כ"ב א' ד"ה חרי כו'] דסוגיא דכחכות היא כרב הונא, ורב הונא ס"ל דכחכות כה"ג מוקמינן אחזקת כשרות כדמוכה מסוגיין ודחו מכה זה פירשיי וכי פי' אחר כסוגיא שם ולפרושם בתרי מעידים עליו שהוא גזל וחר' שאינו גזל מוקמינן גברא אחזקתי ומכשרינן לי, ואחרי שהוא כשר ממילא גם מפקינן ממונא אפומי.

אמונא וה"פ שם ס"ל כשיי רשיי דפסלינן לי מספק. ובכ"ח סי' ל"ד אות מ"ב תי קושיית החוס' וד"ל "וי"ל דכ"כ כתי עדים המכהישות זאיז לזכא מאן דמסרהי עלייהו דפסול הוא אלא זאנו חזינן דלפי דבריהם חד מינייהו מסרהי שייקרא מוקמינן כל כח וכח מינייהו אחזקתי. אבל הכא דקא מסרהי דהאי גברא פסול הוא כה"ג לא מוקמינן לי אחזקתי דכל תוית אע"ג דאית לי חזקה דכשרות ספיקא דרבנן הוא" עפ"ל. וחוכן תרוצו דבתיי וחרי למ"ד דהוי ספיקא דאורייתא הכונה דכשה' עדים מעידים שהוא גזל ממילא חו לית לי חזקה דכשרות, דכנגד כ' עדים לזכא חזקה. ונהי דהנה האחרת מעידה שהוא כשר וגורמת לספק, מי"מ אין לי חזקה, דאין חזקה במקום עדים. ולמ"ד תוית ספיקא דרבנן ס"ל דהעדרות מכהישות זאיז ואחרי הכחשתן אית לן לאוקמי אחזקתי. דאין עדות כנגד חזקה זו שהרי היא עדות מוכחשת ואינה מבררת אלא רק גורמת לספק, ומספק מוקמינן אחזקתי, אלא שרבנן החמירו שלא להעמידו על חזקתו במקום דאיכא תוית. ולכן כבי כתי עדים המעידות על א' לית לי חזקה.

אמונא כבי כתי עדים שא' מעידה שפלוני חייב מנה והשני מעידה שאינו חייב, מה שמעידות הנת הראשונה יוצא שהנת השני

ותבאר דהטעם דפסלינן הדיין משום דאי"א ותמירי על חזקתו משום דהוא תוית. ולמענין דאם הי' אפשר להעמידו בחזקתו ושמעינן דאם הי' אפטר להעמידו בחזקתו היינו מוציאין ממון על פניו, ולא היה אמרינן דחזקת ממון אלזכא טפי מחזקתו. שהרי הרי"ן ביאר דכסוגיין דחזקה"כ לא פסלינן, הטעם משום דאינו בדין תוית ולכן לא נפקעת חזקת כשרותם. ומבואר דס"ל דכאשר איכא חז' כשרות מפקינן נמי ממונא, וע"פ.

ה' שו"ך דאי"א לפרש כרשב"ם דהטעם לזכב חסדא העדים פסולים דלא מרתי חזקת הגוף וידהו לאפוקי מחזקת ממון. שהרי אמרינן לימא דרבא כרב חסדא, שהרי כ' הרשב"ם ד"ה דאבהתי היא כרי דאחרי שהבאי השני ג"כ סהדי דאבהתי היא, הדין דכדאי"ג. ומבואר דאן א' מהם לא החזיק בשדה מעיקרא. וא"כ כצד אמרינן דרבא ס"ל כרי"ת, שהרי כנ"ד דאין חזקת ממון על הקרקע כלל גם לרי"ח חזקי חזקת כשרות דהעדים לזכות [וכמ"ד שראיתי קו' זו באיזה ספר ואפשר כקוב"ש ואינו תתי' כעת]. וע"ל בהכרח לזכב חסדא לא מוקמינן כלל העדים על חזקתם. ובאמת כן משמע לשון הרשב"ם שם "ולא תוציאנו מספק שמא העדים פסולים" וע"ל לדברי הרא"ש פ"ק דמציעא דמהני תפיסה מספק בזוכה מההפקד דיש חילוק בין תפיסה מספק להביא עדים שהם ספק כשרים. וע"י קצצה"ח ססי ר"ב שם דלהרא"ש שם היו תפיסה כדאי וא"כ לק"מ ע"ש. וע"פ הטעם דאין להם חזקה, למה שהוכיח הקצצה"ח דאין הטעם משום דהוי כחתי'.

ל"א כ"ב, כ' כתי עדים המכהישות זו את זו כתי.
א' אמרינן כסוגיין דכ' כתי עדים המכהישות ואיז לרי"ה כשרים לעדות אחרת דמוקינן להו בחזקה כשרות ולרי"ח פסולים לכל עדות שבעולם.

ל"א כ"ב, כ' כתי עדים המכהישות זו את זו כתי.
א' אמרינן כסוגיין דכ' כתי עדים המכהישות ואיז לרי"ה כשרים לעדות אחרת דמוקינן להו בחזקה כשרות ולרי"ח פסולים לכל עדות שבעולם.

שירי לחלוק עלי' ולפרש בודה כהרשב"א. ושוכ זכינו בעשהייה לביאור מחלוקת הריטב"א על ה"ם בר שניאור עי' כמ"ש לקמן ל"ב ב' על תודיה' והלכתא.

ג' ועי' ברשב"ם מ"ש בטעם רב חסדא. "דאוקי ממונא אחוקי" ולא תוציאנו מספק שמא העדים פסולים". ולא נראה כלל דהו גופא המחלוקת בין רי"ה לרי"ח אי אמרינן כסברת ה"ים בר שניאור. ועי' בקצה"ח ל"ד ס"ק ו' שהוכיח דטעמו של רי"ח אינו משום דהוי כספק דחרי ותרי ולא מוקמינן אחזקה. דגם כחד וחד ס"ל הכי. ומשי"ש הקצצה"ח בטעמו לעני"ד לא הכתי ריעו"ש. ולפיר' נר' דס"ל דהוי כבא להוציא ממון מכת חזקה, ולא מהני, וע"פ [ושו"ר בקוב"ש אות קט"ז וק"י דכ' דהו טעם רי"ח ולא מהני חזקה להוציא ממון, ולזה מודה גם רי"ה רק ס"ל דאחרי דמוקינן להו בחזקה כשרות מעשה היז להוציא ממון מכת עדות ולא רק מכת חזקה, ועפ"פ].

ד' ועי' רי"ן כחכות ט' א' מרפי הרי"ף שכי כנודן דחרי מעידים על א' שהוא פסול לדון וחרי מעידים שכשר, וכי רשיי דפסלינן לי מספק ולא מפקינן ממונא אפומי ד"ל הרי"ן "ואע"ג דאיכא למימר נמי אוקי גברא אחזקתי, חזקה דכמונא אלימא טפי, ואפי' לא מוכרעת מילתא איה לן למימר דממונא היכא דקאי ליקום" עכ"ל. ועל צע"פ דהו סוגיא דהתם כרב הונא, ורב הונא ס"ל דקודם מוקמינן גברא אחזקתי, ואחרי דמכשרינן לי' ממילא הוא כשר לכל מילי ומפקינן גם ממונא אפומי. ומה שחלק שם הרי"ן בהמשך דבריו בין סוגיין דחזקה"כ לסוגיא דהתם אינו מתין קושיא זו, ואדרבא חוכן חילוקו דכסוגיין דכ"ב אין זה כדון ספק תוית המפקיע מחזקה [מדאורייתא או מדרבנן], ועי' לקמן ביאור הטעם בזה, ולכן אית לן לאוקמי אחזקתיה. אך כנודן דכחכות זהו ריין חרי ותרי דליכא להעמיד על חזקה כנגד עדים.

לסמא, ממילא הרי כאילו טמא ודאי נגע בטוהרת, ולזה לא מהני חזקתן כלל. ולכא"ו לפי טעם הרי"ם בר שניאור הרי ראי לומר התם דמאתר שהטובל דינו הוא בחולדה מדין המקווה שטבל בו, ראי לפסקו קודם דינו של המקווה לאחר. ודינו הוא דער השתא מוקמינן לי' בחזקת שלם, דחזקה דמעיקרא עדיפא מחזקה דהשתא, וא"כ נאמר שהטובל טבל במקוה שרי' ודאי שלם ונטהר. ועי' חזו"א כחכות ס"פ פ' ס"ק כ' שתי בזה דעל המקווה עצמו כבר אין גזון להבא שהרי כעת נמצא חסר, ולכן לא שייך להכריע דינו, והדבר הראשון שיש עליז נפ"ם להבא הוא הטובל. ולכן הדין מחולל מהטובל וכדי לפסוק על הטובל מחושבנין גם בחזקת המקווה שגם היא קובעת דינו של הטובל. אך אחרי שקבע דינו לטומאה הוי כטמא ודאי, ומה שנגע אח"כ בטוהרת הוי כנגע בהן טמא ודאי ונתכבטלה חזקתן. וכ"כ גם בשערי ישר שער החזקת פרק כ' ד"ה ונראה לי כרי ע"ש שהוסק בזה ביאור היטב.

אמונא הריטב"א עירובין שם כ' דכסוגיא דנהי י"ל הטעם דלא מחושבנין בחזקת הטוהרת שנגע בהן הטובל כיוון שבכל ספק טומאה אם היתה נגישה ודאית של דבר שהוא ספק טמא בדרך שחור, לא מוקמינן הדבר שנגע בו בחזקת טוהרת, דהטומאה הוי כחזקת טוהרת, [וכן נקט גם בחידושיו לקידושין ע"ט א' ד"ה וקשיא, וע"ש דמשמע דכוונתו כמשנ"ה בדברינו, ועי' חזו"א יו"ד סי' רט"ז על פ' כ' חרי דתי' לפי"ד דפרי דבריו בע"א ועפ"פ רב] משמע לכא"ו דפליג על סברת הרי"ם בר שניאור נכונה לכ"ע וכדמוכח סוגיין ופמ"ד שיש להוכיח כן מכהה דוכתי ואכמ"ל [ושו"ר בחזו"א יו"ד רט"ז פ' כ' חרי ד"ה מש"כ כ"כ מ"י כרי כחוד הסוגיין, שהתמפק אם סברת הרי"ם בר שניאור היא דבר מוסכם לכ"ע או

ד"ל "וזהו כלל בתורה דכל דין שאם יהול מוכרח להתכבד אינו חל כלל המחלתי" עכ"ל ע"ש שהוכיח כן. ולפי"ז גם כאן, במעמידה כח א' שאכל שני חזקה וכת שני' שלא אכל, לענין הנדון אם אכל או לא ודאי חלות שתי העדויות ועושות ספק דתו"ת אי אכל או לא. אמנם מה שהעדות המעידים שאכל כלל בה גם עדות שהכת השני' משקרת חלק זה מהעדות לא חל בו דין עדות כלל. דאם נקבל עדותם על הכת השני' שהיא משקרת ממילא עדות זו תכסת עצמה ודאי תהי' עדות מוכחשת (שהרי הכת השני' מעידה שאינה משקרת) ותגרום לפסול מספק עדים אלה ואז תכסת עדותם לפסול הכת השני'. ודבר שאם יחול יתכסת ממילא לא חל.

אמנם מה שאין בעדותם להעיד זו על זו שהיא משקרת פשיטא דאין זה גורם עדותן זו על זו מתעורר ספק על כשרותן. דגם בלא דמהעדות על אילות שני חזקה לחד, מאחר דאיכא ב' עדויות סותרות, חזינן מהמצב שבודאי אחת הכיחות שקרוינת. וחדע שהרי כסוגיא רפ' כל הנשבעין שהביא הקצ"ח מביאר דבאחד אומר שהי' גבוה ג' ואחד אומר שהי' גבוה ה' ידעינן שאחד מהם פסול. וכאן בודאי אינו פסול משום שבעדות הכיור כלל גם עדות עליו שהוא משקר, שהרי עדות עד אחד בודאי אין בה כלום, אלא מהמצב דחזינן ב' עדויות סותרות ידעינן שא' משניהם שקר. וממילא נעשו פסולים מספק. וכך למש כב' כיחות עדים המכתיבות זו את זו, מאחר ידיעינן דאי שאחת משניהן שקרנית נעשה ספק על שתייהן. ואע"פ שאין כאן עדות זו על זו שהיא משקרת. דעדות כזו אינה יכולה לחול וכמשני"ת.

(ד) ובהו יוכנו דברי הבי"ח שהכאנו לעיל, שכי' דכפי כתי עדים המכתיבות הוי כשאר ספיקות שבתורה ולא ספיקא דתו"ת. ולכאור אין לדבריו הכנה כלל, ודדאי

מפקי לי מחזקתן. וזהו שיי' רש"י ודענימי' בכתיבות רפוסלים מספק הדין. אך כסוגיין רחוקי"ב בב' כיחות המכתיבות זאי' ודיינינן על כשרות העדים עצמם ולא על זה שהעידו עליו. בזה לא שייך לומר החומרא דרבנן דתו"ת מפקי מחזקה. דאם נאמר שרבנן החמירו אז תרי' בזה סתירה מיני' וכו'. דאם העדים נעשו ספק פסולים משום הכחשת הכת האחרת, הרי תו אינם יכולים לפסול הכת האחרת כי עד ספק פסול אינו יכול להוציא מחמת כשרות זה שהעיד עליו. וכן הכת האחרת, ממ"נ אם עדות אלה מוציאה אותה מחזקתה תו אינה יכולה להוציא עדים אלה מחזקת כשרותם. וכדי להמלט מסיידה זו לא תקנו חכמים לגבי העדים המכתיבים עצמם שתו"ת יוציא מחזקה.

אמנם מכונא דעת הראשונים דלא כהקצ"ח בזה. דהחוס' כתובות דימו לגמרי הסוגיא דכתובות לסוגיין, וכתבו דמסוגיין מוכח דאף בכתובות אין לן לאוקים בחזקת כשרות. והרי"ן והרא"ש כתבו לחלק בע"א ממי"ש הקצ"ח. ולדברי הקצ"ח צל"ע שהרי כמה ראשונים ס"ל דקיי"ל דתו"ת ספיקא דאורייתא (עי' בירור השיטות בזה כבהג"א ל"ד ס"ק ס"ז). ולשיטתם צ"ב מה יהא הדין בב' כיחות המכתיבות זאי', דכמש"כ בקצ"ח איכא סתירה מיני' וכו' דעל כל א' מהכחות מחמת עדות האחרת יש ספיקא דתו"ת המוציאה מחז' כשרות, אך אם תאמר דכל א' מחז' נפקא מחזקת כשרות ממילא אינה יכולה להוציא חכירותה מחז' כשרות ומוכח מתוס' שהביא הקצ"ח דגם כשעדותה לפסול השני' היא כב"א עם פסילה ופסילה היא רק תוצאה מעדות זו, מ"מ לא מדחי עדותה להוציא זולתה מחזקת כשרותן. וזו תמיהה המתקיימת. דאי"א כאן ל"י מי"ש הקצ"ח דכבה"ז רבנו לא תקנו.

(ג) והנלעני"ד בזה דהנה בקוב"ש כ"ב על דף מי"ט א' [אות רי"א] כ'

שהדי ס"ס יש עדות הפוסלת עדים אלה, ונהי דהיא עדות מוכחשת מכלל ספק לא נפקא, וכיצד שייך להתעלם ממנה.

(ג) ועי' קצ"ח ס"י ל"ד ס"ק ר' שהביא ב' תירוצים מהאחרונים על קושיית הראשונים, והם דכריס מחודשים. ואח"כ כ' לתוך עור, ותו"ד דהא דאמרינן דבתו"ת לא מקמינן אחזקה, וזה דווקא היכא שכל א' מה כיחות העדים מוקמינן לה גם אחרי שהוכחשה בחזקת כשרות. ואז אם שתייהן מעידות על פלוני, האי' מעידה שכשר והכ' מעידה שפסול, מאחר שיש ב' עדים המוחזקים בכשרות שמעידים עליו שהוא פסול בזה נפקעת חזקת [וזהו דיש המעידים שכשר ומספקין הדין]. מ"מ אחרי דס"ס יש ב' עדים המוחזקים בכשרות שפוסלין ליכא לאוקמי אחזקתי. אבל עדים שיש ספק בכשרותם ולא מוקמינן להו אחזקה כשרות אלא נשארים בספקם [וכגון שעלדיהם עצמם העידו תו"ת], עדים כאלה בודאי אינם יכולים להוציא אדם מחזקת כשרות שלו. דאין להם כח בירור של עדות המפקי מחזקה. אלא הם רק יכולים לעורר ספק, ומספק מוקמינן אחזקה [והוכיח הקצ"ח יסוד זה מתוס' כתובות כ"ב א' ד"ה תרי ותרי כו' שכתבו דלרב הסדא דס"ל דכפי כמות המכתיבות זאי' לא מוקמינן להו אחזקה, לא שייך כלל שיהא ספיקא דתו"ת. דכל פעם שמעידים תו"ת על אדם אחר, מחמת הכחשתם זאי' נעשים הם עצמם עדים הפסולים מספק, וממילא אין להם כח לבטל חזקתו של זה שמעידים עליו. אלא רק לעורר עליו ספק וממילא מוקמינן ל"י בחזקתי. וכל ספיקא דתו"ת שייך דווקא לרב הונא דמוקים כל כח על חזקת כשרות, ולכן כח הפוסלין שיש לעדותה דין בירור גמור מוציאה זה שהעידו עליו מחזקתו].

משקרת ופסולה, אין לזה דין עדות. שהם לא העידו שהכת השני' משקרת אלא רק שפלוני זה חייב מנה. והמסקנא הוציאת מזה דהכת השני' משקרת אין זה בכלל עדותם אלא דאין חזינן דהכי הוא. וכמו שחזינן שנתערבה חתיכת חלב בחתיכת שומן. וממילא הספק לגבי כשרות העדים הוא כשאר ספיקות שבתורה ואולינן כתי' חזקה. וכדברי הבי"ח כ' גם ברא"ש ב' האשה שנתאמולה אות כ"א ע"ש [אמנם מ"ש דאין לספק דין עדות שיהא כספק תו"ת לכאור קשה להבין והתבאר יותר לקמן אי"ה].

(ב) ועי"ש ברי"ן [דף ט' א' מדפי הרי"ף] שכי' ביישוב קוישיא זו ד"ל "וי"ל דהא דאמרינן מאי חזית דסמכת אחי סמוך אחי ולא מהניא לי' חזקה קמייתא היינו כי הכא שיש לנו לידון בב"א על שני העדויות ומשי"ה כל תרי ותרי לא מכשירים לי' דמאי חזית דסמכת אחי סמוך אחי. אבל כב' כתי' עדים המכתיבות זאי' כשבאה כל אחת בפני"ע אין אנו צריכים לדון אלא עלי', וכיוון שהרי' א' מהן כשרה בודאי, על כל אחת שבאה לפנינו בפני"ע אמרינן שזו היא הכשרה ומפקינן ממנה אפומיה" עכ"ל.

וצ"ע דאם ס"ל כמש"כ הבי"ח דהספק בכשרותן אינו כספק דתו"ת לא הוי צריך לומר דכשבאה כל א' אין אנו צריכים לדון אלא עלי'. דגם אם נדון על שתייהן נעמיד שתיהן בחזקתן דכן הדין בכל ספק שאנו תו"ת וכמי"ש תוס' גוה ב' א' ומסחים י' א'. וכמבואר מדברי הרי"ן עצמו דגם כב' כיחות המעידות על אדם אחר הוי לנו להעמיד על חזקת כשרות אע"פ דדיינינן על ב' העדויות כב"א, אם לא שהי' בזה הדין המיוחד של תו"ת דמפיק מחזקה. ועוד דלא נוכר כלל בלשוננו סבת הבי"ח. ואם נאמר דס"ל דלא כהבי"ח, וס"ל דמכתיבות זאי' הוי כתו"ת, אינו מוכן מ"ש דכשבאה כ"א בפני"ע אנו דנים רק עלי' ואומרים שהיא הכשרה מבין השתים.

לפי"ז כ' הקצ"ח ליישב קו' הראשונים, דדווקא כב' כיחות המעידות על פלוני שייך לומר החומרא דרבנן דתרי ותרי מפקי ל"י מחזקת. דהפוסלים שהם בחזקת כשרות

שטר יש ספק דתו"ת מ"ם נעמידם על חזקת כשרותם ומגמלא יוציא בעל השטר הממון על פיהם.

וע"י מהרש"א שהק' דהא בתוס' לעיל, ד"ה וזו כו', מבואר דב' עדים נאמנים לפסול ב' אחרים בגמלונתא, ותי' דהם הנרדן הוא על העדים עצמם וזא ליכא כלל ספקא דתו"ת ואלא שמעידים עליהם אינם נאמנים להעיד על עצמם שאינם גולנים, אך הנה אין הנרדן על העדים עצמם, ולא באים לפסולם לכל עדות שבעולם אלא רק לאותו שטר, ע"ש וצ"ע לע"פ בדברי וא"מ.

ולדברא"ש ור"ן בכחכות, הובאר דבריהם לעיל לק"מ, דהם סוכרים דבתו"ת מדרכנן מפקינן מהחזקה אף במילי דממונא, אלא דספק תו"ת נוצר רק כגון שמעידים תרי על א' שפסול וחרי שכשר, דאז כל תוכן עדותם הוא על כשרותו, ומכיוון דאית עדותם שפסול אין לו חזקה, אך היכא שחזקן עדותם אינו לפסול הכת השני' אלא על דבר אחר, ממה שיש ב' עדויות סותרות על אותו דבר לא נעשה מזה ספקא דתו"ת על כשרות העדים שהעידו כן. ע"י לעיל ביאר הטעם, ובהא דכחכות י"ט ב' דמי לציור הראשון, דשם עיקר תוכן העדות לפסול עדי השטר וכדאי נעשה עליהם ספק תו"ת ולכן לא מוקמינן להו על חזקתייהו לגבי כשרותם לאותו שטר. ותוס' הקשו רק לשיטתם דככל ס' דתו"ת לגבי ממונא מוקמינן אחזקה.

(ב) וע"י רי"ף כחכות [דף ט' א' מדפי הרי"ף] דמפ"ד סוגיא דכחכות י"ט ב' כהתוס' כאן, וכמו שבקשוייחם הוכיחו משם דבתו"ת לא מוקמינן אחזקה כן ס"ל להרי"ף להוכיח לקושטא דמילתא דבתו"ת לא מוקמינן אחזקה אף במילי דממונא [נס"ל דלא דמי לסוגיין דמוקי להו ר"ה אחזקהייהו וכמו שהחליקו ר"ן ורא"ש שם].

ועל ראיית הרי"ף שהוכיח דבתו"ת מעידים על א' שכשר וחרי מעידים שפסול לא

ממש כמו למ"ד דהוי סר"א. ע"ש בשו"ת הגרע"א ר"ה ירכלי כ"י דלמ"ד דתו"ת הוי סר"א א"כ לא מהני אף ב' חזקות. דתו"ת מסלק לכל החזקות, אך למ"ד סר"ד נהי דהחמירו שלא להעמיד על חזקה זהו בחזקה אחת, אבל במקום שתי חזקות לא החמירו. וכנות זה נאמר הכא דהחמירו דוקא שלא להעמיד על חזקה היכא שהיא דמעיקרא וכן זה נאמר הכא דהחמירו דוקא דמעיקרא בעלמא, וכנות חזקה כשרות, אבל חזקה מרא קמא דבר שטיא אלימא טפי דאינה רק חזקה דמעיקרא אלא דהוי ענין מוזחק, וכמו שצ"ד בזה בקוה"ס א' ה' יעו"ש, דהוי כמחזק בממון זה ובה לא החמירו לכסל החזקה וכמו במקום ב' חזקות. וע"ש בשו"ת הגרע"א שכי' דחזקתי' הוי כשאר חזקה דמעיקרא וכמו חזקה א"א, וצ"ע, וע"י לקמן ל"ב ב' מ"ש בזה בעתה"ש י"ז.

ל"א ב', תדרי"ד וזו כ"י.
ע"י ביאר היטב בתוס' בשו"ת הגרע"א ס"י קל"ג. וע"י בקוב"ש שהביא מ"ש הרמב"ן בזה.

ל"א ב', תדרי"ד ורב נחמן כ"י.
הוי העדים מכתשים את עדי השטר ומעידים שלא הייב לו כלום, א"כ מכת עדותם ה' נעשה ספק על עיקר החוב, שהיי תעידו ב' עדים המוחזקים בכשרות שאינו חייב לו, וזא ה' נשאר הממון בחזקת הלוח, דס"ל לדתוס' דבממונא לא החמירו ובנן שלא להעמיד על החזקה וכמשנ"ל לעיל, [וגם אם הוי מחמירין להפקיע החזקה ה' זוכה בו הלוח שאינו חייב לו, אך כעת אינם מעידים שאינו חייב לו, רק מעידים שעדי השטר היו פסולים, ועדותם מעוררת ספק על לפיקן עדי השטר, וס"ל לדתוס' דמסוגיין דמעיקרא וא"כ נהי דעל כשרות העדים לאותו

ולא לעורר הספק כלל. ואכתי לא נחמור לי כראי וצ"ע רב דבכרי ר"ן אלה.

וע"י תוס' כחכות כ"כ א' ד"ה תרי כו' דכתבו דבתו"ת מעידים על א' שהוא פסול וחרי מכשירין מוקמינן ל"י אחזקה כשרות, וכמו בסוגיין דחזק"כ ליעת רב הונא. והרא"ש שם כ' דלא מוקמינן ל"י אחזקה כשרות דתו"ת הוי ספקא דרבנן, דהיינו דרבנן החמירו דהכת הפוסלת עוקת החזקה. וצ"ע ברע"ת תוס' מרע לא ס"ל דמדרבנן נאמר דאין לו חזקה כשרות, וכדמצינו בכמה דוכתי. וקושיא זו הביא במהרש"א על תוס' כחכות כ"י ב' ד"ה אנן אחתינן ל"י כו' ותי' דלא אמרי' תו"ת ספקא דרבנן והחמירו בו אלא לענין אסור, אבל לענין ממון לא שייך ב"י להחמיר מדרבנן דהוי קולא לזה וחומרא לזה, אלא בממונא אוקמה על דין תורה ואלוין בבת חזקה.

וע"י שו"ת הגרע"א סס"י קל"ג שכי' כדבר פשוט דרק באיסורא החמירו רבנן כספקא דתו"ת לא להעמיד על חזקה אבל בממונא לא. וכ"כ גם החומים על ק"י ת"כ. ולכאן פלא שלא הוכירו מחלוקת תוס' והרא"ש בזה. והביאו רא"י לדבריהם מהא דאמרינן ביבמות ל"א דתו"ת הוא ספקא דרבנן מהא דנכסי דבר שטיא, דתרי אמרי כשרואו שוטה זבין וחרי אמרי כשרואו חלים זבין, ואי תו"ת הוי ספקא דאורייתא לא מהלי חזמיק דבר שטיא, דהתו"ת מפיק מחזקה, וזוכה בה הלוקח מדין כל דאלים גבר כיוון שהוא כבר בקרקע. ואי תו"ת הוא ספקא דרבנן מוקמינן ארעא בחזקה בר שטיא. ומוכת דבממון לא החמירו רבנן, דאם תאמר שהחמירו תרי לא היינו מעמידים הקרקע בחזקה בר שטיא וכמו למ"ד דהוי סר"א. וצ"ע מה יאמר הרא"ש, דס"ל דגם בממונא מדרבנן ליכא חזקה, בתו"ת סוגיא דבר שטיא. ולפ"ד י"ל דהנה מצינו דמה שהחמירו רבנן כספקא דתו"ת, לא החמירו לעשות

הספק על כל א' מהן החשור מכת עדות הכת האחת, שבכלל עדותה גם מה שהכת השני שקרנית, וכיצד יתכן שלא ידא זה ס' דתו"ת. ולמשנ"ת א"ש, דבאמת אין עדות האחת על שקר השני חל, והספק נוצר רק מחמת הידיעה מתוך המצב דאחת משתיהן שקרנית. וכזה ס"ל להכת, וכנ"ר גם להרא"ש, דזהו כשאר ספקות שבתורה, שהרי אין כאן עדות עליהם שהם שקרנים, רק דחזינו כן מהמצב וכאשר אין כת עדות עליהם ששקרו אין סיבה לא להעמידם מספק על חזקתם, והדברים מאירים.

וכבר אפשר נמי שיובנו דברי הרי"ן שהוכחו לעיל. דאיהו ס"ל דנהי דאין כאן דין עדות להדיא של כל אחת על השני' שהיא שקרנית, מ"ם אחרי דמהמצב ידעינן שא' מהן שקרנית, מאחר שכל ידיעה זו היא רק מכת עדותם, יש כאן דין של תו"ת, דמה שיש על אפילת שני חזקה עדות אחת הסותרת, גם אם לא חל מה שמתייחס להדיא לשקר העדים האלה, ס"ם עדות סותרת זו המלמדת אותנו לעורר ספק על כשרות העדים, ספק זה שנלמד מכת העדות יש לצד הפסול בו גם כת עדות לכסל החזקה.

ולכן הוצרך הרי"ן ל"י דכשכת א' מעידה בדין אחר א"צ לדון אלא עלי, ולא על שתיהן כביא וכיוון שהי' א' מהן כשרה בודאי, על כ"א שבאה לפנינו בפני' אמרינן שזוהי הכשרה. והכוונה דאם באמת היחה האחת מעידה על הכרתה שהיא פסולה, ודאי היתה ספק פסולה גם ככל דין אחר. דלא שייך כלל להחמיל מעדות זו כיוון שרק כת זו לפנינו ולא השני'. אך מכיוון שלא חל עדותם לפסול זו לגבי זו, והספק נולד רק מהמצב שיש לפנינו ב' עדויות סותרות על דבר אחד, כזה שייך קצת לומר דכשכת א' באה בפני' נהי דלספק שנוצר ממסירת העדויות יש כח של ס' תו"ת המבטל חזקה, מ"ם כשבאה בפני' יש לומר מכת החזקה שהיא הכשרה

לחזקת כשרות, ונהי דהוכחש מ"מ חזקת פסלות דקול כבר אילא.

וכבר ארוחנא ליישב הסתירה בדברי רש"י רבכחובות כ"כ א' ד"ה תרי כ' דכתיב"ת לא מוקמינן אחזקה דמעיקרא, ובקידושין ס"ז א' נדחק טובא לומר דלינאי לא ה"י חזקה דמעיקרא, שאם הייתה לו היינו מעמידים אותו עלי'. ולמשנת"ל י"ל דכחובות מבואר בסוגיא דהעדים הפוסלים באו מקודם, וכבר אפקודה מחזקת כשרות, ואח"כ כשהכחילום המכשירין כבר אזלה החזקה דמעיקרא. אבל בקידושין ס"ז א' מחזר למצוא אופן דנוקמי אחזקה, וקאמר דכתיב"ת לא יחנן דנוקמי אחזקהי' והכריח מזה דמייירי בע"א והקשה על רבא. וע"ש דמוקי לה רבא בציוור רחוק, וקשה טובא דה"ל לתמן כפשיטות דבאו עדים המכשירים תחילה ולכן העמדנותו על חזקתו ולק"ש לרבא. ומכח שם הסוגיא ולא היו יודעים באיזה אופן באו העדים, ולכן הוכרח רש"י לפרש דאף בבאו עדים כשרים תחילה א"א להעמידו על חזקתו כיוון דלא מהני ל"י חזקה דאימ"ל.

ג) וברפנת עיקר שי' רבינו יצחק בר ברוך יש להעיר דלשון החתום, כחובות שם צ"ע דב חובות כ"כ ב' אמרי' "חתי' ב' אומרים נתקדשה וכ' אומרים לא נתקדשה ה"ז לא תנשא ואם נשאת לא תצא, ב' אומרים נתגדשה ובי"א לא נתגדשה ה"ז לא תנשא ואם נשאת תצא". ומקשינן מאי שנא רישא ומאי שנא ספא וע"ש דמכח הקושיא דחיק הגמי' לדרך ברייתא ומוקי לה בגוונא אחרינא. וכחתי' שם חק' על קושיית הגמי' דהכרייתא א"ש כפשוטה דרישא היא בחזקת פנוי' וסיפא היא בחזקת א"א. וכחתי' שם כ"ו ב' שהביאו שי' רבינו יצחק כ"כ כהבו דלשטתו א"ש, ד"ל שם י"דכ' שאומרים נתקדשה העידו תחילה, וככ' שאומרים נתגדשה אע"פ שהם העידו תחילה מ"מ הייתה בחזקת א"א עכ"ל. ולא הבנתי, שהרי כב' אומרים נתקדשה פקעה

לחזקת לחזקת חזקה גם מזה אומדנא קולש ראשון בו תורת בירור כלל ומחמת הקול מחזקתו ל"י בפסלות, וחזקה כיוון שהיא דין הנהגה מספק אינה מתבטלת במקום תו"ת [לפ"ל דהוי סוד"ן] דהעמד בירור כנגד בירור ונשאר ספק ומספק הד"ן שונהג בהחזקה, והי נשאר גם אחרי החו"ת. מ"מ אם נאמר כן אכתי קשה דא"כ לא ה"י מועיל העד המכשיר להוציא מחזקת פסלות דחוקל. שאחרי שבאו כח הפוסלים המכיר למפרע שאותו עד אינו מכיר שהרי הוא מוכחש, ורק עושה ספק, ומספק מוקמתן על החזקה שה"י לפני העד, דהיינו חזקת פסלות דקול, וע"ש.

ב) שו"ר דכרעת רש"י י"ל דס"ל כשיטת רבינו יצחק בר ברוך. וס"ל כסוגין דמה שמצטרפין עד המכשיר קמא ועד המכשיר כחרא לא דינ אמרין דרק כשבא העד השני נעשה כהא דינ עדים להכשיר, ולפני זה כבר הוציאוהו כח הפוסלים מחזקתו [וכקושיית ר"י ש"ס], שהרי כעת יש לנו רק עדות של עד א', ולא מסתבר שלעדותו עכשיו יש כח של ב' עדים מכיוון שמקודם העיד ע"א ג"כ כוונתי'. אלא צ"ל דהנהגה עדות דבת המכשירין התחילה בעדות העד הראשון ונסתיימה בעדות העד האחרון והוי כהנהגה אולכתא וכאלו נשמתו הרבה באמירת התובת. וכשבא העד האחרון התברר למפרע דעדות הראשון היתה תחלת הנהגה עדות דכ' עדים. ואם התחילו עדים המכשירים להעיד ודברו לאט ואח"כ באו עדים הפוסלים והגידו עדותם מדר' ואח"כ סיימו המכשירים ודבריהם כוה וזאי לא שייך ל"י דכבר אפקתו הפוסלים מחזקה קמייתא, אלא ודאי חשיב כהעידו כבי"א דזא ודאי אית לך למיזיל בתר חזקה קמייתא.

וס"ל כסוגין דהקול אפקי' מחזקהי' והוי כקדמו עדים פסולים, אך העד המכשיר לעומת הקול אינו כחתי' אלא רבנן האמינותו לגמרי כנגד הקול ומשהעיד להכשיר החזירו

דמייירי בדלינא קול אלא באו תרי פוסלים ואח"כ תרי מכשירין שפיר איבא לאוקמי' אחזקת אבהתי'.

רקשה ל"י להביך בפניוהי, דע"י בחוסי' כחובות כ"ו ב' סד"ה אגן כ"ו דרבינו יצחק בר ברוך ס"ל דכשבאם העדים הראשונים ומפקי מהחזקה שהיתה מקודם, נהי דאח"כ הוכחשו מ"מ תו לית לן לאוקמי' אחזקה דמעיקרא דהיא כבר נפקעה בעדות הראשונים. וע"ש דר"י מס"ק ולא כוונתי' מסוגין דאחרי דתרי הוציאוהו מחזקת כחונה מ"מ מה שבא אח"כ העד המכשיר ומצטרף עם עד קמא ומכתיש המערערים מוקמינן ל"י אחזקהי' קמייתא ולא אמרין דכבר פקעה כשהעידו ב' הפוסלים והטעם דנהי דהעדים הפוסלים בתחילה הוציאוהו מחזקת כשרות דמעיקרא, מ"מ מה שבאם עדים אח"כ ומכשירים, כזה מתברר למפרע דמה שהעידו הפוסלים לא ה"י זה ברור אלא רק התערורות ספק, ומה שהוצאנו מכותם מחזקה קמייתא ה"י כטענת רבכשיר דדינן כן ויאמרין דמכיוון שבכדוהם יש רק התערורות ספק, דכעת נודע שהיא עדות מוכחשת, שפיר יש להעמיד על החזקה דהיתה לפני שהעידו.

וממילא כעין זה י"ל גם הכא דאחרי שבאו עדים המכשירים מתברר למפרע דאין כקול כדי להוציא מחזקתו, וכטענת אפקינ' מחזקהי' מחמת הקול, שהרי קול במקום עדים אינו כלום, ונהי דעדים הפוסלים גורמים לספק מ"מ מדוע לא ניזיל בתר חזקת אבהתי'. וגם אם יהא קול חשוב כעדים הרי תרי כמאה וגם אם יבואו כנגד חמת דמכשירין כמתר רכות דפוסלן עדיין יהא זה כספק תו"ת בעלמא דמוקמינן אחזקה [הכינא שלא החמיר רבנן]. ואלו כוה י"ל כדחזק גודל דקול אינו כמתר כיוור דמקום תו"ת אין נפ"מ אם נסיף עוד בירור דמקום תו"ת או לכאן, וכמו שביאר בשו"ת הגר"ש, אלא מהקול עבדינן חזקה [ע"י משנת"ת בסד"ש לעיל כ"ש א' באור]

נעמידו על חזקתו מדר' סוגיא ודף י"ט ב', וקרושיית החתום, כאן, חק' בר"ז שם חז"ל יולאו ראי' היא ולא שייך למימר הכי אלא כב' ינתי עדים שמעדינן באחד, אבל כב' כתי דמוקמת עדי שמעדינן אלו את אל מאי חזית דמוקמת עדי השטר בחזקתייהו אדרבה נקי שהי' באמת הנהגה דמריעי שטרא" עכ"ל. וע"כ השטר על חזקתם אך מ"מ אינם יכולים לפסול בדואי את עדי השטר שהרי גם את עדי השטר מוקמינן אחזקתייהו, ואחרי שמעמידין ב' הכחות על חזקת נעשה ספק על כשרות עדי השטר ואם כחתי' מוקמינן אחזקה יש להעמיד עדי השטר מספק על חזקתם ולהאמינם כמה שהעידו שחייב זה מנהג לכלל השטר.

ע"כ א'. רשכ"ב' ד"ד ואנן מסקינן ע"כ ב"י.

א) כ' הרשכ"ב' וואקמי' אחזקהי' קמייתא דאסקותו עפ"י עד ראשון שהי' נאמן, דהא אכתי אין עוררין דקול לאו עוררין הוא" ע"כ. וכ"כ רש"י כחובות כ"ו ב'. ולקמן ד"ד ודכא בלצרך כ"י כ' "ומוקמינן ל"י אחזקהי' קמייתא דמוחזקת לך באבה דבתך הוא". וכוונתו נ"י כפשיטות דבציוור דסוגיין שהי' מחזילה קול, הקול מוע חזקתו דעמו מעלה ככהונה להחרידו מחמת קול, וממילא צריכינן למה שהחזקת אח"כ עפ"י עד א', ולקמן

קמיו
 כבא כתרוא לב.
 דנולז מאם כשרה. ועי' משנ"ת כס"ד לעיל ל"א ב' בזה.

וכנדה שם הטעם דלא אמרין דנעמיד דהטובל בו טבל במקווה כשר ונטרה, ביארר כחזו"א וכשע"י משום דעל המקווה כבר איך נדהו, ותחילת הנדון היא בטובל ולכן איה לך למדיל נמי כתי' חזקה הטובל. זהו דבר פשוט ומוכרח.

ומדהו וחזין דאם נפסק כבר דין הטובל לטומאה חו לא אולין כתי' חזקה הטהרות שונע בהו, וכן בכל הנך גונו, זהו משום דכודאי לפני חידוש הטהרה שנעמיד על חזקה לא היינו אומרים דבחזקה דמעיקרא יש אייה עניין של כירור. אלא גזיה"כ הוא להעמיד על חזקה. וגזיה"כ היא לפסוק הדין כפי חזקה הדבר שעליו חתעורר הספק ותו לא מתחשבינן בחזקות אחרות [ואין זה נוגע להקורה חידושה אי חזקה היא מדין כירור או מדין הנהגה, דזה יש לדון אחרי גזיה"כ מה חידשה הטהרה במאי דמוקינן אחזקה אם חידשה לדון כזה כאלו נמכור או שעדיין יש לו דין של דבר שאינו מפורר ורק מתנגגים בו כפי החזקה. אך ודאי דגם אם הוא מדין כירור זהו רק מגזיה"כ דמציאות אין כאן שום כירור. ומוכח מהא דלא מתחשבינן אין כאן שום בחזקה הטהרות, או בעדים בחזקה ממוין, וגזיה"כ הינה להכריע לפי חזקה הדבר שבו נפל הספק לחור, ולא להתחשב בחזקות אחרות].

ורא דאמרין דחזקה דחזקה המקווה מהני לטובל כו. מאחר שבהכרח איך נדון על המקווה כמשנ"ת לכא' לא הי' צריך להתחשב בחזקה המקווה שאין זה הנדון שכא לפנינו כעת, כמו דלא מתחשבינן בחזקה הטהרות שיגע בהו [נפוסקין דנהי דאוסרין עליו מכאן ולדבא להכנס למקדש מ"מ דינו נפסק כעת שאם יגע להבא בטהרות לא יטמאם כי הדין לעניין נגיעתו בטהרות יש להכריע לקולא דמצופדנן

שאבי' הי' כדן וכאו ב' עדים להעיד שגשבתה אמר וכו' העיד שלא נשבתה ואמרין דככה"ג יש לפוסלו מספק. וכי ע"ז רש"י ח"ל י"וא

אמרת אוקי חרי לבהדי חרי ואוקי אחת אחזקתה, ה"מ אי היא קמן והיתה באה לכ"ד להחירה אבל כנה זה הנדון אין לו חזקה דכשרות שהרי מעידין על תחילת לידתו בפסול"ע עכ"ל.

והקי עליו בחוסי' מסבא אמאי לא תועיל חזקה האם לכן הויאל ואינו יכול להיות שמהו האם כשרה אם לא יהי' הכן כשר, ומסוגיין חזין דמהני ל"י חזקה אבהתי, ובחוס' כחובות הק' עוד דמכתובות י"ג אמרין דמאן דמכשיר כה מכשיר ככתה.

ועי' מסוגיא דנהי ב' ב' דאמרין דמקמה שגמיר נמצא חסר וטבלו בו לפני כן כלים שהיו בחזקה טמאים אמרין דחזקה שלם דהמקווה מהניא לטהר הכלים. רק דכנגדה יש חזקה טומאה דהכלים והיא עדיפא כיוון דבחזקה שלם דהמקווה איכא וישנאה שונמצא עכשוי ודאי חסר. ע"ש בסוגיא וברש"י דמבואר כ"ז להדיא.

ודנהי זה יסוד פשוט דאם מוקמינן דבר על חזקתו ומכשירין ליי, דין כשרותו מועיל לגבי כל המאורעות שהיילולו בו מכאן ולהבא וככלים יהא דינו כודאי כשר. ודמנוכח מסוגיא דלעיל ל"א ב' בדעת ר"ה דקיי"ל כווחי' דאחרי דמוקינן העדים על חזקתם אם אח"כ יעידו כממוין נוציאו על פיהם דאחרי שחצמנונו על חזקתם מכאן ולדבא דינם כודאי כשרים ולא שייך להיעמיד הסמוך על חזקתו דחזקה ממוין שייכא רק כספק, וכאן אין ספק דהיעידו בו עדים שהם בחזקה כשרים.

וכן מוכח מסוגיא דנהי דאחרי דמוקינן חכמים כחוי' טמאים אם נגעו בטהרות הן ודאי טמאות אפי"ג דאית להו חזקה טהרה. וכן מוכח מדברי רש"י בקידושין ש' דאם אמר של ינאי היתה באה לכ"ד וחזי מחירין אותה מכת חזקתה, ודאי אח"כ הי' גם ינאי כשר.

חזקה פנוי' ואוקמיה בחזקה א"א. ואח"כ לשבאו ב' ואמרו לא נתקשה הכתשנו העדים הראשונים, וגם לית לך לאוקמה אחזקה א"א דמאחר שהכתשנו דכריהם הכחישו גם את מה שהעמידה בחזקה א"א [ויסוד זה פשוט מסבא ומוכרח גם מסוגיין דחזיה"כ דאחרי דמסקינן ליי מכת עדות דאבהתי' מחתנין ליי כשהוכחשהו] וחזקה פנוי' כבר נפקעה משעה שהעידו הוראשונים ונשאר הדבר כספק כלי חזקה ככל. וכן בהעידו נתגושה אפקיה מחזקה א"א והעמידה בחזקה פנוי', ואח"כ כשהעידו לא נתגושה סתרו את מה שהעמידה בחזקה פנוי', וגם חזקה א"א כבר אינה, וגי"כ נשאר הדבר כספק בלא חזקה כלל. וא"כ מדוע הוצרכו החוסי' להזהיר דלפני עדות האומרים נתגושה היחה בחזקה א"א, ועל"ע טובא. ואח"כ מצאתי בעדהש"י' במהרש"א שעמד בהו וכי' דלפי האמת הוא כמו שביארנו בסר"ש ש' הרבנו יצחק ב"ב, ודברי החוסי' נוגעים רק לפי הס"ד בסוגיא דכחובות כ"ב ב', וצריך להתיישב בדברי המהרש"א שם ועי' בקרני ראם וא"מ.

ולדברינו דרש"י ורש"ב"ס ס"ל כרכנו יצחק ב"ב, א"ש, שהרי העדים שבאו לפוסלו מכהונה אינם פוסלים בעדותם את אבין, דאמרין [סוטה כ"ג ב'] ודעו מתחלה הוה אינו מחלל, ולכן כמה שמעידים שאמו גרושה וחלוצה וכיו"ב אינם מרעים כלל חזקה אבין. וגם ללא דברינו דרש"י ס"ל כר"ב"ב מ"מ בהכרח צ"ל כן ליישב הסוגיא לדעת ריב"ב עצמו. ועי' לקמן בסמוך מ"ש בדעת רש"י בקידושין.

ד) ואגב על"ע דברי הרשב"ם ל"א ב' ד"ה שנים אומרים כו, ודעים "דאוקי חרי להדי חרי ואחתה בחזקה איסור א"א קיימא" ולכא' נר' דאינו מדדוקק דהל"ל דאחתה כספק איסור א"א קיימא, דזה ודאי דנפקעה חזקה א"א דאל"כ אם נשאת לא יתכן שלא תצא, וכן חו"ל להגמי' להקי' דהיא כאיסור חטאת ולא כאשם חלוי' אלא ודאי דנפקעה חזקתה, אי כר"ב"ב משום עדות האומרים נתגושה, או כמ"ש תוס' כאן ד"ה אגן, או משום דחוג"ת הוי סר"א, וצ"ע.

ל"ב א' תוד"ה אגן כו' [כדעת רש"י אי חזקה האם מהני צבת].
 (א) הביאו בחוסי' דברי רש"י בקידושין ס"ו א' ש' שם גבי ינאי המלך

חזקה פנוי' ואוקמיה בחזקה א"א. ואח"כ לשבאו ב' ואמרו לא נתקשה הכתשנו העדים הראשונים, וגם לית לך לאוקמה אחזקה א"א דמאחר שהכתשנו דכריהם הכחישו גם את מה שהעמידה בחזקה א"א [ויסוד זה פשוט מסבא ומוכרח גם מסוגיין דחזיה"כ דאחרי דמסקינן ליי מכת עדות דאבהתי' מחתנין ליי כשהוכחשהו] וחזקה פנוי' כבר נפקעה משעה שהעידו הוראשונים ונשאר הדבר כספק כלי חזקה ככל. וכן בהעידו נתגושה אפקיה מחזקה א"א והעמידה בחזקה פנוי', ואח"כ כשהעידו לא נתגושה סתרו את מה שהעמידה בחזקה פנוי', וגם חזקה א"א כבר אינה, וגי"כ נשאר הדבר כספק בלא חזקה כלל. וא"כ מדוע הוצרכו החוסי' להזהיר דלפני עדות האומרים נתגושה היחה בחזקה א"א, ועל"ע טובא. ואח"כ מצאתי בעדהש"י' במהרש"א שעמד בהו וכי' דלפי האמת הוא כמו שביארנו בסר"ש ש' הרבנו יצחק ב"ב, ודברי החוסי' נוגעים רק לפי הס"ד בסוגיא דכחובות כ"ב ב', וצריך להתיישב בדברי המהרש"א שם ועי' בקרני ראם וא"מ.

ד) ואחרי כהכנו כ"ז בעדהש"י' מצינו בריין כחובות [י"א א' מדפי חריין] שעמד על דברי רש"י ש' דמוקינן ליי אחזקה קמייתא דאסקיני' ע"פ עד ראשון. ומה שהתקשינו כזה מבואר כבר שם בשם הרמב"ן וח"ל שזכינו לכותין, ופי' הדין דרש"י הוצרך לזה מאחר דס"ל דחזקה אבהתי' לא מהניא ליי, וכמ"ש בקידושין ס"ו א'. ומה שקשה כמה שהחזיק עפ"י העד מתכביל עם הכחשה העד הי' דלדעת רש"י נהי דחזקה אבהתי' לא מהניא כשלעצמה מ"מ מהניא להצטרף למה שהחזיק עפ"י העד לעשות דחזקה זו לא מתכביל כשהוכחה העד. וצ"ע להבין עניין צירוף זה.

אמנם לדעת הקלושה צ"ע טובא דברי הרי"ן בדעת רש"י שהרי אמרין בסוגיין דרב אשי הקי' דאם טעמי' דרבי אלעזר דלא מסקינן

חזקה פנוי' ואוקמיה בחזקה א"א. ואח"כ לשבאו ב' ואמרו לא נתקשה הכתשנו העדים הראשונים, וגם לית לך לאוקמה אחזקה א"א דמאחר שהכתשנו דכריהם הכחישו גם את מה שהעמידה בחזקה א"א [ויסוד זה פשוט מסבא ומוכרח גם מסוגיין דחזיה"כ דאחרי דמסקינן ליי מכת עדות דאבהתי' מחתנין ליי כשהוכחשהו] וחזקה פנוי' כבר נפקעה משעה שהעידו הוראשונים ונשאר הדבר כספק כלי חזקה ככל. וכן בהעידו נתגושה אפקיה מחזקה א"א והעמידה בחזקה פנוי', ואח"כ כשהעידו לא נתגושה סתרו את מה שהעמידה בחזקה פנוי', וגם חזקה א"א כבר אינה, וגי"כ נשאר הדבר כספק בלא חזקה כלל. וא"כ מדוע הוצרכו החוסי' להזהיר דלפני עדות האומרים נתגושה היחה בחזקה א"א, ועל"ע טובא. ואח"כ מצאתי בעדהש"י' במהרש"א שעמד בהו וכי' דלפי האמת הוא כמו שביארנו בסר"ש ש' הרבנו יצחק ב"ב, ודברי החוסי' נוגעים רק לפי הס"ד בסוגיא דכחובות כ"ב ב', וצריך להתיישב בדברי המהרש"א שם ועי' בקרני ראם וא"מ.

דחוקת אבהתי' היא חזקה כבן עצמו. שמוחזק ככהן כיוון שהוא בן כהן. ולא ריש איזה ספק באב ומוקמינן האב על חזקתו וזה מהני לכך מדין חזקה האם מהני לכת, ועל"ע להבין דברי הגמ' שהק' מכאן על רש"י [שו"ד בכרמ' ש' כחובות ל"ח סק"י שהבא דברי הרמ"ה דחזקה אבהתי' היא חזקה בו עצמו שהוא כהן כיוון שנוגד מכהן. ולכן ליחא בינאי דתמעותר הספק לפני שנוגד, ע"ש].

(ד) אמנם מהא דחזקה המקווה מהני לטובל נ"י לכאור דקשה על רש"י. דשם מבואר דאפי' אין נודין כלל על המקווה, שעכשיו הוא חסר לפנינו, מהני חזקתו לטובל כיוון שכל טהרתו באה מכה המקווה. וכאן אפי' מזה אמו נאמר דחוקתה תועיל לו דכל פסולו כא רק מכהת.

ובקד"י שם כ' ליישב דעת רש"י דמפנין שהאם לא באה לפנינו, ולא ריינינן כעת על"י, לא מוקמינן לה אחזקה כשרות.

ולא מוקמינן מילתא אחזקה אא"כ נודין הוא עצמו לפנינו. וכ"כ גם בשר הפלאה, וע"ש מ"ש בזה, וזה קשה שהרי חזקה המקווה מהני לטובל גם כשכבד אין מקווה. ובגוף דבריהם לקלישות דעמי אין כלל הפנה, דאם רש"י הי' כותב שכבד מזה הי' שייך לומר דכבר אזלה חזקה כי אין הנודין על"י, אך כעת כשהיא הי'

חזקה כי לא באה לכ"ד, נודין השאלה נוגע גם אלי' אם על"י לצאת מבעלה, כיצד שייך לומר דלא מוקמינן לה אחזקה כשרות. וכי חזקה כשרות היא מעשה כ"ד, וזה כבוד דחזקה אנה מדינים המסורים לכ"ד ואם יש לה חזקה כשרות הרי מיד דינה ככשרה בכל מקום שהיא, וכדאי נישואי' בהיתר מכה חזקה גם אם לא שאלה בכ"ד לפני כן אם להנשא. וכי מי שנפל ספק בכשרות מאכליו והדין שהם בחזקה היתר והוא יודע הדין אם לא ילך לכ"ד שיעמידו המאכל בחזקה היתר יעבור איסור באפילתו.

דברי רש"י שם דנהי דלא מהניא לי' חזקה אימ'י, מדוע לא נכשירנו מכה חזקה אבהתי'. [וכוה ודאי לא אפכת לן שאפיו לא בא לכ"ד ואין הנודין על שינוי שחל באביו]. והי' לכאור נ"י כוה לפי"ד דחזקה אבהתי' לא מהניא לגבי מזה, אלא רק להרומה ואפשר דרק להרומה רובנן. ולמזה כענין כהן מיוחדים עפ"י עדים. וחזקה אימ'י מהניא כיוון דהיא חזקה גמורה מראוייחא וכלפ"י בפ"ק דחולין מביח המנוגע. משא"כ חזקה אבהתי', וכמו שיתבאר לקמן כסמורן א"י. אך ברשב"ם בסוגיין מבואר דהנודין להכשירו הוא גם לגבי מכה [אמנם ברש"י כחובות כ"ג כ' משמע קצת דמפר' דכל מהני' היא לענין הרומה לחוד. וע"י גם ברמב"ם פ"כ מאס"כ ובכו"כ שם]. ועל"ע עי' בהך עניינא דאיני צומד בו כעת.

והקולשיא מסוגיין דמוקמינן אחזקה אבהתי' כבד כהבני דמוכה מקושיית רב אשי דפשיטא לי' דבבא חרי מכשירין אחרי החרי פוטלים דנכשירי, דטעם ההכשר הוא מכה חזקה אבהתי' וא"א לתוך ברש"י דס"ל דמוקמינן לי' אחזקתו דע"א שהעיד להכשירו מהחילה, ע"י לעיל כוה באורך.

ודנ"ר כוה לענין, דחזקה אבהתי' אינה מדין חזקה דמעיקרא דלפנין מביח המנוגע, שהרי אין אנו דנים אם נשתנה משהו ככהנתו של האב, שהרי הוא נשאר ככהנתו גם אם בא על גורשה, ועל הנודין אם על גורשה או שבוי' לא שייך לומר דנעמיד שובא על כשיורה כמו שהחזיק לן מעיקרא שהי' כהן כשר, שהי' גם עתה הוא כהן כשר. ועל הספק אם היא גורשה אין שום בידור מחזקה כהנתו. אלא זהו דין אחר דמחזיקין מסתמא דמי שידעינן שהוא בן כהנים הוא גי' כהן. ואפשר דהיא חזקה רבאה מכה רוב. דרוב בני כהנים הם כהנים. אמנם לא משמע כן, ויחזר נראה דין חזקה כללית על כל זרעו של אהרן עד סוף הדורות דמחזיקין כל זרע אהרן ככהנים כ"י שלא יחבור שאינם כהנים. וממילא מבואר

גם מבררת דאם היא הנהגה מספק חרי גם בספקא דדינא הוא ספקי' יש לדרחות לענ"ד וע"י לקמן ל"ב כ' במ"ש על תורה' והלכתא ואימ'י, ויש להרכיב כן עור ואפ"ל.

ועל דרך זה היא קושיית תוס' על רש"י, דמדוע לא נאמר דחזקה אימ'י היא חזקה בו עצמו.

(ב) ומה שהק' מסוגיא דכחובות י"ג שם הוא גרע יומר דשם אין דין הכה תולדה כוועל של דין האם, דהכה תולדה מביחא כוועל מסופק זה, והספק החחדש על"י באותה עת שהתחדש על אמר, ועל כל אחת מהם חידש הכוועל ספק פסול נפרד. דהכה נפסלת מכה הכוועל באותה מדה שאמה נפסלת מכה הכוועל. וכוה באמת ס"ל להרא"ש שם דא"א לומר דחזקה האם תהי' גם חזקה של הבת עצמה. ופי' שם דהכשר הכה הוא מכה הכרי של האם ולא מכה חזקה. וכ"כ ברש"י קידושין ס"ו דאף לכ"ד פוסל שם הבת, וכול להכשיר בינאי מכה חזקה אמו. דאמו נשביח קודם הנישואין כמ"ש רש"י, ונעשתה ספק פסולה לכהונה, ואח"כ נשאה אביו והוליד את ינאי, וכפ"דג דין ינאי הוא בתולדה גמורה מדין אמו וכדאי חזקה היא גם חזקה. והתוס' הק' כדוד כל שכן. וכדעת רש"י י"ל דיסבור כוה כהרא"ש. והי' זה כ' בקה"י כחובות ס"י כ' ע"ש.

והקולשיא מסוגיין דמוקמינן אחזקה אבהתי'. כבד כהבני כשהשנייה דמוכה מקושיית רב אשי דפשיטא לי' דכבא חרי מכשירין אחרי השנים הפוסלין דנכשירי, דטעם ההכשר הוא מכה חזקה אבהתי'. וא"א לת"ז ברש"י דס"ל דמוקמינן לי' אחזקתו דע"א שהעד להכשירו מתחילה, ע"י לעיל כוה באורך.

(ג) ומה הקולשיא מחזקה אבהתי' היא דהק' התוס' דכמו דחזיקין הכה דחזיקת אבהתי' מהניא לי', כך נאמר גבי ינאי דחזיקת אימ'י מהניא לי'. אמנם לא ראינו מי שהק' על

חזקה טהרתן לחזקה שלם דהמקווה והוי' כ' חזקה גמורות מול חזקה טמא כצירוף חזקה דהשתא דמקווה שאינה גמורה. אלא ע"כ צ"ל דמאחר שטהרת הטובל באה מכה כשרות המקווה ותל"י רק כה, וכשהמקווה כשרה לא יחכן שלא הוא טהור, כפ"דג חזקה שלם של המקווה נחשבת כחזקה דילי', דהיינו כחזקה השייכת ישר לנודין שובא לכ"ד, שהרי כל מה שזנים עליו הוא אם המקווה שטבל בה היתה כשרה או לא. ואין זה כחזקה שהתחדש עליו שעליו התעורר הספק שבו מכריעים הב"ד. והכן כי זה יסוד מוכרח וא"א לנטות ממנו, וככל הדברים האלה מבואר היטב בספר שעיר ישרי שער החזקות פרק ב' מדי"ה ונראה לי כ' והלאה, ע"ש היטב [רק דשם חלה עניין זה כמאי דס"ל דחזקה דמעיקרא הוא דין הנהגה מספק ולא דין ביורה. ולעיל כהבני דאין זה מוכרח וגם למי שסיכור דהוא דין ביורה יכול לסבור כן. אמנם ודאי צדקו דבריו דא"ש טפי אם נאמר שהוא דין הנהגה מספק לחוד. וכן גליע"ד מוכח מכמה דוכתי ע"י תוס' נדה כ' א' ד"ה והלל כ"י שכתבו דמוקמינן אחזקה גם כדברים הסותרים זא"י. וכמשי"כ בפסחים י' א' דב"י שביב"א א' טמא וא' טהור וא' הלך בשביל זה שביב"א זה מקמינן מדאוייחא תרווייהו וא' כשב"ל זה מוקמינן מדאוייחא תרווייהו בחזקה טהרה. ואם הי' גזיה"כ דחזקה נדרון בו כאלו הוא ביורה לא הי' שייך כלל לומר כן ושו"י דכ"כ כקובץ הערות רס"י כ"ז וע"ש בהשמשות אות ו' כשם הרכינו יונה וע"י רשב"ם לקמן ל"ג כ' ד"ה והרי פירי. והמקומות שהוכיחו מהם באחרונים בחזקה היא מדין ביורה מדחזיקין דחזקה דבר אחד מבררת על דבר אחר י"ל כמשנ"ת דכפ"דג

חזקה המקווה הוא דין חזקה של הטובל עצמו, ולא שחזקה דבר אחר מבררת עליו. ומה ש"י בקה"י דהסוכרים דכספיקא דינא לא מוקמינן אחזקה משום שמכה החזקה לא ישתנה הדין זהו בהכרח משום דס"ל דחזקה

ו **ולשי** הרי"ף שם, וכן שיי' תוסי' כאן ל"ב כ' ד"ה ורב נחמן, העדים האחרונים לא מעידים שהלווה לא חייב לו, רק מעידים שעדי השטר פסולים, אך אכת' יתכן שחייב לו ודא מלווה ע"פ. וא"כ אוקי עדותם על פסלות עדי השטר כנגד חתימות עדי השטר דהיי כאלו הם מעידים שהם כשרים, ואם שתי עדויות אלה כמאן דלהא ה"ז כאלו מעולם לא התעורר ספק על כשרות העדים, וכאן א"א לומר שהוכחה שטרך בידי מאי בעי התבטל ג"כ, שהרי היא מוכיחה שחייב לו ממון, וכנגד זה אין סתירה מוכרי העדים הפוסלים, וא"כ יגבה בשטר זה.

ז **וגם תי'** הקה"ה על קושיית הקצ"ח לעני'ד אינו מוכן, דלמה שהבין הקצ"ח דשיי' השי"ך כשיי' פ"ז העורים כמאן דליאת, דכל עדות מכטלת מננה דין דבר המכבד על כל בידור להיפך והוי חמר גמל, כזה שמיטא דאם נשאר דין בידור על העדות הפוטרת משבועה לא יתכן כלל לומר שלא תעורר לכה"פ ספק פטור ואז לא ישבע מספק. אלא בהכרח דעת השי"ך דעדות מוכתחת פקע ממנה להלוטין דין דבר המכבד וכעת היא דיבורים כעלמא ולא עדות כלל, ולכן אינה מעוררת שום ספק.

ח **וא"כ** א"ש קושיית הקצ"ח, דזה ודאי דעדים אין זה מציאות של בידור כי הם יכולים לשקר, רק גזירה"כ ליתן להם דין דבר המכבד. וכזה ס"ל להשי"ך דאחרי שהוכחו נפקע מהם דין דבר המכבד, וחזו להיות כמו קודם מתן חורה שאין בדיבורם שום כח בידור, ולכן עדותם כמאן דליאת. אמנם שטרך בידי מאי בעי והו' הוכחה מן המציאות שלא נפרע ולא שייך לומר שהכחשת העדים תגרום שלא יהא כאן בידור כלל, ולא יתכן להפקיע מזה דין של דבר המכבד.

הרי גם לפני עדותם ה"י לנו ספק על חיוב המסוף, ובספק זה יש חיוב ודאי של שבועה. א"כ מה שעדותם עשה ספק במסוף כזה לא נשתנה מירי כמה שהי' מקומם, ונשאר חיוב ודאי של שבועה על ספק ממון זה גם אחרי עדותם, וע"ש שהביא ראי' לזה.

ב **ועי' בקה"ה** כתובות בהוספות אות ה', שהי' קושיית הקצ"ח על השי"ך כאן מהשי"ך לקמן סי' ע"א. וז"ל "דהא דנוכין בשטר שכרי המלווה כל כמה דליכא עדים על הפרעון, הוא מכח חזקה דשטרך בידי מאי בעי והוא חזקה מכח סברא כו', ובמקום תו"ת לא מועיל שום הוכחה מכח סברא ולא עדיפא הוכחה זו מעדים וקו"ל דחרי כמאה, וא"כ את"ל דבהתי"ת כמאן דליאת דמי מ"מ גם אותה חזקה דשטרך בידי מאי בעי ליתא ע"כ. וע"ש שהוסף דחיוב שבועה הוא מכח ספק ולכן נשאר חיובו גם אחרי דמסלקינן דברי העדים. וע"ש שכ' דהסברא הפשוטה דכברי הקצ"ח, וכדברי הקה"ה איתא בתוסי' לעיל ל"א ב' ד"ה וזו כו' שכתבו דבמקום תו"ת ואיכא מינו לכה אחת, "דמינו לא יוכל לסייעם יותר מבי' עדים ואפי' הוי עמהן ק' עדים אין נאמני דחרי כמאה".

ג **אמנם** יש להקשות על השי"ך מכתובות יט"ב ב' כב' חנומין על השטר ומתו וכמו שנים מן השוק ואמרו ידענו שכתב דים הוא אבל אנוסים הוי קטנים הוי פסולי עדות הוי. ומסיקא דכתי"ה יוצא ממקום אחר דהוי תו"ת לא מבינינן בשטר זה אך לא קוצינן ונפ"מ דאם תפס לא מפקינן מיני'. ולשי' השי"ך לא יתכן דבר זה, דאם נאמר כשיי' הרי"ך ככתובות [ט' א' מרפי הרי"ף] דהעדים האחרונים שבאו לפסול הוי כמעידים שהלווה אינו חייב לו א"כ אוקי עדותם כנגד עדות עד השטר שחייב לו וסלק שתינתן וא"כ נשאר שאין שום ספק שמה חייב לו וכאלו לא נכתב השטר מעולם, וגם אם תפס המלווה מפקינן מיני'.

ה' **ורן** אנכי בקרקע תחת כפת רגלי רבותינו שיי' בלא עדותן כגון שבועת השומרין או מודה במקצת או היסת השתא נמי משתבע הדין הקרושים, דהביאור הנכון בדעת רש"י הוא בע"א. ויש ללמוד פי' דכרי ממי"ש בתוסי' ר"י הזקן [נהרפס בגליון הגמ' בקידושין סי' א'] ש"כ וז"ל "פוש"י ואי אמרת אוקים תרי להדי תרי ומוקים אחת אחזקה, ה"מ אי תרי להדי תרי לבי"ד להתייר, איתא קמז דהיתה באה לבי"ד להתייר, שאומרת לא נשבעתי להתירה, אבל זה הנדרן לפנינו אין לו הוי דכשרות שהיי' מעידין על תהילת לידתו כפסול" עכ"ל. וע"ש שגור' שכן היתה גוססת לא נשבעתי להתירה" מבואר דהטעם "שאומרת לא נשבעתי להתירה" מבואר דהטעם דלא מוקמינן לה אחזקה אינו משום שצריכה לבוא לבי"ד כרי שיעמידה אחזקה, אלא משום דלא שפענו שאומרת לו נשבעתי, וכונתו רש"י רמאת שיתכן שהיא מודה שנשבעתי, לא שייך להעמידה על חזקה וכשרות, שהיי' על הצד שהיא מודה לא מהני לה חזקה, ולומר דהחזקה הפשוט לנו דאינה מודה זה א"א לומר דזה ספק חסרון ידיעה, שהרי אפשר להביאה ולשאל פיה, ובספק חסרון ידיעה לא מוקמינן אחזקה. ומעתה י"ל דרש"י מודה בכל דוכתא דחזקה האם מהני לכה נמשכהחוס', ורק הכא מחמת דלא ידעינן אם היא מודה על שלא יתברר דבר זה לא שייך להעמידה על חזקה. והדברים נכונים ומאירים כשהשי"ת.

ה' **ורן** אנכי בקרקע תחת כפת רגלי רבותינו שיי' בלא עדותן כגון שבועת השומרין או מודה במקצת או היסת השתא נמי משתבע הדין הקרושים, דהביאור הנכון בדעת רש"י הוא בע"א. ויש ללמוד פי' דכרי ממי"ש בתוסי' ר"י הזקן [נהרפס בגליון הגמ' בקידושין סי' א'] ש"כ וז"ל "פוש"י ואי אמרת אוקים תרי להדי תרי ומוקים אחת אחזקה, ה"מ אי תרי להדי תרי לבי"ד להתייר, איתא קמז דהיתה באה לבי"ד להתייר, שאומרת לא נשבעתי להתירה, אבל זה הנדרן לפנינו אין לו הוי דכשרות שהיי' מעידין על תהילת לידתו כפסול" עכ"ל. וע"ש שגור' שכן היתה גוססת לא נשבעתי להתירה" מבואר דהטעם "שאומרת לא נשבעתי להתירה" מבואר דהטעם דלא מוקמינן לה אחזקה אינו משום שצריכה לבוא לבי"ד כרי שיעמידה אחזקה, אלא משום דלא שפענו שאומרת לו נשבעתי, וכונתו רש"י רמאת שיתכן שהיא מודה שנשבעתי, לא שייך להעמידה על חזקה וכשרות, שהיי' על הצד שהיא מודה לא מהני לה חזקה, ולומר דהחזקה הפשוט לנו דאינה מודה זה א"א לומר דזה ספק חסרון ידיעה, שהרי אפשר להביאה ולשאל פיה, ובספק חסרון ידיעה לא מוקמינן אחזקה. ומעתה י"ל דרש"י מודה בכל דוכתא דחזקה האם מהני לכה נמשכהחוס', ורק הכא מחמת דלא ידעינן אם היא מודה על שלא יתברר דבר זה לא שייך להעמידה על חזקה. והדברים נכונים ומאירים כשהשי"ת.

ה' **ורן** אנכי בקרקע תחת כפת רגלי רבותינו שיי' בלא עדותן כגון שבועת השומרין או מודה במקצת או היסת השתא נמי משתבע הדין הקרושים, דהביאור הנכון בדעת רש"י הוא בע"א. ויש ללמוד פי' דכרי ממי"ש בתוסי' ר"י הזקן [נהרפס בגליון הגמ' בקידושין סי' א'] ש"כ וז"ל "פוש"י ואי אמרת אוקים תרי להדי תרי ומוקים אחת אחזקה, ה"מ אי תרי להדי תרי לבי"ד להתייר, איתא קמז דהיתה באה לבי"ד להתייר, שאומרת לא נשבעתי להתירה, אבל זה הנדרן לפנינו אין לו הוי דכשרות שהיי' מעידין על תהילת לידתו כפסול" עכ"ל. וע"ש שגור' שכן היתה גוססת לא נשבעתי להתירה" מבואר דהטעם "שאומרת לא נשבעתי להתירה" מבואר דהטעם דלא מוקמינן לה אחזקה אינו משום שצריכה לבוא לבי"ד כרי שיעמידה אחזקה, אלא משום דלא שפענו שאומרת לו נשבעתי, וכונתו רש"י רמאת שיתכן שהיא מודה שנשבעתי, לא שייך להעמידה על חזקה וכשרות, שהיי' על הצד שהיא מודה לא מהני לה חזקה, ולומר דהחזקה הפשוט לנו דאינה מודה זה א"א לומר דזה ספק חסרון ידיעה, שהרי אפשר להביאה ולשאל פיה, ובספק חסרון ידיעה לא מוקמינן אחזקה. ומעתה י"ל דרש"י מודה בכל דוכתא דחזקה האם מהני לכה נמשכהחוס', ורק הכא מחמת דלא ידעינן אם היא מודה על שלא יתברר דבר זה לא שייך להעמידה על חזקה. והדברים נכונים ומאירים כשהשי"ת.

ה' **ורן** אנכי בקרקע תחת כפת רגלי רבותינו שיי' בלא עדותן כגון שבועת השומרין או מודה במקצת או היסת השתא נמי משתבע הדין הקרושים, דהביאור הנכון בדעת רש"י הוא בע"א. ויש ללמוד פי' דכרי ממי"ש בתוסי' ר"י הזקן [נהרפס בגליון הגמ' בקידושין סי' א'] ש"כ וז"ל "פוש"י ואי אמרת אוקים תרי להדי תרי ומוקים אחת אחזקה, ה"מ אי תרי להדי תרי לבי"ד להתייר, איתא קמז דהיתה באה לבי"ד להתייר, שאומרת לא נשבעתי להתירה, אבל זה הנדרן לפנינו אין לו הוי דכשרות שהיי' מעידין על תהילת לידתו כפסול" עכ"ל. וע"ש שגור' שכן היתה גוססת לא נשבעתי להתירה" מבואר דהטעם "שאומרת לא נשבעתי להתירה" מבואר דהטעם דלא מוקמינן לה אחזקה אינו משום שצריכה לבוא לבי"ד כרי שיעמידה אחזקה, אלא משום דלא שפענו שאומרת לו נשבעתי, וכונתו רש"י רמאת שיתכן שהיא מודה שנשבעתי, לא שייך להעמידה על חזקה וכשרות, שהיי' על הצד שהיא מודה לא מהני לה חזקה, ולומר דהחזקה הפשוט לנו דאינה מודה זה א"א לומר דזה ספק חסרון ידיעה, שהרי אפשר להביאה ולשאל פיה, ובספק חסרון ידיעה לא מוקמינן אחזקה. ומעתה י"ל דרש"י מודה בכל דוכתא דחזקה האם מהני לכה נמשכהחוס', ורק הכא מחמת דלא ידעינן אם היא מודה על שלא יתברר דבר זה לא שייך להעמידה על חזקה. והדברים נכונים ומאירים כשהשי"ת.

בדברי השי"ך חו"מ פ"א פ"ק פ"ז
[ויבואר שרש עניני תו"ת].
א **ע"י** שי"ך בחו"מ פ"ז ט"ז שכ' באחד שנתחייב שבועה דאורייתא ומגון מודה במקצת או שבועת השומרין ובא עד א' לסייעו ויש עד אחר המכחיש העד המסייע, דמוקינן חד לגבי חד וסלק עדותן כמאן דלית' ונשאר חיוב השבועה כשהיי' [וכעיקר דברים אלה ע"י כ"י היטב בקצ"ח ובתורות הכרי']. ואח"כ הוסיף השי"ך "ועוד נראה דגם בשני כתיי עדים המכחישים זא"ז אמרינן סלק עדותן דתרויהו כמאן דלית' ונאי הוה חייב

ולפי' הוקשה להשי' דמאתר דלעדים
הפוטרים אותו מן הממוז' יש דין של

כרור ודאי לא שי' ככר'ג לחייבו שבועה.
דחזי שבועה הוא רק מספק, ובמקום עדים
אין ספק הווי'ל שבועת שוא מדאורייתא, שהרי
עדות המחייבים אינה גורמת להסתפק בעדות
הפטרין, אלא רק מונעת מלפעול על פי'.

(ז) אמנם אנו קיי'ל כמ'ד דתו'ת הוי ספיא
דוכנן, רמזאורייתא שפיר מוקמינן

אחזקה ורק רבנן החמירו שלא לסמוך על
החזקה. וטעם מ'ד דהוי סד'י, דודאי הוא
מודה דעדים מוכחשים הוו עדים כשרים ולא
פקע מהם גזי'כ' שיהיו בירור ודאי וככל

שנתבאר לעיל. רק ס'ל רכשם שאין מוציאים
ממון בתו'ת אצ'י' שעדות המחייבין אינה
מספקת, רמ'ם עדות הפטרין מונעת מלפעול
שום פעולה מכה עדות המחייבין, מאותו טעם

ממש גם אין מוציאים מן החזקה. וכדבר שהי'
ספק אם הוא כשר או פסול, ומספק העמנוהו
בחזקה כשר, ואח'כ העידו בו תו'ת, למ'ד

דהוי סד'א מכה עדות הפוסלים נפשט הספק,
וכשאין ספק אין חזקה. רק עדות המכשירין
מונעת מאתנו לנהוג בו דין פסול גמור. אך

מ'ד דדוא סד'ר ס'ל דנהי דעדות הפוסלין
היי עדות כשריה ויש לה כח בירור, מ'מ'
עדות המכשירין מונעת ממנה לפשוט הספק,
דעושה אותה חמור גמול ומונעת מעדות

הפוסלין מלחדש לנו שום דבר וגם לא לפשוט
את הספק. דכמו שיכולה למונע ממנה להוציא
ממון אצ'י'פ שלא מעודת ספק כודאות העדות,
דמ'מ' דדאות עדות הפוסלין מונעת שנוחש

ונפעל שום דבר מכה ודאות עדות המחייבין.
כך גם לגבי פשיטת הספק, עדות המכשירין
מונעת שנוחש לפשוט את הספק מכה עדות
הפוסלין שהרי עושה אותה חמור גמול. והה

כרור היטב לעני'ד בעזרה'שית' תהבן.
(ח) ועי' לשון קוה'ס כלל ד אות י' וז'ל
י'ואפי' למ'ד תו'ת ספיא דכבנ
ומדאורייתא שפיר מוקמינן אחזקה קמייתא,

וגם בתו'ת אינו יודעים
מי מהם דובר אמת.

והולעני'ד כוה דהנה במציאות א"א שנאמין
בתורת ודאי לשיגי דברים הוותרים

זה את זה, אך כעדים אין זה שבמציאות אנו
צריכים להאמין להם כודאות, רק גזי'כ' היא
ולש לעדותם דין של בירור ודאי. וא"כ מאחר

לגם כשהוכחו לא נפקע מהם דין בירור
כשרים לכל דבר מאחר דמוקינן להו בחזקה
כשרות לדעת רב הונו לעיל ל"א ב' [ובאמת

לדעת רי"ח שם כתבו התוס' כחובות כ"ב א'
ולא ס'ל דתו'ת מפקיע מחזקה], ממילא גם
כשהוכחו לא נפקע מהם דין גזי'כ' שיש

להם דין של בירור ודאי. וממילא כשמעידים
בדבר שהי' בחז' כשר שנפסל ואח'כ העידו
שנים שלא נפסל, אין כאן ספק כלל אם נפסל,

אלא ידעינן כודאי שנפסל וגם ידעינן כודאי
שלא נפסל. והסתירה בין הדיעות אינה עושה
ספק, ודמ'כ' דבירור של עדים כשרים מכורר

לחלוטין בלא ספק, ונהי דא"א לפעול כהכרור
שנפסל, אין זה משום המספקינן באמינותו,
דגזי'כ' דאין להסתפק בעדות עדים כשרים,

רק הכרור הודאי שלא נפסל מונע מאתנו
לפעול כהכרור שנפסל ויכול את ידינו, וכל
בירור מונע מלפעול כהכרור השני, ולכן

למעשה נשארים בשב ואל תעשה, כי כרור
שא"א לפעול שום פעולה לפיו למעשה א"א
לעשות יותר ממה שהי' לנו טרם נתברר. רק

החילוק דמעתה אין כאן דין ספק כלל, אלא
בירור ודאי לכאן וכירור ודאי לכאן, ונהי
דבמציאות א"א שלא נסתפק ככר'ג באמינות

דבירורים מ'מ' אחרי שנוה'כ' לא להסתפק
בעדות עדים כשרים א"כ גם הבא מאחר דלא
פקע מהם דין עדים אין להסתפק בעדותם. והה
וטיעם דלא שי' להפגיד על חזקה במקום

תו'ת דחזקה היא דין אין לנהוג מספק, אך
במקום שהכל מכורר כודאות לא שי'ר
לתעמיד על חזקה, אע"פ שהמציאות היא
שא"א לפעול כשום בירור.

כרור מאור ויש גם להוכיח כן בראיות טובא
ואכמ"ל.

(ה) ומכל זה ולעני'ד לכאר דברי השי'ד כסי'
פי' סקטי' [שכ' גבי תו'ת

"אמרין סלק עדותן דתרווייהו כמאן דלית'
ואי הוה חייב שבועה דאורייתא כלא עדותן
כי' השתא נמי משתבחי הן שבועה" עכ"ל]

ולא כמו שהבי' הקצצ'ח בדעתו, דודאי גם
השי'ד מודה דאינם מכילים דין עדות זה מזה,
ולכל כת שפיר יש דין עדות רק דהוי חמור

גמול, ומ'מ' ודאי עדותם גורמת להתעוררות
ספק.

והולעני'ד ככונת השי'ד דהי' ס'ל כדבר
פשוט כדעת בעל קוה'ס שהביא
בקצצ'ח, דמאחר שהעדים על חיוב הממון

קמסדהי' ולא על חיוב השבועה בלחוד, הספק
שמעוררים הוא בממון, א"כ כמו שלפני
עדותה הי' לנו ספק בממון ומספק זה חייבה

החורה שבועה, א"כ גם אחרי עדותם נשא'
ספק בממון, וממילא חיוב השבועה לא ה'
ממקומנו.

והטעם דנקט השי'ד לשון כוה ולעני'ד דצ"ל
דסברת בעל הקוה'ס לא ראה השי'ד
צורך לכארה דהיתה בעיניו פשוטה. רק

הקשה לו על זה דמאחר דודאי דלכל כת יש
דין עדות גמור גם אחרי ההכחשה, וכמו
שתובא לעיל מהקד'י, א"כ כיצד יתכן להי"ב
שבועה במקום שיש עדים.

(ו) והביאור כוה דהנה לכא' יש להבין
מדוע במקום תו'ת לא מוקמינן
אחזקה, הרי ס'ס אחרי שהוכחו יש כאן

ספק, ולמה שנר' עיקר דחזקה דמעיקרא היא
דין אין לנהוג במקום שיש ספק, ולא
שחידשה החורה דחזקה תוה חשובה לנו
כדבר המכרר, א"כ נהי דכל כרור מחבטל
כנגד העדים וכאילו הי' עוד כת עדים, מ'מ'
את החזקה לא שי'ר לכסל מרד טעמא דאילו
כאה לעשות בירור אלא רק שנתנתו כן דהי"ב

דהכרור הוא מוכח מן המציאות עצמה. ויתכן
רק לומר דבירור העדים עושה כחמור גמול אך

אם העדים המוכחשים תו לא חשיבי עדים
כלל ודאי נשאר הראי' מן המציאות דמחזיק

השטר בידו ויצטרך לשלם לו. שהרי העדים
לא מכתשים כלל עדי השטר שנתחייב לו
אלא רק מעידים שפגע. וז"ב וא"ש דברי
הקצצ'ח.

ועוד לעני'ד הקלישה יש לתמוה על מרן
הקה"י דיע"א שהרי השי'ד כסי' ע"א
ס"ק ב' [בסוגריים] כ' וז"ל "גם מ"ש המסמ"ע

ואי' משום כו' דנר' מדבריו דכ' שאומרים על
שטר שהוא פרוע וכו' אומרים אינו פרוע
מוקמינן לשתרא בחזקה] ומגבינן כ"י לא

נהיאו לפע"ד אלא כיוון דשטר זה הוא ספק
פרוע לא מגבינן כ"י ולא קרעינא ליי' עכ"ל
יע"ש. וממ"ש דלא קרעינא לי' מכורר דס"ל

דאם חפס המלווה לא מפקינן מיני' ועל-דרך
דאמר ככתובת י"ט כ' דמשי"ה לא קרעינא כ'
מחני למלוה להפסיה. וכן מוכח ממ"ש דהוא

"ספק פרוע" והרי ממש כהתוא שטרא
דכתובת דהוי ספק פסול. ולדברי הקה"י
דההוכחה דשטרך בירי מאי בעי היא כעדות,
ומוקמינן לה בידת עם העדים שלא פרע כנגד

עדי פרוען ומכבטלים כולם א"כ לא יתכן
דחועיל תפיסתו שהרי זה כאילו אין לו שטר
כלל.

ועוד דלא יתכן כלל דבתו'ת אמרין סלק
עדותן והוי תרווייהו כמאן דלית',
וכמ"ש בקה"י שם וז"ל "וכן [כהקצצ'ח]"

לכא' הסביא הפשוטה, דהא לא אשבחין
שעדים המכתישים מכבטלים חרות עד
מכשנגדם רק שכמו שיש להראשונים חרות

עדות הרי יש ג"כ לאחרונים חרות שום
וממילא הוי חמור גמול וא"א להורות עפ"י שום
א' מהם ונשאר הדבר מספק" עכ"ל. וכאמת
סברתו הפשוטה של רבינו היא לאמתה של
חורה דוד לא יתכן לומר כשום פנים דעדים
המכתישים מכבטלים חרות עדות זה מזה, והוא

ולש"י ריב"ם צ"ל דקיי"ל כרב יוסף כמאי דפליג על רבה דמגו להוציא ל"א. דה מוכח מהא דפסקינן כותרי' בוזי. אך רב יוסף ס"ל דגם בארעא הוי מגו להוציא. וצ"ל דרב אדי' ב"א פליג ארב יוסף בהא וס"ל דבארעא לא חשיב מגו להוציא. ולכרי' שניהם לא נמכאר בחוסי' טעם החילוק מדוע בארעא לא חשיב מגו להוציא.

וע"י תוס' ב"מ קט"ז א' ד"ה והא כ"י דס"ל דרבה עצמו ס"ל דאמרין מגו להוציא. והוה מתאים למשנתי'.

וע"י רא"ש כאן בסוף אות י"ג דביאר החילוק מדוע בארעא אין זה מגו להוציא וצ"ל "דכוון דקאמר שטרא מעליא הוא זכה בקרקע שהוא מחזיק בו, ואצ"ג דבחר הכי קאמר שטרא זיפא הוא אמרין מיגו להעמיד הקרקע בידו. והלכתא כותרי' דרב יוסף בוזי היכא דקיימי זוזי לוקמי, ואצ"ג דזכה בתבטתו כי אמר שטרא מעליא מי"מ אכתי מחזטר גבייניא הלך כי קאמר כתר הכי שטרא זיפא הוא ל"א מגו לאפורי' ממונא" עכ"ל. ונלענ"ד כוונתו דבארעא לא שייך תפיסה כלל, ולא תבטתו תפיס לה אף לפני שירד המחזיק לתוכה וגם המחזיק לא תפיס. אלא מי שמכור דהקרקע כבעלתו עי"י עדים או שטר הוא זה ויש לו חזקה ממון בהך שיחברר ובחזקה"י מחזקינן לה מספק עד שיחברר להיפך. וממילא בארעא כשתראה המחזיק שטרו כבי"ד מיד נעשה מחזק גמור בקרקע זו, וחזקה מרא קמא מיד הוי כליאת, וכע"ז שטוען שטרא זיפא הוא אבל שטר מעליא הוה לי כ"י הוי מגו לאוקים ממונא בחזקתו. משא"כ בוזי נהי דכשהוציא שטר דינו לזכות עי"י השטר מי"מ כ"י שהעשות ביד המרא קמא אכתי הם בחזקתו והוי מגו להוציא.

וס"ל דהא דמגו מהני לבטל השטר ולא הוי כמגו להוציא והוה כשבא עי"י המגו להכשיר שטרו. אך כשפוסל השטר וכא לגבות מכת טענה אחרת לא מהני לי' שטר להחשב

ולש"י ריב"ם קל"י ד"ה אולם כ"י וכוונתו גי"כ למה שנמכאר בס"ד אלא שקיצר קצת בלשונו. ומי"מ מדבריו גי"כ חזינן דקטי' הלשון דמסקינן העדות למ"ד דהוי זקני' ואצ"פ ס"ל דעדוהם מעוררת ספק ואין סד"י ואצ"פ ס"ל דעדוהם מעוררת שם בהמשך זה פמש כאילו שחקו, כמבואר שם בהמשך דבריו.

וע"י לשון הרבנו יונה ז"ל ככתובת כ"י [והוא בהמשכות לקובץ הערות אות ר'] ח"ל "דבמקום תרי"ח אין הקול מסייע ולא עורף קול מב' עדים וכ"י דהרי כק', אבל חזקה מסייעת לעדות אצ"פ שאין ב' עדים אחרים המסייעים להם מועילים כלום שאין כח חזקה מותרת עדות" עכ"ל. וגי"כ מתפרש כמשנתי' וכל דבר שהוא מתורת כרוז מסולק כמאן וליתי' כיוון דעדוה העדים המעידים להיפך עשוהו כהמר גמל שלא נזכר לפעול מבוהו מאומה ולמ"ד תו"ח סד"י גם לא לפשוט חספן. אבל חזקה אינה באה לברר חספן אלא רק מכריעה אך להתנגד מספק ולכן מסייעת לעדים המעידים כמות להכריע כן הדין.

צ"כ ב'. תר"ד"ה אמאי כ"י.

(א) לש"י ר"י דטעמא דרב יוסף דלא אמרין מגו הכא דלית לי' הכא מגו אצ"כ שקר החילה בעי"כ צ"ל דלמסקנא לא קיייל כהך טעמא דרב יוסף. שהרי הך טעמא איכא גם בארעא, ובארעא קיי"ל דשפיר אמרין מגו כה"ג. ומאחר דלא קיי"ל כהך טעמא דרב יוסף בעי"כ הטעם דרב אדי' בר אפי' דספיק כרב יוסף בוזי לאו מטעמי' דרב יוסף אמר לה אלא משום דרב אדי' בר אפי' פליג ארבה מטעמא אחרני, דרבה ס"ל דאמרין מגו גם בוזי כיוון דס"ל דאמרין מגו להוציא ור"א ב"א פליג וס"ל דאמרין מגו רק לאוקמי ממונא. ובארעא פסק כרבה כיוון דהוה לאוקמי ממונא וטעמי' דרב יוסף דכתיב אינו מגו כלל לא קיי"ל כזה כותרי'. וכן מבואר מתוסי' לקמן סד"ה והלכתא דהוה ש"י ר"י.

חומרם ושפיר נאמר בזה כמו דס"ל למי"י סד"י מעיקר הדין כלא חומרם דהספק לא נפשט כיוון דלכ"י כח עדות לפשוט הספק אמרין דסלק עדותן כמאן דליתא [נאם נשא] ספק כממון ממילא פשיטא דנשארה שבושתן, והשתמש בלשון זו שהיא לשון הראשונה כמ"ש בקוה"ס, ממש באותו אופן שהראשונה השתמשו בה לפי ביאור הקוה"ס, ולכן א"א לומר דפשוטא לישנו היא כהבנת הקצה"ח ואנו מעמיסים ככוונתו דלא כפשוטה.

חומרם ושפיר נאמר בזה כמו דס"ל למי"י סד"י מעיקר הדין כלא חומרם דהספק לא נפשט כיוון דלכ"י כח עדות לפשוט הספק אמרין דסלק עדותן כמאן דליתא [נאם נשא] ספק כממון ממילא פשיטא דנשארה שבושתן, והשתמש בלשון זו שהיא לשון הראשונה כמ"ש בקוה"ס, ממש באותו אופן שהראשונה השתמשו בה לפי ביאור הקוה"ס, ולכן א"א לומר דפשוטא לישנו היא כהבנת הקצה"ח ואנו מעמיסים ככוונתו דלא כפשוטה.

(י) והטעם וס"ל דרבנן לא החמירו כב"ה דחזינן מרש"י עירובין ל"י

דחומרם רבנן לא היתה לנהוג ממש כמו למ"ד דהוי ספיקא דאורייתא, דבמקום ב' חזקות לא החמירו, אצ"ג דוראי למ"ד סד"א גם כבד"ה לא מוקמינן אחזקה, וכמו שהביאר ד"ז בשו"ח הגרש"א קל"ז ד"ה יכולי, וכן מזה דלמ"ד סד"י מוקמינן נכסי בחזקה כר שטיא כטוניה דיבמות ל"א א' מוכח ולא החמירו לנהוג כמ"ד סד"א, שהרי מפורש שם דלמ"ד סד"א לא מוקמינן אחזקה כר שטיא [נא משום דכלל מדי' כממון לא החמירו, או משום דרק במקום חזקה ממון לא החמירו. וזו מחלוקת הרא"ש וחוסי' כמ"ש במהרה"ש"א על תוסי' כתובות כ"י ב.]. ולא מכורר לגמרי הגדר בזה מהי החמירו לחוש לדעת מ"ד דהוי סד"א ומתי לא חשו והעמידוהו על דיך חורה. וכאן כתב הש"ך הכרעת דעת נוטה דנראה לו שבנר"ד לא החמירו מדרבנן לומר כמ"ד סד"א דעדוהם כמאן דאיתא לפשוט הספק וממילא לפטור מחיוב שבושה שהוא על הספק, אלא העמידוהו על דיך חורה לפי פירתם דלעניין כח עדות לפשוט הספק אמרין סלק עדותן כמאן דלית' ולא נפשט הספק ונשאר חז"ב שבושה, ואפשר וס"ל להש"ך דכמו שלא החמירו להוציא מחזקה ממון דבר שטיא כר מסתבר שלא החמירו לעניין לפטור משבושה, וכעתושה"ח דברי הש"ך ברורם ומאריס.

ולכא"י דבריו צ"ב, דכ"י דאכ"ז מסלקין עדותם כמאן דלית', אך ביאר הכוונה דמסקינן מעדותן כח עדות אך לא מסלקין העדות עצמה ולכן שפיר נשאר ככוחה להוליד ספק, ולכא"י אין הכנה לדברים אלה. ולמשנתי' בעשה"ש"ח הדברים מאירים, דזה ודאי ששאר לעדותם כל דיך עדות ולא פקע ממנה גזיה"כ שהיא ברור ודאי. ולכן בורר דאצ"פ שיש עדות להיפך מי"מ פשיטא שנתחיל ספק מבה עדותם. רק דהנה כוחה של עדות הוא לפשוט הספיקות, וכמו דס"ל למ"ד דהוי סד"א דנפשט הספק ולא שייך להעמיד על חזקה. ובוה ס"ל למ"ד דהוי סד"י דמסקינן עדותם כמאן דלית', דדיינו דנפקע כח עדות מהם לפשוט הספק [וכאמור לא מפני שהעדוהם עצמה מסופקת אלא מפני שהעדוהם השני עושה אותה חמר גמל גם לעניין זה], ונשאר דיך ספק כאילו לא העידו מעולם לפשוט. ומי"מ מוכח מדברי הקוה"ס דשייך לקוט הלשון סלק עדותן כמאן דליתא וכמו שהביא לשון הראשונים ועם זה לסבר שיעדותם מעוררת ספק ולא שלא סלק נולד ספק כלל וכאילו לא העידו מעולם.

(ט) ומעתה נאמר כן אף בדעת הש"ך,

דהקשה לו גנהי דקיי"ל תו"ח הוי ספיקא דרבנן, מי"מ החמירו לחוש לדעת מ"ד דהוי ספיקא דאורייתא, ולמ"ד דהוי סד"א פשיטא ולא שייך שבושה כבד"ה. ולכן ה"י דאינו כן, דבאמת חומר דרבנן אינה שיהא הדין ממש כמו למ"ד סד"א, ובנר"ד לא שייך

מאתר שבדין ליטול הממוזן בלא רשות ואיש לא יהיז למחות בדין. אלא ס"ל להרמב"ן דהבא לא דמי, כיוון דכוחו ליטול אינו כח עצמי שלו דכזה דחאי לא משגחנין כלל, אלא יכול ליטול כפח ב"ד, וכזה על ב"ד להחשב. ורעת החוסי' דמאתר דכוחו הוא רק ע"י שמטעה את הב"ד בשטר מזוייף, והפסק שפוסקים ב"ד אינו דין אמת הוי כגזלן ממש. [משא"כ כטוען טענה שיש לה דין נאמנת, הפסק הוא דין אמת, וכך נתנה תורה שאם הכוח טענה אינה אמת, וכך החלכה היא שיהנו לו הממוזן. כוז לב"ד בשטר מזוייף ולא נאמרה הלכה ל"ד משא"כ בשטר מזוייף וראו נאמרה הלכה ל"ד לתת הממוזן למי שמציג שטר מזוייף. ולכן כשבכוחו לזכות ע"י טענה שפיר אית לי מינו וכח זכ"י אע"פ שבכמה שטוען השתא מכתיש אותה טענה]. זה נלע"ד לפו"ר וצ"ע.

ט) אחר כתיב כ"ז בא לידו ספר הנקרא בשם "משא ומתן" לאי מת"ח דפערה"ק ולא נזכר בו שם המחבר, וראיתי שם פ"י נכון בדברי הרשב"ם יותר מכל מה שבכתבו לעיל. ולדבריו כוונת הרשב"ם היא ע"ד מה שפ"י ברא"ש ליישב לישנא דגמ' לשי' ריב"ס, דרב יוסף רצונו לומר דהוי מינו להוציא, וקא"ל לרבה דאין לסמוך על האי שטרא להיות מוחזק בקרקע כיוון דהוא חספא כעלמא וממילא הוי מינו להוציא.

רק דהרשב"ם בא לכאור גם הטעם מדוע לא אמרין מינו להוציא, דמינו אמרין רק היכא דמתערד ספק לפני ב"ד שזא האמה כדברי בעל המינו, ואז מפרעים כדבריו מנח המינו. אך היכא דאין שום התערדות ספק דהאמת כדבריו, מאחר דאין שום רישותא בחזקת אידן, כבה"ג חשיב המינו נגד חזקת אידן כמינו נגד עדים, כיוון דלא נולד שום ספק להוציא מהחזקה.

ו) וע"י ה"י הרמב"ן כאן שפ"י חמה הוא למה לא יהא אדם נאמן לטעון על פה כמנו דיוכל לתבוע בשטר, והא אפי' כמינו החלי במעשה ומחוסר מעשה נמי אמרין, ודאמרינן כדאמרינן בעלמא שהרי בידי לגרשה" עכ"ל. ותי' כוונתו שתמה על סברה החוסי' דכ"י ברעת רב יוסף דאין זה מינו כיוון שהוצרך לשקר החילה. וכזה יובן מה שהביא רא"י כמינו החלי במעשה, וכמו דאמרי' דכידו לגרשה. דלכא"י אינו מוכן מה ראה שם יותר מכל מינו רבש"ס, ולפי' מכווא דחמה על רק היכא שטוען עכשיו טענתו מיד והי' יכול לטעון במקומה הטענה האחרת ולזכות וככה"ג אית לי מינו, והכא אינו כן דאם יטען ישר יש כדי שטר מזוייף רק ה"י לי שטר אחר ואבד אין לו מינו כלל רק כרי שידא לו מינו צריך לשקר מקודם ולומר והא שטרא, ורק אח"כ לחזור בו ולטעון מה שברצונו, מ"מ נהי דבה"ג לא עברין מינו מטענה לטענה, הרי ס"ס יהא זה כמינו החלי במעשה ומחוסר מעשה, דהיינו שהרי בפועל יש כוחו ליטול לעצמו ממוזן זה, ונעבדי המינו דודאי נאמן כטענתו כמינו שאם ה"י שקרן ה"י כידו ליטול. וכמו דעברין מינו מהא דכידו לגרשה, ומכאן דעברין מינו גם מנח מעשה שבידי לעשות ולא רק מטענה לטענה. והכא נהי דאין לו טענת אמת לעשות מנחה המינו, מ"מ הרי כידו למעשה ליטול.

והנה באדם אלים, שמקורב למלכות וכו"כ שהכל יראים מפניו, ודאי גם הרמב"ן מודה דלית לי מינו להאמין טענתו בדין וכזה מתיישב היטב לישונו חק', דהקדים דאין כאן שני חזקה, וגם השטר הוא חספא כעלמא, ואין שום צד לומר שזא התקיע שלו.

הנלע"ד ברעת הרשב"ם דכריו כאן סתומים טובא, וכמתי רק לעורר המעיין.

ו) וכמה שרימה הרשב"ם דבר זה למינו במקום עדים, הנה בעלמא אמרי' הלשון מינו במקום עדים היכא דכאו העדים לסתור מה שטוען עכשיו, וכילעיל ל"א א, וכזה שפיר אית לי מינו מעליא רק דהכחה המינו נסתרת מהעדות דהיא בידיך אלים טפי מבידיך המינו. וזה לא דמי כלל להכא, דאם כאן עדים לפסול השטר אין זה דמוקמינן הוכחה המינו כנגד הוכחת העדים ויד העדים על העליטה, אלא העדים אינם סותרים דכרי, רק מכטלים כח המינו, דהוא מיוסד על מה שה"י יכול לטעון טענה אחרת, וכעת במקום עדים אינו יכול לטעון הטענה האחרת.

וצ"ל דהרשב"ם לישנא בעלמא נקט, ואין כוונתו לאופן דמינו במקום עדים שהתוכר בגמ', אלא קרי גם לנדון דידן שבאו עדים לפסול השטר מינו במקום עדים, אע"פ שהוא כעניין אחר, וצ"ע.

ז) ע"י רשב"ם ד"ה שלח לי כ"י דהביא פ"י ר"ח דסוגיין מיי"ל דקא בשטר אמת. וכ"כ בר"ף. ומלשון הרי"ף משמע דהטעם דשטר מזוייף לנמיר מסתמא א"א לקיימו, ולכן העמיד בשטר אמת דהתמיתות אמיתיות ואפשר לקיימן, וכדדאי רק היכא דיכול לקיים השטר שייך לי דאית לי מינו מנח השטר. אמנם מלשון רשב"ם בשם ר"ח לא נהי כ"י דכ"י וז"ל "דשטרא זייפא דאיירי בה רבה ור"י לא זייפא ממש דהוא שקר, וכי זיזי וכו' כבה"ג לר"ה ואפי' לרבה פסול הוא" ע"כ. ולא הזכיר כלל עניין קיום השטר רק כ"י דשטרא זייפא הוא שקר. וצ"ע שהרי גם שטר אמת הוא שקר גמור, ולא כזה החילוק ביניהם. ולפענ"ת א"ש דיי"ל דס"ל סברת החוסי' ריש שנים אחזין לרבה מהני המינו משום דלא מיוסד על מה שבכוחו לעשות מעשי גולנות אלא על מציאות השטר לחול, זה ניתן להאמר בשטר אמת, שעצם כתובתו

לז מינו מנח שה"י יכול שלא לפסול השטר [דהו האופן בו אמרין מנו ככל דוכתא, דלעולם בטענה שטוען עכשיו מכתיש מה שה"י יכול לטעון, וכך זכירתו אינו מעצם תפצא דהטענה שה"י יכול לטעון [שהרי בפועל לא טען אותה, ועוד שכעת הכתישה], אלא רק ממה שבדי הגבירא האפשרות לטעון כן אם ה"י רוצה]. זה א"א לומר, דהרי אם נאמר כן הרי שוב כח הדין אינו מציאות עצם השטר אלא ממעשי הגבירא שה"י יכול שלא להכתישו, ומעשיו הם גולנות וא"א לומר מכותם מינו. ומציאות השטר לחוד כבר ליכא כיוון שהעיד לפסולו.

וכזה מכוון כעושה"ת לשון הרשב"ם, שכ"י דבכל מה לו לשקר שבב"ב כ' הטענות יכולות להיות אמת, ודייק לכתוב "כולות" דכפועל והאי מה שה"י יכול לטעון אינו אמת, דכעת טען דבר אחר, רק מכיוון שאם ה"י טוען כן ה"י זוכה כד"ן, דהטענה יכולה להיות אמת, שפיר יש לו כח זכ"י כד"ן ואפשר לומר הוכחת המינו. ואח"כ כ"י דכאן "כל כוחו וחזקתו בקרקע זו על ידי האי שטר הוא" ולכא"י ה"י יכול לומר בפשטות דעל השטר א"א לי דה"י יכול להיות אמת, דהרי שטר מזוייף הוא חספא בעלמא ואין לו שום כח זכ"י כד"ן אלא רק כגולנות, ולא דמי לטענה שהיא כח זכ"י אמיתי וכשר כשליצעמה. אך הרשב"ם לא אמר כן, דכאן מיי"ל בעצם מציאות השטר וכמשנ"ת לשי' החוסי', וכי יש להוציגו בלשונו, ולכן כ"י "דהיאך נאמר מה לו לשקר בשטר זה אי בעי אמר שטרא מעליא הוא" דהיינו אין נאמר מינו בסגנון דאמרינן כל מינו בעלמא דמיוסד על הא דאי בעי ה"י טוען הטענה המזכה אותו, שהרי כאן מה שבכח הגבירא שלא להכתיש זהו אינו מעשה זכ"י כד"ן אלא גולנות בעלמא ופשיטא דלא שייך מזה לעשות מינו, אלא עברין רק מנוף השטר, ול"ה כ"י "והלא מודה שהשטר פסול ולשונו לפי' מקוצר מאוד, אך זהו כר"י.

אמנם כבר כ' שם בקה"ט דהחוס' לא מפרשים כן ברע"ה הרשב"ם. שהחוס' דמונה לספיקא דתו"ת וכ' דצ"ל ברוחק חולק בניניהם לרע"ה הרשב"ם. ולפי הקד"ס ברשב"ם שהוא משום חסרון ידיעה לא שייך כלל למונה לספיקא דתו"ת דפשיטא דאנו ספק חסרון ידיעה, דאדרכה יש ידיעה מבוררת על כל צד.

ב) וע"ש בקה"ט כלל ד' אות ד' שפי' דברי החוס' עפ"י מש"כ האחרונים

דכספיקא דדינא באיסורי לא אמרין אוקמה אחזקה קמייתא משום דכספיל חזקה קמייתא לא נפשטה הכניא ולא ישתנה הדין. וא"כ גם כאן אם נאמר דכספיל חזמ"ק דהמוכר לא נפשט הספק ולא מהניא ל"י חזמ"ק לזכות אין שום כח להוציא הקרקע מזה שעומד בה. והטעם בזה ג"כ דהניא דלית' לחזמ"ק נשאר הדין כדא"ג והכא הוי הלוקח כאילו הקדים והפס במקום שהדין כל דאלימ גבר. וזו כוונת חוס' במ"ש רלוקח מקרי מחזק. ופשיטא דאן כוונתם דמהני תפיסה בקרקע [ולפי' נר' דהו א"צ לדברוי שהבאנו לעיל דכספ"ד דאחרי חתימת הש"ס חשיב כספק חסרון ידיעה ולדין שאינו יודע להכריע יש למשוך ידיו מלדון שום דין, ונלענ"ד לפי' דטעם זה דחסרון ידיעה לא ס"ל להאחרונים, וכפרט במחלוקת שנחלקו בהן כבר אבות העולם גאוני קמאי דבבא אין שום אדם בדרות בתראי שיש בכוחו להכריע, וס' שאינו מבורר לשום אדם באותו דור כמוד' דכ' בפוס' דחשיב ספק מעליא ותו לא הוי כספק חסרון ידיעה. ולטעם דמשום החזקה לא ישתנה הדין א"כ גם אם חשיב כריין כרין זה אין לו להעמיד על חזקה].

ואלי צ"ל ברע"ה ר"ח ומכיוון דע"י לגמרי. ואלי יכול לטעון יש לו כח שערות זו לא מה שה' יכול להוציא ממנו ממון השתא נמי לא תועיל להוציא ממנו מוצאי כוח וברוב ספקינן מיני, וע"ע. אח"כ מצאתי כוח וברוב ברע"ה יעו"ש].

ש"ס החוס' בטעמא דרב יוסף דהוי חזר במ"ש החוס' קוב"ש אות קל"ה ואתו טוען ע"י קוב"ש ק"צ-ק"י.

ז"ב ב' תו"ת'ה ודלפתא כו"י
[בעניין ספיקא דדינא]
א) בלע"ה הרשב"ם משמע לישנו דס"ל דמאחר דלא אהברי לן הדין לא יציינו כלל כד"ן זה, וממלא גם לא מוקמינן הקרקע על חזקה בעל"י, אלא הוי כמו כל ראלים גבר והלוקח שעומד בקרקע הוי כחוקים לחפוס היכא שהדין כדא"ג. דהוא לא חזיר דספיקא דדינא הוי ספק אלים אלא רק שלא חמברי לן. ומצאתי כן בשושה"ת בקה"ט כלל ה' אות ט' וז"ל "דכפדה"ג ראי לדין להכריע בדבר כו' וכל שאינו יכול להכריע בדבר לאו דיין הוא בדבר הזה וימשוך ידו הימנו עד שידון מי שלכו שלם בדבר יודע להכריע, ולא שידון עפ"י חסרון ידיעה ודי' לשווי' ספיקא ולקמה אח' מ"ק כדרך שמעמידין כסי' דמצאות, וסד"ד לאו שמ"י ספק". וע"ש שהוכיח כן ברע"ה הרשב"ם גם מסק"א [וכ' דכן רע"ה שאר פוסקים בסד"ד דאחר חתימת הש"ס אך בסד"ד דחכמי הש"ס ס"ל לשאר פוסקים דדינו כספק גמור ואינו כספק חסרון ידיעה כיוון שכלום לא הוי חסר מחכמי הש"ס ומה שהניחוהו כספק דינו כספק גמור. אמנם הרשב"ם לא מחלק בהכי וס"ל כן ככל סד"ד שלא הזכיר, ולאפקי תקי וכו"ב דחזרע כספק ואין זה משום חסרון ידיעה] וע"ע רשב"ם לקמן מ"א א' ד"ה חיישינן [ושו"ד דכ"כ בקוב"ש אות קל"ז ע"ש].

אילו מחמת בירור אלא דיהיבין ל"י כח השענה שה' יכול לטעון. דכטוען על שטר שאינו מקיים שהוא פרוע נאמן כמינו דמזויף. ואם מקיים כ"א עדים וקיימו השטר תו אינו נאמן יותר לומר פרוע. ומסתמא מירי גם כשלא ידע שיכואו אח"כ עדים, וא"כ הרי גם כשכואו עדים אכתי איכא ההוכחה שלא שיקר כמה שאמר פרוע. דאם הוא שקרן ה"י כוחו לטעון מזויף.

אמנם ע"י היטב בקוב"ש אות ק"א שהכריח מדברי הראשונים דגם כשכואו עדים אח"כ שפיר נשאר נאמנות המינו, וכאות ק"ב ביאר רבשטר כשטוען פרוע נאמנותו מדין הפה שאסר, וכח הפה המינו לא מתבטל רק דלא כשכואו עדים. אך המינו לא מתבטל רק דלא מהני נמי חזקה שטרך בידי מאי בעי. ולפי' אדרבא מוכח דמינו הוא ממורת בירור. דאם הוא מדין דיהיבין ל"י כח השענה הרי כשכואו עדים תו ליכא כח לשענה מזויף. ע"ע שם בפנים [ונם להראשונים דלא מחלקים בין הפה שאסר למינו, מ"מ י"ל דאחזי שכואו עדים תו ליכא כח כממון זה ואו למפרע הדרינן ממאי דאמרי' הכירור דמינו].

והוכחה הגרש"ש ממינ' חמות, דלדברוי כע"כ צ"ל דכמינו אין דין בירור כלל, אלא רק כח השענה דאל"כ כשכואו העדים ואזיל כח השענה יזכה מיהת מנח המירור לחוד, וכמי' אמרי' דמינו הוא משום מה ל"י לשקר. וכ"כ הגרש"ש בצעמו כב"ם ס' ה' דודאי גם ההוכחה דמה ל"י לשקר איחא במינו רק שהוסף דיש ענין נוסף שנעשה כמחזק, וא"כ מודע כאן לא יזכה מחמת הכירור לחוד, וע"ע.

אמנם מה שבבארנו לעיל בענין מינו [דחכמו הוא רק הכירור דמה ל"י לשקר, ולא אמרין כלל דיהיבין ל"י כח השענה. רק לא אמרין הכירור דמינו ככל דוכתא אלא רק דיכא דיש לו כח זכ' כממון זה ע"י השענה האחרת], לפי' לא מצאנו לזה ראי' בירור,

אלא רק דכ' נראה ויהטא דשמעתא, ומאחר דבדברי הגרש"ש מבואר לא כן [אלא דאיכא גם כח השענה], וכן בקוב"ש ח"ב ס"י ג', ל"י מגמגם טובא לטות מוכרי רכותינו ה"ק כלא ראי', וכמתיב רק לעורר לב המעיין, וצריך עוד בדיקה בסוגיות דמינו וכינתן אין הפנאי לזה.

שו"ד בחי' הגרש"ש כתובות ס' כ"ז שפי' וז"ל "דהנה באמת נר' אף דכלל נאמנות כמינו הוא בירור גמור כעדים כו' אלא אמת מ"מ אינו בירור גמור כעדים כו' אלא נראה דלא מהני מינו רק על דין שה' מהני כח טענה הראשונה" עכ"ל ונר' מזה כדכריעו. ועצ"ע רב כב"ז.

[אח"כ שמעתי הסוברים להוכיח דכמינו איכא נמי כח בירור, שהרי איכא למ"ד הממון, ולא רק בירור, שהרי איכא למ"ד דאמרין מינו במקום עדים, וזה לא יתכן שיציעו בירור כמקום עדים, אלא ודאי רק משום דאלים כוחו כחפץ. וכדעת החלקים י"ל דס"ל רק דכח זה לא מהני כנגד עדים ולא דפלגי לגמרי. ולענ"ד אינו מחזור כלל, דכאותה מידה רלא שייך בירור נגד עדים כל לא שייך כח מחזקות כחפץ נגד עדים. והרי להטענה הטובה שה' יכול לטעון, שהיא מקור כוחו כחפץ, ג"כ לא ה"י כח נגד עדים. וע"י ברמב"ן ריש דף ל"א שכ' ברע"ה הסוברים דאמרין מה ל"י לשקר במקום עדים וז"ל "חמיהא ל"י מילתא טובא כו' מאי מה ל"י לשקר ולהכתיש העדים ולי' שקרנים הם והתורה האמינתם" ע"כ. ומלשונו משמע דה"י פשיטא ל"י דמה ל"י לשקר הוא מדין בירור. וע"ש שפי' דהסוברים דאמרין מה ל"י לשקר במקום עדים זהו משום דמתקנים טענתו באופן שלא תסתור דכרי' העדים ע"ש וכמ"ש הרמב"ן ל"ג א' בסוגיא דקריב' דרב אדי בר אבין. אמנם מלשון הרשב"ם ל"ג ב' ד"ה הא כו' וכמה שביאר שם דעת רב חסדא והחולקים עליו מבואר דס"ל דלא כהרמב"ן אלא דל"י מהני מה ל"י לשקר אף כשמכתיש העדים

הא י"ל דחזמ"ק הוא כמו כל ענייני חזקה דאוקי אחזקה דלא נשתנה מסקודם, וכמו חזקה היתר ואיסור, ומש"ה בסד"ד דלא שייך לומר אוקי אחזקה דסקודם, ממילא אין עושים מעשה להוציא מיד המתחזק עכ"ל.

ג) וכטעם סברא זו של האחרונים דבסד"ד לא מהני חזקה דכשבל החזקה

לא ישתנה הד"ן, ביאר בקה"ה בב"מ סי' פ"א [ובמה"ד החודשה סי' י"א], ד"ה והנה החמד"ש כו', דטעמם משום דס"ל דד"ן חזקה שאמרה חורה הוא בגדר כירור הוה"ה על המציאות, והוה שייך רק כשהספק הוא בהפצא זו בפרטות. אבל כשפיקא דדינא שהספק הוא כללי דלא אמבר לן הד"ן, לא מהני חזקה אותה הפצא להכריע את הד"ן. אבל אם נמא רגור"ה"כ דחזקה אינו בגדר כירור אלא שנוהגים מספק אותם דינים כמו שה"י עד עתה אין טעם שלא נעמיד אחזקה גם בספד"ד דסי' איכא ספק, וכ"כ גם בקה"ה כותבות סי' כ'.

וע"ש בקה"ה ב"מ כ"א ש"כ דגם המתל"ל אי תו"ת הוי סד"א או סד"ר תל"י ביה דאי הוי החזקה בגדר כירור אי"כ גם הוכחה ובכירור דחזקה מתבטלים בגדר העדים המכתישים וכמו ה"י עוד עדים. אך אם חזקה היא בגדר הנהגה מספק אי"כ לא שייך שתתבטל משום ערות העדים ושפיר מוקמינן אחזקה.

וע"ש בקה"ה כתובות כ' את ד' ר"י דיסוד הספק אי חזקה האם מהני לבת הוא אי חזקה היא בגדר כירור או בגדר הנהגה מספק. דאם הוא בגדר כירור מאחר דכן נהביר על האם אי"כ בהכרח שכן גם יתא דין הכת. ואם הוא דין הנהגה מספק אי"כ האם שיש לה חזקה הד"ן בה נפקא כמו שה"י מקודם מכת החזקה. אך אין זה סבבה לפסוק כן על הבת כיוון דאין לה חזקה, וד"ן האם נשאר מסופק לנו.

וכעניינותו לא הכנתי שה"י דעת כל הראשונים דחזקה האם מהני לבת. ובמה"ד רש"י דפליג נהחבטו הרכה, וע"י משנ"ת לפי ל"כ א' בעזה"ש"ת דגם רש"י מודה דחזקה האם מהני לבת. והוה גמ' ערוכה בורה כ' פ דחזקה המקוה מהני לטובל, וכן בכתובות י"ג ספ"י כן רוב הראשונים. ולפ"ז דלכ"י הקה"ה צ"ל דקיי"ל דחזקה היא בגדר כירור. אמנם בסוגיא דתו"ת קיי"ל כרוב הראשונים דתו"ת הוא סד"ר ולפ"ז צ"ל דקיי"ל דחזקה היא בגדר הנהגה מספק. ודברי האחרונים דבסד"ד לא מהני חזקה נהקבלו כדברים מוסכמים אצל הגורע"א והקוה"ס, ולפ"ז צ"ל דקיי"ל דחזקה היא בגדר כירור, וגו"ז סתור למאי דקיי"ל דתו"ת הוא סד"ר [וע"י בהשטמות לקוב הערות אות ו' שהביא רבינו יונה ח"ב בשמ"ק כתובות כ"ו דהטעם דבתו"ת החזקה לא מתבטלת בגדר העדים משום שאינה בגדר כירור אלא רק הנהגה מספק, וכ"כ בשו"ת הגורע"א סי' קל"ז להרי"א דהטעם דבתו"ת מהני חזקה זהו משום שאינה בגדר כירור. ולכ"י הקה"ה סתור הגורע"א דברי עצמו בשו"ת סי' קה"ה ל"י דהסכים להאחרונים דבסד"ד לא מוקמינן אחזקה משום דחזקה אינה מכרעת הד"ן].

ד) וע"כ הנלענ"ד דאחר דקיי"ל דתו"ת ספיקא דרבנן, ומבואר להרי"א ברכינו יונה הנה"ל וכגורע"א סי' קל"ז ביה מוכרחה דחזקה אינה בגדר כירור, דאי לא היתה מועילה בגדר כירור העדים וכמו עוד כ"מ עדים, והם דברים מוכרחים, צ"ל בהכרח דקיי"ל דחזקה אינה בגדר כירור אלא רק בגדר הנהגה מספק. וכן מוכח מהא דקיי"ל דמוקמינן אחזקה כ"י דברים סותרים כפ"ש חו"ס נדה כ' א' ופסחים י' א' וכ"כ בקובץ הערות רס"י כ"ז [ובדעת מ"ד תו"ת שו"ת משמע קצת כשו"ת הגורע"א קל"ז דהוה משו"ת דס"ל דחזקה היא בגדר כירור. וע"י משנ"ת לעיל עמ' א' דגם למ"ד דה"י סד"א מוחל

דחזקה אינה בגדר כירור ויש לכרוין מש"ש גם להעמיד כ' החזקות זו כנגד זו, וחזקה סתרה

היתה צריפא בצירוף חזקה שלם דהמקוה]. **הלכה** כספיקא דדינא לא נפל ספק בחפצא כלל. דאנן ידעינן המעשה שאירע בו. רק דיש סברא דהמעשה אוסר וסברא דמתיר ולא ידעינן הי מייחזו עיקר לדינא, וכל הספק הוא רק בהכרעה בין כ' הסברות. וספק זה לא נוצר מכת המקוה דאירע בהפצא, אלא הי' כן גם לפני כן. וה"י ממש בגד"ן הר"מ כו' שניאר דספק הטובל מוליד ספק גם כשהרות, ובה ס"ל דלא שייך למייל בהר חזקה הנוגעת לעיקר כיוון דאלינן רק כתר החזקה דנוגעת לעיקר. הספק דדיינינן עליו דדיינינן ספק הטובל. והספק שנוגד דינו תלוי בו ואין החזקה השייכת לנדון הספק שנוגד [דהיינו חזקה וכסד"ד עיקר הספק הוא איזה מן הסברות עיקר לדינא. ומהו נולד גם ספק בחפץ שעליו דנים. ולכן חזקה החפץ דשייכת רק לגבי הספק דבחפץ ולא לעצם הספק כד"ן לא תועיל להכריע דין החפץ כיוון דספיקו נולד מספק אחר שעליו לא שייכת החזקה. וממש כשם שחזקה הטהרה דהטהרות לא מהני להו כיוון דספיקו לא נחשור מתחילה בהן אלא הוא תולדה דספק הטובל. ורק חזקה הטובל תועיל לספק זה. והכא בספק ה"י עצמו ליכא חזקה כלל ולכן נשאר דין ספיקא דהתפצא כספק שאין בו חזקה, ודעו כד"ן הספק העיקרי שממנו נולד שאין בו חזקה, ולא מהני ל"י להספק דהתפצא חזקה ידיד'.

ובבב"ד דקיי"ל דחזקה האם מהני לבת נר' ביה כמ"ש בשערי ישר שער כ' פ"ב וע"י ח"ה שיבא חזקה דהבת עצמה ע"ש. וע"י משנ"ת ביה לעיל עמ' א' על תו"ת א"ן [ושו"ת מ"ש עוד ביה כשע"י שם פ"ז לאוקמי ח' ופמ"ש האחרונים דבסד"ד ליכא לאוקמי אחזקה, נלענ"ד הטעם דהנה

במה כ' כ' אמרין רמי שטבל במקוה ואח"כ נסבא המקוה חסר, מכיוון דאין נדון על המקוה יותר ומתחיל נדון הספק בטובל מתחשבינן בחזקה טמא דהטובל [וה"י דמהנא ל"י גם ח"י דהמקוה כיוון דכל ספיקו נולד מספק המקוה מ"מ יש בה ריעותא דחסר לעיל, וחזקה טומאתו ולא איתני עריפא כמנה"ן, ומוקמינן ל"י בחזקה טומאה ואם נגע כשהרות הן טומאת ודאי, ולא מתחשבינן בחזקה שהרות ל"י ל"י ש"כ הטעם מדוע וע"י ריטב"א עירובין ל"י ל"י ש"כ הטעם מדוע לא מתחשבינן נמי בחזקה הטהרות ד"ל יתה"ם כו' שניאר ד"ל נתן טעם לדבר למה אלימא חזקה העירוב, שכלל מקום אין לנו לחז חזקה אלא מדבר שהספק בא ממנו, וכן גבי מקוה אמרין העמד אדם על חזקתו ולא אמרין העמד שהרות על חזקתו עכ"ל. וע"ש בריטב"א ש"כ, ביאר נוסף, וכיוון דודאי נגע כשהרות והתפשטות הטומאה חשיבא כגוף אחד, אין על הטהרות נדון חדש של ספק [וכמו כבא ספק פסול על האם ונתעברה, וה"י דספק פסלות דהאם הולד הוא מאותה סיבה ותלוי זה ביה מ"מ נדון פסלות האם ונדון פסלות הולד הם כ' נדונים נפרדים ושייך לומר דעמיד זה אחזקה וחכירו לא, משא"כ כאן ידחי כגוף שה"י הטומאה כגוף א' לא היינו חולקים רק כתר חזקה הטהרות כיוון דחזקה האם מהני לבת הי' נחשב חזקה טומאה דחשוכל בחזקה כשהרות עצמן, ומ"מ הי' לנו

ובבב"ד דקיי"ל דחזקה האם מהני לבת נר' ביה כמ"ש בשערי ישר שער כ' פ"ב וע"י ח"ה שיבא חזקה דהבת עצמה ע"ש. וע"י משנ"ת ביה לעיל עמ' א' על תו"ת א"ן [ושו"ת מ"ש עוד ביה כשע"י שם פ"ז לאוקמי ח' ופמ"ש האחרונים דבסד"ד ליכא לאוקמי אחזקה, נלענ"ד הטעם דהנה

במה כ' כ' אמרין רמי שטבל במקוה ואח"כ נסבא המקוה חסר, מכיוון דאין נדון על המקוה יותר ומתחיל נדון הספק בטובל מתחשבינן בחזקה טמא דהטובל [וה"י דמהנא ל"י גם ח"י דהמקוה כיוון דכל ספיקו נולד מספק המקוה מ"מ יש בה ריעותא דחסר לעיל, וחזקה טומאתו ולא איתני עריפא כמנה"ן, ומוקמינן ל"י בחזקה טומאה ואם נגע כשהרות הן טומאת ודאי, ולא מתחשבינן בחזקה שהרות ל"י ל"י ש"כ הטעם מדוע וע"י ריטב"א עירובין ל"י ל"י ש"כ הטעם מדוע לא מתחשבינן נמי בחזקה הטהרות ד"ל יתה"ם כו' שניאר ד"ל נתן טעם לדבר למה אלימא חזקה העירוב, שכלל מקום אין לנו לחז חזקה אלא מדבר שהספק בא ממנו, וכן גבי מקוה אמרין העמד אדם על חזקתו ולא אמרין העמד שהרות על חזקתו עכ"ל. וע"ש בריטב"א ש"כ, ביאר נוסף, וכיוון דודאי נגע כשהרות והתפשטות הטומאה חשיבא כגוף אחד, אין על הטהרות נדון חדש של ספק [וכמו כבא ספק פסול על האם ונתעברה, וה"י דספק פסלות דהאם הולד הוא מאותה סיבה ותלוי זה ביה מ"מ נדון פסלות האם ונדון פסלות הולד הם כ' נדונים נפרדים ושייך לומר דעמיד זה אחזקה וחכירו לא, משא"כ כאן ידחי כגוף שה"י הטומאה כגוף א' לא היינו חולקים רק כתר חזקה הטהרות כיוון דחזקה האם מהני לבת הי' נחשב חזקה טומאה דחשוכל בחזקה כשהרות עצמן, ומ"מ הי' לנו

להעמיד כ' החזקות זו כנגד זו, וחזקה סתרה

היתה צריפא בצירוף חזקה שלם דהמקוה]. **הלכה** כספיקא דדינא לא נפל ספק בחפצא כלל. דאנן ידעינן המעשה שאירע בו. רק דיש סברא דהמעשה אוסר וסברא דמתיר ולא ידעינן הי מייחזו עיקר לדינא, וכל הספק הוא רק בהכרעה בין כ' הסברות. וספק זה לא נוצר מכת המקוה דאירע בהפצא, אלא הי' כן גם לפני כן. וה"י ממש בגד"ן הר"מ כו' שניאר דספק הטובל מוליד ספק גם כשהרות, ובה ס"ל דלא שייך למייל בהר חזקה הנוגעת לעיקר כיוון דאלינן רק כתר החזקה דנוגעת לעיקר. הספק דדיינינן עליו דדיינינן ספק הטובל. והספק שנוגד דינו תלוי בו ואין החזקה השייכת לנדון הספק שנוגד [דהיינו חזקה וכסד"ד עיקר הספק הוא איזה מן הסברות עיקר לדינא. ומהו נולד גם ספק בחפץ שעליו דנים. ולכן חזקה החפץ דשייכת רק לגבי הספק דבחפץ ולא לעצם הספק כד"ן לא תועיל להכריע דין החפץ כיוון דספיקו נולד מספק אחר שעליו לא שייכת החזקה. וממש כשם שחזקה הטהרה דהטהרות לא מהני להו כיוון דספיקו לא נחשור מתחילה בהן אלא הוא תולדה דספק הטובל. ורק חזקה הטובל תועיל לספק זה. והכא בספק ה"י עצמו ליכא חזקה כלל ולכן נשאר דין ספיקא דהתפצא כספק שאין בו חזקה, ודעו כד"ן הספק העיקרי שממנו נולד שאין בו חזקה, ולא מהני ל"י להספק דהתפצא חזקה ידיד'.

ובבב"ד דקיי"ל דחזקה האם מהני לבת נר' ביה כמ"ש בשערי ישר שער כ' פ"ב וע"י ח"ה שיבא חזקה דהבת עצמה ע"ש. וע"י משנ"ת ביה לעיל עמ' א' על תו"ת א"ן [ושו"ת מ"ש עוד ביה כשע"י שם פ"ז לאוקמי ח' ופמ"ש האחרונים דבסד"ד ליכא לאוקמי אחזקה, נלענ"ד הטעם דהנה

במה כ' כ' אמרין רמי שטבל במקוה ואח"כ נסבא המקוה חסר, מכיוון דאין נדון על המקוה יותר ומתחיל נדון הספק בטובל מתחשבינן בחזקה טמא דהטובל [וה"י דמהנא ל"י גם ח"י דהמקוה כיוון דכל ספיקו נולד מספק המקוה מ"מ יש בה ריעותא דחסר לעיל, וחזקה טומאתו ולא איתני עריפא כמנה"ן, ומוקמינן ל"י בחזקה טומאה ואם נגע כשהרות הן טומאת ודאי, ולא מתחשבינן בחזקה שהרות ל"י ל"י ש"כ הטעם מדוע וע"י ריטב"א עירובין ל"י ל"י ש"כ הטעם מדוע לא מתחשבינן נמי בחזקה הטהרות ד"ל יתה"ם כו' שניאר ד"ל נתן טעם לדבר למה אלימא חזקה העירוב, שכלל מקום אין לנו לחז חזקה אלא מדבר שהספק בא ממנו, וכן גבי מקוה אמרין העמד אדם על חזקתו ולא אמרין העמד שהרות על חזקתו עכ"ל. וע"ש בריטב"א ש"כ, ביאר נוסף, וכיוון דודאי נגע כשהרות והתפשטות הטומאה חשיבא כגוף אחד, אין על הטהרות נדון חדש של ספק [וכמו כבא ספק פסול על האם ונתעברה, וה"י דספק פסלות דהאם הולד הוא מאותה סיבה ותלוי זה ביה מ"מ נדון פסלות האם ונדון פסלות הולד הם כ' נדונים נפרדים ושייך לומר דעמיד זה אחזקה וחכירו לא, משא"כ כאן ידחי כגוף שה"י הטומאה כגוף א' לא היינו חולקים רק כתר חזקה הטהרות כיוון דחזקה האם מהני לבת הי' נחשב חזקה טומאה דחשוכל בחזקה כשהרות עצמן, ומ"מ הי' לנו

ובבב"ד דקיי"ל דחזקה האם מהני לבת נר' ביה כמ"ש בשערי ישר שער כ' פ"ב וע"י ח"ה שיבא חזקה דהבת עצמה ע"ש. וע"י משנ"ת ביה לעיל עמ' א' על תו"ת א"ן [ושו"ת מ"ש עוד ביה כשע"י שם פ"ז לאוקמי ח' ופמ"ש האחרונים דבסד"ד ליכא לאוקמי אחזקה, נלענ"ד הטעם דהנה

במה כ' כ' אמרין רמי שטבל במקוה ואח"כ נסבא המקוה חסר, מכיוון דאין נדון על המקוה יותר ומתחיל נדון הספק בטובל מתחשבינן בחזקה טמא דהטובל [וה"י דמהנא ל"י גם ח"י דהמקוה כיוון דכל ספיקו נולד מספק המקוה מ"מ יש בה ריעותא דחסר לעיל, וחזקה טומאתו ולא איתני עריפא כמנה"ן, ומוקמינן ל"י בחזקה טומאה ואם נגע כשהרות הן טומאת ודאי, ולא מתחשבינן בחזקה שהרות ל"י ל"י ש"כ הטעם מדוע וע"י ריטב"א עירובין ל"י ל"י ש"כ הטעם מדוע לא מתחשבינן נמי בחזקה הטהרות ד"ל יתה"ם כו' שניאר ד"ל נתן טעם לדבר למה אלימא חזקה העירוב, שכלל מקום אין לנו לחז חזקה אלא מדבר שהספק בא ממנו, וכן גבי מקוה אמרין העמד אדם על חזקתו ולא אמרין העמד שהרות על חזקתו עכ"ל. וע"ש בריטב"א ש"כ, ביאר נוסף, וכיוון דודאי נגע כשהרות והתפשטות הטומאה חשיבא כגוף אחד, אין על הטהרות נדון חדש של ספק [וכמו כבא ספק פסול על האם ונתעברה, וה"י דספק פסלות דהאם הולד הוא מאותה סיבה ותלוי זה ביה מ"מ נדון פסלות האם ונדון פסלות הולד הם כ' נדונים נפרדים ושייך לומר דעמיד זה אחזקה וחכירו לא, משא"כ כאן ידחי כגוף שה"י הטומאה כגוף א' לא היינו חולקים רק כתר חזקה הטהרות כיוון דחזקה האם מהני לבת הי' נחשב חזקה טומאה דחשוכל בחזקה כשהרות עצמן, ומ"מ הי' לנו

פוסקים שום דין ממילא נשאר חממתו היכן שהיא. ומפני הקדמי"ה דאם חזמ"ק הוא מגדל מוחזק או כה"ג חממתו ינשא ממילא בחזקת בעל החזמ"ק. דאם הוא כבוד מוחזק נחשב שהוא בידו בעל החזמ"ק, ואם ביד מסתלקים ולא מכריעים ממילא נשאר כדלתי.

וחממתו הפלא ופלא דכסונא וכו' שטיא [נכתובה כ' א' ויכמות ל"א א'] דמתי העידו שכשהוא חלים וכן ודתי העידו שכשהוא שטטה זכנ, למי"ד דמתי"ה הוי סדי"י מוקמינן ארעא בחזקת כר שטיא [וכבר כ' הגרע"א ס"י קל"ז והתומים וכמקום חזק' ממתן לא החמירו רבנן לומר דבמתי"ה לא מוקמינן אחזקה]. ולמי"ד דהוי דמתי"ה השדה ביד הלוקח, והטעם משום דמתי"ה מבטלים החזקה, ונשאר המצב כמו ברזן כל דאלים גבר וכמ"ש בשו"ת הגרע"א קל"ז, וממילא נשאר חממתו היכן שנמצא. ומבואר כמ"ד דאצי"ג דלכר שטיא אינא חזקת אבהתי דהיא חזמ"ק מעליא, במקום דהמצב כדא"ג נשאר חממתו ביד הלוקח [אצי"ג דאין לו שום חזקה דבקרעק לינא תפיסתה]. ולהתוס' ורי"ף שייחס להם הקדמי"ה דס"ל דחמ"ק בגד מוחזק וכמקום דאין ביד פוסקים שום דין נשאר ממילא ביד בעל החזמ"ק אינא תיובתא וצטי"ג.

(ג) ולקלישות דעתו נר' לכאר יסוד העניין. דהנה בעניין חזקת ממתן יש להבחין, ויש חזקה דמה שחמ"י של אדם טרי"ג שלו, וכמ"ש התלפ"ס ריש פ"ח מהל' טרי"ג ויש בעניין זה כ' דיעין נפרדים ויכואר א"י"ה עניין זה כאו"ד לקמן ל"ג ב', על חוד"ה ואי [ועי"ע לקמן ל"ד א"].

ועי" ר"ק כ"ק ריש פ' שור שנגמח את הפרה דאמרינן דשור שנגמח את הפרה נמצא עוכרה בצדה ואין ידוע אם עד שלא נגמח ילדה והולד מה שלא מחמת הנגיחה, או דנגמח כשהיא מעוכרת ומחמת הנגיחה הפילתו פטור המזיק מדמי' נזק הולד משום דהמוציא מחבירו עליו הראוי. ועי"ע שם פרה

עצמה היתה נשארת ביד החזקת מ"ק דגם חזמ"ק הוא עניין מוחזק כמ"ש הקדמי"ה כלל חזמ"ק ר"א אין זה בגד פס"ד והוראה ששייך א"י, אבל אין זה בגד פס"ד החזקה מברעת, תפסה למרי"ק. דבסדי"ד אין החזקה מברעת, אלא דבמקום ספק אין ביד נזקקים לעשות מעשה להוציא מהמוחזק, וממילא נשאר הדבר ביד המוחזק או המ"י. ובעין זה מבאר הגרע"א ו"ל בשו"ת ס"י קל"ז גבי תו"ת מאחר ולא מוקמינן אחזקה הנה מה שנשאר אצל המוחזק אין זה בגד פס"ד שהוא שלו, רק שבי"ד מסתלקין עצמם מלדון בוכר המוחזק תפסה במומתן כגד כל דאלים גבר, עי"ש. עכ"ל. וכ' דלפ"ז דעת הרי"ף שם דשפיר י"ל ויחלוקו בכפל כיוון שמה שהחזקנו הפרה לבעלים אינו בגד פס"ד שהיא שלו רק שאין ביד עושים מעשה להוציא מהמוחזק אבל כממתן הכפל אין בו מעשה הוצאה מהמוחזק ושפיר י"ל יחלוקו.

ולעצ"ד צ"ע לכרוין כן כלשון התוס' דמשמע דהם ס"ל דאין לחלק בין ספיא דתו"ת לסדי"ד, ונהי דפי' בודת הרשבי"ם דמחלק מ"מ משמע דפלוגתתם עליו משום דחילוק זה דחוק וכאמת גם בסדי"ד את לן למשל כתר החזקה וכמו בספיא דתו"ת למאי דקיי"ל דהוא סדי"ד.

(ב) ועוד בענייניו לא נכתי' כלל להכין דברי מרן דיע"א, שהוא מפרש דהצד בתקורת הקדמי"ה דחזמ"ק הוא בגד מוחזק דהה"ש כאלו כמציאות ממש נמצא הבעלים במקרקע או החפץ נמצא ביד הבעלים. ולכן פי' דבמקום ספיא דדינא [ונכד"ד וכן כמציאות דאיבעיא מי זונה בפפילא] וליבא חזקה כלל, דאז אין שום הכרעה בספק זה ודתי מצב של כל דאלים גבר, [וכן הביא חקמי' משו"ת הגרע"א דלמאי דהחמירו רבנן כדאצי"ג דבי"ד דלינא חזקה שום דין וממילא נשאר חממתו היכן שהוא, וכ' דהנה דומה לסדי"ד דלית ב"י חזקה] ומאחר שב"ד לא

דמעיקרא באיסורים, דגם אחרי שנמתווה ממשכנים להחזיק דלא נשתנה ממה שהי' מעיקרא, ואם מעיקרא הי' כדאי שלו ידא כן גם לאחר התעוררות הספק, וכוה י"ל דכמו דבסדי"ד לא מהני באיסורים חזקה דמעיקרא הי"ג לא תועיל חזמ"ק.

וכטעם התוס' דפליגי על הרשבי"ם כ' הקדמי' דהנה משום דס"ל דחזמ"ק אינה כגד חזקה דמעיקרא אלא היא מעין חז' ממון ד"כמו דבמתי"ה ממתן הסברא נחמת שאין להוציא ממנו כל דאי, הי"ג אין להוציא מחזמ"ק כלי ראי', דכל שידעו שהיתה שלו מחתילה אף שהוא עומד כד"ד או כאגם כי גזא דבעלים אחא, והשבינו ל"י כאלו עדיין הוא מוחזק, דלי ספיא מוחא משאר ביד הבעלים הראשונים. עכ"ל.

ודברי הקדמי"ה נכתבאו יומר כ"מ חוספות מ' ו' דכ' דעת התוס' דחזמ"ק הוא עניין של מוחזק ושפיר מהני אפי' בספיא דדינא, דמוחזק אינו ספק דין שהוא שלו, אלא דמספק א"א להוציא ממנו, והה שייך גם בסדי"ד דמי"ה מספיא נשאר אצל המוחזק, ועי' בכתובה ס"י כ' דכ' בפלוגתה הרא"ש ורי"ף גבי בתמה שנמסרה לשומר ואיבעיא כמ"ד אי השומר זונה ככפילא אם ננכה הפרה או דהכפילא לבעלים והרי"ף כ' דככפילא יחלוקו. והרא"ש תמה עליו דמאחר דעל גוף הבהמה יש לבעלים חזמ"ק, א"כ כספק אם נקמתה לשומר לכפילא יש להעמידה על חזמ"ק דלא נקמתה ויהא הכפילא לבעלים, וכ' שם הקדמי"ה דעתה הרא"ש דחזמ"ק היא כחזקה דמעיקרא באיסורי ומכרעת הדין דהבהמה של הבעלים וממילא גם הכפילא שלו.

ולבדעת הרי"ף כ' שם הקדמי"ה דס"ל דבסדי"ד לא מוקמינן אחזקה, והתם הוא סדי"ד. וכ' שם "זואולם אי הנה הדין אודות הבהמה

א' יש דין בידו דאי מ"מ הספק לא נפשט ומשארנו בחסרון ידיעה דא"א לחלש שום ידיעה יותר ממה שהי' לנו מקודם כיוון דכל כדור סותר רעהו. אבל בסדי"ד כיוון דכביציאות ידעין דככל עד יש סברא אמיתית, ואחר דנדוע לנו כ' הסברות החלוקות א"א לומר שמכיוון שהן סותרות והיו חמר גמל מונעות זו מזו לחלש מירי בידיעתנו ונשארו עם הספק ככתחילה, דאין הן מונעות זו את זו לחלש לנו ידיעה כיוון שאינן מבוטחות ומבטלות לגמרי דא"א אלא ככל אחת מהן יש בהניה אחת של אמת ומאחר דנתחדש לנו ידיעת שני הצדדים שהם אמת ממילא נפשט הספק, דכל עד של סברא אין לנו ספק אם הוא אמיתי אלא ודאי הוא אמיתי רק שאינו מכריע השני. דכן האמת שעניין זה נכדא עם צד לכאן ועד לכאן. וכוה י"ל כמ"ד דתו"ת סדי"א, דהוה כ' בדרורים סותרים אך מכיוון שאין ספק באמיתות אחד מהם אין החוצאה משניהם דנולד ספק, אלא העניין כאמת מבורר רק שהוא חמר גמל וא"א לעשות מעשה. אך מכיוון שאין כאן כאמת ספק לא שייך להעמיד על חזקה. והה חילוק דאית כ' מששא אך מ"מ התוס' חשבוהו לדחוק וס"ל דדמי' לגמרי לחתי' קיי"ל גם כוה דנעמד על חזקה.

כ"ב. תודי"ד והלצכתא וכסוד
בעניין חזקת ממתן וזקת מ"ק.
בעניין חזמ"ק כנגד חזקת ממתן,
בדברי תוס' כתובות ע"ז א' ד"ה
על וכו"מ ק' א' ד"ה ודחז, בעניין
חזקת ממתן במקרקע, ובעניין אי דחי
ממתן מהניא צאיסורי.
 (א) עי' קד"י כ"ב חוספות ס"י א' ש"כ לכאר פלוגתה התוס' והרשבי"ם, דתסם הרשבי"ם דבספיא דדינא לא מוקמינן אחזקה באיסורי, והי"ה חכא דלא מוקמינן אחזמ"ק, ולכן נשארת הקרקע היכן שהיא, וכ' הקדמי"ה דהנה דוחקא אם נאמר דחזמ"ק היא כמו חזקה

רק שאלמולוחתו מהניא ל"י שא"א להוציא מידו עד שהכבר א"כ אין כאן שום דין שזוכה בממון זה ומדוע אינו עובר על ס' איסור גזל. ועוד דבקה"ס א' ס"ק ח' כ' דהספק ממון דק"י"ל קולא לנתבע אם קודש הנתבע אשה בממון זה ה"ז מקודשת בודאי לרוב הראשונים, וכן נ"ל פשוט. ואם זכיתו היא רק משום כוחו הגשמי בממון זה שא"א לכופו להוציא מספק, א"כ מדוע אינם קידושי ספק לחור.

(ו) על כן נ"י לקוצר דעתו [ולקמן נזכרת כן עוד מדברי הראשונים א"י"ד] דהך סברא רכאיב ל"י כאיבא אויל לכי אסיא, חוכן הדין דלפינן מיניה הוא דמכת הך סברא נעשה דין חזקה. וכמו שבחזקה דמעיקרא הדין הוא שבכל ספק הנולד דיינינן מכת החזקה להכריע בודאי כמו שמורה החזקה, כך בחזקה ממון זה אינו רק שנושאר ממלא בידו לשאר הכרעה בספק, אלא הדין הוא שכ"ז שלא יתברר שאינו שלו יש דין להכריע הספק מכת החזקה ולפסוק דין ודאי שהממון שייד לן [ולקמן א"י"א יתבאר באורך כיצד נעשה מן הסברא דין חזקה המכרעת].

ולכן אף בצירורים דר"פ שור שגנח אר"פ ואין חזמ"ק אלא רק חזקה ממון הבאה רק מכת שהממון נמצא בידו, ילפינן מסוגיא דח"כ דלא מהני תפיסת החוכב. דחזקה ממון מכריעה הדין ומחזקת של הנתבע בחזרה ודאי כ"ז שלא יתברר להפך. ולכן גם אינו עובר על איסור גזל וקידושיי בממון זה הם קידושי ודאי.

וזה שכי' הרמב"ן זמרה רכח"ח באיסורי לא מהניא חזקה להכריע הספק [נכמשינ"ח כ"ז לעיל עמ' א' בעזשהשנ"ח], א"כ אף חזקה ממון שהיא ג"כ דין חזקה להכריע ספק אינה מועילה. ואחרי שאין ספק ודאי מכת החזקה דהממון שלו ממילא מהניא תפיסת החוכב אע"פ שהממון ביד הנתבע.

ומצינן מיד הכהן החופס. ותי' וי"ל "אבל רק שאלמולוחתו מהניא ל"י שא"א להוציא מידו עד שהכבר א"כ אין כאן שום דין שזוכה בממון זה ומדוע אינו עובר על ס' איסור גזל. ועוד דבקה"ס א' ס"ק ח' כ' דהספק ממון דק"י"ל קולא לנתבע אם קודש הנתבע אשה בממון זה ה"ז מקודשת בודאי לרוב הראשונים, וכן נ"ל פשוט. ואם זכיתו היא רק משום כוחו הגשמי בממון זה שא"א לכופו להוציא מספק, א"כ מדוע אינם קידושי ספק לחור.

וחתם כחובות מלכ מה שיש ללווה חזמ"ק שהרי הרי יש לו גם חזקה ממון, שהרי המעות בידו, ושייד כזה לומר דכאיב ל"י כאיבא כ"י. ומבואר ברמב"ן דנהי דפסקינן גבי ח"כ דלא מהניא תפיסה הכא מהניא משום דכמו שהניא באיסורא מפיקים כח החזקה ומעיקרא כך כאן הם מפיקים כח החזקה ממון. ומה שכתפנו כהן לא מהני תפיסת הבזק והו משום שלישאל לא יש חזקה ממון. אבל הכא שהחז"ת הפקיעו חזקה הממון כמו שמפקיעים מחזקה איסורי, תו לא דמי להקפוי כהן ומהניא תפיסת המלווה.

ואם חזקה ממון היא זכ"י רק מכת שבמצאות הממון בידו ומהני' ל"י אלמותו כ"ז שלא החברר הספק, דכ"ד אינם כופים מספק, א"כ אין שום הבנה מה נפ"מ אם הספק הוא ספק דחז"ת או שאר ספק. [וכ"כ בקה"י לפי פירושו בחזקה ממון דא"א להוציא ממנו גם כסד"ד שהוא כמו ספיקא דחז"ת למ"ד חז"ת סד"א דא"א לדון עפ"י שום חזקה].

(ח) ועוד קשה דבאחרונים הך מדוע ספק ממון לקולא הרי יש בזה ספק איסור גזל, ע"י כזה בקה"ס א' י'. ודתי' המחוור הוא כמ"ש בקה"ס שם, וביאר היטב בשערי יושר בחזילת שערי ה', דאיסור גזל נקבע רק לפי הדין המשפטי. ואם ספק ממון שייד לנתבע לפי הדין המשפטי, א"כ מאחר שעפ"י דין ממון זה שלו אין בזה איסור גזל מכלל דאיסור גזל הוא רק שעושה נגד הדין ולא משעושה כד"י המשפטי. ואם חזקה ממון הוא

שגנחה את השור ונמצא עובר בבערה ואין יודע אם לפני הניחה ילדה או לא מספק אינו משלם המזיק מנהי' הולך. וע"ע שם דבמכר שור ונמצא נגזק ויש ספק אי מוכרו להרישה [דאז הוא מקח טעות] או לשחיתה [דאז אינו מקח טעות], פטור המוכר מלהחזיר את הדמים כיוון דהמע"ה, ואע"ג דרוב מסייע לחוכב. ומסיקנא דהטעם דאמרינן הממע"ה הוא מסברא דכאיב ל"י כאיבא אויל לכי אסיא.

והנה בצירורים דפי שור שגנח אה"פ לא שייד למיזל בחר חזקה דכל מה שחת"י של אדם הוא שלו. דחזקה זו רק מוכיחה שוכנו לרשותו בהיתר ולא בגזילה דהיא מיוסדת על כך דאחזקתי אניש' בגנבי לא מחזקינן. אך הלא אין שום ספק שהשור שלו ולא גנבו, רק איכא ספק במציאות לפינוי אם נחתיב דמי נזק, או דהיי מקח טעות. וכזה לא יחילנו מאומה לפשוט הספק מה שאינו מוחזק להכניס לרשותו הפצים שאינם שלו. וכזה הטעם דמספק נושא אצל המחזק הוא מסברא דכאיב ל"י כאיבא כ"י וזהו דמקרי בכל דוכתא חזקה ממון.

וככל הצירורים האלה גם אין למחזיק חזקה מרא קמא. דזה מהני דוקא אם יש ספק אם נקנה החפץ לחלוטת שייד לזונו דמחזקינן דכמו שה"י מקודם שלו גם עתה הוא שלו. אך כאן ודאי דנשאר השור או הפרה שלו רק מספק אם נחתיב משלומי נזק, ואין כאן ספק אם נקנה מידי לחלוטת וככ"ה. לא שייד להצמיד על חזמ"ק זה פשוט. ובספק אם מכר השור לשחיתה או לודיא חתם חזמ"ק מסייעת לחוכב, דהנדרת הוא על המעות אם צריך להחזיר וכמעט יש לקונה חזקה מ"ק כמבואר בחת"י כחובות ע"ז א' ד"ה על כ"י יעו"ש. ומבואר דחזקה ממון דהמוכר צריפא מחזמ"ק דחזמ"ק, ואע"ג דגם רובא מסייע לחוכב.

וכפשוטת ה"י נ"י דחוכן הסברא דכאיב ל"י כאיבא אויל נ"י דהמוכר חזקה ממון המחזק לפי ח"י ממון, דהמחזק זוכה מכת אלימותו במקום שגנב ספק, שהרי כסוגיא דח"כ קיי"ל

כמו שמבטלין החזקה באיסוריין, ולעיל חובא לשון הרמב"ן.

ולענין ד' לא הכנה כוונתו כיצד ראה הרמב"ן משמעות דחומ"ק הו"א חזקה דאיסוריין. שהרי בנדרן דהרמב"ן פשיטא דיש ללוות גם חזקה ממון נמורה הנלמדת מהסברא דכאיב ל"י כאיבא כ"י, וממ"נ מוכח מהרמב"ן דחומ"ת מבטל גם החזקה ממון כמו שמבטל חזקה דאיסוריין. כך נמדה דחומ"ק מתבטלת מכה חומ"ת אין שום משמעות דמציא לחזקה קמייתא וחתר מלחזקה ממון, שהרי גם חזקה ממון מתבטלת בחומ"ת.

יא) וע"ע שם כס"ק ה' הו"ל "זאתי אלפי מוהר"ר חיים הכהן נר"ו ה"ק אותי לשיטתי דגם חומ"ק לאו חזקה המכרעת היא, אלא דהמורה החזקה ספקן, א"כ ספקות אמאי נכנסין לזידי להתעשר, נתי דח"כ מצייצין מייד מ"מ מידי ספקין לא נפקי אלא שהמורה זכתה לו בספק ולא ערף מלקוח דפסור מן המעשר. ואף דספק הוא דלמא אינו בכור, ספק לא כפי עשורי דעשורי ודאי אמר רחמנא ולא עשירי ספק. אלא ע"כ דחומ"ק כממון חזקה המכרעת היא ודיינון ל"י כדאי שלו, ומשי"ה חייב במעשר ושפור נכנס לז"י להתעשר" עפ"ל.

ומבואר דמפרש דחזקה ממון אינה דמכרעין מדין חזקה שהוא ודאי שלו, דאין כזה דין חזקה המכרעת אלא נשאר בידו מן הספק אי"ע שלא נפסק דהוכרע דהוא שלו, והא דאינו עובר על ספק איסור גזל משום דהמורה החזקה ספק איסור גזל כמו שהחזירה ממון ספק.

ולא הכנה בענינה דהיכן מציינו דהמורה החזרה ספק איסור גזל כמו ספק ממון או עשירי ודאי ולא עשירי ספק. שהרי לחזק כזה בעיני קרא, וחתר ממון ילפינן לה מן הסברא. ומדלכי חתי למילף מסברת דכאיב כאיבא כ"י להתיך ספק איסור חרות. ולדברתי א"ש דהסברא אומרת דראוי להניח הממון

ובספק הב"ד פוסקים הדין כהחזקה, וכמו חזקה קמייתא דאיסוריין. אך אין בחומ"ק עניין שיהא נחשב הממון בידו במציאות שנאמר ע"י דמפקום דמתבטלות החזקות ואין כ"י משנים המציאות כלל, נאמר דבמציאות הממון בידו בעל החומ"ק וישאר בידו. אלא זה שעומד בקרקע הוא שיתנה נכנר המ"ק כיוון דאין מסלקין אותו ולא עבדינן מאומה לשנות המצב במקום שאין הכרעת חזקה. [ולקמן ל"ד ב' והבאר הצד דיי"ל ולא חשיב המצב דזה שעומד בקרקע באמת הוא זה החזינן ל"י בתן. רפי בקישור דברי הגרע"א כס"י קל"ו ותרואה רבן הוא.

ט) והוא דהוכח דאמרנן כדאי"ג וחפס א' לא אמרינן דמעשה מכה הפיסתו יש לו גם חזקה ממון, וממלא מעשה לא חתי הפיסת הישני וכדון תקפו כהן, וזה משום דחזקה ממון אמרינן רק היכא דכשבא הספק לפני כ"ד כבר מחזק הממון כד"א מהם. ואז אמרינן דמן הספק נדון שהוא שלו. אך אם בא לפנינו כשאין א' מהם מחזק כלל, ובעת שפוסקים הדין אי"א לילך אחרי חזקה ממון, מעשה אם אחרי הפס"ד יתפוס א' מהם לא נאמר דאחרי שתפס מעשה ידא דין חזקה להכריע מטפן שהוא שלו, וכבר נגמר דין ממון זה לפני הפיסתו להיות נדון בדין כדאי"ג. וכ"כ הגרע"א כס"י קל"ו ד"ה וא"כ כ"י הו"ל "כגון בההיא ארכא דמהני הפיסה אח"כ, ופשיטא ולא שייך לומר דנולד עתה החזקה להכריע הספק" עפ"ל.

י) ע"י קוד"ס כלל א' ס"ק ה' ה' דחקר בדין חומ"ק אי ילפינן לה מדין חזקה קמייתא באיסוריין, וכדילוף בפ"ק דחולין מביח המנוגע, או דהיא מעין חזקה ממון דילפינן מהסברא דכאיב ל"י כאיבא אויל לבי אסיא. וסבר לפשוט דהיא כחזקה קמייתא מהרמב"ן נפי סוגיא דתחובת י"ט ב' ר"י דמהני תפיסת ומלולת בחומ"ת, דהחומ"ת מבטלין חזקה הלולה

וכעין זה כ' כס"י קל"ו הו"ל "הוא חזיין אלו ה"י תו"ת סד"א לא היינו מוקמתינן כהן' כ"י שטיא, אף דבידורנו דככל ספק אין עושין מעשה להוציא מהמחזק, אי"כ ולא מקרי מוחזק רק יש לו חומ"ק שהוא רק חזקה דעלמא כמו חז' אי"א ופירושה" ע"כ.

ולדברינו צ"ע מודע הוצרך לכאר דחומ"ק היא כמו חזקה דאיסוריין, דאף אם היא חזקה ממון ג"כ א"ש דמתבטלת במקום חומ"ת, וכדמוכח מהרמב"ן דכאר כן כסוגיא דכתובת י"ט ב' דמשום תו"ת מתבטלת חזקה ממון נמורה ולא רק חומ"ק.

אמנם באמת לק"מ, דהגרע"א לא נחיה כלל לחקרות קוד"ס מהיכן ילפינן חומ"ק, דגם חזקה ממון נמורה היא דין דמספק מעמודים על החזקה וכמו חזקה דאיסוריין, ואין נפ"מ לעניין זה אם ילפינן חומ"ק ממה או מנגעים. ולקמן יתבאר אי"ה דפשוט כראשונים דחומ"ק היא מדין חזקה ממון, וליכא למ"ד דהיא מדין בית המנוגע. ונכ"ר גם להגרע"א ד"י פשוט כן.

וכוונת הגרע"א דמפקום דאסרידו כממון תו"ת למ"ד דהוי סד"א, או דנעשה סד"ד למ"ד דכסד"ד לא אולנין כהן שום חזקה, או הדין דהממון נשאר כ"י מי שבטעול מוחזק כן [ובקרקע ביד מי שעומד בקרקע, ואצי"ג דבקרקע ליכא תפיסתו]. דזה כמו דין כדאי"ג דאין שום הכרעה וממילא נשאר המצב כמו שהוא [ולקמן מ"א ב' יתבאר באור ענין זה במש"ש בעניין חזקה ג"ש]. וה"י להגרע"א ס"ד דמאחר דחומ"ק היא מדין חזקה ממון, היא תועיל גם שונחשיב את בעל החומ"ק כאילו בפועל הוא עומד בקרקע, או שהממון בידו, ואז נאמר דמפקום דאי"א להכריע ע"י חזקה נשאר המצב כמו שהוא דהיינו דהממון ביד החומ"ק [ועי' לקמן ל"ד ב' במ"ש לגבי דין כדאי"ג, דהכאנו דיש צד כראשונים לומר כן כדאי"ג, ולזה ביאר דבחומ"ק יש ענין חזקה ממון רק לגבי דין הכרעה ע"י החזקה.

וכמו שהקשינו לעיל דאם חזקה ממון אינה דין חזקה המכרעת מדוע לא יעבור על ספק איסור גזל ומדוע לקידושיי בממון זה לא יהא דין ספק קידושיין, זה לק"מ, דגם היכא דאמרנו כל דאלים גבר חזקה בממון אינו עובר על ספק איסור גזל [ולא רק משום דאין דד"מ ואין כ"י משוררים ספק שמה הממון של אדם אחר, דכל דאלים גבר אינו רק היכא ד"מ של אבותי וז"א ש"א, אלא גם כסוגיא דכ"י שטיא למ"ד דחומ"ת הוי סד"א נעשה על הקרקע דין כדאי"ג ומדין זה חלוקה זוכה בה כיוון שהוא ככל בה הוא האלים. ויעיל תפיסת הכ"י שטיא ממנו אח"כ. וכוונתו מהרמב"ן על סוגיא כתובת י"ט ב' דכחומ"ת דאין כ"י מוכרעין ע"י שום חזקה ונשאר המצב כמו שהוא מהני תפיסה אח"כ וכדון כדאי"ג, וככה"ג אפשר דאף הו"א"ש דס"ל דכדאי"ג אחרי שזכה א' חו אין יכול תפידו לתפוס ממנו, ככה"ג מורה דיכול אח"כ למ"מ ויחפ"ה ל"ד ב' אי"ה. מ"מ גם בדין כדאי"ג וכמו כסוגיא דכ"י שטיא דיש ספק ורד"מ לבי"ד למי משניהם הקרקע מ"מ ליכא ספק איסור גזל. והטעם יבואר בס"ד לקמן ל"ד ב' דכדאי"ג הוכי' היא מכה פסק כ"י שכל הכרעה וממילא מאחר שב"ד פסקו שאם יגבר יו"ה, זוכה מלכתם בתורת ודאי. וממילא י"ל כן גם אם חזקה ממון היא מדין אילמות בעלמא. אמנם הו"א מהרמב"ן לעני"ד אילימא טובא. ולקמן אי"ה נביא עוד דכן פשוט כראשונים.

ז) שו"ר דמה שהקשינו לעיל דאם חזקה ממון אינה דין חזקה המכרעת מדוע לא יעבור על ספק איסור גזל ומדוע לקידושיי בממון זה לא יהא דין ספק קידושיין, זה לק"מ, דגם היכא דאמרנו כל דאלים גבר חזקה בממון אינו עובר על ספק איסור גזל [ולא רק משום דאין דד"מ ואין כ"י משוררים ספק שמה הממון של אדם אחר, דכל דאלים גבר אינו רק היכא ד"מ של אבותי וז"א ש"א, אלא גם כסוגיא דכ"י שטיא למ"ד דחומ"ת הוי סד"א נעשה על הקרקע דין כדאי"ג ומדין זה חלוקה זוכה בה כיוון שהוא ככל בה הוא האלים. ויעיל תפיסת הכ"י שטיא ממנו אח"כ. וכוונתו מהרמב"ן על סוגיא כתובת י"ט ב' דכחומ"ת דאין כ"י מוכרעין ע"י שום חזקה ונשאר המצב כמו שהוא מהני תפיסה אח"כ וכדון כדאי"ג, וככה"ג אפשר דאף הו"א"ש דס"ל דכדאי"ג אחרי שזכה א' חו אין יכול תפידו לתפוס ממנו, ככה"ג מורה דיכול אח"כ למ"מ ויחפ"ה ל"ד ב' אי"ה. מ"מ גם בדין כדאי"ג וכמו כסוגיא דכ"י שטיא דיש ספק ורד"מ לבי"ד למי משניהם הקרקע מ"מ ליכא ספק איסור גזל. והטעם יבואר בס"ד לקמן ל"ד ב' דכדאי"ג הוכי' היא מכה פסק כ"י שכל הכרעה וממילא מאחר שב"ד פסקו שאם יגבר יו"ה, זוכה מלכתם בתורת ודאי. וממילא י"ל כן גם אם חזקה ממון היא מדין אילמות בעלמא. אמנם הו"א מהרמב"ן לעני"ד אילימא טובא. ולקמן אי"ה נביא עוד דכן פשוט כראשונים.

ח) ולדברינו לכאר צ"ע דברי הגרע"א בשו"ת ס"י ל"ז ד"ה ויש לעשות כ"י ש"י לכאר סברת החוס' בדעת רש"ב' ח"ל "הנה סברתם הא' [דהיינו בדעת רש"ב''] י"ל דחומ"ק הוא כמו כל עניני חזקות דאוקי אחזקה ולא נשתנה ממקודם, וכמו חזקה חיתר ואיסור, מש"ה כספיקא דדינא דל"ש ל"י אוקי אחזקה דמקודם, ממילא אין עושים מעשה להוציא מיד המחזק" עפ"ה"ט.

אוחזין [ועמש"כ בזה באורך בריש פ' שנים אבותי ואין רוד"מ, באמת מכה הטענות לחזר לא מתעורר אצל ב"ד ספק על עצם

הבעלות על הקרקע. והטעם בזה דטענה מוכחשת אינה כלום, ואין לה שום משקל של בירור, ולא הוי כמח"ת רמ"מ נמעורר ספק מכה הכוררים הסתמים, אלא שאם היא מוכחשת נחטבל כח בירוה לגמרי, ולכן אינה מעוררת שום צד ספק ושפיר אמרין כדא"צ [ונר' דגם טענה שאנה מוכחשת אין לה נאמנות ובירור כלל, ונאריך בזה א"ה במק"א]. ועי' כ"מ ר' א' דהינא דשנים טענים על ממון ורק א' מהם תפוס בו, מודה סופוס בו דלא החלוקו אלא ישאר הממון כיר האוחז בו, ואע"ג דלית ל' לסומכוס חזקה ממון, ולי' שם ברש"י הטעם "דהא לאו ממון המוטל כספק הוא" יעו"ש.

אמנם טענה היא סיבה לזכות כממון, וכמבואר כסי' קל"ט סעי' ב' דהינא דזה אמור של אבותי וי"א של אבותי, דהייך כדא"צ, כיוון שלא עוררו בטענותיהם ספק אצל ב"ד לגבי בעלות הקרקע, מי"מ אם כא

אדם שילשי וחזוקף אם אין לו טענת כרי נרוך כגולן גמור וחייב להחזיר להם כריך גזולה, ומוכח דאע"ג דטענותיהם מוכחשות זו ע"י זו, ואין להם שום כח בירור, ואין התעוררות ספק לב"ד על הבעלות, מי"מ עצם מה שטוען טענה הוי סיבה לזכות [ונר' דזה גם טעמי' דמ"ד כרי ושמא כרי עדיף, דאינו משום בירור שהרי הוא נוגע ועוד ולממון בעיניו ב' עדים, אלא משום דכן חדין דטענה כשליעצמה היא טובה לוכי' בריך. ומ"ד דל"א כרי עדיף דהו רק משום דאינא כנגוד חזקה ממון].

וכשבאות לפני ב"ד ב' טענות סתורות על ממון מסויים, נהי דאין להן שום משקל של בירור, מי"מ ב"ד צריכים להכריע ביניהן כיוון דטענה היא סיבה לזכות בממון.

חזקה היתר אלא בספק גמור אבל לא בחסרון ידיעה גרידא" ע"כ ועי"ש.

חכמי מרן וצוק"ל כפשוטם קשים לעי' להבינן, שהנה בספק חסרון ידיעה לא

מוקמינן כלל על שום חזקה [ודין חזקה נאמר רק הינא ידוע שהוא ספק], ונעשה דין כדא"צ הממון נשאר היכן שהוא, ולפי' יוכה זה שחלפין בידיו וא"א להוציא ממנו ולהעמיד בחומ"ק הינא דהוי חסרון ידיעה. וי"פ וכן מבואר בקוד"ס כלל ה' אות ט' שפי' שיי' הלשבי"ם בחנו"ס רידן דס"ל דספקא דרינא חשיב ספק חסרון ידיעה ואו לא מוקמינן חשיב ספק אלא נשאר הממון היכן שהוא ואין כח להוציא מחסרון ידיעה ע"ש שכ' וילא שידון ע"פ חסרון ידיעה דידי' לשווי' ספקא ולקמה אחזקה מ"ק כדרך שמעמידין כסי' דמציאות". עכ"ל. והוי כל סוגיות דפרקין הן בספק הכא ע"י טענותיהם ולא ע"י דוד"מ, ואעפ"כ מברעים בהן עפ"י חזקה, דאם החזיק חלוקה גי"ש זוכה ואם לאו זוכה המעריע וקרקע בחזקה בעלי' עומדת [ולעיל כתבנו דחזקה ג"ש אינה מדין ראי' וע"ש בזה לקמן מי"א ב"ן].

ודין אמת ריש חלוקה בין ספק הכא ע"י טענותיהם לספק שנוגד כמציאות דהיינו

דוד"מ, שהרי כסוגיא לקמן ל"ד ב' אמרין דהינא דהספק כא רק ע"י טענותיהם ואין זכריה ע"י חזקה אמרין כדא"צ, אבל בספק דוד"מ, ואין להכריע מכה חזקה, יחלוקו. תלעלי' החלוקה כפשיטות, דכוד"מ מחעורר לב"ד ספק במציאות למי החפץ, וכבר לפני שפיעת הטענות יש להם צד אולי הוא של זה ואולי הוא של זה, ולכן הינא דא"א להכריע בין הטענות ע"י חזקה או שאר הכריעה א"א לומר כדא"צ כיוון דלכל א' יש לב"ד צד ספק שהוא שלו גם בלי הטענות, א"א שנידחו לעיה לחטוף ולהוציא מצד הזכ"י שיש לו דה כגולגולת, וכפי' מש"כ הרא"ש בריש שנים

וממילא חזומ"ק היא חזקה המכרעת גם על העד וילפינן לה מחזי ממון.

יב ועי' קוב"ש ח"ב סי' ט' דהביא דהנה אס חפץ נמצא ביד ראובן, ושמעון טוען שהוא גזול ויש לו עדים שהי' שלו, הדין דהחפץ נשאר ביד ראובן דחזקה מה שהח"י של אדם שלו, ומחזקין לן דראובן בא ליה החפץ בהיתר. ועצם הפיסחו בו מוכיחה על זה, כיוון דלא מחזקין אינשי בגנבי, ולכן זוכה בו. ואם החפץ שביד ראובן הוא גזולות, או כלים העשויין להשאיל ולהשכיר, דבזמם אין החזקה רמה שתח"י של אדם שלו, מפקין מראובן וזוכה שמעון.

והקי' הקוב"ש מדוע מפקין מראובן מכה החומ"ק לשמעון, הרי לראובן נהי דאין לו החזקה מה שתח"י הוא שלו, מי"מ יש לו חזקה ממון הנלמדת מהסברא דכאיב ל' כאיבא כר', ופשיטא דזה איתא גם בכלים העשויין להשאיל ולהשכיר וכגולגולת. וחזקה ממון ערפא מחזקה מ"ק כדמוכח בסוגיא דב"מ ק' א' דאמרי' דהמחליף פרה בחמור ומשך את החמור ומיד נקמה הפרה לרשהו, ואח"כ נמצא בעצירה ולי' ריש ספק אם ליה לפני משיכת החמור ואו הולך לכעל הפרה או אחרי שמשך החמור ואו הולך לכעל החמור.

ואמרין ע"י כונו' דאם הולך קאי באגם יוכה בו בעל הפרה מכה חזומ"ק, אך אם הוא תפוס כוירי בעל החמור יוכה בו, וע"כ זהו מכה חזקה ממון לחוד [עי' חנו"ס שם דכ' דא"א לומר דהחלוקה זוכה מטעם החזקה דכל מה שתח"י של אדם שלו כיוון דמיירי בגזולות דלית בהו חזקה זו, ועוד יחבאר לקמן אי"ת]. וחזקין דחזקה ממון ערפא מחזומ"ק.

ותרי' הקוב"ש דה"ל "אבל באמת הדבר פשוט דדינא דמחזקין לא שייך אלא בספק דוד"מ, דזה נקרא ממון המוטל בספק, אבל הינא שהספק בא ע"י טענותיהם ככד"ג לא מקרי ממון המוטל בספק, וממילא לא שייך הכא דינא דמחזקין, וכמו דבאיסורין לא מלתיא

בחזקה המוחזק בו עד שיביא החובע ראי', דהוא איהו דכאיב ליי' ואין ראי' שתועיל תביעתו מן הספק, ולכן נאמר דמן היושר הוא להכריע בכל ספק דמחזקין שהממון של המחזק כ"י שלא הביא החובע ראי', ומזה נעשה דין חזקה המכרעת להחנה כן מן הספק, כמו דחזקה קמייתא אינה מכרעת מדין רק דמתנהיגים כן מן הספק.

ואם נאמר דהחורה החירה ספק איסור גזל אי"כ מדוע לא מהני תפיסה ממנו, שהרי כשם שהחורה החורה ספק איסור גזל לזה כן החירה לזה. וזה גופא קושיית מוהר"ר חיים כהן דס"ל דהגמ' הי' פשוט לה דאם לישראל יש רק חזקה ממון שאינה מכלתה הספק רק יכול להשאיר הממון אצלו כי החורה החירה ספק איסור גזל וגם חזומ"ק כן הוא, אי"כ פשיטא דאם תפס הכהן אין מוציאין מידו שהרי לא הוכרע הספק, וגם לכתן החירה החורה ס' איסור גזל. והוכיחה הגמ' דחזומ"ק דהישראל היא חזקה המכרעת מזה דמועילה לבני איסורי' להכריע דחייב כמעשה, ואחרי דהוכח דהיא מכרעתה הספק ממילא גם לא תועיל תפיסת הכהן דכבר נפסק שהוא של הישראל בחרות רדאי.

ולדבריהם אלה מפואר דתפיסת הכהן לא מרני רק משום דחזקה מ"ק דהישראל היא חזקה המכרעת, ואם נאמר דחזקה ממון בעלמא אינה חזקה המכרעת א"כ צ"ל דכהן ספקי' דר"פ שור שנגח אה"פ דלית ל' לנתבע חזומ"ק, [ולגבי הספק אם מכה לשחיטה או חרישה כמב' להדיא חנו"ס בחובות ע"י א' דחזומ"ק מסייעת לתובע ולתבע יש רק חדי ממון] מהני תפיסת החובע, ואילו כל הפוס' שהכריעו דת"כ מי"מ כתב דכן הדין גם בהנך ספקי' דפי' שור שנאד"פ ולא מהניא תפיסת החובע, ולקלישות דעתי נר' דא"א ליישב זאת לשיטת מוהר"ר חיים הכהן וצ"ע"ג. נר' מוכרעת מזה כמשנ"ח לעיל דגם חזקה ממון בעלמא היא חזקה המכרעת.

והם שוקלים חשבון החזקה והבירווריים שיש להרשה והרי מקח טעות, או לשחיתות, וללוקח יש חזמיק במעות ואפי"ה זוכה המוכר כיוון דהמעות בידו וחזקה ממון דילי" עדיפא מחזמיק [ועיי' עור ראי' כעין זו דחד' ממון עדיפא מחזמיק].

והרי החוס' הרי א' דלא קאי, ולבסוף ה' בשם ריב"א הי"ל יוני' לריב"א דדקא הכא שמחזיק עצמו מסופק בפרה ואין לו שום טענה בורה והיא חזיקתו כמאן דליתא, הוא דאזלין בחר חזקה דמי"ק, ודמי לתקפו כח ולכאוי' הוא פלא, דהנה כריש פ' שור שנה את הפרה אמרינן דחזקה ממון מדין דכאיב ליי' כאיבא הוא אף כשהתחבב טועין בה והמחזיק טועין שמה.

דף וכוונת החוס' נלעז"ד דהנה כאן כשנמצא החמור מת החמור הספק על תחילת כניסת הפרה לבעלותו של בעל החמור, וכן כמוכר שור כשנמצא גמון החמור ספק שמה הוא מקח טעות ותחילת כניסת המעות לרשות המוכר היחה בטעות ומעולם לא הרי המעות שלו, וכוה אית לו למימר דחזמיק עדיפא על חזקה ממון דהמחזיק, דדיא מכרעת על תחילת כניסת הממון לרשות המחזיק דכאותו רגע נכנס לרשות ממון שאינו שלו, כיוון דלפני המקח ודאי ה' הממון של המרא קמא, יש לחזיק מספק דלא נשתנה ממה שהי' מקורם ולא פסקה בעלות המי"ק, ונשארו בעלים על הפרה כיוון דלא חל המקח, וכן על המעות דהי' מקח טעות, וכוה לא מהניא חזקה הממון דהמחזיק כיוון דהיא מתחילה רק אחר שהממון כבר ברשותו, והכא החזמיק מבייטת דתחילת כניסתו לרשות היחה שנכנס לרשותו ממון שאינו שלו וא"כ מעולם לא התחילה אצלו מחזקותו כממון הו.

כ"ב לא מפקינן מיד התופס, ואצי"ג דכבר ידע מכה חזקה ממון דהשה של ישראל דא תפיסה כט"ב, והטעם כ' באחרונים אחר דיקי"ל רעביד איניש דינא לפשיי א"כ ל' ל' שהממון שלו מותר לו לתפוס ולכן שותפס בהיחר מהניא ליי' תפיסתו א"כ מוחזק* שנאמר דמעות מספק אין תפיסה מהמחזיק [משא"כ תפיסה באיסור אחר שנוגד הספק דפשיטא ולא יחשב חזק לעניין סברת דכאיב ליי' כאיבא, דהוא א"כ ואין חזיקתו כלום]. וכוה מחלק דנהי ככד"ג חזמיק עדיף מי"מ כט"ב מהני תפיסתו מן דמי"ק ונעשה הוא המחזיק.

דעת הוכה ראשונים דכתקפו כדון מוציאם מידו אף בטועין כרי [עיי' רמב"ן פ"טמ"ג נגון עדיפא חזקה ממון דהמוכר ונחפס במעות מהחזמיק דיש ללוקח במעות ומשום דהלוקח התפיס את המוכר במעות מעצתו ורצונו, ונהי דחזמיק דהלוקח במעות קדמת לחילת כניסתם לחזקה המוכר וראוי שתתא עדיפא מחזקה ממון של המוכר, מי"מ אחרי שהתפיס את המוכר במעות מדעתו מעתה כיוון דאין תפיסת המוכר באיסור מהניא ליי' להיית מחזקתו כממון].

[ועיי' חוס' כ"מ ק' א' ד"ה וליחזי כ"י, דכנמי אמרינן גבי המחליף פרה בחמור ולדה, ומספקינן למאן הולד, ונחזי ברשות דמאן קיימא ולהי' אידך הממעי"ה, ומכונאר דאם הוא ברשות הלוקח יזכה בו מספק, והקי' החוס' יזא"ת וכי נמי הוי הולד ברשות לוקח אין זה הוכחה דקנאה דהא אמרינן בח"ה תמורתו אין להן חזקה משום דשמה מאליתו כנא לרשותו כרי"י, והי' החוס' עיי' י"י"ל כיוון דאיבא דודא דממונא ויש ספק ברכיב בלא שעתותה, וטועין כרי' הלוקח, אם הוא ברשותו אין להוציא מידו, אבל אם ה' טועין שמה סברא הוא שלא תועיל חזקה מספק" עכ"ל.

עיי' ביאור יתור נכתו בב"ב ר' ב' על שיד' עיי' ע"ה.

ועיי' שיערי יוסר ש"ה פ"ט שנחשקה מה הקי' החוס' מהא דנדרותה אין להן חזקה, דה נוגע רק לחזקה כל מה שחז"י של אדם שלו אך אינו נוגע לחזקה ממון דילפינן מן הסברא דכאיב ליי' כאיבא כ"י, והכא הנהיך שיזכה הלוקח משום חזקה ממון לחוד, ועיי' גם בתומים על ק"י ת"כ ט"ז שיעמד בזה, ועיי' בהי' הגרמי"ט השלם הגרמי"ח ט"י קל"ח.

והרמב"ם כוונת החוס' דהנה בפשטות ללד הפרה לא נולד ברשות הלוקח [דאן הרי נדע דילדה אחרי שקנאה אם לא שהי' בפקודן אצלו זהה מטמאה לא שביח' וא"כ כשתפס הלוקח את הולד מן האגס הרי זה ממש כתקפו כהן, דתופס מכה הדרד"מ מחזקה מי"ק [ועיי' בשמ"ק בשם רא"ש ד"כ להדיא דהקורשיא הוהא לחלק בין הכא לסוגיא דתקפו כהן], והסברא הפשוטה היא כהרמב"ן דגם כט"ב מוציאם מידו שהי' החזמיק כבר הכריע הספק לפני שהתחיל החזקה ממון, ולכן רצו לפרש החוס' דהחזקה כל מה שחז"י של אדם שלו, ולא מחזקינן איניש בנוגדי, מוכיחה דהלוקח תפס הולד כיוון דידע דנולד אחרי שקנה הפרה, ונעמיד שלא תפס מחזקה המוכר [דאן ליכא החזקה מה שחז"י שלו] אלא מדר"י דכפר"ג שפיר מהניא עיי' משנ"ת בזה לקמן ל"ג ב' [ומיי"י שראוהו עדים שתפס, וגם ראו עכשיו בידו, דאין לו מגו, ולטעון שהוא יודע שנוגד אחרי קניינו א"צ שום מגו, דהחזקה דלא מחזקינן ליי' בנכב מוכיחה כדבריהן].

ורדדו החוס' פ"י זה שהי' מיי"י בנדרותה, ופירשו דכאמא אין כאן החזקה מה שחז"י הוא שלו, וזוכה מכה חזקה ממון, ולא אמרי' דכבר הוכרע על כניסת הממון לרשותו שהוא בגול, דכט"ב כדאי כניסת הממון לרשותו אינה כדור גזלנות, שהרי עכ"ד איניש דינא לפשיי, ואיי"ש הי"ב.

ועיי' שמ"ק דהראשונים הסוכרים כהרמב"ן דלא מתיי טי"ב בתקפו כהן, פירשו כאן

והם שוקלים חשבון החזקה והבירווריים שיש להרשה ולמי הממון לפני שמיעת הטענות [שהרי לטענות אין משקל בירוור כלל], ולמי שהי' מחזיקין לו הקרקע לולא הטענות, הוא זה שמבמיעים כשטענות.

וכספק חטרוו דיעה כ"ד לא יושבין לדון כלל ולא מעמוריים על שום חזקה ונשארו המצב כאילו לא בא לפני הבי"ד שום דין, אמנם כספק בין ב' טענות נהי דהטענות עצמן לא מעוררות ספק על עצם הבעלות וגם אין להן משקל בבירור הדין, מי"מ מביחון שטענה אפי' מוכחשת היא סיבה לז"כ כמבואר מסי' קל"ט, ב"ד יושבין לדין ומכריעים לפי מה שמחזיק להם על ממון זה בין ב' הטענות, ויסוד זה מוכח עוד בסוגיות רבות ואפמ"ל.

ומי"מ לזכרינו הדרה קשיית הקוב"ש לזכרתה, דאם אכן יש לפי שהתפך תח"י חזקה ממון מדוע לא נזיל בחרה להעדיף טענתו על פני טענת המי"ק.

יג' והרמב"ם כוה בהקדום דהנה ככתובות עיי' א' אמרינן דהמחליף פרה בחמור, ומשיך בעל החמור את הפרה [ומיד נקנה ג"כ החמור לבעל הפרה], וכשכא בעל הפרה ליקח חמורו מצאו מת, ומספקינן אם מה לפני שמשיך בעל החמור את הפרה, וברשות בעל החמור מה וצריך להחזיר הפרה, או שאחרי המשיכה מה ומת לבעל הפרה וכוה בעל החמור בפרה, כוה הדין דמן הספק זוכה לבעל הפרה, וצריך בעל החמור להחזיר לו הפרה [וזהו רק הס"ד דהגמ', ומסקנתה הגמ' לא כן עיי'ש].

וכתום שם ד"ה על כרי, פ"י דכס"ד דהגמ' חסעם שזוכה בעל הפרה משום דאית ליי' חזמיק, והיא עדיפא חזקה ממון דיש לבעל החמור בפרה שהרי היא תפוסה בידו, ודקי' החוס' אין ה"י ס"ד דהגמ' ליי' כן, דמסוגיא דבי"מ ק' א' מוכח דחזקה ממון עדיפא מחזמיק, וכן מוכח מהמוכר שור

ליכא למומר הכי, ומאחר דהוכרע מדין רוב דנכנס לדשחתו באיסור לית ליי חזקה ממון. ולדעת הר"ב"א ודאי ג"כ הכא אין לו חזקה ממון מדין טעמא, והכא הרי אינו ט"כ. וזה פשוט דלמ"ד דיכול לחפוס בטענת ק"ם לי זהו רק ויש לשיי הר"ב"א דמהני ט"כ לעשות לתופס חזקה ממון. וכלא טענת כרי ודאי יחזיר כמו דק"ל תקפו בהן מוציאין מידו. והכא במוצא אבידה אינו טוען כרי ופשיטא דלא תהני הפיסתו. [ואם ה"י ט"כ"ב ה"י מהני כמו ק"ם לי, דלא אפסי לן דאיכא רוב נגדי, והוא יודע שהוא מהלשיט וכמקום שאין ספק לא שייך הכרעת רוב, וממלא מותר לו גם ככה"ג לעשות דינא לנפשי, וממלא נעשית לו חזקה ממון דמהני נגד רוב. וקושיית השי"ש צלע"ג לקוצר השנתי.

בקרוב,

מומין חזקה מוציא ענייני חזמ"ק.

וכשריש ענייני חזמ"ק.
(יז) **ובקרוב** אם ירד א' לקרע של חברו ואיכא דרד"מ שהיא שלו לא מהני מה שירד כדי לזכות בקרוב אף כטוען כרי. והשעם דכט"כ מהני טענתו לשיי החוס' כדי שחאה לו חזקה ממון וכמשנ"ח לעיל אך בקרוב ליכא תפיסה דיאנה ושמטת ממקומה, וממלא אין חיוד לחוכה מוחזק בה כלל, ולא שייך כ"י חזקה ממון והוי היורד מוציא מחבירו. והו דכר פשוט. ומוכח ממנה דוכתי ואכמ"ל.

ומזה נר' דכמו כן גם לכעלים אין חזקה ממון בקרוב. שהרי גם הכעלים אינו יכול לחפוס בקרוב. והא דאמרינן דקרוב בחזקה בעלי עומדת אין זה משום שהוא חפוס בה ויש לו חזקה ממון, אלא משום דמוחזקין דכמו שה"י בעלים מקודם, וזה מפורד ע"י עדים או שטר, כך הוא בעלים עכשיו, והיינו חזמ"ק.
וכ"כ בקצרה"ח סי' פ"ב ס"ק י"ג דבקרוב לא שייך כלל חזקה ממון אלא רק חזמ"ק.

חזקה חזקה ממון כיוון דתפיסתו בהיתר מדין עבדי איניש דינא לנפשי.
הוה הפלל דכל דיני תפיסה בממון וכל דברי הש"ך בתקופו בהן, ושאר אחרונים שדנו בזה, סובבים סביב פוטי כלל זה, ה"כ.

ענייני ק"ם לי הביאו הש"ך ביחד עם ער טעמים מרוב תועיל תפיסה בפלוגתא רבנא. ושאר הטעמים ס"ל דנפקע חזקה ממון דהתבע בפלוגתא דרבנא לא מהני חזקה ונעשה דין כל דאלים גבר. וטעם ק"ם לי הביאו הש"ך דגם על הצד רנאמר דיש לנתבע חזקה ממון מעליא אף בפלוגתא דרבנא, ושי"ש דעת הר"ב"א והרא"ש דמהני תפיסה כט"כ, וק"ם לי הוי כטוען כרי [ע"י קודמ"ס דיש כלל ה' שהביא דברי הש"ך דק"ם לי הוא מטעם ט"כ"ב].

ובלוקח לעצמו אבידה של מישור שהוא רוב ישראלי, הנה כשכאים לכ"ד הנדון

ככ"ד הוא על רגע כניסת האבידה לבעלותו אם ה"י כגול או בהיתר. וכבר נתבאר לעיל דגם החלוקים על הר"ב"א וס"ל דככה"ג אולינן בהר המחזק השתא, והו דוקא היכא דמכור דכניסת הממון לרשות מחזקה ה"י כהיתר ומוצא בעלים, אך הכא הרי בעת הדין נעמה, ולפני שהתחילה חזקה הממון שלו, הכריע דין רוב דאסור לו לזכות בממון זה. והכרעת הרוב הייתה לפני שהתחילה חזקה הממון שלו, ורוב שאין נגדו חזקה ממון אולינן בהרי' גם כממנוא [ע"י חוס' כ"ק כ"י רע"ב], ומאחר שתחילה זכיתו באבידה היחה כאיסור, ודאי דלגזול ליכא חזקה ממון.

וכ"כ מפורא להדיא בלשון הר"י שהביא הש"ש דהרי"י לא ס"ל כריב"א בתוס' כהרובת ע"י דהשעם דחזקה ממון דהחזק במשנת כשור ונמצא נגזן וכי"כ עריפא מהחזמ"ק דיש ללוקח במשנת [אע"ג דהחזמ"ק מוכרעת על החלת כניסת הממון לרשותו שאינו שלון משום דהמוכר ט"כ"ב, אלא משום דתפס מדינת בעלים. ולזה מחלק רבאבידה

פוסקים, דאין הולכים בממון אחר הרוב. וכן דעת רבים מגדולי האחרונים.
וכשריש שם הק' ע"י דבסוף פ"ק דתנכות אמרי' דתנינן הנמצא מושלך. אם רוב בניא באותה עיר ישראלים דינו כישרא"ל, ואמר רב פפא דמחזירין לו אבידה, ופרישי' דרבנא היא דמוציאין מיד ישראל הזוכה בה. והביא השי"ש על זה דברי ר"י וד"ל "דאפי' למ"ד דאין הולכין בממון אחר הרוב דוקא כשהממון שאנו רוצים להוציא בא לידי ברשות בעלים כגון מוכר שור לחבירו ונמצא נגזן. אבל חד מציא דשמא שלא כריין בא לידי כ"ע מורד דהולכין אחר הרוב" עכ"ל. והביא שם עוד כמה ראשונים דכתבו כן [והביא דברי המ"מ על זה דאין למוצא אבידה חזקה ממון כה"ל, וכי מכת זה לדחות שי' הש"ך].

ודברי השי"ש בענייני אינם מובנים לי. דהנה כסוגיא דתקופו בהן מובוא דתפיסה לא מהני אחרי שהוכרע מדין חזקה ממון דהממון של התבע, ומה שדנו כס' תקופו בהן ושאר מפלשים באופנים מהי מהני תפיסה, והו בהכרח בא' משני אופנים. הא' דיש איזו סיבה דליכא למייל בהר חזקה הממון של התבע, וכגון כהו"ת למ"ד דהוי סד"א, וי"א דה"ה כספיקא דדינא [ויש חילוקים בין אופנים שונים של סד"א], דאז מאחר דאין חזקה ממון נעשה על הממון דין כל דאלים גבר ואז מהני תפיסה [ע"י שי"ך סי' קל"ט סק"ב דהרבה ראשונים ס"ל דכריין כדא"ג יכול השני לחפוס ממי שתפס ראשון, וי"ל דכאן גם הרא"ש יורה ע"י לקמן ל"ד כ"ל].

וראו"פ הכי דנעשה לחופס חזקה ממון כמה שמחזיק הממון אחרי תפיסתו. ובהתפס לפנינו לא יתכן דהתא לו חזקה ממון וכחופס תפיסתו, דחזקה דהנתפך כבר הכריעה מכת תפיסתו, שגבס לרשותו באיסור לפני שהתחילה המוחזקות שלו, והוי גזיל. אך באופן אחד זה יתכן לשיי הר"ב"א הובא לעיל וכן דעת הרא"ש וחוס' בכמה דוכתי דכט"כ עוליה

דאכן זכיתו הלקח היא מכת החזקה ולא מחזקין ליי בגב, והירצו דלא מייירי בגוונא דגוררות שאין להם חזקה יעו"ש וע"י קודמ"ס כלל א' ספ"ק י"ל דהחוס' כתבו דכריהם לכאן ולדברינו י"ל דהחוס' כתבו דכריהם לכאן מדיני יש לו חזקה ממון. ולא דכאו לכאן דהתא לו חזקה מ"ק. ודרי"ק היטב ואכמ"ל.
טו) ובהו נכוא לק"י הקוב"ש דה"ך דמחזיק שמעון בכלים העשוין להשאיל ולהשכיר [דליכא משום אחזקי איניש בגבוי לא מחזקין], וראובן טוען ששמעון גזל ממנו ויש לו עדים שה"י שלו, ושמעון טוען שקנה, מדיני לא זוכה שמעון מכת חזקה ממון דכא"כ לי כאיכא אויל לבי אסא. ולהמבואר לעיל י"ל דמאחר דכאן הספק כיצד נכנס הממון לרשות שמעון, בהו עריפא החזמ"ק דראובן מהח"מ של שמעון, דמאחר יודיע שה"י של ראובן הנדון על המעבר מרשות ראובן לרשות שמעון, ועל מעבר זה לא שייך לדון מצד חזקה ממון של שמעון דאכתי אינו מחזק, דהו גופא הנדון כיצד נכנס לחזקה, ועל עצם המעבר מוכרעת חזמ"ק דראובן דה"י בגול ולא נפסקה בעלול ראובן, דמספק אית לן למימר דשאר כמו שה"י מקודם, ואחרי הכרעתה הו ליכא חזקה ממון לשמעון כלל דהחליל חזקתו בגול וחזקה גזיל אינה כלום.

ורכא לא מהני לשמעון שיטען כרי אף למ"ד דבתקופו בהן כט"כ"ב אין מוציאין מידו, דהו דוקא בדרד"מ, אבל הכא דליכא דרד"מ לא מהני תפיסתו כט"כ. וכאן גם ליכא למימר דתפיסתו שמעון היא מדינת בעלים, דהו רק באופנים שהבאנו לעיל דודאי לא גזל, אך כאן דמספקין שמא גזל א"כ חזקה בגולונתא אינה כלום.

טז) וע"י שי"ש ש"ד פשי"ז, דהביא דברי השי"ך כס' ח"כ דפפלוגתא דרבנא יכול לחפוס ולטעון ק"ם לי כהפוסקים דממון זה שלי ואפי' הם מיעוט

בקרקה תו"ת ונעשה עלי' דין כדא"ג נאן
 שגעשה עלי' דין כדא"ג מבח סד"ד].
ולענין קשה לומר כן, מלבד מה שכבר
 נתבאר לעיל בתחילה דברינו
 בעושה"ת, מצד עצמו הדבר קשה כסבא,
 היכן מצינו ענין כזה דאע"ג דהבעלים אינו
 כאן חשיב שחופס בפועל בקרקע ונג אם זו
 תפיסה מהיכי תהי' להכריע שהיא אלימא יותר
 מהפסח הגולן.

והנלענע"ד כמו שכבר נתבאר, דבקרקה ליכא
 תפיסה כלל, וכדמוכח מדוכתי
 טובא, ואכמיל'. והתם כלולב הגזול הבעלים
 אינו חופס כלל בקרקע ונג לא הגולן. רק דה"י
 מבורר לנו דהבעלים קאזא ברין, וידעינן
 דהגולן שייך לתוכה ירד שלא כד"ן, וא"כ
 אחרי שוה לא תפס מירי וזה לא תפס מירי,
 נעשה הדין כאילו פה עומדת כאנג ולית מאן
 דתפיס לה, וכא אחד לכ"ד ומביא עדים שהיא
 שלי כד"ן, וכא מבורר לכ"ד והוצה לזכות
 בפרה וב"ד יודעים שהוא שקרן בעלמא ואז
 לו שום זכות בה. וכדא"ג ככה"ג לא חל שום
 דין גזילה בפרה ואם מתה פטור הך גולן
 כביכול מאתומי'. וכך הוא גם כהך ארעא, ולכן
 אין בה דין גזילה ומי"ש רש"י דחקוקה בעלי'
 עומדת דהיינו דנשאר מבורר לן שהיא של
 הבעלים, והכירור על הכעלות הוא כה הז"י
 היחיד בקרקע, והוא הדבר היחיד שקובע
 ברשות מי היא. כי א"א לשום אדם להכניסה
 בפועל לרשותו. אך היכא ויש עדות תו"ת או
 סד"ד וכיו"ב דמבעלים את הכה של חומ"ק
 לכבר את הכעלות, ממילא אין למ"ק שום כח
 בהך ארעא, ולענין זה חומ"ק היא כמו כל
 חוקה דמעיקרא באיסורי.

ורא דמהני ריידה לקרקע לנבי דין כל דאלימ
 גבר, וזה משום דכד"ן כדא"ג אי"צ
 תפיסה דנחשבט עפ"י דין תורה לחפסיה, אלא
 ההכרעה היא רק עפ"י כה ואלמות לחת, ובע"פ
 דכה הירידה לקרקע לא מהני לשום
 דין, מ"מ כבר הוכרע דהוא אלימ יותר בקרקע

ע"י קר"י ב"ב חספות ס"י א' שדן אי
 חומ"ק בקרקע עושה רק שירא לו
 דין חוקה כמו חוקה דאיסורי דבמקום ספק
 וסוקים הדין כפי החוקה או דמכח חומ"ק
 חשב שהוא תפוס ממש כממון ומחזיק בו
 כמציאיות וייתי ל"י לזכות גם כד"ן כל דאלימ
 כד"ן. והבאנוהו לעיל בתחילת דברינו ע"ש
 באורך.

הביא שם הקד"י בשם ת"ה אחד שליט"א
 להוכיח דחקירה זו שייכא רק
 למטלטלי, אך בקרקע לכ"ע החומ"ק משוי ל"י
 תפס ממש בקרקע דאמרי' בפ' לולב הגזול
 דתעם דקרקע אינה נגזלת הוא משום דקרקע
 חזוקה בעלי' עומדת. והתם אינו ענין ספק
 לל, וידעינן כדא"ג דהשני גולן, ומוכח
 חומ"ק אינה רק כחוקה דאיסורי דא"כ לא
 י"י שייך כלל להוכיח במקום ולא אחינן
 כבר שום ספק], אלא ונחשב שהוא ממש
 תפס בקרקע כמציאיות. וממילא כמו שהתם
 חתי חומ"ק שנאמר דהיא עדיין בידי ולא
 צאת לרשות הגולן, כך כד"ן כל דאלימ גבר
 אמר דחומ"ק עושה שהקרקע בידי ויזכה.
 וע"ש מה שהשיב מרן הקד"י צע"ל על זה.

ל הצעיר והדל אין ראוי לגשת אל הקודש,
 אך ה"י נלענ"ד לדון בקרקע דאין רא"י
 שם. דאותו ת"ה שליט"א כר' הכין רמאחר
 חזינן דבקרקה היכא דזה אומר של אבותי
 ז"א של אבותי, מי שייך לתוכה ראשון תפס
 זכה מרן כדא"ג, א"כ מבורר לריידה לתוך
 הקרקע שפיר יש חשיבות של תפיסה בה.
 א"כ כשהגולן ירד לקרקע, והבעלים לא עומד
 זה מדוע לא נאמר דכונסה הקרקע לרשות
 הגולן חל בה דין גזילה. ומזה הוכיח דדוקא
 כד"א של אבותי כ"י דאין מרא קמא חשיב
 ירידה לקרקע תפיסה, אך היכא דאבא
 חומ"ק היא עושה שהבעלים כבר נחשב תפוס
 בתפיסה אלימא, ומה שיררד הגולן לקרקע לא
 מהני ל"י להוציא מחמת יד הבעלים. וא"כ
 דכא נמי חומ"ק תועיל לזכות היכא דאסדהד

שהנהי חומ"ק נגד חזי ממון, צריך להגיע דחי'
 ממון הוי כמאן דליתא. דאין כאן ב' חזוקה
 נפרדות הנשקלות זו כנגד זו. אלא באמת
 שחז"ן הן חזקה א' להוציא מחבירי, וסבא דחזקה
 דכסבא א' להוציא מספק שהוא ברשות זה שנמצא
 ממון ונחזיק מספק שהוא ברשות זה שנמצא
 הממון ברשותו. ואם הממון מחזק אצל
 המחזיק, ממילא ודאי החזק הוא זה דכאיב
 ל"י כאיבא, ואם חזקתו כמאן דליתא, ממילא
 הוא עצמו זה דכאיב ל"י כאיבא כנגד החזק
 שריש לו חומ"ק. ונ"ע סמ"ע ס"י פ"ב ס"ק
 מ"ד, וע"ש כריכ"ש בפנים דגם משם משמע
 דלא כהצ"ח].

ושור בעושה"ת מצאתי ממש כדברינו
 מבאר כמהרש"א ב"מ דף ק' ור"ל
 ידמה שייך חומ"ק היכי שהשני מחזק ממש
 כממון, ולא אמרו חומ"ק אלא כי הכא שאין
 א' מהם מחזק כנגד בעומדת כאנג כ"י דאמרי'
 הכא לרבנן דאית להו בעלמא דחזקה ממון
 מהני אית לן למימר דה"ע מהני חומ"ק
 להעמיד הממון בחזקתו, וה"ל כאילו הוא
 מחזק ממש כממון. ומבורר להרא דס"ל
 דילפי' חומ"ק מהני ממון, ומכיוון ששורשן א'
 א"א לומר שחז"ן כב"א. וע"ש שהביא לשון
 התוס' לקמן ל"ה א' ד"ה ומאי שנא שכ'י
 להראי דחומ"ק הוא מרין חזקה ממון רכ' גבי
 סוגיא דב"מ ק' א' אלא משום דאזלינן בתר
 חזקה דממונא ומקמינן בחזקה מרה קמא'.
 וכ"כ בתוס' ב"מ ב' כ' ד"ה התם כ"י גבי הך
 סוגיא מ"מ מקרי הא' תפיס מחמת חומ"ק'.
 ומוכח מזה דחומ"ק יסודה מרין חזקה ממון.
 ומוכח גם דחי' ממון הוא דין הכרעה מספק
 וכמו חזקה קמייחא באיסורי, וכמש"ת
 בעושה"ת [וש"י דמתוס' ב"מ ב' אין רא"י
 לדברינו ע"ש, אך יש להביא רא"י גדולה
 לענין מהא דמבורר כב"מ ק' דסומכוס פליג
 אף על דין חומ"ק, ואם חומ"ק נלמדת מביח
 המנוגע מדוע יחזיק עלי', דהוא פליג רק על
 סברת דכאיב ל"י כאיבא].

וע"ש דס"ל להקצ"ח דחומ"ק אינה אלימא
 כחזקה ממון, אלא רק כחוקה קמייחא
 באיסורי. ולכן מהני מנו להוציא ממנה וכן
 רובא. וע"י ש"ש ש"ד פכ"ד שג"כ ב' דרובא
 מהני להוציא קרקע מחזקה בעלי' כיוון דאינה
 אלא חומ"ק שהיא כחוקה קמייחא, ואינה
 אלימא כחוקה ממון.

והביא שם בש"ש רא"י לזה מתוס' דידן,
 דס"ל להתוס' דטעמא דרכ יוסף משום
 דלא אמרינן מנו להוציא, וכן קיי"ל, שהרי
 הלכתא כרב יוסף כותי. ואע"פ אמרינן מנו
 להוציא בקרקע. וע"כ משום דנגד חומ"ק מהני
 מנו דאינה כחוקה ממון. וע"י משנ"ת בזה
 לעיל על תד"ה אמאי כ"י דמהר"א"ש מוכח
 איפכא וכן גם נ"י בדברי התוס'. וע"י לקמן.
 ושו"ד בקוב"ש ח"ב ס"י ה' רכ' דמוכח
 מהר"א"ש דרובא לא מהני נגד חומ"ק
 וכ' דכ"ש דמנו לא מהני. והביא שם גם
 דחומ"ק עדיפא מחזקה הגוף דהיא אלימא
 מכל החזקות דילפינן מביח המנוגע. וכן מוכח
 גם מתוס' דפ' המדיר ה"ל דחומ"ק עדיפא
 מחזקה הגוף. וכדאי' שהביא הקצ"ח בס"י
 פ"ג יש לדון ואכמ"ל.

יח' ודנר' מה לענין דגם חזקה מרא קמא
 לפינן לה מהסברא דכאיב ל"י
 כאיבא, וכל ריני וכה חזקה ממון אית לה. והא
 דחזקה ממון עדיפא מחומ"ק, אין זה משום
 דהיא אלימא טפי, אלא דמקום חז' ממון תו
 ליכא כלל חומ"ק. דשחז"ן הן מכה הסברא
 דכאיב ל"י כאיבא אויל לפי אסיא, וא"א
 ששניהם הידי חשובים דכאיב ל"י כאיבא. אלא
 כשהממון ביד המחזק ממילא החזק הוא זה
 דכאיב ל"י כאיבא ועליו להוציא ממה שביד
 המחזק ועליו להביא רא"י וליתא לחזקתו
 כלל. ורק כשהיא כאנג או אמרינן רמאחר
 דאין מי שתפוס, מסתבר דזה שלא הי' בעלים
 מקודם הוא זה דכאיב ל"י כאיבא ועדין
 להוציא מזה שהחזקתו כבעלת עד עתה. וכן
 נ"י מלשון תוס' דפ' המדיר, דמכבו דכ"י

וע"ש דס"ל להקצ"ח דחומ"ק אינה אלימא
 כחזקה ממון, אלא רק כחוקה קמייחא
 באיסורי. ולכן מהני מנו להוציא ממנה וכן
 רובא. וע"י ש"ש ש"ד פכ"ד שג"כ ב' דרובא
 מהני להוציא קרקע מחזקה בעלי' כיוון דאינה
 אלא חומ"ק שהיא כחוקה קמייחא, ואינה
 אלימא כחוקה ממון.

זו שהיי לא שייך בה הכרעת כרא"ג מלבד

כעניין אי חזקת ממון וחזמ"ק מכריע גם צנפי אסורים.

(כ) הנה לקמן בדרך פ"א מכונן דאם מוכר ב' אלנות יש ספק אם מוכר צמחם גם

הקרקע, ומדין חזמ"ק נשאר הקרקע כבעלות המוכר. ואפ"ה אמרין דמחוייב הלוקח בפיכורים מספק שמא הקרקע כבעלותו. ועי' בסוגיא דתקפו כהן, דבספק כבוד זוכה בבעלות עליו הישראל. והכרעה זו דהישראל בעלים מהני גם שיוכל להכניסם להתעשר במעשר בהמה, ולא מקרי עשירי ספקי. דהחזקת ממון הכרעה בודאי שהוא של הישראלי. ויכול גם להקדישו. אבל לגבי איסור גינה ועבודה [דמכונן] שם כסוגיא דהוא תולדה של הבעלות הממונית של הכהן, ולא נאסר ממילא מצעם העובדא שהוא פטר רחם, דאל"כ אינו עניין לנדון הנמי' שם כלל. היישינן לספק שמא הוא של הכהן ונאסר מספק. ועי' קה"י ב"מ ס"י כ"א [ובמהד' החדשה סי' י"א] שהאר"ך כזה והביא דברי הגאונים החמדי"ש והנחמדי"ם כות. ויעויין גם בשע"י שער ה' מפ"ד והלאה [וכעת לא ה"י לי הפנאי לעיין היטב בכל מה שהאר"ך שם טובא כות].

והנלענדי' יסוד העניין דהנה אם חזמ"ק היא

מדין חזקה קמייאת באסורי וילפינן לה מביית המנוגע, אי"כ מאחר דלפני המכירה ה"י ידוע בודאי דהאלן של המוכר וחי"ב עליו בפיכורים [דחזקה מה שתח"י של אדם שלו, וכמשנ"ג לקמן ל"ד א"ן], אם חל ספק אם מוכר ומוקמין בחזמ"ק בהכרח החזקה אומרת דאין לשנות הידוע לנו מקודם החזקת ספק, ונשאר מוכר בודאי שהוא של המוכר, וממילא ודאי פטור הלוקח מפיכורים, ולענ"ד אין כזה ספק.

כבא בתרא ל ב :

אמנם כבר נחבאר לעיל דחזמ"ק היא מדין חזקת ממון וילפינן לה נמי מהסביא

דכאיב ל"י כאיבא, וכן מכונן במהדי"ש ותנ"ס להדיא ולא מציעו בראשונים חולק כזה [וכמהרה"ק שורש ע"ב ג"כ משמע דחזמ"ק אינה מדין ביית המנוגע למענין שם היטב].

והנה יסוד הסביא דכאיב ל"י כאיבא אויל ל"כ אסיא הוא דאין זה מן היישר ולא

מדרך השכל להוציא ממון מיד זה שהוא מחזיק בו כעת ולתת לרעהו בעלות או ספק בעלות אף במקום דרד"מ עד שלא יביא החובע ראי' לדבריו. ונהי דדין הוא דספיא דאורייתא לחומרא, והיכא שבמצאנות נולד ספק גמור על הבעלות כממון יש לחוש שהמחזיק עובר על ספק איסור גזל החרת כמו ספק להסבכים דספק איסור גזל החרת כמו ספק ממזד ועשירי ספק במעשר בהמה, מ"מ אם יקדש אישה ואח"כ קיבלה קידושיה מאחר מדין ספק דאורייתא לחומרא צריכה גט מהשני, וכן אם יקדיש הממון למזבח יתא ספק חולק בסורה וכל כו"ב. מ"מ ידעו חז"ל דמכח הך סביא ידעינן דכונת החזקה דהיא כאן דין דאורייתא דספק אין לגרע בעלות המחזיק וליתן בעלות לזולתו, ותשאר בעלותו בחזקת ודאי, ומדין חורה הוא בעלים ודאי ולכן בכל הנין ספקי אין לחוש לספק דאורייתא לחומרא דדין חורה הוא שהחזקה תכריע הספק, וממש כמו חזקה קמייאת באסורי.

אמנם החסרון ביישר שנוגע בעלות המחזיק,

ונתיין צד בעלות לרעהו במקום ספק [נדמכותו ידעינן דאין כוננת החורה לנטות מדרך היישר ובודאי מדאורייתא יש כאן דין חזקה המכרעת נכחו חזקה רביית המנוגע], והוה רק אם מחמת זה יחסר למחזיק כח השתמשותו והנאותו בתפן. אך אם נאמר דנשאר לו זכות השתמשות והנאה ושלטון גמורים בתפן ממש כאילו הוא שלו ודאי, והחובע לא יתא לו שום שלטון בעלות על

החפץ, כזה מ"י שלא תהא נטי' מחויישר

תולמד מהסביא ועל הכואב לילך ל"כ אסיא. והלמד לחומרא לחייב מספק גם את **ואם** הלוקח בפיכורים [ונתי' דאחרי שהמחזיק הוא בעלים בפועל על כל זכויות השלטון

וההשתמשות, מ"מ לעניין חיוב פיכורים מ"י כמה שיש בעלות על הגוף עצמו למרות שאין לו בו פירות ונכוחים כלל] כזה לא יתא חסרון כלל ביזשך דלא נגרע כזה זכות המוחזק כלל ולא מפיקין מ"י מ"י. וממילא הסביא דכאיב ל"י כאיבא אינה שייכת כלל לעניין זה, דנחזיק מספק שאף הבעלות על עצם הגוף לחוד נשארת בחזקת המחזיק ואין לחובע בה כלום.

נשארת בחזקת המחזיק צד הספק דאם נשאר כל השלטון אצל המחזיק צד הספק ריש בעלות על הגוף לחוד לחובע, אין בו הוצאה כלל מבעלות המחזיק ולא נגרע מאומה מבעלותו, וממילא כלפי זה אין לנו שום כח מחסביא דחזקת ממון להקל כר"ך ספק איסורא לחומרא.

כתי' אמנם אין לומר דנחמיר על המרא קמא

שגם הוא יכ"א בייכויין פירות לא מספק ולא יוכל לקרוא [אם בייכויין פירות לא מ"י לעניין פיכורים] ויקדיש ויפריש חר"מ וכו'. דזה ג"כ חשיב דמפקינן מ"י ומגרעינן מ"י זכותו לקיים המצוות כממנו כאופן ודאי. ואין סתירה מהא דמכריעין דהבעלות על הגוף עצמו ולא רק על ההשתמשות שייכת למחזיק בחורה ודאי [ואף לדינים שלא מ"י לגביהם כקניין פירות אלא בעינן בעלות על הגוף יהא נחשב בעלים ודאי לכל מידין]. לזה דחיישינן לחומרא ברכבים החלויים בבעלות על הגוף לחוד להחמיר כספינן גם על החובע, אף באותו דבר שהכריעו בחורה ודאי שהגוף עצמו של המחזיק.

והטעם כזה דחזקת ממון היא רק בגדר

הנוגה מספק ואינה בגדר כידור, וכמו חזקה קמייאת באיסורי [וכדמוכח מדברי הרשב"ם ל"ג ב' ד"ה והדרי ע"ש, והחולקים עליו שם לא פלגי מרח' טעמא]. והנה בחזקה

קמייאת לא שייך לומר דאם הייתה בחזקת שלמה ונולד בה ספק, נאמר דמכריעין בחורה ודאי שהיא שלמה וכל הדינים הנולדים מזה יהיו בחורה ודאי, ואעפ"י נחוש בחורה ספק לצד שהחורה.

ואעפ"י דחזקה קמייאת אמרי' גם במקום כחתי' נדה ב' א', מ"מ לא שייך לומר כן,

דחוכך החזקה הוא שלעולם נחזיק שדי' כמו מקודם ולא נאמר דנשתנה במקום ספק, ואם נדון על הצד שלא נחסרה החזקה אומרת דיש לנקוט כן בחורה ודאי, כיוון דמקודם הייתה שלימה. ואם נדון על הצד דחמורה, החזקה מורה לנו לא לחוש לספק זה כלל כיוון דמקודם לא ה"י ספק חסרון חוכך החזקה דכ"י שלא נחבבר יהא דינו עכשיו כמו מקודם דאין בו ספק חסרון. והה השעם דאין לומר דחוש מספק לחסרון, משום דגם ע"י גופא מברעת החזקה לא לחוש. ולא משום דסותר לצד שבודאי שלם. דבחזקה שפיר אמרין גם דבר הסותר כמו כ"י שביילין דמוקמין חרוייתו בחזקת שהיה, כיוון שהיא רק הנוגה מספק ולא כידור.

אמנם בחזקת ממון אם נדון על הגוף אם הוא נשאר בחזמ"ק וחי"ב המרא קמא

בפיכורים. כזה מורה לנו החזקה ממון דאין להוציא ממנו מספק, וכל שריש ספק אם יצא מבעלותו נקוט מספק דנשאר בבעלותו אף הגוף בחורה ודאי. אך אם נדון על הצד שמא הוא של הלוקח כזה לא מורה לנו החזקה שאינו של הלוקח. דהחזקה רק מורה דלא מפיקין מהמחזיק, אך כמה שנאמר דלוקח יש ספק בעלות על הגוף לחוד כלי שום שלטון והשתמשות, אין כזה הוצאת מאומה מהמחזיק, וממילא החזקה לא מורה שלא נחוש לזה ונשאר על דין ספק דאורייתא לחומרא. ולא אכפת לן כלל וריש סתירה דא"א שיהא הגוף עצמו בחורה ודאי למרא קמא, וגם שתהא עליו בעלות מספק ללוקח, כיוון

בעלים, וממלא אף כאן חשש קידושין כלל. וע"ע מה שנכתוב בזה אי"ה בב"מ בסוגיא דת"כ

ש"ס.

ל"ב ב. בדברי הרמב"ן.

(א) ע"י מ"ש ברמב"ן בסוגין, דהכי פ"י דה"י מגאש דהמחלו' בין רבה לרב יוסף היא אם אמרי' מגו להוציא. והכרעה רב ארי בר אבין דל"א מגו להוציא. ואעפ"כ בקרקע פסק דזכה בעל המינו [שמחזיק בקרקע וטעין שקנה ואיבד השטר ולא החזיק ג"ש. ויש לו מינו שהי' יכול להציג כפי"ד שטר מזויף ולזכות בו בחזקת שהוא כשר]. וכ' הרמב"ן הטעם ח"ל "ואפסיקא הלכתא כרבה כארעא משום דכרשות מחזיק קיימא לא חז"ל [המחזיק] מוציא מחבידו וכך הגר הנכונה והכי' מוכח ברשב"א ע"ש]. ומגו לאוקמי סמוגא הוא. ואציג דקיי"ל קרקע בחזקת בעלי' עומדת כיוון דאיכא מינו והפיס לה איהו מהזמן, ואציג דכחזקת אבהתי' דהאיך קיימא" עפלה"ק.

וראיתי כמדו' מי שבי' דהרמב"ן ס"ל דמהני תפיסה בקרקע, ולענ"ד יש ראיות רבות שאינו כן ואמ"ל, דמלשון הרמב"ן עצמו משמע דאם אתינו להכריע מדין זוזקה לחוד הרי קרקע בחזקת המעצמי. ותפיסה המהזיק מהניא רק משום צירוף המינו. ולא מדין תפיסה.

והרביאור ברע"ה הרמב"ן נר' דהנה צריך ג"כ להביא אם רב ארי כ"א ס"ל דל"א מינו להוציא ולכן בוויי פסק כר"י, מה המחלוקת בינו לבין רב יוסף, דלר"י אף בקרקע הרי מינו להוציא, ולר"א כ"א בקרקע הרי מינו לאוקמי סמוגא. ונר' דר"י ס"ל דגם בקרקע מינו לא מחני נגד החזמיק זוכה

לבעלי' האמיתיים, ולא נפקע קניין החפץ הבעלים ע"י דין המעצמי'.

ולמשנ"ה לעיל כפי ענינה דעתנו, לולא ומסתפא להרד"א אחרי הגאון ות"ל, אין שום טעם לומר דחזקת ממון מהניא רק לשליטה ולא לגוף הדבר. ומ"ש דאם יבוא אלי' ויברר יחזור החפץ זהו משום דבמקום

ביותר תו לא שייכא חזקה, ואף בספק איסורי דעתנוהו על חזקה חזת, אם יאמר אלי' שזאת אמר הרי הוא אסור דע"א נאמן, אך כ"ן שלא בירר דין תורה גמור הוא שהוא מותר בודאי. ולדברי השע"י המרא קמא כמוכר כ' אילנות ג"כ יש ספק אם הגוף עצמו שלו לעיני' בוכורים, ומה דקורא הוא רק משום ריש לו קניין פירות. ולדברינו לעיל החזקה שפיר מהניא לענין הגוף, רק דחיישינן מספק על הלוקח דהחזקה אינה מורה שלא לחוש לחשש זה.

ולדברי הגר"ש ש"ס כספק כבור אם תקפו הכהן וקידש בו אשה הוה ספק קידושין

[ואציג דאינו שווה פרוטה מ"מ לא גרע מאיסורי האה מדרבנן דג"כ אינם שווים פודשת]. והאי"כ מצאתי בעזה"ש"ה שבי' כן בפירוש ש"ס בשער ד' פ"ה ד"ה ואם דסי"ש יש צד שהגוף שלו, ועל הגוף ליכא הכרעה דחזקת ממון כלל, ונהי' דהשליטה של הישראל מי"מ אם עבר על ספק גזל והקפו באיסור, מ"מ כעת דסי"ש קידש אע"פ שאין לו רשות, על הצד שהוא כבור ואינו גזל הוה קידושין. ולרבינו הר"ם ככה"ג לא יהא ספק קידושין כלל, כיוון דהחזקה מהניא כלל

גם על הגוף. ורק במקום שאין הוצאה כלל מבעלות המחזיק, ככה"ג אין החזקה מונעת מלחוש מספק לצד בעלות החובע. אך אם קידש החובע אשה דרבי מה שיש לו כח לפעול באמצעות ממון זה קידושין זה נחשב תוצאה מן המחזיק ודכי' לתובע. וכלפי זה מורה החזקה גם על הגוף עצמו דמספק יהא המחזיק בעלים גמור והחזקה אף לא ספק

הכהן, אמנם אם הקדישה הכהן, אם נחוש להקדשו ודאי רדה מחשב דמפקינו מהישראל, דקדוש אינו כאיסור גיזה ועבודה הכא מאילין אם יש בעלות של הכהן, אלא הקדש הוא פטולה שהכהן עצמו עושה בממון שבבעלותו. ואם נאמר ריש לו שליטה בממון לעשות פעולות, בנתינת שליטה זו דרבי נחשב דמפקינו זכות בממון מהישראל וכוה החזקה מורה ולא נפיק מיני' מדי' מספק.

ולענין מעשר בהמה יכול הישראל לעשר בתורת ודאי, אף דאם נחוש שהוא עשירי ספק יתכן דג"י כמו קדושה הבאה מאלו [ולא יהכין שום שליטה וכן לכהן, רק מחשב בעלות הכהן נאסר מאליו לשמא, וכלפי שמאי לא זוכה הישראל מספק]. ולענ"ד דכמעשר בהמה לא אכפת לו כלל למי שייד עצם גוף הבהמה, אלא רק למי שווה הממון שבה. וזה ודאי שייד במציאות כולו לישראל. ולא מכה החזקה אלא דכך היא המציאות, שהוא משתמש כחפצו. וממילא כל שווה ממון דאית כ"י הוא שלו. והכוון גם אם הגוף שלו, מי"מ כבעלות זו על הגוף אין שום שווה ממון, דהרי כאיסורי הנאה לגבי שאינם שווים ממון, כיוון שבמציאות אינו יכול להשתמש ולקנותו במאומה. ויש להאריך טובא בכרטי עניני' זה בסוגיית רבות הנוגעות לזה, וכמו שהאריכו באחרונים, ונר' דעל הדרך דנתבאר בעזה"ש"ה יתבאר כל התמורות שעמדו עליהן האחרונים בזה ואמ"ל.

(ב) וראיתי בספר שערי ישרי ש"ה פ"ו ד"ה ועפ"י כו' שבי' בורה"ל "ויבאר הדברים הוא דעיקר הדין של המעשי"ה [דהיינו הכרעת חזקה ממון] פועל רק לכל הנוגע לענין שליטה והשתמשות, דכן הוא דין תורה המשפטים בספק ממון שישאר הדבר לכל דבר שימוש ושליטה החפץ אצל המחזיק הראשון. אבל כאמת המציאות האמיתית לא נשתנה כלום, ואם יבוא אלי' ויברר האמת יחזור

החזקה אינה בירר אלא רק הנהגה, ואמרינן לה במקום שא"א כמו כ' שבבלין [כמבואר בתוס' נדה ב' א' ד"ה והלל ע"ש]. אמנם כל זה לבי' רינים הנובעים מהבעלות על הגוף לחוד גם כשאין שליטה כלל, אז שפיר י"ל דאציג דמחזיקין למחזיק כבעלות בודאי, חיישינן מספק גם על החובע. אמנם ברינים החלויים בשלטון על הממון, לא שייך לומר דאציג דהשלטון הוא בודאי של המ"ק נחוש מספק להחזיר בהם שמא הם של החובע, שהרי המציאות היא שאינו יכול להשתמש כלל וממילא כפועל אין לו שום השתמשות ולא רק מכה הכרעה החזקה, ח"פ.

(כב) ורבה בסוגיא דתקפו כהן ריש לישראל חזקה ממון כשה, חיישינן מספק שמא גופו שייד לכהן נאסר מכה זה בגיזה ועבודה. והטעם נאמר שם דזו קדושה הבאה מאלו. והביאור בזה דהסבא דחזקת ממון אומרת שמספק אין להוציא מבעלות המחזיק להופכה לבעלות מסופקת ולתת לחובע צד ספק של בעלות. ולכן אם החובע קידש לא נחוש לזה כיוון דאם אין לו בעלות גם אין הקדשו הקדש. אמנם החידוש דקדושה הבאה מאלו שאני, דאציג דדין איסור גיזה ועבודה הוא תולדה של בעלות הכהן, מאי דאסרינן בגיזה ועבודה אינו נחשב דמפקינו מדי' מרישות הנתבע. דעצם מה שנאסר אינו הוצאה מרישותו, דרך ליתן להכירי מספק הסבא דלא יחבינן, אך להאסר לשמים לא שייך לומר דמספק על דינא דשמאי מטיל לילך לבי' אסיא דגי. ומאי דחיישינן לצד בעלות הכהן, חס"ד במי' ה"י דמאחר דלא מפקינו מספק מהישראל מירי' אין לחוש לספק בעלות הכהן לגבי שום נפ"מ. אך לזה נחמדש דקדושה הבאה מאלו שאני, דזה לא נחשב דהבינן מירי' לכהן, כיוון דהחשב הוא רק לגבי איסור, וכלפי שמאי מחוייב הישראל מספק, ולכן עצמו אין כאן שום וכי' במירי, ולכן בזה לא מורה סברה כאיב לי' כאיב שאין לחוש לצד בעלות

הכהן, אמנם אם הקדישה הכהן, אם נחוש להקדשו ודאי רדה מחשב דמפקינו מהישראל, דקדוש אינו כאיסור גיזה ועבודה הכא מאילין אם יש בעלות של הכהן, אלא הקדש הוא פטולה שהכהן עצמו עושה בממון שבבעלותו. ואם נאמר ריש לו שליטה בממון לעשות פעולות, בנתינת שליטה זו דרבי נחשב דמפקינו זכות בממון מהישראל וכוה החזקה מורה ולא נפיק מיני' מדי' מספק.

שבעה על חזקת מטלטלין מסתמא תקנו גם על חזקת קרקע, ומאי שגא. והא דחזקה במקום שטר עומדת, אין הנונה היא מבררת בירור גמור כמו שטר [ועי' במודעי שם דכ' דהא דתקנו דהלוחה יכול להשביע המלווה אפי"ג דאית ליי שטרא וזו רק בשטר הלואה אך לא בשטר קניין], רק דמהניא ליי במקום השטר דמוקמינן הקרקע בידינן, אך ודאי חלוקה משטר דאין בה הוכחה כמו בשטר אלא רק דמחזקינן דאין בה מהספק, ואמאי לא נשביענו מן הספק כמו בחזקה מטלטלין [הא דחזקת קרקע אין בה הוכחה גמורה שמכא, נמכא כעשהש"ת כאורך לעיל בדף כ"ט א', יעו"ש].

וכרעת הרשבי"ם צ"ע, חודאי ג"כ ס"ל
 ושתקת המוכר ג"ש אינה אנו סתרי שמכר והוי בירור חשוב כמו שטר, וכמבאר והיא ברכיני לעיל ל"א ב' ד"ה אמר רבא, ועי' משו"ת שם בפס"ד בכרונתו.

ורגלנעני"ל בכונתו דהנה חזקת מטלטלין לא תקנו משום אינו סיבה או צורך, אלא מכיוון שרוב האנשים אינם גוללים ורוב החפצים בעולם באמת שייכים למי שהם החת ידו, יש לנו להחזיק חפץ בחזקת מי שהוא ברשותו כיוון דכך היא האמת שמסתמא הוא שלד [ונתיי דאין לזה ריז רוב גמור שיהני מדין רוב, מ"ם מאחר דידעינן דכך מסתמא האמת והאי יש להחזיק כן מספק כ"ז שלא נמכר להיפך]. ולעיל כ"ט א' מסיק רבא דחזקת קרקע אינה רק משום דמאחר דשתק המוכר יש לנו להחזיק שקנה המחזיק ומסתמא כך היא האמת, דאם מחזקינן וכך רבא מסיק רבא דחזקת האמת הוי דכבי בר אלישיב יש להחזיק לאלתר, אלא מהא דלא מחזקינן כן לאלתר בכר"ג, מוכח דאין זו אומדנא חשובה דמי כה דנעביד מכוונה לחוד חזקה, והשעם דתקנו חכמים מכוונה חזקה הוא משום דיש בזה צורך לתקון העולם, דאחרי ג"ש תו אין נדחיים בשטר, וא"א שלעולם יוכל כל מוכר

וצד ואין ספק כלל רק יש בירור אמיתי לכאן וכירור אמיתי בודאי לכאן. ושייך להכריע עפ"י המקום שאין ספק לא שייך להכריע עפ"י חזקה.

ולפי"ז במקום דאמרינן ת"ת על מכירת הקרקע, לא שייך ליי מדין חזמ"ק ונשאר הקרקע בחזקת הלוקח כיוון דלפני שעוררו החו"ת את הספק ה"י מבורר שהיא שלו, ויש כאן ב' עדים כשרים שהקרקע אינה שלו, ויש לעדותם ריז בירור ודאי, וממילא מאחר שא"א לעשות מאומה מכה ב' העדות והוי כחמר גמל, וגם אין להכריע משום חזקה בעולם דנגד כל צד הכולה יש עדות עדים כשרים, כ"ד לא זניס הדין ונעשה מצב של כרא"ג.

צ"ע א', רשבי"ם ד"ה מדימננא כ"י.

כ' הרשבי"ם דהמחזק בקרקע ג"ש וטוען לקוח אין יכול המעצור להשביעו היסת, דאין נשבעים על הקרקעות ועוד דחזקה ג"ש במקום שטר קיימא, והק' בתוס' ד"ה מיגז וברא"ש דדווקא שבועה דאורייתא ליכא בקרקעות אבל שבועה דרבנן מיהא נשבעין וכדמוכח מפ' הכותב, ועי' מודעי על שבועות דף ל"ח [אות תשס"ח] שכ' לדעת רשבי"ם וטענתו דס"ל דדווקא חזקת דמפרע לא רייק רבנן שבועה כיוון דפרע רייק להפיס דעת כראמרי' כגמ' החם, ונפי"א חזקת להפיס דעת הלוחה כיוון דמטיע ליי עד א' א' איכא דליכא הנן טעמי לא תקנו שבועה היסת כבללא בקרקע כיוון דלית בה שבועה דאורייתא ועיקר ראייתם לחילוק זה מסוגיין, צ"ש.

ולצבי טעם הכ' דכ' הרשבי"ם, דחזקה במקום שטר עומדת, הק' ברא"ש וליא מסתבר לחלק בין חזקת קרקע לחזקת מטלטלין, שהרי גם בחזקת קרקע אין בירור ודאי דהקרקע שלו, רק דמן הספק מחזקינן דקנה, ואם תקנו

הכר שטיא ממנו תועיל הפיסתו, דכן מוכח מהרמב"ן שהביא בקה"ס כלל א' דפי' כונניא דכתובות י"ט ב' דאמרי' דאם אסתידו תו"ת על כשרות השטר הדין ללא גבינן כ"י, אך אם תפס המלווה מהניא תפיסתו, ודומכ"ן פ"י השעם דמהניא תפיסתו, דתו"ת הוי סד"א, ומכטלין כל החזקות, ומאחר שמתבטל החזקה ממון של הלוחה במצות נעשה ריז כרא"ג, והלוחה הוא האלים שהרי המנוח ברשותו, אך כדין כרא"ג ס"ל לומכ"ן דאם א' תפס יכול אח"כ חבירו לתפוס ממנו, ולכן יכול המלווה לתפוס אח"כ מהלוחה, וזהו ממש כסוגיא דכר שטיא.

ולרברינו צ"ע מדוע לא נאמר דמאחר דלפני שהעידו החו"ת ה"י מבורר לן דהקרקע של הלוקח, והשטר כשר נאמר דנהי דהחו"ת גרמו להתבטלות החזקה, מ"מ ישאר חזקתו כשרי' מבורר לנו מקודם דהשטר כשר והלוקח הוא בעל הקרקע, ואם יש לו חזמ"ק ודאי לא מהני תפיסה ממנו, וכמו בת"כ דמוציאין מידו.

ודרי' מקום לרדן כזה דמאחר דחזמ"ק לפינן לה מחזקת ממון כמשני"ת לעיל ל"ב ב' באורך בעזהש"ת, היא מהניא רק ללא נפיק ממון מבעל החזמ"ק אך לא שיגבה מכוונה, ולפי"ז כסוגיא דכר שטיא כאמח יזכה הלוקח לגמרי ולא תועיל תפיסת הכר שטיא, אך לעני"ד האמת דאף כסוגיא דכר שטיא מהני תפיסת הכר שטיא אח"כ, והוי זכית הלוקח רק מדין כל דאלים גבר ואין לו חזקה בקרקע, ודנהו ככר נמכאר לעיל ל"ב א' באורד כעדהש"ת דהשעם דכת"ת למ"ד דהוי סד"א, לא אולינן בחר דחזקה, דתו"ת אינו מצב של ספק, דלכל כח יש נאמנות גמורה, ומבררת בודאי, והוי מצב של ב' בירורים ודאיים הסתחים וא"ז, ונהי דמביציאות לא שייך עניין כנה, דמקום ב' בירורים סותרים בהכרח י"ל דא' מהם אינו נכון, מ"מ גזיה"כ היא דיש להאמין לעדים כשרים בתורת ודאי, ונעשה

אלא דלפי"ז יהא הדין דאם תקף המעצור ונכנס לקרקע יזכה, וכדין כרא"ג, ולא משמע דיהא הדין כן, דמשמע דר"א ב"א פסק לגמרי דהקרקע של המחזיק, ונהי דככר"ג י"ל דמאחר דלפני הערעור ה"י מבורר לנו דהקרקע של המחזיק, דמי שמחזיק בקרקע כדרך בעלים מחזקינן שהיא שלו וכמ"ש ברמב"ם רפי"א מטוען ועי' ביאור חזקה זו לקמן ל"ג ב', לכן נאמר מדין חזמ"ק ומאחר שאין הכולנה בערעור זה הדין כמו שה"י מבורר מקודם, ומהא ללוקח חזמ"ק בארעא, וא"א לתפוס ממנו בלא ראי'.

ובעלמא החזמ"ק דהמעצור ודאי עריפא דכמו משנאמר חזמ"ק למחזיק נמשך להחזיק שה"י שלו לפני הערעור מספק, דהספק הוא כיצד התחילה מוחזקותו בקרקע, שה"י ידעינן שהיתה של המעצור וממנו באה למחזיק, ודיעינן על תחילה בואה לרשות המחזיק, וכיוון דחזמ"ק דהמעצור מורה שמתלת החזקת המחזיק היא ממילא תו א"א ליי חזמ"ק למחזיק ממה שה"י מוחזק לפני הערעור דכבר קדמתו חזמ"ק דהמעצור, אך בנתבטלה החזמ"ק דהמעצור שפיר י"ל חזמ"ק למחזיק כאופן זה, ועי' כעין זה במ"ש לקמן מ"א ב' ביסוד עניין חזקה ג"ש.

ב) ולכאוי יש להק' על דברינו, דהנה אמרינן דלמ"ד דתו"ת הוי סד"א, אם אתו תו"ת על המכירה שמכר הכר שטיא, משאר הקרקע בחזקת הלוקח שעומד בה עכשיו, והתם הוא רק מדין כרא"ג ואם יתפוס אח"כ

ודמי לגוררות דמאלית נמסו לרשותו, וכשבא לזכות מכת תפיסה לחוד לא מהי וכמו בתקפו כתי נדגם שם אין ההוכחה דמה שח"י ש"ל. שהרי ידעינן שחטף מהירשאלן. אמנם אם שהו ברשותו הרבה תו לא הוי כגוררות, דכתי אין חזקתו שמחזיק בהם מכת הנפילה לחוד, דא"כ כבר ה"י מקפיד חבירו. ומדחזין דהניחן להיות ברשותו זמן רב נעשה דחזינן שהם ברשותו גם לולא הנפילה. ואז נעשה דינן כמו כל מסלילי דחזינן שהם ברשות א', ויש עדים שהיו קודם ברשות אחר, דאז אמרינן דמאתר דלא מחזיקין אינשי בגנבי עבדינן מזה הוכחה שבאו לרשותו בהיתר מיד המרא קמא. וכן באבנים לאחר שהגיע זמן שקפיד חבירו על הנפילה לא אמרינן דחקפיד וזה המוחזק לא השגתו בקפידותו והחזיק בהם בגנל, אלא אמרינן דמכיוון דלא מחזיקין לי בגנול מוכח לן שהם שלו כריז ומזהמינן לי במה שטוען שבוה הכל. והחוס' כתבו על זה דנאמנותו היא במינו שהי יכול לטעון לקוח. והגרע"א ה"ק דמאתר דתפיסתו מוכחה שהם שלו מדוע לא נאמינו שעשה הכותל לכדו גם כלא מינז דלקות. ומוכח דס"ל להגרע"א ומה שהם תח"י הוא הוכחה על כעלתו וכמ"ש בקוב"ש ח"ב רס"ט. וכן ראיתי דנקיטו בפשטות בשערי יושר ונקוה"י ועוד.

ולפ"י צ"ע טובא כחסי' כאן. דמאתר דכשילקטין כרי להניחם ברשות שאניה שלו היו קודם בידי, ויש עדים על זה, א"כ מה אכפת לן שאח"כ הניחם ברשות אחרת. דהרי כשהיו בידי ה"י מוכח לן שהם שלו, דלא מחזיקין לי בגנבי. ומה שהניחן אח"כ כדח"י הוי כמניה דבר שהוא שלו כדח"י. וראיתי מוכח בשם הגרע"א כמכת וחזתם על שו"י ס"י קל"ז דה"ק כן דח"י "זאיני מבין דהא ודאי בראינו בידי ראובן חפץ של שמעון שאינו עשוי להשאיל ולהשכיר והניח החפץ לרה"י דלא אבר חזקתו מלמען לקוח על אותה שעה שדאינו בידי הדיחה תפיסתו מוכחה שהוא שלו

מ"ד שח"י ש"ל אדם שלו. וכפונ"א

דנפלא דר"א.

א) הנה בפשוטו נקטו באחרונים דחזקה כל מה שח"י של אדם שלו היא

הוכחה ובידור דהוא שלו. דמכיוון דלא מחזיקין אינשי בגנבי, וחזינן החפץ תח"י, כצד בא לידו אם לא שקנאו. ונ"י מ"ש הגרע"א בנהש"ס בריש מבילתיין על תרד"ה לפיכך. דהנה דעת החוס' דלפני שידענו הדין ריבולים לכתב ר"ז להשתתף בבניין הכותל שביניהם, כד חזינן כותל העמוד ביניהם כבר התעורר ספק לבי"ד למי מהם שי"ד הכותל ודכבה"ג איכא דרד"מ, דמכיוון שהכותל בין שניהם, ואיכא אומדנא דלא בנאו אינשי רעלמא, בי"ד ודעים שהוא שי"ד לא, מהם, או לשיניהם בשותפות, ומסתפקים בזה גם לפני שבאו טענותיהם לבי"ד ולא הוי כב' אוהזין בטלית דהכא הספק גם על הקרקע וספק מי מהם אוהז בכותל. וע"ש בשמ"ק דהרבה ראשונים ס"ל דהספק מחולק רק משהחלו לטעון בב"ד ולפני כן מחזיקין לי בסתמא בשותפות. וכשנפל הכותל להצור א' מהם, לא מהני לי תפיסתו, כיוון דהוא תפיסה לאחר שונול הספק. ומיד כשנולד הספק ה"י הדין שיהולקו, ונחשב כאלו לכל א' יש חזקה ממון שחצי שלו. ואחרי שהוכרע הפעלות מכת חזקה ממון תו לא מהניא תפיסה. וכדין תקפו כתי, דחזקה הממון הכריעה שהוא של הישראל דהשה בידי, ואם חפס הכיין מפיקין מיני [ודעת הרמב"א כחסי' כחוכה ע"ז ב' דכסו"ב מהני תפיסה ככה"ג. וכן מסקנת חוס' ב"מ ק' א', אמנם דעת החוס' דריש מבילתיין כדעת הרבה ראשונים, וכחסי"ד דחוס' כדמוריר וכדשואל דאף כסו"ב לא מהני תפיסה אחרי שכבר הוכרע החזקה ממון. וכ"כ בקדו"ס ב' ד']. וכתבו החוס' דנהי דתפיסה כעלמא לא מהני, וזה משום דכשנפלו לרשותו אין בהם החזקה כל מה שח"י של אדם שלו שה"י ידעינן שנכנסו לרשותו ע"י הנפילה.

והכא שאינם יודעים אין כזה שום עוולה שלא ישביעוהו, ואין מקום לחדש דנאמר גם לגבי זה פתח פירי לאלם, וניתן לשענת הב"ד כה של טענת ברי אע"פ שבאמת אינה כן.

וע"י בקוב"ש כאן שהביא גם דעת הסוכרים דאין בי"ד טוענים לירושין להוציא ממון, אלא רק להחזיק ממון שברשותם. וגם דעה זו יש לכאן באותה דרך. ויש הסוכרים דלא טענינן להוציא אך טענינן להו לחייב שבועה את החובע מהם [וכן נ"י דעת הרא"ש ממה שהביא בקוב"ש], דס"ל דאין סבא לחדש דין פתח פירי לאלם אלא כרי שלא יפסידו מספק ממון שברשותם משום שאינם יודעים, אך לא כרי שיוצאו מספק ממון אחרים. אך לגבי החזקה הממון שברשותם מן הראוי שלא יפסידו מחמת חוסר ידיעתם את זכותם להשביע החובע למנוע שיוציא מהם שלא כדן.

ויש הסוכרים להיפך וממה שהביא בקוב"ש נ"י דוד דעת הרמב"ם, דטענינן אף להוציא, וכמו פרזובול ה"י למורישו ואבר דכיוון דעיקר החוב שהייב לאיבהם ידוע בודאי, אין ראוי שיפסידו מחמת חוסר ידיעתם את זכותם לגבות. אך לא טענינן להשביע היסת, כיוון דהיבא דנאמן התובע זוכה כלין, וזכותו מן הירוש שישול אף כלא שבועה. וק' כרי לכטל החזקה דאין אדם תובע אא"כ יש לו תקני שבועה. והכא דליכא חזקה זו אין שום חסרון ביושר שיטול כלא שבועה. וליכא למימר כזה פתח פירי לאלם, דכ"ד יטענו שלא כפי האמת, כדי לשמור על הידער והצדק, והיבא דכלא טענתם אין חסרון ביושר, אם ישענו שלא כפי שדיעו להם באמת דהו גופא יהא נטי' מהירוש והויפך ציווי הכותב דפתח פירי לאלם. וכ"ז לעי"ד כרור ופשוט ולא ידעתי למה נצוד מין הקוב"ש יצוק"ל להדחק בזה [ועי"ש באת קל"ז].

ל"ג ב', תרד"ה וא"י [כפניין חזקה

להוציא הקרקע מהלקוח אחרי ג"ש, ולכן תקנו החזקה שתעמיד הקרקע בחזקתו במקום שטרו. ומאתר דהו עצמו הסיבה שתקנו החזקה כדי שלא יפסיד הלקוח כמה שאיבד שטרו, ס"ל להרשב"ם דתקנו לו כמו כן שירא פטור מן השבועה כמו כשיש לו שטר, כדי שגם לעניין זה לא יפסיד כמה שאיבד שטרו, דמאתר דאתנין לתקנו אין מן הראוי להקנו להצאין. משא"כ בחזקה מסלילין דלא תקנו מילי להקנת הלקוח, אלא מחזיקין משום דבאמת מסתברא לן שהוא שלו, והיא מסתמא חזקה דאורייתא, שפידי יש מקום לשבועה מכת טענת החובע.

ל"ג א', תרד"ה מיהו כ"י.

כ' החוס' יז"ל דאין נשבעין שבועת היסת אלא היבא דטעיין ברי, אבל הכא לאו טענת כרי הוא שאין ודאי ליהומים שקרקע זו אינה לקוחה בידי עב"ל.

ודמה זה פשוט דהיבא דטענינן לתמי אין הכוונה דכ"ד טוענים להם טענת שפא. דזה הרי יכולים לטעון גם כלי הב"ד. ולקמן מ"א ב' מבואר דכאמור מפליא זבינתה דוכנה מינך הוי חזקה כלא טענה כיוון דטועין רק שמא, והיבא דאיכא סהדי דוד כה חד ימא, דאז טענינן לי, שפיר עולה לו חזקה, דזה חשוב חזקה שיש עמה טענה. וכע"כ טענת הב"ד היא טענת כרי, דכלא טענת כרי לעולם הויא חזקה שאין עמה טענה.

רק כוונת החוס' דמאתר דהו דכ"ד טוענים כרי ליהומים אע"ג דאינם יודעים האמת דהו חידוש דילפינן מדכתב פתח פירי לאלם, וא"י לומר כן רק כדי להצילם שלא יוציאו מהם ממון מספק, דאין מן הירוש שיפסידו כוחם להשביע שאינם יודעים לטעון. אך לגבי שאלא ישביעוהו אם אינם יודעים האמת. שהרי טענתו מוכררת והדין עמו. רק דתקנו שבועת היסת דחזקה אין אדם תובע אא"כ יש לו.

ראחזוק אינשי בנבי לא מחזקין, ומה בכך שהניח את שלו לרד"ר. עכ"ל ולא כ' ע"ז ת'.

(ב) והנה מה שנקטו האחרונים דמה שתח"י של אדם הוא הוכחה שהוא שלן, יצא להם דבר זה מהו דקיי"ל [לקמן נ"ב ב'] וכבריים העשויין להשאיל ולהשכיר ויש עדים שהיו של ראובן ועתה חזין להו כיד שמעון והוא טוען לקוח מפקינן משמעון, ומחזרין לראובן. ומוכח דחזקה ממון בעלמא דילפינן לה מהסברא דכאב לי כ' כאבא אזיל לכי אסיא [בפ"ק מ"ז ב'], לא מהניא בכר"ג. דלגבי חזקה ממון פשיטא דאין חילוק בין עשויין להשאיל לאינן עשויין [ולפיל ל"ב כ' כמ"ש

וג"כ חזקה ממון בארנו הטעם רמאחר דיש עדים שהיו של ראובן אין הנוהן שבא לפני כ"ד מחזקין להו רחזינן הממון ביד שמעון, וזו מחזקין לי ברשותי, אלא הנוהן מחזקין מהו דידוע לבי' דהוא של ראובן, וכעת ניחן יציג יצא ממנו לרשות שמעון, וכוה לא שייך דתיעיל חזקה ממון דשמעון דעי' גופא אנו דנים יציג המחילה מחזקותו בממון זה אם באיסור או בהיתר. וחזקה ממון שייכא רק דאז דנפל הספק כשהממון כבר ביד המחזק, לא מפקינן מיני' מספק. וכמשי"כ התוס' ויש מכלתין דחזקה ממון שייך היכא שנוול הספק כשהממון כבר ביד המחזק, וכל אדם יכול כן פשיטא דמאי דתפס אח"כ אין תפיסתו גורמת שיהא לו חזקה ממון].

ומאחר וכבריים שאינם עשויין להשאיל ולהשכיר זוכה בהם שמעון, אע"פ דבכר"ג לא מהני חזקה ממון, בעי"ז וזו משום דאחזי דלא מחזקין אינשי בנבי תפיסתו של שמעון מוכחה שהוא קנה, דאלי"כ יציג הגיעו לידו.

(ג) והלפענ"ד כזה בהקדם, דהנה ענין חזקה מה שתח"י של אדם הוי כאילו חזינן ממש שהתפס שלן, ושייך ערות על זה. וזהו מסוג

המציאות, דכזה ליכא כלל הגזירה"כ דהמציאות חורה לענין חיוב שבועה. ואח"כ מצאנו ענין זה בעזה"ש"ה כמחיה"מ מי"ז ס"ק ו' ע"ש [ועי' לקמן ל"ד א' דנתבאר כ"ז בארוך בעזה"ש"ה].

ומוכח דכסוגיא דנטכא דר"א הטעם דזוכה הנתחף אינו מחזינן ממש שהממון שמוח"י שמוח"י בעלמא, אלא מחזינן ממש שהממון שמוח"י שמוח"י על זה, דהעד רואה שממון זה שלל כיוון שמה שתח"י של אדם מחזקין שהוא שלן, ומשי"ה הוי כה עדות על החזקה דהעד חזי דנגזל ממון שאינו שלן.

והנה הן חזקה דמה שתח"י שלן, אינשי דיסורה משום דלא מחזקין אינשי בנבי, הודא דמסתבר דאכתי הוי רק חזקה ולא ערות רא"י, ועוד דכאן הנוהן שמא אמת כדכרי החזקה דרדי חטפי, ואפשר דרדיי חטף גם כלא שגול הנתחף ממנו, דימנן דהחזקה קנה ממנו מקודם החפץ, או השאל ל' ושאר כיו"ב כגווני טובא.

ועוד דברף ל"ד א' אמרי' דזה איכא גם בקרקע, וכן מפורא בומבי"ם רפי"א מהל' נטען, והנה כר"ן פ' הנוכת לאשתו גבי מלוגא דשטרי [ועי' לעיל כ"ה כ' שהבאנו דברוי ומשי"ש בזה], מפורא דהחזקה מה שתח"י הוא שלו זהו רק הוכח דחזינן החפץ בתפיסתו שתפיסתו הוי קניין בן, ואז אמרינן דמאחר דחזינן דקנאו אמרי' דקנאו בהיתר ולא באיסור, אבל כהוב שתפיסתו אינה קניין בן, דבעי כתיבה ומסירה, אין רא"י כלל דקנאו לא באיסור ולא בהיתר, ולכן לא שייך כזה החזקה על מה שתח"י שייך שלו דתפיסתו מוכחה על בעלתו כיוון דלא מחזקין אינשי בנבי. וא"כ גם בקרקע הכי הוא דאין כן תפיסה כלל והוי כהוב לעניין זה ורד"ק.

מסוגיא דנטכא דר"א, ולכא"י צ"ע ראיהם הבה משם, שהרי בתקפו כהן מפקינן מיר הכהן אפי"ג דאינא דרד"מ ואין שום כיוון ודאי ואנן סתרי שהוא של ישראל. אלא לישראל יש חזקה ממון לחוד מדין דכאב לי כאבא חזקה ממון ויש לו גם חזמ"ק, והיא מחלוקת ונאפשר ויש לו ב' הוכחות דא"צ לחזמ"ק ראשונים. ולפיל ל"ב ב' הוכחה דא"צ לחזמ"ק כלי להוציא מהחזקה, ומאחר דהחזקה מוכרעת שהוא של מי בזה להוציא מהחזקה, דכיוון דחזקה בפנינו אין לחזקה חזקה ממון, וכך י"ל גם כדון נטכא דר"א דלפי עדות העד דידעינן דחטף אי"כ הוי כתקפו כהן ועוד גורע ממנו דאין כאן דרד"מ ומחזיקי להשיב לנתחף, ובהו הוי ערות העד מחייבת ממון כ"ז שלא נשבע להכחישו ולכאורה לא חזינן מהכא כלל ויש אנו סתרי דמה שתח"י הוא שלו בודאי. והלפענ"ד כזה דאם לא ה"י אנו סתרי דמה שתח"י הוא שלן, רק דזוכה משום חזקה ממון, א"כ לא ה"י העד מחייבו שבועה. דהעד אינו מעיד שהממון אינו שלן, למעיד רק שחטף, וגם אחרי העדות יש ספק אם הוא שלן, רק מכיוון דמעיד שה"י ביד הנתחף הוי שמעיד ויש כאן חזקה ממון להנתחף. ומה שמכריע בספק אם החזקה חטף נטכא דרדי' או נטכא דלאו דרדי' הוא רק החזקה ממון, ולא העדות כלל. דהעד אינו יודע אם הנתכא של החזקה, וממילא אינו יכול להעיד על זה. רק מעדותו אנו למדידים דיש לנתחף דין זכ"י מכה חכמיה חזקה ממון. ועי"ז אין להאמינו כלל. דהתורה האמינה ע"א לשבועה במקום ששנים מחייבים ממון. דהיינו היכא שהעדות היא על הממון, כזה מחייב שבועה. אבל אם מעיד על זכר אחר אינו נאמן כלל. והכא אינו מעיד על הממון. דאחרי עדותו נשאר ספק בממון, ורק החזקה מוכרעת ספק זה. וכבר"ג אין זו עדות לחייב ממון, דגזירה"כ דמחייבת בע"א שבועה. אלא עדות אין היחה המציאות, ומתוך דידעינן דכך המציאות החזקה מוכרעת לחייב ממון אמ החזקה. ובה י"ל אינו נאמן כלל דכך היחה

המציאות, דכזה ליכא כלל הגזירה"כ דהמציאות חורה לענין חיוב שבועה. ואח"כ מצאנו ענין זה בעזה"ש"ה כמחיה"מ מי"ז ס"ק ו' ע"ש [ועי' לקמן ל"ד א' דנתבאר כ"ז בארוך בעזה"ש"ה].

ומוכח דכסוגיא דנטכא דר"א הטעם דזוכה הנתחף אינו מחזינן ממש שהממון שמוח"י שמוח"י בעלמא, אלא מחזינן ממש שהממון שמוח"י שמוח"י על זה, דהעד רואה שממון זה שלל כיוון שמה שתח"י של אדם מחזקין שהוא שלן, ומשי"ה הוי כה עדות על החזקה דהעד חזי דנגזל ממון שאינו שלן.

והנה הן חזקה דמה שתח"י שלן, אינשי דיסורה משום דלא מחזקין אינשי בנבי, הודא דמסתבר דאכתי הוי רק חזקה ולא ערות רא"י, ועוד דכאן הנוהן שמא אמת כדכרי החזקה דרדי חטפי, ואפשר דרדיי חטף גם כלא שגול הנתחף ממנו, דימנן דהחזקה קנה ממנו מקודם החפץ, או השאל ל' ושאר כיו"ב כגווני טובא.

ועוד דברף ל"ד א' אמרי' דזה איכא גם בקרקע, וכן מפורא בומבי"ם רפי"א מהל' נטען, והנה כר"ן פ' הנוכת לאשתו גבי מלוגא דשטרי [ועי' לעיל כ"ה כ' שהבאנו דברוי ומשי"ש בזה], מפורא דהחזקה מה שתח"י הוא שלו זהו רק הוכח דחזינן החפץ בתפיסתו שתפיסתו הוי קניין בן, ואז אמרינן דמאחר דחזינן דקנאו אמרי' דקנאו בהיתר ולא באיסור, אבל כהוב שתפיסתו אינה קניין בן, דבעי כתיבה ומסירה, אין רא"י כלל דקנאו לא באיסור ולא בהיתר, ולכן לא שייך כזה החזקה על מה שתח"י שייך שלו דתפיסתו מוכחה על בעלתו כיוון דלא מחזקין אינשי בנבי. וא"כ גם בקרקע הכי הוא דאין כן תפיסה כלל והוי כהוב לעניין זה ורד"ק.

(ד) והלפענ"ד כזה דאנא חזי גווני בחזקה מה שתח"י של אדם שלן, דכנסכא דר"א וכן כטלה אמרי' דמה שתח"י של אדם הוי כאילו חזינן ממש שהתפס שלן, ושייך ערות על זה. וזהו מסוג

החוקה. ונפ"מ רק לעניין ע"א במסוין דאית נאמן לכבר המציאות, ורק אם מעיד על חיוב מסוין להדיא מחייב שבועה, אך אם מעיד רק על המציאות והחיוב רק עפ"י החזקה אינו מחייב שבועה, וכמו שהבאנו לעיל מהמחלוקה"מ סי' מ"ז, ומכח חזקה הנוגה אינו יכול לה' דהוי דכן הוא ומעיד שכן המציאות.

אך בחזקה כגון אלו שהבא הרמב"ם ספ"א מאיס"ב, הנה אין מתחללת מזה דיש דין לחזיקו כן בחזקה הנהגה, ואין מקור להחזיקו כן [דכמבואר בסד"ט הנ"ל הנך חזקות אין מכח הכרעת רובא דליאת קמ"ן], אלא תחלתן הוא מהלכות עדות, ודין הוא כדתי עדים דא"צ רא"י ממש אלא יש אופנים ומדחזו המצב יכולים להחשיכו כרא"י, רק נהי ונחדש לחשיב רא"י [דהיינו לכבא לעיר ואמר זו אשתי אחרי ל' יום הודינו עלי' משום א"א, דהוי כחזו העדים ממש שהיא אשתו, אע"ג דלא חזו הקידושין, וכל כוונת] מ"מ אינו בחזרה ודאי, שהרי פשיטא דיתכן שאינו כן, רק זהו בחזרה חזקה הנהגה, דמתנהיגו מספק שכן הוא אע"ג דאיך לנו שום ביטור, רק חזקה הנהגה זו נאמרה לא לעניין הכרעת הדין ע"י ב"ד אלא לעניין ראיית העדים, דע"י החזקה נעשה דחזו כן, וממילא אחרי שהוא דין בעדים בהכרח הוא גם דין עלינו להחזיק מספק שהאמת כן, דא"א שנקבל העדות ונאמין לה בלי שיהא דין על הדיינים בעצמם להחזיק מספק שכן הוא.

ובאופן זה ממש היא גם חזקה מה שמתח ידו הוא שול, ומאחר שאינה אלא חזקה הנהגה, דאין כאן ביטור, מהני כנגדה מיגו, ואעפ"כ העדים יכולים להעיד שאנו כן בחזרה ודאי, דזהו דין בעדות דשייך שיחול עניין עדות גם מכח חזקות כדאי גוונא, וכמבטו כאן רק תחילת העניין וצריך עוד ביטור טובא בזה.

ד ע"י כר"ש סי' ל"א ס"ק א' דחקי דתתה כמטוגא דנסכא דר"א מבוואר כרמב"ן

החזקה מה שח"י הוא שולו היא רק חזקה ותחלה [ועי' ש' בפנים שהוסף ביאור, ותחלה ויעי' ש' ראי' דהיא חזקה הנהגה וכמבואר שהביא עור רא"י דהיא חזקה הנהגה ואינו ח"י כעת], והנה חזקה מסוין מהסברא ולפיכך לי' כארבע ודאי היא חזקה הנהגה, ולפיכך יע' מ"ד דאמר"י מיגו להוציא שורע א"ן זה בכלל הסתפקות הגמי' לעיל ה' אי' אמרין מיגו במקום חזקה, ולמ"ד רלא אמר"י מיגו להוציא י"ל דשאני חזקה מסוין דהיא אילמא טובא.

אך ע"כ ניצו שייך ל' דחזקה מה שח"י של אדם הוא שולו היא חזקה הנהגה. דדוחבה הפשוטה דהטעם דמחזקין כן משום דכרות פעמים האמת דמה שח"י" של אדם הוא שול, והיא כחזקה רבאה מכה רוב, וסקורה מדין רובא דליאת קמן דילפינן דהוא באורייתא כפ"ק דחולין, אך אם נאמר דמהא דמהו מיגו נגדה דאינה חזקה מכה רוב, איך מאחר ולכא ולכא סברא במציאות ל' כן, מתיכי תיחי שבמקום ספק ננקוט כן בחזרה הנהגה.

ועי' בסדרי סוהר על הל' נדה סי' קפ"ה ס"ק א' שדן בחזקות דהחזקה נדה בשכנות"י והחזקה אשת איש ועוד, דמהני הך חזקות אף בחזקות עפ"י דיבורים לחוד ואע"ג דליאת שום ביטור ונגלים לדבר, וליאת סברא מכה רובא דליאת קמן ל' כן, עש"ה דברים מבווארים בזה.

ובתלעניי כוח דהנה בחזקה הנהגה יש כ' אופנים, יש חזקות דתחילת הדין נאמר לגבי דכך יש לנהוג מספק בחזרה ותחלה, וכמו חזקה קמייתא באיסורי דילפינן לה מביית המנוגע, או חזקה מסוין מסברא ונאכ"ל כ' כארבע כו'. וחזקות אלה א"א שיהא מסתן דין עדות, ומאחר שאין מבווארת אין תפי' יכול להעיד שראה כן, רק דכ"כ עדים אין עש"ם [וכן בע"א באיסורים], ומ"מ מעיד שכן ח"י המציאות והב"ד מחזקין הדין עפ"י

החזקה הנהגה, מיגו, ואעפ"כ העדים יכולים להעיד שאנו כן בחזרה ודאי, דזהו דין בעדות דשייך שיחול עניין עדות גם מכח חזקות כדאי גוונא, וכמבטו כאן רק תחילת העניין וצריך עוד ביטור טובא בזה.

ד ע"י כר"ש סי' ל"א ס"ק א' דחקי דתתה כמטוגא דנסכא דר"א מבוואר כרמב"ן

בבב"ד דחזקה מסוין מהסברא וכאכ"ב לי' כאיכא כו' אינה מבווארת מדין והיא חזקה הנהגה, וכמעיד ע"א דחזקה מסוין איכא לחטף אינו מבוואר כזה מאומה, ומאחר שחיוב החטוף מדין החזקה ולא מהעדות שהעיד דהמסוין אינו שולו לכך לא חשיב עדות על מסוין דמחייבת שבועה בע"א וצ"ע בכל זה. ושור"ר בקצה"ה סי' ע"ה ס"ק י' מ"ש בזה].

ומזה הוכיח ר"ת דמדיחובי העד שבועה [ומכח השבועה החייבת מסוין], בהכרח דמאחר דהחפץ ח"י" הנחסף חזינן דהוא שול, ומעיד להדיא שהוא באמת שול, ולכן היא עדות לחייב מסוין, ולא דחייב נעשה ע"י חזקות מסוין [וכונתו רש"י שבועת שם רק לחובתו דבחטוף ל"א דלא מחזקין אינשי בנגבי וחזקתו מוכחת דבאמת החפץ שול. וכמ"ש בהגמ"מ פ"ט משוע'ן].

ולפ"ר נר' דר"ת ה"י יכול להוכיח כן מכל קידושין דבעינן עדים על הקידושין, ולכא"י הרי לא חזו העדים קידושין כיוון דלא חזו דהחפץ שמקדש בו הוא שול, ומדיחובי הרי כלל דהחפץ שול, ובע"כ דמה שח"י חזינן דהוא שול, וצ"ע, ויש להוכיח עוד מדוכחי טובא ואכמ"ל [ויסוד הדברים כבר מבוואר בנתיב"מ מ"ז סק"ז, עש"ה, ונר' דאין לזה שיטתו למחלי ר"י ורבי"ם].

ב ולעיל ל"ג ב' הארכנו להוכיח בעה"ש"ת דהך חזקה דמה שח"י" הוא שול אין לה שייכות להא דאמר"י בשבועות מ"ז כ' דאחזוקי אינשי בנגבי לא מחזקין, דהך סברא היא רק דיכא דחזמ"ק מפרעת דהחפץ של המ"ק [ויש עדים שהי' שול ומכרעת שיצא מרשותו בגזל וממילא תו אין למחזיק חזקה מסוין כלל דלפני התחלת חזקתו הוכרע שהוא גזלן ולגזלן ליכא חזקה מסוין כלל, וכזה אמר"י דהא דלא מחזקין אינשי בנגבי מהניא דחושע"ל למחזיק חזקה מסוין דל"י, אך הך חזקה דמה שח"י" הוא שול איחא גם בכלים העשויים להשאיל ובמדרות ובקרקע דהיא

איתה שייכת לזה, אלא היא דומיא דאמר"י בקידושין פ' א' דחנינו המורכב על כתיבה ה"י חזקה שהוא כנה ונסקלין וע"ז, ואין זה משום דלא מחזקין אינשי שמגזלין תינתוק שאינם שלהם, אלא משום דכך הדין וכד חזינן המצב כאופן זה חשיב דחזינן שהוא כנה, ואפשר להעיד עדות רא"י שהוא כנה, ובעין זה אמר"י כמנאפים עד שייבאו כדרך המנאפים, ובהחזקה נדה בשכנות"י, דהוי דין רא"י, ע"י כהן כרמב"ם ספ"א מאיס"ב, חשיב דחזינן שהוא שול [וכבודף אחרי חכירו לחזרה מבוואר בסנה"ד ל"ז ב' דאף אם חזו סייף ביד ודמו מטפסף והרוג מפרסו, לא הוי עדות רא"י, דלא חזו מצב של רציחה אלא רק אומדנא דרו"ק, וגם בקרקע אע"ג דליכא תפיסה מדחזינן המצב שנהג כה כדרך כלים מחזקין שהיא שול, וכמבואר ברמב"ם רפ"א מהל' טוען.

ג והנה נאמר נחבאר דמחזקין דמה שח"י של אדם הוא שול, והעדים יכולים להעיד דחזו ממש דהוא שול, אמנם כתב הרשב"ם כסוגיין דאם לא ה"י ע"א על החטיפה ה"י נאמן החטוף ל' דדין חטפי במיגו דלא חטפי, ונר' דליח מאן דפליג ביה, ולכא"י ע"י מדוע לא הוי כמיגו במקום חזקה דמספקין ב"י לעיל ה' ב', ולכא"י ה"י נר' דהוי כמיגו במקום עדים, דאנן סהדי דמה שח"י" הוא שול דאפשר להעיד על זה, וכמבואר בכ"מ פ"א ב' ע"י שם ברש"י, ועי' בה"י דהמב"ן כאן דמבואר גדולה מזו, דאפי' בדאיכא ב' עדים דחטף אם לא חזינן החפץ כעת בידי נאמן ל' איך חטפי דודי חטפי במיגו שיכול לומר החזרותי יע"ש, וצ"ע דזה הוי ממש כמיגו במקום עדים שהרי העדים מעידים עדות רא"י דהחפץ שייך לחטוף, ויעוציין בה"י הנהג"ש בסוגיין דחקי מדוע ה' לא הוי מיגו במקום חזקה, ות"י דדוקא בחזקה המבווארת כהא דא"א פורע ת"י מספקין אי אמרין מיגו במקום חזקה, אך

איהו שייכות להא דאמר"י בשבועות מ"ז כ' דאחזוקי אינשי בנגבי לא מחזקין, דהך סברא היא רק דיכא דחזמ"ק מפרעת דהחפץ של המ"ק [ויש עדים שהי' שול ומכרעת שיצא מרשותו בגזל וממילא תו אין למחזיק חזקה מסוין כלל דלפני התחלת חזקתו הוכרע שהוא גזלן ולגזלן ליכא חזקה מסוין כלל, וכזה אמר"י דהא דלא מחזקין אינשי בנגבי מהניא דחושע"ל למחזיק חזקה מסוין דל"י, אך הך חזקה דמה שח"י" הוא שול איחא גם בכלים העשויים להשאיל ובמדרות ובקרקע דהיא

איתה שייכת לזה, אלא היא דומיא דאמר"י בקידושין פ' א' דחנינו המורכב על כתיבה ה"י חזקה שהוא כנה ונסקלין וע"ז, ואין זה משום דלא מחזקין אינשי שמגזלין תינתוק שאינם שלהם, אלא משום דכך הדין וכד חזינן המצב כאופן זה חשיב דחזינן שהוא כנה, ואפשר להעיד עדות רא"י שהוא כנה, ובעין זה אמר"י כמנאפים עד שייבאו כדרך המנאפים, ובהחזקה נדה בשכנות"י, דהוי דין רא"י, ע"י כהן כרמב"ם ספ"א מאיס"ב, חשיב דחזינן שהוא שול [וכבודף אחרי חכירו לחזרה מבוואר בסנה"ד ל"ז ב' דאף אם חזו סייף ביד ודמו מטפסף והרוג מפרסו, לא הוי עדות רא"י, דלא חזו מצב של רציחה אלא רק אומדנא דרו"ק, וגם בקרקע אע"ג דליכא תפיסה מדחזינן המצב שנהג כה כדרך כלים מחזקין שהיא שול, וכמבואר ברמב"ם רפ"א מהל' טוען.

ג והנה נאמר נחבאר דמחזקין דמה שח"י של אדם הוא שול, והעדים יכולים להעיד דחזו ממש דהוא שול, אמנם כתב הרשב"ם כסוגיין דאם לא ה"י ע"א על החטיפה ה"י נאמן החטוף ל' דדין חטפי במיגו דלא חטפי, ונר' דליח מאן דפליג ביה, ולכא"י ע"י מדוע לא הוי כמיגו במקום חזקה דמספקין ב"י לעיל ה' ב', ולכא"י ה"י נר' דהוי כמיגו במקום עדים, דאנן סהדי דמה שח"י" הוא שול דאפשר להעיד על זה, וכמבואר בכ"מ פ"א ב' ע"י שם ברש"י, ועי' בה"י דהמב"ן כאן דמבואר גדולה מזו, דאפי' בדאיכא ב' עדים דחטף אם לא חזינן החפץ כעת בידי נאמן ל' איך חטפי דודי חטפי במיגו שיכול לומר החזרותי יע"ש, וצ"ע דזה הוי ממש כמיגו במקום עדים שהרי העדים מעידים עדות רא"י דהחפץ שייך לחטוף, ויעוציין בה"י הנהג"ש בסוגיין דחקי מדוע ה' לא הוי מיגו במקום חזקה, ות"י דדוקא בחזקה המבווארת כהא דא"א פורע ת"י מספקין אי אמרין מיגו במקום חזקה, אך

איהו שייכות להא דאמר"י בשבועות מ"ז כ' דאחזוקי אינשי בנגבי לא מחזקין, דהך סברא היא רק דיכא דחזמ"ק מפרעת דהחפץ של המ"ק [ויש עדים שהי' שול ומכרעת שיצא מרשותו בגזל וממילא תו אין למחזיק חזקה מסוין כלל דלפני התחלת חזקתו הוכרע שהוא גזלן ולגזלן ליכא חזקה מסוין כלל, וכזה אמר"י דהא דלא מחזקין אינשי בנגבי מהניא דחושע"ל למחזיק חזקה מסוין דל"י, אך הך חזקה דמה שח"י" הוא שול איחא גם בכלים העשויים להשאיל ובמדרות ובקרקע דהיא

ואם נאמר דאין ספק מכיוון דשעתה תפידו אינה מעוררת ספק על בעלותו בממון ודוה החילוק המבואר בסוגיין בין ד"א של אבותי כו' לכך דרד"מ, ונתבאר בעדושי"ת באור' לעיל ל"ב ב"ן, אי"כ אף אן לא נחוש כלל לקיימו וקידושויו בממון זה דאין צד ספק שהוא שלו. וא"ת יהיה כזוכה מן ההפקר, אי"כ לא יתכן כלל דעת הראשונים דס"ל דאם תפס אח"כ הכע"ד השני מידו מהני תפיסתו.

ועוד דדין כדא"ג הוא גם הזכא דיש ספק גמור למי הממון וכמבואר ברמב"ן הזכא בקוה"ס א' ס"ק ה' ד"ה והנה יע"ש דכ' דבאסהידו תו"ת יע' על כשרות השטר לשיטתו דתו"ת הוי סד"א ומפסלין החז' ממון נשאר ומדכ' דמהני תפיסת המלווה מוכח דזכ"ת הלוחה היא רק מדין כדא"ג. ודחם איכא ספק גמור על הממון אם הוא של המלווה או של הלוחה. וכך הוא כסוגיא דכר שטיא למ"ד דתו"ת הוי סד"א.

והנ"ל דכע"כ צ"ל דמכיוון דא"א לפסוק שום פסק בדין זה, זהו גופא פוסקים הכ"ד בתורת פסק דכך יהא הדין דא"א לפסוק מדיי וכדא"ג. ולכן החתום אי"צ לעשות קניין במה שתפס דאינו כזוכה מן ההפקר, אלא זוכה מכה פסק ב"ד שכך פסקו דמי שאלים זוכה. ומאחר דהוכח הפסק דאינו משום ברור אלא משום דאין הכרעה, ממילא כך הפסק דא"ש יגבר השני זוכה הוא. וכזה יוכן ש"י הרא"ש, דס"ל דמאחר דהוא פסק ב"ד לא מסתבר דיפקדו דיתקוטטו כל ימיהם, אלא דיקשה הי מיניהו מפקד, וא"א גם להכריע בתורת שודא, ולכן כ' דלאחר מעשה שוכה האלים סמכו לומר דישאר הממון שלו דמסתבר טפי שהוא שלו.

ולכן לא נעשה חזקה ממון לחתום, כיוון דזכה מכה פסק ב"ד דזימיהו רק ככה כדא"ג ותנו רשות להכירו לחתום. וכ"ז שלא תפס הוי קניין הראשון קניין דואי וקידושויו

מניו אין שבויה וואם כאו חרי עדים אחרי שנחתיב שבויה אינו נשבע. דוה ככלל גזיר"כ דבמקום עדים אין שבויה אע"ג דכבר נחתיב מקדים וכדכתוב "יבואהו עד הטרפה לא ישלם". ועוד דע"י עדים נעשה דהכ"ד חזו בשעמם מה שחזו העדים, דהעדים נאמנים על למרי על גופא דעובדא, ולכן הוי כנשבע על האבן שהיא אבן ותייה שבויה שוא. משא"ל אמרתי מניו במקום עדים לבי ממנוא הי"ע אית לך למימר דל"א מינו במקום ע"א לאפסורי מן הממון אלא בשבויה שתייבה עלי' תורה דהיינו לאכחושי העד" עכל"ה"ק ומבואר להדיא דמחלק בין סברת דריב"ם לסברת הרמב"ן וכההגהות אמרי כרדך, ומבאר סברת הריב"ם כדכתובנא, ותניתי כו' עד מארי ת"ל.

יא) וע"י ככר"ש"ס ל"ג ד"ה והנה סברה כרי דפ"י בודעת הריב"ם כמ"ש כרמב"ן וז"ל "אבל הריב"ם סוכר דכ"ז שלא נשבע דין ממון איכא, והוי כמו כ' עדים על טענת לא חטפי ע"י גזיר"כ דמחוייב להשבע, וממילא הוי כב' ג"כ על טענת דירי חטפי" עכל"ה"ק, ומבואר דלא מפרש כאן כדכרו כב"מ ד' וליעיל כתבו דעל"ש מדוע מה דתייב כ"י עדים חלוי אם איכא דין ממון, שהרי הברכ"ש בצעמו כ' דמה דהוי כב' עדים זהו ע"י גזיר"כ דמחוייב להשבע, דהיינו דכאמא ע"א אין לו נאמנות כלל וכדכתוב עפ"י שני עדים יקום דבר, רק דמחוייבה התו"ת"ק שבויה מכה עדותו ע"כ דכתיב לשבויה חשיבא עדותו עדות, ולכן להפטר מהשבויה ע"י מינו כנכרו הוי כמינו במקום עדים. ודין שבויה מחתיב ממון גם במודה במקצת דליכא עדות כלל ומה זה נוגע לנ"ד וע"ל.

ואח"כ הביא הכר"ש קושיית דר"י ורא"ש בשמ"ק דהק' מדוע בשומר יכול לומר החוזתי נאף במקום דהפקדו כדור בשטר' כמינו דנאנס, וקושייתם דנאמר ג"כ דאין המינו פוטרו מחויב שבויה, ותירצו דכ"ז שלא טען נאנס לא התחיל החיוב שבויה בשבועה אלא שילומי משלם וכי ליכא אלא חד

לוי חזקה נקט כלשונו אומן אך נר' זכונתו לאריס, דמבאר מהמשך לשונו דמיררי בארעא]. אלא בירא דהאי מילא דאין טוענין ליוורש ולוקח אלא כשרד בר המוכר יום א', וכן המוריש, וכיון דדר בר יום א' הוי קצת אומנא שקנאו המוכר או המוריש".

וכ"כ בעליות דר"י הובא בשמ"ק מ"ז א' לכאר הא דכן אריס טוענין רק שירש מאביו אין לו חזקה ור"ל "ואע"פ דהנא שלא החזיק אביו כיוון שהחזיק היוורש ולא מוחה המערער ה"ז חזקה, הא קיי"ל דבעיני עדים דדר ב"י המוריש חד יומא דבהכי יש לשם אמתלא בקרקע לוי לקוחה היתה כרד אביו, ואמתלא זו מסייעת לחזקה שהחזיק היוורש, לפיכך אינו צריך טענה. הלכך כן אריס כיוון שלא דר שם האריס חד יומא בחזקה שהיא שלו אלא באריסות צריך טענה דה"ל כפי שלא ירד שם האריס כלל שהרי מחזיקים אותו שה"י יורד לשרה זו בחזקה אריסות ולפיכך לא מהני לוי בשדה זו חזקה ג"ש עכ"ל"ק.

והר"ב צ"ע טובא. שהרי כאריס אין שום ריעותא בטענה המחזיק דהאריס קנה מן המערער, דכאמת יש עדים דדר האריס חד יומא, רק מאחר דדחתו בסתמא היא לאריסות, ומחן טעמא אין לו חזקה [דאדם שאינו אריס, אפי' אם ירד לפורת צריך למחות בו. דסתם עמידתו בקרקע היא בחזקה שהיא שלו, ולכן אם לא מחה ג"ש הפסיד ומחזיקין שקנה. משא"כ אריס סתם עמידתו בקרקע היא לאריסות, ולכן אפי' למחות בו, דאף בלא מחאה נחזיק רק שירד לאריסות ולא שקנה]. לכן אף דישי עדים דדר בה חד יומא מ"מ חסר ההוכחה דקנאה כיוון דלא חזיקין דדר בחזקה שהיא שלו חד יומא אלא רק דדר באריסות חד יומא.

והרשב"א הרבינו יונה ז"ל כעצמם פירשו בגמ' מ"א כ' דהטעם דכ"א ערי חד יומא לא טענין הוא משום דהוי חזקה שלא קנה. ולא משום דבעיני טיע דלבר

מיוון דאין חזקה דלא זבינא ל"י ע"ש. וכ"כ רמב"ן, ועי' בשמ"ק דגם שאר ראשונים פ"י ברכות, דכל עדים הוי רגלים לדבר שהמוכר לא קנה מן המערער. וכן משמע מהרשב"ם ע"י בקה"ח קמ"ו סק"ט. ומבאר דא"צ ראי' חגלים לדבר שהמוכר קנה מן המערער כרד לסייע לטענת המחזיק ואז כ"ד יטענו לו. דגם כלי טיע כלל יטענו לו כ"ד, רק שלא הוא המערער יצטרכו טיע כרד לטעון לו. וכן מוכח מהגמ' דרב ה"ק על ר"ח וכי אין אדם עשוי לקוח ולמכור כלילה. ומבואר דאם היישינן לוקח ויעשוי לקוח ולמכור כלילה, דאז אין ריעותא בטענת המחזיק גם אם לא נמצאו עדים על דירת המוכר לו, שפיר הוה טענין לוי. רק דר"ח ס"ל דהוה לא שפירחא. ואע"ג דאין טיע כלל לדבר המחזיק.

אמנם עי' לקמן מ"ז א' דאמרין דכן גולן וכן אריס שהחזיקו ג"ש, אם טוענים שירשו מאבהם אין להם חזקה. וברשב"ם פ"י זככה"ג כ"ד לא טוענים לירש שאבהם קנה מן המערער. דכ"ד טוענים רק מאי דמצא אבהם למיעוץ, אך הכא אם אבהם ה"י מחזיק ג"ש וטוען שקנה מן המערער לא ה"י נאמן, דלגולן ואריס אין חזקה [עי' הטעם לעיל ל"ט ב']. ומה שאבהם אינו יכול לטעון גם כ"ד לא טוענים לירשין.

אמנם הרשב"א פליג על טעם זה, דס"ל דהאב עצמו ה"י החזיק ג"ש אחרי שכל ימי אריסותו ה"י נאמן לטעון לקוח, והכא חפן לא ה"י אריס, וככה"ג שה"י מחזיק האב שלא כחורת אריסות ה"י נאמן לטעון לקוח ומדוע לא יטענו כ"ד ליוורש כן, ועי' קצה"ח קמ"ז סק"ז שהביא דברי הרשב"א כזה חיל "וכנ"י פ' חזקה [כעת לא מצאתי מקום זנ"י] כ' בשם הרשב"א ותקשי הא דאמרי' כפי' חזקה כפן אומן דאין לו חזקה כשכא בטענת אביו, כיוון דהאומן גופי' יש לו חזקה אחר שכל ימי' אומנותו והכן שאינו אומן אמאי אין

נחשב מה שה"י הקרקע עד כאן ברישותו ובחזקתו כאילו יש לו מקצת כח ואלמות בה. וכ"ז במקום שה"י מייק, אך כ"א של אבותי ה"ז של אבותי ודאי מודו הרשב"א וה"כ"ן דמהני תפיסה דאע"פ דאין תפיסה בקרקע כלל, מ"מ ס"ס הוא עייף מחבירו שאינו בקרקע, ואע"ג דעדיפות זו אינה כלום, מ"מ במקום שאין שום צד הכרעה אחר מהני להטות הכף לזכותו אפי' עניין קל מאור.

ג) וכשי' הרא"ש דתפיסת השני לא מהני אפשו דבאופן כמו כסונגא דבר שטיא למ"ד תר"ח הוי סר"א, יודה הרא"ש דמהני אח"כ תפיסת השני, כיוון דהראשון לא זכה מחמת שמטר נפשו יותר, אלא מכיוון שהקרקע היתה ברשותו לפני שאסדהו החינת. ולפי"ז אחרי שתפס השני לא יכול הראשון לחזור ולתפוס שהרי על תפיסת השני אינא גם האומנא דהיא שלו מדמטר נפשו עלי, ועצ"ע.

מ"א ב', בוסוד עניין חזקה ג"ש.

א) עי' כדף מ"א ב' ההוא גבוא דדר בקשתא כעליתא כו' ע"ש היטב בכל הסוגיא, ומבואר בגמ' דאם המחזיק דהחזיק ג"ש אומר מפלגיא זבינתה דזבנה מינן לא זכה כיוון דהויא חזקה בלא טענה שאינו יודע כדאי שזה שסבר לו קנה מן המערער והויא רק טענה שמא. אלא דהניא דלקוח אי"צ טענה דכ"ד טוענין כרי עכו"ל חזקה שהמוכר לו קנה מן המערער מרין פתח פיר לאילם. ואמר רבי חי"א דאם יבא המחזיק עדים דהמוכר לו דר בה חד יומא [וכשו"ע קמ"ז י"ד מבואר דמג אף כשעה א'] אז כ"ד יטענו לו ויזכה, ואם אין לו עדים לא יטענו לו תכ"ד.

ודטעם דהצריך ר"ח עדים דדר בה המוכר חד יומא פ"י הרשב"א ח"ל ד"אם אינא דזבנה סתמא דמילתא מוחזק חוץ ל"י איניש דדר בה כר' חד יומא מידא, וכל דלא קייודשי ודאי מכה פסק ה"כ"ד ונר' בפשטות דאם תפס פרה וכה חבירו לחלוב חלבה ויהא חשוכ גולן על החלב עד שלא יתפוס הפרה ויפניסנה לרשותו ורק אז חזא ש"ל מכה פסק ה"כ"ד, ועצ"ע [ואח"כ מצאתי שביטור הדברים זכינו לכיוון לדעת השע"י ש"י פ"י ד"ה גולעני"ד לפרש כו' יעצ"ש. ולעני"ד הם דברים פשוטים אלא שראיתי כספר א' שלא כ"כ ולכן הוצרכנו להאריך].

ב) עי' קה"ס כלל ז' אות ח' שהוכיח דעת הרשב"א וה"כ"ן דבמקום חו"ת למ"ד דחור"ת הוי סר"א מהני תפיסה רק במטלטלין, אך בקרקע לא מהני תפיסה אלא רק תפיסה ברשות בעלים. ואם תפס שלא ברשות בעלים נשאר הקרקע בחזמיק. והנה ברשב"א שם כ' להדיא דבקרקע לא שייך תפיסה כלל, וז"פ בדוכתי טובא דבקרקע אין דין תפיסה. רק דבמקום חו"ת למ"ד דהוי סר"א, כיוון דליכא למילי כתר שום חזקה נעשה כד"ן ז"א של אבותי וי"א של אבותי. ואם כדא"ג פירשו דכ"ד לא דינן כלל ברין זה, א"כ מה שייך לחלק בין תפיסה ברשות לתפיסה שלא ברשות. דמה אכפת לן איזו תפיסה היא שהרי כ"ד מנחין אותם להחזיקט ומי שיגבר יגבר. ואם תפס שלא ברשות מי יצאי מילי כיוון דה"כ"ד לא דינן כזה.

ולפי' משינ"ת בעזשושי"ת א"ש היטב, דמאחר דכ"ד פוסקין בחרות פסק גמור דמי שאלים יגבר, א"כ צריך לרין מה מקרי אלים. וכות ס"ל להדמיקין ורשב"א דמאחר דליכא תפיסה בקרקע, זה אינו רק לגבי דין תפיסה תנוגי לחזקה ממון, אלא דלא הוי תפוס כלל והעומד בקרקע חשיב ממש כאילו עומד חוץ לקרקע, וא"כ כמה שנוכנס לקרקע לא חזיקין ל"י כלל שנועשה אלים בקרקע. ומאחר דגם עפ"י אילמות א"א להכריע זוכה המייק. ולא מדין חזקה מרא קמא, דבמקום חו"ת למ"ד דהוי סר"א ליכא חזמיק, רק משום דאין שום אפשרות שיהא לשום אדם כח בקרקע זו.

שלא הביא רא"י מספק אין לנו להוציא המערער, ולכן ה"ק הגמי דווקא על חולקי קע ממי שהיא ברשותו דהיינו המחזיק.

הוא שותק ואומר לא אשיבך דבר, או מכלני זכינה דכנה מינך, ואין לו זכר המוכר חד יומא, מדוע לא זכר זכר מספקי, וע"ש שהבאנו מהראשונים ב' שיש בתי הגמי על קושיא זו. ומשמע דאין קושיא זו היא דווקא להולכי אושא ולא דאז ה"י יכול המערער לתפוס ממנו, אלא מאחר שלפני הערעור מחזיקין דהקרקע של מדין חזקה מה שתח"י ש"א שלו וכמשיג'ת, א"כ נהי דחזקה זו אינה מועילה לברר הספקי, מי"ע נעשה מכוחה חזמ"ק, דכמו שלפני הערעור חזינן שהי' שלו כך נחזיק מספק גם השתא עד שלא יתברר איפכא.

ולפ"י באומר מפלוני זכינה דכנה מינך, מאחר דהודה המחזיק דהוא לא קנאה מן המערער, א"כ שחזקה המערער אינה רגלים לדבר כלל שמכר למחזיק, ואינה מנגרעת כלל החזמ"ק שיש למערער ככל מה שנוגע לד"ר שיש בינו לבין המערער מצד עצמו. וממילא בכה"ג א"א לומר דיהא למחזיק חזמ"ק, דכמו שלפני הערעור חזינן דהקרקע שלו כך נחזיק גם לאחר הערעור, דחזמ"ק דהמערער קודמת לחזקתו וכמשיג'ת לעיל, ואחרי הודאתו שלא קנה הקרקע מן המערער א"כ לולא טענתו שקנה מפלוני הרי כל ישיבתו בקרקע היא בחזקה שיושב בקרקע שאינה שלו. דכל כמה שהדבר נוגע אליו יכול המערער להוציא ממנו, דאחרי הודאתו שלא קנה אין שחזקה המערער מנועת כלל כח עירי מרא קמא רד"י. ואחרי הודאתו א"א לומר דלפני הערעור הכ"ד רואים המצב דהקרקע ודאי שלו, דאדרבא הם רואים המצב שיושב בקרקע אדם שהודה שלא קנה, ולמערער יש עירי חזמ"ק, ושחזקתו אינה כללם לגבי זה שעומד בקרקע.

וכל הזכי דהמחזיק היא מכת שטותן שפלוני קנה מן המערער. וכלפי טענה זו אכן ליחה הכרעה מכת החזמ"ק דהמערער, כיוון

שלא הבין, אם נאמר דשתוקת המוכר ג"ש ה"י רא"י שמכר א"כ אין הכנה כלל בעיני טענה, ואם נאמר דמכר ה"ך רא"י יקום הכמים מספק דהלוקח קנה אפי"ג ה"י רא"י גמורה, א"כ יקשה דהוי ממש כמו אפי"ג אושא ומדוע ה"ק הגמי דלא נצטרך טענה דקא להולכי אושא.

ברצוני כאן י"ל דהנה כבר כתבנו לעיל דטענת ברי ה"י טיבה לזכות אם נגדה חזקה ממנו, וכמובאר להדיא בחז"מ קל"ט ט"ז ב' דכן הד"ן אף בטענה חשתי, ונ"י דזה טעמי דמי"ד ברי ושמא עירי, ואף מאן דפליג זהו רק משום שדה אינא חז' ממון, אך בלא חזקה ממון דטוען ברי זוכה בד"ן וע"ע שם ראיות לדוח.

המערער טו"ב שהמחזיק גולה ממנו, והמחזיק שותק או טוען שמא נוכחו אתי זכינה דכנה דמינך, יזכה המערער ש טענתו לחוד, דחזקה מרא קמא דהמחזיק ה' סתרת טענת הכרי דהמערער, דהרי יש דמקודם הייתה הקרקע של המערער ע"כ באה למחזיק [ולכן לא מהניא למחזיק החזקה מה שתח"י של אדם שלי]. מערער טוען על תחילת כניסת הקרקע על שות המחזיק, וכיוון שהטענה היא על חילת חזקתו כיצד נכנסה לרשותו, אין חזקה ק דילי, קאי על נדון דחד טענה כלל, ולכן חזינא כטענה לאפקי מחזקה ממון, ולכן לא יטען המחזיק ברי ג"כ פשיטא דזיכה

דמירשתק ג"ש רגליים לדבר שמכר. אמנם בראשונים שכתב דהוי חקני"ח מבואר להדיא דצריך גם לאומדנא זו.

והנלעני"ד בזה דחכמים לא תקנו כלל להוציא ממון שלא ברי"ן. אלא תקנתם היא רק דמכר חד אומדנא דשתיק ג"ש, לא נזייל בתר חזמ"ק דהמערער, וכמשיג'ת לעיל ל"ג ב' גבי מטלטלי דמקום שהחזמ"ק גורמת להחזיק המחזיק כגולן או לא אולין בתרה אפי"ג שאין בזה ברור שאיני גולן. והכא נמי אפי"ג שה"ך אומדנא אינה מברחה, מי"מ במקום ששתק המ"ק ג"ש תו לא אולין בתר חזמ"ק דל"י. ואחר שנעשה כן אולין בתר החזמ"ק דהמחזיק, דנתבאר לעיל דחזקה מה שתח"י של אדם שלו אינא גם כמבי"מ רפי"א מטוען ונטען, ואפי"ג דל"ח בה תפיסה, ומאחר דלפני הערעור החזקנו הקרקע למחזיק, מדין חזמ"ק יש להחזיק דגם כעם היא שלו, דמספק לא מפקינן ממה שהי' מבורר מקודם.

ובעלמלא חזמ"ק דהמערער עדיפא, דהיא מברעת על תחילת כניסת הקרקע לרשות המחזיק דהיתה כגול וחו לא הויה מקום ל"י חזמ"ק למחזיק. אך כנתבטלה החזמ"ק דהמערער משום חזקה ג"ש, משתה שפיר איח לן למייל בתר חזמ"ק דהמחזיק, וע"י מי"ש כעין זה לעיל ל"ב ב' כדעת הרמב"ן עש"ה.

ג) וע"י לעיל כ"ח ב' דלהולכי אושא ס"ל דאחרי ג"ש נעשית הקרקע בחזקה הלוקח מדין חזקה דג"ש וכמו שזר המערער, וה"ק הגמי ע"י דא"כ יהי חזקה בלא טענה. וע"י בדברינו שם דנתבאר בעזרה"שית ק"י הגמי דלהולכי אושא נעשית הקרקע ברשותו ומתניא ל"י חזקה ג"ש כמו תפיסה כמטלטלי דמעתה מספק נאמר דישי לו חזקה ממון בקרקע, והמערער הוא המוציא מחבירו ועליו הרא"י

המחזיק, וכן מוכח בבירור מקושיית רב על ר"ח וכמ"ש לעיל.

ולפי דברי הרשב"א שהבאר בני"י פ"י הקצה"ת טעמא דשוי"ת הרשב"א שהביא שם, דאם מוח המוכר כלוקח ממנו, תו אפי"ג למחת כמי שלקח מן הלוקח, ואפי"ג החזיק ג"ש. דאפי"ג דקיי"ל לעיל ל"ט ב' דצריך למחות בסוף כל ג' נג', וא"כ מאחר שעבר יותר מג"ש מהמחאה שמחה המערער כלוקח ממנו, ותו אין לה דין מחאה לכשל החזקה שהחזיק הלוקח מן הלוקח, מי"ע מהניא לעשות דלא נטען לו כיוון דאין הטיעו לדבריו מדירת המוכר חד יומא, דאחרי שמחה בו המערער הוי כלא דר אפי"ג יום א'. וכדברי הקצה"ח כ' גם בכה"ג א"א שם ובתה"מ, וגם בזה פשיטא דאין שום חזקה דלא קנה המוכר מן המערער [שהרי מחאה שעבר אחרי ג"ש בלא מחאה חזרת אינה חשוכה מחאה להוכיח שלא קנה]. רק דמכיוון שמחה בו א"כ העדים שמעידים דרד בה חד יומא אינם יכולים להעיד שרד בחזקה שהיא שלו. וע"י בתי הגרש"ש סס"י י"ב בה"ג"ה שעמד בקושיא זו והניח בצע"ג.

ב) והנלעני"ד בזה בהקדמ דהנה יעויין לעיל כ"ט א' דהבאנו ראיות רבות בעזרה"שית דחזקה ג"ש אינה משום דשתיקת המוכר ג"ש הוי אגן סחרי גמור שמכר וסגי כרא"י זו להוציא ממון. אלא היא אומדנא בעלמא ורא"י להוציא מוכחה לחוד ממון מהמהחזק בו, וחקני"ח דמכת אומדנא זו יהא המחזיק מחזק כבללות על הקרקע.

וע"כ דאם מן הד"ן אין להוציא ממון מכת אומדנא זו, וחכמים תקנו להוציא הממון משום תקון העולם דלא מזהדרי בשטרא טפי מג"ש מכת הפקר ב"ד, א"כ מדוע הוצרכו כלל לאומדנא זו, והיו יכולים לתקן גם בלעד'ה. וכן הבינ בקצה"ח ק"ט ס"ל ב' דלמ"ד דחזקה ג"ש הוי מחקני"ח לא ס"ל כלל דלמסקנא צריכינן לומר גם האומדנא

עבורו, בזה י"ל דאינם רוצים לטעון לפני שיכורו אם יש עדים או לא ועוד דאם נאמר דזה הטעם דבענין מינו יקשה להכין הדמיון שכי' ברשבי"ם מ"ה ב' ד"ה ביצא יעו"ש].

ולדברינו אי"ש היטב בעהש"שית, דאף בטוען קמאי דירי ובהו מינך אינו יכול לזכות בטענה זו לחור, וכמשנ"ח לעיל דאחרי שפודה שהוא לא קנאה מן המערער, נהי וחזקתו מבטלת החזמ"ק החזמ"ק דהמערער, מ"מ גם הוא עצמו אין לו חזמ"ק לזכות בקרקע זו, דכלפי כל ד"ר"י שבינו לבין המערער אחרי הודאתו חזינן כסתמא שהוא יושב בקרקע של המערער מכה ערי מ"ק דהמערער. ומכיוון שזוכה רק בטענתו פלוני זכנה, רק אם חזינן רלפני הערעור פלוני ישב בה, הנה לאותו פלוני חזמ"ק בארעא. והנה שטוען בעצמו, ולא נזקק שב"ד יטענו עבורו, אין לו זכ"י בקרקע מכה חזמ"ק ולכן בעינן המינו.

(ז) וע"י ביאור הגר"א ק"מ סי"ק ג', ואם נאמר דערי חד יומא בעינן רק משום דכלא זה הוי הוכחה שלא קנאה המוכר, וכהראשונים ברוך מ"א ב', לכאנן ראיית הגר"א אינה מוכנה דאינו עניין ולי"ז כלל. ולדברינו אי"ש היטב בעהש"שית דברי הגר"א כמובן למעיני.

(ח) ע"י בשו"ת הרשב"א שהביא בקצה"ח קמ"ו ו' דהכריח דינו מסונגא דההוא ודר בקשתא בעיליאתא, דאם לא הכיא עדים דרד בה המוכר חד יומא לא עלתה לו חזקה, משום דהיא חזקה בלא טענה. והקי' הרשב"א מדוע לא יוכל לטעון מדלא מחית בי מוכח דמכרת לזה שמכרה לי. זה ודאי מסתור דברי לטעון טענה כדי להביא הספק להכרעת הדין, סגי בטענה מכה אומדנא זו, אפי"פ שאינו ראי' גמורה, וכמשנ"ח בעהש"שית לעיל כ"ט א'. והכריח מזה הרשב"א דאם מכה המערער כזה שלקח ממנו תו א"צ למחות במחזיק זה אפי' לאחר ג"ש, וממילא א"ש דאין יכול המחזיק לטעון כדי שלא מכה המערער כזה שמכר לו. ואפי"פ דכ"ז שלא הביא המערער ראי' שמחה

ולדברינו סוף לשון הנ"י בשם הרשב"א שהביא קצה"ח אינו מודוק, דהדריח חד יומא הוי קצת אומדנא שקנאו שכל. וגם מדברי הר"י קצת משמע כן שלשון הנ"י לא ראייתו בפנים ואפשר דהכנות האחרונות הם לשון הקצה"ח עצמון]. יש ליישב זאת ודו"ק ונאכמ"ל, וככל גוונא דהוה רק דיוק אומדנא ברוך מ"א ב', דאמרינן דאם המחזיק טוען מפלוגא זכניה דזכנה ק"מ קמאי דירי, ונאמן במינו שה"י יכול לומר דאין זכניה. ולכאנן אין לו הנהגה, דמאחר דהחזיק ג"ש וטוען טענה כרי, מדוע צריך עו' ונע"י בקצה"ח קמ"ו סי"ק י"ב שכי' יצא כמה ראשונים דבאמת א"צ למינו. ורק טובא בלשון הגמ'. וברשבי"ם ל"א א' נאמר להדיא דבעינן מינו מחורת מה לי מקר. ועוד מה נעשה בדעת החות' דבקצה"ח דהם ודאי ט"ל דבעינן לזה מינו גמורין]. ופ"ר ה"י אפשר ל"י דאחרי דמבואר ראשונים דמה שלא נמצאו עדים דרד בה חד יומא, זהו גופא ראי' דלא דר בה ולא קנאה, א"כ מאחר דראי' זו מונעת הטענה דזכנה יצא קמאי דירי, בעינן לאלומה ע"י מינו. וכמדר' שבי"כ בקה"י ואינו תח"י נעת.

אמנם לענין קשה ל"י כן, דדוקא אם המחזיק נצרך לטענה ב"ד, אז הם יודעים לברר אם יש עדים דרד בה חד יומא, ואם לא מצא עדים מחזי כשיקרא הטענה שקנאה המוכר מן המערער וכ"ד לא טוענים כן. אך בטוען דזכנה מינך קמאי דירי, אינו צריך כלל שב"ד יטענו עבורו, דהוא טוען כדי לזכור עצמו, ומאחר שיש לו טענה טובה, מחזיקי תתי' שדחשו הב"ד שמא אין מצויין עדים בשום מקום שרד בה חד יומא. ואדוכה יש להם כשום מקום שרד בה חד יומא. ואדוכה מה חד יומא, רק מהכי תיתי שיערכנו אותו לחזר אחרי עדים אלה ולהביאם, אחרי שיש לו טענה טובה. ורק היכא דזקוק שהם יטענו

לא קנה מן המערער וכמירי רמזי כשיקרא אין הב"ד רוצים לטעון עבורו].

ובכן אריס לא מהני שישענו לו הב"ד דאפי' קנה מן המערער. וכשרד האריס בקרקע חזינן המצב מסתמא דהוא עומד בקרקע בחורת אריסות ולא בחזקת שהיא שלו וולין אין לו חזקה בהן. ולכן נהי שאחרי שהחזיק בנו ג"ש תו לא מהני חזמ"ק דהמערער, מ"מ נעשה כד"ן כדא"ג, וא"א לו דכשם דחזינן מקודם המצב דהקרקע של האריס בודאי, יתא חזמ"ק לאריס להחזיקה כבעלותו גם אחרי הערעור. רלפני הערעור ג"כ לא חזינן דהקרקע שלו, ואפי' אם באמת היתה שלו, מ"מ לא חזינן המצב שהיא שלו שנוכל לעשות מה חזמ"ק כלפי המערער. ולומר דב"ד יטענו לבן האריס שאביו קנאה ויהא מצב של כדא"ג ויזכה בן האריס מר"ן כדא"ג, זהו מלחא דמסתבאי דככה"ג ב"ד מושכים יזדים ולא טוענים מירי. דהם טוענים לזרש רק באופי שיש טענה הגורמת לו לזכות, וכרי' שלא יפסיד ממה שאינו יודע במלך דאבוה לטעון טענה זו, ב"ד טוענים אותה עבורו, אך הינא שאין טענה שיוכל לזכות מכהה, רק שתגורם שב"ד לא יוכלו להכריע הדין ויזכה מכה אלמותו לחור, בכה"ג ודאי מסתור שאין לב"ד לטעון כן עבורו [ולכאנן ה"י אפשר להקי' לדברינו דאם חזינן אדם שאומנותו אריס עומד בקרקע, ולא ידעינן מי בעלי', וכא מערער שאין לו עדים, יהא דיך כדא"ג, ויכול המערער לחפוס אח"כ הקרקע מן האריס דבאריס לא חזינן המצב מסתמא שהקרקע שלו זנעבדי לו חזמ"ק ממה דחזינן שהיא שלו לפני הערער. אמנם זה לק"מ, דדוקא כלפי מערער שיש עדים שהיתה שלו אמרי' דלא חזינן הקרקע שהיא של האריס. אך כלפי מערער שאין לו שום עדים ודאי נשאר המצב אחרי הערער כמו לפני הערער, ומה שהחזקנו שיש לאריס בקרקע לפני הערער כן יסאר אחרי הערער

ולשתק ג"ש אולא חמ"ק דירי', אך אכתי גם המחזיק אינו זוכה ולכאנן ראי' שיהא דיך כדא"ג. ורק אם חזינן אותו פלוני שישב בקרקע לפני שבה המערער ג"ש אז י"ל דמאחר ששתק המערער ג"ש לפני שאכל הקרקע מכוחו של אותו פלוני, וכלפי אותו פלוני כבר אין לו חזמ"ק, א"כ הספק אם מכר לאותו פלוני אין בו הכרעה שלא מכר, דאז נחזיק למפלע כל ישיבת פלוני בקרקע בחזקת שאינה שלו. ויש לנו לומר דכמו שלפני הערעור חזינן דהקרקע היא של אותו פלוני, מר"ן חזמ"ק נחזיק דגם אחרי הערעור היא שלו, וכד"ן הוא שמכרה למחזיק זה. ומבואר מכ"ז היטב בעהש"שית, דכלא שיכבא המחזיק עדים דרד בה המוכר לו חד יומא א"א כלל שתעלה לו חזקה בהך ארעא.

(ה) והטעם שכתבו הראשונים ברוך מ"א ב' דבעינן עדים דרד המוכר חד יומא זהו רק משום דכלא זה הוי הוכחה שלא מכר המערער למחזיק, ומשמע דאם ה"י אדם עשוי לקנות ולמכור בלילה דאז לא ה"י ריעותא ממה שאין עדים להוכיח שלא קנה, ה"י מהני חזקה המחזיק [וכן מוכח מהגמ' עצמה]. ולענין דהתם הרי המחזיק גם אינו יודע שהמוכר לו קנה מן המערער, וכ"ד טוענים לו בחרות כדי שהמוכר קנה. ואחרי שב"ד טוענים כן מר"ן פתח פיר' לאלם [וע"י משנ"ח] כזה לעיל בעהש"שית עמ' א' על תרד"ה מינון, א"כ כמו שטוענים דברי להם דהמוכר קנה מן המערער, כך ככלל טענתם גם דרד בה המוכר חד יומא. שהרי א"א שקנאה ולא היתה שלו אפי' שעה א' [וכשי"ע קמ"ו י"ד כהג"ה מבואר דחד יומא הוא לאו דוקא וסגי אפי' שעה א']. ומאחר שב"ד טוענים גם ה"י שהיתה הקרקע של המוכר, א"כ הם יודעים שלפני הערעור דר בה המוכר בחזקה שהיא שלו, ומה עבדי החזמ"ק דמהניא למוכר וממילא גם למחזיק זה שקנה ממנו [ורק בדליכא עדים ה"י רגלים לדבר דהמוכר

ולשתק ג"ש אולא חמ"ק דירי', אך אכתי גם המחזיק אינו זוכה ולכאנן ראי' שיהא דיך כדא"ג. ורק אם חזינן אותו פלוני שישב בקרקע לפני שבה המערער ג"ש אז י"ל דמאחר ששתק המערער ג"ש לפני שאכל הקרקע מכוחו של אותו פלוני, וכלפי אותו פלוני כבר אין לו חזמ"ק, א"כ הספק אם מכר לאותו פלוני אין בו הכרעה שלא מכר, דאז נחזיק למפלע כל ישיבת פלוני בקרקע בחזקת שאינה שלו. ויש לנו לומר דכמו שלפני הערעור חזינן דהקרקע היא של אותו פלוני, מר"ן חזמ"ק נחזיק דגם אחרי הערעור היא שלו, וכד"ן הוא שמכרה למחזיק זה. ומבואר מכ"ז היטב בעהש"שית, דכלא שיכבא המחזיק עדים דרד בה המוכר לו חד יומא א"א כלל שתעלה לו חזקה בהך ארעא.

(ה) והטעם שכתבו הראשונים ברוך מ"א ב' דבעינן עדים דרד המוכר חד יומא זהו רק משום דכלא זה הוי הוכחה שלא מכר המערער למחזיק, ומשמע דאם ה"י אדם עשוי לקנות ולמכור בלילה דאז לא ה"י ריעותא ממה שאין עדים להוכיח שלא קנה, ה"י מהני חזקה המחזיק [וכן מוכח מהגמ' עצמה]. ולענין דהתם הרי המחזיק גם אינו יודע שהמוכר לו קנה מן המערער, וכ"ד טוענים לו בחרות כדי שהמוכר קנה. ואחרי שב"ד טוענים כן מר"ן פתח פיר' לאלם [וע"י משנ"ח] כזה לעיל בעהש"שית עמ' א' על תרד"ה מינון, א"כ כמו שטוענים דברי להם דהמוכר קנה מן המערער, כך ככלל טענתם גם דרד בה המוכר חד יומא. שהרי א"א שקנאה ולא היתה שלו אפי' שעה א' [וכשי"ע קמ"ו י"ד כהג"ה מבואר דחד יומא הוא לאו דוקא וסגי אפי' שעה א']. ומאחר שב"ד טוענים גם ה"י שהיתה הקרקע של המוכר, א"כ הם יודעים שלפני הערעור דר בה המוכר בחזקה שהיא שלו, ומה עבדי החזמ"ק דמהניא למוכר וממילא גם למחזיק זה שקנה ממנו [ורק בדליכא עדים ה"י רגלים לדבר דהמוכר

ולשתק ג"ש אולא חמ"ק דירי', אך אכתי גם המחזיק אינו זוכה ולכאנן ראי' שיהא דיך כדא"ג. ורק אם חזינן אותו פלוני שישב בקרקע לפני שבה המערער ג"ש אז י"ל דמאחר ששתק המערער ג"ש לפני שאכל הקרקע מכוחו של אותו פלוני, וכלפי אותו פלוני כבר אין לו חזמ"ק, א"כ הספק אם מכר לאותו פלוני אין בו הכרעה שלא מכר, דאז נחזיק למפלע כל ישיבת פלוני בקרקע בחזקת שאינה שלו. ויש לנו לומר דכמו שלפני הערעור חזינן דהקרקע היא של אותו פלוני, מר"ן חזמ"ק נחזיק דגם אחרי הערעור היא שלו, וכד"ן הוא שמכרה למחזיק זה. ומבואר מכ"ז היטב בעהש"שית, דכלא שיכבא המחזיק עדים דרד בה המוכר לו חד יומא א"א כלל שתעלה לו חזקה בהך ארעא.

(ה) והטעם שכתבו הראשונים ברוך מ"א ב' דבעינן עדים דרד המוכר חד יומא זהו רק משום דכלא זה הוי הוכחה שלא מכר המערער למחזיק, ומשמע דאם ה"י אדם עשוי לקנות ולמכור בלילה דאז לא ה"י ריעותא ממה שאין עדים להוכיח שלא קנה, ה"י מהני חזקה המחזיק [וכן מוכח מהגמ' עצמה]. ולענין דהתם הרי המחזיק גם אינו יודע שהמוכר לו קנה מן המערער, וכ"ד טוענים לו בחרות כדי שהמוכר קנה. ואחרי שב"ד טוענים כן מר"ן פתח פיר' לאלם [וע"י משנ"ח] כזה לעיל בעהש"שית עמ' א' על תרד"ה מינון, א"כ כמו שטוענים דברי להם דהמוכר קנה מן המערער, כך ככלל טענתם גם דרד בה המוכר חד יומא. שהרי א"א שקנאה ולא היתה שלו אפי' שעה א' [וכשי"ע קמ"ו י"ד כהג"ה מבואר דחד יומא הוא לאו דוקא וסגי אפי' שעה א']. ומאחר שב"ד טוענים גם ה"י שהיתה הקרקע של המוכר, א"כ הם יודעים שלפני הערעור דר בה המוכר בחזקה שהיא שלו, ומה עבדי החזמ"ק דמהניא למוכר וממילא גם למחזיק זה שקנה ממנו [ורק בדליכא עדים ה"י רגלים לדבר דהמוכר

ולשתק ג"ש אולא חמ"ק דירי', אך אכתי גם המחזיק אינו זוכה ולכאנן ראי' שיהא דיך כדא"ג. ורק אם חזינן אותו פלוני שישב בקרקע לפני שבה המערער ג"ש אז י"ל דמאחר ששתק המערער ג"ש לפני שאכל הקרקע מכוחו של אותו פלוני, וכלפי אותו פלוני כבר אין לו חזמ"ק, א"כ הספק אם מכר לאותו פלוני אין בו הכרעה שלא מכר, דאז נחזיק למפלע כל ישיבת פלוני בקרקע בחזקת שאינה שלו. ויש לנו לומר דכמו שלפני הערעור חזינן דהקרקע היא של אותו פלוני, מר"ן חזמ"ק נחזיק דגם אחרי הערעור היא שלו, וכד"ן הוא שמכרה למחזיק זה. ומבואר מכ"ז היטב בעהש"שית, דכלא שיכבא המחזיק עדים דרד בה המוכר לו חד יומא א"א כלל שתעלה לו חזקה בהך ארעא.

ולשתק ג"ש אולא חמ"ק דירי', אך אכתי גם המחזיק אינו זוכה ולכאנן ראי' שיהא דיך כדא"ג. ורק אם חזינן אותו פלוני שישב בקרקע לפני שבה המערער ג"ש אז י"ל דמאחר ששתק המערער ג"ש לפני שאכל הקרקע מכוחו של אותו פלוני, וכלפי אותו פלוני כבר אין לו חזמ"ק, א"כ הספק אם מכר לאותו פלוני אין בו הכרעה שלא מכר, דאז נחזיק למפלע כל ישיבת פלוני בקרקע בחזקת שאינה שלו. ויש לנו לומר דכמו שלפני הערעור חזינן דהקרקע היא של אותו פלוני, מר"ן חזמ"ק נחזיק דגם אחרי הערעור היא שלו, וכד"ן הוא שמכרה למחזיק זה. ומבואר מכ"ז היטב בעהש"שית, דכלא שיכבא המחזיק עדים דרד בה המוכר לו חד יומא א"א כלל שתעלה לו חזקה בהך ארעא.

פרק יש נזחלין

חלקו בנכסים, רק דהחלקים מעורבכים זה בזה, אך לכל א' יש בעלות על חלקו בלבד, ושאר החלקים רק משעבדים לו להשתמש, ועל חלקו שלו אין לשום א' מהשתתף האחרים בעלות ויש להוכיח כן מהכרח מקומות ואולי לקמן א"ה נוסף דברים בודין. וכמעט בהמה יש גזיה"ע דבעינן דוקא

פיסוד עניין ירושת בכור ובעניין תפוסת הבית, בעניין שותפין, פסוגא דמכירי כהונה, באופן זכיות הככור בשבת, בעניין איש עצמור קודם חלוקה, ובדברי הנהגה רס"י רע"ח.

ההבמה כולה כבעלות אחת, ולא כהמה שיש עלי' שהי בעלויות, ולכן בהמת השותפין פטורה מן המעשר. ובתנית מחצית השקל כל הנותן מה"ש חייב להוסיף קלכון, ושותפין שנמתו ממצות שותפות שקל שלם עבור שניהם, מכיוון שכ"א יש לו בעלות לכדו על חצי הממתן, הי"ז כאלו כל א' מהם נותן מחצית לכדו עבור עצמו לחוד ולכן כל א' מהם חייב להוסיף גם קלכון.

ותפוסת הבית נדחיינו נכסי האב שמת לפני שחלקו הירושתין, נהי דג"כ הוא שותפות של הירושתין, מי"מ הדין דחייבין במעשר בהמה ואם נותנין שקל שלם על ב' אחין, או ב' שקלים על ד' אחין וכו"ב, ככל גזונא חייבין על הכל רק קלכון אחד, ולא בעינן קלכון לכל את פפני"ע. ופירש"י

ותפוסת הבית נדחיינו נכסי האב שמת לפני שחלקו הירושתין, נהי דג"כ הוא שותפות של הירושתין, מי"מ הדין דחייבין במעשר בהמה ואם נותנין שקל שלם על ב' אחין, או ב' שקלים על ד' אחין וכו"ב, ככל גזונא חייבין על הכל רק קלכון אחד, ולא בעינן קלכון לכל את פפני"ע. ופירש"י

דהחילוק דתפוסת הבית הוא דכאביהו דמו דחיינו דחייבין במעשר בהמה דהוי כאילו בהמה כבעלות האב דהיא בעלות אחת, וכן אם נותנין שקליהו ביחד הוי כמתן אביהו שקלים עבור כולם דכפד"ג נותן קלכון א' כמבואר ברש"י.

(ב) ונלעני"ד ביאור העניין דהנה כשיש ב' אחין יורשין אין זה דכל א'

הוי יורש רק על חצי והצאיהם מעורבכים, דא"כ הוי הוי ממש כשותפין לענין קלכון ומעשר בהמה, אלא כל א' מהם מכיוון דהוא כן דינו ליכנס תחת אביו בכל הנכסים, רק

לככור כ"י דכתב דלפני חלוקה אין האחין יכולים למכור ולחת חלק פשיטות דאין אדם מקנה רשלכל"ע. וי' גם דאם מת א' האחין קודם חלוקה אין בנו יכול לירש חלקו ישיר הימנו, ולא רק שחסר לאח שלטון פנסיים קודם חלוקה לענין הקנאה ונדאמרי' ב"ק ס"ח ב' דכגול ולא נתייאשו הבעלים אין הבעלים יכול למכור אע"ג דהוא בעלים גמור כיוון דאינו ברשותו וחסר בשלטונו על החפץ, אלא אפי' להוריש מה שיש לו בנכסים אינו יכול [דכגול ולא נתייאש ודאי מוריש הנגול לבנו בעלותו כממון], והא דחולק בן האח שמת בנכסיה הוא רק משום דהוא בעצמו יש לו דיך ירושה בנכסי הסבא.

וע"י חוסי' שם ריש ע"ב ד"ה לא דכתבו דכחלק פשיטות אפשר למכור לפני חלוקה, דכחלק פשיטות פשיטא דזוכין מירשיין בנכסים ככל מקום שהם זכ"י גמורה מירש בהמה, ורק גבי חלק בכורה יש גזון מתי זוכה בו [ואגב מבואר בחוסי' דמפירשי הא דאמרי' בדה ק"ד עד דמטא לידה, דחיינו לידה, דמקבל, וע"י בשמ"ק]. וע"ב דעת הרשב"ם.

והנלעני"ד בזה בהקדים דהנה ע"י בכורות נ"י ב' כמתני' ובסוגיא לפירש"י דמבואר ריש חילוק בין אחים שירשו ולא חלקו לשאר שותפין. דככל שותפין יש לכל א' מהשתתפין בעלות פרטית ומיוחדת רק לו על

דאית ל"י מינו זוכה. והכא שטוען דודאי המוכר קנה מן המעטר מאחר שחתק המעטר ג"ש, הנה גם אם נאמר שדאי אינו משקך דאית ל"י מינו, מי"מ האומדנא משתקת המעטר ודאי אינה ראי' אלמא כאן סדרי לכות מכתה בממתן, וכמשינת' בעשה"ש"ת לעיל כ"ט א'. ואע"ג דהחזקה דג"ש מרע החזומ"ק דהמעטר ונעשה כמו דין כדא"ג, מאחר דהכא לא נעשה למחזיק חזומ"ק, מאחר שהמעטר כא בטענת כרי גמורה, והמחזיק כא בטענה רק מכה אומדנא שאינה כאן סדרי, זוכה המעטר מכה טענתו לחוד, וכמבואר כסי' קל"ט טע"י ב' דכמקום שהדין כדא"ג לא מהני חפיסה למי שאינו טו"ב אם יש מי שטר"ב. ודעת הרשב"א אפשר דזוכה המחזיק מדין כדא"ג כיוון שהוא תפוס, ולא חשיב כבא בטענת שמה. וכסוגיא משמע דאינו זוכה ככל, ומה הוכיח הרשב"א דינו [וע"י לעיל ל' ב' מ"ש על דברי הרשב"ם ד"ה אמר רבא כו'].

במחזיק זהו.

ואע"פ שלדינא דין הרשב"א נר' מוסכם, וכמו שביאור בקצה"ת, מי"מ רוב

הראשונים לא ס"ל הראי' שהביא, שהרי לפי ראייתו אין סתירה בין הסוגיא בדה"ל סוף ע"ב, להא דאמרינן ל"ט ב' דצריך למחזיק בסוף כל ג' וג'. ובתוס' וברא"ש וברמב"ן, כתבו שיש סתירה בין הסוגיא ע"י שם, ונר' דס"ל דהנה לעיל נתבאר בעשה"ש"ת דאפי' בהחזיק ג"ש וטוען קמאי דירי זכנה מינך אינו יכול לזכות בטענה זו, כיוון דלא חזיקו לפני כן הקרקע ביד המוכר בתורת ודאי. ורק משום

השחפת לכל א' מהשחפת פנ"ע, וההקנאה בעליוותיהם לבעלות א' בלתי מחולקת, שאינה היא כפי הסכמת השחפת, ועל חלוקת קרן השחפת נשתעבדו מחלילה לחלק מאתיים לבעל המאיתיים וק' לבעל הק' [ודשעבדו חל על הרשות של השחפת ועל כל השחפת בעלי, וחל ע"י מתן מעות שנמנו השחפת מחלילה מעותרהו לרשות השחפת]. ואע"פ שלא פירשו כן און סה"ד נשתתפו על דעת כן [ואם פירשו יכולין להחנות כפי רצונם כמ"ש ברמב"ם]. אך כשבה כל שלא פירשו, מכוון דה"י של הרשות המשתפת דבה אין לא, חלק יתור מצדו, כחלוקה חלקון בשות.

(ו) וע"י רמב"ם פ"ב משכנים ה"ד דנ"ר דס"ל ואף קודם חלוקה כול א' האחרין אר השחפתין למכור חלקו, וחלא כהרשב"ם, ונ"ר דודאי מודה דחלק במתן עצמו אינו יכול למכור כיוון שהוא כבעלות השחפת, אך יכול למכור וכומו כבעלות משותפת זו, והחלקה נכנס להיות שותף במקומו, דס"ס גם מה שהוא חלק מבעלות המשותפת הוי מידד רמזונא. ודעת הרשב"ם אפשר דס"ל דזה אינו תפצא דיכול לחול עליו קניין וצ"ע.

(ז) ע"י נתי"ב רס"י רע"ח שהק' ברה דק"י"ל דכשבה דמאליו, וכמו דקלא ואלים ארעא ואסיק שרשון נוטל הכסור פי שניים, וכשבה דאשתי אינו נוטל, וז"ל "דלכא" קשה בממ"נ, אי זוכה הכסור בנוף הדכר כשעה מיתה אף שבהא דאשתי שלו, דדידי אשבת, ואי אינו זוכה עד שעה שרועה לזכרה אף שבהא דממליל לאו דידי הוא" עכ"ל [כצ"ל וכספרים נפל ט"ס ע"ש].

והדגלנע"ד כזה בהקדם הנהה לרכנן כשכתא דממליל אף ולרבי אף כשבה דאשתי, צ"ע כיצד נוטל בו הכסור פי שניים שהרי השבח אינו ממון שירשו מאבהם כלל, אלא ממון שזכו בו יורשין אחרי מיתה האב ומיה"ת כלל שישול בו הכסור פ"ש ולכא"ו ה"י אפשר ל"י דזוכה הכסור פ"ש כממון מיד כמיתה האב, וממליל גם רשות נפרדות על ממון א' מתאחדות בעליוותיהם לבעלות א' בלתי מחולקת, שאינה רשותו של זה ואינה רשותו של זה אלא היא רשות השחפת. ולפי"י מפרשה הסוגיא רבנרות נ"ו ב' באופן אחר לגמרי, ע"י בלח"מ שם מה שביאר פשט הסוגיא להרמב"ם, וע"י ברמב"ם פ"ג מה"ל שקלים ה"ד, וכד"ל בכורות שם, דמוכח להדיא מדבריו דה"י ס"ל.

(ח) וע"י ברמב"ם כפ"ד מה"ל שותפין בה"ג קנו כמעות השחפת קנו כמעות שור ומכרותו חי והריותו במכירתו [דהיינו שמכרותו יתור כיוקף ממה שקנוהו] חלקין הרייות כשותף אע"פ ששותף א' השל לביט השותפות מאתיים והשותף השני מנה. וכבא"ב"ד שם פליג וק' דדווקא אם חרשו בו ונשתכרו כחרישה חלקין בשווה מפני שא"א לחרוש בלא חלק הקטן, וחלקו נצרך לחרישה כמו חלק הגדול. וכסוגיא בתבובת צ"ג פירש"י כהראב"ד ע"ש. וטעם הראב"ד ורש"י דככל שותפות מלבד תפוסת הבית לכל א' יש בעלות בפנ"ע על חלקו, ולבעל המאיתיים יש מאתיים במעות וממליל יש לו גם ב' חלקים כשור ולבעל הק' יש חלק א' בשור, ולכן כשמכרותו כיוקף לבעל המאיתיים יש ב' חלקים כיוקף.

ודעת הרמב"ם דבעלות השחפת היא רשות ובעלות אחר, ולא שייך לומר דלבעל המאיתיים יש פי שניים בעלות זו, דבעלות אינה דבר שיכול להתחלק לחלקים, ואם נאמר דיש לו פי שניים נצטרך בע"כ ל"י דהוא לכוך בעלים על ב' חלקים והשני בעלים על חלק א', וס"ל להרמב"ם דשותפות אינו כן אלא כל א' מהשותפין קונה לבעלותו הכל ונעשים רשות אחת וכמשנ"ת. ולדעת הרמב"ם לכא"ו גם בקרן השחפת עצמה ה"י ראוי לחלק בשותף, רק הנה רשות השחפת כשותפים אינה נפקת סתם, דאז ה"י הדין דהיינו הנכסים תפקד, וכמו גר שמת, רק אופן התבטלות רשות השחפת הוא ע"י שמקנים ממון

מכיוון רא"א דכ"א מהם יזכה לכדו בכל הנכסים חולקין. ונניין זה מביאר בחתי' ב"מ ב' א' ד"ה הוה ע"ש בסד"ד דכ"י דכספך ויבם אף העניין דהיבם ודאי יורש חצי ועל החצי השני הוא ספק יורש דיש ספק בו שמה בין המת יורשו [דאז הוי ממש כמו שלת] אלא אין לו בעלות פרטית על שום חלק בנכסים אלא כולם בבעלות אחת כלבד הבעלות של תפוסת הבית, דהיינו בעלות כל היוורשין כאחד, וממילא אם אחד רוצה למכור חלקו בנכסים אינו יכול כיוון דהוא לכדו אינו בעלים על מאומה, ורק אם יסכמו האחרין כולם למכור תועיל המכירה. ואפי"ן אם מת א' האחרין אינו יכול להוריש חלקו לבנו, דאין לו בעלות משלו על שום חלק, דהכל בבעלות של תפוסת הבית. רק דבנו הוא ג"כ יורש דהסבא, ונכנס תחתיו להיות א' מהמשותפין בבעלות תפוסת הבית [ואח"כ בא ליידי ס' ח"י הגרתי"ט השלים הנדמ"ח וראיתי שם כס"י קצ"ב דמבאר כן דברי הרשב"ם, ומצייין שם למדרי"ח א"י ס"י קב"א ואינו תח"י, יע"ש].

(ד) וע"י בלח"מ פ"י מה"ל בכורות ה"י שביאר דלרש"י דווקא בתפוסת הבית נעשה דרשות השחפת היא רשות בפנ"ע וכל הנכסים בבעלות רשות זו, אבל כל שותפין בעלמא לכל א' מהשותפין יש רשות ובעלות בפני עצמו וחלקו בנכסים שייך רק לו, וק אינו יוכל, וכמשנ"ת. אמנם ש"י הרמב"ם דככל שותפין נעשה רשות אחת משותפת כמו תפוסת הבית. דלרש"י ורש"פ מה שניעשים שותפים ע"י קניין שכל א' נעשה קניין בממון המשותף, קניין זה אינו קונה לשותף הא' נוף ממון הבית, אלא רק שעבדו עליו דיחא מותר להשתמש בו לפי תנאי השחפת, אך להרמב"ם הקניין שיקונים השותפים ממון השחפת [כמבואר בפי"ד מה"ל שולחין ושותפין וחו"מ ס"י קצ"ו] קונה כל א' מהם לגמרי את נוף ממון הבית, ונעשה שכל א' מהם בעלים על כל הממון, וזה ממש כמו אחר היוורשין, דנעשה דמאחר שלא יתכן ב'

שכולם בבעלות כ"א מהבנים, והו דכר שלא יתכן, דא"א שתפין א' יהא כב"א תחת ב' בעליוות נפרדות, וא"כ לא יתכן שתחול לכל בן בעלות פרטית שלו על הנכסים, דאם הוא יאז בעלים על הכל לא ישאר מקום לבעלות האחר, והי מלינייהו מפקת, והמוצאה מזה רבאמת לא חל בעלות פרטית של שום אח בפנ"ע על הנכסים, אלא הנכסים נשארים בשותף א' המשותפת לכל האחרין, והיא אינה בעליוות מחולקת תחלות ביחד כל אחת על כל הנכסים, דזה א"א, אלא היא בעלות אחת בלתי מחולקת הנקראת תפוסת הבית דלגבי נכסי תפוסת הבית נעשו כל האחרין כנוף אחד ולכלם רשות אחת שכל הנכסים בבעלות ומאחר שהיא בעלת אחת חייבין בשותף זה. ומאחר שהיא בעלת אחת חייבין במעשר בהמה, ואם מביאים שקלים עבור כולם חייבים רק בקלבין אחד דהוי כמו שהאב מביא עבור בניו.

(ג) וכוזת יתבאר בעתהש"ת ש"י הרשב"ם, דס"ל דמאחר דלגבי הבעלות על

רמטיא לדי' בשעת מיתת האב בחלק פשיטות אינו טעם לכך שיטול בשבט פי שנים דירי' אשבח, דהא דאי לפני שגילה דעתו שרוצה לזכות או לפני שעת חלוקה, אינו זוכה לעצמו מרשות תפוסת הבית, וא"כ עד אז השבט שהשביח ברשות תפוסת הבית מחזיק בשווה. וצ"ל כדעת הגוס' דאף בתפוסת הבית לכל אח יש בעלות בפני' על חלקו, וכמו כל שותפין, והא דאמרין בככורות ג"ר ב' דתפוסת הבית הי' כרשות אחת, זהו משום דתחילתה אינה כמו שותפות והטיל כל א' חלק הממון לכיס, אלא מהא דכל א' יורש הכל ובעלים על הכל. והי' דמיד נעשה כ"א בעלים בפני' על חלק משום דלא יתכן דיהי' כ' בעלויות על ממון א' מ"מ לגבי מעשר בהמה וקבלו כ"ז שלא חלקו אבתי נשאר על רשות תפוסת הבית שמה האשון דהיא רשות אחת, וצני'ע ביה.

(ז) והנה ענין מתנה זו, א"א ל' דגוריה"כ
 דנעשה כאילו הקצאת האב נעשית לאחר מותו, דא"כ הי' לאחר מותו השבט כבר קיים ומטי לדי' ואין זה דשלכל"ע, וכך אם ירשו נכסים מאבי אבא לאחר מות אביהם יהא חשוב מחזק אם גוריה"כ כאילו האב חי ומקנה לאחר מיתתו, והי' כל החילוק בין מחזק לראוי הוא לפי מה שהי' בחיי האב, וכדאי הקנאת האב במתנה זו היא בחייו.
אמנם ז"פ דאין לככור מאומה כנסים בחי האב, וגם כשזוכה לאחר מיתת דאי לא זוכה למפני' משעה שהי' האב חי, וא"כ א"א לומר דחלות הקנאת הנכסים היתה בחייו. וכע"כ צ"ל דהי' כמו מקנה עכשיו באופן שחלחל הקניין תהא לאחר מיתה, ע"י ככתובות פ"ב א' ובתוס' שם ד"ה הא דל"ע שפיר שחלחל הקניין תהא לאחר מיתה, ע"י ככתובות פ"ב א' ובתוס' שם ד"ה הא דל"ע שפיר אפשר לעשות קניין שיחול רק לאחר ל' יום. וכנ"ד ה"ל לאחר ל' יום", הוא לאחר מיתה למ"ד יש לככור קודם חלוקה, ולמ"ד אין לו קודם חלוקה ה"לאחר ל' יום" הוא שעת חלוקה ולמ"ד יש לו קודם חלוקה, דהקנאת

רמטיא מודע א"כ יש לו בשבט אשבח, וצ"ע מודע א"כ יש לו בשבט אשבח, ולרבי זוכה מיד במיתת האב וכמו למללא], ולרבי זוכה מיד במיתת האב וכמו חלק פשיטות וצ"ע מודע בשבט ראשיתו יתומים אינו נוטל].

ותפוסת הבית, ושבט דתפוסת הבית לעולם מחזק בשווה אף אם חל דין ירושת פי שניים של הככור מיד במיתת האב וכמשי"ת [ואף לא דמי להטיל א' מאתיים לכיס השותפות והשי' ק' דלהרמב"ם השבט מחזק בשווה, והאב אפי' לא הי' כהטיל הככור מאתיים, שהי' לכל פשוט יש כח וכי' בכל הנכסים וא"כ אין עדיפות כלל לככור ולא יתכן שיוכה יותר מהפשוטים דא"א לזכות ביותר מהכל]. לכן אין נפ"מ לגבי השבט אם לרבי זוכה מיד במיתת האב ולתכמים זוכה אחי"ב, דכלל גזוהא א"א לומר דירי' אשבח עד שיצא חלק בכורה מבעלות תפוסת הבית לבעלותו הפשוט, וביניהן מבעלות תפוסת הבית אין לה שייכות למחלוקת רכי ותכמים כדרשא זו, שהי' רכי מרמה לה לחלק פשיטות דזוכה בו לעצמו מתפוסת הבית רק בשעת חלוקה.

ולכן מפר' הרשב"ם דמטי' לדי' דנותן, ולתכמים אין האב יכול להקנות לככור זכר שלא בא לידו בחייו דהי' כמקנה דשלכל"ע, ולרבי יכול להקנות אף מה שלא בא לרשותו בחייו וכמו שיכול להוריש חלק פשיטות אף כמה שלא בא לרשותו בחייו [ע"ש כ"ד עד דמטיא].
ודעת הגוס' ק"י רע"ב דס"ל דחלק פשיטות אפשר למכור לפני חלוקה, א"א לוי דמודו להרשב"ם דתפוסת הבית הוי בעלות בפני' של כל האחין כגוף א' רק דאפי' אפשר למכור, וכמ"ש לעיל בדעת הרמב"ם. שהי' מבורר ברמב"ם דהשבט של רשות משותפת מחזק בשווה, וא"כ א"א לפי' דמטיא לדי' היינו ד המקבל, דלרבי הא

כהונה, דהיינו דהישראל הבטרוזו ליתן לו המתנות ואסור לחזור בו כמשי"ש במו"ד"ה הא, אך הבה אבתי לא זכה בהן כלל, אם מת הבהן לפני שזכה במתנתו ואח"כ רצה הישראל ונתן לבניו, הככור נוטל בהן פי שניים. וע"י בקצה"ח רע"ח ס"ק ט"ז דה"ה אם נשבע א' ליתן מתנה לחבירו ומת לפני שנתן לו, ואח"כ רצה ונתן לבניו, נוטל בה הככור פי שניים [וע"י גם בקצה"ח ר"ד ס"קג שהי' גבי מכירי כהונה ול"י אין יכול הלוי לעשותה תרומת מעשר על שלו אחרי שלא זכה בה, וכ' דגבי ירושה לא קשיא דא"ע שזכה וסגי רק כמה דחשיב מחזקו]. וע"י לקמן שביארנו בעזרהש"ת כאורך השיטות בזה, וע"י קוב"ש שעי' מ"ש בזה, ולעני' מבורר מהראשונים דלא כדברין, וקושייתו יש להרץ ויתבאר כ"ז לקמן בעזרהש"ת, וכן דברי הקה"י בזה, ומ"ס דעת הקצה"ח מבורר להדיא דלגבי חלק בכורה הוא אף כממון שבא ליד הירושיין אחרי מות האב, ולא ירשותו מהאב, רק סגי כמה שהי' חשוב מחזק אצל האב. וכן מוכח לעני' מהראשונים כסוגיא זו ויתבאר לקמן.

(ט) והנלעני' בזה דהנה בדרך קצ"ד א' אמרי' ירושת ככור מתנה קרי' רחמנא, ולכן אינו נוטל בשבט ראשתי, ד"מ מתנה עד דמטיא לדי' אף חלק בכורה עד דמטיא לדי'". ודעת רבי דאצי"ג דלשאר עניינים דמי למתנה [לעניין דיכול לומר אינו נוטן ואינו נוטל, וע"י גם בכורות דף ג"ב לגבי חזרה ביוכל, ולעיל תוס' י"ב ב' ד"ה כוון] מ"מ לעניין זה דמי לחלק פשיטות דאצי"ג ולא מטא לדי'. וע"י ר"ן הוכח בשמ"ק קכ"ז א' דכ' דמשמעות הלשון דמטיא לדי' היינו ליד המקבל, וכך מפר' החוס' קכ"ז רע"ב, דהככור אינו זוכה מיד במיתת האב דומיא דמתנה דבעיקר נכית המקבל הכייתו אינה אלא בשעת חלוקה או בשעה שגילה דעתו שרוצה לזכות [לפי המחלוקת בדרך קכ"ז אי יש לו קודם חלוקה או לא], ולכן לפני שזוכה לאו דירי'

פ"ש מהשבט שלו, דירי' אשבח, והא דלרבנן אינו נוטל בשבט ראשתי ולרבי בשבט שהשביחו יתומים הוא מגזיה"כ אצי"ג דהוא שלו.
אמנם נלעני' דא"א לוי דכשבט שנוטל הוא משום דירי' אשבח, דהנה להגוס' קכ"ז ב' ד"ה לא כני, ס"ל דחלק פשיטות אפשר למכור קודם חלוקה, ואפי' חלק בכורה מבורר שם כסוגיא דל"ע" אחר מיתת האב א"א למכור, ולמ"ד יש לככור קודם חלוקה וזכה בו רק משאמר שרצונו לזכות בו, ורק מאז יכול למכור. ולמ"ד אין לככור קודם חלוקה, רק משעה חלוקה יכול למכור. ולמ"ד יש לו קודם חלוקה, משעה שגילה דעתו שרצונו לזכות ויש לו פי שניים בכל השבט ואפי' בשבט ששבחו יתומים [ע"ש קכ"ז רע"א ככור שמיחה מיהא וכרשב"ם]. ומבורר להדיא דלפני שרצה לזכות בו אינו שלו, וא"כ הא דנוטל השבט משעת מיתת האב עד שרצה לזכות אינו משום דירי' אשבח, רצ"ע שהי' את השבט לא ירשו כלל מאביהן.
ולש"י הרשב"ם כפי שנוכחא, לא שייך כלל לוי דירי' אשבח, שהי' בעת מיתת האב נעשה הכל של תפוסת הבית, ולא שייך כלל לדון אי זוכה בחלק בכורה בשעת מיתת האב או לא. שהי' בכח חלק פשיטות הוא לזכות בכל הנכסים, וא"כ מה יתן ומה ירסיף שיש לו גם כח וכי' בחלק בכורה. והכל נעשה שייך לתפוסת הבית, ושבט דתפוסת הבית משביח לכולם בשווה וכמשי"ת ש"י הרמב"ם בפ"ד מהל' שותפין, ומשעה שזוכה הככור בחלק בכורה לבעלותו העצמית [ואז משגילה דעתו למ"ד יש לו קודם חלוקה, או משעה חלוקה], באמת ככל השבט יש לו פי' דירי' אשבח. וצ"ע כיצד זוכה כפי' בשבט ששבחו קודם שזכה בחלק בכורה.
(ח) וכעיקרן זה יש להק' עוד דהנה בדרך קכ"ג ב' אמרי' דאם האב הי' ממכירי

לכבוד קודם חלוקה, וזכה הבכור בחלקו רק בשעת חלוקה, ושבח שהשביחו נכסים מקודם הוא ממון שכונו בו הירושהין אחרי מיתת האב ולא ירשהו מאביהם. אך אם ממון זה נחשב מוחזק לאביהם, הרי יכול להקנות בו פיש לכבוד בחייו אע"פ שאינו שלו, ולכשכבא לרשותו יחול הקניין, ולענין זה חשיב מוגד"כ דאם בא לרשות ההומין הרי כבא לרשותו. ולדבי אף שבח דאשתני חשוב מוחזק אצל האב כיוון שהחזיק הדבר שממנו יצא השבח מעצמו, ורק שבח שפמה שהחזיק האב אינו יוצא מעצמו וכענין שייצאיתו היתומין לא דרשינן ככל אשר ימצא לו להכבד אינו נוטל בראוי ככמוחזק, עי' ככורות ג"כ א' המשמע דרק מסיפא דמתני' ידעין דאנה כרכי, וברישא מפרי משום תך דרשא וכדף קכ"ד ב' רק פליגי בגי' הברייתא אך תרווידי אמת לכ"ע. ולחכמים רדאי ג"כ עיקר המיעוט מדכתיב ככל אשר ימצא לו [עי' רא"ש אות דלענין הקנאה השבח א"א להקנותו משום דחסר בשלטונו עליו ולכן איבא החסרון דמקנה דשלכל"ע וכמשינת, וא"כ גם לבי הגדר אי מקרי מוחזק לא מקרי מוחזק. ושבח הגדר אי מקרי מוחזק לא מקרי מוחזק א"א להקנות לפני שבא לעולם [וכ"כ בקצה"ח וע"ח ס"ק י"ד], אך מ"מ חכמים ס"ל דלענין ירושת כבוד שפיר חשיב מוחזק, דדאי עיקר עניין ירושת כבוד הוא ירושה ולא מיתתו. ועיקר הגדר מה אפשר להוריש ולפקדן מתמימי ככל אשר ימצא לו. רק מהפסי' לתת לי ילפי' דדמי במקצת למתנה, ואף לרבי דמי ליתנה כממה עניינים אך לא לגמרי. ולחכמים דמי למתנה לענין דממעטני אף שבח דאשתני, אך שבח דלא אשתני מדכתיב ימצא ס"ל דזה חשיב מצוי ולא דמי למתנה כזה [שהרי רדאי לא דמי למתנה ככל ענין שהרי אין מתנה לאחר מיתה, ומצינו להדיא דברים דאפשר

ועי' חו"ט לעיל י"ב ב' ד"ה כגון דג"כ משמע וכו', ולכארי' אינו מוכן דמה ענין הירושהין לזה, וכדאי' דין הנחלת כבוד הוא רק דין כבא ואינו דין כאחין כלל, ודאי הפסוק ילחם לו הוא ציווי על האב לימן ולא על האחין, ולדברינו א"ש בעושה"ת, דמצד גזירה"כ רשות להורישין נחשב כרשות האב, רק דכמציאות היושלים על הרשות הם הירושהין, כך יוצא דהדין דנאמר על האב לימן רמי במציאות על הירושהין.]

והנה בדבר שיש לו שלטון להשיגו, וכמו דמצוי לקנות בשוק, יכול להקנות אף בלא בא לעולם. הדבר ריכזו להקנותו חשיב גם מוחזק לענין דין בכורה ויכול להקנות בו פי שניים לכבוד. ובמכירי כהונה מכיוון דאסור לישאל לחזור בו חשיב המתנות כמצוי להשיגו, וכמו מצוי לקנות בשוק, ולכן יכול להקנותו בחייו אע"ג דאינו כרשותו, ותחול הקנאה לכשיבוא לרשותו, ומאחר דרשות יורשין חשיבא כרשותו, אם רצה הישראל ותנתו לירושהין, הרי אחרי שנתן חלה בו הקנאה

האב פי שניים מחייו ונטול בו הכבוד פי שניים. וממילא מוכן בעושה"ת גם דברי הקצה"ח וע"ח ס"ק ט"ז רבובשכע לימן לאב ורצה נתן להומין ג"כ נוטל בו הכבוד פ"ש [ועי' לקמן בסוגיא דמכירי כהונה כדעת הגאונים החולקין בזה]. וגם דעת הנהגה"מ שם ס"ק י"א דבמכירי כהונה חשיב מוחזק אע"ג דלא זכה בהם האב כלל. רק ס"ל דדין מתנה מועטת בעלמא אכתי לא סגי בו כרי לשווי' מוחזק, אלא בענין נמי שיהא באפשרותו לחפוס, וזו הוי מוחזק אע"פ שלא תפס ולא זכה. וע"ע מ"ש כזה לקמן לגבי הגדר מה מקרי וארי, וע"ע לקמן מ"ש על תרשבים קכ"ד ריש ע"א בס"ק ב' דחיקנו קצת דברינו כאן.

יג) ובהו יופן בעושה"ת גם זכית הבכור בשבח דאשכחו הנכסים לפני שזכה בהם לשי' הרשבים. דהנה למ"ד דאין

הפקד שהוא קרוב אליז ואין עוד אנשים קרובים יכול להקדישו ולמוכרו ויחול ההקדש והמכר אחרי שיזכה בו.

והטעם בזה משום דלכ"ע אפשר להפריד בין מעשה הקניין לחלות הקניין, דמעשה הקניין יהא כעט והחלות לאח"כ. ולכ"ע רק לצורך חלות הקניין בענין שיהא החפץ בבעלות המקנה, דאינו יכול להכניסו לרשות הקונה אם אינו בעלים עליו [וגם לר"מ דאי בעינן שאח"כ יכנס הדבר לבעלותו], אך כוונת מעשה הקניין לא אכפת לן שאינו בבעלותו, דמעשה הקניין לחוד הוא רק לשם קביעת והחלפת הגמירות דעת ועי' חו"ט ח"ט כ"ב ר"ה כלל כ"ל], ויכול לגמור בדעתו שכשיבוא החפץ לרשותו יקנה ואין חסרון כמה שאנו כבעלותו בשעת בבעלותו, אם חסר בשלטונו עליו, א"א שיגמור דעתו על הקנאות כהחלט ולא חל עליו קניין, עי' ב"ק ס"ח דאר"י דגזל ולא נתיישו הבעלים אין הבעלים יכול להקדישו ולהקנותו כיוון שאינו ברשותו. והנה גם החסרון במקנה דשלכל"ע, דבשעת ההקנאה חסר בשלטונו עליו, ויש ספק אם יכוא אח"כ לעולם וככה"ג א"א שיחול מעשה הקניין [ולכן גם לר"מ בענין דעבדי דאתו עי' ר"פ המפקדי. וע"ע תוד"ה כגן]. ולפי"ז אין חסרון גוף עכשיו בענין כגן. ולפי"ז אין חסרון בשלטונו עליו, ואין ספק שיבוא לרשותו, וכגון דמצוי בשוק, ואם אין לוח יש לזה, או בהפקד דהוא קרוב אליז ואין שאר אנשים קרובים, דהוא קרוב אל גם קניין בדשלכל"ע.

יד) ובהו יופן בעושה"ת הסוגיא דמכירי כהונה, דהנה האב מקנה בחייו פי שניים לכבוד ככל מה שבכוחו להקנות, ומה שהדבר בא לרשות היתומים הרי כבא לרשות האב, דגזירה"כ דרשות היתומין לענין מתנת בכור חשיבא כרשות האב [וש"י' רבן דחייב בכתה"מ רע"ח ס"ק ט', ע"ש ראייתו דחלק בכורה הוא כתיב שהטיל רחמנא על הירושהין. ומה או בשעת חלוקה מה שהקנה בחייו. וענין זה מוכרח מהא דדימהו הרשבים קכ"ד א' ר"ה ע' דמטיא למקנה דשלכל"ע, דהקנאה דשלכל"ע ודאי א"א שיחול מיד דא"א להקנות מה שאינו בעלים עליו, אלא עושה עכשיו מעשה הקניין, ותחלתו תהא משיבוא לעולם. ומבואר דמה שבא הממון לרשות היתומין חשיב מוגד"כ כאילו בא לרשות האב, דאל"כ לא שייך ל"י דהחסרון משום דא"א להקנות ל"י שלכל"ע, דאם לא נכנס אח"כ החפץ שהקנה לבעלות המקנה הרי לא שייך כלל הקנאה כמה שאינו שלו גם על הצד שאפשר להקנות מה שלא בא לעולם [והכא גם ר"מ דס"ל דאפשר להקנות מה שלכל"ע מודה, דכתיב ככל אשר ימצא לו, דמה שאינו מצוי לאב בחייו אינו יכול להורישו, עי' ברא"ש אות י"ד דהא דממעטני השבח לכבוד עיקרו מכלל אשר ימצא לו ולא רק מלחם לו, וכדברי העליות כזה עי' לקמן].

יא) והנה מצינו אופנים דאף לחכמים דר"מ מהני הקנאה דבר שלא בא לעולם. עי' כ"ט פ"ב מה"ל מכירה ה"ג בתי' הראשון דכ' דדבר שיצא השער ומצוי לקנות בשוק יכול מדאורייתא להקנותו, והקניין יחול אחרי שקנהו המוכר בשוק [ועי' בזה חו"ט ס"י ר"ש ס"ג ר' בסמ"ע, וע"ש קצה"ח ס"ק ט' ופתי"ש אות י"א]. וכעין זה מצינו כפי' הרא"ש דברים ל"ד ב' בשם ח"א ממיין דכ' דברים

וכי"ב, אך לא נוגע מדי לעניין שבת. ומאחר דקיבלו דילפינן מהפס' לעניין שבת, דשבת דלא הוחזק בו אכיהם אינו נוטל הכוה, הוכיח רבי ללמוד לפותא אחרת אינה עניין לראוי בעלמא, והיא דהמתנה שקיבל הכהן כשעת מיתת האב יש בה שיעור, דלעניין השבח שיצא מנכסים אלה עד שעת חלוקה, השבח דהוא ראוי, דהיינו מה שהשביחה יתומים, לא יהא שלל.

טז) ע"י דף קכ"ב רפסקינן דיש לו לכבוד קודם חלוקה. וע"ש בעמ' א' דמכואר דכשעת מיתת האב עוד לא זכה הכהן בנכסים, ורק משגילה דעתו שרצונו לזכות זוכה, ומאז יש לו לכבוד קודם חלוקה, הי' וכדעת מ"ד אין לו לכבוד קודם חלוקה, הי' לכא' אפשר לומר דהאב מקנה מיד לאחר מיתתו רק צריך שהכבוד יעשה קניין בקרקע לזכות בה, והוה רק ע"י חלוקה דנחשבת אף היא לקניין. דעת מ"ד יש לו קודם חלוקה דא"כ קניין לזכות. אך אין נראה כן, ולא נ"י שיחלקו בכבוד זה, וכן משמעות הריש"ב דפליגי רק בזמן ההקנאה ולא במהותה. וכן נ"י מדאמרין בדה קפ"ג דכבוד שנטל חלק בפשוט וחרו נולדהש"ס זהו דאמר' לעיל קכ"ד א' דיכול ל"י איני נותן ואינו נוטל, וחליא פירושו במחלוקת אי יש לו קודם חלוקה. ולחוס' קפ"ז ב' ד"ה והלכתא כ"י פ"י אחר כזה ע"ש. והיינו שאינו יכול לחזור בו. וכדאי לא מייירי שזוכה ואח"כ מוותר, דא"כ צריך שיעשו בו האחרון קניין כ"י שלא יוכל לחזור בו ולא סגי בגילוי דעת. ואם נאמר דההקנאה מצד האב היא מיד לאחר מיתה, בע"כ הא דמחני מחילה הוא דמה שמחייבין האחין לחת לו הוי כחוב ממון שניתן למחילה, והחוב הוא בע"כ משעת מיתת האב וא"כ אינו מובן מדוע מחילתו רק בשעת חלוקה.

והא היא מבעלות תפוסת הבית דנחשבת האב כבעלות האב לבעלות הפרטית דהכהן. כבעלות האב לרבי מאחר דזוכה מיד כיצד ימנן דשבח דאשביחו יתומים אינו נוטל בו הכהן פי שניים, הרי דא"כ אשבה נובחין לרבי ב"י לחכמים, למ"ד ויש לו קודם חלוקה, זכיייה הכהן אינה רק ברגע א', אלא מיד כשמת האב לרבי זוכה כמה שהי' מוחזק לאב, ולחכמים למ"ד דיש לו קודם חלוקה זוכה כמה שמוחזק בשעה שגילה דעתו לזכות, ואם אח"כ נהחדש לרשות השותפות ממון חדש שלא הי' מקודם, אם חשיב מוחזק לאביהן כגון מתנות כהונה ממכירי כהונה, או שבה דלא אשתני לחכמים וכי"ב, זוכה גם בו הכהן מפשיבא, וכן בכל מה שיובא לרשות היתומין עד שדחלוקו. ויחזן דאף אחרי חלוקה אם מכירי כהונה דאבותון נתן להם מתנות מכהונה ונשחטה בח"י אבותון וזכה אותן בשותפות לכל האחין זוכה הכהן פ"ש וצע"ש.ל.

וה"י דיש הכרח ל"י עניין מהחדש, דהנה בכבוהות נ"ב א' ילפינן מבבל אשר ימצא לו למעט ראוי ואח"כ ילפינן שוב מבבל אשר ימצא לו למעט שבת. וע"ע שהרי זו ילפותא אחת ועניין אחד, דהשבח אמעיט משום דהוי ראוי, שהרי לאו דו"ד אשבה שהנכסים לא היו שלו בשעה שהשביחו נלחכמים דאינו זוכה מיד במיתת האב, ואינו זוכה בו מכה הקנאה האב דלא ה"י מוחזק לאב. ואפשר דהיתה קבלה בידי דיש לזמור מיוחד מפס' זה בעניין השבח. ולרבי השבח לעולם אינו ראוי, דזוכה בנכסים מיד במיתת האב, וכל מאי דאשבה וידי' אשבת, ולפ"י לרבי מבבל אשר ימצא לו ה"י לנו ללמוד רק על ראוי כמו מתנות כהונה שהגיעו לזיהם אחר מיתת האב, דבמכירי כהונה הוי מוחזק, ובלא מכירי כהונה ה"י ראוי ע"י שמ"ק קכ"ג כ"י מ"ש הראשונים מדוע מקרי ראוי דלכא"י אפי' ראוי אינו, או שידשו נכסי אבי אביהם

ר"י סק"ג דלעניין ירושת בכור א"כ שיהא האב בעלים, אלא סגי כמה שהוה מוחזק אע"ג דאינו בעלים. אמנם להחוס' מחלוקתם לא מתפשט כן [אע"ג דודאי כהונה], רק ס"ל דלחכמים מסוניא דמכירי כהונה], וכן ס"ל דלחכמים מכיוון דלא זכי הכהן משעת מיתת האב עד זכיייתו אח"כ, א"כ השב מעת מיתת האב עד זכיייתו לאו דו"ד אשבה ואינו זוכה בו כיוון דהוי ראוי [ושבח דלא אשתני דחשיב מוחזק זוכה בו, ועל דרך שנתבאר בדיעה הרשבי"ם], ולרבי זוכה בשבח דאשתני לא מכיוון דס"ל דזה הוי מוחזק, אלא משום דהנכסים נעשו של הכהן מיד במיתת האב, ודו"ד אשבה ולכן יש לו בשבח פי שניים. ודעת החוס' דתפוסת הבית הוי ככל שותפין דכל א' הוי בעלים לחוד על חלקו, ולכן חולקין בשבח לפי יחס חלקיהן בשותפות, ומאחר דלכבוד פי שניים בשותפות נוטל פי שניים בשבח. ולרובן דפליגי ארבי לא חל כלל הקנאה האב חלק כהונה לכן במיתתו, אלא רק בשעה שגילה דעתו, או בשעת חלוקה [וכן הוא אף לרשבי"ם דאם נאמר דחל הקנאה האב פ"ש לכבוד מיד בשעת מיתתו, רק דלא אמרי' דדו"ד אשבה כיוון דהשבח לתפוסת הבית וכמש"ג, א"כ בשעת חלוקה לא יהא לכבוד כה לטול פי שניים אף בנכסי אביהם עצמם, דאת חלקו כבר זכהו בעלות תפוסת הבית, ואף כשותפין שהטילו לכיס ק' וי' ה"י ראוי שיחלקו בשווה כיוון שכבר זכהו רשות השותפות בממון, רק דנשתמכדו ליה מניקרא ע"י פסיקה ומתן משנת. וביחזומין שלא יתנה פסיקה זכחה רשות השותפות בחלק כהונה בלא שום פסיקה ושעבוד. ועוד דלא שייך כלל לחקנות חלק כהונה בשעת מיתה, דלחלק פשיטות כבר יש בה זכי' ככל, וא"א להוסיף על זה, אלא ודאי הקנאה האב עצמה חלה רק אח"כ, כשגילה דעתו שרוצה לזכות או בשעת חלוקה ובהמתחלקת בדה קכ"ז א' וזו הקנאה

להקנות ואפ"ה אין הכהן נוטל פי שניים דלא חשיבי מוחזק, ע"י ומכ"ם רפ"ג מה'י נחלות וספינה בים הוי ראוי אע"ג דאפשר להקנותה, וע"י חוס' ר"י דק"ג ב' דלרובן קדישים קלים אפי' ל"י יוסי הוי ראוי כיוון דאסירי בגיזה ועבודה, אע"ג דהוי ממונו גמור ויכול לקדש בהן וע"י הג"א גבי פרה מורכבת בלא שטר דאפשר דחשיב ראוי וא"כ מוכח דהגדר מה מקרי ראוי או מוחזק אינו לגמרי דומיא דמתנה, וע"ע לקמן מ"ש בעניין גדר ראוי, וא"כ י"ל גם להיפך דיתכן דבר דא"א להקנותו ואפ"ה חשיב מוחזק, והוה שבת דלא אשתני. וכן בדה קכ"ד ב' שלחו מהם דמלוה חשיב מוחזק כיוון דרשטרא כמאן דגביא, ובפשיטות למ"ד דא"א להקנות שטר מדאורייתא גם למ"ד דכמאן דגביא א"א להקנותו ואפ"ה חשיב כראוי. והטעם דדלילמוד מלתת לו לא בא להשוותו לגמרי למתנה אלא רק ללמוד ממנה לעניין שבת דאשתני ותי לא מדי, וכמו דאף לרבי ילפינן למקצת דברים ולא לכל דבר. ושוב זכינו כס"ד לתת בהירות כדה ע"י לקמן במ"ש לגבי גדר ראוי ובפרט לקמן על הריש"ב"ם קכ"ד א' [ה"ה למ"ד יש לו קודם חלוקה זוכה רק כשגילה דעתו, והא זוכה לעצמו מבעלות תפוסת הבית בנכסים, והשבח דהשביח לפני שזכה, אם חשיב מוחזק לגבי אביהם זוכה בו, ואם לא לא.

ועניין זכי' זו, דמאחר דרשות תפוסת הבית נחשב כבעלות האב, והוה מארי' דהך רשות, נחשב כהקנה הבעלים דהך רשות חלק כהונה לבעלותו הפרטית של הכהן, ונעשה כאילו כל האחין הסכימו להקנות חלק לא' מהם.

יד) ודנה כאמור לשי' רשבי"ם מחלוקת חכמים ורבי היא איזה אופן של שבת מקרי מוחזק, וכדבר דחשיב מוחזק מה"י הקנאה האב בחי"י פי שניים לכבוד, אע"ג דהממוזן לא ה"י כבעלות האב בחי"י, וזכו בו יורשין לאחר מיתתו נכמ"ש להדיא בקצה"ח

הקי דכבי"מ כי"ב א' אמרי' דהתרתצא מרמי למפרע רק לרבא אך לא לאביי דקיי"ל כותח' ע"ש מה שתי' בזה, ועי' מ"ש בזה באורד לקמן בסוגיא דמכירי כהונה כעדהש"ת[. וא"כ ראי שכל השבח שהשביח מאז ההקנאה יהא שלי, דדידי' אשבח, ואילו בר"ן כ' דרק משעה שנתרצה והלאה השבח שלי, וכן מבואר בסוגיא נבי כבור.

וא"א לומר דהנותן חנה שזכייית המקבל תהא רק משעה שנתרצה לקבל ולא קודם, דא"כ לפני שנתרצה תהא המתנה הפקר שהרי הנותן כבר הוציאה מרשותו משעה שעשה הקניין, וממילא אחרי שהיא הפקר גם לא יזכה בה המקבל בהתרצותו.

וגם א"א ל' דהרי כעושה קניין שיחול לאחר ל' יום, ולאחר ל' יום הוא בשעה שנתרצה המקבל, דאז יכול הנותן לחזור בו עד לחזור בו. ועוד דא"כ אף שבה דלא אשתמי' הוא של הנותן. וכן לא יתכן הא דאמרי' דיכול הבכור לוחד חוזקין בו האחים בלא קניין. שהרי הכבור לא רצה לזכות לפני שזויתר, דא"כ יצטרכו קניין, ומאחר שעוד לא רצה לזכות הרי עוד לא חל ההקנאה כלל והוי כמזוחר על זכר שלב"ע כמ"ש הרשב"ם קב"א א'.

וכע"כ צ"ל דהנתינה חלה בשעת הקנאת הנותן, וכשתרצה המקבל חלה נכיינתו למפרע, רק בהקנאה ה"י שירו, דהנותן שייך ליצמנו השבח דאשתמי' עד זמן שהתרצה המקבל, ושבה דלא אשתמי' לא שייך. וצ"ל דילפינן דגזיה"כ דמתנה כבודה היא עם שיוור זה מדכתיב בכל אשר ימצא לו דילפינן מהא דשבח דנחשב כאוי אשר ימצא אצל האב לא זוכה בו הכבור, ולחכמים דרבי כל שבת דאשתמי' חשיב ראי, ולרבי רק שבת שהשביחו יחומים חשיב ראי. ועי' לעיל ס"ק ט"ז דתכתיב דלפי' התמי' בסוגיא דרף קב"ד א' דלרבי טעם הוצי' בשבת דאשתמי' משום דזוכה הכבור מיד בשעת מיתת

זוכה בעל כרחו, מ"מ מאחר דמצד הנותן נעשה כבר מעשה הקנאה שלם וגמור, הויעיל מעשה זה להוציא הממון מכעולתו, ומאחר ולא נכנס לבעלות הזוכה בע"כ, ממילא נשאר הפקר. ומכאן שם בהמשך דברי הרשב"ם דה"ה כמזכיר מתנה ע"י אחר, דמצד הנותן כבר נגמר מעשה הקניין בשלמות ומדעתו משעה שזכה הזוכה. ואם מכיוון שצווח המקבל לא נכנס החפץ לבעלותו, מ"מ מרשות הנותן כבר יצא וממילא הוא הפקר.

וע"ש בוחס' ד"ה כאן, דמצד אופן ההקנאה מורי' לרשב"ם דכבר יצא מרשות הנותן וה"י ראי' שיהא הפקר, רק ס"ל דאם לא נתרצה המקבל ממילא הקנאת הנותן ה"י הקנאה בשעות, דודאי דעתו היחה שנותן רק על הנאי שיקבל המקבל ולא שיהא הפקר, ומאחר שלא נתקיים הנתיני נחבטלה הקנאות, ונשאר החפץ שלו [ואין זה דברים שבלב, דהוי בלבי ובלב כל אדם, וכמ"ש חוסי' קידושין מ"ט ב' ס"ד] דברים ע"ש[. וכן מפרש גם הרשב"ם בדעת רשב"ג רק ס"ל דאין הלכה כן, ע"ש.

ולפי"ז אם סירב הבכור לקבל המתנה לכא"ו ה"י ראי' שתהא הפקר, שהרי רדאי' מגזיה"כ חשוב דנשלם כל מעשה ההקנאה אצל הנותן, שהרי אם גילה דעתו הבכור דרצוה לזכות זוכה מיד וא"כ לשום קניין. וכע"כ צ"ל דגזיה"כ היחה שיהא כאילו חתנה האב דאם יחור הבכור מחבטלה המתנה לגמרי, ואף להרשב"ם דכסתמה לא אמרין נתן על דעת כן, צ"ל דכאן גזיה"כ כאילו פירש כן [וע"ע נתידי"מ רע"ח ס"ק ט"ז].

יח' דהנה' כמזכיר מתנה ע"י אחר, ולאחר זמן נודע למקבל ונתרצה, בע"כ צ"ל דזוכה למפרע, שהרי כעת לא עשה קניין כלל, ובאיזה קניין נכנס לרשותו אם לא בהקנאה שעשה אג, וכע"כ צ"ל דהשוא דמגלה דניחא ל' דיעינן דהא דנעשה אז שלוחו חלה השליחות וזכה בו אז [וכצד"ח ק"ה סק"א

ודנה' מה שדימהו הרי"ז למזכיר מתנה ע"י אחר, משום דרוב הקיינים אינם נגמרים עד שיעשה גם המקבל מעשה זכ"י, וכל שלא זכה ליכא קניין כלל, ומשוכח נעשה שלו לגמרי, אך בכבודה אינו כן, דלשם חלוח הקניין א"כ מעשה גם מצד המקבל, אלא הקניין נגמר מכת גזיה"כ ע"י הנותן לפרו. ועניין כזה מצינו כמזכיר מתנה לחבורי ע"י אחר, דהקניין נגמר לגמרי אף בלי מעשה המקבל, וכל מה שחזר הוא רק התרצותו לזה, אך לא שום מעשה מצידו.

ועוד אופן של קניין דנגמר המעשה כולו אצל הנותן, וא"כ כלל למעשה המקבל, הוא בקניין שטר. דמה שכותב הנותן ההקנאה בשטר ומניחו ביד המקבל זהו מעשה ההקנאה כולו, וא"כ כלל למעשה המקבל, וא"כ מצד המקבל אלא התרצותו בלבד. ודבר זה מבואר לקמן קל"ז סוף ע"ב דהכותב שטר הקנאה ונתנו לחביבו, ונחודש דאינו יכול להקנותו בעל כרחו ובעינן התרצות המקבל [ובשאר קיינים לא שייך כן, דבעינן מעשה המקבל, ואם לא עשה חסר כעצם מעשה הקניין, ואם עשה הרי קנה ומה אכפת לן אי שתק או צווח]. והטעם כ' הרשב"ם משום דכתיב שונא מתנתו יחי' [ובכבור גזיה"כ דהוא דומיא דמתנה בעלמא אציג דלא שייך בו שונא מתנתו ככ'], ומשמע דל' ה"י זה זכות גמור ה"י זוכה המקבל אציג דצווח, ומוכח להדיא שא"כ שום השתתפות מצידו כמעשה הקניין.

וע"ש ברשב"ם קל"ח ריש ע"א דכ' דאם המקבל מציאן בקבלת המתנה ואמר אי אפשי בה הרי היא נעשית הפקר, וע"ש בהמשך דבריו רביא' דאי אפשי בה אינו לשון הפקר, ואינו מועיל להפקות חפץ דכבר זכה בו, רק דצווח כשעת הקבלה מהני לשון אי אפשי שמעיקרא לא תנסי המתנה כלל לרשותו. והטעם דנעשה הפקר, משום דקניין שטר הוא מעשה שונעשה בשלימותו ע"י הנותן, והמקבל א"כ להשתתף בו, ונהי דאינו

וא"כ מעשה זכ"י מצד הכבור, רק דומין ההקנאה הוא בשעת חלוקה, וכמשינ"ת לעיל דמתנת הכבודה ה"י כאילו האב עשה בחייו קניין שיחול לאחר ל' יום, ויהלאחר ל' יום" הוא בשעת חלוקה.

ולמ"ד יש לכבוד קודם חלוקה, לא נ"י דומין ההקנאה הוא בשעה שמגלה הבכור דעתו, דמהכי' יחתי למילף כן, וכ"כ הרשב"ם דמ"ד עם מיתת האב ראי' לית לו, ונ"י בודאי דהקנאת האב היא מיד לאחר מיתתו, רק מכיוון דאין מוכי' מתנה לאדם בעל כרחו לא זכי עד שיגילה דעתו דניחא ל', ומאז נעשה כל השבח שלו, ועד שגילה דעתו יש לו רק שבת דלא אשתמי'.

יז' וברא' דאמרין דההקנאה נגמרת מצד האב מיד במיתתו, והכבור זוכה רק כשמגלה דעתו ועד אז אין לו שבת, ע"כ בזה, ומצאנו בזה דברים לרבינו הרי"ן ז"ל חובה בשמ"ק קב"ד א' ח"ל ית"ל שזה הוא עיקרו של דבר, שחלק בכורה מתנה קרי' רחמנא, הנותן מתנה ומזכה לו ע"י אחר אין מקבל מתנה זוכה במתנתו עד שישמעו ויחריצה בה, שאילו כששמע צווח לא זכה כדמוכה לקמן בפרקי' [קל"ח א'] כו', ולפיכך חלק בכורה נמי שהוא במתנה לא זכה בה בכור עד שיתכוון לזכות בה, ואלו אמר אינו רוצה בה אבד את זכותו מיד כ"י כשם שאמרו במקבל מתנה שאם צווח כשעה ששמע לא קנה. הלכך כל שבה שהשביחו נכסים עד שגלה בדעתו שהוא רוצה לזכות בה הרי הוא של אחים, אבל מכיוון שאמר שהוא רוצה לזכות בה זכה בה ושלו השביח. ומכאן אינו אמר שהנתן חנה לחבירו ויזכה לו ע"י אחר השביחה שבתא דממילא בחפורה והווי שכולי כו' קודם שישמע מקבל מתנה ה"י השבח של נתן ולא זכה בה מקבל אלא משעה שגילה בדעתו שהוא רוצה לזכות במתנתו וכדאמרין הכא שהווא רוצה לזכות בשבת מיד בשעת מיתת

בכבור" עכ"ה"ק.

הרר"י וספרו הנרמ"ח בשלמות אנו הח"י, וממה שהובא בשמ"ק קשה לעמוד על סוף דעתו וצ"ע [משו"ב דברי הנ"י הובא בקצה"ח רע"ח סק"ה דיש לו שיי' אחת בסוגיא זו יעו"ש].

קכ"ג ב. פסוגא דמפרי כהונה.

(א) אמרי כגמי גבי הא דתניא הכסור נוטל פי שנים בורע ובלח"ס ובקובה, דמירוי ולא אחי לירי אבהותו בחייו ואפי"ה הכסור נוטל פי שנים כיוון דאירי במפרי כהונה. ושי' רשב"ם דע"י גמירות דעת דאזהבי הכהן נקנו לו המתנות בקניין גמור. ע"י בחזו"א חר"ם ס"י כ"ב ד"ה כלל כ"י דבאר דמה שפועל חלות הקניין בכל מקום הוא הגמירות דעת, רק דבעינן מעשה קניין דבלא זה חסר בגמירות דעת, ויש דוכתי דהגמירות דעת היא גמורה ומוחלטת אף בלא מעשה קניין ואז קני קניין גמור מכת הגמירות דעת לחוד כאלו עשה מעשה קניין [והיבא ולא אמר שדעתו להקנות לא מהני הגמירות דעת כיוון דהוי דברים שבלב. אך אם גילה דעתו או בדוכתא דהוי בליבו ובלב כל אדם, אם הגמירות דעת מוחלטת לגמרי מהני לקניין. וע"י כזה ח"י ושי"ש בכורות י"ח כ' שצ"ק היכן מציינו כ"ן].

והא דהכא מהני הגמירות דעת יותר מבכל דוכתא משום דהוי מתנה מוצעת, דממילא המתנות אינן שלו ואית ל"י כהו רק טובת הנאה כמ"ש רש"י ב"מ מ"ט א'. ודרשב"ם ס"ל כשי' חוס' כתובת ק"ב א' ד"ה אלכא, וכשי' מהר"ל הובא בקצה"ח רע"ח סקט"ז דכמתנה מוצעת הוי גמירות דעת שלמה אף בלא מעשה הקניין וקנה המקבל לגמרי, וצ"ל דמפרשי הסוגיא בב"מ מ"ט א' דהא דהק' ומי אמר ר' יוחנן הכי כ"י לא תריץ ק"י זו, והא דקאמר ומודה רבי יוחנן כ"י לא קאי אשקלא וטריא דלעיל אלא הוה מילתא באנפי נפשא דס"ל לר"י

הקנאות לא חלה בחייו אלא רק לאחר מיתה, שררי אין לכסור שום וכ"י פנסי אביו בחייו. ובע"כ צ"ל דהוי כמקנה מעכשיו ולאחר ל', ובפר"ג יכול לחזור בו לפני שהגיע זמן חלות ההקנאה, אבל לא אכפת לן כזה, דמשנהגעי תמן תו אינו יכול לחזור בו, וממילא גזירה"כ דהוא מקנה ואין זו הקנאה שכאה מדעתו וע"י מעשיו ולא שייך בוה חזרה כלל. וכמו כבא לעולם דכ"ל לחזור בו ואפי"ה ל"כ"ע מהני, אי"כ ייעיל לר"ם אף בלא כ"ל"ע אפי"ג דיוכל לחזור בו. ולעיל כתבנו דיי"ל דהכא ר"מ מודה משום דכתוב בכל אשר ימצא וגיירה"כ למעט ראוי ואפי"ג דמהני ב"י קניין, ואף לחכמים יוחן למעט דברים דמהני בהם קניין מטעם ראוי ע"י ומכ"ס רפ"ג מוחלטת דספינה בים הוי ראוי אפי"ג דמהני בה קניין, וחוס' רי"ד קכ"א ב'. ובע"כ הור"י לכא"י בהכרח צ"ל דהכסור זוכה פנסי האב כבר בחייו האב, ורק באופן זה לא יוכל האב לחזור בו מהקנאותו, וצ"ל דמ"מ יש שירי בזכ"י זו דהיא רק לגוף אך כל הפירות יהיו רק לאח"כ. וזה דבר מחדש ומורה עד מאור, ונ"י פשוט דא"א כלל ל"י כן, שהרי פשיטא דהאב בחייו יוכל למכור הנכסים ואין לכסור בהם כלום, וצ"ל ע"ג.

וע"י לקמן בסוגיא דמפרי כהונה דהבאנו דברי העליות דר"י דהק' כיצד יכול תבין להוריש מתנות כהונה אם לא וכהו כהן, ולעיל כתבנו ליישב זה עפ"י דברי הקצה"ח ומאור דחשיב מוחזק מהני הקנאה האב אפי"ג דאינו ממנו וחל כשכא לרשות יורשין, והר"י לא ס"ל הכי דנודק לכתוב דוכה כהן, וכתבו לקמן דהוא משום דס"ל דמה שאינו כבעלותו לעולם לא חשבו מוחזק [מלבד שכתב רלא אשתני דעיקר הדבר בבעלות האב] דלא ס"ל כהכ"ס' והר"א מטיץ הובאו לעיל, וכעת נ"י דעתו דלא ס"ל כלל דהוי כהקנאה בחייו האב שחלה לאח"כ וכמשי"ח, וממילא לא שייך כמה שאינו ממון האב, וצ"ל ע"כ טובא בדעת

העבר להשתחור בו עד שיגיע לירי ופסק השירי ויזכה בו זכ"י שלמה. אך לע"ד לפי"ד לא ידעתו כמה העלה אורכה בוה לדברי הר"ן, שהרי כגט שחורר הוא דאמר תן הוי כפירש שנתן עם שירי דחלות השטר תתא עד שעת נתינתו וכאומר מהיום לאחר מיתה הרי פירש דגוף מהיום ומשייר הפירות לעצמו עד לאחר מיתה, וכל שפירש ודאי חל הכל כפי שפירש, רק הקושיא בר"ן דמשמע מדבריו דאפי' בלא פי מאומה הדין כן [ותנה ה"ס תורת גיטין שם פי מרן בעל הנהח"מ שיטתו בוה אינו חח"י, אך מצאתי בשערי ישרי מערכת הקנינים את ד' שהביא עיקר דבריו. ומה שפי' דחלו במחלוקת בקידושו"ן נ"ט כ' וס' א' כן רב ל"י יוחנן באומר מעכשיו ולאחר ל' יום אי הוי שירי, והשע"י הק' דהרמב"ם והר"ף לא ס"ל כר"י, לכא"י צ"ל ע, דודאי גם רב ושמואל מורים דיכול לשייר, רק באומר מעכשיו ולאחר ל' לא משמע להו שירי, וכאומר תן אפשר דשפיר משמע להו שירי, והוי הדין כמו באמר מעכשיו ולאחר ל' אלכא דר"י. ומשי"ש השע"י כנותן מתנה ומקנה לענין חזרה, אך זכ"ית המקבל תתא אח"כ לפי"ד נ"י דזה יתכן רק ע"י שמקנה עכשיו עיקר הגוף ומשייר חלק מהבעלות עד לזמן ידוע, דאם לא הקנה כעת מירי א"א שלא יוכל לחזור, דבלא שנקנה כעת מאומה הוי הקניין רק דכבוד ולא מעשה ואח"י דכבוד ומכסל דכבוד. וכ"י לפי"ד רע"כ רב כות"ן.

(ב) ע"י עליות הובא בשמ"ק קכ"ד א' ד"ה ע"ד, ופי' שם הא דאמר' כגמי' עד דמטא לירי כהרשב"ם דמירי בידי דהנותן, ופי' דלא מהני דאין אדם מקנה דש"ל"ע. והוסיף ודאפי' לר"ם דאמר אדם מקנה דש"ל"ע"כ הא קיי"ל דער שלא כא לעולם יכול לחזור בו אפי' לר"ם ואין הקני' קיימת אלא משבי"ל" עמלתיק, ולכא"י צ"ע שהרי ברב שבא לעולם בחייו האב מתני הקנאות, ובע"כ

האב, בע"כ צ"ל דהטעם דבשבת שהשביחו יתומים אינו זוכה משום דבמתנה יש שירי דשייר האב לעצמו [דהיינו לאחוס] מה דחשיב ראוי, ע"ש מש"כ בוה [ונ"י לפי"ד דאף לרבי משעה שנתרצה הכסור לזכות יטול פי שניים אף בשבת שהשביחו יתומים וכמ"ש הרשב"ם אף כ"י א' כדעת חכמים].

אמנם מ"ש הר"ן דגם בכל מתנה דעלמא הדין כן הוא צ"ע טובא, דכנותן סתם ודאי לא אמרין דשייר מירי כ"י שלא פי השירי, וכמתנה כסור נתפרש בפסוק השירי, דכתיב בכל אשר ימצא לו, דשבת שה"י ראוי אצל האב לא נכלל במתנה שקיבל הכסור כשעת מיתה האב. אך כנותן מתנה בעלמא כ"י שלא פי' שמשייר מהיכי תיתי דנאמר ידעא שירי במתנתו. ונ"י דעת הר"ן דאחרי דמציינו בתורה"ק מתנה כאופן כזה סתם דעת ב"א יתן באותו אופן דאיכא כוונה"י בתורה, וזה דוחק רצ"ע [ונ"י לר"ינא גבי מתנה הר"ן הוא דעת יחיד בוה ושאר ראשונים לא ס"ל הכי וצ"ע"ן].

(ג) וע"י נתינה"מ רע"ח סק"א, דכ"י דהוי שירי וכנותן לו בשעת ההקנאה רק הגוף עצמו, וכן מה ששיבית הגוף בלא שישתנה, ומשייר השבת דאשתני לעצמו עד שעה שחורצה הזוכה לזכות והק' על הר"ן דכן הדין בכל כותן מתנה דכמתנה זוכה למפיע וכמשי"ח. ופי' דבררמה לזה מציינו שיי' הר"ף כסוגיא דגטיין י"א דכאומר תן שטר שחרור זה לעבדי לא משתחרר העבד מירי כשזוכה בעצמו. והם בע"כ הוי שירי, דהר"ף כ' דהארוך מירי כשנתן כבר אינו יכול לחזור ואם הוי כנותן לאחר ל' יום הרי יכול לחזור בו לפני שהגיע זמן חלות הקניין. והארוך נתן עכשיו נהי' השטר ולזה כבר אינו יכול לחזור, אך שירי לעצמו חלק מבעלות השטר עד לשעה שזוכה העבד וחלק זה גורם שלא יוכל

העבר להשתחור בו עד שיגיע לירי ופסק השירי ויזכה בו זכ"י שלמה. אך לע"ד לפי"ד לא ידעתו כמה העלה אורכה בוה לדברי הר"ן, שהרי כגט שחורר הוא דאמר תן הוי כפירש שנתן עם שירי דחלות השטר תתא עד שעת נתינתו וכאומר מהיום לאחר מיתה הרי פירש דגוף מהיום ומשייר הפירות לעצמו עד לאחר מיתה, וכל שפירש ודאי חל הכל כפי שפירש, רק הקושיא בר"ן דמשמע מדבריו דאפי' בלא פי מאומה הדין כן [ותנה ה"ס תורת גיטין שם פי מרן בעל הנהח"מ שיטתו בוה אינו חח"י, אך מצאתי בשערי ישרי מערכת הקנינים את ד' שהביא עיקר דבריו. ומה שפי' דחלו במחלוקת בקידושו"ן נ"ט כ' וס' א' כן רב ל"י יוחנן באומר מעכשיו ולאחר ל' יום אי הוי שירי, והשע"י הק' דהרמב"ם והר"ף לא ס"ל כר"י, לכא"י צ"ל ע, דודאי גם רב ושמואל מורים דיכול לשייר, רק באומר מעכשיו ולאחר ל' לא משמע להו שירי, וכאומר תן אפשר דשפיר משמע להו שירי, והוי הדין כמו באמר מעכשיו ולאחר ל' אלכא דר"י. ומשי"ש השע"י כנותן מתנה ומקנה לענין חזרה, אך זכ"ית המקבל תתא אח"כ לפי"ד נ"י דזה יתכן רק ע"י שמקנה עכשיו עיקר הגוף ומשייר חלק מהבעלות עד לזמן ידוע, דאם לא הקנה כעת מירי א"א שלא יוכל לחזור, דבלא שנקנה כעת מאומה הוי הקניין רק דכבוד ולא מעשה ואח"י דכבוד ומכסל דכבוד. וכ"י לפי"ד רע"כ רב כות"ן.

מה שהפריש לפני ונייתו כיוון דכירי לזכות בו מכיוון דאסור לישראל לחזור בו, ואין כוח החסרון של דבר שלפליע.

אמנם כעניינה איני מבין דברי רבינו הגדול, דהנה בנישין ל' ב' אמרין דמשום החשש שעשאו הלוי תרומת מעשר אסור להישראל לאכול ממעשר זה. והרי מה שאוכל הישראל כבר לא יכנס לעולם לבעלות הלוי, וכ"ז שלא נכנס לבעלות הלוי אכתי לא חל עליו דין תרומת מעשר, וא"כ מדוע אסור לו לאכול משום חשש זה.

(ו) והנהלעניי' להבין תי' הו"א"ש דמשום מעשרי כהונה יכול הלוי לעשותו תרומת מעשר בהקדם דהנה ברניי שלחות מה שא' נעשה שליח להכריז, והכן הדבר ע"י שהמשלח עושהו שליח והשליח מתרצה, והכן גם שהוא יעשה את עצמו שליח והמשלח מתרצה בזה ובכ"ג נמי מהני שיהא לו דין שליח.

ודבר זה מוכח מהא דאמרין דוכי' מטעם שלחות, ואין סהדי כיוון דזכות הוא לו עשאו שליח, והרי זכי' מיירי גם שזוכה להכירי בלא דיעתו, וא"כ בודאי אינו עושהו שליח ממש, רק השליח עושה עצמו שליח ואין סהדי דניחא ל' להמשלח בכך.

וכן מוכח גם מסוגיא דפ' אלו מצאית כ"ב א' דאמרי' דלרבא יאוש שלא מדעת הוי יאוש ולאביי לא הוי יאוש, ומקשינן על אביי מהא דאם א' תורם פירות הכירו שלא מדעתו, ואח"כ הבעלים גילה דעתו וניחא ל' , הו"א תרומת, והתם בע"כ מיירי שחתום עשה עצמו שליח והגדון אי חשיב שהבעלים נהרצה אע"ג דלא נודע לו כשעת מעשה. דא"א ל' דנתשב שהבעלים עשאו שליח, ולדבר שצריך מעשה לפעול חלות אע"ג דנעשה במחשבה לאחר [וכמו תרומה הניטלת במחשבה] לא שייך כלל לומר דשלא מדעת יהא נחשב כאילו עשה, דהו שייך דוקא ביאוש דהוא רק עניין שלא

אכפת לו ואין לו רצון כלפי האי חפץ, וכך כל

ומבואר שם לפירשי' דאפי' נתן הישראל אח"כ דמים ללוי כרי לקנות ממנו מעשר זה, אכתי יכול הלוי אחרי קבלת הדמים לעשותו תמ"ע על מק"א רק דמקרי רשע אם עושה כן. ולפי בקצה"ח ר"ד ס"ק ג' שהק' כיצד יכול הלוי לעשותו תרומת מעשר לפני שזכה בו, והביא דקריש"א זו הק' הו"א"ש הובא בשמ"ק כ"ב שם שהי' דהוי נתן לו הישראל רשות ומתו שנותן הא' רשות להכירו לתרום מכיון על תבואה שלו, אלא לה"י זה קשה שהרי המעשר אינו שייך לישראל אלא לשבט לוי ואין יכול לתת רשות על דבר שאינו שלו, וע"ל דה"י זה ס"ל דטובת הנאה ריש

להישראל הוי כאילו כל המעשר שלו [ע"ש בקצה"ח דהביא וכן מבואר בר"טב"א]. ומאתר דה"י זה אינו לכ"ע כ' הו"א"ש שם ה"י נוסף דאירי במכירי לוי' דחשיב כאילו בא לרדו.

והנה בנישין ל' ב' ג"כ מבואר דיכול הלוי לעשותו תמ"ע לפני שקנאו, והתם לפירשי' א"א לתרץ דהוי כנתן לו הישראל רשות שהרי מיירי שהישראל נתן דמים ללוי כרי לקנותו, והלוי חזר בו מקניין זה ועשה המעשר תמ"ע על מק"א שלא מדעת הישראל. ובהוכח צ"ל דיסבור כהתי' השני ברא"ש דאירי במכירי לוי' [ואן דס"ל דמה שהישראל תפסיתו ואסור לחזור בו נתן לו דין כמו

מכירי לוי].

והצדקה"ח הק' על דברי הו"א"ש בשמ"ק דאירי במכירי לוי', דמאתר דאינו אלא כמתנה מועטת ויכול לחזור בו, הרי אינו של הלוי וכיצד יכול לעשותו תרומת מעשר. ותקצה"ח תי' בעצמו הקריש"א בע"א, דכפי הו"א"ש על גורמים ל"ד ב' כ' דדבר שאין שום מניעה מלזכות בו יכול להקנותו אע"פ שאכתי אינו בבעלותו ויחול הקניין משיכנס לדשותו. דכפי"ג ליכא החסרון דוכר שלפליע

וכפשיטת' לעיל בעל כבוד, ולדברוי מיירי שהתרומת מעשר תחול רק אחרי שזכה בו הלוי רק דאן לא יצטרך להפריש שוב, דמהני

נעשה כאילו רק הוא איכא שבט ולכן זכה אף בלא מעשה קניין, וע"ש שהאר"ך.

ולעניי' הקלושה אינו נ"י כלל, דודאי גם אם קניין, דממון השבט הוא בעלות כללית שזכרה התורה"ק לשבט, ולעולם איש פרטי אינו יכול לנהוג בו כשלו לעשותו תרומת מעשר על מק"א, או להורישו לבניו, עד שיעשה בו קניין. ועוד דלא מסתבר כלל דמשום הבטחת הישראל נעשה כאילו איכא רק כהן זה בשט, וכמור' דמזה זמן ראיתי שכ"כ החזו"א במכתב, לשלול סבוא מעין זו ואינו זוכר דעת

היכן נדפס.

(ג) ומה שולעניי' כזה אחרי שכמתנה כאן נכפל ביתר ביאור בדברים שהובאו לעיל בר"ש פרקין ע"ש בס"ק ט' - י"ב, ולכן השמטנו מ"ש כאן והמעניין יקחנה משם.

(ד) ועי' בשמ"ק בשם עליית דר"י ד"ה במכירי כהונה כו' שהק' דמכיוון דאינו ממונו של הכהן כלל כיצד יכול הככור פי שניים, והי' דאחיא כרבי יוסי בנישין ל' א' דעשו את שאינו זוכה כזוכה ומיירי הדלוה הישראל מעות לכהן [וזה דחוק כמבואר למעיין בנישין שם]. והי' דעתו דהנה שיי' הש"ך בסי' ר"ט וכן התי' השני בכס"מ לא ס"ל כלל דכדבר שבידו להשיגו ואינו תלוי בדת אחרים ליכא החסרון דוכר שאינו ברשותו, ואין לזה הכרח מהש"ס, ואפשר דכן דעת הר"י ולכן הוקשה לו כן, ועי' מש"ל לעיל בסוגיא דירושת כבור בסוף דברינו שם.

(ה) עי' ב"מ מ"ט א' דאמרי' דיישראל שאמר ללוי כור מעשר יש לך בידו הוי מתנה מועטת [דיכול לחזור בו רק אם עושה כן הוי ממחוסרי אמנה], יכול הלוי לעשותו תרומת מעשר על פירות שיש לו במק"א אע"פ שצדור לא עשה קניין לזכות בכור זה. ועי' גיטיין ל' ב' דאמרין ג"כ דבאומר הישראל ללוי כור מעשר יש לך בידו יכול הלוי לעשותו תרומת מעשר על מק"א,

דכבה"ג קני לגמרי [ולגבי הלשות מודה ע"ש בגשה"ס], וע"ל דלא גרסי האי דאמרי' התם נתנו לכן לוי אחר אין לו אלא תועומת, ועי' שמי"ק בפרקין קב"ג ב' ד"ה במכירי בשם עליית דר"י דמשמע דיש רלא גרסי לה, וכ"ז דחוק [עי' בקצה"ח שם שתמה עיני] ואי"ה לקמן יתבאר מה הכריחם לזה.

אמנם רש"י כ"ב"ם מפ' דמתנה מועטת לא קני המקבל כלל, רק הדנותן אם חזר בו חשיב מחוסר אמנה ואין רוח חכמים נוחה הימנו, וכ"כ כאן בתורה"ה הנא, דיכול הנותן לחזור בו מצד הדין.

(ב) ולש"י רש"י רחסי' צ"ע טובא דמאתר דאבותהן לא זכה במתנות הכהונה, א"כ מאי שייך בהו דירושא, וכן בכ"ב מ"ט אמרי' דכמתנה מועטת שאמר הישראל ליתן ללוי כור מעשר ואכתי לא זכה בו הלוי יכול לעשותו תרומת מעשר על מקום אחר, והכי אמרי' בנישין ל' ב', וע"ש ברש"י דכ' להדיא דהלוי לא זכה ואפי"ה יכול לעשותו תרומת מעשר על מקום אחר ואפי' שלא מדעת הישראל הנותן.

ועי' קה"י כ"ב ס"י ל"ג שהק' כן, והק' צדור דבנישין שם מבואר דכמכירי כהונה כבר קיים מצוות נתינה אע"ג דעוד לא זכה הכהן, והביא שם דברי הקצה"ח ס"י רע"ח סקט"ו שהזכיר מסוגיין דכשנשבט חבירו ליתן לו מתנה ומת לפני שקיבלה יורש הככור פי שניים, ואינו מוכן כיצד שייך ירושה כדבר שאכתי אינו שלו כלל, דמה שששבט ליתן לו ודאי אינו גורם לו שום זכי' כממון זה, וע"ש שם.

ובקד"י שפ' כ' דהנה מתנות כהונה הן ממון השבט גם לפני שזכה בהן כהן מטרס. והם ה"י רק כהן א' בעולם ה"י זוכה בהן בלא קניין כיוון שכעת הוא לבדו השבט, ובמכירי כהונה כיוון שאסור לישראל לחזור בו, או משום דאסתי שאר כהנים דעתיהו,

הוכח בשמ"ק כפי' אלו מצאונת, ועי' כטי"ז וי"ד שיל"א ל"א].

ולשי' זו קשה כיצד יכול הלוי לעשותו תמיצ' ולשי' זו נצרך תי' חר"י כאן וכ"כ הרא"ש בכ"מ מ"ט א' הוכח בשמ"ק, אלא דתי' זה קשה טובא וכמ"ש הקצ"ח דכיצד יכול הישראל ליתן רשות על המעשר שאינו שלו אלא הוא ממון השבט, וכמ"ש בקצ"ח שם, ונלע"ד דמשי"ה הוכרחו החוס' כמנובת ק"ב א' והרשב"ם כאן והמהרי"ל לדחוק טובא בסוגיא דכ"מ מ"ט ולפרש דבמחנה מוצעת קנה קניין גמור וכמונ"ת לעיל, דגם הם ס"ל דאינו יכול לעשות עצמו שליח בעצמו, ובעיני דקא שהמשלה עשהו שליח, וס"ל נמי דאיך טובת הנאה של הישראל גורמת שיוכל ליתן רשות לעשותו תמיצ'.

ע"י קוב"ש את שע"ד שהביא דברי החוס' דבמכירי כהונה לא זכה הכהן, והקי' ע"י דבגטין ל' א' אמרי' דהישראל יכול להלוות ממון ללוי ואחרי שפרשי' המעשר קוברה מהלוי ומנכה לו בחובו, ואוקימנא במכירי כהונה, ואם במכירי כהונה לא זכה הלוי במעשר, כיצד יכול למכור אח"כ לישראל, ולפי משנ"ת יכול הלוי להעשות שליח של שאר הלויים, כיוון דלא אכפת להם, וכמשי"ש של שאר דמסחי דעתייהו, ולמכור לישראל בשלחוחם.

אמנם לפי"ד נר' דא"צ לזה, שהרי אקשינן דהתם כגמ' כיצד יצא ידי חובת נתינה בכה"ג, ומתריצין דלקיים מצוות נתינה א"צ דוקא שיקנה ללוי אלא כמה שפטיחו ואסור לחזור בו, ושאר לויים מסחי דעתייהו, וא"כ הוי מוכבטח ללוי שאם ירצה ויכל לזכור במעשר זה, בזה סגי לענין קיום מצוות נתינה, דהתורה לא הקפידה דוקא בהקנאה ממשית גמורה אלא כל שנגעשה תחי"ו ומזומן לו לזכות הוי מוכבטח ללוי שאם ירצה ויכל לזכור במעשר זה, בזה סגי לענין קיום מצוות נתינה, ולפי"ד מאחר שכבר קיים מצוות נתינה במש"ש זה ללוי זה, והלוי המכסם לקבל במקומו דמים,

הרישראל רצה לקנות המעשר מן הלוי, ורשי"י שם לא הוכיח דמירי במכירי לוי' ואפשר וס"ל דמכירון שהוא מתנה מועטת ואסור לחזור בו מכיוון דידעי שאר לויים שלא יחזור בו ממילא מסחי דעתייהו, ומה שהוא שאסור הישראל לחזור בו בעיניו רק כרי שלא יחוש הלוי שחזור בו מהמסכתו ליתנו ללוי זה ונמצא אוכל טבלים.

ומאי ומסחי דעתייהו הנהגתם שאינם יודעים כלל ממצאונת מעשר זה אין זה כייאוש והתמצות שלא מדעת דמכורא באלו מצאונת ולאבי לא מהני אף לענין שילחות די"ל ודדאי קבוע בלבם תמיד האוש מכל המעשרות שאינם יודעים להם וכב"ה"ג שפיר מהני אף לאבי אע"פ שאינם יודעים ממשער מסיים זה, וכמשינ"ת לעיל כמ"ש ביישוב קושיית הקצ"ח ק"ה סק"א, והלויים שיודעים ממעשר זה הרי יודעים גם שמחוייב הישראל ליתנו ללוי שאמר לו וממילא מסחי דעתייהו.

ח שו"ר בשמ"ק כאן ד"ה במכירי בשם הרד"י שוקי' כיצד יכול הלוי לעשותו תמיצ' הרי אינו ממונו ותי' דהוי כנתן לו הישראל רשות, ונלע"ד דהנה לגר' דידן כב"מ כ"ב א' דג"י מסתברא כו' מוכח דאדם אינו יכול לעשות עצמו שליח בעצמו גם אם איבא התמצות המשלח, ובעיני דקא שהמשלה יעשהו שליח מדעתו. דמשמע דאפי' וברא בע"כ צ"ל דמירי בעשאו שליח, ואע"ג דלרכא התמצות שלא מדעת שפיר חשיב התמצות מ"מ בעיני מה אהם לדעתכם אף שולחכם לדעתכם, דיעשה המשלה את השליח ע"י מחשבה גמורה הפועלת חלות, דבזה אף לרכא פשיטא דלא מהני שלא מדעת, וע"ל דהנוריסים כן ומפרשים כן פלגי על דברי הר"א"ש ובעה"ת שהכאנו, וכן בעיניו זכ"י מטעם שולחות או שיסבכו שאינה מטעם שולחות או שיסבכו דהוא גזרה"כ וכמ"ש בקצ"ח ק"ה א' [ולענין הגר' ע"י דמכ"א

אתר פועלה ושמוע אתר ועשאה חשיב שליח, וכ"כ הרא"ש פ"ב דקידושין אות' ד והוכח בשרי"ע אה"ע ל"ה סע' ד', ע"ש. ועי' שער ישר שער ד' פט"ז ד"ה להדיא כן דאדם יכול לעשות עצמו שליח לחבירו וסגי בניחותא דהמשלה לחוד, וע"ש ואיייתו לזה, והביא שם דכן הוא לשון הר"ן. **ז** ודמה ענין נחתא דהמשלה א"צ דקא שירצה בזה אלא סגי דלא אכפת לו, דאם יש ככה השליח לעשות עצמו לשליח הרי א"צ מה אכפת לו דלכא רצון המשלה הרי א"צ לו כלל לעשיית חלות דין השליחות, רק דבעיניו שלא תהא מניעה מצידו, ואם לא אכפת לו הרי תו אין מניעה שיחול דין השליחות שעשה השליח. וכן נר' מהכרי הרא"ש ובעה"ת שם, דמירי באופן שאינו רוצה דוקא לעשות ע"י שליח ולא בעצמו. רק לא אכפת לו שירצה ע"י השליח.

ולפ"ד א"ש בעה"ת הרי הא דמכירי כהונה ולוי' דיכול לעשות הפירות תורתיה על מקום אתר עוד לפני שזכה בהם, דבמכירי כהונה כ' רשי"י בגיטין ל' א' דמכירון דשאר כהנים יודעים דחמדי נתון רק לו ואסור לו שלא ליתן לו [מד"ן מתנה מועטת דהוי מחוסרי אמנה] מסחי דעתייהו מחומה זו, ומאחר דבמכירי לוי' הלויים האחרים נתייאשו ממעשר זה ולא אכפת להם שיוזכר בו הרי גם לא אכפת להם שיעשה תרומת מעשר על פירותיו, ולכן יכול לעשות עצמו שליח שלהם לעשות חטים אלה תרומת מעשר. ואין נפ"מ כשעושה בשליחות הכעלים אם עושה הפירות תרומה על פירות הכעלים או על פירות עצמו או אדם אחר, שהרי הכעלים עצמו יכול לעשות פירות תרומה על פירות אדם אחר כמכורא ברמב"ם פ"ד מתרומות, ושליחו כמותו.

וכרי להיעשות שליח הלויים סגי כמה דמסחי הלויים דעתם ותו לא אכפת לו שאינו מדעת הישראל, ולכן מהני אף כרא דגטיק

ראוי, כל א' לא יטול כו הכבוד כדנינו, במלכות לא יטול כגוף הממות שוריש האב, ולגבי שבח יהא שירי כממות שיריש לענין דאי שבח, וז"ל [ועי' ע"כ בזה לקמן].

ד' דנה לגבי האופן הא' של ראוי, דהיינו מלבד ענין שבח אלא משום דלא הוחזק האב כממתן בחייו ולכן לא נטל כו הכבוד פ"ש, זה שייך דווקא כממתן שבח אלהם מכיוון דהם יורשי האב, דאל"כ אלא כו אלהם אחרי מותם האב לא מחמת שהם יורשי האב אין לו ענין כלל להלכות ירושה. **ומצענו** כזה מכונן להדיא כגמ' רק כ' אופנים, הא' ירושת אבי האב וכי"ב, והב' מלווה, דבהלוואה אין לאב שום ממון אצל הלווה אלא רק החחיכות, ומה שהלווה פורע ליורשין הוי מכת שהם יורשי האב, ואפ"ה אין לכבוד פ"ש דהאב לא הוחזק כממתן זה כלל בחייו ונלהרשב"ס זהו רק במלווה ע"פ, דמלווה כשטר יורש הכבוד גוף השטר, וא"כ הגביי אח"כ שטר דילי נפרע וראוי הממתן להיחל שלי, רק דהוי שבח ויש שירי כבעלתו על השטר לגבי השבח, ולהחוס' אף במלווה כשטר הוי ראוי כמו נכסי דאבי אבא ולא מטעם שבח וא"ה לקמן נכתוב בזה ערות.

ד' דנה כב' אופנים אלה אין לאב שום בעלות על הממתן שרשו הכנים מכות, שהרי בחי' אבי האב אין לו כנסיו מאומה, ואף בהוב אין לו ממון אצל הלווה אלא רק החחיכות ושעבוד גוף לכ"ע אינו ממון שאפשר למכור, אמנם מצענו כפוס' אופנים דאציג' די'ש לו בעלות על החפץ הוי ראוי. ע"י רשב"ם קב"ג ב' ד"ה מקדשין כו' דכ' דלחכמים דר' יוסי הגלילי דס"ל קדשים קלים ממון גבוה הם הטעם דאין הכבוד נטל פי שניים משום דלא קרינא בהו ככל אשר ימצא לו, ולכא"ו צ"ע דלא שייך בזה כלל ירושה, וכינאו בקוב"ש דרק הממתן שבק"ק אינו של

רק ראוי באופן אחר לגמרי שהרי זכה בגוף הנכסים שהוחזקו לאביהם מיד במיתתו ומאי דאשבח אח"כ דר"י אשבח, אלא דגוה"כ רבכיייתו כנסים יש שירי דהזכות בהם לענין השבח דמקרי ראוי לא זכה בה הכבוד דעתו היא של האחר ע"ד זמן שיגלה הכבוד דעתו שרצונו לזכות, ורבי החכמים פליגי איהו שבח שקרי ראוי מוחזק, ונתבאר כבר כ"ז באורך לעיל. ואפשר דכזה יזכר הא דאמרי' בכבורות שם הילפותא דראוי וכשבח כ"א בפני' ולא ערכינהו, דאציג' דילפנינהו מאותו פסי' הם ב' ענינים נפרדים, ועי' כעין זה ר"פ הוואה כהם בכשרה כו' תרתי שמע מינה, ועי' בר"י, ואכתי צ"ע [ומ"ש בש"ד ק"ד ס"ק כ"א להשוות ראוי ושבח אינו סותר לכריתו ועי' כזה באורך לקמן קנ"ט א']. והחביל בין שני האופנים של ראוי דבאופן הא', וכגון נכסי אבי אבא, מכיוון דהאב בחייו לא הוחזק בגוף הממתן, ואילו כלל בממתן זה ואין בו כלל מתנת כבוד, ואילו האופן הב' נאמר גבי כל המתן שהוחזק בו האב בחייו, ויש בו מתנת כבודה, אך דין הוא בכל נטילת חלק בכורה שהוא עם שירי לגבי השבח שיצא ממנו אחר מיתת האב.

ד' דנה אציג' דהם ב' דינים נפרדים מה שאין הכבוד נוטל פראוי, מ"מ לגבי הגדר מה מקרי ראוי ומה מקרי מוחזק כחד מחתא מחחיכה. ועי' תוס' קב"ד ב' ד"ה אין, דס"ל דבמלווה כשטר לא אמרינן דגוף השטר הוי מוחזק ונטל כו הכבוד ופרעון השטר אחרי מיתת האב הוי שבח, רק ס"ל דהשטר עצמו אינו כלום כפני' ומוחזקות האב בו אינו כלום, וכגוף ממון ההלוואה לא מוחזק האב בחייו, וכשגבוהו הוי ראוי כמו ירושת נכסי אבי אבא [וא"ה נכתוב בזה עוד לקמן]. ואפ"ה מדמי ל' הגמ' לשבח דאמרי' בדרף קב"ה ב' דאם שבח חשיב ראוי אציג' דהאב הוחזק בדרך שממנו יצא השבח כ"ש דמלווה חשוב ראוי, ואחרי דילפנין חד מחבירי דמקרי

נ"ב א', ועי' בגמ' בריש ע"ב וברש"י, הוא באופן שאחרי מות אביהם מה אבי אביהם וירשו נכסיו, וכו' הטעם דמקרי ראוי כיוון דירשתם את אבי האב היא משום שאביהם יורש בקבר והם יורשין ממנו, ומכיוון דירשתם היא מכותו ס"ל דהא לו כח כנסים ליתן בהם פ"ש לכבוד, קמ"ל הפסי' ככל אשר ימצא לו דרק כממתן המצוי בידי יש לו כח מצוי בידי, ואציג' דירחי מכותו, אך אם בני הבן יורשים ישו מסכם ולא דרך האב, נ"ל לפי"ד דלא שייך למקרי' ראוי, דאין לאביהם שום שייכות כממתן זה, ולא מכוחו בא להם ובהוי לא היתה לו שום בעלות ומוחזקות בו, ואפ"ה ראוי לא הוי [עי' עליות דר"י בשמ"ק קב"ג ב' ד"ה ואי שהקי' כעין דהן]. ושר"ר דכבר הק' כן בשמ"ק קב"ה ב' ד"ה ויש להקשות כו' כשם עליות דר"י, ואי"ה לקמן קנ"ט א' נאריך בזה.

ב' ועוד ענין ראוי נתבאר בכבורות שם דהוא השבח, ומיירי בשבח דאשבחו נכסים משעת מיתת האב עד זמן חלוקה למ"ד אין לכבוד קודם חלוקה [דהיינו דוכיית הכבוד בחלקו היא רק כשעת חלוקתו, ואציג' דממתן זה לא ירשו מהאב ה"י ס"ד ויש כו לאב להקנות כו לכבוד פי שניים ואציג' דלא ה"י בעולם בחייו, דאציג' דכמתנה אינו יכול להקנות דשלכל"ע מ"מ הכא דודאי עיקרו ירושה ורק למקצת ענינים רמי למתנה ערתי, ומטעם דהאב ה"י מוחזק בדרך שממנו יצא אח"כ השבח, וקמ"ל דשבח דיצא ע"י יתומים לא מקרי שהאב ה"י מוחזק כו אף לרבי, ולחכמים דוקא שבח דלא אשתני חשיב מוחזק.

ו'למ"ד דהכבוד זוכה מיד כמתת האב דהיינו למ"ד יש לכבוד קודם חלוקה, וכן לרבי בדרף קב"ד א' לפי' תוס' שם [חתום] הוא בדרף קב"ז רע"ב, ענין שבח אינו שייך כלל לדין ראוי דירושת אבי האב, אלא הוא הוי מעשה כמה שנטלנו לעצמו אין משום גזל השבח, דקיים בשבח נתינה ונתן לו ממנו, ואחרי שאין כאן משום גזל השבח תו יכול הישראל לזכות במעשר לעצמו אציג' דשום לוי לא מפרו לו, שהרי שום לוי לא קנאו, וכמה שנטלו מהלויים אינו גזל מבעלות פרטיה של איזה לוי, ולא נ"ל דיש לו דין גזילה כלל שלא ה"י בבעלות רשות מחזק לבעלות הישראל ואין לו תובעים, רק חשיב גזל השבח מכיוון דמחוייב ליתנו לשבח אך אם כבר קיים בו מצות נתינה יכול לזכות בו לעצמו ולא אמרינן דהוי כגזולן דלא קני מה שלקח שלא מרעת הכעלים [גם על הצד דהלוי אינו נעשה שליח שאר הלויים ליתן לו רשות], דזהו דווקא כשמוציא החפץ מרשות ובעלות אחרת, אז הדין דכל שלא ה"י שינוי או יאוש ושינוי רשות וכי"ב לא יצא החפץ מהבעלות שה"י בה כיוון דהייצאה אינה מרעת מהבעלות שה"י של הגזולן [ואציג' דשילם דמים לכעלים אינו של כ"ז שלא ה"י מרעת בעלים], אך כאן מאחר דשילם דמים וקיים מצות נתינה, שפיר נעשה המעשר שלו אף דלא שמכרוהו לו הבעלים, שהרי הוא נמצא בבעלותו, ורק המצוה דרמיא עלי' גורמת שיהא ממון השבח, ומאחר שנפטר מהמצוה תו א"צ כלום כדי שיהא המעשר שלו שהרי הוא נמצא בבעלותו וברשותו, דשום לוי לא עשה בו קניין והייצאו מבעלות הישראל לבעלות אחרת, וכן נ"ל מלשון רש"י על מתני' דגיטין שם, ואח"כ מצאתי בעדה"ש"ת באפיקי ים ח"א ס"י מ"ב ס"ק ו' דברים קרובים לזה יעו"ש.

וכעיקר דברי הקוב"ש בסוגיא זו, דעת הראשונים אינה כן, כדמוכח מדבריהם שהובאו לעיל כמבאר למענין, ואכמ"ל.

קב"ג ב', בגדר ראוי.

א' הנה הנה ענין ראוי שאין נוטל בו הכבוד פי שניים שנתבאר כמתני' דכבורות

תח"י [וכ"ז י"ל אף להרשב"ם בדר קכ"ד
דמומין חלק בכורה למתנה דמה שא"א ליתן
משום שלב"ע גם א"א להוריש לככור.

דבע"כ אנו גדר כללי דגדר מוחזק חלוף כמה
שאפשר להקנותו, דהרי שבחא רלא אשתמי
ג"כ הוי דשלב"ע וא"א להקנותו, ואפ"ה לא
מעטעין ל"י מדכתוב לחת לו כיוון דחשיב
מוחזק והוי ככלל הפסי' בכל אשר ימצא לו,
ומוכח דעיקר הגדר הוא מופסי' בכל אשר
ימצא לו, וכו' י"ל כדעת הראשונים דחלוף רק
אם הוא תח"י ואין לו שייכות לענין הכעלות
וכדמוכח משבח דהוי מוחזק אף בלא כעלות
כלל, והא דלפינן מלתת לו אין זה עיקר
הילפותא, והוי רק גילוי מילתא דשבחא
דאשתמי לא חשיב מוחזק ואין ללמוד מזה
לדבריהם אחרים, דכמו דשבחא רלא אשתמי הוי
מוחזק אפי"ג דא"א לחימו במתנה ורק משום
דנכלל בכל אשר ימצא לו דחשיב מצוי, כמו
כן י"ל אף להרשב"ם דמושכרת בלא שטר
וספניה בים וקדשים קלים אפי"ג דאפשר
לחתמם במתנה הוי ראוי כיוון דלא קיינן בהו
בכל אשר ימצא לו, וע"ע כוח לקמן בסמוך.

קכ"ג ב. הנניח לדין אבידן פרה
מושכרת ומושכרת כ"י.
ע"י מ"ש בשמ"ק קכ"ג ריש ע"ב, וע"י מ"ש
בוה לעיל ר' א' גבי גדר שפירדית.

קכ"ד א. רשב"ם ד"ד אף מוחכרת
וכעניין השבח, כמנ"א דירשו
שטר חוב, וביפוטותא דלח"ל.
(א) רק' ברשב"ם ליתמי ורעה כאפר ואנא
ידענא דה"ה למחכרת ומשכרת
זיכא רלא מחסדי מזוני, ורק' כמדורש"א שהרי
בגמ' אמרינן דרועה כאפר הוי מוחזק טפי
ממושכרת דלאו ברשותא דמרה קיימא וא"כ
בלא דה"י קמ"ל מושכרת הו"א דחשבא ראי.
והמהרש"ל ח"י דהא דאמרי' בגמ' דחשאת
מוחכרת כ"י דלאו ברשותא דמרה אמרת שקיל

ועבודת, ואפי"ג דהוי ממוני גמור ויכול לקדש
כי. ובהג"א כ' דפרה המושכרת בלא שטר
אפשר דהוי ראוי כיוון דיכול השוכר לכפור.
וכדמוכח רפ"ג מה"ל נחלות כ' דספניה בים
הוי ראוי [וברב"א כ' דמקורו מסוגיא דערבין
וע"ש בגמ' דהוא תמות טובא אין ראוי
משום, ובל"ע ח"י ל"ל הפירושים דמ"מ הו"ל
להרמב"ם להביאו גם כה"ל, ערבין, וכמנ"ל עז
כ' דמקור הרמב"ם הוא מסוגיא דידן דמשמע
דמושכרת הוי גריעותא לענין מוחזק ביהם
לרועה כאפר, ומוכח דמוחזקות אינה תלוי
כלל בכעלות, דכמושכרת אין שום גריעותא
ככעלות ויחד מרועה כאפר, אלא חלוף אם
הופי' כרישג דנו, וא"כ ספניה בים אינה
בהישג ידו טפי ממושכרת, ומשמע דמאי דגריע
ממושכרת הוי ראוי, ולכן כ' הרמב"ם דספניה
בים הוי ראוי, אמנם צע"ק דאין דוד הרמב"ם
לכתוב דיעים שלא נזכרו ספניה בים נזכר בסוגיא
עז דפי' דמאחר דענין ספניה בים נזכר בסוגיא
דערובין סמוך הרמב"ם ע"ז כד' לא להחשיבו
לדין שלא נזכרו בגמ', אך הרא"י דכד"ג הוי
ראוי לענין בכור היא מסוגיין ולא מסוגיא
דערובין, וכדו נתיישבו קצת גם דברי הראב"ד.

והזנין מדבריהם דענין ראוי אינו שייך כלל
לכעלות, דלחכמים שבח רלא אשתמי
הוי מוחזק אפי"ג דלא ה"י מעולם בכעלות
האי, והוי דשלב"ע, דס"ל כמה שהדבר
שממנו יצא השבח נמצא ברשותו ותח"י
דדאב, ואילו ספניה בים וכד"כ דהוי ככעלותו
לגמרי רק חסר בשלשנו עליו הוי ראוי, וכנ"י
עיקר המקור לזה דאחרי דחזינן דאפי"ג לחכמים
שבח רלא אשתמי הוי מוחזק, אפי"ג דאין בו
כעלות כלל, הרי מוכח דגדר מוחזק אינו תלוי
בכעלות אלא רק אם הוי תח"י דדאב, ומה"ל
חתי' לחוד כזה כ' גדרים, הא דתח"י מה"ל
להחשיבו מוחזק גם בלא כעלות וה"י דכעלות
ודאי כל דליכא תח"י ג"כ מחשיב ל"י מוחזק, אלא
בתי הגדר דמוכח מחסוגיא דתלוי אם הוא

כולל הפרה, וקמ"ל דהככור נוסל בולדה פ"יש,
וברך קכ"ד א' מקשינן מני רבי היא כ"י ודא
דאמרינן א"ר פפא דיקלא ואלים כ"י בא לתמן
דהב"ייתא אף לרבנן, וולד הוי כדיקלא ואלים
דעובר ירך אמו, ע"י כ"ז בגמ' [להרמב"ם
א"א לפרש דמייירי בדמי שפירדית דהא דאי הוי
ראוי לרבנן דאין זה כדקלא ואלים ע"י נתיי"מ
רע"ה סק"א]. והרשב"ם מפ"י דמייירי בדמי
שפירדית הפרה והב"ייתא כתיב.

ולב' השיטת ה"י אפשר ל"י דהא
דקמ"ל רבנא דכמוחכרת ומושכרת לא
הוי ראוי, וזה דוקא לענין השבח, דמאחר
דהשבח אינו ככעלות האב כלל ואינו יכול
להקנותו דהוי דשלב"ע אפי' שבחא רלא
אשתמי [וכ"כ הקצצה"ח כס"ק י"ד], רק דאפי"ה
חשיב מוחזק מאחר שהאב מוחזק
שממנו יצא השבח, כזה בעינן שיהא מוחזק
תח"י וכשלטנו ממנו, דאם הוא מוחזק בדבר
שממנו יצא השבח רק ע"י דהוי ככעלותו
הממונית ולא בשלטנו, זה לא מה"י לשבח
דאינו ככעלותו, וכדו קמ"ל דאפי"ג דהדבר
שממנו יצא השבח מושכר חשיב מוחזק,
ומשמע דאי גריע משפירדית וכו' גזול, לא ידא
מוחזק, אך לגבי גוף הפרה עצמו ה"י אפשר
לומר דכל שהיא כעלים עליו כעלותו לחזר
משווי ליה מוחזק, ואפי"ג דאינו כשלטנו וכנון
גזל ללא נתייאשו הכעלים [ובקדשים קלים הוי
ראוי כיוון דהוי כעלות גרועה טובא, דאין לו
כלל כעלות על הממון שבין]. ואפשר דזהו
דעת הרמ"א, וע"י בנתיי"מ מה שביאר בדיטו.

אמנם מצינו כמה פוסקים דס"ל דכעלות האב
לא סגי בה להחשיב החפץ מוחזק,
וכענין דוקא שיהא תח"י וכשלטנו, והם
הגרי"א הקצצה"ח דס"ל דגזול אף בלא יאוש מ"ש
הוי מוחזק, ומצינו הטורבים גזולה מזו, ראפי'
חוס' רי"ד דכ' דהא דאמרינן דקדשים קלים
אלב"א דרבי יוסי דגמלי' הוי מוחזק זהו דולקא
לרבי אבל לרבנן הוי ראוי כיוון דאסור בבית

ע"ש ח"ה הכהמה שייך להם, ע"ש
מבואר הוי"ב, ומוכח דאפי"ג דהוי דבר של
הוי ראוי דאינו בשלטנו כלל.
וע"י כס"ס רע"ה דעת הרמ"א דכגול רלא
נתייאש האב הוי מוחזק, וככהנה"א שם
ס"ק כ' ביאר טעמו כיוון דהוא כעלים על
החפץ, אך הגרי"א עצמו פלגי על הרמ"א וכ'
דחשיב ראוי, שהרי אין הכעלים יכול לזכור
ולהקדישו, וכ' דכן משמע מהגמ' בקכ"ג ב'
הניח להן אביהן פרה מושכרת ומושכרת,
ומחדש הגמ' דמושכרת לא הוי ראוי, ומשמע
דמאי דהוי פחות מוחזק ממושכרת הוי ראוי,
דהיינו גזילה דאינו יכול לזכרה ולהקדישה,
משא"כ מושכרת דיכול לזכרה.

ורגה מ"ש ככהנה"א דכגול הוי ראוי משום
דאינו יכול להקדישה ולזכרה, צ"ע
מנ"ל דזה גורם שיהא נחשב ראוי, והנה דבר
קכ"ד א' ילפינן מדכתוב לחת לו לפי' הרשב"ם
דירושית בכור דמי למתנה דכמו דבמתנה אין
האב יכול ליתן דשלב"ע כן כירושית בכור.
ולפי"ז י"ל דגם בשאר דברים דאין האב יכול
להקנות אינו יכול להנחיל, אמנם כר"ץ קכ"ז
א' כ' דפשוטו הגמ' אינו כהרשב"ם אלא עד
דמטא לירי' דמקבל, וכ"ד החוסי' קכ"ז רע"ב,
ולפי"ז אין מכאן מקור דמה שאינו יכול
להקנותו לא הוי מוחזק [וגם לפירשב"ם נ"י
דא"א למילף מהכא כמו שנכתוב לקמן].

אמנם נ"י כוונת הגרי"א דמ"ש דכגול אינו
יכול לזכור ולהקדיש בא רק
לאשמעינן דגריע ממושכרת, וסמ"ד על מ"ש
כסיפא דמדמחדש לן הב"ייתא כמושכרת דהוי
מוחזק משמע דמאי דגריע מינה הוי ראוי
[וע"ע בקצצה"ח נתיי"מ מ"ש כדעת הרמ"א].
(ד) וע"י רמב"ם פ"ג מנחלות ה"ה הובא
בשו"ע רע"ה ס"ד, דמפ"י סוגיין
דהב"ייתא בדרך קכ"ג כ' הניח להן אביהן פרה
מוחכרת כ"י או שחיהת רועה כאפר וילדה
בכור נוסל פי' שנינים, לא מייירי בדמי שפירדית
הפרה, אלא גם כפרה מוחכרת ומושכרת מייירי

שבחה מוחזק, שהרי לגבי הכלל דהפרי חשוב כחפץ עצמו אין מקום לחלק בין רועה למושכרת, ואחרי דברועה באפר פרי' כמות א"כ גם אם אין המושכרת מוחזקת כחרועה מ"מ ודאי פרי' אף הוא כמות אם וארי ראוי מ"מ ודאי פרי' אף הוא כמות אם וארי ראוי מוחזק מוחזק, ומאחר דלגבי גוף המושכרת עצמה ודאי ידעינן דהיא מוחזקת הרי צדקה קושיית הרשב"ם דלשמעין רק ברועה באפר פרי' כמות ואנן נהני דאף שבחה דממילא דהמושכרת הוי מוחזק כמות [ואחרי דאקרי מוחזק יכול בו הככור אע"ג דהוא ממון ולא ה"י מועלם ביד האבן], והא דיש גריעותא במוחזקות המושכרת אע"ג דהוא אמת אין בו שום נפ"מ לרינא והגמי' הוציאתו רק כרי' ללמוד במלכ שכך מהמושכרת לרועה באפר, ומה מאורים דכרי' המהרש"ל דכ"י כן על הגמי' עצמה ומהרשב"ם הכיא רק סייע לדבריי ולא דכ"כ לתרץ הרשב"ם, דאף כלא הרשב"ם יש לנו ל"י כן.

ובמשנ"ת בעזושיית' דהוינני' מאי מקרי "מוחזק" לענין ככורה אין להם שייכות כלל לדני' ממונות וכעלות, אלא הם גורים מוחזקים לירושת כבור, כן נר' גם מדף קכ"ד ב' דמחלקינן לענין מוחזק בין מלווה בשטר למלווה ע"פ, וכין גבו קרקע לגבו מעות כו' [שהרי גם למ"ד גבו מעות יש לו גבו קרקע אין לו בין לפי' רשב"ם בין לפי' חז"י מודה דאין למלווה שום שעבוד או בעלות כמעות יוחז מהקרקע מצד דיני הממונות], ולדברינו כל מה שדקי' בקו"ש"ש אות שפ"ד אין לו החתלה ע"ש ודו"ק [גנם מ"ש לעיל כריש פקיון לכאן הטעם מדוע במכירי כהנה חשיב מוחזק, וכחבנו משום דכב"ג"א יכול להקנות גם דשלכל"ע, באמת אין זה תלוי בדני' הקיינינן, רק דהוי מוחזק ולכן יכול להורישו אף שלא כא לדידן].

ג) ולפי' משנ"ת בעזושיית' יוכן היטב מ"ש הרשב"ם קכ"ד א' ד"ה וישו כו' דכ' דבהניח אבהון שט"ח השטר חשוב גוף

ט' ואילך, והקנאה זו שמקנה האב בחייו אין זה תלוי כלל בדני' קיינינן, ולא דוקא על מה שאפשר להקנות בקניין חל הקנאת האב [שהרי אף על שבת ולא אשתנו לא חל קניין דהוי מקנה דשלכל"ע] וכמשנ"ת באורך לעיל [לגבי עניין ראוי, אלא גזיר"י דעל דבר דיש לו שם מוחזק"י חתול הקנאה האב וכמא דאקרי "יראוי" לא חל הקנאתו, והגדר מאי מקרי מוחזק אין לו שייכות לגדרי קיינינן וכעלויות ממון וכמשנ"ת לעיל אלא יש לו דינים בפני"ע [וחזו אף לפי' הרשב"ם כסוגיא דרף קכ"ד א', וכמשנ"ת לעיל], ואחר מהדינים הקובעים מה מקרי "מוחזק" הוא דשם "מוחזק" חל על החפץ באופן כללי, ולא מחלקינן דרק מה שהי' בחי' האב מקרי מוחזק אלא מאחר דהאב מוחזק בדקל א"כ לדקל כולו יש דין מוחזק וגם אם אלים, ולרכי אף אם הצמיח תמרים אכתי הוי ככלל הדקל דחל על כולו שם מוחזק כיוון דהחזיק אביהם כדקל זה בחייו, ואחרי דמהלכות "מוחזק" חל על שבת דוקל שם מוחזק כיוון דהדין הוא דפירוח החפץ הוו כחפץ לגבי שם מוחזק, א"כ תו לא אכפת לו דמצד דיני הממונות ס"ס זהו ממון דנתחשב אח"כ, דהו גזיר"כ דכל ממון שבא לירשות יורשין ואף שלא ירשוהו מאביהו, כל דיש עליי שם "מוחזק" נוטל בו הככור פ"ש, ועל דרך שנת' לעיל כריש פקיון.

וכבר זכינו בעזושיית' להבין דכרי קדשו דהמחזק"ל, דהנה באמת יש גריעותא במוחזקות פרה מושכרת כיוון ולאן ברשותא ומה קיימא, וזה כדרי דאף כלא הברייתא ידעינן מסבוא דלגבי גוף הפרה עצמו אין כגריעותא זו כרי' להחשיבה ראוי, שהרי אף לרבן ודאי חשיבא מוחזק, ואם לגבי פרה הורעה באפר שמעינן דלגבי דין שם מוחזק פירא דדפדה אע"ג דאשתנו הוי כהפרה עצמה ונכלל אף הוא בתוך שם המוחזק דאקרי על הפרה, א"כ אע"ג דבאמת יש גריעותא במוחזקות הפרה המושכרת א"א ללא ידא

הפרה יהא ראוי אך מ"מ יתכן דלגבי שבת סגי בגריעותא זו כרי' שיהא נחשב ראוי, ויתכן דהי קושיית' המהרש"א על המהרש"ל דמאחר דהשבת אף שלא נעשה ע"י היתומים מ"מ מעולם לא ה"י ברשות האב ולכן אפשר דאף בגריעותא כלשהי ככר לא חשיב מוחזק, א"כ מ"ש הרשב"ם דלגמו שבת פרה המושכרת מאשר כתי' המהרש"ל, ועוד דלדבריו הצריכותא דכ' הרשב"ם היא שונאמרה כגמי' ומהרשב"ם לא משמע כלל דכא לפרש דהנה נסתר מלשון הגמי'.

ב) והלעני"ד דהנה כאמת צריך להבין כיצד יתכן דשבת דממילא, ולרבנן שבת ולא אשתנו, חשיב מוחזק, שהרי ממון השבת עצמו נחודש בעולם רק אחרי מיתת האב והרי אין לך ראוי גדול מזה שמעולם לא ה"י לו שייכות עמו, ומה בכך דהשבת נוצר מדבר שהי' מוחזק בו האב דמה שייך דחיהי מוחזקות כממון זה לריות נחשב מוחזק כממון אחר, ועל כן נלענ"ד כוה דהנה לעיל נחבאר דהגדר מה מקרי ראוי ומה מקרי מוחזק אינו תלוי כבעלות הממונות, וא"כ י"ל דנהי דממון הדקל הכחוש הוא ממון אחר ממיא דאלים אח"כ דאז נחתדש בו ממון אחר, מ"מ מאחר דלא נשתנה שמו וכאם לחלוק בדקל זה מאחר דהדקל הי' מוחזק לאביהו, כל מאי דאקרי עליי שם דקל אמרינן דהוא הוא הדקל שהי' מוחזק ביד אבהו, דהיינו כשנטל הככור פ"ש כשבחא דדקלא, אין זה משום דאמרין דאע"ג דהשבת נעשה אחרי מיתת האב מ"מ הוי מוחזק כיוון דנוצר מהדקל שהוחזק בו האב, אלא הככור נוטל פ"ש בכל הדקל כמות שהיא, כיוון דבדקל זה עצמו הוחזק בו אביי, ואם יאמרו אחזיק דס"ס זהו ממון שנחתדש אחרי מיתת האב, אין זו טענה דזהו גזיר"כ דירדשת כבור דככל ממון דמקרי מוחזק אצל האב יכול הככור פ"ש דהוי כאלו הקנה לו האב ממון זה בחייו וכאלו כא כעת לרשות האב וחל כעת הקנאתו דמקודם, וכמשנ"ת כ"ז באורך במ"ש כריש פקיון מס"ק

והנה לכאן ע"ע מני"ל לדינא דלרבנן שקיל הככור בגוף פרה המושכרת בשטר פי שנינן, שהרי ככרייתא נחבאר דיש צד ל"י ולא הוי מוחזק כיוון ולאן ברשותא דמרה קיימא, וא"כ נהי דלרכי אשמעינן דהוי מוחזק ואפי' השבת, מ"מ אפשר דלרבנן אף בגוף הפרה לא חשיב מוחזק, וכע"כ צ"ל דזה ידעינן מהסבוא, אף כלא הברייתא, דגוף הפרה הוי מוחזק אע"ג דלאו ברשותא דמרה קיימא, וא"כ צ"ל דכרייתא לא נחתדש דגוף הפרה המושכרת חשיב בשבת הוא מוחזק, וכלפי זה הקי' הגמי' דאף בשבת הוא מוחזק, וכלפי זה הקי' הגמי' מדוע הוצרך לאשמעינן דאף השבת דרועה כאפר הוי מוחזק, הן אמת דכמושכרת אין צד לומר דהוי ראוי אך מ"מ הרי רועה באפר מוחזקת טפי, ואם במושכרת הוי מוחזק מכל שכן כרועה באפר, וזה כדכרי' המהרש"ל, וי"פ.

אמנם אכתי צ"ע, דכאמור זה פשוט מן הסבוא דגוף פרה המושכרת הוי מוחזק, אך הרי מאי דחשיב מוחזק אף לגבי השבת דנעשה אחרי מיתת האב, דהיינו דמי חשיכרות, זהו מחודש, ויתכן ל"י דאם הי' משמיננו דשבחא דממילא דפרה הורעה באפר הוי מוחזק לא ליינו יודעים דאף שבחה דממילא דמושכרת נמי הוי מוחזק, שהרי בפרה המושכרת יש גריעותא במוחזקותה ללא ברשותא דמרה קיימא, ונהי דסבוא פשוטה היא דאין בגריעותא זו כרי' להחשיב דגוף

דרכי ימצא [וכמשמ"ת לעיל שהרי שבה דלא אשתמי ג"כ אינו בכלל נתינה והוי דשלכ"ע, ומצינו אופנים דישנו בכלל הקנאה ואפי"ה הוי ראוין], ומדכתוב לתת לו רק ילפינן מהו גדר מוחזק, ולעניין הורשא מחשבינן השבח כאילו בא להם במתנה מהאב ורשלכ"ע אינו יכול ליתן, ולרבי יכול ליתן כמו שיכול להוריש לפשוט, אך אחרי דלרבנן ילפינן דלא הוי מוחזק, ממילא אכתוב לן דלא נכלל בכלל העץ להיות מוחזק כמתו דזה הוי כל הצד להחשיבו מוחזק, ולרבי דילפינן דאפשר להקנותו, והו גילוי דהוי מוחזק, אמנם ודאי אינו מוחזק כדבר כשלעצמו שהרי מעולם לא הוי של האב, רק דאחרי דלמדנו דדינו כמוחזק דהיינו הטעם משום הנכלל בעץ המוחזק, ודחיק כמותו, דרק זה הצד להחשיבו מוחזק, ודחיק טובא לוי כן, אמנם לשי' החוסי' מצינו דכתבו להדיא כפי' זה, ולכן ניתן לוי' כן אף לשי' הרש"ב'ם.

(ו) וכשי' חוסי' דעז דמטא לרי' היינו לידא דהמקבל, והטעם דאינו נוטל כשבה לרבנן משום דלא זכה בנכסים לפני כן ולאו דידי' אשבת, ג"כ צ"ע הא דמדמי הגמי' קכ"ד ב' שבה למלולת, ומצינו קושיא דז' בשמ"ק קכ"ד א' בשם עליות דרי' יע"ש שהק' דמאחר דלרבנן הטעם דאינו נוטל בשבח משום דהכבוד לא זוכה בחלק בכורה מיר במיתת האב אלא רק אחי'א, וממילא מה שהשביח לפני זכייתו אין לו שייכות בו כלל, מה זה עניין למלולת דסי' נהי דלא זוכה בו פ"ש מיד במיתת האב מ"מ בשעת חלוקה הרי נוטל פ"ש בנכסים ומודיע לא יטול פ"ש גם במלולת. ואם תאמר שלא יטול פ"ש שניים במלולת. ויש להשיב דהטעם דלא יטול פ"ש שניים במלולת הוי דהשתא שבתא דאחי' כרשותי' אמרי רבנן לא שקיל, דהיינו מה שמוחזק האב בדרך שמתנו יצא השבח דהוא סברא חזקה לגבי די' מוחזק שיהא נחשב השבח כאילו הוא ברשותו דהאב ואפי"ה אמרי רבנן לא שקיל, כ"ש ממתן המלולת דהוא עוד פחות חשוב ברשות האב מאשר השבח [וע"ע לקמן קכ"ד ב' מ"ש בחוסי' דז'].

(ז) ולשי' הרש"ב"ם הא דילפינן מלחת לו דשבה דאשתמי לא נוטל בו הכבוד פ"ש, דהוי כמקנה דשלכ"ע, לכאוי צ"ע, שהרי אין שום נדון על השבח כדבר בפני'ע, דאין סי'י' שיהא יכול האב לקנותו דודאי אינו מוחזק כלל, רק הנדון אם הוא דבר א' עם העץ או דבר נפרד. וא"כ מה אכפת לן דא"א לקנותו משום דלא בא לעולם, מ"מ אם הוא בכלל העץ הרי העץ בא לעולם, וכן לרבי ודאי ס"ל ש"ל נמי דהשבח כשלעצמו הוי ראי, רק דחשיב חלק מהעץ המוחזק, ולא משום דאפשר להקנותו אף שלא בלי'ע דומיא דירושת פשוט [וכבאמת לדעת רבי צ"ע דלא דמי כלל לירושת פשוט, דכה רק הדין דהבן נכנס במקום אביו לירשת אף ממתן שלא הוחזק בו אביו, וכיון דהמתן מ"מ ראי שזכה בו חייבים לאב, דנוטל בהם במקום אביו, אך שבת לא דמי לזה כלל דהוא מתן שלא הוי קיים כלל בחיי האב וכו' כו' יורשי' בעצמם לאחר מותו. רק דרבי ס"ל דיכול האב להקנותו בחיית, אע"ג דאינו בעולם ואין לו שום שייכות בו, ויחול ההקנאה לאח"מ, ועניין זה לא דמי כלל לירושת פשוט].

לבעלות ולכן לא אכפת לן דהאב מעולם לא הוי בעלים על ממתן זה, דהמתן בא לעולם אחרי מותו, דזהו גדר בדין מוחזק דאם הוחזק האב בדרך שמתנו יצא השבח נחשב ע"י זה דהשבח עצמו הוי כאילו הוא תח"י דהאב. וחות' כונת הגמי' דהשתא שבתא דאחי' כרשותי' אמרי רבנן לא שקיל, דהיינו מה שמוחזק האב בדרך שמתנו יצא השבח דהוא סברא חזקה לגבי די' מוחזק שיהא נחשב השבח כאילו הוא ברשותו דהאב ואפי"ה אמרי רבנן לא שקיל, כ"ש ממתן המלולת דהוא עוד פחות חשוב ברשות האב מאשר השבח [וע"ע לקמן קכ"ד ב' מ"ש בחוסי' דז'].

(ח) ולשי' הרש"ב"ם הא דילפינן מלחת לו דשבה דאשתמי לא נוטל בו הכבוד פ"ש, דהוי כמקנה דשלכ"ע, לכאוי צ"ע, שהרי אין שום נדון על השבח כדבר בפני'ע, דאין סי'י' שיהא יכול האב לקנותו דודאי אינו מוחזק כלל, רק הנדון אם הוא דבר א' עם העץ או דבר נפרד. וא"כ מה אכפת לן דא"א לקנותו משום דלא בא לעולם, מ"מ אם הוא בכלל העץ הרי העץ בא לעולם, וכן לרבי ודאי ס"ל ש"ל נמי דהשבח כשלעצמו הוי ראי, רק דחשיב חלק מהעץ המוחזק, ולא משום דאפשר להקנותו אף שלא בלי'ע דומיא דירושת פשוט [וכבאמת לדעת רבי צ"ע דלא דמי כלל לירושת פשוט, דכה רק הדין דהבן נכנס במקום אביו לירשת אף ממתן שלא הוחזק בו אביו, וכיון דהמתן מ"מ ראי שזכה בו חייבים לאב, דנוטל בהם במקום אביו, אך שבת לא דמי לזה כלל דהוא מתן שלא הוי קיים כלל בחיי האב וכו' כו' יורשי' בעצמם לאחר מותו. רק דרבי ס"ל דיכול האב להקנותו בחיית, אע"ג דאינו בעולם ואין לו שום שייכות בו, ויחול ההקנאה לאח"מ, ועניין זה לא דמי כלל לירושת פשוט].

דכאמת לא ממעטינן כלל נוטלת בכור פ"ש מקרא דלחת לו, אלא רק מקרא וצ"ל

נדרין כזה. דאם נסתכל על השבח בנדר נפרד ודאי אין לן ראי גודל מזה ואפי' ראי אינו אלא הוי כקובל היחזקים מתנה מאדם אחר אחרי מיתת האב דאין לאב שייכות כלל בממתן זה, רק הדבר שמתנו יצא השבח הוי מוחזק גמור כלא ספקי' והנדרון כשבת א' הוי גוף אחד ושם א' עם הדבר דמתנו צמת, ואז אמרינן דכשם שהעץ מוחזק גם פירוהי מוחזקים לא משום שהפירות כשלעצמם מוחזקים אלא שהפירות הם ג"כ עץ והוי העץ בעצמו, והעץ הרי מוחזק, ומחלוקת רבי רבנן בשבח היא מתי אמרינן דהפירות כבר נשתנו כ"כ עד שפנים חדשות באו לכאן ושם נפרד בפני'ע, ואז לא אמרינן דהפירות הן הן העץ המוחזק, אלא דנין אותן כדבר בעצמו ואז פשיטא דהו ראי.

ודנה נדון זה מתי הפירות נשתנו כ"כ עד דכבר אין עליהם השם הדיעין, אין לו שום שייכות לנדון גבי ממתן דכתי' האב אינו ברשותו ודיעינן אי הוי כ"כ מוחזק לרשותו עד דחשיב ראי, ואין הבנה לגמי' דמדמי להו דאנו עניין זל"ל כלל, ולכן הוכרח הרש"ב"ם לפרש דברחהייכות בעצמה דחייב הלוחה אין ספק דהאב בחייו הוי מוחזק גמור כל שלא יכול לומר פרעתי, דהחתמיכות בעצמה היא ברשותו לגמרי, רק דהפרעין דכאן לאחר מיתת הוי שבת דהך החתיכות, וכזה אי'ש דמיון הגמי' דמאחר דכשבת דפרה הורעה באפר דהפרה ברשות אבותן לגמרי אפי"ה לא שקיל בשבח כיוון דאשתמי, ותו לא חל עלי' שם המוחזק דהפרה, כ"ש במלולת דבי'ע"ג עצמו איכא גירענות במחזקותו כ"ש דכפירות דאשתמי לא יהיו חשובים מוחזק, וכמתן הגמי' לעיל ק"כ סוף ע"ב.

(ד) אמנם לשי' החוסי' בהכרח צ"ל דלא מפרשי עניין שבה כמ"ש לדעת הרש"ב"ם, אלא ס"ל דלעולם הפירות נדרוים כדבר בפני'ע ולא כחלק מהעץ, ואפי"ה השבח חשיב מוחזק, דעניין מוחזק אינו שייך כלל

תנכס שהוחזק בו האב, והפרעתי חשוב פירי דהשטר [ואין הכוונה דכתי' הוחזק האב והזתי הוי פירא דהנייר, דאין כזה טעם אלא הכוונה דהחתמיכות דהלוחה היא גוף הדבר שהוחזק בו האב, וזתי דהפרעין הוי פירא ושבה של ההחתמיכות, ולכן כ' הרש"ב"ם דאף במלולת ע"פ בערים אם אמר לו אל הפרעתי אלא בערים ג"כ יהא חשוב מוחזק בהחתמיכות. דהיינו עצמו דאינו כלום. והא דכ' הרש"ב"ם בעמ"כ ב' דהשטר הוי כמו משכון זהו דווקא לרבנן, ולא דהוי כאמת כמשכון וכמו שהק' בקוב"ש, אלא לעניין מוחזק שפיר חשיב מוחזק כיוון שמוחזק בחפץ ריש בו כח גביה בחובין]. ולכאוי הוא תמורה מהיכי תיזי לחדש הך סברא וכפשוטו יש לפרש הגמי' דאינו עניין כלל לשבח אלא הנדון על עצם ממתן האב הלווה אי האב בחיי חשיב מוחזק בממתן זה כמו פרה המושכרת, או מכירתו דמלולת להוצאה נתנה ויש כאן רק החתיכות ולא ממתן בעין לא חשיב מוחזק, והנדון על עצם ממתן האב דכ"ד הלוחה דירשותו הירושין אם יטול בו הכבוד פ"ש או דהוא ראי, וכאמת כך נמי דמפרשי החוסי' קכ"ד ב' ד"ה אין, וש"י' דכ"כ במהר"ם בדרגתם דאין כאן שום גוף ולא הוחזק האב בחייו כמירי והכל חשיב ראי לרבנן ולרבי הכל חשוב מוחזק, ואינו עניין לשבח כלל [והא דכ' המהר"ם שבה לישא בעלמא נקט ור"פ].

ולדברינו א"ש דהרש"ב"ם הוכרח לפרש כן, דאי כפי' החוסי' אין הבנה לדברי הגמי' דאמרי' אילימא לרבנן השתא שבתא דאחי' כרשותי' אמרי רבנן לא שקיל מלולת מכעיא. והנה לפי' החוסי', במלולת הנדון הוא על עצם ממתן האב בחיי האב אי חשיב מוחזק כ"ד האב או לא, וכעין הנדון פרה מושכרת או גזולה או ספינה כ"ס דכלל הוי הנדון אי הוי מוחזק אף בחיי האב דאינו ברשותו ומחיי', ולפי' משיג"ת לעיל גבי שבה אין כלל

לשכירות מתחלה ועד סוף חתה החלוקה בין המלווה לרביה לרבען ונתנה ולא כמ"ש הבכ"ש קידושין ס"ד ס"ק ד' בשם הגר"ח, וצ"ל דהגר"ח נמי מודה דתכן החיוב משום שכירות מעות ובהכי מייירי הגמ', ודוחק. והגר"ח מ"מ מעות הרביה אינן המעות שנתן, וכבר כתבנו דגדרי מוחזק אינם הלויים ביני הממונות. וע"ע בהו בהו בר"ש פ' אהרו נשר דהארבע בעזשהש"ח בכריי הגר"ח]. ובקוה"ס כלל ד' אות ה' כ' בדעת הרשב"א דדוקא בשכירות פועל אמרין וישנה לשכירות מתחלה ועד סוף אך בשכירות מסלילי וקרקע ישנו לכל חוב השכירות מתחלה כיוון דהוי קניין גוף לפירות ומתחייב מיד בדמי המקח, ועי' מ"ש בהו בעיל ל"ו א' ונבי חזקה תשמילין] דהווי ש"י הרשב"א הענימי ויש החולקין בהו, אמנם לק"מ מהכא על דברי קוה"ס הנ"ל, דשכירות מעות אינו כשכירות שאר מסלילין דקונה השוכר גוף לפירות, דמעות להצאה נחטו, והלווה קונה אותם לגמרי, רק המלווה יכול לחובעו כל אמת שרצה, והוי המלווה כפועל המשכיר עצמו המלווה את חובו עד הזמן שקצבו, וכמבאר בקידושין ו' ב' דבהנאה מחילה מלווה אפשר לקי"ש, דמה שמתפייס המלווה למחול הפעולה עצמה הוי שווה כסף וכמו אדבר על"ד לשלשון וכי"ב, ועי' ברכ"ש שם דהוקשה לאחורונים דהנה זה כדור דלולא ה"י איסור רביה ה"י הללוה מתחייב לשלם הרביה ונדחיה זה הוא עצם האיסור שאסרה חזרה, שהרי האיסור הוא הקיצצה ואם אין חיוב הרי אין זו רביה קצוצה], והוקשה כמה חל החיוב, דהנה מה שהבטיח הללוה לשלם הוא דברים בעלמא, ורק מזה מעות כגב הפסקה גורם שמתחייב בפסקיה, וכגב הרביה לא ה"י מזה מעות, דהמתן מעות מחייב רק כפי סך המעות שנתן, זה חיוב השבת הקרן, ולזה תרצו דהחיות

הוא רק לגבי מה שהשביח קודם חלוקה נאן קודם לעת שגילה דעתו דרוצה לזכות וכו' אמר"י לקמן קכ"ז א' למ"ד יש לו לכבו' וכו' חלוקה], והנה דהפרעון הוא שבה קודם חלוקה], ובהו השטר קודם חלוקה אם השטר ה"י הנדון כגבו השטר קודם חלוקה וכו' חלוקה, ובהו גוסל נוסל בכו"כ פ"ש בזהו כל הפרעון דהשטרות דחלק, ואין לו דלהתנס' ה"י משמע מרסמם דלעולם אין הכבור גוסל במלווה ואף אחרי חלוקה, שהרי גם בכרייתא לעל קכ"ז א' סתם לרבען דאין הכבור גוסל בשבת ופשיטא דמייירי רק כמה ששבתו קודם חלוקה, וכן בכרייתא לעל קכ"ג ב' אמר סתמא דכבור גוסל בה פ"ש, והחידוש לרבי הוא דוקא קודם חלוקה או מחאה, דאח"כ לכ"ע גוסל פ"ש וכ"כ תוס', שם ושוי"ר ד"ל דהתם פשיטא דהנדון לגבי שבת וא"צ לפרש דהנדון דהשבת הוא רק לפני חלוקה, אך גבי מלווה הוא סברא מחודשת לו דהשטר הוי גוף והפרעון שבת, ומסתמא הלשון דאינו גוסל פ"ש במלווה ה"י אפשר לטעות דאינו גוסל אף אחרי חלוקה כיוון דמתן החלואה עצמו אינו מוחזק אף בחי האב, והוי כמו נכסי דאבי אבא ונהכי באמת ס"ל להתוס', ועי' מ"ש בהו בעיל עמ' א'], ולאו הנה דיעינן דמלווה ה"י כשבת ומייירי רק לפני חלוקה, וה"י צריך לפרש דכבור אינו גוסל במלווה שגבו לפני חלוקה, ומללא פ"י ע"כ גם להרשב"ם צ"ל דאפי' אחרי חלוקה אינו גוסל פ"ש ונתן דדקי התוס', ועי' בקצצה"ח ס"י רע"ח שתי דבשטרות ליכא חלוקה כיוון דאין להם שומא ידועה, וכל מה שגבו ה"י מקודם חלוקה.

קכ"ד ב', רבי אומר כבור נוסף

פ"ש בין במלווה בין ברכייה.

דחייב הרביה כאן שהביא שו"ת רשב"א מעות, וכ' הרשב"א דמש"ה אמרין ישנה

דמוחזקת האב בכין עושה שאף כפרי ייחשב מוחזק, ואין לגדר זה שייכות כלל עם הלפומה דלחת לו.

ולפומה זו מלחה לו היא רק גולרי מלחה מהו מוחזק, ואינה מלמדת מאומה על גדרי הדין האמרייתים של חלק בכורה, אמנם מלחה לו ילפינן עור דברים, ומהם אף דינים הקובעים את גדר דיני ירושת הבכור, ונתן הדין דמהני מחילה כלי קניין [וע"ע תוס' לעל י"ב ב' ד"ה כגון]. ודבר נוסף דילפינן מלחה לו הוא דאף ממון דלא בא להם בירושה מהאב אפשר שישול בו הכבור פ"ש

אם מקרי מוחזק, ונתן שבת למ"ד אין לו לכבור קודם חלוקה, ונתן ממנות כהונה ברה אביהם ממכירי כהונה ואח"כ רצה לישראל ינתן ליהושען, וכמשנ"ח לעל באורן.

ומה שהן ברכיני יונה על התוס', כתבנו לעיל דגם לשי' הרשב"ם לא אי"ש ואפשר דהרכיני יונה מפרי עניין השבת כהתוס', דהשבת נדון כדבר בפנינו, ורק מה שיצא מדבר שה"י לאב מחשיכו מוחזק, וגם במלווה מפרי' כהתוס' וכמשנ"ח, ולפירושו כלפומה דלחת לו אי"ש דהנדון אם מהני הקנאות האב את השבת שהשביחו הנכסים לפני זכיית הבכור, וזה תלוי עד כמה יש לאב שייכות בשבת, ולזה שפיר אמרין דאם סידל לרבען דהשבת לא הוי מוחזק אפי"ג דכא מדבר שהחזקת ביד האב כ"ש דמלווה אינו מוחזק, והו דפסקינן כמ"ד יש לו לכבור קודם חלוקה, ולפ"ז מה שאינו גוסל בשבת הוא משום שיר, מ"מ הטעם דנשתייר הוא משום דלא חשיב מוחזק כלפי האב.

קכ"ד א', תרד"ה זאם כ"ו.

עי' תוס' לעיל ק"ז א' ד"ה נבא כ"ו.

קכ"ד ב', תרד"ה אין כ"ו.

בעניניו לא זכיתי להבין קושיית התוס' על הרשב"ם דודאי כל הנדון לגבי שבת

ולעיל כתבנו כשי' תוס' דאפי"ג דהשבת לפני זכיית הבכור יש עד דמ"מ הקנאות האב בחיייו תחול על ממון זה, ואפי"ג דלא ירשוהו, מ"מ מה שבה לרשות יורשין ה"י כבא לרשות האב, ומאחר דחשוב מוחזק כיוון דיציא מרכי שהחזקת בריי האב מהני מתנת האב בו, אמנם לפ"ז אין הכנה לילפומה מלחה לו, דנהי דוכה רק בשעת חלוקה מ"מ אפשר דמה שהשביח קודם יטול בו.

אמנם על שי' תוס' כלפומה דלחת לו ממילא יש קושיא עצומה, דכל הטעם דלרבען אינו גוסל בשבת משום דלא זכה בעת מיתת האב אלא רק בשעת חלוקה, והרי אנו קיי"ל כמ"ד יש לכבור קודם חלוקה דזוכה בחלק בכורה מיד במיתת האב וכמשנ"ח לעיל, והתוס' הק' כן בדרך קצ"ו ב', ומבואר יותר ברא"ש אות י"ד, ותרצו דכאמת לא מחמת ילפומה זו ממעטינן חלק בכורה, אלא מילפומה דככל אשר ימצא לו [ולא רק דהוא פסי' אחר אלא הוא גדר אחר לגמרי וכמשנ"ח], רק דמהילפומה דלחת לו ילפינן הגדר מאי מקרי מוחזק, ורק לצורך הך ילפומה מדמינן ל"י למתנה, וכפי הדמיון כאלו ה"י מתנה, מזה ילפינן כמה הוא זוכה, ומאחר דרק בשעת חלוקה מניע הממון ליד הכבור ממש, ממילא אם ה"י מתנה רק אז ה"י זוכה, דבמתנה בעינן משיכה, ואז ודאי לא ה"י לו בשבת לפני משיכת המתנה, אך באמת ה"י אינו מתנה אלא ירושה, וזוכה משעת מיתת האב, רק דאחרי דדימינוהו למתנה דיעינן דאינו זוכה בשבת ראשונה דעליו ה"י ספק אם ה"י בגדר מוחזק [ושבת דלא אשתני דודאי ה"י בכלל ככל אשר ימצא לו, ה"י מוחזק בודאי ולכן לא מתחיל כלל לגביי הילפומה מלחה לו], וגדר הדין האמורי כמה זוכה וכמה אינו זוכה הוא רק אם הוא מוחזק או לא, וכגב מוחזק נתבאר דמחלוקת רשב"ם ותוס' גבי שבת אם מוחזקתו דהפרי משום דחשיב בכלל חצי או אפי"ג דנתשב דבר בפני" ה"י מוחזק

משום שכירות מעות. וכמ"ש הרשב"א הובא בפרה הכי הוא, דלהנסי' ליכא קניין פירות בקוב"ש כאן. והביאור דהתפייסות המלוהה בנותף הפרה כלל, וכמשנ"ת לעיל ר' א' שלא לחבוע הוי פעולה ששוה כסף, דמי בעושה"ת, ואפ"ה לענין מוחזק חשיב פירא דהחפץ כיוון שהוא ס"ס טיבת משלום השוכר, וכמו ארקד לפניך ולהנאת מחילת מלוהה, וכמו ארקד לפניך וכמו ושוויות כסף הפעולה זו הוי המתן וכמו כמבני דגריי מוחזק אינם תלויים כד"ר הממונות.

קכ"ד א. אר"ע א"ר בי"א יתומין שגבון קרקע כ"י.

ע"י מ"ש ביה לקמן קנ"ט א' כ"ס"ק י"ג.

קכ"ד ב. בסוגיא דנכסי לסבתא.

ע"י ביטור עניין קניין אחריד לקמן קל"ז ב' וכדברי בעה"מ המלהמות בסוגיא זו ע"י מ"ש כ"ס"ק י"א.

קכ"ד א. אר"ע א"ר בי"א יתומין שגבון קרקע כ"י.

ע"י מ"ש ביה לקמן קנ"ט א' כ"ס"ק י"ג.

קכ"ד ב. בסוגיא דנכסי לסבתא.

ע"י ביטור עניין קניין אחריד לקמן קל"ז ב' וכדברי בעה"מ המלהמות בסוגיא זו ע"י מ"ש כ"ס"ק י"א.

קל"ז ב. בסוד עניין קניין פירות, בסוגיא דנכסי לסבתא, בפלוגתא אי ק"פ כק"ג דמי, בתוס' קל"ז ב' ד"ד לא, בעניין ק"פ לעניין אחרונ [קל"ז א'], בפעולה ומלהמות בדה קכ"ד ב'.

(א) ע"י הישב בסוגיא קל"ז ב'. ור' שם הרשבי"ם ד"ה יחזור כ"י דאם נתן נכסיו לפירות לזמן קצוב, אף למ"ד ק"פ כק"ג דמי בסוף הזמן יחזור הנכסים גוף ופירות לנותן. והנה יש לעיין כל דיכא דמחלק הבעלות גוף לזה ופירות לזה, ניצד הוא גרד הלוקה זו. דאם נאמר הווי כשותפין, דכל א' מהם יש לו בעלות כפני"ע על חלק הנכסים יקשה ניצד בסוף הזמן חזר סמילא לבעלים הראשון אכילת הפירות בלא שזו שקפה השדה לפירותיו יצטרך להקנותם שוב. ואם נאמר דהוי קניין לזמן וכסוף הזמן פקע קניין המקבל, א"כ חלקו נעשה הפקר וכל הקודם זכה בו. דכשותפין אם א' מהם מפיק חלקו לא וכו' בו ממילא השותפין האחרים בלא קניין, ועוד דלא נ"ר דאפשר לעשות ככה"ג קניין לזמן, דיעויין ברי"ן נדרים כ"ס א'

משום שכירות מעות. וכמ"ש הרשב"א הובא בפרה הכי הוא, דלהנסי' ליכא קניין פירות בקוב"ש כאן. והביאור דהתפייסות המלוהה בנותף הפרה כלל, וכמשנ"ת לעיל ר' א' שלא לחבוע הוי פעולה ששוה כסף, דמי בעושה"ת, ואפ"ה לענין מוחזק חשיב פירא דהחפץ כיוון שהוא ס"ס טיבת משלום השוכר, וכמו ארקד לפניך ולהנאת מחילת מלוהה, וכמו ארקד לפניך וכמו ושוויות כסף הפעולה זו הוי המתן וכמו כמבני דגריי מוחזק אינם תלויים כד"ר הממונות.

ר"ה אמר ל' אבי כ"י דכ' דוח פשוט לפ"ע דאסור לו לקלקלה. ובמכור לזמן קצוב ג"כ הוי רק קניין פירות אף להרמב"ם וכמ"ש בראב"ד וכמ"ם שם הרמב"ם למד ד"ז זה ממכור שדה בזמן היוכל רחורות לבעלים והלוקח יכול לבנות ולסמור כחפצו, והתם בניטין מבווא דהוי רק קניין פירות, ומבווא דכשני האופנים הוא רק קניין פירות רק דכהנכיר דמוכר לפירות לא נתן ללוקח כח לקלקל וכלא הנכיר שמוכר לפירות אלא רק לזמן קצוב, הנה דשייר לעצמו איזו בעלות במנה הקרקע דכלא"ה לא תחזור אליו הקרקע אח"כ, מ"ם לבעל הקניין פירות ניתנה גם הזכות לקלקל, והר"ן הוכיח דקניין לזמן בהכרח הוא רק קניין פירות, דמכור שדה ביובל ד"ן יוכל הוא דווקא במתכוון המוכר למכור לגמרי ולצמיחת ולא בהתכוון למכור לזמן [וכמבואר בכ"מ ע"ש א' ע"ש, וכן מצמצו מדוע נקטה הגמ' ספ"ד דגישין בספ"ד דגישין], ואם יתכן קניין גמור דפקע בפשיטות דהמוכר שדה ביובל הוי רק קניין פירות והלוי כפלוגתא דר' יוחנן ור"ל. וכע"כ צ"ל דלא יתכן מכירה גמורה לזמן, וכשאמרה תורה יחזור לבעלים כע"כ דכבר משעת מכירה יש שויר בעלות על הגוף למוכר, ולכן הוי רק קניין פירות, רק מודנתוין המוכר ליתן ללוקח כל הזכתיים, שהרי נמכוין למכור לצמיחתו, אמר"י דקניין פירות של הלוקח נכלל גם הזכות לבנות ולסמור, רק דודאי הזכות למכור לא יתכן דיש לו דהוי גמד גוה"ח דחשוב למוכר, ואף הקצוה"ח רמ"א סק"ז לא פליג דלא יתכן מכירה גמורה לזמן, רק ס"ל לחדש דמכור לזמן, נהי דנשאר אצל המוכר שויר בעלות על הגוף מ"ם אם בקה"ס דהלוקח נכלל הזכות להחנה כבעלים לאכול ולמכור שפיר מקרי לכס ויצא באחרונ, ושיוור הבעלות על הגוף של המוכר לא מעכב מדין לכס, וכוה פליג עליו הנהדה"מ שם דכסא"ג אכתי לא מקרי לכס עד שלא ישאר שויר אצל המוכר כלל ואי"ה נאריך בזה לקמן].

ר"ה אמר ל' אבי כ"י דכ' דוח פשוט לפ"ע דאסור לו לקלקלה. ובמכור לזמן קצוב ג"כ הוי רק קניין פירות אף להרמב"ם וכמ"ש בראב"ד וכמ"ם שם הרמב"ם למד ד"ז זה ממכור שדה בזמן היוכל רחורות לבעלים והלוקח יכול לבנות ולסמור כחפצו, והתם בניטין מבווא דהוי רק קניין פירות, ומבווא דכשני האופנים הוא רק קניין פירות רק דכהנכיר דמוכר לפירות לא נתן ללוקח כח לקלקל וכלא הנכיר שמוכר לפירות אלא רק לזמן קצוב, הנה דשייר לעצמו איזו בעלות במנה הקרקע דכלא"ה לא תחזור אליו הקרקע אח"כ, מ"ם לבעל הקניין פירות ניתנה גם הזכות לקלקל, והר"ן הוכיח דקניין לזמן בהכרח הוא רק קניין פירות, דמכור שדה ביובל ד"ן יוכל הוא דווקא במתכוון המוכר למכור לגמרי ולצמיחת ולא בהתכוון למכור לזמן [וכמבואר בכ"מ ע"ש א' ע"ש, וכן מצמצו מדוע נקטה הגמ' ספ"ד דגישין בספ"ד דגישין], ואם יתכן קניין גמור דפקע בפשיטות דהמוכר שדה ביובל הוי רק קניין פירות והלוי כפלוגתא דר' יוחנן ור"ל. וכע"כ צ"ל דלא יתכן מכירה גמורה לזמן, וכשאמרה תורה יחזור לבעלים כע"כ דכבר משעת מכירה יש שויר בעלות על הגוף למוכר, ולכן הוי רק קניין פירות, רק מודנתוין המוכר ליתן ללוקח כל הזכתיים, שהרי נמכוין למכור לצמיחתו, אמר"י דקניין פירות של הלוקח נכלל גם הזכות לבנות ולסמור, רק דודאי הזכות למכור לא יתכן דיש לו דהוי גמד גוה"ח דחשוב למוכר, ואף הקצוה"ח רמ"א סק"ז לא פליג דלא יתכן מכירה גמורה לזמן, רק ס"ל לחדש דמכור לזמן, נהי דנשאר אצל המוכר שויר בעלות על הגוף מ"ם אם בקה"ס דהלוקח נכלל הזכות להחנה כבעלים לאכול ולמכור שפיר מקרי לכס ויצא באחרונ, ושיוור הבעלות על הגוף של המוכר לא מעכב מדין לכס, וכוה פליג עליו הנהדה"מ שם דכסא"ג אכתי לא מקרי לכס עד שלא ישאר שויר אצל המוכר כלל ואי"ה נאריך בזה לקמן].

פירות דהבעל ומדוע לא ירשוהו יורשיו, וכן בנתגורשה זוכה בפירות בלא קניין מהבעל.

ג ע"י חוסי ב"ב נ' ב' ד"ה רכי אלעזר, ישי דאמר' ורדעתי רכי אלעזר אם יש

לא קניין פירות בשדה ולשני קניין גוף אף אחד מהם אינו יכול למכור אפי' לא את חלקו בלבד. ואף אם מכרו שניהם לאדם שלישי לא

מהני, וכתבו שם בחוסי' דכחושפני ודאי מודה ר"א ור"כ' יכול למכור חלקו, והרי מבוואר כאן

לחרי"א דהרי"א ריש לא, ק"פ ולשני ק"פ לא הוו כשותפני דעלמא, ולא רק משום דק"פ לא הוי

קניין בתפצא דהונכסיס, או משום דקניין גוף הוא קלוש דאיז לו שלטון, דבהו' והנן לבאר

דעת שאר תנאים שם דס"ל ד'א' מהם חשיב כעלים ולא השני, אך לר"א הרי שניהם אינם

יכולים, ואם הטעם משום קלישות הקניין ד', הרי השני ודאי קניינו אלים ויכול הוא למכור

[ד"א] דקניין שניהם קלוש, שהרי הממון צריך להיות שייך למישהו] וצ"ב החלוקה צריך

ד ודננלעצ"ד בבבבאר צניין זה, בהקדמ' דהנה נכסי מלוג הריז בהם

לבעל יש קניין פירות והגוף לאשה, וכמבואר בבב"ק פ"ח ב' דמדמי' לה לנתן האב לבנו גוף

מהיום ופירי לאח"מ, ותלי כמחל' ר' יוחנן ור"ל אי מהני מבידת הבן הגוף בחיי האב, והיי'

ככתובות ר"פ האשה שנפלו, דנכסים שנפלו עד שלא נישאת ונישאת אם מכרה ונתנה קיים,

ומיירי דמכרה קיים לעניין דחלוקה אובל פירות מיירי ע"ש, וכן מבואר לקמ"י בר"פ

זכותב ע"ש בדרך פ"ג א' וב' דהו' דהבעל אובל פירות אינו מכירה דהאשה לא תוכל

למכור באופן שהחלקה יאכל פירות מיר, והיא תקנה בפני עצמה שחקני שגם לא תוכל

למכור, ולכא' צ"ע כיצד היא יכולה למכור אפילו הפירות מיר, שהרי לבעל יש קניין

פירות בנכסים ולה רק גוף וכיצד תוכל למכור ובר שאינו שלה, וכן יש לעיין דאם מת הבעל

עשים ממילא נכסי מלוג שלה לגמרי גוף ופירות, בלא קניין, וצ"ע להיכן אול קניין

שם מה שהקי' הגרע"א על דבבבוי, ושור"ד מ"ש בזה בקוב"ש אות חס"ב.]

פירות דהבעל ומדוע לא ירשוהו יורשיו, וכן בנתגורשה זוכה בפירות בלא קניין מהבעל.

ג ע"י חוסי ב"ב נ' ב' ד"ה רכי אלעזר, ישי דאמר' ורדעתי רכי אלעזר אם יש

לא קניין פירות בשדה ולשני קניין גוף אף אחד מהם אינו יכול למכור אפי' לא את חלקו בלבד. ואף אם מכרו שניהם לאדם שלישי לא

ב הנה כנותן האב גוף נכסיו לבנו מהיום ולעניין זה אלים קניין הפירות דהאב, אבל בשכירות או הקנאת פירות לזמן בעלמא, ודאי

מודה ר' יוחנן דמכירת הבעלים הויא מכירה גמורה, וכע"כ יש חילוק, דבעלות הבן על

הגוף אינה אלימא שחשתי מכירתו בחיי האב, ולא הויא כבעלות הגוף דבעל השדה שחשתי

שדהו או הקנה פירותיו לזמן קצוב דהרי קניין גוף אלים ודאי יכול הבעלים למכור חזק

הזמן אף לר' יוחנן, וחילוק זה מבואר בדברי חתוסי' פ' חזקת הבתים דף נ' ריש עמ' ב'

וכב"מ צ"ו א' ד"ה בעל עשייה, ולהגרי"א דהרי כאילו נעשה הכל של הבן ורק נתן לאביו

קניין פירות אי"כ הוי ממש כמו נתן ק"פ כשדהו, והוי ממש דומיא דמשכיר להראשונים

דשכירות היא קניין פירות, וכמשכיר פשוט דהדין דאם מכר המשכיר מהני המכירה אף

אם מת תוך זמן השכירות ואף לר' יוחנן [אמנם ע"י לקמן דכתבנו לחלק בין שכירות

אפי' למ"ד דהשוכר קונה גוף לפירות לבין מוכר שדה לפירות, אמנם כאמת נלע"ז דגם

כמוכר שדה לפירות ודאי מודה ר' יוחנן דיכול הבעלים למכור חזק הזמן גם אם מת חזק

הזמן, וע"ע שם.] רע"ש דרעת הגאון בעל הבית מאיר זיע"א

ולא תקנה האב הפירות לבן בחייו, המתנה מהיים תו איז חסרון כמה שגמרה הוה

לאחר מיחה, וכעיותי לא ידעתי לו הבנה, דלאח"מ א"א להקנות מידי, ולא רק חפץ שלם

אלא גם חלקו, וכ' שם דמהמוס' מוכח דלא ככברין, וכ' דלחמוס' צ"ל דהאב הקנה הפירות

לבן רגע א' לפני מותו, ונ"ז על"ע בעיותי דכמכר הבן בחיי האב, ומת האב הפ"מ הרי

הבן ל"כ מהני מכירת הבן, ולדברי הפ"מ הרי כשמכר הבן בחיי האב מכר רק הגוף, ואח"כ

כשהקנה לו האב רגע א' לפני מותו הפירות ה"ז דבר חדש וכיצד יזכה בו חלוקה לאחר

מות האב בלא שיקנהו הבן אח"כ שוב וע"ע רמב"ם פ"ג דבבבוי ד"ה רכי אלעזר, ישי דאמר' ורדעתי רכי אלעזר אם יש

לא קניין פירות בשדה ולשני קניין גוף אף אחד מהם אינו יכול למכור אפי' לא את חלקו בלבד. ואף אם מכרו שניהם לאדם שלישי לא

מהני, וכתבו שם בחוסי' דכחושפני ודאי מודה ר"א ור"כ' יכול למכור חלקו, והרי מבוואר כאן לחרי"א דהרי"א ריש לא, ק"פ ולשני ק"פ לא הוו

כשותפני דעלמא, ולא רק משום דק"פ לא הוי קניין בתפצא דהונכסיס, או משום דקניין גוף הוא קלוש דאיז לו שלטון, דבהו' והנן לבאר

דעת שאר תנאים שם דס"ל ד'א' מהם חשיב כעלים ולא השני, אך לר"א הרי שניהם אינם יכולים, ואם הטעם משום קלישות הקניין ד', הרי השני ודאי קניינו אלים ויכול הוא למכור

ב הנה כנותן האב גוף נכסיו לבנו מהיום ולעניין זה אלים קניין הפירות דהאב, אבל בשכירות או הקנאת פירות לזמן בעלמא, ודאי

מודה ר' יוחנן דמכירת הבעלים הויא מכירה גמורה, וכע"כ יש חילוק, דבעלות הבן על

הגוף אינה אלימא שחשתי מכירתו בחיי האב, ולא הויא כבעלות הגוף דבעל השדה שחשתי

שדהו או הקנה פירותיו לזמן קצוב דהרי קניין גוף אלים ודאי יכול הבעלים למכור חזק

הזמן אף לר' יוחנן, וחילוק זה מבואר בדברי חתוסי' פ' חזקת הבתים דף נ' ריש עמ' ב'

וכב"מ צ"ו א' ד"ה בעל עשייה, ולהגרי"א דהרי כאילו נעשה הכל של הבן ורק נתן לאביו

קניין פירות אי"כ הוי ממש כמו נתן ק"פ כשדהו, והוי ממש דומיא דמשכיר להראשונים

דשכירות היא קניין פירות, וכמשכיר פשוט דהדין דאם מכר המשכיר מהני המכירה אף

אם מת תוך זמן השכירות ואף לר' יוחנן [אמנם ע"י לקמן דכתבנו לחלק בין שכירות

אפי' למ"ד דהשוכר קונה גוף לפירות לבין מוכר שדה לפירות, אמנם כאמת נלע"ז דגם

כמוכר שדה לפירות ודאי מודה ר' יוחנן דיכול הבעלים למכור חזק הזמן גם אם מת חזק

הזמן, וע"ע שם.] רע"ש דרעת הגאון בעל הבית מאיר זיע"א

ולא תקנה האב הפירות לבן בחייו, המתנה מהיים תו איז חסרון כמה שגמרה הוה

לאחר מיחה, וכעיותי לא ידעתי לו הבנה, דלאח"מ א"א להקנות מידי, ולא רק חפץ שלם

אלא גם חלקו, וכ' שם דמהמוס' מוכח דלא ככברין, וכ' דלחמוס' צ"ל דהאב הקנה הפירות

לבן רגע א' לפני מותו, ונ"ז על"ע בעיותי דכמכר הבן בחיי האב, ומת האב הפ"מ הרי

הבן ל"כ מהני מכירת הבן, ולדברי הפ"מ הרי כשמכר הבן בחיי האב מכר רק הגוף, ואח"כ

כשהקנה לו האב רגע א' לפני מותו הפירות ה"ז דבר חדש וכיצד יזכה בו חלוקה לאחר

מות האב בלא שיקנהו הבן אח"כ שוב וע"ע רמב"ם פ"ג דבבבוי ד"ה רכי אלעזר, ישי דאמר' ורדעתי רכי אלעזר אם יש

לא קניין פירות בשדה ולשני קניין גוף אף אחד מהם אינו יכול למכור אפי' לא את חלקו בלבד. ואף אם מכרו שניהם לאדם שלישי לא

מהני, וכתבו שם בחוסי' דכחושפני ודאי מודה ר"א ור"כ' יכול למכור חלקו, והרי מבוואר כאן לחרי"א דהרי"א ריש לא, ק"פ ולשני ק"פ לא הוו

כשותפני דעלמא, ולא רק משום דק"פ לא הוי קניין בתפצא דהונכסיס, או משום דקניין גוף הוא קלוש דאיז לו שלטון, דבהו' והנן לבאר

דעת שאר תנאים שם דס"ל ד'א' מהם חשיב כעלים ולא השני, אך לר"א הרי שניהם אינם יכולים, ואם הטעם משום קלישות הקניין ד', הרי השני ודאי קניינו אלים ויכול הוא למכור

משום דהוא בעלים גמור על השדה והעבר כולם בלא שירי.

בסוגיא דנכסי ספכתא.

(ח) ע"י לעיל דף קפ"ה ב', והנה הסוגיא מירי באומר נכסי לסכתא ובתרה לירתאי, והיתה לו בת דהיה נסיבא ומתה הבת בחיי הסכתא, ובעלה הונבע הנכסים.

ודכ"י הכעל בנכסים יתכן כפי אופנים הא' וכמה שאמר הנהנין ובתרה לירתאי.

גם הכעל מקרי ירתאי, וא"כ זכירתו היא מכה נתינת הנהנין לו, וא"ע כלל שיריש מאשתו מאומה כרי לזכות בנכסים והו"כ כ"ע מורד

דליתא, והכעל לא מקרי ירתאי, רק רב הונא ס"ל דבמתנת אחריך השני מקבל מייד גוף הונסים ולראשון יש רק זכות אכילה פירות, ומדברי רשב"ם ג' דרכ הונא ס"ל כרכי בדיק קל"ז א' דס"ל דהורישון אינו יכול למכור

הנכסים דיש לו רק קניין פירות רגיל, ולא ס"ל דאחריך שאני דהיינו דהקניין פירות של הראשון במתנת אחריך אלים טובא וכולל גם

הכת למכור ולאכול, ומייד כשנתן האב הנכסים זכתה הבת בגוף ונמייית במתנת שבי"ט, או שעשתה הבת קניין או שזכתה הסכתא עבור

הבת, וע"ע כזה במדרכי סי' תקע"ז]. וכשמתה הבת, נהי דהכעל לא מקרי ירתאי, והאב לא נתן לו מידי, מ"מ ירש הכעל את קניין הגוף

בנכסים שהי' של אשתו, וכשמתה הסכתא ופקע קניין הפירות שלה ממילא נעשה הכל של הכעל, כיוון שהגוף שלו, והטעם דיררשי

הסכתא לא יורשיין קניין הפירות שלה, משום דמתחילה הוגבל זמן קניינה לפירות רק לזמן שהיא חי, וכמותה הם הזמן הקצוב לקניין

פירותי, ובקניין פירות מהני הקנאה לזמן ופקע בכרי וכמשנ"ח לעיל, והא דלא אמרי'

דמ"ט דהא לכעל רק קניין גוף דהוא לא ירש יותר מזה, וכמות הסכתא ישאר הקניין פירות

דפקר, כבר נתבאר לעיל ס"ק ב' ד' ע"ש.

מבעלות העבר יצא מרשות המוכר ונכנס לרשות הלוקח, דאז באמת לא הי' מועיל לחייב הונגה לשלם ללוקח אלא הלוקח

נשתתף בבעלות המוכר עצמו על עבדו ונעשה עמו כאדם אחד וכאמת כל העבר שייך לו, רק רשיין גם למוכר, והלוקח הזכתיים והשלטון

ביניהם נקבעה דלוקח יש שלטון וזכות רק לנכות הקנס ולא לדבר אחר, אך מ"מ גובה

הקנס כיוון דהעבר כולו שלו, שהרי בעלות המוכר היא שלימה על העבר והוא נכנס להיות

יד המוכר כידו ובעלות המוכר היא בעלתו. **ז' ונלענ"ד** דכאשר נתבונן בעניין מצד עצמו נראה דבהכרח יצ"ל כמשנ"ח

בעתהש"ח, והנה אין הבהה כלל כיצד סגי במכירת חלק מהנכסים כרי שנאמר שהלוקח

יאל פירות משדה דילי' [ולא יהי הפירות כדבר שלב"לע"ט], שהרי אכילה הפירות אינה

חלוי באיזה חלק מהנכסים שנאמר דמכר לו חלק זה ושירי השאר לעצמו, ודואי כרי

לאכול פירות בענין שיהא בעלים על כל הנכסים, ומי שהנכסים שלו הוא שאוכל

הפירות. וכעכד לקנס ופרה לכפילא בודאי הוא כן, וכמו שהי' הגרש"ש, דהקנס אינו חלוי

בבעלות על איזה חלק מהעבר, ואין שום חלק שנאמר דסגי כמכירתו ללוקח כרי שהיא הקנס

שלו, והשאר נשאר למוכר, ודואי בענין בעלות שלימה ונמורה על העכד כרי לנכות הקנס

[וע"י הט"ב ב"ר"פ המפקיד ובגוטיין מ"ב: וכרשב"א שם, ובק"ל בב"ב קמ"ח א' ג' דהוא עניין אחר ואכפ"ל], ונ"י מוכרח דהלוקח

לפירות או עבד לקנס נעשה בעלים גמור על כל השדה, רק לא יתכן כאשר מדובר כפי רשיוות

נפרדות, וזה לא יתכן כאשר מדובר כפי רשיוות בבעלות המוכר עצמה ונעשה גם הוא בעלים

בתי, ואז שפיר יכולים לחלק ביניהם הזכתיים כפי שרצו, ויכולים לקבוע זכות הלוקח היא לפירות לחוד או לקנס לחוד, אך מ"מ סיבת אכילתו הפירות או גבייתו את הקנס היא

מחוקקת הרשות למוכר לבדו וחודר הוא להיות לכוף בעלים על נכסיו וא"ע קניין

לחוזיר לו הכעלות לעניין פירות כיוון דמעולם לא יצאה מבעלותו אלא הלוקח הוא

שנכנס להשתתף עמו ברשותו ובעלותו. **ובזה** יוכן מה שהוקשה למרן הגר"א

והביט מאיר בהקנה האב לבנו גוף מחיים ופירי לאח"מ כיצד זוכה הבן בפירות

לאח"מ שהרי א"א לחקונה לאח"מ, ועייין שם בגר"א על דף קל"ז א' שהוכיח מהרשב"ם

נ"י דקניין הבן בפירות מחיל רק לאח"מ, ולכרינו א"ש היטב בעתהש"ח דמאחר שהבן

משתתף בבעלות האב עצמו על נכסיו, הרי במיתת האב ממילא נעשים הנכסים כולם של

הבן לבדו, דהוא ה"י בעלים על רשות האב עצמו, וכמו דבמיתת הכעל או בגירושיו

נעשים ממילא נכסי המלוג של האשה בעצמה וא"ע קניין.

ובזה מכוון גם בעתהש"ח דכרי התוס' בכ"ב ג' ב', ושורב מצאתי בעתהש"ח

דכרי רש"י בכ"ק צ' א' מ"ט כדעת ר"א דס"ל דאם כעל הקניין גוף וכעל הק"פ מכר שניהם

כא' לא עשו ולא כלום וה"ל "שאינו לא לזה ולא לזה, ואם מה א' מהם זה הנשאר מוציא

מזי הקלוחות, ולא דמו לשותפין דעלמא, דהתם יש לזה חלק ככולו ליטול חצי וכן לזה,

אבל הכא כולן קנייין לה לגוף וכולן קנייין לו לפירות, וליכא מיוחד לא לזה ולא לזה "עכ"ל,

ונראה מזה מכוון דכרינו ונהניתי. **(ו) וע"י** במערכת הקניינים סי' ח' ד"ה וע"פ כ"י שהביא דכרי הרשב"א בגיטין

מ"ב ב' דכ' דאפשר להקנות עבד לקנס [וע"ש בתוס' דלא פליגי ביסוד הדין והר"ק]. וה"ל מרן הגר"ש"ש שהרי הדין קנס למי שהוא בעלים, וכעל השור הונגה כשמתחייב

רשות ביחוד תקנו תז"ל דלא ימכורין לראי' הוא דכר שלא יתכן דכ' בני אדם יוכלו למכור אותו הדבר, ולמשנ"ח א"ש דהיבא דלכל א'

בעלות נפרדת בפני"ט או לא יתכן ששניהם יוכלו למכור אותו הדבר, דאי הוא של א' אינו

של השני, אך כאן ששנדרים בעלים בחד על רשות אחת ובעלות אחת מאחד שכל א' מהם

הוא בעלים על נכסים אלה, יתכן דכל א' מהם בפני"ט יוכל למכור הנכסים לפירות, וחז"ל

קבעו באיזה אופן מחלקקים הזכתיים ביניהם, ועד כמה מגיע השלטון והכת בנכסים לכל א'

מהם. ויסוד זה שמעתי מג"א שליטיא וכמדו' דהוא מקובל וידוע בישיבות.

אמנם שו"ד אחרי העין דא"א ל' דבאמת יתכן דגם האיש וגם האשה יהיו

בעלים על אותו ק"פ ושניהם יוכלו למכור, דאין ב' בעלים על דבר א', וכהכוח צריך

שהיו זכריותהם מוחלקות, והא דה"י צד דהאשה תמכור בנכסים אף לפירות, לצד זה

ה"י ד"ן הכעל דאין לו ק"פ בנכסים אלא רק זכות אכילה, וכמה שנתחדש דאינה יכולה

למכור לפירות נחתש דיש לו קניין פירות, ואז ודאי לא יתכן דתמכור מה שאינו שלה,

ע"י ר"פ הכותב דהוכחנו כן בעתהש"ח, אמנם עיקר היסוד נ"י נכון, ונפ"מ להא דבמיתתה

וגירושין מחוקקת כל הרשות לה בלא קניין. **(ח) ונהנה** המוכר שדהו לפירות לזמן קצוב

בסוף הזמן חזרת השדה לבעלי' ממילא בלא קניין כמכוון ברשב"ם הני"ל והוא

דכר פשוט, וכאמור אם הבעלות על השדה לעניין פירות יצאה מבעלות המוכר ונכנסה

לבעלות הלוקח, א"א שתצא אח"כ שוב לרשות המוכר בלא קניין, ונלענ"ד דככל קניין פירות אין זה כמו שותפין דמכר ללוקח חלק מהנכסים אלא הי' כמ"ש בעניין נכסי מלוג, דהלוקח נעשה לגבי זכותים מוסיימיים בעלים על רשותו של המוכר בעצמה, ודבר זה יתכן לעשותו לזמן קצוב, ובסוף הזמן יצא הלוקח מהשתתפותו בבעלות המוכר על נכסיו וממילא

[דהיינו הסבתא] זכות למכור ולאכול, מ"מ מאחר דלשני [דהיינו הבת] כבר מתחילה יש קניין בנזף אם מת השני בחיי הראשון מודע לא נאמר דמייד ירשו בני השני קניין הנזף שלי, ואחרי מיחה הראשון ממילא יהיו הנכסים שלהם [ואציג דלא נתן הנותן להם, הרי ס"ס נתן לאביהם והם ירשוהו], וזה קשה גם לשלחו מהם, דס"ל ממש כמו רב ענן בעיקר הדין, ופליגי עלי' רק בפרט דס"ל דכן הבת מקרי ירחאי, ונהי דמודו לרב ענן דלא ירית קניין הנזף דאימי, מ"מ ס"ל דזוכה בו מכת עצמו כיוון שהנותן נתן לו בעצמו את קניין הנזף בנכסים.

והיריצו החסו' דכמתה הבת בחיי הסבתא לא ירית בנה הקניין גוף שלה משום דלסבתא יש כח למכור לצמחנות, ודחוקא אם קניין הפירות דהסבתא הי' ק"פ רגל, וכדס"ל לרב הונא [וכמו ק"פ דהאב שנתן לבנו גוף מהזיום ופירי לאח"כ]. וכרבי דבקיניי אחרירי הק"פ דהראשון הוא ק"פ רגל, אז אלים הקניין גוף שנתן ביד הבת בחיי דאפשר שבנה יירשנו אם מתה בחיי הסבתא, אך אם לסבתא יש כח אף למכור, קליש הקניין גוף דהבת, וכמותה בחיי הסבתא אינו עובר ברירושה לבנה אלא נפקע, ונשארים הנכסים כבעלות גמורה דהסבתא כלא שויר, וכמותה עוברים לירוש'.

והי' החוס' צ"ב דמה אכפת לן איזה זכותם יש לראשון, מ"מ מאחר דלשני יש מיד קניין כלשהו בנזף מודע אם מת בחיי הראשון לא יזכר יורשיו כמאי דקנה, וכיצד תכזר בעלות על ממון דפקעה במיתה הכעלים ולא עברה לירושין, ועי' מ"ש בזה לקמן ס"ק י"ד - ט"ז.

ביאור כללי בניין הפלוגתא אי ק"פ כקד"ג דמי [ואי שייכא פלוגתא זו גבי שכיבותה].

(*) **כעניין הפלוגתא אי ק"פ כקד"ג דמי,** בקניין פירות היכא דאין לכעול

אכפת לן בזה, דאין הקניין צריך לחול על אחרות, אלא הוא חל על גוף החפץ, רק היריות גורם דגוף החפץ לעניין זה נעשה תפצא השווה ממון, ולעיל תמהנו על דברי חזו"א אלה דסני ברייות צדיק לחלות הקניין, וכעו זכינו בעוה"ש"ת להבין דברי הקו. וכן במקנה לא, ואומר אחרירי לפלוני ואחרירי לפלוני, השני קונה כבר מעכשיו, ואציג ריש לר קניין פירות, הרי גם קניין פירות הוא קניין בנזף לפירושו, וקונה כבר מעתה בנזף החפץ לפירושו, ועי' לעיל משי"ת בעניין ק"פ ואין הפי' דחלק מהנכסים יוצא לרשות הלקוח, אלא דחלקה משתתף ברשות המוכר גופא, ולפי"ז אין כלל חילוק בין קניין גוף לקניין פירות, דשיניהם בפלים על הנכס והמחזיקים ממחלקים ביניהם ויש זכותם הנקראים "פירות" ויש זכותים הנקראים "גוף".

(ט) ולפי"ז יש לעיין לרב ענן נהי דהאב לא התכוון ליתן לבן הבת אלא רק לבת, מ"מ מיד זכתה הבת בקניין בנזף הנכסים [מהני לה קניין זה לזכות ככל אחרי מיתה הסבתא], ומודע לא נאמר דאם מתה בחיי הסבתא יירש בנה את קניין הנזף שזכתה בו הבת בחיי, ומכת שיש לו קניין גוף זה יזכה ממילא בכל הנכסים כשתמתה הסבתא ויפקע קניין פירות דילה וממש כמו דאמרין אליבא דרב הונא [ואף ככפל יש לשאל מודע לא ירש כן, רק דאפשר דכבד"ג מקרי ראוי וכעין שכי' בקוב"ש ק"כ"ג ב' גבי ירושת שלמים לחכמים דרד"ג]. וקושיא זו כבר הקי' בחוס' קל"ז ב' סו"ה לא, וקושייתם שם היא דהנה בנתן האב לבנו גוף מעכשיו ופירות לאח"כ ומת הפך בחיי האב, יורש בן הבן את הגוף מיד, ואח"כ במיתה ספדי כשגמול קניין פירות דלי' זוכה בנכסים ממילא מכת קניין הנזף שיש [וזהו ממש כדאמרי' הכא לרב הונא דהכפל יורש בחיי הסבתא מאשתו את הנזף, והקי' החוס' לרב ענן דאף אם יש לראשון

ואמרי' דהנותן נתן גם ה"גוף" לשני, דהיינו שנתן לו גם הרכותם הנקראים "גוף". אך דואי דלשני יש קניין בנזף הנכסים כבר מתחלה, דרק מכת קניין זה יתכן שאח"כ תפקע בעלות הראשון בכדי ויהא הכל ממילא של השני, וכן מדרוקא בכמה דוכתי בשלשונת הראשונים ואכמ"ל [ולא אכפת לן כלל דעת אין בקניין זה שום זכותם ושלטון כלל על החפץ, דמאחר דהחפצא עצמו של החפץ שייך לו, שפיר יש לקניין על מה לחול, ולא אכפת לו דאין בעלות זו גורמת לשום שלטון בחפץ, ואין צריך להרחיק ול"י דהשני קנה מעכשיו את הפירות של אח"כ, דגם אם לא הי' קונה אח"כ פירות כלל שפיר הי' חל מעכשיו קניינו בנזף, דחפצא שיש בו ממש שפיר הוי דבר שיכול לחול עליו קניין ולא אכפת לו איזה זכותם ושוויות יש בקניין זה, ועי' קוב"ש בדרך ק"כ"ג ב' דכ' דבשלמים אף לרבנן דהם ממון גבוה מ"מ רק הממון שבהם של גבוה [וממילא גם כל הזכותם] אך מ"מ גוף הדבר שלי, ויש גם שכי' בראשונים דאפי' באיסורי הנאה גוף הדבר שלי, והא דאמרי' דשבור את כסותי יכול לחזור בו, ופי' בחזו"א כ"ב א' ססק"ט דאף אם עשה קניין יכול לחזור בו דאין לקניין על מה לחול, הנה ודאי יש לקניין על מה לחול שהרי יכול לחול על חפצא דנזף הכסות עצמו, רק מאחר דאין בזה שווה פרוטה אין מעשה קניין יכול להעביר הבעלות מרשות לרשות דמעשה קניין מהני רק בדבר שיש בו שוויות ממון [ואפשר דמהני גם בחצי פרוטות], אך כמה שאין בו שוויות ממון לא חופס בו המעשה קניין כלל, אך מ"מ לולא הצורך להעביר מרשות לרשות שפיר הי' שייך בעלות עי', וכגון אם הי' מוכר כסותו ומשייר לעצמו בעלות עלי' לעניין שיזכר לקודמה שפיר הי' מהני, והשי"כ בחזו"א דבמקום דיש לו רוח עי"ז וכגון שע"י קניין זה נפטר מחיוב כותל, שפיר חל הקניין, ואציג דהיריות הוא עניין צדיק ולא נמצא בחפצא שאותו מקנים, לא

וירצת רב ענן וכן גם דעת השלחו מהם [לפי הרשב"ם] כרשב"ג לקמן קל"ז א' דבקיניי אחרירי יש לראשון כח למכור ולאכול, ורעת רב ענן דהאב נתן דחוקא לבת אבל לא נתן לכעול ולכן הבת, דכונתו ליתן רק לירושיו ולא לירושיו יורשיו, והשלחו מהם פליגי עלי' רק דס"ל דכונתו האב הייתה ליתן גם לירושיו יורשיו שיהיו לו בזמן מות הסבתא, ואם אז הי' בו הבת הי' זוכה דכונתו האב ליתן לו, אך לכעול לא הייתה כונתו לחת, כיוון דאם לא הייתה כאן מתנת אחרירי אלא ירושה ממש, לא הי' הכעול יורש כיוון דלאשתו בחיי' לא הי' מאומה בנכסים והוי ראוי ואין הכעול יורש בראוי, ומאחר דלו הייתה ירושה לא הי' יורש לא מקרי ירחאי, ולכן גם אינו זוכה מכת הקצאת האב דלא נתכווין האב להקנות לו. והנה לרב ענן מכוונת דאפי' בן הבת לא זוכה בנכסים, דכונתו הנותן לא הייתה ליתן לו, אמנם צ"ע, דהנה מתנת אחרירי, אף לרשב"ג דיכול הראשון למכור ולאכול, כבר נהבנו דאין הברונה רלושני איז מאומה בנכסים מהמתחלה, דזה לא יתכן כלל, דזה הוי ברור דהנותן נסתלק לגמרי, ואם לראשון יש בעלות גמורה בלא שויר, איז שום סיבה שבכוחה להפסיק קניינו ולהעבירו לשני, דקניין גמור אף אם נתן לזמן קצוב לא פקע אח"כ בכדי, וכמבואר ב"י נודים כ"ש א', וכן מבואר בסוגיא דלקמן קל"ז א' דגם לרשב"ג נקרא קניין הראשון קניין פירות, וכן מוכח מדוכתי טובא, דאף לרשב"ג נתן הנותן לאחרות קניין כגוף הנכסים כבר מהמתחלה, רק דזה לא מקרי "קניין גוף", כיוון דהלשון קניין גוף מורה שיש לכעול קניין זה זכויות מסוימות בנכסים הנקראות "גוף", ודהיינו שלא יוכל בעל הקניין פירות למכור לצמחנות דזה מקרי שמוכר הנזף והנזף הרי שייך לשני, וכן שלא יוכל הראשון לאכול הקני, דהיא הנזף והרי הנזף לשני, ובקיניי אחרירי לרשב"ג אין לשני זכויות אלה בנזף, ולכן לא מקרי קניינו "גוף",

ואמרי' דהנותן נתן גם ה"גוף" לשני, דהיינו שנתן לו גם הרכותם הנקראים "גוף". אך דואי דלשני יש קניין בנזף הנכסים כבר מתחלה, דרק מכת קניין זה יתכן שאח"כ תפקע בעלות הראשון בכדי ויהא הכל ממילא של השני, וכן מדרוקא בכמה דוכתי בשלשונת הראשונים ואכמ"ל [ולא אכפת לן כלל דעת אין בקניין זה שום זכותם ושלטון כלל על החפץ, דמאחר דהחפצא עצמו של החפץ שייך לו, שפיר יש לקניין על מה לחול, ולא אכפת לו דאין בעלות זו גורמת לשום שלטון בחפץ, ואין צריך להרחיק ול"י דהשני קנה מעכשיו את הפירות של אח"כ, דגם אם לא הי' קונה אח"כ פירות כלל שפיר הי' חל מעכשיו קניינו בנזף, דחפצא שיש בו ממש שפיר הוי דבר שיכול לחול עליו קניין ולא אכפת לו איזה זכותם ושוויות יש בקניין זה, ועי' קוב"ש בדרך ק"כ"ג ב' דכ' דבשלמים אף לרבנן דהם ממון גבוה מ"מ רק הממון שבהם של גבוה [וממילא גם כל הזכותם] אך מ"מ גוף הדבר שלי, ויש גם שכי' בראשונים דאפי' באיסורי הנאה גוף הדבר שלי, והא דאמרי' דשבור את כסותי יכול לחזור בו, ופי' בחזו"א כ"ב א' ססק"ט דאף אם עשה קניין יכול לחזור בו דאין לקניין על מה לחול, הנה ודאי יש לקניין על מה לחול שהרי יכול לחול על חפצא דנזף הכסות עצמו, רק מאחר דאין בזה שווה פרוטה אין מעשה קניין יכול להעביר הבעלות מרשות לרשות דמעשה קניין מהני רק בדבר שיש בו שוויות ממון [ואפשר דמהני גם בחצי פרוטות], אך כמה שאין בו שוויות ממון לא חופס בו המעשה קניין כלל, אך מ"מ לולא הצורך להעביר מרשות לרשות שפיר הי' שייך בעלות עי', וכגון אם הי' מוכר כסותו ומשייר לעצמו בעלות עלי' לעניין שיזכר לקודמה שפיר הי' מהני, והשי"כ בחזו"א דבמקום דיש לו רוח עי"ז וכגון שע"י קניין זה נפטר מחיוב כותל, שפיר חל הקניין, ואציג דהיריות הוא עניין צדיק ולא נמצא בחפצא שאותו מקנים, לא

לא יהא הק"פ כק"ה'ג דמי ויע"י גם תמי' כ"ב
 נ' ריש ע"כ]. וי"ל דכמו כן בשכירות מאחר
 דלבעל הק"פ מלבד בעלותו על פירות התפג'
 יש עליו חיובי גכרא לזרות שומר, ולא
 להשכיר לאחר, ולא להשתמש בכל תשמישי

שיחפרין אלא רק כדרכו, והוי דין מיוחד
 שנכללו בו כל החיובים האלה ונאמרו בו
 דינים גם לעניין זמן המשלום כמבואר בפ"ב
 ס"ה א' וע"ש בתורה'ה שכירות אינה כלי, כזה
 אין חשיבות הק"פ להחשיבו שיהא בעל הק"פ
 מקרי הפעלים ולא כק"ה'ג אף לר' יוחנן.
 ודוקא במוכר פירות שדה לזמן, אע"ג דהוי

כמו שכירות, מ"מ מאחר דאין שום שיעבוד
 שכירות דיני שכירות הוי בעל הק"פ כבעלים
 לעניין ביכורים וכי"ב, והפסרא לחלק דחוקה
 וכפטי משכירות קרקע, אך כאמור כן מורה
 פשט הסוגיות. ונלענ"ד דא"א כלל לר' דלר'
 יוחנן בשכירות נאמר דק"ה'ג דמי וסוגיא דע"ז
 ט"ז א' היא כריש לקיש, דאם פליגי לעניין
 שכירות א"א שלא ה"י נוכר כלל בגמי,

ומדאמרינן בכל דוכתא דפליגי במוכר שדה
 לפירות לעניין ביכורים, משמש ג"כ דבשכירות
 לא פליגי, דאליכ' הול"ל בפ"ב קל"ז ב'
 וכפטי' דגישין דאף במשכיר שדה לר' יוחנן
 מביא השוכר ביכורים, דשכירות שניה שפי
 ממכירה לפירות [ושו"ב בקוב"ש אות תס"ד
 תוספת ביאור חשובה כזה ע"ש].

בתוס' קל"ז ב' ד"ה לא.

יג) ע"י בתוס' קל"ז ב' ד"ה לא, דעת התוס'
 דמכר הבן בחיי האב ומת הבן בחיי
 האב דהמכירה לא חלה כלל לר' יוחנן, ונשאר
 ק"ה'ג בבעלות הבן ויורשיו יורשים אותו. וע"י
 תוס' במכות ל"ז ב' ד"ה ורבי כר' דו"ל יוא"ת
 לר' יוחנן אפי' לא מת הבן בחיי האב נמי לא
 לינקי דהוי כמו מה שאירש מאבא מכור לר',
 כיוון דאליס ק"פ כק"ה'ג, וי"ל דלגבי הכי לא

מאכלה כרשיני תרומה וכהן ששכר מישאל
 לא יאכלנה כרשיני תרומה. ומזה מוכיח
 דשכירות לא קניא גם לעניין שביחת התמנו.
 וב"ב נ"ו ב' אמרי' דשכירות הוא ממכר
 ליומא לעניין אונאה.

תחת'ס' כ"ב' וכפטי' מיישבים דבאמת
 בשכירות אין קניין כלל ואפי' לא
 קניין פירות [אלא הוי רק שעבוד דרמי על
 זבובא]. ובאונאה הוא גזירה'כ דאפי' את ב'
 שאנא. ושאר ראשונים מתורצים דבאמת
 משירות תפג הוי ק"פ [ובשכירות פועל לכ"ע
 ה"י רק חיוב אגבא ולא קניין גמור לכן לגבי

תרומה ושביחה כהמתו לא חשיב השוכר
 מאלים. ולכא"י תמנה דבע"ז פשיטין ממתני'
 ושכירות לא קניא, ואמרי' הדין סתם דה"ה
לענין שביחה בהמתו, ולכא"י להנך ראשונים
 הוא תלוי בפלוגתא דר' יוחנן ור"ל, דלר' יוחנן
 תפג' מתני' דישראל ששכר פרה מכהן
 איכלנה כרשיני תרומה, דק"פ כק"ה'ג דמי

תחיא פפרת ישראל, וכיצד יתכן דהגמי שתקה
 מזה [ויתכן דזה הטעם דנחקה התוס' לפרש
 פן, דפירושם לכארי צ"ע דכפ"ב נ"ז משמע
 דאמר מסברא דשכירות ממכר ליומא, ולא
 דמגזירה'כ לילף דהכי הוא, ועוד דלפרושים נהי
 דגזירה'כ לרבות אונאה בשכירות מ"מ לא נופל
 צ"ז כלל הלשון ממכר ליומא ולא הו"ל להגמי'
 לנקוט לשון כותן]. וע"י לעיל ר' א' שהארבעה

כזה והבאנו ראיות דכזה מחלוקתם.
ונ"י דלהנך ראשונים צ"ל דשכירות אע"ג
 דהוי קניין פירות מודה ר' יוחנן דלא
 אמרינן ק"פ כק"ה'ג דמי. וכמבואר בתוס' כ"ב
 כ"ז א' דלא בכל קניין פירות ס"ל לר' יוחנן
 דק"ה'ג דמי, ונמי דמה שאין הזמן הקצוב
 לק"פ ירדע מראש אלא תלוי באורך חיי האילן
 לגרע מחשיבותו דלא הוא חשוב כק"ה'ג, וע"י
 גם בתוס' כ"ב צ"ז א' ד"ה בעל דיתכן דמי
 ששוכר דק"פ כק"ה'ג דוכא דמכר הבעלים הגוף
 ושייר לעצמו פירות יספור דכמכר ק"פ לחוד

מקרי בעלים כמבואר בפ"ב צ"ז א', ולעניין
 הבאת ביכורים אי יכול בעל הק"פ לקרוא, וכן
 נפ"מ לגבי שדה אחוזה אי מקרי השדה שלו
 כמבואר בערוכין כ"ז ב'. וכן נפ"מ בקוה'
 שפחה לעוכרה אי מקרי השפחה שלו לעניין
 מולת הולל ע"י שבת קלה ב'.

וע"י תוס' כ"ב כ"ז א' ד"ה לא, דכתבי
 דלמ"ד דק"פ כק"ה'ג דמי ומתני' לעניין
 ביכורים אמאי לא מביא וקודא בקנה אילן א'
 דיש לו ק"פ בקרקע לעניין יניקת האילן, ומי
 דכאופי זה גם ר' יוחנן מודה דלא אמרינן ק"פ
 כק"ה'ג דמי, והטעם דככה"ג אין לו חשיבות
 בעלים או מפני דק"פ דל"י אינו לזמן קבוע
 אלא עד שייכב האילן או משום דהקרקע קנה'
 לו רק ליניקה אבל לא קנה עיקר פירותיה
 למיורעי כה ולמישטח פירי וכי"ב [ולכא"י

התי' השני ק"פ דבשבת קל"ה אמרי' דקונה
 שפחה לעוכרה הוי ק"פ כק"ה'ג לר' יוחנן
 אפי' דאין כל הנאותי' שלו דאינה עושה לו
 מלאכה, ויתכן דשאני התם דהוא הנאה חשובה
 טפי, וי"ל עוד ואכמ"ל]. ומבואר דהא דל"י
 יוחנן ק"פ כק"ה'ג דמי אינו עניין מהותי בתוכן
 הבעלות דהק"פ אלא רק סברא כיצד לשקול
 חשיבותו, אי מחשבינן ל"י כבעלים או לא.

י"א ולעניין לכס באחרת לא מהני הא דק"פ
 כק"ה'ג דמי לר' יוחנן [אלא רק
 במקום דלבעל הק"פ יש הכח למכור ולאכול,
 ואז גם וי"ל מודה דהוי לכס וכמשני'ה לעיל].
 דסברא זו מהניא רק במקום דלא בעינן
 בדווקא בעלות שלמה, רק מאחר דאיכא ב'
 בעלים ועורר להכריע למי מהם יהא דין
 בעלים לגבי הדינים הנ"ל, כזה מהני הא דק"פ
 חשוב כק"ה'ג [ולעניין ביכורים איזה גזר
 בעלות בעינן כבר האריכו האחרונים בסוגיא
 דס"פ לא יחפור יע"ש].

י"ב ולגבי שכירות ע"י מ"ש לעיל ר' א' גבי
 חזקה תשמישין דיש מחלוקת
 ראשונים כזה, דבע"ז ט"ז א' מבואר דשכירות
 לא קניא, דתנן ישראל ששכר פדה מכתן

הק"פ הכה למכור, נ"י דאף לר' יוחנן ודאי
 הבעלים העיקרי הוא בעל הקניין גוף. דזה
 חזון זכותו בחפץ דכל מה שנתנו לבעלות
 לעולם, שייך לו, דככתו לעכב על בעל הק"פ
 לאכול הקדן ולמכור לצדמיות ונתם בתום הזמן
 הקצוב יחזור החפץ לזוהי שלו לעולם, ואף

לר' יוחנן קניין פירות אפשר להגביל בזמן
 ופקע בכדי ופקיעתו ממילא נעשה הכל של
 בעל הקניין גוף, ואף בכך שקיבל גוף מאבי
 ולא קיבל הפירות כלל במתנה מהאב, ומעולם
 לא היו שלו, אפי' בתום קניין הפירות דהאב
 נעשה ממילא הכל שלו דבעלות הגוף היא
 הבעלות האמיתית על כל החפץ ופקיעת
 הק"פ ממילא הכל שלו, ואילו בעלות גוף לא
 שייך למכור לזמן ופקיעתה חתרוקן הרשות
 לבעל הק"פ.

רק ר' יוחנן ס"ל דנהי דבעלות הק"פ היא
 טפילה, מ"מ מה של הנאותה שלו ואין
 החפץ עומד אלא להנאותו [כמבואר ברש"ב'ס'
 כ"ב נ' סוף ע"א], גורם דחשיבותו כבעלים
 אלימא מחשיבותו דבעל הק"פ. ואין המחלוקת
 נוגעת כלל לחזק עניין ק"פ וק"ה'ג, דכזה כ"ע
 מודו איזה זכותים קנה כל א' מהם, דבעל
 הק"פ קנה כל הנאותה לזמן המוגבל, ובעל
 הק"פ קנה כל הזכותים הנוגעים לבעלות
 לעולם, והמחלוקת ר"י ור"ל היא רק לשקול
 את חשיבות הזכותים, דלר"י נהי דמודה

דבעצם לבעל הק"פ בחפץ המוגבל לעולם,
 ודכפ"ב דהוא הבעלים האמיתי לעניין לעולם,
 ובעלות הק"פ היא רק כחיס לזכותים שקנה
 ולא לכל עניין וכמשני'ה, אפי' ס"ל דמשעם
 דאין החפץ עומד אלא להנאותו לכן בתוך
 זמן הק"פ בעלותו של הק"פ אע"פ שהיא
 הטפילה היא חשובה טפי מבעלותו של בעל
 הק"פ, ועיקר הנפ"מ כזה היא לגבי דינים
 התלויים בבעלות, מי מהם נחשב הבעלים,
 ונפ"מ לעניין עבד מי מהם בעליו לגבי דין
 יציאה בשן ועין ולגבי דין יום או יומיים,
 כמבואר בב"ק צ"ז א', ולגבי שאלה כבעלים אי

ולשון התוס' אפשר דנפל בו ט"ס, ואפשר גם לדחוק בו וצ"ע.

יד) וע"ע שם בתוס' שהק' דהנה באומר נכסי לך ואחריד לפלוני ואחריו לפלוני הדין דבמת שני בחיי ראשון יחדיו נכסים ליושבי ראשון או ליושבי נותן, ולכאור צ"ל דמיד בזמן ההקנאה זכה השלישי בנותף, והראשון והשני בק"פ. וא"כ כמה שני בחיי ראשון ואח"כ מת ראשון, מאחר דאין שום בעלים על הק"פ ממילא מתירקן הרשות לשלישי. ונהי דלא היתה ההקנאה באופן זה, מה אכפת לן בזה, דממילא כפקיעת הק"פ מהרזקנת הרשות לכעל הקניין גוף. וכמו דכנתן האב הגוף לכנח ומת הבן, כן הבן יורש הגוף וכמות סביו זכה ממילא בק"פ אפי"ג דלא לו הקנה [וכמבואר מקושיית התוס' בסוף הדיבור, דאף כהא דרב ענן ה"י וארי להיות הדין כן, אפי"ג דלהדיא מבואר ברע"א ר"ע דלא הקנה לירחי ירחתי].

ותי' התוס' ע"ז דהשלישי לא קנה מאומה עד שיזכה השני. ומיד שזוכה השני בק"פ זוכה השלישי בק"ג. אבל לפני כן אין לו קניין הקניין גוף לפני שזוכה בו השלישי וכיצד יוצא מרשותו בזמן זכיית השני ועובר לבעלת השלישי. ועי' קושיית התוס' שבסוף הדיבור שהק' ואפי"ג לרב ענן כר. ונהי כוונתם, דהנה בקושייתם הראשונה הק' דכאב שרצה שבנו יקבל אחריו הק"פ אמרי' במתני' להדיא דמקנה לו מיד כעת הק"ג ומכוחו זוכה אח"כ בק"פ. ולפ"ז הבינו התוס' דגם השלישי זוכה מיד בק"ג ולכן הק' דבמת שני בחיי ראשון זוכה השלישי, ותי' דרק במתה הראשון זוכה השלישי בק"ג, דרק אז נפרד לו הזכ"י בק"ג כרי שיהא שירי בקניין השני ומכאן קניינו בנותף זוכה אחרי השני. ולזה הק' אח"כ לרב ענן דיש רק ראשון ושני, א"כ דמי ממש לאב ובן דהשני זוכה מיד בנותף, וא"כ מודע במוחו לא יירשו בניו הגוף וכמו בסוגיא, ומירוצם

מפל מכירת הבן את הק"ג. דבתיי הסבא ק"פ וילי' מעכב המכירה, וכמותו מאחר דזוכה בן הבן בק"פ מסיבת היותו בעל הק"ג, ולא מכה ירושה. הרי אין שום הפסק בין בעלות הסבא על הק"פ לבעלות בן הבן את מכירת מות הסבא מעכב הק"פ דבן הבן את מכירת אביו את הגוף. משא"כ התם דזוכה בן הבן אביו את הגוף, כקבל, כיוון דאין לאביו ע"י ירושה אביו בקבל, כיוון דאין לאביו אחים, מאחר דבין בעלות הסבא על הק"פ לבין בעלות בן הבן על הק"פ יש רגע א' של הפסקה דבן הבן יורש דרך אביו בקבל ולא יורש מהסבא, באותו רגע של הפסקה מיד חלה ישר מהסבא, באותו זמנים הלקוחות בגוף. מכירת הבן בחייו וזוכים הלקוחות בגוף. וממילא אחרי שהגוף שלהם זוכים גם בפירות. כ"י מביאר בבכ"ש דרפח"ז. אמנם צע"ק מדוע אף היכא דאין אחים לבן שמכר, לא יוכל בן הבן לומר במיתת הסבא דמיד זוכה בן הבן מכוון דהגוף שלו, וא"ע לירש אותו דרך אביו שבקבר וי"ל ואכמ"ל. וכן צ"ע לשון התוס' כאן, דלפי המבואר ציקר הסיבה דכאן בן הבן מוציא מן הלקוחות כיוון דהק"פ נעשה שלו מיד במיתת הסבא ולא עובר דרך שיחורו ליושבי הבן משום דקנינו קנאם הבן בקבל נכסים לפני בנו, וכשמת וקינו קנאם הבן בקבל ממילא ואח"כ ירשם בן הבן ע"ג. ומבואר דאף כאן הק"פ עובר דרך הבן בקבל. אמנם לשון התוס' כפי שהוא אין לו הכנה כלל, דכיצד יתכן דהק"פ קונהו הבן בקבל, הרי מביא אב מתי קניין הגוף שבן הבן זוכה בו עוד בחיי הסבא לזכות מכותו בק"פ, הרי אינו שייכות יש כאן לכן שבקבל, שהרי הק"ג כבר יצא מרשותו וירשו בנו מקודם, ועוד דוכי' בקבר שייכא רק בירושה ולא בקנינים.

ואם הבן זוכה בק"פ בקבל הרי בהכרח הוא מביא ירושה ולא קניין, ואם הק"פ הסבא מורישו ליורשיו א"כ יזכו גם אחי הבן שמכר בחתולם. ולכן נ"י מוכרח כפי הכרע"ש דבן הבן זוכה מהסבא שלא דרך אביו שבקבר, וכן

ולכן לא בעינין שיהא חי כעת בזמן שנתמלא התנאי, דרק מה שהתנה עיכב על המכירה וכשנתמלא התנאי ממילא חל המכירה למפרע, והכא נמי כן הוא, רק דכאן אין זה תנאי שפעעכ על המכירה אלא הק"פ מעכב ע"ג, וכשעה שהוא פוקע ממילא חלה המכירה למפרע.

ודו קושיית הגמ' לקמן קני"ט א' לפי ר"י בתוס' שם, דלימרו ל"י הלקוחות אבין זכין ואת מפקת. ובכרע"ש ט"ו כ"אר דהתם מירי דאין אחים לבן שמכר בנכסי אביו ומק בחיי אביו, ולכן בנו מפיק מן הלקוחות דאמרו להם מכה אבוח דאבא קאחזינא [ועי' לקמן קני"ט שנאר"ך בזה אי"ת]. והתם בלא דיאמרו מכה אבוח דאבא קאחזינא, באמת וארי שתחלו המכירה, דכמות הבן המוכר ירש בנו את קניין הגוף, וכמות אביו בן בנו הוא היורש היחיד על הקניין פירות דסביו ועובר הק"פ אליו דרך אביו בקבל, ומאחר דזכיית בן הבן היא מכה אביו בקבל, ואומרים הלקוחות דכעת נעששה ברשות האב בקבל הרי תו ליכא המניעה דהק"פ ממכירת הק"ג שתחול, ומאחר שחל מכירת הק"ג זוכים הלקוחות גם בק"פ כמות הסבא.

דלכסוף אחיא שדה לדיד רבן חשיב מכרי', עכ"ל. והנה א"א ל"י דכוונתם דבכרי"ג מהני הקנאה בדשבל"ע כיוון דשייך בו יחדו, שהרי גם לר"ע דס"ל דמקנה אדם דשבלב"ע מ"מ צריך שאח"כ יבוא הדבר לרשות המקנה ואז תחול הקנאותו שמקודם, והכא לא באו הנכסים לרשות הבן כלל [ועי' תוס' לקמן קני"ט א' ריש ד"ה ולימרו], וא"כ בהכרח כבר חל קניין גמור על הגוף לחוד בחיי הבן.

ורבנלעני"ד בזה דהנה כמשנית לעיל אף ל"י יוחנן לכעל הק"ג יש בעלות גמורה בחפץ [שהרי יכול להורישו, ואף מכירתו מהניא לענין שאם יחי אחרי אביו], והנה בעלמא כשאדם מוכר חפץ שלו, א"א שלא תחול מכירתו מייך, אא"כ המוכר עצמו הנביל המכירה, וכגון כמוכר לאחר ל' יום וכיו"ב. אמנם הכא שאני, דמלבד בעלות בעל הקניין גוף רכיב עליה גם בעלות בעל הק"פ, וכזה נעשה דנהי דמכירת הגוף היא מכירה שלימה ולא חסר כלום כרי שתחול, מ"מ הק"פ מכוון דל"י יוחנן יש לו חשיבות בעלים מעכב על מכירה זו שתחול. ולכן כשמת האב והבן חי, מאחר דנפקע כעת הק"פ, ממילא כעת סרה המניעה מהקניין שעשה הבן בחיי האב וכעת יכול לחול [ועי' תוספת ביאור בזה לקמן קני"ט א' סק"א].

ובזה יוכן קושיית התוס' דבמכר הבן בחיי האב ומת הבן בחיי האב, דלשי' ריב"ם יורשים יורשי הבן, יאמרו הלקוחות ליורשי הבן אבדו זכין ואת מפקת [ועי' מ"ש בזה תוס' לקמן קני"ט א'], דמאחר דמתו הבן חלה המכירה לגמרי, שהרי הגוף הי' של הבן והוא מכר את שלו, אם לאחר מותו מת האב וסר קניין פירות דל"י, מנעתה וארי שתחול המכירה שמכר בחייו. ודמי קצת למוכר מעבשיר לאחר ל' יום, דאפי' כשמת לאחר ל' יום, מאחר דתקיים התנאי חלה כעת למפעי מכירתו שמכר בחייו, דבמכירה לא ה"י חסר כלום,

למכור לצמיתות, אך הכא שניתן בקניין הפירות דהלוקח כח גם לעניין מכירה לעולם ממילא הו' אלים בקניין הגוף ואף יותר מק"פ כקד"ג ולעלא, דאחריך שאני, ושפיר הו' לכס, וכודאי בקניין אחריך תראשון מביא ביכורים וקורא אף לר"ל.

ועוד כ' בנתי"מ לדחות ראיית הקצה"ח מסוגיין, דהקצה"ח הוכיח דמתי אף ק"פ באחורני לצאת בו אם יש לו הזכותים למכור, ובאחריך בע"כ הו' רק קניין פירות, דאם לא נאמר ריש לשני הגוף כבר מהחמהלה לא נתכן דפקע קניין הראשון בכרי וייעשה של השני בלא קניין, וא"א לוי דהוי כמתי שצריך הראשון להקנות לשני בקניין, שהרי נעשה של השני רק לאחר מיתת הראשון, ולאח"מ ליכא קניין. והנתי"מ כ' דבאחורני אחריך לפלוני אין הכוונה אחריך מותר לאא אחרי שתקיים המצווה, ולכן שפיר י"ל דהראשון מקבל האחרונ' לחלוטין בלא שום שיור, רק בתנאי שקנה אחרי נטילתו לשוני. ודנה פרש"ם קל"ז ריש ע"ב כ' להדיא דהשני זוכה באחרונ' רק אחרי מיתת הראשון, אמנם י"ל דהרשב"ם ס"ל כהרב אביגור כ"צ שהביא הקצה"ח, והנתי"מ בא ליישב שי' הרא"ש ודוכ הפוס'. אמנם כעניות נר' דאף אם נאמר דאחריך הו' בחיי המקבל אכתי איכא לראיית הקצה"ח, דנהא אם נאמר דבי' לרשב"ג וכין לרבי מקבל הראשון את האחרונ' בהקנאה גמורה בלא שיור גוף לשני כלל, רק בתנאי שקנה אח"כ לשני, א"כ אין זה נוגע כלל למחלוקת רבי ורשב"ג באחריך, דמחלוקתם באחריך ריש לראשון רק קניין פירות אי ק"פ זה אלים כקד"ג ואף לאכול ולמכור או לא. אך הנה ריש למקבל קניין גמור ודאי ככוחו לעשות מה שירצה, רק אם יקיים התנאי יקיים ואם לא תחבטל מחמתו, ואולי ממחלוקת רבי ורשב"ג באחריך אפשר ללמוד איזה תנאי מסתמא התנה הנותן, אך אין בה' שום נפקותא לעניין אי יכול לצאת בו

יט) ועי' בנתי"מ שם ס"ק ה' דפליג על הקצה"ח וכ' דלעולם הוכיח ריש לו

הוא ממילא שייך לנותן וא"צ שקנהו פירות וכו' כל קניין פירות בחזרה לנותן בקניין, וכמו כל קניין פירות לזמן קצוב דכסוף הונח פקע ונעשה ממילא וכל של בעל הגוף, וכדמוכח מסוגיין דקניין רבאחריך בודאי נעשה של השני בלא שמקנה לו הראשון. ודלא ממילא כפי' לרלב הגוול דכ' דאם נותן באופן כוורא"ש יהא של ממילא הו' כשאל ולא שאח"כ תצריך שיתן מנה גמורה בתנאי שחזורי נפקי, ודאי מתנה גמורה צריך שיתחזיר ומאחור בקניין.

רק קניין פירות ולא גוף לא הו' לכס. והוכיח כן מהקונה שורה בזמן הזכר לקלקל השדה וכמ"ש הפירות שלו הזכות לקלקל השדה וכו' אמנם ה"א"ד ומ"מ פכ"ג מח' מכירה [אמנם כמ"מ פ"א משמטה פלג, דמבואר בידעלמי דאיכא גוה"כ שלא יקלקל ע"ש]. ואפ"ה אינו יכול להביא ביכורים ולקרוא ולא חשיב דהקרקע שלו. וכעניותי לא הכנתי, שהרי ל' יוחנן דק"פ כקד"ג דמי מביא ביכורים וקורא, ואע"ג דיש למכור קניין גוף. ודאי לר"ל לאו כקד"ג דמי זהו רק כסתמא דאמרין כן דעת המוכר, אך אם יפרש המוכר דנותן לו באופן שקניין הפירות שלו יתא כקד"ג ודאי מועיל [כמבואר בסוגיין קל"ז] כי ס"ד אמנא כל לבי נפשי עדיפא לי, וקמ"ל דלא עדיפא לי הא אם אמר ויעי' זה בספ"ד דגמ"ח. ודאי דאמרין בסוגיין ולר"ל אחריך שאני, דדיינו דהנותן עשה את קניין הפירות אלים יותר מקניין פירות ועלמא וכקד"ג דמי ואף יותר מקד"ג, וכעלמא אף לר' יוחנן דק"פ כקד"ג אינו יכול בעל הק"פ למכור ולאכול, וכאן אף לר"ל יכול למכור ולאכול. ובביכורים אם יעשה את קניין הפירות דהלוקח כקד"ג יבא ביכורים ויקרא, וממילא לא אמרי' דנעשה כן דללוקח אין כח

לשותפין דהתם כולתו הו' שותפין ביחד אבל הכא אינו משועבד כלל לשני כל ימי חי' הראשון ומשמע דמה שאין לשני שום שעבוד סגי בה לעניין לכס אע"ג דיש לו חלק בבטולת כמו שותף דודאי חלקו שייך לו כפי עצמתו.

אמנם כס"ד דהגמ' אמר דלרבי לא נפקי כ"י והטעם מאחר דלראשון אין כל הזכותים באחרונ' דאינו יכול לאכול ולמכור לא הו' לכס, וא"כ צריך להבין המסקנא דאף לרבי יכול לאכול ולמכור, ובאור בגמ' דאף להמסקנא אין השני ודדי מבואר נגמ' דאף להמסקנא אין השני יכול לאכול ולמכור, ובאור כ"י דהוא כוה הרא"ש שם דהנה לרבי ודאי ג"כ אפשר לכלול בקניין הפירות דהראשון את הזכות לאכול ולמכור, דמחלוקתו על רשב"ג אינה אם אפשר לעשות כן, דהו' לרבי, רק דעת רבי דאמרין דעת הנותן דאין רצונו שיוכל הראשון לאכול ולמכור. ומאחר דיש גם אומדנא ברצון הנותן שיוכל הראשון לצאת בו, א"כ אמרין דבאמת הקנה הנותן לראשון גם את הזכות לאכול ולמכור, ולכן יכול לצאת בו וכמו לרשב"ג, רק מכיון דיש אומדנא דרצון הנותן שלא ימכור ויאכל הראשון הו' מכה חך אומדנא כאילו התנה בפירושו דנה' דנותן לו הזכות לאכול מ"מ נעשה תנאי שלא יאכל וימכור, ומתנתו היא על תנאי זה [וכמבואר בחוס' קידושין מ"ט כ' ד"ה דברים דהיא דהוי דברים שבלבן וכלב כל אדם הו' כאילו פרש התנאי]. ותנאי אינו עושה חסרון כבעלות, והו' דבר בפני"ע ולכן אף לרבי עצם הבעלות של הראשון היא אף לאכול ולמכור ולכן נפיק כ"י רק דמתנתו היא בתנאי דאף דכוחו לאכול ולמכור שלא יעשה כן.

זוכה בהם בעל הקניין פירות, הו' כוונה הראשונים דכחו דהראשון מקבל גוף ופירות, אך ודאי קניין כלשהו בגוף יש לשני כבר מחלילה [וכן מוכח מה דקרי' ל' ברח קל"ז] א' אף לרשב"ג דהוא קניין פירות, וכן מוכח מהשגת הרשב"ד דמתנה ל' לקונה שדה בזמן היובל דאע"ג דיכול לקלקלה הו' רק קניין פירות והגוף של המוכר כמבואר להדיא בספ"ד דגמ"ח.

וכרח קל"ז א' אמרין דנותן לחבירו אחרונ' נפיק הראשון באחרונ' זה אם נטלו ויצא בו, ולרבי לא נפקי, ואח"כ דוחה זאת הגמ' ואומר דגם לרבי נפיק דאל"כ למאי יהבי' וצ"ל דהו' פירי אחריני, רק אם מכור או אכלו פלגי רבי ורשב"ג, דלרבי נהי דנתנו לו לצאת בו מ"מ לא לאכול ולמכור דלמכור לאכול ודלעניין זה הו' כשאין קניין אחריך. ומבואר מהא דאמרין דלרשב"ג נפיק כ"י, דהא דיש לשני קניין בגוף האחרונ' אינו חסרון מצד דין לכס כיוון דכעס בזמן התטילה יש לראשון כל זכויות הבעלות ויכול אף לאכול ולמכור שפיר מקרי' לכס [ולמאי דמתבאר לעיל בעזרה"שית' הוא מורות יותר, דאם נאמר דלשני יש קניין בגוף בבעלותו תפירת הו' גם אם אין לו שום זכותים הו' נראה דמ"מ לא הו' לכס דחלק כלשהו מהגוף שייך לו ואצל הראשון סיס' לא הו' אחרונ' שלם, רק דמאחר דאין כאן כ' בעלויות ורשויות אלא בעלות אחת דשניהם שייכים בה, וא"כ כל א' מהם האחרונ' בבעלותו לגמרי, בזה מוכן שפיר דאם לא יש שלטון גמור לעשות כל שרצה באחרונ' אין כאן כל חסרון כ"לכס". אמנם נ"י דא"צ להגיע לזה ד"ל דלגי' דין לכס אע"ג דחלק מהגוף שייך לשני אם יש לו כל זכויות השלטון כאילו הוא בעלים לכדי שפיר מקרי' לכס, וכן נר' מהרשב"ם קל"ז ריש ע"ב דכ' דלא דמי

בג) והרמב"ם ס"ל דבקניין אחריר אין זכיית השני בגוף למפרע אלא רק מזמן מיתת האשון והלאה. ולכן הבין בתחילה בדעת בעה"מ שהשני זוכה מיד משעת ההקנאה בגוף, ולכן הוקשה לו כיצד יכול האשון למכור לעולם, דמה שיש לשני בנכסים אינו יכול להמכר ע"י הראשון, ולזה פ"י בכוונת בעה"מ שהשני זוכה בכל הנכסים למפרע, דהיינו כשמגיעים אליו הנכסים זוכה בהם גוף ופירות למפרע משעת נתינה, ולכן הוקשו לו כל הנך קושיות על בעה"מ, והטעם שהוכרח לפרש כן, דאין נפ"מ בהקנאת הגוף על הקנאה למפרע, ואם אמירת המעכשוי כוונתה הגוף לחוד דאין בזכי"ו למפרע שום נפ"מ מלבד לענין ראוי. אמנם הבעה"מ ס"ל דמחילא נקנה הגוף למפרע וא"א שלא יהא כן, כיוון שמעשה הקנאתו ה"י בשעת הנתינה, ובמיתת הראשון רק סר המעכב. ע"ש היטב ככל לשונם הק' דזהו שורש פלוגתתם וא"א כעת להאריך כפרטי דבריהם הק'.

כ"ז שתי הראשון, דנהי שהקנה לו הנותן כ"פ מיד מעכב על הקנאה זו ק"פ דהראשון, הנהיך מן ראשון זוכה השני בקניין הגוף כאשר מן משעת הנתינה. והטעם דהקנאת הגוף למפרע משעת הנתינה, רק דהק"פ עיכב לו נעשתה בשעת הנתינה, וכאשר הערכוב חלה וס"ל לבעל המאור וכשטר העיינו למפרע הקנאה משעה שנעשתה דהיינו למפרע משעת ההקנאה. והנפ"מ בין מקנה עכשוי הגוף לבין קניין אחריר, וכאחריר כמת שני כתיב ראשון לא זוכים יורשי שני דאכתי אין להם מה לירש, וכן יכול למכור הראשון ולא זכה השני, אך לאחר שזכה השני זוכה בגוף למפרע.

וס"ל לר"ה דכוונת הנותן לירחי יורחאי, ואי הכעל נקרא ירחי יורחאי תלוי אי הוי ואי לגביי, ומאחר דכתיבתי זוכה בגוף למפרע הוכה הבה למפרע ס"ל לר"ה דחשיב מחזק, והחולקים ס"ל דאפ"ה חשיב ראוי. ע"ש בכל דברי בעה"מ דמיישב כל הסוגיא לפ"י עש"ה.

דאמרי להדיא דלא הוי לכם, ולא דמי כלי לאחריר לפלוני.

בדף בעה"מ ומלחמות בדף

כ"ב ב'.

כא) ע"י בעה"מ בסוגיא דנכסי ליסבא, ובמלחמות שם. וע"י לעיל משני' בעתהש"ת בדברי החוס' קל"ז ב' דכאופי אחריר לפלוני, הנותן מקנה הגוף מיד לשני אך הק"פ דהראשון מעכב על השני מלכות וכמות הראשון זוכה מיד השני בגוף ואע"ג דהנותן כבר אינו בחיים, וכבר א"צ לו דהוא גמר הקנאתו בחייו, וכשטר המניעה מעל ההקנאה תיילא ממילא. וע"י לקמן קני"ט א' בס"ק א' שהארכנו בכיבוד עניין זה.

ג) מהדיסת הראשונים דכשטר המניעה מההקנאה שהקנה הנותן הגוף לשני, דהיינו במיתת הראשון, קונה השני את הגוף מכאן ולהבא, דההקנאה שנעשתה אז חלה כעת, ומכאן והלאה נעשה שלו.

וכדעת רב הונא מפדשים דס"ל דהנותן נתן הגוף מיד לשני זוכה בו ביד, ואין הק"פ דהראשון אלים למנע הקנאה זו וס"ל ככ"י לקמן קל"ז דהראשון אינו יכול למכור. והוי ממש כמו שנתן האב לבנו הגוף עכשוי ופירי לאח"מ, ולכן כמות השני בחיי ראשון יורשים יורשי הגוף, וכמות הראשון מתדוקת הכעל לירשי השני שהם בעלי הגוף. ולכן ס"ל דהבעל זוכה בנכסי הסבבא, דכמות אשתו ירש ממנה קניין הגוף, והוי מוחזק נמי, וע"י ברש"ב"ס ש"כ"ב. ובהכרח צ"ל דס"ל הכי, דאם ס"ל לר"ה דלראשון יש הבה למכור בע"כ זהו משום דבקניין הגוף עזר לא זכה השני, דאם זכה יהא כמותו לעכב על המכירה, וכיצד ימכור הראשון מה ששייך לשני, וא"כ לא ירחי הבעל כמות אשתו בחיי הסבבא אלא יחזור ליורשי הסבבא או יורשי הנותן.

כב) ודעת בעה"מ נ"י דס"ל דבקניין אחריר דאמרינן דהשני אינו זוכה בגוף

המקבל, דכיוון דקניב קניין בלא שירד פשיטא דיכול לצאת ולא אכפף לן כלל באיזה תנאי הותנה קניין זה, וכיצד אמרי בגמ' דלענין אם יצא בנטיילה באנו למחלוקת רבי ורשב"ג, אלא פשיטא דנתן לראשון אותו קניין פירות כמו במקנה קרקע לא ואומר אחר מוחמד תרא לפלוני, ולכן אמרי דלענין אם יצא באחרונ תלוי במחלוקת רבי ורשב"ג לגבי איכות קניין פירות זה.

כ) ודנה מ"ש לעיל בס"ק י"ז - י"ח כתבנו כ"י לפני שזכינו בעהש"ת לביאור דברי החוס' שכתבנו לעיל בס"ק י"ד - ט"ו, ולמש"ש נ"י דיש ליישב ש"י הא"ש, דבמקנה האחרונ לחבינו, ואחריו לפלוני, לרשב"ג ה"י הקניין גוף לא נקנה מיד לשני, ובזמן דיוצא בו הראשון אין קניין הגוף לשני וכמשנ"ת כ"י לעיל. והוי דקד"ג אינו של הראשון אלא דנשאר כבעלות הנותן עד שיפסק הק"פ דהראשון, מ"מ בעלות הנותן קלושה, דעיקר תוכן הקניין גוף הוא שחחורוקן הרשות אליו כפסקת הק"פ, והוי לנותן לא חחורוקן הרשות, דהוא כבר הקנהו וכפסקת הק"פ חחול הקנאתו, ומי שיכול להחשב בעלים מחוץ לראשון הוא השני ולא הנותן, דהוא זה שזיכה אחריו, ואם לא זכה יחזור ליורשי ראשון אף לר"ל דאחריר שאני, וא"כ לנותן לעולם אין כאן צד זכ"י, ומאחר דהשני בחיי הראשון אין לו גם הגוף כלל שפיר מקרי לכס לגבי הראשון, ויוצא לרשב"ג, ואף לרבי כך הוא להמסקנא וכמשנ"ת.

אמנם כוונת האחרונ לחבור ואומר ואחריר לעצמי, הקניין גוף נשאר כל הזמן אצל הנותן, ואחריו המקבל יחזור הכל אליו, וכות י"ל דהקניין גוף דהנותן מוגע ד"לכס" של המקבל. ועוד דהוי קניין גוף אלים כיוון שחבל ה"י לפני כן שלו, ולכן אף לר' יוחנן מתיי מבידת הנותן בגוף גם אם מת הנותן וכמשנ"ת לעיל, ולכן מסתבר דלא עדיף משואל

שמכר בחיי הק"ג והוא לו לחולן, דזה פשוט דבעלות בקבר לא חשיבא בעלות כלל לגבי קניינים, וא"א למכור בקבר, אך מאחר שהכל נעשה כבר מחיים ורק בעלות האב היא מעצור לזה, לגבי זה שפיר מהניא בעלות הבן בקבר לענין חסרת המעצור של הפעלות הורה, ואז שפיר מהני מה שמכר מחיים.

רש"י הרשבי"ם מחודשת מאור, ולא זכינו להביץ כיצד אפשר לר"ם למכור דבר שאינו שלו, ולכא"ל לפ"ז במוכר דבר הפקר יחול מיד אע"ג דלא בא אח"כ לרשותו ובודאי אנו כן וצ"ע רב כזה, אך לענ"ד מדברי הרשבי"ם כאן מבואר בהכרח דס"ל הכי וצ"ע [ושו"ד] דגם מדברי הרשבי"ם לעיל קנ"ז א' נ"ו קצת דס"ל הכי, דכ" שם דכמוכר דבר שאינו ברשותו אך בא לעולם יש סברא דחתי מוכרתו יותר ממכור דשלכל"ע כלל, וללשנא קמא ברשבי"ם ד"ה אלא כי כר' למסקנא אף לחכמים מהני מוכר דבר שאינו ברשותו, דהא מסקינן דאקני מהני, והחוס' שם חלקו כע"כ דשיעבוד צריך ממכירה, אך להרשבי"ם שם צ"ע מאי שנא דשלכל"ע מדבר שאינו ברשותו, דלגבי קניינים מה שאינו ברשותו הוי כאינו בעולם, וי"ל דהגמ"ד על דבר שכבר קיים חלוטה יותר מעל דבר שאכתי אנו בעולם, אך לדברינו כאן מבואר יותר, וכדבר שבל"ע דעת הרשבי"ם דאפשר למכור אע"פ שאינו בפעלותו, וכ"ז רחוק וזו טובא וצ"ע רב].

ב **ולא הרשבי"ם** אע"ג דבמיתה האב ראי שהחול מכירתו הבן, מ"מ אינה חלה, וזהו דתנן בבכורות נ"ב דכתובה אינה גובה בראי וה"ה כע"ה. ופ"י הרשבי"ם מהני דהתם בשיעבוד הכעל נכסי אביר לכתובתו ולחובו, לר"ם דמהני שיעבוד בוכר שלכל"ע [ולחוס' לעיל קנ"ז א' ולל"ק ברשבי"ם שם כן הוא גם לחכמים מדאורייתא, וע"י קציה"ה קנ"ב ס"ק א' דכ' דהוא תקני"ח ופלגינא בתרא ברשבי"ם, אך נ"ו דלחוס' הוא דאורייתא דבשעבוד מודו חכמים לר"ם,

ראוי למכירה שתחול, וכ"כ ומכיוון דהוא הוכיח"ש וע"י כ"ז לעיל שם]. ומכיוון דהוא עניין רק ראוי לעייר בזה משל גשמי לשכר את האתון, דהוי כאילו ברשות הבן יש מוכנה עם גלגלים המונעת ע"י קפיץ, ומה שהבן הקנה בחייו הוי כאלו מתח הקפיץ והפעיל המכונה, רק ריש מחסום העוצרה בנטיעתו, והבסרת המחסום ממילא תסע לעדה, דהיינו רשות הולקת, וזה יתכן גם לאחר מיתת הבן דהוא כבר נתן כוחו הצריך לזה.

אמנם דעת החוס' דזה יתכן דזקא כשהחפץ שלו, דאז מכיוון דבכוחו למכור מה ששלו, א"כ כשמכר הוי חל דין הקנאה בשלמות וכבר ראוי החפץ לעבור מעצמו אל רשות הולקת, וזה הוי כהפעלת הקפיץ במשל חילן, אך כמוכר דבר שאינו שלו, ודאי א"א לו לאתו בו כלל ולהעבירו לרשות אחרת כ"ז שאינו שלו, ולכן אין כאן "הפעלת הקפיץ" ולא היתה כאן מכירה כלל, ולא שהיתה מכירה עם עיכוב. רק הגמירות דעת מהני שמיכרובא החפץ לרשותו אז יימכר, והגמ"ד ומעשה הקניין שמקודם יועילו עכשיו לעשות כאילו עכשיו הוא מוכר החפץ וא"צ עכשיו מעשה קניין חדש, ו"ק הפעלת הקפיץ" ודאי נעשית רק עכשיו כשבא החפץ לרשותו וכעת הוא מוכרו, דא"א למכור דבר כשאינו בפעלותו. ואם לכסוף לא בא החפץ לרשותו הוי לא נעשתה כאן מכירה כלל וזהו קושיית החת' בתחילת דבריהם.

ולש"י הרשבי"ם בהכרח צ"ל דאדם יכול למכור חפץ שאינו שלו אלאבא דר"ם, רק דבעלות בעליו הוי עיכוב על המכירה, אבל חזק מהעיכוב המכירה נעשתה בשלימות. ומש כמו שהבן מוכר קניין חנוף דילי וק"פ דהוא שירש בקבר הוי סר העיכוב דבעלות האב ממכירת הבן בחייו והואי לה שתחול [נכמו שפי' הברכ"ש ס"י ש"י החוס' בסוגיין דכשירש הכי הק"פ בקבר סר העיכוב ממכירתו

פרק מי שמת

בסוגיא דרף קנ"ט א'

בש"י רשבי"ם.

ולקבות את גמירות הדעת [ומבואר בתו"א חו"מ כ"ב ד"ה כלל, ולכן יש דוכתי דחל קניין ע"י גמ"ד לחוד בלא מעשה קניין היכא דהא קבועה ונמורה ע"י רש"י בכורות י"ח ב']. והב' הוא המכירה עצמה דהיינו מה שהחפץ יוצא מבעלות המוכר ונכנס לבעלות הקונה, ואפשר להפריד את ב' החלקים ולעשות קניין שיחול לאחר ל' יום [ע"י כתובות פ"ב א' ובחוס' שם]. ומה שהמוכר צריך להיות בעלים על החפץ זהו נצרך רק לחלק הב', דהיינו עצם המכירה כשבפועל יוצא החפץ מבעלותו ונקנה ללוקח, ובודאי בחפץ שאינו שלו אינו יכול להוציאו ולהכניסו ולעשות בו שום פעולה. אך החלק הא' דהיינו הגמירות דעת [שהיא הכח הפועל אח"כ את המכירה], בזה שפיר הוי גמ"ד גם על חפץ שאינו שלו. ולכן לר"ם יכול להקנות מה שאינו שלו וזהו עילוי מהני [ולכן במקום דיש לו שלטון גמור עליו מהני מקנה דשלכל"ע אף לחכמים, כמבואר בפ"י הרא"ש על נדרים ל"ד ב', ובכ"מ פכ"ב מד"ל מכירה וע"י ביאורו בקצה"ח ס"י ר"ש סק"ט]. וע"י מ"ש לעיל קל"ד ב' ס"ק י"ג פ"י הברכ"ש בדעת החוס' שם, דכונתן האב לכנ גוף מעכשיו ופירי לאחר מיתה, שפיר מהניא מכירת הבן את הגוף מיד, רק דלך יחזקן הק"פ דהאב מעכב על המכירה, ובפשיטת הק"פ דהאב חלה מכירת הבן אע"פ שכבר הוא מת, דכמה שמכר בחייו אין שום חסרון במה שצורך לחלות המכירה, כיוון דמכר דבר שהוא שלו לגמרי וכדשדתי וזה הביאור בסיים דברי החוס' כאן, דבמיתה האב נכירושת בני הק"פ בקבר כבר סדה מניעת הק"פ את חלות מכירת הק"ג שמכר הבן

בש"י רשבי"ם. אמרי' במ"י דשלחו מתם בן שמכר בנכסי אביו בחיי אביו ומת [בחי' אביו], בנו מוציא מיד הלקוחות, וזו היא שקשה ברני ממונות ולימוד ל"י אבד מוכין ואת מפיק, ומאי קושיא דלמא מצי אמר מכח אבוח דאבא קאחזינא חדע דכתוב תחת אבוחין יהוי בניך כר', עכ"ל הגמ'.

והנה פשוט הגמ' דמיידי בנכסים עצמם שמכר הבן בחיי אביו מדוע לא יזכו מיד הלקוחות, ובחוס' קני"ט א' ריש ד"ה ולימודי, הבינו דהצד דתועיל מכירת הבן בחיי האב הוא רק למ"ד דמוכר אדם דבר שלא בא לעולם, אך נתקשו בזה, דאף לר"ם דסבר הכי, לעולם לא יוכלו בעלים עליו, ודודאי אינו יכול המוכר ונעשה בעלים עליו, וזהו הדין הוי למכור דבר של אחרי שבא הדבר לרשות רק דהמכירה דמכר קודם תועיל אחרי שלכסוף יכוא לרשותו. והנה הנכסים מעולם לא באו לרשות הבן שמכר וא"כ פשיטא דמכירתו אינה כלום ומה כל נדרן הגמ' וע"ש בחוס' שפ"י הגמ' כע"ה.

אמנם ברשבי"ם קני"ח סוף ע"ב [ואגב יש ברשבי"ם ט"ס ובמקום אחרה צ"ל אחרת וכן אחת בפ"ח על הרא"ש ס"פ יש בכור את י' מכווא דפי' הגמ' כפשוטה דהנהו על הנכסים שמכר הבן, והמוניא היא כר"ם דמכור אדם דשלכל"ע. והטעם דבלא סברת מכח אבוח דאבא קאחזינא ה"י ראוי שיזכו הלקוחות, צ"ל דהנה בקניין יש ב' עניינים, הא' הוא גמירות הדעת דהמקנה שהיא סיבת הקניין, ומעשה הקניין בא לחחליט

המקח ללקוחות כיוון דלא חל המקח ומפרי ריב"ם דחל שעבוד נכסים בחוב זה לעניין גבי מן הירושיין דקיי"ל דמע"פ גובה מן הירושיין לקמן קע"ו ויש ע"א, ולקמן ה"ק התוס' על זה מודע יהא שעבוד שהרי זה מלה ע"פ, וקושייתם צ"ע שהרי כמע"פ יש שעבוד נכסים לעניין גבי' מן הירושיין, ונ"ר דהמקשן ס"ל דרק בהלאוה יש שע"פ משום נעילה דלת, אבל היכא דליכא נע"ד ליכא שעבוד אף מן הירושיין דשעבודא לאו דאורייתא [וע"י בזה תוס' לקמן קע"ה ב' ד"ה לא, וכן ש"י תוס' כ"ק ק"י"ב א' ד"ה אע"פ דהיכא דליכא נע"ד לא גבי מע"פ מן הירושיין וכ"כ להדיא במאירי שם, וע"ש קושיית הגרע"א], אך ש"י ריב"ם כתוס' לקמן קע"ה ב' ד"ה לא דבכל גוונא מע"פ גובה מן הירושיין אף היכא דליכא משום נע"ד.

(1) ומפרי ריב"ם דהקושיא אבוד זבין ואת מפקת, דמאתר דמע"פ גובה מן הירושיין אם ה"י משאר הכן שמכר קרקע דל"י היתה משועבדת ללקוחות וגובין ממנה. אך הכא מיירי שלא השאר קרקע דל"י רק הלקוחות רוצים לגבות קרקע שירשו בניו מסבם, והכן הרי לא לעיכוד קרקע אביו דמיירי בלא אמר דאמינן כן לא ה"י משעבד דהנכסים לא כאו לכעלותו שיחול שיעבודו בהם, וכמ"ש התוס' בתחילת הדיבור. אלא כוונת ריב"ם היש למלוה לגבות קרקע מתגמדים כיוון דירישה מאביהם בקבר נעשה עליהם המצווה לפרוע חובת אביהם מקרקע שירשו ממנו, וכפינן על מצווה זו כשירשו קרקע גם בלא שעבוד, וכמובאר רמ"י ק"יז ובסמ"ע רבי"ח שם]. וכן בזה תו"מ רמ"י ק"יז ובסמ"ע רבי"ח שם]. וכן מבואר להדיא במ"ש דהו"ד דלא כשמואל ל"ע דאע"ג דהלשון לא מתאים כ"כ דמיירי במצוות היתומים ולא משום שעבוד מ"מ לע"ד אף ספק דכך כוונתו.

(2) ומפרי ריב"ם דהקושיא אבוד זבין ואת מפקת, דמאתר דמע"פ גובה מן הירושיין אם ה"י משאר הכן שמכר קרקע דל"י היתה משועבדת ללקוחות וגובין ממנה. אך הכא מיירי שלא השאר קרקע דל"י רק הלקוחות רוצים לגבות קרקע שירשו בניו מסבם, והכן הרי לא לעיכוד קרקע אביו דמיירי בלא אמר דאמינן כן לא ה"י משעבד דהנכסים לא כאו לכעלותו שיחול שיעבודו בהם, וכמ"ש התוס' בתחילת הדיבור. אלא כוונת ריב"ם היש למלוה לגבות קרקע מתגמדים כיוון דירישה מאביהם בקבר נעשה עליהם המצווה לפרוע חובת אביהם מקרקע שירשו ממנו, וכפינן על מצווה זו כשירשו קרקע גם בלא שעבוד, וכמובאר רמ"י ק"יז ובסמ"ע רבי"ח שם]. וכן בזה תו"מ רמ"י ק"יז ובסמ"ע רבי"ח שם]. וכן מבואר להדיא במ"ש דהו"ד דלא כשמואל ל"ע דאע"ג דהלשון לא מתאים כ"כ דמיירי במצוות היתומים ולא משום שעבוד מ"מ לע"ד אף ספק דכך כוונתו.

ולכן נלע"ד לולא דברי הרמ"א בשו"ת דהטעם רשלחו מתם הוא משום דא"א לעמוד ולשעבד בראי גם בלא סברת אביה דאבא, וכך היתה קבלה בידם ורק הוקשה להם מסברא ע"י. ור"ן זה שקובל מכוון פסנת"י דכבודות, וא"ע למה שנרחק הרמ"א ל"י דמשם אינו מוכרח, ואף ברש"ם משמע וא"ן לחלק משם, רק על קושייתם מסברא על ור"ן שקובל פי"ד בגמ' דזה קשה רק כהא שמוכר נכסי אחיו אך באופן שצ"י"ו כבן בנכסי אביו לא צדקו בני מערבא בקושייתם כיוון דאיכא למימר מכה אביה דאבא.

הוראי בעמ' ב' ממתני' דנפל הבית, הנה כדף קנ"ז א' אמרי' דרבי דעירא מפר וכן ממתני' דלא שעבד הכן במפורש נכסי אביו, רק וכו' מפרש לפרוע ממנה חובת אביו וכו' מן משום מצווה לפרוע ממנה חובת אביו וכו' וכו' ע"י אע"ג דהקרקע לא משועבדת, ומכאן שיפרעו הירושיין מהקרקע חובת אביהן כיוון שירישה מאביהן דשקבר וכו' לא מתיי' להו דה"ן דא"ן אדם מוכר ומשעבד בראי, שהרי חייבים לפרוע גם בלא שעבוד כלל, ומדא דחייבים לפרוע גם בלא שעבוד א"ן צריכים בני הבן לפרוע מוכח דאמרין סברת מכה אביה דאבא קאתינא. כן ה"י נלע"ד כזה לולא דה"י כתוב בשו"ת הרמ"א לא כן.

בש"י תוס',
ה"ז ע"י
 תד"ה ולימ"ד, ותחילת דבריהם כבר תמבאר לעיל, ומכח קושייתם פירשו דמיירי בחוב שנחת"כ הבן שמכר להחזיר דמי

לעניין שעבוד קל יותר לגמור דעתו, וכמו דמוזי לרי"מ דברכ המצוי בשוק או כמ"ש פי' הור"ש נדרים ל"ד ב' מכוון דכפ"ג קל יותר להתילת הגמירות דעתן. וכאמר להרשב"ם יכול לשעבד אף מה שאינו שלו, ובמיתת אביו וא"י שחול השעבוד אף שהשעבוד כבר מת, ולזה קמ"ל מתני' דמ"מ לא חל השעבוד [וע"י שו"ת רמ"א ס"י ג' דביאר דלממתני' דהתם אינו מוכרח לגמרי דא"א למכור בראי ולכן אמרי' דדינא רשלחו מתם קשה בר"מ, דאם דין זה מוכח ממתני' כיצד שייך ל"י דהוא קשה בר"מ, רק אחרי ששלחו מתם אמרי' דהו"ד דינא דמתני' דכבודות].

(ג) והנה כדף קנ"ט ע"ב ס"ז דהגמ' להוכיח ממתני' דנפל הבית עליו ועל אביו ומת הוא לפני אביו ואח"כ ירשו בניו את אביו, דאמר' סברת מכה אביה דאבא קאתינא, למכאן התם דכפ"ג לא גובה הכע"ת, וכלא סברת אביה דאבא מדוע לא גובה, ומתני' איירי בשיעבד הכן נכסי אביו לכע"ת כדמקמינן לה לעיל קנ"ז א' דאל"כ אפי' כמת האב ואח"כ הבן לא יגבה הכע"ת, ולשי' הרשב"ם זהו ממש דינא דשלחו מתם, ומוכח דאמר' מכה אביה דאבא קאתינא.

ולכא' ה"י משמע דדעת השלחו מתם איתו מטעם דמכה אביה דאבא קאתינא, אלא הכי ס"ל הדין דאינו מוכר בראי ואע"ג דהוא קשה. רק דפרקינן מדוע אמרו שהוא קשה ד"ל סברת אביה דאבא. ולפי"ז אין רא"י כלל ממתני' דאמרי' סברת אביה דאבא, ד"ל דבמתני' הטעם משום דא"ן משעבד בראי וכדתנן בכבודות נ"ב, ואע"ג דהו"ד קשה מן הסברא, וכל השקלא וטריא דהגמ' אינו על עצם הדין דשלחו מתם אלא רק על הדין אם הוא קשה או לא, וא"כ נה"ד ויש רא"י ממתני' על עצם הדין יתכן דלא אמרי' סברת אביה דאבא ויצדקו דברי השלחו מתם דהו"ד קשה בד"מ, ונ"ר מוכח מזה דטעמיהו דהשלחו מתם הוא משום סברת אביה דאבא,

ובלא זה לא היו אומרים דינם, רק הוקשה להם דא"ן רא"י וכאמת אמרי' סברא זו [דמכבודות אין רא"י לה כמ"ש בשו"ת רמ"א]. ואחרי דמוכח ממתני' דכן הדין ממילא מוכח דאמרי' גם סברא זו, ופשיטא דכלא הסברא אין ל"י דין זה, וכמד"י דכ"כ בשו"ת רמ"א רמ"י ג' בדעת הרשב"ם דהטעם דאיתו מוכר בראי משום דאמרי' מכה אביה דאבא קאתינא.

(ד) אמנם על"ע בזה בעניוהי, דהנה ברש"ם קניט א' משמע להדיא דסברת אביה דאבא אמרי' דרוקא בנכד הירוש ספ"י ולא בשאר ירושות רע"י משמושו, דכ' דהוא גויה"כ דירוש ספ"י שלא מכה אביו כלל, ולחא דיכול ל"י במקום אב קאתינא נצ"ד גויה"כ כפני"ע כמ"ש הרשב"ם ד"ה דלמא מצ"י אמר כ"י. וא"כ מאחר שהיא גויה"כ בספ"י דירוש כלא כח האב כלל, א"כ כוונתו בשאר משמושו ליכא למימר הכי וגם אחרי גויה"כ דחתת אבותיה כ"י יורש ע"י משמושו. ולפי"ז הדין דהא שמכר בנכסי אחיו ומת למ"ד דירושת האח היא באופן ישר ולא ע"י משמושו האב [ע"י כ"י ס"י ר"ג, ומדהש"א ק"יג ב' על תד"ה מקיטין] א"כ כנו לא יוציא מיד הלקוחות אונו יכול ל"י מכה אחיה דאבא קאתינא. ולמ"ד דירושת האח היא ע"י משמושו האב [ע"י ד"מ שם ס"ק ח"ז] א"כ אב שמכר בנכסי בנו ומת, ואח"כ מת בנו השני לא יוציא מיד הלקוחות דאינו יכול ל"י מכה אחי קאתינא. וכן משכחת לה לכ"ע כבן שמכר בנכסי בנו ומת ואח"כ מת בנו וירשם הסבא [וכענין אי ירושת האח היא ע"י משמושו ע"י מתני' ה"ל זכ"י ומתנה ס"י מ', בקצרה"ח רפ"א ס"ק ב', וע"י היטב בתוס' ק"ח ב' סד"ה יכול וברע"א שם דו"ק].

והנה בכבודות נ"ב לא מיירי דרוקא בראי דאבא אלא בכל ראוי וגם בנכסי אחיו, ולמשנת' כמשעבד נכסי אחיו ומת להב"י יש לכחוכה ובע"ה לגבות.

וזהו בעיקר הסברא דמכא אבה דאבא קאחזיא, הנה מדמיית עליה קרא, וכן מהא דרבי טידי דבן הכבוד לא יטול חלק בכורה כהני אחי אביו, לכאן מוכח דהוה דין מהדרש דהנכד יורש הסבא ישר בלא כח אביו, וכן נר' מפני הרשעים, וא"כ צ"ע מאי דמסיק דיכול לוי דבמקום אב קאימנא, וברשבי"ם משמע דפי' דהוה גזיר"כ דבני בכור לעולם נוטלים חלק בכורה בכנסי סבא, אך צ"ע היכן כתיב גזיר"כ זו, ועוד צ"ע דמאחר דידן מורה בלא הילפתא דירתי דרך משמוש האב, ניצד ניתן לחדש דין יורשה מהסבא מכה פסוק מדברי קבלה.

ועי' שטמ"ק קכ"ה ב' ד"ה ויש להקשות בשם עליות דר"י דכ' דא"א לפי' כפשוטו דירושין ישר מהסבא בלא כח האב כלל, שהרי במתני' דכבודת נ"כ ונכמ' פ"ש מבואר להדיא דהטעם דכבוד אינו נוטל פ"ש בכנסי אבי לוי דאינו נוטל בראוי כבמחזיקי, ואם אחי הכבוד יכולים לוי מכה אבה דאבא קאחזיא א"כ גם בלא קרא זה לא יטול פי' שניים.

וכי' שם עור שהרי כדאיכא לסבא בניס ולבנו שמת יש כח, יורשת הבת ביחד עם הבנים אע"ג דכלל מקום בן קודם לבת, וכן כ"ש ב' בניס ומחו לזה בן א' לזה ב' בניס יורש הבן הא' כנגד ב' הבנים ולא חולקים שליש לכל א', ומוכח מזה להדיא דבן הבן עומד במקום אביו כירודשת הסבא, וכדאמרינן בסוגין דיכול לומר במקום אב קאימנא [ומ"ש הרשבי"ם דמה שייכול לוי במקום אב קאימנא הוא משום גזיר"כ מירודת דבן הכבוד נוטל פ"ש בכנסי הסבא, ולא דירוש מכה אביו לכל ענין צע"ג מהנך קושיות דהרובינו יונה, ונלעז"ד דמה שיישתא למ"ש לעיל בה"ש הרשבי"ם דס"ל דהא דשלחו מתם אינו משמע סברה אבה דאבא, אלא גמרא הוא דגמרי, ואמת הוא כדברי השלחו מתם דזו היא שקשה

ות דעת הפוס' הובאו בש"ד ובהג"א ס"י תו דע"ז גובה בראוי, דייינו מכה תו ק"ל דבע"ז דל"כא סברה מכה אבה דאבא משה, וה"כ דל"כא סברה מכה אבה דאבא קאחזיא.

הרא"ש ויעוד פרטים

הרא"ש ר"ע ר"ש פ"ט יש בכור דמפר' מתני' דהתם כהתוס' דמ"רי לענין מצוות היתקין לפורע חובת המוריש מקרקע שירשו גם בלא שצבור, וקמ"ל דכפחובה ליכא מצווה או ה"כא והקרקע לא היתה של המוריש בחייו וצ"ע עכ"ה יורשה דרכו בקבר, וכי' שם ה"כא דה"ה לבע"ז ולא גבי בראוי, והוכיח כן מהתני' דנפל דבני חלוה יכולים לוי מכה אבה דאבא קאחזין [ואח"כ הוסיף דה"ה אע"ג דכ' דאקני לכלול גם דעת הרשבי"ם בחיודש המתני' דשיעבוד נכסים שאינם שלו לא מהני אם לא נפל אח"כ לשהותן].

ולכא"ו צ"ע מה מייחי הרא"ש ראי' ממתני', שהרי ברך קנ"ט ב' דחזינו תו ראי' ממתני' ומפרשין לה כע"א, ומוכח מזה דהרא"ש לא מפר' כפי' הרי"י כהתוס' אלא כפי' דרבי' דדינא דשלחו מתם הוא לענין גביית החוב וממש כדינא דמתני', ולכן לא אכפת לן בדיחית מתני' דמ"מ הלכה כדשלחו מתם, ומתני' אדח"י רק לגבי הנהגו אי זו שקשה כד"מ או לא, אך לדינא ודאי קיייל הכי וכדשלחו מתם, וכ"כ כפ"ח שם אות י'. הריב"ם מוכיח דטעמא דשלחו מתם הוא משום סברה אבה דאבא, וכ"כ כרא"ש להדיא, ומ"מ' הרא"ש דבע"ז לא גבי בראוי כלל, וכמו כהתובה כמתני' דכבודת, מוכח דמפרש דסברה מכה אבה דאבא קאחזיא שייכא בכל קרובים שירושם ע"י משמוש, שהרי הדין כהתובה דאניה גובה בראוי נאמר בכל קודמין, והרא"ש כ' דה"ה כבע"ז.

הרא"ש ר"ע ר"ש פ"ט יש בכור דמפר' מתני' דהתם כהתוס' דמ"רי לענין מצוות היתקין לפורע חובת המוריש מקרקע שירשו גם בלא שצבור, וקמ"ל דכפחובה ליכא מצווה או ה"כא והקרקע לא היתה של המוריש בחייו וצ"ע עכ"ה יורשה דרכו בקבר, וכי' שם ה"כא דה"ה לבע"ז ולא גבי בראוי, והוכיח כן מהתני' דנפל דבני חלוה יכולים לוי מכה אבה דאבא קאחזין [ואח"כ הוסיף דה"ה אע"ג דכ' דאקני לכלול גם דעת הרשבי"ם בחיודש המתני' דשיעבוד נכסים שאינם שלו לא מהני אם לא נפל אח"כ לשהותן].

והתוס' ה"ק לפי' ריב"ם דאנתי מאי פריך ולימרו לוי אכור וזכי כ"י דילמא בבכורות דכתובה אינה נוטלת בראוי וכדתנן לעיל כתבנו דלפי' רשבי"ם הא דתנן בבכורות נ"כ דאין כהתובה נוטלת בראוי, מיייר' בשיעבוד הכעל נכסי אביו, ומת' הכעל ואח"כ מת אביו, ובהו אע"ג דהיי' ראוי שדחול השעבוד אע"ג דלא כאו הנכסים לרשות הבעל קמ"ל מתני' דינא בלא טעמא דאין השעבוד חל ככה"ג, וכי' הרשבי"ם דהוה הדין כבע"ז, ובהו לית מאן דפליג דאף כבע"ז לא חל השעבוד ככה"ג, ועי' בח"מ ס"י ק"ד בש"ד ובהג"א דיש פוס' דבע"ז גובה בראוי, אמנם ודאי גם הם מורד דכאופין שפ"י הרשבי"ם למתני' לא חל השעבוד אף כבע"ז ה"פ.

והתוס' אינם יכולים לפרש מתני' דכבודת אין שום ס"ד דיהתי שיעבוד ולא אצטר"ך למתני' לאשמעינן בן [וכמבואר מחזיקת דכריהם, ולכן כתבנו דכציר הרשבי"ם לכ"ע דסבר כהרשבי"ם בהאן, ומאחר דכלא נפלו הנכסים לרשות הבעל לא יתכן כלל דיחזיל מה ששעבוד דבר שאינו שלו, וכלא שיעבוד אין גבי', מוכרחים התוס' לפי' מתני' דהתם דמיייר' בורשו היתומין הקרקע דאבי אביהם דרך אביהם קבר, ומאחר דבאה להם דרך אביהם בקבר הוי' כיחזיקין שירשו קרקע מאביהן דמצווה עליהם לפרוע ממנה חובת אביהן גם בלא שעבוד, והכתובה כלפי זה תנן דאינה גובה בראוי, ובהו יש להסתפק האם זוהי סברה גמורה דהך מצווה שייכא רק בקרקע שדיחה כבעלות אביהן בחייו, וא"כ גם כלפי בע"ז ליכא תו מצווה בקרקע שלא היתה של האב אלא רק עברה דרכו בקבר, או דמעיקר הדין תו מצווה אימת גם כמה שירשו מאביהם בקבר ולא היתה שלו מחייו, ורק מקולי כהתובה הוא דאנה גובה ככה"ג.

והתוס' ה"ק לפי' ריב"ם דאנתי מאי פריך ולימרו לוי אכור וזכי כ"י דילמא בבכורות דכתובה אינה נוטלת בראוי וכדתנן לעיל כתבנו דלפי' רשבי"ם הא דתנן בבכורות נ"כ דאין כהתובה נוטלת בראוי, מיייר' בשיעבוד הכעל נכסי אביו, ומת' הכעל ואח"כ מת אביו, ובהו אע"ג דהיי' ראוי שדחול השעבוד אע"ג דלא כאו הנכסים לרשות הבעל קמ"ל מתני' דינא בלא טעמא דאין השעבוד חל ככה"ג, וכי' הרשבי"ם דהוה הדין כבע"ז, ובהו לית מאן דפליג דאף כבע"ז לא חל השעבוד ככה"ג, ועי' בח"מ ס"י ק"ד בש"ד ובהג"א דיש פוס' דבע"ז גובה בראוי, אמנם ודאי גם הם מורד דכאופין שפ"י הרשבי"ם למתני' לא חל השעבוד אף כבע"ז ה"פ.

והתוס' ה"ק לפי' ריב"ם דאנתי מאי פריך ולימרו לוי אכור וזכי כ"י דילמא בבכורות דכתובה אינה נוטלת בראוי וכדתנן לעיל כתבנו דלפי' רשבי"ם הא דתנן בבכורות נ"כ דאין כהתובה נוטלת בראוי, מיייר' בשיעבוד הכעל נכסי אביו, ומת' הכעל ואח"כ מת אביו, ובהו אע"ג דהיי' ראוי שדחול השעבוד אע"ג דלא כאו הנכסים לרשות הבעל קמ"ל מתני' דינא בלא טעמא דאין השעבוד חל ככה"ג, וכי' הרשבי"ם דהוה הדין כבע"ז, ובהו לית מאן דפליג דאף כבע"ז לא חל השעבוד ככה"ג, ועי' בח"מ ס"י ק"ד בש"ד ובהג"א דיש פוס' דבע"ז גובה בראוי, אמנם ודאי גם הם מורד דכאופין שפ"י הרשבי"ם למתני' לא חל השעבוד אף כבע"ז ה"פ.

והתוס' ה"ק לפי' ריב"ם דאנתי מאי פריך ולימרו לוי אכור וזכי כ"י דילמא בבכורות דכתובה אינה נוטלת בראוי וכדתנן לעיל כתבנו דלפי' רשבי"ם הא דתנן בבכורות נ"כ דאין כהתובה נוטלת בראוי, מיייר' בשיעבוד הכעל נכסי אביו, ומת' הכעל ואח"כ מת אביו, ובהו אע"ג דהיי' ראוי שדחול השעבוד אע"ג דלא כאו הנכסים לרשות הבעל קמ"ל מתני' דינא בלא טעמא דאין השעבוד חל ככה"ג, וכי' הרשבי"ם דהוה הדין כבע"ז, ובהו לית מאן דפליג דאף כבע"ז לא חל השעבוד ככה"ג, ועי' בח"מ ס"י ק"ד בש"ד ובהג"א דיש פוס' דבע"ז גובה בראוי, אמנם ודאי גם הם מורד דכאופין שפ"י הרשבי"ם למתני' לא חל השעבוד אף כבע"ז ה"פ.

והתוס' ה"ק לפי' ריב"ם דאנתי מאי פריך ולימרו לוי אכור וזכי כ"י דילמא בבכורות דכתובה אינה נוטלת בראוי וכדתנן לעיל כתבנו דלפי' רשבי"ם הא דתנן בבכורות נ"כ דאין כהתובה נוטלת בראוי, מיייר' בשיעבוד הכעל נכסי אביו, ומת' הכעל ואח"כ מת אביו, ובהו אע"ג דהיי' ראוי שדחול השעבוד אע"ג דלא כאו הנכסים לרשות הבעל קמ"ל מתני' דינא בלא טעמא דאין השעבוד חל ככה"ג, וכי' הרשבי"ם דהוה הדין כבע"ז, ובהו לית מאן דפליג דאף כבע"ז לא חל השעבוד ככה"ג, ועי' בח"מ ס"י ק"ד בש"ד ובהג"א דיש פוס' דבע"ז גובה בראוי, אמנם ודאי גם הם מורד דכאופין שפ"י הרשבי"ם למתני' לא חל השעבוד אף כבע"ז ה"פ.

והתוס' ה"ק לפי' ריב"ם דאנתי מאי פריך ולימרו לוי אכור וזכי כ"י דילמא בבכורות דכתובה אינה נוטלת בראוי וכדתנן לעיל כתבנו דלפי' רשבי"ם הא דתנן בבכורות נ"כ דאין כהתובה נוטלת בראוי, מיייר' בשיעבוד הכעל נכסי אביו, ומת' הכעל ואח"כ מת אביו, ובהו אע"ג דהיי' ראוי שדחול השעבוד אע"ג דלא כאו הנכסים לרשות הבעל קמ"ל מתני' דינא בלא טעמא דאין השעבוד חל ככה"ג, וכי' הרשבי"ם דהוה הדין כבע"ז, ובהו לית מאן דפליג דאף כבע"ז לא חל השעבוד ככה"ג, ועי' בח"מ ס"י ק"ד בש"ד ובהג"א דיש פוס' דבע"ז גובה בראוי, אמנם ודאי גם הם מורד דכאופין שפ"י הרשבי"ם למתני' לא חל השעבוד אף כבע"ז ה"פ.

והתוס' ה"ק לפי' ריב"ם דאנתי מאי פריך ולימרו לוי אכור וזכי כ"י דילמא בבכורות דכתובה אינה נוטלת בראוי וכדתנן לעיל כתבנו דלפי' רשבי"ם הא דתנן בבכורות נ"כ דאין כהתובה נוטלת בראוי, מיייר' בשיעבוד הכעל נכסי אביו, ומת' הכעל ואח"כ מת אביו, ובהו אע"ג דהיי' ראוי שדחול השעבוד אע"ג דלא כאו הנכסים לרשות הבעל קמ"ל מתני' דינא בלא טעמא דאין השעבוד חל ככה"ג, וכי' הרשבי"ם דהוה הדין כבע"ז, ובהו לית מאן דפליג דאף כבע"ז לא חל השעבוד ככה"ג, ועי' בח"מ ס"י ק"ד בש"ד ובהג"א דיש פוס' דבע"ז גובה בראוי, אמנם ודאי גם הם מורד דכאופין שפ"י הרשבי"ם למתני' לא חל השעבוד אף כבע"ז ה"פ.

והתוס' ה"ק לפי' ריב"ם דאנתי מאי פריך ולימרו לוי אכור וזכי כ"י דילמא בבכורות דכתובה אינה נוטלת בראוי וכדתנן לעיל כתבנו דלפי' רשבי"ם הא דתנן בבכורות נ"כ דאין כהתובה נוטלת בראוי, מיייר' בשיעבוד הכעל נכסי אביו, ומת' הכעל ואח"כ מת אביו, ובהו אע"ג דהיי' ראוי שדחול השעבוד אע"ג דלא כאו הנכסים לרשות הבעל קמ"ל מתני' דינא בלא טעמא דאין השעבוד חל ככה"ג, וכי' הרשבי"ם דהוה הדין כבע"ז, ובהו לית מאן דפליג דאף כבע"ז לא חל השעבוד ככה"ג, ועי' בח"מ ס"י ק"ד בש"ד ובהג"א דיש פוס' דבע"ז גובה בראוי, אמנם ודאי גם הם מורד דכאופין שפ"י הרשבי"ם למתני' לא חל השעבוד אף כבע"ז ה"פ.

בראוי ואף למי"ד דאינו גובה בראוי יגבה כאן גם אם חשיב ראוי. דכל הטעם דאינו גובה בראוי הוא רק משום דאמרין בכל ירושות דע"י משמוש הסברא דמנח אבות דאבא קאחנא, אך הנכ לא שייך לומר כן.

וע"כ גלעני"ד פשוט דביחומין שגבוי קרקע ודאי לכ"ע לא שייכא כלל המצוה לפרוע חובת אביהן מקרקע שירישו, דקרקע זו לא היחה של אביהן כלל ולא ירשה ממנו וכתוס' קני"ט א' הי"ד ושייכא המצוה, ודחי דלא שייכא והטעם משום שעד"סן.

ובגמ' הוכיח לאביי ממימרא זו דכע"ז למפרע הוא גובה וא"כ פשיטא דהוי מוחזק גמור וזון כוונת הרשב"ם שם במ"ש וזאם לא הי' מוחזק כיד אביהן בחיים" היינו משום דלמפרע הוא גובה, וסיים שם דאל"כ הרי הרי כקנו היחומין קרקע, ואח"כ יהיב טעמא מדוע קנו קרקע אינו גובה, ואף אם שעבד אביהן קרקע זו בפירוש בחייו הרי אינו יכול לשעבד בראוי וכמשינ"ת לעיל ש"י הרשב"ם בזה, והמצוה שבתן קנו לא הוי משועבדות דמטלטלי דיתמי לא משתעבדין.

וכדה מושב מה שהק' שם עור הגרע"א, דילגמא תך ממורא היא למאי דפסק ר"ע כרבי [בדף קפ"ד ב'] ולכן חשיב מוחזק דרבי מיקל במוחזק, אך לרייז לא הוי מוחזק, ולמשינ"ת הרי אם בעי"ת למפרע הוא גובה הרי אביהם הוא בעלים גמור ואף לרבנן אין לך מוחזק גדול מזו.

טו) וכמחלוקת אי מצוה היחומין לפרוע שירשו דרך אביהן כשהוא בקבר נר' להוכיח דעת הרשב"ם דאיכא המצוה ככה"ג, דאל"כ ליכא ראי' בדף קנ"ט ב' ממתני' דנפל הבית דאמרין סברת מנח אבות דאבא, ע"י מ"ש לעיל ברע"ה הרשב"ם כזה וכתבין.

ולא מן תוארי" וזו לשיטתם כדף קנ"ט א' **לבע"ז** גובה בראוי הנכא דליכא למימר מנח אבות דאבא קאחנא, ורק כמחנה הוא מקולי **כתובה** דאינה גובה, וכמחנה דאינה גובה **חשיבה** דהוי מקולי כתובה, וכהו חידשו ולמלוה לא אמרי' דלא תגבה מקולי כתובה. **ולמי"ד** רבעי"ת אינו גובה בראוי מדינא לא הי' לחם להוכיח כאן עניין ראוי, דהנדרין אי גובה **מלווה** אינו אי גובה מדינא, אלא במקום **שגובה** מדינא אי הוי מקולי כתובה וק"ל.

יד) ע"י לעיל קנ"ה א' דמוכיח בגמ' מהא ראוי"צ א"ר בי"א יחומים שגבוי קרקע **בחוברת** אביהן כע"ז חזון וגובה מהן דכגב **קרקע** לא מקרי' ראוי אלא מוחזק, והק' **הגרע"א** שם וכן בשמ"ק בשם ר"ן דלחפוס' **לבע"ז** גובה בראוי אין ראוי דקרקע לא הוי ראוי, וכוונתם דהנה הגמ' לא אחיא כרובא דפי' **הטעם** דהקרקע משועבדת לבע"ז מדינא דר"ע. **וא"כ** מתיכי תתי' שההא גבי' כלא שעבדו. **ובתורת** צ"ל דמאחר דהקרקע כאה ליחומים **מנח** אביהם חל עליהם המצוה לפרוע ממנה **חובת** אביהם כמבואר כדף קנ"ז א' וכתוס' **שם**, ונהי דלא ירשוה מאביהם מ"מ מאחר **דכאה** אליהם מחמת שהם יורשי האב שפיר **איכא** המצוה, ולמי"ד דהך מצוה ליכא בראוי **וכדעת** תוא"ש שפיר איכא ראי' דחשיב **מוחזק**, אך למי"ד דכע"ז גובה בראוי, א"כ **י"ל** דקמ"ל דלא הוי כיתומין שקנו קרקע, **ודמיוון** דלא כאה אליהם מנח שהם יורשי **אביהם** אין עלי' המצוה, אך כאן קמ"ל **דאיכא** המצוה כיוון דכאה מנח ירושה ולכן **כע"ז** גובה, אך מ"מ אבהי הוי ראוי.

ולעני"ד צ"ע ל' כן, דהנה בפסחים ל"א אבי' **הכרית** מכאן דבע"ז למפרע הוא **גובה**, ורובא פ"י הטעם משום שעבדו דר"ע, **חובת** הרי אמרין טעם אחר משום המצוה **לפרוע** חובת המוריש, והוי מוחזק, ועוד דאם **הך** מצוה שייכא ככה"ג לכ"ע כע"ז יגבה

כאילו ירשו הנכסים מאביהם בקבר וחל עליהם מצוה הירושים לפרוע חובת מורישם, והק' בירושת הסבא איכא דין מחדש דהוי כירושין בלא אמצעי, אע"ג דודאי סדר הירושה כך הוי **דכני** הכן עומדים במקום אביהם ליטול בנכסי הסבא.

יב) וע"י לעיל תוס' קנ"א א' ברע"ה הרי" **דאם** כן קודם לכת בנכסי אבי **האם** אינו מוכרח מזה דיקדום לכת בנכסי האם **עצמה**, וע"ש דהתוס' תמהו ע"ז דירושת אבי **האם** היא דרך משמוש האם וחל עלי' דעי **סדר** ירושת האם, ונ"י דעת הר"י דודאי מורה **לעלויות** דר"י דירושת הסבא היא מנח האם, **אך** ס"ל דאעפ"כ יתכן דין בירושת הסבא **שאינו** בירושת האם, ומה שהירושה עוברת **דרך** האם לא בהכרח צריך להפקיע דין זה **ועצ"ע** [ונגב וכוונתי שראיתי כספר א' דהק' **דלדעת** ר"י הנ"ל יקשה הא דאמרי' כדף קט"ז **א' דמתי** דלא כר"ז כן הקצב, ולפיר' ליק **והדיוק** דאינה כר"ז כן הקצב הוא גם מהא **דאמרי'** האישי את אמו ומדוייק מזה ולא הפת **את** אמה, וכמ"ש ברשב"ם שם כדף קט"ז **וע"ש** מהרש"א וע"י תוס' ק"ח א' סד"ה האבן. **וע"י** כחזו"א ב"ק רס"י ט"ז דעיקר דכרתי ככר **מבואר** שם, ועשי"ה דבכמה פורטים נטונו **לדעתנו** הקלושה ממה שכי' שם, ואמרי' **ושו"ר** דגם בקובשי' בתתי' הפוק האריך כהו **יעו"ש**.

יג) ע"י לעיל בתוס' קנ"ה ב' ד"ה וא"י. **והנדרין** אי כתובה גובה ממלווה. **ודאי** מיירי הנכא דאיכא שעבד מדינא או **משעם** אחר [ע"י מ"ש כזה ככתובה פ"ד א"ל. **רק** דבכפרות ני"ב אמרי' דכתובה אינה גובה **את** השבח אע"ג דבע"ז גובה, דהוא מקולי **כתובה**. וכהו ה"י ס"ד דגם הנכא דבע"ז גובה **ממלווה** לא תגבה ממנה כתובה משום קול **כתובה**, אע"ג דראוי לה לגבות מדינא. **ולמש"כ** בתוס' יג"ב אשה כותבת ממלווה **אע"פ** שאינה נוטלת לא מן השבח

כד"מ, והאמת דהקרא בכורה הוא דתיב והא **דקאמרי'** דיכול לומר מנח אד"א קאחנא הוא **פרכא** בעלמא ודחינן לה, והאמת דליכא סברת **אבוא** דאבא, וע"ש]. **ותי'** הוכיחו יונה דסברת מנח אד"א קאחנא **שלא** אין הכוונה דירוש ממש מהסבא שלא **מנח** האב. רק הכוונה כמה שהירושה עוברת **דרך** האב זה נוגע רק להל' ירושה וסדר **ירושה** כך הוא שהפך עומד לירש סביו במקום **אביו**, אך זה דין רק בסדר ירושה ולא דישי **לאב** זכ"י ממש בקבר לפני שזוכין בניו. דודאי **בקבר** ליכא שום זכ"י והנכסים עוברים ישר **מבעלות** הסבא לבעלות הנכרים, ולכן לא שייך **לומר** דהוי בנכסים שירשו מאביהם דאז מצוה **עליהם** לפרוע מהם חובת אביהם.

יא) ובהו יזכר סברת הרא"ש דס"ל דכפל **ירושות** ע"י משמוש כן הוא, **והפסי'** מההילים הוא רק גילוי מילתא דכן הוא **עניין** משמוש. אך דעת חלק כפרה פירשו דהו **זכר** הככור לא יירש חלק כפרה פירשו דהו **דין** מחדש בירושת הסבא, דהוי דודאי עומד **כן** הכן במקום אביו וכמ"ש העלויות דר"י **וכבאמרי'** דיכול ל' במקום אב קאימנא [והא **דיכול** ל' במקום אב קאימנא ודאי הוא משום **ירוש'** במקום אב, ולא מוגד"כ כמ"ש **רשב"ם**, דכאמת ליכא גוה"כ כו, והרשב"ם **כ"כ** למאי דס"ל דאליבא דאמת ליתא לסברת **אבוא** דאבא, אך התוס' ס"ל דכאמת איתא **להך** סברא, שהרי הלכה כדשלתו מתם, והם **אמרו** רק מנח הך סברא וכמשנ"ת לעיל], רק **צ"ל** דכפל ירושות ע"י משמוש חשיב גם **לשאר** דיני ממונות כאילו זכה האב בקבר ורק **אח"כ** זכו בניו, דנהי דאיך זכ"י בקבר, מ"מ **מאחר** שדין הוא בדיני ירושה דהאי ע"י זכ"י **בקבר**, נהי דחזפי' בקבר היא דין מחדש כהל' **ירושיה**, וככל דיני ממונות לא שייך זכ"י **בקבר**, מ"מ מאחר דכאז זכייית מורישם בקבר **לא** הוי הירושי' זוכין בממון זה כלל חשבו

תיכתי תורה בתחלומין רק משום דעבד ונטל (ד) ובלענת האחרונים דלא ס"ל כהנה"ה אלא כאיסורא. אך הנה אכל הלואה את סאת המלוה בחיור גמור, שהרי מילווה להוצאה מלוה ולא שייד לומר ככה"ג דאפילו משל יתנה, ולא שייד לומר ככה"ג דאפילו משל תכירי תחייבו וכמו בגולן ומיין, שהרי אכל פרחו, ואחר שאכל כעכ כבר אין אצלו ממון והמלוה כלל, ומה יחבי ממנו המלוה, שהרי מה שהסכים המלוה שזר יאכל את סאתו הרי כמשלכיה לים מדעת, ותו אין ממונו בעולם, ואחרי שאין כאן ממונו אין לו מה שיתבע. ולזה פ"י הגר"ח דהטעם שנתחייב הלואה הוא רק משום שאמר שיפוע, ומאחר שנתן המלוה ממון על סמך אמירתו מחייבתו אמירה זו ולא הריא כדברים בעלמא, אלא כפיסוק דמים במקח דנתחייב חיוב לקיים הפסיקה כיוון שקיבל מכחה דמים מחבירו. ומעתה י"ל דמאחר דכל סיבת החיוב בהלואה הוא רק הפסיקה, וזה עצמו דיך הלואה שנאמר בתה"ק דאחרי שה"י מתן מעות מכה חך פסיקה מחייב לקיימה בחיוב גמור, מה לי פסק סלע המורה סלע ומה לי פסק כ' סלעים תמורת סלע, כשנוהם מתן המעות שנעשה על סמך הפסיקה מחייב את המקבל לקיים מה שפסקו [והוא דכהלואה סאה סתם מתחייב הלואה סאה כפי המידה, ולא כפי שווי דמ"י, ותו רק משום דכך המנהג והוי סתמם כאלו פירשו שכך כוונתם].

(ג) וכן יש נוחלין קב"ד ב' אמרי' דהפכור נוטל פי שנים כמלוה ולא בריבית, וע"ש בקוב"ש אות ש"פ שהביא שו"ת הרשב"א דהריבית נתחייב רק אח"כ וישנה לשכירות מתחילה ועד סוף. ולדעת הגר"ח צ"ל דגמ"י מיידי דעשו חיוב הריבית באופן של שכירות מעות, אך ה"י יכולים גם לחייב הריבית כחלק מעצם חיוב ההלואה ואז ה"י תכפור נוטל פי שנים גם בריבית, ודוחק ונע"ע מ"ש בזה כפי י"ג שם, וע"ש גם בביתר עניין שכירות מעות דהוא שכירות המלוה כפועל ולא שכירות גוף המשותף.

פרק איזהו נשך

פ' ב' י"א דאויף ק' כק' משיקרא דנוטל יותר ממה שהלואה, מ"מ דרי"י הוא קיימי ק' בדנקא כו"י [כיסוד דיוב] נוטל, ואינו נוטל משל הלואה יותר על מה הלואה, ויבואר גם יסוד פוגיא שהלואה, שהרי אם יפוע הלואה פחות מסאה דר"פ דזרב, ודברי המהר"א דה"י הרי לווה רשע ולא ישלם ולא פרע אכתי ק"י רביית פ"י פ"ב].

(א) מכואר בנמי דהמלוה ק' פרוטה בעד ק' ואח"כ נתקיידו למ"ד דאולתן כתר בסוף הרי רבתי דאורייתא, ולמ"ד בחר מעיקרא הוי רבתי מדרבנן.

ושמעתי מקשין בשם ג"א שלטי"א כיצד שהי שייד לומר דהוי רבתי כבה"ג, שהרי בלוח סאה חיוב ההלואה עצמו הוא להחזיר סאה כפי שקיבל, וכ"י שלא פרע סאה שלימה הוי בכלל לווה רשע ולא ישלם ואכתי לא השלים פועל הקרן, ורבית הוי רק כשמוסוף יותר ממה שקיבל [אח"כ ראויה כן כפי חידושים וביאורים ב"מ רס"י כ"א יעו"ש].

וחוכך הקוריא דהנה זה ודאי דנתקייקור חשיב שפועל יותר ממה שקיבל. שהרי הדין הוא דכל דבר נמדד שווי לפי כמה כסף הוא שורה ולא לפי כמה חישין הוא שורה וכמבואר ב"מ ר"פ הוה. וכמו דבשאר חפצים לא נמדד שוויים לפי החישין כך גם סאה חישין לא נמדד שווי' בחישין אלא לפי שווי הכסף שבה. ואפי' בהפקיד סאה חישין ונתקייקה חשיב דמחזיר הנפקד יותר ממה שקיבל, רק דכפקדון ודאי הייתור שמתחזר הנפקד שייד כד"ן למפקד, שהרי יזידי אחיקר, ואין זה כנטול מדי' מהנפקד, ור"פ. ודעת אחר גידול שליטי"א דהסבירא הפשוטה דתוכן עניין הלואה שגאמר בתה"ק הוא דמה שמקבל הלואה גורם שיתחייב לפרוע אותו דבר שקיבל, וזה יסוד החיוב דההלואה עצמה ככל מקום, ומאחר דקבלתו סאה מחייבו מדין הלואה לפרוע סאה א"כ מה שנוטל המלוה התחייקרות, נהי

כבא מציעא' ס :

באותה שעה ללוקח כדמכח מהסוגיא וכ"כ הנהגה"מ ר"ג סק"ז. וטעם חיוב המוכר ליתן דווקא מאותנקי חדשה או חיטין ולא דבר אחר כאמור אינו משום דנקנה החיטין ללוקח, אלא משום דמאחר שכך פסקו, כשממשך הלוקח התפץ וקנאו, נמחייב המוכר בפסיקה חיוב גמור וחייב למלא כל מה שפסקו, אם חיטין חיטין ואם שעורין שעורין.

והרו דוקא כשנמשך התפץ ונקנה או מהחייב המוכר בפסיקה, אך אם לא משך הלוקח את התפץ, וכבר שילם דמיו, במה שמשך המוכר הדמים, אע"פ דאפשר שקנה גוף המעות, קניינו במעות לא מחייב לקיים הפסיקה, ולא חייב ליתן התפץ שפסקו עליו, רק דאם לא נתן התפץ וראי צריך להחזיר מעותיו של הקונה.

והרו פי' הסוגיא דהחב קונה את הכסף, ואמרי' בגמ' דה"ק דהחב מחייב את הכסף, דהיינו דמשיכת החב מחייבת לקיים מה שפסקו ליתן כסף, וחייב ליתן לו כסף זה שפסקו עליו ואינו יכול ליתן שום דבר אחר דהכסף שפסקו נעשה של המוכר דהמשיכה חייבה בו את הקונה. אך הכסף אינו קונה את החוב, דהיינו אם נתן כסף אינו מחייב הפסיקה שפסקו ליתן החוב, רק צריך המוכר להחזיר לו את שלו שלא יחא גולן, ואם אין לו מעט יכול לפרוע אף טובין.

ולכא' מוכח מכאן דחיוב פריעון הלוואה אינו רק משום הפסיקה ודלא כהגמ"ח, שהרי בנתן כסף אין מתן המעות מחייב את קיום הפסיקה ולשיי' הש"ך דהמעות הלוואה חייב מ"מ להחזיר מעותיו, ואע"ג דלא היתה פסיקה שיחזיר מעותו, ומה שפסקו לא נמחייב בו. ובכל הלוואה איכא רק מתן כסף ולא קניין חפץ, ומבואר דדוקא קניין חפץ מחייב בפסיקה ולא מתן מעות.

ח) ואין לומר דהכסף אינו מחייב בפסיקה רק היכא שניתן בחזרה תשלומין על החפץ, וכדהלוואה אינו תשלומין, דהנה עיי' כשלא היו החיטין בעולם ולא נקנו

הרויה היוקר, ומה שתובע מהלווה לפצותו על מה שהי' יכול שמועותיו יהיו בחיטין ויריית היוקר ובגלל ההלוואה לא הרויח כן, והו' מש' שכל בטלת מעות והו' אנו נטר ורכיב גמורתו.

(ו) והסתפקות הגמי' אי אוליין בתר מעיקרא או בתר כסוף, הנה לפי הצדדים פשוט דאיסור רכיב תלוי בשעת הפסיקה, רק דהצד דאוליין בתר כסוף ס"ל דלכבי אסור רכיב דתלוי ברייח המלווה, מאחר שאין לו שום הנאה מהחוב עד שעת פריעון, ואין לשום שווי החוב שמתחייב הלווה כפי שווי בשעת פריעון, דהיינו כשכעת מתחייב הלווה ליתן סאה חיטין של שנה הבאה, ככל כעת אמרינן ששווי החוב שמתחייב הוא כפי שער החיטין של שנה הבאה, ואם כשנה הבאה חזינן דנתייקר החיטין, אמרינן דהוכרח למפרע דכשעת הפסיקה כשהתחייב סאה חיטין של שנה הבאה התחייב חוב היוקר יותר ממה שקיבל, וסאה חיטין של שנה הבאה נסאה חיטין של שנה הבאה חוב יותר מסאה דהשאה שקיבל.

ולדאצד דאוליין בתר מעיקרא בשעת הפסיקה שיימינן החוב לפי שער החיטין ועכשיו דהשאה, ואם נמחייב סאה חיטין ועכשיו השער נסאה חיטין כסלע, אמרינן דכעת החוב שווה סלע, דהסאה חיטין שיש למלווה אצל הלווה שווה סלע, וכפסיקה לא חזינן רכיב כלל, דנתן סאה ששווה סלע, ונתחייב סאה דשווה כעת ג"כ סלע, ואם אח"כ נתייקר, לא אמרינן דהו' מוכר למפרע את שווי החוב דשווה כפי שער פריעון, אלא החוב נישום כפי רכיב כעת, וכתחילה חוב הסאה הי' שווי סלע, ואח"כ נתייקר החוב ונעשה שווה ב' סלעים, ואין בזה רכיב דאורייתא כיוון דכשעת הפסיקה הי' שווה החוב סלע כפי שקיבל, אמנם רכיב דרבנן אינו כ"י כיוון דס"ס פורע יותר משקיבל [וכדא יתבאר היטב גם רישא דהסוגיא].

שיעשה פסיקה המחייבתו לפריע יותר ממה שקיבל. וכמו שכפוסק סלע על ב' סלעים היו פסיקה המחייבת לפריע יותר, כך גם פסיקה סאה כסאה היו פסיקה המחייבת יותר אם מתייקרים החיטים. דגם סאה חיטין נישומה לפי שווי הכסף ולא לפי שווי בחיטין, וכמו כל שאר החפצים, ובודאי אם נתייקר מצד שקיבל, ומרינא חייב להחזיר סאה שלמה, דכפחתה מזה לא החזיר את קדן ההלוואה, ולא קיים את חיובו למלווה מצד שקיבל סאה וחייב להחזירה ולא כהרות רכיב דמתחייב יותר ממה שקיבל. ולכן מה שנוטל המלווה את היוקר חשוב דנוטל מדלילי' ולא משל הלווה וכמו בהפקודי. אך למשנטי' כהנהגה"ח ברצת הגמ"ח אין שום חיוב מרינא על הלווה מלבד מה שפסקו, ויכול לפסוק כמה שירצה, וכמה שייפסוק זה חיוב ההלוואה ואין חיוב אחר מלבדו ומאחר שכן אם פסק לפריע יותר ממה שקיבל, דהיינו סאה לפי היוקר, מרחיב חיוב דההלוואה, ודילי' הוא נוטל. שהרי אין מרינא דההלוואה, וליטול דוקא סאה, וגם שום דין בהלוואה ליטול הוא נוטל. שהרי אין כפריע פחות מסאה חשיב כפריע כל הקדן ולא היו' לוה רשע ולא ישלם, דאם זו היתה הפסיקה זהו כל חיוב ההלוואה ותו לא מויד, ולכן אם החיטין מתייקרים מחייב לעשות פסיקה דחייבו לשלם פחות מסאה אלא רק לפי ערך הדמים, ולא נגרע בזה זכות המלווה

לפי ערך הדמים, ולא נגרע בזה זכות המלווה לפי ערך הדמים, ולא נגרע בזה זכות המלווה [ואם יטען המלווה שאם הי' משאיר החיטין אצלו הי' מרויח ולכן ראוי לו לקבל סאה כפי היוקר, הי"ז ממש שכר המתנת מעות, שהרי מלבד לקנות חיטין במעותיו הי' יכול לעשות בהן שאר פוקמטיא ולהרויח הרכה, וכעת שלא קנה חיטין, שהרי הלווה חיטין, הרי לא

שחפצים בגופו בדוקא, ולכן נתינתו יכולה דבר בעין, והיכן נמצא ממון הפועל שייחל לחייב בפסיקה דבר מסויים. וכשקונה זהב לשכור את שלל מיד בעה"כ ונגם בדאיכא בכספ ורמי הכסף ניתן בחוזה תשלומין לחוד שבת צ"ע טובא אי הוי של הפועל אמילין. עכור שחפץ בגוף הזהב, ולכן משיבת הזהב מתייבת הפסיקה על הכסף ודוקא מאונקי קמייהו, ובקונה פירות ומשלם בזהב, הזהב דודאי נחתיב בפסיקה, רק נחתיב על חלק הפסיקה שישלם כפי שוויות הפעולה, אך על חלק הפסיקה שישלם דוקא בחישים ולא בכרב אחר כזה לא נחתיב כיוון שגם לא קיבל דבר מסויים ונבוקוב"ש ב"ק קמ"ד כ' ונתתיב לפועל גם בלא פסיקה והביא רמי מהירור דוקא לחזיר כשורי הממון שקיבל, וחלק זה שפיר מחתיב המוכר כשקיבל הכסף, ולכן יסוד כו חייב להחזיר שורי המעות שקיבל

במהני ס' כ"ב.

(י) ע"י במחניא דיני רבית ס"י כ"ב ש"כ דאם המלווה במשכנתא אוכל פירות משדוהו דהלווה ברבית, אם מחה הלווה וממשיך המלווה לאכול שלא מדעתו הוי גזל ויצא בדיננס. אך כ' דבהלווה ק' פרוטות בשורי דנקא, ונתקקרו ונעשו פ' פרוטות בשורי דנקא, והלווה רוצה לפרוע רק פ' פרוטות דהכ' הנותנת אית בהו איסור רבית מדרבנן, אם המלווה גזבה את הכ' הנותנת שלא מדעת הלווה אינו עובר בגזל, ואין מוציאין ממנו דהוי רק אבק רבית אך לא גזל. וכ' הטעם דכמשכנתא אוכל ממנו של לוה, אך כק' פרוטות ק' שלו הוא נוטל, שהרי יהיב לי ק'. ולכא"י צ"ב שהרי כמשכנתא קצץ בשעת ההלוואה שיאכל פירות משרה הלווה, ולולא איסור רבית ה"י חל קציצה זו, מדין שכירות מעות [או מדין שנתייב הלווה בפסיקה מעת שקיבל מעות והתגד"ח כמשנית לעיל]. ואם השכיר חפץ בהזתר ודאי כשגזבה דמי השכירות שלו הוא נוטל, וה"י שהשכיר מעו שלו הוא נוטל, רק דאחרי דאיסור רבית מפיקי החיוב מהלווה, אחרי דאינו מחוייב הוי גזל. וכן גם כפי הנותנת ידא גזל דס"ס פקע חייב הלווה להחזיר לו.

שחפצים בגופו בדוקא, ולכן נתינתו יכולה דבר בעין, והיכן נמצא ממון הפועל שייחל לחייב בפסיקה דבר מסויים. וכשקונה זהב לשכור את שלל מיד בעה"כ ונגם בדאיכא בכספ ורמי הכסף ניתן בחוזה תשלומין לחוד שבת צ"ע טובא אי הוי של הפועל אמילין. עכור שחפץ בגוף הזהב, ולכן משיבת הזהב מתייבת הפסיקה על הכסף ודוקא מאונקי קמייהו, ובקונה פירות ומשלם בזהב, הזהב דודאי נחתיב בפסיקה, רק נחתיב על חלק הפסיקה שישלם כפי שוויות הפעולה, אך על חלק הפסיקה שישלם דוקא בחישים ולא בכרב אחר כזה לא נחתיב כיוון שגם לא קיבל דבר מסויים ונבוקוב"ש ב"ק קמ"ד כ' ונתתיב לפועל גם בלא פסיקה והביא רמי מהירור דוקא לחזיר כשורי הממון שקיבל, וחלק זה שפיר מחתיב המוכר כשקיבל הכסף, ולכן יסוד כו חייב להחזיר שורי המעות שקיבל

פועלה פועל לא ניתנת לבעה"כ בחזרה תשלומין אלא בחזרה המקח עצמו, ואעפ"כ אינה מחייבת הפסיקה. ממון מלשותו מכה שפסק כן עם חבירו כשהוציא הממון מחתיב חבירו בפסיקה. ואפי' באומר לחבירו דרוק מנה לם ואחתיב לך חל עליי החיוב מכה הפסיקה, וכ"ש כשנותן המעות לחבירו וכמשנית לעיל בדעת הגמ"ת. רק הנה נתבאר לעיל דעת האחרונים, וכן כפישות נ"י מסוגיא דפ' י"ג וכמשנית לעיל, דבנותן מאה אינו יכול לחייב פסיקה של מאתיים, דמתן מעות אינו יכול לחייב לחייב בלי גבול, אלא כפי גדל הנתנה ומתנה כד' יש ככוחה לחייב, ואם פסקו יתור שאריות הפסיקה הוי ככאלו לא ה"י כנתנה מתן מעות, ורק כנגד מנה א' מהפסיקה ה"י מתן מעות ורק כו נחתיב הפוסק, ובמנה השני שלא ניתנו כנגדו מעות לא נחתיב, והיא סברה ברורה לענ"ד.

ולפ"ז י"ל דאם פסקו ליתן דוקא חפץ מסויים, אם כנגד הפסיקה משל הלווקח חפץ מסויים כפי חפצו, מאחר שקיבל חפץ כרצונו מחייבת קבלת החפץ במה שפסק ליתן חפץ מסויים. אך אם פסק ליתן חפץ מסויים וקיבל רק מעות דאין חשיבות לגופן כלל והוי רק שוויות בעלמא וכח קני' של מה שחפצו אך לא חפץ מסויים דצריך לו, ונתנה כו י"ש בכוחה לחייב רק שוויות בעלמא, אך אין בכוחה לחייב ליתן דוקא חפץ מסויים שדוצה בו, שהרי גם הוא לא קיבל דוקא חפץ מסויים, דהנתנה אינה יכולה לחייב כל דבר אלא רק כפי ערכה ואיכותה.

ובזה יוכן היטב כל הסוגיא בעזה"ש"י, דבאמת זמן כל החילוק בין טבעא לפירא, דטבעא פירושו דהוי רק שוויות כבלמא ולא דבר שיש חשיבות לגופן, ולכן נתינתו יכולה לחייב בפסיקה רק שוויות ממון בעלמא ולא חפץ מסויים, ופירא הוי דבר פועלה פועל לא ניתנת לבעה"כ בחזרה תשלומין אלא בחזרה המקח עצמו, ואעפ"כ אינה מחייבת הפסיקה. ממון מלשותו מכה שפסק כן עם חבירו כשהוציא הממון מחתיב חבירו בפסיקה. ואפי' באומר לחבירו דרוק מנה לם ואחתיב לך חל עליי החיוב מכה הפסיקה, וכ"ש כשנותן המעות לחבירו וכמשנית לעיל בדעת הגמ"ת. רק הנה נתבאר לעיל דעת האחרונים, וכן כפישות נ"י מסוגיא דפ' י"ג וכמשנית לעיל, דבנותן מאה אינו יכול לחייב פסיקה של מאתיים, דמתן מעות אינו יכול לחייב לחייב בלי גבול, אלא כפי גדל הנתנה ומתנה כד' יש ככוחה לחייב, ואם פסקו יתור שאריות הפסיקה הוי ככאלו לא ה"י כנתנה מתן מעות, ורק כנגד מנה א' מהפסיקה ה"י מתן מעות ורק כו נחתיב הפוסק, ובמנה השני שלא ניתנו כנגדו מעות לא נחתיב, והיא סברה ברורה לענ"ד.

ובזה יוכן היטב כל הסוגיא בעזה"ש"י, דבאמת זמן כל החילוק בין טבעא לפירא, דטבעא פירושו דהוי רק שוויות כבלמא ולא דבר שיש חשיבות לגופן, ולכן נתינתו יכולה לחייב בפסיקה רק שוויות ממון בעלמא ולא חפץ מסויים, ופירא הוי דבר פועלה פועל לא ניתנת לבעה"כ בחזרה תשלומין אלא בחזרה המקח עצמו, ואעפ"כ אינה מחייבת הפסיקה. ממון מלשותו מכה שפסק כן עם חבירו כשהוציא הממון מחתיב חבירו בפסיקה. ואפי' באומר לחבירו דרוק מנה לם ואחתיב לך חל עליי החיוב מכה הפסיקה, וכ"ש כשנותן המעות לחבירו וכמשנית לעיל בדעת הגמ"ת. רק הנה נתבאר לעיל דעת האחרונים, וכן כפישות נ"י מסוגיא דפ' י"ג וכמשנית לעיל, דבנותן מאה אינו יכול לחייב פסיקה של מאתיים, דמתן מעות אינו יכול לחייב לחייב בלי גבול, אלא כפי גדל הנתנה ומתנה כד' יש ככוחה לחייב, ואם פסקו יתור שאריות הפסיקה הוי ככאלו לא ה"י כנתנה מתן מעות, ורק כנגד מנה א' מהפסיקה ה"י מתן מעות ורק כו נחתיב הפוסק, ובמנה השני שלא ניתנו כנגדו מעות לא נחתיב, והיא סברה ברורה לענ"ד.

תמורת החיטין, ומאי שגא, ואם אין לו חיטין אינו יכול לחייבו ליקח חיטין דהחייב לטרות ליקח באין לו אינו יומר מחייב פועל שיכול לחזור בו, וישלם מענת וכ"כ בחזו"א הל קידושין סי' מ"ד ס"ק א' ע"ש בתוספת ביאור, וש"ר שם כסי"ק ד' שפטר בעיקר הסוגיא ד"ר"ע הוזה ובחילוקין בין טבעא לפינא לעניין לחייב הפסיקה יעו"ש היטב והלעני"ד כתבתין. ואם יפסקו להדיא להתחייב תמורת הטאה דמי סאה, בין דמים כפי שתתייקר בשעת פירעון בין כפי ששווה כעת, הכל לפי הפסיקה, וכמבואר לקמן ע"ה א' דבקץ ל"י הכל לפי קציצתו.

וראייתו לת"ח א' שליט"א שונתפן א' דין הלואה לולא איסור רכית בקיבל טאה מחייב להחזיר טאה או רק דמים כפי שהרמה שווה הטאה בשעה שקיבל, ולעני"ד שפיקו צ"ע, דבין אם ס"ל דחייב השבת הלואה אינו מכה הפסיקה, ובהחייב והס"ד כמתנ"א, ונתפסק מהו עיקר דין החזרה כזה, ובין אי ס"ל דהחייב רק משום הפסיקה ונתפסק בלא פירשו מהו סתמא דמילתא בהלואה טאה, בכל גוונא נ"י פשוט דבקיבל טאה מחייב טאה בין הזקרה בין החולה, שהרי על הצד דנחייב דמים בשווי הטאה שקיבל, אם החולה אח"כ הטאה ומשלם דמים בשווי הטאה שקיבל, פשיטא דאין כזה רכית [ודן אם אמר דנחייב טאה כפי המידה, וכעת מוסיף על חייבו דמים להשלים לשווי הטאה כשעה שקיבל כזה יש להסתפק אי חייב רכית וכמ"ש במתנ"א סי' כ"ז דאפשר דשרי דאין טעם ההוספה משום אגו נטרן]. וא"כ אין הכנה כלל מדוע אמרין לקמן ע"ה א' דבלא קץ ישלם רק טאה כפי המידה אפי' החולה, ועי' שו"ת ריב"ש סי' שצ"ז רכ' מוה"ר טעמא דזה דבר פשוט דבסתמא מחייב טאה כפי המידה ואין להסתפק בזה [ונ"י ריש עור ראית לזה ואכמ"ל].

וראייתו לת"ח א' שליט"א שונתפן א' דין הלואה לולא איסור רכית בקיבל טאה מחייב להחזיר טאה או רק דמים כפי שהרמה שווה הטאה בשעה שקיבל, ולעני"ד שפיקו צ"ע, דבין אם ס"ל דחייב השבת הלואה אינו מכה הפסיקה, ובהחייב והס"ד כמתנ"א, ונתפסק מהו עיקר דין החזרה כזה, ובין אי ס"ל דהחייב רק משום הפסיקה ונתפסק בלא פירשו מהו סתמא דמילתא בהלואה טאה, בכל גוונא נ"י פשוט דבקיבל טאה מחייב טאה בין הזקרה בין החולה, שהרי על הצד דנחייב דמים בשווי הטאה שקיבל, אם החולה אח"כ הטאה ומשלם דמים בשווי הטאה שקיבל, פשיטא דאין כזה רכית [ודן אם אמר דנחייב טאה כפי המידה, וכעת מוסיף על חייבו דמים להשלים לשווי הטאה כשעה שקיבל כזה יש להסתפק אי חייב רכית וכמ"ש במתנ"א סי' כ"ז דאפשר דשרי דאין טעם ההוספה משום אגו נטרן]. וא"כ אין הכנה כלל מדוע אמרין לקמן ע"ה א' דבלא קץ ישלם רק טאה כפי המידה אפי' החולה, ועי' שו"ת ריב"ש סי' שצ"ז רכ' מוה"ר טעמא דזה דבר פשוט דבסתמא מחייב טאה כפי המידה ואין להסתפק בזה [ונ"י ריש עור ראית לזה ואכמ"ל].

יב) וזהו כנ"ט שם הביא הגמ' לקמן ע"ה

ואם הלואה בסתם טאה בטאה החולה משלם רק טאה וא"צ ליתן הדמים כפי שווי הטאה יומר מטאה אינו רק משום שא"צ לחייבו יומר מטאה אינו רק רכית, אלא דינא הוא דאינו חייב יומר הלואה ליתן טאה שלמה חייב לכ"ע מדין הלואה ליתן טאה שלמה. כשור"י כעת רק משום איסור רכית נתן כפי הרמ"ם שהיתה שווה הטאה בשעה שקיבל. וחזקו אם חייב הלואה הוא ליתן דוקא הפיצא וטאה חייב ממש, או דהחייב רק ליתן דמים כשור"י הטאה, וכ' דנ"י דחייב להחזיר דוקא חפצא דטאה דטאה חייבין. וכ' דאם נאמר דחייב דוקא חפצא דטאה חייבין אי"כ קשה כיצד לעיל כתר כסוף הרי רכית מה"ת ותי' כמשנ"ת לעיל ברעת ההג"א, ואם נאמר דחייב רק דמי טאה כפי שהיא שווה עכשיו א"ש הא דהוי רכית דאורייתא.

זכעניותו לא הבנתי דברי רבינו הגדול זצ"ל, דאין זה תלוי כלל אם חייב ההלואה ליתן דמים בשווי טאה כשור"י עכשיו בשעת הזיקה או חייבין ממש, דכלל גוונא אם חייב כן דזהו קודם ההלואה ודין הלואה שופיע מה שקיבל בין בחייבין בין בדמיהו, אינו מוכרן מדוע הוי רכית, ואם החייב רק מצד הפסיקה אי"כ בכל גוונא שפיר הוי רכית וכמשנ"ת לעיל.

ולמשנ"ת לולא איסור רכית הכל תלוי בפסיקה, ובחלילה טאה סתם אמרין שהלואה על דעת המנהג, והוי כפירש בהמתנה, והמתנה דמחייב חייבין ממש, ואם יש לו חיטין ודאי יכול לכופר ליתן לו חיטין דזקא ולא מענת, דנתינת חפץ מסויים מחייב חפץ מסויים ומסתבר דזה לא רק במקום דמחייבו שעורין תמורת החיטין [דזה הדין המפורש בגמ' דארנקי חרשה, וכמ"ש הנ"י שם], אלא גם בהלואה שבא לחייבו חיטין

מסכתו דחייב הלואה להחזיר טאה כפי שקיבל ולמסקנא ס"ל כהר"ה וכמשנ"ת לעיל בתר"כ], דדין הלואה הוא דהלואה חייב ליתן טאה שלמה כפי שקיבל לא רק מכה הפסיקה אלא כך הוא דין הלואה דחייב להחזיר את שקיבל ובלא זה הוי לוח רשע ולא ישלם לעור לא פירע הקרן. והנה היכא דנחייב הלואה כ' חייבים, דאי קרן ההלואה והי' משום שכירות מענת, הנה את החייב משום שכירות מענת התורה"ה אסרה לעשות כלל חייב כזה, ולכן כיוון שכל עיקרו נחייב באיסור, משום האיסור פקע לגמרי החייב, דהתורה"ה לא מסכימה לו, ואם נטל המלואה שלא מדעתו הוי גולן.

עוד בסוגיא דר"פ א"ג.

יא) ע"י הג"א בריש פירקין שהביא דברי המרדכי דלדינא או בתר כסוף, ועצ"ג אולנין בתר מעיקרא או בתר כסוף, ועצ"ג דהרי קיי"ל בכל דוכחא דסב"ס הוי מדרבנן. וי"ל דההג"א סבר כההדרושם ובארורים וכתס"ד דהמתנ"א דחייב הלואה לעולם להחזיר טאה שלמה ולא רק משום הפסיקה, והוקשה לו כפי שהוקשה למתנ"א כיצד יתכן דלצד דאולנין בתר כסוף הוי רכית מה"ת, הוכרח לתרן דסוגיין לנזמן דיעת כמטכשומ דאין שום חשיבות לנזמן בקיבל ק' פירוטות דשוו דנזא השוויות דכזה בקיבל ק' פירוטות דשוו דנזא נחייב בשווי דנקא, ולא בחפצא דק' פירוטות, ולכן בנתייקרו הוי רכית. אך בחפץ שנתחייב טאה חייבין ומחזיר טאה לעולם ליכא רכית מה"ת, וזה נלעני"ד האמת ברעת ההג"א אלא דנצטערתי זמן רב דהוקשה על זה קושיא עצומה דבר"פ הוזה מכואר דבהלואה מטבע זהב על מטבע זהב הוי רכית מדרבנן וכטאה כטאה, ואילו לההג"א הוי ספק איסור דאורייתא, ובחסדי שמים מצאתי בחי' הגו"כ"ש השלם הנלמ"ח כסוף בי"ט שפ"י כן ברעת ההג"א ויישב הקושיא שהקשנו לפי ש"י רב דאי גאון דס"ל דלמ"ד הוזה הוי פירא הוי פירא ממש לכל דבר ואינו נחשב כמטבע כלל. משא"כ פירוטות נחושת דודאי הוי מטבעי ודיעת אנישי רב על שוורן ללא על גופן ולכן בהלואה ק' לא מחייב דזקא ק' אלא רק לפי השווי.

אך בהלואה ק' פירוטות בקי ונתייקרו, באמת אין כאן רכית כלל, דחייב לשלם כל הקי' אע"ג דנתייקרו משום דזהו פירעון הקרן עצמו, ואין כאן שום חייב כנוסף לקרן. רק חכמים גזרו דכיוון דנתייקר מחזי כרכית. אך הנה החייב לשלם ק' הוא עצם חייבו הקרן, וא"א לומר דאין התורה"ה מסכימה שישלם הקרן ויחזיר מה שקיבל, דאין יסוד החייב לשלם ק' באיסור, דחייב כן כרי' שלא להיזהר גולן על ממון המלוה. ולכן אי"א ל"י דמשום איסור רכית פקע החייב לשלם ק'. רק דבאמת מצד משפטי הממון חייב ק' דמהיכי תיחי שיפטר לחחזיר הקרן שקיבל, רק גזירת חז"ל משום מחזי כרכית שלא ישלם אלא פ'. אך אם תקף המלוה וגבה ק' עבר רק על גזירת חז"ל אך ודאי אינו גולן דאינו נוטל רכית יומר מהקרן אלא רק הקרן עצמה ולא יתכן שאיסור רכית יגרום שנפקע ממנו לגמרי הזכות לתבע הקרן גופא.

ובסיומם דבריו הקי' המתנ"א על עצמו, דלכרי' אין הבנה לגמ' כסוגיין דעל הצד דאולנין בתר כסוף בהלואה ק' בקי' ונתייקרו הוי רכית דאורייתא. שהרי משלם רק הקרן ולא אגו נטר, ובהקושיא שהבאנו בתחילת דברינו. ומש"ה חזר בו המתנ"א

כאלו נשללה ממנו לגמרי האפשרות להנות. והבא נמי, מכיוון דנשללה האפשרות לגבות ממילא זכה בו הלוח, ומה שאח"כ עבר וגבה הוי כגול וחייב להחזיר אף לאכ"י, ומכאן דהאמת דהלוח מסכים לשלם גם לולא שה"י חייב.

וּלְפִי' דְּהָךְ הַחוּס' דמאחר שנתן מרעמו הוי המעות הלזווא גב"י, והורעו דרכ"ח פליג על הסוגיא דתמורה וס"ל דהלוח אינו נותן לשם מתנה גמורה אלא רק משום חיוב שכירות המעות, ואם ה"י יודע שאינו חייב לא ה"י נותן ולכן הוי גול ונבוקשיית החוס' דמכיוון דהוי הלואה גב"י אינו גובה מן הוורשיין דמצ"פ א"ג מדי"י, הך הגרע"א דקיימ"ל דמצ"פ גובה מן הוורשיין והו"ל להחוס' להקי' עריפא מיני' דאע"ג דגובה מ"מ זה רק בהניח אחריות נכסים והכא מיירי שהניח מעות שהן מסלסלי, ומסלסלי דיחמי לא משתעבדי, וע"י כמאורי הובא בשמ"ק דכ' דהא דמצ"פ גובה מן הוורשיין זהו משום נעלת דלת למאי דקיי"ל דשנברא לאו ראורייתא וכן ש"י החוס' דהכי קיי"ל, והו שייך דקא בהלואה אך לא כגול ורכיית, ולכן לדינא כגול אינו גובה מן הוורשיין, וא"כ איש דכרי החוס' דהקי' אפי' אם הניח אביהם אחריות נכסים].

(ב) וע"י כטי' סיו' כשי"ד ס"ק ה', ובתורה"מ שם ס"ק ה' דזה דבר כרוך דמקח טעות הוי המעות הלואה גב"י ולא גול. ואע"ג דודאי הלקוח לא נתכווין לימן המעות במתנה גם על הצד שאינו מחוייב בפריעון החטולם עבור המקח, ושלם רק משום דסבר דחייב בחטולם המיקח, ומ"מ נהי דאחרי שנמצא מום במקח נתכשל למפרע, ונמצאו המעות ביד המוכר שלא כדן, אפי"ה הוי רק הלואה גב"י ומותר להשתמש בהן ולא כגול.

והטעם נלע"ד דהנה במקח טעות אסור הלקוח להשתמש בהפך שקנה אחר שנמצא המום, דמעשה נעשה פקדון אצל, רק

ושימון עליו נש"י. וע"כ מודע נקטו החוס' לקושייתם בפשיטות דהלוח רוצה לשלם חרביית אע"ג דאינו מחוייב, שהרי אם משלם מסוים וסבר דמחוייב ה"י מתנה בטעות והוי מל כמו שכתבו בחירצנס, ונהי דהנה מוכר א מצונוא תמורה דלפני שידע מודעת הפסוקים אכל דלאכ"י רס"ל דאי עכ"ד מהני רכיה קצוצה אינה יוצאה בדיינים, וע"ע מודע אינה יוצאה שהרי הלוחה שלם הרבית משום דס"ל דהתורה ציוותה שלא לשלם חוב זה דא"כ הוא פטור והוי מתנה בטעות ויש להוציא הרבית בדיינים משום דהוי גול כדן, גם כלא הסברא דאי עכ"ד לא מהני, ומוכרח מה דהאמת דהלוחה נותן הרבית במתנה צמורה אף אם אינו מחוייב מדין שכירות המעות, ורצונו שתמיד ימצא ללוות כמ"ש חז"א"ש כאן, או דעת כנ"א דמן הוישר לשלם לללוה עבור בטלת המעות, דהמלוה ה"י יכול להשתכר בהם כפרקמטיא, ויורה על מה שיהי' יכול להרויח, וכמקומו השתכר בהם הלוחה, ומן הויך שיפצהו על הפסד זה.

וה"י אפשר לדחות, דלאכ"י דאי עכ"ד מהני, א"כ כשנתחייב הלוחה מדין שכירות מעות שפיר חל החוב, רק דתמורה אסורה לגבותו, אך אינו נפקע. ואחרי שעבר המלוה על הלוחה, ולכן מכיוון דאי עכ"ד מהני, זכה המלוה ונעשה שלי. אך באמת אינו נראה דאחרי שאסרה התורה"ק לגבות חוב הדבית נהי' זנפקע החוב לגמרי וכאלו נמחל, דהלוחה א"ע מעשה קניין לזכות בחוב, כיוון דא"ע הוצאה מרשות המלוה והכנסה לרשותו, וסגי בגמירות דעת המלוה שלא לגבותו כדי שיזכה בו, ואם התורה"ק ציוותה שלא לגבותו הוי כגמחל. וקצת דמייך יש להא דאמרינן דאיסור הגאה אינו שווה פרוטה, ולכא"י אפשר ל"י דאם רוצה לעבור ולהנות הרי יש בו שווה פרוטה, ויכול גם למוכרו באיסור, וחזינן דאחרי שאסרה התורה הוי לגבי דיני ממונות

ס"א א', כעניין **אם קנה המלוה דריבית ואם מדני מדולד בריבית.**

(א) ע"י ב"ק ק"יב א' דהניא 'הניח ל"ח אביהן מעות של רבית, אע"פ שיוודעין שהן של רבית אך חייבין להחזיר, אמר רמי בר חמא דאי רשות יורש כרשות לוקח דמי, רבא אמר לעולם אימא לך רשות יורש לאו כרשות לוקח דמי, ושאי הכא דאמר קרא אל תקח מאתו נשך ותרכיב ונברשב"א כ' דהכונה לסוף הפס' והי אח"ך עמך. ועי' ד' לנרס וכו' אהדר ל"י כי היכי דתחי בחדן לדידי, קא מזהר ל"י רחמנא לברי' לא מזהר ל"י רחמנא" ע"כ הגמ'. וע"ש בתורה"א ע"פ וי"ל דהניח מדקדק מינה דכרשות לוקח דמי, דאפי' לאו כרשות לוקח דמי א"ש דפטורין כיוון דמרעט נתן לו ליחנה גב"י בתורת גזילה אלא בתורת הלואה ולכך אין חייבין להחזיר דמלוה ע"פ אינו גובה מן הוורשיין. וי"ל דאע"ג דמדעת נתנם לו אינתיילו גב"י בתורת גזילה דהוי כמתנת בטעות דלא נתן לשם מתנה אלא בתורת רבית ומקרי גזילה בעיני' כיוון שהמעות בעין והוי חייבין להחזיר אי לאו דכרשות לוקח דמי והוי שינוי רשות" עכ"ל החוס'.

וזהו רמי בר חמא דלא דריש ותי אח"ך עמך צ"ע מנא ל"י דחייב להחזיר הרבית אחרי שמתנה לו הלוחה מרעמו כפי שסבר החוס' בקושייתם, וכפי"כ צ"ל דס"ל כרבא בתמורה ו' דכל מה דאמר רחמנא לא תעביד אי עכ"ד לא מהני וע"ש כסוגיא דה"י ס"ח דרבא דס"ל אי עכ"ד לא מהני משי"ה רבית יוצאה בדיינים ואכ"י דס"ל דמהני ס"ל דאינה יוצאה בדיינים. ומסקי דהמלחוקת אי רבית יוצאת בדיינים תלוי' בדרשת הפסוק ולא בסברות אלה].

ולא עכ"ד לא מהני א"כ החוב שחייבו לשלם הרבית משום שכירות מעות לא חל כלל. דרחמנא אסר עצם הטלת החוב דמתב לא

(ג) וע"י דף ס"ב א' אמר רב ספרא כל שאילו כדדיניהם מוציאין כ"י וכללא הוא והוי סב"ס כדדיניהם מוציאין כ"י א"ל אינהו בתורת פקדון אחא לדי'. וע"כ השקלא וטריא. ולמשנ"ת לעיל דעת הר"ה"ה איז שפיר דריטב, דהמקשן סבר כמו שנכתבו ברעת הגר"ח דבסאה כסאה נוטל המלוה יותר משל הלוחה דפסק לפרוע לו יותר ממה שקיבל. ומתריצין דאינהו סבירא להו כסברת הג"א שליש"א שהכבאו לעיל דהלואות סאה מחייבת סאה שלימה מעיקר חיוב החלואה, דכל שלא החזיר סאה אכתי לא השלים קרן החלואה, ואם כן אם התייקר היוקר של המלוה, דדילי' אתייקר, שהרי הסאה שיש לו אצל הלוחה התייקרה, והוי כפקדון ולא חזינן בהו רבית כלל.

(ד) וכזה יכול הטעם דשרי להלוות סאה גורם שיהא העסק בנייהם בצורת פקדון ולא בצורת רבית. דביש לו מחזי טפי כמו שנוראה כדדיניהם והוי בתורת פקדון, ואפשר דהוא הטעם גם בהיות פיסוק על הפירות כ"ש לו [אם כי בפוסק על הפירות אין צריך להגיע לזה דמאחר שעיקר העסק בנייהם הוא מקח מה שיש לו גורם זיהא נראה יותר כמקח, דמתוי קבונה עכשיו ומפקיד, ורק כסאה כסאה שאין העסק בנייהם קניין צריך להגיע למשנ"ת, דהם ממילא סוכרים דמתין סאה גורם שיש למלוה סאה אצל הלוחה ואף על גב דיכול הלוחה להשתמש בה מכל מקום יש למלוה סאה אצל דחייב לו סאה כיוון שכן קיבל, וכ"ש ללוה סאה אמרינן דזו היא סאתו של המלוה דנמצאת אצל הלוחה, ומחזי הכי טפיל].

ואחר זמן מצאתי בעזה"ש"ה בקוב"ש ח"ב בקובץ שמעושת על כ"מ אות כ"א שכתב בעניין זה דכריי מתאימים למשנ"ת לעיל בעזה"ש"ה ע"ש.

וע"י רמב"ן ס"פ גט פשוט זכ' גבי פריעת בע"ח מצווה דאמרי' כחכותב פ"ז א' דמכין אותו עד שתצא נפשו וכמו מי שלא רוצה ליטול לולב, רב"ד יורדין לנסטיו דע"ד דכפינן ל"י בגופו כפינן ל"י בממונו. וכטובה לולב לא מהני שישימונהו בעל כורחו בסוכה או שיגיהו הלולב בידי בע"כ, דבעינן דוקא שיעשה המצווה בעצמו. אך בפריעת בע"ח אינו כן, דהמצווה היא רק משום חוב הממון, ואם יורד כ"ד לנסטיו ונפרע החוב ודלענין דין ממון דפרעון החוב לא אכפת לן אם פרע בעצמו וסגי דבמצויאות בא כספו לכפי"ח ממילא כבר נתקיימה גם המצווה. [אן דנפקע חוב המצווה]. וע"ע בזה בקוב"ש כ"ב אות תרס"ח.

ובמצוות וחי אחיר עמד מאחר דאין חוב ממון, כאמור לא מהני מחילה, ונ"י בפשיטות דגם לא יהני שירדו כ"ד לנסטיו כיוון דרחמנא ציווה עליו מכין אותו עד שישלם בעצמו וכמו בלולב, ואם ירדו לנסטיו הוי כאילו הניחו הלולב בידי בעל כורחו דס"ט הוא לא עשה הפעולה שציווהו הקב"ה ולא יצא דר"ח. וכ"כ בשו"ע יו"ד קס"א סע' ה' דאין יורדין לנסטיו.

ובמצוות צדקה איכא מחלוקת ראשונים אם כ"ד יורדין לנסטיו ע"י בזה בקצ"ח סי' ל"ט סס"ק א', ולדעת הסוברים דלא יורדין הוי כמצוות השבת רבית וכמשנ"ת, ולדעת מאן דס"ל דנחתין לנסטיו וזו משום דס"ל דמצוות צדקה אינה רק ציווי של הקב"ה ליתן צדקה, אלא דהחמ"ק זכחה לעניים שיהא להם חוב ממוני אצל העשירים [ולפ"ז אם הוי מחללים כל העניים שבועלים וה"י נפקע החוב אפשר דה"י נמחל, אך יתכן גם דה"י נוצר מחדש מכה המצווה ליתן צדקה וה"ו מחוייבים מחדש. דכאן החוב הוא תולדה מהמצווה, והמצווה לעולם קיימת. משא"כ בפריעת בע"ח מצווה, דהמצווה בתולדה מהחוב, וכשנמחל חו"ב ופסק החיוב הממוני ממילא גם ליכא מצווה.

לא קניא ליה כלל. וכ"ח דקנו ליה אתר מוח לא קניא דא"כ אז לא ה"י מונה הרבית כרשותם אביהן דא"כ אז לא עשו קניין עכלה"ק כמאי קנו ליה הא לא עשו קניין עכלה"ק וע"ע שם.

הנה לרעת הגרע"א והנהי"מ דרחמנא אקני למלוה את הרבית ורק איכא מ"ע לחחור, י"ל בפשיטות דאחרי דקנה המלוה חרבות לגמרי א"כ אין עליו שום חוב ממון ללוה רק צווי רחמנא איכא ליתן לו הרבית, וכמו צדקה והצדקה וכי"ב, ולפ"ז לא שייך לפסול המלוה ע"י מחילת הלוה. דהנה כ"ז שצומד הלוה במחילתו ודאי אין המלוה חייב לכופו לקבל בע"כ, ומחילתו לגבי חיוב המלוה הוי כאילו נתקבל זהו רק לגבי מה שמחילה הוי כאילו נתקבל יותר, אך ודאי דהמלוה נפטר בזה ואינו חייב יותר, אך ודאי אין זה כאלו כבר קיבל הלוה ממון ממש. ונהו אם יש לא' חוב ממון על חבירו ומוחל, וזה החייב כחוב זה ונפקע החוב, והו"ו אין לבע"ח שום חוב אצלו ואין לו מה שיתכב. אך כאן תביעת הלוה להשיב הרבית אינה משום דיש לו חוב ממון על המלוה, אלא רק משום דהקב"ה ציווה על המלוה להשיב לו. וא"כ במחילתו לא שייך לומר דנפקע צווי הקב"ה, רק דהקב"ה לא מקפיד על המלוה כ"ז שמוחל הלוה, אך אם הודו בו וחובע ודאי כעת מחוייב המלוה ליתן לו מכה צווי התורה"ק.

ד' ובהלואה איכא גם מצווה לפרוע בע"ח [ע"י כחכותב פ"ז א'. וכמה שלא פורע בזמנו ומאחר הפרעון ליכא לאו דעושיק דהוא רק בכובש ע"מ שלא לפרוע לעולם ע"י סמ"ע רס"י של"ט ובקוב"ש ככתובות שס"ן. רק דהמצווה היא אחרי דיש החיובות ממונית או איכא המצווה לקיים החיובות זו. וכשנמחל החוב ופסק החיוב הממוני ממילא גם ליכא מצווה.

ולמשיע"ת ה"י יכול רבא לדחות דברי רמי בר רמא דבאמת הלוה נתן במתנה גמורה, וכמו דס"ל לסוגיא דתמורה בריית אביי, ובקדושיית החוס', רק דמשיע"ת לשיטתו, ועתוס' לקמן עמ' ב' ד"ה רבא.

ג' ע"י בריע"א כאן על חזו"ה לעבור כפי לאוין דכ' ח"ל ד"למ"ד שקיבל הרבית קנה הרבית וא"ע להחזיר בעין אלא דמצווה עליו להשיב דמי' מכה העשה דוחי אחרי עמך, וא"ע להחזיר בעין, כמבואר לקמן [ס"ה א'] גבי גלימא מפקינן מיני' דמכבואר דאם גבה גלימא כחוב הרבית מדינא א"ע להשיב המלימא אלא רק דמי', דמדין וחי אחרי חייב רק החוס', ומבואר דקנה הרבית שנוכח]. דאך דחתוס' ככ"ק [מק"י א'] כ' ולא קנה הרבית דוחי כמו מתנה בשעת היינו להס"ד דהש"ס, אבל למאי דמסקינן שם דהתעם דלדידי' אזהר רחמנא לברי' לא אזהר אמרינן מדלא אזהר לברי' ע"פ דקנה הרבית כשלוקח וזה ברורי' עכלה"ק.

וע"ע בנהי"מ סי' ר"ח ס"ק א' שהביא דברי הרשב"א קדושין ו' דרבית קציעה אף שירצאה כדינינן מ"מ מידי קנאה המלוה ויכול לקדש בה [וע"י חזו"א הל' קדושין סי' מ"ב סק"א שהאר"ל לכאר דכוונה הריטב"א דיכול לקדש דוקא אחרי שגבה, אבל לפני שגבה לא שייך לו' דיוכל לקדש, שהרי אינו יכול לגבות הרבית]. והק' ע"ז מהתוס' ב"ק דכתבו דהרבית היא כגול ולא קנאה המלוה, וה"י כהנה"ק"א דדברי החוס' הם רק להס"ד דהש"ס, אך למה שתי' רבא דרדשינן דקרא דוחי אחרי' ימוכח מקרא דרחמנא אקני ל"י הרבית רק שהחזירו להחזיר כי היכא דנתי' ואין עליו רק מ"ע להחזיר הרבית ומשי"ה בניי פטורין, ומשי"ה אמרינן נמי כיוון דלא אזהר רחמנא דניחא רק משום מצות עשה כי היכא דנתי' ממילא סגי כשמחזיר המעות אף שקיבל חפץ ברכות כי היכא דניחא, דאי נימא דלא קנה ל"י כלל א"כ מהיכי נתיי' לא יתחייבו הירושין להחזיר הא

דכמתת הדין דכסתם פקדון מותר הנפקד לרשתמש, כמבואר בס"י רצ"ב סע"ז וע"ש בש"ד. דכמתת לא קפדי אנשי כלל על גופן אלא רק על השרויות, משא"כ בחפץ. רק דאם גזל המעות באיסור ודאי דקפדי שלא ישתמש בהן, דלגולן לא מחלי אנשי מדין, אך כל שלא הגיעו למעות לידו בגזילה, מותר להשתמש ונעשה הלוואה, וכמו דבפקדון מותר להשתמש בסתמא, אע"פ דלא נתנם לו בחזרה הלוואה, וכמתת מעות מאחר דבשעת המקח ה"י ירדע דהלווקח מחוייב לשלם, וכדין גבה ממנו המוכר, א"כ כניסת המעות לרשותו או לא ה"י באיסור ובגזלנות. ונהי דאח"כ נתכסל המקח ונמצא שהמעות שבידו אינם שלו, מ"מ הוא לא גולם, וגם אילו ה"י נוטל קוף מעות חבירו ומכניסן לרשותו ה"י מותר להשתמש בהן והוי הלוואה, וכמו בפקדון, דודאי לא מקפיד הבעלים שישתמש כיוון דלא אכפת לו כלל בגוף המעות, ואין כאן מעשה גזילה שמתחמתו יקפיד הבעלים בכל מיד.

אך ברכות אינו כן, דלא שייך לומר דמכירתן וכזמן הגבי' לא ידעו מאיסור רבית נחשב דבשעת גבה בחיבה, דאטו מי שאינו יודע שאיסור לגזול ונזיל הוא נחשב דליקח בחיבה ויהי המעות הלוואה גבי', ונהי דהלווה נתן מדעתו זה חשיב דהטענה המלווה בשעת הנתינה עצמה נוסל בחזקה שהוא חייב לו וכמתת אינו חייב לו זהו דאי חשיב כגול גמור ואין לו רשות להשתמש במעות.

וא"א לפרש בחוס' דגם בתחילה סברו דהלווה אינו מסכים לשלם הירבית גם על הצד שאינו מחוייב מדין שכירות מעות, ומשלם רק משום דסבור שהוא חייב, רק דימוהו למקח טעות, ובתיורצט חליקו ממקח טעות וכמשנ"ת, דמלשונם מבואר דלא זה מה שנתחדש בחירוק לעומת הקושיא, אלא שבקושיא סבר דהלווה מסכים ליתן במתנה גמורה ולא רק משום חיובו, וכמשנ"ת לעיל.

לכונתו וכשעבר המלווה ונבאו את שלל הוא זוכה, והה מחודש מאד וצ"ע אך לדידן דאי עכ"ר לא מהני ודאי דליכא לחוב הרבית והוי נתינה כטענת וגזל וכמ"ש בתוס' ב"ק.

(ז) וכרעתה הורא"ש נ"ר כוונתו דכאיסור רבית קמ"ל דהמציעאות דהללוה אינו מוחל ליתן גם אם אינו חייב, ולכן מאחר שבאמת אינו חייב הוי גזל. ודימעה לגזל דלמסקנא אין מחילה כלל. וכן מוכח מהא דדן הורא"ש לכסוף דאפשר דמחילה אף מחילה הרבית לכחילה, דאם מגלה דעתו שנתן אע"פ שאינו חייב הוי אינו גזל, ולפי' הורא"ש משמע מסוגיין דאם אינו גזל יהא מותר, דה"ד דאם ה"י נאמר רק איסור אונאה היינו מחזירים רבית כיוון שמוחל ומסקינן דרבית אסור כיוון דבאמת אינו מוחל. ומשמע דאם ימחל אה"ע דיהא מותר.

(ח) ומסקנתה הורא"ש דאיין להחרי לכחילה לשלם רבית ע"י מחילה הללוה, ונ"ר כוונתו דהנה חזינן במציעאות דהללוה מוחל ליתן הרבית גם אם אינו חייב כדי שימצא חדרי ללוות, וא"כ א"א לומר דאיסור רבית הכתוב בתורה בא להשימיענו דבמציעאות הללוה אינו מוחל. וכע"כ צריך לפרש לדין החנוה הוא דאע"ג דבמציעאות מוחל גזיה"כ דאינו גזיה"כ וא"כ לא מהני שימחל בפירושו, דמ"ס גזיה"כ דאיין זו מחילה, ומאחר דנפקע חיוב הרבית גביית המלווה היא גזילה. אך אחרי דגזיה"כ דהגב"י היא גזל, י"ל דחיוב ההשבה הוא משמע שהוא גזל, רק דנאמרה מ"ע על השבח גזל זה, וכן גזיה"כ לפסור הבנים מהשבה. אך אם מחל הללוה תו אינו גזל וכהו כו המלווה, ולהורא"ש לא נמתדש בשום דוכתא דיצטרך להשיב אחרי שזכה, וגם לא שייך בזה אי עכ"ר לא מהני כיוון שזכה מכה מחילת הללוה שהיא מותרת ולא ממעשה האיסור של גביית הרבית. וצ"ל דמה שמוחל הללוה אחרי הגב"י ביטלה מחילתו, וצ"ע, שו"י ככר"ש כסוף

(ט) והנה דעת הגאונים בע"כ דהללוה מסכים לשלם גם על הצד שאינו חייב ואל"כ הוי מאחר שהפקיעה החוה"ק חיוב הרבית הוי מה ששילם הוא בטעות והוי גזל כמ"ש בתוס' ב"ק קי"ב או לכה"פ במקח טעות, ושפיר איכא למילף מאיסור אונאה, ומה שרקדקו כן הגאונים מסוגיין צ"ע דבגמול חיי קמ"ל דבאמת אינו מחילה וכמשנ"ה לעיל והפסוק דרבית הוא כמו בגמול, וכן חק' כפ"ח אות ה'. ואפשר דהגאונים סברו כן מסוגיא דחמורה דאמרינן דלאכ"י דס"ל דכל מה דאמר רחמנא ל"ה אי עכ"ר מהני משי"ה ורבית אינה יוצאה בריינים, וגם לאכ"י בע"כ צ"ל דחוב הרבית פקע דחוב שאסור לגבותו ממילא נפקע, וכמשנ"ה לעיל, ובכ"כ צ"ל דנתינת הללוה אינה נתינה כטעות גם אם לא חייב.

ולמאי דקיי"ל כרכא דאי עכ"ר לא מהני אפ"ה ס"ל להגאונים דהמלווה קונה הרבית, דמה שחידשה החוה דיינים לגבי חרובית שנבגמה, דהמלווה חייב להחזיר ובניו לא, זה מוכיח דכאן לא הפקיעה החוה"ק חלית מעשית, דאם הייתה מפקיעה לא ה"י שייך לומר דיינים על הרבית שנבגמה, שהרי לא חל גבייתה כלל.

וכרעתה הורא"ש דאיין מחילה צ"ל דלאכ"י לא נפקע חוב הרבית אע"ג דאסור

למילף לרבית וגזל דרבית וגזל מחיל, לגבי גזל פשיטא דרק אם באמת ה"י כתוב בתורה איסור אונאה לחוד היינו טועים לומר דבגמול איכא מחילה, אך אחרי שכתוב גם איסור גזל קמ"ל בזה רבאמת בגמול ליכא מחילה ולכן אסור, והוה לכ"ע. וא"כ יש לנו ל"ו דגם רבית כן הוא, דאם ה"י כתוב רק אונאה היינו טועים ל"י דרבית הוי מחילה וה"י משי"ה מותר. וכמה שהוסיפה החוה"ק לככות איסור רבית קמ"ל דבאמת אינו מחילה ומשי"ה אסור.

והנה מדברי הורא"ש מוכח דלא כדברי הגרע"א והנתה"מ שהובא לעיל. ולשיטתם מדכתוב וחי אחרי עמך מוכח דהחורה הקנתה הרבית למלווה, וא"כ לגבי הנדון אי מהני מחילה לפסור מהשבת הרבית, אין נפ"מ כלל אי הללוה כשפרע הרבית מחל במחילה גמורה או לא. וכן כן ובין כך ה"י נקטה לסלולה מגזיה"כ. ויש רק לדון אי מצעות וחי אחרי היא צווי בלבד דאז פשיטא דלא שייך דמחילה הפקיע המצעות, או דנתחדש מזה חוב ממון וכמו בצדקה למ"ד דאיכא שעבוד נכסים בצדקה. אמנם גם על צד זה נ"ר דלא מהני מחילה, דהחוב ממון הוא בחלודה מהמצעות, ונהי דהחוב ממון נפקע ע"י המחילה מ"מ המצעות לא נפקעה ונעשה החוב מחדש ונ"ע מ"ש בח"י הגרע"ש וכחזו"א על הורא"ש ר"פ השותפין גבי מחילת חיוב כותלן, ולא מצאנו לע"ע מי שסובר דמצעות וחי אחרי מחודש חיוב ממון.

ומדלתה הורא"ש את הנודן אי מהני מחילה לפסור מהשבה בשאלה אי נתן הללוה את הרבית במחילה גמורה או לא מוכח דס"ל דכקרא דחי אחרי עמך לא נחדש דקה המלווה את הרבית ונגם להגאונים ס"ל הכי דאל"כ ה"י ה"ו יפולים ל"י דכרירה גם אם רבית אינה מחילה. ולהורא"ש דלא מחל הללוה ה"י מצעות הרבית גזל גמור ביד המלווה וחייב להשיב כמו גזלן, רק דכמשפ"ב מקיים גם מצעות וחי אחרי, והיא כמו מצעות פריעת

כ"ד יורדים לנסיו לחת לעניים את ששיך להם כדין ולא כדין כפי על המצעות. וצ"ע בקצה"ח דהק' מודע בצדקה יורדין לנסיו ורבית לא. וחי' דמשום דכצדקה נשתעבדו נכסיו, אך הוקשה לו לפ"י דלמ"ד שעברא לאו דאורייתא ובהלואה אין שעבוד נכסים מודע יורדים לנסיו, וכעניינתו נ"ר דהחילוק בין צדקה לרבית אינו משום השע"ע לחוד. אלא דבצדקה זכתה החורה לעניים את ממון העשירים ונעשה עליהם חיוב ממוני גמור, וזה גם הסיבה דנשתעבדו נכסיו, וכן בהלואה יסוד החיוב הוא החיוב הממוני, והמצעות היא רק לקיים את החיוב הממוני, ולכן כיוון דיש לעני ולבע"ח ממון אצלו ודאי כ"ד יורדים לנסיו להשיב את הממון לנסיו, וחו ממילא כבר יצא יד"ח המצעות שהיא רק בחלודה מחיוב הממון. אך ברבית אין ללווה שום ממון אצל המלווה, ולכא על המלווה החתיכות ממונית, ורק חייב לקיים צווי הקב"ה, ובהו לא מהני אם כ"ד עושים המצעות במקמונו, וכמו בסוכה ולולב דכופין אותו עד שיעשה כעצמו. וע"ע בזה במחז"א הל' רבית סי' א'.

(ך) וע"י רא"ש כפרקין אות כ' דהביא דעת הגאונים דלא מהני מחילה לפסור המלווה מלהשיב הרבית, וחלק עליהם ונ"ר דמהני מחילה כמו בגמול, ונ"ר הורא"ש דהגאונים דקרקו כשיטתם מהא דאמרינן בגמ' דרבית ה"י מחילה ולכן ליכא למילף איסורה מאונאה, ומאחר דכל רבית היא מחילה ואפ"ה אסרתה תורה וחיובה להשיב, א"כ מה מהני שמוסיף ומוחל, ה"י ס"ס החורה חייבה המלווה להשיב גם כדאיכא מחילה [וכברא כ"ז שהללוה עומד במחילתו א"ע לכופו לקבל בע"כ, רק דאם חדר ב"י ל"א דכבר נפקע חיוב המלווה וחו אין יכול לחובענו, שהרי החורה חייבתו למרות המחילה].

והורא"ש פליג על הגאונים דהנה הא דאמרינן בגמ' דמאונאה ליכא

דאמרינן דאמרינן בגמ' דמאונאה ליכא

דאמרינן דאמרינן בגמ' דמאונאה ליכא

דאמרינן דאמרינן בגמ' דמאונאה ליכא

דאמרינן דאמרינן בגמ' דמאונאה ליכא

דאמרינן דאמרינן בגמ' דמאונאה ליכא

דאמרינן דאמרינן בגמ' דמאונאה ליכא

דאמרינן דאמרינן בגמ' דמאונאה ליכא

דאמרינן דאמרינן בגמ' דמאונאה ליכא

דאמרינן דאמרינן בגמ' דמאונאה ליכא

דאמרינן דאמרינן בגמ' דמאונאה ליכא

דאמרינן דאמרינן בגמ' דמאונאה ליכא

דאמרינן דאמרינן בגמ' דמאונאה ליכא

דאמרינן דאמרינן בגמ' דמאונאה ליכא

דאמרינן דאמרינן בגמ' דמאונאה ליכא

ב"מ שעמד בזה יעו"ש, וע"ע שם שזכינו
 לכוין לדעתו הרחבה והקי בכמה דברים
 בעדהש"ת. וע"ש מה שבאר סיום דברי
 הרא"ש בדרך חריף ולענין אינו מתיישב כלל
 כמשמעות לשון הרא"ש מלבד שהוא צ"ע מן
 הסבא.

ושו"ר כמתני' ה"ל רבתי ס"י ב' שהביא
 דעת הריטב"א ורמב"ן המלווה קונה
 הרכיב, וכיאר דעתם כמ"ש הגר"ע א' התורה"מ
 ה"ג, ואח"כ הביא ראות דיש ראשונים
 דפליגי ע"ז וס"ל דהרכיב גזל כדנן. ופלא שלא
 הביאו הנך גאונים דברי הרא"ש.

ס"א א' תודי"א אמרי כ"י.

(א) מבוואר בתוס' דדוקא בלאו איכא מלקות
 א"א ללמוד זה מזה דאין מזהירין
 מן הדין, ומדקאמרי דהוה מצי למימר לעיל
 ולא ילפינן זה מזה משום דאין מזהירין מן
 הדין משמע דרכיבתי ואנאה איכא מלקות ולא
 הוי לאו הניחא לעשה, וכן מבוואר מתוס' לקמן
 ד"ה לעבור דכתב דרק במירי דאית ב"י
 מלקות מוקמין ב"י לאו יתירא לעבור עליו
 כשני לאורן, ובגמ' הוי מבוואר דה"י אפשר
 להעמיד הלאו יתירא ברכיבתי ואנאה לעבור
 עלה"ע, דה"י מצויה להשיב הרכיבתי דכתיב וחי
 הנל"ע, דה"י מצויה להשיב הרכיבתי דכתיב וחי
 אחיך עמך, וביחתי קשה דהוה מבוואר להדיא
 לקמן ס"ב א' דה"י נחק לעשה, וכ"כ שם
 בתורה"ה לא, וי"ל דהתוס' לשיטתם לקמן ס"א
 ב' ד"ה וכו', דרכא לא ס"ל כרכי אלעזר
 דדריש וחי אחיך עמך לענין החזרת רבית,
 והכא מריא דשפשתתא הוא רבא, וע"י מ"ש
 לקמן על התוס' שם.

(ב) עור מבוואר מדברי התוס' כאן לקמן ד"ה
 ולעבור, דכאנאה ועושק דאנו לאו
 הנחלי"ע לוקה אע"פ דמשלם, והכי אמרי'
 ככתובת ל"ב ב' דהיבא דאיכא ממון ומלקות
 לוקה ואנו משלם, וערמב"ם פ"ח מהל'
 סנהד' רלאו הניחא להשלמין אע"פ שאינו

הכרח לומר דרכא לא ס"ל כ"י יחזון, דא"כ
 ה"י אין ה"י על קושיית המהרש"א.
ורא דאמר רבא לקמן ס"ה א' דמדינא לא
 מפיקין מני' הגלילא כבר נתבאר
 כמתני' ס"י ב' ד"ל דמירי כה"י חייב לו
 מעות, וכן מבוואר בגמ', ולא דפסקו הגלילא
 ברכיבתי, וא"כ מקח הגלילא עצמו אינו באיסור
 כלל, וכ"כ סמ"ע בפי"ח, ומסוגיא דהמורה ר'
 נ"ר דאין הכרח לוי' דרכא ס"ל כר"א ע"ש
 ואכמ"ל.

ס"ב ב' אין פוסקין על הפירות כ"י.

(א) כמתני' מבוואר דהטעם דשרי לפסוק באין
 לו משום דאע"פ שאין ליה יש
 ליה. ולקמן ס"ג ב' אמרין רבה ור"י דאמרי
 תרווייהו מ"ט אמרו רבון פוסקין על שער
 שבשוק ואע"פ שאין לו, דא"ל שקילא טיבותין
 כ"י מצי אהניתי לך.

וע"י ויטב"א לקמן ע"כ ב' ד"ה אמר רב
 נחמן כ"י דפי' דרכא ור"י באו ללמדנו
 הפ"י כלשון מתני' אע"פ שאין ליה יש ליה,
 דהכוונה דהקונה אם לא ה"י קונה כאן ה"י
 קונה במק"א, שה"י יצא השער ומצוי לקנות
 בכל מקום, וה"י יכול לשמור החיטין אצלו
 ולא הו"ח מהלואיה זו, וכסוגיא שם מבוואר
 מדברי רבא דהטעם דפוסקין על השער אע"פ
 שאין לו דמה שמצוי למוכר לקנות או ללוות
 החיטין שמכר מחשיב כאילו הם כבר מצויים
 בידו ואו אמרין דחזינן כאילו בשעת מתן
 מעות כבר קנו לקונה וברשותי' אהייקר [ודיה
 הטעם דשרי כ"י לו ממש אע"פ שלא יצא
 השערן]. והקי הריטב"א מדוע נאמר טעם זה
 ולא טעמא דמתני' משום מצי אהניתי לך.
 ומבוואר מקושייתו דפי' דעד השתא כ"ש סבר
 דהביאור כמתני' הוא כרכא ור"י. ומתרי
 הריטב"א דכאמת מה שיש באפשרות המוכר
 ללוות או לקנות אין זה מחשיבו כ"ש לו
 לעשות היתר לפסיקה כמו שיש לו בפועל,

וכמבוואר בסוגיא ס"ג ב' גבי קיראה. רק
 דאמרין סברא זו במקצת, דאע"פ דאין להחרי
 מכתה הפסיקה, וגם גבי פוסקים על שער
 לקוטות יסוד היתיר הוא משום מצי אהניתי
 לך, מ"מ מאחר דאיכא קצת גריעותא בטעם
 דמצי אהניתי לך, כיוון דשער לקוטות אינו
 קבוע כ"כ, מצרפינן סברא זו דחשיב במקצת
 כ"ש לו כ"י לסייע לטעם דמצי אהניתי לך.
 ובמקום דאיכא שער מעליא א"ע לטעם דיש
 לו כלל, ובמקום דאין הטעם דמצי אהניתי לך
 לא שמעינן דנתחדש דוק מכת הטעם דמה
 שבידו לקנות דנתחדש כ"ש לו יהא אפשר
 להחרי ופשוט הסוגיא דקיראה דאין להחרי
 מטעם זה לחור בשום גזווא. ע"ש היטב
 כלשון הריטב"א מחילת סוגין המא ידעה
ולפי' הריטב"א אסור לפסוק באין לו, נלע"ד
 חגי' דהוה הטעם במתני' דפוסקין על
 השער ואע"פ שאין לו, והא דאמרין רבא
 לחוב בדמיהן אסור לפסוק באין לו, נלע"ד
 דהטעם דמצי אהניתי לך איכא גם ככד"ג.
 דיכול לגבות מעותיו ולקנות במק"א, רק
 דבדאי' איסור בא לידו מחזי טפי כהלואיה
 ולא כמכר, ולכן בעינן דוקא היתר אלים טפי
 דיהא יש לו, ולא סגי לזה היתיר דמצי אהניתי
 לך, וכן נ"י מת"י הנזמ' ס"ג ב' על קושיית ר"פ
 ורב הונא בר"י החם הלואה הפא שתי' לקמי'
 דבפשטות היא אותו עניין כמו מה שתי' לקמי'
 על הקושיא על טעמיהו דרכא ור"י דא"כ
 נתייר גם סב"ס, ומתרי דכיוון דאינו דרך ספרי
 חמיר טפי ולא סגי בטעם דמצי אהניתי לך.
 נמתך טעמא לכרייהא דר"ח אפריין כבא לחת
 אע"פ שיש לו, דמתרי כהלואיה אף טפי משה
 כסאה [ונכמד' דכאחזונים כ' דכבא לחת
 כדמיהן ל"א הטעם דמצי אהניתי לך כיוון דאין
 לקונה מעות, ולפי' זה יהא החסרון כאין
 אסור הבא לידן].

(ב) וע"י שם ברטב"א שהביא קושיית
 הורב"ד דס"ל דהטעם דמצי

אהניתי לך מהני רק דמצד התנה אין זה נראה

משי"ה הזכרה הריטיב"א לדחוק דעת מפרשים מתני' שהוכחא לעיל.

(ד) והנלעניד' דהנה צ"ב קושיית ר"פ ור"ה בדר"י שהרי כל הסוגיא לעיל

מייירי בזה. ועוד דלרש"י ותוס' החסרון באין אסרו הכא לידו דכפר"ג לא חשוב כיש לו כיוון דאינו מוזמן ביוד לקנות. ולפי צ"ע אף תי' הגמ' חתם הלזואה הכא זבני דמשמע הכוונה משום דכבא בחובו מיחיי יומר כהלואה, וכמ"ש לקמ"י גבי סאה כסאה.

וכן צ"ע מ"ש בתור"ה ופוסקין דהחית דרכי נאי משום דאם מחזיר היטין ה"י יכול למוכרו וחזינן כאלו כבר מכר ויש כאן משום ומכח זה שרי אף לכתחילה לפרוע מעות דאין סברא לי' כן [ולא אמר דכפרות מעות חזינן דודאי ר' ינאי לא נמכווין לזה מרלא חזכיר דבעינן שבעת הפרעון היא שער, והטעם דאין המעות עומדים לקנות בהם פירות, משא"כ בתחילת הפסיקה ההעמות שנתן עומדים לקנות בהם פירות. וצ"ל דהחזינן שפועת עומדים כסתמא למכרן ולא לאכילה וצ"ע].

וה"י אפשר לי' דרכי נאי אין כוונתו דמה שמוזמן ביוד לקנות מחשיב כאלו כבר קנה. וגם רבא שלמד ההיור לפסוק על שער שבשוק, אין כוונתו ממש באותו אופן שהחזירה מנתי' דמכירון שמוזמן לפני לקנות חשיב כאילו כבר יש לו ממש וההיור משום דחזינן דקנה כבר הלוקח, דזה דה"ל איש אמר' רק כשער דאלב"ל ואורי' [ואו כדורמוס להחוסין], ובפחות מזה כבר לא חשיב מוזמן לפני כ"כ עד שנאמר דחשיב כאילו כבר קנה.

אלא רבי ינאי ס"ל כובה ורב יוסף דאף בלא שיהא חשוב כיש לו כבר הוי כדרך פקודן וכמשי"ה לעיל, רק ס"ל דאם בעלמא ליכא שער כלל זהו גורם לחזק את הצד דמחיי כהלואה. וכדי שלא יהא מחיי כהלואה סגי כשער דלא משיך כ"כ, וגם א"צ שדחוקא הוא יכול לקנות, אלא סגי מה שבעלמא אנשים

דאי' יסוד דאין שפיע, דאין יסוד דחזינן כאלו כבר קנה הלוקח, אלא ה"י שהרי הלוקח יכול לקנות במק"א ולשמרן על כהן לכהן שלא יהא לקניין זה צורת רכיה וכמשי"ה לעיל.

התוס' מבואר דס"ל דאפי' רבא גופי' מודה דאין הפי' במתני' דאע"פ

אין לזה יש לזה כהסברא דמאי אהניא לי'. ור"ה רבא הוא מרא דשמעממא כאן. אלא מתני' במתני' דקאי על המוכר דמה שיכול לקנות חשיב כיש לו [וצר"ך להלקי מהא קניא דהתם חמיר טפילן. ועי' רש"י ד"ה וקריאה דהתם חמיר טפילן. ועי' רש"י ד"ה שמי' כבא לחוב כ"י שכי' יהוא לא קיבל נעשיו מעות שנוכל לומר יכול הוא לקנות כמ"י. ומשמע דאם ה"י מקבל מעות ה"י נעשה כהחיות שביאר רש"י לעיל גבי יש לו, ומשום דקני למשי"פ מחיי כאחייקו בדרשות הקונה, ותוס', וכן מבואר יותר גם ברש"י ס"ג א' ע"ש.

וה"י דרש"י ותוס' לא פירשו דהא דרבה ור"י דאמור הטעם משום מאי אהניא לי' זהו הפי' במתני' דאע"פ שאין לזה יש לזה, ולשון הסוגיא לא משמע כן כלל, דאמר' רבא ור"י דאמרי תרויהו מ"ט אמרו רבנן פוסקין על שער שבשוק כ"י, ואם כוונתם כעת להסביר לישנא דמתני' דהובא לעיל אע"פ שאין לזה יש לזה, לא יחזן דינקטו לשון מ"ט אמרו רבנן כ"י, שהרי הטעם כבר מבואר במתני', ותול"ל מהו דתנן דאע"פ שאין לזה יש לזה, וע"ז היו מכארי' דהכוונה משום מאי אהניא לי'.

אלא דצ"ע דאחרי דבמתני' מבואר הטעם להחיר פסיקה ביצא השער ואין לו דמה שיכול לקנות מחשיב כיש לו, וגם רבא ור"י ודאי מודו דזה הפי' במתני', שהרי לא משמע דבאו לפרש מתני', א"כ מהו זה שבאו כפשיטות ליתן טעם אחר להחיר פסיקה, ולא אמרו שהם חולקים על מתני' או דיש איהו נפ"מ בין טעמם לטעמא דמתני' [וכנראה

שנתן לו המוכר כל הסחורה כפי שפסקו, זה נראה כנותן לו את שלו ולא כמוסיף לו מיד מרילי', וכן הוא נראה בעיני כל אדם ולא רק בעיני הקונה דר"פ.

ודם לא דמי כלל לטרישא דר"פ. דהתם הוציא בנייהם מצד עצמו אינו נראה כלל כדרך פקודן אלא כדרך רכיה וכל אדם שה"י עשה כן ה"י מחיי כרביה גם מצד המלוה. רק ר"פ אמר דאע"פ שאין יש כאן חוספם על ההלואה, אצלו אינו נוטלה בתורת אגר נטר, דלא ה"י אכפת לו למכור בניסן. וכלפי' זה הק' הגמ' דמ"מ מצד הלזואה הוא משלם רבית גמורה. אך טעמא דרבה ור"י גורם שהצטק בנייהם יש לו צורה של פקודן, וממילא גם על הלזואה להחזיר הסאה שמופקדת אצלו, וגם אצלו אין זה כריביה וצ"ע בזה.

ולחתי' על קושיית הראב"ד אין החלה לקוישא שחקי הריטיב"א מתחילה, וא"צ לחדש דשער דלקוטות אינו שער קבוע כ"כ וחטר משי"ה כדחת דמאי אהניא לי'. וצ"ב מודע אח"כ חזר שוב הריטיב"א על פירושו בכללות. ותי' דקוישית הראב"ד והתי' עלי' אינם מדברי הריטיב"א עצמן, אלא דהמסדר הפנינים בחזן דכרי הריטיב"א.

(ג) ע"י תוס' ס"ב ב' ד"ה אע"פ כ"י שכחבו דהטעם דקתני דפוסקין ביצא השער אע"פ שאין לזה יש לזה, דהכוונה דמה שיכול המוכר לקנות במק"א חשיב כאילו כבר קנה וכאלו כבר נקנה החזיטין לקונה וברשותי' אחייקו, וכחכו דהא דחזינן כאלו קנאו כבר הקונה הוא משום דקנה למי שפיע.

והנה להריטיב"א והראב"ד הני"ל, בלא יצא השער ויש לו, מאחר דבלא יצא השער ואין החיתר דמאי אהניא לי' דהייחתי יכול לקנות בהייני וישילי, ואתינן להחיר רק מטעם דנקנה החזיטין לקונה, בזה יחזן דמודו דבעינן דויקא שיקנה למי שפיע, דכל"ז לא חזינן כלל דנקנה לו [ויחבאר לקמן א"ה]. אך ביצא השער דהחיתר לכ"ע משום מאי אהניא לי'.

כרביה אך מצד המוכר אכתי נראה כריביה מה שפורע סאה ביקר. ומדאמרו כן רבה ור"י מוכח דהאיסור דאבן רבית תלוי במלוה ולא בלזואה, וא"כ כיצד ר"י שם יחזי טעמא דמתני' רק ללזואה ולא למלוה, ומשמע דהאיסור תלוי בלזואה. ותי' דאינו מותר עד שלא יהא טעם להחיר כשניהם, ובעינן חרי טעמי האי' מאי אהניא לי' שלא יהא כריביה מצד המלוה, והי' מה שיכול המוכר לקנות ולהחיר היקיר דאז גם מצידו אינו נחשב דחטר. וכחזינן בדרך ס"ה א' גבי טרישא דרב פפא.

והנה מ"ש הראב"ד דהטעם דמאי דמיצי' למזכר או למיזף גורם שיהא נחשב כיש לו מתני' רק למוכר, זה דאי דאם יש לו ממש מהני ההיור גם לקונה וגם למוכר. דצורת העסק בניניהם דהסאה נקנית לקונה כעת ודילי' אחייקו, וממילא גם המוכר צריך להחזיר לו הסאה דילי' ואין זה נחשב חסרון אצלו. רק הריטיב"ד ס"ל דזה דחוקא ביש לו ממש אך אם אין לו ורק מיצי' למיזף או למזכר ככה"ג לא נחשב דחזינן כבר נראה וקנאו הקונה. רק דאמרינן דאין זה נראה כחסרון אצלו כיוון דה"י באפשותו לקנות ולהחיר את היקיר [ואם לא קנה איהו דאפסיד אנפשי' ולא מחמת הריביה הפסידין]. אך מצד הקונה אכתי מחיי כריביה.

אמנם מ"ש הראב"ד הטעם דמאי אהניא לי' מהני שלא יהא נראה כריביה רק מצד הקונה ולא מצד המוכר צ"ע. דהנה החוס' ס"ב א' ד"ה אינהו כחכו דמה"ט נחשב כוייניהם כפקודן, דודאי כן הוא דוד בני"א בשוק דאם נתן דמים על סחורה כפי מחירה ומתחייב הסתרה ליתן לו הסחורה לזמן ידוע, אם יתן לו פחת סחורה ממה שפסקו בשעת המקת, ודאי יהא נחשב בעיני כל אדם כגולן, ואע"פ שאח"כ תתיקרה. שהרי הקונה נתכווין לקנות או כפי השער אז, והי' יכול לקנות אצל מוכר אחר ולקבל מיד, ומאחר שהמסים להמתין למוכר זה מודע יקבל פחות. ומה

וכדורומוס ההיתר הוא מסבא ומאי אהנית לי. ולפי"א איכא למילף דכפוסקין על השער קנה למי שפרע רק בשער ומשיך כאלבני וארבי. וי"ל דהנה מוכח חזקין הדין דכשער דחמורין [דהוא מקרי שער סתם] קני למי שפרעי, וכהו"ל דכפוסקין לא פליגי על זה, ורק לגבי ה"ל רבית ס"ל ולא סגי במאי דקני למי שפרעי ומי"א אינו מחזי כפי"א כמיקח כיוון דאינו מוזמן בידו כ"כ. אך צ"ע מג"ל ל"י כ"ן. דזו ודאי סברא מחודשת ל"י דאיכא משי"פ ביצא השער [וכפרט למה שנפתח לקמן א"י"ה דהטעם משום דמדאורייתא ככה"ג מעות קונות למה שמוזמן לקנות מחשיב לה דכבר שכא לעולם], וכוונתו י"ל דכבה ורב יוסף ס"ל דבשער דאינו כאלבני וארבי ל"א כ"ן. ולכן נ"ל דצ"ל כדעת הרמב"ם דפוסק כוכבא ודלא כוכבא ורב יוסף. דהיינו דטעם ההיתר בשער של חמורין [דהיינו כדורומוס] אינו משום מאי אהנית לי, אלא משום דגם ככה"ג חשיב כיש ל"י נמוה יליף דאיכא ככה"ג מי שפרעי. דכונאה ס"ל להרמב"ם דיש לפסוק כוכבא דהוא כה א לגבי רבה ורב יוסף, ועוד דכפשוטו נ"ל דהם מודים לוכא דכן דעת רבי ינאי, רק דאינהו ס"ל כרב, וכגמי' פסקוין להדיא הלכתא כרב ינאי, ולפי"א צ"ע דברי ט"ז וש"ר רסי' קע"ה דכתבו כוכבא ורב יוסף. (ט) וש"ר דהנה מאי דכתבו בשער דאינו ס"ל הטעם להחזיר חשיב כיש ל"י.

משך כ"כ משום דגם ככה"ג חשיב כיש ל"י, ונקנה ללוהק כמו כיש ל"י ממש, כתבנו כ"ן משום דכך משמע מלשון רש"י. וי"ל דרש"י לשטתו דמפרש דוכא מיי"ר בשער דכדורומוס. אך לחתום' דוכא מיי"ר בשער דעידות דלא משך, י"ל דכזה לכ"ע לא חשיב כיש ל"י דאינו מוזמן בידו לקנות ואין כזה מי שפרעי, ורבא ס"ל כוכבא ורב יוסף והם כזו רק לבאר טעמי' דוכא, ועל דרך שכתבנו לעיל בס"ק ד' ובה א"ש לישנא דוכא ור"י שאמרו ימי"א אמרו וכ"ן פוסקין כ"י דלעיל הקשנו לשי'

שיחא מחזי כדרך פקדון, וכפי"ש חוסי ס"א א ר"יה אנהו. ודרך בני"א בשוק דאם הקונה כונתו לקנות ולא להלוות, וה"י יכול לקנות בשער של עבשיו ולקבל המקח כעת, אם מטביע לפסוק ולשלא ע"מ לקבל המקח אח"כ, מחשב בעיני בני"א כאילו כבר קנה ויש לו כבר המקח אצל המוכר. ולבאר זה הוצרכו הש"ח וט"ז לומר דנחשב כאילו כבר קנה המקח. (ח) ע"י רמב"ם פכ"ב מה"ל מכירה הי"ג שכי' דהפוסק על שער שבשוק אם חזר המוכר מקבל מי שפרעי. וע"ש במ"א שכי' ומקורו מסוגיין. וכפי"ש שם ה"ק דכסוגיין רק אמרין רביצא השער איכא חזר לעניין רבית אך ליכא למילף מזה דביצא השער מהני גם לעניין שייקבל מי שפרעי. ונ"י כונת המ"מ כפשוטו דס"ל דמאחר דהיתר לעניין רבית כאין לו יוצא השער הוא משום דזה נחשב כאילו יש לו וכבר קנה הלוהק וכלשונו' אתייקר, לא מסתבר כלל דיהא נחשב כנתייקר כרשות לוקח אם לא קנה למי שפרעי. דמאחר דאין למוכר הפירות מהיצי' היתר דיהא נחשב כאילו קנאם הלוהק. ולא מצינו לשי' הרמב"ם בשום דוכתא לחדש קניין שוק לדין רבית דהא נחשב כקניין, ובהלכות קניינים אינו קניין כלל אף לא למי שפרעי, ואין שום סברא לחדש כ"ן, ויסוד ההיתר בריבית דמחזי לאינשי דכבר קנה הלוהק, וקניין שאינו מוצעל אף למי שפרעי אלא נמחש רב לגבי רבית לא יועיל לעשות דיהא מחזי לאינשי כאילו כבר קנה.

אך צ"ע לפ"ז דהנה הרמב"ם מפרש סוגיין כרשי"י רבשער של עידות אין מי שמתיר, ורבא ורב יוסף מיי"ר רק בשער כדורומוס, דהיינו שער שיוצא ע"י חמורין ומביאין תכונא לכרכין, וכ"כ הרמב"ם בפ"ט מה"ל מלווה הי"ד וכ"כ המחבר ברי"ד רס"י קע"ה, ודלא כחמוס' דס"ל דוכא יליף מ"י ינאי לחתיר אף בשער של עידות, ורבה ורב יוסף ס"ל דדוקא בשער דמשך כאלבני וארבי אפשר לחתיר מדחשוב כיש ל"י, ובשער

ופלגי ארכא כזה, וס"ל דהטעם דהיתר ר"י אף כדורומוס ובשער דיצא ע"י חמורין זהו משום דר' יוחנן פליג אמתי' וס"ל דלא בעינן דוקא שיהא נחשב כיש לו [דהוה הפ"י במתני' אע"פ שאין לזה יש לזה], אלא אף בלא זה חשיב כדרך פקדון מכיוון דיכיל למימר ל"י מאי אהנית לי וכמעשה"ל לעיל.

ודעת חוסי' דרבא בא לומר דרבי ינאי פליג על ר' יוחנן ומחזיר אפי' בשער של עידות, דאף ככה"ג חשיב כיש ל"י, ורבה ורב יוסף פליגי ארכא וס"ל דהיתר בשער של עידות הוא משום מאי אהנית לי. ולפי"א צ"ע הלשון ימי"ט אמרו רבנו פוסקין כ"י. דהיינן שמעינן לרבנן דאמרו כ"ן, דהיי' ר' יוחנן פליג על זה, ואינהו לא ס"ל דאיכא למילף מדברי ינאי דס"ל הכי, או דפליגי על רבי ינאי. ואולי י"ל דהיתה קבלה בידם להחזיר כ"ן, ורבא רק יליף טעמא להיתר זה, או דוכא ורב יוסף סבירא להו להחזיר בשער של עידות מהו טעמא מסברא דכפשייהו, ורק רב אשי דמיד השי"ס כ' לשון זה דקאי ארכא שהוכח לעיל מניי', ודוחק. ויחזן כדעת חוסי' דוכא ורב יוסף לא קאי על שער של עידות כוכא, אלא על שער כדורומוס וס"ל כרבי ינאי דאין להחזיר כזה מטעם יש לו וכיאר' דעת ר' יוחנן דמתיר משום מאי אהנית לי, וגי' דוחק וצ"ע.

(ז) וע"י ט"ז וש"ר יי"ד רסי' קע"ה, שכתבו דהיתר כפוסקין על שער שבשוק כסברת רבה ורב יוסף. והא דכתבו דנעשה כאילו כבר קנה הלוהק ונתייקר אצלו, או דחמוכר כבר קנה עכור הלוהק, זהו משום דהביאר כדעת רבה ורב יוסף דהנה ראי' מכת הסברא דמאי אהנית לי לחוד א"א לחתיר, שהרי מה שד"י יכול להרויח אם לא הי' מלווה והי' נשאר חמעות אצלו והי' קונה חישין ומרויח התייקר, אם זולת מהלווה לפעולתו על מה שד"י יכול להרויח ולא הרויח, זהו ממש שכר בטלת מעות והוה עצם עניין הריבית שאסרה תורה, רק דסברת מאי אהנית לי גורם מוכרים וקונים, ולכן הקשו רי"פ ור"ה ברי"ג, ורבה ור"י באו ללמדנו טעמא דרבי ינאי. (ה) אמנם מרש"י משמע דההיתר שלמד רבא מרבי ינאי דפוסקין על שער שבשוק זהו משום דכמעט שקיבל יכול לקנות ונחשב כאילו קנה ויש לו. ושר"י דכת' רשבי"א כ"כ להדיא כדעת רש"י.

ורש"י כ"כ בכותות רש"י לפי מ"ש הרשב"א לקמן ע"כ כ' ד"ה אין כ"י שכי' דשרי ללוות סב"ס על שער שבשוק, ואע"פ שאינו נתן לו מעות שיוכל לקנות כעת מ"מ יכול לקנות באשראי או שילווה מחבירו.

ורש"י ס"ל דסוגיין לא פליג על רבי יוחנן, רק רבא בא לאפקי מסברת רבי ינאי וקאמר דגם מוכרי רבי ינאי חזינן דס"ל כרבי יוחנן. וכדעת רבה ורב יוסף י"ל דאינהו ס"ל כרבי ינאי דדוקא בשער דאלבני וארבי חשיב מוזמן בידו לקנות עד שנאמר דה"י כיש ל"י,

בדעת רש"י, ואף בדעת תוס' ודאי בעינן לכה"פ שער של עירייתו, אך בלא שער של עירייתו מובאר בסוגיא דאין להחזיר דאי דאי אהני לי, דכמק"א לא ברור שהי' מוצא כ"כ בזול. ומה שמוחר לפסקו ביש לו חזו אף בלא יצא השער כלל, וכמבאר בפוסקים, וא"כ ליכא כה"ג הסבא דמאי אהנית לי, ובע"כ צריך לטעם דנעשה כאילו קנה, וא"כ י"ל דכלא שקנה למי שפירע לא מחזי כאילו קנה. וזה אינו נוגע כלל לסוגיין דמיידי דיצא השער ולכה"פ שער של עירייתו. ואף הראב"ד בהכרח צ"ל דבעינן שיהא ההוחר משום דמחזי כאילו קנה, שהרי מובאר בסוגיין דכלא מאי אהנית לי אין להחזיר כאין לו, רק דס"ל דמה שיש לו בזה לחוד סגי לעשות דמחזי כאילו פירחת אלה נקנו כעת ללקוח, והבן.

ש.ם. רש"י דמפלוזוד קונדה.

(א) בדרך ס"ג א' ד"ה יש לו כ' רש"י דכבא לחוב בדמיון ויש לו קני למי שפירע, ומוכח דס"ל דמפלוזוד קונה וכו"כ בהגהת הגר"א וכתו"ט. דאל"כ הרי הרי לא נתן לו מדי כעת וכלא מתן משום כלל לכ"ע ליכא מי שפירע. ובחורע"א על מתני' כ' דאינו מוכרח ד"ל דרש"י מיידי בהנאת מחילת מלוה. ולענין צ"ע לו' כן דרש"י בדרך ס"ב ב' בכיבור מתני' לדברי רבה כ' אלא בא לעשות עליו דמי החיטיין חוב ולפסקו על החוב וי"ל, ומשמע דלא מיידי בהנאת מחילת מלוה.

ולש"י הגרע"א כדו"ח והחת"ס דאף בסוגיין הנתת מחילת מלוה שורא פחות מדמי המלוה א"כ כש"כ רש"י לא מפעמי' הכירייתא בהנאת מחילת מלוה, ומשמע דפוסק עניי' כשו"ל כל החוב ויבואר א"י עניין זה לקמן. **וכרבא"ד** פ"ז מהל' מפירה הי"ד חק' על שי' הרמב"ם דחוב קונה מנהג מנהג יחידות. מ"ז א' דמבואר להדיא דמילווה אינו קונה. ועי' בתו"ש על משנתנו דכ' דלא פבא לוח ת"י נבדל. ולענין הקלושה קשה לי יידיפת,

ורש"י ס"ל דנהי דכשער של עירייתו ל"א מאי אהנית לי מ"מ בשער דמחזיקין לא יתכן דהי' ס"ל דהסוגיא ולא נאמר מאי אהנית לי, ולכן תכריח דהי"ד דהסוגיא אינו משום טעם דמאי אהנית לי כלל, ולעיל כתבנו עוד דההכרח דרש"י י"ל גם משום דהלשון דרבה ורוב יוסף לא משמע כלל דבאו רק לבאר פ"י מתני'. **(א) ע"י חו"ד ס"י קס"ג ס"ק ב',** דבטיז שם כ' טעם ההוחר כבא לחוב במיניהם ויש לו משום דקני למי שפירע, והנידו בצדק דקניין למי שפירע כה"ג אמת דווקא לרש"י ורמב"ם דס"ל מלוה קונה, אך להראב"ד וחוסי' ורש"י דמלוה לא קני ליכא כה"ג קניין למי שפירע [א"כ בא לקנות בדמי הנאת מחילת מלוה, והפוס' לא הוכיחו דבר זה, וכלשון הראב"ד פ"ז מהל' מפירה מוכח דא"ע לוח]. ואעפ"כ מותר דהאיסור מדרבנן דפסיקה חליי רק כיצד מחזי העסק ביניהם בדעת בני"א מן השוק, ואם יש לו מחזי כאילו קנה הפירות ונעשו שלו [והרי בדיוניהם דעכו"ם ככל גזונא דמי לוח לפקדון] וא"ע שיקנה למי שפירע. **והחו"ד** בא להוכיח מסוגיין דהעיקר כהראב"ד דא"ע קניין למי שפירע, שהרי מסקנה סוגיין לחזיר אפי' בשער דלא משיר כ"כ ולא השיב כיש לו וליק' למי שפירע, מטעם מאי אהנית לי לחוד, ומוכח דא"ע קניין למי שפירע להחזיר רבתי, והכרי' החו"ד קורבים למי' החת"ס וכבר נתבאר לעיל דזה א"ש לשי' תוס', וכשי' רש"י צ"ל כדרך קצת אחר, אמנם לענין הפעולה לא תבנתי ראיית החו"ד, שהרי מובאר בסוגיין דא"ע דלמסקנה א"ע קניין למי שפירע, מ"מ אין מתירין בכל גזונא אלא צריך דווקא תפברא דמאי אהנית לי, ול"כ החו"ד בעצמו דלוח הוצרכו רבה ור"י לוח סברא מדי לחזיר אף היכא דלא קנה למשפ"פ. וזה ברור דכרי' לומר מאי אהנית לי בעתן שיצא השעה, וכמבואר בריטב"א להדיא דכשער דלקוחות יש גריעותא בסברא זו, וכן הוכחנו לעיל

שפירע, וכ"כ הרשב"א בדעתו. ובע"כ צ"ל דבאמת לרוב אין הכרח לחדש הטעם דמאי אהנית לי, רק דרבה ור"י פליגי וס"ל כמ"ש החת"ס דדוקא בשער דאלכ"ב וארכי קנה למי שפירע, ובשער דמחזיקין לא קנה ושירי רק מהטעם דמאי אהנית לי. **וכמ"ש** עוד החת"ס שם ליישב עיקר קושיית הפני' שהק' מודיע לא פ"י החת"ס דמעיקרא ידעה הסוגיא דהפי' בהיחז' דאע"פ שאין לוח ויש לוח הוא משום מאי אהנית לי, ורבה ורוב יוסף רק בארו מה שסברה הסוגיא מתחילתה, דאם מתחילה הי' הטעם משום מאי אהנית לי א"כ מתחילה הי' ידוע להחזיר בשער דלא משיר, דמאי אהנית לי שירי גם בשער דלא משיר, וזה ג"כ דווקא לשי' תוס' דלמסקנא שירי אף בשער דעירייתו דלא משיר. אך לשי' רש"י רבא לא החזיר בשער של עירייתו אלא רק ככדורמוס, ורבה ורוב יוסף ג"כ לא החזירו בשער דמשיר פחות מזה, דהם אמרו שער שבשוק סתם, ולא ביארו דמחזיקין וחת'. ומוכרח מזה דהטעם דמאי אהנית לי אמרינן דווקא בשער דמחזיקין [ודיינו כדורמוס] ולא כפחות מזה. וכ"כ להדיא בריטב"א ע"כ כ' הובא לעיל, דכשער דלקוחות דאינו קבוע כ"כ יש גריעותא בהוחר דמאי אהנית לי. והטעם דכשער שאינו קבוע כ"כ אין זה ברור שאצל מוכר אחר גי"כ הי' מוצא כ"כ כולל וא"כ ודאי אהני לי כפסיקה זו.

ולפ"י הדרה קושייתה פני' לדוכחה דהי' אפשר לפרש דהסוגיא מתחילה סברה דמאי אהנית לי אמרינן דוקא בשער דאלכ"ב וארכי, ורבה ס"ל דמאחר דחזינו דרכי ינאי מתירי לפדות משום, משום דאם החיטיין אפשר למכור וכמ"ש תוד"ה ופוסקין, א"כ הוליקה בשער דמחזיקין [לשי' רש"י] שוה דהב"ל לאפשרות מכירת החיטיין וכול נמי לקנות במקום אחר באותו מחזיר ויכול נמי לומר פ"י אהנית לי, וכן כאמת פ"י הריטב"א וכמשנ"ה לעיל. ואפשר ליישב שי' רש"י ע"ד החת"ס

ולדברינו שאמרו כן רבנן, ולדברינו שאמרו כן רבנן, ולפ"י א"ש דברי הש"ך וט"ז רס"י קע"ה, דלשי' תוס' ודאי הולמת כרבה ורוב יוסף, דהם לא פליגי ארכא ורק מבארים דברי, וכרמ"א קע"ה סע' א' בהג"ה הכריע כשי' תוס' [וכמ"ש שם בבבבג"א], ומאחר דלמאי דקיי"ל לדינא הטעם להיחז' דפוסקין על השער הוא כרבה ור"י כתבו הש"ך והט"ז גם בתחילת הטעף כפי האמת, ואע"ג דדעת הרמב"ם עצמו אינו כן.

(י) שו"ר בחי' חת"ס כאן שהביא דהפני' הק' על תוד"ה אע"פ מודיע לא כתבו הביאור כמאי דקתני אע"פ שאין לוח יש לוח כפי מ"ש רבה ורוב יוסף דהוא משום מאי אהנית לי. **ורחי' החת"ס** דנהה מובאר בסוגיא דלפני שאמר רבא דמה לי דמיהן מה לי הן נמי אמרינן, סברנו דההיחז' לפסקו על השער הוא דוקא בשער דמשיר טובא [וכאלכ"ב וארכי לפירש"י] או כדורמוס לחוסין, וזה ההכרח לומר דכס"ד דהסוגיא לא רדאי משום מאי אהנית לי, דמאי אהנית לי ודאי י"ל גם בשער דלא משיר. והוסיף החת"ס לבאר דהטעם דלא סגי בטעמא דקני למי שפירע לחוד, וזה אמרינן דווקא בשער דמשיר, אבל למסקנא רבא דאמרינן מה לי דמיהן מה לי הן ושרינן לפסקו אף בשער דלא משיר, בכר"ג לא חשיב כיש לו ולא קנה למי שפירע, וכע"כ צריך לחדש הטעם דמאי אהנית לי [ודבריו בפנים כאן בסדר הפוך אבל כוונתו כמ"ש].

וכמ"ש החת"ס דההכרח דרבה ורוב יוסף לחדש הטעם דמאי אהנית לי, כי בשער דלא משיר לא קנה למי שפירע, ורבה ורוב יוסף רק באו לבאר טעם ההיחז' דאמר רבא, כאמור לעיל זה נתכן רק בדעת החת"ס, אך ברש"י משמע דרבא גופי' שהחזיר בשער דלא משיר כ"כ משום מה לי דמיהן מה לי הן, וזה משום דאף כה"ג חשיב כיש לו קני למי

המהרש"א דהדיתר באין לו הוא משום דכבא"ג אנו כדשלכל"ע וקנה לגמרי, ולא משום היתר מדרבנן דמה שבידו לקנות נעשה כאילו יש לו, שהרי כן מפורש במהרש"א דטעם היתר משום דמענת קנות כבא"ג. והנה עיקר היסוד כבא דביצא השער לכא הוסרו כדכר שלכל"ע, דהנה המוכר דשלכל"ע עושה כעת את מעשה הקניין, והחלות חל רק אחרי שבא לעולם והנה כ"ע מורו היכול לעשות המעשה קניין בשעה שאינו חל ורק אח"כ יחול וע"י כזה חוס' כחובות פ"ב א' ד"ה דא, וכדוכחי טובא, ויש חילוק אי אמר מעשיתו, ועי' מערכת הקנינים רס"ו ו'. וכן לכ"ע יכול לעשות המעשה קניין בשעה שאין לו בעלות על החפץ, דרק לשם חלות הקניין בעינן שהיא כבעלת המוכר, אך אם מעשה הקניין עוד לא חל כעת, רק נעשה כדי שיתיעל על להבא, לא אכפת לו דכשעת מעשה הקניין אין למוכר בעלות על החפץ דרק בשעת חלות הקניין בעינן בעלות המוכר על החפץ כדי שיוכל לחול [למעשה קניין לחוד הוא רק לשם קביעת הגמירות דעת באופן מוחלט וגמור, עי' חז"א חו"ט ס' כ"ב ד"ה כלל גדול כו', והיכא ולא חל הקניין כעת א"כ אין מעשה הקניין עושה כעת חלות הקניין אלא רק מועיל לקבוע הגמירות דעת, וכזה מה אכפת לו שאין החפץ כבעלת המוכר, דשפיר יכול לגמור דעתו דכשיהא שלו יקנהו חלוקת, ורק חלות הקניין א"א שיהא, דאינו יכול להחיל בעלות פלוני על חפץ שאינו שלו או אינו בעולם, ולכן לא חל עד שבא לעולם].

והוסרו במקנה דשלכל"ע הוא רק משום דעל דבר שאינו בידו להשיג א"א שיתחייב חזק מוחלט וגמור [ואפשר דהסרו כיוון הוא בגמירות דעת, דאינו גומר לגמרי כיוון דמאן ימר דכאמא יבוא לעולם ועצ"ע בזה], אך דבר שבידו לעשות שיהא ברשותו עכשיו ואינו חלוי בדעת אחרים [דאע"פ שאין להו יש לו] גם לחכמים דר"מ שפיר יכול לעשות

הוא איסור הבא לידי דלענין היתר רבתי תשוב כיש לו ואסור. עי' המהרש"א ח"ד"ל ד"א"כ כיוון דמענת קונה כבא"ג אפי' אין לו נמי ומשעמא קונה שאין להו יש להו" עכ"ל. וכוונתו איך ראשיתו דכבא"ג היא היתר דאיסור הבא לידי, כוונתו דהנאת מחילת מלוה הוי ממון גמור דאע"פ דהנאת מלוה כזה חישק, וכן מ"מ אינו יכול לילך ולקנות בזה חישק, וכן מדרוקק מלשונו, שהרי אם נתכונן דהנאת מחילת מלוה הוי כאיסור הבא לידי ממש א"כ א"ע למיש" כ"כיוון דמענת קנות כבא"ג", והנאת רבא איסור לידי גם אם אין מענת קנות, סגי בקניין למי שפרע. אלא ודאי ס"ל להמהרש"א דהיתר דרבנן באיסור הבא לידי דמה שכולל במענת שקיבל לקנות מחשיב כיש לו הפירות וחזונו כאילו קנאם חלוקת, וה ליכא בהנאת מחילת מלוה. רק ס"ל להמהרש"א כשי' הסמ"ע בחו"מ ר"ט סע' ו' וכפי שבאר שם הקצו"ח בס"ק ט', הקניין למי שפרע איכא רק במקום שמדאורייתא המענת קנות. ומדאמרי' ברש"י וחנ"ס דבאין לו יצא השער קונה למש"פ, כע"כ דביצא השער קנות המעות מדאורייתא, דמה שמצויה כשוק לקנות גורם שלא יהא להו ריז של דבר שלא בא לעולם. וכ"כ בכ"מ וע"ש בפמ"ח תשובה אות י"א, ולכן ביצא השער אף באין לו, כבא"ג דהוי מולאה דלא שכיה מכיוון דמענת קנותה לגמרי, הרי קנה הפירות לגמרי דליכא הוסרו דדבר שלכל"ע. ובקנה כעת הפירות לגמרי לא שייך לאסור משום רבתי דאין כאן הלוואה כלל [ואע"פ דהקניין יחול רק אח"כ לכשיקנה המוכר הפירות כשוק, ועד אז הוי המעות הלוואה גבי מ"מ והו"א לא מחיי כהלואה אלא כמיקח, כיוון דמתן המעות כעת הוא לשם מיקח שאח"כ יחול, ומחיי כמיקח אף יותר מהיכא דיש לו], וכ"כ בקצו"ח שם יע"ש.

ב) ועי' בקרי דאם על המהרש"א, והקרי דאם ודאי ג"כ הבין ככוננת

ואפ"י לא יתחא ל"י להעמיד הכרייתא דלא כוללתא ולכן מפרש דאע"פ דקנה למש"פ כיוון דבא בחובו מחיי כהלואה ואסור אף כיש לו.

פ"ב ב' ו' תו"ד"ה דרי.

א) עי' מהרש"א. ותוכן דבריו דהנה חנ"ס מיי' שקונה בדמי הנאת מחילת מלוה, וכמבאר מהח"ס' שהביא בהגהות הגר"א אות ב', והנה כד"כ שו"י הנאת מחילת מלוה שווה פחות מדמי המלוה עצמם. דהנאת מחילת מלוה הוא כמה שה' מסכים הלואה לשלם עבור פיוס המלוה למחיל לו חובו. ואין שום טעם שיסכים לשלם כל דמי החוב עבור פיוס זה, שהרי יכול בהם לפרוע חובו, ואדרבא יתחא ל"י שישאר חוב עליה וישלם כשיהא נוח לו מלתתם עכשיו עבור פיוס המלוה, אמנם בנד"ד י"ל דשו"י ל"י הנאת מחילת מלוה כמו כל דמי החוב, דאם לא יפייס המלוה למחול יתבע ממנו וז"ל הו"ס או מחו, וכדאי לו לפסוק עמו חזיסים לזמן מרובה כסך כל דמי החוב תמורת פיוסו למחול לו החוב ולא יוכל לחבוע ממנו וז"ל כונן קרוב.

והח"ס' פ' דמאחר דהמורות החוב פסקו חישק סתמא דמילתא דכעת מוחל החוב, או דהי' קשיא להו מדוע תניא סתמא דאסור, שהרי בקונה עי' הנאת מחילת מלוה שרי' ופידשו דהכרייתא מיי' דווקא באופן שלא מחל המלוה כעת רק פסקו שפרעו המלוה יהא עי' חישק, ואינו מתחייב ליתן חישק אף לא למי שפרע, רק דמסתמא יתחא ל"י לעמוד בדבריו.

והק' המהרש"א מאי קשיא ל"י לאכ"י דאי נעמיד מחנ"י כבא לחוב כדמיתן א"כ אף יש לו אסור, שהרי אפשר להעמיד מחיי כמחל המלוה כעת וכיש לו קנה עי' הנאת מחילת מלוה, ובאין לו לא קנה ומכיוון דאין

דקשיית הדא"י צ"ע, דבקדושין ו' ב' אמר אבי' דהמקדש במלוה אינה מקודשת, ולכא"י אין לו הבנה כלל, כיצד אמר דברי רב [בקדושין מ"ז א'] ממש, ולא זכר דרב כב"א אמר כן, ומסדרי הש"ס לא הקשו כן. וכאמתי אבי' לא אמר הטעם משום דמלוה להוצאה ניתנה, וכפי"כ צ"ל דכונת אבי' אינה כרב, ומלא אמר הטעם משום דמלוה להוצאה ניתנה י"ל דכאמתי ס"ל דיכול לקנות במלוה, וז"ל מיוחד בקדושין דלא מחנ"י. וכן מדייק מרש"י שם דדור דין מיוחד בקדושין. ומאחר דאבי' ס"ל דמלוה קני הלכתא כוחת' דאיהו כתר'א לגבי רב. ואח"כ מצאתי כן בס"ד בתח"ס' כאן בתוספת תבלין נאה יע"ש, ושור"ר בתי' הגר"ש המשלס הגרמ"ח על קידושין רכ"כ בתוספת ביאור היטב יע"ש, וע"ע אבני"מ כ"ח סקט"ז. ועי' רש"י כחובות ע"ד א', וע"ע.

ב) וכסו"נין צ"כ מה הוי דעת רבה, דלכא' שפיר קאמר ל"י אבי, וכי לא ידע רבה דכרייתא שהביא מבואר דכבא לחוב בדמיתן אף כיש לו אסור, ולשי' רש"י י"ל דרבה לא הו" ס"ל דכבא לחוב בדמיתן מה שתחילתו עי' חוב גורם שיהא מחיי כרובית כ"כ עד שאפ"י כיש לו וקנה למי שפרע יהא אסור. ולכן הוכרח להעמיד הכרייתא דאוסרת ביש לו כרב כד"ל דמלוה לא קני כלל [אמנם לדברי הגרמ"ש כמד' דאף רב מודה דבקונה בחוב עצמו שפיר קני, וקאמר רק דבקונה במעות ההלוואה גופייהו לפני שהוציאן הלואה לא קנה דגוף המעות נעשה מיד של הלואה דמלוה להוצאה ניתנה ואינו תח"י לפי שעה]. והביא הכרייתא רק למילף מינה דאף כיש לו יש אופנים שאסור היכא דמחיי כהלואה כיוון דלא קנה, ומזה נלמד דר"ש דביצא השער אם מחיי כהלואה יהא אסור, ובאין איסור בא לידי מחיי כהלואה אע"ג דאיכא מי שפרע באותה מידה כמו כיש לו וליכא מי שפרע.

מחילת מילוח ולא חש למי"ש בחווי"ד קסי"ג ב' דמדלל הוזכר די"ז בפסוי' משמע דמצמצמי"ם הברייתא אף בלא הנאת מחילת מילוח.

(ה) מה שהוזכר לעיל מחלוקת השי"ד ומסי"ע כסי' רי"ט סעי' ו', דלחסי"ע מי

שפיע איכא רק היכא דמדאורייתא מעומ קנות וכיצא השער הו' ליכא החסרון דדבר שלכל"ע כיוון דמוזמן לו לקנות. ובלא יצא השער כיוון דאינו מוזמן בידו הו' דבר שלכל"ע ומעות לא קנות מדאורייתא ולכן ליכא משי"פ.

ודעת השי"ד דאף ביצא השער הו' מדאורייתא דשלכל"ע, ומעות לא

קנות, ואפי"ה איכא מי שפיע דאינו חליי בקניין דאורייתא, וכלא יצא השער ליכא משי"פ רק משום דאסור משום רבתי, ואם הי' מותר הי' גם משי"פ, וע"ש כסי' רי"ט בתורה"מ סי"ק ט', ובצעה"ח סי"ק ט' וכפתי"ש אות י"א, ומהמ"א שם שם מכונא כהשי"ד דכ' הדמסם דכדלא יצא השער ליכא משי"פ משום דנעשה המיקח באסור, ולהסמי"ע גם אם הי' מותר לא הי' משי"פ כיוון דהו' דשלכל"ע ולכא קניין מעומ מהי"ת ומשי"פ בהי"פ, צ"ע בעניותי ובדעת השי"ד והמ"א דככל דבר שאינו ברשותו איכא מי שפיע [ובכסי"ט כ' דדוקא משום שהוא כבר בעולם איכא משי"פ אך באינו בעולם ככל לכ"ע ליכא משי"פ, והו' מכונא להדיא במפ"ם בהי"פ, צ"ע בעניותי ובכסי"ט שם בהי"ה נ"י דאי"א לפי' כמי"ש השי"ד בדעת השו"ע דכאינו ברשותו לא קנה רק לעניין שיכול לחזור אך מי"ם איכא משי"פ, כמבואר לעניין היטב בדקדוק לשונו שם [ועי' גם בטור ושי"ע וסי' רי"ח שכתבו דכופסין על פרות ולא יצא השער ואין למוכר, אם נקנה בקניין המוצי"ל למסליל, קנה הסמי"ע וצ"ע דהרי זה דשלכל"ע, ולשי' הסמי"ע וצ"ע דמיייר בדבר המצוי לקנות אפי"ג דלא יצא השער, אך לשי' השי"ד לכא"י אין לו באור. ושי"ח בנתחיה"מ סי' רי"ח סק"ג דיישב לשי' השי"ך

כהנאת מחילת מילוח, ואפי"ה אין לו אסור ולא קנה כיוון דהו' דשלכל"ע, וגם אין זה באיסור רבתי, והביא הברייתא רק להוכיח דאיכא שלא קנה ואין אסורו בא לידי אסור, והברייתא מיייר שלא מחל המילוח, ומזה נלמד למתני' לאסור באין לו אפי' דאכא הנאת מחילת מילוח. ורבה הוכיח מברייתא דר"א רובה, דמורשו"ת כ"ש לו ע"כ דמיייר בהנאת מחילת מילוח, ואפי"ה באין לו אסור והו' לא חשיב כדבר שכא לעולם, וכסבורת הקניי ראם, אך ע"ע דכפוס' לא נזכר עניין מחילת מילוח כמי"ש בחווי"ד, ומלכ"ב זה נ"י דחוק מאוד להעמיס כן בסוגיא וצ"ע.

(ז) ועי' ברעק"א ברוי"ח כאן שכ' דאף בנד"ר הנאת מחילת מילוח שווה פחות ממחוב, וקנישית החוס' רק מודע סתם דככל גזנת מסך החוב ע"י הנאת מחילת מילוח. ולפי"ז אין התחלה לקנישית המהרש"א. וכמוד' דקורב לזה כ' בחתי"ס. ולפי"ז כהכרח צ"ל דעת חוס' ריש החו' לפסוק כ"ש לו אף בלא מי שפיע, שהרי ברייתא דר"א ומתני' בע"כ לא מיייר בהנאת מחילת מילוח, שהרי מיייר בפוסק חישין בסך כל דמי החוב ולא רק כפורטה דהנאת מחילת מילוח, אלא מיייר בע"כ בקונה במילוח עצמו לחוס' לא קנה כלל, וא"כ ליכא משי"פ ואפי"ה שרי ביש לו. ותורה"ה אפי"ס הוא דוקא באין לו, וכמשי"ת לעיל.

ועי' בתורה"ה על מתני' דריש פרקין באות מ"ג דכ' דחוס' כהכרח מעמודים ברייתא דר"א ומתני' בהנאת מחילת מילוח, דאלי"כ ליכא משי"פ ובתורה"ה אפי"ס מכונא דכעין משי"פ, ובע"כ צ"ל דסי"ל דהנאת מחילת מילוח שוויא ככל דמי החוב וכמשי"ת לעיל. וע"ש שהוכיח קנישית מהרש"א, והו' דלא מברין ברוי"ח, וע"ל שכתבם ככ' ונמי שונים והי"ד כו' ממה שכ' בתחילה, ומבואר דלא נמנע מלבאר בעצת חוס' דמתני' מיייר דוקא בהנאת

סגי שיהא מחוי כקנה הלוקח אף בלא קניין למי שפיע [וכן מוכח דעת הראב"ד פי"ז מחל' מביחה הי"ד שכ' דהא דמצמצדין מילוח ע"ג פירות זהו רק לעניין היחוד רבתי ולא לעניין קני'. ובע"כ דלא מפיש דמיייר דוקא בהנאת מחילת מילוח דזה לכ"ע מתני' אף לקניין. וכ"כ בחווי"ד קסי"ג סק"כ דלא נזכר בפוס' להצריך שיהא בהנאת מחילת מילוח.

ולפי"ז נצטרך לומר דמי"ש בחווי"ה אפי"ס דכענין קניין למשי"פ, זהו דוקא באין לו, דמה שבחיד לקנות מחשב כ"ש לו, והו' דוקא בנתחייב לקנות שאם לא יקנה יקבל מי שפיע, וכל"ז מה שאומר לחוד המוכר יקנה בשוק לא סגי כזה דיהא מחוי שכבר קנה וכ"כ יש לו תקנה ללוקח, דמאן יימר שבאמת יקנה וכענין שיחתייב למשי"פ. אך כ"ש לו אף בלא משי"פ חזינן דהפרחות הנמצאים נחלטים ללוקח ובירשותי' אחיקרי.

אך לשון החוס' ד"ה אפי"ס לא משמע כן. דכ' "דאיציג ולא משך חטיין אין זה רבתי כו"ו. ואם כ"ש לו אפי" קניין למשי"פ, וכאן צריך רק כרי שהתחייבותו לקנות תגרום דמחוי כאילו כבר קנה, א"כ הקניין למי שפיע לא בא במקום משי"ת, וכ"ש לו מחוי כמשי"ת אף בלא משי"פ, ולא שייד הלשון "דאיציג ולא משך כו"ו, והל"ל "דאיציג דאינו מחוייב לקנות מ"מ חזינן כ"ש לו כיוון דחייב לקנות בחיוב משי"פ, ומכונא מלשונם דכל היכא דחוס' משי"ת כדי לומר שיקנה ללוקח סגי במקום זה כקניין למשי"פ, וא"כ גם כ"ש לו בעינן מי שפיע.

ועוד צ"ע דאבי שפי"ד קאמר ל"י לרבה דשי"ח רבה תמה מאוד, וכי לא ידע מה נאמר כברייתא שהביא דאפי' כ"ש לו אסור.

ועל כן הי' נ"י קצת דכונתו המהרש"א רק דסברת אבי' כן הוא דאם נעמיד מתי"ה בהנאת מחילת מילוח אי"כ גם באין לו יהא מותר דקנה קניין גמור, אך רבה פליגי ע"י וס"ל כדקרינן דאם דשפי"ד יש להעמיד מתני'

מעשה קניין עליו אפי"ס שאכתי אינו כבעלוחתו, והקניין יהול לכשינסם לבעלותו וכן מבואר בפ"י הרא"ש ע"ל נדרים ל"ד ב' בשם הרא"ש ממין ע"ש [וע"ש בכ"ז בכ"ב ק"כ' ב' כסוגיא דמכירי כהנתי].

והנה כפי"ק סי"ט ב' אמר רבי יוחנן דבגמל ולא נתיישאו בעלים אפי"ג דהתפסן של הפעלים אינו יכול להתקיישו ולמכרו כיוון שאינו ברשותו [וע"ש חוס' כ"מ ו' א' ד"ה דקיישה]. ואפי"ג דאין חסות כבעלותו מי"ם אינו יכול לעשות מעשה קניין בדבר שחוס' לו בשלטון עליו, והו' אוהו חסותן דאיכא בדבר שלכל"ע, ומוכח דגם בדבר שבבעלותו בעינו שיהא כשלטונו [וע"ש חוס' כ"מ ו' א' ב' ד"ה כגון ורוי"ק]. והנה אם תפס נמצא בתחילו רק יש איזו מניעה מהגברא להגיע אליו, וכגון דאריא רכיבי עליו, ודאי יכול להקנותו. ומוכח דבעינו רק שמצי' התפצא יהא במקום שמצוי לכעלים אך לא אכפת לן אם בגברא יש מניעה להגיע אליו.

והו' סברת המהרש"א, דמאתר דכמצוי בשוק לקנות חשיב מוזמן ומצוי, ומהני דגם חכמים מודו לדי"ם כבהי"ג דיכול להקנות דשלכל"ע, תו לא אכפת לן דלגברא אין מעומ ואינו יכול לקנותו.

ודעת הקניי ראם דדוקא בדבר שברשותו ממש יכול להקנותו גם אם אריא רביע עליו, אך רבא שאינו ברשותו כל שכמציאות אינו מוזמן בידו אינו יכול לעשות לגביי מעשה קניין, והבן.

(ג) והנה לפי' המהרש"א צריך להעמיד ברייתא דרבי אושעיא ומתני' דדוקא היכא דלא מחל המילוח, דאם ימחל ואיכא הנאת מחילת מילוח אי"כ גם באין לו יהא מותר, והיכא דאין מחילת המילוח אי"כ לא קנה למי שפיע, דלא דהיב ל"י מודי דדעת החוס' דבעלוחת עצמו אי"א לקנות כלל דמילוח להוצאה נתינת, ואפי"כ כ"ש לו מותר. ובע"כ צ"ל דסי"ל דכמה שיש לו לחוד

פרק הזכותב לאשתו

שלא תמכור אך עדיין יש לו פירות, אשתו יוכל להוציא מן הלקוחות מכת ק"פ קה"ג דמי אליבא דרבי יוחנן, אע"ג דליכא התקנה שלא תוכל למכור, ואותה קנייא קשה גם כמתני' דר"פ האשה שנפלו אדך ס"ל למתני' דבלא תקנה מיוחדת שלא תמכור הפטורת היא שכולה למכור והרי לר"י דק"פ קה"ג יוציא מן הלקוחות.

ע"כ נלענ"ד פשוט דלפני שתקנו שאינה יכולה למכור, אכילה הפירות והבעל לא היתה קניין הגוף לפירות, אלא רק שעבוד הוכח לאכול פירות בנכסיה בלא קניין כלל בגוף הנכסים, ולכן אין לה מניעה למכור, והנכסים שלה לגמרי, ואחרי שמכרה ממילא פקע זכותו לאכול, דתקנו לו אכילה פירות רק בשלה ולא בשל הלקוח, ואח"כ תקנו תקנה נוספת שהיא לו קניין גוף לפירות, ואז ממילא אינה יכולה למכור מה שאינו שלה, ובאומר דר"ד אין לי בנכסייך ויתר על קניין פירות ונשאר לו זכות אכילה בלי קניין בנתי. ואי מתני' היא גם לבתר תקנת אושא, ויתר גם על תקני"א שהיא אינה תלוי בשאלה אי יש לו ק"פ, אלא רק בנדון אי יורש, דאלמדה לזכותו לירש כאילו היא קניין, וכמבואר מחוס' לעיל נ' א' דגם בלי אכילה פירות כלל איחא לתקנה אושא, וע"ש היטב במהרש"א ודרי"ק.

פ"ג א' בתלמי'.
ותה מה שתקנו לבעל אכילה פירות, זה לחדד אינו גורם שלא תוכל למכור ויאכלו הלקוחות פירות בחייה. כן מבואר בסוגיין דהתקנה שלא תוכל למכור היא תקנה בפניע, עיי' בסוגיא ורש"י בעמ' ב', וכן מבואר להדיא במ" לעיל ר"פ האשה שנפלו, דאע"פ שהפירות שלו אבתי אפשר שהתמכור, ויאכלו הלקוחות פירות בחייה וע"ש ע"ח ב"ן, ואע"פ שלבעל יש קניין פירות אין זה כמזכרת דבר שאינו שלה.

פ"ג א' תוד"ה כדרב כהנא כ"ו.
א ע"י קצה"ח ר"ט סק"א שכי' דחוס' ס"ל לדינא דסילוק מדיני אף בדאורייתא, דקיי"ל כ"י יהודה דמתנה עממי"כ בתורה כדבר שבממון תנאו קיים, וסוגיין הביאה הטעם זיכול להסתלק כדרכא כ"ו משום דס"ל כד"ם דאף בדבר שבממון תנאו בטל, ולכא"ו מוכח כן מהא דתלה רשב"ג הטעם דאם מתה

פ"ג א' בתלמי'.
ותה מה שתקנו לבעל אכילה פירות, זה לחדד אינו גורם שלא תוכל למכור ויאכלו הלקוחות פירות בחייה. כן מבואר בסוגיין דהתקנה שלא תוכל למכור היא תקנה בפניע, עיי' בסוגיא ורש"י בעמ' ב', וכן מבואר להדיא במ" לעיל ר"פ האשה שנפלו, דאע"פ שהפירות שלו אבתי אפשר שהתמכור, ויאכלו הלקוחות פירות בחייה וע"ש ע"ח ב"ן, ואע"פ שלבעל יש קניין פירות אין זה כמזכרת דבר שאינו שלה.

ושמעתי להסביר, דקניין הבעל אינו כלוקח שהנכסים עובדים לרשותו, שהרי כמותו או כשנתמגשה הנכסים נעשים שלה אף בלי קניין, אלא מאחר שזכה באשה, ויד האשה עצמה נעשית שלו, ממילא יש לו גם בנכסי', ואינם יוצאים מרשותה, וכמותו מחרוקת הרשות אלי'. ומאחר שלא יצאו מרשותה אפשר שאע"פ שהנכסים שלו, יכולה היא למכור, עד שיתקנו באופן מיוחד שגם לא תוכל למכור.

ולענ"ד דבר זה קשה דא"כ לק"מ קושיית חוס' לעיל נ' א' ד"ה הבעל, דכמו שהוצרכו תקנה מיוחדת שלא תמכור בחייה לאכילה פירות אע"פ שיש לו ק"פ, ד"ה הוצרכו לתקנה מיוחדת שלא תמכור לאחר מותה לצמיתות ועיקר היסוד דהבעל אינו כלוקח לענ"ד הוא ברור, וע"י מ"ש בזה בעזה"ש"ת בב"ב קל"ז ב', רק צל"ע להסביר לפ"י דהאשה תוכל למכור אע"פ דק"פ של הבעל, וגם מסבא הוא צ"ע].
וכן לחתוס' דס"ל דק"פ כקה"ג דמי לר' יוחנן גורם שיוכל להוציא מן הלקוחות הגוף גם בלא שיתקנו במיוחד תקנה אושא, א"כ באומר דר"ד אין לי בנכסייך, דיתר על התקנה

לעולם, דרש"י כדף ס"ג א' ד"ה יש לו לשיטתו דמלוה קונה דביש לו קנה במילתיה למי שפרע, ובאין למכור הפירות, ה"י יכול רש"י לר' במשטות דאמר כיוון דלא קנה למש"פ, אם ננקוט כהמש"ע, ובאין איסור בא לידו ואין לו במה יקנה שוב ה"י כדשלכ"ע אף ביצא השער לסברת הקרני ראם, ורש"י לא כ"כ אלא האריך לבאר דמכיוון דאין בידי במה יקנה מחזי כרכית כיוון דלא חזיין שיכיל לקנות במעות שקיבל לא מחזי כיש לו, ורק אם נאמר דקנה למי שפרע אף באין לו אע"ג דאין כאן איסור הבא לידו, וכמשנ"ת לעיל בדעת הגמ'רש"א יוכן מדוע הוצרך רש"י לבאר דאפ"ה מחזי כרכית מכיוון דאין לו במה שיקנה [וגם מדדבנן ליכא קניין גמרי, ודלא כהתוס', דקנה קניין גמור] ולכן לא מחזי שכבר קנה וה"י פקדון, ולא סגי במי שפרע לחדו [והרי לשי' הש"ך בהכרח צ"ל כאן דלא סגי במש"פ לחדו כדי לשווי' כמקח ופקדון ולא כהלוואה].

ומיירי שנחתייב גברא וזה מהני אף בלא בל"ע, עיי' חוס' כחכות ר"פ אע"פ וברא"ש שם, ובנתה"מ כ' דאף להש"ך צ"ל דמיררי במצוי לקנות, וצל"ע בין להסמי"ע ובין להש"ך, דמבואר בפוס' דדוקא בקנה קניין המועיל במסלילי חל הקניין בפוסק עד שלא יצא השער ואין לו, אך במתן מעות לחדו ליכא מש"פ כיוון דאסור משום רבית, וצ"ע אמאי אסור דאם מצוי לקנות ואסור בא לידו, יהא מותר משום דנחשב כיש לו, וצ"ל דמכיוון דרוב פעמים מצוי רק ביצא השער, ובלא יצא אינו מצוי לא פלוג דבנן ואסור כל היכא דלא יצא השער].

ו' ורדעת הסמי"ע דבמצוי לקנות נעשה כבא לעולם, הבאנו לעיל מחלוקת המהרש"א והקרני ראם, אם באין לו מעות ג"כ אמרינן דה"י כבא לעולם.
ונלענ"ד להוכיח מרש"י כהמהרש"א דאף באין לו מעות חשיב כדבר שבא

הוצי' עפ"י מה שביאר בכרטיש"ב בי"ט סי' ל"ז אבל כסילוק ליתא לכל זה, והצד שיועיל הוא רק מן הסבא דדין שלטובתו יכול לומר עניין, ולכך זה איתא הכלל

דמעשמיכבי"ח תנאו בטל, הדיינו שא"א לטל דין חורה, ואין כאן מצאיות של תנאי שבכוחו לטל דין [שהרי לטל דין לגמרי זהו גוף עניין תנאי, והחידוש כאן דמכטל רק חלק, וזה ג"כ בכוחו היכא דאינו חלוק כ"כ מדין ב"ג וכ"ר, בדמוכח מסברת שמואל דמי יימר דעקר מידי שהרי סי"ט עוקר דין אונאה וכמ"ש בכרטיש"ש שם, ולכן גם לרבי יהודה לא מהני סילוק מדין חורה אפי' בדבר שבכוחו [וכקיצור לרבי יהודה מה שהוא דבר שבכוחו אינו גורם שידא אפטר לשנות דין חורה, אלא רק גורם שהתנאי, שהחורה נתנה לו כח לטל דין חורה, יוכל לחול גם כשכא לטל חלק מדין חורה, שאז החסרון אינו כמה שא"א לשנות ד"ת, שזה ניתן לתנאי כח, אלא שאינו דומה לתנאי ב"ג וכ"ר, וחסרון זה מתבטל ע"י שהוא דבר שבכוחו, אבל לא הדין הכללי שא"א לשנות ד"ת] ולכן אין בן יכול להסתלק מירושת אביו דכיה לא שייך תנאי דאין כאן מעשה שמתנה עליו, וקניין לא חל דהוי דשלכ"ע.

(ג) וע"י תורע"א מס' פאה ספ"ז, ותנן דאם אמר הורני קוצר ע"מ מה שאני שוכח אני אטול יש לו שכחה, ופי' הרע"ב שם דהטעם משום מתנה עמשכבי"ח תנאו בטל, ותגורע"א חק' מה שייך להלות הקצירה בתנאי וע"מ מי מתנה, וכדומה יש לחק' במאי נתנן כב"ב קכ"ז ב' האומר איש פלוני בני לא יירש עם אחיו לא אמר כלום שהתנה עמשכבי"ח, ובגמ' שם חק' ליתא מתני' דלא כר"י כו' ומתוך אפי' תימא ר"י החם ידעה וקמחלה הכא לא קמחיל, וע"י מ"מ פ"ב מאישות ה"ט בסוף דבריו שבי' בשם קצת המפר' דאפי' ידע ומחיל אין בדבריו כלום [ונקעין זה איתא גם שם בדרך ק"ל א"ל].

ותוס' עפ"י מה שביאר בכרטיש"ב בי"ט סי' ל"ז ואל"ח עש"ה. ואל"ח עש"ה. ואל"ח עש"ה.

ואם ה"י התנאי יכול לטל דין שאר וכסות ה"י באופן שאם דין שאר וכסות יחול ת"י התנאי יבטל לגמרי הקידושיין וכללם דין שאר וכסות, ומה שאם יחול יגורם לטל א"ע אע"פ חל כלל, אך על שאר דין הקידושיין אין מה שיבטלו מלחול ולכן חל. אלא שאמור אף אם יתקיים דין שאר וכסות לא יבטל התנאי את המעשה, דאופן כזה של אי קיום התנאי לא דמי לתנאי ב"ג וכ"ר, וכלי החידוש רבי"ג וכ"ר תנאי אינו מבטל מעשה כלל [באור זה מצאתי בקוב"ש על כ"ב מ"ט א' ושם ג"כ פליגי על הקציה"ח, ע"ש].

ולפי המבואר, דאם התנאי ה"י דומה לתנאי ב"ג וכ"ר וה"י בכוחו לטל מעשה, ה"י יכול לטל גם חלק מהמעשה ודיינו שאר וכסות לחור, ורק משום שאופן אי התקיימות התנאי, הגורמת לביטול המעשה, אינו דומה לכ"ג וכ"ר אינו מבטל המעשה כלל וחל דין שאר וכסות, ובאופנים שהחלוק בין אופן אי התקיימות התנאי היכא שמתנה עמשכבי"ח לביין תנאי ב"ג וכ"ר אינו גמור כ"כ, שפיר אמרנו דתנאי מבטל המעשה, וממילא מתבטל דין שאר וכסות כיוון שאם יחולו יבטלו הקידושיין וגם הם, אינם חלים כלל, ושאר הקידושיין שפיר יכולים לחול. ולכן אליבא דשמואל כב"ב ג"א ב' היכא דמי יימר דעקר מידי שפיר מהני התנאי לעקור דין חורה, ה"י לרבי יהודה, היכא דידיע בדייק על מה מוחל ומסכים בדבר שבכוחו דמי במקצת למבטל מדעתו מה שאינו מחול [וע"י מהרש"א על חוס' כחוכות פ"ד ריש ע"א, ומחול"ש"ש שם, דהא דבעינן דידע ומחיל אינו לאפוקי ממחילה כטעות, דהרי בדרכנן מהני המחילה גם בלא ידע ומחיל, אלא בעינן ידיעתו רק לאפוקי מדין מתנה עמש"כ בחורה], ולכן מועיל תנאי לטל המעשה, הדיינו לטל דין שאר וכסות.

אלבא דרב והכי קיי"ל, דזה כתבו החוס' פ"י רע"א דוקא גבי ירושת הבטל דאם מה לפני איבד כל זכותו בנכסים, משא"כ כן בנכסי אביו שגם אם מה לפני אביו לא השתנה מידי לגבי דין ירושתו, ועש"ע כזה.

למה שדייק הקצה"ח מסוף דיבור החוס' דחק' דרב ס"ל דסילוק מהני כדאורייתא ודלא כהרמב"ם, ע"ש במחריש"א דדייק איפא, דמאחר שהדי' מרב ולא מרבי יהודה, מוכח דר"י ס"ל דסילוק לא מהני כדאורייתא כלל, ודוקא בתנאי ס"ל דכדבר שבכוחו תנאו קיים אבל לא בסילוק, ורק סבר דאפי' סילוק מועיל וכוח נדחו דבריו [ולכא"ו צריך להבין דהק' המהרש"א דכדבר ולא ידע דמחיל מודה ר"י תנאו בטל, ולכן לא יכלו חוס' לחק' בפשיטות מדי', ורק מרב דהוא זה שחילק דכלא ידע דמחיל תנאו בטל, וללישנא שלפני כן סבר דתנאו קיים].

(ב) ונלעז"ל דדעת החוס' דסילוק לא מהני מאורייתא אף לרבי יהודה אפי' כדבר שבכוחו. והא דאמרי' במתני' דלרשב"ג הטעם משום דמעשמיכבי"ח תנאו בטל, הנה זה כרוח דטעם זה אינו שייך כדוקא לדיני תנאי מההכא כאן גבי סילוק, וכב"ב קכ"ז ב' ועוד, אלא לשון תנאי לישנא בעלמא נקט, והכוונה דא"א לשנות דיע התורה, והכא ה"י ס"ד שאפשר לשנות לא מצד תנאי אלא כיוון דסברא היא שדין שהוא לטובתו יכול ל' דאינו חפץ כטובה זו, ובריע תנאים גם כשמסתנה עמש"כ בחורה, אין זה מבטל את חלות התנאי ואח כוחו לטל המעשה, כדמוכח מחוס' כחוכות ג"ז א' שהדי' דמכיוון שלא נתקיים התנאי יבטל המעשה, אלא שבתנאי ב"ג וכ"ר ה"י שיבטל התנאי ה"י מדעתו ולא שנתבטל מעצמו ע"י שא"א שדן התורה ישתנה, ולכן היכא שמעשמיכבי"ח שהתנאי מתבטל ממילא, ככה"ג ליכא חידוש התורה דתנאי מבטל מעשה, כך הוא תי'

ירושנה משום דמתנה עמש"כ בחורה תנאו בטל, ומשמע דלמ"ד תנאו קיים יועיל הסילוק, וכן מוכח מדברי חוס' גיטין ע"ז א' בסוף ד"ה וכדבר כהנא כו', שאחרי שבאור דהא דרבא כא ליתן טעם כיצד מהני סילוק בדבר שלכ"ע, דהוא משום שהקנת חכמים שדיא לטובתו יכול להסתלק ממנה, חק' כיצד תלי הגמ' הטעם משום שהוא תקני"ח, הרי רב בסוגיין ס"ל לחד לישנא דאפי' אם ה"י מה"ח ה"י מועיל, ותיצו שהסוגיא אינה סוברת כרב כזה. ומבואר ללדידן דס"ל דכדבר שבכוחו תנאו קיים מ"ש כסוגיא דהטעם דמהני סילוק משום הוא תקני"ח אינו בדוקא, וה"ה אם ה"י מדאורייתא.

ויש להניח דהרי תוס' פ"ז א' ד"ה וסבר כתבו דהכא נמי לא ידע דמחיל ונעמהרש"א], והיכא דלא ידע דמחיל ס"ל לרב דאף רבי יהודה מודה דתנאו בטל והכי קיי"ל כפי הנהגה, אך כוונת הקצה"ח לנדונים שונים שהובאו בפוסקים דהרי דאורייתא וידע דמחיל, ובה ס"ל דיועיל סילוק להחוס'.

וה"ה להניח דהרי תוס' פ"ז א' ד"ה וסבר כתבו דהכא נמי לא ידע דמחיל ונעמהרש"א], והיכא דלא ידע דמחיל ס"ל לרב דאף רבי יהודה מודה דתנאו בטל והכי קיי"ל כפי הנהגה, אך כוונת הקצה"ח לנדונים שונים שהובאו בפוסקים דהרי דאורייתא וידע דמחיל, ובה ס"ל דיועיל סילוק להחוס'.

וה"ה להניח דהרי תוס' פ"ז א' ד"ה וסבר כתבו דהכא נמי לא ידע דמחיל ונעמהרש"א], והיכא דלא ידע דמחיל ס"ל לרב דאף רבי יהודה מודה דתנאו בטל והכי קיי"ל כפי הנהגה, אך כוונת הקצה"ח לנדונים שונים שהובאו בפוסקים דהרי דאורייתא וידע דמחיל, ובה ס"ל דיועיל סילוק להחוס'.

וה"ה להניח דהרי תוס' פ"ז א' ד"ה וסבר כתבו דהכא נמי לא ידע דמחיל ונעמהרש"א], והיכא דלא ידע דמחיל ס"ל לרב דאף רבי יהודה מודה דתנאו בטל והכי קיי"ל כפי הנהגה, אך כוונת הקצה"ח לנדונים שונים שהובאו בפוסקים דהרי דאורייתא וידע דמחיל, ובה ס"ל דיועיל סילוק להחוס'.

שכמוכן, שהרי הם מפי' שאף לר"י דברי המתנה מפרשים כאומר אין לך עלי דין, ובהו יכול לעקר הדין רק מכה תנאי, ולא בשום אופן אחר. ולכן מפרשים דכל הנך מיירי בתנאי ממש.

ומה שכי' הנתיב"א הדלקת מסתלק, עליע שהרי כי' הראשונים דסילוק מהני רק בק הארוסין לנישואין, וכבר שייך לגבי' אך לא קודם הארוסין. והנך כוונתו דאינו מדין סילוק, אלא שהוא עשה מכירה והלאה וקודשין כאלה שאין בהם דין אונאה שביעת ושאר. שהרי עסקי ממונ' שהוא כעלים עליו יכול לעשות בכל גוונא שרוצה אם השני מסכים, וא"צ לדין סילוק מצד הלוקח אלא כמו שבסתלק הפעל מפירות בסוגין, ומהני שנעשין הנישואין כלא דין פירות [וכמש"כ החוס' לר"ד דמה"ט אינו יכול לחזור בו אחרי הנישואין]. כך יכולה המכירה להעשות כלי דין אונאה מצד שהמוכר עשאה כן, והלוקח הסכים. ולו יצויר שהלוקח ה"י שייך כזה מקודם וה"י מהני סילוק לענין שתחול המכירה כלי אונאה, אותו אופן של מכירה כלי אונאה עושה המוכר מצד שהוא בעלים גם כלי שיהא דין סילוק מצד הלוקח.

וגם לפי' זה י"ל כמשנ"ה דלהתוס' א"א לעשות כן מדין מתנה עמש"כ בתורה תנאו כטל אף בדבר שבממונ' ואף לר"י דהוא לא אמר אלא היכא דאיכא תנאי. ואף להרשב"א ס"ל דר"י מודה דא"א לעקור דין אף בדבר שבממונ' אלא רק יכול להתנות ע"מ שימחל. וכצויר שרצה הגורע"א לפרש חיי עקירת דין ממש שהרי מחילת המוכר לפני המכירה לא מהני מידי דהיי' דשלכלביע, וסילוק לא מהני לפני הארוסין. ומה שעושה המוכר המכירה כלי דין אונאה הי"ז עוקר ממש דין מה"ת דס"ל להרשב"א דזה לא מהני לר"י ואפי' בדרך תנאי.

ונפאה וכבי"ב דאינו מחילה אלא ממש עקירת ד"ת מודה וכי' יהודה ונר"ם מודה שע"מ שתמחיל מהני, רק מפרש דברי הפעל כאומר ע"מ שאין לך עלי דין]. ולפי"ז הסוגיא בבב"ב היא כפשוטה, ומוכח מינה כפי' רשב"א דר' יהודה אמר רק היכא דאיכא מחילה, אבל לא בעקירת הדין עצמו [אלא שלפי"ז תועיל מחילת הירוש והרשב"א וסייעתו בע"כ צ"ל ללא מהני מהשעלים ונתפרשו בסוגין, ע"ש ברע"א בבב"ב מש"כ בדה"ל.

ה) והתוס' כתובות נ"ז הק' על ר"מ דא"כ פיצד אפשר למחול על נזק, וה"י דר"ם מודה היכא שמתנה ע"מ שתמחול. ורק באומר אין לי על"ד דין נזק או דין שאר וכ"ו חשיב מתנה עמש"כ בתורה. ומשמע דלא מפרשים שטעם ר"י משום דמפר' דברי הפעל כאומר ע"מ שתמחיל לי, אלא דס"ל דאף כמתנה ע"מ שאין לך עלי דין ג"כ מועיל בדבר שבממונ' [ע"ש היטב בקישור לשונם דא"א לפרש בע"מ]. ומזה מוכח נמי דלא כהקצצה"ת, דאי סיל' כהקצצה"ת דלמאי דקיי"ל כר"י א"כ יכול להתנות על ירושת אשתו, א"כ מוכח דר"י לא אמר דווקא תנאי, אלא בדבר שבממונ' אפשר לשנות ד"ת בכל גוונא, א"כ חיי קשה על התוס' ממתני' דבי"ב והפאה ושי"ד, וכמש"כ הרשב"א. ומחילת קשיא להו כן מוכח דס"ל דר"י אמר למילת"י דווקא היכא דאיכא תנאי וכמשנ"ה לעיל.

ו) עוד הק' שם בתורע"א ספ"ז דפיאה וכהאומר ע"מ שלא תשפטי שביעת [ע"י כ"מ נ"א כ"ז] וכן המקדש ע"מ שאין לך עלי דין שאר וכ"ו לא משמע שעושה תנאי במכירה או בהלאה או בקידושין, אלא שהסמכתו למכור להלות ולקדש היא רק באופן שהלוקח הסכים לסלק עצמו, ועל הסילוק חל הנדון ומתנה עמשכ"כ תנאו כטל או לא. ולמש"כ בדיעת תוס' א"א לי כן, דהיכא שאינו תנאי מודה ר' יהודה שתנאו כטל אף בדבר

ו) וכ"ז הוא לשי' תוס'. אך הראשונים הסוברים דמהני סילוק בדאורייתא, כמבואר בר"ן ורמב"ן, משום דקיי"ל דברבי שבממונ' תנאו קיים, מבואר דס"ל בדיעת רבי יהודה דאין זה רק פטר בדיני תנאי, אלא שבדבר שבממונ' ה"י כדבר הרשות ואפשר לבטל ד"ת בכל גוונא שמצד הסברא דא"י שיתבטל, והטעם דס"ל דבשכחה אינו יכול לקצור ע"מ שישול מה שישכח וכן כבי"ב להוריש למי שירצה צ"ל דהוה כמש"כ רשב"א הוכח בשמ"ק על כתובות נ"ז וז"ל יור' יהודה דאמר בדבר שבממונ' תנאו קיים לאו למימרא דסבר דמתנה עמשכ"כ תנאו קיים, דהא קיי"ל כל המתנה עמשכ"כ תנאו כטל וקיי"ל נמי כר"י דאמר בדבר של ממונ' תנאו קיים, אלא דר"ם סבר דע"מ שאין לך דין שאר וכמות ועונה קאמר וע"כ יש לה עלי דין שוכר"ע דהכתוב חייב וכן באומר ע"מ שא"ל עלי אונאה. וכרי' יהודה סבר דלאו דין שאר ודין אונאה קאמר אלא מחילת ממונ' יש כאן כלי' שתמחול לי ממונ' האונאה שיש לך עלי או שתמחיל ממונ' השאר והכמות שיש לך עלי וממונ' ניתן הוא למחילה. וה"ז כאומר לחבירו קרע את כסותי והפטר דמחילת ממונ' יש כאן וקיים, אבל אלו אמר לו קרע את כסותי ע"מ שאין לי על"ך דין נזקין תנאו כטל דע"כ הכתוב רמיא עליי דין נזק" עכ"ל הק'.

ומלשונן מדרייק דברבינו שהק' על רבי יהודה דהא קיי"ל דהמתנה עמשכ"כ תנאו כטל, ותי' דר"י מודה דהמתנה ע"מ שאין לך עלי דין שוכר"ע תנאו כטל. ולכא"י צ"כ מה הקושיא עד שנוקד לתוך דר"י מודה בהא ולמש"כ א"ש דהרי קיי"ל בבב"ב נפאה ושאר דוכתי דתנאו כטל אף בדבר שבממונ', ומזה הק' לר"י, דהוא פ"י בר"י דלא כתוס' דהוא דין כהל' תנאים, אלא דין דככל דוכתא יכ"ל לשנות ד"ת בדבר שבממונ'. ולזה תי' דר"י מפרש דברבי הפעל כאומר ע"מ שתמחיל לי,

ו) וכ"ז הוא לשי' תוס'. אך הראשונים הסוברים דמהני סילוק בדאורייתא, כמבואר בר"ן ורמב"ן, משום דקיי"ל דברבי שבממונ' תנאו קיים, מבואר דס"ל בדיעת רבי יהודה דאין זה רק פטר בדיני תנאי, אלא שבדבר שבממונ' ה"י כדבר הרשות ואפשר לבטל ד"ת בכל גוונא שמצד הסברא דא"י שיתבטל, והטעם דס"ל דבשכחה אינו יכול לקצור ע"מ שישול מה שישכח וכן כבי"ב להוריש למי שירצה צ"ל דהוה כמש"כ רשב"א הוכח בשמ"ק על כתובות נ"ז וז"ל יור' יהודה דאמר בדבר שבממונ' תנאו קיים לאו למימרא דסבר דמתנה עמשכ"כ תנאו קיים, דהא קיי"ל כל המתנה עמשכ"כ תנאו כטל וקיי"ל נמי כר"י דאמר בדבר של ממונ' תנאו קיים, אלא דר"ם סבר דע"מ שאין לך דין שאר וכמות ועונה קאמר וע"כ יש לה עלי דין שוכר"ע דהכתוב חייב וכן באומר ע"מ שא"ל עלי אונאה. וכרי' יהודה סבר דלאו דין שאר ודין אונאה קאמר אלא מחילת ממונ' יש כאן כלי' שתמחול לי ממונ' האונאה שיש לך עלי או שתמחיל ממונ' השאר והכמות שיש לך עלי וממונ' ניתן הוא למחילה. וה"ז כאומר לחבירו קרע את כסותי והפטר דמחילת ממונ' יש כאן וקיים, אבל אלו אמר לו קרע את כסותי ע"מ שאין לי על"ך דין נזקין תנאו כטל דע"כ הכתוב רמיא עליי דין נזק" עכ"ל הק'.

ת"י החוס' דבאמת מהתם י"ל דסילוק לא מהתי בדשלכל"ע, והתם סילוקה מהני רק בצירוף כח התנאי, ע"ש מ"ש בזה.

ומפרש רבינו דאציג דמכואר בתוס' כתובות נ"ו דל"י מהני אף באומר אין לך

עלי דין שו"כ, ולא רק באומר ע"מ שתמחלי [דבה מודה אף רמ"א], מ"מ כונתו שאינו עוקר מצדו דין שו"כ דזה לכ"ע לא מהני, אלא מתנה ע"מ שתמחלי ד"א, ול"מ מהני רק כמתנה שתמחלי על המזון כשהיא בעולם אבל לא שתמחלי מהדין לגמרי, ול"י מהני כמתנה ע"מ שתמחלי אבל לא בעוקר מצד עצמו ובה אין חילוק בין דבר שבמזון לעונה, ולזה מתרץ דבאמת סילוקה רק מהני לשו"י, כדבר שבשמות, ואחרי שמכסל החסרון של מעמשכב"ת חל התנאי כמו כל תנאי רגיל, ומכא חלות התנאי נעשה שאין כאן דין שו"כ, ולא מכא חסילוק, שהסילוק לחוד לא חל כלל, ולעני"ד צ"ע דברי מרן הבר"ש צדק"ל, שרחוק מן הדעת ל"י דבקושיא סבור

החוס' דסילוקה וזה סילוק ממש, ותי' דהוא רק הסכמה לתנאי שמתנה הוא, ומדין מתנה מתכסל דין שו"כ, דזה פשוט שאינו מתנה שתמחלי, דכפ"ה ג' ל"ע אינה יכולה להסתלק, אלא עושה הקדושי' בתנאי שאם יהול דין שו"כ והכסלו, ולכן דין שו"כ אינם יכולים לחול שאם יהולו יתכסלו וכמ"ש ב"ק"ב כ"ב מ"ט, ומה שאינם חלים לא בא מצד שהוא עוקר, ולא מצד שהיא מסתלקת, אלא מצד שא"א שיחולו דאל"כ יתכסלו הקדושי' שהוא עש"מ בתנאי זה, ורק בענין הסכמה דכל"ז לא יהא חשוב כדבר שבמזון, וכ"ז פשוט ורחוק ל"י דהחוס' בקושיא פ"י כע"א, ור"ל נלע"ד דמתוך לשון הדין התוס' מתבאר כוונתם בקושיא.

דחבר"ש פ"י קושייתם דלפני רב כהנא לא הוה ידעינן אי מהני סילוק בדשלכל"ע, דהיינו דלא ידענו אי מהני סילוק מהדין, ומכאן שאולי יועיל זהו דלא קב"ש ע"מ ש"י

ר"ה ונהא אם נאמר כ"י שרצה להשוות ש"י כ"ה לשאר ראשונים, דבאשמו נשואה לא חוס' סילוק, וכענינהו לא הבטיח ד"ק דבתוס' יועיל להדיא דבבאב לו כבר מהני סילוק מכואר טוב, ומיירי בירושל' אשתו, וכפשוטו בלשון טוב, ומיירי קנין, שלגבי ירושה אין יד מיירי אף בלא קנין, קניין, והוא רק מסתלק לידה ולא שייך ע"י קניין, והוא רק מסתלק מדין ירוש' והכאיר מדוע צריך כזה דיוקא לשון טוב, וש"י דכ"י בהג"א בשם מרדכי ע"ש.

(י) וע"ע שם בקצו"ח ס"ק י"ב שהביא דברי מהר"ט דיקול לחזור בר מסילוק, והביא ראיות מר"ן דאינו יכול לחזור בו, והסביר מורה כמ"ה"ט וכן מכואר להדיא כדבריו בתוס' ר"י, וראיות הקצו"ח שם אין מוכחות ואכמ"ל [ואח"כ ראיתי מה שהק' הגר"א על רש"י הג"ל, ולא הבנתי הק' שהו"י מסוגיין דמיירי כדרכא כ"י מוכח דס"ל דמתנה עמשכב"ת תנאי בטל, ולא ס"ל לרש"י כפ"י ה"ן בזה, וגם אם דלא כסברת סוגיין] כהן דתנאי קיים זהו דלא כסברת סוגיין].

פ"ג א' ש"ב.

ע"י כר"ש כ"ב ס"י ל"ח ס"ק א' ש"י, לכאן את קושיית החוס' דכלא רב כהנא ידעינן דיוכל להסתלק מדשלכל"ע מהא דר"י ור"מ פלגי רק מצד מתנה עמשכב"ת אך מצד החסרון שלא בא לעולם לכ"ע ליכא.

ודוקשיא לברכ"ש מה הק' חוס' מהתם, דכלא דמימרא דר"כ ה"י ק' להגמי אי דסילוק הוי סילוק מהנכסים ולא יועיל בדשלכל"ע, או סילוק מהדין ויעיל כלכל"ע, וכיצד נפשוט ספק זה מהתם דמיירי בתנאי ואינו שייך כלל לסוגיין, ותי' דהתם התנאי גם לר"י אינו יכול לחול אלא רק ע"י סילוקה של האשה, דמתנה שהיא מסתלק, וחזין שסילוקה מועיל לר"י, ור"מ ג"כ מודה אם לא ה"י מדאורייתא, דאם אינו מועיל לא התקיים התנאי, וחזין דסילוק מהני בדשלכל"ע, וביאר

וכמדי' שראיתי לפני זמן רב מאוד כתי' הגר"י ר"ש הל' נדרות ש"י דא"א לעשות מכירה בלא דין אונאה וכי"כ אע"פ שהוא בעלים על המזון ויכול לעשות בו כל שתפוק אלא רק ע"י תנאי אפשר לעשות כן, וכמדי' שלא כ' הסבר לזה, ואינו זוכר היטב ואין הסבר ח"י, ולמ"ש א"ש היטב דבאמת מהסברא אפשר לעשות כן, רק הוי מתנה עמשכב"ת ותנאו בטל אף לר"י, כן להחוס' וכ"י להרשב"א, וכמשיג"ת בעה"שי"ת.

(ז) ולמ"ש אם נאמר כפשוטו דברי הגר"ע"א דיועיל מדין סילוק ממש, ולא קשיא ל"י דהוי כסילוק לפני האירוסין, א"כ קושייתו קשיא לשי' רשב"א, דסילוק מהני לרבי יהודה כדבר שבמזון דמי' למחילה ולא לעקרת דין ממש, אך לפי"י מאור צד"ק בריקה אולי הרשב"א באמת ספרש דאינו דרך תנאי, ולמה שביארנו דעתו, וכן נראה, דאינו מדין סילוק ממש, וכ' דלהרשב"א לא יועיל דהוי כעוקר דין ממש, ומחילת הלוקח האשה מהני רק לאפקי זה ממקח טעות וקדושי טעות אך לא מהני מחילתם על המזון דהוי דשלכל"ע, ואולי ס"ל להגר"א דמחילתם מהני מדין סילוק ממש בעת שנעשה המקח והקדושי' שבאותו רגע ממש דהסילוק והקדושי' בהדי הדדי ודאי מישך שייך כ"י ואכתי לא זכ"ה, אך לענ"ד הסברא נוסה דהוי כוכה כבר ואחרי שוכה תו לא מהני סילוק וכמו באשה לאחר נישואין [ולחוס' דמהני באשה לאחר נישואין זהו רק משום דהוי תקנתא דרבנן, אך להסוברים דסילוק שייך גם כד"ת אינו מועיל לאחר נישואין דאז צריך כבר קניין, וכמכואר כראשונים], וע"ע רב.

(ח) וכדעת הרשב"א שהבאנו שנוי לפי"ד דמפ"י דאין בין רבי יהודה לר"מ מחלוקת ביסוד הדין, דלחורויהו עקרת הדין לא מהני אף בממון, ומחילה מהני, ורק פלגי אי כונת הבעל ע"מ שתמחלי או ע"מ שאין לך עלי דין, א"כ כסילוק כסוגיין אי נוספת בזה]. וע"י מ"ל"מ פכ"ג מהל' אישות,

(ט) ור"י מר"ש"י ולא הסתפק בטעם דירושל' אשתו מדרבנן והוסף דכאן ע"י מעשיו, דס"ל דהיא דהירושל' ממילא היא גם כדרבנן לא יועיל סילוק, וזהו ירושה אשתו לאחר נישואין, וצ"ל דיליף טעם זה מהא דלא מהני סילוק הכן בירושל' אכתי אף למי"ד דמתנה עמש"כ בתורה תנאו קיים קיים, וס"ל דזה אינו דין מיוחד בתנאים אלא בכל מילי, וכפשוטו סוגיין דתולה אי הלכה כרשב"ג בשאלה אי מתנה עמש"כ בתורה תנאו קיים או לא, ומדמי לה למחלוקת דגבי אונאה דחלי במחלוקת ר"י ור"מ [וע"י במלחמות], ע"י בר"ן, ובה"י רשב"א שהם מהרשב"ג, ש"כ"כ, והא דכן אינו מסתלק מנכסי אביו ס"ל דמאחר שכבר ראוי לירש הוי כמטא ליד"י ולא מועיל סילוק, אע"י דלגבי קניין הוי אכתי דשלכל"ע, וה"ה בירושל' אשתו נשואה [וע"י בפ"ה"מ והשגות ראב"ד על הרי"ף ש"י נוספת בזה]. וע"י מ"ל"מ פכ"ג מהל' אישות,

שלימה וערא"ש מה שתי' לשי' רשי', ואכן רשי' העמיד הכרייהא בשותפין.

ועי' גמי' ב"ב מי"ג א' דמכואר להדיא דמתני קנו מיזו באומר דו"ד אין לי על שדה זו. ולשי' צ"ל דהוא לפי מסקנת סוגיין.

ולשי' חוסי' צ"ע, דהגמי' לא מתפרשת שקנו מיזו הכוונה בלשון רגיל, וע"ל דהם מודים דבשותפין מהני קניין וכמשי"כ הרא"ש, אלא דלא נהא להו להעמיד הכרייהא בשותפין. ועי' ושור"ד דכהג"א משמע דמפרש דהכרייהא אינה דווקא בשותפין, ע"ש.

פ"ג ב' ותימא ל' מכל מולי כ"ו.

והא דלאבי אמרי' יד כעל השטר עדי'ת, ולרב אשי מרייקינן כלישנא.

ובאומר לשותפו דו"ד אין לי על שדה זו קנו מיזו [דמהני לכ"ע כמבואר בב"ב מי"ג א']

פשיטא דנסתלק מהכל כלי שור, משום דכאן אינו כלוקח שהנחסים בראשותו, שהרי בנתגשה הרישות מהחזקת אלי' חזקה כלי קניין, וכך כמותו אין ליושבי מאומה מזכויותיו, אלא מכה שזוכה באשה תקנו לו חז"ל זכויות בנכסי' אע"פ שאנם יוצאים מראשותה, ומאחר דאיבא ג' תקנות נפרדות, שאוכל פירות, ועוד שזוכה בנהף לפירות ואינה יכולה למכור, ועוד שזורש, והסתלקותו היא מן החקונות, ולכן מבבלותו על קניין, ולא כבעל שדה שמסתלק לשון טוב בעיני לכה"פ קניין חזקה כמבואר בתוס' ר"ד, לכן מאחר שמסתלק מג' דברים נפרדים יש ליעת לאיזה מהם כיוון, משא"כ בעלות השדה היא דבר אחד, וכדי שישייר ברישותו איזו זכות בעיני שיפרש. וברשב"א הוכח בשמ"ק ד"ה הא דאמר רב אשי כ"ו יתכן שכיוון לזה אמנם אריכות דבריו, וכן מה שהביא עוד הירוצים, צ"ע, דזהו דבר פשוט מאוד וא"צ לפנים.

אמנם יש להקשות ברעת רבי יהודה דכמסתלק מפירות יש לו פירי פירות,

לה ואין ליושבי בהם כלום] ואז נעשה כיוודש נכסים שאינם שלו. ולפי מיתתה מאחר שהם שלו לא יועיל לשון דו"ד, ולא רמי לקושיית הגמי' ריועיל בנשואה ל' לא יתא לי חלק בנכסי' חוסי', זה נראה לפיר' וצ"ע.

ומלשון חוסי' ר"ד שבי' דלשון סילוק לא מהני משום שיכול ל' לשותפו "לא

סלקתי עצמי אלא שלא אעזר על"ך שום תביעה על חלקך" ע"ש, משמע קצת דהוכח שאומר כן למי שאינו שותף שפיר מהני וצ"ע. אמנם כמה שהעמיד רשי' כרייהא דשרה בשותפין אין לדייק דס"ל חכי, דזה נצרך לפי משי"כ הרא"ש ליישב קו' חוד"ה קנו ע"ש.

פ"ג א' גמי' איבעיא ליה קנו מיזו כ"ו.

שתי רשי' דקאי איבעית הגמי' על הכרייהא.

והנה הכרייהא פשיטא דמיירי בקניין, וכאמריה לחוד גם בלשון מתנה אינו כלום. וכחוסי' רי"ד ביאר דהכרייהא מיירי בהחזיק מכה לשון זה. ואבעית הגמי' מיירי בקניין סתרי, דמאחר דחליפין נעשים בנהף הדבר, מה שעשו חליפין מפרש את הדיבור דכוונתו על גופה של קליע, אבל חזקה אינו כן [ועי' חוסי' ערכיך ל' א'].

וכחוסי' הקי' על פירשי' דלשון דו"ד וכי"ב משמעו הפקר ולא הקנאה. וכסוגיא דכרייתת כ"ד ב' מדמי להו לאומר אי אפשר.

ומחר דגזר מלשון אי אפשר, משום דמסלק עצמו רק מדו"ד אך מנופה דשרה לא סליק נפשי'. ולפי' נהי דהקניין מוכיח דכוונתו לנהו הקרקע, הוי כאומר אי אפשר, ומסלק עצמו מנופה דשרה, והיי לשון הפקר. וכבא להפקיר שדהו לא שייך קניין ככל דאין קונה.

וכאשר נשאה אחי שפיר, דמאחר דהוא מסלק עצמו ומפקיר הנסים, זוכה היא בהם ממילא, וכמו כמת הבעל או נתגרשה, וממילא שייך ע"ז קניין, דהפקרות היא מעשה קניין גמור להקנות לה בעלות

כידה. וא"כ היכא דלא שייך ל' ידו כידה אף בנשואה יועיל לשון גרוע.

ועי' מהרש"א שבי' לגבי מסתלקת ממתנות דבעיא לשון טובגום ע"ז יש להקי דמאחר דליכא כוח החי' ידו כידה יועיל לשון גרוע אף בנשואה, כקושיית הגמי' **והצ"ע**, דהנה גריעותא דלשון דו"ד ביאר ברשב"ב ב"ב מי"ט א' דהפי

כאומר לא יתא לי חלק בשלי, ובע"כ הרי הוא שלו [ועי' רש"ב"ם שם מי"ג א']. וזה שכחו חוסי' דמסבא ירעינן דהיכא דלא בא לידו יועיל, דעל מה שעזר לא שלא שפיר קאי כשאומר שלא יתא לי חלק כו. וזו קושיית הגמי' דמאחר דבנשואה אוכל משלה, ואין הנכסים שלו, יועיל ג"כ לשון גרוע, שלא יתא לי חלק בנכסי'. ומחרץ דהוא כשותף בנכסים והוי כאומר על שדה שלו.

וכאומרת איני נזונת ואיני עושה, לשון דמסילוק לא קאי על נכסי הבעל שאומרת דו"ד אין לי בנכסים אלה לקבל מהם דמי מזונות, דאז ה"י מועיל לשון גרוע כיוון דקאי על דבר שאינו שלה ואומרת לא יתא לי חלק בו, אלא קאי על דין מזונותי' גופא שאומרת לא יתא לי דין מזונות. והדין עצמו הוא דבר שנכב יש לה, דכבר זכתה היא ליוון משלו ואם תאמר אין לי דו"ד בתקנת חז"ל שחזקנו לי מזונות הוי כאומר על דבר שלי שלא אוכה בו.

וכן בירושת אשתו נשואה, אם אומר דו"ד אין לי בירושת נכסיין, כיוון דכבר יש לו הזכות לירש הוי כאומר אין לי חלק בדבר שהוא שלי.ולכן בעינן לשון טוב שיאמר אי אפשר בירשותן. ואם יאמר דו"ד אין לי בנכסיין לאחר מותך, ג"כ לא מהני, דאע"ג דהאומר בנכסים שאינם שלו דו"ד אין לי בהם לעניין איזו זכות, מועיל לשון גרוע, מ"ם הכא הם שלו כעת והוא כשותף בהם. ורק לאחר מותה כשנפקע האישות נפקע שותפותו [וכמו כשהוא מת נפקע כל קניינו ומתדקנת הירשות

שהיה בעולם. ולזה הביאה הגמי' מירמא דר"כ לפשוט לן דחמילוק מהני לדשלבל"ע, וקושיית החוסי' דנפשוט מהא דר"מ ר"מ וא"צ למירמא דר"ב. אך לעני' החוסי' לא התכוונו לפשוט מהא דר"מ ור"מ, דזה באמת אינו עניין לסילוק כלל. אלא החכונו דגם על הצד שסילוק לא מהני בדשלבל"ע, מ"ם בכלל דכריי' משמע שהתכווין גם לתנאי, ונהי דמצד סילוק לא יועיל, לדינא לא יהיו לו פירות כיוון שהטיל תנאי בנישואין ויריעיל מדין תנאי אע"פ שמדין סילוק לא יועיל. ולזה תרצו דאין משמעוהו הלשון בסוגיין דאומר דו"ד דהוי דרך תנאי. וגם אין לומר דמירמא דר"כ מיידי באומר דרך תנאי ולא מפשוט להכא, כיוון דלאשה איבעי לה לאתניי וכהתנה הוא הוי פטומי מילי [עי' ב"מ ס"ו א'] ולכן בהכרח ר"כ מיידי מסילוק ולא מתנאי.

פ"ג א' ש"ב.

ממשי"כ חוסי' דבלשון טוב אפי' באת לו כבר יכול להתנות עליו, ומיירי בירושת אשתו, דע"ז קאי רב כהנא, מבואר דבנשואה מועיל סילוק בלשון טוב. ומסתלק כאמורה לחוד, דהרי קניין לא מועיל דהוי דשלבל"ע.

והטעם כמשנ"ת לעיל משום דהוי דרבנן, ויכול לוחות על תקני"ת שהיא לטובה.

ולדיעת הראשונים דמסילוק מועיל גם בראורייתא, והטעם דכן בנכסי אביו

אינו יכול להסתלק משום דאוי לירש כל שעה הוי כבא לידו וצריך קניין, [אלא דאכתי לגבי קניין הוי דשלבל"ע] או משום דאכתי אין לו כוח מידי והוי כלפי אידוסיין, ה"ה דלאחר נישואין לא יועיל סילוק מהנך טעמי אע"ג דהוי מדרבנן. וחוס' לא סכירא להו הנך טעמי. **והסברא** דיזו כידה לא שייכא לעניין ירושה [וכי"כ במל"מ פ"ב מאישות ד"ה ותנה אם נאמר כו]. וא"כ צ"ע אמאי לא יועיל לשון גרוע, שהרי הגמי' הקי' דאי חכי אפי' נשואה נמי, דהיינו בלשון גרוע, וה"י דיזו

דאס יש לו קניין פירות בשדה, ומקנה הפירות לחוד פשיטא דאיך לו פירי פירות עד שישירי במפורשי והוא תקנת הפירות היא תקנה אחת. [ולר"י לכ"ע הטעם דיש לו פ"פ הוא משום דיוק הלשון, שהרי סילק עצמו אף מפירות נכסים שיספלו לה אח"כ, ומאי שנא הפירות משאר נכסים שיספלו לה].

והנלעניד בזה להסביר דכשמוכר קניין פירות שיש לו בשדה, מנה שעבדו הפירות מרשותו לרשות הלווקח תו אין לו בהם מיד, ולכן כשאומר שמוכר פירות, מאחר שהפירות של הלווקח נגמר המקח ותו לא מיד, אמנם הכא אין הנכסים יוצאים מרשותה כמשנ"ל לעיל, אלא שיש לו זכות לאכול פירותה, ואם יתן לה הפירות יהיו גם הם נכסי מלוג ויאלו פירי פירות, וכן לעולם. ומאחר שכשמוותר על זכות אכילת פירות אין זה ויתור פעם אחת על פירות מסויימים כמו במכירה, אלא ויתור מתמשך על אכילת הפירות ואח"כ ויתור נוסף על פירותיהם וכו'.

אע"פ דזו תקנה אחת, מ"מ הלשון הראוי לכנות תקנה זו היא פירות ופירי פירות עד עולם כיוון שהיו עניין התקנה לזכותו בפירות וגם בפירי פירות [אע"פ שלא יאכל בפירות] וכן הלאה, וכל שלא אמר כן משמע שלא ויתר על התקנה כולה אלא רק על פירות ולא על פירי פירות [וברשב"א הני"ל נ"י לפ"ד קרוב לזה, אך כאמור כללות קישור דבריו אינו מתאים למש"כ, וצ"ב עומק כוונתו].

פ"ג כ', תוד"ה רב אשי.
 ע"י מהרש"א, וכחז"א אה"ע ע"ז ס"ק ט"ז, ולפי החז"א הדב"ל מכר למה כיוון ונאמן משום ד ביה"ש עה"ת, ויכול לטעון מה שירצה, ומנ"י נקטה פכירה דסתמא והיא הכנה לקושרת הגמ' ואמא מפרי כ"י ואמא מירושא כ"י, ודוחק לומר דהקושרת היא מדוע נקטה מנ"י כסתמא למכירה.

פ"ג כ', תוד"ה רב אשי.
 ע"י מהרש"א, וכחז"א אה"ע ע"ז ס"ק ט"ז, ולפי החז"א הדב"ל מכר למה כיוון ונאמן משום ד ביה"ש עה"ת, ויכול לטעון מה שירצה, ומנ"י נקטה פכירה דסתמא והיא הכנה לקושרת הגמ' ואמא מפרי כ"י ואמא מירושא כ"י, ודוחק לומר דהקושרת היא מדוע נקטה מנ"י כסתמא למכירה.

פ"ג כ', תוד"ה רב אשי.
 ע"י מהרש"א, וכחז"א אה"ע ע"ז ס"ק ט"ז, ולפי החז"א הדב"ל מכר למה כיוון ונאמן משום ד ביה"ש עה"ת, ויכול לטעון מה שירצה, ומנ"י נקטה פכירה דסתמא והיא הכנה לקושרת הגמ' ואמא מפרי כ"י ואמא מירושא כ"י, ודוחק לומר דהקושרת היא מדוע נקטה מנ"י כסתמא למכירה.

פ"ג כ', תוד"ה רב אשי.
 ע"י מהרש"א, וכחז"א אה"ע ע"ז ס"ק ט"ז, ולפי החז"א הדב"ל מכר למה כיוון ונאמן משום ד ביה"ש עה"ת, ויכול לטעון מה שירצה, ומנ"י נקטה פכירה דסתמא והיא הכנה לקושרת הגמ' ואמא מפרי כ"י ואמא מירושא כ"י, ודוחק לומר דהקושרת היא מדוע נקטה מנ"י כסתמא למכירה.

פ"ג כ', תוד"ה רב אשי.
 ע"י מהרש"א, וכחז"א אה"ע ע"ז ס"ק ט"ז, ולפי החז"א הדב"ל מכר למה כיוון ונאמן משום ד ביה"ש עה"ת, ויכול לטעון מה שירצה, ומנ"י נקטה פכירה דסתמא והיא הכנה לקושרת הגמ' ואמא מפרי כ"י ואמא מירושא כ"י, ודוחק לומר דהקושרת היא מדוע נקטה מנ"י כסתמא למכירה.

פ"ד א', מתני' מי שמת כ"י.
 ע"ש"י ד"ה שכול צריכין כ"י ד"כ דהשבויה ומתני' היא מדתנן בפרקין הבא ליפרע מנכסי יתומים. והק"י ע"ז הגרע"א ידע"ז גופא אנו דנין כיוון שהם ביד אחרים ולא זכו הירושים לא הוי כנוכה מהם שדא לזה דין מטלטלי דיתמי אלא הוי כנוכה מיני' דידמי א"כ ה"נ לענין השבויה נמא דלא מקרי ליפרע מנכסי יתומים כיוון דעדיין לא זכו בהם דמה הפרש יש בין מטלטלי דיתמי ובין דין הבא ליפרע מנכסי יתומים" כלה"ק. ולפי"ז פ"י דהשבויה משעם שלא בפניו, ע"ש.

פ"ד א', מתני' מי שמת כ"י.
 ע"ש"י ד"ה שכול צריכין כ"י ד"כ דהשבויה ומתני' היא מדתנן בפרקין הבא ליפרע מנכסי יתומים. והק"י ע"ז הגרע"א ידע"ז גופא אנו דנין כיוון שהם ביד אחרים ולא זכו הירושים לא הוי כנוכה מהם שדא לזה דין מטלטלי דיתמי אלא הוי כנוכה מיני' דידמי א"כ ה"נ לענין השבויה נמא דלא מקרי ליפרע מנכסי יתומים כיוון דעדיין לא זכו בהם דמה הפרש יש בין מטלטלי דיתמי ובין דין הבא ליפרע מנכסי יתומים" כלה"ק. ולפי"ז פ"י דהשבויה משעם שלא בפניו, ע"ש.

פ"ד א', מתני' מי שמת כ"י.
 ע"ש"י ד"ה שכול צריכין כ"י ד"כ דהשבויה ומתני' היא מדתנן בפרקין הבא ליפרע מנכסי יתומים. והק"י ע"ז הגרע"א ידע"ז גופא אנו דנין כיוון שהם ביד אחרים ולא זכו הירושים לא הוי כנוכה מהם שדא לזה דין מטלטלי דיתמי אלא הוי כנוכה מיני' דידמי א"כ ה"נ לענין השבויה נמא דלא מקרי ליפרע מנכסי יתומים כיוון דעדיין לא זכו בהם דמה הפרש יש בין מטלטלי דיתמי ובין דין הבא ליפרע מנכסי יתומים" כלה"ק. ולפי"ז פ"י דהשבויה משעם שלא בפניו, ע"ש.

פ"ד א', מתני' מי שמת כ"י.
 ע"ש"י ד"ה שכול צריכין כ"י ד"כ דהשבויה ומתני' היא מדתנן בפרקין הבא ליפרע מנכסי יתומים. והק"י ע"ז הגרע"א ידע"ז גופא אנו דנין כיוון שהם ביד אחרים ולא זכו הירושים לא הוי כנוכה מהם שדא לזה דין מטלטלי דיתמי אלא הוי כנוכה מיני' דידמי א"כ ה"נ לענין השבויה נמא דלא מקרי ליפרע מנכסי יתומים כיוון דעדיין לא זכו בהם דמה הפרש יש בין מטלטלי דיתמי ובין דין הבא ליפרע מנכסי יתומים" כלה"ק. ולפי"ז פ"י דהשבויה משעם שלא בפניו, ע"ש.

פ"ד א', מתני' מי שמת כ"י.
 ע"ש"י ד"ה שכול צריכין כ"י ד"כ דהשבויה ומתני' היא מדתנן בפרקין הבא ליפרע מנכסי יתומים. והק"י ע"ז הגרע"א ידע"ז גופא אנו דנין כיוון שהם ביד אחרים ולא זכו הירושים לא הוי כנוכה מהם שדא לזה דין מטלטלי דיתמי אלא הוי כנוכה מיני' דידמי א"כ ה"נ לענין השבויה נמא דלא מקרי ליפרע מנכסי יתומים כיוון דעדיין לא זכו בהם דמה הפרש יש בין מטלטלי דיתמי ובין דין הבא ליפרע מנכסי יתומים" כלה"ק. ולפי"ז פ"י דהשבויה משעם שלא בפניו, ע"ש.

פ"ד א', מתני' מי שמת כ"י.
 ע"ש"י ד"ה שכול צריכין כ"י ד"כ דהשבויה ומתני' היא מדתנן בפרקין הבא ליפרע מנכסי יתומים. והק"י ע"ז הגרע"א ידע"ז גופא אנו דנין כיוון שהם ביד אחרים ולא זכו הירושים לא הוי כנוכה מהם שדא לזה דין מטלטלי דיתמי אלא הוי כנוכה מיני' דידמי א"כ ה"נ לענין השבויה נמא דלא מקרי ליפרע מנכסי יתומים כיוון דעדיין לא זכו בהם דמה הפרש יש בין מטלטלי דיתמי ובין דין הבא ליפרע מנכסי יתומים" כלה"ק. ולפי"ז פ"י דהשבויה משעם שלא בפניו, ע"ש.

דרואין המטלטלין שהן של יתמי, אפי"ה מהני תפיסה כיוון רמזוה עליהם לפירע, רק דל"ע אם לא תפסו מהיים נחשב כאילו כבר תפסו היתומין, ושפיר שייך בזה השבועה דהבא ליפרע מנכסי יתומין.

ושמעתי לבאר טעם התקנה"ע עפ"י מ"ש בכה"י רשב"א סוף קידושין דמדאורייתא גם מטלטלי משתעבדי, והכמים שהתקינו שעבדו לא רצו להפקיע כל שתפסו ביד הבע"ח, ושכן משמע משו"ת רשב"א שהוכיח מכאן דמה"ת אינא שעבדו גם מטלטלי. ולא מצאתי שו"ת הרשב"א הזה, ולענין נ"י יתור דהרשב"א בסוף קידושין ס"ל ככל הראשונים, ודאי לכ"ע מה"ת גם מטלטלי משתעבדי, אלא שמכיוון דלא סמכא עליהו דעת המלוה אין שעבדו, וכמבאר ברשב"ם כ"ב ק"ח א', ואין כאן הפקעת חכמים של השעבד שנאמר דלא רצו להפקיע לחלוטין, אלא מעיקרא לה"י כיוון דהמלוה לא על סמך המטלטלי הלזה, וככל גוונא כמדו שהחומים בורסי ל"ט כ' דהרשב"א יחד בזה [ומש"ש הקצה"ח יסור על סמך הרשב"א הני"ל כאילו הוא דבר מוסכם צ"ע, וכן אחא בכמה דוכתי מדברין, והלא גודל שלא זכר שם הרשב"ם הני"ל. ע"י פ"ח על רא"ש ב"ק פ"ק אות יד סק"ג, ובש"ז רס"י שס"ג וצ"ע ואכ"מ]. וברש"י ד"ה יתנו עמהרש"א ואב"מ ק"ב ב'.

פ"ד א', במתני' וכדעת הר"ף,
ובתוס' פ"ב א' ד"ה לא.
 (א) ערי"ף על מתני' דכ"י ומאי שנא פקדון ומלוה משום דמטלטלי לבע"ח לא משתעבדי והני כיוון דלא אתו לרשות יורשין משתעבדי לבע"ח מדרכי נתן כו"ו. וע"י הגהות חתי"ש.

פ"ד א', במתני' וכדעת הר"ף,
ובתוס' פ"ב א' ד"ה לא.
 (א) ערי"ף על מתני' דכ"י ומאי שנא פקדון ומלוה משום דמטלטלי לבע"ח לא משתעבדי והני כיוון דלא אתו לרשות יורשין משתעבדי לבע"ח מדרכי נתן כו"ו. וע"י הגהות חתי"ש.

פ"ד א', במתני' וכדעת הר"ף,
ובתוס' פ"ב א' ד"ה לא.
 (א) ערי"ף על מתני' דכ"י ומאי שנא פקדון ומלוה משום דמטלטלי לבע"ח לא משתעבדי והני כיוון דלא אתו לרשות יורשין משתעבדי לבע"ח מדרכי נתן כו"ו. וע"י הגהות חתי"ש.

פ"ד א', במתני' וכדעת הר"ף,
ובתוס' פ"ב א' ד"ה לא.
 (א) ערי"ף על מתני' דכ"י ומאי שנא פקדון ומלוה משום דמטלטלי לבע"ח לא משתעבדי והני כיוון דלא אתו לרשות יורשין משתעבדי לבע"ח מדרכי נתן כו"ו. וע"י הגהות חתי"ש.

דהמטלטלין הם ברשות יתמי מיד משמת האב, ורוקא מחיים מהני תפיסה, ונהי דכשיבואו אח"כ ליפני יצטרכו לישבע מי"ב בשעת התפיסה כיוון דאין ליחמי כעת שום דין דכורים בכנסים אלא שפיר יכולים לתפוס מן האב כיוון שהייב להם, וכשמת כבר הם תפוסים אצלם ולא הוי כתופסין מרשות התומים. וכיבם כיוון שהוא ממשך לדיות חייב לה הכתובה ככעלה שפיר יכולה לתפוס ממנו מכת חובו לה. משא"כ מיתמי דאינם חייבים לה מו"ד והנכסים ברשותם יתור מברשותה דהיא יש לה רק חוב ומחוסרת גבי' ואילו הם אנם כאים רק מכת חוב אלא הנכסים שלהם נמש ככל מקום שהם, וצ"ל דמה שהלו התוס' הדבר בשבועה נקטו כללית רק דר"ע שהלה בשבועה אע"פ שבאמת תלוי רק כמה שמחוסר גוביינא ביחס לתומים שאינם צורכין גבי' וצ"ע.

ש **הנה** בפשוטו הטעם ולא מהני תפיסה מחיים לכתובה דכ"ז שהבעל חי אין כאן חוב כלל, ולא רמי ללוה דמשעת מתן מעות נעשה עליו חוב, אלא החוב עצמו ממחודש רק כמותו או כשמתגשת. וכמבואר ברא"ש ר"פ אע"פ. ולכן מהייב לא שייך תפיסה דהיא שאינו חייב לה מו"ד מהייב תיתי שחתפוס והוי גולונתא בעלמא, דרק היבא שיש חוב שייך לתפוס ואינו מגולונת שהרי לכסוף צריך להפרע ותופס להכטיא פריעונו. ובתוס' כ' דכיבם מהני התפיסה מחיים והטעם דיבם כאחר דמי ואע"ג דהוא חייב לה הכתובה כמו הפעל, מ"מ כבר מקרי דיש כאן חוב, וכמבואר בגמ' לעיל פ"א א', וכ"כ במהר"מ שייך בגמ' לר"י וברע"א.

ועתה אה"ע קמ"ה סק"ג על דף פ"ד ב' שכ' הטעם דמהני תפיסה מן היבם ואין בו החסרון שלא נחנה כתובה ליבנות מחיים "דהיא חנדון לענין וכותה שיחשב

ולידן גובין ממטלטלי דיתמי הדין רמי שקדם ורמי' הר"ן לא ביאר מה יהא הדין ותפס דלא שייך תפיסה, וכגון במלוה ביד היבא דהלוה כא לבי"ד ושואל למי ליהן. אחרים דהלוה כא לבי"ד ורמי' דהיא"ל בשם ר"י הובא לקמן פ"ו א' תוד"ה לאשה, דס"ל דכסוגין האשה קודמת כיוון דאין לין הבעיה לגבות מו"ד לא החשבו חכמים בזמנא, וכסברא דנעילה דלת, ונחנה לאשה משום חינא. אבל היבא ריש לבעיה"ה שעבור, ואיבא סברא דנעילה דלת, יש דינים אחרים [ודבעיה"ה לעולם קודם לאשה משום נע"ד, וכ' בעיה"ה חובת. אפי" א' מוקדם וא' מאוחר חולקין, דאין קודמת שעבור במטלטלין. ולא יהיבין לנשול דלא לפגיע בזכות המאוחר משום נע"ד, משא"כ הכא דכלא התקנה לא ה"י גובה כלל, דאין לו שעבור, וא"כ לא סמך על זה כשהלוה ואין נע"ד]. ודעת הרא"ש כסברת המקשן שם בתוס', ונהי דכלא תקני"ח לא ה"י שעבור לבעיה"ה, מ"מ אחרי שתקנו התחשבו בסברא דנעילה דלת, וא"כ ליכא לחלק בסברא העדיפות בין סוגין לכין היבא שגובין מטלטלין משום שעבור כתקנת הגאונים.

פ"ד ב'. תוד"ה ולר"י עקובא כ"י.

ע"י תוס' לקמן צ"ב ריש ר"ע וכתורות נ"א סעי"ב דס"ל דהיא"ב דאשה ובעיה"ה פטורין מן השבועה מודה ר"ע לר"ש. וכיבמה התופסת מהיבם לא שייך שבועה דהיא רק משעברת, וגם אם התפסה צורי' רוצה להוסיף על שבועתה, וא"כ מתוך טעמא מהני תפיסתה וא"כ להוסיף יהי כמחיי הבעל כיוון שבמקום אחר קאי.

והנלענ"ד דתוס' הכא לא ס"ל כתוס' ככורות

וכתוס' לקמן צ"ב [ובריש פ' מי שהי' נשוי מצויין שהן תוס' אחרים] אלא כמשי"ב ברא"ש ושאר ראשונים דגם היבא שפטורים בעיה"ה ואשה מן השבועה ס"ל לר"ע

שמעון על לוי יוכל לחנוע את לוי, אלא דכנר"ד עסקינן דאכתי לא הגבו לו החוב [ובעצמו אינו יכול לגבותו דלא דמי לשאר מטלטלין דסגי בהגבהה אלא בעינן כתיבה ומסורה]. ומצד שהחוב משועבד לו כשאר מטלטלי חובע כעת לגבותו, אלא שהלוה אומר לו לאו בע"ד דירי את. ולזה כ' תוס' דהיא"ב דשמעון לית' בעולם ויורשיי ג"כ מופקעים מתקני"ח מחביעת חוב זו, גם כלי דינא דר"ג מכוון דלאובן יש תביעה על החוב מחייב לוי לתון לו, שהרי אינו יכול לטעון שישארו אצל עצמו.

ו **לפמש"כ** צ"ל דאם היוושיין קודמו ותבעו החוב אינם זוכים בו. וכן משמע ממתני', ולא דמי לתופסין מרה"ד שאם קדמו היוושיין זכו, אלא כאן זכות התביעה לא שייך בו תפיסה וקבעו חכמים שיהא לאשה ובעיה"ה, אמנם אם כבר עבר הלוה ונתן להם גר' פשיט דתו אין מוציאם מידם וצ"ע.

ו **וכסיום** דכריהם כ' התוס' דכיבם גם אם אחרים הוי חייבין ה"י צריך לדינא דר"ג כיוון שהוא נשאר חייב לה הכתובה בשעבוד גוף דל"י כמו בעלה, אין כאן שום פריעון ולכן גם החוב שאינו ברשותו אין כוח התקני"ח שיתחשב כאילו לא זכה בו כדי שתוכל האשה לגבותו כמו מחיי הבעל ולא יפקע ממנה מכה הדין דמטלטלי דיתמי, ואע"ג דכאן ג"כ כלא דינא דר"ג יפקע ממנה השעבוד לזה לא תקנו להוציא מרשות היבם דלא שייך לגבי זה מצוה על היוושיין לפרוע חובה המוריש. וכבעיה"ה אחר פשיטא דהיבם הוי כשאר יורשי ובעיה"ה דהיא מוציא מהלוה גם כלא דינא דר"ג.

פ"ד א'. מאי פכושא כ"י.

ערא"ש שכ' הנפ"מ לפי' דעת ר"ש מאי מקרי כושל, דלדידן דתקנו הגאונים דגובין ממטלטלי דיתמי עבדינן כר"ש, וער"ן שכ' דאין נפ"מ כלל בדעת ר"ש, דלמאי

וטוען לאו בע"ד דירי את לא כפינן לוי הוה ניהא, [ובחזו"א שם דקי' דכלא שעדריג הי"ל מטלטלי דיתמי ותו אין מצוה. והו' אולי תבין למשי"כ לעיל ברעת הרי"ף. אך התוס' בהכרח לא ס"ל כהרי"ף דהירוצם לא מהני לזה. ולהתוס' דהיא מאחר שאינו ברשות יתמי חל ע"י התקני"ח דמצוה לפרועו לבעיה"ה דאבוהון. רק דמכת טעות לאו בע"ד דירי את א"א לכפותן].

ד **וכמה** שחורצו גר' כוונתם לפי מ"ש בתוס' בכורות, וכפשטות לשונם כגון, דמה שכלא דינא דר"ג יכרל הלוה לטעון לאו בע"ד דירי את זהו כשיש כאן החובות לחוב זה, והמלוה טוען רק לו אני מחוייב להחזיר כיוון שמידו קבלתי ורק לו החחייבתי. אך כנר"ד האב מהי, ויורשיי כיוון שאינם מחזיקים אין להם תביעה על חוב זה, וכזה מחודשים התוס' דלא מסתבר שיוכל לוי לאו בע"ד דירי את, שהרי פשיטא דאינו יכול להחזיק החוב אצלו שהרי אינו שלן, ואחרי שהבעיה"ה והאשה הם התוכנים היחידים שיש, אם ישען כלפיהם לאו בע"ד דירי את הי"ז כטוען שאריר החוב ברשותי, ולכן בעל כרחו הם בע"ד דירי' אע"ג דלא התחייב להם, שהרי מחוייב להחזיר ורק הם התוכנים.

ה **וע"י** קצה"ה פ"ז סק"א דלרשב"א ור"ן שטרות של שמעון על לוי אינם משתעבדים כלל לראובן בע"ה דשמעון אף מחיין, ולפ"ז אולי קשה להבין סברת התוס'. דנהי דהיוושיין אינם תובעים וגם לא האב, מ"מ גם הבעיה"ה ואשה אין להם שום תביעה. ולפ"ז י"ל דתתוס' ס"ל כמשי"כ בקצה"ה שם, בדעת רא"ש וטור דשפיר שטרות משתעבדים, רק דזה פשוט דמה שחוב לוי לשמעון משועבד לראובן אכתי אין זה מונע מלוי לוי לראובן לאו בע"ד דירי את. שהרי נכסי שמעון המשועבדים לראובן אכתי אינם של ראובן עד שיגבם, וגם חוב זה על לוי אכתי אינו שלן. ואם כ"ד יראו להגבות לראובן להקנות לו חוב

נכסי בעלה הראשון ונבי"ז זכר הגיש זמנה" אין קושיא על סוגיין, דהיינו דמפ"י כרשי"י עב"ל. ונתקשיתי להבין, שהרי היטעם ולא נמנה כחובה לגבות מחיים אינו משום שלא הגיע זמן גבי', דהו"א איכא גם כביעי', אלא שעוד לא נוצר כלל החוב, וא"כ אם אין חוב אין לה שום כח בנכסים גם לא לשעברם, ובעי"כ צ"ל כהמהרה"ש הורגי"א וזו תו א"צ לחלוק החזר"א, דהוי כביעי' ומהני גם אם תתפוס לשם גבי' ולא רק לשם שעבוד, ועצי"ע.

ש"ב.

(א) כ' בתוס' דלפ"י הקונטרס הוי לשון שאילה בעלמא ולא פריך ממתני' דלעיל כמשנ"ח לעיל פ"ב א' ד"ה והתלושין. ועי' ברעי"א המלוקט שהובא המרי"ם בין אבדי"ק פלעשע ז"ל ובין אבדי"ק קעמפנא ז"ל ושם בתוך הדברים [בד"ה וכעת, ולפניו בסמוך] דק' על דברי חז"ה והתלושין דאינו מוכן הטעם מה החלוק בין תופסת לגבות לתופסת לשעבוד בעלמא, ותוכן הקושיא דהנה רשי"ע על מתני' פ' ב' ד"ה כל כ' התפיסתה הנזכרת במתני' מירי שתפסה מחיים להבעל. ומבואר דס"ל דמהני תפיסה מחיים לכתובה ואפ"ה תפיסה לאחר מותו לא מהני ומוכח דס"ל דל"א לעניין זה דיכס במקום בעל קאי ותפיסה מן היכס לא הוי כמתני' הבעל [ולפ"י] יתכן המחלוקת דהתוס' ס"ל דהיכס יש לו שעבוד הגוף לכתובתה מצד עצמו כיוון שהוא בעלה רק דהשעבוד אינו על נכסיו מלבד מה שיריש. ולכן כיוון שחייב לה יכולה לתפוס ממנו כמו מהבעל. ורשי"ע ס"ל דאינו חייב לה מירי, והוי ממש כחמ"ל, וכשמת הבעל מירי הנכסים שלו ובמטלטלי דאינם משועבדים אינה יכולה לתפוס משלו לרי"ע, ועריך בויקרא]. ולרשי"ע דמירי בתפיסה בהי' הבעל לק"מ מסוגיין, אלא דתוס' לא ניתח לתו בתי' זה דדוחק גדול לפרש למירי בתפסה מחיי' הבעל, ומשמע מלשון תוס' דידן דמשי"כ בתוס' פ"ב א' הו"א ליישב לרשי"ע מדוע

ומכאן קשים לי דברי מרן זי"עא דנהי דישי וכתבתי קשים לי דברי מרן זי"עא דנהי דישי ספק שאם התגרש אז מה תפיסה לאחר גירושין לתפיסה שתפסה תדפן לאחר גירושין לתפיסה המציעה, מ"מ גם על הצד שתגרש מהשתא הוי אין לה שום רשות לתפוס דאינו חייב לה כעת מאומה והוי גזולתא בעלמא ותייבת להחזיר, וכיצד יתכן שהיא הדין שחייב לקנות קרקע ואין לו רשות לאכול הפירות, ועצי"ע. לא קושיא על ד"ה דהתוס' כ' דמשי"ע אין לפרש דקושיית הגמ' הוי ממתני' דלעיל, ולפי פ"י הגר"א זי"עא א"כ כמו דלפירי' דק' הגמי ממתני' דלעיל היתה יכולה להקי' גם לפי התוס' פ"ב א' ד"ה והתלושין אוהו קושיא ממש שהרי רק החי' הוא אחר, והתי' דהתוס' אינו יותר פשוט. ועי' משי"ע הגר"א בד"ה ומ"ש הרב קעמפנא נ"י כו' דהתוס' פי' דרשי"י הוציף לפרש דהוא לשון שאילה ולא דהוא קושיא ממתני' דלעיל כיוון דהכי אתיא לישנא דהשי"ס שפיר טפי. רק כתבו דא"כ מדוע באמת אין קושיא מהתם, וכ' הטעם כמו שפירשו לעיל פ"ב א'. ועצי"ע ל' בן. דא"כ מדוע הוצרכו התוס' לציון למשי"כ לעיל פ"ב א', והוי יכולים ל' דמה שכאמת לרשי"ע אין קושיא ממתני' דהתוס' הוא עפ"י מה שפ"י ר"ח כאן, ומה עזיף פירושם דלעיל מפרולושם כאן לעניין זה. ולכן נר' דבהכרח צ"ל דס"ל להתוס' דאין זה דרך השי"ס לשאול בדרך שאילה בעלמא, ונתח טפי ל' דפריך ממתני' דלעיל, רק דלרשי"ע אין אפשרות כלל לפרש דפריך ממתני' דלעיל משום מה שבי' לעיל, וכן משמע לישנא שבי' "וממתני' דלעיל לא מצי למפד"י ומשמע דהי' רוצה לפרש דפריך ממתני' דלעיל רק לא מצי ל' בן. ולפי הגר"א הו"ל דמתמני' דלעיל ליכא למפד"י כ"י.

על כן לולא דברי מרן הגר"א זי"על הוי נר' למיעוט דעתו דיש לפרש תוס' דלעיל פ"ב א' ד"ה והתלושין כפשוטו, דבאמת מפרשים דיכס לא הוי כמני' אלא הוי כדורשין וכתבתי קשים לי דברי מרן זי"עא דנהי דישי ספק שאם התגרש אז מה תפיסה לאחר גירושין לתפיסה שתפסה תדפן לאחר גירושין לתפיסה המציעה, מ"מ גם על הצד שתגרש מהשתא הוי אין לה שום רשות לתפוס דאינו חייב לה כעת מאומה והוי גזולתא בעלמא ותייבת להחזיר, וכיצד יתכן שהיא הדין שחייב לקנות קרקע ואין לו רשות לאכול הפירות, ועצי"ע. לא קושיא על ד"ה דהתוס' כ' דמשי"ע אין לפרש דקושיית הגמ' הוי ממתני' דלעיל, ולפי פ"י הגר"א זי"עא א"כ כמו דלפירי' דק' הגמי ממתני' דלעיל היתה יכולה להקי' גם לפי התוס' פ"ב א' ד"ה והתלושין אוהו קושיא ממש שהרי רק החי' הוא אחר, והתי' דהתוס' אינו יותר פשוט. ועי' משי"ע הגר"א בד"ה ומ"ש הרב קעמפנא נ"י כו' דהתוס' פי' דרשי"י הוציף לפרש דהוא לשון שאילה ולא דהוא קושיא ממתני' דלעיל כיוון דהכי אתיא לישנא דהשי"ס שפיר טפי. רק כתבו דא"כ מדוע באמת אין קושיא מהתם, וכ' הטעם כמו שפירשו לעיל פ"ב א'. ועצי"ע ל' בן. דא"כ מדוע הוצרכו התוס' לציון למשי"כ לעיל פ"ב א', והוי יכולים ל' דמה שכאמת לרשי"ע אין קושיא ממתני' דהתוס' הוא עפ"י מה שפ"י ר"ח כאן, ומה עזיף פירושם דלעיל מפרולושם כאן לעניין זה. ולכן נר' דבהכרח צ"ל דס"ל להתוס' דאין זה דרך השי"ס לשאול בדרך שאילה בעלמא, ונתח טפי ל' דפריך ממתני' דלעיל, רק דלרשי"ע אין אפשרות כלל לפרש דפריך ממתני' דלעיל משום מה שבי' לעיל, וכן משמע לישנא שבי' "וממתני' דלעיל לא מצי למפד"י ומשמע דהי' רוצה לפרש דפריך ממתני' דלעיל רק לא מצי ל' בן. ולפי הגר"א הו"ל דמתמני' דלעיל ליכא למפד"י כ"י.

ג) על

כך לולא דברי מרן הגר"א זי"על הוי נר' למיעוט דעתו דיש לפרש תוס' דלעיל פ"ב א' ד"ה והתלושין כפשוטו, דבאמת מפרשים דיכס לא הוי כמני' אלא הוי כדורשין

ממש וכדעת רשי"י, וכמו שהבין הגר"א זי"עא בקושייתו. והטעם דכיבמה מודה ר"ע דמהני תפיסה לאחר מיתה משום דגם לאחר תפיסתה מה שתפסה ישאר שלו, והוא יאכל הפירות, ורק לאחר מותו תגבה. וא"כ ממנו אינה מפסידה מאומה בתפיסתה אלא רק מזושריה. ולגבי יורשיו אין מניעה שתתפוס כעת, דעת רשי"ע שייכא שכונה לגבותם, ולא קרינא כ"י הכא לפרע מנכסי יתומים כו' ועל דרך שבי' התוס'. וכיחם אלהם הוי כתופסת מחיים. ומצד היכס שכלפיו הוי כתפיסה לאחר מיתה הוי אינה מפסידתו על הצד שתתאלמן, רק דיש צד שתתגרש וזא נפסיד בתפיסתה זו, לזה ס"ל לר"ע דלא חששו חכמים, ומאחר שמודה שמצורה על היורשין לפרוע חוב אביהן וזאת שתועיל תפיסה משום כך, רק דלאח"כ הוי כתפסו כבר היתומים, ככה"ג שפיר מהני תפיסה, כיוון שעל הרוב הוא לא נפסיד מתפיסה זו.

ונר"י דהגמ' היתה יכולה להקי' כן ולחרין כן, מ"מ ה"י זה אינו מתאים לחי' הגמ' והוא שתפס מחיים ולכן לא ה"י יכול רשי"ע לשיטתו שפ"י דיכס הוי כתמלי לפרש בגמ' דפריך מהתם ונדחק לפר' דהוא לשון שאילה, ורק למה שפ"י ר"ח דיכס במקום אחיז קאי נמצאה הדרך לפרש בגמ' דפריך מדלעיל ולא דהוי שאילה בעלמא [וכדוחק י"ל לדעת הגר"א דכוונת תוס' דרשי"י לא יכול לפר' דהגמ' פריך מדלעיל, דמפ"י כמ"ש תוס' פ"ב א' לפי הגר"א זי"עא וזה אינו מתאים לחי' הגמ' כאן, אך זהו כמובן דוחק גדול].

פ"ד ב'. זל"ש דמנהי דוכא כו' [בגדר סימפא].

(א) לרב ושמואל מטלטלין המנותחם כסימפא הוי כמנותחם בבית התומין והתופס כתופס מכיחם, כ"כ רשי"י. וצ"ב דהוי סימפא שייך לכלי עלמא והוי כחצר השותפין, וכמו שהוא ברשות התומין כך הוא גם ברשות

מאת שלא אמר כן הוי"ב עצמו. ס"ס כעת מה שמחייב את התופס ובה נפטר מחיוב שמירה הוי נוגע אף לשי' השי'.

ואף לשי' הסובייים דנוגע פסול מכוון דהשריג ל"י בשקר, ולא משום קרוב ע"ש בקצה"ח ל"ד ר' ויע' בסוף הגמ' המצ"פ פראג ז"ל על הקצה"ח מה שחובה בזה מאחר הגדר"ו חידושים לקשיות הקצה"ח על המהיריב"ל שהביא שי' ז"ל וכן דכפ"ג דאחרי שחייב עצמו בשומר צריך לחייב התופס כרי לפטור עצמו, שפיר פסלין ל"י משום חשד שקר, כיוון שס"ס עדרות שמעיר עכשיו היא לטובתו, ונהי דה"י יכול לפטור עצמו אם ה"י טוען שתפס מחיים זהו רק מגו, ובפשטות לא מהני מגו להכשיר העד ככפ"ג וצ"ע.

והא דאמרי' בקידושין מ"ג ב' דשנים שנשלחו להחזיר חוב אינם נוגעים בעדות לומר שאכן פוצו דמגו דיכלי למימר אהדרינהו ללה יכולין למימר פרעני' למלוה, אינו ענין לכאן. דהמס אין עלהם שום תביעה, והיו שומרי חנם ואחר להם אם יחזירו ללוה או למלוה, ואין זה כמעידים על עצמן. וכמבתי כ"ז לפ"ד וצ"ע רב.

פ"ה א' אבימי ברי' דר"א הוון **מסקי ב' זוזי כ"ו**.

(א) ע"י ר"ן שהוכיח מסוגין דכשפועת הלוחה כסתם המלוה יכול ל"י עבור אידת חוב נפרע, ואח"כ כ' דאפי' שאמר הלוחה הא ל"י מעות עבור חוב פלוני יכול המלוה ל"י

אח"כ דתפס עבור חוב אחר ומוייר כשילי עדים או שטר על שני החובות. וצ"ע אריכות לשונו בזה שהרי המלוה יכול לתפוס בחובות אפי' מכות הלוחה. ויתכן דהס"ד היא דמאחר דשתק המלוה הסכים שהמיעון היא למד שכיוון הלוחה, ומיד כשנפרע החוב שאל"י כיוון הלוחה חו הווי המעות של המלוה ואין כאן יותר מה לתפוס, וזה נ"י ממ"ש הר"ן

ל"א בזה דתפסתו מוכח שחתק בהתר כיוון ולא מחזיקין ל"י בגנב. ונ"י דהיכא שהחתק טוען סתם דריי חסי וככסוגיא דנסבא דר"א לא עלה כלל על הדעת דחטיפתו הוכיח שאכן וירי' חטף דלא מחזיקין ל"י בגנב, וזה לא שייך כלל, ולזה לא ה"י צריך הרא"ש כלל להאריך בלשונו. רק הכא ריש לו שטר על החוב ויש לו רשות להפוס לשם פרעון, ולא ה"י כגולגולתא בעלמא שה"י יש לו ממון אצל אבות, ולכפ"ח יש רשות לתפוס, רק ומסקינן אי הוי תפיסה המועלת, לזה קמ"ל דהרא"ש דאפי"ה כל שהוא שלא מרע בעלים יש ריעותא בחזקתו ואנה יכולה להוכיח שכא לידו בהיתר, וממילא חזר הודך דהממון נשאר בחזקת בעלי הרשאין.

שם.

ע"י ר"ן ושאר ראשונים שכתבו דהבוקא לא הוי עד א' ומחייב התופס להשבע כיוון דלפי טענתו שתפס לאח"מ מחייב מדין שומר לשלם לחתומים ואן להשבע כמשי"כ כרא"ש הוי נוגע ופסול לעדות. ועי' קצה"ח קפ"א ס"א ר' שה"ק מרדכי הוי נוגע, שהרי אל"י ה"י טוען הבקרא שהבע"ח תפיס מחיים לא ה"י חייב מאומה לתתומים דאציג דהוא שומר א"צ למנוע מלתפוס כד"ן, וא"כ כמה שטוען דתפס לאח"מ לחובתו הוא מעיד. ופ' דנוגע פסול משום קרוב לחובתו ע"ש לחובתו נאמן לחובתו, ורק כשמעיד ע"ש לחובתו נאמן ממז"ה"כ, וכמבואר כ"ז באורך בקצה"ח ל"ד ר' ע"ש.

ונ"י ד"ל גם לשי' הש"ך רס"י ל"ז שהביא בקצה"ח שם דרק היכא שיש לו הנאה חשיב קרוב הריכא שמעיד לחוב אף כדבר שנוגע בו חו לא חשיב קרוב. וא"כ היא נאמן אף על אחריים, דס"ס אחרי שחייב עצמו בשומר יש לו הנאה כמה שמחייב התופס להחזיר וע"י נפטר הוא מחיוב שומר. ונהי דה"י יכול לומר דמחיים תפסי וה"י נפטר מ"מ

מהני [אמנם שם יש מחלוקת במפשישים אם לישראל יש חזמ"ק, ויתכן דלמ"ד דאין לו, אי"כ הכא שיש חזמ"ק לא תועיל תפיסה אף בסו"ב, אמנם כשטמ"ק ב"מ ק' א' מבואר דהרא"ש מרמה הר' דפ' השואל לסוגיא דה"כ ע"ש וא"כ כמו שבהשואל יש חזמ"ק גם בח"כ כן, ומבואר דכד"מ מהני תפיסה כטו"ב אף נגד חזמ"ק, אמנם אכתי צע"ק דכתום' בהשואל מבואר דחזקת מעוברת אינה חזמ"ק גמורה, אך נ"י דאין לחלק בה"כ, וגם לשון הרא"ש כאן אינו מתפשט אי סבר דהוי דר"מ ולא ה"י לו ל"י דטענת התופס אינה טענה מעליא, אלא דחזמ"ק דהתולמים היא חזקה מעליא ולכן לא מהני תפיסה מספק גנדה אף כטו"ב].

והטעם דליכא דרד"מ אציג דגם אם לא ה"י טוען מאומה ה"י מקום להסתפק אם תפיסתו היתה לפני מיתת האב, אולי משום דזה נחשב חסרון ידיעה בעלמא, דשעת מיתת האב מכוררת, וגם שעת תפיסתו מכוררת, רק שהיה טוען שהיתה בשעה פלונית והבוקא טוען שהיתה בשעה אחרת. ואולי היכא שכל הספק התחיל מחמת מעשהו זה לא מקרי שיש לו דרד"מ כממון זה וצ"ע.

ומאחר שאין זה דרד"מ צריך שחזא לתופס החזקה כל מה שתח"י שלו, ובה חזקה לרא"ש דמאחר שדחקה זו היא מכה חזקה אינשי בגנב לא מחזיקין, ואמרינן שמה שתח"י בא לידם כהיתר, אי"כ נהי דתפיסה כזו אינה מוכיחה מויד על לקוחה, מ"מ מאחר שלא מחזיקין בגנב, נאמר שמה שתפוס בידו נתפס בהיתר דהיינו מחיי האב ולא נחזיקו בגנבן שתפס באיסור לאחר מיתת האב. ולזה דחה דכל שטוען שכא לידו בלי דעת בעלים לאו טענה מעלייתה היא, וכונתו דעל חטיפה שלא ברשות ליכא כלל החזקה שלא מחזיקין בגנב, וזה אמרינן רק כשחזיקין שהוא בידו ואמרינן דמסתמא בא ברשות, אך כשחתוק בלא רשות כיוון שהיה דרך גזילה

מהני [אמנם שם יש מחלוקת במפשישים אם לישראל יש חזמ"ק, ויתכן דלמ"ד דאין לו, אי"כ הכא שיש חזמ"ק לא תועיל תפיסה אף בסו"ב, אמנם כשטמ"ק ב"מ ק' א' מבואר דהרא"ש מרמה הר' דפ' השואל לסוגיא דה"כ ע"ש וא"כ כמו שבהשואל יש חזמ"ק גם בח"כ כן, ומבואר דכד"מ מהני תפיסה כטו"ב אף נגד חזמ"ק, אמנם אכתי צע"ק דכתום' בהשואל מבואר דחזקת מעוברת אינה חזמ"ק גמורה, אך נ"י דאין לחלק בה"כ, וגם לשון הרא"ש כאן אינו מתפשט אי סבר דהוי דר"מ ולא ה"י לו ל"י דטענת התופס אינה טענה מעליא, אלא דחזמ"ק דהתולמים היא חזקה מעליא ולכן לא מהני תפיסה מספק גנדה אף כטו"ב].

פ"ד ב' דהוא בקרא כ"ו

צרא"ש אות ג' דכ' יור"י אומי שא"ע לגודס לאחר מיתת כ"ו, דכיוון שראו שבע"כ נטלו ליכא השתא מגו דלא מצי למומר לקוח הוא ביד, ואפי' הוא טוען שלקחו מאבי היתומים כיוון שראו עדים שנטלה בחזקה מן השומר חו לא מהימן ל"י לקוח הוא בידי, וכלא מגו לא מהימן למוייר מחיים תפיסנא ל"י דכל טענה שהוא טוען שכא לידו בלי דעת הבעל לאו טענה מעלייתה היא ולא מהימן עלה בלא מגו. דאיה ל"י לאוקמא ממונא בחזקה מויד", עכ"ל.

והנלע"ד בכונתו דכרי דהנה כשטוען לקוח אין שום דרד"מ דמהיכי הית להסתפק שלקח בלא טענתו. ולכן לא מהני תפיסה בעלמא ובעיני שהתה לו חזקה כל מה שתח"י של אדם שלו [וכמבואר בתוס' כ"ב ל"ד ב' ד"ה הוא, ועי' ביאור היטב בקוב"ש ח"ב ס"י ט' אות ג']. והיכא עדים שנטול בע"כ ליכא לחזקה זו, ולכן הוסיף לכאר דאפי' הוא טוען שלקחו מאבי היתומים כ"ו, שלא נטעה לחשוב שמה שחתק בע"כ הוי ריעותא בטענת לקוח, דאם לקח מרדכי צריך לחטוף, דאפי' שטוען שלקח מקודם וכעת נטול את שלו דליכא ריעותא כלל בטענת לקוח אינו נאמן דמאחר שאין תפיסתו מוכחת שהיא שלו, דתפיסה שהיא הוכחה זהו שמוס רלא מחזיקין אינשי בגנבי ואמרי' דמסתמא בא לידו בחינת ע"י לקיחה. אבל הכא חזיקין דתפס שלא מדעת הבעלים אין תפיסתו מוכחת מדי, ולכן אינו יכול לטוען לקוח כלל.

וטענת מחיים תפיסנא, נ"י דבה נמי ליכא דרד"מ, דהיכא דאיכא דרד"מ אציג' שהתפיסה מספק לא מהני כמבואר בתוס' ב"מ ק' א' מ"ב כתב שם החוס' דהיכא שטוען ברי א"א להוציא מידו, דכטוען ברי מהני תפיסה מספק אפי' כשיש לבעלים חזמ"ק כמבואר בתוס' שם, ונ"י דהרא"ש קאי בשי' החוס' דכסוגיא דחקפו כהן כב"מ ר' כ' דכטוען ברי

קונה גזילה להתחייב כאונסין על ידה לא שמה תפיסה בהאי. וכ' עוד ראין דבר נעתיק מרשות לרשות בלעז קניין, אלא שבמכר וממנה בעיני שירא הקניין מועת בעלים, ובגזל או תפיסה בגוונא דמהני לא בעיני דעת בעלים אבל קניין מירא בעי. והכא שם ראי' לזה מוחס' דידן, דכמלוגא דשטר אינה יכולה לטעון לקוח על גוף החוב כיוון דבעיני כתיבה ומסורה. ולמשכ"כ ליהא ראי' כלל, דהכא גם אינו תפיסה כלל, דגוף החוב אינו תחת ידה כלל אלא הוא אצל מי שהשטר על שמו, דאין החוב נמסר במסירה שטר. והנדון הוא רק הרכא שהדובר התפוס ברשותו ורק מעשה קניין לתוא.

וגוף דברי הקוה"ס ה' צל"ע אך מצאתי אח"כ שכיוונתי בזה בעזשה"ה לדברי הקצה"ה ר"ב ס"ק ז' ע"ש, ולכן לא הארכתי. ושם גם כ' הכיבור כמלוגא דשטר כמשנת.

אלא רצ"כ כמ"ש בש"ש ש"ד פ"ד להלכתא מכאן דתפיסה תליא בקניין. וי"ל לפי סיוס דבריי עש"ה ודרי"ק.

ובגוף הסוגיא ע"י כאור חשוב בקצה"ה ע"כ ס"ק כ' ובסי' ס"ד, ועי' דברים יסודיים בפני"כ כאן על החס'.

פ"ז א', בסוגיא דמכירת שטרות.

(א) ע"י חומים ס"ז ס"ק מ"ג ח"ל י"ש לי שטרות מה"ה והא דככול למחול ביאור הפסי' דתרי שעבודי יש שעבוד הגוף מלווה למלווה וזה א"י למכור, ושעבוד נכסי' והוה הנמכר ללוקה, ולכן במחול דפקע שעשה"ה אף שע"ה נפקע. ועי' לפירו"ת א"כ כמה לווה ונפלו נכסי' קמי יורשי' דהא פקע שעבוד גוף באיזה אופן מחול שעבוד נכסי' ועי' דאף כמה לווה כשירוש' זוכה בנכסים אף הוא משחמכר כמו לווה בעצמו ועלי' מוטל לפדות כמו אבוי' הלווה" עבלה"ק. ועי' בקצה"ה ס"ז ס"ק כ"ו שתמה על החומים וכ' דשע"ה ויין ערב יש לו,

בעי כתיבה ומסירה [וכ"כ בתוס']. ורק' מדוע לא תהא נאמנת לטעון שהקנה לה באופן דלא בעי כתיבה ע"ש מ"ש בזה, וכ' לחתך דדווקא למ"ד דמי במסירה לחוד נאמנת "שהתפיסה מוכחת באותיות דבעלים מסרום לשם מקח כשם שהיא מוכחת בשאר מטלסלין, אבל ליריד דקניין ראין אותיות נקנת במסירה כיוון דמסירה גופא לאו הקנאה היא לא מהימן דתפיסתו לא מוכחת אלא שהבעלים מסרום אבל על הקנאה אנב או כתיבה לא מוכחת כלל כו"י עכ"ל. ובספר הזכות שם כ' ג"כ "אבל בשטר שאין תפיסתו קניין ואינו מוחזק כלל אלא בנייר שלו אם טען בעניין כך וכך נמסר לי עליו הראי' שאין שעבוד השטר יוצא מחזקתו של מלווה הכתוב בשמו", עכ"ל וע"ש עוד.

ובלעני"ד הפי' הפשוט דהנה דוכר שיריעני ודאי שהי' של פלוני, ואח"כ חזינן לי ביד אחר, ואין בו דר' מ' לזה שחזינן ליה בידו, הטעם דלא אמרינן דשייך למרא קמא והמחזיק גזיל משום דחזקה מה שחמ"י של אדם שלו, ולא מחזקינן אינשי בגזילי ואמרי' וכדוראי בהיתר בא לידן. ובלא זה הי' של מרא קמא. והכא החוב עצמו אינו כידו כלל. דאחרי שמסירה לא מהני בחוב, הפי' דהחוב נשאר שייך למי שכתוב על שמו. וא"כ חזינן לפנינו שהחוב מוחזק ביד האב כיוון שרשום על שמו, ולא חזינן כלל שהחוב נמצא תחת יד הור אימתא, שרשום שלא על שמה, ואחייבה בשטר אין זו כלל אחיה בגוף החוב כיוון שבמסירת השטר לא נמסר כלל החוב, ואחרי שאין בזה חזקה מה שחמ"י של אדם שלו, שהיי' אינו תחת ידה כלל, ממילא מוקמינן לי בחזקה מרא קמא וער שלא תביא ראי' לא יהא שלה [ועי' מ"ש בזה בעזשה"ה כר"פ חוה"ב].

ועי' קוה"ס כלל ח' ס"ק א' ש"כ דכללא הוא וכל תפיסה שהיא קונה בגזילה להתחייב כאונסין על ידה מהניא תפיסה, וכל שאינה

חוב שירצה, אלא ס"ל כהמדכי הובא כפי נ"ח דהכא דתפיסה המלווה גורמת הפסד לשליח, אין לו רשות להפסד, ולכן אם יודה שהשליח פרע בסתם א"כ הודה שתפיסתו לשם מיטראי היא שלא כדן, וסוגיין מיירי בטוען דהשליח פרע לשם מיטראי ואז מה שחופס לשם מיטראי אינו מדין תפיסה בעלמא דעביד דינא לנפשי' וכיורד לכית הלווה שלא מדעתו לתפוס [דאז אמרי' לי' דאין לך רשות לעשות דין לעצמך ולהפסיד השליח, והמתן שיפרע הלווה]. אלא מאחר שהלווה פרעו לשם חוב זה ודאי רשותו לקבל הפרעון, וגם אינו מפסיד לשליח מירי ע"פ טענתו, שטוען דלווה נשלח. אמנם צל"ע טובא מדוע הוצרך הרא"ש לטעמא דסטראי אינה טענה מעליה, דגם כלא זה אחרי שהלווה והשליח מבחישים המלווה דסטראי מכל וכל לאו כל כמיני' לשטר' ספק ע"י טענתו ואין כאן דרד"מ וכמשנת' לעיל בכתב הר"ן.

ואולי צ"ל דהרא"ש פלגי על הר"ן וס"ל דאם הלווה פרע עבור הלווה פלונית אין המלווה יכול לתפוס עבור חוב אחר. וכמבאר מאריכות לשון הר"ן דזה לא הי' פשיטא לי, וכמשנת' לעיל הסברא בזה, [ודלא כהקוב"ש ש"כ דזה דבר פשוטן]. וסוגיין מיירי דאבימי מודה שחייב גם החוב דסטראי, רק טענתו דפרעון זה הי' לשם המלווה בשטר, ובהא אם סטראי הי' טענה מעליא ודאי המלווה הי' נאמן לטעון שהפיעון הי' עבור הסטראי, דכאן אין זה כתופס מן הבעלים כלא ראי' שהיי' מודה שחייב לו, ואחרי שהמלווה תפוס ודאי נאמן, רק צריך מנו כיוון די"ש גריעותא בטענתו, וכ' כן לחומר הקוישיא אי"ש שזה נ"ר רחוק ועי"ע.

פ"ח א', הדיא דמכירת שטרות

פ"ט א', הדיא דמכירת שטרות

פ"י א', הדיא דמכירת שטרות

פ"יא א', הדיא דמכירת שטרות

פ"יב א', הדיא דמכירת שטרות

פ"יג א', הדיא דמכירת שטרות

פ"יד א', הדיא דמכירת שטרות

פ"טו א', הדיא דמכירת שטרות

פ"טז א', הדיא דמכירת שטרות

פ"יז א', הדיא דמכירת שטרות

פ"יח א', הדיא דמכירת שטרות

פ"יט א', הדיא דמכירת שטרות

פ"כ א', הדיא דמכירת שטרות

פ"כא א', הדיא דמכירת שטרות

פ"כב א', הדיא דמכירת שטרות

פ"כג א', הדיא דמכירת שטרות

פ"כד א', הדיא דמכירת שטרות

פ"כה א', הדיא דמכירת שטרות

פ"כז א', הדיא דמכירת שטרות

והאי דשתיק לאו משום דאדורי' אודו לי'. והיינו אחרי שדחה חס"ד שבחתימה דשתקת המלווה תהא הודאה ללווה, אפי' כשפרע בסתם הוסיף דאפי' כשפרע הלווה כפרוש אין משתיקת המלווה ראי', ויכול מיר לתפוס עבור איזה חוב שירצה, וכתופס מכית הלווה.

ורנהו כסוגיין מיירי דתפיסת המלווה היא תפיסה כרשות ולכן הוי מוחזק במעות.

וא"כ צ"ב מדוע לא מהני טענת סטראי גם כלי מנו כיוון שהיא תפוס. וני' דכתיב' דדאי אין התפיסה מהני להיות הוכחה שהמעות של המלווה, ול"א כתיב' חזקה כל מה שחמ"י של אדם שלו, שהרי הוא מודה שבאז לו מיר הלווה עבור חוב שכשטר, וא"כ הרי אין כתפיסתו הוכחה כלל, והוי כגודרות, והי' פשוט. ותפיסה שאין בה הוכחה על בעלות מהני רק כשיש דרד"מ, דהיינו ספק בלא טענותיהם, דאז אמרי' דמאן דכאיב לי' כאיבא אזיל לכי אסיא, ותיקים הממון כיד מי שתפוס בו, וא"צ שתפיסתו תוכיח מאומה [וגם אז בעיני תפיסה ברשות וכי"ב, ולא מהני מה שתופס מספק, אם לא שטר"ב לשי' חוסי'. וכמבואר בב"מ ק' א] אך כאן ליכא דרד"מ, ולכן לאו כל כמיני' לאפקי מחזקה הבעלים כלא ראי', ואחרי שאין תפיסתו ראי' בעיני מנו. [והכא דישי עדים שהיי' חפץ של ראובן, וכעת חזינן לי' שהוא ביד שפעון ושפעון טוען שלקח, אין נאמנותו משום שתפיסתו הוויא דאין כאן דרד"מ, אלא משום שתפיסתו הוויא חוכחה, דחזקה כל מה שחמ"י ש"א שלון, ועי' קוב"ש אות ש"ה שכ"ב.

ועי' ראי' ש' דכ' דלא מהימן המלווה משום דטענתו דפרע לשם מיטראי אינה טענה מעליה ויתיר ברעון אדם פורע מלווה בשטר כמלה ע"פ. ומבואר דהוא מפרש דהמלווה טוען שהפיעון הי' לשם סטראי, ודלא כהר"ן דמפרש דהפיעון הי' בסתם. ועי' בקוב"ש ש"כ דלא נ"ר דהרא"ש יחלוק על הר"ן דהמלווה יכול לתפוס לאיזה

חוב שירצה, אלא ס"ל כהמדכי הובא כפי נ"ח דהכא דתפיסה המלווה גורמת הפסד לשליח, אין לו רשות להפסד, ולכן אם יודה שהשליח פרע בסתם א"כ הודה שתפיסתו לשם מיטראי היא שלא כדן, וסוגיין מיירי בטוען דהשליח פרע לשם מיטראי ואז מה שחופס לשם מיטראי אינו מדין תפיסה בעלמא דעביד דינא לנפשי' וכיורד לכית הלווה שלא מדעתו לתפוס [דאז אמרי' לי' דאין לך רשות לעשות דין לעצמך ולהפסיד השליח, והמתן שיפרע הלווה]. אלא מאחר שהלווה פרעו לשם חוב זה ודאי רשותו לקבל הפרעון, וגם אינו מפסיד לשליח מירי ע"פ טענתו, שטוען דלווה נשלח. אמנם צל"ע טובא מדוע הוצרך הרא"ש לטעמא דסטראי אינה טענה מעליה, דגם כלא זה אחרי שהלווה והשליח מבחישים המלווה דסטראי מכל וכל לאו כל כמיני' לשטר' ספק ע"י טענתו ואין כאן דרד"מ וכמשנת' לעיל בכתב הר"ן.

ואולי צ"ל דהרא"ש פלגי על הר"ן וס"ל דאם הלווה פרע עבור הלווה פלונית אין המלווה יכול לתפוס עבור חוב אחר. וכמבאר מאריכות לשון הר"ן דזה לא הי' פשיטא לי, וכמשנת' לעיל הסברא בזה, [ודלא כהקוב"ש ש"כ דזה דבר פשוטן]. וסוגיין מיירי דאבימי מודה שחייב גם החוב דסטראי, רק טענתו דפרעון זה הי' לשם המלווה בשטר, ובהא אם סטראי הי' טענה מעליא ודאי המלווה הי' נאמן לטעון שהפיעון הי' עבור הסטראי, דכאן אין זה כתופס מן הבעלים כלא ראי' שהיי' מודה שחייב לו, ואחרי שהמלווה תפוס ודאי נאמן, רק צריך מנו כיוון די"ש גריעותא בטענתו, וכ' כן לחומר הקוישיא אי"ש שזה נ"ר רחוק ועי"ע.

פ"ח א', הדיא דמכירת שטרות

פ"ט א', הדיא דמכירת שטרות

פ"י א', הדיא דמכירת שטרות

פ"יא א', הדיא דמכירת שטרות

פ"יב א', הדיא דמכירת שטרות

פ"יג א', הדיא דמכירת שטרות

פ"יד א', הדיא דמכירת שטרות

פ"טו א', הדיא דמכירת שטרות

פ"טז א', הדיא דמכירת שטרות

פ"יז א', הדיא דמכירת שטרות

פ"יח א', הדיא דמכירת שטרות

פ"יט א', הדיא דמכירת שטרות

פ"כ א', הדיא דמכירת שטרות

פ"כא א', הדיא דמכירת שטרות

פ"כב א', הדיא דמכירת שטרות

פ"כג א', הדיא דמכירת שטרות

פ"כד א', הדיא דמכירת שטרות

פ"כה א', הדיא דמכירת שטרות

פ"כז א', הדיא דמכירת שטרות

פ"כח א', הדיא דמכירת שטרות

פ"כט א', הדיא דמכירת שטרות

פ"כ"א א', הדיא דמכירת שטרות

פ"כ"ב א', הדיא דמכירת שטרות

פ"כ"ג א', הדיא דמכירת שטרות

פ"כ"ד א', הדיא דמכירת שטרות

פ"כ"ה א', הדיא דמכירת שטרות

פ"כ"ז א', הדיא דמכירת שטרות

פ"כ"ח א', הדיא דמכירת שטרות

פ"כ"ט א', הדיא דמכירת שטרות

כמה מקנה הלואה למלוה את השעבוד. וראיתי דברים בזה כפי פניו רבינו הקה"ח סי' א' שהוכיח לשעבד קרקע ע"י שישעבדה בספרו הלואה לשעבד קרקע יכול לשעבד מטלטלין, והא דסי' להרשב"א דכמתלטלין מהני שעבד מפורש ומשתעבדי לכפייה זהו דיוקא למ"ד שעבדא דאורייתא, והביא דכ"כ בחומים סי' קי"ז סי' ג', דלמ"ד ש"ד משתעבדי מדאורייתא גם המטלטלי, רק דפקע שעבודם כיוון דהמלוה לא סמוך דעתו עליהם, וא"כ בשיעבד במפורש מטלטלי א"כ סמך ונשארו משועבדים מגוה"כ דש"ד. אך למ"ד של"ד א"א לשעבד מטלטלי, ואציג דסי' להרשב"א התומים דהא דלמ"ד של"ד מהני שיעבד דאפשר לשעבד קרקע. וכי שם לבאר דעת

התומים דהא דלמ"ד של"ד מהני שיעבד מפורש זהו משום דמקנה הקרקע המשועבד למלוה בקניין שטר, ומטלטלי אינו יכול להקנות דלאו בני שטרא וננהו כמבואר בב"ב ע"ש ב'.

ולענין א"א ל"י כן דעי' תוס' גיטין כ' כ' ד"ה וכותב דכתוב דשטר הלואה אינו שטר קניין ולא בעינו בו דיני ספר המקנה דאינו אלא שטר רא"י בעלמא, וכ"כ שם בח"י ר"ן ורשב"א ריטב"א ובתוס' תרא"ש ור"ל כהקצצה"ח סי' ט"ק כ' [ואף הרמב"ן שם ובב"ב סוף דף ע"ו ר"י דבשטר הלואה בעינן ספר המקנה אין זה משום דמקנה בו השעבוד נכסים, ואכמ"ל], והרשב"א כ' דמי שיפלו בשטר החלואה דמשעבד הנכסים כ"ד שישתעבדו אף למ"ד של"ד, ולא הצריך שייעשה שטר קניין עם דיני ספר המקנה, ומוכח דאין הקניין ע"י השטר.

ולענין צ"ל דקונה השעבוד בקניין כפי השקונות לו משום ההלואה. ונהי דבקניין שדה בעלמא בפשוטא אמ נמן הקונה למכור את המעות בהלואה אינו יכול לעשות בהן קניין כפי לקנות השדה, אין זה משום דיש חסרון בנתנתו, דמעות הלואה ניתנת

ויכל למכור נכסיו למלוה שיהיו משועבדים וכל דעת הריטב"א שם דלמ"ד של"ד אין להקנות דאין קרקע קרקעותיו דאין קניין לחצאין וכ"כ תוס' דלא ס"ל דאין קניין ומלוה שום קניי' בנכסים המשועבדים לו, דא"כ מהו שכתב אין קניין לחצאין, והל"ל דאין נאן חפצא שיהיה עליו קניין כלל. והגלעני"ד כותבו דודאי ס"ל דיש למלוה קניין בנותן קרקע הלואה, רק ס"ל דלמ"ד של"ד ולא נעשה הקניין ממלא מגוה"כ, אין הלואה יכול להקנות כיוון דאין לנו מעשה קניין המרעיל על זה, דקניין כפי שטר וחזקה הוא מעשה המרעיל להוציא הנכסים מרשות המוכר ולעשותם ברשות הקונה. אבל להקנות בנותן הקרקע באופן שהקרקע נשארה לחלוטין ברשות הלואה, וכל זכויות הכעלים נשארות לו, כזה לא מהני קניין כפי שטר וחזקה דאינם יכולים לפעול חלות קניין כזה אלא או להעביר הכל לרשות הקונה או להשאיר הכל ברשות המוכר, ומצא דהחסרון הוא רק משום דאין לנו "מלקחיים" להקנאה זו ולא משום דאין נאן חפצא של גוף ממון. ומצינו קצת דמיון לזה כמ"ש ברשב"א קידושין מ"ז ב' בתרוקן הראשון דמקנה כלי לחמשו אע"ג דמקנה גוף הכלי לפירוטיו לא חל עליו קניין ולא מצינו מעשה קניין מר"ח אלא רק להקנות גוף הכלי לגמרי, וע"י מה שהארכנו בזה בב"ב ו' א' גבי חזקה תשמישין, וע"י גם כמ"ש ב"מ ד' א' סו"ה אמר שהביא דברי הר"ן בשם הר"י מיגאש דמשבחן שלא בשעת הלואה אינו מקנה למלוה במשיכה להיות לו משבחן, דהגוה"כ או התקני"ה קניין משיכה הוא שמעבדי כל הבעלות לקונה ואין בכתו להעביר רק מקצתה.

ג) והנה כמה שהכנו ש"י רשב"א ורש"י דאף למ"ד של"ד מ"מ בשיעבד במפורש מהני שישתעבד מדאורייתא, צ"ב

הגב"י של הלואה הוא משום דיש לו קניין בקרקעות הלואה, והא דאמרין דנכסיו ערבי"ם בו הוכוה דהקניין שיש למלוה בנכסים יש בו תנאים שמהא הגב"י מהם דומיא דסדר הערב, כמו כן גובה מן הנכסים, ולא אפיה לן כלל דפקע שעבוד הגוף, דא"כ לשעבוד גוף כלל כ"י לגבות דגובה מכה קניינו בנכסי הלואה לחור, והא דבנמחל השעבוד גוף פקע שעבוד הנכסים אין זה משום דהשעי' מציאותו תלוי' במציאות השעי', דכיוון שיש לו קנין חו' לא אפיה ל"י כלל בשעי', אלא שזהו תנאי בקניין שיהיו סדרי הגב"י כמו בערב, ומכיוון דבערב כשנמחל החוב ללוה פקע שעבוד הערב כמו כן פקע השעי' מכה שתנאי קניינו השויו לתנאי שעבוד הערב [וכרעת שאר הראשונים דפליגי על ר"ת ג"כ משמע דהטעם דא"א להקנות השעי' הוא משום דאינו ברשותו ולא משום דאין לו כלל קניין בנכסי הלואה].

ב) והן קניין דהמלוה בנכסי הלואה עדיף מקניין עבד לקנס וכי"ב [ע"י גיטין מ"ג וע"א ובתוס' וראשונים שם] דכבר נעה יש למלוה זכות והנאה בנכסים דיוכל לגבות מהם חובי וא"א להכריחם. וכאמור דעת החולקים על ר"ת דאין המלוה יכול למכור קניינו בנכסים כיוון דמה שקניו לו אינו ברשותו [וכברכ"ש ב"ב ג"ה סי"ק א' וקוב"ש ב"ב קמ"ז כתבו דזהו משום דקיי"ל דכעי"ה מכאן ולהבא הוא גובה, ולענין אינו, דגם למ"ד למפרע הוא גובה דיוקא לאחר הגב"י נעשה בעלים למפרע אבל קודם הגב"י הוי ממש כמו למ"ד מכאן ולהבא גובה וכמ"ד זכר איתא בקצו"ח]. והנה ברשב"א ורש"י קידושין י"ג מבואר דאף למ"ד שעבדא לאו דאורייתא אם שיעבד כמפורש נעשה משועבד מדאורייתא. והו' מוכן היטב לדברינו דבעלמא המלוה אין קניינו ברשותו ואינו יכול למכור את הלואה ודאי קרקעותיו ברשותו ומדוע לא

וכמו בערב כשמת הלואה ולא הניח אחריו כלום אע"ג דפקע שעבוד הגוף דל"י משלם הערב דלה נחתו"ב מתחלת הערב, משא"כ במתל המלוה ללוה ממלא פקע אף שעבד הערב, וה"ה ממש בנכסים, וכן מבואר הר"ן. וע"י כפי שיעורי מרן רבי פסח מקוברין הורמ"ח בהוספות שבסוף סדר נשים כפי' ר' שהקי' על הקצו"ח ותו"ד דערב ממש יש עליו בעצמו שעבוד גוף כלפי המלוה, ושעבודו הוא דאם א"א לגבות מהלואה גבה ממנו, ולכן כמת הלואה שפיר גובה מהערב כיוון דיש שעבוד גוף על הערב לפדוע למלוה, והערב חייב למלוה כאילו קיבל בעצמו מעות ממנו. משא"כ בשעי' הרי הנכסים אינם אדם שיוכל להיות חייב בעצמו, וכל הגב"י מהם הוא רק מכה השעבוד גוף דהלואה, ואם מת ופקע שעבוד הגוף דל"י, מאחר דאין נאן מ' שהי"ב עיקר החוב למלוה כלל, מהיכא יוכל לגבות מהנכסים כיוון דכבר פקע החוב לגמרי.

וע"י תוס' ב"ב ע"י ב' ד"ה קני' שהחזיקו דמכירת שטרות מדרבנן, והקשו ע"י יוא"ח אמאי לא קני מדאורייתא גם שעבוד הקרקע הכתובה בו דהא קרקע קניית בכסף ובשטר ובחזקה ואפי' כלא מסירת שטי"ה קנה וי"ל דכמו שאינו יכול להקדישו כדמוכח בפ' כ"ש (פסחים ל"א) כיוון שהקרקעות אינם ברשותו כך אינו יכול להקנותן מן החתונה עכ"ל. ומבואר דסי' דיש למלוה קניין בקרקעותיו של הלואה אף לפני הגב"י, רק דאינו יכול למכור מה שקנה כיוון דחסר לו בשלטון על הקרקע דכ"י שלא גבה הקרקעות בשלטון הלואה, והוי כמו גזל לפני יאוש דאצי"ג דקני' למרי' לכעלי' אינו יכול למכור ולהקדישו כיוון שאינו ברשותו, וכדאמר' בב"ב סי"ח ב'. ולפי' א"ש היטב דברי הקצו"ח, דודאי שעי' חלק מערב ממש, דבערב יסוד מה הגב"י של המלוה מן הערב הוא שעבוד הגוף דהערב, אך בשעי' כח

הקונה נכסיו למלוה שיהיו משועבדים וכל דעת הריטב"א שם דלמ"ד של"ד אין להקנות דאין קרקע קרקעותיו דאין קניין לחצאין וכ"כ תוס' דלא ס"ל דאין קניין ומלוה שום קניי' בנכסים המשועבדים לו, דא"כ מהו שכתב אין קניין לחצאין, והל"ל דאין נאן חפצא שיהיה עליו קניין כלל. והגלעני"ד כותבו דודאי ס"ל דיש למלוה קניין בנותן קרקע הלואה, רק ס"ל דלמ"ד של"ד ולא נעשה הקניין ממלא מגוה"כ, אין הלואה יכול להקנות כיוון דאין לנו מעשה קניין המרעיל על זה, דקניין כפי שטר וחזקה הוא מעשה המרעיל להוציא הנכסים מרשות המוכר ולעשותם ברשות הקונה. אבל להקנות בנותן הקרקע באופן שהקרקע נשארה לחלוטין ברשות הלואה, וכל זכויות הכעלים נשארות לו, כזה לא מהני קניין כפי שטר וחזקה דאינם יכולים לפעול חלות קניין כזה אלא או להעביר הכל לרשות הקונה או להשאיר הכל ברשות המוכר, ומצא דהחסרון הוא רק משום דאין לנו "מלקחיים" להקנאה זו ולא משום דאין נאן חפצא של גוף ממון. ומצינו קצת דמיון לזה כמ"ש ברשב"א קידושין מ"ז ב' בתרוקן הראשון דמקנה כלי לחמשו אע"ג דמקנה גוף הכלי לפירוטיו לא חל עליו קניין ולא מצינו מעשה קניין מר"ח אלא רק להקנות גוף הכלי לגמרי, וע"י מה שהארכנו בזה בב"ב ו' א' גבי חזקה תשמישין, וע"י גם כמ"ש ב"מ ד' א' סו"ה אמר שהביא דברי הר"ן בשם הר"י מיגאש דמשבחן שלא בשעת הלואה אינו מקנה למלוה במשיכה להיות לו משבחן, דהגוה"כ או התקני"ה קניין משיכה הוא שמעבדי כל הבעלות לקונה ואין בכתו להעביר רק מקצתה.

ג) והנה כמה שהכנו ש"י רשב"א ורש"י דאף למ"ד של"ד מ"מ בשיעבד במפורש מהני שישתעבד מדאורייתא, צ"ב

הקונה נכסיו למלוה שיהיו משועבדים וכל דעת הריטב"א שם דלמ"ד של"ד אין להקנות דאין קרקע קרקעותיו דאין קניין לחצאין וכ"כ תוס' דלא ס"ל דאין קניין ומלוה שום קניי' בנכסים המשועבדים לו, דא"כ מהו שכתב אין קניין לחצאין, והל"ל דאין נאן חפצא שיהיה עליו קניין כלל. והגלעני"ד כותבו דודאי ס"ל דיש למלוה קניין בנותן קרקע הלואה, רק ס"ל דלמ"ד של"ד ולא נעשה הקניין ממלא מגוה"כ, אין הלואה יכול להקנות כיוון דאין לנו מעשה קניין המרעיל על זה, דקניין כפי שטר וחזקה הוא מעשה המרעיל להוציא הנכסים מרשות המוכר ולעשותם ברשות הקונה. אבל להקנות בנותן הקרקע באופן שהקרקע נשארה לחלוטין ברשות הלואה, וכל זכויות הכעלים נשארות לו, כזה לא מהני קניין כפי שטר וחזקה דאינם יכולים לפעול חלות קניין כזה אלא או להעביר הכל לרשות הקונה או להשאיר הכל ברשות המוכר, ומצא דהחסרון הוא רק משום דאין לנו "מלקחיים" להקנאה זו ולא משום דאין נאן חפצא של גוף ממון. ומצינו קצת דמיון לזה כמ"ש ברשב"א קידושין מ"ז ב' בתרוקן הראשון דמקנה כלי לחמשו אע"ג דמקנה גוף הכלי לפירוטיו לא חל עליו קניין ולא מצינו מעשה קניין מר"ח אלא רק להקנות גוף הכלי לגמרי, וע"י מה שהארכנו בזה בב"ב ו' א' גבי חזקה תשמישין, וע"י גם כמ"ש ב"מ ד' א' סו"ה אמר שהביא דברי הר"ן בשם הר"י מיגאש דמשבחן שלא בשעת הלואה אינו מקנה למלוה במשיכה להיות לו משבחן, דהגוה"כ או התקני"ה קניין משיכה הוא שמעבדי כל הבעלות לקונה ואין בכתו להעביר רק מקצתה.

ג) והנה כמה שהכנו ש"י רשב"א ורש"י דאף למ"ד של"ד מ"מ בשיעבד במפורש מהני שישתעבד מדאורייתא, צ"ב

הקונה נכסיו למלוה שיהיו משועבדים וכל דעת הריטב"א שם דלמ"ד של"ד אין להקנות דאין קרקע קרקעותיו דאין קניין לחצאין וכ"כ תוס' דלא ס"ל דאין קניין ומלוה שום קניי' בנכסים המשועבדים לו, דא"כ מהו שכתב אין קניין לחצאין, והל"ל דאין נאן חפצא שיהיה עליו קניין כלל. והגלעני"ד כותבו דודאי ס"ל דיש למלוה קניין בנותן קרקע הלואה, רק ס"ל דלמ"ד של"ד ולא נעשה הקניין ממלא מגוה"כ, אין הלואה יכול להקנות כיוון דאין לנו מעשה קניין המרעיל על זה, דקניין כפי שטר וחזקה הוא מעשה המרעיל להוציא הנכסים מרשות המוכר ולעשותם ברשות הקונה. אבל להקנות בנותן הקרקע באופן שהקרקע נשארה לחלוטין ברשות הלואה, וכל זכויות הכעלים נשארות לו, כזה לא מהני קניין כפי שטר וחזקה דאינם יכולים לפעול חלות קניין כזה אלא או להעביר הכל לרשות הקונה או להשאיר הכל ברשות המוכר, ומצא דהחסרון הוא רק משום דאין לנו "מלקחיים" להקנאה זו ולא משום דאין נאן חפצא של גוף ממון. ומצינו קצת דמיון לזה כמ"ש ברשב"א קידושין מ"ז ב' בתרוקן הראשון דמקנה כלי לחמשו אע"ג דמקנה גוף הכלי לפירוטיו לא חל עליו קניין ולא מצינו מעשה קניין מר"ח אלא רק להקנות גוף הכלי לגמרי, וע"י מה שהארכנו בזה בב"ב ו' א' גבי חזקה תשמישין, וע"י גם כמ"ש ב"מ ד' א' סו"ה אמר שהביא דברי הר"ן בשם הר"י מיגאש דמשבחן שלא בשעת הלואה אינו מקנה למלוה במשיכה להיות לו משבחן, דהגוה"כ או התקני"ה קניין משיכה הוא שמעבדי כל הבעלות לקונה ואין בכתו להעביר רק מקצתה.

ג) והנה כמה שהכנו ש"י רשב"א ורש"י דאף למ"ד של"ד מ"מ בשיעבד במפורש מהני שישתעבד מדאורייתא, צ"ב

הקונה נכסיו למלוה שיהיו משועבדים וכל דעת הריטב"א שם דלמ"ד של"ד אין להקנות דאין קרקע קרקעותיו דאין קניין לחצאין וכ"כ תוס' דלא ס"ל דאין קניין ומלוה שום קניי' בנכסים המשועבדים לו, דא"כ מהו שכתב אין קניין לחצאין, והל"ל דאין נאן חפצא שיהיה עליו קניין כלל. והגלעני"ד כותבו דודאי ס"ל דיש למלוה קניין בנותן קרקע הלואה, רק ס"ל דלמ"ד של"ד ולא נעשה הקניין ממלא מגוה"כ, אין הלואה יכול להקנות כיוון דאין לנו מעשה קניין המרעיל על זה, דקניין כפי שטר וחזקה הוא מעשה המרעיל להוציא הנכסים מרשות המוכר ולעשותם ברשות הקונה. אבל להקנות בנותן הקרקע באופן שהקרקע נשארה לחלוטין ברשות הלואה, וכל זכויות הכעלים נשארות לו, כזה לא מהני קניין כפי שטר וחזקה דאינם יכולים לפעול חלות קניין כזה אלא או להעביר הכל לרשות הקונה או להשאיר הכל ברשות המוכר, ומצא דהחסרון הוא רק משום דאין לנו "מלקחיים" להקנאה זו ולא משום דאין נאן חפצא של גוף ממון. ומצינו קצת דמיון לזה כמ"ש ברשב"א קידושין מ"ז ב' בתרוקן הראשון דמקנה כלי לחמשו אע"ג דמקנה גוף הכלי לפירוטיו לא חל עליו קניין ולא מצינו מעשה קניין מר"ח אלא רק להקנות גוף הכלי לגמרי, וע"י מה שהארכנו בזה בב"ב ו' א' גבי חזקה תשמישין, וע"י גם כמ"ש ב"מ ד' א' סו"ה אמר שהביא דברי הר"ן בשם הר"י מיגאש דמשבחן שלא בשעת הלואה אינו מקנה למלוה במשיכה להיות לו משבחן, דהגוה"כ או התקני"ה קניין משיכה הוא שמעבדי כל הבעלות לקונה ואין בכתו להעביר רק מקצתה.

ג) והנה כמה שהכנו ש"י רשב"א ורש"י דאף למ"ד של"ד מ"מ בשיעבד במפורש מהני שישתעבד מדאורייתא, צ"ב

השטר עמה, והקרקע היא התכלית והשטר הטפל ומצד עצמו אינו שווה כלום אם לא שמשרת להקרקע. ולכן בקניית השטר להחלוקים על הב"ח א"א לקונה הקרקע. והנזכר ל"י בפשטות דהר"ח ס"ל כהכ"ח, ונהי דפליגי על הכ"ח הרי חזינן גם דכל הראשונים פליגי על הר"ח והוא דעת יחידאה [מלבד הר"טב"א דס"ל כוחות]. וי"ל עוד דיש לחלק בין שטר לעצמי, והשטר הוא הר"ח היחידה של בעל הקרקע על בעלותו ורק הוא אחיזת בעלותו על הקרקע. שהרי את הקרקע א"א להכניס לרשותו, ובלא שטר, או חזקה ג"ש דעומדת במקום שטר, לא נראה בו שום עניין בעלות על הקרקע, ולכן דעת אינשי בקנינים על השטר לא פחות מאשר על הקרקע. משא"כ בעצמי דהוא בעלים על הזרעים גם כלא העצמי והוא רק משרת בעלמא לזרעים.

ולפ"י יחבאר דל"ח אין חסרון במה שאין הקרקע המשועבדת ברשותו, דס"ס השטר ברשותו, וא"כ מדוע אמרין [כ"כ ע"י א'] דמכירת שטרות הוי מלילי ובעיני כתיבה ומסירה ומדוע לא מחגי בהם קניין משיכה בעלמא, וי"ל לפ"י דהנה הריטב"א קודרשיץ סוף דף מ"ז הק' לשי' ר"ח דנהי דקנה הקונה את השטר את המשעבד נכסים, מ"מ השעבד גוף אינו שלו כיצד הוא יכול לחבוע הלוח [דהלוחה יכול ל"י לו לאו בע"ד דדי איתן], והי' דהלוחה הסכים להשתעבד לכל מאן דאחי מחמת המלוה ע"ש, ומבואר דמ"מ בעינן שימכור המלוה לקונה גם את זכות התביעה ועל זה אמרין דהוי מילי, ואפשר דזהו די' מכירה מחדש מה"מ דמקורי מהא דאמעיטו שטרות מאונאה [נדה ע"ק יסדרו ד"ח], ואבתי אינו מושב כ"כ ועל"ש רב ביה [וככל גונא יש להציר על ר"ח דע"ק ההכרח לחידושו מהא דאימעיטו שטרות מאונאה, הרי לשי' מ"ד שלי' כע"כ יש לפרש דה"ל מיעוט בע"א, ואפשר דס"ל כהרשב"א דאם

החלי להעצין עצמו הוי מטלטלי, דאמרי בגמ' דאם קנה הזרעים בקניין חזקה קונה גם המצין. וכחבו שם החוס' דאפשר דא"ע כאן ל"י אגב וקני' דלא הוי מדין קניין אגב אלא משום דצריך העצין לזרעים בטל אגב זרעים, ולמנו עניין זה לוח דאמרי' בקידושי' דהשטר נקנה עם השדה אף כלא אגב כיוון דהוי אפסור דארעא. וכונתם דהנה השטר אין בו שום צורך וחשיבות מצד עצמו אלא כל עניינו הוא לצורך השדה, ולכן נקנה ממילא עם השדה אף כלא אגב, וכמו כן העצין אין בו שום צורך אם לא משום הזרעים שבו ולכן י"ל דנקנה ממילא איתם, דמה שתשמעו הוא רק לצורך הזרעים ולא כשלאמצעו כלל מחשיב ל"י כמפצא אחר ממש עם הזרעים לגבי הקניין [ובחוס' שם הביאו צד לחלק בין שטר לעצמי ולא ביאר כונתם בזה, אמנם ברי"ן וב"י ופרישה כס"י ר"כ משמע דהעיקר כהצד הראשון דחוס' ועצ"ע].

ויחזק דהר"ח ס"ל דאחרי דחזינן דהשטר והשדה חשיבי גוף א', א"כ כמו שבהקנאת השדה מקנה ממילא השטר י"ל גם להיפך דבהקנאת השטר נקנה עמו ממילא השדה. והנה גבי עצמי חזעים ע"י ב"ח ס"י ר"כ ס"ק דבפנה העצין במשיכה דעת הר"ן דלא נקנו זרעים ממילא עמו [וזרעים הם קרקע ומצד עצמם לא מקנו במשיכה אם לא דבטלו אגב העצין], וכן הסכים הש"ח שם, והב"ח עצמו כ' לחדש דאף הזרעים כסלים לעצמי ונקיט עמו בקנייתו כיוון דלגבי קניין חשיבי כגוף אחד. וכדעת החולקין על הכ"ח ג"י דנהי דהעצין חשוב גוף אחד עם הזרעים מ"מ גוף א' זה נקנה דקא בקניין הזרעים דהיינו חזקה, ולא בקניין העצין דהיינו משיכה, כיוון דהעיקר הם הזרעים, והעצין הוא לצורך הזרעים אך הם אינם לצורך העצין אלא הם התכלית עצמה, ואע"ג דנצרכים לעצמי. ולפ"י ה"י מקום ל"י דגם בקרקע כן הוא, דדוקא בקניית הקרקע בחזקה נקנה

ללוח לגמרי וללא שיוך, וע"י מה שהארבנו כיה בעדושי"ת ברי"פ איהו נשך. רק דמתן מעות הלואה בעלמא בכוחו לחייב את הפסיקה שיחזיר הלוחה, אך אם נתנו לשם קניין וכבר חייבו הקניין אין כאן מתן מעות כנגד פסיקת ההלואה ונשארת דברים בעלמא ולא חזיב, עמ"ש ברי"פ א"י וחב"ן. אמנם כשחזרבו הנקנה הוא חלק מחיובי ההלואה עצמה אין שום מניעה שמעית ההלואה יוכלו לעשות קניין כסף. וע"י בני"מ ד' א' כשי' ה"י מיגאש די' דהבע"ח קונה המשכון בקניין כסף דמעוה ההלואה קונות לו. ולפ"י י"ל דמטלטלין לא נקנין דאין כסף קונה מטלטלין, ורק במשכון העמידו על ד"ח שלא לכתל עניין משכון ומשום נעילת דלת, אך בשעבוד נכסים דהמלוה מצד עצמו לא קפיד אמטלטלי' דניתן להכריחם נשאר הדין דאינם נקנים בכסף, ואפשר דאף משיכה לא תועיל בהם, וכמו במשכון לשי' הרי"י מגאש דהיא גריעא מקניין כסף דעניניה הכנסת החפץ לרשות הקונה ולא מהניא לקניין זכותם חלקיים כו.

ד) ומכל האמור ג"י בדרך דלמ"ד שע"ד חכונה דנקנה ממילא למלוהה מגוה"כ וכמ"ש בקצה"ח רס"י ל"ט וכס"י פ"ו ס"ק א', ולא רק דנתחיה דמהני קניין אך מ"מ צריך שיקנה הלוחה למלוה, ודלא כהחזו"א כ"ק ס"ז ס"ק י"ג ובה"י הרי"מ ס"י ל"ט. דלא מכביא לשי' רשב"א ורש"י דאל"כ מה בין מ"ד ש"ד למ"ד של"ד, אלא אפי' לשי' ריטב"א וחוס' דלמ"ד שלי' א"א להקנותו השעבוד, ממי"ג אם נתחדש דאפשר להקנותו מדוע למ"ד של"ד לא יוכל להקנותו דהרי גלי לך קרא דאין זה קניין לחצאתי, ובע"כ למ"ד ש"ד החידוש דנקנה ממילא מגוה"כ וכמשי"כ בעצ"ח שם.

ה) וכדעת הסוברים דמכירת שטרות מואווייתא מצינו ב' דעות. הא' היא דעת רבנו חיים בחוס' ב"מ נ"ז ב' ולחומר הקושי נלע"ד ל"י בזה דבר מהודש, דהנה בקידושי' כ"ז א' בעינן אי בקניין אגב בעינן דהמטלטלין והי צבורין ע"ג הקרקע, ובעי' למפשט מדברי ר"ח דאמר דאם כתב המוכר שטר ראי' לקונה על קניין הקרקע לפני הקניין, ואח"כ קנה הקונה הקרקע בקניין חזקה קנה עמה השטר ככל מקום שהוא, ומוכח דלא בעינן צבורין, ומדחי' לה דאפשר דהא דנקנה השטר אינו מדין קניין אגב כלי, אלא נקנה השטר ביחד עם הקרקע כיוון דהשטר הוא אפסורא דארעא, ופירשי' כלי' ביה אחיזה וכגון קרקע דמי' וע"י גיטין כ"כ א' גבי עצמי נקוב דהזרעים שבו דינם כקרקע כיוון דע"י הנקב הם מחזכרים לקרקע עולם,

דף ע"ז נ"ד ור"ל דט"ח הרי ספר המקנה אמנם נ"ד דג"ז אינו כשי"ה הקצ"ה ואכמ"ל. ועי' בפ"י שם שיישב הגמי' בדרך מרווח יתור ומ"מ כולדו ס"ל דלא כהקצ"ה בזה. ולמשנ"ח אין כל יסוד לחידוש הקצ"ה, דהא דמכירת שטרות הוא דוקא שטרות קניין זהו דוקא למ"ד מכירת שטרות מד"ס וכמשנ"ח. אך למ"ד מכירת שטרות מה"ח ליתא כלל לחילוק זה ופשוט ונע"י מש"כ בזה בפ"ח על רא"ש פג"פ אות כ"ג כט"ק ד', ולפ"ד נ"ד קצת כוונתו בהקצ"ה אמנם כאמ"ל לפ"ד לא ירדת כלל לסוף כוונתו עם וצ"ע.

(ז) עי' בר"ש ב"ב סי' ג"ה סי"ק ב' ורס"י ג"ז שפ"י בשם מרן הגר"ח זצ"ח דעת הרמב"ם כהא דמכירת שטרות מד"ס הוא מטעם אחר ממש' החוס' בב"ב ע"ז ב'. דהחוס' כחכו' דהנכסים אינם כרשותו והרמב"ם פ"ז מה"ל מכירה כ' בה"י דשטר אינו נקנה מה"ח במסירה לידו "שלא מסר לו אלא הרא"י שבו ואין הרא"י נתפסת ביד" ולקמ"י כ' דהמכירה כנומ"ס היא מד"ס "אבל מה"ח אין הראיות נקנות אלא גוף הדבר כלכד קנו"י עכ"ל. ולענ"ד אין כאן שום מחלוקת, דהחוס' ב"ב ע"ז ב' הקשו למ"ד מכירת שטרות מד"ס מודע לא יוכל להקנות המשעי' בכסף שטר שטר וחזקה וחידו' משום דאינם כרשותו, ולא דנו בקניית מד"ס מודע השטר עצמו לא נמכר מה"ח. והרמב"ם לא דן בק"י החוס', אלא בא לבאר יסוד חידו' עצמו דמכירת שטרות אינה מה"ח, דזה פשיטא דבמכירת השטר לא מכר הקרקע שהרי לא עשה קניין כסף שטר או חזקה על הקרקע [ואין כאן קניין שטר דשט"ח אין בו דין ספר המקנה וכמשנ"ח], והחוס' רק הקשו מדוע לא יעשה קניין כסף שטר וחזקה ונמכר השיעי'. אך אחרי דכאמ"ל לא עשה אין מקום לקנייתו, רק הרמב"ם הקשה דהרי דלא עשה קניין על הקרקע מ"מ הרי עשה קניין משיכה בגוף השטר וא"כ נאמר דיקנה חלוקת השטר

השדה כיוון דהרי רא"י עליו זאין הוא לכל בזה בין שטר קניין לשטר רא"י, נפ"מ כלל שטר קניין אחרי שכבר חל הקניין וכאמ"ל אין לרא"י בעלמא [ועמש"כ בזה בח"י רמב"ן ב"ב קס"ב ט"ז]. ועי' קצ"ח סי' ס"ז סי"ק ב', דבשו"ע הביא רי"ט של הרא"ש דכשטר שדה מה"ח מוכרתו רק אם השדה נקנה כשטר זה ולא אם הוא שטר לרא"י בעלמא. והנה משום דקניין כרמב"ם, רי"ף, רא"ש, נ"י [רי"ף המוכר אה"ס], רמב"ן, חוס', רש"י, ראב"ד, ר"י מגאש רבינו יונה [הובאו בגי'ן], ומכירת שטרות מד"ס ודלא כר"ח דוק הריטב"א קאי בשטרות [נע"י חומ"ס וש"פ ברס"י סי' ודלא כהש"ך שם]. ולד"ח דואי גם כשטר רא"י נקנה מה"ח. וכן ביאר החס"ע שם דטעם השו"ע משום דהוא תקיף, ובקצ"ח שם הכין דאף לר"ח דמכירת שטרות מה"ח איתא הדין דהוה רק בשטר קניין ולא כשטר רא"י והקי לפ"י ביצד בכל שט"ח הוי מכירת שטרות מה"ח לר"ח הרי שטר הלואה אינו שטר קניין אלא שטר רא"י בעלמא. וע"ש שרצה לחדש לפ"י דכל שטר הלואה הוא גם שטר קניין דמקנה בו חלוה למלוה את השעבוד נכסים. ונהי דמשמעוב"ג גם כלא השטר למ"ד שעי"ד מ"מ שעבוד חל על שעבוד. וע"ש מה שהקשה לשיטתו [וע"ע בקצ"ח לקמ"י סי"ק ר"ח ר"ה אמנם].

חוס' גיטין כ' ב' ד"ה וכותב, דבגמי שם משמע דכשטר הלואה נמי בעינן דין ספר המקנה והקי החוס' "וא"ח מה ענין שטר הלואה לגט דאינם אלא לרא"י, ואפי' במלוה ע"פ ה"י גובה ממשעבד אי לא משום זאין לה קול כדאמרי' בהה"ב כר"י ע"ש שדחק בגמי דמריי בשטר קניין ולא שט"ח, ובקצ"ח עמד על זה וכ' דלדבריי מוישב ק"י החוס'. אמנם גם בח"י רשבי"א רי"ן ורשבי"א חוס' רא"ש ורמב"ן כחכו' שם כהחוס' [וברמב"ן שם לחד ת"י וכן ברמב"ן כ"ב סוף

חירצו דאינו ברשותו. ולפ"ז אם ה"י ברשותו ה"י מועיל קניין כסף שטר וחזקה, אך הקנאה ע"י מסירת השטר ונתינת ק"י לך אינו וכל שיעבוד"י אפי' לא הייתה מועלת כיוון דאין זה ממשעי הקניין המועילים בקרקע. ועל ה"ח קשיא כרותי, ה"א' דהשעי' אינו ברשותו, וה"י דגם לו ה"י ברשותו הרי צריך מעשה קניין בכסף שטר או חזקה, ומסירת השטר חוב במסירה ונתינתו אין זה אחר ממשעי הקניין המועילים לקרקע. וכדוב הראשונים דחו פ"י ר"ח מטעם הראשון כיוון דטעם ה"י פחות עיקר ויש לדחוק דעושה קניין המועיל, אך באמת יש להוכיח כדעת ר"ח דלא עושה שום קניין מלבד מסירת השט"ח [ואכמ"ל דהוא פשוט], וממילא קשה גם דמלבד שאינו ברשותו אין כאן מעשה הקנאה. ולפ"ז מוכן דעת הרא"ש, דמ"ש כפ' המוכר מכירת שע"י ה"י שברשותו ה"י מועיל ובה כסוגיא דף קט"ט פשיטא דמהני אם ימכר שדה בכסף שטר וחזקה, רק כמשנ"ח אין כאן קניין שטר ואין זה ספר המקנה ולכן הוי קניין רק מתקני"ח כיוון דמסירת השטר אינו קניין המועיל מה"ח.

ולמה מה שכתב הרא"ש מסבא דבמכירת שטר שדה קונה חלוקת את השטר גם את השדה, דהוה רק בשטר קניין אך לא בשטר רא"י, דהוה לשיטתו דכל מכירת שטרות מד"ס, וחוקי בשטר שדה משום לא פלוג, ולא פלוג שייד לך רק ככה"ג ונכ"ש בפרישה כסי' ס"ו יעו"ש. אמנם לשי" ר"ח דמכירת השטר מהני מדאורייתא שימכר השדה עמו כיוון דשטר הוי אפסרא דארעא ולענין קניין הוה כנוף אחד [ולפ"ז גם מכירת שטר שדה הויא מה"ח]. בודאי אין לחלק ואף אם קנה שדה בכסף או חזקה וכתב שטר לרא"י אם מוכר השטר נמכר השדה עמו מה"ח. שהרי בקידושין כ"ז דאמדין סברת אפסרא דארעא מיירי בקנה השדה בחזקה והשטר נעשה רק לרא"י. והשטר שעבד במפורש לכ"ע משועבד מדאורייתא, ועצ"ע].

(ו) ע"י ב"ב דף קס"ט דמבואר דראובן שקנה שדה מעיקב בקניין שטר, ואת שטר הקניין מסר ראובן לשמעון כבתיבה ומסירה קנה שמעון השדה, ואין זה מודן קניין שטר בעלמא כיוון שלא נכתב להמסר לשמעון חסר כאן בדין ספר המקנה [כ"כ בח"י רשבי"א שם, וכ"ע מהרא"ש], ולכן לא סגי בנתינת השדה לחוד אלא בענין כתיבה ומסירה ונקנה השדה לשמעון מדין מכירת שטרות. ועי' רא"ש פ' ג"פ אות כ"ג שכתב דקניין זה הוא מדברי סופרים וכמו כל קניין שטרות דהוא מד"ס [דהכרעת הרא"ש לדינא דלא כר"ח], וחילוקוהו אף בשטר מכירת שדה משום לא פלוג. וע"ש דהסברא לחקן משום לא פלוג היא דווקא שקנה ראובן השדה בקניין שטר ומכר השטר לשמעון, אבל אם קנה ראובן בשאר קניינים והשטר נכתב רק לרא"י לא תועיל מכירתו לשמעון שיקנה על ידו שמעון השדה. ועי' בטור סי' ס"ז אות י"ד מה שכתב הפולישא ובי"ח לבאר סברת הרא"ש, דמאחר דטעם החקני"ח דמכירת שטרות לא שייד בשטר שדה, ותקנו רק משום לא פלוג, יש לומר לא פלוג דווקא בשטר קניין ולא בשטר רא"י יעו"ש. כאורך.

ועי' קוב"ש ב"ב אות תקנ"ג-תקנ"ד שפ"י דלמ"ש חוס' ב"ב ע"ז ב' דהטעם דמכירת שטרות אינה מה"ח משום דהוי דבר שאינו ברשותו, א"כ מכירת שטר שדה לכ"ע תהא מה"ח כיוון דהוי דבר שבדשותו, ולפ"ז ה"י מודע כ' הרא"ש דהוי מדרבנן, וכ' דכדעת הרא"ש ע"ל טעם אחר ממש' החוס'. והנה הרא"ש כפ' המוכר את המסנה סוף אות ד' כתב ג"כ כהחוס' שם, ולענ"ד לקי"מ, דהחוס' כפ' המוכר אה"ס הקשו למ"ד מכירת שטרות מד"ס מודע א"א להקנות השעבוד נכסים בקניין רגיל דכסף שטר וחזקה, וע"ש דכתבו להדיא דאף בלא מסירת שט"ח יקנה, ועל זה

פ"ז א. בניין שעבודא דאורייתא. (א) ע"י חזו"א ב"ק ט"ז ס"ק י"ג ש"י דשעבודא דאורייתא הוא דוקא היכא ששיעבוד הנכסים אבל לא החל ממילא. ופ"כ בה"ד ה"ר"מ ה"ר"מ ס"י ל"ט.

וע"י קצצה"ח רס"י ל"ט וכס"י פ"ז ס"ק"א ש"י רשעבוד נקנה ממילא. ודעת החזו"א לפו"ר צ"ל ע"י, דרשב"א פ' הנוקדן הוכח כש"ד רס"י ל"ט, וכן בקידושין י"ג, כ' דרש"עבד כמפורש ה"י דאורייתא אף למ"ד בעלמא שעל"ד. ומכרח הדמחלקת בדל"כא שעבוד מפורש. וזכה בס"פ ג"פ מיידי בשטר דאין בו שעבוד מפורש. והא דקיי"ל אחרות ט"ס הכונה דמכירתו ולא שרי אנשי וז"י ככ"י לא אמרי' דמוכח מדל"א כ' אחריות בשטר דמחל עלי' אלא דהוי ט"ס. ולא משמע מדי' מהגמ' ב"ב י"ד א' כדעת החזו"א. ואדרכא, מהגמ' שם משמע רק דהוי נדון כיצד מפרשים מה שלא נזכר האחריות בשטר, ולא דזה אומדנא לעולם ואף כמלוא ע"פ.

וע"י רשב"א קידושין י"ג ד"כ דר"פ בערכין י"ב ס"ל של"ד. ור"פ שם מיידי בדארכא שטר ואחריות נכסים. וע"כ דכל"א שעבוד מפורש אין זה שע"ר אע"ג דקיי"ל אחריות ט"ס.

ולדעת רשב"א קידושין, וחוס' ס"פ ג"פ, דלמ"ד של"ד לא מהני אף שיעבוד מפורש, דהוי כקניין למחצה, לא משמע דהמחלקת היא אי הוי קנין למחצה או לא, אלא דמ"ד ש"ד ס"ל דנקנה ממילא וכמ"כ בקצצה"ח רס"י ל"ט [ולפו"ר מאוד נ"ר לחזו"ח דלא כהחזו"א מהא דרכול אדם לשעבד עצמו בשטר להיות חייב מנה, וכדאי איכא גם שעי"ג על מנה זה אע"ג דלא ה"י מתן מעות ושום קניין, ומנכח רצצם מה שחייב גורם מכה גזירה"ה שהחל קניין השעבוד. וע"י גליזות החזו"א על הגר"ח ה"ל שבועות דכ', דכמע"ד המעות קונות השעבוד, ולמשנ"ח לעיל עפ"י חוס' גיטין כ' ב' גם בשטר הכי

רצצו כאלו באמצע פעולה הקניין, דאכתי לא נגמרה יציאת הנכסים מרשות הלואה ונכנסתם לרשות המלווה, וכאלו הם באמצע המעבר כל רגע והגע, עד הגביה או עד פירעון החוב בוותו או קרקע אחרת. ולכן כל הזמן חשיב שאוחז השדה בידו על ידי שאוחז השטר בידו, דזה הוכח בניין קניין שטר, ולכן מאחר שבידו ממש נכסי הלואה אמרי' דזה עיקר מה שיש לו על הלואה דהחזקת נכסים בידו חשיבא טפי מתביעת חוב בעלמא, ובהו מוכחא כבהירות לשון הגר"ח וסברתו בהלכות שבועות, וכן לשונו בהלכות אישות. וזה גם הביאור במה שהביא משמו הבר"ש דשטר ה"י גופו ממון על ידי שנקנה בו השעבוד. אמנם זו סברא מחודשת מאוד וכבר נחבא דאין לה יסוד כיוון דדעת כל הראשונים בניטין כ' ב' דשטר חוב אינו ספר המקנה ולא נקנה על ידו השעבוד. ושם ראיית דכדעת הגר"ח צריך לומר דגם שטר קניין שדה אחרי שנגמר הקניין חשיב אחיזה השטר כאחיזה השדה כולו.

דענין זה שעל ידו נעשה הקניין שטר לא מפסיק אחרי שהשדה כבר עוברת לרשות הלוקח, רק שאחרי שעברה לרשות הלוקח חו אין בו נפלא מנה, ולכן מוכחא כראשונים דאינו אלא לזאת, אך לז"ת יש בהו נפקא מינה דכמכירתו נמכרת השדה כמבואר בכא כהרא קס"ט, דהתם בפשטות המכירה היא דאורייתא לר"ת, ולפ"ז אי"צ לדחוק במה שחלקנו לעיל בין שטר מכירת שדה לשטר מכירת שעבוד נכסים [ולש"ד דסברא זו דייחסנו לגר"ח אינה מודך הלימוד שקיבלנו מרובותינו, דאין לנו לכרות הסברים מעין אלה אם אינם מוכרחים להדיא בהל"ל או כראשונים, ולכן אין לייחס כן למרן הגר"ח, אלא שכל"א זה לא זכיתי כלל להכין סוד שיה קדשו דמרן הגר"ח זע"א ר"י יאר עיני. ובעיקר דברי הגר"ח כפס"ז מאישיות ובה"ל שבועות אי"ה נאריך טובא כפ"מ ר' ב' יענ"ש].

רצצו כאלו באמצע פעולה הקניין, דאכתי לא נגמרה יציאת הנכסים מרשות הלואה ונכנסתם לרשות המלווה, וכאלו הם באמצע המעבר כל רגע והגע, עד הגביה או עד פירעון החוב בוותו או קרקע אחרת. ולכן כל הזמן חשיב שאוחז השדה בידו על ידי שאוחז השטר בידו, דזה הוכח בניין קניין שטר, ולכן מאחר שבידו ממש נכסי הלואה אמרי' דזה עיקר מה שיש לו על הלואה דהחזקת נכסים בידו חשיבא טפי מתביעת חוב בעלמא, ובהו מוכחא כבהירות לשון הגר"ח וסברתו בהלכות שבועות, וכן לשונו בהלכות אישות. וזה גם הביאור במה שהביא משמו הבר"ש דשטר ה"י גופו ממון על ידי שנקנה בו השעבוד. אמנם זו סברא מחודשת מאוד וכבר נחבא דאין לה יסוד כיוון דדעת כל הראשונים בניטין כ' ב' דשטר חוב אינו ספר המקנה ולא נקנה על ידו השעבוד. ושם ראיית דכדעת הגר"ח צריך לומר דגם שטר קניין שדה אחרי שנגמר הקניין חשיב אחיזה השטר כאחיזה השדה כולו.

אלא שטר רא"י לחוד וכמ"ש בה"י רמב"ן כ"ב קס"ט ב'. וכיצד יתכן שייחשב גוף ממון שדה-מה שיש בו שויות מלבד הנייר אינו חפצא גשמי וכמ"ש הרמב"ם, ומה מהני ליה שהוה שטר קניין. ועוד דאם הוא גופו ממון מדוע לא מהני לי' משיכה לחוד ובעינן כומ"ס.

וע"י פ"י ח"י הגר"ח בה"ל שבועות ש"י דכפירת חוב שיש בו שע"ג אך לא שטר ה"י שפיר כפירת מטלטלין וחייב קרבן שבועה, יורק בשטר הוא דחשוב כפירת שע"ק, משום דהשטר יש בו ריך הקנאה שעבוד, ע"כ דה"י דמשרי לי' גם לעצם החוב שיהא ככלל שע"ק" וכחזו"א שם המה ע"ז רז"ל "צ"ע מה חילוק יש בין מלווה ע"פ למלוה בשטר למ"ד שע"ר, הלא גם כסף קונה קניין שעבוד ומ"ל קניין כסף ומ"ל קניין שטר" עכ"ל. וע"ש בגר"ח פס"ז מה"ל אישות כד"ה אלא שהביא הד"ך דכטוען החוב יש לי' אצלך נ' בשטר ונ' כלא שטר והתנבני מודה בני' שבשטר פטור משבועה כיוון דהוי הילך. וכ' הגר"ח דדוקא משום דהוא שטר חשיב הילך וז"ל "דלא שייך זאת [ושהו הילך] אלא בשטר דשעבודו בידו וראיית ועדות החוב ג"כ בידו, אז הוא דהוי הילך, משא"כ כמעשה ב"ד [דהיינו כתובה], נהי דגובה ממנושעבדים ואינו יכול לטוען גם פורע, אבל מ"מ בעיקר החוב אין בידו יותר משאר מלווה ע"פ, וע"כ לא ה"י הילך" עכ"ל ק"י.

ונלענ"ד ספרת הגר"ח דכל פעם שקונה שדה בשטר האופן שמועיל הקניין דע"ל ידי שתופס השטר בידו חשוב ע"י זה דחופס השדה עצמו בידו, ובהו קונה השדה, ונהי דבגמר חלות הקניין חו השטר מפסיק לחיות שטר קניין ונעשה שטר רא"י זהו דוקא כקניין שדה רגיל דאחרי שנעשה הקניין השדה שלו לגמרי, אבל כשקונה כקניין שטר את השעבוד נכסים לחוד, מאחר דגם אחרי שחל הקניין ס"ס הקרקע עדיין ברשות הלואה כזה לא אמרינן דכבר נגמר הקניין אלא ה"י כל רגע

ויגבה בו, ולזה ביאר דבמשיכת השטר הכונה להקנות לקונה לא את הנייר לחוד, אלא את מה שהשטר הוא רא"י על החוב ולכן אפשר לגבות בו את החוב, והכונה שהלוקח תהא בידו הרא"י על החוב ומכוחה יכול לגבותו כאלו הלואה חייב לו. ולזה ביאר הרמב"ם דאת מה שהלואה חייב למלווה ד"ז אינו נתפס ביד ואין המלווה יכול למכור שיהא הלואה מחוייב לקונה, ואין זה נקנה במשיכת השטר דאינו חפצא גשמי שיועיל בו קניין משיכה. וזה דבר פשוט וכדאי החוס' ג"כ מודים לזה רק לא רנו בהו שיועיל קניין השטר לחוד מרוב פשיטותו, והקי' רק דמ"מ יוכל למכור השעי"ג בכסף שטר חזקה, ומר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי, וז"פ לענ"ד.

ר"ת דמכירת שטרות מדאורייתא. וע"ש בס"כ"ב ש"כ כהקצצה"ח ס"ז סק"כ וז"ל "וכמ"ש"ב בשם מו"ר דמה שהשטר עושה שעבוד אין זה רק מודין נכסי דבר איניש אינון ערכין בו, אלא ע"י דהקרקע נקנית בכסף ושטר וחזקה" וכוונתו דרש"ח ה"י שטר קניין ומקנה כקניין שטר השעי"ג למלווה, ואע"ג דגם בלא שטר נעשה השעי"ג של המלווה דשעבודא דאורייתא כבר כתב בהו הקצצה"ח דשעבוד חל על שעבוד [ולענ"ד צ"ע כזה ואכמ"ל]. וכבר כתבנו לעיל דמתוס' גיטין כ' סוף עמ' ב' מוכח דרש"ח אינו שטר קניין ואינו מקנה השעי"ג למלווה ע"ש שפ"כ להדיא וכ"כ כל הראשונים שם. ועל יסוד זה חידש הבר"ש"ה דהשטר נעשה מכה זה גופו ממון [וכ"כ שם בס"ק ג' בשם שו"ת הרמב"ן דמחייבות דשטר ה"י גופו ממון משום דהוא שטר קניין שנעשה קניין של המשועבדים וע"כ ה"י גופו ממון, ולע"ע לא מצאתי שם דכ"כ]. ולכן שייכא ב"י מוכח תה"י דשטר בכך שיהא שטר קניין, ומחייב תה"י דשטר קניין יהא גופו ממון יותר משטר רא"י, ועוד דאחרי שכבר נעשה הקניין גם שטר קניין אינו

אלא שטר רא"י לחוד וכמ"ש בה"י רמב"ן כ"ב קס"ט ב'. וכיצד יתכן שייחשב גוף ממון שדה-מה שיש בו שויות מלבד הנייר אינו חפצא גשמי וכמ"ש הרמב"ם, ומה מהני ליה שהוה שטר קניין. ועוד דאם הוא גופו ממון מדוע לא מהני לי' משיכה לחוד ובעינן כומ"ס.

מהם. אבל מהנכסים גופיהו אי ש"ד בודאי ולהך ראשונים אין החזמים נחשבים כלוה, גובין דהרי אם הנכסים הם הערב, אין מקום דליכא כלל בעולם שעבוד גוף על חוב זה, אחר לגבות מלבד מן הערב.

והרא"ש סבירא ליה דכיוון דמכת המצווה בקניין גמור, רק הנאי הזכי בו כסדר הזכי, הנאי הוא במקניין שהיא סדר נחשבים כלוה עצמו. אם הלוה הזכי לא שייך בנכסים. וזו דעת הקצ"ח ס"ו שתקדם תביעה אי אפשר להגיע לערב, בלא ערבות לא שייך בנכסים. אלא רק בהקניין כדם במכירת שטרות דכפקע שעבוד גוף אין גבי כ"ז כמאי דפלגי על החזמים שם. ע"ש היטב, משע"ג. והבן.

וצ"כ אי שעבודא דאורייתא אמאי ביחזמים מתחשבינן במצוותן ובלוה עצמו לא, ונ"י דהנה כב"ב קנ"ז א' אמרי דכתניה קרקע כופין החזמינין לפרוע משום מצווה אע"ג דאין הקרקע משועבדת. ומתוס' שם נראה דאותה מצווה איכא גם בהניח אחריות נכסים, וכ"נ מרא"ש כאן. ומטור רס"י ק"ז ע"ש ב"ח וכתנ"א.

ובתוס' הרא"ש כאן הק' מכיוון דהנכסים משועבדים מה אכפת לן דביחזמים קטנים ליכא מצוות, דהרי שעבוד המלוה מונח לפני ויטלנו. וה"י דזכות המלוה בנכסים הוי כערב. ובערב גופי ככח"ג אין גובין [ע"י נ"י כ"ב קע"ד]: ובבעה"מ שם]. ולפ"ז גם כמאי דה"י ס"ד דביחזמים גדולים באמרו לא נחא לן ג"כ ערב ממש ככח"ג פטור. וא"כ צ"כ מאי שנא לוה גופי דאין כלל הוי"א לפטור כאומר לא נחא לי למעבד מצווה.

והנלענעדי דשי' הרא"ש וחוס' דמצוות שעבוד הגוף וכהלוה עצמו. [וכמש"כ בהג"א רס"י ק"ז וכסמ"ע שם. וע"ע קצה"ח ס"ו כ"ז מה שהביא מהחזמים]. ומכיוון שיש לוה לא פורעים מהערב לפני הלוה. ואי לא בעו למעבד מצווה אין כזה כדי לחייב את הערב. וכמש"כ נ"י וכעה"מ כ"ב קע"ד: ביחזמים קטנים לר"פ דהערב פטור. אבל הלוה עצמו אין שעבוד הגוף שעליו מכה מצווה אלא החייב בדין משום שקיבל משות. ולכן לא שייך שאם לא ישלם שיפטר הערב, דהיינו הנכסים.

וברמב"ן רשב"א וריטב"א [ס"פ ג"פ וקידושין י"ג] ונ"י על כ"ב קע"ד: כ' דר"פ בהרבה ס"ל של"ד. וי"ל דהם ס"ל דהא דביחזמים קטנים נפטר הערב [כמש"כ כ"ב כ"ב קע"ד]. משום דיש שעבוד נכסים אצל החזמים ואין לגבות מהערב כשיש נכסים משועבדים. וכמו שאין גובים מערב כשיש נכסים אצל לקוחות. וכשיגדלו החזמים יגבה

הוא, ולדברינו אינו נקנה ע"י המעות אלא חל הקניין מגזיה"כ בלא שום הקנאה, ועצ"ע רב בזה וכתבתי רק להעיר.

ב) וברע"ה הריטב"א דס"ל דא"א לשעבד למ"ד ש"ד, וחל ממילא, צ"כ לפי"ד הדהריטב"א קידושין מ"ז ב', ונעש"ך רס"י ס"ו], ס"ל דמכירת שטרות הוי דאורייתא וכר"ת. וי"ל, ואכמ"ל.

פ"ו א'. בדין פריעת בע"ז מצווה. ע"י ומבין רשב"א וריטב"א [ס"פ ג"פ, קידושין י"ג, ונ"י על פ' ג"פ קע"ד]: שכי דר"פ בהרבה ס"ל של"ד [וע"ע בשטמ"ק]. והטעם דס"ל דאי ש"ד וקנויים הנכסים למלוה להפיע מהם לא שייך להסתפק מה הדין אי אמר לא בעינא למעבד מצווה, או לפטור החזמים משום דלאו בני מעבד מצווה נינהו. ואי הוי דרבנן לא הטיילו על יחזמים קטנים כמש"כ בני"ן].

וברא"ש פ' הכותב כ' דר"פ ס"ל שע"ד, [וכתום' רא"ש כתב דגם למ"ד שעד"ר ס"ס יש שעבוד]. וכן ש"י רי"ף ס"פ ג"פ דלר"פ שע"ד. וכ"נ מתוס' דר"פ מ"ירי בראיכא שעבוד [וע"י תומים רס"י ל"ט].

וע"י תוס' כתובות פ"ו, דהביתם קצרים ובתוס' רא"ש מכוור יותר, ומכוור מוכריו דאיכא ב' פ' בהאי מילתא. לפי א' סוגיין מ"ירי ביחזמים ובדאיכא אחריות נכסים. ובהם ה"י ס"ד דאי אמרו לא נ"ל למעבד מצווה אין כופין. או שהי' קשה מודיע פשוט שנופין. ולתפי' ה"י [וחוה ה"י"מ שהביא תוס'] מ"ירי בלוה עצמו. ולפי זה לא שייך להסתפק מה הדין אי לא בעי למעבד מצווה דהרי ש"ד. ולכן העמידה כתולה מוחזי בעבד"ס אי כפין לי' ליתן מעות. דעל המצווה ליתן מעות ליכא שעבוד נכסים. [ולפ"ז לר"ה בוד"י יש גם שעבוד על מעות. וכ"כ במרכיב הג"א ופסקי תוס' ומהרש"א. וזה צ"כ טובא].