

חדושים ובאורים

בבא בתרא

ב' א' מתני' השותפין שרצו כו', יש לעי' למ"ד מחיצה גודא, מה ענין כאן בשותפותם וחלוקתם, ובשכנים הו"ל למיתני הך דינא דאם הסכימו לעשות מחיצה ביניהם בונין את הכותל כו', וי"ל דרבותא דמפרשין דאף בקדים חד ורצייה לחבריה לא מצי למימר דלא איתרצי למעוטי תשמישתיה, הך רבותא הוי טפי בשותפין שעם הסכמתם לחלוקה הסכימו לחלוק במחיצה, דבזה מצי טפי למימר שלא הסכים אלא על מחיצה דקה לחלק ביניהם, שעיקר הסכמתו היתה על חלוקה בעיקר שותפותם וממילא במחיצה הפחותה ביותר, אבל שכנים שהסכימו על מחיצה סתמא דמילתא מובן דכונתם לסלק היזק ראייה ופשיטא דבעי כותל כמנהג המדינה.

והנה פירושא דמתני' לב' הלשונות היינו בשותפים שהסכימו על חלוקה בחצרם, אלא דללישנא דגודא הזכירו לחלק בכותל, וללישנא דפלוגתא לא הזכירו אלא החלוקה, ולתרווייהו נראה דמתני' דין היזק ראייה אתי לאשמועינן שהוא דבר הלמד מענינו בגינה ובקעה, וללישנא דגודא אשמועינן דדוקא רצו דהיזק ראייה לא שמיה היזק, וללישנא דפלוגתא אשמועינן דהיזק ראייה שמיה היזק, ואגב אורחא אשמועינן דלסלק היזק ראייה צריך כותל כמנהג המדינה בשיעורים שנתפרשו במתני', וללישנא קמא היינו בשהסכימו על גודא וזה מתפרש בסתמא הסכמה על סילוק היזק ראייה כמנהג המדינה, וללישנא בתרא כל שכנים חייבים לסלק היזק ראייה.

ואין להקשות למ"ד מחיצה פלוגתא אמאי לא עריב לגינה בהדי חצר, דלא שוו להדדי, דבגינה מקום שלא נהגו לגדור לא מחייב משא"כ בחצר דלמ"ד שמיה היזק לא מהני מנהג וכמ"ש ברא"ש סימן ו', ומיהו שם הביא י"מ דגם בחצר לא מחייבין במקום שלא נהגו, וכ"כ בהג"א שם, ולפי זה יש לעי' אמאי לא עריב להו במתני' וליתני השותפין שרצו לעשות מחיצה בחצר ובגינה בונין את הכותל באמצע כו', מקום שנהגו שלא לגדור אין מחייבין אותן, וכן בבקעה סתם, וכן קשה למ"ד גודא דליערב לחצר בהדי בקעה, והדר ליתני רצה אחד מהם כונס לתוך שלו כו', ונראה מזה דתקנת חזית ליתא בחצר וכדעת הרמב"ן והרשב"א, וטעמא רבה איכא לפלוגי בין בקעה וגינה לחצר, מלבד מש"כ הרשב"א דבחצר לא שכיחי דעיילי ולא חזו אי קליף ליה, דבחצר כיון דמחיצה עשרה מחייבין ליה לעולם שיהא נתפס כגנב, תו ליכא חזית לחצי כותל, ואי כניס ליה לפנים מן הכותל עשרה, והשתא קיימי תרווייהו, הרי הכותל עשרה מוכיח דכנס לתוך שלו, ובכלל בחצר בקל להוכיח בעלותו במדותיו, וגם בקל יכול לעשות שטר בשעת הבנייה, דכיון דאיכא מחיצה עשרה וגם תשמישן תדיר הרי מיד יודעים אם כונס לתוך שלו, וחבירו לא יכחישנו, משא"כ בבקעה דלא שכיחי אינשי התם, ואין שם שום גדר להבדיל ביניהם, [דבגינה ובקעה ליכא משום שלא יהא נתפס כגנב, שאין שם חפצים, תדע דהא לדעת הרמב"ם פ"ב מה' שכנים ה"ט"ז בגינה שיעור המחיצה י', אלמא דדוקא בגינה משום שאסור לעמוד כו' הא לא"ה, וכן בבקעה, אף מחיצה י' אין צריך, ועי' רמב"ן ב' ב' דאף בגג אפשר דלא מנחי מידי וליכא משום נתפס כגנב, ועי' רמב"ם רפ"א מה' שכנים וצע"ק], וגם בעה"ב צריך לעסוק במדידות להבחין בדיוק את הגבול, הלכך טריחא מילתא טובא להביא עדים והבעל דבר ולמדוד, ואח"כ לדקדק אם אמנם בונה בתוך שלו, ולעשות שטר, ולכך תיקנו חכמים חזית כדי שיוכל בעצמו לבנות בתוך שלו ולעשות חזית, מבלי שיזדקק למישהו, וכל שחבירו לא ערער בשעת הבנייה הר"ז כהודאה, אח"כ ראיתי בשטמ"ק בשם הר"ן שכבר הזכיר סברא זו

דחצר שאני למ"ד גודא כיון דלמחיצת עשרה יכולין לכוף. (ס"א סק"ה).
 נראה דאם אחד טוען שרוצה לעשות חצי כותל במקום ואבנים שלו, ושחבירו גם הוא יעשה חצי הכותל השני במקום ואבנים שלו ויפגשו הכתלים בקרנותיהם, וכמו שאמרו בגג במעדיף והכא א"צ להעדיף כיון שהם נוגעים זה בזה, והשני טוען לא כי אלא נבנה כותל אחד חציו בשלי וחציו בשלך, דהדין עם השני, כיון דכל אחד מחוייב בעצמו לבנות כותל שלם, וכדאמרינן בגג וחצר דבעל הגג חייב לעשות כולו, וה"נ כל אחד מבעלי החצר, אלא דכיון דשניהם חייבים משתפינן להו, וא"כ אין אחד יכול לפטור עצמו בחצי כותל, וכן משמע מהא דתניא ו' ב' בשתי חצרות זו למעלה מזו דעליון מסייע מלמטה, ואם איתא דיכול לדרוש שיבנה חצי אמאי לא טעין הכי, דהא ודאי ניחא ליה טפי בהכי מלסייע מלמטה, [ובשלמא בסתם חצר י"ל דניחא להו טפי שתהא המחיצה ישרה והחצר שוה, אבל הכא שתמורת זה מתחייב לסייע מלמטה, מסתמא ניחא ליה טפי להפסיד שלא יהא הקו ישר ובלבד שלא יצטרך לסייע מלמטה], אלא ודאי לאו כל כמיניה להמנע מלהיות שותף בכל הכותל ורק בגג דאי אפשר בענין אחר ע"כ בונה כל אחד חצי בשלו, ומיהו למש"כ לקמן ו' ב' דהעליון אינו יכול לבנות על שפת גבולו אא"כ יבנה התחתון מלמטה, אין ראייה, אח"כ ראיתי דמין זללה"ה בסי' ג' סק"י כתב דה"ט שאין כל אחד עושה חצי בשלו, משום דהכי עדיף טפי שהקו ישר ושניהם יכולים להשתמש בכל הכותל.

נראה דאם היה אחד מן החצרות שייך לקטנים, דנמי כייפינן להו להשתתף בבניית הכותל, וכן בהיה הגג של קטנים נמי כייפינן להו לבנות כל המחיצה, ואע"ג דיתמי לאו בני מיעבד דינא בהדיהו נינהו, וגם פגיעתן רעה שאם חבלו באחרים פטורין, מ"מ הכא הנידון למנעם מלהזיק, וזה מחובת ב"ד אף כלפי קטנים, וכ"ה בשו"ע סי' קנ"ד סכ"ט, ובתשו' הרשב"א ח"ג סי' קפ"ט. (ס"א סק"ז).

ענין היזק ראייה שמיה היזק נראה דהוא תקנת חכמים, דמעיקר הדין אף אי שמיה היזק אינו אלא מעין גרמא, ואף דגרמא בנזקין אסור, הכא לאו גרמא ממש ולא נזקין ממש, וגם י"ל דעל הניזק להרחיק את עצמו, כיון דהמזיק אנוס ובלא מתכוין, שאין לחייבו לעצום עיניו, אלא תקנת חכמים היא.

ויש להסתפק בבקעה במקום שנהגו לגדור אם חיובו מדין היזק ראייה, דבמקום שנהגו שמיה היזק, או דחיובו מהלכות שכנים, ונפ"מ לענין קטנים אי מחייבינן להו עי' לעיל, וכן י"ל דנפ"מ אם אחד רוצה לבנות חצי כותל בשלו וחבירו יעשה חצי בשלו, דלמ"ד שמיה היזק כתבנו לעיל דחבירו יכול לעכב עליו, כיון שכל אחד חייב לבנות כל הכותל כדחזינן בגג וחצר, אבל אם חיובו מהלכות שכנים א"כ חיובם ביחד על הכותל, ושפיר יש לומר דיכול לבקש חלוקה כזו, [וגם יש לומר דנפ"מ בגג שבבקעה אי מחייבינן ליה לעשות כל המחיצה, ומיהו י"ל דג"ז מה' שכנים, והכי תיקנו מעיקרא], ונראה דחיובו מדין היזק ראייה, דבמקום שנהגו תקנו חכמים גם בזה דשמיה היזק, ועל המזיק להרחיק, ואין לנו לחדש חיובים אחרים בבקעה מבגינה וחצר, שו"ר בספר מרן זללה"ה ס"א סק"ה שהוכיח דחיוב גינה ובקעה שוין בדיניהם, אבל שם משמע דחיוב בקעה במקום שנהגו לאו משום היזק ראייה הוא, וצ"ע.

נראה דאף למ"ד היזק ראייה בחצר לא שמיה היזק, היינו בסתמא, אבל במקום שנהגו, לא גרע מבקעה דבמקום שנהגו מחייבין, והרי בבקעה לכו"ע בסתמא אין מחייבין, ובחצר נחלקו, אלמא דחצר עדיף מבקעה. (ס"א סק"ט).

שם בונין את הכותל באמצע, בדברי השו"ע סי' קנ"ז ס"ג אם היה אחד עני ואחד עשיר, עי' מש"כ לקמן ז' ב' ד"ה שו"ע.

שם הכל כמנהג המדינה, בשו"ע סי' קנ"ז ס"ד בהגה"ה ואם נהגו במחיצה קלה כו', ר"ל לבנים וכיו"ב דאפשר גם לסמוך עליה, אבל אם נהגו בהוצא ודפנא, ורוצה ליכנס בתוך שלו ולבנות אפילו בהוצא ודפנא, שפיר דמי אף לדעת הרא"ה, שאין חבירו מפסיד בזה כלום, דבלא"ה לא חזי למיסמך עלה, אא"כ רגילין להשתמש גם בהוצא ודפנא למיתלי עלה חפצים, דאז אפשר דלכתחלה אמרינן ליה שיבנה בשותפות, וכמש"פ מרן זללה"ה בס"א סק"ו כונת הרא"ה, [בד"מ כתב דלמטה נתבאר דכל הראשונים חולקים על הרא"ה, ולא פירש כונתו ז"ל]. (ס"א ס"ק י"ד).

שם אומר לו גדור כו' וחייב באחריותו, בשו"ע סי' קנ"ה סמ"ד בהגה"ה שני שכנים הדרים ביחד וביתו של אחד נפרץ ועי"ז באים גנבים לבית השני כו' ויש חולקין דלא הוי גירי דיליה, כבר כתב בבהגר"א דר"ל דאף גרמא לא הוי, ופירש כן הרמ"א כונת ב"י, דלשונו מורה דעל עיקר הדין בא לחלוק ולא רק על מאי דקרי ליה גירי דיליה, דהא בתשובה לא דן על חיוב תשלומין, אלא על החיוב לגדור, ועי"ז תמה הב"י, ודברי הטור בשם הרמ"ה בסימן קנ"ז לא קאי על עסק חורבה, אלא סתם בגוונא שנתחייב לגדור ולא גדר אם מחוייב בהיזק גניבה שנגרם על ידי כך, אבל לא נזכר שם שנתחייב לגדור משום שבאים גנבים, ואדרבה שם כתוב שנתחייב לגדור בינו ובין חבירו ואילו בחורבה משמע דהנידון שיגדור חורבתו משאר רוחותיה, אלא נתחייב לגדור משום היזק ראייה וכיו"ב קאמר, וס"ל להב"י דמה שהחורבה מקילה על הגנבים לגנוב אין זה מחייב לבעל החורבה לסלקה, שאין זה מהלכות נזקי שכנים ששנינו, דלא דמי להו, ומרן זללה"ה בב"ב ס"א סק"ג תמה בדברי הרמ"א הללו, והיינו דדעתו ז"ל דאם לא היה אפשר לחייבו לגדור מפני הגנבים, לא היה מקום לחייבו לשלם על היזק גניבה גם כשנתחייב לגדור משום היזק ראייה, וממילא מבואר גם בדברי הטור בשם הרמ"ה דמחוייב לגדור, ורק מתשלומין פטרו הרא"ש, אבל דעת הב"י והרמ"א יש לפרש כמש"כ, דס"ל דאף שחיובו לגדור משום היזק ראייה מ"מ כשהתרו בו לגדור ולא גדר חייב גם בשאר היזיקות הנגרמות על ידי זה, ובזה איירי הרמ"ה, וכן יש להוכיח ממה שפירשו הר"י והתו' רי"ד בהא דמחיצת הכרם שנפרצה דאומר לו לבעל הכרם גדור, דלאו משום איסור כלאים הוא אלא מדין מזיק כדתנן כ"ו א' לא יטע אדם אילן סמוך לשדה חבירו, ולכך בעל הכרם הוא המזיק ומבואר דאף שחיובו לגדור מדין מזיק מ"מ חייב בהיזק כלאים, ואף דהרמ"ה בשטמ"ק ב"ק ק' פירש דבעל הכרם הוא המזיק משום דאיירי שעדיין אין ענבים בגפן ויש תבואה בשדה, ולפי זה אין מכאן ראייה, מ"מ י"ל דהרמ"ה קים ליה כן מסברא דאין חילוק בסיבת חיובו לגדור, ומה שהוכיח ממחיצת הכרם, היינו רק דכה"ג אף שאינו עושה מעשה מ"מ מחייבין ליה מדינא דגרמי, ומיהו לאו ראייה היא, דהתם אי לאו דבעל הכרם מזיק, נמי היה ראוי לחייבו לגדור משום כלאים, אלא דאז היה חיוב גם על בעל השדה לסייעו משום דגם איהו מזיק בדין כלאים, הלכך השתא דרמינן כל החיוב לגדור על בעל הכרם משום מזיק, שפיר מחייבין ליה גם על ההפסד שמדין כלאים, אבל בגנבי אם איתא דבלא היזק ראייה, אין לחייבו כלל לגדור משום גנבי, השתא נמי שנתחייב לגדור משום היזק ראייה אין לחייבו על היזק גנבי. (ס"א ס"ק ט"ז).

תוד"ה לפיכך כדפריך בגמ' גבי בקעה כו', לו"ד היה מקום לומר דקושית הגמ' גבי בקעה היא דאין חובת החכמים לתקן תקנות על שותפים שלא יגזול האחד את חבירו, שזה ענין של שותפים עצמם להזהר, ולהבטיח כל אחד את חלקו, ולעולם אימא לך שאם יפול לרשות אחד מהם יוכל לזכות בו, ואפ"ה אין לחכמים לתקן חזית, ודוקא בעושה בתוך שלו אז חובת החכמים לתקן שלא יוכל חבירו לגזול

ממנו, ובזה שפיר תיקנו חזית, ומשנינן דבגלל תקנת חזית כשעושה בתוך שלו, הוצרכו חכמים לתקן שתי חזית בעושיין בשותפות, כי ע"י תקנת חזית יש לחוש להפסד בשותפים, שיעשה אחד מהן חזית בערמה, ולכך תיקנו שיעשו שניהם חזית כשבונים בשותפות.

ולפ"ז אפשר לקיים הא דאמרינן ד' א' לא צריכא דנפל לרשותא דחד מינייהו כפשוטו דאלמלא שכופין היה הדין בנפל לרשותא דחד מינייהו שאין להוציא מידו, ודוקא משום שכופין, המקום והאבנים של שניהם, ולפי זה שפיר י"ל דמיגו מהני אף בחצר, ודוקא נפל לרשותא דחד מינייהו לא מהני, ואפשר שזו דעת ה"ר יונה שהביא הטור בסי' קנ"ח שכתב דאם אין חזית בבקעה ונפל לרשותא דחד מינייהו אי אפשר להוציא מידו, ונתקשו בטעמו הש"ך והסמ"ע שם, וכן כתב בשמו בסי' קנ"ז דאף בחצר אם אין ידוע שהאבנים בידו, וטוען אני בניתיה נאמן במגו שאין האבנים ברשותו.

ורש"י ד' ב' פירש בהא דפריך לא יעשה לא לזה ולא לזה והרי סימן שלא עשאה האחד בשלו שאילו עשאה היה עושה חזית מבחוץ, נראה מזה דרך לאחר תקנת חזית כשבונה אחד בשלו, פרכינן דבלא חזית יהא בחזקת שניהם, אבל בחצר דליכא תקנת חזית אם לא היו כופין זא"ז לא היה בחזקת שניהם, ולפי זה יש לפרש כפשוטה הא דאמרינן דנפל לרשותא דחד מינייהו דאף בלא שהו איצטריך לאשמועינן דאי לאו דכופין לא היו מוציאים מידו, וכבר כתב כן הרמב"ן דלפרש"י ל"ק קושית תו', ונראה דלדברי רש"י הללו נתכוון הטור בסי' קנ"ח שבדליכא חזית לא מהני נפל לרשותא דחד מינייהו, ומוכח מזה דדעת הר"י היא כמ"ש"כ, ודלא כמ"ש"כ בסמ"ע דטעמא דהר"י דלאחר שתיקנו חזית גם כשבנו שניהם, איכא ריעותא בדליכא חזית, [כלומר והרי הוא כאילו לא היה תקנת חזית כלל, והא דפרכינן לא יעשו לא זה ולא זה, הוא רק משום דאיכא תקנת חזית וכמו שפרש"י], דלפי טעם זה אין שום ראיה מדברי רש"י שהם במאי דפרכינן שלא יתקנו חזית כשבונים בשותפות, וגם בסברא אין כ"כ ריעותא בהעדר חזית כשבונים בשותפות, כיון דיד שניהם שוה, ושפיר אין חושדין אחד בחבירו שיעשה חזית בגניבה, וביותר הדבר מוכח ממ"ש"כ רש"י ד' ב' בהוצא לאב"י דלית ליה תקנתא אלא בשטרא דאף בעשו מדעת שניהם כותבין שטר, [ויש לזה משמעות בגמ' בהא דרבינא דמפרש למתני' לאפוקי מדאב"י, ומתני' בעושיין מדעת שניהם מיירי], הרי דבלא שום תקנת חזית אם יפול לרשות אחד מהם לא יוציאו מידו, וא"כ לפי דברי הסמ"ע דלאחר תקנת חזית כשבונים בשותפות הרי העדר חזית אינו מוכיח שלא בנאה אחד א"כ הרי זה כליכא כלל תקנת חזית וא"כ אף לפרש"י אין מוציאים מידו, אלא ודאי אף לאחר תקנת חזית בעושיין מדעת שניהם מ"מ העדר חזית מסייע לטענת שותפות, שהרי רש"י פירש בהא דלא יעשו חזית, דמשום דהעדר חזית מוכיח שבין שניהם עשאוה, ועוד ראיה דבשטמ"ק ד' ב' בשם עליות הר"י כתב דלאב"י בהוצא אין צריך שטרא בעשו מדעת שניהם, והתם דמי לבקעה לאחר תקנת חזית אף בעושיין מדעת שניהם, שהרי אין הוכחה לשום צד, וא"כ לפי דברי הסמ"ע היה ראוי שיהא צריך שטר משום שאם יפול לרשותא דחד לא יהיה אפשר להוציא מידו, שו"ר בזה בקצה"ח.

וכעת ראיתי בעליות דר"י הנדמ"ח שכתב לשון זה והא דמקשינן לקמן ולא יעשה לא זה ולא זה משום דלית לן לתקוני חזית בעשיית הכותל מחשש נפילה דלאלתר קודם שישתמשו בו שניהם דהא מוחזק לשניהם או קודם שיחזיקו להשתמש בו שני חזקה וכך נ"ל עכ"ל, נראה דשורש הדברים בדבר משותף שעושיין שני שותפים לעצמם לשימוש משותף אין לנו לתקן תקנות מחשש מאורע שבו יוכל האחד לגזול

את חבירו, אלא שהוסיף ז"ל גם דלאחר שימוש משותף ידוע, כבר לא יוכל האחד לגזול אף במאורע שיפול לרשותו, דכשיתברר שנשתמשו בו שניהם הרי הוא בחזקתם, וכל החשש הוא רק אם יפול קודם שיוכלו לברר שימושם, והנה הדברים מבוארים כמש"כ דאף למאי דפרכינן שלא יתקנו חזית בעושיין בשיתוף, נמי מ"מ אם יפול לרשות אחד מהם יהיה בדין המוציא מחבירו עליו הראיה, ואף דליכא חזית, וקושית הגמ' רק שאין חובת החכמים לתקן חשש זה.

בא"ד פירוש ושהו ברשותו הרבה כו', וה"ה שאר מיגו כגון שאין עדים שהאבנים בידו, דהעיקר שאינו נאמן לומר שעשאה לבדו אפילו כשיש לו מיגו, ויתכן היה לומר דנפ"מ גם בשאחד מן השותפים קטן ונפלו לרשותו דאין נזקקין לקבל עדות על קטן אא"כ מוחזק שאינו שלו כדאמר בב"ק קי"ב, ומיהו י"ל דאף בבקעה כה"ג מוציאין מיד קטן כיון דהכותל בחזקת שניהם בסתמא, והכי מסתברא.

בא"ד אבל בבקעה אם שהו הרבה היה נאמן לומר שעשאה במיגו דאי בעי אמר לקחתיה כו', הגרע"א ז"ל הקשה מאי אולמא דטענת לקחתיה מטענת אני בניתיה, ולמה לא יועיל מה ששהו ברשותו הרבה לטענת אני בניתיה, ולו"ד ז"ל אין כאן קושיא, דכיון דלבתר תקנת חזית איירינן, שפיר גריעא טענת אני בניתיה כיון דליכא חזית, [ואף דהתו' פירשו דהא דפריך לא יעשה לא זה ולא זה, היינו אף בלא הוכחה דליכא חזית, מ"מ קושטא הוא דהעדר חזית מכחיש טענת אני בניתיה, אלא דהתו' ס"ל דאי בנפל לרשותא דחד הוי מוחזק בדליכא תקנת חזית, אף בדאיכא תקנת חזית לא הוי מפקינן מיניה בהעדר חזית], הלכך אי משכח"ל גוונא דלא מצי טעין לקחתיה, אף אינו נאמן לטעון אני בניתיה כיון דליכא חזית, ורק במיגו דלקחתיה נאמן, וכעין דאמרינן לקמן ע' א' דאינו נאמן לומר החזרתי באפקיד בשטר דא"כ שטרך בידי מאי בעי, אבל במיגו דנאנסו נאמן, אלא שאין הכרח דהתו' דוקא קאמרי במיגו, די"ל דאגב רישא דבחצר נאמן לומר לקחתיה ואינו נאמן לומר בניתיה, כתבו דבבקעה אין הדבר כן וכיון שנאמן לקחתיה נאמן נמי בניתיה, אבל אה"נ דאף בשיש עדים שלא לקח, נאמן לומר בניתיה כיון ששהו הרבה, וצ"ע בזה.

שו"ר דטעותא היא דקושית הגרע"א ז"ל אינה על בקעה אלא על חצר, דפירשו תו' דפשיטא דפריך היינו דבלא כפייה היה נמי של שניהם, וע"ז משני דנפול לרשותא דחד ושהו הרבה, וממילא אי לאו דכופין היה נאמן לומר אני בניתיה מכח דשהו הרבה, ול"ל למימר במגו דלקחתיה, [ובחצר הרי ליכא תקנתא דחזית ואין שום חילוק בין טענת אני בניתיה לטענת לקוח], אבל אפשר דאה"נ דאי לא היו כופין בחצר באמת היה שוה טענת לקוח וטענת אני בניתיה, אבל הרי קושטא הוא דאף למאי דכופין בחצר מ"מ נאמן לומר לקחתיה בשהו הרבה, וא"כ יש גם במתני' חידוש דמ"מ אינו נאמן לומר אני בניתיה אף שיש לו מגו דלקוח, ושפיר פירשו תו' דבכלל תירוץ הגמ' גם חידוש זה דלא מהני מגו דלקחתיה, ואה"נ דאי לאו דכופין באמת היה נאמן לומר אני בניתיה בשהו הרבה בלא מגו דלקוח דלא גרע מלקוח.

עוד הק' הגרע"א בתוספותיו מנ"ל לתו' דאף בשהו יותר מכדי רגילות אינו נאמן לומר אני בניתיה במגו דלקוח, דילמא לא איירי אלא בשהו כדי רגילות ומתני' אשמועינן דשותפין לא קפדי אהדדי, ולכך אינו נאמן לומר לקוח, ובאמת זהו פירוש הרי"ף וכמש"כ במ"מ נתבאר לקמן, וכבר כתב הרשב"א בשטמ"ק דדוחק הוא לפרושי חידושא דמתני' דלא מהני טענת לקוח, דמתני' לאו בלקוח איירי אלא בנידון מי בנה, ושפיר מיאנו התו' בזה. (ס"א סק"א).

במ"מ פ"ב מה' שכנים הט"ז ופירשו אפילו אין האבנים יוצאות מתחת ידי זה כו', ר"ל דקשה קושית תו' דאפילו בלא דינא דכופין דין הוא שיהא של שניהם אפילו

נפל לרשותא דחד מינייהו, ופירשו דאשמועינן דאפילו אית ליה מיגו כגון שאין רואין עכשיו את האבנים ברשותו נמי אינו נאמן לטעון אני בניתי, א"נ כגון שיש זמן רב מן הנפילה שאפילו שותפין מקפידין בכה"ג ואית ליה מגו דלקוח, מ"מ אינו נאמן דהוי מגו במקום עדים, ולשון וכגון שיש זמן רב כו' הוא כמו או שיש זמן רב. עוד שם ושיטה אחרת יש בהלכות כתבה המחבר בסמוך, ר"ל דבהלכות תירץ קושית תו' בענין אחר, דמתני' אשמועינן דאין שותף נאמן לטעון לקוח על דבר שידוע שהיה של שותפות, והיינו דהרי"ף פירש ליישב קושית תו', דהא דאמרין לא צריכא דנפל לרשותא דחד מינייהו ר"ל דמתני' אשמועינן דהכותל בחזקת שניהם ולפיכך אפילו נפל לרשותא דחד אינו יכול להחזיק בו בשום טענה שהיא, וזהו שהרמב"ם העתיק בסוף הי"ח הך דינא שאם טען זה שנפלו לרשותו שחבירו מכר לו חלקו או נתן לו במתנה אינו נאמן, דלפירוש הרי"ף זהו דינא דמתני', ושם פירש המ"מ דהיינו דוקא בידוע שהאבנים ברשותו עכשיו אבל אם אין יודעים הרי שפיר נאמן לטעון לקוח במגו דלא היו דברים מעולם, והיינו דרק על טענת אני בניתי שייך לומר דאין מועיל מגו דהוי במקום עדים, אבל לא על טענת לקוח, ולפי זה אין נפקותא לדינא בין השיטות שלא נחלקו אלא בפירוש הסוגיא, וכן ברשב"א שבשטמ"ק כתב כשני הפירושים, וזה כדעת הש"ך סי' קנ"ז סק"ח.

עוד כתב שם הש"ך דכו"ע מודו לסברת התו' דבשהו זמן רב נאמן לומר לקוח, ודברי הטור דכתב דאף בשהו אינו נאמן היינו בלא שהה כ"כ, והדברים מקוימים מסברא, דלא מסתבר לומר דאין שום זמן שהשותפים לא יקפידו, אלא דמ"מ י"ל דלפי' תו' דכונת הגמ' בנפול לרשותא דחד מינייהו היינו ששהו ברשותו, מסתבר לקצר זמן זה, שהרי לא הזכירו כלל בגמ' ששהו, וגם סתמא הנידון באבנים וכותל אינו לאחר זמן רב. (ס"א סק"ב).

ב' ב' אי תני אותו הו"א במסיפס בעלמא כו', בתו' הרבו להקשות על פרש"י, ונראה כונת רש"י דבאמת מחיצה גודא אבל רצו אחלוקה קאי, דהא ודאי פירושא דמתני' השותפין שרצו לחלוק שותפותם, אלא דללישנא דפלוגתא לא הזכירו ברצונם לחלוק שיחלקו בכותל, וללישנא דגודא הזכירו שיחלקו בכותל, ושפיר אפשר לפרש דרצו אחלוקה קאי, ומ"מ הזכירו שיחלקו במחיצה, ולפי זה באין בה דין חלוקה איירי ורצו לחלוק במחיצה, בונין את המחיצה, והיינו רק מסיפס, כמהג המדינה אם בגוויל אם בגזית, וקרי מסיפס לפי שאינו אלא עמודים לפרש"י, כיתידות, ואינו גבוה, וגם יש ריוח בין עמוד לעמוד, קמ"ל כותל, והיינו דבסתמא כשהסכימו לחלוק במחיצה, היינו שהסכימו לסלק היזק ראיה, ולא סגי במסיפס, וממילא מפרשינן דרצו משום כותל קתני לה, ואף ביש בה דין חלוקה. (ס"א סק"ו).

שם לא צריכא דקדים חד כו' קמ"ל, יש לעי' נפל הכותל מיד כשבנוהו קודם שהורגלו עדיין לעשות דברי הצנע מהו, מי אמרינן לא הקנו זה לזה אלא על כותל אחד והרי כבר בנוהו, או"ד כשהקנו לעשות גודא על כונת היזק ראיה הוא, וממילא בכלל קנינם שעבוד נכסים על כותל קיים לעולם, וכשנפל חייבים לבנותו, והכי מסתברא דמתני' במחיצות לסלק היזק ראיה איירי דומיא דגינה ובקעה, ולית לן לפרושי דבחצר הוא נידון פרטי במי שהקנה לחבירו לעשות כותל דסתמא דמילתא נתכוין גם על מקום הכותל ולא כל כמיניה לומר שלא נתכוין אלא על הכותל ולא על המקום, אלא יש לן לפרושי דמתני' אשמועינן דכשהקנו לעשות גודא נתכוונו לשעבד עצמם להוצאות הנצרכות לסלק היזק ראיה וממילא גם מקום הכותל של שניהם, ולפי זה יש מקום לדון כשהקנו לעשות גודא של ב' אמות שאין בה כדי לסלק היזק ראיה, אם מצי אמר כי אתרצאי באוירא בתשמישתא לא אתרצאי לך,

ומיהו מסתברא דאף בזה המקום של שניהם, דשורש הדבר דדבר משותף שהתועלת בו לשניהם שוה, סתמא דמילתא כשהסכימו לעשותו, היינו שהסכימו שניהם שהדבר לרצונם, וממילא יד שניהם שוה, ומ"מ בזה אם נפל הכותל נראה שאין לחייבו לחזור ולבנותו, דמצי למימר לא קנינו אלא על גודא אחת, משא"כ בכותל של היזק ראייה, וצ"ע. (ס"א סק"ו).

שם נפל שאני, פרש"י שכבר נתרצו הראשונים בכותל, ויש לעי' כי נתרצו מאי הוי ליהדרו בהו, ולא משמע דאיירי בידוע שקנו מהם, וגם אי קנו מהם אכתי צריך שיהא נכסים של הראשונים, אם לא דקנו מיניה לגבות מן החצר, וג"ז עדיין קשה אם בע"ח מוקדם קדם וגבאו בחובו, דלפ"ז לא הועיל קנינו על חצרו כלום, ואף בכה"ג משמע דבנפל מחייבין אותו.

ולכאורה בפרש"י יש לפרש הא דנפל שאני, דהנה אם אחד בנה בית בחצרו, ובהיזיקא דבית הרי לכו"ע היזק ראייה שמיה היזק, כדאמרינן בסוגיין, דינא הוא שיוכל לכוף את שותפו לעשות מחיצה, אלא שיש לדון אם יש לו רשות לבנות בית ועי"ז לכוף לשותפו, אבל אם בנה בית ברשות שותפו, ודאי כופהו מדין היזיקא דבית, ולפי זה כל שכבר היה כותל והורגלו בחצר בשימושים צנועים, א"כ הרי השתא דין החצר כדין בית דהיזק ראייה שמיה היזק, כיון דהשתא בראייתו מפריע לשימוש החצר שעד עכשיו, וזו כונת תו' במש"כ שהורגלו לעשות דברי הצנע, ואולי גם כונת רש"י כך, אלא שפירש ז"ל דתחלת השימוש בדברים צנועים היה בריצוי הצדדים, וכ"כ מרן זללה"ה בס"א סק"א דרש"י ותו' שוין עי"ש.

ולאמור בכותל בקעה שנפל אין מחייבין אותו, דהתם לא שייך לומר שהורגל במילי דהצנע, ואין כאן אלא ריצוי שלא לעמוד על בקעת חבירו כשהיא עומדת בקמותיה, ואין ריצוי זה על לעולם, וגם צריך קנין, וצריך שהמתחייב יהיה קיים. (ס"א סק"ט).

שם סיפא איצטריכא ליה מד"א ולמעלה אין מחייבין אותו, ר"ל דהתנא אשמועינן דלא מהני סברת נתרצו הראשונים למילי דהצנע, הלכך בתוך ד"א דחייבו משום היזק ראייה, מחייבין אותו, אבל למעלה מד"א דאין לחייבו אלא משום ריצוי הראשונים, אין מחייבין אותו.

ונראה דאע"ג דמד"א ולמעלה אין מחייבין אותו, מ"מ בעוד הכותל קיים אין שום אחד מהם רשאי לפתוח בו חלון אפילו למעלה מד"א, וכ"ז כשהכותל משותף ששניהם בנאוהו, אבל אם בנאו אחד בתוך שלו, נראה דאף למטה מד"א רשאי, וכן לסתור כל הכותל, דלא שייך כאן נתרצו הראשונים, וגם לא הסכים שירגילו במילי דהצנע, שלא בנה הכותל אלא לטובת עצמו, וכ"נ דעת מרן זללה"ה שם, במש"כ דלא כדמשמע במהרש"א.

ברמב"ן נ"ט א' הק' בהא דמסקינן התם דאין לפתוח חלון מבית לחצר אפילו למעלה מד"א, והא בחצר תנן דלמעלה מד"א אין מחייבין אותו, ואע"ג דהתם הכותל קיים והכא בנפל, כיון דהתם הכותל שייך רק לבית, שפיר רשאי לסותרו אי בחצר הוי, וכמש"כ, וע"כ לחלק בין בית לחצר כמש"כ שם בשם הראב"ד, דבבית מצוי שרשיפא למיתב תותיה ואינו נתפס במאומה כשעולה עליו, דאימר צריך הוא לכך בביתו, משא"כ בחצר דשכיחי אחריני, והרי הוא נתפס בדבר אם בא לראות בשל חבירו, [וכעת ראיתי בקצה"ח סי' קנ"ד סק"א, ודבריו ז"ל צ"ע דבחצר אם כנס אחד לתוך שלו ובנה למעלה מד"א ודאי מסתברא דרשאי להפיל הכותל או לפתוח בו חלונות וכמש"כ לעיל, וה"נ בבית הסמוך לחצר, היה ראוי להתיר, אי לאו טעמיה דהרמב"ן דבית גרע].

הרמב"ן בסוגיין הק' אמאי לא פשטינן דהיזק ראייה שמיה היזק מהא דתנן לקמן נ"ט ב' דלא יפתח אדם חלון מביתו לחצר שיש לו בה שותפות, ותירץ דמבית לחצר חשיב היזק טפי, דכל היום האדם בביתו, משא"כ בחצר, ובאמת הדבר מוכרח אף למ"ד היזק ראייה שמיה היזק, דהא התם הבית בנאו בעל הבית לבדו, ומסתברא דיש לו רשות לנתון ביתו ולשמש במקומה כחצר, ואז לא יחוייב לבדו לבנות הכותל, ואמאי השתא מחייבין ליה בעצמו לסתום החלון או להשאירו סתום אף שהוא בעצמו בנה את הכותל, וע"כ דהיזקא דבית לחצר גרע טפי, וצ"ע בדברי מרן זללה"ה שם שלא חילק בין בית לחצר לא לענין למטה מד"א ולא לענין למעלה מד"א, ומשום זה חילק ז"ל בין אם תחלת בניית הכותל היה בשותפות לבין אם היו החצרות של אדם אחד וכותל באמצע ואח"כ מכר חצר אחד, וצ"ע. (ס"א סק"ט).

שם ת"ש כופין אותו לבנות בית שער כו' היזקא דרבים שאני, נראה דקושטא קמשני, אבל בלא"ה נמי הו"מ למימר דשאני בית שער ודלת דכולם נוהגין בכך, ומקום שנהגו לגדור בחצר ודאי מחייבין אותו, א"נ שותפין שאני ואף היזק דלאו שמיה היזק רשות בידם לבקש למנוע והיחיד נגרר אחריהם, ומיהו בזה י"ל דמשמע לגמ' דאף כשרק שותף אחד חפץ בכך נמי יכול לכוף כל השותפין, אבל פשטות לשון המשנה מתפרש דרבים כופין ליחיד. (ס"א סק"י).

שם ת"ש אין חולקין את החצר כו' מאי לאו בכותל, יש לעי' ודילמא ברוחות קאמר ובלא מחיצה כלל, דהא עיקרא דמתני' מתי יכולין השותפין לכוף זה את זה לחלוקה, וי"ל דאי הכי הול"ל אין השותפין חולקין את החצר, ולשון אין חולקין את החצר משמע מעשה המחלקת דומיא דטלית וכיו"ב, ולפי זה י"ל דהיינו נמי הא דאמרינן מאי לאו בכותל ולכאורה היכי משמע בכותל טפי מבמסיפס, אבל למש"כ י"ל דס"ד דהיינו חידושא דאתי מתני' לאשמועין בהא דנקט לה בהאי לישנא דעושין מחיצה לחלק, ודחי לא במסיפס, ובאמת לא אשמועין בזה חידוש מיוחד, ואורחא דמילתא נקט לה בחלוקה ע"י מחיצה. (שם).

שם היזקא דבית שאני, נראה דקושטא הוא אף למאי דקיי"ל היזק ראייה שמיה היזק, דלא מצינו איסור לבנות כותל בחצר משום שמא יעמוד עליו, ומיהו י"ל דבלא"ה יכול לעלות על הכותל שביניהם, משא"כ בבית דלא חציף לעלות על חלוננו של חבירו, ומ"מ נראה דבאמת לא חששו כולי האי בחצר. (שם).

שם שאני התם דא"ל בעל החצר לבעל הגג כו', ואע"ג דאי בעי בעל הגג סתר לגגו ולא יוכל בעל החצר לעשות מילי דהצנע בחצרו כלל, מ"מ סו"ס השתא הרי ראית בעל הגג מזיקתו ומחויב הוא לסלק היזיקו, שלענין איסור להסתכל בשל חבירו אין צד קולא במה שהוא גרם שיוכל לעשות מילי דהצנע, דסו"ס כשחבירו עוסק במילי דהצנע אסור להסתכל עליו, ואפשר גם דכיון דהבטת בעל הגג היא פתאומית הרי זה מפריע יותר מבעל חצר, אף לתשמישים שעושים אותם בחצר הסמוך לחצר, ואין צריך לחדש דהשתא עביד מילי דהצנע טפי מבסמוך לחצר, ואפשר עוד דבשתי חצרות כיון דתרויהו מזקי להדדי, הרי הם כשותפים בענין זה ומתרגלים יחד לעשות קצת מילי דהצנע שאין אחד בוש מחבירו שהם כבני בית, משא"כ בגג וחצר כיון דבעל הגג לא קביעא תשמישתיה, וגם אין בעל החצר מזיק לבעל הגג, אין הם נעשים כבני בית והרי הבטת בעל הגג מזיקה לבעל החצר, ובזה אפשר ליישב גם קושית תו' בהא דלא פשיט מברייטא דשתי חצרות זו למעלה מזו כו', די"ל דכיון דאחד למעלה מחבירו הרי העליון מזיק לתחתון יותר מאשר התחתון לעליון, וכיון שאינם שוים אינם נעשים כשותפים וכבני בית לענין שימושים צנועים קצת, ולכך בזה היזק ראייה שמיה היזק, ועי' בתו' רי"ד. (שם).

תוד"ה וחייב אע"ג דהיזק שאינו ניכר ל"ש היזק כו', לכאורה היה נראה דענין היזק שאינו ניכר הוא שהפירות בעין כמו שהיו ואיסורא הוא דרביע עליהו, ולא דמי לכל היזק שהדברים נשחתים, אבל קשה דהא כתבו התו' כאן ובב"ק ק' א' דמחיצת הכרם שנפרצה חשיב היזק ניכר כיון שרואים את התערובת, וכן כשרואים שרץ על הפירות היה חשיב היזק ניכר אי לאו משום שמא הפירות לא הוכשרו, הרי דגם כשהפירות בעין כמו שהיו ואיסורא הוא דרביע עליהו חשיב היזק ניכר כשרואים את הגורם לאיסור, ונראה דמ"מ שורש הענין הוא שהפירות קיימים, אלא דמ"מ כל שניכר איסורם חשיב היזק ניכר. (גיטין נ"ג א').

תוד"ה בונין אבל אין לו לבנות בחלקו בשביל כך, בפשוטו צריך פירוש מה נשתנה המקום מן האבנים, וצריך לפרש כונתם כמ"ש בשטמ"ק בשם הר"י דס"ד כיון דבאין בה דין חלוקה איירי, דמצי למימר כי אתרצאי אדעתא שלא יתמעט חלקי ע"י המחיצה, כיון דגם בלא זה הוא כבר נתמעט משיעור חצר, א"נ אין כונתם דבאמת היינו מחלקים בין האבנים למקום, אלא דכשהתנא שונה החיוב שמחמת היזק ראייה שפיר יש לו להזכיר שחייבוהו גם באבנים וגם במקום, כיון שעיקר החיוב מחודש שעכשיו התנא משמיענו, אבל למ"ד גודא שהקנו יחד לעשות כותל, אין שייך להזכיר המקום, כיון שביחד הקנו ע"כ יעשו הכל משל שניהם, שהרי שניהם שוין ולא שייך כלל להעדיף אחד מהן, משא"כ בהיזק ראייה לפעמים שרק אחד מהן חייב כמו בגג וחצר, ולו"ד ז"ל היה נראה דלמ"ד פלוגתא נחא ליה דכיון דמתני' אשמועינן חידושא דהיזק ראייה מחייב להו לבנות כותל ביניהן שפיר יש להזכיר גם מקום הכותל, שהרי שיעור הדברים הם דשותפין שחלקו חייבין לבנות כותל ביניהן, וזהו ששנה התנא שחייבים לבנות כותל באמצע, ולא שייך לשאול באמצע פשיטא שאין כאן השמעת חידוש מיוחד שבאמצע, אלא כן מן הראוי לפרש על הכותל המדובר, משא"כ למ"ד גודא שעל הכותל עצמו נתחייבו מדעתם, וא"כ התנא אתי לאשמועינן דכותל זה שנתחייבו בו צריכים להעמידו באמצע, וע"ז שפיר קשה פשיטא שכך הקנה זה כמו זה, [ואף שהתנא השמיענו דחיובם כותל ולא מסיפס, מ"מ אין זה מחייב להזכיר מקום הכותל, וגם זה השמיענו התנא דרך אגב במה ששנה לשון כותל ולא שנה אותו, אבל לא שזה החידוש השנוי במתני']. (ס"א סק"ח).

תוד"ה גינה וא"ת ולמ"ד פלוגתא כיון דאשמועינן דאפילו בחצר שמיה היזק כש"כ בגינה כו', נראה לדקדק מדבריהם דלא ס"ל כהרא"ש דלמ"ד שמיה היזק אף במקום שנהגו שלא לגדור בחצר מ"מ שמיה היזק, משא"כ בגינה דבמקום שנהגו שלא לגדור לא שמיה היזק, דלפ"ז ליכא ק"ו מחצר לגינה, דאף דאיכא סברא דגינה עדיפא מחצר, מ"מ איכא נמי סברא איפכא דחצר עדיף שתשמישו תדיר במילי דהצנע, ובאמת אף בסברא חצר וגינה הם דיונים שונים וליכא למיעבד ק"ו מחדא לאידך, וצ"ע.

בא"ד וי"ל דאיצטריך וכן בגינה למיתני משום גוויל וגזית, דס"ד דבחצר הוא דבעי הכי, אבל בגינה אפילו נהגו בגוויל וגזית כל דמסלק ליה היזק ראייה אפילו בפחות מכאן סגי, דגינה אין תשמישה תדיר כ"כ ולא מצוי הכותל ליפול, וגם לאו בכל שעה היא עומדת בקמותיה. (ס"א סק"ח).

ג' א' קמ"ל הכא כותל, לפי' תו' קמ"ל דלא מצי למימר אדעתא לעשות גודא לא אתרצאי לחלוקה, ולכאורה אם חבירו מאמינו דאדעתא דהכי לא אתרצאי דינא הוא דליחשב ריצוי בטעות, וא"כ מתני' אשמועינן שאינו נאמן לטעון כן, ולפי זה אינו מענין היזק ראייה אלא נידון פרטי אם סתם ריצוי לחלוקה הוא אדעתא דכותל, ולו"ד

ז"ל היה נראה בפשוטו דקמ"ל דאף בחצר שאין לו שיעור חצר, היזק ראייה שמיה היזק, דסד"א כיון דבלא"ה אין שמו עליו הרי שימושו קלוש ואין ראייה מזיקתו, קמ"ל דאף בזה היזק ראייה שמיה היזק, שו"ר שכ"כ ברמב"ן, ואולי אפשר לפרש גם כונת תו' כן ור"ל דס"ד דהיזק ראייה בחצר שאין בה דין חלוקה תלוי בריצוי דידהו, אם נתרצו גם למנוע היזק ראייה, וממילא יוכל לטעון אדעתא לעשות גודא לא אתרצאי, קמ"ל דאף באין בה כדי חלוקה היזק ראייה שמיה היזק מעיקר הדין, וממילא לית לן נפקותא בריצוי וחייבין לעשות כותל. (ס"א ס"ק י"א).

שם בשקנו מידן ברוחות, וא"ת א"כ השותפין שחלקו מיבעיא ליה למיתני, וי"ל דאה"נ רצו וחלקו קאמר ונקט רצו לאשמועינן דבאין בה דין חלוקה קמירי. (שם).

שם רב אשי אמר כגון שהלך זה בתוך שלו והחזיק בו, יעוי' בתו' ובהגהמ"י, ולו"ד ז"ל היה נראה לפרש דרב אשי קאמר דמה שהתחילו להשתמש בחצר בצורה המחולקת דהיינו שלקח זה חפציו לחלקו וזה לחלקו, חשיב קנין, והיינו שהלך זה בתוך שלו והחזיק בשמושו לעצמו וכן חבירו, ולהכי בעי דוקא תרוייהו שאם האחד סילק חפציו לחלקו ועדיין נשאר שם גם חפצים של חבירו, עדיין אינם משמשים בחלוקתם, ורק לאחר ששניהם סילקו כל אחד חפציו משל חבירו בזה חשיב כקנין, והשתא ניחא טובא עדיפותא דתירוצא דרב אשי במה דלא ניחא ליה בדד' יוחנן, דלר' יוחנן נמצא שעשו מעשה קנין וכבר אחר חלוקה, ומתני' רצו קתני, ולא נזכר קנין כלל, אבל לרב אשי באמת רק רצו והתחילו לשמש בחצר כפי ריצויים, וזה מובן מאליהם שמשמשים כפי ריצויים ואין צורך להזכיר וזה גופא כבר חשיב כקנין שאינם יכולים לחזור בהם. - ולפי זה נמצאנו למידן דבשותפין שחולקין בחצר א"צ קנין אלא שימושם בנפרד חשיב כקנין, [והרי אף לפי' הגהמ"י מצאנו מחודש דסגי בהילוך לחוד], וטעמא דמילתא י"ל דכיון דהם כבר בעלים כל אחד בחצי, מה שקובעים חלקיהם אינו אלא כסילוק כל אחד מחלק חבירו וא"צ קנין. (שם).

ג' ב' תוד"ה ועייליה, א"ה ראיתי להעתיק מש"כ בזה בחו"ב מגילה. מגילה כ"ח ב' אר"א בתי כנסיות שבבבל על תנאי הם עשויין ואעפ"כ אין נוהגין בהן קלות ראש ומאי ניהו חשבונות, בתו' ב"ב ג' ב' הביאו דרש"י פירש דעשויים על תנאי ושרי לאכול ולשתות בהן וכל הני דתניא בברייתא דלעיל שהם בכלל קלות ראש שאסורין בבתי כנסיות, ואעפ"כ חשבונות חשיב טפי קלות ראש ואסור גם בשל בבל, וכדמייטנין דבית הכנסת שמחשבין בו חשבונות לסוף מלינין בו את המת, והיינו משום דחשבונות גנאי גדול, ויש לפרש דהא דאמרין להלן דרבינא וראב"מ לא עיילי לבי כנישתא משום מיטרא, דהחמירו על עצמן וכמ"ש בהג"א בשם או"ז, ופשטא דמימרא דרב אסי הכי מתפרשא.

ובתו' משום דקשיא להו ההוא עובדא דרבינא וראב"מ וכמ"ש בהגהמ"י פי"א דתפלה ה"ו, נדחקו לפרש דהא דעל תנאי הן עשויין היינו דבחורבנן שרו, והא דקאמר דאעפ"כ אין נוהגין בהן קלות ראש היינו בבנין, וכל קלות ראש דבכרייתא בכלל, והא דקאמר חשבונות לרבנותא הוא דאף חשבונות חשיב קלות ראש, והרבה דברים קשים לפ"ז, חדא דתנאי מתפרש שהתנו שלא יוקדשו, ומהני אף לתשמישי קדושה כמו ארון וכיו"ב כדאמר בירו', ובשו"ע סי' קנ"ד ס"ח, וא"כ כש"כ שיועיל לבית הכנסת אף בבנינו, ואילו תנאי שלאחר שיוקדש בכל קדושת בית הכנסת תפקע קדושתו בחורבנו לא מצאנו תנאי כזה, וכבר הק' כן המג"א בסי' קנ"א ס"ק י"ד דראוי שיועיל תנאי בבנינו, וכתב לתרץ דקלות ראש חמיר טפי, ולא מהני ליה תנאי, ועו"ק דאם התנאי רק לכשיחרבו, א"כ מאי רבותא דר"א דאעפ"כ אין נוהגין בהם קלות ראש בבנין, ועו"ק דמאי קאמר מאי ניהו חשבונות אהא דבתי כנסיות של

בבל, אברייא דקלות ראש הו"ל למימר דגם חשבונות בכלל, ועוד דמהא דמייתי דבתי כנסיות שמחשבין בו חשבונות מלינין בו מת מצוה משמע דחשבונות חמיר טפי משאר קלות ראש דברייא, ועו"ק דאין זכר בגמ' דעל תנאי היינו לכשיחרבו, ופשטא דמימרא דרב אסי דגם בזמן שיש בהם התנאי, מ"מ אין עושין בהן חשבונות, והיינו בבנין, והרא"ש שפירש דהתנאי הוא על חורבן כפי' תו' פירש דחשבונות אסור אף בחורבן, דפשטא דמילתא דרב אסי דעל זמן התנאי קאמר דאסור חשבונות, וכמו שהוא לפרש"י.

והרמב"ן והרשב"א והר"ן פירשו דעל תנאי הם עשויין להשתמש בהן בבנין לעת הצורך כגון ת"ח או אורחים לאכול ולשתות שם, ומ"מ חשבונות אסור משום שהם גנאי טפי שקובעו לדברים בטלים, [ואפשר דגם אין צורך בזה דוקא בביהכנ"ס], ונמצא דעיקר פירושן כפרש"י אלא שהוסיפו שאין התנאי בא להתיר אלא בשעת הדחק, וחשבונות גם בשעת הדחק אסור.

המחבר בסי' קנ"א ס"א סתם כדעת תו' והרא"ש, דאין תנאי מועיל אלא בחורבנו ולא בישובו, ועל פי זה נקטו תו' דבא"י גם על חורבנו לא מועיל תנאי, [וצ"ע מה הכריחם לכך, נהי דשל א"י אין עתידים להחרב, מ"מ הלא לא מצאנו בגמ' אלא דבבבל התנו, אבל בא"י לא התנו, אבל מנלן לומר דלא מהני תנאי בא"י], ופסק כן המחבר שם, אבל צ"ע דהא דעת רש"י ואו"ז והרמב"ן והרשב"א והר"ן והג"א דתנאי מהני גם ביישובן וממילא גם בא"י, וכ"נ דעת ריא"ז שבשה"ג וגם סתימת הרמב"ם משמע דתנאי מהני אלא דבבבל התנו ובא"י לא התנו, [ולכך לא הזכיר ענין התנאי דמאי דהוי בבבל הוי, אבל אם היה מפרש דבגמ' מבואר דביישובן לא מהני תנאי ובחורבן מהני, היה ראוי להביא דין זה ולפרשן], ומן הראוי למיפסק כוותייהו דרבים ובתראי נינהו.

ברם הא דמהני תנאי בחורבן לפי' תו' היינו להתיר כל הא דתניא בברייא דאסורין מפני קלות ראש והיינו אכילה ושתייה וניאותין וקפנדריא, ודברים אלו לא הותרו לדעת הרמב"ן והרשב"א והר"ן לא ביישובן ולא בחורבן אפילו בתנאי, ונמצא דהמחבר בזה הקיל כדעת תו' בחורבן בבבל, אבל הא דביישובן לא מהני תנאי וכן בא"י הוא גם לדעת הרמב"ן ודעימי' בדברים אלו, והא דמהני תנאי לדעת הרמב"ן ודעימי' היינו להאכיל אורחים בשעת הדחק, [וכן רבנן], ודין זה לא הזכירו המחבר כלל, ועי' בבה"ל סו"ס קנ"א דמסיק להלכה דקלות ראש ממש אסור גם בהתנו וגם בחורבנו וגם בבבל, ודברים שאין בהם קלות ראש כלל כגון לקרא לחבירו וכיו"ב מהני תנאי גם בישובו וגם בא"י, ואכילה ושתייה של אורחים וכיו"ב מהני תנאי לדעת תו' בחורבנו ובבבל, ואפשר להקל בזה כדעת שאר פוסקים דאף בישובו ואף בא"י מהני תנאי.

בשו"ע סי' קנ"א ס"א העתיק לשון הרמב"ם בתי כנסיות ובתי מדרשות אין נוהגין בהן קלות ראש כגון שחוק והיתול ושיחה בטלה, ולשון זה משמע שיחה בטלה דומיא דשחוק והיתול ומתפרש שיחה בטלה סתם אע"פ שאין בה שחוק והיתול, אבל שיחה בענין פרנסה וכיו"ב מצרכי האדם, היה נראה דאינה בכלל, דאין זה קלות ראש, אבל במ"ב שם הביא בשם הפמ"ג דגם שיחת חולין שהיא לצורך פרנסה אסור, וצ"ע מנליה, שוב הראני בני שמשון נ"י בפיה"מ פ"א דאבות מי"ז פירש דשיחה בטלה כגון סבת מות פלוני או איך התעשר פלוני, ומבואר כמש"כ דשיחה בטלה היינו שאין בהם צורך, ועכ"פ נראה דתנאי מהני לזה, דלא גרעי מאכילה ושתייה של אורחים, ואף בא"י, (ויש מקום לדון דגם בסתמא יהא לב ב"ד מתנה על זה, כיון דבידוע שלא יוכלו להזהר בזה, עי' מ"ב סי' קנ"א ס"ק ל"ב ובשעה"צ שם

אות י"ט, ומיהו התם בשל חו"ל). (עד כאן).

בא"ד וי"ל דלאו ממש לביהכנ"ס כו', א"ה, עי' מש"כ בעירובין נ"ה ב' במה שאמרו ביהכנ"ס שיש בה בית דירה לחזן אם הכוונה בתוך ביהכנ"ס או בסמוך לו. תוד"ה כל וצ"ל שלא נשאו ישראלית כו', א"ה, עי' מש"כ לקמן פ"א ב' בהא דתנן בבכורים אפילו אגריפס המלך נוטל הסל על כתפו והרי גר מביא ואינו קורא. ד' א' לא צריכא דנפל לרשותא דחד מינייהו כו', נתבאר לעיל ב' א' בדברי תוד"ה לפיכך.

רא"ש פ"א ס"ו ולא ידענא מהיכא אית ליה דלא תיקנו רבנן חזית בחצר כיון דסימן טוב הוא כו', נראה דעת הרא"ש דמשום בקעה תיקנו חכמים סימן חזית להכרת הבעלים, אבל לא נתיחדה כלל התקנה לבקעה, אלא זו תקנה כללית דחזית היא סימן על הבעלות, וממילא יוכלו להשתמש בסימן זה בבקעה או בכל מקום שירצו להוכיח הבעלות, וכיון שכן הרי חזית חשיב הוכחה בכל כותל שהוא, אלא שי"ל דבמקום שכופין לא סגי בראיה של חזית, ואמרינן דעשאו בערמה, אבל חזית לעולם ראייה, ואין צריך לדון אם תיקנו חזית בחצר או בגינה או בבית וכיו"ב, דחזית תקנה כללית היא לסימן, ובכלל לא נתיחדה תקנה זו לבקעה, אבל הר"י מיגאש סובר דתקנת חזית נתייחדה לבקעה, דתיקנו חכמים שבבקעה תהא חזית סימן ויסמכו על זה, וממילא אם אנו באים לדון בחצר יש לנו לדון אם גם בחצר תיקנו חכמים חזית או לא, ובזה אמרינן דלמ"ד שמיה היזק הרי לא הוצרכו לתקן בכל החצרות ומסתבר דמשום אין בו דין חלוקה לחוד לא תיקנו חזית.

שם אי לאו דתנא דינא כו', ואע"ג דגם רישא תני דינא דדוקא רצו, והיינו עיקר חידושא דמתני' כמש"כ לעיל ב' א', מ"מ כיון דלא תני בהדיא דין לא רצו הלכך לא תני נמי תקנתא, ובאמת אף להר"י מיגאש ע"כ לאו היינו טעמא, דהא משמע דלמ"ד היזק ראייה לאו שמיה היזק מודה הר"י מיגאש דמהני חזית בחצר, וע"כ דהא דלא תני ליה ברישא לאו ראייה היא. (ס"א סק"ה).

ד' ב' אביי אמר הוצא לית ליה תקנתא כו', עי' מש"כ לעיל ב' א' ד"ה ורש"י.

שם לא יעשו לא זה ולא זה, נתבאר לעיל ב' א' בדברי תוד"ה לפיכך.

שם א"ל לא צריכא דקדים חד מנייהו ועביד דידיה ואי לא עביד חבריה אמר דידיה הוא, הראשונים ז"ל פירשו דר"ל דחיישינן דילמא קדים חד מנייהו ועביד עי' רמב"ן רשב"א ונמו", ונתקשו למה חיישינן להכי הרי יהא נתפס כגנב שהרי חזית מבחון, ובאמת גם לשון הגמ' קשה, דנהי דנפרש לא צריכא דחיישינן דילמא קדים כו', אבל מאי האי דקאמר וקדים, ומאי ועביד דידיה ואי לא עביד חבריה כו', הכי איבעיא ליה למימר דילמא קדים חד מנייהו ועביד ואמר דידיה הוא, ונראה דבאמת הרי יש תועלת בחזית אף בעשו מדעת שניהם, שלא יהא פתחון פה לבעל דין, דנהי דבלא חזית כלל נמי נחזיקו מספק בחזקת שניהם, אבל מ"מ יש כאן מקום לדין ודברים, משא"כ בדאיכא שני חזית, הלכך אם חד מנייהו מבקש לעשות חזית הדין עמו, אף אי לא הוי תנינן במתני' שכן תיקנו חכמים, ולפי זה אפשר לפרש לא צריכא דקדים חד מנייהו ועביד דידיה, דלאו ברמאות בתחלה קאמר, אלא שטוען שרצונו בכך ליתר בטחון, והרי הוא מקדים את שלו, ואינו מעכב בעד חבירו מלעשות גם הוא, ואינו נתפס כגנב אף בעשותו בלי ידיעת חבירו שיאמר אדרבה צא ועשה אף אתה, ולכך חששו לזה חכמים שכשיקדים את שלו יטעון אח"כ שכולה שלו ותיקנו שבתחלה יעשו שניהם חזית, והשתא ניחא שפיר לישנא וקדים ועביד דידיה דהיינו שעושה כן להבטיח חלקו ומסכים שחבירו גם הוא יעשה שלו להבטיח חלקו, ואם לא יעשה, יש כאן חשש שיאמר אח"כ דכולה שלו, ופרכינן ותנא תקנתא לרמאי

קמ"ל, דפשיטא שאם יעשה אחד יעשה גם חבירו, וכן אם יחשוד בחבירו יעשו כן בתחלה, ואין צורך לתנא להשמיענו הך עצה טובה. (ס"א סק"ד). שם ותנא תקנתא לרמאי קמ"ל, נראה מזה דאף אי לא הוי תנן במתני' דבעושי' מדעת שניהם עושי' חזית מכאן ומכאן, מ"מ אם היו עושי' חזית מכאן ומכאן היה הכותל בחזקת שניהם מכח ודאי, [ואף מיגו לא היה מועיל, וכמו באיכא חזית מצד אחד דלא מהני מיגו כדפשוט למהרש"א ומהר"ם בתו' ב' א', וכן מוכח ממתני' לפי' תו' דכל לפיכך דרישא אתי לאשמועין דלא מהני מגו, דלפ"ז לפיכך דסיפא אתי לן נמי לפרושי הכי, וכן בסברא דחזית עדיף מסברא דכפייה, ואף לדעת ה"ר יונה בטור סי' קנ"ז ובשו"ע שם ס"ה דמהני מגו בחצר, מ"מ בבקעה באיכא חזית נראה דלא מהני, ודלא כמ"ש בקצה"ח סי' קנ"ח דכפייה עדיף מחזית, ומיגו נגד חזית מהני], דכיון דתיקנו חזית לראיה, שפיר מקיימין מסברא דשני חזית הוי ראייה לשניהם, ולפי זה מתני' לא קתני דינא כלל אלא תקנתא לרמאי, והיינו דפרכינן דכיון דחשש רמאות ותיקונו בחזית הם דברים שבסברא ל"ל לתנא למיתנייה, ממילא החושש לרמאות שותפו יעשה חזית, וא"ל דרישא הרי נמי תקנתא לרמאי, וכיון דיש חשש רמאות מחמת תקנת חזית שפיר השמיענו התנא עצה טובה, וא"ל דלא דמי דרישא אשמועין עיקר דינא דאין כופין ועיקר תקנתא דחזית, וסיפא לא תני אלא עצה טובה תקנתא לרמאי. (ס"א סק"ד).

שם א"ל ורישא לאו תקנתא לרמאי הוא, הגרע"א ז"ל במשניות הקשה דנימא דרישא תקנתא ליתמי, כלומר דסתמא נפילת הכותל הוא אחר זמן רב ואז כבר הבעלים הראשונים ליתנהו, ולא ידעו היתומים של מי האבנים והמקום, ונראה דל"ק חדא דודאי איצטריך לתנא למיתני דינא ותקנתא לרמאי, וגמ' לא פריך כלל דלית ליה לתנא למיתני תקנתא לרמאי, אלא דפריך דכי היכי דתני ברישא תקנתא לרמאי תני נמי בסיפא וכדס"ל לאביי לקושטא דמילתא וכמש"כ תו', ואהדר ליה דרישא שאני דתני דינא, ומה שייך להקשות דלישני ליה דרישא תקנתא ליתמי, כיון שאין האמת כן, ועוד דליתמי לא איצטריך לחכמים לתקוני תקנות, שזו חובת האדם על עצמו להודיע לבניו את נכסיו בכל מקום שהם, ואולי כונתו דבאמת הבעלים יודיע ליורשיו אבל שכנגדו לא יודיע, ובכה"ג הו"ל ברי גרוע ושמא טוב, ולא נדון ברי עדיף, ומשום כך ראוי לחכמים לתקן חזית, אבל נראה דגם משום זה לא היו חכמים מתקנים, ורק משום רמאי תקנו. (ס"א סק"ג).

שם אמר רבינא הכא בהוצי' עסקינן לאפוקי מדאביי כו', יש לעי' היכי משמע הכי ממתניתין, וצריך לדחוק דמשנה יתירה אשמועין, ומשמע דמלבד הוצי' ליכא שום מחיצה שהיה מקום להסתפק בה בתקנת חזית, דאל"ה נימא דההיא אתי לאשמועין, וגם עצם הדבר דוחק הוא שיסמוך התנא על דקדוק זה דמשנה יתירה שממנו נלמוד להוצי', ומי סני ליה למיתני ועושה חזית מבחוץ בכל הכתלים, ואפשר דבאמת החשש דקדים חד מינייהו ועביד, [והוא חשש דילמא, כמו שפירשו הראשונים ז"ל, ולא דאיירי בגוונא דבאמת קדים חד ועביד], הוא חשש רחוק מאד, דלעולם אין אדם נכנס לבקעתו של חבירו שלא ברשות, כש"כ למיסק בטינא ולמיעבד חזית, [והרי לעולם בבונה בשלו ועושה חזית מבחוץ לא חששו שמא יכנס חבירו ויעשה ג"כ ויאמר דתרווייהו הוא, ומיהו י"ל דהתם יהא ניכר החזית הישן והחזית החדש, וידעו דרמאי הוא השני], אלא דמ"מ למנוע דין ודברים השלימו חכמים תקנתם בבקעה דלעולם יהא מבורר בעל הכותל ואמרו דאף כשבונים בשותפות יעשו שניהם חזית למנוע כל טעדיקי אף באופן זה, וס"ל לרבינא דזה שייך דוקא אם בכל הכתלים שייכא תקנת חזית, דלפ"ז כל כתלי בקעה ידועים בעליהם ושפיר השלימו חכמים

תקנתם אף בבונים בשותפות, אף שהחשש רחוק, אבל אי הוצי לית ליה תקנתא נמצא בלא"ה דלא לעולם מוכח על הכותל מיהו בעליו, א"כ אף בבונים בשותפות לא היה לחכמים לתקן תקנות על חשש רחוק, ואי בעי הבעלים יכתוב שטר, ולפי זה מעיקר תקנת חזיתות בעושיין בשותפות, מוכח דליכא שום כותל דלא שייך ביה ענין חזית. ובעיקר פלוגתתם אי איכא תקנתא להוצא, יש לעי' במאי פליגי, ואפשר דלכו"ע אינו בירור מוחלט כמו באבנים וגזית, וקמפלגי אם סמכו חכמים ידיהם על תיקון שאינו גמור, כיון דברוב פעמים קילופא וגזוזא ידיע, או דכל בירור שיש בו מקום לרמאות אפילו באופן רחוק אין לחכמים לתקנו, ובאמת משמע דאף לרבינא אין ההיכר מוחלט, דהא משמע דשרקיה בטינא לחוד לא מהני, ובעינן נמי סינופי יריכי, וע"כ דזימנין דקילופא לא ידיע, וכן סינופי יריכי לחוד נמי לא סגי דזימנין דגיז ליה, אלא דבצירוף שניהם תלינן שכבר יתברר הרמאות, וע"כ מיהא שאינו מוכרח, ואפשר נמי דטעמיה דאביי שאין לצרף שני עניני היכר דכל חד מינייהו אינו מובטח ואינו ראוי לתקנו בפ"ע, וגם צירוף שניהם אינו מבטיח במוחלט, (אבל אם היה היכר אחד המבטיח כמו שניהם יחד, אפשר דהיה מודה אביי לרבינא). (ס"א סק"ג).

מתני' המקיף את חבריו מג' רוחותיו כו', נראה דעיקר הדין תלוי בדעת הניקף, שאם באמת היה הניקף משתתף ברצון בחלקו [היינו לפי ערך קרקעו כלפי קרקע המקיף ומשלם מחצה מזה וכמ"כ להלן] כדי שיקימו את הגדר, הרי הוא חייב גם עכשיו לשלם מעיקר הדין, דהמקיף הוא בדין יורד לשדה העומדת ליטע, ואם האמת שהניקף אין לו כלל ענין בגדר ולא היה משתתף בכלום כדי שיעשוה, הרי הוא באמת פטור כדין אומר טול עציך ואבניך ביורד שלא ברשות, ועוד דהכא המקיף בשלו הוא עושה וגם לצורך עצמו הוא צריך לכל הגדר, ואם היה מסכים להשתתף בדמי קנים בזול או בדמי נטירא הרי הוא חייב גם עכשיו בשיעור זה, [וכן מוכח בהא דרונאי לקמן ה' א' וכמ"כ להלן], ובהיות הדבר בלתי ידוע וקרוב הדבר דאדם רוצה שתהא שדהו גדורה, וכיון דתשלום חלקו הוא קטן בהרבה מחצי גדרו [כגון ששדה הניקף כ' על כ' ושדהו של המקיף עם הניקף מ' על מ' נמצא שדה המקיף בתשבורת י"ב מאות אמה ושל הניקף ד' מאות, וצריך הניקף לתת שמינית מן הגדר והיינו כ' אמה, ואילו אם היה גודר את שדהו בשותפות עם המקיף היה צריך לגדור מ' אמה], יש להניח שהיה מתרצה לתשלום קטן זה כדי שתהא שדהו גדורה, וחייבים חכמים לקבוע הלכה להעמיד הדין על תלו.

וכל עוד שלא גדרו מד' רוחות יכול הניקף לומר הא קמן דלא ניחא לי בגדר שהרי עדיין נשאר רוח רביעית פרוץ, ואיני גודרו, ולא שייך לחייבו, אבל כשגדרו מד' רוחות אז שייך לחייבו, אם לא דנימא דמצי למימר לדידי סגי לי בנטירא בר זוזא, ובעמד ניקף וגדר הרביעית חייב, דכיון דחזינן דניחא ליה בגדר אמדינן דעתיה דאף היה מסכים לשיתוף בכל הגדר לפי חלקו.

ובתו' הקשו למ"ד דמי קנים בזול מ"ש מיורד לשדה שאינה עשויה ליטע דשמין לו וידו על התחתונה, וי"ל דשאני הכא דבדידיה קא עביד ואף לצורך עצמו לחוד צריך הוא לכל הגדר, משא"כ יורד שעושה הכל בשל חבריו.

הא דקתני מתני' במקיף מג' רוחות ולא קתני במקיף מד' וגדר ג', הוא לרבותא דאע"ג דגדר כל מה שיכול לגדור [דבכלל גדר שלישית הוא אף בהשלים גם ברוח רביעית כנגד שדותיו, אלא שלא גדר כנגד שדהו של הניקף] אפ"ה אין מחייבין את הניקף, וכש"כ כשמקיף מד' רוחות וגדר רק ג'.

נראה דבמקיף מג' רוחות יכול המקיף לגדור רוח רביעית אפילו בע"כ של הניקף, אע"ג שעושה הגדר בתוך שדהו של הניקף, [אא"כ הניקף אומר שיגדור בינו למקיף

וישלם חצי], וכמ"ש בשו"ע חו"מ סי' קנ"ה סמ"ד כשבאים גנבים דרך חורבתו של חברו, די"א דאף כופה את חברו, כש"כ שאין חברו מעכב בעדו, וכן רהיטת הסוגיא דרביעית מחייבין אותו משמע אף במקיף רק מג' רוחות, מ"מ אם עשה גם רביעית, מחייבין את הניקף, ואם איתא דיכול לעכב, א"כ ה"ה דיכול לומר שאינו נותן רשות אא"כ לא יתבע ממנו, וצ"ע.

נראה דהא דגדר ג' אין מחייבין אותו, היינו רק כשהחלק שיתחייב בו אם יגדור המקיף את הרביעית הוא קטן מן הגדר הרביעי, אבל אם חלקו עולה כפי הרביעית והמקיף מבקש לחייבו שיגדור הרביעית, מחייבין אותו, דמה לי אם המקיף יגדור ויתבע ממנו אח"כ או שיחייבנו מתחלה שיגדור הוא הרביעית, ומיהו למ"ש בשו"ע סי' קנ"ח ס"ט שאם הניקף אומר קודם שגדר הרביעית לדידי סגי לי בנטירא בר זוזא שומעין לו, א"כ ה"נ יכול לומר כן.

הא דקתני מתני' וגדר את הראשונה ואת השניה ואת השלישית ולא קתני סתם וגדרן, הוא לרבותא דכל שמוסיף לגדור מינכרא פעולתו טפי בשביל הניקף, שכשגדר הראשונה לא מינכרא כלל שעשה משהו בשביל הניקף ובשניה מינכר טפי ובשלישית יותר מזה, ובזה יש לפרש הא דלחד לישנא בגמ' מחייבין רק ארביעית ונדחקו רש"י ותו' בטעמא, ולמש"כ י"ל משום דברביעית מינכר טפי שעושה לצורך הניקף לא מיבעיא מה שכנגד שדהו של הניקף אלא אף בכל הרוח, ומיהו לפ"ז במקיף מד' רוחות יהיה פטור אף מן הרביעית, ודוחק, ונראה דמה"ט לא פירשו כן רש"י ותו'. (ס"ב סק"ח).

גמ' הא רביעית מחייבין אותו, א"ה ראיתי להעתיק כאן מש"כ בזה בב"ק. ב"ק כ' ב' הא רביעית מחייבין אותו ש"מ זה נהנה וזה לא חסר חייב, למש"כ תו' בב"ק ק"א א' דבנהנה ממנו שלא ע"י מעשה ממנו פטור מלשלם מה שנהנה, לכאורה ה"נ ראוי לפוטרו דהנאתו מגידור חצרו כהנאתו מאכילת בהמתו והרי הוא לא גרם לכך, אלא דלמש"כ הש"ך סי' שצ"א סק"ב הובא בחו"ב בב"ק ק"א א' מודו תו' בבעל הצבע עצמו, ברם צ"ע אי דמי לזה, דהתם כונת העושה להשביח צמר חברו, והרי הוא בדין יורד לתוך שדה חברו שלא ברשות, אבל כאן לצורך עצמו נתכוין וחברו ממילא נהנה ויש לדמותו לצבע קוף, ואפשר דאה"נ דאי הוי קיימא הך ראייה הוי דייקנן מהא נמי לנהנית בהמתו ע"י מעשה קוף דחייב, אלא דלמאי דדחי דכחוסר חשיב א"כ חשיב ממילא כעושה לכתחלה גם לצורך חברו, (עי' להלן), ולכך חייב לשלם לו כי הוא בדין יורד לתוך שדה חברו שלא ברשות, והכי נמי מסתברא, דבאמת אף אי זה נהנה וזה לא חסר חייב בדר בחצר חברו שלא מדעתו, אכתי ליכא למידק מזה לחייב את הניקף אם נחשוב את כל ההקפה לצורך המקיף, דלא דמי לדר בחצר חברו שמשתמש בשל חברו, ועי"ז מונע את חברו מלהשתמש בו או מלהשכירו (אף דלא קיימא לאגרא) וחברו יכול לעכב בעדו, משא"כ במקיף וניקף הרי הנאת הניקף ממילא ואינו עושה שום מעשה ולא משתמש בשל חברו, הלכך ע"כ לפרושי דאי הוי דייקנן ממקיף וניקף הוי ילפינן מזה באמת טפי לחיובא ממאי דאיבעיא לן, ולמאי דדחי אתי שפיר, וההיא דבסמוך דפריך טעמא דגדר ניקף יתבאר להלן.

בב"ק שם שאני התם דאמר ליה את גרמת לי הקיפא יתירא, לפי' תו' לכאורה צריך ביאור מאי גרם הניקף, הרי צורתן של שדותיו של המקיף הן הגורמות ההיקף, ואטו אי לאו הניקף היה המקיף קונה חלקו ומוכר מסביבותיו, ואף אם היה עושה כן מה זו אשמתו של הניקף שמעכב מלמכור שדהו למקיף, (ואטו אם היתה שדהו של הניקף קצרה וארוכה, האם היה מבקש מן המקיף להשתתף בגדרו, שאלמלא הוא

היה קונה מחלקו ומרבע את שדהו ומרויח בגדר), ונראה דה"ק דבאמת ראוי לדון בתחלה אם פעולת ההיקף של המקיף מתיחסת רק למקיף, והניקף נהנה ממילא, או תחלת ההקפה מתיחסת לשניהם, וממילא הניקף הוא בדין זה נהנה וזה חסר וכאילו אדם מן השוק גדר דמסתבר דיכול לתבוע משניהם מה שנהנו מדין יורד שלא ברשות, וכ"ה ברמב"ן ב"ב ד' ב', ובזה אמרין דכיון דכל שטח הפנימי גורם הגדלת היקף המחיצות, דין הוא ליחס את הגדר לכל השטח הפנימי כי כל חלק ממנו גורם חלק בהיקף, וממילא יש לחשוב כאילו ההיקף נעשה לכתחלה גם בשביל הניקף, והרי הוא בדין זה נהנה וזה חסר.

ובזה מבואר מש"כ הטור סי' קנ"ח בשם הרמ"ה דהניקף צריך לשלם לפי ערך חלקו בתשבורת השטח והוא ניהו היקיפא יתירה דקא גרם, ואם נפרש כפשוטו דרואים כאילו השטח של הניקף הוא של המקיף, ומגרעים מסביבות המקיף תשבורת זו, אין החשבון מכוון, שהרי אם אורך כל השטח כ' אמות ורחבו ד' אמות הרי תשבורתו פ' ובתוך זה של הניקף עשר אמות על רוחב אמתים, הרי חלקו בתשבורת רבע, ושטח הגדר מ"ח אמה הרי יצטרך לתת הניקף בעד ו' אמות, [כי ברבע שהוא גורם היקיפא יתירה, הוא נותן חצי וכמש"כ בנה"מ, שהרי הוא והחיצון משותפים, וכמו אילו גדר הניקף רק סביבתו שהיה המקיף משתתף עמו], ואילו היקיפא יתירה שהוא גורם באם היה כל השטח של המקיף, הוא רק אמתים, שהרי אם ננכה העשרים אמה של הניקף יהיה השטח של המקיף כ' על ג' ויצטרך גדר מ"ו אמות, אבל למש"כ דהיקיפא יתירה היינו שכל שטח המוקף גורם ההיקף לפי חשבון, ניחא, דבאמת לעולם אזלינן לפי חשבון תשבורת והוא ניהו היקיפא יתירה, ולדעת הרמ"ה לעולם אינו משלם אלא כמה שמחסיר, וכמש"כ הנמו"י בשמו לענין שחרוריתא דאשייתא ואפדנא דיתמי, ולדעת הטור דע"י חסרון מועט מגלגלין עליו את הכל, הכא לפי חשבון תשבורת זהו הכל, דלפי ערך זה נעשה ההיקף עבירו.

עוד שם בגמ' טעמא דגדר ניקף כו', וא"ת ומאי קושיא הא מקיף עדיף מדר בחצר חבירו, וכמש"כ לעיל, דאינו עושה מעשה ואינו משתמש בשל חבירו וטפי דמי לצלו של בית דלא חשיב נהנה כדי לחייבו אפילו בהקדש כדאמר פסחים כ"ו א', וי"ל דכבר ידע טעמא דגרם ליה היקיפא יתירה, דהא ודאי קושטא הוא, ונהי דלא ס"ל לר' יוסי דכחסר חשיב עי"ז, מ"מ כזה נהנה וזה לא חסר מיהא חשיב עי"ז.

וכתבו בתו' דאי זה נהנה וזה לא חסר פטור א"כ עמד ניקף נמי, ותירצו דשאני עמד ניקף דגלי דעתיה דניחא ליה בהוצאה, וצ"ע דנהי דניחא ליה בהוצאה דרביעית אבל בטפי הוצאה לא ניחא ליה, ואילו אתי קמן קודם שגדר הרביעית וטעין דאם לא נחייבו טפי מן הרביעית הרי טוב דשיעור זה שוה לו, אבל אם נחייבו טפי לא ניחא ליה, למה לא יזכה בדין, וה"נ אי טעין לאחר שגדר, ועוד דבב"ק שם פשיטא לגמ' דהשוכר בית מראובן ונמצא של שמעון אינו מעלה לו שכר אי לא קיימא לאגרא, אע"ג דגלי דעתיה דניחא ליה בשכר, ועי' סמ"ע סי' שס"ג ס"ק כ"ב והדברים דחוקים, ואפשר דבאמת טעמא דאנת גרמת לי היקיפא יתירה אלימא טובא, שהרי אם בא אדם מן השוק וגדר גדר זה הרי הוא תובע משניהם לפי חלקם וכמש"כ הרמב"ן ב"ב ד' ב', אלא דכשהמקיף עצמו גודר גרע טפי דאמרין דלצורך עצמו עביד, אף אם יטעון מעיקרא שעושה בשביל שניהם, ודיינינן לניקף בזה נהנה וזה לא חסר, וזה לא עבדינן כשיש גילוי דעת מן הניקף שגם הוא חפץ בגדר זה, ואז דיינינן למקיף דלא גרע מאילו היה אדם מן השוק, דהניקף והמקיף שניהם שוין ברצון ההקפה, ואין לחשוב את המקיף כמקיף לצורך עצמו והניקף כנהנה ממילא, וסגי בזה בגילוי דעת של הניקף למחיצה רביעית לחוד, וכבר דיינינן למקיף כמקיף גם לצורך הניקף

וכיורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות, [וכן יש לפרש בסמך לו כותל אחר ב"ב ה' א' ע"ש בתו'], אבל בשוכר בית מראובן אע"פ שגלה דעתו מ"מ כיון שהמציאות הוא שזה נהנה וזה לא חסר, פטור, וכ"ז למאי דס"ד, אבל למסקנא שפיר ס"ל גם לר"י דטעמא דאנת גרמת לי הקיפא יתירא וכחוסר חשיב אלא דמצי למיטען לדידי סגי לי בנטירא בר זוזא, ואם גדר בעצמו הרביעית בגדר אבנים תו לא מצי טעין הכי.

ברם בטור סי' שס"ג כתב דהדר בחצר חבירו שלא מדעתו אם גילה בדעתו שיתן לו שכר אם לא יניחנו לדור בו בחנם צריך ליתן לו שכרו, וכ"ה בשו"ע שם, ומקור הדברים מדברי התו' הללו כמ"ש בב"י ומבואר דלא פירשו כמ"ש כ, ונראה דר"ל שאם נכנס על דעת להיות שוכר שלא מדעת נתחייב כדין שוכר, אף אי זה נהנה וזה לא חסר פטור, דשפיר נעשה שוכר מדין זכין, וכל שגילה דעתו שאם בעה"ב יתבע שכר יתן לו הרי הוא בדין שוכר, וזה שייך רק בידוע שנכנס שלא מדעת, אבל השוכר בית מראובן ונמצא של שמעון הרי לא נתכוין להיות שוכר שלא מדעת ולכך פטור, אף שבאמת אם לא היו מניחין לו היה שוכר, וכן אם היה יודע שהבית של שמעון היה נכנס בו ע"מ להיות שוכר שלא מדעת, דסו"ס השתא לא נתכוין לכלום והרי הוא בדין זה נהנה וזה לא חסר, ואולי זו כונת הסמ"ע, ובעמד ניקף נמי מהך סברא אתינן עלה, דאמדינן דעתיה דלכתחלה היה מתרצה להשתתף עם המקיף, והרי פעולת המקיף גם עבורו, והרי הוא חייב לשלם לו לכה"פ כדין יורד, ולא כל כמיניה למיטען שלא נתרצה אלא בהוצאה מועטת של כותל רביעית ולא בהשתתפות בכל הכתלים, ולהוי כשוכר שלא מדעת במחיר מועט, דסתמא החפץ בגדר מסכים להוצאתו כפי הרגיל, וכן יש לפרש בסמך לו כותל אחר ב"ב ה' א' (ב"ק כ').

כתב הרמב"ן דאם בעל הקרקע מיחה ביורד שלא יטע ועבר ונטע, דאפשר שאינו חייב לו כלום אלא יטול עציו ואבניו וישלם כחש קרקעו של זה ואפילו בשדה העשויה ליטע, ולפמ"ש כ בחו"ב בבא מציעא ק"א א' סק"א דהא דבשדה העשויה ליטע אינו יכול לומר טול עציק, דהיינו בזמן שהוא באמת חפץ במה שנטע, ואלמלא נטע היה הוא נוטע, א"כ יש לפרש דבזמן שמיחה בו הרי גם כה"ג אינו חייב לו כלום ויכול לומר לו טול עציק, וטעמא דמילתא דלא חשיב כנהנה בזמן שאין רצונו ליהנות מפלוני, ולא יתכן שאדם יוכל להכריח לחבירו ליהנות ממנו בעל כרחו, ומיהו אם לא נטל עציו, ובעל השדה נהנה מהם, יתכן שיצטרך לשלם מה שנהנה, שאין דברי הרמב"ן אלא שיכול לומר לו טול עציק, ועי' בתשו' הרשב"א ח"ד סנ"ד שכתב דגם במיחה אם נהנה חייב לשלם, ומיהו התם מתפרש דרק מיחה קודם שנטע ושכנה ומשבנה נהנה מהם, ולא נזכר דלאחר שנטע אמר לו טול עציק, ומרן זללה"ה בב"ב ס"ב סק"ו נקט בדעת הרמב"ן דגם בנהנה אינו משלם ונתקשה בטעמו. (ב"מ ק"א א' סק"א).

בתשובות הרשב"א ח"ד סנ"ד כתב דהמוחה בחבירו שלא ירד לתוך שדהו ושלא יטענה והלך ונטעה הר"ז יכול לומר לו טול עציק אע"פ שהשדה עשויה ליטע, ומ"מ אם לא נטל והוא גדרה ומשמרה מחייבין אותו כמעשה דרב, ועי' לעיל, ונראה דאין הדברים אמורים אלא כשיש דברים בעין שהיורד הכניס, אבל האומר לחבירו אל תהא לי סרסור או שדכן כי לא אשלם לך, והלך וסרסר ושידך דיהיה פטור, דגם היורד ומסרסר ומשדך לא פסיקא ליה אם ישלמו לו, והרי הוא עושה בספק פועל ספק מתנה, וגם דברים אלו יש הרבה בנ"א שרגילין לעשות בחנם, והלכך אע"פ דבלא אמר כלום הרי הוא בדין יורד כמ"ש הרמ"א סי' רס"ד וס"ד ובבהגר"א ספ"ז ס"ק קי"ז וסי' קפ"ה ס"ק י"ג, מ"מ כשאמר לו מראש שלא יסרסר ושלא ישלם לו,

פטור. (ב"מ ק"א א' סק"ו).

לוקח שבא אצל סרסור לבקש בית וא"ל לך אצל פלוני, והלך וקנה, אם יכול הסרסור לתבוע דמי סרסרות גם מן המוכר, יש בזה מקום לדון, דנהי דכל סרסור דינו כיוורד שלא ברשות וכמש"כ בבהגר"א סי' פ"ז ס"ק קי"ז וסי' קפ"ה ס"ק י"ג, ומתחייב בעה"ב אף שלא שכרו, מ"מ הכא שהלוקח שכרו והיה עושה הכל בשביל הלוקח לחוד תו י"ל דהו"ל המוכר בדין זה נהנה וזה לא חסר עי' סי' רס"ד ס"ד בהגה"ה, [ועי' בתשו' מהר"ם מרוטנבורק סימן ש"ח], וכש"כ כשהמוכר לא ידע בכלל שהלוקח נשלח ע"י סרסור, וכש"כ כשהמוכר יודע בעצמו שאם היה יודע שיש כאן סרסור ושצריך לשלם סרסרות היה מוסיף על המקח דלפ"ז הו"ל כשדה שאינה עשויה ליטע כיון שבהוצאות אלו לא היה מוכרה, וצ"ע בזה. (ס"ב סק"י).

ה' א' רוניא אקפיה רבינא כו' זיל שקול מיניה קיבורא דאהיני כו', נראה דלפי דעיקר ההלכה דהניקף חייב כפי מה שהיה מסכים מתחלה להשתתף וכמש"כ לעיל במתני', לכך לא תבעו רבינא מתחלה לדין, אלא ביקשו שיתן לו כפי מה שכדאי לו מתחלה, והיינו ששאל לו כמה דגדר וכשלא הסכים לכך ביקשו דמי קנים בזול וכשלא הסכים לכך ביקש אגר נטירא, שאם באמת לא היה מסכים מתחלה אלא לאגר נטירא, היה רבינא מסכים לכך ולא היה תובעו לגבות ממנו דמי קנים בזול או כמו שגדר, דאם מאמינו בזה באמת אין חייב יותר.

והא דאמר לשמעיה למישקל קיבורא דאהיני, נראה דמילתא בעלמא הוא דעבד להעיר לרוניא דאגר נטירא ודאי היה מסכים למיהב, אבל הא דלא הסכים למיהב ליה קיבורא דאהיני לאו כלום הוא, דפשיטא שאין אדם מסכים שיטלו משלו כלום, ולא היה צריך לנסותו בכך, ואין זה מוסיף להוכיח עד כמה ניחא ליה בגדר, ועי' בבהגר"א סי' קנ"ח סק"ז, וצ"ע. (ס"ב סק"ח).

מתני' סמך לו כותל אחר כו', עי' מש"כ לעיל ד' ב' ד"ה וכתבו וד"ה ברם.

שם סמך לו כותל אחר אע"פ שלא נתן עליו את התקרה מגלגלין עליו את הכל, יש לעי' היכי דמי אי דקאמר דדעתו לסמוך עליו את התקרה פשיטא, ואי דקאמר שאין דעתו לעשות תקרה בכלל אמאי חייב, ואם אין מאמינים לו, והננו חוששים שהוא מערים לדחות תשלומו עד שיתן את התקרה, הרי ביד ב"ד לברר, וגם יכולים לקנסו שאם יראה כמערים יחייבוהו יותר כשיבא לקרות התקרה, ועוד שאם הדברים מוכיחים שסמך הכותל למטרה אחרת למה זה נחייבו, ואפשר דאף כשאנו יודעים שאין דעתו לעשות תקרה מ"מ מחייבין ליה, דכיון דניחא ליה בכותל גבוה זה שסמך, סתמא ניחא ליה גם בכותל גבוה זה שנעשה ביניהם, דכותל לעומת כותל ניחא שיהיו שוין, וגם ניחא ליה ויש שבח בחצרו שיכול לקרות בקל בכל שעה שירצה, הלכך הו"ל בדין שדה העשויה ליטע, ואינו יכול לומר טול אבניך, ולפי זה גם אם קדם ועשה כותל האחר ואח"כ נפל הכותל ובנאו חבירו למטה מד"א נמי מגלגלין עליו את הכל.

ומיהו אכתי לא נתיישב לר"ה ו' א' דסמך לפלגא סמך לכולה ומודה בקרנא ולופתא, הרי דמחייבין ליה משום דעתיד להוסיף, אע"ג דהשתא אכתי לא נהנה כלום, ומשמע אף בדקאמר שאין דעתו להוסיף, דאי בדקאמר שדעתו להוסיף הרי מודה ר"נ, ולכן יש לפרש דכיון דהבונה הוא בדין יורד לתוך שדה חבירו, ולעולם אי אפשר לדעת את אמיתות הרצון של בעל החצר, שהרי יודע שאף אם יאמר טול אבניך, לא יטלם, שהרי בנה לצרכו, וממילא יכול לכחש ולומר דלא ניחא ליה וטול אבניך, ולכן ראוי לחכמים להתחכם ולקבוע על מי לברר טענותיו אם על הבונה או על בעל החצר, וקבעו שאם אין שום גילוי דעת על רצון הרי על הבונה לברר, אבל

כשיש גילוי דעת דניחא ליה הרי עליו לברר דלא ניחא ליה, ולכן בסמך כותל אחר חשיב גילוי דעת דניחא ליה, ועליו לברר דלא ניחא ליה, ואם יברר שעשה הכותל לשם ענין אחר, ואין דעתו לקרות, באמת יפטר, דומיא דקרנא ולופתא, אבל כל שלא בירר חייב, ור"ה ס"ל דאף בסמך לפלגא חשיב גילוי דעת על כולו, ועליו לברר דלא ניחא ליה אלא במקצתו, ע"י קרנא ולופתא, או בירור אחר, [ואף לאחר שתבעו בב"ד אם אומר שעושה עכשיו קרנא ולופתא נראה דשומעין לו ולא חלק הטור על ה"ר יונה בסי' קנ"ז אלא כשאנו עתיד לעשות קרנא ולופתא, דלא מסתבר שלא יהא דין קרנא ולופתא אלא בקדם ועשה].

וברמב"ן כתב לשון זה ויש שאלה שמא יתן את קורתו לרוח אחרת על כותל עצמו [ר"ל של עצמו] ולא יסמוך עליו [ר"ל על כותל חבירו, והיינו שיתן קורות ארוכים לרוח אחרת שישענו היטיב על כותל של עצמו ויוכל לקרות עליהם מבלי שיסמכם על כותל חבירו], מ"מ צריך הוא לכותלו של חבירו שאם תסלק כותלו נמצא פרוץ ואין ביתו מוקף כותל, [ר"ל שצריך הוא לכותל לשם מחיצה אף כשאנו סומך עליו את הקורות, דכיון שעשה תקרה חזר כבית וצריך לכותל], וא"ת א"כ א"צ לכותל בריא כו' אבל בתוספתא מצאתי היתה סמוכה לחצרו אע"פ שלא נתן את הקורה לאותו הרוח נותנין לו יציאותיו של כותל בשעה שהוא בונה, [ר"ל דבתוספתא משמע שאפילו אינו מקרה כלל בין הכתלים, ואפילו קדם השני לעשות הכותל האחר, כל שעכשיו יש לו כותל כנגדו באותו גובה, מגלגלין עליו את הכל, ואפשר שהטעם בזה דכה"ג שהנאתו קרובה שיש לו שני כתלים המוכנים לתת עליהם תקרה הרי עליו לברר דלא ניחא ליה, ובסתמא מחזקין דניחא ליה, ולו"ד ז"ל היה נראה כונת התוספתא (פי"א דב"מ) בסתם גדר שבינו לבין חצר חבירו ולא איירי כלל בסמך לו כותל אחר ולא בלמעלה מד"א, דהכי איתא התם היתה חורבתו בצד גינתו של חבירו ועמד וגדרה מגלגלין עליו יציאותיו של כותל כדרך שהוא בונה, היתה סמוכה לחצרו של חבירו אע"פ שלא נתן את הקורה לאותו הרוח נותנים לו יציאותיו של כותל בשעה שהוא בונה, וכנראה הכונה בחורבה שהיא עומדת על הגבול שבינו לבין גינת חבירו, וס"ד שיהא בעל הגינה טוען שהכותל נעשה למטרת החורבה ולא לגדור ביניהם והו"ל זה נהנה וזה לא חסר, וקמ"ל שאין הדבר כן והכותל המבדיל הוא בדין כותל גינה שעל שניהם לעשותו, ומה שיהנה מן הכותל לשימוש חורבתו אינו מחייבו כלום, ודכותה קתני בכותל חצר דאף שאין בעל החצר משמש בכותל ואינו נותן עליו קורה וס"ד שלא יתחייב לסייע בכותל החורבה, קמ"ל דהכותל שביניהם נחשב כנעשה לכותל חצר להפריד ביניהם ועל שניהם לעשותו, וצ"ע].

והנה לכל הפירושים אם ניחא ליה בהגבהת הכותל חשיב נהנה מיד אף שעדיין לא נתן את התקרה, שהרי נהנה שנבנה כותל בחצרו ועלה בדמים ויכול לתת עליו תקרה כשירצה, וכמו בבונה בית בשל חבירו או נוטע אילנות דחשיב נהנה מיד אף קודם שדר בבית וגדלים פירות באילנות, וצ"ע בדברי הגרע"א ז"ל בתוספותיו שנתקשה בדברי התו' דקרו ליה זה נהנה וזה לא חסר, והרי אכתי לא נהנה, ונדחק לפרש בשנתן התקרה אבל לא סמכה על זה הכותל ונהנה ממחיצה, וצ"ע. (ס"ב סק"ט).

בחדושי הרשב"א שבשטמ"ק ב"מ ק"א א' כתב ביורד לחורבתו של חבירו שאם קדם בעל הבית ואמר דמיהם אני נותן אין היורד יכול לומר עצי ואבניי אני נוטל, שע"מ כן בנה שאם ירצה בעה"ב יזכה בו, ומה שהביא הרשב"א מהא דסמך לו כותל אחר דחזינן דהסומך נתחייב מיד, וע"כ שאין הבונה הראשון יכול ליטול כותלו, והוא ע"פ מש"כ הרשב"א ב"ב ה' א' בשם ה"ר יונה דכיון דמקום הכותל חציו על שלו הרי הוא כיורד ובונה בשל חבירו ומשנתחייב לשלם לזה שהגביה הרי

הוא זוכה בחצי הכותל, עי"ש, ק"ק דהתם תחלת בניית הכותל בנה לצורך עצמו, ומהיכי תיתי נחוש שיטלנו כשזה סמך לו כותל ונתחייב להשתתף עמו, ושפיר נחשב החוב כמוחלט, משא"כ כשבנה לצורך חבריו ויכול ליטלו. (ב"מ ק"א א' סק"ה).

ה' ב' תוד"ה מי אך קשה דמ"מ תפשוט דלא אמרינן מגו במקום חזקה מדרמב"ח כו', אע"ג דהכא עדיף דהו"ל הפה שאסר הפה שהתיר וכמש"כ בש"ך סי' ק"ח סק"ז, מ"מ פשוט להו להתו' דאף במיגו בעלמא מספקא לן, דסתמא אמרינן אי מהני מה לי לשקר במקום חזקה, וקשיא להו דתפשוט לכה"פ דמיגו בעלמא לא מהני, ואה"נ דאכתי בהפה שאסר יהיה מקום להסתפק, והא דהקשו דלפשוט מדרמב"ח אע"ג דפלוגתא היא ולקמן ע' ב' מסקינן דמהני מגו דנאנסו נגד שטרך בידי מאי בעי, יש לפרש דנימא עד כאן לא פליגי אלא נגד שטרך בידי מאי בעי אבל נגד חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו דעדיפא, לכו"ע לא מהני מגו, ותירצו דלא ס"ל לסוגיין כרמב"ח, וגם ס"ל דאף נגד חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו י"ל דמהני מגו. (ס"ב ס"ק י"א).

שו"ע חו"מ סי' צ"ז סכ"א ובלבד שלא יהיה תוך זמנו, יעוי' סמ"ע ושו"ך, ובקצה"ח תמך מכאן לפרש דבעיא דגמ' היא רק בהפה שאסר אבל מגו בעלמא פשיטא לגמ' דלא מהני נגד חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו, והדברים דחוקים דסתמא שנינו אי אמרינן מ"ל לשקר במקום חזקה, ומשמע דאף במגו בעלמא מספקא לן, וכמש"כ הש"ך סי' ק"ח סק"ז, אבל נראה דטענת החזרת המשכון לא חשיבא מגו, דהוי מממון לממון, שהרי כל לזה תוך זמנו אינו נאמן לומר נתתי לך משכון, אלא דהכא שידענו שהיה משכון בידו, יש מקום לדון שיוכל הלזה לומר החזרתיו לך ואיני חייב לשלם לך עד שתחזיר לי המשכון, ואף אם הדין כן, מ"מ כשטוען פרעתי לא חשיב מגו שהיה יכול לומר אתה חייב לי המשכון כנגדו, שזה מממון לממון, עיין מש"כ לקמן ל"ב ב', שהרי עכשיו אין כאן משכון כלל ביד המלוה אלא שהלזה יכול להעליל שנתן לו משכון, ודוקא בלאחר זמנו דאז מן הדין היה הלזה נאמן לומר פרעתי אלא שזה שידוע שהיה משכון ביד המלוה מונע מלהאמינו, בזה כל שיש לו מגו לסלק טענת המשכון ולומר החזרתו שפיר נאמן, שהרי זה הכל ממון אחד שהמשכון הוא המעכב טענת פרעון, ועי' בבעה"ת (סוף שער א') דגם בלאחר זמנו במחלוקת שנויה אם חשיב מגו דהחזרתו כמגו, ואפשר דהיינו מה"ט דדומה כממון לממון, ומיהו י"ל משום דחזקת המשכון כאילו הוא ביד המלוה עדיף ממגו. (שם).

שו"ע חו"מ סי' ק"ח ס"ד או שמת תוך זמן כו', יעוי' בש"ך שהקשה דהא קיי"ל דמהני מגו נגד חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו, ואפשר דשאני הכא דאיכא גם טענת שטרך בידי מאי בעי, ואמרינן דעד כאן לא קמיבעיא לן אלא נגד חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו לחוד, וע"כ לא קא מיפלגי אי נאמן החזרתו במיגו דנאנסו אלא לאחר זמנו ומשום טענת שטרך בידי מאי בעי לחוד, אבל בהצטרף שניהם יחד לכו"ע לא מהני מגו דלמעוטי בפלוגתא עדיף, [ואע"ג דלענין אין אדם פורע תוך זמנו לחוד לא אמרינן דע"כ ל"פ אלא בסברת שטרך בידי מאי בעי אבל נגד אין אדם פורע תוך זמנו לכו"ע לא מהני מגו, וכמש"כ לעיל, מ"מ נגד שניהם יחד, אמרינן דלכו"ע לא מהני מגו], וכיו"ב ראיתי בתומים סימן צ"ז שכתב בההיא דמשכון דלעיל דכיון דאיכא טענת המשכון וטענת תוך זמנו לא מהני מגו, שהרי אף אח"ז אינו נאמן לומר פרעתי אי לאו מגו דהחזרתו, והיינו משום דהמשכון בחזקת המלוה כיון שהחזירו בעדים, ורק משום מגו דהחזרתו מהימנינן ליה, וכשהוא תוך זמנו תו לא מהני המגו, דנהי דהמגו כאילו מסלק טענת המשכון או טענת תוך זמנו, אבל שניהם יחד אינו

מסלק, ומיהו מודה בשטר שכתבו דקיי"ל צריך לקיימו לכאורה מסתברא דאף תוך זמנו צריך לקיימו, ולפי זה צריך לחלק דהפה שאסר עדיף ממגו.

בעיקר הדין היה מקום לדון דכיון דבפלגא פקדון איירינן לא שייך כאן תוך זמנו, וכנראה מדברי רבותינו ז"ל דכיון דהך פקדון מעיסקא הוא שייך גם בזה אין אדם פורע תוך זמנו, עי' תשו' הרא"ש ריש כלל פ"ו. (שם).

ו' א' אין לך בידי דא"ל פרעתך בתוך זמני, (ולמחר, יש מחר שהוא לאח"ז, דאל"כ היינו ביומא דמשלם זימניה), אפשר דס"ד הכי משום דלא היו דברים מעולם פשיטא דלאו כל כמיניה למיהדר ביה לאחר שכבר הודה, [א"נ דלשון אין לך בידי לא משמע לא היו דברים מעולם], ומיהו דחינן ומפרשינן דאין לך בידי היינו לא היו דברים מעולם, ופירש הרמב"ן דחידושא דמתני' דאפילו הביא עדים שפרע לא מהני דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי, והיינו דקתני מתני' דאם אומר אין לך בידי חשיב כהודאה דעדיין חייב, וחייב בכל ענין, ולאביי דפליג בשבועות מ"א ב' ולא סבר להא דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי, וסבר נמי בסוגיין דאדם פורע תוך זמנו, ע"כ לפרושי מתני' בלא היו דברים מעולם ואפשר דקמ"ל דלשון אין לך בידי מתפרש לא היו דברים מעולם ולא פרעון.

בעיקר דין כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי שנחלקו בו אביי ורבא בשבועות שם, נראה דפליגי איך שיש לנו להחזיק אמתות הענין, דאביי סבר שיש לנו לומר שלוח ופרע כדברי העדים, ומה ששיקר ואמר לא לויתי כסבור היה שזו טענה יותר מתקבלת מפרעתי, [ואף בחוזר וטוען פרעתי נחלקו וכמ"ש בש"ך סי' ע"ט], ורבא סבר שאין אדם טוען לא היו דברים מעולם כשהאמת שלוח ופרע, וע"כ שלא פרע, ונאמן על עצמו יותר מן העדים.

ויש לעי' כיצד מאמינים לעדים שלוח, בההוא עובדא דשבועות, והרי המלוה עצמו אומר שעדי שקר הם, שהרי הוא אומר שלא פרע והם אומרים שפרע, והודאת בע"ד כמאה עדים דמי לחוב לעצמו, וצריך לדחוק שעדותם שפרע לא העידו תוך כדי דיבור לעדות ההלואה ומכאן ולהבא הוא נפסל, [עי' בגליון הגרע"א ז"ל חו"מ סימן ל"ד סעיף ח' שהביא מחלוקת אם במה שהעיד תוך כדי דיבור קודם שהעיד השקר, עדותו קיימת], אח"כ ראיתי בנתיב"מ סי' כ' שכבר דן בזה עי"ש, ומ"מ נראה כמ"ש"כ, דקשה לעשות תרתי דסתרי לקבל עדותן על ההלואה בעוד שאנו מחזיקים דעדותן על הפרעון שקר, אם העידו על שניהם תוך כדי דיבור, לדעת הסוברים דנפסלין תוך כדי דיבור למפרע, וצ"ע.

יש לדון במי שתבעו ממנו שלא בפניו ובאו עדים שלוח ופרע ונפטר, ואח"כ בא וטוען לא לויתי אם חוזרין ומחייבין אותו, דיש מקום לומר דהא דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי היינו לענין שאין ב"ד נזקקין לעדות הפרעון, אבל כשכבר קיבלו ופטר והו' אינו מתחייב באמירת לא לויתי, וצ"ע.

ובעובדא דיתמי כתובות פ"ח א' ובשו"ע סימן ק"ח סט"ו, יש להסתפק אם באו עדים שלוח ופרע מהו, ולכאורה ראוי לפטרם דאף שאביהם אמר לא לויתי מ"מ לאו בפני ב"ד אמר, ובשו"ע חו"מ סי' ע"ט ס"א וס"ט מבואר דבעי בפני ב"ד, גם י"ל דשטרא איתרע והו"ל מלוה על פה ושבועה מיהא בעי, וצ"ע בכ"ז. (ס"א ס"ק י"ב).

בשבועות מ"א ב' רבא אמר כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי, לא נזכר בגמ' טענת המלוה על עדות הפרעון, ואם הוא אומר עדי שקר הם, הרי פסלם גם לגבי טענת ההלואה, ודוחק לומר דהעידו על הפרעון לאחר כדי דיבור מעדות ההלואה, ומכאן ולהבא הם נפסלים, [ושמעתי שנתקשה בזה בתומים], וגם לשון הגמ' אזל אייתי סהדי דאוזפיה ופרעיה, לא משמע שהעידו נגד המלוה, דמשמע

שהמלוה הביאם גם לעדות הפרעון, ולא שבמקרה נתברר כן בב"ד, ונראה דאירי שראו גם פרעון, והמלוה טוען סיטראי וכיו"ב, ואינו מכחיש לעדים ולא הם מכחישים אותו. (שבועות מ"א ב').

שם ומודה ר"ה בקרנא ולופתא, עי' מש"כ בזה לעיל ה' א' ד"ה ומיהו. שם אחזיק להורדי אחזיק לכשורי, עי' מש"כ בזה לקמן כ"ג א' בדברי התוד"ה והא. ו' ב' פשיטא לא צריכא דקדים חד כו', הא דפריך פשיטא היינו דלא הו"ל למימר אלא שני בתים משני צידי רה"ר יש בהם משום היזק ראייה, וממילא ידענא לחלוק הכותל ביניהם ולהעדיף, אבל עיקר הדין שיש בזה משום היזק ראייה ודאי איצטריך לאביי לאשמועינן, דלא נימא דבלא"ה בעי לאצטנועי מבני רה"ר וגם דרחוקים גריעי מסמוכים לפי תו'.

והא דמשני ל"צ דקדים חד כו', פירשו בתו' לפי דקודם עשייתן יכול האחד לומר או הב לי אוזינקא ואעבדיה כוליה או שקול את אוזינקיה ועבדיה כוליה, ויש בזה עדיפותא שא"צ להעדיף ושמסולק היזק ראייה בהחלט, וס"ד דאף בקדים חד מצי אידך למימר הכי וממילא יצטרך הך דקדים למיעבד כוליה קמ"ל דלאחר עשייה לאו כל כמיניה למימר הכי, ובאמת בעיקר הדין היה מקום לדון אי מצי חד להכריח שהאחד יעשה כולו, שהרי אם אומר אני אעשה כולו ולא אתה, ודאי אין שומעין לו, אף שירויחו העדפה וסילוק היזק ראייה מכל וכל, וטעמא דודאי יש תועלת לבעל הגג בחצי הכותל, שמסלק גם היזק ראייה מבני רה"ר, וגם יכול להשתמש בו, ונכסיו ברשותו, [עי' להלן, ועי' נמו"י ריש מכילתין בשם הרא"ה דבבב"ב אם רצה אחד לכנוס בתוך שלו ולבנות חבירו מעכב עליו], וא"כ אם בעל הגג חושש מלעשות כולו דלא תיתרע אשיתיה, למה יפסיד בגלל זה זכותו לבנות חציו על גגו, ולא על גג חבירו, ואף שיצטרכו להעדיף, הרי קמן שמבקש להעדיף ולבנות בשלו, [ולא דמי לחצר דהתם הכותל על מקום שניהם ומוכן לשימושם], וסוגיא דגמרא היה אפשר לפרש דאשמועינן סברא דלא תיתרע אשיתאי, וקדים חד ועביד היינו שהיה אצלו מעקה גבוה י"ט ברוחב הראוי לכותל ד"א, וס"ד דכה"ג כיון שאינו מפסיד מקום כלל דבלא"ה כבר בנוי כותל בכל הרוחב, מצי חבירה למימר ליה שקול את אוזינקיה ועבדיה כוליה, קמ"ל דמצי אמר ליה לא בעינא דתיתרע אשיתאי, והיינו דאשמועינן אביי דבכל גווני זה עושה מעקה לחצי גגו וזה עושה מעקה לחצי גגו, אף בשיש לאחד מהם כבר חלק כותל ברוחב הראוי, ועי' נמו"י, וכעת ראיתי בר"ן הנדמ"ח מבואר כמש"כ דבאמת אין אחד יכול לומר תבנה אתה כולו או אני.

ברם אם איתא דבאמת אף קודם עשיית הכותל אין אחד יכול לומר או אני אבנו כולו ואתה תתן חלקך או אתה תבנו ואני אתן חלקי, א"כ למה לגמ' לדחוקי בדאביי בקדים חד ועביד, ולמה לא בפשוטו דזה גופא אשמועינן אביי דזכות ביד כל אחד לבנות חצי כותל, ואין חבירו יכול לכופו שיבנו כולו או שהוא יבנה כולו, ודוחק לומר דג"ז הוי פשיטא לגמ', ומוכח מזה כדעת תו', וצ"ע. (ס"א ס"ק י"ב).

שם אבל בין גג לגג לא, בתו' פירשו דגגים סמוכים זה לזה קאמר, וליכא בהו היזק ראייה כיון דלא קביעא תשמישתיה ודחי לחבריה כשעולה בגגו ונזהר ממנו, ובאמת חילוק זה מסתייע ממה שאמרו בגמ' לעיל מאי איריא ברה"ר אפילו רה"י נמי, ואם אין סברא לומר דבסמוכין ליכא היזק ראייה, א"כ אדרבה אפילו משני צידי רה"ר קאמר, דאף שרחוקים מ"מ איכא היזק ראייה, ואיך שייך לומר אפילו רה"י נמי, מאי אפילו, והכי איבעיא ליה למימר מאי איריא ברה"ר אפילו בכל דוכתא נמי, וגם אין זה קושיא דשפיר אשמועינן דאף שרה"ר מפסיק מ"מ איכא היזק ראייה, אלא ודאי בסמוכין ליכא היזק ראייה דחזי ליה ומזדהר ממנו, ופרכינן מאי איריא ברה"ר מפסיק

אף כשרה"י מפסיק נמי לא חזי ליה ואיכא היזק ראייה ומשני אה"נ ורה"ר איצטריכא ליה מהו דתימא נימא ליה סו"ס כו', אח"כ ראייתי בשטמ"ק בשם עליות הר"י והרשב"א שכבר נסתייעו מזה.

ולכאורה לפי סברת התו', בגג גבוה וגג נמוך ראוי שיהיה היזק ראייה אף בסמוכין, שהנמוך אינו רואה כשהעליון עולה לגגו, ויתחייב העליון לבדו לעשות הכותל כי הוא המזיק דומיא דגג וחצר, ואם אמנם כן, הרוחנו ליישב מה דקשה בברייתא בסמוך דקתני ואם היה חצרו למעלה מגגו של חבירו אין זקוק לו, ובפשוטו קשה מאי איריא דנקט לה בהיה חצרו למעלה, הרי עיקר הא דאשמועינן הוא שאין בעל החצר מזיק לבעל הגג, וכדשמואל, והכי איבעיא ליה למימר אבל חצר וגג בעל הגג עושה כולו, אבל למש"כ חידוש גדול אשמועינן דאע"ג דגג גבוה וגג נמוך חייב הגבוה לסלק היזק ראייה מ"מ חצר שהוא למעלה מן הגג פטור בעל החצר, וטעמא נראה משום דכיון דחצר קביעא תשמישתיה ממילא לעולם לא עביד בעל הגג מילי דצניעותא ואין בעל החצר מזיקו, אבל בשטמ"ק ז' ב' בשם עליות הר"י כתב להוכיח מזה דאף בגג גבוה הסמוך לגג נמוך ליכא היזק ראייה, דאף בגבוה חזי ליה הנמוך ומזדהר מיניה, וברייתא ניהא גם לפ"ז דאיכא למימר דהיינו דאשמועינן דאף בגבוה ליכא היזק ראייה בגג הסמוך, ונקט לה בחצר וה"ה בגג, א"נ לרבותא דאף מחצר דקביעא תשמישתיה ליכא היזק ראייה, דחזי ליה, וכש"כ בגג, וצ"ע. (ס"א ס"ק י"ב). שם איתמר שתי חצרות זו למעלה מזו אר"ה תחתון בונה מכנגדו ועולה כו', אם כשימלא התחתון עפר ברוחב ג"ט עד גובה חצרו של העליון, יהיה אפשר להקים הכותל למעלה על מקום שניהם, לכאורה ראוי לומר כדבר הונא, דלפ"ז אין התחתון מפסיד, דהא אף אם יקציעו עפר ג"ט מן העליון הרי יצטרך התחתון לתת ג"ט גויל, וא"כ מוטב יתן עפר ג"ט, והעליון כבר הקדים לתת ע"י זה שחצרו גבוה, אלא צ"ל דאף אם ימלא התחתון עפר רוחב ג"ט, א"א יהיה להקים הכותל על זה, דצריך לחפור יסוד במקום מוקף עפר ולא במקום פרוץ, כי העפר יתרועע והכותל יפול, וא"כ השתא נמי א"א לבנות על עפרו של העליון אפילו ג"ט שלו, וע"כ צריך להשתתף בבניית התחתון, וצריך ביאור מ"ט דר"ה, ואין נראה לומר דבכה"ג מודה ר"ה, ולא פליג אלא בשהעליון יכול לבנות כותל ג"ט על גבולו, כגון שהוא סלע חזק, וצ"ל דכיון דכל היזק ראייה זה הוא תקנת חכמים וכמש"כ לעיל ב' ב', ס"ל לר"ה דלא חייבו חכמים אלא כותל באופן הרגיל שכולו ברשות שניהם ומשמש להם, אבל לא חייבו לאחד לבנות כותל בחצרו של חבירו שהוא למטה מחצרו, ואין לעליון שום שימוש והנאה ממנו.

לשון הגמ' תחתון בונה מכנגדו ועולה, פירשו ה"ר יונה והרשב"א דהיינו משום שאין הדבר קצוב עד כמה צריך התחתון לבנות, והדבר תלוי לפי רוחב ואורך חצר התחתון, הלכך נקטו סתמא שבונה ועולה עד כדי סילוק היזק ראייתו, ומשם ולמעלה העליון בונה לבדו, ויש לעי' א"כ איך יאמר העליון הריני בונה מכנגדי ועולה, כיון דאיכא חלק שאין התחתון חייב לסייע בו, א"כ אם יאמר התחתון הריני בונה לבדי בתוך שלי כדי שיעור היזק ראייה ידי, ולא יסכים להוסיף על כותלו, הרי יצטרך העליון לבנות כל הכותל בתוך שלו לסלק היזק ראייתו, וא"כ למה לא יסכים עכשיו לעשות כן וישתתף עמו התחתון בחלקו, ולא יצטרך התחתון לבנות מלמטה, ודוחק לומר דעכשיו יצטרך העליון להכנס קצת בתוך שלו לחפור יסוד, משא"כ אחר שיבנה התחתון יוכל לבנות בקצה גבולו כי הכותל של התחתון יעמידו, ומוטב לו לבנותו לבדו בקצה גבולו מאשר לבנותו בשיתוף בכניסה קצת, ועוד דא"כ הוא נהנה מכותל התחתון ולמה לא ישתתף בו, וצ"ל דכיון דמשהגיע התחתון לקרקעיתו

של עליון, הרי הם חייבים עכשיו לבנות בשיתוף חלק הכותל שהתחתון עדיין חייב בו, לאו כל כמיניה דתחתון לעשותו לבדו, וכשבנאוהו בשיתוף, רשאי העליון להוסיף עליו עד כדי סילוק היזק ראייתו, ואין התחתון יכול למונעו מזה בגלל חלקו בו, אף אי בעלמא אין שותף רשאי להגביה הכותל יותר מד"א ע"י סימן קנ"ז ס"ט, הכא שהוא כדי לסלק היזק ראייה רשאי, [ומיהו אפשר שיצטרך לשלם מה שכתלו נפחת מפני כבדו כבשו"ע שם]. (ס"א ס"ק י"ג).

שם עליון מסייע מלמטה ובונה, ע"י מש"כ בזה לעיל ב' א' ד"ה נראה. רמב"ם פ"ג מה' שכנים ה"ז אלא בונים שניהם מלמטה ועולה ובונה העליון לבדו מכנגדו ולמעלה, יעוי' במ"מ ויש ט"ס בדבריו וכך צ"ל אפילו גבוה האחת כמה התחתון מזיק לעליון בהיזק ראייה כו', וכל לשונו הוא העתק דברי הרשב"א, והנה לשון הרמב"ם ובונה העליון לבדו מכנגדו ומעלה, א"א לכווננו כפשוטו, שאם אין התחתון צריך לבנות מכנגד העליון כלל, א"כ למה צריך התחתון בכלל לבנות הרי אינו מזיקו, ויבנה העליון הכל בתוך שלו, וע"כ צריך לפרש כוונת הרמב"ם כדברי הרשב"א והר"י, דהתחתון בונה עד שיעור שמסלק היזק ראייתו והוא למעלה מקרקעיתו של עליון, ושיעורו תלוי לפי גודל חצרו ושיפועו, ומשם ולמעלה העליון בונה לבדו, וזהו שכתב המ"מ דרבנו היה צריך לפרש, [ומש"כ במ"מ כאילו רש"י והר"י מיגאש חולקין על פירוש הרשב"א, לכאורה אין מדבריהם המובאים במ"מ הכרע לכך, אלא שלא פירשו שיש חלק שהעליון בונה לבדו, והרי שפיר איירי סוגיין אף בגוונא שגם התחתון צריך לכותל ד"א מעל פני קרקע העליון לסילוק היזק ראייתו, ושפיר פירשו סוגיין בכה"ג], ואפשר דמכנגדו ר"ל מכנגד האדם ולמעלה, והיינו דס"ל לרבנו דהתחתון צריך לסייע בג' אמות מקרקע העליון דכד קאים לא יראנו, וגובה האדם ג"א, ומכנגד העליון ולמעלה, והיינו האמה הרביעית יעשה העליון לבדו, והדברים נראים בסברא, שאין לחייב התחתון באמה הרביעית, כשכבר יש מקרקעיתו ד"א.

שם אין העליון זקוק לתחתון כלל, ר"ל אין העליון זקוק לסייע לתחתון כלל, אלא בעל הגג עושה הכל, ודין מחיצת עשרה לא הוצרך רבנו להזכיר שכבר כתבו לעיל, וממילא מובן שאם אין העליון גבוה עשרה דצריך להשתתף במה שנחוץ להשלים העשרה, [אבל אינו זקוק לסייע מלמטה כמבואר ברא"ש וטוש"ע וכמ"פ הנתה"מ דלעולם יוכל העליון לומר אבנה בתוך שלי להשלים העשרה, והתחתון לא ירויח מזה כלום כי בלא"ה יצטרך לבנות בתוך שלו עד כדי סילוק היזק ראייתו, ומוטב לו לקבל שיתוף העליון בגובה שמקרקעו ולמעלה עד עשרה טפחים]. (ס"א ס"ק י"ג).

ח"מ סי' ק"ס ס"ג בהגה"ה ואם החצר גבוה הרבה כו', דברים אלו הם דברי ה"ר יונה שהביא הטור, ואינם ענין לפלוגתת הרא"ש והר"י ברצלוני שהביא הטור והמחבר לעיל ס"א, דהתם נחלקו אם היזק ראייה שמה היזק גם כשאין אחד יכול לראות את חבירו אלא כשהוא עומד, לפי דמצאנו בגמ' דגם זה הפסד, אבל לא מצאנו אם בגלל הפסד זה חייבו לבנות כותל, וגם בתו' נחלקו בזה ר"ת ור"י, אבל דברי ה"ר יונה הם גם אם נימא דג"ז בכלל היזק ראייה, דמ"מ אין צריך אלא לסלק היזק זה דהיינו שלא יראנו אף כשהוא עומד, וכל שנסתלק היזק זה ודאי סגי, ולא יתכן חולק בזה, דכיון דליכא היזק ראייה ודאי אין לחייב לבנות מחיצה, ושיעור זה תלוי לפי גובה העליון ולפי גודל התחתון, והדבר מבואר בטור דדברי הר"י מוסכמים, וכן מבואר ברמב"ן דלאחר שהביא דצריך התחתון לסייע בד"א שמשפה עליונה דיכול למימר ליה כי קאימנא חזית לי, כתב ועולה עד שיסתלק התחתון מהיזק ראייה שלו משם ולמעלה ודאי של עליון הוא שהוא לבדו המזיק, וכן מבואר

ברשב"א, ולכן מ"ש הסמ"ע דבגג מודה הר"י תמוה, דלא יתכן לחייב בדליכא היזק ראייה, וכבר חלק הט"ז בזה, גם מ"ש עוד לחלק בדברי הר"י אברצלוני, צ"ע היכן מצינו כאן דין גרירה, הא לדעת הר"א אין לחייב לבנות לסלק היזק ראייה שאינו אלא כשהוא עומד, ומ"ל אם מתחלת ברייתו חצרו נמוך בד"א או שיוסיף עכשיו כותל להשלים הד"א, וכבר השיגו בקצה"ח. (ס"א ס"ק י"ג).

שם סימן קנ"ט סמ"ע סק"ה אבל כשהבתיים והגגין שעליהן הם זה בצד זה ממש כו', ומ"מ אינם יחד ממש שיהא אפשר לבנות כותל אחד על שניהם כמו בחצר, אלא שהם סמוכים כ"כ שאפשר יהיה לסתום הקרן שבין שתי הדפנות עם בנייתם. (שם).

ז' ב' והזהירו בהן שהלכות קבועות הן, אפשר דבא לרמוז דאף אי אחין שחלקו יורשין הם, מ"מ לענין זה דינם כלקוחות לדון בהם עין יפה, ועיקר הדבר משמע כן מהא דלא מדכרין בצריכותא דרב לטעמיה דסבר ב"ק ט' א' דאחין שחלקו יורשין הם, ועי' ריטב"א הנדמ"ח, א"נ בא לומר דאפילו כל האחים אומרים אילו היינו יודעים היינו מתנים על דרך ואינך, אפ"ה אין כאן טעות והלכות קבועות הם, והרי הדבר מסור להם אם ירצו להקנות זל"ז זכויות אלו מכאן ולהבא, דאין הטעם משום דאמדינן דעתייהו, אלא כבר נקבעה הלכה כן. (ס"ה א').

מתני' כופין אותו לבנות כו', א"ה, ראיתי להעתיק כאן מש"כ בחו"ב ב"מ קי"ז א' בדיני כפייה בנזקי שכנים, וגבייה שלא בפניו, ובדברי הרמ"ה שכתב דאחד מבני חצר שלא רצה לתת חלקו בבניית בית שער או דלת, הרי השותפין משכירין חלקו וגובין כדתנן בבית ועלייה של שנים.

בנמו"י ב"מ שם הביא הירושלמי דמקשה דממתני' משמע שאין כופין לבעל הבית לבנות והתני ר"ח כופין ומשני כאן בשישנו כאן בשאינו, כלומר שבעל הבית ליתיה קמן וא"א לכופו, והסכים הרמב"ן דלפ"ז אם בעל הבית קמן כופין אותו, אבל הרשב"א חולק בדבר וס"ל דהירושלמי סבר דאין נפרעין מבעל חוב שלא מדעתו וכרב אחא שר הבירה כתובות פ"ח א', אבל אנן דקיי"ל כר"נ שם דגובין מלוה אפילו שלא בפניו, ה"ה דכאן היה ראוי לכפותו אף שלא בפניו, וע"כ דתלמודן פליג וס"ל דאין כופין אותו כלל, שאין לבעל העלייה שעבוד אלא על הקרקע ולא על בעל הבית, ולכאורה צ"ע דאטו רק שלא בפניו משכחת לה שא"א לכפותו, הרי גם כשהוא בפניו ואין לו, גם לא שייך לכפותו, ואדרבה הירושלמי לשיטתיה (עי' תו' כתובות שם) דס"ל דאין נפרעין שלא בפניו נקט בדליתיה קמן, ואנן דס"ל דנפרעין שלא בפניו, נתרץ בדלית ליה נכסים, ולא נחדש פלוגתא בין מתני' לברייתא דר"ח, ובין תלמודן לבין הירושלמי, [ואדרבה לשון והוא אינו רוצה מתפרש שפיר טפי בשאין לו, ואינו רוצה לטרוח וללוות, מאשר להוסיף שאח"כ הלך לו ולכן א"א עכשו לכפותו, עי' רמב"ן], ועוד דאף אם נאמר דדוחק לאוקמי מתני' בדלית ליה, ויותר נוח לאוקמי בדליתיה קמן, או דנימא בדלית ליה שאר נכסי, ראוי לכפותו למכור חלקו בקרקע לאחר שיכול לבנות, ולכאורה באמת כן צריך להיות אי כייפינן ליה דג"ז בכלל כפייה, נוכיח מזה דאף ר"נ דס"ל דגובין מלוה שלא בפניו שלא תנעול דלת בפני לוין, היינו דוקא מלוה דשייך גבה נעילת דלת, אבל ביתו שנפל לא מחייבין ליה לבנותו שלא בפניו, וכמש"כ התוי"ט, וזו סברא נכונה למעוטי בפלוגתא דרב אחא ור"נ, וגם בהדיא הזכיר ר"נ סברא דנעילת דלת, [ואף בלא קושיא דמתניתין ראוי לדון אם בכה"ג גובין שלא בפניו לר"נ, ואף שכתבו תו' ב"ב קע"ה ב' דאף שהזכירו בגמ' טעמא דשלא תנעול דלת לגבי דלא בעינן דו"ח, מ"מ כל דיני ממונות בכלל, היינו דוקא מקח וממכר ודכוותיהו, אבל הלכות שותפין וחיובן י"ל דשאני], אבל לא לחדש פלוגתא בעיקר הדין אם כופין כשהוא בפניו,

ובלשון הרמב"ן כנראה נתכוין לזה שכתב שאין ב"ד יורדין לנכסיו שלא בפניו לבנות בית, דקדק ז"ל לכתוב לבנות בית, והיינו שלזה אין ב"ד יורדין שלא בפניו משא"כ למלוה, ועוד דהא אף זו כפייה במדה מסוימת כשבונה ודר למטה, ושפיר קבעו חכמים דשלא בפניו לא נחתנין למכור מנכסיו לבנות בית שיעמוד פנוי לצורך בניית העלייה, ורק כייפינן ליה בזה דשרינן לעליון לבנות ולדור למטה, ומיהו לר' יהודה שהעליון צריך לבנות גם העלייה, אין זו כפייה רצויה כ"כ לעליון שהרי יצטרך להוציא הוצאות גם לבנות הבית וגם לבנות העלייה, ולדידיה משמע דבאמת לא כייפינן שלא בפניו לבנות בית, א"נ איירי בדלית ליה.

ברם עיקר פירוש הירושלמי קשה דשביק תנא עיקר ההלכה מה שבעל הבית חייב לבעל העלייה, ונקט הלכות גבייה שלא בפניו, ולא עוד אלא דקתני אמר בעל העלייה לבעל הבית לבנות והוא אינו רוצה, וזה ודאי כשהוא קמן, ולא פירש ההלכה בזה אלא כשהלך לו, ולא הזכיר כלל במתני' שהלך לו, וגם בגמרא כתובות שם לא משמע ששנינו במשנה בדין גבייה שלא בפניו, דא"כ לא הווי שתיק בגמ' מלאתויי מתני' ולפרושי דבית שאני, ולכן סתימת תלמודן יש בזה כדי לסייע דתלמודן פליג ומפרש למתניתין כפשטה, וכדעת הרשב"א והרא"ה, וכש"כ למאי דקיי"ל דנפרעין שלא בפניו, [ובדלית ליה לא שייך לאוקמה, דיש לחייבו למכור קרקע זו], ואשמועינן מתניתין עיקר ההלכה דשעבוד הבית לעלייה הוא רק בגבולות השימושים בקרקע, דזכאי לבנות למטה ולדור, וכן בגינה רשאי לזרוע למטה, [ואין זה טובה לבעל הגינה, דניחא ליה בשלו שיכול לנטוע בה אילנות ולגדרה ולעשות בה ככל חפצו, משא"כ כשזרוע למטה בשל חבירו וכל שעה יכול להוציא], אבל אינו יכול לכפות לבעל הבית לבנות ביתו, וטעמא דמילתא דסתמא על דעת כן נשתתפו, שכן הראוי והישר על פי חכמת התורה בשותפותם בסתמא, שלא נתכוין בעל הבית להתחייב לבנות ביתו אם יפול ולא יצטרך לו, כדי שיהיה לבעל העלייה.

ולו"ד הראשונים ז"ל היה מקום לומר דהא דאמר בירושלמי מאן דמר כופין בשוהא שם ומאן דמר אין כופין בשאין עומד שם, דלאו על הבעלים קאמר, אלא על הבית ובית הבד והפרסק קאמר, דכשהבית קיים אפילו נתקלקל באופן שאינו ראוי לבעל הבית לשימוש, מ"מ אינו רשאי להפילו כל זמן שמשמש לעליון, וכן הפרסק אע"פ שנפשח ושוב אינו ראוי לגדל פירות מ"מ ראוי הוא עדיין לשמש להדלאת הגפן, וכשהוציאו בעל הבית חייב להעמיד לו פרסק אחר, [והוי עובדא שנפשח והוציאו וחפץ עכשו לזרוע תחתיו ולא לנטוע, ואמר לו ר"ח דחייב להעמיד לו פרסק, ויכול להעמיד זה שנפשח, אלא דסתמא דמילתא לא ניחא ליה להפסיד מקומו וכיון שע"כ להעמיד פרסק, כבר בודאי יהיה ניחא ליה לנטוע פרסק, ולא להחזיר זה שנפשח או פשוט אחר במקומו, ועי' טור סימן שי"ב בשם הרמ"ה שפירש נמי שהפרסק קיים, ומיהו שם פירשוהו לענין משכיר ושוכר, וס"ל דתלמודן קט"ז ב' ס"ל דעובדא דר"ח בשכירות הוי, אבל בירושלמי ל"מ כן], וכן בבית הבד כל זמן שהוא קיים, וכן רשאי בעל העלייה להשתמש באבנים שנפלו מן הבית לצורך בניית הבית, שמשועבדים הם לכך, ומאן דמר אין כופין בשאין עומד שם, היינו דמתניתין הרי איירי בשנפל הבית ובית הבד, ובזה אין כופין אותו לחזור ולבנות, ורק כדקתני מתני' שהעליון דר למטה וזרוע למטה.

ואפשר שזו דעת הרמב"ם שכתב בפ"ד מה' שכנים ה"א שאם נפל כותל מכותלי הבית הרי בעל העלייה כופה את בעל הבית לבנותו, ובה"ג העתיק מתני' כצורתה דיוור ובונה למטה ודר בה עד שיתן לו בעל הבית את יציאותיו, ומפרש ז"ל דהא דתניא כופין היינו כשהבית קיים אז כופין על כל תיקון הצריך, [והפרסק שנפשח

אפשר שהיה צריך לקשרו והיה מעלה ארוכה וכדתנן שביעית פ"ד מ"ו, ולכך היה חייב לתקנו כדין כותל הבית וכשלא תיקנו חייב להעמיד לו אחר, שעל מנת כן נשתתפו, אבל כשנפל הבית לא נתחייב בעל הבית לבנותו לצורך העלייה, ולפי זה דין נפל הכותל שכתב רבינו אינו מסברא אלא היינו ברייתא דר"ח בירושלמי, [ועי' בב"י ובדרישה שנחתו ז"ל לחלק מסברא בין נפל כותל לנפל הבית], ובמ"מ כתב דדעת הרמב"ם כהרמב"ן, אבל הדבר קשה דא"כ למה לא פירש ז"ל בה"ג דאיירי שהלך בעל הבית, אחרי שפירשוהו בירו', ובה"א נקט רבנו הך ירושלמי בדין דכופין, ולמה לא פירש גם סיפא דירושלמי דמתני' איירי בהלך, וכש"כ שא"א לומר כן בדעת הטור סי' קס"ד שהעתיק לשון רבנו, ולא יתכן שהטור יסתום ולא יפרש דבהלך בעל הבית למדה"י איירי, ובפרט דקתני שאמר לו בעל העלייה לבנות והוא אינו רוצה הרי מפורש דבאיתיה קמן איירי, אבל למש"פ מיושב, דבאמת באיתיה קמן איירי, ומ"מ בנפל אין כופין, אבל כשהוא קיים וצריך תיקון, כופין, אבל קשה מהא דבית הבד שנפחת בד' דיוור בעל הגינה וזורע למטה כמש"כ הרמב"ם בה"ח, ולמה לא נחייבו לתקן כיון שכל הכיפה קיימת, ואפשר לדחוק דלגבי גינה חשיב כל מקום בפ"ע, ולא דמי לבית ועלייה דכל הבית משועבד לכל העלייה, דכל קלקול בבית מסכן כל העלייה, א"נ דכיון דזורע למטה אין לו שום הפסד ולכך לא כייפינן, וכש"כ למאי דקיי"ל כשמואל דזורע הכל למטה, א"נ כיון דנתבטל כל שימוש העלייה במקום הזה, חשיב כנפלו שתייהן, אבל כ"ז דוחק, ובלשון הרמב"ם היה אפשר אולי לדחוק דמש"כ בה"א הוא רק עיקר הדין באיזה חלק בעל הבית חייב לתקן, ומש"כ שכופין אותו ר"ל ע"י זה שבעל העליה יורד למטה, אבל כפייה אחרת לא, וס"ל כהרשב"א, אבל בלשון הטור אין לפרש כן, דבלשונו שנוי דין כפייה כהלכה בפ"ע, ואפשר דיש לפרש שינויא דירו' דלאו בתחתון מחלקינן אלא בעליון, דכשהעליון שם הרי התחתון מחויב להחזיקו ואף אי משכחת לה נפל הבית והעלייה קיימת היה מחויב בעל הבית לבנות ביתו, דזהו שעבודו, ולפיכך נפל הכותל כופין אותו לבנותו כדי שיחזיק העלייה, אבל נפלה העלייה לא מחייבין לבנות הבית כדי להחזיק העלייה, אלא בעל העלייה בונה ודר למטה, והלכך בבית הבד שנפחת שנפלה גם הגינה במקום הזה לא כייפינן ליה לבנותה, (ואפשר נמי לומר דתרווייהו בעי שיהא הבית קיים והעלייה קיימת), וצ"ע.

ונראה דלפי' הרשב"א והרא"ה דמתני' אתי לאשמועינן עיקר חיוב בעל הבית כלפי בעל העלייה, דאין ללמוד מכאן לענין שאר דברים הנחוצים לשותפות השותפים, כמו בית שער ודלת וכיו"ב, דדוקא בית ועלייה שבעל הבית בנה את הבית לצורך עצמו, אלא שממילא יש בזה תועלת לבעל העלייה וכן בבית הבד, בזה אמרינן שלא היה בדעת בעל הבית לשעבד כל נכסיו שאם יפול הבית ולא יהא לו בו צורך או אפשרות או רצון לבנותו שיתחייב לבנותו לצורך בעל עלייה, הלכך אין לכפותו לבנותו אלא מתוך השותפות, אבל צרכי השותפות ודאי כל שותף חייב בהם וזהו מתנאי השותפות וכופין אותו על כך כדתנן בהדיא כופין אותו לבנות בית שער ודלת לחצר, ובכלל כפייה זו מכירת חלקו בחצר או שאר נכסים, אלא די"ל דכיון דחיובו נובע מחמת שותפותו, הרי חלקו בזה כאפותיקי, ואין נזקקין לנכסים אחרים שלו אלא משכירין או מוכרין חלקו בחצר, אבל אם אירע באופן שא"א למכור חלקו בחצר ואפשר לגבות משאר נכסיו לתשלום חלקו, גובין.

והא דהעליון יורד ודר למטה אפשר דאינו מדין כפייה וגבייה, והקילו בגוף הקרקע, דהא לדעת הרמב"ן הכא מן הדין כופין, אלא משום שלא בפניו, ומה מקום לחלק בדין שלא בפניו בין נכסים לנכסים, ודוחק לומר שהוא תקנת חכמים מיוחדת לענין

שלא בפניו, דמה נשתנה חוב זה משאר חובות שלא השתדלו לתקן כלום לענין שלא בפניו, אלא כך הוא עיקר השעבוד שרשאי להקים עלייתו במקום הזה, ואם יש בית הרי הוא בונה על הבית ואם אין בית הרי הוא בונה על הקרקע, וכשבעל הבית משלם לו יציאותיו חזר הבית אליו והרי בעל העלייה בונה למעלה, וכן בבית הבד וגינה, יש זכות לבעל הגינה לזרוע במקום הזה בין אם זה על גג בית הבד בין אם זה על הקרקע, וכן לדעת הרשב"א והרא"ה, דמתני' אשמועינן שאין כופין אותו, היינו נמי דרך לירד למטה רשאי שזה בכלל זכותו לדור במקום הזה, ולפי זה לא מצאנו כלל ענין עדיפות לכפייה וגבייה בנכסים עצמם שהם גורמים את חיובו על פני נכסים אחרים.

ברם לא משמע כן, דלשון המשנה מתפרש כאילו שראוי לבעל הבית שיבנה, וכדקתני א"ל בעל העלייה לבעל הבית לבנות והוא אינו רוצה, ולכך יורד בעל העלייה ודר למטה עד שיתן לו את יציאותיו, וכאילו בכך קנסוהו לבעל הבית, וכן נראה ממה שנוטל כל יציאותיו ואינו מנכה לו כלום תמורת ישיבתו בבית אף שלמטה שוה יותר, וגם הרויח שחרוריתא דאשייתא, דעכשיו יבנה עלייתו ותהיה חדשה, וכן בגינה שעל בית הבד שנפחתה בארבעה דזורע כל בית הבד למטה, ומסתברא דרשאי גם לזרוע בגינתו, והרי הרויח טובא, ולכן לדעת הרמב"ן דבאמת ראוי לכופו אלא דליתיה קמן, יש לפרש דבתוך השותפות עביד שותף דינא לנפשיה אף שלא בפני חבריו, ואינו תקנת חכמים מיוחדת, אלא שכן ראוי מהלכות שותפות, שאם הלך אחד מן השותפין ויש חובות של השותפות רשאי השותף לשלם ולגבות מן השותפות, וג"ז כיו"ב.

ואף לדעת הרשב"א דבאיתיה קמן נמי אין כופין אותו, היינו רק שאין כופין אותו, אבל מ"מ מחוייב הוא או לבנות או למכור חלקו למי שיסכים לבנות, אלא שאין כופין אותו אלא ע"י שימוש בחלקו שבשותפות, שזה מתנאי השותפות הוא, והשותפים עצמם כב"ד על כך, ומסיעין על קיצתן מתוך השותפות, וכן נראה דה"ה בשותפין בפרה או חמור, ולא רצה אחד מן השותפים לתת חלקו במזונותיהן, הרי השותפים מונעים ממנו את השימוש בהן, ומשכירין חלקו לאחר או לעצמן, כשיעור חיובו במזונותיהם, אבל אין יכולים ליקח מביתו לכך, שלא שיעבד כל נכסיו, אף דודאי מחוייב הוא בכך, וגם אינם רשאים למכור חלקו לגמרי לאחר ולתת לו מעותיו, שזה אינו מתנאי השותפות, אבל יכולים לבקש גוד או אגוד או חלוקה בדבר שיש בו כדי חלוקה, וכן רשאים לתבעו לדין, וב"ד לפעמים רשות בידם לכופו לפי ראות הענין שנוהג שלא כשורה, לקיים חובתו בשותפותן, או למכור חלקו, אף בשא"א לומר גוד או אגוד או לחלוק, שזה מחובת ב"ד למנוע בנ"א מעול, אבל מתנאי השותפות הכפי' היא רק מתוך השותפות, וה"נ בבית ועלייה שנפלו רשות ביד בעל העלייה לבנות למטה ולדור, וכן רשות בידו להשכיר לאחר את המקום לבנות בית ולדור עד שהלה יתן לו את יציאותיו, ובעל העלייה יבנה על גביו, ויש להסתפק אם אין האחר חפץ בכך אא"כ לא יוכל בעל הבית לפנותו משך זמן מסויים אם ג"ז רשות ביד בעל העלייה להסכים, ולפי זה ה"ה בעל העלייה עצמו נמי אם בונה הבית רשות בידו לא לפנותה למשך זמן, לפי ראות ב"ד שבאמת גם אחר היה עומד על תנאי זה, שאין אדם מתיגע ומוציא הוצאות לבנות בית לאחרים], וכ"ז מדין כפייה לבעל הבית מתוך השותפות.

וכן יש לדקדק מדברי הרמ"ה ב"ב ז' ב' שכתב דאחד מבני חצר שלא רצה לתת חלקו בבניית בית שער או דלת, הרי השותפין משכירין חלקו וגובין כדתנן בבית ועלייה של שנים שנפלו, ואם הוא עצמו דר בחלקו, [כלומר וא"א להשכירו], הרי ממשכנין

אותו, הנה למד ז"ל מהא דבית ועלייה שכוּפין להשכיר חלקו, הרי שירידת בעל העלייה למטה מדין כפייה היא, ולא משום שזה זכותו לבנות ביתו במקום הזה, ומה שסיים שאם הוא דר ממשכנין אותו, היינו משום שהוא דר שלא ברשות, שהרי כיון שאינו מקיים את חובתו בשותפות הרי השותפין רשאים למונעו מלהשתמש בחלקו, וכשהוא משתמש ממשכנין אותו, [ומיהו רהיטת לשון הרמ"ה משמע שכשאינו דר שם ואינו נהנה לא ממשכנין ליה ורק משכירין חלקו, אבל כשהוא דר שם ונהנה ממה שעשו אז משכנין נמי ממשכנין ליה, א"נ דלעולם ראוי למשכנו אלא דכיון דסגי בהשכרת חלקו, הא עדיף, ולפי זה מתני' דהבית והעלייה היינו נמי כיון דאפשר שהעליון יבנה למטה לא ממשכנין ליה וכדעת הנה"מ סי' קס"ד], וצ"ע.

שו"ע סי' קס"א ס"ד אם אחד מבני החצר כו' וישכירו ביתו כו', ואם הוא דר שם משכנין נמי ממשכנין ליה, כ"ה ברמ"ה שממנו מקור דין זה, ולמש"כ לעיל י"ל דאף הרשב"א והרא"ה דסברי בבית ועלייה שאין כופין לבעל הבית לבנות, מ"מ הכא י"ל דכופין, והלכך אית לן למינקט הכי כיון דלא אשכחן מאן דפליג, וכ"כ בנה"מ כאן, וכש"כ בכותל דהיזק ראייה דחיובו מדין מזיק וכמש"כ לעיל ב' א', דודאי כופין אותו למכור שאר נכסיו ולבנות הכותל, או שימכור חלקו, וכן דעת הנה"מ בסי' קנ"ז סק"ב, ומש"כ שם בשו"ע ס"ג בהגה"ה שאם אחד עני ואחד עשיר דינו כמו בהבית והעלייה, יש לפרש דהיינו בשהוא עני וא"א לכפותו לבנות, ואמנם אפשר לכופו למכור חלקו, אלא דהכא איירי בשאין העשיר דורש לכופו על כך, [וכמבואר שם בתחלת דבריו שכתב שאם רוצה לבנות בשלו א"צ יותר, והיינו שמסכים על כך שאינו חפץ לנשל את חבריו מחלקו], ואשמועינן שבונה משלו על מקום שניהם ואין חבירו רשאי להשתמש בו עד שיתן לו יציאותיו, ואם העשיר, ב"ד כופין אותו על כך, אף כשאינו רוצה להשתמש בכותל, אלא דלא איירי כאן בכפייה, אלא שניהם שואלין מרצון את חובתם במצב זה שאין ביד העני לבנות. (ס"א ס"ק ט"ו).

שם קנה בה בית דירה הרי הוא כאנשי העיר מיד, לפו"ר לא מצאתי מבואר אם ה"ה לענין נדרים ועיר הנדחת, שו"ר בספר מרן זללה"ה יו"ד סי' קנ"ג סק"ד עי"ש. (הלכות מזוזה ס"ז סק"ז).

תוד"ה אין, עי' מש"כ לקמן ס"ה א'.

ח' א' מיושבי העיר כל שנשתהא שם שלשים יום, עי' מש"כ בהלכות מזוזה ס"ז סק"ז בדברי התו' מנחות מ"ד א'.

ט' א' הנהו בי תרי טבחי דעבדי עניינא כו', עי' מש"כ בב"ק ק"ב ב' סק"ז בדברי הרמב"ן כאן.

ט' ב' רש"י ד"ה ביום, מצורע מטמא בביאה ילפינן מדכתיב מחוץ למחנה מושבו שיהא מושבו טמא כדאיתא בתו"כ הובא בר"ש פי"ג מ"ז, [אבל מהא דאיתקש למת לא ילפינן לה, דאי הוי ילפינן ממת הוי לן למילף דמטמא באהל ולא בביאה, וכמ"ש הגרע"א ז"ל ב"ב ט' ב'], ואפשר דאבן המנוגעת נמי ילפינן מדכתיב אל מקום טמא וכן פירש הראב"ד בתו"כ בהא דדרשינן מזה שיהא מקומו טמא דהיינו שמטמא באהל, ועי' ר"ש פי"ב מ"ו, ובגדים ילפינן בהיקישא מבית כדאיתא בתו"כ הובא בר"ש פי"ג מ"ח, וילפינן דמטמא בכזית מדאיתקש למת כדאמר יבמות ק"ג ב'. (נגעים סי"א סק"ג).

י' ב' והתניא האומר סלע זה לצדקה בשביל שיחיו בני כו' ל"ק כאן בישראל כאן בעכו"ם, הכונה שישראל נותנים לשם מצוה ומבקשים שזכות מצוה זו תגן על בניהם או עליהם, משא"כ העכו"ם שנותנין רק בשביל התמורה שמבקשים, וזו כונת

רש"י כאן ותו' בר"ה ד' א' שכתבו דהא דתנן פ"ק דאבות מ"ג אל תהיו כעבדים המשמשים את הרב ע"מ לקבל פרס היינו באומות העולם שתוהין על הראשונות, עי' בדבריהם בע"ז י"ט א', ולכאורה פשטא דמתניתין דאל תהיו כעבדים המשמשים את הרב ע"מ לקבל פרס משמע שאמר כן לתלמידיו, וחלילה לחשדם שתהו על הראשונות כעכו"ם, אלא יש לפרש דאף שהוא צדיק גמור אבל אינו דומה לעושה מאהבה, וכבר כ"כ בחדושי הר"ן פסחים ח' ב' וכן בתו' ה"ר פרץ שם. (ר"ה ד').

תנן באבות פ"א מ"ג אל תהיו כעבדים המשמשים את הרב על מנת לקבל פרס כו', בפשוטו מה שהודיעה תורה השכר על המצוות והעונש על העבירות, הוא להקל על האדם במלחמתו נגד היצר, והיינו שדברים אלו ישמשו לזרז את האדם לקיום המצוות, ואינו ענין לשלא לשמה שהוא לשם פניות אחרות, ולכן יש לפרש דהכא מדת חסידות קאמר, דראוי להיות מן העושים מאהבה מבלי להתיחס לשכר, וכן פירש בר"ן פסחים ח' ב', וגם לשון אל תהיו כו' אלא הו' כו' משמע דלאו בעושים שלא כהוגן איירי, וגם הרי לתלמידיו קאמר, [ולכן צ"ע במש"כ תו' פסחים שם ור"ה ד' א' וע"ז י"ט א', דעל מנת לקבל פרס מתפרש בתוהא על קיומם אם לא יקבל פרס, וכדאמרינן בר"ה שם כאן בישראל כאן בעכו"ם, והיינו דעכו"ם מתחרט על קיומם אם לא יקבל פרס], ולשון על מנת הוא כעין ע"מ להניח דמו למחר זבחים ל"ה ב', ולא כלשון על מנת שתתני לי מאתים זוז, שהוא כעושה על תנאי.

וכן ברמב"ם פ"י מה' תשובה מתבאר דבמדת חסידות איירי מתני', שכתב דעל מנת לקבל פרס נקרא עובד מיראה, ואינה מעלת הנביאים ולא מעלת החכמים, ועי"ש עוד בה"ד, אלא דצ"ע דבהלכה ה' שם כתב דהעוסק בתורה כדי לקבל שכר או שלא תגיע עליו פורענות הר"ז עוסק שלא לשמה, וצ"ל דכלפי העושים מאהבה נקרא גם זה שלא לשמה, אבל אינו השלא לשמה שאמרו עליו ברכות י"ז א' דנוח לו שלא נברא, ועי' סוטה כ"ב ב' ובמש"כ שם, ועי' בתו' שם ושם. (אבות פ"א).

י"א א' מתני' אין חולקין את החצר כו', נתבאר לעיל ב' ב'.

שם ולא את השדה, לא מצאתי שיעור שדה לענין חלוקה בשדה של צונמא שאינה ראויה לזריעה, וקצת משמע בסוגיא כ"ט ב' דשיעורה כשדה הראויה לזריעה, ועי' בטוח"מ סי' קע"א סי"ז בשם הרמ"ה דמשמע דמשטח פירי ראוי גם בשטח קטן, ומיהו התם בחצר.

י"א ב' בית שער אכסדרה ומרפסת יש להן ארבע אמות, א"ה, עי' חו"ב עירובין פ"ג ב' דבני מרפסת יש להם זכות שימוש בחצר ולא רק דריסת הרגל, וכן נראה דלעולם בני עלייה הם שותפים בשימוש בחצר, וכן משמע מהא דיהבינן למרפסת ד"א בחצר כנגדה כמו דיהבינן לכל הפתחים, ומינה דכי היכי דלכל הפתחים היינו חוץ משותפותם בכל החצר ה"נ לבני מרפסת, והא דאמרינן ב"מ קי"ז ב' דלבעל העלייה תילתא, היינו ממקום הבנוי של הבית שתחתיו.

שם אבל פרץ את פצימיו בני מבוי מעכבין עליו, עי' מש"כ לקמן כ"ג א' בהא דמעכבין עליו אף דלמה זה יוותר על זכותו לעולם, ומי ביקש זאת מידו, אלא דכן הוא תנאי השותפות שמהסיח דעתו מן הפתח זכו השותפים בשימוש בלא פתח ותו לאו כל כמיניה לפתחו, דבתחלת קנייתו ידוע דאפשר שיתבטל הפתח ועל מנת כן קנו.

י"ב א' פרץ את פצימיו כו', א"ה, ראיתי להעתיק מש"כ בזה בחו"ב אהללות.

יש להסתפק אי בפתח טפח שבבית איכא לדינא דלא פרץ את פצימיו, דאפשר דדוקא בפתח גמור מהני הא דלא פרץ את פצימיו דלא למיחשביה כקבר סתום, דבסתמא עומד להפתח, אבל בפתח טפח כיון שאינו פתח גמור י"ל דכל שנסתם

חשיב כסתום לעולם, [בביב וכיו"ב פשיטא דאף בפתח טפח איכא לדינא דלא פרץ פצימיו, והכי מוכחא מתני' פ"ג מ"ז ע"י מש"כ לקמן ק' ב', וכל הנידון בבית] ואת"ל דגם בזה אמרינן דבלא פרץ פצימיו עדיין שם פתח עליה, אכתי תיבעי לך אם זה דוקא לטומאה פחות מטפח, אבל למת שלם כיון שאינו יכול להוציאו דרך כאן, לא אמרינן דעתיד לפתחו כיון שאין תועלת בפתיחתו, והו"ל בדין קבר סתום, או"ד ל"ש, ומסתברא דל"ש.

והלום ראיתי ברמב"ם פ"ז ה"א שכתב בבית סתום שמטמא כל סביביו מדין קבר סתום, וז"ל נפתח בו פתח אפי' סתמו אם לא פרץ פצימיו הנוגע בו מאחוריו ומגגו טהור ואין טמא אלא כנגד הפתח וכמה יהיה שיעור הפתח שלם המת פתחו בארבעה טפחים וכזית מן המת פתחו בטפח וגדול מכזית הרי הוא כמת ופתחו בארבעה, עכ"ל, ופשטות הדברים משמע דבגדול מכזית ונפתח פתח פחות מארבעה טפחים עדיין מטמא מדין קבר סתום, אם לא דנדחוק דדוקא בנסתם קאמר, ואף דלענין כזית מהני לא פרץ את פצימיו אף בפתח של טפח מ"מ לענין מת שלם כל שפחות מד"ט ונסתם חשיב כפרץ את פצימיו, וגדול מכזית כמת, אבל זה דוחק.

ומיהו למש"כ בשטמ"ק ב"ב י"ב א' בשם ה"ר יהונתן דבית סתום שאין בו דין קבר סתום [משום שדעתו לפנותו מ"מ הנוגע בכתליו טמא משום סוף טומאה לצאת, [ואפשר הטעם דכל נגיעה חשיבא ככניסה לפנים משהו, אלא שהכותל חוצץ, וכיון דמחמרינן שמא כאן עתיד להפתח הרי מחמרינן למיחשביה כנכנס משהו בתוך חלל הפתח], יתכן לפרש כן גם בכונת הרמב"ם דלכך לא מהני פתח פחות מארבעה טפחים דעדיין הנוגע בו טמא מדין סוף טומאה לצאת, אבל באמת מדין קבר סתום נפיק אף בפתח טפח, ואף דבתחלת דבריו הזכיר הרמב"ם דגם הנוגע בגגו טמא, מ"מ באיכא פתח פחות מארבעה טפחים רק הנוגע בקירותיו טמא, ומ"מ רהיטת הדברים משמע דבליכא פתח של ארבעה טפחים חזר לדין קבר סתום, וצ"ע.

לכאורה נראה דבקבר סתום לא מטמאין מדין סוף טומאה לצאת, כגון בית שנסדק ואין בסדק כדי חוט המשקולת והיה קבר סתום בפנימי, דכה"ג בטומאה בפנימי החיצון טמא כדתנן פי"א מ"א בה"א כל שהוא והיינו מלא חוט המשקולת כמש"כ הר"ש מתוספתא וכ"ה ברמב"ם פט"ו ה"ו, אבל בקבר סתום נראה דהחיצון טהור, דכל ענין קבר סתום הוא שאין סוף הטומאה לצאת ממנו, ולכך יש בו טומאת קבר, ואין לשמש שני הפכים כאחד, דאם סופו לצאת אין ראוי למיהב ליה דין קבר, בין אם סוף טומאה לצאת דאוריתא בין אם הוא דרבנן, ועוד איכא נפ"מ לדעת הראב"ד פ"ז ה"ד דקבר סתום שיש בו טפח על טפח פנוי אינו מטמא באהל, דלפ"ז זיזין היוצאין מן הבית שפרץ את פצימיו אינם מטמאים תחתיהם מדין קבר סתום, אבל אפשר לטמא תחתיהם משום סוף טומאה לצאת.

אבל לא כן מבואר בשטמ"ק ב"ב י"ב א' בשם הראב"ד וז"ל בית סתום אינו מטמא כל סביביו אם יש שם מת לפי שאינו כקבר פרץ את פצימיו הרי הוא כקבר סתום ומטמא כל סביביו במגע מפני שהוא כענין גולל ודופק וי"מ אפי' באהל אם יש לפניו תקרה בכל סביביו והטעם מפני שסופה לצאת משם ולא הוברר מאיזה מקום תצא כו' עכ"ל, הנה לשיטתו אזיל דכשיש בקבר טפח על טפח פנוי אינו מטמא באהל, ולכך אין לטמאות סביבות הבית מדין קבר וכמו בטומאה בכותל ומקומה טפח על טפח בפ"ז מ"א, דהתם בדליכא טפח על טפח פנוי, ורק במגע שייך לטמאות כמש"כ הראב"ד פ"ז ה"ד, ולכך אין לטמאות בתקרה הבולטת סביב הבית אלא מדין סוף טומאה לצאת, הרי מבואר דאף בקבר סתום מטמאין משום סוף טומאה לצאת, ומה שכתב כן בשם י"מ, נראה דהוא משום דבדליכא פתחים כלל לא

מצאנו בגמרא סוף טומאה לצאת, ובאמת דעת הרמ"ה בב"ב שם דכה"ג לא אמרינן סוף טומאה לצאת לטמאות כל סביביו, לכך כתב הדבר בשם י"מ, אבל מדין קבר סתום משמע דפשיטא ליה דשייך גם בזה דין סוף טומאה לצאת.

ועי' עוד בשטמ"ק שם בשם הר"י דמשמע דפירש סוגיין בשדעתו לפנות המת מן הבית, הלכך אין כאן דין קבר סתום ורק משום סוף טומאה לצאת מטמאין סביביו וכתב ז"ל דהנוגע בכתלי הבית אף בדליכא קירוי כלל חוץ לכתלים טמא משום סוף טומאה לצאת דשמא יפתחו פתח במקום הזה, ולפי זה יש להוכיח דבקבר סתום לא אמרינן סוף טומאה לצאת, מהא דתנן פ"ז מ"א נפש אטומה הנוגע בה מן הצדדין טהור, ומיהו אין זה ראיה דנפש אטומה ככל טומאה רצוצה חשבינן לה ולא אמרינן כלל דסופה לצאת, דדוקא בנמצאת באהל אמרינן דסופה לצאת, ולא במונחת סתם מכוסה בעפר או באבנים.

ובתו' ב"ב שם וכן בשבת קמ"ו ב' פירשו נמי דה"ט דבפרץ פצימיו מטמא כל סביביו, משום דלא ידעינן מהיכן יוציאו, ומשמע דמפרשי נמי דליכא משום קבר סתום, דבקבר סתום הרי טמא כל סביביו מן הדין כדתנן רפ"ז ואף בסמך לה סוכה מטמאין רבנן עי' רמב"ם וראב"ד פ"ז ה"ז, ואפשר דהיינו כטעמיה דהר"י שבשטמ"ק דכיון דדעתו להוציאו לא חשיב קבר, אבל בב"ב ק' ב' נקטו דבית שפרץ פצימיו הוא בדין קבר, וכן בר"ש פ"ז מ"ג, [ודברי התו' בשם הר"ש הם, ושמא תלוי בדעתו], וכן מבואר בדבריהם שם דקבר סתום אף באיכא אור טפח פנוי מטמא באהל ודלא כדעת הראב"ד. (אהלות ס"ב סק"ב-ג', ועי"ש בסק"ד).

י"ג א' אית דינא דגוד או אגוד כו', סוגיא דגוד או אגוד יתבאר להלן.

שם בכור ופשוט שהניח להם אביהן כו', יתבאר להלן סק"א.

שם מיתבי מי שחציו עבד כו', בדברי התו' בזה לקמן ב' ד"ה שמע, עי' מש"כ להלן סק"ב.

שם מי שחציו עבד וחציו בן חורין עובד את רבו יום אחד ואת עצמו יום אחד דברי ב"ה, יש לעי' מאי קמ"ל, ולא משמע דלאפוקי מב"ש קאתו, ואפשר דאתי לאשמועינן דלא אמרינן דביום של רבו יזכה רבו במה שהרויח ביום של עצמו, דמה שקנה עבד קנה רבו, אלא דמה שהרויח ביום של עצמו נשאר לעצמו, והיינו דלעולם עובד את עצמו יום אחד, ועי' בקצה"ח סי' רמ"ט סק"ב שהביא דבירושלמי דגיטין לענין מציאה איירינן בהא, ונראה דיש לפרש דבניחותא קאמר שא"צ למחר לתת המציאה לרבו עי"ש, וזה דלא כדנקט בקצה"ח שם, ואפשר עוד דהא דאמרינן גיטין מ"ב א' דנגחו שור יום של רבו לרבו יום של עצמו לעצמו, וזה חידוש דמה שקבעו ביניהם סדר החלוקה קובע הלכות כאילו הוא בן חורין ביום של עצמו ועבד ביום של רבו, דכך מתפרשא מתני' עובד את רבו יום אחד כדין עבד, ועובד את עצמו יום אחד כדין בן חורין, דחידוש זה אינו אלא כשהסכימו על חלוקת ימים, אבל אם הסכימו על חלוקת שעות, לא נימא דבשעה של עצמו לעצמו, אלא הרי הם כשותפים דעלמא וחולקין במלאכתו, ולפי זה גם זה בכלל חידוש המשנה דחלוקת ימים הוא הראוי, וקובע הלכות, וצ"ע בזה. - לענין מצוות עשה שהזמן גרמא מבואר בר"ה כ"ט א' לענין שופר דחייב, וה"ה בכל המצוות כמ"ש המ"מ פ"ו מה' סוכה ה"א, והיינו גם ביום של רבו, וכדאמרינן גיטין מ"ב א' איסורא לא קאמרינן.

עוד אפשר דבכלל חידוש המשנה, דביום שעובד את רבו הוא בדין עבד לכל דיניו, ויוצא בשן ועין ודלא כר"א ב"ק צ' א', [ולמ"ש הרמב"ן ב"ב נ' א' הרי חצי עבד וחצי בן חורין השנוי בב"ק שם היינו חציו עבד וחציו בן חורין דמתני' ודלא כמו שפירשו תו' בב"ק שם, ומשמע דדוקא לר"א דבעי עבדו המיוחד לו אינו יוצא

בראשי אברים, הא לרבנן יוצא, ולפי' תו' בב"ק שם כתב הב"י ביו"ד סי' רס"ז דבחיצי עבד וחצי בן חורין דמתני' גם לר"א יוצא בראשי אברים], וכן הוא בדין יום או יומים וכן רשאי לעבוד בו בפרך דכעבד גמור דיינינן ליה, [וזה דלא כהקצה"ח סי' קע"א סק"א שפירש דברי הרשב"א בשבת ד' א' שכתב דבחיצי עבד וחצי בן חורין ליכא משום לעולם בהם תעבדו, דהיינו משום שאינו רשאי לעבוד בו בפרך, ולא מצאנו שתהא מצות לעולם בהם תעבדו לעבוד בהם בפרך, ודברי הרשב"א מתפרשים כפשוטם דכיון דאינו יכול לעבוד בו לעולם שהרי עובד את עצמו יום אחד, ממילא לא קרינא ביה לעולם בהם תעבדו], והא דפריך גיטין ל"ח א' ואביי משום איסורא לא כו' שחציה שפחה כו', צ"ל דהו"מ לחלק בין שפחה לחציה שפחה וחציה בת חורין אלא דבלא"ה משני שפיר, שוב שמעתי שבספר יד שאול יו"ד סי' רס"ז מובא בשם הגר"א די"ל דשפחה זו האדון שחרר חציה והרי הוא באיסורו לגמור השחרור, ואין דברי הרשב"א אלא בעבד של שני שותפין, דהשני אין עליו איסור, והיינו פירושו דעובד את רבו יום אחד, דעובדו כעבד לרבו בכל דיניו. - יש להסתפק אם מהא דקתני תחלה עובד את רבו יום אחד יש לדייק דכן הוא הסדר הראוי דיש להקדים יום של רבו, או דלאו דוקא נקט, ועי' בחו"ב גיטין מ"ב ב' בשם ראב"ן. (גיטין מ"א א').

שם תקנתם את רבו את עצמו לא תקנתם, עי' מש"כ בחגיגה ב' ב' בדברי התו' שם דדינא דב"ה דעובד את רבו יום אחד כו', הוא תקנה כיצד לנהוג בשותפותן, דכמה אפשרויות ישנן בחלוקת השותפות, ותיקנו ב"ה חלוקת ימים, ולפי זה היה ראוי לומר תקנתם את הממון, שחלוקת הימים הוא תועלת גם לעבד, אבל לא תקנתם את אפשרות הנשואין, אלא לפי שהעבד כולו נשכר, שנשתחרר חלק, לכך חשבינן את התקנה של הממון לרב, שתיקנו לו שלא יפסיד ע"י השחרור, ועי' מש"כ שם עוד בגירסת הר"ר משולם.

שם כופין את רבו ועושין אותו בן חורין, א"ה, בדברי הגרע"א והתפארת למשה בענין עבד זקן וסריס אם כופין את רבו לשחררו, עי' מש"כ בזה בערכין ב' ב' בסוגיא דהתם. - עי' מש"כ לקמן קמ"ט א' סק"ג בהא דמשמע דאין כופין אותו לקבל השטר בתורת כסף וישתחרר בזה.

שם ועושין אותו בן חורין, א"ה, בדברי התו' בחגיגה ב' ב' ד"ה כופין שכתבו אפילו לשמואל דאמר המפקיר עבדו יצא לחירות וא"צ גט שחרור הכא דטבא ליה עבדו ליה לעשות שחרור גמור, דמשמע מדבריהם דהשתא באמת נעשה השחרור ע"י השטר שחרור שנותן האדון, ולא דהשחרור נעשה בהפקר ב"ד אלא שהוסיפו גם לחייבו לתת לו שטר שלא יאמר לו עבדי אתה, עי' מש"כ בחו"ב חגיגה שם מה מועיל השטר שחרור שניתן לבן חורין כיון דגם קודם השטר שחרור כבר אין לאדון עליו שום אדנות,

שם וכותבין שטר על חצי דמיו, נראה פשוט דשיימינן ליה כמה שוה עכשיו חצי העבד, ואף שנפחתו דמיו מדמי חצי עבד שלם, דכל דבר משותף נגרע מערכו, מ"מ אין לנו אלא שויו כעת, והפסד זה שנגרם ע"י השחרור של החצי, אין על העבד לשלם, ולפי זה הו"ל לגמ' למימר וכותב לו שטר על דמיו, אלא דאי הוי נקט הכי הו"א דשמין לו דמיו כפי מה שנמכר בשטר לזמן ארוך מבלי קצבה, שהרי זהו שנותן לאדון, להכי נקט דשמין חצי דמיו כפי מה ששוה להמכר בכסף, וע"ז כותב לו העבד את השטר. (חגיגה ב' ב').

שם ת"ש שני אחין אחד עני ואחד עשיר והניח להם אביהם מרחץ ובית הבד כו', יתבאר להלן סק"ג.

תוד"ה בכור אבל בכור ופשוט קשיא ליה אם יעבוד לבכור ב' ימים הרי נטל הבכור יותר מפי שנים כו', עי' מש"כ בזה להלן סק"א.

תוד"ה שנאמר ובפ"ב דבמגילה נמי מיייתי להאי קרא כו', לכאורה התם י"ל דאוסופי קמוסיף דמלבד מצות פ"ו יש גם ענין דלא תהו בראה, [ובאמת נחלקו בשו"ע אה"ע ס"א ס"ח אם מותר למכור ס"ת לישא אשה למי שכבר קיים פ"ו, עי' מלחמות פ' הבע"י], אבל בגוונא דליכא משום פ"ו, י"ל דלא תהו בראה לא אלים כמו מצות פ"ו, ומיהו לענין מכירת ס"ת יש מקום לומר דגם משום מצות שבת מותר למכור, דהא אין אדם חייב להוציא על מ"ע יותר מחומש נכסיו, וכמ"ש בשו"ע או"ח סי' תרנ"ו, וא"כ מי שיכול לעשות מ"ע בחומש נכסיו, והלך ולקח אשה באופן שלא יספיק חומש מהנשאר בשביל קיום העשה, ודאי לא עשה שום דבר שלא כהוגן, וא"כ גם כשכבר קנה הס"ת יש מקום לומר דרשאי להוציא הוצאות באופן שהס"ת יהא יותר מחומש נכסיו, אלא די"ל דכל שכבר יש לו ס"ת אינו רשאי למכור אותו אף כשעכשיו הוא יותר מחומש נכסיו, וצ"ע, וביבמות ס"ו א' משמע דאי ליכא משום פ"ו לא כפינן לשחרר, דפרכינן התם ואשה לא מיפקדא והאר"א בר רב קטינא אר"י מעשה באשה אחת שחציה שפחה וחציה ב"ח וכפו את רבה כו', ואם איתא דמשום שבת לחוד נמי כופין, דילמא משום שבת כפוהו לשחררה, ולעולם אפ"ו לא מיפקדא, ושמא ס"ל לגמ' דמאן דלא מיפקד אפ"ו לא מיפקד נמי אשבת, א"נ מהנהו עובדי דמיייתי התם משמע לגמ' דאף אשבת לא מיפקדא ואהא פריך, אבל בתו' גיטין מ"א ב' פשוט להו דשפחה נמי מיפקדא אשבת, וכן גם ראוי לכופ' לשחרור משום שבת לחוד, אלא דכיון דאין כופין אשבת, אין אנו בטוחים שתקיים שבת לאחר השחרור ולכך אין כופין, וצ"ע דאם עומדת וצווחת שתקיים, למה יגרע זכותה וגם בסתמא טב למיתב טן דו ולמה נחוש שתתעגן. (חגיגה ב' ב').

תוד"ה כופין וא"ת אמאי כופין ליתי עשה כו', א"ה ראיתי להעתיק מש"כ בזה בחגיגה ב' ב'. בתו' ב"ב י"ג א' כתבו עשה דפרו ורבו, וכן בדין דהא דלשבת יצרה הוא עשה דדברי קבלה ואינו בדין שידחה ל"ת, אך קשה לפ"ז דא"כ לאחר שיקיים פ"ו שוב יאסר בה וא"כ אח"כ נצטרך לכופ' לאדון משום שבת, וא"כ כבר עדיף לכופו עכשיו, ומיהו אם האדון מבקש להמתין ואח"כ ישחררו לכאורה אינו בדין לכופו, ועו"ק דהא העשה הוא על חצי בן חורין, והאיסור הוא על החצי עבד ואין כאן עשה דוחה ל"ת, ולומר חטא בל"ת כדי שיזכה חבירך בעשה לא אמרינן, וגם י"ל דגזירה ביאה ראשונה אטו ביאה שניה, דלאחר שתתעבר יאסר בה, ובב"ב כתבו דהיא לא מיפקדא, וגם יכולה באחר, ואיכא למימר דעדיפא וקושטא קמשנו, אבל בחגיגה שנדחקו משום דאפשר בכפייה לכאורה הני שינויי עדיפא, ומיהו נראה דחדא מתרי ותלת שינויי נקטו התם וסמכו על דבריהם במק"א.

בא"ד דבעידנא דמיעקר לאו לא מקיים עשה, א"ה, בקושית הטו"א ריש חגיגה דהא אי אפשר בענין אחר ולא בעי בעידנא, עי' מש"כ בחו"ב זבחים צ"ז ב' דלא אמרו כן אלא במידי דתחלת מצותו בכך, ולא במאורע של חציו עבד וחציו בן חורין.

בא"ד ועוד כיון דאפשר לקיים שניהם ע"י כפייה, צ"ע מה תשובה היא זו, וכי חייב אדם לתת ממונו לאחר כדי שההוא לא יזדקק לעשה דוחה ל"ת, וכש"כ שאין לכופ' על זה, ושמא הכא שאני, כיון שהעבד מעכב על הבן חורין, וצ"ע.

בא"ד וא"ת אמאי כופין וימכור עצמו בעבד עברי כו', עי' בתו' חגיגה ב' ב' שכתבו ולמכור עצמו לא מצי כדי לישא שפחה דהא גר אינו נמכר בעבד עברי כו', ונראה דקושטא דמילתא ועדיפא קאמרי, אבל גם אם היה נמכר בעבד עברי, אכתי אין הדבר פשוט דחצי עבד עברי מותר בשפחה, ואף כשהחצי השני הוא עבד כנעני,

די"ל דלא שייך לצרפם, אלא דדבריהם הם אף אם נימא דגם כה"ג מותר בשפחה. ובעיקר קושייתם נראה דאין לנו לחייב בן חורין להמכר בעבד עברי, וטפי עדיף לכוף האדון לשחררו, ותדע דהא העבד כותב שטר על חצי דמיו, ואמאי לא ימכור עצמו ויחזיר הדמים לאדון, ואף דאין גר נמכר בעבד עברי, מ"מ ימכור עצמו בלא הלכות עבד, וא"ת שאין מי שיקנהו כיון שיכול לחזור בו, אכתי האדון עצמו יקנהו, דבלא"ה לא מפסיד מידי, שאם יחזור בו ישלם כמו שישלם השטר, אלא ודאי אין לנו לחייב בן חורין להמכר, ובזה נמי ניחא משה"ק בטורי אבן מההיא דיבמות ק' א' דהגדילו התערובת כופין ומשחררין זא"ז, ואמאי ימכרו עצמם על תנאי, ומיהו התם בלא"ה ניחא דכופין על מדת סדום, דאין לנו לשעבדם לעבדים בחנם, וגם עשה דלעולם בהם תעבודו ליכא כיון שאינם יכולים להשתעבד זה בזה כלל.

בא"ד דאין זה תקנה להרבות ממזרים בישראל, לכאורה הרי אין אנו מתקנים כלום, אלא דיינינן אם יש לכוף לאדון לשחררו או לא, וכיון שיכול לקיים שבת ע"י ממזרת, מנין לנו לומר שיש לכוף לאדון, וי"ל דסברא דאין להרבות ממזרים בעולם, מהני שאין לחייב את העבד לישא ממזרת משום מצות שבת, דיכול הוא לומר שאין רצונו להרבות ממזרים ושלא יוכלו לבא בקהל, וכיון שכן הדרינן לכוף לשחררו משום לא תהו בראה לשבת יצרה, ומיהו משום מצות פריה ורביה יש להסתפק אם יכול לפטור עצמו בטענה שאינו רוצה להביא ממזרים, אלא דמשום פריה ורביה הרי אין כופין, ועוד דלאחר שיקיים פריה ורביה נצטרך לכוף לאדון משום שבת, וא"כ מוטב לכופו עכשיו. (חגיגה ב' ב').

בדין גוד או אגוד

א) י"ג א' בכור ופשוט שהניח להם אביהן עבד ובהמה טמאה כיצד עושין א"ל שאני אומר עובד לזה יום אחד ולזה שני ימים, יש לעי' אכתי הניח להם כסות ומנעלים כמדת אחד מהן מאי איכא למימר, וי"ל דבכה"ג פשיטא ליה דאמרינן גוד או אגוד או נמכור לאחרים, דודאי עשרה אחים שהניח להם אביהם שולחן אחד אין משתמשין בו כולם בב"א או בזא"ז אלא מעלין אותו בדמים, אפילו אין כולם רוצים, אלא שזה מהלכות ב"ד להציל עשוק ולקבוע משפטים ישרים, אבל נידון פלוגתת ר"י ור"נ היא אם מהלכות שותפות איכא דין גוד או אגוד, שכשם ששותפים בחצר בשימוש משותף זכאים לבקש חלוקת שטח, וכן שותפים בבית בשיתוף זמנים, רשאים לבקש חלוקת שטח, אם יחלק שמו עליו, שזה מתנאי השותפות, ה"נ נחלקו אם גוד או אגוד הוא גם זכות השותפים, דכל תנאים נאותים חשיב כהתנו מתחלה, דסתמא אדעתא דהכי נשתתפו, וה"נ אם גוד או אגוד הוא דבר נאות בשותפים ה"נ כהתנו עליו, ולפי זה אף ביש אפשרות של שימוש משותף בחילוק זמנים וכיו"ב באופן שאין לב"ד ליזקק משום הצלת האחד, מ"מ יש זכות לשותף לבקש גוד או אגוד, והיינו דפריך מעבד ובהמה טמאה דאף שיתכן שיעבוד לזה יום אחד ולזה שני ימים, מ"מ כיון שאינו מכוון כ"כ לחלוקה יפה לפירוש ר"ת, ראוי לתת זכות גוד או אגוד, והראיה הוא על הסברא שאם בכה"ג ראוי למיתב ליה זכות של גוד או אגוד, א"כ לעולם יש להכליל זכות זה בתנאי שותפות בסתמא, ויורשים זכאים לכל זכות של שותפים.

מש"כ תו' שאין החלוקה שוה לפי שהבכור יוכל להשתמש בעבד מהלך שני ימים משא"כ הפשוט, צ"ע דבפשוטו גם זה בכלל הפי שנים, והגע עצמך שהיו שלשה אחים ונשתתפו שנים ביניהם, האם עי"ז נגרע זכות השלישי, וה"נ השתא, ועוד דאפילו אם זה זכות נוסף הרי הוא בדין זה נהנה וזה לא חסר, לגבי זכות זה, ועוד דאפשר לחלק לשבועות וחדשים באופן שכל השימושים המעשיים יהיו לשניהם,

ואפשר דחלוקה שאינה שוה בבע"ח הוא מקור נפתח לריב וסכסוכים לומר שהעבדים יותר מדאי או שהאכילם פחות מדאי, וכיו"ב ברפואתם ומלבושם ושאר צרכיהם, ובני אדם נמנעים משיתוף כזה, משא"כ בחלוקה שוה, וכנראה זו כונת רש"י ז"ל, ומיהו לפר"י ניחא בפשיטות, וגם רבא ידע דלא יתכן דיורשים בכור ופשוט יטלו בשוה בשימוש עבד ובהמה טמאה, אלא דאיהו סבר דמזה מוכח דין גוד או אגוד בעלמא, וכיון שיכול לומר גוד או אגוד יכול נמי לבקש חילוק העבודה והשימוש לפי ערך חלקו, דכבאין להשתתף דמי, ור"נ אהדר ליה דלענין סברא דשור לחרישה ועומד לחרישה ודאי יש לחלק בין יורשים לשותפים ואין להוכיח מזה דאף בעלמא אמרינן גוד או אגוד.

(ב) שם מי שחציו עבד כו', בתו' פירשו דלשון המשנה מוכיח שאין שום אפשרות לקיים שבת אלא בכפיית הרב, ומשמע מזה דאפילו יש כסף לעבד אין בידו להשתחרר, ויתכן עוד דאם היה כאן דין גוד או אגוד ונמצא שעיקוב השחרור תלוי בחסרון כסף, לא היה ראוי לכפות לאדון שהוא יסחררו, אלא כל ישראל חייבין לעזור בזה שיוכל לפדות עצמו, והיו מסייעין אותו מן הצדקה, אבל לפי שאף בממון אין בידו להשתחרר וע"כ לכפות האדון, כבר לא חילקו חכמים בדבר לחייב העבד להשיג כסף, וחייבו את האדון לשחררו תמורת שטר של העבד.

(ג) שם ת"ש שני אחין אחד עני ואחד עשיר והניח להם אביהם מרחץ ובית הבד כו', שותף יכול למכור חלקו בע"כ של שותפו למי שירצה, [אא"כ השותף עצמו רוצה לקנותו דאז הוא קודם מדין בר מצרא], וכן יכול להשכירו, וכמ"ש בסמ"ע סי' קנ"ד סק"ח, אבל למכרו לשנים אפשר דאינו רשאי, שזה כהוספת דיורים, ואפילו הם שוים אליו במספר האנשים, כי הוספת בעלים יש בו גריעותא, ואפשר שזו דעת הנה"מ שם סק"ד במה שהשיג על הט"ז, אף שאפשר דרק במרבה בדיורים קאמר. יעוי' בעליות הר"י הנדמ"ח ומבואר שם דאם המרחץ בנוי באופן שיש שמשתמשים בו לעצמם, אף אם עשאו אביו לשכר יכול העשיר לומר איני חפץ להשכיר ואני רוצה לשמש בו לעצמי, ואף שעי"ז לא ימצא העני שוכרים יכול העשיר לומר לו קח לך עבדים וזיתים, ומיהו יכול העני להשכיר חלקו או למכרו למי שירצה, ואם העני מוצא אנשים שירחצו במרחץ אף שהעשיר משמש בו לעצמו, ויעלו לו שכר לעני, נראה דרשאי, ואין העשיר יכול לעכב, אלא שאם יבואו אנשים יותר על ב"ב של העשיר, יחלוק גם העשיר בשכרם, ואע"ג שעי"ז מרבה העני לעשיר בשותפים רבים במקומו, מ"מ כיון שהאב עשאו לשכר אין זה שינוי בתנאי שותפותם, כ"נ, אבל אם המרחץ עשוי לשכר ואין בני אדם משתמשים במרחץ כזה לצורך עצמן, אין העשיר יכול לומר שרוצה בו לשימוש לעצמו, כיון שעי"ז לא ימצא העני שוכרים, וכופין את העשיר להשכירו, ודינא דמתני' דעשאו לשכר, היינו שהוא באופן ששימושו רק לשכר, ועשאו לעצמו היינו באופן שיש שמשתמשים בו לעצמן, ופירש כן בכונת תו'.

ובאגודה כתב לשון זה עשאו לשכר (לאו דוקא עשאו לשכר) אלא הוא הדין אם מוצא להשכיר אפילו עשאו אביהן לעצמו אלא שאינו יכול לכוף העשיר להשכירן ואומר לו קח לך עבדים עכ"ל, ואם אין כאן ט"ס הרי הדברים מתאימין עם דברי הר"י הנ"ל, ובמוצא להשכיר ומתאימין לשימוש עצמי, אין העני יכול לכוף העשיר שישכיר, והרי העשיר משתמש לעצמו, והעני יכול להשכיר חלקו לעשיר אחר, ולשון התו' כך מתפרש דל"ד בעשאו לשכר אין העני מפסיד אלא ה"ה במוצא להשכיר חלקו נמי אינו מפסיד, משא"כ בעשאו לשכר והיינו שזהו עיקר ייעודו והשימוש בו לעצמו הוא בגדר הפסד, בזה כופה העני את העשיר להשכיר, אם חלקו

לבד אינו מוצא מי שישכרנו, ומש"כ ואומר קח לך עבדים היינו אם אין העני מוצא מי שישכור חלקו לחוד, הרי העשיר אומר לו קח לך עבדים. והא דתניא בתוספתא שלהי מכילתין והובאה במלחמות קע"ב א' בעשאן לעצמו שלא יאמר העני לעשיר הריני לוקח כנגדך מן השוק ומרחיץ אלא אומר לו אם יש לך בא והרחץ והוצאה מן האמצע, יש לפרש דהיינו שהעשיר יכול למנוע את העני מלשמש בחלקו לרחיצת אנשים מן השוק, וכמש"כ לעיל שאינו יכול למכור חלקו להרבה אנשים דהוספת בעלים הוא שינוי לגרועותא, וכש"כ להפוך מרחץ פרטי למרחץ צבורי שהוא שימוש אחר לגמרי, אבל יכול העני להשכיר או למכור חלקו לאחר וההוא עם עבדיו ירחץ עם העשיר, והא דקתני והוצאה מן האמצע, נראה דבא לומר דאף שהעשיר משמש במרחץ להרבה אנשים הוא ועבדיו, והעני משמש רק לעצמו, מ"מ צריך העני להשתתף בחצי ההוצאות, [והיינו בהוצאות כלליות שאינן מתרבות לפי ריבוי המשתמשים, דבאלו ודאי נותן העשיר לפי חלקו בשימוש], והוא בכלל חידושא דמתני' שאין העני יכול לתבוע מן העשיר שכר עבור שימוש העודף על שימוש העני, ואפשר דגם בכלל חידוש התוספתא שאין העני יכול לבקש חלוקת ימים דבכל ענין קתני שאינו יכול להרחיץ אנשים מן השוק בחלקו, וכ"מ ברמב"ן וברשב"א.

ונמצא מסקנת הדברים, א. שני אחים אחד עני ואחד עשיר שהניח להם אביהם מרחץ ובית הבד שעשוין להשכיר, ואף עשירים אינם משתמשים בכאלו רק לצורך עצמם, כופה העני את העשיר להשכירם, והשכר לאמצע, ואם יש עשירים שמשתמשים בכזה לצורך עצמן, והעשיר רוצה לשמש בו לעצמו אין העני יכול לכופו להשכיר כולו, [אפילו אם אין העני מוצא להשכיר חלקו], אבל יכול הוא להשכיר חלקו כדרך שהיה האב משכיר [כ"נ וכמש"כ לעיל]. ב. ואם עשאן אביו לעצמו אין העני יכול להביא אנשים מן השוק לרחוץ בחלקו, שזה שימוש אחר ולא שימוש פרטי, וכן אינו יכול לכוף את העשיר שישכירו כולו, אבל יכול הוא להשכיר חלקו לעשיר אחר שירחץ הוא וב"ב עם אחיו העשיר, דלעולם כל שותף יכול למכור או להשכיר חלקו. ג. אם העני לא השכיר חלקו הרי הוצאה מן האמצע אף שהעני מרחיץ בו מקצת אנשים והעשיר הרבה, [בהוצאה שאינה תלויה במספר המתרחצים], ואצ"ל שאין העני יכול לתבוע מן העשיר שכר רחיצה של היתירים. ויעוי' במרדכי וגם שם הדברים נראין כפי שהם באגודה, שכל הקושיא היתה למה בעשאן לעצמו לא יוכל העני להשכיר חלקו, [עי' במאירי שהזכיר טעם דאת צניעת לי לענין שלא יוכל להשכיר, וחלק ע"ז], והעשיר ישתמש לעצמו, וע"ז מתרץ דלשון אם עשאן לאו דוקא אלא ר"ל אם מוצא להשכיר, וחידושא דמתני' שכשאין מוצאין להשכיר אין העני יכול לתבוע מן העשיר דמי שימוש, אבל לא נזכר כלל צד שהעני יוכל להכריח לעשיר להשכיר כולו בעשאן לעצמו ואינו מוצא להשכיר חלקו ומוצא להשכיר כולו, ואף בעשאן לשכר אם ראוי לשימוש יחיד נמי י"ל דס"ל כהר"י שהעשיר יכול לומר שרוצה לשמש בחלקו לעצמו.

לשון הרשב"א כלשון ה"ר יונה, וכן יש לפרש כונת המ"מ שהעתיק דבריהם, וכנראה כונתו לפרש כן גם בדעת הרמב"ם, ועי' בב"י ובכ"מ.

טור חו"מ סי' קע"א סי"ב שני אחין שירשו מרחץ כו' לא יוכל אחד מהם לומר לחבירו להשכירו כו' אין העשיר יכול למחות בעני מלהשכירו כו', ממה שכתבנו לעיל נתבאר דליכא מאן דסבר דבעשאן לעצמו ומוצא להשכירו כולו ולא חציו שיוכל העני לכוף לעשיר להשכירו, ואדרבה דעת הר"י דאף בעשאן לשכר אין העני כופה לעשיר להשכירו אם יש שמשתמשים בכזה לעצמן, ובאמת גם בסברא הדבר

אלים, דכשאפשר להשתמש בשותפות ואין מפריע לעני אלא עניו, למה יצטרך בגלל זה העשיר לנטוש את נחלתו ולהשכירה, בזמן שהאב עשאה לעצמו, ולשון רבינו סתום, ויתכן דבאמת שכל את לשונו ולא הזכיר אלא הצדדים הברורים לב' הפירושים, ונקט לדעת הי"א דבעשן לעצמו לא יוכל אחד מהם לומר לחבירו להשכירו, כלומר שאין אחד יכול לכופף לחבירו ולהשכיר כולו, אבל אם יכול אחד להשכיר חלקו לחוד לא פירש בזה מה דינו, דזה לא נתבאר בהדיא, ויתכן דאף לפירוש זה יכול להשכיר חלקו וכמ"ש במרדכי שכ"נ מסברא, וכמו שיכול למכור, ולפר"י נקט שאם עשן לעצמו וימצאו שוכר אין העשיר יכול למחות בעני מלהשכירו, כלומר שאם העני רוצה להשכיר חלקו אין העשיר יכול למונעו, [דאם כונתו להשכיר כולו לא נאות לשון למחות בעני מלהשכירו, דאטו העני משכירו והוא מוחה, והכי הול"ל צריכים להשכירו ואין אחד יכול לומר נשתמש בו בעצמנו וכדנקט לשון זה ברישא, ומיהו י"ל דה"ק אין העשיר יכול למחות בעני הטוען להשכירו], ולא הזכיר אם יש ביד העני לכופף לעשיר להשכיר כולו, ויש נפקותא בין הפירושים בעשן לשכר ואין מוצאין להשכיר, דלפי' ראשון אם העשיר משתמש לעצמו מעלה שכר לעני, דכשוכר חשיב, משא"כ לפירוש ר"י, אבל הלשון סתום מדאי לפי זה, וגם ברמזים ל"מ כן, וצ"ע.

ומ"מ לענין הלכה לא שבקינן מאי דפשיטא להו לכל הני רבוותא דלעיל דבעשן לעצמו אין העני כופה לעשיר להשכיר כולו, אף שאין העני מוצא להשכיר חלקו לחוד, וכן שאר הדינים נראה כמש"כ לעיל לפירוש ה"ר יונה, שזו גם דעת הרשב"א והמ"מ והאגודה והמרדכי.

ד) יעוי' בבעה"מ ובמלחמות קע"ב א', וכנראה פלוגתתם רק אם יכול העני לבקש חלוקת ימים בעשן לעצמו, דבעה"מ סבר שיכול, והרמב"ן פליג והביא ראיה מן התוספתא דקתני שלא יביא העני מן השוק כנגד העשיר [ועי' רשב"א], ואם יכול לבקש חלוקת ימים למה לא יעשה ביומו מה שחפץ, וגם בתוספתא מסיים אלא אומר לו אם יש לך בא והרחץ והוצאה מן האמצע, משמע שירחצו ביחד, והיינו דלאו כל כמיניה למנוע מחבירו שימוש שעה אחת כיון שהוא דבר שיכולים לשמש בו יחד, ולדעת הבעה"מ יש לפרש התוספתא כשלא חלקו בימים דאז אין העני יכול להביא אנשים מן השוק שירחצו עם העשיר, דלא ניחא ליה לרחוץ עם סתם אנשים מן השוק, ונהי שיכול להשכיר לאדם מסויים שירחץ הוא ועבדיו, אבל אינו יכול להשכיר לאנשים מן השוק לכל דבעי, א"נ אף בחלקו לימים אינו יכול להפכו באותו יום למרחץ ציבורי, [אפילו למספר אנשים השוה לב"ב של העשיר], וכשאינו מוצא העני להשכירו למי שירחץ עם העשיר או יחלקו בימים, הרי העשיר אכיל וחדי, שהוא משמש בכולו ואינו נותן שכר לעני.

ה) ברשב"א בהא דבכור ופשוט כתב דרבא הוי סבר דלא מפלגינן בימים כלל שאין אחד מהם רוצה להתבטל ממלאכת עבדו או בהמתו יום אחד שמא תזדמן לו מלאכה באותו יום, והיה אפשר לפרש שזה נידון פרטי בעבד ובהמה טמאה שבזה חלוקת ימים אינה נוחה, וחלוקת זמנים ארוכים אינה חלוקה שוה כ"כ שהבהמה והעבד מזדקנים, אבל בבתים ושדות למה לא נחלקם לזמנים, ואדרבה אם אפשר לכופף להשכיר לאדם מן השוק ונקבל דמים, למה לא יוכל אחד מהם לומר קח אתה שכירות של שנה ראשונה ואני אדור בשניה, וה"נ ראוי שיוכל לומר נטיל גורל מי ראשונה, אבל רהיטת לשון הרשב"א משמע שכל ענין חלוקה בזמנים במחלוקת שנויה, וביותר הדבר מפורש בתשובות הריב"ש סי' רכ"ז שכתב לענין חלוקת זמנים בבית שיי"א שחלוקת הזמנים אינה ראויה ונסמכים על הא דרבא, ונראה הטעם

משום שהעתיד נעלם, ולכן יכול כל אחד לסרב לקבל לחלקו את העתיד אפילו אם יעלה כן בגורל, ומיהו לפ"ז אם האחד מוותר לחברו את ההוה דין הוא שיחלקו בימים לכו"ע, ול"מ כן, דאם כן אכתי מאי פריך בכור ופשוט שהניח להם אביהם עבד ובהמה טמאה כו' הא בודאי יסכים הבכור ליטול השני מאשר שישכרום ויפסיד חלקו הנוסף משום שהוא ראוי וכמו שפירשו ז"ל, ולכן צ"ל דאף אם מוותר לחבירו שיהא הוא הראשון, יכול לומר לו אולי מחר יתייקרו ויוכלו להשכירם ביותר, ולכן איני רוצה חלוקת זמנים אלא כל פרוטה נתחלק.

ונראה דלמאי דקיי"ל דאמרינן חלוקת ימים, שפיר י"ל דאף עדיפא חלוקת ימים משכירות, דכל מאי דממעטין לאפוקי מתחת יד הבעלים טפי עדיף, וכן משמע בריב"ש שם דלדעת הסוברים דחלוקת ימים חלוקה ראויה היא, היה להם לדון בחלוקת ימים ולא בשכירות, אלא שאין לתפוס עליהם משום זה דשמא סברו דחלוקת ימים לאו חלוקה ראויה היא, ומה שהרמב"ם בפ"א מה' שכנים ה"ב וכן בשו"ע סי' קע"א ס"ח הקדימו להזכיר שכירות קודם חלוקת זמנים, הוא משום דמעיקרא הוזכר דין מרחץ ובית הבד העומדים להשכיר, וגם שזה דין פשוט אין בו פרטים, ובחלוקת זמנים יש לפרש דבחצר הוא שנה ולא חודש וכמו שפירשו שם, אבל לא נחתו כלל לפרש עדיפות החלוקות כשאחד מבקש להשכיר וחבירו מבקש חלוקת זמנים, הדין עם מי, וכן בטור סי' קע"א כתב ישתמש בו כל אחד יומו או ישכירוהו ויחלקו השכר, הקדים להזכיר חלוקת זמנים, ברם צ"ע דבד"מ שם אות ג' כתב דנראה מדברי הרמב"ם דחלוקת שכירות עדיפא מחלוקת זמנים, ובתשו' ריב"ש סימן רכ"ז דיש חולקים, והרי בריב"ש שם הביא דעת הרמב"ם בין הסוברים דאיכא חלוקת זמנים ומשמע שם דלדידהו חלוקת זמנים עדיפא וכמ"כ וצ"ע. - ומה שהראב"ד ז"ל שם הרחיק חלוקת הזמנים בחצר ובמ"מ שם השיב מהיכא דאי אפשר, לכאורה נראה דאין דברי הראב"ד אלא בנשתתפו מתחילה לדור יחד ואח"כ נמלך אחד מהם ומבקש חלוקת זמנים, אבל בירשו מודה הראב"ד שאין אחד מהם יכול להכריח חבירו לדור עמו, וע"כ לחלק בזמנים, וסברות שהזכיר הראב"ד שם לא שייכי בזה.

(ו) נראה דמש"כ ה"ר יונה דאף בעשאן אביהן להשכיר יכול העשיר לומר שחפץ לשמש בו לעצמו, [אם הוא בנוי באופן שיש שמשמשין בו לעצמן], דהיינו דוקא ביורשים, דעם תחלת שותפותן במיתת אביהם רשאים לבקש שימוש הנוח לכל אחד, אבל שותפין שנשתתפו במרחץ לשכר אין אחד מהם יכול לחזור בו ולבקש לשמש בו לעצמו, שעל מנת כן נשתתפו, ולא עוד אלא אפילו אם היה אביהם שותף במרחץ לשכר ומת אין היורשים יכולים לשנותו לעצמן, דבמקום אבוהון קיימו.

וכן מש"כ הר"י והביאוהו הרשב"א והמ"מ דאף בעשאן לשכר אם מוצאים להשכיר חציו כמו טרקלין וכיו"ב, יכול העשיר לומר אני אשמש לעצמי ואתה תשכיר חלקך, נמי נראה דהיינו דוקא ביורשים, אבל שנים שנשתתפו בטרקלין לשכר אין אחד מהם יכול לומר שישמש בו לעצמו ושחבירו ישכיר חלקו, שמתחלה ע"מ כן נשתתפו שיהא כולו לשכר ולא לחצאין.

ויש להסתפק בעשוי לשכר אם יכול אחד מן השותפין לבקש חלוקת זמנים, כלומר שהוא יקבל שכר של שנה אחת וחבירו יקבל שכר של שנה אחת, וניחא ליה בזה כי הוא זריז יותר להשיג שוכרים וחושב להרויח יותר בשנתו, ולכאורה מסתברא דחבירו יכול לעכב עליו, דהא אף במשתמשין לעצמן חלוקת זמנים במחלוקת שנויה וכמשנ"ת סק"ה, והטעם משום דהעתיד הוא מחודש וכל דאפשר לחלק ההוה עדיף טפי, וא"כ נהי דקיי"ל דאיכא חלוקת זמנים, היינו משום שזה עדיף טפי מאשר

להשכיר לגמרי לאחרים והבעלים לא יוכלו ליהנות כלל, אבל כשהנידון בחלוקת דמי השכירות, שפיר יש להעדיף חלוקת כל פרוטה ופרוטה מאשר לחלק לזמנים, וכ"ש למש"כ הד"מ דלעולם שכירות עדיף מחלוקת זמנים.

ומ"מ בעובדא דריחיים שהביא מרן זללה"ה בב"ב סי' ז' סק"ג, כיון שהחנוונים רוצים לשמש בחלקם לעצמן, אם אין בזה הפסד לשכר דאתי מעלמא, י"ל דרשאים כדין עשאן לעצמן דרשאים לבקש חלוקת זמנים, ומה שחבירו מפסיד ורוחו מן החנוונים הר"ז כעשיר ועני, דלענין שכר משל עצמם י"ל דלא חשיב כנשתתפו מתחלה ע"מ כן, וצ"ע.

ז' י"ג ב' אלא לאו חסורי מיחסרא וה"ק טול אתה שיעור ואני פחות שומעין לו וגוד או אגוד נמי שומעין לו, נראה לפרש דה"ק טול אתה שיעור בחנם ואני פחות שומעין לו, וטול אתה שיעור בדמים ואני פחות נמי שומעין לו, וממילא מובן דכשאומר טול אתה שיעור בדמים ואני פחות, היינו או אני אטול שיעור בדמים, ואם בזה לא סגי לדינא דגוד או אגוד כמש"כ הרמב"ן, הרי אטול את הכל בדמים, ועיקרא דברייתא דמחסרינן בה דין טול אתה שיעור בדמים ואני פחות, וכשנשנה דין זה ממילא מובן דהכוונה על דין גוד או אגוד כפי מה שהוא, אם סגי באטול אני כשיעור בדמים, איירי בהכי, ואי לא סגי, איירי באמר גם ואם אינך רוצה אטול את הכל.

ומרן זללה"ה בסי' ח' סק"ב כתב לפרש דוקא אי סגי באמר אם לאו אטול שיעור בדמים, ותלי דין זה בנידון אי בשתי כריכות אמרינן גוד או אגוד על הגדול, ואין אחד יכול לבקש שניהם, ועפ"ז כתב דגם כונת רש"י כפי שפירשו הרמב"ן דסגי באמירת גוד או אגוד על כשיעור, [ודיוקא דהרמב"ן נראה דהוא ממש"כ רש"י שלא רצה למחול כלום, ואם הנדון בגוד או אגוד על כולו מה שייך להזכיר מחילה, הרי בפשוטו שאינו חפץ להשאר בשיתוף או בחלקו הקטן, ולעולם י"ל דלא איכפת ליה למחול חצי אמה, אלא שלא ירויח בזה כלום שאינו חפץ בפחות מכשיעור, ומ"מ אין בזה הכרח], היינו רק לס"ד דבגוד או אגוד פליגי או לר"נ דע"כ מוקים הכי למסקנא דבגוד או אגוד פליגי, ולפי זה נסבור דגם בכריכות ושפחות יכול לומר טול אתה אחת ואני אחת וחלוקה הגדולה ישלם המותר, אבל למאי דקיי"ל דבכריכות תרוייהו צריכי להאי ולהאי ויכול כל אחד לומר גוד או אגוד על שתיהן, ה"ה דכאן אינו יכול לומר גוד או אגוד על הכשיעור לחוד, וצ"ע למה תלי הא בהא, דהכא הנידון אם יכול לומר גוד או אגוד על החצי אמה, ולפי שלחבירו ישארו ג"א ואין זה ראוי לשימוש, ואילו בכריכות ושפחות הנידון אם חשבינן להו כדבר אחד, דתרוייהו ספרים ותרוייהו שפחות אף שיש שינוי ביניהם, הלכך יש לתת לשותף זכות שלא לנשלו משניהם, וכאילו היה דבר שיש בו כדי חלוקה, או דחשבינן להו כדברים נפרדים ועל כל אחד לחוד אמרינן גוד או אגוד עי' לקמן סק"י.

ח' חו"מ סי' קע"א סי"א חצר שיש בו שבעה אמות כו' יכול ראובן לומר לו אטול חלקי כו', דין זה מקורו במרדכי סוף"ק דב"ב ומבואר שם דמהר"ם פוסק כת"ק דאף במתנה גמורה יכול לומר לו טול אתה שיעור ואני פחות, אלא דהכא אינו נותן לו את האמה במתנה, רק הוא נשאר עמו שותף ברביע, ולכן צ"ע במש"כ מרן זללה"ה סי' ח' סק"ה דהיינו טעמא דנקט לדין זה באחד יש לו ארבע, ולא נקט ליה בשניהם שוין לזה ג' ומחצה וכן לזה, משום דאזי יכול שמעון לסרב ולומר איני חפץ במתנה, משא"כ בג' וד' דעד השתא נמי נהנה ביותר מחלקו, וגם בלא"ה י"ל דכשראובן נהנה גם משלו כמו קודם חלוקה שפיר לא הקפיד ליהנות ממנו יותר משא"כ עכשיו שרק הוא ינהה, וגם מי לא עסקינן דעד השתא נמי אף שנשתמשו שניהם בכל החצר

מ"מ היו לראובן עדיפויות מסוימות בגלל גודל חלקו, גם כל כי האי לא היו הראשונים ז"ל סותמין.

ולכן נראה דבאמת בשניהם שוין אין אחד יכול לומר אציגה נא עמך חצי אמה משלי שנשאר שותפין אני בשמינית ואתה בז' שמיניות, ואקח לי את השלש אמות הנותרים, דכשנרצו בשותפות של שוה בשוה אין בכלל זה ריצוי לשותפות כזו, תדע דהא רשב"ג פליג בטול אתה שיעור במתנה, ואם איתא לימא ליה טול אתה שיעור בשותפות, אלא ודאי יכול לומר לא נתרציתי לשותפות כזו, אבל כשיש לאחד כשיעור דמצדו יכול תמיד ליקח חלקו לעצמו, בזה אמרינן נהי דנשתעבד לשותפו שלא לחלוק, שהוא יפסיד את השלש אמות שלו שאינם ראויים לשימוש, אבל לא נתחייב אלא שלא לקלקל לו, ובכל טצדקי שמשאיר לו שימוש נאות בשלו שוב אינו יכול לעכב עליו, דהא פשיטא שאם נשתתפו לזה עשר ולזה ג', דודאי יכול בעל העשר לומר אציגה עמך שלש ואקח השבעה, דבודאי לא נתחייב לתת לו השימוש בשבעה הנותרים לעולם, וה"נ אמרינן דלא נתחייב אלא להשאיר לו אמה אחת להשלמת הארבע ולא יותר, [וכש"כ למש"כ הרמב"ן במלחמות פ"ק דב"מ בסוגיא דשבח דבשיש לאחד כשיעור אין חבירו שאין לו כשיעור יכול לומר לו גוד או אגוד, ובב"מ ט"ו ב' ס"ק י"ח כתבנו שאין סתירה לזה מכל מש"כ הש"ך בסימן קט"ו ס"ק כ"ב, דלפ"ז ודאי אלים זכותיה שלא יוכל חבירו לנשלו ממנו, ורק נשתעבד שלא יזיק לחבירו להשאירו בשלשה], דאית לן למעוטי בהתחייבותו ככל האפשר, דלמה זה ישעבד עצמו כשהוא אינו צריך לשעבוד זה מחבירו, (ועי' בתשו' מיימוניות לסדר קנין סי' ט"ו).

ואולי זו כונת הפרישה, ומש"כ שיאמר לו מאי חזית ר"ל שכל אחד יאמר אני חפץ להשאיר שותף בחצי אמה ולהשתמש עי"ז בג"א ומחצה שלך, והיינו שרשות ביד כל אחד לסרב על שותפות כזו, ומה שהזכיר גוד או אגוד היינו לפי שגם הטור הזכירו, אבל באמת בזה ליכא נפקותא דלעולם יכול כל אחד לומר גוד או אגוד על חצי אמה או על הכל כמ"ש הטור בשם ה"ר יונה, ואף קודם שביקש להשאיר שותף רק באמה אחת, וגם הרמ"ה (ולגי' הב"ח הרמ"מ) לא הזכירו אלא לפרש שראובן יכול לומר לשמעון גוד או אגוד אע"פ שאינו מציע לו מחלקו אלא אמה אחת ולא כל חלקו, והטור כבר קדם לפרש דין זה, אלא שהעתיק עכשיו כל דברי הרמ"ה בזה ולא חש על כפילות הענין.

שם ואח"כ יאמר לו גוד או אגוד, ר"ל שאומר גוד או אגוד אף שאינו מוכן למכור לחבירו אלא אמה אחת, וזהו עיקר החידוש ולשון אח"כ אינו בזמן מאוחר, דגם לכתחלה יכול לומר גוד או אגוד כה"ג, אלא אח"כ ר"ל לאחר שהוא יכול לטעון שישאיר לו רק אמה אחת והמותר יקח לעצמו, עדיין גם אמה זו יכול לומר עליה גוד או אגוד, ובאמת כבר שנה המחבר ד"ז לעיל בסעיף הקודם דאף שאינו אומר גוד הכל מ"מ יכול לומר גוד או אגוד, אלא שכאן העתיק כל דברי הרמ"ה, וכמו שהעתיק הטור וכמש"כ לעיל.

ט) שם סי"ב דינא דגוד או אגוד אפילו בדבר שכולו אינו ראוי לאחד הוא כו', ד"ז כתבו הטור בשם הרמב"ן וסיים ע"ז ולא נהירא לי דמצי למימר ליה נהי דהשתא נמי לא חזי לי מ"מ מה שאתה אומר שאקח בדמים דבר שאין בו כדי תשמישו איני רוצה וטענה נכונה היא עכ"ל, וצ"ע דאטו החידוש בדינא דגוד או אגוד הוא שמכריח לחבירו לקנות, הרי עיקר החידוש הוא שמכריח לחבירו למכור לו את חלקו אם אינו חפץ לקנות ממנו, והרי לעולם כשמעלים בדמים הוא מציע לו לקנות דבר שאינו שוה, ושורש הדברים דראו חכמים לתקן שיהא ביד השותפים לפרק השותפות בדבר

שאינן בו כדי חלוקה, דאין מן היושר שיתחייבו להיות שותפים לעולם אף דלא ניהא לחד מינייהו השיתוף, ולענין זה מה מקום לחלק בין יש בשל שניהם כשיעור תשמיש או לא, ונראה דזו כונת הגר"א ז"ל שכתב כאן על דינא דהרמב"ן דהוא נלמד במכש"כ מדבר הראוי שאין שמו עליו בחלוקה, ר"ל שאם יש בידו להכריח את חבירו למכור דבר הראוי כש"כ שיוכל להכריחו למכור דבר שאינו ראוי.

(י) י"ג ב' תוד"ה ואי וי"ל דהמ"ל ולטעמך, צ"ע דע"כ עלינו לדעת טעמיה דאביי דהוי מפרש מילתיה דשמואל בשאין שניהם רוצים, ונראה דאם אית דינא דגוד או אגוד שיכול שותף להכריח את חבירו או למכור או לקנות, שפיר י"ל דבשני כריכות הקילו חכמים לחשוב אותן כדבר אחד שיש בו כדי חלוקה, כיון שיש צד דמיון ששניהם ספרים, אף שאינם אותו הספר, ולא יוכל אחד מהן לומר אגוד על שניהם, וגם לא יצטרך הקונה לשלם בכסף אלא ישלם בחלקו בכרך השני, שזה ממדת היושר שיזכה כל אחד בחלק מן הנכס, אלא דאי לית דינא דגוד או אגוד ואין אחד יכול להכריח חבירו להסתלק מן השותפות, ודאי גם בכאן אין לתקן לסלק, דסו"ס שני ספרים אחרים הן, ושפיר יכול האחד לבקש להשאר בשותפות בשניהם, אבל כשאפשר לסלקו והנידון רק בתמורה, לענין זה שפיר יש לחשבן כדבר אחד.

הרמב"ם לא הביא דין ב' כריכות בשלא רצו, דממילא מובן שאין שייך בהם חלוקה כיון שאינן שוין, וגם בפ"ב ה"ט הזכיר דין ב' כריכות ברצו, וממילא מובן דדוקא רצו, ובלח"מ שם נתקשה על שהרמב"ם לא הזכיר בפירוש רצו, וצ"ע מאי קשיא ליה ז"ל כיון דכל ההלכה שם איירי ברצו ממילא מתפרש דברצו קאמר, ולשון אע"פ שרצו שכתב הרמב"ם לא בא לכלול גם לא רצו, אלא דהכי הוא שיגרא דלישנא דעל אף רצונם, דהא בהכי איירינן, אין לחלק, ובגמ' דקאי שמואל אמתני' דאיירי אף בחלוקה בע"כ וכדקתני אימתי בזמן שאין שניהם רוצים כו', שפיר יש להסתפק אי לא שנו דקאמר שמואל ארישא נמי קאי דהיינו בלא רצו, או דוקא אסיפא.

(יא) רא"ש פ"ק דב"ב סי' נ"א כתב הר"י כו' שהרי לדעת שיהיו שותפים בו לקחוהו, צ"ע דיורשים מאן דכר שמייהו, הרי אמתני' דאין חולקין את החצר אמרינן אין בהן כדי לזה וכדי לזה מהו, וכוליה פירקין בשותפין איירי, ועוד דכשם דלא אמרינן שנתחייבו להשאר שותפים בשיש בו כדי חלוקה, ורשאי כל אחד מהם לבקש חלוקת שטח, ה"נ באין בו כדי חלוקה דין הוא שיוכלו לחזור משותפותם ולומר גוד או אגוד למ"ד אית דינא דגוד או אגוד, וכן ברייתא דאם לאו מעלין אותו בדמים וברייתא דטול אתה שיעור כו' לא מידכרא בהו ירושה כלל, ועוד דפרכינן מחציו עבד וחציו בן חורין ומאי קושיא נימא דהתם לאו ביורשים איירי אלא בשותפים שקנו עבד ואח"כ שחררו אחד מהם, דמה מכר ראשון לשני כל זכות שתבוא לידו ולא יותר, וכיון שהשותף לא היה יכול לומר גוד או אגוד ה"ה העבד, ואע"ג דתירוצ' הגמ' קושטא הוא דבכל גווני לא שייך בזה גוד או אגוד, מ"מ אם איתא דפלוגתתם רק ביורשים לא שייך לאקשווי מחציו עבד וחציו בן חורין דלא מידכרא התם ירושה כלל, אבל אי בכל גווני פליגי שפיר ס"ד דאף בדליכא גוד איכא למימר אגוד, וכ"מ בבהגר"א סי' קע"א סק"א דשייך לאוכוחי מהא דחציו עבד וחציו בן חורין עי' שם, ועוד דאי בשותפין ליכא לדינא דגוד או אגוד משום יורשים לחוד לא הו"ל לתקן, דהא בלא"ה ע"כ חובת ב"ד להציל עשוק ולסדר חלוקה נאותה וכמש"כ לעיל סק"א.

ולדעת הרא"ש נראה דלא הסכים להר"י אלא למנוע הערמה, והיינו שלא יבוא לקנות בשיתוף בזמן שבדעתו לומר אח"כ גוד או אגוד, אבל כל שבאמת נמלך אח"כ, שפיר דמי, ואפילו לא נפל ביתו וכיו"ב, אלא דלא מיתדר ליה בשותפות, נמי,

דכל שבאמת בתחלת קנייתו רצה בשיתוף, שפיר יש כאן גוד או אגוד, שזה עיקר התקנה שלא יצטרכו השותפים לריב בשותפותם כשאין רצונם בה.

ועי' בראב"ד פ"א דשכנים דדעתו כהר"י, והנה אין הדברים אמורים אלא בדבר שאין בו כדי חלוקה לענין טענת גוד או אגוד, אבל בדבר שיש בו כדי חלוקה לכו"ע כל שותפים כופין אחד את חברו לחלוק דודאי מתני' דאין חולקין את החצר וכו' אף בסתם שותפים איירי, וכדאמרין בריש מכילתין דכיון דקתני השותפין שרצו ע"כ באין בה כדי חלוקה, וכ"ה בטור סי' קע"א ס"א, ולענין גוד או אגוד העתיק דברי הר"י והרא"ש בסל"ג.

יב) ש"ך סי' קע"א ס"ק י"א ואין דבריו נכונים בעיני דלמה לא יוכל בעל ג' אמות לומר לבעל ד"א גוד ג"א שלי או אגוד כו', גם בסברא אין כאן קושיא, דשפיר אמרינן שזה שיש לו כשיעור, כשנשתתף עם זה שאין לו כשיעור, ודאי לא נתכוין להשתעבד שחבירו יוכל להכריחו למכור מחלקו, כי למה זה יפסיד מחלקו הראוי ונהי שנשתעבד שלא יקח חלקו וישאיר את חברו בפחות מד"א, אבל שיוכרח למכור מחלקו ודאי לא נתכוין, וזו גם דעת הפרישה בהגהותיו לד"מ אות ו', והדברים מפורשים במלחמות פ"ק דב"מ בסוגיא דשבח, כדבר פשוט שאינו יכול להכריחו לא לקנות ולא למכור, ולא נמצא כלל חולק בזה, וכמ"ש בחו"ב ב"מ ט"ו ב' ס"ק י"ח, ואף דלא קיי"ל התם כהרמב"ן, היינו דהבע"ח אינו יכול ליקח חלקו ולהשאיר את חלקו בפחות מכשיעור, אבל בדין זה שאין השותף בפחות יכול להכריח את זה שיש לו כשיעור למכור, לא נמצא חולק, ונראה דהכי נקטינן.

ברם כ"ז כשבתחלת שיתופן היה לזה כשיעור ולזה פחות, דאדעתא דהכי נשתתפו, אבל בכור ופשוט שירשו שדה של ו' אמות בזה יש מקום עיון אם נחייב את הפשוט להשאר בשותפות ולא יוכל לומר גוד או אגוד, אף שהבכור יוכל, מלבד דבזה לא שייך דאדעתא דהכי נשתתפו, גם י"ל דדיינינן להו כנשתתפו שוה בשוה ואח"כ הוסיף הבכור לזכות בחלק בכורה, דאין לבכור קודם חלוקה, וגם בב"א י"ל דכבזה אחר זה חשיב, ועוד דאם יש לראובן ב' אמות ואח"כ קנה בשותפות עם שמעון ד"א בסמוך לב' אמות שהיו לו, יש מקום לומר דשמעון יכול לומר גוד או אגוד אע"ג דלראובן יש ד"א, כיון דבשיתופם אין לראובן רק ב' אמות, ומה שיש לו חוץ לשיתוף לא איכפת לן, ולפי זה גם בבכור ופשוט יש מקום לחשוב חלק בכורה כשיתוף לחוד, ובחלק הפשוטים דיינינן כאילו רק בזה נשתתפו, וצ"ע.

יג) ב"מ ז' ב' ויחלוקו נמי דאמרן לדמי כו', 'עו' בתו' דהנידון אם המלוה גובה חצי החוב, או שאינו גובה אלא חצי משיווי השטר למכירה, ובאמת בסברא אית לן למימר דאינו גובה אלא מערך השטר למכירה, דהא לענין החוב הוי ראוי למידן המוציא מחבירו עליו הראיה, וכמ"ש בחו"ב ב"מ ב' ב' סק"א, אלא דחשבינן לשטר כגופו ממון לענין חלוקתם, וזה לא הוי אלא בערך השטר למכירה.

ברם הא דאמרין דאי לא תימא הכי בהמה טמאה אי פלגי לה הא אפסדוה לא נתפרש מה ענין זל"ז, התם ודאי תרוייהו ניחא להו למכרה ולחלוק הדמים, משא"כ כאן שהמלוה חפץ לגבות חצי החוב, ומה ענין זה לזה, ולכן נראה דאלישנא בעלמא מייתי ראיה, דלא נימא דיחלוקו היינו דוקא החפץ עצמו, וממילא גם בשטר יגבה המלוה חציו, לזה מייתי דבבהמה טמאה ע"כ יחלוקו לדמי, חזינן דלישנא דיחלוקו לאו דוקא על החפץ, וה"נ בשטר, ונראה דבאמת בכל שנים או חזין אם אחד מבקש חלוקת החפץ וחבירו מבקש מכירתו, וכגון שבזה דמיו מרובים, או שנוח למכור, שומעין לזה שמבקש לחלק החפץ [אם אינו נפסד], וכדין שותפין בדבר שיש בו כדי חלוקה, דחולקין, אפילו אחד טוען גוד או אגוד או למכור לאחרים, ואפילו כשע"י

מכירת כולו דמיו מרובים, והכא עדיף דמעולם לא נשתתפו ואנן סהדי דמאי דתפיס האי ידיה ומאי דתפוס האי ידיה, ולזה היה ראוי לומר דכל יחלוקו בדוקא על החפץ ואף בשטר כן ויגבה המלוה חצי החוב, לזה מייתי דע"כ אשכחן יחלוקו לדמי בבהמה טמאה, ותו אף יחלוקו דשטר כן.

ולפ"ז לא מצאנו בסוגיין מפורש נידון כשאחד מבקש חלוקת החפץ והשני מבקש מכירתו, דמה שאמרו בבהמה טהורה וטלית, יש לפרש דה"ק די"ל דאיירי בגוונא ששניהם מסכימים על חלוקה ממש ויחלוקו ממש קאמר, ומ"מ רהיטא דסוגיא מתפרש שפיר טפי דלס"ד דיחלוקו ממש, דינא קאמר, דחולקין גוף החפץ אף שאחד מהם אינו חפץ בכך, וזו דעת התה"ד בסי' של"ו, ומ"מ מה שדקדק מכאן שיעור ההפסד שאין חוששים לו וחולקין, יש מקום לפקפק בזה, דשפיר י"ל דבבהמה טהורה קאמר בגוונא דההפסד קטן יותר מן הרגיל, [שהוכיח ז"ל שם שיעורו], ודפריך מבהמה טמאה לאלומי קושיא הוא דהתם נפסד לגמרי, וה"ה דהו"מ למיפרך מבהמה טהורה כשיש הפסד הרגיל, אח"כ ראיתי שכבר כתב מרן זללה"ה בב"ב סי' ז' סק"ח כדברים האלו, עי"ש.

ובעיקר דברי התה"ד שהביאם הרמ"א בסי' קע"א ס"ה דכל שיש הפסד יותר מחומש ע"י החלוקה, אין חולקין אף שיש בו כדי חלוקה, לו"ד ז"ל היה נראה שאין הדבר תלוי בגודל ההפרש בערך, אלא שאין לנו להפסיד דברים ולקלקלם, אפילו אם הקלקול הוא בפחות מחומש, אבל כל ששמו עליו, ואין כאן קלקול, אף שיורד מערכו יותר מחומש, שומעין לזה שרוצה לחלוק, וטעמא דמילתא דכל ששמו עליו ולא הפסדנוהו, הרי הערך כדבר מוסכם ואינו מציאותי, ואף שהיום הוזל ערכו, חשבינן ליה כמקרה לפי הנהגת המקום, וליומא אחרא יתכן ויעלה מחירו בהרבה, הלכך בית גדול חולקין אותו לשנים כששמו עליו אף שבתים גדולים נמכרים ביוקר הרבה משני בתים קטנים, ואין שוברין קלמרינ המתואמות או בית התבלין לחלקן לשנים אף שנפסד פחות מחומש, שזה בכלל הפסד והשתתף אף ששמו עליו, וצ"ע.

יד) טור סי' קע"א סכ"ז האי לאו טענה הוא שאין זה גוד או אגוד כו' דלא אמרינן גוד או אגוד אלא כשאומר אקנה חלקך לתשמישי כו', יעוי' בב"ח שנתקשה מנין לחדש כן, ונראה דהיינו טעמא דכיון דהבן אינו חפץ להשתמש בבית ועלייה אלא למכירה, נמצא דהבית והעלייה תשמישן שוה, לקבל תמורתן בדמים, וכיון שתשמישן שוה שפיר חולקין בית כנגד עלייה כדין דבר שיש בו כדי חלוקה, הגע עצמך שנפלו בירושה שני כרכים, אחד תורה ואחד נביאים, וטוען יורש אחד למכור שניהם ולחלוק בדמים, והיורש השני אומר תמכור אחד ואני אקח אחד אם דמיהן שוין או שאוסיף או אתה תוסיף, [ובאופן שבמכירת שניהם יחד יש יתרון שמקבלים יותר], הרי פשיטא דהדין עם השני, כי למה זה נקח נחלתו ממנו, והיינו דכיון דאין הראשון מעונין בשימוש בכרכים, הרי חזר דינם כתשמישם שוה וחולקין זה כנגד זה, וה"נ בעובדא דהרא"ש, ונראה דגם הרמב"ם מודה בזה, ומש"כ שיכול למכור לאחרים ועי"ז לומר גוד או אגוד, היינו באופן שאין בו כדי חלוקה אף אם היה תשמישן שוה, כגון שירשו בית אחד של דע"ד, בזה יכול לומר גוד או אגוד ולמכור לאחרים.

אבל הרא"ש אף בכה"ג ס"ל דאין יכול לומר גוד או אגוד, שכ"כ בתשובתו דאם איתא דיכול למכור א"כ למה תנן קע"ב א' הרי העשיר אומר לעני קח לך עבדים וירחצו במרחץ כו', ימכרנו לאחרים בטענת גוד או אגוד, ומבואר דאף בדבר שאין בו כדי חלוקה במציאות נמי ס"ל להרא"ש שאינו יכול לומר גוד או אגוד למכור לאחרים, ומסברא קים ליה ז"ל כן, דאין לנו לכלול התחייבות בשיתופם שאם האחד

ירצה למכור חלקו ולא ימצא קונה אלא על הכל שיצטרך חבירו ג"כ למכור חלקו, משא"כ גוד או אגוד שפיר מסתבר לקיים תנאי זה בשיתופם, דזימנין דלא מיתדר להו בשותפות ויזכה האחד.

ודעת הרמב"ם דעיקר תקנת גוד או אגוד היא שתהא אפשרות לשותפים להפרד משותפותם, ואף מי שאין לו דמים לקנות יש לנו לשקוד על תקנתו שיוכל להסתלק מן השותפות, וע"כ שיוכל לומר גוד או אגוד ע"י שימכור לאחרים, וגם כיון שיוכל לעולם להערים ולומר שקונה לעצמו ואח"כ נמלך למכרו, אי אפשר לקבוע הלכה זו, ומשה"ק הרא"ש מהא דמרחץ ובית הבד דאומר עשיר לעני קח לך עבדים כו', אה"נ שאם ימצא העני מי שיקנה יוכל לומר גוד או אגוד, אלא דכל זמן שאינו מוצא למכור הרי העשיר משתמש בכולו ואינו מעלה שכר לעני כלל, והרי הרא"ש עצמו בכלל צ"ח סימן ד' כתב דהעני יכול לבקש חלוקת זמנים, אלא דאירי שאינו מוצא להשכיר אף לזמנים ולכך יאכל הלה וחד, וה"נ י"ל דבאינו מוצא למכור קאמר.

שו"ע סי' קע"א ס"ו או מוכר לאחרים וקונין הדין עמו וי"א דלא יוכל לומר גוד או אגוד כשאין לו מעות כו', ממה שקדם נתבאר דכשיש בירושה שני דברים שאין תשמישן שוה, והאחד אומר גוד או אגוד על שניהם ע"י מכירה לאחרים והשני טוען שיקבל אחד וימכרו אחד, הדין עם השני לכו"ע, דכיון שהראשון אין מבקשם להשתמש בהן אלא למכרן חשיבי כאילו תשמישן שוה וחולקין זה כנגד זה, ורק כשיש רק דבר אחד בירושה שאין בו כדי חלוקה בזה נחלקו הרמב"ם והרא"ש.

טו) טור סי' קע"א ס"א אבל אם שניהם עשירים ואין נוח להם להשתמש ביחד פשיטא שחולקין אותו לזמנים כו', כבר הקשה בד"מ דלעיל ס"ח כתב רבנו דבמרחץ ובית הבד צריכים להשתמש בו ביחד ואין אחד מהם יכול לומר לחבירו נשתמש בו לזמן, ולכן פירש דמש"כ כאן שאין נוח להם להשתמש ביחד היינו משום המרתף שמוכרין היין בתוכו והו"ל כמו חנות, וצ"ע דבתשובת הרא"ש שהיא בכלל צ"ח סימן ד' כתב דההיא דשני אחין שהעשיר אומר לעני קח לך עבדים כו' התם לא מיירי בחלוקה כי העני אינו תובע שיחלוק עמו לזמנים כי אין לו במה להשתמש בהם כו' אבל אם היו שניהם עשירים ואין נוח להשתמש יחד פשיטא שחולקין אותו לזמנים כו', הרי בהדיא דבמרחץ חולקין לזמנים, ומכאן נמי קשה למ"ש הסמ"ע ס"ק י"ג לחלק בין אם השותפות אינה נוחה להם לבין אם אין לעני עבדים וזיתים, דהא בהדיא כתב הרא"ש דאף באין לעני עבדים וזיתים יכול לבקש חלוקת זמנים, וכן נמי א"א לומר כמ"ש הנה"מ ס"ק י' דמש"כ הרא"ש שאין נוח להשתמש ביחד היינו דוקא בשאין שותפותן שוה, שיש לאחד יותר, דהא גם בשני אחין כתב כן.

ולכן נראה דהכל לפי הענין וסתם מרחץ ובית הבד נוח להם להשתמש ביחד ואין אחד מהם יכול לבקש חלוקת זמנים אא"כ מוכיח שאין השימוש ביחד נוח לו, וזו כונת הטור בס"ח דבסתם מרחץ ובית הבד אין יכול להפקיע אפילו שעה אחת, אבל כשאין לעני עבדים וזיתים ואינו מוצא להשכיר מי שישתמש ביחד עם העשיר אבל מוצא להשכיר אם יחלקו לזמנים, בזה ס"ל להרא"ש דהו"ל כאין נוח השימוש ביחד, שאנו רואים השימוש של העני ע"י השוכרים והם אינם יכולים להשתמש עם העשיר ביחד, וכן בעובדא דהרא"ש כיון שאינם יכולים לדרוך בשותפות אינם יכולים להשתמש ביחד, ואפשר לבקש חלוקת זמנים, ויתכן שזו כונת הד"מ.

ומיהו במלחמות בפרק ג"פ מבואר דאין ביד העני לבקש חלוקת זמנים אפילו מוצא אז להשכיר, ואפשר דס"ל דמה שאין לו עבדים לא חשיב טעם כיון שאין השותפות גורמת, אבל אם אירע שרואים ב"ד שאין השותפות נוחה במרחץ באמת חולקים לזמנים, וזה כדעת הסמ"ע, ואפשר דלעולם במרחץ תחלת שיתופם על מנת שלא

יוכלו לבקש חלוקת זמנים, ולא מהני מה שנתחדש להם הפרעות לשימוש בשותפות, והכי מסתברא טפי, וכמ"ש הנתה"מ דלא מסתבר שאם יהיה לעני עבדים יוכל לבקש חלוקת זמנים וכשאינו לו אינו יכול, ומיהו י"ל שאין הדבר תלוי בזה אלא כפי ראות עיני הדיינים אם באמת אין השותפות נוחה או שהעני במתכוין גורם לכך, וצ"ע. (סימן ג').

- מכתב -

מה דמספקא ליה למר בגוד או אגוד אם שמין כמה השדה שוה וצריך לתת מחצה, לדעת ריצב"א דלא מצי להעלות יותר משויו, או דשמין כמה שוה למכור מחצית השדה לשותפות, פשיטא לי לדידי דאין לחייב את האומר גוד או אגוד שיפסיד ממה ששילם, דעיקר גוד או אגוד היא תקנה שתהיה אפשרות לפרק שותפות, ואם נחייבו להפסיד הרי אנו סותמין את הפתח לביטול השותפות, ולכן יש לחייב לתת מחצית ערך השדה וכמו שקנוה.

ומיהו לאו כלל הוא שיש שינוי בין מכירת חצי לערך חצי במכירת כולו, דסיבת השינוי הוא משום דלאו כל אדם חפץ בשותפות עם הפלוני, וכיון שנתמעטו הלוקחים יורד השער, אבל אם מזדמן מי שמעוניין בשותפות שפיר יתן מחצית מערך כולו, וכמו שקנוה בשותפות.

עיקר דברי המהרש"א הם דלדעת ריצב"א שאי אפשר להעלות יותר משויו, יתכן לומר שיהא דין גוד או אגוד גם בחצר שבבית, דאינו כמנשלו מן הבית על ידי הגוד או אגוד שבחצר, כיון שנותן לו גם את האפשרות לקנות חלקו בחצר בערך הנכון, ולעולם יוכל גם למכור שותפות בחצירו, [אם כי לכאורה לא יתכן לשמש בחצר אלא מי שיש לו בית הפתוח לחצר, ואם אלו אינם מעוניינים לא יוכל למכור כלל, ומ"מ אכתי י"ל דיכול לומר גוד או אגוד ויזכה הוא בחצר כולו], ואף אם יפסיד משהו כשימכרנו לאחר נמי אין בכך כלום. (עד כאן).

י"ג ב' אלא לאו חסורי מיחסרא וה"ק טול אתה שיעור כו', נתבאר לעיל י"ג א' סק"ז. תוד"ה שמע, נתבאר לעיל י"ג א' סק"ב.

תוד"ה ואי וי"ל דהמ"ל ולטעמך, נתבאר לעיל י"ג א' סק"י.

תוד"ה מדביק אע"פ שא"א שלא יתן נביאים וכתובים על גבי תורה ובמגילה בפ"ב משמע דאסור להניח ה"מ בשתי כריכות אבל כשהן מדובקין יחד אינו גנאי, א"ה ראיתי להעתיק כאן מש"כ בזה בחו"ב מגילה. מגילה כ"ז א' שאני הנחה דלא אפשר דאלת"ה מיכרך היכי כרכינן כו', נראה דגנאי דהנחה זה ע"ג זה גדול יותר מגנאי דכריכה, וכמ"ש תו' ב"ב י"ג ב' דכן מוכח מהא דאיכא מאן דשרי להדביק תורה ונביאים וכתובים ביחד, אע"ג דלכו"ע אסור להניח נביאים וכתובים ע"ג חומשים, וגמ' ס"ל דלהמנע מהנחה זה ע"ג זה הוא לא אפשר, ומייתנין דגם כריכה הוא גנאי ומ"מ שרינן משום לא אפשר, וה"נ גנאי דהנחה אע"ג שהוא גדול טפי מ"מ יש להתיר משום דא"א, וא"ת והא ודאי אפשר להמנע מלכרוך תורה נביאים וכתובים ביחד, וא"כ מ"ט דמאן דשרי, וע"כ צ"ל דס"ל דכריכה לא חשיב גנאי, וא"כ לדידיה אודא ליה הך דאלת"ה, ואפשר דאה"נ, וגמ' אודא אליבא דמאן דאסר, ולאידך מ"ד אמרינן מסברא דהנחה יש להתיר משום דלא אפשר, וצ"ע ברשב"א דהניח בצ"ע לדידן דקיי"ל דמדביקין תורה נביאים וכתובים, א"כ יהא מוכח מהא דמניחין תורה ע"ג תורה דלא בעי עילויא, וצ"ע דנהי דלית לן הוכחה מהא דכורכין, אבל אכתי מסברא שפיר אמרינן שאני הנחה דלא אפשר, ועוד דהא תנאי פליגי בב"ב שם אם מדבקין תנ"ך, ומאן דאסר ע"כ משום דס"ל דגם בכריכה איכא גנאי, וא"כ לדידיה מוכח מהא דכל חד לחודיה שרי דהיכא דלא אפשר שרינן, ושפיר יש לקיים סברא זו

אליבא דכו"ע לענין הנחה, דלית לן לחדש פלוגתא בדין לא אפשר. אפשר דהא דפרכינן מיכרך היכי כרכינן והא קא יתיב דפא אחבריה, דלאו מכל ס"ת פרכינן, דכיון דמצותו בשלימותו, הרי כולו חדא מילתא, דכולו ס"ת אחד, ולא חשיב חד דפא אחבריה, [הגע עצמך האם בד' פרשיות דשל יד איכא למיפרך דיתיב חד אחבריה, הרי מצותו בכך, ומיהו י"ל דהתם דלעולם הם עומדים בבית לא חשיב חד אחבריה, ובס"ת כשמניחים אותה וקורין בה הוא דחשיב דפא אחבריה, ולא בזמן שהיא עומדת, וכן י"ל במזוזה למאי דקיי"ל בזקיפה], כיון דכל אחד מסייע בקדושת חבירו, ורק מס"ת שאינו שלם וכן חומשים שאינם שלמים, [א"נ אף בשלמים אין מיתוסף בהם קדושה כ"כ בשלימותם], הוא דפרכינן דיתיב דפא אחבריה, וממעשים בכל יום קפריך.

ובסברא היה נראה דמאן דשרי להדביק תורה נביאים וכתובים, דהיינו דוקא בזמן שהחומשים שבו אינם קדושים בקדושת ס"ת שיש בהם מן הדברים המעכבים, דבזמן שיש כאן ס"ת שלם למה יהא רשאי לפוסלו ע"י הוספת הנביאים וכתובים, דהא נפסל בכך כמ"ש הרמב"ם סוף"ז מה' ס"ת, ולעולם מעלין בקודש ולא מורידין, ובזה י"ל דכשאינן כאן קדושת ס"ת, הרי יש יתרון מסויים בזמן שכל התורה נביאים וכתובים ביחד, וס"ל למאן דשרי דאין כאן גנאי דנביאים וכתובים ע"ג חומשים דכולם ביחד משמשים כתורה נביאים וכתובים שלם, וכעין שכתבנו בס"ת דלא חשיב גנאי דדפא אחבריה, ומאן דאסר לא ס"ל האי סברא דלא מצינו ענין בתורה נביאים וכתובים שלם ושפיר חשיב נביאים וכתובים ע"ג חומשים, אבל ברמב"ם שם וכן בסתימת הפוסקים משמע דשרי לדבק ס"ת ונביאים וכתובים, וצ"ע. - וברמב"ן ב"ב י"ד א' משמע דכשמדבקין תורה נביאים וכתובים ביחד יש לגלול הספר לאמצעיתו, תורה מימין ונביאים וכתובים משמאל, ואין הנביאים וכתובים מונח על התורה, אלא קצת מן התורה גלול על הנביאים וכתובים, דאסור שיהא הנביאים וכתובים על התורה כדאמרינן בסוגיין, וכ"ה בר"ן במגילה, וצ"ל דאע"ג דכשבא לקרות בנביאים וכתובים ע"כ גוללו על התורה, לא קפדינן בהכי שהוא שעה מועטת של קריאה, א"נ שמא קורא בו כשהספר עומד ואין מונחין זע"ז.

י"ד א' יהבו ביה רבנן עינייהו כו', עי' מש"כ בחגיגה ה' ב'.

תוד"ה בגויל, א"ה ראיתי להעתיק כאן מש"כ בזה בחו"ב שבת. שבת ע"ט א' תוד"ה קלף וכשחולקין אותו לשנים אותו שכלפי שיער קרוי קלף וכלפי בשר הוא דוכסוסטוס, סתימת הדברים כפירושן דאין נפקותא אם חילקו שוה בשוה או שהאחד דק והשני עבה דלעולם זה שכלפי שיער הוא קלף ושכלפי בשר הוא דוכסוסטוס, ואע"ג דסתמא משמע ברמב"ם פ"א מה' תפילין ה"ז דחולקין אותו באופן שזה שכלפי השיער הוא דק, וזה שכלפי הבשר הוא עבה, מ"מ גם אם החליף ועשה זה שכלפי השיער עבה, נמי לא נשתנה דינם, וזה שכלפי השיער הוא קלף ושכלפי הבשר הוא דוכסוסטוס, וכן הביא בנ"א כלל י"ד ס"ג מדברי סה"ת סי' קצ"ד שכתב שאם צד העבה הוא כלפי השיער הוא בדין קלף, ועי"ש עוד.

ויש להסתפק הרי שחלקו העור לשלשה מה דין האמצעי, ויש מקום לומר דאם יכתבו עליו לצד הבשר שיתכשר כדין קלף, תדע דבחלקוהו לעור לשנים שהוחלט זה שכלפי השיער בדין קלף וכתבו עליו תפלין לצד הבשר כדינו, לא מסתבר שאם עכשיו יחזרו לחלקו לשנים, ויהיה זה שכלפי שער בדין קלף, שיפסלו התפילין שנכתבו, לפי שעכשיו נהפך להיות דוכסוסטוס, וכן מוכח בספר מרן זללה"ה או"ח סי"א סק"ז במעשה שנקלף מקצת הקלף בפרשה של תפילין והכתב היה קיים על הקילוף והתיר להדביק, וכתב שם שזה דוקא בקלף שלנו, אבל אם נכתב על הגויל

אין לו תקנה שהקילוף נעשה בדין קלף ואינו כשר בנכתב במקום שיער כדין גויל, ומבואר דבקלף שלנו אף שנקלף לא נעשה בדין דוכסוסטוס שיפסל בנכתב במקום בשר, אע"ג שע"י הקילוף נמצא כאילו נטל כל החלק שבמקום שער, ואם לאחר כתיבה כן, מסתבר דה"ה קודם כתיבה נמי דאפשר לכתוב על האמצעי לצד הבשר ויוכשר כדין קלף.

ובהגהמ"י פ"א מתפילין אות ד' כתב וז"ל אור"ת דשלנו יש לו דין קלף ויש לו לכתוב עליו לצד הבשר שהרי גוררין ומתקנין אותו לצד הבשר ונשארה קלופה לצד השיער, שאת"ל יש לו דין דוכסוסטוס מפני שגוררין ומתקנין אותו לצד השיער ונשארה קלופה לצד הבשר, א"כ איך כתבינן תפילין על קלף שלנו הלא אין דין אלא על הקלף ואם שינה פסול, וכתב רבנו שמחה דיש רוצים להכשיר קלפים שלנו לכתוב עליהם באיזה צד שהוא חפץ משתי הצדדין כיון שנתקן משני הצדדין כר"ת וי"א שיש לו דין דוכסוסטוס כו' פוק חזי מאי עמא דבר כו', עכ"ל, הנה נראה דמה שהביא בשם רבנו שמחה היינו שנתנו לקלף שלנו דין כקלף האמצעי, ושאפשר לכתוב עליו לצד הבשר ויהא בדין קלף, ואפשר לכתוב עליו לצד השער ויהא בדין דוכסוסטוס, ולמאי דמסיק פוק חזי מאי עמא דבר היינו שמשמש בדין קלף, ולא יוכשר אם יכתבו עליו לצד השער, והיינו משום שקלף שלנו הוא בדין קלף במוחלט, אבל אכתי י"ל דאם חלקו העור לשלשה, דהאמצעי יהיה אמנם בדין יש רוצים שהביא ר"ש דאפשר לכתוב עליהם באיזה צד שהוא חפץ ואם יכתוב בצד הבשר יהא בדין קלף, ואם יכתוב לצד השיער יהא בדין דוכסוסטוס, וצ"ע.

המחבר באו"ח סי' ל"ב ס"ז כתב דקלפים שלנו שאין חולקין אותם ושיש להם דין קלף וכותבים עליהם לצד הבשר, איירי שמצד הבשר גוררים הרבה עד שאין נשאר אלא הקלף בלבד, ומצד השיער אין גוררין אלא כפי הצריך לתקנו ולהחליקו דגם אם היו חולקין את העור היו גוררין ממנו כך, אבל במרדכי במנחות ל"ב בהלכות קטנות כתב בשם ר"ת שהסירו מצד הבשר רק הגידים והשמנונית וקליפה דקה שקורין אשקרניר, ואין במשמעות לשון זה שגררו הרבה, שהגידים והשמנונית אינם מן העור, ונמצא שגרר מן העור רק קליפה דקה, ואפ"ה ס"ל לר"ת שהוא בדין קלף, וכן בסה"ת ה' ס"ת סי' קצ"ד כתב שאם גרדו קליפה דקה מצד הבשר הרי כל הנשאר בדין קלף, וכותבין עליו במקום בשר, ואם קלפו מצד השער הרי הנשאר בדין דוכסוסטוס עי"ש, ובמרדכי שם הזכיר דמה שמקלפין מצד השער אינו אלא תיקון ואין עליה שם קלף, וכנראה שם במרדכי שהדבר תלוי היכן המקום שראוי לכתוב עליו, דבקלפים שלנו המקום הנאות לכתוב הוא לצד הבשר, וזה קובע שהנשאר הוא בדין קלף, דבמקום שער אין נוח לכתוב ע"י הקילוף המועט שנעשה שם.

ובאו"ז סי' תק"מ הביא יש שסוברים דקלפים שלנו הוו דוכסוסטוס משום שמקלפין אותם מצד שער משום שהם עבים ופוסלים ס"ת הללו הכתובים במקום בשר ומכשירים לכתוב במקום שער ואין נראית לר"ת סברתם דדוכסוסטוס שלהם לא היה ראוי במקום בשר כלל ודין טפי חזי במקום בשר מבמקום שער, עכ"ל, הנה משמע דכל שראוי במקום בשר טפי, חשיב קלף.

דעת הרמב"ן והרשב"א, וכן בחדושים ע"ש הר"ן בשם הרא"ה, וכן דעת הרמב"ם בתשובתו לחכמי לונל שבכ"מ פ"ג מה' תפילין, דהחלק שלצד הבשר הוא הנקרא קלף, והחלק שלצד השער הוא הנקרא דוכסוסטוס, ולפי זה מתפרש מקום בשר כפשוטו מקום הנוגע בבשר, וכן מקום שיער הוא ממש, [ומיהו כשתירצו בגמ' מנחות ל"ב א' וכן בסוגיין הא דכתבינהו אקלף במקום שיער א"נ אדוכסוסטוס במקום בשר, האי במקום מתפרש כמו לפי תו'], וקצת משמע בר"ן בסוגיין שנהגו

כן כהיום שאין חולקין את העור, שכותבין במקום בשר מבלי לגרד שם הרבה, ולכאורה הדבר תלוי בקבלה אבל הב"י קבע לעיקר כדעת תו' ולא הביא כלל דעת החולקים.

בעורות הדקים ובפרט בשליל לאחר שגרדו מצד הבשר עד שהעמידו העור על דקותו כראוי לתפילין, כבר נקלף גם הקליפה שהזכיר המרדכי שקורין אשקרניר וגם יותר מזה, והרי הוא כבר בדין קלף, ואף שמגרדין אח"כ מעט מצד השער אין בכך כלום, דגירוד זה היו עושים גם אם היו מחלקים את העור וכמ"ש המחבר הובא לעיל, [ועי' לעיל לענין אם הוסיפו לגרד יותר מעט]. (עד כאן).

י"ד ב' כל שיש בהקיפו ג"ט כו', בדברי התו' בזה בעירובין י"ד א' והמ"מ בפי"ז מה"ש הכ"ו, עי' בספר אהלות ס"ה סק"ו.

ט"ו א' מכאן ואילך הקב"ה אומר ומשה כותב בדמע כו', נראה דהענין שאין לומר דבר שאינו, ולכך לא היה יכול משה לומר וימת משה דמיחזי כשיקרא, אבל הקב"ה שמצוהו על העתיד שפיר אמר, וגם לכתוב רשאי, ומייתי נמי דירמי' מפי הקב"ה אמר איכה קודם החורבן אבל ברוך בן נריה לא חזר ואמר ורק כתב, והיינו דנשתנה שנכתב בלא אמירה, אבל למה שנסתפקו בתו' מנחות ל' א' שלעולם א"צ אמירה, צ"ע א"כ מה נשתנו ח' פסוקים אלו, דלא מסתבר דמה שבכה בשעת כתיבה חשיב כשינוי, וצ"ע.

ט"ז ב' רמ"א שלא היתה לו בת, כתב הרמב"ן בפירוש התורה, דלכך חשיבא ברכה משום שלא היה לו למי להשיאה, ובזה אפשר לשאול קושית תו' לקמן קמ"א א' שהיה יכול להשיאה ליצחק, וי"ל כדכתב הרמב"ן בפירוש התורה בפרשת תולדות דמה שקיימו כל התורה עד שלא ניתנה היה בארץ ישראל, ויעקב רק בחו"ל נשא שתי אחיות, והלכך יצחק שהיה בארץ ישראל לא היה יכול לישא אחותו, אבל קושית תו' ק"ק דשפיר י"ל דרבקה היתה ראויה לו, גם מה שתירצו ק"ק דהא רבקה היתה בת ג' כשנשאה, וא"כ גם כשבתו היתה מעט פחות היה יכול להמתין, ומיהו ע"כ התו' לא ס"ל שהיתה רבקה בת ג', דא"כ לא יתכן שבתו היתה יותר קטנה אם נולדה משרה, שהרי שרה מתה בעקדה ואז נולדה רבקה כמ"ש רש"י בפ' תולדות, ואמנם בדעת זקנים מבעלי התו' שם כתבו שהיתה בת י"ד, ולפי זה ניחא די"ל דבתו היתה קטנה.

לא יחפור

בהרחקות נזיקין

א) י"ז ב' אתמר הבא לסמוך בצד המיצר כו', יש לעי' למ"ד סומך במה נתחייב זה ליתן כותל לבורו של חבירו, ולמה לא יהא רשאי ליטול את עפרו, כמו בשתי גנות זו למעלה מזו ב"מ קי"ח ב', ואפשר דבאמת אם בא לחפור צריך למכור מתוך שדהו דרשאי לכו"ע, ולא מהני מה שהראשון היה רשאי לסמוך או בסמך בהיתר כמו בלוקח, דמעולם לא נתחייב להעמיד את שלו לשימוש של חבירו, והכא דוקא בשבא השני לעשות בור בתוך שלו לשימוש, דבזה צריך גם הוא לכותל לבורו, ורוצה למנוע את הראשון מלהשתמש בבורו שימוש בור, כדי שמניעה זו תשמש אותו לכותל בורו שלא יצטרך להרחיק כל כך, ובזה אמרינן דהסומך ראשון רשאי לשמש בשלו שימוש בור, (היינו במים לפירוש תו' דכל ההרחקה בבור משום מתונתא), וממילא על השני להרחיק כל ההרחקה דהיינו ששה טפחים, שאם ירחיק רק שלשה הרי לא יוכל לשמש בבורו, [כי בין שתי בורות לא סגי בג"ט, אא"כ לא ישתמש הראשון בבורו שימוש בור], ואף שהוא אומר דניחא ליה בהא, אמרינן דכוונתו לקלקל לחבירו שיוכרח להרחיק, ונמצא שהוא בא עכשיו בבורו למנוע את

הראשון מלשמש בבורו, ולהשתמש במניעה זו לתועלת לכותל בורו, ובזה אמרינן שהראשון כבר זכה בשימוש ואלו כל כמיניה של השני למנעו, ומ"מ אין לזה הכרח, וברמב"ן הביא ש"א שאין השני מרחיק אלא ג"ט, דלא אמרינן שכבר זכה הראשון בשימוש כולי האי.

וממה שפסקו הרמב"ם והטור להלכה דהשני צריך להרחיק ששה טפחים, מבואר דגם למאי דקיי"ל כר' יוסי הדין כן, ואע"ג דלא שייך הכא טעמא דכל מרא ומרא דקא מחית קא מרפית לה לארעאי, דהא ליכא ארעא דידיה כלל בתוך ג' ואח"כ הבור, צ"ל דלא איצטריך האי טעמא אלא בבא לסמוך דעדיין ליכא בור בארעא דחבריה, אבל בדאיכא בור הרי כל פעולה המפריעה לשימוש הבור חשיבא גירי דיליה, ואף למש"כ תו' בריש פירקין דטעמא דבור משום מתונתא, וא"כ ה"נ שימוש המים בבור הוא המזיק, והרי ודאי המים פסקי והדר נפלי וכה"ג אמרינן בב"מ קי"ז א' דלא חשיב גירי דיליה, לא דמי דהתם המים ביציאתן מזיקים ושפיר אמרינן דכיון דפסקי לאו גירי דיליה נינהו, אבל הכא המים מערערים את הכותל מיד עם בליעתם בו ושפיר הוי גירא דיליה, וכבר כתב כן הנמו"י בסוגיא דשובך, ואע"ג דהכותל דידיה ולא נתחייב ליתן אותו לשימוש לחבירו וכמש"כ לעיל, מ"מ כיון דחזינן בסתירת הכותל רצון לכפות על חבירו שלא ישמש בבורו שזכה בשימוש, וכמש"כ לעיל, הרי דיינינן לכותל ככותל של חבירו וחשיב גירא דיליה, ומיהו בתו' שם משמע דפעולת המים לא חשיב גירי דיליה ורק כיון דתחלת ההיזק דכל מרא ומרא הוי גירי דיליה לכך חייב להרחיק גם היזק המים, ולפי זה כאן קשה דכשהרחיק ג' וליכא טעמא דכל מרא למה יצטרך להרחיק עוד, ואולי אפשר לחלק דהכא כבר הבור קיים משא"כ במתני' דמיירי בראשון הסומך או בבאו לחפור בב"א, וצ"ע.

(ב) תוד"ה מרחיקין וי"ל דהני נמי מקלקלין את הקרקע ויזיק לכותל לכשיבנה אפילו שוב יסיר, צ"ע דא"כ אמאי מותר לאב"י, ולא דמי לבור, דהתם ס"ל לאב"י דקא מרפית לארעאי לאו טענה היא שהרי מותר לאדם להכות קרקעו במרא וחצינא סמוך למיצר, ואין בנ"א מקפידין על ריפויא דארעא כגון דא, ורק משום שבא לחפור בור אתינן עלה, וסבר אב"י דכיון דתרווייהו מזקי אהדדי וראוי לקבוע משפט ביניהם, אפשר לקבוע דכל הקודם זכה, כיון דבקדימתו לאו מזיק הוא, והשני יתחייב להרחיק או הכל או מחצה, אבל כאן שבעל הכותל ניזק ולא מזיק, אם איתא שהגפת מזיק אף קודם בניית הכותל א"כ למה מותר, וצריך לומר דקים לגמ' דהפסד זה של הקרקע ע"י כל הני דמתני' הוא שוה בדיוק לריפויא דארעא דרבא, וממילא פליגי נמי אב"י ורבא בהא, אי מצרפינן היזק זה להיזק של אח"כ כשיהיה הכותל והבור, אבל קשה דא"כ דהיזק זה כשלעצמו לאו היזק הוא דומיא דמרא ומרא בבור, א"כ כיון שיסיר אח"כ הגפת, למה לן לאסור, והרי בבור אסור רבא משום שהבור נשאר קיים ומעכב בעד חבירו מלחפור בסמוך לו, גם עיקר הדבר קשה בסברא לומר דהבלא דגפת וסלעים ותנור מפסיד הקרקע הסמוכה בעומק, וכן אינך, ועוד דלגירסת ר"ח ור"ת לקמן בסוגיא דחרדל אלא אמר רבינא כו' נקטו בפשיטות דלפ"ז ליכא כותל סמוך אף לרבא, הרי דלא חשיב מזיק כל עוד דליכא כותל, וצ"ע.

בא"ד ועוד אומר ר"י דבכל אלו יש טורח בסילוקן כו' כי יש לחוש שמא לא ימהר לסלקו כו', אם כונתם שזה דבר פשוט בסברא שיש לחוש, וממילא כל שאסור כשיש כותל יש לאסור בדליכא כותל, א"כ אין לנו לחדש בזה דאב"י פליג אסברא זו, ולפי זה ע"כ דלאב"י דשרי להניח גפת בדליכא כותל, דאף כשיבנה חבירו את הכותל לא יתחייב להסיר, אבל הדבר קשה בסברא כיון דבעל הכותל ניזק ולא מזיק, וממילא מותר לו לבנות הכותל ולמה לא יתחייב בעל הגפת למנוע מלהזיקו, ולא דמי לבור

דתרוייהו מזיקין ושפיר אסרינן לשני לחפור בשעה שהוא מזיק, וממילא הראשון נשכר, ואף דבאילן קדם לא יקוץ, כבר כתבו תו' י"ח ב' דאילן שאני דהוא הפסד מרובה שהרי אף בבור קדם קוצץ ונותן דמים, ועוד דגפת וסלעים שהם דברים המטלטלים יש לחשוב כל קיומם כהנחה חדשה, כיון שבכל רגע יכול לסלקם.

ולכן נראה דעיקר הדבר תלוי בפלוגתא דאב"י ורבא, דלרבא דאסור לסמוך היינו דכל שימוש הפוגע באיזה שהוא שימוש של השכן, אסור, ואפילו השכן עדיין לא משתמש בשימוש זה, דכך הם שעבודי השכנים, ולכך כיון דכשיש כותל אסור להניח גפת, הרי גם עכשיו אין רשות להניח גפת, אלא שיש לשאול דמ"מ יהא מותר מדין זה נהנה וזה לא חסר דכופין על מדת סדום, לזה כתבו דיש לחוש שמא לא ימהר לסלקו, ולכך אין כאן מדת סדום, ושב לעיקר הדין דשימוש בגפת אסור, [וכ"ה בלשון תשו' הרשב"א המובאת בב"י סי' קנ"ד מחו' י"ז], אבל לאב"י דמותר לסמוך אמרינן דלעולם אין שום שעבוד האוסר שימוש בשלי, ורק יש איסור מזיק וכל שאיני מזיק מותר, ולפי זה שפיר י"ל דאף לאב"י כשיבנה הכותל יצטרך להסיר הגפת ומ"מ כל עוד שלא בנה אינו מחויב לסלק, שו"ר שכ"כ הרשב"א בהא דאמרינן דירה שאני, [אלא שכתב כן רק בהזיקא דגירי].

ג) י"ח א' ת"ש מרחיקין את המשרה מן הירק כו', לכאורה הכא דלא תני שיעור הרחקה, ומתפרש כפי הענין, ע"כ למיתני ירק ובצלים ודבורים, דאי הוי תני מן המיצר לא הוי ידעין כמה להרחיק, ויש לפרש דפריך דהו"ל למיתני מרחיקין את המשרה מן המיצר משום ירק וכן באינך, ולשון מן הירק משמע דוקא בדאיכא ירק. והנה למש"כ סק"ב דלאב"י לא מהני סמך בגפת להתיר גם לאחר שנבנה הכותל, וצריך לסלק, אם נימא דלאו דוקא במטלטלין כן אלא אף בקרקע, כל שהמזיק אחד, לא מהני סמך, וכמו שצדדנו לעיל, דלמה זה יפסיד הניזק, ולעולם בתחלת סמיכתו לא שייך לזכותו לכשיבא הניזק, כיון שבע"כ יש רשות לניזק לבוא, א"כ אף בקדם המשרה ואח"כ בא הירק נמי צריך להרחיק המשרה, ולפי זה נראה דיש לפרש כן משנתנו, דודאי יש לתנא להשמיענו חומר החיוב בהרחקת המשרה דאפילו בקדמה המשרה נמי חייב להרחיקה, וגם לשון מרחיקין מתפרש שפיר טפי בדבר הקיים וצריכים להרחיקו, דאל"ה הול"ל אין עושין משרה סמוך לירק וכדקתני לא יחפור לא יטע, [וכן בגפת ואינך מתפרש שהם ישנם וחייבים להרחיקם, ואם אסור לסמוך מתפרש שהם בידו עדיין, ולא הניחם ע"ג קרקע, וכן במרחיקין את האילן מבואר במשנה דבקי"ם עסקינן כדקתני קוצץ, וכ"כ הרמב"ן בריש דף י"ח דמרחיקין מן הכותל בשכבר סמך ובא לבנות כותל נמי משמע], ולפי זה לאב"י מתפרשא מתני' בפשיטות דמשרה וכרישין וחרדל שקדמו חייבים להרחיקם כשבאים הירק והבצלים והדבורים, דכיון דרק הם מזיקים לא מהני סמכו בהיתר, ור' יוסי מתיר בחרדל דסבר דגם הדבורים מזיקים, וכיון דתרוייהו מזיקים חזרו לדין בור דהסומך הראשון זכה והשני צריך להרחיק הכל, הלכך כיון שהחרדל קדם זכה ואינו חייב להרחיק ובעל הדבורים מרחיק הכל, ועי' תוד"ה מכלל וכמסקנא זו יש לפרש תחלת הסוגיא כו', ואולי כונתם כמ"ש"כ, אבל לרבא דאסור לסמוך, א"כ אף בקדמו חרדל צריך להרחיקם כיון שקדמו באיסור, ואפילו שניהם מזיקים, וגם כיון דאסור לסמוך אית לן לפרש מתני' בתחלה שבא לעשות חרדל סמוך למיצר והיינו דקתני דחייב להרחיק, ואפילו דבעל הדבורים נמי מזיק מ"מ חייבים כל אחד להרחיק חצי ההרחקה, ואמאי מתיר ר' יוסי בחרדל לסמוך לגמרי, ולשון הגמ' היכי משכח"ל ר"ל היכי משכח"ל שהחרדל יקדם ובהיתר שע"ז יזכה שלא יצטרך להרחיק אף בבוא הדבורים.

ומשני ר"פ בלוקח, היינו שלקח חרדל זרוע וחצי השדה השניה ביד המוכר או שמכרה לאחר, וכה"ג החרדל בהיתר ולכך אין צריך להרחיק, ופרכינן א"כ מ"ט דרבנן, דס"ל לגמ' דכיון דסמך בהיתר דלוקח אין לחייבו להרחיק וכמו באילן דאם קדם לא יקוץ, [ואע"ג דמעיקרא הוי ס"ל בגמרא דלאביי באילן קדם, אף שלא בלוקח, אינו קוצץ, ואילו השתא לאביי לרבנן לא מהני קדם משרה, כיון דרק הוא המזיק לפמש"פ, וע"כ יש לחלק בין אילן לשאר דברים וכמש"כ תו', [וכן למסקנא סברי רבנן דעל המזיק להרחיק אף בקדם בלוקח, משא"כ באילן], מ"מ בקדם בהיתר דלוקח ס"ל השתא לגמ' מסברא דבכל מילי אף במזיק אחד אין לחייבו להרחיק], ועוד מ"ט נמי דר' יוסי דגם הוא פליג רק בחרדל משום דדבורים נמי מזקי ולא במשרה וירק, ומשני רבינא קסברי רבנן על המזיק להרחיק עצמו אפילו סמך בהיתר דלוקח, ופרכינן מכלל דר"י סבר על הניזק כו', כלומר דהא פרכינן מעיקרא נמי אמאי ר"י לא פליג במשרה וירקא, וכיון דרבינא מתרץ קסברי רבנן על המזיק להרחיק והיינו לתרוצי קושיא קמייתא דמאי טעמייהו דרבנן, ומשמע כאילו ר' יוסי באמת פליג מהאי טעמא דס"ל דמהני סמך בהיתר בכל גווני, א"ה משרה וירקא נמי, ומשנינן דבאמת גם ר' יוסי סבר דבמזיק אחד לא מהני סמך בהיתר אפילו היתר דלוקח, אלא טעמיה דס"ל דתרוייהו מזיקים, ורבנן בהא פליגי.

ולפי מה שפירשנו דלאביי נמי כשבונה הכותל צריך לסלק הגפת, ניחא בפשיטות הדיקא נמי דאמרינן לעיל מהא דקתני אם היתה רפת בקר קודמת לאוצר מותר, והיינו מדלא נקט לה התנא אלא ברפת בקר ש"מ דטעמא משום דדירה שאני, והקשו בתו' שם א"כ לאביי מאי איכא למימר ותירצו דאביי לא משמע ליה שיהא טפי חידוש בשאר מבדירה, וקשה דהתינח אם דירה היתה המשנה הראשונה שפיר י"ל דנקט לה בדין הראשון, אבל מאחר דהרבה הרחקות קדמו במתני' ובודאי קושטא הוא שיש מקום לומר דדירה שאני, הרי בודאי היה לו להתנא לשנות דין זה בגפת שאם קדם לכותל מותר וכש"כ בדירה, אבל למש"כ באמת אף לאביי בעינן לטעמא דדירה שאני, דאל"ה היה צריך לסלק הרפת כשבא האוצר, וכמו שצריך לסלק הגפת כשנבנה הכותל, שו"ר שכבר פי' כן הרשב"א דהיינו הדיקא נמי דקאמר משום דאף לאביי היה צריך לסלק הרפת כשבא האוצר אי לאו דדירה שאני, וא"צ למש"כ רש"י ותו' דדייק מדנקט לה בהך דרפת ולא באינך הרחקות, עי"ש.

ומה שהקשה הר"י בתוד"ה וסבר דדוחק לחלק בין לוקח דאילן ללוקח דמשרה, צ"ע דהא ע"כ לחלק בהכי כמו שהוכיחו תו' דהא באילן אף בבור קדם נותן דמים, ובכל שאר הרחקות בסמך באיסור לא מסתבר כלל שיקבל דמים, ומשה"ק עוד דלמה הקשה מהא דמשרה באחרונה, והיינו למה הקדים מתני' דאילנות דהן מאוחרות, ובהו גופא יש לשאול למה הקדים מתניתין דלא יטע למתני' דמרחיקין את האילן, ונראה משום דמתני' דלא יטע קשיא אף לאביי, דודאי סתם שדה כבא לזרוע בה דמי, וא"כ כבאו בב"א דמי ואמאי סגי בד"א, [והא דלא אקדמה ללא יפתח חנות, משום דהתם קתני בהדיא אם רפת קדמה לאוצר מותר], [שו"ר ברמב"ן שלא פירש כן, אלא דרק לרבא פריך עי"ש], ועוד שאם היה מקדים משנה דמרחיקין את האילן כבר היה לו להקשות מתני' אהדידי ולא למיפוך אמ"ד דבא לסמוך אינו סומך, ומיהו לפי טעם זה אכתי היה לו לאחרון תרוייהו בתר משרה ולהקדים לא יטע, אלא די"ל דהני תרוייהו דמוקמינן להו בלוקח ניחא ליה למסמיניהו, וכיון דפריך מלא יטע דאיירי באילן הביא כבר מתני' דמרחיקין את האילן, ובתור הכי הביא מתני' דמשרה, גם י"ל אידי דנפישן מילי בשקלא וטריא במתני' דמשרה לפיכך איחרה בסוף הסוגיא, ומה שהקשה עוד מהתוספתא דקתני כדרך שעשית בתוך שלך אני עושה

בתוך שלי, י"ל דהא מסקינן דלטעמייהו דרבנן קאמר להו, ואם כן יש לפרש דה"ק דבעל החרדל טוען כדרך שאתם מתירים לבעל הדבורים לעשות כך תתירו גם לי, ולא בהך עובדא קאמר שבעל הדבורים הקדים, אלא ה"ק ליה כדרך שאתה הקדמת ועשית בתוך שלך במקום אחר ואין מוחזין בידך ה"נ אני עושה בתוך שלי, ואולי לא מיתניא בי ר"ח ור"א דהא בסוגיין מיתנינן לישנא אחרינא עד שאתה וכו'.

נמצא מסקנת הדברים לפירוש זה דמתני' דחרדל לרבא מיתוקמא בלוקח והיינו שזרע חרדל באמצע שדהו ומכר חציה, ועכשיו בא השני להעמיד דבורים במיצר החרדל, וסברי רבנן דעל בעל החרדל להרחיק אע"פ שסמך ברשות כיון שרק הוא מזיק ובעל הדבורים אינו מזיק, [ואילן שאני], ור' יוסי פליג מתרי טעמי חדא דגם בעל הדבורים מזיק וממילא על בעל הדבורים להרחיק הכל, [א"נ אף בעל הדבורים מותר לסמוך אבל בעל החרדל אינו חייב להרחיק, אם נחלק בין היזק חרדל ודבורים להיזק בור], ועוד דבעל החרדל לאו מזיק הוא דבעי גירי דיליה, ולמאי דקיי"ל כר' יוסי דבעינן גירי דיליה, באמת אית לן למינקט כן לדינא דאין על בעל החרדל להרחיק, מיהו יש לדון אם היינו דוקא בקדם בהיתר או דאף לכתחלה רשאי לסמוך החרדל, ואפילו הדבורים קדמו, דלאו גיריה נינהו, ובהא דס"ל לר"י דדבורים נמי מזקי לא קיי"ל כוותיה וכמ"ש במלחמות, ולענין כל הרחקות דפירקין נמי תלוי אי חשיבי גירי דיליה, ואי חשיבי, אכתי יש לדון אם אף בקדמו חשיבי גירי, וכמו שדנו בזה הראשונים ז"ל.

ד) וכעת ראיתי בשטמ"ק בשם הר"י מגאש דפירש ממש כמש"כ דכולה סוגיא איירי בשקדמו החרדל והמשרה, ואם אחד ניזק לא מהני קדימה וכשיבואו הדבורים והירק חייב להרחיק המשרה והחרדל אף לאביי, אבל לר' יוסי דשניהם מזיקים מהני קדימת החרדל ועל בעל הדבורים להרחיק, אלא דגרס אלא אמר רבינא וכגירסת ר"ח, ולפי זה למסקנא מודה רבא בכולהו דאי ליכא כותל סמך וכשיבא כותל ירחיק, מלבד בבור דלא סמך משום דמרפה לארעא דחבריה, [והרמב"ן ז"ל כנראה שלא היו לפניו כל הדברים שלפנינו בשטמ"ק, ולפיכך פירש בדרך אחרת על פי פירוש הר"י מיגאש בהא דעל המזיק להרחיק עצמו לכשיזיק, ואע"פ שסמך בהיתר, ובעוד שלפנינו מבואר דזה היה פשוט להר"י מיגאש אליבא דאביי אף לס"ד, הרי הרמב"ן נקט דרבינא הוא דחידש כן].

ונראה דזו דעת הרמב"ם בפ"ט ובפ"י מה' שכנים ששנה כל ההרחקות בלישנא דמתני' מרחיקין מן הכותל, ושנה בבור דין לסמוך למיצר ופסק כרבא, ושנה דין רפת בקר קודם לאוצר, ומכל זה מבואר דבכל ההרחקות אם אין כותל א"צ להרחיק, ודוקא בבור מרחיק מן המיצר, וכמש"כ המ"מ, אבל כשיש כותל צריך להרחיק אפילו הוא קדם, ודוקא ברפת בקר קודם לאוצר מהני קדימה וכמו שדקדק בלח"מ, ומבואר דאף למאי דקיי"ל כר' יוסי הדין כן, דג"ז חשיב גירי דיליה, ומש"כ בפ"א ה"ד דאין חזקה לנדנוד הקרקע אי מסברא קאמר לה וכמש"כ המ"מ ניחא, ואם באנו לומר דדייק לה מעובדא דפאפי יונאה כ"ה ב' דאמרינן עני והעשיר הוי והיינו לומר דאף שהחזיקו כשהיה עני, מ"מ כשהעשיר יכול למחות בידם, וכן מבואר בחידושי הרמב"ן ע"ש, ע"כ צ"ל דאף קודם שבנה האפדנא היה יכול למחות בידם, דאם אינו יכול למחות אין כאן חזקה, ואע"ג דקיי"ל דכי ליכא כותל סמך, צ"ל דנדנוד הקרקע חמיר טפי, ואף בלא אפדנא יכול למחות, דלא עדיף מבור, דקיי"ל כרבא דאינו סומך, משום טעמא דכל מרא ומרא וכו', ואע"ג דבבור אם אינו חופר בור ורק מחי במרא מסתברא שאינו יכול למחות, דלא אמרינן אלא דחפירת הבור בסמוך אסורה כיון דמרפי לארעא דחבריה בחפירתו לכך יכול למחות על עשיית הבור עי' תו' ריש

פירקין, מ"מ הכא גרע דנדנוד הקרקע יש בו הפרעה לכל שימוש בקרקע בשעה
ההיא בין אם עומד שם או שמחזיק שם כליו, וכן מבואר מדבריו בה"ג שם שלא
הזכיר כלל אפדנא, וכתב סתם מנדנד לחצר חבירו, וכיון שכן הרי היה יכול למחות,
ושפיר הוי חזקה כשלא מיחה, וע"כ טעמא דקוטרטא וביהכ"ס דמי, ועי' ברא"ש
ובהג"א שם.

(ה) ממש"כ רש"י ותו' בהא דאמרין י"ח א' דיקא נמי דתני עלה אם היה רפת בקר
קודם לאוצר מותר, דהיינו מדלא קתני הכי באידך הרחקות, מבואר דלאביי בכל
הרחקות אם קדם זכה ואף לכשיבוא הניזק א"צ להרחיק, ודלא כמש"כ הר"י מיגאש
והרשב"א, ואפשר דקים להו ז"ל כן דומיא דבור דאמרין דהשני צריך להרחיק הכל,
ואף שיש לחלק בין שני מזיקים דאז אפשר להטיל חובת ההרחקה על המזיק השני,
משא"כ במזיק וניזק דע"כ מותר לניזק לסמוך וממילא יש לאסור על המזיק להזיק,
והכי מסתברא דלמה זה יהיה לו זכות ע"י הקדמתו, צ"ל דלא ס"ל לחלק בזה, א"נ
מאילן קדם דלא יקוץ למדו לכל המזיקים וכמש"כ הר"י י"ח ב' בתוד"ה וסבר דאין
לחלק בין אילן למשרה לענין לוקח, וה"נ לענין קדימה, אבל ג"ז קשה דהא ע"כ
לחלק בבור קדם דלא מסתבר כלל דבכל ההרחקות אם עבר וסמך שיקבל דמים, א"נ
מהא דמבואר לפי פירושם דאם קדמו דבורים מותר לסמוך חרדל אם גם דבורים
מזיקים, ומשמע דלחייב בעל הדבורים להרחיק אינו יכול לפי שקדם, ואם איתא
דבגפת ואינך חייב לסלק המזיק כשבא הניזק, ה"נ היה ראוי לחייבו לסלק הדבורים
מחצה ובעל החרדל ירחיק מחצה, ובאמת מהא דקתני ר"י מתיר בחרדל אין הכרח
שאינו יכול לכופ לבצל הדבורים להרחיק, די"ל דכלפי שאמרו חכמים דבעל החרדל
חייב להרחיק קאמר ר"י דאינו חייב, וכל שבעל הדבורים אינו מרחיק הדבורים יכול
גם הוא לסמוך חרדל, אבל אה"נ שאם רצה בעל החרדל להרחיק מחצה יכול גם
להכריח את בעל הדבורים להרחיק מחצה, עי' רמב"ן, וגם אפשר דכיון דבעל
החרדל גם הוא מזיק, ובבור כה"ג על השני להרחיק הכל, נהי דלא מחייבינן לבעל
החרדל להרחיק, אבל גם אינו יכול להכריח לבעל הדבורים להרחיק, ואין ללמוד

מזה להיכא שהשני ניזק.

ויש נפקותא בזה לדינא לגירסת ר"ח ור"ת אלא אמר רבינא, דלפ"ז מודה רבא
בכולהו הרחקות דמתני' דאי ליכא כותל סמך, ויש לן לדעת אם לאחר שבנה הכותל
חייב להרחיק, [להסוברים דג"ז חשיב גירי דיליה, למאי דקיי"ל כר"י], ולפירש"י
ותו' הנ"ל נמצא דזכה ואינו חייב להרחיק, וכן מפורש בתו' כ"ה ב' ד"ה עני,
דלמסקנא מהני הקדמה בכל מילי ולא רק בדירה.

ברם ע"כ לתת שיעור לדבר, דלא מסתבר כלל שבכל היזק יזכה בהקדמתו, ואם
הקדים לעשות קוטרטא וביהכ"ס קודם שחבירו נשתמש בחלקו, לא יצטרך להרחיקו,
ואפשר דכל היזק המפסיד ערך חלקו של השני, לא מהני ליה הקדמה, דהפסד ממון
ודאי הפסד הוא וממילא הניזק קדם, דמה לי אם מפסיד כותלו או שמפחית ערך
קרקעו, הלכך היזק ראייה וקוטרטא וביהכ"ס שקדמו, צריך לסלקם, דכל הני אם ישארו
הם מפחיתים דמי הקרקע הסמוכה, ולא נאמר דין קדימה אלא בשימושים שאינם
פוגעים בערך הקרקע כמו בור סמוך למיצר, דבלא"ה אין חבירו עתיד למלא כל
קרקעו בורות, ושפיר יכלכל תכניתו לפי הבור שבמיצר, וכן לא יזרע ירק סמוך
למשרה אלא יטע אילנות או מאכל בהמה או שימושים אחרים, וכן בדברים
המפסידים את הכותל נמי ע"כ במקום שאין דרכו לגדור קיימין, דאי לאו הכי הרי
כופה גם את חבירו לעשות מחיצה, וכבר יסיר גפתו וסלעיו, שהוא לא יפסיד,
וממילא אין נפסד ערך הקרקע ע"י שלא יוכל להעמיד כותל, וגם גפת וסלעים אין

ההפסד מוחלט כל כך, ואם ירצה דוקא לגדור לא יחוש לכך, או יגדור באבנים או בהוצא ודפנא, ובכל הני כיון שאינם הפסד של ממון אלא הפסד שימושים, שפיר יש מקום לומר דהקודם זכה, שזה טובת שניהם שלא יצטרכו לצמצם כל שימושיהם בכדי להשאיר לשני כל האפשרויות שבעולם, ועי' להלן ד"ה ועוד, (ועי' בלשון תשו' הרא"ש שבסוף כלל צ"ח וכלל ק"ח ס"י).

ולפ"ז נראה דממש"כ הרא"ש בפירקין סי' ב' ג' דחלון הפתוח לחורבה אין לו חזקה וצריך לסתמו כשיבוא חבירו לבנות, אין ראייה דחולק על ר"ת בדין קדם גפת שא"צ לסלקו, דשאני היזק ראייה שמפסיד הערך ולא מהני ליה הקדמה, ומה"ט נמי אין ראייה ממש"כ הרא"ש בסי' כ"ו בעובדא דפאפי יונאה שאם החזיקו קודם שבנה האפדנא לאו חזקה היא שלא היה יכול למחות, ומבואר דמדין קדימה ודאי לא זכו, וזה דלא כר"ת בתו' כ"ה ב' ד"ה עני, וטעמא דלא קביע תשמישתיה לא נזכר ברא"ש, [ועיין תשו' הרא"ש כלל ק"ח ס"י], אבל למש"כ י"ל שהרא"ש פירש שזה הפסד גדול וכמש"כ שם שאין הדעת סובלת היזק כזה שיפול כותלו, וא"כ אם יחזיקו בזה ימנעו מלבנות אפדנא ובודאי שזה מפסיד ערך הקרקע, ואין כאן זכות קדימה, [ור"ת ס"ל דלא איירי בהיזק גדול כ"כ, אלא שאין הדבר נוח בשעה שהם עוסקים במלאכתם, וכיון שאין מלאכתם קבועה אלא בעונת השומשמי בשעות מצומצמות לא נפחת ערך הקרקע בכך], וכש"כ שאין ראייה ממש"כ הטור בסי' קנ"ה סנ"ד דלא מהני הקדמה בקוטרא וביהכ"ס, וכן ממש"כ הרא"ש בסי' ו' טעמא דדירה שאני, (אף דמסיק כג"י ר"ח דמותר להקדים), אין ראייה, די"ל דג"ז מפחית ערך העלייה כיון שאינו ראוי לא לאוצר ולא לדירה כמש"כ הראשונים בשם ירו', וממילא אין כאן זכות הקדמה אי לאו טעמא דדירה שאני, [ור"ת בתו' הנ"ל צ"ל דס"ל דגם כאן לא איירי בדאיכא הפסד בשוויות], ובלא"ה י"ל דנקט לה לטעמא דדירה שאני למימרא דאף לפרש"י שרי, גם י"ל דהיזק ראייה ודקדוק שומשמי וחנות של נחתומים היזיקם נגרם כל יום בפעולות חדשות, ולכך ס"ל להרא"ש דלא מהני כאן קדימה, משא"כ בחרדל ודבורים וגפת וכותל שההיזק נמשך מאליו בלא שום מעשה, ובזה שפיר י"ל דס"ל כר"ת דמהני קדימה.

ועוד יש לחלק דלא אמרינן דהקדמה מהני אלא בנזק לשימוש מסוים וחבירו משמש בחלקו גם עכשיו אלא שמשמש בשימושים אחרים, כגון בור שאינו מפסיד אלא שימוש בור, וכן גפת מפסיד רק שימוש כותל, ובזה אמרינן שאין מן הראוי למנוע שימושים מזה, משום ספק שמא יחפון חבירו דוקא לעשות את השימוש הניזק מזה, אבל היזק ראייה וקוטרא וביהכ"ס המפריעים לכל השימושים, והקדמתו היא רק משום שכעת אין חבירו משמש בחלקו כלום, הקדמה כזו ודאי לא מהני, דאטו אם נסע שכינו למדה"י האם יוכל לסמוך דברים שיפסידו חלקו לכשיבוא, וה"נ כשנפל ביתו ונעשה חורבה, או שהעני ואינו מטפל בשדהו, וכן נדנוד המקום י"ל דמפריע לכל השימושים, עי' לעיל סק"ד מש"כ בדעת הרמב"ם.

ומיהו גם לאידך גיסא אין ראייה בדעת הרא"ש, דמעיקר פירושו כר"ת אין הכרח לדין הקדמה, וכמש"כ לעיל די"ל דבאמת ביד בעל החרדל להכריח את בעל הדבורים להרחיק מחצה לר"י דגם דבורים מזקי, א"נ כששניהם מזיקים שאני, ומתשו' הרא"ש שבטור סי' קנ"ד סכ"ב אין ראייה, דהתם בדין קדימה דלוקח איירי, וזה ודאי מהני לפר"י ור"ת, דהא אסקינן בקושיא אי בלוקח מ"ט דרבנן, וע"ז מהדרינן אלא אמר רבינא דלא איירי בלוקח, וכן מבואר בתשובה עצמה הנדפסת בסוף כלל צ"ח, ועובדא דהתם מדמה לה ללוקח, כיון שביתו של שמעון היתה מפסקת, אבל בקדם סתם לא שמענו, וגם בדעת הטור אין הכרע.

ובב"י סי' קנ"ה מחו' י"ד לאחר שהביא דברי הג"א דלכך לא מהני הקדמה להני דדייקי שומשומי משום שאינו תשמיש קבוע או דדמי לבור כתב וז"ל והרמב"ם כתב בפ"א מה' שכנים שנזק הנדנוד הוא כעשן וביהכ"ס ואין לו חזקה ונ"ל שיש ללמוד מדבריו לחלק בין נדנוד לרפת, דעשן [וי"ג ועשן] וביהכ"ס והריחיים והדומה להן לאתויי נדנוד שאין להם חזקה אפילו קדמו הם עליהם להרחיק נזקיהם וכך הם דברי הרא"ש כו' עכ"ל, והדברים מבוארים לומר דלא מהני קדימה באלו שאין להם חזקה, אבל באמת ברמב"ם לא נזכר היתר לסמוך כלל, שלא הזכיר לשום שימוש מיוחד באיסור דברים הללו, אלא כתב סתם דצריך להרחיק מחבירו קוטרא וביהכ"ס ונדנוד, ומשמע דלעולם אינו רשאי לסמוך, אפילו כשחבירו עדיין אינו משמש בחלקו, וממילא לא שייך לדון מדין קדימה, [עי' לעיל סק"ד].

(ו) משה"ק הגרע"א ז"ל בקונטרס לפרש"י דלוקמה שלא בלוקח ולרבנן שפיר סמך בעל דבורים תחלה כיון שאינו מזיק ור"י טעמא דנפשיה קאמר דכיון דלא הוא גירי דיליה אינו חייב להרחיק, צ"ע דהא מפורש בדברי ר"י דדוקא משום דגם בעל הדבורים מזיק לכך מותר לבעל החרדל לסמוך, ואי טעמא דנפשיה קאמר הרי בכל ענין מותר, ועוד כתב מרן זללה"ה דא"כ אפילו משרה וירקא נמי.

עוד הקשה שם הגרע"א ז"ל בהא דפריך י"ט א' זרעים תיפ"ל משום מחרישה אמאי לא משני בלוקח או שחרש קודם שהיה הכותל, ותימא דודאי תירוץ הגמ' פשוט טפי טובא, ובכלל אין כונת הגמ' שם לקושיא אלא לבאר המשנה שהקדים זרעים לחרישה דהיינו לומר דזרעים בלא חרישה אסורים וכן חרישה בלא זרעים, תדע דהא גם אמחרישה פריך ותיפ"ל משום זרעים, ומאי קושיא הא שפיר אשמועינן תנא דגם החרישה לבד אסורה, אלא ודאי אין כאן קושיא ופירוקא אלא ביאור המשנה, ואילו היתה הגמ' מתרצת כהגרע"א ז"ל היינו משתאים לדקדק מזה דמפולת יד שרי מדלא משני הכי.

עוד הקשה ז"ל בהא דתנן כ"ב א' לא יסמוך כותל אחר אא"כ הרחיק ד"א, ופירשו בתו' דקמא סמך משום דאין זה מזיק כלל אלא שמונע דוושא ובזה מודה רבא, ואכתי תקשה כיון דתרווייהו שוין דין הוא שהשני לא יצטרך להרחיק כמו בדבורים וחרדל כשתרווייהו מזיקים לר' יוסי, והנה יש כמה חילוקים, חדא דהכא כיון שאינו מזיק כלל י"ל דחשיב כסמך בהיתר דלוקח ועוד עדיף כיון שאינו מזיק ממש גם עכשיו, ושפיר אסרינן לשני להתקרב, ועוד י"ל דדוקא בדבורים שאפשר להרחיקם גם עכשיו קאמר ר"י שאין בעל החרדל צריך להרחיק אם בעל הדבורים אינו מרחיק, וגם אם יכבד ההיזק על בעל הדבורים הרי בידו להרחיקם, אבל הכא כותל א"א להרחיק, ואף אם נימא דגם בקדם חרדל שרי ר"י לסמוך הדבורים, י"ל דהיינו משום דהיזק הדבורים לחרדל הוא מועט דהא רבנן סברי דלא הוא היזק כלל, ולכך יכול בעל הדבורים לומר לו שיקבל ההיזק כיון שעשה קצת שלא כהוגן בסמיכתו, אבל מניעת דוושא מכותל חמור טפי, ועוד דכתלים כדירה נינהו שהוא צורך חשוב וקבוע, ובדירה לכו"ע מהני קדם שעל השני להרחיק, ועוד דכיון דראו חכמים צורך לתקן הרחקה משום דוושא, [דודאי תקנת חכמים הוא, דמן הדין לא שייך לחשוב כמזיק המונע דוושא בשלון], ע"כ לתקן שהשני ירחיק, דאל"כ בטלה תקנת דוושא, [ולאסור לסמוך למיצר אין סברא כמש"כ תו'], ולא דמי לגפת ואינך שאינך כ"כ צורך העולם, באופן קבוע, ורק במאורע כשנפגשים יש הפסד, ולא תיקנו בהם חכמים כלום, אלא שורש הדין שאסור לגרום היזק, אבל כתלים כולם צריכים להם והם יישוב העולם, וע"כ לתקן בהם סדר הראוי, ועי' להלן סק"ז.

(ז) בתו' לקמן כ"ב א' ד"ה וקמא וא"ת לרבא דאמר בריש פירקין דאסור לסמוך קמא

היכי סמך כו', מסתימת קושיתם משמע דאף על המיצר ממש אסור לסמוך, וכן מבואר ברשב"א דפריך מבקעה דכונס לתוך שלו ובונה, והדבר תימא דכוליה פירקין קמא דרשאי בעל הגינה והחצר להבדיל בכותל בינו לחבירו ואף יכול לכוף את חבירו לכך, ומה סברא היא זו שיחייבו חכמים לכל בעלי הגינות והחצרות להכניס הכותל ב' אמות לתוך שלהם שישארו ד"א פנויות לריק בין כל שותפים ושותפים, ולו"ד ז"ל נראה דודאי על המיצר יכול כ"א לבנות כותל, ואף יכולים להכריח האחד את חבירו, ולא זו בלבד אלא אף אם כנס אחד לתוך שלו ב' אמות ובנה כותל, וחבירו מבקש לבנות על המיצר רשאי ואינו צריך להרחיק, דלגדור שטחו רשאי, והגע עצמך שכותל שקדם חבירו אינו גבוה ד"א, ויש לו היזק ראייה, האם לא יוכל לבנות כותל על המיצר לסלק היזק ראייה, וה"נ כשגבוה ד"א, והכא יש לפרש דמן הכותל שעל המיצר קאמר דצריך להרחיק ד"א, לא שנא אם הכותל שעל המיצר בנאו אחד בשלו או שבנאוהו שניהם על של שניהם, כל הרוצה לבנות בשלו צריך להרחיק מכותל זה ד"א וגם לפעמים חובה להרחיק גם מכותל שאינו על המיצר כגון שאינם רוצים לגדור ביניהם כלל, ואחד בנה בשלו בית או כותל במקום אחד והכניס לתוך שלו, דחבירו צריך להרחיק מכותל זה ד"א, דכיון שמשאירים את גבולם פרוץ שפיר חייבים להרחיק מדין דוושא, ועי' רמב"ן, וצ"ע אחרי שלא מצאנו חילוק זה בראשונים ז"ל.

מש"כ תו' כ"ב ב' ד"ה לימא דדוושא חשיב גירי דיליה כיון שמיד שסמך הכותל מונע הדוושא, ר"ל דלאחר שתיקנו חכמים לאסור למנוע דוושא מחבירו, תו' בניית הכותל חשיב כגירי דיליה, כיון שמיד הוא מונע הדוושא, אבל עיקר איסור מניעת דוושא הוא תקנת חכמים בין לרבנן בין לר' יוסי.

ובזה ניחא נמי משה"ק תו' שם ד"ה והא אמאי לא פרכינן אדוושא והא גרמא הוא, דאדרבה דוושא אפילו גרמא לא הוי, דבמה נשתעבד לתת דוושא בחצרו לכותלו של חבירו, ואפילו למאי דמסקינן דגרמא בנזקין אסור מ"מ בדוושא אין לאסור, אלא שהוא תקנת חכמים, לפי שראו צורך בכך, או בלוקח מן המלך דוקא, או בכל גווני. (ס"ד סק"א-ז).

י"ט ב' ארכב"ח מותר לאדם להשתין מים בצד כותלו של חבירו כו', נראה דבמציאות ההיזק מודה רבב"ח דאיכא, דאין לחדש פלוגתא בדבר שאפשר לברר במציאות, אלא דסבר דמשום צורך וכבוד הבריות התירו, (דכמה דמיקרב לגבי כותל צניע טפי), ומיהו דוקא בצד הכותל והיינו שעושה בשלו, או בשל הפקר, אבל על הכותל אסור, דעל של חבירו לא שייך להתיר, (ועי' להלן), ורק בשלו התירו אף שגורם הפסד לחבירו, ואע"ג דלעולם איכא ניצוצות, לא חששו לכך דמועטין נינהו, וגם כיון שעושה הפעולה בתוך שלו, ואפשר דלישנא דקרא משתיין בקיר דמשמע בקיר ממש, משום ניצוצות קאמר, למאי דהוי סבר רבב"ח דבאדם קאמר.

שם אבל בכותל אבנים בכדי שלא יזיק כו', מלשון זה משמע דבכותל לבנים אסרינן טפי משיעור שלא יזיק, ואפשר הטעם משום שההפסד רב, הרחיקו חכמים משום גזירה, א"נ משום ניצוצות, אבל באבנים בכדי שלא יזיקו המ"ר עצמם, ומהני טעמי נמי ניחא מש"פ רש"י דבשל צונמא לא שרינן אלא בכותל אבנים, ולכאורה צריך פירוש למה, כיון דטעמא דצונמא פרש"י דהיינו שהיסוד של הכותל הוא צונמא, ואין המ"ר מפסידין את הצונמא, שאין מטשטשין אותו, א"כ אפילו בכותל לבנים נמי לישתרי, כיון שיסודו אינו מתקלקל, ועל הלבנים עצמם אין מגיעין המ"ר, אבל למש"כ דבלבנים הרחיקו טפי משום גזירה, או משום ניצוצות, ניחא, דאף בצונמא איכא למיגזר אטו שישתיין על הכותל עצמו, וכן איכא ניצוצות.

נראה דהכתלים העשויים ממלט ואבנים בחוזק מופלג כמו שעושים היום, דדינם לכה"פ כשל אבנים, [ומיהו דוקא בכותל שעל המיצר והוא משתין בשל הפקר או בשלו, שו"ר בספר מרן זללה"ה סו"ס י"ג שכתב דרבב"ח התיר אף בשל חבירו כדריהט קרא, [קצ"ע היכי רהיט, דהא פשטא דקרא לרבב"ח למימר מעולל ועד יונק, ונקט לישנא כל המשתין בקיר, ומכיון שהזכיר קיר משמע דהכי אורחיה ואף בסמוך לשל חבירו, אבל לעולם י"ל דדוקא ברה"ר ובשל הפקר ובכותל שעל המיצר], ואפשר דהיינו דוקא לרבב"ח דהוי סבר דהתירו משום כבוד הבריות, אבל למאי דאיתותב, ולא שרינן אלא כשאנו מזיק, לא מצאנו שהתירו כאן משום כבוד הבריות, ואוקמה אדינא דבשל חבירו אסור, ואף במרחיק כשיעור או בשל צונמא, ואע"ג דאמרינן ב"ק פ"א ב' דנפנין לאחורי הגדר ואפילו בשדה מליאה כרכום, י"ל דהיינו דוקא נפנין דא"א בצידי רה"ר, דבעי מקום צנוע טפי, אבל להשתין לא התירו בשל חבירו כיון דאפשר בצידי רה"ר ואפילו בפני רבים שרי כדאמר בכורות מ"ד ב', וכ"מ ממה שהוצרך מרן ז"ל לדיוקי לרבב"ח, ומיהו אפשר דלרבנותא קאמר דאף ליפנות התירו וכש"כ להטיל מים, וצ"ע]. (ס"ד סק"ט).

תוד"ה ריקק כמלא מקדח בינוני, צ"ע למה עדיף לאויר מלמאור, וכן לשמור גינות מ"ש מלזון עיניו דתנן באהלות פ"ג מ"ד דשיעורו בפותח טפח, ושמא לשמירה סגי בראיה כל דהו, וגם למה במקורה א"א לשמור גינות ולהכניס אויר אם השטח פרוץ, בלא דפנות, וגם למה לא שנינו דין נתן את התקרה לענין חלון העשוי למאור, ולכן מחוורתא כפי' הר"ש והרמב"ם דהיינו העשוי למאור דרישא ואשמוענין דצריך שיהא לאויר. (אהלות ס"ד סק"ו).

כ' א' והא עשבין חזו לבהמתו, עי' מש"כ באהלות ס"ד סק"ח. שם בן שמנה הרי הוא כאבן ואסור לטלטלו כו', עי' מש"כ בחו"ב יבמות ל"ו א' דבזמן הזה שלפי דעת הרופאים נשתנו הטבעים ואף בני ח' מתקיימין, נראה דאין לנו דין בן ח', ולפי זה הנולדים בחודש השביעי או השמיני דינם שוה.

כ"א ב' כמותרין ועומדין נינהו, עי' מש"כ בזה בב"מ ק"ט א'. כ"ב א' אי צורבא מרבנן הוא נקיט ליה שוקא, עי' מש"כ בב"מ ס"ד א' סק"ה אם יש רשות לצורבא מרבנן למכור זכות למינקט שוקא.

תוד"ה אנא, נתבאר בחו"ב שבת קמ"ט ב', ועי"ש דנראה דתשובה שפיר מהני גם לזה, דלא מסתבר שיהא עוון זה חמור כ"כ שלא יועיל לו תשובה.

תוד"ה וקמא וא"ת לרבא דאמר בריש פירקין כו', נתבאר לעיל י"ז ב' סק"ז. כ"ב ב' מתני' ואת הכותל מן המזחילה ד"א כדי שיהא זוקף את הסולם, א"ה, עי' מש"כ בעירובין ע"ח א' אם הסולם גבוה ד"א ומרחיקין אותו כשיעור גבהו, ומתני' יש לפרש בכותל הגבוה יותר מד"א [עי' לקמן צ"ח ב' רומו כחצי ארכו וכחצי רחבו], א"נ שיהא אפשר לסולם להיות מונח ולהיות נזקף שם, ואורך הסולם ד"א.

גמ' ה"נ זימנין דבהדי דמנח ליה יתבא בחור וקפצה, נראה לפרש דכה"ג חשבינן ליה כמשסה, דהבאת הסולם גרם לרצון הנמייה, [וכן ראיתי לשון בראב"ן סימן א' שכתב דהו"ל כאילו הוא הקפיצה], ובזה ניחא דבעורבי דרב יוסף חשבינן להו גירי דיליה אע"ג דלא קפצו בהדי דהקיצו הדם, דהתם עצם הקזת הדם משסה העורבים לבא, והר"ז כאילו היה סולם מעיקרא, והוא שיסה הנמייה שתבוא ממקום רחוק לכאן, דגרע טפי מבהדי דמנח, שאלמלא הוא לא היתה כאן הנמייה כלל.

והנה משמע דמודה ר"י בדינא דמתני', והיינו דאפילו כבר העמיד הסולם חייב לסלקו, דלשון מרחיקין הכי משמע וכמש"כ הרמב"ן בריש פירקין, וכן אף כשבדק וליכא נמייה, או שעכשיו הלכו היונים, נמי אסור להעמיד הסולם, וכ"כ הראשונים

ז"ל, ונראה הענין דמודה ר"י לחכמים בדאיכא צד גירי בדבר, דתו אסרינן כולהו גווי, ובאמת אין זה הכרח, אלא דגמרא קאמר דאפשר דמתני' אף כר"י ונימא דמודה ר' יוסי לחכמים בדאיכא צד גירי. (ס"ד סק"ח).

שם והא גרמא הוא, ודאי פשיטא לגמ' דאסור לגרום היזק לחבירו, אלא דבעושה בתוך שלו לצורך עצמו, ס"ד דאינו חייב להמנע משום גרם היזק לחבירו, וכה"ג על הניזק להרחיק את עצמו, וע"ז מסיק זאת אומרת דגם כה"ג גרמא בניזקין אסור. (שם).

מש"כ תו' ד"ה לימא דדוושא חשיב גירי דיליה כיון שמיד שסמך הכותל מונע הדוושא, ר"ל דלאחר שתיקנו חכמים לאסור למנוע דוושא מחבירו, תו בניית הכותל חשיב כגירי דיליה, כיון שמיד הוא מונע הדוושא, אבל עיקר איסור מניעת דוושא הוא תקנת חכמים בין לרבנן בין לר' יוסי.

ובזה ניחא נמי משה"ק תו' ד"ה והא אמאי לא פרכינן אדוושא והא גרמא הוא, דאדרבה דוושא אפילו גרמא לא הוי, דבמה נשתעבד לתת דוושא בחצרו לכותלו של חבירו, ואפילו למאי דמסקינן דגרמא בניזקין אסור מ"מ בדוושא אין לאסור, אלא שהוא תקנת חכמים, לפי שראו צורך בכך, או בלוקח מן המלך דוקא, או בכל גווי. (ס"ד סק"ז).

כ"ג א' תוד"ה והא פי' ריב"ם כיון שלא בא להחזיק בקרקע של חבירו ולומר שלו הוא אלא לתשמיש בעלמא שנהנה ממנה מועלת חזקה שלא בטענה כו', יש כאן להבין למה באמת הננו מחזיקים שהסכים שלא יוכל לחזור בו, והרי יותר נוח לומר שלא הסכים אלא כ"ז שלא ימחה, הגע עצמך בעובדא דרב יוסף האם יש לו להחזיק שהסכים על לעולם, אף אי יש חזקה לניזקין, וה"נ בכל נידון ונידון בפשוטו אם ישאלוהו לא יתחייב שלא יחזור בו לעולם, כי למה זה יוותר על זכותו ללא תמורה, ואפשר שזה מסברת נפל שאני ב' ב', דכיון שחבירו מתרגל בשימוש זה קשה לו לבטלו, ותחלת החזקתו כאילו פירש שמבקש להחזיק בו לעולם, ולכן אם אינו מסכים על לעולם ראוי לו להודיעו כן מיד, כי אולי ימנע מזה, ולא יטרח בידעו שבכל שעה עלול חבירו לחייבו לבטלו, הלכך כשלא מיחה מחזקינן ליה כריצוי על לעולם, ועוד י"ל שזה מתנאי השותפות, וכשם שאם קנו מתחלה ע"מ כן שיעשה זה חלון או שובך או יקיצ דם, הרי שוב אין חבירו יכול למחות, ה"נ על כל נידון שמתעורר אחר קנייתם והם מסכימים עליו הרי ההסכמה על לעולם, וכאילו כן הוא תנאי שותפותם מלכתחלה, וכן בפרץ את פצימיו י"א ב' דבני מבוי מעכבין עליו, אף דלמה זה יוותר על זכותו לעולם, ומי ביקש זאת מידו, אלא דכן הוא תנאי השותפות שמשסיח דעתו מן הפתח זכו השותפים בשימוש בלא פתח ותו לאו כל כמיניה לפתחו, דבתחלת קנייתו ידוע דאפשר שיתבטל הפתח ועל מנת כן קנו, ומיהו באחזוק להורדי ו' א' ע"כ לפרש כתירוץ קמא שאין אדם בונה ומתקן באופן שבכל שעה יכול חבירו לכופו לסלק, הלכך סתם ריצוי הוא על לעולם, אבל לא שייך לומר שזה מתנאי השותפות, דהא אין הכותל משותף כלל, ומה שהוא סמוך למיצר אין בזה כלום.

והקנין פירשו בקצה"ח סי' קנ"ג סק"ג ובנה"מ סי' קצ"ב דנעשה ע"י השימוש, דהו"ל כחזקה לענין לזכות בשימוש הזה, אף אי לא הוי כחזקה לזכות בגוף הדבר, והנה באחזיק להורדי וכיו"ב שהנידון לקנות זכות שימוש בשל חבירו ע"כ לפרש דהשימוש כחזקה, אבל באומני דרב יוסף שעושים הכל בשלהם, לכאורה לא שייך לפרש שע"י פעולתם זכו זכייה נוספת לשימוש זה, שהרי בעלותם שלמה אלא שאין להם רשות לגרום היזק, וגם לא שייך לחשוב פעולתם כחזקה כיון שאין כאן חסרון

בעלות, ומחילת היזק לא שייך על להבא שלא יוכל לחזור בו, דהאומר קרע כסותי והפטר יכול לחזור בו כל עוד שלא קרעו כמש"כ הרא"ש פ"א ס"ב, ואפשר דאם קנו מתחלה יחד קרקע חציה לזה וחציה לזה או שחלקוה על מנת שזה יקניז דם וזה יגדל תמרים, דאין צריך שום קנין, ובמה שזוכה בחלקו זוכה גם זכות השימוש בו לדברים הגורמים הפסד לחבירו, דנזקי שכנים כשעבודים בגוף הקרקע, ואין צריכים לקנינים מיוחדים, והלכך משהסכים רב יוסף ע"י שתיקתו לשימושם זכו בו מיד, ולא ע"י שימושם, אלא ע"י עיקר בעלותם, ואף אם הסכים קודם שנשתמשו בו נמי תו אינו יכול לחזור בו, דהחזקתו בקרקע כקנין לכל השמושים הניתנים לו, ומשניתר לו שימוש נוסף מיד זכה בו, וגם י"ל דהסכמת רב יוסף כה"ג כמחילת זכות ומחילה א"צ קנין, [ע"י במ"מ פ"ח מהלכות שכנים ה"ח דקרי ליה מחילת השעבודים, אבל מש"כ כן בהורדי צ"ע דהתם קנין גמור בעי].

ומיהו לפ"ז הזוכה מן ההפקר קרקע הסמוכה לקרקע הפקר, דין הוא שיוכל לזכות בה לבנות כבשן וביהכ"ס וכיו"ב, ואפילו יקדים חבירו ויזכה בסמוך לו קודם שיבנה, נמי יהא רשות בידו לבנות, שכבר קדם לזכות כל הזכותים האפשריים, אבל בריב"ש סי' שכ"ב הובא ברמ"א סי' קנ"ה ס"ל"ו הזכיר שקדם לבנות קודם שזכה חבירו, וכ"כ מרן זללה"ה בסי' י' ס"ק ט"ו דדוקא שכבר בנה קודם שזכה חבירו, אבל במה שקדם לזכות בקרקע לא סגי, [ויש לעי' קדם ובנה ונפל ואח"כ זכה חבירו מהו, ולכא"ו בזה ודאי כבר קדם וזכה], ואפשר דבסתמא כשזוכה בקרקע הפקר אין זוכה אלא במה שזוכה ולא בזכויות שבסביבותיה בקרקעות, ולא כל כמיניה לומר שזכה גם זכות להזיק בקרקע הסמוכה, ומיהו לפ"ז אם אמר בפני עדים שזוכה בקרקע לבנות בה ביהכ"ס דין הוא שיוכל לבנות אף לאחר שזכה חבירו בסמוך לו, ול"מ כן, ואפשר דהפקר כרה"ר וכל הקודם לבנות זכה, ע"י סי' קנ"ד סי"ד, וצ"ע בכ"ז.

וכעת ראיתי בקצה"ח סי' קנ"ה ס"ק ט"ז שנתקשה בכל הרחקות שראה ושתק או שקנו מידו למה לא יוכל לחזור בו כדין קרע כסותי והפטר, ופירש דאה"נ אלא דכל שסמך בהיתר הוי הדין על הניזק להרחיק את עצמו, וכנראה דלא ניחא ליה במש"כ בסי' קנ"ג סק"ג דזוכה בחזקת השימוש, אלא בדברים שיש בהם מעין שימוש בשל חבירו, אבל בעובדי דומיא דקוטרא וביהכ"ס ואומני דר"י, שאין כאן שימוש בשל חבירו אלא שמזיקו, ס"ל דלא שייך ע"ז קנין ולא הסכמה וחזקת שימוש, אבל אין הדבר מוכרע, ושפיר י"ל דאף בזה שייך חזקת שימוש, כיון שאין מזיקו בידים אלא ששימוש גורם לו היזק, [ולפי תירוץ הקצה"ח אם נפל המזיק לא יהא לו רשות לחזור ולבנותו, ודלא כמו בחלון בסי' קנ"ד ס"ט, ול"מ כן, גם חלון בפשוטו אינו שימוש בשל חבירו אלא בשל עצמו, וכמו קוטרא וביהכ"ס, (ועי' בקצה"ח סי' קנ"ד סק"א, ובמש"כ לעיל ב' ב' ד"ה ברמב"ן)], ולפי זה דין הוא דלא ליהני ביה חזקת שימוש, וא"כ מבואר דלא כהקצה"ח מהא דנפל הכותל חוזר ועושה החלון, אף דהשני מוחה, וכבר נתבטל מה שסמך בהיתר, שו"ר בספר מרן זללה"ה סי"א סק"ה כבר השיג על הקצה"ח בזה, ע"ש. (ס"א ס"ק י"ז).

תוד"ה אין אור"ת דאפילו הקנה יכול לחזור בו דקנין בטעות הוא דסבור היה שיכול לקבל כו', יש לעי' היכן מצינו כה"ג במקח וממכר שיוכל לומר טעיתי, והרי אף במומין קיי"ל כרבנן כתובות ע"ז א' דמקבלת היא על כרחיה, והתם צערא דגופא דבאמת קשה לדעת מתחלה אם תוכל לקבל, וגם הנידון לענין לכופו להוציא, אבל לעשות מקח טעות כה"ג לא שמענו, וצריך לומר דהכא הטעות מוכח ביותר, דבשעה שמשכים כבר ידוע לנו שיתחרט שאין אדם מפסיד ביתו ע"י התרת שימושים כאלו

לשכנו, וממילא הדבר בלבם ובלב כל אדם שעדיין הדבר שקול אם יוכל לקבל, משא"כ במומין דהרבה מתפייסות דטב למיתב טן דו, וכשמכירתו והתנה עמה מקבלת היא על כרחיה.

ויש לעי' מנ"ל לר"ת כן, ואפשר היה לומר דס"ל כריב"ם דלעיל דבכל הני חזקות א"צ טענה, וא"כ שתיקת רב יוסף כהסכמה, ואפ"ה כיון שאין חזקה לנזקין מפקינן להו, וה"ה להסכים בפירוש, אבל ברא"ש הביא דברי ר"ת ופלוגתת ר"י אף דס"ל דנזקין בעו טענה, ומשמע דאפ"ה אפשר לקיים דברי ר"ת, ובטור סי' קנ"ג סכ"ו כתב בהדיא דדעת ר"ת דכל נזקין בעי חזקת שלש שנים וטענה, ועי' רמב"ן שהביא מירושלמי כנידון דר"ת, וי"ל דאדרבה היא הנותנת דכיון דס"ל לר"ת דכל נזקין בעי שלש שנים וטענה ע"כ דאין חזקה לקוטרא וביהכ"ס היינו אף בשלש שנים וטענה, וכן דקדק הרמב"ן ז"ל דאף חזקת שלש שנים וטענה לא מהני מדאמרין בסוגיין טוענין ללוקח אלמא דביש עמה טענה איירי, ואפ"ה פרכינן מדר"נ, וכ"מ לק' נ' ב' דאף חזקת שלש שנים לא מהני, מזה הוכיח ז"ל דיכול לומר סבור הייתי שאני יכול לקבל ואיני יכול, דאל"ה דין הוא דתיהני חזקת שלש שנים, דכיון דמחזיקין בנזקין א"כ מה נשתנה קוטרא וביהכ"ס משאר נזקין, אם איתא דבהסכים אינו יכול לחזור, אדרבה כל שההיזק גדול ולא מיחה ש"מ טפי דמכר או מחל, [וכ"מ ברמב"ן נ' ב' דפירש התם משום דיכול לומר סבור הייתי כו'], ולמה שחלקו תו' יש לפרש דחזקה אינו בירור מוחלט הלכך במידי דהדבר רחוק מאד שיסכים למכור לא מהני חזקה, ואמרין דאיכרי ושתק. (שם).

כ"ג ב' ניפול הנמצא כו', לכאורה הו"ל לתנא למיתני דין חוץ לחמשים אמה בסיפא, דכד תני בתוך חמשים לבעל השוכך ראוי לפרש היו שנים הולכים אחר הקרוב ומחצה על מחצה חולקין, ואח"כ למיתני חוץ לחמשים אמה הרי הוא של מוצאו, ואפשר דמזה משמע לגמ' דסיפא דנמצא בין שני שובכות איירי אף בחוץ לחמשים אמה, וכדפרכינן וליזיל בתר רובא דעלמא כמש"פ רש"י ותו' שם. (ס"ה סק"ה).

שם אר"ח רוב וקרוב הולכין אחר הרוב כו', נראה דממתני' אין הכרח דאזלינן בתר קרוב בעלמא, דניפול הנמצא תוך חמשים עדיף מסתם קרובה, דדמי למקצת פירות בכלי ומקצתן ע"ג קרקע ב"מ כ"ה א', דודאי רחוק מאד לתלות בעוברי דרכים, וכדפרכינן בסמוך בפשיטות ואי דליכא ודאי מההוא נפל, ומסיפא דנמצא בין שני שובכות קרוב לזה שלו נמי י"ל דזה הסדר ראוי כששניהם שמא ושמא, וממילא ה"ה כשמצאו אחר דיש לו נמי למיזל בתר הקרוב, אבל אין ללמוד מזה למיזל בתר קורבא באיסורין וכש"כ בממונות, בשאר גווני.

נראה דהא פשיטא דאף לרב דהולכין בממון אחר הרוב, אבל אחר הקרוב אין הולכין, דגמל האוחר בין הגמלים אפילו היה קרוב נמי לא מחייבין ליה לרבנן דר' אחא, וכן בסנהדרין ל"ז ב' כיצד מאומד כו' ומסקינן דאף בדיני ממונות לא אזלינן בתר אומדנא דרץ אחריו וכו' דעדיף טפי מקורבה לחוד, ויש להסתפק אי אזיל רב בתר רובא נגד קורבה להוציא ממון, ומשכחת לה ברובא דכל דפריש כנגד הקרוב, כגון שני שוורים של ראובן ואחד של שמעון ושל שמעון קרוב, והזיק אחד מהם ולא ידעינן מאן, דאפשר דאע"ג דרובא עדיף מ"מ לא עדיף כולי האי עד להוציא ממון, ובאמת יש מקום לדון בכלל אי אזיל רב בתר רובא דכל דפריש להוציא ממון, דכל הני רובא דאשכחן בגמ' לקמן צ"ב צ"ג הם בגווני שידוע על מעשה מסוים שאירע בין התובע והנתבע, והנידון למיזל במעשה זו בתר רובא, אבל בגוונא דכל דפריש דבכלל לא ידוע אם שור של ראובן עשה מעשה כל דהו י"ל דבזה מודה רב דלא אזלינן בתר רובא להוציא ממון, ועי' בתרומת הדשן סי' שי"ד דל"מ כן, וצ"ע.

בתו' הקשו היכי ילפינן מעגלה ערופה דאזלינן בתר קורבה והא אם נמצא סמוך לעיר שאין בה ב"ד מניחין אותה ומודדין לעיר שיש בה ב"ד אע"פ שמתוך הקורבה יש להחזיק שמהעיר שאין בה ב"ד בא, ונראה לדקדק מקושייתם שאם העיר שיש בה ב"ד היא מחוץ להרים שסביבות העיר שאין בה ב"ד, או שעיר של עכו"ם מפסקת בין העיר שיש בה ב"ד לזו שאין בה ב"ד, דאז אין העיר שיש בה ב"ד מביאה, כיון שבהחלט שאין הרוצח בא ממנה, דאם אף בכה"ג מביאה העיר שיש בה ב"ד, א"כ ע"כ הוא ענין אחר שהעיר שיש בה ב"ד מביאה הכפרה בשביל העיר שאין בה ב"ד, ואין מכאן סתירה להא דאזלינן בתר קורבה, אבל אם בכה"ג אינה מביאה, [וכן משמע מלשון המשנה בסוטה אין מודדין אלא לעיר שיש בה ב"ד, משמע שהעיר צריכה להיות בדין מדידה אילו לא היתה העיר שאין בה ב"ד ועכשיו מקיימין בה דין מדידה מן החלל כאילו לא היה יותר קרובה ממנה], ניחא קושייתם, דא"כ ע"כ הא דמביאה משום שאפשר שממנה בא הרוצח, וא"כ הרי מוכח דלא אזלינן בתר קורבה, וכ"ה בתו' מכות י' ב' ד"ה חד דכשאין ב"ד בכל העיירות הסמוכות לא אזלינן ליותר רחוקות, עי"ש.

ובעיקר קושייתם נראה דבאמת העגלה מכפרת גם על העיר האחרת אם באמת הרוצח בא ממנה, וכשנערפה העגלה ונודע בבירור שלא נעדר איש מאנשי העיר הזאת בשעה שנהרג, מ"מ אין העיירה השניה מביאה עגלה ערופה, ויתכן גם דאף לכתחלה מביאה העיר הקרובה אף בידוע שכל אנשיה היו בתוכה באותה שעה שנהרג, ומכפרת על העיר שבאמת הרוצח בא ממנה, דכך נאמרה ההלכה שהעיר הקרובה היא תכפר, אלא דמ"מ אנו למידין מזה שיש למאורע יותר ייחוס אל הקרוב, ואין לזה סתירה ממה שאמרה תורה שאם בקרובה אין ב"ד, שתביא הקרובה שאחריה, דקרוב אינו בירור גמור אלא הוא נטייה דאזלינן בתריה בדבר השקול, ושפיר יש ענין גם בקרוב השני והשלישי, כשהראשון אינו ראוי לכפרה.

ונראה דה"ה אם העיר המרובה אין בה ב"ד דמביאה זו שאחריה במספר האנשים, ואם שנים שוין מביאה הקרובה אל החלל, דגם רוב אינו בירור גמור, אלא נטייה למיזל בתריה, ועדיין אפשר למדוד לאחרים, ולא דמי לעיר שלאחר ההרים. (שם).

שם מתיב ר"ז והיה העיר כו' בדליכא וליזיל בתר רובא דעלמא ביושבת בין ההרים, נראה דה"ק דמתחלה שאל על מאי דכתיב ומדדו אל הערים אשר סביבות החלל, דהו"ל לראות איזו עיר גדולה, ומשני בשוין, ופריך דנהי דסביבות החלל שוין אבל הרי ודאי איכא בעלמא יותר גדולות, ואכתי תביא העיר הגדולה, ומה מקום למדוד הקרובה, (ובודאי אין כונת התורה על שתי הערים הגדולות שבא"י דאתרמי ששתיהן שוות, ואזלינן בהו בתר הקרובה, ובשאינן שוות באמת לעולם העיר הגדולה שבא"י מביאה העגלה ערופה, בכל מקום שימצא חלל), ומשני ביושבת בין ההרים, דלא מספקינן במעלמא, ונראה דה"ה באינה יושבת בין ההרים, נמי יש גבול עד היכן ראוי להסתפק שמא הרוצח בא משם, דגם ביושבת בין ההרים איכא דמקרי ואתי מרובא דעלמא, וגם לפעמים שיירות מצויות, אלא דמ"מ לא חיישינן להו ותלינן בתושבי הערים, וה"נ ביושבת בין העיירות נמי אין להסתפק ברחוקות הרבה, ותלוי לפי ראות עיני הדיינים, ונראה שזו דעת הרמב"ם שהשמיט בפ"ט מהלכות רוצח ה"ו אוקימתא דיושבת בין ההרים ושנה סתם דאזלינן בתר קרוב בשוין, ובאינם שוים מביאה הגדולה, דממילא מובן שאין הנידון בכל ארץ ישראל אלא בעיירות הסמוכות שבהן הזכיר המדידה, דאל"כ היה לו לשנות כך, בכל מקום שימצא חלל, מביאה עגלה ערופה העיר הגדולה שבא"י, ואם היו שתיים הגדולות שוות, מביאה הקרובה, אבל כל לשונו מוכיח דהעיר שסביבות החלל מביאה, או

הגדולה או הקרובה, והר"ז כאילו פירש בהדיא דלא דיינינן אלא בסמוכות, ושיעור סמוכות לא פירש אחרי שלא נתפרש בגמ' ותלוי לפי הענין, [ואף שיש מקום לטעות דהעיר שיש עיר המפסקת בינה לחלל כבר אינה נכנסת בספק, דלא קרינא בה סביבות החלל, וזה ודאי נסתר מאוקימתא דיושבת בין ההרים, והו"ל לרבנו לפרש דלפי הענין הדבר תלוי, צ"ל דלא חשש רבנו לכך דהפסקת עיר לאו מילתא היא, וכיון דברוח שאין עיר מפסקת, נחוש לרחוקה יותר, גם בדאיכא עיר מפסקת יש לחוש כך, ויש להבין דהכל לפי הענין]. (שם).

בסוטה מ"ה ב' נמצא סמוך לספר כו' פרט למצוי, לכאורה משמע דה"ק דאם העיר הקרובה היא עיר שרובה עכו"ם, ועיר שרובה עכו"ם פשוט מסברא שאינה מביאה עגלה ערופה, אין אנו מודדין לעיר שרחוקה יותר שרובה ישראל ושיש בה ב"ד, כדעבדינן בזמן שהעיר הקרובה אין בה ב"ד, כדאמרינן בסמוך, אלא אין מביאין, משום דדרשינן פרט למצוי, דכשהעיר הקרובה מצוי לומר שההורג ממנה, אין מדלגין לעיר יותר רחוקה, וכן בסמוך לספר אף שאין שם עיר קרובה, משום דהספר מצויין שם עכו"ם ויש לתלות בהם, אבל אם עיר שרובה ישראל היא היותר קרובה שפיר מביאה עגלה ערופה אף שיש בסמוך ספר או עיר שרובה עכו"ם, דאל"כ היה ראוי לפרש מהו שיעור קרובה שפוטיר את הקרובה יותר מלהביא, וכן נראה ברמב"ם פ"ט מה' רוצח ה"ה ע"ש, אבל ראיתי מובא בשם החת"ס ב"ב כ"ג ב' דגם כשעיר של ישראל קרובה יותר אינה מביאה אם הוא סמוך לספר או לעיר שרובה עכו"ם, וצ"ל דשיעור הקרובה הוא כשיעור דאזלינן בתר רוב למ"ד רוב וקרוב הולכין אחר הרוב, דלענין רציחה הרי עכו"ם וספר כרוב נגד קרוב, וצ"ע. (סוטה מ"ה).

שם תנן ניפול הנמצא כו', אבל אי אזלינן בתר קרוב ניחא מתני', דרוב שובכין דעכו"ם ודהפקר נינהו, והלכך כשהספק בין כולם הרי הוא של מוצאו, וחוז' לחמשים לא הוי קורבא דמוכח ואזלינן בתר רובא והרי אלו שלו, אבל תוך חמשים אזלינן בתר קורבא, וא"ת נמצא בין שני שובכות אמאי אזלינן בתר קרוב הא לא הוי קורבא דמוכח לגבי אידך כיון דלתרווייהו הוא בתוך חמשים, ואין לומר דאירי דוקא בקורבא דמוכח כגון לזה חמש אמות ולזה ארבעים וחמש, דהא קתני מחצה על מחצה יחלוקו, משמע דכל דלא הוי מחצה על מחצה אזלינן בתר קורבא, וי"ל דהא דחוץ לחמשים לא אזלינן בתר קורבא דלא מוכח, היינו להוציא מיד המוצא, שא"א להוציא ממנו שהוא מוחזק בו מכח רוב, ולא סגי בקורבא דלא מוכח להוציא, אבל כשהנידון בתוך חמשים לשני שובכות, דודאי אין למוצא בו שום זכות והנידון רק בין שניהם, בזה שפיר אזלינן אף בתר קורבא דלא מוכח, ולא אמרינן יחלוקו כשהחלוקה אינה יכולה להיות אמת, וכ"ז אי נימא דלס"ד איירי הא דנמצא בין שני שובכות אף בשאינן שוין, אבל אפשר דגם לס"ד מיתוקמא הא דנמצא בין שני שובכין בשוין ולכך אזלינן בתר קורבא דלא מוכח, וחוז' לחמשים היינו טעמא דלא אזלינן בתר קורבא משום דהוי נגד רובא, דרובא דעכו"ם ודהפקר נינהו. (ס"ה סק"ו).

שם וליזיל בתר רובא דעלמא, למאי דפרש"י ותו' דמפרשינן למתני' בנמצא חוץ לחמשים נמי, נראה דמשמע לגמ' דנמצא בין שני שובכות יש לפרשה כבבא בפני עצמה, דאי ארישא קאי הו"ל למימר היו שנים קרוב לזה שלו כו', וכיון דבבא בפ"ע היא משמע דאיכא גוונא שהניפול מתיחס רק לשני השובכות אף שהוא חוץ לחמשים להם, ובניפול דרישא איירי שאינו מדדה יותר מחמשים, ופרכינן היכי דמי, דהא איכא למיזל בתר רובא דעלמא, ומשנינן בשביל של כרמים דכה"ג מדדה יותר מחמשים וכדאמר שלהי מרובה, ומ"מ אין לחוש לשובכים אחרים דכיון דלא חזי

לקיניה לא מדדה, ואשמועינן מתני' דאף בדידוי של יותר מחמשים שע"י כרמים, אזלינן בתר קרוב, וכש"כ בתוך חמשים דאזלינן בתר קרוב, וגם אשמועינן דע"י כרמים מדדה יותר מחמשים ושמונה לכתמים אין לחוש כלל, [וקצ"ע כיון דאי לא חזי לקיניה לא מדדה, א"כ מכיר הוא את קינו ולמה לא נמתין שיחזור לקינו, ושמא אינו חושש לחזור לקן אחר ע"י ביצה י"א א'].

ובעיקר הדין דבתוך חמשים אזלינן בתר קרוב יש מקום עיון מה חשיבות לקורבה זו, הרי הוא מדדה ומדדה מקומו משנה לשעה, והר"ז כמטיילים בחצרם ממקום למקום, ומה שייך ליחס חשיבות למקומו בשעת המצאו, [ואפשר דצריך להמתין קצת שמא יחזור לקינו ורק משניכר שהוא במצב מסופק אז אזלינן בתר קרוב], ויתכן היה לומר דבאמת אין בזה הכרעה, אלא דכך תיקנו חכמים דלא ליתי לאינצויי, והרי משהו יש נטיה להעדיף הקרוב, ולפי זה אפשר לפרש הא דפרכינן דניזיל בתר רובא דעלמא, אף בתוך חמשים, דנהי דהדבר קרוב יותר לתלות בשובכין, מ"מ סמוך מיעוטא דמעלמא למיעוטא דהרחוק יותר ואיתרע ליה קורבא דאידיך. (ס"ה סק"ו).

בביצה י"א א' לימא מסייע ליה לר"ח כו' אמר אביי בדף רבא אמר כו', לאביי אשמועינן מתני' דלא אזלינן בתר קורבא דלא מוכח נגד רוב, דלפני הקן היינו דף שע"י כל קן וקן, ולענין יונים דעלמא חשיב קורבא דמוכח, אבל כשיש דף מעל השוכך ששוכנין עליו יוני דעלמא, לגבי האי דף לא הוי דף של הקן קורבא דמוכח, ולכך אזלינן בתר רובא, ויש מקום לדון אי אביי רק לדחויי לימא מסייע ליה קאתי, או דלקושטא דמילתא קאמר הכי, דיש מקום לומר דלפני הקן כבתוך הקן לענין יונים דעלמא, ואמרין כאן נמצאו כאן היו, ולכך אף לר"ח שרי בדליכא דף, ואתי שפיר בזה קושית תו"י אמאי לא אמר אביי למילתיה ארישא, דברישא למאי דקיי"ל כר"ח לא צריכין לאוקמי בדף, כיון שנמצא בקן אחר, משא"כ בסיפא, וצ"ע.

ורבא דנאיד מאוקימתא דאביי פירש רש"י משום דבדף פשיטא, דודאי קורבא דלא מוכח לא עדיף נגד רוב, ונראה לפי זה דלאוקימתא דרבא מיירי בשני השובכין שוין, ואין כאן רוב כלל, [דליכא שובכין תוך נ' אמה], ואשמועינן מתני' דלא אזלינן בתר קורבא דלא מוכח בשוין, [דאי בדאיכא רוב בשאינן מוזמנים, אכתי תקשה פשיטא, ואף בדליכא הוכחה דלא נמצאו שאינם מוזמנים, יש לאסור, דהו"ל קורבא דלא מוכח נגד רוב], ואע"ג דבב"ב כ"ג ב' תנן נמצא בין שני שובכין קרוב לזה שלו, הרי דאזלינן בתר קורבא דלא מוכח בשוין, [וכעת ראיתי בחידושי הרשב"א וכנראה שזו קושיתו], אפשר דשאני התם דהנידון בממונות ובדלא ידעי תרויהו ושפיר קבעו חכמים דלא ליתי לאינצויי דליזלו בתר קרוב, אבל אין בזה בירור לענין איסורא, א"נ שאני הכא דלא נמצאו שאינם מוכנים, ואף בניפול הנמצא בין שני שובכות אם ידעינן דמשני השובכות נעלמו ניפולים, לא ניזל בתר קורבא דלא מוכח, אלא יחלוקו, ודכוותה הכא כגון שהזמין כל הניפולים שבשובך אחד ויש עוד שובך תוך חמשים, ונמצא ניפול בין שניהם קרוב למוזמן, מותרין דאזלינן בתר קרוב, וכן בגוונא דרבא אם לא ידעינן דשאנים מוכנים לא נמצאו, כגון שנהרס השוכך, וכיו"ב, באמת ניזל בתר קורבא דלא מוכח, [וכש"כ בשכולם לפני השוכך], ואשמועינן מתני' דאף בשהעליונים המוכנים, נמי חשיב קורבא דלא מוכח, דזימנין דהתחתונים עולים.

ויש משמעות בלשון הגמ' דאוקימתא דרבא קיימא למסקנא אף למאי דקיי"ל כר"ח, שלא הזכירו בגמ' לשון דילמא, אלא ה"ב"ע, וכן רש"י ביצה כ"ה א' פירש ברייתא דהתם דלפני הקן כאוקימתא דרבא, וגם בסברא כיון שאפשר לפרש מתני' על חידוש

אחר דהיינו קורבא דלא מוכח בשוין, מנ"ל דמתני' רוב וקרוב אתי לאשמועינן, ועוד דמרישא שמעינן לה וכדאמרין ביצה י' ב' לימא מסייע ליה לר"ח כו', ועוד דאית לן לפרושי סיפא דומיא דרישא וכמו רישא בשני שובכין ה"נ סיפא, ועוד דקתני סיפא ואם אין שם אלא הן הרי אלו מותרין, וקשה אמאי לא תני ואם אין שם יתר עליהן הרי אלו מותרין, דהא לגבי שובכי דעלמא הוי קורבא דמוכח, ושפיר יש להתיר בשוין, [ושמא הך סיפא אכולה מתני' קיימא דגם ברישא בשחורים ולבנים שרי כה"ג, ומיהו גם ברישא ראוי להתיר בשוין, דהוי נמי קורבא דמוכח], אבל לרבא א"ש טובא דרישא אשמועינן דהתחתונים דרכם למיסרך ולמיסק ולכך חשיב קורבא דלא מוכח, וע"ז מסיק שאם השובך השני הוא בקרן זוית הוי קורבא דמוכח ושרי דכל דלא חזו לקינם לא מדדו.

ובכל אופן לענין הלכה נראה לקיים דברי רבא, דלא מצאנו חולק עליהם, ואף אי מתני' לאו בהכי איירי מ"מ יש לקיים הדברים מסברא, וזו דעת הרשב"א בעבודת הקודש שהעתיק אוקימתא דרבא להלכה, [לשון חוץ לקן שבעבודת הקודש ר"ל מיד חוץ לפתח הקן, והדף הוא רחב יותר מן הפתח ולכן חוץ לקן הוי טפי חידוש מן הדף וכן מתבאר בלשונו ז"ל שם, ובשעה"צ נתקשה בזה], וכן ברי"ו, ובב"י סי' תצ"ז הביא דברי רי"ו וכתב דמהשמטת הפוסקים לא משמע כן, נראה דעתו ז"ל דכיון דמתני' אית לן לפרושי כדר"ח ומשום רובא דעלמא, תו לית לן לחדש דלא אזלינן בתר קורבא דלא מוכח בשוין אף בשלא נמצאו שאינם מוזמנים, וכפשטא דמתני' דב"ב דבכל ענין הולכין אחר הקרוב, אבל אין לזה הכרח ואדרבה נראין הדברים לקיים דברי רבא מסברא וכש"כ דאפשר דרבא לקושטא דמילתא קאמר, וכמש"כ לעיל, אבל האחרונים ז"ל הב"ח והדרישה והט"ז חלקו ותמהו על הב"י, וכנראה דעתם ז"ל דאף לאוקימתא דרבא איירי באיכא רובא דעלמא, אלא דלגבי רובא דעלמא הוי הקורבא דמוכח, ורק לגבי המחצה שבשובך השני הוי קורבא דלא מוכח, [ובזה איכא טפי חידוש לרבא מלאביי, דלאביי הרוב עושה את הקורבא לקורבא דלא מוכח], ולכך תמהו על הב"י דאיך אפשר להתיר בדאיכא רובא דעלמא למאי דקיי"ל דרוב וקרוב הולכין אחר הרוב, ולפי פירושם במחצה על מחצה וליכא רובא דעלמא, באמת יהא מותר בכל גווני אפילו לא נמצאו בתחתונים או בעליונים, דבכל ענין אזלינן בתר קורבא בשוין אפילו בקורבא דלא מוכח, וכפשטא דמתני' דב"ב דבכל גווני קרוב לזה שלו, אבל דעת הרשב"א ורי"ו נראה כמש"כ דרבא בליכא רוב איירי, שו"ר שכ"ה בהדיא בחידושי הרשב"א, ואפשר שזו גם כונת הב"י.

יש לעי' לרבא אמאי לא נקט בסיפא ואם התחתונים במקומם שרי, ואפשר שיש לדקדק מזה דבקרן זוית שרי אפילו כשנעלמו היונים שבשובך ההוא, דתלינן דאינש נטלינהו ולא חיישינן שמא אידדו להכא, ומיהו בלא"ה ל"ק דשפיר בעי לאשמועינן חידוש דלא מדדו היכא דלא חזו ושסמכינן על זה. (ס"ה סק"ז).

בדברי הקצה"ח סי' רס"ב סק"ב שהקשה בכלי ולפניו פירות אמאי אזלינן בתר קרוב בב"מ כ"ה, והא רוב וקרוב הולכין אחר הרוב, עי' מש"כ בב"מ שם.

כ"ד א' איתמר חבית שצפה בנהר כו' עקולי ופשוורי כו' חריפותא דנהרא כו', יש להבין במאי קמיפלגי, דהא אף אם נימא דהוא ספק השקול אם נקט חריפותא דנהרא או שנתקל בעקולי ופשוורי, אכתי ודאי גם בזה סגי לבטל חשיבות הרוב, דסמוך פלגא דמטבעי למיעוטא דקורבא והו"ל כרובא ומ"ט דשמואל, וגם בפשוטו משמע דחריפותא דנהרא הוא מיעוטא לגבי הני דמטבעי, וכן בטוש"ע יו"ד סי' קכ"ט סי"ז העתיקו הך דינא בגוונא דבודאי הוי טבעה, וכן ג"כ בתו"ה הקצר סוף שער ד',

ומשמע דמפרשי לגמ' בכה"ג, דחריפותא דנהרא הוא באופן רחוק, וזה לא הוצרכו להזכיר דממילא מובן שיש מקרים יוצאים מן הכלל, וקשה טובא א"כ מ"ט דשמואל, ונראה דבאמת כל חבית הנמצאת בנהר היא ממיעוטא הנמצאות, וכבר עברו עליה סיכונים רבים, דבכל מקום רובן נטבעות, וס"ל לשמואל דכיון שכן לא שייך לגרע כח הרוב הרחוק משום שנוספו בו עוד מספר סיכונים, כיון דבלא"ה על מאורע מן המיעוט דיינינן, ושפיר יכול להיות מאורע זה מן הרוב, והרי חזרנו לנידון רוב וקרוב דעלמא, ורב ס"ל דאהני עקולי ופשוירי למיחשבה כיושבת בין ההרים, ולהאמור י"ל דשמואל ס"ל דאזלינן בודאי בתר רובא, ולא מטעם ספיקא קאסר לה, ואם רובא דהאי דקרא ישראל תהיה מותרת אפילו נמצאת כנגד עיר שרובה עכו"ם, אע"ג דאיכא עקולי ופשוירי. (ס"ה סק"ט).

שם וה"מ חמרא כו', ר"ל שאם הגנב דרך בעצמו לא יצניעם בכרם שנגנבו ממנו, כי יחוס על טרחתו אם יתפסוהו, וגם אין דרכו לדרוך בכרם שגונב ממנו, ולאחר שהוציאו משם ודאי לא יחזירנו לשם, אבל אם גנב יין שפיר מצניעו במקום שגנב, דומיא דעינבי, ולשון השו"ע ביו"ד סי' רצ"ד סעיף י"א סתום מדאי. (שם).

שם אבל עינבי מצנעי, כתב הרמב"ן דאף למאי דקיי"ל כר"ח אסור, ונראה דלאו מסברא קאמר לה, אלא דמלשון הגמרא קדייק, דכיון דקיי"ל כר"ח לא הו"ל לגמ' למימר דעינבי מצנעי, אם לא דאף לר"ח איכא נפקותא בהא, ומה שנסתייע מההיא דקדושין דירק נמכר חוצה לו, לא דמי ממש לדהכא, דהתם הרי ידעינן דבעל הכרם מצוי למכור על פתח כרמו משא"כ כאן דלא שייך לומר דהגנב עשוי להטמין בכרם שגונב ממנו, וגם עדיין לא ידענו שגנב מכרם זה, ולכך באמת הרא"ש חולק בדין זה דלא משמע ליה לאוכוחי כן מהא דהזכירו בגמ' אבל עינבי מצנעי, די"ל דאי לא ס"ל כדר"ח קאמר, א"נ ביושבת בין ההרים וכאן ליכא דנפיש, דאזלינן בתר קורבא בענבי דמצנעי, ואפשר דאם ידוע שמכרם זה נגנבו ענבים דמודה הרא"ש דכה"ג אף לר"ח אמרינן כאן נמצאו כאן היו, דבכה"ג אפשר לקיים הדברים מסברא. (שם).

כ"ד ב' מתני' ואם אילן קדם קוצץ ונותן דמים, א"ה, עי' מש"כ בחו"ב ב"מ ק"י ב' דכשהאילן קדם ואין להם דמים לשלם נמי קוצץ ויהיו הדמים חוב, דדין הקציצה הוא דין בפ"ע, ואינו שמחייבים את בני העיר לקנותו, ועי"ש בסברת אביי בזה.

כ"ה ב' מתני' רי"א אע"פ שהבור קודמת לאילן לא יקוץ כו', יש לעי' אמאי לא קתני ר"י אומר א"צ להרחיק, וכדקתני במתני' דלעיל ר"י מתיר בחרדל, ואפשר דמודה ר"י דמדת חסידות איכא להרחיק, ובחרדל דוקא שרינן לכתחלה, לא מיבעיא לפי מש"פ לעיל י"ז ב' סק"ג כפי' הר"י מיגאש דאיירי בחרדל קדם הרי פשיטא שא"צ לעקרו, אלא אף לפי שאר הראשונים בדבורים קדמו איירי מ"מ כיון דבעל הדבורים סמך, אין לחייב לבעל החרדל להרחיק, כיון דתרווייהו מזיקים. (ס"ד סק"י).

שם שזה חופר בתוך שלו, צ"ע למאי נקט לה, ואפשר למימר דמותר לקוץ השרשים אף באילן קדם. (שם).

גמ' פאפי יונאה עני והעשיר הוה, עי' מש"כ בזה לעיל י"ז ב' סק"ד.

תוד"ה עני אע"ג דסמך בהיתר א"צ להרחיק כו', עי' מש"כ לעיל י"ז ב' סק"ה.

כו' א' דאמר רב האי דיקלא דטעין קבא אסור למקצייה, עיקר חידושיה דבלא טעין קבא כבר נפיק מתורת עץ מאכל דקרא, ואפילו במדי דתמרא שוה פרוטה נמי אין איסור לקוצצו מדין אילן מאכל, [ורק משום כל תשחית דשאר מילי דאינו אלא מדרבנן כדמוכח ברמב"ם פ"ו ה"י [ועי' תו' ב"מ ל"ב ב' ד"ה מדברי דל"מ כן] שייך לדון בזה], אלא דניחא ליה לאשמועינן איסור קציצה, לכך נקט ליה בהאי לישנא.

שם ואמר ר"ח לא שכיב כו', לא מצאנו דקציצת אילן יהא בו חיוב מיתה, דאינו אלא לאו, אלא דאיסור זה סייע להשלים דינו, א"נ דמידי דסכנתא הוא ואינו תלוי בחומר האיסור וכן מבואר בט"ז יו"ד סי' קט"ז סק"ו.

שם דקן תאינתא בלא זימניה, משמע דהיתה קרובה להיות נפסדת אלא שהקדים לקצצה קודם.

כ"ו ב' שרשי אילן של הדיוט הבאין בשל הקדש כו', לאוקימתא דרבינא נראה דרישא איירי בחוץ לט"ז אמה, דאף אם נימא דהשרשים שחוץ לט"ז אמה הם של בעל הקרקע אף קודם שנקצצו, אבל מ"מ אינו קונה אותם אלא בקנין חצר, ואין חצר להקדש, וכדין בור ונתמלא מים, והא דקאמר כאן בתוך ט"ז אמה, היינו גם בתוך ט"ז אמה ואף אם נימא דכיון דינקי מארעא אף שמחוברים לשרשים שבתוך ט"ז אמה מ"מ דינם כעשבים שעלו בשדה, שהם בדין גידולין, נמי י"ל דמתני' כת"ק דאין מעילה בגידולין, וכדמוקמינן לה התם לשינויא קמא, אבל בתוד"ה רבינא נקטו בפשיטות דחוץ לט"ז מועלין וצ"ע, וסיפא דשל הקדש שבאין בשל הדיוט, איירי רק מחוץ לט"ז, דבתוך ט"ז מועלין, אם השורש כבר היה בשעה שהקדישו את האילן, דמה שמוסיף חשיב ככחושה והשמינה ורק שרשים המתחדשים חשיבי כגידולין, א"נ אף בשרשים המתחדשים מועלין וכמ"ד מועלין בגידולין.

ושיעורא דמתני' הכי הוא דשרשי אילן של הדיוט הבאין בשל הקדש לעולם לא נהנין ולא מועלין, ושל הקדש שבאין בשל הדיוט נמי זימנין דלא נהנין ולא מועלין, והיינו כשהם חוץ לט"ז אמה, ולא חש התנא למיסתם, לפי דמילתא דפשיטא היא דשרשים ששייכים להקדש מן הדין דודאי מועלין בהם, ובגירסא שלנו במתני' מעילה י"ג ב' כתוב בסיפא ושל הקדש שבאין ולא קתני הבאין, ואם הגירסא נכונה י"ל שבזה נתכוין התנא לרמוז דלאו כל השרשין הבאין בכלל.

ויש לעי' הניחא של הקדש הבאין בשל הדיוט חוץ לט"ז אמה, שפיר החמירו חכמים ולא נתנו רשות להדיוט לזכות בהן, אבל של הדיוט הבאין בשל הקדש בתוך ט"ז שמן הדין הם של הדיוט מה ראו חכמים לקחתו ממנו וליתנו להקדש, ובכל לא נהנין דמכילתין לא אשכחן דכוותה, ואפשר דאע"ג דמסקינן לקמן כ"ז ב' דאילן הסמוך למיצר אינו גזול שצ"מ כן הנחיל יהושע לישראל את הארץ, דהיינו דוקא בהדיוט דבזה מהני תנאי דיהושע, אבל משדה הקדש אינו רשאי לינק, ורשאי הקדש לקצוץ את השרשים על המיצר ולכך קנסוהו נמי חכמים שיהיו העצים של הקדש, ונראה דאם היו שרשיו יוצאים לתוך של חבירו והקדיש חבירו את שדהו, דרשאי לקצצם מיד והם שלו, דאין ביד חבירו להקדיש השרשים שאינם שלו, וכיון שלא פשע להכניסם ליניקה מתוך של הקדש ליכא למקנסיה, ונראה דגם רשאי לשכור מהקדש זכות ליניקה ואז ישארו העצים שלו, ועדיין צ"ע בכ"ז דיש מקום לומר דבכל גווני אמרו דלא נהנין משום דמיחלף בשל הקדש כיון שמוציאן מתוך שדה הקדש, ואין ניכר מהיכן הם נמשכים. (מעילה י"ג).

ליקוט בענין אילן הסמוך למצר

א) שם אמר עולא אילן הסמוך למיצר בתוך ט"ז אמה גזול הוא ואין מביאין ממנו בכורים, נראה דעיקר חידושיה דעולא הוא דיניקת שרשים בתוך ט"ז אמה חשובה היא, וחלק מן הפרי מתייחס ליניקה זו, ולא אמרינן מסייע בעלמא הוא ואין בו ממש וכמו היניקה שמת"ז אמה עד כ"ה אמה, ומודה עולא דלענין מעשרות אזלינן בתר עיקר וכדתנן מעשרות פ"ג מ"י, והעומד בחו"ל פטור אף שיונק מן הארץ דזה לא חשיב תבואת הארץ, ולעומת זה אילן העומד בארץ חייב במעשרות אף שיונק מחו"ל דבתר עיקר יניקה אזלינן, [אף שי"ל דחלק היניקה של חו"ל באמת פטור

אלא דכיון דרוב יניקתו בארץ חייב, ומ"מ אפשר לעשר מיניה וביה דבכל פרי אמרינן דיניקת ארץ וחור"ל שוין, אין נראה כן אלא דחייב גמור הוא ואף לעשר ממנו על פירות הארץ ממש], ונתיישב בזה משה"ק הב"ח למה לא פרכינן ממתניתין דמעשרות, וגם דוחק לאוקמי מתני' דמעשרות במפסיק צונמא בכל משך ל"ב אמה, ורק לענין בכורים בעינן כל הגידולין מאדמתך, (וכמש"כ תו' בסוגיין, וכדתנן פ"ק דבכורים מ"ב, ועיי"ש פ"ב מ"ג, ומה"ט נראה דלא איצטריך בחולין קל"ו קרא למעוטי שותפות עכו"ם מבכורים, ומ"מ הא ודאי משמע דעולא דוקא בבכורים קאמר וכמש"כ ממתני' דמעשרות, דלא משמע דאילן הסמוך למיצר פטור מתרו"מ לעולא מדין לקוח, שהרי לא חשיב פירות השותפין דהא אף בבכורים שותפין חייבין, וע"כ משום שאין לו זכות ביניקה זו אפילו בסמך ברשות, וא"כ ליחשב לקוח להפוטרים לקוח קודם מירוח, אלא ודאי לענין מעשרות מודה עולא דבתר עיקר אזלינן), והא דפרכינן מפלוגתא דרבי ורשב"ג צריך לפרש דהכי פריך כיון דבאילן העומד מקצתו בארץ ומקצתו בחור"ל סבר רשב"ג דהגדל בפטור פטור, ואף רבי היה מודה בזה אלא דסבר דהיניקה כולה מבלבלא ולא שייך לקבוע דחציו שבחור"ל יונק יותר מחור"ל מאשר חציו בארץ, הא לאו הכי היה מודה בזה דהגדל בפטור פטור, וכדקאמר טבל וחולין מעורבין משמע שיש כאן חלק שהוא חולין גמורים אלא דלא ידעינן איזה, עי' תו' גיטין מ"ז ב', ואם איתא דיניקה שעד ט"ז אמה חשובה ליחס אליה חלק מן הפרי, א"כ כש"כ שיש ליחס חלק מן הפרי שבחציו שבחור"ל לשרשים שבארץ, בזמן שחציו או כולו בארץ, ונהי דבעיקרו בחור"ל לא מחייבין מחמת יניקת השרשים, אבל בחלק מעיקרו בארץ וכש"כ אי כולו בארץ רק נופו בחור"ל, ס"ל לגמ' דראוי לחייב מחמת יניקת הארץ [ואפשר דרק מדרבנן], אבל אם נחשוב יניקת השרשים עד ט"ז אמה כמסייע שאין בו ממש, ולא מייחסין את הפרי להם, י"ל דה"נ במקצתו בארץ ומקצתו בחור"ל אזלינן בתר עיקר והגדל בפטור פטור, ומשני דמפסיק צונמא ר"ל במקום האילן, אבל אין הצונמא בכל משך ל"ב אמה שלא יוכלו לינק כלל זה מזה, וכיון דבמקום האילן מפסיק צונמא כבר חשיבא עיקר יניקת כל חלק ממקומו, ושאר היניקה דמבלבל לא עדיפא מיניקת שרשים עד ט"ז אמה דלא חשיבא לענין מעשר, ולכך פוטר רשב"ג את הגדל בפטור, ורבי סבר דכיון דהדר ערבי מבלבלא לגמרי וכולו טבל וחולין מעורבים, ואפשר דמדאורייתא קאמר, דע"י דהדר ערבי חשיב ככולו מעורב. (דמאי ס"ט סק"ה).

(ב) בכורים פ"א מ"א אלו שאינן מביאין הנוטע לתוך שלו והבריק לתוך של יחיד כו', ובמ"ב מאיזה טעם אינו מביא כו', נראה דלכל דיני התורה אין בסיוע זה של ההברכה ממש, ואף אם הבריק בשדה של איסורי הנאה שרי, ואף לנסכים ולשאר מילי דמצוה, דסיוע זה גרע טובא מזה וזה גורם, ואף משום מצוה הבאה בעבירה אין כאן אף כשהבריק שלא ברשות, דאין המצוה באה מחמת העבירה, שאין בסיוע זה שום ממש, ותנן נמי במעשרות פ"ג מ"י דאילן העומד בחור"ל סמוך למיצר פטור מתרו"מ אע"ג ששרשיו בארץ, [והא דפרכינן לעולא ב"ב כ"ז ב' מפלוגתא דרבי ורשב"ג לענין טבל כבר נתבאר לעיל סק"א עיי"ש, ועי' חזו"א ערלה ס"ב], אלא שנתחדשה הלכה מיוחדת לענין בכורים דבעינן שיהיו כל הגדולים מאדמתך, ולכך הוצרך התנא לפרש מאיזה טעם אינו מביא, מפני שהוא מילתא דתמיהה שיהא סיוע זה גורם שלא להביא בכורים.

ובירושלמי אמרינן דאם הבריק ברשות מביא וקורא, אלא שנחלקו אמוראי אם סגי ברשות לשעה, או דבעי רשות לעולם, ויש להבין מה מוסיף הרשות לעולם בהברכה

זו, ממ"נ אם מה שניתן רשות להברכה זו לא סגי, מה יוסיף לה כשיתן רשות להברכות נוספות, ונראה דרשות לעולם היינו שאינו מקפיד על יניקה זו משדהו, וכמו שפרש"י ב"ב כ"ז ב' בהא דאמרינן דמביאין וקורין מאילן הסמוך למיצר משום שע"מ כן הנחיל יהושע לישראל את הארץ, דהיינו שהתנה עמהם שלא יקפידו על כך, והרי זכות יניקה זו הפקר, והלכך שפיר חשיב כל הגדולים מאדמתך, דזכות יניקה שאין בנ"א מקפידין עליה, אינה חשובה לגרוע מלהחשב כל הגידולים מאדמתך, אבל רשות לשעה פירושו שהוא מקפיד על יניקה זו אלא שעכשיו נותן לו את היניקה הזו, ואין כאן כל הגידולים מאדמתך, שגם השני משותף כאן, והלוקח שדה מחבירו חציה בקנין הגוף וחציה בקנין פירות, אינו מביא בכורים למ"ד קנין פירות לאו כקנין הגוף, דבכל פירי ופירי משותף קנין פירות, וה"נ בכל פירי ופירי משותף יניקת חבירו שנותנה לו, ומאן דסבר דאף רשות לשעה סגי, ס"ל דגם רשות לשעה היינו שאינו מקפיד עכשיו על יניקה זו, א"נ דאף אם יפרש שנותן לו זכות יניקה זו, נמי שפיר דמי, דיניקה זו שאין בה ממש לכל דיני התורה, אינה חשובה לגרוע מכל הגידולים מאדמתך, אלא בזמן שהיא שלא ברשות, והיינו דאר"י דכולהן משום תורת הגוזלן ירדו להן, דרק מה שהוא שלא ברשות מחשיבו לגרוע מכל הגידולים מאדמתך, אבל בזמן שהוא ברשות אין לו שום חשיבות גם לענין בכורים כמו לכל התורה כולה.

ונראה דהא דאמר עולא ב"ב כ"ו ב' דאילן הסמוך למיצר בתוך ט"ז אמה גזלן הוא ואין מביאין ממנו בכורים, דהיינו כי הך מימרא דר"י בירושלמי, דבזמן שיניקה זו היא בגזילה, מהניא דלא למיחשב כל הגידולין מאדמתך, הא אם לא הוי גזלן, חשיב שפיר כל הגידולין מאדמתך, אף שהוצרך לקבל רשות.

ובתו' ד"ה גזלן כתבו אמנם בתירוץ קמא דלעולא הא דתנן התם כ"ו א' דסגי בהרחקת ד"א היינו במפסיק צונמא וכדאמר שם י"ח א', אבל בלא"ה צריך להרחיק ט"ז אמה, והיינו דקרי ליה גזלן, וכ"כ הרמב"ן שם, אבל בתר הכי הקשו מהא דפריך לעולא שם כ"ז א' מהקונה אילן וקרקעו דמביא וקורא, ואמרינן מאי לאו כ"ש, ומאי קושיא הא התם המוכר הסכים ליניקת האילן, והוכיחו מזה דאף דרשאי לסמוך אפ"ה אינו מביא בכורים דלא חשיב כל הגדולים מאדמתך, והדבר תימא דכיצד אפשר לומר דעולא קרי גזלן לעושה כדין המשנה, וגם מה הוצרך לקראו גזלן בזמן דגם כשהוא צדיק אינו מביא, ואף אם באנו לקיים ראייתם מהא דקונה אילן וקרקעו, דאף כשיש לו רשות אינו מביא, מ"מ ראוי לפרש דעולא ס"ל דמתני' רק במפסיק צונמא סגי בד"א, והלכך הסומך למיצר שפיר קרי ליה גזלן, וכיון דלעולם צריך להרחיק ט"ז אמה, הלכך גם כשקיבל רשות לסמוך אינו מביא, דזכות היניקה משל חבירו לא קנאה, ולא חשיב כל הגדולים מאדמתך, ומיהו התו' קיימו לפיר"ח דרק משום שונא גזל בעולה אסרינן להביא, וזה לא שייך בזמן שיש לו רשות.

ובעיקר ראייתם י"ל דאי לעולם אין אדם רשאי לסמוך תוך ט"ז אמה, הרי הקונה אילן וקרקעו יתכן שיהא הקונה חייב להפסיק בצונמא בין קרקעו לקרקע המוכר, או שיהא המוכר רשאי לעשות כן, ואף אם בסתמא חשיב כנותן רשות ללוקח על היניקה, מ"מ אם נקצץ האילן לא יהא רשאי ליטע אחר במקומו, או אם ימכור המוכר שדהו לאחר י"ל שלא נתחייב להשאיר לעולם זכות היניקה ללוקח האילן, שלא יוכל לחייבו להפסיק בצונמא, או שמא מה שהשרשים מוסיפים וגדלים לא נתחייב לתת זכות זה ללוקח, ומתניתין סתמא קתני דקונה אילן וקרקעו מביא וקורא, והלכך עדיפא לגמ' לשנויי דקרקעו היינו ט"ז אמה, ועי' לק' סק"ו דרהיטת הגמ' כתירוץ שני שבתו'. (בכורים ס"ב סק"א).

(ג) בכורים פ"א מ"א הנוטע לתוך שלו והבריק לתוך של יחיד כו', יש לעי' בשלמא לרבין אר"י ב"ב כ"ז ב' דאילן הסמוך למיצר מביא וקורא שע"מ כן הנחיל יהושע לישראל את הארץ, שפיר הוצרך התנא למיתני בהבריק בשל חבירו שלא ברשות, אבל לעולא שם אמאי לא נקט רבותא טפי דאף באילן הסמוך למיצר אינו מביא, וי"ל דבהברכה איכא רבותא טפי, דלעולם ניתן להכיר בהברכה כח מי יפה, וכדתנן בערלה פ"א מ"ה מקום שכחה יפה וכדמפרש בירושלמי דרואין את העלין אם גדילין כלפי מעלה, וכמשנ"ת בחו"ב ערלה ס"ג סק"ה, ואשמועינן הכא דאף בזקנה שרואים שכחה יפה אין מביאין ממנה משום שנהנית מעט גם מן הילדה שהבריקה, וכן בהבריק לתוך שלו ורואין שכח הילדה יפה נמי אין מביאין ממנה, משום שנהנית גם מן הזקנה, וכדאמר בירושלמי, [דמתניתין על העושה מעשה קאי דהיינו על הנוטע והמבריק].

והנה לעולא חידושא דמתני' הוא שאין אדם רשאי ששרשיו ינקו משדה חבירו, ונקט לה ביניקה קלושה דהברכה בזמן שכח הזקנה יפה, ושיניקה זו מעכבת מלהביא בכורים, ולרבין אר"י דאיכא תקנת יהושע על יניקת השרשים, אשמועינן מתני' דאין לו רשות לקבל יניקה זו אלא ע"י שרשים ושהם הולכים מעצמם, אבל לא ע"י הברכה, שהוא מכניס את העץ עצמו, ובידים, וכשקיבלה ע"י הברכה הרי היא מעכבת מלהביא בכורים. (בכורים ס"ב סק"ב).

(ד) ירושלמי בכורים פ"א ה"א ר"ש בר"י בעי אין כר"ל יביא ויקרא כו' אלא ר"ל מתיר לעשות כן וכל הקודם בהן זכה, צ"ע הא מסקינן לעיל ה"א דרשות לשעה סגי, ואין לך רשות גדול מזה דכל הקודם זכה, והרי הקדים לזכות, ועו"ק דמה ענין זה למביא ואינו קורא, הרי אם לא חשיב כברשות דין הוא שלא יביא כלל, ועו"ק דהא ר"י כייל לדרך היחיד באמצע בהדי דרך הרבים באמצע, ומשמע דכי הדדי נינהו, ובדרך היחיד הרי מביא רק מספק כדאמרינן לעיל, ומיהו בזה י"ל דלא כייל להו אלא דבתרוייהו מביא, ועו"ק דמסתברא דאילן הסמוך למיצר דדרך הרבים דאף לעולא מביא וקורא, דלכתחלה אין הרבים מקפידין בכך וכל הקודם זכה, וה"נ אף דהנידון בהברכה מ"מ כיון שהוא ברשות כר"ל, יש לדמותו לסמוך למיצר דרבים, וצ"ל דכיון דאין זכייה בשל רבים וכל הקודם זכה אף בבורות שיחין ומעורות שהיחיד חפר, א"כ ה"נ עד שלא ינק אין לו זכות לינק אלא דלאחר שינק זכה, ולא דמי להבריק ברשות בשל יחיד דיש לו זכות יניקה, והר"ז כהבריק בשל הפקר שלא זכה בו, ובכה"ג צ"ל דלענין הבאה לא מחשבינן יניקה זו, וכמו לכל שאר הלכות דלא חשיבא וכמש"כ סק"ב, והלכך שפיר מביא, אבל לענין קריאה סו"ס יש כאן גם יניקה שלא מאדמתו, [ולפי זה באילן הסמוך למיצר דרבים לעולא יש מקום לדון]. וצ"ע.

וברמב"ם פ"ב מבכורים ה"א יש משמעות דרשות לשעה מהני להבאה ולא לקריאה, ואפשר דלמד כן מהא דדרך הרבים באמצע, דלא גרע מרשות לשעה, אליבא דר"י, ואפ"ה מביא ואינו קורא, ומיהו מהא דבירושלמי ה"א בעי לאוכוחי דסגי ברשות לשעה מהא דקוצץ שרשים, והיינו מהא דאילן הסמוך למיצר, והתם אמרינן דמביא וקורא, כדאמר ב"ב כ"ז ב', אלמא דרשות לשעה מהני אף לקריאה, וצ"ע, אח"כ ראיתי בר"י קורקוס שהביא השגת הראב"ד מכת"י דמביא וקורא, והוא ז"ל צידד דגם דעת הרמב"ם כן עי"ש.

ומשמע מסוגיין דלרבנן אין עושין חלל תחת רה"ר אף ע"מ לטממו דליכא חששא דדילמא מיפחית, דהא בהברכה סתמא כן הוא דה"נ חיישינן דילמא לא יטממה יפה, או דעד שלא יספיק לטממה יזוקו בה, ועי' בחו"מ סי' תי"ז. (בכורים ס"ב סק"ד).

ה) שם אמר עולא אילן הסמוך למיצר בתוך ט"ז אמה גזלן הוא ואין מביאין ממנו בכורים, יש לעי' לפירוש קמא דתו' דעולא מוקים למתני' דמפסיק צונמא, אמאי לא אמר למילתיה אמתני' דלא שנו אלא דמפסיק צונמא אבל לא מפסיק צריך להרחיק ט"ז אמה, וממילא ידענא דגזלן הוא ואינו מביא בכורים, והרי מכילתין ב"ב היא ובדיני הרחקה איירי ולא בהלכות בכורים, ולפמש"כ הרמב"ם בפ"ב מבכורים הי"א דאילן הסמוך למצר חבירו אע"פ שחייב להרחיק הר"ז מביא ממנו וקורא שע"מ כן הנחיל יהושע את הארץ, ניחא, דאף אם היה משמיענו דחייב להרחיק אכתי לא הוי ידעינן דאינו מביא בכורים, דהא לרבין אר"י אף כשחייב להרחיק מביא וקורא.

איברא דצריך לדעת מנין קים ליה להרמב"ם כן, והרי לדעת תו' איפכא שמעינן דאף כשאינו חייב להרחיק, מ"מ אינו מביא בכורים, אבל שיהא חייב להרחיק ומ"מ יביא בכורים לא שמענו, ולמה הוצרך יהושע להנחיל את הארץ ע"מ שיזכו בה גם עוברי עבירה, ואפשר דמקורו מהא דלקמן כ"ז א' אמרינן אמתני' דקנה אילן וקרקעו דמביא וקורא, וכן בשלשה אילנות מאי לאו כל שהוא ולא אמרינן מאי לאו ד"א כדינא דמתני', ומשמע מזה דמאן דפליג אעולא ס"ל דאף בקנה כ"ש מביא וקורא, ומיהו אין זה ראיה דהא התם ברשות איירי שהרי ע"מ כן מכר לו בעל השדה את האילן, ברם למש"כ תו' דאף בנטע ברשות איצטריך לתקנת יהושע לענין שיחשב כשלו, א"כ אם איתא דבתוך ד"א לא תיקן יהושע, הרי ראוי לומר דאף ברשות לא תיקן בתוך ד"א, דמה ענין ליהושע לתקן במה שהיחיד חפץ לעשות בתוך שלו, הרי בידו לפרש אם רק נותן רשות או דמקנה לו שיחשב כשלו, ומדאמרינן בסתמא דאף בכ"ש מביא וקורא משמע דג"ז בכלל תקנת יהושע, וטעמא שתיקן כן משום דהדבר מצוי ע"י חוסר דקדוק וזהירות ועוד וכדי שלא יכשלו בהבאת חולין ובקריאה דשיקרא ובהפקעה מתרו"מ, לכך תיקן דבכל גוונא תהא היניקה של בעל האילן.

עוד אפשר שהרמב"ם למד כן ממה דאמר ואחד אילן הנוטה, ובנוטה בהיתר אין צורך להשמיענו, דיניקה דרך האויר אינה מכחשת הקרקע, ועדיפא מיניקה שמט"ז עד כ"ה אמה דלכו"ע מביא וקורא, וע"כ בנוטה באיסור קאמר, ודכוותה גם בסמוך למצר, ומיהו י"ל דהיא גופא אשמועינן דמותר לנטות שע"מ כן הנחיל, והיינו כשיעורא דמתני' כ"ז ב', אבל הנוטה באיסור לא שמענו.

ברם בעיקר הדבר מסתברא כדעת הרמב"ם, דהא תנאי דיהושע מתפרש שלא יקפיד אדם על יניקת שרשים של חבירו מתוך שלו, וחיוב ההרחקה של ד"א היא לאו משום יניקה אלא משום שלא יכנס במחרשתו, ומה סברא לומר דזה שלא הרחיק כדי מחרשתו או שלא עשה גדר, דבזה יקפיד האדם על יניקת שרשיו, בשלמא אם הוי משכחנין חיוב הרחקה מחמת היניקה היה מקום לומר דבזה לא תיקן יהושע, אבל כשחיוב ההרחקה מחמת סבה צדדית, אין סברא שמחמת זה יקפידו על יניקה, ושיהושע בתקנתו לא יתקן גם בכה"ג שלא יקפידו.

ומיהו באילן הנוטה לא מסתבר דאיצטריך תקנת יהושע מחמת יניקה מאויר, דלא מסתבר דיניקה זו תהא חשובה לגרוע דלא יחשב כל הגידולים מאדמתך, טפי מיניקת שרשים מט"ז עד כ"ה, וא"כ ע"כ תקנת יהושע אתאי דלא יהא בזה משום שונא גזל בעולה, דכיון דכל שהיית הפירות וגדילתם ברשות שאינה שלו, שפיר יש בזה משום שונא גזל בעולה, אף דעיקר יניקתם מתוך שלו, ולפי זה ראוי לפרש דתקנת יהושע היתה שלא יקפידו על כך, והיינו בשיעור המותר מדין המשנה, אבל במלא המרדע שחייב לקצוץ, ראוי שלא יוכל להביא מהם, ואילו מלשון הרמב"ם משמע דאף באילן הנוטה באופן שחייב להרחיק נמי מביא וקורא מחמת תקנת יהושע. (בכורים ס"ב סק"ו).

(ו) תוד"ה גזלן ונראה כפי' הקונטרס דאע"ג דמותר לסמוך אין מביאין ממנו בכורים כו', מהא דאמרינן בירושלמי ריש בכורים דבמברין ברשות מביא וקורא, ל"ק להו, די"ל דהתם אזלינן אליבא דרבין אר"י דע"מ כן הנחיל יהושע לישראל את הארץ שלא יקפידו על יניקת שרשים, אלא דזה דוקא בשרשים המתפשטים מעצמן, אבל המברין בתוך של חבירו לא, ובזה אמרינן דבהברין ברשות הרי יניקת ההברכה כיניקת שרשים, ושפיר מביא וקורא, אבל לעולא דלית ליה תקנת יהושע בזה, שפיר י"ל דאף ברשות אינו מביא דאין כל הגידולים מאדמתו.

לעיל סק"ב כתבנו דמהא דהקונה אילן וקרקעו שהביאו תו' אין ראייה אלא לאפוקי מפיר"ח דהטעם משום שונא גזל בעולה, דהאי טעמא ליתא כשסמך ברשות, אבל אכתי י"ל דלעולא לעולם אינו רשאי לסמוך כדקרי ליה גזלן, והלכך אף בסמך ברשות לא חשיבי כל הגידולין מאדמתך ואינו מביא, ברם ממה שלא פירשו בגמ' דלעולא מתני' דוקא בדמפסיק צונמא, וגם לא שנו מימרא דעולא ודרב דימי אר"י ורבין אר"י לענין שריותא לסמוך, ורק הזכירו נידון בכורים, וכן מהא דלרבין אר"י הרי ע"כ דנהגו כל ישראל לסמוך שהרי ע"מ כן הנחילן יהושע, וקשה לומר דלעולא ור"ד לעולם לא נהגו לסמוך, והסומך גזלן, ויתכן לומר דכו"ע מודו דנהגו לסמוך ואין מקפידין על יניקה, והיינו דמתניתין לא הצריכה להרחיק אלא ד"א, אבל כל זה כפי הנוהג בסתמא, אבל אם אדם מקפיד על יניקה משלו אין רשות לחבירו לסמוך והסומך גזלן ומתפרשא מימרא דעולא דאילן הסמוך למיצר שלא ברשות הרי הוא גזלן, והלכך אף הסומך ברשות או בסתמא אין מביאין ממנו בכורים, דלא חשיבי כל הגידולין מאדמתך, ורבין אר"י אמר דמותר לסמוך אף כשהבעלים מקפידין, דע"מ כן הנחיל יהושע לישראל את הארץ, והלכך חשיבי כל הגידולין מאדמתך. (בכורים ס"ב סק"ז).

חזקת הבתים

כ"ח א' מתני' חזקת הבתים כו' והעבדים, לכאורה תמוה כיון דבשעת חרום שלא בפניו, אין חזקת שלש שנים בקרקע כלום, א"כ בעבדים וגודרות שהמחזיק מחזיקם בביתו והמערער אינו יודע כלל היכן ואצל מי הם, [עי' תו' ב' א' ד"ה לפיכך], הרי אין לך שעת חרום גדול מזה, שאינו יודע כלל למחות ובמי למחות, ואטו מחויב הוא לקונן על אבדותיו בכל שנותיו ובכל המקומות, ולמה חשיבא חזקה, אבל למש"כ לקמן ב' סק"ו דחזקת שלש שנים הוא זמן הנותן למחזיק כח בעלות, ניחא שפיר, דאף בגודרות ועבדים נחשב בזמן הזה כמחזיק, ואף שהמערער היה אנוס, מ"מ אין להפסיד למחזיק ע"י זה, ושפיר נקבע המערער בדין בא להוציא ועליו הראיה, ומ"מ בקרקע בשעת חרום לא חשיבא חזקה, כיון דבהעדר הבעלים היא פתוחה לכל, ואין המחזיק מתחזק בה כבעלים בכה"ג, ואף במטלטלין אם הוצרך לברוח והניחם על פני השדה נראה דאין להם חזקה לעולם, וכעת ראיתי בעליות הר"י מ"ה ב' משמע מדבריו דגודרות ועבדים שיש להם חזקה לאחר שלש שנים היינו בידוע לבעלים היכן הם עי"ש, וצ"ע.

שם והעבדים, א"ה, עי' מש"כ לקמן ב' סק"ז בדברי הירושלמי דמוכיח דעבדא כמקרקעי דמי מהא דחזקתן שלש שנים.

כ"ח ב' אלא מעתה חזקה שאין עמה טענה תיהוי חזקה, נתבאר להלן סק"א ב', ועי"ש בסק"ג ד' בדברי ה"ר יונה כשהמחזיק אינו משיבו כלום.

שם אלא מעתה מחאה שלא בפניו לא תיהוי מחאה, עי' להלן סק"ו דאפילו אירע שלא הגיעה המחאה למחזיק, מ"מ לא חשיב חזקה כמש"כ תו' לקמן מ' א', דכיון שהיתה מחאה בעולם לא חשיבא ישיבת ג' שנים בשופי, והא דאמרינן טעמא משום

דחברך חברא אית ליה, היינו על עיקר התקנה דאי לאו דחברך חברא אית ליה, לא היה לחכמים לערער החזקת המחזיק ע"י מחאה שלא בפניו, כיון שסמכו על טעמא דלא מזדהר בשטריה, ובמחאה שלא בפניו אכתי לא יזהר, אבל כיון דחברך חברא אית ליה, שפיר קבעו חכמים דכל מחאה חשיבא ערעור ואין כאן ישיבת ג' שנים בשופי למיחשב חזקה.

בדיני חזקה

(א) כ"ח ב' כל חזקה שאין עמה טענה כו', לשון זה משמע דאף בשאין העדר הטענה ריעותא נגד החזקה, נמי לא הוי חזקה בלא טענה, וכגון מפלגניא זבינתה דזבנה מינך, וידוע שכל אנשי המקום גלו וא"א למצוא עדים דדר ביה חד יומא, דליכא ריעותא בזה, ומ"מ לא הוי חזקה, וטעמא נראה דברי ע"י אחר לאו ברי גמור הוא, והר"ז כאומר איני יודע אם החזקתי בשדה זו כדין, אלא שפלוגי אומר שזה כהלכה, וזה חשיב אין עמו טענה, הגע עצמך אילו אמר זכיתי שדה זו מהפקר כי פלוגי אמר לי שאתה הפקרת אותה בפני שלשה, האם יש בדבריו ממש, ואילו אמר בפני הפקרת אותה וזכיתי בה הויא חזקה שיש עמה טענה, הרי דטענת ברי ע"י אחר לאו טענה היא, וכשיש עדים דדר ביה חד יומא, הרי אנו מחזירין את הדין על המוכר שדר ביה חד יומא, והננו טוענים לו לקוח כדין טוענין ללוקח, וזוכה ביה ע"י חזקת שלש שנים של הלוקח ממנו, וכש"כ אם המוכר בפניו ואומר למערער אתה מכרתה לי, דודאי חוזר הדין אליו ויש כאן טענת ברי וחזקה, וכ"כ הגרע"א ז"ל בגליון בחו"מ סי' קמ"ו סי"ד, [אלא שכתב שם דמהנמו"י ל"מ כן, וכונתו ז"ל למש"כ בגליון בסי' ק"מ ס"ח דאם השכיר לאחר שלש שנים רצופות סגי אף דלא דר ביה חד יומא, [והם דברי הנמו"י בריש חזקת וכנראה נשמט שם שזה מהנמו"י], הרי דאף שהמשכיר לפניו והוא טוען שלקח אפ"ה היה מקום להצריך דר ביה חד יומא], אבל בדליכא סהדי דדר בו חד יומא, הרי הנידון עם הלוקח המחזיק, והוא אינו יכול לטעון ברי, ואנן לא טענינן למוכר ראשון כיון דלא ידעינן ממנו, ואף כשהלוקח טוען קמי ידי דר ביה המוכר חד יומא דעת הרמב"ן דלא מהני, דכל דליכא עדים לא חזר הדין אליו שנטעון עבורו, אע"ג דכד דיינינן לגבי המחזיק ראוי להאמינו שהמוכר דר בו חד יומא במגו דאתה מכרת לי.

ולהאמור מבואר הא דאמרינן לקמן מ"א ב' אמר רב הוה יתיבנא קמיה דחביבי ואמרי ליה וכי אין אדם עשוי ליקח ולמכור בלילה וחזיתיה לדעתיה אי א"ל קמאי ידי זבנה מינך מהימן מיגו דאי בעי א"ל אנא זבינתה מינך, ולכאורה מה ענין הא דאדם עשוי ליקח ולמכור בלילה להא דקמאי ידי זבנה מינך, אבל למש"כ נחא, דרב הקשה לר"ח שאין זו ריעותא הא דליכא עדים דדר בו חד יומא דאדם עשוי ליקח ולמכור בלילה, והדר חזי לדעתיה דר"ח דבאמת גם ר"ח מודה דלאו ריעותא היא, ואי הוי טעין המחזיק קמי ידי זבנה מינך, והיינו טענת ברי, לא הוי איכפת לן בהך ריעותא דלית ליה עדים דדר ביה חד יומא, והיה נאמן במגו דמינך זבינתה, דבהך טענה ליכא ריעותא כלל, [ולכך שייך כאן לשון מגו, אע"ג דגם בקמאי ידי זבנה מינך סגי דהו"ל חזקה שיש עמה טענה, אלא דמ"מ אהני המגו לבטל הריעותא דליכא עדים דדר ביה חד יומא, והגרע"א ז"ל דקדק בזה, וכתב דלשון מגו לאו דוקא, ועי' תו' ל' א' ל"ב ב', ובמש"כ לקמן ל' א' בדברי התו'], אלא דבדליכא טענת ברי אהני הא דליכא עדים דדר ביה חד יומא, דלא טענינן ליה, וזה בצירוף משום שלא חזר הדין אל המוכר כל שאין עדים דדר ביה, וגם משום שזה קצת ריעותא, לפי דבסתמא אין אדם עשוי לקנות ולמכור בלילה.

ובזה יש לפרש נמי הא דאמרינן לקמן מ"א ב' דבאיכא סהדי דנראה ביה המוכר לא

מהני משום דעביד איניש דסייר ארעא ולא זבין, ולכאורה קשה דהא מלשון זה משמע דרובא דסיירי לארעא זבני להו, ואמאי לא סגי בהכי לבטל ריעותא דליכא סהדי דדר בה, ונימא דלקח ומכר בלילה, אבל למש"כ דלא טענינן אא"כ חזר הדין אל המוכר נחא, דדוקא באיכא סהדי דדר חשיב כבעל דבר וחזר הדין אליו, אבל בסייר ארעא כיון דעביד אינש דסייר ולא זבין לא חזר כאן לפנינו כבעל דבר, שלא ראינוהו מחזיק, וממילא לא טענינן ליה.

(ב) והנה במטלטלין ליתא להך דינא, וכדתנן ב"ק קי"ד ב' המכיר כליו וספריו ביד אחר, דאם לא יצא לו שם גניבה בעיר לא כל הימנו שאני אומר מכרן לאחר ולקחן זה הימנו, ואפשר לפרש הטעם משום דבמטלטלין לכו"ע אדם עשוי ליקח ולמכור בלילה, כי אף ביום מי יודע איזה מטלטלין ברשותו של אדם, וממילא ליכא כלל ריעותא במה דליכא עדים שהיו הכלים ברשותו של המוכר, א"נ כיון דחזקה כל מה שתחת יד אדם הוא שלו, חשיב הלוקח כמעיד שהיו המטלטלין של המוכר וכאילו אמר קמאי ידי זבניהו מינך, ודכוותה במקרקעי אם המחזיק מעיד שהמוכר החזיק בהן שלש שנים, י"ל דסגי בהכי אף לדעת הרמב"ן, דקמי ידי דר ביה חד יומא לא מהני, דהו"ל כמעיד קמי ידי זבנה מינך, ודוקא בדר חד יומא לא מהני דעי"ז אין הלוקח יודע שבאמת היתה השדה של המוכר, א"נ מוחזק דמטלטלין עדיף ואף חזקה שאין עמה טענה מהני, דאף דהחזקה כאילו בספק, מ"מ חשיב מוחזק ודיינינן כאילו אנו באים להוציא מן המוחזק, ומספק אין מוציאים, משא"כ בקרקע דכל שהחזקה מסופקת חשבינן ליה גם כספק מוחזק, ואהני חזקת מרא קמא להוציא ממנו, ובזה אפשר לפרש הא דפריך כ"ח ב' אלא מעתה חזקה שאין עמה טענה תיהוי חזקה, דר"ל דגם בקרקע יחשב מוחזק כמו במטלטלין, וממילא אף בלא טענה לא נוציא ממנו בספק, דכיון דמשור המועד ילפינן יש לחשבו ברשות המחזיק לגמרי, ומשני דמ"מ בלא טענה לא שייך לחשבו כמוחזק בקרקע שאין בו מוחזק במציאות אלא בצירוף טענה, [ולא דמי להא דאמר ל"ב ב' ארעא היכי דקיימא תיקום, דהתם טענתו טענה גמורה של חזקה שיש עמה טענה, אלא שהוסיף טענה שלא הוצרך לה והוחזק בה רמאי, ושפיר מהני מגו, שלא נעשה מעשה ע"י מה שהוחזק רמאי בטענה הנוספת, וזה אי איירי התם בהחזיק שלש שנים, ולהמפרשים דהתם בלא אחזיק שלש שנים איירי, יש לפרש משום דהוי מגו דאי בעי שתיק שהחתימה היתה ניכרת לעומדים שם כמש"כ תו' ריש ב"מ], שו"ר שכיו"ב כתב בשטמ"ק כ"ח ב' בשם ה"ר יונה, דנפ"מ בשאינו משיב כלום, דבמטלטלין אין מוציאים ממנו, ובקרקע מוציאים עי"ש.

(ג) כתב הרמב"ם בפ"ג מטו"נ ה"ב דחרש שוטה וקטן אין אכילתן ראייה מפני שאין להם טענה כדי שתעמוד הקרקע בידן אלא תחזור לבעלים, וכתב במ"מ הטעם לפי שאין טענתן כשאר בני אדם ואין מקחן מקח דבר תורה, וצריך פירוש מה בכך דמקחן מקח רק מדרבנן, אטו הקונה שדה בקנין דרבנן אין לו חזקה, ואולי כונתו דכיון דזכיית הקטן בקרקע אינה אלא מדין זכין וכשהגדיל יכול לחזור בו וכמש"כ המ"מ פכ"ט ממכירה הי"א, כדין כל זכין שלא בפניו כתובות י"א א' ב"ב קל"ח א', הלכך לא שכיחא שימכרו לו, כיון שהמוכר אינו יכול לחזור בו והוא יכול, גם מש"כ שאין טענתן כשאר בני אדם קשה דמה בכך מ"מ נטעון להו אנן דפתח פיך לאלם הוא, והרי טוענין לנפרע שלא בפניו ולירוש ולוקח, וכדאמר ב"ב כ"ג א', ונראה הטעם משום דאין מעשה קטן כלום, וע"י אכילתו לא חשיב כמוחזק, ואין אנו טוענין ליישב מעשה חש"ו, [ולא דמי לההיא דכתובות ל"ו א' דהתם אין אנו דנין ליישב מעשה קטנה, אלא דיינינן מה אירע ומתי אירע, ושפיר טענינן להו], שהרי

הוא חשוד גם לשבת בקרקע אחרים כיון שאין בו דעת, ודוקא בבר דעת המחזיק שדה הרי החזקתו ראייה שהיא שלו שאין אדם מחזיק בשל חבירו, ולכך כשאנו בפנינו טענינן ליה כל מאי דהוי מצי למיטען איהו, ולפי זה קטן שירש שדה מאביו והחזיק בה שלש שנים וידעינן דאבוהיה דר ביה חד יומא, שפיר טענינן ליה, וכן בששימש בשדה כשהוא שפוי ונשתטה והחזיק בה שלש שנים כל דידעינן דדר בה חד יומא כשהוא שפוי, טענינן ליה, ומיהו איפכא החזיק שלש שנים כשהוא קטן ועכשיו הגדיל והחזיק בה יום אחד ונשתטה, צ"ע אי טענינן ליה, [וכן אי לא נשתטה ואיתיה קמן וטעין מינך זבינתה נמי יש להסתפק אם חזקתו כשהוא שוטה מהניא ליה, ומיהו בזה מסתברא דהוי חזקה כיון שיש עמה טענה ממש], ואולי זו כונת המ"מ.

וכ"ז בקרקע שאין החזקתו בקרקע מחשיבתו כמוחזק אלא בצירוף טענה, ובזה בחש"ו לא טענינן, והרי המערער זוכה בדין, אבל במטלטלין דאף בלא טענה, חזקה מה שתחת יד אדם הוא שלו וכמש"כ הר"י בשטמ"ק כ"ח ב' דאף באינו רוצה להשיב שום טענה, אין ב"ד יורדין לנכסיו, בזה חשיב הקטן כמוחזק אף בלא טענה, ואין המערער יכול להוציא ממנו מספק, וגם כיון דהוא מוחזק שפיר טענינן ליה, וזה כדעת הנה"מ סי' קל"ג סק"א אבל לא מטעמיה.

בקצה"ח סי' קמ"ט סק"ה כתב דטענת מתנה אינה טענה אלא במגו דלקוח, ולא משמע כן מלשון המשנה מ"א א' שמכרת לי שנתת לי במתנה, ולא דמי למחילה שהזכיר ז"ל שם, דנגד מחילה איכא חזקת החוב, ולא כן כל כמיניה לומר שמחל, אא"כ יכול לטעון פרוע, אבל הכא שהקרקע בידו שפיר יכול לטעון מתנה כמו לקוח דשניהם שוין ליישב איך הגיעה הקרקע לידו. (ס"ו סק"א-ג').

ד) כתב הר"ר יונה כ"ח ב' דהמחזיק בקרקע שלש שנים ובא מערער והביא עדים שהיתה שלו וטען המחזיק לא אשיבך דבר לאו בעל דברים ידי את, מוציאין אותה מידו, אבל במטלטלין כה"ג אין יורדין לנכסיו אלא המטלטלין בחזקתו ומשמתנין ליה עד דקאי בדינא בהדיה וכדין התובע את חבירו, ויש לדון בטעם הדבר דמטלטלין שאני, אם הוא משום דאלימא החזקה של המוחזק וחשיב טפי כבאין להוציא ממנו, או משום דחזקת המרא קמא במטלטלין קלישא כיון שבקל הם יוצאים מרשות לרשות, ונפ"מ בגודרות דאין להם חזקה אלא בשלש שנים כמ"ש בשו"ע סי' קל"ה, דאי טעמא משום דבמטלטלין חשיב טפי מוחזק א"כ ה"ה גודרות, אבל אי טעמא משום דחזקת מרא קמא קלישא כיון שבקל יוצא מרשות הבעלים, האי טעמא ליתיה בגודרות דבעו חזקה דשלש שנים, ונראה דגודרות כמטלטלין, וטעמא דמטלטלין דכיון דנגזלים וקיימו ברשות הגזלן לכל מילי, אין התביעה מתיחסת לחפץ אפילו כשהוא בעין, אלא חשיב כתביעת ממון, וכמו שכתב הר"י, וכדין התובע את חבירו, והאי טעמא שייך אף בגודרות לאחר ג' שנים. - ובעבדים, אי עבדא כמקרקעי דמי וכדקיי"ל כן בסי' שס"ג, מוציאין מידו, ולמ"ד כמטלטלי דמי הרי דינו כמטלטלין. (ס"ו סק"ז).

ה) שם אלא מעתה מחאה שלא בפניו לא תיהי מחאה כו', בגמרא לקמן ל"ט א' ר"ה בריה דר"י אמר כל מילתא דלא רמיא עליה דאיניש א"ל ולא אדעתיה, נראה דמזה מוכח כמש"כ תו' מ' א' דאפילו נתברר שלא הגיעה המחאה למחזיק, נמי לא חשיבא חזקה, שאם היה הדין דבלא הגיעה לא הוי מחאה וחזקתו חזקה, לא יתכן לסמוך אהא דלא רמיא עליה, לומר שהגיעה למחזיק, ועוד דבפשוטו מנא ידעינן דאמרי ליה לא מפקינן שותא אם לא שהם קמן ומעידים על זה, [ודוחק לומר שהיו עוד עדים וגם הם לא אפיקו שותא], וא"כ נשאלינהו אם באמת לא אפיקו, ודוחק לומר

דכיון דלא רמיא עלייהו, אף אין נאמנים לומר דלא אפיקו, וכולי האי סמכינן שהגיעה המחאה למחזיק, אלא מוכח מזה דלא בעי שתגיע המחאה למחזיק, אלא דכל מחאה שבטוחים שלא תגיע, לאו מחאה היא, שאינו מוחה במחזיק כלל וכמשתמט מלמחות בפניו דמי, אבל כיון דכל מילתא דלא רמיא עליה דאיניש אמר לה ולאן אדעתיה, חשיבא מחאה שיכולה להגיע למחזיק, והויא מחאה ואפילו לא תגיע. (ס"ו ס"ק י"א).

(ו) כ"ט א' אלא אמר רבא שתא קמייתא מיזדהר איניש בשטריה כו', נראה דאף דקרקע חלוק ממטלטלין בזה שאין ביד האדם להיות שליט עליו כמו על מטלטלין שמכניסין לרשותו, ולכן לא שייך לחשוב את המוחזק שעה אחת בקרקע כאילו זה שלו, אבל על כרחך יש זמן שבהחזקת הקרקע משך זה של זמן יחשב כמוחזק כמו במטלטלין, דלא יתכן לומר שלדורי דורות יצטרך האדם לדעת ולהחזיק בשטרי ברורין כיצד הגיעה הקרקע לידו.

ונראה דהיינו דקאמר רבא דזמן ג' שנים מועילים לעשותו כמוחזק כמו במטלטלין, דטפי מתלת שנים לא מזדהר איניש בשטריה, והיינו שבהנהגת בני אדם חושבים זמן זה כעדות על בעלות ואין חוששים לערעורים, [ומיהו היינו דוקא בשאכל כדרך הבעלים בשנים אלו לאפוקי ערלה שחת תפתיחא וכיו"ב], וסמכו חכמים ידיהם על הנהגה זו ותיקנו שתחשב חזקה בזמן זה של ג' שנים, וממילא עכשיו חזר דין המערער כמוציא מחבירו ועליו הראיה, וזהו העיקר מה שחידש רבא בהאי תירוצא דלאו מכח ראיה אתינן עלה מדלא קפיד ש"מ דמחל, או מכח, אלא דכשיושב ג' שנים בשופי חשיב כמוחזק, וממילא על המערער להביא ראיה, ולכך פרכינן דא"כ מחאה שלא בפניו לא תיהוי מחאה דמה בכך דקפיד ומוחה, אבל מ"מ הוא מוחזק ועל המערער להביא ראיה, ומשנינן דמסתמא שמע מן המחאה, ואין כאן ישיבת ג' שנים בשופי ואין כאן חזקה ואיבעי ליה לאיזדהורי בשטריה, [ואפילו אירע שלא הגיעה המחאה למחזיק, מ"מ לא חשיב חזקה כמש"כ תו' לקמן מ' א', דכיון שהיתה מחאה בעולם לא חשיבא ישיבת ג' שנים בשופי, והא דאמרינן טעמא משום דחברך חברא אית ליה, לא היה לחכמים לערער החזקת המחזיק ע"י מחאה שלא בפניו, כיון שסמכו על טעמא דלא מזדהר בשטריה, ובמחאה שלא בפניו אכתי לא יזהר, אבל כיון דחברך חברא אית ליה, שפיר קבעו חכמים דכל מחאה חשיבא ערעור ואין כאן ישיבת ג' שנים בשופי למיחשב חזקה].

ולהאמור אין כאן סבה ומסובב, דמשום דלא מזדהר בשטריה ע"כ לתקן שתהיה חזקה, או איפכא דמיד הוי חזקה אלא דאחוי שטרך הוי ריעותא, וכמו דנקט בקצה"ח סימן ק"מ סק"ב בפלוגתא ראשונים, אלא הכל אחד דזמן שלש שנים משה את המחזיק כבעלים בהנהגת העולם ואינו חושש לשמור שטרו, וזהו ענין החזקה, ואולי אפשר לדחוק כן גם בכונת הרמב"ן שהביא ז"ל שם שכתב דלאו משום אזדהורי בלחוד הוא אלא כיון ששתק והחזיק המחזיק בשופי חשיבא חזקה, ולא יתכן לפרש כוונת הרמב"ן דלאלתר הוי חזקה אלא דריעותא דליכא שטרא הוא המבטל החזקה, דא"כ במקום שאין כותבין שטר או דאיכא עדים שנשרפו כל שטרותיו, [או שאמרו העדים לא מפקינן שותא ולא אפיקו שותא עי' חו"מ סי' קמ"ו ס"ג ובבהגר"א שם], ליהוי חזקה לאלתר, ואין לומר משום לא פלוג, דמהא דפרכינן בסוגיין א"כ נתת דבריך לשיעורין, משמע דלא אמרינן בזה לא פלוג, וגם בסברא אין לומר דבקרקה הוי חזקה לאלתר, וגם לשון הרמב"ן לאו משום אזדהורי בלחוד, משמע דגם משום אזדהורי הוא, וצ"ע, וזו נראה כונת תו' ל"ה ב' שהביא ז"ל שם,

וכונת קושייתם דאם איתא דנאמן לומר לפירות הורדתיך, א"כ בטלה חזקת שלש שנים לגמרי דלעולם עדיין יכול לערער וראוי להזהר בשטרו.

ונראה דזהו נמי ענין החזקה ג' שנים בעבדים ובגודרות, דלכאורה תמוה כיון דבשעת חרום שלא בפניו, אין חזקת שלש שנים בקרקע כלום, א"כ בעבדים וגודרות שהמחזיק מחזיקם בביתו והמערער אינו יודע כלל היכן ואצל מי הם, [עי' תו' ב' א' ד"ה לפיכך], הרי אין לך שעת חרום גדול מזה, שאינו יודע כלל למחות ובמי למחות, ואטו מחויב הוא לקונן על אבדותיו בכל שנותיו ובכל המקומות, ולמה חשיבא חזקה, אבל למש"כ דחזקת שלש שנים הוא זמן הנותן למחזיק כח בעלות, ניחא שפיר, דאף בגודרות ועבדים נחשב בזמן הזה כמוחזק, ואף שהמערער היה אנוס, מ"מ אין להפסיד למחזיק ע"י זה, ושפיר נקבע המערער בדין בא להוציא ועליו הראיה, ומ"מ בקרקע בשעת חרום לא חשיבא חזקה, כיון דבהעדר הבעלים היא פתוחה לכל, ואין המחזיק מתחזק בה כבעלים בכה"ג, ואף במטלטלין אם הוצרך לברוח והניחם על פני השדה נראה דאין להם חזקה לעולם, וכעת ראיתי בעליות הר"י מ"ה ב' משמע מדבריו דגודרות ועבדים שיש להם חזקה לאחר שלש שנים היינו בידוע לבעלים היכן הם עי"ש, וצ"ע. - וכן במקום שאין כותבין שטר בקרקעות נמי הוי חזקה בשלש שנים, משום דזמן זה עושהו כמוחזק, ואין צריך לומר משום דלא פלוג חכמים.

ומיהו בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר לא מהני חזקה אפילו לאחר שלש שנים, דכיון דהמערער טוען שבאו ליד המחזיק ברשותו והחזיקם כשלוחו בתור שואל או שוכר, לא שייך לומר דהחזקתו חשיבא הוכחת בעלות, שהרי לדברי המערער החזקת המחזיק כהחזקת המערער, שבשליחותו ובכחו החזיקם, ואילו ידענו שבאו לידו בתורת שאלה, ודאי לעולם לא היה לו בהם חזקה, וה"נ כשלא ידענו כיון דשאלה ושכירות מצויין שפיר חיישינן להם. (ס"ו סק"ח).

ז) בעיקר חזקה דגודרות בב"י סי' קל"ה נקט לה בפלוגתא, והרמ"א הביא דעת הסוברים דיש להם חזקה בג' שנים, ובדרישה שם פי' טעמא דפלוגתתם אי הא דבדברים העשויים להשאיל ולהשכיר לא מהני חזקה הוא משום דלאו בני שטרא נינהו וכמ"ש בבעל העיטור, [נראה דר"ל דכיון דלאלתר נמי אין לו בירור על בעלותו אלא בעדים או שאר בירורים, אין כאן סבה לקבוע דוקא שלש שנים, דבירורים אלו אין להם ענין בשלש שנים, דדוקא שטר דלא מזדהר ביה טפי משלש שנים יש בו ענין בזמן הזה, הלכך לעולם אין לו חזקה עד שיברר], דלפ"ז אף גודרות דלאו בני שטרא נינהו אין להם חזקה לעולם, אבל אי התם טעמא משום דעשויין להשאיל ליותר משלש שנים או ששוכח שהשאילם, א"כ בגודרות ליתא להאי טעמא, ושפיר אית בהו חזקה בשלש שנים, ובש"ך שם העלה דכולם מודים דגודרות אית להו חזקה בשלש שנים, ועי' בתו' שבועות מ"ו ב' דדימו גודרות לדברים העשויים להשאיל ולהשכיר, ומשמע דעתם דלא מהני בהו חזקת שלש שנים, וכ"כ ביד רמ"ה ל"ו א' בהדיא, וברשב"א ריש חזקת הבתים כתב לצדד דגודרות חזקתן בפחות מג' שנים ולפי הענין, אם כן ע"כ הדבר במחלוקת.

ובבהגר"א שם תמך בדעת הסוברים דלא מהני חזקת ג' שנים בגודרות, מהא דבירושלמי פ"א דקדושין ה"ג מיייתנן ממתני' דחזקת עבדים שלש שנים דעבדא כמקרקעי דמי, הרי דגודרות לא הוי חזקתן שלש שנים, ומיהו אכתי אין מזה הכרע אם כדעת הרשב"א דחזקתן בפחות משלש שנים או כדעת הרמ"ה דלעולם אין להם חזקה.

ברם נראה ליישב הירושלמי אף לדעת הטור ודעימיה דגודרות חזקתן שלש שנים,

דודאי בעיקר הסברא אין לקבוע בדיוק דשלש שנים הוא הזמן שמתחזק האדם בגודרות, ולא דמי לקרקע, דעד שלש שנים מזדהר בשטריה, ויש בהם ענין בשנים ששכירותן בשנים ופירותיהן נמדדים בשנים, אלא נראה דלאחר שנקבע בקרקע שיעור שלש שנים, ונקבע כן גם בעבדים משום שדומין לקרקע, נקבע כן גם בגודרות שדומין לעבדים, ולכך שפיר מייתי הירושלמי ממתניתין דעבדים כקרקע. (ס"ו סק"ו).

ח) שו"ע חו"מ סי' קמ"ט סי"ז החזיק עכו"ם בקרקע ונתגייר ושהתה בידו ג' שנים אח"כ וטוען קניתי ממך אחר שנתגיירתי נאמן, לכאורה נראה דלרבותא נקט אחר שנתגיירתי, דאע"ג דמודה דמה שהחזיק בה בעודו עכו"ם היה בגזילה, אפ"ה נאמן לומר שכשנתגייר קנאה ממנו, וכדמסיק הטור מידי דהוה אישראל הבא מחמת עכו"ם שנאמן לומר קניתי ממך, וכש"כ כשאומר שקנאה בעודו עכו"ם ומעולם לא היתה בגזילה בידו דודאי נאמן, וכמו ישראל הלוקח מן העכו"ם דנאמן לומר קמאי ידי זבנה העכו"ם מינך כדלעיל סט"ז, [ואף במטלטלין כה"ג נאמן כדין אומן שירד מאומנתו סי' קל"ד ס"ה עי' לקמן סק"ט], ובזה י"ל דגם הי"א שהביא הטור מודים דנאמן, ולכך בדוקא נקט הטור אחר שנתגיירתי, ולא עוד אלא דהיה מקום לומר דהא דנאמן לומר שקנאה אחר שנתגייר הוא רק מכח מגו שהיה יכול לומר שמתחלה בהיתירא אתי לידיה, אבל אם יש עדים שבעודו עכו"ם גזלה אפשר דבכה"ג לא מהימן לומר שקנאה אחר שנתגייר כיון דלית ליה מגו, אלא דממ"ש הטור מידי דהוי אישראל הבא מחמת עכו"ם שנאמן לומר קניתי ממך, משמע דאף בכה"ג נאמן, וצ"ע בסמ"ע וט"ז וכן בלבוש דמשמע דס"ל דיש מקום לומר איפכא דדוקא אחר שנתגייר אבל אם אומר שקנאה בעודו עכו"ם אינו נאמן, וצ"ע.

דברי המרדכי ב'פ' חזקת הבתים סי' תקנ"ג צריכים פירוש, שנשאל בנכרי שהחזיק בשדה של ישראל ג' שנים ואח"כ נתגייר והחזיק בה עוד ג' שנים בשופי וטוען לישראל מינך זבינתה ושטרא הוי לי ואירכס ואייתי למיפשטה מהא דתניא בתוספתא האוכל שדה שש שנים וערער עליו ג' שנים הראשונות ובאחרונה אמר לו אתה מכרתה לי דאם מחמת טענה הראשונה אינה חזקה דחזקה שבטלה מקצתה בטלה כולה ואם לאו הר"ז חזקה, ואם ננקוט הדברים כפי רהיטתן משמע דמפרש בתוספתא שאם טוען שלקחה מתחלה אינו נאמן, אבל אם טוען שמתחלה בגזילה באת לידו ובאחרונה חזר ולקחה נאמן, וזה תימא דאיפכא מסתברא וכמ"ש הרשב"ם ל"ט ב' וכן ברמב"ן ובמלחמות שם, דהא דצריך למחות בסוף כל ג' הוא לאו משום שמא יאמר שחזר ולקחה אלא משום שמא יאמר דמתחלה לקחה, גם מה שדימה זה לנידון נכרי שנתגייר ולכאורה משמע דהישראל לא מחה מעולם, קשה דהתם נהי דנכרי לית ליה חזקה, אבל למה לא יהיה נאמן לומר שלקחה מתחלה כמו ישראל הלוקח מעכו"ם דנאמן לומר קמי ידי זבנה מינך כדאמר ל"ו א', גם ברמב"ן שם הביא דבירושלמי מוכחינן מהך תוספתא שאין צריך למחות בסוף כל ג', ולא גרסינן בתוספתא ואם לאו הר"ז חזקה, עי"ש, וכן ליתא בתוספתא שלפנינו, וא"כ למאי דקיי"ל דצריך למחות בסוף כל ג' ליתא להך תוספתא.

ואולי ס"ל להמרדכי כהבעה"מ שם, וס"ל שיש לן לפרש התוספתא אף למאי דקיי"ל דצריך למחות בסוף כל ג', דבתלמודן לא אשכחן פלוגתא בהא, [ור' יוחנן לא פליג אלא מקשה וכמ"ש הראשונים ז"ל], ומפרש אם מחמת טענה הראשונה שטוען שלקחה מתחלה אינה חזקה כיון שמיחה, אבל אם טוען שלפירות ירד מתחלה מהני חזקתו האחרונה וכפי' הבעה"מ, דלכך צריך למחות בסוף כל ג', ולענין עובדא דעכו"ם נמי בהא תליא שאם הישראל מיחה בעודו עכו"ם תו לא מהני חזקתו אח"כ,

שהרי מחמת טענה הראשונה בא, אבל אם לא מיחה, מהני חזקתו דלא גריעא מישראל הטוען לפירות ירדתי, כיון שאין שום דבר המבטל חזקתו הראשונה, אף דעכו"ם אין לו חזקה, ואפשר דעובדא הוי שהישראל מיחה, וזה שכתב שאח"כ החזיק ג' שנים בשופי, אבל בג' ראשונות היה ידוע שהקרקע של ישראל, והיינו שמיחה, וצ"ע. (ס"ו ס"ק י"ב).

ט) שו"ע חו"מ סי' ק"נ ס"ג וי"א שאם אכלה שלש שנים אחר שכלו ימי המשכונא יש לו חזקה, במטלטלין כה"ג לכו"ע אין לו חזקה, כמבואר ברשב"א ל"ג א' בעובדא דרב"ש, והא דלעיל סי' קל"ד ס"ה דאומן שירד מאומנתו יש לו חזקה אף בדברים שבאו לידו בהיותו אומן, ע"כ כמש"כ הגרע"א שם בגליון בשם המהרח"ש וכ"כ כאן בנה"מ בשם התומים, דשאני התם דלא ידעינן שבא לידו בתורת אומנות, ורק כיון שהיה אומן חיישינן להכי, משא"כ הכא דאיירי בידעינן שבא לידו בתורת משכנתא, [ומה שהזכיר הגרע"א ז"ל שם לחלק בין קרקע למטלטלין אינו מובן, ואדרבה איפכא איכא לפלוגי וכמש"כ הרשב"א שם], ועי' לקמן מ"ה א' בסוגיא דאומן סק"ט ראייה לחילוק זה.

והנה ברשב"א שם וכן בנמו"י ל"ו ב' ל"ט ב' בשמו, דהחילוק בין קרקע למטלטלין הוא משום דמטלטלין כיון שחזקתן לאלתר, ותפיסתו בתורת משכון, תו לא נתחדש כאן כלום לאחר מכאן שום מעשה של חזקה, משא"כ בקרקע שחזקתן שלש שנים, וכיון ששהו לאחר ימי המשכנתא שלש שנים הרי נעשה בהן מעשה חזקה שאין דרך להניחם ברשות אחרים משך זמן כזה, ואפשר שיש להוסיף בזה דכיון דקרקע אינה נגזלת חשיבא כל שעה כמעשה מחודש של החזקה בה, וכאילו באה לידו לאחר המשכנתא, משא"כ במטלטלין שנגזלין כל שבאו לידו בתורת משכנתא, תו אין כאן שום מעשה נוספת להחזיק, ונפ"מ בגודרות דאף שחזקתן שלש שנים מ"מ לא תועיל להו חזקה אם באו לידו בתורת משכנתא, כדין מטלטלין, וכן עבדים שכתב הרשב"א שם דדינן כקרקע יהיה תלוי בדין עבדא כמקרקעי או כמטלטלי, וצ"ע. (ס"ו ס"ק י"ג).

כ"ט א' אר"ה שלש שנים שאמרו הוא שאכלן רצופות כו', אם היתה השדה יום אחד ביד המערער, הרי פשיטא דצריך שלש שנים מאותו יום ואילך, ונראה דה"ה אם היתה יום אחד ביד אינש דעלמא, דנמי צריך שהמחזיק יחזיק שלש שנים מאותו יום ואילך, וזה אין צריך ר"ה לאשמועינן, דודאי צריך שתהא השדה שלש שנים רצופות ביד המחזיק, והרי אם האינש דעלמא המחזיק יום אחד יאמר שלקחו מן המערער, פשיטא דצריך שלש שנים מאותו יום ואילך, וה"נ כל שאינו בא מכח המחזיק, וכ"ה בריטב"א דאם יצאה השדה מרשותו בינתיים פשיטא, וכ"ה ג"כ בר"ן, ור"ה אשמועינן דאפילו היתה ברציפות ביד המחזיק אם לא אכלה ברציפות שלש שנים לא הוי חזקה, וכגון שהיתה תחת ידו ד' שנים והובירה שנה אחת.

ויש לעי' בהא דפרכינן עליה דר"ה ממתניתין דבתים דביממא ידעי ובליליא לא ידעי, ומבואר דאי לאו דר"ה ניחא, ופירשו הראשונים דהוי מפרשינן דשלש שנים דבתים היינו דיממא ואיירי שהחזיק שש שנים, אלא לר"ה דבעי רצופים קשה דאף בשש שנים לא הוי חזקה, והשתא תיקשי גם לדידן דממ"נ אי מחזקינן דגם בלילה החזיק בבתים, א"כ דין הוא דליסגי בשלש שנים, ואי מחזקינן דלא החזיק בלילה א"כ אף שש שנים לא יועיל גם אי ליתא לדר"ה, דהא לכו"ע אם אחר החזיק באמצע, צריך שיחזיק המחזיק שלש שנים משם ואילך, וי"ל דמחזקינן ע"י העדות דיממא דגם בלילות היו הבתים ברשותו, אלא כאילו הובירם בלילה, והלכך לא סגי בשלש שנים אבל סגי בשש, דהובירה באתרא דלא מוכרי אינו מבטל חזקת השנים שלא הוביר,

אם לית לן דר"ה, כדאמרינן דמודה ר"ה באתרי דמוברי דדינו כהחולקים עליו באתרי דלא מוברי.

והרמב"ן וה"ר יונה הזכירו גם לפרש דאי לית לן דר"ה סגי בבתיים בעדות דיממא של שלש שנים, דכי היכי דסגי במפוזרות, ואין המערער יכול לטעון שהיה בשנה שהובירה ולכך לא מחה, ה"נ בבתיים אין המערער יכול לטעון שהיה בלילה וראה שאיננו למחזיק ולכך לא מיחה, ומתפרשא מתני' כפשטה דחזקת הבתיים שלש שנים, ולא חשיבי כמקוטעות מחמת חסרון הלילות, כיון דעיקר השימוש ביום, וגם אין ראייה שלא היה בלילות דסתם מעיד על דירה ביממא חשיב כעין עדות גם על לילה, ובזה מתפרשא כפשוטו הא דמודה ר"ה בחנותא דמחוזא דליממא עבידא ולליליא לא עבידא, דהיינו דסגי בשלש שנים דיממא, כמו בכל בתיים להחולקים על ר"ה.

שם מאי קמ"ל תנינא חזקתן שלש שנים מיום ליום מ"ד מיום ליום לאפוקי מקוטעות ולעולם אפילו מפוזרות קמ"ל, לשון זה מוכיח דר"ה לפרושי לישנא דמתני' אתי, דס"ד דשלש שנים דמתני' אתי לאפוקי מהא דר"י ור"ע דסגי בחדש בראשונה או שלשה חדשים בראשונה, וכדקתני מתני' חזקתן שלש שנים ואינם מיום ליום, והיה מתפרשא מתני' לפ"ז כאילו הוי קתני חזקתן שלשים וששה חדשים, א"נ שלש שנים של י"ב חדש, שהוא הזמן הנצרך לחזקה, ולעולם אפשר דשפיר דמי גם מפוזרין, קמ"ל רב הונא דשלש שנים מיום ליום דמתניתין מתפרש בשנות עולם מיום ליום וכאילו הוי קתני חזקתן שלש שנים מא' אדר שנה זו עד א' אדר כעבור שלש שנים. ודאיתאן עלה ניתן אולי לפרש הא דפרכינן עליה דר"ה ממתני' דחזקת הבתיים שלש שנים והא בתיים דביממא ידעי ובליליא לא ידעי, וכתבו הראשונים ז"ל לפרש דאי לאו דר"ה הוי מפרשינן מתני' דשלש שנים דיממא ולעולם צריך להחזיק שש שנים כדי שיהיה שיעור שלש שנים דיממא, אבל לר"ה הרי הוי מפוזרות, והדבר דחוק לפרש שלש שנים דמתני' דלענין בורות הוא שלש שנים ולענין בתיים הוא שש שנים, גם עיקר הדבר דסגי ביממי לבד בשש שנים הוא מחודש, דאטו יהא סגי בחצאי ימים בי"ב שנים, [ואף כשהבית בחזקת המחזיק כל השנים כמש"כ לעיל דבהכי איירי], אבל למש"פ אפשר לפרש דאי מתני' מתפרשא דחזקת הבתיים ל"ו חדשים, ליכא לאקשווי דהא בליליא לא ידעי, דהא שפיר משכח"ל דידעי כגון שהכניס שם כליו מרובים דאפשר לשיבבי למידע שלא פינן, או בהיה חולה ובידוע ששהה בבית גם בליליא, דהא מתני' רק שיעור החזקה אשמועינן ולא איירי כיצד היה בעולם המעשה, אבל לר"ה דמתני' מתפרשא שלש שנים רצופים מא' אדר זה עד א' אדר בשנה השלישית, א"כ קתני מתני' דאדם שדר בבית שלש שנים הרי יש לו חזקה, ושפיר פרכינן דהא בליליא לא ידעי, ועי' להלן.

ולהאמור י"ל דלא אשכחן חזקה בשש שנים ביממא לחוד, ולפי זה בחנותא דמחוזא יש לפרש כדעת הר"י מיגאש בשטמ"ק והרמב"ם דסגי בשלש שנים דיממא, וזו גם דעת הרמב"ן וה"ר יונה והר"ן, והראב"ד אע"ג דבהשגות השיג על הרמב"ם, אבל בשטמ"ק הובאו דבריו דמסיק דמסתברא כהרמב"ם, ולפנינו ברשב"א בסוף דבריו נוטה נמי לפירוש זה, שכתב דכיון דליממא עבידי לליליא לא עבידי דין הוא דליסגי בשלש שנים דיממא כמו מרחצאות, ובאמת כיון דליממא עבידי ולא לליליא א"כ מה בינה לבורות ובית הבדים דכולן חזקתן שלש שנים כפי שימושן, וסגי בימים וא"צ לילות, וכמו שהזכיר הרמב"ן, ומתפרש ומודה ר"ה בחנותא דמחוזא דליממא עבידא ולליליא לא עבידא, דחזקה דיממא לחוד לא חשיבא מפוזרות אלא רצופות, וכ"ה בשטמ"ק בשם הר"י מיגאש, ומיהו משמע מזה דבבתיים הנידון משום דחשיב

מפוזרות בהעדר עדות על הלילות והיינו דקשיא לר"ה וכדנקטו הראשונים ז"ל. הא דאמרינן מ"ד מיום ליום לאפוקי מקוטעות, ה"ה דהו"מ למימר לאפוקי שנות עולם, וכעין דאמר נדרים ס' א' וכן בנדה מ"ד, אלא לפי דבמתניתין קתני בדברי ר"י ור"ע חזקתן שלש שנים ואינם מיום ליום דהיינו מקוטעין לכך נקט מקוטעין. שם מ"ד א"ל אם איתא דדידך הואי איבעי לך למיזרעה כו', צריך יישוב למה לא יוביר כדרך המובירין, ושמא שדה חדשה חפץ הלוקח ליהנות ממנה יותר, ובשטמ"ק בשם עליות הר"י כתב למהר חזקתך. - וקצת היה נראה מזה דאם זרעה באתרא דכולהו מובירין דליהוי חזקה וכדעת הר"ר ישעיה שהביא הטור בס' קמ"א. ונראה דגם אם זרעה בא' ב' והובירה בג' וזרעה בד', או שזרעה בא' והובירה בב' וזרעה בג' וד' דנמי הוי חזקה, דשפיר מצי למימר דנמלך להיות מן המובירין או מן הזורעים, כיון דאיכא דמוביר ואיכא דלא מוביר.

שם אמר מר זוטרא ואי טעין ואמר לייתו תרי סהדי כו', הרשב"ם פירש שהמערער טוען טענת ברי שהמחזיק לא היה בבית בלילה, אבל הרמב"ן כתב דלשון הגמ' משמע שאינו טוען טענת ברי, וא"ת א"כ נימא ליה אמאי לא מחית, וי"ל דטוען שסמך על מה שחשב שלא היה בלילות.

כ"ט ב' ומודה מר זוטרא ברוכלין המחזירין בעיירות דאע"ג דלא טען טענינן ליה אנן, בש"ך סי' ק"מ סק"ט דקדק דמדנקט רוכלין לשון רבים, ואע"ג דלא טען לשון יחיד, מוכח דרוכלין קאי אמחזיק, ולא טען קאי אמערער, וכלשון הרמב"ם והמחבר שם, ור"ל דאע"ג דסתם עדות שיבבי חשבינן להו כמעידין על ימים ולילות, מ"מ אם המחזיק הוא רוכל המחזור בעיירות, לא חשבינן סתם עדות עליו כעדות על ימים ולילות, אא"כ יעידו שהיה גם בלילות או שהשאר שם בני ביתו או כלי תשמישו בזמן שחזר בעיירות.

שם מ"ט עבדיתו הכי כי היכי דלא תחזקו אהדדי כו', ק"ק דבפשוטו לא היו חושדין זה את זה כלל, ולא נתכוונו לשום דבר, אלא לעשות חלוקת שנים ביניהם, שהיתה עובדת שנה לזה ושנה לזה.

נראה דאם היה המוכר מודה שמכרה לשניהם, אלא שהיה טוען שהיה מקח טעות או שרק השכירה, דשפיר הוי חשיבא חזקה כיון דשניהם מחזיקים כל אחד בשליחותא דחבריה, וכמו ג' לקוחות שמצטרפין, ואע"ג דלא כתוב עיטרא כיון שהמוכר מודה דשותפין נינהו, אלא הכא נפק ערעור דזה שמכרן להם גזלן הוי, והבעלים לא מכר להם כלל, והלכך גם אם זה שמכר להם קמן ומודה שמכרה להם בשותפות לא מהני, דאינו נאמן בכלום כיון שלטענת המערער גזלן הוא.

שם אמר רבא אכלה כולה חוץ מבית רובע קנה כולה חוץ מבית רובע, בפשוטו איירי כשהמערער טוען שלא מכר כלום, דאם המערער מערער רק על הבית רובע, היינו כמערער על שדה שלא אכלה המחזיק, ויש לעי' אם המערער הוחזק כפרן על כל השדה, כגון שיש עדים שהודה על רוב השדה שמכרה, אם כה"ג נמי לא קנה המחזיק את הבית רובע, די"ל דרק בזמן שהנידון בגלל החזקה של המחזיק, דבזה לא הוחזק המערער ככפרן, דחזקה אינה הוכחה, אלא דהמחזיק חשיב כמוחזק והו"ל המערער כמוציא מחבירו ועליו הראיה, והלכך כשאנו דנים על הבית רובע שלא החזיק בו, אנו כמסופקים דשמא לא מכר לו כלום, אלא דהמוציא מחבירו עליו הראיה, וכיון שבבית רובע לא החזיק הרי אינו כמוחזק בו ושפיר זוכה בו המערער, אבל כשהוחזק כפרן בטענתו על כל השדה, י"ל דלא פלגינן טענתו לקבל ערעורו על הבית רובע, וכש"כ כשהבית רובע אינו בר זריעה, או"ד כל בית רובע כשדה בפ"ע וכיון שלא החזיק בה לא קנאה.

כתב הרא"ש דדוקא נקט רבא בית רובע, אבל שייך פחות מבית רובע קנאה אגב ארעא, והנה יש חידוש בשיעור בית רובע, דאע"ג דקיי"ל כרבנן לעיל י"א א' דגם בגינה שיעורה חצי קב, מ"מ הכא בשיור כל ששייר בית רובע דלר"ע הוא שיעור גינה, לא קנאה, ויש לעי' בשייר פחות מבית רובע, אבל מודה שמכרה כולה חוץ מהפחות מבית רובע מהו, די"ל דרק כשטוען שלא מכר כלום והמחזיק החזיק בכולה חוץ מפחות מבית רובע, בזה אמרינן דקנה כולה, אבל כשתחלת טענתו של המערער רק על הפחות מבית רובע שפיר טענתו טענה כיון דחזינן דהמחזיק לא החזיק בה, [וכשיש בזה שיעור חשוב שניכר שלא החזיק בו עי' להלן ד"ה לשון], ולכאורה הכי מסתברא, ושמא יש מקום לחלק אם השטח הזה הוא באמצע השדה או מן הצדדים, דלא עביד אינש דמשייר פחות מבית רובע באמצע השדה, וגם עביד אינש דמדלג משהו לפעמים מלזרוע, ובאמת גם בשייר בית רובע אלא ששיירו באמצע השדה יש מקום לדון, דשמא לא אמר רבא אלא בשייר מן הצד, ומיהו זה דוקא בטוען שלא מכר כלל, אבל בטוען שלא מכר הבית רובע שבאמצע ודאי טענתו טענה.

ויש לעי' כיון דבשייר פחות מבית רובע כו"ע מודו דקנאו אגב ארעא, א"כ יש לפרש מימרא דרב הונא בריה דרב יהושע דבלאו בר זריעה דין בית רובע כפחות מבית רובע, ומאי קשיא ליה לר"ב בר אביי, וי"ל דמדלג יהיב ר"ה בריה דר"י שיעורא, משמע דאף בשייר בית חצי קב אם לאו בר זריעה הוא קנאו, וע"ז קשיא ליה לרבב"א.

לפו"ר לא מצאתי שיעור שדה לענין חלוקה בשדה של צונמא שאינה ראויה לזריעה, וקצת משמע בסוגיין דשיעורה כשדה הראויה לזריעה, ועי' בטוחו"מ סי' קע"א סי"ז בשם הרמ"ה דמשמע דמשטח פירי ראוי גם בשטח קטן, ומיהו התם בחצר. שם אמר רב הונא בריה דרב יהושע ולא אמרן אלא דבר זריעה היא אבל לאו בר זריעה היא קני לה אגב ארעא, יש לעי' הרי שהמערער מודה שמכר לו את כל השדה, ואינו מערער אלא על הבית רובע הזה שאינו ראוי לזריעה, אם גם בזה קאמר שקנאו אגב ארעא, ואם נימא דבזה מודה ר"ה בריה דר"י דלא קנה, א"כ קשה מאי פריך ליה רבב"א אלא מעתה צונמא במה יקנה, הרי מודה דצריך להחזיק בצונמא, ולא קאמר אלא דאגב ארעא קנאה, וי"ל דה"נ קאמר אלא מעתה צונמא במה יקנה הרי קמודית דכשהנידון על הצונמא עצמה צריך שיחזיק בה באוקומי חיותא או במשטח פירי, וא"כ ה"נ כשקנה הצונמא עם השדה נמי צריך שיחזיק בצונמא במשטח פירי או באוקומי חיותא.

לשון הריטב"א ודוקא כשהוא מסויים הא לאו הכי טפילה היא לשאר השדה כיון שהוא בתוכו ואינו מסויים לעצמו ואינו יותר מבית רובע עכ"ל, והדברים צריכים פירוש, דבתחלה משמע שמחלק בין אם הבית רובע מן הצד לבין אם הוא באמצע השדה, דבאמצע השדה גם כשהוא בית רובע נקנה אגב ארעא, וא"כ מה זה שסיים ואינו יותר מבית רובע, אטו נחלק בין בית רובע בדיוק למשהו יותר, והלא פחות מבית רובע בכל גווני נקנה אגב ארעא כמ"ש הרא"ש, ולא משמע שחולק בזה, [עי' שטמ"ק בשם שיטה], גם משמע דתיתי בעי שיהא בתוכו ולא יהא מסויים לעצמו, ומיהו זה מסויים לעצמו, אטו איירי שיש גדר סביב הבית רובע, ואפשר דבא לומר שאם אין הבית רובע מרובע או קרוב לזה, אלא שנשארה רצועה צרה באמצע השדה שלפי אורכה יהא בה בית רובע, דזה נקנה אגב ארעא, והוא שאינו יותר מבית רובע הרבה, דגם בכה"ג יש שיעור לדבר מתי נטפל לשדה, ובני יעקב נ"י העיר דמסתברא דצ"ל בריטב"א ואפילו יותר מבית רובע, ונראין הדברים.

שם אלא באוקומי בה חיותא ומשטחא בה פירי, לא נתפרש מהו שיעור הרציפות בזה, אטו צריך שלא ידלג יום, וכש"כ כשהוא רק בית רובע בתוך השדה, ועי' סמ"ע סי' קמ"א סק"כ, וצ"ע.

יש לעי' טען שקנה כל השדה במצריה, אבל החזיק רק בבית רובע, והמערער טוען שלא מכר כלום, אם קנה את הבית רובע, מי אמרין לא אחזיק כדמחזקי אינשי, שלא החזיק בכל השדה, או"ד במאי דאחזיק אחזיק, ואי בעי הוי טעין שלא קנה אלא את הבית רובע, והכי מסתברא.

שם א"ל אנא בשכונני גוואי הואי כו', טענת המערער היא שמעולם לא מכר למחזיק כלום, וממילא בכלל טענתו לפירוש רשב"ם שהיה עובר בדירת המחזיק, דגם לא היה נמנע משום שימוש בדירת המחזיק אם הוצרך לו, דאין המחזיק אלא כאורח בביתו, וזה כדברי מהר"ם שבמרדכי, ולפי זה לא מחה כי לא עלה על דעתו שאורח שמארחו בביתו יבא לטעון שמכר לו את החדר, בזמן שהוא עובר בו כל יום, וטענת המחזיק לא נתפרשה בהדיא מה היא, אם מכחיש שמעולם לא עבר המערער דרכו, וכדמשמע בתו' וברא"ש, או שטוען שהיה מוותר לו ונותן לו רשות לעבור, או שמודה שהמערער השאיר לעצמו דרך, אבל שהמערער היה דר בפנימי נתברר במוחלט.

ופלוגתייהו דר"נ ורבא יש לפרש דר"נ ס"ל דכיון דלפי טענת המערער נמצא שלא החזיק המחזיק כלל, לא גריעא טענתו מטענת מזוייף בשטר דמצרכינן קיום, וכדאמרין לקמן ל' א' לא יהא אלא דנקיט שטרא מי לא אמרין ליה קיים שטרך וקום בניכסי, ורבא סבר דכיון דבמציאות החזיק בבית שפיר חשיב מוחזק ועל המערער להביא ראיה.

הרמב"ן הקשה לפי' רשב"ם דאטו המוכר שדה לחבירו ושייר לעצמו דרך יצטרך הלוקח לשמור שטרו לעולם כי לא תועיל לו חזקה, ונראה דלא קשה דיש לחלק בין בית לשדה, דבבית אין הדבר בהוה כ"כ שידור אדם בחדר שיש לשני דרך בו, דבית עשוי לשימושים צנועים, ואינו כחצר השותפים, ולכן אם מכר אדם חדר החיצון והשאיר לו בו דרך, הרי הלוקח כאילו לקח שותפות בבית, ובדין הוא שלא תועיל לו חזקה, דאין חזקה למשתמש עם הבעלים, [ומיהו זימנין דאיכא חזקה לתשמישין עי' חו"מ סי' ק"מ סט"ו ובנתה"מ שם ס"ק י"ט], משא"כ בשדה דמה שהשאיר דרך למוכר אינו פוגם בשימוש השדה, הלכך שפיר מחזיק הלוקח, ואין דריסת הרגל של המוכר פוגעת בחזקתו, [ולפמ"ש"פ לדעת רשב"ם הרי טענת המוכר אינה רק על דרך אלא על הכל, וכמ"ש במרדכי בשם מהר"ם, והיה מחזיק בכל הבית בדריסת רגלו].

בד"מ וברמ"א סי' ק"מ סי"ג קבע הדבר בפלוגתא אם המערער טוען רק שהיה עובר דרך החיצון בכל יום, או שטוען גם שהיה משתמש לפעמים שימושים אחרים בחיצון, דלדעת הרא"ש והטור גם אם טוען רק שהיה עובר שם כבר נתבטלה חזקת המחזיק, ולדעת מהר"ם שבמרדכי צריך שיטעון גם שהיה משתמש שאר שימושים בבית החיצון, ולו"ד ז"ל אין כאן מחלוקת שהרי גם לפירוש הרא"ש והטור טענת המערער היא שלא מכר כלום וזו ביתו אלא שאירח את המחזיק כאורח בביתו, ובכלל טענה זו שכל החדר החיצון שימש לו למערער אם לארח בו את המחזיק אם לשאר שימושים אם נזדמנו לו, והר"ז כמו שפירש מהר"ם, ולשון הרשב"ם הייתי עובר דרך עליך ומשתמש עמך בבית החיצון שדרת בו ברשותי, ואי משכח"ל גוונא שהמערער אומר שלא היה עושה שום שימוש בחיצון, ורק היה עובר בו, והמחזיק שימש בכל השימושים, אפשר דבכה"ג גם להרא"ש לא תהא טענת המערער מספקת ליטול מן המחזיק, ובלשון הד"מ צ"ע שכתב וז"ל ומה שנראה מדברי רבנו

שלפירוש הרשב"ם אע"פ שלא היה לו רק דרך לעבור בבית החיצון נתבטל חזקת כל הבית לא כ"כ במרדכי פרק חזקת שכתב בשם מהר"ם וז"ל אבל ר"מ כתב בתשובותיו דוקא כשאמר הייתי משתמש בכל הבית כו', ומה זה שכתב אע"פ שלא היה לו רק דרך לעבור כו' הרי המערער טוען שלא מכר כלום והכל שלו והמחזיק הוא אורח בביתו, גם מה שהעתיק לשון המרדכי אבל ר"מ כתב בתשובותיו דוקא כו' לשון זה ליתא במרדכי, רק העתיק תחלה דברי התו' דיש עדים שהיה דר בחדרים הפנימיים, ואח"כ כתב ור"מ פי' בתשובתו דהא דאמר בשכונני גוואי הוינא פירוש כגון שאמר הייתי משתמש בכל הבית החיצון בכ"מ שהייתי חפץ להשתמש כו', והדברים שפיר מתפרשי דליכא חולק על דברי הר"מ והביאם לפרושי סוגיין, ועי' בסמ"ע שם ס"ק י"ט דנקט כאילו ג' שיטות בדבר, וצ"ע.

הראב"ד [בשטמ"ק] והרמב"ן וה"ר יונה והרשב"א והרמ"ה והר"ן והריטב"א והנמו"י כולם הסכימו לפרש דשכונני גוואי היינו מקום רחוק, דומיא דשוקי בראי דלקמן, ונחלקו ר"נ ורבא על מי לברר שהיה המערער במדינה בזמן החזקה, דר"נ ס"ל דעל המחזיק לברר שזה מתנאי החזקה, ובכלל בירורו שהחזיק גם שעלתה לו החזקה מפני שהמערער היה במקום קרוב, ורבא ס"ל שזה כעין בירור על מחאה שהיא חובת המערער, וקיי"ל כר"נ שעל המחזיק לברר, ונראה דאית לן למינקט הכי לדינא כיון דלכל הני רבוותא הדבר מבואר בגמ', וגם המפרשים שכונני גוואי כפי' רשב"ם אין ראיה שחולקים בדיון זה, ואף שכתבו תו' שעל המערער להביא עדים שהיה בשכונני גוואי, שאני התם שהמחזיק הביא עדים שהחזיק שם שלש שנים, ולא כל כמיניה דהמערער לומר שנשתמש ביחד עם המחזיק, וכמ"ש תו', [וצ"ע בבהגר"א סי' קמ"ג סק"ט שסייע לדברי המחבר שם מדברי התו' הללו], וכן פשטא דעובדא דשוקי בראי דלקמן משמע שעל המחזיק לברר שלא היה בשוקי בראי, וכמ"ש הרא"ש שיש מוכיחין כן, ויש להוסיף דמהא דאמר לקמן והא אית לי סהדי דכל שתא הוי אתית תלתין יומי, משמע נמי דצריך שיביא עדים על כך ולא סגי בטענתו, וכן לפיר"ח והרי"ף שצריך שיביא המחזיק עדים שהיה המערער בעיר ביום שטוען שלקחה הימנו, יש ללמוד דה"ה דצריך שיביא המחזיק עדים שהיה המערער במקום שיכול למחות, ולא נמצא חולק בדיון זה לומר שעל המערער לברר שהיה במקום רחוק, אלא הרא"ש בשוקי בראי, והדבר תימא שהמחבר בסי' קמ"ג ס"ב העתיק דברי הרא"ש להלכה, ואם כי לא כל הראשונים הנ"ל היו לפניו, אבל המ"מ בפט"ו מטוען ה"י הביא דהרמב"ן והרשב"א פירשו סוגיין דשכונני גוואי היינו במקום רחוק והביא דבריו הב"י בסי' ק"מ, ורהיטת דברי המ"מ שמסכים עמהם, וכן בנמו"י הביא שהחולקים על רשב"ם פירשו שכונני גוואי מקום רחוק, ועוד שהמחבר בסי' קמ"ו ס"א פסק כדעת הר"ח והרי"ף והרמב"ם דאם טען המערער שלא היה בעיר ביום שהמחזיק טוען שלקחה, דעל המחזיק לברר, ולכאורה ה"ה כשהמערער טוען שהיה במקום רחוק כל השלש שנים שיש לחייב את המחזיק לברר להכחישו. - בתשובות הרשב"א שבב"י סו"ס ר"נ כתב שעל המערער לברר שהיה בשכונני גוואי, וזה סותר לפירושו בגמ' ומסקנתו דקיי"ל כר"נ, וצ"ע.

וכעת ראיתי בתומים שכבר נתקשה בזה, וכתב לתרץ דכיון דמקור האי דינא הוא בפירוש שכונני גוואי, דאי מפרשינן דהוא מקום רחוק נמצא דר"נ קאמר דעל המחזיק לברר שהמערער היה במקום קרוב, וכיון דבפירוש שכונני גוואי רבו החולקים על פירוש זה והם ר"ח והרי"ף והרמב"ם ורשב"ם ותו' והרא"ש, ולדידהו ראוי לקיים דברי הרא"ש דמסברא על המערער לברר שהיה במקום רחוק, הלכך סתם כדברי הרא"ש, וזה היה מספיק ליישב אילו היו החולקים על הרא"ש רק הרמב"ן

והרשב"א, אבל מאחר דטובא רבוותא פירשו כן וכנ"ל, ולדידהו מבואר בגמ' שעל המחזיק לברר, ולהמפרשים שכוני גוואי בענין אחר אין הכרע על מי לברר וכמו שדן בזה הרא"ש בשוקי בראי, אין ספק מוציא מידי ודאי, וקושטא דמילתא דהמחבר לא היו לפניו כל הני ראשונים שזכרנו, ואילו ראם מסתברא שלא היה סותם כדברי הרא"ש.

ל' א' דר"נ אדר"נ נמי ל"ק כיון דא"ל דבי בר סיסין ומיקריא דבי בר סיסין כו', יש להסתפק כשהמוכר בירר דלאו דבר סיסין היא, אם לא יוכל הלוקח לטעון דא"כ יש טעות במקח דחשב שגם שדה זו בכלל המקח.

שם א"ל בשוקי בראי הואי כו', פשטא מתפרש דא"ל שלא שמע מהחזקה כי היה בשוקי בראי, ולא שזו תשובה למה לא מחה, וזה כדעת הרשב"ם דטרדת השוק אינה מונעתו מלמחות, וע"כ דלא שמע מן החזקה מחמת טרדת השוק, ויש להוסיף דאם שמע מן החזקה גם בשוקי בראי, היה לו למחות משיצא משוקי בראי עד שלא הגיע לשוק, דעדיין לא היה טרוד בשוק, והיה כבר במקום שהמחאה תגיע משם, וע"כ דבשוקי בראי לא שמע, ואף שכתבו תו' ל"ח א' ב' שהחזקה נשמעת גם מרחוק, כבר כתב הנתה"מ בסי' קמ"ג דמ"מ כשטוען שלא שמע נאמן, והכי מסתברא, ועי' בעליות הר"י.

שם א"ל מפלניא זבינתה דא"ל דזבנה מינך כו' אמר רבא דינא קאמר ליה, יש לעי' למש"כ תו' בשם הרשב"א וכן דעת הרמב"ן דאי הו"ל סהדי דדר ביה ההוא דזבנה מיניה אפילו חד יומא הוי מוקמינן לה בידיה, אמאי לא א"ל רבא אי אית לך סהדי דדר ביה כו' כדא"ל ר"ח לההוא לקמן מ"א ב', וי"ל דהתם דאכלה שני חזקה, הרי אי ידעינן דדר ביה ההוא חד יומא, הוי מחזקינן בודאי דהשדה של המחזיק, כיון שהחזיק שני חזקה, משא"כ הכא מה שלא היו מוציאים ממנו השדה הוא רק משום שלמערער אין עדים שהיתה שלו, ונמצא שהמחזיק היה זוכה רק מכח ספק, דשמא זבנה המוכר מן המערער, ובשביל לזכות מן הספק, אין לדיינים להשיא עצה שיזכה על ידה מכח ספק.

תוד"ה לאו והא דקאמר התם רב וחזיתיה לדעתיה דחביבי כו' לא קאמר שהיה עדיין נאמן בטענה זו כו', מבואר מדבריהם דהא דאמרינן לקמן דאי אמר קמאי ידי זבנה מינך מהימן במגו דאי בעי אמר מינך זבינתה, דמשום מגו ממש קאמר, ולא משום דכה"ג הו"ל חזקה שיש עמה טענה וכמו שפירש הגרע"א ז"ל, ואפשר לפרש הטעם דס"ל דהא דליכא סהדי דדר ביה חד יומא הוי ריעותא וכמש"כ לעיל כ"ח ב' סק"א, ולכך איצטריך למגו, אבל ל"מ כן, דרהיטת הדברים דאף בדליכא ריעותא בזה כגון שכבר עברו שנים רבות או ששינו מקומם רוב אנשי העיר, נמי בעינן למגו אי מפרשינן דדוקא קאמרינן משום מגו, וגם נראה דאין חובת ב"ד לבקש שמא לא ימצאו עדים ויהיה ריעותא, ובסתמא היה לן להאמינו כשאומר קמי ידי, אא"כ שכנגדו טוען דאיכא ריעותא שלא ימצא עדים, ולכן נראה דס"ל להתו' דכל שטוען שלקח השדה ממי שאין ידוע לנו כבעלים, טענה גרועה היא, שמחדש לנו מכירה ולקיתה, ואינו נאמן אא"כ יש לו מגו דמינך זבינתה. (ס"ו סק"ד).

בא"ד ומה שפ"ה בפ' בתרא דכתובות גבי עשאה סימן לאחר כו', עי' מש"כ בזה לקמן ל"ב ב' סק"ז.

ל' ב' והא אית לי סהדי דאתאי אימלכי בכ' ואמרת לי זיל זבין כו', יש לעי' הרי שהוסיף לומר לו גם שאינה גזולה מהו, דטעמא דחשש דממטי ליה ולחמריה לשחזור ליכא הכא שהרי לא שאל לו אם היא גזולה והוי מצי לשתוק, ואיהו טעין דמשום שהשני נוח לו הוסיף לומר כן דשמא שמע רינונים שהיא גזולה, ולא ירצה

לקנות, אבל האמת שהיא גזולה, דאפשר דרק בשלא אמר בהדיא שאינה גזולה כמו שאמר זיל זבין, או שחתם בעד, בזה אהני אמתלא דהשני נוח לי, אבל כשאמר בהדיא שאינה גזולה, תו לא מהני ליה אמתלא, או"ד לא שנא, ולכאורה רהיטת הגמ' דחתום עליה בעד חשיבא הודאה ולא מהני טעמא דהשני נוח לי כיון שהוא בכתב, ומשמע דדכוותה הא דאמר זיל זבין נמי חשיבא הודאה אלא כיון שהוא בדיבורא בעלמא מהני טעמא דהשני נוח לי, וא"כ לפ"ז גם כשאמר בהדיא שאינה גזולה כיון שאינו אלא דיבורא בעלמא דין הוא שיועיל טעמא דהשני נוח לי לבטל ההודאה, [אח"כ ראיתי בתומים שכתב דכה"ג חשיב כמראה דינר לשולחני ואמר לו דעלך קסמיכנא, ועי' חו"מ סי' ש"ו בש"ך ס"ק י"ב בשם המרדכי בזה].

ומהא דמבואר בסמוך דאי לא עביד אינש דזבין דיניה, לא היה נאמן לטעון שהיא גזולה, אין ראיה, די"ל דהתם שאני דממה ששלחו לקנותה עבורו היה מוכח דאינה גזולה, ועדיף מדבורא בעלמא.

כתב הרשב"א דהא דא"ל פלניא גזלנא הוא היינו שהביא עדים שפלוגי גזל את השדה ממנו, והקשה דא"כ ל"ל טענה דהשני נוח והראשון קשה תיפ"ל דגזלן אין לו חזקה, והוכיח מזה דמה שאמר לו זיל זבין חשיבא הודאה גמורה שהשדה של הגזלן, אי לאו טעמא דהשני נוח לי והראשון קשה ממנו, וסיים וז"ל ושמענין מהכא דאילו כפר בו ואמר לא היו דברים מעולם והביא זה עדים שיעצו בכך מחייבין ליה למערער בכך דראיה גדולה היא זו שאינה שלו עכ"ל, נראה דר"ל בזמן שהמערער עומד בשלו ומכחיש לעדים שלא אמר לו זיל זבין, א"נ שטוען משטה הייתי בו, דבזה אמרינן דאמירתו זיל זבין חשיבא הודאה גמורה, אבל אם כשבאו עדים שא"ל זיל זבין משיב המערער אמנם כן כי השני נוח לי, ומה שכחשתי שלא אמרתי לו זיל זבין, הוא משום שנתביישתי בזה שעשיתי שלא כהוגן לומר לו זיל זבין, בכה"ג לא איירי הרשב"א ויש לדון אם להאמינו בכה"ג, ובסמ"ע וכן בבהגר"א סי' קמ"ו סי"ז כתבו דגם אם יחזור ויטעון שעשה כן משום שהשני נוח לו, לא נאמינו כיון שכפר בתחלה, ומיהו בסמ"ע כתב כשטוען שכחתי שאמרתי לו זיל זבין, וזה באמת חוזר וטוען, אבל כשנותן אמתלא משום שזה שלא כהוגן, י"ל דלא חשיב כחוזר וטוען.

נראה דאם ערער על השדה והביא עדים שהמוכר למחזיק גזלה ממנו, ומת, ואח"כ הביא המחזיק עדים שאמר לו זיל זבין, או שאמר לו זבין לי, דטענינן ליתמי דהשני נוח לו, וכן דזבין דיניה, דכיון דהמערער טען שהשדה שלו, יש לנו לטעון לקיים ערעורו, אבל יורשים שביירו שהמוכר למחזיק לקחו בגזילה מאביהם והמחזיק הביא עדים דאביהם א"ל זיל זבין או זבין לי, נראה דלא טענינן להו השני נוח לי או דזבין דיניה, דחיישינן דהדר זבנה להגזלן, [וגם לית לן לומר דאביהם עשה שלא כהוגן בעובדא דזיל זבין].

הא דהזכירו בגמ' בהנך תרתי עובדי והא אית לי סהדי, הוא לרבותא דאע"ג דלית ליה מגו דלא היו דברים מעולם אפ"ה מהימן לומר השני נוח לי או דזבין דיניה, וגם כשאומר כן בפני עדים חשיבא טפי כהודאה המחייבת, ולא יוכל לומר משטה הייתי בכך.

שם אדמון אומר השני נוח לי הראשון קשה הימנו, מדלא קאמר אם טען ואמר השני נוח לי נאמן, משמע דאף בטוען טענה אחרת נאמן במגו שהיה יכול לטעון השני נוח לי, א"נ אף במת ויורשיו באין לתבוע טענינן להו דחתם לפי שהשני נוח לו. והנה בגוונא שהלוקח תקיף ויוכל להוציא מעותיו מן המוכר, אם יזכה המערער, יתכן והמערער רשאי לחתום ולא לומר ללוקח כלום, אבל בגוונא שהלוקח יפסיד, לכאורה אין המערער רשאי לחתום מבלי לומר ללוקח שמניח מעותיו על קרן הצבי,

וא"כ למה נאמינו שעשה שלא כהוגן, וצ"ל דכיון דאין כאן מצדו שום מעשה מרמה אף שנמנע מלהסיר מכשול, לא חשיב משים עצמו רשע, ואף ליתמי נראה דנטעון גם בכה"ג דאין ראיה מחתימת אביהם, דכל מה דמצי אבוהון למיטען, טענינן להו. שם וחכ"א איבד את זכותו, מלשון זה משמע דלא חשיב הודאה או מחילה, [ואף דצריך קנין, י"ל דיזכה הלוקח בחזקה, ומיהו אם נימא דכה"ג דעתו לקנות בשטר ולא בחזקה, א"כ ע"כ מוכח דלאו מטעם מחילה אתינן עלה], אלא שאיבד את זכותו לערער, כלומר שאין ב"ד נזקקין לו, דדמי לדין מרומה, דאנן סהדי דאין ערעורו אמת, ונראה לפ"ז דאם הלוקח מאמין למערער, הרי הוא חייב להחזיר לו, שהמערער לא ויתר כלום, ויש להסתפק אם יוכל הלוקח לחזור ולתבוע מעותיו מן המוכר, ע"י שיברר בעדים, או דיוכל המוכר לומר אחוי טירפך שחייבך להחזיר ואשלם לך, דלאו כל כמינך להחזיר מעצמך ולתבוע ממני, ומסתבר דב"ד לא יזדקקו לביורו הדבר גם כשהלוקח תובע, וכמו שאין נזקקין למערער, דאין ללוקח זכות יותר מן המערער, וכן אם יש למערער מלוה ע"פ, נמי לא יזדקקו ב"ד לתביעת המלוה על השדה, שהוא טוען שהיא בחזקת המערער כבני חורין, דכיון דהמערער חתם בעד הרי זה כאילו הודה למוכר לענין שאין לב"ד להזדקק לענין.

ונראה דאם לא ידעו ב"ד שחתם בעד או שעשאה סימן לאחר, עד לאחר ששמעו ערעורו והחזירו לו את השדה, דשוב לא יוציאו ממנו, ומיהו אם חזר המוכר ותקפה, שוב לא יזדקקו ב"ד להוציאה מידו כיון דעכשיו כבר יודעים שחתם עליה בעד, או שעשאה סימן לאחר, ומיהו כ"ז כשלא הוכחש המוכר בעדים, כגון שטען שלקחה ועדיין לא החזיק שלש שנים, והעדים מעידים שמקודם היתה של המערער, אבל אם טען שמעולם לא היתה של המערער, והוכחש בעדים, בזה חזרה השדה לרשות המערער לגמרי, ולא תועיל תקיפה.

ויש לעי' ומאי טעמייהו דרבנן הרי קושטא הוא דאיכא דהשני נוח, ולמה לא נאמינו כשטוען שחתם מחמת זה, וגם משמע דאף בידוע לכל שהשני נוח מן הראשון נמי סברי רבנן דאיבד את זכותו, וי"ל דמלבד הא דאין אדם חותם בכה"ג, איכא נמי סברא דאין הגזלן מעיז לבקש מן הנגזל שיחתום על מכירת הגזילה, [דלאו בסיקריקון איירינן], וגם יש כאן חורש רעה ללוקח ע"י המערער, [ומיהו לפ"ז בשטר מתנה יודו חכמים לאדמו"ן, ולא משמע כן, ומיהו י"ל דגם במתנה יש הפסד למקבל שאם היה המערער מערער, היה נותן לו שדה אחרת, דאי לאו דטרח וארצי קמיה לא הוי יחייב ליה, וכדאמר ב"מ ט"ז א'], הלכך בכל כה"ג פשטא דמילתא דאין המוכר גזלן.

ואכתי יש לשאול כשהמערער טוען שיהיו לו עדים שיכחישו למוכר בהדיא, למה לא יזדקקו לו ב"ד, והלא לאחר שישמעו דבריהם יחזירו לו את שדהו, לפמ"ש"כ לעיל, ואין לומר דאה"נ, דלשון איבד את זכותו משמע בכל ענין, וכן לשון השו"ע סי' קמ"ו ס"א משמע שאין מזדקקין לו כל עיקר, ומיהו אפשר דלעולם הנידון לאחר שכבר שמעו טענותיהם, דהא לברר שחתם עליה בעד נמי צריך בב"ד, וא"כ י"ל דבסתמא איירי שאין עדים שיכחישוהו בהדיא, דהא נזקקין לתובע תחלה, וצ"ע. - ואם נימא דגם כשאומר שיש לו עדים שמכחישים בהדיא, אין נזקקין, יש להסתפק כשתקפה המערער אם נזקקין לטענותיו, או שמוציאין מידו מיד, ומיהו אף אם נזקקין מ"מ לא יעמידוהו בידו אא"כ יוכחש המוכר בהדיא, דכל זמן שלא יוכחש, הרי הדין שאיבד את זכותו, ולא יזכה כלום ע"י תקיפה. - (היה מקום לדון דאיבד את זכותו היינו רק כלפי הלוקח, אבל אם הוברר שהיה מקח טעות וחזרה השדה למוכר, שיהא רשאי לערער, אבל זה נסתר מהא דעשאה סימן לאחר דקתני נמי איבד

את זכותו והתם השדה ביד הגזולן).

ברם אכתי יש מקום עיון אם א"א לפרש לשון איבד את זכותו על כונת הודאה, ולפי זה אין נזקקין אף בידוע שיש עדים שמכחישין למוכר, וצ"ע. (כתובות ק"ט א'). שם ההוא דא"ל לחבריה מאי בעית בהאי ארעא א"ל מפלניא זבינא ואכלתיה שני חזקה א"ל והא נקיטנא שטרא דזבני ליה מיניה הא ארבעי שני כו', ברמב"ן מבואר דאם איכא סהדי דדר בה המוכר יום אחד לאחר זמן השטר של המערער, דמוקמינן לה ביד המחזיק אפילו לא החזיק אלא שלש שנים אחרונות, דטענינן למחזיק שהמוכר חזר ולקחה מן המערער ואח"כ מכרה למחזיק, והטור בסי' קמ"ו סל"א וכן המחבר שם כתבו דהמחזיק טוען שיש לו עדים דדר בו המוכר יום אחד, וע"כ צ"ל דר"ל שדר בו יום אחד קודם השבע שנים, שהרי אח"כ הוא טוען שכל השבע שנים החזיק הוא בה, ומלבד שזה מיותר דהא גם המערער מודה שהיתה של המוכר, הנה לא יתכן לפרש כן בגמ' שאם המחזיק הקדים לומר שהמוכר דר בה יום אחד לפני שבע שנים, הרי ע"כ דשני חזקה דאמר ר"ל טובא, ואף אי בעלמא שני חזקה הם רק שלש שנים, הרי כאן אמר בהדיא דנתכוין לטובא.

יעוי' ברמב"ן בסוגיין ולקמן ל"ט ב' ובמלחמות שם, ותו"ד ז"ל דהא דאמרינן דצריך למחות בסוף כל ג' וג', אע"ג דכשהחזק כגזולן ע"י מחאה קמייטא, שוב אין לו חזקה דגזולן אין לו חזקה, משום דכשאינו מוחה בג' השניים, אמרינן דהדר ביה ממחאה קמייטא דנזכר דאמנם מכר לו, דאל"כ כיון דבמחאה קמייטא קאמר פלניא גזלנא הוא דנקיט לה לארעאי בגזלנותא ולמחר תבענא ליה בדינא, כיצד שבק ליה תלת שנין דלא תבע ליה בדינא, [ולפי זה נראה דכשלא מיחה בשלש השניים, לא יוכל לתבוע את הפירות שעד המחאה הראשונה, דהא אמרינן דאיגלאי מילתא דבטעות הואי, וצ"ע], אבל אין לומר דכשלא מיחה בשניים אמרינן דלאחר מחאה קמייטא זבין ליה, דאם איתא דעד מחאה קמייטא אכיל לה בגזלנותא, שוב אין לו חזקה בשניים ואף כשלא מיחה אינו נאמן לומר שקנאה, [ומיהו לבתר דאמרינן דכשלא מיחה בשניים נאמן לומר שקנאה בראשונה, תו נאמן נמי לומר שקנאה לאחר מחאה ראשונה במגו שקנאה מתחלה], והא דאמרינן דאכלה שית אין לך מחאה גדולה מזו, היינו דהמכירה קובעת דשתי השנים שאכלה המחזיק עד למכירה הוי בגזלנותא, ותו לא יהא לו חזקה גם אם הלוקח לא ימחה, דהא מחאה קמייטא שע"י המכירה נשארה קיימת, ושוב אין לו חזקה בשדה זו גם כשעברה לבעלים אחרים, וגם הו"ל להזהר בשטרא דהא בודאי הלוקח עתיד לערער דלא שדי זווי בכדי, ומיהו כל זה כשיש עדים שאכלה שית, אבל בדליכא עדים הרי המחזיק נאמן לומר שקנאה מן המוכר קודם המערער, במגו שיכול לומר שקנאה מן המערער לאחר שקנאה מן המוכר, כדין כל מחזיק שלש שנים, ועי' בעליות הר"י וברשב"א דס"ל דליכא מגו דמינך זבינתה שאינו יודע שיש למערער שטר מן המוכר, ואם לא כן הרי גם כשיש עדים שאכלה שית היה יכול לומר שאכלה שתי שנים לפירות ואח"כ לקחה מן המערער, ושוב יהא נאמן במגו לומר שלקחה מבעלים הראשונים בשית.

שם א"ל מי סברת שני חזקה תלת שני קאמינא כו', יש לעי' הרי שאמר דתלת שני דוקא קאמר, או כשאמר מתחלה ואכלתיה תלת שנין לדעת ה"ר יונה דבזה לא אמרינן דטובא קאמר, אבל אומר שנתכוין לתלת שני שמשבע ועד ארבעה, דבשנים אלו שהם הראשונות דקדק להעמיד לו עדים על חזקתו, וגם לא הובירה, משא"כ בד' אחרונות לא העמיד עדים או שהובירה, האם לא נאמינו, ואם נאמינו בזה, מה מקום שלא להאמינו כשאומר על כל השבע שהחזיק בהם, וי"ל דהכל לפי הענין.

שם אמר רבא עבידי אינשי דקרו לשני טובא שני חזקה, בכאן נראה דאפילו איכא רק מיעוטא דמיעוטא דקרו לשני טובא שני חזקה, דמ"מ יש להחזיק שנתכוין לכך, דכיון דיש עדים שאכלה שבע יש לנו להחזיק דקושטא הוא, ולמה נימא דכשאמר שני חזקה נתכוין רק לשלש שנים והוא מכחיש את העדים, ובכל דוחק שאפשר לדחוק בדבריו שלא להכחיש את העדים יש לנו לדחוק, ומה"ט נראה כהרשב"א דאף באמר שלש שנים יש לפרש דשיעור חזקה נקט, ולא נתכוין להכחיש את העדים.

ונראה ללמוד מזה דגם בעובדא קמייתא דאמר רבא דעביד אינש דזבין דיניה, דאף בגוונא דמיעוטא דמיעוטא עבדו כן, כגון שחפץ כל שויות השדה, אפ"ה אמרינן כן, דבחד לישנא אמרינהו רבא, דגם כשצריך לדחוק כדי לקיים דברי המערער, מקיימינן להו.

כתב הרמב"ן דגם בדליכא עדים על שבע נאמן המחזיק לומר שאכלה שבע במגו דמינך זבינתה כיון שיש לו עדים על שלש, והראשונים ז"ל נחלקו בזה משום דאינו יכול לטעון מינך זבינתה שאינו יודע שלמערער יש שטר, אבל בגוונא שכבר יודע טענת המערער שיש לו שטר, פסק המחבר בסי' קמ"ו סכ"א דנאמן המחזיק לומר שקנאה מן המוכר קודם שקנה המערער, במגו דמינך זבינתה, ונראה דהיינו דוקא כשהמחזיק קמן וטוען כך, אבל אם מת המחזיק לא נטעון כן ליורשיו, דסתם שני חזקה מתפרש על שלש, [וכעין זה כתב הרמב"ם בפט"ז מטו"נ ה"ד דלא טענינן ליה עביד אינש דזבין דיניה], ולפי טעם זה אם המערער מוציא שטר שזמנו כמה ימים או חודש קודם התחלת השלש שני חזקה, נטעון ליורשי המחזיק שטען שקנאה מן המוכר למערער ואח"כ מת, דאביהם קנאה לפני המערער, וצ"ע בזה.

ל"א א' אמר רבה מ"ל לשקר אי בעי א"ל מינך זבנתה ואכלתיה שני חזקה, כבר פירשו הראשונים ז"ל דודאי מגו לא עדיף כעדים, אלא אמרינן דאבותיו של המחזיק לקחוה מאבותיו של המערער, ומשמע דהאי דאייתי סהדי דאכלה שני חזקה לא אייתי סהדי דדר ביה אבוהיה חד יומא, דהא לא אדכרו בגמ' מזה, וגם מדאמרינן אי בעי א"ל מינך זבנתה ולא אמרינן דאבא זבנה מינך, משמע נמי דליכא סהדי דדר ביה אבוהי, דא"כ מירתת למימר דאיהו זבניה, דילמא אתו סהדי דאבוהיה כבר דר ביה, והול"ל מיגו דאי בעי אמר אבותי לקחו מאבותיך, ועוד הערני בני א"י נ"י דמהא דהדר טעין דסמיך עלי כדאבהתי מוכח שלא היו עדים דדרו בה אבהתי, ובאמת צ"ע מזה למ"ש הרשב"א לפרש בדאיכא עדים דדר ביה אבוהיה חד יומא, ולפירוש תו' לעיל ל' א' דקמי ידי דר ביה חד יומא מהימן, ניחא שפיר, דהכא כד קאמר של אבותי ממילא מתפרש דדרו בה אבותיו דומיא דשל אבותי דאידך, [ודוקא לקמן מ"א ב' דקתני הבא משום ירושה, דייקנין דאף כשלא דרו בו מורישיו רק אמרו לו ששדה זו שלהם, בכלל זה, ולכך קתני דא"צ טענה אבל ראייה בעי], ולכך סגי בהכי ולא בעי עדים דדר ביה אבוהי חד יומא, אבל לפי הרמב"ן דקמי ידי דר ביה חד יומא לא מהימן, קשה, וי"ל דהכא בטוען ברי של אבותי ומתפרש שדרו בו ג' שנים [או שיודע שקנו אותם מן הבעלים האמתים], וכה"ג כקמי ידי זבנו מינך דמי וכמש"כ לעיל כ"ח ב' סק"ב.

וכן בהא דאמרינן ומודו נהרדעי היכא דא"ל של אבותי שלקחוה מאבותיך דחוזר וטוען, נמי יש לפרש לפירוש תו' דנאמן משום דבכלל דבריו הראשונים דדרו בה אבותיו קמי ידיה, אלא דהוי משמע דמעולם דרו בה והוי נגד סהדי דאידך, ומכי חזר ופירש דבריו דלאו מעולם קאמר, ושפיר אפשר שלקחו מאבותיך, שפיר מהימנינן ליה, ואע"ג דהשתא כבר לית ליה מגו, מ"מ בכה"ג שפיר נאמן לפרש

דבריו שאינו מחדש דברים, אלא מפרש לן דבריו הראשונים, ולדעת הרמב"ן נמי אפשר לפרש דלקחו מאבותיך לפני שנים רבות וכבר החזיקו ג' שנים בחייהם, וכה"ג חשיב כקמי ידי זבנה מינך, וניחא כמו שפירשנו לדעת תו', ומ"מ ק"ק שלא נזכר בגמ' דהנך סהדי דדאבהתיה העידו על יותר משלש שנים מלפני שלש שנים דהאיך, ובקצה"ח סי' קמ"ו ס"ק י"ב פירש דלקחו מאבותיך קמי ידי קאמר, וכ"נ כונת הרשב"ם כאן, ואע"ג דהשתא לית ליה מגו מ"מ נאמן בכך דמפרש דבריו הוא ודלא כדעת תו' לעיל ל' א', וצ"ע למה לא הוי באמת מגו למפרע, [ולא דמי למ"ש הרא"ש דכשאמר דזבנה מינך יכול לפרש אח"כ דקמי ידיה קאמר, דלעולם כשאמר דזבנה מינך מתפרש דידענא דזבנה מינך ושפיר נאמן לומר שידוע כן מראייתו ולא מפי אחרים, וכמש"כ הש"ך שם], אם לא דנימא דלא בעי כאן מגו אלא דהוי חזקה שיש עמה טענה וכמש"כ הגרע"א ז"ל והקצה"ח, ועוד דכשטען של אבותי ושכנגדו טען של אבותי ואייתי אידך סהדי דדאבהתיה והוא עומד בשלו ואח"כ טוען של אבותי שלקחו מאבותיך קמי ידי [דהא לא מיעטו אלא נפיק מב"ד וחזר, משמע דבעומד בב"ד יכול אח"כ לטעון כן] למה לא הוי חוזר וטוען, כמו בדסמיכא עלי כדאבהתי, הניחא לפירוש תו' דאינו טוען קמי ידי אלא שטוען אולי אבותי לקחו מאבותיך, שפיר עלה הדבר בלבו כעת ליישב דבריו וידיעתו עם העדאת העדים, אבל אי קמי ידיה זבנו איך שתיק כל הזמן, ואפשר דבאמת בעי סהדי דדרו ביה אבהתיה חד יומא, וגם רבה כד אמר מ"ל לשקר כו' היה כונתו להצריכו עדים שדרו בו אבותיו יום אחד ורק אח"כ להאמינו, [דאף לרבה אמרינן דלקחו אבותי מאבותיך וכמש"כ הראשונים דודאי מגו לא עדיף נגד עדים ממש, או דהוי מתרצינן דיבוריה דסמיק עלה כדאבהתיה, ואז חזר כדין טוען מינך זבינתיה, ואין צריך לכלום], ואביי אהדריה מזה, [וכמש"כ הרשב"ם], וכן למאי דמודו נהרדעי דחוזר וטוען באמת יצטרך להביא עדים דדרו בו אבותיו יום אחד, ובגמ' לא הזכירו מזה, דהכא הנידון אם נאמן ואם חוזר וטוען, וממילא ידענו דאף כשנאמן בדבריו אכתי צריך עדים דדרו בו אבותיו חד יומא, כל שטוען שאבותיו לקחו.

אבל בטור סי' קמ"ו סל"ט וכ"ה בשו"ע שם סכ"ד בהגה"ה מבואר דאף בדליכא סהדי דדרו ביה אבהתיה דמחזיק חד יומא, כל שאפשר לפרש בדברי המחזיק שאבותיו לקחו מאבותיו של המערער, אפילו אינו אומר כן בהדיא, טענינן ליה ומוקמינן הקרקע בידו, וכבר תמה בזה הש"ך שם ס"ק כ"ג דזה יתכן רק לדעת תו' דקמי ידי דר ביה חד יומא מהני, דאמירת של אבותי חשיבא אמירה דדרו בה חד יומא מיהא, אבל לדעת הרמב"ן והטור דקמי ידי דר חד יומא לא מהני, איך יזכה כאן המחזיק, ופירש שם בפרישה דשאני הכא שהמערער טוען שמא שהרי אינו יודע אם אביו לא מכר, ונראה דאין כונתו דאירי שהמערער אומר שמא, דכה"ג פשיטא שאינו מוציא מן המחזיק, ולעולם כל ערעור רק בטענת ברי מתפרש, אלא ר"ל שאין טענת המערער ברי ע"י עצמו אלא ברי ע"י אחר, שהוא אומר שידוע מאביו שלא מכרה, וכיון שבריו שלו ע"י אחר, ה"נ סגי כשטענת המחזיק היא ג"כ ברי ע"י אחר, והרי המחזיק יודע בברי ע"י אביו שאינה גזולה בידו, ועד כאן לא הוצרכנו לעדות דדר ביה חד יומא אלא כשהמערער טוען ברי ע"י עצמו, דאז לא סגי בטענת המחזיק ע"י אחרים, ע"י לעיל כ"ח ב' סק"א.

ובאמת דברי הש"ך מסתייעין מדברי ה"ר יונה בעליות והרשב"א שכתבו בהדיא דאף בחוזר וטוען של אבותי שלקחו מאבותיך בעי עדים דדר ביה חד יומא, [ואינהו ס"ל כהרמב"ן והטור דקמי ידי דר ביה חד יומא לא מהני], ואף כונת הרמב"ן נראה כן אלא שקיצר בדבריו ולא הזכיר עדים דחד יומא, דממילא מובן דכד אמר אביי

דמ"ל לשקר במקום עדים לא אמרינן דהיינו שזוכה המערער, [וכדמוכח מהא דהדר טעין, וכמש"כ הרשב"ם דמזה חזינן דהודה רבה לאביי], ולא דאמרינן למחזיק שיביא עדים דדרו ביה אבהתיה חד יומא, ולכך הקשה בסתמא למה לא מהימן המחזיק כדין יורש בעלמא, [ובנה"מ בשם התומים כתב להוכיח מדברי הרמב"ן כחילוק הפרישה, ולמש"כ אין מדבריו ז"ל ראייה], וכן פשוט להמ"מ בפט"ו מטו"נ ה"ו דבעי סהדי דדר ביה חד יומא, אלא שיש מקום להסתפק, אם זה משום שמפרשים דאיירי שטענת המערער היא בברי ע"י עצמו שיודע שאביו החזיק בשדה זו עד יום מותו, [וכשם שעדים יכולים להעיד שמת מתוכה כמש"כ הראשונים ז"ל, ה"נ יכול המערער לטעון כן], ולכך בעי שגם המחזיק יטעון ברי ע"י עצמו או עדים דדר ביה אבוהיה חד יומא, אבל כשטענת המערער היא ברי ע"י אביו סגי גם בטענת המחזיק ע"י אביו, או"ד דאף בשטען המערער ברי ע"י אביו ס"ל נמי דצריך עדים דאבוהיה דר ביה חד יומא.

וגם בדעת הטור יש מקום להסתפק דשמא אף כשטענת המערער בברי ע"י עצמו נמי ס"ל דלא בעי עדים דדר ביה אבוהיה חד יומא, וכדמשמע מסתימת הדברים, וטעמא י"ל דכיון דלא היתה עדיין ביד המערער מעולם, אלא שטוען שהוא זכה בה ע"י ירושה, כה"ג לא אלימא טענתיה כולי האי, ואמרינן שמא מאביך עברה לאביו של המחזיק ומעולם לא ירשתה, דהא דבעי לעולם סהדי דדר ביה אבוהיה חד יומא הוא משום שאין לנו לחדש בעלות מחודשת באמצע, אבל כשהוחלפו הבעלים בהחלט והנידון למי, בזה אף דירושה ממילא מ"מ לא עדיפא כולי האי לאורועי טענת המחזיק דליהוי כחזקה בלא טענה.

וחיליה דהטור נראה דהוא משום דפשטא דגמ' משמע דאיירי דלא היו עדים על דירת אבותיו של המחזיק כלל וכמש"כ לעיל, ואפ"ה מסקינן דנאמן לומר של אבותי שלקחו מאבותיך, ולא ניחא ליה לפרש דמיירי באומר שלקחו מאבותיך קמי ידי, דאכתי הוי מגו למפרע וכמש"כ תו' ל' א', וע"כ דכל שאינו מכחיש להעדים להדיא סגי וטענינן ליה אנן, והלכך כל שמפרש דבריו דאבותי לקחו מאבותיך שפיר דמי, אפילו אינו טוען קמי ידי, ובקצה"ח סי' קמ"ו ס"ק י"ב כתב להוכיח מהא דמודו נהרדעי דאף לאחר שאמר מפלניא זבינתה, יכול לומר דזבנה מינך קמי ידי, ולמה שנתבאר הרי לדעת הטור א"צ שיאמר קמי ידי, ובאמר ירשתיה מאבותי סגי, וכשאמר של אבותי שפיר יכול אח"כ לפרש דלקחו מאבותיך, והו"ל כאילו אמר מתחלה ירשתיה מאבותי, ואדרבה נראין הדברים דלפי דס"ל להטור דבאמר מפלניא זבינתה אינו יכול אח"כ לומר דזבנה מינך קמי ידי דהוי מגו למפרע, מזה הוכיח דע"כ לא בעי בסוגיין עדים על דירת אבותיו יום אחד ולא אמירת קמי ידי, ולכך יכול אח"כ לפרש של אבותי שלקחו מאבותיך. - ועדיין צ"ע שלא מצאנו חב"ר להטור בזה ואין דרכו ז"ל לסתום נגד דעת ה"ר יונה והרשב"א. (ס"ו סק"ד).

שם אמר רבה מ"ל לשקר כו' א"ל אביי מ"ל לשקר במקום עדים לא אמרינן, ורבה סבר דמפרשינן של אבותי שלקחו מאבותיך או דסמיכי עלי כדאבהתי, ואביי סבר דכיון דטוען בברי של אבותי לא טענינן ליה אנן מידי עד שיטעון מעצמו, וכמו שפירשו הראשונים ז"ל, ויש לעי' במטלטלין כה"ג מאי דכיון דבלא שום טענה נמי זוכה כמש"כ בשטמ"ק כ"ח ב' בשם הר"י הובא לעיל כ"ח ב' סק"ב, לית לן להפסידו באמירתו של אבותי כיון שאפשר לפרש דלקחו מאבותיך, או"ד כל דטעין של אבותי מיגרע גרע, דלית לן למיטען עבורו כיון שטוען בברי, והעדים מכחישינן אותו, ועי' ברמב"ם פ"י מטו"נ ה"ה מבואר דמטלטלין וקרקע שוין וכמ"ש במ"מ שם.

ואם היינו אומרים דבמטלטלין מודה אביי, היה אפשר לפרש פלוגתתן באלימות החזקה דקרקע, דרבה מדמה לה לחזקה דמטלטלין, ואביי ס"ל דקרקע גרע כיון דבעי טענה, ובוזה אפשר לפרש הא דכפלו בגמ' הך עובדא לקמן ל"ג ב' בדורב חסדא, דלפי דרבה ס"ל ב"מ פ"א ב' בעובדא דנרש דנמי אמרינן מגו במקום עדים, הרי דאלימ ליה מגו טובא, והוי אפשר לפרש דלטעמיה אזיל, לכך הביאו דר"ח נמי מודה ליה הכא, אע"ג דבעובדא דנרש לא אשכחן דס"ל כוותיה, והיינו טעמא משום דהכא אלימ ליה חזקה דקרקע כחזקה דמטלטלין, עוד י"ל דהכא הרי פלוגתא אביי ורבה אי טענינן ליה כה"ג כיון שטוען ברי, משא"כ בההיא דב"מ דליכא שום טענה שיזכה בה אם יטעון לאחר שהודה דאזיל באורחא דנרש, וא"כ שפיר אשמועינן דהכא סבר ר"ח דטענינן ליה אע"ג דבעובדא דנרש לא ס"ל כרבה.

וכן פלוגתא דטוען וחוזר וטוען אפשר נמי דתליא באלימותא דחזקה, דכל דחשיב מוחזק טפי, ראוי למיהב ליה זכות להחזיק בה אף שחוזר וטוען, ומיהו בטוען של אבותי ולא של אבותיך נראה דאף לרבה אינו חוזר וטוען, אע"ג דאלימ ליה חזקתו, ואף אם הביא אח"כ עדים דאבותיו קנוה מאבותיו של המערער יש לדון אי מהני, דאפשר דחשבינן לה כהודאת בעל דין להכחיש העדים, אע"ג דאיכא למימר דלא ידע במילי דאבוה ולכך טוען ולא של אבותיך, ואף במטלטלין כה"ג מוציאין מידו, וכדמשמע ברמב"ם הנ"ל. (ס"ו סק"ו).

שם נהרדעי אמרי אינו טוען וחוזר וטוען, אין נראה לפרש פלוגתתן אי לשון של אבותי סובל פירוש דסמיכא עלי כדאבהתי, אלא תרוייהו שוין שאין זה סתירה גמורה, וגם אין זה נאות בכונתו לכתחלה, וקמיפלגי עד כמה אלימ חזקתו, אם גם לזכותו בטענה כזו, ויש לעי' כיון דמודו נהרדעי דאי טען של אבותי שלקחיה מאבותיך מהימן, אמאי אינו נאמן לומר דסמיכא עלי כדאבהתי במגו דלקחיה מאבותיך, ולדעת ה"ר יונה והרשב"א דבלקחיהו מאבותיך בעי עדים דדרו חד יומא ניחא די"ל דאה"נ, אלא דבדסמיך עלי כדאבהתי הרי הנידון להאמינו בלא שום ראיה נוספת, אבל לדעת הטור דאף בלקחיהו מאבותיך לא בעי ראיה דחד יומא, קשה, וצ"ל דכולי האי חשיב חוזר וטוען דגם מגו לא מהני ליה, ולמ"ד טוען וחוזר וטוען נראה דאף בדלית ליה מגו דאבותי לקחו מאבותיך נמי נאמן. (ס"ו סק"ה).

שם ומודי עולא היכא דא"ל של אבותי ולא של אבותיך דאינו טוען וחוזר וטוען, יש לעי' פשיטא, ואפשר דבכלל זה גם שאינו חוזר וטוען של אבותי שלקחיהו מאבותיך, וכן נראה לקושטא דמילתא, וכן הוא בהדיא בטור סי' קמ"ו שכתב רק שאינו חוזר וטוען של אבותי שלקחיהו מאבותיך ולא הזכיר שאינו חוזר וטוען דסמיכי עלה כדאבהתי, משום שזה פשיטא, ומיהו פשטא נראה דאף במה שאינו חוזר וטוען דסמיכי עלה נמי איכא חידוש, וצ"ל דס"ד דאף באומר של אבותי ולא של אבותיך עדיין אפשר לפרש דסמיכי עלה כדאבהתי וטוען של אבותי במקום שלי. (ס"ו סק"ה).

ל"א ב' דאיתמר ב' כתי עדים המכחישות זו את זו אמר רב הונא זו באה בפני עצמה ומעידה כו' ורב חסדא אמר בהדי סהדי שקרי למה לי, טעמיה דרב הונא פירש רשב"ם משום דמוקמינן להו אחזקה, ולפי זה צריך לדעת מ"ט דר"ח, דהא חזקה דאורייתא היא, ובאמת דטעמא דחזקה נמי קשה, דהא ודאי נתערערה נאמנותם מספק, והיכן אשכחן דאמרה תורה להוציא ממון על סמך עדים ספק פסולין, ואפשר דבדינים דבן נח לכו"ע אין דנין על פי עדים שהכחישו זה את זה, דבהלכות בירורים נתערערו עי"ז, אלא דכשניתנה תורה ונקבע דין ע"פ שנים עדים, ס"ל לר"ה דחוזר דין עדים ככל הלכות, וכל אדם בחזקת כשרות לדין עדים, ומספק אינו נפסל, והרי

הוא בכלל גזירת הכתוב דע"פ שנים עדים, ור"ח ס"ל דאין עדים אלא בירור ככל הברורים וכמו מגו, וחזקה דאין אדם מעיז, ושאר סברות המועילות, אלא דהתורה קבעה בזה הלכה לפסול ע"א ולסמוך על שנים ותרי כמאה, ועוד הלכות, אבל לא יצא הדבר מתורת בירור, וכיון דכשהכחישו זה את זה נתערערה נאמנותם, לא מהני כאן הלכות חזקה להכשירם, וזה אי ר"ח מדאורייתא קאמר, אבל אין נראה כן וכמ"ש להלן.

והנה מבואר בשבועות מ"ז ב' מהא דפרכינן מאחד אומר גבוה ג' מרדעות ואחד אומר ה', דלר"ח גם בחד כנגד חד אמרינן בהדי סהדי שקרי למה לי, [וצ"ע בתו' הרא"ש ר"ה כ"ד א' דכתב מדנפשיה לתרץ הך ברייתא אליבא דר"ח, דמודה ר"ח בחד להדי חד], והטעם דאע"ג דלא הוכחש אלא מעד אחד, מ"מ אנן סהדי דחד מינייהו שקרן, ויש לעי' לפ"ז בכל ע"א המחייב שבועה ונשבע שכנגדו, דיפסלו שניהם לעדות דהא אנן סהדי דחד מינייהו פסול, דאו שהעד העיד שקר או שהבע"ד נשבע לשקר, וכן ע"א שהעיד על ראובן שהוא פסול לעדות, יפסלו שניהם לר"ח, דממ"נ אם העיד שקר הרי הוא פסול, ואם העיד אמת הרי ראובן פסול, וזה דבר שא"א, דהא ע"א אינו נאמן לפסול כדאמר ב"ב ל"ב א', וזה שהעיד ודאי אין טעם לפוסלו, ובפסחים קי"ג ב' טוביה חטא וזיגוד מינגד, ואי נפסלין שניהם הרי אהני בעדותו, ועו"ק דאם כח דממ"נ מהני לפסול, א"כ שלשה עדים שאמר אחד גבוה ג' מרדעות ואחד אמר ה' ואחד אמר ז', יפסלו כולם אף לר"ה, דהא הכא שנים פסולים, ורובא וחזקה רובא עדיף, ולא משמע דג' כיתי עדים המכחישים זא"ז יפסלו לר"ה.

ונראה דחזקת כשרות דלא איתרע מהני אף בדאיכא ממ"נ דאחד פסול, דהא בספק דין הוא להעמיד כל אדם על חזקתו, וע"א המעיד על ראובן שהוא פסול לעדות, כיון דאין ע"א נאמן בזה, לא איתרע חזקת כשרות דראובן, וכמו ע"א שמעיד בדבר שבערוה אם על פנויה שנתקדשה או על אשת איש שנתגרשה, דלא מפיק להו מחזקתייהו כלל, וכל דלא איתרע חזקת כשרות מודה ר"ח דמוקמינן להו אחזקה, וכדין שני שבילין בבאו לישראל בזה אחר זה, [ועי' חו"ב שבועות מ"ח א' (והועתק להלן) צדדנו דאפשר דאף מצטרפין יחד להחשב כשני עדים ולא אמרינן דחד פסול ממ"נ], וכן ע"א שחייב שבועה והבעל דין נשבע, חזרה עדותו כמעיד על דבר שאין לו נאמנות, ושוב לא איתרע חזקת כשרות דתרוייהו, וכל הנידון במקום דע"א נאמן, דבזה כשמכחישים זא"ז הרי בהכרח דאיתרע חזקתייהו, דהא יש נגד כל אחד ע"א הנאמן בעדותו, ונהי דאית לן לומר דרק אחד משקר והשני כשר, דלמה לן להרבות בפסולים, אבל א"א לן לומר דלא איתרע חזקת כשרות דכל חד וחד, כיון דאיכא נגד כל אחד ע"א הנאמן בעדותו, ובכה"ג ס"ל לר"ח דלא מוקמינן להו אחזקה, כיון דאחד ודאי פסול, וחזקת תרוייהו איתרע, ובעדות החודש אע"ג דבעינן תרי ממ"נ נחשב כל עד כנאמן בעדותו, דהא אין עדותן שהיתה הלבנה במקום פלוני, שזה דבר ידוע ע"פ החשבון, ואין עדותם אלא שהם ראוה, דבעינן ראייה, ואין העד מעיד אלא על עצמו שהוא ראה, ואינו יודע כלום אם גם חבריו ראוה, ונמצא שאין כאן אלא ע"א על עדות כל עד, ובהכי הימניה רחמנא, ושפיר סגי בהכי לאורועי עדות השני כשזה אומר גבוה ג' וזה אומר גבוה ה', ור"ה סבר דאע"ג דאיתרע חזקתייהו ממ"מ כיון דאם אחד פסול תו אין לנו שום סבה לערער נאמנות השני, הלכך דיינינן ככשר ופסול שנתערבו ואית לן להעמיד כל חד אחזקתו.

ברם אין הדברים אלא לפלפולא, דודאי מסתבר דעד אומר נתגרשה ועד אומר לא נתגרשה, נמי פסולין לר"ח, אלא נראה דר"ח מדרבנן הוא דפסל להו, דמדאורייתא מוקמינן להו אחזקתייהו, וכ"מ קצת הלשון בהדי סהדי שקרי ל"ל, דהוא ענין

שבהנהגה, [דהא לא חשיבי כתרי ותרי דדיינינן יבמות ל"א אי הוי ספיקא דאורייתא או דרבנן, דהכא אין מעידים זע"ז, וכמבואר בראשונים כתובות כ"ב ונתבארו דבריהם ז"ל שם בחו"ב ס"ד סק"ג. - ומשה"ק תו' בהא דאמרין עד זומם חידוש הוא, היינו דמדרבנן מיהא יש לפסלו למפרע, מידי דהוי אמכחשים], והלכך במכחשים זא"ז דאיכא בכל חד דררא דפסול, פסלינן לתרוייהו, אבל כשאחד מעיד על חבירו שהוא פסול, שאין בחבירו שום דררא דפסול שפיר מוקמינן ליה אחזקת כשרות וכש"כ דהמעיד נשאר בחזקתו, אע"ג דממ"נ חד פסול, דבזה לא פליג אר"ה. ובג' כיתי עדים המכחישין זא"ז נראה דכל אחת באה בפ"ע ומעידה לר"ה, ואע"ג דאם נתערבו שני כשרים בין ד' פסולים, נראה דמודה ר"ה דכולם פסולים להעיד, דהתם התערובת גורם הספק, ודין הוא למידן כל דפריש מרובא פריש על כל חד מהם, אבל הכא האנשים ידועים בחזקת כשרותן, אלא שעכשיו נתברר לן ששנים מהם העידו שקר ואחד אמת, וכשאנו דנין אם ראובן הוא בין אלו שהעידו שקר אין כאן כח רוב, דמשום ששמעון העיד שקר אין לנו לומר דגם ראובן העיד שקר, וגם הרי אם ראובן העיד שקר ע"כ ששמעון או לוי העידו אמת, ומאי חזית למיפסל להאי ולאכשורי להאי, ולמיפסל שלשתן לית לן, דהא לר"ה לא איתרע חזקה בכה"ג, וכיון דאחד כשר, הרי כל חד נשאר בחזקתו.

ולמש"כ דהא דר"ח אינו אלא מדרבנן, נראה דאם שלשה עדים העידו אחד שגבוה ג' מרדעות, ואחד ד', ואחד ה', דכולם כשרים גם לר"ח, דהא האומר ד' כשר בודאי, והאומרים ג' וה' אע"ג דהם מכחשים זא"ז ואיכא בינייהו דררא דפסול, מ"מ כיון דחד מינייהו ע"כ מסתייע ע"י האומר ד', אלא דלא ידעינן מי, הר"ז כספק אם הוכחש, וכיון דהנידון בדרבנן יש להכשירו, ואע"ג דממ"נ חד מינייהו פסול, הא לא איכפת לן בהכי כמש"כ לעיל בהעיד על חבירו שהוא פסול, דגם בכה"ג מוקמינן לכל חד בחזקת כשרות. (שבועות מ"ז ב').

יעוי' בש"ך סי' ל"א סק"א שהביא להסתפק בע"א בהכחשה אם שניהם מצטרפים ביחד לעדות אחרת, כיון שכל אחד לא הוכחש אלא מע"א, והדברים צריכים פירוש, דמה בכך שלא הוכחשו אלא מע"א, אבל הרי אנן סהדי דחד מינייהו העיד שקר ונפסל לעדות, ואיך יתכן שיצטרפו להחשב כשני עדים, ועוד תימא דהרי מבואר בשבועות מ"ח א' דאף להצטרף עם אחר פסולין לר"ח, וא"כ כש"כ שאין מצטרפין יחד, ובזה שוין ר"ח ור"ה, וכמו שכבר תמה בבהגר"א וכן בנה"מ בשם התומים, והש"ך בעצמו ציין לדברי התו' ר"ה כ"ד א' שהעתיקו סוגיא דשבועות, [ועי' בתו' רי"ד ב"ב מ"א ב' שהביא בשם ר"י דע"א בהכחשה כשרין להצטרף יחד לעדות אחרת, וחלק ז"ל עליו].

ונראה ליישב, דהנה ע"א שהעיד על א"א שנתגרשה, דאינו נאמן דאין דבר שבערוה פחות משנים, אם אח"כ הוא ואחר יעידו שזינתה, נראה דדינה בחנק, דכיון שהוחזקה א"א ויש עדים כשרים שזינתה, [ובחבירה למ"ד דא"צ התראה], הרי דינה בחנק, ואע"ג דיש כאן ממ"נ דאם היא א"א נמצא שאחד מעדי הזנות פסול, שהרי הוא העיד שנתגרשה, ואיך ידונו על ידו, לא חיישינן להכי, דא"כ נמצא שע"א שהעיד על א"א שנתגרשה יפסל לעדות כיון שאינו נאמן בכך, והא ודאי ליתא, וגדולה מזו מצאנו בכתובות כ"ב ב' יעו"ש בשטמ"ק בשם הרמב"ן והרא"ה והרשב"א והרא"ש וכן בר"ן, דמבואר שם דעד אומר נתקדשה ונתגרשה ועד אומר נתקדשה דאמרין תרוייהו בא"א קמסהדי ואין דבריו של א' במקום שנים, ולא מהימנינן ליה שנתגרשה, [ורק כשהעד השני אומר לא נתגרשה קשיא להו דהו"ל עדות מוכחשת, ותירצו כשנחלקין אם היה קרוב לו או לה, ומיגו דאי בעי שתיק

כתבו דליכא דשמא רוצה לפסלה לכהונה], אע"ג דאם משקר במה שאומר שנתגרשה א"כ עד פסול הוא ואינו נאמן לומר שנתקדשה, וכל העדות שאומר תוך כדי דיבור יש לפסול, וגם משמע שרק אמר נתגרשה ומזה ידעין שהיתה א"א, כלשון הגמ' עד אומר נתגרשה, וכ"כ שם באומר זה כת"י אלא שהשטר פרוע וע"א אומר זה כת"י, דאמרינן תרוייהו בשטרא מעליא קמסהדי ואינו נאמן לומר פרוע, והובא בש"ך סי' פ"ב ס"ק ל"ו, ולא אמרינן דאם משקר במה שאומר פרוע הרי הוא פסול ואינו נאמן לומר זה כת"י, וטעמא דמילתא דכל דליכא ריעותא בנאמנות העד לא פסלינן ליה, ודחקינן לומר דבעדות שאין לו נאמנות בה, טעה, וכסבור שנתגרשה או שנפרע.

והשתא נחא קושיא קמייתא שהקשינו דמה בכך שכל אחד לא הוכחש אלא מע"א, הא מ"מ אנן סהדי דחד מינייהו העיד שקר, דאי הכחשת ע"א לאו כלום הוא, הרי כל אחד בחזקת כשרות ושפיר דחקינן למימר דמה שהכחישו זא"ז הוא משום דחד מינייהו טעה, ולא פסלינן להו, ולקושטא דמילתא גם למאי דמסיק הש"ך דגם ע"א בהכחשה נפסלים מלהצטרף ביחד, וכ"ה בהדיא בריטב"א בסוגיין, [וכמ"ק בפרש"י שפירש דמצטרפין עם אחר] וכן מבואר בדברי הראשונים בכתובות כ"ב, וכן פשטות הדברים, מ"מ יש מקום לומר דראובן שהעיד על שמעון שהוא פסול לעדות, ואח"כ נזדמן שראובן ושמעון העידו עדות אחת, [וכגון שלא ידעו זה בזה, דהא אסור לראובן להצטרף עם שמעון לעדות כיון שידוע שהוא פסול כמ"ש בשו"ע סל"ד ס"א, ועי"ש בש"ך סק"ג], דמצרפינן להו ודיינינן על פיהם כב' עדים כשרים, אע"ג דממ"נ חד מהם פסול, דאם שמעון כשר הרי ראובן העיד שקר, ואם ראובן העיד אמת הרי שמעון פסול, דכיון דלא איתרע חזקת כשרות דכל חד וחד, והרי כל אחד ואחד כשר בודאי ולא מתורת ספק, ואית לן למידחק ולומר שיש כאן טעות ושניהם כשרים, [ועי' לעיל כתבנו דלענין להעיד כל אחד בפ"ע, בזה ודאי אף ר"ח מודה], וזהו שנסתפקו חכמי בריסק בש"ך שם להכשירם גם כשהכחישו זא"ז, דאפשר דהכחשת ע"א לאו כלום היא.

ונראה דספק זה יש מקום להסתפק בו אף לר"ח, דבחומר הכחשת ע"א לא אשכחן דפליגי, ור"ח לא אשכחן דמחמיר אלא כשאחד פסול דלא מוקמינן אחזקה, אבל אם לר"ה מצטרפין לעדות אחת דמכשרינן לתרוייהו, בזה שפיר י"ל דאף לר"ח כן, וכמו בע"א מעיד על ראובן שהוא פסול דמודה ר"ח דזה בא בפ"ע ומעיד וכמ"ש לעיל, וה"נ יתכן שגם יצטרפו אף לר"ח, אבל מ"מ יש גם מקום לומר דר"ח דאליה ליה ריעותא בפסול דהכחשה, דס"ל דלא מוקמינן להו אחזקת כשרות, [ואין הטעם משום דתרי ותרי ספיקא דאוריתא או דרבנן, דבהכחשה לא חשיבי כמעידים זה על זה, ובתרי ותרי גם ר"ה מודה, וכדאיתא בשו"ע סל"ד סכ"ח, ונתבאר החילוק בראשונים ז"ל כתובות כ"ב, עי' חו"ב כתובות כ' א' (הועתק להלן), ובספק בעלמא גם ר"ח מודה דמוקמינן להו אחזקה, אלא דהכחשה חשיב ליה לר"ח דררא דפסול טפיל], י"ל דה"נ בהכחשה דע"א אליה ליה ריעותא ולא מוקים להו אחזקה, אבל לר"ה דס"ל דהכחשה לא גרע משאר ספק ומוקמינן להו אחזקה, תו י"ל דהכחשה דע"א לא מגרע כלל חזקת כשרות, וכמו במעיד על עד שהוא פסול דאינו נאמן לפוסלו, ושפיר אפשר דגם יצטרפו יחד להיות בדין שני עדים כשרים, וההכחשה נתלה בטעות, וכמשנ"ת, ובזה יצאנו מקו' הגר"א והתומים דמה מקום להסתפק אחרי דמבואר בגמ' דלר"ח גם בע"א בהכחשה אמרינן בהדי סהדי שקרי ל"ל, דאכתי שפיר מספקא להו דשמא כ"ז רק לר"ח ולא לר"ה.

ודאתאן עלה יתכן דכל מקור ספיקם הוא בהא דפרכינן עליה דר"ח מקדוש החודש,

דמהא דאמר רבא הוא ואחר מצטרפין כו' משמע קצת דעד השתא לא הוי מפרשינן דהוא ואחר קאמר, אלא דשניהם יחד מצטרפין לעדות אחרת, וזהו שנסתפקו דשמה אמנם כן דלר"ה בהכחשה דע"א גם שניהם יחד כשרים לעדות אחרת, והדבר מוכרח דהא לצד דבע"א מצטרפים יחד לעדות אחת, הרי ע"כ דאיכא לפרושי ברייתא בהכי, וע"כ שזהו בכלל ספיקם, ומש"פ רש"י שכל אחד מצטרף עם אחר, היינו דזה בודאי בכלל דינא דברייתא ואף לפ"ז קשיא לר"ח, וגם כיון דמסקינן דהוא ואחר ולא לממון, ע"כ ראוי להזכיר בס"ד דגם אי הוא ואחר קשיא, ועי' בפ"י ר"ה כ"ד א'.

(שבועות מ"ח א').

יש לעי' שנים אומרים הפיל את שינו, ושנים אומרים סימא את עינו, אם גומרין את הדין לשחררו, ותיבעי לרב הונא ותיבעי לר"ח, תיבעי לר"ה דאע"ג דזו באה בפ"ע ומעידה וזו באה בפ"ע ומעידה וכש"כ כאן דתרוייהו מעידין על שחרורו, אבל י"ל דבקנס בעינן לדעת על פי איזה אבר ואיזה עדים מחייבין ליה, וגם י"ל דהו"ל עדות שאי אתה יכול להזימה, דאין ידוע על פי מי מהם נגמר הדין, עי' מש"כ בסנהדרין מ' א' מ"א א', וגם אם יוזמו שתי הכתות יש לדון אם ישלשו ביניהם, כיון שכל אחת תוכל לטעון שלא נגמר הדין על פיה, ותיבעי לר"ח דאע"ג דאמרין בהדי סהדי שקרי ל"ל, מ"מ בכאן ששניהם מעידים וכת אחת ודאי כשרה שפיר גומרין הדין.

(ב"ק ע"ג ב' מתוה"ד).

תוד"ה ורב דהא אין מכחישינן אלו את החתומים בזאת המלוה שהיו אומרים אין חייב לו כלום כו', צ"ע אמאי חשיב הכא כאין מכחישינן, והרי העדים החתומים על השטר אינם רואים את המכר או ההלוואה, דכותבין שטר למוכר וללוה, אלא דכשיש תורת שטר עליו הרי הוא חשיב כראיה מדין התורה, וא"כ העדים שאומרים שהיו קטנים או פסולים הרי מעידים שאין כאן שטר וממילא אין כאן הלוואה, ואילו היו החתומים מודים שהיו קטנים או פסולים, הרי אז גם לפי דבריהם לא הי' כאן עדות על הלוואה או מקח, ולא דמי כלל לעדים המכחישים זא"ז, דזו באה בפ"ע ומעידה, דהתם אף אם העידו שקר בראשונה, מ"מ אפשר שהשני' אמת שראו מה שמעידין, ונמצא שאין שום הכחשה בעדות שני', אבל הכא הם מכחישים זא"ז אם יש כאן תורת שטר, וזהו כל הנידון, [ואולי זו כונת הר"ן כתובות כ"ב א' שכתב על ראית הרי"ף מסוגיא דהתם, דלא שייך לאוקמי אחזקה דמאי חזית דמוקמית להני אוקי להני, ולכא' כונת הרי"ף כקושית תו' וחזקת כשרות דעדים החתומים לא איתרע, והשניים לא מכחישים את המעשה, אבל למש"כ ניחא], ומדבריהם בתיורצם משמע דאף באנוסים היו לא חשיב להו כמכחישים בזה, וזה יותר קשה דהא הם מעידים שחתמו באונס שלא מדעת המתחייב, וכנראה דהתו' נקטו כאילו העדים ראו המעשה ואח"כ חתמו, ונמצא דעל ראיית המעשה אין כאן הכחשה, אף דצ"ע אמאי לא נחוש שכתבו ללוה בלא המלוה או למוכר בלא הלוקח, ונמצא שאין כאן עדות, אבל אף אי חתמו לאחר שראו נמי קשה, דמ"מ עדותן עכשו לפנינו אינה אלא בכח דין שטר דאל"כ הוי מפי כתבם, וכיון דלפי המכחישים אין כאן דין שטר, והרי נמצא שהם אומרים שגם החותמים אינם מעידים, ובכה"ג מה שייך לדון כבאה בפ"ע ומעידה, וי"ל דהא ודאי שתי כתי עדים המכחישים זא"ז, כשרים גם לחתום על שטר למ"ד זו באה בפ"ע ומעידה כו', ולא חשבינן כאילו המכחישים אומרים דפסולים חתמו על השטר, לפי שאין ביד המכחישים לפוסלם, ואינם יכולים אלא לומר שהכחישו זא"ז, ומוקמינן לכל חד בחזקת כשרות, וה"נ הכא לענין כשרות השטר הוי תרי ותרי, ואית לן להעמיד העדים על חזקתן ועל פי זה לדון דין השטר.

ברם אכתי לא דמי דבשתי כתי עדים המכחישות זא"ז, כשהעדים באים לחתום

בשטר שפיר מכשרינן להו כדין זו באה בפ"ע ומעידה וזו באה בפ"ע ומעידה דמוקמינן להו בחזקת כשרות כיון שלא נפסלו אלא בתרי ותרי, אבל הכא אם בשעה שבאו העדים לחתום היו באים אלו שמעידים שהם קטנים או פסולים, ודאי היו מקבלים עדותם בהחלט, ולא הוי חשיב כלל תרי ותרי, דהא עדותם על העדים, וכש"כ דאפשר שהעדים לא היו מכחישים אותם כלל, ומה"ט אף בטענת אנוסים, היינו מקבלים דברי העדים, ונמצא דבלא השטר העדים ודאי פסולים, ורק כשחתמו בשטר נתחדש כח שטר דחזקה שנעשה בהכשר והחשיבה תורה ראי' זו כעדים, ולכך לגבי הכשר השטר חשיב כתרי ותרי, אבל כל שאנו צריכים להשתמש בחזקת הכשרות של העדים שקודם השטר בשביל להכשיר השטר, בזה לא מהני כח השטר, דקודם השטר ודאי העדים שמעידים שהיו קטנים או פסולים נאמנים, ויפה העיר בני שמואל נ"י דהא ודאי אף למ"ד בהדי סהדי שקרי ל"ל, נשארים העדים שאומרים קטנים היו כו' בהכשרם, דלא חשיבי כמוכחשים ע"י החתומים על השטר, כללא דמילתא כח השטר למיחשב כתרי שנעשה בהכשר, אינו מועיל אלא בדין השטר, אבל לא חשיב כתרי לאלומי חזקת הכשרות של העדים דמעיקרא, וממילא איתרע לה חזקת כשרות ע"י העדים שמעידים שהיו קטנים או פסולים, ולא שייך להעמידם על חזקתם, ונשאר השטר פסול כדין תרי ותרי, ואף כשמעידים שנולדו כשרים ואח"כ נפסלו, (מעין זכר לדבר הא דחזקת הבת לא מהני לאב, או דחזקת האם לא מהני לבת, וה"נ חזקת השטר לא מהני לאלומי חזקת כשרות של העדים). (כתובות כ' א').

נראה דאין קושיתם אלא לשיטתם כתובות כ"ב א' ד"ה תרי, דאף בתרי אמרי שהוא גזלן ותרי אמרי דלא גזל נמי מוקמינן ליה אחזקה לר"ה דזו באה בפ"ע ומעידה, אבל לדעת הרמב"ן והרא"ש שם דבתרי ותרי לא מוקמינן אחזקה אם מדאורייתא אם מדרבנן, א"כ לא שייך כאן לאוקמינהו אחזקה כיון דאיכא תרי סהדי שמעידים שהשטר פסול, ולא דמי לשתי כיתי עדים המכחישות זא"ז, אלא דמי לתרי אמרי שהוא גזלן, שהרי מעידים על השטר שהוא פסול.

וסברת החילוק שבין שתי כיתי עדים המכחישים זא"ז לבין תרי אמרי שהוא גזלן ותרי אמרי שאינו גזלן יעוי' בקצה"ח סי' ל"ד סק"ו שהביא הסברות שנאמרו בזה, ונראה דהנהא דבתרי ותרי לא מוקמינן אחזקה אם מדאורייתא אם מדרבנן, נראה דהוא משום שאנו מתיחסים לחזקה כמעין הוכחה, וכיון דתרי כמאה ואין בתורה בירור יותר מתרי, א"כ כל דאיכא תרי דאמרי שהוא פסול תו לא יועיל להכשירו לא תרי ולא חזקה ולא שום הוכחה שבעולם, דתרי כמאה וככל ההוכחות, וממילא הו"ל ספיקא, והנה זה דוקא בדאיכא תרי שאומרים שהוא פסול, אבל אם תרי העידו על אחד שהוא פסול ונולד ספק אם העידו על ראובן או על שמעון, בזה ודאי דכל אחד בא בפ"ע ומעיד, דכיון דספק אם העידו עליו, הרי שפיר יש להעמידו על חזקתו, ואף שהם שנים, מעמידים כ"א על חזקתו, כדין באו לשאול בזא"ז.

והנה בשתי כיתי עדים המכחישים זא"ז לא מסתבר לחשוב כאילו על כל כת יש שני עדים שמעידים שהיא פסולה, דהא כת הראשונה לא העידה על השני' כלום, וכן השני' אם היינו חושבים אותה כמעידה על הראשונה, היה בדין שתחשב הראשונה כבעל דבר ותפסל, וע"כ דלא חשיבי כמעידין זה על זה, אלא שכתוצאה מעדותן התברר לב"ד דכת אחת פסולה, וכיון דלא ידעינן איזה, שפיר מוקמינן לכל כת אחזקתה, וכמו כשאנו מסופקים אם העידו על ראובן או על שמעון, וזו נראה כונת הרא"ש בכתובות פ"ב סי' כ"א שכתב וז"ל דהתם פסולי דידהו הוי משום דמכחישינן זא"ז בעדות זו וחד מינייהו לפי דבריהם מסהדי שיקרא וכיון דלא ידעינן הי מינייהו

קמסהיד שיקרא מוקמינן כל חד מינייהו אחזקתיה, אבל הכא דקא מסהדי לפסול אחד בגזלנות כו' כה"ג לא מוקמינן ליה אחזקתיה דכל תרי ותרי כו', וזו נראה גם כונת הרמב"ן כתובות כ"א ב' שכתב שאין הכחשתן פסול ברור, כלומר דלא חשבינן כאילו כל אחד פוסל את שכנגדו בבירור, א"נ דהכחשה כיון שאינה עדות על העדים לא חשיבא פסול ברור, שאין זה העדאת עדים אלא פועל יוצא מהעדאתן, וזו נראה כונת הב"ח שהביא בקצה"ח שם.

אבל מה שהביא בשם הח"צ בהגהות הט"ז דכיון דחד מינייהו ודאי כשר לכך מוקמינן אחזקה, אין נראה שתועיל סברא זו בהעדאת עדים ממש, כגון שתי כיתי עדים המכחישות זא"ז על ראובן אם הוא גזלן, וכן הם נחלקים על שמעון בעדות הפוכה הפוסל את זה מכשיר את זה והפוסל את זה מכשיר את זה, דחד מינייהו ודאי כשר דהא כת אחת ודאי פסולה, אפ"ה לא נכשיר אחד מהם, דכיון דאיכא על כל אחד העדאת עדים שהוא פסול, לא מוקמינן אחזקה, ורק בשתי כיתי עדים מכשירינן משום דלא חשיב העדאת עדים וכמש"כ. (כתובות כ' א').

תוד"ה ורבא אלא מה שהמזימין כשרים, בתו' סנהדרין כ"ז א' כתבו בשם י"מ לפרש דהא דעדים זוממין חידוש הוא היינו הא דהמזימין כשרים, ומשום כך גם לא ילפינן למיפסל לקמאי למפרע, נראה כונתם דא"א למיפסל למוזמים מדינא דר"ח דבהדי סהדי שקרי ל"ל, אא"כ נפסול נמי למזימין, וכיון דהמזימין כשרים, תו א"א לנו לפסול את המוזמים אלא מחידוש הכתוב דמהימנינן לבתראי, ואם חידוש זה הוא מכאן ולהבא, הרי נשארים הראשונים כשרים בודאי למפרע, ובזה נתיישבה קושית הגרע"א ז"ל שם בגליון, ועי' בתו' הרא"ש סנהדרין שם שהביא תירוץ זה בשם ריצב"א, ובלשונו מבואר יותר דהכונה כמש"כ, ולפי זה ניחא שפיר דלא מותבינן ממתני' לר"ח.

ובעיקר קושיתם יש מקום לומר דאף לאביי דלמפרע הוא נפסל היינו דוקא בהזמה, אבל בהכחשה כי היכי דס"ל לר"ה דזו באה בפ"ע ומעידה וזו באה בפ"ע ומעידה, והיינו משום דמוקמינן להו אחזקת כשרות, ה"נ לר"ח עד שלא הוכחשו לא מרעינן לחזקתייהו וכל עדיות שהעידו כשרים, לא מיבעיא לפי מה שצדדנו בשבועות מ"ז ב' דר"ח מדרבנן הוא דפסיל להו, ודאי איכא למימר דמכאן ולהבא הוא דפסיל להו, אלא אף אי מדאורייתא קאמר, [וכדמשמע מרהיטת דבריהם דקשיא להו אדאורייתא דלאו חידוש הוא מה שנפסלין], שמא נמי איכא למימר דלמפרע מודה לר"ה. (ב"ק ע"ב ב' מתוה"ד). - ועי' מש"כ לעיל א' ד"ה ברם.

ל"ב א' ובפלוגתא דהני תנאי דתניא לעולם אין עדותן מצטרפת כו', עי' מש"כ בזה בסנהדרין ל' א'.

ל"ב ב' ארעא היכי דקיימא תיקום, עי' מש"כ לעיל כ"ח ב' סק"ב דבקרקע כל שהחזקה מסופקת חשבינן ליה גם כספק מוחזק, ואהני חזקת מרא קמא להוציא ממנו, ולא דמי להא דאמר הכא ארעא היכי דקיימא תיקום, דהכא טענתו טענה גמורה של חזקה שיש עמה טענה, אלא שהוסיף טענה שלא הוצרך לה והוחזק בה רמאי, ושפיר מהני מגו, שלא נעשה מעשה ע"י מה שהוחזק רמאי בטענה הנוספת, וזה אי איירי הכא בהחזיק שלש שנים, ולהמפרשים דהכא בלא אחזיק שלש שנים איירי, יש לפרש משום דהוי מגו דאי בעי שתיק שהחתימה היתה ניכרת לעומדים שם כמש"כ תו' ריש ב"מ.

שם רבא בר שרשום כו', בשו"ע חו"מ סי' ק"נ ס"ג וי"א שאם אכלה שלש שנים אחר שכלו ימי המשכונא יש לו חזקה, במטלטלין כה"ג לכו"ע אין לו חזקה, כמבואר ברשב"א ל"ג א' בעובדא דרב"ש, והא דלעיל סי' קל"ד ס"ה דאומן שירד מאומנתו

יש לו חזקה אף בדברים שבאו לידו בהיותו אומן, ע"כ כמש"כ הגרע"א שם בגליון בשם המהרח"ש וכ"כ כאן בנה"מ בשם התומים, דשאני התם דלא ידעינן שבא לידו בתורת אומנות, ורק כיון שהיה אומן חיישינן להכי, משא"כ הכא דאיירי בידעינן שבא לידו בתורת משכנתא, [ומה שהזכיר הגרע"א ז"ל שם לחלק בין קרקע למטלטלין אינו מובן, ואדרבה איפכא איכא לפלוגי וכמש"כ הרשב"א שם], ועי' לקמן מ"ה א' בסוגיא דאומן סק"ט ראייה לחילוק זה.

והנה ברשב"א שם וכן בנמו"י ל"ו ב' ל"ט ב' בשמו, דהחילוק בין קרקע למטלטלין הוא משום דמטלטלין כיון שחזקתן לאלתר, ותפיסתו בתורת משכון, תו לא נתחדש כאן כלום לאחר מכאן שום מעשה של חזקה, משא"כ בקרקע שחזקתן שלש שנים, וכיון ששהו לאחר ימי המשכנתא שלש שנים הרי נעשה בהן מעשה חזקה שאין דרך להניחם ברשות אחרים משך זמן כזה, ואפשר שיש להוסיף בזה דכיון דקרקע אינה נגזלת חשיבא כל שעה כמעשה מחודש של החזקה בה, וכאילו באה לידו לאחר המשכנתא, משא"כ במטלטלין שנגזלין כל שבאו לידו בתורת משכנתא, תו אין כאן שום מעשה נוספת להחזיק, ונפ"מ בגודרות דאף שחזקתן שלש שנים מ"מ לא תועיל להו חזקה אם באו לידו בתורת משכנתא, כדין מטלטלין, וכן עבדים שכתב הרשב"א שם דדינן כקרקע יהיה תלוי בדין עבדא כמקרקעי או כמטלטלי, וצ"ע. (ס"ו ס"ק י"ג).

תוד"ה והלכתא וצריך לדחוק ולפרש כו', עי' מש"כ לקמן ס"ב ב' בגמ' שודא דדייני.

בדין מיגו מממון לממון, ומיגו להוציא

א) חו"מ ס"י ק"נ ש"ך סק"ג, נראה שיש ד' חלוקות בממון לממון, א. היכא שאינו מוחזק בממון השני. ב. היכא שהוא מוחזק בממון השני אלא שאינו תופסו כמשכון לפרעון הממון שהוא תובע, [אי משום שלא עלה בדעתו לתופסו כמשכון, אי משום שתובע דבר שהוא בעין וחפץ בו יותר מבפקדון שמונח אצלו], כגון ראובן ושמעון נחלקים על שדה זה אומר שלי היא וזה אומר שלי ויש לשמעון פקדון של ראובן שיכול לכפור בו. ג. היכא שהוא מחזיק בממון השני לצורך גבייתו של הממון שדינן עליו, וכגון שהממון השני הוא קרקע כעובדא דרבא בר שרשום ב"ב ל"ג א'. ד. כגון שהוא מטלטלין, וכעייזי דנהרעא ב"ב ל"ו א'.

ודעת ה"ר יונה כמבואר בהדיא בדבריו בשטמ"ק ב"ב ל"ג א', דבמטלטלין שתפס המלוה לגבות חובו ודאי נאמן לטעון עד כדי דמיהן וכעייזי דאכלי חושלי, אבל בקרקע ס"ל ז"ל דבחזקת בעליה עומדת ולא חשיב תפיסה מה שיכול לטעון לקוחה אלא זה מיגו דיכול לתפוס והרי זה כאופן הא' שזכרנו, ובזה הוי מיגו מממון לממון דלא אמרינן, ודבר זה פשוט ליה מסברא ופירש בזה הא דרבא בר שרשום לא אזיל לבי דינא לתבוע חובו משום שלא היה נאמן במיגו דלקוחה דהוי מיגו מממון לממון, [וכתב עוד ב' טעמים בזה, משום דהוי מיגו להוציא ומשום דבנשבעין ונוטלין אין אומרים מיגו למפטרינהו משבועה, ועי' ברמב"ן ריש כל הנשבעין בטעם הדבר], אבל אחר שכבר אכל היה נאמן במיגו דלקוח ולא היה צריך לישבע, דהנידון על הפירות שאכל ולא הוי מממון לממון, ולכך היה רוצה לאכול הפירות שיעור זוזי מבלי לתבעם ואח"כ יפטר משבועה, ולפי זה יש לפרש דאביי א"ל שלא יפטר משבועה דאין לו מיגו, וממילא לא ירויח ע"י תפיסתו כלום, וכיון שרוצה להפטר משבועה יש לו להחזיר הקרקע ליתומים ולכי גדלי אולי יסכימו לוותר לו על שבועתו, ואפשר עוד שאם היה לו מיגו דלקוח אין ניכר הדבר כתופס והיה רשאי להחזיק בשדה בתורת תפיסה על החוב, ולכשיתבעו ממנו אם היה הדין דצריך

לישבע היה נשבע, אבל אם אין לו מיגו דלקוח חשיב תפיסה ממש ואין ראוי לתפוס בזמן שמן הדין אינו יכול לגבות, וכן נראה עיקר דאביי משמע שאמר לו דחייב להחזיר, ולא שיש לו להחזיר לפי שלא ירויח את השבועה, דשמא רוצה לגבות עכשיו אם בין כך יצטרך לישבע ומה לו לאביי לצוותו להחזיר, אלא ודאי אינו רשאי לתפוס אם אין לו מיגו דגנאי הדבר, ויש מקום לומר דכיון דאינו יכול לטעון לקוח אינו יכול להחזיק הפירות וחייב להחזירם כיון שאין נזקקים לנכסי יתומים, אבל הר"י ז"ל בשטמ"ק שם לא כ"כ אלא אי תפס לא מפקינן מיניה כיון דאית ליה שטר אלא מחייבים אותו לישבע, [ויש שם עוד דברים להר"י ז"ל ולכאורה נראה כונתו דפריך למה אמר לו אביי להחזיר ולמה אינו רשאי לתפוס הפירות כיון שאין ליתומים טענת ברי, ותירץ דכיון דאקרקע יש להם טענת ברי אינו רשאי לתפוס הפירות דהר"ז כאילו יש להם טענת ברי אפירות, ואינו רשאי לתפוס פירות שברשותם, אף שאם תפס לא מפקינן מיניה ועדיין צ"ע בזה], ודברי הר"י שברא"ש פ"ב דכתובות הם בתפס בעדים וכמ"ש בב"ח וכן מפורש בדבריו בשטמ"ק כתובות שם, ומ"ש הש"ך לדקדק מלשון הגמ' דמשמע דאפירות דלהבא קאמר, צ"ע כונתו ז"ל דלכו"ע מתפרש דרב"ש עדיין לא אכל הפירות אלא שהנידון היה כשיאכלם אם יהא נאמן אח"כ בלא שבועה, ודברי הר"י הם במה שלא החזיר הקרקע ותבע חובו ול"ל להחזיק מעצמו, [וכך הם גם דברי הרמב"ן], ובזה כתב הר"י שלא היה נאמן בכך, ורק לאחר שכבר אכלם היה נפטר משבועה אם היה לו מיגו דלקוח, ומ"מ אביי לא היה מוחה בידו מלהחזיק אילו היה לו מיגו דלקוח, דאביי לאו אפוטרופא דיתמי הוי וכיון דלא תבעי ליה היה מניחו אביי להחזיק, [ואף שאינו יכול לגבות עכשיו מן הדין מ"מ כיון שאפשר לו לטעון לקוח לא מינכרא תפיסה ורשאי לעשות כן, אבל כיון שיצא קול דדיתמי הוא מינכרא דתפיסה היא שאינו רצוי לו לטעון לקוח ולפיכך אמר לו אביי שיחזיק וכמ"ש לעיל], ואולי כונת הש"ך דאי רב"ש מכח תפיסה אתי עלה לא היה אביי מצוה להחזיר כיון שגם עכשיו יכול לתפוס ולא ניחא ליה במש"כ לחלק, ובאמת לפ"ז כונת הש"ך להוכיח אף דלא כהרמב"ן שכתב נמי דרב"ש לא היה גובה אילו היה בא לב"ד, אלא אף אם היה בא לב"ד היה גובה אם היה יכול לטעון לקוח.

נמצינו למידן דעת ה"ר יונה, בחלוקה א' ג' לא אמרינן מיגו, בחלוקה ד' אמרינן, בחלוקה ב' לא שמענו.

ודעת הרמב"ן נמי דבחלוקה א' לא אמרינן מיגו שכתב אקו' תו' ריש ב"מ דניהמניה דחציה שלו במיגו דכולה שלו, וז"ל דכי אמר כולה שלי הא לא שקיל אלא חצי מה שהוא טוען כו' שאם אתה אומר יש לו הכל יותר אתה מאמינו בטענה זו ממה שאתה מאמינו באותה שכלה שלי ומה שזה מודה לו הרי הוא כאלו חלק אותו חציו כבר נטלו והיאך תאמר מיגו שהיה זה יכול לתבוע ממנו גלימתא שלו נאמין אותו כשהוא טוען בטלית אחר הרי בטענת חצי זה אין לו דרך ליטול אותה לגמרי עכ"ל, הנה הזכיר ז"ל שני תירוצים הא' שאם נקבע דנוטל חציה הרי אנו מקילין לרמאין שלא יצטרכו להעזיז לתבוע הכל ולעולם יאמרו חציה שלי, ול"ד למיגו דעלמא בשתי טענות שוות, דהכא הרי אנו מקילין יותר שאם טוען חציה אנו מאמינים לו במיגו שהיה יכול להעזיז טפי ולתבוע גם החצי השני, וגם אז לא היה מקבל אלא חציה, (אבל מיגו שהיה יכול לתבוע יותר ולהיות נאמן במה שטוען, ולקבל כל טענתו, אמרינן, כדאמרינן בטוען אפירות שנאמן במיגו דלקוח שהיה מעמיד גם הקרקע ברשותו, אבל כאן שבטענת כולה אינו נוטל אלא חציה אין ראוי לזכותו לקבל כן גם בטענת חציה), ועוד דהוי מיגו מממון לממון ואף שלא נזכר בדבריו שזה תירוצ' שני,

אבל כן נראה לכאורה ואפשר שחסר תיבת ועוד, וכן בנמו"י הזכיר שני התירוצים האלה וכתב ועוד, ויותר נראה דהכל תירוץ אחד והוא דמממון לממון לא אמרין מיגו, אלא שהקדים לפרש דכשטוען כולה אינו נוטל אלא חציה דאל"כ חשיב מיגו באותו ממון דומיא דטוען לפירות נאמן במגו דלקוח ולא חשבינן ליה כמגו מממון לממון שהרי יש לו לתבוע גם הקרקע, דכיון שבטענה זו הוא נאמן בתביעתו שתובע עכשיו חשיב מיגו באותו ממון, אבל הכא שאף בטוען כולה אינו נאמן על המחצה שתובע עכשיו, אלא שנוטל עוד רביע מהמחצה שמודה בה עכשיו שהיא של חברו, חשיב מממון לממון, ומ"מ מבואר מהא דס"ל ז"ל דכה"ג לא אמרין מגו מממון לממון, ומיהו בעובדא דרבא בר שרשום מבואר בדבריו ז"ל דכל שהוא מוחזק בו לגבות חובו לא חשיב מממון לממון ואף בקרקע, שנתקשה ז"ל למה לא בא רב"ש לב"ד והיה נאמן כיון שיש לו מיגו דלקוח, ומבואר דלא כהר"י וכמש"כ הש"ך ז"ל. נמצינו למידין דעת הרמב"ן בחלוקה א' לא אמרין מגו, בחלוקה ג' ד' אמרין, בחלוקה ב' לא שמענו.

ודעת הר"י מיגאש נמי דבחלוקה ג' ד' אמרין מיגו, דפירש דרב"ש אף אם היה בא לב"ד היה גובה, וכמ"ש הרמב"ן בשמו, ורק להחזיר להם ולחזור ולתבוע מהם בזה קאמר דלא רצה משום שיצטרך לישבע, ובחלוקה א' משמע דס"ל נמי דאמרין מיגו דבשטמ"ק ב"ב ל"ב כתבו ז"ל בשמו דדייק ממתני' דשנים אוחזין דלא אמרין מיגו להוציא, ומשמע דלהחזיק אמרין מיגו כה"ג, ומ"מ נראה דיש לחלק דדוקא בטלית דתרווייהו אוחזין בו ודנין עליו בזה ס"ל ז"ל דלא הוי מממון לממון, אבל בממון אחר ממש אפשר דמודה ז"ל דלא אמרין מיגו בכה"ג, ואף בחלוקה ב' י"ל דמודה דלא אמרין מיגו, ועי' לק' ד"ה ובשם, ולמדנו עוד דחלוקה ג' לא חשיב מיגו להוציא.

וכן דעת הרמב"ם והראב"ד דבחלוקה ג' ד' אמרין מיגו וכמש"כ בש"ך, ועי' בשטמ"ק בעובדא דרב"ש שהביאו בשם הראב"ד לתרץ למה לא תבע רב"ש בב"ד, ומבואר דהיה נאמן אם היה תובע, ועי' בשטמ"ק ב"מ ו' מש"כ הראב"ד בהשגותיו להרו"ה שם.

וכן דברי הרא"ש מתפרשין כמש"כ הש"ך דלתירוץ שני הנידון בפירות דלהבא, דלשעבר א"צ למיגו דלקוח, כיון שיש לו שטר, וע"כ לא דן הרא"ש אלא אם יש לחייבו שבועה, אבל להחזיר ודאי אין לחייבו, וגירסת הרא"ש בגמ' אתא לקמיה דאביי ומשמע דרב"ש היה רוצה לזכות בדין אף לאחר שתבעוהו היתומים, ומיהו יש לפרש דאתא לקמיה דאביי לאו לדין זה, [ואפשר לדחוק דבאמת הנידון אם כבר היה אוכל הפירות, ומ"מ איצטרך למגו דלקוח דבלא מגו דלקוח לא היה תופס דגנאי הדבר, אבל כיון שאפשר לו לטעון שלקחה לא מינכרא תפיסה, אבל ל"מ כן], ומה דפשוט להרא"ש לתירוץ ראשון דדברי רב"ש הם אם היה אוכל כבר הפירות ולא שיהא רשאי לגבותם לכתחלה וכמו לתירוץ שני ולא נידוק דאף בתפס מחייבינן ליה לישבע בדלית ליה מיגו, ה"ט דכיון דלתירוץ ראשון רצה רב"ש להפטר משבועה הלכך ע"כ כונתו לאחר שיאכל דקודם שיאכל אף שיש לו מיגו דלקוח חייב לישבע כדין כל הנוטלין שאין נוטלין אלא בשבועה אף שיש לו מיגו וכמש"כ הרא"ש ריש כל הנשבעין, א"נ פשטא דגמ' משמע דלאו בפירות דלהבא קאמר, אלא שאם היה אוכל היה נאמן לאחר אכילתו, ולתירוץ ראשון מקיימין לפרש כן, אבל לתירוץ שני דע"כ בשבועה קאמר א"א לפרש דבפירות שאכל קאמר דלזה א"צ מיגו דלקוח דבלא"ה נאמן כיון שיש לו שטר, וע"כ לפרש דבפירות דלהבא קאמר, ומבואר עוד מדברי הרא"ש דכה"ג חשיב מיגו להחזיק כיון שהקרקע תח"י ואף

שבחזקת בעליה עומדת, דדעת הרא"ש דלא אמרינן מיגו להוציא וכמ"ש בב"ב ל"ב, וקשה על הטור גם במה שבסוף סימן זה העתיק דברי ה"ר יונה בסתם דבמלוה אומר חמש ולוה אומר שלש לא חשיב להוציא כיון שהמלוה אומר שתחלת חזקתו בקרקע זו בתורת משכונא היה לה' שנים, ומשמע דאל"ה הוי חשיב להוציא, ולא הזכיר כלל דדעת הרא"ש דאף בבא להחזיק בקרקע על חוב שיש לו נמי לא חשיב להוציא אם יש לו מיגו דלקוח, ויש לחלק בין זה אומר כולה וזה אומר חציה דחשיב להוציא ובקרקע דחשיב להחזיק, דהכא הוא מוחזק בקרקע אף שעומדת בחזקת בעליה, משא"כ הכא לפי דבריו שניהם מוחזקים בחצי שנחלקים עליה, וכן לדעת הר"י מיגאש יש לחלק כן, וברמב"ן ב"ב ל"ב כתב דאף במלוה אומר חמש ולוה אומר שלש חשיב מיגו להוציא כיון דקרקע בחזקת בעליה עומדת.

נמצינו למידין דעת הרא"ש, בחלוקה ג' ד' אמרינן מיגו, בחלוקה א' ב' לא שמענו. וכן הרשב"א בשטמ"ק בעובדא דרב"ש הק' למה לא אזיל לב"ד לגבות והיה נאמן במיגו, ותירץ דמ"מ היה צריך לישבע דלא מהני מיגו לפטור משבועת הנוטלין, והביא גם תירוצ' א' של הרמב"ן דלענין לגבות מיתמי לא מהני מיגו דאין נזקקין לנכסי יתומים, ומבואר דפשוט ליה דכה"ג אמרינן מגו ולא חשיב מממון לממון. - נמצינו למידין דעת הרשב"א בחלוקה ג' ד' אמרינן מיגו, בחלוקה א' ב' לא שמענו. ודעת הרז"ה ב"מ ו' דאף בחלוקה ד' לא אמרינן מיגו, אם לא שהנתבע מודה לו במקצת אז נאמן לטעון עד כדי דמיו במיגו דלקוח, או שתפס המטלטלין כשנכנסו לרשותו שלא מדעת בעלים, [דמדעת בעלים נראה דלא עדיף מפקדון דס"ל ז"ל דלא מהני תפיסה, דמדעת בעלים אין סברא לחלק בין עומדים ברה"ר או ברשות התובע, וכ"מ ממש"ק הראב"ד והרמב"ן מבקרא דיתמי ואם איתא דכל שנכנס לרשות התופס מודה הרז"ה הרי שפיר איכא לאוקמי שנכנס השור בחצר התופס, ובגמ' לא משמע אלא שבשעה שהבקרא שמר תפסוהו], וסברות החילוקים בזה מתפרשי לפי מדת ההעזה שבתפיסה ובאפשרות הכחשתה ולומר לקוח, ומ"מ צ"ע למה בשהנתבע מודה במקצת אינו נאמן לבטל הנאמנות של התובע שע"י התפיסה במיגו דכפר הכל, ואולי כדרכה.

ובהגהות מרדכי שם הביא ג"כ שיטה זו וכתב לחלק בין עיזי דאכלי חושלי משום דהתם הם שהזיקו ודמי לאותו ממון.

ובשם ר"ת כתב שם בריש ב"מ דלכך אינו נאמן לומר חציה במיגו דכולה משום דהוי מיגו מממון לממון, הא למה זה דומה למי שיש לו ארעא במשכנתא מראובן ואכלה שני חזקה וטוען על בית שראובן דר בו שהוא שלו שאינו נאמן במיגו שיכול לכבוש שטר המשכנתא ולטעון על השדה שלקוחה היא בידו, ומשמע שדין זה הוא פשוט וחידושיה דר"ת הוא דאף בגוונא דמתני' שייכא הך סברא, [וטעמא דבמתני' עדיף דדמי טפי לאותו ממון שהרי סו"ס הוא טוען שחצי הטלית שלו וזה יוכל לקבל אם יטעון כולה, וגם כיון שהוא אותו החפץ שדנין עליו דמי נמי לאותו ממון], ולפי זה לא מצאנו חולק בדין זה, ונמצינו למידין דבחלוקה ב' לא אמרינן מיגו.

ודעת הנמו"י דבחלוקה א' לא אמרינן מיגו וכמ"ש ריש ב"מ, ובחלוקה ג' ד' אמרינן כמבואר בדבריו כהא דרבא בר שרשום שכתב דאם לא אכל היה צריך לישבע, ומבואר דמיגבא מיהת הוי גבי.

במלחמות ב"מ ו' א' מבואר דהתופס בטלית של חבירו ושניהם אוחזין וטוען מלוה ישנה נאמן במיגו דכולה שלי, ומבואר דאע"ג דלא חשיב מוחזק לפי טענתו כלל, [עי' להלן דאין זה מוכרע דאפשר דחשיב קצת מוחזק ע"י תפיסתו], מ"מ כיון שתפס לגבות חובו חשיב מיגו באותו ממון, ולא דמי לטוען חציה במיגו דכולה דהתם חציו

השני כמאן דפסיק דמי ולא תפסו ואין לו בו ענין כלל, אבל בטוען מלוה ישנה כנגד כל הטלית ומחזיק בו הוי אותו ממון, וכמו בתפס ממש, [ומיהו אם טוען מלוה ישנה כנגד חצי הטלית אין לו אלא רביע, דלא תפס אלא מחצית הטלית ושניהם מוחזקים במחצית זה ונמצא שלא תפס אלא רביע, וכמו בטוען חציה שלי ממש], ויש מקום לומר לה"ר יונה דס"ל דתפיס בקרקע לא חשיב אותו ממון משום דקרקע בחזקת בעליה עומדת מ"מ הכא בתפס בכרכשתא דמטלטלין חשיב טפי אותו ממון ע"י תפיסתו, וצ"ע.

דברי הטור קשים דכל לשונו ז"ל בס"ה ובס"ו מבואר דהנידון לאכול הפירות מכאן ולהבא והעתיק בס"ה דברי ה"ר יונה שאין הנידון אלא בפירות שכבר אכל, ואם היינו אומרים דהעתיק דברי ה"ר יונה וליה לא ס"ל וכמ"ש הש"ך היה נחא, אבל דרכו ז"ל לסיים בכגון דא אם דעתו לחלוק, ומיהו לאידך גיסא קשה טפי שלא הביא כלל דעת הרא"ש, וצ"ע.

ולענין הלכה בחלוקה א' ב' לא אמרינן מיגו, וכמ"ש"כ לעיל מדברי הגהמ"ר דפשוט ליה דבחלוקה ב' לא אמרינן מיגו, ובזה לא מצאנו חולק וכמ"ש"כ לעיל, (וחלוקה א' ק"ו מחלוקה ב', ועי' להלן עוד גווני במיגו מממון לממון), ובחלוקה ג' ד' אית לן למינקט דאמרינן מיגו שזו דעת רוב הראשונים ז"ל וכמשנ"ת.

שנים אוחזין בטלית זה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי, יש בו צד למעליותא וצד לגריעותא, צד לגריעותא שהרי אינו מוחזק בחצי השני וצד למעליותא דסו"ס בטלית זה הוא תובע חציו ויכול לקבלו בטענת כולה שלי, וגם בזה אית לן למינקט דלא אמרינן מיגו משום דאף כה"ג חשיב מממון לממון שכ"ד ר"ת והרמב"ן וכ"נ לדעת ה"ר יונה, והר"ן והנמו"י הזכירו נמי תירוץ זה.

שנים אוחזין בטלית זה אומר כולה שלי, וזה אומר אין, אבל מלוה יש לי עליך בשיווי כל הטלית, יש בו נמי צד למעליותא וצד לגריעותא, צד לגריעותא שאינו מוחזק בטלית, [דענין מוחזק בדתפסי שנים בכרכשתא דטלית הוא לפי טענותיהם וכמ"ש"כ הראשונים ז"ל דבטוען חציה חשיב מוחזק רק ברביע והוי מיגו להוציא אם באנו לתת לו טפי, וה"נ בשמודה שכל הטלית של חברו אלא שתופסו לגבות חובו חשיב חברו מוחזק בכולו, ומיהו יש לחלק דהכא כיון שתפסו כולו לשם גביית חובו חשיב מוחזק בחציו כתופס דעלמא ומ"מ לא חשיב מוחזק ממש], וצד למעליותא דהרי תפסו לגבות בו חובו וחשיב כאותו ממון וכמו בחלוקה ד', וכבר נתבאר לעיל דבזה אמרינן מיגו. - ואם תבע חוב בשיעור מחצית הטלית דינו כזה אומר כולה וזה אומר חציה.

(ב) ב"ב ל"ב ב' תוד"ה אמאי ותי' ריב"ם דלא אמרינן מיגו להוציא ממון כו', ואף רבה מודה בזה אלא דסבר דהשטר מועיל כיון דלאחר שהוציא אי שתיק גובה בו, ועפ"ז פי' הרא"ש דהיינו דקאמר רב יוסף אמאי קסמכת אהאי שטרא כו' ר"ל אמאי לא חשבת לה כמגו להוציא כיון דנקט שטרא, והא חספא הוא וא"כ הו"ל להוציא ולא אמרינן מיגו, ואיפסיקא הילכתא בארעא דלא חשיב להוציא כיון שמוחזק בה אף שבחזקת בעליה עומדת, וקצ"ע דנראה דעיקר טעמא דרבה משום שטר הוא ורב יוסף נמי אהא קאמר ליה דלא חשיב מוחזק מחמת השטר, ומחמת דמוחזק בקרקע משמע דלא החשיבוהו מוחזק כלל, ונמצא מסקנת הגמרא דלא כתרווייהו, ויש לדחות דרבה אמנם סבר דגם מחמת שהוא מוחזק בקרקע חשיב להחזיק אלא דרב יוסף אטעמא דחשיב ליה מוחזק מחמת השטר פריך ליה וידע ר"י אף בעובדא דקרקע דטעמיה דרבה אף משום השטר הוא, ואם הא דפסקינן כרבה בארעא וכר"י בזוזי הוא מכח הכרעה והלכה ודאית היא, משמע דמוחזק בקרקע חשיב מוחזק

ומהימן במיגו אף בדלית ליה שטר, דלא חשיב להוציא, דהא השטר אינו מועיל כלל דהא קיי"ל כר"י בזווי, ואף אי מכח ספק אמרינן ארעא היכא דקיימא תיקום נמי חזינן דמוחזק בקרקע כה"ג עדיף ממרא קמא, וא"כ לא חשיב להוציא אלא להחזיק כיון דאיהו חשיב טפי מוחזק, ומיהו י"ל דהשטר מועיל בשהוא מוחזק בקרקע ואינו מועיל בשאינו מוחזק, ולפי זה לא למדנו דין שאר מיגו בדליכא שטר בשהוא מוחזק בקרקע, ועיין בלשון הרא"ש, ובש"ך בדיני מיגו, ומעליותא דשטר בתרתי הוא חדא שכשטען והא שטרא חשיבא החזקתו בקרקע חזקה גמורה והרי נחלטת הקרקע בידו, ועוד דהוא מיגו דאי בעי שתיק דלבתר דאמר והא שטרא אי שתיק זוכה.

והנה ר"י לא פליג ארבה אלא משום דשטרא חספא בעלמא הוא אבל אי שטר מעליא הוא משמע דאמרינן מיגו אף להוציא, ונפ"מ בטוען סיטראי ויש עדים שמנה לו הכסף דנאמן במיגו דמתנה, [לדעת הר"י מיגא"ש עי' חו"ב שבועות מ"ב א', ובשו"ע סי' נ"ח ס"ב], וכן בטוען שעל תנאי היה השטר ואמנם נתקיים התנאי והלכך חייב הלוח לשלם כפי הכתוב בשטר, נמי כיון דשטרא מעליא הוא לפי דבריו י"ל דאף לרב יוסף גבי ביה, והרי למעוטי בפלוגתא עדיף וכיון דלרבה כה"ג ודאי מהני שטרא ואין ראיה דר"י פליג, לא מחדשינן פלוגתא, וגם לישנא דר"י משמע דדוקא משום דשטרא חספא בעלמא הוא קאמר, וזה כדעת הש"ך סימן פ"ב ס"ק כ"ח ודלא כבה"ת, וכן משמע בהא דבטוען המלוה שמקצתו אמנה דגובה השאר כדאמר כתובות פ"ז ב' בכתובה, ולדעת בה"ת צריך לחלק דהתם לענין מנה שאומרת שחייב לא איתרע שטרא כלל, ועוד דהתם אין הלוח טוען שהשטר אמנה.

וה"ר יונה פירש נמי כמש"פ הרא"ש דאף רבה מודה דלא אמרינן מיגו להוציא אלא דהכא מחמת השטר ס"ל דלא חשיב להוציא כיון דכשאמר והא שטרא מצי לגבות בו שפיר גובה דהפה שאסר הפה שהתיר ועדיף ממיגו, ור"י פליג דכיון דשטרא חספא בעלמא חשיב להוציא, וכן ברשב"א כתב נמי לפי' הר"י מיגאש דממתני' דזה אומר כולה וזה אומר חציה מוכח דלא אמרינן מיגו להוציא ע"כ דטעמא דרבה משום שטר הוא, והתו' כנראה פירשו כונת ריב"ם דרבה סבר דאמרינן מיגו להוציא וע"ז הקשו דל"מ כן מדלא מפרש גמ' הכי בהדיא.

ונמצינו למידין לדינא לפי' ריב"ם וה"ר יונה והרא"ש דמיגו להוציא לא אמרינן, ואם הוא מוחזק בקרקע שטוען עליה, [ולא החזיק בה ג' שנים עדיין], אם יש לו מיגו דאי בעי שתיק נאמן ולא חשיב להוציא, ובמיגו אחרת לא נתפרש, ולפי לשון ה"ר יונה והרא"ש משמע דדוקא במיגו דאי בעי שתיק, שדקדקו לפרש דכשאמר והא שטרא כבר הוחזק בקרקע כדין, ותו לא הו"ל להוציא, ומיהו מהא דאמר ב"מ ק"י א' במלוה אומר חמש ולוה אומר שלש דמלוה מהימן במיגו דלקוחה למדנו דלא חשיב להוציא כה"ג אע"ג דקרקע בחזקת בעליה קיימא, חזינן דמה שהחזיק לאכלה בתורת משכונא חשיב נמי כמוחזק וכש"כ במחזיק בגוף הקרקע, ושמא יש לחלק דכיון דהחזיק ג' שנים ויכול לטעון לקוח חשיב כמוחזק לענין דהוי כעין הפה שאסר ונאמן לטעון דהיא ממושכנת עדיין בידו, ועי' בדברי ה"ר יונה לקמן בעובדא דרב"ש שכתב לחלק בין טוען שתופס הקרקע על חוב אחר דבזה לא חשיב מוחזק אף שמחזיק בקרקע ויש לו בה מיגו דלקוח דכיון שאין טענתו על הקרקע חשיב להוציא, ובין ההיא דמלוה אומר חמש ולוה אומר שלש, ודעת הרא"ש דאף בבא להחזיק הקרקע בחובו חשיב מוחזק כיון שמחזיק בה וכמש"כ לעיל סק"א, ומשמע נמי מדברי הרא"ש שם דאף בשאר מיגו חשיב להחזיק בזמן שמחזיק בקרקע, ושמא בזמן שמחזיק שלש שנים חשיב לעולם כמיגו דאי בעי שתיק דבחזקתו קיימא, אף שמודה שאין הקרקע שלו, וכמש"כ.

ג) שם בא"ד ונראה לר"י דטעמא דרב יוסף כו' אא"כ שיקר תחלה כו' מבואר דאי אתי ואמר שטרא מעליא הוי ליה ואירכס והא שטרא ואי בעינא אמינא דמעליא הוא לא מהימן, ויש לעיין מ"ט אמנם לא מהימן כה"ג, ונראה הטעם דמיגו הוא זכות במצב זה, וכיון שיש לו אפשרות לזכות בטענה אחרת הרי דהאמינתו תורה בזה הממון ומ"ל טענה ההיא או טענה זו, ולא שייכא זו אלא בשיש לו אפשרות במצב זה של הדין לזכות ע"י איזו טענה שהיא, אבל מה שאפשר לו להביא שטר מביתו אינו זכות במצב הדברים עכשיו ולא חשיב מיגו, והלכך אי לאו דקדים ואמר הא שטרא אין כאן מיגו כלל מה שיכול להביא שטר אמנה מביתו ולטעון בו, ולפי זה אתי שפיר פלוגתא דרבה ור"י דקמיפלגי אם מועיל הא דקדים והביא חספא ואמר שטרא מעליא הוא לחשוב כיש לו מיגו בדין הזה או דכיון דחספא הוא אינו נכנס בכלל הדין והר"ז כיכול להביא שטר מביתו דלא חשיב מיגו, ומה שקדם ושיקר ואמר הא שטרא אינו כלום כיון דידעינן דחספא הוא, וניחא לישנא דר"י דקאמר אמאי קסמכת אהאי שטרא כלומר אמאי חשבת ליה כמיגו, כיון דשטרא חספא בעלמא אין כאן מיגו, שע"י ששיקר והביא חספא לא נחשוב שיש בו זכות לזכות בדין הזה, ועי' בלשון הרא"ש.

ולמאי דמסקינן הילכתא כוותיה דרבה בארעא וכוותיה דר"י בזוזי פירשו בתו' בשם ר"י משום דלא אמרינן מיגו להוציא, ומבואר מדבריהם דכללא הוא לעולם, ולפי זה פסקינן כרבה לגמרי דחשיב מיגו, אלא דלא אמרינן מיגו להוציא, ומשמע דרבה ור"י הוו סברי דאמרינן מיגו אף להוציא, ור"א ב"א פליג עליהו, וצ"ע מה הכריחם ז"ל לפרש כן הא יש לפרש דדוקא במיגו זו הכריע ר"א ב"א דלהחזיק מועלת ולא להוציא וקיי"ל אמנם כרבה וכטעמיה בארעא וכו"ר"י וכטעמיה בזוזי, אבל בעלמא אמרינן מיגו אף להוציא וכדס"ל לרבה אף במיגו זו, ואף ר"י לאו מהאי טעמא פליג, וצ"ע, ובב"מ ב' א' כתבו דאף רבה לא קאמר אלא במיגו דאי בעי שתיק, ודבריהם שם כפר"י, אלא דבעיקר הדין דלא אמרינן מיגו להוציא הזכירו פי' ריב"ם שהוא ז"ל חידש כן, אבל גם הר"י מודה בעיקר הדין למסקנא דר"א ב"א.

נמצינו למידין לדינא לפי' תו' מיגו להוציא לא אמרינן, אבל המחזיק בקרקע אף שלא החזיק בה שלש שנים חשיב מוחזק ומועיל לו מיגו להחזיקה בידו, ואם כי אין ראיה אלא דבמיגו דאי בעי שתיק הדין כן אבל בשאר מיגו לא שמענו, מ"מ פשוט דבריהם משמע דבכל מיגו כן, דכל שמחזיק חשיב מוחזק, וכ"מ מהא דב"מ ק"י א' וכמש"כ סק"ב.

ד) שש חלוקות בשטר הצריך מיגו, א). טען הלוח פרעתי והמלוה אומר סטראי המלוה נאמן במיגו דלא היו דברים מעולם כדאמר שבועות מ"ב א' ולא חשיב להוציא שאין נאמנותו אלא להחזיק הממון שקיבל לפרעון חוב האחר והשטר במקומו עומד, וכמש"כ הרמב"ן ב"ב ל"ב ב', [ונתבאר בחו"ב שבועות מ"ב א']. ב). יש עדים שמנה הלוח למלוה מעות ואינם יודעים אם בתורת פרעון או מתנה [לדעת הר"י מיגא"ש דאם המלוה אומר במתנה קיבלם נאמן] אם טוען סיטראי ואנו באים להאמינו במיגו דבמתנה קיבלם, דעת הר"י מיגא"ש דנאמן והובא בשו"ע סימן נ"ח ס"ב, ואע"ג דמיגו להוציא לא אמרינן הכא כיון שהשטר מסייעו חשיב השטר כמוציא ונאמנותו להחזיק המעות שקיבל, וכמ"ש בדין א', ואף דהכא גרע שאינו יכול לגבות ע"י השטר בלא טענת סיטראי [עי' מה שצדדנו בב"מ שם], והרמב"ן והרשב"א שבועות שם הקשו אמנם הא הוי מיגו להוציא, ועי' ריטב"א שם, ובתשו' הרשב"א המיוחסות ר"ס ק' כתב דשאני היכא דאיכא שטר. ג). טען הלוח על תנאי היה השטר ולא נתקיים, והמלוה אומר אמנם על תנאי היה ונתקיים התנאי, דעת

בה"ת והובא בשו"ע סי' פ"ב סי"ב דאין המלוה נאמן במיגו דלא היה תנאי כלל, דאיתרע שטרא, אבל צ"ע דע"כ ל"פ ר"י עליה דרבה אלא בשאף לדברי המלוה האי שטרא חספא בעלמא הוא, אבל לא בזמן שלדברי המלוה שטרא מעליא הוא וכמש"כ לעיל סק"ב, והרי אי שתיק גובה בו, וכבר תמה בזה הש"ך בשו"ע שם. ד). טען הלוח שטר אמנה הוא והמלוה אומר אמת אבל שטרא מעליא הוי לי ואירכס, אפילו השטר מקוים אינו גובה בו, כדאיתא בשו"ע סימן פ"ג ס"ד דלא קיי"ל כהרמב"ן והרשב"א עי' ש"ך שם, ובגליון הגרע"א ז"ל שם. ה). היה כתוב התנאי בשטר והמלוה אומר נתקיים והלוה אומר לא נתקיים אף אם יש מיגו למלוה נראה פשוט דחשיב מיגו להוציא כיון שע"י השטר אינו יכול לגבות כלום בלא המיגו. ו). וכן בשטר שבא לגבות מיתומים אין מועיל מיגו לגבות שלא בשבועה דמיגו להוציא הוא דכיון דע"י השטר אינו יכול לגבות בלא שבועה כל שאנו באים להגבותו ע"י מיגו חשיב מיגו להוציא, כ"כ ה"ר יונה בעובדא דרב"ש, [מיהו בשהוא מוחזק בקרקע או במטלטלין לא חשיב להוציא דלא קיי"ל כהר"י בהא דס"ל דבקרקע לא מהני תפיסה אף בדאית ליה מיגו דלקוח, וכמ"ש הש"ך סי' ק"נ סק"ג נתבאר לעיל סק"א, אלא בשאר מיגו הוא דמשכח"ל].

חומ"מ סי' פ"ב ש"ך ס"ק כ"ח ודמי ממש לטענת סיטראי כו', בסיטראי עדיף טובא דהתם גובה בשטר עצמו אי שתיק והו"ל טענת סיטראי טענה לעצמה להחזיק הממון שקיבל והשטר בעצמו מוציא, משא"כ הכא דטענת התנאי היא בגופו של שטר ול"ש להפריד ביניהם, וזו כונת בעה"ת שהביאו הש"ך בסמוך ס"ק כ"ט, אבל הש"ך לא מסתבר ליה לחלק בכך, ועי' לעיל סק"ב דבגמ' מוכח כדברי הש"ך.

בבהגר"א סי' פ"ב ס"ק ל"ח כתב דהר"ש והג"מ שכתבו דהא דכתובות ט"ז א' שאני משום דאיכא חזקה דגופה או דברי ושמא שאני מבואר דלא ס"ל כהש"ך בשטר שהוא על תנאי אלא כהבעה"ת, דלא גבי ביה, ולכך קשיא להו ההיא דכתובות, ובאמת הש"ך עצמו בדיני מיגו אות ט"ו הקשה כן למה לא תירצו דשטר שאני, ותימא דכתובה כמאן דכתוב התנאי בשטר דמי וכחלוקה ה' שזכרנו ובזה לכו"ע אין מועיל מה שהשטר בידה, בזמן שהבעל טוען שלא נתקיים התנאי, ואולי אפשר לכוין כן בדברי הש"ך שם אם כי אין זה במשמעות לשונו ז"ל, שו"ר שכבר הקשה כן בנה"מ, וכן הגרע"א בגליון בדיני מיגו. - ומשמע בש"ך שם דכללא הוא דבברי ושמא אמרין מגו להוציא, וצ"ע דע"כ כתובה שאני משום חזקה דגופא או דרוב נשים בתולות נישאות ולכתחלה נקבע החיוב על אופן זה, תדע שהרי מיגו דמוכת עץ לאו מיגו היא דהא לא היתה נאמנת לענין כתובה ואפ"ה מועלת לה, וכמש"כ הראשונים ז"ל בשטמ"ק כתובות ט"ז א' דבעלמא לא מהני מיגו כי האי, וא"כ איך נילף בעלמא בברי ושמא דליהני מיגו להוציא, וצ"ע, ובדברי ה"ר יונה בעובדא דרבא בר שרשום כתב דהוי מיגו להוציא אף דהתם הוי ברי ושמא ומבואר דאף בברי ושמא לא אמרין מיגו להוציא.

שם בש"ך אך כיון דבלא"ה הרמב"ן והרשב"א וש"א כו', עיין בגליון הגרע"א ז"ל בש"ך סי' פ"ג סק"ז שביאר שהסוברים דאמרין מיגו להוציא יכולים שפיר לפרש פלוגתא דרבה ור"י כפירוש ר"י שבתו' ור"א ב"א הכריע במיגו זו שהיא מסופקת דלהחזיק מועלת ולא להוציא, וכמש"פ הרשב"ם וכ"ה לפי הרמב"ן, אבל אין ראיה דמפרשים סוגיין בשטר שאינו מקוים וכפי' הרמב"ן והרשב"א, ולפי זה אין ראיה שיש עוד ראשונים דקיימו בשיטת הרמב"ן והרשב"א דבשטר מקוים אף במודה שהוא זיפא נאמן, וכן רמז לזה הגר"א בתחלת דיני מיגו, וכן בריטב"א הנדמ"ח לא ס"ל כפי' הרמב"ן אף דסבר דאמרין מיגו להוציא, [וכ"כ ז"ל בכתובות ט"ז א'].]

ש"ך שם ס"ק כ"ט ומשמע מזה דמי שחייב לחבירו בע"פ כו' אף שפרע לו סתם כו', בפרע לו בינו לב"ע נאמן לומר סיטראי אף בליכא שטר דהתם לאו משום השטר אמרינן דלא חשיב להוציא, אלא דכל שיכול לגבות בטענתו לחוד ואין הלואה נאמן לומר פרעת, תו אי מודה המלוה דקיבל על חוב אחר אינו ענין לתביעתו כלל, והוא נידון לעצמו על המעות שקיבל בחוב האחר ונאמן לטעון עליהם שהיה לו חוב אחר במיגו דלא היו דברים מעולם ותביעתו שתובע עכשיו במקומה עומדת, וכמ"ש לעיל בחלוקה א' בשם הרמב"ן, אבל בשיש עדים שקיבל מעות מן הלואה אלא שאינם יודעים אם בתורת מתנה או פרעון בזה צריכין לכת השטר בצירוף עם המיגו שאין השטר יכול לגבות בלא המיגו, ואמנם הרמב"ן והרשב"א והריטב"א שבועות מ"ב הקשו דהוי מיגו להוציא כה"ג וכמ"ש לעיל בחלוקה ב', ובזה כתב הש"ך דאף להסוברים דכה"ג לא חשיב להוציא היינו דוקא בדאיכא שטר וכמ"ש הרשב"א במיוחסות ר"ס ק', [לפרש טעמיה דהר"י מיגא"ש כי בחידושו כתב דהוי מיגו להוציא], דהטעם משום דשטר כמאן דמוחזק דמי, ובליכא שטר דלא שייך מוחזק תו הו"ל מיגו להוציא דלא אמרינן, ועיין ברא"ש וריטב"א שבועות שם בטעם דלא חשיב מיגו להוציא בטוען סיטראי במיגו דמתנה ומשמע שם דלא כהרשב"א במיוחסות אלא כעין טעם הרמב"ן בסיטראי במיגו דלא היו דברים מעולם עי"ש, ובקצה"ח כאן תמה בדברי הש"ך הללו ולהאמור מבואר.

בקצה"ח סי' ק"נ סק"ב השיג על מש"כ הש"ך שאין לחלק משום דרבא בר שרשום הו"ל שטר דכיון שבשטר אינו יכול לגבות הר"ז כליכא שטר וע"כ למיתי מדין מיגו וש"מ דבכה"ג חשיב מיגו, וכתב ז"ל די"ל דבאיכא שטר אמרינן מיגו להוציא דומיא דסיטראי, ודבריו ז"ל לא נתפרשו בדברי הש"ך הם לענין אי חשיב בכלל מיגו, או דהוי מממון לממון, וזה ודאי מוכח מקו' הרמב"ן דחשיב מיגו, ואין השטר יכול להועיל כלל אם אין כאן מיגו, ואף אי משום מיגו להוציא דיינינן עלה נמי אין זה ענין לסיטראי דהתם יכול לגבות בשטר עצמו והילכך טענת סיטראי אינה מתיחסת לשטר והשטר לבדו מועיל להוציא, משא"כ כאן שבלא המיגו אינו יכול להוציא, וכבר הזכיר הקצה"ח בעצמו סברא זו שכתבה הרמב"ן, לעיל סי' פ"ב סק"י, ובחלוקה ב' שזכרנו לעיל דעת הרמב"ן דחשיב מיגו להוציא אף דאיכא שטרא, וכמש"כ שם, ודברי ה"ר יונה מפורשים באר היטיב בשטמ"ק בעובדא דרב"ש דמשום מיגו מממון לממון ומשום מיגו להוציא אתי עלה, וכתב בהדיא דכיון דבלא השבועה אינו יכול לגבות אם באנו לפוטרו משבועה הוי מיגו להוציא, מתבאר מדבריו ז"ל דאף ביתומים גדולים חשיב מיגו להוציא, אם באנו לפוטרו משבועה וכש"כ ביתומים קטנים אם לא חשיב מוחזק, ובאמת צ"ע על שלא כתב הר"י שם דלא היה יכול רב"ש לגבות קודם שאכל הפירות משום שאין נזקקין לנכסי יתומים ואף דאית ליה מיגו לא עדיף משטר או עדים, והרי לדעת ה"ר יונה לא חשיב מוחזק מחמת תפיסתו בקרקע כמש"כ דחשיב מממון לממון, [והרי הרמב"ן כתב טעם זה אף למאי דס"ל דמהני תפיסה בקרקע, ומיהו בזה כתב הש"ך דלא קיי"ל כן אבל אי לא מהני תפיסה בקרקע לכו"ע אין נזקקין לנכסי יתומים], ושמא רצה לפרש סוגיין דדברי רב"ש אף ביתומים גדולים מתפרשי, דרב"ש לא הזכיר כלל הטעם שהם קטנים רק בדברי אביי נזכר שהיו קטנים, ומשמע דדברי רב"ש אמת אף ביתומים גדולים, א"נ שמא י"ל דמגו דלקוח אהני לגבות מיתמי אף דלא חשיב מוחזק דסו"ס עכשיו הוא בא להשיב הקרקע ליתומים ושפיר מועיל מיגו.

בקצה"ח סימן פ"ב סק"י הביא בשם הנה"מ להקשות במש"כ תלמידי ה"ר יונה בשטמ"ק כתובות פ"ז דה"ט דפוגמת לא מהימנה במיגו דלא פגמה משום דהוי מיגו

להוציא, והא איכא שטרא ובאיכא שטרא הרי מהני מיגו להוציא כדאמרין בסיטראי, וכתב ז"ל לחלק בין סיטראי לפוגמת דבסיטראי לא מרע לשטר מיד, ובאמת נידון פוגמת דמי לחלוקה ג' ולדעת הש"ך מהני מיגו בזה, ומיהו אינו מוכרע וי"ל דפרעון עדיף מתנאי וי"ל דמגרע גרע, אבל בעיקר הקושיא נראה דל"ק דבאמת התם ראויה לגבות בשטר אלא שחכמים אמרו דמיפרע לא דייק והלכך ראוי לחייבה שבועה וטעם זה סגי אף בדאית לה מיגו דמ"מ אין להאמינה כיון דלא דייקא, אלא שכיון דיש לה מיגו לא יתכן לתקן שבועה דנמצא אנו עוקרים דין מיגו, והיינו דקשיא להו ז"ל, ולזה כתבו דאין זו עקירת מיגו דבעלמא נמי מיגו להוציא לא אמרינן, א"נ מיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן, [ולא ניחא להו למימר דכיון דטעי לא שייך מיגו, שאין זה טעות ממש דהא טוען ברי וסבר נמי דקושטא קאמר וכה"ג שייך מיגו, כדאמרין גבי בעה"ב ושכיר דאע"ג דטריד בפועליו מ"מ במיגו דלא שכרתיך מהימן, ועי' בשטמ"ק שם בשם הרא"ש].

יו"ד סי' קס"ט סכ"ה בהגה"ה ואם יש שטר ביד המלוה נשבע ונוטל, הדבר תימא למה צריך שבועה מ"ש מאילו טען המלוה שאינו של רבית כלל דודאי מהימן בלא שבועה דלאו כל כמיניה דלוה לאורועי שטרא וכדאיתא בחו"מ סי' פ"ב ס"י, וה"נ כשאומר בהיתר נעשה היינו נמי ממש כאומר אינו של רבית, והיכן מצינו חשש דכיון דמודה שהוא מענין של רבית חיישינן שמא באיסור נעשה, ואדרבה לעולם כשאומר בהיתר נאמן טפי ואף שבועת היסת אין צריך כמ"ש המחבר כאן דלא שביק היתירא ואכיל איסורא, ואף בשיש מיגו ללוה יש סוברים שאינו נאמן נגד המלוה אפילו במלוה ע"פ עי' בד"מ כאן אות י"ד, ובגליון מהרש"א סו"ס קס"ז, ובב"י כתב בהדיא דא"צ שבועה וכמ"ש הש"ך, וכן בבהגר"א תמה בדברי הרמ"א הללו. - ובגליון הגרע"א ז"ל בחו"מ סי' פ"ב בסמ"ע ס"ק ל"ד הק' למה אינו נאמן במיגו שאינו של רבית כלל, ותירץ דרוצה להרויח שלא יצטרך לישבע היסת אחר הפרעון, דבטוען בהיתר אינו צריך לישבע כדאיתא בשו"ע כאן, אבל קשה דכיון דבאומר דבהיתר נעשה הוא נאמן טפי א"כ למה מרעינן לשטרא ובאומר שאינו של רבית כלל לא מרעינן לשטרא, וכבר כתבנו דדברי הרמ"א תמוהין. - וכתב הגרע"א ז"ל שם דלא הוי מיגו להוציא שאין המיגו אלא לפטור משבועה, ואין כונתו ז"ל דאף במקום שאינו יכול לגבות בלא שבועה לא חשיב להוציא, שה"ר יונה כתב בהדיא דכל שאינו יכול לגבות בלא השבועה אם באנו לפוטרו מן השבועה במיגו חשיב מיגו להוציא וכמ"ש"כ לעיל אלא דהכא כיון דאי שתיק גובה עם השטר לא חשיב להוציא ודמי לחלוקה ג' שכתבנו לעיל ואף לדעת הבעה"ת הכא עדיף דלא מרע מלוה לשטרא כלל.

ה) מיגו להוציא לא אמרינן אף היכא שבטענת המיגו היה חשיב מוחזק, וזה מבואר במש"כ תו' ב"מ ב' א' דאינו נאמן חציה במיגו דכולה משום דהוי להוציא דעכשיו לפי דבריו שניהם מוחזקים בחצי ונמצא שאינו מוחזק אלא ברביע, ואף דאם היה טוען כולה שלי הוי חשיב מוחזק בחצי, וכן יש ללמוד מדברי ה"ר יונה בעובדא דרב"ש ב"ב ל"ב ב' שכתב דקרקע אין בה תפיסה בתורת משכון ובחזקת בעליה קיימא והלכך אף שיש לו בה מיגו דלקוח מ"מ אין גובה ממנה דהוי מיגו להוציא, ואף שאם היה טוען לקוח הוי מוחזק, [ועי' במש"כ לחלק מהא דמלוה אומר חמש ולוה אומר שלש דהתם לא חשיב להוציא כיון דתחלת החזקתו בקרקע היתה לחמש חשיב מוחזק, אף דבעלמא בקרקע לא מהני תפיסה בתורת משכון, ועי' לעיל סק"ב], ומיהו אנן קי"ל דבקרקע נמי מהני תפיסה בתורת משכון וכל היכא שיש לו מיגו דלקוח נאמן ולא חשיב להוציא וכמ"ש"כ הש"ך סי' ק"נ סק"ג נתבאר לעיל

סק"א, [ועי' לעיל סק"ב, ובש"ך בדיני מיגו אות א'].

(ו) בקצה"ח סי' פ"ב סק"ט הק' בהא דסי' קל"ח ס"ח בהגה"ה דנאמן לומר שהשכירו לו בפני פלוני ופלוני והלכו למדה"י במיגו דחטפו, והא הוי מיגו להוציא, ויעוי' בשטמ"ק בדין זה בב"מ ו' בשם תלמיד ה"ר יונה שכתב בשם ה"ר יונה דאף אם אומר זה שאינו אוחד שמכרו לחבירו ועדיין לא שילם לו נאמן במיגו דאי בעי אמר שחטף ממנו, ולא הוי מיגו להוציא דכל שנאמן לומר שחטף ממנו חשיב הוא מוחזק וכמו בתפס בעדים דלא מהני תפיסה ובחזקת מרא קמא קיימא, וכתב שזה דומה לראובן שמוחזק בקרקע ואומר שאמת הוא שמכרה לשמעון ועדיין לא שילם לו דנאמן להוציא הממון משמעון ולא חשיב להוציא דקרקע בחזקתו קיימא כיון שאין לשמעון לא שטר ולא חזקה, וצ"ע למה כתב דראובן מחזיק בקרקע הא לפי המשל בסוגיא יש לפרש בשמעון המוחזק, ומ"מ אינו נאמן כיון שאין לו טענה להחזיק במה שתח"י בלא הודאת ראובן, ונראה דבמת זה שאינו מחזיק קודם ששאלוהו אם חבירו חטף ממנו או שהודה לו, דמוציאין מחבירו ונותנים ליורשים דכיון דנפקו מבית דין כשהם נחלקים וכל אחד רוצה לזכות בכולה תו לא מהימן לומר דחבירו הודה לו, אף בשאין חבירו קמן להכחישו, וכ"מ ממה שדימה הר"י ד"ז לקרקע, והתם ודאי הקרקע בחזקת ראובן אף בלא טענה, ואם כן הדבר פשוט דחשיב מוחזק, ויעוי' בקצה"ח שכתב ג"כ על דרך זה דהכא לא חשיב כ"כ להוציא.

(ז) כתובות ק"ט ב' הוה טעין ואמר חזרתי ולקחתי ממנו כו' דאר"י אם טען כו', אי טענינן ליתמי מזוייף וכדקיי"ל בחו"מ סי' ק"ו ע"כ איירי הכא בשטר מקוים, [ועי' רא"ש כאן ובק"נ], ואין להאמינו שלקח אם לא באכל שני חזקה והלכך ע"כ לפרושי באכל שני חזקה וזו כונת הרי"ף וכמש"כ הר"ן, והנה אי אכלו היתומים שני חזקה וידוע שהחזיק אביהם יום אחד הו"ל ממש מתני' דב"ב מ"א א' דהבא מחמת ירושה א"צ טענה, וע"כ בשעמד אביהם בדין עם זה שטוען עכשיו ולפי שלא מצאו ראיה הוחזרה השדה לרשות אביהם, ועכשיו שמצאו הראיה דעשאה סימן לאחר חזרו לדון, ובזה יש מקום לומר דאין נאמן לומר דחזר ולקח דהוי כחוזר וטוען, דכיון דזכה בשדה לא עביד להודות ולחזור ולקנות, ואמרינן שאין הדבר כן, ואילו הוה אבוהון טעין דחזר והודה אחר שהעמידו ב"ד השדה ברשותו וחזר ולקח הימנו היה נאמן והלכך גם עכשיו טענינן ליתמי, ודברי ר' יוחנן הם בעלמא דהטוען על השדה וזכה בה ואחר ג' שנים חזר המערער והביא ראיה נאמן לטעון דחזר ולקחה הימנו, והא דתניא בתוספתא הובאה בשו"ע סי' קמ"ו ס"ט האוכל שדה מחמת אונס ונמצאת אונס פסולה אין זו חזקה התם בטוען שמחמת שטר זה מחזיק בה אבל אם טוען עכשיו שחזר ולקחה נאמן, כן צריך לפרש, וזו נראה כונת תו' ב"ב ל' א', [ברי"ף ליתא בתחילת העובדא דאבוהון ערער ושכיב, ואי גרסינן לה מתפרש שערער וזכה והועמדה השדה ברשותו ולאחר שלש שנים הביאו שטר שעשאה בו סימן ותבעו להחזירה להם], אבל הדבר תימא למה יחשב חזקה כה"ג והרי המערער מיחה ולא זכה בטענתו והרי הוא מחפש שטרו או עדים, וכל אימת שהביא ראיה לסתור הדין יש להחזיר לו השדה, וכי מה היה לו לעשות קודם שמצא שטרו, והרי אף אם ימחה מי ישמע לו אחרי שלא זכה בדין, ובפשוטו מתפרש האוכל שדה מחמת אונס כו' דכיון דאכילתו מחמת טענה זו לא חשיבא חזקה אם הטענה נתבטלה ולא כל כמיניה למימר שהחזיק מחמת טענה אחרת כיון שידענו שמחמת טענה זו נחת לה, אבל אם עומד בדיבורו שמחזיק מחמת שטר זה הו"ל כחזקה שאין עמה טענה ועוד גרע דהא מה שהחזיק בטעות היה, ולא איצטריך לאשמועין, אלא משמע דאשמועין שאין זו חזקה כלל אף בטוען טענה אחרת, [ועוד הערוני דהיינו ממש

גזלן דאין לו חזקה כדאמר ב"ב מ"ז א' בהחזק גזלן על שדה זו], לכך נראה לפרש סוגיין דאיירי דשטר שעשאו בו סימן היה מאוחר מערעורו ואינו מבטל מה שזכה אז בטענתו ובזה אם טוען שחזר ולקחה שפיר מהימן כיון שלא נתברר שלא החזיק כדין, אף שלפי דברי המערער החזיק שלא כדין ולא היה למערער מה לעשות אחרי שכבר מיחה ולא קיבלו ב"ד דבריו, ודברי ר' יוחנן שנשנו סתמא צריך לפרש דבגוונא כי האי אמרה ועי' רא"ש ובק"נ שם וצ"ע, שוב מצאתי שכ"כ בנה"מ. ולו"ד הראשונים ז"ל היה אפשר לפרש דהכא אביהן של היתומים טען ששדה זו של אבותיו היתה, ואח"כ כשמת הביאו שטר שעשאו בו סימן ואמר האפוטרופס דלא הוי חוזר וטוען אי טען תלם אחד ע"פ כולה מכרתי לו דיתפרשו דבריו שאמר של אבותיו על כל שאר השדה, א"נ אף אי הוי חוזר וטוען מ"מ אינו מפסיד כיון שהוא מוחזק ושטר שעשאו בו סימן אינו מוכיח אלא על תלם אחד על פני כולה, וטען תו דיכול לומר מכרתיה לך וחזרתי ולקחתי ממך ולא הוי חוזר וטוען כיון דבאמת של אבותיו היתה אלא שבאמצע מכרה לאחר וחזר ולקחה, ושפיר קרי לה של אבותיו, וצ"ע.

ח"מ סי' קמ"ז ס"ג בהגה"ה או שהתלם בידו והחזיק בו אח"כ נאמן, הרב סתם ולא פירש מש"כ תו' ב"ב ל' א' דהכא מיירי שכבר עמד בדין וטען שלא מכרה לו וכמש"כ לעיל דאיירי בשעשאה סימן לאחר שזכה בדין ועכשיו לאחר שלש שנים שעשאה סימן הביאו השטר הזה לב"ד, ובזה הוא דאיצטריך לאשמועין אבל באופן שכתב הרב היינו מתני' דחזקה שיש עמה טענה, וכמש"כ תו'.

ח"מ סי' קמ"ו סכ"ה בהגה"ה אפ"ה הוי חזקה דשמא אח"כ חזר וקנאה כו', כאן מיירי שראובן החזיק שני חזקה בשדה וטען שקנאה משמעון, דאף שיש עדים או ראייה דפעם לקחה משמעון בקנין שנתבטל מ"מ לא נתבטלה חזקתו דאפשר שחזר וקנאה שהרי לא ידענו שהחזיק בה מחמת הקנין ההוא שנתבטל ותלינן שהחזיק מחמת קנין אחר שלא נתבטל אבל אם ידענו שהחזיק מחמת הקנין ההוא כגון שידענו ששמעון תבע השדה והביא ראובן עדים מן הקנין, [שעכשיו ידענו שנתבטל אח"כ], והעמידו השדה בידו, בזה כיון שעכשיו ידענו שראובן החזיק בה שלא כדין שהקנין ההוא לא היה קנין אף אם טוען שחזר וקנאה ממנו בקנין אחר אינו כלום, דהרי ידענו שהחזיק בה שלא כדין ושמעון לא היה יכול להועיל כלום וזה כדין גזלן דאין לו חזקה והיינו הא דלעיל ס"ט דהאוכל שדה מחמת שטר ונמצא השטר בטל אין לו חזקה והיינו אף בטוען טענה אחרת דאל"ה היינו חזקה שאין עמה טענה וכמש"כ לעיל עיי"ש.

ח' בנה"מ בדיני מיגו כתב דמרא קמא המסתייע במגו להוציא קרקע ממוחזק (פחות מג"ש עי' תו' ב"מ ק"י א') לא חשיב להוציא, ונסתייע ממש"ק תו' ב"ב ל"ה ב' בדלי ליה צנא דפירי למה לא מהימן במגו דלפירות הורדתיך, הרי דלא חשיב להוציא, ונראה דשאני התם דקרקע בחזקת מרא קמא קיימא כיון שאין לזה לא שטר ולא חזקה, ומה דדלי ליה צנא דפירי אינו מוכיח על הקרקע כלל, ואף ביתמי שאין יודעים כלום היינו מוציאים הקרקע מן המוחזק דשמא לפירות הורידו וכדאמר כתובות ק"ט ב' דטענינן תלם אחד הודיתי לו, וה"נ הכא טענינן לפירות הורידו, וכיון דבלא כל טענה הרי הקרקע בחזקת מרא קמא ודאי לא חשיב להוציא, אבל היכא דבלא טענה היתה השדה נשאת ביד המחזיק ועכשיו בא המרא קמא במגו להוציאה מידו שפיר אפשר דחשיב להוציא.

אבל הקצה"ח סי' פ"ב ס"ק י"ג הביא ראייה דלעולם בקרקע לא חשיב להוציא אף אם נתבטלה חזקת המרא קמא, והוא ממש"פ תו' כתובות ק"ט ב' דאיירי התם באין

כת"י יוצא ממק"א ונאמן לומר חזרתי ולקחתי במגו דמזוייף, אף דלפי' תו' איירי דאין היתומים מוחזקים, וגם אין כאן מרא קמא כיון שהודה שמכרו לו אלא שטוען דחזרה ולקחה, ובאמת זו קו' למה אמנם לא חשיב להוציא, והא לפירוש תו' התם לא טענינן מזוייף כל דלא טעין איהו בעצמו, וא"כ קרקע בחזקת מוציא השטר קיימא, ומה דאילו טעין מזוייף הוי איהו מוחזק לא סגי בהכי וכמש"כ לעיל סק"ה, ולא משמע לחלק כיון דאין לו לא שטר ולא חזקה אלא שטר שעשאה בו סימן לאחר גרע חזקתיה ולא חשיב מוחזק כ"כ, דל"מ כן בדעתם ז"ל שלא הזכירו לחדש כן כלל, וכן ברא"ש שם פי' כפי' תו' אף דדעתו ז"ל דלא אמרינן מיגו להוציא, וצ"ע, ובקצה"ח שם כתב ללמוד מזה דלא חשיב מוחזק לענין מיגו להוציא אלא בשמחזיק ממש ולא בקיימא באגם, ול"מ כן, ועי' בתשו' ריב"ש סי' של"ו שדן לומר דאף בשהפירות ברשותו וטוען לקוח ויש לו מיגו מ"מ יחשב להוציא ע"י שהקרקע בחזקת השני עי"ש, ועי' לקמן סק"ט.

ט) ש"ך דיני מיגו אות א' ר"ל אם אכל פירות הקרקע כו', עי' ריב"ש, וצ"ע מה נידון שייך בזה הא הפירות בידו וטוען לקוח ויש לו מיגו שאינם תח"י, ומה ענין זה למיגו להוציא ומה בכך דקרקע בחזקת בעליה קיימא הרי אף בקרקע גופא אי טוען לקחתי ואית ליה מיגו מהימן, ולא זו בלבד אלא אף בטוען שתופס הקרקע על חוב אחר נמי לא חשיב להוציא בזמן שמחזיק בקרקע ויש לו מיגו דלקוח וכמש"כ הש"ך סי' ק"נ סק"ג בעובדא דרבא בר שרשום עי' לעיל סק"א, כש"כ בתופס הפירות והר"ז ממש אין חטפי ודידי חטפי, ואף בפקדון דליכא עדים וראיה מהימן לומר לקוח במיגו דהחזרתי.

י) בש"ך סי' קל"ג ס"ק י"ג כתב דהיכא דמחזיר הדמים אמרינן מיגו להוציא דבתו' ב"ב נ"ב ב' וכן בב"מ קט"ז א' לא כתבו בפשיטות דהוי להוציא והיינו מטעם זה, וכן מוכח ברא"ש דס"ל דאם טען גנובים ממני נאמן במגו דשאלים אף דהרא"ש ס"ל דלא אמרינן מיגו להוציא, וצ"ע דלעולם כשאינו חפץ להחזיר החפץ תמורת הדמים סתמא דמילתא החפץ שוה יותר, ומ"ל להוציא פרוטה מ"ל להוציא מאה מנה, וכש"כ התם שאינו נוטל אלא דמים שנתן, לעולם יתכן שקנה בזול קצת, ועיקר הדבר שהאדם רוצה בחפץ טפי מבדמיו גם הוא זכות בעלות והוי להוציא, וגם הק' בקצה"ח סי' פ"ב ס"ק י"ב דמשמע דאף סיפא דמתני' דריש ב"מ מיתוקמא אף במו"מ, ומ"מ כתבו תו' הטעם דאינו נאמן חציה במיגו דכולה משום דהוי מיגו להוציא ומבואר דאף שאינו מפסיד דמים דהא שקיל זוזי מתרווייהו מ"מ חשיב להוציא, ודעת הרא"ש יש ליישב לפי הטעם השני שכתב הש"ך שם דלא חשיב מוחזק כ"כ, ויתכן שיש לתלות דין זה בדין אומן שאין לו חזקה אי מוציאין ממנו בטענת שמא כגון יתמי שאינם יודעים אם אביהם מכרו לו או שנתנו לו לתקן, וכן בכל אדם בדברים העשויין להשאל ולהשכיר דאי נימא דמוציאין ממנו א"כ חשיבי החפצים בחזקת המערער ולא חשיב להוציא כיון שבלא כל טענה מוציאין מיד המוחזק, עי' לעיל סק"ו, אבל אם נימא דבלא טענת ברי אין מוציאין מן המוחזק א"כ חשיב שפיר מוחזק ולא אמרינן מיגו להוציא ממנו, וצ"ע, [בקרקע שהיתה ידועה שהיתה של אביהם והיא עכשיו ביד אחרים ודאי מוציאין אף שאין להם טענת ודאי כל שאין למחזיק עדות או שטר וזה מבואר בעובדא דרבא בר שרשום שכתבו תו' ושאר ראשונים דאיירי שטוענים טענת ספק, ומ"מ דוקא באחזיק ג' שנים כמש"פ הראשונים ז"ל שם ואף בזה דנו הרמב"ן והרא"ש שם אם מקבלין עדות כיון שהיתומים קטנים ויצא קול דשלהם הוא, אבל בלא החזיק שלש שנים ודאי מוציאין ממנו אף בטענת ספק של היתומים].

יא) ב"מ ב' א' זה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי כו', בנמו"י כתב לתרץ קושית תו' דליהמניה במיגו דכולה שלי, דאין זו מיגו דאינו מעיז כולי האי, ואין להקשות הא בגמ' חשבינן לה מיגו לפוטרו משבועה אי לאו דאיערומי קא מערים, דכיון דשבועה זו תקנת חכמים שלא יהא כל אחד תוקף בטליתו של חברו שפיר ס"ד לפוטרו משבועה בטוען חציה דאי תקף בגזלנותא הוי טוען כולה שלי, לכך אמרינן דאי נפטרנו משבועה א"כ אתי לאיערומי ולתקוף ולטעון חציה הלכך ראוי לתקן שבועה בכל גווני, אבל מגו ממש לא הוי לזכותו בממון, דאינו מעיז, ועי' חו"ב ב"ק ק"ז א' סק"ג.

ל"ג א' לסוף אודי ליה דאיהו קריב טפי כו', לגירסא זו קשה מה דנו לענין הפירות, הרי מעצמו היה לו להחזירם לאחר שהודה דראב"א קריב טפי, ומה התרעם ר"ח עליה דראב"א שביקש הפירות, ובדוחק אולי אפשר לפרש דאודי לאו דוקא, אלא שהסכים לדון כאילו ראב"א קריב טפי, אף שהוא נשאר בשלו דאיהו קריב טפי, או דעכ"פ ספק הוי, ואר"ח דהסכמה זו אינה מועילה אלא מכאן ולהבא, אבל הפירות שמודה שאכל עדיין טוען דדידיה אכל דאיהו קריב טפי, וק"ק לפ"ז טעמייהו דאביי ורבא דכיון דאודי אודי, הא לא אודי ממש, וכבר כתבו תו' דל"ג דאיהו קריב טפי, דא"כ קשה טעמייהו דאביי ורבא.

ולגירסת ר"ח לסוף אייתי סהדי דאיהו קריביה, ומתפרש דראב"א הביא עדים שהוא קרוב, ואידך לא מצא עדים שהוא קרוב, ודיינינן בזה אין ספק מוציא מידי ודאי, וכדין ספק ויבם בנכסי סבא יבמות ל"ח א', לפ"ז היה אפשר לומר דגם אם יש עדים שאכל, שלא נוציא ממנו, דכיון דסו"ס עדיין ספק לפנינו מי קרוב טפי, אלא דדיינינן אין ספק מוציא מידי ודאי, י"ל דאין טענה זו מועלת להוציא מה שאכל עד שלא הביא שכנגדו עדים דאיהו קרוב, וגם בספק ויבם י"ל דאי תפס ואכל לא מפקינן מיניה, אבל גם אם התם מפקינן מיניה, י"ל דהכא עדיף כיון דאכל עד שלא נתברר דראב"א ודאי, ועוד דהתם היבם ודאי, ואילו הכא אם איהו קרוב טפי, אין לראב"א בכאן כלום, אבל בגמ' אמרו בטעמיה דר"ח אמאן קא סמיך מר אהאי הא קאמר אנא מקרבנא טפי, והיינו דאית ליה מגו דאי בעי אמר לא אכלתי, ומשמע דאי איכא עדים דאכל חייב להחזיר, וכש"כ דמאביי ורבא מוכח כן, ונראה הטעם משום דבדאיכא עדים דראב"א קרוב, ולאידך אין עדים, לא חשבינן לאידך גם לא כספק, והר"ז כאדם מן השוק שבא לומר שהוא קרוב, ולפי זה אכתי יש מקום לומר דבספק ויבם בנכסי סבא, תועיל תפיסה, כיון שכבר הוחזק כספק, וצ"ע.

וטעמייהו דאביי ורבא לפי מה דנקטו הר"י והרשב"א והג"א דה"ה בכל מחזיק בשדה שטוען מינך זבינתה ואכלתיה שתי שנים, דחייב להחזיר הפירות, ולא מהני ליה מגו דלא אכלתי, ע"כ לפרש דכיון דהשדה והדקל יוצאים מתחת ידו, לא מהניא ליה מגו לפירות, דהוי תרתי דסתרי, דכיון דאין הדקל והשדה שלו, לא יתכן שהפירות תהיינה שלו, אבל קשה לזה מהא דטוען מינך זבינתה ואכלתיה שלש שנים ולית ליה סהדי דהקרקע חוזרת ולא הפירות כמ"ש תו', והטעם שכתבו משום דאי מהימנינן ליה שאכל שלש שנים דין הוא שגם השדה תשאר בידו, אמנם טעם יפה הוא, אבל הרי מ"מ חזינן דלא איכפת לן לקיים תרתי דסתרי בין הפירות והשדה, דהא קושטא הוא דאכל הפירות ולא מחייבינן ליה להחזירם, גם לא מה שעד השלש שנים, וא"כ למה לא נדון כן גם בטען שאכל שתי שנים, כשיש לו מגו שלא אכל.

ולו"ד הראשונים הנ"ל, היה נראה דגם בטוען מינך זבינתה ואכלתיה שתי שנים, דאין מוציאין ממנו הפירות כשאין ידועה אכילתו אלא על פיו, וכמו בטען שאכל

שלש שנים, דלעולם כן הדין דקרקע בחזקת בעליה קיימא, והפירות מועיל להם מגו לפטור את האוכלן, והכא בעובדא דראב"א שאני, דלא אירע שום דבר מחודש מעידן דשכיב קריביה עד דאתו סהדי שהוא קרוב, וכשם דלאחר דאתו סהדי ודיינינן לראב"א כודאי יורש וההוא גברא כספק ואין ספק מוציא מידי ודאי, אם יאכל פירות בסתר ואח"כ יודה שאכלן נחייבו להחזירם, ה"נ כשאכלן עד שלא באו העדים, דמה שאכל מכח כל דאלם גבר אין נותן לו יתרון, והרי עכשיו שבאו העדים אנו חוזרים לתחלת הדין ואין ספק מוציא מידי ודאי, ויש להחזיר מה שאכל, ולא דמי לטוען שלקח השדה, דלפי דבריו אכל בהיתר שנחתחדשה המכירה, ואף דלא מהימנינן ליה על השדה, אבל על הפירות שאכל ויש לו מגו שלא אכל שפיר יש להאמינו, ולא איכפת לן שלא להשוות דין השדה והפירות, ובעליות הר"י אמנם משמע דדין טוען שאכל שתי שנים דחייב להחזיר הפירות אינו מוכרח מן הגמ' אלא שכן דעת ר"י, והיינו אף לגירסת ר"ח ופירוש, דאיירי שהמחזיק טוען ודאי דאיהו קריב טפי.

ולפ"ז לית לן לחדש פלוגתא בין ר"ח ואב"י ורבא לענין אכל שדה שתי שנים וטוען שלקחה ואין ידועה אכילתו אלא על פיו, אם חייב להחזיר הפירות, דלהראשונים הנ"ל לר"ח ע"כ אין צריך להחזיר, ולאב"י ורבא צריך להחזיר, אבל למש"כ לכו"ע אין מחייבין אותו להחזיר וכמו בטען שאכל שלש שנים, ופלוגתתן רק בנידון דראב"א וכמש"כ בטעמא דמילתא, (וניחא השתא הא דאר"ח זהו שאומרים עליו אדם גדול הוא, דמתפרש שפיר טפי אם הוא נידון פרטי בהך עובדא, דס"ל לר"ח דאין לחלק בין עובדא דראב"א לטוען שלקח השדה ואכל שתי שנים, אבל אם בכל טוען שלקח ואכל שתי שנים פליגי, דס"ל לראב"א דיש להשוות דין הפירות לדין השדה, אין כ"כ מקום לתרעומת, וגם בגמ' היה ראוי לשנות פלוגתתם בכל לוקח שאכל שתי שנים), ולכך קבעו בגמ' פלוגתתן בהך עובדא.

וברמב"ן ור"ן ונמו"י מבואר דהא דלאב"י ורבא חייב להחזיר הפירות, הוא רק משום דלפירושם גם הוא בעצמו מסופק אם הוא קרוב כראב"א, אבל אם היה טוען ודאי לא היה צריך להחזיר, וכ"מ בבעה"מ, וכבר כתב כן הש"ך בסי' קל"ט סק"ה, ובסימן קמ"ה סק"ב, והביא דגם דעת הריב"ש כן, ושכן מבואר ברשב"ם, וסיים שכן עיקר לדינא, והיינו בטוען לקוחה ואכל שתי שנים, דבדליכא עדים אלא בהודאתו אינו חייב להחזיר הפירות.

צ"ע ברי"ף וברא"ש שהעתיקו הגירסא א"ד לסוף אודי ליה דאיהו קריביה טפי, ובתר הכי גרסי אמאן קא סמיך מר אהאי הא איהו אמר אנא מקרבנא טפי, ודוחק לומר דכונתם כפי' רשב"ם דאודי לאו דוקא, ועי' בפסקי הרא"ש שהעתיק כפי' תו' בגירסת הר"ח, וכן בטור סי' קל"ט, גם ברמב"ם פט"ו מטוען ה"ג צ"ע שלא הזכיר כלל דאין ידוע שאכל אלא על פיו, וגם העתיק שבאו עדים או שהודה שהשני קרוב טפי, וכי לכך אנו צריכין, ומה פתחון פה יש שלא להחזיר הפירות, וכי שייך לומר דר"ח פליג בהא.

הרשב"ם דחה פיר"ח דרהיטת הגמ' שהיה ידוע בעדים שההוא אכל פירות עד השתא, ואמנם לא הוזכר כלל בגמ' הודאה על אכילת הפירות, ולשון הגמ' א"ל ליהדר לי פירי דאכל מההוא יומא עד השתא, משמע שבידוע היה שהדקל מההוא יומא היה אצל ההוא, [ולא משמע שהיה יכול לטעון שלא היו עליו פירות].

ולפירוש רשב"ם נראה דיש לפרש לסוף אודי ליה דאיהו קריב טפי, דאין ר"ל שהוא מעיד דאמנם ראב"א קריב טפי, דא"כ היה מעצמו מחזיר לו הדקל עם הפירות, אלא דנסתלק מתביעתו ואודי ליה שיאמר בב"ד דאיהו קריב טפי והוא לא יערער, וכ"מ מהא דאמרינן אוקמה ר"ח בידיה, והיינו שחזרו לדון בב"ד ואמר ראב"א שהוא

קרוב טפי ואוקמה ר"ח בידיה, והוי סבר ר"ח דאין זו הודאה לחייבו להחזיר הפירות, דהוא עדיין לא הודה דראב"א קריב טפי, וראב"א בטענת עצמו זכה עכשיו בדקל, ולא סגי בהכי להוציא את הפירות מזה שאכלן, ואביי ורבא סברי דכיון דאודי אודי וסגי בהכי גם להוציא את הפירות כיון שזוכה בדקל בטענת דאיהו קריב טפי. ל"ג ב' זה אומר של אבותי כו', א"ה, עי' מש"כ לעיל ל"א א' בהא דכפלו בגמ' הך עובדא.

שם אמר ר"ח מה לו לשקר כו', נראה דר"ח לא קאמר לה אלא כשהעדים אין מעידים שבידוע שעכשיו אין השדה שלו, אלא שמכחישים מה שאמר של אבותי, אבל אכתי כיון שאכלה שלש שנים יתכן שהיא שלו, [דחזקה שאין עמה טענה דלא מהני הוא משום דאף לפי טענתו אינה שלו, ועי' לעיל כ"ח ב' דפריך דגם חזקה שאין עמה טענה תיהוי חזקה, ועי"ש בתו', ומ"א א'], ובזה ס"ל לר"ח דמהני מגו שלא להוציאה מתח"י, אבל כשעדים מכחישים אותו בבירור, מודה ר"ח דע"פ שנים עדים יקום דבר, הוא גם כנגד מגו. (שבועות ל"ח ב' מתוה"ד).

שם אר"ז אם טען ואמר לפירות ירדתי נאמן לאו מי אר"י האי מאן דנקט מגלא ותובליא ואמר איזיל איגדריה לדיקלא דפלניא דזבניה ניהלי מהימן לא חציף אינש כו', משה"ק תו' דמאי איצטריך לטעמא דלא חציף ומ"ש מכל מטלטלין שאין עשויין להשאיל ולהשכיר דנאמן לומר לקוחין הן בידי, יעוי' בהגהמ"י פ"ט מטוען ה"ו בשם ריצב"א שתירץ דהא דנאמן במטלטלין לומר לקוחין הן הוא משום דסתמא אמרינן דבעה"ב נתנם לו ומדעתו הם בידו, אבל בידוע שבעל השדה איננו, וזה נכנס ונטל הפירות שלא בפני הבעה"ב, אין להאמינו שלקחן ברשותו אלא בטעמא דלא חציף אינש, וכן מבואר ברי"ף פרק כל הנשבעין בשער העשירי שם דהוכיח מכאן דנטל שלא בפני הבעלים לא מהימן לומר לקוח אלא בדאיכא טעמא דלא חציף, והוכיח כן גם מכל גודרות דאין להם חזקה דאמרינן שמא מנפשייהו עיילי, כש"כ בדחזינן שנטלן בעצמו שלא בפני בעה"ב, וכן פסק בשו"ע סי' צ' סי"ד וברמב"ם פ"ד מה' גו"א הי"ב, ומה שתירצו תו' דאיצטריך לטעמא דלא חציף כשלקט הפירות והניחן ברשות שאינו שלו, קשה דמה בכך כיון שכבר זכה בהן בלקיטתו, הר"ז כאילו הן ברשותו, וגם הרי רב זביד אמר למילתיה בדומיא דמעשה דההוא גברא דאייתי סהדי דאכלה תרתי שני, ומה הוצרך לזה לדרב יהודה, כיון שכבר אכל הפירות, ומיהו אם לקט הפירות שלא ביד או ע"י פועלים עכו"ם, ומונחים ברשות שאינו שלו, בזה שייך לומר דאיצטריך לטעמא דרב יהודה דלא חציף כיון שעדיין לא זכה בפירות, ואולי זו כונת תו', וכ"מ שפירש כונתם בנתה"מ סי' קל"ז סק"א, ושם משמע דאפילו הפירות בשדה של הבעה"ב, נמי נאמן מטעמא דלא חציף, אע"ג שבעל השדה קמן ומוחה, אבל בלשון תו' ל"מ כן, ועי' להלן.

והנה מדרב זביד שמעינן דהא דאר"י דנקט מגלא ותובליא ואמר איזיל כו' הוא לאו דוקא, וה"ה כל לוקט פירות משדה חבירו וכמ"ש בתוד"ה לא חציף, [ומיהו ברמב"ן כתב דאמר דוקא, אם לא שהחזיק זמן מרובה דבזה אמרינן לא חציף גם בלא אמר], וצריך טעם לפ"ז למה נקטיה ר"י בהאי לישנא, ובאמת דלישניה דר"י דנאמן משמע דגם עד שלא לקט כבר נאמן, ובשו"ע סי' קל"ז ס"ב כתב שאין ב"ד צריכים למנעו, אבל צ"ע וכי ב"ד שומרי השדות של כל אדם הן, ואטו אם יטעון שקנה את השדה ולא רק את הפירות מי צריכים ב"ד למנעו, משום שאינו נאמן בכך, ובשו"ע שם ס"ג כתב אמנם דבאומר שהולך לכרות האילנות ב"ד מוחין בידו, ואם אמנם כשב"ד יודעים שאדם הולך לגזול את חבירו חובתם למנעו, אבל כשאינם יודעים מאומה למה להם להחזיקו בגזלן ולמנעו, יבא בעל השדה ויעמוד על שדהו.

ואפשר לפרש דר"י אשמועינן דכל אדם רשאי להאמינו ולסייעו בגדירת התמרים משדה חברו אם בחנם אם בשכר, דחזקה דלא חציף נותן לו נאמנות, והנה אשמועינן דגם עד שלא נכנס לשדה ולא נטל הפירות הוא נאמן לומר שקנה את הפירות, וזה באמת רק בנקט מגלא ותובליא ואמר איזיל איגדריה כו', ומשום דעושה בפרהסיא ביד רמה, אבל בלוקט הפירות אינו נאמן אלא על הפירות שלקט, והיינו דרב זביד.

שם א"ה ארעא נמי, כבר הקשו תו' דהא גם אפירות אינו נאמן בזמן שבעה"ב קמן ומכחישו, וא"כ איך יזכה בארעא כשבעה"ב קמן ומכחישו, ותיצו דפרכינן דטענתו אארעא תועיל לפירות שאכל, וקשה לפ"ז דא"כ יש לפרש דמשני דכיון דטענתו אארעא לא מהני לארעא, הלכך בדין הוא שלא תועיל לפירות, וא"כ מה הוצרך לומר טעמא דאחוי שטרך, הרי מעיקרא נמי הוי פשיטא ליה דארעא מפקינן מיניה, ושמא ס"ד דסברא דלא חציף תועיל לומר דטענתו אארעא היתה נכונה בשתי השנים, ובשנה שלישית מפקינן לארעא מיניה מכאן ולהבא, וכאילו חזר ולקחה, או שהיתה מכורה לזמן או בתנאי, לכך מפרשינן דטעמא דמפקינן מיניה משום אחוי שטרך וזה מעיד דלמפרע לא היתה שלו, ואיתרע לה טעמא דלא חציף, אח"כ ראיתי בעליות הר"י שפירש דפרכינן דטענתו אארעא נהי דאינה מועלת אארעא משום דחשיב להוציא, אבל תועיל אפירות דחשיב להחזיק, ומשני דמשום טענת אחוי שטרך ריע טענתיה ולא מהני אפילו להחזיק.

והרמב"ן והרשב"א פירשו דארעא פרכינן שיזכה בה משום דלא חציף וש"מ דקושטא קאמר, ולא יצטרכו לחזקת שלש שנים, [אא"כ המערער יטעון לפירות הורדתין], ומשני דטענת אחוי שטרך אלימא מהא דלא חציף, וא"ת לפ"ז בטוען המחזיק לפירות הורדתני לשלש שנים, ואכל שנה או שתיים יהא נאמן מטעמא דלא חציף, דהא ליכא טענת אחוי שטרך דשטרא לפירי לא עבדי אינשי, ולא מילתא היא דכשטוען לפירות הורדתני לא חשיב כלל כמוחזק בשדה, ולא מהני טענת לא חציף אלא על מה שלקט ולא על העתיד, ובאמת לא יחצוף ולא ילקוט.

סוגיא דב"ק צ"א ב' מתפרשא בפשוטו בפעולה שאין בה אלא היזק, וכמו שורי הרגת, כן נמי נטיעות קצצת, ולא שייך לדון דהו"מ למימר מכרת אותם לי לקציצה, דקציצה זו אינה אלא הפסד, וצ"ע בתו' דלא נקטו כן, וכן מיירי התם באיכא עדים דהרג וקצץ, דאל"כ לא שייך לומר לא שבקת חיי לכל בריה, אם באיכא עדים יהא חייב, ומיהו בדליכא עדים אי מהני ליה מגו דלא הרגתי ולא קצצתי לפוטרו, עי' בזה ברמב"ן בשם ירושלמי שבועות, ועי' בשו"ע סי' שפ"ב, ועי' בתו' שבועות מ"ו א' ד"ה עביד ובמש"כ שם. - ועי' מש"כ בב"ק צ"א ב'.

ל"ד א' וכיון דאמר דחטפה הו"ל כגזלן, ברשב"ם פי' שהוא פסול לגבי שבועה זו כגזלן בכל שבועות, וכן פירש רש"י בשבועות ל"ב ב', אבל קשה למה לו להזכיר גזלן למשל למי שמודה לדברי העד ומחמת זה אינו יכול לישבע, אבל באמת בפשוטו יש לפרש דהא דקאמר דהו"ל כגזלן שב לעיקר הנידון דכיון דלא מצי לישבע דהא מודה, תו הדרינן לדברי העד שחטף והוא גזלן וחייב להחזיר, [ולשון הגמ' בשבועות שם לפנינו וישתבע כיון דאמר אין חטפי ודידי חטפי הו"ל כגזלן, ולשון זה משמע כפירושם ז"ל, אבל נראה דיש לגרוס בשבועות כדגרסינן בסוגיין], וזה פירוש תו' בשבועות שם.

ואפשר דאי מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם נמצא כאילו העד קם לממון וחשיבא הנסכא בחזקת הבעלים וכאילו הוא מוחזק, דחטיפה אינה מחזקת את הדבר ברשות החוטף, וכיון שהע"א נאמן שחטף כל זמן שלא נשבע להכחישו, חשיב

הנידון כאילו אנו באין להוציא מן המוחזק, ולכך אף דאית ליה מגו לא מהימן דמגו להוציא לא אמרינן, ונתייבשה קו' תו', אבל לרב ושמאל דמחוייב שבועה ואינו יכול לישבע פטור א"כ אין הע"א מוציא הנסכא מחזקת החוטף, שאין עדותו בממון כלל, ושפיר מהימן במגו, ואפשר דחשיב הפה שאסר הפה שהתיר כיון שא"א להוציא ממנו ע"י העד וכמש"כ להלן, ולפי זה אתי שפיר טפי הא דקאמר דהו"ל כגזלן ר"ל שהנסכא ברשות הבעלים קאי, והחוטף כגזלן, וחשיב מגו להוציא ולכך אינו נאמן. (שבועות מ"ז א' סק"ב).

תוד"ה הוי ואומר ר"י דודאי אם לא היה העד מחייבו שבועה כו', ע"י מש"כ בשבועות ל"ב א' בפלוגתא אם עד אחד לשבועה הוא דאתא או לממונא קא אתא דהנידון אם העד אחד מחייב שבועה אלא שכשאנו רוצה להשבע צריך לשלם, או דבא לממון ואם נשבע נפטר, ונפ"מ אם צריך לחזור ולהעיד משהגיע העד השני, וה"נ הכא גם כשהנתבע אמר שאם יבא ע"א הוא ישלם, נמי איכא למידן אם הע"א מחייבו הממון, או דהתשלומין טצדקי להפטר משבועה, ונפ"מ לענין שבועות העדות, ואפשר עוד דמש"כ תו' בחד תירוצא דלא מהני מגו להכחיש העד, דכ"ז שלא נשבע להכחישו הרי הוא כשני עדים דלא אמרינן מגו במקום עדים, הוא נמי תלוי בנידון זה, דאם הע"א קם לממון שייך לומר דדינו כשני עדים כ"ז שלא נשבע להכחישו, אבל אם אינו קם אלא לשבועה שפיר איכא למימר דמגו מהני לפוטרו משבועה. (שבועות ל"ב א' מתוה"ד).

בא"ד לכך נראה כמו שפי' ריב"ם דודאי הוי מגו כו' ואין מועיל לו מגו ליפטר, לכאורה אף בב' עדים כה"ג יש להאמינו במגו כיון שאינו מכחישם, וכמו במפקיד בעדים דנאמן לומר לקוח במגו דהחזרתיו כמבואר לקמן מ"ה בסוגיא דאומן, וברשב"ם שם מ"ו א', אבל כונתם שמה שאפשר לישבע להכחיש העד אינו מועיל לשמש מגו להכחישו בלא שבועה נגדו, וכמו שכשאמרה תורה דמודה במקצת חייב וכופר הכל פטור שמעינן שאין לפטור מודה במקצת מגו דכופר הכל, כך כשאמרה תורה שע"א נאמן אם לא נשבע להכחישו, מפרשינן דנאמן אף שיש מגו להכחישו בשבועה, ואף דלא דמי כלל להתם דהתם לעולם אית ליה מגו למודה במקצת וע"כ דלא האמינתו תורה במגו זו אבל כאן לעולם בדין ע"א ליכא מגו דסתם דין ע"א במכחיש לעד, מ"מ פירשו חז"ל שאף כאן לא נתכוונה תורה לשלול נאמנות הע"א בשום ענין מחמת שאפשר להכחישו בשבועה, וכל שלא הוכחש הרי הוא נאמן כאילו אי אפשר להכחישו בשבועה, ואפשר דבכל מקום שחייבה תורה שבועה הדין כן דכל שלא נשבע על מה שמחוייב לישבע מן התורה לא שייך לפטרו מחמת מגו זו שאפשר לו לישבע שבועה זו שהוא חייב בה, ומיהו שאר מגו, שפיר אפשר דמועיל אף לאפטורי משבועה, ורק מגו זו דיכול לישבע אינו מועילתו ליפטר בלא שבועה זו, אבל בפקדון דטוען החזרתיו אין כאן חיוב שבועה כלל מן התורה ושפיר נאמן בשבועה במגו דנאנסו, שהרי אינו מחוייב עכשיו בשבועה דנאנסו, שו"ר בסמ"ע סי' ע"ה ס"ק ל"ג לא פי' כן והוא תימא, וכבר השיגו הש"ך שם סק"מ.

ויש לעי' מ"מ תיקשי למה אמנם לא האמינה תורה במגו, והא מגו דאורייתא היא, כדאמר רבה מפני מה אמרה תורה כו', וי"ל דזהו בכלל גזירת הכתוב דע"א קם לשבועה, דבכלל זה שאף במיגו דיכול לישבע להכחישו אין מתערערת נאמנותו כל זמן שלא נשבע להכחישו, ולא ילפינן מינה לבטל שאר מיגו.

ולענין אי אמרינן מגו במקום ע"א כגון שלא ראו בידו עכשיו ואומר לא חטפתי אי נאמן במגו דהחזרתו, לא למדנו מדברי התו' כלום, ואף אי אמרינן מגו לאפטורי משבועה, מ"מ נגד ע"א י"ל דכל שלא נשבע להכחישו הוא נאמן כתרי ולא אמרינן

מגו במקום עדים, ועי' רשב"א ור"ן שבועות מ"ה ב' בזה. והנה בתו' השאירו פר"י בקושיא דא"כ מ"ט דרב ושמואל דפליגי, ולו"ד היה נראה דכל שלולא הודאתו א"א לחייבו יש כאן הפה שאסר הפה שהתיר, וכיון דעל פי העד א"א לחייבו כלום אף כשאינו נשבע לרב ושמואל דלית להו מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם, ואין לנו לחייבו אלא על פי הודאתו שחטף והרי הוא אומר דדידיה חטף, ומה בכך שאינו מעיז להכחיש העד, סו"ס אין אנו יודעים שחטף אלא על פיו, ולא פלגינן דיבוריה לחייבו ולא לפוטרו, וראיה לזה מהא דתנן כתובות כ"ב א' האשה שאמרה א"א הייתי וגרושה אני נאמנת וכן בנשביתי וטהורה אני ואם יש עדים שהיתה א"א או שנשבית אינה נאמנת, ומשמע דוקא עדים אבל ע"א לא, [ומרישא ליכא למידק איפכא דדוקא היא שאמרה נשביתי אבל ע"א לא, דה"ק לעולם היא נאמנת עד שיהיו עדים, וגם כל שאין עדים אף דאיכא ע"א כיון דבמכחישתו אינו נאמן, וממילא כל הנידון לאוסרה מחמת אמירתה נשביתי הלכך קרי ליה נשביתי], וכ"ה בהדיא ברמב"ם ובשו"ע אה"ע סי' ז' לענין שבועה וכ"כ בב"ש שם סי' קנ"ב לענין גט דבחד לישנא תניננהו במתניתין, הרי בהדיא דאף באיכא ע"א דיראה להכחישו מ"מ חשיב הפה שאסר, ומיהו יש לדחות דהתם במכחישתו נמי אינה צריכה שבועה ושפיר איכא הפה שאסר, [ועי' דרישה וט"ז שם בדין שבועה], [ועוד הערוני דהתם לא שייך לאוסרה אלא מדין שוויה אנפשיה חתיכה דאיסורא וכיון שאומרת טהורה אני הרי לא שוויה חתיכה דאיסורא, משא"כ כאן דשייך לדון מדין הודאת בעל דין, אבל מ"מ מסתברא כמש"כ דאף בהודאת בעל דין לא פלגינן דיבוריה להאמינו לחוב לחוד, ועי' בחדושי הגרע"א ז"ל כתובות שם], ומ"מ לא נתפרש מנין פשיטא להו ז"ל דכה"ג לא חשיב הפה שאסר, ועיין ש"ך חו"מ סי' ע"ה ס"ק מ"ג, ודבריו ז"ל סתומין, ואולי כונתו למש"כ, [שוב הערוני דברמב"ן ל"ג ב' נזכרת סברא זו דאף דלא ניחא ליה למיטען לפירות ירדתי מ"מ חשיב הפה שאסר עי"ש, ול"ע כעת].

ולפי' ריב"ם הא דפליגי רב ושמואל היינו לפי דלית להו מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם וממילא אין שייך לחייבו מחמת העדאת העד, ומחמת הודאתו אין לחייבו משום דהפה שאסר הוא הפה שהתיר, והיינו מגו שהזכירו בתו', ומש"כ דצריך לישבע דדידיה חטף, ה"ט משום דכי היכי דבמכחיש ממש לעד מחייבין ליה שבועה, ה"נ השתא כיון דאילו היה העד נאמן לא היה יכול לומר ידי חטפי, הלכך צריך לישבע, אבל אה"נ בחשוד נאמן בלא שבועה דה"נ אילו היה מכחיש לגמרי להעד נמי לא מחייבין ליה אף בא"י לישבע, ור' אבא אחרי דס"ל מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם, מסתברא ליה דהתורה החשיבתו לעד שלא יהא אפשר להכחישו בלא שבועה נגדו, ואף דיש לו מגו דיכול לישבע להכחישו, ונמצא דפלוגתת רב ושמואל ור"א אינה אלא בדין מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע, ובדין מגו לא פליגי, וכן רהיטת הסוגיא דפלוגתתם בדין מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע, ולפי זה ניחא הא דמייתי תניא כוותיה דר"א מקרא דשבועת ה' תהיה בין שניהם דשמעינן מיניה דמחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם, וזה כר' אבא, אבל בתו' לא מסתבר להו למימר דר' אבא נסתפק בדין מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע אי משלם ולבתר דגלי קרא דמשלם סבר מסברא דאף באית ליה מגו דיכול לישבע להכחישו לא מהימן, דכיון דהיה אפשר לומר דמחוייב שבועה ואינו יכול לישבע פטור גם בתר דגלי קרא לית לן למילף אלא במאי דגלי, ולא בדאית ליה מיגו שהיה יכול להכחיש העד, לכך פירשו בתו' דר"א קים ליה מסברא דמחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם, וקרא למיפטר יורשים קאתי, וגם סבר מסברא דאף בדאית

ליה מגו דיכול להכחיש העד לא מהימן, ובאמת לכאורה שפיר י"ל דאף דנסתפק ר"א במחוייב שבועה ואינו יכול לישבע אי משלם מ"מ בתר דגלי קרא דמשלם שפיר מסתבר ליה שלא אמרה תורה לערער נאמנותו כ"ז שלא נשבע להכחישו ואף לא למיחשב אפשרות ההכחשה כמגו. (שבועות מ"ז א' סק"ב).

בא"ד ונראה לר"י דר' אבא לא הוי טעמיה מקרא אלא מסברא בעלמא כו', עי' מש"כ בב"מ צ"ז ב' ס"ק כ"א.

בא"ד וצ"ל דהא דאמרינן בהכותב גבי אבימי בריה דר"א כו' וכיון דאיכא עד היכי מהימנא במגו כו', דבריהם ז"ל צריכין רב, דהא מבואר בסוגיין ובסוגיא דשבועות דהא דמחייבין ליה בנסכא דר"א הוא משום דמחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם, אבל אי מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע פטור גם בנסכא דר"א פטור, ועי' לעיל נתבאר למה תליא הא בהא, בין לפי ר"י בין לפי ריב"ם, וא"כ בע"א מעיד בשטר שהוא פרוע שאין בעל השטר חייב שבועה אלא מדרבנן כדאמר כתובות פ"ז ב', בזה לא אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם כדאמר שבועות מ"ח ב' הבו דלא לזסיף עלה, ופוגם שטרו ומת יורשין נשבעין שבועת יורשין ונוטלין, וה"ה לע"א מעיד בשטר שהוא פרוע, ואף בשבעל השטר קיים וא"י לישבע הוא גובה, וא"כ שפיר אמרינן דנאמן לומר סיטראי במיגו דלא היו דברים מעולם כיון דאילו היה טוען לא היו דברים מעולם ולא היה יכול לישבע היה גובה, וה"נ כשטוען סיטראי אין לו להפסיד, ושמא ס"ל כדעת הרמב"ם דפוגם שטרו והוא חשוד אינו גובה, וס"ל דה"ה אם טוען סיטראי כיון שמחמת טענתו אינו יכול לישבע נמי אינו גובה, אבל הדבר תימא דבשבועה דרבנן מ"ל אם נשבע שלא נפרע מ"ל אם נשבע שנפרע חוב אחר, ואף אם נימא דלהכחיש העד חמיר ליה טפי מ"מ אין ראוי לדון בזה מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע שלא יגבה כיון דסו"ס נשבע שלא נפרע, וכ"ז לפר"י, אבל לפי ריב"ם הדבר קשה יותר דודאי אין שייך לומר בשבועה דרבנן, שאין לדון מיגו להכחיש העד, וודאי כל דאית ליה מיגו מהימן, עי' לעיל סברת הריב"ם, שו"ר ברשב"א כתובות פ"ה (בשטמ"ק שם) כתב בקושיא זו דיש כאן שבועה דאורייתא דע"א אמנה קמסהיד, ואולי גם התו' ס"ל כן, אבל באמת הדבר קשה דבפשוטו נראה כמש"כ הרשב"א בתירוצו, דזה בדין ע"א מעיד שהוא פרוע, ואין כאן שבועה מדאורייתא.

ובטור סי' נ"ח הביא (בשם בעה"ת) בשם הרמב"ן דאמנם כן דכיון דע"א בשטר אינו חייב שבועה אלא מדרבנן אין דנין בה מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם, וממילא כשטוען סיטראי נאמן, ואף שבועה דסיטראי אין צריך, דכל שאין בעל השטר מכחיש בהדיא להעד לא תיקנו חכמים שבועה, ובחדושי הרמב"ן לב"ב הביא קו' תו' בהא דאבימי בריה דר"א, אבל בלשוננו ז"ל מבואר שלא הקשה אלא אהא דמשמע דהימנינהו למימר סיטראי בלא שבועה, ואהא קשיא ליה ז"ל הא אי טעין לא היו דברים מעולם היו חייבין לישבע וא"כ השתא נמי צריכין לישבע, וכתב לתרץ דמיירי בתר דתיקון שבועת היסט וכמש"כ תו', ובאמת לפמש"כ בעה"ת בשמו שאין כאן שבועה, שאין השבועה אלא להפיס דעתו של בעה"ב וכאן כיון שאין בעל השטר מכחיש לעד, א"צ שבועה זו, ניחא, ובחידושו לא ניחא ליה תירוצו זה דסו"ס כל שמרויח שבועה אין כאן מיגו ואין לנו להאמינו, הלכך יש לחייבו שבועה, ובאמת לכאורה כן צריך לומר דבלא שבועה הרי אין כאן מיגו, ולמש"כ לעיל דאף דלא חציף להכחיש העד מ"מ יש כאן הפה שאסר כיון דסו"ס א"א לחייבו אלא על פיו, ניחא מה דס"ל לבעה"ת בשם הרמב"ן דנאמן בלא שבועה, שאין כאן מגו אלא הפה שאסר, שאף כשאינו נשבע כלום א"א לחייבו אלא מחמת דברי עצמו,

והו"ל הפה שאסר הפה שהתיר, דמחמת דברי העד לא שייך לחייבו דמחוייב שבועה ואינו יכול לישבע פטור בשבועה זו, ולא דמי למיגו דעלמא דאין שם אלא הוכחה דקושטא קאמר מדלא שיקר טפי, ונהי דבשבועה דאורייתא הוי מחייבין ליה לישבע כמש"כ תו' לפי' ריב"ם לרב ושמואל וכמש"כ לעיל, דכיון דאילו הוי טעין לא היו דברים מעולם הוי מחייבין ליה לישבע השתא נמי לישבע דדידיה חטף, אע"ג דאי לא מצי משתבע פטור, שאני התם שהשבועה חיובית מן הדין, אבל הכא שאין השבועה אלא להפיס דעתו שפיר מחלקין לומר דכל שאינו מכחיש בהדיא לעד ליתא לשבועה זו, אחרי שלעיקר הנאמנות אין צריך לשבועה זו, וע"ע בחו"ב שבועות מ"ז א' סק"ח. (שבועות מ"ז א' סק"ז).

- מכתב -

עיינתי בדברי התו' ל"ד א' בקושיתם לפר"י מהא דרב ושמואל פליגי אדר"א, ומאי טעמיהו, ולו"ד היה נראה דאף שהבע"ד מוכרח להודות מחמת העד, מ"מ כיון שעל פי העד א"א לן לחייבו לא מחייבין ליה על פי דבורו, דסו"ס יש כאן הפה שאסר הפה שהתיר ולא מצינן לפלוגי דיבוריה להימניה לחיובא ולא לפטור דמאן קמחייב ליה איהו בעצמו, והא קאמר דדידיה חטף, וראיה לדבר האשה שאמרה נשביתי וטהורה אני ויש ע"א שנשבית דנאמנת כדדייק לישנא דמתני' כתובות כ"ב א' וכמש"כ ברמב"ם ושו"ע סי' ז', וכן באומרת אשת איש הייתי וגרושה אני וכמ"ש בב"ש סי' קנ"ב ויש לדחות.

שם בפ"י ריב"ם, כונתו ז"ל דלא אמרה תורה לערער נאמנות העד בזמן שלא נשבע להכחישו ע"י זה שאפשר לישבע להכחישו, וכעין דכשחייבה תורה מורה במקצת ופטרה כופר הכל ידעין שאין לדון מגו במודה במקצת משום שיכול לכפור הכל, ה"נ כשאמרה תורה להאמין ע"א אם לא נשבעו להכחישו הבינו חז"ל לפרשו שלא לדון מגו לערער נאמנות העד בזמן שלא נשבע להכחישו משום שאפשר להכחישו בשבועה, אבל שאר מגו ודאי מהני דהא אינו מכחיש לעדים, וכמש"כ הרמב"ן והר"ן בלא ראינו עכשיו בידו. - ולענין אי אמרינן מגו להאמינו בשמכחיש לעד, לא למדנו מדברי התו'.

לפירוש ריב"ם טעמא דרב ושמואל משום שאין אנו מערערין נאמנות העד כלל דבלא"ה א"א לחייב על פיו, ומגו שהזכירו היינו דלעולם כשאומר אין חטפי ודידי חטפי הוי נאמנותו משום מגו דלא חטפי, ומה שהצריכו שבועה היינו משום שאפשר לישבע, ולהכי אהני הע"א, ובחשוד אף שאינו נשבע אינו משלם לרב ושמואל, ופלוגתא דר"א ורב ושמואל רק בדין מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע ולא אי מועיל מגו דאפשר לישבע לערער נאמנות העד, והיינו דמייתנין התם מקרא דאימעיטו יורשים דשמעין מינה דין מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע, ומשה"ק בתי' זה רק בסברא כיון דר"א הוי מסתפק לומר דמחוייב שבועה ואינו יכול לישבע פטור, אלא דגלי קרא ולא בין היורשים, וא"כ מנ"ל לר"א להוסיף מסברא דגם מגו דאפשר להכחיש בשבועה אין מועיל, ובאמת לו"ד היה נראה דל"ק.

הא דאמר בגמ' הו"ל כגזלן יש לפרש דבעיקר הנידון קאמר דכיון שיש להאמין לעד כ"ז שלא נשבע להכחישו נמצא דהוי כגזלן וחייב להחזיר, ויש לפרש גם דאי מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם חשבינן לבעלים הראשונים כמוחזק ע"י העד דכ"ז שלא נשבע להכחיש העד, הרי הוא כשנים, וחוטף בפנינו לא חשיב מוחזק, ולכך נמי לא אמרינן מגו דהוי כמגו להוציא, אבל אי מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע פטור אין העד קם לממון כלל, והו"ל החוטף מוחזק, ושפיר מועיל לו מגו, ומש"כ רש"י ורשב"ם בהא דהו"ל כגזלן, קשה טובא, ודברי התו' בשבועות,

כמש"כ.

בדברי הר"י מיגאש דבלא שמעו העדים שנותן לפרעון מהימן לומר סיטראי במגו דבמתנה, היה נראה דאין הכונה דמתנה עדיף מסיטראי, אלא שכשאנו יודעים שאחר שהגיע זמן פרעון של השטר בסכום כך וכך, נתן לו כזה הסכום לפרעון אמרינן היינו הך ומרעינן לשטרא, אבל סתם מה שנתן לו כסכום הזה במעות אינו מערער השטר דאטו מי שחייב לחבירו מעות אינו עשוי לקנות אצלו או להפקיד גבי' או לפרוט לו או שאר ענינים, והלכך אין מעות שבאו סתם מערערין כח השטר, והרי השטר בחזקתו עומד, ואפשר דאף בלית' קמן למלוה נמי מגבינן בהאי שטרא אף דלא טעין סיטראי, דכל שלא ידענו משום פרעון הרי השטר בחזקתו, ומיהו רהיטת הדברים משמע דדוקא בדטעין סיטראי, אבל מ"מ הכונה נראה כמש"כ. (עד כאן).

ל"ד ב' תוד"ה ההוא ולריב"א נראה דלאו דוקא אוחזין כו' ואין נראה כו', התו' פירשו כונת ריב"א משום דאיכא רמאי, אבל יש לפרש כונתו משום שאין החלוקה יכולה להיות אמת וכל דאיכא ודאי רמאי חשיב ליה אין החלוקה יכולה להיות אמת שאין לנו לבדות מציאות חדשה ששניהם מכחישים אותה, וכן הביא ברמב"ן ריש ב"מ שיש מפרשים כן וכנראה נתכוין לפי' זה של הריב"א, ולפי זה ל"ק מב' שטרות, [דאליבא דמאן דסבר כר"א דע"מ כרתי פריך וכמש"פ תו'], וממחליף פרה בחמור, דהתם אין החלוקה יכולה להיות אמת שאין לתלות שמסר השטרות לשניהם יחד, [עיקר קושיתם מב' שטרות הוא משום דמפרשי דאיירי שאין הע"מ לפנינו וזה אומר בשעה פלונית קבלתיו וזה אומר בשעה פלונית, ואחרי שאין עדים אין להאמין לזה שאומר שקדם, וליכא ודאי רמאי, וכן בששניהם אומרים שקבלוהו באותה השעה, וכן קושיתם ממחליף פרה בחמור הוא אי איירי בשמא ושמא, אבל צ"ע דבשמא ושמא ליכא לאקשווי דנימא כל דאליים גבר, ואפשר דפריך דה"נ בארבא נימא יחלוקו, אבל הא הוי ידע דבמחליף ליכא למימר כל דאליים גבר], וכן משה"ק למ"ד מפקינן, נמי יש לחלק בין היכא שתפסו אדעתא שיביא ראיה להיכא שהפקידו ביד שלישי ואינו זוכר דכיון שהגיע לידו קודם שנולד הספק אינו רשאי להוציאו לומר כל דאליים גבר, [וזו נראה כונת הרמב"ן שם שכתב וכש"כ הכא דתפס ברשות], מלבד שאפשר שהוא מחויב בהשבה, ועוד טעמים נתבארו לקמן ל"ה א'.

בא"ד ועוד פי' ריב"א דהיכא דאוחזין כו' וקשיא לר"י דא"כ היכי פריך כו', באמת כד משני התם ודאי דחד מינייהו הכא איכא למימר דתרווייהו הוא איכא חד צד דוקא וחד לאו דוקא, דהא דאמר דבמנה שלישי לא אמרינן יחלוקו משום דאין החלוקה יכולה להיות אמת, הוא דוקא שאם היתה החלוקה יכולה להיות אמת היינו אומרים יחלוקו אף שאינן אוחזין, לפירוש ריב"א, אבל הא דאמר דבמציאה יחלוקו משום דאימור תרווייהו בהדדי אגבהוה הוא לאו דוקא, דאף אם לא היה שייך לומר כן היו חולקין, דהא בשטר חשיב אין החלוקה יכולה להיות אמת לפי' ריב"א ומ"מ חולקין, וה"נ אי הוי משני התם אין אוחזין הכא אוחזין נמי במנה שלישי היה מתפרש דוקא דאילו היו אוחזין היו חולקין, ובמציאה לאו דוקא דאף אם לא היו אוחזין היו חולקין כיון שהחלוקה יכולה להיות אמת, ולפי זה גמ' נקט חד מתרי שינויי, ואין זה קשה כ"כ, והנה הריב"א פליג אר"ת בסברא, דנראה לו דבזה אומר של אבותי או זה אומר אני ארגתיה חשיב אין החלוקה יכולה להיות אמת וכמו במנה שלישי, וס"ל דמנה שלישי לאו כאוחזין דמי, ולפי זה מהא דמשני אמנה שלישי דהתם ודאי האי מנה דחד מינייהו הוא למדנו דבשהחלוקה יכולה להיות אמת חולקין אף באין אוחזין, דא"א לומר דלאו דוקא קאמר דסיפא דמסיק דהכא איכא למימר דתרווייהו הוא, הוא לאו דוקא שהרי באוחזין חולקין בכל אופן וכדמוכח

משטר, וכיון דסיפא לאו דוקא ע"כ רישא דוקא דאי במנה שלישי היה החלוקה יכולה להיות אמת היו חולקין אף שאין אוחזין, ועיקר הדבר דמנה שלישי לאו כאוחזין, מלבד דס"ל להריב"א כן מסברא הוא גם מוכרח לפירושו ז"ל, דמשטר מוכח דאף באיכא ודאי רמאי שאין החלוקה יכולה להיות אמת חולקין באוחזין, וא"כ יקשה משטר למנה שלישי, אלא ודאי מנה שלישי לאו כאוחזין דמי, ויש לעי' דלמאי דמוכח משטר דבאוחזין אמרינן יחלוקו אף באיכא ודאי רמאי יש לפרש דמתניתין אף באיכא ודאי רמאי איירי, ובכלל כולה שלי אף זה אומר אני ארגתיה, וא"כ מאי משני דבמתני' איכא למימר דתרווייהו היא הא קושטא הוא דמתניתין אף בדליכא למימר דתרווייהו היא חולקין וצ"ע, ועי' מש"כ בחו"ב ב"מ ב' ב' סק"א לחלק משטר. (ב"מ ב' ב').

- מכתב -

סברות אוחזין ורמאי וחלוקה יכולה להיות אמת, אינם דברים מבוארים במשנה או בברייתא, אלא הם נטיות שכליות שראוי לדון בהם, ולא שייך לומר דסברת רמאי לא היתה ידועה וסברת אוחזין היתה ידועה, גם לא שייך לומר שבקושיא לא היה התירוץ ידוע, דבדאי הכל ידוע והדברים נקבעים בלשון קושיא ותירוץ, וכשהקשו ממנה שלישי לטלית ידעו שיש לחלק לפי ריב"א משום סברא דאוחזין ומשום סברא דרמאי ומשום סברא דחלוקה יכולה להיות אמת, והקושיא נשאלה כדי לברר איזו סברא היא המחלקת, ובזה כתוב בספר שאין יתרון לסברת אוחזין על פני סברת רמאי או חלוקה יכולה להיות אמת, דתרווייהו בחד צד דוקא ובחד לאו דוקא וכמו שנתבאר שם.

ואמנם משה"ק דמנ"ל לגמ' דמתני' איירי בליכא ודאי רמאי, דילמא מתני' איירי בזה אומר אני מצאתיה היום וזה אומר אני מצאתיה אתמול דאיכא ודאי רמאי ואפ"ה חולקין כיון דאוחזין שהרי כן הוא לפירוש ריב"א, זו שאלה הגונה, ואף דלא יתכן לפרש כן כונת תו', דא"כ לא היה לתו' לשאול על הקושיא אלא על התירוץ, ותשובת שאלה זו היא, דסברת חלוקה יכולה להיות אמת הרי גם היא מוכרחת במשנה, לפירוש תו' דגם זה אומר אני ארגתיה חשיב חלוקה יכולה להיות אמת, ושוב תשובה זו ואוחזין כי הדדי נינהו, ואף לרבי יוסי יש לקיים סברת חלוקה יכולה להיות אמת כמו לרבנן, אלא דסברת רמאי קודמת אליבא דרבי יוסי, וא"כ על כרחך דאו דאוחזין לאו דוקא, או דחלוקה יכולה להיות אמת לאו דוקא, ועוד דכיון דבסתם מציאה מתפרש בגוונא דליכא ודאי רמאי, הנה נכון לפרש כן בכונת התנא ששנה דינו במציאה, ולומר דנתכוין לומר שיש כאן סיבה נוספת לדון חלוקה, משום דליכא ודאי רמאי. (עד כאן).

ל"ה א' התם ליכא למיקם עלה דמילתא כו', לפי' תו' דלמ"ד ע"מ כרתי הוא דפריך, [וכן בדין דאי באמת שניהם זכו ביחד בשטרותיהם לא שייך לומר כל דאלים גבר שהרי אין כאן מחלוקת וספק ביניהם], יש לעי' למה חשיב שני שטרות ליכא למיקם עלה דמילתא, טפי ממחליף פרה בחמור, ולא משמע לפרש דאדשמואל פריך מ"ש מחליף פרה בחמור משני שטרות דל"מ כן וכמש"כ הרשב"ם, ואפשר דבשני שטרות סתמא דמילתא לא ראה האחד מסירת השטר השני שאם ראה הרי מיד הוא מברר בפני אותם העדים שכבר קדם ומסר לו שטר אחר על אותה שדה, והלכך לעולם הנידון בזה כשנודעו אח"כ שיש עוד שטר, וכל אחד אינו יודע באמת שטרו של מי קדם, ולא יתכן לברר, דלעולם אותו ששטרו מאוחר לא יביא העדי מסירה שלו, ובלעדם לא יבוא לידי בירור, ודוקא בחפץ שהוא ברשות האדם בזה לעולם האדם זוכר מי שמכיר שהחפץ שלו וישתדל לברר, וגם חבירו יודע שהאמת עם חבירו

ועתיד הדבר להתברר, ואף במחליף פרה בחמור יתברר הדבר ואם לא יהיו עדים לשניהם כבר יתפשו ביניהם שהרי שניהם מכירים בספק שביניהם, ואם האחד יודע וחבירו אינו יודע כבר תגבר ידו של היודע ויברר עד שחבירו יודה לו, אבל בשני שטרות שכל אחד סובר שחבירו גם אינו יודע, ואין כאן ספק במעשה ידועה אלא במעשה מרמה והדבר אינו יכול להתברר אלא שניהם ירצו לברר האמת זה חשיב ליכא למיקם עלה דמילתא, ולהאמור כל ספיקות חשיבי איכא למיקם עלה דמילתא בר משני שטרות, וברשב"א ריש ב"מ כתב דשנים או חזין חשיב ליכא למיקם עלה דמילתא, וצ"ע מ"ש ממחליף פרה בחמור, ואולי מפרש דלשמואל הוא דפריך ובאמת מחליף פרה בחמור חשיב נמי ליכא למיקם עלה דמילתא, וצ"ע.

והנה ליכא למיקם עלה דמילתא הוא טעם למה שאין לומר כל דאליה גבר, בדבר שעתיד להתברר אפשר לב"ד שלא להזדקק ולסמוך שמי שהאמת אתו יעלה בידו לברר או שימסור נפשו יותר ולא יגזל מעמו, אבל במידי דליכא למיקם עלה ולא יבוא לידי בירור ויבוא הדבר לקטטה מתמדת ע"כ מחוייבים ב"ד לדון ביניהם, אבל כשאנו דנין אם לעשות שודא או יחלוקו אין ליכא למיקם עלה דמילתא אומר בזה כלום, ומה שאמרו כאן שודא הוא לפי הענין הכללי בב' שטרות, וכמש"כ תו' לקמן ס"ב ב' דלפעמים נראה לחכמים לעשות שודא אף במידי דהמוציא מחבירו עליו הראיה, אבל ברמב"ן בסוגיין וכן בר"ן ריש ב"מ משמע דכלל הוא דבליכא למיקם עלה דמילתא עבדינן שודא, ונראה דמפרשי דשמואל סבר דלעולם שודא עדיף מחלוקה, אלא דבדאיכא למיקם עלה דמילתא לא עבדינן שודא, דגנאי הוא לב"ד אם יתברר הדבר בהיפוך ממה שעשו, ויש לעי' לפ"ז במנה שלישי נימא שודא, וי"ל דכיון דהשליש חייב להחזיר לאחד מהן אין ראוי לעשות שודא, ודוקא בשהנידון בין הבעלי דינין עצמן אמרינן שודא, א"נ הא נמי אפשר למיקם עלה דמילתא דאפשר שהשליש יזכר מי הוא בעל המאיתם, ואפשר דלא עבדינן שודא אלא בשהבעלי דינין עצמן שמא ושמא, אבל בזמן שהבעלי דינין ברי וחד מינייהו רמאי אין לנו לעשות שודא דגנאי הוא אם יתרמי שהב"ד יתנו לרמאי, ולפי זה מתפרש שפיר ליכא למיקם עלה דמילתא דשטרות דר"ל דהתם הבע"ד עצמן שמא ושמא, [וכמש"כ לעיל דסתמא דמילתא בב' שטרות כן הוא], משא"כ במחליף פרה בחמור שהם טוענים ברי, וכש"כ בזה אומר של אבותי, אבל ברהיטת לשון הרמב"ן והר"ן משמע דאף בדאיכא רמאי עבדינן שודא בליכא למיקם עלה דמילתא, וצ"ע.

שם התם להאי אית ליה דררא דממונא כו', הכא ע"כ לפרש כפי' תו' ואף רש"י ע"כ יפרש כן, ולא נתפרש למה בב"מ לא פירש כן, וסברת החילוק היא דבדאיכא דררא דממונא ע"כ יש לב"ד לפסוק הדין שהרי אם שניהם אינם יודעים ובאים לב"ד לשאול ע"כ למידן להו דינא, וכיון דכבר הכרענו הדין בנידון זה, דיינינן להו הך דינא אף בששניהם טוענים ברי, אבל בנידון שאינו אלא מחמת טענותיהם בזה אפשר לב"ד להסתלק ולא לדון כלל וכל דאליה גבר.

ל"ה ב' הכא אי דמר לא דמר כו', לכאורה הו"ל למימר הכא ליכא דררא דממונא, ואי נימא דבשהחלוקה יכולה להיות אמת לא אמרינן כל דאליה גבר ניחא דנקט האי לישנא. (ב"מ ב' ב').

שם אר"א ואי דלי ליה איהו גופיה צנא דפירי לאלתר הוי חזקה, לא נתפרשה מה היא תשובת המערער על זה, ולכאורה הכל תלוי בזה, שהרי אם טוען לפירות הורדתיו מהני ולא הוי חזקה, ולכאורה ה"ה אם יטעון שהמחזיק שילם לו בעד אלו הפירות שבצנא, נמי דין הוא שיועיל, וכן אם היה זה בעוד שהמערער לא ידע עדיין שזה יורד לתוך שדהו, דלא לתר מתפרש אפילו בו ביום כמ"ש הרמב"ם פ"א מטו"נ

ה"ט, ודלי ליה במתנה צנא דפירי שנתן רשות למחזיק ללקטור, נמי דין הוא שיועיל, ואם טוען שהיה אנוס מחמת הגזלן המחזיק שאיים עליו, לכאורה אם גברא אלמא הוא נמי דין הוא שיהא נאמן, וכן אם יטעון המערער שהמחזיק אמר לו דלי לי האי צנא דפירי ואלכה לי מן השדה שלך, נמי זימנין דעביד אינש דזבין דיניה, א"כ איפה ליתא להאי דינא אלא או בזמן שהמערער כופר ואומר דלא דלי ליה, והמחזיק הביא עדים דדלי ליה, א"נ כשאין תשובה מספקת בפי המערער למה דלי ליה אם הוא גזלן, ובהני גווני דיינינן ליה למערער כעין הוחזק כפרן, ומהני אע"ג דאיכא למימר למחזיק אחוי שטרך, דעדיין הוי ליה להזהר בשטרו, שלא יטעון המערער לפירות הורדתין, דמ"מ טענת המערער גריעא, ולא מפקינן מן המחזיק.

ולהאמור נראה דאם בעל השדה מת, ובאים היורשים לטעון למחזיק מאי בעית בהאי ארעא, והוא טוען שלקחה והביא עדים דאביהם דלי ליה צנא דפירי, דלא תיהוי חזקה, ויצטרך להחזיר גם הפירות, [מלבד ההוא צנא], דנטעון ליתומים טענתא טובא מלבד דלפירות הורידו.

ברם ממה שלא הזכירו בגמ' טענת המערער כלל, ושנו סתם דדלי ליה צנא דפירא הוי חזקה לאלתר, משמע דלאו טענת המערער הגרועה היא הגורמת לחזקה, אלא דאף בערער על השדה בטענת גזלנותא ומת, ואח"כ הביא המחזיק עדים דדלי ליה צנא דפירי, נמי סגי בהכי שיזכה המחזיק בה, דטענת לפירות נתבטלה במה שטען דבגזלנותא היא, ולא נטעון שאר טענתא ליישב הא דדלי ליה, אף אם נימא דאיכא לפעמים טענתא דאי הוי טעין להו הוי מרע לטענתא דדלי ליה, מ"מ אנן לא נטעון להו, דפשטא דמילתא כטענת המחזיק, ומ"מ ביתמי שבאים לערער ואינם יודעים כלום, מסתברא שלא תועיל דלי ליה אבוהון צנא דפירי, אף לא להחזיקה לפירי ביד המחזיק, דשמא ההוא צנא הוא דיהיב ליה.

לכאורה נראה דכשם שיכול לטעון לפירות הורדתיו, ה"נ יכול לטעון תלם אחד מכרתי לו, והצנא דפירי מההוא תלם, ובאמת יש מקום עיון בגוונא דחשבינן להא דדלי ליה צנא דפירי כחזקה, אם זה מועיל כחזקה על כל השדה, והרי אם המחזיק זרע רק חצי שדה, ודלי ליה המערער צנא דפירי ממה שזרע, לא מסתבר דיחשב כחזקה על כל השדה, דלא עדיף צנא דפירי מחזקה גמורה, וא"כ גם כשזרע כל השדה, מאן לימא לן דהצנא דפירי מהוה ראייה על כל השדה, ועוד דגם בלא זרע כלל, וגם לא קצר אלא חצי צנא, הרי דלי ליה צנא דפירי הוי חזקה לאלתר, וברמב"ם פ"א מטוען ה"ט כתב אפילו אומר המחזיק שקנאה או קיבלה במתנה היום, וא"כ טרם הספיק לזרוע בה או לקצרה, ואפ"ה הוי חזקה, ויש לדון על איזה שטח הוי חזקה, וצ"ע.

כתב הרמב"ן בסוגיין דדבר ברור הוא דמגו נגד חזקת שלש שנים מהני, ונראה לפ"ז דאם אין למחזיק עדים שאכלה שלש שנים, אבל המערער מודה שאכל אלא שטוען שאכלה בגזלנותא, דהדין עם המערער, דיש לו מגו לומר שלא אכלה שלש שנים, והגרע"א ז"ל בגליון השו"ע סי' ק"מ ס"א הביא שדנו בזה אחרונים ז"ל.

בחזקה שאין עמה טענה כגון שהמחזיק אומר שלא אמר לי אדם דבר מעולם, נראה דלא יועיל דלי ליה המערער צנא דפירא, דלכל היותר נתן לו מתנה הצנא דפירי אבל לא את השדה, שו"ר שכ"ה בגליון הגרע"א ז"ל ר"ס קמ"ב, אבל בגוונא דההוא דא"ל מפלניא זבינתה דאמר לי דזבנה מינך לעיל ל' א', יש מקום לדון בדלי ליה המערער צנא דפירי שיהא בזה הוכחה דאמנם מכרה לאותו פלוני, אע"ג דליכא סהדי דדר ביה ההוא חד יומא, ומיהו יותר נראה דגם כה"ג הו"ל בדין חזקה שאין עמה טענה, דהמערער יאמר ידעתי שאין לך טענה שהרי קנית אותה ממי שאינו

בעלים ואתה שוגג, ולא היה איכפת לי לסייע לך עד שאתבע ממך כל הפירות, או שמחלתי לך הך צנא, כיון שבטעות ירדת לשדה זו.

בנתה"מ סי' קמ"ב סק"א כתב דבדליכא עדים דדלי ליה צנא דפירי, אלא שהמערער עצמו מודה בזה, דמהני הפה שאסר שלו דלא ליהוי חזקה, ומיהו צריך שיתן טעם בדבר למה דלי ליה עי"ש, ונראה דבדלי ליה בינו לבין עצמו והוא טוען שהמחזיק יודע שמחזיקה בגזילה, והוא שמספר דדלי ליה צנא, הרי כל מה שיטעון לסבת הדבר סגי בהכי, דאין כאן עדות כלל על הוראת בעלות של המחזיק, והרי זה כאילו יש עדים דדלי ליה צנא דפירי ואמר לו באותה שעה אתה גזלן ואני אתבע ממך כל הפירות וגם האי צנא, ומיהו סתמא הנידון כשהמחזיק טוען והרי דלית לי, ובזה אף שאין עדים והוא מודה לו, כבר יתכן שתהיינה תשובות שאינן מספיקות, ויש לדון בהם משום הפה שאסר.

כתב הרמב"ן בסוגיין בהא דאמרינן וה"מ בתוך שלש כו', דא"א לומר דחזקת שלש שנים אינה מועלת בזמן שהמערער טוען לפירות הורדתיו, דא"כ גם כשהמערער טוען גזולה היא נמי אינו בדין שתהא חזקה, כיון שיש לו מגו דלפירות הורדתיו, ולכאורה קשה דהא כבר כתב הרמב"ן לעיל ל"ג ב' דלא אמרינן מגו לחצי טענה, וה"נ עדיף ליה לטעון גזולה ולתבוע גם את הפירות מלטעון לפירות, ולא קושיא היא דאין צורך להאמינו באמת שהשדה גזולה מחמת המגו דלפירות, אלא דלא יתכן דטענת גזולה של המערער היא שתועיל להחזיק השדה ביד המחזיק, בעוד שבלא טענת המערער היה המחזיק זוכה רק בפירות, ולא דמי לההיא דלעיל שם כשהחזיק שתי שנים וטוען לקוחה שאינו יכול לזכות בפירות אא"כ טענת לקוחה תהא אמת, ומגו דלפירות ירדתי לא חשיבא מגו כיון שחפץ לזכות גם בקרקע בטענת לקוחה, ובלא מגו אינו נאמן לטעון לקוחה, והלכך ע"כ יחזיר גם הפירות, אבל כאן גם אם טענת גזולה אינה אמת, אין למחזיק זכות אלא בפירות, אם המערער היה נאמן לומר לפירות הורדתיו, ומדמהני חזקת שלש שנים ע"כ דגם טענת לפירות הורדתיו לא מהני נגד החזקה, ועדיין צ"ע בזה, ובתו' ב"מ ק"י א' כתבו דלכך אינו נאמן לומר גזולה במגו דלפירות משום שחפץ גם הפירות.

שם מתקני רבנן מידי דאתי ביה לידי פסידא, לכאורה משכנתא מנהג המלוין והלוין ואינו ענין לתקנת חכמים, ואפשר דמשכנתא דסורא תקנת חכמים, ובמשכנתא בנכיתא לא חיישינן שיטען לקוחה, כיון שמנכה בכל שנה סכום ידוע, מידע ידיע. (ב"מ ק"י א').

שם אר"י א"ר ישראל הבא מחמת עכו"ם הרי הוא כעכו"ם מה עכו"ם אין לו חזקה אלא בשטר אף ישראל כו', יש לעי' מה צורך להזכיר אלא בשטר, פשיטא דשטר שפיר דמי, וכן עדים, ולא הו"ל למימר אלא אין לו חזקה ותו לא, וכן קשה הא דקאמר אף ישראל כו' אין לו חזקה אלא בשטר, והרי אף הישראל לאותו שטר של העכו"ם הוא צריך, והכי הו"ל ישראל הבא מחמת עכו"ם הרי הוא כעכו"ם וצריך ראייה, ונראה דאתי לאשמועינן דבפני הודה לא מהני וכדאמר לק' מ"ז א' בבן גזלן דאי לאו דאודי הוי ממטי ליה ולחמריה לשחזור, והיינו דאשמועינן דמה עכו"ם אין לו חזקה אלא בשטר, אבל עדים שיעידו בפנינו הודה לא מהני, אף ישראל הלוקח מן העכו"ם לא סגי אם יאמר בפני הודה לעכו"ם, אף שיודע שע"ז זה הישראל יקנה ממנו, [ואפשר דאף אם הודה לישראל הלוקח שלא בפני העכו"ם, נמי לא מהני, דאכתי אימת העכו"ם עליו וכמ"ש סו"ס קנ"ב בבן גזלן], אלא צריך שיראה השטר [מקויים] שבו קנה העכו"ם.

ונראה דמכח קושיות אלו דחקו הרמב"ם וכן ר"ה גאון בספר המקח לפרש דבכלל

דברי רב גם דעיקר הקנין אינו אלא בשטר וכמש"כ במ"מ פ"א ממכירה, אבל לדעת כל הראשונים יש לפרש כמש"כ.

ולפי מה שפירשנו יש ללמוד דלוקח מגזולן דינו כבן גזולן ולא מהני בפני הודה. (ס"ט ס"ק י"א).

תוד"ה ואי דלי וא"ת ולהימניה במיגו דאי בעי אמר לפירות הורדתיו, בנה"מ בדיני מיגו כתב דמרא קמא המסתייע במגו להוציא קרקע ממוחזק (פחות מג"ש ע"י תו' ב"מ ק"י א') לא חשיב להוציא, ונסתייע ממש"ה ק' תו' בדלי ליה צנא דפירי למה לא מהימן במגו דלפירות הורדתיך, הרי דלא חשיב להוציא, ונראה דשאני הכא דקרקע בחזקת מרא קמא קיימא כיון שאין לזה לא שטר ולא חזקה, ומה דדלי ליה צנא דפירי אינו מוכיח על הקרקע כלל, ואף ביתמי שאין יודעים כלום היינו מוציאים הקרקע מן המוחזק דשמא לפירות הורידו וכדאמר כתובות ק"ט ב' דטענינן תלם אחד הודיתי לו, וה"נ הכא טענינן לפירות הורידו, וכיון דבלא כל טענה הרי הקרקע בחזקת מרא קמא ודאי לא חשיב להוציא, אבל היכא דבלא טענה היתה השדה נשארת ביד המחזיק ועכשיו בא המרא קמא במגו להוציאה מידו שפיר אפשר דחשיב להוציא. (ל"ב ב' סק"ח ועי"ש המשך הדברים).

תוד"ה ואי לפירא דהא לעולם צריך לשמרו פן יאמר לפירות הורדתיך, נתבאר לעיל כ"ח ב' סק"ו ד"ה ולהאמור.

בשו"ע חו"מ סי' קמ"ט סי"ז החזיק עכו"ם בקרקע ונתגייר ושהתה בידו ג' שנים אח"כ וטוען קניתי ממך אחר שנתגיירתי נאמן, לכאורה נראה דלרבנותא נקט אחר שנתגיירתי, דאע"ג דמורה דמה שהחזיק בה בעודו עכו"ם היה בגזילה, אפ"ה נאמן לומר שכשנתגייר קנאה ממנו, וכדמסיק הטור מידי דהוה ישראל הבא מחמת עכו"ם שנאמן לומר קניתי ממך, וכש"כ כשאומר שקנאה בעודו עכו"ם ומעולם לא היתה בגזילה בידו דודאי נאמן, וכמו ישראל הלוקח מן העכו"ם דנאמן לומר קמאי ידי זבנה העכו"ם מינך כדלעיל ס"ט ז', [ואף במטלטלין כה"ג נאמן כדין אומן שירד מאומנתו סי' קל"ד ס"ה ע"י לעיל כ"ח ב' סק"ט], ובזה י"ל דגם הי"א שהביא הטור מודים דנאמן, ולכך בדוקא נקט הטור אחר שנתגיירתי, ולא עוד אלא דהיה מקום לומר דהא דנאמן לומר שקנאה אחר שנתגייר הוא רק מכח מגו שהיה יכול לומר שמתחלה בהיתירא אתי לידיה, אבל אם יש עדים שבעודו עכו"ם גזלה אפשר דבכה"ג לא מהימן לומר שקנאה אחר שנתגייר כיון דלית ליה מגו, אלא דממ"ש הטור מידי דהוה ישראל הבא מחמת עכו"ם שנאמן לומר קניתי ממך, משמע דאף בכה"ג נאמן, וצ"ע בסמ"ע וט"ז וכן בלבוש דמשמע דס"ל דיש מקום לומר איפכא דדוקא אחר שנתגייר אבל אם אומר שקנאה בעודו עכו"ם אינו נאמן, וצ"ע. (כ"ח ב' סק"ח).

ל"ו א' הגודרות אין להן חזקה, א"ה, ע"י מש"כ לעיל כ"ח ב' סק"ד בדין אם המחזיק אינו משיבו כלום, ועי"ש בסק"ו בדין גודרות כשהמערער אינו יודע היכן הם.

בעיקר חזקה דגודרות בב"י סי' קל"ה נקט לה בפלוגתא, והרמ"א הביא דעת הסוברים דיש להם חזקה בג' שנים, ובדרישה שם פ"י טעמא דפלוגתתם אי הא דבדברים העשויים להשאיל ולהשכיר לא מהני חזקה הוא משום דלאו בני שטרא נינהו וכמ"ש בבעל העיטור, [נראה דר"ל דכיון דלאלתר נמי אין לו בירור על בעלותו אלא בעדים או שאר בירורים, אין כאן סבה לקבוע דוקא שלש שנים, דבירורים אלו אין להם ענין בשלש שנים, דדוקא שטר דלא מזדהר ביה טפי משלש שנים יש בו ענין בזמן הזה, הלכך לעולם אין לו חזקה עד שיברר], דלפ"ז אף גודרות דלאו בני שטרא נינהו אין להם חזקה לעולם, אבל אי התם טעמא משום דעשויין

להשאיל ליותר משלש שנים או ששוכח שהשאילם, א"כ בגודרות ליתא להאי טעמא, ושפיר אית בהו חזקה בשלש שנים, ובש"ך שם העלה דכולם מודים דגודרות אית להו חזקה בשלש שנים, ועי' בתו' שבועות מ"ו ב' דדימו גודרות לדברים העשויים להשאיל ולהשכיר, ומשמע דעתם דלא מהני בהו חזקת שלש שנים, וכ"כ ביד רמ"ה ל"ו א' בהדיא, וברשב"א ריש פירקין כתב לצדד דגודרות חזקתן בפחות מג' שנים ולפי הענין, אם כן ע"כ הדבר במחלוקת.

ובבהגר"א שם תמך בדעת הסוברים דלא מהני חזקת ג' שנים בגודרות, מהא דבירושלמי פ"א דקדושין ה"ג מיייתנן ממתני' דחזקת עבדים שלש שנים דעבדא כמקרקעי דמי, הרי דגודרות לא הוי חזקתן שלש שנים, ומיהו אכתי אין מזה הכרע אם כדעת הרשב"א דחזקתן בפחות משלש שנים או כדעת הרמ"ה דלעולם אין להם חזקה.

ברם נראה ליישב הירושלמי אף לדעת הטור ודעימיה דגודרות חזקתן שלש שנים, דודאי בעיקר הסברא אין לקבוע בדיוק דשלש שנים הוא הזמן שמתחזק האדם בגודרות, ולא דמי לקרקע, דעד שלש שנים מזדהר בשטריה, ויש בהם ענין בשנים ששכירותן בשנים ופירותיהן נמדדים בשנים, אלא נראה דלאחר שנקבע בקרקע שיעור שלש שנים, ונקבע כן גם בעבדים משום שדומין לקרקע, נקבע כן גם בגודרות שדומין לעבדים, ולכך שפיר מייתי הירושלמי ממתניתין דעבדים כקרקע. (ס"ו סק"ט).

בגיטין כ' ב' ת"ש דאר"ל הגודרות אין להם חזקה, יעוי' בתו' שנתקשו למה לא מייתנין מתני' דעבדים חזקתן שלש שנים, ואפשר דעבדים לא יתכן לשמרם שהרי הוא בן דעת, וגם כל השימוש בו הוא קשור בהליכות וכיו"ב, והרי הוא חפשי לברוח, וא"כ כשהאדם כותב עליו את הגט ע"כ דעתו לגרש בו מיד או לשמרו היטיב עד שעת הגירושין, [א"נ דעתו שאם יכנס ליד האשה שיהא לגירושין וכעין הימניה דשליש ס"ד א', שהרי הוא יודע שאינו שליט עליו], ולכך מספקינן שיהא לו חזקה מיד כשהוא ביד האשה, ואין ראייה ממתני' דעבדים, דהכא שאני שהגט כתוב עליו, אבל מגודרות מייתנין דאף שביד האדם לשמרן וכדאיתא עיזי דמסירי לרועה, אפ"ה אין להם חזקה בסתמא, לפי שאין האדם חושש לשמרן, וא"כ אף עבד זה שכתוב עליו הגט י"ל דלא חשש לשמרו דסמך שלא יברח, ובאמת מדנפשיה עייל. (ס"ו סק"י).

שם יכול לטעון עד כדי דמיהן דאי בעי אמר לקוחות הן בידי, א"ה, עי' מש"כ בב"ק ק"ז א' סק"א ב' בדיני מגו דהעזה, ועי' לעיל ל"ב ב' בדין מגו ממון לממון סק"א בחלוקה ד'.

ל"ח א' מתני' שלש ארצות לחזקה יהודה ועבר הירדן והגליל כו', יש לדקדק דאקדמיה לעבר הירדן לגליל, וכן בכל דוכתא בכתובות ק"י א' לענין נשואין ובשביעית פ"ט לענין ביעור, ואפשר דאיכא גם בעבר הירדן חלק שהוא בתכונות הגליל, דהירדן עובר בגליל, שהרי הוא יוצא ממערת פמייס ומגיע לכנרת כדאמר בכורות נ"ה א', ולפי זה יש לדון אם גם בגליל יש שני ארצות ע"י הפסק הירדן, או דבגליל אין הירדן חשוב להפסיק דשם הכל על תכונה אחת, וכעין שאמרו בבכורות שם שאין הירדן מפסיק למעשר בהמה אלא מבית יריחו ולמטה, ואם נימא דבגליל אין הירדן חשוב להפסיק, ניחא הא דנקט יהודה ועבר הירדן בתחלה, שאין עבר הירדן אלא מה שהוא כנגד יהודה, אבל הגליל תופס משני עברי הירדן, ואם נימא דגם בגליל הירדן מפסיק, יש לדון אם בעבר הירדן גופא יש חילוק בין גליל שלו לשאר עבר הירדן, ואם נימא דגם בעבר הירדן חלוק הגליל לעצמו, א"כ י"ל דלכך

נקט יהודה ועבר הירדן והגליל, לומר דהגליל של שניהם קאמר, אך קשה דלפי זה נמצא דארבע ארצות הם, ועל כרחק שאם הירדן מפסיק בגליל, שאין חילוק בעבר הירדן גופא בין גליל לשאר עבר הירדן. (כתובות ק"י א').

ל"ט א' ר"ה בריה דר"י אמר כל מילתא דלא רמיא עליה דאיניש כו', נראה דמזה מוכח כמש"כ תו' מ' א' דאפילו נתברר שלא הגיעה המחאה למחזיק, נמי לא חשיבא חזקה, שאם היה הדין דבלא הגיעה לא הוי מחאה וחזקתו חזקה, לא יתכן לסמוך אהא דלא רמיא עליה, לומר שהגיעה למחזיק, ועוד דבפשוטו מנא ידעינן דאמרי ליה לא מפקינן שותא אם לא שהם קמן ומעידים על זה, [ודוחק לומר שהיו עוד עדים וגם הם לא אפיקו שותא], וא"כ נשאלינהו אם באמת לא אפיקו, ודוחק לומר דכיון דלא רמיא עלייהו, אף אין נאמנים לומר דלא אפיקו, וכולי האי סמכינן שהגיעה המחאה למחזיק, אלא מוכח מזה דלא בעי שתגיע המחאה למחזיק, אלא דכל מחאה שבטוחים שלא תגיע, לאו מחאה היא, שאינו מוחה במחזיק כלל וכמשתמט מלמחות בפניו דמי, אבל כיון דכל מילתא דלא רמיא עליה דאיניש אמר לה ולאן אדעתיה, חשיבא מחאה שיכולה להגיע למחזיק, והויא מחאה ואפילו לא תגיע. (ס"ו ס"ק י"א).

שם כל מילתא דמתאמרא באפי תלתא כו', ברמב"ם פ"ז מהלכות דעות ה"ה ואם נאמרו דברים אלו בפני שלשה כבר נשמע הדבר ונודע ואם סיפר הדברים אחד מן השלשה פעם אחרת אין בו משום לשון הרע והוא שלא יתכוין להעביר הקול ולגלותו יותר, מדברי רבנו נלמד דהא דמילתא דמתאמרא באפי תלתא לית בה משום לישנא בישא, לא נאמר על דבר שיש בו גנות לחבירו, דזה פשיטא דאסור אף בידוע לכל, דסיפור בגנות חבירו אסרה תורה, אבל בדברים שאין בהם גנות, אלא שאם ישמעו איש מפי איש עלולים להזיק או להצר לאומרם, בזה נאמר דאם הדבר כבר ידוע לשלשה אין בו משום לישנא בישא, כיון דחברך חברא אית ליה וכבר הדבר מפורסם, וכן משמע בערכין שם דסמכו ענין להא דמילתא דמתאמרא באפי תלתא להא דמברך רעהו בקול גדול, ואפשר דהיינו נמי טעמיה דר"י בן גרים [דהוי גברא רבה כמ"ש תו' שבת ל"ג ב'], דכיון דאיתאמרא באפי תלתא לית בה משום לישנא בישא, והא דרשב"י ענשיה משום דסו"ס נסתבב הדבר על ידו, ואפשר גם דהיה לו להבין שהשומעים לא יפרסמו הדבר מחמת סכנת המלכות.

ומשמע מדברי רבנו דאע"ג דהמספר בפני השלשה סיפר באיסור כיון שעדיין לא היה הדבר ידוע, מ"מ השומעים ממנו כבר אינם מוזהרים מלספר, ויש לעי' אמאי הרי חזינן בסוגיין דאי אמר לאלו שמחה בפניהם לא תפיקו שותא דלא הוי מחאה, משום שימנעו מלספר, וא"כ ה"נ כשהשומעים יודעים שהמספר סיפר באיסור, ראוי שיהיו הם מוזהרים מלספר, דעי"ז ימנע פרסום הדבר, והרי המספר בפניהם ודאי נתחייב לומר להם לא תפיקו שותא, כדי להקטין חטאו, וא"כ אמאי לא יחשב כן בסתמא שיהיו בכל יאמר, ואפשר דאף אם יאמר להני תלתא שלא יפיקו שותא, דנמי אף שיהיו מוזהרין מלספר, מ"מ לא יהיו על זה בעוון לשון הרע, דכל שהדבר מפורסם לא קרינא ביה הולך רכיל מגלה סוד, וממילא ליתיה בלא תלך רכיל, והלכך כשלא הזהירם אינם אסורים מלספר, ושמא גם איירי כשחושבים שגם הוא סיפר בהיתר שכבר הדבר ידוע עד שלא סיפר לפניהם, ובאמת לשון הרמב"ם אינו שרשאים לספר, אלא שאם סיפרו אין בו משום לשון הרע. (פאה ס"א סק"י).

בערכין ט"ז א' אמר רב"ה כל מילתא דמיתאמרא באפי תלתא לית בה משום לישנא בישא כו', פרש"י שהבעלים אמרוה בפני ג', וגילה דעתו שאינו חושש שיתגלה, והנה טעם זה שייך במידי שקפידת הבעלים על גילוי הדבר, וכמו בדיינים שאין

המחייב חפץ שידעו שהוא המחייב, או כההיא דרשב"י שבת ל"ג ב', דבזה כשגילה דעתו דלא איכפת ליה בפרסום הדבר, שפיר ראוי להתיר, אבל במילי דגנאי גם כשגילה בפני שלשה, לית לן למימר דחפץ שיספרו בגנותו, ואף אם יאמר בפירוש דלא איכפת ליה שידברו בגנותו ראוי לומר דהדר ביה, וכמו בכל מילי דחוב הוא לאדם, דאפילו גילה דעתו שחפץ בו א"א לזכות לו דאמרינן דהדר ביה, וכדאיתא בירושלמי ריש התקבל הובא בר"ן שם, ולפי זה דעת רש"י כהרמב"ם דהך מימרא איירי רק במידי דלאו גנות, אלא דרשב"י החמיר טפי דרק כשהבעלים אמרוה באפי תלתא שרי, ואפשר דהיינו מטעמא שכתבנו לעיל, דכיון דאינו רשאי לספר ממילא גם השומעים אסורים לספר, ולכן רק כשהבעלים עצמם אמרוה שרי.

בערכין ט"ו ב' תוד"ה כל פי' כגון כה"ג דנורא בי פלוני כו' אפילו היה אומרה בפניו כו', כונתם דהך מימרא דמילתא דמיתאמרא באפי תלתא, מתפרשא דומיא דהך מימרא דמיתאמרא באפי מרה, דהיינו כדר' יוסי דכל שהיה אומר בפניו יכול לומר גם שלא בפניו, וכמשנ"ת פאה ס"א סק"ט, דבאפי תלתא דמי לבאפי מרה משום שיוודע שהדבר יגיע לבעלים, וכל שיש בו גנאי אף באפי מרה אסור וכדאביי, ולכן לא איירי אלא במידי שאין בו גנאי, ואיצטריך לאשמועינן דלא נימא דשלא בפניו גרע ומתחזי כלישנא בישא, קמ"ל דכל שבפניו או באפי תלתא לא מתפרשא כלישנא בישא, שרי אף שלא בפניו, ובב"ב ל"ט ב' כתבו דבסוגיין מיתנין עלה דבאפי תלתא הא דר' יוסי דמימי לא אמרתי דבר וחזרתי לאחורי, ומשמע דלא הוי גרסי להא דבאפי מרה בסוגיין, ואהא דבאפי תלתא אמר אביי דכש"כ חוצפא ולישנא בישא, ומסקינן דכר' יוסי קאמר.

וברשב"ם ב"ב ל"ט א' משמע דמפרש לה לענין רכילות במידי דגנאי, דכל שהדבר מפורסם באפי תלתא שכך אמר ראובן על שמעון, הר"ז מותר לספר לשמעון, דממילא עבידא לאיגלווי, [והתם כתב דבסוגיין אמר אביי דכל מילתא דעבידא לאיגלווי לית בה משום לישנא בישא, ולפנינו לא נמצא], וצ"ע דכיון דכל השומע מוזהר באיסור רכילות שלא לספר לשמעון, דהא היינו איסור רכילות, מהיכי תיתי שברכות השומעים יעשה הדבר היתר, הרי אית לן לאחזוקי דכו"ע יזהרו באיסור רכילות ולא יספרו לו, וממילא לא עבידא לאיגלווי, ועו"ק דכשמספר לשמעון שראובן אמר עליו מילי דגנאי הרי יש כאן איסור דמספר לשון הרע על ראובן, ונהי דבזמן שיש בזה איסור רכילות י"ל דקבעו הכתוב באיסור רכילות ואין בו משום לשון הרע, [אף דאין נראה כן דהא הלשון הרע הוא על ראובן, והרכילות הוא מצד הידיעה לשמעון, ואינו בדין שיפקיע איסור הרכילות את איסור הלשון הרע], אבל אם נימא דבאיתאמר באפי תלתא לית ביה משום רכילות, א"כ דין הוא שיהא בו משום לשון הרע על ראובן, ובלשון הרע דגנאי לא מהני באפי תלתא, דהאיסור הוא ההתעסקות בגנאי של חברו, ואפילו הדבר ידוע ומפורסם, והמספר לשון הרע דגנאי לאותו אדם היום וחוזר ומספרו לו למחר, מסתברא דגם למחר עבר על איסור לשון הרע.

ואפשר דכונת הרשב"ם שראובן אמר גנאי על שמעון באפי תלתא, דכה"ג חשיב כאילו ראובן אמר להני תלתא לכו ואמרו לו לשמעון שכך אמרתי עליו, דכיון דבתלתא מיפרסמא מילתא הרי כל שלא אמר להם לא תפיקו שותא חשיב כאמר להם אפיקו שותא, ובכה"ג אין כאן איסור רכילות כיון שהאומר מסכים שיספרו, וכן אין כאן איסור לשון הרע על ראובן כיון שהוא מסכים שיספרו דבריו, [ועי' פאה ס"א ס"ק י"ג, וצ"ע], אבל אם לוי אמר באפי תלתא שראובן אמר גנאי על שמעון, אינם רשאים לקבל, ואינם רשאים לספר לא לשמעון ולא לשום אדם דהיינו רכילות

ולשון הרע, וכן כשראובן בעצמו אמר באפי תלתא נמי אינם רשאים לספר אלא לשמעון, אבל לא לאנשים אחרים, דאף אם נימא דראובן הסכים גם לזה, אבל הרי בדבריהם הם מזכירים גם גנות של שמעון, ומי התיר להם זאת. - ונראה דראוי לפרש מילתא דמתאמרא באפי תלתא בהיתר, ולא כעבדו איסורא המספר והמקבלים, ומשכח"ל כשהיה הדבר נוגע לתועלתו של שמעון, או שאר גווי.

מן האמור נתבאר דלכל הפירושים בהא דכל מילתא דמתאמרא באפי תלתא לית בה משום לישנא בישא, אין היתר לספר בגנות חבריו אפילו בגנות שנתפרסם באפי תלתא, וכן מבואר בירושלמי ריש פאה דחשיב סיפור נתן לדוד על אדוניה כלשון הרע אלא דשרי מפני שהיה בעל מחלוקת, [ואע"ג דנתן הנביא לתועלת נתכוין, מ"מ היה לו להמתין שמא כבר יסודר הדבר ע"י בת שבע, אם איתא דאיכא איסור לשון הרע], והתם היה הדבר מפורסם הרבה, אלא דכיון דהיה הדבר חטא, הו"ל בדין לשון הרע כגנות, וכן ישע"י הנביא כשאמר ובתוך עם טמא שפתים אנכי יושב, היה הדבר ידוע שישראל חוטאים, וכמו שהוכיחם בתחלת ספרו הוי גוי חוטא וגו', ואפ"ה נענש, דאיסור לשון הרע הוא הדיבור בגנות חבריו ולא בפירסומא דמילתא תליא. (פאה ס"א סק"י).

ל"ט ב' וצריך למחות בסוף כל ג' וג', ע"י מש"כ בזה לעיל כ"ח ב' סק"ח, ולעיל ל' ב' ד"ה יעוי'.

שם מחאה בפני שנים, א"ה, בדברי הרא"ש בשם הרמב"ן במיחה בפני ע"א אם מהני מגו שיכול להכחיש ולומר שלא מיחה, ע"י מש"כ בב"מ ק"י א'.

מ' א' רבה ור"י דאמרי תרוייהו לא כתבינן מודעא אלא אמאן דלא ציית דינא אביי ורבא דאמרי תרוייהו אפילו עלי ועליך, בדין מודעא יש שני חדושים חדא דסמכין אעדים בלא קבלת עדות ומהימנין להו שביירו שהיה אונס, ועוד דניתן להכתב עדותם בשטר ולא חשיב מפי כתבם, וזה מתקנת חכמים כמ"ש בתוד"ה מחאה, וסברי רבה ור"י דלא תיקנו חכמים לסמוך על זה אלא בדליכא תקנה אחרת, והיינו שהמאנס גברא אלמא דלא ציית דינא וא"א להשמט ממנו, אבל מי שציית דינא אף שיש הרבה קושיים להביאו לדין אפ"ה לא תיקנו חכמים בזה דין מודעא, ואביי ורבא סברי דבכל אונס לא חייבוהו חכמים להלחם מיד, ויכול למסור מודעא ולתובעו לדין אח"כ, ופלוגתא זו היא בין במודעא דמתנה ובין במודעא דזביני בגוונא דכותבים.

שם אמרי נהרדעי כל מודעא דלא כתיב בה אנן ידעינן ביה באונסא דפלניא לאו מודעא היא כו', היה אפשר לפרש דגם אם העדים ידעו באונסיה, מ"מ אם בשטר המודעא לא כתבו שיודעים מודעא פסולה היא, וכתובת מודעא שלא תחשב כמפי כתבם תקנת חכמים היא, וכשלא נכתבה כתיקונה חזרה למפי כתבם, [וע"י בנתה"מ סי' ר"ה ס"ק י"א שלא כ"כ ול"ע בזה כעת], אבל מאחר דבגיטא ובמתנתא שפיר חשיבא מודעא גם באינם מכירים באונסיה, לא מסתבר שחכמים יבטלו לגמרי כח המודעא בזביני אם לא כתבו שהכירו באונסו, ויש לפרש דהא דאמרי לאו מודעא היא היינו דלא סגי במודעא זו לבטולי זביני, עד שיתברר שהיה אונס, והרי בעל פה פשיטא שאם מסר מודעא שהוא אונס, דשפיר מעידין העדים שמסר מודעא בפניהם וב"ד יבררו אם אמנם היה אונס, ויתבטל המקח, דאין מסירת המודעא אלא גילוי דעת דלא גמר ומקנה אגב אונסיה, וה"נ אין לחכמים למנוע כתיבת המודעא באופן זה, וברשב"א הוסיף לדקדק מדלא אמרו אין כותבין מודעא עד שיכירו באונסיה, דמשמע מזה דגם לכתחלה כותבין אף כשאין מכירין באונסיה, ואח"כ ב"ד יבררו אם אמנם היה אונס, ובאמת דלתקנת האנוסים ראוי לנהוג כן, וגם ה"ר יונה כתב דאי

מנהרדעי הוי אמרינן דכותבין מודעא אע"ג שאין מכירין באונסיה ואח"כ ב"ד יבררו אם היה אנוס, אלא דהר"י מפרש למימרא דרבא דלא כתבין מודעא אזביני, דבא לומר דאם אין מכירין באונסו אין להם לכתוב, דזה מרעא לכח הלוקח בשדה דיאמרו מסתמא היה המוכר אנוס, לכך כתב שאין לכתוב מודעא אם העדים אינם מכירין באונסו, והביאו הטור בסי' ר"ה וכן הנמו"י, ומאחר דלא מצינו חבר להר"י בפירושו זה להא דרבא, הדרינן למש"כ הר"י דמנהרדעי אכתי איכא למימר דכותבין מודעא אע"פ דלא ידעי באונסיה.

ולפ"ז אית לן למינקט לדינא דכותבין מודעא אזביני גם כשאין העדים מכירין באונסו, ואח"כ ב"ד יבררו אם היה אנוס, וכדעת הרשב"א והביאוהו הר"ן והמ"מ בסתמא, וכן הנמו"י אלא שהביא גם דעת ה"ר יונה, אבל המחבר בשו"ע סי' ר"ה ס"ה הביא דברי הר"י שהביאו הטור, אלא שכתבו בשם יש מי שאומר, והוא משום שלא היו דברי הר"י לפניו שזה תלוי בפירושא דהא דאמר רבא לא כתבין מודעא אזביני, דבזה הר"י יחיד.

והנה כל הנידון אם העדים כותבים המודעא, אבל בע"פ ודאי מקבלים מודעתו ומעידין עליה בפני ב"ד, דמה יעשה מי שהאנס דוחקו ואין לו שהות לברר האונס בפני העדים מיד, ובקצה"ח שם סק"ד דן בזה משום חצי דבר, ולפי זה גם בע"פ לא תתקבל עדותן, אבל נראה דאינו ענין לחצי דבר דשפיר מעידין שאמר שהוא אנוס ואינו מוכר מרצונו, וזו עדות שלימה, והבירור שאמר אמת הוא כבירורין דעלמא ואין צריך לתורת עדות בזה, [וגם זו עדות שלימה שאנסו לפעמים לענין צער ובושת].

תוד"ה מחאה וי"ל דתקנת חכמים היא שיהא חשוב עדות כו', א"ה, עי' מש"כ ביבמות ק"ו א' בהא דעדים הרואים את החליצה יכולים לכתוב מעשה ב"ד על זה, דיש לפרש דהיתה תקנת חכמים על זה, ואפשר דראו חכמים לנכון להשוות חליצה ומיאון לגט. - וע"ע מש"כ להלן ע' א'.

בא"ד דהא אפילו יתברר לנו שלא שמע המחזיק מחאה כו', א"ה, עי' מש"כ לעיל ל"ט א' ראיה לזה, ועי' מש"כ לעיל כ"ח ב' סק"ו בהא דאמרו חברך חבא אית ליה. בא"ד ועוד אומר ר"י ששמע מן ר"ת שנוהגים לשלוח כו' והא דדרשין בספרי כו', צ"ע מנין לנו למידרש הכי, הרי קרא קאמר שצריך לשמוע מפי העדים, ומנין לנו לומר דא"צ לשמוע מפיהם ולא בא למעט אלא אלם שאין ראוי להגיד, וגם בירו' שלהי מכילתין קאמר ולא מפי כתבם ולא מפי המתורגמן, ומדנקט להו בהדדי משמע דאף בראוי להגיד קממעט להו, [ועו"ק דהא צריך להעיד בפני בע"ד, וכיצד זה מתקיים בכתב ידן, וקרא איכא לאוקמי בעדות שא"צ בפני בע"ד כמו עדות החודש וכיוצא בו, אח"כ ראיתי שכבר העיר בזה בנה"מ סי' כ"ח סק"ו בשם התומים, וכן צריך שיעיד בפני כל הדיינים יחד, וא"כ יצטרכו הדיינים לקרות כתבו ביחד, ועוד דמנין יודעים הדיינים שבשעה שקוראים עדותן אכתי העדים זוכרין, וגם כיצד מתקיים עדים בעמידה, ומיהו קרא דאיצטריך למעוטי מפי כתבם איכא לאוקמי כשנתברר שהעדים עדיין זכרו עדותם, ועמידה אינו לעיכובא, ובזה"ז מושיבין כמ"ש בחו"מ סי' י"ז, אבל לנהוג כן לכתחלה צ"ע], וכבר כתב הרמ"א בסי' כ"ח ס"א דלא קיי"ל כר"ת. (כתובות כ' א' סק"ד).

בא"ד והא דאמרינן בפ"ב דכתובות כותב אדם עדותו על השטר כו' אבל אין זוכרה מעצמו לא היינו כשאנו מוציא כת"י בב"ד ועוד שמא ע"א בכתב כו', דבריהם צריכים ביאור דכשאין זוכרה מעצמו הרי אינו ראוי להגדה ומה יועיל אם ישלח כת"י לב"ד, וביבמות ל"א ב' כתבו בהדיא דאף לר"ת אינו שולח עדותו בכתב אא"כ

זוכרה, ומדבריהם כאן נמי מוכח כן דהא סיימו ועוד שמא ע"א בכתב אין חשוב עדות שאין שטר אלא בב', ואי הנידון משום שעדים יכולים לשלוח עדותן בכתב, א"כ מה ענין זה לשטר אי חשיב בע"א, הרי פשיטא דעדים השולחים עדותן בכתב לב"ד אין צריך שיכתבו שניהם על נייר אחד, וע"כ צ"ל דס"ד השתא דהא דכותב אדם עדותו על השטר יש לו דין שטר, וכמו שנקטו נמי בתחלת דבריהם בכתובות כ' א', וכן ביבמות שם, ואף בלא הא דשמע ר"י מר"ת דשולחים עדותן בכתב קשיא להו, אבל למאי דמסקו ביבמות ובכתובות דהא דכותב אדם עדותו על השטר אינו אלא כתיבת פנקס לעצמו ואין עליו דין שטר, ניחא שפיר אף לדעת ר"ת, דכל שאינו זוכר שיהא כשר להעיד, אף בכתב אינו יכול לשלוח, אפילו שכתב הכתב כשזכר. (כתובות כ' א' סק"ה, ועיי"ש עוד סק"ב).

מ' ב' מודעא דמאי אי דגיטא ודמתנתא גילויי מילתא בעלמא הוא, כלומר דשפיר יש להאמינו שהוא אנוס, דאל"כ ל"ל לגרש וליתן המתנה, ואין צריך שהעדים יחקרו ויבררו אמתת האנוס דיש להם להאמינו, וסגי שיכתבו בפנינו מסר מודעא, וא"צ שיכתבו ידיעין ביה באונסא דפלניא, וכמש"פ ברשב"ם.

שם ואי דזביני והאמר רבא לא כתבינן מודעא אזביני, כל הראשונים ז"ל פירשו דלא אמר רבא מימרא זו אלא דממה דפסק לקמן מ"ח א' דתליוהו וזבין זביניה זביני דייקנין לה, וכבר תמהו דה"נ אמר רב הונא שם, ומ"מ סבר דכתבינן מודעא לקמן מ"ח ב', ואיך דייקנין מזה דרבא ס"ל דלא כתבינן, אבל ממש"כ תו' מ"ח ב' ד"ה אר"ה דהא דר"ה פליגא אדרבא דאמר לעיל לא כתבינן מודעא אזביני, ולא פירשו כלום בטעמיה דרבא, סתימת הדברים משמע דפירשו שזו מימרא מפורשת של רבא דלא כתבינן מודעא אזביני, [שו"ר בתו' מ"ח ב' ד"ה אבל שפירשו כהרשב"ם], ונראה דטעמו דכיון דתליוהו וזבין זביניה זביני, [ולפמש"כ בתו' הרא"ש כאן רבא גופיה מסיק התם דאף בשדה זו זביניה זביני, ואף אי בשדה זו זביניה לאו זביני, מ"מ כיון דבעלמא אמרינן דאגב אונסיה גמר ומקנה, הרי גם בשדה זו אין הפסדו גדול אם ימכור], א"כ אין כאן הפסד כ"כ, ולכן לא תיקנו בזה חכמים שתועיל מודעא שיש בזה שני חדושים נגד עיקר הדין כמש"כ לעיל, ורק במתנה תיקנו משום דמפסיד הכל, וא"כ אימתי מתקיים הא דנהרדעי דצריך שיכתבו אנן ידיעין ביה באונסיה דפלניא, דהא במתנה א"צ לדעת, ובזביני הרי אין כותבין מודעא, ומשנינן דמודה רבא היכא דאניס וכמעשה דפרדיסא, כלומר דבכל אונס הרי הנאנס מוכר את השדה כדי להנצל מן היסורים וכיו"ב ובזה אמרינן דאגב אונסיה גמר ומקנה, אבל כשהשדה ביד המאנס ואין ביד הנאנס להמלט מידו, אין כאן שום הסכמה או אמירת רוצה אני מצד הנאנס, והר"ז כחמסן בלא אמר רוצה אני דזביניה לאו זביני כדאמר ב"ק ס"ב א', ובכה"ג שפיר כתבינן מודעא וצריך שיכירו העדים את האנוס ויכתבו במודעא שהכירו בו, והיינו דנהרדעי.

מ"א א' מתני' כל חזקה שאין עמה טענה כו', לשון זה משמע דאף בשאין העדר הטענה ריעותא נגד החזקה, נמי לא הוי חזקה בלא טענה, וכגון מפלניא זבינתה דזבנה מינך, וידוע שכל אנשי המקום גלו וא"א למצוא עדים דדר ביה חד יומא, דליכא ריעותא בזה, ומ"מ לא הוי חזקה, וטעמא נראה דברי ע"י אחר לאו ברי גמור הוא, והר"ז כאומר איני יודע אם החזקתי בשדה זו כדין, אלא שפלוגי אומר שזה כהלכה, וזה חשיב אין עמו טענה, הגע עצמך אילו אמר זכיתי שדה זו מהפקר כי פלוגי אמר לי שאתה הפקרת אותה בפני שלשה, האם יש בדבריו ממש, ואילו אמר בפני הפקרת אותה וזכיתי בה הויא חזקה שיש עמה טענה, הרי דטענת ברי ע"י אחר לאו טענה היא, וכשיש עדים דדר בה חד יומא, הרי אנו מחזירין את הדין על המוכר

שדר בה חד יומא, והננו טוענים לו לקוח כדין טוענין ללוקח, וזוכה בה ע"י חזקת שלש שנים של הלוקח ממנו, וכש"כ אם המוכר בפנינו ואומר למערער אתה מכרתה לי, דודאי חוזר הדין אליו ויש כאן טענת ברי וחזקה, וכ"כ הגרע"א ז"ל בגליון בחו"מ סי' קמ"ו סי"ד, [אלא שכתב שם דמהנמו"י ל"מ כן, וכונתו ז"ל למש"כ בגליון בסי' קמ"מ ס"ח דאם השכיר לאחר שלש שנים רצופות סגי אף דלא דר ביה חד יומא, [והם דברי הנמו"י בריש חזקת וכנראה נשמט שם שזה מהנמו"י], הרי דאף שהמשכיר לפנינו והוא טוען שלקח אפ"ה היה מקום להצריך דר ביה חד יומא], אבל בדליכא סהדי דדר בו חד יומא, הרי הנידון עם הלוקח המחזיק, והוא אינו יכול לטעון ברי, ואנן לא טענינן למוכר ראשון כיון דלא ידעינן ממנו, ואף כשהלוקח טוען קמי ידי דר ביה המוכר חד יומא דעת הרמב"ן דלא מהני, דכל דליכא עדים לא חזר הדין אליו שנטעון עבורו, אע"ג דכד דיינינן לגבי המחזיק ראוי להאמינו שהמוכר דר בו חד יומא במגו דאתה מכרת לי.

ולהאמור מבואר הא דאמרינן לקמן ב' אמר רב הוה יתיבנא קמיה דחביבי ואמרי ליה וכי אין אדם עשוי ליקח ולמכור בלילה וחזיתיה לדעתיה אי א"ל קמאי ידי זבנה מינך מהימן מיגו דאי בעי א"ל אנא זבינתה מינך, ולכאורה מה ענין הא דאדם עשוי ליקח ולמכור בלילה להא דקמאי ידי זבנה מינך, אבל למש"כ ניחא, דרב הקשה לר"ח שאין זו ריעותא הא דליכא עדים דדר בו חד יומא דאדם עשוי ליקח ולמכור בלילה, והדר חזי לדעתיה דר"ח דבאמת גם ר"ח מודה דלאו ריעותא היא, ואי הוי טעין המחזיק קמי ידי זבנה מינך, והיינו טענת ברי, לא הוי איכפת לן בהך ריעותא דלית ליה עדים דדר ביה חד יומא, והיה נאמן במגו דמינך זבינתה, דבהך טענה ליכא ריעותא כלל, [ולכך שייך כאן לשון מגו, אע"ג דגם בקמאי ידי זבנה מינך סגי דהו"ל חזקה שיש עמה טענה, אלא דמ"מ אהני המגו לבטל הריעותא דליכא עדים דדר ביה חד יומא, והגרע"א ז"ל דקדק בזה, וכתב דלשון מגו לאו דוקא, ועי' תו' ל' א' ל"ב ב', ובמש"כ לעיל ל' א' בדברי התו'], אלא דבדליכא טענת ברי אהני הא דליכא עדים דדר ביה חד יומא, דלא טענינן ליה, וזה בצירוף משום שלא חזר הדין אל המוכר כל שאין עדים דדר בה, וגם משום שזה קצת ריעותא, לפי דבסתמא אין אדם עשוי לקנות ולמכור בלילה.

ובזה יש לפרש נמי הא דאמרינן לקמן ב' דבאיכא סהדי דנראה בה המוכר לא מהני משום דעביד איניש דסייר ארעא ולא זבין, ולכאורה קשה דהא מלשון זה משמע דרובא דסיירי לארעא זבני להו, ואמאי לא סגי בהכי לבטל ריעותא דליכא סהדי דדר בה, ונימא דלקח ומכר בלילה, אבל למש"כ דלא טענינן אא"כ חזר הדין אל המוכר ניחא, דדוקא באיכא סהדי דדר חשיב כבעל דבר וחזר הדין אליו, אבל בסייר ארעא כיון דעביד אינש דסייר ולא זבין לא חזר כאן לפנינו כבעל דבר, שלא ראינוהו מחזיק, וממילא לא טענינן ליה. (כ"ח ב' סק"א ועי"ש המשך הדברים).

בקצה"ח סי' קמ"ט סק"ה כתב דטענת מתנה אינה טענה אלא במגו דלקוח, ולא משמע כן מלשון המשנה שמכרת לי שנתת לי במתנה, ולא דמי למחילה שהזכיר ז"ל שם, דנגד מחילה איכא חזקת החוב, ולא כל כמיניה לומר שמחל, אא"כ יכול לטעון פרוע, אבל הכא שהקרקע בידו שפיר יכול לטעון מתנה כמו לקוח דשניהם שוין ליישב איך הגיעה הקרקע לידו. (ס"ו סק"ג).

מ"א ב' דתניא ארשב"א לא נחלקו ב"ש וב"ה על שתי כיתי עדים שאחת אומרת כו', היינו לאפוקי ממתני' נזיר כ' א' דאיתא התם דבשתי כיתי עדים נחלקו אחת אומרת שנזר שנים ואחת אומרת שנזר חמש, ויש לעי' ומ"ט דב"ש לתנא דנזיר, דס"ל דאף בשתי כיתי עדים נחלקה העדות ואין כאן נזירות, ואמאי, הרי אף אי מכחשי אהדדי

לגמרי נמי דין הוא דליהוי נזיר שתיים, דאף אי כת אחת פסולה כדין שתי כיתי עדים המכחישים זא"ז, מ"מ כששתי הכתות מעידים [ובגוונא דליכא משום נמצא אחד מהן קרוב או פסול כגון שמעידים על שני חיובים שונים, או שאר גווני, עי' תו'], הרי ממ"נ כת אחת כשירה, ויש כאן עדים גמורים, ואיך אפשר לפטרו מכלום, ואפילו לר"ח שבועות מ"ז ב' דאמר בהדי סהדי שקרי ל"ל, היינו כשכל אחת מעידה בפ"ע, אבל כששניהם מעידים על חיוב ראובן לשמעון, איך אפשר לפטרו, וצ"ל דס"ל לב"ש דכה"ג הו"ל עדות שאי אתה יכול להזימה, וכדאיתא בירו' יבמות פ"א ה"ה בספיקות, ואף דבבב"א דרשב"א משמע דלת"ק נחלקו אף במנה ומאתיים, ובממון הרי לא בעינן עדות שאתה יכול להזימה כמש"כ האחרונים ז"ל, י"ל כמש"כ בחו"ב ב"ק ע"ה ב' דרך באיני יודע בחקירות הקילו בממון דלא בעי עדות שאתה יכול להזימה, אבל גווני אחריני לא, וה"נ דכוותה, א"נ אף בלא דין עדות שאתה יכול להזימה, ס"ל לב"ש דבעינן שידעו ב"ד על פי איזה עדים נחרץ הדין, א"נ דכל כה"ג חיישינן שמא שניהם משקרים, דעל כל מעשה יש עדים המכחישים, עי' תו' יבמות ק"ח א' ד"ה ומכחישות, וזה עיקר, ועי' בירושלמי פ"ה ה"ב ובנזיר שם, ובמ"ש בחו"ב נזיר כ' א'. (סנהדרין ס"ז סק"ז).

שם חד אמר תרתי אוצייתא עאל וחד אמר תלת אוצייתא עאל א"ל זיל שלים תרתי מגו תלת א"ל כמאן כרשב"א כו', יש לעי' הרי יש כאן שתי שדות נפרדות חד של תרתי אוצייתא שיש עליה שני עדים שאינה של ר"כ, ואלו שני העדים מחולקים ביניהם על השדה שהיא אוצייתא תליתאה למי היא שייכת, אבל על התרתי אוצייתא שניהם שוין בסבת החיוב ובחיוב ומה מקום לדון בזה, איברא שיש כאן נידון למה אין אנו פוסלים אחד מן העדים מחמת ההכחשה, וממילא אין כאן אלא ע"א, וזו קושיא גם על עיקר דינא דרשב"א, וכבר הקשה כן התו' רי"ד בשם ר"י ויתבאר בס"ד להלן, אבל לא זהו דיניה דרשב"א דעיקרו על הכחשה בסיבת החיוב וכדמייטנן ליה בסנהדרין ל"א א' על הכחשה בבדיקות ומנה שחור ומנה לבן, ולכן נראה דהני סהדי לא ידעי גבולות ובעלות השדות, והם רק העידו מקום הגדר מקמי דשקליה בידקא, והנה הכחישו זא"ז במקום הגדר, ודמי ממש למאתיים ומנה, וכן מתפרש פשטא דלישנא דגמ' דחד אמר תרתי אוצייתא עאל, דפלוגתן כמה עאל ממקום דמחיצה קמייטא. (סנהדרין ס"ז סק"ח).

בתו' רי"ד הביא שהקשה ר"י במנה ומאתים אמאי לא דיינינן להו כשתי כיתי עדים המכחישים זא"ז דחד מינייהו מיפסל, וא"כ איך מצטרפין אחד ואומר מנה ואחד אומר מאתיים לחייב מנה, ותירץ וז"ל דלא חשבינן הכחשה בע"א דכשם שאין תורת הזמה בכך כך אין תורת הכחשה בכך דכיון דאין כאן עדות שלימה כאילו לא העיד כלום דמי עכ"ל, ולכאורה משמע דר"ל דהכחשת ע"א לאו הכחשה היא, [ועי' מש"כ בזה לעיל ל"א ב' ליישב דברי חכמי בריסק שבש"ך סי' ל"א עי"ש באורן], אבל הדבר נסתר מסוגיא דשבועות שם דעדים המכחישים זא"ז בגובה הלבנה דז"א ג' מרדעות וז"א חמש, נפסלין לעדות אחרת, עי"ש, [ועי' חו"ב סנהדרין מ' א' כתבנו ליישב], וגם התו' רי"ד השיג מסברא דהכא לאו ע"א קפסיל ליה, אלא אנן סהדי דחד מינייהו מעיד שקר, והיה מקום לומר דהכא אילו המלוה היה טוען שהיו שתי הלואות אחת של מנה ואחת של מאתיים, הרי לא היינו אנן סהדי דחד מינייהו משקר דאימא כל חד וחד עדות אחרת חזי, ואף שהם בעצמם אומרים שעל אותה הלואה הם מעידים, בזה הרי אין כאן אלא ע"א, וה"נ כשהמלוה אומר שהלואה רק מאתיים, נמי אנן לאו סהדי בפסול אחד העדים, דאימא דגם המלוה משקר, משא"כ התם במרדעות דאנן סהדי דחד מינייהו משקר, אבל לכאורה גם במרדעות אם לא ראו

באותו זמן ממש הרי יתכן לקיים דברי שניהם, וא"כ שוב אנן לאו סהדי דחד מינייהו משקר בעדותו, אלא דבמה שאומרים שראו שניהם באותו זמן בזה ע"כ דחד משקר, ומשום זה אין לפוסלו, שאין זו עדות שקר, ונמצא דאין כאן אלא הכחשת ע"א, ואפ"ה נפסל.

והרמ"ה סנהדרין ל"א א' הביא סוגיא דשבועות הנ"ל להוכיח דגם בהכחשה דע"א נפסל אחד מהם, והקשה מזה לאחד אומר מנה ואחד מאתיים איך מצטרפים לחייב מנה, ותירץ וז"ל ומסתברא דכי פליגי ר"ה ור"ח היכא דמכחשי אהדדי בכולא עדות כגון ז"א של אבותי כו' אבל ז"א מנה וז"א מאתיים לאו הכחשה מיקריא לאיפסולי עלה אלא מוסיף על דבריו הוי ואיכא למימר דמיטעא טעי חד מינייהו וצ"ע, עכ"ל, והדברים צריכים פירוש, דאטו עד שראה הלואה של מנה והעיד שלוח מאתיים, מי לא מיפסל לעדות, ומהיכי תיתי נתלה בטעות כה"ג, וכן עד שראה הלואה של מאתיים, ומעיד על מנה, נהי דאם לא שימש בעדותו אלא לחייב מנה, דלא קעבר על לא תענה, ואינו אלא ככובש עדותו על אידך מנה, ואינו נפסל בכך, אבל אם עדותו משמשת גם ללוה כעד המסייע לפוטרו משבועה [מדר"ח קמייטא, לאחר שנתחייב מנה, או משום עדות השני] על אידך מנה, ודאי יש בו משום לא תענה ויש לפוסלו.

ברם הרי חזינן בסנהדרין שם דמדמינן אחד אומר מנה ואחד מאתיים לדין מנה שחור ומנה לבן דהיינו הכחשה בבדיקות, ואין לומר דמכח ק"ו מייתינן לה דאם במנה ומאתיים מצטרפין כש"כ במנה שחור ומנה לבן, דהא הוכיחו תו' דלרבא אליבא דר"י אדרבה דמנה שחור ומנה לבן דהיינו הכחשה בבדיקות אין מצטרפין, ומנה ומאתיים מצטרפין כרשב"א, הרי דיש בכלל מאתיים מנה קיל מהכחשה בבדיקות, ועוד דהא גם בנזירות ס"ל לב"ה דיש בכלל חמש שתיים שיהא נזיר שתיים עי' נזיר כ' א', והתם לכאורה ליכא תקנת חכמים לבטל דו"ח משום נטילת דלת, וא"כ יש לפסול הכחשה בבדיקות למש"כ בחו"ב סנהדרין ס"ז סק"ז, וא"כ מבואר דיש בכלל מאתיים מנה לא חשיבא אפילו כהכחשה בבדיקות.

ולכן נראה דעד המעיד בפני הלוהו מנה, אין בכלל עדותו תורת עדות להכחיש שלא לוח מאתיים, דעדות העד מתיחסת על החיוב שהוא עד שחייב לו מנה, ואילו אם הדבר בא ע"י הלואה או הודאה או מכירה, אין זה אלא כבדיקות, והרי הכחשתו למאתים רק כמספר דברים בעלמא ולא כעד, וכן בנזירות הרי העדות שהוא חייב לנהוג נזירות שתיים, ומה שאומר שקיבל שתיים אינו אלא דבר נוסף לאמת עדותו, ואין בכלל זה הכחשה שלא קיבל חמש, ואם יבואו שני עדים שלוח מאתיים או שקיבל נזירות חמש, לא יפסל העד הראשון על ידם, שהרי עיקר עדותו אמת, ורק בפרטי הענין שינה, וכן יש לפרש בההיא דב"ב מ"א ב' שהיתה עיקר עדותו דתיתי אוצייתא עאל, [ולא דמי לזה אומר ג' מרדעות שבועות מ"ח א' דבעדות החודש כיון שיודעים שיבדקו בגובהה ותפסל עדותן ע"י הכחשה, הר"ז כעיקר עדות ולא כבדיקות, ועי' חו"ב סנהדרין מ' א'], ולכן באמת לא תשמש עדות המנה כעד המסייע לפטור את הלוה משבועה מדר"ח קמייטא, דעדותו שלא היה מאתיים לא היתה עדות בממון אלא כבדיקות, ולא תורת עדות עלה, ועי' בט"ז ס"ל בסעיף ה', ועיקר דינא דרשב"א דאף שזה אומר מנה וז"א מאתיים ונמצא שהם חלוקים בבדיקות, אפ"ה יש בכלל מאתיים מנה, ויש כאן שני עדים על מנה, וב"ש סברי דכיון דנחלקים בפרטי העובדא הרי נחלקה העדות, ופלוגתתם מתפרשא שפיר אף כשאין התובע יודע, וכל תביעתו ע"י העדים, ואשמועינן דחשיבי שני עדים על מנה, וכן כשהתובע תובע מאתיים, ואינו פוסל לעד האומר מנה, שאין בעדותו עדות שלא לוח מאתיים, אלא כמספר דברים בעלמא, ומיטעא הוא דקטעי, והוא מביאו להעיד על

מנה, אבל אם המלוה תובע מאתים והביא העד שלוה מאתים, ובא העד השני להכחישו שלא לזה אלא מנה, ומעיד בתורת עדות שלא לזה מאתים, בזה באמת הו"ל שני עדים המכחישים זא"ז וחד מינייהו מיפסל, ועדותן בטלה, וגם המלוה בעצמו פוסל לעד האומר מנה, ולא יתכן לצרפו לחייב על ידו כלום, דלגבי נפשיה המלוה נאמן לחובתו, ולשאר עדויות אתאן לפלוגתא דר"ה ור"ח, עי' ש"ך סי' ל"א סק"א, וכן כשאחד מעיד שחייב יין ואחד מעיד שחייב שמן, הרי הם נחלקים בתורת עדות ומיפסל חד מינייהו ועדותן בטילה, אבל בדמי יין ודמי שמן הו"ל כמנה ומאתים, דסיבת החיוב אינה מעיקר העדות, אבל במאירי בסוגיא כתב דבמנה ומאתים ליכא שבועה מדר"ח קמייאת, כיון דעד שאומר מנה הו"ל עד המסייע, ולמש"כ היינו דוקא אם יחזור ויעיד בתורת עדות שלא לזה מאתים, שאם תחלת עדותו היתה נחשבת כעדות שלא לזה מאתים, לא היו מצטרפין, שהמלוה התובע מאתים פוסלו וגם מה שמכחישים זא"ז פוסלן, וצ"ע. (סנהדרין ס"ז סק"ט).

שם א"ל אי אית לך סהדי דדר ביה כו', עי' מש"כ בזה לעיל ל' א'.
שם וחזיתיה לדעתיה אי א"ל קמאי ידידי זבנה מינך כו', א"ה, עי' מש"כ בזה לעיל א' במתני', ולעיל ל' א' בדברי התוד"ה לאו.

שם איבעיא להו נראה בו מאי כו', א"ה, עי' מש"כ לקמן מ"ב א' ד"ה יש.
מ"ב א' מתני' בד"א במחזיק אבל בנותן מתנה והאחים שחלקו והמחזיק בנכסי הגר נעל וגדר ופרץ כל שהוא הר"ז חזקה, לכאורה יש לדקדק מה ענין לבד"א בכאן, הרי הם ענינים נפרדים, וכי משום ששם חזקה משותף לשניהם שייך לחלק ביניהם, ולא הו"ל למיתני אלא קרקע נקנית בחזקה כיצד נעל וכו', וי"ל דהיה מקום לומר דכשם דבמטלטלין כל פעולת קנין כמו יד משיכה הגבהה עושה את הקונה גם כמוחזק, דה"נ בקרקע לא יועיל קנין אלא א"כ הקונה נעשה מוחזק ע"י הקנין, דענין הקנין הוא הוראת בעלות, והלכך לא יועיל קנין אלא כשהחזיק שלש שנים, או שטר, והיינו דאתי מתני' לאשמועינן דאע"ג דלענין מוחזק צריך שלש שנים, אבל לקנין חזקה אין צורך בשלש שנים, ונעל וגדר ופרץ הר"ז חזקה, אע"ג דעדיין לא חשיב כמוחזק עי"ז.

וממה שסמכו התנא לאלו שאין להם חזקה, שמא יש לדייק דגם באיש בנכסי אשתו מהני נעל גדר ופרץ לקנין חזקה כשנותנת לו במתנה את קנין הגוף, דגם על כל אלו שאין להם חזקה מסיים התנא דבנותן מתנה קנו, ועי' בפ"ת סי' קצ"ב סק"א שנחלקו בזה הרדב"ז והמחנ"א, והנידון משום דאין פעולות אלו מורות על בעלות המיוחדת, כיון דגם עד שלא קנה את הגוף היה רשאי לעשות כל אלו הפעולות, ועי"ש בב"י שכתב על פי דברי הרא"ש בגיטין ע"ז דהבא לקנות בית שהוא דר בו לא סגי בנעילת דלת אלא צריך שינעול ויחזור ויפתח עי"ש.

יש להסתפק בגוונא דבעינן עדות שדר בה המוכר חד יומא כדלעיל מ"א ב', אי סגי כשיש עדים דנעל או גדר או פרץ, ולכאורה מדפליגי שם אביי ורבא בנראה בו, איכא למימר דעד כאן לא פליגי אלא בנראה דלא עבד כלום, אבל נעל או גדר או פרץ סגי, וכ"כ שם הרשב"א דאם נרה סגי בהכי, ולפי זה זימנין דמשמש נעל גדר ופרץ גם לתורת מוחזק, וצ"ע.

שם נעל וגדר ופרץ כל שהוא הרי זו חזקה, עי' מש"כ לקמן נ"ג ב' בגמ' המציע מצעות בנכסי הגר.

מ"ב ב' גופא אמר שמואל שותף כיורד ברשות דמי, בשו"ע חו"מ סי' שע"ה ס"ד היורד לתוך שדה חבירו ברשות אפילו נטע שדה שאינה עשויה ליטע שמין לו וידו על העליונה שאם היתה ההוצאה יתירה על השבח נוטל ההוצאה כו', זה לשון

הרמב"ם בפ"י מגזילה ואבידה ה"ז ובבהגר"א ציין שמקורו מתוספתא פ"י דב"ק, והנה לא נתפרש מהו היורד ברשות, ואם הורידו בעל השדה או שהורידוהו ב"ד לנכסי שבוי, בפשוטו מתנים עם היורד שהוא יתן ההוצאה ויקבל חלקו בשבח כאריס, [וגם בהורידוהו ב"ד אם יבאו הבעלים שמין להם כאריס כדאמר ב"מ ל"ט א'], ואין הבעלים מתחייבים לתת כלום מביתם, ואם ההוצאה יתירה על השבח מפסיד האריס, ואולי אפשר דהא דאמרין דבהוצאה יתירה על השבח נוטל ההוצאה, היינו שהיתה ההוצאה יתירה על מחצית השבח המגיע לחלקו של האריס, [דהא שבח יתר על היציאה שנוטל השבח יש לפרש מחצית השבח שהוא לחלקו של היורד, ודכוותה הוצאה יתירה על השבח], ונוטלין מחלק השבח של הבעלים ומשלימין לאריס עד שיעור ההוצאה, אבל אם היתה ההוצאה יתירה על כל השבח אין הבעלים משלימין מביתם כלום והוי פסידא דאריס.

אבל לכאורה לא משמע כן בר"ן ונמו"י בסוגיין שכתבו בשם הרא"ה בהא דאמרין דשותף כיורד ברשות דמי ונוטל בשדה שאינה עשויה ליטע כעשויה ליטע, דאע"ג דכיורד ברשות דמי מ"מ אינו נוטל הוצאה היתירה על השבח כיורד ברשות, דלא עדיף ממוציא הוצאות על נכסי אשתו וגירשה דאינו נוטל אלא הוצאה שיעור שבח כדאמר כתובות פ' א', והנה במוציא הוצאות על נכסי אשתו נוטל הוצאה כנגד כל השבח, ומשמע דכיורד ברשות נוטל הוצאה יותר מכל השבח, וצ"ל דהמוריד אריס לשדהו שיתן כל ההוצאות ויחלוק בשבח, ואירע אונס דליכא שבח הרי על בעה"ב להחזיר לאריס מחצית ההוצאות, וכ"ה בריטב"א בשותף דכיורד ברשות חשיב, דבהוצאה יתירה על השבח נוטל מן השותף מחצית ההוצאות, ובתר הכי הביא דהרא"ה ס"ל דאינו נוטל אלא הוצאה שיעור שבח, וצ"ע, ועי' מש"כ בב"מ ק"א א' סק"ז דבשו"ע אה"ע משמע כמו שפירשנו, שוב נראה דגם הר"ן והנמו"י אפשר דס"ל כמש"כ, ומש"כ דכיורד ברשות נוטל ההוצאה היתירה על כל השבח, ר"ל שאם היה השותף עושה כן ברשות שותפו היה דינו ליטול מן השותף מחצית ההוצאה היתירה על כל השבח, אבל לא איירי באריס היורד ברשות.

במ"מ כתב על דברי הרמב"ם שהיורד ברשות אפילו נטע שדה שאינה עשויה ליטע ידו על העליונה שאם היתה ההוצאה יתירה על השבח נוטל ההוצאה וכו', שמקורו מהא דאמרין בסוגיין דשותף כיורד ברשות ונוטל בשדה שאינה עשויה ליטע כשדה העשויה ליטע ושדה העשויה ליטע נראה שכך דינו וזהו פירוש אומדין שכתב רבנו לעיל, ולכאורה אין הדברים מובנים דאומדין הוא לשון הגמ' בשדה העשויה ליטע ביורד שלא ברשות, ובודאי אינו נוטל הוצאה היתירה על השבח, דאין חיוב בעה"ב אלא מדין מה שנהנה, וכמ"ש הרשב"א ב"מ ק"א וכן בחדושי הר"ן שם, ותמהו על משמעות לשון הרי"ף שם, וגם לשון הרמב"ם מתפרש דכיורד ברשות הוא דקאמר שנוטל הוצאה היתירה על השבח, וכבר כתב הגר"א דמקורו בתוספתא דב"ק ושם קתני בהדיא כיורד ברשות, ומדברי המ"מ מבואר דשותף דינו כיורד ברשות ממש ודלא כהרא"ה, ונוטל משותפו גם בהוצאה היתירה על השבח וכמ"ש הריטב"א, שהרי דימה שותף ליורד ברשות שברמב"ם, ולפי מה שפירשנו דהוצאה יתירה על השבח ר"ל על חלק השבח המגיע ליורד, אפשר דס"ל להמ"מ דגם ביורד שלא ברשות בשדה העשויה ליטע כך דינו, והוא בכלל אומדין שכתב הרמב"ם, [ובבהגר"א לא נקט כן כמ"ש סק"ט], ומסוגיא דב"ב למדנו רק דכיורד ברשות, הרי אינה עשויה ליטע כעשויה ליטע. (ב"מ ק"א א' סק"ז ועי"ש באורך).

מ"ג א' אמאי נוגעין בעדותן הן, יש לעי' אמאי דחיק לאוקמי בקנו מידו, ולפי זה שותף היינו שותף שהיה כבר, ואמאי לא מוקי לה כשמעיד על חלק של שותפו לבד,

כגון שהיו שמעון ויהודה שותפין בשדה וקנה ראובן חצי השדה משמעון ולוי קנה חצי השדה מיהודה שותפו של שמעון, ועכשיו בא מערער על מה שקנה לוי מיהודה, דשפיר ראובן מעיד לו, ולא חשבינן ליה נוגע במה שאפשר שחפץ יותר להיות שותף עם לוי מאשר עם המערער, וכ"ה בטוש"ע סל"ז ס"א דאם אין עדותו אלא על חלק השותף שפיר מעיד, וי"ל דא"כ הול"ל שותף מעיד לחבירו, ולשון מעידין זה לזה משמע שמעיד לחבירו על העסק המשותף שלהם דאף שאינו מעיד לעצמו אבל מעיד לחבירו, וכן משמעות הלשון דה"ק שותפין שיצא עליהם ערעור מעידין זה לזה, וע"כ דבערעור הפוגע בשניהם איירי.

ולמסקנא מתפרש דשותפין יכולים כל אחד להעיד לחבירו אם יסתלק מחלקו, וולפי זה ע"כ דמועיל סילוק עכשיו, ולא חשיב תחלתו בפסול, ודלא כדעת החולקין עי' ש"ך סל"ז ס"ק ל"ב, אלא די"ל דמעיד על בעלות זה שמכר להם, והוי תחלתו וסופו בכשרות, ורק אמצעו בפסול], ויש בזה חידוש גדול דאף שמסתלק כדי שיוכל להעיד, ולכך מוכר לשותפו ומקבל אחריות דליה, ולא דעלמא, אפ"ה מעיד, ולא חשבינן ליה כנוגע וכקנוניא, וגם לא כנוטל שכר להעיד, ויש להסתפק אם סומך בדעתו שחבירו יחזור וימכור לו חלקו אח"כ, אם רשאי להעיד, ומסתברא לחומרא, אח"כ ראיתי בחדושי הר"ן הנדמ"ח שכתב כן דהחידוש הוא שיכול להסתלק לאחר שכבר בא המערער ולא חיישינן לקנוניא עי"ש.

תוד"ה מפני תיפ"ל משום דלא ניחא ליה דתיהוי תרעומת עליו כו', אם חשש דמעמידה בפני בע"ח איכא בכל גווני, י"ל דעדיפא ליה למינקט שיש כאן חשש נגיעה של ממון ממש, מאשר חשש נגיעה של תרעומת, אבל לקמן מ"ד ב' דמסקינן לרב זביד דמכר לו פרה וטלית מעיד לו עליה משום דאף בנמצאת שאינה שלו אינו חוזר עליו, בזה קשה אמאי לא חשבינן ליה כנוגע משום דלא ניחא ליה דליהוי עליה תרעומת, וכבר הקשה כן בש"ך סל"ז ס"ק כ"א, ואף ללישנא קמא בב"ק שם דמתני להא דאביי רק במוכר באחריות, נראה דהיינו דוקא כשהבע"ח של המוכר בא לטרוף, דבזה י"ל דכיון דמכר לו שלא באחריות הרי נכנס לספק הזה, ואין הצדקה לתרעומת, אבל בנמצאת שאינה שלו פשיטא דאיכא תרעומת, ועוד יותר דע"כ נוגע הוא שהרי המערער טוען שהוא גזלה, וכ"כ הטור בהדיא בסל"ז דפשיטא שאינו מעיד כה"ג דודאי נוגע בעדות הוא דניחא ליה דלא ליקרייה גזלנא, ורק כשהמערער טוען שזה שמכר למוכר הוא גזלה ממנו, ולא המוכר, בזה איצטריך לטעמא דמעמידה בפני בע"ח, ובכה"ג ניחא נמי קושיא דתרעומת, די"ל דכשהמערער מודה שהמוכר לא ידע מאומה, אין ללוקח מקום לתרעומת עליו.

ובש"ך סל"ז ס"ק כ"א כ"ה כתב דממה שסתמו הפוסקים במכר לו פרה וטלית דמעיד לו עליה אף באינו מכיר שהיא בת חמורו כרב זביד, מוכח דס"ל דמשום תרעומת לא פסלינן ליה להעיד, ולמש"כ דבשאינו טוען שהמוכר גזל ליכא תרעומת, אין ראיה מזה, דהא הטור כתב בהדיא דאם המערער טוען שהמוכר גזל פשיטא שאין המוכר מעיד, דנוגע הוא דניחא ליה דלא ליקרייה גזלנא, וא"כ ע"כ דהא דמעיד בפרה וטלית היינו כשאינו טוען שהוא גזלן, וא"כ אף תרעומת ליכא, ומה שהביא הטור דברי הרמב"ן דבדאיכא תקנת השוק אינו מעיד, הוא משום דקושטא הוא דכה"ג הו"ל נוגע בממון ממש, וגם איכא נפקותא אם המוכר קיבלה במתנה מן הגזלן, אם נימא דגם בכה"ג איכא תקנת השוק ועל המוכר להחזיר לנגזל מה שקיבל מן הלוקח, [דהא דבקנאה מגזלן אינו מחזיר כתב שם בסמ"ע ס"ק מ"ד דהוא משום דהא גם המוכר שילם לגזלן, ולמה יחזיר מה שקיבל מן הלוקח, אבל כאן דקיבלה במתנה מן הגזלן, שפיר י"ל דצריך להחזיר לנגזל מה שקיבל מן הלוקח, וכן מוכח

מעובדא דנרשאה ופפונאה ב"ק קט"ו א', דמשום תרעומת אין כאן כיון שהמוכר לא גזל, ומשום שצריך להחזיר, שפיר חשיב נוגע, אבל בגוונא דאיכא תרעומת שפיר י"ל דאינו מעיד, ומיהו מסתימת הרמ"א שם בסט"ז, משמע דכל דליכא עליה חיוב להחזיר הממון שפיר מעיד, אף כשטוען המערער שהמוכר גזלה, ועי' בתומים.

והרמב"ן והרשב"א וכן בר"ן וריטב"א הנדמ"ח מ"ה א' פירשו הא דאמרינן התם סו"ס לגבי אידך נמי לזה רשע ולא ישלם הוא, דה"ק א"ה דמשום תרעומת דלוה רשע ולא ישלם נמי חשיב נוגע, א"כ מאי איריא מפני שמעמידה בפני בעל חובו תיפוק ליה משום דלא ניחא ליה דליהוי ללוקח תרעומת עליה, והיינו ממש קושית תו', וע"ז משנינן דלא איכפת ליה דא"ל להכי זביני לך שלא באחריות, ונמצא מפורש בגמ' דמשום תרעומת דלוקח לא חשיב המוכר כנוגע, אלא דאכתי י"ל דאיירי שהמערער אינו טוען שהמוכר גזלה, אלא שלקח מגזלן, וס"ד דגם בזה איכא תרעומת דסו"ס נמצאת שאינה שלו, וע"ז אמרינן דלא איכפת ליה דאמר להכי זביני לך שלא באחריות, אבל כשמערער טוען שהמוכר גזלה בזה שפיר חשיב נוגע משום תרעומת הלוקח, וגם משום דניחא ליה דלא ליקרייה גזלנא.

והנה לשון הגמ' סו"ס לגבי אידך נמי לזה רשע ולא ישלם הוא, לא משמע דזו קושיא חדשה דא"ה מאי איריא מפני שמעמידה בפני בעל חובו תיפוק ליה משום תרעומת, אלא משמע שזו תשובה דאינו מרויח במה שלא יהיה לזה רשע ולא ישלם כלפי הבעל חוב, כיון שיהיה לזה רשע ולא ישלם כלפי הלוקח, וכמו שפירש הרי"ף, אלא דהראשונים ז"ל נתקשו הרבה לפ"ז דמאי קושיא הרי שפיר י"ל דניחא ליה דלא יחשב לזה רשע ולא ישלם גם כלפי הבעל חוב וגם כלפי הלוקח ולכן מעיד דלכל הפחות הבעל חוב יגבה חובו, ועוד קשיא להו דדילמא אין לו בע"ח כלל וניחא ליה להעמידה ביד הלוקח דלא ליהוי לזה רשע ולא ישלם כלפיו.

ולפמ"ש פ' דאם המערער אינו טוען שהמוכר גזלה ליכא תרעומת עליו מצד הלוקח, ניחא הכל שפיר, ובהכי איירי שהמערער טוען שהמוכר לקחה מגזלן בשוגג, וא"כ אם המוכר לא יעיד ויזכה המערער, לא יהיה עליו תרעומת מצד הלוקח, אבל יהיה עליו תרעומת מצד הבעל חוב שלו שלא יהיה לו מהיכן לגבות חובו, והיינו דמעמידה בפני בעל חובו, ופרכינן דאם יעיד שהשדה שלו והבעל חוב שלו יקחנה מן הלוקח הרי יהא כלפי הלוקח לזה רשע ולא ישלם, שהרי עכשיו לקחנה ממנו מחמת המוכר, וא"כ מה מרויח בעדותו, הרי אם לא יעיד יהא לזה רשע ולא ישלם כלפי המלוה והשתא יהא כלפי הלוקח, ומשני דכלפי הלוקח לא איכפת ליה דאמר להכי זביני לך שלא באחריות, אח"כ ראיתי שהרמב"ן הביא שיש מתרצים כן, אלא שסיים ואע"ג דמצי לאוקמה בשערער זה מחמתו כגון שאומר שהוא גזלה בכל ענין בעי לתרוצה ואפילו כשיצא עליה ערער שהמוכרה למוכר זה גזלה ולא דייק כלל עכ"ל, ולא נתבאר אם עיקר הסברא לא דייק, או דקשיא ליה אמאי לא אוקמה כשהמערער טוען שהמוכר גזלה, ואי משום הא לא איריא, דאם המוכר גזלה פשיטא דנוגע הוא דלא ליקרייה גזלנא וכמ"ש"כ הטור, ואין צריך לטעמא דמעמידה בפני בע"ח.

מ"ג ב' ונעשין שומרי שכר זה לזה אמאי שמירה בבעלים היא כו', לכאורה בסדר השותפות לעולם בתחלה שומר רק אחד, שאם נשתתפו במעות הרי אחד נותן לחבירו שעוסק לקנות בהם, וכן בשאר דברים, אם קונים פרה בשותפות הרי אחד לוקחה מתחלה לביתו, וא"כ זה שומר ראשון אינו בבעלים, ושפיר איצטריך לשמואל לאשמועינן שהוא שומר שכר, ואה"נ דהשני מיפטר משום בבעלים, ויש לפרש דאה"נ, אלא דעדיפא משני דזימנין דגם השני אינו בבעלים, [מלשון זה לזה

אין לדייק דשניהם אינם בבעלים כמש"כ בחו"ב ב"מ פ"א א', דהתם בעובדא כיצד נתחייבו איירי, וע"כ דאשניהם קאמר, אבל כאן גם אם רק אחד אינו בבעלים, נמי ראוי לשמש בלשון זה שהם שומרי שכר זל"ז].

יעוי' בש"ך סי' קע"ו ס"ק ט"ז ובנתה"מ שם, ולכאורה מסתברא דאף אם התנו בתחלת השותפות שרק אחד יתעסק וישמור דנמי הוי שומר שכר, דהא ודאי נהנה ממה שחבירו שותף וממונו מסייעו להגדיל העיסקות, ור"פ דנקט שמור לי היום ואני אשמור למחר, בסתם שותפים קאמר דנמי שפיר משכח"ל דלא הוי בבעלים, וכן מש"כ תו' בחידושי' דשמואל משום שגם שומר לעצמו, היינו לפרושי דגם בשמור לי ואשמור לך יש כאן חידוש טפי ממתניתין דב"מ, אבל לקושטא דמילתא אשמועינן שפיר שמואל דשותפין בכל גווני חשיבי שומרי שכר ואפילו כשהתנו שהשמירה והעיסוק יהיה ביד האחד, ומ"ש במרדכי שאם שמר אחד בסתם אינו שומר שכר, היינו כשנשתתפו ע"מ שיהיו שוין בכל הפעולות, ונזדמן שבמקרה שהה הכל אצל אחד, דבזה י"ל דשמירתו כאינש דעלמא, וכן מש"כ בשה"ג שם, אבל כשקבעו שיהא אחד השומר הרי שמירתו מתנאי השותפות ויש לחשבו כשומר שכר, דנהנה טפי מבפרוטה דרב יוסף.

שם מכר לו בית כו', נתבאר לעיל א'.

תוד"ה דאמר שומר גם בשביל עצמו, כלומר ואין לחבירו להכיר לו טובה כ"כ על שמירתו, עד שיעשה שומר שכר מחמת זה, ומ"מ נראה דהא פשיטא דאם אשה אמרה לשותפה שמור לי ואקדש לך דמקודשת, דגם שמירה בשותפות שוה פרוטה, אלא דהכא דכל שמור לי ואשמור לך יש בזה חידוש דחשיבי שומרי שכר דשפיר היה אפשר לומר דדעתם שכל אחד ישאר שומר חנם, דהא באמת לית להו הרגשת תוספת ושכר וכמש"כ בחו"ב ב"מ פ' ב', והלכך בשותפים יש חידוש טפי דאף כשכל אחד שומר גם בשביל עצמו נמי משוינן להו כשומרי שכר בשמור לי ואשמור לך. (ב"מ פ"א א').

מ"ד א' רשות יורש כרשות לוקח דמי, בירושה אין כאן דעת המוריש להוריש, וגם לא דעת היורש לרשת, וכש"כ דאיכא למימר דלא ניחא ליה לכן באיסורא להוציא החפץ הנגזל מתחת יד הבעלים, וע"כ דרק קניני הגזילה שהיה לאביהם הם יורשים, וזה בהכרח ככל ירושה דעלמא, ומבואר דסגי בהכי למיחשב שינוי רשות, דכל שקניני הגזילה עברו מן הגזלן לאדם אחר הר"ז שינוי רשות המועיל לקנות גוף החפץ, דהנידון ברשות יורש אם כרשות לוקח דמי או לא, אינו מחמת חסרון קנין, אלא דברא כרעא דאבוה וקם תחת אביו ואין כאן רשות אחרת כל כך, וכן כל יורש, וכמ"ש הרשב"ם, אבל אם מחשבינן לרשות היורש כרשות אחרת שפיר סגי בהכי אע"ג שאין כאן לא מכר ולא מתנה אלא ירושה דממילא על קניני הגזילה שזכה בהן האב.

ודאתאן עלה יש לפרש בכל שינוי רשות שהגזלן מוכר את קניני הגזילה שזכה בהן בגזילתו, וכשהגיעו קניני הגזילה למי שאינו גזלן, דאתי לידיה בהיתירא, שפיר זוכה בכל הגזילה, ומה"ט יכול להקדיש דכאילו מקדיש רק את קניני הגזילה שיש לו, אלא דכל כה"ג הרי כל החפץ נהיה של ההקדש, והר"ז כמקדיש כולו, ומה"ט גם יכול לעשותו תרומה, אע"ג דלא סגי בקניני גזילה לחוד לזה, כיון דעי"ז הרי כל החפץ נהיה של הלוקח, וה"נ נעשה תרומה, ועי' חו"ב ב"ק ס"ו ב' נתבאר למה אין לפרש דהלוקח זוכה מן הנגזל מדין אתי לידיה בהיתירא. (ב"ק קי"א ב').

מ"ד ב' ומטלטלי לבע"ח לא משתעבדי, פרשב"ם דלית להו קלא ולא יזהרו לקוחות כו', וצ"ע דבפשוטו ההלואה היא שיש לה קול, וכדאמרינן קדושין י"ג ב' דמלוה

ע"פ אינו גובה מן הלקוחות משום דלית לה קלא, אבל מלוה בשטר אית לה קלא, ולכך גובה מן הלקוחות, וא"כ אם מן הדין גם מטלטלי משתעבדי, דבשעבודא דאורייתא אין חילוק בין קרקע למטלטלי, דין הוא דליגבו אף ממטלטלין משועבדים, דכשיצא קול מן ההלואה יזהרו הלקוחות גם מלקנות מטלטלין, ומש"כ רשב"ם דא"כ אין לך אדם שלוקח מטלטלין מחבירו, מה בכך אם לא יקנה מטלטלין אלא זה שלוקח קרקע, ושמא אפשר לפרש דהבא ליקח קרקע יש לו קול, וכבר יודיעוהו שהקרקע משועבדת שיש לו חוב עליה, אבל הבא ליקח מטלטלין אין לו קול ולא יודיעוהו שיש למוכר שעבוד עליהן, ולפי זה תקנת חכמים היא לבטל שעבוד המטלטלין משום פסידא דלקוחות.

אבל רש"י בב"מ ס"ז ב' כתב הטעם דלאו עלייהו סמיך מלוה כיון דבידו להצניען ולאבדן, וכ"כ הטור ר"ס קי"ג והובא בסמ"ע ובש"ך שם, ולפי זה הו"ל כעין מחילת השעבוד, וכיון דסתמא דמילתא הכי הוא, כבר הוחלט הדין דאפשר לקנות מטלטלין דסתמא אינם משועבדים, והלכך אף אם בא המלוה להתנות שאינו מוחל שעבוד המטלטלין, לאו כל כמיניה, דכיון דלית ליה קלא, איכא כאן משום פסידא דלקוחות, והיינו דאמרינן בסמוך בעשה שורו וחמורו אפותיקי ומכרו דאין בע"ח גובה הימנו כיון דלית ליה קלא, ואיירי במלוה בשטר דההלואה יש לה קול, דאל"כ בלא"ה אינו גובה דדילמא פרע, עי' ש"ך סי' קי"ז סק"ד, ומ"מ אינו גובה ממטלטלין משום דסתמא אינו סומך עליהם, והלכך אע"ג שעשאו אפותיקי וסומך עליו מ"מ כיון דאין לו קול, יש כאן משום פסידא דלקוחות, והר"ז כקרקע במלוה ע"פ דאינו גובה מלקוחות משום דלית ליה קלא.

ואם התנה המלוה שאינו מוחל שעבוד המטלטלין, דעת הרשב"א בשטמ"ק דגובה מן היורשים דטעמא דלית ליה קלא לא שייך גבי יורשים כדאמרינן בקדושין י"ג ב' לגבי מלוה ע"פ, והר"ן הביא שהרא"ה חולק דכיון דבידו למכור הרי לא סמכה דעתיה דמלוה, ולא חל שעבוד אף לא לגבי יתמי.

שם דאמר רבה אי אקני ליה מטלטלי אגב מקרקעי קני מקרקעי קני מטלטלי, צריך ביאור מה הוסיף מה שכתב אגב קרקע, הרי מן הדין המטלטלין משתעבדים כמו הקרקעות, אלא דסתמא אדם מוחל שעבוד המטלטלין, והלכך אף כשהתנה שאינו מוחל, לא מהני משום תקנת הלקוחות דלית ליה קלא, וכמש"כ לעיל, וא"כ מאי מהני מה שהקנה אגב קרקע, אטו קנין זה מפיק קלא טפי מאפותיקי, ועו"ק מה שייך כאן קנין אגב, הרי אינו מקנה לו אלא שעבוד על הקרקע ואגב שעבוד הקרקע משעבד המטלטלין, ומה מקום לזה אחרי שהמטלטלין משתעבדים מן הדין כמו הקרקע.

ונראה דתקנת השוק משום דלית ליה קלא לא שייך אלא בחיובים שמחמת הלואה וכיו"ב, אבל המוכר מטלטליו בסתר ודאי מקחו קיים אף דיש בזה משום תקנת השוק, ולכן כל שחיובו מחמת ההלואה באמת בטל שעבוד המטלטלין, אבל המשעבד מטלטליו בקנין אגב, הר"ז כמכר מטלטליו בקנין אגב, דלא עשו בזה שום תקנות, ושעבודו קיים אף דלית ליה קלא ואיכא פסידא דלקוחות, והיינו דרבה דאם שעבד לו המטלטלין בקנין אגב בשעבוד הקרקעות, שפיר נשתעבדו, ונהי דשעבודן מחמת עצם החוב אפקעוהו רבנן משום תקנת השוק, אבל השעבוד מחמת הקנין אגב שפיר קיים, [ועי' בלשון הרי"ף שכתב דאי אקני מטלטלי אגב מקרקעי קנין גמור גבי ממטלטלי].

והשתא ניחא הא דאמר ר"ח דצריך למיכתב דלא כאסמכתא, ולכאורה צריך פירוש דממ"נ אם הוא אסמכתא מה מועיל למיכתב דלא כאסמכתא, ואם אינו אסמכתא

למה צריך לכתוב דלא כאסמכתא, אבל למש"כ נחא דאם היינו רואים שעבוד זה כדבר נפרד מעצם שעבוד החוב היה מקום לדונו כאסמכתא, דדעת הלוח שלא יבא לידי גוביינא מזה, וכל דאי אסמכתא, ולכך קאמר דלא כאסמכתא אלא הוא בכלל שעבוד כל הנכסים לחוב זה, וכה"ג לא הוי אסמכתא.

וכן הא דקאמר דצריך למיכתב ודלא כטופסי דשטרי מתפרש שפיר לפמ"ש"כ, דכיון דאף בלא קנין אגב שפיר יכול להתנות שמשעבד המטלטלין, ויחול שעבודו מעיקר הדין, ונפ"מ ליתמי לדעת הרשב"א לעיל, ורק משום תקנת השוק לא ידונוהו לענין לקוחות, הלכך צריך לפרש דאין כונתו על השעבוד מכח החוב ולשון אגב קרקע כשופרי דשטרא, אלא דעתו באמת לשעבד שעבוד מחודש בקנין אגב, ולפי זה דוקא בכאן הצריכו לכתוב דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרי, ולא בכל שעבוד כמו שנסתפקו בתו'.

והנה ממה דמסקינן דאיירי דלא היה לו קרקע מעולם ולכך ליכא למיחש שהקנה לו מטלטלי אגב קרקע, יש ללמוד דקנין סודר לא מהני לזה, ויש להבין למה, הרי כל שעבוד אפשר לעשות בקנין סודר, ואפשר דהא דלא חשיב אסמכתא היינו רק בזמן שהשעבוד נעשה ע"י השטר שעושה כל השעבוד, אף שנעשה בכח נוסף של קנין אגב, דסו"ס הם נעשים כאחד שהשטר עושה שעבוד הקרקע ואגב שעבוד המטלטלין, והמשעבד כל נכסיו לא חשיב אסמכתא, אבל אם בא לשעבד המטלטלין בקנין סודר, הרי"ז קנין לעצמו וחשיב אסמכתא כיון דאינו אלא אם לא ישלם, דכל דאי אסמכתא, ואפשר שזו כונת הרשב"ם שכתב דאם יקנה המטלטלין בקנין סודר הוי אסמכתא, ועוד י"ל דאף כשכתב בשטר ששעבד בקנין סודר, אין על זה תורת שטר והוי מפי כתבם, דדוקא שעבוד אגב קרקע שהוא כאחד עם עיקר השעבוד של הקרקע שע"י השטר, חשיב תורת שטר גם על זה, דסו"ס שטר זה הוא הגורם לשני השעבודים, אבל קנין סודר הוא דבר בפ"ע, והלכך אין לחוש שמא הקנה לו שעבוד מטלטלין בקנין סודר, דאין דרך לעשות כן, כיון שיצטרך להביא העדים שקנה בפניהם, ולמילתא דלא שכיחא לא חיישינן, ועוד דלעולם נחא ליה טפי להקנות באגב דמהני נמי לדאיקני, משא"כ סודר, ומיהו ע"כ ליישב אף אי לא מהני דאיקני.

נמצינו למידין דרבה אשמועינן א. דבהקנה מטלטלין בקנין אגב לא חיישינן לתקנת השוק וגובה מהן אפילו מלקוחות. ב. דבשעבוד שייך נמי שעבוד מטלטלי אגב מקרקעי, והוא כקנין בפ"ע, ומבואר בגמ' דמהני אף לדאיקני ואף דנמצא שקדם שעבוד הקרקעות, והוא חידוש גדול. ג. דלא הוי אסמכתא. ד. דאיכא תורת שטר גם על שעבוד המטלטלין בשעבוד אגב, ולא חשבינן ליה כעדות מפי כתבם.

אחרי כותבי ראיתי בבעה"ת שער מ"ג ח"א וכן בריטב"א הנדמ"ח שכתבו דהיינו טעמא דמהני כשהקנה מטלטלי אגב קרקע, דכה"ג יש לו קול, ולפי זה א"צ לכל מש"כ, אבל הדבר צריך פירוש דלמה זה יצא הקול ע"י קנין אגב, טפי מבמשעבד מטלטלין סתם, ושמא כל חיוב מחודש הנעשה בקנין אית ליה קול, משא"כ החיוב שמחמת ההלואה עצמה, ולפי זה גם כונתם ז"ל משום שיש כאן קנין מחודש, וצ"ע.

ויותר מזה מצאנו בתשובת הרא"ש כלל ע"ט סי"ב שכתב דאף עבדים משתעבדי אגב קרקע, אע"ג דבקנין אגב קיי"ל דאינם נקנים כשאינם צבורין, כי שעבוד וקנייה שני ענינים הם דקנין אגב ילפינן מקרא, והא דמטלטלי משתעבדי אגב מקרקעי אינו מטעם קנייה אלא משום כיון דשעבדינהו אגב קרקע אית להו קלא כמו למקרקעי וכל טריפת בע"ח בקלא תליא מילתא כו', ולכאורה משמע דר"ל דליכא כלל ענין שעבוד אגב קרקע, דלא ילפינן שעבוד באגב מקנין אגב, ואין לשון אגב בשעבוד אלא גורם לאפוקי קלא, אבל הדבר תימא לומר דמילי דבדיאי יהא תועלת בכתיבתן

להוציא קול, ומנ"ל לרבה הא, ולשון הגמ' וליחוש דילמא אקני ליה מטלטלי אגב מקרקעי, וכן הלשון במימרא דרבה, ולא אמרו אי כתב ליה, ועוד דאם אינו אלא לישנא בעלמא למה צריך למיכתב דלא כאסמכתא, ודלא כטופסי דשטרי, וכי בלי תיבות אלו לא יצא הקול, ועוד דל"ל קרקע להכי כדדחינן דאיירי דלא היה לו קרקע מעולם, וכי אינו רשאי לכתוב לשון זה להוציא קול אלא בדאית ליה קרקע, ולשון הרי"ף ליחוש דלמא אקנייה לההוא פרה וטלית לבע"ח ידיה אגב מקרקעי קנין גמור כו', ומבואר דהנידון בקנין ממש, וכן בעליות הרי"ף כתב דאם יש לו קרקע שקיבל במתנה ע"מ להחזיר אע"ג שיכול להקנות מטלטלין אגבה, אבל אינו יכול לשעבד מטלטלין אגבה כיון דלאו לגוביינא קאי, ואם אין צריך לשעבד אגב קרקע, רק לכתוב אגב קרקע, כדי שיצא הקול, א"כ מה בכך שהקרקע חייב להחזיר, אבל מ"מ שפיר יש כאן קול, כיון דלקנין חשיב שפיר אגב קרקע כה"ג, וכן בלשון הרי"ף מיגאש שבשטמ"ק מבואר דהנידון בקנין אגב קרקע ממש, ולכ"נ דגם כונת הרא"ש שמשעבד בקנין אגב ממש, אלא דכיון דעיקר השעבוד אין צריך קנין, שהרי כל שכותב שהחוב ישעבד גם מטלטלין סגי בהכי, [וכמ"ש הרשב"א לענין יתמין] ואין צורך בקנין אלא שעיי"ז חשיב כשעבוד מחודש בקנין ויוצא קול, הלכך סברא הוא דאף לעבד יהא סגי בקנין זה, דאע"ג דבעלמא אין עבד נקנה באגב אלא בעומד בתוכה, כדאמר ב"ק י"ב ב', מ"מ לענין שעבוד זה א"צ עומד בתוכה, כיון שאינו אלא לאלומי לשעבוד שיצא הקול, ומ"מ לפי מה שצדדנו לפרש דאין הטעם משום שיוצא הקול, אלא דכל שהקנה בקנין, לא שייך לבטל קנינו מחמת חוסר קול, לפ"ז מסתבר דצריך שיהיו כל תנאי קנין אגב כהלכתן, וצריך שיהא העבד עומד בתוכה. (פסחים ל"א א' סק"ב).

שם ור"ז אמר אפילו נמצאת שאינה שלו כו', עי' מש"כ לעיל מ"ג א' בדברי התוד"ה מפני.

מ"ה א' מאי נפקא ליה מינה, בתוד"ה מאי כתבו תימה דנ"מ שיפטרו אם יתעשר ושמא בשביל כן אין לפוסלו לעדות כיון דהשתא לא מרויח מידי, קשה להבין הרי אין כאן נידון אם יתעשר, אלא כל פרוטה שירויח יתר על כדי חייו, יצטרך לשלם לבעל חובו, וא"כ אין כאן ספק, דאין לך אדם שאינו מרויח ביום מן הימים יותר מכדי פרנסתו, ומה שזה בעתיד, ודאי אינו מגרע, דאטו אם יש לו בע"ח שעדיין לא הגיע זמנו, מי לא חשיב נוגע משום כך.

ולעיקר קושייתם אפשר לומר דאה"נ, אלא דגמ' בעי לפרושי דאף משום לזה רשע ולא ישלם חשיב נוגע, וגם דמשום הפסד הלוקח לא איכפת ליה, וגם בעיקר הדבר יש כאן חידוש דחשדינן ליה דנוח לו להעיד עדות שקר ולגזול עי"ז את השדה, וגם להפסיד ללוקח שקנה שלא באחריות, ובלבד שלא יהא לזה רשע ולא ישלם כלפי המלוה שלו, וחשיב נוגע מחמת זה, ובשטמ"ק בשם שיטה לא נודע למי הקשה דשמא כבר יש לו נכסים ומטמינם עד שהבעל חוב יגבה מן הלוקח, והרי הוא כבר נוגע שכבר נתעשר, ולכן פירש דאה"נ דהו"מ לשנויי הכי, וכן ברמ"ה כתב נמי דהו"מ לשנויי הכי, ומה שסיים כיון דמה שעתיד להרויח ליכא בעולם לא חיישינן ליה, נראה דאין כונתו דקושטא הכי הוא, דהא מסיק בתר הכי דנקט חדא מתרי ותלת טעמי, משמע דטעמא תריצתא הוא, אלא ר"ל דהו"מ לדחויי הכי, ולכך נקט טעמא דלזה רשע ולא ישלם, אבל בשו"ע סל"ז ס"י העתיק תירוץ התו' להלכה ועי"ש באחרונים ז"ל היכי משכח"ל דליתא לטעמא דלזה רשע, ועי"ש בקצה"ח ובנה"מ, וצ"ע. (סנהדרין ס"ה סק"ג).

כתב הסמ"ע סי' קכ"ג ס"ק י"ז דלזה מעיד לערב אף כשאין לו ללוה, דהא לא מהני

ליה מידי, דאם המלוה יגבה מן הערב הרי יהיה לזה רשע ולא ישלם כלפי הערב, כמו שהוא עכשיו כלפי המלוה, ויש לדון אם הלזה יכול להעיד על שדה שהערב מכר שלא באחריות, כשהיא משועבדת לערבות הערב על החוב של הלזה, דנמצא דמעמידה בפני בע"ח, ובכח"ג יש לומר דלא חשיב לזה רשע ולא ישלם כלפי הערב, לא מיבעיא אם נימא דבכלל אינו חייב לשלם לערב כיון שלא הפסיד כלום, אלא אף אם נימא דחייב לשלם לערב, [ויתכן בזה ג' טעמים, חדא דהערב יכול לומר לא ניחא לי דליהוי תרעומת הלוקח עלי, ואני חפץ להחזיר לו את מעותיו, ועוד דמה שלקח המלוה את השדה מן הלוקח, הוא בכח שעבודו שלא היה יכול למוכרה, ונמצא כאילו נוטלה מבית הערב, ומה שהערב מכרה ליומא וקיבל הרבה מעות, הר"ז ריוח דיליה, ואינו ענין לפריעת החוב של הערבות, [ועי' ברשב"א קדושין כ"ז בשמעון שמכר שדה לראובן באחריות וראובן מכרה ללוי שלא באחריות, ובא בעל חוב דשמעון וטרפה מלוי, דשמעון משלם לראובן, ולוי מפסיד], ועוד דכל שהערב שילם, אין ענין ללזה איך שילם, והרי על הלזה לשלם לערב], מ"מ אם אינו משלם לא חשיב לזה רשע ולא ישלם כלפי הערב, כיון דלמעשה לא הפסיד הערב מכיסו כלום, וא"כ הרי הוא נוגע בעדות לומר שהשדה של הערב, כדי שהמלוה יגבה ולא יהיה לזה רשע ולא ישלם כלפיו, או"ד כיון שהערב יכול לשלם מטלטלין, ואז לא ירויח הלזה כלום, לא חשדינן ליה להעיד שקר משום שמא יגבה הקרקע שמכר שלא באחריות, ומסתברא לחומרא. (סנהדרין ס"ה סק"ד).

שם סוף סוף לגבי אידך נמי לזה כו', נתבאר לעיל מ"ג א'.
שם אמר רבה לא שנו אלא שמסר לו בעדים כו', יתבאר להלן סק"א.
רשב"ם ד"ה אלא שמסר והא דלא אמרינן מתוך כו', עי' מש"כ בזה בשבועות מ"א ב' בסוגיא דהמלוה את חבירו בעדים סק"ו.

תוד"ה אי הו"מ לשנויי כגון שעשאה אפותיקי כו', א"ה ראיתי להעתיק מש"כ בזה בגיטין מ"א א', בדברי בעה"ת שער מ"ג ח"ב והובא בב"י סי' קי"ז והביא שם כן גם בשם רי"ו בשם הרמב"ן דבעשה אפותיקי מפורש ונמצאת השדה שאינו שלו דאין המלוה גובה משאר נכסים, דהו"ל כלוקח שלא באחריות, והדבר תימא דאם בכל מוכר ולוקח אמרינן אחריות ט"ס, אע"ג דעביד אינש דזבין ארעא ליומיה, כש"כ הכא שאינו זוכה בשדה אפי' לשעה אם נמצאת שאינה שלו עד שלא גבאה בחובו, דבודאי יש לומר דאחריות ט"ס, ולמה זה נימא דהמלוה הסכים לאבד מעותיו בלא כלום, ולא עוד אלא שכתב שם בבעה"ת דגם לזה רשע ולא ישלם לא חשיב הלזה, כמו במוכר שלא באחריות ב"ב מ"ה א', דנמצא שהמלוה נתן מעותיו במתנה, והדבר צ"ת, ואמנם התו' בב"ב שם ד"ה אי פשוט להו דהלוה יצטרך לשלם, וכמו שהביא הב"י שם בשם רי"ו בשם תו', [וכנראה דברי רי"ו בשם הרמב"ן נמי מקורם בב"ב שם], ומיהו אם טרפה בע"ח מוקדם כתב ברי"ו שם דגם לדעת תו' אין הלזה חייב לשלם למלוה, וכן פסק הרמ"א שם ס"א, וג"ז צ"ע דלמה נימא בסתמא שהמלוה הסכים לזאת, כאשר הסכים על האפותיקי, הרי בסתמא המלוה חפץ באפותיקי לטובתו להבטיח גביית חובו, וסומך על זה, אבל אם יטרפה בע"ח מוקדם למה זה יסכים באופן זה להפסיד מעותיו, ומיהו בזה י"ל דסומך על הלזה שישלם לבע"ח המוקדם ולא יניחנו לגבות את האפותיקי, וכשלא שילם הסכים להפסיד. (עד כאן).
תוד"ה אבל ולהכי דוקא אומר כו', עי' מש"כ להלן סק"ב, ולקמן ב' בדברי התו' ד"ה המפקיד.

בא"ד הקשה בקונטרס אמאי יש חזקה כו', נתבאר להלן סק"א ד"ה ובאמת.
בסוגיא דאומן

(א) מ"ה א' אמר רבה לא שנו אלא שמסר לו בעדים כו', לפי רשב"ם ותו' קשה הלא עיקר חידושיה דרבה הוא דבמסר לו שלא בעדים אפילו ראה נאמן לומר לא היו דברים מעולם, דהא מתני' בראה היא דומיא דאריס ואינך, ולאביי הרי אינו נאמן לומר שבא לידו שלא בתורת אומנות דהיינו לא היו דברים מעולם, וא"כ הכי הו"ל למימר אבל מסר לו שלא בעדים נאמן לומר לא היו דברים מעולם, וממילא ידעינן דנאמן נמי לומר לקוחה היא במגו דלא היו דברים מעולם, דהא ליכא מאן דפליג דמגו לא מהני, שהרי בלא ראה גם לאביי נאמן במגו, ומאי האי דקאמר מתוך שנאמן לומר לא היו דברים מעולם נאמן לומר לקוחה, הרי זהו עיקר הנידון אם נאמן לומר לא היו דברים מעולם, ועו"ק כיון דאביי סבר דבלא ראה באמת נאמן לומר לקוחה, מנ"ל דרבה לא סבר הכי עד דאקשי ליה בפשיטות א"ה אפילו בעדים נמי מתוך שיכול לומר החזרתי כו', הא רבה אמתני' קאי דאיירי בראה, וגם לשון א"ה קשה טובא וכמש"כ תו' כיון דאביי מודה דמהני מגו ובלא ראה נאמן, והכי הו"ל ומ"ט בלא ראה סבירא לך דאינו נאמן במסר לו בעדים, אי שמיע ליה מיניה דרבה דסבר הכי כמו שמוכרחים לומר לפירושם ז"ל.

ולו"ד רבותנו ז"ל היה אפשר לפרש דבאמת רבה רק בראה איירי וכפשטא דמתני', ולא היו דברים מעולם פירושו כפשוטו שלא מסר לו כלל, ומתוך שיכול לומר לו לא היו דברים מעולם אין פירושו שעכשיו יכול לטעון לא היו דברים מעולם דא"כ הו"ל נאמן לומר לקוחה במגו דלא היו דברים מעולם, וכדאמרין לעולם בלשון מגו, אלא רבה ה"ק דכיון שמסר לאומן שלא בעדים והימניה אע"פ שיכול לומר לא היו דברים מעולם, אית לן נמי להאמינו כשטוען לקוחה, [וסברא אלימתא היא הך דהימניה, דמהני אפילו לענין גירושין אפילו כשהשליש משקר עי' בראשונים בגיטין ס"ד א'], שאין ראוי לערער כח המוחזק של האומן כשהבעה"ב מסר לו והימנו, והר"ז כאילו הבעה"ב סילק זכותו מלערער את כוחו של האומן, ולכך אף דהשתא בראה קיימין ולא כל כמיניה לומר לא היו דברים מעולם, מ"מ יש להאמינו בטענת לקוחה, וע"ז הקשה לו אביי א"ה אף במסר לו בעדים אכתי האמינו שהרי היה יכול לטעון החזרתי, וא"כ אף בראה ומסר לו בעדים יהא נאמן לטעון חזרתי ולקחת, וא"כ תקשה מתני', ואהדר ליה דלא הימניה לפי שהמפקיד אצל חבירו בעדים צריך להחזיר לו בעדים, ובזה ניחא דלק' מ"ו א' גבי אומן אומר שתיים קצצת לי, אמרין דנאמן במגו דלקוחה, ולפי' רשב"ם ותו' הו"ל במגו דלא היו דברים מעולם דהא לקוחה נמי במגו דלא היו דברים מעולם הוא דמהימן, וצריך לדחוק דלקוחה מתחלה קאמר והיינו לא היו דברים מעולם, אבל למש"כ ניחא בפשיטות דהשתא באמת ליכא מגו דלא היו דברים מעולם אלא מגו דלקוחה דהא בראה קיימין.

ולמאי דמסקינן דהדר ביה רבה והמפקיד אצל חבירו בעדים א"צ להחזיר לו בעדים, ומ"מ בראה הרי אינו נאמן לומר לקוחה, כשמסר לו בעדים, על כרחך לחלק בין הימנו בטענת לא היו דברים מעולם לבין אם הימנו רק בטענת החזרתי, וסברא טובה היא לחלק בכך, דבמסר לו שלא בעדים ע"כ האמינו לגמרי דבקל יוכל לטעון לא היו דברים מעולם, ובזה לא נתערער מוחזק של האומן כלל, אבל כשחושדו בטענת לא היו דברים מעולם ומוסר לו רק בפני עדים, א"כ הא דאינו חושדו בטענת החזרתי [שהרי לא התנה שלא יחזיר אלא בעדים], הוא משום שסומך דכסיפא ליה מילתא לאומן לטעון החזרתי שמוציא עליו שם רע כיון שיש עדים שמסר לו לפניהם, ואין אדם חשוד לבקש פעמיים, וא"כ אין כאן הימנו כלל, והרי הוא בדין אומן שאינו נאמן לומר חזרתי ולקחת, א"נ כשידעינן בעדים שבא לידו בתורת אומנות גרע טפי ואף שהימנו בטענת החזרתי, מ"מ אין להאמינו בטענת חזרתי ולקחת, וכשהקשה

אב"י א"ה אפילו בעדים נמי כו', הוי ידע שיש לחלק ביניהם אלא דלא ניחא ליה חילוק זה, שכן מתפרש לעולם קושית אי הכי דהיינו דאף בכה"ג נימא הכי, ולכך למסקנא לא הוצרכו בגמ' לפרש חילוק זה, דממילא הוא מובן דעל כרחק לא משה רבה הימנו דלא היו דברים מעולם להימנו דהחזרתי.

ובאמת עיקר הסברא דטעמיה דרבה משום דהימניה מפורש בתו', שהרי הקשו לרבה מ"ש אומן מדברים העשויים להשאיל ולהשכיר, ותירצו דהתם בע"כ הוא משאיל לשכניו ואינו יכול להעמיד עדים על כך שלא ישיא לו שם רע, משא"כ באומן שהולך למי שנאמן או שנותן לו בעדים, והנה מפורש דמשום דתלינן שמסר לנאמן לכך מהימנינן לאומן, וכן נמי כשמסר לו בעדים ולא התנה אל תחזיר לי אלא בעדים, למסקנא דרבה, וראה דאינו נאמן, ע"כ דאע"ג דהימניה לענין טענת החזרתי, מ"מ לענין לקוחה אינו נאמן, ויש לחלק כמו שפירשנו דהימניה דהחזרתי לאו הימניה הוא אלא שסומך שלא יטעון כן, או דבמסר לו בעדים דידעין בודאי שבא לידו בתורת אומנות לא סמכינן אהימניה לענין טענת חזרתי ולקחת, ואין בין מש"פ לפי' תו' אלא אם הוזכרה סברא זו בגמ', דלפמ"ש פ' היינו דקאמר רבה מתוך שיכול לומר לא היו דברים מעולם כו'.

וכ"ז בראה, אבל בלא ראה דאית ליה ממש מגו דהחזרתי, נאמן בין לרבה בין לאב"י אפילו מסר לו בעדים למאי דמודה רבה דא"צ להחזיר בעדים, דמגו דאוריתא הוא וליכא מאן דפליג בהא.

(ב) ויש לתמוה לרבה למאי דס"ד דהמפקיד אצל חבירו בעדים צריך להחזיר לו בעדים, מה ענין זה לדין חזקה, הרי אף בלא ראה חייב להחזיר, וכמלוה וכיו"ב, ואפילו אם החפץ ביד אחר הרי האומן חייב לשלם, ומה שתירצו תו' דבאומן אפילו לא שמעו העדים שמסר לו לתקן נמי חשיבי עדים על הפקדון, זה יתכן למסקנא דאין צריך להחזיר בעדים והנידון על החפץ בראה, שייך להכליל ענין זה בדין חזקה, דכיון שיש עדים הרי הוא בדין אומן ואין לו חזקה, אבל למאי דס"ד דצריך להחזיר בעדים הרי"ז כשאר חוב דעלמא ואינו ענין לחזקה.

ונראה דמודה רבה ביתמי דאף בליכא עדים אין להם חזקה, דכיון דאביהם אומן היה נאמן התובע [בעדים המכירים שזה החפץ היה שלו] לומר דבתורת אומנות נתנו לו, וכדברים העשויין להשאיל ולהשכיר דמפקינן מיתמי כדאמר שבעות מ"ו, ולפי זה אפשר דרבה מפרש דבכלל דינא דמתני' דחפץ שביד אומן בסתמא מחזקינן ליה שבא לידו בתורת אומנות, ונפ"מ בבן אומן הטוען שמא, וכן בעדים שראו שמסרו לידו חפץ בסתם דחשיבי כעדים שנמסר לידו בתורת אומנות, וכמ"ש כ' תו', ומה דמשמע דמתני' דגם בטוען ברי אינו נאמן זה מפרש רבה רק במסר לו בעדים, ואה"נ דבזה גם באחר הדין כן, וגמ' דמסיק בתיובתא משום דמשמע ליה דאף בטוען האומן ברי יש לחלק בין אומן לאחר.

(ג) לדעת הרי"ף מתפרש הא דרבה ל"ש אלא שמסר לו בעדים ואז אין לו חזקה ואפילו לא ראה אבל מסר לו שלא בעדים ולא ראה מתוך שיכול לומר לא היו דברים מעולם נאמן נמי לומר לקוחה, ומיהו ודאי אף בראה ס"ל לרבה דנאמן לומר לקוחה מעיקרא, וממילא נאמן נמי לומר חזרתי ולקחתי במגו דלקוח מעיקרא, דאל"ה לא הוי דחיק לאוקמי מתני' במסר לו בעדים כיון דפשטא דמתני' בראה איירי, אלא ודאי אף בראה אי לא מסר לו בעדים נאמן לומר לקוחה, ואב"י פליג בתרתי, חדא דס"ל דבראה אינו נאמן לומר לקוחה מעיקרא אפילו מסר לו שלא בעדים, [וזה מוכח בגמרא בקושית רבא מקציצה דמבואר דבראה לית ליה מגו לאב"י כלל, דהא בקציצה נאמן במגו אף לאב"י וכדמוכח בתירוץ דקציצה, וכמו שחילק הרמב"ן

דטענט חזרתי ולקחתי טענה גרועה היא ולכך לא מהני לה מגו, ועוד דאף בלא ראה אינו נאמן לומר חזרתי ולקחתי במגו דלא היו דברים מעולם, דכל שבא לידו בתורת אומנות לא מהימנין ליה על לקיחה אפילו שיש לו מגו, והיינו דפריך לרבה לדידך דנאמן במגו לומר חזרתי ולקחתי א"כ אף במסר לו בעדים ולא ראה יהא נאמן לומר חזרתי ולקחתי במגו דהחזרתי.

ובטעמא דלא מהני מגו לטענת לקוח באומן, אע"ג דבכל אדם בדברים העשויין להשאיל ולהשכיר מהני מגו בלא ראה, כתב הרמב"ן דתקנתן של אומנים הוא שיהיו רגילין אצלן בנ"א, ולא יחששו שיקחום, וקצ"ע שאם זו תקנה מיוחדת היה ראוי בגמ' להזכירה ולפרש דבהא דאומן אין לו חזקה יש תקנה מיוחדת דליתא באריסין ואינך, ולא הו"ל לאביי למיסתם ולמיפרך בפשיטות א"ה אפילו מסר לו בעדים נמי, כאילו דבר ידוע הוא שאין להאמין במגו, גם עיקר הדבר למה הוצרכו לשקוד על תקנתם של אומנים, הרי בהכרח מי שנקרע טליתו ילך אצל אומן, ואם יבקש את הנאמן אדרבה כן ראוי להיות, וגם בלא"ה הרי האומן נאמן בטענת החזרתי ולא היו דברים מעולם, ובהכרח שילך לנאמן או שיעמיד עדים ויתנה שלא יחזיר אלא בעדים, ולו"ד ז"ל אפשר לומר דאומן כסיפא ליה מילתא לטעון לא היו דברים מעולם או החזרתי שבזה הוא נעשה חשוד בעיני בנ"א, שפגמו בזה באומנתו, אבל לקוח אינו מחשידו בפני אחרים כ"כ, שהוא ענין אחר שטוען שלא נעשה אומן כאן כלל, ויש שיסברו שהאמת אתו, ולכך אין זה מגו טוב, וגם לעולם ניחא ליה טפי בטענת לקוח שאינו צריך להטמינו שלא יראוהו, ונהי שסמכו על זה בטענת שיעור קציצה שהרי ודאי קצץ וגם הימניה לכך דבסתמא מצי מעכב ליה על שכרו, אבל לטענת לקוחה לא מהני מגו זו.

ברמב"ם פ"ט מטו"נ ה"א העתיק דעת הרי"ף דאף בדליכא עדים השתא שהחפץ של התובע נמי אין האומן נאמן לומר לקוח, ובמ"מ כתב דאף שלא נזכר כן ברי"ף מ"מ כיון דלא מהני מגו, ה"ה בכה"ג, וצ"ע דודאי הפה שאסר עדיף טובא ממגו, והרי האומן אין לו חזקה תנן, ובדליכא עדים למערער הרי אף שלא החזיק שני חזקה מוקמינן לה בידיה וכמש"כ הרי"ף בההיא דשכונאי גוואי מהא דכתובות י"ז ב', ואיך יזדקקו ב"ד להוציא על סמך עדות המחזיק הטוען לקוח, ובריטב"א הנדמ"ח כתב בהדיא בדעת הרי"ף דדוקא בשיש עדים למערער לא מהני מגו, ובזה אפשר ליישב נמי הא דבבריייתא קתני ראה עבדו כו' ונתקשה בזה הרמב"ן לדעת הרי"ף, דל"ל ראה, ולפי זה אפשר דנקט ראה לאורויי דבשיש עדים שזה העבד והטלית שלו איירי.

ברמב"ם שם כתב לשון זה ויש גאונים שדנו אע"פ שלא הביא בעה"ב עדים שזה הכלי שלו הואיל וראה כליו ביד האומן והרי האומן מודה לו שהיה שלו כו', וצריך פירוש מה שכתב הואיל וראה כליו ביד האומן דהא בליכא עדים איירי אלא שהאומן מודה וא"כ מה לי אם ראה או לא ראה, ואפשר שאם נאבד החפץ גם הרי"ף מודה דנאמן במגו, דכשהנידון לחייבו בתשלומין אלים מוחזק ידיה, וגם בכה"ג אין זו תקנתן של אומנים כ"כ כיון שהדבר רחוק, וגם המגו אלים טפי שאינו חושש שיראוהו, ואולי זו כונתו הואיל והחפץ בעין ונקט ראה שזה הלשון הזכירו בתחלת ההלכה.

ד) מ"ו א' א"ל אביי לרבא תא אחוי לך רמאי דפומבדיתא כו', נראה דאביי הוי סבר דמחייבין ליה לאפוקיה, והיינו דקרי להו רמאי שניכר ששקר בפיהם ומחייבין להו, ורבא השיב לו דראה תניא ואין לנו לחייבם אם לא רצו לאפוקינהו, ואע"ג דראוי לחשוד בהם מ"מ אין די בכך להוציא ממון.

מ"ו ב' אר"א ואי חכים משוי ליה ראה דא"ל אמאי תפיסת ליה כו' א"ל רב אחא בריה דרב אויא לר"א מצי א"ל לא צריכנא לשומא דידך כו', הדברים צריכים פירוש, מה חידש רב אשי, ומה ענה אותו רב אחא, ואטו רב אשי לא ידע דאי הרמאי חכים לא יוכל למשוי ליה ראה, וגם מה הלשון אומרת כבר שמוה כו', ומה שפירש הרשב"ם בדרכי אשי קשה מאד, דאם הרמאי רוצה לגזול כל החפץ מה שייך לומר לו אני חייב לך כך וכך והוא שוה טפי החזירנו לי ותגזול פחות, ואולי אפשר לפרש דהא ודאי ניחא ליה לרמאי בדמי החפץ טפי מן החפץ עצמו, שהרי הוא חושש למכרו שמא יראוהו והוא מזלזל במחירו בגלל זה, והלכך אם יאמר לו מה לך לגזול החפץ סתם תטעון שאני חייב לך כנגדו ואשלם לך, דניחא לי טפי בחפץ שלי, יתכן ויתפייס לטעון כך כשיבואו לב"ד, ועי"ז משוי ליה ראה, והנה אשמועין רב אשי דראוי להתחכם למשוי ליה ראה, ושגם לאחר שטען אתה חייב לי כנגדו אם יוציאנו יחשב כראה להפסיד טענתו, [ואפשר שזה דוקא בחוץ לב"ד עי' בסי' ע"ב סי"ח בהגה"ה אבל אם ראוהו אחר שנפלו הטענות ומחלוקת ביניהם בב"ד כו'], וגם אשמועין דבטוען עד כדי דמיו צריך להוציאו ולשומו, ועי"ז השיב ליה רב אחא בריה דר"א דמצי למימר לא צריכנא לשומא דידך כלומר אני מעכבו בעד כל הסכום שאני תובע ממך, ואף אם אינו שוה כ"כ, לדידי שוה לי וכבר שמוה קמאי דקמך, ואם רצונך לשלם לי כל הסכום שאני תובע הרי טוב ואם לאו הריני מעכבו לעצמי, והנה נחלקו רב אשי ורב אחא בפלוגתת הראשונים שבטור סי' ע"ב סט"ז ושם בשו"ע ס"כ במחבר והגה"ה, ולאחר שישלם לו תו לא משוי ליה ראה, ואף לאחר פסק ב"ד תו לא משוי ליה ראה כמ"ש בסמ"ע סי' קל"ד סק"א, וצ"ע.

ה) שו"ע חו"מ סי' קל"ג ס"ז והלה טוען שנגנבו ממנו כו', כבר פי' הש"ך דר"ל השאלתים לפלוני והוא מכרם לך בגניבה, אבל הקשה על זה הוא מדין אומן לק' סי' קל"ד ס"ד דדוקא כשאומר בפני אמרת לו למוכרו הא לא"ה אינו נאמן דלא עדיף מאומן עצמו, וה"נ דכוותה, [ומיהו באומר בפני מכרת לפלוני נראה דנאמן, גם לדעת הטור שבהגה"ה, אף דלכאורה לית ליה מגו, דהא בדברים העשויין להשאל ולהשכיר אף אילו טען לקחתי ממך לא היה נאמן, דהכא כשטוען המערער לפלוני השאלתיו, אם היה המחזיק טוען אתה מכרת לי, היה נאמן, דכיון שאין המערער טוען שהשאל לו, הר"ז כטוען גנובים, ורק כשהמחזיק טוען שמא ס"ל להטור דלא עדיף מגברא דאתי מחמתיה], וכמשה"ק הדרישה והט"ז, [ומה שתירץ בט"ז צריך פירוש], ואפשר דשאני אומן שהדבר ידוע שיש בידו משל אחרים, והרי כתב המ"מ בפ"ח מטוען על דין זה דאל"כ אין לך אדם לוקח דבר מחבירו, ובאומן לא שייך טעם זה, ויתכן לומר דהא דבעינן בלוקח מאומן שיאמר בפני אמרת לו למוכרו, דהוא כדי שישאר החפץ בידו, אבל אף כשאינו אומר בפני אינו נותן החפץ עד שיקבל דמיו, דלא גרע מלוקח מגנב דעשו בו תקנת השוק, ואף במפורסם לבישולתא ולא לגניבותא, והרי אדם עשוי לומר לאומן למכור לו כליו, ומיהו אפשר דשאני אומן שידוע שיש בידו משל אחרים, וכ"מ סתימת המחבר בסי' קל"ד ס"ד, וצ"ע.

רמב"ם פ"ח מטו"נ ה"ה אין כל הדברים אמורים כו' שהרי אין לו טוען, ובה"ז מי שהיו בידו כו' שאדם עשוי למכור את כליו, כבר נתקשה בלח"מ על כפילות הדברים, ומה שתירץ דבה"ה איירי באמר איני יודע ובה"ז איירי בהודה, לא נתפרש מה חילוק יש בזה כיון דבתרוייהו איכא עדים למערער, [ומש"כ רבנו שאומר איני יודע, לא נקטו לשום רבותא, אלא שהעתיק דין המשנה דואם לאו לא כל הימנו שאני אומר מכרן לאחר ולקחן זה הימנו, ופירש דאף בעשויין להשאל ולהשכיר הדין כן, ולכך נקט לה בכה"ג דמכיר כליו וספריו ביד אחר ואין המחזיק יודע כלום],

ועוד שהרי בה"ה סיים שהרי אין לו טוען, ואילו בה"ז סיים שאדם עשוי למכור כליו, ש"מ דלאו חד דינא נינהו, ונראה דבה"ז איירי בטוען השאלתיו לאותו פלוני שמכרו לך, וכמו שפירשו המ"מ בה"ה, וכן פירשו הראב"ד, וכן פירש הש"ך בשו"ע סי' קל"ג ס"ז, ובה"ה איירי בטוען שנגנבו ממנו, והחילוק מבואר דבה"ה טוען המערער שהחפץ כבר נאבד ממנו קודם שבא ליד המחזיק, ואינו טוען נגד המחזיק כלום, דמודה הוא שהוא לא גנבו, וזהו שכתב רבנו שאין לו טוען, כלומר שאין כאן טוען ונטען שאין לו נגד המחזיק כלום, אלא שטוען שחפץ זה נאבד או נגנב ממנו, ועכשיו מצאו בידו של זה, ואילו בה"ז טוען שהחפץ היה שמור ביד השואל או השוכר עבורו עד שלקחו זה המחזיק, והרי נמצא שהמחזיק הוא שהוציא מרשותו של שלוחו של המערער, ויש כאן טוען ונטען, אף שהמחזיק אומר שלקחו ברשות השואל, ואף אם האמת כן, אלא דמ"מ כיון שאדם עשוי למכור כליו, אין המערער נאמן.

ושורש הדברים, דמוחזק היה רגיל מרן זללה"ה לומר דהוא כפי הפשטות, הלכך חפץ העשוי להשאל ולהשכיר שנמצא בידו של אדם והבעלים אומר שהשאלו לו, הרי הפשטות שהחפץ של המערער כיון דשאלה ושכירות מצויין טפי ממכר, וחשיב המחזיק כבא להוציא ועליו הראיה, אבל חפץ הנמצא ביד מי שהמערער מודה שלא השאלו לו, הרי הפשטות שהוא של המחזיק דרחוק לומר שהשואל גנבו ומכרו, וחשיב המערער כבא להוציא, ובדין הוא דאף לוקח מאומן יחשב מוחזק על פי סברא זו, אלא כיון שביד האומן רוב החפצים שאומנתו בהם אינם שלו, אין הלוקח ממנו מתחזק במקחו במוחלט, ואף טעות בחילוף מצוי וכיו"ב, הלכך בעינן שיטעון המחזיק ברי, ולמה שצדדנו לעיל דאף לוקח מן האומן, אינו מחזיר אלא בדמים, ניחא טפי, דעשאו ללוקח מן האומן כיצא לו שם גניבה בעיר כיון שמצויין בידו של אחרים.

והא דאינו נאמן לטעון גנובים במגו דהשאלתים לך אף בלא יצא לו שם גניבה שנתקשו בזה בתו' ב"מ קט"ז א' ב"ב נ"ב ב' ושבועות מ"ו ב', כתב במ"מ פ"ה מה"ג לדעת רבנו דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן ואע"ג דאיכא מגו, אבל בתו' הקשו דהא כמה גנבי איכא בעלמא, ואפשר דג"ז בכלל תקנת השוק, שאם לעולם יוכל המוכר לטעון שנגנב ולתת דמים ולקבל מקחו, לא יסכים אדם לקנות, שאם יוקר החפץ יקחוהו ממנו, [אבל אם רק ביצא לו שם גניבה, ניחא שזה מאורע, ובלתי רגיל, וגם יש לו קול], ועוד י"ל דאם יטעון השאלתים לך, הרי המחזיק מכיר בשקרו, וגם זה שמכר למחזיק יכחישנו, משא"כ בשטוען גנובים אין המחזיק יודע להכחישו, והמוכר לבד הוא שיכחישנו, וגם לפעמים שהמוכר הלך לו, הלכך טפי ניחא ליה למיטען גנובים, וממילא ליכא מגו, ועי' תו' ב"ב שם.

ו) נראה דאין דין דברים העשויין להשאל ולהשכיר, אלא כשהתובע טוען ברי, אבל יתומים שמצאו דברים העשויין להשאל ולהשכיר של אביהם ביד אחרים, ואינם יודעים אם אביהם השאילן או מכרן אינם יכולים להוציאן, לא מיבעיא אם המחזיק טוען שלקחן, אלא אף אם מת המחזיק והיתומים אינם יודעים כלום נמי אין מוציאין מהן, דבלא טענת ברי לא חשיב המערער כמוחזק, דרק ע"י טענתו שהשאל אנו רואים ביתו של השואל כביתו של המשאל וחשיב מוחזק, וגם אין לב"ד להזדקק בלא טענת ברי, וראיה לזה מהא דבטוען בעה"ב גנובים אינו נאמן כמ"ש בשו"ע סי' קל"ג ס"ו, ואם איתא דאף בלא טענה מוציאן, דין הוא דליהמניה בטוען גנובים כיון דהוי הפה שאסר, ואף לדעת תו' בשבועות מ"ו ב' דאף בטוען גנבת נאמן, מ"מ באינו טוען כלום י"ל דמודו דלא מפקינן, ויש לתמוה בתשו' מיימוניות לספר

משפטים סי' ל"ב דמשמע התם דאף בטוען המערער שמא והמחזיק טוען ברי מפקינן בדברים העשויין להשאיל ולהשכיר, ונסתייע מההוא דכתובות פ"ד ב' דמבואר דבלא מסירי לרועה אין התופס נאמן לומר לקוח כיון דהוי גודרות, ומשמע דפשיטא ליה דהתם בטוענים היתומים שמא איירי, ולא נתפרש איך מוכח כן, ואדרבה הרי הבקרא טוען ברי וכיד הבעלים דמי שהרי הוא חייב לשמרן, וגם היתומים נהי שאינם יודעים אם תפס מחיים או לאחר מיתה, אבל שאביהן לא מכר שפיר יכולים לטעון בברי, וצ"ע. - לשון המחבר סי' קל"ג ס"ה ואפילו מת המחזיק כו', האי אפילו הוא משום סברא שהזכרה בגמ' נ"ב א' ומודה לי אבא כו', אבל בחד צד מיגרע גרע כשמת כיון שאין היתומים טוענים ברי, ומיהו לקושטא דמילתא אף כשטוענים ברי מוציאין מהם.

ואף באומן יש להסתפק אם מוציאין ממנו בטענת שמא, כגון יתמי, אף כשבני האומן גם הם אינם יודעים, וגם בזה אפשר שבטענת שמא אין לב"ד להזדקק לעשות מעשה, וצ"ע.

ז) מ"ו א' אבל טליתך לא האי לאו טלית ידידיה הוא, מלשון זה נראה לדקדק דאם לא אמר לו כלום נמי שרי, דבסתמא תלינן דידע ושרי, ורק כשאמר טליתך דחזינן דטעה דהא לאו טלית ידידיה הוא בזה אסרינן, דאם איתא דבסתמא נמי אסרינן ורק באמר טלית סתם שרינן משום דלשון טלית סתם משונה הוא וכמפרש דשל אחר הוא דמי, א"כ הכי הול"ל ל"ש אלא טלית סתם דמוכחא מילתא דלאו ידידיה הוא אבל טליתך לא, ומדמפרש טעמא בטליתך לא ש"מ דזה גרע מסתמא ולכך איצטריך לפרושי, וכן משמע רהיטת הסוגיא דפרכינן מ"ש רישא ומ"ש סיפא ומתריצין דאדם עשוי לומר לאומן מכור לי טליתי, ואם איתא הו"ל לפרש דשאני סיפא דמדיבוריה דאומן מוכח שאין כאן טעות, וכן מעיקר הברייתא דמפלגא בין בית האבל ובית המשתה לאומן, משמע דבסתמא איכא לפלוגי בהו, ולא דבאומן איירי בדאיכא אומדנא דלאו טעות הוא.

ולפ"ז באמת טעמא בעי למה באומן תלינן שאמר לו מכור טליתי, והלא גם לפ"ז האומן טעה ומכר שלו במקום של חבירו, וא"כ למה לא נחוש דלא אמרו לו כלל למכור והרי הוא טועה עכשיו ומסר לו של חבירו, ואפשר דבאמת באומן היה מקום לומר דאף בשלא אמר לו מכור לי טליתי, ובאמת החליף עכשיו, שיהא מותר להשתמש, דלא דמי לבית האבל ובית המשתה, שאין לבעלים על מי לחזור, ואין להם גם דרך לברר מי המחליף, וגם הבעלים עצמם הם שהחליפו, ואם יתירו להשתמש, לעולם לא יחזור שלו לידו, משא"כ באומן שיודע ממי לוקח ולמי נותן, והוא שומר של הבעלים וחייב להחזיר להם את שלהם, ובודאי ימצא את המחליף ויחזירנו לבעליו, וכיון דברכות הימים לא ימלט מטעות, אפשר לומר שאין בנ"א מקפידים על שימוש עראי עד שיבא הלה ויטול את שלו, דלמחר עלול גם אצלו להתחלף ולפעמים שימוש נחוץ, ונוח לכולם לקבוע להקל בזה, אלא דמ"מ לא סמכו חכמים על זה אלא בצירוף ספק שיש רשות לאומן לתת את החפץ שנתן כגון שהוא ניתן לו למכירה או שהוא שלו, ובאשתו ובניו הטעות מצוי ביותר וכעין החליף בפשיעה דמי לכך לא שרינן, אבל באומן עצמו אין הטעות מצוי כ"כ וראוי להצטרף ספק מכירה ובזה הקילו חכמים, ובמה שפירשנו א"ש לשון הברייתא עד שיבא הלה ויטול את שלו, ולכאורה כיון דתלינן במכירה בכוונה לעולם לא יבא הלה ויטול את שלו, שהרי הלוקח קנה מה שראה, וגם האומן אם הבעלים לא יתבעוהו לא ילך להחליף, וגם בפשוטו אבעלים קאי דומיא דבית האבל ובית המשתה, אבל למש"כ דבאמת גם באומן מספקינן שהוחלף רק עכשיו בטעות, ואולי באמת זה

הקרוב טפי, הלכך שפיר אמרינן עד שיבא הלה ויטול את שלו, ומ"מ שרינן בתלייה כל דהו וכמש"כ, ומיהו י"ל דה"ק עד שימצא את הלוקח ויטול את שלו, דבפשוטו מתפרש שהוא אינו מוותר על טליתו, והוא עתיד להחליפו ולקבל את שלו, וכן בבית האבל ובבית המשתה נמי הכי מתפרש עד שימצא זה שלקח את שלו ויטלנו ממנו, [כלומר דאף שימוש עראי עד שימצאנו לא שרינן].

רא"ש פ"ג דב"ב סי' מ"ז וא"ת היאך משתמש בו שמעון ע"י מסירת האומן והלא אם לא יאות הלוקח בטליתו של ראובן יכול לחזור הטלית לראובן ונמצא שמשתמש בטלית של ראובן שלא מדעתו, דברי רבנו פשוטים, דודאי שמעון עתיד לבקש את טליתו מיד הלוקח ולתת לו במקומו טליתו של ראובן, והנידון רק על השימוש עד שיטול את שלו, ושפיר הקשה דהלוקח שקנה בטעות טליתו של שמעון, מאן יימר שיסכים להחליפו בשל ראובן, ואם לא יתרצה בשל ראובן הרי המקח בטל ונמצא ששמעון השתמש בטליתו של ראובן שלא מדעתו, ולא נתפרש מה שנדחק בזה בפרישה סו"ס קל"ו וכן בפ"ח כאן.

שו"ע חו"מ סי' קל"ו ס"א מי שנתחלפו לו כליו בבית האומן הר"ז ישתמש בהן עד שיבא בעל הכלי ויטול שלו, עי' בלשון הסמ"ע דמשמע דמשום דאמר לשון טלית סתם דמשמע שאינו טליתו, ועי' לעיל כתבנו דאף בסתמא שרי, ודוקא טליתך אסרינן משום דמשמע בהדיא שטועה.

ומלשון המחבר עד שיבא בעל הכלי ויטול שלו, משמע דמותר לו להשתמש בשל חבירו לעולם אא"כ יתבעוהו להחליף, אבל מלשון הגמ' בבית האבל ובבית המשתה לא ישתמש בהם עד שיבא הלה ויטול את שלו, משמע שהוא שיעור זמן, וקאמר דאף שיעור זה לא ישתמש, [אבל אם הוא לעולם, עד שיתבעו ממנו להחליף, הול"ל לא ישתמש בהם ותו לא, וממילא פשיטא שיחליף כשיבא בעל הכלי], ויש לפרש דהנידון על שימוש עראי עד שישגי את הלוקח או האומן ויחליף על שלו, אבל להשאירו בידו אסור, דסו"ס יש כאן טעות שעלול לשנות לטובת הבעלים, וחייב להשתדל לברר ולתקן, והכי נמי מסתברא דלא גרע מהשבת אבדה דעלמא, ולפי זה מתפרש עד שיבא הלה כלומר עד שימצא את הלוקח ויטול את שלו מידו, ולא עד שיבא הלוקח או האומן לתבוע ממנו, (וגם הלוקח לעולם לא יבא שהרי אינו יודע מכלום וכמש"כ לעיל). (ס"ט סק"א ד').

מ"ה ב' ראה עבדו ביד אומן כו', עי' מש"כ לעיל א' סק"ג ד"ה ברמב"ם.

שם הנותן טליתו לאומן כו', עי' מש"כ לעיל א' סק"ג.

תוד"ה המפקיד ותירץ ר"ת דודאי הו"מ אביי למיפרך כו', צ"ע מה תשובה היא זו, הא מכל מקום תיקשי מאי ס"ד דרבה וכי לא הוי ידע דאית ליה מיגו דנאנסו.

בא"ד אבל אין נראה דאפילו מאן דאית ליה כו' הא איכא תנא בשבועות כו', צ"ע הא רבה ע"כ לא ס"ל דיש כאן מיגו דנאנסו וא"כ הרי הו"מ לשנויי דסבר כמ"ד צריך לפורעו בעדים, ומ"ט הדר ביה, ועוד דאם איתא דעיקר הקושיא היא משום מיגו דנאנסו א"כ לא הוי צריך כלל לאתויי הך ברייתא והו"ל למיפרך הא אית ליה מיגו דנאנסו, ואף לפיר"ת קשה כן, ובאמת לו"ד היה נראה דנידון המפקיד בעדים אינו שוה למלוה בעדים, ובמפקיד יש צד למעליותא דכיון דהעמיד עדים בפקדון ע"כ אינו מאמינו ולא דמי להלואה דעבד לזה לאיש מלוה ולא בזיו מלוה מיניה, ויש צד לגריעותא דדוקא בהלואה דעבד לזה לאיש מלוה מפרשינן סתמא דמילתא לטובת המלוה, אבל לא בפקדון, ורבה הוי סבר דבפקדון כו"ע מודו דצריך להחזיר בעדים, ופריך ליה אביי דהך ברייתא סברה א"צ וכיון דאשכחן תנא דסבר דבפקדון אין צריך להחזיר בעדים תו אית לן למימר לאידך גיסא דאף אי בהלואה צריך להחזיר בעדים

מ"מ בפקדון א"צ, דאין הנפקד עבד למפקיד והיינו דהדר ביה רבה, אבל בנדון מיגו דנאנסו לא איירי בסוגיין, [ולפי זה רבא ורמב"ח דסברי שבועות מ"ה ב' דהמפקיד בעדים א"צ להחזיר בעדים, אין ראיה כיצד ס"ל במלוה בעדים, והיינו דלא פרכינן מינה לרב פפי שבועות מ"א ב' דסבר אליבא דרבא דצריך לפורעו בעדים, ועי' תו' שם], ואפשר משום דדיינינן להאמינו בלא שבועה, או משום דאי צריך להחזיר בעדים בטליה להימנותיה אף דאית ליה מיגו וכמש"כ בתו', ואפשר עוד דבאומן ליכא מיגו דנאנסו דנפיק עליה שום ביש ולא יתנו לו כלום לתקן, משא"כ בנפקד דאין זו אומנתו בסתמא ולא איכפת ליה אם לא יפקידו אצלו, והיינו נמי דהוי סבר רבה לחלק בין אומן לאחר, וכמו שהקשו תו' כן לעיל א' ד"ה אבל, [ומיהו למסקנא פרכינן ליה דהא בראה איירי ולא שייך מיגו].

ולפי דבריהם ז"ל לא נתפרש למסקנא אי הא דא"צ להחזיר בעדים לרבה הוא רק מטעם מיגו דנאנסו, או דאף בלא מיגו א"צ להחזיר בעדים וכדסבר רבא הכי בשבועות מ"ה ב', דלא מסתבר לחדש שיטה אחרת לרבה, וצ"ל דכיון דאשכחן תנא דסבר בפקדון דא"צ להחזיר בעדים תו הדר ביה רבה מסברתו וס"ל דאף בלא מיגו מהימן בפקדון, וצ"ע. - ועי' בחו"ב שבועות מ"א ב' באורך.

מ"ו א' מיגו דאי בעי א"ל לקוחה היא בידי כו', עי' מש"כ בזה לעיל מ"ה א' סק"א ד"ה ולו"ד, ועי' מש"כ בב"ק ק"ז א' בדיני מיגו דהעזה סק"א ג'. שם נתחלפו לו כלים כו', כל הסוגיא נתבאר לעיל מ"ה א' סק"ז. שם תא אחוי לך רמאי דפומבדיתא כו', עי' מש"כ בזה לעיל מ"ה א' סק"ד. מ"ו ב' ואי חכים משוי ליה ראה כו', נתבאר לעיל מ"ה א' סק"ד.

שם ת"ר ערב מעיד ללוה כו' מלוה מעיד ללוה כו', יעוי' בתו' במה שחילקו מהא דהמוכר שדה שלא באחריות דאינו מעיד אף ביש לו שדה אחריתי, דהתם המוכר יודע בודאי חובותיו, משא"כ הכא, ולכאורה אכתי יש לשאול למה לא נחוש שנודע להערב או למלוה שיש ללוה עוד בע"ח ולכך באים להעיד להעמיד הקרקע ברשותו שיהיה למלוה ממה לגבות, דהקרקע אחריתי הם יודעים שיש בע"ח כנגדה, ואף דבמוכר שדה שלא באחריות, אין הספק אלא אם יש לו עוד בע"ח, אבל אם יש לו הוא בודאי יודע, ואילו הכא צריכינן לומר שמא יש לו ושמא נודע מזה להערב או למלוה, מ"מ כי היכי דחיישינן לעיל בפרה וטלית שמא היה לו קרקע ושמא הקנה מטלטלי אגב קרקע, ה"נ ניחוש שמא נודע להערב או למלוה, אבל באמת יש כאן חילוק נוסף, דבמוכר שדה שלא באחריות אם האמת שיש לו עוד בע"ח, הרי בעדותו הוא ממש לוקח לעצמו קרקע נוספת, משא"כ הכא דאף אם יש לו עוד בע"ח אכתי י"ל שישלם למלוה ממטלטלין וכיו"ב, ואין כאן ריוח בטוח למלוה או לערב מעדותם, וכבר כ"כ בשטמ"ק בשם עליות דר"י, ויש מקום לומר דערב ומלוה לעולם עיקר סמיכותם הוא על חובת הגוף שעל הלוה ולא על שעבוד הנכסים, והלכך אף בידוע שיש ללוה עוד בע"ח נמי מעידים באית ליה קרקע אחריתי, דלעולם היה ראוי לומר דאף בליכא קרקע אחריתי יעידו, דאינם חשודים לשקר מחמת שעבוד הקרקעות, אלא דמ"מ בדליכא אלא קרקע זו החמירו חכמים, אבל כל דאיכא ארעא אחריתי תו לא איכפת לן דאיכא נמי בע"ח אחריתי, ושפיר מעידין, אבל בלשון הראשונים ז"ל ל"מ כן, אלא דכל דידוע דאיכא בעל חוב אחרינא אין מעידין, ויש עוד חילוק בין ההיא דמוכר קרקע שלא באחריות, לערב ומלוה, דהתם הוא המוכר, והלכך בהנאה כל דהו חשוד הוא להעמיד מקחו, משא"כ ערב ומלוה שאין להם שום שייכות עם השדה הנידונה, אינם חשודים להעיד עדות שקר משום ריוח מועט. בדברי הסמ"ע סי' קכ"ג דלוה מעיד לערב אף כשאין לו ללוה, עי' מש"כ לעיל מ"ה

א'.

שם לוקח ראשון מעיד ללוקח שני והוא דאית ליה ארעא אחרית, יש כאן שני חדושים בהא דאינו מעיד בדלית ליה ארעא אחריתא, חדא דאף שאין המוכר חייב כלום ללוקח, מ"מ חשיב כבע"ח ידיה משום חיוב האחריות אם יטרפו מהלוקח, ולכך חשיב נוגע להעיד למוכר, ועוד דאף אמשועבדים דמוכר אינו מעיד, דהיה מקום לומר דלא חייש לוקח ראשון כולי האי דגם יטרפו ממנו, וגם לא יהיו למוכר בני חורין, וס"ד דלא חשיב נוגע להעיד על המשועבדים, קמ"ל, ובזה ניחא קושית תו' אמאי לא נקט דלוקח מעיד למוכר, דשפיר יש חידוש טפי בהא דאינו מעיד ללוקח בדלית ליה ארעא אחרית.

יש להסתפק עד כמה אינו מעיד, וכי לעולם יפסל לעדות למוכר משום שקנה ממנו קרקע פעם, [ואם נימא דגם אמטלטלי דמוכר אינו מעיד, א"כ מלאה הארץ פסולי עדות, דכל הלוקחים פסולים לעדות למוכר לזכותו בממון, ומיהו בזה מסתבר כמש"כ הנתה"מ בסי' ל"ז דאמטלטלין גם מלוה וערב מעידין], ומסתברא דמששהתה הקרקע בידו בשופי ג' שנים דכבר לא חייש לערעור או לטריפה דשפיר מעיד, אבל הדבר צ"ע מסתימת הפוסקים.

יש להסתפק כשיש ללוה או למוכר קרקעות שאין השעבוד חל עליהם כגון שקנאם אח"כ ולא כתב למלוה וללוקח דאינני, אם גם על קרקעות אלו אין הערב והמלוה והלוקח מעידים, בדלית ליה ארעא אחריתא, או"ד כיון שיכול להבריחם אם ימכרם, ממילא לא סמכי דעתייהו עליהם וכמטלטלים דמו ומעידין עליהם, ויש מקום לחלק בזה בין לוקח למלוה וערב, דמלוה וערב שהחוב מוחלט שפיר ניחא להו אף בקרקעות שאפשר למכרם, משום שמא יגבום עד שלא ימכרם, אבל בלוקח שעדיין אין המוכר חייב לו כלום, לא סמכה דעתיה עלייהו כלל דסבר מי יימר דיטרפו ממני, וגם אם יטרפו מי יימר דאכתי יהיו הקרקעות הללו בידו, והלכך לא חשיד להעיד שקר בכה"ג להעמיד הקרקעות ביד המוכר.

ואם כנים אנו בזה אפשר ליישב קושית תו' אמאי לא קתני לוקח מעיד למוכר, דאי הוי קתני הכי, הוי דייקנן מזה דאף לקרקעות שאינם משועבדים ללוקח נמי אינו מעיד בדלית ליה ארעא אחרית, דומיא דערב ומלוה דאף בכה"ג אינם מעידים, לכך נקט לוקח ראשון מעיד ללוקח שני והוא דאית כו', לאשמועין דרק בקרקעות המשועבדים ללוקח אינו מעיד בדלית ליה ארעא אחרית. (סנהדרין ס"ה סק"ה). מ"ז א' אי דלא אתו בטענתא דאבוהון כו', עי' מש"כ בזה לקמן ד"ה ויש.

שם ירד מאומנתו יש לו חזקה, אף בדברים שידעין בעדים שהגיעו לאומן לאחר שירד מאומנתו, איצטריך לאשמועין, דסד"א כיון שהיה אומן, אף לאחר שירד זימנין דמביאין לו לתקן, וכשהמערער טוען כן יהא נאמן, דומיא דאריס שירד מאריסותו דידעין שירד והחזיר השדה לבעלים, ומ"מ ס"ד דכשטוען הבעלים שחזר והורידו לאריסות יהא נאמן, וקמ"ל דירד מאריסותו יש לו חזקה ונאמן לטעון לקוחה, וכן אומן.

ובדברים דלא ידעין מתי הגיעו לידו, לכאורה ראוי לקבוע זמן שבו עדיין רוב החפצים שתחת ידו משל אומנות, ואז עדיין דינו כאומן ואינו נאמן לטעון לקוח אפילו שניהם מודים שהגיעו לידו לאחר שירד מאומנתו, דנאמן המערער לטעון שנתנו לתקן במגו שהיה טוען שנתנו לו קודם שירד מאומנתו, אם לא דנימא דהוי מגו להוציא, וצ"ע בזה, ולאחר הזמן הזה אפילו מודה האומן שהגיע לידו בעודו אומן מ"מ יהא נאמן לטעון לקוח במגו שבא לידו לאחר שירד מאומנתו, ויתכן לפרש כן כונת תו', אלא שמלשונם משמע דאפילו דברים שידעין בעדים שהיו בידו

בעודו אומן מ"מ אם שהו לאחר שירד מאומנתו יותר מכפי רגילות, נאמן האומן לומר לקוח, וזה כדעת הסוברים דירד בהיתר נמי יש לו חזקה, עי' חו"מ סימן ק"נ ס"ג, א"נ שאני הכא שאין ידוע שבא לידו בתורת אומנות ורק ידעינן שהיו בידו בעודו אומן, וכמו שחילקו הגרע"א ז"ל בשם מהרש"ש והתומים הובאו לעיל כ"ח ב' סק"ט.

ויש לעי' בהא דאמרינן לעיל דבן גזלן דלא אתי בטענתא דאבוהיה יש לו חזקה, ואמאי הא ר' יוחנן גופיה מפרש איזהו גזלן כגון שהוחזק על שדה זו בגזלנותא, וא"כ הרי עם מיתת הגזלן עברה השדה לבנו בגזלנותא דאבוהיה, ולמה יהא נאמן שחזר ולקחה, [הניחא בבן אומן ואריס, דלא ידעינן אם בשעת מיתת האב היה עדיין השדה תחת ידו, וכיון ששהתה ביד הבן נאמן לומר דזבנה מיניה, אבל בגזלן קשה], ומ"ש מירד בתורת משכנתא דלדעת הרמב"ן תו לא מהני ליה חזקה, אפילו ידעינן שהחזיק שלש שנים לאחר שכלו ימי המשכנתא, ואין נראה לומר דכיון דהבן לאו גזלנא הוא אמרינן דלא ניחא ליה דלירתה, ומעולם לא נכנסה לרשותו עד שקנאה מן הנגזל וכה"ג יש לו חזקה, גם פשטא משמע דאף במטלטלין הדין כן, והתם ע"כ נכנסו לרשות הבן בגזלנותא דאבא, ולכן נראה לפרש דהוחזק על שדה זו בגזלנותא, ואח"כ ידעינן דיצאה מידו וחזרה לבעלים, וכן משמע הלשון, וכן פירש הרשב"א, והשתא טוען המערער שחזר אביו וגזלה ממנו ואח"כ מת ונפלה לפני הבן, ואילו טען הבן ממך לקחתיה היה נאמן, אבל כשטוען בפני הודית לאבא לאו כלום הוא דאי לאו דאודי כו', וכן בבן אומן נמי איירי בדלא ידעינן אם באה לבן מן האב, וכיון ששהה לאחר מיתת האב כמש"כ תו', נאמן הבן לומר לקוחה, וה"נ נאמן לומר אתה הודית לאבא, שו"ר בזה בדרישה ר"ס ק"נ בשם ריב"ש עיי"ש.

ולכאורה חידושיה דר' יוחנן הוא רק בבן גזלן וכדרב כהנא, ובן בנו של גזלן, אבל בן אומן ובן אריס, הרי הדברים ק"ו מירד מאריסותו ומאומנתו דתניא בברייתא דיש לו חזקה, וק"ק דא"כ הול"ל כדרב כהנא ותו לא, ואפשר דבכלל מימרא דר"י אף כשהאריס והאומן קיימין, ואשמועינן דבן שלהם כאחר דמי ונאמן לומר לקוח אף כשהמערער טוען שנתן לאביו בתורת אומנות, וממילא נאמן נמי לומר בפני הודה, פרט לבן גזלן וכדרכו, ועי' סו"ס קל"ד בהגה"ה.

טור סו"ס קל"ד בן האומן שאינו אומן אם בא בטענת עצמו שאומר שקנאו מבעליו הרי הוא כשאר כל אדם ואם אומר שירשו מאביו הרי הוא כאביו, עי' ב"י וב"ח, ורהיטת דברי רבנו משמע דאף במת האומן נאמן הבן לומר שקנאו מבעליו אפילו לא שהה כלום לאחר מיתת אביו, ואפשר דבאמת כן הדבר, ומש"כ תו' והרא"ש דבעי שהה ואם לאו אינו נאמן לומר לקוח, י"ל דהיינו בידוע שהיה ביד אביו אלא שטוען חזרתי ולקחתי, אבל אם טוען שלא היה ביד אביו כלל, הרי הוא ככל אדם וכמו בחיי אביו, ואפשר דאף כשאין ידוע שהיה ביד אביו אלא שהבן עצמו מודה שהיה ביד אביו וטוען שחזר ולקחה דאינו נאמן, ואע"ג דיש לו מגו שהיה יכול לומר שלא היתה ביד אביו מעולם, י"ל דמירתת דילמא איכא דחזו לה ביד אביו, א"נ כמגו להוציא חשוב דכל שהיה ביד אביו, הרי הבעלים כמוחזק, ולזה מטיין דברי רבנו שסתם שאם אומר שירשה שאינו נאמן, ומשמע אפילו אין עדים שירשה ואפילו טוען בפני הודה, [ואם היתה ביד אביו וטוען הבן שהחזירה בחייו, ועכשיו לאחר מיתה קניתי ממך, יש לדון אי מהימן], ולפי זה מתפרשין בפשיטות דברי התו', דהא איירי בטוען בפני הודית לאבא, ודכוותה אם יטעון לקוח היינו שיטעון חזרתי ולקחתי ממך, וזה אינו נאמן כיון שמודה שהיה ביד אביו, אבל כשטוען שלא היה ביד אביו מעולם, דינו כאחר, וכמו בחיי אביו, אבל הרמ"א והב"ח לא נקטו כן,

וצ"ע. (ס"ט סק"ח).

מ"ז ב' כל מקום שאמרו חכמים מגורשת ואינה מגורשת בעלה חייב במזונותיה, א"ה, עי' מש"כ בכתובות מ"ו א' לענין עונה.

שם ורב ביבי מסיים בה משמיה דר"נ קרקע אין לו אבל מעות יש לו כו', ברשב"ם פירש דחידושא דמעות יש לו, היינו דלא קנסינן ליה לגזלן, וצ"ע דמהיכי תיתי נמצא קנס לגזלן דאיצטריך לאשמועין דלא קנסינן ליה, ובפשוטו נראה דאיירי שהנגזל טוען שהמעות שמנה לו הגזלן, הם מעות שגזל ממנו, או דלאחר שמנה לו הכריחו להחזירם לו, ודומיא דבפנינו הודה לו דטוען דהודה כי היכי דלא לימטייה ליה ולחמריה לשחזור, ה"נ במנה לו, טוען שהיה שלו או שאח"כ הכריחו להחזירם לו, ואשמועין דלא מהימנינן ליה, וחייב להחזיר המעות, למאי דס"ל לר"ב דתליוהו וזבין לא הוי זביניה זביני.

והנה עיקר חידושיה דר"ה דאע"ג שהביא הגזלן שטר בעדים ששילם המעות לנגזל והוא מכר לו, אפ"ה אין מעמידין הקרקע בידו, וגם אין מחזירין לו המעות, וכמ"ש תו', והיינו כשכתוב בשטר שבפני העדים הודה לו שקיבל המעות, ומתפרש בפשוטו שכתוב בשטר ששילם לו כל ערך הקרקע, דאם כתוב בשטר פחות מן הערך, הרי מוכח מן השטר דעדיין הגזלן בגזילותו קאי, ופשיטא דאין מעמידין הקרקע בידו, ודכוותה יש לפרש הא דרב ביבי דבמנה לו מעות חייב להחזיר המעות, דהיינו נמי במנה לו מעות ככל ערך הקרקע, ואפ"ה אין מעמידין הקרקע בידו, דבמנה פחות מן הערך פשיטא, דחזינן דעדיין בגזילותיה קאי, ואשמועין דבזה צריך להחזיר המעות, וה"ר יונה והרשב"א הזכירו לקמן מ"ח א' להקשות אמאי לא מוקמינן להא דרב ביבי כשנתן קצת מעות ולכך אין מעמידין הקרקע בידו, ולא נצטרך לחדש דפליג אדרב הונא, ובמש"כ מיושב, ולפי מה שפירשנו דאיירי דהנגזל כופר בקבלת המעות מן הגזלן, שטוען ששלו היו, או שהכריחם להחזירם לו, יתכן לומר דאם מנה לו פחות מערך השדה, דכיון דחזינן דעדיין בגזילותיה קאי, דבזה יהא הנגזל נאמן ואף המעות לא יצטרך להחזיר.

לפמש"כ תו' דהא דאין ראייתו ראייה היינו לומר שאין מחזירין לו המעות, לכאורה היה ראוי שיסיים ר"ב בד"א שאמרו עדים בפנינו הודה לו וכדרב כהנא כו' אבל אמרו עדים בפנינו מנה לו קרקע אין לו אבל מעות יש לו, ומשמע מזה דאין ראייתן ראייה לא בא ללמד על דין המעות, ואפשר דאין ראייתן ראייה בא לומר דגם לא חשיב ראייה לפטרו מהחזרת הפירות אף שבהם הוא מוחזק ממש.

סתם גזלן שהביא ראייה מתפרש מי שבידוע שנכנס לקרקע זו בגזלנותא, ועכשיו מביא ראייה שאח"כ שילם לנגזל ומכר לו, והרי הוא כמודה שבתחלה ירד לה בגזלנותא, דאם הראייה היתה מועלת לומר שבתחלה לא ירד בגזלנותא, היכי קרינן ליה גזלן, דהיינו שהוחזק על שדה זו בגזלנותא כדאמר ר' יוחנן לעיל א'.

והנה היה מקום לחלק דאע"ג דתליוהו וזבין זביניה זביני באמר רוצה אני, דהיינו דוקא כשתחלת ירידת המאנס לתוך השדה היה ע"י שקנאה באונס מן הבעלים, דאגב אונסיה גמר ומקנה, אבל כשהשדה ביד הגזלן בגזילה, ואח"כ בא הגזלן לשלם לנגזל, אף אם יאמר רוצה אני הר"ז כלא אמר, והר"ז כחמסן דיהיב דמי ולא אמר המוכר רוצה אני כדאמר ב"ק ס"ב א', די"ל דאף אם יכופנו אח"כ לומר רוצה אני דלאו כלום הוא, שהרי אין מתן מעות עם הכפייה, שהמעות כבר ביד הנגזל משעה שחמס, וה"נ כשנותן מעות לאחר שכבר השדה בידו בגזלנותא דאין אמירת רוצה אני גורמת למקח מחודש מעכשיו, אלא דמהא דאמרינן לקמן מ"ח א' דר"ה לית ליה דרב ביבי מוכח דלא מחלקינן בהכי, אבל למש"כ הגר"א בסי' קנ"א סק"ד ובסי' ר"ה

ס"ק כ"ב דהרמב"ם לא גריס לה התם, [ואמנם כן משמע, דהא דר"ב מסיים בה משמיה דר"נ מתפרש דר"נ מסיים בה הכי משמיה דר"ה, דהא קאי אהא דאר"נ משמיה דר"ה, ואיך אמרינן דר"ה לית ליה דרב ביבי, וגם אי משמיה דר"נ קאמר לה היה ראוי להזכיר ר"נ, וגם לשון מימרא היא ק"ק], לפ"ז שפיר מחלקינן בהכי, וזו דעת הרמב"ם בפ"ט מה' גו"א הי"ד ט"ו וט"ז ובפ"י מה' מכירה ה"ה.

ועי' ברמ"א סי' קנ"א ס"ג דהעיקר כדעת החולקים דגם מי שמחזיק שדה בגזלנותא, אם אח"כ נתן דמים קנה, ובאמת לפי מה דכל הראשונים מקיימים גירסא דידן מ"ח א' אין ספק בדין זה, ומ"מ עדיין יש להסתפק בחמסן דב"ק ס"ב א' דירד לשדה ונתן הדמים לבעלים ולא אמרו רוצה אני, דלא קנה, אם יועיל אח"כ להכריח את הבעלים לומר רוצה אני, די"ל דרוצה אני שלא בשעת מתן מעות לא מהני כשהוא מחמת אונס, וזה אם נימא דתליוהו וזבין בחובו דלא הוי זביניה זביני, דדמי לתליוהו ויהיב דאינו אלא כמבריה ארי, אבל אין נראה כן אלא דגם תליוהו וזבין בחובו זביניה זבינא באמר רוצה אני, וה"נ דכוותה שהרי המעות חוב עליו.

כתב ה"ר יונה דמהא דאמרינן דאשה כשדה זו דמיא, שמעינן דאף בתליוהו וזבין קרקע בפחות משויה זביניה זביני, דהא מקדש אשה בפרוטה, דכיון דתורת מקח עלה שפיר מהני בתליוהו, וכן מוכח מהא דלא מוקמינן לדרב ביבי בנתן מעות פחות משווי הקרקע, [ועי' מש"כ בזה לעיל], והדברים צ"ע דלא שייך לדון אין אונאה בקרקעות אלא במקח הנעשה ברצון דודאי דקדקו שניהם בערכה, ואירע שנתאנה אחד מהן, דבזה אמרינן דאין אונאה לקרקעות והוי מחילה, אבל כשכופה למכור קרקע בפחות משויה, מה שייך אין אונאה, אטו קרקע השוה מנה אפשר לקנותה בפרוטה, ובטור סי' ר"ה כנראה דקשיא ליה כן, וכתב לפרש דאיירי שלא כפוהו על סכום המעות, ורק כפוהו למכור, והוא קבע הסכום ונתאנה, ומראיות הר"י לא משמע כן, וגם בעלה בידנו כתב לחלק בין קרקע למטלטלין וסיים דבמטלטלין אם כפוהו למכור בפחות משוויין אין כאן מקח, ומבואר דברי שא בקרקע נמי איירי בכפוהו למכור בפחות משוויין, ואפ"ה זביניה זביני, [ומש"כ בד"ה מסקנא דשמעתין היכא דלא אנסוהו על קבלת הדמים, נראה דר"ל לאפוקי היכא דלא אמר רוצה אני ולא רצה לקבל המעות], אבל הדברים צ"ע דודאי מסתבר כהטור דלא שייך לומר אין אונאה בכה"ג, וכן דעת הרשב"א, עי"ש שדחה לראיות הר"י, ובסברא יש מקום לדון דאף בפחות מכדי אונאה לא יהא זביניה זביני בין בקרקע בין במטלטלין, דכיון דידוע ומקפיד על זה לא נימא דאגב אונסיה גמר ומקנה, דהא גם במקח השוה פליגי אם זביניה זביני, ואית לן למימר דעד כאן לא פליגי אלא בשויו ולא בפחות משויו, וממה שהטור בשם ה"ר יונה כתב דבמטלטלין בשיעור אונאה או יותר המקח בטל, אין ראיה דבאנסו על פחות מכדי אונאה המקח קיים, דהא להטור איירי כשלא קבע המאנס את הסכום, ולפירוש ה"ר יונה הרי גם בשיעור יותר מכדי אונאה בקרקע קנה, כי קמיבעיא לן לדעת הטור, ובזמן שהמאנס קבע את הסכום, וצ"ע.

שם אר"ה תליוהו וזבין זביניה זביני מ"ט כל דמזבין איניש אי לאו דאניס לא הוה מזבין ואפ"ה זביניה זביני, יש לעי' הרי המחליף עם חבירו פרה בחמור לא נימא דשניהם אנוסים, אלא דמר עדיף ליה חמור ומר עדיף ליה פרה, א"כ ה"נ המחליף חפץ במעות נמי נימא דניחא ליה במעות שעל ידם יכול לקנות חפץ אחר, ולמה יחשב כאנוס, וי"ל דמ"מ ניחא ליה לאדם בחפץ טפי, כדאמר ב"מ נ"א א' אמרי אינשי זבנית קנית זבין אובד, ועי' להלן.

שם ודילמא שאני אונסא דנפשיה מאונסא דאחריני, יש לעי' דהא פשיטא דשאני, דאטו שייך לומר באונסא דנפשיה, דלא גמר ומקנה, ולמה הזכירו האי טעמא דכל

מוכר אנוס הוא, ולהסוברים דתליוהו וקני קנה, עי' בבהגר"א אה"ע סי' מ"ב סק"ב שכן עיקר, אולי אפשר לומר דהזכירו האי טעמא דנידון ק"ו דאם במכירה אמרו דזביניה זבינא, כש"כ בלוקח, כמ"ש הרשב"א ריש קדושין והמ"מ בפ"ד דאישות ה"א, ובאמת דאי לאו האי ק"ו, היה נראה מסברא כדעת בעה"ע, דכשהאדם מקבל מעות הר"ז גמר ומקני דבמעות יכול לקנות מה שירצה, אבל כשנוטלים מעותיו ונותנים לו סובין או זיבורית לא גמר ומקנה, [עי' ב"ק ט' א' או כסף או מיטב ובתו' שם], דודאי ניחא ליה טפי במעותיו, דלעולם מיטב נינהו, אלא דנידון אי גמר ומקנה באונס, לא דיינינן ליה בערך התמורה שמקבל, דלעולם הנידון כשהתמורה בערך שוה, ובזה אמרינן דכשנוטלים מן האדם קרקע או חפץ שחפץ בהן י"ל דלא גמר ומקנה, משא"כ כשנוטלים ממנו מעות שאין בהן ענין מחמת עצמן, שפיר גמר ומקנה, והלכך כששנו בגמ' דתליוהו וזבין זביניה זביני, דגמר ומקנה אגב אונסיה, כש"כ דבנטלו ממנו מעות דגמר ומקנה.

ואפשר דראובן הכופה לשמעון שימכור שדהו ללוי, וראובן עושה כן שלא על פי לוי, דיש לדון כלפי שמעון כאונסא דנפשיה, שבשביל להחליץ מראובן הוא מוכר שדהו ללוי, וגם זה בכלל תליוהו וזבין דרב הונא, ובזה כבר יש מקום להשוות לכל אונסא דנפשיה, ושפיר שימשו בגמ' בכה"ג בלשון ודילמא שאני אונסא דנפשיה כו', וברמ"ה וריטב"א הגירסא מ"ט אילימא כל דמזבין כו', דלא ס"ד כלל לשמש בטעם זה.

מ"ח א' יקריב אותו מלמד שכופין אותו יכול בע"כ ת"ל לרצונו כו', וא"ת דילמא שאני התם שמקריבין את הקרבן, וכבר לא תחזור הבהמה אליו, ושפיר ניחא ליה שיתכפר, ולא דמי לתליוהו וזבין דדעתו שאם לא יסכים להקנותו, יש לקוות יותר שיחזירוהו לו, או שיתפסנו, וי"ל דהסכמה כזו לא קרינא בה לרצונו, דגם כשמקריבין בע"כ ישנה הסכמה זו שבדיעבד, וצריך שתהא ההקרבה לרצונו, ועוד שא"א להקדיש הקרבן לכפרתו נגד רצונו, ועוד דאם תליוהו וזבין לא הוי זביניה זביני, א"כ האנוסים להביא הקרבן לא יסכימו להתכפר גם בדיעבד, כדי שלא יוסיפו לכפותם בעתיד.

שם גט המעושה בישראל כשר ובעכו"ם פסול, בגיטין פ"ח ב' אמרינן דבעכו"ם פסול ופוסל אטו כדין בישראל, ויש לעי' אם באמת גמר בלבו וגירש אגב אונסיה הרי בדין הוא שיהא גט ויפסול מדאוריתא, ואמאי לא חיישינן להכי, וכן בשלא כדין בעכו"ם דאפילו ריח הגט אין בו, אמאי לא ניחוש שמא אגב אונסיה גמר וגירש, וי"ל דכיון דמן הדין ראוי לקבוע שאינו גט, הרי פשיטא שאינו גומר בלבו לגרש כיון שהאונס אינו גורם שיחול הגט, והרי זה כאילו לא גירש עדיין דודאי אינו חפץ לגרש מחמת האונס, הא למה זה דומה לתליוהו וזבין והחפץ עדיין בידו, או שיכול להחזירו, ואכתי קשה דאף בכדין בעכו"ם מסקינן בגמ' שם דאינו פוסל אלא אטו כדין בישראל, ואמאי לא ניחוש דאגב אונסיה גמר ומגרש כיון דב"ד ישראל עתידין לכופו, ובתו' כאן ד"ה ד"ת כתבו דכיון דעכו"ם לאו בני עישוי נינהו הו"ל כשלא כדין, ושלא כדין חשיב גירושין כמתנה, ותליוהו ויהיב לכו"ע לא הוי מתנה, וצ"ל דתליוהו ויהיב אף במה שב"ד עתידין לכופו לתת, נמי לא הוי מתנה, דאף מתנה לשעה מתנה היא, ולא הוי מתנה בתליוהו, והרי עד שיכפוהו ב"ד אינו גומר בדעתו לתת. (גיטין פ"ח ב').

שם ולרב ביבי דמסיים בה משמיה דר"נ קרקע אין לו מעות יש לו מא"ל כו', יש לעי' אמאי לא משני דהא דרב ביבי בדלא אמר רוצה אני, דסתמא דגזלן כך הוא, דאפילו אם נותן דמים אינו מבקש הסכמה אלא כעין חמסן דאמר ב"ק ס"ב א' דלא איירי

באומר רוצה אני, וי"ל דרב ביבי מסיים בה לעיל מ"ז ב' בד"א שאמרו עדים בפנינו מנה לו כו', וכשמונה היינו כשהמוכר קמן ומתייחס למעות ודמי לאמירת רוצה אני. יש לעי' אם נימא דתליוהו וזבין זביניה לאו זבינא, מה דין המעות האם רשאי המוכר להשתמש בהם או לא, ואף למאי דקיי"ל זביניה זבינא, נפ"מ כשלא אמר רוצה אני, וכן במסר מודעה, ומסתימת הדברים שלא דנו אלא אם זביניה זבינא, משמע דאין נפ"מ בזה כלפי המוכר רק כלפי הלוקח, ומשמע דרשאי להשתמש במעות, וכן הוא בשו"ע חו"מ סי' ע' ס"ו דהמעות הו"ל בדין מלוה ע"פ, ויש לדון אם שימוש המאנס בחפץ כשאינו משלם אגרא עי' ב"ק צ"ז א', אם לא יחשב כרביית, ואע"ג דגם בלא נתן מעות לא ישלם אגרא, הא אשכחן ב"מ ס"ד ב' דאע"ג דהדר בחצר חבירו שלא מדעתו א"צ להעלות לו שכר מ"מ הלוחו ודר בחצרו צריך להעלות לו שכר, ומיהו שמא י"ל דכה"ג לא מיקרי הלואה לענין רבית, עי' סמ"ע סי' רל"ב ס"ק ל"ג, וצ"ע.

תוד"ה דבר וי"ל דלפי סברת המקשה דחשיב עכו"ם בני עישוי כו', צ"ע דהא איתותב רב משרשיא ולמה לא השיב לו קושטא דמילתא דעכו"ם לאו בני עישוי, ומה יתרון להשיב לו לטעמיה ולא לפרש האמת, ונראה דרב משרשיא לא הדר ביה וס"ל דכיון דפסלו עכו"ם אף בשכפו כדין תו כבר לא יזדקקו לעכו"ם בעניני כפייה, ואי מתרמי, מילתא דלא שכיחא הוא ולא גזרו בו בשלא כדין אטו כדין, [וגם בלא"ה נראה כן, דלא משמע לומר דרב משרשיא הוי סבר דבעכו"ם שלא כדין נמי פוסל דבגמ' משמע שזה פשוט ומוסכם, ואדרבא חידושי' דשמואל הוא דבישראל שלא כדין פוסל], אלא דגמ' דגיטין לא ניחא ליה בהאי תירוצא ולפיכך מסקינן דרב משרשיא בדותא היא.

ועיקר דבריהם ז"ל צ"ע דהנה לא הקשה רב יהודה מ"ש עכו"ם ומ"ש ישראל, דפשוט ליה דלטעמא דמצוה לשמוע דברי חכמים יש לחלק בין עכו"ם לישראל, דדוקא בשכופהו מי שמצווה לכך אז משלים עם הכפייה וגמר ומגרש, אבל לא בכופין אותו סתם בנ"א שאין זו חובתם ולא הם שנצטוו עליה, וגם מצוות הגירושין נחלטת ע"י הוראות ב"ד ישראל, והנה לטעם זה עכו"ם לאו בני עישוי, [ענין הנידון אי עכו"ם בני עישוי או לאו, הוא נדון אי רשאי לכופו כל מי שבידו לכופו כיון שבדין תורה רשאי לכופו, או שדין כפייה לא נמסר אלא לב"ד ורק אז אמרינן דרצונו האמתי משלים עם הכפייה, ואין כאן נידון בחשיבות העכו"ם], אבל כשאמר ר"ה מסברא דאגב אונסיה גמר ומקנה, הקשה רב יהודה דלפי סברא זו גם בעשוהו עכו"ם יש להכשיר, דכיון דאמרינן דכל דבר שאין בו הפסד אף שהוא נגד רצונו של האדם מ"מ משלים הוא עם הכפייה, א"כ ה"ה באופן שהוא חייב לגרש ואפשר לכופו על פי ב"ד ישראל, שאם עשוהו ב"ד עכו"ם דנמי שפיר דמי, שהרי אין כאן הפסד בעיקר הגירושין שהרי הוא חייב לגרש וגם אפשר לכופו על פי ישראל, ודמי לתלוהו וזבין, ומשלים עם הכפייה, והנה ליכא מאן דפליג בסברא זו ארב יהודה, ולכו"ע יש להשוות כפיית עכו"ם כדין, לתלוהו וזבין, וא"כ ע"כ לקיים דברי רב משרשיא למסקנא לרב הונא דקיי"ל כוותיה דתלוהו וזבין זביניה זבינא, וסוגיא דגיטין צריך לומר דפליגא אר"ה וסברה דלא אמרינן אגב אונסיה גמר ומקנה, ורק בגט משום מצוה לשמוע דברי חכמים, ועכו"ם לא, [ומיהו כונת תו' לפרש דסוגיא דגיטין מצי אתיא אף כר"ה, וע"כ דפליגא ארב יהודה במה דמדמי תלוהו וזבין לגט בעכו"ם, אבל צ"ע לפי זה למה לא השיבו כאן בגמ' לרב יהודה, שאין הנושאים דומין].

ואפשר דמה"ט פסק הרמב"ם בפ"ב מה"ג ה"כ כרב משרשיא, דכיון דקיי"ל כר"ה ע"כ דקיי"ל כרב משרשיא, והא דאביי ור"י בגיטין פ"ח ב' דמשום דעבדינן

שליחותיהו הוא דכפינן, היינו לענין מה שאנו כופין לכתחלה, אבל לענין הא דבדיעבד שפיר דמי מדאורייתא לא צריכין לשליחותיהו אלא אף בעכו"ם כן וכדרב משרשיא, ומיהו מה שפסק הרמב"ם אף בשלא כדין בישראל דאינו אלא פסול, קשה דבזה לא מצינו מאן דפליג אסוגיא דגיטין דמבואר דפסול מדאורייתא וכדפרכין דשלא כדין בעכו"ם ליפסול כדפסיל שלא כדין בישראל ומבואר דשלא כדין בישראל לא פסיל אלא משום גזרה, ופרכין דבעכו"ם נמי לגזור, וכן אמרינן שלא כדין בכדין ישראל לא מיחליף, ומבואר דדוקא משום כדין בישראל הוא דאיכא למיחש, ועי' לח"מ וצ"ע. - ועי' רמב"ן שיישב הסוגיות בע"א דלמסקנא דתליוהו ויהיב שאני תו ליכא למיפוך מהא דבעכו"ם פסול וממילא לא אצטרך להא דרב משרשיא וקיי"ל דבדוחא היא כדמסקינן בסוגיא דגיטין, ומעיקרא לא פרכין מהא דרב משרשיא לפי שלא נתפרש בהדיא דשלא כדין בעכו"ם כשר אלא שמואל הוא דקאמר לה ולא שייך לאקשווי. (ול"ע בכ"ז כה"צ). (גיטין ס"ח ס"ק כ"ו).

שם רב ביבי מימרא הוא ומימרא לר"ה לא ס"ל, עי' מש"כ לעיל מ"ז ב' והנה. מ"ח ב' בשדה סתם, פרשב"ם דכיון דהנאנס בוחר שדה הר"ז כעין הסכמה, ויש לעי' לפ"ז אם השיב הנאנס קח איזו שתקח, אם חזר דינו כשדה זו, וצ"ע. שם ולא אמרן אלא דלא הו"ל לאישתמוטי כו', יש לעי' אם יש לקיים סברא זו לדינא, דבדהו"ל לאשתמוטי חשיב כרצון, ונפ"מ באשה, או באנסוהו לקנות לפמש"פ הרמ"א בסו"ס ר"ה דאנסוהו לקנות לא קני, וגם צריך לדעת באיזו מדה חשיב דמצי לאשתמוטי.

שם דהא אשה כשדה זו דמיא כו', נראה דתליוהו להמכר לעבד דלא הוי זביניה זביני, דלא דמי לנכסים, ולאז למכירה קאי, ולפי זה הא דבאשה מקודשת, יש לפרש משום דלעולם עומדת להנשא, ומה שאינה חפצה בבעל הזה, יש לעומת זה הא דאר"ל טב למיתב טן דו, ואמרינן דאגב אונסא גמרה ומקדשה נפשה, ולפי זה ק"ק הא דמייתינן מזה לתליוהו וזבין בשדה זו, דהא ע"כ באשה טעמי אחריני נינהו, וי"ל דלפמש"פ רשב"ם עדיפותא דשדה סתם היא דבחירתו איזו שדה מעידה במדה מסוימת על הסכמה שבדיעבד, הרי שפיר איכא למישמע מאשה דאף בלא הוכחה כזו אמרינן דגמרה ומקדשה נפשה, דכל דאיכא למימר דבדיעבד יש הסכמה, א"צ שתהא הוכחה לכך.

שם ואמר אמימר תליוה וקדיש קדושיו קדושין מבר"א אמר באשה ודאי קדושין לא הוו כו', ממה שהרמב"ם שנה בפ"ד מה' אישות ה"א והמקדש אשה בע"כ אינה מקודשת אבל האיש שאנסוהו עד שקידש בע"כ מקודשת, משמע שמצא הדבר מבואר בגמ', ואין לומר שפירש מימרא דאמימר על שאנסוהו לאיש כמ"ש ברש"ש, דהא אמרינן ע"ז דאשה כשדה זו דמיא, ואם אנסו לאיש לקדש אין האשה כשדה זו, וגם האיש אין לחשבו כדבר הנקנה, שיהא הוא כשדה זו, אלא יש לפרש דמלישנא דמבר"א דבאשה ודאי קדושין לא הוו משמע דבאיש הוו קדושין, דאל"כ הו"ל בקדושין לא הוי קדושין, ולפי דהוי פשוט לגמ' דאם אנסוהו מקודשת הרי ה"ה דאם אנסוהו וקידש דהוי מקודשת, לכך הוצרך מבר"א להזכיר באשה, דבאיש לית לן למימר אפקעינהו כיון דבידו לגרש כמ"ש המ"מ.

נראה דתליוהו וקידש אינו דומה לתליוהו וקנה, דבתליוהו וקנה הנידון משום שהפסיד המעות, אבל בתליוהו וקדיש בשטר או בביאה הרי לא הפסיד, וגם כשקידש בפרוטה אין לבטל הקדושין מחמת הפסד הפרוטה, ומה שמתחייב בשאר כסות ועונה י"ל דלא חשיב הפסד שהרי זוכה במעשה ידיה ובפירות, אלא הוא נידון

מיוחד בקדושין, ובזה יש ליישב מה שהרמ"א בסו"ס ר"ה קבע לדינא דברי בעה"ע דתליוהו וקנה לא מהני, [עי' מש"כ בטעמו לעיל מ"ז ב' ד"ה שם ודילמא], אע"ג דבתליוהו וקדיש דעת הרמב"ם והראב"ד דקדושיו קדושין, וכמ"ש המחבר באה"ע סי' מ"ב ס"א, [ומ"מ גם לפ"ז אכתי לא הו"ל לסתום כהבעה"ע כיון דהרשב"א והרמ"מ חולקין עי' מ"מ פ"ד מה' אישות ה"א וברשב"א קדושין ב' ב' שכתבו דאם תליוהו וזבין זביניה זביני כש"כ תליוהו וקנה], ועי' בבהגר"א שם ובחו"מ שם שכתב דכל הפוסקים חולקין על בעה"ע.

להסוברים דתליוהו וקני נמי קנה, נראה דתליוהו להחליף פרה בחמור דנמי קנה אף שהוא גם מוכר וגם קונה, דהא בזה אחר זה כגון דתליוהו למכור הפרה במעות ואח"כ תליוהו לקנות החמור במעות אלו שפיר חלו תרוייהו וה"נ בב"א, אבל למ"ש הרמ"א דתליוהו וקני לא קנה, הרי המחליף פרה בחמור יש לחשבו גם כקונה וא"כ לא קנה, ברם יש מקום לומר דהא דתליוהו וקני לא קנה הוא משום דשקיל מיניה מעות ויהיב ליה מטלטלין או קרקע, ולעולם מעות עדיפי ליה, אבל כשמחליף פרה בחמור, הרי לא הפסיד כאן מעות, ויהא בדין תליוהו וזבין, ועי' נתה"מ סו"ס ר"ה וצ"ע.

שם אר"ה מאן דחתים אמודעא שפיר חתים ומאן דחתים אאשקלתא שפיר חתים מה נפשך אי מודעא כו' ה"ק אי לאו מודעא מאן דחתים אאשקלתא שפיר חתים ר"ה לטעמיה כו', בפשוטו ר"ה אתי למימר דרכב"ח עביד שפיר, אלא דאמר לה בלישנא דגם על כל חד לחוד היה ראוי לחתום, ואתי לאשמועינן דכתבינן מודעא אזבינא ולאפוקי מדרכבא כמ"ש כ"תו', וגם אשמועינן דתליוהו וזבין זביניה זביני, דהא קאמר דגם אאשקלתא לחוד אפשר לחתום אף בלא מודעא, ואף שהוא יודע שזה באונס, ואם איתא דתליוהו וזבין לאו זביניה זביני, לא היה ראוי לחתום על שטר דתליוהו וזבין, שהרי השטר חספא בעלמא, ואף אם יעידו אח"כ דבאונס כתביה, מ"מ למה לכתחלה לכתוב שטר מזויף אף אם יתברר זיופו, אבל לפי דתליוהו וזבין זביניה זביני, הלכך רשאי לחתום דהא שטר לאו מזויף הוא דשטר כשר הוא, ומה שמסייע ביד האנס ע"כ איירי דימצא הרבה חותמים, וגם הנאנס מבקשו שיחתום להצילו מאנסו, לכך שפיר רשאי לחתום, ועי' רשב"א ור"ן כתובות י"ט ב' שהביאו דאיכא מ"ד הכא אי מודעא לאו אשקלתא כו' שאין לחתום על שניהם.

תוד"ה אר"ה הא דר"ה פליגא אדרכבא כו', נתבאר לעיל מ' ב'.

מ"ט א' ה"מ ע"פ דלא אתי ע"פ ומרעא לשטרא אבל בשטרא אתי שטרא ומרעא לשטרא, לכאורה אין הטעם משום עדיפותא דשטר, אלא משום דשטר מודעא קדים לשטר זבינא, וה"נ אם היו מעידים על פה בפני ב"ד על האונס ואח"כ חותמים על השטר הוי אתי ע"פ ומרעא לשטרא, ואם יכתבו את השטר מודעא אחר חתימתם על השטר לא נימא דאתי שטרא ומרעא לשטרא, דלעולם כשאומרים מודעא היו דברינו בידם לכתוב שטר מודעא דהא א"צ לומר כתובו, כדאמר לעיל מ' א', ואפ"ה אמרינן דאינם נאמנים, ומשמע דאף אם יכתבוהו עכשיו מזמן ראשון, דכן הוא הדין דכיון דא"צ לומר כתובו הרי כותבים לעולם מזמן המודעא, נמי לא יועיל לבטל את השטר, כיון דבשעה שחתמו על השטר עדיין לא נחקרה עדותן בב"ד על המודעא, עי' מש"כ בכתובות י"ט ב', [ואמנם טעמא בעי דהא אם אחרים חתמו על השטר מכירה, ודאי תבטל עדותם ע"י עדי המודעא בין אם יעידו עכשיו בין אם יכתבו עכשיו שטר מודעא מזמן ראשון, ומה בכך שהם החותמים, וצ"ל משום דעשו שלא כהוגן דלא היה להם לחתום על האשקלתא עד שלא חתמו על המודעא, וכ"כ הר"ן בכתובות שם עי"ש].

שם מר בר ר"א אמר כו' מודעא היו דברינו נאמנים כו', סתימת הדברים משמע דבאמנה אין נאמנים אפילו אין כת"י יוצא ממק"א, ובמודעא נאמנים אפילו כת"י יוצא ממק"א, וכדעת הרמב"ם והרשב"ם וה"ר יונה וכן הרשב"א בכתובות שם, [והרי בידם לכתוב עכשיו את המודעא מזמן ראשון], וכן פסק בשו"ע סי' מ"ו סל"ז, אבל בש"ך שם הביא דעת החולקים.

- נדפס בספר כתובות -

שם מודעא היו דברינו אין נאמנים, יש לעי' היכן מצאנו שנגרע כח העדים שחתמו בשטר טפי מעדים אחרים, הרי לא מצאנו אלא במידי דאי אתו תרי אחריני הו"ל תרי ותרי, כגון באנוסים וקטנים ופסולים כדבסמוך, ובזה שפיר העדים עצמם אינם נאמנים כלל דאינו חוזר ומגיד, אבל במודעא דעדים אחרים נאמנים לגמרי, מנלן דהעדים עצמם שחתומים בשטר אינם נאמנים, [ולמר בר ר"א באמת איכא ראשונים דסברי דאף בכת"י יוצא ממק"א נאמנים במודעא, עי' בשטמ"ק, וכן דעת הרשב"ם בב"ב מ"ט א' וכ"ה בשו"ע סו"ס מ"ו], והרי אינם סותרים עדותם כלל, דשפיר חתמו לבקשת הלוה, להנצל מאונסו, וגם המודעא אמת, והרי במה שלמדנו דכיון שהגיד אינו חוזר ומגיד, לא למדנו אלא דלאו כל כמיני' לבטל עדותו או להטיל בה ספק אפילו באמתלא, וזה שי"ך רק כשחוזר ממה שאמר, אבל כשמקיים הכל לא מצאנו לחלק בין הני תרי לתרי אחריני.

ואפשר דממה שנתחדש דכיון שהגיד אינו חוזר ומגיד אף באמתלא, יש ללמוד דהעדים עצמם גריעי מעדים אחרים, דעדים אחרים שיעידו על עדים שטעו בדבר שהטעות מצוי, מסתבר שיהיו נאמנים ולא יחשבו כתרי ותרי, עכ"פ כשהעדים הראשונים אינם לפנינו, ואפשר נמי דיהיו נאמנים לומר שהיו אנוסים, דאף דבשטר אינם נאמנים לומר שהיו אנוסים, י"ל דשטר שאני שלאחר שאמרה תורה לסמוך על שטר הר"ז כאילו עדי השטר קמן ואומרים שלא היו אנוסים, אבל בעדות בע"פ שבאו עדים ואמרו ידענו שמה שהעידו היה מחמת אונס נפשות, י"ל דנאמנים, ואילו העדים עצמם הר"ז בכלל אינו חוזר ומגיד שאינם נאמנים, וכ"מ בטור ובש"ך סי' מ"ג ס"ק י"ט וסי' מ"ו ס"ק קט"ו, [ועי"ש דאיכא גווני שהעדים עצמם נמי נאמנים], וכיון שכבר נתחדש דהעדים עצמם גריעי כשמעידים לבטל עדותם, תו שפיר י"ל דאף במודעא אינם נאמנים, שג"ז מבטל עדותם, ולכן אינם רשאים לחתום בשטר שנמסר בפניהם מודעא עליו, [אא"כ יקדימו לחתום על שטר המודעא כמבואר בב"ב שם], וצ"ע.

ונראה דעדים החתומים על השטר שהעידו שהמלוה חטף השטר מיד הלוה, דנאמנים, דלכל מעשה שנעשה לאחר שחתמו על השטר, אין לגרע כחם מעדים אחרים, וכן אם העידו דהלוה הקדים לתת לו את השטר ע"מ לקבל מיד את המעות ואח"כ המלוה לא נתן לו, וכעין אמנה דבב"ב קנ"ד ב' שמכרתי לך ולא נתת לי דמים, נמי נאמנים, [ומ"ש בשו"ע ח"מ סי' מ"ו סל"ז דאם אומרים שאח"כ נתברר להם שהיה באמנה אינם נאמנים, אם כת"י יוצא ממק"א, היינו משום שנתברר שכשחתמו בו כבר היה ע"מ לתת באמנה, וגם בזה מסיק בש"ך שם דאף בכת"י יוצא ממק"א נאמנים]. (כתובות י"ט ב').

שם מודעא היו דברינו אין נאמנים, ע"כ ס"ל לר"נ דעדים שנמסרה מודעא בפניהם, אינם רשאים לחתום על השטר שעליו נמסרה המודעא, דאם רשאים אין מקום שלא להאמינם אף בשכת"י יוצא ממק"א, ונראה הטעם משום דחתימתם כמעידים בפני ב"ד ואיך יעידו על דבר שהוא שקר, ונראה דאם קדמו והעידו בפני ב"ד על המודעא, דאח"כ רשאים לחתום, ומיהו י"ל דאכתי איכא שיוציא השטר

בב"ד אחר, אבל אם קדמו לחתום על שטר מודעא לכו"ע רשאים אח"כ לחתום על השטר כדאמר בב"ב מ"ט א', דכיון שכבר חתמו על המודעא הר"ז כהעידו בב"ד, וגם השטר תמיד ביד המתחייב, ונמצא שאין כאן מכשול. - ונראה דגם עדים שיודעים מן המודעא, אף שלא נמסרה בפניהם, נמי אינם רשאים לחתום על השטר, דכיון דהטעם משום שהשטר שקר, אין לחלק בין אלו שנמסרה מודעא בפניהם לבין אחרים, דכל שיודעים שהשטר שקר יש להמנע מלחתום.

ונראה דעדים ששגגו ולא ידעו וחתמו על השטר אף שנמסרה מודעא בפניהם, דאינם רשאים עכשיו לכתוב המודעא מזמן ראשון כדי לבטל את השטר, דאף דבעלמא מודעא ניתנה ליכתב לעולם מזמן ראשון, מ"מ הכא שחתמו על השטר בינתים, ואם ידעו בב"ד שחתמו על המודעא אח"כ, לא יאמינו להם על המודעא, אסור לעשות מעשה לרמות את הב"ד.

ויש להסתפק הרי שחתמו עכשיו על המודעא מזמן ראשון, ובאו לב"ד ואמרו מודעא היו דברינו, והרי שטר מודעא שכתבנוהו עכשיו מזמן ראשון, אי מהימנינן להו במגו דאי בעו שתקי ולא אמרי שכתבוהו עכשיו, [והכא עדיף מההוא דב"ב ל"ב אין שטרא זייפא הוא כו' דהכא שטרא קושטא הוא], דאפשר דבעינן עדים, ומגו לאו עדים הוא, וגם לאו בע"ד הם, והרי באין כת"י יוצא ממק"א נמי ס"ל לר"נ דאינם נאמנים.

ולמר בר ר"א לדעת הסוברים דרק באין כת"י יוצא ממק"א ס"ל דנאמנים, מבואר דאיהו נמי סבר דעדים שנמסרה מודעא בפניהם אין להם לחתום על השטר, ונראה דגם לדידי' אינם רשאים לאחר שחתמו לכתוב המודעא מזמן ראשון, כיון שאם ידעו בב"ד שכתבוהו לאחר שחתמו לא יאמינום, והא דלא מהימנינן להו גם כשכת"י יוצא ממק"א במגו שיכלו לכתוב המודעא מזמן ראשון, היינו טעמא משום דבתרי לא אמרינן מגו, ואין כת"י יוצא ממק"א שאני דהוי מגו דאי בעי שתיק וגם שאין זה קיום, ומה"ט אף כשחתמו עכשיו על מודעא מזמן ראשון והביאוהו לב"ד והודו שכתבוהו עכשיו, יש להסתפק אי מהני, וכמש"כ לעיל דבעינן עדים לאורועי שטרא ולא סגי במגו, ואין כת"י יוצא ממק"א שאני, וכמש"כ, וצ"ע.

כתב הר"ן דלפמש"פ רש"י ניתן ליכתב להציל האנוס, יש לפרש דלא מהימנינן אלא באין כת"י יוצא ממק"א, דהא גם באנוסים היינו ניתן להם לכתוב ואפ"ה לא מהימנינן בשכת"י יוצא ממק"א, וצ"ע דלא דמי דלעולם חזקת השטר ועיקר העדאתו הוא שנעשה מדעת המתחייב, וכשאומרים שעשאוהו שלא מדעת המתחייב ודאי חשיבי חוזרים ומגידי, ואף שאומרים שעשו כן מחמת אונס מ"מ אין להאמינם, אבל מודעא היו דברינו, הרי הכל אמת וחתמו על השטר בציווי המתחייב, אלא שיש גם מודעא שמבטלת את השטר, וכשם שיכלו להקדים לחתום על המודעא ואח"כ לחתום על השטר כדאמר בב"ב מ"ט א' לכו"ע, ה"נ מצי סבר מבר"א דיכולים עכשיו להעיד בע"פ שהיתה מודעא, וכמו עדים אחרים שמעידים על המודעא דלא חשיב תרי ותרי, ואילו באנוסים היו חשיב תרי ותרי כדאמרינן בסמוך.

כתב עוד הר"ן דאם נפרש ניתן ליכתב על המודעא שניתנה ליכתב עכשיו מזמן ראשון, אפשר לפרש דאף בכת"י יוצא ממק"א נאמנים, ולכאורה ע"כ לפרש כן, דאם נאמנותם מחמת שיכולים עכשיו לעשות המודעא מזמן ראשון, מה מוסיף מגו נוספת דאין כת"י יוצא ממק"א.

עוד כתב ז"ל דה"ט דר"נ דמודעא אין נאמנים משום דס"ל דכיון דאיכא מודעא אין רשאים לכתוב אותו שטר שנמסר עליו דלאו במודעא מחמת נפשות עסקינן אלא מחמת אונס ממון, וצ"ע מאי פסקא, הרי סתמא קתני מודעא, ועוד דגם באונס ממון

יש מצוה להציל את האנוס, ובפשוטו אין האנס מגדיל אונסו אם עדים אלו לא יחפצו לחתום, ובקל ימצא אחרים, ולכך יש להם להשתמט, ואין חילוק בין אונס ממון לאונס נפשות. (כתובות ס"ד ס"ק י"ד).

שם מבר"א אמר אמנה היו דברינו אין נאמנין מודעא היו דברינו נאמנין, יעוי' בשטמ"ק דאיכא ראשונים דסברי דאף בכת"י יוצא ממק"א נאמנין, וכן דעת הרשב"ם בב"ב מ"ט א', וכ"ה בשו"ע סו"ס מ"ו, ולכא' למעוטי בפלוגתא עדיף, ומנלן לחדש דמבר"א פליג אר"נ בהא דס"ל דמודעא היו דברינו חשיב כמבטלים עדותם, והרי בהא דס"ל לר"נ דאמנה ומודעא גריעי מאנוסים ואף באין כת"י יוצא ממק"א אינם נאמנים כמו שפירשו הטעם בתו', בהא ודאי פליג מבר"א, דהא קמפרש טעמא דאמנה משום דלא ניתן ליכתב, ומשמע דאילו ניתן ליכתב היו נאמנים, [והיינו באין כת"י יוצא ממק"א, וכמו שהכריחו תו' מהא דפריך לעיל דאי בשכת"י יוצא ממק"א פשיטא], ומשום זה הוא שהזכיר אמנה בכלל, ולא קאמר רק דמודעא נאמנים, משום דגם באמנה פליג אר"נ בטעמא, ובפלוגתא זו מתפרשים שפיר דבריו גם במודעא, דכיון דמודעא לא גרע מאנוסים, שפיר נאמנין באין כת"י יוצא ממק"א, וא"כ מנלן לחדש פלוגתא נוספת אדר"נ לומר דמבר"א ס"ל דמודעא עדיף מאנוסים, ואף כת"י יוצא ממק"א נאמנים, וי"ל דמפרשי ניתן ליכתב דלכתחלה רשאיין לחתום להציל האנוס מאונסו, וכיון דלכתחלה רשאיין לחתום, אין טעם שלא להאמינם. (כתובות ס"ד סק"ט).

מ"ט ב' נחלה הבאה לו לאדם ממקום אחר אדם מתנה עליה שלא יירשנה, הרמב"ן בכתובות פ"ג כתב דגם למ"ד ירושת הבעל דאורייתא, נמי יכול להתנות קודם נשואין שלא יירשנה.

רשב"ם ד"ה כדרב וה"ה לפירות של נכסי מלוג כו', מלשון כש"כ וכש"כ משמע דצ"ל אני במקום איני וכמ"ש הגרא"מ ז"ל הורביץ. (כתובות נ"ו א').

תוד"ה יכולה דאדרבה פרקונה עיקר כו', נתבאר בכתובות נ"ו א'.

נ' א' ואב"א אמימר דאמר כר"א כו', צ"ע כיצד ילפינן לה מדר"א הרי שפיר י"ל דלא אמרה תורה דין יום או יומים אלא בעבד הקנוי לו לגמרי, וכן לא אמרה תורה יציאת ראשי אברים אלא בעבד הקנוי לו לגמרי, ומה זה ענין שלא יוכלו ביחד למכרו, והרי חצי עבד וחצי בן חורין מסתברא דמודה ר"א דכופין את רבו לשחררו, כדסברי ב"ש וב"ה גיטין מ"א ב', ואילו בשן ועין אינו יוצא כדאמרינן בסמוך, [אי בכל שותפין קאמר ודלא כתו' עי' רמב"ן], הרי דשחרור אינו דומה לראשי אברים, וכש"כ מכר, ולעיל מפרשינן לדאמימר בלישנא קמא דכל חד לחודיה לא מצי מזבין בכולי גווני, דאי זבין איהו ומית איהי מפקא, ואי זבנה איהי ומתה איהו מפיך, אבל אי מכרו תרוייהו שפיר הויא מכירה, והכי קיי"ל, ונראה דלפ"ז אף לר"א אמרינן כן ולא ילפינן מכר מראשי אברים ומדין יום או יומים, דכיון דאמימר לא אמרה, אנן לא אמרינן לה למילף מדר"א לענין מכר, וזו דעת הרמב"ם שפסק כר"א בפ"ה מה' עבדים הט"ו ט"ז וכן בפ"ב מה' רוצח הט"ו ט"ז, ופסק בפכ"ב מה' אישות הט"ז דשניהם יכולים למכור נ"מ, וכמ"ש בלח"מ בה' עבדים שם, ועי"ש במל"מ. (ב"ק צ').

נ' ב' רב יוסף אמר לעולם באחר וכגון שאכלה מקצת חזקה בחיי הבעל ושלש לאחר מיתת הבעל מיגו דאי בעי א"ל כו', הרבה דברים קשים בזה, חדא מאי קאמר א"א צריכה למחות, הרי בעודה א"א אינה צריכה למחות, וכבר הק' כן הרמב"ן, וגם לא תועיל לה המחאה בעודה א"א שהרי הנידון אם יחזיק שלש שנים לאחר מות בעלה, וצריכה למחות כל ג', [ואף לפי הירושלמי המובא ברמב"ן ל"ט ב' דלרב סגי

במחאה פ"א, היינו דוקא כשנעשה גזלן ע"י המחאה דתו לית ליה חזקה, אבל הכא שמחזיק כדין ודאי צריכה למחות בתוך ג' למיתת בעלה], ועוד דמאי אתי לאשמועין פשיטא דלאחר שמת בעלה אם מחזיקים בנכסיה צריכה למחות, [וזה לדעת הרמב"ן דבדליכא ראי' שהחזיק בחיי הבעל איירינן, אבל לפי רשב"ם ניחא דהא קמ"ל דאף שירד לפירות בחיי הבעל אפ"ה צריכה למחות, דכיון דמכירת הפירות מחיים ע"י בעלה והנידון בשדה לאחר מיתה הוא עם האשה, לא איתרע חזקתו ע"י אכילת הפירות כיון דלא נחת מטעם האשה כלל ולא היה בידה למחות, ומצד הבעל לא היה יכול לזכות לאחר מיתה כלל, דכל כה"ג עם מות בעלה כאילו נכנסו הנכסים לרשותה וצריכה למחות, ולפי זה אין ראייה מכאן לדין אכל שדה במשכנתא מספר שנים ידועים והחזיק בה לאחר מכאן שלש שנים, ואפשר דהתם מודה הרשב"ם דלא הוי חזקה], ועו"ק לצורך מה הזכירו כאן כלל טענה דאנת זבינתה ליה והוא זבנה ניהלי, ולמה לא סגי בטענה דמינך זבינתה לחוד כדי להודיע שצריכה למחות, וגם מאי אולמא דהאי מהאי וכמו שהניחו תו' בתימא.

אבל לפי מה שחילקו המהרח"ש והתומים בדעת הטור הובא לעיל כ"ח ב' סק"ט, דדוקא בידוע שבא לידו בתורת משכנתא או אומנות אז לא מהני ליה חזקה, אבל כשלא ידעין אם הגיע לידו בתורת אומנות, אף שהוא אומן, בזה אמרינן אדרבה דכיון דאחזיק לאחר שירד מאומנתו ש"מ דמעיקרא נמי לאו בתורת אומנות אתי לידיה, לפ"ז הגמ' מיושב מאד דבאמת צריכה למחות בעודה א"א, ומחאה כפשוטה דהיינו לומר שהיא לא מכרה לו את הגוף, דאם לא תמחה ויחזיק שלש שנים לאחר מיתת בעלה, אף שבודאי יתברר שהחזיק גם בחיי בעלה, מ"מ יהיה נאמן לטעון דמתחלה בתורת מקח גם על הגוף אתי לידיה, במגו שקנה ממנה לאחר מות בעלה, וזהו מגו שהזכירו בגמ', ואין הכונה מגו ממש, דאם אינו נאמן לומר שירד מתחלה גם לגוף, תו גם לא יהא נאמן לומר שחזר ולקח ממנה לאחר מיתת בעלה, כיון שידוע שירד מתחלה לפירות, אלא ר"ל כשם שראוי להאמינו שחזר וקנה ממנה לאחר מיתת בעלה כך ראוי להאמינו שלקח ממנה בתחלה, אבל אם תמחה בעודה א"א שלא מכרה לו את הגוף, ממילא ידעין דתחלת ירידתו רק לפירות, ותו אף אם יחזיק שלש שנים לאחר מיתת הבעל לא תהא לו חזקה כיון שמתחלה ירד ברשות לפירות.

וברמב"ן בסוגיין הזכיר לחלק משום דהכא אפשר שמתחלה ירד בתורת מקח, משא"כ בידוע שירד מתחלה בתורת משכנתא וכיו"ב, אבל לא קאי הכי, ובמסקנתו מבואר דאם היו עדים שהחזיק בחיי הבעל, דסגי בזה לבטל חזקתו, ומוכח מכאן דהרמב"ן אינו מחלק בין אומן לידוע שירד בתורת משכנתא, וזה דלא כמ"ש בנה"מ בסי' ק"נ סק"ב בשם התומים, אם לא דנימא דהכא שאני דכיון דע"כ מכר הבעל לפירות הר"ז כידוע שירד בתורת משכנתא, אף שאפשר להסתפק שמא מכרה גם הגוף, ולא דמי לאומן דאם ירד בתורת לוקח אין כאן ענין אומן כלל. (ס"ט סק"ט).

נ"א א' ותיקני בשטרא מי לא תנן נכסים שיש להן אחריות נקנין בכסף ובשטר כו', בקידושין כ"ו א' בשטר כיצד כתב לו על הנייר או על החרס כו' שדי מכורה לך שדי נתונה לך הר"ז מכורה ונתונה, והרמב"ם בפ"א ממכירה ה"ז וכן בשו"ע חו"מ סי' קצ"א ס"א כתבו כיון שהגיע השטר לידו קנה אע"פ שאין שם עדים כלל, ובסמ"ע שם מבואר דפירש אפילו הכתב הוא ידי סופר, שכתב שהוא יכול להזדייף על החרס, ואם הוא כת"י המוכר הרי אינו יכול להזדייף, ומבואר דס"ל דתורת שטר על החרס אפילו נמסר בינו לבין עצמו דהא כתבו אע"פ שאין שם עדים כלל, והט"ז שם תמך בדעת הסמ"ע, וכן בש"ך סי' מ"ב סק"ב, והגרע"א ז"ל בסי' קצ"א שם תמה על

הסמ"ע דבכתב סופר ואין שם עדים אין תורת שטר עליו ובמה קנה, וכן בקצה"ח סמ"ב שם חלק על הש"ך והסמ"ע, ותמך בדעת הב"ח שחולק על הסמ"ע בסי' קצ"א שם, דלא אמרו דמהני שטר בדבר שיכול להזדייף בלא עדים, אלא כשנכתב כולו בכתב ידו של המוכר, דשוב אינו יכול להזדייף.

והנה לר"מ דעדי חתימה כרתי, ודאי ראוי לפרש דהיינו טעמא דשטר עושה קנין, משום דבשעה שהוא ביד הלוקח הוא משמש כעדות שהשדה שלו, ומסירת עדות זו כמסירת אפסרא דארעא, [עי' כ"ז א'] ושפיר משמש כקנין, ודכוותה אמרינן לר"א דעדי מסירה כרתי, דמסירת שטר ליד הלוקח, שבשעה שיש עדי מסירה הרי השטר הזה משמש כעדות ביד הלוקח שהשדה שלו, שפיר עושה קנין, ואף בדבר שיכול להזדייף מ"מ אם העדים יכירו שלא נזדייף, או שיקחוהו מיד עם מסירתו ויעידו בב"ד ששטר זה נמסר בפניהם מיד המוכר ללוקח הרי זה ישמש כעדות שהשדה שלו, הרי מסירת עדות זו עושה קנין, אבל מסירת נייר כתב ידי סופר בינו לבינו שאינו שטר כלל מהיכי תיתי שיעשה קנין, והרי אם אדם מתחייב ע"י שטר גם כשאינו חייב כדאמר כתובות ק"א ב', האם נימא דמסר לו כת"י סופר בינו לבינו שהוא חייב לו אלף זוז שיגרום התחייבות, ועי' מ"מ פ"א ממכירה הט"ו שכתב כן בפשיטות דודאי לאו כלום הוא, והביאו בקצה"ח שם, וה"נ אינו גורם קנין.

ובבית מאיר אה"ע סי' קל"ג כתב להוכיח דמסירת שטר ידי סופר בינו לבינו לאו כלום הוא למיעבד קנין, מהא דאמרינן גיטין י' ב' בערכאות דאע"ג דקושטא הוא דלא מרעי נפשיהו, מ"מ בשטר מתנה אינו בדין שיועיל דהאי שטרא חספא בעלמא הוא, ואם איתא דמסירת שטר כתב ידי סופר בינו לבינו עושה קנין, אמאי לא קנה, ושמא יש לדחות דהתם הערכאות אינם מוסרים השטר ליד המוכר שימסרנו ללוקח, אלא שעל פי הודאת המוכר הם כותבים שטר ומוסרים אותו ללוקח, והוא מעין מעשה ב"ד לאשר את המקח, ואם היו ב"ד של ישראל כה"ג היו נחשבים כשלוחים של המוכר כאילו אמר להם כתבו ותנו, והיו מזכים את השטר למוכר (אם צריך) והיו נותנים אותו בשליחותו ללוקח, אבל בערכאות חספא בעלמא הוא ואינו שטר של המוכר כלל, ונמצא שלא היה כאן מעשה קנין, ודוחק, ולפמש"פ תו' שם וכן בתו' הרא"ש שם מבואר דמסירת שטר בלא ע"מ בינו לבינו אינו עושה קנין עי"ש.

עוד הקשה מהא דבכתובות צ"ד א' אמרינן בשני שטרות היוצאים ביום אחד דלר"מ קנו שניהם ביחד בסוף היום וראוי לומר יחלוקו ולא שודא, ואם איתא דשטר בלא עדים נמי עושה קנין א"כ למה לא קנה הראשון שקיבל את השטר, ואפשר לדחות דכי היכי דבשטר בלא זמן בעדים אמרינן דקנה הראשון שקיבל את השטר אף שמסר גם לשני באותו יום, ומ"מ בשטר שיש בו זמן אמרינן דגם הראשון לא קנה אלא בסוף היום, ה"נ י"ל דגם אם שטר בינו לבינו נמי עושה קנין, מ"מ כשכתוב בו זמן אינו קונה אלא בסוף היום, א"נ י"ל דרק אליבא דר"א דע"מ כרתי דלא בעי מוכח מתוכו, ס"ל להסמ"ע ודעימיה דעושה קנין גם בינו לבינו, אבל אליבא דר"מ לא מצאנו ענין שטר אלא כשהשטר משמש לראיה עי' רמב"ן גיטין פ"ב ב', ובזה גם ניחא ההיא דגיטין, דהתם נמי אליבא דר"מ איירי עי"ש ברש"י ותו', אלא דהש"ך בסו"ס נ"א קבע הדבר בספיקא דדינא אי קיי"ל כר"א בשאר שטרות, ולפי זה לא הו"ל למיסתם בסמ"ב שם אי לא אתיא אליבא דר"מ, גם לא מצאנו פלוגתא בין ר"מ ור"א בשטר בלא עדים כלל, ואם עושה קנין לר"א דין הוא שיעשה קנין גם לר"מ.

ועיקר דברי הש"ך והט"ז שכתבו דדברי הסמ"ע הן הנה דברי הר"ן שברמ"א סי' מ"ב ס"א דשטרי אקנייתא כשרים בדבר שיכול להזדייף, ונתקשו מזה על הב"ח לא נתפרשו, דהא מודה הב"ח דבעדי מסירה כשרים שטרי אקנייתא, וכן בכתב ידו כל

השטר, ואין דברי הב"ח אלא דבעדי חתימה או בחתם בכתב ידו אי אפשר להכשיר משום שאין כאן עדות על השטר, דהא יכול להיות שחתמו על שאילת שלום וכיו"ב והוא מחק וכתב את השטר, ומה סתירה לזה מדברי הר"ן והרמ"א דמתפרשין שפיר בעדי מסירה, וצ"ע.

מדברי הב"ח והש"ך נראה דס"ל דגם הסמ"ע מודה דשטר בלא עדי חתימה ובלא עדי מסירה ובלי חתימת ידו דלאו כלום הוא ואינו עושה קנין, ואין דברי הסמ"ע אלא בחתמו עדים בדבר שיכול להזדייף, וכן בחתם בחתימת ידו, ונראה מדברי הש"ך דאם באו עדי חתימה והעידו שהם חתמו על שטר שראובן מוכר שדהו לשמעון, אלא שהיה השטר על דבר שיכול להזדייף, ועכשיו השטר נמצא ביד שמעון, וראובן כופר שמעולם לא עשה שטר כזה, דמעמידין השדה בידי שמעון, וכן אם ראו עדים שטר בחתימת יד ראובן ביד ראובן שמוכר שדהו לשמעון, ועכשיו השטר ביד שמעון, וראובן כופר שלא כתב שטר כזה, נמי מעמידין השדה ביד שמעון, דשטר כזה עושה קנין, וגם מחזקין שראובן מסר את השטר לשמעון, ובכה"ג מתפרשין דברי הסמ"ע שבסי' קצ"א, ומיהו בש"ך משמע דגם אם לא ראו עדים את השטר ביד ראובן, וראובן טוען שחתם שמו על דבר שיכול להזדייף וזרקו באשפה, ושמעון מצאו וכתב מעל חתימתו שטר מוכר, דגם בכה"ג יעמידו השדה ביד שמעון, ולכך לר"א אסור לאחזויי חתימת ידו אחספא, ודברים אלו מרפסין איגרא, דלמה זה יהא נאמן שמעון בטענתו, ואטו אסור לראובן לכתוב אגרת שלומים על דבר שיכול להזדייף, ואם מקבל האגרת ימחוק תוכנה ויכתוב שטר מוכר וישאיר חתימתו של ראובן, יזכה בשדה של ראובן, וכבר תמהו בזה בנתה"מ וכן הביא בשם התומים, וגם בידוע שהיה השטר חתום ביד ראובן, וראובן טוען שמחקו לשטר והשאיר חתימתו וכתב שם מילי דעלמא, או שזרקו באשפה, ושמעון מצאו וכתב עליו שטר, נמי בדין הוא שיהא ראובן נאמן, ולפי זה אין ראוי שישמש שטר לקנין, והלכך גם אם ראובן אומר לא היו דברים מעולם ואנו מאמינים שאמנם ראובן נתן את השטר לשמעון, אינו בדין ששמעון יקנה את השדה בשטר זה, כללא דמילתא חתימת עדים על דבר שיכול להזדייף אינה מעידה כלום על מה שהיה כתוב בשעה שחתמו, וכך לי חתמו למטה כמו חתמו בראש הדף, וגם כשבאים אח"כ ומעידים שלא נזדייף אין כאן עדות עדים ע"י חתימתם, ועי' בב"י וח"מ וב"ש אה"ע סי' קכ"ד בנידון כזה לענין גט, וכבר תמה בזה מרן זללה"ה באה"ע סי' פ"ז ס"ק ל"ג עי"ש הובא בחו"ב גיטין ס"ב סק"ז, ועי' חו"מ סמ"ט ס"ז, ובחו"ב גיטין ס"ה סק"ג, וכעת ראיתי גם בתו' רי"ד קדושין ט' א' דחשיב לע"ח על דבר שנזדייף כעדות בזמן שמעידים שלא נזדייף, והדברים צ"ת.

והנה נקטנו דלכו"ע שטר בלא ע"ח ובלא ע"מ ושלא בכתב ידו, שכתוב בו שדי מכורה לך ומסרו בינו לב"ע דאין עושה קנין, וכדעת הגרע"א ז"ל, וכ"ד מרן זללה"ה באה"ע ספ"ז סק"י, וכ"כ עוד הגרע"א ז"ל בגליון הש"ך סי' ס"ו ס"ק ע"ב, וכן נראין הדברים מכל הראשונים שפירשו הא דשדי מכורה לך דאתא כר"א והיינו בעדי מסירה, ואם איתא דעושה קנין בלא עדים לר"א, ה"נ לר"מ, ולשון הרמב"ם פ"א ממכירה והטושו"ע סי' קצ"א דכתב לו על החרס שדי מכורה לך קנה ואע"פ שאין שם עדים כלל, ומשמע גם לא עדי מסירה וגם לא עדי חתימה, [וכדמשמע נמי ממה שסיים ואפילו היו בו עדים כו'], מתפרש בכתב בכתב ידו וכמ"ש הב"ח כתי' שני בתו' ב"ב נ"א א', [ואפשר דגם לדעת הסמ"ע איירי בהכי, ומש"כ דבשטר קנין כשר יכול להזדייף, קושטא קאמר דברי הראשונים דמצי איירי בעדי מסירה ושלא בכת"י ובזה איצטריך להאי טעמא דשטר קנין הוא].

אבל העומד לנגדנו דברי הגהמי"י בפ"א ממכירה ה"ז שכתב על דברי הרמב"ם דכשר על החרס אע"פ שאין שם עדים כלל, דהא דחרס פסול היינו דוקא בשטרות העומדים לראיה, [והוא תירוץ התו' דאע"ג דאמרין גיטין כ"ב ב' דלא הכשיר ר"א אלא בגיטין ולא בשאר שטרות, דשטרי קנין כגיטין דמו], והרי איירי בדליכא עדים ומוכרחים לפרש דבכתב בכתב ידו איירי, וא"כ אינו יכול להזדייף וכשר אף בשטרות העומדים לראיה, וע"כ דמפרש דברי הרמב"ם בכתב ידי סופר ועושה קנין אע"פ שאין שם עדים כלל, ושמא י"ל דס"ל דאף בכתב בכת"י לא מכשרין בשטרות העומדים לראיה, ומ"מ ק"ק שלא הזכיר דאיירי דוקא בכתב בכתב ידו.

ועוד עומד לנגדנו דברי הריטב"א בכתובות כ"א א' דלאחר שהביא תירוץ ר"ת דהא דכיצד בשטר כתב לו על החרס איירי בע"מ ור"א היא, ובשם ר' יחיאל הביא דאיירי בחרס שאינו יכול להזדייף, כתב וז"ל וא"צ לכ"ז דכי בעינן כתב שאינו יכול להזדייף היינו בשטרי ראיה שעומדים ברשות הקונה אבל שטר מקנה שעושין לשעתו לקנות בו ולזרקו אע"פ שיכול להזדייף כשר כי לעולם אין מביאין ראיה ממנו בב"ד אלא שהעדים יעידו למחר שזכה זה בשטר כתוב וחתום כראוי ואתיא מתני' אפילו לר"מ דאמר ע"ח כרתי וכן פירש הרמב"ן ז"ל עכ"ל, הנה כתב דאף לר"מ דעדי מסירה לא מהני למישווי שטרא, מ"מ כשראו שטר שנכתב על דבר שיכול להזדייף ממוכר ללוקח, חשיבי עדים שהיה קנין, ולר"מ הרי חתימת עדים בדבר שיכול להזדייף לאו כלום הוא, וא"כ ראוי להיות קנין גם בלא עדים חתומים, ומ"מ לשון הריטב"א כתוב וחתום כראוי משמע דבעי גם חתימה, ומשמע כדנקטו הב"ח והש"ך בדעת הסמ"ע דאיירי שחתמו על החרס ולענין קנין יש לזה תורת שטר, וצ"ע, אבל ברמב"ן לפנינו בב"ב נ"א א' כתב דלר"מ לאו שטר הוא והא מני ר"א היא. - [ועי' רשב"א גיטין כ"ב דמשמע דאי לא בעי לר"מ מוכח מתוכו דיהא כשר ביכול להזדייף אם יבאו עדים ויעידו שלא נזדייף, והדברים צ"ע דלאו שטר הוא כלל לר"מ].

שם ובחזקה, מש"פ רש"י דייש אמצרי הוא לפמש"כ בב"מ י"ד ב' דדייש אמצרי היינו שהרים את הגדר, והיינו גדר, ולכך לא הוסיף אלא נעל ופרץ. שם אמר שמואל לא שנו אלא בשטר מתנה אבל במכר לא קנה עד שיתן לו דמים, פשטא דלישנא מתפרש דכשיתן לו דמים קונה בשטר, וכן מבואר בריטב"א שכתב דאפילו נתן לו דמי מלוה שאינו יכול לקנות בהם הר"ז קונה בשטר, ופשטא משמע דקונה למפרע משעת נתינת השטר ואפילו נתקדע אח"כ, וק"ק א"כ מאי פריך מברייטא דבשטר כיצד הא שפיר אשמועינן איזה שטר עושה קנין, וצ"ל דאה"נ ועדיפא משני דמשכח"ל דקני בלא דמים, א"נ כיון דחכמים קבעו דכל שטר אינו קונה בלא דמים לא הו"ל לברייטא למיסתם, אי לאו דאיכא גווני דאמנם קונה בלא דמים, וכעת ראיתי בספר כתב וחותם תנינא להגרע"א ז"ל בסי' ט"ז סק"ג שכ"כ דנקנה למפרע משעת מסירת השטר, והביא כן בשם תשו' מהרי"ט ח"א סי' קנ"ב, ועי"ש שדן אם יכולים לחזור זה בזה או שהלוקח יכול להכריח למוכר לקבל המעות, ושמא גם יכול המוכר להכריח ללוקח לשלם המעות עי"ש, [וצ"ע בזה דאם ניתן לכוף ללוקח לשלם הדמים, ע"כ שהמקח חל, ומה שיתבטל אם לא ישלם, הוא משום דחשיב כעין משכון ואפותיקי מפורש, וא"כ מאי פרכינן מהא דקתני הר"ז מכורה ונתונה, הרי קושטא הוא שהיא מכורה ונתונה, ושמא י"ל דאמנם המקח חל ורשות ביד המוכר לבטלו אם לא יוכל לגבות הדמים, אבל כל זמן שלא ביטלו המקח קיים במוחלט והלוה חייב הדמים, ומ"מ בברייטא היה ראוי להזכיר דביד המוכר לבטל, וצ"ע]. (קדושין כ"ו א').

שם אע"פ שאין בו ש"פ, בתו' קדושין ט' א' כתבו דאיצטריך לאשמוענין משום דבשטר דספר המקנה כתיב נתינה [ברא"ש כאן כתב מקרא דאחרי תתי את ספר המקנה ירמיה ל"ב] וס"ד דליבעי ש"פ, והוא כדאמרין גיטין כ' א' בכתבו על העלה של זית ומייתנין דכתבו על איסה"נ כשר, דנתינת גט היא וחשיבא נתינה אע"פ שאין בו ש"פ.

שם הוא מוטיב לה והוא מפרק לה במוכר שדהו מפני רעתה, ה"ה דהו"מ לשנויי כשכבר נתן את הדמים, אלא שהיו מלוה שלא יכלו לקנות, א"נ במפרש שהמעות לא יקנו, א"נ בזקף הדמים במלוה, והתנה שהשטר יקנה, דהתנא עיקר קנין שטר אתי לאשמוענין, אלא דחדא מכמה גווני נקט, אבל יש מקום עיון בהך דמוכר שדהו מפני רעתה, דהא חזינן שהלוקח לוקחה בדמים, וא"כ אם יאמר המוכר שלא היה חפץ שיחול המקח עד שיתן הלוקח את הדמים, דלדידיה שויא ליה, האם נוציאה מתחת ידו ע"י ששדה רעה היא, וזימנין נמי בשדה טובה שהלוקח הרבה בדמיה הרבה יותר משווייה דראוי לומר דניחא ליה למוכר שהלוקח יקנה מיד שלא יוכל לחזור בו, האם תידון כמוכר מפני רעתה, וא"כ הדבר תלוי לעולם בדעתו של מוכר, ומהיכי תיתי שיהא נאמן, ונראה דבאמת צריך שתהא רעה הרבה עד שבסתמא ניחא למוכר להוציאה מתחת ידו, אבל בשצריך לנאמנותו אינו נאמן, וגם לא סגי בדעתו לחוד, דצריך גם שהלוקח יתכוין לקנות מיד בלא נתינת דמים, וכל שידוע שדעת המוכר כן, הרי סתמא על דעת המוכר הוא עושה.

שם רב אשי אמר במתנה ביקש ליתנה לו ולמה כו', לפרש"י בקדושין יש לפרש דמשמע לרב אשי דברייתא חדא קתני, ולכך נאיד מאוקימתא דרב המנונא, אע"ג דקושטא היא, אבל יש לשאול למה באמת התנא שבא לאשמוענין קנין שטר נקט לה בכה"ג שנתן במתנה והוסיף יפוי כח דמכר, ואמאי לא נקט בפשוטו במכר ובמתנה, ואם משום דבמכר לא קנה כדשמואל הו"מ לפרושי בשנתן דמים, וגם לא משמע דלרב אשי ברייתא מוכחא לדינא דשמואל, ועי' ברשב"א שלפי גירסתו בב"ב נ"א א' מוכח דרב אשי קאי אשינוייא דרב המנונא, ולפי זה נמי מוכח מהך ברייתא כדשמואל מדנקט לה בכה"ג, ועי' במ"מ פ"א מה' מכירה ה"כ דאזיל בשיטת הרשב"א ועי"ש בלח"מ, וצ"ע. (קדושין כ"ו א').

נ"ב א' מאי סגולה ר"ח אמר ס"ת כו', בעלמא חשבינן להשבה מעליא כסף דטבעא הוי ולא מוזיל ולא מוקיר, ומה"ט כל הגזלנים משלמין כשעת הגזילה, עי' מש"כ ב"ק צ"ג ב', ואי משום דזימנין דמיגנב, א"ה ס"ת נמי, ולכן יש לפרש דהכא בעינן למיקני מידי דהקטן יהנה בו גם בעודו קטן, וקאמר ר"ח ס"ת ללמוד בו, וכ"כ הסמ"ע סי' תכ"ד ס"ק ט"ו דהס"ת היינו שילמוד בו הקטן, ורבר"ה קאמר דיקלא דאכיל מיניה תמרי, ואפשר דדעתו של קטן קרובה יותר לתמרי, אבל לקושטא דמילתא עדיף ליה ס"ת, וי"ל דבהא פליגי, אם משמשינן במה דדעתו של הקטן קרובה, או אזלינן בתר קושטא דמילתא, ואפשר דאם המזיק שילם בדיקלא דמודה ר"ח דלא מזבנינן ליה ליקח בדמיו ס"ת, וכן אם שילם בס"ת מודה רבר"ה דלא מזבנינן ליה ליקח דיקלא, ולכתחלה הוא דפליגי מה עדיף, ויש לדקדק ברמב"ם דבפ"ז מה' שאלה ופקדון ה"י כתב בהך דהכא בקיבל מן הקטן דיקנה או ס"ת או דיקלא, ואילו בההיא דב"ק פ"ז כתב בפ"ד מחו"מ הי"ט דילקח בהן קרקע, ומשמע דס"ל דלא פליגי אלא איזה מהן עדיף לכתחלה בזמן ששניהם שוין לפניו, ועי' בזה בסמ"ע שם, וצ"ע, ועי' עירובין ס"ד א' דהרוצה שיתקיימו נכסיו שזכה בנכסי הגר דיקח בהן ס"ת. (ב"ק פ"ז ב').

שם ומודה לי אבא שאם מת כו', עי' מש"כ לעיל מ"ה א' בסוגיא דאומן סק"ו.

נ"ב ב' דברים העשויין להשאל ולהשכיר ואמר לקוחין הן בידי אינו נאמן, עי' מש"כ לעיל כ"ח ב' סק"ו בדברים העשויים להשאל ולהשכיר לא מהני חזקה אפילו לאחר שלש שנים, דכיון דהמערער טוען שבאו ליד המחזיק ברשותו והחזיקם כשלוחו בתור שואל או שוכר, לא שייך לומר דהחזקתו חשיבא הוכחת בעלות, שהרי לדברי המערער החזקת המחזיק כהחזקת המערער, שבשליחותו ובכחו החזיקם, ואילו ידענו שבאו לידו בתורת שאלה, ודאי לעולם לא היה לו בהם חזקה, וה"נ כשלא ידענו כיון דשאלה ושכירות מצויין שפיר חיישינן להם. - א"ה, עי' מש"כ בחו"ב גיטין ס"ט סק"ט אם נאמן המחזיק לומר שבאו לידו בתורת שלישי.

נראה דאין דין דברים העשויין להשאל ולהשכיר, אלא כשהתובע טוען ברי, אבל יתומים שמצאו דברים העשויין להשאל ולהשכיר של אביהם ביד אחרים, ואינם יודעים אם אביהם השאילן או מכרן אינם יכולים להוציאן, לא מיבעיא אם המחזיק טוען שלקחן, אלא אף אם מת המחזיק והיתומים אינם יודעים כלום נמי אין מוציאין מהן, דבלא טענת ברי לא חשיב המערער כמוחזק, דרק ע"י טענתו שהשאל אנו רואים ביתו של השואל כביתו של המשאל וחשיב מוחזק, וגם אין לב"ד להזדקק בלא טענת ברי, וראיה לזה מהא דבטוען בעה"ב גנובים אינו נאמן כמ"ש בשו"ע סי' קל"ג ס"ו, ואם איתא דאף בלא טענה מוציאין, דין הוא דליהמניה בטוען גנובים כיון דהוי הפה שאסר, ואף לדעת תו' בשבועות מ"ו ב' דאף בטוען גנבת נאמן, מ"מ באינו טוען כלום י"ל דמודו דלא מפקינן, ויש לתמוה בתשו' מיימוניות לספר משפטים סי' ל"ב דמשמע התם דאף בטוען המערער שמא והמחזיק טוען ברי מפקינן בדברים העשויין להשאל ולהשכיר, ונסתייע מההוא דכתובות פ"ד ב' דמבואר דבלא מסירי לרועה אין התופס נאמן לומר לקוח כיון דהוי גודרות, ומשמע דפשיטא ליה דהתם בטוענים היתומים שמא איירי, ולא נתפרש איך מוכח כן, ואדרבה הרי הבקרא טוען ברי וכיד הבעלים דמי שהרי הוא חייב לשמרן, וגם היתומים נהי שאינם יודעים אם תפס מחיים או לאחר מיתה, אבל שאביהן לא מכר שפיר יכולים לטעון בברי, וצ"ע. (מ"ה א' סק"ו).

שם אמר רבא ה"ק בפניו לא צריך למימר ליה לך חזק וקני כו', לכאורה בפניו נחשבת הסכמת המוכר במה ששותק אחר החזקה, דהידיעה שנועל באה עם הנעילה, דבמה שהתחיל לנעול לא סגי עד שיגמור לנעול, ולפי זה אם נעל שלא בפניו והמוכר מסכים בתוך כדי דיבור שיקנה, לא קנה, דשלא בפניו צריך שיאמר לו לך חזק וקני, וכן אם המוכר עומד אחורי הגדר והלוקח אינו רואהו, חשיב כשלא בפניו ולא קנה, ואף אם יראה את המוכר בתוך כדי דיבור, וכ"ז אם נימא דבלא אמר לו לך חזק וקני, הרי אפילו המוכר מסכים בלבו שיקנה, דלא מהני, דכה"ג אין זה מעשה קנין, דכעושה שלא ברשות חשיב, וכן משמע דאל"כ הרי לעולם כשלא אמר לו לך חזק וקני יחשב כספק דשמא בלבו הוי ניחא ליה.

תוד"ה דברים והשתא אפילו לא יצא לו שם גניבה כו', נתבאר לעיל מ"ה א' בסוגיא דאומן סק"ה, ועי' מש"כ לעיל ל"ב ב' בדין מיגו להוציא סק"י.

הקשו בתו' אמאי אינו נאמן במגו דהשאלתים, ותירצו דחשיב מגו להוציא דהלוקח מוחזק, והמ"מ בפ"ה מה' גניבה ה"י כתב דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן, אע"ג שאינו אומר על אדם ידוע, ולכאורה אם הלוקח אינו יודע ממי לקח, ניחא ליה טפי לבעה"ב לומר גנובין מלומר שאולין, דבזה אין אדם מכיר בשקרו, משא"כ אם יאמר שאולין יצטרך לומר למי השאל וההוא יכחישנו, ואין כאן מגו, ואם הלוקח יודע ממי לקח, וההוא יאמר שלקח מבעה"ב, נמצא שהבעה"ב אומר עליו שהוא גנבן, דאין לנו לומר שהיה גנב אחר וההוא לקח ממנו והוא משקר לומר שלקח מבעה"ב,

דאם לקח מאדם אחר וסתמא בחזקת שאינו גנוב, לא יבדה לומר שלקח מבעה"ב, ונמצא שהבעה"ב אומר על אותו פלוני שהוא גנוב, ובזה הרי אמרינן דלא מחזקינן אינשי בגנבי אפי' ע"י מגו, כמ"ש תו', דרק משום שאינו אומר על אדם מסויים וכמה גנבי איכא בשוקא לכך מהני ליה מגו. (ב"ק קי"ד ב').

בא"ד וכן בפ"ב דכתובות תנן דנאמן כו', עי' מש"כ בזה בב"ק ק"ז א' סק"ב ד"ה ודעת הרמב"ן.

נ"ג א' וכמה כל שהוא כדשמואל דאמר שמואל גדר גדר והשלימו לעשרה ופרץ פרצה כדי שיכנס ויצא בה הר"ז חזקה האי גדר ה"ד אילמא דמעיקרא לא הוו סלקי לה כו', לפרשב"ם צ"ע דהשלימו לעשרה דקאמר שמואל מילי בעלמא נינהו, גם הא דאמרינן דמעיקרא הוו סלקי לה ברווחא על מחיצה משהו פחות מעשרה קשה, ולו"ד ז"ל נראה דמימרא דשמואל בדוקא היא דהשלמה לעשרה דבר חשוב הוא בכל גווני ואפילו לא הועיל טובא בהא דעיילי, וגמ' הכי מתפרשא וכמה כ"ש כלומר האם אין בו שום שיעור, ומשני דבעי כל שהוא שיש בו תועלת וכדשמואל דאמר שמואל דכל שהוא שמשלים לעשרה עושה קנין, וכן פירצה שמועלת שיכנס ויצא בה, ולפרושי גדר ופרץ דמתני' אתי לומר דצריך שיהא תועלת בהאי כל שהוא, והדר בעינן לפרושי איזו תועלת בעינן בגדר שאינו משלים לעשרה, ומפרשינן דסגי בגדר שהועיל לגרום להכנס בדוחק במקום בריוח, וכן בפירצה שהועילה להכנס בריוח במקום בדוחק, והיינו לישנא שיכנס ויצא בה, שמתפרש נכנס ויוצא בריוח, והיינו כל שהוא שהועיל רק להחליף מדוחק לריוח, או מריוח לדוחק.

ולא נתפרש באיזה שטח ברוחב השדה צריך שישלים לעשרה או לגרום מכניסה בריוח לכניסה מדוחק, בזמן שהשדה פרוצה, ויש לדקדק בזה מבנה פלטרין בנכסי הגר דלא קנה אע"ג שיש מחיצות, דמשמע דכל שעדיין נשאר מקצת פרוץ לא קנה, וכעת ראיתי ברמ"ה בהא דפלטרין שכתב כן דשמעינן מינה דהא דהשלימו לעשרה קנה איירי כשכבר לא נשארה שום פירצה עי"ש.

מש"כ תו' דגם נעל צריך לפרושי כה"ג, לו"ד ז"ל נראה דכל שהוא דמתני' לא קאי אלא אגדר ופרץ, ולא אנעל, והראוני שכבר כ"כ בתו"ח, ודקדק כן גם מלשון הרמב"ם פ"א מה' מכירה ה"י י"א.

שם האי מבריה ארי מנכסי חבריו הוא, כתב רשב"ם דהו"ל כמשיב אבדה דכל ישראל מצווין להציל ממון חבריהם, ויש להסתפק בכה"ג שבידו לזכות בשדה לעצמו אם במקח אם במתנה, דהא בהכי איירינן שכבר נאמר לו לך חזק וקני, אם עדיין מצות השבת אבדה עליו, או דבדנפשיה קטרח, ואם יהיה לפניו אבדת אחרים או רבו, לכאורה יהיה רשאי להקדים הצלת זו שהפסדה עליו, וקרינא ביה אפס כי לא יהיה בך אביון שלך קודם לשל כל אדם, ואם קרינא ביה שלך, לא קרינא ביה השבת אבדה, ומיהו לענין קנין י"ל דכל פעולה שחייב לעשותה גם אם לא חפץ לקנות בה, אינה יכולה לשמש לקנין, דלא מוכחא מילתא דלשם קנין עביד לה, ולענין סוגיין כבר כתב הרמב"ן דגם בנכסי הגר או בפני הבעלים דליכא מצות השבת אבדה, נמי אמרינן דמבריה ארי הוא, דעביד אינש לזרוזי נפשיה למנוע הפסד, ועי' ברמ"ה, ובגליון הגרע"א בחו"מ סי' ער"ה.

והמ"מ כתב דאין חזקה במניעת הפסד אלא בהבאת תועלת וכ"ה בשו"ע סי' קצ"ב ס"ו, והיינו נמי כסברת הרמב"ן דלעולם עביד אינש לזרוזי נפשיה למנוע הפסד, גם כשאינו חייב בזה מן הדין.

ויש להסתפק בצמד לה מיא או ארוח לה מיא דמסקינן דהוי חזקה, אם היתה לו שדה סמוכה לזו, דגם לטובת שדהו היה צריך להצמיד או לארווחי, אם כה"ג קנה,

או דלא מינכרא חזקה, דלעצמו עביד, ואת"ל שהדבר תלוי בגדר של מי הוא עושה הפעולה, משכח"ל כשזה בכותל שאינו של שניהם, ועי' מש"כ לעיל מ"ב א' בפלוגתא דהרדב"ז והמחנה אפרים במי שיש לו קנין פירות אם מועלת חזקתו לקנות קנין הגוף עי"ש, וי"ל דהא נמי להא דמיא.

נ"ג ב' לקנות אותה ואת חברתה אותה קנה חברתה לא קנה, נראה דה"ה אם לא היה מצר ביניהם אלא שדה שלא רצה לקנותה, דהא אחד צד בבעיא דר"ז אם נתכוין לקנות שלשתן קנה, ואפ"ה אותה ואת חברתה אותה קנה חברתה לא קנה, וא"כ ה"ה שדה ביניהם, וכ"ה בירושלמי בפרקין ה"א.

שם לקנות את חברתה אף אותה לא קנה, בפשוטו נראה דלא מיקרי חזקה כשמחזיק הדבר שאינו רוצה לקנותו, דענין חזקה הוא הנהגת בעלות, והלכך כשלא נתכוין לקנות במה שמחזיק אין כאן חזקה כלל, והלכך בבעיא דהחזיק במיצר לקנות שתייהן, ע"כ איירי כשנתכוין לזכות גם במצר, דאל"כ אין כאן חזקה כלל, וצ"ע ברמב"ן שהביא מפרשים דנתכוין לקנות רק את השדות ולא את המצר.

ואפשר דר"ל שלא נתכוין לקנות את המצר בפני עצמו, אבל אם קונה השדות הרי גם יזכה במצר, ושפיר יש כאן מעשה חזקה כיון שהמצר נהיה שלו, וכ"כ בתו' רי"ד דלעולם מי שזכה בשדה אחת זכה בחצי המצר, [ומיהו ברשב"ם ל"מ כן], וא"כ אם נימא דזכה בשדות הרי זכה גם במצר, אבל לפ"ז מה שדקדק הרמב"ן מפירוש זה דגם בבהמה ואפסר א"צ לזכות באפסר, היינו נמי דא"צ לכתחלה שיכוין לזכות באפסר, אבל כשזכה הבהמות הרי יזכה גם באפסר, ול"מ כן, והנה יש לדון בשדה של גר המוקפת מחיצות, ובא אחד והשלים המחיצה לעשרה על מנת לקנות את השדה ולא את המחיצה מהו, ויש מקום לומר דקנה את השדה, דהגדר הזה הוא תיקון לשדה וחשיב שפיר חזקה על השדה אע"פ שלא נתכוין לזכות במחיצה, והרי מסתבר דגדר שדה של גר ע"מ לזכות מן המחיצה ולפנים דשפיר זכה דהיינו גדר דחשיב חזקה, ואם אמנם כן הרי שמא גם במצר י"ל דתיקון במצר כתיקון בשדה, ושפיר קנה את השדה אף כשלא נתכוין לזכות במצר, והמצר נשאר הפקר, (והערוני לזה). - ואפשר דכ"ז כשהמצר הפקר, אבל אם יש לראובן שדה המוקפת מחיצות בתוך שלו ומשלו, ומעבר למחיצות יש שדה של גר, לא יועיל אם ישלים את המחיצה לעשרה שיזכה בשדה של הגר, דכיון דבנייתו בשלו אין כאן מעשה חזקה בשל גר כלל, אף שהועיל לשדה של הגר, אבל אין הדבר מוכרע והרי השלימו לעשרה רק מצד השדה של הגר ראוי להיות חזקה, ומה בכך שגבוה עשרה גם מצדו, וצ"ע.

נראה דבשדה אחת שהכיש בה ונתכוין לקנותה כולה חוץ ממקום מכושו, דנמי לא קנה כלום, דכיון דלא נתכוין לקנות מקום מכושו, אין כאן מעשה חזקה, וכמו בלקנות את חברתה דאף אותה לא קנה.

שם בעי ר"ז החזיק באחת מהן לקנות אותה ואת המצר ואת חברתה מהו, נראה דאם היה חצב באמצע, [דגם הוא מפסיק בנכסי הגר כדלקמן נ"ה א'], דקנה הכל, דמצר גרע טובא שהוא שטח לעצמו המבדיל בין השדות, משא"כ חצב אינו אלא שמסמן את הגבול, ומדמיבעיא ליה במצר אית לן למימר דעד כאן לא מיבעיא ליה אלא במצר אבל בחצב שפיר קנה הכל.

והעיר בני משה נ"י להסוברים דבאינה מסויימת במצריה, לא קנה טפי מכדאזיל תיירא דשורי והדר, אף כשמפרש שרוצה לקנות יותר ודלא כהרא"ש, א"כ למה יקנה כאן שתי השדות, ונראה דבעיא דר"ז מתפרשא בגוונא דאי לאו המצר היה קונה את שתייהן, וממילא ע"כ מתפרש בדאיכא מצר המקיף את שתי השדות יחד, אלא שעשה

מצר באמצעה לחלקה, ואי לאו המצר היה קונה את שתיהן, והשתא מיבעיא ליה בנתכוין לקנות גם את המצר מהו.

שם בעי ר"ז החזיק באחת מהן לקנות אותה ואת המצר ואת חברתה מהו כו', יש להסתפק למאי דמסיק תיקו אם גם המצר בכלל הספק, או דאת המצר קנה ורק חברתה בספק, וכן יש להסתפק בבעיא דר"א בהחזיק במצר לקנות שתיהן, לפמש"פ הרמב"ן דנתכוין לזכות גם במצר, אם למאי דמסקינן תיקו קנה את המצר, ורק השדות בספק, או דגם המצר בספק, ובהחזיק במצר מסתברא דקנה המצר, [ועי' בפסקי רי"ד הנדמ"ח שכתב בבעיא דר"א דגם את המצר לא קנה עד שיפרש לקנות המצר והשדות, ונראה דהיינו כיש מפרשים שהביא הרמב"ן], אבל בבעיא דר"ז אפשר שלא קנה אלא חצי המצר כמ"ש בתו' רי"ד הנ"ל, וברשב"ם מבואר דלא קנה את המצר כלל לצד דלא קנה הכל.

יש לעי' למ"ש התו' רי"ד דהזוכה בשדה זוכה במחצית המצר, א"כ בהחזיק במצר לקנות שתיהן, דמשמע דלמאי דמסקינן תיקו הרי שתיהן בספק, ואמאי לא ניחזי באיזה מחצה של המצר החזיק, ויזכה את השדה שסמוכה לו, דאם כשהחזיק בשדה זכה בחצי המצר, ראוי להיות שאם החזיק בחצי המצר לקנות אותו ואת השדה הסמוכה לו שיקנה, ופי' בתו' רי"ד דכיון שהחזיק במצר לקנות השדות, הרי אם לא קנה השדות לא קנה גם את המצר כדין החזיק בזו לקנות חברתה, אבל צ"ע דכשנתכוין לקנות השדות הרי נתכוין עם כל שדה לקנות חצי המצר, וא"כ הרי נתכוין לקנות גם המצר, ועי"ש וצ"ע.

שם שני בתים זה לפניו מזה כו', א"ה, עי' מש"כ לקמן ס"א ב' ד"ה ולפ"ז בדין החזיק בבית אם קנה היציע, ובהחזיק ביציע אם קנה הבית.

שם הבונה פלטרינן בנכסי הגר ובא אחר והעמיד להן דלתות כו', א"ה, בדברי הרמ"ה שבטור סימן ער"ה ראיתי להעתיק מש"כ בזה בחו"ב ב"מ י' א'.

במל"מ פ"ב מה' זכיה ה"ט הקשה לדעת הרמ"ה שבטור סי' ער"ה דאף בבונה בעצמו לא זכה באבנים שלא נתכוין לקנותם אלא בבנין, ומאי שנא מהא דמסקינן בב"מ י' א' דלא אמרינן דסליק נפשיה מקנין ארבע אמות, וכן סתם הטור, והגרע"א ז"ל בתשו' סי' ל"ז פירש כונתו ז"ל בתירוצו דדוקא בשעת נפילה הוא קונה בארבע אמותיו כיון שבשעה זו הוא רוצה לקנות בנפילה, אבל עד שלא נפל כיון שעדיין אינו רוצה לקנות אינו קונה, ודכוותה בנכסי הגר עד שלא בנה אינו קונה לפי שאינו חפץ לקנות וכשבנה תו אין כאן קנין במה לקנות, ולו"ד ז"ל אין הכרע לחילוק זה, דאם כונתו לקנות בנפילה סותרת קנין ארבע אמות כך סותרת בשעת נפילה כמו קודם נפילה, דבאמת אין כאן בדעתו התנגדות מיוחדת שלא להקדים לקנות, אלא הכל נובע מכונתו לקנות בנפילה, ולעיקר הקושיא לא מיבעיא למש"כ הט"ז סי' רס"ח דארבע אמותיו קונין שלא מדעתו ודאי שאני קנין ארבע אמות מקנין הגבהה, שהרי ארבע אמותיו קונין לו בלא דעתו כלל, וכל שאמרינן דפתיכי בדעתו לקנות בכל קנין דאפשר למיקני ביה תו ממילא קונה בארבע אמות, משא"כ בהגבהה דצריך שיתכוין לשם קנין וכיון דדעתו לקנות בבנין אין כאן כונה לקנות בהגבהה, אלא אף אי ארבע אמות אין קונין שלא מדעתו נמי יש לחלק דקנין ארבע אמות הוא קנין דממילא וכל שאין כונה שלא לקנות בו ממילא הוא קונה בו, וכיון דאמדינן דעתו שלא נתכוין לעקור קנין ארבע אמות ממנו, ואינו אלא כמבקש להעדיף בקנין עדיף יותר, ממילא קנה בארבע אמותיו, אבל קנין הגבהה אינו קנין דממילא, וכל שלא הגביה לשם קנין לא קנה, וכיון דדעתו לקנות בבנין אין כאן הגבהה לשם קנין.

אבל אכתי צ"ע למה באמת לא יזכה באבנים בקנין ארבע אמות דהא בשדה הפקר

תקיננו ארבע אמות כמ"ש סי' רס"ח ס"ב, ונהי דבהגבהה לא נתכוין לקנות ואנן כונה בעינן, אבל בארבע אמות ליקני למאי דקיי"ל דלא אמרינן כיון דנפל כו', ולתירוצ' הגרע"א ז"ל היה אפשר ליישב קצת דבשעה שחיברו בבנין אי אפשר לקנותו בארבע אמות דליכא קנין ארבע אמות אלא בדבר תלוש, אבל במחובר לקרקע לא, כן נראה לכאורה דלא שמענו דהעובר בנכסי הגר קונה כל ארבע אמות שעובר בהן, אבל לפ"ז צריך לפרש נטל מקצת פאה וזרק על השאר דהיינו בעבר וקצר והניח פאה אח"כ, וזה דוחק, ואפשר דפירות שעומדים ליתלש כתלושין דמי לענין קנין ארבע אמות, אבל קרקע וכן בנין שבקרקע שאינם עומדים ליתלש אינן נקנין בארבע אמות, אבל למש"כ קשה למה אינו קונה בארבע אמות, ואולי ס"ל להרמ"ה כדעת הר"ן דקיי"ל כתירוצא דכיון דנפל גלי דעתיה כו', ומה שהרמ"א העתיק דברי הרמ"ה אף דפסק בסי' רס"ח דלא אמרינן כיון דנפל כו' יש לפרש דמיתוקם בגוונא דליכא משום קנין ארבע אמות כגון שהיו שם אחרים (והם לא זכו שלא היו יודעים שזה הפקר עי' לקמן י"א א' ד"ה והנה), או בע"א, ובאמת הרמ"א לא כתב אלא ולא כיון לזכות בהם אלא ע"י בנין ואין במשמע לשון זה דלעולם בסתמא כן הוא, ואפשר לפרש דהיינו בפירש בהדיא שאינו חפץ לזכות אלא בבנין, וממילא בכה"ג אף בארבע אמות לא קנה, אלא שהגרע"א ז"ל שם נקט בפשיטות דהרמ"א סתם כדעת הרמ"ה, וצ"ע. (עד כאן).

שם מ"ט קמא ליבני בעלמא הוא דאפיך, עי' בתו' וברמב"ם פ"ב מזכיה ה"ט, ואכתי קשה דלקמן נ"ד א' אמרינן דשדא ליפתא בי פילי לא קנה משום דבעידנא דשדי לא הוי שבחא, ומשמע דאי הוי שבחא היה ראוי שיקנה, וכשבנה פלטרין אין לך שבחא גדול מזה, והרי אם כיסה הליפתא קני כמ"ש הרשב"ם, וכשחיבר האבנים והלבנים של הפלטרין בקרקע למה לא קנה, וצ"ע.

שם ארדב"י אר"א המוצא פלטרין בנכסי הגר וסד בהן סיוד אחד או כיור אחד קנאן כו', סתם פלטרין יש בו כמה חדרים, וכן משמע מלשון קנאן, ומשמע דבסיוד אחד קנה כולן, ולא דמי לשני בתים זה לפנים מזה לעיל דלא קנה בהחזיק בחיצון, ולגי' אחרת אף כשהחזיק בפנימי לא קנה את החיצון, דפלטרין כולו שימוש אחד ודבר אחד, משא"כ בתים זה לפנים מזה שני בתים הם, ועי' ברמ"ה סי' רכ"ו שכתב דצריך סיוד וכיור בכל בית כמו בשיוור זכר לחורבן לקמן ס' ב', ונסתייע גם מהא דבפנימי וחיצון צריך חזקה בכאו"א, ומשמע דבית היינו חדר, דבפנימי וחיצון ע"כ כן הוא, ולפי זה מבואר דצריך זכר לחורבן בכל חדר וחדר, וצ"ל דפלטרין שאני, ושם אין שם דלתות לחדרים, וצ"ע.

בפשוטו הא דנקט נכסי הגר הוא לרבותא, דאע"ג דאין דעת אחרת מקנה אותן אפ"ה קנה, וכש"כ במתנה או במכר, דסיוד וכיור כנעל גדר ופרץ, ואף דפשטות לשון הרמב"ם בפ"ב מזכיה ה"ג וכן בשו"ע סי' ער"ה סי"ג דבנכסי הגר דוקא קאמר, ולאפוקי לוקח ומקבל מתנה קאמר, כבר הכריח בלח"מ שם דע"כ כונת הרמב"ם לענין חזקת שלש שנים, וכ"כ בכ"מ שם, ולפי זה אפשר לפרש הא דאמר לקמן נ"ד א' דרב לא קנה לגנתא דבי רב אלא בצורתא, דלאו מנכסי הגר קנאה, אלא במקח או במתנה, ומ"מ מוכחינן מזה דגם בנכסי הגר קנה, דכיון דחשיבא חזקה בדין הוא שתועיל גם בנכסי הגר.

שם וכןגד הפתח, נתבאר לקמן ס' ב'.

שם אמר רב עמרם האי מילתא אמר לן רב ששת ואנהרינהו עיינין ממתניתא המציע מצעות בנכסי הגר קנה ואנהרינהו עיינין ממתניתא מאי היא דתניא כיצד בחזקה נעל לו מנעלו כו', עי' רשב"ם דהא דקרקע נקנית בחזקה ילפינן לה בקדושין כ"ו א'.

מקראי, או מקרא ושבבו בעריכם אשר תפשתם במה תפשתם בישיבה, או מוירשתם אותה וישבתם בה במה ירשתם בישיבה, והנה ישיבה פירושו בשימוש הרגיל, ואשכחן לקמן ק' א' בשביל של כרמים דלהילוך עביד דנקנה בהילוך, [ואפשר דנעל גדר ופרץ לא יועיל בו דאין לו תועלת מהם, אם אינו עשוי להיות גדור], ולפי זה בכל שדה ובית ראוי ששימושו הרגיל ישמש כחזקה, והנה בכל שדה התועלת לבעלים הוא לקיטת הפירות, ולקיטת הפירות בשל הפקר אינו בדין שימש כחזקה על השדה, דהא הפירות כשלעצמם הם הפקר, והרי המלקטם מעיד על זכייתו בפירות מן ההפקר, ואין במעשה זה שום הוכחה או שימוש בקרקע, ואם אמנם תיקון השדה בחרישה ראוי להיות חזקה כדן נעל גדר ופרץ שמשפר את השדה, אבל אין זו חזקה של ישיבה, אלא מעין תולדה של ישיבה, וברמב"ן קדושין כ"ב ב' כתב דילפינן נמי נעל גדר ופרץ משיבה שא"א לישיב בארץ בלא גדרות ותיקונים, ואשמועינן רב ששת דהמציע מצעות בנכסי הגר ושוכב עליהם פעם אחת חשיבא חזקה, שהרי הקרקע משמשת את האדם בפעולה הזאת, וקרינא ביה במה תפשתם בישיבה, ולפי שאינו שימוש קבע, לכך איצטריך לסיוע ממתניתא דעבד, דגם בעבד חשיבא חזקה ידידיה במה שעושה לאדונו פעם אחת רחיצה וסיכה וכיו"ב, [וקנין עבד בחזקה נלמד משדה קדושין כ"ב ב'], וה"נ מציע מצעות, ועוד דבמתניתין לא תנן אלא נעל גדר ופרץ שזה תיקון קבע בגוף השדה או הבית, ולא שמענו חזקה של השימוש הרגיל, לכך מסייעין מעבד דחזינן דהשימוש של עבדות משמש כחזקה, וה"נ השימוש של השדה.

כתבו הרמב"ן והרשב"א והר"ן קדושין כ"ב ב' דדוקא קתני בברייתא דעבד הני פעולות שהעבד עושה לאדון עצמו, אבל אפה לו את הפת וכיו"ב לא חשיבא חזקה דאין זה אלא אכילת פירות ואכילת פירות לא קני בנכסי הגר כדאמר ב"ב נ"ז א', וה"נ במקח וממכר, ויש בזה מקום עיון דמהא דאכילת פירות לא קנה בנכסי הגר, אין ללמוד לאכילת פירות במתנה או במקח וממכר, דבנכסי הגר כיון שהפירות הפקר במה מוכח ע"י לקיטתן שיזכה בקרקע, [ע"י בשטמ"ק נ"ג ב' בשם הראב"ד שכתב סברא זו], משא"כ בנותן מתנה או במוכר שפיר י"ל דלקיטת הפירות בהסכמת הנותן או המוכר תשמש כחזקה גם על השדה, ונהי דהא דאמרין נ"ז א' דבנכסי חבירו קנה, ר"ל בחזקת שלש שנים וכמש"פ רשב"ם שם, מ"מ אכתי י"ל דגם יועיל לקנין במו"מ ובמתנה, וכדמשמע בירושלמי, ואף אם נימא דגם במוכר ונותן מתנה חזינן לפירות כדבר בפ"ע ואין לקיטתן מתיחסת לקרקע, אבל בעבד שעושה בציווי האדון למה נחלק בין הולכת כליו של האדון לבית המרחץ דחשיבא חזקה, לבין הולכת שאר חפצים של האדון דלא יחשב חזקה, וק"ק לדעת הרמב"ן ודעימיה דאין מועיל קנין חזקה בעבד אלא בשימושו לאדון עצמו, א"כ מאי מייתנין מזה ראייה למציע מצעות דהתם אפשר גם בנעל גדר ופרץ והרי גם הילוך קונה בשביל דלהילוך עביד, וה"נ בעבד השימוש לגופו של האדון, ויש לחלק דבשביל אין שימוש אחר משא"כ בעבד דרבו השימושים.

והנה הרמב"ם בפ"ב מה' זכיה ה"ב כתב דאכילת פירות אינה קונה בנכסי הגר אבל קונה במקח וממכר, ודבריו מסתייעים מדברי הירושלמי שהביאו הראשונים בקדושין שם והוא גם בריש פירקין דהמוכר בית לחבירו כיון שצבר לתוכו פירות קנה, וחשבוהו כאכילת פירות, ובאמת דזה עדיף מאכילת פירות כיון שהוא שימוש בגוף הבית, ודמי לעבד, ושפיר קרינא ביה במה תפשתם בישיבה, וכ"כ המ"מ שם בפ"ב מה' מכירה ה"ב דדברי הרמב"ם שם מתפרשים דבכל פעולה שיעשה העבד לקונה חשיבא חזקה, והוא לשיטתו דאכילת פירות קונה במו"מ, [וצ"ע בכ"מ שם

שכתב לחלק איפכא דאף אי אכילת פירות קונה מ"מ עבודת העבד לא תחשב חזקה כיון שאין ניכר בשל מי עובד, ובמוליך כליו לבית המרחץ כיון שהאדון הולך עמו מינכרא מילתא, והדברים צ"ת דמה בכך שאין ניכר בשל מי עובד, מ"מ כשהוא עובד בשביל הלוקח הרי זו חזקה, ואטו אם יעבוד בשדהו של הלוקח תהא חזקה ובאפיה שבביתו לא תהא חזקה, וכשעבדו של ר' יהודה הנדאה הולך מסנאי דמר זוטרא בקדושין שם מי הוי ניכר שהם של מר זוטרא, ומ"מ חשיבא חזקה, וממה שסתם בסי' קצ"ו ס"ד בדעה ראשונה דגם בתפר לו בגד קנאו, נראה דהדר ביה].

ובבהגר"א סי' קצ"ב ס"ק י"ד כתב לחלק בין אכילת פירות לאסיפת פירות, וכתב דגם להרמב"ם הא דאמרינן נ"ז א' דאכילת פירות אינו קונה בנכסי הגר ה"ה דאין קונה במקח, ואסיפת הפירות שאני שהוא מעין קוצר לעבודת הארץ וחשיבא חזקה כמו ניר, והדברים צ"ע דהא בהדיא חולק הרמב"ם בפ"ב מזכיה ומתנה ה"ב והוא בשו"ע סי' ער"ה סי"ב דאכילת פירות קונה בלוקח ואינו קונה בנכסי הגר.

ובאמת יש מקום עיון במה שהרמב"ן דחה דברי הירושלמי דקנה בצבירת הפירות, ומשמע דר"ל דהירושלמי פליג אגמ' דידן וס"ל דאכילת פירות קני בנכסי הגר, ולכך קני גם במוכר, ולכאורה בירושלמי בתר הכי איתא דאמר שמואל דהתולש לא קנה אלא מה שתלש ומוקמינן לה בנכסי הגר, הרי דמודה הירושלמי דאכילת פירות לא קנה בנכסי הגר, ואפ"ה קאמר דבמוכר בית קונה בצבירת הפירות לתוכו, הרי ע"כ דמחלק בין מוכר לנכסי הגר וכדעת הרמב"ם, [וסוגיא דנ"ז א' שפיר מתפרשא כפי' רשב"ם דנכסי חבירו היינו חזקת שלש שנים וכדמוכח מניר, ברם עי' ביד רמ"ה סי' רל"ג שהביא בשם גאון לפרש דנכסי חבירו איירי גם בחזקה שאין עמה טענה, דאכילת פירות קניא בנכסי חבירו עי"ש שהקשה באמת מניר, ועי' בספר המקח לרה"ג שער י"ג דנראה דדברי הרמב"ם מקורם שם, ולזה נתכוין הרמ"ה מש"כ בשם גאון וצ"ע], או דמחלק בין אכילת פירות דאין בהם מעשה לקנין הגוף אלא לקנין הפירות, לא מיבעיא בנכסי הגר דהפירות הפקר, אלא גם במתנה ומקח, לבין אצירת פירות בשדה או בבית דהוא שימוש בגוף וקרינא ביה במה תפשתם או ירשתם בשיבה, [ועדיין צ"ע בירושלמי שם בהא דלא קנה אלא מה שתלש אם א"א לפרש דר"ל מקום מכושו ושמואל לטעמיה נ"ד א', ול"ע כעת].

נ"ד א' אמר שמואל האי מאן דפשח דיקלא אדעתא דדיקלא קני כו' שקל מהאי גיסא ומהאי גיסא אדעתא דדיקלא כו', לכאורה סגי בזימור קצת ענפים למיקני, דכמו גדר ופרץ סגי בכל שהוא ה"נ כל תיקון, וכמו מכוש אחד, וא"כ בשקל מהאי גיסא ומהאי גיסא, איגלאי מילתא למפרע דאדעתא דדיקלא עבד וכבר קנה עם התחלת הפישות.

וכתב הרשב"ם דאע"ג דגם בשקל מהאי גיסא ומהאי גיסא איכא למימר דאדעתא דחיותא עבד, מ"מ כיון דאיכא למימר נמי דאדעתא דדיקלא עבד, אמרינן דלמיקני איכוין, ויש לעי' לפ"ז כשהתחיל לפשח ועדיין הברירה בידו אם להמשיך בחד גיסא או בהאי גיסא והאי גיסא, למה לא נימא דכבר קנה, ודוחק לומר דאמנם אם לא ימשיך לפשח נימא דקנה, אבל כשהמשיך ופשח הכל מחד גיסא הרי איגלאי מילתא למפרע דאדעתא דחיותא עבד, ועי' בריטב"א דבפשח מקצת איכא למימר דאדעתא דדיקלא עבד אלא שלא גמר מלאכתו.

ואם דעתו גם אדעתא דדיקלא וגם אדעתא דחיותא קנה, דהא בשקל מהאי גיסא ומהאי גיסא מתפרש גם בשדי לחיותא מאי דפשח, ואפ"ה קנה, ולפי זה גם בשקל רק מחד גיסא מ"מ אם נתכוין גם אדעתא דדיקלא ונתכוין לקנות בזה דין הוא דליקני, וצריך לפרש דהא דלא קני בשקל מחד גיסא הוא משום דלא מהימן שנתכוין אדעתא דדיקלא, אבל אם היינו מאמינים לו שנתכוין גם אדעתא דדיקלא דין הוא

דליקני, ואפשר דגם אם היה זה יכול וזה אינו יכול, כלומר דבשביל חיותא לבד היה פושח ובשביל דיקלא לבד לא היה פושח, מ"מ כשנתכוין לקנות בזה, שפיר קנה דסו"ס הרי הועיל לאילן, וכן מבואר במ"מ פ"ח מה' יו"ט הי"ב, [אח"כ ראיתי בהגמ"י פ"ב מזכיה ה"ד שכתב בשם ר"י דאם נתכוין לקנות במה שהועיל לדקל דקנה, וכנראה זו גם כונת תו' כאן].

ויותר מזה כתב הטור בסימן קצ"ב וסי' ער"ה בשם רב האי דהא דשמואל אינו אלא בנכסי הגר, אבל בלוקח או בקבל מתנה בפניו או כשאמר לו לך חזק וקני, שפיר קנה גם כשלא עבד אדעתא דארעא, כיון שנתכוין לקנות והועיל לארעא, ובזה באמת יש מקום לשאול דכיון דלא נתכוין כלל אדעתא דארעא, הרי ראוי לחשבו כנתכוין לקנות באכילת פירות דלא קנה, וכדעת הרמ"ה שהביא שם, וצ"ל דכיון דבידוע שיש בזה גם טובת האילן, הרי בכלל כונתו לקנות גם בזה, ואם נימא דדעת רב האי כדעת הסוברים דבדעת אחרת מקנה קונה גם בסבור שהוא שלו, עי' נמו"י לעיל מ"א בשם הראב"ד, ניחא טפי דכיון דקנה בלא דעתו שפיר קונה במה שהועיל לארעא אף שלא נתכוין לכך, משא"כ בנכסי הגר דצריך כונה לקנות והוא נתכוין לקנות במה דפשח לחיותא, ולא במה שהועיל לאילן, הלכך לא קנה.

שם ההיא איתתא דאכלה דיקלא בתפשיחא תליסר שנין כו', הרשב"ם והרא"ש פירשו דבתפשיחא היינו דפשחה לדיקלא מחד גיסא אדעתא דחיותא, ולשון אכלה ק"ק לפ"ז, גם משמע מזה דדוקא משום דכל התליסר שנין אכלה בתפשיחא הלכך לא קנתה, אבל אם שנה אחת היתה אוכלת שלא בתפשיחא אלא מהאי גיסא ומהאי גיסא היתה קונה, ולכאורה כבר סברה בשנה הראשונה כשאכלה בתפשיחא שכבר קנתה בזה, וא"כ אח"כ תו' הו"ל כעודר בנכסי הגר וכסבור שהוא שלו דלא קנה, גם עצם הדבר שהיה ידוע שכל התליסר שנין אכלה מחד גיסא הוא קצת דוחק, שו"ר בשטמ"ק בשם תו' הרא"ש דרק שנה ראשונה אכלה בתפשיחא וסברה שקנתה בזה, ולכך מה שעשתה אח"כ פעולה של קנין לא מהני דכבר סברה שהוא שלה עי"ש, אבל ברמב"ם פ"ב מה' זכיה ה"ב משמע שפירש דאכלה כפשוטו שאכלה התמרים, ולפי זה תפשיחא הוא שם מקום.

שם דרב לא קני לגנתא דבי רב אלא בצורתא, עי' מש"כ לעיל נ"ג ב' ד"ה בפשוטו. שם שדה המסוימת במצריה כו', א"ה, עי' מש"כ לקמן ס"ט ב' מנלן שיש ענין במיצר.

תוד"ה אדעתא דלעולם לא קני אא"כ מתכוין לקנות כו', א"ה ראיתי להעתיק כאן מש"כ בזה בחו"ב ב"מ י' א'. מדברי המל"מ פ"ז מגזילה ואבידה ה"ח שהשיג על מהרי"ט שכתב דאפשר דידו עדיף מעודר בנכסי הגר ואף בסבור שהוא שלו קנה מדברי התו' ב"ב נ"ד א', מבואר דס"ל ז"ל דאף חצר אינו קונה בסבור שהוא שלו, [ואף שהיה אפשר לדון בזה ולא מטעמא דמהרי"ט דחצר קונה שלא מדעתו, אלא משום דקנין חצר עדיף למיחשב קנין אף בסבור שהוא שלו, ומיהו באינו חפץ לקנות דומיא דשטר דקמיבעיא ליה בהפרה בזה ודאי אף חצר לא מהני], וכן משמע קצת בלשון הר"ן ב"מ י' א' שנסייע דאף בקנין דאורייתא אמרינן כיון דנפל גלי דעתיה כו' מהא דעודר בנכסי הגר וכסבור שלו הן דלא קנה, ובפשוטו הנידון בקנין דאורייתא היינו בקנין חצר דומיא דקנין ד"א, ומשמע דאף בחצר קאמר דכסבור שלו הוא לא קנה, וכ"ה בהדיא בירושלמי כתובות פ"ט ה"ג.

ולפ"ז ראה את המציאה ונפל עליה ואח"כ נטלה בידו לא קנאה שהרי לא נתכוין לקנות אלא בנפילה ובנפילה הא לא קנה, וכשהיא בידו הרי סבור שהיא שלו, וצריך לפרש לשון הטור סי' רס"ח שכתב לשון זה ראה את המציאה ברה"ר ונפל לו עליה

לקנותה לא קנאו עד שיגיע לידו, דר"ל עד שיגיע לידו תחלה ולא יתכוין כלל לקנותה בנפילה, ובני י"א נ"י העיר דשמה ס"ל להטור כהתו"י יבמות נ"ב ב' דדוקא בקרקע אמרו דכסבור שהוא שלו לא קנה, ולא במטלטלין, וחתני הרי"ח נ"י העיר דשמה שאני הכא דעדיין עוסק בהבאת המציאה לרשותו. (ב"מ י' א').

בא"ד וא"ת מצא בגל כו', נתבאר בחו"ב ב"מ שם. נ"ד ב' ושאינה מסויימת במצריה עד כמה אר"פ כדאזיל תיירא דשורי והדר, עי' תו', וברא"ש בסי' ס' הביא התוספתא שהביא הרמב"ן דהיו לו עשר שדות כיון שהחזיק באחת מהן החזיק בכולן, ועל פי זה פירש דהא דאמרין הכא דלא קנה אלא כדאזיל תיירא כו' הוא בהחזיק בסתם אבל אם פירש שמחזיק לקנות הכל קנה הכל, וק"ק למה לא נחזיק בסתמא דדעתו לזכות בכל מאי דאפשר, ועוד קשה דאי הך תוספתא מיתניא בי ר"ח ור"א א"כ תקשה מינה לשמואל, דודאי שמואל אף בפירש לקנות כל השדה אינו קונה במכוש, דהא פשיטא דהמנכש בשדה המסויימת במצריה דעתו לקנות יותר ממקום מכוש, ואפ"ה ס"ל לשמואל דלא קנה אלא מקום מכוש, וזה דנעל גדר ופרץ כל שהוא קנה יש לפרש לשמואל כשתיקון זה שעשה יש בו תועלת לכל השדה], ואפשר דמשום כך כתב המ"מ בפ"א מה' זכייה הי"ג לחלק בין ניכוש לחזקה אחרת, אע"ג דבלשון הרמב"ם נזכר שהחזיק במקצת הבקעה לקנות כולה, מה שלא נזכר שם בה"י באינה מסויימת במצריה, וכמ"ש בכ"מ לחלק בכך בדעת הרמב"ם, וכמו שחילק הרא"ש, ולו"ד הראשונים ז"ל היה אפשר לומר דהך תוספתא לא מיתניא בי ר"ח ור"א, וכמו שהזכיר הרמב"ן על סיפא דההיא תוספתא.

ומסתימת הרמב"ן נ"ג א' שהביא התוספתא ולא פירש כיצד ניתן לקיימה עם הא דר"פ דבאינה מסויימת במצריה קנה כדאזיל תיירא דשורי והדר, נראה דס"ל דהתוספתא איירי בבית השלחין, דכל שנקראת על שמו חשיבא כמסויימת במצריה וכמ"ש הרמב"ן נ"ד ב' בשם ר"ח, ואיירי שכל העשר שדות חשיבי בי גרגותא דגר, וסמך על מש"כ נ"ד ב', ומיהו לשמואל עדיין לא נתיישב, אא"כ נחלק אליביה כחילוק המ"מ וצ"ע.

א"נ שמא מוקי לה שמואל בדאיכא מצר סביב העשר שדות, והא דחשיבי עשר שדות איירי שחלקם בחצב לעשר שדות, ולמש"כ לעיל נ"ג ב' בזה לא מיבעיא ליה לר' זירא התם דשפיר קנה הכל בנתכוין לקנותם, ונימא דאע"ג דבמכוש אחד לא קנה אפילו במסויימת במיצר, מ"מ בעשר שדות המוקפות במצר אם החזיק באחת מהן חזקה גמורה קנה כולן גם לשמואל, דשדה אחת חשיבא טפי ממכוש אחד, ועדיין צ"ע.

שם אר"י א"ש נכסי עכו"ם הרי הן כמדבר כו', הרבה צריך יישוב בהלכה זו, אחרי דבישראל לא אשכחן כה"ג שיוכל להסתלק מנכסיו, ונע"י רמב"ם פ"ב מזכייה ומתנה הי"ח וכ"ה בשו"ע סי' ער"ה ס"ל, ולכאורה התם סילוק הוא אבל לא דמי דהתם כשם שזכה בשמועה שמת כך החזיר בשמועה שלא מת, ומעיקרא רפויי מרפי בידיה כדאמר לקמן קמ"ב א', וגם החזרה לרשות הגר כהפקר בפני שלשה דמי, והרי עכשיו חושב שזכייתו בטעות היתה ומעולם לא זכה בה, משא"כ בחפץ שהיה שלו אין נראה שיצא מתחת ידו ע"י שטעה וחשב שהפקירו, דהא בישראל אף אם חשב המוכר דמעוץ קונות גם במקום שכותבין שטרות, מ"מ אין נראה שתהא השדה הפקר, דלא אשכחן הפקר אלא במפקיר בהדיא בפני שלשה, וא"כ למה נתחדש ענין כזה בעכו"ם, ומהיכן למדוהו, ועוד דאף אם יכול עכו"ם להסתלק, למה זה ננקוט שחפץ להסתלק ולהפקיר שדהו בין גברא לגברא, וכש"כ לדעת הסוברים שהוא חייב להחזיר הדמים, ואם אינו חייב להחזיר הדמים קשה א"כ למה לא נחליט

שהישראל רוצה לקנות בכסף, כיון שבאמת לאחר נתינת הכסף כבר אינו יכול לחזור בו, שאם יכול, הרי גם לאחר שזכה המחזיק דין הוא שיוכל לחזור, ומה ענין יש לו שלא יזכה עד שיקבל השטר, ומש"כ בתו' דאנן סהדי כו', זה היה ניחא אם היה יכול לחזור עד שיקבל השטר, אבל אם אינו יכול לחזור, אדרבה אנן סהדי דניחא ליה שיקנה בכסף.

ואפשר דעכו"ם שנתיאש מחפץ שברשותו, דמותר ליטלו, כדין אבדתו וטעותו, וכן משמע ברש"י סוכה ל' ב' בהני אוונכרי דאם היתה שדה של עכו"ם גזולה לא הוי אמר להו מידי, וכמש"כ במ"א סי' תרל"ז סק"ג בשם רי"ו וש"ג, ולפי זה יתכן דהעכו"ם עם קבלתו הכסף מסיח דעתו מן השדה וכיאוש דמי, ולכך הר"ז כמדובר וכל המחזיק זכה, משא"כ בישראל דאף שנתיאש כל עוד שהדבר ברשותו אין היאוש כלום, [ואף לדעת היראים שבמ"א שם דאפילו אי גזל עכו"ם מותר מ"מ לא חשיב שלכם, הכא עדיף כיון דאיכא יאוש ואין היאוש מחמת המחזיק], ועדיין צ"ע. רא"ש פ"ג דב"ב סי' ס"ה כתב רשב"ם ואם יוכל הלוקח הראשון לדון עם הכנעני להוציא מעותיו יעשה כו' ודבריו אינם מובנים דהיאך יוכל להוציא מעות מן הכנעני כיון דבדיניהם קני ואף בדיננו נגמר הקנין ע"י נתינת הכסף כו', נראה דשורש הנידון נופל כששניהם יודעים ההלכה שהעכו"ם עם קבלת הכסף מסתלק וכל הקודם זכה, על מי האחריות באם יקדים משהו ויזכה, שיש מקום לומר שעל המוכר למנוע זכיית אחרים עד שיזכה הלוקח, ויש מקום לומר דכה"ג על הלוקח להזדרז להחזיק, כיון שהדבר תלוי בידו, והמוכר נוטל הדמים בעד הסתלקותו, ולאחר שכבר כתב השטר ומסרו ללוקח, אפשר דמודה הרשב"ם דתו אין על המוכר כלום, כיון שכבר גמר מצדו הכל, אף שעדיין על הלוקח להחזיק, דהשטר לאו כלום הוא, כיון שנכתב לאחר שכבר קיבל הדמים ונסתלק, וכמ"ש בשו"ע סי' קצ"ד ס"ג, מ"מ המוכר מצדו כבר השלים מעשה המכירה.

ובב"י סו"ס קצ"ד הביא בשם הרי"ו בשם הרשב"א במטלטלין של עכו"ם המופקדים ביד ישראל ונתנן העכו"ם לישראל אחר ע"י שטר, דזכה השומר בהן, דעכו"ם עם כתיבת השטר נסתלק וכל הקודם זכה, ונראה דבזה אף להרא"ש לא יוכל העכו"ם לגבות הדמים מן הלוקח, דכל שלא נתן אין להוציא מידו, וגם כשהמטלטלין ביד שומר של המוכר לא שייך לומר שכבר נגמר המקח ונתחייב הלוקח בדמים תמורת סילוקו של המוכר, אף שעדיין לא בא לידו כלום, דהא לאו ברשותו של הלוקח הם שיוכל לזכות בהן, כמו בקרקע, ובעיקר דינו של הרשב"א לו"ד ז"ל יש מקום לדון, דכל שהעכו"ם טרם קיבל תמורת המקח אינו מסלק נפשיה, ואפשר דאף הרשב"א לא כתב כן אלא בשטר מתנה, וכ"ה הלשון שם ונתנם בשטר, והכי מסתברא.

וזה קשה באמת לדעת רשב"ם דכיון דעל העכו"ם להחזיר המעות אם יזכה אחר בקרקע, א"כ למה זה נחזיק שהעכו"ם נסתלק עם קבלת הדמים, וכבר נתקשינו בזה לעיל, ואפשר דאם העכו"ם יודע הדין דכל הקודם יזכה באמת לא מסלק נפשיה, אבל כיון דלא קים ליה וסבר דמעות קונות סילק נפשיה, ואע"פ שהוא בטעות, הרי טעותו מותרת, וצ"ע. (ס"ט סק"י).

כתב הר"ן קדושין כ"ו א' שבמקום שכותבין שטר הקנאה, אין הלוקח קונה עד שיתנו לו את השטר, אבל במקום שכותבין שטר ראייה שאינו יכול לעשות קנין, הרי הוא קונה למפרע משעת נתינת המעות, והרמב"ן גיטין י' ב' פירש שכן מבואר שם בגמ' דבערכאות שהשטר שלהם אינו יכול לשמש לקנין כדאמרינן התם דחספא בעלמא הוא, מ"מ מכי יהיב זוזי קנה, ואע"ג דהוא מקום שכותבין את השטר

בערכאות, אלא דלאחר שכתבו את השטר קנה למפרע בנתינת המעות, וברמב"ן קדושין כ"ו א' משמע דגם בשטר הראוי לקנין אמרינן דקנה למפרע במעותיו. והר"ן כתב להוכיח דבשטר הקנאה אינו קונה למפרע במעותיו, מהא דאמרינן בסוגיא דנכסי עכו"ם הרי הן כמדבר וכל המחזיק בהן זכה, משום דעכו"ם מכי קיבל זוזי איסתלק ליה וישראל לא קנה עד דמטא שטרא לידיה, ואם איתא דהישראל זוכה למפרע במעותיו, א"כ אמאי כל המחזיק בהן זכה, אלא ש"מ דבמקום שכותבין שטר קנין לא קנה במעותיו למפרע, וצ"ל דאע"ג דהתם בעכו"ם לא יוכל לקנות בשטר שיכתוב לו אח"כ, דהא כבר סילק נפשיה מכי מטו זוזי לידיה, מ"מ הלוקח שלא ידע דבר זה לא נתכוין לקנות במעותיו כיון דאיירי במקום שאם היה קונה מישראל היה קונה אח"כ ע"י השטר, ואה"נ שאם היה יודע דנכסי עכו"ם כמדבר היה קונה במעותיו על תנאי שיכתוב לו את השטר, ואע"ג דהאי שטר חספא בעלמא הוא שכבר סילק נפשיה, מ"מ אין לו צורך לשטר אלא כלפי העכו"ם ולזה יועילנו. ברם לדעת הרמב"ן דאף בשטר קנין קונה למפרע במעותיו, צ"ע אמאי נכסי עכו"ם כמדבר, ואמאי לא זכה בהן הישראל במעותיו ע"מ שיכתוב לו את השטר, וצריך לדחוק דכיון דהשטר שיכתוב העכו"ם לאו תורת שטר עליה שהרי כבר נסתלק, הלכך הו"ל כלא כתב לו שטר דהמקח בטל, ואע"ג דלענין ערעורים דין הוא שהשטר יועיל לו לגבי עכו"ם, מ"מ כיון דלגבי דיני ישראל לאו שטר הוא הו"ל כלא נתקיים התנאי, ומיהו ק"ק דא"כ הו"ל כהתנה תנאי שא"א לקיימו ודין הוא דיהא התנאי בטל ומעשה קיים, וצ"ל דביד העכו"ם שלא להסתלק ויוכל לקיים תנאו לכתוב את השטר, וצ"ע. (קדושין כ"ו א').

שם אמר שמואל דינא דמלכותא דינא כו', א"ה, ראיתי להעתיק כאן מש"כ בזה בחו"ב גיטין י' ב'. לדעת הסוברים דהאב"א חוץ מכגיטי נשים פליג אשינויא דשמואל, וקיי"ל כוותיה, אע"ג דודאי קיי"ל דדינא דמלכותא דינא, כתב המ"מ וכן נזכרה סברא זו בעוד ראשונים, דלא אמרינן דינא דמלכותא דינא אלא בדברים שהם לתועלת המלך במסים שלו, אבל בדברים שבין אדם לחבירו אין דינו בהם דין, וסיים המ"מ שאין ראיה גמורה היפוך מזה, נראה דר"ל דאיכא משמעויות דקיי"ל דינא דמלכותא דינא גם בדינים שבין אדם לחבירו, כדאמר ב"ב נ"ה א' דאריסותא דפרסאי עד מ' שנין, וכמ"ש הרשב"א והר"ן, וכן אמרו שם נ"ד ב' דינא דמלכותא דלא ליקני ארעא אלא באגרתא, וכמ"ש בנמו"י ב"ב שם, אלא שאין לזה ראיה גמורה, דאיכא למימר דלא ליקני ארעא אלא באגרתא דהמלך לוקח מס מכל איגרתא, ואריסותא דפרסאי י"ל דבמנהגא תליא ושפיר הנהיג דלא ליהוי חזקה בבציר מהכי, ולענין הלכה פסק הרמ"א בסימן ס"ח סוס"א כהרמב"ן ודעימיה דהאב"א לא פליג אדשמואל, ואם איכא דינא דמלכותא דשטר שבערכאות עושה קנין שפיר מהני גם לשטר מתנה, דגם בהלכות קנינים אמרינן דינא דמלכותא דינא, וסתמו כפירושו דישאל שקנה מחבירו שדה בשטר שנעשה בערכאות קנה, אע"ג דאין המלך מקפיד אם ינהגו הישראלים בדיני ישראל, דקנין דדינא דמלכותא מהני שפיר גם בדיני ישראל, ועי' בספר מרן זללה"ה לחו"מ בליקוטים סט"ז.

נראה דאף לדעת הרמב"ן ודעימיה דאף בתקנת קנינים אמרינן דינא דמלכותא דינא, וכדשמואל, דמ"מ אין דינא דמלכותא אלא בעניני ממון, אבל בענינים אחרים גם כשהם לטובת הציבור, ליכא בזה משום דינא דמלכותא, וכן לשון דינא דמלכותא מתפרש בדיני, וגם אם היה בזה ענין דינא דמלכותא, יש לדון שיהא רשאי להפקיע התקנה כדרך שרשאי להפקיע תקנת מכס, שבודאי איכא בזה משום דינא דמלכותא, וכדעת הראב"ד והר"ן שהביא הרמ"א כמ"ש כ בחו"ב גיטין י' ב' סק"ג, כדין הפקעת

הלואתו, גם כהיום דאין המלך נוטל לעצמו, והכל נחשב כהולך לקופת הציבור כפי החלטת הנבחרים, צ"ע אם שייך בזה דינא דמלכותא, ומצד תקנת בני העיר צריך שידונו כולם והסכמת החכם עי' חו"מ סי' רל"א ובפ"ת שם, גם צריך שתהא כונתם שלימה לטובת הכלל, ללא נגיעות פרטיות. (עד כאן).

נ"ה א' דתנן ואלו מפסיקין לפאה כו', נראה דמסר הכתוב לחכמים לקבוע מה נקרא שדה אחת ומה חשוב להפסיק, וזהו עיקר הדין מדאוריתא, וקים להו לחז"ל דלא כל המפסיק לענין כלאים חשוב להפסיק לענין פאה, דהתם אתערובת קפיד רחמנא ובהפסק מועט כבר אינו מעורב, אבל הכא צריך שיחשבו כשתי שדות. ועי' מש"כ בחו"ב פאה ס"ג סק"ו דצורת הפתח אינו מפסיק לענין פאה. ועי"ש בדין עומד מרובה על הפרוץ אם מפסיק.

שם הנחל, פשטא דמילתא דנחל הוא מקום שבימות הגשמים שוטפים שם מים ובימות החמה הוא יבש, וכדאיתא בילקוט בלק בפסוק כנחלים נטיו כנחל זה שמושך בימות הגשמים ופוסק בימות החמה, ולפי שיש מקומות שהמים נמשכים מעט ואין עליהם תורת נחל, ורק מקומות שהמים נמשכים בהם הרבה הם ראויים להקרא נחל, לכך אמרו פסחים נ"ג א' סימן לנחלים קנים נפ"מ לנחל איתן, כלומר דבאלו העמקים שגדלים קנים, סימן שהמים נמשכים בהם הרבה וראויים להקרא נחלים, וגם מזה משמע דאין המים תדיר בנחלים, דא"כ מה צריך סימן, הרי המים סימן. (סוטה מ"ה ב' מתוה"ד).

נ"ו א' ברשות אחת חייב, א"ה, עי' מש"כ בשבת ס"ב סק"י"ב דבאותו רה"ר מודה ר"י דחייב אע"פ שרחוקין זה מזה הרבה ואינו יכול לצרפן, ואין לומר משום שיכול להביאן פחות פחות מד"א, דהא אביי ורבא סברי דאפילו כרמלית מפסיק, אף שאין ביניהם חיוב חטאת, וע"כ הטעם רק משום חילוק רשויות.

שם בשתי רשויות פטור, א"ה, עי' מש"כ בשבת שם דבהוציא חצי גרוגרת וחזר והוציא חצי גרוגרת, אילו נאבדה הראשונה קודם שהוציא השניה הרי הוא פטור לכו"ע כמבואר בשבת פ' א' דאף בקדם והגביה הראשונה פטור, ושפיר ס"ל לר"י דלא סגי במה שהם קיימים בשתי רשויות דצריך שיהא אפשר לצרפן.

שם אמר רבה והוא שיש חיוב חטאת ביניהם, אין הטעם משום שאי אפשר לקרבן זל"ז, דה"נ ברה"ר אם רחוקים זה מזה ד"א אי אפשר לקרבן, ואי משום דיכול להביאן פחות פחות מד"א, ה"נ יכול להניחן חציין ברה"ר וחציין ברה"י ויוכל מדאוריתא להעבירן דרך רה"י, אלא הטעם דסברא הוא דרשות אחרת מפסקת, ועי' מש"כ בשבת ס"ב סק"י"ב.

שם ואזדא רבא לטעמיה דאמר רבא רשות שבת כרשות גיטין דמיא, לכאורה גם מימרא זו לענין הא דר' יוסי נאמרה, וק"ק תרתי ל"ל, גם לשון לטעמיה אינו נאות כ"כ.

שם רשות שבת כרשות גיטין דמיא, גיטין ע"ט א' אר"ח רשויות חלוקות בגיטין, יש לעי' מ"ש בגיטין דנקט, ולכאורה בהלכות מקח וממכר הו"ל לאשמועינן במשאל ומשכיר מקום דלא השאיל תרי מקומות, וכן בסוגיין אמר רשויות שבת כרשויות גיטין, ועי' גיטין ע"ז ב' תוד"ה פליג, משמע שיש ענין מיוחד בגיטין, וי"ל דבמו"מ פשיטא דהמוציא מחבירו עליו הראיה ואין לשוכר ולשוואל אלא הפחות שבלשונות, אבל בגט שמשאל לה המקום לצורך קבלת הגט, ה"י מקום לומר דבעין יפה משאל ואפי' שתי מקומות, דכפי הצורך שלה משאל, קמ"ל, דגם בגט רשויות חלוקות, ולאחר שנשנו הדינים בגט, שפיר נקט להו רבא לענין שבת. (גיטין ע"ט א').

תוד"ה ר"א ור"ת מפרש דפליגי כו', יעוי' ברמב"ן שכתב דמתני' דכל שאתה יכול

לרבות ספקות כו' ודאי מתפרשא דאפי' איכא ספיקות טובא להקל אפ"ה ברה"י
טמא, ויש לעי' הא טעמא דספק ספיקא בעלמא דשרי הוא משום דהוי כעין רובא,
עי' תשובות הרשב"א סי' ת"א ובפ"י כתובות ט' א', וא"כ מנלן דברה"י טמא, ובתו'
כאן ובפסחים י' א' כתבו דכיון דמן הדין היה ראוי לטהר אף בחד ספיקא דאיכא
לאוקמי בחזקת טהרה, וילפינן מסוטה לטמאות, הלכך ה"ה גם בתרי ספיקי,
והדברים צ"ע דהא ודאי עדיפי תרי ספיקות מחד ספק, והיכי נילף מסוטה לטמאות
בתרי ספיקי, ולו"ד ז"ל היה נראה דמדאוריתא באמת טהור בספק ספיקא גם ברשות
היחיד ומתני' מדרבנן קאמר, דכיון דהחמירה תורה בספק, החמירו חכמים גם בספק
ספיקא, [ועי' בנדה ל"ג ב' דבספק ספיקא אין שורפין תרומה, ועי' לעיל פ"ד מ"ה],
ובבעה"מ פסחים י' כתב דהלכתא גמירי לה לטמא ברה"י אף בתרי ספיקי, אבל
בעלמא כל תרי ספיקי לקולא עי"ש, וצ"ע. (טהרות ס"ד סק"ה מתוה"ד).

תוד"ה בהעלם והא דנקט דרך עליה לאשמועין כו', נתבאר בשבת ס"ב ס"ק ט"ז.
שם אין שם לא מצר ולא חצב מאי כו' כל שנקראת על שמו כו', לאחר התוספתא
שהביאו תו' דמפורש דלענין טומאה איתניא הא דר' מרינוס, יש מקום לומר דלא
קאי אלא אטומאה, אבל בנכסי הגר אין לנו אלא מה שאמרו לעיל נ"ד ב' ושאינה
מסוימת במצריה עד כמה אר"פ כדאזיל תיירא דשורי והדר, וזו נראה דעת הרא"ש,
אבל הרי"ף הביא הא דר' מרינוס לענין נכסי הגר, ואם באנו לקיים שניהם יש לפרש
דאם כדאזיל תיירא דשורי והדר נכנס משדה שנקראת על שמו לשדה אחרת, [נקראת
על שמו ר"ל דגם כשאין מצר וחצב, מ"מ יש שדות חלוקות בעיני בני אדם, אם
משום שנזרעים בהם מינים אחרים, אם משום עמק והר, או שאר סיבות, וכל
שנחשבת בעיני בני"א כשדה אחרת, הרי הוא בדין ספק ביאה לענין טומאה, וה"נ
לענין נכסי הגר נחשבת כשדה אחרת], לא קנה בשדה האחרת, דכל שנקראת על
שמו הרי היא כאילו מצר מפסיק בינה לבין חבירתה, אבל הראשונים ז"ל לא הזכירו
כלל לפרש כן דברי הרי"ף, וכתבו לחלק בין בית השלחין לבית הבעל אף שלא נזכר
כלל חילוק זה, ונראה טעמם דלישנא דכל שנקראת על שמו משמע שבא לרבות ולא
שבא למעט, ולפי מה שחילקו בין בית השלחין לבית הבעל מתפרש דבבית השלחין
קנה כל שנקראת על שמו ולא רק כדאזיל תיירא דשורי והדר, דכל שנקראת על שמו
הרי היא כמסוימת במיצר, והענין דבבית השלחין שצריך לטרוח להשקות השדה,
הרי חשובה כל שדה לעצמה במקורות המים, וכדאמרינן דקרו לה בי גרגותא
דפלניא, ואם יעשה הניכוש בסמוך לגבול דנקראת על שמו נמי יקנה כל השדה, ולא
יקנה מחוצה לה כלום אף לא כדאזיל תיירא דשורי והדר.

נ"ו ב' הרי שאכלה שנה ראשונה בפני שנים כו' אלא שר"ע חולק בדבר זה שהיה
רע"א דבר ולא חצי דבר כו', יש לעי' מה דין הפירות לר"ע, אם נימא שצריך
להחזיר, הרי מאמינים שאכלה שני חזקה, ולומר שלא יחזיר א"א כיון שהקרקע
יוצאת מתחת ידו, ולפי' הרי"ף ותו' הרי טעמייהו דרבנן משום דעדותן הויא עדות
שלימה לענין פירות, ואפ"ה פליג ר"ע, ונראה דודאי מהדר פירי, ומ"מ אף
שמאמינים שאכל, לא חשבינן ליה כחזקה, דלענין זה הו"ל חצי דבר, ודיינינן
שאכלה בגזלנותא, וגם שמא המערער מזה באמצע, או שמא היה בה המערער שעה
אחת, [והעדים סגי כשמעידים שאכל כדרך האוכלים, ומסתמא מחזקינן שהיה
בחזקתו גם ביום וגם בלילה עי' תו' כ"ט ב' ד"ה אמר].

וכן לרבנן כשלא ידעה שום כת בחבירתה, דחשיבי עדות שאי אתה יכול להזימה
לענין חזקה, דיכולים לומר דלחייבו פירות קאתו, כמש"כ תו' ד"ה משלשין, נמי
יתחייב להחזיר הפירות, ולא יחשבו כעדים לענין חזקה, ונצטרך לומר דאף שהחזיק

מ"מ אין השדה שלו, דשמא מחה המערער, או שאין עמו טענה, וכמש"כ, ומיהו בזה לאחר שכבר העידו שלשתן, אם עומדים בעדותן או שיחזרו ויעידו, [ומיהו יש לדון משום עביד אינש לאחזוקי דיבוריה עי' ש"ך סל"ג סק"ט בשם בעה"ע], שפיר חשיבי גם כעדי חזקה לרבנן, והלכך יש מקום לומר דאף אם מתו עד שלא נצטרפו, דנמי לא נוציא הפירות בעדותן, דסתמא יש להחזיק שהיו עומדים בעדותן גם כשנצטרפו, ולא עדיף הך אומדנא ממיגו וכיו"ב, ואמרינן ממ"נ אם אתה מאמין שאכל הרי יש לו חזקה, [ועי' ברשב"א דמשמע דאם המערער מודה שהמחזיק אכל שני חזקה, תו לא מהני ערעורו אף שיש לו הפה שאסר], (ואף כשהם קיימים ואינם חפצים לחזור ולהעיד לענין חזקה, נמי י"ל דלא מפקינן פירות בסהדותיהו, דאיתרעי סהדותן במה שאינם חפצים להצטרף לענין חזקה, ואף דלענין עדות הפירות אינם חוזרים ומגידים, מ"מ אהני הממ"נ שלא להוציא הפירות), וצ"ע. (סנהדרין ס"ז ס"ק י"ט).

שם ורבנן האי דבר ולא חצי דבר מאי עבדי ליה כו', נראה דאין תורת עדות כשמעידים על דבר שאינו נוגע לשום דין, כגון עדים שהעידו שירדו גשמים ביום פלוני במקום פלוני, אין על זה תורת עדות, ואפילו ימכור עכשיו אדם את שדהו ע"מ שירדו גשמים ביום פלוני במקום פלוני, לא תהא מכירתו אלא בספק, דהעדאת העדים לאו כלום היא, כיון שבשעה שהעידו לא היה בזה שום ענין, וזה גם מימעט מדבר, והוסיפו גם למעט חצי דבר, אע"ג דבהצטרפות יש כאן עדות שלימה, דמ"מ כל כת מעידה על דבר של מה בכך דשערה אחת לאו כלום היא, הלכך לא חשיבא עדות.

ומיהו כשמעידים על אדם שהביא סימני גדלות, חשיבא העדאה, אף כשאין הדבר נוגע אלא מכאן ולהבא, דזה דבר הנוגע בכל עת ובכל שעה בכל מעשה שיעשה, ועדיף מעדות על העדאה דשור שאינו נוגע אלא אם יגח ואפ"ה הוי העדאה.

ויש לעי' היכי מיקיימא כאשר זמם בעדות דגדלות כשהעידו בשעה שעדיין אין הדבר נוגע לשום מעשה, ואפשר דמידי דלא שייך ביה הזמה לא בעי שיהא יכול להזימה, עי' במנח"ח במצות קדה"ח, א"נ אפשר דמ"מ ילקה, ומיקיים בהכי כאשר זמם כמו בבן גרושה כמש"כ תו' מכות ב' א', ומיהו יש לעי' אמאי ילקה נהי דהוזמו מ"מ הרי אפשר דהיה גדול, ויש לדמות לההיא דמכות ה' א' דאם כבר נגמר דינו בשעה שהעיד מיפטר גם כאשר הוזם, וכן בממון כמש"כ הגרע"א ז"ל שם בגליון תו', כיון דהיה חייב בשעה שהעידו, ונמצא שלא העידו שקר, ומיהו אם העידו כשהיה הדבר נוגע להוציא ממון וכש"כ לד"נ, ודאי שייך בהו כאשר זמם כיון דבלא עדותם לא היינו מוציאים ממון ולא הורגים מספק, ונמצא דזממו להוציא ממון בעדותם, והרי גם כשמקיימים עדותם מכח ספק יש בהם כאשר זמם כמבואר ב"ק ע"ד א' כשמיקיימא סהדותם משום דיש בכלל מאתים מנה, כש"כ הכא כשמיקיימא סהדותם בודאי, אבל כשהעידו כשהדבר עדיין לא היה נוגע, ואנו באים לקיים כאשר זמם במלקות, בזה לכאורה אין להלקותם כשהדבר ספק שמא העידו אמת, דאף אם עכשיו ליכא שערות אכתי מידי ספק לא נפיק דשמא נשרו, וצ"ל דמ"מ כיון שזממו לעשות מספק ודאי, שפיר העידו שקר ולוקין.

ולפמש"פ דענין חצי דבר הוא משום שאין כאן עדות על דבר שנוגע לדין, לפ"ז בההיא דגיטין ס"ד דשנים אומרים בפנינו אמרה ושנים אומרים בפנינו קיבל וקרע, לא שייך לומר דעדי אמירה הוי חצי דבר, שהרי העידו דבר שלם שזה שלוחה של זו, וכשיגיע גט לידו תתגרש, [וכמו עדות על גדלות ועל מועד], וזו דעת הרמב"ן בסוגיין, ובתו' ב"ק ע' ב' הוכיחו מזה דכל שראה כל מה שניתן לראות בשעתו לא

חשיב חצי דבר, ומשמע דפירשו ענין חצי דבר משום שלא הסתכלו בשעת עדותן על שלימות הענין, וצ"ע דהא לר"ע ע"כ לית ליה האי סברא, דהא ס"ל דגם חזקה הוי חצי דבר, ומנ"ל לחדשה לרבנן, ובפשוטו ר"ע ורבנן בחד סברא קיימו בענין דחצי דבר, אלא דפליגי עד כמה למעט אם רק כשאין שום תועלת בחצי שמעידין, או אף כשיש שום ענין בעדותן כמו בחזקה דמהני לענין פירות, או כמ"ש הרמב"ן דכל שעה ושעה חזקה היא אלא דבעי עוד, משא"כ שעה אחת דלאו כלום היא.

ברם יש כאן מקום עיון, דאם איתא דכל החסרון של חצי דבר אינו אלא משום דאין תורת עדות אלא במה שנוגע לדין ולא על דברים בעלמא, א"כ שנים שהעידו אחת בגבה ושנים שהעידו אחת בכריסה דמימעטי לרבנן משום חצי דבר, הרי איכא תקנתא לקבל עדותן, שימכור ראובן שוה פרוטה לשמעון ע"מ שהיה לה אחת בגבה, ויחזור וימכור לו ש"פ ע"מ שהיה לה אחת בכריסה, ולמ"ש הרשב"ם ובעה"מ דצריך שיהיו שתי השערות ביחד יוסיפו בתנאם שעה מסוימת, ועכשיו יחזרו שתי הכתות ויעידו על השערות לקיום התנאי של המקחים, ותתקבל עדותן כדבר שלם, וממילא גם יחזרו להיות עדות על גדלותה, שהרי עדותן על השערות היה לה תורת עדות לענין המקח, ולא משמע לומר דאה"נ, אלא דחשיבא עדות שאי אתה יכול להזימה לענין גדלות דיכולין לומר דלקיום התנאי אתינן, דאכתי כשאומרים שבאין ביחד כדי להעיד גם על גדלותה מאי איכא למימר, והרי לענין חזקת שלש שנים מהני כה"ג, מטעם דחשיבא עדות לענין פירות וכמ"ש הרי"ף ותו', גם אין לומר דלעולם אין תורת עדות על חצי דבר, והא דמהני לענין חזקה, היינו רק מכח הוכחה ואין על זה תורת עדות, והכא לענין גדלות בעינן עדות, דהא כיון דמיקיימא בהו כאשר זמם לענין חזקה כדתנן שהן עדות אחת להזמה ומשלשין ביניהם, ע"כ תורת עדות ממש עליהו, וכן משמע מעיקר פלוגתתן דלרבנן כה"ג לא מימעט כלל משום חצי דבר.

ויתכן לומר כמ"ש"כ לעיל לר"ע דאף דמקבלינן סהדותיהו שהחזיק שלש שנים, מ"מ לענין חזקה לא מצרפינן להו, ואמרינן דאכלה שלש שנים בגזלנותא, וה"נ דכוותה מהימנינן להו שהיו השערות, ואמרינן דשומא נינהו, דאע"ג שאם היו כת אחת מעידין עליהן, לא הוי מחזקינן להו בשומא, מ"מ השתא דליכא סהדותא על גדלות, דחקינן למימר דשומא נינהו, וכמו דבחזקת שלש שנים דחקינן למימר דאכלה בגזלנותא, אבל יותר נראה דעדות על קיום תנאי לא חשיבי כעדים על גדלות, ואפילו בכת אחת, הא למה זה דומה למכר שדה על מנת שיש כאן שתי שערות, והעדים אינם יודעים אם שערות סימן גדלות, וגם אינם יודעים אם זה בבשר אדם או חיה או מת, ומעידין שהיה כאן שתי שערות, ואח"כ כשהלכו להם בדקו ומצאו שזה בשר נערה שהגיעה לשנים, האם שייך לחשוב שהעידו על גדלות, אף אם לא בעי עדות שאתה יכול להזימה, הרי אין כאן עדות כלל, שלא העידו על הדבר המבוקש, ועיקר תורת עדות הוא על כונת הענין הנידון, ולא דמי לחזקת שלש שנים, דהתם עדותם שהמחזיק אכל הפירות, ובין כשהנידון על החזרת הפירות ובין כשהנידון על חזקה, אין בעדות העדים יותר מזה, משא"כ כאן דעדות שיש שערות במקום הזה, ועדות שאשה זו גדולה, הם שני ענינים אחרים לגמרי, וכש"כ בנדון דידן שכל כת מעידה רק על שעה אחת, דהני אמרי קטנה היא והני אמרי קטנה היא, דלא שייך לצרפם כיון שכל כת מעידה על חצי דבר.

גם י"ל דכל עדות לקיום תנאי לא חשיב עדות על המעשה, כגון ראובן שמכר שדה לשמעון ע"מ ששמעון אכל פירות שדה פלונית שלש שנים, ובאו עדים והעידו על קיום התנאי, דלא סגי בהכי להחזיק את שמעון באותה השדה, ואם יבא מערער

יצטרכו העדים לחזור ולהעיד, [ואפילו היתה עדותם הראשונה בפני המערער, או בגוונא דמקבלים עדות שלא בפני בע"ד], דעדות לקיום תנאי, לא חשיבא עדות גמורה על המעשה, וממילא הכא יצטרכו לחזור ולהעיד לענין גדלות, והו"ל חצי דבר. - ומיהו עדות על מעשה נראה דחשיבא עדות גם לענין קיום תנאי, (נכתב לפור"ר). (סנהדרין ס"ז ס"ק כ"א).

תוד"ה אלא למעוטי מ"מ נפקא מינה בעדותן לשלומי פירי, עי' מש"כ בזה בחו"ב סנהדרין פ"ו א'.

נ"ז א' ההוא שטרא כו', א"ה ראיתי להעתיק כאן מש"כ בזה בסוגיא דכתובות כ"א א'.

בכתובות כ"א א' דא"כ קנפיק נכי ריבעא דממונא כו', פרש"י דאנן ע"פ שנים עדים יקום דבר בעינן חצי דבר על פיו של זה וחצי דבר על פיו של זה, ולכאורה צ"ע הרי אמרינן בסמוך דאי כתב חתימת ידיה אחספא שפיר דמי, כיון דלא בעי איהו לאסהודי אחתימת ידיה, ואע"ג דאכתי נפיק נכי ריבעא אפומיה, דהא ע"י חתימתו בשטר נפיק פלגא, והשתא מעיד נמי על חתימת השני, וע"כ דלא איכפת לן בהכי, כיון דדינא הכי הוא, דעדותו שבשטר עדות מעליא היא, וכן צירופו עם האחר להעיד על חתימת השני, ואין קצבה למה שאדם נאמן להעיד עליו, ומה שהכל נתגלגל לשטר אחד נמי לא איכפת לן כל שלפי כללי העדות ראוי להאמינו, והגע עצמך הרי שזה השני שחתום בשטר זה חתום נמי על שטר אחר, ובא חבירו החתום עמו על השטר הזה והעיד הוא והאחר על חתימת חבירו בשטר השני, ועכשיו ב"ד יקיימו חתימתו בשטר הזה מן השטר האחר, האם יש מקום לפסול משום נכי ריבעא, וה"נ כשהוא בעצמו מקיים חתימת חבירו שבשטרו, וא"כ ה"נ כשהוא בעצמו מעיד על כתב ידו, אם דינא הוא דניהמניה, מה בכך שאח"כ באים הוא ואחר להעיד על חתימת השני.

אבל לפמש"כ דאין אדם נאמן לומר זה כת"י, וכל נאמנותו הוא רק בזמן שהחתימה השניה נתקיימה, דאז יש על ידי שניהם עדות גמורה אמנה שבשטר וגם עדות שהמתחייב צוה אותם לחתום, וגם עדות ע"א על כל חתימה, ניחא בפשיטות, דלא שייך להאמינו עם אחר על חתימת השני, כיון דמן הדין אינו נאמן לומר זה כת"י, אא"כ יש עדות על החתימה השניה, וכיון שבלעדו אין עדות על החתימה השניה, ממילא א"א להאמינו על כתב ידו, אא"כ נכשיר נכי ריבעא אפומא דחד, משא"כ כשכתב חת"י אחספא, דאז הקיום על חתימתו הוא קיום מוחלט, ללא צורך בעדות נוספת, ושפיר יכול להוסיף להעיד עם אחר על חתימת השני, דעל כתב ידו הוא מעיד וכעדות אחרת דמי. - תוכן הדברים דלא איכפת לן אי נפיק נכי ריבעא אפומא דחד בזמן שהדבר נפגש במקרה ע"י שתי עדויות נפרדות, הלכך כשכת"י יוצא ממק"א, הרי היתה עדותו בזמן חתימת השטר, והיה העד השני זה שחתם עמו, והעידו כל אחד על מחצה, ועכשיו בקיום הרי אינו מקיים אלא רבע ושפיר דמי, אבל כשמעיד עכשיו על כת"י ואנו באים להאמינו מכח סברא דעל מנה שבשטר הוא מעיד, הרי העד השני שמצטרף עמו הוא החתום השני עם הבירור שחתם, וא"א לשתף אותו בזה, דנמצא שאין כאן עד שני אלא מכחו ונפיק נכי ריבעא אפומיה, שבעדות הזו שהוא מצטרף עם השני הרי הוא צריך גם להעיד שיש שני.

ודאתאן עלה אפשר להבין הא דהוי סבר רבינא בב"ב נ"ז א' להכשיר שאחיו של החי יצטרף עם אחר לקיים חתימת המת, ולא חש להא דנפיק נכי ריבעא דממונא אפומא דאחי וכדא"ל רב אשי, ובפשוטו ודאי שמיע ליה וס"ל לרבינא הא דרב בשמעתינ דאין המעיד על כת"י מצטרף עם אחר להעיד על חתימת המת, משום דא"כ נפיק על

ידו נכי ריבעא דממונא, וא"כ ה"ה אפומא דקרובים, ואמאי הוי ס"ל לרבינא לאכשורי, אבל למש"כ דאין פסול נכי ריבעא אלא כשצריך לעדות האחר גם בשביל שיהא נאמן על מחצה, ניחא דשפיר הוי סבר רבינא דכשבא קרובו של החתום עם אחד מן השוק ומקיימים חתימת האחר, הרי זה קיום גמור ללא שום דופי, וא"כ כבר הוחלט שיש ע"א החתום בשטר, ותו ראוי שיהא נאמן הע"א השני לומר זה כתב ידי, אף שהוא קרוב של אחד המקיימים, כשם שהוא יכול לקיים חתימת השני אף שהוא חתום כשכת"י יוצא ממק"א, ורק הוא עצמו אינו יכול לקיים גם חתימת האחר, דאז הוא משמש בכח של העד השני, כיון שהוא אינו נאמן לומר זה כת"י אלא כשהחתימה השניה מקוימת ע"י אחרים, ורב אשי ס"ל דאף בכה"ג חשיב דנפיק נכי ריבעא אפומא דקרובים, דסו"ס שניהם מעידים על הקיום, ועי' מש"כ לקמן בגמ'.

ואפשר עוד דא"צ לכ"ז אלא בפשוטו דעדי קיום ועדי השטר חשיבי כשתי עדויות נפרדות, ולא שייך בזה חסרון דנכי ריבעא, וכמו אילו היה תנאי בשטר והיה אחד מן החתומים מעיד עם אחד מן השוק גם על קיום התנאי, דלא שייך לחשוב עי"ז דנפיק נכי ריבעא אפומיה, שזה שתי עדויות, וה"נ עדי קיום מעידים על הכת"י מבלי להזדקק מה כתוב בשטר, אבל כשהקיום הוא בכח דעל מנה שבשטר הוא מעיד בזה ע"כ הקיום והעדויות שבשטר יש לחשבן כעדות אחת, שהרי העדות על המנה שבשטר היא הגורמת את הקיום, וממילא יש כאן חסרון אי נפיק נכי ריבעא אפומיה דחד, ורבינא הוי סבר דהך סברא דמה שמעיד אמנה שבשטר ע"כ עושה גם עדות הקיום כחד עדות עם החתומים, לא משמשינן בה אלא לגבי העד עצמו ולא לגבי קרובים, ולגבי קרוב המקיים דיינינן לקיום כעדות נפרדת בפ"ע, דבאמת מצד המעידים על כת"י השני, אין לחשבם כעדות אחת עם המעיד על מנה שבשטר, דאין בינם לעדים המקיימים בעלמא ולא כלום, והרי שני אחים יכולים להעיד על שתי חתימות, ונמצא דמצד עדותם אין כאן החסרון דקרובה, ורק מצד המעיד על כת"י דלדידיה הוי כחד עדות, ולכך הוי סבר רבינא לאכשורי.

ונראה דכשעדים מקיימים שתי החתימות חשיבא כל חתימה כעדות בפני עצמה ללא שום שייכות עם הקיום של החתימה השניה, ואפילו אם שלשה מן העדים קרובים זל"ז נמי שפיר דמי, כגון שראובן ולוי מקיימים חתימה אחת, ושמעון ויהודה החתימה האחרת, וראובן ושמעון אחים, ויהודה קרוב של ראובן ולוי קרוב של שמעון, דנמצא לגבי כל עד יש כאן שלשה קרובים אפ"ה כשר שאנו רואים כל קיום חתימה כעדות נפרדת וכאילו היה שטר אחר, וכן בעדי חזקה ששלשה אחים מעידים על ג' שנים והמצטרפים קרובים אל האחרים, חשיבי עדי חזקה אף שלענין חזקה יש כאן רובא קרובים, וכן בנגיחות תם לשווייה מועד, ורק כשאחד מקיים חתימתו בעדות שזה כתב ידו, דבזה אנו צריכים לקיום החתימה האחרת להחשב כעד השני להכשיר גם עדותו של המעיד על כתב ידו וכאילו שניהם מעידים יחד על מנה שבשטר, בזה לא יתכן ע"י קרובים דאין שני קרובים מעידים יחד, וכשאחד קרוב הרי נפיק נכי ריבעא דממונא אפומא דקרובים.

יש להסתפק למאי דקיי"ל כריב"ק סנהדרין ל' דהלואה אחר הלואה מצטרפין, אם ראובן ושמעון קיימו שטר שחתום עליו ע"א על הלואה מנה בראשון בשבת, וראובן מעיד על הלואה נוספת של מנה בשני בשבת, אם מצרפינן להו לחייבו מנה, דכיון שהם שתי עדויות נפרדות לא חשיב נכי ריבעא אפומא דחד, ועדיף מהיכא דמקיימינן כת"י מחספא דרשאי להעיד על חתימת השני, דהתם מעיד על אותו מנה, או"ד שטר שאני דכאילו העיד בב"ד בשעת חתימתו וכבר גמרו הדין על פיו, דיינינן ליה, וגם עדותו על דעת המתחייב, ועל כתב ידו של השני, שהם דברים נפרדים,

אבל הכא שכל עדותו בע"פ והסברא דמצרפינן הלואה אחר הלואה הוא רק מכא דלא נחתינן לסבת החיוב כלל, א"כ הר"ז נכי ריבעא אפומא דחד, דחשבינן לשתי העדויות כעדות אחת על חיוב מנה, והכי מסתברא, ובכה"ג משכח"ל לרבי נמי דנפיק נכי ריבעא אפומא דחד, [ועוד משכח"ל בשמעיד להכשיר העד וכדאיתא בירושלמי בסוגיין, ועי' להלן דאפשר דתלמודן פליג].

בתו' הרא"ש גיטין ט"ו ב' בהא דאמרינן התם דאי אמר בפ"נ חציו והוא ואחר מעידין על חתימת עד שני פסול, משום דאתי לאחלופי בקיום שטרות דעלמא וקא נפיק נכי ריבעא דממונא אפומא דחד, כתב בטעמא דבגט גופיה לא חיישינן בהא דהוי נכי ריבעא אפומא דחד, משום דאם היה אומר בפני נחתם כולו היה מועיל אפילו הוא לבדו השתא נמי לא חשבינן ליה נכי ריבעא אפומא דחד, ובפשוטו הול"ל דהשתא נמי לא איכפת לן דנכי ריבעא אפומא דחד, אבל לשון לא חשבינן ליה ק"ק, ולמש"כ דהיכא דנאמן בעצמו על פלגא בלא צירוף עוד עד, לא חשיב נכי ריבעא אפומא דחד, דאז חשבינן לעדות קיום השני כעדות בענין אחר, וכמו כשכת"י יוצא ממק"א, לפ"ז ניחא שפיר הלשון דלא חשיב נכי ריבעא אפומא דחד, דבאמת כה"ג מחלקינן שתי העדויות, וממילא לא חשיב נכי ריבעא אפומא דחד.

ברם מש"כ שם בתו' הרא"ש לחלק דלא אמרינן נכי ריבעא אלא בממון שמתחלק העדות לחצאין ולרבעין משא"כ בעדות דגט שאינו מתחלק ובחסרון מועט נפסל כל העדות הרי גם הרביע חשיב חצי דבר עי"ש, לא זכינן לכונתו ז"ל, דלכאורה לא מיבעיא לפמ"ש"פ בטעמא דחסרון דנכי ריבעא דהעד שכנגדו מועיל גם שיקבלו עדותו, הרי פשיטא דאף בגט שייך האי טעמא, אלא אף אי נפרש טעמא אחרינא בהא דנפיק נכי ריבעא נמי לכאורה אין מקום לומר דגיטין שאני, דהא הענין נקבע על פי השטר שחתומין עליו, וצ"ע.

עוד שם בגמ' ואי ליכא תרי אלא חד מאי אמר אביי לכתוב חת"י אחספא כו', האי חד היינו שמכיר שתי החתימות ובגוונא דלרבי כשר, ומבואר דאף אם יקדים החד להעיד על שתי החתימות, דתו לא נצטרך קיום אלא לפלגא אפ"ה לא יוכל החי להצטרף עמו, דכיון דהחי מעיד על מנה שבשטר א"א לצרפו עם המעיד על כתב ידו, וממילא ע"כ להשתמש בעדותו על המנה שבשטר ותו א"א שיעיד על כת"י של השני דא"כ נפיק נכי ריבעא אפומיה.

ונראה דלעולם בדנפיק נכי ריבעא אפומא דחד מקבלינן עדותו הראשונה ולא האחרונה, ואם קדם הוא ואחר והעידו על חתימת המת, הרי מקבלינן עדותם ונתקיימה חתימתו ואפשר גם לקיים ממנה חתימתו בשטר אחר, דכקיום גמור חשיב, ומה שמעיד אח"כ על כתב ידו לא מקבלינן לסהדותיה דא"כ נפיק נכי ריבעא אפומיה, ואי קדים ואסהיד הוא על כתב ידו, תו לא מצרפינן ליה בהדי אידך להעיד על חתימת המת, והרי מקבלינן לסהדותיה שזה כתב ידו ולא מהימנינן ליה על כתב יד חברו, ונפ"מ נמי לענין אם באו עכשיו עדים, שאם הקדים להעיד על כת"י המת, ועכשיו באו עדים על כתב ידו, או שכתב חתימת ידיה אחספא שפיר דמי, אבל אם קדם להעיד על כתב ידו, שוב לא יועיל אם יבאו עדים על כתב ידו או שיכתוב אחספא, דכיון שכבר קיים בעצמו בעדותו על מנה שבשטר, שוב אינו יכול לקיים חתימת השני, שהרי הוא מוסיף על חצי עדותו שכבר העיד, ועי' להלן בדברי הנמו"י והש"ך בזה.

ויש להסתפק בקרובים דנכי ריבעא אפומיהו דג"ז פסול כדאמר ב"ב נ"ז א', אם גם התם הדבר תלוי איזו עדות קדמה, שאם קדם הוא והעיד על כתב ידו, שוב לא נאמין לאחריו ואחר שמצטרפין להעיד על חתימת השני, ואם הם קדמו נאמין להם והוא לא

יהא נאמן לומר שזה כתב ידו, או דקרובים שאני וכיון שיש שנים שמעידים על כתב יד המת לא יתכן שלא להאמינם, והרי גם על חתימת יד שבחספא יכולים להעיד כדי שיוכלו לקיים ממנה חתימה אחרת, וא"כ ראוי לומר שעדותם אמת, דהא על כת"י הם מעידים ואין להם שום קשר עם הקרוב המעיד על מנה שבשטר, אלא דלגבי השטר הזה לא יתכן לשמש בעדותם כיון שהמקיים החתימה השניה הוא קרוב, אבל שטר אחר שפיר יהיה אפשר לקיים מכח עדותם על חתימת המת בשטר הזה, ואף אם כבר העיד החי על חתימתו, אכתי נקבל עדות אחיו והאחר על חתימת השני, ולפי זה גם יועיל אם עכשיו יכתוב חת"י אחספא, וצע"ע בזה.

וכעין זה יש לדון באם אחי החי והאחר קיימו חתימת המת ואח"כ נמצא עוד אחד מן השוק שקיים גם הוא חתימת המת, אם יוכל עכשיו החי להעיד על כתב ידו, דכשהוא בעצמו נצטרף עם אחר להעיד על חתימת המת, נראה דשוב לא יוכל להעיד על כתב ידו, אף אם נמצא עוד אחד מן השוק שמקיים חתימת המת, דסו"ס עדותו הראשונה קיימת והרי הוא בא להוסיף יותר ממחצית עדות, אבל כשקרובו העיד, בזה י"ל דנסלק עדותן לענין השטר הזה, ושפיר יוכל להעיד החי על כתב ידו, וחתימת המת תתקיים ע"י השנים מן השוק.

כתב בנמו"י והובא בהגהות אנשי שם על הרי"ף וז"ל ומיהו אם בא אחד מן השוק והעיד על חתימת החי ואח"כ בא החי ומעיד על עצמו [מצטרף הוא או אחיו עם אחר שבשוק על חתימת המת דהשתא] ליכא אפומא דאחי אלא פלגא, אבל אם העיד ראשונה החי עצמו הוה אידך יתר שהוא כנטול זו סברת הריטב"א ז"ל כו' עכ"ל, ואם אין כאן ט"ס הרי כונתו דכשקדם העד מן השוק והעיד על חתימת החי, הרי כבר נתקיימה במחצית וממילא גם כשהחי בא ואומר זה כתב ידי אין כאן אלא קיום במחצה, דהא אין חסר אלא מחצה, וממילא לא נפיק נכי ריבעא אפומיה, אבל כשקדם החי והעיד על כתב ידו וכבר נתקיימה בכך תו לא יועיל מה שיבא עכשיו עוד ע"א ויעיד על חתימתו שהוא כבר יתר שהוא כנטול, אבל הדברים תמוהים דהא בסוגיין אמרו דבמת אחד מהן צריך לרבנן שנים מן השוק שיעידו עליו ובזו רבי לקולא וחכמים לחומרא, והנה אין רבי לקולא אלא בזמן שהחי מעיד על שתי החתימות, וא"כ לפי דברי הנמו"י הרי אף לפי רבנן כשר כה"ג, אלא שיש להקדים לקבל עדות האחד מן השוק, ולא שייך לומר בזה דחכמים לחומרא, וגם בהא דאמרו ואי ליכא תרי אלא חד מאי, נמי יש לפרש דהכונה חד שמעיד על שתי החתימות, דבזה הדבר תימא דלרבנן שמקילין להאמינו יותר לא תהא תקנה והיינו דשיילינן מאי תקנתא, ולא משכחינן אלא דלכתוב חת"י אחספא, אלמא דלא מהני מה שזה שמן השוק יקדים להעיד, והטעם פשוט דלא שייך לצרף עדות אכת"י עם עדות על מנה שבשטר, וממילא ע"כ לסמוך רק על קיום החי.

ובד"מ חו"מ סי' מ"ו ושם בשו"ע סי"ג בהגה"ה, כתב בשם הנמו"י דהיכא דמהני אי כתב אחספא מהני נמי אי איכא עדים על חתימת ידיה, ובש"ך שם ס"ק ל"ח מסיים בה בדברי הנמו"י אבל אם העיד ראשונה החי עצמו הוי אידך יתר שהוא כנטול, נראה דהיתה גירסתם בנמו"י עדים מן השוק, אבל לשון הנמו"י ל"מ כן, דא"כ מה זה שסיים ואח"כ בא החי ומעיד על עצמו, ולמה הוצרך לכך, גם מה שסיים יתר שהוא כנטול, לא אתי שפיר על שני עדים, אלא הול"ל דכיון שגם הוא העיד על כת"י תו לא מהימן על חתימתה דאידך דהוי נכי ריבעא, וגם עיקר הדבר פשוט וק"ו מהא דשרינן למיכתב אחספא, ולא היה צריך ליחס הדברים לריטב"א אלא לגמ', ומיהו גם כפי גירסתנו הדברים צ"ע וכמש"כ.

מה שרצה הקצה"ח לחלק בין עדים לב"ד המקיימים מחספא, תמוה וכמש"כ

בנה"מ, וגם בגמ' שנה רב דצריך שנים מן השוק ולא הזכיר תקנתא דאביי, ולפי פשוטו הטעם משום דאירי שכבר קיים החי את חתימתו ולכך אין תקנה, וגם עיקר הטעם הוא דכיון דעדותו על חתימתו נתקבלה הרי שוב אינו יכול להעיד על חתימת השני שהרי כבר העיד מחצה, ולענין זה אין מקום לחלק אם אח"כ באו עדים לקיים כת"י או שב"ד מקיימים, דהעיקר שהוא כבר שימש בכל כח עדותו ושוב אין לו נאמנות. (עד כאן).

גמ' אמר עולא כל שאילו בנכסי הגר קנה בנכסי חבירו קנה כו', מבואר בהדיא דהכנים תרנגולים לתוך הבית קנה בנכסי הגר, ואף רב ששת לא חלק בזה, ורק אמר דלאו כללא הוא, אבל בהני דמתני' שפיר קושטא הוא כדאמר עולא, והטעם משום דכשמכנים תרנגולים לתוך הבית ע"כ נועל הדלת בפניהם, ונעילת הדלת הוי חזקה, וכמו שכתבו תו' הוכחה זו לעיל נ"ג א' ד"ה נעל, ומש"כ רשב"ם דעדיפא מינה פריך רב ששת תמוה מאד דרב ששת רק פריך דלאו כללא הוא, אבל במאי דאמר עולא דבסיפא דמתני' קנה בנכסי הגר לא פליג כלל, ומה"ט גם קשה מש"כ הרשב"א דהו"מ ר"ש לאקשוויי נמי מהכנים תרנגולים, וברא"ש סנ"ט כתב בתחלה דמדפריך ר"ש ממילתא אחרייתא ולא פריך מגופה דמתני', משמע דנעילת דלת קונה, אלא דאח"כ כתב לדחות ד"ל דנעילת הדלת הוא בכלל קו' דר"ש מאכילת פירות, וצ"ע. - ק"ק דסתם התנא הכנים תרנגולים על כונת נעילה, דהא צריך נעילה במפתח כמ"ש תו' הנ"ל, וסתם הכנים תרנגולים נהי דמתפרש שסגר הדלת, אבל לא מתפרש בסתמא שנעל במפתח, ועי' ברמ"ה במתני' שכתב דסגי בנעילה בלא מפתח.

שם והרי אכילת פירות דבנכסי חבירו קנה כו', עי' מש"כ בזה לעיל נ"ג ב'. תוד"ה אלא מעתה אע"ג דדייקי בין מנה שחור למנה לבן כו', א"ה, ראיתי להעתיק כאן מש"כ בזה בחו"ב סנהדרין. בטור חשן משפט סימן ל' אבל אם אחד אמר מנה שחור והשני אמר מנה לבן והוא תבע שניהם כו' ונותן לו הפחות, מבואר דרבנו ז"ל מפרש דמנה שחור ומנה לבן יש הפרש בערכם, ואינו דומיא דסייף וארירין וכמש"פ בחדושים שע"ש הר"ן, ולא יתכן לפרש דחייב להחזיר דוקא מה שלקח אם שחור שחור ואם לבן לבן, דא"כ היינו ממש יין ושמן דאפילו בתובעו שניהם עדותן בטילה כמש"כ רבנו, וע"כ צריך לומר דאחד מהן חשוב מעט טפי, ויכול להחזיר את הפחות ולהשלים המעט, דהיינו אם לבן שוה יותר ולוה לבן, יכול להחזיר שחור ולהוסיף טופייני, והלכך הו"ל דומיא דמנה ומאתים, וכן צריך לפרש כונת תו' ב"ב נ"ז א' שכתבו ג"כ במנה שחור ולבן דצריך להחזיר כמו שלוה, דהיינו בערך, אבל לא שחור ולבן דוקא.

ומש"כ והוא תבע שניהם במנה שחור ולבן ובדמי חבית יין ושמן, כבר נתקשו בזה האחרונים ז"ל דמ"ש ממאתים ומנה דסגי בתבע מאתים, ה"נ ליסגי בתבע את השוה יותר, וכמו דהכחשת העדים לא חשיבא הכחשה, ה"נ הכחשת התובע והעדים נמי לא חשיבא הכחשה, ויתכן שלא כ"כ רבנו אלא לאהבת הקיצור, דע"כ היה ראוי לפרש שהתובע תובע את השוה יותר, דאם תובע את הפחות, באמת פוסל לעד האומר יותר, וכמ"ש בחדושים שע"ש הר"ן, דכן מוכח מההיא דב"ב קכ"ח דעדים מעידים שפרע כולו ולוה אומר שפרע חציו דהעדים נפסלין על ידו, וכן בסברא דלא יתכן להכשיר עד המעיד על חיוב יותר עי' מש"כ לעיל מ"א ב', וכיון שרבנו שנה משנתו בין אם השחור שוה יותר בין אם הלבן שוה יותר, וכן בדמי יין ושמן, הלכך במקום לכתוב והוא תובע את השוה יותר, כתב שתובע שניהם, וה"ה כשתובע את השוה יותר, וכמו שבמאתים ומנה לא שנה כלום דהדבר פשוט דאירי בתובע מאתים, ולא בתובע שניהם. (סנהדרין ל"א א' סק"ד ועי"ש).

נ"ז ב' דתניא רא"א אפילו ויתור אסור במודר הנאה, בר"ן נדרים ל"ב ב' פירש דויתור היינו מה שהמוכר מוסיף יתר על המדה, ויש לעי' א"כ מאי טעמייהו דרבנן, הרי פשיטא דגם מתנה פחות מפרוטה אסור למודר לקבל, וא"כ מה בכך דגם עם הויתור אכתי הוי זבינא דרמי על אפיה מ"מ הרי כבר הוחלט המקח וכבר הפסיד המודר מה שהפסיד במקח זה, ועכשיו הרי הוא מקבל מתנה מן המדיר מה שמוסיף לו, ואם נימא דטעמייהו דרבנן משום דחשבי ליה לויתור זה מעיקר המקח, דמידע ידיע דהמוכר עתיד לותר ולהוסיף ועל מנת כן קנאו, וכיון דאכתי רמי על אפיה נמצא שהלוקח לא נהנה, וכ"מ ברשב"ם כאן, ור"א סבר דלא חשבינן ליה מן המקח אלא כמוסיף [עי' ב"מ ס"ה א'], א"כ מנלן למילף מכאן דר"א אוסר דריסת הרגל במקום דלא קפדי, הרי טעמיה בויתור משום שהוא מתנה ממש, דהמקח נגמר בלא ויתור זה, וצ"ל דס"ל לגמ' דגם ר"א מודה דחשבינן לויתור כעיקר המקח דמתחלה דעתו עליו, ולכך לא חשיב כמתנת ממון, ומ"מ חשיב כנהנה מן המוכר כיון דאי בעי לא הוי יהיב האי ויתור, והלכך שמעינן מהא דר"א דגם הנאה שאינה ממון אסורה וכמו דריסת הרגל ושאלת חפצים שאין רגילים להשכיר. (נדרים ל"ב ב').

נ"ח א' רשב"ם ד"ה בשני ההוא שעה אחת קודם תחא"מ, אפשר דהטעם כדי שיהיו כולם כיצירה דאדם הראשון, שו"ר שכ"כ במהרש"א שבת קנ"ב ב'. תוד"ה מציין וא"ת והא אין קברי עו"כ מטמאין באהל כו', לדינא רבו החולקים על ר"י ור"ת ביבמות ס"א א', וס"ל דהלכה כרשב"י דאין עכו"ם מטמא באהל, והם הרמב"ם והריצב"א והראב"ה והרא"ם [הובא בהגהמ"י פ"ג דאבל], והרמב"ן והרשב"א והריטב"א ביבמות שם, וכן הנמו"י בשם הר"ן ב"מ קי"ד, וראיתי מובא בשם הרמב"ם בתשובה שכתב דליכא מאן דפליג על רשב"י, אבל ביבמות שם אמרו ורבנן לא נפקד ממנו איש, משמע דרבנן פליגי עליה, אבל הפוסקים כרשב"י סמכו על סוגיא דב"מ קי"ד דמשמע דקושטא הוא כרשב"י כיון דאליהו עבד עובדא כוותיה, ומיהו דעת הסמ"ג והסמ"ק ומהר"ם כר"י ור"ת, ובשו"ע יו"ד סי' שע"ב ס"ב כתב המחבר דנכון ליזהר והרמ"א כתב דנכון להחמיר, ונראה דלשון זה מתפרש דמעיקר הדין אפשר להקל, [וכעת ראיתי שכ"כ בתשו' הנתיבות נדפסה בכתב וחותם תנינא להגרע"א ז"ל ס"י], אלא דסתמא דמילתא אין לזה צורך כ"כ ובודאי נכון ליזהר, אבל כשהדבר נחוץ כפי שמצוי כיום בבתי חולים של נכרים שפיר אפשר להקל, ובפרט דהרמב"ן והרשב"א והר"ן והריטב"א דבתראי נינהו ונקטו להקל, [ועי' בתשב"ץ ח"ג סי' שכ"ג שכתב דנהגו להקל], ומיהו במגע ומשא נראה דאיכא למינקט דכהן מוזהר עליהם מן הדין ודלא כהרא"ם, [וכפי שפירשו המל"מ בה' אבל שם, וכ"ה בנמו"י ב"מ שם, דכונתו דאע"פ שמטמאין במגע ומשא כמבואר בסוגיין מ"מ אין כהן מוזהר עליהם], וכ"נ דעת הש"ך.

אבר מן החי מן העכו"ם, לא עדיף מן העכו"ם עצמו, ולדעת המקילין אינו מטמא באהל, וכן מבואר ברמב"ן ורשב"א וריטב"א ביבמות שם במה שהביאו מהספרי דקרא דאו בעצם אדם היינו אבר מן החי. (יבמות ס"א א').

בא"ד מ"מ בקבר שלפני הדיבור לא מרבה לה כו', הגרע"א ז"ל בספר כתב וחותם תנינא סי' ט"ז סק"ה הקשה בהא דזבחים קי"ג א' דתלינן הא דהוצרכו לבנות כיפין ע"ג כיפין לפרה משום טומאה בירושלים, אי ירד מבול לארץ ישראל, והקשה ז"ל דהא מתים שלפני הדיבור אינם מטמאין באהל, ואפשר דמ"מ לא חשיב מקום טהור, אע"ג דשרץ שקבור מסתבר דקלל שמונח על העפר כנגדו דלא מיפסל משום מקום טמא, מ"מ מת י"ל דשאני אע"ג דמשום שהיה לפני הדיבור אינו מטמא באהל, וצ"ע. (פרה ס"ד סק"י).

נ"ט א' אפילו למעלה מד' אמות כו', ברמב"ן הקשה בהא דמסקינן הכא דאין לפתוח חלון מבית לחצר אפילו למעלה מד"א, והא בחצר תנן דלמעלה מד"א אין מחייבין אותו, ואע"ג דהתם הכותל קיים והכא בנפל, כיון דהתם הכותל שייך רק לבית, שפיר רשאי לסותרו אי בחצר הוי, וכמש"כ לעיל ב' ב', וע"כ לחלק בין בית לחצר כמש"כ שם בשם הראב"ד, דבבית מצוי שרשיפא למיתב תותיה ואינו נתפס במאומה כשעולה עליו, דאימר צריך הוא לכך בביתו, משא"כ בחצר דשכיחי אחריני, והרי הוא נתפס בדבר אם בא לראות בשל חבירו, [וכעת ראיתי בקצה"ח סי' קנ"ד סק"א, ודבריו ז"ל צ"ע דבחצר אם כנס אחד לתוך שלו ובנה למעלה מד"א ודאי מסתברא דרשאי להפיל הכותל או לפתוח בו חלונות וכמש"כ לעיל, וה"נ בבית הסמוך לחצר, היה ראוי להתיר, אי לאו טעמיה דהרמב"ן דבית גרע]. (ס"א סק"ט).

נ"ט ב' מתני' לא יפתח אדם חלונותיו לחצר השותפין, הרמב"ן לעיל ב' ב' הקשה אמאי לא פשטינן דהיזק ראייה שמייה היזק מהכא דלא יפתח אדם חלון מביתו לחצר שיש לו בה שותפות, ותירץ דמבית לחצר חשיב היזק טפי, דכל היום האדם בביתו, משא"כ בחצר, ובאמת הדבר מוכרח אף למ"ד היזק ראייה שמייה היזק, דהא התם הבית בנאו בעל הבית לבדו, ומסתברא דיש לו רשות לנתון ביתו ולשמש במקומה כחצר, ואז לא יחוייב לבדו לבנות הכותל, ואמאי השתא מחייבין ליה בעצמו לסתום החלון או להשאירו סתום אף שהוא בעצמו בנה את הכותל, וע"כ דהיזיקא דבית לחצר גרע טפי, וצ"ע בדברי מרן זללה"ה שם שלא חילק בין בית לחצר לא לענין למטה מד"א ולא לענין למעלה מד"א, ומשום זה חילק ז"ל בין אם תחלת בניית הכותל היה בשותפות לבין אם היו החצרות של אדם אחד וכותל באמצע ואח"כ מכר חצר אחד, וצ"ע. (ס"א סק"ט).

ס' ב' ומשייר בו דבר מועט, א"ה, עי' מש"כ לעיל נ"ג ב' בגמ' המוצא פלטרין כו' אם צריך לשייר בכל חדר.

שם אר"ח כנגד הפתח, נראה דאם אין כותל כנגד הפתח דחייב להשאיר בכותל שמן הצדדים, דסתמא שנינו ומשייר בו דבר מועט, אבל אם יש כותל כנגד הפתח נראה דלא מהני אם השאיר בכותל שמן הצדדים, דאכתי אמרינן ליה שישיר כנגד הפתח, ואע"ג דמימרא דר"ח כנגד הפתח אפשר לפרש דאהא דסגי באמה על אמה קאמר, דהיינו דוקא כנגד הפתח, אבל במן הצדדים בעי טפי, וכדמתפרשא אידך מימרא דרב חסדא לעיל נ"ג ב' בסייד בנכסי הגר דקאמר נמי התם רב יוסף דשיעורו אמה ור"ח קאמר כנגד הפתח, והיינו לומר דשלא כנגד הפתח בעי טפי וכמש"פ ברשב"ם שם, מ"מ הכא משמע מלשון הרמב"ם והשו"ע דעיקר מקומו כנגד הפתח, (וכן לשון הגמ' כאן כנגד הפתח, ולעיל שם וכנגד הפתח).

ברם כ"ז למאי דהשוה המ"מ בפ"ב מה' זכייה ומתנה ה"ג דעת הרמב"ם כדעת הרשב"ם דאף בנכסי הגר מהני שלא כנגד הפתח אלא דבעי טפי מאמה על אמה, אבל למש"כ בלח"מ שם וכן בב"י סי' ער"ה דלדעת הרמב"ם שלא כנגד הפתח אף טפי מאמה לא מהני בנכסי הגר, שהרי כתב אמה על אמה או יותר, ולפי זה גם בנכסי הגר מפרשין דרב חסדא דוקא כנגד הפתח קאמר, וא"כ כ"ש בסוגיין שיש לפרש דדוקא קאמר, ועל פי זה שפיר סתם באו"ח כלשון הרמב"ם, אבל למש"כ בסמ"ע סי' ער"ה סק"כ כדעת הרשב"ם דבמן הצד נמי מהני אלא דבעי טפי, א"כ אף בזכר לחורבן י"ל דלפ"ז אף לכתחלה יכול לעשות מן הצד אלא דבעי טפי, ומתפרשא מימרא דר"ח בתרוייהו בחדא גוונא, וצ"ע.

ומ"מ בדליכא כותל כנגד הפתח ועושה בכותל של הצדדים, [וזה נראה דאף לדעת הב"י בדעת הרמב"ם חייב לעשות כן, דסתמא שנינו ומשייר דבר מועט], נראה

ללמוד מההיא דנכסי הגר לדעת הרשב"ם והמ"מ דלא סגי באמה על אמה, אלא בעי טפי, [ולא ידענו שיעורו], דכיון דבחד לישנא אמרינהו רב יוסף ורב חסדא בתרוייהו ש"מ דחד דינא להו, [וכן כתב ברמ"ה נ"ג ב' שיש להשוותם לענין דצריך לשייר בכל חדר וחדר עי"ש], ומיהו אם נימא דבנכסי הגר מן הצד שיעורו גדול הרבה, לא מסתבר להצריך כ"כ בזכר לחורבן, דהא דבר מועט שנינו בברייתא, ולפי זה לא נשוה מימרי דר"ח אהדדי, אבל טפי מסתבר דאף בנכסי הגר אין שיעורו גדול כ"כ אלא בעי יותר הניכר להדיא, ובעשרה טפחים מסתברא דסגי, [אבל מעט יותר מאמה נראה דלא סגי, וכלל מלשון הרמב"ם לדעת המ"מ].

שוב העיר הרי"א שליט"א דראוי לפרש דברייתא דדבר מועט וכן במימרא דר"א נ"ג ב' דסיוד אחד או כיור אחד לא נכלל דין שלא כנגד הפתח, בשיעורא רבא, דאם איתא דכילי תרי שיעורי בדבריהם, א"כ רב יוסף דפירש שיעור אחד דאמה על אמה הו"ל לפרש דכנגד הפתח קאמר, אבל אי סיוד אחד לא מתפרש אלא באמה על אמה, וכן דבר מועט, ניחא דשפיר פירש רב יוסף שיעורא דמימרא דר"א וברייתא, ור"ח הוסיף לבארם דכנגד הפתח איירי, וגם רב יוסף פירשם כן אלא שלא חש לפרש, ולפי זה אף דבנכסי הגר שלא כנגד הפתח בעי טפי, דבעי מעשה חשוב למיחשב חזקה, ולא ידענו שיעורו, ואפשר דהוא גדול הרבה, מ"מ אין ללמוד מזה לענין דבר מועט דזכר לחורבן, די"ל דהכא לעולם סגי בדבר מועט, וכשאינן כותל כנגד הפתח, נמי סגי באמה על אמה בכותל שמן הצד, וצ"ע.

המוכר את הבית

א"ה, הדברים שבפרק זה נכתבו בדרך לימוד מבלי עיון ובירור בעומק הסוגיות ס"א א' מתני' המוכר את הבית כו', יש לדעת מה נקרא בית ומה נקרא חדר, דאשכחן לקמן ב' המוכר בית לחבירו בבירה גדולה, ופירש רשב"ם דהיינו בית גדול שהרבה בתים פתוחים לתוכו, ומשמע דכולם קרויים בית, ואשכחן לקמן ס"ה א' שני בתים זה לפנים מזה, ולא חשבינן לפנימי כחדר, ובמתניתין קתני ולא את החדר שלפנים הימנו, ואם לא היה נקרא בית אלא שטח שכתליו הם לאויר, א"כ היה ראוי שיהא בכלל גם יציע כיון שהוא מכותלי הבית ולפנים, ואשכחן חדר בקרא במקץ ויבא החדרה וגו', וכתוב מלכים א' כ"ב אשר תבוא חדר בחדר להחבה, ובדה"א כ"ח כתיב ויתן דוד לשלמה בנו את תבנית האולם ואת בתיו וגו' וחדריו הפנימים וגו', ובלקוטי מהרי"ל והובא בא"ר או"ח ס"א כתב דכל בית שבש"ס פירושו חדר, ומסתבר דלפי הגודל נקבע אם בשם בית יקרא או בשם חדר, וכשיש בית אחד גדול ושאר החדרים קטנים נקראים בשם חדרים, וכשכולם גדולים הרי כולם בשם בית יכוננו, ועי' לקמן צ"ח ב' בשיעור בית, ואפשר דגם תלוי בשימוש שהם משמשים, ובתרגום דויבא החדרה איתא אדרון בית משכבא, ואפשר דהוא משום שנזכר בה"א הידיעה, וכתוב בוארא ובאו בביתך ובחדר משכבך וגו', ועי' תשובות הרשב"א סי' צ"ו. - ועי' מש"כ לעיל נ"ג ב' ד"ה שם ארדב"י.

יש לעי' במחזיק בנכסי הגר אם נמי דיינינן הכי דהחזיק בבית לא קנה יציע, ובאין בו ד"א קנה, או דהתם בכל ענין קנה, או איפכא דבכל ענין לא קנה, ועי' מש"כ לקמן ב'.

אם הקנה בשטר וכתב בו לשון בית אפילו אומר שנתכוין להקנות גם את היציע לא קנה דלא מוכח מתוכו אלא מה שנמכר בסתמא.

המשכיר את הבית מסתברא דהוא נמי בדין המשנה, דשכירות ליומיה ממכר הוא, ועי' בזה בפ"ת סי' רי"ד סק"ב.

שם ואע"פ שהיא פתוחה לתוכו, בטור סי' רי"ד כתב אע"פ שהיא פתוחה רק לתוכו,

ואפשר דסתמא דמילתא אין לה רק פתח אחד וממילא מתפרש שהיא פתוחה רק לתוכו, דאל"ה הו"ל למיתני אע"פ שפתחה לתוכו, ואפשר דאף בפתוחה במילואה לתוכו נמי אינה מכורה, והיינו דקתני אע"פ שפתוחה לתוכו, א"נ בעי לאשמועינן דאף בפתוחה רק לחוץ נמי איצטריך לאשמועינן דאינה מכורה, דאי אע"פ שהיא פתוחה לתוכו מתפרש שהיא פתוחה גם לתוכו, ממילא בלא הך אע"פ מתפרש שאינה פתוחה לתוכו כלל, ונפ"מ בזה דבאין בה דע"ד הרי היא מכורה אף כשפתחה רק לחוץ.

בפשוטו פלוגתא דר"ע וחכמים לקמן ס"ד א' אם צריך ליקח לו דרך היא גם ביציע והחדר והגג, דאף שיש מקום לחלק דרך בבור ודות שתשמישן עראי ואינו חשוב כ"כ, אמרינן דהסכים לסמוך על יושרו של הלוקח דמסתמא ימכור לו דרך בדבר מועט, ואם לא הרי יפסיד את השימוש בבור ודות, אבל יציע וחדר וכש"כ שני בתים זה לפנים מזה, שאם לא יסכים הלוקח למכור לו דרך או שידרוש דמים מרובים הרי הפסיד ביתו, בזה לעולם אית לן למימר דשייר לעצמו דרך, א"א לומר כן דלקמן ס"ה א' אמרינן בשני בתים זה לפנים מזה נמי דבמכר אין לו דרך.

עיקר הא דצריך ליקח לו דרך, אם היה הנידון רק על תשלומין בעד הדרך, ניתן להבין דאפשר שלא הוזיל המוכר מחמת כך, ושפיר יש זכות ללוקח לדרוש דמים, אבל הרי משמע דיש גם זכות ללוקח לא למכור לו דרך, וכדאמרינן בטעמייהו דרבנן ס"ד ב' אין אדם רוצה שיטול מעות ויפרח באויר, וזה צריך טעם שהרי אנן סהדי שלא היה מוכר בית החיצון אם הלוקח יעכבו מלהכנס לפנימי, וכן גם בבור ודות וכל דבר שלא מכר, ולמה לא יוכל המוכר לבטל המקח אם אין הלוקח חפץ למכור לו דרך במקח השובה, וצ"ל דכיון דלא התנה הרי סמך על יושרו של הלוקח ואיהו דאפסיד אנפשיה, וצ"ע בהשתנות מוסרי האדם בירידת הדורות אם עדיין ראוי לקיים דסמך על הלוקח ולא שייר לעצמו דרך בזמן שהדבר קרוב שהלוקח לא ימכור לו, גם יש לדון שכהיום הרי הליכה דרך ביתו של חבירו אינו דבר רגיל, ובדרך כלל אדם מקפיד על דריסת אחרים בביתו אף בשעה שבני אדם נכנסין ויוצאין, ולכן בדברים שאין אפשרות להגיע לשימושם אלא דרך הבית הנמכר שמא ראוי לומר דגם הם בכלל המכר, עי' רמב"ם פכ"ו ממכירה ה"ז ח' דבמקום שיש מנהג אחר הולכין אחריו, וצ"ע, ועי' מש"כ לקמן ס"ד א'.

שם ולא את החדר שלפנים הימנו, בבית לפנים מבית אין צריך להשמיענו דמכר את החיצון לא מכר את הפנימי, וע"כ דהאי חדר אין לו שימוש בית, ואינו אלא כטפל לבית, ואפ"ה אמרינן דלא נמכר עמו בסתמא, ונחלקו הראשונים ז"ל כשאין בו דע"ד מהו, עי' רמב"ם ורא"ש וברשב"א.

שם ולא את הגג בזמן שיש לו מעקה גבוה עשרה טפחים, יתכן לפרש דבגג החייב במעקה קאמר, ואם אין לו מעקה ע"כ שלא נעשה לשימוש קבוע, והלכך הרי הוא טפל לבית, אבל גג שאינו חייב במעקה עשרה, שמא אינו נמכר אף כשאין לו מעקה עשרה טפחים, [כגון שהבית לא שימש למוכר כבית דירה דפטור ממעקה], ואפשר דהדבר תלוי בניחא תשמישתיה וכל שאין לו מעקה עשרה טפחים אין רגילין כ"כ להשתמש בו והרי הוא נטפל לבית, אף כשאינו חייב במעקה, ובירושלמי איתא סוף דבר מעקה היו אחורי בתים מקיפין אותו, נראה דר"ל לא סוף דבר מעקה אלא גם אם היו אחורי בתים מקיפין אותו, ר"ל דאחורי בתים של אחרים משמשים לו כמעקה, דנמצא שהוא ראוי לשימוש אף שבעה"ב לא עשה לו מעקה, הר"ז נמי אינו מכור, ואפשר דה"ה אם הוא שוה לקרקע בכמה צדדים דנמי נחשב כמעקה, ועי' להלן דבגמ' משמע דבעי מחיצות עשרה דוקא.

ויש להסתפק היו גגין של אחרים מקיפין אותו, בין שיש להם מעקה ובין שאין להם מעקה מהו, דמסתברא דגם כשאין להם מעקה רשאי הוא להשתמש בגגו כיון שא"א ליפול ממנו ובשל אחרים הרי אין לו להשתמש בהם, ויש מקום לומר דכיון דרשאי להשתמש בו הלכך אינו מכור, אבל אפשר דכל שאין לו מחיצות בינו לחבירו סתמא אינו עומד לשימוש קבוע והר"ז כאין לו מעקה, ולקמן ס"ד א' אמרין כיון דגבוה עשרה טפחים חשיב, ומשמע דבעי מחיצות עשרה דוקא, שו"ר בזה ברמ"ה.

שם רי"א אם יש לו צורת פתח אע"פ שאינו גבוה עשרה טפחים אינו מכור, נראה דר"ל אם יש לו מעקה פחות מעשרה טפחים אבל יש צורת פתח במעקה שעשוי לכניסה ויציאה דמוכחא מילתא דלשימוש עבידא, אף שיש בזה ביטול מצות מעקה, מ"מ אינו מכור, [או בבית שהוא פטור ממעקה עי' לעיל], ובירושלמי איתא היו שם עמודים וכלונסאות על גביהן נשמענה מהדא רי"א אם יש לו צורת פתח כו', נראה דמיבעיא ליה בדליכא מעקה אבל יש שם עמודים וכלונסאות המוכיחות דלשימוש עבידא מהו, ופשיט מדרי"י, ואפשר דר"ל דגם בדאיכא צורת הפתח מוכחא דלשימוש עבידא ואפ"ה רק ר"י ס"ל דאינו מכור ורבנן פליגי עליה וה"נ הוא בפלוגתייהו, ואפשר דעמודים וכלונסאות על גביהן עדיפי ופשיט מדרי"י ולומר דבזה י"ל דגם חכמים מודו, ובירושלמי בתר הכי מסיים אמרין והוא שיש שם מעקה גבוה עשרה טפחים, ואם אינו ט"ס צריך לפרש דדחי דאין ראה דחכמים יודו בזה, דמעקה עשרה טפחים עדיפא.

גמ' מאי יציע כו', לפירוש רשב"ם משמע דאפתא ובדקא חלילה תרוייהו הם בנין נמוך בצד הבית אלא דבדקא חלילה יש בו חלונות הרבה ועשוי לנוי ולהקר בו, והלכך שפיר מתפרש יציע דקרא לרב יוסף כשמעתיה, דגם כשאין בו חלונות הוא קרוי יציע, וכ"ה ברשב"ם לעיל ס' א', ובאמת דמ"ש התו' דהא דתני ר"י ג' שמות יש לו לא קאי איציע דמתני' הוא דחוק, אבל קשה לפירוש רשב"ם דהוי למיקרי ליה אפתא חלילה, ובדקא חלילה משמע שהוא ענין אחר, גם מ"ש דהוא משמש לנוי ולהקר קשה דא"כ איך יתכן דשיירי לנפשיה, אטו ידור בביתו של הלוקח ובנוי שלו וישב להקר שם, הלא פשיטא דהלוקח בית לוקחו לעצמו, ובקושי יסכים שיעברו דרך ביתו בשעה שבנ"א נכנסים, ולא שישעה שם להקר, וצ"ל דהרשב"ם רק מפרש תכלית הבדקא חלילה, אבל כששייריה לנפשיה לא שייריה אלא להניח שם חפציו, דגם לזה הוא משמש, אם כי בלשון הרשב"ם משמע שאין תשמישו דומה לשל בית לפי שעשוי להקר שם, וצ"ע.

ודעת הרי"ף דאפתא היינו מעין עלייה שהוא על גג הבית ונכנסין אליו דרך ארובה שבגג, ובדקא חלילה הוא חדר בתוך הכותל או בסמוך לו כעין התאים, ותרוייהו משמשים לבית שימוש שוה, אלא דזה שנכנסים בו דרך ארובה הוא טפל טפי לבית ולכך לרב יוסף אפתא מזדבנא.

ונראה ממה ששימשו כאן בלשון יציע ואפתא, דאין הנידון בעלייה המשמשת כבית ממש אלא שהיא בעלייה, דא"כ למה לא שנו לא מכר את העלייה, ולמה לא תרגמו בגמ' מאי יציע עלייה, אלא ודאי דהאי אפתא אינו אלא מעין בית האוצר לבית ואינו מקום דירה לעצמו כמו כל עלייה, ודומיא דחדר שלפנים הימנו דנמי אינו משמש כבית, וכ"ה ברי"ף שאינה עשויה לדירה, וכן מתפרש בגמ' ס' א' שהביא הרי"ף, וכמ"ש בפ"ת סי' קנ"ד סק"א בשם אחרונים ז"ל, והרי פירש ברשב"ם שם וכן בערוך שהוא חולק את גובה חדרו ועושה ממקצתו עלייה, וכל כה"ג סתמא אינו לדירה.

ולפ"ז ראוי לומר דלכו"ע המוכר את הבית לא מכר את העלייה, דכיון דלמאן דמתרגם יציע אפתא, הרי גם עלייה שאינה משמשת כבית דירה וטפלה טפי לבית

אינה מכורה, א"כ כש"כ עלייה ממש, ועד כאן לא פליג ר"י אלא באפתא ולא בעלייה, ועוד דעלייה לא גריעא מגג ואם גג שיש לו מעקה אינו בכלל הבית כש"כ עלייה, ומה שאין לה כניסה אלא מן הבית לא סגי בהכי דהא יציע שאין בו ד"א שאין לו כניסה מן הבית כלל הוא בכלל הבית, ובדקא חלילה וחדר שלפנים הימנו, אע"פ שאין להם כניסה אלא מן הבית אינם בכלל הבית, חזינן שאין הדבר תלוי בזה, אלא יש לפרש דאפתא כל מעשיה מוכיחין שאינה אלא טפלה לבית, אם משום גובהה שחלק את גובה ביתו וסתמא אין בגובה בית כדי שני בתים, או שמא אין לה חלונות או שאר שינויים.

והא דתנן נדרים נ"ו א' דהנודר מן הבית אסור בעלייה לחכמים, נראה דהתם אין הנידון כלל אם עלייה טפילה לבית להיות נאסרת בגלל שהבית נאסר, והתם גם בעלייה שאין לה כניסה מן הבית אלא מן החצר איירי, דלא שייך בה טפילות, אלא התם איירי שאסר על עצמו את הבית סתם שאמר קונם בית עלי, דאף אם יש בבית כמה בתים דהיינו חדרים כולם נאסרים, ובזה פליגי ר"מ וחכמים אם גם עלייה בכלל בית או לא, ואם היא בכלל בית הרי היא נאסרת כמו שכל הבתים נאסרין, ולא משום שהיא טפילה לבית, אלא שגם היא בית והרי היא בכלל נדרו, וכדמיתנין עלה התם בגמ' אם צריך ריבוי לעלייה לענין נגעים, ואם האומר בית בביתי אני מוכר לך יכול ליתן לו עלייה, ובכה"ג היציע והחדר שלפנים והגג כולם נאסרים, [מלבד חדר שאין בו דע"ד שאינו נאסר כמ"ש תו' סוכה ג' א' בשם ירושלמי], ורק בעלייה פליגי, אבל האוסר עליו בית דהיינו חדר דומיא דהמוכר את הבית בזה גם לחכמים אין עלייה בכלל, וגם לא יציע ולא חדר שלפנים הימנו.

וצ"ע ברא"ש בנדרים שם שכתב דחכמים דסברי דעלייה בכלל בית מודים בחדר ויציע דלא הוו בכלל בית דהמוכר את הבית לא מכר את החדר ואת היציע, אלמא בלשון בני אדם לא הוו בכלל בית, ומשמע דמפרש מתני' דהתם דנודר מן הבית דומיא דמוכר את הבית דהיינו חדר וסברי חכמים דאסור בעלייה, ודכוותה המוכר את הבית מכר את העלייה, והדבר תימא, ובב"י ובש"ך יו"ד סי' רי"ז סכ"ח הביאו דברי הרא"ש להלכה, גם בתוי"ט במתניתין הקשה על הי"א שבטור ממתני' דנדרים, שו"ר ברש"ש בסוגיין שכבר העיר בזה, ובני שמואל נ"י העיר דמודה הרא"ש דאוסר בית זה עליו דמותר בעלייה גם לרבנן, אבל ס"ל דגם באוסר בית סתם הרי יציע וחדר שלפנים הימנו אינם בכלל בית, וכמו חדר שאין בו דע"ד, ונראין הדברים בכונת הרא"ש, אם כי בסברא אין נראה להתיר חדר שבפנים וגם לא יציע, ולא דמי לחדר שאין בו דע"ד, ולפי זה מודה הרא"ש דהמוכר את הבית לא מכר את העלייה.

וראיתי בעליות הר"י בסוגיין שכתב דאפתא היינו שנועצין קורות בכותלי הבית ועושין בנין נמוך לכנוס עצים ולשמירת כלים ואינו ראוי לדירה לפיכך הוצרך להשמיענו שאינו נמכר בכלל הבית אבל עלייה שהיא ראוייה לדירה דבר פשוט הוא שאינו נמכר בכלל הבית ולא הוצרך להשמיענו, ונתקשה בדעת הרי"ף דמשמע דכל שאין לה כניסה אלא מן הבית אף שהיא על תקרת הבית הרי היא נמכרת, ומ"ש מגג שאינו נמכר, ונראה דלזה נתכוין הטור בסי' רי"ד שכתב דדעת הרמב"ם דעלייה שפתוחה בארובה לתוך הבית שהיא בכלל הבית וי"א שאינה בכלל הבית, וכתב הב"י שלא מצא מי שכתב כן, ונראה דכונתו לה"ר יונה, ומ"ש הטור בשם הרמ"ה כ"ה ברמ"ה הנדפס וגירסתו כגירסתנו, ועי' ב"י, ואף שאפשר לכוין דעת ה"ר יונה נמי כדעת הרמ"ה, מ"מ כתב הטור ע"ש הרמ"ה הדברים המפורשים בו, ובשם י"א מה שחלק הר"י על הרי"ף, ומ"מ היה ראוי לפרש דגם כונת הרמב"ם אינה אלא על עלייה שאינה עשויה לדירה וכמו שהוא ברי"ף, ושמא סתם עלייה שאינה פתוחה

אלא לבית בארובה אינה עשויה לדירה, [עי' קדושין פ"א א' שקוליו דרגא כו' אשקולו דרגא כו' דל"מ כן וצ"ע].

שם ואבע"א מהכא כותל ההיכל שש והתא שש כו', משה"ק תו' יהודה ועוד לקרא, לכאורה אי לאו מתניתין מנא ידעינן תא דקרא מה הוא.

שם אמר מר זוטרא והוא דהוי ארבע אמות, פירש רשב"ם דע"ד, וכ"ה בירושלמי, ושם איתא נמי דצריך שתהא גבוהה עשרה.

שם א"ל רבינא למ"ז לדידך דאמרת עד דהוי ד"א אלא מעתה גבי בור כו' ה"נ אי הווי ארבע אמות אין כו', בפשוטו קושית רבינא היא בסברא דאם אמרינן דתשמיש יציע אינו בכלל מכירת הבית, אין סברא שאם היציע אינו על מתכונתו הראוי, שבגלל זה יסכים המוכר לכלול בכלל הבית, דמה בכך שהיציע פגום אבל הרי הוא עומד לשימושו ושימוש זה בסתמא אינו נמכר, ולזה אייתי הא דבור ודות דודאי מסתבר דאף אם אינם על מתכונתם הראוי דמ"מ לא מכרן, ונקט ה"נ אי הווי ד"א אין אי לא לא, דרך משל כשאנים כפי תיקנן הרגיל, אבל אין ר"ל שיעור ד"א דלא מצאנו שיעור זה בבור ודות, וסתמא אינם בשיעור זה, וצ"ע ברשב"ם שכתב והלא סתם בור לא הוי ד"א, דמשמע דרבינא הקשה דיש להצריך בור ודות של ד"א, והא פשיטא דאין להצריך בור ודות אלא כפי הראוי לתשמישן הרגיל, אח"כ ראיתי ברמ"ה דמפרש דרבינא ס"ל מסברא דלענין שימוש יציע אין חילוק בין ד"א לפחות מד"א, והיינו דפריך דכי היכי דבבור אין ענין בד"א דהא חזי למילתיה בפחות מד"א, ה"נ יציע אין להצריך בו ד"א, ומשני דכיון דיציע שימושו כבית שפיר מיבטיל לגבי בית כשאין בו ד"א, וגם כונת רשב"ם יש לפרש כן, אף דלשונו קצת צריך תיקון לפ"ז, ולשון הגמ' לפירוש זה מתפרש שפיר כפשוטו דאטו בבור שייך להצריך ד"א, ודכוותה אין שייך להצריך ד"א ביציע.

ולפי דרכנו למדנו דבור ודות שאינם כתיקנן הרגיל נמי אינם נמכרים, דבזה גם מר זוטרא מודה, וכדמפרשין טעמא דתשמיש אחר אינו נמכר בכל ענין, אבל תשמיש יציע שהוא דומה לתשמיש הבית אמרינן דנטפל לבית כשאינו בגודל הראוי.

מהא דלא קאמר מר זוטרא הא דאמרת ואע"פ שהיא פתוחה לתוכו והוא דהוי ד"א, משמע דאף באינה פתוחה לבית אם אין בה ד"א נמכרת וכמ"ש הטוח"מ סי' רי"ד ובבהגר"א שם סק"ב כתב להוכיח כן מהא דפריך מבור ודות, ור"ל דאי רבינא ידע דמ"ז מחלק בין פתוח לבית, לאינו פתוח, ובאינו פתוח אף פחות מד"א אינו נמכר, א"כ שפיר יש לדמות בור ודות לאינו פתוח לבית כיון שתשמישן בנפרד, ולפמש"פ דהקושיא מבור ודות אינה אלא בסברא שפיר הקשה מבור ודות אף אי הוי מצי נמי למיפוך מ"ש באין פתוח לתוכו דאף בפחות מד"א מודית דאינו מכור, ומ"מ לפי טעמא דחדא תשמישתא אמנם ראוי לומר דאף באינו פתוח לבית מ"מ נמכר כשאין בו ד"א דמ"מ חדא תשמישתא הוא.

ס"א ב' לא צריכא דאע"ג דמצר ליה מצרי אבראי כדר"נ ארב"א כו', לכאורה משמע דמכח קושיא דפרכין דמשנה שאינה צריכה היא מוקמינן לה בכה"ג דמצר מצרי אבראי והיינו דקמ"ל, ולפי זה אמנם איכא למיפוך דנוקמא באין בחדר דע"ד והיינו חידושא, וכמו שדקדקו הראשונים ז"ל מזה דחדר נמי באין בו דע"ד הרי הוא מכור, ועי' רשב"א שדחה ראיה זו, אבל לפי מה שנסתפקו תו' דביציע יועיל מצרי אבראי לומר שמכר את היציע, יתכן לומר דלא אמרינן מצרים הרחוב לו אלא כשלשון השטר או ההקנאה נוגד את המצרים הרחבים, כמו בבית ובירה אם לא קרו לבירה בית, דכשהקנה בית הר"ז כפירש שלא הקנה בירה, ולכן לא מהני מה דמצר מצרי אבראי, אבל כשהנידון אם מכר היציע או לא, אין נוסח ההקנאה או השטר דכתוב בו

בית נוגד את הקנאת היציע, והוא רק נידון בשיקול הדעת אם בעין יפה מכר, ובזה שפיר מהני מצר מצרי אבראי לומר דמכר את היציע, ולפי זה אפשר לפרש דכשנה התנא ולא את החדר שלפנים הימנו לאחר שכבר שנה שלא מכר את היציע וממילא כש"כ שלא מכר את החדר הפנימי, דע"כ מתפרש שלא מכר את החדר שלפנים הימנו כמו שלא מכר בית פנימי, דחדר שלפנים הימנו כבית אחר דמי, ולא דומיא דיציע שאינו אלא מעין אומדנא, וכיון דחשיב מוכח מתוך השטר או לשון ההקנאה שלא מכר את החדר שלפנים הימנו, שפיר לא מהני מצר מצרי אבראי להקנותו וכדר"נ ארב"א, ולפי זה מעיקר פירושא דמתני' ידעינן דלא מהני מצר מצרי אבראי, ולא דמשום משנה יתירא מוקמינן למתני' בהכי, ולפי זה אין לדקדק מהא דלא מוקמינן לחדר באין בו דע"ד.

ולפ"ז קרוב הדבר לומר דהמחזיק בבית שבנכסי הגר על מנת לקנות היציע דקנה, דיציע טפל לבית, אבל המחזיק בבית ע"מ לקנות חדר הפנימי לא קנה, וכמו בשני בתים זה לפנים מזה לעיל נ"ג ב', [וגם מזה דאיצטריך לאשמועין התם בבתי משמע קצת דביציע קנה], והחזיק ביציע לקנות גם הבית מסתברא דקנה.

שם אלא דלבירה נמי קרו לה בית כוליה זבין ליה כו', לפר"י מתפרש דכו"ע קורין לבירה גם בירה וגם בית ולבית קורין בית, וכיון דמצר ליה מצרי אבראי ראוי שיקנה כולו, ויש לעי' כיון דבלא מצר ליה מצרי אבראי אמרינן דיד בעל השטר על התחתונה ולא מכר לו אלא הבית, א"כ מה בכך דמצר ליה מצרי אבראי הרי ידעינן דעביד אינש דמרחיב מצרים, וצ"ל דבזמן שאין לשון השטר ברור יש למוכר להזהר מלהרחיב מצרים.

שם קמ"ל מדהו"ל למיכתב ולא שיירית בזבני אלן כלום ולא כתב ש"מ שיורי שייר, האי לישראל משמע כאילו שכבר תיקנו לכתוב ולא שיירית ומדלא כתב ש"מ דשייר, אבל אין הדבר כן, אלא ר"נ ארב"א קאמר מסברא דעביד אינש דמרחיב מצרים והלכך כשבאמת רוצה למכור לפי המצרים הרי הוא מוסיף לפרש שמוכר כל אשר במצרים ולא שייר לנפשיה כלום, וכשלא פירש אמרינן דמצרים הוא דהרחיב לו, ומתפרש קמ"ל דהו"ל למיכתב ולא שיירית כו' ומדלא כתב ש"מ שיורי שייר ומצרים הוא דהרחיב לו, וזו נראה כונת הרשב"א במסקנתו, ולפי זה ניחא משה"ק בתחלת דבריו דהו"ל לא צריכא דמצר ליה מצרי אבראי ולא כתב ולא שיירית כו'.

משה"ק תו' דנימא הדמים מודיעים, צ"ע דהא הכא בנוסח השטר איירינן כדאמרינן דהו"ל למיכתב כו' ולא כתב, ושפיר מיתוקמא גם כשהלוקח נתן דמי כל הבירה, ומ"מ לא קנה אלא הבית דמצרים הוא דהרחיב לו, ואה"נ דיש כאן אונאה ואם הוא פלגא יבטל המקח, וגם כשהמוכר מסכים למכור כל הבירה לא יקנה בשטר זה כיון דלא מוכח מתוכו אלא הבית ולא הבירה, ונפ"מ גם בשטר מתנה, וי"ל דאם הדמים מודיעים הרי אף שלא קנה את כל הבירה בקנין השטר, אבל קנאה בקנין הכסף, ומימרא דר"נ ארב"א מתפרשא דמצרים הרחיב לו ולא נתכוין למכור לו אלא הבית, ומשמע דאף שקיבל דמי כל הבירה מ"מ לא מכר תמורתן אלא את הבית, ואינו חייב להחזיר דמים, וע"ז הוא דקשיא להו ז"ל, ואפשר עוד דהכא איירי שהמוכר טוען שבמפורש התנה דמוכר רק את הבית ולא את הבירה, וגם דאין הבית שוה כ"כ, והלוקח הסכים למקח, דסתמא דמילתא במקח דבית ובירה או שדה ובקעה נושאין ונותנין במידתם ובערכם, ואין הדבר בהוה שיאמרו סתם בית או שדה ויהיה מקום להסתפק בכונתם, וכל כה"ג נראה דליכא הדמים מודיעין, דרק בסתמא אמרינן דאין צמד במאתים וזו והיה לו להבין דעם החמור קאמר, אבל כשהמוכר טוען שבמפורש דובר על הצמד בלא החמור ואף שאינו שוה כ"כ, בזה ליכא לדמים מודיעים, וכל

דליכא עדים שפיר נאמן המוכר במגו שלא קיבל מעות אלא כדמי הבית, ומ"מ שפיר יש לדון בדין הדמים מודיעין בכאן כשמודים שלא דובר אלא בית סתם, ועו"ל דאיירי דמכר לו בכך וכך לכל אמה מרובעת, ופליגי כמה מכר לו והלוקח חפץ ליקח הבירה ולשלם לפי מדה, ומ"מ אף דמיתרצא שפיר בכל הני גווני שכתבנו, אבל רהיטת הגמ' שפיר משמע להו לתו' דבכל גווני ליכא כאן דמים מודיעין.

שם אבל בקעה דכולה חדא תשמישתא היא אימא כוליה זבין ליה, לכאורה מה טעם הוא זה, ואפשר דבכולה חדא תשמישתא יש לחוש מלהרחיב מצרים, דבפשוטו יבינו דהיינו המצרים של המקח.

שם כמאן אזלא הא דאמר רב מרי כו' האי מאן דמזבנא ליה מידי לחבריה צריך למיכתב ליה לא שיירית כו', נראה דמתפרש הכי דהאי מאן דמזבן מידי לחבריה צריך שלא ירחיב לו מצרים, כדי שלא יבאו לידי דין ודברים אם מצרים הרחיב לו או שבאמת מכר כל שבמצרים אלו, ולכן יש לכתוב ולא שיירית בזבני אלן קדמי כלום, וממילא לא יכתוב אלא המצרים שמוכר לו באמת.

תוד"ה אלא וכשרוצין להזכיר בית אחד בלא בירה כו', ק"ק איך יתפרש לפ"ז בשדה ובקעה, אטו גם התם צריך לפרש שדה בלא בקעה.

תוד"ה ארעתא רפיק ביה כל פרדסי דאית ליה כו' התם דרך הוא שמשאיל לו לכל מה שצריך כו', יש לעי' אם גם בהשאיל לו פרה לחרוש פרדסי אמרינן דחורש בו כל פרדסי דאית ליה, ומדבריהם משמע דהוא הדין בפרה, דאל"כ הרי הטעם משום דמרא זיל, ומ"מ נראה שאם הרשהו ליטול מים מבורו להשקות פרדיסי, דאינו משקה אלא שנים ולא כל פרדיסי דאית ליה.

בא"ד וי"מ דהתם יד המשאיל על התחתונה דשואל מוחזק כו', לכאורה הספק נופל בשעה שמשאילו איזה זכות שאלה הוא זוכה בשאילתו, ובזה המשאיל כמוחזק, גם רהיטת הגמ' שם משמע דלאו מכח ספק ומדין המוציא מחבירו עליו הראיה הוא דרפיק בה.

בא"ד וריב"ם מחלק בין פרדיסי לארעתא וה"נ אי אמר מקרקעי כו', לכאורה הכונה לחלק בין פרדיסי לבין פרדיסי, ובמקרקעי יש לגרוס מקרקעאי, וכונתם לההיא דלקמן ק"נ א' מטלטלאי לפלניא כו', [כגי' הב"ח שם], ועי' לקמן ס"ב א' תוד"ה ואי.

ס"ב א' מצר לו מצר אחד ארוך ומצר אחד קצר כו', ברא"ש פירש כפשוטו שלא מצר לו אלא שתי רוחות ואחד ארוך ואחד קצר, ומשה"ק תו' מהא דס"ל לרב אסי לקמן ב' במצר ג' רוחות דאין לו אלא תלם אחד על פני ג' המצרים, כתב ז"ל דשאני הכא שלא מצר אלא שתי רוחות וניכר שחפץ לקצר וסמך שנדע את המצרים משתי הרוחות, משא"כ התם דפירש שלשה ומה שייר דהאי שייר וע"כ כונתו לשייר, ועי' לקמן שם דהר"י פירש דאין דברי ר"א אלא בשיש שם מיצר המבדיל ברוח רביעית ועי' מש"כ שם, ואפשר להוסיף דהכא אם ניתן לו תלם על פני המצרים נמצא שמכר לו שתי שדות, ואין זה במשמעות דבריו שכתב שדה סתם דמתפרש אחת, וכל כמה שאפשר לקיים דבריו בשדה אחת הכי עדיף, [ואף אי בסיים לו את הקרנות נימא דנוטל בכל קרן, מ"מ לכתחלה ודאי עדיף לפרש כונתו על שדה אחת], גם י"ל כמ"ש הרמ"ה והר"י דרב אסי לטעמיה דרב פריך ליה שיקנה כנגד ראש תור.

ונראה דלדעת הרא"ש גם במצר ג' רוחות ואחד מרגלי החי"ת קצר דנמי היינו פלוגתא דרב ור"כ ור"א, דאף אם נימא דלרב אסי כה"ג אין לו אלא תלם אחד על פני המצרים, מ"מ לרב ושמואל דיש לו כל השדה, שפיר שייך לדון אם קנה כנגד הקצר או ראש תור, [ובאמת דאף לפירוש רשב"ם ותו' ראוי לומר כן, אלא דלפ"ז לא

היו צריכים לאוקמי סוגיין רק בד' מצרים, כיון דלרב הנידון גם בב' מצרים וגם בג' [דגם בב' כן], והו"ל רק לומר דהא דפריך ליה רב אסי היינו לטעמיה דרב א"נ בד' מצרים, אבל הא דרב שפיר היה ראוי לקיים גם בב' מצרים וגם בג', ומשמע דס"ל להתו' דבב' או ג' מצרים אפשר דגם רב מודה לר"א דלא קנה אלא תלם אחד ע"פ המצרים, וצ"ע בזה], ועוד דגם לרב אסי י"ל דכה"ג יש לו כל השדה דרך במצר ג' רוחות שלמים ולא מצר הרביעי ס"ל לרב אסי דלא עבד אינש דמוכר שדה שלמה עם ג' מצרים ומשייר רק את המיצר הרביעי, הלכך מסתבר טפי דנתכוין לשייר כל השדה כנגד המיצר הרביעי, אבל כשמצר אחד קצר שפיר אמרינן כפשטיה דנתכוין לכל השדה כראש תור או כנגד הקצר, ולא דחקינן שנתכוין רק לתלם אחד על פני המצרים, אבל ברשב"א מבואר דגם בג' מצרים ואחד מרגלי החי"ת קצר לא קנה לרב אסי אלא תלם אחד ע"פ כולה עי"ש.

הא דאחד קצר ואחד ארוך, לכאורה לא משכחת לה אלא כשמצר רוח הקצר שייכת לשני אנשים והוא מצר בשל אחד מהן, ושכנגדה לאיש אחד וכמו שפירש רשב"ם, דאי כשנגדה שייכת לשני אנשים ומצר בשל שניהם, הרי היינו ומודה רב דקאמרינן דמדהזכיר שניהם ע"כ כראש תור קאמר, ואם שני המצרים שייכים לאיש אחד וברוח הקצר אמר כנגד חצי מצר של פלוני, ובשכנגדו אמר סתם מצר פלוני לכאורה היינו נמי כההיא דמודה רב דכיון דברוח אחת הזכיר חצי מצר ובשכנגדו מצר סתם ע"כ כראש תור קאמר, ולכן לא מיתוקמא אלא כשברוח הקצר המצר שייך לשנים והוא מצר בשל אחד מהם, ושכנגדו שייך לאחד ומצר בו בסתם, והדבר דחוק לאוקמי סתמא דגמ' דוקא בכה"ג, ולכן נראה דאף בששני המצרים שייכי כל אחד לאחד, ומצר בשל זה סתם ובשכנגדו כנגד חציו, דגם בזה קאמר רב דלא קנה אלא כנגד הקצר, ואמרינן דמה שמצר בשכנגדו סתם הוא משום שסמך על מה שבשכנגדו יפרש כנגד חציו, וממה שהרשב"ם לא פירש כן אין ראיה, דבזה גם לרב קנה כראש תור, די"ל דלא רצה לפרש כשהזכיר חצי מצר וכמש"כ שאין רגילות להזכיר חצי מצר.

שם א"ל ר"כ ור"א לרב ויקנה כנגד ראש תור, אם השדה של המוכר היא רק כנגד ראש תור זה, נראה דמודה רב דקנה כנגד ראש תור, דכיון דלית ליה טפי מזה מסתברא דמכר כל מה שיש לו בשדה זו, ועוד דאם נימא כנגד הקצר נמצא דמה שישאר לו יהיה ראש תור משולש דלא עבדי אינשי שדות בכה"ג, אבל יש להסתפק בזמן שיש למוכר כל השטח אבל שדה זו מסוימת במיצריה כראש תור מהו, מי אמרינן טעמיה דרב משום דלא עבידי אינשי דמחלקי לשדות כה"ג, והכא הרי חזינן דשדה זו מחולקת כה"ג, או"ד כיון דאפשר לפרש כנגד הקצר הרי המוציא מחבירו עליו הראיה, ודעת נוטה דלמעוטי בפלוגתא עדיף ולא אשכחן דפליג רב אר"כ ור"א בכה"ג, ואם מצר השדה כנגד הקצר יש להסתפק אם בזה מודו ר"כ ור"א לרב. נראה דאם כנגד הקצר ליכא שיעור שדה, דמודה רב דקנה כנגד ראש תור, ונמי מטעמא דאמרן דלמעוטי בפלוגתא עדיף.

מבואר ברמ"ה [בהא דצריך שימצור שתי רוחות], דאם מצר שתי רוחות כמין גאם דהיינו דרום מערב או מזרח צפון דמודה רב דקנה באלכסון מזה לזה דהיינו מחצית השדה, וכ"ה בטור, וכן ברשב"ם גבי הא דצריך למיכתב רוחין תריין.

לדעת הרא"ש דבשתי מחיצות לחוד ארוך וקצר קנה כראש תור מן הקצר, נראה דאם הקצר עומד כנגד אמצע הארוך דקונה כראש תור לשני הצדדים כגון כזה (א) ולפירוש רשב"ם ותו' יש לדון כשהקצר באמצע כגון כזה (ב) אם יעשו שני ראש תור, ונימא מצרים הרחוב בשתי הרוחות.

לדעת הרא"ש נראה דבציור שברשב"ם ותו' דהיינו שעשה ג' מצרים שלימות ומקצת מצר רביעי, דקנה הכל, ואמרינן דברוח רביעית סמך במה שהזכיר מקצת המצר, והרי לשמואל גם כשלא הזכיר מצר רביעי כלל קנה גם מצר רביעי, וכש"כ אי ליכא מצר ברוח רביעית דגם לרב היה זוכה ברוח רביעית כנגד רגלי החי"ת, גם בלא המצר הרביעי, ולא מסתבר דהוספת המצר תגרע.

נראה דבפירצה בקרן זוית כגון כזה דנמצא שני מצרים קצרים ושני ארוכים דמודה רב דמחברים הקצרים באלכסון מזה לזה, דהא גם לענין עומד מרובה אי לאו דפיתחא בקרן זוית לא עבדי אינשי היה חשוב כסתום, ולכן גם לרב אין לעשות בשניהם כנגד הקצר כזה ומש"כ הר"י וכ"ה בטור סי' רי"ט דאם מצר מזרח ודרום ארוכין ומצר מערב וצפון קצרים עושין שני ראש תור, למאי דפסקו כר"כ ור"א, היינו כגון כזה, דלרב עושין בשניהם כנגד הקצר ומרבעין את הכמין גאם של צפון מערב, ולר"כ ור"א עושין ראש תור מכנגד כל קצר לארוך, ומה שנדפס בסמ"ע וכן בטור בהגהות מהר"ח ציור דפירצה בקרן זוית צ"ע, דבפירצה בקרן זוית ראוי לחבר הקצרים באלכסון וכמש"כ, וגם אם לא נימא דמחברין הקצרים באלכסון, הרי ראוי לומר כרב דבשניהם כנגד הקצר, דאין שום הוכחה לעשות כראש תור, כיון דגם אם היה חפץ למצר בשניהם כנגד הקצר, היה צריך למצר את הארוכים, דאל"כ לא היה מקבל את כל השטח כזה, דרק מחמת הארוכים ממצרין כן, ולזה העיר בני אי"ש נ"י.

וכן בציור כזה (א) נמי לרב יקנה בשניהם כנגד הקצר, ולר"כ ור"א בשניהם כראש תור כפי הנקודות שביצור.

וכן בכזה (ב)

ויש לעי' בכזה (ג) מהו, ואפשר דבזה לכו"ע ממצרין כנגד רגלי החי"ת והמצר הרביעי אמרינן דמצרים הרחיב לו.

גמ' מצר ראובן מזרח ומערב כו' צריך למיכתב ליה מצר ראובן רוחין תרין כו', פירש רשב"ם דאם לא כתב כן אתי למיפלג ליה באלכסון, ובציור משמע שנוטל קו מאמצע השדה באלכסון, אבל לא נראה דא"כ אין כאן שימוש מצר כלל דשדות ראובן ושמעון אין ממצרין את האלכסון הזה, וגם לא עבידי אינשי דמזבני וזבני הכי קו אלכסון בתוך של המוכר, [ועוד דלמה לא יוכל ליתן לו חלק ישר מן השדה ע"פ כולה, דאורך החלק יהיה על גבול שמעון ושני הרחבים יהיו בגבול ראובן וכמו הציור שבתו' אלא שהקו אין לחייבו לעשותו באמצע, ויכול לתת לו חלק יותר קטן, ומ"ש תו' דלא הוי בין שדות ראובן ושמעון, צ"ע למה שהרי פוגש בשניהם, וכנראה כונתם משום שאינו שוה בשניהם, א"נ משום שאינו פוגש בכל ארבע השדות, ולכן כנראה כונתם כפי הציור שברשב"ם שיטול אלכסון מקרן לקרן, אבל הדבר קשה דסתם אדם שאומר שהשדה שמוכר היא בין שדות ראובן ושמעון לא עלה על דעתו שיחדשו מזה שנתכוין למכור רצועה באלכסון מקרן לקרן, וכונתו כפשוטו למצרי השדה, אם משתי רוחות או מארבע], אלא נראה כונת הרשב"ם כמ"ש ברמ"ה דאי לא כתב רוחין תרין אמרינן דנתכוין לרוח אחת משל ראובן ורוח אחת משל שמעון ונמצא שמצר כמין גאם כזה, ובכה"ג זכה באלכסון מזה לזה וכמש"כ לעיל, ונמצא שזכה בחצי השדה, וכ"ה בטור סי' רי"ט, וכן בציור במהרש"ל הקו האמצעי הוא יחיד.

ברמ"ה דקדק ממה דנקטו בגמ' מצר ראובן מזרח ומערב ושמעון צפון ודרום דדוקא בכה"ג מספקינן שנתכוין למצר ברוח אחת משל ראובן וברוח אחת משל שמעון, אבל אם מצר ראובן דרום ומערב ושל שמעון צפון מזרח שפיר זכה בכל

השדה אפילו לא כתב רוחין תרין, דכיון דמיצר דידהו רצוף חשבינן ליה כחד מצר ונמצא שמצר כל הד' רוחות, ובטור סי' רי"ט חלק בזה, ולכאורה יש כאן טעם אחר לקיים דברי הרמ"ה, דכיון דבמצר ב' רוחות כמין גאם זוכה באלכסון כמש"כ הרמ"ה, א"כ אם נתכוין לחצי השדה למה הוצרך להזכיר ראובן ושמעון הרי סגי שימצר בשל אחד מהן בשביל לזכות חצי השדה באלכסון, ומדהזכיר תרוייהו ע"כ נתכוין שיקנה כל השדה, [ודוחק לומר שהזכיר תרוייהו כדי לתת מקצוע דרום מזרח או מערב צפון ששניהם משותפין בו, ואיזה מהם שירצה, אבל אם היה מזכיר רק אחד מהן היה חייב לתת רק במצרין], ועי' להלן, ודוקא בזמן שראובן מזרח מערב ושמעון צפון דרום שאם יזכיר מצרי אחד מהן הרי לדעת הרא"ש והטור יזכה בכל השדה, וכמו בארוך וקצר דזכה כראש תור וממילא בארוכין זכה הכל, והלכך אמרינן דהזכיר תרוייהו כדי שיזכה רק בחצי השדה, דאמרינן דמצר רק ברוח אחת משל כל אחד מהן, [ואמנם הדבר דחוק לומר דהוסיף מצר שמעון כדי לגרוע, ועי' להלן].

ובאמת צ"ע לדעת הרא"ש והטור ממה שאמרו בסוגיין דצריך למיכתב ראובן רוחין תרין ושמעון רוחין תרין, והא סגי בראובן רוחין תרין לחוד לזכות בכל השדה, ומוכח מכאן דבשני מצרין כמבוי לא זכה בכל השדה וכדעת תו' והרמב"ן והרשב"א דס"ל דמצר שנים גרע ממצר ג' ולכו"ע לא קנה הכל, [ואפשר דלשמואל גם לא קנה אלא תלם ע"פ כל מצר בכה"ג, דכיון דגרע משלש י"ל דבזה כו"ע מודו לר"א], ומצאתי בעליות הר"י שכתב דאם מצר מצר אחד או ב' לא קנה אלא תלם אחד על פניהם כדאמרינן צריך למיכתב ליה רוחין תרתין, נראה כונתו כמש"כ ממה שהצריכו לכתוב גם בשמעון רוחין תרתין, [ויש לתמוה על הרמ"א סי' רי"ט ס"א שסתם כדברי הטור והרא"ש דמצר מזרח מערב או צפון דרום קנה הכל, וזה נגד הראשונים ז"ל הרשב"ם ותו' והרמב"ן והר"י והרמ"ה והרשב"א והמ"מ והנמו"י, ולמש"כ הדבר גם משמע בגמ', וכש"כ שהנידון להוציא מן המוכר, וצ"ל דהרמ"א לא היו לפניו כל הני ראשונים שזכרנו, והלכך לדינא אין בידנו להוציא כדעת הרא"ש נגד כל הני רבנותא, ומיהו י"ל דהראשונים ז"ל לא כתבו כן אלא אליבא דרב אסי, ולא אליבא דרב ושמואל, ולכן להפוסקים כרב שפיר אפשר לקיים ד"ז, ועי' להלן דמשמע דגם דעת ר"ח והרמב"ם והר"י כהרא"ש], וצ"ל דגמ' עסיק לפרושי במוכר שבא לפרש כל המצרים בהדיא, ואמרינן דאם לא יפרש רוחין תרין לא יפרש כל המצרים, ושפיר הזכירו בתרוייהו רוחין תרין כדי שיתפרשו המצרים בפירוש, אבל אה"נ דגם בראובן רוחין תרין כבר יזכה בכל השדה, וגם איכא נפ"מ לענין המיצר, דלענין מצר שאינו מובלע לא מסתבר שתהא עדיפות בשתי רוחות מבשלש רוחות, דטעם שכתב הרא"ש דקיצר במצרים שייך על גוף השדה ולא על המצר, והלכך בכתב רק ראובן רוחין תרין, לא יזכה במצר לרב, ואפשר דגם לא לשמואל, ושפיר נקטו בתרוייהו רוחין תרין שיהא הכל מפורש, (ודאיתאן עלה אפשר לקיים דעת הטור דאף במיצרי ראובן דרום מזרח ושמעון צפון מערב צריך לכתוב רוחין תרין, ואע"ג דהוי סגי ליה למצר באחד מהן מ"מ כשמצר בשניהם ולא כתב רוחין תרין לא נדייק מזה דנתכוין לכל השדה, דעביד אינש דמוסיף במצרים, וכש"כ דאיכא נפקותא איזה חצי יצטרך לתת כמש"כ לעיל).

שם איבעיא להו סיים לו את הקרנות מהו, יעוי' בעליות הר"י ונראה לכאורה דהיינו כזה שסיים לו את המצרים של הקרנות, ולא של אמצע השדה דהיינו יוסף ובנימין וגד ואשר, ופי' רשב"ם דאם לא קנה כל השדה הרי קנה קו שתי וערב שיחבר את הקרנות כפי הנקודות שבציר, נראה דעתו ז"ל דודאי לא נתכוין

למכור לו ארבע שדות בארבע הקצוות דשדה אחת כתב לו ולכן ע"כ לחבר את הקרנות, ועי' בעליות הר"י שהזכיר גם דאפשר שיתן לו ארבע הקרנות בפ"ע, [ועי' ברמ"ה פירוש אחר בסימון הקרנות], אבל קשה לפ"ז איך יתפרש כמין גאם, אם בסיים לו את הקרנות הוא סימן בכל קרן שתי רוחות, וע"כ דבסיים לו את הקרנות לא סימן בכל קרן אלא רוח אחת וכמ"ש להלן בפ"י רשב"ם, ובכמין גאם סיים בכל קרן שתי רוחות, ועי' להלן בפ"י הרגמ"ה בהא דבסירוגין, ומיהו לפירוש ר"ח ור"י בהא דכמין גאם שפיר יש לפרש סיים לו את הקרנות כמו שפירשנו, ועי' בלשון הרמב"ם פכ"א ממכירה הט"ז, ובכ"מ שם פירש בכונתו כפי' הרמ"ה שסימן שדה שהזוית שלה נוגע בזוית השדה הנמכרת, אבל אין לזה הכרח, ויתכן גם לפרש כונתו כמש"פ ומ"ש ולא סיים המצר שלכל רוח ר"ל שלכל הרוח.

ובלשון הרשב"ם משמע דפירש סיים לו את הקרנות דהיינו שמצר לו בציר שכתבנו את לוי ושמעון וזבולון ודן, או לוי ושמעון וישכר ונפתלי, וכיו"ב [אבל אין נראה כונתו כפירוש הרמ"ה שמצר לו בשדה שרק קרנה נוגע בקרן השדה דכל כי האי היה ראוי להאריך ולפרש, ואין זה בכלל סתם מצרים], ובכמין גאם ר"ל שמצר לו בציר הנ"ל את לוי ויהודה ודן ונפתלי, או את ראובן ושמעון וישכר וזבולון, דאף שהם מסמנים קרן אחד מ"מ כיון שכל אחד לרוח אחרת הר"ז כאילו סימן מעין פסי ביראות דהיינו תחלת מחיצה לכל רוח, וק"ק דלפ"ז צריך לפרש סיים לו את הקרנות, בדוקא כשסיים רק מצד אחד.

תוד"ה מצר ומשה"ק ר"י כו' דמצינן למימר מצרים הרחיב לו, לכאורה מצאנו מצרים הרחיב לו, כשלא מצר עדיין אותו רוח, דלפעמים מצר אותו במרחק, אבל כאן שכל מה שמצר את הקצר הוא כדי למדוד כנגדו אם כנגד ראש תור או כנגד הקצר, א"כ כבר מצר אותו רוח, ומה ענין להוסיף לו מצר נוסף ברחוק מקום. תוד"ה כמין גאם וקשה לפירושו דא"כ אמאי צריך למיכתב לעיל מצר ראובן לרוחין תרין כו', יעוי' בגליון בשם הערוך דגם ר"ח פירש כפר"י, ולענין קושיתם הנה אם היו קובעין בגמ' הא דראובן רוחין תרין לבתר הך בעיא, היה מתפרש שפיר דצריך לכתוב רוחין תרין דאל"כ יתפרש חד רוחא ויהיה כמין גאם דהיינו בעיין, ואין בזה קושי כ"כ מה שהקדימוהו בגמ' בהדי דעסקינן בראובן ושמעון, ועוד נראה דנפ"מ לענין מיצר דאף אם נימא דבכמין גאם קנה כל השדה מ"מ המיצרים ברוחות שלא מצרם י"ל דאין לו, עכ"פ לרב, דלא עדיף ממצר ג' רוחות, ושפיר ראוי לפרש רוחין תרין שיזכה גם במצרים, ופשטא דכמין גאם מתפרש כפר"י דהיינו ברוח אחת, וכמו בכל הש"ס, וגם איירי במיצרי השדה הרגילים, משא"כ לפירוש רשב"ם דיש לפרש בשתי רוחות ורק בקרנות. - לכאורה אם בכמין גאם כפר"י מספקא לגמ' שמא קנה הכל, ראוי לדייק מזה דבשני מצרים כמבוי קנה הכל, דכמבוי ודאי עדיף מכמין גאם שאפשר דנתכוין בו כראש תור, משא"כ בכמבוי, ולפי זה משמע דהר"ח והר"י יפרשו מצר אחד ארוך ומצר אחד קצר כפשוטו כפירוש הרא"ש דאיירי רק בשני מצרים כיון דע"כ עדיף שני מצרים משלשה, וליכא לקושית תו' בד"ה מצר, וכן בתו' שם כתבו דהר"י הקשה לפירוש רשב"ם, וכן דברי הרמב"ם בפכ"א ממכירה הט"ז שכתב או שסיים לו שני מצרים כמין גאם מתפרשים נמי כפיר"ח והר"י, וכ"ה בבהגר"א סי' רי"ט סק"ה ובבה"ג שם, ומ"ש בכ"מ צ"ע, וכן הוא הציור במ"מ שם, ולפי זה גם בדעת הרמב"ם יש לנקוט דבכמבוי קנה הכל, וכן פשטות לשון הרמב"ם שם הי"ג באחד ארוך ואחר קצר, כהרא"ש, וכ"נ מסתימת הרי"ף, ויש בכ"ז לסייע להרמ"א שנתקשינו בו לעיל.

ס"ב ב' בסרוגין מהו תיקו, מש"פ רשב"ם שמצר בסירוגין מרוח לרוח והנידון לחלק

כל השדה בראש תור, לו"ד ז"ל היה נראה דכה"ג כמצר כל הרוחות חשיב, שכבר כולן ידועות ע"י מצרים אלו, וגם דוחק לומר שנתכוין לעשות כראש תור כל שדה הן מה שמוכר הן מה שנשאר, וזה גם מוכיח שנתכוין למכור כל השדה, וסמך שכבר יהיו המצרים ידועים ע"י מצר זה, גם לפי הציור שברשב"ם הר"ז סיים לו את הקרנות לפי מה שפירשנו לעיל בדעתו דלא כהרמ"ה, וברגמ"ה בגליון פירש סירוגין כמו שצדדנו לעיל לפרש בסיים לו את הקרנות, והוא כפירוש רשב"ם בכמין גאם אלא שמצר כל הד' קרנות ולא רק שתיים, ולפירוש רשב"ם הר"ז בכלל בעיא דכמין גאם, או דבארבע הקרנות כמין גאם פשיטא דמכר הכל, ואפשר לקיים כפירוש הרגמ"ה אלא דאיירי דאיכא חמש שדות של אחרים בכל רוח, ומצר שלשה בכל רוח ודילג שתיים, ואפשר דאף שמצר כל הקרנות ודילג רק באמצע נמי מיבעיא לן, אף אי בכמין גאם נימא דמכר הכל, דכיון דהזכיר עוד מצר באמצע כל רוח, ש"מ דמחמת הקרנות לא הוי פסיקא ליה שכבר מצר כל השדה, ותו י"ל שלא נתכוין למכור אלא אלו שמצר, ואפשר דאיירי שלא מצר את כל הקרנות, או שלא מצר כל קרן משתי רוחותיו, (בציור שברשב"ם הוחלפו מקומות ישכר וזבולון זה בזה), וברמב"ם פכ"א ממכירה הט"ז כתב או שסיים לו חלק מכל רוח ורוח.

שם מצר לו מצר ראשון ומצר שני ומצר שלישי ומצר רביעי לא מצר לו אמר רב קנה הכל חוץ ממצר רביעי כו', בטור סי' רי"ט בשם ה"ר יונה כתב דמצר רביעי ר"ל מצר המבדיל בין השדות, וכמו שאמרו לעיל נ"ה א' המצר והחצב מפסיקין בנכסי הגר, ולעיל נ"ג ב' החזיק במצר לקנות שתייהן מהו מי אמרינן האי מצר אפשר דארעא הוא כו', ולפעמים הוא תל גבוה קצת, ולפעמים הוא שדה בור בין השדות שאינו נחרש ונזרע כמ"ש הרמב"ן בסוגיין, ולפעמים נוטעין בו אילנות, ולפי זה אפשר לפרש דמצר לו מצר ראשון ומצר שני ומצר שלישי דהיינו נמי שנתן לו מצרי השדה משלש הרוחות, ולא רק שמצר גבולות השדה, ואיירי שגבולות המצרים שמצר לו מגיעים עד מצר הרביעי של השדה ואו שמובלע הרביעי בהם או שהם מגיעים רק עד אליו, ובזה שפיר אפשר להבין טעמיה דשמואל דאפילו מצר הרביעי קנה, ואפשר דאף באינו מובלע, דאמרינן דבמה שסיים שלשת המצרים הוא סמך דממילא נבין דגם מצר הרביעי בכלל שהן הן גבולות השדה, ויש מקום לחלק בין אם הרביעי מובלע במיצרי הצדדים או לא, [ורב אסי סבר דלא עביד אינש דמפרש ג' מצרים ומשייר הרביעי וע"כ לכוונה מיוחדת דילגון], ולפי זה אם מכר לו חלק מאמצע שדהו בלא מצרים כלל, הרי לכו"ע משמצר לו ג' רוחות שפיר נקבע עי"ז גם מצר רוח הרביעית כנגד הצדדים, ולכו"ע קנה כל מה שבתוך המחיצות של הצדדים גם לרב אסי, ולא קנה חוץ ממצר זה כלום גם לא לשמואל, ואפילו אם יש מצר ברוח רביעית נמי י"ל דבאינו מובלע לא קנהו לכו"ע, דכיון דבג' רוחות אין לו מצר מהיכי תיתי נימא דברוח רביעית נתכוין להקנותו את המצר, אבל אם הוא מובלע י"ל דלכו"ע קנהו, דנימא דלכך לא הוצרך לפרשו משום שסמך על המצר, דרק בג' הרוחות שאין שם מצר הוצרך לפרש המצרים, וצ"ע בזה, וכן אם ברוח רביעית אין מיצר או שלא הגיעו מיצרי הצדדים עד למיצר, נמי לכו"ע מותחים חוט ממיצרי הצדדים זל"ז והוא מיצר רביעי.

וכן הדברים מתבארים בעליות הר"י וז"ל אמר רב קנה הכל חוץ ממצר ד' פר"ח ז"ל חוץ ממצר השדה ממש דכל השדה קנה עם ג' מצרי השדה אבל מצר ד' לא קנה הואיל ולא מצר לו מצר ד' והיינו דקאמרינן בסוגיין דבשדה לא שייר ולא מידי כלומר בגוף השדה לא שייר כלום אלא המצר הרביעי בלבד שייר וקאמרינן לקמן לפום חד לישנא דאע"ג דמובלע מצר השדה הד' בתוך המצרים שמצר לו לא קנאו

ונראה בעיני דדוקא כשיש שם מצר שהמצר חלוק הוא מן השדה והואיל ולא מצר לו מצר ד' לא קנה מצר השדה שבאותו רוח אבל אם אין שם מצר קנה הכל ואפילו תלם אחד לא שייר שהרי כל השדה נכללת בתוך ג' מצרים ואפילו לרב אסי דאמר לא קנה אלא תלם אחד ע"פ כולה דוקא כשיש שם מצר ברוח ד' דכיון דשייר המצר שהרי היה צריך למצור לו מצר ד' כדי שיקנה המצר אמרינן דשייר נמי בכל השדה עכ"ל, והדברים מבוארים דכשאין מצר ברוח רביעית לכו"ע קנה כנגד מצרי הצדדים, בין שיש מצר בצדדים בין שאין שם מצר, ורק כשיש גם מצר ברוח רביעית ולא פירשו, בזה נחלקו, ובטור סי' רי"ט העתיק דברי הר"י עי"ש ומ"ש בתר הכי בד"א שלא קנה מיצר רביעי כשאין מובלע בין המצרים כו', האי בד"א לא קאי אמ"ש קודם דכשאין שם מיצר קנה הכל, דזה ודאי מיירי במובלע בין המצרים, דהא קונה רק מה שכנגד מיצרי הצדדים, ורק על מ"ש דבאיכא מיצר ברוח רביעית ולא מצרו לא קנה ע"ז קאי הך בד"א.

ולהאמור שפיר הדברים מתחורין כמ"ש הרא"ש לעיל א' דמצר לו מצר אחד ארוך ומצר אחד קצר מתפרש שפיר שלא מצר אלא ב' רוחות אלו, ומ"מ ס"ל לרב אסי שפיר דקנה כל השדה שביניהם ולא רק תלם אחד, דדוקא בשדה שיש לה ד' מצרים ומצר שלשה מהם והם מגיעים עד הרביעי ונמנע מלמצר את הרביעי, בזה ס"ל לר"א וכן לרב דע"כ נתכוין לשיירו, וס"ל לר"א דלא רק את המיצר נתכוין לשייר אלא גם כל שכנגדו, ולא מכר אלא תלם אחד לאורך כל מיצר שמצר, אבל בשדה שאין לה מצרים או אפילו יש לה ולא מצר אלא ב' רוחות, אמרינן דלא רצה להאריך וסמך שמשני מיצרים אלו כבר ידעו למצר את השדה.

ויש להוסיף דההיא דמצר אחד ארוך ומצר אחד קצר, ע"כ איירי בידוע שמצר המצרים לדעת מדות השדה, דהא המוכר לחבירו שדה זו סתם ויש לה מצרים קנאה כולה כמ"ש הרא"ש בסוגיין, וכמו דקנה כולה בנכסי הגר לעיל נ"ד א', [ולקמן ס"ט ב' ילפינן למצרים מן התורה], וא"כ אם השדה יש לה מצרים והוא נתן בה סימן שהיא במצר ראובן ממזרח, א"כ הו"ל כאומר שדה זו, דראוי לקנות כולה כפי המצרים, וע"כ איירי שאינה מסוימת במצרים וכגון שמוכר לו מקצת משדהו וצריך למצרים שמצר לדעת מדתה, וכל כה"ג ליכא לפלוגתא רב ושמואל ור"א דלכו"ע קנה כפי מה שמצר ושפיר פליגי אם נתכוין כנגד הקצר או כנגד ראש תור, וצ"ע בתו' ובשאר ראשונים שכתבו דלרב אסי גם באחד קצר ואחד ארוך לא יטול אלא תלם ע"פ המצרים, ושמא ס"ל דלר"א כלל הוא דכל שלא מצר ד' רוחות אין לו אלא תלם אחד ע"פ המצרים, והא דאמרינן דסבר לה כרב דאמר שיוירי שייר ומדשייר במצר שייר נמי בכולהו, היינו לאפוקי מדשמואל דסבר דקנה גם המצר הרביעי, ונמצא דמצר באמת כל השדה כולה, דלדידה ודאי קנה הכל, אבל אם רוח רביעי לא מצר אמרינן לעולם דלא נתכוין אלא תלם ע"פ המצרים, אבל א"א לפרש כן בעליות הר"י שכתב בהדיא דבליכא מצר ברוח רביעי קנה הכל גם לרב אסי [הובא לעיל], ומ"מ הקשה קושית תו' דלרב אסי במצר אחד ארוך ואחד קצר ראוי להיות שאין לו אלא תלם אחד ע"פ המצרים, ואפשר דע"כ לא קאמר הר"י דבדליכא מצר ברוח רביעית קנה הכל גם לר"א אלא כששדהו של המוכר נגמרת שם, ולא כשהיא נמשכת.

שם אמר רבא הלכתא קנה הכל כו' ולא אמרן אלא דלא מבלע כו', לכאורה משמע דרב ושמואל ור"א פליגי בין במבלע בין בלא מבלע, ורק רבא מפליג ביניהם לענין הלכתא, וצ"ע.

שם וכי מבלע נמי לא אמרן כו', נראה דבמבלע בגוונא דלא קנה מצר רביעי, הרי גם

כנגד המבלע לא קני, דאין סברא שיכוין להקנותו מקצת ממצר הרביעי ולא כולו, ואמרינן דמצרים הרחיב לו במה שהאריך המצרים כנגד מצר הרביעי.

שם שודא דדייני, יעוי' בתו', ונראה דהכא ר"ל דעיקר הדין הוא דלא אתמר הלכתא לא כמר ולא כמר ודעביד כמר עביד ודעביד כמר עביד, אלא דבדיני ממונות שהדיין קובע הלכה לחייב הבעל דין, לא יתכן לחייבו על סמך דעביד כמר עביד, אא"כ הדיין עצמו דעתו כמר דעביד כוותיה, וכמ"ש תו' וס"ל לדיין כחד מיניהו, ואי מספקא ליה יש לו לדון המוציא מחבירו עליו הראיה, ובכאן שהדבר תלוי בדעתו של המוכר נתנו חכמים רשות לדיין לשתף בהכרעתו לפי מה שנראה לו מן הענין, אם היתה דעת המוכר למכור, והיינו שודא דאמרינן דכיון שהנידון הוא רק בדעתו של המוכר, שפיר יש לדיין לאמוד דעתו, ועל פי זה לדון בכח דעביד כמר עביד.

ובכל הני שהביאו תו' דקבעו חכמים חלוקה מכח ספק, הדבר מובן מאד, דבספיקות ששני הצדדים מסופקים והנידון בתחלת הסכמתם קודם שאירע דבר, הרי בהחלט היושר מחייב שיסכימו ביניהם על חלוקה, כגון אחים שבאים לחלוק בכספים ובקרקע וראוי לדון מה יהא כשיטרוף בע"ח חלקו של אחד מהן אם לדונם כיורשים או כלקוחות, שפיר ראוי להם לקבוע חלוקה מכח ספק, ולא להתחשב במה שעתידים להיות מוחזקים, וכן אם להחשיב כסף הקדושין בכתובתה, או מלוה שעמו אם לחשבה כראוי או כמוחזק, וכן בדרו באגרא ואיתבר אם לחשבו כפשיעה או כאונס, בכל הני ראוי לכתחלה שיסכימו ביניהם על חלוקה מחמת הספק, ולאחר שנקבעה הלכה כן, הרי תחלת הסכמתם על דעת כן.

שם א"ל אב"מ מ"ש הכי ומ"ש הכי אישתיק אמר אב"י אנא סברי מדאישתיק קבולי קבלה כו', יש לעי' הא אב"י לא חידש ליה שום טעם או סברא, ומהיכי תיתי הוי סבר דהדר ביה, ועוד דמאי פריך אב"י מ"ש הכי ומ"ש הכי, הא שפיר מובן חילוק ביניהם, ואפשר דאב"י פריך דמ"מ מידי ספיקא לא נפקא, דגם פלגא דאית לי בארעא, יכול להתפרש פלגא בארעא דאית לי, וראוי שיהא המוציא מחבירו עליו הראיה, והיינו דקאמר מ"ש הכי ומ"ש הכי נהי דכאן יש משמעות טפי דכל הפלגא קאמר מ"מ מידי ספיקא לא נפקא, ולכך הוי סבר דרבה קיבלה, אבל ברשב"ם כתב דאב"י פריך דגם בפלגא בארעא דאית לי יקבל פלגא, והדבר צ"ע דהא אף אם ניתן לפרש דפלגא כוליה קאמר, מ"מ גם ניתן לפרש דריבעא קאמר וראוי שיהא המוציא מחבירו עליו הראיה ומאי פריך ליה אב"י, ונראה דטעמיה דהרשב"ם משום דבתר הכי נמי א"ל אב"י כי האי לישנא דמ"ש הכי ומ"ש הכי והתם אמרינן בהדיא סבור מינה אידי ואידי פלגא, אבל אין הכרח להשוותם, והתם שפיר הוי ס"ד דס"ל לאב"י דלשון פסיקא ופליגא כי הדדי נינהו ותרוייהו מתפרשי אפלגא, ועוד דסתם מכר ראוי לפרש אדבר המסוים כל שאפשר לכללו בלשונו, ועוד דלמסקנא באמת היתה כונת אב"י דבתרוייהו ט' קבין, דהא בדברי רבה לא נזכר ואלין מצרנהא, ויש לפרש נמי דפריך משום שהלשון מסופק וראוי להיות המוציא מחבירו עליו הראיה, וכמו שפירשנו, וה"נ דכוותה.

ונראה דלכך נקטו בגמ' באידך מימרא דרבה דאב"י סבר בתרוייהו פלגא, וכן ברשב"ם בהך מימרא, משום דמשמע דכד אמר רבה רישא דמילתיה דפלגא דאית לי בארעא קנה פלגא לא הוי קשיא ליה לאב"י מידי, וכן באידך מימרא כד אמר לרישא דמצר ארעא דמינה פליגא פלגא נמי לא הוי קשיא ליה לאב"י, ורק כד אמר סיפא פריך ליה מ"ש הכי ומ"ש הכי, דלשון מ"ש הכי מתפרש מה נשתנה השני מן הראשון, ואפשר עוד דפשוט ליה להרשב"ם דפלגא דאית לי בארעא הוא לשון מוחלט על כל הפלגא ולכן ע"כ לפרש דאב"י פריך רק אפלגא בארעא דאית לי, דגם

לשון זה מתפרש אכוליה פלגא.

ברמב"ם פכ"א ממכירה הכ"ג וכן בשו"ע סי' רי"ח סכ"א איתא חצי השדה שיש לי לא קנה אלא רביע, ונראה דצ"ל חצי בשדה שיש לי כלשון הגמ', וכ"ה בטור שם כלשון הגמ', אבל השדה לכאורה הדבר תלוי בלשונו שאם הסמיך את השדה לחצי ואמר חצי השדה, שיש לי, דין הוא שמכר כל החצי, ואם אמר חצי, השדה שיש לי, לא מכר אלא רביע, דמתפרש כמו חצי מן השדה שיש לי, [ועי' בפ"ת בחו"מ שם], וממילא בשטר ראוי שיהא הדבר ספק, וצ"ע.

יש לעי' כשהיתה שותפותו בקרקע בשליש או רביע מן השדה, וכתב פלגא דאית לי בארעא, אם מכר הכל, ופלגא לאו דוקא, [ואשכחן חצי מטה מנשה דאינו מחצה כמבואר בחלוקת הארץ ביהושע], או דכיון דלשון פלגא בסתמא מתפרש חצי, אית לן לדחוקי ולומר דפלגא מדאית לי בארעא קאמר, ולא מכר אלא חצי ממה שיש לו, [ובסמוך נמי אשכחן מצר ארעא דמינה פלגא דנוטל ט' קבין], ועי' חו"מ סי' רי"ד ס"ז בהגה"ה.

ס"ג א' אי א"ל אלין מצרנהא פלגא כו', ברשב"א בשם הרא"ם פירש דממה שפירש המצרים מוכח שמכר פלגא, דאל"כ מצרים ל"ל, ולפי זה הול"ל אי א"ל מצרנהא, ולשון אלין מצרנהא משמע דלא סגי במה שהזכיר המצרים, אא"כ כתב אלין, ועי' לקמן ס"ח א'.

שם ארב"ק ת"ש דתניא האומר תנו חלק לפלוני בבור סומכוס אומר אין פחות מרביע כו', דעת הרי"ף דכיון דפשוטו מינה בגמ' סתם משמע דהכי הילכתא, ולא פליגי רבנן עליה דסומכוס, וגם לא אמרינן דסומכוס לטעמיה דממון המוטל בספק חולקין, אבל דעת הרא"ש דסומכוס לטעמיה ולא קיי"ל כוותיה.

שם ת"ר בן לוי שמכר שדה לישראל וא"ל ע"מ שמעשר ראשון שלי מעשר ראשון שלו כו', מסקינן דשייר מקום מעשר לעצמו, ולפי זה הוא הסכם שותפות התלוי בברירה ומשתנה משנה לשנה דכשיעשה מעשר איגלאי מילתא שזה גדל בחלקו של הלוי, וכשהישראל מפריש מעשר הוא בשליחותו של הלוי דהא עושה מעשר פירותיו של הלוי, ולכאורה מוכח מכאן דאפשר לעשות שליח לעשר מפירות שלא באו לעולם, דהא ודאי משמע שאין הישראל צריך לקבל שליחות מהלוי לאחר שהפירות גדלו, ועי' בזה בתו' נזיר י"ב א' ובתה"ד סי' קפ"ח ובמש"כ בחו"ב תרומות ס"ד סק"י, ושמא הכא שאני שכבר זכה הישראל זכות זה בשדה, דאם הלוי יאמר שאינו מסכים שהישראל יעשה מעשר מפירותיו, מסתבר דכה"ג נימא דאיגלאי מילתא שלא זכה בפירות כלל, ויעשר הישראל ויתן המעשר למי שירצה, דתחלת ההסכם הוא שהפירות שיוכל הישראל לעשותם מעשר בשליחות הלוי הם הם שיתברר שגדלו ברשות הלוי.

ויש לעי' לפ"ז כשאמר לי ולבני והשאיר בן קטן מהו, הרי לאו בר שליחות הוא וכיצד יוכל הישראל לעשר מפירותיו, ואף דאפטרופס מעשר של יתומים וכתבו תו' גיטין מ' ב' דהוא מדין הפקר ב"ד, היינו שיוכלו לאכול, אבל לא מצאנו שיהא הפקר ב"ד שיוכל לעשר מפירותיהם על שלו, ואת"ל דכיון שא"א לעשר פירותיהם הללו אלא א"כ יעשה אותם מעשר על שלו, הרי גם לזה אמרינן הפקר ב"ד הפקר, אכתי יש לשאול דנמצא מעשר מלקוח על שלו, דכיון דהפקירום ב"ד ונתנום לו הרי הוא כלוקח וכיצד יעשר מהם על שלו, ואם נימא דכל כה"ג הפקירו ב"ד את הפירות ונתנום ללוקח מתחלת גידולם, א"כ במה יתחייב הלוקח אח"כ לתת להם את המעשר, ושמא אמנם כן דכשהם קטנים וא"א לעשר מפירותיהם על שלו, הרי זה כאילו מעכב הלוי מלעשות מעשר וכל כה"ג איגלאי מילתא שלא זכה בהם, ואמנם

לא יתחייב לתת להם את המעשר אלא מהיות טוב, וצ"ע. נראה דאם הלוקח עישר על פירותיו ממקום אחר, דאיגלאי מילתא שלא זכה הלוי בכלום, דהא משדהו ליכא מעשר, וכן אם הכניסם דרך גגות וכיו"ב, וכש"כ שיכול לזרוע מינים הפטורים ממעשר, שו"ר במל"מ פ"ו מה' מעשר ה"כ שהביא ירו' דמאי דאם אמר ע"מ שהמעשר שלי ד' או ה' שנים אינו רשאי לזרוע דברים הפטורים ממעשר, עי"ש.

בחולין קל"ד א' רמינן ברייתות אהדדי דתני חדא על מנת שהמתנות שלי נותנן לכל כהן שירצה ותני חדא דהמתנות שלו, ומפרשין דפליגי אם על מנת שיורא הוא או לא, והרמב"ם בפ"ט מבכורים הי"א פסק דלאו שיורא הוא ונותן המתנות לכל מי שירצה, [נראה טעמו ז"ל משום דהתם במתני' קל"ב א' קתני ואם אמר חוץ מן המתנות, ומשמע דוקא באמר חוץ ולא באמר על מנת, [שו"ר שכ"כ בבעה"מ שם], וגם בגמ' שם קל"ד א' הקשו בפשיטות ע"מ אחוץ קרמית חוץ שיורא ע"מ לאו [שיורא], ובפ"ו מה' מעשר הי"ט פסק לסוגיין דע"מ שהמעשר שלי דשיורי שייר, ונתקשו בזה הש"ך והט"ז ביו"ד סי' ס"א, ולכאורה י"ל בפשוטו דבמתנות שהם בעין אין ראוי לשמש על שיורן בלשון על מנת, אלא בלשון חוץ, משא"כ במעשר שהנידון במעשר שאינו בעולם, והנידון במעשרות שלעולם לא יתכן לומר חוץ מן המעשרות, ושפיר ניתן לשמש בלשון על מנת גם על שיור לומר שהמכירה היא באופן שהמעשרות ישארו שלי, ולכן אין לנו לחדש דתנא דעל מנת שהמעשרות שלי יסבור גם בעל מנת שהמתנות שלי דשיורא הוי, אח"כ ראיתי במחנה אפרים הלכות דבר שלא בא לעולם ס"ה כדברים האלה.

והא דהתנאי שם במתנות אינו מועיל לבטל המקח כתב רש"י שם שאין בו כח להתנות, נראה כונתו שאם היה אומר על מנת שתתן לי את המתנות היה שפיר מועיל התנאי, שהוא מתנה על זכות טובת הנאה שיהיה ביד הלוקח, אבל ע"מ שהמתנות שלי מתפרש שיהיו שלו אף שהישראל השוחט לא יתנם לו, וזה אין בו כח להתנות, וכן נראה בלשון הרמב"ם בה' בכורים שם שכתב הואיל ולא שייר לו בהן שותפות לא קנאם בתנאי זה.

ובתו' שם כתבו בחד תירוץ שהתנו שלא יהא המקח בטל אם לא יתן, וצ"ע דא"כ אין כאן תנאי, ועוד דאם הוסיפו בתנאי שלא יבטל המקח הרי מלשון זה ראוי ללמוד אם נתכוין לשיור או לתנאי וזה לא נזכר בברייתא, ועוד תירצו דהוי כמו מתנה על מה שכתוב בתורה כיון שמן הדין יכול ליתן לכל כהן שירצה, וג"ז קשה דלמה לא יוכל להתנות שהישראל יתן לו זכות טובת ההנאה שלו, ואם משום כהן המסייע בבית הגרנות לא מסתבר דמשום זה יבטל התנאי כדין מתנה על מה שכתוב בתורה, וברא"ש חולין שם משמע דכילל לתירוץ רש"י ותו' בחדא דאין בו כח להתנות משום דהתנה על מה שכתוב בתורה, נראה כונתו שהתנאי היה שהמתנות יהיו שלו ולא שהישראל יתנם לו, וכמו שנקטנו בפרש"י, והיינו מתנה על מה שכתוב בתורה, וכנראה פירש כן בכונת תו'.

בעליות הר"י בסוגיין כתב דתנא דמעשרות סבר כמ"ד בחולין שם במתנות דשיורא הוי א"נ דכו"ע ס"ל הכא שיורא הוי דאי תנאה הוי הו"ל האי מעשר לגבי בן לוי חלף שכרו, [וכ"כ הרא"ש בסוגיין דלכך הוי שיורא ולא תנאי דבתנאי לא מצי לאתנויי דלא שקיל לוי חלף עבודתו אלא בשביל תנאי], וצריך פירוש דהא התם בחולין נמי במתנות כהונה איירינן, ואסור לסייע בבית הגרנות וצריך שהכהן יקבלם חלף עבודתו באהל מועד ולא מחמת התנאי, ואפשר דלוי הנותן טבלו לישראל במתנה ע"מ שיעשה אותו מעשר על טבלו של הישראל ויחזור ויתנו לו לוי זה בתורת מתנות

לויה דאין כאן משום מסייע בבית הגרנות כיון שהכל של הלוי והיה יכול להשאירו שלו ולעשותו מעשר על של ישראל, והלכך שם בחולין אם היה מתנה שהישראל יחזור ויתן לו את המתנות בתורת מתנות כהונה, לא היה בזה איסור מסייע, דה"נ היה יכול לשיירם, לכך מפרשין התם דתנאי קאמר, [ורק משום שהתנה שישארו שלו לכך הוי מתנה על מה שכתוב בתורה ויכול הישראל ליתנם למי שירצה], משא"כ במעשר שהנידון על מעשר של כל השנים ואין כאן דבר מסויים לשייר, ולעולם ביד הישראל לגרום שלא יהיה מעשר בשדה זו, הלכך אם היה מתנה תנאי שהישראל יתן לו את המעשר היה חשיב מסייע, לכך מפרשין דשיירו למעשר.

הקשה מרן זללה"ה בדמאי סי"ד סק"ד אמאי לא פשטין בנדרים ל"ו ב' בעיא דהתורם משלו על של חבריו טובת הנאה של מי מסוגיין דחזינן שהלוי זוכה במעשר שנתן רשות לישראל לעשותו כמעשר על פירותיו, ואפשר דלא קמיבעיא לן התם אלא בסתמא אבל אם התנה התורם עם בעל הפירות שהטובת הנאה תהיה שלו שמא מהני, ואף אם גם זה בכלל הבעיא, אכתי נחא ליה למיפשט מהא דר"י דאמר בהדיא דאף בסתמא טובת הנאה של התורם.

שם ואם אמר לי ולבניי מת יתן לבניו, נראה דעיקר החידוש הוא דאם לא אמר ולבניי, אין להם כלום, דמה שאם אמר נותן לבניו, אין בזה חידוש כ"כ דשפיר יורשין בניו מה דשייר אבוהון לעצמו, ולכאורה היה נראה דהא דבלא אמר, אמרינן שלא נתכוין אלא לו ולא ליורשיו, דהוא משום שהנידון במתנות לויה, ואין זה אלא מעין מכירי כהונה כלפי ישראל, אף שהוצרך לשייר זכות בגוף השדה, ובזה אמדינן סתמא דעת בני אדם שלא נתכוין אלא לעצמו, אבל אם התנה ע"מ שעשירית הפירות לי הרי אף שלא אמר ולבניי שפיר יורשין בניו, דלמה זה נאמר דממון זה לא נתכוין להורישם, אבל גם הרמב"ן והרשב"א שנחלקו על הרשב"ם בדיוטא וס"ל דע"מ שדיוטא העליונה שלי דיורשים בניו זכות זה בסתמא, לא הזכירו בטעם החילוק בין מעשר לדיוטא הא דמעשר הוא מתנות לויה ואין לבעלים בהם אלא טובת הנאה, ורק חילקו משום שמעשר הוא דבר שבעתיד ואינו קצוב, [והרשב"א כתב שאם יתן קצבה של שנים למעשר שלו יירשו בניו גם בסתם], ולפי זה משמע דאף באמר על מנת שעשירית הפירות שלי לא יירשו בניו אם לא אמר ולבניי, וצ"ע.

יש לעי' כששייר לעצמו בלשון חוץ אם גם יש מקום לומר שלא יירשו בניו. יעוי' בבהגר"א סי' ר"ט ס"ק כ"ז במה שתמה על הרמב"ן והרשב"א שטרחו לחלק בין מעשר לדיוטא, מהא דמשמע לקמן קמ"ח א' דאי משכחת לה זכות פירות שלא בגוף או זכות דירה בלא קנין בגוף דאין יורש יורשה, וכנראה ר"ל ז"ל דבזה נחא הא דבעי שיאמר לי ולבניי, ולא זכינו לכונתו ז"ל דהא הכא שייר מקום מעשר.

שם אמאי אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, גם אם אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אכתי לא נתבאר באיזה קנין קנה המוכר מן הלוקח את הטובת הנאה שבפירות, וגם טובת הנאה אינה ממון שיקנה אותה הבעלים בקנין, עי' ב"מ י"א ב', וכש"כ בדבר שלא בא לעולם, ואפשר דאי אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ה"ה דאדם משייר דבר שלא בא לעולם, וא"צ קנין ונשאר שלו, וזו נראה כונת מרן זללה"ה בדמאי שם, וצ"ע, גם י"ל דאה"נ דהו"מ למיפרך הכי, אלא דעיקרא דגמ' לפרושי קושטא דמילתא דשיורי שייריה למקום מעשר, ולא רצו להאריך, אבל בתו' ל"מ כן אלא דלר"מ הוי נחא, ועי' במש"כ מרן ז"ל שם.

שם כיון דא"ל על מנת שמעשר ראשון שלי שייריה למקום מעשר, כלומר דכיון דחפץ שהמעשר יהא שלו על כרחך שייר לעצמו קנין בגוף לפירות המעשר, וכתב בשטמ"ק קמ"ח א' בשם תו' הרא"ש דאף אי בנותן דקל חוץ מפירותיו לא

שייר לעצמו אלא פירות ולא גוף לפירות, מ"מ במעשר כיון שאין הלוקח מפסיד אלא טובת הנאה, שפיר השאיר לעצמו גוף לפירות. - מבואר שם בגמ' דבעל מנת פשוט טפי דמשייר מקום מעשר מבחוץ עי"ש בתוד"ה אן, ונראה דהיינו משום דעל מנת מתפרש הריני מוכר לך באופן שהמעשר ישאר שלי.

לשון הגמ' שם בדקל לאחד ופירותיו לעצמו דשייר מקום פירי, ובפשוטו היינו ששייר לעצמו דקל לפירות, אבל לשון התו' שם מקום צימוח הפירות, ובטוש"ע סו"ס ר"ט כתבו דשייר לעצמו הענפים ואין ללוקח אלא הגזע לכשייבש, ולא נתפרש למה צריך לשייר הענפים ולא סגי ששייר גוף לפירות כמו פרה לעוברת וחורבה לאוירה, ואטו אם יתוספו ענפים לא יהא לו בפירות שבהם.

שם אר"ל זאת אומרת המוכר בית לחבירו וא"ל ע"מ שדיוטא העליונה שלי דיוטא העליונה שלו, לפירוש תו' לקמן ס"ד א' וכן הסכים הרמב"ן מתפרש שמוכר דיוטא ומשאיר לעצמו זכות שימוש בה להנחת זיזין, וא"א לקנות זכות שימוש אלא זכות בגוף לשימוש, ואמרינן דלכך נתכוין שישאר לו זכות בדיוטא לשימוש, וכדתניא בתוספתא ובירושלמי הובא בנמו"י המוכר עוברי בהמתו לחברו לא עשה כלום כו' המוכר מעשרות שדהו לחבירו לא עשה כלום המוכר אויר חורבתו לחבירו לא עשה כלום אלא מוכר לו בהמה ומשייר עוברת כו' מוכר שדות ומשייר מעשרות כו', והיינו דממעשרות שמעינן דכששייר לעצמו אמרינן דבעין יפה שייר דהיינו גוף לפירות, וזה לרב זביד דשייר לעצמו זכות בדיוטא, אבל לר"פ אין לו שום זכות בדיוטא, והאויר שמעל לדיוטא נשאר שלו אף כשלא אמר על מנת שהדיוטא שלי, כדמסקינן דסתמא לא מכר אלא הבית ולא עומקא ורומא, ויכול לבנות לו בית מעל הדיוטא שאינה נסמכת על הדיוטא, ואהני תנאו שאם בנה לעצמו בית מעל הדיוטא שאינה נסמכת על הדיוטא ונפלה הדיוטא, שיכול לחייב את בעל הדיוטא לחזור ולבנותה, והיינו דפרכינן דלר"פ מאי זאת אומרת הרי אינה ענין להא דמעשרות, ורק דממילתא יתירא דאתני מפרשינן דלכך נתכוין, (ובאמת גם לשון ע"מ שהדיוטא העליונה שלי קשה לפרש על שעבוד לבנותה מצד הלוקח, וצ"ל דהכי מפרשינן ע"מ שהדיוטא העליונה תשמש בשבילי להיות תחת העלייה שאבנה).

ובאמר לשון חוץ מן הדיוטא לכאורה לא ניתן לפרש בלשון זה לחייב את הלוקח לחזור ולבנותה, ורק לר"ז אפשר לפרש דחוץ מן הדיוטא שמשאיר לעצמו זכות שימוש בה קאמר, ואפשר לפרש כן הא דאמרינן לקמן קמ"ח ב' דחוץ מן הדיוטא הוי שיור ואלבא דרב זביד, אבל הרמב"ן פירש דהנידון בדיוטא לאחר אם שייר, ולעצמו שייר, לא ניתן לפרש אלבא דר"פ דהאויר שמעל הדיוטא אי אפשר למכור לאחר דהיינו אויר חורבתו, ולעצמו אין צריך תנאי דבסתמא האויר משוייר, ולענין לחייב לחזור ולבנותה הוא נידון צדדי אם לפרש כן מה שהוסיף להתנות ואינו ענין לנידון שיור דסוגיא דהתם, ומשמע דזה אפשר לקיים גם לר"פ דחוץ מן הדיוטא יחייב את בעל הדיוטא לבנותה אם נפלה.

ס"ג ב' אמר ר"ד מנהרדעא האי מאן דמזבין ליה ביתא לחבריה אע"ג דכתב ליה עומקא ורומא צריך למכתב ליה קני לך מתהום ארעא כו', מדקאמר אע"ג דכתב ליה עומקא ורומא משמע דגם אם לא כתב ליה עומקא ורומא מ"מ אם כתב ליה מתהום ארעא כו' סגי בהכי וכמ"ש הרא"ש ובשו"ע סי' רי"ד ס"ד, וכבר רמז לזה הגר"א ז"ל שם, וגם אם היה צריך תרוייהו היה ראוי לומר צריך למיכתב עומקא ורומא ומתהום ארעא כו'.

שם מ"ט דעומקא ורומא בסתמא לא קני כו', כל זה מדברי רב דימי, דעיקר חידושיה הוא דבסתמא לא קנה עומקא ורומא, וכמ"ש הרשב"א וכדמוכח מהא דלא פרכינן

עליה מאי קמ"ל תנינא לא את הבור ולא את הדות אע"פ שכתב לו עומקא ורומא, אלא אמרינן לימא מסייע ליה כו' ואס"ד בסתמא קני כו'. - עי' מש"כ לקמן ס"ט ב'. שם דלא כתב ליה והא אע"פ שכתב לו קתני ה"ק אע"פ שלא כתב לו כו', צריך יישוב אמאי דחקינן כולי האי לאפוקה למתני' מפשטה, ולא שבקינן דליהוי סייעתא לר"ד, ונראה דלאו דוחקא הוא דמתניתין לית לן לפרושי דאע"פ שכתב כו', דמחמת מילתא יתירא קאמר, אלא מתניתין אשמועינן דאע"ג שמכר עומקא ורומא מ"מ אין בכלל זה בור ודות, דעומקא ורומא מתפרש אקרקע ואויר כמות שהם, והלכך אם קושטא הוא דבסתמא קנה עומקא ורומא היה ראוי לתנא למיתני אע"פ שמכר עומקא ורומא, והיינו דמפרשינן דה"ק אע"פ שמכר לו עומקא ורומא, ומשכחת לה נמי בדכתב ליה ופירש שהוא מוכר העומק והרום שיוכל להשפיל ולהגביה, באופן שלא הוסיף לשון לדרשו, אלא שפירש מה שבכלל מכירה סתם, א"נ שכתב לו הריני מוכר לך בית זה שכולל גם עומקא ורומא, דלשון זה מובן דלאו לאוסופי נכתב אלא לפרש הסתמא.

ס"ד א' כיון דגבוה י' טפחים חשיב, עי' מש"כ לעיל ס"א א' ד"ה ויש. מתני' וצריך ליקח לו דרך, נתבאר לעיל ס"א א'.

שם ומודה ר"ע בזמן שאמר לו חוץ מאלו שא"צ ליקח לו דרך, בשו"ע חו"מ סי' רי"ד ס"ב בהגה"ה איתא בהני דא"צ ליקח לו דרך, דהיינו דוקא כשאין דרך אחרת, אבל כשיש דרך אחרת בכל ענין צריך ליקח לו דרך זו אם חפץ בה, ויש לעי' באמר חוץ מאלו דפירש רשב"ם הטעם משום דהוסיף תנאי זה שלא לצורך ולטפויי מילתא אתי, אם בזה א"צ ליקח דרך גם כשיש לו דרך אחרת, דהא מ"מ הוסיף שלא לצורך, או"ד עביד אינש דמפרש גם מה שלא צריך, וכמו לרבנן דאמרינן דהוסיף חוץ מאלו בכדי.

ויש לעי' בעיקר הדבר הרי שהמוכר אומר שלא חשב כלל בענין דרך, ופירש חוץ מאלו רק לפרש שלא מכרן, אם גם בזה אמרינן דא"צ ליקח לו דרך, ובפשוטו ל"מ לחלק בזה, דא"כ היה ראוי לעולם לשאול למוכר וללוקח אם לכך נתכוונו, ובסתמא מסתבר דלא לכך נתכוונו, דרובא דאינשי אם היה עולה על דעתם נידון הדרך היו מפרשים הדבר בהדיא ולא היו סומכים על הוספה דחוץ מאלו, גם לשון ומודה ר"ע ק"ק דהא אין זה מענין פלוגתתם דאטו שייך לומר ומודה ר"ע שאם שייר לעצמו דרך דא"צ ליקח דרך, וה"נ דכוותה דאמרינן דאמירתו חוץ מאלו היא לפרש שישאר לו דרך, ונראה דנידון אם צריך ליקח לו דרך או לא הוא שקול מאד, ולכך כל התיחסות יתירה לבור ודות בשעת המכירה סגי בה להכריע שאין צריך ליקח לו דרך, והיינו ומודה ר"ע דלפי דגם הוא סובר דאין רחוק לומר דא"צ ליקח דרך כחכמים לכך סגי לו בהוספה דחוץ מאלו להודות לחכמים, ואף דבכמה דוכתי משמשינן בהא דר"ע דכל הוספה לטפויי אתי לקמן קל"ח ב' ובנזיר ז' ב' ובערכין י"ט א', יש לפרש דבכל הני נמי סגי בהכרעה מועטת.

ולפ"ז נראה דביש לו דרך אחרת דלכו"ע צריך ליקח לו דרך, לא תועיל אמירת חוץ מאלו לומר דא"צ ליקח לו דרך, דבזה אין הדבר שקול כ"כ שהוספה זו תכריע. שם מכרן לאחר כו' וחכ"א צריך ליקח לו דרך, אם הנידון בדמי הדרך שפיר יש להבין דהדבר תלוי אם בעין יפה מוכר או לא, אבל כשהמוכר אינו חפץ למכור לו דרך כלל, לכאורה ראוי שיוכל הלוקח לבטל המקח, דעדיף טובא מזבין אדעתא למיסק לארעא דישאל, דמה תועלת בבור ודות שאין לו דרך עליהם, ובשלמא ברישא אפשר לפעמים דהיה מוכר את הבית גם אם לא תהיה לו דרך לבור ודות, ושפיר נחית לכך לסמוך על טובתו של הלוקח, אבל כאן לא שדי אינש זוזי בכדי,

ומה לו בבור ודות שאינו יכול להגיע אליהם, ואפשר דא"נ שאם לא יחפוץ למכור לו דרך או שיעלה בשכרה כנכסי דבר מריון א"נ כשיעור שתהא אונאה בבור ודות כדינם, דאמנם יוכל לבטל המקח, ומה דאמרינן בסוגיין אין אדם רוצה שיתן מעות וידרסוהו אחרים או שיטול מעות ויפרח באויר, התם ברישא דמתניתין דאפשר שנתרצה למכור הבית גם בלא דרך לדות, א"נ התם בחנם קאמר שאינו רוצה שידרסו אבל בשכר שפיר מסכים, ויעוי' ביד רמ"ה במתניתין שהזכיר דאפשר שמסכים לקנות הבור והדות כדי לזכות בדינא דבר מצרא, והדברים דחוקים טובא עי"ש.

ואפשר עוד דכל הנידון לזכות בדרך שיוכל להכנס בשעה שדרך בני אדם נכנסים כדתנן לקמן צ"ט ב', אבל לאפשר לו להכנס לפרקים להוציא המים מן הבור והדות י"ל דחייב בכל ענין, והרי גם מדין השבת אבדה אפשר לחייבו בזה, וכן בבית פנימי יתחייב לתת לו אפשרות שימוש בבית כבית האוצר וכיו"ב שיכנס רק לעתים, וצ"ע. שם יתיב רבינא וקא קשיא ליה היינו בור היינו דות כו', מדלא פריך מאי דות, ומדלא עביד צריכותא בתר דמייתי ברייתא, נראה דהוי ס"ל דבור ודות תרוייהו בחפירה אלא דבור עגול ודות מרובע, ואפשר נמי דיש גודל מיוחד לדות במדת ארכו ובמדת רחבו, והוי קשיא ליה דאין צורך להזכיר תרוייהו, וקא פשיט דדות הוא בבנין וממילא ניחא דאיצטריך לאשמועין.

ס"ד ב' אלא לאו הא קמ"ל דר"ע סבר מוכר בעין יפה מוכר כו', ומ"מ אף אי הוי מפרש דטעמייהו משום עין יפה ורעה, איצטריך כל הני פלוגתתא, דהיה מקום לומר דטעמא דדריסה או דפריחה עדיף ובבית ובשדה, ובכל דבר הוא נידון בפ"ע, והרי במתנה מהני עין יפה גם לבור ודות, ובמכר לכו"ע לא מהני.

ס"ה א' לימא אזדו לטעמייהו דאר"נ א"ש האחין שחלקו אין להן לא דרך זע"ז כו', יעוי' ברשב"ם ובנמו"י ובשטמ"ק בשם הר"ן אמאי בעין יפה אין להם דרך, הלא נהי דהפנימי מוכר לחיצון ואינו משייר לעצמו דרך, אבל הלא החיצון מוכר לפנימי ומשייר לו דרך, ולכאורה בפשוטו ניחא דכשהחיצון משייר לו דרך לפנימי והפנימי מוכר לו ואינו משייר לעצמו דרך, דין הוא שלא יהא לו דרך, וכאילו החזיר לאחיו מה שהשאיר לו, [ועי' בתו' לעיל ז' ב' ד"ה אין, ואולי זו כונתם], אבל אי בעין רעה מוכר נהי דהחיצון אינו משייר לו דרך לפנימי, אבל הזכות שהיה לפנימי בחיצון מעולם לא ויתר עליו, דהא בעין רעה הוא מוכר.

שם והזהירו בהן שהלכות קבועות הן, אפשר דבא לרמוז דאף אי אחין שחלקו יורשין הם, מ"מ לענין זה דינם כלקוחות לדון בהם עין יפה, ועיקר הדבר משמע כן מהא דלא מדכרינן בצריכותא דרב לטעמיה דסבר ב"ק ט' א' דאחין שחלקו יורשין הם, ועי' ריטב"א הנדמ"ח, א"נ בא לומר דאפילו כל האחים אומרים אילו היינו יודעים היינו מתנים על דרך ואינך, אפ"ה אין כאן טעות והלכות קבועות הם, והרי הדבר מסור להם אם ירצו להקנות זל"ז זכויות אלו מכאן ולהבא, דאין הטעם משום דאמדינן דעתייהו, אלא כבר נקבעה הלכה כן.

שם אתמר שני בתים זה לפנים מזה כו', יש לעי' למ"ד בעין רעה מוכר וקדם ומכר את החיצון ואח"כ את הפנימי אם יש לפנימי דרך, דכיון דאין למוכר אלא דרך לא מסתבר דשייריה לנפשיה כשמכר הפנימי ואין לו שימוש בדרך, וכן נראה.

שם אין להם דרך זע"ז כו', נראה דהיינו בתורת ודאי ולא מכח ספק. שם סבור מינה אין להם דרך זע"ז ולא היא כו', נראה דלישנא בעלמא הוא, דהא כל מאי דבעינן לפרושי הוא דבחיצון במכר ופנימי במתנה ראוי להסתפק, ואמאי נימא דגם בזה אין להם דרך, ועי' ב"ח, וכן הא דמסקינן ולא היא מי לא תנן כו' לאו חידוש הוא דכל מאי דאמרינן כש"כ חיצון במתנה כו', היינו מכח הך מתני' אלא

דגמ' מפרש למילתיה בהך לישנא.

לקמן ע"א א' מפרשין מ"ש מכר מ"ש מתנה משום דבמכר הו"ל ללוקח לפרש עיי"ש ברשב"ם פירוש ר"ח, ובסוגיין מוכח דבלאו האי טעמא הרי בעיקר כונת הנותן אמרינן דמתנה יהיב בעין יפה, ועי' בפ' רשב"ם שם.

מתני' המוכר את הבית מכר את הדלת כו', נראה דאף אם היתה תלושה בשעת מכירה, דכיון דצריכה להיות קבועה הרי היא בכלל הבית.

שם אבל לא את המפתח, ברשב"ם מבואר דאיירי במפתח שאינו משמש אלא למנעול שבדלת זו, ולפי זה יש לפרש דהכונה שיכול לבקש דמים בעד המפתח, שאינו בכלל דמי הבית.

ס"ה ב' בין כך ובין כך לא מכר לא את הבור ולא את הדות ולא את היציע, ברשב"א לעיל בריש פירקין דקדק אמאי לא קתני נמי ולא את החדר שלפנים הימנו, ומשמע שהוא מכור, ופירש שם דאיירי במצר מצרים החיצונים עיי"ש, ולו"ד ז"ל נראה דחדר שלפנים אינו נכלל בכלל הוא וכל מה שבתוכו, דהוא כבית בפ"ע, ולא דמי ליציע שהוא נטפל לבית, והלכך פשיטא דכתיבת הוא וכל מה שבתוכו לא יועיל לו, ולא איצטריך לאשמועין.

שם אילימא ר"א דבית דלמא ה"ט דר"א סבר מוכר בעין יפה מוכר כו', בתו' מבואר דפשטא משמע דכרבנן נמי לא מצי אתיא ודלא כרשב"ם, ויישבו הדבר משום דאפשר לפרש דחקוקה דברייתא היינו חקוקה בקרקע עולם או בסלע שלא נתלש מעולם, ולכאורה הרי גם אי מיתוקמא שפיר כרבנן נמי לא היה לגמ' להוסיף מידי, דנהי דאפשר הוי למיפרך ואכתי כרבנן מצי אתיא, אבל עדיפא פרכינן דגם כר"א מצי אתיא, ומה"ט נמי כרבנן נמי אתיא אף אם נפרש חקוקה בקבעו ולבסוף חקוק, וכן נמי כד בעינן למימר דר"א דכוורת דבורים הוא נמי מצי אתיא כרבנן וכמ"ש רשב"ם, ואין כאן שום דוחק במה שלא הזכירו למיפרך דא"כ מאי ולא רבנן דקאמר, דעדיפא וקושטא פרכינן.

שם כוורת דבורים רא"א הרי היא כקרקע כו', קרא דיערת הדבש דמיניה יליף ר"א לדיניה כדאמר הכא ולקמן פ' ב' שבת צ"ה א', לכאורה מוכח מיניה רק דהרודה את הדבש חייב משום עוקר דבר מגידולו, דהא אף דקרא הוא, מ"מ ע"כ למצא מקורו בהלכות שבת, דאין להוסיף על ל"ט מלאכות, ויש לפרש דהוא תולדה דקוצר דחשיב כעוקר דבר מגידולו, וכ"ה ברמב"ן בשבת שם, ואשכחן עוקר דבר מגידולו שלא במחובר לקרקע בצרור שעלו בו עשבים שבת פ"א ב', ובכשותא מהיזמי והיגי שם ק"ז ב', ובפיטרא מאונא דחצבא שם ק"ח א', וה"נ הרודה חלות דבש מן הכוורת, ולפי זה מדיליף מזה נמי דאינה מקבלת טומאה במקומה, דהיינו שהדבש אינו מקבל טומאה, לכאורה יש ללמוד מזה לדידן דעשבים שבצרור וכשותא דהיזמי והיגי ופיטרא מאונא דחצבא דנמי אינם מקבלים טומאה, דהא עד כאן לא פליגי רבנן עליה דר"א אלא משום דלא משמע להו דרשא דיערת הדבש למילף מינה דהדבש כמחובר, [וברש"י בפירוש נ"ך משמע דס"ל דרבנן מפרשי יערת הדבש דבש של קנים עיי"ש], אבל אם הוי ילפי דהדבש כמחובר היה הדבר מועיל לחייב הרודה, ושלא יתטמא הדבש קודם רדייה, וא"כ בעשבים שבצרור וכשותא דהיזמי והיגי ופיטרא מאונא דחצבא דמודו חכמים דדינם כמחובר והתולשם חייב, ראוי לומר שאינם מתטמאים עד שלא תלשן.

ברם יש לשאול אם איתא דחיובא דרודה לר"א הוא מעין חיובא דפיטרא מאונא דחצבא, א"כ מנ"ל דדינה כקרקע להיות נקנה בכסף ושטר וחזקה ולקנות אגבה מטלטלין ולכתוב עליה פרוזבול, הרי בפיטרא מאונא דחצבא וכשותא דהיזמי והיגי

וצרור שעלו בו עשבים, לא נימא דקונין אגבן מטלטלין וכותבין עליהם פרוזבול, וע"כ צ"ל דס"ל לר"א דאין לחשוב את הדבש כמחובר א"כ נידון את הכוורת כקרקע, דלא דמי לפיטרא ואינך שהחצבא וההיזמי והצרור מצמיחין את הגידולין, וכיון שכן תו לית לן מהיכן לומר דפיטרא וכשותא ועשבים לא יתמאו, דשאני דבש שבכוורת שהכוורת כקרקע.

ס"ו א' ואינה מקבלת טומאה במקומה, ברשב"ם פירש דה"ה דשלא במקומה אינה כקרקע ואין כותבין עליה פרוזבול וגם אין הרודה ממנה חייב, ונראה הטעם דאין לך בו אלא חידוש, וקרא איירי שהיה הדבש על פני השדה, ודכוותה כוורת במקומה חשיבא כמחובר, אבל כשנטלה ממקומה ושוב לא יגיעו אליה הדבורים הרי היא ככל הכלים, אבל בתו' כתבו דרק לענין טומאה החמירו חכמים שתקבל טומאה שלא במקומה דמיחלפא בשאר כלים, אבל לשאר מילי במילתא קיימא. (עוקצין ס"ה סק"ט).

שם אלא ר"א דדף דתנן דף של נחתומין כו' אי רבנן אפילו קבעו ולבסוף חקקו נמי, יש לעי' מהיכי תיתי, הרי דף חקקו ולבסוף קבעו הוא, וברשב"ם כתב מדלא מפליג בין תקנו ולבסוף קבעו ובין קבעו ולבסוף תקנו אלמא דלרבנן הכל טמא, וצריך פירוש הרי סתם דף הוא ראוי לשימוש עד שלא קבעו בכותל, ולמה זה צריך להזכיר קבעו ולבסוף חקקו, ונראה דהאי דף עיקר שימוש הוא כשהוא מונח על גבי רגלים המיוחדים לו או כשהוא קבוע בכותל, דאינו עשוי להיות מונח ע"ג קרקע, עי' רשב"ם דמטרת הדף להיות הלחם מונח עליו לפני הלוקחין, והלכך דף שתחלת עשייתו להיות מותקן בכותל אין עליו תורת כלי בתלוש, ואפשר דגם צורתו מוכחת דמקומו קבוע לו בכותל ואינו דומה לזה שעשוי לשמש בתלוש, והלכך שפיר דומה לקבעו ולבסוף חקקו, ומדלא מפליג בזה ש"מ דלרבנן בכל גווני טמא.

שם אלא ר"א דדף כו' מני אי ר"א כו', ברשב"ם פירש דמשמע לגמ' דרבנן מטמאין אף בקבעו ולבסוף חקקו, וקשה דהיכן משמע כן בדבריהם, ואדרבה לשון דף של נחתומין שקבעו בכותל משמע שהיה דף קודם שקבעוהו, ולו"ד אפשר לפרש דקושית הגמ' היא אי קסבר שלא נתבטל שם כלי ע"י קביעותו א"כ קבעו ולבסוף חקקו נמי ואי נתבטל א"כ חקקו ולבסוף קבעו נמי לא, והו"מ למיפרך נמי אבריייתא דצינור מ"ש רישא ומ"ש סיפא אלא לפי דנחלקו בזה תנאי ניחא ליה למינקט מני לא כהאי תנא ולא כהאי, וכש"כ אם נפרש דחקקו היינו שחטט בו לקבל צורות אבל עיקר הצינור לעולם נעשה בתלוש ואח"כ קבעו, דניחא טפי דקשיא ליה מ"ש רישא ומ"ש סיפא.

ולפ"ז למאי דמסיק דשאני היכא דהיה עליו שם כלי בתלוש תו לא איצטריך לפלוגי בין דאורייתא דרבנן ושפיר מצינן למימר דאף בדאורייתא מקילינן בקבעו ולבסוף חקקו, ובדף ה"ט משום דהוי חקקו ולבסוף קבעו, שהרי היה עליו שם כלי בתלוש, ואפשר לומר דאה"נ דלמסקנא הדרינן ממאי דאמרינן מעיקרא שאני שאובין דרבנן, ולא אמרינן אלא לפי שלא נזכר אמורא מעיקרא, אבל יותר נראה דסוגיין אסוגיא דב"ק סמ"ך דמסקינן התם דאי שינוי השם מילתא היא אף קבעו ולבסוף חקקו יש לפסול אי לאו דשאובה דרבנן, ולפיכך פירשו קושטא דמילתא דשאני שאובה דרבנן, [ור"א דמכשיר אפשר דלית ליה שינוי השם כלל].

והא דתנן בפ"ד דמקואות מ"ה השוקת שבסלע אין ממלאין בה כו' וא"צ צמיד פתיל, ומשמע אף בהיה תלוש וקבעו ואח"כ חקק בו, דהא בסיפא קתני היתה כלי וחברה, ומשמע דכל שלא היתה כלי בתלוש היינו בדין הרישא, וכן פירש ברא"ש, הרי מבואר דאף בדאורייתא חשבינן לקבעו ולבסוף חקקו כמחובר, וא"צ צמיד

פתיל, אפשר לומר דשאני סלע דליכא שינוי השם, דכל שמחובר לקרקע אין עליו שם כלי אלא כבור חשיב, אבל כל ששם כלי עליו אף כשמחובר לקרקע, אף בקבעו ולבסוף חקקו חשבינן ליה כתלוש לחומרא בדאורייתא, א"נ נקט בסיפא היתה כלי וחברה משום דבקבעו ולבסוף חקקו אינו פוסל את המקוה, וכן נמי אין ממלאין בה ואין מקדשין ממנה ואין מזין ממנה, דכמחובר ודאי חשבינן לה לחומרא, אבל בדין צ"פ אפשר דאמנם מחמירין דצריכה צ"פ, אף בקבעו ולבסוף חקקו, ומיהו ברא"ש ל"מ כן אלא בדין הרישא כלול גם היה תלוש וקבעו ואח"כ חקקו, א"נ אם חקקו היינו עשיית החטט י"ל דדוקא בזה מחמירין בקבעו ולבסוף חקקו למיחשביה כתלוש לענין דאורייתא משום דעיקר שם כלי כבר היה עליו בתלוש, אבל בלא היה עליו שם כלי כלל בתלוש אפשר דאף לענין דאורייתא מקילינן בקבעו ולבסוף חקקו למיחשביה כמחובר, ולפיכך שוקת שבסלע א"צ צמיד פתיל כל שחקקו לאחר שכבר היה מחובר לקרקע, ומיהו לפירוש רשב"ם לא יתכן כן דהא פירש דבדף מטמאי רבנן אף בקבעו ולבסוף חקקו אע"ג שלא היה עליו כלל שם כלי בתלוש, וכן רהיטת הסוגיא בב"ק דכל ששמו צינור יש להחמיר לחשבו כתלוש, וא"כ אף בלא היה עליו כלל שם כלי בתלוש, מ"מ כל שעכשיו שמו צינור יש לחשבו כתלוש. - [וברא"ש כתב דרישא דמתניתין איירי אף בקבעו ולבסוף חקקו כמבואר בסוגיא דב"ב, ור"ל דמבואר התם דקבעו ולבסוף חקקו מיקרי כמחובר ואינו פוסל את המקוה, אבל במה שכאן הקילו שא"צ צ"פ אף דבב"ב שם מבואר דבדאורייתא מחמירין נמי לחושבו כתלוש בזה לא דן כאן הרא"ש, ויש ליישב בדרכים שזכרנו]. (מקואות ס"ו סק"א ב').

בפ"ת סי' ר"א סק"ז הביא מה שתמהו אחרונים ז"ל על לשון הטור ועוד דגיגית שקבעוהו אין טובלין בה משום שהיה עליה שם כלי בתלוש, דמשמע שאם קבעוהו ואח"כ חקקו שפיר דמי, ואמאי הא טבילה בתוך הכלי לכו"ע אסור מדאורייתא, ובדאורייתא הא אף קבעו ולבסוף חקקו מיחשביה כתלוש לחומרא, [ונראה שאינו אלא מדרבנן], כמבואר בסוגיא דב"ק וב"ב הנ"ל, ואין בידנו ליישב אלא אם נפרש דנידון הסוגיות בחטט לקבל צרורות במחובר, אבל עיקר הכלי לעולם היה בתלוש, ובזה לא מקילינן בקבעו ולבסוף חקקו אלא במידי דרבנן, אבל לא בדאורייתא, כיון שכבר היה עליו שם כלי בתלוש, אבל קבע קציצתא ועשאו צינור שפיר דמי אף בדאורייתא, והיינו נמי מתני' דשוקת דבקבעה ולבסוף חקקה א"צ צמיד פתיל וכמו שפירש הרא"ש, וסוגיא דב"ב תתפרש כמש"כ לעיל דקושיית הגמרא היא שאין סברא לחלק בין חקקו ולבסוף קבעו לקבעו ולבסוף חקקו, אבל רבנן דדף אמנם לא איירי אלא בהיה עליו שם כלי בתלוש דהיינו חקקו ולבסוף קבעו, אבל צ"ע דברא"ש בב"ק הזכיר ב' הפירושים ולא הכריע ביניהם, וגם עיקר הדבר לא היו הראשונים ז"ל סותמין והיו מפרשים הדבר שיש חילוק בין חטט לקבל צרורות לקבעו ולבסוף חקקו, וצ"ע.

ולענין הלכה יש להחמיר וכמש"כ הגרע"א ז"ל בתשו' סימן ל"ט כיון שלא נתיישבו דברי הראשונים ז"ל עם הסוגיא, [וגם למש"כ לעיל התו' ושאר ראשונים שהזכירו לפרש דקבעו ולבסוף חקקו היינו חקקו ממש, חולקין, וס"ל דבדאורייתא אף קבעו ולבסוף חקקו חשיב כתלוש לחומרא].

ומש"כ בפ"ת בשם הנו"ב דלטבילת כלים או כתם מועיל קבעו ולבסוף חקקו, הדבר תימא, דודאי כל שהפסול במקוה הוא דאורייתא שפסלוהו חכמים אף בקבעו ולבסוף חקקו, אף לטבילה דרבנן פסול, שהרי פסלו את המקוה. (מקואות ס"ו סק"ג).

שם מכלל דשאיבה דאורייתא כו', יש לעי' ומה בכך דשאיבה דרבנן אבל כיון דכלי

קיבול טומאתו מדאוריתא, ובזה אין מועיל קביעתו לבטלו מתורת כלי, והרי הוא כמו שהיה ומקבל טומאה וממלאין בו ומקדשין בו, ומים שבתוכו כתלושין, הרי גם לענין שאובין אין לחלק בינו לבין כלי תלוש, ואף אי שאובין דרבנן, וכש"כ לדעת רשב"ם ור"ת דכולו שאוב דאוריתא, דלפ"ז לענין כולו שאוב ודאי ראוי לומר דעושה שאובין, וכיצד נחלק דלענין מיעוט שאובין אינו עושה שאובין, ואף דלמסקנא מחלקינן לרבנן בין שאובין לטומאה, נהי דאפשר לדחוק ולחלק אבל אין שייך להקשות דע"כ לחלק, [גם י"ל דלמסקנא לרבנן קבעו ולבסוף חקקו אין טמא אלא מדרבנן], וצ"ל דאה"נ דהו"מ לשנויי הכי, אלא דסמך אאידך קושיא דהאמר ריב"ח דבדף של מתכת מחלוקת.

דעת רשב"ם ור"ת ב"ב ס"ו דכולו שאוב פסול מדאוריתא, וכדדריש בתו"כ מה מעין בידי שמים אף מקוה בידי שמים, והיינו נמי דתניא בתוספתא במכתשת הנתונה ליד הצינור המקלח למקוה דספק מן הצינור למקוה ספק מן המכתשת למקוה פסול והיינו משום דהו"ל ספיקא דאוריתא, ולמדנו דשאוב שלא ע"י אדם נמי פסול מדאוריתא וזה דלא כמש"כ הראב"ד לפרש דעיקר דרשא דבידי שמים לאפוקי ע"י אדם, ושאובין שלא ע"י אדם אינה אלא גזירה דרבנן, ומינה נמי דע"י אדם ואינו שאוב אפשר דלא מיפסל מדאוריתא, אי ע"י אדם לא חשיב שאובין, וצריך לומר דקים להו לחז"ל דומיא דמעין דוקא לענין שאוב, ובאמת צ"ע דמה מעין בידי שמים משמע כפי' הראב"ד דלא הוזכר שאובין בזה, וצ"ע. - וכלי נקוב כיון דלא חשיבי המים שבתוכו כקבועין בו שהרי הוא נקוב חשיב שפיר כבידי שמים, ולא חשיבי שאוב, ומ"מ סגוס י"ל דמיפסל מדאוריתא דכיון שהוא בשלמותו והמים מוחזקין בו במדה ידועה חשיבי כשאובין שהמים הבלועין בו חשיבי כקבועים בו ואף המים שמטפטפין ואינם בלועים בו ביותר חשיבי כשאובין והרי הם כגודש הכלי, וכמש"כ בחו"ב מקואות ס"א סק"ד.

ואפשר דע"י אדם באמת מיפסיל מדאוריתא מקרא דמה מעין ביד"ש אף מקוה ביד"ש, אף לדעת רשב"ם ור"ת, ומ"מ פסלינן נמי שאובין שלא ע"י אדם מדאוריתא, דכל הוי' בתלוש לרצון האדם (לאפוקי שוכח) כבידי אדם חשיב, [ומיהו דוקא בכלי שיש לו בית קיבול חשיב בידי אדם אף בשהמים הולכין מעצמן, אבל כלי שאין לו בית קיבול וה"ה אדם שנתן ידו לצינור והמים מקלחין מעצמן לא מיפסיל משום בידי אדם דהא מבואר זבחים כ"ה ב' דבהפסיק אויר בין ידו לכלי חשיב מים חיים אל כלי הרי דחשיב שפיר מעין וא"כ ע"כ דחשיב ביד"ש], וסגוס נמי מיפסיל מהאי טעמא ולא משום שהאדם מחזיקו, וצ"ע בכ"ז.

ומיהו לדעת הסוברין שאובין דרבנן ודרשא דמה מעין ביד"ש אף מקוה ביד"ש אסמכתא בעלמא, אין לדקדק מהאי לישנא לפסול ע"י אדם בפסול מיוחד אף אם לא נחשוב ידי אדם כשאובין, דכיון דאסמכתא בעלמא היא לא חש לדקדק בפרטי הדברים, תדע דהא אף שאובין שלא ע"י אדם פסלינן, ורק שנה כאן רמז בסמיכות מעין למקוה להשוות מדותיהם במקצת שמצאו חכמים לנכון. (מקואות ס"א סק"ה). הרשב"ם כתב דנתן סאה ונטל סאה היינו במים שאובין וכשר מדאוריתא משום דבטיל ברוב או דקמא קמא בטיל, ותימא דהא מקוה של פ' סאה שאובין המושקת למקוה של מ"ס נמי מתכשרת, הרי שאין הטעם משום ביטול, אלא הוא כזריעה, וכמו שמתטהרין מטומאתם. ובעיקר הדבר נראה דדעת הרשב"ם כהרמב"ם ודוקא בנטל פסלינן, וכמש"כ בחו"ב מקואות ס"ה סק"ד, אבל לא בממלא בעליון והן יורדים לתחתון. (מקואות ס"ה סק"ז).

תוד"ה ושאני לא הוי אלא אסמכתא כו', בתו' כאן וכן בעירובין ל"א א' נקטו לעיקר

דהך דתו"כ דמחלק בין משמש אדם ומשמשו למשמש אחד מהם אינו אלא אסמכתא, ובאמת כן נראין הדברים דקשה לחלק בדאורייתא בכגון דא, והרי כל הכלים המקבלים וכן כלי מתכות לא אשכחן בהו חילוק בכגון דא, וכל שיש עליו צורת כלי שפיר חשיב כלי, אבל אם אינו אלא מדרבנן ניחא, דכיון דפשוטי כלי עץ הראויים למדרס טמאים מדאורייתא כדאמר בכורות ל"ח א', וכל הראוי למדרס הרי הוא משמש אדם ומשמשו, הלכך גזרו רבנן בכל המשמש אדם ומשמשו שיקבל טומאה אף שאינו ראוי למדרס, אטו הראוי למדרס, וכן משמע נמי מהא דממעט התם בתו"כ סולם משום שאינו משמש משמשי אדם, ואי מדאורייתא קאמר תיפ"ל שאינו מיטלטל מלא וריקן, והך דרשא ודאי דרשא גמורה מדאורייתא היא כדמוכח בשלהי חגיגה ובשאר דוכתי, וכל הבאים במדה מהך דרשא הוא דנתמעט, וכן ממה שלא הזכירו בסוגיין בהך דר' יוחנן ההיא דתו"כ בין למ"ד מסגרתו למעלה בין למ"ד מסגרתו למטה נמי מוכח דאינו אלא אסמכתא וכמש"כ תו' שם וכן ברמב"ן בב"ב שם.

והא דמטמינן במנחות צ"ו ב' טבלא המתהפכת מדאורייתא למ"ד מסגרתו למטה היתה, [וכן נראה דאית לן למנקט דהא משמע דרבנן פליגי אר' יוסי וקאמרי דמסגרתו למטה היתה, וכ"כ בלקוטי הלכות], ואילו בתו"כ חשבינן לטבלא ושולחן בהדי הנך דאיתרבו משום משמשי אדם ומשמשו וזה אינו אלא מדרבנן, כתבו בתו' שם בשם רש"י משום דמשמשת מב' צדדין חשיבא, ולפנינו ברש"י לא מצאנו כן, וגם בסברא הדבר קשה דהיכן מצינו יתרון במה שהוא פשוט מב' צדדין, ולכאורה אדרבה כל ששני צדדיו שוין לא חשיב תואר כלי אלא כדף פשוט, ועוד דהא אף למ"ד מסגרתו למעלה היתה ספוקי מספקא ליה לר"י דין טבלא המתהפכת, וא"כ צריך לומר דמסברא ראוי להסתפק לחדש טומאה במשמש משני צדדיו יותר מבמשמש בצד אחד, וזה ודאי קשה, ועו"ק דהא ע"כ דטבלא חשיבא מיטלטל מלא וריקן, [ורגילות הוא לטלטל על גבה, וכדתנן מו"ק כ"ז אין מוליכין לבית האבל לא בטבלא כו'], דאל"כ ודאי אין לה טומאה מדאורייתא, דדרשא דמיטלטל מלא וריקן דרשא גמורה היא, וכיון דחשיבא מיטלטל מלא וריקן דין הוא שתקבל טומאה אף בשאינה מתהפכת ועשוי' לטלטל עליה רק מצד אחד, [וכמדומה דהרגיל כן הוא כדתנן פכ"ה דכלים מ"א דטבלא שאין לה לבזבז אין לה אחורים ותוך, משמע דבמציאות משונה צד אחד מחבירו ועשוי' לשמש מצד אחד עי' ר"ש שם].

ולו"ד התו' היה נראה כפרש"י שלפנינו דהנידון הוא אם רחבה חשיב כבית קיבול, וזה נלמד למ"ד מסגרתו למטה היתה מקרא, ולמ"ד מסגרתו למעלה היתה מספקינן בהך סברא אם הרוחב מחשיב את הטבלא כמיטלטלת מלאה, ויש שיעור לרוחב זה, דברוחב מועט עדיין לא חשיבא מיטלטל מלא, והיינו טעמא דדף של נחתומין אינו מקבל טומאה מדאורייתא, אף שמטלטלו עם הפת, וכן אנחותא דממעטין בתו"כ אף מטומאה דרבנן, אף שרגילין להניח עליה בצק כמש"כ רש"י נדה ז' א', [ועי' בפיה"מ פט"ז מ"ז], דכיון שאינם רחבים הרבה לא חשיבי כעשויין לקבל ולהטלטל מלאין, והיינו נמי דמרבין שולחן וטבלא ודולבקי משום משמשי אדם ומשמשו והיינו טומאה מדרבנן, ולא מרבין להו מדאורייתא, משום דאף שולחן קטן בכלל וכן טבלא ודולבקי קטנים, והני לא חשיבי מיטלטלי מלאין ואין טומאתן אלא מדרבנן.

והא דנקט ר"י טבלא המתהפכת ולא נקט טבלא שאין לה לבזבז וכלשון המשנה, אפשר דאתי לאשמועינן שהטבלא של השולחן לא היתה קבועה, אלא היתה מתהפכת, דאל"ה הו"א כפי' ר"ת דה"ט דשולחן מקבל טומאה משום שאם הופכו

יש לו בית קיבול, [אף שסברא זו צ"ע דהא לא נעשה לכך, עי' פט"ז מ"ו בפיה"מ וברא"ש דאף כלי שיש לו תוך טהור אם לא נעשה לקבלה, ובפט"ו מ"ו בנבלי בני לוי עי"ש ברע"ב, ומיהו משה"ק תו' מסוכה ה' א', אפשר ליישב דאף שהכל מחובר מ"מ כיון שהמסגרת יש לה שימוש עצמי להעמיד השולחן אינה נטפלת, וחשובה למילף מינה שיעור כלי, ורק כשאינה אלא לבזבז לשולחן אז אינה חשובה אלא הכשר כלי], א"נ הו"א דוקא שולחן מקבל טומאה שיש עליו צורת כלי משא"כ סתם טבלא, לכך נקט ר"י טבלא המתהפכת למימר דאף סתם טבלא חשיבא כלי, ובאמת אף אם נימא כפי' ר"ת דהטבלא היתה קבועה בשולחן, נמי אפשר לקיים כפי' רש"י ותו' דאף טבלא פשוטה מקבלת טומאה, וס"ל לר"י מסברא דהרגלים אינם מוסיפים כלום, ושפיר קאמר דלמ"ד מסגרתו למטה היתה אף טבלא המתהפכת שאינה קבועה מקבלת טומאה, דכיון דלמדנו דרוחב השולחן מחשיבו כמיטלטל מלא וריקן, ה"ה נמי סתם טבלא, ובאמת לא מצאנו הכרח לומר דלמ"ד מסגרתו למטה היתה היה השולחן תלוש מרגליו, ושפיר י"ל דלא פליגי בעיקר מעשה השולחן וכשם דלמ"ד מסגרתו למעלה היתה היה הדף מחובר לרגלים שהרי הוא העיקר המחברן, והיה כל השולחן גוף אחד, ה"נ למ"ד מסגרתו למטה היתה היה הכל מחובר, ואף שהמסגרת העמידה כבר את רגליו, מ"מ היה הדף מחובר גם הוא למסגרתו ולרגליו, [ומסוגיא דסוכה כבר כתבנו לעיל דאין הכרח], ועי' פסחים ק"ט ב' ובתו' שם, וברייב"ש סי' רצ"ו, וצ"ע.

מן האמור נמצינו למידין, דטבלא ושולחן הרחבים מקבלין טומאה מדאוריתא, אף שאינם ראויים למדרס, דרחבן כבית קיבול וחשיבי מיטלטל מלא וריקן, דהא קי"ל מסגרתו למטה היתה, וכשאינם רחבים אם משמשין אדם ומשמשי גזרו בהו רבנן טומאה אטו הראויים למדרס, ושיעור הרוחב לא למדנו, דנראה דאף בפחות משיעור שולחן שבמקדש כבר חשיב מיטלטל מלא וריקן, ועי' חו"ב כלים ס"ב ס"ק י"ט כ', ובפי' הראב"ד לעדיות פ"ג מ"ט.

וצ"ע בדעת הרמב"ם שלא חילק כלום, ובפ"א מה"כ ה"י ובפ"ד ה"א כלל כל הפשוטין בטומאה דרבנן, ובפכ"ח ה"ג כתב בהדיא בשולחן וטבלא שאין מקבלין טומאה מן התורה, והרי אית לן למינקט כרבנן דמסגרתו למטה היתה וממילא טבלא טמאה מדאורייתא, ואפשר דהרמב"ם ס"ל דדף וטבלא כי הדדי נינהו, וכיון דאמרינן בב"ב ס"ו בפשיטות דדף פשוטי כלי עץ הוא וטומאתו מדרבנן, ש"מ דליתא להא דאר"י דטבלא המתהפכת טמאה, וכן סוגיא דבכורות ל"ח משמע נמי דליכא טומאה בכלי שטף באין לו תוך וכמש"כ תו' בסוגיין, ואו דס"ל סתמא דגמ' כמ"ד מסגרתו למעלה היתה, וכמו שהזכירו תו' לפרש כן סוגיא דבכורות, ופשיטא לגמ' דאליביה טבלא המתהפכת טהורה, ודלא כר"י דמספקא ליה, א"נ ס"ל לגמ' דאף למ"ד מסגרתו למטה היתה מ"מ אם קבע הזר בקצה המסגרת באופן שעולה משהו מעל השולחן והוי ליה גיפופי נמי כשר, [ואפשר נמי דאף לכתחלה יש לעשות הזר שיהיה בולט קצת למעלה מן המסגרת עי' חו"ב כלים ס"ה סק"ג], וכהאי גוונא י"ל דמקבל טומאה כדין כלי קיבול, אף שהטבלא אינה מחוברת לשולחן, א"נ שמא מחוברת היתה עי' לעיל, אבל טבלא פשוטה באמת אינה מקבלת טומאה מדאורייתא, [וכן מתני' דסרוד פט"ו מ"ב משמע דטבלא שאין לה דפנות טהורה מן התורה עי"ש בפיה"מ, ומיהו מזה ע"כ אין ראייה דהא ר' יוחנן אף למ"ד מסגרתו למעלה היתה מספקא ליה בטבלא, וע"כ דממתני' אין הכרע].

דעת הרמב"ם דאף פשוטי כלי עץ הראויים למדרס אינם מתטמאים במת מה"ת, ודלא כדעת תו' בסוגיין ובב"ק כ"ה ב' ובש"ד, וכמש"כ בפ"א מה"כ ה"י בכסא וכן

בשאר הפשוטין, וכ"כ במפץ פכ"ג ה"א, וכללא דכל המתטמא מדרס מתטמא במת דתנן נדה מ"ט א' ס"ל דאינו אלא לענין טומאה דרבנן, וזו כונתו גם בפכ"ז הט"ז, ועי' חו"ב כלים ס"ב סק"ח, ובתוי"ט פכ"ד מ"ד, ובספר מרן זללה"ה סי' כ"ה ס"ק ט"ז. (כלים סימן ה').

ס"ו ב' בעי רב יוסף מי גשמים שחישב עליהם להדיח את האיצטרוכלין מהו לזרעים כו', לפירוש תו' היה ראוי למיבעי האיבעיא טפי מהו לענין טומאה דומיא דדף, אלא די"ל דסתמא הוא כלי אבנים א"נ דעשוי לשמש עם הקרקע, אח"כ ראיתי שכבר כ"כ בשטמ"ק בשם הרא"ש.

ס"ז א' אגבה עישור נכסי אפילו מאיצטרוכלי דריחיא, בפשוטו לא איפשיטא בעיין מהא, דהא סלקינן בתיקו, ולומר דהך כר"א אתיא כמש"פ רשב"ם נראה דוחק, גם לפ"ז היה ראוי לפסוק כר"א כיון דאמוראי קיימי כוותיה והרמב"ם פסק כרבנן, אלא יש לפרש דמקולי עישור נכסי הוא דלענין זה חשבוהו כמקרקעי, וכן עמלא דבתי נמי אפשר דרק לענין עישור נכסי חשבינן ליה כקרקע אבל ממשועבדין כה"ג לא יגבה בע"ח מיניה, וצ"ע, אח"כ ראיתי בבהגר"א חו"מ סי' צ"ה סק"י י"ד שכבר דן בזה, וגם לענין איצטרוכלי עי"ש.

מתני' המוכר את החצר מכר בתים בורות שיחין ומערות, אשמועינן תרתי חדא דהמוכר את החצר מכר את הבית ולאפוקי מר"א, ועוד אשמועינן דגם מכר את הבורות שיחין ומערות, דאע"ג דהמוכר את הבית לא מכר לא את הבור ולא את הדות, מ"מ כשמכר את החצר הרי גם הבור והדות שבבית מכר, ויש לעי' כשקדם למכור את הבית דלא מכר לא את הבור ולא את הדות, ואח"כ מכר את החצר, אם גם בזה אמרינן דמכר גם את הבור ואת הדות שבבית, והרי אם ימכור את החצר לאחר לא לזה שמכר לו את הבית מסתבר שהבור ודות ישארו שלו.

שם בין כך ובין כך לא מכר לא את המרחץ ולא את בית הכבד שבתוכה, יש לעי' אם גם בזה פליגי ר"ע וחכמים אם צריך ליקח לו דרך, או דחשיבי טפי ולכו"ע שייר לעצמו דרך, ולכאורה גם בזה פליגי וכמו בבית פנימי לעיל ס"ה א'.

שם ר"א אומר המוכר את החצר לא מכר אלא אוירה של חצר, הא דלא קאמר אלא את החצר, נראה משום דטעמייהו דרבנן הוא דאין שימוש לחצר בלא בית דאינו אלא לאויר, ולכך יש להחזיק דמכר גם את הבתים, ועי"ז קאמר ר"א דאה"נ דאינו אלא לאויר, ואפ"ה אמרינן דלא מכר אלא את החצר לאויר.

יש לעי' חצר ובה בתים של כמה אנשים והם משותפים בחצר, ומכר האחד חלקו בחצר, אם גם בזה אמרינן דמכר גם את ביתו והבורות וכו', ויש גם מקום לומר דבזה גם ר"א מודה דמכר גם את ביתו דלאו כל כמיני' להוסיף שותפין בחצר, אף אם הוא יקנה דרך מהשותפים הנותרים.

גמ' ובתים הפנימים, היינו אף שאין להם דרך לחצר אלא ע"י החיצונים. שם ובית החולסאות, ק"ק לפירוש רשב"ם דלמה זה עושין בית במקום שעיקר שימושו לחפור ולהוציא העפר.

שם חנויות פתוחות לתוכה נמכרות עמה ושאין פתוחות לתוכה אין נמכרות עמה, נראה דהאי אין פתוחות לתוכה ר"ל שאין פתח החנות בתוכה ללוקחין ומוכרין, אבל יש לה פתח לחצר, ולמסקנא מתפרש שאין עיקר פתחה לתוכה דעיקר תשמישה בחוץ, אבל כשאין לה פתח כלל לחצר, לכאורה אין צורך להשמיענו דהר"ז כבית בחצר אחרת דהא אין לה שום זכות שימוש בחצר.

שם אמר רבא אי דא"ל דירתא כו' כי פליגי דא"ל דירתא כו' א"ד כו' כי פליגי דא"ל חצר כו', מש"פ רשב"ם דל"ק אי א"ל חצר דכו"ע לא מכר אלא אוירא, קשה טובא

דאיך יתכן למיתני המוכר את החצר מכר בתים כו' בזמן שהמוכר את החצר לא מכר בתים, ורק כשאמר דרתא מכר בתים, וגם ר"א קאמר המוכר את החצר לא מכר אלא אוריה של חצר ובזה גם חכמים מודים, וסוגיא דגמ' מתפרשא שפיר דל"ק פליגי גם באמר דרתא, ולל"ב לא פליגי אלא באמר חצר, אבל באמר דרתא מודה ר"א. מהא דמחלקינן בין חצר לדרתא נראה דשם דרתא הוא כינוי רק לחצר שבבית, ודרתא מלשון דירה, משא"כ חצר הוא משמש גם שלא במקום בית וכדכתיב ובתי החצרים ויקרא כ"ה, וכן בחצריהם ובטירותם בראשית כ"ה, ושם מתרגמינן בפצחיהון.

שם ומר סבר כחצר המשכן, ברשב"ם פירש מדכתיב ארך החצר מאה באמה והוא בהדי משכן, וכבר כתב ברמ"ה דאין מזה ראייה דהא לא כתיב ארך החצר מאה ברוחב חמשים, ואדרבה כתיב רוחב חמשים בחמשים והיינו השטח הפנוי, אלא יש לפרש כחצר המשכן כחצר של בית, וכמו דרתא לר"א, וכן פירש ברמ"ה.

שם איני והאמר שמואל מכר לו עשר שדות בעשר מדינות כיון שהחזיק באחת מהן קנה כולן, יש להבין הא בפשוטו קנין חזקה הוא הוראת בעלות וכיצד משמשת חזקה בקרקע במדינה זו כהוראת בעלות במדינה אחרת, ושמה כשהכל של המוכר והשדה מסוימת במצריה וא"ל חזק בשדה זו ע"מ לקנותה כולה חוץ ממצר אחד ע"פ כולה באמצע דשפיר י"ל דמינכרא חזקה בכולה אף שמשיר באמצע, ושמה גם בנכסי הגר כה"ג קנה, ולפי זה אפשר להבין דגם כשבאמצע אין השדה של המוכר דמ"מ תהא חשיבא חזקה, [ועי' בקדושין כ"ז דמדמינן לה לבהמות הקשורות באפסר], וכאילו כל חזקה בקרקע היא חזקה בכל העולם אלא שאינה מועילה אלא במה שדעת אחרת מקנה.

שם הכא הא תשמישתא לחוד והא תשמישתא לחוד, לכאורה לפ"ז החזיק בשדה לקנות גם בית או איפכא נמי לא יקנה דהא תשמישתא לחוד והא תשמישתא לחוד, ושמה לא אמרינן כן אלא במחפורת דעיקר השימוש הוא בנטילת הקרקע, וצ"ע, וכ"ז לל"ק אבל לל"ב כבר כתב בנמו"י דקנה.

בקדושין כ"ז א' אמר רבא ל"ש אלא שנתן דמי כולן אבל לא נתן דמי כולן לא קנה אלא כנגד מעותיו, אם מפרש בהדיא דחפץ שיקנה המטלטלין אגב הקרקע אע"פ שלא נתן דמיהן, לא מסתבר שלא יוכל להקנות, דלא גריעא ממתנה, וא"כ למאי דמסקינן אגב וקני בעינן, אם לא נתן לו כלום דמים עבור המטלטלין, ואמר לו קני אגב הקרקע דין הוא שיקנה, שהרי זה כמפרש שיקנה המטלטלין אע"פ שלא נתן דמיהם, ורק כשנתן מקצת דמי המטלטלין בזה מפרשינן בסתמא שלא נתכוין להקנות אלא כנגד מעותיו, וניחא לפ"ז הא דנקט רבא בנתן דמים אלא שלא נתן דמי כולן.

וכן בעשר שדות בעשר מדינות אם יפרש לו שיקנה כולן בחזקה באחת מהן אע"פ שלא נתן דמי כולן, נמי מסתבר שיקנה כולן, ורק בסתמא אמרינן דבהחזיק באחת מהן לא קנה אלא כנגד מעותיו, ויש לעי' דלכאורה בעשר שדות יש לפרש שאמר לו לך חזק וקני על כל השדות, ואם יחזיק בכולן שפיר יזכה בהן, וא"כ למה נימא דבחזקה באחת מהן אין המוכר חפץ שיקנה כולן, ודכוותה במטלטלין אם אמר לו לך וזכה בהן באגב או במשיכה, דין הוא שיזכה בכולן באגב כיון שיכול לזכות בכולן במשיכה, ויתכן לפרש דההיא דבעשר מדינות איירי שאינו יכול להחזיק במדינות, והלכך ע"כ שיזכה דרך אחת מהן הקרובה, ובזה אמרינן דאף כשאמר לו לך חזק וקני אין דעתו שיזכה באלו שלא נתן דמים.

וכעת ראיתי ברשב"א שכתב דאם פירש שיקנה קנין גמור קנה בין במטלטלין ובין

בעשר מדינות, אבל סתמא שאמר לו לך חזק וקני או לך קנה באגב אמרינן דלכשיתן הדמים קאמר, וכן הלשון ברמב"ן, ור"ל דאף שאמר לו לקנות אמרינן שלא נתכוין שיקנה אא"כ יתן לו הדמים קודם שיחזיק, וצ"ע.

יש להסתפק החזיק בשדה אחת ע"מ לקנותה כולה חוץ מקו באמצע, האם חשיב כבעשר מדינות, ואם לא נתן דמי כולה לא קני, או"ד השתא שדה אחת היא. (קדושין כ"ז א').

ס"ח א' הוא הנהו חנואתא אבראי דהוו שטחו בהו שומשמי כו', לפירוש רשב"ם דעיקר תשמיש החנויות הוא למכירה דפת ויין ושטיחת השומשומין הוא עראי, לכאורה אין ראייה מבריות המספקות מים ובית כינוס העצים אם הם מיוחדים לבית המרחץ, והרשב"ם באמת פירש במתני' דהני אין מיוחדין לבית המרחץ דגם בביתו משתמש מהן, אבל בפשוטו משמע שהם מיוחדים לבית המרחץ, ולשון הרמב"ם פכ"ה ממכירה ה"ח חנויות ששטחין בהן הזיתים או השומשומין, ומתפרש שפיר שמיוחדין לכך, אלא שבזמן שאין שם זיתים ושומשומין הם משמשים לחנויות, או שעשויין כחנויות ושימושן רק לזיתים ושומשומין, אבל המ"מ שם העתיק דברי הרשב"ם דעיקר החנויות למכירת פת ויין, ומשמע דכוונתו לפרש כן גם בדעת הרמב"ם, וכן הטור בסימן רט"ו כתב דהחנויות אין עיקר תשמישן לבית הבד, ומשמע שאם היה עיקר תשמישן לבית הבד א"צ אליו מצרנהא, וצ"ע.

שם אלא אר"א חזינן אי א"ל בית הבד וכל תשמישיו ואליו מצרנהא קני ואי לא לא קני, יתכן לפרש דרב אשי אתי נמי לשנויי הני ברייתות דסתרן אהדדי אי באמר כל תשמישיו כולן מכורין, ומפרש דהא דקתני מכורין היינו במצר המצרים וכתב אליו מצרנהא, והא דקתני אין מכורין בלא מצר, ויתכן דהני ברייתות באמת פליגי, וקיי"ל דאין מכורין כדפריך ליה אביי לר"י, ורב אשי חידש דמ"מ באמר אליו מצרנהא הרי אלו מכורין, אבל הרמב"ם שם ה"ט לא הזכיר אליו מצרנהא בברייתא דבית המרחץ, נראה דגרס כאן כג"ה הרי"ף א"ל תנינא אם אמר בית הבד וכל תשמישיו כו', ומפרש דרק בבית הבד מחלקינן בהכי, וכבר נחלק עליו הטור בזה, ואפשר דדעת הרמב"ם דמגורות המים ובית כנוס העצים מיוחדין למרחץ, וס"ל דלא מצרכינן אליו מצרנהא אלא בחנויות שאין עיקר שימושן לבית הבד.

למאי דקתני דהיו החנויות אבראי, אהני אליו מצרנהא שמצר את החנויות עצמן, דלא נימא מצרים הרחיב, ויש לדון כשהחנויות בתוך בית הבד, והמצרים הם בדברים שבכלל בית הבד ומכורין בלא כל תשמישיו, אם מועיל לחנויות, ומסתברא דמהני דאליו מצרנהא מתפרש דלא שייר בהם כלום. - ברמב"ם שם כתב בבית המרחץ דבכל תשמישיו הרי גם מגורות המים ובית כנוס העצים בכלל אף שהם חוצה לו, ובלא אליו מצרנהא, וצ"ע מנ"ל, ושם מדמייתנין מכל תשמישיו אחנויות דאבראי ש"מ דכל תשמישיו מהני אף למידי דמאבראי, וכיון דבבית המרחץ לא נזכר אליו מצרנהא, ש"מ דאף בדאבראי מהני, ולמ"ש לעיל דדעת הרמב"ם דהני מיוחדין למרחץ שפיר הם בכלל כל תשמישיו גם כשהם מאבראי.

שם דאי כמקרקע דמי ניזדבן אגב מתא כו', ומ"מ האומר כל קרקעותי מכורין לך י"ל דאין עבדים בכלל אף אי כמקרקעי דמי ואינם בכלל כל המטלטלין, כן מבואר בנמו"י לקמן ק"נ, ואף כשאומר כל המטלטלין וכל הקרקעות עי"ש.

שם מאי סנטר כו', אפשר דעיקר פלוגתתן כיצד לפרש בית השלחין אם היינו באגי וכולל גם בית הבעל, או דאין רגילות לקרא בית השלחין לכל השדות, וע"כ היינו גינונייתא, ועפ"ז מסתבב פירוש סנטר, דכפי המבואר ברמב"ן ורשב"א שפיר אפשר לקרא סנטר גם לגברא וגם לבאגי.

תוד"ה אלא וה"ה דהו"מ למיפרך אי כמטלטלי דמי אפילו גבי חצר יהו מכורין, ר"ל אי כמטלטלי דמי ואין חילוק בין נייד ללא נייד, ולעיל ס"ז א' במוכר את החצר לא קתני בסיפא ואם אמר הוא וכל מה שבתוכו אפילו היה בה בהמה ועבדים הרי אלו מכורין, וע"כ דנייד שאני, ומיהו התם גם חיטי ושערי אינם בכלל אע"ג דלא נייד, וכמש"כ ברשב"ם, וע"כ לחלק בין חצר לעיר.

ס"ח ב' מתני' המוכר את השדה מכר את האבנים שהם לצרכה כו', יש לעי' מה בין זה לקורת בית הבד דאע"ג שאין בית הבד בלא קורה אפ"ה לא מכר את הקורה כדתנן לעיל ס"ז ב', ואפשר דאבנים וקנים כיון דלא חשיבי כולי האי הרי הם בטלים אגב שדה טפי, וכמו שהזכירו סברא זו תו' שם סוד"ה ים, והרמ"ה כתב דלאו כל בית הבד יש לו קורה משלו דיש שמשמשין בקורה מושאלת או מושכרת.

שם ואת התבואה שהיא מחוברת לקרקע כו', ובסיפא קתני ולא את התבואה שהיא תלושה מן הקרקע, ולכאורה משמע שהדבר תלוי בחיבור לקרקע ואפילו שהיא עומדת ליקצר כל שלא נקצרה הרי היא נמכרת, וכדאמרינן בגמ' אע"ג דמטאי למיחצד, אבל בריטב"א לא כ"כ, ומפרש דמטא למיחצד אבל עדיין משבחת בקרקע, וצ"ע.

שם ולא את הקנים שבכרם שאינן לצרכו, נראה דבכלל זה מה שרגילים שיהיו קנים מיותרים קצת שאם יתקלקל אחד יהיה ניתן להחליפו, אפ"ה כיון שכעת הם מיותרים אינן בכלל המקח, והרי לרבנן והוא דמוקמן, וכי איצטריך לר"מ.

שם ולא את השומירה שהיא עשויה בטיט, לענין עצי השומירה ודאי קאמר דנשארין של המוכר, אבל מקום השומירה יש לדון, ובעוד השומירה קיימת נמי מסתברא דאין הלוקח יכול לחייבו לפרקה ולהסירה, אבל כשנפלה השומירה תיבעי לך למי שיין המקום, אבל ברמ"ה במתני' כתב דלא נשאר למוכר אלא עצי השומירה ויש לו לפרקה וליטול העצים, ואמנם כשהכרם אינו שלו מה ענין לו בשומירה שבכרם דעיקרה לשומרי הכרם, ואי רק על העצים קאמר, ניחא.

ס"ט א' הכא תרגימו אבני דאכפא עולא אמר אבנים הסדורות לגדר, נראה דלא פליגי, דאבני דאכפא לכו"ע בכלל מתני', ועולא הוסיף דגם אבנים הסדורות לגדר חשיבי אבנים שהם לצרכה, והכא תרגימו לא נחתי להא, וכ"ה ברמ"ה, [ונממה שהפוסקים הביאו תרומתו אין ראיה דלא פליגי, די"ל דהכא תרגימו פליג אדעולא ועולא לא פליג אהכא תרגימו וקיי"ל כעולא], וכן מוכח דלשון המשנה האבנים שהם לצרכה משמע שהדבר בהוה ולא אם אירע, ואילו אבנים הסדורות לגדר הוא מאורע שהתחילו לגדור ולא הושלם, אבל אם גם אבני דאכפא בכלל ניחא דכל האבנים שהם לצרכה בכלל בין הקבועים ובין במאורע, אבל בב"י סי' רט"ו נקט בדעת הטור דהכא תרגימו פליג אדעולא, ולכך לא הביא הטור הא דעולא, עי"ש.

שם לרבנן הוא דמחתן, לפי' תו' דהיינו שכבר שימשו בהן, שפיר י"ל דאף שאינם מונחים בשדה בשעת המכירה דנמי הם בכלל, דכיון שהם מיוחדים וכבר שימשו הרי הם בכלל השדה, אבל לפי' רשב"ם צריך שיהיו בשדה דוקא, ובאמת מש"פ רשב"ם דלר"מ אע"ג שאינם בשדה, צ"ע דפלוגתא דר"מ ורבנן היא אם מכר תשמישי הכרם, אבל אין לנו מקור לחדש פלוגתא אם צריך שהתשמישים יהיו צבורים.

לפי' תו' יש לפרש הא דאמרינן בקנים והוא דמוקמן, דהיינו שכבר הוקמו פעם, ולאפוקי דרך הוזמנו ואפילו שפיין כל זמן דלא מוקמן, אבל משהוקמו אפילו נפלו שפיר הם מכורים, וכמו אבני דאכפא, ואף דאבני דאכפא רגילות דידהו הוא שאינן משמשין אלא לפרקים, משא"כ קנים.

שם לרבנן הוא דסדרן, ברמ"ה מבואר דהיינו שהם מסודרים במקומם ומשמשינן כגדר אלא שחסרים עדיין שימרחום בטיט. - לר"מ אף צבורות לא בעי כל שהתקין לכן ולכן ברייתא דר"ח לעיל ע"כ כרבנן וסדורות קאמר.

ס"ט ב' אמר רב משרשיא מכאן למצרים מן התורה, פירש רשב"ם דהמוכר שדה סתם כגון שאמר הריני מוכר לך שדה זו קנה גם את המצרים שלה, דעפרון מכר לאברהם את השדה וכתב דגם העץ אשר בכל גבולו סביב קנה אברהם, וגבולו היינו מצרים, [ויש לעי' כשהשדות שסביב השדה הנמכרת הם גם של המוכר אם כה"ג חולקין את המיצר חצי לשדה זו וחצי לזו, או דלא קנה את המצר כלל, או דגם בזה קנה את המצר], וק"ק דדין זה לא נתפרש בהדיא במשנה או ברייתא ואיך שנאו רב משרשיא סתם כדבר ידוע מכאן למצרים מן התורה, והול"ל מכאן שהמוכר שדה מכר מצריה, ולשון הגמ' מכאן למצרים מן התורה משמע דמכאן מצאנו שיש ענין במצרים, ולא דין המצר, ומתפרש דנפ"מ דהאומר שדה זו אני מוכר לך והיא שדה שיש לה מצרים דקנה כולה עד המצר, וכן הכיש בשדה גר המסוימת במצריה קנה כולה לרב לעיל נ"ד א', וכן דהמיצר מפסיק לפאה כדאמר נ"ה א', וילפינן זה מדכתיב בקרא דאברהם זכה בשדה עד הגבול וגבול היינו מצר, ובכלל זה שפיר מתפרש דקנה גם את המצר, אבל עיקר המימרא היא דיש ענין במצרים מן התורה, ועי' רשב"א דפירש דמצרים שמצר קאמר, ועי' ברמ"ה דמשמע כמש"כ, ובמדרש רבה פ' חיי שרה משמע דעפרון מצר את המצרים ויליף מזה דהמוכר שדה צריך שימצור מצרים.

שם אר"י האי מאן דמזבן ארעא לחבריה צריך למיכתב ליה קני לך דיקלין כו' ואע"ג דכי לא כתב ליה הכי קני אפ"ה שופרא דשטרא הוא, יש לעי' דלעיל בפירקין מבואר דכל דטפי מילתא דלא צריך אמרינן דלאוסופי אתי כדאמר ס"ג ב' אהני מתהום ארעא ועד רום רקיעא דליקני בור ודות ומחילות, ס"ד א' אהני ע"מ דאי נפיל הדר בני לה, וכדאמר בהדיא קל"ח ב' כיון דלא צריך וקאמר לאיטפויי מילתא קאתי, לענין דשייר לו דרך, ואמאי לא אמרינן דכל הני לשופרא דשטרא הוא, ואפשר דכל היכא דאיכא למימר דלטפויי אתי אמרינן הכי, ובפרט במידי שהם לטובת המוכר ושפיר יכול לטעון שלכך נתכוין ולא רק לשופרא דשטרא, גם י"ל בשדה ודקלים ששניהם חשובין לעצמן ויש שמשיר הדקלים ויש שמוכר הדקלים ומשייר השדה, הלכך אף דמסתמא מחזקינן דמכר את השדה מכר גם את הדקלים, מ"מ עלול להיות דין ודברים ובזה הוא דאמרינן דראוי לפרש לשופרא דשטרא, אח"כ ראיתי בשטמ"ק בשם הר"ן שכבר הקשה כן ותירץ דהמוכר אינו חושש לכתוב שופרא דשטרא כיון שהוא מוחזק, ולכן אמרינן דלטפויי דרך קאתי, אבל הלוקח שפיר כותב לשופרא דשטרא, ומיהו ק"ק דלעיל ס"ג ב' אמרינן דאי בסתמא קני עומקא ורומא אהני עומקא ורומא למיקני בור ודות ומחילות אף שהוא לטובת הלוקח ולא אמרינן דלשופרא דשטרא הוא דכתב ליה, וי"ל דכיון דאיכא שם בור ודות המוכר לא יסכים לכתוב עומקא ורומא לשופרא דשטרא, שלא יטעון הלוקח שמכר גם הבור ודות.

שם א"ל ארעא ודיקלי כו', איירי דא"ל קרקע זו ויש בה דקלים וכמש"פ רשב"ם, ואשמועינן דצריך למיתב ליה תרי דיקלי מלבד הדיקלי שבקרקע, דלשון ארעא ודיקלי מתפרש שהם שני דברים נפרדים ולא קרקע עם דקלים, ואי א"ל ארעא סתם אשמועינן נמי דצריך למיתב ליה שני דקלים מלבד הקרקע, [סתם ארעא מסתמא הוא שיעור ט' קבין וצריך למיתב ליה שני דקלים מלבד הט' קבין].

שם חזינן אי אית ליה דיקלי יהיב ליה תרי דיקלי, אשמועינן דאי אית ליה דיקלי לא מצי למיזבן ליה דיקלי אחריני וחייב למיתב ליה מן ידיה, [ויד המוכר על העליונה

לתת איזה שרוצה], והיינו נמי דאשמועינן דאי דיקלי דידיה משעבדי נמי לא מצי ליתן לו מן השוק אלא חייב למפרקינהו ולמיתבינהו ניהליה.

והאי משעבדי צ"ע מאי ניהו, דאם יש לו בעלי חובות אכתי לאו משעבדי ניהו, ולוה המגבה קרקע למלוה לא מצאנו לחייבו שישלם תחלה לבע"ח שקדמוהו, ואף אם שוינהו אפותיקי מפורש כיון דמצי לסלוקי בזוזי, וצריך לפרש דהאי משעבדי היינו משכנתא, וגם לשון פריק ליה נאות בזה, אח"כ ראיתי שכ"כ בשה"ג בשם ריא"ז, ובתו' רי"ד כתב שעשאו אפותיקי.

שם ארעא בדיקלי חזינן אי אית בה דיקלי יהיב ליה ואי לאו מקח טעות הוא, מכאן משמע דבארעא זו איירינן, דאל"ה אכתי מצי זבין ליה.

שם אי דיקלא בישא הוא כ"ש הנך, לפי מש"פ רשב"ם דהיינו דקל דשרי למיקצייה, לכאורה היה מקום לומר דשיירו לעצמו לעצים ואין מזה ראייה דשייר כולם, והרי אם יש שם דקל שיבש לגמרי ועומד להקצץ ואמר חוץ מדקל פלוני לכאורה ראוי לומר כן, ודוקא בדקלים הראויים לקיימן ושייר ביש אמרינן דכ"ש טב.

ע' א' בעא מיניה רב אחא בר הונא מרב ששת חוץ מחרוב פלוני חוץ מסדן פלוני מאי, יש להסתפק אם גם בכתב לו היא וכל מה שבתוכה חוץ מחרוב פלוני קא מיבעיא ליה, או דרק במוכר שדה סתם קא מיבעיא ליה, ומהא דלא מוקי ברייתא בהכי אין ראייה די"ל דקים לגמ' דבריייתא במוכר שדה סתם איירי, א"נ שינויא דמשנינן קושטא הוא דלא קנה כלל קאמר, ומסתברא דגם בזה קא מיבעיא ליה, דבמתניתין לא מידכר חרוב המורכב וסדן השקמה אלא בסיפא באמר היא וכל מה שבתוכה.

לגירסא אלא לדמי, מתפרש דלכך לא קנה שאר חרובין ולל"ב גם לא החצי חרוב הנשאר, משום דמפרשינן דחוץ מחרוב פלוני ר"ל חוץ מערך חרוב פלוני דיש להפחית מן השדה שיעור זה, ומשמע דאם אמר חוץ מחרוב פלוני שאני משיירו לעצמי, או נוסח אחר שמפרש דלא נתכוין להפחית מן השדה ערך אותו חרוב אלא שמשיר את החרוב, דבזה יקנה שאר החרובין, וקשה דהא עד שלא הקשו מבריייתא דלא קנה, הוי מתפרשא הבעיא כפשוטה אם קנה שאר החרובין או לא, וע"ז פשיט ליה דלא קנה, והטעם משום דלשון כזה לא חשיב כלשון למידק מיני' דשאר חרובין קנה, וכדמדמה לה לחוץ משדה פלונית, וכיצד יתכן דבאמירת תדע דאילו אמר לי שדי מכורה לך חוץ משדה פלונית נהפכו הדברים, ובאמת בכה"ג קנה שאר חרובין, ורק משום דמפרשינן דלדמי קאמר הלכך לא קנה, וגם לשון הבריייתא חוץ מחרוב פלוני חוץ מסדן פלוני לא קנה, קשה לפרש דר"ל שלא קנה בשדה בערך החרוב או הסדן, וכש"כ בל"ב דקתני בבריייתא דשאר חרובין לא קנה הרי בהדיא דאין הנידון לדמי, וצ"ע.

שם בעא מיניה ר"ע מר"ח המפקיד אצל חבירו בשטר כו', יש לדעת היכן מצאנו ענין שטר בפקדון, בשלמא במכירה שהשטר עושה הקנין, הרי זהו ענין שטר שנתחדש בתורה כדכתיב וכתוב בספר וחתום והעד עדים, וכן גט כשר מדאורייתא בעדי חתימה מה"ט, וגם הלואה, לא מיבעיא אם חייב אני לך מנה בשטר סגי להתחייב עי' כתובות ק"א ב', דשפיר זהו ענין השטר ואין בו לא משום מפי כתבם ולא משום שהעדים החותמים לא ראו המעשה, אלא אף אם לא סגי להתחייב בשטר מ"מ שטרי הלואה הם מעיקרי משא ומתן ושפיר קים להו לחז"ל דגם הם בתורת שטר, אבל שטר על פקדון היכן מצינו, ולעיל מ' א' כתבו תו' בשטרי מחאה ומודעה דתקנת חכמים הם, ושמא ה"ה בפקדון, א"נ ההתחייבות בחיובי הפקדון דומה לחוב.

שם מי אמרינן מגו דאי בעי אמר נאנסו מהימן כו', יש לעי' אמאי לא מיבעיא ליה במגו דמזוייף ודומיא דמודה בשטר שכתבו, לפמש"כ תו' דהכא לא שכיח שישאיר את השטר, ושמא ניחא ליה למיבעיא אף למ"ד מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו, ולמש"כ הרמב"ן והרשב"א דמגו דמזוייף עדיפא דמאן משוי ליה שטרא לזה וכעין הפה שאסר דמי, ניחא די"ל דבמגו דמזוייף פשיטא ליה דמהימן, למ"ד צריך לקיימו, וקמיבעיא ליה בשטר מקויים אם נאמן במגו דנאנסו.

ומקום הספק הוא א. אם טענת שטרך בידי מאי בעי אלימא ממגו דנאנסו. ב. אם מחייבין שבועה כדי שיהיה לו מגו. ג. ובגוונא שבטענת המגו חייב שבועה דאוריתא. ד. גם י"ל דטענת נאנסו טענת גריעא היא דלא שכיחא וקלא אית לה למילתא, וקצת משמע בגמ' דרב עמרם ס"ד דר"נ אף בלא שבועה הימניה, ולכאורה צ"ע מ"ט, הא לית ליה מגו, וצ"ל דכיון דאית ליה מגו דנאנסו לכך אינו חושש להחזיר הפקדון, מבלי ליטול את השטר, עי' רשב"ם ד"ה ולטעמך.

נראה דהלכות שטר דמדאוריתא, לא נאמרו אלא על העדות שבשטר דהיינו על המעשה הכתוב בשטר אם מכר או הלואה, אבל מה שאין נאמן לטעון פרוע על שטר, אינו אלא סברא בעלמא דשטרך בידי מאי בעי, ואף דסברות מעין אלו משמשות בדאוריתא, מ"מ אין עליו תורת שטר ולכך איכא מ"ד דמודה בשטר שכתבו צריך לקיימו, דמהני מגו נגד טענת שטרך בידי מאי בעי, וכן במפקיד בשטר מסקינן בסוגיין דנאמן לטעון החזרתי במגו דנאנסו, ואם היה בכלל הלכות שטר גם שא"א לטעון פרוע, לא היתה מועלת מגו נגד זה, דשטר בהלכותיו כעדים דמי ולא אמרינן מגו במקום עדים, וכ"מ בתו' ב"ב ה' ב' ד"ה ומי.

ע' ב' לימא בפלוגתא דהני תנאי דתניא שטר כיס כו', יעוי' בתו' דלא טענינן נאנסו משום דלא שכיחא, ומ"מ טענינן החזרתי דשכיחא, וכיון דלאבוהון היה מגו דנאנסו שפיר דמי, ובמלחמות לא ניחא ליה ז"ל בזה אלא דכיון דאין נאמנות החזרתי אלא במגו דנאנסו לית לן למיטען להו החזרתי אי לא טענינן נאנסו, ויתכן אולי לומר דהכא שהכל היה מעורב בעיסקא אחת דאבוהון ודפקדון, ואם נאנס הפקדון ע"כ נאנס גם המלוה, שפיר י"ל דידעי יתמי במילי דאבוהון, ויודעים שלא נאנס ממנו כלום, והרי העיסקא קיימת, אלא דאפשר שאבוהון החזיר, והלכך נאנסו לא טענינן אע"ג שאם היו טוענין היו נאמנים, [ודכוותה בפקדון של חפץ בעין שנמצא, לא נטעון ליתמי שמא חפץ אחר הוא והפקדון נאבד באונס, גם כשאין למפקיד סימנים מובהקים או טב"ע, עי' כתובות פ"ה ב', אבל בחפץ בעין שאיננו שפיר טענינן להו שמא באונס נאבד], אבל החזרתי שפיר טענינן להו, דזה לא מצו למידע, ואף שהחילוק מסתבר אבל לא מצאתי בחו"מ סי' ק"ח ס"ד שמחלקים בזה, ועי' ברמ"ה בסוגיין, וצ"ע.

ולכאורה משמע כן קצת לקמן דאמרינן שלח רהב"א המפקיד אצל חברו בשטר ואמר לו החזרתיו לך נאמן ושטר כיס היוצא על היתומים נשבע וגובה כולו, וקשה אמאי הוצרך לומר שטר כיס היוצא ולא אמר למילתיה ארישא דהמפקיד אצל חברו בשטר ואמר לו החזרתיו לך נאמן, דאם מת חייבים הבנים להחזיר ולא טענינן להו נאנסו או החזרתי, אבל למש"כ ניחא דבפקדון בעין שהיתומים לא יודעים מה אירע לו, אמנם נטעון להו החזרתי או נאנסו, כיון שהפקדון איננו ושפיר אפשר שנאבד באונס או שהחזירו, ורק בשטר כיס שאנו מסופקים שהפקדון קיים לפנינו בזה לא טענינן שמא נאבד ושמא באונס, ומיהו י"ל דנקט שטר כיס דלא תקשה עליה מדייני גולה, וה"ה סתם מפקיד בשטר.

ק"ק אמאי מוקמינן לדר"ח בתנאי, ולא אמרינן דכו"ע אית להו דר"ח דנאמן לומר

החזרתי במגו דנאנסו, ורק ביורשים פליגי אי טענינן להו החזרתי אע"ג דלא טענינן להו נאנסו, ובפלוגתא דתו' והרמב"ן במלחמות, וי"ל דעדיפא מינה משני. רשב"ם ד"ה דאמרי נהרדעי האי עיסקא פלגא מלוה ופלגא פקדון עבוד רבנן מילתא דניחא ליה ללוה כו', יש לעי' מקמי הך תקנה מאי הוי, ולכאורה היה ראוי לומר דהוי כולו פקדון, שהרי הנותן לו הזכיר ענין הלואה, אבל א"כ קשה אמאי ניחא ליה ללוה בהך תקנתא, ובריי"ף כתב דניחא ליה ללוה דאי מיתניס לא משלם אלא פלגא משמע דמפרש דניחא ליה ללוה דלא ליהוי כולו מלוה, אבל אין סברא לומר דמקמי הך תקנתא הוי כולו מלוה, דהא משמע דעשו עיסקא בשותפות ולא שהלוהו מעות ברבית, אלא יש לפרש דניחא ליה ללוה דלא יתקנו שתהא כולו מלוה, ולכאורה נראה דבכל עיסקא הרי הם מתנים שיהא הפסד וריוח על שניהם, וזהו עיקר העיסקא, אלא דלא נחתו לפרש שיהא פלגא מלוה, והרי אחריות המקבל באונסין הוא מדין מתנה שומר חנם להיות כשואל, ומיהו אחריותו על זולא צ"ע היכי חיילא, ואפשר דבאמת היה נשאר באחריות הנותן על זולא, א"נ היה חיובו בזה מדין דברים, והיו סומכים שלא יחזור בו, ואתו חכמים ותיקנו שתהא פלגא מלוה, ויתחייב אף בזולא מן הדין, ואפשר דתקנת החכמים בזה אינה אלא לפרש דסתמא דעיסקא כשהתנו שיהא הפסד וריוח באחריות שניהם, הרי יש לפרש שנתכוונו לפלגא מלוה ופלגא פקדון, ונפ"מ בשני עכו"ם שעשו עיסקא ונתגיירו ובאין לדון בדיני ישראל, דאי תקנת חכמים ממש היא, לית לן למימר דתיקנו כן בעכו"ם, אבל אם הוא מיצוי חפצם, שפיר אפשר דאף בעכו"ם יש לחשוב כן. - מצד הלכות רבית נראה דאף קודם שתיקנו שתהא פלגא מלוה ופלגא פקדון, נמי היה ראוי לאסור, דכיון דהפלגא כולה באחריות המקבל הרי זה דומה להלואה, והלכך לא גרמו איסור בתקנתם, אם לא יתן שכר למקבל, דאף בלא תקנתם יש כאן אבק ריבית. (ב"מ ק"ד ב').

ע"א א' מתני' לא את הבור ולא את הגת כו', אי גרסינן ולא את הבור מתפרש בפשוטו דקאי אסיפא דמתני' לעיל ס"ח ב' בזמן שאמר לו היא וכל מה שבתוכה, אבל אי גרסינן לא את הבור יתכן דקאי רק ארישא במוכר את השדה סתם, אבל ברשב"ם כתב דגם באמר היא וכל מה שבתוכה קיימא מתני' דלא מכר את הבור והגת והשובך, ומיהו אף אי גרסינן בוי"ו מ"מ הא דקתני דבנותן מתנה נותן את כולה קאי שפיר גם במוכר את השדה סתם, וכ"ה ברמ"ה, ועי' באור שמח סו"פ כ"ו מה' מכירה שכתב להגיה בירושלמי שהביאו הרמב"ן והרשב"א בסוגיין דמיבעיא לי' אם בד"א במוכר אבל בנותן מתנה כו' קאי על סיפא דאמר כל מה שבתוכה או גם ארישא דמוכר סתם עי"ש.

שם בין חרבין בין ישובין, ברשב"ם לעיל ס"ד ב' כתב שאין מים בבור ואין כרמים סמוך לגת ואין יונים בשובך, ולכאורה בבור ובגת אין בזה חידוש, דלעולם בימות הגשמים הבור מתמלא וכן הגת בזמן הבציר, ויתכן לפרש חרבין שצריכים תיקון, ואעפ"כ הם עומדין למלאכתן לכשיתקנו, וברגמ"ה שם משמע דחרבין וישובין לא קאי אלא אשובך, וישובין היינו אם היונים נמצאים, ובנותן מתנה שקנה קנה גם את היונים דמכר שובך מכר יונים.

שם בד"א במוכר אבל בנותן מתנה נותן את כולה, בדרך שפיר מהני עין יפה דמתנה לומר שנתן לו בעין יפה ושייר לו דרך, או שלא שייר לעצמו דרך, אבל לענין נתינת הבור והגת והשובך קשה מה ענין זה לעין יפה, הרי כמו שהמוכר סתם מוכר רק את השדה ה"נ הנותן שפיר יתכן שאינו נותן אלא את השדה, ומגלן לומר שנותן גם את הבור והגת והשובך, והיינו דפריך בגמ' מ"ש מכר ומ"ש מתנה, וכן מבואר בפ"י

רשב"ם, ולפי זה נראה לפרש הא דאמרינן דזה היה לו לפרש דאנותן מתנה קאמר וכמו שפירש בריטב"א הנדמ"ח, ור"ל דבאמת כל מוכר או נותן שדה סתם ראוי להסתפק דשמא גם הבור והגת והשובך בכלל, אלא דכיון דהנידון להוציא מיד המוכר המוחזק הרי ידו על העליונה ואמרינן דלא מכרן, ומה שלא פירש חוץ מאלו הוא משום שלא רצה ליתן פתחון פה ללוקח שיבקש גם אותם במקחו, משא"כ בנותן מתנה דהיה ראוי לו לפרש חוץ מאלו, ומדלא פירש ש"מ דגם אותם נתן, ומ"מ גם בזה משמש כח דנותן בעין יפה נותן כדמייטנן מינה לעיל ס"ה א', ומיהו בכלל מתני' דנתנן לאחר מודים חכמים דא"צ ליקח לו דרך ומשום דבעין יפה נותן, דבזה ליתא לטעמא דהיה לו לפרש כיון שהדרך אינה במה שנותן.

שם האחין שחלקו זכו בשדה זכו בכולה, גם בזה איתא לטעמא דהו"ל לפרש דאינם בושין זה מזה כנותני מתנה, וכל שלא פירשו ראוי להטפיל הבור והגת והשובך אל השדה, וגם בחלוקה לעולם ראוי להפריד זה מזה ולא שישארו שותפין בבור שבשדה של האחר, וכמ"ש תו'. - הא דנקט זכו בשדה זכו בכולה ולא החזיק בשדה החזיק בכולה כדקתני בנכסי הגר, הוא משום דבחלוקת יורשים יתכן שיזכה בגורל או במה שהאחר זכה בחלקו עי' רא"ש פ"ק ס"ג, ואין צריך דוקא שיחזיק.

שם המחזיק בנכסי הגר החזיק בשדה החזיק בכולה, נראה דאפילו לא ידע בשעה שהחזיק שיש שם בור וגת ושובך נמי קנה כולן, דסתמא אדעתא דכל מה שיכול לזכות קמכוין, והאי חזקה לשמואל לעיל נ"ד א' דבהכיש לא קנה אלא מקום מכושו, מתפרש בנעל גדר ופרץ, ואשמועין דכל הני לא חשיבי כמצר דמפסיק בנכסי הגר, ואע"ג דמדמינן חרוב המורכב לעיל ע' א' לשדה אחרת.

שם המקדיש את השדה הקדיש את כולה, גם בזה איתא לטעמא דלא היה לגזור לפרש לפיר"ח, או דהיה למקדיש לפרש לפי' ריטב"א, וגם מקדיש בעין יפה מקדיש. גמ' אלא זה היה לו לפרש, עי' מש"כ בזה לעיל ס"ה א'.

שם ההוא דאמר להו הבו ליה לפלניא ביתא דמחזיק מאה גולפי אשתכח דהוה מחזיק מאה ועשרין כו', לשון הגמ' משמע דאין ספק על איזה בית נתכוין, וכאילו אמר בית פלוני, או דלית ליה אלא חד בית, והרי הדבר פשוט שטעה בגודל הבית, ויש מקום לומר דנתניה בטעות היא ולא קנה כלום, ובריטב"א הזכיר דיש שפירשו כן בדמר זוטרא, ויש מקום לומר דקנה ק' מתוך הק"כ וכמ"ש רשב"ם בדמר זוטרא, ורב אשי חידש דבעין יפה נותן ואית לן למימר דקנה כולו, ואע"ג דלא מצאנו ענין עין יפה בדידעין שטעה, צ"ל דאה"נ, ורב אשי מסברא קאמר לה דכשם דאמרינן נותן בעין יפה נותן, כמו"כ אית לן למימר בטעות בשתות דנמי תועיל עין יפה שלא לבטל את המתנה, או לתת לו חלק מן הבית, אלא מקיימין מתנתו כולה, ולפי זה נראין הדברים כמ"ש הנמו"י בשם הריטב"א דאין לנו אלא בטעות בשתות כדהוה עובדא, ולא ביותר מזה, והרי אשכחן במקח דטעות בשתות אינו מבטל את המקח, ולית לן למילף ליותר משתות, ומשה"ק הנמו"י דהיכי דייק ר"א ממתני' עד עשרים, לאו קושיא היא, דגם עד עשרים ליכא באמת לדיוקי ממתני', דמתני' לא איירי בטעות כלל, אלא דרב אשי מסברא קאמר לשמש בזה נמי בעין יפה, ואין לנו אלא בשתות כדהוה עובדא.

ונראה דבמקח כה"ג אף למאי דקיי"ל כר"ע דמוכר בעין יפה מוכר, דמ"מ לא קנה כולו, דכיון דעין יפה דמתנה עדיפא, לית לן לחדש דרב אשי פליג אמר זוטרא גם בעין יפה דמכר, ולפי' רשב"ם יהא המקח קיים במאה מתוך הק"כ, וכ"ה במאירי, ואפשר דהלוקח יוכל לטעון שלא נתכוין לקנות בית בשותפות, ולא שיוסיפו לו מחיצה, וצ"ע בזה.

ובשיעור שאין הדעת טועה כגון דהוה מחזיק מאתיים גולפי, נראה דכו"ע מודו דיהיב ליה מאה מן המאתיים, וכ"ה במאירי.

ע"ב א' הקדיש שלשה אילנות כו', א"ה, ראיתי להעתיק כאן מש"כ בזה בערכין י"ד. ערכין י"ד א' אר"ה הקדיש שדה מליאה אילנות כו', נראה דההקדש חל בב"א על השדה ועל האילנות אף לר"ה, אלא דדעת המקדיש שיחולו שני עניני הקדש, על האילנות לחוד ועל השדה לחוד, וסתמא הכי מתפרש כיון דבעין יפה מקדיש וחפץ בטובת הקדש, אבל אם פירש בהדיא שרצונו שיהיה הקדש אחד בדין שדה אחוזה, ודאי פודה הכל בחמשים סלעים לזרע חומר שעורים.

עוד שם ראויה לפרדסות קאמר, הו"מ לשנויי דמתני' בשפירש שיחול הקדש אחד מדין שדה אחוזה על הכל, אלא דפשטא דמתני' בסתם מקדיש איירי לכך ניחא ליה לשנויי דראויה לפרדסות קאמר.

עוד שם ה"נ פודה וחוזר ופודה, פרש"י דשדה מ"מ דקתני בברייתא היינו על השדה עצמה, וצ"ע א"כ מנ"ל באמת דאם הקדיש בעין רעה השדה והאילנות דפודין יחד בנ' סלעים, ועוד דלישנא דברייתא משמע דאתי לרבווי דאפי' שדה גפנים שוה יותר מסתם שדה זרע אינו נותן אלא נ' סלעים בחומר, ואי פודה האילנות לחוד אדרבה הרי השדה שוה פחות מסתם שדה זרע, ועוד דהא בברייתא לא קתני עובדא אלא דינא דמרבה מקרא שדה גפנים ולמה לא נוקמה שפיר בפירש בהדיא דמקדיש בעין רעה, ולו"ד ז"ל היה אפשר לפרש דה"נ פודה וחוזר ופודה אם הקדיש סתם, אבל ברייתא עיקר דינא אשמועין דבהקדישן הקדש אחד פודין ביחד, ולא איירי בלשון ההקדש בסתמא דמתפרש אמנם בעין יפה ופודה וחוזר ופודה.

עוד שם ואי ר"ש ליזיל בתר פדיון כו' דהא שמעין ליה לר"ש דאזיל בתר פדיון כו', יש לתמוה מה מועיל סברא דאזיל בתר פדיון לומר דלקח שדה מאביו והקדישה ואח"כ מת אביו דנתכוין להקדישה לעולם שתתחלק לכהנים, הרי אדרבה בלבו ובלב כל אדם שלא נתכוין להקדיש אלא זכות שדה מקנה שיש לו בה ודין הוא שתחזור אליו ביובל כשמת אביו, וצריך לומר דלפי מאי דס"ד דטעמא דר"ש משום דאזיל בתר פדיון אמנם תחזור השדה אליו ביובל, ולא אמרו שהיא כשדה אחוזה אלא לענין דמי הפדיון שאינה נפדית בשויה אלא במחיר הקצוב לשדה אחוזה, וטעמא דמילתא דדיני הפדייה אמרה תורה על שעת הפדיון, שאם הפדיון הוא בשדה אחוזתו הרי היא נפדית בדין שדה אחוזה, [ואע"ג דלישנא דקרא בהקדש שדה אחוזה או שדה מקנה איירי, היינו משום דלעולם בדרך הרגיל הרי שעת ההקדש ושעת הפדיון כי הדדי נינהו], ומסברא קים להו לר"י ור"ש דבזה הוא דקפיד קרא, [והא דאמרי שנאמר אשר לא משדה אחוזתו כו' ס"ד השתא שאינו אלא אסמכתא, א"נ לגלויי אתי דאזלינן בתר פדיון], ולפ"ז פרכינן שפיר דאף אם הקדיש האילנות ואח"כ הקדיש השדה מ"מ כיון דבשעת הפדיון הם יחד קדושים יש לו לפדותם יחד דהא עיקר דיני הפדייה בשעת הפדייה הם.

ולמש"כ ניחא הא דלמסקנא דמפרש טעמא דר"י ור"ש מקרא לא פריך דנידוק מהאי קרא דאזלינן בתר פדיון, דהא כיון דקרא רבי לכל מילי כדין שדה אחוזה ואף לענין להתחלק לכהנים ביובל א"כ פשיטא דלאו משום סברא דאזלינן בתר פדיון הוא דלא שייכא הך סברא כלל לומר שמתחלקת לכהנים ביובל, אלא גזיה"כ הוא שהמקדיש שדה מקנה שאפשר שתהיה לו שדה אחוזה הרי בסתמא הקדיש כל זכות שיש לו בה וכשמת אביו היא היא כדין הקדיש שדה אחוזה. (עד כאן).

ע"ב ב' ואי ר"ש ליזיל בתר פדיון כו', עי' מש"כ בזה בערכין י"ד הועתק לעיל א'. שם אר"ה חרוב המורכב וסדן השקמה תורת אילן עליו כו', לכאורה נראה מוכח

מכאן דמוכר חרוב המורכב וסדן השקמה אין לו קרקע כמו שאר אילן אחד, ולכך שפיר מצטרפין לשני אילנות אחרים להיות שלשה, [ובירושלמי איכא פלוגתא בזה הובא ברשב"א לעיל ע' א', ועי"ש שדקדק מהא דר"ה דאין לו קרקע מדלא קאמר לה], ומיהו אין לדבר הכרע, דגם אם יש לו קרקע אפשר שיצטרף, ודומיא דאידך דר"ה דעומר שיש בו סאתים דאע"ג דאינו בר שכתה אפ"ה מצטרף לשלשה.

עיקר חידושיה דר"ה הוא בזה דתורת אילן עליו, דהא דתורת קרקע עליו מתניתין היא, והחידוש הוא דלא חשבינן ליה כמוכר בזא"ז, דכיון דחרוב המורכב וסדן השקמה חשיבי לעצמן כשדה בפ"ע, היה מקום לומר דאין כאן שלשה אילנות כאחד, קמ"ל דתורת אילן עליו והר"ז כג' אילנות כאחד.

שם דהיכא דאקדיש או זבין כו', נראה דיש חידוש טפי באקדיש, דבמכר הרי רצון הלוקח בשלשתן מאגדן להחשב כמוכר אחד, משא"כ במקדיש דשפיר יש לחשבן כהקדשות נפרדים אף דהקדישן בשעה אחת, כיון דתורת קרקע עליו, קמ"ל.

שם שנים והוא אינן שכתה, עי' מש"כ בחו"ב פאה ס"ז סק"ז ח', וסימן ח' סק"ח. הרמב"ם בפ"ה מה' מת"ע הי"ח כתב דשני עומרים אפילו יש בהן ביחד יותר מסאתיים נמי הוי שכתה, והדבר מפורש בסוגיין דאחד והוא הוי שכתה, ועיקר מה שחשבו הרמב"ם לחידוש אפשר דהוא לשיטתו דביותר מד' קבין מודו ב"ה, וס"ד דשמא ה"נ ביותר מסאתיים יש עדיפות. (פאה ס"ח סק"ח).

בספרי תצא איתא ושכתה עומר בשדה ולא הגדיש יכול אף שכתו יותר משנים ת"ל לגר ליתום וגו' מכאן אמרו שני עומרים שכתה ג' אינם שכתה, וברשב"ם כאן כתב דשלשה נתמעטו מקרא דעומר ולא גדיש, וכן הביא במלאכת שלמה פאה פ"ו מ"ה בשם יראים, והכונה דכשם שעומר ממעט עומר שיש בו סאתיים שהוא כגדיש, ה"נ ממעט שלשה עומרים אף כשהם מועטים בכמות דמ"מ חשיב כמרובה מחמת שהם שלשה, והוי נמי כעין גדיש, דלא הוי דומיא דעומר, והיה אפשר למידרש עומר ולא עומרים ולמעט גם שנים, אבל קים להו לחז"ל דלא בא למעט אלא ג', ואפשר דהוא מסברא או מקרא דלגר ליתום וגו', וב"ש לא ממעטי אלא ד'.

והנה יש לפרש המיעוט בשלשה משום דשכתה בצורה זו היא מחודשת, וכמו שכתה סאתיים דמחודשת כשכתה גדיש, וסוג זה של שכתה מיעט הכתוב, ולכן ע"כ המדובר בשלשה שאין שכתה אחד מהן שכתה עד שישכת שלשתן, ויש כאן המחודש ששכתן אף שהוצרך לשכוח ג' פעמים, דבאופן ששכתה כל אחד הוא בדין שכתה, א"כ אין כאן שום שינוי בצורת השכתה, אלא ששכתה הרגילה ג' פעמים, וכמו אילו שכח עומר בצפון ועומר בדרום ועומר במזרח שאין כאן שום שינוי ושום מאורע, אלא שריבה בפעמים, ולא נתנה תורה שיעור לשכתה, וכמו שבשתי שדות קטנות ודאי שייך שכתה בכל אחת ה"נ בשדה גדולה יכול לשכוח שני עומרים, וממילא גם בקטנה אין שיעור למספר השכתות, וגם אין לומר דבשכתה בפעם אחת ג' עומרים דבר הכתוב, דאין בזה שינוי בצורת השכתה, שהרי שכתה כל עומר היא שכתה רגילה, אלא שנזדמנו שלשתן בראשו בשכתתו בשעה אחת, ואטו אם שלשתן בשלש שדות מי שייך למעטן, וה"נ כשהם בשדה אחת במפוזרין, וכן גם בסמוכים.

והנה למדנו שיש צורה של שלשה הסמוכים זה לזה, שאין לחשוב שכתה אחד או שנים מהן כשכתה כל עוד שהשלישי זכור, ואפשר שהוא בעשויים כשורה או אף במעורבבין בשיעור מסויים של סמיכות, דהא אשכתן דשדה שעומריה מעורבבין דלא חשיב שכתה עד שיעמר כל סביביו כדאיתא בירושלמי ותוספתא דפאה, וכן בעומר שכנגדו מוכיח אשכתן דצורת שורה מבטלת השכתה, ואע"ג דאין עומר

מציל עומר, יש לחלק דהתם רק בשנים סמוכים, אבל שלשה עדיף, ונראין הדברים דמסברא קים להו לחז"ל דבצורות הללו אין לחשוב כשכחה עד שישכח כולן, ואי לא קרא הוי חשיב שכחה כשנשכחו שלשתן, ועכשיו נתמעטו מקרא, ואפשר נמי דהיה מקום לדון אם שיעורו בשלשה או בארבעה או ביותר, ואהני לזה קרא דלגר ליתום וגו', וכדחזינן דלכ"ש באמת שיעורו בארבעה, ואף בשורה, עי' ירושלמי פאה פ"ו סוף ה"א, וכשנתמעט שכחת שלשה נתמעט בין בשכחן בזא"ז כמו שהוא בהוה ובין בשכחן בב"א, דבשכחן בזא"ז נמי חיילא השכחה רק עם שכחת האחרון. ויתכן עוד דקרא דושכחת עומר מתפרש למעוטי עומרים ולב"ה אהני קרא דלגר ליתום וגו' שלא למעט שנים אלא שלשה, ולב"ש אהני האי קרא שלא למעט ג' אלא ד', וקרא מתפרש דממעט אף כשנשכחו זא"ז, וכיון דאין סברא שלאחר שנשכח אחד וחל עליו דין שכחה יחזור להיות של בעה"ב אם ישכח עוד שנים, ע"כ מוכח מזה דתחלה לא חיילא השכחה על הראשון, והא כיצד הרי לעולם שכחת אחד הוי שכחה, ומוכח מזה שיש אופן של סמיכות או שורה דנחשבין כחד ואין שכחת אחד מהן נחשבת כשכחה עד שישכח כולן, ומזה הוא דנפק"ל לחז"ל דין שורה ודין מעורבבין, ולפ"ז נחא טפי הא דלב"ש שיעור שורה בארבעה, ועי' חו"ב פאה ס"ח סק"ח.

שם ארבב"ח אר"ל חרוב המורכב וסדן השקמה באנו למחלוקת כו', לפי דבמתני' מבואר לפום רהיטא דליכא פלוגתא בחרוב המורכב וסדן השקמה וגם לר"ש הם קדושים, לכך קאמר שאין הדבר כן ורמב"י פליג וס"ל דגם חרוב המורכב וסדן השקמה לא הקדיש, ופרכינן דלימא דר"ש פליג וכדמפרשינן דלדבריהם דרבנן קאמר להו, ומשנינן דהא קמ"ל דרמב"י כר"ש ס"ל, ואפשר דר"ל קיבל דרמב"י אמר בהדיא דלא הקדיש את החרוב המורכב וסדן השקמה, ולא עסיק דלדבריהם דרבנן כר"ש, והיינו דקאמר דבאנו למחלוקת ומזה יש להבין דר"ש נמי הכי ס"ל ולדבריהם דרבנן קא"ל.

המוכר את הספינה

א"ה, בפרק זה יש דברים שנכתבו בדרך לימוד מבלי עיון ובירור בעומק הסוגיות ע"ג א' מתני' המוכר את הספינה מכר את התורן כו', יש לעי' כשאין לספינה תורן או נס ואינך אם חשיב מקח טעות, או דביד המוכר להשלים, ושמא חייב להשלים. שם ואת כל המנהיגין אותה, נראה דאין לזה מספר מוגבל ויש שמרבין במשוטין ויש ממעטין, והיינו דאשמועינן דכל המשוטין הקיימין ואפילו הם מרובין הכל מכור, והיינו כל המנהיגין דקתני, ונראה דהיינו דמייתנין קראי דמשוטין בגמרא ובפשוטו אינו מובן מה צריכים לקראי, הרי ידעינן מה נקרא משוטין, ועי' רשב"ם, ולמש"כ יש לפרש דקראי אשמועינן דיש ליחס המשוטין לספינה, אע"ג שהם תלושין, ועי' שטמ"ק בשם הרא"ש.

ע"ד א' איבעי לך למימני חוטין ולמימני חוליות, א"ה, עי' מש"כ במנחות ל"ט א' דמכאן משמע שיש לחוליות מספר.

ע"ה ב' איתמר ספינה רב אמר כיון שמשך כל שהוא קנה כו', למאי דקיי"ל דאין משיכה מועלת אלא בסימטא או בחצר של שניהם א"כ יש לפרש פלוגתתם לא בגודל הפעולה, אלא בהחלפת הרשות, דכאילו מוציאה מרשות מוכר לרשות לוקח, ולפי זה אין לחלק בין ספינה ובע"ח לשאר מטלטלין, וכדעת החולקים על הרא"ש, ומ"מ מצינו גם ענין בפעולת המשיכה ע"פ כולה כמבואר בחו"מ סי' קצ"ח סי"ד דבמשך ברה"ר והכניסה לסימטא או לחצר של שניהם דסגי בכניסת מקצת לסימטא, והוא שמשכה כולה ברה"ר.

שם כיצד במשיכה קורא לה והיא באה או שהכיתה במקל ורצתה לפניו כיון שעקרה יד ורגל קנאה כו', לכאורה הא דנקט והיא באה ורצתה לפניו נראה כמיותר, דהו"מ למיתני קורא לה או שהכיתה במקל כיון שעקרה יד ורגל כו', ונראה דבא לומר דרק כשעמדה לבא ולרוץ סגי בעקירת יד ורגל, וכדאמרין דאידך למיעקר קיימא, אבל אם לא עמדה לבא ולרוץ רק לעקור יד ורגל לא קנאה.

שם ע"כ לא קאמר ר"א כו' בדוכתה קיימא כו', ברשב"ם לקמן פ"ו ב' ד"ה והא כתב דאיכא למימר דמודה רב דע"ג קרקע בעינן שימושך כולה, ודוקא במים חשיב משיכה כ"ש משיכה, (וברא"ש כתב סברא הפוכה), ולפי זה יש לעי' ל"ל למימר משום דבדוכתה קיימא תיפ"ל דע"ג קרקע מודה רב דבעינן משיכת כולה, וי"ל דאה"נ דהו"מ למימר דבמים כו"ע מודו כרב ודוקא ע"ג קרקע פליגי אלא דעדיפא מינה קאמר דאף אם גם ע"ג קרקע כו"ע כרב ס"ל ניחא דשא"ה דבדוכתה קיימא, מיהו צ"ע דאי רב ס"ל אמנם דבקרקע בעינן משיכת כולה א"כ ע"כ או דפליגי בזה חכמים ור"א ואיהו ס"ל כר"א, או כשמואל דבהמה עדיפא ועקירת יד ורגל כעקירת כולה דמי, וא"כ שינויא דמשנינן לרב לאו קושטא הוא, דודאי טעמא דר"א לאו משום דבדוכתה קיימא דא"כ רב דמחלק בין ע"ג מים לע"ג קרקע דלא כמאן, ואפשר שאין כוונת הרשב"ם לומר כן לקושטא דמילתא דרב מחלק בין ע"ג מים לע"ג קרקע, אלא הרשב"ם מפרש דלמאי דס"ד דמתני' (פ"ה ב') איירי בשליפי זוטרי והא דקתני בפשתן עד שיטלטלנו ממקום למקום דהיינו משיכת כולה ליכא לאקשווי לרב דהו"מ למימר דמודה רב ע"ג קרקע, מיהו למאי דמסקינן התם דעד שיטלטלנו היינו הגבהה, אמנם לא מחלקינן בין ע"ג מים לע"ג קרקע.

שם דכיון דמיעקרא יד ורגל אידך למיעקר קיימא, כתב הרשב"א דמכאן משמע דגם שמואל מודה דמלא קומתה דת"ק היינו רק עקירת שתי ידיים ושתי רגלים וכמו לרב, דהא ליכא למימר דאידך למיעקר קיימא למלא קומתה, ונראה דרק בבע"ח מהני עקירת ידיים ורגלים אבל שולחן וכסא לא סגי בעקירת רגליהם וצריך שימושך כולו.

רמב"ם פ"ד מהלכות מכירה ה"ד כיון שהוציא מקצת החפץ מרה"ר קנה, תימא הא תניא כתובות ל"א א' בכיס דבמגרר איסור שבת ואיסור גניבה באין כאחד, ומבואר דכשיצא מקצת הכיס לצידי רה"ר לא קנה לענין גניבה וכן מבואר בשבת צ"א ב' דמוקי דאפקי דרך שוליו ולא קנה עד שיצא כולו, וי"ל דמודה רבנו דכשמוציא מרשות מוכר לסימטא דבעינן שיוציא כולו, ודוקא במושך מרה"ר לסימטא כתב רבנו דסגי במקצת החפץ בסימטא, וה"ה כתב שמצא ברמב"ן בסוגיא דכתובות שם שכתב כרבנו והוכיח כן מן הסוגיא, ותימא דדברי הרמב"ן שם דסגי בהוציא כל החפץ לסימטא וא"צ שימשכנה כולו שיחליף מקומו בסימטא וזה מוכח בגמ', אבל בהוציא רק מקצת החפץ מרה"ר לסימטא זה לא נזכר ברמב"ן כלל, ומסוגיא איפכא משמע אלא שיש לחלק, וכמש"כ, וצ"ע רב.

ומדברי הרמב"ן שדן אי צריך למשוך בסימטא את כל החפץ היינו שיחליף מקומו בסימטא, והוכיח מן הגמ' דלא, מבואר דמ"מ בעינן הכנסת כל החפץ לסימטא ודלא כהרמב"ם.

שו"ע חו"מ סימן קצ"ח ס"ד כיון שהוציא מקצתו מרה"ר כו', דוקא בהוציא מרה"ר או מחצר שאינו של שניהם אבל אם הוציא מרשות המוכר לכו"ע לא קנה עד שיוציאנו כולו מרשות המוכר, ואף בהוציא מרה"ר הדבר בפלוגתא דהרמב"ן חולק, [וכמדומה שראיתי מביאים בשם הרא"ה כדברי הרמב"ן], וממילא המוציא מחבירו עליו הראיה, גם אפשר דה"ה פירש גם כוונת הרמב"ם שיוציא כל החפץ לסימטא שהרי הביא דברי הרמב"ן להשוותם עם הרמב"ם וגם כל הראיות שהביא אינם על

מקצת החפץ, ואף שלשון רבנו קשה לפ"ז, וכן בסמ"ע בכאן משמע דפירש כן כונת המחבר, וכ"מ בביאור הגר"א, עד שקשה להקל בהכנסת מקצת החפץ לסימטא למיחשב משיכה, [גם מנלן מדנפשינן לחלק בין רשות מוכר לרה"ר, וברשות מוכר הרי מפורש בגמ' שאין מועיל הוצאת מקצת החפץ וכמש"נ].

ע"ו א' באותיות אי איכא שטר אין אי לא לא, יתבאר להלן סק"ו. שם לא קנה עד שיכתוב וימסור, יתבאר להלן סק"י.

שם ספינה נמי תקני במסירה דתניא כו', יתבאר להלן סק"ו.

תוד"ה חסורי דספינה ואותיות נקנות במשיכה כו', ע"י מש"כ להלן סק"ז ד"ה ולפי.

תוד"ה ר"נ, ע"י מש"כ להלן סק"ז ד"ה ולפי.

תוד"ה אי דלא מצינו מסירה כו', יתבאר להלן סק"ז.

תוד"ה ספינה, ע"י להלן סק"ו.

במכירת שטרות

(א) ע"ו ב' תוד"ה קני והאי דאיצטריך בפרק הזהב למעט שטרות מאונאה היינו שמצא שטר לאחר יאוש כו', באמת לענין אונאה י"ל בפשוטו כמש"כ הרמב"ן דלאחר שהלוקח גבה החוב מן הלוח ודאי הוחלט המקח מדאורייתא, ושפיר הוי שייך בו אונאה אי לאו דמיעטיה קרא, [ואע"ג שהמקח נחלט בשעה שזוכה במעות בעין, מ"מ אין בו אונאה כיון שהפסיקה היתה על השטר, ואי לאו דמיעטיה קרא, הוי ס"ד שיש בו אונאה לפי שער הפסיקה, אף שהמקח נחלט רק בשעת הגבייה, ואפשר דמשום הני טעמי מיאנו התו' בזה, דס"ל דראוי לקבוע הכל בשעה שהמקח נחלט], וכן י"ל כשהלוח מתרצה לכתוב שטר על שם הלוקח ולקרוע השטר הראשון, דכה"ג ג"כ בכלל קניה ומכירה הוא, אף שהשטר נחשב כאילו נתחייב הלוח חיוב חדש כלפי הלוקח, דמ"מ שורש הדבר במכירת החוב ע"י המלוה.

ונראה דהתו' מיאנו בזה משום שיש לן לפרש מיעוט שטרות מאונאה דומיא דמיעוטן משמירה ומכפל דגבי הדדי תנינהו במתניתין ב"מ נ"ו א', והתם הנידון על השטר ולא על החוב, וכן לשון הגמ' שם נ"ו ב' במיעוט שטרות מאונאה יצאו שטרות שאין גופן מכור ואין גופן קנוי ואינן עומדין אלא לראי' שבהם, ולשון זה על אונאה שבשטר מתפרש ולא על אונאה שבמכירת החוב, דהא אי מכירת שטרות דאורייתא הרי החוב מכור וקנוי, וה"נ אי מכירת שטרות דרבנן מ"מ לשון זה על השטר יש לפרשו ולא על החוב. - וע"י תו' כתובות פ"ה ב' ד"ה המוכר, ונראה כוונתם כמש"כ בב"מ נ"ו ב' דניחא ללוח שיהפך למלוה על פה, ואיירי שאדם קנה את השטר מן המלוה וימכרנו ללוח כדי שיהיה מלוה על פה תחת מלוה בשטר, וירויח דלא זילי נכסיה כיון שלא יוכלו לגבות מן המשועבדים.

ובתירוצ' התו' מתיישב נמי הא דממעטינן מקרא בכורות נ"א א' שאין פודין בכור בשטרות, ודרשא גמורה היא, דהא לרבי התם דדריש ריבוי ומיעוט לא ממעט אלא שטרות, ולתירוצ' הרמב"ן לא מתיישב התם, דלאחר שהכהן קיבל המעות מן הלוח למה לא יהא הבן פדוי, שהרי בשליחות המלוה אבי הבן הוא נותן לו, אבל לפי' תו' ניחא שנותן לכהן שהוא המלוה את השטר לפדיון בנו, ולא איירי בפודה בחוב עצמו, אלא בשטר, דומיא דשומרים וכפל, וע"י תו' שבועות ד' ב' ד"ה יצאו ונראה דכוונתם לדבריהם דהכא, ומיהו קושטא הוא דאי מכירת שטרות דאורייתא, דאימעיט נמי מלפדות גם בחוב, דג"ז אין גופו ממון, וכן למה שצידד בב"י אה"ע סי' כ"ח דאף אי מעמד שלשתן דרבנן מ"מ מהני לקדש בו מדאורייתא, דהפקר ב"ד הפקר, נמי אימעיט מפדיון הבן, דאף דעיקר הדרשא מתפרש לענין לפדות בשטר ולא בחוב, וכגוונא שכתבו תו', מ"מ גם החוב אין גופו ממון, וראוי למעטו.

ואפשר דגם בשחוק לפני רקוד לפני א"א לפדות, ולא מיבעיא לרבנן דדרשי בכלל ופרט דלא הוי כעין הפרט, אלא אף לרבי דדריש בריבוי ומיעט נמי י"ל דלא עדיף משטרות וג"ז נתמעט, ושפיר איצטריך קרא להכי אי מכירת שטרות דרבנן, וגמ' נקט שטרות שזה דבר השכיח טפי, וכן נראה ממה שבהקדש איצטריך קרא בתמורה ל"א ב' דנותנין קדשי בדק הבית לאומנין בשכרן, מועשו לי משלי, הא לאו האי קרא אין הקדש מתחלל על המלאכה, [והשתא נמי דפליגי בהא ר"ע וב"ע בפ"ד דשקלים, בדרבנן פליגי, אבל מדאוריתא לכו"ע מתחלל, עי' תו' שבועות י' ב' ובספר מרן זללה"ה למנחות סי' כ"ח], ובפדיון הבן דליכא קרא באמת אין נפדה במלאכה, ואף שיש לומר דשאני הקדש שאין הקדש מתחייב בשכירות פועל, דלא שייך חיוב אלא על אנשים המחוייבים במצוות ודינים, ולכך איצטריך קרא, אבל כהן השוכר פועל שפיר מתחייב ושמא סגי בהכי לפדה"ב, אין נראה כן, ועי' במנח"ח סי' שצ"ב שלא כ"כ, (ועי' בתשו' חת"ס יו"ד סי' קל"א הובא בפ"ת יו"ד סי' ש"ה סק"ז ובספר מרן זללה"ה חו"מ סי' ט"ז ס"ק כ"ו).

לכאורה נראה דלר"פ דסבר כתובות פ"ו א' פריעת בע"ח מצוה, והיינו דליכא חיוב מצד הלכות ממון, [אף לא כמו למ"ד שעבודא לאו דאוריתא, דלדידיה נמי חיובא מיהא איכא וכמש"כ בערכין כ"ב א', וכ"ה בש"ך חו"מ ר"ס ל"ט], דלדידיה מכירת שטרות אינו מדאוריתא, שאין שום זכות ביד המלוה, אלא שיש מצוה על הלוה לפרוע, וכמו הנודר צדקה לעני פלוני, דודאי אין העני יכול למכור חוב זה, ולפי זה ע"כ שאין להוכיח ממיעוט שטרות מפדיון הבן ואונאה ואינך דמכירת שטרות דאוריתא דא"כ תיקשי לר"פ, [אם לא דנימא דמודה ר"פ שאם שעבד בהדיא דמשתעבד, ומוקי למיעוטי דשטרות בכה"ג, אבל ל"מ כן, אלא דכיון דפריעת בע"ח מצוה לא אשכחן כלל ענין שעבוד בתורה, וכ"כ מרן זללה"ה בב"ק סי' ט"ו ס"ק י"ג], אבל לא משמע כן בדברי הראשונים ז"ל דכיללו מ"ד שעבודא לאו דאוריתא בהדי מ"ד פריעת בע"ח מצוה וכמש"כ בחו"ב שם, ואפ"ה דנו ז"ל לפרש הא דשמואל דמהני מחילה אף אי מכירת שטרות דאוריתא, ואילו שמואל סבר לקמן קע"ה ב' שעבודא לאו דאוריתא, וע"כ דאף אי פריעת בע"ח מצוה מ"מ כשם שיורשי המלוה יורשין זכות זה ה"נ יכול המלוה למוכרו.

ברם בסברת ר"ת שהביאו הראשונים ז"ל עי' רשב"א קמ"ז ב', דה"ט דיכול למחול אף אי מכירתן מה"ת, משום שהמכירה על השעבוד והמחילה על זכות המצוה, צ"ע דהא שמואל ס"ל שעבודא לאו דאוריתא, וע"כ המכירה רק על זכות המצוה, ואמאי מהני מחילה, ומוכח מכאן דאף למ"ד שעבודא ל"ד איכא חיוב מצד הלכות ממון הנלמד מפרשת גביית העבוט שבתורה, [ומסתברא דאף בנשתטה הלוה גובין מנכסיו אף דלאו בר מיעבד מצוה הוא], אלא שאינו כדבר בפ"ע אך הוא נמשך ממצות פריעת בע"ח, וזכות זה של גבייה ניתן למכירה, וצ"ע, [שו"ר בהגהות ישועות יעקב בש"ך סי' ס"ו סק"א עי"ש].

(ב) יש לעי' לדעת הסוברים דמכירת שטרות דרבנן ומפרשים סוגיא דלקמן קמ"ז ב' כפשטה דלכך מהני מחילה כיון שאין המכירה אלא מדרבנן, מה ראו חכמים על ככה לתקן מכירה בשטרות ולהשאיר אפשרות מחילה ביד המוכר, ואפשר דכשם שחוב חשיב דבר שאין בו ממש ואין שייך בו מכירה מה"ת, כך גם חכמים לא חידשו בו מכירה, [וזה לדעת הסוברים דבמעמד שלשתן יכול למחול, [אם לא דנפרש דהתם חיוב חדש הוא עיין ש"ך סי' ס"ו ס"ק צ"ז], ושאין חוב נקנה באגב מדאוריתא], אבל חידשו מכירה על הפרעון לכשיבא לעולם, [אע"ג דאין קנין למעות בעין אלא באודיתא, הכא דאיכא שטר עדיף טפי], דמצד גמירות דעת איכא במסירת השטר,

וכה"ג אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, ועוד עדיף דאף עד שלא בא לעולם אינו יכול לחזור בו, דסו"ס השטר חשוב משהו וישנו בעולם, אבל עיקר החוב נשאר למוכר, ולכך אם מחלו מחול, ולפי זה אפשר דלענין פרוזבול סגי בפרוזבול של המוכר, ואין הלוקח צריך לכתוב פרוזבול, דאף מדרבנן לא חשיב כמלוה, ולדעת ר"ת יתכן ששניהם צריכים לכתוב פרוזבול, וכן אם נפרש דמדרבנן שייכא מכירה על עצם החוב, ודאי צריך הלוקח לכתוב פרוזבול, אלא שגם המוכר צריך כיון דמדאוריתא אין המכירה כלום, ומיהו בשביעית בזה"ז י"ל דסגי בפרוזבול של הלוקח, ובטוש"ע סו"ס ס"ז נקטו בפשיטות שעל הלוקח לכתוב פרוזבול, ורהיטת הדברים שם דרק הלוקח צריך, ומבואר דלא כמש"כ, ועי' סי' ס"ו סט"ז, וצ"ע, ועי' להלן סק"ה.

ולאמור אם היה הדין דמכירת שטרות דאוריתא, ואינו יכול למחול, אפילו מכרו בקנין דרבנן, לא היה המוכר יכול למחול, דקנין דרבנן כקנין דאוריתא, אלא דבשטרות לא תיקנו מכירה על החוב בעוד שהוא חוב, ולפי זה צ"ע במש"כ הר"ן בגיטין ס"ד א' להוכיח מהא דמהני מחילה בקנין דרבנן, דקנין דרבנן לא אלמוהו כדאוריתא, ואולי זו כונתו במה שדחה שם דהם אמרו והם אמרו, ור"ל דבשטרות כך תיקנו שלא תועיל המכירה לעצם החוב ולכך יכול למחול, וכבר כתב הגרע"א ז"ל במערכה ט"ז לנטות מדברי הר"ן, ועדיין צ"ע בכ"ז.

ג) ע"ז א' תוד"ה קני דכמו שאינו יכול להקדישו כו' והא דלא תיקנו רבנן שיוכל להקדישן כו', כבר תמה הגרע"א ז"ל בתשו' סי' קמ"ד דהא בפסחים שם מבואר נמי דאינו יכול למכור כדאמרינן דזבין מלוה וקדיש מלוה, ועוד דמנין פסיקא להו שלא תיקנו שיוכל להקדישן, הא התם מיירי במקדיש הקרקע שעתיד לגבות, ובזה אף מכירה לא תיקנו כדאמרינן התם, אבל מקדיש השטר והחוב לעולם אימא לך דשפיר חייל וכמו שתיקנו מכירה, וכ"מ ברש"י שם, ונראה דהא מבואר התם שאין המלוה יכול למכור לא עדיף מהא דממכירת שטרות שאינו אלא מדרבנן מוכח שאינו יכול למכור השעבוד וכמו שהקשו והיא גופא קשיא להו מ"ט, אבל מהא דמבואר התם דאף להקדיש אינו יכול מתבאר טעמא דמילתא דהוא משום שאינו בעלים דאינו ברשותו, דבהקדש ליכא חסרון קנינים, והא דפשיטא להו דלא תיקנו בהקדש שטר חוב, אפשר דהוא משום דס"ל שאם היה מועיל הקדש החוב, היה לנו לדון בהקדיש השעבוד, כהקדיש החוב, מטעם ידות, דהא זו כונתו, א"נ אסוגיא דב"ק ל"ו ב' סמ"ך וכמש"כ הרי"ף שם דאי לאו יד עניים לא היה נדרו נדר על החוב, [דהא החוב הקדיש מדמהני במעמד שלשתן], וכ"ה דעת הטור ביו"ד סו"ס רנ"ח, ובד"מ שם הביא דהמרדכי ס"פ הספינה פליג וס"ל דאפשר להקדיש חוב, [וכן מתבאר מדברי תשו' הרשב"א שבתשו' ר"ב אשכנזי סי' ט"ו והובא ברמ"א יו"ד שם ס"ז דצריך כתיבה ומסירה בנותן שט"ח לעניים ושם פירש הטעם משום דלא אמרינן בהקדש עניים דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט, ומבואר דבהקדש כה"ג א"צ כתיבה ומסירה, ועי"ש בתשו' הגרע"א ז"ל], ומה שפירשו הטעם משום שאין כ"כ צורך הקדש, לכאורה צ"ע דאטו בעינן תקנה מיוחדת להקדש, הא כיון דאוקמו החוב ברשותו לענין שיכול למוכרו ממילא נמי דין הוא שיהא יכול להקדישו, וצ"ל דכיון דבאמת גם השתא המוכר יכול למחול ואין החוב מכור בעצמותו, הרי זה כתקנת חכמים בהנהגה כאילו נמכר החוב, ושפיר חילקו דלענין מכירה שראו צורך העולם בכך דשטרות מצויין וטובת הכלל שיוכלו למכרן, שפיר תיקנו להן מכירה, אבל לענין הקדש כדקאי קאי, ועי' בקצה"ח סי' ס"ו סק"ב, וצ"ע.

לכאורה נראה דלהסוברים מכירת שטרות דאוריתא, והיינו דקים להו לחכמים דשייך

בעלות על חוב [אף אי שעבודא לאו דאורייתא דהא הכי ס"ל לשמואל וכמש"כ סק"א], והאדם שליט עליו למוכרו, דה"ה מלוה על פה נמי שייך עליה בעלות, דאין שום חילוק בדאורייתא בין מלוה על פה למלוה בשטר, אלא דבמלוה בשטר אף שאין השטר אלא לראיה מ"מ אפסרא דחוב הוא, שהוא המעיד על החוב ועל העדר הפרעון, ולכך במסירתו נמסר החוב, משא"כ מלוה על פה דאין במה לעשות קנין אבל לעצם הבעלות זה וזה שוין, ולפי זה אם הקדיש את החוב דין הוא שיהא קדוש אף שהוא מלוה על פה, דגם בזה הוא בעלים, ואמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט, אבל אי מכירת שטרות דרבנן, י"ל שלא תיקנו אלא בשטר ולא במלוה על פה, ואף שתיקנו מעמד שלשתן, י"ל דהוא כהתחייבות חדשה מצד הלוח, [עי' רא"ש פ' הכותב ס"י, ומיהו ק"ק לדעת הסוברים דמעמד שלשתן מהני בע"כ של הלוח], אבל באמירה לגבוה לא סגי, וזה אף אם לא נגיע לחילוק התו' שאין להקדש צורך כ"כ, [ותירין הזה הוא לומר דאף מלוה בשטר אינו יכול להקדיש], וכן בקנין אגב דין הוא שיוכל למכור מלוה על פה, דכיון דמצד בעלות ליכא חסרון, ורק משום העדר קנין, ובאגב הרי א"צ קנין אלא בקרקע, ולפי זה הרי"ף ותו' והרמב"ן והרא"ש ב"ק ל"ו ב' דס"ל דלא מהני הקדש במלוה על פה כיון שאינו ברשותו, [אף בהקדש גמור דאית ביה משום אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט לכו"ע וכן מבואר בלשון הטור סו"ס רנ"ח], וכוותיהו סתם בשו"ע יו"ד סי' רנ"ח ס"ח, ע"כ דס"ל דמכירת שטרות דרבנן, וכן למה שסתם בשו"ע חו"מ סי' ר"ג ס"ט שאין חוב נקנה באגב, מוכח נמי דמכירת שטרות דרבנן, ויש לתמוה מזה על הש"ך בסי' ס"ו סק"א שתמך להלכה כהסוברים דמכירת שטרות דאורייתא, ואולי אפשר לדחוק דרק משום שיש שטר על החוב ושטר הוא חפץ לעצמו למשא ומתן כעין דבר שגופו ממון, ולכך מהני מכירה מדאורייתא, [דענין שטרות דאורייתא הוא], אבל מלוה על פה לא שייך בה קנין מדאורייתא אף לא להקדיש או באגב, כיון שאין שום מציאות אלא חוב, ועי' נמו"י קמ"ח א', ולקמן סק"ה, וצ"ע, ובלא"ה דברי הש"ך צ"ע דמלבד ר"ת והריטב"א בתשובה וכ"כ גם בשם רבותיו, וכ"ה ברא"ה כתובות י"ט, לא מצאנו בהדיא בראשונים מי שסובר מכירת שטרות דאורייתא, והרמב"ם בפ"ו ממכירה כתב בהדיא שמכירת שטרות דרבנן, והמ"מ שם כתב שכן עיקר, וכן נוטה דעת הרמב"ן בסוגיין שכתב דהכי פשטא דסוגיין קמ"ז ב', וכ"כ בשמו בבעה"ת שער נ"א ח"ג ס"ד וח"ו ס"ה, וכן בכתובות י"ט א', וכן דעת הרשב"א קמ"ז ב', והרא"ש בפ"ט דכתובות ס"י כתב שזו דעת הגאונים וכן משמע בפ' מי שמת, וכן בתוספותיו שם, וכן דעת ה"ר יונה בסוגיין, וכ"ד הרמ"ה ב"ב קמ"ז ב', וכ"ד הסמ"ג עשין פ"ב, וכ"ד בעה"ת בשער נ"א ח"ו סי' ה', וכן בראב"ן בב"ב קמ"ז ב' כתב משום דדאורייתא מפקיע מכירה דרבנן עי"ש.

ד) בתומים ונתיבות ר"ס ס"ו כתבו ליישב קושית הראשונים בהא דאיצטריך למעוטי שטרות מאונאה ומפדיון הבן אי מכירת שטרות דרבנן, דאיצטריך למעוטי מכירת שטר שכתוב בו שמתחייב לכל המוציאו דמכירתו מן התורה, ונראה דאין בזה כדי ליישב, דאם באנו לומר דמכירתו מן התורה היינו משום דאיגלאי מילתא דתחלת השעבוד של הלוח היה ללוקח, וא"כ אין זה מכירת שטרות, והרי זה כאילו קרע שטרו של המוכר וכתב שטר חדש על שם הלוקח, דאין זה ענין למכירת שטרות אלא שהמוכר השתדל להשיג ללוקח התחייבות ממישהו, וכאילו בכלל לא היה כאן מלוה, אלא שראובן אומר לשמעון תן לי מנה ואשתדל שלוי יתן לך התחייבות על ק"נ, דחיובו דראובן הוא כעין פועל וכיו"ב, ולא כמוכר חוב. - (א"ה, ועי' עוד מש"כ בזה לקמן קמ"ט א' סק"ג בדברי הנה"מ דאיצטריך למעוטי שטרות בפדיון

הבן כשכתב האב לכהן שהוא חייב לו ה' סלעים).

ה) נראה דאף אי מכירת שטרות דאוריתא, היינו דקים להו לחכמים דחוב חשיב ברשותו של אדם ושליט עליו למוכרו מדאוריתא, אבל איזה מעשה של קנין מהני בזה, הוא דבר המסור לחכמים לקבוע על פי חכמת התורה בקנינים, ואי בעי כתיבה ומסירה היינו מן התורה, וכן מוכח קדושין מ"ז ב' דבחד מינייהו אינה מקודשת, ואי מדאוריתא היה סגי בחד היה לנו לחוש מיהא לספק קדושין, ואף דלא מצאנו בתורה קנין שטר במטלטלין, שטר שאני שאינו מתחזק ביד המחזיקו בלא כתיבה כיון שנכתב על שם אחר, [ויתכן גם לפרש דהקנין הוא המסירה אלא שאינו מועיל אא"כ נכתב, וקנין מסירה במטלטלין מדאוריתא], וגם עיקרו בכתיבה, ושטר שכתוב בו לכל המוציאו באמת אפשר דסגי במסירה עי' חו"מ סי' ס"ו ס"א בהגה"ה.

הרמב"ן ב"ב ע"ז א' כתב להוכיח דמכירת שטרות דאוריתא מהא דמהני בקדושין מ"ז ב' לר"מ, וכתב דדוחק לפרש מקודשת מדרבנן, אע"ג דאשכחן כה"ג, ויש לתמוה דהתם בברייתא בתרתי פליגי בקידשה בשט"ח או שהיה לו מלוה ביד אחרים והרשה עליו, ומוקמינן בגמ' דפליגי במלוה בשטר ובמלוה על פה, ובמלוה על פה פליגי אי תיקנו מעמד שלשתן במלוה, ומעמד שלשתן לכו"ע דרבנן כדאמרין ספ"ק דגיטין דשוניהו רבנן כהלכתא בלא טעמא, וא"כ הרי ע"כ הך מקודשת דר"מ מדרבנן הוא, ואפשר דדבר דשייך בו מכירה מדאוריתא אף הקונה אותו בקנין דרבנן חשיב שלו מן התורה לכל מילי, דאף קנינים שבמנהג כסיטומתא וכיו"ב חשיבי קנינים מן התורה, דעיקר הקנין סמיכות דעת מוחלטת, עי' חזו"א חו"מ סי' כ"ב ד"ה כלל, [ועי' בחו"ב ב"מ י"ב ב' סק"ז, ומיהו הכא אליבא דהרמב"ן קיימין ושם צדדנו דלהרמב"ן לא מהני קנין דרבנן לדאוריתא, וצ"ע], ורק שטר אי מדאוריתא לא שייך בו מכירה שהוא כדבר שאין בו ממש או כדבר שאינו ברשותו, בזה ס"ל להרמב"ן דאף אי רבנן תיקנו בזה מכירה מ"מ לא חשיב קדושין מדאוריתא, ולפי זה מבואר מדברי הרמב"ן דאי מכירת שטרות דאוריתא, דה"ה מלוה על פה מהני מכירה מדאוריתא, ולכך שפיר הוי קדושין מדאוריתא אף בקנין דמעמד שלשתן שהוא מדרבנן, ועי' לעיל סק"ג, א"נ י"ל דה"ק דאי טעמא דאפשר למחול הוא משום דמכירתן מדרבנן, א"כ לא אלמוהו רבנן לקנין שטרות כדאוריתא, דהא אי מכירתן מדאוריתא לא הוי מצי למחול, ושפיר יכלו לתקן מכירה חלוטה מדרבנן כעין דאוריתא, כמו בכל קנינים דרבנן, אלא דלא ראו לתקן כן, ותיקנו רק מכירה קלושה, וכיון שכן אף לענין קדושין ראוי שלא יהא קדושין אלא מדרבנן, אבל אי מכירתן מדאוריתא שפיר הוי קדושין מדאוריתא אף בקנין מעמד שלשתן שהוא מדרבנן, דבסתמא אלמוהו רבנן לכל קנין דרבנן דמהני כקנין דאוריתא, ובלשון הרמב"ן משמע כפירוש זה שהזכיר דאי מכירתן דרבנן ומשום כך יכול למחול עי"ש, ולפי זה נראה דהא דמהני מחילה אם מכירתן מדרבנן, אינו כעין סברת ר"ת בדאוריתא דא"כ מכירה גמורה היא מדרבנן, אלא טעמא משום דלא אלמוהו רבנן כמכירה גמורה, ולא מפלגינן כלל בין שעבוד הגוף וזכות גבייה, וגם לא משום שהוא כמוכר דבר שלא בא לעולם לר"מ עי' לעיל סק"ב, וצ"ע, וכעת ראיתי באבני מלואים סי' כ"ח ס"ק ל"ג שכבר הקשה כן בדברי הרמב"ן ועי"ש מש"כ ליישב.

ו) ע"ו א' באותיות אי איכא שטר אין אי לא לא, אפשר לפרש דקושטא דמילתא קאמר דהכי אית לן לפרושי דר"נ בעי כתיבה ומסירה וכדאשכחן פלוגתא דתנאי בהכי, אבל ה"ה דהו"מ למימר דר"נ בשטר לחוד קאמר, ואפשר דדוקא קאמר, דהא דהזכיר ר"נ ספינה אף דבזה מודה לת"ק ניחא אי בתרווייהו מודה ולאוסופי אתי, דאז הדבר רגיל להזכיר ספינה כדקאמרת אבל באותיות צריך מסירה כדקאמרת מיהו

צריך גם כתיבה, אבל אי לאפלוגי אתי דאותיות רק בשטר, לא היה צריך להזכיר ספינה כלל.

ע"ו ב' לימא אביי ורבא דאמרי כרבי, צ"ע אמאי נאיד מפשטא דמילתא דרבנן סברי שאין ספינה נקנית במסירה, ולא שייכא כלל בהא דאביי ורבא, ועי' בתו' לעיל א' ד"ה ספינה, אבל לא נתפרש בדבריהם טעמא דמילתא, ואין לומר דפשוט לגמרא דספינה נקנית במסירה, דהא לעיל אמרין במאי אוקימתא כרבי ספינה נמי תקני במסירה דתניא כו' משמע דמסברא לא פשיטא כלל דמהני מסירה בספינה, ונראה לפרש דמלישנא דברייתא קדייק, דכיון דברה"ר איירינן דלא מהני משיכה א"כ אמאי נקטי חכמים לישנא דלא קנה עד שימשכנה דפירושו עד שיוציאנה לסימטא וימשכנה שם, וכי לא סגי להו למימר וחכ"א במשיכה ותו לא, וממילא ידעינן דמשיכה כדינה בעינן והיינו בסימטא או בחצר של שניהם, ולכך דייקנן דפלוגתא אחריתי מיתניא הכי, ופרכינן לימא דאתו למימר דלא מהני מסירה ברה"ר ולכך נקטו הך לישנא דעד שימשכנה דהיינו לסימטא, ולעולם מודו דמסירה מהני בספינה, וא"כ אביי ורבא דאמרי כרבי, ודחינן דבדאמר לך משוך וקני פליגי וקאמר רבי דמראה מקום הוא ומהני מסירה ורבנן אמרי דדוקא קאמר ולא קנה עד שימשוך כדקאמר, ובעלמא באמת מודו רבנן דמסירה מהני.

ומהא דקתני או עד שישכור את מקומה שמעינן דאף דקפיד אמשיכה, מ"מ בשכירות מקום קנה, דלא קפיד אלא אקנין גרוע כמו מסירה, אבל שכירות מקום עדיף ממשיכה ולא קפיד אהא, עי' תוד"ה ספינה, וצ"ע שהפוסקים השמיטו דין זה, עי' טוש"ע סי' קצ"ח.

ז' ע"ו א' תוד"ה אי דלא מצינו מסירה אלא בספינה ובעלי חיים כו', ברא"ש מסיים בה משום דמסירה דידהו הוי כמו משיכה דכשאוהז הספינה בחבל ומנענעו כל דהו הולכת מכחו על פני המים הלכך אפילו לא הלכה כלל קני לה במסירה, וכן נמי בעלי חיים, וצ"ע דנהי דהמסירה כמשיכה אבל הרי מסירה ברה"ר ושם אין משיכה קונה, ועוד דאם מהאי טעמא הוא אמאי בהמה דקה בעיא משיכה ולא סגי במסירה, ולו"ד ז"ל היה נראה דשורש קניני משיכה והגבהה ומסירה הוא הבאה לרשותו בהוראת בעלות, ולר"ל נלמד משיכה מן התורה מקרא דמיד עמיתך, והיינו דדבר שהוא בידו של אדם קונה אותו, ומשיכה בסימטא חשיבא כהבאה לרשותו, שכן סימטא כחצר השותפין דמי ובמעשה המשיכה כאילו מוציאה מחלקו של חבירו לשל עצמו, ולכך ברה"ר לא מהני משיכה שאין זה הבאה לרשותו, והגבהה הרי זה ידו ממש, ובחפצים שעל פי רוב אינם ברשותו של אדם והשימוש בהם הוא ברה"ר, הרי הוראת בעלות באחיזתם, ולכך ספינה שעיקר מקומה בנהרות שהם כרה"ר, וכן בהמה גסה הרועה באפר, הרי קנינם במסירה, שזו הוראת בעלות הנהוגה בהם, [שו"ר כעין סברא זו בעליות הר"י לענין ספינה עי"ש], ועל פי הטעמים הללו מובן נמי הא דכל שדרכו בהגבהה אינו נקנה אלא בהגבהה, משום שבחפץ קטן אין הוראת בעלות אלא ע"י אחיזתו בו, שכן הוא עיקר שימוש ביד הבעלים, אבל אם גוררו בקרקע הסימטא אין בכך הוראת בעלות, ומה"ט נמי מובן מה שאין מסירה קונה בסימטא, דכיון שהחפץ כאילו מונח ברשות הבעלים, הרי דינו כחפצים שברשותו של אדם, וצריך משיכה לרשותו כדי לקנותו, וגם כסברת הר"ח כהן בתו' קדושין כ"ה ב' ד"ה בהמה. - ועי' ברמב"ם פ"ג ממכירה ה"ג שכתב טעמא דנתחדש מסירה בספינה משום דקשה למשכה, וצ"ע לפ"ז מ"ט דבהמה גסה למ"ד במסירה הרי משיכתה קלה, ועי' בעליות הר"י, וצ"ע.

בא"ד ע"כ נראה לר"י דעם המסירה דאותיות צריך משיכה כו' והא דמזכיר בכל

מקום מסירה באותיות כו', לו"ד ז"ל היה מקום לומר דמסירה דאותיות לאפוקי כתיבה קאתי, וכאילו הוי קתני בנתינה, וכלשון הברייתא מסר ולא כתב דמתפרש שפיר שנתנו לו ולא איירי בפעולת הקנין, ולעולם הקנין הוא בהגבהה דממילא מובן דכשמסר לו הרי המקבל הגביה, [שו"ר שכעין זה כתב ברשב"א בשם הר"י עי"ש], ומיהו קושטא הוא דבעי נמי דעת אחרת מקנה וכמש"כ תו' וגם מה"ט נקט לשון מסירה, ודאמרינן ספינה נמי תקני במסירה על הלשון קאמר, דכי היכי דבאותיות נקט לשון מסירה, ה"נ הו"מ למיתני בספינה קנין מסירה. - הא דאמרינן לקמן קנ"א א' והא לא משך יש לפרש דר"ל והא לא עשה פעולת קנין, ולפי שסתם קנין משיכה נקט לשון והא לא משך, אבל באמת בעי הגבהה, ודוחק לאוקמי במלוגא גדולה שאין דרכה בהגבהה, וכל מה שהזכירו כאן שצריך משיכה עם המסירה צריך לפרש בשק גדול וכמש"כ לעיל ד"ה ר"נ, ועי' רא"ש.

ולפי מה שפירשנו אין שייך למיתני דאותיות נקנות במשיכה, דאין קנין אלא בהגבהה, ולא איכפל תנא לאשמועין קנין שטר בשק מלא שטרות, אבל מסירה שייך להזכיר שהוא ענין המורה על הגבהה, וניחא מה שדקדקו בתוד"ה חסורי ובתוד"ה ר"נ.

ודעת הרמב"ן שנתחדש קנין מסירה בשטר, לפי שאין גופו ממון, ואינו עומד אלא לראיה שבו, הלכך משהוציא המוכר ראיה זו מידו ליד הלוקח סגי בהכי לקנין, ומ"מ ק"ק כיון דשטר הוא דבר שדרכו בהגבהה, והיינו שהוא ממטלטלין שהם בידו של אדם, ואין מורה בעלות בהם אלא כשמחזיקם בידו, א"כ מה בכך שאינו עומד אלא לראיה, סו"ס בדבר קטן כזה אין האחיזה מעשה בעלות, ועוד דכיון דלענין לקנות השטר לצור על פי צלוחיתו בעי הגבהה, למה זה יקילו חכמים בקנינו כשקונה גם את החוב שבו. - מה שמבואר בגמ' דמהני מסירה בשטר אף בסימטא, שהרי ברייתא דקתני ספינה במשיכה איירי בסימטא ובהא קתני דאותיות במסירה, ל"ק לפירוש הרמב"ן, דלמש"כ תו' קידושין כ"ה ב' בשם הר"ח כהן דהיינו טעמא דלא מהני מסירה בסימטא משום דכברשות מוכר חשיב, [ומש"כ שם משום דסתמא דמילתא המוכר הקדים לבוא, לכאורה לא היו צריכים לזה, דבפשוטו י"ל דהמוכר קנה המקום כיון שהחפץ שלו היה מונח בו, וצריך משיכה להורות שהחפץ נכנס לרשות הלוקח, ואין נפקותא בהקדמת ביאת המוכר למקום, ועי' בלשון הרשב"א והר"ן בקדושין כ"ה], י"ל דבשטר שאינו צריך למקומו שעיקר מקומו ביד האדם, וגם לגודל קטנותו אין מקומו חשוב, בזה לא חשיב כברשות מוכר, ושפיר מהני מסירה, ועי' רמב"ן.

ח) שו"ע חו"מ סי' ס"ו ס"ד אם השטר הנמסר אינו מצוי אצלו אע"פ שהקנהו לו בקנין חליפין אינו חשוב כמסירה, דין זה צ"ע לכאורה דנראה דהרמב"ן לשיטתיה דס"ל שנתחדש קנין מסירה בשטרות, אף דעיקר דינם בהגבהה, והוא משום דעיקרן לראיה, וכל שהראיה בידו, זוכה בהן, ועל פי זה יש מקום לדון דלהחמיר נמי אזלינן בתר מי שהראיה תחת ידו, ודינן כדבר שאין גופו ממון וקנינו במה שהוא תחת ידו ומשמש לו לראיה, וזה מפורש בלשונו ז"ל שבבעה"ת שער נ"א ח"ג סימן ד', וגם לא החליט בדבר עי"ש, אבל לפי מש"פ המחבר לקמן ס"ט דלא נתחדש קנין מסירה בשטר וקנינו בהגבהה ככל המטלטלין, א"כ אין לנו מקור לחדש דניבעי מסירה דוקא ולא יועיל קנין חליפין, ודברי רב האי אפשר לפרש בלא כתיבה וכמ"ש בגיד"ת שם.

ואף אם נימא דגם מסברא יש מקום לומר דמסירה עדיפא, וכיון שהחמירו בשטר להצריך כתיבה אין לנו אלא מה שאמרו חכמים, אכתי תקשה דהא לקמן בס"י פסק

המחבר דשטר נקנה באגב, [וקיי"ל דלא בעי צבורין], הרי דלא בעי מסירה ממש, וא"כ חליפין נמי, ואף דאגב שאני דהא מהני אף בלא כתיבה, ואין הקנאת השטר גורם בקנין החוב, ולכך שפיר נקנה גם השטר באגב, מ"מ כיון דמלוה ע"פ אינו נקנה באגב, הרי ע"כ שקניית השטר מועיל לקנין החוב ומ"מ מהני אגב, ועוד דהא דעת ר"ח דאגב נמי בעי כתיבה וכמו שהאריך בש"ך ס"ק כ"ז דדעת הרבה פוסקים כהר"ח, וא"כ אין בין אגב וחליפין ולא כלום, ולמה יועיל אגב ולא יועיל חליפין, ולדעת הרמב"ן ע"כ דגם באגב לא מקניא, [ומה דמשמע בחידושיו פרק הספינה דמסכים להרי"ף צ"ל דכיון שאגב מועיל גם על החוב וא"צ כתיבה, עדיף, א"נ הרמב"ן לא החליט דחליפין לא מהני, ולדבריו אליבא דהרי"ף דמהני אגב שמא באמת אף חליפין מהני].

ובאמת גם בדעת הטור אין הכרע, שרק העתיק פלוגתת הראב"ד והרמב"ן, ואדרבה בלשון הרא"ש בפרק הספינה סימן ו' משמע דמהני חליפין וכתיבה שכתב שם לשון זה ומיהו אותיות לא מיקנו אגב קרקע בלא שטר וכן בקנין בלא כתיבת השטר כ"כ ר"ח ז"ל דאותיות לא מיקנו אגב קרקע כו', משמע דקנין עם כתיבת שטר מהני, [ומדברי הרא"ש הללו משמע נמי דאגב עם כתיבת שטר מהני, וכמו שהעתיקו הראשונים דעת ר"ח, וכן ברי"ו נ"ד כתב לשון זה אם אותיות נקנות אגב קרקע כו' כתב רב אלפס דמקני אבל ר"ה ור"ח והרא"ש כתבו דלא מקנו ולא בקנין בלא כתיבה, משמע דבכתיבה שפיר דמי, וכן לשון הטור בסי"ב משמע נמי דדעת ר"ח והרא"ש שוין שכתב אבל ר"ח כתב שצריך להביא ראיה וגם נקנה באגב וכן דעת א"א הרא"ש ז"ל כו', ור"ל דדעת ר"ח שצריך ראיה וממילא צריך כתיבה וכמו שהעתיקו המ"מ, ועוד דעת הר"ח דאגב במקום מסירה אבל כתיבה בעי, וזו גם דעת הרא"ש, וזה דלא כמש"כ הש"ך בס"ק כ"ז דדעת הטור והרא"ש דאף אגב וכתיבה לא מהני, ומה שהביא דברי הרא"ש ספ"ק דב"מ שכתב שאין לחוש שמא מכרה הכתובה באגב לפי שאין שטר נקנה באגב, אפשר לומר דכל הנידון אם שטר נקנה באגב לחוד, דאז יש לחוש שמא מכר באגב והשטר לא היה תח"י, אבל אם בעי כתיבה ע"כ שיהיה השטר בידו דבכתיבה צריך ליחס את השטר בסימניו, ואם השטר לפניו ודאי היה מוסרו, ודברי הרמ"א בס"י די"א ששטר אינו נקנה באגב, יתכן לפרש דהיינו בלא כתיבה, וצ"ע].

ונראה דאע"פ שהרמב"ן סמך דבריו על פירושו דמהני מסירה בשטרות בלא הגבהה, ולפי טעם זה באמת אגב וחליפין שוין, מ"מ עיקר הדבר לאו בהכי תליא, אלא דכיון דמסירת השטר מועילה גם להקנאת החוב עצמו ולא רק לזכות בנייר, ממילא מסברא ראוי לדון שאין מועיל בזה קנין חליפין, כמו שמלוה ע"פ א"א להקנות בחליפין, וכמו שמטבע אין נקנה בחליפין, ולחזק הדברים דהמסירה מועילה להקנאת החוב הביא זה שהשטר נקנה בלא הגבהה ומשיכה, במסירה לחוד, וחזינן מזה שעיקר השטר הוא הקנאת החוב ולא הנייר, אבל אה"נ דאף אם בעי הגבהה מ"מ קושטא הוא דההגבהה משמשת גם לקניית החוב ולא רק לקניית הנייר דהכתיבה והמסירה שניהם יחד מקנים החוב והשטר וממילא אין מקור דמהני חליפין בכגון דא, ואגב שאני שהרי מטבע נקנה באגב, וכדאמר ע"ז ב', וכן לשון הרמב"ן ב"מ כ' א' דרב האי גאון כתב כיון דלאו גופייהו ממון לא מקנו בחליפין, וכ"כ שם הר"ן והביא כן גם בשם ר' ברוך ב"ר שמואל ובשם הר"י מיגאש, וטעם זה הוא אף לומר דבהדי כתיבה נמי לא מהני חליפין, וכן הביא בב"י סי' קצ"ה בשם בעל העיטור, [וכן בתה"ד סי' של"א בשם הגהות מיימוניות פ"ו דמכירה דשטר נקנה באגב ואינו נקנה בחליפין, ובתו' פ"ק דב"ק י"ד ב' נסתפקו בדבר אי חליפין

מהני בשטר, ובב"ב ע"ז א' בשם רב יהודאי גאון שאין אותיות נקנות בחליפין, וסתימת הדברים משמע דאף לא בהדי כתיבה, ומיהו אין הכרע, ולכך שפיר פסק המחבר כן, ועי' להלן סק"ט דגם בגמ' משמע כן.

(ט) ע"ז א' אמר אמימר הלכתא אותיות כו', לגירסת רשב"ם קשה מה טענה היא דמילי במילי לא מיקנין, לומר שאין ראוי לחכמים להצריך כתיבה נוסף על המסירה, הרי כיון דמעיקר הדין סגי במסירה על אף שזה מילי, א"כ מה בכך שתיקנו חכמים שצריך גם כתיבה שתהא ראייה בידו ורק עי"ז סמכה דעתיה, וביותר קשה הא דפריך מקנין אגב בשטר שנכתב על שם הלוקח, דמה ראייה מזה ששטר דאחרים ראוי להיות נקנה בכתיבה.

ולגירסת תו' נראה לפרש דהא דאמר אותיות מילי נינהו, ר"ל שיש לחשוב את השטר כדבר שאין בו ממש, שאין שימוש אלא בתוכנו והתוכן הוא דבר שאין בו ממש, ולכך במסירה אין ראוי לקנותו, שאין במסירה שום מעשה בתוכנו, אבל בכתיבה הוא וכל שעבודו יש כאן שטר על הקנאת החוב, ואף רבי מודה בעיקר הסברא דשטר כדבר שאין בו ממש הוא, אלא דמ"מ סבר דסגי במסירתו לזכות את הלוקח אף בתוכנו, [ובזה ניחא מה שהעיר בני אי"ש נ"י דמאי פרכינן מדרב הונא, נימא דאיהו סבר כרבי], והא דפרכינן מדרב הונא, דשטר הנכתב על שם הלוקח נקנה לו באגב, אע"ג דשטר זה ודאי לכו"ע סגי במסירה, וכמו שהקשו בתו', נראה לפרש דמ"מ אם שטר נחשב בעלמא כדבר שאין בו ממש, אף שטר שנכתב על שם הלוקח דינו כדבר שאין בו ממש, דסו"ס עיקרו תוכנו ולא שייך קנין על זה, ואף דמסירתו לחוד סגי, מ"מ לענין להקנותו בקנין אינו דבר ששייך בו קנין, וכמו מטבע שאינו נקנה בחליפין, לפי שיש בו ענין הנוסף של שימוש בתורת מטבע, דאף להקנות חלק מן המתכת שלו בחליפין נמי אי אפשר, דכיון דענינו מטבע אינו נקנה, ולמאי דס"ד דקנין אגב הוא מעין קנין חליפין ואינו מועיל לדבר שאין גופו ממון, שפיר פרכינן דכיון דכל שטר חשיב מילי, ולא מועיל בו קנין שמועיל בנייר דהיינו מסירה, ואף לרבי שמועיל מסירה היינו דכיון שהכל בידו סגי בכך, אבל קנין אין ראוי שיועיל על שטר אי חשיב מילי, וא"כ מדמהני אגב ש"מ דשטר לאו מילי הוא, ומשנינן דאגב שאני והיינו דמייתנין דאף שאין מטבע נקנה בחליפין מ"מ באגב נקנה, ובפשוטו מה ענין מטבע וחליפין לכאן, אבל למש"פ ניחא דמייתנין שאגב מועיל על דברים שאין קנין חליפין מועיל, ושפיר מועיל אף להקנאת חוב והשטר, ומ"מ אין מזה הכרע דאגב מועיל באותיות בלא כתיבה, דאף דלענין אגב אין חסרון דמילי, מ"מ אף בלא חסרון דמילי י"ל דאין אותיות נקנות במסירה לחוד, דכיון דתוכן השטר מעיד על בעליו, אין אחיזת אחרים מספקת להקנותם בו, ורק שטר שעל שם הלוקח דסגי במסירה לחוד בזה מועיל אגב, והיינו טעמא דפלוגתת הרי"ף והר"ח.

ולפי מה שפירשנו נראה שיש לדקדק מסוגיין דחליפין לא מהני להקנות אפילו שטר שנכתב על שם הלוקח, דהא מסקינן דאגב שאני משום שמועיל על מטבע נמי, וא"כ חליפין שאינו מועיל להקנות מטבע ה"נ אינו מועיל להקנות השטר, ולא מיבעיא לדעת ר"ח דאף אגב אינו מועיל אלא בשטר שנכתב על שם הלוקח, דלפי זה יש לפרש דהיינו דמחלקינן בין אגב לחליפין, אלא אף לדעת הרי"ף דאגב מהני אף באותיות דעלמא, מ"מ משמע דחליפין לא מהני אף בדינא דרב הונא, ויש ללמוד מזה דחליפין לא מהני להקנות שטר אף בצירוף כתיבה, וכמש"פ בשו"ע סי' ס"ו ס"ד, דהא שטר שנכתב על שם הלוקח סגי ליה במסירה לחוד ומ"מ לא מהני בחליפין, ולדעת הראב"ד שבבעה"ת שער נ"א ח"ג דס"ל דמהני חליפין בשטר במקום מסירה, צ"ל דבהדי כתיבה עדיף, א"נ שמא רק לענין זה שמועיל אגב במקום

כתיבה ומסירה אמרינן שאינו דומה לחליפין אבל במקום מסירה לחוד מהני, ועי' ש"ך סק"י דשטר שנכתב בו לכל המוציאו נמי אינו נקנה בחליפין, וכן נראה לפי מה שפירשנו.

מש"כ בש"ך סי' ס"ו ס"ק כ"ז לתמוך בדעת הסוברים דאגב בעי כתיבה, צ"ע דהא מגמ' אין הכרע כלל, ואדרבה רהיטת הש"ס דאגב שאני ומהני בכל גווני אפילו בלא כתיבה, [עי' חידושי הר"ן], וזו דעת הר"ף [ומש"כ בש"ך שם לדחוק בלשון הר"ף ל"מ כן וכמו דנקטו כל הראשונים בדעתו ז"ל], והר"י מיגאש והרמב"ם והרמב"ן בבעה"ת שער נ"א ח"ג ס"ד כתב שכן פירשו כל המפרשים אע"פ שהר"ח חולק, וכן דעת בעה"ת שם, וכן דעת בעה"ע, וכן הרשב"א בחידושו ובתשובותיו כתב שכן דעת רוב המפרשים, [ומה שהביא בש"ך תשו' הרשב"א שכתב דקיי"ל דשטר נקנה בכתיבה ואגב, היינו משום דעובדא הכי הוי לכך כתב דזה לכו"ע מהני], וכן דעת ה"ר יונה בעליותיו, והר"ן בחידושו, וכן בהגהמ"י בשם ר' ברוך הובא בתה"ד סי' של"א, וכן דעת הראב"ד בהשגותיו לרי"ף בכתובות פ' הכותב, וכן דעת הרמ"ה ע"ז ב', וכן במ"מ פ"ו ממכירה הי"ד כתב שכ"ד הפוסקים אע"פ שהר"ח חולק, וכ"ד הרא"ה כתובות פ"ה, וצ"ע.

י' שו"ע חו"מ סי' ס"ו ס"ב ויש מי שאומר שצריך שתבא לידו אותה כתיבה, עי' ש"ך, ולא נתפרש מה מקום לדון בזה, הא בפשוטו אין אותיות נקנות אלא במסירה ובשטר, ופשיטא דצריך שיגיע השטר לידו כמו בכל קנין שטר, ולא מצאנו כלל ענין בכתיבה לחוד, ואם הדבר לא נזכר בראשונים, הוא לגודל הפשיטות, ובספר המקח לרב האי שער י"ג כתב בהדיא שצריך שימסרנו וכן בטור ס"ד הזכיר ומסר לידו, וכן ברשב"ם ע"ו א' ד"ה כתב וכן ברמ"ה שם, ובפלוגתא דאב"י ורבא שלהי ג"פ פשוט בדברי הרמב"ן והרשב"א דלמ"ד אין אותיות נקנות במסירה איכא ריעותא כשאין השטר תח"י, ולשון יש מי שאומר בדברי המחבר אינו בא לומר שיש חולקין כידוע. שם ס"ד יש מי שאומר שצריך מסירת השטר קודם כתיבת השעבוד, נראה דר"ל קודם מסירת שטר כתיבת השעבוד, וכן בלשון הר"ן שבשטמ"ק ע"ז ב' שכיון שלא זכה בשעבוד שמסר לו שטר כתיבה כו', הרי דעל המסירה קאמר, וכן בסברא דכתיבה לא איכפת לן שהרי כותבין שטר למוכר אע"פ שאין לוקח עמו וללוה אע"פ שאין מלוה עמו, וה"נ יכול לכתוב שטר שימכור את השעבוד לאחר מסירת השטר חוב, וכן מש"כ הראשונים הובאו בש"ך סק"ז שיכול לכתוב על השטר עצמו קני לך הוא וכל שעבודו, היינו שכותב כן קודם מסירת השטר, דהא בעינן ספר מקנה כדאמר גיטין כ' ב', והש"ך שם כנראה נקט דצריך להקדים הכתיבה ממש ועפ"ז נדחק לפרש דאחר מסירת השטר ללוקח חוזר ומקנה הניר למוכר לכתוב עליו קני לך הוא וכל שעבודו, דאל"כ אין כאן ספר מקנה, ומ"מ חשיב קדמה מסירה שאינו חוזר ומקנה אלא הניר ולא כל שעבודו, וצ"ע, ובבת אחת ודאי שפיר דמי וכדמוכח מאגב, ומש"כ בש"ך כאן דא"א לצמצם, לא נתפרש, דאי אמסירה קאמר שפיר אפשר לצמצם, שכורכן זה בזה ומוסרן כאחד, ואי אכתיבה ודאי לא משכחת לה כלל בבת אחת עם המסירה שהרי הכתיבה נמשכת, וגם מה שפקפק בדין בת אחת צ"ע מאגב, וגם בסברא ראוי להיות שפיר דמי מסירה בבת אחת, ועי' ש"ך ס"ק י"ב בכתב שמקנה כל נכסיו אגב קרקע דשפיר דמי, והתם קדמה כתיבה, ומסירת השט"ח ושטר הכתיבה בב"א.

ומיהו לאידך גיסא נמי קשה דמה הפסד יש במסירה קודם מסירת השט"ח, הרי אין ענין במסירת השטר, אלא במה שהוא ביד הלוקח, דהא המוכר שדה לאחר ל' בשטר, נמי קנה אם השטר קיים, כמ"ש בשו"ע סימן קצ"א ס"ד בהגה"ה, משום דכל

רגע שהשטר ביד הלוקח ראוי הוא לעשות מעשה קנין, וה"נ הכא אף שמסרו קודם מסירת השט"ח מ"מ כיון שהוא בידו לאחר מסירת השט"ח, הר"ז כאילו לקחו וחזרו ונתנו, הלכך אף אם נקיים הדברים בעיקרן דבמכירה זו צריך להקדים כח המכירה שע"י מסירת השט"ח לכח המכירה שע"י הכתיבה, [דכח המכירה שע"י הכתיבה הוא חלק השעבוד שאינו יכול להפרד מעיקר החוב אלא א"כ קדמה מסירת השט"ח והפרידתו], מ"מ אין נפקותא בסדר המעשים, דכל הזמן שהשטרות ביד הלוקח הם עושים פעולת הקנין, ורק אם קדם ונקרע שטר הכתיבה קודם שנמסר השט"ח בזה ראוי לפסול לפי סברא זו, ומיהו בכה"ג אף בקדם מסירת השט"ח, אם נקרע קודם שנמסר שטר הכתיבה, נמי יש מקום לפסול, דבפשוטו שניהם יחד גורמים מעשה הקנין, והרי כותב לו קני לך איהו וכל שעבודיה, ואיך יחול כשאינהו ליתיה.

ונראה דבאמת אמסירה קאמר, ולא דמי לשטר הניתן לקנות לאחר ל', דהתם אדעתא דהכי ניתן, וכשם שיכול לקנות בו מיד כך יכול לקנות בו לאחר ל', ולעולם אין הלוקח זוכה בשטר אלא כשהשטר עושה הקנין, אבל הכא שנותן לו את השטר שיקנה בו מיד, והאמת שאינו יכול לקנות בו מיד, הרי כלתה המסירה שכבר זכה הלוקח בשטר הכתיבה, ותו אח"כ ליכא ספר מקנה, דהאי שטרא כבר דלוקח הוא, ואין כאן נתינת שטר כלל, ואה"נ שאם יתן לו את השטר כתיבה ויאמר לו שיזכה בו את השט"ח לאחר שימסרנו, דשפיר דמי, דזה מיקרי נתינה לאחר מסירה, ואפשר דאף בסתמא יש לפרש דעת האדם כפי ההלכה, וכיון שידוע שצריך כתיבה ומסירה הרי דעתו שיהיה כפי מה שקבעו חכמים, ואף שהקדים למסור הכתיבה דעתו שתחול כפי הנאות, וממילא יזכה בו הלוקח לאחר שיגיע השט"ח לידו, ואין מדברי הרא"ה [כ"ה בשטמ"ק בשם הר"ן וכ"כ הריטב"א קדושין מ"ז בשם מורו והוא הרא"ה ומש"כ בנמו"י רשב"א נראה שהוא ט"ס] סתירה לזה, דהרא"ה עיקר הדין אשמועינן דמסירת השט"ח היא מעשה גמורה בפ"ע, אבל מסירת הכתיבה הוא רק לאחר מסירת השט"ח, וצ"ע בזה.

ועיקר הדין נראה שהוא ניתן ללמוד מסתימת הפוסקים, דלא ס"ל כן, דלא יתכן להשמיט עיקר גדול כי האי, והיה הדבר ראשית החובה בטור לפרש דהסדר מעכב בכתיבה ומסירה, וצריך להקדים המסירה, וכן כל הפוסקים ז"ל, ועוד דלשון הברייתא בין מסר ולא כתב בין כתב ולא מסר לא קנה עד שיכתוב וימסור, משמע שאין צריך לחזור ולכתוב, [לשון עד שיכתוב וימסור שהקדים הכתיבה, אפשר לפרש דלכך הקדים משום דמסירה אתרוייהו קאי, גם אשטר כתיבה וגם אשט"ח, ועי' ריטב"א קדושין שם], וכתב היינו כתב ונתן וכמש"פ רשב"ם, ועוד דהראב"ד ס"ל דמהני חליפין בהדי כתיבה וכמש"כ בבעה"ת שער נ"א ח"ג ס"ד, ובפשוטו היינו בהקדים הכתיבה, דאל"כ אין ראוי שיועיל חליפין כלום דכיון שאינו מועיל לענין החוב אף אינו מועיל לענין השטר, וכן לדעת הר"ח באגב וכתיבה, גם לשון הבעה"ת שם ואם כתב לו מתחלה קני שטר פלוני וכל שעבודו ואינו בידו למסרו והקנהו בחליפין קנה, הרי בהדיא שהקדים הכתיבה, וכן לשון הטור בס"ד ואם כתב לו שטר מכירה קני לך איהו וכל שעבודא דאית ביה ומסר לידו אלא ששטר הנמכר לא היה מצוי אצלו וקנו מידו כו', וג"ז לשון המורה על הקדמת הכתיבה, ואם נימא דמודה הרא"ה דבסתמא דעת בנ"א כפי הדין ואף בהקדים הכתיבה שפיר דמי, ניחא, גם אפשר דהרא"ה והריטב"א לטעמייהו דסברי מכירת שטרות דאורייתא, עי' לעיל סק"ג, ולכך ראוי לומר שמסירת הכתיבה קודם השט"ח לא תועיל, עכ"פ באופן שכלתה מסירתו, דכיון דהמסירה לא הועילה שוב אין כאן מסירה, אבל לדעת הסוברים דמכירת שטרות דרבנן, י"ל דכך תיקנו חכמים שיהיו שניהם יחד, כלומר

הכתיבה והמסירה, גומרים הקנין, ואפילו כלתה מסירת הכתיבה, עדיין מצטרפת למסירת השט"ח לגמור הקנין, שלא נתבטלה פעולת מסירת הכתיבה.

(א) שו"ע חו"מ סי' ס"ו ס"א בהגה"ה ובמקום דלא קנה הלוקח השטר כו' י"א דאינו חייב לקבל מי שפרע כו', יעוי' ש"ך מה שנתקשה בדין זה, ויותר מזה קשה שהרי דייננו על עיקר הדבר אם יש מי שפרע בקנין שטר, וזה כולל בין אם קיבל הכסף ועדיין לא כתב ולא מסר ובין כתב ולא מסר או מסר ולא כתב, וכל זה באופן ששניהם מודים שקבלת הכסף היה בעד מכירת השטר וכל שעבודו, וא"כ מה לנו ענין אם רשאי לעכב השטר במסר ולא כתב או שאינו רשאי, ואף אם נימא דבמסר ולא כתב רשאי לעכב השטר, ונימא דכיון דמקצת המקח קיים בהחלט, היינו על גוף השטר, תו אין לנו לחדש מי שפרע על החלק האחר שבמקח דהיינו החוב, אבל אכתי בכתב ולא מסר או בלא כתב ולא מסר נשאר הנידון בעינו אם יש כאן מי שפרע, ודוחק לומר דבזה יהיה מי שפרע על מסירת השטר, כמו בכל מקח דעלמא, ולא יהיה מי שפרע על החוב, וזה אפשר לקיים אף לדעת הסוברים דכשלא קנה החוב צריך להחזיר גם השטר, וכמו שפסק בשו"ע כאן, דמ"מ אנו מחלקים את המקח לשנים, ועל אי מסירת השטר יש מי שפרע, ולא על אי מסירת החוב, ולפי שלעולם אין הלוקח מבקש את השטר בלי החוב, שהרי הוא מבקש שיחזירו לו המעות, ואם יעכב את השטר לא יתחייב המוכר להחזיר לו מעותיו, לכך סתם הרמ"א דליכא מי שפרע, אבל כ"ז דוחק, גם מה שציין בבהגר"א לגמ' ע"ו ב' לצור ולצור, צ"ע דהתם אמרינן שאין בלשון השטר מכירת השעבוד, דשפיר מתפרש על מכירת הנייר לצור, ואף שבלבו ובלב כל אדם שלא נתכוין לנייר לבד, מ"מ בעינן שיהא כתוב בשטר מה הוא מקנה, ואינו ענין לאחריות ט"ס דהתם הנידון עד כמה אלים השעבוד שבשטר, ושפיר מאלמינן ליה מסברא, אבל כאן העיקר חסר מן הספר, ואירי בשניהם מודים שנתכוונו להקנות גם השעבוד, ואמרינן דלא קנה ועדיין יכולים לחזור בהם, ולעולם אפשר שהחזור בו מקבל מי שפרע.

ובעיקר הנידון יש מקום לומר שלא יהא כאן מי שפרע, לפי דלא סמכה דעתיה דלוקח כולי האי, שהרי ביד המוכר למחול, [ואף שיצטרך לשלם, הרי גם השתא מחזיר הדמים, וסתמא דמילתא לא נתייקר השטר בינתיים], וגם אם הלואה ישלם למוכר, נמי יפטר, ולפעמים צריך השתדלות המוכר לגבות החוב, שהוא המלוה והמכיר בלואה, וגם אין כאן דבר בעין ביד המוכר, ועי' קצה"ח, וצ"ע.

(ב) קס"ט ב' אלא אמר רבא באותיות נקנות במסירה קמיפלגי כו', מבואר דבמסירת השטר קנה הלוקח את השדה אי אותיות נקנות במסירה, והדבר צ"ע בין אי מכירת שטרות דאורייתא בין אי מכירת שטרות דרבנן, דבשלמא שטרי חוב שאין כאן דבר בעין ביד המלוה אלא השטר, הרי נידון השטר כחפץ ושייך מכירה בו ובחוב, אי מדאורייתא אי מדרבנן, אבל שדה הקנויה לבעליה, מה ענין במסירת השטר שבו קנה את השדה, הרי אין השטר עכשיו כלום אלא לראיה ביד בעליו, ואם קרקע נקנית בשטר צריך שיהיה כתוב בשטר שהוא מוכרה ללוקח ולא שהוא המוכר קנאה מפלוני, ונראה שלזה נתכוין הרמב"ן במה שכתב שעיקר הדבר צריך תלמוד וטעם למה יקנה בשום שטר.

ונראה מוכח מכאן דלמ"ד אותיות נקנות במסירה נתחדש דמסירת הראיות המעידות על הבעלות, חשיב קנין גם בגוף הדבר, דגם בשטרי חוב החוב נעשה מחמת ההלואה והשטר לראיה, ובמסירתו נקנה גם החוב, וה"נ כל שטרות מתנה ומקח שהם המעידים על הבעלות, אם מסרן לאחר חשיב פעולת קנין על גוף השדה, [ולפי זה נראין הדברים שאין חילוק בין שטר שקנה בו לשטר ראיה וכדעת הרמב"ן וה"ר

ישעיה והרמ"ה ודלא כדעת הרא"ש], ולו"ד הראשונים ז"ל היה נראה שזה רק למ"ד אותיות נקנות במסירה, אבל למ"ד אין אותיות נקנות במסירה, כיון שצריך לכתוב שהוא מוכר השטר וכל שעבודו, חשיבא כתיבה זו כשטר על עצם החוב, ולא מצאנו כלל שבמסירת הראיות נמסר גוף הדבר, וממילא בשטרי מקח לא מהני אף בכתיבה ומסירה, שאין בשטרי מקח שום שעבוד על גוף הקרקע, ולא חשיבא הכתיבה לקנות השטר וכל שעבודו ככתיבת שטר על עצם השדה, ובזה ניחא דחכמים שנו סתם מתנתו קיימת ולא אמרו עד שיכתוב וימסור, [ומיהו י"ל דכיון דאיכא טובא קנינים בקרקע ככסף וחזקה ושטר על גוף השדה, לפיכך לא הזכירו כתיבה ומסירה של השטר], ולא עוד אלא שיש מקום לומר דאף למ"ד אותיות נקנות במסירה נמי לא קאמר רשב"ג אלא במחזיר לנותן או למוכר ובשעדיין לא החזיק הלוקח שלש שנים, דבזה בלא שום ראיות השדה בחזקת הנותן, הלכך במסירת השטר חשיב גמירות דעת על הקנאת השדה, אבל במוסר השטר לאחר שמעולם לא היתה השדה שלו, או בשהלוקח החזיק כבר שלש שנים, בזה י"ל דליכא סמיכות דעת מספקת במסירת השטר, כיון שהקרקע מוחזקת ביד הלוקח, ולא דמי לשט"ח שאין הלזה מוחזק בכלום זולת השטר, ובמסירת השטר הוציא מתח"י כל מה שהיה לו, וניחא השתא דלאו בכדי נקט רשב"ג הנותן מתנה לחבירו והחזיר לו את השטר, ולא נקט סתם הנותן שטר מקחו או מתנתו לחבירו, ומיהו למש"כ תו' קס"ט א' סוד"ה אבל ניחא, אבל הדברים צ"ע אחרי שרבותנו הראשונים ז"ל לא דרכו בדרך זו, ומיהו ברמב"ם לא מצאתי מכירת שטר מקח כלל, [וכן הר"ף סתם והלכה כחכמים, ולא הזכיר דמהני כתיבה ומסירה, ומיהו אין מזה ראייה], וכן ברשב"א קס"ט א' ד"ה מתנתו קיימת כתב אא"כ חזר ומכרה או נתנה לו בקנין גמור או בשטר חדש כדין לוקח ומוכר, ולא הזכיר כלל כתיבה ומסירה של השטר.

יעוי' ברשב"א ובדבריו מבואר דאף שטר שאין כתוב בו לא שם המוכר ולא שם הלוקח אלא סתם שדי נתונה לך, אם חזר המקבל ונתנו לנותן או לאחר, אי אפשר לשמש בו כסתם שטר חדש שכותב בו שדי נתונה לך, אלא הוא בדין מחזיר שטרו דבאנו למחלוקת רשב"ג ורבנן, וטעמא דמילתא דכיון דשטר זה יש בו דין שטר לגבי המכירה הראשונה ככל דיני שטר, ולא איברו סהדי אלא לשקרא, לא קרינן ביה ספר מקנה לגבי לוקח, [וכש"כ שאינו יכול להשתמש בו כשטר מכירה על שדה אחרת, כ"נ], ורק מדין מכירת שטרות מצי למיתי עלה, עי"ש.

שו"ע חו"מ סי' ס"ו ש"ך ס"ק מ"ה רק שדבריו שם מגומגמים במה שנראה מדבריו דהפוסקים חולקים על הרא"ש והטור כו', אין תשו' מהר"ם אלשיך תח"י, אבל קושטא הוא שהרמב"ן וה"ר ישעיה והרמ"ה חולקים וס"ל דאף שטר ששימש בו רק לראיה נקנה בכח"מ להקנות בו השדה, [ועי' תו' קס"ט א' סוד"ה אבל שכתבו שאם מסר השטר לאחר קנה אפילו נשאר בידו עוד שטר מן המוכר על שדה זו, וכ"כ בשטמ"ק בשם תו' הרא"ש, ולכאורה לפ"ז צריך לברר שקנה את השדה עם השטר שמסרו דאל"כ הו"ל שטר ראייה, ומיהו י"ל דבסתמא כיון שמסרו לקנות בו תלינן שכדין עשה ומסר זה שקנה בו, ועליו הראיה לברר ששטר ראייה היה].

שם בקצה"ח סק"כ נתקשה איך מועיל מכירה בשט"ח מדאוריתא כיון שאינו אלא לראיה, ונראה דל"ק דרך בשטר מקח חילק הרא"ש בין עשוי לקנין לעשוי לראיה, דכיון שיש ביד המוכר גוף הקרקע, אין נעשה קנין במסירת שטר ראייה, אבל בשט"ח שאין ביד המלוה אלא השטר העשוי לראיה, ה"ז כגוף הדבר ושייך בו מכירה, כיון שאין לו יותר מזה, והרי הוא מוכר כל מה שיש לו.

(ג) בקצה"ח סי' ס"ו ס"ק ל"ז כתב שהמוכר שט"ח אינו יכול למחול שעבוד שדה

אחת, דכיון דהחוב אינו מחול הרי השעבוד מכור, והביא שהריטב"א בשם הרא"ה לא כ"כ, וכתב לתרץ דאינהו ס"ל מכירת שטרות דרבנן, ולפי זה הטעם דיכול למחול משום שהוא מדרבנן ולכך יכול למחול גם חלק מן השעבוד, אבל להסוברים מכירת שטרות דאוריתא וטעם שיכול למחול משום שעבוד הגוף, אין יכול למחול אלא כל החוב, והנה הרא"ה והריטב"א סברי מכירת שטרות דאוריתא וכמשנ"ת לעיל סק"ג, גם אי מכירת שטרות דרבנן הטעם דיכול למחול נראה דעיקרו משום דשעבוד הגוף נשאר ביד המוכר וכמש"כ סק"ב, דאל"כ מה ראו חכמים להשאיר אפשרות מחילה ביד המוכר, וא"כ אף אי מכירת שטרות דרבנן אכתי הקושיא במקומה עומדת, אבל נראה דקושיא מעיקרא ניחא, דכשם שיכול למחול כל החוב כך יכול למחול כל חלק ממנו, וכשם שיכול להאריך הזמן כמבואר שם בקצה"ח, וזה כמחילה על חלק מן החוב, כך יכול למחול שעבוד מסויים, והגע עצמך אם ימחול על תנאי, שאם תבוא לגבות משדה פלונית החוב מחול, הרי ודאי שפיר דמי, וה"נ כל מחילת שעבוד מסוים יכול להתפרש כך.

(יד) ש"ך סי' ס"ו ס"ק קי"ח וגם לא דמי כלל למשכון של ישראל ביד עכו"ם כו' ולא מסתברא לומר שבמיתת הגר פקע השטר כו', צ"ע למה לא מסתבר הרי כל עצמנו דמהני מחילה משום דשעבוד הגוף נשאר אצל המלוה ופריעת בע"ח מצוה על המלוה נאמר, וכיון שמת למה לא יפקע שעבוד הגוף, ובדליכא שעבוד הגוף ליכא שעבוד נכסים, וגם ראית בעה"ת ממשכנו של ישראל ביד גר ב"ק מ"ט ב' [ו]מש"כ בש"ך ביד עכו"ם לא נתפרש] היא להוכיח דבמיתת הגר פקע החוב, ואף שקדם ישראל ואוחז במשכון בשעת מיתת הגר, מ"מ לא קנה, דקדמה פקיעת החוב לזכייתו במשכון, והיינו שאין צריך שום פעולת זכייה מצד הלוח בחובו, דממילא כיון דמית מלוה פקע החוב, וה"נ כשמכר השט"ח כיון דשעבוד הגוף לא נמכר הרי הוא נפקע במיתת הגר, וממילא נתבטל שעבוד הנכסים.

גם מש"כ הריטב"א דהו"ל כאומר משתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך אם לא תמחול, צ"ע דמנלן להוסיף הך תנאי דאם לא תמחול ולמה בכל מקח וממכר לא מוסיפינן שום תנאים, הרי כיון דשט"ח הוא דבר הנמכר ולדעת הריטב"א והש"ך מדאוריתא, ומשום דמפרשינן דתחלת ההלואה בתנאי דמשתעבדנא לכל דאתי מחמתך, א"כ מהיכי תיתי שישאר זכות מחילה ביד המלוה, בשלמא אם שעבוד הגוף לא ניתן למכירה שפיר יכול למחול, אבל אם ניתן למכירה למה יהא רשאי למחול, ועוד הקשה בקצה"ח דא"כ הקנה לנולדים מאי איכא למימר. - [ולפי דברי הריטב"א אם עכשו ימכור הלוקח השט"ח לאחר יהיה בידו למחול דעם מיתת הגר הוחלט גם שעבוד הגוף ללוקח ראשון וצ"ע בזה]. (סימן י"א).

ע"ו ב' או עד שישכור את מקומה, נתבאר לעיל א' סק"ו.

שם לימא אביי ורבא דאמרי כרבי, נתבאר לעיל א' סק"ו.

שם אמר לי אין לצור ולצור, לכאורה שאלת רב אשי היתה דבלבו ובלב כל אדם דלקנות כל שעבודיה בעי, ואמאי לא סגי בזה וצריך לפרש, ובשלמא לרבנן דצריך שיכתוב שטר, י"ל דבשטר לא מהני בלבו ובלב כל אדם וצריך שיפרש כל שעבודיה דאל"ה אין תורת שטר על זה, אע"ג דאשכחן אחריות ט"ס בשטר, אבל אי סגי במסירה ובאמירת קני לך איהו וכל שעבודיה, לכאורה קושית רב אשי אלימתא היא, וי"ל דכיון דאיכא גם מכירת שטר לצור, הלכך כל שלא פירש כל שעבודיה, אית לן לקיים סתמא כמכירת השטר לצור. - ומשמע מסוגיין דהשטר נשאר ביד הלוקח ואינו חייב להחזירו ללוה, וכ"מ בב"ק מ"ט ב' במחזיק בשטרותיו של גר ובפרש"י שם, ועי' בזה בחו"מ סי' ס"ו ס"א ובנו"כ שם. - וע"ע במש"כ לעיל א' ס"ק י"א.

תוד"ה קני היינו שמצא שטר לאחר יאוש כו', נתבאר לעיל א' סק"א. בא"ד שמצא שטר לאחר יאוש ומוכרו לבעליו ביוקר, לכאורה לא קנה המוצא אלא את הנייר, ואף שיש למלוה ענין בשטר, אבל המוצא מוכר רק את הנייר שזכה, ודין הוא דליהוי אונאה, כמו מוכר נייר שיש עליו צורה ויש אדם שמחבב את הצורה, ונראה מדבריהם דכיון דערך השטר הוא רק מחמת התוכן שבו, שפיר אפשר למעטו מדין אונאה משום שאין גופו ממון, ולא דמי לצורה.

ע"ז א' אמר אמימר הלכתא אותיות כו', נתבאר לעיל ע"ז א' סק"ט. שם א"ל ר"א לאמימר גמרא או סברא, משמע דיש רשות לאמוראים להכריע מסברא בפלוגתא דתנאי ואפילו כיחיד נגד רבים, וק"ק למה הרי כיון דאינו רשאי לחלוק על תנא א"כ איך יכול להכריע נגד רבים, ותנן בעדיות פ"א מ"ה למה הוזכרו דברי היחיד בין המרובים שאם יראה ב"ד דברי היחיד ויסמוך עליו, ומשמע נמי דהיינו לב"ד דאי לאו היחיד לא היו רשאים לחלוק על המרובים, [ועי' בכ"ז בחו"ב ע"ז ז' א' בהנהגת הוראת איסור והיתר], וכ"ה בתו' שני' ובראב"ד שם, ועי' שבת ס' ב', וברשב"א וריטב"א פירשו דה"ק רק מגמרא או גם מסברא, נראה דפירשו כן לגירסא דהלכתא אין אותיות נקנות במסירה והיינו כרבנן, וזה ודאי גמ' דהלכתא כרבי מחבירו ולא מחביריו, וא"כ מגמרא פשיטא, וע"כ דמספקא ליה אי גם מסברא.

שם זכו בשדה זו לפלוני וכתבו לו את השטר חוזר בשטר ואינו חוזר בשדה, לכאורה ראוי לפרש שזכו בשדה וכתבו את השטר, דבלא זכו בשדה הרי גם בשדה חוזר, ושטר יש לפרש דומיא דשדה, ואם זכו בשדה ה"נ כתבו את השטר, ואפ"ה חוזר בשטר כל זמן שלא מסרו לו, [וזה דלא כמש"כ בחו"ב ב"ב עי' להלן], ובזה יש חידוש דאף שנעשה שטר מדעת המתחייב, ותורת שטר עליו, אפ"ה כשחוזר בו אין מוסרין אותו, אבל כשחזר בו עד שלא נכתב י"ל דהדבר פשוט שא"א לעשות שטר בלא דעת המתחייב, וכ"ה בלשון הרמב"ם פ"ו ממכירה ה"ט ו' ובשו"ע סי' רמ"ג ס"ו יש לנותן לחזור בשטר עד שיגיע ליד בעל המתנה, ועי"ש בסי"א אם העדים יכולים לזכות בשטר להמקבל מיד עם כתיבתו, וסוגיין מתפרשא דגם כשנכתב השטר ועדיין לא זכה בו הלוקח והמוכר חוזר בו, מהני חזרתו. - ולכאורה כל זה איירי בשטר קנין, דשטר זה צריך שיהא של המוכר והוא יתנו לו ללוקח, עי' גיטין כ' ב', ועי' בפ"ת סי' רל"ח סק"א, והלכך כשכותבין, עדיין השטר של המוכר, ויש לדון אם יכולים לזכות בו ללוקח מיד עם כתיבתו על סמך אמירת המוכר שיכתבו לו עי' בנתה"מ בסי"א הנ"ל, אבל אם כותבים רק שטר ראוי, יכולים לכתבו על נייר של הלוקח עי' תו' גיטין שם, וא"כ מיד כשנכתב הוא של הלוקח אם כתבו על נייר שלו, וצ"ע.

עוד יש כאן חידוש, דאע"ג דבעלמא במקום שכותבין את השטר לא קנה בכסף עד שיכתבו את השטר, ויש הסוברים דגם בחזקה ובקנין סודר לא קנה עד שיכתוב את השטר, וכש"כ כאן שהזכיר את השטר בשעה שאמר להם לזכות, אפ"ה אמרינן דזכו בשדה מיד, דסתם זכו בשדה זו לפלוני וכתבו לו את השטר מתפרש שיזכו מיד ושלא יעכב השטר, אח"כ ראיתי בנמו"י שכתב דאיירי שזכו בחזקה ובחזקה קנה אף בלא שטר, ואכתי אנו צריכים למש"כ לדעת הסוברים דגם בחזקה לא קנה עד שיכתוב את השטר עי' ב"י סי' קצ"ב. (קדושין כ"ז א').

שם חוזר בשטר ואינו חוזר בשדה, בפשוטו אין אפשרות לכתוב שטר בלא דעת המתחייב, ואף כשנתחייב לכתוב שטר, כל שבשעה שבאין לכתוב הוא חוזר בו אינם יכולים לכתוב, דבלא דעת המתחייב אין על זה תורת שטר והו"ל מפי כתבם, ולכן צ"ע במשה"ק תו' דיכתבו לו שטר כיון שאין מזיק לו כלום, דמה בכך מ"מ כל

שהוא מוחה אין כאן תורת שטר, ושמא כונתם דב"ד יכתבו, וכן לפיר"ת דבאמת בשטר מכר אינו יכול לחזור בו, צריך לפרש דב"ד יכתבו, ודוחק. - ונראה דכ"ז במוחה שלא יכתבו, אבל אם אחר שכתבו, הוא חוזר בו שלא ליתן, כזה כבר תורת שטר עליו, וכיון דנתחייב לכתוב שטר, שפיר מוסרין ב"ד השטר ללוקח שכבר זכה בשדה.

שם ע"מ שתכתבו לו את השטר חוזר בין בשטר בין בשדה, משמע דר"ל שלא יזכו לו את השדה אלא בכתיבת השטר, וכ"כ ברשב"ם ה"ק לא יזכה עד שיבא השטר לידו, ויש לתמוה א"כ פשיטא דהא עדיין לא זכה המקבל ושפיר יכול לחזור, וכבר הקשה כן הרשב"א, וכתב בשם ה"ר יונה ז"ל דאגב רישא נקטיה, אבל קשה דלא הו"ל כלל למימר דשני שטרות הן, כיון דבדין זה ליכא שום חידוש, והנה פשיטא משמע דהכי קאמר להו זכו בשדה זו לפלוני עכשיו ע"מ שתכתבו לו את השטר, דזכו בשדה זו לפלוני דקתני ברישא אתרוייהו קאי ומחלק רק בין אם אמר כתבו לאמר ע"מ, וכ"ה ברמב"ם פ"ו ממכירה ה"ז, ואם כתבו לו השטר אח"כ אמרינן דאיגלאי מילתא שכבר זכו לו בשדה מיד עם זכייתן או בסודר או בחזקה, והשתא יש לפרש דאשמועינן דיכול לחזור בשדה, דכיון דהתנאי הוא בידו, הרי כונתו שיוכל לחזור בו עד שלא יקיים התנאי, ונפ"מ דאם חזר בו נתבטלה המתנה, ואפילו אם שוב יחזור בו ויכתוב לו את השטר, כבר נתבטלה זכייתם, ויצטרך לחזור ולזכותם ע"י השטר, ואם שטר ראוי הוא לא יזכו בו, והיינו דקאמר דחוזר בשדה, ולא רק דע"י חזרתו מן השטר תתבטל המתנה, אלא אפילו אם יחזור רק מן השדה כבר נתבטל הכל, ואפילו אם יחזור בו מן החזרה ויכתבו לו את השטר, לא יקנה, וזה רק בתנאי שביד המוכר לקיימו, אבל בכל תנאי שביד הלוקח לקיימו, אין ביד המוכר לחזור בו, ואפילו אם חזר בו, ואח"כ קיים הלוקח תנאו ה"ז זכה למפרע, ועי' רא"ש ב"ב וברמב"ן בקדושין, וצ"ע. (קדושין כ"ז א').

שם ע"מ שתכתבו לו את השטר חוזר בין בשטר בין בשדה, לפמש"פ רשב"ם דה"ק שלא יזכה עד שיבא השטר לידו, קשה דא"כ פשיטא, וכבר הקשה כן הר"י בשטמ"ק, ואפשר דקמ"ל דגם לאחר שכבר כתבו את השטר יכול לחזור בו ולא אמרינן דמיד זכו בשטר ללוקח, וניחא לשון בין בשטר בין בשדה, דאף שכבר אינו יכול לחזור בשטר כגון שכבר נכתב הרי הוא חוזר בשדה.

תוד"ה קני, עי' לעיל ע"ו א' סק"ג.

תוד"ה אמר, עי' לעיל ע"ו א' סק"ח ט'.

ע"ז ב' דהא מטבע דלא ניקני בחליפין ואגב ארעא ניקני, יש להטעים דטעמא דאין מטבע נקנה בחליפין הוא משום דחשיבות היתירה שבמטבע על הנסכא הוא כעין דבר שאין גופו ממון, ודכוותה השעבוד שבשטר. - ועי' מש"כ לעיל ע"ו א' סק"ט ד"ה ולפי.

מתני' ר"י אומר הדמים מודיעין כיצד א"ל מכור לי צימדך במאתים וזו הדבר ידוע שאין הצמד במאתים וזו, יש לדקדק מאי הוצרך לפרש כיצד א"ל כו', וכי לא ידעינן מאי ניהו הדמים מודיעין, ועוד דכה"ג שהלוקח התחיל מכור לי צימדך במאתים וזו, הדבר יותר פשוט דעם הבקר קאמר, וטפי הו"ל לאשמועינן כשא"ל צימדך בכמה ונתרצו אח"כ במאתים וזו, ואפשר דר"י לדבריהם דרבנן קאמר אודו לי מיהת כשאמר הלוקח מכור לי צימדך במאתים וזו.

שם וחכ"א אין הדמים ראייה, לכאורה חכמים היינו ת"ק, ובנמו"י משמע דת"ק איירי בדליכא לאוכוחי מן הדמים, כגון שקבעו כדשיימי בי תלתא ע"ש, וכ"ה בשטמ"ק בשם הר"י, א"נ כשמכרם ביחד עם דברים אחרים באופן שהחילוק ביניהם פחות

משתות, א"נ כשהוסיף בדמים יותר משתות או יותר מכדי שהדעת טועה, אף אם מכר שניהם, ועי' רשב"ם שם שכתב דהא דלא מכר את הצמד ד"ה היא אלא דפליגי ר"י וחכמים בפירושא דמילתא, נראה דר"ל דמשנה קדומה היתה דמכר את הצמד לא מכר את הבקר ומכר את הבקר לא מכר את הצמד, ובתר הכי נחלקו ר"י וחכמים אם איירי רק כשאין הדמים מודיעין, או אף כשמודיעין, אבל לקמן ע"ח א' משמע דפירש דלשינויא קמא מתפרש מכר את הצמד לא מכר את הבקר דהוי ביטול מקח. גמ' א"ל לא תיתרגם מתניתין באדוקין בו, נראה דר"ל שהם לפניו ואדוקין, אבל אם אינם לפניו, אין סברא שיהא ענין אם היו אדוקים באותה שעה אם לא.

למש"כ לעיל בדעת הרשב"ם והנמו"י דרישא דמתניתין איירי כשאין הוכחה מן הדמים, יש לפרש דכוותה הך ברייתא נמי דאיירי בדליכא למיקם אדמי, ולפי זה לא למדנו בדאיכא הוכחה מן הדמים מה דין אדוקין, ודעת הרמב"ן דרק כשהדמים מודיעים זכה באדוקין, ודעת הרשב"א דאף בשאין מודיעים, ומ"מ יש מקום לדון כשהדמים מודיעים שלא מכר הפרדות אם גם בזה ס"ל להרשב"א דקנה.

ברשב"א הביא דר"י מגאש כתב דגם בצמד ובקר קנה באדוקין בו ושכן דעת הרמב"ן, וצ"ע דהרמב"ן לשיטתיה שפירש דרק כשהדמים מודיעין מהני אדוקין, ניחא שפיר דה"ה בצמד ובקר, והרמב"ן סיים שאין הדבר צריך לפניו, והיינו משום דגם בזה מהני הדמים מודיעים, אבל לדעת הרשב"א דאף שאין הדמים מודיעים קנה, ומשום דבאדוקין נחשבין הפרדות כתשמישי הקרון, קשה דלא מסתבר לומר דהחמור יחשב כתשמיש הצמד, ועכ"פ לא הו"ל ז"ל לאסתיועי מדעת הרמב"ן, והרמ"א בסי' ר"כ ס"ד כתב דגם בצמד ובקר מהני אדוקין, וכתב בבהגר"א בשם הרמב"ן דכיון דהטעם משום דהדמים מודיעין הרי יש להשוות צמד ובקר לקרון ופרידות, וצ"ע דהא בשו"ע ורמ"א גבי קרון ופרדות לא הזכירו כלל דצריך הודעת דמים.

שם לא צריכא באתרא דקרו ליה לצימדא צימדא ולבקר בקר ואיכא נמי דקרו לבקר צימדא כו', מדלא אמרינן לא צריכא באתרא דאיכא דקרו לצימדא כו' ואיכא דקרו נמי כו' כדגרס רשב"ם, משמע דלאו בשוין איירי, וברמב"ן משמע דמפרש דכולהו שוין דעל פי רוב קורין לצימדא צימדא ולבקר בקר ולפעמים קורין גם לבקר צימדא, וזה כמשמעות גירסא דידן, וזה כמו לגירסא דגרסי דרובא קרו לצימדא צימדא ולבקר בקר שהזכירו תו' לקמן צ"ב א', דמה לי רוב אנשים ומה לי רוב פעמים, והרשב"א פירש לפי גירסא דידן דר"ל דרובא קרו לצימדא צימדא ולבקר בקר ואיכא מיעוטא דקרו נמי לבקר צימדא, וכ"כ בבהגר"א סי' ר"כ ס"ק י"א.

וכתבו הרמב"ן והרשב"א דמתניתין מתפרשא דלא מכר את הבקר במוחלט, והלכך אפילו הלוקח עדיין לא נתן דמים מוציאין ממנו, ואפילו הדמים מודיעין לטובתו, והטעם משום שהמקח נחלט לפי מה שהרוב קורין, והרי הוחלט שמכר רק את הצמד, ולא דמי לנידון שור לרדיא או לנכסתא לקמן שם שהמקח ידוע ויש בו ספק טעות, והמוציא מחבירו עליו הראיה.

ברם לגירסת רשב"ם דאיירי בשוין ולא מכר את הבקר משום דהמוציא מחבירו עליו הראיה, דבספק מכר הרי הנכסים בחזקת המוכר, לפ"ז יש לדון מה הדין אם הלוקח מוחזק אם מוציאין ממנו הדמים, או דמצי למימר לא נתחייבתי הדמים אלא גם עם הבקר, ויש לדון בזה גם כשאין הדמים מודיעין לטובת הלוקח וגם כשהדמים מודיעין לטובתו, ובתו' לקמן צ"ב א' ד"ה וליחזי מבואר דאם הדמים ביד הלוקח ומוכיחין לטובתו, דלא מפקינן מיניה, ומה דסברי רבנן דאין הדמים ראייה היינו להוציא מן המוכר כשהדמים בידו, וכ"מ ברשב"ם שם דמה שהדין עם המוכר הוא

משום המוציא מחבירו עליו הראיה, אבל הטור בסי' ר"כ ס"ה כתב גם בפלגא ופלגא דקרו לצמד צמד או בקר והמעוות וגם הבקר ביד הלוקח, וגם מודיעים דלקח גם הבקר, אפ"ה מוציאין מידו ונותנים למוכר, דכיון דמכח ספק הוחלט דלא מכר את הבקר הרי זה כאילו בודאי מכר את הצמד במאתיים זוז, והיינו משום דגם דעתו ז"ל דמתני' דינא דודאי קתני, וכיון דלפי גירסתו איירי במע"מ הרי גם בזה בודאי לא מכר את הבקר ואין הדמים ראייה, וכבר כתב בב"ח שם שאין כן דעת הרשב"ם ותו', וגם דעת הרמב"ן והרשב"א לא מצאנו אלא ברובא קרו לצימדא צימדא ולבקר בקר ולא במחצה. (סי"ג סק"ז).

שם ואיכא נמי דקרו לבקר צימדא כו', לכאורה למה לא יהא נאמן הלוקח לומר שהוא מאלו בזמן שהדמים מודיעים, וצ"ל דכיון דיודע דרובא לא קרו לבקר צימדא, אין דרך בנ"א לסמוך על מה שהדמים יודיעו.

ע"ח א' מאי אין דמים ראייה נמי דקתני דהוי ביטול מקח, מכאן מוכח דרישא דמכר את הצמד לא מכר את הבקר מתפרש בשאין ראייה מן הדמים וכמש"כ לעיל, דאל"כ איך קתני לא מכר את הבקר דמשמע דהצמד מכור, וברשב"ם משמע דלא פירש כן אלא דגם רישא מיתוקמא דהוי ביטול מקח, [ומה"ט כתב נמי דהך שינויא דחיקא הוא], וכן במתני' פירש דר"י וחכמים בפירושא דת"ק פליגי, ומשמע דאיירי כשהדמים מוכיחים.

שם דת"ק סבר סתם חמור לרכוב קאי ונחום המדי סבר סתם חמור למשאוי קאי, לכאורה אביי לקמן ב' דחשיב לנחום המדי בין הני דסברי כי מזבין אינש מידי איהו וכל תשמישתיה מזבין, לא ס"ל דעולא, דלעולא הרי חכמים ונחום המדי שוין דמכר כליו, ופליגי רק איזה מיקרי כליו אם דרכיבה או דמשאוי, ולפי זה ראוי לפסוק כאביי דבתרא הוא, אח"כ ראיתי ברמב"ן ורשב"א שכתבו ליישב הא דאביי גם אליבא דעולא.

שם והא קמ"ל דאע"ג דא"ל חמור וכליו שק כו', אע"ג דבעלמא כל שהוסיף מה דלא צריך אמרינן לטפויי מילתא קאמר, וכדאמר לעיל ס"ד א' בחוץ מאלו, ועוד, צ"ל דהכא עביד אינש דמפרש בהדיא כליו אע"ג דגם בסתמא קנאם, והיינו דקמ"ל ברייתא.

ע"ח ב' מתני' המוכר את החמור מכר את הסיח, למאי דמוקמינן לה דאמר לו חמור מניקה אני מוכר לך, דהו"ל כאילו פירש שמוכר גם את הסיח, ק"ק דלא דמי לכל הני דמתני' דמתפרש דבסתמא מכר גם את הזבל ואת המים וכן כולוהו מתני' דלעיל, ואילו הכא הרי בסתמא לא מכר אלא דכשאמר מניקה מפרשינן לה הכי, ונראה דאם אין לו סיח לא חשיב מקח טעות ואין הלוקח יכול לבטל את המקח, דשפיר מיקרי חמור מניקה גם כשמת הסיח או נאבד, ולכך שייך הא דמכר את הסיח לאינך דמתניתין.

שם מכר כוורת מכר דבורים מכר שובך מכר יונים, הא דלא קתני מכר דבוריה וכן יוניה כדקתני גבי בור ואשפה, נראה משום דהכא אף כשלא היו הדבורים בכוורת והיונים בשובך בשעת מכירה, נמי הם בכלל המכירה, ועוד דכיון דניידי וזימנין דאזלי אין ליחס אותם לכוורת זו ושובך זה.

ע"ט א' תנן התם כל הראוי למזבח כו' לא למזבח ולא לבדק הבית מועלין בהן כיצד הקדיש כו', כן הוא במתניתין במעילה ול"ג התם ובמה שבתוכן, דעיקר חידושא דמתני' הוא דמועלין גם במה שאינו ראוי לא למזבח ולא לבדק הבית אלא לדמים.

שם כיצד הקדיש בור מלאה מים כו', ר"ל שהקדיש הבור שהוא מלא מים וממילא גם המים בכלל ההקדש, וכן אינך.

שם כל הראוי למזבח כו' כיצד כו', נראה דעיקרה דמתני' לאשמועינן דאיכא מעילה אף בדבר שלא ישמש בעצמו לגבוה, ורק דמיו ישמשו, ולפי דבמעילה כתיב קדשי ה', ונתמעטו קק"ל, ואף ק"ק איצטריך לרבויהי כדאמר מעילה ט"ו א' ובתמורה ל"ב ב', הלכך שפיר היה מקום לומר דבדבר שהוא בעצמו לא ישמש לגבוה לא קרינא ביה קדשי ה', והיינו דאתי לאשמועינן, והוי מצי למיתני אפילו דבר שאינו ראוי לא למזבח ולא לבדק הבית מועלין בו, אלא דיותר נאות כדקתני כל הראוי למזבח כו'. - ולא נתפרש במתני' לשם מה הוקדשו, דכל הראוי למזבח אין הכונה שהוקדש למזבח, אלא רק שהוא ראוי למזבח, וכיון דסתם הקדש לבדק הבית, יש לפרש כן במתני', וכל הראוי למזבח כולל דברים שאין בהם איסור להקדיש לבדק הבית כגון חטים וכיו"ב, ועי' בשטמ"ק ע"ח ב' (ושייך לע"ט א') בשם הר"ן.

ולפ"ז נראה דבכיצד דקתני לא חשיב אלא דברים שאינם ראויים לא למזבח ולא לבדק הבית, שזהו עיקר החידוש דאתי לאשמועינן, ובור ואשפה ושובך ואילן ושדה, אינם ראויים לא למזבח ולא לבדק הבית וכמש"פ תו' במעילה י"ב ב', ואע"ג דאפשר ליקח מן הבור עפר לטיט לבדק הבית או למזבח, אבל מ"מ סתמא לא ישמשו לכך, וכן יונים מיירי בגדולים ולא בבני יונה, וממילא אינם ראויים למזבח, ובלא"ה עיקר כיצד קאי על הדבר שהקדיש שהוא הבור והשובך ולא על מה שבתוכו, ונקט בכה"ג לאשמועינן דהקדיש שובך הקדיש יונים וכן אינך, וגם לאשמועינן דין גידולין, וצ"ע בתו' מעילה שם שפירשו דהמים ראויים לגבל הטיט לבדק הבית, והיונים ראויים למזבח, וקשה דא"כ הו"ל לאקדומי שובך ויונים כדאקדים ברישא כל הראוי למזבח, ועו"ק דהמים ראויים נמי למזבח ללוש בהן את המנחות ולחם הפנים, [ומה שהזכירו בתו' שם רחיצת הקרב והכרעים, צ"ע דאינו אלא הכשר קרבן, וגם מש"כ שרוחצים באמה אינו מובן דמ"מ שפיר אפשר גם לרחוץ במים הללו]. (מעילה י"ב ב').

שם הקדיש בור מלא מים כו', היינו שהקדיש את הבור וממילא מימיו בכלל, ואף למ"ד מכר בור לא מכר מימיו, בהקדש מודה כמבואר לקמן ב', וכן כל הני דמתני' הכי מתפרשי שהקדיש את העיקר ואשמועינן דגם מה שבתוכו בכלל. - סידרא דמתני' נראה דהוא לא זו אף זו בדין הסיפא דבנתהוה אח"כ אין מועלין, ובזה בור ונתמלא מים פשוט יותר מכולם דאין לבור כל שיתוף במים, משא"כ זבל שהאשפה משביחתו, ושובך ונתמלא יונים, יש מקום לומר דכשם שבהדיוט אמרו חולין קמ"א ב' שיש בהם גזל מפני דרכי שלום שמא ה"נ בהקדש יהיו מועלין בהם, ואילן ושדה עדיפי שהם גידולין וכדס"ל באמת לר' יוסי, ועשבי שדה הם טפילין לשדה יותר מפירות לאילן, ולכך הקדים אילן, ור' יוסי דס"ל דמועלין הקדים שדה לאילן דלעולם לא זו אף זו ראוי למיתני.

שם אבל אם הקדיש בור ואח"כ נתמלא מים כו', פירשו בתו' מעילה שם משום דאין חצר להקדש, ואפשר דבכלל זה דא"א גם לזכות להקדש, שאין הקדש בר זכייה, ואין לנו אלא מה דחידשה תורה שאפשר להקדיש, אבל לענין זכייה הקדש והפקר שוין, אבל בר"ן נדרים ל"ד ב' כתב דאפשר לזכות להקדש מהפקר, ומשמע דהקדש חשיב בר זכייה, ומיהו אפשר דהר"ן לטעמיה דבשטמ"ק בסוגיין צידד דשמא יש גם חצר להקדש אלא שאין מעילה במה שהקדש זוכה מעצמו, אח"כ ראיתי שכבר העיר בזה בקצה"ח סי' ר', ועי' להלן. - ונראה דאף לטעמא דאין חצר להקדש מ"מ מדרבנן לא נהנין, דכיון דקתני אין מועלין במה שבתוכו משמע דמעילה הוא דליכא הא איסורא איכא, וכדדייק מעילה ז' ב' כה"ג, ובגידולין אמרינן הכי בהדיא בפסחים נ"ו ב', וכהדדי תנינהו הכא.

ברמב"ן בסוגיין לאחר שהביא הטעם משום דאין חצר להקדש, כתב וי"ל דא"נ קני לה אין מעילה בזכייתה, ובשטמ"ק בשם הר"ן הוסיף דבמאי דקדיש ממילא ליכא מעילה דהא אפילו בגדולי הקדש דמגוף הקדש קאתו ס"ל לר' יהודה דאין מועלין וע"כ לא פליג עליה ר' יוסי אלא בגידולי הקדש משום דמהקדש קא רבו, אבל במה שחצר הקדש זוכה אפילו ר"י מודה דאין מעילה בזכייתה עכ"ל, וכוונתו מבוארת גידולין ע"כ חל עליהו שם הקדש, ואפ"ה אין מועלין בהן, וא"כ דכוותה אפשר לומר דגם מי הבור הקדש זוכה בהן ואפ"ה אין בהם מעילה.

ברם צ"ע היכן מצינו דבר השייך להקדש שלא יהא בו מעילה, ולא נראה לומר דמקרא דואם בבהמה הטמאה ממעטינן גידולין, וכמו שהביא בתו' הרא"ש ב"מ נ"ד ב' להקשות על פירוש זה, חדא דאף אי נפרש דאתי למעוטי היינו רק מחומש אבל ממעילה משמע דידעינן בלאו האי קרא דאין מעילה בגדולין, וכן פירש הר"ש בתו"כ בחקותי, ועוד דהרמב"ן והר"ן בב"מ שם לא פירשו כן.

ואפשר דבעלות גבוה אינו גורם למעילה, דלא מיקרי קדשי ה', ואינו אלא מעין כל הנהנה מן העוה"ז דאמר ברכות ל"ה א' דמעל, וכאילו נהנה מקדשי שמים דכתיב לה' הארץ ומלואה, ובבעלות גבוה אף ברכה לא מהני, ורק דבר שהאדם נותנו דורון לשמים מתקדש להיות קדשי ה', דכשם שנתחדש נדבה בקרבנות בקדושת הגוף כמו"כ נתחדשה נדבה בקדושת דמים, ומה שהוא משמש דורון לה' זהו שמקדשו, וענין בעלות גבוה בלא הקדשה, אפשר שהוא נלמד מסברא דלא יהא כח הדיוט חמור מהקדש, ואפשר שזהו נמי איסור ההנאה שבקק"ל וכמש"כ בחו"ב ריש מעילה ועי' מש"כ בזה שם ז' ב', וכן משמע מהא דס"ד זבחים מ"ה א' למעוטי קדשי עכו"ם לבדק הבית ממעילה, אף דעכו"ם בר משא ומתן הוא ומ"ל נתנו להדיוט מ"ל נתנו לגבוה, וע"כ משום דאין מעילה אלא ע"י כח ההקדשה, ולכך שפיר שייך למעט עכו"ם מזה, וכבר הזכיר כן בקצה"ח סי' ר' עי"ש.

ולכאורה מוכח מכאן דדבר שהוא של גבוה בלא מקדיש אין בו מעילה אפילו מדרבנן, דהא כל היכא דתנן ולא מועלין הוא אפילו מדרבנן כמש"כ תו' מעילה י"ב ב' ד"ה ודמיו י"א ב' ד"ה תורים, ויש לעי' לפ"ז אמאי מועלין בדמים משיצא לנחל קדרון, הא אין כאן מקדיש, דקודם זריקה מסתבר דממון גבוה הוא, אף אי דרשינן לכם שלכם הוא, וי"ל דאף בזוכה מהפקר להקדש יש בו מעילה וכמבואר לפי פירוש הר"ן נדרים ל"ד ב', וטעמא נראה דזה חשיב נמי כמקדיש, שהרי כונתו להביא דורון לשמים, ואף שלא קדם לזכות לעצמו מ"מ יש לו בזה זכות מצוה, ובאמת יש מקום להסתפק כה"ג אם הוא בעלים לפדותו אף בלא רשות הגזבר, [עי' תו' תמורה כ"ז ב' ד"ה לא], וכן יש להסתפק במקדיש בעד חבירו, בכעין מסירה לציבור, [דהיינו ששעבוד ההקדש לעשות מצותו יהא כלפי הציבור עי' מש"כ בזה מעילה ט' ב'], אם זה שהוקדש בשבילו חשיב כמקדיש לפדות בלא רשות הגזבר, ואף לענין חיוב חומש יש מקום לדון, וה"נ דם כיון שהיה ראוי להיות הפקר, ותקנת חכמים מכניסו לרשות גבוה, שפיר יתכן שיחשב קדשי ד' לענין מעילה, ואפשר דבסברא זו פליגי באמת אי מועלין בדמים, אף דלכו"ע דמיו לגבוה ונמכר לגננים וכמש"כ מעילה י"א א' י"ב ב'.

ומיהו בעיקר דין גידולין משמע מהא דאנשי יריחו פסחים נ"ו ב' דלמ"ד אין מעילה בגידולין דאף איסורא דאוריתא ליכא בגידולין, דלא מסתבר שטעו בדאוריתא, וגם מיחו בידם לא משמע שהוא דאוריתא, וכן דומיא דאינך דפירות הנושרין ונותנין פאה לירק, וכן הוכיח מזה הרא"ש בשטמ"ק ב"מ נ"ד ב', [ושם כתב נמי דמוכח כן לעיל כ"ו ב' בהא דשרשי אילן הקדש ובסנהדרין גיטין ל"ט גבי המקדיש עבדו אין

מועלין בשערו ובע"ז ובמעילה גבי קן שבראש האילן, ולא נתפרש היאך מוכח], וזה מספק לן דשמא כונת הרמב"ן והר"ן דהקדש קני לה מדרבנן ולכך אין מועלין, ומיהו בירושלמי פסחים משמע דגם אנשי יריחו ידעו דגידולין בעלמא אסורין אלא דבהני חשבו שאבותיהם לא הקדישו אלא הקורות עי"ש וכ"מ בתלמודן, וצ"ע. (מעילה י"ג א').

שם אילן ואח"כ נשא פירות שדה ואח"כ נתמלאה עשבים מועלין בהן ואין מועלין במה שבתוכן דר"י, מש"פ תו' משום דאין חצר להקדש, אינו מעלה ארוכה לאילן ואח"כ נשא פירות ושדה ונתמלאה עשבים, דאף אילן העומד בחצר שאינה משתמרת הרי פירותיו לבעלים, ועי' רמב"ן ור"ן שפירשו דאין מעילה במה שהגיע להקדש בלא מקדיש, ולפי זה אפשר שיש חצר להקדש, [ויש להסתפק אם גם שאינה משתמרת תקנה דבהדיוט מדעת דמי והו"ל כעומד בצד חצירו], ועי' במנחת ברוך סי' ל' ל"א, ועי' בתו"כ דיליף מקרא לרבות הקדיש בור מלא מים אילן מלא פירות, וממעט מקרא נתמלאו אח"כ מים ופירות, ויתכן דהיינו למעט מה שנעשה דהקדש בלא מקדיש.

הא דקתני שובך מלא יונים, למש"כ לעיל במתני' דאפילו לא היו היונים בשובך בשעת מכירה הרי הם ג"כ מכורים, הוא משום דהכא בכולהו לא תני הקדיש בור הקדיש מימיו וכן באינך, אלא קתני מלא מים, ונקט ה"נ דכוותה, וגם משום דבעי למיתני סיפא ואח"כ נתמלא, וגם לא מיתני ליה הקדיש שובך מועלין בו ובמה שבתוכו כשלא הזכיר את היונים.

ע"ט ב' בריקנין פליגי בפלוגתא דר"מ ורבנן כו' אמר רבא משכחת לה במים הבאין דרך חצרו לבור כו', בפשוטו איירי שהקדיש את הבור סתמא, וצריך להבין א"כ מה ענין במה שהמים באין דרך חצרו, ומה"ט אמנם פירשו הרמב"ן והרשב"א במפרש שמקדיש גם את המים ואת היונים, וצריך לפרש לפ"ז דבריייתא הכי מתפרשא ראב"ש אומר אף משכחת לה שמועלין גם במה שבתוכן וה"ד כגון שהקדיש המים והיונים הבאין דרך חצירו ושובכו ומשום דאדם מקנה דשלב"ל ודוחק, ונראה ליישב דעת הרשב"ם דפירש דאיירי בסתמא ומשום דליכא משום עין רעה במה דלא מטי עדיין לידיה, דהנה המוכר לחבירו בור ושובך שהמים והיונים באים מחצרו ושובכו אליהם, הרי סתמא דעתו שהלוקח יזכה בהן, ואינו מתכוין שהוא יזכה בהם בחצרו ושובכו קודם שיבאו לבור ושובך של הלוקח, ושיעכב את הלוקח מלזכות בהן, והלכך גם במקדיש דעתו דהקדש יזכה בהן, ואם אין חצר להקדש והמים והיונים באין מרשותו הרי הוא מתכוין לזכות בהן להקדש בעודן ברשותו, [וזה אם החסרון בזכיית הקדש הוא משום דאין חצר להקדש, אבל אם הטעם משום דאע"ג דהקדש זכה מ"מ אין מעילה בגדולין, אין טעם לומר שנתכוין לזכות להקדש כדי שימעלו בהן], כיון דבענין אחר לא יתכן שהקדש יזכה בהן.

יעוי' בתו' דפירשו דהא דפריך הני מי יימר דאתו, היינו מי יימר דאתו לרשותיה, ור"ל דהרי לעולם לא יבאו לרשותו, וצ"ע אמאי לא הכריחו כן מהא דמשני בבאין דרך חצרו, דאין לזה ענין אם הקושיא היתה דלא עבידי דאתו כלל.

תוד"ה אימור ומפרש ר"ש דמיירי שהבטיחו רבו לשחררו כו' וריב"ן מפרש דכל הנהו עבידי דאתו כו', יש לעי' נהי דמשכחת לה דעבידי דאתו, אבל מנ"ל לגמ' דבהכי איירי ר"מ, ותירץ חתני הרי"מ נ"י דלישנא דלאחר שאשתחרר לאחר שתתגיירי לאחר שימות בעלך כו', משמע שהוא דבר המובטח שיבא, דאל"כ הול"ל אם אתגייר אם ימות.

פ' א' תוד"ה אינו ואור"י דהיינו אחר שהופרש מן השעוה כו', לכאורה הדבר מפורש

במשנה עוקצין פ"ג מי"א חלות דבש מאימתי מיטמאות משום משקה בש"א משיחרחר בה"א משירסק, ומשמע דמעיקרא אוכל הוא גם לאחר שהופרש מן השעוה, ומיהו י"ל דירסק היינו שמפרישן מן השעוה, עי' רע"ב עוקצין שם, וברמב"ם פ"א מטו"א הי"ח.

פ' ב' דתנן כוורת דבורים כו', עי' מש"כ לעיל ס"ה ב' ס"ו א'.

שם אר"ז כגון שזב ע"ג כלי מאוס, ר"ל דגב הכוורת מאוס, והיינו דלא קאמר לתוך כלי מאוס, א"נ אף כשגב הכוורת אינו מאוס מ"מ כיון שעומד ליפול לכלי מאוס לא חשיב אוכל בעודו בגב הכוורת, א"נ בזב סמוך לקרקע הכוורת שאינו הולך על דפנותיו, וכן מתפרש הא דראב"י דזב ע"ג קשקשין, ומדלא אמר סתם דזב ע"ג קרקע משמע דניתן לאספו.

שם אמר לך רבא תריץ הכי כו', משמע דעדיף לרבא לשבושי לישנא דברייתא מלאוקמי בשתי חלות, דהא משמע דלא פליג בדינא דשתי חלות כמ"ש רשב"ם. - לכאורה הך ברייתא היינו ברייתא קמייתא דפרכינן מינה, והו"מ למימר אימא סיפא. תוד"ה בקנים ועוד דכמה פקקים יש בגפנים וקנים והכא מן התחתון והתם מן העליון, צ"ע דפשטא דמילתא דהתם נמי מן התחתון וכן פירש בטוח"מ סי' רע"ד בשם רש"י.

פ"א א' מתני' הקונה שני אילנות בתוך שדה חבירו הר"ז לא קנה קרקע כו', וגבי בכורים נמי תנן בתוך של חבירו, ולכאורה משמע מכאן דאם אין למוכר אלא שני אילנות וקרקעין ומכר האילנות סתם דמכר גם את הקרקע, וגדולה מזו מצאנו דעת הראב"ד שהביא הרשב"א לעיל ל"ז דכשאין למוכר אלא שני אילנות אלו בשדהו הרי מכר גם את הקרקע, עי"ש, ודוחק לומר דנקט לה לרבנות דר"מ, א"נ לרבנותא דשלשה קנה קרקע.

שם הגדילו לא ישפה כו', פירש רשב"ם המוכר, ולפי לשון המשנה מתפרש טפי על הלוקח, ונראה דנקט התנא האי לישנא דמתפרש גם שאינו רשאי וגם שאינו צריך ומצי קאי אתרוייהו.

גמ' והכתיב אשר נתת לי דיהבת לי זווי וזבני בהו, ר"ל דפרי האדמה דקרא הוא תואר הפרי, וממילא לא נזכר בכלל בקרא דהאדמה היא של הקורא. - ויש לעי' קיבלן במתנה מאי, ומסתברא דהיא היא, דאי לאו דעבד ליה ניח נפשא לא הוי יהיב ליה, וגם מה שנתן בלב הנותן ליתן לו נמי מיקרי אשר נתת לי.

שם א"ר יהודה אמר שמואל מחייב היה ר"מ אף בלוקח פירות מן השוק ממאי מדקתני משנה יתירה מכדי תנא ליה דיש לו קרקע פשיטא דמביא וקורא כו', צ"ע הא טובא אשכחן כה"ג שהתנא שונה הפלוגתא בכמה מקומות בדינים המסתעפים, ועו"ק משה"ק בתו' ד"ה ממאי, ובאמת במשנת בכורים איכא משנה יתירה, דמעיקרא קתני בהדי הנני דמביאין ולא קורין, הך מתניתין דמיייתנן בסוגיין הקונה שני אילנות בתוך של חבירו מביא ואינו קורא, ר"מ אומר מביא וקורא, ובתור הכי קתני בהדי אלו מביאין וקורין, הקונה שלש אילנות בתוך של חבירו מביא וקורא רבי מאיר אומר אפילו שנים, ודברי רבי מאיר בקמייתא מיותרים דהא תני ליה בסיפא רמ"א אפילו שנים, [ובסיפא דאיירי במביאין וקורין עדיף טפי להזכיר דברי ר"מ, לומר דלר"מ הקונה שנים נמי מביא וקורא, אבל ברישא דאיירי בהני דמביאין ולא קורין, אין צורך להזכיר דברי ר"מ דמביא וקורא].

ויתכן לפרש דהיינו הא דאמרינן משנה יתירה, דדברי ר"מ ברישא מיותרין, וזה הכריח לשמואל לחדש דרישא פלוגתא אחרייתא היא, דר"מ סבר דלוקח מן השוק נמי מביא וקורא, וסיפא דאפילו שנים היינו פלוגתא דיש לו קרקע, דהכי משמע לישניה

דר"מ דאפילו שנים הוא כשלשה לדידכו, והא דאמרינן מכדי תני ליה דיש לו קרקע פשיטא דמביא וקורא, ר"ל דהא בסיפא קתני אפילו שנים והיינו דיש לו קרקע, [והא דלא אמרינן מכדי תני ליה סיפא דמביא וקורא, משום דאי תני הכי הו"ל למיהדר ולמיפרך בתר דקאמר אלא ש"מ מחייב היה ר"מ אפילו בלוקח מן השוק, ואכתי תרתי ל"ל, א"נ א"ה מאי איריא שנים אפילו מן השוק נמי, אבל השתא כבר פריש דסיפא פלוגתא דיש לו קרקע היא].

ולמסקנא דאיתותב שמואל נחא הא דקתני דברי ר"מ ברישא דבשנים מביא וקורא, דכיון דבקונה אילן אחד מביא ואינו קורא, א"כ אף ברישא דכייל להני דמביא ואינו קורא שייך למיתני לדר"מ, ובקונה אילן אחד, והיינו דקתני דבשנים מביא וקורא לר"מ, לדיוקא הא אחד מביא ואינו קורא. (סי' כ"ב ס"ק י"ב).

שם אר"י אמר שמואל מחייב היה ר"מ אף בלוקח פירות מן השוק כו' מכדי תנא ליה דיש לו קרקע פשיטא דמביא וקורא כו', בתו' הקשו דע"כ לאו קושיא היא, דהא תנן בשלהי פ"ק דבכורים נמי דהקונה שלשה אילנות מביא וקורא, וה"נ איכא לאקשוויי מכדי תנא ליה דיש לו קרקע פשיטא דמביא וקורא, וע"כ דהתנא שונה כל דין במקומו אע"ג דאיכא למישמע דין בכורים מדין קרקע, וא"כ ה"נ מדר"מ ליכא לדיוקי, והרמב"ן כתב דהו"מ למיפרך אלא דעדיפא מותיב ליה מברייא, והדברים צ"ע דתינח ברייתא איכא למימר דלא שמיע ליה לשמואל, אבל מתני' הרי ע"כ ליישבה אליבא דשמואל, ובפרט כשהקושיא פשוטה.

ונראה דבדברי חכמים ליכא לאקשוויי מידי, דהתנא בבכורים מנקט ואזיל כל הני דמביאין ואינם קורין וכל הני דמביאין וקורין, וכיון דהוצרך למיתני דהקונה שני אילנות מביא ואינו קורא, דזה ודאי חידוש הוא וכדשקלינן וטרינן בגמ' בטעמא דמילתא, הוצרך נמי למיתני הקונה שלשה אילנות בין המביאין וקורין, אף שאין בזה חידוש, וכמש"כ בחו"ב בכורים ס"ג סק"א, ורק בדברי ר"מ הוא דקשיא ליה למה הוצרך לשנות דבריו בבכורים דמביא וקורא, הא פשיטא כיון דיש לו קרקע דמביא וקורא, ויש להוסיף עוד דהא בסיפא תני ליה נמי לענין בכורים דרמ"א אפילו שנים, וממילא ליכא למימר דתני ליה ברישא משום דלא בעי למיסתם דלא כוותיה, דלענין זה סגי במה דתני ליה בסיפא, ואפשר דעיקר דיוקיה דשמואל הוא מזה דכיון דתנא ליה בסיפא דרמ"א אפילו שנים, הא תו ל"ל למיתניא ברישא, אלא ודאי דרישא אתי לאשמועין דאפילו אם אין לו קרקע נמי מביא וקורא, אלא לפי דאירינן הכא בב"ב, לכך נקט דמהכא נמי איכא למילף דמביא וקורא לר"מ כיון דתנא דיש לו קרקע, [וכבר כ"כ לעיל].

ומשה"ק עוד בתו' דא"כ אמאי קתני בסיפא רמ"א אפילו שנים, ולא קתני רמ"א אפילו לקח פירות מן השוק, י"ל דאי הוי קתני הכי הוי חשיבא מתניתין כסתם מתני' דשנים אין לו קרקע, דהא קתני דשלשה מביא וקורא הא שנים אינו קורא והיינו משום דלית ליה קרקע, ור"מ לא הוי פליג אלא משום דס"ל דאף באין לו קרקע קורא, לכך הוצרך למיתני בסיפא רמ"א אפילו שנים דהיינו דאפילו שנים יש לו קרקע, ומרישא שמעינן דאף בלית ליה קרקע קורא לר"מ כדדייק שמואל.

ולמסקנא צ"ל דכיון דהוצרך התנא למיתני דברי חכמים ברישא ובסיפא, תנא נמי דברי ר"מ, דכל מביאין ואינם קורין ומביאין וקורין שנויים זה לעומת זה, וכשנשנו דברי ר"מ באחד ע"כ לשנותו גם בשני, וגם י"ל דחדא מינייהו לדיוקי דבאילן אחד לר"מ מביא ואינו קורא, והיינו ר"מ דרישא דאירי במביאין ואינם קוראין. (בכורים ס"ג סק"א).

נראה דאף למאי דהוי ס"ל לשמואל אליבא דר"מ דמחייב בלוקח פירות מן השוק,

דהיינו דוקא בפירות שעדיין לא הפרישו מהם בכורים, אבל פירות שכבר הפרישו מהם בכורים, לא מיבעיא מאותו המין ולרבנן בבכורים פ"א מ"ז דאף במכר שדהו אין הלוקח מביא מאותו המין, כש"כ במכר הפירות לחוד, אלא אף לר"י דאף מאותו המין הלוקח מביא וקורא, י"ל דהיינו דוקא במכר השדה עם הפירות המחוברין ולא במכר פירות תלושין דחייב בפירות תלושין חידוש הוא ואין לך בו אלא חידוש, ואף ממין אחר כל שהפרישו גם עליו, וכבר הותר להפריש ממנו תרו"מ, י"ל דאין הלוקח הפירות מביא ממנו, וצ"ע.

ברשב"א כאן כתב פירות מן השוק פירוש פירות של בכורים, וצ"ע בכונתו ז"ל, דאין לומר דא"א לעשות בכורים אלא אלו שביכרו, דודאי אין ענין להביא המבכרים אלא לכתחלה, וכמ"ש הריטב"א, ותנן נמי בבכורים פ"א מ"ז והשני מאותו המין דלר"י מביא וקורא, אף שאינם בכורים, וכן באבדו הבכורים מפריש אחרים תחתיהם, וכן מי שלא הפריש במחובר מפריש בתלוש כמ"ש הרמב"ם, וסתמא היינו אף בזמן הבציר שאינו יודע מי נתבכר תחלה, ולעולם כשיורד לתוך שדהו נמי אינו יכול לדעת בבירור מי ביכר תחלה ממש, ולא למדנו שיעור עד כמה נקראים בכורים, ובחטים ושעורים לא למדנו כלל שצריך לשים לב איזה בכרו תחלה, ואשכחן ואם תקריב מנחת בכורים ולא מצאנו אף למצוה שיחפשו שעורים שבכרו תחלה לאחרים, ומיהו שמא כל השעורים הגמורות בפסח חשיבי בכורים, דרוב השעורים טרם נגמר ביכולם בזמן ההוא, ולפמש"כ דצריך פירות שעדיין לא הפרישו מהם בכורים, יתכן לפרש דה"ק פירות שהם עדיין במצות בכורים, ולאפוקי פירות שכבר הפרישו מהם בכורים, א"נ שמא ר"ל פירות שהם מז' המינים, ור"ל דאף ר"מ אליבא דשמואל מודה דצריך דוקא מז' המינים, ובשטמ"ק משמע דס"ל דבכורים צריך שיהיו דוקא המבכרים בתחלה, וכנראה פירש כן גם כונת הרשב"א, אבל הוא דבר שא"א וכמש"כ. (בכורים ס"ג סק"ב).

תוד"ה ההוא מיהו אומר רשב"א דההיא דע"ז כו', עי' מש"כ בזה בדמאי ס"ב ס"ק י"ח.

פ"א ב' ספוקי מספקא ליה כו', בעיקר הדין דמחייבין להביא בכורים משני אילנות מחמת ספק, יש מקום עיון דהא בעלמא בכל מתנות כהונה לא מחייבין לתת מספק דהמע"ה כדאמר ב"מ ו' ב', וצ"ל דהכא איירי במי שאין לו אלא ב' אילנות, ואם לא נחייבו להביא יפסיד מצות בכורים, ובספק מצוה מחייבין מספק, וכדתנן בכורים פ"ב מ"ט בכו"י דחייב בכיסוי מספק, וכן אנדרוגינס חייב במצוות האיש מספק, גם י"ל דהו"ל ספק איסורא, דהא אם לא יביא בכורים נמצא מקדים תרומה לבכורים, ולפי זה אם יש לו שדה ופירות לקיים בהם מצות בכורים, אינו חייב להביא מהשני אילנות כלל, דשיעור אחד מששים ליכא לחייבו מספק. - ונראה דכשמתחייב במצות בכורים מספק, מתחייב גם בנתינתן לכהנים, ולא מפלגין דמצות הנתינה יהא בה המע"ה, וימכרם לכהנים.

נראה דמכר ספינתו לחבירו בספק, דנשארה הספינה בחזקת המוכר, ואח"כ נודע שהיה מכר גמור, דאין המוכר משלם אגרא, דיש לדונו כנחית אדעתא דגזלנותא ב"ק צ"ז א', דהא מספק החזקנו את הספינה כשלו לגמרי, ולא נחית אדעתא דאגרא, אבל בקרקע שמכרה בספק ונשארה בחזקת בעליה, ואח"כ נודע שהיתה מכירה גמורה, נראה דמשלם אגרא, דקרקע אינה נגזלת והרי היא של הלוקח, ולא מהני נחית בתורת גזלנותא כמבואר ב"ק שם לענין עבד אי כמקרקעי דמי.

ובזה ניחא הא דמבואר בסוגיין דבקנה שני אילנות דמספקא לן אי קנה קרקע דמביא ואינו קורא, אע"ג דמספיקא הרי קרקע בחזקת המוכר קיימא ואמאי מביא, והעיר

בזה בחמדת שלמה ס"א, וכן מרן זללה"ה באה"ע סי' ל"ט סק"ג, ולמש"כ נחא, דאם יתברר שקנה קרקע, הרי הקרקע שלו דאינה נגזלת ויקבל אגרא, ושפיר יש לו להביא מספק, ומרן ז"ל שם כתב ליישב במה שדן הגרע"א ז"ל בכל קדושי ספק שע"י כסף אמאי הוי ספק קדושין, הרי צריכה להחזיר המעות מספק, וכתב ז"ל דמ"מ אם תפשי הקדושין הרי המעות היו שלה אלא שלקחום הימנה, וכדמוכח מהא דמביא בכורים מספק, ולמש"כ יש לחלק בין קרקע למטלטלין, דקרקע אינה נגזלת והרי היא גם עכשיו של הקונה אם באמת זכה בה, משא"כ מטלטלין דמכח ספק זוכה בה המוכר בודאי אם כלוקח אם כלוה ולא יצטרך להחזיר גוף החפץ וכמש"כ לעיל, ומ"מ עיקר הדברים דחשבינן כאילו זכה הלוקח בחפץ לצד שהמקח קיים, ואח"כ החזירו למוכר, שפיר אפשר לקיים אף במטלטלין, וכדחזינן נמי מזה שהפטר חמור נפדה, וכמש"כ מרן ז"ל בבכורות סי' י"ז סק"ח, ושפיר סגי בזה לקדושין, (דהא אף במתנה ע"מ להחזיר הוי סגי בקדושין אי לאו משום דדמי לחליפין כדאמר קדושין ו'), אלא שיש לדון אם היה דעתה להתקדש בכה"ג וכמו שהעיר בזה מרן ז"ל באה"ע שם. (בכורות ט' ועי"ש).

שם ודילמא לאו בכורים נינהו וקא מעייל חולין לעזרה דמקדיש להו, נראה דביכורים דרבנן, כגון מסוריא כדתנן שלהי חלה, ולדעת הרמב"ם אף מעבר הירדן אינו אלא מדרבנן, א"נ בקנין פירות לר"ל עי' תו' לקמן קל"ו ב', א"נ בלוקח מן העכו"ם למ"ד יש קנין גיטין מ"ז ב' דמפני תיקון העולם הוא, א"נ לפרש"י שם דמחייבין לקנות הפירות מן העכו"ם, דשפיר מכניסין לעזרה וא"צ להקדישם, דכיון דמדרבנן בכורים נינהו הרי מצותן בכך, ורק בשני אילנות דאם לא קנה קרקע הרי הם חולין אף מדרבנן, בזה בעי לאקדושי.

ברם אכתי צ"ע בזה דהא מבואר חולין ק"ל ב' דאיסור הכנסת חולין בעזרה הוא מדאוריתא, וכמ"ש תו' שם, וכיון דסו"ס מדאוריתא הפירות חולין נינהו אכתי יש כאן עקירת איסור דאוריתא בקום ועשה, ואף שי"ל דמ"מ שורש האיסור הוא כבוד המקדש דאין להכניס של הדיוט ברשות הגבוה, וכאן דעשו חכמים סייג לתורה וקבעום בדין בכורים אין כאן פגם לקודש בכניסתן, מ"מ הדבר צריך ראיה, ואמנם ממה שלא הזכירו בגמ' הא דמקדיש להו אלא בספק חולין, משמע קצת כן, וכן מעיטור הבכורים אם הם חולין מדאוריתא, נמי מוכח כן, דסתמו כפירושו דאין צריך להקדיש עיטור הבכורים, ועי' חו"ב בכורים ס"א סק"ח, וצ"ע.

וכעת ראיתי ברשב"א גיטין מ"ז שכתב דלר"ל בקנין פירות צריך להקדיש הבכורים, ולא נתפרש אם משום דס"ל כמ"ש הרמב"ן ב"ב קל"ו דלר"ל בקנין פירות ספיקא הוי, או דאף לפי' תו' שם דהוי תקנתא דרבנן נמי צריך להקדיש, וממש"כ בתשובות סי' אלף ק"ע דבעצין שאינו נקוב נמי צריך להקדיש, מבואר דס"ל דבכל בכורים דרבנן צריך להקדיש, ולפי זה בבכורים דרבנן תהא הוצאת בעה"ב בהם כפולה, דמלבד הפירות צריך גם לתת דמיהם להקדש, ואין לומר שהכהן יפדם, עי' מש"כ להלן בדעת הרמב"ם, דהכא דהם ודאי הקדש צריך לפדותם בערכם המלא, ולמה יעשה כן הכהן, ובתו' רי"ד כאן מצאתי שכתב דבבכורים דרבנן א"צ להקדיש, אבל משמע דכתב כן רק אם איסור להכניס חולין בעזרה אינו אלא מדרבנן וצ"ע, שו"ר בזה במנח"ח מצוה צ"א והביא שם דברי השאג"א והמקו"ח, עי"ש. (בכורים ס"א סק"ג).

שם דפריק להו כו' יהיב לה לכהן כו', רהיטת הגמ' דהישראל פריק להו, וכדאמרין דיהיב ליה לכהן, וכן נמי מוכח מהא דפרכינן מעשר ראשון דלוי הוא, ואם הנידון על הכהן, הרי אף לר"ע הכהנים אינם חייבים לתת המעשר ראשון ללוי כמ"ש

הרמב"ם פ"א מה' מעשר ה"ד והוא מירושלמי מעשר שני פ"ה ה"ג, וכן הישראל יכול לפדות בלא הגזבר כיון שהוא המקדיש, משא"כ הכהן, וכ"ה בפ"י הרגמ"ה הנדמ"ח דהמביא פריק להו, וטעמא דמילתא דמחייבין לבעלים להפסיד מלבד הבכורים גם דמי הפדיון, נראה דהוא משום שאם היה מותר להכניס חולין בעזרה, והיה הבעלים מקדישן, היה לן לחייבו לפדותן, דאע"ג דלצד שהוא בכורים לא הקדישן, ולצד שאינם בכורים שפיר מקדישן, מ"מ כיון שמספק מחייבין ליה להביא בכורים, הרי הוא חייב להביאן באופן שהכהנים יוכלו ליהנות בהן, דאל"ה לאו בכורים נינהו, ואינו רשאי להקדישן על הצד שאינם בכורים, והלכך השתא נמי שאין מכניסין חולין בעזרה, מ"מ כיון שחובת ההבאה היא על הבעלים, והוא אינו יכול להביאן אא"כ יקדישם, הרי ההקדש כהקדש פרטי של הבעלים, ושפיר חייב לפדותן כדי לתתם לכהן. - ומסתברא דאינו חייב לתת להקדש כל שויין כיון שהם רק ספק הקדש, ושמין זכות ספיקן, ומ"מ י"ל דמספק מוסיף חומש.

אבל הרמב"ם בפ"ד מבכורים ה"ד כתב שהכהן פודה אותן מיד ההקדש, נראה דקים ליה ז"ל מסברא שאין לחייב את הבעלים לפדות, כיון שההקדש הוא רק לצד שאינם בכורים, וגם אין לחייב את הבעלים שיפסידו גם את הבכורים וגם דמי הפדיון, ולכך ע"כ לדחוק בלשון הגמ', והא דפרכינן ממעשר ראשון, אפשר דהא דאין מוציאין המעשר ראשון מן הכהנים, היינו רק באתי לידיהו קודם שנתחייבו וכגון דגדלו ברשותו, אבל כהן המקבל מישראל טבל חייב ליתן המעשר ראשון ללוי לר"ע, שכבר זכו בו הלויים בטבלו, ולא כל כמיניה דכהן להפסידם, ועי' ירושלמי סוף"ק דפאה. - ולפי זה נמי מוכח דהקדש אוזולי מוזיל בהו מחמת הספק, דאל"ה למה יפדם הכהן.

ובני יעקב נ"י העיר דאפשר לפרש דהבעלים מפריש תרומות ומעשרות קדם שמקדישן, ונותן המתנות כדמפרשינן בגמ', ואח"כ הבעלים מקדיש את שלו והכהן את שלו, ואח"כ מביאן ונותנן לכהנים והם פודין, וזה שזכה במעשר ראשון ובמעשר עני פודה חלקו, והשאר לשאר אנשי משמר והם פודין אותו, ולפי זה מתיישב שפיר לשון הגמ' דיהיב וכן הא דנותנין המעשר ראשון ללוי לר"ע, ויפה העיר, ולפי זה ניחא נמי משה"ק תו' דאמאי חייב ליתן המתנות מספק, דכל זמן שלא נתן המתנות אינו יכול להקדיש דהא אינו שלו בודאי, דאו שהוא בכורים או שהוא מעשר ראשון או מעשר עני, וכיון שצריך להקדישן ע"כ לתתן והם יקדישו, ובאמת דמהא דפריך מעשר ראשון דלוי הוא משמע כדעת הרמב"ם שאין לבעלים להפסיד כלום, דאם איתא דמחייבין לבעלים לפדות מן ההקדש, א"כ מאי קשיא ממעשר ראשון נימא דמעשר ראשון נמי נותן ללוי ומחייבין ליה לפדות ממנו, ואם משום דתיתי לא מחייבין ליה דהיינו לפדות מן הלוי וגם מן ההקדש, א"כ נימא דהמעשר ראשון יפדו הכהנים מן ההקדש, אבל לדעת הרמב"ם ניחא שאין לחייב את הבעלים לפדות מן הלוי, וכל זמן שלא פדה אינו יכול להקדיש ולהביא. (בכורים ס"א סק"ב).

שם ולא והאר"ז כל הראוי לבילה כו', הא דתנן בבכורים פ"א מ"א יש מביאין בכורים ולא קורין ולא אמרינן דכל שאינו ראוי לקריאה קריאה מעכבת בו, ילפינן במכילתא משפטים מהא דכתיב התם ראשית בכורי אדמתך תביא וגו' ושם לא נזכרה מצות קריאה, דאתי לרבויי כל הני דלא יתכן שיקראו משום שאינם יכולים לומר לאבותינו או האדמה אשר נתת לי וגו', ויתכן היה לפרש דקרא אשמועינן דמצות בכורים אינה תלויה בקריאה, והרי הם כשתי מצוות, וכעין ביעור ווידוי דביעור, דאף מי שאינו יכול להתודות חייב בביעור, אבל מהא דאמרינן ב"ב פ"א ב' ובש"ד דכל שאינו ראוי לקריאה קריאה מעכבת בו, שמעינן דבכורים וקריאה חד

מצוה נינהו, אלא דבפירוש ריבית תורה גר ואשה ואינך דאף שאינם יכולים לקרא, אפ"ה חייבים להביא, אבל בכל הני דשייכי נמי במצות קריאה, שפיר אמרין דכל שאינו ראוי לקריאה קריאה מעכבת בו.

ולפ"ז אלא אינו מביא, כדרך שאינו חולץ ביבמות ק"ד ב', דכיון דהוא שייך במצות קריאה הרי כל שאינו ראוי לקריאה קריאה מעכבת בו, ובמל"מ פ"ג מה' בכורים ה"ד נסתפק ז"ל בזה עי"ש, ולפי זה מצאנו חומר באשה מבאיש, דאשה אלמת תתחייב בבכורים כיון דבלא"ה אינה קוראה, או שמא גם האלם יתחייב להביא באופן שפטורין מקריאה, עי' להלן.

ולכאורה לפ"ז ראוי לומר דאלם שהפריש בכורים לא קדשי, כיון דלאו בר חיובא ולאו בר הבאה הוא, אבל יש מקום עיון בזה, דהא אם הפריש לאחר החג דין הוא שיוקדשו, דהא אינם בחיוב קריאה, וא"כ דכוותה אם הפריש קודם החג ע"מ להביא לאחר החג, או לשגרן ע"י שליח, דין הוא שיוקדשו, וא"כ גם כשהפריש בסתמא שמא נחייבו לשגרן ע"י שליח או לעכבן לאחר החג, ועי' להלן ד"ה דעביד להו כריב"ח, אם יש לחייבו להפריש מתחלה ע"מ לשגרן ע"י שליח או להביאן לאחר החג, ועי' עוד בזה בבכורים ס"א סק"ג ד"ה לכאורה.

שם ולא והאר"ז כל הראוי לבילה כו', כבר כתבו הראשונים ז"ל בתו' רי"ד והרמ"ה והריטב"א דחידוש הוא דכה"ג חשיב אינו ראוי, דהא לצד שהוא חייב בקריאה שפיר יכול לקרות, ולצד שאינו חייב בקריאה הרי אינו חייב, ושמעינן מהכא דכיון דסו"ס לא יוכל לקרות חשיב אינו ראוי לקריאה, ולפי זה אם הפריש בכורים דין הוא שלא יחול עליהם שם בכורים, כיון דבידוע שחייבים בקריאה ואינם ראויים לקריאה וקריאה מעכבת בהן, ולא מצאנו אפשרות להפריש בכורים לאיבוד, ועי' להלן.

ויש לעי' דבמכילתא משפטים מרבינן טומטום ואנדרוגינס דמביאין ואינם קורין, ובפשוטו היינו אף בדלא עבד בהו כריב"ח, וקשה דמה בין זה לבין קונה שני אילנות, ובשלמא אנדרוגינס איכא למימר דבריה בפ"ע הוא ולא ספיקא, אבל טומטום מאי איכא למימר, ואפשר דספק הנעשה בידי שמים שאני, דשפיר חשבינן ליה כסוג בפ"ע, ומרבינן ביה הבאה בלא קריאה, דהוא דבר שבהוה, משא"כ ספק ע"י מאורע שנעשה בידי אדם, א"נ במצב הזה הוא ודאי אינו יורש, וכל שהוא במצב שאינו יורש, הרי הוא בודאי אינו יכול לקרות, אף אם האמת שהוא זכר, ושפיר נכלל בין המביאין ואינם קורין, משא"כ בקונה ב' אילנות דהוא ספק שהקרקע שלו, [ועי' מש"כ בזה לעיל [ד"ה ובזה] אמאי לא אמרין דמספק ודאי לא קנה קרקע], ובר קריאה הוא, וכיון שחייב בקריאה ואינו יכול לקרות הרי הקריאה מעכבת בו, ובני שמואל נ"י העיר דע"כ טומטום פטור מקריאה בודאי, דאם רק מחמת ספק, א"כ לרב משרשיא פ"ב א' דה"ט דאינו קורא בספק משום דילמא אתי לאפקעינהו מתרומות ומעשרות, ראוי שטומטום יקרא, דהא באמת פטור מתרומות ומעשרות בודאי, דאף בכורי אשה פטורין, אלא ודאי טומטום אינו קורא בודאי.

נראה דטומטום שהפריש בכורים ואח"כ נקרע ונמצא זכר דשפיר קורא, דמה שהוקבע מתחלה בדין מביאין ואינם קורין, אינו אלא דאע"פ שלא יוכל לקרא מ"מ חייב להביא, אבל כשנתחדש שיכול לקרא שפיר קורא, וכן הפריש בכורים לשגרן ע"י שליח ונמלך להביאן בעצמו, או שהפריש בכורים ע"מ להביאן לאחר החג ונמלך להביאן קודם החג, נמי קורא, וצ"ע.

ולפ"ז י"ל דהיינו טעמא דטומטום מביא ואינו קורא, דגם לצד שהוא זכר לא חשיב אינו ראוי לקריאה, כיון שאפשר לקרעו ולברר, וכל ספק שאפשר לבררו לא משוי ליה אינו ראוי לקריאה, משא"כ שני אילנות כיון שכבר דנו בו חכמים ונקבע הדין

שהוא ספק, שפיר חשבינן ליה כדבר שאינו עתיד להתברר ואי אפשר לבררו, ומיהו אפשר דאם נכנס לעזרה עם הבכורים והניחם בעודו טומטום, דאף אם יקרע אח"כ וימצא זכר כבר לא יוכל לקרא, שכבר נקבע דינם בשעת הנחה, ולפי זה אם נידון טומטום כספק הרי בשעת הנחה ראוי לדונו כנתחייב בקריאה ואינו ראוי לקריאה וירקבו, ואין לומר דכל שרק עם ההנחה הוחלט כאין ראוי לקריאה לא קפדינן בהכי, דהא בירושלמי אמרינן דכל שנראה לקריאה אינו נותר אלא בקריאה, והיינו דבבצרן ושגרן ע"י שליח אפילו הוציאם מביתו בעצמו לפירוש תו' דהיינו לקיחה, אם לא היה דעתו מתחלה לכך, ירקבו, אע"ג דכל זמן שהשליח לא הכניסם יכול בעה"ב להכניסם ולקרא כמ"ש הרמב"ן מן התוספתא, ואף שיש לחלק דהתם בכניסה ע"י שליח כבר נקבע דינם, משא"כ בטומטום דמסתבר דרק בהנחה נקבע דינו, מ"מ מלשון הירושלמי דהראוי לקריאה אינו נותר אלא בקריאה, משמע דבכל גווני שלא נותר לקריאה, ירקב.

הרמב"ן והרשב"א בסוגיין הקשו קושית תו' בבצרן ושיגרן ע"י שליח אמאי לא אמרינן דנראו ונדחו כהפריש קודם החג והביא לאחר החג, ותירצו בשם תו' דצריך שתהא תחלת ההפרשה ע"מ לשלח ביד שליח, אבל הרשב"א בקושיתו כתב לשון זה ואיכא למידק אשמעתין כיון שבצרן והפרישן הרי נראו לקריאה אם בכורים הן וכששולחים ע"י שליח נדחו מקרייה כו', ומדכתב אם בכורים הם משמע דקושיתו אשני אילנות, וקשה הרי התם בלאו השליח לא חזי לקריאה משום ספיקא, וגם מעולם לא חזו, וצ"ל דהרשב"א נקט קושיתו לצד דנפרש דקושית הגמ' בשני אילנות היתה דאינם יכולים להיות ניתרים בלא קריאה, ולקרות א"א, וע"ז תירצו דאם ישגרם ע"י שליח שפיר יהיו ניתרים בלא קריאה, וע"ז הקשה דמ"מ יהיו בדין דחוי, ולמדנו מדברי הרשב"א דקושית הגמ' דלא חזי לקריאה וקריאה מעכבת לא היתה שיהיה בדין דחוי וירקב, דא"כ אין כאן מקום לקושיא נוספת כיו"ב, רק דצריך להבין תירוץ הגמ', וע"כ דקושית הגמ' היתה דלא תחול קדושת בכורים כלל כיון דיתחייב בקריאה וא"א יהיה לקרות, וס"ד דהרשב"א דע"ז משני דשפיר חיילא קדושת בכורים בלא קריאה כיון שיהיה אפשר להביא ע"י שליח, וע"ז הקשה דמ"מ יפסל כיון שנתחייב בקריאה, ומסיק דמשני דמתחלה יפריש לשגר ע"י שליח. - ונמצאנו למידן מדברי הרשב"א דבשני אילנות אם הפריש להביאן בעצמו אינם קדושים וכמס"כ לעיל, ועי' לקמן נטינו מזה.

ברם לפמש"כ דבשני אילנות אם הפריש בכורים סתם לא קדשי, א"כ יש לפרש הא דמשני דעביד להו כריב"ח, דסגי בדעביד כריב"ח, ואין צריך שתהא תחלת הפרשתו ע"מ לשגרן ע"י שליח, דהא בהפריש סתם לא קדשי וכשישגרן ע"י שליח יקדשו באותה שעה, ואילו אם קושית הרשב"א היא גם על שני אילנות, א"כ משמע דתירוצו נמי על זה, והיינו דבשני אילנות נמי צריך שתהא תחלת הפרשתו ע"מ לשלוח ע"י שליח, ומשמע דבהפריש סתם קדשי, ושמא י"ל דשני אילנות שאני מאלם, דהכא סו"ס רק מספיקא אמרינן דאינם ראויים לקרות, וי"ל דמ"מ קדשי מספיקא, אף דמחמת הספק אינם ראויים לקרות, או דתירוץ הרשב"א לא קאי אלא בעלמא בשגרן ע"י שליח, ולא בשני אילנות, וצ"ע, עוד י"ל דבאמת בקושית הגמ' דהוי אינו ראוי לקריאה מתפרש דיהיה בדין ירקב, דחשבינן להו כקדשי לבכורים ואינם ראויים לקריאה, אבל במאי דמשני דעביד כדריב"ח, ס"ד דר"ל דבכה"ג מתכשרין בלא קריאה כיון דעכשיו ששגרן ע"י שליח הם פטורין מקריאה, ואה"נ דלפי זה אף לא נקבעו בפסול קודם ששגרן ע"י שליח כיון שיכול לשגרן ע"י שליח, והיינו דמשנינן, וע"ז הקשה הרשב"א דאכתי ראוי שיוקבעו בפסול אי חזינן להו

כהיו ראויין לקריאה ונעשו אינם ראויין וכמו בעבר עליהן החג, ותירץ דר"ל שדעתו מתחלה לשגרן ע"י שליח, ולפי זה בלא היה דעתו מתחלה לכך, י"ל דבשני אילנות נקבעו בפסול מיד עם הפרשתו, ותו לית להו תקנתא.

שם דעביד להו כריב"ח כו', מבואר דמי שחייב בבכורים עם מצות קריאה, ואינו יכול לקרות, חייב להפריש בכורים באופן שלא יהיה עליהם חיוב קריאה, דהא מתני' קתני דמביא ואינו קורא הרי דחייב להביא, ולכאורה דכוותה אלם נמי יתחייב מיהא להביא בכורים ולשגרן ע"י שליח, אבל יש לחלק דבשני אילנות הרי הספק שמא הוא חייב להביא ולקרות, והלכך שפיר מחייבין ליה בכל מה שיכול, והיינו להביא בלא קריאה, משא"כ באלם דחיובו ככל אדם ומחמת אונס פטור בודאי מחיוב בכורים עם קריאה, תו י"ל דליכא חיוב להביא באופן שלא יתחייב בקריאה, שלא מצינו חיוב בטצדקי, וצ"ע. (בכורים ס"א סק"א). - ועי' מש"כ בבכורים ס"ג ס"ק י"א בהא דריב"ח.

נראה דמי שיש לו קרקע ופירות וקנה מחבירו שני אילנות דשפיר מביא בכורים גם מהשני אילנות, אפילו הפריש מתחלה ע"מ להביאן בעצמו, דהא שפיר יוכל לצרפן עם הבכורים משדהו ולקרא, וכיון דרק מחמת ספק אינו יכול לקרא על השני אילנות, הרי כל שיצרפם עם בכורים שיקרא עליהם, ראוי שיוכשרו, [ולמש"כ הרי אף אם יקדים להביא משדהו ולקרא נמי יוכל אח"כ להביא מהשני אילנות בלא קריאה], ולפי זה גם אם אין לו שדה נמי דין הוא שיוקדשו שפיר הבכורים שהפריש מן השני אילנות, כיון שיכול לקנות עכשיו קרקע ופירות ולצרפן, וכיון שאין הפסול אלא במה שמחמת ספק לא יוכל לקרות, הרי בכל טצדקי שיכול לקרות ראוי להכשירן, ונהי דאם יביאן למקדש עד שלא קנה שדה ופירות יפסלו בשעת הבאה או בשעת הנחה, משום דבאותה שעה חייבין בקריאה מספק ואינם ראויים לקריאה, עי' לעיל, אבל מ"מ כ"ז שעדיין לא הביאן למקדש שפיר הם קדושין, וזה דלא כמש"כ לעיל ד"ה הרמב"ן.

שם כריב"ח דאמר בצרן ושגרן ביד שליח ומת שליח בדרך מביא ואינו קורא כו' עד שתהא לקיחה והבאה באחד, צריך יישוב אמאי נקט לה במת שליח, ולא קאמר בצרן ושגרן ביד שליח ונמלך והגיע בשליח והביאן בעצמו מביא ואינו קורא, וכהא דאמר דעביד לה כריב"ח דר"ל שמשלחן תחלה ביד שליח וחוזר ונוטלן בעצמו ומביאן, וכמש"כ תו' דמביא ואינו קורא מתפרש בעצמו, והיינו דאיצטריך להביא הכא לדריב"ח ולא סגי במתני' דשליח מביא ואינו קורא, ומבואר דאף כשמתחלה דעתו לחזור ולהביאן בעצמו אפ"ה כיון דתחלת הלקיחה ע"י שליח מביא ואינו קורא, ונראה לדקדק מזה דשליח שנמלך בדרכו וחזר והביא הבכורים לבעלים דאם יקחום הבעלים עצמם דיביא ויקרא, דשפיר חשיבא לקיחה והבאה באחד, ומה שמתחלה נטלם השליח, נתבטל בחזרתו, והרי הבעלים עצמם שנטלום וחזרו בהם בחצי הדרך ושבבו לביתם, ועכשיו ישלחו ע"י שליח ויחזרו ויקחו ממנו בחצי הדרך, הלא מסתבר דלא יחשב כלקיחה והבאה כאחד, דהלקיחה האחרונה היא הלקיחה דאית לן למיזל בתרה, דלקיחה קמייתא נתבטלה ולא שימשה כלקיחה דמצוה, וא"כ ה"נ כשהשליח חזר בו והחזיר הבכורים לבעה"ב, ולכך נקט דוקא מת שליח, דכל זמן שהשליח קיים עדיין יתכן שהבעלים יביא ויקרא, אבל כשמת השליח הרי אף אם יחזיר בעה"ב עכשיו את הבכורים לביתו ויחזור ויקחם, לא יקרא, דחזרה לשם לחזור וליקח לאו חזרה היא, דכיון דהבכורים בכל הדרך הם בדרכם למקדש לא נתבטלה לקיחה קמייתא.

ולהאמור נראה לפרש הא דאמר בירושלמי בכורים פ"א ה"ה ליקטן לשלחם ביד

אחד לא ישלחם ביד אחר שמא ימלך הוא להביאן, דר"ל שאם ליקטן לשלחם ביד אחר ושלחם ועכשיו אין ביד השליח להביאם לירושלים, [וגי' הגר"א וחלה השליח], לא ישלחם ביד אחר, אלא יחזירם לבעה"ב, דשמא הוא ימלך עכשיו להביאן בעצמו, ויוכל לקרא, והיינו כמ"ש שאם החזירם השליח לבעה"ב נתבטלה לקיחתו, ואם עכשיו יקחם בעה"ב חשיבא לקיחה והבאה באחד, ולכך לא ישלחם השליח ביד אחר לירושלים.

הא דתנן פ"ג דבכורים מ"ד דהגיעו להר הבית אפילו אגריפס המלך נוטל הסל על כתיפו ונכנס, לכאורה היינו מחמת האי דינא דבעינן לקיחה והבאה בבעלים וכמ"ש תו' שאם תהא הלקיחה וההבאה ע"י שליח לא יוכל הבעלים לקרא, וכ"מ ברמב"ן, ולפי זה אשה וגר שאינם קוראין רשאים לשלוח ע"י שליח עד לעזרה, ואפילו הם הולכים עם הבכורים אינם חייבים ליטלם בעצמם, וכ"מ קדושין נ"ב ב' דאמרינן וכי אשה בעזרה מנין ועי"ש בתו', וקשה לפ"ז הא דקתני אגריפס המלך שהיה גר כמבואר סוטה מ"א א', ולמ"ש תו' לעיל ג' ב' ד"ה כל אף אמו לא היתה מישראל, וא"כ הרי הוא מאלו שאינם קוראין כדתנן פ"א דבכורים מ"ד, ומשמע דאף אלו שאינם קוראין חייבים ליטול על כתפיהם, וכ"מ בירושלמי בכורים דקתני על כך מתני' דנוטל על כתיפו, כיני מתני' ולקח הכהן הטנא מידך, ור"ל דמשום כך צריך שיטלנו בעצמו כדי לקיים ולקח הכהן הטנא מידך, והאי טעמא איתא אף באלו שמביאין ואינם קוראין, וניחא דלא נקט קרא דהנה הבאתי, ולפי זה גם ניחא דלא נזכר במתני' דגם בלקיחה מן הבית אפילו אגריפס המלך נוטל על כתיפו, דתנא לא איירי בהלכות קריאה דבעינן לקיחה והבאה בבעלים, אלא בסדר הבאת הבכורים איירי ואף באלו שאינם קוראין, ומשום כבוד המצוה והמקדש, ואף דהרמב"ם פסק דגר מביא וקורא וכר"י בירושלמי, וא"כ שמא מתני' נקטה אגריפס לאשמועינן דמביא וקורא, ולאפוקי ממתני' דפ"ק, ולעולם אימא לך דאין נוטל על כתיפו אלא אלו שקורין, מ"מ פשטא דמילתא ראוי לפרש מתני' לפי מתני' דפ"ק דגר מביא ואינו קורא.

ומ"מ רהיטת לשון המשנה והתוספתא משמע שאין בעה"ב צריך ליטול הסל על כתיפו אלא מהר הבית לעזרה, ולא גם להוציאו מביתו, כמו שהוא לפירוש תו', [גם לא נתפרש מה נקרא להוציאו מביתו, ואם הפירות בשדה שאין לה מחיצות עד מתי תחשב לקיחה], והלכך אם נפרש דעביד לה כריב"ח, דהיינו שיביאם ע"י שליח עד לעזרה, וכמו שפירש הרשב"א, וכן ברמב"ם פ"ד ה"ד, [ודלא כפירוש תו' שהוא בעצמו מביא ואינו קורא, ומתפרש דעביד לה כריב"ח שיוציאנו מביתו ע"י שליח, ע"מ שיביאנו בעצמו לעזרה], וה"ה דהו"מ לאתויי מתני' דשליח אינו קורא אלא דניחא ליה לאתויי מימרא דריב"ח, וגם אשמועינן דאף אם ימלך להביאן בעצמו נמי שפיר דמי דפטורין מקריאה, לפ"ז אפשר לומר דכל שהיה דעתו מתחלה שהוא בעצמו יביאם מהר הבית לעזרה, דשפיר מביא וקורא, אפילו שלחם ע"י שליח מביתו להר הבית, וחשיב לקיחה והבאה כאחד, דלקיחה ע"י שלוחו נמי שפיר דמי, דלא כתיב הנה לקחתי כדכתיב הנה הבאתי, אלא כתיב ולקחת, וולקחת שפיר מיקרי גם כשלוקח ע"י שלוחו, [והרבה פעמים כתיב ולקחת גבי משה רבנו בדברים דמסתבר שעשאן ע"י שליח, כגון ולקחת סולת, ולקחת את כסף הכפורים, ולקחת חמשת חמשת שקלים], ולא ממעטינן אלא כשלוקח מתחלה ע"י שליח ע"מ שהשליח יביאם לעזרה, ואח"כ נמלך להביאם בעצמו, דזה לא מיקרי לקיחה והבאה כאחת, דהלקיחה לא היתה ע"מ שיביאם בעצמו, והיינו דנקט במת שליח, לומר דאם לא מת היה מביא לעזרה, ורק מיתתו גרמה שהבעלים יביא בעצמו, ובזה הוא דמביא ואינו

קורא, [וההיא דגיטין מ"ז ב' שפיר מדמינן נתחלפו הבעלים של הבכורים, לנתחלפה דעתו על המביא], אבל מה נעשה והרשב"א עצמו אף שפירש דעביד לה כריב"ח דהיינו שמשגרך ע"י שליח, מ"מ הסכים לפי' תו' דבעינן לקיחה מן הבית והבאה מהר הבית לעזרה בחד, וצ"ע. - ק"ק למה הוצרך הרשב"א לומר דהביאו הא דריב"ח לאשמועין דיניה, והו"מ להביא מתני' דאין השליח קורא, הא י"ל דהביאו הא דריב"ח לומר דסגי אם השליח רק יוציאם מן הבית, ויוכל להביא בעצמו משם לעזרה, וכמש"פ תו'.

כבר תמהו הרמב"ן והרשב"א במה שפירש רשב"ם דבצר שליח והביא, יכול בעה"ב לקרא, ואם בצר בעה"ב והביא שליח אין בעה"ב יכול לקרא, דוכי משום שבצר בעצמו מגרע גרע, ובאמת צריך טעם מה דחקו לרשב"ם לחדש דכשנעשה הכל ע"י שליח יכול בעה"ב לקרא, ואפשר דקשיא ליה למה הוצרכו בגמ' להביא הא דריב"ח, ואמאי לא אמרו דעושה הכל ע"י שליח וכדתנן דשליח אינו קורא, ולא ניחא ליה במה שתירצו תו' דמשמע דמביא בעצמו, [ועי' להלן מש"כ בדבריהם ז"ל], ולכך הוצרך לחדש דאם יעשה הכל ע"י שליח, אכתי חשיב ראוי לקריאה ע"י הבעלים, ובדין הוא שיפסל כשנעשה אינו ראוי לקריאה מחמת ספק, [והרמב"ם שכתב בפ"ד מבכורים ה"ד דבשני אילנות מביא ע"י שליח, מוכח דס"ל דאין הבעלים יכולים לקרא כשהביא שליח, ודלא כרשב"ם].

לר"ע ור"ש מכות י"ז א' דקריאה מעכבת, צ"ל דמ"מ בהביא ע"י שליח אינה מעכבת, אף לפי' רשב"ם דהבעלים יכול לקרא, דאין הקריאה מעכבת אלא כשהבאה היתה ראויה לקריאה, דלא מסתבר לומר דלדידהו א"א לשלח בכורים ע"י שליח, ומ"מ הפריש קודם החג ועבר עליהם החג, וכן שני אילנות, שפיר מיפסלי משום שנעשו אינה ראויים לקריאה, קודם ההבאה, משא"כ בשליח שהביא הרי הם ראויים לקריאה גם בשעת ההבאה לפי' רשב"ם, אלא דבכה"ג אין הקריאה מעכבת. (בכורים ס"ג ס"ק י"ג).

תוד"ה ודלמא אבל דבר שאין עושין בו הקרבה כלל כו', בעיקר מה שחידשו תו' בסוגיין ובשאר דוכתי דאין איסור חולין בעזרה אלא כשעושה בהן איזה מעשה, הדברים מחודשים לחלק כן בדאורייתא, ובתו' מנחות פ' ב' כתבו דומיא דמה שלי בשלך אסור, אבל גם בזה לא מצאנו איסור להניף קדשים בחוץ, ועיקר הוכחתם מהא דנותנים לתוכה תבלי חולין י"ל דהיינו בלשכות הבנויות בחול ופתוחות לקודש, שלא נתרכו אלא לאכילת קדשים ולא לעבודה כדאמר זבחים נ"ו א', ובהני י"ל דאין איסור להכניס חולין לתוכן, ואף שאין להם פתח אלא מן העזרה, אכתי אפשר להכניס לתוכן חולין דרך חלון או פשפש, [ברם יפה העיר בני יעקב נ"י דלפ"ז אמאי דחקינן בזבחים ע"ז א' ובמנחות מ"ח א' לומר דחולין ממילא הויין, ולא מילתא דלכתחלה הוא כדחזינן במנחות שם דלראב"ש דאין נפסלין ביוצא אין פודן אלא בחוץ, הא הו"מ למימר דיפדס בלשכה הבנויה בחול ופתוחה לקודש, אלא ודאי אף שם אין להכניס חולין], וההיא דפסחים ס"ו ב' דמכניס עולתו חולין לעזרה ומקדישה י"ל דלאו דוקא לעזרה וכמ"ש תו' ביצה כ' ב' כה"ג, א"נ לצורך קרבן לא איכפת לן שמקדישה אחר כניסתה, ומה שאדם נכנס בבגדי חול לעזרה, בפשוטו י"ל דלא אסרינן אלא להכניס דברים של הדיוט בשל קודש, דסברא הוא שאין לאדם רשות להכניס חפציו בהיכל או בעזרה, אבל כשם שיש רשות לאדם להכנס לעזרה ולהיכל הרי רשות זו נתונה גם לבגדיו, ולפי זה אפשר לקיים דאסור להכניס חולין לעזרה אף בלא שום עבודה בהן, [ועיקר האיסור אינו פשוט דהא איכא למ"ד מנחות ק"ו א' דסבר רבי דמותר להכניס חולין לעזרה], וצ"ע. (בכורים

ס"א סק"ג).

תוד"ה דעביד וי"ל דה"ק ר"מ מביא ואינו קורא משמע שמביא הוא בעצמו כו', נראה דאין כונתם רק משום דלשון מביא הכי משמע, אלא דמכל הענין הוא נלמד, דהא ודאי מתני' לא מתפרשא דהקונה שני אילנות מביא באופן שפטור מקריאה, אלא מתני' עיקר הדין אשמעינן דהקונה שני אילנות ומביא מהן בכורים דין הוא שלא יקרא, משום דספק הוא ובספק אין קורין כדמפרשין טעמא בגמ', אלא דקשיא לן דא"כ יפסל משום שאינו ראוי לקריאה, ומחמת זה צריך לפרש דמפרישן תחלה ע"מ להביאן באופן שפטור מקריאה, והלכך ראוי לן לקיים עד כמה שאפשר דמביא הבעלים עצמו ואינו קורא, שזהו עיקר הדין השנוי במתני', [מש"כ ר"מ, או שהוא ט"ס או שיגרא דלישנא דברייתא דמיייתנן לה בתר מתני']. (בכורים ס"ג ס"ק י"ג).

תוד"ה בצרן תימא הא נראו לקריאה כו', נתבאר בבכורים ס"ג ס"ק י"א. פ"ב א' היכי דמי מן הגזע וה"ד מן השרשים, לפי דשרשים כוללים האילן עצמו למטה כשמתפצל לשרשים הילכך קמיבעיא ליה עד היכן נקרא גזע. שם וליחוש דילמא מסקא ארעא שירטון כו', הא דקבעו הך קושיא לבתר הא דר' יוחנן דכל שרואה פני חמה זהו מן הגזע הוא משום דאי לאו דר"י היה אפשר לומר גזע מיקרי רק בגובה דאין לחוש שיתכסה ע"י שירטון.

עיקר הקושיא פ"י רשב"ם היכי תקון רבנן מילתא דאתי בה מוכר לידי פסידא, ונראה דהאי לישנא לאו דוקא, דאין כאן תקנת חכמים, דלמה זה יתקנו חכמים לטובת המוכר או הלוקח אלא דכן הוא סתמא דמילתא דהמוכר אילן דעתו שכל הענפים שיצאו מהשטח הרואה פני חמה יהיו של הלוקח כמו כל ענפי האילן, אלא דס"ל לגמ' דמחמת חששא דמסקא ארעא שירטון ראוי למוכר להתנות עם הלוקח שיקון וראוי לדון כן בסתמא.

שם אלא אר"נ יקוץ, לשון אלא ק"ק.

פ"ג ב' תוד"ה לוקח, א"ה, עי' מש"כ בכתובות צ"ח א' באונאה שתות ושהה כדי שיראה לתגר אם חל המקח למפרע.

פ"ד ב' יין וחומץ מין אחד הוא, עי' חו"ב תרומות ס"ב סק"ב.

שם אם אינו קדוש נשיאת חטא למה כו', יעוי' בתו' תמורה ה' שהקשו דנימא דנשיאת חטא משום דעבר אמימרא דרחמנא, ולכאורה פשטיה דקרא קאי על השירים הנאכלים, ועל זה קאמר דלא תשאנו עליו חטא אם הרמתם את חלבן ממנו, אבל אם לא הרמתם ממנו את חלבן תשאנו עליו חטא, ומשמע דשייך לשמש בשירים גם אם לא הרימו את חלבן, אלא שיש בזה חטא, והיינו דאמרין דאם אינו קדוש ובהכרח יהיה לחזור ולהרים את חלבן ועד אז לא שייך לשמש בו, א"כ נשיאות חטא למה על השירים. (תמורה ה').

מתני' משך ולא מדד כו', יתבאר להלן סק"א ד"ה פ"ה א'.

גמ' אר"א אר"י מדד והניח ע"ג סימטא קנה, יתבאר להלן סק"א.

נראה דבכל הקנינים אין צריך שיתכוין שזו פעולה שקונין על ידה, אלא כל שעשה פעולה זו לשם הבאת החפץ לרשותו סגי, כיצד נתן כסף לקנות קרקע הר"ז קנה אע"פ שאינו יודע שמעות קונות, וכן במטלטלין קנה חפץ והתחיל מושכו לרשותו אע"פ שאינו יודע שיש קנין משיכה מ"מ זכה בו, וכן יש ללמוד ממ"ש התו' גיטין ס"א א' ד"ה ליקט שאף בלא שהו הפירות בידו כלום אלא שתלשם בידו זכה, אף דהתם הוא עוסק בתלישה ולא חשב לשם קנין, מ"מ כיון שתלשם להביאם לרשותו ממילא כל פעולתו כפעולה לשם קנין חשיבא וכיון שהיו הפירות בידו קנאם, ועי' מל"מ פ"ז מה' גזילה ואבידה ה"ח שכתב לפרש כונת תו' דאמרין שנתכוין לזכות

בהם, ולמש"כ מבואר, וכן מבואר ברשב"א שם, וכן יש ללמוד ממ"ש הטוח"מ סימן ר' דמדד הלוקח קנה בהגבהתו, אף דסתמא לא שייך לומר דנתכוין לזכות בו, אלא דכל שפסק דמים ועומד לקנותו תו כל פעולה המביאתו לרשותו נחשבת כפעולה לקנות, ואף הראב"ד שחולק היינו משום דכל שנתכוין למדוד לא חשיבא ההגבהה כלום כפעולה בפ"ע להבאת הדבר לרשות הלוקח, אלא היא צורך מדידה, אבל הגביה ליטלו לביתו ודאי קנה אף שלא חשב בשעת הגבהה כלל לשם קנין. (ב"מ י' א').

תוד"ה מדד אבל מדד לוקח פשיטא כו', יתבאר להלן סק"א ד' ו'.
 פ"ה א' ארבע מדות כו' בד"א כו', יתבאר להלן סק"ב.
 תוד"ה כל ואומר ר"י דבעי למימר זיל קני כו', יתבאר להלן סק"א.
 תוד"ה ארבע כש"כ ברשות מוכר דקני כו', יתבאר להלן סק"ב.
 פ"ה ב' כליו של לוקח כו' והוא שהיתה קלתה תלויה כו' כגון שהיתה קלתה כו', יתבאר להלן סק"ג ד'.
 שם לא בכליו דמוכר, יתבאר להלן סק"ב.
 פ"ו א' תוד"ה לצדדין תימא לרשב"א כו', יתבאר להלן סק"י.
 פ"ו ב' שאני פשתן דמשתמיט, יתבאר להלן סק"י.
 שם רב ושמואל דאמרי תרווייהו כור בשלשים אני מוכר לך כו', יתבאר להלן סק"ה - ח'.

שם השוכר את הפועל כו', עי' חו"ב ב"מ ס"ה א'.
 רשב"ם ד"ה והא, עי' מש"כ לעיל ע"ה ב'.
 תוד"ה אטו משום שאין דרכו במשיכה כלל כו', יתבאר להלן סק"י.
 בסוגיא דכליו של לוקח ברשות מוכר וכור בשלשים
 (א) פ"ד ב' אר"א אר"י מדד והניח ע"ג סימטא קנה, למסקנא איירי במודד לתוך כליו של לוקח, ויש לעי' מאי איריא סימטא אפילו ברשות מוכר נמי דהא מדידה כאומר זיל קני דמי, [וזיל קני מהני אפילו כליו של לוקח ברשות מוכר כדאמר לקמן פ"ו א'], וכמש"כ תו' פ"ה א' ד"ה כל, וי"ל דאין כליו של לוקח קונים ברשות מוכר אלא באומר זיל קני בכליך אבל באומר סתם זיל קני לא, ומדידה כסתמא דמי, וכ"כ מהרש"א בתו' שם.

תוד"ה מדד אבל מדד לוקח פשיטא כו', ר"ל אי משום הגבהה אי משום משיכה עי' לקמן סק"ו, ומה שסיימו אע"ג דמשיכה מועלת בסימטא, היינו לפרש לקושטא דמילתא דמיירי במדד המוכר ופריך ר"ז שמא לא שמעת אלא במודד לתוך קופתו, דאף דמשיכה קונה בסימטא מ"מ לא חשיב ככליו ואינו קונה בלא משיכה, ואפשר שבתוכה אלא במודד לתוך קופתו מתחיל דיבור חדש, וצ"ל שמא לא שמע רבי כו', והס"ד ואח"כ מתחיל הדבור אלא במודד לתוך קופתו, ובמהרש"א נדחק להגיה ולפרש בדרך אחרת, שו"ר בנמוקי הגרי"ב על המהרש"א כתב כמש"כ, ועי' בלשון הרא"ש שבשטמ"ק.

ומדבריהם למדנו דטעמא דרב אסי דאמר דקנה הוא משום דסימטא בזמן שהמוכר מסלק זכותו ממנה חשיבא ככליו של לוקח, ולפי זה אפשר דמדד לאו דוקא וה"ה בדבר שאין בו מדידה אם נטלו המוכר [אף אם נטלו מן הסימטא], ונתנו בסימטא לצורך הלוקח חשיב כמסלק זכותו וזכה הלוקח.

פ"ה א' תוד"ה כל ואומר ר"י דבעי למימר זיל קני כו', כונתם בכל קנין בין במשיכה בין בהגבהה בעינן שיאמר המוכר שמסכים שיקנה, והיינו דקמ"ל ר"י בקנין בכליו של קונה וה"ה לשאר הקנינים, [ומתני' דקתני משך ולא מדד קנה איירי במושך בפני

המוכר או באמר המוכר זיל קני או שנתן לו החפץ דגם זה כאומר זיל קני, ועיקרא דמתני' לאשמועינן שאין מדידה מעכבת כפסיקה שאין בחסרון מדידה חסרון סמיכות דעת דבלא פסק נראה דאף באמר המוכר זיל קני לא קנה הלוקח], עי' לקמן סק"ד.

(ב) פ"ה ב' לא בכליו דמוכר, לפנינו הגירסא לעיל א' ברייתא בד"א ברה"ר ובחצר שאינו של שניהם אבל ברשות מוכר לא קנה עד שיגביהנה או עד שיוציאנה מרשותו, ולפי גירסא זו ודאי בכליו של לוקח איירי דהא קאי אהא דקתני במדת סרסור דמשנתמלאה מדה ללוקח ובמדת לוקח ראשון ראשון קנה, ומדברי הרשב"ם משמע דגרסא אבל ברשות לוקח כיון שקיבל עליו מוכר קנה לוקח והדר קתני ברשות מוכר לא קנה כו', וכ"ה ברי"ף, ולפי זה ניחא, מיהו לשון הגמ' בסוגיין מדרישא כו' סיפא נמי משמע דגרסינן כבסוגיין, ואפשר דתיבת אבל מיותרת והכי גרסי' בד"א ברה"ר ובחצר שאינו של שניהם ברשות מוכר כו', והא דקתני ברה"ר ובחצר שאינו של שניהם היינו סימטא וחצר השותפין וכדמוקמינן לעיל ואתי למעוטי רה"ר ממש, ובתר הכי קתני דין רשות מוכר בבא בפ"ע, וכ"מ בתוספתא, [ולפירוש רשב"ם והרי"ף הא דפריך מרשות לוקח דודאי בכליו של לוקח איירי דאי בכליו דמוכר לא קנה, וכתבו בתו' דהו"מ לחלק, ה"ה דהו"מ למיפרך עדיפא מינה דהא קתני בד"א כו' ואכליו של לוקח קאי].

[ויש להסתפק אם כליו של לוקח ברשות מוכר קנה, אי ה"ה מדת סרסור משנתמלאה].

ויש לעי' למאי דמוקי לה בכליו של מוכר ברשות מוכר א"כ מאי קמ"ל ברייתא והא תני רישא דמדת סרסור עד שלא נתמלאה אף בסמטא ובחצר השותפין לא קנה לוקח וכש"כ כליו של מוכר ברשות מוכר דהתם נתמלאה כלא נתמלאה דמי דלא קנה, ושמא הוי ס"ד דבנתמלאה מזכה המוכר ללוקח אבל לא נראה כן דבמה מזכה ובמה יזכה הלוקח, גם הא דקתני אם היה של אחד מהן פי' הרשב"ם דאף אמוכר קאי, וצ"ל דקמ"ל דמהני הגבהה ומשיכה בכליו של מוכר וקמ"ל דאין משיכה מועלת ברשותו של מוכר. - עוד יש לעי' הא דקתני ברשות לוקח כיון שקיבל עליו מוכר קנה לוקח ואוקימנא בכליו של לוקח, והא קתני רישא דאם היה כליו של לוקח ראשון ראשון קנה אף בסימטא ובחצר השותפין כש"כ ברשות לוקח, וי"ל דקמ"ל דאף שהמוכר לא עשה שום מעשה להוציא החפצים מרשותו אלא שהסכים על המכירה מיד קנה לוקח, וזה דוקא ברשות לוקח אבל בסימטא אף בכליו של לוקח אפשר דבעינן שיאמר זיל קני או שימדוד או שיעשה שום מעשה המורה שמסכים שיקנה הלוקח, אבל בשהפירות ברשות לוקח קנה מיד דמכיון שהמוכר מסכים למכירה יודע הוא שהלוקח כבר יעשה בהם כרצונו והם כבר בידו כשלו, ולפיכך חשיבא הסכמתו למקח כאמירה זיל קני, וגם קמ"ל שאין מדידה מעכבת כפסיקה. - סיפא ברשות הלה המופקדים אצלו לא מצי איירי בכליו של מוכר דא"כ לא מצי נפקד לזכות ללוקח ואף שכירות מקום לא מהני [דהא כליו של מוכר ברשות לוקח לא קנה לוקח אי כליו של לוקח ברשות מוכר קנה], אלא מיירי בכליו של נפקד, וקמ"ל דבאמירה דמוכר לנפקד שמוכר ללוקח זכה לוקח דמיד זוכה הנפקד ללוקח, ואפשר דבעינן שיאמר המוכר לנפקד שמעתה הוא בזכות הנפקד דהא בעינן שיאמר המוכר זיל קני, [שו"ר בשטמ"ק בכל הנ"ל].

ואי כליו של לוקח ברשות מוכר לא קנה, מתפרשא הך ברייתא דברשות מוכר לא קנה עד שיגביהנו או עד שיוציאנו מרשותו דבכליו של לוקח איירי וקמ"ל דכליו של לוקח אינם קונים ברשות מוכר, והא דקתני ברשות לוקח כיון שקיבל עליו המוכר

קנה לוקח נראה דאיירי אף בכליו של מוכר, [דאף דהשתא משמע דרישא וסיפא בחדא גוונא, השתא נמי בחדא גוונא מיתוקמו דתרווייהו בין בכליו של מוכר בין בכליו של לוקח, ולא קפדינן אלא אי רשות מוכר איירי דוקא בכליו של מוכר ורשות לוקח איירי דוקא בכליו של לוקח], וקמ"ל דרשות לוקח קונה אף בכליו של מוכר, ובקבלה לחוד וא"צ מדידה, וברשות הלה המופקדים אצלו מצי איירי אף בכליו של מוכר דהנפקד זוכה ברשותו ללוקח, אף בכליו של מוכר.

פ"ה א' תוד"ה ארבע כש"כ ברשות מוכר דקני כו', לו"ד היה אפשר דשפיר יש מקום לומר דרשות מוכר גרע מרה"ר דרה"ר נהי שאין לו רשות להניח כליו שם אבל מ"מ אין שם רשות המוכר ושפיר אפשר דכליו של אדם קונין לו אף במקום שאין לו רשות להניחם, אבל רשות מוכר גרע דרשות המוכר עדיף לבטל החשיבות מה שהכלי של הלוקח, מיהו סוגיא דלקמן מכרעת דאדרבא במוכר י"ל שמקנה לו רשותו לזכות בכליו משא"כ ברה"ר, אבל ודאי יש מקום לומר איפכא וממילא אף למאי דמפרשין השתא דרה"ר ממש ניחא אף אי הא דרשות מוכר איירי בכליו של לוקח, [וגדולה מזו כתב בשטמ"ק בשם עליות הר"י לומר דיש מקום להשמיע סמטא טפי מרשות מוכר עי"ש, ועי' סמ"ע ס"ר סק"ז].

ג) פ"ה ב' והוא שהיתה קלתה תלויה בה, ולתוך חיקה איירי נמי בבגדיה התלויים בה ואינם נגררים בארץ, א"נ לכו"ע מקום חיקה קנוי לה, וחידושיה דר"י עיקרו אמקום קלתה, [וכדאמר ראב"א כגון שהיה קלתה מונחת בין ירכותיה ומבואר דזה פשוט דמקום זה קנוי לה], א"נ בגדיה ממש לכו"ע קשורה אע"פ שאינה תלויה סגי דאין רשות המוכר מפסיד קנינם. - והא דתלויה מהני היינו דכה"ג קונים כליו של לוקח ברשות מוכר דכיון דתלוי בה אלימא ותו לא מצי רשות המוכר לבטולי קנינם, אבל אין כאן קנין אחר מאשר כליו של אדם, [ולאו דוקא אשה בבית בעלה דה"ה כל לוקח ברשות מוכר קונה בכלים התלויים עליו].

שם כגון שהיתה קלתה מונחת לה בין ירכותיה, פי' ובין ירכותיה סתמא קנוי לה לכל צרכיה בין לבגדיה בין לקלתה. - לוקח שברשות מוכר וכליו בין ירכותיו אפשר שאינו קונה, וכמדומה שבריטב"א לא כ"כ.

וכל הני אוקימתא נראה דהילכתא נינהו, ובעינן תלויה ולא סגי בקשורה דקיי"ל כר"י א"ש לגבי ר"ל, ובתו' גיטין ע"ח א' כתבו דאף ר' יוחנן הכי ס"ל, ונראה דברה"ר נמי מהני תלויה, מיהו אין הדבר מוכרע, וצ"ע, (תלויה שפיר דמי אף אם הוא בתוך ג' לארץ).

מהא דחשבינן לאשה בבית בעלה רשות מוכר לגבי לוקח, שמעינן דאדם שהרשה לחבירו לשים כליו בחצרו לא חשיב כרשותו ואין כליו קונין לו שם, [בכל לוקח ומוכר מורשה הלוקח להכניס כליו לרשות המוכר מיהו התם אין זה אלא עראי, ואנן איירינן בשנתן לו רשות בקביעות שינוחו שם כליו], מיהו אפשר דלר' יוחנן דאמר מקום קלתה קנוי לה ה"ה נמי אדם שנותן רשות לחבירו לשכן כליו בחצרו, [מיהו ל"מ כן, ועי' מש"כ לקמן סק"ז].

יש לעי' הא כיון שזרק לה לתוך קלתה כאומר זיל קני דמי והא מסקינן דבאומר זיל קני ודאי קונין כליו של לוקח ברשות מוכר, וי"ל שאין הדבר מוכרח שנותן לה רשות שתזכה בקלתה ושפיר אפשר שחושב שתקנה בידה, וממילא חשיב כליו של לוקח ברשות מוכר.

גיטין ע"ח א' תנ"ה כו' לתוך כל דבר שהוא כקלתה כו', נראה דאי כליו של לוקח ברשות מוכר קנה מתפרש לתוך כל דבר שהוא כקלתה דהיינו כלים, [מיהו ק"ק מאי קמ"ל], מיהו אי כליו של לוקח ברשות מוכר לא קנה ע"כ כר' יוחנן דאל"ה לא שייך

לתוך כל דבר שהוא כקלתה, ומה"ט לא שייך למיפשט מהכא דכליו של לוקח ברשות מוכר קנה, והיינו דבתוד"ה כגון לא הקשו אלא מדברי האמוראים אבל מהך ברייתא לא קשיא להו, שו"ר במלחמות ב"ב פ"ו א' שאמנם נסתייע מהך ברייתא למיפשט דאין כליו של לוקח קונין ברשות מוכר.

(ד) רא"ש פ"ה סט"ו וי"ל דאם הניח בכליו של לוקח בלא מדידה כו', לעיל סק"א פירשנו כונת תו' דבעינן הסכמה מן המוכר לקנות וה"ה בכל קנינים, אבל מדברי רבנו משמע לכאורה שאין זו כוונתם, אלא כוונתם שאין כליו של אדם קונין לו בסמטא כל שלא מדד, אא"כ אמר לו זיל קני, ומשיכה והגבהה אף שלא מדד ולא אמר זיל קני קנה לוקח, ויש לעי' היכי דמי אם היתה הסכמה מן המוכר לגמר המכירה כגון שקיבל הכסף ונתן הסחורה א"כ למה לא יקנה בכליו, ואם לא היתה הסכמה גמורה מן המוכר שיקנה הלוקח ה"נ משיכה והגבהה אין קונים, ואי במשך או הגביה בפני המוכר א"כ דכוותה באומר יזכו לי כללי אמאי לא יקנה, וי"ל דאיירי בשנתן המוכר לתוך כליו של הלוקח, וכל שהם מדודים קנה לוקח, וכשלא מדד אם משך או הגביה בפניו ושתק קנה אבל אם משך או הגביה שלא בפני המוכר לא קנה, ואם אמר יזכו לי כללי בפני המוכר ושתק קנה, ואה"נ שאין נפ"מ בין משיכה לכלים בעצם קנינים, אבל לעולם למעשה יש חילוק שאם משך או הגביה קנה שהרי לעולם בסתמא איירי בפני המוכר, אבל כליו בסתמא אינם קונים עד שימדוד, דאפשר שאינו מסכים שיקנה עד שימדוד, מיהו היו פירות המוכר ברשות לוקח התם אף שלא מדד ואף שלא אמר הלוקח יזכה לי רשותי אפ"ה זכה וכמש"כ רבנו לקמן, ולפי זה מסכימים דברי רבנו עם מה שפירשנו לעיל שם בדעת תו', דעיקרא דמילתא שבעינן גילוי דעת מצד המוכר שמסכים שיקנה הלוקח, ומדידה לתוך כליו של לוקח חשיב כגילוי דעת בזה, אלא שלמדנו עוד מדברי רבנו דכל שלא מדד אף שנתן לתוך כליו של לוקח לא חשיב כהסכמה לקנות דאפשר שכוונתו שיזכה אחר שימדוד, וממילא אף אם משך או הגביה שלא בפני המוכר לא קנה, [ובנמו"י אמנם חולק וס"ל דכל שהמוכר נותן לתוך כליו של לוקח אף בסימטא קנה ואפילו לא מדד], ומש"כ רבנו להלן דברשות לוקח קונה אף בלא מדידה דחשיב כמשיכה דתנן משך ולא מדד קנה, צריך לפרש דה"ק דהוי כמשיכה בפני המוכר דקונה אף בלא מדד, דמשיכה שלא בפני המוכר אמנם לא קניא בלא מדידה, ולפי זה ה"ה דהו"מ רבנו למימר דהוי כאילו אמר ליה זיל קני אלא דנקט מתני' דקתני בה שאין מדידה מעכבת, [כפסיקה].

שם אבל רב אלפס גורס כו' פסק נמי דכליו של מוכר ברשות לוקח קנה כו', באמת יש מקום לפסוק כן [אף אם נפרש דלאו כחדא נינהו ואפשר דאף דכליו של לוקח ברשות מוכר לא קנה לוקח מ"מ כליו של מוכר ברשות לוקח נמי לא קנה לוקח דנהי דאליהו רשות מוכר לבטל קנין הכלים היינו להוציא מרשותו אבל לא אליהו רשות לוקח להכניס לרשותו וכמש"כ הרמב"ן במלחמות], דמשמע בגמ' דפשטא דברייתא דחמריו ופועליו איירי בפירות שבכלים, אלא דאי כליו של לוקח ברשות מוכר קנה ע"כ לאוקמי במסבלי דתומי, אבל למאי דפסק הרי"ף דכליו של לוקח ברשות מוכר לא קנה אית לן לפרושי ברייתא כפשטה בפירות שבכלים וש"מ כליו של מוכר ברשות לוקח קנה לוקח, מיהו יש מקום לומר דדיחויא דמסבלי דתומי קושטא הוא דשפיר יש לפרש הכי הך ברייתא וממילא ליכא למישמע מינה דין כליו של מוכר ברשות לוקח, ברם באמת ברי"ף לפנינו פסק בהדיא דלא קנה וכן הוא ברמב"ן בדעת הרי"ף וכפי הנראה היתה לרבנו גירסא אחרת בדברי הרי"ף.

והנה לא השיג רבנו על הרי"ף דאין דין כליו של לוקח ברשות מוכר וכליו של מוכר ברשות לוקח תלויים זב"ז, ומשמע דדעתו כדעת הרז"ה דאמנם תלויים זב"ז ואי

כליו של לוקח ברשות מוכר לא קנה הרי כליו של מוכר ברשות לוקח קנה לוקח, מיהו אפשר דאף דעת רבנו כהרמב"ן אלא שאם היה נפשט בגמ' דכליו של לוקח ברשות מוכר לא קנה היה נכון פסק הרי"ף מטעמא שכתבנו לעיל דברייתא דחמריו ופועליו אית לן לפרושי בפירות שבכלים וממילא למדנו דכליו של מוכר ברשות לוקח קנה לוקח, אף שמדין כליו של לוקח ברשות מוכר ליכא למילף, מיהו פשטות לשון רבנו מורה כדעת הרז"ה, [ונפ"מ בזה לדינא אף לפי מה שפסק רבנו דהוי ספק דין כליו של לוקח, כמ"ש הרז"ה אם קנה שני מקחים אצל מוכר אחד ובאחד זכה בכליו של לוקח ברשות מוכר ובאחד כליו של מוכר ברשות לוקח].

ברמב"ן במלחמות בסו"ד כתב ואפשר שהוא משהו כח קנייתו של כלי לקנייתו של רשות כו', ולא נתפרש הא כד פרכינן מהא דחמריו ופועליו הרי אמרינן דכליו של מוכר ברשות לוקח קנה לוקח וכליו של לוקח ברשות מוכר לא קנה לוקח ומבואר שאין כח כלי ורשות שוה ולא בעינן תרומיהו ומנ"ל לחדש מדנפשינן דלמסקנא כי הדדי נינהו ובעינן תרומיהו.

(ה) פ"ו ב' רב ושמואל דאמרי תרומיהו כור בשלשים אני מוכר לך כו', הרמב"ן במלחמות פירש דכל שלא הגיע לרשות לוקח כשיעור שמוכר לו לא קנה בין משך בין הגביה בין בקנין כליו בין ברשותו כל שמכר לו כור ועדיין לא הגיע לרשותו כל הכור אף במה שהגיע לרשותו לא זכה, אבל אם היו פירות של מוכר ביד לוקח והיו שם הרבה כורין, וקיבל עליו המוכר המכירה של כור מיד זכה הלוקח בכור מן הכורים ואין מדידה מעכבת, והיינו דתנן משך ולא מדד שאין מדידה מעכבת וזוכה הלוקח במה שמשך כפי מה שמכר לו ואף אם משך יותר, ויש לעי' לפירוש זה למה לן לאוקמי בדאיכא שנתות במדה, הא אף בדליכא שנתות זכה הלוקח דהא מכיון שמכר לו כור בשלשים סאה בסלע מיד משכנסה סאה לכליו של לוקח זכה בה ואף אם לא ידענו בדיוק שיעור הסאה מ"מ כל שיש שם כבר סאה זכה הלוקח ולמה לן שנתות, לא הו"ל לגמ' למימר אלא הב"ע דאמר ליה הין ביי"ב לוג בסלע והכלי מחזיק הין, או חצי ההין, ואפשר דבאמר לו הין ביי"ב לוג בסלע והסכים ליטול הין ומודד לו בהין שאין בו שנתות דיכול לחזור בו אפילו בלוג אחרון, דכל שלא מדד לו לוג עדיין לא מכר לו לוג ואין בכך כלום במה שהסכים למכור בלוג דסו"ס עכשו אינו מוכר בלוג אלא בהין, ודוקא במודד בסאה אמרינן דאינו יכול לחזור כיון שאמר סאה בסלע נמצא כל סאה שמדד כמכורה דמי, אבל כל שלא מדד סאה לא קנה, וה"נ בהין אי ליכא שנתות לא קנה עד שתתמלא, ודוקא באומר שמוכר לו כור מן הכורים, בזה קנה שהרי בהדיא מוכר לו רק כור אחד מן התערובת, אבל הכא לא שמענו שמוכר לו לוג מן התערובת דמה שאמר שמסכים למכור לוג בסלע אין בכך כלום כיון שעיקר מקחם הוסכם על הין, וכן נראה, [ולקמן פ"ז א' דפריך אמתני' ה"ד הו"מ לשנויי בכליו של לוקח ברשות לוקח או בסימטא ובדליכא שנתות בהין אלא דבלא"ה משני לה שפיר].

ובדעת הרא"ש לא מצאתי הכרע אם ס"ל כהרז"ה או כהרמב"ן, עי' לקמן סק"ח. באמר כור בשלשים ומשך כל סאה וסאה לחוד יש להסתפק אי קנה דהא עד שלא משך כל השלשים לא קנה וכד משך האחרונה כבר כלתה משיכת הראשונות, ואפשר דכל כי האי גוונא שפיר חשיב משיכה אלא שעדיין רשות ביד המוכר לבטל אם לא יקח הלוקח הכל, ויעוי' בזה בראשונים בסוגיין ולא עיינתי בזה כעת, וכבר נתבאר בטור ס"ר סי"א.

(ו) דינים העולים. א. כליו של אדם קונין לו בסימטא, בד"א בשהיתה הסכמה מן המוכר שיקנה כגון שמדד ונתן לתוך כליו [או שאמר לו זיל קני]. ב. נתן לתוך כליו

בלא מדידה לדעת הרא"ש לא קנה ולדעת הנמו"י קנה. ג. וכן במשך או הגביה שלא בפני המוכר לאחר שנתן המוכר לתוך כליו בלא מדידה, [אבל מדד המוכר ונתן לתוך כליו של לוקח אף ברשות מוכר אם הגביה הלוקח אפילו שלא בפני המוכר קנה דמדידה כאומר זיל קני דמי]. ד. משך [בסימטא] או הגביה המקח בפני המוכר קנה אפילו בלא מדידה. ה. וכן אם מדד הלוקח בפני המוכר בסימטא קנה דחשיב משיכה, [לעיל סק"א כתבנו בכונת תו' דאפשר דחשיב הגבהה אבל לא נראה כן דא"כ הו"ל להקשות ל"ל הניח ע"ג סימטא אף ברשות מוכר קנה, ולמה הוצרכו להסתייע מהא דר"ז שמא לא שמע כו', אלא משמע דאין מדידה בכלל הגבהה, ורק משיכה חשיב, ואפשר דס"ל דהגבהה בעינן ג' טפחים ובמדידה אין הדבר מוכרע שיגביה כ"כ, ולפיכך דוקא בסימטא כדין משיכה, ונראה דכל דמודד בפני המוכר חשיב כמשיכה בפני המוכר ולא בעינן שיאמר זיל קני דלא מצי המוכר לטעון דלא נתכוין שיקנה אלא שימדוד בלבד, דמדידה כמשיכה ממש הוי]. ו. משיכה והגבהה מועילין בכליו של מוכר. ז. היה המקח ברשות לוקח והסכים המוכר למכרו מיד זכה בו הלוקח אף שלא אמר לו המוכר זיל קני. ח. היה המוכר מודד בסימטא או ברשות לוקח [כדעת הרמב"ן במלחמות ודלא כהבעה"מ דדעת הרי"ף כהרמב"ן] במדת סרסור אף אם היו בה שנתות עד שלא נתמלאה המדה [היינו כמה שרצון הלוקח לקנות דאף אם אין רצונו לקנות אלא מחצית הכלי משהגיע למחצית הכלי חשיב נתמלאה, מיהו אף אם רצונו לקנות כמה מדות מלאות משנתמלאה אחת זכה בה הלוקח], הרי היא ברשות מוכר משנתמלאה הרי היא ברשות לוקח. ט. האומר לחבירו כור בשלשים אני מוכר לך אפילו משך כל הכ"ט סאין לא קנה עד שיקנה כל השלשים, עי' לקמן סק"ח בדינים העולים. י. האומר לחבירו כור בשלשים סאה בסלע אני מוכר לך כל סאה שמשך הר"ז קונה. יא. אמר לו כור בשלשים סאה בסלע והיה המוכר מודד בכלי של הלוקח [בסימטא], אם אין שנתות במדה לא קנה עד שתתמלא כל המדה, ואם יש שנתות במדה כנגד הסאין משנתמלא שנתה קנה אותה. יב. היו פירות המוכר ברשות לוקח ואמר לו המוכר שמוכר לו כור בשלשים הרי זכה בכור אף אם מונחים בידו כמה כורין בתערובת, וכן אם משך ג' סאין ע"מ לזכות סאה אחת מהן הר"ז קנה, [לדעת הרמב"ן והרי"ף], ויש חולקין ועי' לקמן סק"ח בדינים העולים. יג. כליו של לוקח ברשות מוכר אינם קונים [מספק לדעת הרא"ש וכ"נ], אא"כ אמר המוכר ללוקח שיזכה בכליו. יד. כליו של מוכר ברשות לוקח לא זכה לוקח [וג"ז מספק]. טו. כליו של אדם התלויים עליו [ואינם נגררים בארץ], הר"ז קונה בהם אף ברשות מוכר, ומסתברא דאף ברה"ר. טז. אשה בבית בעלה קונה בקלתה, [דחשיב כחצר השותפין דאין בעלה מקפיד על מקום קלתה], ואצ"ל בחיקה, [אף אם בגדיה נגררין בארץ]. יז. חיקו של לוקח ברשות מוכר נראה דאינו קונה, [בזמן שנגרר בארץ עי' לעיל סק"ג], וצ"ע. יח. אין שום קנין מועיל קודם פסיקת הדמים ואפילו אמר לו המוכר ללוקח זיל קני, [עי' לעיל סק"א וטעמא דהא אין כוונת המוכר ליתן במתנה וממילא ליכא סמיכות דעת כיון שאפשר שלא ישתוו במקח].

ז) מש"כ הרי"ף דהא דרב ושמואל משכחת לה בכליו של מוכר ברשות לוקח היינו בשמודד מתוך כליו ומניח ברשות הלוקח, ובב"י סימן ר' ס"ז נדחק בזה, והוא תימא.

טור סימן ר' ס"ז וכתב הרמ"ה כו', באמת לעולם אין המוכר מקפיד שהלוקח יכניס כליו אצלו שהרי לעולם הלוקח בא לבית המוכר בכליו, וכן אשה ודאי לעולם מחזיקה קלתה בבית בהסכמת הבעל, ומ"מ זה בכלל כליו של לוקח ברשות מוכר

[ובאשה ר"י הוא דמשני מקום קלתה קנוי לה] שהרי הרשות של המוכר ואין הלוקח רשאי להניח שם כליו בלא רשותו ומקום כזה אין כליו של אדם קונין בו אף שנתן לו עכשו רשות להכנס בכליו, דבעינן שיהא לו זכות להכניס כליו שם ולא שחבירו מרשהו להכניס כליו לביתו, ומיהו באמר ליה זיל קני בכליך הרי זה כאילו מסלק נפשיה ממקום כליו וכאילו זיכה לו המקום להכניס שם כליו, ואף שבאמירה לחוד אינו זוכה הכא לא בעינן שיזכה ממש אלא כל שעכשו יש לו זכות להכניס כליו בכאן הר"ז כסימטא וקונה, ולפי זה אפשר דאף ר"י הלוי מודה דנתינת רשות להכניס כליו לא חשיב סימטא ואין כליו קונין לו, ובמוכר קלתות כיון שלפי פירושם נזכר חידוש זה בגמ' אמרינן דבההיא הנאה דקנה הימנו הכלי מזכה לו באופן שיוכל לקנות בו אף בחצרו וחשיב כאומר זיל קני, דעיקרו שהמוכר רוצה שהלוקח יזכה בכליו ומסכים למה שצריך לזה ע"פ הדין וממילא מזכה לו מקום כליו להעמיד שם כליו, [ואף שלא זכה הלוקח מ"מ סגי בנתינת רשות לזה וכמש"כ תו' פ"ה ב' ד"ה כגון], וה"נ בההיא הנאה שקנה הימנו הכלי רוצה להנותו ומסכים שיוכל לקנות בכלי זה אף ברשותו, אבל ודאי נתינת רשות להעמיד הכלים אינו משהו הרשות כסימטא כיון שאין לו שום זכות בחצר והחצר לגמרי של חבירו הוא ולא עדיף מאשה בבית בעלה, ואפשר שזו כוונת הב"י בב"ה.

(ח) שם סי"א בד"א כו' ואפילו הוא ברשות לוקח ובכליו או אפילו אם הגביה או משך כל הכור אינו קונה אא"כ מדד כו' והרמ"ה כתב דוקא בסימטא אבל אם הוא ברשות לוקח או שהגביה כל הכור קנה וכ"כ רב אלפס, כוונת רבנו בדין היו כמה כורין פירות של המוכר ביד לוקח וקיבל למכור ללוקח כור אי קנה הלוקח כור בתוך הכורים או דבעינן שימדוד, וה"ה אם משך או הגביה הלוקח כמה כורים לזכות בכור מהם אי קנה, וכבר נתבארה מחלוקת זו בבעה"מ והרמב"ן פ"ו ב', [ושם מבואר שכן דעת הרי"ף ממה שפירש הא דרב ושמואל דוקא בשהיו הפירות בכליו של מוכר ברשות לוקח, ומבואר דבהיו בכליו של לוקח אין כאן ענין מדברי רב ושמואל], ודעת רבנו וכתב כן גם בשם הרא"ש כהבעה"מ וזו נראה גם דעת הרשב"ם, אבל בדין היה המוכר מודד מתוך כליו ברשות לוקח לתוך כליו של לוקח בזה כל הראשונים שווין דבאומר כור בשלשים אינו קונה עד שיוציא המוכר לרשות הלוקח כל הכור, ובאמר כור בשלשים סאה בסלע כל סאה שנותן לכליו של לוקח זוכה בהם הלוקח, ואם מדד המוכר מתוך כליו לתוך כליו [אפילו ברשות לוקח] אפילו מדד כל הכור לא זכה הלוקח שאין רשות לוקח קונה בכליו של מוכר וכמש"כ רבנו לעיל דין ח'.

שם וה"ר יונה הוסיף לומר דאפילו לא משך אלא כל סאה וסאה לבדה קנאה במשיכתה, דעת הר"י לחלק בין קנין כליו לקנין משיכה ולפרש דהא דרב ושמואל דוקא בקנין כליו אבל במשיכה בפני המוכר כיון שרואה המוכר שמושך ושותק ש"מ שמסכים שיקנה כמה שמשך וקנה הלוקח, אבל בכליו של לוקח התם אינו קונה אלא עד שיתן הכל שאין בנתינת המוכר לתוך כליו של לוקח כהסכמה לקנות כל מעט שנותן, [יעוי' בשטמ"ק ובדברי הרשב"א שם משמע שאינו קונה במשיכה אלא לאחר שימשוך הכל אלא דנפ"מ בין משיכה לכליו דבכליו בעינן שיהיה הכל בכליו ביחד, ובמשיכה סגי בזא"ז וכתב כן בשם רבו וכנראה כוונתו להר"י אבל בדברי הר"י שבשטמ"ק משמע דבמשיכה קנה מיד כל מעט שמושך, ול"ע כעת בזה היטיב].

רמב"ם פ"ד מהלכות מכירה ה"ז והתחיל המוכר למדוד בתוך כליו של מוכר כו', מרהיטת לשון רבנו משמע דבמדד המוכר הכל ברשות הלוקח אף שמדד מתוך כליו

לכליו ולא היו כלל ברשות הלוקח שלא בכליו של מוכר אפ"ה קנה, וע"ז השיג הראב"ד, וגם ה"ה כתב שכל הראשונים חלוקים על רבנו בזה דודאי כליו של מוכר ברשות לוקח לא קנה לוקח ואין נפ"מ בין מודד המוכר ללא מדד, אבל נראה דאף דעת רבנו כדעת כל הראשונים ז"ל, ואיירי כאן רבנו במודד מתוך כליו של מוכר לתוך כליו של לוקח, ואף אי נקיים הגירסא שבספרי רבנו לפנינו נמי אפשר לכוין כן כוונתו וה"ק שהתחיל המוכר למדוד בכליו וליתן לרשות הלוקח וכן מבואר בסוף דבריו שכתב כל סאה שיגביה המוכר ויערה אותה ומשמע דצריך עירוי ואם כוונתו מדידה הו"ל למימר כל סאה שימדוד, אלא ודאי כוונתו ויערה לתוך כליו של לוקח, ואפשר שצ"ל והתחיל המוכר למדוד מתוך כליו של מוכר ויותר נראה שצ"ל בתוך כליו של לוקח וכן מוכח מלשון רבנו שאם היתה כוונתו לכליו של מוכר לא הו"ל למימר אלא והתחיל המוכר למדוד בתוך כליו, ותו לא, של מוכר ל"ל אטו עד השתא לאו בשל מוכר איירינן וכליו סתמא מתפרש בשל מוכר אלא משמע שצ"ל בתוך כליו של לוקח, [וכעת ראיתי במח"א שכתב דלהכי כתב רבנו שמודד בתוך כליו של מוכר משום דדרך התגרין ששופכין הפירות לארץ ומתחילין למדוד ולפיכך כתב רבנו דהכא איירי בשמודד בתוך הכלים ולא שפך הפירות לארץ, אבל ודאי מודד הוא ומערה לכליו של לוקח].

ולענין דינא לית לן נפקותא בכל זה דאף אם נימא דדעת רבנו שאם מודד המוכר מכליו לכליו ברשות לוקח קנה לוקח, נמי לא קיי"ל כן דכל הראשונים חלוקים עליו ולא מצאנו לו חבר (וגם בסברא ובגמרא הדברים קשים שלא מצאנו כליו של מוכר שיקנה ברשות לוקח), ומה גם אחרי שקרוב הדבר לומר דגם דעת רבנו כדעת שאר הראשונים, וכמשנ"ת, ודברי רבנו הם העתק מדברי הרי"ף וכבר נתפרש ברמב"ן ובשאר ראשונים כוונת הרי"ף ולית לן לחדש דרבנו פירש ברי"ף כוונה אחרת. שם ה"י היתה המדה של אחד מהן כו', נ"פ דכוונת רבנו דבעל הכלי קונה ועיקרו אם היה הכלי של הלוקח, וככוונת הגמ' פ"ה א' וכמש"פ ברשב"ם שם, וניחא ליה לרבנו למינקט לשון הגמ', אבל ודאי אין הלוקח זוכה בכליו של מוכר. שו"ע סימן ר' ס"ז היו הפירות בסימטא כו' והתחיל המוכר למדוד כו', המחבר העתיק לשון הרמב"ם, וכבר נתבאר לעיל דכליו של מוכר ברשות לוקח לא קנה לוקח בשום ענין אף אם מדד המוכר ואף אם גמר מדידת כל המקח, ואף אם כן דעת הרמב"ם אנן לא קיי"ל הכי, [ואף קים לי לא שייך כאן כיון דהרמב"ם יחידאה נגד כל הראשונים, וגם ספק אם דעתו כן], ופלוגתא הטור והרמ"ה אין לו ענין לדברי הרמב"ם.

דינים העולים. א. כור בשלשים אני מוכר לך והפירות בסימטא ומודד המוכר לתוך כליו של לוקח לא קנה לוקח עד שימדוד לתוך כליו את כל הכור. ב. משך או הגביה מקצת דעת הרי"ף דקנה אבל הרבה ראשונים חולקים עליו ולא קיי"ל כן, מיהו צ"ע אי מצי טעין קים לי, [יעוי' ברמב"ן במלחמות שכתב דה"ה בשמשך או הגביה, גם בלשון הרי"ף שלפנינו אין הדבר מוחלט שבתחלת דבריו לא כתב כן, גם צ"ע מדברי הרשב"א בשמו מיהו בנמו"י ג"כ כתב כהר"י ולפי זה נראה דמצי טעין קים לי וצ"ע]. ג. היו הפירות [כמה כורין] ברשות לוקח ובכליו, ואמר לו המוכר שמוכר לו כור, לדעת הרי"ף והרמ"ה והרמב"ן קנה מיד, ולדעת הרז"ה והרשב"ם והטור וכ"כ גם בשם הרא"ש לא קנה עד שימדוד, וכן אם הפירות ברשות מוכר ומשך הלוקח או הגביה כמה כורין ע"מ לזכות כור אחד מן התערובת נמי הדבר בפלוגתא, ולענין דינא כל חד מצי טעין קים לי. ד. היו הפירות ברשות לוקח בכליו של מוכר ודאי אין הלוקח יכול לזכות בהם אא"כ משך או הגביה, ואם מדד המוכר מתוך כליו לכליו

של לוקח, הר"ז כדין א' ולא קנה הלוקח עד שימדוד את כל הכור. ה. כור בשלשים סאה בסלע אני מוכר לך הרי כל סאה ככל הכור, ואם מדד בסימטא או ברשות לוקח מכליו של מוכר במדה של הלוקח והיו בה שנתות של סאה הרי מיד משנתמלאה שנתה קנאה הלוקח, אבל אם לא היו שנתות לא קנה הלוקח עד שתתמלא המדה אפילו היתה מחזקת כמה סאין. ו. מכר סל מלא פירות ואמר כל סאה בסלע מיד שמשך הלוקח או שהגביה או שנתן לתוך כליו זכה אע"פ שלא מדדו כיון שמכר לו הכל, [וכן אם היו ברשותו של לוקח [מקודם] ובכליו].

היו פירות של מוכר בכליו של לוקח בסימטא, כמדומה שכתב הרמ"ה דבעינן מדידה כל שלא מכר לו כל הפירות, ואין זה דומה להיות ברשות הלוקח, [דבזה דעת הרמ"ה שא"צ מדידה], ואינו תח"י כעת, וצ"ע.

כתב הב"י בשם רי"ו בשם הרשב"א שאם נתן מעות אפילו אמר לו כור בשלשים ראשון ראשון קנה כנגד מעותיו, וצ"ע דמה בכך שנתן מעות הא מ"מ יכול לחזור בו דמעות אינן קונות, וכיון שלא קיבל עדיין כל הכור לא זכה כלל דכור זבין ליה ולא פחות מכור, וגם אין שייך לומר דמסכים למכור אף פחות מכיון שנטל הכסף, דהא ודאי איירי בנטל הכסף אדעתא דכל המקח, (דאי בנטל אדעתא למכור מעט אין כאן נידון דהא הדר ביה ממאי דאמר כור בשלשים), ומ"ל הקדים המעות או לא הקדים, וכבר כתב בד"מ דמדברי הטור מבואר דלא כהרשב"א, ואולי כוונתו דבזה א"צ שיהיה כל הכור בב"א בכליו של לוקח אלא אף בזא"ז סגי, דכיון שהמוכר קיבל המעות הרי הוא מסכים שיקנה הלוקח כל סאה וסאה מיד אלא בתנאי שיטול כל הכור, וג"ז צ"ע מנ"ל לחדש מדנפשי, וגם פשטות הלשון אין מורה כן.

ט) גיטין ע"ח א' לא צריכא דגבוה עשרה כו', פרש"י דכל למעלה מעשרה לא חשיב ההוא אורא רשות מוכר לבטל רשות הכלי, ויש לעי' והא טעמא דאין כליו של לוקח קונין ברשות מוכר הוא משום דאין לו רשות להניח שם כליו ומ"ל למעלה מעשרה מ"ל למטה, ואפשר דודאי אם לא נתן המוכר ללוקח רשות להניח שם כליו ודאי לא קנה אף שהניח למעלה מעשרה, אבל אם נתן רשות להניח שם כליו בזה למטה מעשרה לא סגי וכמשנ"ת לעיל סק"ז, דבעינן שיהיה לו זכות להניח שם כליו ולא שהמוכר ירשה לו להניח כליו בביתו אבל כל למעלה מעשרה סגי בנתינת רשות דלא חשיב כולי האי רשות המוכר, ופריך והאיכא מקום כרעי וממילא חשיב כאילו המטה למטה מעשרה שהרי עיקר עמידתה למטה, ומשני דאמקום כרעי לא קפיד, ולפי זה ה"ה כליו של לוקח ברשות מוכר למעלה מעשרה קונין אם נתן המוכר רשות ללוקח להכניס שם כליו, מיהו מדברי התו' נראה דהכא ה"ק שלמעלה מעשרה אינו נחוץ כ"כ לתשמיש בנ"א ומקום למעלה מעשרה בביתו שאשתו משתמשת שם קנוי לה, וכמו מקום קלתה, אבל ודאי כליו של לוקח ברשות מוכר למעלה מעשרה נמי אין קונים ודוקא באשתו מהני למעלה מעשרה, וכן נראה עיקר, [דגם ברש"י לא נתבאר בהדיא איפכא], ואצ"ל ברה"ר דודאי אין מועיל כלל למעלה מעשרה דאין לו רשות להעמיד כליו ברה"ר.

י) ב"ב פ"ו א' תוד"ה לצדדין תימא לרשב"א כו', נראה דהנה התנא עסיק לאשמועינן דין רשות מוכר ואי בעי לאשמועינן דאין שם אפשרות של קנין אלא הגבהה או הוצאה מרשותו דהיינו משיכה, וכי צריך לפרש במידי דלאו בר הגבהה ששם יש אפשרות של הגבהה ושל משיכה, טפי עדיף לפרש בכללות הקנינים שיש שם קנין משיכה והגבהה ולצדדין מידי דבר הגבהה בהגבהה מידי דבר משיכה במשיכה, ולפיכך כיון דקושטא הוא דמידי דבר הגבהה אינו נקנה במשיכה, ע"כ כוונת התנא לצדדין, שזו הדרך הנכונה לפרש קנין משיכה והגבהה ברשות מוכר,

ולא שייך להקשות לפרש במידי דלאו בר הגבהה, כיון דטפי אית ליה לתנא לפרש לצדדין, גם אין דוחק בלשון הברייתא לפרש לצדדין, [שאם היה רוצה התנא לפרש לצדדין שפיר יש לו למינקט הך לישנא].

פ"ו ב' תוד"ה אטו משום שאין דרכו במשיכה כלל כו', נראה דמפרשי שאני פשתן דמשתמיט כפי' ר"ח דר"ל שאין דרכו במשיכה משום דמשתמיט, והוי ידע המקשן דבשליפי זוטרי אין דרכו במשיכה מטעם דמשתמיט אבל בשליפי רברבי הוי ס"ד דהתם אף דמשתמיט אורחיה במשיכה, ומשני דאף בשליפי רברבי לאו אורחיה במשיכה משום דמשתמיט.

שם גמ' שאני פשתן דמשתמיט, בין לפי' רשב"ם בין לפי' ר"ח שמעינן מיהא דאי הוי בשליפי רברבי והוי אורחיה במשיכה היה קונה במשיכה, ומבואר דאע"ג דאפשר לפרקן ולהגביה כל אחת לחוד מ"מ בשעה שהם קשורים חשיבי כחדא וכיון דלאו אורחייהו בהגבהה כמות שהן, מועיל בהן משיכה, והרא"ם ז"ל פי' שאני פשתן דמשתמיט דאפשר לפרקן ולשמטן וכיון דאפשר לשמטן הו"ל כדבר שאפשר בהגבהה דאע"ג דאפשר נמי במשיכה אין נקנה אלא בהגבהה, [ובעליות כתב כן גם בשם ר"ח אבל ברשב"ם העתיק פר"ח דאין דרכו במשיכה משום דמשתמיט במשיכה], ולפי זה לדינא כל מידי דאפשר למינתיק ולהגביה חדא חדא חשיב מידי דאפשר בהגבהה ואין נקנה אלא בהגבהה, וכתב עוד דהנ"מ מידי דאפשר למישדינהו אארעא שאינם צריכים לכלי אבל מידי דצריך לכלי אי עבדינהו בשליפי רברבי מיקנו במשיכה, [וכתב להקשות לפי' ר"ח שברשב"ם דל"ל למימר שאין דרכו במשיכה הא אף אי דרכו במשיכה כל שדרכו בהגבהה אין נקנה אלא בהגבהה, וצ"ע דהא שליפי רברבי סתמא אורחייהו במשיכה ולא בהגבהה ורק משום דמשתמיט חזר להיות דרכו בהגבהה ומשום הך טעמא אין דרכו במשיכה כלל], וכן דעת הרמב"ם כהרא"ם.

שו"ע חו"מ סימן קצ"ח ס"א בהגה"ה ויש חולקין כו' זו דעת הרשב"ם והביא כן בשם ר"ח, וכ"נ דעת תו', וכן דעת הר"י בעליות, והב"י כ"כ גם בשם הרמב"ן והראב"ד, [בהשגות שמפרש ג"כ כפי' ר"ח שברשב"ם, וכבר נתבאר דכל שאין מפרשים בגמ' כפי' הרמב"ם נמצא שמבואר בגמ' איפכא, וממילא כל הני דמפרשי בגמ' שלא כהרמב"ם חולקים עליו לדינא], והטור, ודברי הש"ך בסק"ב תמוהין, [ואדרבה הדעה שהביא המחבר אינה אלא דעת הרמב"ם והרא"ם, מיהו המ"מ הסכים לפירוש זה וכתב שכן פירשו רוב המפרשים]. (סי"ב סק"א-י).

פ"ז ב' תוד"ה הלוקח, א"ה, ראיתי להעתיק כאן מש"כ בחו"ב ב"מ. ב"מ פ"א א' הלוקח כלים מבית האומן לשגרן לבית חמיו וא"ל אם מקבלין אותן ממני אני נותן לך דמיהן כו' ונאנסו בהליכה חייב, פרש"י משום דהוי כלוקח, וכ"כ תו' ב"ב פ"ז ב' והוכיחו כן מהא דאמרינן שם פ"ח א' גבי קארי דאם המוכר הקדיש אין אדם מקדיש דבר שאינו שלו, ולכאורה הוא כלוקח על תנאי שאם יקבלו ממנו בבית חמיו הרי הוא קונה אותם מעכשיו, ומה"ט בקארי התם אם הלוקחים מחליטים לקנותם הרי הם שלהם למפרע משעה שלקחום, ולכך שפיר אין ההקדש חל, אבל כשנאנסו בהליכה ולא הגיעו לבית חמיו למה חשבינן ליה כלוקח, ואם נימא דכיון דאיירי בזבינא חריפא כדאמר נדרים ל"א אין המוכר מסכים לתת לו, אא"כ יקיים המקח גם אם יאנסו בהליכה, א"כ למה לא נימא גם דאין המוכר מסכים אא"כ יקיים המקח אף אם יאנסו בחזרה, ואם שייך לוקח לזמן, אפשר לומר דעד שיגיעו לבית חמיו הוא לוקח במוחלט או לעולם או לזמן, אבל בתו' ב"מ צ"ו ב' לא חייבו לוקח לזמן אלא בפשיעה, ולדעת הרמב"ן שם חייב גם בגו"א, אבל לא באונסין, גם כיון דעיקר ראית

התו' היא מההיא דקארי, והתם שפיר חשיבי לוקחים למפרע, א"כ תו אין ראייה דגם בלקח לשגרם לבית חמיו חשיב לוקח למפרע גם כשנאנסו, ויתכן לפרש כדעת רשב"ם דהוי שואל עד שיגיע לבית חמיו, ולכך חייב באונסין, ומיהו כיון שמשלם במוחלט לפי טובת הנאה שבהן, לכאורה כבר לא יתכן לחשבו כשואל שהרי נותן שכר, ולפ"ז ע"כ מדין לוקח אתינן עלה, וצ"ע, שוב נתעוררתי דאפשר לומר דאם מת חמיו עד שלא הגיע אצלו, דהמקח חל, דאין התנאי ברצון חמיו בחיוב, אלא אם לא ימחה, והלכך גם אם נאנסו בהליכה נחשב שהמקח חל שהרי לא מיחה חמיו, משא"כ בחזרה שכבר מיחה חמיו כבר נתבטל המקח, [ואדרבה לחשבו שואל ק"ק שהרי לפי טובת הנאה עתיד לשלם ואין כל הנאה שלו], וצ"ע. (עד כאן).

פ"ח א' אמר רבה הכישה חייב בה, בב"מ ל' ב' פירש רש"י שהכישה להשיבה ונתחייב הואיל והתחיל, והנה הכשה להשיבה יש לחשבה כמשיכה כדאמר קדושין כ"ב ב', ומוצא אבדה שמשכה להשיבה נתחייב בדין שומר אבדה, ופטור זקן ואינה לפי כבודו אינו אלא שרשאי להתעלם ולא ליטול, אבל אם נטלה ונתחייב מדין שומר אבדה, ליכא פטור דזקן ואינה לפי כבודו, עי' מש"כ להלן, אבל קשה דבעובדא דאביי דבסמוך לא נתכוין בזריקת הקלא להשיבם אלא לגרשם, ואפ"ה א"ל רבה שנתחייב בהם, וכן בב"ב פ"ח א' אמרו טעמא דנקטינהו נגרי ברייתא, והיינו גם בהכישה שלא ע"מ להחזירה דומיא דחנוני התם, ואפ"ה נתחייב בה.

ואפשר דפשטא דמימרא הכישה חייב בה מתפרש בהכישה להשיבה ומשום שהתחיל נתחייב, אבל אה"נ דמעובדא דאביי בב"מ שם ומסוגיא דב"ב יש ללמוד דאף בהכישה שלא להשיבה נתחייב, ומשום דנקטינהו נגרי ברייתא, והנה טעם זה אין בו כדי לחייב יותר ממה שאפשר שההכשה גרמה שלא תוחזר, אבל אם הכישה בשדה והגיעה לעיר דמבואר בסוגיין שזו מעשה השבה, אין לחייבו מחמת ההכשה, וא"כ לעולם אין לחייבו מחמת ההכשה דאפשר שלא גרמה כלום, ולפעמים שמועילה, ולכן יש לפרש דהכשה שגורמת למינקט נגרי ברייתא חשיבא כהתחיל לטפל באבדה, וכיון שהתחיל נתחייב, ולכך כתב רש"י וכן הרמב"ם בפ"א מג"א הי"ד טעמא שכבר התחיל, וסגי בהכי למירמא רחמנא עליה שמירת האבדה. (ב"מ ל' ב').

שם אמר רבה הכישה חייב בה, במוצא אבדה בעלמא בשעה שרואה את האבדה נתחייב בה מחיוב מצוה, ואם לא נטלה אינו חייב ממון כלל וכשנטלה חשיב החפץ כשמור בידו לבעליו וחזר להתחייב כדין שומר [מחמת מצוה שנצטוו לשמור], ואם נאבד בפשיעתו חייב לשלם, [ואע"ג דשומר באוריתא לא כתיב, קים להו לחז"ל כן בפירוש כונת המצוה שמשבא לידו ראוי לחייבו כשומר, א"נ אפשר דמוהיה עמך עד דרוש וגו' ילפינן לה], והנה זקן ואינו לפי כבודו לא פטרתו תורה אלא מן החיוב ליטול האבדה אבל אם כבר באה האבדה לרשותו באופן שנתחייב בה מדין שומר בזה לא פטרה תורה לזקן ואינה לפי כבודו, דבשומר לא שייך ענין זה, והיינו דאמרינן בב"מ שם דאי דרכו להחזיר בשדה ולא בעיר דאם נחייבנו להחזיר עד העיר תו נתחייב לגמרי דכבר שב להיות שומר ובזה לא מיפטר מחמת שאינו לפי כבודו, ואשמועינן רבה דכמו בנטלה להשיבה רמיה תורה עליה דין שומר ה"נ בעשה שלא כהוגן דהכישה דנקטה נגרי ברייתא ויש לחוש שהפסיד לבעלים נמי ראוי למירמי עליה דין שומר, דכל שראוי לחייבו בענין זה קצת תו איכא למרמי עליה דין שומר לגמרי, ואף באינש דעלמא אשמועינן רבה דנתחייב בהכשה במקל כדין שומר וממילא ה"ה זקן ואינה לפי כבודו נמי חייב כה"ג דמדין שומר לא אמעית, ומיהו אפשר דאינש דעלמא מתחייב בהכשה בדין שומר מפני שהכשה כמשיכה, ומשעת

משיכה ודאי ראוי לחייבו כשומר, [ועי' חו"ב ב"מ כ"ה ב' סק"ד שהוכחנו כן], אבל בזקן ואינו לפי כבודו דאף במשך רשאי להחזיר למקומו כיון שלא נתחייב בהשבה וכדמוכח בב"ב פ"ח א', בזה אשמועין רבה דכיון דאפשר שגרם הפסד בהכשתו תו אפשר למרמי עליה דיני שומר, ולפ"ז אפשר לפרש כפשוטו דמה שהכיש גרם לו להתחייב במצות השבה במקצת כדי לתקן מה שקלקל וממילא הרי הכשתו גורמת לו להתחייב כשומר כדין אינש דעלמא שהרי חייב הוא בהשבה, אבל החטא שבהכשה אינו גורם להיות שומר אלא הוא גורם להתחייב במצות השבה וכיון שנתחייב בהשבה ממילא הכשתו שהיא כמשיכה מחייבתו בדיני שומר, וכן נראה יותר, ולפי לשון זה מה שנתחייב בהשבה ליד הבעלים הוא משום דכיון דאיחייב איחייב וכדאמרינן בשדה ועיר, וה"נ כיון שנתחייב לתקן מה שעיוות תו נעשה שומר וחייב להשיבה ליד הבעלים, אבל לפ"ז יש לעי' למש"כ הרא"ש בדעת הרי"ף דלא אמרינן בשדה ועיר כיון דאיחייב איחייב, א"כ ה"נ בהכיש לא יתחייב אלא להחזירה למצב שקודם ההכשה, או למצב עדיף ממה שקודם ההכשה, אבל למה יתחייב להחזיר ליד הבעלים, ופשטא דסוגיא משמע דחייב להשיב ליד הבעלים, וצ"ל דהכיש גרע.

ודין זה דנתחייב בהכשה כדין שומר מבואר בב"ב פ"ח א' דאמרינן אימור דאמר רבה בבעלי חיים דנקטינהו נגרי ברייתא, ומשמע דאמנם בבעלי חיים כה"ג דומיא דצלוחית וחנוני ראוי לחייב לחנוני לשלם, וכ"ה בשטמ"ק שם בשם עליות הרי"י, דבאבדה מדעת שהכיש אדם דעלמא נתחייב בה.

ועיקר הדין שכתבנו דהכיש נתחייב בה היינו כדין מוצא אבדה ולא מדין מזיק או גזלן, מלבד דפשטא הכי משמע, איכא נמי להוכיח מעובדא דאביי דבסמוך שנתחייב להחזיר, ומשמע דלא סגי ליה לשלם בדמים, דהא ודאי ניחא ליה טפי לשלם בדמים דהא בשלו נמי אינו מחזיר, [ולא משמע לומר דאם לא יטלם לא יוכל לידע סימניהם ולמצוא הבעלים] אלא ודאי חיובו מדין השבת אבדה ולא סגי ליה בדמים, (ומיהו הערוני דכל שיכול להחזיר לבעלים גוף הדבר שפיר יש לחייבו בזה). (ב"מ ל' ב' ועי"ש).

שם הנוטל כלי מן האומן לבקרו כו', א"ה, עי' במש"כ לעיל פ"ז ב', ולקמן צ"ג ב' ס"ק י"א בדין לוקח מקח ונמצא בו מום ואח"כ אבד.

שם הלוקח ירק מן השוק כו', בתוספתא רפ"ד דדמאי תניא דאינו יכול להחזיר גם כשיקנה אחד ויעשר, משום שמא יבא אדם ליקח ויעשר מן המעושר, אבל מתני' דקתני שלא יחזיר עד שיעשר הרי מפורש דאם עישר יכול להחזיר, וכן בב"ב פ"ח א' אמרינן דנותן לו דמי המעשר ומחזיר המותר, וע"ז פרכינן דעושה תקלה לבאין אחריו ומשני עושה אותן צבור לפניו, [וצ"ע בר"ש פ"ג דדמאי שהעתיק עושה אותן צבור לפניו ויקבעם לתוך פירותיו, ושמא חסר תיבת וכו' והוא העתק מן הירושלמי], נראה דר"ל שהוא אינו מערבבם עם שאר הפירות ואינו מחזירם למקום שלקחן משם, אלא שעושה אותן צבור לעצמו, ומה שאח"כ הע"ה יערבבם, לית לן בה, דמותר למכור פירות מעושרים לע"ה, אע"ג שעלול לערבבם עם פירותיו, ולא חשיב כעושה תקלה, ובלא"ה הע"ה מערבב פירות של כמה אנשים שלוקח מהם אע"ג שאין מעשרין מן הדמאי על הדמאי, ובזה ניחא שהרמב"ם לא העתיק הא דעושה אותן צבור לפניו, משום דסתמא הוא מחזיר לע"ה את פירותיו לעצמן, אבל אם היה הדין שצריך הלוקח להשתדל שהע"ה לא יערבבם עם פירותיו וישאירם צבור לעצמן, היה ראוי לפרש הדבר, וסוגיא בדוכתה שהרמב"ם השמיטה ע"כ קובעת דעתו להלכה. (דמאי ס"ו סק"ד).

במדות ומשקלות

(א) פ"ח ב' מתני' מקום שנהגו למוד כו', יתבאר להלן סק"ד. גמ' אלא רישא במקום שנהגו וכי איתמר דר"ל אסיפא איתמר היה שוקל לו עין בעין נותן לו גירומין מנה"מ אר"ל דאמר קרא וצדק צדק משלך ותן לו, נראה דאין ר"ל דאיתמר הא דר"ל אסיפא ולא ארישא, דהא רישא דמקום שנהגו היינו נמי משום האי קרא דצדק משלך ותן לו, אלא דמעיקרא ס"ד דר"ל יליף חיוב הכרעה מקרא, ופרכינן דא"כ היכי שרי לשקול עין בעין אפילו נותן גירומין, ומשני דמתני' חדא קתני דבמקום שנהגו להכריע חייב להכריע טפח ובמקום שנהגו לשקול עין בעין חייב ליתן גירומין, ואסיומא דמתני' קאי ר"ל לפרושי מנלן וקאי אתרווייהו גם אחיוב הכרעה במקום שנהגו להכריע וגם על חיוב גירומין במקום ששוקלין עין בעין, דתרווייהו משום חיוב דצדק משלך ותן לו.

ונראה להוכיח דעיקרו דקרא אתי לחייב הכרעה, מהא דאמרין כריתות ה' א' דלהכי כתב רחמנא וקנמן בשם מחציתו חמשים ומאתים, ולא כתב חמש מאות, כדי שישקלוהו בשני פעמים שתהיינה שתי הכרעות, ואם נותן גירומין לפי ערך המשקל, אין נפקותא אם שוקל בפעם אחת חמש מאות או בשני פעמים כל פעם מאתיים וחמשים, ומיהו י"ל דהא דנותן הגירומין לפי ערך המשקל אינו אלא מדרבנן, ומדאורייתא סגי בגירומין כל שהוא כדי להוסיף הכרעה, וכששוקל פעם אחת סגי בגירומין כל שהוא, וכששוקל שני פעמים צריך פעמיים גירומין כל שהוא, ומ"מ פשטיה דקרא בהכרעת המשקל מתפרש, דוצדק אמשקל קאי שיהא שוקל בצדק, אבל מאחר ועיקר הענין שיוסיף מעט על המשקל, הרי שפיר רשאי גם לשקול עין בעין ולהוסיף גירומין, ועי' בשטמ"ק בשם תו' הרא"ש.

שם במשנה וחייב להכריע לו טפח, בהכרעה לא מצאנו חילוק בין לח ליבש כמו בגירומים, ולפמ"ש"כ הרשב"ם הטעם שהוסיפו בלח משום שנדבק לדפנות, היה ראוי גם בהכרעה להצריך יתרון ללח, ולפי מה שצדדנו דעיקר הילפותא דצדק משלך ותן לו מתפרש שימדוד או שישקול באופן שיצדיק משלו, וענין הגירומין הם מעין אפשרות לתקן כשלא שקל בהכרעה, י"ל דלכך בהכרעה לא תיקנו חכמים כלום ושכקוה אדאורייתא שיכריע המשקל, ורק כשלא שקל בהכרעה ובא לתת גירומין ויש לקבוע להם שיעור, בזה חילקו חכמים בין לח ליבש, וברמב"ם פ"ח מה' גניבה הי"ד משמע קצת דעיקר קרא לגירומין אתי, אלא דגם בהכרעה מתקיים שפיר, גם משמע שם קצת דהכרעה טפח הוי טפי משיעור הגירומין, וצ"ע, ועי' בח"ש להמהרש"ל כאן.

והנה שיעור הגירומין אינם תואמים עם ההכרעה טפח, דהא לענין הכרעה טפח אין שייך לחלק בין לח ליבש, ובגירומין מחלקינן ביניהם, ואם נימא דגם בשיעור גירומין דיבש איכא בהו כדי הכרעת טפח, יש לעי' אם שקל עין בעין בלח, אם יועיל שיחזור וישקול ויוסיף הכרעה טפח, ושלא יצטרך לתת כשיעור הגירומין דלח, וכשעדיין הלוקח לא זכה במה ששקל, וצ"ע.

שם נותן לו גירומין אחד לעשרה בלח כו', בתו' הקשו אמאי לא קתני אחד ממאה, ומתוך קושיא זו חידשו דאין חיוב הכרעה מדאורייתא אלא במשקל עשר ליטריין, והדברים מאד מחודשים, שיסמכו בגמ' שמתוך קושיא זו נדע לחדש כן, ללא רמז בקרא, וגם מה ענין למיזל בתר המשקל, ולא בתר הערך, ולא יצטרך להצדיק משלו בתשע ליטרות בשר, ויצטרך להצדיק משלו בעשר ליטרות ירק, ומהיכן קים לחז"ל כן, ובעיקר קושייתם נראה דבטורטני ששוקל בה כסף וזהב לא מחייבינן ליה לא הכרעה טפח, וגם לא גירומין של אחד ממאה או ממאתיים, והרי אינה גבוהה מן

הארץ אלא ג' אצבעות כדתניא לקמן פ"ט א' ולא יתכן בה הכרעה טפח, וכמ"ש הרשב"ם שם, ומשום כך שנה התנא שהגירומין אחד לעשרה ליטריין דממילא מובן דהנידון בדברים ששוקלין בליטריין, ויתכן גם דלא מחייבינן הכרעה טפח אלא במשקל עשר ליטריין ומעלה, ולכך נקט אחד לעשרה ליטריין לרמוזי דבהכי איירי מתני', ומיהו קשה דהא במתני' לא נזכר ליטרא וצ"ע, ועי' רשב"ם שכתב דבפחות מליטרא א"צ הכרעה טפח, אבל הכרעה דנלמד מצדק משלך ותן לו, שפיר חייב מדאורייתא בכל משקל, אבל בפוסקים העתיקו הכרעה טפח ושיעור גירומין בסתמא, ומיהו ברמב"ם כתב בין רב בין מעט.

(ב) פ"ט א' ת"ר מנין שאין מוחקין במקום שגודשין ואין גודשין במקום שמוחקין ת"ל איפה שלמה, לכאורה היה נראה דיש מקום שהסאה מחזקת סאה כשהיא גדושה ויש מקום שהיא מחזקת סאה כשהיא מחוקה, וכעין דאמר מנחות פ"ז א' היה ר"מ אומר מה ת"ל עשרון עשרון כו' מלמד ששתי עשרונות היו במקדש אחד גדוש ואחד מחוק, וקמ"ל שבמקום שגודשין אסור לעשות מדה מחוקה ובמקום שמוחקין אסור לעשות מדה גדושה, דנמצא שמשה מדה חסרה או יתירה, והיינו דנפק"ל מאיפה שלמה, ולא איירי שמטעה בהן את הלוקח, אלא שמודד בהן כמדתן אם מחוקין או גדושין, ובזה ניחא שהרמב"ם השמיט הך ברייתא, כיון שכבר כתב איסור משקלות שאינם מכוונות בפרק ז', אבל הראשונים ז"ל לא פירשו כן.

ונראה דעתם ז"ל דלשון אין מוחקין ואין גודשין משמע בפעולת המדידה ולא בעשיית הכלי, וגם אמתני' קאי דקתני למחוק לא יגדוש לגדוש לא ימחוק, וגם ראוי לפרש רישא דומיא דסיפא, וסיפא הרי לא מיירי בשינה המדות ממנהג המקום, ולכן פירש הרא"ש דאין מוחקין במקום שגודשין ר"ל שלא ימדוד מחוק בכלי שמדתו בגודש וינכה שליש של הגודש, כגון שבא לקנות שתי סאין והמדות גדושות, שלא ימדוד לו בהן שלש מחוקות, או שהמדות מחוקות ובא לקנות ג' סאין שלא ימדוד לו בהן שתים גדושות, דאין למדוד במדות אלא כמדה שהן מתוקנות לה, ובתור הכי קתני שלא ישנה למדוד בהן שלא כמדתם אף אם יפחות או יוסיף בדמים, ותרוייהו בכלל הא דתנן למחוק לא יגדוש לגדוש לא ימחוק. - ורשב"ם פירש דאין רשאים אפילו בהסכמת שניהם למדוד מחוקה במקום שגודשין ולא למדוד גדושה במקום שמוחקין, אע"פ ששניהם מסכימים זה לפחות וזה להוסיף, משום דאתו למימר שהמדות הם שלא כמנהג המקום, וימדדו בהם בכך, ואע"ג דראוי להוסיף הכרעה גם במדות, היינו כשמוסיף מעט דניכר שזה הכרעה, אבל כשמוסיף גודש תילתא אתו למימר דמדה גדושה היא.

ומש"פ תוד"ה מנין צ"ע דמשמע דפירשו שיש סאה מחוקה ויש סאה גדושה, ולא בגודל המדה שמוודין בה, אלא באותה מדה, שיש שמוכרין אותה עם גודש מעט והוא כעין הכרע, ויש שמוכרים אותה מחוקה, [וצ"ל דמ"מ מוסיפים מעט לקיים צדק משלך ותן לו], וכשלקח סאה סתם נתחייב המוכר כמנהג המקום אם סאה גדושה או מחוקה, וצ"ע דלא אשכחן שתי מדות מחוקה וגדושה ששונים במדתן.

שם ומנין שאם אמר הריני מוחק במקום שגודשין ולפחות לו מן הדמים והריני גודש במקום שמוחקין ולהוסיף לו על הדמים שאין שומעין לו ת"ל איפה שלמה וצדק יהיה לך, בכאן איירי שהמדות מתוקנות בהתאם למנהג המקום אם גדושות או מחוקות, אלא שבא למדוד בהן שלא כמדתם, שאם מדתם בגודש ימדוד בהם מחוקים ויפחות מן הדמים, ואם מדתם במחוק ימדוד בהם בגודש ויוסיף על הדמים, וקמ"ל דאסור, דכשמודד במדה שלא כמדתה לא קרינא ביה איפה שלמה וצדק, אע"ג דאם בא למכור אכסרה בכלי שאינו של מדה שפיר דמי, אבל בכלי של מדה

כשמודד בה שלא כמדתה אסור, וכ"ה בפי' רשב"ם וברמב"ם. - ובני יעקב נ"י העיר דלו"ד הראשונים ז"ל היה אפשר לפרש דגודשין היינו דומיא דהכרעה במשקל דבמדה הוא מוסיף גודש מעט, ומוחק היינו כעין ששוקל עין בעין ומוסיף גירומין, והשתא מתפרשא הך ברייתא ממש כאידך ברייתא דמכריעין ומעיינין, והתם במשקל והכא במדה, ולפי זה מצאנו בגמ' כיצד מתקיים צדק משלך ותן לו, במדה שמודדין ואין שוקלין, עי' לקמן סק"ד.

שם ת"ר מנין שאין מעיינין במקום שמכריעין ואין מכריעין במקום שמעיינין ת"ל אבן שלמה, נראה דר"ל שישקול עין בעין ויתן גירומין במקום שנהגו להכריע, או שיכריע ולא יתן גירומין במקום שנהגו לשקול עין בעין ולתת גירומין, ת"ל אבן שלמה שימדוד כדרך שכולם מודדין בה אם בהכרע אם עין בעין, ובתר הכי קאמר שאסור לעיין במקום שמכריעין אפילו בא לפחות מן הדמים כנגד ההכרע או כנגד הגירומין, וכן אסור להכריע במקום שמעיינין ולהוסיף על הדמים בעד ההכרעה, ואיירי שנותן הגירומין כדרך מקום שמעיינין, דאין ליטול דמים בעד ההכרע.

(ג) שם ת"ר היה מבקש ממנו שלשה רבעי ליטרא לא יאמר לו שקול לי שלשה רבעי ליטרא אחת אחת אלא שוקל ליטרא ומניח רביע ליטרא עם הבשר, יש לעי' מהיכי תיתי שיבקש הלוקח שישקלו לו ג' פעמים רבע ליטרא, ולא ישקלו לו בב"א כנגד חצי ליטרא ורבע ליטרא, והרי במבקש ליטרא לא איצטריך לאשמועינן שלא יאמר לו שקול לי ד' פעמים רבע ליטרא, ואפשר דהכא כיון שע"כ צריך לשים שתי משקלות דהא ליכא משקל אחד של ג' רבעי ליטרא, לכך ס"ד שיוכל הלוקח לבקש לשקול כנגד כל משקל לחוד, ואחת אחת דנקט לאו דוקא, ועיקרו לאפוקי שלא ישקול הכל כאחת, ונקט התנא אלא שוקל ליטרא כו' לומר דאפשר גם לשקול הכל במשקל אחד, ולא חשש התנא דנדייק מזה דבאמת אין לשקול כנגד חצי ליטרא ורבע ליטרא, דהא בתר הכי קתני בעשר ליטרין דשוקל כאחד, אף כנגד עשר משקלות של ליטרא, ויותר נראה דלעולם כשאפשר לשקול כנגד אבן אחת הכי עדיף טפי, שאין צריך לבטוח ששני האבנים משקלן מכוון, ולכך נקט התנא דשוקל ליטרא ומניח רבע ליטרא עם הבשר, [ואם משקל הרבע אינו מכוון הרי ירויח הלוקח, דלעולם החשש הוא שנפחת המשקל, ונמצא דסגי כשמשקל הליטרא מכוון], אבל ה"ה דיכול לשקול כנגד חצי ליטרא ורבע ליטרא, וכ"כ הריטב"א והובא בנמו"י, אלא דשם כתב דאפילו בליטרא מצי עביד, ומשמע דזה חידוש טפי, ולא נתפרש למה, ושמא משום דסתמא דמילתא שוקלין כנגד האבן, ואין רגילות לשמש באבן להפחית המשקל, לכך חשיב לה כחידוש טפי.

ובפשוטו איירי ברייתא במקום שמכריעין, ודומיא דאידך ברייתא דעשר ליטרין דקתני בהדיא והכרע אחד לכולן, דאי במקום שמעיינין ונותנין גירומין, מה נפ"מ ללוקח כיצד ישקול, הלא לעולם יקבל גירומין כנגד כל משקלו, וצ"ע ברשב"ם שכתב דהכא במקום שאין מכריעין איירי, ומה שדחק להרשב"ם דע"י ששוקל בליטרא יצטרך להוסיף כדי להכריע גם את הרבע ליטרא הנוסף, דלפי כובד המאזנים נקבע הכמות הנצרכת להכריע טפח, ועי' בסמ"ע סי' רל"א ס"ק כ"ה, ולמה יתחייב לעשות כן, לפמש"כ דיש יתרון לשקול באבן אחת, שפיר י"ל דשקול יתרון זה כנגד המשהו שיצטרך להוסיף בהכרעה.

הרי"ף לא גרס תיבות אחת אחת והכי גריס אל יאמר לו שקול לי [כנגד, וברא"ש ליתא לתיבת כנגד] שלשה רבעי ליטרא אלא שוקל ליטרא ונותן רביע ליטרא עם הבשר, ופירש הרא"ש דגם לגירסא זו הכונה שישקול לו ג' פעמים רבע ליטרא וכמו לגירסא דידן, וע"כ לפרש כן, דהא משמע שזו בקשת הלוקח, ואין שום יתרון ללוקח

אם ישקול כאחת ע"י חצי ליטרא ורבע ליטרא, או ע"י ליטרא פחות רבע. ואפשר דגם הרמב"ם מפרש כן, ומש"כ בפ"ח מה' גניבה הי"ט שאם אתה נותן חצי ליטרא ורביע ליטרא בכף אחת שמא יפול רביע הליטרא ואין הלוקח רואהו, הוא סברא דיליה לפרש למה לא אמרו שישקול כנגד חצי ליטרא ורביע ליטרא, אבל אין זה רישא דברייתא שלא יאמר שקול לי ג' רבעי ליטרא, דאין שום טעם שהלוקח יבקש כן, וצ"ע במ"מ דמשמע שלא פירש כן שכתב בדברי הרמב"ם על פי גירסת הרי"ף, וצ"ל דהמ"מ גרס בדברי הרי"ף תיבת כנגד, ומתפרש שלא יעשה כן, ודנקטו לה בלשון הלוקח לאו דוקא, ובאמת בדעת הרמב"ם הכי עדיף טפי שלא הוסיף הרמב"ם מדינפשיה אלא פירש טעם להאמור בגמ', אבל בדעת הרי"ף עדיף טפי לפרש כהרא"ש.

שם ת"ר היה מבקש ממנו עשר ליטרין לא יאמר לו שקול לי אחת אחת והכרע אלא שוקל לו כולן בב"א ונותן הכרע אחד לכולן, בפשוטו מתפרש דאם ישקול עשר פעמים יצטרך עשר הכרעות של טפח ויפסיד המוכר, אבל אם ישקול פ"א יספיק לו הכרעה אחת, וחזינן דאע"ג דהמשקל שוה דכאן עושה עשר הכרעות של ליטרא אחת, וכאן עושה הכרעה אחת של עשר ליטרות, אפ"ה ברבות ההכרעות יש תוספת, [ובמציאות כמדומה שיש חילוק כיצד נעשה המאזנים, ומקום תלייתו, ומקום תליית כפות המאזנים], והיינו דאשמועינן מתני' דיכול המוכר להסתפק בהכרעה אחת, [וצ"ע בדברי הרשב"ם והסמ"ע הנ"ל], והא דס"ד שיוכל הלוקח לבקש עשר הכרעות, י"ל נמי כמש"כ לעיל משום ששוקל בעשר אבנים. - גם ברייתא זו יש לפרש במקום שמכריעין, דבמקום שמעיינין אין חילוק כיצד ישקול, וכדקתני בהדיא והכרע אחד לכולן.

הא דאמרה תורה קנמן בשם מחציתו, לקבוע שיעורו הוא דאתי, ושפיר יכולים לקנות אצל שני מוכרים, או לקנות יותר ולשקול בעצמם בשני פעמים, או לבקש מהמוכר שישקול פעמיים בהכרע אף שאינו חייב לעשות כן, וגם מזה משמע דשתי הכרעות במשקל מאתים וחמשים יש בהם יותר מהכרעה אחת במשקל חמש מאות, ודלא כהרשב"ם והסמ"ע, אלא דשמא י"ל דאין דבריהם אלא בהכרעה טפח ולא בהכרעת כל שהוא, ומדאוריתא בכ"ש סגי, ועי' סק"א, וצ"ע.

ד) כבר כתב הרשב"ם פ"ח ב' בד"ה וצדק דכי היכי דדרשינן צדק משלך ותן לו באבן שלמה וצדק, ה"נ דרשינן באיפה שלמה וצדק, וצריך למדוד בריוח שיהא יתר על מדתו, וצ"ע דלקמן פ"ט ב' תניא כיצד מוחקין את המדה ובמה מוחקין אותה, ולא נזכר כלל דאחר המחיקה יש להוסיף גירומין, וגם בפוסקים לא נזכר, ואין לומר דיש לעשות האיפה לכתחלה עם גירומין, דבפשוטו זו נקראת מדה יתירה, וכמו במשקל דודאי אינו רשאי להגדיל המשקל כנגד הגירומין, והרי זימנין שמשתמש במשקל להפחית המדה כדאמר פ"ט א', גם לא נתפרש שיעור למדידה בריוח אם כפי ערך הגירומין ולחלק בין לח ליבש, או כשיעור הכרע טפח, דלא ידענו לשערו באיפה, ולכאורה בכל מדה אם ינער המדה עם המדוד בתוכה יוכל להוסיף בה עוד קצת, וגם בזה לא למדנו שיעור, ואפשר דשיעור המדה צריך להיות שתכיל את הכמות בלא נייעור, ואם ינער כבר יש בזה הכרע, וכ"ז צ"ע.

גם יש לעי' כשבא למדוד ללוקח עשרה קבין, אם צריך שיתן תוספת לכל קב וקב, וכמו אילו היה שוקל עשר פעמים בליטרא, וכמו גירומין שהם לפי ערך הכמות, או"ד סגי בתוספת אחת לכל העשר קבין, דאין חילוק המדידות כחילוק המשקלות, וגם בדרך כלל המדודים מתערבים מיד עם גמר המדידה, והיו לאחד, משא"כ הנשקלים, והרשב"ם במתני' בהא דבמקום שנהגו למוד בדקה לא ימוד בגסה, פירש

משום שמפסידו הכרעות בדקה יתן לו הכרעה בכל קב, משא"כ בסאה אין לו אלא הכרעה אחת לכל ששה קבין, ומבואר דצריך הכרעה בכל קב.

ונראה דבמידה כל שאינו בטוח שיש יתרון הרי הוא בספק שיש חסרון, דלא ניתן לצמצם במידה מדת הדחק של הנמדדים, ואף בלח לא ניתן לכוין בדיוק את הגודש או את המחק, ולכן כל מודד חייב להשתדל להיות בטוח שאין חסרון, וכל שהוא בטוח שאין חסרון, כבר בודאי שיש יתרון, ואפשר דמה"ט לא הזכירו מדת היתרון שצריך במידה כדרך הגירומין שהזכירו במשקל, ואף דבגמ' אפשר לומר דהיינו הך וכשיעור הגירומין כן שיעור העודף במדה, שו"ר שכ"ה בתוספתא פ"ד ה"ג דמקום שנהגו שלא להשפיע נותן לו גירומין [ומשפיעין היינו במדה], ועי' מש"כ לעיל סק"ב, אבל סתימת הפוסקים עדיין לא יתיישב בזה, ולמש"כ ניחא.

במתני' לעיל פ"ח ב' מקום שנהגו למוד בדקה לא ימוד בגסה לא ימוד בדקה, פירש רשב"ם משום ההכרעות בדקה דהיינו מדה קטנה כגון קב הרי הוא נותן הכרעה לכל קב, ובגסה דהיינו סאה אינו נותן הכרעה אלא לסאה, ואפילו במקום שמוחקין א"א למחוק כ"כ בצמצום, והנה ענין הכרעה ליתא במדה, אלא ר"ל שאינו מודד בצמצום אלא מוסיף קצת, ולא מיבעיא כשהמדה גדושה דמוסיף מעט בגודש, אלא גם כשהמדה מחוקה אינו מוחק כ"כ בצמצום כדי שתהיה הכרעה, ואע"ג דתניא בתוספתא הנ"ל פ"ה דבמקום שנהגו שלא להשפיע ושלא להכריע נותן לו גירומין אחד לעשרה בלח ואחד לעשרים ביבש, וכשנותן גירומין לפי מדה ליכא נפקותא אם מדד בגסה או בדקה, מ"מ סתמא דמילתא אינו מודד בצמצום כ"כ אף בלא טעמא דצדק משלך, דא"א לכוין במדה בדיוק, ותוספתא עיקר הדין אשמועינן, דלעולם צריך לכל הפחות שיהיו גירומין בשיעור הגירומין, והלכך לעולם כשמודד בדקה יש ריוח ללוקח.

ובטוחו"מ סי' רל"א כתב וז"ל במקום שנהגו למדוד בדקה לא ימדוד בגסה אפילו אם יתן לו ג' גסות בשביל ד' דקות שטוב יותר ללוקח מדידה בדקה כדי שיקח הכרעה לכל מדה ומדה, עכ"ל, נראה דמפרש נמי כפי' רשב"ם, וכ"מ ממה שהמחבר העתיק לשונו בשו"ע, ומש"כ ג' גסות בשביל ד' דקות, ר"ל אפילו אם יזדמן שההבדל בין מדה גסה למדה דקה הוא מועט כגון דרק ג' גסות מחזיקות ד' דקות, ונמצא שבד' מדות אינו מפסיד ע"י הגסה אלא הכרעה של מדה אחת, אפ"ה לא ימדוד בגסה, ובב"ח ופרישה שם נתקשו בזה, ובמ"מ פ"ח מה' גניבה הט"ז על מש"כ שם מקום שנהגו למוד בדקה לא ימוד בגסה, כתב ויש מי שפירש דקה כגון מדת הקב גסה כגון מדת הסאה והענין הוא מפני שיהיה העודף על המדה יותר במדות מרובות ומועט במדה אחת עכ"ל, ויתכן דר"ל דיש מי שפירש דרק בהבדל גדול כמו בין קב לסאה קפדינן, דאל"כ קשה מאי ויש מי שפירש הרי כו"ע מפרשי דדקה וגסה בגודל המדות הוא, ועי' שלהי פ"ב דדמאי איזו היא מדה גסה ביבש שלשת קבין כו' ועי"ש בר"ש, ולפי זה לא משמע לומר דלא חשיב מדה גסה אלא סאה, ושמא אין כונת המ"מ לתת שיעור לדבר, אלא הביא פירוש המשנה מדברי הרשב"ם, ושמא יש גם פירוש אחר למתני'.

ה) המשקלות שנהוגים כהיום שהם שוקלים כל משהו, ולא שייך בהם ענין של הכרעה, הרי הם בדין מקום שמעיינים, וצריך להוסיף גירומין אחד ממאה בלח ואחד מד' מאות ביבש.

מה שמוכרים כהיום ככרות במשקל ידוע, אפשר דאין בהם חיוב גירומין, דאין הככרות נמכרים במשקל, אלא במנין ככרות, רק שהמוכר מודיע משקל הככר, והר"ז כמוכר ביצים ומודיע משקל כל ביצה, [ומיהו ל"ד דבביצים א"א להוסיף משא"כ

בכורות], וצ"ע.

חנוני המוכר חבילות אוכלים שהם במשקל ידוע, כמו שנהוג היום שהאוכלים באים לחנוני באריזות של קילו וכיו"ב, אי אפשר לחייב לחנוני להוסיף הכרעות או גירומים שאין לו מהיכן להוסיף ולהיכן להוסיף, וגם הוא אינו מוכר במשקל אלא במנין החבילות, וגם בידוע שהוא לא שקלם קודם אריזתם, ולכן שפיר יכול למוכרם אף שמשקלם בצמצום ללא הכרעה, [ומיהו אם יודע שחסר במשקלם, חייב הוא להודיע ללוקח, שאל"כ הרי הוא עושה עול במשקל], ואפילו אם ימכור מאות חבילות לאדם אחד לא יתחייב להוסיף חבילה לשם גירומין, כי אינו נחשב כמוכר במשקל.

אבל האורז את החבילות ומוכרן לחנונים, יש לחשבו כמוכר במשקל, ומה שהקדים לשוקלן הרי הוא כמכין לעצמו שלא יצטרך לשקול בבא הלוקח, וחייב להוסיף הכרעה בכל חבילה וחבילה או לתת גירומין לחנוני הלוקח, ומן הראוי שיוסיף הכרעה בכל חבילה, שעל ידי זה גם החנוני ימכור בהכרעה.

וכן משקאות הנמכרים בבקבוקים וכתוב עליהם הכמות שהם מכילים, ומחיר המשקה נקבע לפי משקלו או נפחו, יש לחשוב כמוכר את המשקה במשקל או בנפח, והבקבוק כשוקל את המשקה, וצריך שיהא הכרעה במדת המשקל או הנפח, [וכרגיל בכל בקבוק העשוי לפי נפח מסויים, יש מקום להכרעה], ואף בבקבוקים שאין כתוב עליהם מדתם, ומחירם נקבע לפי בקבוק, מ"מ לעולם עיני הלוקח על הכמות שבקנקן, ובדרך כלל מדתן ידועה, ויש לחשוב כמוכר במדה, והרי אם ימעט ממדתן יחשב כטעות במדה.

(ו) פ"ט ב' במדה זו מדידת קרקע שלא ימדוד לאחד בימות החמה ולאחד בימות הגשמים, פירש רשב"ם בשותפין או באחים, ומשמע דסתם לוקח קרקע רשאי למדוד בין בימות החמה ובין בימות הגשמים, דאין לומר דהדבר תלוי בזמן המקח, דא"כ הוה ליה למימר שאם לקח בימות החמה לא ישהה למדוד בימות הגשמים, ונראה מזה דהמוכר והלוקח בסתמא אין מקפידין על שינוי משהו שעלול להיות במדידה בין ימות החמה לימות הגשמים, אבל אחים ושותפים מקפידים שתהא חלוקתם שוה, ותדע דהא כתב הרמב"ם וכן בשו"ע שאם מודד בקנה או בשלשלאות של ברזל אין חילוק בין ימות החמה לימות הגשמים, וא"כ מן הראוי היה לחייב תמיד למדוד רק בהם, וע"כ דסתם בנ"א אין מקפידים על המשהו שינוי שעלול להיות, ומ"מ אפשר דיש רשות בין למוכר ובין ללוקח לבקש מדידה בקנה או בברזל. - ועי' ברשב"ם שהר"ח פירש דהשינויים הם בקרקע, ולא בחבל, ואפשר דטעמו ז"ל דאם היו השינויים בחבל, היה ראוי לקבוע שלא למדוד בו כלל, אלא בקנה ושלשלת של ברזל, וגם לפי טעם זה משמע שאין להקפיד אלא באחים ושותפים, אבל לוקח ומוכר אין מקפידין על זה. - ולמדנו בכאן דהלאו דלא תעשו עול נמדד בקפידת בני אדם, ואחין ושותפין שמקפידין שתהא חלוקתם שוה, הרי המודד לאחד בימות החמה ולאחד בימות הגשמים עובר על לאו זה, ואילו המודד להם בזמן שהם מוכרים ולוקחים רשאי לכתחלה בין בימות החמה בין בימות הגשמים. - לכאורה לאו דלא תעשו עול נאמר על בעלים שמוכר ביוקר, או על לוקח שלוקח בזול, אבל שותפים שלקחו אדם שימדוד בשבילם, לכאורה אינו בלאו הזה, ואינו אלא כמעוות שליחותו, אא"כ מדידתו קובעת להם מצד ההלכה, כגון שקנו מידם על כך.

שם במשקל שלא יטמין משקלותיו במלח, מדה ומשורה דקרא מתפרשים שאין קלקול במדתם, אלא שמודד בהם שלא כהוגן, ודכוותה היה ראוי לפרש גם במשקל

דקרא דלאו במשקל מזוייף איירי, ובב"מ ס"א ב' פרכינן אטומן משקלותיו במלח דגזל מעליא הוא ומשני לעבור עליו משעת עשייה, ופרש"י משעת הטמנה ואפילו לא שקל בהן, נראה דר"ל משעת הטמנה ואפילו עדיין לא נשתנה משקלם, דאם נשתנה משקלם הרי הם בכלל לאו דלא יהיה לך בביתך אבן ואבן, [ואע"ג דאיכא למימר דלא קשיא לגמ' אם כתביה רחמנא לעבור עליו בשני לאוין, ורק משום גזל מעליא קשיא ליה דלא שייך למיכתב לא תעשו עול במשפט במשקל, אם מדובר בגזל מעליא, מ"מ עדיף טפי לפרש משעת עשייה משעה שהטמין, ועוד דאם אינו עובר אלא כשקלקל את מדת המשקל, מ"ש טומן במלח דנקט הוה מצי למינקט כל מעוות משקל], ומש"כ רש"י ואפילו לא שקל בהן ולא כתב רבותא טפי דאפילו לא נשתנה עדיין משקלם, הוא משום דכונת רש"י בעיקר לתרוצי דלאו גזל מעליא הוא, וכלפי זה פירש דלא שקל בהן, ולפי זה דקרא איירי עד שלא נשתנה משקל המשקלות, הרי שפיר הוי דומיא דמדה ומשורה שלא נשתנה מדתן. - וממה שכתבו תו' בד"ה ובמשורה דגם שלא ירתיח מתפרש לחייב עליו משעת רתיחה דומיא דמשעת עשייה דמשקלות, נמי משמע דפירשו משעת עשייה אפילו עד שלא נשתנה המשקל, דאם דוקא כשכבר נשתנה המשקל, איך שייך למילף מזה דיתחייב בהרתחה עד שלא מדד, הרי התם לא נעשה כלום במשקל, ועי' להלן מש"כ בדברי התו'.

מש"כ תו' דמרתיה חייב משעת הרתחה דומיא דטומן משקלותיו במלח, צ"ע דלא דמי, דאף אם טומן משקלותיו חייב מיד עם הטמנתו, היינו משום שכבר עשה מעשה הגורם להפסיד המשקל והמעשה נעשית במשקל, אבל מרתיה יין או שמן עד שלא בא למדדן, מה בכך שחושב למדדן, אינו אלא כמחשב לעשות עבירה, ומשה"ק תו' דגזל מעליא הוא נראה דל"ק דזימנין דגם לוקח המודד לעצמו אינו ממתין עד שתכלה כל הרתחה, ושפיר ס"ד דאין בזה עוול כ"כ, קמ"ל, והיינו דנקטו דוקא שלא ירתיח ולא שימדוד חסר דההוא גזל מעליא הוא, ובתו' הרא"ש ב"מ שם הקשה ג"כ קושית תו' דתיפ"ל משום לא תגזול [וכתב שם דע"כ בדאיכא שוה פרוטה דאל"ה גם לא תעשו עוול ליכא, ולכאורה שפיר י"ל דלא תעשו עוול איכא, וכ"ה בחינוך מצוה רנ"ח ועי"ש במנח"ח, ובטור סי' רל"א כתב שלא ירתיח אפילו אין ברתיחה שוה פרוטה, ומיהו לכתחלה ודאי יש לנהוג כן], ועוד הקשה מאי ק"ו אמרינן ממשורה שהיא מדה קטנה, כיון דאיכא שוה פרוטה מ"ל מדה קטנה מ"ל מדה גדולה, ותירץ כמו שתירצו תו' דעובר משעת רתיחה, ומשמע דבהכי מיתרצא נמי קושית דמאי ק"ו הוא, דמשעת הרתחה שפיר היה מקום לומר דבכמות מועטת לא עבר, ודוחק, ולפמ"ש"כ שפיר ניחא בדבר מועט י"ל דאין מקפידין על הרתחה, ושפיר דיינינן ק"ו דאם קפדינן בדבר מועט כש"כ במרובה.

ז) שם אר"י א"ר אסור לאדם שיששה מדה חסירה או יתירה בתוך ביתו ואפילו היא עביט של מ"ר, לשון זה משמע איסורא בעלמא ולא היינו קרא דלא יהיה לך בכיסך וגו' לא יהיה לך בביתך איפה ואיפה, וכתב רשב"ם דקרא לא אזהר אלא כשיתקנה לו ע"מ למוד בהן, אבל לשון הרמב"ם בפ"ז מה' גניבה ה"ג כל מי שמששה בביתו או בחנותו מדה חסרה או משקל חסר עובר בל"ת שנאמר לא יהיה לך בכיסך וגו', ומשמע דאיכא לאו, וכן בסה"מ ל"ת רע"ב כתב שהזהירו מהיות משקולות ומדות חסרות בבתינו ואע"פ שלא נשתמש בהם במו"מ, והא דאמרינן בגמ' אסור דמשמע איסורא בעלמא יש לפרש דקאי אהא דמסיק ואפילו היא עביט של מ"ר, וכן הרמב"ם סיים על זה שם בלשון אסור, [ועי' להלן דאפשר דלדעת הרמב"ם אין איסור ביתירה אלא מדרבנן], ובמ"מ שם ציין כמקור הא דאמרינן בב"מ ס"א ב'

לעבור עליו משעת עשייה, ולכאורה התם בלאו דלא תעשו עול איירי, אלא די"ל דהמ"מ בעי לאתויי שיש איסור גם מבלי לשמש בכלי כמדה, וע"ז מיייתי דגם משעת עשייה כבר אסר רחמנא, כש"כ כשכבר עשוי, ושפיר מתפרש לא יהיה לך על השהייה בבית.

יש לתמוה על הרמב"ם והטור והשו"ע שכולם השמיטו או יתירה דקאמר ר"ה וכתבו רק מדה חסרה, ונהי דאין הדבר כ"כ בהוה דסתמא דמילתא המוכר מודד בכליו ואינו חשוד להותיר במדה, אבל מ"מ כיון דבגמ' נקטו גם יתירה לא הו"ל להשמיטו, ובספר המצוות ל"ת רע"ב כתב שהזהירו מהיות משקולות ומדות חסרות אצלנו בבתינו ואע"פ שלא נשתמש בהם במו"מ והוא אמרו יתעלה לא יהיה לך בכיסך אבן ואבן כו' ולשון גמ' בתרא אסור לאדם שישעה מדה חסירה או יתירה בתוך ביתו כו', הנה פתח רק במדה ומשקל חסרים, ומשמע דהלאו הוא רק על חסרים, ומתפרש גדולה וקטנה דקרא שהגדולה כמדתה, [עי' בכלי יקר שדן בפירושא דקרא בזה], והקטנה חסרה, וכ"ה פשטא דקרא דאבן ואבן, דאחת כמדתה, ולפי זה הלאו רק על החסירה, וכיון שהרמב"ם שנה שהמשהה עובר בל"ת לכך לא כתב אלא מדה חסרה, והטור והשו"ע הלכו בעקבותיו, אע"פ שלא הזכירו הלאו, ומ"מ לא היה ראוי להשמיט איסור ביתירה כיון שנשנה בהדיא בגמ', וצ"ע.

נראה דמאזנים המיוחדים לשקילת אנשים, רשאים לקיימם אף כשאננם מכוונות, דכיון דאינם עשויים למו"מ אין בהם חשש אונאה, ועוד דגם ידוע שאינם מכוונים כל צרכן, ועדיפי מעביט, דמתחלתן לא נעשו למשקל במו"מ, וליכא למיחש דמיקרי ושקיל.

צ' א' אלא משום אונאה דלא ליהוי ביטול מקח והאמר רבא כל דבר שבמדה ושבמשקל ושבמנין אפילו פחות מכדי אונאה חוזר, ז"ל הר"י מיגאש דכל טעות שבמדה ושבמשקל ושבמנין אין דנין בו שפחות משתות יהיה מחילה ולא יותר משתות דליהוי ביטול מקח, וטעמא דמילתא דכי אמרינן יותר משתות בטל מקח ה"מ היכא דאיגלאי מילתא דאיכא טעות בדמים דהו"ל טעותא בעיקר זבינא והו"ל מקח טעות אבל היכא דליכא טעות בדמים כיון דעיקר זבינא לית בהו טעותא אלא לבתר דזבני וגמרי זבינא קא טעי במדה ליכא הכא ביטול מקח אלא שקיל ליה לההוא טעותא ואזיל, ואפילו הו"ל ההוא טעות פחות משתות נמי ליכא למימר דמחילה היא כו' דהו"ל כמאן דאית ליה גבי חבריה כור חטים דכי יהיב ליה כור פחות כ"ש או יתיר כ"ש ואפילו עוכלא אית לי מן דינא למישקל מיניה, עכ"ל, וכונתו ז"ל מבוארת בדברברים שאפשר להשלים לא שייך לדון בטעות במדה לא ביטול מקח ולא מחילה, אלא שעדיין לא גמר לתת לו את המקח, וחייב להשלים לו, או לנכות לו את הדמים בדברברים שאין ללוקח שום הפסד אם ישלים לעצמו את מקחו ממקום אחר, או אם לא ישלים ויחזיר לו את הדמים, והן הנה דברי הרמב"ם בפט"ו ממכירה ה"א ב' המוכר לחבירו במדה במשקל או במנין וטעה בכ"ש חוזר לעולם שאין הונאה אלא בדמים אבל בחשבון חוזר כיצד מכר לו מאה אגוזים בדינר ונמצאו מאה ואחד או תשעים ותשעה נקנה המקח ומחזיר את הטעות ואפילו לאחר כמה שנים כו' עכ"ל, וכ"כ הרמב"ן ק"ג ב' וז"ל והוי יודע דהיא גופה דאמר רבה אפילו פחות מכדי אונאה חוזר אין אנו מודים שפירושה ביטול מקח דוקא אלא פעמים בטל פעמים קנה ומשלים, אי אפשר להשלים כגון שדאי בה שיתא ולא שדא וכגון מכר לו בית ונמצא חסר מן המדה בטל מקח וכן בכלים ומטלטלין וכיו"ב, אפשר להשלים כגון שמכר לו פירות הללו מסאה בסלע ומדד לו ונמצאת מדה חסירה משלים נמצאת יתירה מחזיר ויתר משתות ופחות משתות כולן שוין

בדבר וכ"ד הר"ר יוסף הלוי ז"ל בפרק הספינה כו' עכ"ל.
 ולהאמור בדברים שא"א להשלים ויש ענין בשלימותם, כגון שמכר לו בית כור ואיגלאי מילתא דלית ליה אלא לתך, שפיר ביד הלוקח לבטל המקח דלא בעי למיזבן אלא בית כור, וכמ"ש הרא"ש בפשיטות ק"ג ב' ובכתובות צ"ח ב' וכן בטוח"מ סי' קפ"ב וכ"מ ברש"י שם כמ"ש הב"י, והדבר מוכרע בסברא דכיצד יתכן לחייב אדם לקנות לתך בזמן שחפץ היה לקנות בית כור, הרי אין לך טעות גדול מזה, והא דתנן ק"ג ב' בית כור עפר אני מוכר לך מדה בחבל פחת כל שהוא ינכה הותר כ"ש יחזיר, מתני' אתי לאשמועין עיקר הדין דאין כאן מחילה אפילו בכ"ש, ולאפוקי מסיפא באמר הן חסר הן יתר, ואיירי בחסר משהו דסתמא אין בני אדם מקפידין על זה לבטל המקח וכמ"ש בנמו"י, א"נ בזמן שהלוקח חפץ לקיים המקח על אף החסרון, ואשמועין מתני' דצריך לנכות, ואמנם אם רצה לחזור חוזר וכמ"ש הרמב"ן שם, [או דאיירי בשדה ידועה וכדמשמע מהא דמחזיר לו דמים, ומתפרש שמוכרה כפי השער של בית כור בכך וכך, וכשחסר משהו ינכה, כן הזכיר הרמב"ן שם פירוש זה, וכן בר"ן ריש פרק האיש מקדש, אבל ק"ק דא"כ פשיטא דפחת ינכה והותר יחזיר, וי"ל דקמ"ל דיחזיר דמים דבזמן שהוא מעט מחייבין ללוקח לקנותו].

והר"ן ברפ"ב דקדושין והובא בב"י ר"ס רל"ב נקט בדעת הרמב"ם כהרמב"ן דדוקא בדבר שאפשר להשלים המקח קיים, אבל בדבר שא"א להשלים המקח בטל, וכן נקט הב"י שם בדעת הרמב"ם, אבל המ"מ בר"פ ט"ו מה' מכירה ובפכ"ח ה"ה נקט בדעת הרמב"ם והר"י מגאש דגם בדבר שא"א להשלים המקח קיים, וכדעת הרשב"א, והיה נראה לומר דאם הלוקח אומר שאינו חפץ בפחות מבית כור, [עכ"פ בשיעור חשוב של חסרון], כו"ע מודים שהדין עמו והמקח בטל, וכל הנידון בסתמא, או בזמן שהלוקח חפץ לקיים, והמוכר רוצה לבטל, וס"ל להמ"מ דבזה דעת הרמב"ן דהמקח בטל ורק בהסכמת שניהם ניתן לקיימו, וכ"כ בה' מכירה שם דהחולקים מפרשים למתני' דמדה בחבל בששניהם רוצים, ומשמע דרצון הלוקח לחוד לא סגי, ובזה ס"ל להמ"מ דדעת הר"י מגאש והרמב"ם דכל זמן שאין הלוקח מבטל את המקח הרי המקח קיים, אבל ממה שהמ"מ הושה דעת הרשב"א לדעת הר"י מגאש והרמב"ם, וברשב"א רפ"ב דקדושין ובב"ב ק"ג ב' מבואר דאין הלוקח יכול לבטל את המקח כשנמצאת מקצת השדה גזולה, משמע דהמ"מ נקט בדעת הרמב"ם והר"י מגאש דאין הלוקח יכול לבטל את המקח בפחת.

ויעוי' ברשב"א ק"ג ב' דבהותר מחייבין ללוקח לקנות את המותר, כשאין המותר ראוי לשימוש למוכר, וכדתנן ומה הוא מחזיר לו מעות ליפות כחו של מוכר, והיינו בשלא נשאר שיעור שדה, וכן נקט שם בבית של כ' אמות שיש עוד ג' אמות מותר, ועיקר דבריו ז"ל שם דגם הקונים במדה או במשקל או במנין אין כונתם בדוקא, [ותיבת אלא שם משמשת במקום רק], ואפילו בדברים שא"א להשלים אין לבטל את המקח מחמת חסרון קטן או מעט מותר, ומש"כ שם דבמוכר שדה ונמצאת מקצתה יוצאת מתחת ידו מחמת גזילה אין הלוקח יכול לבטל את המקח אלא קם דינא במה שנשאר בידו, יש לפרש דהיינו נמי במקצת, דעדיין שם השדה על הנשאר, ואף דהראיה שהביא ממקצין ושם יכול להיות שיקחו ממנו רוב השדה, שהרי האח הנוסף לוקח שליש מכל הנכסים, התם לפי מש"כ תו' שם דהאח הנוסף נוטל בגורל, ע"כ יקבעו חלקים מסויימים להטיל עליהם גורל, כדרך יורשים שחולקים, ולא ישאירו חלק שדה שאין לו שימוש בפ"ע, וחלק שראוי להיות בפ"ע בגורל, לעולם יכול לעלות בגורלו של זה שעכשיו השלישי נטל הימנו, אף אם נידון בטלה

מחלוקת, והלכך ע"כ להסכים שיהא קם דינא במה שחלקו, עי' מש"כ לקמן ק"ז א', והלכך יש לפרש דמה דנקט במקצת שדה גזולה, דהיינו נמי בגוונא שהנשאר שמו עליו, אבל זבין כורא ונתברר שאין לו אלא לתך ודאי ביד הלוקח לבטל המקח, וכמ"ש הרא"ש והטור בפשיטות, [ועי' ברשב"א קדושין כ' וברמב"ן קדושין ס"א לענין גאולת חצאין דנקטו בפשיטות שאין להחזיר חצי שדה, דלאו שדה שהקדיש או לקח היא].

ולהאמור נמצא דהלוקח שדה ונמצאת מקצתה גזולה, אם המקצת הוא קטן טובא דסתמא אין להחזיק שהלוקח ירצה לבטל המקח בגלל זה, הרי המקח קיים, ואפילו הלוקח רוצה לבטל, וכמ"ש בנמו"י, ומיהו ינכה הדמים לפי ערך, ואם הגזול מרובה שיש מקום לומר שלא היה חפץ בנותר, הרי ביד הלוקח לבטל את המקח, וכמ"ש הרא"ש והטור בפשיטות, ולמש"כ אין בזה חולק, ואם הדבר שקול דעת הרשב"א דאין הלוקח יכול לבטל את המקח, אבל הרא"ה והר"ן והריטב"א חולקים דיכול לבטל, ובתראי ורבים נינהו, [ובדעת הרמב"ם והר"י מגאש אין הכרע בזה], והגרע"א ז"ל בגליון הסמ"ע סי' רל"ב סק"ב כתב דדעת הר"י מגאש והרשב"א דמכר שדה ונמצאת חציה גזולה קנה דיש קנין לחצאין, ומבואר דלא פירש כמש"כ אלא דגם בחצי גזולה אינו יכול לבטל המקח לדעת הרשב"א, וגם מה דנקט דהר"י מגאש ס"ל כהרשב"א הוא כנראה ע"פ דברי המ"מ, אבל ברמב"ן העתיקו כשיטתו דדוקא באפשר להשלים קנה, ועי' מש"כ בכתובות צ"ט א' (הועתק להלן).

בכתובות צ"ט א' ואיכא דאמרי הא לא תיבעי לך כו' דודאי מוסיף על דבריו הוי, והכי קי"ל, וכתב הרא"ש דהיינו אם הלוקח חפץ בליתכא, אבל יכול לומר שאינו חפץ אלא כור ביחד, ובאמת דבסברא ודאי ראוי לומר כן, וכן סתם בשו"ע סי' קפ"ב ס"ח דברי הרא"ש, ונראה שזה קובע הלכה כדעת החולקים על הרשב"א ב"ב ק"ג ב' וס"ל דנמצאת מקצת השדה שמכר גזולה דהמקח בטל, ובאמת רבו החולקים והם הרמב"ן שם דבדבר שא"א להשלים בטל המקח, וכן הביא הנמו"י בשם הרא"ה והריטב"א, וכ"נ דעת הר"ן ברפ"ב דקידושין, וכ"ד הרא"ש בפ"ז דב"ב ס"א, וכדבריו כאן, והביאו הטור, וכ"כ בנתה"מ שם סק"ח דקיי"ל כהר"ן, וצ"ע שהגרע"א ז"ל בסי' רל"ב בסמ"ע סק"ב הביא דעת הר"י מגאש והרשב"א, ומשמע דנקט להלכה שהדבר במחלוקת, ומסתברא דגם הרשב"א לא קאמר אלא בשמקצת השדה גזולה, אבל רובה לא, ואפילו נשאר הרבה יותר משיעור שדה, ועי' מש"כ לקמן ק"ו ב', אח"כ ראיתי במ"מ פט"ו מה' מכירה ה"א דנקט בדעת הרמב"ם כהרשב"א, ועי' בבהגר"א סי' רל"ב סק"א, והמחבר שם ס"א העתיק לשון הרמב"ם, אף שבסי' קפ"ב ס"ח העתיק דברי הרא"ש, ומשמע דלא קים ליה שהרמב"ם חולק בשא"א להשלים, ועי' לעיל נתבאר באורך.

המוכר פירות

א) צ"ב א' מתני' המוכר פירות לחבירו וזרען ולא צמחו ואפילו זרע פשתן אינו חייב באחריותן כו', בגמ' מפרשין טעמא משום דאין הולכין בממון אחר הרוב, ואמרינן שמא לאכילה לקחן ואח"כ נמלך לזורען, ואע"ג דלענין איסור אונאה מסתברא דאזלינן בתר רובא מידי דהוי אכל איסורין שבתורה, וגם סברא הוא דהו"ל למוכר לאסוקי אדעתיה דלזריעה זבין כרובא דזרע פשתן, [ובאופן שהיה יודע שלא יצמחו, דשייך לחייבו באיסור אונאה], מ"מ כשהנידון להוציא הממון מן המוכר אמרינן דלא אזלינן בתר רובא, ושמא הלוקח לאכילה זבן ואין כאן אונאה ולא מקח טעות, וכ"מ ברש"י ב"ק מ"ו א' דרק כשהמעות ביד המוכר לא מפקין מיניה כדאמרינן התם זה כלל גדול בדין דהמוציא מחבירו עליו הראיה, אבל אם הלוקח עדיין לא

שילם לא מפקינן מיניה כמ"ש הטור סי' רל"ב בשם הרמ"ה, ולפי זה אם יש עדים שאמר הלוקח בפניהם שהולך ליקח זרע פשתן לזריעה, או שהמוכר מאמינו, הר"ז מקח טעות וחייב המוכר להחזיר ללוקח מעותיו, ועי' במאירי ב"ק.

ויש לעי' בפירות דסתמן לאכילה וזרען ולא צמחו והלוקח אומר שלקחן מתחלה לזריעה ועדיין לא שילם מהו, דאפשר דאף אי קושטא הוא דלקחן לזריעה, מ"מ כיון שלא פירש לא הו"ל למוכר לאסוקי אדעתיה דלזריעה קבעי להו כיון דרובן לאכילה ואין כאן מקח טעות, ומהא דכייל התנא במתני' סתם פירות בהדי זרע פשתן משמע קצת דדינן שוה, וכשם דבזרע פשתן הרי רק אם כבר קיבל המוכר את המעות אינו חייב באחריותו, אבל אם המעות ביד לוקח לא מפקינן מיניה, דכוותה גם בסתם פירות לא מפקינן המעות מן הלוקח, אבל אין לדבר הכרע דמתני' במעות ביד המוכר איירי, כדמתפרש לישנא דאינו חייב באחריותו, ובזה תרוייהו שוין.

ובטור שם כתב בשם הרמ"ה דכשהמעות ביד הלוקח אפילו הוי פלגא ופלגא לרדיא ולנכסתא, אין מוציאין מיד הלוקח, ומשמע דאי רובא לשחיטה מוציאין, ובנה"מ שם ס"ק י"ב תמה דהא אין הולכין בממון אחר הרוב, וצ"ע מאי קושיא דהכא כיון דהיה לו ללוקח לפרש ולא פירש, הרי זה כויתור, ועוד דכיון דהמוכר לא היה לו לפרש הרי חזקת המקח במקומו, ואפילו אם נאמין ללוקח אין כאן מקח טעות מן הדין, ומשה"ק מהא דמבואר לקמן ב' במוכר לחבירו עבד ונמצא גנב או קוביוסטוס דאף אי רובא הכי איתנהו אפ"ה אין להוציא המעות מן הלוקח לשמואל דאין הולכין בממון אחר הרוב, יש לחלק דהתם גנב וקוביוסטוס הוא מום לכו"ע, וכל הבא לקנות עבד הוא משתדל להשיג שאינו גנב, [והרא"ש חולין נ"א א' כתב דהלוקח סומך על המוכר שלא ימכור לו גנב משום שארית ישראל לא יעשו עולה], אלא דכיון דרובא הכי איתנהו י"ל דמסתמא הסכים הלוקח למום זה כיון שלא התנה, ושפיר מצי למימר שלא הסכים כל זמן שהמעות בידו, אבל נגחן לשחיטה או פירות שאינם צומחים לאכילה לאו מומין נינהו, וכיון דסתמא להכי קיימי, לאו כל כמיניה לבטל המקח בטענה שהוא נתכוין ללוקחם לזריעה או לרדיא דהוי מום, כשלא פירש, וכש"כ בפירות שבזריעתם הוא מפסידם מן הבעלים לגמרי.

כתב הפרישה על פי דקדוק מלשון הטור דבפירות שהם מחצה לאכילה ומחצה לזריעה וזרען ולא צמחו דאפילו המעות ביד הלוקח מוציאין ממנו, כיון שהנידון להפסיד למוכר לגמרי, והביאו הגרע"א ז"ל בגליון השו"ע, ולכאורה בפירות שגם המוכר אינו יודע אם ראויין לזריעה, ראוי לומר שלא יסכים שהלוקח יזרעם על אחריותו, דלמה לו להכנס בספק הפסד כשיכול למוכרן לאכילה, וא"כ כש"כ כשיודע שאינם ראויים לזריעה שהיה אומר ללוקח שלא יזרע, וא"כ שב הנידון אם המוכר פשע במה שלא אמר ללוקח שאינם ראויים לזריעה, וכיון שהם מחצה על מחצה ראוי שהלוקח יפרש אם לזריעה קבעי להו, ואין כאן פשיעה מצד המוכר, ובדין הוא שלא יפסיד, ומ"מ אין לדבר הכרע, והב"ח כתב דדין הפירות והשור שוין, והביאו הגרע"א ז"ל שם.

ב) שם רשב"ג אומר זרעוני גינה שאינן נאכלין חייב באחריותו, ע"כ איירי שיש להם שימוש נוסף מלבד זריעה דאל"כ הרי התברר שלא היו שוין כלום ואין לך אונאה ומקח טעות גדול מזה, אלא ודאי יש להם שימוש לרפואה או למאכל בהמה וכיו"ב, ואיירי נמי שהם שוין לשימוש ההוא את כל ערכן כמו לזריעה, דאל"כ הרי הו"ל כאילו פירש דלזריעה קבעי להו, כדאמרינן בגמ' וליחזי דמי היכי נינהו, ומתניתין דין סתמא אתי לאשמועינן, ולפי דהשימוש מלבד זריעה הוא רחוק ביותר, לכך הו"ל כאילו פירש דלזריעה קבעי להו, ולא דמי לזרע פשתן דאיכא טובא דאכלי להו

וכדאמרינן נמי לקמן צ"ג ב' דרובא דאינשי לאו לזריעה זבני להו, אלא דזבני מעט ורוב המין אזיל לזריעה, אבל הני זרעוני גינה גם רובא דאינשי וגם רוב המין וכמעט כולו לזריעה אזיל.

וברשב"ם כתב דהכא גרע מיין ונמצא חומץ משום דלא חזו לא לאכילה ולא לזריעה אלא להסקה, נראה דר"ל ששוויין מועט ביותר, ולפי זה יש כאן גם אונאה בדמי המקח, שאינם שוים הדמים שנתן וביותר משתות, וגם יש כאן הוכחה דלזריעה קבעי להו, וא"כ מאי איריא זרעוני גינה שאינם נאכלים הרי בכל זרעים כה"ג הוי מקח טעות, ופשטא דמתני' דזרעוני גינה דומיא דזרע פשתן איירי שאין הדמים מודיעים, ומ"מ חשיב כפירש דלזריעה קבעי להו כיון שהשימוש האחר רחוק ביותר, וצ"ע.

והנה רישא דמתניתין דאינו חייב באחריותן איירי אף בשידע המוכר שאינם ראויים לזריעה, דגם בכה"ג אינו חייב באחריותן, וכן הך סיפא דחייב באחריותן הוכיחו תו' מהא דאיכא למ"ד דחייב נמי בדמי הוצאה לקמן צ"ג ב', דאיירי כשהמוכר ידע דלא יצמחו, דאל"כ אין לחייבו בדמי הוצאה, ואין כונתם דידע ממש, אלא דהוא כעין אונס קרוב לפשיעה דגניבה דמחייבין בשכר כמ"ש תו' צ"ג ב' והיינו בדומיא דהמוליך חטין שבגמ' התם, ויש לעי' בלא ידע כלל מאי, אם מחייבין ליה להחזיר הדמים, כיון שלא פשע במה שלא הודיע ללוקח, והנה בנמצא טריפה בסתר הוי פסידא דמוכר כדאמר חולין נ"א א' הוגלד פי המכה בידוע ששלשה ימים קודם שחיטה, דאף שלא ידע ולא הו"ל למידע, מ"מ איגלאי מילתא דטריפה מכר, אבל הכא דאיירי שגם שלא לזריעה הם שוים כל דמיהם, א"כ אין כאן אונאה מצד המוכר, ומה שהלוקח נשתמש בהם לזריעה, י"ל דהוי פסידא דידיה, והרי אילו א"ל המוכר אינני יודע אם יצמחו אם לאו סתמא היה הלוקח מסכים לקנות ע"מ כן, כשלא ידוע בהם ריעותא, וה"נ בסתמא, או"ד מצי א"ל לוקח למוכר מאי אפסדתיך אנת נמי לזריעה הוי שקלת להו, דהא סתמייהו להכי קאי, ובסמ"ע סי' רל"ב ס"ק מ"ו כתב דגם כשהמוכר לא ידע נמי חייב באחריותן, אבל כתב הטעם דהו"ל לאסוקי אדעתיה שמא הם רעים, ולפי זה רק במידי דהו"ל למידע, אבל לפי הטעם שכתבנו משום שגם המוכר היה זורען, א"כ אפילו לא הו"ל למידע נמי, והכי מסתברא, דיש לדון כאילו פירש הלוקח דלזריעה קבעי להו, וכאילו הסכים המוכר לזה, אבל מהא דנקטו בגמ' פלוגתא דחייב הוצאה אבריייתא בסתמא, משמע דחייב באחריותן דבריייתא ודמתני' לא מיתוקמא אלא בגוונא דיש מקום לחייבו בהוצאה, וצ"ע.

ג) גמ' וליחזי אי גברא דזבין לנכסתא לנכסתא אי לרדיא לרדיא כו', בפשוטו יש לפרש אף כשאין המוכר מכיר את הלוקח, דמ"מ אם יתברר דהלוקח הוא גברא דזבין לנכסתא, לית לן למיזל בתר רובא דעלמא, ואית לן למימר דלשחיטה זבין, ואמאי ס"ל לרב דהוי מקח טעות, וכן לשמואל אם יתברר דלרדיא הוא רגיל למיזבן, לית לן למימר דילמא השתא לשחיטה זבן, וראוי לומר דהוי מקח טעות, דהא מודה שמואל דלענין איסור אונאה אזלינן בתר רובא וכמש"כ לעיל סק"א, והוי ליה למוכר לפרש שהוא נגחן, אלא דמ"מ כשאנו באים להוציא הממון מן המוכר, אמרינן שמא הלוקח מן המיעוט דזבני לנכסתא, אבל כשהתברר דהוא גברא דזבין לרדיא לית לן להפסידו משום שמא זבן השתא לנכסתא, ומשנינן דאיירי בגברא דזבין להכי ולהכי, ואהני רובא דעלמא לחייב את המוכר לפרש שהוא נגחן, ולכך ס"ל לרב דהוי מקח טעות, ושמואל ס"ל דחיישינן למיעוטא ושמא השתא לנכסתא זבן ואין כאן מקח טעות, ולא מפקינן מן המוכר.

אבל הרשב"ם פירש דפרכינן במכירין זא"ז דליהוי כמפרש בהדיא אי זבין לרדיא או לנכסתא, והוצרך ז"ל לזה לפי מה שפירש דלשמואל דאין הולכין בממון אחר הרוב הו"ל ללוקח לפרש דלרדיא קבעי ליה, ומדלא פירש איהו דאפסיד אנפשיה, ולפי זה מתפרש שפיר בגברא דזבין לרדיא, ולרב אזלינן בתר רובא ולא הו"ל לפרש והוי מקח טעות, ולשמואל הו"ל ללוקח לפרש וכשלא פירש לאו מקח טעות הוא, ולכך הוצרך לפרש דפריך דבמכירין, אם הלוקח הוא גברא דזבין לרדיא, הרי ראוי לדון כאילו פירש דלרדיא קבעי ליה, והוי מקח טעות אף לשמואל, ולפי זה הו"מ לשנויי דאיירי באין מכירין ובגברא דזבין לרדיא, אלא דמוקי לה שפיר גם במכירין ובדזבין להכי ולהכי ולרב אהני בזה רובא דעלמא. - ולכאורה לפי מה שפירש רשב"ם דלשמואל הו"ל ללוקח לפרש ומדלא פירש הפסיד, הרי ראוי לומר דאף כשהמעות ביד הלוקח יהא חייב לשלם, (וכ"מ גם ממה שלא פירש בקושיא דעבד לקמן ב' דאיירי שהמעות ביד לוקח כמש"פ שם הרמ"ה והרמב"ן, אף דבפשוטו לא יתכן בע"א). - גם עיקר הדבר ק"ק דנידון אם הולכין בממון אחר הרוב, הוא נידון בהלכות התורה אם סגי בהוכחה זו, אבל במשא ומתן בין אדם לחבירו ודאי ראוי לתת יתרון לרוב, ולכן אין לחייב את הלוקח לפרש דלרדיא זבין בזמן דרובא לרדיא זבני, אף אי אין הולכין בממון אחר הרוב, ועכ"פ אין לתלות זה בזה, והרי לענין איסור אונאה מסתבר דאזלינן בתר רוב עי' לעיל סק"א.

אף לפמש"כ לפרש קושית הגמ' באין מכירין, מ"מ אפשר לקיים דברי רשב"ם מסברא דבמכירין הו"ל כמפרש, ובטור סו"ס רל"ב כתב דהוי כמפרש אף נגד הוכחת דמים, וכ"מ מהא דהקדימו למיפרך בגמ' דניחזי אי גברא דזבין לנכסתא או לרדיא מקמי דפרכינן דליחזי דמי, ומשמע דאף בדלא אייקר בישראל איכא למיזל בתר גברא, אף דהדמים מוכיחין, ועי' להלן דמשום זה פירש הרא"ש קושית הגמ' במכירין.

בטור וכן בשו"ע סי' רל"ב סכ"ג כתבו המוכר שור לחבירו ונמצא נגחן אם אין להוכיח אם קנאו לחרישה או לשחיטה כגון שהוא אדם שקונה לזה ולזה וגם אין הוכחה בדמים כו', ומשמע דאם יש להוכיח אם הוא קונה לרדיא או לשחיטה אזלינן בתריה, ואף שלא הכירו זה את זה, וזה כפי מה שפירשנו דקושית הגמ' היא אף באין מכירין.

ברם ברא"ש בסוגיין פירש קושית הגמ' דניחזי אי גברא דזבין לנכסתא במכירו, ולא מסתבר שהטור יסתום נגד דעת הרא"ש, ואפשר דהרא"ש פירש קושית הגמ' במכירו משום דפירש דהוכחה זו תכריע גם נגד הוכחת הדמים, דאכתי לא אוקימנא באייקור בישראל, וזה רק במכירו, אבל בדליכא הוכחת דמים אמנם סגי בהוכחת הגברא גם באין מכירו, ולפי זה מש"כ הטור דבמכירין הוכחת האנשים מכרעת נגד הדמים היינו ממה שהרא"ש פירש קושית הגמ' במכירין, ומ"מ בדליכא הוכחת הדמים שפיר מהני הוכחת האנשים אף באין מכירין, וכמו שכתב הטור בתחלת דבריו אם אין להוכיח מהלוקח אם קנאו לחרישה כו', ומ"מ בדעת הרשב"ם משמע דאף בדליכא הוכחת דמים לא אזלינן בתר הגברא אלא במכירין, וצ"ע.

ומסתימת הדברים משמע דבירור זה משמש כמוחלט לכל הדינים שיתבארו אח"כ, ומשמע דאם יתברר דזבין לנכסתא יוציאו ממנו הדמים כשעדיין לא שילם, ואם יתברר דזבין לרדיא יוציאו מן המוכר כשקיבל, וכן בהוכחת הדמים בגברא דזבין לזה ולזה, דקושית הגמ' מתפרשא שאלו הוכחות ברורות, וצ"ע.

ובאין מכירין זא"ז והדמים מוכיחין בניגוד להוכחת האנשים, [דבמכירין זא"ז כתב הטור שם דאזלינן בתר האנשים], מבואר שם בטור דלא אזלינן בתר האנשים, אבל

אכתי יש להסתפק אם אזלינן בתר הדמים שזה המוכיח ביניהם, או דספיקא הוי, ובב"י שם כתב דמשמע דבאין מכירו לא הוי מקח טעות, [והיינו כשנתברר דזבין לרדיא והדמים דמי בישראל], ואכתי לא ידעינן אם בכה"ג מוציאין הדמים מהלוקח או לא, ומסתמת הב"י משמע קצת דבודאי לא הוי מקח טעות ואף להוציא מן הלוקח, וצ"ע. - בשו"ע לא העתיק מ"ש הטור דבמכירו דזבין לחרישה הוי מקח טעות, אפילו לא יהיב אלא דמי בישראל, וכתב סתם דבמכירו הוי מקח טעות, ומשמע דבאין מכירו לא הוי מקח טעות אפילו נתן דמי רדיא, ואילו בתחלת הסעיף כתב אם אין לברר אם הלוקח קנאו לחרישה, ומשמע דאם יתברר הוי מקח טעות אף שאין מכירו, וצ"ע.

(ד) ע"ז ב' לא צריכא באתרא דקרו ליה לצימא צימא ולבקר בקר ואיכא נמי דקרו לבקר צימא כו', מדלא אמרינן לא צריכא באתרא דאיכא דקרו לצימא כו' ואיכא דקרו נמי כו' כדגרס רשב"ם, משמע דלאו בשוין איירי, וברמב"ן משמע דמפרש דכולהו שוין דעל פי רוב קורין לצימא צימא ולבקר בקר ולפעמים קורין גם לבקר צימא, וזה כמשמעות גירסא דידן, וזה כמו לגירסא דגרסי דרובא קרו לצימא צימא ולבקר בקר שהזכירו תו' לקמן צ"ב א', דמה לי רוב אנשים ומה לי רוב פעמים, והרשב"א פירש לפי גירסא דידן דר"ל דרובא קרו לצימא צימא ולבקר בקר ואיכא מיעוטא דקרו נמי לבקר צימא, וכ"כ בבהגר"א סי' ר"כ ס"ק י"א.

וכתבו הרמב"ן והרשב"א דמתניתין מתפרשא דלא מכר את הבקר במחלט, והלכך אפילו הלוקח עדיין לא נתן דמים מוציאין ממנו, ואפילו הדמים מודיעין לטובתו, והטעם משום שהמקח נחלט לפי מה שהרוב קורין, והרי הוחלט שמכר רק את הצמד, ולא דמי לנידון שור לרדיא או לנכסתא לקמן שם שהמקח ידוע ויש בו ספק טעות, והמוציא מחבירו עליו הראיה.

ברם לגירסת רשב"ם דאיירי בשוין ולא מכר את הבקר משום דהמוציא מחבירו עליו הראיה, דבספק מכר הרי הנכסים בחזקת המוכר, לפ"ז יש לדון מה הדין אם הלוקח מוחזק אם מוציאין ממנו הדמים, או דמצי למימר לא נתחייבתי הדמים אלא גם עם הבקר, ויש לדון בזה גם כשאין הדמים מודיעין לטובת הלוקח וגם כשהדמים מודיעין לטובתו, ובתו' לקמן צ"ב א' ד"ה וליחזי מבואר דאם הדמים ביד הלוקח ומוכיחין לטובתו, דלא מפקינן מיניה, ומה דסברי רבנן דאין הדמים ראייה היינו להוציא מן המוכר כשהדמים בידו, וכ"מ ברשב"ם שם דמה שהדין עם המוכר הוא משום המוציא מחבירו עליו הראיה, אבל הטור בסי' ר"כ ס"ה כתב גם בפלגא ופלגא דקרו לצמד צמד או בקר והמעות וגם הבקר ביד הלוקח, וגם מודיעים דלקח גם הבקר, אפ"ה מוציאין מידו ונותנים למוכר, דכיון דמכח ספק הוחלט דלא מכר את הבקר הרי זה כאילו בודאי מכר את הצמד במאתיים זוז, והיינו משום דגם דעתו ז"ל דמתני' דינא דודאי קתני, וכיון דלפי גירסתו איירי במע"מ הרי גם בזה בודאי לא מכר את הבקר ואין הדמים ראייה, וכבר כתב בב"ח שם שאין כן דעת הרשב"ם ותו', וגם דעת הרמב"ן והרשב"א לא מצאנו אלא ברובא קרו לצימא צימא ולבקר בקר ולא במחצה.

צ"ב א' וליחזי דמי היכי נינהו כו', יעוי' ברשב"ם ותו' מש"כ לחלק בין צמד ובקר דקיי"ל דאין הדמים ראייה, ועי' רמב"ן בשם הר"י מיגאש שכתב דכשהנידון אם לרדיא זבין או לשחיטה, אין שום טעם שלא להתחשב בדמים להכריע בזה, שהרי הצדדים שקולים ושפיר הדמים מכריעים, אבל בצמד ובקר אם בלא הודעת הדמים יש לנו להחליט שלא מכר את הבקר, אין בכח הדמים להכניס את הבקר במכירה, ולפי זה גם כשהדמים וגם הבקר ביד הלוקח מוציאין ממנו כמ"ש הרמב"ן והטור

שם, אבל לפירוש רשב"ם ותו' אם הלוקח מוחזק אין מוציאין ממנו בצמד ובקר, כשהדמים מודיעים לטובתו.

שם נפ"מ לטרחא, משה"ק תו' דלימא נפ"מ בהוול או כשיש בו אונאה פחות משתות, צ"ע דעדיפא מינה משני דבכל גווני איכא נפקותא בטירחא, וגם בעי לפרושי דאי איכא דמי ביד המוכר חייב לתת לו דמים.

ה) ביצה ז' א' מהו דתימא האי לאכילה קא בעי להו והאי דקאמר דפחיא משום דצריבן למאי נפ"מ למיתבה ליה ביני ביני קמ"ל, בפשוטו הלוקח ביקש לחזור בו, וצ"ע דא"כ גם אם הוא אמר בהדיא דלאכילה קא בעי להו דין הוא שיוכל לחזור בו כדאיתא בחו"מ סי' רל"ג ס"א דבאמר יפות ונתן לו רעות חוזר בו אפילו לא נתאנה, ונראה מוכרח מזה דאירי שנתקלקלו הביצים ע"י שניסה לעשות מהן אפרוחים, אח"כ ראיתי שכבר כתב כן הר"ן בפ"ב דקדושין, והביא שיש גורסים כן בהדיא בגמ', ובזה אם הוא בעי להו לאכילה לא הו"ל לקלקלן ודיינינן ליה כאילו אכלן ומגיע לו דביני ביני, וצ"ע בלשון רש"י שכתב קמ"ל דלאפרוחים בעי להו ואין אלו שוין לו כלום, דמשמע דהנידון כשהן קיימין וחפץ להחזירן, וכבר נתקשו אחרונים על התה"ד בזה בחו"מ סי' רל"ג ס"א עי"ש בב"ח, ועי' בבהגר"א סי' רל"ב סק"א.

ומשמע דאף בדליכא שיעור אונאה חייב להשלים לו דביני ביני, כדין דבר שבמנין, וכ"ה בפ"ת סי' רל"ג סק"א בשם תה"ד, ועי' רמב"ן ב"ב ק"ד.

ונראה דלא ס"ד דרובא דבעו ביעי דפחרא ודדיכרא לאכילה קא בעי להו, דלא מסתבר דלצריבן ושמינן נתכוין בסתמא, אלא דס"ד דאין הולכין בממון אחר הרוב, ויוכל המוכר לומר לאכילה מכרתיו לך, ומשמע דאי קושטא הוא דבשעה שלקחן לקחן לאכילה, ואח"כ הוא דנמלך עליהן לתרגולין דהא אותבינהו ולא אפרוח, דהוי פסידא דידיה, וצ"ע למה, אטו הו"ל למיחש שהמוכר אינהו, וי"ל דכיון דבשעה שלקחן הוחלט המקח כיון שלקחן לאכילה, תו אין כאן אלא גרמא מצד המוכר, וכאילו שמכר לו ביצים סתם ואח"כ אמר לו דדיכרא אינון ואותבינהו ולא אפרוח.

ומשמע בסוגיין דמאן דזבין ביעי סתם ולא ביקש דפחרא ודדיכרא ואותבינהו ולא אפרוח, דהוי פסידא דידיה, ולא הוי מקח טעות, דסתם ביצים לאכילה, ומשמע דאף אם עדיין הלוקח לא שילם דנמי יוציא ממנו המעות, אם כי אין לדבר הכרח, ועי' מש"כ לעיל בדברי הנה"מ בכה"ג.

ו) צ"ב ב' ורובא לרדיא זבני, היינו שוורים הראויים לרדיא מזדבנים רובא לרדיא, ובדלא אייקור בישראל הרי הדבר פשוט דלאו בשופטני עסקינן, וגם בדאייקור בישראל אכתי רובא דהני לרדיא מזדבני, אבל שוורים בעלמא הרי כולם לשחיטה ולא כולם לרדיא, ואין לומר דרובא דאינשי לרדיא זבני מעט שוורים ומיעוטא דאינשי לנכסתא זבני שוורים טובא, דא"כ קנגעי בפלוגתא דת"ק ואמרו לו לקמן צ"ג ב', וצ"ע בב"ח סו"ס רל"ב דהשווה זרעוני פשתן ושוורים בזה.

שם ת"ש המוכר עבד לחברו ונמצא גנב או קוביוסטוס הגיעו כו' מ"ט לאו משום דרובא הכי איתנהו כו', יעוי' ברמב"ן וברמ"ה דברייתא מתפרשא שהלוקח עדיין לא שילם, כדקתני סיפא הרי שלך לפניך ולא קתני דיחזיר הדמים, והגיעו מתפרש דמפקינן מיניה לשלם, וש"מ דאזלינן בתר רובא להוציא ממון, אף דאיכא מיעוטא דלדידהו הוי גנב מקח טעות, ומזה מוכח דלא אמר שמואל יכול לומר לו לשחיטה מכרתיו לך אלא שלא יחזיר הממון שקיבל, אבל לא להוציא מן הלוקח אם לא שילם, דאף ברובא לא מפקינן לשמואל, כדפרכינן עליה.

בקדושין י"א א' תוד"ה הנהו וקצת משמע כן התם דפריך דלימא המוציא מחבירו

עליו הראיה אלמא משמע דהלוקח מוחזק, ר"ל דשמואל ס"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב להוציא אלא דיינינן המוציא מחבירו עליו הראיה כדאמר ב"ק מ"ו א' זה כלל גדול בדין המוציא מחבירו עליו הראיה, ומדפרכינן עליה דשמואל מהא דנמצא גנב או קוביוסטוס הגיעו אע"ג דרובא הכי איתנהו, ע"כ דפריך דלא סגי בהכי להוציא מן הלוקח, דאם המוכר מוחזק הרי אף במיעוטא סגי שלא להוציא ממנו, ומבואר דברייתא מתפרשא כשהלוקח עדיין לא שילם, והגיעו מתפרש דמפקינן מיניה, וכן מתפרשים דבריהם בכתובות נ"ח א'.

הרמב"ן בחולין נ"א א' והובא ברא"ש ובר"ן שם הוכיח מכאן דאף בנמצא סירכא בבהמה, דהוי פסידא דמוכר, ולא אמרינן דכיון דהוא מידי דשכיח איבעי ליה ללוקח לאתנויי ומדלא התנה מחל כדעת ה"ר אפרים ובעה"ע דסברי הכי, דהא בסוגיין אע"ג דרובא גנבי אפ"ה לא אמרינן דהלוקח מחל, ובמחנ"א הלכות אונאה סי' ג' השיב דשאני הכא דאכתי לא יהיב דמי וכיון שהוא מוחזק אינו ממהר להתנות, עי' תו' קדושין י"א א' ד"ה הנהו, ולכאורה אינו מובן דהא הסוברים דבסירכא כיון שלא התנה מחל סברי דגם מוציאין ממנו דמי הבהמה אם אכתי לא שילם, ושפיר הוכיח הרמב"ן דלא כוותייהו, ונראה דעת המחנה אפרים דהתם כשהולך לשחוט את הבהמה ע"כ הוא מחליט את המקח, ואם לא התנה מחל, דלאו כל כמיניה לשחוט בהמת חבירו ואח"כ להחזירה לו מחמת מום דשכיח, דהו"ל לאתנויי, משא"כ בעבד דיכול להחזירו, הרי כל זמן שלא שילם לית לן למימר דכבר ידע ומחל במידי דשכיח.

עוד הביא הרמב"ן ראיה משור נגחן, דאיכא למ"ד סתם שוורים לאו בחזקת שימור קיימי, וא"כ שכיחי נגחנים ואפ"ה לא אמרינן דמחל, ובגוונא דאינו יכול לומר לשחיטה מכרתיו כגון בגברא דזבין לרדיא מפקינן הדמים מן המוכר, והשיב במחנה אפרים שם דקיי"ל סתם שוורים בחזקת שימור קיימי, והדברים תמוהים דאטו פליגי במדת השכיחות דנגחנים, הלא לא פליגי אלא אם חייבה תורה במדה זו, וכיון דאיכא למ"ד דלאו בחזקת שימור קיימי, הרי פשיטא דשכיחי נגחנים טפי מסירכות, ואפ"ה לא אמרינן דמדלא התנה ש"מ דמחל.

ויש מקום לומר דבעבד ושור כיון דאין כאן הפסד אלא טירחא, דהא איירי כשאין הדמים מוכיחין, בזה אינו חושש כ"כ להתנות אף דשכיחי, דסבור שהמוכר יסכים להחזיר המקח, וגם אם לא יסכים אין כאן הפסד, משא"כ בסירכות דבשחיטה הוא מפסיד הרבה למוכר, בזה יש לו להתנות במידי דשכיחא, וכשלא התנה הפסיד. - ועי' ברא"ש שם שהסכים לדעת הר"א ובעה"ע משום דיש לחלק בין מום שהמוכר מכירו, לסירכות דגם המוכר אינו יודע מהם, דבניכרים אינו מתנה משום שסומך על המוכר שלא יאנהו, ולכאורה בעבד אם רובא הכי איתנהו, אין לחייב את המוכר להודיעו, והו"ל להתנות. (סי"ג סק"א-ו').

צ"ג א' כולוהו הכי איתנהו, א"ה, עי' מש"כ בחו"ב מכות ז' א' דאין להביא ראיה מהא דאמר כולוהו הכי איתנהו, דמשמע דברוב גמור אזלינן בתריה בממון, ואילו בנפשות מסתברא דג"ז בכלל והצילו העדה, דהתם לאו משום רובא וכולה הוא, אלא שאין זה מום לבטל המקח כיון דכולוהו עבידי דאיתנהו הכי והר"ז מקח קיים בודאי, ואם קידש אשה בעבד זה מקודשת בודאי ומומתין על ידה.

(ז) שם תנאי היא דתניא כו' זרעוני פשתן אינו חייב באחריותן רי"א נותן לו דמי זרע כו', יש לעי' א"כ אמאי נקטו פלוגתתן במוכר שור לחברו ונמצא נגחן, ואמאי לא אמר רב הלכה כר"י ושמואל הלכה כת"ק, וע"כ דרב ידע לברייתא דאל"כ תיקשי ליה ממתניתין, ושמא בעי לאשמועין דרובא לרדיא זבני, (א"נ לאשמועין דגם

בגברא דזבין להא ולהא אזלינן לרב בתר רובא דעלמא, ועי' להלן סק"ח בטעמא דמילתא, אבל בזרע פשתן דהרבה לוקחים אותו לדברים אחרים, בזה כל אדם שיש לו שדה נחשב כזבין להא ולהא, וכמש"כ להלן שם, ובזה הנידון כמו באדם שאין מכירין אותו ולא שייך לברר עליו, והספק אם קנה לזריעה, ושפיר מהני רובא דעלמא לומר שהוא מן הרוב, א"נ בזרע פשתן איכא לפרושי כשהמוכר אינו יודע שלא יצמחו וכמו שפירש הרמ"ה להלן סק"י, ובזה ניחא טפי לומר שאינו חייב באחריותו, אבל במוכר שור שיודע שהוא נגחן איכא למימר טפי דחייב באחריותו, קמ"ל דגם בזה לשמואל אינו חייב באחריותו, א"נ היה מקום לומר דבזרע פשתן כיון שמפסידו לגמרי אם יזרענו איכא לחייב למוכר טפי באחריותו, משא"כ בשור דנפ"מ רק לטירחא.

והנה קיי"ל בעלמא למעוטי בפלוגתא עדיף, וכיון דלא אשכח רב לתנא דאית ליה דאזלינן בתר רובא בממונא, אלא בזרע פשתן, ובזה הלוקח טוען ברי דלזריעה זבין, והמוכר אינו יכול להכחישו, תו לית לן מהיכן לומר דאזלינן בתר רובא בממונא בלא טענת ברי נגד טענת שמא, וכמש"כ תו' לעיל צ"ב א' ובב"ק כ"ז א', ולפי זה יש לפרש דכד פרכינן לעיל משור שנגח את הפרה כו', הו"מ לשנויי דשאני שור לחרישה שהלוקח טוען ברי שלרדיא לקחו, והמוכר שמא, אלא דעדיפא וקושטא משני דליכא רובא, א"נ קים לגמ' דגם בניזק אומר ברי ומזיק שמא ס"ל לחכמים דהמוציא מחבירו עליו הראיה כדאמר בב"ק מ"ו א', ועל זה קשיא ליה לרב דהולכין בממון אחר הרוב, וכן הא דפרכינן מהאשה שנתארמלה נמי י"ל דקים לגמ' דאפילו האשה טוענת ברי ויתומים שמא נמי אינה גובה בלא ראיה, וזה קשיא לרב, א"נ קים לגמרא דמתני' איירי בדליכא קול, וממילא משני קושטא דמילתא דבכה"ג איתרע לה רובא, והגרע"א ז"ל בב"ק כ"ז א' הניח בצע"ג לדעת התו' שם ובבכורות כ' א' דלית ליה לרב הולכין בממון אחר הרוב אלא כשהמוציא טוען ברי בהדי רובא והמוחזק טוען שמא, דא"כ מאי פרכינן מהאשה שנתארמלה ומשור שנגח את הפרה, ולמש"כ חילוק התו' מוכרח כיון דרב לא אשכח תנא דס"ל הולכין בממון אחר הרוב אלא בזרעוני פשתן, והתם איכא ברי ללוקח, אלא דמ"מ פריך ומשני שפיר וכמשנ"ת.

בפני יהושע כתובות י"ב ב' ובק"א שם הקשה בשור ונמצא נגחן אמאי ס"ל לשמואל דלא הוי מקח טעות, הא בכתובות שם מבואר לחד שינויא בגמ' דלכך לר"ג נאמנת לומר משארסתני נאנסתי משום דחזקת הגוף מסייע לה, וחזינן דחזקת הגוף בהדי ברי מהני להוציא ממון, וכיון דרובא עדיף מחזקה א"כ כש"כ דהלוקח יהא נאמן לומר דלרדיא זבין דרובא מסייע ליה, והמוכר בטענת שמא שאינו יודע לשם מה הלוקח לקח, ותירץ דאי לא אזלינן בתר רובא הו"ל ללוקח לפרש דלרדיא זבין, וכבר נתקשינו בטעם זה לעיל סק"ג בתרתי, חדא דא"כ אף כשהלוקח עדיין לא שילם יתחייב לשלם דהא תלינן דמדלא פירש ויתר, ואין כן דעת הפוסקים, ועוד דנידון אם הולכין בממון אחר הרוב אינו בשיעור גודל יתרון הרוב, אלא אם סמכה תורה על יתרון זה להוציא ממון, והלכך כשהנידון אם על הלוקח לפרש, אין ראוי לתלות זה בזה, דלכו"ע יש יתרון לרוב והו"ל למוכר להבין דלרדיא זבין, אף אם לא סמכה תורה על כח רוב להוציא ממון.

ונראה דיש לחלק בין אם הרוב והברי באין לקיים המקח לבין כשבאין לערער המקח, דבההיא דמשארסתני נאנסתי טענת הבעל היא שמא יש מקח טעות, והאשה טוענת בברי דליכא מקח טעות וחזקת הגוף מסייע לה והלכך נאמנת, משא"כ בשור ונמצא נגחן דטענת הרוב והברי באים לבטל המקח ולעשותו מקח טעות, ולא סגי

בברי גרוע בצירוף רוב לבטל מקח ולהוציא ממון, דחזקת כל מקח הוא שאין בו טעות המבטלו, ועי' כתובות ע"ה ב'.

ח) שם זרעוני גינה שאין נאכלין חייב באחריותו, יש לדקדק אמאי לא קתני הר"ז מקח טעות, והרי איירי בגוונא דעל המוכר לדעת, דהא איכא מ"ד דחייב בהוצאה וכמ"ש תו' לעיל צ"ב א', ואפשר דלפי דעתיד למיתני בתר הכי ומה הוא נותן לו דמי זרע ולא הוצאה וי"א אף הוצאה, [וקאי אהך ברייתא, דאין לומר דקאי אדוקיא דמתני' דזרעוני גינה שאין נאכלין חייב באחריותו, דהא מתני' או רשב"ג היא דמחייב בהוצאה, או דפליגי בהוצאה וע"כ דאבריייתא קאי], לפיכך ניחא למיתני חייב באחריותו דיכול להתפרש גם אהוצאה שנגרמה על ידו, וכן במתני' קאמר רשב"ג דחייב באחריותו ואיהו ס"ל דגם הוצאה חייב כדמסקינן בגמ', א"נ נהי דאיירי בגוונא דידע המוכר דאפשר שלא יצמחו, אבל איירי בחשש רחוק דומיא דנתנבלה דמומחה דבחנם פטור, כמ"ש תו' לקמן ב' דאיירי באונס שהוא פטור באדם המזיק, ובכה"ג לעולם אפשר שהלוקח היה מסכים לקבל על עצמו חשש זה, אם היה המוכר אומר שאינו מוכר אלא באופן זה, והלכך א"א למיתני סתם הר"ז מקח טעות, משא"כ בידוע שיינו מחמיץ דכה"ג אף בחנם היה חייב דדמי לפשיעה, ואפשר נמי דאם קודם שזרען לאחר שלקחן היה המוכר מבקש לבטל את המקח מחמת שמא לא יצמחו, והלוקח היה מבקש לקיים המקח על אחריותו דהיה הדין עמו, והלכך ליכא למיתני הר"ז מקח טעות, [ומיהו צ"ע ביין שידוע שיינו מחמיץ, אם הלוקח מסכים לאחר שנודע לו, אם יש ביד המוכר לבטל המקח, ובגוונא שהלוקח אומר שבשעה שלקח אם היה יודע שיינו מחמיץ שלא היה לוקח וצ"ע], דאין כאן בבירור מקח טעות, ורק המוכר חייב באחריותו, ועוד דהטעות מתברר רק כשזרען ולא צמחו דמתחלה אין לחשוב כמקח טעות במוחלט, דשפיר אפשר שיצמחו והחשש רחוק, ובדבר המתברר אח"כ שייך למיתני חייב באחריותו, משא"כ בידוע שיינו מחמיץ יש כבר מקח טעות מיד עם הקנין.

שם ר"י אומר נותן לו דמי זרע, לכאורה היה ראוי למיתני ור"י מחייב, ואם נימא דגם אם בזרעוני גינה שאין נאכלין חייב גם בדמי הוצאה, מ"מ בזרע פשתן גם לר"י אינו חייב אלא בדמי זרע, ניחא דהיינו דאשמועינן, אבל לא מסתבר לחלק בזה וכיון דר"י מחייב גם בזרע פשתן יש להשוותו לזרעוני גינה שאין נאכלין, ואפשר דלפי דנחלקו בברייתא דלקמן אליבא דת"ק מה הוא נותן, ור"י ס"ל דאינו נותן אלא דמי זרע, לכך נקט האי לישנא.

ואכתי קשה גם בדר"י וגם בברייתא דלקמן דהיה ראוי למיתני דמחזיר לו דמיו, דהא בין אם נתיקרו הזרעים ובין אם הוזלו, ובין אם לקחן במקח השהו בין אם פיתח או הותיר עד שתות, לעולם מחזיר לו הדמים שנתן, כדין מקח טעות, ושמא נידוק מכאן שאם הוזלו הזרעים עד שלא זרען, דאינו מחזיר לו אלא כפי שוויין בשעת זריעה, כיון דגם אם לא היה זורען כבר הפסיד יוקרא זו, [ואיירי כשגם לצרכים אחרים הם שוין את דמיהן, דאל"כ הרי הדמים מוכיחין, ואם היה משתמש בהן לצרכים אלו לא היה כאן מקח טעות], ולכך קתני דמי זרע דהיינו דמים שהיו שוין באותה שעה, וצ"ע.

צ"ג ב' תרוייהו בתר רובא אזלי מר אזיל בתר רובא דאינשי ומר אזיל בתר רובא דזריעה, יש לעי' הא ע"כ לאוקמי בגברא דזבין להא ולהא, דאל"כ אית לן למיזל בתריה כדפרכינן לעיל צ"ב א', וכיון דזבין להא ולהא בשלמא למיזל בתר רובא דזריעה איכא סברא, דאע"ג דהאי גברא זבין להא ולהא, מ"מ כיון דרובא דהני

זרעים לזריעה אזלי איבעיא ליה למוכר לאודועי דאינם ראויים לזריעה, ודכוותה במוכר שור למאן דזבין להא ולהא איכא יתרון ברובא דרדיא וכמ"ש הרשב"א בשם הראב"ד, אבל מה ענין למיזל בתר רובא דאינשי בזמן שזה הלוקח ידענין דזבין להא ולהא ורוב הפירות לזריעה אזלי, וי"ל דבגברא דזבין להכי ולהכי הרי הנידון בקנייה זו לשם מה קנה, ובשוורים אהני הא דרובא לרדיא זבני למימר דקנייה זו נתכוין בה לרדיא כרובא דעלמא, אבל הכא בזרעוני פשתן א"א להכריע דזבנן לזריעה מחמת דרוב המין אזיל לזריעה, דמ"מ רוב האנשים הקונים אותו אינם קונים לזריעה, [ויתכן עוד דבגברא דזבין להכי ולהכי אין מחשבתו בשעת הקנין קובעת, ומשום דעביד לאימלוכי, ולכן ראוי לדונו כקונה סתם בלא מחשבה מיוחדת, ושפיר ראוי לדונו בתר רוב אי אזלינן בממון בתר רובא, ושייך למיזל בתר רובא דאינשי ובתר רובא דזריעה, ועי' להלן].

ויותר נראה דבזרעוני גינה או פשתן א"א למיקם אמילתא ע"י הגברא, דבשור מאן דזבין לרדיא לא זבין לנכסתא שאינו טבח, ומאן דזבין לנכסתא אינו קונה לרדיא בסתמא, משא"כ זרע פשתן דגם זה שיש לו שדות יכול למיזבן לאכילה, ולא בכל שנה זורעים פשתן כדתנן ב"מ ק"ט א', הלכך בזה כו"ע הם בדין דזבין להכי ולהכי, וכן בטוש"ע לא הזכירו למיחזי אי גברא דזבין להאי או להאי אלא בשור ולא בזרע פשתן.

והנה פירשנו דלעולם הנידון בגברא דזבין להכי ולהכי, לשם מה באמת נתכוין בקנייה זו, וכשהוא טוען דלרדיא זבין והמוכר אומר לשחיטה מכרתיו לך, ויש לעי' מה הדין כשלא נתכוין בקנייה זו לא לרדיא ולא לנכסתא אלא כפי מה שיבחר אח"כ או שקנה לסחורה כסרסור [וכדאיתא בירושלמי שביעית פ"ה ה"ג] וכיו"ב מה דינו, ונראה דבזה דינו כלרדיא דכיון דרובא להכי זבני הרי כל שלא נתכוין לכוונת המיעוט הרי הוא כנתכוין לרוב, וכש"כ בלסחורה דאיכא למיתלי שיזדמן לו מן הרוב, ועכ"פ בודאי חפץ הוא שיוכל למכרו לרוב הקונים שקונים לרדיא, ויתכן דזרע פשתן שלקחו לסחורה, דשייכא בפלוגתא דאמרו לו ור"י אם אית לן למיזל בתר רובא דאינשי או בתר רובא דזריעה [אי אזלינן בתר רובא], דאפשר שיקדים להזדמן לו למכרן לאכילה מחמת רובא דאינשי, וצ"ע, ולמש"כ לעיל במוקף דבזבין להכי ולהכי דיינינן ליה כלקח סתם ותליא בפלוגתא דת"ק ור"י ואמרו לו, א"כ כש"כ בלקח סתם דשייכא בפלוגתייהו.

ברש"ש כתב בנידון האחרונים ז"ל ביו"ד סימן ק"י בפ"ת סק"ב בט' חנויות מוכרות בשר שחוטת ואחד נבילה מה הדין כשהבשר שבחנות נבילה מרובה על כל השחוטות, דהדבר תלוי בפלוגתת ר"י ואמרו לו עי"ש, ואם היה מספר הנכנסים לחנות הנבילה פחותים מן הנכנסים לכשירות, והיה הנידון בבשר הנמצא ביד עכו"ם או קטן, היה מקום לדמות אם אזלינן בתר רוב האנשים או בתר רוב הבשר, אבל הנידון הוא כשגם הנכנסים לחנות הנבילה מרובים, וזה אינו ענין לכאן, ובפשוטו בנמצא אית לן למיזל בתר רוב הבשר, ואין הספרים שהביא בפ"ת שם תח"י כעת. - עוד הקשה ברש"ש דאם רוב זרע פשתן לזריעה למה לא מלאה הארץ פשתן, ואינו מובן דבכל הזרעים שייך לשאול כן, ואין לך עץ שאין בזרעים שבפירותיו כדי זריעת מאות עצים, ולעולם רוב הזרעים שאינם נאכלים הולכים לאיבוד, ומעט הנאסף רובו לזריעה ומיעוטו לשאר צרכים.

שם מר אזיל בתר רובא דאינשי כו', נראה דר"ל דאזיל בתר רובא דאינשי לבטל רובא דזריעה, והלכך אין כאן רוב למיזל בתריה, אבל לא דס"ל דאזלינן בתר רובא דאינשי בכח רוב, חדא דלמעוטי בפלוגתא עדיף ולית לן למימר דפליגי כולי האי

אר"י, ועוד דהא סגי במה דאיפגם רובא דזריעה, ועוד אם איתא דאזלי בתר רובא דאינשי בכח רוב, א"כ מנלן דת"ק לא אזיל כלל בתר רובא, דילמא דוקא הכא דרובא דאינשי ורובא דזריעה סתרי אהדדי הלכך לא אזלינן בתר רובא, אבל ברובא דרדיא דילמא מודו, אלא ודאי אמרו לו לא פליגי אלא דאין כאן רוב, ומאחר דת"ק לאו היינו אמרו לו, ע"כ דאיכא בינייהו רובא דרדיא וכיו"ב שהוא רוב גמור, דת"ק ס"ל דלעולם אין הולכין בממון אחר הרוב, ועי' רש"ש שכתב ג"כ דלאמרו לו אין כאן רוב.

ט) שם ויש אומרים אף הוצאה מאן יש אומרים אר"ח רשב"ג היא כו', נראה דבכלל שאלת מאן יש אומרים הוי נמי מאי טעמייהו דיש אומרים, דאל"כ מה מקום יש לשאול מאן יש אומרים הא כבר מסקינן בשלהי הוריות דאסיקו לר' נתן יש אומרים, אלא משום דפשיטא לגמ' דאינו אלא גרמא ואין מקום לחייבו, ומסיק דאמנם אינו מן הדין אלא שנהגו כן בירושלים, אבל ברשב"א נקט דהוה גרמי ונתקשה אמאי לא קיי"ל כרשב"ג כיון דקיי"ל כמאן דדאין דינא דגרמי, ומיהו בההיא דבושתו ובושת אורחיו נראה דמודה הרשב"א דאינו אלא מנהג דהא אינו חייב על הבושת עד שיהא מתכוין, וגם בושת כי האי שע"י גרמא אפשר דאף במתכוין לא יתחייב, ולפי זה משמע בגמ' דאין לחייב דמי הוצאה משום דינא דגרמי, מדדחקינן למימר מאן יש אומרים רשב"ג דמנהג גדול, ולא אמרינן ר"מ היא דדאין דינא דגרמי.

שם דתניא המוליך חטים לטחון ולא לתתן ועשאן סובין כו' מפני שהוא כנושא שכר כו', בב"ק צ"ט ב' מפרשינן מפני שהוא נושא שכר, אבל בחנם פטור, ופירשו בתו' בסוגיין הטעם משום דאונס כעין גניבה פטור אדם המזיק, ויש לתמוה חטין ולא לתתן איך חשיב לה אונס, הרי כו"ע ידעי דבעי לתיתה, עי' פסחים מ' א' דאיכא למ"ד דלא משכחת לה סולת בלא לתיתה, ובלא"ה נמי הרי משמע דבעי לתיתה, אבל דעת הרמב"ן ב"מ פ"ב ב' דאדם המזיק חייב באונס כעין גניבה, והכא שאני משום דהעוסק בחנם במלאכת חבריו וטעה אין עליו דין מזיק, וכ"כ בשטמ"ק ב"ק כ"ז א' בשם ריב"א, ולכך טבח אומן שקלקל פטור, וה"נ בלא לתתן לאו בנתכוין להזיק איירי אלא שטעה כסבור דגם בלא לתיתה יופרשו הסובין והמורסן, או דסבור דסגי לבעה"ב בקמח ולא בעי סולת, ואם אמנם תירוץ הריב"א והרמב"ן מוכרחים מהא דפטור בלא לתת, תו אין מקור לחדש דאדם המזיק פטור בכעין גניבה, דכולהו גווני שהביאו תו' כאן ובב"ק כ"ז ב' יש לחשבן כאונס גמור, כי ההיא דירושלמי שהשכיבו כלים אצל הישן או שהניח להם אביהם בהמה כסבורין שלו היא וכן באפילה וקרן זוית ועמד בעל קורה, וברמב"ן שם כתב דיש שהשני פשע, וכל ההכרח של תו' הוא מהא דאשכחן דבשכר חייב ובחנם פטור, דמדחייב בשכר ש"מ שהוא כעין גניבה ואפ"ה פטור בחנם, ולהרמב"ן והריב"א דעוסק בשל חבריו שאני, תו לא מצאנו פטור מזיק בכעין גניבה.

י) שו"ע חו"מ סי' רל"ב סכ"א ואם היה המוכר יודע בממכרו שהיה בו מום חייב בהוצאה שהוציא הלוקח להוליך אותה למקום פלוני, ד"ז כתבו הטור בשם הרמ"ה, [והוא ברמ"ה שלפנינו בסוגיא דיין צ"ח א'], וטעמו דמפרש פלוגתא דרשב"ג וחכמים בדמי הוצאה צ"ג ב' כשהמוכר לא ידע שלא יצמחו, ובזה קיי"ל כחכמים, אבל כשהמוכר ידע גם לחכמים חייב בדמי הוצאה, והנה בתו' לפנינו צ"ב א' וכן בהגהמ"י פט"ז ממכירה ה"א כתבו בפשיטות דגם רשב"ג לא מחייב דמי הוצאה אלא כשידע המוכר שאינם ראויים לזריעה, ולפי זה רבנן פליגי עליה בידע, וכן דברי הרמב"ם והראב"ד והמ"מ שכתבו דין זה לענין מום סתמו כפירושו שהמוכר יודע במום דלא איירי במומין שבסתר, שגם הבעלים אינו יודע, וכן ברייתא דרשב"ג

דמוליק חטין לטחון ולא לתתן איירי בגוונא דשומר שכר חייב, ולכן צ"ע שהמחבר סתם כדברי הרמ"ה.

(יא) שו"ע חו"מ סי' רל"ב סכ"ב הלוקח מקח ונמצא בו מום ואח"כ אבד או נגנב הרי הוא ברשות הלוקח עד שיחזיר המקח למוכר כו', ולא נתפרש מקור דין זה כמ"ש בבהגר"א, ואם אין אונאה במקח מחמת המום, יתכן שיחשב שומר שכר כיון שרשות בידו לקיים המקח וזימנין דניחא ליה בהכי, וגם משמש כמשכון על מעותיו, אבל מום הפותח דמיו והדבר פשוט שכשיוודע ללוקח לא ירצה במקחו, לכאורה אין לחשבו כשומר שכר, דאין לו כאן שכר כלל, ומיהו העיר בני יוסף נ"י די"ל דמה שיכול להשתמש בחפץ עד שיוודע לו המום משווי ליה כשומר שכר, ואף שכשיחזור בו יצטרך לשלם על השימוש, מ"מ לא גרע משוכר דכשומר שכר דמי, ועי' בנה"מ סק"ט, ומיהו שוכר שנגמר זמן שכירותו לא הוי שומר שכר כדמשמע ב"מ פ"א א' דמייתנין תניא כוותיה דאמימר דשואל בחזרה הוי שומר שכר הואיל ונהנה מהנה, מהא דלוקח כלים מבית האומן לשגרן לבית חמיו הוי שומר שכר בחזרה, ואם איתא דכל שוכר הוי שומר שכר גם לאחר כלות ימי השכירות עד שיחזירו לבעלים, א"כ היכי שמעינן מהתם סברא דהואיל ונהנה מהנה, הרי התם הוא שוכר שמשלם לפי טובת הנאה שלו, ולכך הוי שומר שכר עד שיחזיר, אלא ודאי שוכר שכלה שכירותו לא הוי אלא שומר חנם, והכא משום שנהנה בהליכתו כעין לוקח או שואל, לכך מהנה להתחייב כשומר שכר בחזרה, ועי' ברמ"ה פ"ח א' דמשמע לכאורה דכל שוכר חייב בגניבה ואבידה גם בחזרה.

ובמחנה אפרים סי' י"ב הביא דדעת תו' גבי בקרא דאין היתומים אלא שומרי חנם כיון שהוא מקח טעות, ודעתו ז"ל שהם חולקים על הרמב"ם שהוא מקור דין זה, ולכאורה יש מקום לומר דעד כאן לא כתבו הרמב"ם והמחבר שהוא שומר שכר אלא משנודע לו המום, והוא חפץ בביטול המקח מחמתו, דהוי השתא שומר דבעלים, ושכרו הוא מה שהיה יכול לקיים המקח אם ירצה, אבל עד שלא נודע לו המום דהחפץ בחזקתו כבעלים, אין לנו לחייבו לשמור יותר משומר חנם, [וכ"מ בנתה"מ סק"ז וסק"ט], דאין אדם חייב לשמור חפציו יותר משומר חנם דעלמא, והתם בב"מ גבי בקרא הרי נודע להם המום לאחר שכבר מת השור, והנידון לחייבם על מיתתו, ונמצא שהנידון אם לחשבם כשומר שכר עד שלא ידעו במום, ואין מזה ראיה לדין השו"ע דאיירי לאחר שנמצא המום, ומיהו מסתימת דברי התו' משמע דאין ליתומים שום שכר על שמירתם ולכך הם שומרי חנם, וזה כדעת הריטב"א שהביא במח"א שם, [וצ"ע בנתה"מ דבסק"ו הביא דעת ריטב"א דהוי שומר חנם ובסק"ט הביא דהוי שומר שכר], ומשום שואל כדין לוקח חפץ לבקרו פ"ח א' ליכא לחייבו עד שלא נודע המום, דהא לא אמרו כן אלא בזבינא חריפא כדאמר נדרים ל"א ב', וכאן שיש בו מום לאו זבינא חריפא הוא, וכעת ראיתי ברמ"ה פ"ח א' דמשמע דס"ל דדינו כלוקח לבקרו וחייב אפילו באונסין עי"ש וצ"ע.

מהא דאמרינן בב"מ מ"ב ב' דמריה דתורא לא מצי טעין משום דמידע ידע דמקח טעות הוי, משמע דבכה"ג אין על הלוקח חיובי שמירה כלל, ואפשר דאף שומר חנם לא הוי, דהא איירי דאיכא בקרא דחייב כדין שומר שכר, ולדעת הראב"ד שברא"ש שם הרי גם היתומים בדין שומר שכר, ואפ"ה פטורין כיון שהמוכר ידע דהוא מקח טעות, והיינו משום דלאו כל כמיניה להטעות אנשים ולחייבם בשמירת שורו, אלא די"ל דזה דוקא בגוונא דמידע ידיע בודאי שהלוקח לא יסכים על המקח לכשיוודע לו המום דומיא דהתם דלאו לשחיטה לקחוהו, והרי המוכר הטעה את הלוקח במזיד, ואף אם לא היתה אונאה בדמים, אבל במום דאפשר שהלוקח לא ביטל

המקח בגללו שמא חייב בשמירתו, שהרי הוא נהנה באפשרות של קיום המקח, ברם כל שכשנודע לו המום, הרי הוא טוען מקח טעות, לית לן לחייבו בשמירתו, דראוי להחזיק שגם בתחלת המקח לא היה מסכים, ולפי זה יש לפרש דין זה של הרמב"ם והמחבר במום שגם המוכר לא ידע בו, אבל צ"ע דכל כי האי היה ראוי לפרש, וגם כיצד יוכיח המוכר שלא ידע בו, דהא ספסירא נתחייב שבועה, ובכאן לא נזכר כלל חיוב שבועה למוכר, ושמא י"ל דשאני התם דהוה ליה למיחש דסוף השור למות מחמת הטעות ובזה יהא הלוקח פטור כמו שסיים הרמב"ם לפי גירסת הטור והמחבר, והוה ליה כעין אבידה מדעת, וכ"מ בסי"ח, אבל במום שאינו עלול לגרום הפסד למקח, שמא חייב הלוקח בשמירתו גם כשהמוכר ידע, אבל לשון הגמ' מידע ידע דמקח טעות הוי, משמע דדין מקח טעות הוא הגורם להפטר, דכיון שמכניס את המקח לרשות הלוקח בטעות אין לחייב הלוקח בשמירתו, וצ"ע.

ולמש"כ דאם המוכר יודע מן המום אין הלוקח נעשה שומר שכר על המקח, (ושמא גם לא שומר חנם), א"כ במקח שיש בו אונאה יותר משתות דבזה סתמא שהמוכר יודע לא יתחייב הלוקח בשמירת המקח, וצ"ע.

(יב) בדעת הרמב"ם פט"ז מה' מכירה הי"א והוא בשו"ע סי' רל"ב סי"ח בההיא עובדא דתורא דלא הוי ליה ככי ושיני ב"מ מ"ב ב', נראה דס"ל דכד משנינן בספסירא דזבן מהכא ומזבין להכא, הדרינן ממאי דאמרינן מעיקרא דאשכחוהו למריה דתורא ושקול יתמי זוזי מיניה, דזה רק במריה דתורא דידע דלית ליה ככי ושיני, אבל ספסירא דלא ידע ליכא לחיוביה, וכ"מ בפיר"ח הנדמ"ח שם שכתב ואסיקנא אי המוכר בעה"ב הוא מקח טעות הוא וחייב המוכר לשלם ואם המוכר ספסירא הוא דזבין מהכא וזבין להכא משתבע ספסירא דלא הוי ידע דלית ליה ככי ושיני ומשלם בקרא דמי בשר בזול עכ"ל, והלכך בדליכא בקרא הוי פסידא דלוקח, אם אין ביד הספסירא למצא את המוכר ולגבות ממנו, ובדאיכא בקרא משלם ליתמי דמי בשר בזול, וזו נראה דעת הרמ"א שם שהביא דיש חולקים דהספסירא גם חייב לשלם, והיינו דפשוט ליה דדעת הרמב"ם דהספסירא פטור, ובבהגר"א שם משמע דנקט דגם לדעת הרמב"ם הספסירא חייב אלא דבדליכא בקרא הרי הלוקח חייב לספסירא דמי בשר בזול כדין בקרא, וזהו גם חיובו דהספסירא דסתמא איירי בליכא אונאה וא"כ גם הלוקח לא שילם יותר, כמ"ש תו' בשם ר"ת, והלכך יצא זה בזה, ומשום זה כתב לחלק בין בקרא ללוקח לדעת הרמ"א דזה שומר חנם וזה שומר שכר עיי"ש, אבל למש"כ אתי שפיר דברי הרמ"א בפשוטן דמריה דתורא משלם כל מה שקיבל, וזה יותר מדמי בשר בזול, וספסירא פטור לדעת הרמב"ם מזה, בין בדאיכא בקרא ובין כשהלוקח בעצמו הוא הבקרא, ולדעת הרא"ש גם הספסירא חייב.

(יג) בשו"ע חו"מ סי' רל"ב סט"ו המוכר קרקע לחבירו ואכל פירותיה ולאח"ז נראה לו בה מום אם רצה להחזיר הקרקע לבעלים מחזיר כל הפירות שאכל כו', ד"ז כתב הרמב"ם בפט"ז מה' מכירה ה"ח, ובמ"מ כתב שזה נלמד מההיא דב"מ ס"ו ב' דאי אסמכתא לא קניא הדר ארעא והדרי פירי, ויש מקום לחלק בין היכא שהמקח טעות מצד שניהם לבין היכא שרק הלוקח טעה והמוכר ידע שזה מקח טעות, דבזה י"ל דלאו כל כמיניה להטעות את הלוקח ולהטיל עליו שכירות שלא לרצונו, שהרי הלוקח חפץ לקנות ולא לשלם אגרא, [ובגוונא דליכא משום רבית כגון שעדיין לא שילם עי' ב"ח וסמ"ע], והר"ז כמחל על השימוש, וכש"כ במום הפוחתו מדמיו שבידוע שהלוקח יבטל המקח לכשיראהו, וצ"ע, ועי' באור שמח שדן ז"ל לחלק בין קרקע למטלטלין כדמחלקינן ב"ק צ"ז א' עיי"ש. (סימן י"ג).

צ"ג ב' מתני' המוכר פירות לחבירו הר"ז מקבל עליו רובע טנופת לסאה, לכאורה

הטעם משום דרגילות הוא דעד רובע טנופת מתערב בתבואה, והמוכר אינו טורח לנפותה ומוכרה במצב זה, אבל קשה דבגמ' מבואר דבחטים מצוי תערובת קטנית רובע, ועפרורית פחות מרובע, וא"כ מן הראוי היה שיהא בחטין גם רובע קטנית וגם מעט פחות מרובע עפרורית, דאין סברא דכשיש קטנית זה יגרום שלא יהא עפרורית, ואנן לא שרינן בין שניהם אלא רובע, וע"כ דאין אדם מוותר אלא רובע אף אם שכיח טפי, ועל המוכר לנפות, ואשכחן נמי שיעור זה דרובע לסאה במוכר בית כור לקמן ק"ג ב', ואפשר דבפירות שאין מצוי בהם תערובת מין אחר, לעולם אין בהם טינופת אלא עד רובע, ועל פי זה נקבע השיעור לכל המינים דעד רובע מחיל אינש, ובאלו שיש בהם גם תערובת מין אחר ע"כ על המוכר לדקדק שלא יהא בין הכל יותר מרובע, דטפי מרובע לא מחיל אינש.

ברשב"א צ"ד א' מבואר דהלוקח מנפה את הטנופת קודם טחינה, ובפירות שאין דרכם בטחינה כגון עדשים ע"כ דמנפה את העפרורית קודם שמשמש בפירות, וכן באינן דמתניתין מתבררים המתולעים והקוססות קודם שמשמש בהם, אבל בירושלמי סופ"ה דתרומות והובא בר"ש שם משמע דטנופת תרומה נטחנת עם החטים ומצטרפת עם החולין לבטל את התרומה שנתערבה, ואפשר דאיכא טנופת שנטחנת, אבל סתם טנופת נבררת קודם טחינה, ועי' בלשון התר"י צ"ד א'.

שם תאנים מקבל עליו עשר מתולעות למאה, בפשוטו איירי במתולעות שאין ניכר מבחוץ, וגם המוכר אינו מכירן, ולפי זה נראה דאם היו י"א מתולעות דאינו מחליף לו אלא אחת, לא מבעיא לטעמא דקנס דהכא ליכא למיקנסיה, אלא אף לטעמא דדינא הכא לא שייך דטרח, וגם לא שייך לומר אפירי שפירי יהיב זוזי, דלעולם איכא גם מתולעות, ואף דהרמב"ם בפ"ח מה' מכירה הי"א והועתק בשו"ע סי' רכ"ט, כייל להא דתאנים בהדי טינופת דכל הפירות, מ"מ מה שסיים נמצא בהן יתר על השיעורים האלה כל שהו ינפה את הכל ויתן לו פירות מנופין וברורין שאין בהן כלום, לא קאי אתאנים אלא אאינן דשייך בהו ניפוי, וכן יש לפרש בטוח"מ סי' רכ"ט, ועי' רשב"ם צ"ז ב' ובתוספתא שהביא, ושם קתני קשואין דמקבל עשרה מרים, וקתני דבי"א מחזיר רק אחת, והיינו דומיא דתאנים, אבל צ"ע דברי שא דתוספתא קתני נמי במקבל טנופת וקטנית.

וגם אם נפרש במתולעים שניכרין מבחוץ, נמי נראה דבנמצא י"א אינו מחזיר אלא אחת, דלא דמי לטינופת שאינו מגוף הפירות, ויש שאינו נאסף בכלל, וניתן לערבו עם הפירות, משא"כ בתאנים מתולעות שהם מגוף הפירות ובכל הפירות נמצאים מעט, ולא ניתן לערבן אא"כ הקדים לבררן ולאספן, וגם אין דרך להבטיח שלא יהיו בכלל שום מתולעות, ועי' ברשב"א שכתב דביין וקנקנים לא אמרינן להא דר"ה דאם איכא י"א מחזיר את הכל, ועי' מש"כ לקמן צ"ה א'.

מהא דהושוו תאנים ויין וקנקנים בשיעור אחד לעשרה, משמע דיש ענין בשיעור זה במחילה שאדם מוחל, דנראה רחוק לומר דאירע שאלו השלשה הושוו במדת השכיחות.

שם קנקנים בשרון כו', בפשוטו הוא כמו ועל אנשי השרון, והענין דהחול שבאותו מקום גרוע כמבואר סוטה מ"ג א', והוא הגורם לקלקול הקנקנים, ועי' רשב"ם, ועי' ברמב"ם פ"ח מה' מכירה הי"ד ובמ"מ שם דנקט שרון משום שאין שם מנהג ידוע, וצ"ע, ואפשר דקשיא להו דאם איתא דהחול שבשרון הוא הגורם, א"כ אמאי לא קתני שיעורא לשאר המקומות, ולא משמע דבשאר המקומות לא מקבל כלל פיטסות, אם כי אין לזה הכרח דשפיר אפשר דבשאר מקומות אמנם לא מקבל פיטסות כלל, מידי דהוי אקונה פחות מעשר בשרון, ובטוש"ע לא הביאו הא

דקנקנים בשרון, ולמש"כ ניחא דלא ידעינן כהיום היכן המקום וממילא לא ידעינן שיעוריה, אבל להרמב"ם היה להו להביאו שהוא שיעור לכל מקום דליכא מנהג. גמ' תאני רב קטינא רובע קטנית לסאה ועפרורית לא כו', נראה דבבביתא דרב קטינא לא קתני אלא חטים ולא שעורים ועדשים כדקתני בבביתא דלקמן, והלכך משמע דרק קטנית מקבל, דאל"ה הו"ל למיתני טנופת סתם כדקתני מתני', ולפי זה נראה דראוי לקיים הך דיוקא למסקנא, דהא לא אשכחן דהדרו מזה בגמ', ואינו מקבל רובע עפרורית בחטים, והרי"ף והרא"ש העתיקו ברייתא דחטים ושעורים ועדשים ולא פירשו דין עפרורית בחטים, נראה דמשמע להו דהך ברייתא מתפרשא סתמא דעפרורית דוקא בעדשים, ודין פחות מרובע סמכו על מה שהעתיקו מימרא דהבורר צרור מגרנו של חבירו כו', דמבואר דגם עפרורית בחטים עולה בחשבון.

ברם לא ידעינן שיעורא בעפרורית בחטים, וברשב"ם כתב פחות מרובע משהו, והדברים צ"ע מנלן, דמה שאמרו בגמ' קטנית רובע עפרורית פחות מרובע, מתפרש שפיר דאין לנו בזה שיעור רובע דמתני', ולכך קתני בבביתא דרב קטינא קטנית, ויש לפרש דשיעורו כפי המצוי, אבל מנלן לחדש דשיעורו חכמים בזה שיעור משהו פחות מרובע, ובפשוטו לא שנינו בזה שום שיעור רק מצאנו דבורר צרור משלם דמי חטין, וראוי לקבוע שיעורו כפי הרגיל וכדברים שלא שנינו בזה שיעורא בגמ', גם הדבר תימא שיחלקו חכמים במשהו שכמעט לא ניתן לעמוד עליו, בין עפרורית לקטנית, ועי' ברא"ש בשטמ"ק שכתב דכל שיעורי חכמים כן, והדברים צ"ע דודאי כל שיעורים שיעורם במשהו, אבל אין לחדש דאדם מוחל קטנית בחטים רובע ועפרורית משהו פחות מזה, דאין לך אדם שיבחין במשהו הלזה, וכ"נ ממה שהשמיטו הרי"ף והרא"ש סוגיא דגמ' דעפרורית פחות מרובע, דלא פירשו שהכונה בזה לשיעור דמשהו פחות מרובע, דא"כ הו"ל לפרושי, וכן הרמב"ם לא שנה שיעור בעפרורית, ועי' בב"י שכבר נתקשה בהשמטה זו.

והר"ן בשטמ"ק כתב דברמב"ם מבואר דעפרורית בחטים שיעורו פחות מרובע, נראה דממה ששנה הרמב"ם בפ"ח ממכירה הי"א לשון הברייתא בחטים ושעורים ועדשים וסיים דבכל שאר הפירות מקבל עליו רבע טנופת לסאה, מזה משמע דבחטים ושעורים אינו מקבל אלא מה שנתפרש דהיינו קטנית בחטים ונישוכת בשעורים, וכן הרי"ף והרא"ש שהביאו הברייתא דחטים ושעורים ועדשים לאחר ששנו המשנה דרובע טנופת, הרי זה מתפרש דבחטים דוקא קטנית ובשעורים דוקא נישוכת, ולא עפרורית, וממילא שב דין עפרורית כמנהג המדינה, ובזה ניחא מה שיש להקשות דהא בגמ' אמרו על הברייתא מאי לאו ה"ה לחטים ושעורים, ומשמע דפשטא הכי מתפרשא, וא"כ איך סתמו הברייתא ולא פירשו דבחטים ושעורים אין שיעור עפרורית ברובע, אבל למש"כ דלאחר ששנו המשנה בכל הפירות ובכל טינופת, הרי כשהביאו הברייתא הרי"ז בא לפרש דבחטים לא שרינן רובע אלא בקטנית, ניחא שפיר.

שם הבורר צרור מגרנו של חבירו נותן לו דמי חטין, בבעה"ב שאינו מוכר חטיו נראה דאינו משלם לו כלום, וכ"ה בריטב"א, ויש לעי' א"כ גם במוכר אמאי משלם לו לימא ליה אין הולכין בממון אחר הרוב, ושמא לא היה מוכר חלק זה שממנו בירר את הצרור, א"נ יאמר לו מה אפסדתיך הרי אתה יכול להשתמש בחטים אלו לצרכך, ושמא איירי במי שאינו טוחן לעצמו כלל, ואין לומר דבכל ענין אפחתיה מכספיה דהשתא כריו שוה פחות, והר"ז ככיער עבדו דמשלם פחתו אף שאין בעה"ב עומד למכרו, דלא דמי דהתם הרי הוא משתמש עכשיו בעבד מכוער ששויו פחות, וחשיב הפסד גם לגבי ידידה, משא"כ הכא שאם טוחן לעצמו הרי אהני ליה

בבירורו. - ועי' מש"כ בב"ק צ"ח א' ד"ה ונראה.
 בירושלמי ריש פרקין סאה שעורים שנפלה לתוך מאה של חטים מוכר ולוקח מהו שיחלקו את השבח, [ועי' בזה להלן], ומשמע דפשיט מהא דהבורר צרורות מגרנו של חבירו דמשלם דמי חטים, ה"נ זוכה גם בעל השעורים בשבח שנעשה ע"י התערובת.

עוד שם בירושלמי חד בר נש אפיל שעורים גו חטין כו' יתן לו דמי שעורים והשאר יחלקו, כפשוטו הדבר צ"ע דמה מקום שירויח בעל השעורים, ואף דאין בעל החטים יכול להפיל שעורים בתוך חטיו ולמכרן כחטים, מ"מ גם בעל השעורים אם יפיל בכונה לא יהא בעל החטים רשאי למכרן כחטים, וע"כ בהפיל שלא בכונה, ומה מקום לשכר על זה, ועוד דאם בעל החטים אינו עתיד למכרן ודאי אין לחייבו לשלם שכר לבעל השעורים, ואדרבה יחייבנו לבררן, אם חפץ בחטים נקיות, ואם כן גם אם יחפץ למכרן אין לחייבו לתת שכר לבעל השעורים, וצ"ע. (תרומות ס"ו ס"ק י"ב).

צ"ד א' תפשוט מינה חטי ושערי דעפרורית לא מקבל כו', א"א לפרש דפריך דלא לקבל כלל, דגם אם מקבל פחות מרובע נחא שפיר דנקט עדשים לרבותא דמקבל רובע, גם לשון תפשוט משמע דהוא דבר מסופק, ולעיל הרי פשטינן מהבורר צרור דמקבל עפרורית בחטים, אלא יש לפרש דר"ל תפשוט דלא מקבל עפרורית רובע בחטי ושערי, ודחי דלעולם אפשר דמקבל, ועדשים איצטריכא ליה דגם בהו אינו מקבל יותר מרובע, ולפי זה מהך ברייתא ליכא הכרע, והדרינן לדיוקי דברייתא דרב קטינא, ומשמע דקים לגמ' דברייתא דרב קטינא אתי למעוטי עפרורית, מדלא מפרשינן דאורחא דמילתא קתני דשכיחי קטנית בחטים, א"נ דאע"ג דשכיחי אפ"ה אין מקבל יותר מרובע, ואפילו בהדי עפרורית, ואפשר דהא דרב קטינא לפרושי מתני' איתנייה דלא תימא כל טנופת אלא בחטים רק קטנית, וכ"נ ברשב"ם.

ולפ"ז ליכא למ"ד דבחטין נמי מקבל עפרורית רובע, וצ"ע במאירי שהזכיר דאיכא מ"ד דקיי"ל הכי, וכן בסמ"ע סי' רכ"ט סק"א ובפרישה שם נמי הזכיר דאיכא למ"ד הכי, וכבר נתקשה בזה ברש"ש, עוד כתב התם דאיכא מ"ד דבחטים לא מקבל עפרורית כלל, וכבר נתקשה בזה בש"ך שם מהבורר צרורות, עוד כתב שם דקטנית בשעורים ונישוב בקטנית ועדשים משמע בגמ' דאפילו ביותר מרובע מקבל, ולא נתפרש היכן משמע כן בגמ', ואדרבה איפכא משמע דליכא שום מידי דמקבל טפי מרובע, וגם יתכן דנישוב בקטנית ועדשים, לא מקבל כלל אי לאו אורחייהו בהכי, וכן קטנית בשעורים.

שם אר"ה אם בא לנפות מנפה את כולו כו', האי אם בא לנפות מתפרש אם הוצרך לנפות, דהיינו שהיה יותר מרובע, צריך שינפה את כולו, ובפשוטו אמוכר קאי, דלוקח לעולם מנפה קודם טחינה כמש"כ הרשב"א והריטב"א בסוגיין, ואין נופל לשון אם בא לנפות, והיה ראוי לומר אם מצא יותר מרובע, ומש"פ רשב"ם אם בא לוקח לנפות לפי שנראה לו שיש יותר מרובע, הוא דחוק.

ומדברי הראשונים ז"ל נראה דאיירי שכבר מכר הפירות ואח"כ ראו שיש יותר מרובע והוצרך לנפות, ומחייבין ליה לנפות הכל ולתת פירות תחתיהן, אם משום דינא אם משום קנסא, ויש מקום לומר דאף קודם מכירה אם מצא שיש יותר מרובע שיתחייב לנפות הכל, דכיון דאיכא יותר מרובע אין זו התערובת הרגילה, אלא כמאורע, ובמאורע שפיר מחייבין לנפות הכל כדין עירב בידים, דהא כל ענין זה דשרינן למכור עפרורית וקטנית בתורת חטים מחודש הוא ואין לך בו אלא חידושו, בכפי הרגיל, ומתפרש שפיר בין לטעמא דדינא ובין לטעמא דקנסא, לטעמא דדינא

מתפרש דלעולם אין הלוקח חפץ בשום תערובת אלא דבדאיכא מעט לא טרח אינש, ורגילות שמוכר כמות שהוא, אבל בדאיכא יותר מרובע שכבר אינה התערובת הרגילה טרח המוכר לנפות, וכל שכבר טרח אין הלוקח מוחל עד שיטרח וינפה כולו, ולטעמא דקנסא מתפרש דאיכא למיחש שהתערובת נעשתה מדעת, אם שעירב באמת ע"מ למכור ולאנות, או שעירב שלא ע"מ למכור, או שעירב בשוגג סמוך למזיד דהיינו שלא השתדל למנוע שלא יתערב הטנופת, וכל שיש לחוש לכך הרי אף שידוע בעצמו שלא כך היה, מ"מ לא פלוג חכמים וחייבוהו לנפות הכל, וכדנקט הר"ן בדעת הרמב"ם הובא בב"י סי' רכ"ט.

ולפירוש זה נוחא לישנא דאם בא לנפות, דאם איירי לאחר מכירה, לא היה צריך להזכיר ניפוי, והכי הול"ל מצא יותר מרובע לסאה מנכה לו את הכל, א"נ מחזיר לו חטין כנגד הכל, א"נ לא את המותר בלבד מחזיר אלא את הכל, [כדקתני כיו"ב בברייתא לקמן ב' וק"ד ב'], אבל למש"כ דאיירי כשעדיין לא מכר, נקט שפיר האי לישנא שאם בא לנפות אינו רשאי לנפות המותר ולהשאיר רובע, אלא חייב לנפות את הכל, וגם יכול שלא לנפות כלל ולמכור בניכוי הפסולת.

וכן נוחא לפ"ז הא דפרכינן מכל סאה שיש בה רובע ממין אחר ימעט, אף אי איירי בתלוש שעדיין לא נזרע, דמ"מ אי כיתר מרובע דמי יש לחייבו לבור את הכל לר"ה. ונראה דאף לפי מה שפירשו הראשונים ז"ל מימרא דר"ה לאחר מכירה, מ"מ ללישנא דדינא יש לקיים כן אף קודם מכירה שאינו רשאי לברור רק את המותר, דכיון דטעמא דכל דטרח ראוי לטרוח בכולו, הרי בכל גוונא שהוצרך לטרוח לא מחיל לוקח עד שיטרח בכולו, וכן משמע בנמו"י שפירש למימרא דר"ה גם קודם מכירה, וגם לשון הרמב"ם מתפרש שפיר גם קודם מכירה עי' פ"ח ממכירה הי"א, ורק משום דללישנא דקנסא לא משמע להו דאיכא לא פלוג, לכך לא יתכן לפרש קודם מכירה, דבינו לבין עצמו הרי מידע ידע אם עירב לכך פירשו לה לאחר מכירה, אבל לדעת הרמב"ם כפי מה דנקט הר"ן דגם ללישנא דקנסא איכא לא פלוג, י"ל דאף קודם מכירה איכא לא פלוג אף שהנידון בינו לב"ע, וכל דאיכא טפי מרובע מחייבין לנפות הכל.

יש לעי' ברובע עפרורית בחטים מה לי אמר ר"ה, דלטעמא דקנסא ה"נ ראוי לקונסו, דכיון דלא שכיח רובע עפרורית בחטים איכא למיחש דעירובי עריב, ויש לחייבו לנפות הכל, אבל לטעמא דדינא דברובע לא טרח שמא אף בעפרורית בחטים לא טרח ברובע, ואף דאין על הלוקח לקבל, מ"מ גם אין לחייב את המוכר למיטרח בכולו.

עוד יש לעי' בשמינית עפרורית ושמינית ועוד קטנית בחטים מהו, דללישנא דדינא מסתברא דחשיב כיתר מרובע וכיון דטרח טרח בכולו ומנפה הכל, אבל ללישנא דקנס יש להסתפק אם חשדינן ליה דעירובי עריב, דבפשוטו תערובת הקטנית ותערובת העפרורית אינם באין כאחד, ואין תוספת הקטנית מחייב לגרוע מן העפרורית, (ובכלאים ודאי אין לנו ענין אלא בשיעור הקטנית), וא"כ אין כאן סבה לחשדו, ולא יצטרך אלא לנפות המותר, ולדעת רשב"ם אף לא את המותר, או"ד כל יותר מרובע אינו מצוי אף בצירוף קטנית ועפרורית וחיישינן דמיערב עריב, וינפה כולו.

לפי רב הונא מתפרשא מתניתין הכי המוכר פירות לחבירו הר"ז מקבל עליו טנופת אם יש עד רובע לסאה, וללישנא דדינא משום דעד שיעור זה לא טרח מוכר לברורי, וללישנא דקנסא משום דעד שיעור זה שכיח דאתי ממילא, ולפי זה לא למדנו שיעור עד כמה קפיד הלוקח, ולכך פירש רשב"ם ללישנא דקנסא דבידוע שלא עירב הרי

אף יותר מרובע מקבל הלוקח, דכל דאתי ממילא מחיל, ומשה"ק הר"ן א"כ עד כמה, נראה דל"ק דשיעורו כפי הרגיל, ואף שקבעו דהרגיל הוא רובע, מ"מ אינו אלא המצוי, אבל שפיר יש לפעמים קצת יותר, וכשנתברר שכך אירע הרי על הלוקח לקבל, ולפי זה היה ראוי לשנות המוכר פירות לחבירו הר"ז מקבל כל טנופת שנתערב ממילא, ואם היה עד רובע בחזקת שנתערב ממילא היה יתר מרובע על המוכר לברר, אבל דעת הרמ"ה והר"ן והנמו"י וכ"נ דעת הרא"ש [וצ"ע בטור שכתב דמסתברא כהרשב"ם שהרי הרא"ש כתב דלא קנסין ליה, ומבואר דרק הרובע מקבל עליו ולא המותר, וכ"ה ברמזים ומסתברא שהוא גליון שנשתרבב], דאף בידעין שלא עירב אין הלוקח מקבל אלא רובע, ובריטב"א נמי משמע כן שפירש דבעדשים איכא טפי מרובע עפרורית ואפ"ה אינו מקבל אלא רובע, ולפי זה מתניתין תרתי קתני דאינו מקבל בסתמא אלא בדאיכא רק רובע, וגם לעולם אינו מקבל אלא רובע, [ללישנא דקנסא בדאיכא טפי ונתברר שלא עירב].

ואפשר דאיכא נפ"מ בין טעמא דדינא לטעמא דקנסא, כשמנהג המדינה לקבל שליש לסאה ונמצא חצי, דלטעמא דקנס שפיר איכא למיחש דעירובי עריב, אבל לטעמא דדינא אפשר דלא אמרינן בזה דעד שליש לא טרח ובחצי דטרח טרח בכוליה.

בריטב"א במתני' מבואר שפירש הא דאמרינן עדשים איצטריכא ליה דסד"א כיון דמיעקר עקר לה יותר מרובע נמי לקבל, דר"ל דבעדשים הרגיל בעפרורית הוא יותר מרובע, וקשה דא"כ הרי חזינן דאע"ג דטרח ביותר מרובע מ"מ לא טרח בכולו, ותקשה לר"ה ללישנא דדינא, ולו"ד ז"ל נראה דבעדשים עלול בזמן אסיפתן שישתרבב יותר מרובע, וקמ"ל דגם בעדשים מנערים העפר בשעת אסיפתן וליכא טפי מרובע, והנעשה בסדר האסיפה אינו ענין לבא לנפות ולטורח, ולפי זה איכא נפקותא בין לישנא דדינא ללישנא דקנסא, במידי דמצוי יותר מרובע, דללישנא דדינא אף רובע לא מקבל דכיון דטרח טרח בכולו, אבל ללישנא דקנסא רובע מיהא מקבל, ושמא יש מקום לומר דעד כאן לא אמרינן דכיון דטרח טרח בכולו, אלא במאורע שהוצרך לטרוח, אבל במין שלעולם יש בו מותר על רובע וחייב לטרוח במותר, שמא בזה אינו טורח בכולו, ויתיישבו דברי הריטב"א.

שם מיתיבי כל סאה שיש בה רובע ממין אחר ימעט כו', פשטא דמתניתין בזרעים תלושים איירי וכמו שהוכיח בעליות הר"י בשטמ"ק מן הירושלמי דקתני שיכול למעט ע"י שיוסיף על הסאה, וכן מן הסוגיא דמו"ק, [ובתו' כתבו איפכא דמסוגיא דמו"ק משמע דאיירי במחובר], וגם עיקר הלשון מתפרש כן דהזרוע אין נמדד בסאה, והול"ל הזרוע סאה שיש בה רובע כו', וגם לשון יבור מתפרש בתלוש, ועכ"פ אם איתא דל"ק ממתניתין לר"ה אא"כ נפרשה כשכבר נזרע, הרי שפיר היה ראוי לתרץ דמתני' בזרעים תלושים איירי ול"ק כלל, אלא ודאי אף אי מתני' בתלושים איירי נמי קשיא לר"ה, וזה מוכיח כמש"כ לעיל דר"ה גם במוכר שבא לנפות עד שלא מכר איירי, ודכוותה לענין כלאים עד שלא נזרע, וטעמא משום דהא דשרינן עד רובע הוא משום שמתערב שלא מדעת, ואין כונת הזרוע לזרעם ולא ניחא ליה בהו אלא שאינו טורח לבררם, והלכך לא חשיב כזרוע כלאים, דבעי ניחותא דבעלים, ודמי כסיערתו הרוח, אבל כל שיש יותר מרובע, דהוי טפי מן התערובת הרגיל שנעשה שלא מדעת, הר"ז כעירבו בידים, והלכך לר"ה יש לחייב שיבור הכל, וכמו דלא שרינן לו למכרן בתורת חטים, ויתכן בין ללישנא דדינא ובין ללישנא דקנסא לדעת הרמב"ם דאמרינן לא פלוג, ועי' מש"כ לעיל.

שם סברוה דרובע דכלאים כיותר מרובע דהכא כו', היינו משום חומרא דכלאים, דמעיקר הדין ודאי יש להשוות כלאים ומכירה דתרוייהו בשיעור המתערב שלא

מדעת ואין דעתו לבררן תליין, אלא דר"ל דסברוה דלענין כלאים דיינינן לרובע כיתר מרובע והרי רובע ויתר מרובע דינם שוה ובתרווייהו קתני מתני' ימעט, וקשיא לר"ה, ומתרגינן דביותר מרובע לכו"ע יבור, ורובע דכלאים כרובע דהכא, והיה ראוי להיות מותר אלא דמשום חומרא דכלאים החמירו ולא החמירו אלא למעט, ור"י ס"ל דכל שממעט מיחזי כחפץ בנותר, והלכך אף דחומרא הוא למעט ברובע, מ"מ ס"ל דכל שממעט יש לחייב לבור.

ונמצא דכל דינא דמתני' דימעט אינו אלא ברובע מצומצם לא פחות ולא יותר, דביותר יבור ובפחות א"צ למעט, וסתימת הפוסקים לא משמע דגם לרבנן איכא דין יבור ביותר מרובע, וכבר העיר בזה הגרע"א ז"ל בתוספותיו בכלאים פ"ב, והדבר ק"ק מה ראו חכמים לחדש הלכה על הצמצום הלזה, ועי' בספר מרן זללה"ה כלאים ס"ד סק"ח וצ"ע.

ויתכן לפרש דהא דאמרינן סברוה דרובע דכלאים כיותר מרובע דהכא, דהוא נידון כללי אם יש להשוות נידון רובע דתערוכת לענין כלאים כמו לענין מקח, דיש מקום לומר דלענין כלאים אף יותר מרובע לאו שם כלאים עליו, דאין דרך לזרוע בכה"ג דסוף המועט לאיבוד שלא יוכל לאספו ולנפוטו כראוי, והלכך מוכחא מילתא דתערוכת שלא לרצונו היא ואין דעתו על זריעת המיעוט אלא שאינו טורח לנפוטו, ולפי זה מתפרש סברוה דרובע דכלאים ויותר מרובע דכלאים, דדינן שוה בכלל מתני' דכל סאה שיש בה רובע ממין אחר דמתפרש מרובע ולמעלה, כיותר מרובע דהכא, דהיינו דכדינן לענין מקח דינן לענין כלאים, והחמירו דגם רובע כיותר מרובע, וא"כ קשיא לר"ה אמאי סגי במיעוט, ומשנינן לא רובע דכלאים ויותר מרובע דכלאים כרובע דהכא דמי, כלומר דראוי להתיר לענין כלאים גם יותר מרובע, ופריך א"ה אמאי ימעט ומשני משום חומרא דכלאים, ובתר הכי מפרש טעמיה דר"י דמחמיר לבור משום דנראה כמקיים כלאים, ולפי זה מתפרש מתני' דכלאים כפשטה דדין רובע ויתר מרובע שוה ולרבנן לעולם סגי במיעוט וכסתימת הפוסקים, ולפי זה באמת לא חידשו הלכה מיוחדת לתערוכת רובע מצומצם, וצ"ע, ועוד העיר בני אי"ש נ"י דמתניתין דריש שקלים דמשמיעין על הכלאים מתפרשא שימעטו מרובע וכדמשמע נמי מו"ק ו' ב', וכיצד יתכן שיהא דין זה על רובע מצומצם דלא שכיח כלל, ויסמכו דהבעלים יבדקו אם היה יותר מרובע, ואז יבררו את הכל, אלא ודאי גם ביותר מרובע לרבנן ימעט, וכמש"כ, ומיהו לא משמע דר' יוסי פליג אמתני' דמשמיעין על הכלאים, ולדידיה ע"כ מתפרש שיבורו הכל, וצ"ע.

צ"ד ב' אא"ב כיותר מרובע טנופת דמי בהא קא מיפלגי כו', הו"מ לשנויי דקמיפלגי אם רובע דכלאים כיותר מרובע דהכא דמי, דר"י סבר דיותר מרובע דמי, אלא דבלא"ה משני שפיר, ועי' בתו' וכנראה כונתם דנידון אי רובע דכלאים כרובע דהכא היינו דהדבר תלוי במדת השכיחות עי' עליות וריטב"א, ועפ"ז כתבו דלא ניחא לגמ' למישווי פלוגתא בהכי, אבל למש"כ דהנידון אם קבעו דין רובע בכלאים כדין יתר מרובע בכלאים, אפשר שפיר לומר דפליגי בהכי.

שם התם ה"ט דר"י משום דמיחזי כי מקיים כלאים, ומ"מ בפחות מרובע אפילו מיעט יותר לא יחייבו ר"י לבור, דכל שלא נתחייב למעט, הרי מיעוטו מתיחס לכל הסאה וכאילו נטל מקצת מן התערובת, ולא מיחזי כי מקיים כלאים.

שם משום דמיחזי כי מקיים כלאים, פירש רשב"ם דמאחר שהתחיל למעט ומניח מקצתן מיחזי כמניח בידיים, ובמשנה ראשונה כלאים פ"ב מ"א נסתפק אם כשממעט ע"י שמוסיף שפיר דמי לר"י, דבכהאי גוונא לא שייכא הך סברא דמיחזי כמקיים, אבל נראה דמדקאמר ר"י יבור ולא קאמר שיוסיף, ש"מ דהוספה לא מהני, ועוד

דבירושלמי כלאים פירשו ימעט או ע"י הוספה או ע"י מיעוט ומשמע דר"י אתרוייהו פליג, וטעמא יש לפרש דכל שכבר היה שיעור שאינו מתבטל הרי אם ישאירנו נראה כמקיים. (כלאים ס"ב סק"ב).

תוד"ה וחכמים א"נ י"ל דהתם כגון שאומרים טעינו בשנות המלך כו', בטור חו"מ סי' מ"ג ס"ח ובמה יודע שהוא מוקדם י"א כגון שהעדים החתומים בו מעידים שהוא מוקדם כו' ולא הרגשנו בשעה שחתמנו שהוא מוקדם כו', הרבה יש לתמוה איך יכולים העדים לומר שלא הרגישו שהוא מוקדם, והרי א"כ בטלת תורת עדות מכל הכתוב בשטר, והרי ב"ד הורגין על סמך זמן שבשטר כגון בגט, אם קיבלה קדושין מאחר לאחר הזמן, ועוד דכל כה"ג משוי נפשייהו רשעים או פסולים כיון שחותמים על שקר, ואף באין כת"י יוצא ממק"א אין להאמינם, וכמ"ש הטור לדעת ר"י דדוקא באומרים שטעו בשנת המלך דבזה הטעות מצוי, וברמב"ן ב"מ ע"ב הקדים להקשות בכל מוקדם הרי נפסלו העדים ופירש שטעו בדאביי דעדיו בחתומיו זכין לו או שטעו בעיבורא דירחא או שהיו אנוסים מחמת נפשות, ובתר הכי הביא דברי הירושלמי שהם מקור דברי הרז"ה שהוא הך י"א, ופירשו באין כת"י יוצא ממק"א, ומתפרש נמי דהיינו בחד מהני גווני שהזכיר מעיקרא, וכ"ה בריטב"א ריש ר"ה, ולשון ע"ז חתמנו וע"ז לא חתמנו ר"ל זה אמת וזה אינו אמת, וכן בבעה"מ ריש ר"ה סיים בזה דמכאן אנו למידין דכל טעות שהעדים מצויין לטעות בו לא חשיב חוזר ומגיד, דומיא דההיא דג"פ קס"ז ב' דר' ירמיה ב"א, אלמא דאיירי במידי שהטעות מצוי, ולא בכתיבת זמן מוקדם סתם, וכן ברמ"א כאן סיים ע"ז וה"ה בכל טעות שהעדים מצויים לטעות, וכן בש"ך ס"ק ט"ו ט"ז פירש בגווני שהיו יכולים לטעות, ולכן לשון הטור צ"ע, [ויעוי' ברשב"א גיטין כ"ו שהזכיר חשש שמא יחתמו העדים על שטר מוקדם, מבלי משים, והזכיר הירושלמי, ולכך צריך שישיר מקום הזמן, אבל התם גם מקום הלוח והמעות צריך לשייר, ואטו יש לחוש שיחתמו בלא שם הלוח והמעות, אלא דלענין למנוע כתיבת התורף סגי בחשש כל דהו, אבל לא דבאמת איכא חשש כזה, והרשב"א עצמו בחידושו שנדמ"ח לר"ה כתב שם שלא יתכן שיאמרו העדים שלא חתמו על הזמן, וגם פירש הירושלמי באין כת"י יוצא ממק"א וכהרמב"ן ע"ש].

עוד שם בטור אא"כ מעידים עדים עליהם שהיו אנוסים מחמת נפשות, כ"כ תו' והרמב"ן ב"מ ע"ב א', ויש לעי' כי עדים אחרים מעידים מאי הוי, והא כל כה"ג כתרי ותרי איכא למחשבינהו, כיון דהם עצמם אינם יכולים לחזור מעדותם, וכמו באנוסים בכתובות י"ט ב', ואפשר דאה"נ דכתרי ותרי חשיבי, ומספק יהבינן לשטר דין שטר מוקדם, והעדים כשרים ממ"נ דאו שלא הקדימו, או שהיו אנוסים מחמת נפשות, ולכך שפיר גובה מבנ"ח, אבל רהיטת הלשון בטור משמע דמחזקין כה"ג את השטר כודאי מוקדם, [ובתו' שלא הקשו אלא שהעדים פסולין, שפיר י"ל דאיירי נמי שהמלוה מודה שהוא מוקדם, אבל בטור ל"מ כן, אלא שזו כל העדות שהשטר מוקדם], ואף דלשון הגמ' כתובות כ' א' דאילו הו' לקמן דלמא הו' מודו להו, משמע קצת דיש יתרון בכה"ג, והכא מתפרש שגם החתומים מודים שהקדימו מחמת האונס, מ"מ אין סברא בזה וע"כ לאו דוקא הוא ואינו אלא לרווחא דמילתא, אבל אין נפקותא אם מודים או לא.

וא"ת ואמאי חשיב שטר כלל כיון שהלוח לא הסכים שיחתמו עליו מחמת ההקדמה, ורק מחמת אונס המלוה חתמו, וא"כ אין כאן דעת המתחייב, ואף שהדבר אמת, וי"ל דאיירי שקנו מיניה על ההלואה וסתם קנין לכתובה עומד, ושפיר יכולים מעכשיו לכתוב שטר על ההלואה, ונמצא שרק על הזמן אין תורת שטר, אבל על עיקר

ההלואה שפיר חתמו, ועו"ל דהלוה לא איכפת ליה על ההקדמה, שאין הדבר נוגע אלא ללקוחות או לבע"ח, ושפיר הסכים מצדו שיחתמו על המוקדם, אלא שבגלל האיסור שבדבר הוצרכו להיות אנוסים. (כתובות י"ט ב').

צ"ה א' התם הן חסר הן יתיר א"ל מיהו רביע לא חשיב יתר מרביע חשיב דכיון דחזי ליה לאיצטרופי בתשעת קבין הויא לה ארעא חשיבתא באפי נפשא והדרא, עיקר התירוף הוא דהתם בית כור מכר לו, אלא דהוסיף הן חסר הן יתר, או דסתמא הכי מתפרש כדמסקינן לקמן ק"ד א', והיינו משום דאיירי בשדה זו ולפעמים אינה כבית כור מדויק לכך הסכימו לפחות או להותיר, אבל כשיש שם בית כור הרי פשיטא שלא יוכל המוכר לומר ללוקח שיקח בל' רבעים פחות, וה"נ כשיש שם מותר יותר על ל' רבעים לא נתכוין המוכר להוסיף לו על הבית כור, וכמו אילו יש שם שני כורים, וכי ס"ד שיתן לו כור ול' רבעים, הרי בית כור מכר לו, ואינו ענין להא דר"ה שנתן לו חטים עם קטנית דשפיר אפשר לחשוב את הרובע בחשבון.

והא דאמרינן דכיון דחזי ליה לאיצטרופי בתשעת קבין כו', נראה דהיינו כעין ועוד, דהא ר"ה ס"ל לקמן ק"ד א' דבדאיכא תשעת קבין מותר, אפילו בכמה כורין מחזיר לו את הקרקע, אע"ג דהו פחות מבית רובע לסאה, והיינו דאמרינן דא"נ אינו יותר מרביע מ"מ אם חזי ליה לאיצטרופי לתשעת קבין נמי הוי ליה ארעא חשיבתא באפי נפשה ולא נתכוין להוסיפה לבית כור שמכר, ועי' בשטמ"ק כאן בשם עליות הר"י שנתקשה בזה לדעת הסוברים דגם בליכא ט' קבין נמי מחזיר את כל הרבעים עם המותר, וציין למש"כ ק"ג ב', ונראה שזו כונתו ז"ל שם. - וע"ע במש"כ לקמן ק"ד א' ב'.

שם האונאה פחות משתות נקנה מקח כו', עי' מש"כ בב"מ מ"ב ב' אם הלוקח חייב בגנבה ואבדה כשהיה בו אונאה יותר משתות, ועי' בחו"ב כתובות צ"ח א' בשהה כדי שיראה לתגר אם המקח חל למפרע, ושם צ"ח ב' במוכר לעכו"ם באונאה יותר משתות אם חשיב מקח אלא שא"צ להחזיר האונאה, או שאין עליו תורת מקח, ואפשר גם דנפ"מ לענין דמי שביעית ומעשר שני, או מחיר כלב, ועי' מש"כ בב"ק ס"ח א' אם יש חיוב דו"ה במכר באונאה יותר משתות.

שם שתות קנה ומחזיר אונאה, א"ה, עי' מש"כ בזה בב"מ נ"ו ב', ועי' מש"כ בכתובות צ"ט ב' בהא דבב"ד שמכרו אין דין החזרת אונאה, ובדעת הרמב"ם דגם באונאת שתות בקרקע אם רצו ב"ד לקיים המקח ולהחזיר האונאה רשאים.

שם אר"ה בריה דר"י כל יתר מכאן כבא ליטע מתחלה דמי, יעוי' בתו' שפירשו דבעודו עוסק במלאכה אינו מקבל ממנו בורות, וצ"ע דאם איתא להאי דינא דבעודו עוסק במלאכה שאני, יש לפרש משום דסתמא דמילתא שאם מיד נראה שהם בורות, דאיגלאי מילתא דתחלתן בקלקול, ולכך יש לו להחליף, או משום דאין בזה כ"כ הפסד דיכול לתקנם או להחליפם, אבל לאחר שגמר מלאכתו ונתברר שצריך להחליף אילן אחד, לא מסתבר שיתחייב עי"ז להחליף הכל מדין שעדיין עוסק במלאכה, דהא כבר אינו עוסק במלאכה, וסתמא דמילתא מתברר שהם בורות לאחר שני ערלה שמתחילין להניב פירות.

ולו"ד ז"ל היה אפשר לפרש דהנהא דמקבל בורות הוא משום דהדבר מצוי אף בנטיעות הגונות שאין בהם ריעותא, והלכך אין לחייב את השתלא בזה, וקים להו לחז"ל דעד עשר למאה הוא הגבול שאפשר שיהיו בורות ללא ריעותא, אבל כל שיש יותר מזה תלינן שיש ריעותא בשתילים או בשתלא וכאילו בא ליטע מתחלה בורות דיינינן ליה, ומיהו לשון הגמ' כבא ליטע מתחלה אינו נאות על כונה זו, דהול"ל כל יתר מכאן פושע הוא וכיו"ב.

ומשמע דלר"ה נחא הא דמגלגלין עליו את הכל אף בלא טעמא דר"ה בריה דר"י, ויש לעי' הא לא טעמא דדינא איכא הכא, דהא לא שייך לומר דלא טרח וכיון דטרח טרח, וכמ"ש הרשב"א לענין קנקנים בשרון דלא שייך התם טעמא דטירחא, וה"נ דכוותה, וכן טעמא דקנסא ליכא הכא דלא עביד כן במזיד דהא עבידא לאיגלווי ויצטרך לשלם, וצ"ל דה"נ הו"מ למימר ולטעמך, א"נ מסייענין לר"ה מק"ו דאף בדליכא טעמא דטירחא ודקנסא נמי מגלגלין את הכל, וניחא הא דר"ה בריה דר"י דחי לה אף דקיי"ל כר"ה, דגם למאי דקיי"ל כר"ה אכתי לא צריכינן לגלגל עליו את הכל, ולעיל נמי כד מסייענין לר"ה מהא דתני רבין בר"נ לא את המותר בלבד הוא מחזיר אלא את כל הרבעין כולן, שייך ג"כ להקשות דלא שייך התם לא טעמא דקנסא ולא טעמא דטירחא, ובתו' שם ד"ה דתני כתבו דללישנא דדינא מייתי ראייה, ולא פירשו איך שייך התם לומר דלא טרח וכיון דטרח טרח בכולהו, ומשמע דס"ל דטעמא דטירחא לאו דוקא, והעיקר דכל דאיכא מותר שאינו מוחל שוב אינו מוחל כלום, ולפי זה אף בקנקנים בשרון שייך האי טעמא, ודלא כהרשב"א, ומיהו גם הרשב"ם צ"ז ב' כתב דביין וקנקנים בדאיכא י"א אינו מחזיר אלא אחת דליכא טעמא דטירחא וקנסא, ואילו הכא גבי בית כור כתב כפי' תו' דללישנא דדינא פריך, וצ"ע, ועי' ביד רמ"ה דמשמע דפירש טרח לגבות המותר עי"ש.

צ"ה ב' על הפת שעפשה כו' אומר שהכל נהיה בדברו, א"ה, עי' מש"כ בשביעית ס"ח סק"ב ז' בהא דלענין שביעית לא חשיב אוכל.

צ"ו א' איתמר המוכר חבית יין לחבירו והחמיצה כו', יתבאר לקמן צ"ז ב'.

צ"ו ב' ושמאל אמר חמרא אכתפא דמאריה שוואר, יתבאר לקמן צ"ח א'.

שם דאמר רבא כל חמרא דלא דרי על חד תלת מיא לאו חמרא הוא, ר"ל דיין שאין טעמו נשאר בו במזיגה דחד על תלת לאו חמרא הוא, ולא נזכר לענין מאי אמרינן דלאו חמרא הוא, דהא שפיר חשיב יין אם ימזגוהו בפחות מים, ואפשר דלענין מקח וממכר קאמר דמקח טעות הוא, וכן משמע בב"מ ס' א' דאהדריה רבא למוכר עי"ש. (שבת ע"ז א').

צ"ז ב' בעא מיניה ר"כ חמוה דר"מ מרבא חמר חווריין מהו א"ל אל תרא יין כי יתאדם, האי קרא מוכח דסתם יין הוא אדום, דהכי מתפרש קרא אל תרא יין כמו רואה אני את דברי אדמון, כלומר אל תאהב יין כי הוא אדום, והיינו לפי שהוא אדום, (ועי' סנהדרין ע' א'), ואין הכרע גמור דאף לענין דיעבד פסלו, וכיון דבגמרא דידן מנחות פ"ז א' נמי דרש רבא האי קרא למעט יין ישן לרבי דכשר דיעבד, וכן בירושלמי הובא ברמב"ן בסוגיין ובר"ן פסחים ק"ח ב' נמי דרשו מהאי קרא דמצוה לחזור אחר יין אדום, ופשטא משמע דמצוה לכתחלה קאמר, ראוי לפרש גם בסוגיין דרק לענין לכתחלה אהדר ליה דבעי אדום, וזו נראה דעת המכשירין, וברשב"ם משמע דמפרש לבעיין לנסכים ולכך יש להכשיר לקידוש, [שכתב דלא נהירא לפרש לענין קידוש], וצ"ע דהא מסקינן בסוגיין דאין אומרים קדוש היום אלא על היין הראוי לינסך ע"ג המזבח, ומיהו אם הפשיטות הוא רק לענין לכתחלה, נחא דכל דלנסכים כשר בדיעבד מקדשין עליו לכתחלה כדאמרינן בסוגיין.

הרי"ף והרא"ש וכן הרמב"ם השמיטו הך בעיא, וכן לא הביאו ברייתא דיין בורק, והדבר צריך יישוב, דאף אם הוא לכתחלה נמי היה ראוי לפרש, ובב"י סי' ער"ב כתב דאפשר דהרמב"ם מפרש דלהכשיר קפשיט ליה, דמשמע דגם שאינו אדום קרוי יין, וצ"ע דהא במנחות פ"ז א' וכן בירושלמי ילפינן מהאי קרא להצריך אדום, ומיהו אם מפרשינן בעיין לענין נסכים, נחא שהרי"ף והרא"ש השמיטוה, כמ"ש בב"י שם, ולענין קידוש י"ל דקיי"ל כחכמים פסחים ק"ח ב' דלא בעי מראה יין, ורבא פירש

שם טעמיה דר"י ולא קיי"ל כוותיה, ורק לענין נסכים קאמר בסוגיין דבעי אדום, גם למש"כ תו' דבורק כשר ורק בלבן ביותר קאמר רבא, י"ל דאינו מצוי כ"כ, ולכך לא חש הרמב"ם להביאו לענין נסכים.

יש להסתפק עירב יין אדום בלבן אם מתכשר הלבן לדעת הרמב"ן בדליכא חד על תלת, די"ל דכל שיש בו מראה יין מחמת יין שפיר דמי.

מתני' המוכר יין לחבירו והחמיץ אינו חייב באחריותו, נראה דדינו כאילו התנה שאינו חייב באחריות, דכשהנידון בדבר עתיד שגם המוכר אינו יכול לדעת, הרי ההלכה קובעת דיני המקח, והלכך אף אם המעות ביד הלוקח מוציאין ממנו, דלא חשיב כספק אם קנקניו גרמו או מזלו גרם דליהוי המוציא מחבירו עליו הראיה, אלא תחלת המקח נקבע שאין המוכר אחראי על חימוץ, ואף דא"ל למקפה, אהני שצריך לתת לו יין שיכול לשהות למקפה, אבל מ"מ יכול להחמיץ מחמת מזליה או קנקניו דלוקח], לריב"ח בכליו של לוקח ולרחב"י אף בכליו של מוכר, ולריב"ח בכליו של מוכר הרי הוא חייב באחריות ואף אם המעות בידו חייב להחזיר, אף שהיין בוגד ויש ספק דמזליה דלוקח גרים, דמ"מ כך הם תנאי המקח דהאחריות על המוכר.

שם ואם ידוע שיינו מחמיץ ה"ז מקח טעות, מדלא קתני חייב באחריות, אלא ה"ז מקח טעות, משמע דאף קודם שהחמיץ יכול הלוקח לבטל המקח, ואין המוכר יכול לטעון שמא לא יחמיץ עד שיגמור להשתמש בו, ואם יחמיץ יחזיר המעות אח"כ, והטעם משום דסתמא דמילתא אם היה הלוקח יודע שיינו מחמיץ לא היה קונה, והר"ז מקח טעות, ומיהו אין לדבר הכרע וי"ל דרק אהחמיץ קתני דהר"ז מקח טעות, דהא משתמש והולך ושפיר יתקיים המקח עכ"פ במה שישתה עד שלא יחמיץ.

שם ואם אמר לו יין מבושם אני מוכר לך חייב להעמיד לו עד העצרת, יעוי' בתו' שפירשו דאם החמיץ קודם עצרת אינו חייב באחריותו לריב"ח בקנקנים דלוקח ולרחב"י אף בקנקנים דמוכר, ומתניתין רק קתני דצריך שיתן לו יין שיכול להתקיים עד עצרת, וצ"ע דהתינח לריב"ח שפיר איכא נפקותא בהא דצריך להעמיד לו עד העצרת, באם היה בכליו של מוכר והחמיץ דחייב באחריותו, אבל לרחב"י מה ענין יש בהא דחייב להעמיד לו עד העצרת, הא בכל גווני אינו חייב באחריותו, ואין לומר דאשמועינן דמבושם היינו שיכול להתקיים עד עצרת, וצריך שבשעה שנותן לו יהא נראה שראוי לעמוד עד אז, דמתני' הרי קתני שהמוכר אומר יין מבושם אני מוכר לך, ולא קתני שאם הלוקח מבקש יין מבושם דצריך לתת לו יין שיכול לעמוד עד עצרת, וגם בא"ל למקפה צריך שבשעה שנותן יהא ראוי לעמוד הזמן שצריך למקפה, ובסתמא בשעה שנותן היין אין בו ריעותא ניכרת.

אבל דעת הרמב"ן במלחמות ולעיל צ"ו ב' דכשאמר יין מבושם אני מוכר לך חייב להעמיד לו עד העצרת, ואם החמיץ חייב באחריותו וגם בקנקנים דלוקח לריב"ח, דאף דמזליה דגברא גרים לרחב"י, וקנקנים דלוקח לריב"ח, מ"מ בכה"ג המוכר קיבל עליו אחריות, והדברים מסתייעין מהא דתניא לקמן צ"ח ב' ומיישן והולך עד החג, והיינו דכשאמר מיושן ונותן משל ב' שנים הרי הוא מקבל אחריות שלא יחמיץ עד החג וכמו שפי' רשב"ם, והיינו דאף דאיכא מזליה דלוקח לרחב"י וקנקניו לריב"ח, מ"מ מקבל המוכר אחריות חימוץ, ודוחק לפרש ומיישן והולך דר"ל שיהא יין שיכול להתיישן אף אם לא יתיישן, ומיהו בטור משמע שפירש כן], וה"נ דכוותה ביין מבושם, ולא דמי לאמר ליה למקפה, דהתם אין המוכר מתחייב שלא יתחמץ באשמת הלוקח או קנקניו, וכדעת הרמב"ן כן דעת הר"ן והרי"ו הובאו בב"י סי' ר"ל וכן בנמו"י וכן הסכים שם הש"ך לדינא.

המוכר יין מבושם לאחר עצרת, או מיושן לאחר החג שכבר מלאו ג' שנים, לכאורה

אין כאן קבלת אחריות מצד המוכר, שהרי אם מכרו קודם עצרת אינו חייב באחריותו אלא עד העצרת, נוצ"ע בלשון רי"ו שבב"י סי' ר"ל שכתב דאם החמיץ אחר עצרת כליו של לוקח גרמו, והא אף בכליו של מוכר כן, וצ"ל דהיינו כשהוא עדיין בתוך שיעור דלמקפה], וכן במיושן אם מכרו קודם החג אינו חייב באחריותו אלא עד החג, ויש מקום לומר דגם אם א"ל למקפה והוא בכליו של מוכר נמי לא מצי א"ל הא חמרך והא קנקנך, דיין לאחר שעברה שנתו וכבר הוחזק ליין הגון, שוב אין המוכר מקבל אחריות דסתמא הוא כבר בחזקת שלא יחמיץ, וכי לעולם יהא באחריותו, ורק בתוך שנתו דשייך לומר מעיקרא דחלא חלא, בזה שייך לחייב את המוכר באחריותו, ולפי זה היה אפשר לפרש פלוגתא דרב ושמואל לעיל צ"ו א' ביין שעברה שנתו דאין בו קבלת אחריות מצד המוכר, ומ"מ אם החמיץ תוך ג' ס"ל לרב דאיגלאי מילתא דכבר הוי חלא בזמן המקח ושמואל פליג דאכתפא דגברא שוור, ומצי איירי בכליו דמוכר ובא"ל למקפה, אבל הראשונים ז"ל לא פירשו כן, ואפשר הטעם משום דסתם מוכר חבית יין מתפרש תוך שנתו דומיא דמתניתין, או דס"ל דאף לאחר שנתו באמר ליה למקפה הר"ז באחריות המוכר, אבל הרשב"ם בסוגיין כתב בטעמא דא"ל הא חמרך והא קנקנך משום דמעיקרא דחלא חלא, ולכאורה טעם זה לא שייך אלא בתוך שנתו, כדקאמר ב"מ ע"ג ב' דיהבי זוזי בתשרי ומבחרי ליה בטבת ע"ש.

תוד"ה עד דחי קאי אכוס כו', לגירסא דגרסינן ברכות נ"א א' חי אר"ש עד ברכת הארץ, מבואר דחי איין קאי. (שבת ע"ז ב').

תוד"ה מום וקשה לר"י כו', ע"י מש"כ בב"מ ס"ד א'.

צ"ח א' לא שנו אלא בקנקנים דלוקח כו', בב"מ ס"ד א' תוד"ה אי ובסוף פירקין נמי אמרינן גבי רבנן כו' ואין לחלק בין מוכר בתשרי כו', ע"כ ההיא דלקמן וההיא דב"ב לאו בחדא מחתא מחתינהו, דהא לקמן אמרינן דמעיקרא דחמרא חמרא ודחלא חלא, והיינו שבתחלת עשיית היין כבר ידוע מהו יין ומהו חומץ, ואילו בב"ב מפלגינן בין כליו דמוכר לכליו דלוקח, או דמזליה דגברא גרים, אלא כונתם דבב"ב מסקינן דבכל השנה אם היה בכליו של מוכר הוי מקח טעות, וא"כ דכוותה בסוגיין דמשמע דבכליו של מוכר הוא, א"כ אפילו לא אתני הוי נמי ברשותיה לענין תקיפה, והו"מ לשנויי דסוגיין איירי שהעבירה לקנקנים דלוקח, וכ"ה בתו' הרא"ש, א"נ דיש שיעור לדבר, דלא מסתבר שאם שהתה שנים ברשות לוקח ולא החמיצה ואח"כ החמיצה דיוכל לומר דקנקנים דמוכר גרמו, אלא דג"ז בכלל תירוצם רק שהוסיפו דגם קלקולים אחרים בכלל, וה"ה קלקול דחימוץ שאין לתלות במוכר. (ב"מ ס"ב ב' סק"ד).

שם וכי קנקנין דמוכר מאי הוי לימא ליה לא איבעי לך לשהויי כו' אמאי לימא ליה לא איבעי לך לשהויי כו', סתם יין הוא בסכנת חימוץ כדתנן גיטין ל"א א' בשלשה פרקים בודקין את היין, והלכך כל קונה יין הרי הוא נכנס בספק חימוץ, והיינו דאמרינן לא איבעי לך לשהויי, כלומר שאין שום אחריות מצד המוכר, ועליך רמיא להזהר מחימוץ, וכשמתחיל להתחמץ לא איבעי לך לשהויי, כדרך שכל בעה"ב עושה, ואף בידוע שיינו מחמיץ אין כאן אונאה מצד המוכר, דבידוע שישנם כאלו, וכל קונה יין סתם נכנס גם בספק הזה.

ומשנינן דא"ל למקפה ובזה נתחייב המוכר שהיין משובח ואינו עתיד להחמיץ במצב הזה עד שיעור דבעי ליה למקפה, ולדעת תו' כאן [ועי' בדבריהם צ"ו ב' ד"ה ושמואל], לא מצינו קבלת אחריות על העתיד, והא דבהחמיץ בכליו של מוכר חייב באחריותו לריב"ח, הוא משום דאיגלאי מילתא דבשעה שמכר לו לא היה היין ראוי

למקפה, כיון שנתחמץ מבלי שנתחדש בו דבר, ואף שיתכן שנתחדשו סיבות הגורמות להחמיץ, מ"מ בסתמא מחזקין כן דמתחלה לא היה ראוי, ולפי זה לא ס"ל לריב"ח כלל דמזליה דבעלים גרם, דאל"כ שמא באמת אם לא היה מוכר לא היה מחמיץ, וצע"ק דהא רחב"י קרא קאמר, אבל לדעת הרמב"ן והר"ן י"ל דגם ריב"ח מודה דיש ענין במזליה דבעלים וכדמוכח קרא, אלא דס"ל דכשאמר למקפה הרי המוכר מקבל אחריות על חימוץ שמחמת המכירה, ורק חימוץ דקנקנים דלוקח אינו מקבל, ואף שבשעת המכר הוא מערה לקנקניו, מ"מ כיון דאפשר למכירה בקנקנים דמוכר, וגם עירוי לקנקניו דלוקח הוא גורם חשוב להחמיץ טפי ממזליה דבעלים, הלכך האי חימוץ לא קביל עליה, אבל חימוץ דמחמת מזליה דלוקח קביל עליה, דיין משובח אינו מחמיץ מחמת כך.

כתב המ"מ פ"ז ממכירה ה"ג דדעת הר"ף והרמב"ם והר"י מגאש דבלא א"ל למקפה והחמיץ בכליו של מוכר אינו חייב באחריותו אפילו קנה היין בשכירות מקום או בסודר ולא טלטלו כלל, וכשמואל צ"ו ב' דגם תוך ג' ימים הרי הוא ברשות לוקח, ונראה דלפ"ז ע"כ לפרש אכתפא דמאריה שוור כפרש"י ורשב"ם דמזליה דבעלים גרם, [ונקט לשון אכתפא דמאריה שוור לומר שדלג על כתפיו של הבעלים ומיהר להחמיץ תוך ג', ולכך לא נקט לשון מזליה דבעלים גרם], ויש לקיים הדברים אף למאי דקיי"ל כריב"ח, דמודה ריב"ח דיש ענין במזליה דבעלים כדכתיב ואף כי היין בוגד וגו', אלא דס"ל דבאמר למקפה הרי המוכר מקבל עליו חימוץ זה שמחמת הבעלים, דהא מוכרו לו למקפה, ולכך אוקמה בקנקנים דלוקח, אבל בלא א"ל למקפה שפיר אמרינן אף תוך ג' דמזליה דלוקח גרים, ולפי זה היה נראה למינקט בדעת הר"ף והרמב"ם והר"י מגאש כדעת הרמב"ן והר"ן דהא כיון דס"ל דבא"ל למקפה המוכר מקבל אחריות על מזליה דבעלים, ה"ה דיכול לקבל אחריות ביין מבושם על קנקניו דלוקח, אבל בטור נקט כדעת תו' במבושם, ומ"מ בלא א"ל למקפה פסק כדשמואל דמזליה דלוקח גרים.

שם ופליגא דרחב"י כו', נראה דהא דרחב"י איתנייא אמתניתין לפרושי טעמא דאינו חייב באחריותו משום דמזליה דמרי גרים, וחזינן דאע"ג דא"ל למקפה ומוכר לו, מ"מ כיון דמזליה דלוקח גרים, לא קביל מוכר עליה, ואף שעיי"ז לא יוכל לשמש בו למקפה, ודכוותה לריב"ח אפילו יוצק לו המוכר לתוך כליו בשעת מכירה, אפ"ה לא קיבל עליו המוכר כיון דכליו של לוקח בדבר, ואף דעי"ז לא יוכל לשמש למקפה, וצ"ע בלשון הריטב"א שכתב סבור הייתי שתקח כלים שלי כו'. - אף כשהמוכר קיבל אחריות כגון במבושם לפירוש הרמב"ן, מ"מ מזליה דלוקח שהוא הבעלים גרים, אף שהפסידא לא תהא שלו כיון שהמוכר קיבל אחריות.

שם אמר רבא האי מאן דזבין ליה חביתא דחמרא לחנוואה אדעתא לסבוייה ותקיף אפלגא כו', בב"מ מ"ג ב' מבואר דהמחסר מחבית גורם שתחמיץ, וכש"כ הכא שפותח הברזא ומחסר הרבה זימנין סגיאיין כדרך המוכרין, [וזה גרע מלמקפה בביתו קימעא קימעא], והיה מקום לומר דאע"ג דאדעתא דהכי מכרה לו, מ"מ לא קיבל עליו אחריות דחימוץ כה"ג, וכמו בכל מכר לרחב"י וכן במוכר לקנקניו של לוקח לריב"ח, דאע"ג שאומר למקפה, מ"מ אינו מקבל אחריות כשיש גורמים מאוחרים להחמיץ, קמ"ל דהכא מקבל אחריות, ובפשוטו לא מצי אתיא כרחב"י וכמש"כ תו', ומה שדנו בתר הכי חלא מאי, י"ל דלאו בדעתיה דרבא נסתפקו, דרבא לא איירי בהכי, ומהך מימרא ודאי מוכח דלא ס"ל כרחב"י, ורק הילכתא כמאן איבעיא להו, אבל בתו' נקטו דבדעתיה דרבא נסתפקו וקשיא להו ז"ל, ושמא ס"ד דכל חנוני דזבין לסבוייה אדעתא דמקבל מוכר אחריות זבין, דחנוני זבין טובא ולא בעי לקבולי

אחריות אנפשיה בחמרא דלא ידע, וצ"ע.

שם ואמר רבא האי מאן דקביל חמרא אדעתא דממטי ליה לפרוותא כו', מזה מוכח דהנותן סחורה בעיסקא הרי נקבע פלגא דמלוה במעות, ולא בחפץ של הסחורה, דאם פלגא דמלוה הוא יין, הרי הוא מחזירו לנותן ומה ענין יש בזה שהנותן מקבלו, אלא ודאי הפלגא מלוה נקבע בסכום מעות, וכיון דזל היה ראוי לחייב את המקבל להוסיף, והיינו דאשמועינן דתחלת הקבלה בכה"ג הוא בספק, וכשהוזל הרי העיסקא בטלה.

שם איבעיא להו הוה חלא מאי כו', אין נראה לפרש דמיבעיא להו אי הלכתא כריב"ח או כרחב"י, דא"כ למה קבעו נידון זה אהך עובדא דקביל חמרא אדעתא דממטי ליה לפרוותא וכו', אלא יש לפרש דמיבעיא להו אליבא דרחב"י דאינו חייב באחריותו אף בכליו של מוכר, דשמא הכא שאני כיון שעדיין אין המקח מוחלט דהא אם זל חוזר למוכר, ושמא גם בנעשה חלא חוזר, והרי גם המוכר שותף, וגם הרי הוזל ע"י החלא שא"א למוכרו, ופשטו בי ר"כ דחלא לא דלענין זה הוא ברשות לוקח לרחב"י, ומשמע דר"ה ור"א ור"כ כולוהו כרחב"י הוי ס"ל להאי לישנא, ולא"ד אמרינן דכריב"ח קיי"ל וממילא ליכא למיבעיא בחלא דגם במכר גמור חייב באחריותו.

ק' ב' שהמלך פורץ גדר לעשות לו דרך, בסנהדרין כ' ב' פרש"י לשדהו ולכרמו, ומשמע דרשאי ליקח שדות אחרים לעצמו לדרך, [וכדנקטו תו' שם לשמואל דכל האמור בפרשת מלך מלך מותר בו], אבל קשה דא"כ מה מקום להזכיר כאן הפריצה והדרך, וכן כאן ובמתני' דסנהדרין שם הזכירו דין זה לענין הא דדרך המלך אין לה שיעור, ומשמע דיש כאן דין בדרך, אבל הרמב"ם העתיק דין זה בפ"ה מהלכות מלכים ה"ג בדיני מלחמה, שלצורך המלחמה הוא פורץ לעשות לו דרך ואינו צריך להקיף בדרך הקיימת, ומשמע דהוא דין מיוחד במלחמה ולצורך המלחמה, וכן בב"ק ס' ב' הוזכר דין זה לענין מלחמה דדור ופלשתים, [ועי' יבמות ע"ו ב' שהוזכר דין זה לענין המלוכה בכלל, דאמר שאול על דוד דאי מפרץ קאתי מלך הוי שהמלך פורץ לעשות לו דרך].

ולכאורה נראה לפרש דהוא דין מיוחד לפטור המלך מחיובי מזיק כשעושה הדבר לכבוד המלכות, והיינו דהזכירו הפריצה שהוא ההיזק, והזכירו הדרך שזהו הצורך להרבות בכבוד המלוכה, להגדיל דרכו, דדרך המלך אין לו שיעור, וכן בב"ק שם למדו מזה לפטור מלשלם מציל עצמו בממון חבירו כמו שפירשו תו', וכן לאידך לישנא שם שנסתפק אם לתת שעורים דישלם לבהמתם ע"מ לשלם עדשים, היינו נמי שהבהמות יאכלו כדרכם, ואם לחייב יש לחייבם מדין שן, [עצם הספק שם צריך פירוש, דאטו נסתפק דוד אם מותר לגזול ע"מ לשלם, וגם מה הוצרכו לזה לקרא דדברי קבלה חבול ישיב רשע וגו', והרי פשיטא דגם המקיים והשיב את הגזילה עבר על לא תגזול, וגם מה צורך להזכיר שישלם עדשים, דמאי נפ"מ באיזה שוה כסף ישלם, ואפשר דנסתפק בידוע שאם היו הבעלים יודעים שיתן להם עדשים במקום שעורים דודאי היו מרוצים, אם כה"ג יש להתיר שלא מדעת, עכ"פ במלך ואף בלא טעם דפורץ כו', [ועי' ברא"ש, ובשו"ע סי' שנ"ט ס"ב], וע"ז השיבו דבהדיא אסור מקרא דיחזקאל דמשמע דבכל ענין מיקרי רשע, אבל מלך מותר מדין פורץ לעשות לו דרך, דפטור גם מלשלם, ולכך לא השיבו לו מקרא דשמואל דשדותיכם וכרמיכם וזיתיכם הטובים יקח, דהתם צריך לשלם כמ"ש הרמב"ם פ"ד מה' מלכים ה"ו, וגם דוד לא נסתפק אם שרי מדין מלך, דלא משמע שנסתפק אם מלך מותר באמור בפרשת המלך, אלא דלא רצה לשמש בזכות זו, וכדמסיק דהיינו ולא אבה דוד

לשתותם, וצ"ע], והשיבו דמלך פורץ לעשות לו דרך ופטור, ואם דין זה גם שלא בצורך מלחמה, הוא נידון איך לפרושי מתני' ואין לו הכרע, וממה ששנאו התנא בין מוציא למלחמת הרשות ובין כל העם בוזזין כו' משמע דג"ז הוא במלחמה, אלא די"ל דנקטו בהוה במלחמה שיש צורך לדרך שאין לה שיעור, משא"כ לביתו או לפלטרין שלו, ובלא צורך לכבוד המלכות, אינו רשאי, ומההיא דיבמות משמע קצת דהוא דין כללי במלך ולא דוקא במלחמה, ועי' להלן אמאי לא חשיב כגזלן ממש על השטח ולא רק כמזיק, ומיהו גם לדעת הרמב"ם דהוא במלחמה, מ"מ לא איירי שזה צורך המלחמה דא"כ פשיטא, אלא איירי שעושים כן להרווחה בעלמא, ואפ"ה שרי, ועי' להלן.

ולפי מה שפירשנו דהוא דין לפטור המלך מחיובי מזיק, יש לדקדק מזה דאין המלך רשאי ליקח שדות אחרים לצורך עצמו, דאל"כ מה שייך לדון מדין מזיק, ויש לפרושי קרא דשדותיכם דאפירות קאי, וכמ"ש הרד"ק, וג"ז בצורך מיוחד, ולדעת הרמב"ם חייב לשלם, וניחא משה"ק תו' בסנהדרין שם מנבות ואחאב, ומיהו לפרש"י דעושה דרך לכרמו, לכאורה לא סגי בזה בפטור מזיק, דהא לוקח הדרך לעצמו, ורק לפי הרמב"ם דהוא רק במלחמה, בזה אינו אלא מזיק לפי שעה, וצ"ל דכיון דאינו שולל מבעל השדה שימוש בשטח לדרך וכן שאר שימושים שאינם מפריעים לדרך המלך, לכך אינו אלא כמזיק, וצ"ע.

שם ואין ממחין בידו, לשון זה בא לומר שיש לו להמנע מזה אע"פ שרשאי, דרק אין מוחין בידו, וכדמסיק נמי ב"ק ס"א א' דניחא דלא אבה דוד לשתותם, ואם מיירי שלא לצורך מלחמה, הדבר פשוט, ואף אם מיירי בצורך מלחמה, הא כתבנו לעיל דאיירי בגוונא שאינו אלא להרווחה בעלמא. (סנהדרין כ' ב').

תוד"ה ורומן, א"ה, ראיתי להעתיק כאן מש"כ בזה בחו"ב אהללות. אהללות פ"ג מ"ז ביב שהוא קמור תחת הבית כו' שדרך הטומאה לצאת כו', מדנקט האי טעמא ע"כ הנידון משום סוף טומאה לצאת, ומיירי בדאיכא פתח מן הבית לביב פותח טפח אלא שהוא נעול, [וכן הדבר בהוה שמניחין על פי הביב כעין רשת שלא יפלו לתוכו דברים העלולים לעכב את הילוך המים], וכיון שיש לבית ולביב פתחים לחוץ אמרינן שדרך הטומאה לצאת ואין דרכה להכנס, ולא איירי מתני' כלל מדין קבר סתום, דכיון דאיכא פתח לבית ולא פרץ פצימיו ליכא משום קבר סתום כמבואר ב"ב י"ב א', וגם אפשר דכיון דהמים שוטפין בביב וסופן שיוציאו הטומאה לחוץ, אין כאן דין קבר סתום, וכמש"כ לעיל י"ב א' בשם ה"ר יהונתן שבשטמ"ק ב"ב שם דבדעתו לפנותו ליכא דין קבר סתום.

וכן הא דתניא בתוספתא הובאה בר"ש כאן דביב שהוא קמור כו' ויש בו ארבעה טפחים כו', איירי נמי בדין סוף טומאה לצאת ובדאיכא ארבעה טפחים בפתח הביב לבית, ואף באין בביב וביציאתו ארבעה טפחים מ"מ הבית טמא, אף אם נימא דבאין גם בפתח הביב ארבעה טפחים הבית טהור דגם בכה"ג אמרינן דדרך הטומאה לצאת ואין דרכה להכנס וכשיעשו פתח לביב יעשוהו לחוץ, א"נ דאם פרוץ במלואו אף שאין בו ארבעה טפחים אמרינן דיצא דרך שם וכמש"כ בחו"ב אהללות ס"ב סק"ד לענין מגדל שאין בו אלא גע"ג, דהכא כיון שלצד הבית יש לביב פתח ארבעה טפחים אף שהטומאה באמצע הביב במקום שאין בו ארבעה טפחים, מ"מ אמרינן דסופה לצאת לבית דרך הפתח שיש בו ארבעה טפחים, ולא אמרינן כאילו הביב נגמר במקום שאין בו ארבעה טפחים וממילא דינו כאין בו פתח ארבעה טפחים לשום צד.

אבל בתו' ב"ב ק' ב' ד"ה ורומן משמע דלא הוי גרסי במתני' שדרך הטומאה לצאת

וכו', [דבמגדל הוא שהביאו לשון זה והקשו עליו], ופירשו למתני' משום קבר סתום, ובשאינן פתיחה מן הביב לבית, ומיהו ההיא דתוספתא דקתני דבעי ארבעה טפחים ע"כ בדאיכא פתח לבית ומשום סוף טומאה לצאת למש"כ בחו"ב אהלות ס"ב סק"ב דבאיכא טפח פתוח ליכא משום קבר סתום אף במת שלם, ומיהו למ"ש בדעת הרמב"ם דבעי ארבעה טפחים שפיר אפשר לפרש התוספתא נמי בדין קבר סתום. - מש"כ תו' שם דלא ידע ר"י מנ"ל דבעי טפח לענין קבר סתום, ובפשוטו מתני' היא רפ"ז נפש אטומה וכו' אם היה מקום הטומאה טע"ט כו', עי' מש"כ בזה מרן זללה"ה באהלות סי' ו' ס"ק כ"א דלענין דבעי טפח פנוי קאמר, וצ"ע.

ובמהרש"א שם כתב ליישב כפי גירסתנו והא דקאמר שדרך הטומאה לצאת אינו אלא טעם למה בטומאה בבית מה שבביב טהור, ועדיין לא נתיישב, דגם לפירוש זה צ"ל שיש פתח טפח מן הבית לביב, דאל"כ גם בטומאה בבית א"צ לטעם שדרך הטומאה לצאת, דאף אם אין דרכה לצאת אי אפשר לה להכנס לביב כיון שאין בפתחו טפח ובתוכו יש בו טפח, וכיון דאיכא טפח לפתח הביב לבית, תו אין כאן דין קבר סתום כמבואר ב"ב י"ב א' דבלא פרץ את פצימיו לא חשיב קבר סתום, וא"כ אין טומאה בוקעת ועולה וע"כ לפרש משום סוף טומאה לצאת.

וא"ת לפי מה שפירשנו משנתנו משום סוף טומאה לצאת, א"כ אמאי לא פליג הכא ר' יוסי כדפליג לקמן פ"ד מ"ב גבי מגדל משום שיכול להוציאה חצאין או לשרפה במקומה, וכבר הקשה כן בתוי"ט שם, ונראה דדוקא ביציאה שאין בה פותח טפח קאמר ר' יוסי, דהתם לא חיישינן שישבור ויגדיל הפתח, הלכך כל החשש שיוציא הטומאה ומשום כך מטמאין לבית, וקאמר ר"י דיכול להוציאה חצאין או לשרפה במקומה, אבל בפתחים שיש בהם טפח אלא שהם נעולים דמטמאין משום סוף טומאה לצאת, בזה מודה ר"י, דכשיבוא להוציא הטומאה לחצאין או לשרפה ע"כ שיקדים לפתוח הדלת וכבר תכנס הטומאה מן הפתח הפתוח, ובודאי לא אמרינן שעתיד לקדוח פתח פחות מטפח ויוציאנה דרכו, וגם לפעמים במציאות לא יוכל להוציא דרך פתח קטן כזה, הלכך בכה"ג לא מטהר ר"י משום שיכול להוציאה חצאין, משא"כ במגדל דכי היכי דעייל הכי נפיק, [ועי' רמב"ם וראב"ד פ"ז ה"ג], הלכך שפיר מודה ר"י במתני' פ"ז מ"ג דהמת בבית כו', [עי' פ"א מ"א], דכיון דהפתחים גדולים שפיר מטמאין משום סוף טומאה לצאת, ויש לתמוה בתו' חולין קכ"ה ב' וכן ברא"ש פ"ד מ"ב שלא חילקו בכך ונדחקו לחלק דמודה ר"י במת שלם שאין דרכו לחתכו ולשרפו, ועו"ק דהא במתני' פ"ג מ"ו דכזית מן המת פתחו בטפח להציל הטומאה על הפתחים איירי בה ר' יוסי וקאמר דהשדרה והגולגולת כמת, אלמא דמודה דכזית מן המת מטמא משום סוף טומאה לצאת וצריך פתח טפח להציל, ולא אמרינן דיכול להוציאו לחצאין או לשרפו, וכמשה"ק הרא"ש עי"ש, וע"כ כמש"כ, וצ"ע. (אהלות ס"ב סק"ה).

בית כור

ק"ג א' ואמאי לקדשו באנפי נפשיהו, אפשר לפרש דלשון אין נמדדין עמה משמע דאף בשהפודה מסכים שימדדו עמה אפ"ה אין נמדדין, ופריך אמאי נהי דחשיבי כשדות בפ"ע מ"מ ליקדשו באנפי נפשיהו אף בשאין בהם שיעור חומר, ויהא רשאי למדדם עמה, אבל בסתמא י"ל דיכול הפודה לומר שלא נתכוין לנקעים אלא לעיקר השדה, א"נ פריך דליקדשו נמי בדין שדה אחוזה וממילא אף בסתמא יהיו גם הם בכלל, ויש להסתפק למאי דקיי"ל דגואל לחצאין, אם יכול לגאול חלקים חלקים מן השדה אף שהנשאר יהיה מרודד, דכל חלק שחפץ רשאי לגאול או שיש רשות ביד הגזבר לתבוע שיגאול חלק שוה שלא יפסיד הנשאר, ואם נאמר שרשות ביד הגזבר

למנוע חלוקה המפסדת יש ליישב דברי הרשב"ם כאן דה"ק דבנקעים רשאי לגאול רק המותר ולדלג על הנקעים והסלעים אף אם הם נפרדים ע"ז, [וכמו שתי שדות שהוקדשו בזא"ז שיכול לגאול כל אחת מהן אף שאין זה באופן נאות לחלוקה], משא"כ בשאין בנקעים עשרה טפחים אינו יכול לדלג עליהם אם הנשאר נפסד ע"י הדילוג, ועי' בתו' כאן ובקדושין ס"א א'.

ובקדושין שם גרסינן נהי דבהדי ארעא לא קדשי נקדשו באפי נפשייהו, ויש לפרש דהכי קאמר נהי שאינם טפלים לשדה ליקדש ביחד אבל ליקדשו בפ"ע כיון שאין שיעור לשדה אחוזה, וברש"י שם פירש נהי דבהדי ארעא לא קדשי שיהא קטפרס שלהם נמדד ליקדשו באנפי נפשייהו ולא יהא קטפרס שלהם נמדד, נראה כונתו דכשדפנות הנקע משופעות קצת, אין על השפוע תורת שדה אחוזה לפי שאינו ראוי לזריעה, [עי' רמב"ן קדושין שם], ומ"מ כשאין בנקע עשרה טפחים אנו מודדין הקרקע למעלה קו ישר אף כנגד הנקע לפי שהוא נטפל לשדה ונמצא שאף שטח המדרון נכנס בכלל החשבון כשיעורו בקו ישר, [וכן נראה דמודדין במוכר], אבל כשיש בנקע עשרה טפחים הרי הוא נחשב כשדה בפ"ע וממילא השדה שלמעלה נחשבת רק עד תחלת השפוע של הנקע, והנקע עצמו נחשב מסוף השפוע ונמצא שטח השפוע עצמו אינו בכלל השדה, [ויש להסתפק אם כדין שדה בעלמא מיהא שיימינן לשטח הקטפרס או לא], ומשמע לגמ' לשון אין נמדדין עמה דאף שטח הנקע עצמו אינו בדין שדה אחוזה, [ואפשר דמשמע לגמ' הכי מדקתני סתמא אין נמדדין עמה משמע אף בשהדפנות של הנקע ישרות בלא אלכסון כלל מ"מ אין הנקעים נמדדין], וע"ז פריך ליקדשו באנפי נפשייהו וממילא ימדדו בדליכא אלכסון או אף בדאיכא אלכסון ימדדו בלי האלכסון, ומשני במלאים מים עסקינן, ובשאינם עמוקים עשרה הם נטפלים לשדה אף שאינם ראויים לזריעה ונמדדין למעלה בקו ישר, ולפי זה י"ל דאף למסקנא נקעים עמוקים עשרה שאינם מלאים מים מ"מ אין קטפרס שלהם נמדד דהם נמדדין בפ"ע וממילא הקטפרס שאינו ראוי לזריעה ואינו נטפל לא לשדה ולא לנקע אינו עולה בחשבון.

וזו נראה דעת הרמב"ם בפ"ד מה' ערכין הי"ד שכתב דנקעים עמוקים עשרה טפחים שאין בהם מים נמדדין בפ"ע ומחשבינן להם מה שראוי להם, ר"ל שאינם נמדדים יחד עם כל השדה אלא נמדדים בפ"ע ומחשבים מה שראוי להם לפי דין שדה אחוזה, ונפ"מ במה שנמדדין בפ"ע לענין המדרון וכמשנ"ת, [ואפשר דאיכא גם נפ"מ בין תחילת מדידה לאמצע מדידה לענין גודל ומתיחת החבל שמודדין בו כמו שאמרו לענין מדידת עירובי תחומין], וזה נלמד מקו' הגמ' נהי דבהדי ארעא לא קדשי, חזינן שראוי להם להמדד בפ"ע לפרש"י. - ומש"כ בכ"מ תמוה דהא בהדיא אמרו בגמ' דנקדשו בפ"ע כשדה אחוזה, וכבר העיר כן בלח"מ בהל' אישות.

ועדיין יש ליישב מש"כ הרמב"ם בפ"ז מה' אישות ה"ה דהמקדש ע"מ שיש לו בית כור עפר והיו שם נקעים עמוקים עשרה טפחים אם אין שם מים נמדדין עמה, ואמאי הא אף דלהקדש מדמינן לה מ"מ יש להם להמדד בפ"ע דומיא דהקדש, וי"ל דשאני התם דחשבינן לה לכל השדה עם הנקעים כשדה אחת משום דאמר אנא טרחנא [שהרי צריך שיהיה לו בית כור במקום אחד כמ"ש הר"ן בקדושין שם], וכיון דכשדה אחת חשיב ממילא יש למדד ביחד עם השדה דכיון שהשדה והנקע כחד ממילא גם המדרון נטפל להם, ועי' בלח"מ ויש לפרש בכונתו כמש"כ, וכן בברכת הזבח מצאתי שפי' דעת הרמב"ם כדעת רש"י בקדושין.

ולכל הפירושים הנזכרים קשה מה שאמרו בקדושין שם אי קדושין להקדש מדמינן או למכר, ומה ענין הקדש לכאן, הא הקדש ומכר שוין הם רק דלענין דין שדה

אחוזה בעי מקום הראוי לזריעה וכל שהוא מקום הראוי לזריעה הוא נקדש בדין שדה אחוזה, ובמכר אמרינן דבסתמא אין דעת בנ"א על נקע עמוק עשרה טפחים, ומה סתירה יש בהקדש לזה, ומה הוצרכו להביא הך דהמקדיש בכלל, ומצאתי בריטב"א שם שהקשה כן, ופירש ז"ל דגבי הקדש דומיא דמכר קאמרינן לענין מי שפדה שדה אחוזה אם יכול הגזבר לחשוב לו הנקעים בחשבון השדה או שצריך ליתן לו כפי החשבון בלי הנקעים, [ומיירי שפדה שדה סתם ולא פירש מצריה ולא פירש לבד הנקעים, שאם בא לפרש מסתברא דרשאי, אם לא שיש הפסד להקדש באופן זה, שבזה נסתפקנו לעיל], ובזה אמרינן דאין נמדדין עמו, והיינו ע"כ משום שאינם קדושים בשדה אחוזה שאם היו קדושים פשיטא לגמ' שהיו בכלל, [דדוקא גבי מכר שאין שיווי שדה ונקעים שוה אמרינן שלא נתכוין לנקעים משא"כ בפודה שדה אחוזה שהכל במחיר קצוב, כ"כ בריטב"א, אבל קשה דבגמרא אמרו משום ב' וג' מקומות, ואין לפרש דהיינו שהם נידונים לעצמן ולא כמו נגאני ושרדי דארעא דאז אף שאין מחירים שוה מ"מ הם נטפלים לשדה, אבל בעמוקים עשרה שנחשבים כמקום בפ"ע ואינם נטפלים לשדה ואין אדם חפץ בהם לפי שהם גרועים מן השדה לכך אינם נמדדין עמו, דפשטות הגמ' משמע דמשום שזה מקומות חלוקים קפיד, וממילא גם בהקדש שייך האי טעמא, וצ"ע, אבל אפשר לפרש טעם אחר בזה דפדיון הקדש אינו סוג מכר כיון שדעתו של אדם קרובה להקדיש סתם ג"כ, ואף את"ל דגם בזה קובעים כהלכות מקח וממכר מ"מ בפודה שדה אחוזה שהוא במחיר קצוב ודאי י"ל שאינו נידון בפרטי הלכות מו"מ, ולכך בזה י"ל דאף הנקעים בכלל אף בסתמא ורשאי הגזבר לכללם בחשבון, דבזה לא קפיד אינש על ב' וג' מקומות דעיקרו פדייה מהקדש בדין שדה אחוזה], ופריך אמאי נהי שאינם טפלים להמדד יחד עם השדה אבל הרי גם שדה כל שהוא נקדשת בדין שדה אחוזה ותקדוש באפי נפשה, ומשני דבמלאים מים עסקינן ולכך אין הגזבר נותן הנקעים לפי שהם בחשבון אחר לפי שוויים ואינם בדין שדה אחוזה, אבל בשאינם מלאים מים אמנם הגזבר נותנם בחשבון, והיינו דקמיבעיא לן בקדושין אי להקדש מדמינן לה דלא קפיד או למכר מדמינן לה דקפיד, ומסקינן דלהקדש מדמינן לה.

אבל בבהגר"א חו"מ סימן רי"ח פירש בדעת הרמב"ם כדעת הר"י מיגאש שהביא המ"מ פכ"ח מה' מכירה ה"א דנקעים מלאים מים אינם נמדדים והוא זוכה בהם בחנם, ועפ"ז מתפרשת הסוגיא שפיר, דאין נמדדין עמה דתנן מתפרש שיוצאים לחולין בלי מדידה כטפלים לשדה, וע"ז פרכינן נקדשו באפי נפשיהו כשדה אחוזה אף אם אינם נטפלים לשדה, ומשנינן דדוקא במלאים מים איירי מתני', אבל באינם מלאים מים אמנם קדושים בפ"ע, ומיהו במכר הם טפלים לשדה שאין אדם רוצה בב' וג' מקומות וממילא א"א למדוד הנקעים בחשבון וע"כ הם נטפלים חוץ לחשבון, וקמיבעיא לן גבי קדושין אי לא קפיד אלא במקום הראוי לזריעה דומיא דהקדש וממילא הנקעים בחשבון וכמו בהקדש שהם קדושים בדין שדה אחוזה ואינם נטפלים בחנם, או דלמכר מדמינן לה, ולפי זה יש לפרש מש"כ הרמב"ם בה' ערכין דנמדדין בפ"ע ומחשבינן להם מה שראוי להם, דעיקרו לומר שאינם נטפלים לצאת לחולין בלא פדיון אלא שגם הם בחשבון ונמדדים ומחשבינן להם מה שראוי להם, ונקט בפ"ע לאשמועינן דהוי כאילו הקדיש הנקעים בפ"ע והם קדושים בדין שדה אחוזה, שלא ראיתי נזכר ברמב"ם שאפשר להקדיש פחות מבית כור בדין שדה אחוזה וע"כ שכללו בהלכה זו, ואפשר נמי דבסתמא אין הקדש יכול לחשבם לפודה בתוך השדה וכמ"ש הריטב"א דדינם כשדה בפ"ע, והעיקר דהרמב"ם לשון הגמ' נקט שהם קדושים בפ"ע, ובה' אישות שפיר סתם דנמדדין עמה, שהרי מסקינן שהם

עולים בחשבון, והדברים מטיין יותר כפירוש זה.

מן האמור לעיל מתבאר, א. מה שאמרו דנקעים פחותים מעשרה טפחים נמדדין בין לענין הקדש בין לענין מכר היינו שמודדין הקרקע למעלה בקו ישר על גבי הנקע, אבל אלכסון הדפנות של הנקעים אין מודדין, אבל עובי אלכסון בשטח המישור נכנס בחשבון. ב. נקעים עמוקים עשרה טפחים שאין בהם מים שהם נמדדים בהקדש, לדעת רש"י בסוגיין [ולמש"כ הברכת הזבח אף דעת הרמב"ם נראה כן], נראה דמודדין השדה למעלה עד תחלת המדרון של הנקע [אם דפנות הנקע במדרון משופע קצת] וקרקעית הנקע, אבל עובי המדרון עצמו אינו נכנס בחשבון, [ומיהו כשדה טרשים אפשר שהוא נישום והכי מסתברא], אבל לפירוש הריטב"א דלעיל נראה דהוא נמדד כמו נקע פחות מעשרה טפחים בדין א', [כסברא שזכרנו לדעת הרמב"ם גבי קדושיין]. ג. האומר לאשה הרי את מקודשת לי על מנת שאראך בית כור עפר הרי הנקעים שאין בהם מים אף שיש בהם עשרה טפחים עולים בחשבון להמדד כמו בדין א', לכו"ע. ד. נתן מעות לגזבר לפדות בית כור מאותה שדה הרי הגזבר נותן לו חלק שירצה ואם יש בו נקעים שאין בהם עשרה טפחים אפילו יש בהן מים נמדדין בחשבון (כמו בדין א'), ולדעת הריטב"א אף עמוקין עשרה טפחים כל שאין בהם מים, ואפשר שאין חולק בדין זה. ה. מה שאמרו דשדה אחוזה נגאלת לחצאין ובפשוטו רשאי הגואל לגאול איזה חצי שרוצה, אפשר דמ"מ אינו רשאי לגאול חלקים חלקים באופן שהנשאר יפסד מערכו.

שם הנהו נאגני דארעא מיקרו שדרי דארעא מיקרו, יש לעי' אטו מדה נאמרה בתורה בשדה אחוזה, הלא לא נאמר אלא זרע חומר שעורים וא"כ כל מקום ימדד אם אפשר לזרוע שם חומר שעורים וממילא הנקעים והסלעים לא ימדדו אף שאין בהם עשרה טפחים, ונראה מזה דחז"ל פירשו דלאחר ששיערו בשדה סתם שיעור הראוי לזריעת חומר שעורים שב הדין למדה, וממילא אין הנקעים והסלעים שפחותים מעשרה טפחים ממעטים שהם טפלים וחשיב השטח כמקום הראוי לזריעת חומר שעורים, ומה שלא הזכיר הכתוב מדה, י"ל דמסר הכתוב לחכמים לשער. (ערכין כ"ה).

ק"ג ב' מתני' פחת כל שהוא כו', נתבאר לעיל צ' א'.

ק"ד א' ורנ"א נותן שבעת קבין ומחצה לכל כור וכור כו', נראה דדוקא כשלא הגיע המותר לשיעור כור, כגון שמכר לו פחות מכ"ד כורין, אבל אם מכר לו כ"ד כורין דאי יחבינן ליה ז' ומחצה לכל כור נמצא שקנה כ"ה כורין זה לא אמרינן, דהא כ"ד מכר ולא כ"ה, וה"ה במכר לו כ"ד סאין ונמצא מותר כ"ד רבעין, נמי דיינינן ליה בדין מותר דמחזיר את הכל וכל הרבעין, דכיון דכ"ה סאין לא מכר לו, הרי ע"כ להחזיר את המותר, וצ"ל לפ"ז דלשון הטור בסי' רי"ח אפילו אלף רבעין לאלף סאין הוי מחילה כו', הוא לאו דוקא דגם בכ"ד סאין לא הוי מחילה לכ"ד רבעין כיון שעולין למדת מה שמוכר לו ונמצא שמכר לו כ"ה סאין, ואיהו כ"ד הוא דמכר, והלכך אין ללוקח אלא כ"ד סאין והמותר למוכר, ובני יוסף נ"י העיר דיש לפרש כונת הטור שמכר לו כמות של אלף סאין, אבל לא שהמכר נעשה לפי מספר הסאין, וכגון שיוחד שם למאה סאין, ומכר לו עשר כאלו, וכיו"ב, וכן מתפרש לשון הרשב"ם בסוף העמוד.

תוד"ה אלא, עי' מש"כ לקמן ק"ו א'.

ק"ד ב' ואי איכא מילתא יתירא לתשעת קבין הדרי, הר"י מיגאש הקשה מכאן לדעת ר"ה גאון דסיפא דמתני' דמחזיר הכל קאי גם ארישא דיש בו מותר על רובע לסאה ולא הגיע לט' קבין, דא"כ מה הוצרך להזכיר כאן ט' קבין, אבל בפשוטו י"ל דר"נ הרי קאי אמתני' שאם שייר בשדה בית ט' קבין דע"ז קאמר ר"ה דאפילו בבקעה

גדולה, וע"ז פליג, ולכך מסיק דרך בדאיכא מילתא יתירא על ז' ומחצה לכור הדרי לט' קבין, וזו נראה כונת הר"י בעליות.

ק"ה א' כור בשלשים אני מוכר לך כו', נתבאר לעיל פ"ו ב'.

שם בסוף החודש כולו לשוכר, עי' חו"ב ב"מ ז' א' ד"ה דעת הרמב"ן.

ק"ו א' מתני' בסימניו ובמצריו פחות משתות הגיעו כו', יש לעי' למש"כ תו' לעיל ק"ד א' דהא דבית כור עפר אני מוכר לך דמקבל עליו רובע לסאה איירי בעומד בתוך השדה, דאל"ה צריך לתת בית כור מדה בחבל, א"כ מה בין האומר שדה זו לבין בסימניו ובמצריו דכאן מקבל אחד מכ"ד וכאן פחות משתות, ונראה דהחילוק הוא דכשאומר בסימניו ומצריו הרי עיקר המקח נעשה על שדה זו בגבולותיה, אלא שהמוכר אמר לו ששטחה הוא בית כור, ובזה עביד אינש דגזים עד שתות או פחות משתות, אבל לעיל עיקר המקח נעשה על שטח בית כור, אלא שייחד לו מקום בשדה זו, וכיון שעיקר המקח נעשה על המדה אין בזה ויתור אלא על אחד מכ"ד.

כתב הרשב"ם דהאי שיעור שתות אינו כשתות דאונאה, דאין אונאה לקרקעות אלא שיעורא דרבנן הוא לענין האומר בסימניו ובמצריו, ולכאורה לא שייך כאן אין אונאה לקרקעות, דהא אין הנידון בשיווי המקח, אלא הנידון במדה, ובזה אף בקרקע אפילו בכל שהוא חוזר כדתנן לעיל ק"ג ב', אלא דכאן שהמקח נעשה על שדה זו, ומדתה נזכר רק כשבחה, בזה אין רגילות להקפיד עד שתות, ומסתברא דענין שתות בכאן ובאונאה שייכי גבי הדדי דזהו שיעור מחילה, אלא דלפ"ז ק"ק אמאי ס"ל לר"ה דכאן שתות כפחות משתות דלא כבאונאה, ושמא אהני לזה ענין חשיבות הקרקע שבגללה אין לה אונאה, והרי המוכר והלוקח חפצים יותר לקיים המקח שנעשה בקרקע.

גמ' איתמר ר"ה אמר שתות כפחות משתות כו', יש לעי' הא מתני' כוותיה דר"י דייקא, דהא עד שתות ינכה ע"כ דמלמעלה למטה קחשיב, וא"כ ניתן לקיים מתני' כפשטה דרך פחות משתות הגיעו, אבל שתות ינכה וסיפא עד ועד בכלל, ויעוי' במלחמות שהביא מהדו"ק שבר"ף דפסק כר"י משום דמתני' כוותיה דייקא, ונראה דכוונתו כמש"כ, [ומשמע מזה דבמקום שאין הכרעה מצד כללי הפסק כדברי מי, הרי רשות ביד הראשונים ז"ל להכריע מטעמים כמו אלה], וי"ל דאם כר"י דשתות כיתר משתות, הו"ל לתנא למיתני פחות משתות הגיעו יתר מכאן ינכה, א"נ משתות ולמעלה ינכה, ומה מקום להזכיר עד שתות.

נראה דשתות שבענין היינו שתות כור, בין בפיתח בין בהוסיף, וכן אין כאן שום ענין בערך הקרקע האמיתי, דלאו באונאת דמים איירינן אלא באונאת מדה.

שם ה"ק פחות משתות ושתות בכלל הגיעו כו' ה"ק פחות משתות הגיעו כו', יש לעי' אמאי שינה התנא למיתני לשון משונה בין לר"ה ובין לר"י ואמאי לא שנה לר"ה פחות משתות ושתות הגיעו יותר משתות ינכה, א"נ עד שתות הגיעו יתר משתות ינכה, ולר"י פחות משתות הגיעו יתר מכאן א"נ משתות ולמעלה ינכה, ואפשר דאי תני הכי הו"א דינכה רק את המותר על השתות או על הפחות משתות, ולא הוי ידענין דמנכה הכל, [עי' נמו"י דמנכה הכל, ועי' במ"מ פכ"ח מה' מכירה הי"ב דנסתפק בזה, ועי"ש בכ"מ], אבל השתא דקתני סיפא עד שתות ינכה ומלמעלה למטה קחשיב, לא מתפרשא סיפא כסיפא דרישא, אלא כבבא בפ"ע דיתר משתות עד שתות ינכה, וכאילו אכתי לא למדנו דפחות משתות הגיעו, וממילא מתפרש דינכה את הכל, וכ"מ מהא דמדמינן לה לשום הדיינים, ומהא דתנן לעיל ק"ג ב' דמחזיר את כל הרובעין לא הוי ידענין להכא, דשאני הכא דעיקר המקח הוא בסימניו ומצריו ולא בית כור.

לשון המשנה פחות משתות הגיעו, מתפרש שהיה חסר פחות משתות למדת בית כור, וכן עד שתות ינכה נמי מתפרש שהיה חסר יותר משתות ינכה, אבל ה"ה כשהיה יותר מבית כור דעד שתות זכה הלוקח במותר, וכדתניא בברייתא פיתת שתות או הוסיף שתות הרי הוא כשום הדיינים הגיעו, וכ"ה ברמב"ם ובטור, וא"ת הרי אמרינן לקמן בסוגיין דאם הלוקח יודע מדת השדה, אפילו חסר רביע הגיעו, והמוכר הרי לעולם יודע מדת השדה, ואמאי לא יזכה בה הלוקח כמות שהיא, וי"ל דלא לחנם אמר המוכר בית כור, משא"כ בההיא דלקמן שהלוקח לא אמר כלום.

שם אלא כשום הדיינים ולא כשום הדיינים כו', פירשו בתו' דבא לומר שאין שיעורו ברובע לסאה, והדבר דחוק שהוצרך להביא לזה משל דשום הדיינים, ובנמו"י משמע דמפרש דאיתי למימר דשתות מקח אמרינן ולא שתות קב, ואפשר דשום הדיינים היה ראוי להיות שיעורו בכל שהוא, כמו אלמנה ושליח כתובות ק' א', ודכוותה הכא היה ראוי להיות נידון כדבר שבמדה שיהא נמי שיעורו בכל שהוא, והיינו דקאמר דכשם שחידשו שיעור שתות בשום הדיינים אף שאינו מן הדין, ה"נ חידשו כאן בבית כור נמי שיעור שתות, אלא דהכא שתות כפחות משתות והתם כיותר משתות, אבל עיקר הענין להיות נחשב בשתות, בזה הושוו מתקנת חכמים.

בתוספתא והובאה במלחמות מסיים בהך ברייתא פחות מכאן ויתר על כן מחזירין זל"ז כו', ונראה דיש לפרש דה"ק פחות מכאן היינו שהיה חסר יותר משתות, ויתר על כן היינו שהיה מותר יותר משתות, ובין לר"ה ובין לר"י יש לפרש כן.

ק"ו ב' אתא לקמיה דאביי א"ל סברת וקבילת כו' אבל היכא דקים ליה בגוה סבר וקביל כו', יש לעי' מה בכך דקים ליה בגוה, אבל שפיר היה סבור שינכה לו, והרי אתא לדינא לתבוע וש"מ דלא סבר וקביל, וי"ל דכל כה"ג שהלוקח יודע בשעת המקח שאין בשדה בית כור, לא עביד דשתיק, וכל דשתיק חשיב כאודויי אודי ליה, ואף אם חשב לתבוע הו"ל דברים שבלב, ואף דר"פ לא חשב למחול מ"מ כיון דהמקח בכה"ג מתפרש כמחילה, ע"כ גם ר"פ חייב לנהוג כן, וגם אין המוכר חייב להאמינו שטעה. - ומלשון סברית וקבלית משמע דאף אין יכול לבטל המקח משום שסבר שינכה, אלא הרי המקח קיים כמות שהוא. - ונראה דאיידי שהמוכר ידע דר"פ יודע מדת השדה, דאל"כ הרי הסכים להפחית לפי חשבון בית כור.

הטור בסי' רי"ח העתיק הך עובדא בא"ל בסימניו ובמצריו, אבל הרמב"ם בפכ"ח מה' מכירה הי"ג שנה סתם במוכר שדה שהלוקח יודע אותה ואת מצריה, וכן בדין דכל ששניהם מכירים ויודעים את השדה ומצריה הרי גם כשמוכר סתמא אותה שדה הרי"ז כמפרש בסימניה ומצריה.

שם תניא רי"א האחין שחלקו כיון שעלה גורל לאחד מהן קנו כולן מ"ט אר"א כתחלת א"י כו' אר"א בההיא הנאה דקא צייתי להדדי גמרי ומקני להדדי, פשטא דגמ' דהגורל עושה קנין, ויליף ר"א מתחלת א"י דכתיב שיחלקו בגורל ומתפרש שהגורל עושה קנין ופרכינן דהתם גם אורים ותומים הוי ומפרש ר"א דיש לפרש קנין הגורל משום ההיא הנאה דקא צייתי להדדי, כלומר דע"י הגורל הרי הזוכה מסתלק ומקנה לחבירו חלקו במותר ומשום כך גם הם מקנים לו חלקם במה שזכה, ובההיא הנאה דצייתי להדדי ומסיימים שותפותם גמרי ומקני להדדי, [ועי' כיו"ב כתובות ק"ב ב' בההיא הנאה דקא מיחתני כו'], וכיון דמפרשינן הכי טעמא דקנין הגורל, הרי יש להבין דאורים ותומים הוראת שעה היתה בחלוקת הארץ, אבל לקנין סגי בגורל לחוד, ולפי זה רב אשי לפרושי הא דר' אלעזר קאתי, ועי' רשב"ם.

ויש לתמוה בתשו' הרא"ש שהביא הטור והרמ"א בסי' קע"ג שכתב דגורל אינו עושה קנין ואינו אלא מברר החלקים, דא"כ מאי איצטריך לטעמא דבההיא הנאה

דקאמר ר"א, ומ"ש הב"ח דלענין דחשיב כבירור החלקים קאמר דחוק טובא, ונראה דהטור שהעתיק הגמ' כלשונה ואח"כ הביא תשובת הרא"ש ולא פירש כלום, כונתו לומר דדברי הרא"ש סותרים דברי הגמ', וע"כ ליישב דבההיא עובדא שבתשובה בידוע שלא נתכוונו אלא לברר החלקים, ושמא כשנשארים עדיין שותפים בכל הנכסים ורק שתי שדות מטילין עליהם גורל, לעולם מתפרש שאינו אלא בירור דעדיין לא חזינו דצייתי להדדי, ושמא התם בהכי איירי, ולשון הרמב"ם והרי"ף והמ"מ וכן הר"י מיגאש והרשב"א והר"ן שבשטמ"ק כולם מתפרשים דהגורל עושה קנין גמור.

ובהא דקאמר קנו כולן הסכימו הרשב"א והמ"מ לפי' הר"י מיגאש דר"ל שכבר נתחייבו כולם לחלק בחלוקה זו, שהרי קודם שמטילין גורל מחלקים הנכסים לחלקים שוים והגורל קובע איזה חלק לזה ואיזה לזה, ומשזכה אחד בגורל נקבעו יתר החלקים שיתחלקו בהם, ואפילו הוקרו או הוזלו נכסים שבחלק אחד, יכול אחד מהם לעכב שיחלקו כאשר היו, אף שעיי"ז יוכל כל אחד להרויח או להפסיד, [דאם כולם חפצים לשנות פשיטא שהרשות בידם], וכן נתחייבו לחלק בגורל ואין יכולים להעלות בדמיהם.

ברמ"א סי' קע"ג ס"ב הביא דברי תשובת הרא"ש שאין הגורל עושה קנין, וצ"ע דדעת יחידאה היא, ודעת הר"י מיגאש והראב"ד והרשב"א והר"ן בשטמ"ק דהגורל עושה קנין, וכן מתפרשים דברי הרמב"ם והמ"מ, וכן ג"כ ברמ"ה, וכן מתפרשין דברי הרי"ף, וצ"ע רב.

שם איתמר שני אחין שחלקו ובא להן אח ממדינת הים רב אמר בטלה מחלוקת ושמואל אמר מקמצין, לכאורה הנידון באומדן דעתם בשעה שחלקו אם נתכוונו שתהא חלוקתם קיימת אף אם במקצתה לא תתקיים, וכמו בנחתי אדעתא דבי תלתא לפי' הר"י מיגאש דהיינו שחלקו לשנים על דעת שכשיבא השלישי יקח משניהם, דאין יכולים לבטל החלוקה, דעל דעת כן חלקו, וה"נ יכולים לקבוע שתהא חלוקתם קיימת אף אם יבא בע"ח או עוד יורש, והנידון אם בסתמא מחזקין דרוצים שתהא החלוקה קיימת, אבל הרשב"א לעיל ק"ג ב' פירש דלטעמיהו אזלי דרב סבר יורשין הוו הלכך חלוקתם בטלה דאיגלאי מילתא שאחד מהן לא ירש חלקו, וכמו האח שבא ממדינת הים דפירשו תו' דהוא מטיל גורל בתחלה על כל הנכסים, וה"נ זה האח שנטלו ממנו, הרי הוא כאילו עדיין לא קיבל ירושתו וראוי שיהיו כל הנכסים לפניו ולכך בטלה מחלוקת, ושמואל ס"ל דאחין שחלקו לקוחות הם וכשבא האח ממדינת הים ולוקח ממנו הרי הוא חוזר על אחיו כדין לוקח באחריות, [דלא דמי לבע"ח שלקח מאחד דס"ל לשמואל דהוא בדין לוקח שלא באחריות, דהכא תביעתו על כל הנכסים וכלקח משניהם דמי], אבל החלוקה בנותר נשארת קיימת, ואף דמסתברא דאינו יכול לסלקו במעות, מ"מ אין החלוקה בטלה, וכמ"ש הרשב"א שם דהלוקח שדה מחבירו והרי חציה יוצא מתח"י מחמת שגזלה המוכר או ע"י בע"ח דיליה, אין הלוקח יכול לחזור מן החצי הנשאר, ובנמו"י בסוגיין בשם הריטב"א והרא"ה כתב לחלק דאם נמצאת מקצת השדה גזולה דבטל המקח כולו דכאילו א"ל בית כור ומכר לו פחות, אבל כשטרף בע"ח מקצתה הרי המקח קיים בנשאר, דמכאן ולהבא הוא גובה, וגם הרי יכול לסלקו במעות, ועי' בנה"מ סי' קפ"ב סק"ח ובמ"מ פ"ט מה' גזילה ה"ז.

לכאורה נראה דאף לשמואל דאמר מקמצין, מ"מ אם הוקר חלקו של אחד מהן הרי נידון הכל לפי שויו של עכשיו, דהא לאח שבא ממדינת הים ע"כ ליתן שליש ממה ששוה עכשיו, וממילא גם לאחרים כן, כגון שהיו שתי שדות כל אחת שוה שלש

מאות ונטל ראובן אחת ושמעון אחת, והוקרה של ראובן ועמדה על שש מאות, הרי עכשיו כשהגיע האח ממדינת הים לפירוש תו' ראוי לתת לו שליש מן הנכסים, ויש לשום לפי שוויים עכשיו, וא"כ יש לעשות משל ראובן שני חלקים ומשל שמעון אחד, ואם נפל לחלקו של האח ממדינת הים כל חלקו של שמעון, ראוי שיקבל שמעון מחצה משל ראובן, ואם נפל לחלקו של האח ממדינת הים מחצה משל ראובן, הרי נשאר שמעון בשלו ורק ראובן הפסיד מחצה, והרי הכל נידון כאילו הרי אמרינן בטלה מחלוקת, אבל י"ל שלעולם יטול האח שבא ממדינת הים שליש משל ראובן ושלש משל שמעון, נמצא שישאר לראובן ד' מאות ולשמעון מאתיים ולאח שבא ממדינת הים שלש מאות.

ובבע"ח כה"ג שנטל כל חלקו של שמעון, נראה דראוי לדונו כאילו סילק שמעון את הבע"ח במעות, דלר"פ דאמר הלכתא בכולן מקמצינ הרי שמעון תובע מראובן מחצה ממה ששילם לבע"ח, וכן אם גבה הבע"ח מחצה משל ראובן נמי דיינינן ליה כאילו סילק ראובן את הבע"ח במעות, והרי הוא תובע משמעון מחצית המעות ששילם, ועדיין צ"ע בכ"ז ולא עיינתי וכתבתי לפו"ר, וצ"ע, ובני אי"ש נ"י העיר דמה שנטל הבע"ח יש לדונו כאילו בטלה מחלוקת בחלק זה, ומה שנטל שטח מועט בגלל שהוקר הר"ז ריוח של שניהם, הלכך הרי שהיו ד' שדות ולקח ראובן שנים ושמעון שנים ונתיקרו של ראובן כפלים, ולקח הבע"ח אחת של ראובן הרי הוא נוטל חצי שדה אחת משל שמעון, ואם נטל הבע"ח שניהם של שמעון יקח אחת משל ראובן, אבל הדבר דחוק דנמצא שע"י שנטל משל שמעון הרויח שמעון, ומיהו י"ל דכל שנטל כל חלקו של אחד מהם, ע"כ לדון בטלה מחלוקת והרי כולם שותפין ביוקר, משא"כ כשלא נטל חלק שלם שייך לדון מקמצינ על חלק הנשאר ולכך הראשון הרויח יותר ע"י היוקר, וצ"ע.

שם אלא מעתה הני בי תלתא דקיימי ואזיל בי תרי מינייהו ופליג כו', הרי"י מיגאש פירש דפליג לשנים ע"מ שהשלישי יטול מכל אחד שליש, והדבר קשה שאין ראוי לעשות כן, וכש"כ שאין הדבר בהוה עד שיהא דינו ידוע למיפרך מיניה, אבל יתכן לפרש דחלקו לשלשה בלא גורל וכשם שאם נשתוו החולקים ברוחות דשפיר חולקים בלא גורל, דה"נ כשאחד איננו והשנים הנותרים נתרצו ברוחות, וכששמו ב"ד גם את החלק השלישי, דשפיר חולקין בלא גורל, כיון שמבחינת ערך אין שום יתרון לחלק על פני חבירו, ושמא אם היה השלישי לפנינו ג"כ היה מסכים לחלוק כן, וכן בגמ' ב"מ ל"א ב' גבי איסור ור"ס לא הזכירו גורל, [ומיהו בהגהמ"י פ"ה מה' שותפין ה"ט בשם אביאסף הזכיר גורל והובא בב"י סי' קע"ו], ומיהו כשבא השלישי ומבקש גורל הרשות בידו, ובזה אם נפל בגורלו חלקו של ראובן, הרי חלקו של שמעון נשאר בידו, שכבר הסכים ראובן על ידו בשעה שחלקו, ואף שעכשיו ראובן מחליף חלקו עם השלישי מ"מ אין בידו לבטל החלוקה, וכן יש לפרש גם כשחלקו בגורל והשאירו חלקו של השלישי מה שיצא בגורל, ומ"מ כשבא ומעלה בדמים חלק של ראובן או של שמעון, י"ל שהדין עמו, וכמ"ש ה"ר יונה בשטמ"ק, ומ"מ החלק שלא העלהו בדמים נשאר ביד זה שזכה בו בחלוקה ראשונה, ומזה פריך רבא דלא אמרינן הדר דינא, ודחינן דהכא ידע מעיקרא בשעה שחלקו דעלול לחול שינוי וע"מ כן חלקו דמה שלא ישתנה ישאר בחלוקה זו.

שם א"ל ר"פ לאביי לשמואל דאמר מקמצינ למימרא דקם דינא והא רב ושמואל דאמרי תרוייהו כור בשלשים אני מוכר לך יכול לחזור בו אפילו בסאה אחרונה כו', לכאורה דכוותה באחין שהסכימו לחלוק שזה יקח כור וזה יקח שלשים ה"נ י"ל דעד שלא משך זה את כל הכור או זה את כל המעות דיכולים לחזור בהן, [ועי' בזה

במ"מ פ"ה מה' מכירה ה"ב ובמל"מ שלהי הלכות זכייה ומתנה, ובנה"מ סי' קפ"ב סק"ח, ובשו"ע סי' ר"ג ס"ב, ומ"מ כשמשכו הכל ואח"כ בא אחד ממדינת הים י"ל דמקמצין כיון דבשעה שמשכו היה בזה קנין גמור אף דאיגלאי מילתא דבטעות הואי מ"מ קם דינא לקיים מה שניתן לקיים, וצ"ל דג"ז משום דעבוד רבנן מילתא דניחא לתרוייהו, הא לא"ה היה משיכת מקצת קונה כנגדו, ויעוי' ברשב"א ק"ג ב' שדקדק מכאן דלוקח שדה ונמצאת מקצתה גזולה אינו יכול לבטל המקח משום שלא חפץ אלא בשדה שלימה, ורב לא פליג אלא משום דסבר יורשין הם, אבל בלוקח מודה, ולכאורה י"ל דשאני הכא דתרוייהו שוין במה שנתבטל מקצת מן החלוקה, משא"כ במוכר ולוקח שהמוכר אינהו, וזו נראה דעת הריטב"א שהבאנו לעיל דפליג, אבל הרשב"א דקדק מקושית ר"פ דמוכח דלא מפליג בהכי, שו"ר בר"ן ר"פ האיש מקדש שחלק על הרשב"א עי"ש, וצ"ע. - ע"ע לעיל צ' א'.

ק"ז א' איתמר אחין שחלקו ובא בע"ח ונטל חלקו של אחד מהן רב אמר בטלה מחלוקת ושמואל אמר ויתר כו' וכלוקח שלא באחריות דמי, יש לעי' מה סברא היא זו דהסכימו להיות בדין לוקח שלא באחריות, ולמה זה יסכים האחד להפסיד אם יגבו ממנו, וי"ל דלעולם קבלת האחריות הוא משום שהמוכר יודע חובותיו והלוקח אינו יודע, ולכן הלוקח לא יחפוץ לקנות אם המוכר לא יקבל אחריות, וגם כשהמוכר אינו מקבל אחריות הרי הוא כמאנה את הלוקח שיודע שעתידין להוציא הקרקע מתחת ידו, משא"כ כאן שגם המוכר וגם הלוקח אין יודעים אם יש בע"ח או לא, וגם אם לא יקבלו אחריות זה לזה ג"כ יקחו את חלקם, ואין כאן נידון אלא אם יתקנו לקבל אחריות זל"ז מעין גומלין כדי שאם יהיה הפסד יהיו משותפין, או להשאיר הדבר בידי שמים, ושפיר י"ל דבכה"ג לא אמרינן אחריות ט"ס הוא וכשלא קיבלו בפירוש אחריות הרי הם כמוכרים ללא אחריות.

ובזה נמי מובן טעמא דאיכא דאמרי ב"ק ט' א' דכשלקח אחד קרקע ואחד כספים דלא יהיו אחראין זל"ז, דכיון דעיקר הטעם לחשבן כמוכרים באחריות הוא משום שיהיו שוין כעין גומלין זל"ז, ולכך כשאחד לקח כספים שא"א לגבות ממנו, שפיר גם אינו חפץ לתת אחריות לזה שלקח קרקע, ובצירוף דכספים צריכים שמירה כדאמר התם, ויש לו גריעותא, לכך כבר אפשר להחזיק כן בסתמא, אף אם כששניהם לקחו קרקע אחראין זל"ז, ועי' קצה"ח סל"ז סק"ג.

ולאמור נראה דאם יבא בע"ח של האח לגבות, כגון שלוח בשעה שהיו הנכסים בתפוסת הבית, או שלוח בחיי אביו וכתב דאיכני, ואם לקוחות הן שפיר מצי הבע"ח לתבוע מאחיו דחשיב כלוקח שלו, [אם חשיבי כלקוחות בודאי, עי' נתה"מ סי' ל"ז סק"ג], דבזה יהא כמוכר באחריות מידי דהוי אכל מוכרין דעלמא, ורק לבע"ח דאבא אמרינן דחשיבי כלוקחין שלא באחריות, כיון ששניהם אינם יודעים.

גם י"ל לפ"ז דאם יודעים שיש חובות לאביהם דבזה מודה שמואל דכלוקחים באחריות חשיבי, אא"כ נימא דכיון דכבר נקבע לשמואל בסתמא דכלוקחים שלא באחריות דמו, הרי כל שחפצים באחריות יש להם לפרש.

ברם במש"כ תו' דאיירי שהיתה השדה אפותיקי ולכך גבה הבע"ח אותה, בזה יש מקום עיון דשמא יכול זה האח שזכה בה לטעון דמקח טעות הוי, דשדה אפותיקי גריעא ואם היה יודע לא היה נוטלה בחלקו, ועכ"פ לא בערך שדה סתם, ורק אם כל השדות שוות והבע"ח גובה ממי שירצה, בזה י"ל דתחלת חלוקתם על מנת כן.

כתב הרמב"ן בה' בכורות במתני' דבכורות מ"ח א' דקיי"ל כר"י דנתחייבו נכסים דהא קיי"ל יורשים הוו, והקשה הרי"ט אלגזי בשם היש"ש דהא קיי"ל אין ברירה ולקוחות הוו ולענין בא בע"ח ונטל חלקו של אחד מהם ס"ל דבטלה מחלוקת

דלענין זה כיוורשים הוו שעל דעת כן חלקו, אבל לענין שיוכל הכהן לגבות משום דמלוה ע"פ גובה מן היורשים בזה בענין שיהיו יורשים ממש וכמש"כ תו' גיטין מ"ח א', והביא הריט"א ז"ל שהרמב"ן עצמו בב"ב ק"ז א' יישב קושיא זו דכיון שאם בא בע"ח וטרף בטלה מחלוקת נמצא שלענין בע"ח הם כלא חלקו, ולפיכך גובה מהן, אף אי אין ברירה, ולפ"ז יש לפרש דרב אסי דמספקא ליה היינו אי כיוורשין הוו לענין בע"ח או לא, אבל לעולם לקוחות הן ומחזירין זל"ז ביובל דאין ברירה, וכתב הריט"א לפרש כונתו ז"ל דמסתמא רוצים הם לפרוע חוב אביהם והלכך אית לן למימר שלא היו רוצים בחלוקה קודם פרעון, והדברים תמוהים דאדרבה סתמא הם יודעים את הדין ויודעים שאם לא יחלקו יצטרכו לתת לכהן, וכשחלקו רוצים הם בזה כדי שלא יגבה, אבל כונת הרמב"ן ז"ל דבאמת לעולם היה מן הראוי לגבות מן היורשים אף לאחר חלוקה אף אי לקוחות הן, דטעמא דלית ליה קלא לא שייך גביהו, אלא דלא פלוג חכמים בין לוקח ללוקח, אבל אי בטלה מחלוקת הרי נמצא שאם יקבעו החכמים שחייבים לשלם ישלמו כל היורשים יחד וכאילו הם עדיין בתפוסת הבית, א"כ נמצא שהם עדיין כיוורשים ממש לענין גבייה מהם, הלכך אין כאן משום לא פלוג והרי הם כיוורשים אף אחר חלוקה. (דמאי ס"י ס"ק כ"ג).

שם ת"ר שלשה שירדו לשום אחד אומר במנה ושנים אומרים במאתיים כו' בטל יחיד במיעוטו, נראה דלרבנותא נקט מנה ומאתיים דאף שההבדל ביניהם מרובה, אפ"ה חשבינן להו כשלשה שעוסקים בשומא והולכין אחר הרוב, וגם אע"ג דמילתא דעבידא לברורי ע"י שיציגו את הנכסים למכירה בשוק, מ"מ לא עבדינן הכי ואזלינן בתר רוב דעות, ואף שההפרש בין המיעוט להרוב הוא מרובה.

שם אחד אומר במנה ואחד אומר בעשרים ואחד אומר בשלשים נידון במנה, אפשר דדוקא נקט בכ"ה ג' שאין ההפרש ביניהם טפי ממחצה, אבל אם ההפרש יותר ממחצה י"ל דמוסיפין שמאי, דכיון שאין כאן שנים בדעה אחת, וההפרש ביניהם מרובה חיישינן שיש ביניהם מי שאינו בקי בשומא, וצ"ע.

ואם אמנם כן, ניחא טעמא דאחרים, די"ל דס"ל דלעולם אין מוסיפין יותר משתות על הפוחת שבכולן, וגם עד שתות אין מוסיפין אא"כ אינו יותר משליש מן ההפרש שבין השמאין, ואם ההפרש שבין השמאין הוא מוגבל עד מחצה מן הפוחת שבכולן, הרי לא משכחת לה ששליש מן ההפרש יהיה יותר משתות מן הפוחת שבהן, וא"כ תרתי בעינן שלא יהא יותר משתות מן הפוחת ושלא יהא יותר משליש מן ההפרש שבין השמאים, וצ"ע.

שם מ"ד נדון במנה מילתא מציעתא, ברשב"ם פירש הטעם משום דהו"ל תרי נגד חד, דהא תרי אמרי שאין שוה יותר ממנה, ותרי אמרי שאינו שוה פחות ממנה, וכן פירש בשטמ"ק בשם הר"י מיגאש, וכן ברמ"ה, ויעוי' בסמ"ע סימן ק"ג סק"ה שכתב שזו גם דעת הרי"ף והרא"ש, נראה כונתו ממה שלא הזכירו הא דאמרינן בגמ' מילתא מציעתא, וכתבו סתם דהלכה כת"ק, וזה דלא כמ"ש בחו"מ שם כדעת הרמב"ם, ונראה דאף אי מפרשינן טעמא משום דמילתא מציעתא היא, אין לנו ללמוד מזה אלא איפכא דלא אזלינן בתר המציעתא אלא כשהוא ממוצע בין השנים, ולא כשזה אומר פ"ה וזה אומר ק"כ, אבל למילף מכאן למיזל בתר המציעתא בזמן דליכא מאן דאמר הכי זה לא מצאנו, דהא איכא תרתי המכחישים, כגון בגוונא שכתב הרמב"ם והשו"ע שם דאחד אומר צ' ואחד ק' ואחד ק"ל דנדון בק"י, הרי האומרים צ' וק' אומרים שאינו שוה ק"י.

ק"ז ב' מתני' והוא מקבל עליו מקום הגדר חריץ ובן חריץ כו', לפירוש רשב"ם דעל

המוכר להוסיף ללוקח מקום הגדר והחריץ ובן חריץ קשה לשון והוא מקבל עליו דמאי מקבל עליו, הרי הוא נותן, גם עיקר הדבר קשה שיתחייב לתת ללוקח יותר ממחצית שדהו, אבל לפי הרמב"ם בפכ"א ממכירה הכ"ב דאלוקח קאי דאיירי ביה דקתני ונוטל חציה בדרום, ניחא דהוא כעין דתנן צ"ג ב' מקבל עליו רובע כו' [וכ"ה ברמ"ה], וה"ק דעל הלוקח לקבל בחלקו גם את מקום הגדר והחריץ ובן חריץ, כלומר שהם בכלל חצי השדה, ואע"ג דשמין את השדה בדמים והוא מקבל שטח ששוה חצי הדמים, מ"מ כשם שיש זיבורית ועידית כך גם מקום הגדר והחריץ הם כעין זיבורית, ומשמע דאין הגדר והחריץ סביב כל השדה, דא"כ כשם שהלוקח מקבל גם המוכר מקבל בחלקו, וכנראה דרק בין הרה"ר והשדה עושים החריצים ולא בין שדה לשדה, וכן גדר יש מקום שלא נהגו לגדור בין שדה לשדה.

גמ' ארחב"א אר"י לוקח נוטל כחוש שבו כו' ואמאי משמנין ביניהם והא חציה בדרום א"ל אלא לדמי ה"נ לדמי, יעוי' בנמו"י שהביא דריב"ב והרמב"ם והראב"ד חולקים על פ' רשב"ם, וכן הרשב"א והריטב"א, ולדידהו מתפרש דלשון משמנין משמע שהם חולקים את השומן בין שניהם בשוה, וכמו שהביא הרשב"ם מבכורות י"ח א' דמבואר כן, והנה יש שתי יתרונות הראויים להכלל בשומן, האחד אם חלק אחד מן השדה יפה יותר מן החלק השני דלפ"ז אם יחלקוה לשני חצאים בשטח יהא האחד שוה יותר מחבירו, ויתרון שני דאף אם יחלקוה לפי דמים ויהיה בשטח הגרוע מעט יותר מחצי, באופן ששני החלקים ישתוו בדמיהם, אבל אכתי אם חלק אחד עידית והשני זיבורית, הרי יש כאן יתרון דעידית על זיבורית, ומתניתין לכו"ע מתפרשא שנוטל חצי השדה בדמים, דהיינו ששמין כולה ונוטל חלק השוה חצי, וקאמר ר"י דמ"מ עדיפותא דעידית וזיבורית היא ביד המוכר ונותן ללוקח את הכחוש דהיינו הזבורית, ורחב"א הקשה דמשמנין יש לפרש להשוותם בכל השומן דהיינו גם ביתרון העידית, ויש לחלק את השדה באופן שיהיה לכל אחד חצי עידית וחצי זיבורית, ואהדר ליה ר"י דמשמנין דסיפא ע"כ לא קאי על יתרון דעידית, דהא נוטל חציה בדרום כפי מה שהיא, וע"כ דלא קאי משמנין אלא על הערך בדמים, ודכוותה ברישא נמי לא קאי משמנין אלא על ערך הדמים, ולא על היתרון דעידית על זבורית.

ולפירוש רשב"ם קשה לשון ונוטל חציה בדרום, דמשמע דנוטל ממש קאמר, וכן בדין דהא א"ל חציה בדרום אני מוכר לך, וכמשה"ק הראשונים, ועו"ק דמאי א"ל ר"י ותסברא מסיפא, הא גם בסיפא אפשר לפרש דמשמנין גם על יתרון דעידית, ויתן לו חצי השדה כפי ערך החלק הדרומי, בעדית וזבורית כפי חלקם בשדה. שם לוקח נוטל כחוש שבו, א"ה, עי' מש"כ בב"מ ע"ז ב' בדין מי שקנה שדה ושילם מקצת המעות אם גם בכה"ג דיינינן ליה כלוקח חצי שדה. יש נוחלין

ק"ח א' מתני' יש נוחלין ומנחילין ויש נוחלין ולא מנחילין כו' ואלו נוחלין ומנחילין כו', א"ה, עי' מש"כ בנזיר ב' א' בהא דמפרש התנא אלו נוחלין ומנחילין ברישא. ק"ח ב' תוד"ה יכול וא"ת ואחין דכתב רחמנא ל"ל כיון דנחלה ממשמשת עד ראובן, הגרע"א ז"ל בתשו' סי' קל"ח נקט בקושית תו' דכונתם לומר למה איצטריך קרא לאחין דיורשים שלא במשמוש תיפ"ל ממשמוש, ופירש דעתם ז"ל דליכא נפקותא אם יורשין במשמוש או שלא במשמוש משום דלא ס"ל כריב"ב ושעבודא לאו דאוריתא, עי"ש, אבל פשטות לשון התו' מתפרש למה איצטריך קרא דיורשין במשמוש תיפ"ל מילפותא דמשמוש, וירושה שלא במשמוש לא אסקו אדעתיהו כלל, וע"ע בדבריהם ק"ח א' ד"ה ואחין, [ועי"ש במהרש"א וקיי"ג ב' בתוד"ה מקיש

דמשמע דנקט דאח יורש שלא במשמוש, אבל אין מדברי התו' משמעות לזה]. בעיקר קושית תו' דל"ל דכתיבי אחים תיפ"ל מהא דירושה ממשמשת עד ראובן, נראה דכל הא דירושה ממשמשת עד ראובן נפק"ל מהא דאשכחן בקרא סדר נחלות בנים ואב ואחין ואחי האב, ושכל הקודם בנחלה יוצאי יריכו קודמין כדנפק"ל בכולהו עיין עליו, מזה ידעין דנחלה ממשמשת עד ראובן, אבל אי לא הוי כתיבי אחין, והוי כתיב ואם אין לו בת ונתתם את נחלתו לאחי אביו, הוי אמרינן דגזירת הכתוב הוא דאחין לא ירתי, ואף אי הוי מרבינן להו דלא גריעי מאחי האב, מ"מ לא הוי ילפינן דירושה ממשמשת והולכת, אלא הוי מפרשינן דגזירת הכתוב הוא בהני, וגם לא הוי ידעין דבני אחין כאחין, וגם היה מקום לומר דאבא ואחין שוין, ובה גמ' ניחא לתנא דדריש מוהעברת, ומיהו גם לתירוץ תו' ניחא דאי לא הוו כתיבי אחין לא הוי ידעין מוהעברת דאב קודם לאחין, והוי מפרשינן דוהעברת אתי לאשמועינן דאב יורש, ומיהו אינו קודם לאחין אלא כי הדדי נינהו, [דאי אחין קודמין א"צ קרא לאב דתיפ"ל מאחי האב], ועי' בשטמ"ק בשם גליון תו'. (קט"ו א' סק"ב מתוה"ד). ק"ט א' אחי האב לא צריכי קרא כו', ברשב"א הקשה ל"ל קרא דאב קודם לאחין הרי ירושת אחין היא מכאן אב ע"י משמוש, וכדפרכינן באחי האב, ותירץ דאי לאו קרא הו"א דאחין קודמין לאב שכן מייבמין, ומבואר דהשתא דאב קדים הרי הדבר פשוט דאחין בכח משמוש דאב ירתי, ופירש כן ההיא דקט"ז ב' דיעקב קדים לאברהם בנכסי עשו משום דאתי במשמוש דיצחק עי"ש, וכן הד"מ בסי' רנ"ג סק"ח הקשה בפשיטות על הא דמשמע בב"י שם דאחין יורשין שלא במשמוש, וכן בב"י סי' רע"ז סכ"ד מבואר דאחין יורשין במשמוש כמ"ש הגרע"א ז"ל, [ומה שכתב לחלק בין אם האח קיים או לא, קשה טובא לחלק כן בלא מקור]. (שם).

ק"י ב' רבינא אמר מהכא הקרוב אליו הקרוב קרוב קודם ומאי קורבה דבן מבית שכן קם תחת אביו ליעדה ולשדה אחוזה בת לאו בת יעדה היא כו', יש לעי' ומאי הוי ס"ל לרבינא הא ודאי לא שייך ייעוד בבית, ושדה אחוזה מירושה הוא דנפק"ל כמ"ש"כ תו', ואפשר דרבינא סבר דעצם הדבר שהבן קם תחת אביו ליעוד זה חשיב קורבה טפי, ולא שזה משמש כהוכחה דהוא קרוב טפי, והלכך אף דלא משכחת לה ייעוד בבית, מ"מ זה דמשכחת לה בבן עושה אותו קרוב טפי, וגמ' לא ס"ל הכי אלא דזה בעצמו לא משווי ליה כקרוב טפי, והוכחה אין מזה.

ונראה דמ"מ לקושטא דמילתא דבן קודם לבת לנחלה, הרי זה מוכיח דבן קרוב טפי, וכדקאמר רבינא משדה אחוזה, ונפ"מ לענין גאולת קרובים בע"ע הנמכר לעכו"ם ובשדה אחוזה דהקרוב קרוב קודם כדאמר קדושין כ"א א', ועוד דקושטא הוא דבירושה הקרוב קרוב קודם, וכדדריש רבינא, וממילא כל הקודם בירושה מוכח דחשיב קרוב טפי, [ועי' בערכין כ"ה ב' דמיבעיא ליה באשה מי מעמיד לה שדה בעל או בן אע"ג דבעל קדים לירושה]. - ויש מקום לדון אם לא נחשוב בכור קרוב טפי מפשוט מהא דשקיל פי שנים, דבייחוס הקורבה בן ובת ראוי לחשבם כשוין, ומ"מ אמרינן דבן קרוב טפי מהא דקודם בנחלה, וא"כ שמא בכור נמי, ונפ"מ לענין גאולת קרובים, אבל ל"מ כן.

שם הקרוב קרוב קודם, עי' מש"כ לקמן קט"ו א' סק"א, ובקדושין כ"א א'. שם והאיש את אמו מנה"מ כו', פירשו בתו' דמשום הסבת נחלה קמיבעיא ליה, ולכאורה אפשר לפרש דמשום דמשפחת אם אינה קרויה משפחה קמיבעיא ליה, וגם בן עם אמו משפחת אמו קרינא ביה, וכמו דהאם אינה יורשת בנה מה"ט כדאמר לעיל ק"ט ב'. (סט"ז סק"ג).

ק"י א' תוד"ה מקיש תימא לרשב"א אמאי איצטריך כו' תיפ"ל מוירש אותה דאמר

לקמן מקיש ירושה שניה כו', לכאורה עדיפא הו"ל להקשות דאיך ס"ל לר' זכריה דבן ובת שוין בנכסי האם הרי מקשינן ירושה שניה לירושה ראשונה, ויותר מזה קשה לתירוץ ר"י דהיקישא דירושה שניה לירושה ראשונה מלמד דבן קודם לבת בנכסי אבי האם, דא"כ ראוי שיהא כן לר' זכריה לקושטא דמילתא, ולקמן קט"ו א' מפורש דלר' זכריה בני אחות ובנות אחות שוין, [ולא משמע לחלק בין נכסי אבי האם לאחי האם, אף דלענין סברא דמאבוא דאבא קאתינא נזכר לחלק ביניהם בבעה"ת שהובא לקמן קט"ו א' סק"ב], וצ"ל דר' זכריה לא דריש ממשות להיקישא, משום דמשמע ליה דמהא דאשמועינן קרא ירושת האם גבי בת, ולא אשמועינן גבי בן, דלאורויי אתי דבן ובת שוין בנכסי האם, ומה"ט נמי לא ידרוש להקיש ירושה שניה לירושה ראשונה לענין ירושת אם בין מאבי האם ובין מאחי האם, ורק לרבנן דדרשי ממשות קשיא להו דתיפ"ל מהיקישא דירושה שניה לראשונה.

בא"ד ור"י אומר דאע"ג דנפק"ל לקמן דבן קודם לבת בנכסי אבי האם היינו משום דמכח אבוא דאימיה קאתו כו', סברא דמכח אבוא דאימיה קאתי מצאנו לקמן קנ"ט א' לענין בע"ח דאמרינן דכיון דהמת לא זכה בנכסים אין היורש חייב לשלם לבע"ח שלו, אבל לענין מי הוא היורש ודאי דאית לן למיזל בתר משמוש, דלעולם היורשים הם הקרובים של המת האחרון, וכן לר' זכריה בן הקצב בני אחות ובנות אחות שוין בירושת דודן כיון שיורשים ע"י אמם, כדאמר קט"ו א', וכל ענין משמוש כן הוא, וצ"ל דכונתם דאי לאו היקישא דמשות, שמא הוי ס"ד לפרש היקישא דירושה שניה לראשונה דבא לומר דמאבוא דאימא קאתינא, ולעולם בן ובת שוין בנכסי האם כדמשמע מהא דקרא אשמועינן ירושת האם לגבי בת, וכדס"ל לר' זכריה, וכמש"כ, אבל השתא ודאי לא מחלקינן בהכי, ורשב"א ס"ל דגם אין למינקט כן לס"ד. (סט"ז סק"ג).

ק"ג ב' תוד"ה מקיש ואין נראה לר"י כו', עי' במהרש"א דמשמע דנקט דאח יורש שלא במשמוש, אבל אין מדברי התו' משמעות לזה. (קט"ו א' סק"ב מתוה"ד). קי"ד א' קנין עד אימתי חוזר רבה אמר כל זמן שיושבין כו', א"ה, עי' מש"כ בב"מ צ"ט א' סק"א לענין מלוה עד אימתי יכול המלוה לחזור כו', ועי"ש עוד דלענין קנין לכאורה ראוי לפרש שאם לא חזר בו נקנה למפרע, דאל"כ במה יקנה, ועי"ש בדין שואל אם מתחייב באונסין כל זמן שיכול לחזור בו. קי"ד ב' מה אשה את בעלה אין הבעל יורש כו', יתבאר להלן קט"ו א' סק"א. בסדר נחלות

א) קט"ו א' מתני' סדר נחלות כך הוא כו', לעיל ק"י ב' ילפינן מקרא דהקרוב דקרוב קרוב קודם, וא"כ קראי דילפינן מינייהו סדר נחלות אשמועינן סדר הקורבה, דיוצאי יריכו תחלה והאב קודם לכל יוצאי יריכו, ויש לעי' לפ"ז מנלן לחדש דאיכא ענין דמשמוש שהמתים יורשים ומורשים ליורשיהם, כדחזינן לקמן קנ"ט א' דאי לא מצו למימר מכח אבוא דאבא קאתינן ראוי לבע"ח דאבואהו שיגבה, ואמאי לא נפרש דלעולם אין יורש אלא אחי, וקראי אשמועינן מי הוא אחי שהוא היותר קרוב, דהא זה ודאי דילפינן מהנך קראי, ונפ"מ לענין גאולת שדה אחוזה ועבד עברי הנמכר לעכו"ם דכל הקודם לענין ירושה הוא הקרוב הקודם לגאולה, והתם ליכא ענין משמוש, אלא שזה נקרא היותר קרוב, ודכוותה נפרש לענין ירושה, ולא נחדש דמתים יורשים ומורשים, ובזה נמי מובן הא דאין הבעל יורש את אשתו בקבר, וכן הבנים אינם יורשים את אמם בקבר להנחיל לאחין מן האב, דאחין מן האב אין להם שום קורבה לאמה של אחיהם, וכן בני הבעל לאשתו, ולכך באמת אינם יורשים. ואין לומר דמהא דנטלו בנות צלפחד חלק בכורה כדתנן לקמן קט"ז ב' וילפינן לה

מקרא לקמן קי"ח ב', ילפינן דהמתים יורשים, דאל"כ למה מגיע חלק בכורה, דהא לקמן קנ"ט א' אמרינן דמצי למימר דבמקום אב קאי אף אי מצי טעין מכח אבוא דאבא קאתינא.

גם יש להבין מה מקום לדיון אם יכולים היורשים לומר מכח אבוא דאבא קאתינא, ותלינן הדבר אם קרא דתחת אבותיך יהיו בניך בברכה כתיב, וכן נסתפקו הראשונים ז"ל בבעה"ת אם רק בבני בנים אמרינן כן או גם בשאר יורשים, וממ"נ אם מפרשינן ירושה דקרא דרך משמוש במתים א"כ למה יוכל לומר דמאבוא דאבא קאתי, ואם מפרשינן דלעולם החיים יורשים את המת בעל הנכסים, א"כ לעולם מאבוא דאבא קאתו.

והנה הרמב"ן והרשב"א והר"ן לקמן קכ"ה וכן בהלכות הרמב"ן שלהי בכורות וברא"ש שם הוכיחו דבע"ח אינו גובה מן הראוי, מהא דאמרינן לקמן קנ"ט ב' בנפל הבית עליו ועל מורישי דאם יורשיו הם בניו ויכולים לומר מאבוא דאבא קאתינא ניחא דבמת הבן ראשון אין הבע"ח גובה, ומבואר דס"ל דאם בע"ח גובה מן הראוי אין יכולים היורשים לומר מאבוא דאבא קאתינא, ויש לפרש הטעם משום דאם בע"ח גובה מן הראוי, ע"כ דהיה כח ביד הלזה לשעבד את הראוי, וכיון שנשתעבד הרי הוא של המלוה וכאילו אין ליורשים לרשת אותו, ולא שייך לומר מכח אבוא דאבא קאתינא, ובאמת הדבר תימא שיהא ביד הלזה לשעבד נכסים שיפלו לו לאחר מיתה, דהא בעודו בחיים אין לו שום שייכות לנכסים הללו ולא שייך שיוכל לשעבדם, ולשעבד עצמו שיהא חייב למסור הנכסים למלוה לאחר מיתתו גם לא שייך, ועד כאן לא איצטריך לאשמועין לר"מ אלא בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס ולא שנפלו לו לאחר מיתה, וגם להקנות זכות יורש שלו נמי לא שייך שאין זה כלום בעוד המוריש בחיים ולא שייך בו קנין.

וע"כ צ"ל כמ"ש מרן זללה"ה בב"ק סט"ו סק"א דכל הנידון אם בע"ח גובה מנכסים שנפלו ללוה אחר מיתתו, הוא מדין מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם כדאמר קנ"ז א' אבל שעבוד ודאי ליכא, וכ"כ בקצה"ח סי' ק"ד ס"ק ט"ו דמן הדין ודאי אין ראוי שלאחר מיתה יכול להשתעבד, והנידון רק מדין מצוה, ברם לפ"ז בן גר שלוה ואח"כ מת ואח"כ מת אביו הגר לא יוכל המלוה לגבות מנכסי הגר דכיון דליכא יורש ליכא על מי למירמי מצוה זו, אא"כ נימא דנתחייבו נכסים במצוה זו, וכ"כ מרן זללה"ה שם סק"ח עי"ש, ולפי זה י"ל דבאמת סדר נחלות הוא שהחי היותר קרוב למת יורשו, ומה שקרבתו נגרמת ע"י המתים האמצעים זה גורם למירמי עליה מצוה לפרוע חובותיהם, אם לא אמרינן מאבוא דאבא קאתינא, אבל אין שום זכות בנכסים למתים האמצעים, ועי' להלן סק"ב.

בשטמ"ק לקמן קכ"ה בשם עליות הר"י הוכיח מההיא דקנ"ט ב' איפכא דמשמע דבע"ח גובה מן הראוי מדאיצטריך לטעמא דמאבוא דאבא קאתינא, משמע דאי לאו האי טעמא דין הוא שהבע"ח יגבה אע"ג דהוי ראוי, והרשב"א ג"כ בדף קנ"ט תברא לגזיזיה וכתב להוכיח כדברי הר"י דמשמע מהך סוגיא דגובה מן הראוי, ובתו' קנ"ט א' כתבו דאין ראיה מהתם דבע"ח אינו גובה מן הראוי דהתם טעמא משום דאמר מאבוא דאבא קאתינא, אבל לא כתבו דמהתם מוכח דגובה מן הראוי מדאיצטריך לטעמא דמאבוא דאבא, ולכאורה הדבר תלוי בנידון אם נימא דבע"ח גובה מן הראוי, אם זה גם מועיל שלא יוכלו היורשים לומר מאבוא דאבא קאתינא, משום דזכות הבע"ח קדים, דהרמב"ן ודעימיה סברי דאם גובה מן הראוי הרי הראוי משועבד ולא מצו היורשים לומר מאבוא דאבא קאתינא, והלכך מוכח בגמ' דאין גובה מן הראוי, והר"י סבר דגם אם גובה מן הראוי היינו רק לכשיגיע לבע"ח, אבל אם

מת והיורשים יכולים לומר מאבוב דאבא אתינן אינו גובה, והלכך מדאיצטריך לטעמא דמאבוב דאבא מוכח דבלא"ה היה גובה מן הראוי.

(ב) ונראה להוכיח ענין משמוש מן התורה, דהיינו שיש ענין במתים האמצעים, דנראה דאשר שמכר שדה אחוזה או שנמכר לעבד אין בנה של סרח יכול לגאול את השדה או אותו מדין גאולת קרובים, דכיון דמשפחת אם אינה קרויה משפחה אין בנה של סרח נחשב כקרוב של אשר, [אף דלסרח עצמה מסתבר דחשיב קרוב], ורק ממשפחת אביו יהיו הגואלים, ומ"מ לענין ירושה הרי בנה או בתה של סרח יורשין נכסיו של אשר כדנפק"ל קט"ו א' מאין לו עיין עליו, וע"כ דחזינן כאילו סרח ירשה את הנכסים והורשה אותה לבנה, ולר' זכריה קי"א א' אף בנה ובתה של סרח יהיו שוין בנכסי אשר.

ולפ"ז נראה דאית לן למינקט דגם אח היורש את אחיו הוא מדין משמוש, וכמ"ש הר"י בשטמ"ק קי"ח א', וכ"כ הרמב"ן בפ"י התורה בפרשת פינחס, וכ"כ נמי בריש פירקין דאי לא הוי כתיבי אחי האב לא הוי ידעינן משמוש למעלה דהוי מפרשינן דאחין יורשין בלא משמוש, ומבואר דהשתא דכתיבי אחי האב, יורשין אחין מדין משמוש, דלית לן לחדש ירושה בלא משמוש בזמן שהאב קודם לאחין, אא"כ נימא דהוא גזירת הכתוב במה דכתיב בקרא דאחין יורשין, אף דאפשר היה ללמוד דיורשין מהא דנחלה ממשמשת והולכת עד ראובן, וכמשה"ק תו' ק"ח ב', [ויהיה בזה גם טעם למה לא נכתבה ירושת האב בהדיא, דלפ"ז מתפרש שפיר טפי דירושת האחין היא בלא משמוש], וכל כי האי היה ראוי להיות נזכר בגמרא דלית לן למידרש קראי מדנפשיין לחדש גזירת הכתוב שלא כדרך כל הירושות, וכדפשוט להו לתו' הנ"ל דקרא דירושת אחין מיותר, וכמו שהוכיח מזה הגרע"א ז"ל דס"ל דירושת אחין מדין משמוש, וכן פשוט להמ"מ בפ"א מה' נחלות ה"ג שכתב דלכך בירושת אחין קודמים האחין לאחות משום שיורשין מכח האב ובאב בן קודם לבת, וכ"ה עוד במ"מ פ"ב מה' נחלות ה"ז, וכן ברשב"א ק"ט א' הקשה ל"ל קרא דאב קודם לאחין הרי ירושת אחין היא מכח אב ע"י משמוש, וכדפרכינן באחי האב, ותירץ דאי לאו קרא הו"א דאחין קודמין לאב שכן מייבמין, ומבואר דהשתא דאב קדים הרי הדבר פשוט דאחין בכח משמוש דאב ירתי, ופירש כן ההיא דקט"ז ב' דיעקב קדים לאברהם בנכסי עשו משום דאתי במשמוש דיצחק עי"ש, וכן הד"מ בסי' רנ"ג סק"ח הקשה בפשיטות על הא דמשמע בב"י שם דאחין יורשין שלא במשמוש, וכן בב"י סי' רע"ז סכ"ד מבואר דאחין יורשין במשמוש כמ"ש הגרע"א ז"ל, [ומה שכתב לחלק בין אם האח קיים או לא, קשה טובא לחלק כן בלא מקור], ואמנם לא נמצא מי שסובר דאח יורש שלא במשמוש, והגרע"א ז"ל בתשו' סי' קל"ח נקט בקו' תו' הנ"ל דכונתם לומר למה איצטריך קרא לאחין דיורשים שלא במשמוש תיפ"ל ממשמוש, ופירש דעתם ז"ל דליכא נפקותא אם יורשין במשמוש או שלא במשמוש משום דלא ס"ל כריב"ב ושעבודא לאו דאורייתא, עי"ש, אבל פשטות לשון התו' מתפרש למה איצטריך קרא דיורשין במשמוש תיפ"ל מילפותא דמשמוש, וירושה שלא במשמוש לא אסקו אדעתיהו כלל, וע"ע בדבריהם ק"ח א' ד"ה ואחין, [ועי"ש במהרש"א וקי"ג ב' בתוד"ה מקיש דמשמע דנקט דאח יורש שלא במשמוש, אבל אין מדברי התו' משמעות לזה].

בעיקר קושית תו' דל"ל דכתיבי אחים תיפ"ל מהא דירושה ממשמשת עד ראובן, נראה דכל הא דירושה ממשמשת עד ראובן נפק"ל מהא דאשכחן בקרא סדר נחלות בנים ואב ואחין ואחי האב, ושכל הקודם בנחלה יוצאי יריכו קודמין כדנפק"ל בכולהו עיין עליו, מזה ידעינן דנחלה ממשמשת עד ראובן, אבל אי לא הוי כתיבי

אחין, והוי כתיב ואם אין לו בת ונתתם את נחלתו לאחי אביו, הוי אמרינן דגזירת הכתוב הוא דאחין לא ירתי, ואף אי הוי מרבינן להו דלא גריעי מאחי האב, מ"מ לא הוי ילפינן דירושה ממשמשת והולכת, אלא הוי מפרשינן דגזירת הכתוב הוא בהני, וגם לא הוי ידעינן דבני אחין כאחין, וגם היה מקום לומר דאבא ואחין שוין, ובזה גם ניחא לתנא דדריש מוהעברת, ומיהו גם לתירוץ תו' ניחא דאי לא הוו כתיבי אחין לא הוי ידעינן מוהעברת דאב קודם לאחין, והוי מפרשינן דוהעברת אתי לאשמועינן דאב יורש, ומיהו אינו קודם לאחין אלא כי הדדי נינהו, [דאי אחין קודמין א"צ קרא לאב דתיפ"ל מאחי האב], ועי' בשטמ"ק בשם גליון תו'.

עוד כתב הגרע"א ז"ל בתשו' ח"ג סי' ט"ו למינקט בדעת הבעה"ת דאח יורש שלא ע"י משמוש, ממש"כ הבעה"ת בשער מ"ח ח"ג דביורש אחי אביו צריך לשלם חוב אביו, משום דבאחי אביו לא אמרינן דמאחי אביו קאתי, דרך בבן הבן מחדשינן דמצי למימר מכח אבוא דאבא קאתינא, אבל בשאר המורשים ע"כ לעבור כל האמצעים ובע"ח דידהו גובה, והק' הגרע"א ז"ל דגם ביורש אחי אביו אם יורש ע"י משמוש א"כ הרי הוא יורש דרך אבי אביו, ותו מצי למימר מכח אבוא דאבא קאתינא, אלא ודאי ס"ל להבעה"ת דירושת אח היא שלא ע"י משמוש, ונראה די"ל דעד כאן לא אמרינן דמצי למימר מכח אבוא דאבא קאתינא, אלא כשהנידון בנכסים שנפלו מאבי אביו, דאמרינן דהיורש החי הוא יורש את הנכסים של המת כי הוא הקרוב קודם, ורק קורבתו עוברת דרך המתים האמצעים ולא הנכסים, [וכמו שדננו בזה לעיל סק"א עי"ש], אבל אם באחי אביו אינו יכול לומר מאחי אבי קא יריתנא, וע"כ למיתי דרך משמוש, בזה אינו יכול לבחור באמצע הממשמשים ולומר פלוני אני יורש, דאו כולו במשמוש או כולו שלא במשמוש.

מכל האמור מתבאר דלא מצאנו מן הראשונים ז"ל מאן דס"ל דהאח יורש שלא במשמוש, ויעוי' ברמב"ם פ"א מה' רוצח ה"ב שכתב דכל הראוי לירושה הוא גואל הדם, והגרע"א ז"ל בגליון הרמב"ם פירש דר"ל זה שיוורשו ממש, וקשיא ליה ז"ל א"כ אב שהרג דדיינינן מכות י"ב א' אם בנו נעשה לו גואל הדם, ותיפ"ל שאינו יורשו דהא אביו קיים, וכתב ז"ל לפרש בשהרג אשתו הגרושה דבנו יורשו, [וה"ה בהרג בן בנו], אבל רבנו בה"ג העתיק ד"ז באב שהרג את בנו, [וכתב ז"ל לחלק בין הורג בשוגג להורג במזיד, דבמזיד אמנם גם בנו נעשה גואל הדם, ודברי הרמב"ם רק משום שאינו גואל הדם כיון שהאב קיים ואינו יורשו, אבל הדבר תימא דדברי הרמב"ם בפשוטו הם העתק הגמ' דמכות ולא משום דאינו יורשו], ברם נראה דלכך כתב הרמב"ם שראוי לירושה דסגי בזה הקרוב שאם יהרג את הרוצח יהא הוא היורש של הנרצח, דלעולם משמע דליכא גואל הדם אלא אחד היותר קרוב, וכשזה האחד הוא הרוצח שפיר נעשה גואל הדם זה שקרוב אחריו, וגם נראה דמי שיש לו בן ובת דגם הבת נעשית גואל הדם [כמ"ש הרמב"ם בה"ג דגם נקבה נעשית גואל הדם], אע"ג שאינה יורשת כיון דראויה לירש וגם זה בכלל הראוי לירש שכתב הרמב"ם, אבל לעולם בעינן היותר קרוב, ולפי זה אין אח נעשה גואל הדם כל זמן שהאב קיים, או דבן של הנהרג קיים, כשהרוצח אדם דעלמא, (בן שהרג אביו שפיר נעשה אחיו גואל הדם), [ועי' ירושלמי מכות פ"ב ה"ה דאיכא תרי ברייתות דבחדא קתני דאח נעשה גואל הדם ובחדא קתני שאין נעשה ושמא כאן כשהאב קיים וכאן כשאינו קיים, או כאן כשיש לו בן לנהרג וכאן כשאין לו], ומסתימת דברי הרמב"ם משמע דאפילו הראוי ליורשו הוא רחוק בקרבות נמי נעשה גואל הדם, ומיהו דברי הרמב"ם לענין הורג במזיד, אבל בהורג בשוגג י"ל דבעינן כי יחס לבכו ואין זה אלא בקרובים ממש, ומרן זללה"ה בסנהדרין סי"ט סק"ג כתב לפרש דראוי לירושה

היינו אב ואם בן ובת ואח ואחות, וכדחזינן מהא דאין בנו נעשה גואל הדם דאי לאו כבוד אב נעשה אחיו גואל הדם אף שאינו יורש דהאב קיים, וכתב דלפ"ז משמע דאח יורש שלא במשמוש.

הגרע"א ז"ל בגליון השו"ע חו"מ סי' רפ"א ס"א כתב דמש"כ הרמב"ם פ"ט מה' זכיה ה"ה דאם אמר שיירשנו אח בין האחים דדבריו קיימין משמע דס"ל דאח יורש שלא במשמוש, והדברים צריכים יישוב דהרמב"ם שם כתב ג"כ אם אמר על אחד מכלל בני בניו, והם ודאי יורשים במשמוש, וע"כ דכל שהוא ראוי לירש עכשיו אף שהוא ע"י משמוש שפיר הוא בכלל הא דריב"ב דאם אמר על מי שראוי ליורשו דבריו קיימים, והגרע"א ז"ל בעצמו בתשו' סי' קל"ב כתב הוכחה זו מדברי הרמב"ם, [ועי' ש' בנתה"מ ובקצה"ח ובפ"ת שם סק"ט בשם השב"ע יעקב דכולהו פשוט להו דירושת אח מדין משמוש], ומקור דברי הרמב"ם בזה נראה דהוא מהירושלמי פ"ח ה"ה דאיתא התם דעל אח בין הבנות או בת בין הבנים לא אמר ריב"ב, ומבואר דאח בין האחים שפיר הוא בדיניה דריב"ב דעל הראוי ליורשו דבריו קיימין, [שו"ר שכבר כ"כ בקצה"ח סי' רפ"א סק"ב, שו"ר בתוספתא סופ"ז מפורש גם על בת הבן בין הבנים דמהני], ואם אמנם זהו המקור הרי יש להוכיח מזה דאח יורש מדין משמוש, דאל"כ איך למד הרמב"ם מזה דגם באמר על אחד מבני בניו דבריו קיימין, [ולמה שמצאנו דברי הרמב"ם מפורשים בתוספתא אזדא לה ראייה זון]. (סט"ז סק"א ב').

קט"ז א' תוד"ה אבי, עי' מש"כ לקמן ב'.
קט"ז ב' בעי רמב"ח אבי האב ואחיו כגון אברהם ויעקב בנכסי עשו כו' אמר רבא ת"ש האב קודם לכל יוצאי יריכו כו' הנ"מ דקתני כל הקודם בנחלה יוצאי יריכו קודמין ואילו איתיה ליצחק יצחק קודם כו', מה דנקטו תו' (לעיל א') דלרבא לעולם אב קודם לבן תמוה מאד דבהדיא תניא כמה ברייתות לעיל ק"ח ב' ק"ט א' דבן קודם לאב, גם כבר תמהו בתו' ק"ח ב' דאם אב קודם א"כ כל הירושות יש לחלק לכל ישראל דמשמשינן עד יעקב וממנו לכל השבטים, וכל הנחלות מועברות משבט לשבט, גם מתני' דסדר נחלות מתפרשא דבן הוא הקודם בירושה לכולם, וכן לא איבעיא לרמב"ח אלא בדליכא יוצאי יריכו של עשו, והנידון רק אם אברהם או יעקב, וכן מתפרש הא דכל הקודם בנחלה יוצאי יריכו קודמין עכ"פ דבן הבן קודם לאבי אביו, וגם בגמ' לא אסקו לדרבא בתיובתא אלא בהנ"מ, וע"כ דלא ס"ל לרבא דאב קודם אלא בירושת משמוש להעביר לאח של המת, דס"ל דכשם שהאב קודם לאחין כך גם אבי האב כשהוא קיים הרי הוא קודם לאחין, אבל כשאין אבי האב קיים ע"כ יעקב יורש ולא ישמעאל דאל"כ לעולם כשאין בנים ובנות למת יחזרו כל הירושות ליעקב וממנו לכל השבטים, וגם בזה מסקינן דלא כרבא, ובאמת צ"ע מנ"ל לרבא לחלק בירושות בין אם אבי האב קיים או לא.

וקצת משמע מדרבא דירושת אח היא מדין משמוש כמש"כ לעיל קט"ו א' סק"ב, דאל"כ הרי נתחדש גזירת הכתוב בדליכא אב יורשין האחין, וא"כ מנ"ל לומר דאם אבי האב קיים הרי הירושה ממשמשת אליו בזמן דכשאין קיים אף ליצחק אינה ממשמשת.

קכ"ג ב' הכא במכירי כהונה כו', א"ה, ראיתי להעתיק כאן מש"כ בחו"ב חולין ק"ל ב'. המזיק מתנות כהונה שיש להם מכירי כהונה, לדעת ה"ר יונה שמשבאו המתנות לעולם אין הבעלים יכולים לחזור בהם, פשיטא דהמזיק חייב, דכלאחר נתינה ניהו, ואפילו בעה"ב הזיקן חייב לשלם, אבל לדעת תו' דהבעלים יכולים לחזור בהם, אם הזיקן הבעלים, היינו חזרתן ופטורים, אבל אם הזיקן אחר יש להסתפק אם חייב

לשלם למכירין כי היכי דחשיבי מוחזקין לענין בכור, או"ד כיון דהבעלים יכול לחזור בו, עדיין הם בדין מת"כ ופטור, ולכאורה צריך לפרש דחזינן כאילו הקנה המתנות למכירין בתנאי אם לא יחזור בו, דאל"ה כיצד יתכן לחשוב את המכירין כמוחזקין לענין בכור ולענין מלוה מעות, ואם כן הדבר ראוי לחייב המזיקן דכאילו כבר זכו בהן המכירין דיינינן להו, ועי' בריטב"א קדושין כ"ט בהוא לפדות ובנו לפדות דהא דאמרינן דגבי ממשעבדי היינו במכירי כהונה, וכ"כ בש"ך הארוך ביו"ד סי' ס"א דלטעמא דממון שאין לו תובעין הרי במכירי כהונה חייב, [ובבהיא דקידושין לכאורה י"ל כשהלקוחות מסכימים ליתן לפלוני כהן, א"נ שמא אם הוא בוחר את הכהן, שהטו"ה שלו, ע"כ על הלקוחות לשלם לו].

תוד"ה היתה אע"ג דבכור ופשוט כו', א"ה, עי' מש"כ להלן סק"ג במה שפירשו התו' הנידון לענין שכר השכירות.

תוד"ה הכא ואע"פ שאם רצה יכול לחזור בו כו', א"ה, ראיתי להעתיק כאן מש"כ בחו"ב חולין. חולין ק"ל ב' גופא אמר ר"ח המזיק מתנות כהונה או שאכלן פטור מלשלם מ"ט אב"א דכתיב זה ואב"א משום דהו"ל ממון שאין לו תובעים, יש להבין מה פטור הוא שאין לו תובעים, הרי זה רק סבה שלא יכולים ב"ד להזדקק וכמו בשני יוסף בן שמעון, אבל הלוח או הגזלן ראוי שישאר בכל חיובו, ולא יתכן לומר שהוא פטור, גם אם א"א לגבות ממנו בב"ד, ועוד דמהא דאמרינן אב"א דכתיב זה ואב"א משום דהו"ל ממון שאין לו תובעין משמע דהם שוים שני הטעמים לפטור, וכדעת הר"ן, וגם לפי תו' דאיכא בינייהו לצאת יד"ש, מ"מ משמע מיהא דבידי אדם יש כאן חלות פטור.

ואפשר דלענין איסור להזיק ולגזול שוין מתנות כהונה לממון שיש לו תובעים, [ושמא אף חמורים טפי מצד שא"א להשיב ולשלם], ורק לאחר שהזיק או שאכל אמרינן דלא ניתן להשבון, דבעלות קלושה זו שאין אדם יכול לתובעה, דגם אם יבא כל השבט, אכתי יכול לתת לכהנים שיולדו, ונמצא שאין כאן בעלים מיוחדים, בעלות כזו אינה ניתנת להעברה, וכשהזיק או אכל, הרי גם אם ישלם ויעמיד הממון לאותו רשות של המתנות, לא חשיבי תשלום, דלא חל חוב לרשות כזו, וגם אם ילפינן מוזה היינו נמי ענין זה דאין לכהנים אלא בזמן שהמתנות בעין, ולא כשאינם, דאין להם זכות לתבוע דמיהם, וסברא זו ממש ס"ל לאב"א דמקיימינן לה מסברא מכח ממון שאין לו תובעים.

אבל בר"ן משמע דאין לשבט זכות ממון במתנות אף בעודן קיימות, ורק יש מצוה על הבעלים לתת המתנות לשבט, והלכך כשהזיקן או שאכלן אין למי לשלם, ואף לא לצאת יד"ש, ורק מדת חסידות איכא, אבל קשה לפ"ז אמאי בכור נוטל פי שנים במתנות במכירי כהונה כדאמר ב"ב קכ"ג ב', והא מכירי כהונה לא עדיף מאלו איכא חד כהן בעולם, דזהו ענין מכירי כהונה דכהנים דעלמא אסחו דעתייהו (עי' ב"מ י"ב א'), ובשלמא אם המתנות נכסי השבט, שפיר חשיב עי"ז כמוחזק, אבל אם ליכא רק מצוה לתת להם, איך חשיב מוחזק עי"ז, ושמא במכירי כהונה עשו שאינו זוכה כזוכה, ועי"ז נהיה שלו, ולפי זה לא יוכל הבעלים לחזור בו, וכדעת ה"ר יונה בשטמ"ק ב"ב שם, ודלא כדעת תו' שם, ולפי זה צ"ל דישאל שאמר ללוי כור מעשר יש לך בידי, לא חשיב עי"ז עדיין כמכירי כהונה, דהא מבואר ב"מ מ"ט א' דאם חזר בו אין לו עליו אלא תרעומת, וגם לדעת הר"י צ"ל כן, וצ"ע דבפשוטו כל שהבטיחו היינו מכירי כהונה, וצ"ע.

ולכאורה יש להוכיח דגם בהבטיח ללוי את המעשרות לא חשיב עדיין כשלו, מהא דמבואר בירושלמי בריש תרומות בישראל שאמר ללוי כור מעשר יש לך בידי, דהא

דהלוי רשאי לעשותו תרומת מעשר על מקום אחר הוא בשליחות הישראל, וכמ"ד דהישראל רשאי לתרום תרומת מעשר, ואם איתא דמתנות חשיבי ממון השבט, א"כ היה ראוי שיוכל לתרום בשליחות השבט, דכיון דהישראל אינו רשאי לחזור בו, סתמא ניחא להו לכולהו ליואי דיהא כשלו, אבל אי ליכא אלא מצות נתינה ניחא דאין השבט בעלים. (חולין ק"ל ב').

קכ"ד א' אף מוחכרת ומושכרת שבחא דממילא קא אתי דלא חסרי בה מזוני, יתבאר להלן סק"ג.

שם יצא עליהן שטר חוב בכור נותן פי שנים, יתבאר להלן סק"ה.

שם ואם אמר איני נותן ואיני נוטל רשאי כו', יתבאר להלן סק"א ה', ולקמן קכ"ו א'. שם אר"פ דיקלא ואלים ארעא ואסיק שרטון דכו"ע ל"פ דשקיל כו', יתבאר להלן סק"א.

שם כי פליגי בחפורה והוה שובלי כו', יתבאר להלן סק"ד.

תוד"ה ואם, עי' מש"כ להלן סק"ה.

קכ"ד ב' אמר רבא כו', יתבאר להלן סק"א.

שם בכל אשר ימצא כו', יתבאר להלן סק"א.

תוד"ה גבו והוי מוחזק בגבו מעות משום דסמיכי עליהו כו', יתבאר להלן סק"ב. תוד"ה אין שיחלקו שטרות כו', א"ה, עי' מש"כ להלן סק"ו בהא דאינו נוטל במלוה אף לא בערך השטר למכירה.

בסוגיא דראוי

(א) קכ"ד א' ואם אמר איני נותן ואיני נוטל רשאי כו', מפרשין טעמא משום דמתנה קרייה רחמנא, ויש לעי' דמשמע מלשון הגמ' דאפילו לא אמר כן בשעת מיתת האב, רשאי לומר כן אח"כ כשבא הבע"ח, כל שלא חלקו, ומ"ש ממתנה דקיי"ל לקמן קל"ח א' דבשתק ולבסוף צווח קנה, וה"נ הרי קיי"ל לקמן קכ"ו ב' דיש לבכור קודם חלוקה, וי"ל דאע"ג דיש לבכור קודם חלוקה היינו שהוא שותף בתפוסת הבית גם בחלק בכורה, אבל לא יותר מזה, ותפוסת הבית מבואר בבכורות נ"ו ב' שאינו כשותפין דעלמא, אלא הוא סוג מיוחד דאגידי טפי וכאילו כל היורשים כאיש אחד ואין חלקים נפרדים, ולכך חייבין במעשר בהמה אע"ג דשותפין פטירי, וכיון שכן לא נגמרה המתנה דחלק בכורה עד שעת חלוקה, ולכך כל שלא חלקו יכול עדיין לומר איני נוטל, ולא דמי לזיכה לו ע"י אחר או במתנת שכיב מרע דהתם נגמרה המתנה לגמרי, וכיון ששתק זכה, וכן במתנה וזיכה לו ע"י אחר, והשביח ואח"כ שמע המקבל ונתרצה הרי השבח שלו, דלמפרע נעשה הכל שלו, ודוקא בבכור דאין לו קודם חלוקה אלא כדין תפוסת הבית בזה אמרינן דמתנה קרייה רחמנא שאינו זוכה בשבח שקודם חלוקה, ודברי הר"ן קכ"ו א' צ"ע.

ולפי מה שנתבאר דתפוסת הבית הוא סוג רשות מיוחדת, ניחא מה שיש להקשות אמאי סברי רבנן דבחפורה והווי שובלי ושלופפי והווי תמרי אין בכור נוטל פי שנים, והא כיון דקיי"ל יש לבכור קודם חלוקה הרי ידיה אשבת, אבל למש"כ דתפוסת הבית הוא רשות מיוחדת בכח ירושה, שפיר אפשר לקבוע הלכה דשבח של תפוסת הבית שייך לכל האחים בשוה, דעדיין לא נחשב כל אחד כזכה בחלקו בנפרד ונשתתף, ושייך לקבוע הלכה בנוגע לשבח, ועי' יד רמ"ה קכ"ו ב' וכנראה כונתו כמש"כ.

מהא דלא מייתינן פלוגתא דרבנן ורבי גבי פלוגתא דיש לבכור קודם חלוקה לקמן קכ"ו א', משמע דלא תליא הא בהא, ואפשר לומר דאף לרבנן דמתנה קרייה רחמנא, מ"מ יש לו קודם חלוקה, וכמש"כ תו' קכ"ו ב' ד"ה והלכתא, וכן אף לרבי דמקיש

חלק בכורה לחלק פשוט היינו דנוטל ראוי דחפורה והווי שובלי, אבל מ"מ י"ל דאין לו קודם חלוקה, ומש"כ תו' קכ"ו ב' דמהא דאמרינן בסוגיין מה חלק פשוט אע"ג דלא מטיא לידיה, מוכח דחלק פשוט יש להם קודם חלוקה, וא"כ משמע דלזה איתקש חלק בכורה, היינו רק מלישנא דגמ' דאמרינן אע"ג דלא מטיא לידיה, דמזה משמע דאית ליה קודם חלוקה, אבל מעיקר דיניה דרבי ליכא לאוכוחי, דאיכא למימר מה חלק פשוט זוכה בשבח ה"נ חלק בכורה, ולעולם תרוייהו לית להו קודם חלוקה, א"נ אע"ג דפשוט אית ליה קודם חלוקה, מ"מ לא מקשינן בכור לכל מילי לפשוט, דלהכי אהני הא דקרייה מתנה, ולא מקשינן אלא לדין שבח ולא דיש לו קודם חלוקה, וכן רבנן נמי מקשי בכור לפשוט לענין חזרה ביוכל כדאמר בכורות נ"ב ב' ולא מקשו לענין שבח, דלהכי אהני הא דקרייה רחמנא מתנה, ולגירסא דסבר רבא לקמן ב' דהלכה כרבי, הדבר מוכרח, דהא אליבא דרבא איפלגו אי יש לבכור קודם חלוקה, ומבואר דאף אליבא דרבי איכא למימר דאין לבכור קודם חלוקה.

שם אר"פ דיקלא ואלים ארעא ואסיק שרטון דכו"ע ל"פ דשקיל כו', לכאורה קשה דאי כמתנה הוא דעד דמטי לידיה [וכפי' הר"ן קכ"ו א' דעד דמטי לידיה דבכור וכפשטות הלשון], אם כן אפילו דיקלא ואלים, וכן לרבי דאקיש בכורה לירושה קשה דא"כ אפילו השביחו יתומים נידון להו כיוורד שלא ברשות או ברשות לגבי חלק בכורה, ונראה דכו"ע מודו דחלק בכורה איתקש גם למתנה וגם לירושה, וכדאמרינן בכורות נ"ב ב' דאף לרבנן מקשינן מקרא דפי שנים דבכורה כירושה, וכן רבי מודה דיכול לומר איני נוטל, וכיון דהוקש לתרוייהו שפיר נחלקו בסברא במה לדמות למתנה ובמה לירושה, ולענין דיקלא ואלים וחזרת יובל לכו"ע מדמינן לירושה, ולשבח שהשביחו יתומים ושיכול לומר איני נוטל לכו"ע מדמינן למתנה, ובחפורה והווי שובלי שלופפי והווי תמרי פליגי, ועי' בשטמ"ק בשם עליות.

הא דאיצטריך קרא דבכל אשר ימצא לו, י"ל דאי לאו האי קרא לא הוי דרשינן מלתת לו למעוטי ראוי, דהוי מוקמינן לה כרבי שיכול לומר איני נוטל, ותו לא, שו"ר שכ"כ הרא"ש בסי' י"ד, ואי מבכל אשר ימצא לו לחוד, לא הוי ממעטינן אלא מלוה וירושה הבאה לו לאחר מכאן דליתא ברשותיה כלל, אבל שבחא דארעא הו"א דדידיה אשבח, לכך איצטריך לתת לו, ולכך מיייתנן בסוגיין מהך קרא דלתת לו, דמיניה ילפינן דלא שקיל שבחא, ועוד י"ל דאי לאו בכל אשר ימצא לו, לא הוי ילפינן בבעל שאין נוטל בראוי, דכיון דשבחא שקיל דהא ליכא יורשין אחרים וכמ"ש ברשב"ם ותו' קכ"ה ב' הו"א דמלוה נמי שקיל, וזה אי ירושת הבעל דאוריתא, ועי' תו' קכ"ו ב' ד"ה והלכתא, שכתבו דרק משום דכתיבי תרוייהו לתת לו וימצא לו ידעין לפרושי להו למעוטי ראוי.

ב) קכ"ד ב' תוד"ה גבו והוי מוחזק בגבו מעות משום דסמיכי עלייהו כו', הנידון כאן בדאוריתא דאין טעם שחכמים יתקנו כאן תקנות להרע או להטיב, ולפי זה צריך ביאור ענין דסמיכי עלייהו, ואפשר דהטעם דחוב חשיב ראוי אע"ג שכל החיוב מעיקרא, משום שאינו דבר מוחלט והרבה פעמים שאינו נפרע, וכדחשבינן פורע חובו של חבריו כמברית ארי נדרים ל"ג, ובזה מחלקינן דבגבו מעות שהוא הסדר הראוי חשבינן את הפרעון כטבעי מחמת החוב ולא נתחדש דבר ולא הוי ראוי, אבל אם גבו קרקע, הרי אין כאן פרעון רגיל אלא שגבו מן הערב דנכסוהי דבר אינש אינון ערבין ביה, ובזה חשבינן את החוב כאבוד והפרעון כדבר מחודש, והוי ראוי, ולפי זה גבו מטלטלין נמי הוי כגבו קרקע שג"ז אינו התשלום הרגיל, וכן אם פרע אחר בשבילו אפילו פרע מעות חשיב כראוי, דהא אינו אלא מברית ארי, וצ"ע.

ג) קכ"ד א' אף מוחכרת ומושכרת שבחא דממילא קא אתי דלא חסרי בה מזוני,

ברשב"ם כתב דשבחא הוא שחורשין בה, ומשמע דמפרש שהנידון כאן בשכר החכירות והשכירות וכ"מ בתו' קכ"ג ב' ד"ה היתה וכאן ד"ה אף, ושכר זה הוא ראוי ככל מלוה דעלמא, ל"ש השכר שבחיי אבוהון ל"ש השכר שלאחר מיתה, ולכאורה צ"ע למה ע"י העלאת מזונות חשיב שבח שהשביחו יתומים, אטו יתומים שיש להם פרה ומאכילין אותה ומשכירין אותה לשעות האם חשיב כשבח שהשביחו יתומים, וכבנו בתים וכיו"ב, הרי צריכים להאכילה אף אם אינם משכירים אותה, ומיהו ע"כ מוכח כן מהא דרועה באפר וילדה וכמ"ש להלן.

ובטור סי' רע"ח הזכיר גם שכר השכירות, ושבח פיטום, ושבח ולד, ובשבח פיטום שפיר ראוי למיחשב כהשביחו יתומים אם מעלים לה מזונות, אבל ברועה באפר לכאורה ראוי לדון שבח פיטום כדיקלא ואלים וכ"ה בנמו"י, [והטור שם כתב דאף בשבח שבגוף הפרה אינו נוטל פי שנים אפילו רועה באפר, וצ"ע למה], ולפי זה היה נראה לפרש הברייתא רק לענין שבח לידה, ווילדה דקתני קאי גם אהיתה מוכרת ומושכרת, וזה דמי לשלופפי והוי תמרי מיהא, דפנים חדשות באו לכאן, אבל גם בשבח לידה צ"ע למה במעלים לה מזונות חשיבא כבנו בתים, הרי אין למזונות קשר עם הלידה דאף אם לא היתה מתעברת היו צריכים להאכילה, ולא משמע לומר משום שצריך להוסיף לה מזונות בימי עיבורה, ולכן נראה דכל דבר שצריך הוצאות לקיומו, חשיבי ההוצאות כהשתדלות לתועלתו, שהרי אין מקיימין אותו אלא לתועלתו, ולכך כל שבח בין אם הוא שבח פיטום או שבח מלאכה או שבח ולדות, חשיב כהשביחו יתומים אם הם מעלים לה מזונות, ובמוחכרת ומושכרת אשמועינן דלא חשיב כמעלין לה מזונות, אם אינם מעלין, אע"ג דבודאי היו מוסיפין על דמי השכירות או החכירות אם לא היו צריכין לזונה, וא"כ הרי הם זנין אותה עכשיו על חשבון היתומים, מ"מ לא דיינינן לה הכי, אלא חשיב כשבחא דממילא, ונראה דאין הטעם משום שיש אפשרות של רועה באפר, ולכך לא חשיבי כמעלין לה מזונות, אלא אף אם לא היתה אפשרות של רועה באפר כלל, מ"מ לא חשיב כמעלין לה מזונות ע"י השוכר והחוכר, דסברא הוא דכה"ג חשיב השכירות והחכירות כשבחא דממילא. - שאל בני שמשון נ"י מושאלת מהו, ויפה שאל דכה"ג יש מקום לומר דהמזונות בשליחות דידהו מעלה לה, וחשיב כמעלין לה מזונות.

והרמב"ם כנראה פירש הא דמוחכרת ומושכרת לענין שבח פיטום, שכ"כ בפ"ג מה' נחלות ה"ב הניח להם פרה מושכרת או מוחכרת או שהיתה רועה באפר וילדה הבכור נוטל בה ובולדה פי שנים, ומדכתב בה משמע דשבח פיטום קאמר, ואין לומר דעל הבהמה גופה קאמר דלא חשיבא ראוי אע"ג דבשעת מיתה לא היתה ברשותם שהרי היתה מוחכרת או מושכרת וכמ"ש כ' תו' קכ"ג ב' שיש בזה חידוש, דהא בברייתא קתני לה גבי שבח שהשביחו נכסים לאחר מיתת האב כיצד, ומשמע דעל דבר שנתחדש לאחר מיתה קאמר, ולא על פרה שיצאה משכירותה, ודברי הרמב"ם הם העתק הברייתא, וכיון שהרמב"ם פירשה לענין שבח פיטום לכך הוכרח לומר דלמסקנא דר"פ אתיא שפיר ברייתא כרבנן וכמ"ש כ' במ"מ, דשבח פיטום כשאין מעלין לה מזונות דמי ממש כדיקלא ואלים, וכיון דמוחכרת ומושכרת כרבנן ע"כ נמי הא דרועה באפר וילדה כרבנן, [דאי כרבי למה נקט מוחכרת ומושכרת דמודו בה רבנן], וצריך לפרש הטעם משום דבעודה מעוברת דיינינן לה כשבח פיטום, והו"ל כדיקלא ואלים, ולאחר שילדה הו"ל כאוכלא דאיפרת, ודמי לאתרוג קטן והגדיל, ול"ד לשלפופי והווי תמרי שאינם ראויים כלל בעודם שלפופי, אבל באמת לשון הברייתא קשה לפ"ז, דהא איפלגו רבנן ורבי בשבח שהשביחו נכסים לאחר מיתה, ובלשון הזה נשנה בברייתא דנוטל פי שנים בשבח ששבחו נכסים

לאחר מיתת אביהן, וא"כ היינו ממש כרבי, ועוד דהא מסיק אבל בנו בתים ונטעו כרמים כו', והיינו נמי כרבי, דלרבנן הו"ל למינקט אבל חפורה והווי שובלי שלפופי והווי תמרי, וברייטא מתפרשא שפיר או לענין דמי השכירות, או לענין ולדה, ווילדה גם אמוחכרת ומושכרת קאי, ועו"ק דאם איתא דמוחכרת ומושכרת לענין שבח פיטום איירי, א"כ מאי פריך השתא מוחכרת ומושכרת דלאו ברשותא דמרא דידהו קיימא אמרת שקיל רועה באפר מיבעיא, הא שפיר יש לחלק בין שבח פיטום לולד, ובאמת מכח זה נראה דמודה הרמב"ם דוילדה קאי גם אמוחכרת ומושכרת, ומש"כ הרמב"ם נוטל בה ובולדה, ביאור ההלכה למעשה הוא, אבל באמת בה לאו חידוש הוא ומיירי אפילו בלא השביחה, א"נ למעוטי בשכרה נקט לה, דשכר מודה הרמב"ם דהו"ל ראוי, ולפי זה ע"כ דמסברא קים ליה דילדה לא גרע מדיקלא ואלים, וזה צ"ע.

ולענין הלכה, בשבח דולד, נראה דהרמב"ם יחידאה, והראב"ד והרא"ש והטור חולקין, וס"ל שאינו נוטל, וכ"נ דעת הרי"ף שלא הביא כלל הך ברייתא, וכ"נ דעת הרשב"ם דאם איתא דבדר"פ הדרינן ממאי דאוקימנא לה כרבי הוי מפרש לה, וכן בתו' סתמו דמוקמינן לה כרבי, ועוד דכיון דאינהו מפרשי דבמושכרת ומוחכרת הנידון לענין דמי השכירות וכמש"כ לעיל, א"כ ע"כ כרבי איתא אף למסקנא, דלא אשכחן מאן דסבר דדמי השכירות עדיפי ממלוה, וכיון דכרבי איתא ע"כ דאף הא דילדה רבי הוא דקאמר לה ופליגי רבנן עליה, דתרווייהו לפרושי מילתא דרבי דנוטל בשבח ששבחו נכסים לאחר מיתה, נשנו, ולענין שבח דשכירות נראה דגם הרמב"ם מודה דהוי ראוי, דלא לחנם כתב בה ובולדה, והיינו למעוטי שכירות, ולענין שבח דפיטום נראה דהטור יחידאה הוא, והרמב"ם והמ"מ [שבחה הסכים עם הרמב"ם ורק בשבח דולד הניח בצ"ע] והנמו"י חולקין וס"ל דלא הוי ראוי, ובשו"ע סי' רע"ח ס"ד העתיק לשון הרמב"ם והרמ"א הגיה דיש חולקין ולכאורה נראה דרק לענין שבח דולד קאמר, דשבח דשכירות גם הרמב"ם מודה שאינו נוטל וכ"כ בדרישה, ושבח דפיטום נראה דלא קיי"ל כהטור, וכ"נ דעת הגרע"א ז"ל שם בגליון, ויש לתמוה בלבוש שם שפירש דברי המחבר לענין דמי השכירות והשמיט דיש חולקין, והדבר תימא דבדמי השכירות לא אשכחן כלל מאן דסבר שאינו ראוי, וגם לענין שבח דולד נראה דעת החולקים עיקר וכמש"כ, ועי' סמ"ע, וצ"ע.

בהג"א בשם מהרי"ח נסתפק בפרה מושכרת או מוחכרת בלא שטר, אם הבכור נוטל פי שנים בפרה עצמה, כיון שהשוכר יכול לכפור, וכמו במלוה על פה, והדברים מרפסין איגרא, אטו כשיש גנבים בעיר יחשבו כל נכסיו של האדם בדין ראוי, ואף כשהם ביד שוכר או חוכר שאינו חשוד לגנבם, ומה ענין זה למלוה שאין שם שום דבר בעין, ואף בשטר קיי"ל דהוי ראוי, דכל חוב הוא דבר שאינו בעולם, דרק מצוה איכא להחזירו או שעבוד נכסים, וכמש"כ לעיל סק"ב, שו"ר בקצה"ח סי' רע"ח ס"ק י"ד שכבר כתב דאין כן דעת הפוסקים.

ד) קכ"ד א' כי פליגי בחפורה והווי שובלי כו', נראה דלרבנותא דרבנן נקט לה, אבל לרבי אפילו לא הוי שלפופי עדיין, נמי נוטל בתמרים, כיון דממילא הוא, דהא לא ממעט אלא בנו בתים, והדבר מוכח לפי' רשב"ם ותו' לעיל דמוחכרת ומושכרת לענין שכר איירי, ומדמפלגין בין מעלין לה מזונות לאינן מעלין ע"כ דלענין שכר שלאחר מיתה קאמר, וכן לישנא דברייטא ובשבח ששבחו נכסים לאחר מיתה, ומבואר דלרבי נוטל פי שנים בשכר פעולת הבהמה, וזה ודאי דמי לדיקלא וטעין פירי. - ירושה הבאה לאחר מיכן נראה דמודה רבי דהוי ראוי, אע"ג דהוא ממילא, כיון שהוא מחודש לגמרי.

ופירות קטנים שראויים כבר לאכילה שגדלו והשביחו, נראה דהוא בדין דיקלא ואלים, וכמש"כ לעיל סק"ג לענין שבח פיטום, ומש"כ בטור סי' רע"ח תמרים קטנים היינו כשעדיין אינם ראויים לאכילה, וכן הדבר בהוה שהתמרים בקטנותם אינם ראויים וגם לאחר שכבר הם גדולים כל צרכן עדיין צריכים לקרקע להבשילם. (ה) קכ"ד א' יצא עליהן שטר חוב בכור נותן פי שנים, יש לעי' מאי קמ"ל פשיטא, הרי הבע"ח מן הנכסים גובה, וכשפחתו הנכסים ממילא הפסיד הבכור פי שנים, ואין כאן ענין שהוא נותן פי שנים, דשעבודא אנכסי רמי ולא על היורשים, ובאמת הרמב"ם לא הזכיר דין זה וסמך על מש"כ בפ"י מהלכות נחלות ה"א דבע"ח שנטל חלקו של אחד מן היורשים בטלה מחלוקת וחוזרין וחולקין, ואפשר שיש כאן חידוש, דהא חזינן לקמן קכ"ז א' דטומטום שנקרע ונמצא זכר אינו ממצט חלק בכורה, וכן בן שנולד לאחר מיתת אביו כדאמר קמ"ב ב', וחזינן מזה דחלק בכורה הוא מתנה בשיעור מסויים מן הנכסים, והיה מקום לומר דגם מה שבעל חוב נוטל לא ימצט חלק בכורה, שהוא כדבר שנתחדש לאחר מיתה, שהרי גביית חוב חשיב ראוי כדבר מחודש, וכדקמיבעיא לן נמי לקמן ק"מ א' בע"ח מהו שימצט כו', [וכש"כ בהדליק גדיש ומת, למש"כ הנמו"י ב"ק כ"ב דגובין מנכסיו גם מה שנשרף לאחר מיתתו, דודאי היה מקום לומר שהנשרף לאחר מיתתו לא ימצט חלק בכורה], קמ"ל שאינו כן, אלא כל מה שגובה מחמת שעבוד חזינן ליה כליתיה בשעת מיתה, וממילא נפסד הבכור פי שנים.

עוד נראה לדקדק דלהכי קתני ירשו שטר חוב בכור נוטל פי שנים יצא עליהן שטר חוב בכור נותן פי שנים, למימרא דלכך נותן לפי שנטל, ולאפוקי לרבנן שאינו נוטל בשטר חוב פי שנים, דה"ה נמי שאינו נותן פי שנים, אלא לפי ערך גודל חלקו כלפי שאר אחין, [ומיהו בשטר חוב יש לדון משום טענת הרשב"ם דהו"ל מטלטלי ולא משתעבד לבע"ח, וצריך ליתן לפי ערך חלקו בקרקע, ומדברי הרשב"ם הללו נמי מבואר שאם היו מטלטלין משתעבדין והיה מוחל חלקו של פי שנים בהם, היה פוחת כנגדן מליתן לבע"ח פי שנים, והיה נותן רק לפי ערך שלקח], וכן נמי בכל דברים שהם בדין ראוי בין לרבי ובין לרבנן כגון ירושה הבאה לו לאחר מיכן, נמי ממצטין מנתינת הבכור פי שנים, שאינו נותן אלא לפי ערך גודל חלקו משאר אחין, ולאידך גיסא נמי אם היה בין היורשים בן שנולד לאחר מיתת אביו, או טומטום שנקרע ונמצא זכר, שאינם ממצטין חלק בכורה, ונמצא שנטל הבכור יותר מפי שנים, ה"נ נותן יותר מפי שנים, דלעולם נותן לפי ערך חלקו.

וכן אם בא בע"ח לטרוף קודם שחלקו ויש נכסים מוחזקים ויש ראוי, נמי אין נפקותא אם יטרוף המוחזק או הראוי, דלעולם נשוב לדון כאילו קדמו וחלקו ואח"כ נותן כל אחד לפי חלקו, דכיון דאיכא נפקותא בגבייתו, הרי יש לנו לדון בדין בכור שמיחה, וה"נ פשוט שמיחה, וא"א לגבות מן הראוי להרע לפשוטים, ולא מן המוחזק להרע לבכור, והרי ע"כ לדון כאילו חלקו, ונותנין לפי ערך, ולפי זה באמת ראוי לב"ד להגבות מן הראוי ומן המוחזק לפי ערך זה לעומת זה חלק כחלק, וכ"כ בנו"ב קמא חו"מ סי' ל"ד שיש להגבות לפי ערך, ומיהו בשטרות תוך זמנם נסתפק שם אם נימא שאין הבע"ח חייב לקבלם בדאיכא נכסי אחריני, דאפשר דכה"ג מפסיד הבכור, ונראה דבשא"א להגבות לבע"ח בצירופים של חלקים קטנים וע"כ להגבותו או מן הראוי או מן המוחזק, דבזה מודה שאין הבכור מפסיד וכמש"כ דמקדימין להחליט חלקיהם, ונותנין כל אחד לפי ערכו לפרעון החוב, ואע"ג דקיי"ל דאחין שחלקו ובא בע"ח ונטל חלקו של אחד מהם דבטלה מחלוקת וכמ"ש בשו"ע חו"מ סי' קע"ה ס"ד, היינו לענין באיזה נכסים וחלקים יזכה כל אחד, אבל הערך של

החלקים נשאר כפי הראוי אם היו חולקים הכל מיד, וכעת ראיתי בט"ז אה"ע סי' קי"ג סק"י ציינו הגרע"א ז"ל דמשמע כמש"כ עי"ש, ואף בנידון הנו"ב נראין הדברים דכיון דהשטרות משועבדים לית לן נפקותא במה שהמלוה זכאי לבקש נכסים אחרים, ושפיר הכל נכנס בחשבון ונותנין לפי ערך, (ובאמת אף במש"כ הרשב"ם דכיון דמטלטלי דיתמי לבע"ח לא משתעבדי, נותן הבכור פי שנים אף שבשטרות אמר שאינו נוטל פי שנים, לו"ד ז"ל היה מקום לדון בזה, דבפשוטו אינו מוותר על חלקו בשטרות אלא בתנאי שלא יצטרך לתת פי שנים בשטרות, לפי פי' הי"מ הזה).

שם ואם אמר איני נותן ואיני נוטל רשאי, ברשב"ם ותו' כתבו דנפ"מ כשהאחין ליתנהו קמן או שהם קטנים, ולכאורה י"ל בפשוטו דנפ"מ כשאין ביד המלוה לקיים השטר, אבל הבכור יודע שהשטר אמת. - ברמב"ם לא נזכר דין זה דאיני נוטל ואיני נותן, וצ"ל דסמך אמ"ש בפ"ג ה"ו שאם נטל חלק כפשוטו ויתר, דממילא נשמע דכש"כ אם ויתר בהדיא דויתר, וצ"ע.

עוד כתבו בתו' בשם ר"ת דנפ"מ לענין שטר חוב של הבכור עצמו, שאם אינו נוטל מפסיד בעל חובו, ולא חשיב כזכה ומכר, ונראה דאף התו' והרשב"ם מודים בדין זה, ואף אם נימא דבכור שמכר חלקו קודם חלוקה שוב אינו יכול לחזור ולומר איני נוטל, מ"מ בשטר חוב שכתב דאיני או שלוה לאחר מיתה, לא חשיב כמכר חלקו, ועדיין יכול לומר איני נוטל, ומה שלא פירשו כן בגמ', הוא משום דפשטא דברייתא משמע דעל השטר חוב של אביהם דרישא קאי, ועו"ל דעל שטר חוב של עצמו אע"פ שאם אמר איני נוטל הפסיד הבע"ח, אבל אינו רשאי לעשות כן להיות לוה רשע ולא ישלם, עי' חו"מ סי' ט' בפ"ת וקצה"ח, וכיון דברייתא קתני רשאי, ע"כ בשטר חוב של אביהם איירי, ובסמ"ע סי' רע"ח סקכ"ח העתיק הך נפ"מ דר"ת וסיים וצ"ע, משמע דמספקא ליה לומר שיש חולקים בזה, וצ"ע מאי טעמא, הא ע"כ למפרע מצי מסלק נפשיה, ואם כן לבע"ח ידידה נמי וכדברי ר"ת. (סי"ז סק"א-ה').

ו) שו"ע חו"מ סי' רע"ח ס"ז אין הבכור נוטל פי שנים במלוה כו', הדבר פשוט דאף בערך השטר למכירה נמי אינו נוטל פי שנים, וכמבואר בתו' ב"ב קכ"ד ב' ד"ה אין, וכן רהיטת דברי הראשונים והאחרונים ז"ל, והדבר תימא שבחת"ס חו"מ סי' קמ"ט לא פסיקא ליה מילתא בדעת רשב"ם, ואי קשיא לך טעמא דמילתא כיון דבאמת השטר ניתן למכירה למה לא יחשב כמחזק, [ועי' קצה"ח סק"ו], לאו קושיא היא דאטו לר"מ דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם, האם יש מקום לחשוב ירושה הבאה לאחר מכאן כמחזקת לפי שיכול לומר מה שאירש מאבא מכור לך, הא ודאי דלא, דסו"ס זהו ראוי שמיעטה תורה, וה"נ מלוה לרבנן אף שיכול למוכרה ע"י השטר, היינו שאפשר לקנין לחול, אבל סו"ס מוכר לו דבר שלא בא לעולם, שהחוב כדבר שאינו, וכשמשלם הו"ל דבר מחודש, ובדין ראוי.

יעוי' בפ"ת סק"ה הביא תשו' הנו"ב בענין האובליגאציה, וכנראה שזה אגרות חוב ממשלתיות, ומסיק שזה בדין ראוי, ויש מקום לדון אם גם כהיום כן, דכיון דכל ערך המטבעות כהיום אינו אלא כשטר חוב על אוצר הממשלה, ואגרות חוב של הממשלה בסכום נקוב, הם באותו מצב בטיחות של המטבעות, אלא דלא חריפי כמטבעות, אבל בודאי כל אדם יחפוץ בהם יותר מאשר בכל שוה כסף, שמיד השולחני יחליפם בכסף, ויש מקום לומר דכה"ג כמחזק חשיב, וכמלוה שיש עליה משכון, והרי גם במלוה נחלקו בגמ' ושלחו מתם דאף לרבנן כגבוי דמי, ולמעוטי בפלוגתא עדיף, אלא דמ"מ קשה לחלק בין מלוה למלוה, ועצם הדבר ששם מלוה עליהם מחזירם לדין מלוה דעלמא, וכן הדברים מטיין, וצ"ע. (סי"ז סק"י).

ז) יבמות מ' א' הכונס את יבמתו זכה בנכסים של אחיו, יש להסתפק אם זוכה בהן למפרע משעת מיתת האב, או שאינו זוכה אלא משעת ייבום, ואף דקיי"ל יש לבכור קודם חלוקה כדאמר ב"ב קכ"ו ב', והכא בכור קרייה רחמנא, יש לחלק דשאני בכור דאינו מחוסר מעשה, משא"כ כאן דמי יימר דמייבם, ונפ"מ בלוה אחר מיתת אחיו קודם שייבם ולא כתב דאיכני, אם יכול המלוה לגבות מנכסים הללו, ועי' בבכורות נ"ב א' דשבח לית ליה עד חלוקה, ומשמע דגוף הנכסים קנה משעת מיתתו, וכן מה שלא היה בשעת מיתת חשיב ראוי אף שהיה בשעת ייבום, ועי' בר"ן כתובות פ"א ב' גבי אנא פליגנא לך דהקשה איך יכול להקנות והא אין לו עדיין כלום, ומשמע דזוכה רק משעת ייבום ולהלן, וצ"ע.

שם אי מה בכור נוטל פי שנים לאחר מיתת האב אף האי נוטל פי שנים לאחר מיתת האב מידי יקום על שם אביו כתיב כו', הראשונים ז"ל לעיל כ"ד ב' חלקו על פרש"י שם שהיבם נוטל חלק המת בנכסי אביו גם כשמת הבן ואח"כ האב, וס"ל דזה הוי ראוי, ואין היבם נוטל בראוי, ורק אם מת האב ואח"כ מת הבן בזה נוטל היבם חלק המת בנכסי האב, שהרי זכה בחלקו קודם שמת, ואפי' מת האב קודם ייבום נמי אין היבם זוכה בחלק המת, כיון שקדמה מיתת המת למיתת האב, ושם נסתייעו מסוגיין דפשיטא לגמ' דאין היבם נוטל פי שנים במת האב אחר מיתת הבן, אבל ק"ק דהראשונים ז"ל פשוט להו שם דין זה מדין ראוי, ואילו בסוגיין דרשינן לה משום דמידי יקום על שם אביו כתיב, ושמא י"ל דלר"י דאם יש אב גם נכסי המת לאב, ראוי טפי לומר מידי יקום על שם אביו כתיב, וזה פשוט טפי מדרשא דבכור קריי' רחמנא לענין ראוי, משא"כ לרבנן טעמא דראוי פשוט טפי, ועי' באה"ע ר"ס קס"ג ובב"מ שם, וביש"ש סכ"ג כתב לפרש דהנידון בגמ' הוא אם היבם יקח מן האב הנכסים של המת שזכה בהן האב, וע"ז אמרינן מידי יקום על שם אביו כתיב, שכבר נהיו הנכסים של האב, ועי"ש, וכ"ה באו"ז. (יבמות מ' א').

קכ"ה ב' אר"פ הלכתא כו', א"ה, בדברי הראשונים כאן אם בעל חוב גובה מראוי, נתבאר לעיל קט"ו א' סק"א.

קכ"ו א' ומלוה שעמו פלגי, ברשב"ם וכן ברמב"ם פ"ג מנחלות כתבו שהדבר ספק אם חשיב ראוי ולכך חולקין, וכ"מ בתו' כאן דבספק זה תיקנו חכמים שיחלוקו, ויש להסתפק בטעם הספק, אם הוא בעצם הדבר אם חוב של הבכור עצמו יש לחשוב אותו טפי כמוחזק, [ואפילו כשאין בירושה נכסים אחרים אלא חוב זה, נמי חולקין, שאין הטעם שהחוב נחשב כגבוי משום שיכולין לעכב מחלקו של הבכור בירושה כנגד חובו, דהא חוב של פשוט ודאי נחשב ראוי], כיון שהנידון בינו למלוה והרי תחלת הנדון במתנת הבכור גם על ההלואה, וקרינן ביה שפיר בכל אשר ימצא לו, שאינו כלל כדבר שנתחדש, או דהא פשיטא שאם היה הנידון רק בין הבכור לאביו המלוה דודאי לא הוי חשיב ראוי ובכל אשר ימצא לו קרינא ביה, אלא הספק אם אזלינן בתר ידידיה או בתר שאר אחין נמי, ולענין שאר אחין לא קרינן ביה בכל אשר ימצא לו וכמלוה דעלמא, ונפ"מ בבעל שאינו נוטל בראוי והוא היורש לבדו הכל, וי"ל דכה"ג לית לן למיזל אלא בתר ידידיה, ואם לגבי ידידיה לאו ראוי הוא הרי זוכה בכל, אבל אם עצם הדבר בספק, א"כ גם בבעל מלוה שעמו יחלוקו, א"נ בדליכא אלא בכור וטומטום שנקרע ונמצא זכר שאינו ממעט חלק בכורה, דכיון דלגבי חלק בכורה אית לן למידן כאילו ליתיה לטומטום, [עי' מש"כ לקמן קכ"ז א'], א"כ אין הנידון אלא בין הבכור לאביו, ואם לגבי נפשיה לאו ראוי הוא, יטול חלק בכורה משלם מן החוב, אבל אם לגבי נפשיה נמי מספקא לן, א"כ גם בזה חולקין, ומיהו

אין הכרע לנפקותות אלו, דאף אם נימא דלגבי הבכור עצמו באמת לא חשיב ראוי במוחלט, מ"מ י"ל דאף כשהנידון לגבי בעל או לגבי בכור שאין עמו אלא מי שאינו ממעט בחלק בכורה, דנמי חשוב ראוי, דהנידון גם לגבי יורשי האשה והטומטום, ובב"י אה"ע סי' צ' הביא תשו' רשב"א דגם בבעל מלוה שעמו חולקין, ובאמת שם יש מקום לדון גם מטעם אחר, שיש לחשוב את הבעל כמוחזק, וכיון שהדבר ספק לא נוכל להוציא ממנו, ול"ד לשאר ירושות דאף שאר אחין ודאי יורשין מיהא חלק מן החוב, וכיון שחלוקה זו תקנת חכמים היא וכמש"כ תו', דהא בעלמא קיי"ל המוציא מחבירו עליו הראיה, אין לך בו אלא חידושו, וכיון דבעל שאני שהוא טפי מוחזק שבמה שהוא יורש אין לאחרים חלק עמו (ודמי קצת כעין ספק ויבם), אין לנו לחדש בלא ראייה דגם בזה חולקין, וכן רהיטת הדברים בתשו' הריטב"א שבב"י חו"מ סי' ס"ה מחו' ז' דמחזירין השטר כולו לבעל, ועי' בח"מ אה"ע שם סק"ח, וצ"ע.

בכור שמת בחיי אביו ואח"כ מת אביו והיה לו מלוה ביד בני הבכור, נראה דחשיב ראוי, כיון דמתנת הבכור לאבוהון והחוב הוא שלהן, ואם היה אביהן הבכור חייב לאביו, ואפילו הניח קרקע, יש מקום לדון, די"ל דדוקא בשהלוה קיים ואיכא שעבוד הגוף חשבינן ליה קצת כגבוי ולא חשוב כדבר שנתחדש, משא"כ כשמת הלוה ודיינינן לגבות מנכסיו. - עוד יש להסתפק ביבם שהיה חייב לאחיו המת, אם חשיב ראוי, דיש מקום לומר כיון דבשעת מיתת המלוה היה החוב ראוי, שוב אינו חוזר להיות כגבוי ע"י הייבום, או"ד בנידון שבין המלוה ללוה לעולם אין החוב כדבר מחודש, אלא שעד שעת ייבום לא היה הנידון ביניהם, וכשייבם וחזר הנידון ביניהם שפיר הוי החוב דבר המצוי ולא חשיב ראוי, [וכשהנידון לגבי יבם יש מקום לחשוב כמוחזק ויזכה בכל החוב וכמו שצדדנו לעיל לענין בעל, ועי' קצה"ח סי' ק"ז סק"ב, וצ"ע]. (סי"ז סק"ח).

שם אמר ר"ה אר"א בכור שמיחה מיחה כו' בענבים ובצרום כו' מעיקרא עינבי כו' ליתן לו דמי היזק ענביו כו', לפי' רשב"ם קשה טובא חדא דמאי פריך מעיקרא עינבי והשתא חמרא, ומה בכך מ"מ שפיר לא ניחא ליה לבכור להפסיד השבח, וגם על זה מיחה, ומה שפירש דקנינהו בשינוי הדבר תימא דאטו בגזלנים עסקינן, הרי בפשוטו האחים מתעסקים בתפוסת הבית ומסורים לקביעת ההלכה את זכויותיהם, ועוד דאמרינן ליתן לו דמי היזק ענביו ופירש רשב"ם דאיירי שהיין נתקלקל, וזה תימא לפרש כן בלשון אפילו דרכום, וכש"כ לדעת הטור דאף בנפסדו אחר בצירה אינו מפסיד, דא"כ טפי הו"ל למינקט אפילו נפסדו, ועוד דלמה לא יפסיד גם הבכור בקלקול היין, הרי אם יסכימו ליתן לו פי שנים בשבח היין שפיר ניחא ליה בדריכתם, וביותר קשה לדעת הטור דגם בנפסדו אחר בצירה אינו נוטל בהפסד, אף שאם לא היו נפסדים היה נוטל בשבח פי שנים, ועוד דבמימרא דשמואל ליכא אלא בכור ופשוט ושניהם דרכו את היין, הרי בהכרח שהבכור הסכים לדריכתו, וגם מש"פ דרבה ור"י ל"פ לא משמע כן בלשונם דרבה קאמר בהדיא אבל דרכום לא ור"י אמר אפילו דרכום.

ולו"ד ז"ל נראה דבאמת דיניה דרב אסי חידוש הוא, דנהי דהבכור מיחה שחפץ בחלוקה קודם שישביחו, מ"מ כשלא עשו רצונו וקדמו והשביחו זכו כולן בשבח כפי ההלכה, ואין לבכור עליהם אלא תרעומת, ולענין מעשר בהמה ודאי אף לאחר מחאתו דינן עדיין בתפוסת הבית, דחייבין במעשר בהמה כדאמר בכורות נ"ו ב', דבמחאה גרידא לא חשיב עדיין כחלקו, ונראה דדיניה דרב אסי הוא חידוש של תקנת חכמים שמשעה שמיחה כבר לא יזכו אחיו בשבח, ופירש רבה דמסתבר

טעמיה כשהדבר בעין כמו קודם מחאתו, דבזה אמרינן דכשם שהיו צריכים לעשות בשעת מחאתו לתת לו את חלקו, כך יעשו גם עכשיו, וממילא ירויח הבכור את השבח, והיינו ענבים ובצרום זיתים ומסקום, דכשם שבשעה שמחה אם היו חולקים היה מקבל כמות זו של הזיתים והענבים, כך יקבלם גם עכשיו, ונמצא שהרויח בבצירתם, [ומיהו יצטרך לתת לאחיו מיהא כדין יורד שלא ברשות], אבל ענבים ודרכום כיון שפנים חדשות באו לכאן, וכבר א"א עכשיו לעשות החלוקה שבשעת מחאתו, בזה הדרינן לעיקר ההלכה שעדיין הם בתפוסת הבית והשבח מתחלק לכולן בשוה ואין לבכור עליהן אלא תרעומת, [ועי' בשטמ"ק בשם הרב אבן מיגאש דמבואר שם דאף בדרכו ברשותו מחלקינן בין שבח בצירה לשבח דריכה, ועל כרחך דלאו משום גזילה אתינן עלה אלא כעין מה שכתבנו], ורב יוסף אמר דאפילו ענבים ודרכום, ומסקינן דהיינו ליתן לו דמי היזק ענביו, ור"ל שהשבח של הבצירה הוא מרויח, דכיון דקודם שדרכום היה דינו לזכות בשבח הבצירה ע"י מחאתו, אינו מפסיד שבח זה גם עכשיו שדרכום, ונהי שבשבח הדריכה אינו נוטל פי שנים אבל בשבח הבצירה נוטל, והיינו שנוטל דמי היזק ענביו, כלומר שמה שהיה מרויח ע"י הענבים ועכשיו חשבו להזיקו ע"י דריכתם, אינו מפסיד ונוטל דמי היזק ענביו, [וכגון שהענבים קודם בצירתם שוים צ' ולאחר בצירתם ק"כ ולאחר דריכתם ק"ג, והם שני אחים ואם לא היה מוחה היה הבכור נוטל ס' מחמת העיקר ועוד ל' בשבח, והפשוט היה נוטל ל' מן העיקר ול' מן השבח, ועכשיו שמיחה הרי הבכור נוטל ס' מן העיקר ועוד כ' מן השבח שבבצירה ועוד ט"ו מן השבח של הדריכה, שבשבח הבצירה נוטל פי שנים, ולפשוט נשאר נ"ה], ולפי זה א"ש טובא לישנא דשמואל דקתני ענבים ובצרום זיתים ומסקום בכור נוטל פי שנים אפילו דרכום, ובפשוטו הו"ל להקדים אפילו דרכום, אבל למש"כ מבואר דה"ק שנוטל פי שנים בשבח בצירה ומסיקה אפילו דרכום אח"כ, [ומיהו גם לפירוש רשב"ם א"א לכלול דריכה בהדי בצירה, כיון דהכא בהפסד היין איירי, ועוד דברשב"ם נמי משמע דאפילו דרכום נותנים לבכור דמי ענבים בצורים, אם נפסד היין, ולפי זה אפשר גם לפירוש רשב"ם לפרש כמש"כ דהיינו בכלל מימרא דשמואל וכ"כ הר"ן, אבל בטור סי' רע"ח כתב דמשלמים דמי ענבים כמו שהיו קודם הבציר], ורבה נראה דבאמת פליג וס"ל דבדרכום הדרינן לעיקר הדין ואין לבכור בשבח פי שנים, אף לא בשבח הבצירה, דכל שא"א לחלוק כפי החלוקה שבשעת מחאתו, לא תיקנו חכמים כלום. מש"פ רשב"ם דלכך מהני מחאתו לפי שיש לבכור קודם חלוקה, צ"ע לכאורה דהא פלוגתא דיש לבכור קודם חלוקה או אין, היא אליבא דרב אסי, ואם איתא דמהא דאמר רב אסי דמחאתו מחאה מוכח דיש לבכור קודם חלוקה, א"כ תיקשי מהכא למ"ד דאין לו, ואף אם נימא דתרי רב אסי נינהו כדמשמע מהא דרב הונא קאמר בשמיה מ"מ לא מסתבר כלל דר"פ אליבא דרבא יחלוק על רב הונא ורב אסי ורב יהודה ושמואל, וצ"ע.

יש להסתפק יורשים המבקשים לצאת מדין תפוסת הבית לדין שותפים, אם צריכים קנין או דסגי בהסכמה בעלמא, ובאופן שמבקשים להשאר שותפין בכל חפץ וחפץ, או בשאין שם אלא בהמה טמאה אחת, דע"כ נשארים שותפין בה שאין בה דין חלוקה, ואף את"ל דסגי בהסכמה בעלמא, מ"מ בכור שמיחה אינו בכלל זה, דהתם לא הסכימו על שותפות, אלא שמבקש לחלוק וכל שלא חלקו עדיין הם בדין תפוסת הבית.

בריי"ף ליתא להא דבכור שמיחה, וצ"ע למה, ואפשר דמפרש לה אליבא דרבי דוקא, דכיון דלרבי אף שבחא דממילא דאשתני נוטל פי שנים, ורק מה שהשביחו יתומים

בידים לית ליה בזה מהני מחאתו שלא ישביתו בידיהם את שלו ולא יפסיד, אבל לרבנן דשלפופי והווי תמרי נמי לית ליה, לא מהני מחאתו, כיון דאפילו נעשה שינוי זה ממילא לא הוי ליה פי שנים בו, ואין פעולתם אלא כעין גרמא, וכיון דסו"ס אשתני, הרי אין לו זכות בשבח זה, ובענבים ודרכום ס"ל לגמרא מסברא דאף לרבי דין הוא שלא תועיל מחאתו כיון דפנים חדשות באו לכאן, אינו בדין שיזכה הבכור בשבח זה פי שנים אף שעשו שלא כהוגן, ואפשר עוד דבשינוי כזה אף אם אירע שנעשה ממילא כגון שהטיפו הענבים יינם, נמי מודה רבי דלית ליה פי שנים, דכיון דאשתני כולי האי הו"ל ראוי, ולא דמי לשלפופי והוי תמרי [או אפילו דקלים שהוציאו פירות אם גם בזה ס"ל לרבי דנוטל וכמש"כ לעיל קכ"ד א' סק"ד] דעבידי דאתו, וכיון דאף בשינוי דממילא לית ליה, לא מהני מחאתו וכמו לרבנן, ואע"ג דלעיל קכ"ד ב' קאמר שמואל אליבא דרבנן דאין נוטל פי שנים במלוה, ומשמע דכוותיהו ס"ל, מ"מ הכא אליבא דרבי קאמר, וצ"ע. (סי"ז סק"ו).

שם אר"א בכור שנטל חלק כפשוטו ויתר כו', ברשב"ם פירש דאי אין לבכור קודם חלוקה, גם לוותר אינו יכול קודם חלוקה, וקשה דהא סתמא ילפינן לעיל קכ"ד א' מקרא דיכול לומר איני נותן ואיני נוטל, ומשמע דמשעת מיתה יכול לוותר, ועוד דאף כשמוותר בשעת חלוקה נמי מוותר קודם שזוכה בה, ומ"ל רגע קודם ומ"ל יום קודם, ועוד דלשון הגמ' ומה דאתי לידיה אחיל אידך לא אחיל [וכ"ה ברי"ף ורא"ש], ומדאחיל בהא אחיל בהא, הואיל ויתרתה במקצת ויתרתה בכל הנכסים כולן, כולן מוכיחין דהנידון אם נתכוין למחול ולא דלעולם מתכוין למחול הכל אלא שאם אין לו קודם חלוקה לא מהני מחילתו, ועוד דאף אם אין לבכור קודם חלוקה, היינו שעדיין אינו שליט עליו למוכרו, אבל ודאי בחזקתו קאי, (עי' להלן), דהא דיקלא ואלים נוטל פי שנים בשבח, ולרבי אף בשלפופי והוי תמרי, וכיון שכן שפיר יכול להסתלק.

ולו"ד ז"ל היה נראה לפרש דאף אם אין לבכור קודם חלוקה מ"מ אם ויתר ויתר, דלעולם יכול לומר איני נוטל, אלא דאם יש לבכור קודם חלוקה הרי כל הנכסים כענין אחד, וכשמוותר ראוי לפרש ויתורו על הכל, אבל אם אין לבכור קודם חלוקה אין לנו לעשות הכל כענין אחד, ובמה שחולקין וויתר ויתר, אבל בשאר נכסים לא ויתר, וכ"נ שפירש בריטב"א הנדמ"ח, וכ"נ כונת הרשב"א, שו"ר שגם בקצה"ח סי' רע"ח ס"ק י"ב כתב כעין זה, ואע"ג שנידון יש לבכור קודם חלוקה או אין, הוא רק לענין מכירה, ואין סתם בנ"א מרגישים בחילוק זה עד כדי שנתלה כונתו בויתורו בזה, מ"מ שורש ההלכה נקבע כפי הראוי לפרש כונת החכמים במעשיהם, וכל יחיד נגרר אחר החכמים, [וכעין מש"כ תו' ערכין ה' א' דהא דאמרין אדם יודע כו' הוא אף במי שאינו יודע, שהוא מסור להכרעת החכמים בכונת לשונן], ולכך שפיר תלינן כונתו בנידון אם יש לבכור קודם חלוקה.

נראה דאף למ"ד אין לבכור קודם חלוקה, היינו שאינו שליט עליו למכרו, אבל מ"מ בחזקתו קאי, וכדחזינן שנוטל פי שנים בדיקלא ואלים וכמש"כ לעיל, ואינו דאחין כלל, שאין הבכור יורש חלק בכורתו מן האחין אלא מן האב, ונראה דגם הוי שלו לענין דחשיב עשיר לגבי ערכין וקרבת עולה ויורד, (ועי' בערכין י"ח א' דלא משכחת לה אלא באביו גוסס, אבל כל שמת זכה מיד, ומיהו התם לאו בחלק בכורה איירינן), וכן אם מת הבכור וייבם אחיו את אשתו, זוכה גם בחלק בכורה, ולא חשיב ראוי, ואע"ג דאשכחן לפעמים שהנכסים תלויים ועומדים עבורו ועדיין לא זכה בהם, כמו בגר שמת והניח אשתו מעוברת למ"ד אין זכייה לעובר לקמן קמ"ב א', מ"מ הכא אינו כן אלא חשיב של הבכור, תדע דאל"כ אטו אם יש עבדים לא יאכלו בתרומה

מפני חלקו של בכור שעדיין לא זכה בו. קכ"ו ב' ומר סבר בכולהו, יתכן לפרש לפי' תו' דחלק פשוט ודאי יכול למכור, דמ"מ כשמכר הכל יחד, ונתבטלה מכירת חלק בכורה, נתבטלה כל המכירה, דהר"ז ככור בל' דיכול לחזור בו עד סאה אחרונה, ולפי זה בכולהו ממש קאמר, דהם לא ידעו שאינו יכול למכור חלק בכורה, וקנו הכל כמקח אחד, אבל למ"ד בפלגא, לא נתבטלה מכירת הבכור, דמתחלה ידעו שהוא מוכר את שלו לחוד ואת שלהם לחוד כאפוטרופס שלהם, ופתיכי בדעתייהו שאם לא תתקיים מכירתו כאפוטרופס דמ"מ לא תבטל מכירתו את שלו, דכשתי מכירות חשיבי, [ועי' חזו"א דמאי סי' ט"ו ס"ק י"א וצ"ע בכונתו ז"ל].

תוד"ה לא ואין נראה דחלק פשיטותו כו', עי' מש"כ לעיל קכ"ד א' סק"א ד"ה מהא. בא"ד וכי על חלק אחין הוצרכו לישאל, לכאורה הרי מפורש שמכר גם חלקם ועל זה הביאוהו לרבא, ואפשר שהיה סובר לעשות לטובתם וכעין אפוטרופס, או שמדין גוד או אגוד חשב שיכול למכור הכל ולתת להם הדמים, ועל זה הביאוהו לדין דהא ודאי לא הביאוהו לדין על שמכר את שלו קודם חלוקה, אלא שאפשר שהביאוהו לדין אם מותר להם לאכול הפירות קודם חלוקה, ועי' מהרש"א. (סי"ז סק"ז).

יש להסתפק אם גם כשהבכור איננו ובניו יורשים חלק בכורתו אמרינן דויתרו, והספק משום דבפשוטו טעמא דאמרינן דויתר הוא לפי שמאהבת האחים נוח לו להיות שוה אתם להנחת דעתם, ובבני אחים י"ל דלא שייך האי טעמא, ועוד דכיון דרבים נינהו ואין ויתורו של אחד משהו את כולם, א"כ למה יוותר הוא על חלקו, וממילא אף אם כולם ויתרו באותו מקצת כיון שויתורם בזה אחר זה תו לא אמרינן שויתרו בכל, ועוד י"ל דהיינו טעמא דויתר בכל משום דאמרינן שמחל על זכות הבכורה וזה לא שייך אלא בבכור עצמו, אבל בניו אינם יכולים לוותר אלא על זכות הממון, ולהאמור יש לדון ג"כ בחלקו נכס אחד ולקח בו הבכור פי שנים, ואח"כ חלקו נכס שני וויתר בו, אם גם בזה אמרינן דויתר בכולו.

בדין לא יוכל לבכר ובדין יכיר

א) מתני' איש פלוני בני לא יירש עם אחיו לא אמר כלום שהתנה על מה שכתוב בתורה כו', פירש רשב"ם וכן שאר ראשונים דד"ז הוא אף לריב"ב, גם אם סיפא דריבה לאחד ומיעט לאחד משום ירושה לא אמר כלום, דלא כריב"ב, [עי' בהגר"א חו"מ סי' רפ"א סק"ד], ולכאורה יש לשאול היכן מצאנו מתנה על מה שכתוב בתורה מחמת הלשון ולא מחמת הענין, דהא כתבו הר"ן והנמו"י דאם אמר איש פלוני בני לא יירש עם אחיו אלא יירשו אחיו הכל דשפיר דמי לריב"ב, וא"כ כי לא סיים אלא יירשו אחיו הכל נמי הרי הכי מתפרש שהוא לא יירש עם אחיו אלא שאחיו יירשו לבדם, ואפשר דאיכא נפקותא אם מתו אחיו עד שלא מת האב, דכשאמר אלא יירשו אחיו הכל, הרי תלה מה שאמר לא יירש פלוני במה שסיים אלא יירשו אחיו, וכשמטו נתבטל מה שאמר פלוני בני לא יירש עם אחיו, משא"כ כשלא סיים אלא יירשו אחיו, הרי מתפרש שפלוני בני לא יירש בכל ענין, דאף שאמר עם אחיו היינו משום דהם קיימים לכך הזכירם, אבל עיקר רצונו לסלק את בנו מירשתו, ולכך הוי מתנה על מה שכתוב בתורה.

ברם עיקרו של דבר נראה דכשאומר איש פלוני בני לא יירש עם אחיו, אין במשמע לשון זה כלל שנותן חלקו לאחיו, ואם יוולדו לו בנים נוספים שפיר יחלקו כולם בשוה, והלכך אין באמירתו שום התייחסות לבנים הנמצאים, והוא רק מסלק את זה שמסלק, וזה מתנה על מה שכתוב בתורה, וכ"ה בבהגר"א הנ"ל, אבל כשמסיים אלא

יירשו אחיו הכל, הרי יש כאן אמירה נוספת שנותן לבנים האחרים ובזה דבריו קיימים לריב"ב, ואפילו אם יפרש שגם אם ימותו אלו אינו חפץ שיירש זה שמסלקו, מ"מ אמירתו שאלו יירשו שפיר נשאר קיימת, אף שאמירתו לסלק היא מתנה על מה שכתוב בתורה.

כתב הטוח"מ סי' רפ"א בשם הרמ"ה דאם אמר ראובן בני יירש חלקו וחלק שמעון דלא אמר כלום דלאו כל כמיניה לאורותי חלקיה לאחריני וכמאן דאמר לא יירש שמעון דמי, ולכאורה כשהם רק שני אחים הר"ז כאמר יירש ראובן הכל, ומה בכך שהזכיר שזה חלקו של שמעון, ומיהו כשהם שלשה אחים ואמר יירש ראובן חלקו וחלקו של שמעון, כיון שאינו יכול לסלק את שמעון מירשתו הרי ראוי לפרש כאילו הוסיף לראובן שליש מן הנכסים, ובשאר הנכסים יחלקו שלשתן או שמעון ולוי לחוד, [ועכ"פ יקבל שמעון מחלקו של לוי], ומזה ניתן להבין דגם כשהם שנים אפשר לחשוב מה שנותן לראובן חלקו של שמעון כמפקיע את שמעון מירשתו, שהרי בנתינת חלקו של שמעון לראובן עדיין לא נפקע שמעון מלהיות יורש, ומ"מ ממש"כ הרמ"ה דלא אמר כלום והיינו דחולקים כולם בשוה בכל הירושה, מוכח דהטעם דנתינת חלקו של שמעון מתפרש כנוטל משמעון ונותן לראובן, וכיון דלאו כל כמיניה ליטול משמעון הלכך לא אמר כלום, וכמו שכתב דלאו כל כמיניה לאורותי חלקיה לאחריני, ומ"מ לו"ד הרמ"ה ז"ל היה מקום לומר דהר"ז כאמר יירש ראובן הכל, כשהם רק שני אחים, ושמא אין דברי הרמ"ה אלא בשלשה אחים ויותר, [דבשני אחים אין רגילות לומר שיירש חלקו של שמעון אלא יירש הכל], וצ"ע.

כתב עוד הטור בשם הרמ"ה דבאמר לא יירש ראובן אלא שמעון נמי לא אמר כלום כיון שתלה ירושת שמעון בלא יירש דראובן, והנה הר"ן והנמו"י כתבו דאם אמר לא יירש ראובן אלא שאר בני יירשו כל הנכסים דדבריו קיימין, ויש לעי' אם מודה הרמ"ה בזה, דאפשר שאין דברי הרמ"ה אלא כשלא הזכיר ששמעון יירש כל הנכסים, דבזה מתפרש לא יירש ראובן אלא שמעון ששמעון יירש מדין יורש דעלמא לאחר שסילק את ראובן, ומאחר דא"א לסלק יורש, ממילא לא אמר כלום, אבל אם סיים אלא שמעון יירש הכל, י"ל שיש כאן אמירה נוספת ששמעון יירש הכל ולריב"ב דבריו קיימין, אבל בשו"ע שם בבהגר"א ס"ק י"ד כתב על דברי הרמ"ה שהעתיק דברי המ"מ פ"ו מנחלות ה"ב בשם הרשב"א שאם אמר לא יירש שמעון וראובן יירש הכל דדבריו קיימין, דהיינו משום שלא אמר אלא ולא תלה בלא יירש, ומשמע דאם אמר לא יירש שמעון אלא ראובן יירש הכל, דלא אמר כלום, ולפי זה הרמ"ה חולק על הר"ן והנמו"י, וצ"ע למה לא נפרש שאין דברי הרמ"ה אלא כשלא סיים שראובן יירש הכל, וברשב"א שהמ"מ העתיק דבריו כתב שאמר אלא יירשו אחיו הכל דבריו קיימין, ומבואר דאפילו אמר אלא, ועי' בתשובת מהרי"ט ח"ב חו"מ סי' צ"ו ומשאת משה חו"מ סי' א' ציין לדבריהם הגרע"א ז"ל בחו"מ שם.

(ב) שם במשנה האומר איש פלוני בני בכור לא יטול פי שנים כו', הא דלא קתני סתם האומר בני בכורי לא יטול פי שנים, נראה דהוא לרבותא דאף כשאין ידוע מי הבכור, והוא עכשיו מחזיקו בבכור, אפ"ה לא אמר כלום להפקיע בכורתו, אף שיש לו מגו שהיה יכול להעלים שהוא בכור.

ונראה דלכך הוצרך רב יוסף בגמ' להשמיענו דהאומר איש פלוני בני [אף דבגמ' לא קתני בני, אבל ה"ה באמר בני כמבואר ברמב"ם ושו"ע] בכור, לא יטול פי שנים, דמלשון המשנה היה מקום לדייק דבאמירתו איש פלוני בני בכור כבר החזיקו בבכור, דהא מתני' נקטה לישנא דמחזיקו בבכור, קמ"ל דלא סגי בהכי דאימא בוכרא דאמא הוא, ובמתני' ע"י אמירתו שלא יטול פי שנים הוא מתחזק בבכור, דהא

להפקיע זכותו קמכוין, אבל באמירת בכור סתם לא סגי, וזהו עיקר חידושיה דר"י, והיינו דקבעו בגמ' למילתיה אמתניתין.

שם המחלק נכסיו כו' ואם אמר משום ירושה לא אמר כלום, סתם מחלק נכסיו מתפרש שדה פלונית לפלוני וכיו"ב שנכסיו הוא מחלק, וכן בגמ' אמרו ה"ד מתנה בתחלה כו' תנתן שדה זו כו', אלמא דבמחלק שדותיו מתפרש, ונראה לדקדק מכאן דלריב"ב כשם שיכול להגדיל חלק הירושה של הראוי ליורשו, כך גם יכול להנחילו חלק מסויים, דהא כתב הרשב"ם דמתני' דלא כריב"ב מדקתני ואם אמר משום ירושה לא אמר כלום, אלמא דלריב"ב אף באמר משום ירושה שפיר דמי אף שחילק נכסיו, וכן הרי"ף פירשה משום שהשוה להן את הבכור, הא לא"ה דבריו קיימין כיון דקיי"ל כריב"ב.

שם ואם אמר משום ירושה כו' כתב בין בתחלה כו', נקט תחלה ואם אמר דבמחלק על פיו איירי באמירה בעלמא, ומהא דהדר נקט כתב היה אפשר לדקדק דדוקא בשטר מהני לשון מתנה בצירוף לשון ירושה לומר דלמתנה נתכוין, דכל הלשונות משמשין יחד בתורת שטר, והרי לשון מתנה מעורב בהן, אבל בעל פה אין כל הלשונות משמשין יחד, ויש לשפוט לשונו אם בכח של תפוס לשון ראשון או אחרון או כדמשמע כללות הלשון, אבל ל"מ כן בגמ' דהא אמרינן שם ור"ל אמר לא קנה עד שיאמר פלוני ופלוני כו', ומחלקינן בין תוך כדי דיבור לאחר כדי דיבור הרי דבאמר בע"פ איירי, וכן ברמב"ם פ"ו מנחלות ה"ו ובשו"ע סי' רפ"א ס"ז התחיל כלשון המשנה כתב בין בתחלה כו' וסיים או שאמר יירשנה כו' ואמר יירש כו', והוא שלא ישהה בין אמירה לאמירה כו', ומבואר דבין בלשון השטר ובין בלשון בע"פ איתא לדינא דמתני', ולפי זה יש לפרש דלרבנותא נקט כתב, דלא מיבעיא בע"פ דבלשון מתנה לחוד שהזכיר סגי, אלא אף בשטר דצריך לכח השטר להקנות ובשטר מעורב נמי לשון ירושה, אפ"ה שפיר דמי.

ג) בגמ' לקמן קל"א א' בעי רבא בבריא היאך כי קאמר ריב"ב בשכיב מרע דבר אורוטי הוא כו', יש להבין היכן מצינו בדאורייתא ענין בשכיב מרע, ונראה דקרא דביום הנחילו את בניו קשה דהא ירושה ממילא הוי ומאי הנחילו דכתיב, ובנותן מחיים הרי ליכא לא יבכר, וע"כ לפרש ביום הנחילו ביום שהוא מסתלק מן הנכסים, [ואשכחן ענין סילוק מנכסים לעיל נ"ד ב' גבי עכו"ם מכי מטי זוזי לידיה אסתלק ליה והוי הפקר], וא"כ איירי קרא בשכיב מרע שמוסר הנכסים ליורשיו כשמסתלק מהם, ומיבעיא ליה לרבא אם קרא אורחא דמילתא נקט, או דדוקא קאמר דבשעה שהוא מסתלק מנכסיו הוא דנתנה לו תורה רשות להוריש.

ונראה דאם עמד אין הנחלתו מתבטלת, דלעולם שכיב מרע בספק הוא, ובזה אמרה תורה שיכול להנחיל, וזה גם אם נימא דאם בא לחזור חוזר אף בלשון לא יירש, [עי' קצה"ח סי' רפ"א סק"ג, שכתב דהוי מתנה על מה שכתוב בתורה, אבל בסברא אין נראה כן, גם בלשון ה"ר יונה בסוגיין שכתב שיכול לחזור בו משמע כפשוטו בלשון לא יירש, וכבר השיגו בנה"מ], אבל לקמן קל"ג א' כתבנו לדקדק מהא דפרכינן למאי הלכתא, דאין חילוק בין הנחלה דריב"ב למתנת שכיב מרע דעלמא.

ד) בגמ' לקמן ק"ל א' א"ל אביי הא מלא יוכל לבכר נפקא ההוא מיבעי ליה לכדתניא כו', לכאורה אי הוי ילפינן דבפשוט יוכל לשנות מלא יבכר, הוי אמרינן דיכול לשנות גם באמירת לא יירש, דגם באמירת לא יטול הבכור איכא משום לא יבכר, ושמא לשון לא יבכר משמע דוקא כשנותן חלק הבכורה לפשוט, א"נ הו"מ לשנויי הכי, ובזה נמי ניחא קושית תו' דלריב"ב לא לכתוב ביום הנחילו, ומה שתירצו דהו"א דחלק בכור יכול לשנות כיון דאינו נוטל בראוי, צ"ע דכיון דטעמא משום

מתנה על מה שכתוב בתורה א"כ מה בכך שאינו נוטל בראוי.
 פשטא דקרא דלא יבכר מתפרש שלא יתן פי שנים לפשוט, דהיינו שלא יעשנו כבכור, ויש לעי' דלכאורה חלק הפשוט של הבכור לא אמרה בו תורה דינים מחודשים, וכשם שיכול למעט מכל פשוט חלקו ע"י נתינה לאח, ה"נ חלק פשוט של הבכור, וכ"כ הב"ח בסי' רפ"א, וכ"כ בריטב"א במתני' קכ"ו ב' דלריב"ב אם נתן לפשוט כל ירושתו הרי הפסיד הבכור חלק הפשיטות ולא הפסיד חלק הבכורה, [ומיהו במתני' דאם אמר משום ירושה לא אמר כלום כתב בשם הרא"ה דכיון שלא הפסיד חלק הבכורה גם לא הפסיד חלק הפשוט דפי שנים אמר רחמנא, וסיים ואינו מחזור בעיני], וא"כ כי נתן לפשוט פי שנים מאן יימר דנטל מן הבכור חלק הבכורה אימא דנטל ממנו חלק הפשוט, ואמאי עבר בלא יבכר, וצ"ל דלפ"ז באמת לא עבר בלא יבכר א"כ פירש שנוטל ממנו חלק הבכורה, ושמא גם בסתמא מתפרש כן, ונפ"מ בין חלק בכורה לחלק פשוט, כגון הני דאין ממעטין בחלק בכורה.

וכן מתני' קכ"ו ב' דריבה לאחד ומיעט לאחד והשוה להם את הבכור דאם אמר משום ירושה לא אמר כלום, להמפרשים דאתיא כריב"ב ובחלק הבכור קאמר דלא אמר כלום, או דמשום הבכור גם יתר החלוקה מתבטלת, נמי צריך לפרש דכשהשוה להם את הבכור פירש דנוטל ממנו חלק הבכורה, והיינו לשון השוה להם דעשהו כפשוט, ושמא סתמא הכי מתפרש, אבל אם נתן חלק הפשוט שלו לאחיו והשאיר לו חלק הבכורה, הרי לריב"ב דבריו קיימין, וצ"ע בסתימת הפוסקים בזה.

בקצה"ח סי' רפ"א סק"א הק' לדעת הרמב"ן בהשגות לסה"מ שהוסיף ל"ת דלא יוכל לבכר וגם עשה דכי את הבכור בן השנואה יכיר, דא"כ מאי פריך קכ"ז ב' לרבנן יכיר ל"ל, הלא איצטריך לעשה, ונראה דלשון יכיר הוא דקשה לגמ', דגם בלא יכיר הוי שפיר עשה. (סי"ח סק"א-ד').

גמ' האומר לאשה הרי את מקודשת לי ע"מ שאין ליך עלי שכ"ו כו', ברמב"ן כתב דלר"י בדבר שבממון תנאו קיים, בידו לומר שלא יתחייב לו שהרי מוחל ובדבר של ממון יכול הוא למחול שלא אמרה תורה שיתחייב אלא ברצונו של זה עכ"ל, וצריך להבין לפ"ז אמאי שלא תשמטני שביעית או שלא יהא בו אונאה לא מהני אפילו לר' יהודה, דמה בכך שמתנה שלא יחול דין שביעית על הלואה זו או דין אונאה על מקח זה, הרי אמנם לא אמרה תורה שיחול דין שביעית ודין אונאה אלא ברצונו של זה, וכיון דמוחל דין הוא שלא יחול דין שביעית ודין אונאה, וי"ל דכשלא חל החיוב מחמת שקדמה מחילה, הרי נחשב דחל חיוב שאר כסות מחמת הנשואין, וחל חיוב שביעית על ההלואה ודין אונאה על המקח, אלא שקדמה המחילה, ומכח המחילה נפטר משאר כסות וכן אינך, משא"כ ע"מ שלא תשמטני שביעית ושלא יהא בו דין אונאה, הרי הוא חפץ שלא יחול דין שביעית ודין אונאה גם בלא המחילה, וזה א"א לעקור ד"ת.

ויש מקום לדון ביבמה שמתייבמת בעל כרחה, אי מהני מחילתה על שאר וכסות שלא יחול חיוב כלל, די"ל דבנשואין שצריך דעתה הרי מהני מחילתה עד שלא נשאת שהנשואין לא יחייבו שע"מ כן נישאה, אבל ביבמה שמתייבמת בע"כ יש מקום לומר דעד שלא ייבמה לאו בעל דבר היא כלל, ואין מחילתה אלא אלאחר ייבום, ויחול חיוב שאר וכסות עם הייבום ויפטר מהם אח"כ מחמת מחילתה, [אי מהני מחילה בדבר שלא בא לעולם], ומ"מ מסתברא דאין לחלק בזה, וגם ביבמה לא יחול חיוב שאר וכסות לדעת הרמב"ן.

לשון אחר ועיקר דר"מ סבר דדבר שבממון ודבר שבאיסור שוין וכשם שא"א לקדושין בלי איסור קרובות או מצות ייבום וכיו"ב, כן א"א בלי חיוב שאר וכסות

ולא שייך להתנות בזה, וכן באונאה ושביעית, על כל מקח וכל הלואה חלין דיני אונאה ושמיטה, [ואפשר דגם הלואה מחבירו עד שלא ניתנה מצות שביעית, דחלה עליו מצות שביעית, ומיהו לר' יהודה ע"כ דשעת ההלואה מחייבת מצות שמיטה, ויש לדון אם גם בזה נחלקו וצ"ע], ואין זכות ללוה או ללוקח או לאשה למחול על דיני התורה, ולכן המקדש ע"מ שאין לך עלי שאר כסות הר"ז כמתנה תנאי שא"א לקיימו שאין ביד האשה למחול עליהם, והרי המעשה קיים והתנאי בטל, כדין מתנה תנאי שא"א לקיימו שאינו אלא כמפליגה בדברים, כמ"ש בתו', וכן בשביעית ואונאה המתנה ע"מ שלא תשמטני שביעית או בשביעית שוין, וכן ע"מ שאין בו אונאה או שאין לך עלי אונאה, דאין ביד המלוה או המוכר לבטל דיני התורה, וגם לא בהסכמת הלואה או הלוקח.

ור' יהודה סבר דתנאים שבממון נתנה תורה רשות למוטב לוותר עליהם, והלכך אפשר לעשות קדושין שלא יחייבו שאר וכסות אם האשה מסכימה, ואף בייבום שאין צריך דעתה מ"מ א"א לבטל חיוב שאר וכסות אלא בהסכמתה, דחיוב זה חייבה תורה לטובתה והרי היא בעלים לוותר, וכן הלואה במצות שביעית והלוקח באונאה, וכל שלא הסכימו המוטבים לוותר הרי א"א שלא יחולו הדינים, והרי ההלואה מחייבת מצות שמיטה וכן המקח דיני אונאה, והיינו שלא תשמטני שביעית דלא אמר כלום וכן ע"מ שאין בו אונאה, אבל בהסכמתם נתנה תורה רשות לוותר. (כתובות נ"ו).

שם האומר לחבירו ע"מ שאין לך עלי אונאה, יעוי' בתו' הגרע"א ז"ל סופ"ו דפאה שפירש דע"מ שלא תשמטני וע"מ שאין לך עלי אונאה, אינו בגדר תנאי שאם ישמיטנו אינו מלוה, אלא שחפץ לעשות הלואה שאינה משמטת, ור"ל דכיון דהתנאי אינו לא על עתיד ולא על עבר אלא בהווה שמתנה כן עם הלואה או הלוקח אינו ענין להלכות תנאים, אלא שעושה הלואה או מקח כזה, וכמו דין ודברים אין לי בנכסיך, ונתקשה מזה על התו' שהצריכו בזה תנאי כפול, ולכאורה כיון דלא שייך להתנות שלא תחול על הלואה זו מצות שמיטה, או שלא יחולו על המקח הלכות אונאה, כדאמרין מכות ג' ב', א"כ ע"כ שהתנאי הוא דאף שתחול על ההלואה מצות שמיטה מ"מ מתנה עמו שימחול לו הלואה זכות זה, וא"כ תו' ע"כ לפרשו ככל תנאי, וכן בע"מ שאין לך עלי שכ"ו, נמי אין שייך לחדש סוג קדושין שאינם מחייבים שכ"ו, אלא שמתנה שתמחול לו, ושפיר דנו בזה בתו' שיהא צריך תנאי כפול, ולא קאימנא בעיון בהלכות מתנה על מה שכתוב בתורה ורשמתי לפו"ר, ועי' בספר מרן זללה"ה חו"מ ליקוטים סי"ב. (מכות ג').

הגרע"א ז"ל בכתובות נ"ו א' כתב לפרש דהאי ע"מ שאין לך עלי שכ"ו מתפרש חוץ, דהיינו שמקדשה בודאי ושלא יתחייב שכ"ו, ואינו מתנה שאם יתחייב אינו מקדשה ול"ק קו' תו' שם, וצ"ע דבנזיר י"א א' מסקינן דע"מ לאו חוץ הוא, ועוד דאם ע"מ דר"מ ור"י אינו ע"מ אלא חוץ, א"כ ליכא למישמע מינייהו דמתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל, ובדוכתי טובא מייתנין מהא דר"מ ור"י דמתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל, וכדאמר גיטין פ"ג ב' לענין ע"מ שתאכלי בשר חזיר, דודאי לא שייך שם ענין חוץ.

כתב הרמב"ן קכ"ו ב' דה"ט דיש תנאי בנזיר אע"ג דליתא בשליחות, משום דכל דיני תנאי הם רק במעשה הנוגע גם לאחרים, אבל דבר שאינו אלא בינו לבין עצמו לא בעינן דיני התנאי, ולענין תנאי כפול והן קודם ללאו ותנאי קודם למעשה הדבר מובן דכיון דלא דמי לתנאי בני גר ובני ראובן לא גמרינן מהתם, ובלא גזיה"כ לא הוי מצרכינן כל אלו, אבל ענין ליתא בשליחות ליתא בתנאי בפשוטו היינו דבענין כזה

לא חידשה תורה שאפשר לעשותו על תנאי, וא"כ אף בלא תנאי דבני גד ובני ראובן לא היינו יודעים לחדש ענין תנאי במילתא דליתא בשליחות, ועי' בחו"ב קדושין ס"א א' סק"ג בדברי התו' דכל ענין תנאי לא היינו יודעים לולא תנאי דבני גד ובני ראובן, והדרה קושיין לדוכתה מנלן דבמילתא דבינו לב"ע מהני תנאי, וצריך לפרש דבמידי דבינו לב"ע ידעין מסברא דאפשר לעשותו על תנאי, דשפיר גומר בדעתו כפי תנאו.

ואפשר עוד דהא מילתא דליתא בשליחות ליתא בתנאי הוא אף בתנאי אם, [והרי להרבה פוסקים כל דיני תנאי הם רק בתנאי אם ולא בתנאי דמעכשיו], וזה ודאי דנדרים איתנהו בתנאי אם, דהרבה מקראות בתורה ובנביאים מפורשים בנדרים בתנאי אם כדכתיב וידר יעקב נדר וגו' [ובמדרש ילפינן מינה מדכתיב לאמור שזו תקנה לדורות] וכן בנביאים ביהושע וביפתח ובחנה, וממילא ילפינן דאיתא בתנאי, ולא מחלקינן ואיתא אף בתנאי דמעכשיו, ונזירות כנדר לכל מילי.

ואפשר עוד דנדרים ונזירות מדאיתנהו בשאלה, איתנהו נמי בתנאי.

ובהפלאה הובא בחת"ס אה"ע ח"ב ס"צ כתב דמילתא דדבור שאני ושפיר איתיה בתנאי אף דליתא בשליחות, דעיקר הטעם הוא דהמעשה אלים טובא ואין בכח התנאי לבטל, ולמש"פ בחו"ב קדושין ס"א א' סק"ג דעיקר הענין בתנאי הוא החידוש דאפשר לעשות המעשה על הספק, יש לפרש דדוקא במעשה ותנאי אמרינן דכיון דא"א בתנאי הרי התנאי בטל והמעשה קיים אבל במידי דדיבור לא אלים דיבור קמא מדיבור התנאי, ולכך א"א לבטל התנאי, אבל לפ"ז אכתי קשה דנימא דהדיבור קמא בטיל דא"א לעשותו בתנאי, ולבטל התנאי הרי א"א, וע"כ לומר דמידי דנעשין בדיבור שאני ואפשר לעשותם בתנאי.

ובנדרים אפשר לומר עוד דכיון דאיסור חפצא הוא, הר"ז כמכר וכהקדש וחשיב איתא בשליחות ולכך איתא בתנאי, ואפשר דגם בנזירות אהני היקישא דהוקש לנדרים למימר דאיתא בתנאי, אף דאינו איסור חפצא.

ועוד י"ל דבנדרים דכל עיקר האיסור הוא שלא יחל דברו, לא שייך כאן דיני מעשה בתנאי, שאין לנו אלא שישמור מוצא פיו, ובמוצא פיו ודאי שייך כל תנאי שהוא, שזהו מה שהוציא מפיו, ובזה לא נאמרו הלכות, ורק שנתחדשה הלכה לשמור דברו, ואין דברו אלא בתנאו, [ואף אי יש מעילה בקונמות מ"מ שורש הדבר לא יחל דברו], וזו נראה כונת מרן זללה"ה באה"ע סימן נ"ו סק"ג, ויתכן אולי דהיקישא דנזירות לנדרים אהני שיהא תנאי גם בנזירות, אע"ג דהתם כמקדיש גופו חשיב.

ובריטב"א כתובות ע"ד א' כתב דה"ט דאיתא תנאי בנזירות לפי שלא ניתנה נזירות אלא להפלאה, ונהי דפליגי חכמים אר"ט היינו היכא דנתקיים מיהת תנאו, אבל בלא נתקיים מודו דלאו הפלאה היא, וקשה דא"כ מאי פריך נזיר ס"ב א' לרבנן כי יפליא ל"ל, הא שפיר איצטריך לאשמועינן דיש תנאי בנזירות, אף דליתא בשליחות.

ועוד י"ל דהא דאין שליחות בנזירות הוא משום שאין בו מעשה אלא דיבור ולא מימסר לשליח, וא"כ אדרבה כיון דמעשה קלישתא הוא דין הוא דליהני ביה תנאי, ולא דמי לחליצה דמעשה אלימתא היא ומ"מ אימעיט משליחות, ומיהו עיקר הדבר דאין שליחות בנזירות ובנדרים ובהקדש נתקשה בזה הגרע"א ז"ל גיטין ל"ב מנלן, [ועי"ש שכתב דמשום מילי לא מימסרין לשליח לית כאן, ול"ע בזה כעת, ומה שהביא שם מגמרא תמורה י' א' דשוו שליח לאקדושי, לא נתפרש, דהתם השליח מקדיש משל עצמו לכפרת המשלח, וכל מה דדיינינן הוא אם יכול להקדיש של המשלח], ונראה הטעם משום דכל ענין הקדש ונדרים ונזירות הוא לשמור מוצא פיו, ומזה נתחדש דאמירה לגבוה כמסירה דמי, וענין זה של מוצא שפתיך תשמור

הוא כעין מצוה שבגופו ולא שייך לחייבו לשמור מוצא פיו של שלוחו, ולפי טעם זה אין חילוק בטעם דליתא בשליחות של חליצה לטעם ליתא בשליחות דנזיר דתרוייהו משום שהוא כעין מצוה שבגופו.

ובתו' נזיר י"א א' כתבו דכיון דאחרים יכולים להביא קרבנותיו חשיב איתיה בשליחות, ובפשוטו הדברים צ"ע, דמה בכך הא אין כאן שליחות להעשות נזיר, ואפשר כונתם דזה מוכיח דהא דאין שליחות בנזירות, הוא מטעם אחר, שאינו מחייב שלילת תנאי, דבחליצה ליכא שליחות בשום פרט מן המצוה, וצ"ע, ולו"ד היה אפשר אולי לומר דכיון דהאיש מדיר את בנו בנזיר, חשיב איתיה בשליחות.

קכ"ז א' אף אינו ממעט חלק בכורה, ברמ"ה כתב דבליכא אלא בכור וטומטום שנקרע ונמצא זכר, דנוטל הבכור שני שליש והטומטום שליש, ונמצא דכה"ג ממעט חלק בכורה, לפי שאם נחשוב כליכא הטומטום הרי ליכא נמי דין בכורה, כן צריך לפרש כונתו לכאורה, ועיין בדבר אברהם סי' כ"ח, אבל הדברים צ"ע שאם אמרה תורה שאינו ממעט חלק בכורה, הרי הכונה ששקדה תורה על זכות הבכורה שתהא מתנתו גדולה ולא יגרע חלקו בשביל הבן הזה שאינו חשוב כ"כ, וכן הנולד לאחר מיתת אביו, וא"כ למה זה נפרש כונת התורה לשלול הבכור מזכות זו בזמן שאין עמו אחים אחרים אלא זה הגרוע, ועוד דהא באמת איתא השתא לדין בכורה במוחלט, ורק לחישוב חלק הבכורה אמרה תורה לדון כאילו לא היה הטומטום, ואינו אלא הלכה בחישוב שיעור הבכורה. - מ"ש שם בדב"א דבחלק בכורה כיון דמתנה קרייה רחמנא אינו בדין תפוסת הבית לא נראה כן, וסתמא שנינו קנו בתפוסת הבית חייבין ואפילו יש עמהם בכור.

מ"ש בפ"ת סי' רפ"א סק"ז פלוגתא אחרונים בבכור ושטר ח"ז, ותלו לה בנידון אם שייך לקרוא חלק בכורה בדליכא אלא הוא, לכאורה לענין שטר ח"ז יש לדון רק איך לפרש כונת הנותן, ובעיקר הדבר אין נראה שיהא שייך ענין בכורה שהוא תוספת מתנה על ירושתו, בזמן שאין יורש אלא הוא. (סי"ז סק"ט).

שם אמר רבא תניא כוותיה דר"א בן ולא טומטום בכור ולא ספק כו', כבר נתקשה בב"ח כיצד פירש רבא הא דבכור ולא ספק מקמי דהדר ביה, ואפשר דבא לומר דכל זמן שלא כתבו הרשאה זל"ז רשאים האחים לחלק גם את החלק בכורה ביניהם, ולא אמרינן דגזל הוא בידם, ואף אם יש לבכור קודם חלוקה, דבכור ולא ספק אמר רחמנא, א"נ אף אם נימא דאינם רשאים לחלקו ביניהם, מ"מ לאו דלא יוכל לבכר ליכא בספק, והיינו דאתי קרא למעוטי, ושמא אף כשכתבו הרשאה ליכא לאו כשלא הוכרו, [למאי דס"ד דרבא דמהני הרשאה], ולפי זה יש לפרש דעיקר מימרא דרבא קאי אהך ברייתא דאף שנתמעט ספק, מ"מ מהני הרשאה, ומיהו מהא דאמר רבין דבר זה שאלתי לכל רבותי ולא אמרו לי דבר, משמע דגם בסברא יש לדון בדבר, דלא משמע דשאלם אם לדרוש הבכור למעט ספק, ואפשר דמספקא להו משום דבעינן יכיר כדממעט לקמן קמ"ב ב' בכור הנולד לאחר מיתת אביו. (סי"ח סק"ה).

שם לא הוכרו אין כותבין הרשאה זל"ז, פירש רשב"ם בשתי נשים של איש אחד, והיינו דנתמעטו מקרא דהבכור דכל שלא הוכר אין לו פי שנים בתורת ודאי ולכך לא מהני הרשאה, ויש לתמוה ברש"י בכורות מ"ז ב' דפירש הא דר' ינאי בשתי נשים של שני אנשים ולענין חלק פשוט, והדבר תימא דלענין פשוט לא אשכחן שום מיעוטא ושפיר כותבין הרשאה זל"ז, וכ"ה בשטמ"ק בסוגיין בשם הרא"ם, וכ"ה בט"ז סי' רע"ז סי"א, וכ"ה בב"י שם בשם רי"ו וסיים ופשוט הוא, וצ"ת, ועי' ברי"ט אלגזי.

יש לעי' בהוכרו ולבסוף נתערבו ולא כתבו הרשאה זל"ז, אם רשאים היורשים לחלק

ביניהם גם חלק הבכורה, [עי' לעיל צדדנו לפרש דרבא פירש דרשא דבכור ולא ספק לענין זה], ובפשוט שנתערב נראה דחייבים היורשים להשאיר חלקו כדין הלך למדינת הים, ומצאתי בנתה"מ סי' רע"ח סק"ט שכתב דהיורשים יכולים לעכב לעצמם חלק הבכורה עד שיכתבו הרשאה, דהם לכל אחד מהמסופקים בדין א"י אם נתחייבתי, ומה שדקדק כן מלשון השו"ע סי' רע"ז סי"א דצריכים לכתוב הרשאה דמשמע דבלא הרשאה הוא בחזקת היורשים, אין מזה ראייה דשפיר שנו דין הגמ' דכותבין הרשאה, ומשום דבלא הרשאה אין נזקקין להם, אבל שפיר י"ל דמ"מ היורשים אינם יכולים ליטול החלק לעצמם, דסו"ס אינו שלהם, והכי מסתברא. (שם).

קכ"ז ב' אי כרבנן ס"ל לישלח להו כרבנן, משמע דלרבנן אף ספק לא הוי ונשאר המוחזק בחזקתו, אף דלא איירי שהוחזק בעדים דא"כ אף לר"י אין האב נאמן כמ"ש הרשב"ם לעיל א', ואע"ג דאילו בעי למיתב ליה פי שנים מצי יהיב, משום דנהי דמצי יהיב לזה, אבל הרי בעי דלא ליתבו למוחזק וזה אין בידו, ואף דיכול לחלק נכסיו מחיים, י"ל דלא ניחא ליה לחלק מחיים את כל נכסיו, ואף לריב"ב דמצי לרבות לשאר בניו, אי גם בבריא קאמר אבל אין בידו להפקיע מן הבכור, ומיהו אם חלק פשוט שבבכור יכול להפקיע עי' לעיל קכ"ו ב' סק"ד, א"כ הדבר בידו, שיכול לחלק ולומר שכל האחים יירשו כל אחד חלק אחד וזה שאומר עליו שהוא בכור יירש שני חלקים, ויפקיע מן המוחזק כבכור את חלק הפשוט שלו, ומשמע דאף במגו אינו נאמן נגד חזקה, וכ"ה ברשב"ם ד"ה למאי דלא מהני מגו זו נגד מי שמוחזק כבכור, ועי' בקצה"ח סי' רע"ט סק"א, ומיהו י"ל דלענין נכסים שיפלו לאחר מכאן בעו הרשאה. (סי"ח סק"ו).

שם בצריך היכרא, משמע דאי לאו קרא הרי גם בצריך היכרא לא היה נאמן, אף דליכא מי שמכחישו, ונראה דהיינו באמירה בתחלה, אבל כשהדבר מתחזק על פיו הר"ז כדין סוקלין על החזקות, ואפשר דאף כשבניו מכחישים אותו הוא נאמן, ורק נגד חזקה לא מהימנינן ליה. (שם).

שם לא יהא אלא אחר אילו בעי למיתבא ליה במתנה מי לא יהיב, יש לעי' הרי במתנה בעי למיתב גוף מהיום, ושמא אינו חפץ להוציא הגוף מתח"י עכשיו, וי"ל דמצי למיהב ליה בתנאי אם לא יחזור בו, ומ"מ הו"מ למימר דלא ניחא ליה למיהב מחיים כלל.

ואכתי הו"מ למימר דנפ"מ אם יוולדו לו בנים נוספים או ימותו מבניו בלא בנים, דאם יקנה לו עכשיו חלק הבכורה הרי הוא קצוב ולא ישתנה, משא"כ ע"י יכיר יחשב חלק הבכורה כפי בניו שיהיו בשעת מיתתו, ובהכי ניחא ליה, אלא דבלא"ה משני שפיר.

ונראה מוכח מסוגיין דגם לריב"ב דאם אמר על מי שראוי ליורשו דבריו קיימין, דלא מהני לנכסים שיפלו לו אח"כ, וכמ"ש הרשב"א קדושין ס' ב', דאל"כ אכתי תקשה לריב"ב יכיר ל"ל הרי מצי למיתב ליה פי שנים ויועיל גם למה שיפול לו אח"כ, ומיהו אי ריב"ב לא אמר בבריא ליכא ראייה.

כתב בנמו"י דהשתא דקיי"ל כר"י לא קיי"ל האי דרשא דרבנן דיכיר הלכך בכור אינו נוטל פי שנים בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס אבל חלק פשיטות יטול בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס כו' [ר"ל בדידעין שהוא בנו ואביו אומר שהוא בכור כמ"ש בדרישה ר"ס רע"ט], והדברים צ"ע דדרשא דיכיר לא אשמועין אלא דהאב נאמן לומר זה בני בכורי, ולר"י אף נגד חזקה, ולרבנן רק בצריך היכרא, אבל כל שנאמן פשיטא דמהני אף לנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס, דכיון שהוא בנו בכורו הרי הוא

יורש חלק בכורה גם בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס, וכ"כ בב"י סי' רע"ז דכיון דלרבנן מהני לנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס כש"כ לר"י, אלא שאח"כ הביא דברי הנ"י הללו ולא העיר כלום שהדברים סותרים לדברי הטור, וכבר תמה בזה בדרישה שם, וצ"ל דס"ל להנמו"י דלר"י דאיצטריך יכיר לומר שנאמן נגד חזקה תו לא מוקמינן לומר דנאמן אף במה שאין בידו, ומפרשינן דיכיר אתי לאשמועינן דלענין מה שבידו נאמן אף נגד חזקה שהוחזק אחר כבכור, אבל יותר ממה שבידו אינו נאמן, [ולפי זה היה ראוי לומר דאף נכסים שנפלו לו אח"כ כשהוא בריא נמי לא יטול מהן, דהא לא קיי"ל כר"מ דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם, וצ"ע למה כתב דוקא נכסים שנפלו לו כשהוא גוסס], אבל הדברים קשים דכל דילפינן מיכיר דנאמן אין להגביל את הנאמנות לכלל מילי האמינתו תורה, ובין לרבנן ובין לר"י כל שהאמינתו תורה הרי הוא נאמן לכל מילי, ופלוגתא רק אם האמינתו תורה נגד חזקה, וכדנקט הטור בפשיטות דנאמן גם לנכסים שיפלו כשהוא גוסס, ועי' בדרישה ר"ס רע"ט, ועי' רשב"ם ותו' קל"ד ב'.

במל"מ פי"א ממכירה הט"ז הקשה למ"ש בכ"מ שם דלכך יכול למכור לר"מ נכסים שיפלו לו אח"כ אף שאינו קצוב, משום שיכול להתחייב לו אלף אלפים דינרי זהב, דא"כ תקשה אכתי יכיר ל"ל הא יכול להתחייב לו אלף אלפים דינרי זהב ויגבה גם ממה שיפול לו כשהוא גוסס ואף לרבנן, וצ"ע מאי קושיא הא בסתמא אינו חפץ לתת לבכור את הכל, ורק על חלק בכורה הוא חפץ להכירו, והמותר יחלקו כל הבנים בשוה, ואם יתחייב לו אלף אלפים הרי הוא יגבה הכל, ושפיר איצטריך יכיר שלא יטול יותר על אחיו אלא חלק בכורה, ובגמ' כשהקשו יכיר ל"ל היינו שיכול להקנות לו חלק בכורה לחוד, אף שאינו קצוב.

וכן קשה על מש"כ הנתה"מ בשם התומים והקצה"ח בסי' רע"ט סק"ב דלכך נאמן לומר זה אחי לענין ירושה אף למה שיפול לו אחר כך, אף דליכא יכיר, משום דבידו להתחייב לו אלף אלפים, וקשה דהתינח כשיש לו רק אח אחד וחפץ להקנות לו הכל, אבל כשיש לו עוד אחים וחפץ שיחלקו כולם הרי אין לו מגו, שאם יתחייב לו אלף אלפים יקח הכל, ומיהו לפי מה שפסק המחבר בסי' ס' ס"ב דלא כהרמב"ם אלא דיכול להתחייב אף דבר שאינו קצוב, א"כ יכול להתחייב כפי מה שיהיה שיעור ירושתו של האח שעה אחת קודם מיתתו, אלא דלפ"ז קשה יכיר ל"ל דהא גם בנכסים שיפלו כשהוא גוסס ראוי להאמינו במגו, ועי' בקצה"ח מש"כ ליישב, וכן הביא בתומים סי' ס' ס"ק י"א להקשות בשם הכנה"ג דיכיר ל"ל הא יכול להתחייב כשיעור ירושת בן שעה אחת קודם מיתתו ויועיל גם לנכסים שיפלו לו אח"כ וגם כשהוא גוסס, [ואין לומר דאינו חפץ לתת לו כח של בע"ח, שאם יופסדו מקצת נכסים לאחר מיתתו יפסידו היורשים האחרים והוא לא יפסיד, דא"כ מאי פרכינן בגמ' לא יהא אלא אחר כו', וע"כ דלא קפיד אינש בהכי, או דיכול להתנות שאם יופסדו הנכסים אחר מיתתו שגם הוא יפסיד], ובתומים שם תירץ דאיצטריך יכיר לנכסים שיפלו לו מאביו אחר מיתתו דמדין בע"ח לא יוכל לגבות דיאמרו היורשים מאבוא דאבא אתינא, אבל בגמ' משמע דיכיר אתי להכרת בכורה ובידוע שהוא בנו, כמ"ש רשב"ם קל"ד ב' ובתו' שם, ובזה הרי אין לו ראוי, וגם הרי אמרו דאיצטריך לנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס. (שם).

שם לא יהא אלא אחר כו', א"ה, עי' מש"כ בסנהדרין ט' ב' בהא דמשמע דהמיגו מועיל רק לענין פי שנים ולשאר מילי אינו נאמן.

שם לא צריכא בנכסים שנפלו לו לאחר מכאן כו', רהיטת הגמ' דגם בלא יכיר נאמן לנכסים שיש לו, אף דאין לו מגו דהא עדיפא ליה לומר שהוא בנו כדי שיזכה גם

בנכסים שיפלו לו אח"כ, וכ"ה ברשב"ם ותו' לקמן קל"ד ב' דאמרינן ליורשו פשיטא ופירש רשב"ם משום דבידו ליתן לו במתנה, ונאמן בנכסים שיש לו ואינו נאמן לנכסים שיפלו לו אח"כ, וכן בתו' שם, וגם לעולם י"ל דניחא ליה לומר בנו כדי לפטור אשתו מן הייבום וליכא מגו, וחזינן מזה דבידו עדיפא ממגו ועל החלק שהוא בידו מהימנינן ליה, וה"נ דיינינן לקמן שם באמר גרשתי למפרע שיהא נאמן מכאן ולהבא. (שם).

המ"מ בפ"ב מה' נחלות הי"ד על מש"כ הרמב"ם שם אפילו אמר האב על מי שלא הוחזק בנו כלל הוא בני ובכורי הוא נאמן, כתב זה מחלוקת ר"י וחכמים בהרבה מקומות ומהם פ' יש נוחלין וקיי"ל כר"י כו' ור"י אע"פ שלא הוחזק בבנו קאמר כדמוכח התם ובדוכתא אחרינא עכ"ל, ולא זכינו לכוונתו ז"ל היכן מוכח כן, דהתם לא נתבאר אלא במוחזק לן שאינו בכור דנאמן לומר שהוא בכור, והיינו בידוע שהוא בנו, אבל בלא הוחזק כבנו לא מצינו שנאמן לומר שהוא בנו, ודעת הרשב"ם ותו' קל"ד ב' דאף בסתם אינו נאמן לומר שהוא בנו אף דקיי"ל כר"י, ורק בנכסים שיש לו נאמן ליורשו משום מגו דאי בעי יהיב ליה, ובלח"מ שם הקשה אמאי כתב הרמב"ם רק על מי שלא הוחזק בנו כלל ולא כתב דאפילו מוחזק לן שאינו בנו נאמן, [אם כי י"ל דהוחזק שאינו בנו מתפרש בידוע שהוא בנו של אחר, ובכה"ג צריך בירור איך הוחזק, ואם אביו אמר עליו שהוא בנו א"כ אוקי אב להדי אב, וכל שלא הוחזק כבנו של אחר היינו לא הוחזק בנו כלל], כנראה נקט דאמירת זה בכורי וזה בני שוין, אבל אין לזה מקור דיכיר על הכרת הבכורה נאמר, וכן הרשב"א והרא"ש שחלקו על הרשב"ם קל"ד ב' נמי לא הזכירו דזהו דין יכיר, אלא דמילתא דפשיטא הוא דאדם נאמן להחזיק את בנו כבניו בדליכא מי שמכחישו, והרשב"א נסתייע ממימרא דר' יוחנן קכ"ז ב' דאמר בני וחזר ואמר עבדי אינו נאמן דמבואר דבאמירת בני נאמן הוא, וסתמו כפירוש דנאמן גם לנכסים שיפלו לו אח"כ, ור' יוחנן הרי פסק כרבנן דר' יהודה קכ"ח ב' ומבואר דאף לרבנן ס"ל להרשב"א דנאמן לומר בני, [ומיהו י"ל דבצריך היכירא שוין ר"י ורבנן בדרשא דיכיר].

ואפשר דס"ל להמ"מ דיכיר דקרא אית לן להשוותו על אמירת בני ועל אמירת אינו בני, וכיון דאינו בני נאמן לומר גם על מי שמוחזק כבנו, כמו שפירשו תו' קכ"ז ב' שנאמן לומר על בנו הקטן שהוא הבכור ועי"ז אומר על הגדול שאינו בנו, ומזה יליף ר"י דנאמן לומר שהוא בן גרושה, דה"נ כשאומר אינו בני הרי עושהו ממזר, וזה מבואר בסוגיא קכ"ח ב' באמר על תינוק בין הבנים שהוא בכור וכן בעובדא דשמואל קכ"ז א' במוחזקין באחר שהוא בכור אפשר דמתפרש נמי שהוחזק שנולד קודם, וכיון דנאמן לומר אינו בני על המוחזק כבנו, ה"ה דנאמן לומר בני על מי שאינו מוחזק כבנו, ומיהו על המוחזק שאינו בנו קשה לומר שיהא נאמן לומר שהוא בנו, הגע עצמך שהבן עצמו מכחישו, האם ראוי להאמינו, וכי מה לו לאיש פלוני האם משום שאומר שהוא בנו ראוי להאמינו, ולא דמי לאינו בני שזה ענינו שלו, ולפי זה י"ל דגם לרבנן יהא נאמן לומר בני, דרבנן ור"י לא פליגי בדרשא דיכיר אלא דר"י מוקי לה אף במוחזק איפכא ורבנן מוקמי לה בצריך היכירא, אבל בצריך היכירא כשם שנאמן לומר בכור הוא כך נאמן לומר בני הוא, דכי היכי דלר"י מתפרש יכיר גם על אמירת בני ה"נ לרבנן, אבל לשון המ"מ משמע דרק לר"י כן, ויש לפרש דרק מזה שנאמן לומר אינו בני לעשותו ממזר ילפינן דנאמן על אמירת בני, ולכן לרבנן דאינו נאמן לפסול, אף אינו נאמן לומר בני ולא דרשי רבנן יכיר אלא על הבכורה, אבל דעת הרשב"א והרא"ש דאף לרבנן נאמן וכמש"כ לעיל, ומיהו י"ל דהיינו רק בצריך היכירא ולא ידעינן כלום, ולא במי שלא הוחזק בנו כלל

כלשון הרמב"ם, וזה מסברא ולא מדרשא דיכיר. - [הא דאמרינן יבמות ל"ט ב' דאשתמודעניהו אפילו קרוב ואשה, נראה דהיינו בידוע שיש לפלוני אח ראובן, והם מעידים שזהו אותו ראובן].

ברשב"א קל"ד ב' כתב וז"ל אלא מסתברא דהכא נאמן ליורשו אפילו בנכסים הבאים לאחר מותו שנוטל הוא עם בניו בראוי כבמוחזק, ופשיטא דהא ליכא דמכחיש דבוריה, והתם משום דאנו מוחזקין בכולן שהם בניו, אלא שאין אנו מכירים מי מהם הבכור, והוא בא לרבות חלקו של האחד על שאר הבנים, לא היה לנו להאמינו לנכסים הבאים לאחר מכאן לולא שהאמינתו התורה, אבל כאן אפילו מוחזק בבנים אחרים אם אמר על אחד שהוא בנו נאמן ואפילו בלא שום מגו כו' עכ"ל, ונראה דשורש החילוק הוא דלומר בני דמי טפי לאשתמודעניהו וכמעיד על דבר ידוע, משא"כ לומר שזה הבכור, דדמי לעדות פרטית על מאורע, ולכך צריך קרא דיכיר, [ועי' מש"כ ביבמות פ"ז ב' סק"ד]. (סי"ח סק"ז).

קכ"ח א' אמר לו נאמן עלי אבא כו', לכאורה צריך ביאור אמאי לא יוכל לחזור, וכי היכן מצינו שאדם משתעבד בדברים בעלמא, והרי מסקינן באתן לך מחלוקת, ועוד דאף במחול לך לא משמע שיש כאן מחילה, דא"כ מ"ט דר"מ והא מחילה א"צ קנין, וע"כ כמ"ש בנמו"י בסנהדרין בשם הרא"ה דהכא לא חשיב כמחילה, דלא נתכוין למחול על תנאי, אלא קיבלם לדינין, וע"כ צריך שתהא תקנה מיוחדת לכך ולא משמע דפליגי בקבלה אם תיקנו כן או לא.

והנה גם בכל ב"ד מומחה שייך נידון זה, דהא כשיש כמה בתי דינין בעיר יכול הנתבע לומר בפלוני אני רוצה, וכדאמרינן סנהדרין כ"ג א' בב"ד דר"ה ור"ח דקאמר ליה מי קא מטרחנא לך, וא"כ לאחר שדן בפני אחד מהן למה לא יוכל לחזור בו ולומר דחפץ בב"ד האחר, וע"כ דמעיקר תקנת ב"ד הוא דמשקיבלו הדיינין שוב אינם יכולים לחזור בהם, ואף בלא קנין, עי' ש"ך סי' כ"ה ס"ק י"ב, וא"כ יתכן דנחלקו אם ניתן כח זה גם לדיינים פסולים, ואם גם באתן לך, ואם גם קודם גמר דין, ומשמע מזה דבדיינים הגונים לכו"ע אין יכולים לחזור בהם אף באתן לך ואף קודם גמר דין, דהא לא נחלקו אלא באבא ואביך ורועי בקר, ועי' בש"ע חו"מ סי"ג ס"ב בזה בורר לו אחד דאינו יכול לחזור משכתבו שטר בירורין או משהתחילו לטעון בפניהם, ואפשר דבב"ד גמור כדר"ח ור"ה סגי באמירה בעלמא דהיינו קבלה, ושוב א"י לחזור בהן, ועי' ב"ק קי"ב ב', אבל ברמב"ן ורשב"א ור"ן ב"מ כ' מבואר דאף בב"ד סתם אין הדבר ברור ואפשר דיכולים לחזור בהן קודם גמר דין עי"ש, וא"כ ע"כ דנידון דידן לאו משום כח ב"ד הוא, דהא מספקינן בסוגיין דאף קודם גמר דין לא יוכל לחזור.

וכ"ז שייך גם בנאמן עלי אבא, אבל בדור לי בחיי ראשך, וכן בהך דהכא רצונך השבע וטול, הרי אין כאן קבלת דיינים כלל, ובגמ' כאן מבואר דיש ללמוד השבע וטול מנאמן עלי אבא, וכן רהיטת הדברים דדור לי בחיי ראשך ונאמן עלי אבא חד דינא נינהו, וכדמצרכינן להו בסנהדרין, ואף דברמב"ן וברשב"א כאן ובב"מ ל"ד מבואר דרצונך השבע וטול חשיב כגמר דין כיון דאמר כן בפני ב"ד והשני קיבל עליו להשבע, ולא גרע מאילו אמר נאמן עלי אבא, ואמר אבא דשכנגדו ישבע ויטול, היינו דלמאי דקיי"ל דנאמן עלי אבא יכולין לחזור בהן עד גמר דין, שפיר יש לפרש דרצונך השבע וטול, וכן דור לי בחיי ראשך חשיב כגמר דין, דכל שמוותר בפני ב"ד הרי ב"ד מחליטין לקבל ויתורו, ויש לזה תוקף של גמר דין, אבל בעיקר הטעם למה מתחייב באמירת השבע וטול או דור לי בחיי ראשך, עדיין צריך פירוש, וכן הרי גם בקיבל פסול לעד נמי הרי הוא בדין המשנה כמבואר סנהדרין כ"ג א', אף דלא שייך

התם תורת ב"ד כלל.

והדבר מבואר ברשב"ם וכן ברמ"ה לעיל י"ג (בנדפס דף ל"ח ב') דהטעם משום דחשיב כהודה שהוא חייב, אם אבא יאמר כן, או אם שכנגדו ישבע, או ידור בחיי ראשו, וזו נראה גם כונת תו' ב"מ ע"ד א' ד"ה הכא, ונראה דלאו משום קנין אודיתא אתינן עלה, אלא דחשיב כהודה בצדקת שכנגדו, [והוא מעין אתפיס זכוותיה נדרים כ"ז א'], ושוב אינו חוזר וטוען, ולפי דבאמת אין משמעות דבריו שהוא מודה לטענת שכנגדו, אלא שהוא מסכים להיות נידון כאילו שכנגדו צודק, לכך שפיר דיינינן אם יכול לחזור בו קודם גמר דין, ובאתן לך, ולדעת כמה ראשונים גם בתרתי לריעותא, דסו"ס אין כאן הודאה גמורה, [ולפי זה ניחא דלא דמי לזן סתם בפני ב"ד דיתכן שיכול לחזור בו קודם גמר דין, כמ"ש הראשונים ז"ל בב"מ כ' בשם הרי"ף, דהתם לא הודה כלום, והרי הב"ד דן ככל ב"ד, ושפיר יתכן דמצי למימר לב"ד אחרינא אזילנא, משא"כ הכא שכבר הודה שאם אבא יחייבו, שהוא חייב].

מיהו מה שדימו לזה הרמב"ן והרשב"א ז"ל ההיא דב"מ ל"ד דאמר הריני משלם וחזר ואמר איני משלם, לכאורה יש בזה מקום לדון, דבדור לי בחיי ראשך, וברצונך השבע וטול, ונאמן עלי אבא, בכל הני יש לחשוב כאילו נתן נאמנות לשכנגדו באופן זה, וכמש"כ, אבל בשומר חנם שטען נגנבה, ושכנגדו אינו יודע, ואמר הריני משלם ואיני נשבע, מה שייך כאן הודאת בע"ד, הרי הוא חוזר וטוען כדמעיקרא שהוא פטור אלא שאומר שאעפ"כ ישלם, וא"כ איך שייך לחול על זה כח של הודאה שיחייבו לשלם, והרי אף כשחייבוהו ב"ד ע"י טענותיו, מ"מ אם נתברר שטעו הרי הדין חוזר, דלא קיבלם לטעותם, וכדאמר סנהדרין ו' א' דא"ל דיינת לן דין תורה, והכא אין לך טעות גדולה מזו לחייבו, שלא יוכל להפטר בשבועה, וי"ל דשומר חנם שטען נגנבה ולא רצה להשבע ונגמר דינו לחיוב ממון, שוב אינו יכול לחזור בו ולומר שחפץ להשבע, דזהו כחו של ב"ד, וכדנקטו הרמב"ן והרשב"א בההיא דשבועות ל"ט דפוטרינן אותו מיד, וכ"ה ברא"ש בסנהדרין פ"ג ס"ו בשם רש"י, ודכוותה כשאמר הריני משלם הר"ז כאמר איני נשבע ונגמר דינו לחיוב ממון, וצ"ע.

ולאמור הרי דעת רשב"ם ותו' והרמ"ה וכ"נ דעת הרמב"ן והרשב"א דהא דנאמן עלי אבא אינו יכול לחזור בו, הוא משום דחשיב כהודה שהוא חייב באמת אם אביו יחייבו, והר"ז הודאת בע"ד שדנין על פיה, וכן בדור לי בחיי ראשך, וכן ברצונך השבע וטול, ובתשו' מהרי"ק סי' קפ"א הביא תשובת הרשב"א שכתב שבעלי אומנויות וכש"כ בני העיר רשאים להתקין ביניהם תקנות, והוסיף ע"ז ועוד שהרי שנינו נאמן עלי אבא נאמן עלי אביך חכ"א אינו יכול לחזור בו כו', ומשמע שזו תקנת חכמים, ונראה דאין הדברים סותרים וכונתו ז"ל שהיה אפשר לומר דרשות בידו לחזור בו, ולא היה נחשב כהודאה, שהרי באמת אין כונתו לומר שהוא מודה לטענת חבריו אם אבא יאמר כן, אלא דאף שהאמת אתו הרי הוא מסכים שידונוהו כאילו טענת חבריו נכונה אם אבא יאמר כן, וגם סומך בדעתו שלא יחייבוהו, וכדאמר סנהדרין כ"ד ב' מי יימר דמזכי ליה, ויש כאן משום אסמכתא, וכיון שכן שפיר אפשר שיהא רשות בידו לחזור בו מזה, וכדדיינינן באמת בגמ' באתן לך וקודם גמר דין, וכדס"ל לר"מ, אלא תקנת חכמים הוא למיהב לאמירתו בב"ד כח הודאה ממש שלא יוכל לחזור בו, [והוא כעין אתפיס זכוותיה נדרים כ"ז א', וכמש"כ לעיל]. (סנהדרין כ"ד א').

שם שלח ליה ר"א לריב"ח היה יודע לו בעדות קרקע עד שלא נסתמא ונסתמא פסול ושמואל אמר כשר אפשר דמכוין מצרנהא אבל גלימא לא כו' אבל נסכא לא כו', מהא דקאמר בעדות קרקע, משמע דלסתם עדות כגון פלוני לזה מפלוני וכיו"ב הוא

כשר, ורק לעדות קרקע הוא פסול משום דלא מכוין מצרנהא, ולפי זה גם איהו איתותב מברייטא דמייתין, אבל בגמ' קכ"ט א' אמרו רק דשמואל ור"ש ור"פ איתותבו, ומיהו י"ל דהיינו במאי דאמר בהדיא דבעדות קרקע פסול בזה לא איתותב.

ויש לעי' כיון דכל הני אמוראי הוו סברי דליכא פסול במה שבשעת הגדה אינו כשר לעדות, א"כ מה שייך לדון לגבי ידידה שהוא העיד בקרקע וגלימא ונסכא, הרי כל הנידונים הללו יש לדונם גם בפקח, שהם נידונים במהות העדות, אם סגי במכוון מצרנהא או מדת ארכו ורחבו של הגלימא או משקלו של הנסכא כשאינו מכירה בטביעות עינא, ואין בזה כללים, ולפעמים הגלימא ידועה והנידון אם מכרה או לא ושפיר יכול להעיד בבירור, ואם יש להסתפק אם סגי במדת ארכו ורחבו של הטלית ומשקלו של הנסכא כמו לענין אבדה, מה ענין זה לפתוח ונסתמא הרי זה נידון כללי אם חשיבא עדות מבוררת בכה"ג, ושמא בפקח פשיטא לגמרא דסגי במכוין מצרנהא או מדת ארכו ורחבו של הטלית ומשקלו של הנסכא, אף שאינו מכירה בטב"ע, דמ"מ ראייתו מוסיפה בסימנים הללו, משא"כ בסומא דליכא אלא הסימנים הללו, י"ל דלא סגי בהכי, וכיו"ב כתבו תו' גיטין ו' א' דסומא לא סגי ליה בשמיעת קן קולמוסא אף דפקח סגי ליה, ועי' להלן, וצ"ע, ועי' רמב"ן ור"ן גיטין כ"ג א' הובאו להלן דמשמע דפירשו דהוא גזירה שמא לא יכוין יפה עי"ש.

ולמאי דמסקינן ברייתא דהיה יודע לו בעדות עד שלא נעשה חתנו כו' פיתח ונסתמא כו' פסול, הרי זה גזירת הכתוב מדאורייתא דצריך שיהא כשר לעדות גם בשעת הגדה, וכדאמרין בערכין י"ח א' כד פרכינן דהוא עד משמע דאף אם היה פסול באמצע שעה אחת בין ראייה להגדה דנמי פסול ומשנינן שאני התם דאמר קרא או ראה אם לא יגיד בראייה והגדה תלא רחמנא כו', ודומיא דנעשה חתנו דמיפסל מדאורייתא, ובכל עדות אפילו עדות שלוה מנה וכיו"ב דליכא חשש בדיוקא דמילתא, דומיא דנעשה חתנו דודאי מיפסל לכל עדות, וכ"ה בתו' הרא"ש גיטין כ"ג א', וצ"ע במאירי שכתב דבנעשה חתנו אמנם פסול לכל עדות, אבל פתוח ונסתמא אם מעיד שפלוגי לזה מנה מפלוגי וכיו"ב הר"ז כשר כיון שאין צורך בעדות זו לראייתו לשם דיוק, וצ"ע.

בגיטין כ"ג א' אלא אר"י הכא בחו"ל עסקינן דבעי למימר בפני נכתב ובפני נחתם ולא מצי למימר, מהא דמסיק ולא מצי למימר מבואר דלאו משום שהוא פסול לעדות קאמר, אלא משום שאינו יכול לומר בפני נכתב ובפני נחתם משום שלא ראה, ולכך פריך ליה אביי דא"כ פתוח ונסתמא ליתכשר דמצי אמר, אבל אם היה הפסול משום שהיה סומא בשעת ראייה, ה"נ איכא פסול כשהוא סומא בשעת הגדה. ולפ"ז מוכח ממתני' דפקח שעצם עיניו ושמע קן קולמוסא דסגי בהכי וכדאמר גיטין ו' א', דאם איתא דלא סגי בהכי, א"כ מה מקום להזכיר במתני' פסול בסומא, הרי כל מי שלא ראה כתיבת הגט וחתימתו אינו יכול לומר בפני נכתב ובפני נחתם ואינו ענין לגברא, אלא ודאי פקח כה"ג יכול לומר בפני נכתב ובפני נחתם ורק סומא אינו יכול, ואף דהטעם הוא משום דסומא אינו בטוח כ"כ בקן קולמוסא שהוא מגט זה, [עי' ברמב"ן, וברא"ש פ"ק דגיטין ס"ג, ובמש"כ בחו"ב גיטין סימן א' ס"ק ט"ז], מ"מ כיון שסמיותו גורמת לדבר שפיר שייך ליחס הפסול לגברא.

ברמב"ן בגיטין הקשה דפתוח ונסתמא נמי יש לפסול משום דבעי תחלתו וסופו בכשרות, והביא שהראב"ד תירץ דמשום עיגונא אקילו בה רבנן, וכתב דאינו מחזור דמנין קים ליה לאביי הך סברא עד דפריך מיניה לר"י, ולמש"כ לעיל דמהא דאר"י ולא מצי למימר, מובן דאין כאן פסול בגברא, וגם מסברא י"ל דסומא לא גרע

מקורב ואשה וכמ"ש תו', ניהא שפיר כמ"ש הראב"ד, וכ"כ תו' והרא"ש בתוספותיו והרשב"א והריטב"א.

והרמב"ן ז"ל כתב דאפשר דבשאר עדיות פסול פתוח ונסתמא משום דלא מצי מכוין בארעא מדת מצרנהא ולא בגלימא מדת ארכה ורחבה ולא בנסכא מדת משקלותיו, וא"נ תימא מצי מכוון גזרו רבנן, אבל גבי גט ליכא למיחש דלא ידע דהא מסרוהו לידיה וגם אי בעלמא גזרו הכא לא מיחלף בשאר עדיות וליכא למיגזר, וכ"כ הר"ן, והדברים צ"ע דהא מסיקנן בב"ב קכ"ח א' דפתוח ונסתמא פסול כמו בראה עד שלא נעשה חתנו ונעשה חתנו וההוא ודאי מדאורייתא מיפסל, דהיינו קרוב שהוא פסול, וכן סוגיא דערכין דצריך שיהא כשר לעדות בשעת ראייה ובשעת הגדה מקרא וכמ"ש לעיל, שו"ר שכבר נתקשה בזה מרן זללה"ה באה"ע סי' ק"ד ס"ק י"ד ע"ש, ועי' בקצה"ח סי' רנ"ט. (סי"ח סק"ח).

קכ"ח ב' הרי זה נשבע וגובה מחצה כו', עי' מש"כ בב"ב ק"ז א' סק"ב סוד"ה ודעת הרמב"ן.

תוד"ה הלכתא וא"ת והא קיי"ל דהילך פטור כו', עי' מש"כ בב"ב מ"ד ב' בענין כפירת שעבוד קרקעות.

קכ"ט ב' וירושה אין לה הפסק, יתבאר להלן סק"ב.

בדין מתנת שכיב מרע

א) קל"ז א' מתנת שכיב מרע מאימתי קנה אביי אמר עם גמר מיתה ורבא אמר לאחר גמר מיתה, מהא דאמרינן דאביי הדר ביה משום דתנן זה גיטך אם מתי אין גט לאחר מיתה, מוכח דעם גמר מיתה עדיין יכול לגרש, דמתפרש בעודו חי, וכמו מעת שאני בעולם גיטין ע"ג ב', [ואף דדעתא שגישתא הוא משמע דמ"מ שפיר דמי כיון שנתן לה בעודו בדעה צלולה אף שאמר שיחול בשעה זו עי' רשב"א גיטין ע' ב' בשם ירושלמי ובשם תו'], והלכך כיון דאמרינן דאם מתי מתפרש לאחר מיתה, ה"ה דכל מתנת שכיב מרע יש לפרש דקונה לאחר מיתה, [ועי' להלן בעיקר הראיה], ולפי זה נראה דאית לן למימר דכל ירושה הוי לאחר גמר מיתה, דהא איש כי ימות כתיב, ולא יתכן דבעודו חי ויכול לגרש את אשתו כבר יזכו בניו בנכסיו, ורק באחריו אמרינן דהוא עם גמר מיתה, דבשעה שכבר לא יתכן שישמש בנכסים שפיר קרינא ביה אחריו, (עי' בלשון השואל בתשו' הרא"ש כלל פ"ד ס"א דמשמע דגם עם גמר מיתה היינו לאחר מיתה, ומלבד דקשה מאי מיייתנן ראייה מגט לפ"ז, גם קשה מה ענין יש אם תחול מיד אחר מיתה או משהו אח"כ).

ויש לתמוה דברשב"א בסוגיין כתב דאחריו לא עדיף מירושה, וכיון דאחריו זוכה עם גמר מיתה, הרי גם ירושה כן, וכיצד יתכן שיהיו הבנים יורשים בשעה שהאב עדיין יכול לגרש את אשתו, ואם נימא דהרשב"א מפרש עם גמר מיתה דהיינו מיד לאחר מיתה ואחר גמר מיתה היינו רגע אח"כ, א"כ קשה מאי הוכחה ממתני' דגיטין דלאחר גמר מיתה, גם מה ענין יש אם מיד אחר מיתה או משהו אחר כך, גם מש"כ דאחריו לא עדיף מירושה, צ"ע אמאי ליכא למימר דאחריו היינו כשכבר לא יהא תועלת לראשון מן הנכסים, וזה שפיר עם גמר מיתה אף דעדיין לאו מת הוא, משא"כ ירושה דאיש כי ימות כתיב, ועו"ק דאם לאחר גמר מיתה היינו לאחר שכבר זכו היורשים בנכסים, אמאי תיקנו כן חכמים שתהא מתנת שכיב מרע מפקיעה את הנכסים מיד היורשים לאחר שכבר זכו בהם, ואמאי לא תיקנו שתחול המתנה בשעה שהיורשים יורשים, ועי' ברשב"א לעיל קכ"ט ב' שנתקשה בזה, ועי' קצה"ח סי' רנ"ב סק"א, וע"ע ברשב"א לקמן קמ"ט א' בהא דכל דליתיה בירושה ליתיה במתנת שכיב מרע, שפירש הטעם משום דתרוייהו לאחר גמר מיתה וחידוש הוא שחידשו

חכמים שיהא אדם יכול לתת מתנה לאחר מיתה ולא תיקנו כן אלא בבר ירושה, ואח"כ הקשה דירושא עם גמר מיתה היא, ובאותה שעה הוא יכול לתת מתנה אף בלא חידוש דמתנת שכיב מרע ע"ש, וצ"ע.

ברמב"ן קכ"ט ב' כתב דכיון דאמרינן ירושה אין לה הפסק אלמא אין מקבל מתנת שכיב מרע קונה אלא עם גמר מיתה הא כל שלא קנה בשעת גמר מיתה אלא לאחר זמן אינו בדין שיקנה לפי שחלה עליו ירושת תורה של יורש ורחמנא אמר אין לה הפסק כו', האי עם גמר מיתה לאו דוקא דהא מסקינן דאינו זוכה אלא לאחר גמר מיתה, אלא ר"ל דע"כ שיזכה ביחד עם היורשים או לפניהם, אבל כל שקדמו היורשים וזכו בדין הוא שלא יהא להם הפסק, והלכך קשיא ליה בההיא דתנו שקל דקתני דאם אמר מתו יירשו אחרים תחתיהם דאין נותנין להם אלא שקל, ואמאי זכו האחרים הא לא הקנה להם אלא לאחר מיתת הבנים, וכבר קדמו לזכות בנכסים מדין יורש, ומבואר דלא ס"ל כהרשב"א דירושא היא עם גמר מיתה, דא"כ הו"ל להקשות כמשה"ק הרשב"א דבכל מתנת שכיב מרע כבר קדמו היורשים לזכות מדין ירושה, כיון דמתנת שכיב מרע אינה קונה אלא לאחר גמר מיתה.

ברשב"ם כתב דאי הוי מתנת שכיב מרע עם גמר מיתה היה הדין דהמקבל במתנת שכיב מרע והאחרין היו חולקין, ונראה דמשמע ליה ז"ל כן דקושית הגמ' ומי אמר אביי הכי היא על עיקר הדין דר' יוחנן, ולא רק על הלשון אלא לאחר מיתה דקאמר אביי, אבל בסברא יש מקום לקיים דברי ר"י אף אם באין כאחד, דכל שבא לתת במתנה בשעה שיד האחרין שוה לו, י"ל דאינו שליט לתתו, וממילא יזכה האחרין, שו"ר בחדושי הר"ן עי"ש.

שם הדר ביה אביי מההיא כו' דלמא מהא הדר ביה לא ס"ד דתנן זה גיטך אם מתי כו', ר"ל וכיון דאם מתי מתפרש אחר גמר מיתה, ה"ה כל מתנת שכיב מרע כן, דאם איתא דכל מתנת שכיב מרע עם גמר מיתה, היה ראוי גם לפרש כן אם מתי יהא גט דנמי עם גמר מיתה קאמר, ומ"מ ע"כ לאו ראיה גמורה היא, דהא מעיקרא הוי סבר אביי דמתנת שכיב מרע עם גמר מיתה אע"ג דהוי ידע למתני, וגם בסברא שפיר י"ל דלא חידשו חכמים כח מחודש של ירושה ע"י מתנת שכיב מרע דנמצא שהוא נותן לאחר מיתתו, ולכך אף דאם מתי מתפרש אחר מיתה, מ"מ כל מתנת שכיב מרע תיקנו חכמים שיהא עם גמר מיתה, וזה נראה דהוא טעמיה דאביי, ורבא סבר דכיון דסתם מצוה מחמת מיתה דעתו שיחול אחר מיתה כדחזינן גבי גט, הלכך הוצרכו חכמים לחדש דגם כה"ג תועיל מתנתו. - ואפשר דלמאי דהוי סבר אביי דמתנת שכיב מרע עם גמר מיתה, דלא הוי ס"ל הא דאמר רבא לקמן קמ"ט א' דכל דליתיה בירושה, [לפי' תו' שם], ליתיה במתנת שכיב מרע, דכיון דמזכה מחיים שפיר אפשר דגם בגר תיקנו כן.

ב) קכ"ט ב' הא שלח רב אחא בריה דרב עויא לדברי ריב"ב נכסי לך ואחרין לפלוני וראשון ראוי ליורשו אין לשני במקום ראשון כלום כו' וירושא אין לה הפסק, יעוי' ברמב"ן וברשב"א שנתקשו הרבה דאם איתא דירושא אין לה הפסק א"כ בברייתא דלעיל דאם אמר מתו יירשו אחרים תחתיהם בין אמר תנו בין אמר אל תתנו אין נותנים להם אלא שקל, ואמאי הא כשמת האב ירשו הבנים וירושא אין לה הפסק ומה ענין לנו במה שאמר שאם מתו יירשו אחרים תחתיהם, ועוד הקשו מהא דביצה כ' א' דאי אמר לנסיב ברתי והבו ליה ד' מאות זוזי דאי נסיב שקיל ואי לא לא, והא כבר נפלו נכסי קמי יתמי וירושא אין לה הפסק, וכן בקדושין ס"א ב' ופלוני בני יתן מאתיים זוז ויירש שדה פלונית, ואמאי הא עד שלא נתן כבר נפלו נכסי קמי כולן ואין לה הפסק, וכן לקמן קמ"ב א' לכשתלד, והרשב"א הוסיף דלעולם ירושה היא

עם גמר מיתה ומתנת שכיב מרע לאחר גמר מיתה וכיצד מפקעת מתנת שכיב מרע מירושה שאין לה הפסק, וכתבו ז"ל לחלק בין ירושה דממילא כגון שאמר לבניו אחריכם לפלוני דמהני וזכה אותו פלוני אחריהם, דמתנת שכיב מרע מפקעת מירושתם, לבין אם אמר נכסי לך בראוי ליורשו, דתו אין לה הפסק, ועדיין סלקא להו בצ"ע.

ונראה לפרש טעמא דמילתא, דכשאומר לבניו אחריכם לפלוני הרי אמירה זו באה ליטול זכותם מאחריהם, והרי זה בדין מתנת שכיב מרע שמועילה להעביר זכות הירושה ולתת לאחרים, ולכך זכו האחרים, אבל כשבא לומר לאחד מן היורשים כל נכסי לך ואחריו לפלוני, הרי הוא בא לזכות את היורש הזה בירושה נוספת, פרט לאחריו, וכיון דאפשר להוסיף לו זכות ירושה הלזו ע"י דינא דריב"ב דביום הנחילו, הרי אמנם אמרנו דהנחילו זכות זה, ומה שחפץ שלא להוסיף לו את הזכות דלאחריו שבהוספה זו, זה אמרנו דאין הדבר בידו דרחמנא אמר דאין לה הפסק, וכיון שעשאו יורש הרי גם לאחריו ירשוהו יורשיו.

ודאתאן עלה יש להסתפק באומר לבניו נכסי לכם ואחריכם לפלוני מהו, מי אמרנו זכות בניו בירושה ידוע ולא בא לזכותם בה, ועיקר דבריו לקפח זכותם מלאחריהם והר"ז כדין ירושה דעלמא שאמר לבניו אחריכם לפלוני דמהני, ואפשר נמי דעדיף דמה שאמר נכסי לכם הרי הוא בא לזכותם בהם מדין מתנת שכיב מרע ולעקרם מדין ירושה כדי שיוכל לזכות אחריהם לזה שחפץ, או"ד כיון שאמר נכסי לכם אוקמינהו בירושתייהו ואין לה הפסק, ויותר מסתבר דבזה דבריו קיימין ואחריהם לפלוני.

ולפי טעמים אלו מסתבר כהרמב"ם פ"ב דזכייה ה"ו ובשו"ע סי' רמ"ח ס"ב שאם פירש בהדיא שאינו נותן משום ירושה אלא משום מתנת שכיב מרע כדי שיזכה האחריו דשפיר דמי, דכיון דבירושה דממילא יכול לזכות לאחריהם אף שיורשים מדאוריתא, א"כ למה לא יוכל לפרש כן במזכה לאחד מן היורשים בדינא דריב"ב, ועי' ריב"ש סי' קס"ז דנקט דהרשב"א חולק על הרמב"ם, ועי' מהרי"ט חלק חו"מ סי' ע"ד, וצ"ע, ומיהו לפי הרי"ף קמ"ט א' כתבו שם הרמב"ן והרשב"א דאף בפירש לשם מתנה לא מצי להפסיק.

ולו"ד ז"ל י"ל דהנה כל עיקר מתנת שכיב מרע נתקנה לעקור ירושה דאוריתא, ויתכן לומר דכל זה כשהוא מחלק נכסיו עכשיו, ומגרע זכות היורשים, אבל אם בא להתנות לאחר שנכסיו יבאו לידי יורשיו וירשוהו ויהיה רשות בידם לעשות בהם כרצונם ולכלותם, [כדקיי"ל דאין לשני אלא מה ששייר ראשון], שאחריהם יזכו בהם אחרים ולא יורשיהם, זה לא תיקנו חכמים, דחשיב כבא להפסיק ירושת בניו ורחמנא אמר אין לה הפסק, אבל כל שבא להגביל ירושת בניו כגון שהשליש נכסיו ואמר אל תתנו להם אלא שקל ועי"ז אם ישארו נכסים שיירשו אחרים, הרשות בידו, דכמצוה על נכסיו הוא, ולא על נכסי בניו, וכש"כ בנותן מתנות לאחרים על תנאי אם יעשו כך, דכבר מעכשיו משועבדים נכסיו לזה, ואין יורשיו רשאים לכלותם, ולפי זה אין הא דרב אחא בריה דר"ע אלא באחריו כשהראשון זכאי לעשות בנכסים כרצונו ולכלותם, [ואין לשני אלא מה ששייר ראשון], שזכה בהם בדין יורש לכל מילי, דבזה אין ביד המוריש להתנות שלא יירשו יורשיו אותם, שו"ר בחדושי הר"ן כדברים האלה עי"ש. - [ויתכן עוד דכל לאחריו כיון שאם מת הראשון אין לאחריו כלום כדאמרנו במת שני בחיי ראשון דאין השלישי זוכה, א"כ אין לחשוב כאילו הנותן נתן ללאחריו, וע"כ לשתף גם את הראשון בזה, וכיון שכן הרי אנו באים לגרוע מזכות הירושה של הראשון שהרי אנו באים לחייבו לתת ללאחריו, וירושה אין לה הפסק, והרי לעולם יכול לתת זכות ירושה דריב"ב בנתינה ליורש, ואינו יכול

לומר שאחיו יירש פחות וממילא יירש הוא יותר, דזה כאומר לא יירש פלוני בני, וה"נ נטילת הזכות של היורש מבניו אחריו ולחייבו לתת ללאחריו חשיב כאומר לא יירש במדה מסוימת, ובתנו שקל לבני מלבד שלא נתן להם רשות לכלות, הנה גם אמר אם מתו יירשו אחרים תחתיהם, ומתפרש גם אם ימותו בחיי הנותן, ולפי זה י"ל דחשיב כאילו הנותן נותן ללאחריו בלא אמצעות הראשון, ולא חשיב כבא להפסיק ירושת הראשון, ומיהו ברשב"א קל"ז א' כתב דגם באמר אם מתו יירשו אחרים תחתיהן הוי כאמר אחריו עי"ש וצ"ע].

ולפ"ז י"ל דגם בירושה דממילא אינו יכול להתנות אחריו, כגון שיש לו בן יחיד אינו יכול לומר לו אחריו יירש פלוני, דכיון דהוא זוכה בנכסים מדין ירושה הרי רחמנא אמר דאין לה הפסק, וכדעת גדולי המפרשים שהביא הנמו"י, וכ"מ ברמ"ה, עי"ש, וכן משמע מהא דאמרין דלריב"ב אין לשני במקום ראשון כלום, והיינו דגם מחלק הירושה שהיה מגיע לראשון גם בלא נכסי לך שאמר לו המוריש, נמי אין לאחריו כלום, אע"ג דחלק זה יירש ממילא, [דהא ליתא דלריב"ב אלא בבן בין הבנים], ועי' במהרי"ט חו"מ סי' ע"ד, ולא קאימנא בעיון הראוי בכ"ז.

ג) קל"ג א' אר"ה שכיב מרע שכתב כל נכסיו לאחר רואין אם ראוי ליורשו נוטלן משום ירושה כו' אי ס"ל כריב"ב אימא הלכה כריב"ב דהא שמעתין כריב"ב הוא דאזלא דלמא כי הא קאמרת כו', צריך פירוש מאי קמשני ליה דלמא כי הא קאמרת, הא התם נמי כריב"ב הוא דאזלא, ואם משום דאעובדא קאמר לה, הרי השתא משמע דאמר לה כמימרא ואהא הוא דאקשי ליה ר"נ, ומה בכך דהוי נמי עובדא כה"ג.

ונראה דעיקר מימרא דר"ה היא דלשון המתפרש גם מתנה וגם ירושה, נקטינן דמשום ירושה קאמר, ואף כשאמר אחריו וע"י זה דמפרשין לה כירושה מתבטל מה שאמר אחריו, ובפשוטו אין נפקותא בזה אלא לריב"ב, דכשאין שם יורש אלא אחד וכתב לו נכסיו ע"כ מתפרש דלמתנה קאמר ליה, דמשום ירושה לא היה צריך לכתוב לו כלום, וזה לדעת הרמב"ם דבפירוש בהדיא דלאו משום ירושה קאמר אלא משום מתנה דדבריו קיימין ומהני אחריו, וכיון דאין נפקותא אלא לריב"ב היה ראוי לר"ה למימר דלריב"ב קאמר, וכמו דקאמר רב אחא בריה דר"ע, והיינו דאקשי ליה ר"נ גנבא גנובי למה לך כו' דהא שמעתין כריב"ב אזלא, ואמאי קאמרת לה בסתמא, ואפשר לפרש דמשני דגם לרבנן איכא נפקותא כשאמרו לו למאן דלמא לפלניא והוא השיב אלא למאן, והוא הראוי ליורשו לבדו, דגם אם כונתו לירושה שפיר היה לו להשיב, ובכה"ג כשאמר אלא למאן ואחריו לפלוני יתכן לפרש דבמתנת שכיב מרע קאמר ויתכן לפרש דבתורת ירושה קאמר ושפיר איצטריך לאשמועין דמפרשין לה מדין ירושה ואין לה הפסק, ולכך לא הזכיר ר"ה לריב"ב, משום דגם לרבנן משכחת לה שפיר דאיצטריך לאשמועין דבראוי ליורשו נוטל משום ירושה, ומיהו לשון הגמ' אם ראוי ליורשו לא משמע שהוא היורש היחידי, אלא כלישנא דריב"ב במתני' ק"ל א', וכן הרי"ף והרא"ש לא העתיקו הא דכריב"ב אתיא, וסמכו על לשון ראוי ליורשו דמתפרש כריב"ב, וצ"ע.

ולפמ"ש"כ לעיל סק"ב לדעת הרמב"ן והרשב"א דבירושה דעלמא מהני אחריו, דשמא גם באמר לבניו נכסי לכם ואחריתם לפלוני דנמי דבריו קיימין, דבאמירת נכסי לכם לא נתכוון לזכותם בדין ירושה, דממילא קא ירשי, לפ"ז יתכן אולי לפרש סוגיין דר"נ א"ל לר"ה דהו"ל לפרש דאליבא דריב"ב קאמר כיון דלא משכחת לה אלא אליביה, ואהדרו דמשכחת לה גם לרבנן באמר ואלא למאן והוא הראוי לירש מן הדין ואחריו לפלוני, דכיון דהראשון יכול לזכות מתורת ירושה מפרשין דבא להטיל תנאי בירושתו הא דאחריו, ולא שבא להפקיע ירושתו ולמיהב ליה מדין

מתנת שכיב מרע, דאלא למאן מתפרש ליפות כחו או עכ"פ שישאר כדינו, ובכה"ג הוא דאיצטריך לר"ה לאשמועין גם לרבנן דנוטל בתורת ירושה ואין לה הפסק, אבל כבר כתבנו דלשון אם ראוי ליורשו לא משמע שהוא היורש היחיד, וצ"ע. שם למאי הלכתא כו', נראה לדקדק מכאן דכל המוריש לראוי ליורשו כריב"ב, נמי אם עמד חוזר, מדלא קאמר נפ"מ לאם עמד חוזר, ודינו שוה למתנת שכיב מרע לכל מילי, וזה דלא כמש"כ לעיל קכ"ו ב', ועי' לקמן קל"ט ב' בסוגיא דמרובין ונתמעטו סק"ד דמכאן מוכח גם לענין אם נפסדו הנכסים בין מיתה לחלוקה דדיינינן למתנת שכיב מרע כירושא להתחלק בהפסד.

ד) שם השתא בירושא דאוריתא אמרת אלמנתו ניזונת מנכסיו במתנה דרבנן לא כש"כ, הך ק"ו הוא רק לאחר דנשוה מתנת שכיב מרע לירושא לומר דמלוה על פה ראוי שתגבה ממתנת שכיב מרע כדרך שגובה מן היורשים, אם משום דשעבודא דאוריתא ולא חיישינן בזה לפסידא דמקבל מתנה, אם משום שלא תנעול דלת בפני לוויין, דמתנת שכיב מרע כירושא היא דזוכה בה לאחר מיתה, ובתר הכי איכא למימר דמתנת שכיב מרע גריעא שאינה אלא מדרבנן, אבל אם נימא דמתנת שכיב מרע כמתנה דיינינן לה, הרי היא בדין משועבדים אף שאינה אלא מדרבנן, דגם הקונה קרקע בקנין דרבנן הוי לה משועבדים, ולכן צ"ל דקים לגמ' מסברא דמתנת שכיב מרע כירושא לענין מלוה על פה, דכל הטעמים דאיתנהו ביורשים איתנהו נמי במתנת שכיב מרע, ולכן דיינינן ק"ו.

ומ"מ לא אהני האי ק"ו בדאיכא יורשים ומתנת שכיב מרע, דקיי"ל בחו"מ סי' רנ"ג ס"י דגובה מן היורשים תחלה, דהם טפי כרעא דאבוהון, עי' בעליות הר"י, דהטעם משום דמה שפירש בהדיא חשיב כהקדימו, וכאילו אמר ינתן לפלוני כו"כ והמותר ליורשים.

הרי"ף בסוגיין כתב דקיי"ל כרבא לקמן קל"ז א' דמתנת שכיב מרע קונה לאחר גמר מיתה הלכך חיוב המזונות ומתנת שכיב מרע בהדי הדדי קאתו ולא דחיא חדא לחבירתה, וכ"כ הרמב"ם בפ"ט מה' אישות ה"ג, [ובפ"ח מה' זכיה ה"ט כתב שחיוב המזונות קדם, עי"ש בלח"מ], והדברים צריכים פירוש, דמה ענין כאן בבאין כאחד, הלא עיקר הדבר דיינינן למתנת שכיב מרע כירושא ולא כמשועבדים, ומלוה על פה גובה מן היורשים, ועוד דאם באין כאחד היה ראוי לומר יחלוקו כמ"ש הרשב"ם קל"ז א' אי אחריו ומתנת שכיב מרע באין כאחד עם גמר מיתה, ובקצה"ח סי' רנ"ב סק"א כתב משום דתנאי כתובה תקנת חכמים הלכך עדיפי, וצ"ע דגם מלוה על פה גובה ממתנת שכיב מרע כמ"ש המ"מ בפ"ח מה' זכיה שם אף דאינה תק"ח, ועו"ק דאם אין דין מקבל מתנת שכיב מרע כירוש, הרי גם אם היה זוכה לאחר שחל שעבוד המזונות, נמי בדין היה שלא יגבו ממנו כדין אם מכרו היתומים כתובות ס"ט א', וצ"ל דכונת הרי"ף רק לאפוקי שאין מתנת שכיב מרע קודמת, שאם היתה קודמת היתה בדין משועבדים, כיון שזכה בה עד שלא מת, [ומשמע דלאביי מקמי דהדר ביה דמתנת שכיב מרע קונה עם גמר מיתה, אמנם לא יגבו ממנה לא מזונות ולא בע"ח, ואפשר דמה"ט אמנם תקנו שמתנת שכיב מרע יזכה לאחר גמר מיתה, אף שהוא ענין מחודש לזכות לאחר מיתה, כדי שתהיה בדין ירושה ולא מתנה], וכיון שאינה קודמת הרי היא בדין ירושה וגובין ממנה מזונות ומלוה על פה, ולא כל כמינה להפקיען.

הרמב"ן הקשה איך אפשר לומר דמלוה על פה גובה ממתנת שכיב מרע, הא לקמן קל"ח א' ובגיטין נ' ב' תניא דשכיב מרע שאמר תנו מאתיים זוז לפלוני ואחריו לפלוני ואחריו לפלוני, [ושם מתפרש שלשני נתן ג' מאות ולשלישי ד' מאות], דאם

יצא עליו שטר חוב גובה מן האחרון ואפילו הן זיבורית, ואם מלוה על פה גובה ממתנת שכיב מרע אמאי לא יגבה מבעל הבינונית, ותירץ הרשב"א דלענין בינונית וזבורית חשבינן למתנת שכיב מרע כמשועבדים כיון שאין המלוה נפסד, אבל בדליכא אצל היורשים שפיר גובה גם מלוה על פה ממתנת שכיב מרע, ויש לעי' אם איתא שיש לחלק בכך, א"כ בגיטין שם דמיבעיא לן אם מתנה יש לה דין משועבדים אע"ג דליכא פסידא למקבל מתנה, ופשטינן מהך ברייתא, ואע"ג דדחינן לה כתב הרי"ף שם דדחייה בעלמא הוא וקיי"ל כהך פשיטותא, וא"כ לפי דברי הרשב"א אכתי לא שמעינן דמתנה יש לה דין משועבדים אלא כשאין המלוה נפסד והנידון רק בין בינונית לזבורית, אבל בדליכא בני חורין שמא לא חשבינן למתנה כמשועבדים, ופשטא משמע דהא דמיבעיא לן התם במתנה היאך הוא לא רק לענין אין גובין מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין, אלא גם לענין אי מלוה על פה גובה ממתנה, [אע"ג דלענין הא דאין גובין ממשועבדים אלא בשבועה כתבו תו' קע"ה א' דבזה פשיטא דמתנה כמשועבדים ואינו בכלל הבעיא], ועל סמך הך פשיטותא קיי"ל דמלוה על פה אין גובה ממתנה כמ"ש הסמ"ע ר"ס ל"ט, ולדברי הרשב"א אין מכאן ראייה, שוב הראוני שכבר הקשה כן בגדו"ת שער ס"א ח"א דין ה'.

בשו"ע חו"מ סי' רנ"ג ס"י כתב דאם נתן מקצת נכסיו במתנת שכיב מרע והניח השאר ליורשיו, דבע"ח גובה מן היורשים תחלה, ורק אם לא יספיק יגבה מהמקבל מתנה, ויש להסתפק אם נתן המתנה לאחד מבניו בדינא דריב"ב מהו, כגון שאמר פלוני בני יירש שני שלישי, אם בע"ח גובה מן השליש הנוסף מיד, והרי הוא נותן לבע"ח שני שלישי ואחיו שלישי, או"ד מתנת ריב"ב לא גריעא ממתנת שכיב מרע ונותנין לבע"ח בשוה, ורק אם לא יספיק יגבה מן השליש הנוסף, ומהא דלא אמרינן בסוגיין כד שיילינן למאי הלכתא דנפ"מ לענין בע"ח, אין ראייה דהא ר"ה איירי בכתב כל נכסיו.

והדבר מבואר בעליות הרי"י [וגם דין זה דיורשים כבנ"ח לגבי מתנת שכיב מרע מקורו שם בעליות], שהקשה לגירסת הרי"ף דדרשינן ק"ו דאם מירושה דאורייתא ניוזנת כש"כ ממתנת שכיב מרע א"כ משמע דבדאיכא ירושה ומתנת שכיב מרע יש להקדים לגבות ממתנת שכיב מרע, ועכ"פ להשוותם ולגבות משניהן כאחד, ולא מסתבר כן אלא ראוי להפרע מן היורשים תחלה, לכך פירש דהק"ו הוא מירושה דאורייתא דריב"ב, וכ"מ ברשב"ם, ומבואר דס"ל דירושה דריב"ב לגבי ירושה דממילא, כמתנת שכיב מרע לגבי ירושה דממילא, ולעולם מקדימין לגבות מירושה דממילא, ומיהו מתנת שכיב מרע וירושה דריב"ב נראה דשוין הם אע"ג דזה דאורייתא וזה דרבנן, ועיקר הטעם משמע בעליות דהוא משום דכל מה שפירש בהדיא חשבינן ליה כהקדימו, וכאילו אמר ואח"כ ליורשים, ולכך גובין מן היורשים תחלה, עי"ש. (סי"ט סק"א-ד').

קכ"ט ב' כל תוך כדי דבור כדבור דמי כו', ממש"כ תו' ב"ק ע"ג ב' ד"ה כי דטעמא דתוך כדי דיבור כדיבור דמי, משום דילמא מתרמי הרב לגבי תלמיד בזמן גמר מקח שיוכל לתת לו שלום, משמע דמיד ממש לכו"ע יכול לחזור בו, וזה מן הדין, וכן דאי תוך כדי דיבור כדיבור דמי, הרי יכול לחזור בו לאחר שיעור זה מיד, ואין צריך שיחזור בו בתוך שיעור זה, וכן מבואר בדבריהם נזיר כ' ב', ולכאורה בהני דתוך כדי דיבור לאו כדיבור דמי, כגון קידושין וגירושין ומגדף, הרי גם מיד ממש אינו יכול לחזור בו, וגם משמע דמדאורייתא הוא, דבמגדף לענין למקטליה נאמר, אף דבעלמא בשיעור מיד חוזר מדאורייתא, ועי' ב"ש אה"ע סמ"ט סק"ג, דגם בקדושין הוי קדושין מדאורייתא אפילו חזר בו, ועי' בתו' נדרים פ"ז א' כתבו דשיעור תוך כדי

דיבור מדאוריתא הוא, וברשב"ם ק"ל א' כתב דהא דבקדושין א"י לחזור בתוך כדי דיבור הוא לחומרא, ומשמע נמי דס"ל דבעלמא תוך כדי דיבור כדיבור מדאוריתא, ובקדושין אמרו רבנן להחמיר, אבל במגדף וע"ז בפשוטו לענין חיוב מיתה נאמר, ולכאורה במקח אם התנו קודם המקח שלא יוכלו לחזור בתוך כדי דיבור הרי ראוי שיהא התנאי קיים, (ולאו מדין תנאי שע"מ כן מכרו, דאם יכולים לחזור הרי גם את התנאי דין הוא שיוכלו לבטל), דאפשר לעשות מקח כזה, ואם אמנם כן, שפיר י"ל דתיקנו חכמים דקדושין וגירושין יעשו באופן הזה שלא יוכלו לחזור בהם, ושוב מדאוריתא אינם יכולים לחזור, ושמא שייך ענין זה אף במגדף, וצ"ע. (ב"ק ע"ג ב'). תוד"ה חוץ ור"י פירש ע"ז שא"ל אלי אתה כו', א"ה, עי' מש"כ בחו"ב סנהדרין ס' ב' דנראה דהמקבלו עליו לאלוה בעינן פיו ולבו שוין, שאל"כ לא שייך חזרה, וכמו בחילול שבת וכיו"ב דלא שייך חזרה.

ק"ל א' א"ל אביי הא מלא יוכל לבכר נפקא ההוא מיבעי ליה לכדתניא כו', לכאורה אי הוי ילפינן דבפשוט יוכל לשנות מלא יבכר, הוי אמרינן דיכול לשנות גם באמירת לא יירש, דגם באמירת לא יטול הבכור איכא משום לא יבכר, ושמא לשון לא יבכר משמע דוקא כשנותן חלק הבכורה לפשוט, א"נ הו"מ לשנויי הכי, ובזה נמי ניחא קושית תו' דלריב"ב לא לכתוב ביום הנחילו, ומה שתירצו דהו"א דחלק בכור יכול לשנות כיון דאינו נוטל בראוי, צ"ע דכיון דטעמא משום מתנה על מה שכתוב בתורה א"כ מה בכך שאינו נוטל בראוי. (לעיל קכ"ו ב' סק"ד).

ק"ל ב' אין למדין הלכה לא מפי למוד כו', בהוריות ב' א' אמר שמואל לעולם אין ב"ד חייבין עד שיאמרו להם מותרין אתם, ומלשון זה משמע דאף כשלא אמרו מותרין אתם, רשאין הציבור לנהוג כפי מה ששמעו דעת ב"ד, אלא דבכה"ג אין חיוב פר', והיינו כששמעו מב"ד דרך לימוד, ועי' רשב"ם כאן, ובתו' בהוריות שם כתבו ללמוד מדשמואל דאף בעלמא אין לסמוך על מה ששמעו הלכה בדרך לימוד, ואפשר דהיינו כשאפשר לחזור ולשאול לרבם, עי' רשב"ם בהא דר' יוחנן, וצ"ע. (הוריות ב' א').

קל"א א' בעי רבא בבריא היאך כי קאמר ריב"ב בשכיב מרע דבר אורוטי הוא כו', יש להבין היכן מצינו בדאוריתא ענין בשכיב מרע, ונראה דקרא דביום הנחילו את בניו קשה דהא ירושה ממילא הוי ומאי הנחילו דכתיב, ובנותן מחיים הרי ליכא לא יבכר, וע"כ לפרש ביום הנחילו ביום שהוא מסתלק מן הנכסים, [ואשכחן ענין סילוק מנכסים לעיל נ"ד ב' גבי עכו"ם מכי מטי זוזי לידיה אסתלק ליה והוי הפקר], וא"כ איירי קרא בשכיב מרע שמוסר הנכסים ליורשיו כשמשלק מהם, ומיבעיא ליה לרבא אם קרא אורחא דמילתא נקט, או דדוקא קאמר דבשעה שהוא מסתלק מנכסיו הוא דנתנה לו תורה רשות להוריש.

ונראה דאם עמד אין הנחלתו מתבטלת, דלעולם שכיב מרע בספק הוא, ובזה אמרה תורה שיכול להנחיל, וזה גם אם נימא דאם בא לחזור חוזר אף בלשון לא יירש, [עי' קצה"ח סי' רפ"א סק"ג], שכתב דהוי מתנה על מה שכתוב בתורה, אבל בסברא אין נראה כן, גם בלשון ה"ר יונה בסוגיין שכתב שיכול לחזור בו משמע כפשוטו בלשון לא יירש, וכבר השיגו בנתה"מ, אבל לקמן קל"ג א' כתבנו לדקדק מהא דפרכינן למאי הלכתא, דאין חילוק בין הנחלה דריב"ב למתנת שכיב מרע דעלמא.

שם א"ל ר"מ לרבא ת"ש דא"ל ר"נ לרבי שניתם משנתכם כריב"ב כו' אינון ירתון כו', לשון ירתון הוצרכו לו לומר דעיקר החיוב של כתובת בנין דכרין הוא שיקחו מירושתו לאחר מיתתו, אלא דגם בלשון יסבון היה הדבר מובן מהא דקתני יתר על חולקיהון דעם אחוהון, אבל הלשון הנאות הוא ירתון, אלא דס"ל לר"נ דאי ליכא

דכוותה שאדם יכול לצוות מי יירש, לא היה לחכמים לשמש כאן בלשון זה. שם ואפילו לר"מ דאמר אדם מקנה כו', עי' מש"כ לקמן קמ"ב א'.

שם בין למ"ד יסבון ובין למ"ד ירתון הא אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, א"ה, עי' מש"כ בזה לקמן קל"ט ב' דבמזון הבנות לא שייך לדון משום שאינם בעולם, דהתחייבותו היא לאשה שישנה בעולם, והבנות הם תנאי של מקום הפרעון.

קל"א ב' זה מדרש דרש ראב"ע לפני חכמים בכרם ביבנה הבנים יירשו והבנות יזונו מה הבנים אינם יורשים אלא לאחר מיתת אביהם אף בנות לא יזונו אלא לאחר מיתת אביהן, א"ה, ראיתי להעתיק מש"כ בזה בחו"ב כתובות מ"ט. יש לעי' ואם האב חייב במזונות בתו מאי הו"ל לחכמים למיכתב בכתובה, ואין לומר דאם חייב מחיים חייב נמי לאחר מיתתה ואין צורך לתקנה, דא"כ למה הוצרך ראב"ע להיקש לתקנת הבנים, הלא מעיקר התקנה מתנאי כתובה מוכח שאינו חייב מן הדין, וע"כ צ"ל דאף אם חייב מחיים מ"מ לאחר מיתתה ליכא חיוב על נכסיו, ושפיר איצטריך לחכמים לתקן שיזונו לאחר מיתתה, וא"כ הדרה קושיין לדוכתה דמאי הו"ל לחכמים לתקן אם האב חייב במזונות בתו, ועי' ב"ב קל"א ב', ומשמע דאם חוב האב הוא מן הדין היה ראוי לחכמים לתקן עם תקנתם שיהא שעבוד נכסים מחיים, וכאילו יסבון תנן, ומדכללו תקנה זו בתקנות הכתובה ביחד עם תקנת בנין דכרין דיהוון ירתין, משמע דגם חיוב המזונות לבנות אינו אלא לאחר מיתתה וכעין ירושה, ומוכח מזה דאינו חייב במזונות מחיים מן הדין. (כתובות מ"ט א').

קל"ג א' אר"ה שכיב מרע שכתב כל נכסיו לאחר רואין אם ראוי ליורשו נוטלן משום ירושה כו' אי ס"ל כריב"ב אימא הלכה כריב"ב דהא שמעתתך כריב"ב הוא דאזלא דלמא כי הא קאמרת כו', צריך פירוש מאי קמשני ליה דלמא כי הא קאמרת, הא התם נמי כריב"ב הוא דאזלא, ואם משום דאעובדא קאמר לה, הרי השתא משמע דאמר לה כמימרא ואהא הוא דאקשי ליה ר"נ, ומה בכך דהוי נמי עובדא כה"ג.

ונראה דעיקר מימרא דר"ה היא דלשון המתפרש גם מתנה וגם ירושה, נקטינן דמשום ירושה קאמר, ואף כשאמר אחריו וע"י זה דמפרשין לה כירושה מתבטל מה שאמר אחריו, ובפשוטו אין נפקותא בזה אלא לריב"ב, דכשאין שם יורש אלא אחד וכתב לו נכסיו ע"כ מתפרש דלמתנה קאמר ליה, דמשום ירושה לא היה צריך לכתוב לו כלום, וזה לדעת הרמב"ם דבפירוש בהדיא דלאו משום ירושה קאמר אלא משום מתנה דדבריו קיימין ומהני אחריו, וכיון דאין נפקותא אלא לריב"ב היה ראוי לר"ה למימר דלריב"ב קאמר, וכמו דקאמר רב אחא בריה דר"ע, והיינו דאקשי ליה ר"נ גנבא גנובי למה לך כו' דהא שמעתתך כריב"ב אזלא, ואמאי קאמרת לה בסתמא, ואפשר לפרש דמשני דגם לרבנן איכא נפקותא כשאמרו לו למאן דלמא לפלניא והוא השיב אלא למאן, והוא הראוי ליורשו לבדו, דגם אם כונתו לירושה שפיר היה לו להשיב, ובכה"ג כשאמר אלא למאן ואחריו לפלוני יתכן לפרש דבמתנת שכיב מרע קאמר ויתכן לפרש דבתורת ירושה קאמר ושפיר איצטריך לאשמועינן דמפרשין לה מדין ירושה ואין לה הפסק, ולכך לא הזכיר ר"ה לריב"ב, משום דגם לרבנן משכחת לה שפיר דאיצטריך לאשמועינן דבראוי ליורשו נוטל משום ירושה, ומיהו לשון הגמ' אם ראוי ליורשו לא משמע שהוא היורש היחיד, אלא כלישנא דריב"ב במתני' ק"ל א', וכן הרי"ף והרא"ש לא העתיקו הא דכריב"ב אתיא, וסמכו על לשון ראוי ליורשו דמתפרש כריב"ב, וצ"ע.

ולפמ"ש"כ לעיל קכ"ט ב' סק"ב לדעת הרמב"ן והרשב"א דבירושה דעלמא מהני אחריו, דשמא גם באמר לבניו נכסי לכם ואחריכם לפלוני דנמי דבריו קיימין, דבאמירת נכסי לכם לא נתכוון לזכותם בדין ירושה, דממילא קא ירשי, לפ"ז יתכן

אולי לפרש סוגיין דר"נ א"ל לר"ה דהו"ל לפרש דאליבא דריב"ב קאמר כיון דלא משכחת לה אלא אליביה, ואהדרו דמשכחת לה גם לרבנן באמר ואלא למאן והוא הראוי לירש מן הדין ואחריו לפלוני, דכיון דהראשון יכול לזכות מתורת ירושה מפרשינן דבא להטיל תנאי בירושתו הא דאחריו, ולא שבא להפקיע ירושתו ולמיהב ליה מדין מתנת שכיב מרע, דאלא למאן מתפרש ליפות כחו או עכ"פ שישאר כדינו, ובכה"ג הוא דאיצטריך לר"ה לאשמועין גם לרבנן דנוטל בתורת ירושה ואין לה הפסק, אבל כבר כתבנו דלשון אם ראוי ליורשו לא משמע שהוא היורש היחידי, וצ"ע. (קכ"ט ב' סק"ג).

שם למאי הלכתא כו', נראה לדקדק מכאן דכל המוריש לראוי ליורשו כריב"ב, נמי אם עמד חוזר, מדלא קאמר נפ"מ לאם עמד חוזר, ודינו שוה למתנת שכיב מרע לכל מילי, וזה דלא כמש"כ לעיל קכ"ו ב', ועי' לקמן קל"ט ב' בסוגיא דמרובין ונתמעטו סק"ד דמכאן מוכח גם לענין אם נפסדו הנכסים בין מיתה לחלוקה דדיינינן למתנת שכיב מרע כירושה להתחלק בהפסד. (שם).

שם השתא בירושה דאוריתא אמרת אלמנתו ניזונת מנכסיו במתנה דרבנן לא כש"כ, הך ק"ו הוא רק לאחר דנשוה מתנת שכיב מרע לירושה לומר דמלוה על פה ראוי שתגבה ממתנת שכיב מרע כדרך שגובה מן היורשים, אם משום דשעבודא דאוריתא ולא חיישינן בזה לפסידא דמקבל מתנה, אם משום שלא תנעול דלת בפני לוויין, דמתנת שכיב מרע כירושה היא דזוכה בה לאחר מיתה, ובתר הכי איכא למימר דמתנת שכיב מרע גריעא שאינה אלא מדרבנן, אבל אם נימא דמתנת שכיב מרע כמתנה דיינינן לה, הרי היא בדין משועבדים אף שאינה אלא מדרבנן, דגם הקונה קרקע בקנין דרבנן הוי לה משועבדים, ולכן צ"ל דקים לגמ' מסברא דמתנת שכיב מרע כירושה לענין מלוה על פה, דכל הטעמים דאיתנהו ביורשים איתנהו נמי במתנת שכיב מרע, ולכן דיינינן ק"ו.

ומ"מ לא אהני האי ק"ו בדאיכא יורשים ומתנת שכיב מרע, דקיי"ל בחו"מ סי' רנ"ג ס"י דגובה מן היורשים תחלה, דהם טפי כרעא דאבוהון, עי' בעליות הר"י, דהטעם משום דמה שפירש בהדיא חשיב כהקדימו, וכאילו אמר ינתן לפלוני כך וכך והמותר ליורשים. (קכ"ט ב' סק"ד ועי"ש).

קל"ד ב' ליורשו פשיטא, עי' מש"כ לעיל קכ"ז ב' בדברי הרשב"ם והתו' כאן. שם בעל שאמר גרשתי את אשתי אינו נאמן, ברשב"ם ובתו' פירשו החילוק בין יש לי בנים לגרשתי משום דאם איתא דגירשה קלא אית לה למילתא, ונראה דאין כונתם דכיון דליכא קול חשיב ריעותא, דהא בסתמא אומר שזה עתה גירשה ואכתי אין כאן ריעותא במה דליכא קול, וגם אמרו כתובות כ"ג א' דזימנין דמגרש נמי בצינעא, וגם לפי זה אי נפיק קלא מהימן ול"מ כן, גם א"ה נימא אידי ואידי מכאן ולהבא כאן דאיכא קלא כאן דליכא קלא, ובגמ' לקמן קל"ה א' דאמר אשינויי ניקום ונסמוך משמע דאי לא מתרצינן כאן למפרע כאן להבא, ע"כ דפליגי הני תרי לישני וכ"כ ברשב"ם שם, אבל אפשר דכונתם ז"ל דמה שאנו מחזיקים אותה כא"א חשיבא חזקה אלימתא, שעיקר ענין פנויה ואשת איש להנהגת העולם הוא והרי כל העולם כבעל דבר בענין זה, ולפיכך מה שהיא מוחזקת באשת איש חשיבא חזקה מבוררת ולא כל כמיניה לערער עליה אף שיש לו מגו כל שלא נתערערה אצלנו חזקה זו, משא"כ מה שמוחזק שאין לו בנים אינה חזקה כלל אלא שאין אנו יודעים לו בנים ובזה שפיר אהני הא דבידו לגרשה שיהא נאמן לומר יש לי בנים, וזה שכתבו דאם איתא דגירשה קלא אית לה למילתא ר"ל שלא יתכן שנתגרשה בזמן שאין אנו יודעים כלום, וגם יש להוסיף דהכא מעיד ממש בדבר שבערוה משא"כ יש לי בנים,

ועוד דהכא הא דאין לה גיטה מוכיח שלא נתגרשה, אבל עיקר הטעם נראה כמש"כ שלא הקילו חכמים להאמינו נגד חזקת א"א, [ואף בגט בידו ואומר שגירשה בו והפקידתו אצלו נמי אינו נאמן, אף די"ל דכה"ג אין כאן ריעותא דאחוי גיטך, [עי' כתובות כ"ב ב'], וכמשנ"ת בחו"ב גיטין סימן ו' סק"ז ח'], ולפי זה אף באיכא קול שנתגרשה נמי אין הבעל נאמן כל שאין מתברר שהיה מי שראה הגירושין, וכן בליכא ריעותא במה דליכא קול, ובפ"ת סימן קנ"ב סק"א בשם הרדב"ז ל"מ כן, וצ"ע, שו"ר בשטמ"ק בשם הרא"ם מבואר כמש"כ עי"ש. (גיטין ס"ט ס"ק י"א). - א"ה, ועי' גיטין ס"ח סק"ד בהא דאינו נאמן למפרע אם הוא במוחלט או דספיקא הוי.

שם איבעיא להו אמר למפרע מהו להימוניה להבא כו' חד אמר פלגין כו', נראה דמ"ד פלגין מצי סבר כרב יוסף סנהדרין ט' ב' דבפלוגי רבעני לרצוני לא פלגין, דדוקא התם דע"כ לומר שמשקר במה שאומר לרצונו, דאל"ה א"א לקבל עדותו, בזה ס"ל לר"י דלא פלגין, אבל כאן דאף אם אינו משקר אפשר להאמינו מודה ר"י דפלגין וכמש"כ בחו"ב סנהדרין ט' ב', ועוד דדוקא בעדות אמרין דלא פלגין דכל שא"א לקבל עדותו כמו שאמרה, אין זו עדות שאמרה תורה, דלא עדיפא מאיתכחוש בבדיקות, אבל כאן שנאמנותו מטעם בידו לא איכפת לן לפלוגי נאמנותו.

ומיהו אם איתכחוש בלמפרע, כגון שאמר שגירשה אתמול ואתו סהדי ואמרי דאתמול היה עמהם, נראה דאף למ"ד פלגין ואף לרבא תו אינו נאמן אפילו מכאן ולהבא, ואע"ג דאם אתו סהדי דנרבע לאונסו שפיר עדיין נאמן לרבא, דהשתא נמי מחזקין שהיה לאונסו, שאני התם דתרי גופי נינהו, משא"כ הכא דחד גופא הוא, ואע"ג דלא האמננוהו במה שאמר שגירשה אתמול, היינו דכן ההלכה שאינו נאמן למפרע והר"ז לדין כליכא עדים אלא שיודעים שעכשיו היא בחזקת מגורשת, אבל אין אנו מכחישים המעשה, וכשהוכחש הוחזק כפרן.

ואם אומר שגירשה אתמול ולא זזה ידו מידנו מאתמול עד היום דודאי לא גירשה לאחר אתמול, יש לדון אי פלגין דיבורא כה"ג, ונאמינו מכאן ולהבא אף דודאי לא גירשה עכשיו, [ואע"ג דלעולם א"א לומר שגירשה עכשיו ממש, [דלא מסתבר דנימא שנתן לה גט שיחול בדיוק ברגע זה שאומר גרשתי], מ"מ כל שאפשר לומר שגירשה רק רגע קודם באופן דליכא שום נפקותא בהך רגע, שפיר חשיב מכאן ולהבא כה"ג], דאפשר דלא אמרו חכמים פלגין כשהמציאות מכחישה, אף דלעולם אין אנו מחזיקים שבאמת גירשה עכשיו, מ"מ כשאי אפשר גרע, והרי איכא למ"ד דבכלל לא אמרין פלגין ככה"ג, ועי' בחידושי הגרע"א ז"ל ב"מ י"ח בתוד"ה אפילו, דבכה"ג אינו נאמן מכאן ולהבא.

שם מ"ש מדרבא דאמר רבא איש פלוני כו', הו"מ לשנויי דשאני התם דאדם קרוב אצל אשתו ולא נתכוין להעיד עליה, משא"כ הכא דנתכוין לומר שכבר גירשה למפרע, אלא דעדיפא משני דהתם בחד גופא לא שייך כלל פלגין, ובכלל זה גם דבתרי גופי שייך לומר פלגין שלא נתכוין להעיד עליה, דאדם קרוב אצל אשתו, משא"כ בחד גופא, ומיהו יש לעי' למ"ד התם דאמר למפרע נאמן מכאן ולהבא ופלגין דיבוריה, וכי פליג אמאי דאמרין דגם לרבא לא פלגין דיבורא אלא משום דאדם קרוב אצל עצמו, ולא חשיב כמעיד אלא במה שנוגע לחבירו, וי"ל דיש לחלק בין עדות למה שאדם נאמן מכח בידו, ודוקא בעדות לא פלגין, דכשא"א לקבל עדותו כמות שהיא, אין זו עדות שאמרה תורה. (סנהדרין י' א' מתוה"ד).

שם מ"ש מדרבא דאמר רבא איש פלוני כו', א"ה, ראיתי להעתיק מש"כ בזה

בסנהדרין ט' ב' בהא דפרכינן מדרבא כדבר שאין בו פלוגתא. כבר כתבנו בחו"ב סנהדרין ט' ב' סק"א דבדין אין אדם משים עצמו רשע, לית לן למישווי פלוגתא, דהא לאו ממון הוא ומהיכי תיתי יהא אדם נאמן על עצמו, וכ"כ באור שמח פי"ב מה' עדות, וטעמא דרב יוסף משום דלית ליה פלגינן דיבורא, והא דאמר לרצונו רשע הוא והתורה אמרה אל תשת רשע עד, ולא קאמר דלא פלגינן דיבורא וכיון דמעיד גם על עצמו ואינו נאמן על עצמו, אינו נאמן גם על חבריו, הוא משום דמודה רב יוסף דבפלוגי בא על אשתי פלגינן דיבורא, דכל שאין חלק עדות סותר לחבירו, אלא דיש חלק שאינו נאמן בו, בכה"ג שפיר פלגינן דיבורא להאמינו במה שנאמן, [והיינו דבב"ב קל"ד ב' מייתנין להך דפלוגי בא על אשתי לומר דפלגינן דיבורא, כדבר שאין בו פלוגתא, דהא פרכינן מזה אמאי דפליגי התם, ואם ג"ז פלוגתא מאי קושיא], דהתם נמי אין הלמפרע סותר למכאן ולהבא, והלכך לכו"ע כה"ג פלגינן דיבורא], ורק בפלוגי רבעני לרצוני דאם נאמן לברצונו הרי הוא פסול להעיד על חבריו ונמצא דיש כאן תרתי דסתרי בעדותו, שא"א לקבל חלק מעדותו אא"כ שיקר בחלק השני, בזה ס"ל דלית לן למימר פלגינן דיבורא כדי לקיים חלק מעדותו. (עד כאן).

תוד"ה למפרע תימה דמאי קמ"ל פשיטא דאין נאמן לומר למפרע גרשתי אשתי שאם היה נאמן מה הועילו חכמים בתקנה שתיקנו זמן בגיטין שלא יחפה כו', צ"ע מאי קשיא להו, נהי דר"י לא מצי סבר דתיקנו זמן משום פירי כיון דסבר יש לבעל פירות עד שעת נתינה, אבל אף אם א"א למצא תקנה לחיפוי הבעל ע"י אמירתו שגירשה, מ"מ אכתי ראוי לתקן זמן, שבזמן שהבעל לא ירצה לחפות, שלא תחפה על עצמה בגט שקיבלה, אם אירע שגירשה, וגם כשתזנה ותחוש שתתחייב בדין, כבר תשתדל שיגרשנה, וכיון שלא יהיה זמן הרי זה יחפה, ומיהו לקושטא דמילתא דבעל אינו נאמן למפרע שפיר אמר ר"י שמא יחפה. (סנהדרין ס"ב סק"ו).

קל"ה א' אימא סיפא נפלו לו נכסים ממקו"א יירשו אחיו עמו הא אמרי ליה לאו אחונא הוא, א"ה, עי' מש"כ בב"ק ל"ה ב' בסוגיא דטענו חטים סק"י בנידון אם הנתבע שיודע בעצמו שהוא חייב צריך לשלם, דמהא דהכא אין ראיה אלא שאין ב"ד נזקקין להגבות כיון שהתובע אומר שאינו חייב לו, אבל באמת יתכן שהוא עצמו חייב לשתפם עמו.

שם אמר רבא זאת אומרת מנה לי בידך והלה אומר איני יודע פטור, נראה דרבא סבר דהכא כמנה לי בידך דמי, דודאי מודה רבא דמנה לאחר בידך פטור לכו"ע ואין להוכיח ממנה לאחר בידך למנה לי בידך, וכן לישנא דאביי דהכא כמנה לאחר בידך דמי, משמע שאינו ממש מנה לאחר בידך, דא"כ הו"ל למימר שאני הכא דמנה לאחר בידך הוא, וטעמא דמילתא דבאמת הכא אין הנידון דומה לשאר דיני ממונות שיש חזקה אין אדם תובע אא"כ יש לו, וכן אין השני מעיז לכפור, והכא הוא נידון אחר ביחוס, ואמנם יש כאן מקום להאמין טפי וכעין דאמר יבמות ל"ט ב' גילוי מילתא בעלמא הוא, ולא חציף איניש, ובענין זה הדעת נוטה דיש להאמין טפי לאח המעיד על אחיו, מלהאמין לו בעצמו שהוא אח, וא"כ אם במעיד בעצמו חשיב מנה לי בידך כש"כ בשאחיו מעיד שאין ראוי לגרע זכותו, ולא דמי למנה לאחר בידך, דהתם אין כאן חזקה אין אדם תובע אא"כ יש לו, וגם אי הידיעה של התובע מגרעת זכותו, ואביי סבר דסוף סוף תביעת התובע בעצמו אלימא טפי והו"ל כמנה לאחר בידך.

תוד"ה אביי וי"ל דאביי דהכא לא משוי חילוק בין ברי חשוב כו' ואע"ג דהוי ברי גרוע דהם אינם יודעים אם יש להם אח במדה"י כו', דבריהם ז"ל תמוהין דבדליכא דררא דממונא לא שייך לומר ברי ושמא כלל, דאטו האומר לחבירו שורך הזיק שורי

מי גובה בלא עדים, ואף סומכוס מודה בהא דהמוציא מחבירו עליו הראיה, וכמש"כ בחו"ב ב"מ צ"ז ב' סק"א, ובב"מ צ"ז ב' כתבו דהכא נמי הברי טוב שירא שמא ישאלו ויודעו ששיקר, ובאמת נראה כן דלא חציף איניש למימר אחוכון אנא, וזה קשה טפי מלכחש ולומר מנה לי בידך, וגם השמא גרוע שאין ראוי לאדם להסתפק על אחיו, ולעולם בהשתדלות מתודע הדבר, ונראה דס"ל להתו' דהכא איירי בידועים שיש להם אח אלא שאין מכירין אותו, דבלא"ה אין שייך לדון, דאין להסתפק באח בשמוחזק שאין להם אחים, ואף שבא ואמר, לאו כל כמיניה, וכיון שידוע שיש להם אח וגם לא חציף איניש לשקר בכגון דא, ס"ל דחשיב כעין דררא דממונא, שראוי להסתפק שמא זה אחיהם, ומ"מ אף בזה פשטא דגמ' דריש הפרה משמע דכו"ע מודו בדין ניזק אומר ברי ומזיק שמא דהמוציא מחבירו עליו הראיה, ואף דהתם איכא דררא דממונא ממש, והכא יש לפרש כפי שפירשו בב"מ דחשיב ברי טוב, ועי' שם סק"א, ובב"ק שם כתבו בחד שינויא דבלא"ה דחי לה שפיר, ולכאורה אדרבה למאי דדחי נמצא דאמנם קושטא הוא דאם יודע בעצמו שהוא אחיהם אמרינן דברי עדיף, ועוד דהוא פלוגתא דאביי ורבא, ורבא במילתיה קאי ולא אידחיא, [וכמש"כ לעיל טעמיה], וכנראה היתה גירסתם א"ל אביי ואידחי דרבא, וכונתם דלא חש גמ' לדקדק בראית רבא להקשות דהא כו"ע מודו בכה"ג דפטור, דבלא"ה איפוך הא דרבא דאין ראייה כלל ממתניתין, ולא חש להקשות עליו עוד, אבל מ"מ צע"ק דבלישנא דאביי משמע דאמנם יתכן דאף כה"ג חייב, והו"ל לגמ' לפרושי שלענין הדין כו"ע מודו דפטור, ואין דברי אביי אלא לדחויי דליכא למישמע ממתניתין. (ב"מ צ"ז ב' סק"ט ז').

קל"ו א' מתני' הכותב נכסיו לבנו לאחר מותו כו', מהא דאמרינן בב"ק פ"ח ב' אלא השתא דקתני הכותב נכסיו לבנו משום דראוי ליורשו הוא, מבואר דאם בעל הגוף והפירות מסכים להקנות את הגוף באופן שהלוקח יוכל למוכרו, הרי זה מועיל, והבן יכול למכור, וצ"ע למה לא נימא דבסתמא כן הוא, וכש"כ כשבעל הגוף והפירות מקנה הפירות לאחר, למה לא נימא ששייר לעצמו זכות בגוף שיוכל למוכרו, ובב"ק שם מבואר דגם תקנת חכמים שהבעל יאכל פירות מפקיע מן האשה את הזכות למכור את הגוף למ"ד קנין פירות כקנין הגוף, ולמה הוצרכו חכמים לתקן כך ולאומי לשעבודא דבעל כולי האי, כיון דעיקרן שיאכל פירות, והוי סגי אם ישאר לאשה הזכות למכור את הגוף, וצ"ע בזה. (ב"ק פ"ח).

שם איתמר מכר הבן בחיי האב כו', לא זכיתי לעומקן של דברים מה החילוק בין מת האב בחיי הבן למת הבן בחיי האב, הרי כיון דאמרינן דבלא מכר הבן, הרי זכה במתנת האב, ואפי' מת בחיי האב הרי יורשיו יורשין את המתנה, ואין אחיו של הבן יורשין עמו כמש"כ הראשונים ז"ל כאן, א"כ כיון שזכה הבן וזכות האב בפירות לא עיכב בעדו מלזכות, א"כ למה לא יוכל למכור זכות זו שקנה, והרשב"א כתב בשם מורו הרב ז"ל דאמנם אם יש לבן בנים קנה לוקח גם כשמת הבן בחיי האב, דכיון דזכה הבן בנכסים להורישן לבניו, ה"נ קנה הלוקח ממנו, ורק כשאין לו בנים לבן דבזה נמצא שלא קנה במתנת האב, ורק מחמת המכירה אנו באין לומר שיזכה זה לא אמרינן, ובזה ניחא קצת.

לכאורה משמע דלמכור הגוף ללא שום זכות בפירות לעולם, לא מהני אף למ"ד קנין פירות לאו כקנין הגוף, דזה כעין דבר שאין בו ממש, ורק משום שזוכה בגוף קנין לפירות בעתיד לכך קנה, [ואף שיוכל לשמש בגוף אם יזכה בו, להקנותו לאחר ולהקנותו אגבו מטלטלין בקנין אגב, אפ"ה חשיב כדבר שאין בו ממש], וצ"ע בזה. (יבמות ל"ו).

קל"ו ב' המוכר שדהו לפירות כו', א"ה, ראיתי להעתיק מש"כ בזה בחו"ב בכורים אם צריך להקדיש הבכורים לר"ל, לפמש"כ תו' דמביא מדרבנן. נראה דביכורים דרבנן, כגון מסוריא כדתנן שלהי חלה, ולדעת הרמב"ם אף מעבר הירדן אינו אלא מדרבנן, א"נ בקנין פירות לר"ל עי' תו', א"נ בלוקח מן העכו"ם למ"ד יש קנין גיטין מ"ז ב' דמפני תיקון העולם הוא, א"נ לפרש"י דמחייבין לקנות הפירות מן העכו"ם, דשפיר מכניסין לעזרה וא"צ להקדישם, דכיון דמדרבנן בכורים נינהו הרי מצותן בכך, ורק בשני אילנות דאם לא קנה קרקע הרי הם חולין אף מדרבנן, בזה בעי לאקדושי.

ברם אכתי צ"ע בזה דהא מבואר חולין ק"ל ב' דאיסור הכנסת חולין בעזרה הוא מדאורייתא, וכמ"ש תו' שם, וכיון דסו"ס מדאורייתא הפירות חולין נינהו אכתי יש כאן עקירת איסור דאורייתא בקום ועשה, ואף שי"ל דמ"מ שורש האיסור הוא כבוד המקדש דאין להכניס של הדיוט ברשות הגבוה, וכאן דעשו חכמים סייג לתורה וקבעום בדין בכורים אין כאן פגם לקודש בכניסתן, מ"מ הדבר צריך ראייה, ואמנם ממה שלא הזכירו בגמ' הא דמקדיש להו אלא בספק חולין, משמע קצת כן, וכן מעיטור הבכורים אם הם חולין מדאורייתא, נמי מוכח כן, דסתמו כפירושו דאין צריך להקדיש עיטור הבכורים, ועי' חו"ב בכורים ס"א סק"ח, וצ"ע.

וכעת ראיתי ברשב"א גיטין מ"ז שכתב דלר"ל בקנין פירות צריך להקדיש הבכורים, ולא נתפרש אם משום דס"ל כמ"ש הרמב"ן בסוגיין דלר"ל בקנין פירות ספיקא הוי, או דאף לפי' תו' דהוי תקנתא דרבנן נמי צריך להקדיש, וממש"כ בתשובות סי' אלף ק"ע דבעצין שאינו נקוב נמי צריך להקדיש, מבואר דס"ל דבכל בכורים דרבנן צריך להקדיש, ולפי זה בבכורים דרבנן תהא הוצאת בעה"ב בהם כפולה, דמלבד הפירות צריך גם לתת דמיהם להקדש, ואין לומר שהכהן יפדם, עי' מש"כ לעיל פ"א ב' בדעת הרמב"ם, דהכא דהם ודאי הקדש צריך לפדותם בערכם המלא, ולמה יעשה כן הכהן, ובתו' רי"ד שם מצאתי שכתב דבבכורים דרבנן א"צ להקדיש, אבל משמע דכתב כן רק אם איסור להכניס חולין בעזרה אינו אלא מדרבנן וצ"ע, שו"ר בזה במנח"ח מצוה צ"א והביא שם דברי השאג"א והמקו"ח, עי"ש. (בכורים ס"א סק"ג).

תוד"ה מביא ונראה שתיקנו מדרבנן כו', עי' מש"כ בחו"ב בכורים ס"ג סק"י. קל"ז א' מתנת שכיב מרע מאימתי קנה אביי אמר עם גמר מיתה ורבא אמר לאחר גמר מיתה, מהא דאמרינן דאביי הדר ביה משום דתנן זה גיטך אם מתי אין גט לאחר מיתה, מוכח דעם גמר מיתה עדיין יכול לגרש, דמתפרש בעודו חי, וכמו מעת שאני בעולם גיטין ע"ג ב', [ואף דדעתא שגישתא הוא משמע דמ"מ שפיר דמי כיון שנתן לה בעודו בדעה צלולה אף שאמר שיחול בשעה זו עי' רשב"א גיטין ע' ב' בשם ירושלמי ובשם תו'], והלכך כיון דאמרינן דאם מתי מתפרש לאחר מיתה, ה"ה דכל מתנת שכיב מרע יש לפרש דקונה לאחר מיתה, [ועי' להלן בעיקר הראייה], ולפי זה נראה דאית לן למימר דכל ירושה הוי לאחר גמר מיתה, דהא איש כי ימות כתיב, ולא יתכן דבעודו חי ויכול לגרש את אשתו כבר יזכו בניו בנכסיו, ורק באחריו אמרינן דהוא עם גמר מיתה, דבשעה שכבר לא יתכן שישמש בנכסים שפיר קרינא ביה אחריו, (עי' בלשון השואל בתשו' הרא"ש כלל פ"ד ס"א דמשמע דגם עם גמר מיתה היינו לאחר מיתה, ומלבד דקשה מאי מיייתין ראייה מגט לפ"ז, גם קשה מה ענין יש אם תחול מיד אחר מיתה או משהו אח"כ).

ויש לתמוה דברשב"א בסוגיין כתב דאחריו לא עדיף מירושה, וכיון דאחריו זוכה עם גמר מיתה, הרי גם ירושה כן, וכיצד יתכן שיהיו הבנים יורשים בשעה שהאב עדיין יכול לגרש את אשתו, ואם נימא דהרשב"א מפרש עם גמר מיתה דהיינו מיד

לאחר מיתה ואחר גמר מיתה היינו רגע אח"כ, א"כ קשה מאי הוכחה ממתני' דגיטין דלאחר גמר מיתה, גם מה ענין יש אם מיד אחר מיתה או משהו אחר כך, גם מש"כ דאחריו לא עדיף מירושה, צ"ע אמאי ליכא למימר דאחריו היינו כשכבר לא יהא תועלת לראשון מן הנכסים, וזה שפיר עם גמר מיתה אף דעדיין לאו מת הוא, משא"כ ירושה דאיש כי ימות כתיב, ועו"ק דאם לאחר גמר מיתה היינו לאחר שכבר זכו היורשים בנכסים, אמאי תיקנו כן חכמים שתהא מתנת שכיב מרע מפקיעה את הנכסים מיד היורשים לאחר שכבר זכו בהם, ואמאי לא תיקנו שתחול המתנה בשעה שהיורשים יורשים, ועי' ברשב"א לעיל קכ"ט ב' שנתקשה בזה, ועי' קצה"ח סי' רנ"ב סק"א, וע"ע ברשב"א לקמן קמ"ט א' בהא דכל דליתיה בירושה ליתיה במתנת שכיב מרע, שפירש הטעם משום דתרוייהו לאחר גמר מיתה וחידוש הוא שחידשו חכמים שיהא אדם יכול לתת מתנה לאחר מיתה ולא תיקנו כן אלא בבר ירושה, ואח"כ הקשה דירושה עם גמר מיתה היא, ובאותה שעה הוא יכול לתת מתנה אף בלא חידוש דמתנת שכיב מרע עי"ש, וצ"ע. (לעיל קכ"ט ב' סק"א ועי"ש המשך הדברים).

קל"ז ב' אתרוג זה נתון לך במתנה כו', בסוכה מ"א ב' ל"ל למימר החזירו מלתא אגב אורחיה קמ"ל מתנה ע"מ להחזיר שמה מתנה כו', הרא"ש והר"ן דקדקו מכאן דהנותן אתרוג לחבירו בחג כדי לצאת בו, סתמא הוא במתנה ע"מ להחזיר, דהא בברייתא קתני שנתנו זה לזה במתנה ולא נזכר ע"מ להחזיר, ואפ"ה אמרין דע"מ להחזיר הוא, וכ"ה בשו"ע סי' תרנ"ח ס"ה.

ובב"ב קל"ז ב' מסקינן דהאומר לחבירו שור זה נתון לך במתנה ע"מ שתחזירהו והקדישו והחזירו הר"ז מוקדש ומוחזר אבל אם אמר ע"מ שתחזירהו לי מידי דחזי ליה קאמר והלכך לאו חזרה היא ואינו קדוש, [כ"ה ברמב"ם פ"ג מה' זכייה ה"י], וצריך להבין הרי גם כשלא אמר לי רצונו שיחזירהו לו ומה חזרה היא שהחזירו של הקדש, אטו יכול למוכרו לראובן ולהחזירו של ראובן ותהא חזרה, [עי' נמו"י שם ובקצה"ח סי' רמ"א סק"ו], ונראה לפרש דכשלא אמר לי ולא קבע זמן לחזרתו, הרי רשות ביד מקבל המתנה להחזירו שעה אחת קודם מיתתו של השור כשכבר לא יהיה שוה כלום, דגם בזה נתקיים תנאו, והלכך גם כשהקדישו מכיון שביד הבעלים לפדותו, ושמא גם בשוה מנה על פרוטה, ועכ"פ בזה"ז, [ואיירי בהקדש קדושת דמים וכגון בשור בע"מ], הלכך הרי השור שוה עכשיו יותר משעה אחת קודם מיתתו, ושפיר חשיבא חזרה, אבל כשאמר לי דחזי ליה קאמר וחייב להחזירו בעודו בערכו, והלכך אם הקדישו אינו יכול להחזירו כשהוא מוקדש דלא חזי ליה, והלכך לא חל ההקדש, ולהאמור אם קבע לו זמן לחזרתו אפילו לא אמר לי אם הקדישו אינו מוקדש, דכל שקבע לו זמן הרי הוא חפץ בערכו, וכשהוא מוקדש לאו כלום הוא, וכן מבואר בתשובת הרשב"א סי' אלף דבקבע לו זמן מקיים והולך ובלבד שיחזיר לו בענין שהוא ראוי לו, עי"ש דמשמע דכל שקבע לו זמן הר"ז כאמר שתחזירהו לי דלא חל הקדשו, וכשאמר ע"מ שתחזירהו לי אפילו לא קבע זמן לחזרתו, אינו יכול להשהותו עד שיאבד מערכו.

יעוי' בתשובת הרשב"א הנ"ל ואין הדברים ברורים שם כל הצורך, ונראה תוכן דבריו ז"ל דבתחלה כתב דכל שאמר ע"מ שתחזירהו [ותיבת לי שם ט"ס] יכול להחזיר כל אימת שירצה, וכמו בע"מ שתתני לי מאתים זוז וכיו"ב, ואפי' באתרוג, אבל אם אמר ע"מ שתחזירהו לי הרי הדבר תלוי לפי הענין ובאתרוג צריך שיחזירו בו ביום שיהא ראוי למצותו, וכן בשאר ענינים זימנין שיכול לומר שנתכוין שיחזיר לו מיד, ועכ"פ אין הקדשו הקדש בכל ענין כיון שאמר לי, ואם קבע זמן להחזיר אין

הקדשו הקדש אפילו לא אמר לי, דכל שקבע לו זמן צריך להחזיר באופן דחזי ליה. והרמ"א בחו"מ סי' רמ"א ס"ו העתיק דברי הרשב"א דגם באתרוג אם לא אמר לי יכול להחזיר לו מתי שירצה, אבל כבר הביא בבה"ל סי' תרנ"ח ס"ד בשם הא"ר בשם תשו' בית יעקב דלמאי דקיי"ל שם ס"ה דבאתרוג אף כשלא התנה כלל ע"מ להחזיר הוי נמי ע"מ להחזיר, וכמ"ש הרא"ש ובעה"ע והר"ן והריטב"א, והיינו ע"מ להחזיר לי דצריך להחזירו מיד, א"כ כש"כ כשאמר ע"מ להחזיר אפילו לא אמר לי, דצריך להחזיר לו מיד, וכ"נ מלשון המחבר בס"ד שם שלא הזכיר לו, ולפי זה לא קיי"ל כהרמ"א בזה, וצ"ע שהמג"א העתיקו. - נראה דהלשון הרגיל כהיום שנותן במתנה ע"מ להחזיר, דאף להרמ"א יש לחשבו כאמר ע"מ להחזיר לי, דהלשון משמש כקיצור לשון לע"מ להחזיר, אבל ודאי הכונה להחזירו לו מיד למצותו. (סוכה מ"א ב').

שם אר"י א"ש הכותב נכסיו לאחר ואמר הלה אי אפשרי בהן קנה ואפילו עומד וצווח, הרי"ף והרא"ש פירשו בשכיב מרע וכ"ה פשטות הלשון של הכותב נכסיו לאחר, וגם לא הוזכר בגמרא קנין או מסירה, והנה מתנת שכיב מרע אינה נקנית אלא לאחר מיתה כדאמר לעיל א', ונראה לפ"ז דגם המקבל יכול לחזור בו מלקבל עד שעת מיתה, וכ"כ בנה"מ סי' רמ"ה סק"ו בשם הנמו"י, [ונראה דהתו' והרא"ש שהביא ז"ל שם מודו נמי להנמו"י בזה], וא"כ יש לפרש דהכא הנידון הוא לאחר מיתה.

ונראה דעיקר חידושיה דשמואל הוא דאף קנין זה של מתנת שכיב מרע הנעשה ללא כל פעולה מצד המקבל, מ"מ דינו כשאר קנינים וכל ששתק המקבל בשעה שהקנין חל או בשעה שהודיעוהו הרי הקנין נחלט ושוב אינו יכול למחות, [והוא כסברא שאמרו כתובות י"א א' כיון שהגדילו שעה אחת ולא מיחו שוב אינם יכולים למחות], והיינו שתק ולבסוף צווח דקנה, ואפילו אומר שלא היה בלבו לקנות בשעה ששתק נמי קנה דהוי דברים שבלב, והיינו דאמר אפילו עומד וצווח כלומר שצווח שמעולם לא היה חפץ לקנות אפ"ה קנה, כיון ששתק בשעה שהודיעוהו, ולפי זה מתפרש מימרא דשמואל בשעה שהודיעוהו שהשכיב מרע הקנה לו הנכסים, דאם עומד בשעת כתיבת השכיב מרע א"כ יש לפרש שתק כל זמן שהוא חי ולאח"מ לאחר כדי דיבור צווח, ואין זה במשמעות הלשון שהרי לא הזכיר שמואל ששתק כלל, אבל אם בשעה שהודיעוהו איירי נחא דה"ק הכותב נכסיו לאחר וכשנודע לו אמר אי אפשרי בהן לאחר כדי דיבור, וזה מתפרש בפשוטו דכל שלא פירשו שאמר תוך כדי דיבור מתפרש שפיר לאחר כדי דיבור.

ומ"ש הרי"ף והרא"ש אבל במתנת בריא לא קנה עד דמטא שטרא לידיה, ר"ל וממילא לא שייך לדון בשתק ולבסוף צווח כלל, שאם קיבל השטר הרי קיבלו וכאילו אמר בהדיא שקונה, ואם לא קיבלו הרי לא קיבלו, והראב"ד השיג דאף במתנת בריא משכחת לה בשזרק השטר לתוך חיקו, והנה אין זו השגה די"ל אה"נ, והרי"ף מפרש קושטא דמילתא בפירוש הסוגיא, ויש מקום לומר דהתם אף בשתק ולבסוף צווח לא קנה דאינו חושש למחות כיון שאינו נוטל את השטר וצ"ע בזה.

ובזיכה לו ע"י אחר כיון שאין הקנין נעשה ע"י המקבל עצמו, ויש כאן דבר הנמסר לקנין ואין הקנין נגמר באמירת הנותן לחוד, הרי הדבר קיל בעיני המקבל ויש לומר שאינו חושש למחות כל עוד לא בא הדבר לידי, ולפיכך אין שתיקתו מחלטת את הדבר, והיינו פלוגתא דרשב"ג ורבנן, ובחולין ל"ט ב' משמע דפליגי בסברת הוכיח סופו על תחלתו, ואפשר לפרש דס"ל לחכמים שאין לסמוך על מחאתו בסוף שאין סופו מוכיח על תחלתו כל כך, ולכך ראוי לחייבו למחות אף שאין שתיקתו מוחלטת

כל כך להסכמה, ורשב"ג סבר דיש לו לסמוך על מחאתו בסוף כיון שיש מקום לסתפק בכונתו בשתיקתו, ולפי זה פלוגתתם באמת בסברת הוכיח סופו על תחלתו. כתב הרמב"ן חולין שם דמהכא שמעינן דכל שזכין לאדם שלא בפניו אם מיחה כשנודע לו הרי הזכיה בטלה, שהרי אמרינן דבצוות מעיקרא אף בזיכה לו ע"י אחר לא קנה, ונראה דאף אם נפרש הא דזיכה לו ע"י אחר דאיירי בפניו וכמש"פ הרשב"ם, ולפי זה י"ל דה"ט דלא קנה לפי דמשעה ראשונה לא היה חפץ לזכות, אבל כשזכו לו שלא בפניו י"ל דכבר נחלט הדבר כזכות מדין זכין ולא כל כמיניה עכשו לשנות מה שהוחלט עליו מדין שלא מדעת, מ"מ יש לקיים דיניה דהרמב"ן מהא דבמתנת שכיב מרע יכול לחזור בשעה שנודע לו כמש"כ לעיל, אע"ג דבשעה שהמתנה חלה לא ידע כלום.

וסתימת הדברים כפירושן בדעתו בשעת ידיעה הדבר תלוי, ולא שיילינן ליה מה היה רצונו בשעה שזכו לו, וכן יש לפרש ג"כ כונת הרמב"ם בפ"ד מזכיה ומתנה ה"ב, וזה ג"כ כסוגיא דכתובות י"א א' דכשהגדילו יכולים למחות, והיינו דכשהגדילו חשיב כשעת ידיעה ויכולים למחות על מה שזכו להם מדין זכין לאדם שלא בפניו, ומיהו התם עדיף כיון שלא היה בר דעת כלל בשעה שזכו לו, וזה דלא כמש"כ במחנה אפרים הלכות זכיה ומתנה סי' ו' דהעיקר תלוי בדעתו בשעה שזכו לו אלא שנאמן לומר מה היה בדעתו, ובדבר שהוא זכות גמור אמנם אינו נאמן, ע"ש, ולמש"כ אין כאן נידון נאמנות ולעולם תלוי בדעתו בשעת ידיעה, ואף בזכות גמור כן, ודברי הר"ן בפ"ב דקידושין שהביא ז"ל הם לפרש למה מחזקינן הדבר בספק מתחלה, ואילו בזכות גמור כל שלא מיחה מחזקינן הדבר בהחלט לזכותו.

בכריתות כ"ד א' אר"ל הנותן מתנה לחבירו ואמר הלה אי אפשרי בה כל המחזיק בה זכה בה, לשון זה הוא ממש כלישנא דשמואל ב"ב קל"ז ב' וכלישנא דבריייתא דמיייתין להלן פלוגתא דרשב"ג ורבנן, ומתפרש לשון זה או בצוות מעיקרא או בשתק ולבסוף צוות, ופירוש שתק ולבסוף צוות היינו בשתק תוך כדי דיבור ואח"כ צוות ומתפרש אף באומר שגם בשעה ששתק לא נתכוין לזכות וכדאמרינן התם ואפילו עומד וצוות וכמו שפירשנו לעיל, וכן הא דר"ל נמי מתפרש אף באומר שמתחלה לא נתכוין לזכות ולא מהני כיון ששתק בשעת קבלתו, ונראה דחידושיה דר"ל הוא בתרתי, חדא דאף שאינו אומר לשון הפקר אלא שאומר לשון סילוק בעלות והוא כעין שמסלק עצמו מן החפץ מ"מ ג"ז הוי כמפקיר, ועוד אשמועינן דלשון אי אפשרי הוי סילוק גמור, וזה נראה דאינו אלא במתנה בשעה שבא לזכות בה ועדיין לא הכניסה לרשותו במוחלט, [ואפשר נמי דהא דר"ל איירי דוקא באומר שלא נתכוין מתחלה לזכות, אלא דלא מהני כיון שנטלה, או באומר שכשנטלה נטלה על מנת להתיישב בדבר, ולא באומר שזכה בה בהחלט ועכשו חוזר בו, דזה כאומר על חפץ מחפציו אי אפשרי בו דמסתברא דלא מהני ע"י להלן, וצ"ע בזה, דאפשר דכל שעסוקין באותו ענין איתיה לדר"ל], והיינו דאשמועינן ר"ל דיניה במתנה וכן בסמוך במקבל מתנה לאחר שבאת לידו, ומיהו חידוש השני דאשמועינן דבסילוק הוי הפקר איתיה נמי בחפציו של אדם אלא דהתם בעי לשון סילוק גמור וכדאמרינן דין ודברים אין לי וידי מסולקת הימנה דאי לאו דמדין ודברים סליק נפשיה הוי לשון הפקר, והרמב"ן בב"ב שם כתב דאף בכל נכסיו מהני אי אפשרי בו ונקט מתנה לאשמועינן דלהבא משמע ולא הדרא למרה, ואפשר דאין כונתו דלשון אי אפשרי מהני אלא דסילוק מהני, ופשוט ליה ז"ל דעיקר חידושיה דר"ל הוא דלשון סילוק הוא לשון הפקר וממילא הו"מ לאשמועינן שלא במתנה.

בכריתות שם ומ"ש מהא דארב"א כו', לפי גירסא דידן הול"ל איני דהא היינו הך

דר"ל ממש, ואפשר דכיון דאפשר לפרש הא דר"ל בצווח מעיקרא אע"ג דלפ"ז כש"כ דקשיא טפי מהך דרב"א, מ"מ כיון דאינו ממש הך מילתא נקט לשון מ"ש. והנה כתבנו לפרש סוגיין וסוגיא דב"ב דשתק ולבסוף צווח קנה אפילו אומר דלא נתכוין לזכות בשעה ששתק, וטעמא דקבלת המתנה או שתיקתו בשעה שנודע לו שהשכיב מרע הקנה לו במתנת שכיב מרע או שזיכה לו ע"י אחר חשיב כמעשה המבטלת מחשבתו דהוי דברים שבלב, ויש מקום לפקפק בזה דנהי דהאומר הר"ז תרומה ובלבו נתכוין שלא תחול התרומה לא מהני והוי תרומה וכמ"ש הרשב"א קדושין נ' א', היינו משום דרצונו לומר הר"ז תרומה חשיב רצון על חלות התרומה, וממילא מחשבתו שלא תחול התרומה הוי דברים שבלב, אבל שתיקה בשעה שמודיעים לו שהקנו לו אינה רצון על קנין וכשאומר שלא נתכוין לזכות למה יקנה על כרחו, וכן כשמקבל מתנה ואומר שנתכוין שלא לזכות וקיבלה משום טעם פלוני למה יקנה על כרחו, וכי אינו רשאי לקבל שלא ע"מ לזכות משום איזה שהיא סיבה, וכן רהיט לשון הפוסקים בסי' רמ"ה דכשאומר שלא נתכוין לזכות לא קנה אפילו שתק עי"ש בטור וברמ"א.

לכך יש לפרש דשתק ולבסוף צווח הכונה דגם במחשבתו לא החליט הדבר והוא כעין שתק גם במחשבה דהיינו שהוא כמסתפק, ובזה אמרינן דשתיקתו מחלטת את הדבר, דמה שאינו חושש למחות חשיבא כמעשה המכריעה את רצונו וחשיב כאילו יש כאן רצון לזכות, והיינו דאמרינן אפילו עומד וצווח ר"ל שהוא צווח ששתיקתו לא היתה משום שרצה לקנות אלא משום שעדיין לא החליט, ואפ"ה קנה, וכן פלוגתא דרשב"ג ורבנן איירי אפילו הוא קמן ואומר ששתיקתו היתה משום שעדיין לא החליט הדבר במוחלט כיון דלא אתי לידיה, וסברי רבנן דאפ"ה היה ראוי למחות וחשיבא שתיקתו כמעשה המכריעה את רצונו לזכות, ואילו רשב"ג סבר דאף בשעת שתיקתו ראוי עדיין להסתפק ברצונו שיש לו רשות לסמוך על מחאתו בשעה דאתו לידיה דיוכיח סופו על תחלתו הלכך אין שתיקתו מחלטת את רצונו, ואם אומר שבשעה ששתק לא החליט בדבר הר"ז לא קנה.

חו"מ סי' רמ"ה ס"י המקבל את המתנה וזכה בה כו', מן האמור לעיל נתבאר דלאו דוקא שנתכוין לזכות בה, אלא אפילו היסס בדבר כל שלא נתכוין בהדיא שלא לזכות, הרי שתיקתו מחלטת את הדבר וזכה בה, ומיהו יש לעי' בנתכוין לזכות ע"מ שירצה אח"כ מהו, ולכאורה נראה דקנה בתנאי זה וכן במתנת שכיב מרע שבשעה שהודיעוהו נתכוין לזכות אם ארצה אח"כ וכן בזיכו לו ע"י אחר, נמי לכאורה י"ל דמהני דכמו דיכול לזכות ללא תנאי כך יכול לזכות בתנאי, אבל סתם שתיקה מחמת היסוסים אינה מתפרשת על כונה לזכות בתנאי, אלא הוא כמסתפק בכללו ובזה קבלתו החפץ או שתיקתו בשעה שהודיעוהו מחליטין הדבר כזכות, וזכה ללא כל תנאי, וצ"ע.

שם אלא הרי היא הפקר כו', סתימת הדברים משמע דדוקא במתנה סמוך לקבלתה הוי לשון זה לשון הפקר, ולא בכל נכסי האדם, וכן בהלכות הפקר לא נזכר דלשון אי אפשר הוי לשון הפקר, ועי' לעיל מש"כ בשם הרמב"ן בזה. ולכאורה צריך שיאמר לשון זה בפני שלשה דהא בעינן שלשה להפקר, וצ"ע. (כריתות ס"ח סק"ו).

קל"ח א' זיכה לו ע"י אחר כו', נתבאר לעיל קל"ז ב', ועי' מש"כ לעיל קכ"ד א' סק"א.

שם שכיב מרע שאמר תנו מאתים וזו לפלוני כו', עי' מש"כ לעיל קכ"ט ב' סק"ד בקושית הרמב"ן לעיל קל"ג א'.

שם לפיכך כותבין גט חליצה כו', פרש"י ביבמות ק"ו א' עדים שראו שחליצה יכולים לכתוב לה כו', וכ"ה ברמב"ם פ"ד מה' ייבום הל"א, ובשו"ע סי' קס"ט סנ"ו, ומבואר דאין בזה חסרון משום מפי כתבם, אף שאין כאן דעת מתחייב ותורת שטר, ומשמע דהוא מתורת מעשה ב"ד, וניתנה רשות לכל שנים הרואים את החליצה שיוכלו לעשות מעשה ב"ד, ועי' בספר מרן זללה"ה אה"ע סי' קי"א סק"י בזה, ועי' תו' ב"ב מ' א' ד"ה מחאה שכתבו דתקנת חכמים היתה במודעה ובמחאה שתהא תורת עדות בכתב, ועי' ש"ך סי' ל"ט סק"ט, ויש לפרש דגם בחליצה ומיאונין היתה תקנת חכמים שיוכלו עדים לעשות שטר מעשה ב"ד על זה, ואפשר דראו חכמים לנכון להשוות חליצה ומיאון לגט.

קל"ח ב' ומודה ר"ע כו' אלמא כיון דלא צריך וקאמר לטפויי מלתא קאתי כו', יש לעי' הרי שהמוכר אומר שלא חשב כלל בענין דרך, ופירש חוץ מאלו רק לפרש שלא מכרן, אם גם בזה אמרינן דא"צ ליקח לו דרך, ובפשוטו ל"מ לחלק בזה, דא"כ היה ראוי לעולם לשאול למוכר וללוקח אם לכך נתכוונו, ובסתמא מסתבר דלא לכך נתכוונו, דרובא דאינשי אם היה עולה על דעתם נידון הדרך היו מפרשים הדבר בהדיא ולא היו סומכים על הוספה דחוץ מאלו, גם לשון ומודה ר"ע ק"ק דהא אין זה מענין פלוגתתם דאטו שייך לומר ומודה ר"ע שאם שייר לעצמו דרך דא"צ ליקח דרך, וה"נ דכוותה דאמרינן דאמירתו חוץ מאלו היא לפרש שישאר לו דרך, ונראה דנידון אם צריך ליקח לו דרך או לא הוא שקול מאד, ולכך כל התיחסות יתירה לבור ודות בשעת המכירה סגי בה להכריע שאין צריך ליקח לו דרך, והיינו ומודה ר"ע דלפי דגם הוא סובר דאין רחוק לומר דא"צ ליקח דרך כחכמים לכך סגי לו בהוספה דחוץ מאלו להודות לחכמים, ואף דבכמה דוכתי משמשינן בהא דר"ע דכל הוספה לטפויי אתי כאן ובנזיר ז' ב' ובערכין י"ט א', יש לפרש דבכל הני נמי סגי בהכרעה מועטת.

ולפ"ז נראה דביש לו דרך אחרת דלכו"ע צריך ליקח לו דרך, לא תועיל אמירת חוץ מאלו לומר דא"צ ליקח לו דרך, דבזה אין הדבר שקול כ"כ שהוספה זו תכריע. מי שמת

א"ה, בפרק זה יש דברים שנכתבו בדרך לימוד מבלי עיון ובירור בעומק הסוגיות קל"ט ב' מתני' מי שמת והניח בנים ובנות כו', לכאורה חיוב מזון הבנות הוא התחייבות לאשה מתנאי הכתובה, והוצרכו לכך דלפעמים יהיו לו בנים מאשה אחרת, וזו יהיו לה רק בנות ולא ירצו הבנים לפרנסם, וביד האשה למחול חיוב זה כמ"ש בלח"מ פ"ט מה' אישות ה"ב, ודברי הראב"ד והמ"מ שם היינו דבסתמא כשמחלה כתובתה אין לחשוב שמחלה גם מזון הבנות, אבל אם מחלה בפירוש שפיר מהני מחילתה, ודברי הח"מ אה"ע סי' ק"ה ס"ק י"א שכתב כאילו דעת הראב"ד והמ"מ שגם אם מחלה בפירוש מזון הבנות לא מהני וכאילו שזו כונת הרמ"א סי' קי"ב ס"א, צ"ע דמפורש בדבריהם שאין הנדון אלא אם מזון הבנות בכלל מחילת הכתובה, אבל אם מחלה בפירוש משמע דמהני וכמ"ש בלח"מ.

ולכאורה לפ"ז לא שייך לדון במזון הבנות משום שאינם בעולם והרי הוא מתחייב לדבר שאינו בעולם, דהתחייבותו היא לאשה שישנה בעולם, והבנות הם תנאי של מקום הפרעון, ולעיל קל"א א' שדנו בגמ' משום שמקנה לדבר שלא בא לעולם, לא דנו כן אלא בכתובת בנין דכרין, דאע"ג דהתם נמי ההתחייבות לאשה, אבל התם ההתחייבות לאחר שתמות והוא יירשנה, דבזה כל חיוב שהתחייב לה הרי הוא יורש, דלא גרע מחיובים שאחרים חייבים לה, והלכך ראוי שיפקע חיובו, וע"כ להתנות שיתחייב לנולדים, וצ"ע בדברי הגרע"א ז"ל בכתובות נ"א א' בתוד"ה ממקרקעי

שכתב דבסוגיא קל"א א' פרכינן על בנין נוקבין ובנין דכריין דאינו יכול לשעבד לדבר שלא בא לעולם, והרי בגמ' לא שאלו כן אלא על בנין דכריין ולא על בנין נוקבין, וכמ"ש כ נמי בטעמא דמילתא דבנין נוקבין ההתחייבות לאשה, והבנות הם רק כמקום הפרעון.

ומיהו אע"ג דבגמ' לא הזכירו מזון הבנות, מ"מ קושטא הוא דגם במזון הבנות מתחייב לנולדים, דגם אם מתה אשתו בחייו נמי לכשימות יהיו הבנות ניזונות מנכסיו בתנאי ב"ד וכמ"ש בח"מ סי' קי"ב סק"ה, [שהרי גם בגירשה ניזונות הבנות כמ"ש ברמ"א שם, וכמבואר שם בטור, ובגירשה אין נראה לחלק בין אם היא מתה או קיימת, ולעולם לכשימות יהיו הבנות ניזונות, וא"כ ה"ה בלא גירשה ומתה נמי], וע"כ שהתחייב לבנות, דכל זכויות אשתו כבר זכה בהם במיתתה, ומשום כך שפיר נקט הגרע"א ז"ל מזון הבנות בהדי כתובת בנין דכריין. - ומ"מ אע"ג דהחיוב הוא לנולדים מכח תנאי ב"ד כדמסקינן לעיל שם, מ"מ יכולה למחול, וכמבואר כתובות נ"ג א', וצ"ל דתחלת ההתחייבות היא בתנאי זה, דסו"ס עיקר ההתחייבות היא כלפיה.

ויש לעי' בהא דמיבעיא ליה לקמן ק"מ ב' אלמנתו ובת איזה מהן קודמת, הרי כיון דהאלמנה יכולה למחול מזון הבת פשיטא דהיא קודמת, ולפי' תו' ע"פ הירושלמי דאלמנה ובת או אלמנה ובן פשיטא ליה דשניהם שוין, דלא אלמנה לכח האלמנה כנגד ירושה דאוריתא, ולא קמיבעיא ליה אלא בדאיכא בן ובת, דכיון דהבת דוחה את הבן וכבר ליכא לירושה דאוריתא, שמא השתא האלמנה תדחה לבת, לפ"ז ניחא דאם האלמנה תמחול זכות הבת הרי תשאר היא והבן, ובזה שניהם שוין, והלכך ע"כ לדון בעוד זכות הבת קיים מי קודם, לפ"ז ניחא שפיר, דלא אהני מידי מה שיכולה למחול זכות הבת, כיון שתפסיד במחילתה, אבל לדעת הרמב"ם והרמב"ן דס"ל דאלמנה ובן האלמנה קודמת, קשיא א"כ מאי קמיבעיא ליה באלמנה ובת הרי האלמנה יכולה למחול זכות הבת, וא"כ פשיטא דהיא עדיפא, וי"ל דאה"נ דבאלמנה ובתה פשיטא, וכי קמיבעיא לן באלמנה ובת של צרתה.

שם בזמן שהנכסים מרובים הבנים יירשו והבנות יזונו נכסים מועטים הבנות יזונו כו', נראה דבכל מלוה ע"פ שלא הגיע זמנה, רשאי המלוה לבקש שב"ד יבטיחו שהיתומים לא יוכלו למכור הקרקעות עד הגעת הזמן, ואע"ג דכשאבוהון קיים אין למלוה זכות לדרוש כמו אלה, שאני כשהוא חי דחיובא אקרקפתיה רמי ועתיד לגבות ממנו ומנכסיו, אבל כשמת ואין השעבוד אלא על הנכסים שפיר חייבין ב"ד לשקוד על תקנתו שלא יוכלו היתומים למכור הנכסים ולהפסידו, ואף בנכסים מרובין נראה דרשאי לדרוש כן.

ולפ"ז אי הוי דיינינן חיוב מזונות בנותיו כחוב דעלמא היה ראוי דאף בנכסים מרובים יוכלו הבנות לדרוש להבטיח מזונותיהם, וא"כ אין חילוק בין נכסים מרובים לנכסים מועטים, וע"כ מוכח דשאני חוב מזונות הבנות מסתם חוב, והטעם דעיקר הכונה בתקנת מזונות היתה לפי דכח הבנות הורע לענין ירושה ונמצא שלא יהיה להן כלום, לכך תיקנו שיתחייב לזונם מיהא, אבל לא נתכוין להעדיף על הבנים, וכשהן יורשות כגון בדליכא בנים לא תקנו כלום והרי הגדולות והקטנות שוין כדתנן ב"ב קל"ט א', ולפי זה באמת היה ראוי לומר דאף בנכסים מועטין יזונו הבנים והבנות בשוה, והיינו טעמא דאדמו"ן, ואפשר דאילו היתה תקנת המזונות גם בביתו, ממפותתו ומאנוסתו, כלומר שההתחייבות לא היתה לאשתו אלא לבנות עצמן [עי' כתובות נ"ד א' ובירושלמי פ"ג ה"ה, ומיהו התם נמי מתפרש שההתחייבות לה דאע"ג דלית לה כתובה אבל תנאי כתובה אית לה, וכי אנן קיימין אילו היתה

התחייבות רק לבנות ולא לאמן], דהיו מודים חכמים לאדמון שאין לתת לבנות שום יתרון על הבנים, דאז היתה התקנה רק להשוות הבנות לבנים לענין מזונות עד דתתבגרן, אבל מאחר דהחיוב הוא לאשתו מתנאי הכתובה, וזה מחייב לדון ההתחייבות כשטר חוב דעלמא, לכך ס"ל לחכמים דבנכסים מועטין דיינינן להו כבע"ח, אבל בנכסים מרובין שאין כמעט חשש להפסד, בזה אוקמינהו על עיקר הכונה שלא נתכוונו להעדיפן על הבנים. (כתובות ק"ח ב').

שם בזמן שהנכסים מרובים הבנים יירשו והבנות יזונו, מקולי כתובה שנו כאן, דבעלמא כגון נשא אשה ופסק עמה לזון את בתה חמש שנים, אע"ג דהחיוב חל בכל יום ויום, מ"מ היו ב"ד תופסים מיד מן הנכסים כשיעור לזונה חמש השנים כדין כל בעל חוב, ורק המותר היו הבנים יורשים, ואשמועינן התנא דבתקנת תנאי כתובה דבנין נוקבין וכו' מקילינן וכל שיש נכסים כדי לזונן עד שיבגרו, הרי הכל ניתן ליורשים והם מחלקים ביניהם ירושתם, ואח"כ היא תקבל מזונותיה מכל האחים, וגם הם רשאים לאכול מזונותיהם ביחד עמה, אף דעלול להיות חסר בסוף.

וא"ת לדעת הרמב"ם והרמב"ן דגם באלמנה מחלקינן בין נכסים מרובים לנכסים מועטים, א"כ אמאי לא שנה התנא דין זה באלמנה ובנים או בנות, וי"ל משום פלוגתא דאדמון וחכמים, דבאלמנה לא פליג אדמון. - ומבואר ברמב"ן דמוציאין למזון האלמנה לכל ימי חייה לפי מה שמשערין, ולפי זה לא חשיבי נכסים מרובין אא"כ יש לבנים נמי מזונות לכל ימי חיי האלמנה, דאז חשיבי מרובין וניזונין יחד, ואם יש גם בנות צריך שיהא גם מזון לבנות עד דתתבגרן.

שם אדמון אומר בשביל שאני זכר הפסדתי, הא דלא קאמר אדמון אומר כולן ניזונין בשוה, [לפי פשטא דשמעתא דאדמון לאיפלוגי אתי וכדקתני אדמון אומר שבעה, וכן בגמ' שבעה דברים שאמר אדמון כו', וכן מדקאמר ר"ג רואה אני את דברי אדמון, ודברי התו' דחוקים], נראה דלפ"ז היה מקום לומר דאדמון ס"ל דמזונות הבן של היום קודמין למזונות המחר של הבת, אבל כשאין אלא סעודה אחת ושניהם עומדים שמא מודה דהבת קודמת דסו"ס היא כבעלת חוב, לזה קאמר דלעולם אין על הזכר להפסיד, וגם כה"ג חולקין.

גמ' ואי ליכא לאלו ואלו עד שיבגרו שקלי להו בנות לכולהו, יש לעי' דקארי לה מאי קארי לה, וי"ל משום דלרב ניחא הא דקתני דהבנים ישאלו על הפתחים, דכיון דבדליכא לאלו ואלו ליב"ח הו"ל מועטין, ואז שקלי בנות עד שיבגרו, ממילא לא נשאר כלום בשביל הבנים, אם עד שיבגרו איכא טובא, אבל לשמואל דרק בדליכא לאלו ואלו עד שיבגרו הו"ל מועטין, א"כ בהכרח הרי נשאר עדיין טובא לבנים, בזמן שחסר רק מעט לאלו ואלו עד שיבגרו, ואמאי קתני שהבנים ישאלו על הפתחים, אטו שקלי בנות טפי מעד שיבגרו, וכן מבואר בלשון הרשב"ם דישראל על הפתחים הוא דקשיא להו, ולפי זה נראה דל"ג אלא אמר רבא רק אמר רבא, וכן ברא"ש ליתא.

בדיני נכסים מרובין

א) קל"ט ב' מתני' מי שמת והניח בנים ובנות בזמן שהנכסים מרובין הבנים יירשו והבנות יזונו כו', בזמן שהנכסים בתפוסת הבית הדבר פשוט דכל הנכסים משועבדים למזון הבנות, אבל כשחלקו מסתבר דכל אחד מתחייב במזונותיהם לפי חלקו, ויש לדון בנמעט חלקו של אחד מהן אם גובים מן האחרים כנגדו, אף אי לקוחות הן, ולכאורה הכי מסתברא דאין לבנות להפסיד מחמת החלוקה, וכן במזונות אלמנה.

שם אדמון אומר בשביל שאני זכר הפסדתי כו', טעמא דאדמון דלא היה לחכמים

לתקן יתרון לבנות על פני הבנים, ולכן לעולם גם הבנים ניזונים אף שהנכסים מועטים, ולכאורה טענה זו איננה אלא כשהבנים קטנים דומיא דבנות, אבל כשהבנים גדולים לא עדיפי מבנות גדולות דאינן ניזונות, ושפיר י"ל דבנכסים מועטים הבנות יזונו והבנים ישאלו על הפתחים, ולפי זה שפיר אזלא כולה סוגיין דדיינינן בדין נכסים מועטים ובנתרבו ונתמעטו גם אליבא דאדמון כשהבנים גדולים, ואף אם היה מקום להסתפק דשמא אדמון אף בגדולים קאמר, היה ראוי להכריע מהא דאמרינן בכתובות ק"ט א' דבכ"מ שאמר ר"ג רואה אני את דברי אדמון הלכה כמותו, ואילו בסוגיין דיינינן טובא בדין נכסים מועטים, דש"מ דמודה אדמון בגדולים, ומצי אתיא סוגיין כוותי', וצ"ע למה דחו הראשונים להא דאדמון מהלכה מחמת סוגיין, וי"ל דאם איתא דגדולים בנכסים מועטין חוזרין על הפתחים, וקטנים ניזונים, נמצא דהיתה תקנה למזונות לקטנים, ובדאיכא בנים גדולים וקטנים אם יהיו בנות קטנות יהיו הקטנים ניזונים ולא הגדולים, בנכסים מועטין, [ומיהו בדליכא בנות קטנות כולם יורשים בשוה, וגם בדליכא אלא בנות גדולות וקטנות הדין כן], וזה לא אשכחן, דרך לבנות אשכחן תקנת מזונות, וע"כ דאדמון גם בגדולים קאמר.

ולהאמור נראה דהא דאמרינן כמה מרובין כל שיזונו מהן אלו ואלו עד שיבגרו, דאלו ואלו כולל כל הבנים גם הגדולים שכבר אינם סמוכים על שולחן אביהן, דאין להבדיל בין הבנים וכל שאם נשוה הבנים והבנות יהיה לבנות מזונות עד שיבגרו היינו מרובין, ובכ"מ אה"ע סי' קי"ב סי"א הובא בפ"ת שם סק"ד נסתפק בזה, ועי"ש דמשמע דטעם הספק הוא דכשאין הבנים סמוכים על שולחן אביהם, אין לחוש שיכלו את הנכסים ולא ישאירו למזון הבנות, ודיינינן להו לעולם כמרובין, דהא גם במרובין בידם למכור ולכלות, אלא דלא חיישינן להכי, וה"נ במועטין אם עד עכשיו לא היו סמוכין על שולחן אביהם, הרי אם יבאו עכשיו לסמוך עליו, הרי"ז כבאים לכלות הנכסים, ולית לן למיחש להכי, משא"כ בסמוכים שצריכים מעתה לחפש מזונותיהם במקום אחר, שפיר חיישינן שלא יעשו כן וימשיכו לזון, ומ"מ פשטא נראה דאין לחלק בכך וכל דליכא לכל הבנים והבנות עד שיבגרו היינו מועטין.

ואכתי משכחת לה דין נכסים מרובים ומועטים גם לאדמון באלמנה אצל הבת דעשאוה כבת אצל האחין כדאמר לקמן ק"מ ב', ולדעת הסוברים דאף בדליכא בנים כן, ובזה ליכא לטעמא דאדמון דבשביל שאני זכר כו', ושייך לדון בזה בשיעור מרובין ובמרובין ונתמעטו ומועטין ונתרבו, אלא דפשטא דגמ' לענין בת ואחין, דאכתי לא איפשוט הא דאלמנה ובת, וש"מ דלא קיי"ל כאדמון.

ויש להסתפק בנכסים מועטים ואיכא שתי בנות אם חייבות לאכול יחד מתפוסת הבית או שיכולים לתבוע חלוקה, וכגון שהאחת רעבתנית וכיו"ב, ואת"ל שיכולים לדרוש לחלוק הנכסים ולהניח ביד אפוטרופסים לזו ולזו, יתכן דגם לאדמון יהא הדין כן בנכסים מועטים, דעיקר טעמיה דאדמון דבן היורש לא נתכוין האב להפסיד לו יותר מן הבת, ואין לתת יתרון לבת טפי מאילו היתה יורשת, וכשם דבדליכא אלא בנות חולקין בשוה הגדולות והקטנות וכאילו לא היתה תקנת מזונות לקטנות, ה"נ ס"ל לאדמון בבנים ובנות בנכסים מועטים דכולם שוין, ולפי זה יתכן לומר שיהא זכות לבנות לתבוע חלוקה, וכאילו היו כולם יורשים, [וג"כ יהיה חלקן ביד אפוטרופס כיון שאם לא יצטרכו, הרי הכל לבנים], משא"כ בנכסים מרובים דהכל ביד הבנים ואין לבנות אלא זכות להיות ניזונות משלהן, ולפי זה איכא נפקותא גם לאדמון בין נכסים מרובים למועטין, ותו אפשר לקיים הא דאמרו בכתובות דכ"מ שאר"ג רואה אני את דברי אדמון הלכה כמותו.

גם מש"כ תו' ק"מ א' ד"ה יתומים דאיכא נפ"מ בין מרובים למועטים דבמרובים

רשאיין היתומים למכור לצורך גדול משא"כ בנכסים מועטים, לכאורה יש לקיים דין זה גם לאדמון, דגם לדידיה בנכסים מרובין הרי הכל של הבנים, והבנות סמוכים על שולחנם מתנאי כתובה, אבל בנכסים מועטים הבנות ניזונות וגם הבנים ניזונים עמהן ויד שניהם שוה לענין ההנהגה, אלא שאם קדמו ומכרו מכרן קיים דסו"ס הם היורשים, ומתפרשא מתני' דלאדמון בנכסים מועטים אלו ואלו ניזונים, משא"כ במרובים שהבנים יורשים.

ובפשוטו לא חשבינן בסוטה כ"א ב' לרשע ערום אלא המוכר בנכסים מועטים ולא המוכר במרובים, אף כשהפסיד לבנות עי"ז, דבמרובים הרי הם כמוכרים קרקע משועבדת, אבל במועטים הרי הם כמוכרים קרקע של אחרים, וזה גם לאדמון, אבל בתו' שם כתבו דה"ה במרובין ונקט מועטין משום דמרובים אין דרך למכור כדי להפסיד לבנות מזונותיהן, והניחו בקושיא לפ"ז במה שדקדקו תו' בסוגיין מהך מימרא דאין הלכה כאדמון, ומשמע דמפרשי נכסים מועטים בשיעור שעשויים למכרן כדי להרויח המזונות, ולא בשיעור מועטים דמתני', וצ"ע למה נאדו מפשטא דמילתא, וגם לשון קדמו מוכיח כן, דלאדמון אין שייך כאן קדימה, ומיהו למש"כ י"ל דגם לאדמון קובעים ב"ד דין הנכסים אם כמרובים אם כמועטים, ועד שלא שמו ב"ד הנכסים וקבעו להם דין מועטים הרי הם בחזקת היורשים כמרובים, ושייך לומר קדמו גם לדידיה, דלאחר שקבעום בדין מועטים הרי אף לצורך גדול אינם רשאים למכור.

וא"ת למה הוצרכו לתקן לאדמון ענין של נכסים מועטין, בשלמא לרבנן כיון שאין הבנים אוכלים בנכסים מועטים יש לחוש שמא יאכלו או ימכרו, אבל לאדמון כי היכי דבנכסים מרובים כיון ששניהם ניזונים לא חיישינן לפסידא דבנות ה"נ בנכסים מועטין כיון ששניהם ניזונים, וי"ל דבאמת גם בנכסים מרובים היה מקום ליתן זכות לבנות להבטיח מזונותיהם, אלא דבמרובין בריח אין לחוש כ"כ, וקבעו השיעור כל שיש לאלו ולאלו עד שיבגרו, אף דבשיעור זה כבר יש מקום לחוש, מ"מ השאירו הנכסים בירושה דאורייתא, וכאילו יש בריח לכולם, אבל בפחות מזה אף שגם הבנים אוכלים, מ"מ כבר ראוי לתת לבנות זכות להבטיח מזונותיהם, דבנכסים מועטים כה"ג יש טפי מקום לחוש לפסידא דבנות, אם ע"י אכילה מרובה דבנים אם שאר שימושים, או מכירה, וכדחזינן נמי בירושלמי אליבא דרב דבדאיכא לאלו ולאלו עד שיבגרו אם ליכא ליב"ח דמוציאין לבנות את מזונותיהן.

עוד איכא נפקותא בין נכסים מרובים לנכסים מועטין אף לאדמון, אליבא דרב דאמר דשיעור מרובין הוא כדי שיזונו מהן אלו ואלו י"ב חודש, ומבואר בירושלמי דאף אם עד שיבגרו הוא פחות מיב"ח, ויש בהן כדי שיזונו אלו ואלו עד שיבגרו, אפ"ה דין נכסים מועטים להם, ויכולים הבנות לתבוע חלקם להשליש ביד אפוטרופס, [וטעמא דמילתא עי' בזה לקמן סק"ב], ובזה ליכא לטענת אדמון דבשביל שאני זכר הפסדתי, שהרי יש גם לזכרים כדי שיזונו, וא"כ כי היכי דלחכמים יש להם דין מועטין ה"נ לאדמון.

ונראה דמתניתין הכי מתפרשא בזמן שהנכסים מרובין הבנים יירשו את כל הנכסים והבנות יזונו אצלם, שו"ר כן ברמב"ן, דהא איירי גם בזמן שיש בנכסים כדי שיזונו אלו ואלו יב"ח אבל אין בהם כדי שיזונו הבנות לבדן עד שיבגרו, ובזה חייבים היורשים להשאיר את הנכסים בשביל מזונות הבנות, וכמו לשמואל ור' יוחנן, דלא פליגי בעיקר החיוב של המזונות שהוא קודם לירושה, ולא ישאר לבנים כלום, [ולא משמע כן בלשון הרמב"ן כאן, ועי' לק' סק"ב דהדרי ב'], וא"כ אין מתפרש שהבנים יירשו חלקם, אלא ע"כ דר"ל שהבנים יירשו הכל והבנות יזונו משלהם, אבל בנכסים

מועטים הבנות יזונו כאילו אין היורשים יורשים כלום, דמזונות הבנות קדים ויכולים לתבוע להשליש הנכסים ביד אפוטרופס לצורך מזונותיהם, ולא זו בלבד אלא דגם אין הבנים ניזונים בדליכא מותר וישאלו על הפתחים, ועל זה הוא דפליג אדמון לומר דגם הבנים ניזונים עם הבנות, אבל דמזונות הבנות קדים לירושת הבנים בזה גם אדמון מודה, ובנכסים מועטים אין הבנים יורשים, [אף דאם קדמו ומכרו מכור מ"מ דיינינן להו כאילו לא ירשו], והם רק ניזונים יחד עם הבנות, ונפ"מ בכל מש"כ לעיל.

ובירושלמי איתא אמתניתין כיני מתני' הבנות יזונו והבנים ישאלו על הפתחים, ולא נתפרש מאי אתי למימר הרי היינו מתניתין, ולמש"כ יתכן דבא לומר דתרי מילי נינהו וכאילו אמר כיני מתני' הבנות יזונו, וכיני מתני' הבנים ישאלו על הפתחים, לומר דהא דהבנות יזונו הוא שאין הבנים כיוורשים חלק המזונות ונותנין לבנות, אלא כאילו הבנות יורשות מזונותיהן, וגם כשיש מזון גם לבנים, דמ"מ אין הבנים כיוורשים מזונות הבנות, וכמש"כ דזכות הבנות למזונות קדים בנכסים מועטים, ובזמן דליכא מזונות לבנים ישאלו על הפתחים וכמו שפירשנו, שו"ר בפי' מהר"א פולדא שכתב שהמשניות היו משובשין, ולכך אמרו כיני מתני', ואח"כ תיקנו המשניות על פי זה, ואמנם לפ"ז הך כיני מתני' מיותר.

(ב) גמ' וכמה מרובין אר"י א"ר כדי שיזונו מהן אלו ואלו יב"ח, לכאורה כשם שהבנות קודמות בדליכא לאלו ולאלו ליב"ח, ה"נ דין הוא שיקדמו בדאיכא ליב"ח, אלא דליכא למזונותיהן עד שיבגרו, דחייב מזונותיהן הוא עד שיבגרו, ולא מצאנו בזה חילוק בין תוך יב"ח לאחר יב"ח, וגם לא משמע דרב פליג בהכי אשמואל ור"י, [ועי' להלן דהדרי בין], וא"כ יש לפרש דרק לענין זכות הבנות לתבוע להשליש מזונותיהן ביד שלישי, בזה ס"ל לרב דכל שיש להן ליב"ח אף אם גם הבנים יזונו, תו אין להם זכות זו, דבאמת התנאי כתובה דמזונות הבנות הוא שהבנים יירשו והבנות יהיו סמוכין על שולחנם, ולעולם ביד הבנים למכור הנכסים ולהפקיע זכותן, אלא דלאו ברשיעי עסקינן, וה"נ היה ראוי לנהוג כן גם בנכסים מועטים, אלא דבזה חשו חכמים טפי, וס"ל לרב דרק בדליכא ליב"ח תיקנו כן.

ואפשר דשיעור יב"ח הוא כעין דס"ל לר"ה כתובות צ"ז א' דאלמנה מוכרת אחת ליב"ח, חזינן דזהו השיעור הנאות לאדם שיהיו מזונותיו מוכנים, [שו"ר כן בריטב"א], ואף ר"י דפליג התם וס"ל דמוכרת אחת לששה חדשים, י"ל דהיינו רק באלמנה למכירה דשמא תנשא באמצע ונמצא דמכרה של היתומים בחנם, וכדחזינן התם דמה"ט אין הלוקח מפרנסה אלא אחת לשלשים יום, אבל כאן י"ל דלכו"ע ראוי שיהא השיעור יב"ח, וכיון דמזונות הבנות מובטחת ליב"ח, תו לא תיקנו חכמים מידי ואוקמינהו אדינא דהבנים יירשו והבנות יהיו סמוכים על שולחנם.

לכאורה היה נראה פשוט דהא דקאמר רב יב"ח היינו בזמן שעד שיתבגרו הוא יותר מיב"ח, דמ"מ כל שיש להן ליב"ח סגי, אבל בזמן דעד שתתבגרן הוא פחות מיב"ח הרי כל דאיכא לאלו ולאלו עד שיתבגרו שפיר הוא בדין מרובין, אבל בירושלמי אמרינן דהא דקאמר ר"י דעד שיזונו אלו ואלו עד שיתבגרו, יש בזה להקל ולהחמיר אדרב, דבזמן דעד שיתבגרו הוא פחות מיב"ח הוי ר"י לקולא ורב לחומרא, ומבואר דאף דאיכא לאלו ולאלו עד שיתבגרו, מ"מ אם ליכא ליב"ח הרי זכות הבנות לתבוע להשליש מזונותיהן, והדבר צריך טעם, [ועי' באו"ז שכתב דמזה מוכח דאין טעמו של ר"ג ברבי כטעמי' דאדמון], וצ"ל דמאן דס"ל שיעור מרובין במזונות לאלו ולאלו יב"ח, ס"ל דלענין החשש שהבנים יכלו את הנכסים, יש מקום לחוש גם בנכסים מרובים, דהדבר תלוי בישרות לבם של הבנים, ומעיקר התקנה שיהיו הבנות

נסמכות על הבנים, אלא דכשהנכסים מועטים יש לחוש שהבנים תהיה עינם צרה, ובזה קבעו חכמים דכל שיש מזונות לכולם ליב"ח אין לחוש, אבל בפחות מזה חיישינן, והלכך אף שיש לאלו ולאלו עד שיתבגרו, מ"מ כיון דעינם צרה מחמת מיעוט הנכסים יש לחוש שיכלו או ימכרו, ומשמע דאף בדאיכא לבנים ליב"ח ולבנות עד שיבגרו נמי מועטין נינהו, עד שיהא גם לבנות ליב"ח.

נראה דבדליכא לאלו ולאלו ליב"ח לרב דדיינינן להו בדין נכסים מועטין, דמפקדינן ביד שליש כל מזונות הבנות עד שיבגרו, ולא רק עד יב"ח, דהא חיוב המזונות לבנות הוא עד שיבגרו, וכל שהנכסים מועטים וחיישינן שיכלו, יש לנו להבטיח לבנות מזונותיהן, וניחא השתא דלא שיילינן ואי ליכא לאלו ולאלו ליב"ח שקלי להו בנות לכולהו כדשיילינן בתר הכי לשמואל ור"י, דקושיא זו היא משום דקתני במתני' והבנים ישאלו על הפתחים כמש"כ רשב"ם, וזה קשה דגם בדליכא לאלו ולאלו עד שיבגרו, כלומר דחסר משהו לזה, עדיין נשאר טובא לבנים, וזה גורם לחשוב דשקלי להו בנות לכולהו, משא"כ לרב דשפיר משכחת לה בדליכא לאלו ולאלו ליב"ח [דהיינו גם כשחסר רק משהו], דשקלי להו בנות לכולהו, אם עד דתתבגרן הוא מאוחר, ושפיר קתני דהבנים ישאלו על הפתחים.

ויש לעי' לפ"ז מועטין ונתרבו מאי, [לפי' תו' דגם לאחר שנקבעו בדין מועטין אמרינן דברשות יתמי שבח], דאפשר דעד כאן לא אמרינן לקמן דמועטין ונתרבו ברשות יורשין שבח, כדפשטינן מהא דאם מכרו מכרו, אלא למ"ד דמרובין היינו לזה ולזה עד שיבגרו, דאי הדרינן לדין מרובין אכתי אית להו לבנות מזונות עד שיבגרו, וכ"כ ברא"ש דכיון דלית להו פסידא לבנות במזונותיהן איכא למימר דברשות היתומים נתברו עי"ש, אבל לרב דמרובין היינו יב"ח ובמועטין מוציאין לבנות מזונות עד שיבגרו, א"כ אם הדרינן לדין מרובין, הרי אנו צריכין להוציא מן הבנות ולהפסיד להן שלא יהיה להן מזונות עד שיבגרו לאחר שכבר הוצאנו להם ליד שליש עד שיבגרו, ומסתברא דלא מהדרינן, וזה אם נתברו לאחר שכבר נקבע דינם בדין נכסים מועטים, אבל אם נתברו לאחר מיתה קודם שהגיעו לב"ד, בזה י"ל דברשות יורשים שבח, ועי' להלן דכן מבואר בירושלמי.

במש"כ לעיל ובסק"א דלרב בנכסים מרובים דהיינו שיש כדי שיזונו אלו ואלו יב"ח, דמ"מ אין רשאין הבנים לאכול אם אין לבנות עד שיתבגרו, דחיוב הבנות קדים, שבתי וראיתי דל"מ כן, דפשטא דמתני' דקתני במרובים הבנים יירשו והבנות יזונו, ובמועטים הבנות יזונו והבנים ישאלו על הפתחים, מתפרשא דבמרובים הבנים ניזונים לא פחות מהבנות, וכמו דמתפרשא לשמואל ור"י, וה"נ לרב, וכן מבואר ברמב"ן, וכן מבואר בירושלמי כתובות פי"ג ה"ג דבדאיכא ליב"ח אוכלים גם הבנים, וע"כ דלרב עיקר תקנת המזונות לבנות אף שהיתה עד שתתבגרן, מ"מ לא שללו את המזונות מן הבנים, לאחר שכבר יש לבנות ליב"ח, וראו בזה את דברי אדמו"ן, עי' או"ז.

ולפ"ז גם יש מקום לפקפק במש"כ דבדליכא לאלו ולאלו ליב"ח, דמוציאין לבנות עד שיתבגרו, דנמצא דבמיעוט נכסים זוכין הבנות יותר במרובים, דבדאיכא לאלו ולאלו ליב"ח הרי ניזונים יחד ואין לבנות אלא ליב"ח, ואילו בדליכא לאלו ולאלו ליב"ח נוציא לבנות עד שיתבגרו, [ולמאי דהוי ס"ל מעיקרא דגם בדאיכא לאלו ולאלו ליב"ח אין הבנים רשאין לאכול, ניחא דאין יתרון בנכסים מועטים אלא בהבטחת המזונות לבנות, וזהו עיקר התקנה במועטים, אבל השתא נמצא דבמציאות זוכין הבנות ליותר מזונות במועטים מבמרובים], וזה מספק לן דשמא אין מוציאין לבנות אלא ליב"ח, ואין להן עד שתתבגרן לרב אא"כ יש גם לבנים.

ומצאתי הדבר מבואר בירושלמי כתובות פ"ג ה"ג דאיתא התם לא היה שם מזון יב"ח מהו שיאמרו בנים לבנות טלו את שלכם וצאו, וקפשיט דאינם יכולים מהא דאם אמרו יתומים הרי אנו מעלין על נכסי אבינו יפה דינר כדי שיטלו כתובת אמן אין שומעין להם כתובות צ"א א', הנה מבואר דבדליכא מזון יב"ח מפסידים הבנים יותר ואינם נוטלים מה שיש מותר על יב"ח לבנות, דהא היינו דקמיבעיא ליה אם יכולים הבנים לומר לדידן שוה לן המותר כמזון יב"ח טלו לכן מזון יב"ח ותנו לנו המותר, וקפשיט דאינם יכולים לומר כן, ואינם מקבלים מה שיש יותר על יב"ח לבנות, הרי דבנכסים מועטים פחות מיב"ח ניזונין הבנות עד דתתבגרן, ועי' לק' סק"ד.

עוד איתא התם בירושלמי ר"ח בעי לא היה שם מזון יב"ח והוקירו הנכסים והיינו בעיא דמועטין ונתרבו דבתלמודן, ופשיט נמי כדפשיטין בסוגיין מהא דאם קדמו היתומים ומכרו מכרן מכר אלא דבירושלמי מפורש דלאוקימתא דרב דמרובין היינו יב"ח קמיבעיא ליה, ומבואר דאף לרב אמרינן דברשות יורשים שבח, ולמש"כ לעיל יש לפרש דאיירי בהוקירו עד שלא באו לב"ד, דאכתי לא זכו הבנות במזונות עד שיבגרו, עי' לעיל, ולפי זה משמע כדעת הסוברים דגם הא דקדמו יתומים ומכרו היינו רק קודם שקבעום ב"ד בדין נכסים מועטין, וצ"ע.

ג) ק"מ א' פשיטא מרובין ונתמעטו כבר זכו בהן יורשין, נראה דבדין מרובין אין חילוק בין עמדו בדין ללא עמדו בדין, דגם כשעמדו בדין אין ב"ד מוסיפין זכות לבנים בירושתן, וגם אין מוסיפין זכות לבנות, ורק גורעין מהן זכות תביעה להעמיד מזונותיהן בידיהן, ונמצא דמרובין לעולם הנכסים כפי מה שהן עם מיתת האב, דכולם הבנים יורשים אותן, וחייבין לתת לבנות מזונותיהן כדין בע"ח הגובה מן היורשים, וגריעי מבע"ח דאין מגבין להן אלא מזונותיהן מדי יום ביומו. ולפ"ז יש לתמוה בדעת הרשב"ם והרמ"ה שפירשו דדיינינן כאילו נעשו הבנות שותפין בנכסים כפי ערך מזונותיהן, וכשהוזלו הרי הן מפסידין לפי ערך, [אבל אם יוקרו לא ירויחו כדמסקינן במועטין ונתרבו עי' רמ"ה], ולמה ישתנה דינן מכל בע"ח דאף שהוזלו הנכסים כל שיש עדיין כדי חובו שפיר גובה, וכש"כ מזונות הבנות דלאו חוב גמור הוא, דהא לא מגבין להו אלא שניזונות, שו"ר שכבר הק' כן באו"ז, ועוד דא"כ מאי איריא שנתמעטו והיינו דהשתא ליכא לאלו ולאלו עד שיבגרו כמש"פ רשב"ם, הרי אף שנשארו עדיין מרובין מ"מ אם הוזלו דין הוא שיפסידו הבנות כפי חלקן, ולפי זה אם יוזלו ויוקרו ויוזלו ויוקרו יפסידו הבנות בכל זולא ולא ירויחו ביוקרא, אתמהה, ועו"ק דהרשב"ם פירש נתמעטו גם אם הוקרו מזונות, ואמאי יפסידו הבנות בזה, הרי אין להן זכות לקבל מזונותיהן אלא יום יום, ואמאי יקבע חלקן כפי ערך מזונותיהן ביום המיתה, ופשטא דגמ' כפי' ריב"ם [הובא בהג"א, והוא באו"ז], והרא"ש וכ"ה ברמב"ן דהנידון אם זכו הבנים להיות ניזונים יחד עם הבנות כדין מרובין, אע"ג דהשתא מועטין נינהו ודין הוא שהבנות יזונו והבנים ישאלו על הפתחים, ועל זה אמרינן שכבר זכו בהן היורשין להיות נזונים יחד, וכן סתם בשו"ע אה"ע סי' קי"ב סי"ג.

שם מועטין ונתרבו מאי ברשות יורשין קיימי כו' או"ד סלוקי מסלקי יורשין מהכא, נראה דדין נכסים מרובים ונכסים מועטים הם תנאים בעיקר תקנת המזונות, דכך תיקנו שבנכסים מרובים יזונו יחד, ובנכסים מועטים יזונו הבנות עד דתתבגרן, ורק המותר יירשו הבנים, ולרב דמרובין היינו יב"ח נוספו תנאים אלו דמרובין ויש לשניהם עד שיבגרו הרי כולם אוכלים יחד עד שיבגרו, ואם יש רק עד יב"ח אוכלין יחד עד יב"ח ואין לבנות יותר, ואם אין ליב"ח לאלו ולאלו, נותנין לבנות עד

שיתבגרו, [עי' לעיל סק"ב], ורק המותר לבנים, אבל הא דבנכסים מועטים מוציאין המזונות לבנות מתחלה ומניחים ביד אפוטרופס כמ"ש המ"מ פ"ט מה' אישות הי"ז, וכן בנמו"י בסוגיין, נראה דאינו מכלל התקנה, אלא הוא מעשה ב"ד להבטיח לבנות את זכותן, וכשם דלוח המבזבז נכסיו מונעין ב"ד ממנו, וכמ"ש הרא"ש בסוגיין דאף בנכסים מרובים אם רואין ב"ד שהיורשים מבזבזין חייבין להבטיח לבנות את מזונותיהן, ה"נ בנכסים מועטים כיון שאין ליורשים כדי מזונותיהן, ולעומת זה צריכים לזון לאחיותיהם, ועינם צרה מכח טענת אדמון, הרי אם ישארו הנכסים תחת ידם יש חשש שיאכלו מהם ולא ישאר לבנות, לכך מניחין ב"ד ביד אפוטרופס כשיעור מזונות הבנות.

והנה בעיין דמועטין ונתרבו היא בעיקר תקנת המזונות כיצד תיקנו, אם למיזל בתר שעת מיתה וכיון דהיו מועטין נקבע דינם במועטין, ואף כשנתרבו אין חוזרין לדין מרובין להיות ניזונים יחד, ונפ"מ דמבטיחין לבנות את מזונותיהן, ואין הבנים יכולים לאכול עמהן, דזימנין דאכילתן מרובה, וגם נפ"מ אם יחזרו להיות מועטין, דאם כבר היו בדין מרובין נשארים בדינם, או דלא אזלינן בתר שעת מיתה וכל שנתרבו הנכסים זכו היורשים להיות בדין נכסים מרובים, אבל לא איירי סוגיין בתפיסת ב"ד נכסים להבטחת מזונות הבנות, אם כח ב"ד יפה בתפיסתן, דאף אף מכרו הבנים אינו מכור, או דלא אלים כ"כ, והוא נידון כללי גם בנכסים מרובים והיו הבנים מבזבזין ולקחו ב"ד ונתנו ביד אפוטרופס, וכן בכל בע"ח שהתפיסו ב"ד את נכסיו שלא יבזבזם, כמ"ש בחו"מ סי' ע"ג ס"י, אם לקח מיד האפוטרופס ומכר מה דינו.

ולאמור הדברים מתחוררין כדעת רש"י והרשב"ם והרמב"ן דהא דאר"א אר"י יתומים שקדמו ומכרו בנכסים מועטים מה שמכרו מכרו, דהיינו קודם שהתפיסו ב"ד את הנכסים לבנות, דסתם נכסים מועטים הם על עיקר הדין דנכסים מועטים, ותפיסת ב"ד הוא ענין לחוד, וגם לשון קדמו מוכיח דקודם תפיסת ב"ד קאמר, ומש"כ תו' יבמות ס"ז ב' לפרש דקודם שאכלו קאמר, קשה טובא דלמאי הוצרך לומר קדמו, ואמאי לא אמר סתם יתומים שמכרו בנכסים מועטים, א"ו דוקא קאמר קודם שהתפיסו ב"ד את הנכסים לצורך הבנות, ומשה"ק תו' בסוגיין דלפ"ז קשה אמאי לא מיבעיא לן בסוגיין מועטים ונתרבו לאחר תפיסת ב"ד, למש"כ ל"ק דסוגיין בדיני מזונות הבנות איירי ולא בהלכות תפיסת ב"ד, גם י"ל דפשיטא לגמ' דכיון דתפיסת ב"ד מהני שלא יוכלו למכור וכדקאמר דוקא קדמו, ממילא ה"ה דנשארינן בדין מועטין, א"נ כמ"ש הרא"ש דאם מעיקר התקנה מועטין ונתרבו חוזרין לדין מרובין, אין תפיסת ב"ד מעכבת כיון שאין הפסד לבנות עי"ז, ועיקר הנכסים עדיין ברשות יתמי קיימי, דהא אם נשאת או מתה דידהו הו, ובכלל פשיטותא דמועטין ונתרבו גם נתרבו אחר תפיסת ב"ד, אע"ג דלענין מכירה אלימא תפיסת ב"ד, דאין ב"ד תופסין להפסיד לבנים במה שאין הפסד לבנות.

גם משה"ק תו' אמאי לא אוקמו ביבמות ס"ז ב' הא דבת מאכלת בשהתפיסו לה ב"ד העבדים, ל"ק דהתפסת ב"ד הוא ענין מחודש ולא שייך לשנותו בסתמא, וכבר כתבו תו' ביבמות שם דמשמע לגמ' דבת מאכלת מיד בלא החזקה ע"פ ב"ד, גם משה"ק מהא דכתובות ק"ג א' דאמרינן במדור אלמנה דאין מכירתן מכירה משום שתפסה מחיים, דמשמע דתפיסה לאח"מ לא מהני, מלבד די"ל דתפיסה שלא ע"פ ב"ד באמת לא מהני, משא"כ באלמנה שהוא מדורה מתחלה, גם בלא"ה שפיר פירשו קושטא דמילתא דבאלמנה לא משכחת לה קדמו ומכרו שהיא תופסת מחיים, משא"כ במזון הבנות דאפשר להקדים המכירה קודם תפיסה, וכבר כתב כן הרא"ש.

נראה דמועטין ונתמעטו עד שלא התפסום ב"ד, דאין הבנות מפסידות, דחוב מזונותיהן על כל הנכסים רמיא, וכשם שאין בע"ח מפסיד כשנתמעטו נכסים אחר מיתה, וגם לאחר שהתפסום ב"ד, נמי נראה דאין מפסידות אם הוזלו דכיון דאם הוקרו ברשות יתמי קיימי כדפשיטין דחזורין לדין מרובין, להסוברים דאף לאחר שהתפסום ב"ד כן, וגם אם הוקרו ויש בהן מותר נמי רווחא דיתמי הוא, אינו בדין שהבנות יהיו שותפות רק להפסד, והלכך אם הוזלו גובין מה שביד הבנים אם עדיין קיים, ומיהו אם רצו היורשים להקנות להן הנכסים ע"מ להפטר מחיוב מזונותיהן בכל גווני, שפיר דמי, דכל בע"ח ראוי שיוכל להפטר מחובו, אבל באופן זה גם אם יוקרו או ינשאו או ימותו ישארו הנכסים ברשותן, וגם בנכסים מרובין רשאי היורשין לעשות כן.

יש לעי' למאי דהוי ס"ל לאביי יבמות ס"ז ב' דבנכסים מועטים אין מכירת הבנים מועילה אף קודם שהתפסום ב"ד, ולכך אוכלים העבדים בתרומה אף בדאיכא עובר, מה דין אם הוקרו העבדים עד שלא נמכרו אם המותר לבנים, ומסתברא דהמותר לבנים כמו אם מתו או נישאו, ומשמע דאפ"ה שפיר אוכלין העבדים בתרומה, ושם משום דלא חיישינן להכי, וצ"ע.

ד) כתובות צ"א א' פשיטא מרובין ונתמעטו כבר זכו בהן יורשין, לכאורה נראה דהך זכו בהן יורשין, הכונה שזכו בזכות לגבות כתובת בנין דכרין, דכיון דבשעת מיתה היה מותר דינר תו לא תיקנו חכמים לבטל כתובת בנין דכרין, אבל אין הכונה דדיינינן כאילו נתחלקו כבר הנכסים בשעת מיתה וכבר גבו כל אחד כתובת בנין דכרין שלו, דכתובת בנין דכרין חוב ככל החובות ובעי גביה, ואף דכאן החוב הוא ליורשים עצמם, מ"מ כל יורש ליורש השני כבע"ח הוא, ותדע דאם איתא דדיינינן כגבו ונתחלקו א"כ כש"כ במועטין ונתרבו דהיה ראוי לומר דכנתחלקו מיד חשיב, דהא ודאי ירושה קודמת לכתובת בנין דכרין, וכיון שהיו מועטין כבר זכו כל אחד בירושתו, ומאי קמיבעיא ליה, ולפי' תו' גם למסקנא מועטין ונתרבו גובין כתובת בנין דכרין וע"כ דלא זכו עדיין להחשב כאילו חלקו, אלא ודאי זכו בהן יורשין היינו רק להיות גובין כתובת בנין דכרין, ובמועטין ונתרבו קמיבעיא ליה משום דלעולם ראוי להורות לגבות כתובת בנין דכרין, דהא חוב הוא שנתחייב אביהן, ורק בדמיעקרא נחלה דאורייתא עקרוה רבנן, וכיון דנתרבו קודם חלוקה ומקיימא נחלה דאורייתא, שפיר מספקא ליה לדונם במרובין.

ונפ"מ בכל זה במרובין ונתמעטו כמה מפסיד כל אחד ע"י מה שנתמעט, וגם בדאיכא עדיין מותר דינר, כגון כתובת בנין דכרין של האחת אלף ושל השניה חמש מאות, והיו הנכסים שוין בשעת מיתה שלשת אלפים ונתמעטו לאלף ושמונה מאות, דאם דיינינן כאילו כבר נתחלקו בשעת מיתה וקיבלו יורשי הגדולה אלף שבע מאות וחמשים, ויורשי הקטנה אלף מאתיים וחמשים, ועכשיו שנחסר אלף ומאתים דין הוא שיפסידו יורשי הגדולה ז' חלקי י"ב, ויורשי הקטנה חמשה חלקי י"ב, כפי מה שהיה ערכם בשעת חלוקה נמצא ביד יורשי הגדולה אלף וחמשים, וביד יורשי הקטנה שבע מאות וחמשים, אבל אם לא דיינינן להו כחלקו הרי כל אחד גובה כתובת בנין דכרין שלו וחולקין במותר, ונמצא ביד יורשי הגדולה י"א ומחצה וביד יורשי הקטנה ו' ומחצה.

אבל בטור אה"ע סי' קי"א כתב במרובין ונתמעטו ואין שם כדי ב' הכתובות ב"ד, דשמין לכל אחד כפי חלקו שהיה לו בנכסים, משמע דמפרש דדיינינן להו כחלקו בשעת מיתה, וההפסד לכל אחד כפי חלקו, וכן מבואר בח"מ שם סק"ה, אלא שיש שם ט"ס וצ"ל נמצא זה לוקח ת"ש וזה ש', וכן מבואר עוד בטור שם ובשו"ע ס"ז

דאם היה חוב והוא יותר מהמותר שעל שתי הכתובות יפרעו לבע"ח והשאר יחלקו לפי שתי הכתובות, והיינו נמי דדיינינן כאילו גבו כתובותיהן ושלמו לבע"ח כ"א לפי חלקו, [דבעלמא שתי כתובות שבאו להפרע כאחת אין גובין לפי ערך עי' סי' צ"ו], אבל אין זה תואם עם החשבון שבחלקת מחוקק, דבחשבון ידידה אם היו חולקין לפי הכתובות, היה בעל הכתובה הקטנה מקבל רק ששית מהאלף הנותר.

אח"כ ראיתי בבית יעקב להנתיבות בשו"ע שם שכתב דלעולם כתובת בנין דכרין כיון דירתון תנן הרי היא כירושה לענין להפסיד מה שנפחת, ואין צריך לפרש משום שמיד עם המיתה דיינינן להו כזכו ונתחלקו, אלא שאין כתובת בנין דכרין כחוב אלא כירושה, שהתנו לירש כך וכך, והלכך כל הפסד בירושה מתחלק גם על הכתובת בנין דכרין, ולפי זה הא דאמרינן במרובין ונתמעטו שכבר זכו בהן יורשים היינו רק שזכו להיות גובין כתובת בנין דכרין, ואין צריך לפרש דכאילו נתחלקו באותה שעה, והלכך שפיר מיבעיא לן במועטין ונתרבו.

ולהאמור אם הוקרו הנכסים במרובין ונתרבו, גובה כ"א כתובת בנין דכרין דיליה והמותר חולקין בשוה, דכיון דלא דיינינן להו כחלקו בשעת מיתה, ממילא אין זוכין ברווחים לפי ערכם, ואין להם אלא שיעור הכתובת בנין דכרין שלהם.

בבית יעקב שם כתב דגם במתנת שכיב מרע הדין כן דכירושה הוא ומשתתף בכל הפסד שבין מיתה לחלוקה, ועי' בזה בחו"מ סי' רנ"ג וסי' ג' ובנה"מ שם, ונראה להביא ראיה לזה מהא דאמר ב"ב קל"ג א' למאי הלכתא אם זוכה מדריב"ב או במתנת שכיב מרע, משמע דאין חילוק ביניהם, ובדריב"ב ודאי מסתבר שהוא שותף להפסדים כמו שאר היורשים, [שו"ר דאין ראיה משם דהתם בכתב כל נכסיו איירי ובזה בעינן לאשכוחי נפ"מ בינייהו], ומיהו אם קצב לו סכום בדריב"ב, נראה שהוא שותף להפסדים אבל לא לרווחים שאם הוקרו הנכסים בין מיתה לחלוקה לא יקבל יותר וכמ"ש לענין כתובת בנין דכרין, דבמתנת שכיב מרע ודאי מסתבר כן, ובגמ' שם משמע דליכא מידי בינייהו, ויתפרש שהוסיף לו מדריב"ב בשיעור שיזכה סכום זה בשעת חלוקה, וצ"ע.

שוב עיינתי בדבר ונראה לנטות מדברי הח"מ והנתיבות, וכונת הטור בנתמעטו כמו בטרף בע"ח, דכמו בטרף בע"ח הרי מה שנשאר גובין לפי הכתובות, דהיינו אם כתובת בנין דכרין הגדולה אלף והקטנה חמש מאות, דנוטלין יורשי הגדולה שני שלישי מן הנשאר ויורשי הקטנה שלישי, [ולא דיינינן להו כשתי נשים שבאו לגבות שתי כתובות האחת של אלף והאחת של ה' מאות דנתבאר דינם בסי' צ"ו, דהכא ירתון תנן ולא כבע"ח והרי הם כשני יורשים בכור ופשוט דחולקים הירושה לפי ערכם בירושה], ה"נ בנתמעטו הנכסים נמי גובין הכתובת בנין דכרין מן הנשאר כל אחד לפי כתובתו, ודברי הטור מתפרשין כך שאם היה מותר בשעת מיתה ונתמעט אח"כ כבר זכה בן הגדולה בכב"ד שלו, ואם נתמעטו ועדיין יש כפי שתי הכתובות הרי גובה כ"א כתובה שלו, ואם נתמעטו יותר ואין שם כדי שתי הכתובות שמין לכל אחד כפי חלקו שהיה לו בנכסים, ור"ל לפי גודל הכתובה של האחת כלפי השניה, והיינו לפי הכתובות שכתב בבע"ח, אלא דכאן בנתמעטו הוסיף להסביר שכל אחד נתמעט חלקו לפי ערך שהיה לו, ולפי זה בגוונא שכתב הח"מ מחלקין האלף הנותר לששה חלקים ונוטלין בני הגדולה חמש שישיות ובני הקטנה ששית, כפי ערך הכתובות זל"ז, ואין הטעם משום דדיינינן כאילו זכו בני הכתובת בנין דכרין כבר בנכסים ודידהו נתמעט, דכשם שאינם שותפים אם הוקרו הנכסים קודם חלוקה, כך אינם שותפים בהוזלו, דלענין זה כחוב דיינינן להו וכל זמן שלא גבו לאו ידיהו נינהו, ואף דבמתנת שכיב מרע איכא גווי דמפסיד לפי חשבון בהוזל או נאבד עי'

חו"מ סי' רנ"ג סי"ג ובנה"מ שם, מ"מ כתובת בנין דכרין עדיף, דהא כתובת בנין דכרין גובה ממתנת שכיב מרע כמ"ש הרשב"א ב"ב קל"ג א', (ויתכן דמתנת שכיב מרע וכתובת בנין דכרין שוין ותלוי אם קבע סכום במתנת שכיב מרע כדרך שקבע בכתובת בנין דכרין ול"ע בזה כעת), אלא דכיון דליכא טפי ע"כ שיפסידו כל אחד לפי ערך, דהא בנתמעט רק המותר ועדיין נשאר כפי שתי הכתובות משמע בטור דגובה כ"א כתובתו.

שם א"ל זילו פייסינהו כו' אי לא מפייסיתו להו כו', יש לדעת מה הוי ס"ל לרב עמרם, דמה מקום לפיוס, אם מן הדין זכו יורשי הגדולה בכב"ד למה יפייסום לוותר, ואם צריך לפייסם ולא פייסו הול"ל דיפסידו ויקבלו יורשי הגדולה כתובת בנין דכרין דידהו, ומה מקום להענישם בסילוא דלא מבע דמא, ועי' בתו' ב"ב ק"מ א' ד"ה מה, ואפשר דר"ע ספוקי הוי מספקא ליה, דין מועטין ונתרבו, וגם מספקא ליה מי חשיב המוציא, דאם יש כאן כתובת בנין דכרין י"ל שכבר זכו בה היורשים, והלכך אי לא מפייסי היה מורה יחלוקן, והני דבי בר צרצור החזיקו בנכסים כאילו ליכא כתובת בנין דכרין כלל, ואמר להו דאי לא מפייסי להו ויחזיקו בנכסים מחא להו בסילוא כו', דלהוציא מידם לומר יחלוקן לא הוי מצי, אבל מ"מ כיון דכן ראוי לעשות שפיר הוי מחא להו, ולבתר הכי שדרינהו לר"נ.

בספר ח"ש באה"ע סי' קי"א הק' בהא דתנן במתני' אם אמרו יתומים אנחנו מעלים על נכסי אבינו יפה דינר כו' אין שומעין להן אלא שמין את הנכסים בב"ד, ומאי איריא משום דהם מעלים, תיפ"ל דהו"ל מועטין ונתרבו, דהא רק לאחר מיתה הם מעלים, ולא קושיא היא דאי הוי מהני הא דמעלים, אנן סהדי בשעת מיתה שיסכימו להעלות, ועי"ש שכתב ג"כ על דרך זה, ועוד נראה דבכלל זה דגם העלאת אחרים לא מהני אלא שמין את הנכסים בב"ד, ואילו היתה העלאת אחרים מועילה היה ראוי לעולם לנהוג בהכרזה, ועיקר הטעם נראה דלא רצו חכמים לתקן כתובת בנין דכרין בנכסים מועטים, דהא מן הדין בעל יורש את אשתו ובנים את אביהן, והלכך קבעו את השיעור בדמיעקרא נחלה בערך הנכסים באמת בשומא, ואם היה הטעם רק משום דמיעקרא נחלה דאוריתא, היה אפשר לתקן דכתובת בנין דכרין לא תגבה מדינר האחרון.

יש לעי' במזונות הבנות מהו שיאמרו הבנים אנו מעלים על נכסי אבינו יפה דינר כדי שיהיו בדין מרובים, [דהיינו שיסכימו לקנות מנכסי האב ביתר משויים], ובזה אם יזדמן אדם מן השוק שיעלה בערכם, מסתבר דיחזרו לדין מרובים, כדין מועטים ונתרבו, וא"כ מה לי בנים מ"ל אחר, וגם יש בידם למכור, [ומיהו לאחר שהתפייסו ב"ד להסוברים דתו אינם יכולים למכור, אפשר דלא תועיל העלאה דיורשים, די ש לחוש שמא זו תואנה שיוכלו למכור], ולא דמי למש"כ לעיל סק"ב מירושלמי כתובות דבדליכא מזון יב"ח לרב אין הבנים יכולים לומר אנו מעלין, דהתם הנידון לשנות דין הבנות מעד דתתבגרן ליב"ח, וזה רק בשעת מיתה, אבל מועטין ונתרבו כבר זכו הבנות בעד דתתבגרן ואינם חוזרין לדין יב"ח, וכמש"כ לקמן שם, משא"כ הכא דיינינן שיחזרו לדין מרובין דעד שיתבגרו, וצ"ע. (ס"כ סק"א-ד').

ק"מ א' פשיטא מרובין ונתמעטו כבר זכו בהן יורשין, נתבאר לעיל קל"ט ב' סק"ג ד'.

שם פשיטא מרובין ונתמעטו כבר זכו בהן יורשין, לפי' הרא"ש דהיינו שיהיו ניזונים יחד, באמת ראוי להיות פשיטא דזכו, דאל"כ אם בסעודה אחת יאכלו יותר הבנים או הבנות, כבר יחזרו להיות בדין מועטין, וא"כ לעולם יעשו הבנות כן, ולא משמע לומר דבניזונין יחד קובעים לכל אחד את מזונותיו לפי החשבון.

שם מועטין ונתרבו מאי ברשות יורשין קיימי כו' או"ד סלוקי מסלקי יורשין מהכא, נתבאר לעיל קל"ט ב' סק"ג.

שם מועטין ונתרבו מאי, עי' ברא"ש, ומתפרש אם נתרבו עד שעכשיו הם בדין מרובין שיש לאלו ולאלו עד שיתבגרו, אם מהדרינן דינא, ומעתה יזונו יחדיו, ואם יתמעטו שוב כבר יהיו בדין מרובין ונתמעטו, או דמשאירין את הדין ומה שהתפסו לבנות התפסו, וכן איכא למיבעיא אם היו הנכסים מועטים עד שלא הספיקו לבנות עד שיתבגרו, ועכשיו נתרבו אם מתפסין את הבנות במה שנתרבה, או דאין להם אלא מה שהתפסו מעיקרא, ויתכן דאף בנתייקרה הקרקע שייחדו למזונותיה איכא למיבעיא, דשמא לא ייחדוה אלא לפי דמים שהיתה שוה באותה שעה, שהרי בנתייקרה יותר מעד שתבגר הרי המותר ליורשים, ועוד משכחת לה שנתרבו כשאחת הבנות נשאת, ואם ניזונות מן הראוי שפיר משכחת לה כשנפלו נכסים לאביהם. תוד"ה יתומים, נתבאר לעיל קל"ט ב' סק"א.

ק"מ ב' עשו אלמנה אצל הבת כו', נראה דלכו"ע מתפרשא הך מימרא בבת הניזונת ולא בבת היורשת, דאל"כ למה נקט בת ולא נקט בן, אלא דדעת הרמב"ם דלרבותא נקטו דאלמנה מוציאה גם מיד בת שמוציאה מן הבן, וכש"כ שמוציאה מיד הבן, דאל"ה לא הוי לגמ' למיסתם, דחידוש רבא הוא דמוציאה מן הבת שמוציאה מן הבן ולא מן הבן, ומשמע דלא ס"ל לתלמודן כהירושלמי.

ודעת תו' כמבואר בדבריהם כאן ובכתובות מ"ג א' וכן ברא"ש בסוגיין [וצ"ל פי' הריב"ם והוא העתק ממש"כ באו"ז] שדבריו דברי התו', וכן בהגהות מיימוניות סופי"ט דאישות דאלמנה ובן או אלמנה ובת ניזונין יחד, וכן בנכסים מרובין דאיכא לבן ולבת עד דתתבגרין נמי ניזונין יחד, וגם האלמנה תיזון עמהם, אבל בדאיכא בן ובת ונכסים מועטים דדינא הוא להוציא להבת מזונותיה עד דתתבגרין, בזה אם איכא אלמנה מוציאה לה מן הבת מה שהיה ראוי להוציא לבת דהיינו עד דתתבגרין, ומסתברא דאם נשאר אצל הבנים עוד נכסים, דהבת מוציאה מהן, דהאלמנה כבת נוספת דיינינן לה, אלא דעדיפא שמוציאה מן הבת, אבל אינו בדין שיגרע זכות הבת עי"ז מלתבוע מזונות מן הנכסים הנשארים ביד הבן, והגרע"א ז"ל בכתובות נסתפק בזה, מיהו אפשר דאין ספיקו אלא אם יש לבת בזה זכות של נכסים מועטים דהיינו שתזכה בכל, אבל לזון עם הבן י"ל דפשיטא ליה דניזונות וצ"ע, ועי' להלן אם האלמנה תחזור ותוציא מן הבת מה שהוציאה מן הבנים, ואע"ג דהוצאת המזונות לבנות הוא לטובתן, מ"מ אינן יכולות לומר אי אפשרי בתקנת חכמים ורצוני להיות ניזונות יחד עם הבנים, כדי שלא יוציאו לאלמנה, דהאלמנה לאו מן הבת זוכה, אלא דבזמן שיש זכות לבת, הרי בדאיכא אלמנה זיכו חכמים זכות זה לאלמנה, [ועי' בהגרע"א ז"ל כתובות שם שנסתפק במחלו הבנות להבנים אם האלמנה זוכה], דאל"כ לעולם יאמרו הבנות כן, אא"כ נימא דאה"נ ולא דיינינן מועטין אלא בזמן שהוא לטובת הבנות כגון שהבנים מרובין, ואף אם האלמנה תוציא מן הבת אכתי תחזור ותגבה מן המותר, אבל לפ"ז נצטרך לומר דחוזרת וגובה כדין מועטים.

ומדברי הרא"ש והטור בסי' צ"ג וקי"ב מבואר דנקטו דבעיא אי אלמנה ממעטת לא איפשיטא ונקטינן דאינה ממעטת, ובאמת דלגירסא דידן וכן גי' הרא"ש דגם לאידך לישנא מספקינן אי אלמנה ממעטת, הרי הדבר מפורש בגמ' מדאמרו פשוט מיהא חדא ומבואר דלא איפשיטא אלא חדא ולא תרתי, וכמו שהזכיר דקדוק זה הרשב"א לענין בע"ח.

ואם יש כמה בנות והנכסים מועטין דמוציאין לכולן עד שיבגרו, דין הוא שהאלמנה תוציא מכולן, אם חיוב מזונות דידה כנגד כולן, דהא כל שאין הנכסים ביד היורש מן

התורה, הרי כח האלמנה עדיף להוציא, וע"כ לשום כמה עתידה לחיות לפי שנותיה כמו שהזכירו הרמב"ן והרשב"א, וכן אם יש בת אחת וכמה בנים, למש"כ דלאחר שהאלמנה מוציאה מן הבת מה שהוציאו לה עד דתתבגר, חוזרת הבת ומוציאה מן הבנים מה שנטלה האלמנה ממנה, דין הוא שתחזור האלמנה ותוציא מן הבת וחוזר חלילה עד שיעור מזונות האלמנה, דכל שהנכסים ביד הבת הרי כח האלמנה אלים להוציא ממנה, אבל י"ל דאין כח האלמנה יפה אלא להוציא מן הבת מה שמוציאה מן הבנים בזכות עצמה, אבל כל שהיא מוציאה מן הבנים בגלל שהאלמנה נטלה ממנה, אם תזכה האלמנה בזה הר"ז כאילו האלמנה מוציאה מן הבנים, ולפירוש תו' הרי אין האלמנה יכולה להוציא מן הבנים, וכן משמע בחדושי הגרע"א כתובות מ"ג א' בתו' שנסתפק רק אם הבנות חוזרות להוציא מן הבנים, אבל האלמנה ודאי אין לה אלא מה שהוציאה מן הבנות, והכי מסתברא.

ברמב"ן ורשב"א ובמ"מ מבואר דאף לפי הירושלמי דאין לאלמנה אלא במקום בן ובת, והיינו בנכסים מועטים, דהנכסים בחזקת הבת, מ"מ מוציאים לאלמנה מזונות לכל ימי חייה כפי מה שאומדים ב"ד, והיינו שמוציאים מכל הבנות עד שיהיה לאלמנה לכל ימי חייה, אבל יותר ממה שיש לבנות לא שייך להוציא, וכן הרמ"א העתיק דין זה דמשערין לכל חיי האלמנה בסי' צ"ג ס"ד לאחר שהביא המחבר דעת תו' כפי הירושלמי דאין לאלמנה אלא במקום בן ובת ונכסים מועטים שאין לבן ובת עד שתבגר, ומבואר דאף לדעת תו' יש ענין לשער כמה עתידה לחיות האלמנה, [ודקדק הרמ"א לכתוב במקום שהאלמנה דוחה הבנות לשון רבים, ולא הבת כלשון המחבר, משום דכל הנפ"מ בזה הוא בדאיכא כמה בנות שהאלמנה נוטלת מהם], ומיהו לשון הטוש"ע שם שכתבו שאם אין בנכסים בשביל הבן והבת עד שתבגר ידחו הבן והבת ותיזון האלמנה עד שתגבה כתובתה, צ"ע דהיה ראוי לפרש שהאלמנה תזכה רק בשיעור מזון הבת עד שתבגר, והמותר יזונו הבן והבת, [ואולי גם האלמנה], וצריך לדחוק דכונת הטור כשאין בנכסים אלא לבת עד שתבגר ולא יותר. - איברא דבלשון הגהמ"י וכן באו"ז וברא"ש משמע דלא משכחת לה שיהא צריך לשער מזונות האלמנה שהוא דבר שאין לו קצבה, ומשמע מזה דגם בדאיכא כמה בנות אין מוציאים לאלמנה אלא עד שתבגרו כל הבנות, וכאילו היתה בת נוספת, אבל ברשב"א ובמ"מ וכן ברמב"ן וברמ"א משמע כמש"כ.

וברשב"א מבואר דאף לפי הירושלמי דאין לאלמנה אלא במקום בן ובת מ"מ כיון דחזינן דאליהם כח האלמנה לדחות הבת, ה"ה דהאלמנה ממעטת בנכסים, דדיינינן לאלמנה כבת נוספת, ולפי זה יחשבו נכסים מרובים כשיהא לאלמנה ולבן ולבת עד שתבגר, דאין להצריך שיהא לאלמנה לכל ימי חייה, דהא דין מועטין בבת נאמר, ועד שלא נקבע דין מועטין אין האלמנה נוטלת מן הבת כלום, ורק מה שניזונת ממעט.

תוכן הדברים דלהפוסקים כהירושלמי שאין אלמנה מוציאה מבת אלא במקום בן, הרי לפ"ז אין האלמנה מוציאה אלא כשיעור שהיה ראוי לתת לבת, ומיהו אי איכא כמה בנות הרי היא מוציאה מכולן כשיעור שהיה אמור להנתן להם, עד שיהא לה מזונות לכל חייה, וכשהיא מוציאה ויש מותר הרי הבת ניזונת מן המותר ושמה זוכה בו כדין נכסים מועטים, ואין האלמנה יכולה להוציא מידה מה שהיא חוזרת וזוכה בו, ואין האלמנה מוציאה מן הבת אלא בנכסים מועטים שהנכסים בחזקת הבת, ומה נקרא מועטים, כל שאין לבן ולבת עד שתבגר הבת, וזה להרא"ש והטור שאין אלמנה ממעטת, ולהסוברים דאלמנה ממעטת מחשבין גם שתהא לה מזונות עד שתבגר הבת וכמש"כ לעיל.

ולדעת הרמב"ם דגם באלמנה ובן האלמנה ניוזנת והבן ישאל על הפתחים, ע"כ לשער מזונות האלמנה לכל ימי חייה כפי מה שאומדין ב"ד שראויה לחיות, ואם יש לבן ג"כ מזונות כנגד זמן זה, [ע"י ח"מ סי' צ"ג סק"ח שכתב דמזונות הבת הוא עד שתבגר, ואין הדבר כן, דהא דברי הרמב"ם הם דאיירי בבית היורשת], הרי אלו נכסים מרובים ואין מוצאין לאלמנה כלום אלא ניוזנין יחד דודאי רהיטת הסוגיות דהאלמנה ניוזנת עם הבנים ולא שמוציאין לה מיד מזונותיה לכל חייה, וע"כ דרך בנכסים מועטים מוציאין לה, ואם יש גם בת יש לשער גם שיהיה לבת עד שתבגר, והר"ן הקשה דלפ"ז רוב היורשים ילכו בפחי נפש, והיינו דזימנן טובא שאין בנכסים כדי שיוזנו הבנים והאלמנה כל ימי חייה האלמנה, ואז תוציא האלמנה מזונותיה לכל חייה, [משא"כ לפי הירושלמי אין מוציאין לאלמנה אא"כ יש בן ובת שלא בגרה, וגם אז למש"כ לעיל אין מוציאין לאלמנה אלא כשיעור שצריכות הבנות עד דתבגרן].

לגירסא דידן דגם בלישנא בתרא מיבעיא ליה אלמנה מהו שתמעט, ומסקינן דפשוט מיהא חדא, ומשמע דבעיא דאלמנתו מהו שתמעט לא איפשיטא, וחזינן דאפשר שהאלמנה לא תמעט אף אי דוחה גם לבן, והיינו דדיינינן כאילו מכאן ולהבא גובה, וכבר הוחלטו הנכסים כמרובין לענין הבת והו"ל כמרובין ונתמעטו, וכמו בע"ח, ויוזנו יחדיו הבנים והבנות לאחר שיוציאו לאלמנה. (ס"כ סק"ה).

שם אדמון אומר כו' מאי קאמר אמר אביי ה"ק כו' אלא אמר רבא ה"ק כו', יש לעי' הרי פשיטא דתנאי כתובה דבנין נוקבין לא היה על בנין דכרין, וא"כ הרי הבנות כבעל חוב על נכסי אביהן, וא"כ מה בכך שהבנים ראויים ללמוד תורה ולירש בנכסים מרובין, מ"מ אין זה מועיל לפטרן מלשלם חובות אביהן, וי"ל דאדמון ס"ל שיש להשוות נכסים מועטין לנכסים מרובין, וכשם דבמרובים הבנים יורשין והם מאכילים את הבנות מירושתן, ה"נ בנכסים מועטין נמי יורשים ומירושתן זנים את הבנות, וכיון שכן סברא הוא שלא נתכוין האב בתנאי כתובה זה שהבנים לא יהיו רשאים לאכול יחד עם הבנות, אע"פ שע"ז יחסר לבנות אח"כ, ואמנם כשיש רק מזון סעודה אחת י"ל דגם לאדמון הבנות קודמות, אבל סעודת המחר של הבנות אינה קודמת לסעודת היום של הבנים, והרי במרובים ונתמעטו גם לרבנן ממשיכים הבנים להיות ניוזנים יחד עם הבנות, על אף שאח"כ יחסר לבנות, וה"נ לאדמון במועטים מתחלתן, ולפי זה נראה דגם הבנים הגדולים ניוזנים יחד עם הבנות, ואפילו ירשו גם מטלטלין שאין הבנות גובות מהן ויש להם מזה כדי אכילתן, דעיקר תקנת בנין נוקבין היא שתהיינה הבנות ניוזנות עם הבנים, וכן בפסקי הרא"ש ריש פירקין כתב דלאדמון יורשים הבנים הכל, ויש לפרש דהיינו כמש"כ, ועי' רמב"ן. (כתובות ק"ח ב').

שם אמר אביי ה"ק בשביל שאני זכר וראוי לעסוק בתורה כו', מלשון וראוי לעסוק בתורה משמע דבקטנים איירי, וכן גם ראוי להיות דבעדיפותא דקטנות על הקטנים איירינן, וממילא ה"ה נמי לגדולים, וצ"ע בתו' כתובות ק"ח ב' ד"ה אמר. פלוגתיהו דאביי ורבא, לכאורה משמע דבהכי פליגי דאביי מפרש דעל מה שתיקנו עדיפות לבנות שיהא להן כח בע"ח קאמר אדמון דכש"כ שיש לתת כח זה לבנים שראויין לעסוק בתורה, ורבא פריך דנהי שיש מקום להעדיף בנים משום שראויין לעסוק בתורה, אבל מכיון דלמעשה לא אשכחן בשום ענין שיש להם יתרון מחמת זה, הלכך לא שייך למיתני בשביל שאני זכר הפסדתי דהא מעולם לא אשכחן יתרון לזכר בזה, והו"ל למימר למה יגרעו הזכרים, ולשון בשביל שאני זכר משמע שיש לו יתרון מחמת זכרותו בענין הזה גופיה, לכך מפרש דכיון דיש לזכרים יתרון של כח

ירושלמי ומחמת יתרון זה לא הוצרכו לתקן בשביל הקטנים, לכך אין סברא שהם יופלו לרעה יותר מהבנות, הלכך יש לפרש תקנת המזונות לבנות דלא בא אלא להשוותם ולא להעדיפן על הבנים. (כתובות ק"ח ב').

מתני' בזמן שהנכסים מרובים הזכרים דוחין אותו אצל נקבות, לשון זה מתפרש בפשוטו שהזכרים אומרים לו שילך ויתחלק עם הנקבות, דומיא דסיפא בנכסים מועטים שהנקבות דוחות אותו אצל זכרים, דהיינו שיתחלק עמהם, לכך הוצרך הטור בחו"מ סי' ר"פ לפרש שאין הכונה כן שאינו יכול למעט חלק הבנות, אבל הכונה שדוחין אותו אצל הבנות והם הבנים יתנו לו חלק כפי מה שנתנו לבנות, וצ"ע למה נתקשו בזה הב"י ושאר אחרונים ז"ל, וכבר כ"כ בבכורים ס"ו סק"ו (והועתק להלן) והדברים מפורשים ברמ"ה, וזה לרבא, ולאביי מתפרש שדוחין אותו אצל הנקבות לומר שהוא נקבה ואינו יורש אתם, [שאם הוא זכר אף לאביי יורש אתם, דרך בלשון בנ"א אינו נכלל בזכר ונקבה, אבל במילי דאוריתא הרי הוא ככל הזכרים], ואמנם גם אינו ניזון כנקבות, וכדמפרשין דוחין אותו ואין לו. - וגם לענין להחשב כנכסים מרובים נראה דדוחין אותו אצל הנקבות לומר שאינו ניזון כיון שהוא נקבה, וטומטום נקבה אינו ניזון, והלכך משערינן המזונות רק לנותרים עד לבגרות. (ס"כ סק"ו).

שם הניח בנים ובנות וטומטום בזמן שהנכסים מרובים הזכרים דוחין אותו אצל נקבות כו', וא"ת לאביי אמאי לא קתני אין הטומטום יורש ולא ניזון, ומה ענין להזכיר הדחייה שמורה על ספק, וי"ל דלענין ירושה מודה אביי דנידון בספק, ואם נקרע עכשיו ונמצא זכר הרי הוא יורש ככל הזכרים, ורק לענין תנאי כתובה דניזונות בזה ס"ל לאביי דאינו ניזון, דאטומטום לא התנה, וגם כשיקרע לא יהא ניזון, כיון שבשעת מיתה היה טומטום, דאם כשיקרע וימצא נקבה יהא ניזון, היה ראוי שיהא ניזון גם עכשו מכח ממ"נ, [אבל אם נקרע עד שלא מת האב, נראה דניזון דבשעה שכתב התנאי כתובה הרי לא נולדו עדיין בנותיו, וכל התנאי הוא על העתיד, וכיון שעד שלא מת נקרע הרי גם הוא בכלל בנותיו, ושעת הלידה אין ראוי שתקבע], וכיון דברישא בנכסים מרובים הוצרך לשנות דדוחים אותו אצל הנקבות, דהא רק מספק דוחים אותו, לכך נקט נמי בסיפא דהנקבות דוחות אותו אצל הזכרים, אע"ג דגם בנקרע ונמצא נקבה לא יהא ניזון, דדוחות אותו לומר דלענין מזונות דינו כזכרים במוחלט.

ונראה דאם באנו לדון באומד דעתו אם היה כולל גם טומטום בתנאי כתובה דבנן נוקבן דיהויין ליכי מנאי תהויין יתבי בביתי ומיתזנן מנכסי כו', ראוי לומר שהיה כולל גם הטומטום, דהא האשה ודאי ניחא לה בכך, דלמה זה לא תחפוץ שבנה טומטום יתפרנס, והבעל הרי כל תנאו הוא למלא רצונה, וגם הוא מעצמו למה זה ירצה לשנות את הטומטום מכל ילדיו, אלא דכיון דלשון התנאי הוא בנן נוקבן אמרינן דאין הטומטום בכלל, וכעין שאמרו גיטין ע"ג א' דאכלו ארי אין לנו, אע"ג שאם היו שואלים אותו בשעת תנאו אם לכלול ארי בכלל אם לא אעמוד מחולי זה, ודאי היה כוללו, דהא עיקרו שלא תזקק ליבם, אלא דכיון דאונסא דלא שכיח הוא ולא אסיק אדעתיה, הלכך אינו בכלל תנאו, וה"נ כיון דטומטום לא שכיח ולא אסיק אדעתיה, אינו בכלל תנאו להיות נכלל מכח ממ"נ בתנאי דבנן נוקבן, וכן בסיפא בהא דאם תלד אשתי זכר יטול מנה ונקבה מאתים, נמי היה כולל טומטום ברצונו ליטול כפחות שבהם, אלא דלא אסיק אדעתיה, ומשום כך אינו בכלל תנאו, וכן בההיא דרשב"ג.

ולפ"ז נראה דהא דקתני סיפא אם אמר כל מה שתלד אשתי יטול הר"ז יטול, דלאו

דוקא באמר כל, דלאו בנתכוין לרבות טומטום קאמר, דא"כ מאי למימרא, אלא איירי דומיא דרישא שלא חשב אלא על זכר ונקבה, רק שלא הזכירם בלשוננו, ואמר מה שתלד אשתי יטול מנה, והיינו דאשמועינן דבכה"ג גם טומטום בכלל, דכיון דאומד דעתו שהיה חפץ גם לתת לטומטום, הלכך אף דלא אסקיה אדעתיה, מ"מ כל שאפשר לכללו בלשוננו, כללינן ליה, ורק בהזכיר זכר ונקבה אמרינן שאין טומטום בכלל. (בכורים ס"ו סק"ה).

שם האומר אם תלד אשתי זכר יטול מנה כו', בדברי הרשב"א לענין קנין אתן, עי' מש"כ לקמן קמ"ט א' סק"א.

שם ואם אין שם יורש אלא הוא יורש את הכל, יש לעי' לר"ח בכורות מ"א ב' דלכו"ע טומטום ספיקא הוא, מאי איצטריך לאשמועינן, וצ"ל דהיא גופא אשמועינן דספיקא הוא ולא בריה, אבל קשה דא"כ נידוק מהכא דאנדרוגינוס דהוא בריה אינו יורש, והא ודאי ליתא, ועו"ק דאף אי טומטום בריה הוא נמי פשיטא דיוורש את הכל, דהא אם יקרע ודאי ראוי לירש, דתורת בן או בת עליו לכל מילי, ואף שבשעת מיתה עדיין לא נקרע, מי גרע מהנולד לאחר מיתה שהוא יורש, וכיון דכשיקרע ראוי לירש מה סברא היא לומר דעד שלא נקרע לא יירש, ועוד דאדאשמועינן בטומטום לישמענין באנדרוגינוס דהוי חידוש טפי, ואפשר דאשמועינן דיוורש את הכל כדין זכר, ונפ"מ לענין כתובת בנין דכרין שהוא זוכה בה כדין יורש דכתובת אמו ולא כיוורש דאביו, ואין בע"ח מאוחר יכול לגבות ממנו, דכל שאין הנידון עם יורש, חשיב הוא כיוורש ומוחזק, ועל בע"ח הבא להוציא ממנו להביא ראיה שהוא נקבה, משא"כ באנדרוגינוס יהא הדין שיחלוק עם הבע"ח, ועוד משכחת לה נפ"מ כגון שהיה לו אח שמת אחר מיתת אביו, שלא יוכל בע"ח של האח המת לתבוע אלא ממחצית מה שירש מאביו, דיכול הטומטום לומר אייתי ראיה דלאו זכר אנא, דכיון שהכל תחת ידו הרי הוא בדין יורש על הכל כדין זכר, משא"כ באנדרוגינוס שיוכל הבע"ח לגבות מן הכל, וכן אם היתה לו אחות שמתה אחר מיתת האב, דאין בע"ח שלה גובה ממנו, דדיינינן ליה כיוורש את הכל, משא"כ באנדרוגינוס, וצ"ע, ומיהו בשטמ"ק בשם תו' הרא"ש דייק ממתניתין דטומטום פוטר מן הייבום, כי היכי דיוורש, ומשמע דאיצטריך למתני' לאשמועינן עיקר הדין דהוי יורש, וצ"ע אמאי לא נקט אנדרוגינוס דהוי חידוש טפי.

בטור חו"מ סימן ר"פ ס"ג לפיכך מי שמת והניח בן ובת וטומטום אם הנכסים מרובים שדין הבנים לירש ובנות ליזון הבנים דוחים אותו אצל הנקבות ומיהו אינו ממעט חלק הנקבות אלא מוציאים תחלה מזונות לבנות עד שיבגרו כו', יעוי' בב"י ובשאר אחרונים שנתקשו בכונת הטור דהיכי ס"ד שימעט חלק הנקבות, ונראה דאה"נ דבאמת לא ס"ד כן, וכונת הטור רק לפרש הלשון דהבנים דוחים אותו אצל הנקבות, דאין הכונה כפשטות הלשון שיקח חלקו ממזונות הנקבות, אלא שלאחר שיתנו לבנות מזונותיהם יתנו גם לו מזונותיו, ודוחים אותו אצל הנקבות היינו שיהא דינו כמו הנקבות, ולא הוי דומיא דבנכסים מועטים הבנות דוחות אותו אצל הבנים, דהיינו שיטול חלקו מן הבנים אם נשאר מותר על מזונותיהן, וכן דקדק ברמ"ה לפרש כן בלשון המשנה, ולשון ומיהו אינו ממעט, הוא כמו ולא שימעט חלק הנקבות כו'.

בטור שם בד"א בטומטום אבל באנדרוגינוס דבריה הוא אם הוא עם הבן אין לו כלום כו', בכל מקום שהזכיר רבנו דיני אנדרוגינוס לא הזכיר שהוא בריה, אלא או זכר ודאי או ספק, והיינו דלדעת רש"י ותו' דהלכה כר"י דמתני' ביבמות הרי הוא זכר ודאי, ולדעת הרי"ף דהלכה כר"י דברייתא הרי הוא ספק, כפי' תו' יבמות פ"ג

א', עי' באה"ע סי' מ"ד וסי' קע"ב וביו"ד סי' רס"ה רס"ו קפ"א קצ"ד, ומיהו שם בסי' שט"ו הביא דעת הרמב"ם דבכור אנדרוגינוס נגזז ונעבד, דהיינו שהוא בריה, וכ"כ הרא"ש לדעת הרי"ף סוף"ו דבכורות עי' חו"ב בכורים ס"ו סק"ד, וצריך ישוב למה סתם כאן שהוא בריה, בעוד שאם הוא ספק ראוי שיהא לו מזונות עכ"פ, וכש"כ אם הוא זכר, ונראה מכאן דס"ל להטור כדעת הרמב"ן דבריה ממש קאמר ר' יוסי, וכדנקט הרא"ש שם דלר"י דברייתא נגזז ונעבד, אלא דמ"מ בריה זו אם דינה כזכר או כנקבה הוא ספק, והלכך לגבי תנאי כתובה דמזונות אמרינן דלית ליה כיון דהוא בריה, והרי דינו מספק כנקבה בלא תנאי כתובה דמזונות, ואף שהוא בריה מ"מ לא גרע מנקבה וכמ"ש בד"מ, ובבהגר"א ציין לדברי הטור דברי התו' יבמות פ"ג א' דבריה לאו דוקא ור"ל ספק, ומשמע דר"ל דאף אי אנדרוגינוס ספק, מ"מ כיון שהוא ספק במוחלט שאינו עתיד להתברר, הרי מחמת זה דיינינן ליה כבריה ואינו בכלל תנאי כתובה דבנן נוקבן כו', ולפי זה דברי הטור בזה סברא דנפשיה, אח"כ ראיתי בתוספתא פ"ב בכורים דאינו ניזון עם הבנות כאנשים, ועי' פי' רמ"ע מפאנו פ"ד בכורים בזה.

ויש לעי' דבסי' רנ"ג סכ"ז כתב הטור דהאומר אם תלד אשתי זכר יטול מנה ונקבה מאתיים וילדה אנדרוגינוס יטול כפחות שבשניהם, וכיצד יתקיימו שני פסקים הללו, הרי בסוגיין אמרינן דלרשב"ג דטומטום ואנדרוגינוס בריה, לא יטול כלום, וכיון דרבנו פסק דאנדרוגינוס בריה ואין לו מזונות, ה"נ לא היה לו ליטול כלום, וכבר נתקשה בזה בלח"מ פ"ח מה' זכייה ומתנה ה"ו, והרמב"ם שהשווה דין אנדרוגינוס לטומטום שם שנוטל כפחות שבשניהם, באמת השווה אותם גם לענין מזונות בפ"ה מה' נחלות ה"ב וכתב שבנכסים מרובים הרי הם ניזונים, וצריך לחלק דבתנאי כתובה שלא התנה אלא לנקבות אין אנדרוגינוס בכלל כיון שהוא בריה, אבל כשהתנה שנותן גם לזכר וגם לנקבה סברא הוא לכלול גם האנדרוגינוס כפחות שבשניהם, ואולי זו כונת הלח"מ שם, אבל הדבר צריך ראיה, ועי' מש"כ לעיל דאין כאן הנידון אם היה רוצה לתת גם לטומטום ואנדרוגינוס, אלא הנידון אם שייך לכללם בלשונו, וצ"ע, ולפי מאי דנקט הגר"א בדעת הטור דלא מחזקינן לאנדרוגינוס כבריה ממש, ניחא הא דמבואר בסוגיין דלרשב"ג אף טומטום אינו נוטל משום דבריה הוא וכש"כ אנדרוגינוס, דל"ק מזה לטור דס"ל דלאו בריה נינהו, אבל לפ"ז נראה דלדעת הרמב"ן דקיי"ל דאנדרוגינוס בריה ממש, דלפ"ז באמת גם באם זכר מנה אם נקבה מאתיים לא יטול האנדרוגינוס כלום, עכ"פ לדעת הטור דאינו ניזון עם הבנות, וצ"ע. (בכורים ס"ו סק"ו).

גמ' אמר אביי דוחין אותו ואין לו, יש לעי' לפ"ז היכי מתפרש הא דקתני בזמן שהנכסים מועטים הנקבות דוחות אותו אצל הזכרים, ומתפרש דומיא דרישא דהיינו דאומרים לו שהוא זכר, ולמה צריכים לכך הרי גם אם הוא נקבה אינו ניזון עמהם, וצ"ל דהכי קאמרי ליה לא תוכל לזכות אלא אם זכר אתה, א"נ אידי דתנא רישא דוחין אותו אצל נקבות תני סיפא דוחין אותו אצל זכרים.

ויש לעי' לאביי למה הזכיר התנא נכסים מרובין ונכסים מועטין ודוחין אותו, ואמאי לא שנה סתם דטומטום אינו יורש ואינו ניזון, בשלמא לרבא אשמועינן דבמרובין הוא ניזון כבנות ולאפוקי מאביי, ובמועטין יורש עם הבנים בנות מ"מ, וי"ל דאי הוי קתני הכי, הו"א דה"ק אינו יורש עם הבנים בנכסים מרובים ואינו ניזון עם הבנות בנכסים מועטים, אבל שפיר ניזון כבנות בנכסים מרובים מכח מ"מ, ויורש עם הבנים בנכסים מועטים מכח מ"מ, לכך קתני דאין לו כלום לא במרובים ולא במועטין, דבמרובין הזכרים דוחין אותו אצל הנקבות ואין לו, ובמועטין הנקבות

דוחות אותו אצל הזכרים ואין לו, דמתני' מתפרשא כזיל הכא קמדחי ליה זיל הכא קמדחי ליה לומר שאין לו כלום.

מש"פ רשב"ם דגם לרבא הא דבנכסים מועטים נקבות דוחות אותו אצל זכרים ע"כ דוחות אותו ואין לו קאמר, צ"ע דאם כונתו משום דבנכסים מועטים איירינן שהבנים שואלים על הפתחים וכדמשמע בדבריו בד"ה בשלמא, הדבר קשה דאם דינו כמו הזכרים ממש, אין כאן ענין במה שאין לו, דדוחות אותו אצל הזכרים מתפרש שיהיה כמותם, וכיון שהוא כמותם שפיר נקטו לשון זה, וכל מה שהקשו בגמ' הוא משום דקתני דוחין אותו אצל הנקבות ואינו כמותם שהם ניזונות והוא אינו ניזון, ובזה דוחק הוא לומר שדוחין אותו אצל הנקבות ואין לו מה שיש לנקבות, וגם זימנין דיש מותר ביד הבנים ובזה שפיר יש לו כמו שיש לבנים לרבא, ושפיר קתני דוחות אותו אצל הזכרים ויש לו כמו להם, וכמ"ש תו' קמ"א א' ד"ה ולטעמין. (ס"כ סק"ו).

קמ"א א' אלא לאביי מאי ניזון כבת, הא דלא פריך אלא לאביי מאי יורש כבן, הא לא שקיל מידי, [ובשלמא לרבא שקיל מכח ממ"נ], הוא משום דאם איירי שהבן שואל על הפתחים, הרי קושטא הוא שהוא ניזון כבן דתרוייהו לא אכלי כלום.

שם ולטעמין לרבא מאי יורש כבן כו', יעוי' בתו' שכבר הקשו דשפיר יורש כבן במותר על מזון הבנות, ומה שתירצו נראה דחוק, דמ"מ עדיף טפי לפרושי דיוורש כבן רק במותר מלפרושי ראוי לירש ואין לו, ואפשר דסתם נכסים מועטים מתפרש דומיא דמתני' דקתני שהבנים ישאלו על הפתחים, והיינו בדליכא מותר על מזונות הבנות, ועל זה קאמר דיוורש כבן, והיינו דפריך מאי יורש כבן אלא ר"ל שדינו כבן לשאול על הפתחים, ה"נ ניזון כבת ר"ל שלענין ירושה בנכסים מרובים דינו כבת שאינו יורש, וראוי להיות ניזון אלא שאין לו גם מזונות, שוב נראה דגם כונת תו' כן ור"ל דלשון יורש כבן אינו נופל על מה שמקבל חלק כבן מכח ספק מזונות לבת ספק ירושה, דיוורש משמע יורש גמור ואף בלא זכות דמזונות, לכך ע"כ איירי בדליכא מותר על מזון הבנות, וא"כ מאי יורש כבן, וע"כ דר"ל דיוורש כבן, דכשם שאין לבנים כלום כך אין גם לו, ודכוותה יתפרש לאביי ניזון כבת דר"ל שאינו יורש. כתב הרא"ש בסוגיין דטומטום ובת בנכסים מועטין הבת ניזונת והטומטום ישאל על הפתחים כדין ספק ויבם בנכסי סבא, והדברים צ"ע כמשה"ק בנה"מ סי' ר"פ סק"ה דהא נכסי בחזקת היורשים, ורק חייבים לזון הבנות אבל אם קדמו ומכרו מכור, וא"כ הטומטום ודאי זכה לכל הפחות בחצי הנכסים, וכיצד תוציא ממנו הבת מזונות מכח ספק, שהרי אם הטומטום נקבה אין לה מזונות, וכן קשה במש"כ הטור והשו"ע שם דבן וטומטום בנכסים מועטים הטומטום נוטל ג' חלקים והבן רביע, וכיצד יוציא הטומטום את הרבע הנוסף מן הבן בטענת ספק, שהרי אם הוא זכר אין לו אלא מחצה, וצ"ע. (ס"כ סק"ו).

שם למימרא דבת עדיפא ליה מבן כו', קדייק ממה שהתנא שנה כה"ג דנותן לבת יותר, ופשטא דמתני' ביש לו בנים מאשה אחרת, דאל"כ הרי הבן יטול הכל.

שם והאר"י משום רשב"י כל שאינו מניח בן ליורשו כו', וא"ת ותיפ"ל משום מצות פ"ו, וי"ל דאה"נ ואוסופי הוא דקא מוסיף, א"נ נפ"מ שלא יעביר ירושתו לבתו, ואע"ג דפשטא מתפרשא מתני' כשיש לו בן מאשה אחרת דאל"כ הרי הבן יטול הכל, מ"מ ראוי לו לשמוח יותר בבן מבבת, ואמאי נקט התנא שנותן לבתו מאתים, וא"ת ותיפ"ל דבן עדיף כדמברכינן שלא עשני אשה וכדאמרינן בעלמא אשרי מי שבניו זכרים, וי"ל דכשלא קיים עדיין פ"ו דע"כ צריך גם בת, ואמרינן דעדיף שיהא הבן ראשון מה"ט דרשב"י, וגם משמע דבמצוה מחמת מיתה איירי, דאל"כ יתן להם לכשילדו כרצונו, ולכך שייך טעמא דרשב"י הכא.

שם רמ"א שלא היתה לו בת, כתב הרמב"ן בפירוש התורה, דלכך חשיבא ברכה משום שלא היה לו למי להשיאה, ובזה אפשר לשאול קושית תו' שהיה יכול להשיאה ליצחק, וי"ל כדכתב הרמב"ן בפירוש התורה בפרשת תולדות דמה שקיימו כל התורה עד שלא ניתנה היה בארץ ישראל, ויעקב רק בחו"ל נשא שתי אחיות, והלכך יצחק שהיה בארץ ישראל לא היה יכול לישא אחותו, אבל קושית תו' ק"ק דשפיר י"ל דרבקה היתה ראויה לו, גם מה שתירצו ק"ק דהא רבקה היתה בת ג' כשנשאה, וא"כ גם כשבתו היתה מעט פחות היה יכול להמתין, ומיהו ע"כ התו' לא ס"ל שהיתה רבקה בת ג', דא"כ לא יתכן שבתו היתה יותר קטנה אם נולדה משרה, שהרי שרה מתה בעקדה ואז נולדה רבקה כמ"ש רש"י בפ' תולדות, ואמנם בדעת זקנים מבעלי התו' שם כתבו שהיתה בת י"ד, ולפי זה ניחא די"ל דבתו היתה קטנה. שם אלא הא דתניא, תיבת אלא נראה מיותר, וצ"ל והא דתניא, ואתי לפרושי ברייתות השנויות בענין.

שם אידך מנה הו"ל ממון המוטל בספק וחולקין, מש"כ תו' דאיכא לאוקמי בחיי האב, לכאורה יש לפרש ואיירי בזיכה להם ע"י אחר, וכה"ג גם במת אפשר דלא חשיב הבן כמוחזק, אם המעות ביד האחר, וכ"ה בשטמ"ק בשם תו' הרא"ש, וכנראה מפרשי בקנו מידו אבל המעות נשארו ברשותו. שם והא דתניא ילדה זכר ונקבה אין לו אלא מנה כו', לשון אין לו מוכיח דאיירי במבשרני.

קמ"א ב' דתניא המבשרני במה נפטר רחמה כו', א"ה ראיתי להעתיק מספר תמורה. תמורה כ"ד ב' ילדה זכר ונקבה זכר יקרב עולה והנקבה תקרב שלמים, לכאורה נראה דדין זה ליתא אלא בבהמת הקדש דכיון דכונתו לאפוקי לולד מקדושתיה דאימיה וכגון חטאת כמו שפרש"י דבעי לאפוקיה ממיתה, הלכך אמרינן דבילדה שנים דעתיה להקדיש שניהם כפי מה שמתנה, ודכוותה באם תלד אשתי זכר יטול מנה ונקבה מאתים כ"ב ק"מ ב' דילדה זכר ונקבה הזכר נוטל מנה ונקבה מאתים, דרצונו לתת גם לבנו וגם לבתו, וכמ"ש פ' בשו"ע חו"מ סי' רנ"ג סכ"ז, אבל בבהמת חולין אמרינן שאין דעתו להקדיש אלא אחד, דלא אסיק אדעתיה שתלד שנים, וכמו בילדה שני זכרים בסיפא דרק אחד קדוש, וימכר למי שחפץ לנדב ספק עולה ספק שלמים.

ולאמור ע"כ מוכח מהאי בבא דרישא דמתני' בבהמת הקדש, [ומה"ט נמי הדר ותני אם זכר עולה אם נקבה זבחי שלמים, ולא סיים אבבי דרישא ילדה זכר ונקבה, דרישא לאו בחד גוונא איירי, דילדה זכר איירי בחולין, וילדה נקבה איירי בבהמת הקדש, ומיהו כב"ב ק"מ ב' נמי נקט כי האי לישנא אף דהתם ליכא האי טעמא], ויש לתמוה דבתו' הקשו דנוקמה לכולה מתני' בבהמת חולין, ודחקו לתרוצי משום דבעי לאוקמה אכיצד מערימין, ור"ל דגם הא דילדה נקבה משמע דאיירי בהערמה, וא"כ ע"כ לאוקמה בשל הקדש, ואמאי לא תירצו דהך בבא דילדה זכר ונקבה לא מיתוקמא אלא בשל הקדש, וכיון דהך בבא איירי בשל הקדש, תו פשוט לאוקמי נמי לרישא דילדה נקבה דכוותה בשל הקדש, ואפשר דכונת תו' בתירוצם אינו דראוי לפרושי כיצד מערימין דרישא גם אילדה נקבה והיינו במערים להוציא הולד מקדושת אמו, אלא כונתם דלא יתכן למיתני כיצד מערימין על הבכור כו' ולסיים שהמערים גם אמר ואם נקבה זבחי שלמים, דכיון דהקדיש הנקבה לשלמים אף שאינה קדושה בבכורה, א"כ כונתו סתם להקדיש הולד, וא"כ גם מה שהקדיש את הזכר לעולה לא מתפרש להערים על קדושת הבכור, אלא כשם שהקדיש הנקבה כך הקדיש הזכר, והלכך ע"כ לפרושי דמה שאמר ואם נקבה זבחי שלמים לא קאי

אבהמת חולין המבכרת, והאי שינויא עדיף טפי מלאוכוחי מסיפא. אבל הרמב"ם בפט"ו ממעה"ק ה"ח העתיק לדינא דמשנתנו דילדה זכר ונקבה הזכר יקרב עולה והנקבה שלמים בבהמת חולין, וצ"ע מ"ש משני זכרים דאמרינן דהאחד חולין משום שלא נתכוין להקדיש שנים, איברא דמהא דפרכינן בסוגיין בשני זכרים אי בהמה דהקדש היאך דאקדיש עולה להוי עולה אידך נהוי בקדושתיה דאימיה, משמע דאף בבהמה דהקדש אם ילדה שני זכרים אין שניהם קדושים, אבל יש לדחות דהכי פריך דלפי מאי דקתני מתני' שרק אחד קדוש מחמת הקדשו, א"כ אידך ליהוי בקדושה דאימיה, ולא חולין, אבל אה"נ דבאמת יש לשאול נמי דליקדשו תרוייהו בקדושת פיו, ולמאי דמסיק דמתני' בבהמת חולין י"ל דבאמת בבהמת הקדש קדשי תרוייהו.

ולכאורה הרי מבואר בב"ב קמ"א ב' במבשרני דבאמר זכר ונקבה לחוד אין בכלל זה אם ילדה תאומים זכר ונקבה, והא דבמתני' שם ק"מ ב' נוטלין כדבריו גם בילדה תאומים זכר ונקבה הוא משום דאמדינן דעתו דהיה חפץ לתת לבנו ובתו ואין סברא להפסידם משום שנולדו שניהם כמש"כ הראשונים ז"ל שם, ולפי זה נראה דגם בילדה שני זכרים או שתי נקבות לוקחין כדבריו, דהאי טעמא איתא גם בהם, ודכוותה במתני' בילדה זכר ונקבה אין לומר דשניהם קדושים מחמת שהזכיר כל אחד לחוד דהא חזינן במבשרני שאין תאומים בכלל, וע"כ משום דזיל בתר טעמא בבהמת הקדש דבעי לאפוקי לולד ממיתה, וא"כ דכוותה בשני זכרים נמי, וסיפא רק בבהמת חולין, ובזה אף בזכר ונקבה לא קדוש אלא אחד, דסתמא היה דעתו להקדיש רק אחד, [ולא דמי למבשרני דלא נתכוין לתאומים כלל ואין לו כלום, דהתם משום צערא דאיתתא או דלא יכול למיקם בסיפוקיהו או שחושש שאינם בני קיימא כמש"כ הרמב"ן בב"ב שם, והני טעמי לא שייכי הכא, דגם חשש שאינם בני קיימא ליכא הכא שהרי חשב שיהיה רק אחד ומקדישו, וא"כ גם אם לא יהיו בני קיימא לא הפסיד כלום], והלכך שפיר חד מיהא קדוש], ודברי הרמב"ם צ"ע.

ונראה דעת הרמב"ם דהאומר לראובן מה שבמעיה של זו אם זכר הרי הוא נתון לך במתנה והקנה לו בקנין, ואמר לשמעון מה שבמעיה של זו אם נקבה נתונה לך במתנה והקנה לו בקנין, וילדה זכר ונקבה, דזכו שניהם, ואינו יכול לטעון שלא חפץ ליתן מתנה אלא אחד, שאין זה חשוב טעות, [ורק בנדר שייך להחשב כפתח], דאף שלא עלה בדעתו לידת תאומים, מ"מ לכל חד הקנה מה שהקנה ומה שנולד עוד אחד אינו עושה טעות, שהרי אם לא היה מקנה אלא לראובן את הזכר ונולדו תאומים מה טעות יש כאן, הרי אדרבה הרויח שיש לו ג"כ נקבה לעצמו, וה"נ כשהקנה גם לשמעון, וה"נ עולה ושלמים כראובן ושמעון דמי, ולא דמי למבשרני דהתם הנידון איזו לידה יבשרנו ואמרינן דלידת תאומים הוא סוג שלישי שלא התנה עליו, [וגם לפי הרמ"ה בב"ב שם הובא לקמן סק"ח באמת גם התם זוכה גם בתאומים, וכן לפי מה שצדדנו עוד לפרש לקמן שם], והלכך אף בבהמת חולין שפיר מתקיימא מתני' דהזכר יקרב עולה והנקבה שלמים, משא"כ בשני זכרים או שתי נקבות הרי לא הקדיש אלא אחד, והאומר לחבירו מה שבמעיה של זו אם זכר הרי הוא לך במתנה וילדה שני זכרים אין לו אלא אחד, ומש"כ רש"י במתני' על שניהם חלה קדושת עולה, ר"ל מספק דלא ידעינן איזה הוקדש, והרי שניהם קדושים כדין ארבעים מתוך שמונים, אבל לא יתכן לפרש ששניהם קדושים בודאי, דלא יתכן להקדיש עולה בלא בעלים, ואם המקדיש הוא הבעלים לא יתכן למוכרו לאחר.

ומיהו בנתן מתנה לאחד ואמר אם זכר הרי הוא שלך במתנה, וחזר ואמר גם אם נקבה הרי היא לך במתנה, וילדה זכר ונקבה יש מקום לדון, דלא מקנה לו אלא אחד,

ודכוותה בהקדש אם אמר מה שבמעיה של זו אם זכר שלמים, ואם נקבה שלמים, ויש מקום לומר דאף בכה"ג קדשי תרוייהו, דהא זה שהקדיש ראשון ראוי להיות קדוש בודאי, שהרי אם לא היה מקדיש את השני, וילדה זכר ונקבה, אין כאן טעות, דאדרבה ראוי לומר דכש"כ אם היה יודע שיולדו תאומים שהיה מקדיש את הראשון שהקדיש, וכיון שהראשון קדוש בודאי, תו אין כאן נידון אלא על השני, וראוי לדון כאילו היו שני אנשים, ויש מקום לומר דבכה"ג קדוש הראשון ולא השני, דהראשון הרי קדוש בודאי ולעולם הקדש השני קאי על הראשון שכבר הקדישו אם הוא זכר, וכן במתנה, ואכתי יש לדון כשנתן במתנה בב"א בין אם הוא זכר בין אם הוא נקבה, וכן בהקדיש כאחד לשלמים, ויש גם מקום לומר דהקדש לעולם אם הקדיש בזא"ז יש לדונו כלשני בנ"א, אף כשהקדיש שניהם לשלמים, וצ"ע בכ"ז. (תמורה ס"ב סק"ז).

שם והא זכר ונקבה לא אמר כו', צ"ע מאי פשיטותא דבזכר ונקבה אין דעתו לתת למבשר כלום, הרי בפשוטו ראוי לומר אדרבה דשמח בתאומים יותר, ואף היה מקום לומר שיתחייב לתת מאתים דהא התחייב מנה לזכר ומנה לנקבה, אבל לומר דהדבר פשוט שאין לו ליטול כלום עד דקשיא ברייתא זה ודאי תימא, והטעמים שכתבו הראשונים ז"ל משום שמא אינם בני קיימא או שאינו יכול למיקם בסיפוקיהו או צערא דאיתתא כולם טעמים דחוקים, ועוד דהא פרכינן בסמוך ולימא ליה במבשרני, אלמא דשפיר איכא לאוקמי מתני' במבשרני אע"ג דקתני ילדה זכר ונקבה זכר נוטל מנה ונקבה מאתים ול"ק ליה וכמש"כ הרמב"ן עי"ש, ועוד דבתוספתא וירושלמי תניא המבשרני זכר יטול מאתים נקבה מנה וילדה זכר ונקבה אין לו אלא מנה בטלה צרת הנקבה שמחת הזכר, אלמא דאף בילדה תאומים מקבל מיהא מנה, גם תירוצי הגמ' דאמר נמי אם זכר ונקבה יטול מנה קשה דא"כ פשיטא ומאי קמ"ל, ומה שתירצו הראשונים ז"ל דהוי ס"ד דמנה מנה קשה דהא התנא בכלל לא הזכיר הלשון שאמר, וגם מה שתירצו דאמר סתם אם זכר ונקבה נמי יטול ולא פירש כמה, גם לפ"ז קשה שלא נזכר הלשון שאמר, וגם צריך להגיה לשון הגמ' ולמחוק מנה. ויתכן לפרש דברייתא מתפרשא באמר רק אם זכר מנה, ולא אמר על נקבה כלום, או שאמר רק על נקבה מנה ולא אמר על זכר כלום, ובזה ס"ל לגמ' דבילדה זכר ונקבה אין לו ליטול כלום, דכיון שנולד אחד שלא היה חפץ בו בטלה שמחתו, ומשני דאיירי באמר גם על זכר מנה וגם על נקבה מנה, והלכך בילדה שניהם יש לו עכ"פ מנה, וכנראה שלפירוש זה נתכוין הרמב"ן להתאים סוגיין עם התוספתא והירושלמי, [והגירסא שלו בירושלמי, אינה תואמת עם התוספתא וגירסא שלנו, ונראה דגירסא דידן עיקר דהתוספתא והירושלמי חד], וסיים שאין פירוש זה נכון, ועי' ביד רמ"ה שכנראה פירש כן.

ואפשר לפרש דהא דפרכינן והא זכר ונקבה לא קאמר, דהוא מדוקיא דלישנא דכיון דמשה זכר ונקבה לא הו"ל להזכירם אלא לומר סתם המבשרני במה נפטר רחמה של אשתי יטול מנה, דהשתא אכתי לא ס"ל להש"ס לומר דלמעוטי נפל קאתי, ומדקאמר אם זכר יטול מנה אם נקבה יטול מנה, ע"כ למעוטי זכר ונקבה קאתי, אבל אם אמר סתם המבשרני במה נפטר כו' יטול מנה, שפיר נוטל גם בילדה זכר ונקבה, וכן אם אמר המבשרני זכר או נקבה יטול מנה נמי גם ילדה שניהם בכלל, ועכ"פ אית ליה מנה, ומשני דאמר נמי אם זכר ונקבה נמי יטול מנה, ור"ל שאמר לשון שבידוע שלא בא למעט תאומים, ואמירתו אם זכר מנה ואם נקבה מנה מתיחסת אף אם ילדה שניהם, ואשמועינן ברייתא דאין לו אלא מנה, ולא מאתיים, ומשכחת לה כי האי לישנא באמר סתם המבשרני במה נפטר כו' הן זכר הן נקבה, יטול מנה, דלשון זה

לא מתפרש למעט אם נולדו שניהם, דהלשון מתפרש כאילו אמר סתם המבשרני במה נפטר כו' יטול מנה, ולא הזכיר לא זכר ולא נקבה, דמה שהזכירם אינו אלא כמפרש יותר, ולא בא למעט אלא נפל, אבל לא איירי בהזכיר גם זכר וגם נקבה וגם תאומים, ולפי זה בשלא השווה הזכר לנקבה אף בהזכיר כל אחד לחוד נמי תאומים בכלל, דהא לית לן למידק בלישניה דנתכוין למעט תאומים, שהרי היה צריך להזכירם לחלק בין זכר לנקבה, ובתשו' הרא"ש סוף כלל פ"א לא מבואר כן, וצ"ע. (תמורה ס"ב סק"ח).

שם והא זכר ונקבה לא אמר כו', כבר נתקשו הראשונים ז"ל דהא במתניתין נמי לא אמר זכר ונקבה ואפ"ה אמרינן דזכר נוטל מנה ונקבה נוטלת מאתים, ותירצו דבמתני' שנותן לבנו ולבתו שפיר ניחא ליה בתרוייהו, אבל במבשרני שמא לא ניחא ליה בתאומים משום צערא דאיתתא, או שלפעמים אינם כ"כ בני קיימא, או דלא מצי למיקם בסיפוקייהו, וצ"ע דאף אם נימא דאיכא מקום למימר הכי, אבל לבתר דתניא דגם בתאומים נותן מנה, נימא שפיר דמוכח מהך ברייתא דלא משמשינן בהנך טעמי קלישי, ואמרינן דכש"כ דניחא ליה בתאומים, אלא דמ"מ לא נתכוין להתחייב טפי ממנה, ומאי קשיא לן, גם תירוץ הגמ' לא נתחוויר דאי באמר בהדיא אם זכר ונקבה נמי יטול מנה, א"כ מאי למימרא, ועי' ברשב"א שכתב להגיה דאמר רק דגם אם זכר ונקבה יטול ולא אמר כמה עי"ש.

ויתכן לפרש דהא דפרכינן והא זכר ונקבה לא אמר, דרק מחמת דיוק לשונו פרכינן כן, דכיון דאמר זכר מנה ונקבה מנה, אם איתא דגם בזכר ונקבה נתכוין להתחייב מנה, א"כ לא הול"ל אלא המבשרני במה נפטר רחמה של אשתי יטול מנה, ותו לא, ולא דמי למתניתין דמתחייב בזכר מנה ובנקבה מאתיים דע"כ הו"ל לפרש, והוי ס"ד דע"כ בא למעט אם יהיה זכר ונקבה, והיינו דפרכינן והא זכר ונקבה לא אמר, כלומר הרי נתכוין שלא להתחייב בזכר ונקבה, ומשנינן דאמר נמי אם זכר ונקבה נמי יטול מנה, כלומר דהשתא קאמר דלא נתכוין למעט זכר ונקבה ורק נתכוין למעט נפל, ור"ל דלא עלה על דעתו מה יהיה בתאומים, ולא נתכוין למעטו, ורק נתכוין למעט נפל, ועכשיו הוא מסור לקביעת ההלכה בתאומים, ואשמועינן התנא דנותן מנה, דהא לא נתכוין להתחייב טפי ממנה לפי מה שחשב כשלא עלה על דעתו תאומים, והלכך אף דאמרינן דלא נתכוין למעט תאומים, אבל גם לא נתכוין להוסיף על מנה, אע"פ שיש גם זכר וגם נקבה, והא דבמתניתין זכר נוטל מנה ונקבה מאתים, ולא אמרינן שלא נתכוין להתחייב טפי ממאתים, משום דהתם מתחייב לשנים, ואם תחייבנו מאתים למי יתננו, אם יתננו לנקבה למה יפסיד הזכר, ואם תחלקנו בין שניהם נמצא שלא נתקיימו דבריו בנקבה, וגם כיון שהם בניו, שפיר אמרינן דניחא ליה לתת לשניהם, ויש מקום להסתפק אם אמר לראובן אם תבשרני זכר תטול מנה, ואמר לשמעון אם תבשרני נקבה תטול מנה, דכה"ג אם ילדה זכר ונקבה, ובשרו ראובן מן הזכר ושמעון מן הנקבה, דיצטרך לתת לשניהם, וכן אם אמר לשמעון אם תבשרני נקבה תטול מאתים, שיצטרך לתת לו מאתים גם בתאומים, וצ"ע בזה].

שם אר"ה הוי מזכה לעובר והמזכה לעובר לא קני, בפשוטו הטעם משום דחשבינן ליה כבשר בעלמא, דאין לו תורת חיות עדיין, וכדחזינן נמי דס"ל לר"נ לקמן קמ"ב א' דמזכה לעובר לא קנה ולכשתלד קנה, אבל צ"ע לפ"ז מאי מהני הא דדעתו של אדם קרובה אצל בנו, דאר"י לקמן קמ"ב ב' דמשו"ה במתני' קנה בנו, הא לאו משום חסרון במקנה אתינן עלה אלא משום חסרון הקונה, [ועי' ברמב"ן ובנמו"י שכתבו אמנם מהאי טעמא שאינו אלא תק"ח בשכיב מרע שלא תטרף דעתו עליו, אבל להסוברים דגם בבריא כן צריך יישוב], והיה נראה לפרש דהא דאר"י דבבנו קונה

היינו לכשתלד, דבזה הנידון משום גמירות דעת של המקנה וקאמר דבבנו דדעתו קרובה אליו גמר ומקנה, אבל מזכה לעובר גם בבנו לא קנה, אבל בשו"ע חו"מ סי' ר"י ס"א כתב דבבנו קנה אפילו לא אמר כשיוולד, ובבהגר"א שם כתב דמקורו משום דפשטא דמתני' לא איירי לכשתלד כדפרכינן לעיל א' דנוקמה למתני' באמר לכשתלד, וע"ז קאמר וא"ת משנתנו ומשני לה משום שדעתו של אדם קרובה אצל בנו, ומשמע דאף בלא אמר לכשתלד ניחא בהאי טעמא.

ולפום ריהטא נראה דמ"ד זכין לעובר, הרי מיד זכה העובר ואין המזכה יכול לחזור בו, ואפילו מת המזכה קודם שנולד העובר נמי זכה העובר, ובזה לא קיי"ל כוותיה, אלא אין זכין לעובר, וגם לא לבנו, דלענין זה אין לחלק בין בנו לאחר, ור' יוחנן ס"ל דגם במזכה לכשתלד לא קנה עי' בבהגר"א סי' ר"י סק"ב, ובזה חידש דבבנו קנה, וחידש גם דבבנו אפילו לא אמר לכשתלד אלא זיכה לעובר בעודה מעוברת מתפרש לכשתלד וקנה, [עי' רשב"ם קמ"ב א' ד"ה לכשתלד], ומיהו עד שלא נולד יכול לחזור בו, וכן אם מת המזכה עד שלא נולד לא זכה, וכ"ה בנתה"מ שם סק"ב, דתנאי הקנין בבנו הם כמו באחר לכשתלד לפי היש חולקים שברמ"א שם.

ולפ"ז יש לדון להפוסקים כר"נ דמזכה לעובר לא קנה ולכשתלד קנה, אם בבנו קנה בסתמא, או דבבנו ג"כ צריך לפרש לכשתלד, דלדידיה מתני' מתפרשא שפיר דאמר לכשתלד, כדחזינן מהא דפריך ליה לר"ה ממתני' מכלל דלדידיה ניחא, ועדיין צ"ע בכ"ז.

קמ"ב א' דאר"נ המזכה לעובר לא קנה לכשתלד קנה, פירש רשב"ם דטעמיה דר"נ משום דחשיב העובר כישנו בעולם, ומבואר דעד שלא נתעברה גם לר"נ לא מהני אפילו אמר לכשתלד, וכן בכולי גמ' משמע דלדבר שאינו בעולם גרע טפי וכדפרכינן לעיל קמ"א ב' ובש"ד, וכ"כ הרמב"ן לעיל ע"ט א' דר"נ חשיב לעובר כדבר שבא לעולם במקצת אלא שמעכשיו אין לו יד לזכות ואין זכין לו ולכשתלד זכין לו כו' תדע דהא לדידן נמי קיי"ל בבנו קני עובר הואיל ודעתו של אדם קרובה אצל בנו ואלו הנולדים שלא נתעברה מהן לא קנייה לעולם אלמא אין דין עובר כדין מי שלא בא לעולם כלל, עכ"ל, אבל בתו' גיטין י"ג ב' כתבו דהא דפריך התם אלא מעתה הקנה לנולדים דלא הו' בשעת מתן מעות ה"נ דלא קנו, דהיינו דוקא אליבא דר"ה אבל לר"נ שפיר קנו, ומבואר דס"ל דלר"נ מהני לכשתלד גם עד שלא נתעברה, וכן מבואר בשטמ"ק כאן בשם תו' הרא"ש, וכ"כ מרן זללה"ה באה"ע סי' נ"ח סק"א ועי"ש בסק"ב, אבל הדבר קשה דלקמן ב' פשיטא לגמ' ואמוראי טובא דבאמר נכסי לבני דיהווי לי מיניך דלא קנו, ומשמע דליכא מאן דפליג בהא, והגרע"א ז"ל בגיטין שם נקט נמי בפשיטות דרק במעוברת ס"ל לר"נ דמהני לכשתלד, ולא עד שלא נתעברה, ופירש גם בדעת תו' שם כן דלא כתבו דגמ' דהתם אליבא דר"ה אלא ממה שהקשו שם דאפילו לר"מ כו', אבל לא מעיקר הקושיא דהקנה לנולדים עי"ש, וכן יש לפרש דברי תו' הרא"ש הנ"ל בגמ' דגיטין, וכן הא דלעיל קל"א א', ולפי זה ליכא למ"ד דלר"נ מהני לכשתלד עד שלא נתעברה, ומש"כ הרשב"א בסוגיין דלר"נ סברא הפוכה מדר"ה דלדבר שאינו בעולם עדיף מדבר שלא בא לעולם, היינו מהא דס"ל דמזכה לעובר לא קנה, ובאומר לכשתלד קנה, דחזינן דעובר לאו בר קנין הוא ומ"מ מהני כשיוולד, אבל עד שלא נתעברה גם לר"נ י"ל דלא מהני, וכדפשיטא ליה להרמב"ן, וכדנקט נמי הגרע"א ז"ל הנ"ל, וצ"ע שהגרע"א ז"ל בחו"מ סי' ר"י ס"א הביא שבשארית יוסף פסק כר"נ וגם בשעדיין לא נתעברה.

שם דתניא גר שמת ובזבזו ישראל נכסיו ושמעו שיש לו בן כו', לאביי מתפרש דבשעה שהחזיקו בראשונה אמנם היה לו בן והיה קיים, ורק אח"כ מת, ולפי זה אין

כאן שום חידוש בגוונא דבן, וצ"ל דלא נקטיה התנא אלא לאשמועינן דאשתו מעוברת דינו כאילו יש בן, דעובר יורש, וק"ק דלפ"ז לשון שמעו ואח"כ שמעו כמיותר דהו"ל למיתני ונודע שיש לו בן או שאשתו מעוברת חייבין להחזיר החזירו ואח"כ מת הבן או שהפילה אשתו החזיק בשניה כו', ושמא לשון זה היה מתפרש דידעינן בודאי שבשעה שזכו בראשונה עדיין היה העובר קיים, ואילו בלשון דקתני דשמעו שהיתה אשתו מעוברת, מתפרש נמי בשיש ספק שמא מת הולד כבר בשעה שבזבזו, אע"ג דההפלה היתה יותר מאוחר, וקמ"ל דאף כה"ג המחזיקים בראשונה לא זכו דמוקמינן לולד בחזקת חי עד שעה שהפילה.

ולרבא יש לפרש דבשעה שבזבזו נכסיו כבר שמעו שיש לו בן או שאשתו מעוברת, והיינו דלא קתני ברישא ואח"כ שמעו אלא ושמעו שיש לו בן, ומסתברא דר"ל שבשעה שבזבזו היו כמסופקים ובתר הכי שמעו שאמנם כן שיש לו בן או שאשתו מעוברת, דלא מסתבר ששמעו בתחלה שיש לו בן ומ"מ בזבזו נכסיו, דלאו ברשיעי עסקינן, והא דקתני ואח"כ שמעו שמת בנו או שהפילה אשתו, מתפרש גם שאח"כ שמעו שבשעה שהחזיקו כבר מת הבן והפילה האשה, ואפ"ה הראשונים לא קנו דכיון דבשעה שהחזיקו היו מסופקים שיש לו בן, הרי רפוי מרפיאן בידיהו, ונקט אשתו מעוברת לרבותא דאע"ג דעובר אין לו זכייה מ"מ כיון שיתכן שיוולד חי הרי רפוי מרפיאן בידיהו, וגם אשמועינן דחייבין להחזיר, ואינם רשאים להחזיק בנכסים משום שמא תפיל, ומיהו מתירוצא דרבא אין הכרע כיצד ס"ל לרבא בדין עובר, דיתכן דגם רבא מודה דירושה הבאה מאליה שאני, או שמא נמי מצי סבר כרב ששת דאף מזכה לעובר קני, אלא דמפרש לברייא דאיתי לאשמועינן דרפוי מרפיאן לא חשיבא חזקה, אפילו נתברר דבשעה שהחזיקו כבר מת הבן וכבר הפילה אשתו, אבל ממה שאמרו בגמ' דאיכא בינייהו ששמעו בו שמת ולא מת ואח"כ מת, וע"כ אעובר קאי ומשום דאין לו זכייה, הלכך חזקתן חזקה כיון שלא מרפיאן בידיהו שהיו בטוחים שכבר הפילה, ואמנם הפילה בסוף, מבואר דקים לגמ' דרבא ס"ל דעובר לית ליה זכייה אף בירושה הבאה מאליה, ואפשר דכל עיקר מה שאמרו דהא איכא בינייהו הוא לאשמועינן דרבא ס"ל דעובר לית ליה זכייה, דהא הו"מ למימר דאיכא בינייהו כשנתברר שבשעה שהחזיקו בראשונה כבר מת הבן וכבר הפילה אשתו, דלאביי זכו הראשונים דהא לית ליה טעמא דרפוי מרפיאן, ואילו לרבא לא זכו, ולפמ"ש"כ הרי לרבא הכי מתפרש ברייתא, וא"צ לחדש גוונא דאיכא בינייהו, אלא ודאי אתי לאשמועינן דלרבא עובר לית ליה זכייה גם בירושה הבאה מאליה, ועי' ברא"ש יבמות פ"ז ס"ד שכתב לפרש דהאי איכא בינייהו אמרינן אליבא דרבנן דר' יוסי דסברי עובר לית ליה זכייה, ולא קיי"ל כן.

ברמב"ם פ"ב מזכייה ומתנה הי"ח כתב גר שמת ובזבזו ישראל נכסיו ושמעו שעדיין לא מת או שיש לו בן כו' ואח"כ שמעו שמת ששמועה ראשונה אמת היתה ובראשונה מת כו' כל המחזיק בשניה קנה ובראשונה לא קנה, וכתב בבבגר"א סי' ער"ה ס"ק כ"ט דהרמב"ם גרס איכא בינייהו ששמעו בן שמת ולא מת ומת, ומתפרש על הגר ששמעו שמת ואח"כ שמעו שלא מת ואח"כ נתברר שכבר מת בראשונה, [וגם לגירסא דידן ואח"כ מת אפשר לדחוק דר"ל ואח"כ נתברר שכבר מת בראשונה], ומתפרש גר שמת שכתב הרמב"ם כדרך שמתפרש גר שמת שבכרייתא דאירי שעדיין לא היו בטוחים שהשמועה אמת כדאמר רבא דרפוי מרפיאן בידיהו, ובמל"מ נתקשה בזה, [ולפי' הרמב"ם ניחא לשון מת שנתקשה בזה הרמב"ן דהו"ל למימר הפילה].

שם גר שמת ובזבזו ישראל נכסיו כו', א"ה, עי' מש"כ בחו"ב יבמות ל"ה ב' סק"א

לענין עובר דמבואר בסוגיין דהנכסים שייכים לעובר אף אי אין לעובר שום זכייה, וכשיוולד הכל שלו, וגם לא שייך לומר שהם שלו למפרע שהרי עד שלא נולד אינו בר זכייה, וכל זה פשוט מסברא ולא צריכין לשום דרשא לזה, וחזינן מזה דבודאי ראוי לקבוע דין עובר על שם העתיד אף שבעודו עובר א"א לו לזכות. שם החזירו הכל ואח"כ שמעו כו', א"ה, עי' מש"כ לעיל נ"ד ב' אם חשיב סילוק כשהחזירו, ואם מהני סילוק בנכסים של אדם.

קמ"ב ב' א"ל זיל קני כחד מברא, אע"ג שהוא כבר חשב שהקנאתו לנולדים הועילה, מ"מ משמע שעדיין יכול לחזור בו ולהקנות חלק לבריה קשישא. - ומשמע שהיו לו עוד בנים מלבד בריה קשישא, דאל"כ למה לו לחזור ולהקנות לבריה קשישא, הרי יכול לבטל הקנאתו לנולדים וממילא יקנו כולם בשוה, וכ"מ מלשון קשישא. והנה הקנה לו דבר שאינו מסוים שהרי תלוי כמה ילדים יולדו לו מן האשה, ומ"מ חייל הקנין ועתיד להתברר.

שם האי אית חולק לטליא במקום ברא כו', אע"ג דאנן סהדי שלא רצה לתת לבריה קשישא טפי מאשר יקבלו בניו מההיא איתתא, שהרי בקושי נתן לו כמותם, מ"מ כיון שהקנה לו חלק, ואח"כ נתברר שהבנים מהאשה אין להם אלא מדין ירושה, שפיר נסתבב שיהא לו יותר, ומשמעות הגמ' דר' ירמי' לא הוי סבר דטעמייהו דר' אבהו ואינך משום דהו"ל קני כחמור, וא"כ יש לפרש דהוי ס"ל דטעמייהו משום שלא נתכוין לתת לו אם הם לא זכו, ומשמע דבזה העיקר כר' ירמיה דלא חשיב כתנאי שרק אם הם זכו, ונפ"מ אם הוי אמר לבריה קשישא שיקנה כפי הסכום שהם יקבלו, שלא תלה קנינו בקנינם שיהא קני כחמור, דבזה אמנם יזכה בחלק נוסף.

שם א"ל ר"א לר"י הלכתא כוותן או הלכתא כוותיכו, יש להבין מה פשר השאלה, ולעיל ס"ה א' בדרב ושמואל איירו, אבל הכא בדנפשייהו איירו, ולא משמע דמשום דר' אבין הדר ביה קמיבעיא ליה דהו"ל אינהו רובא, דהא משמע דר"י לא הוי ידע דר"א הדבר ביה, ואפשר שיש כאן מקום לדון מי נקרא המוציא מחבירו, דאפשר לומר דנכסי בחזקת יורשים, ובריה קשישא בא להוציא, ואפשר לומר דהוא מוחזק מחמת הקנין ולא נפל חלקו קמי יורשים, ול"מ כן, ואפשר לפרש דשמא איכא בינייהו דמקרי לגבי דייני וכדאמרין לעיל שם, אבל לא דמי דהתם בדברים המצויין איירי ושפיר כבר נזדמנו הדינים לדייני, משא"כ הכא, ושמא לא שאלו כן אלא להכנס בדברים בטעמא דפלוגתתם.

קמ"ג א' דאיתמר קני כחמור לא קנה, בלשון הזה לא שייך לדון, דכמאן דא"ל בהדיא אל תקנה דמי, אלא יש לפרש דא"ל קני כפלוגי ונזדמן שפלוגי לא קנה, ודיינינן אם הלשון מתפרש שיקנה כפלוגי וכעין התפסה בו, או דמתפרש שיקנה מה שפלוגי קנה, ואינו אלא כמראה מקום על מה שחפץ להקנות, ואשמועינן דכעין התפסה הוא ואם פלוגי לא קנה גם הוא לא קנה, ונקט כחמור אגב את וחמור דהתם לרבותא דאפ"ה י"ל דקנה מחצה או הכל.

יש לעי' מכר חפץ לראובן והיה בו אונאה יותר משתות, ואח"כ אמר לשמעון קני כראובן מהו, די"ל דלא דמי לקני כחמור או כחד מבניא, דהכא ביד ראובן למחול האונאה ולקיים המקח, והלכך אף כשביטל המקח אח"כ, י"ל דמ"מ שמעון קנה, וכן אם זיכה לאחד חפץ ואמר לאחר זכה כפלוגי, והראשון כשנודע לו אינו חפץ בו, דנמצא שלא זכה בו.

שם את וחמור כו', משכחת לה בקנין אחד שקנה בסודר שיזכו שניהם, וכלשון הרשב"ם בדרב המנונא, ומשכחת לה גם שלא בקנין אחד, דבקידיש חמש נשים יש כאן חמש קנינים שזו שקיבלה היא שליח של כולן והכלכלה תתחלק בין כולם, ועי'

מש"כ בתרומות ס"ג סק"ו ח' (והועתק לפנינו).

שם את וחמור הוא כו', נראה דשורש הנידון בזה הוא באדם שיודע שאין חמור קונה, וכפי שמתפרשת כונתו בלשון את וחמור כן הוא עיקר פירוש הלשון לעולם, ואף באינו יודע, מ"מ לשונו מתפרש על כונה זו, שזו הכונה המתפרשת בדבריו, והנה יש מקום לומר דמשטה הוא ולא קנה כלל וזו סברת רה"מ, ויש מקום לקיים האת אף שהחמור הוא פטומי מילי, ויש מקום לומר דהחמור פטומי מילי בעלמא וכאילו אמר קני את הכל דמי, [ואחרי שהנידון משום שמא פטומי מילי בעלמא הוא, שייך לחלק בדבר שחל בו קנין אלא משום שלא פירש בהדיא אינו חל לא שייך את וחמור, וכדאמר הכי קדושין נ"א ב' דאף אי קדושין שלא נמסרו לביאה לא הוו קדושין מ"מ לא הוי את וחמור באמר כולכם ואחת מב' אחיות, וכמש"כ רש"י שם, ועי' במרדכי כאן שכתב דדבר שמועיל בו קנין לא חשיב את וחמור אף שזה הקנין אין מועיל לו], והנה לא שייך כלל נידון זה להא דנדרים כ"ה ב' בקונם כולכם נהנים לי ונמצא אביו ביניהם דאמרינן נדר שהותר מקצתו הותר כולו, דהתם כל דבריו יתכנו ואין שם נידון שמא משטה הוא, אלא שיש טעות המבטל מקצת ושפיר י"ל דמבטל כולו או דלא בטל, אבל כאן מה שאנו מקיימים בדבריו הרי זה קיים מיד בתחלת אמירתו ולא נתבטלו מדבריו כלום אלא שאנו מפרשים כונתו בדבריו ומקיימים אותם כפי כונתו, תדע שהרי תרומה כנדר ומדמינן לה בסוגיין לאת וחמור, [ובפ"ת יו"ד סי' רכ"ט סק"א הביא בשם השע"מ לדון בכה"ג בהקדש, וצ"ע].

ולהאמור נראה דהאומר שור וחמור עולה הר"ז בנידון את וחמור, [ואף שבהיותן עולה אין להם כל קשר דלא דמי לנותן להם שדה בשותפות שהם שותפים בה, אבל כאן הרי השור עולה, וכן החמור, לפי דבריו], דכיון דשיתפם בלשונו הו"ל את וחמור, וכן מוכח בהא דחמש נשים שאין להם כל שיתוף והרי זה כקונה חמש חפצים וכאילו אמר על חמשה שוורים הרי כולן הקדש ואחד מהן אינו שלו, ואפ"ה מדמינן ליה לאת וחמור, ואף בכולכם ואחיות הו"ל את וחמור, כמבואר בקדושין נ"א, [ולא משמע לפרושי דהתם משום ששיתפם בכלכלה הוא], וכן בתרומה לא חשיב שיתוף כ"כ דכל משהו מן התרומה פוטר כנגדו מן הטבל, ואפ"ה מדמינן ליה לאת וחמור.

ומ"מ בעינן שישתפם בענין אחד כגון שמקדש שניהם או שעושה שניהם תרומה על הכרי או שנותן להם שדה אחת, אבל אם אמר קני אתה השדה והחמור הבקעה לכו"ע קנה את השדה אע"ג דאמר חד קני לתרווייהו, דכיון דלא שיתפם כלל אלא בלשון אין בכך כלום, שאין כאן דינים בלשון, וכאילו אמר קני אתה השדה וקני חמור הבקעה, [ולא דמי לנדרים ושבועות דבעינן קונם לכל דבר לר"ש, דהתם בעי לשון שבועה ונדר, וכן בהתקדשי לי בזו ובזו קדושין מ"ו א', דהתם שייך לכללם יחד], ואין הפסד במה שלא כפל תיבת קני, וכן אנו נוהגים ע"פ מרן זללה"ה לעשר כמה מינים ביחד באמירת כל מין על מינו, ואין חוששין שמא אחד מעושר, דאף אם אחד מעושר שפיר דמי דלאו את וחמור הוא, [ותרומה קילא טפי דסגי נמי במחשבה, כל שאין הדיבור מפסיד]. (תרומות ס"ג סק"ו).

שם ואת וחמור לא קנה, דעת הרי"ף ורש"י [כ"מ בדבריו ז"ל דהוא ממש נידון את וחמור] ותו' [בב"ב קמ"ג א'] ורמב"ן ורשב"א [ומ"ש במ"מ שהרשב"א הניח הדבר בצ"ע, ל"מ כן ברשב"א לפנינו וכמו שרמז מרן זללה"ה בדמאי סי' ט"ו סק"י"א] והרמ"ה [בב"ב שם] והרא"ש [וכמ"ש הטור בשמן], דלרב המנונא פריך, אבל למאי דקיי"ל כר"נ אף בכולכם קנה מחצה ונכריות מקודשות, ולדעת הרמב"ם כתב הרא"ש לפרש דכולכם גרע, וצריך לומר דלר"נ דוקא קאמר אבל ר"ש ע"כ סבר

דקנה הכל אף בכולכם דהא מקישות יליף לה כדאמר ב"ב שם וקישות ככולכם דמי [לפי' תו' שם וכ"פ הרא"ש בשטמ"ק שם], שו"ר שכ"כ בלח"מ פ"ט מה"א ה"ב, ובר"ן כתב לפרש משום דלא ניחא ליה אלא בכולן, וכמו כור בשלשים אני מוכר לך דיכול לחזור אפילו בסאה אחרונה, וצ"ע דלפ"ז את וחמור שאמרו בגמ' קדושין אינו ענין לאת וחמור שבב"ב, ואין זה במשמע, וגם בסברא בשני מוכרין לא מסתבר לאגדם יחד כמו במוכר אחד, והר"ן עצמו סיים שאין להקל בכך אחרי שאין מן הסוגיא ראייה לכך דפעמים מצינו פירכא סתמא בש"ס אליבא דחד אף שאין הדין כוותיה.

ולענין הלכה בקדושין פסק בשו"ע אה"ע סי' מ"א ס"ג דהו"ל ספק מקודשת, אבל נראה דלענין דרבנן כמו מעשר בזה"ז יש לסמוך כדעת רוב הפוסקים דאף בכולכם קנה מחצה, וכ"כ מרן זללה"ה בדמאי סי' ט"ו ס"ק י"א.

בשו"ע חו"מ סימן ר"ג ס"י בהגה"ה י"א הואיל כו' וי"א דכל הקנין קיים וי"א כו', דעה אמצעית תמוהה וכמ"ש במרדכי, וכ"ה בבהגר"א, ונראה דאף אם תפס המעות מוציאין מידו, אבל הקרקע או המטלטלין קרוב הדבר דהעיקר כדעה אחרונה, דלא מצינו לגרע יותר מבאת וחמור דקיי"ל קנה מחצה כדאיתא לקמן סו"ס ר"י, אבל כבר כתב הגר"א לפרש דקנין משותף ככולכם דמי, [לפירוש הרא"ש, ואולי אף לפירוש הר"ן עי' סק"ז], ולפ"ז יכול המוכר לומר קים לי אם הוא מוחזק, [דבכולכם דעת ב"ה והרמב"ם דלא קנה כלום, אם נפרש טעמם משום כולכם], ויש נוסחאות בכתובה שכתוב בהן תנאים צדדיים כגון שלא יסע בלי רשותה ועוד כהנה, ובסוף הכתובה כתוב וקנינא כו' על כל מה דכתוב ומפורש לעיל, ולפ"ז י"ל דהו"ל את וחמור דעל תנאים אלו אין הקנין מועיל דהו"ל דברים בעלמא, ולא תוכל לגבות כלום בכתובה זו דיאמר הבעל קים לי דבקנין משותף לא קנה כלום, הלכך אין ראוי לכלול בכתובה דברים זולת הכתובה, ואם באו לכלול יש לפרש שהקנין נעשה רק על הדברים שקנין מועיל בהם, [ואולי סומכין לפי שתנאים אלו כתובים בסוגריים ואולי לא קאי הקנין עליהם, וצ"ע, גם אולי עדיין תורת שטר על הכתובה אף בלא הקנין, ול"ע בזה כעת וצ"ע], ועי' להלן. (תרומות ס"ג סק"ז ח').

יש לעי' במה שנהגו לקבל קנין על כל הכתוב בכתובה וכדכתבין וקנינא על כל מה דכתוב ומפורש לעיל, והא לעיל כתוב נמי ומיעל לותיכי כארח כל ארעא, ובזה לא מהני קנין, וא"כ בטל כל הקנין לדעת הי"א שברמ"א חו"מ סי' ר"ג ס"י, ונהי דאף בלא קנין שפיר דמי וכמ"ש, אבל מ"מ אין ראוי לעשות קנין באופן שאינו מועיל, ואף שכתב הרמב"ם בפ"ה מה' מכירה דנהגו לעשות קנין אף בדברים שאין קנין מועיל בהם, מ"מ הכא הרי היו יכולים לפרש שאין הקנין אלא על הדברים שקנין מועיל בהם, והיו מרויחים את הקנין על כל הדברים שמועיל בהם קנין, (ועוד דכמדומה שהעדים חותמים על סמך דכל קנין לכתיבה עומד, שאינם שומעים ציווי מפי החתן לחתום, ואם אין זה קנין, אין כאן ציווי לחתום, ומיהו לעולם חותמים הם בפניו ועל דעתו וכאילו צוה להם בפירוש דמי), ונראה דהא דס"ל לי"א דכשעשה קנין על דבר שמועיל ועל דבר שאין מועיל דנתבטל הכל, היינו דוקא כשלא נתחייב בדבר שאין הקנין מועיל בו, אבל כשעושה קנין על חיוב עונה דבלא"ה מחויב ועומד הוא, אין בזה כדי לבטל את הקנין על שאר הדברים, וכה"ג מתפרש לעולם שעושה הקנין רק לדברים שהקנין מועיל בהם, או שעושה גם לשאר הדברים בידעה שאינו מועיל בהם ואינו אלא למנהגא בעלמא כמ"ש הרמב"ם שם, ואין זה גורע שלא יחול הקנין לדברים שמועיל בהם קנין, וגם חיוב הכתובה יש לחשוב כדבר שאין הקנין מועיל בו שהרי כבר נתחייב מתק"ח ואין לקנין מה להוסיף בזה,

ומ"מ פשיטא שאין בכך לגרוע שלא יחול הקנין על אחריות ועל דאיקני, ומיהו בדבר שיש בו קנין אלא שהקנין הזה אינו מועיל בו, כתב במרדכי ב"ב קמ"ג דלא הוי את וחמור, והא נמי להא דמ"א, אלא ש"ל דה"נ דבר שחל בו חיוב שלא ע"י קנין, נמי תו לא הוי את וחמור, [במרדכי שם משמע לכאורה דאף שטר שאינו מועיל על כל הכתוב בו, נמי שייך לנידון את וחמור, ומיהו בזה נראה ודאי דאין עונה בכלל, דשפיר פירשו בשטר הדברים שחייב בהם, אף דלא שייך בהו קנין שטר, ולא שייך בשטר את וחמור אלא בדברים שהשטר הוא שצריך לגרום הקנאתם או חיובם].

בחו"ב תרומות ס"ג סק"ח (והועתק לעיל) כתבנו שהכותבים בכתובה תנאים נוספים כגון שלא יסע בלא רשותה וכיו"ב, יש בזה נידון את וחמור כיון שהקנין על הכל, ולמש"כ הכתובה אף בלא הקנין, והשטר נראה דלא מיפסל אף אי גם בקנין שטר שייך את וחמור, וכמש"כ דשפיר מפרשים בו הדברים שנתחייב בהם בע"פ ובלא קנין, ומ"מ כיון שנהגו בקנין אין כדאי להפסידו, וגם בשטר עדיף טפי שאין בו אלא חיובים שחייב בהם מן הדין ומן הקנין. (כתובות נ"ו ב').

שם אמר רב ששת מנא אמינא לה דתניא ר"א אין לך מר בקישות כו' אמאי את וחמור הוא, השתא נמי ידע דהמר נמי חשיב אוכל כדמשמע מתירין הגמ' דלא הזכירו כלל מזה וקאמר בפשיטות דשאני התם דחייל דיעבד, ומשמע דהוי פשוט ליה שאין כאן אלא נידון מן הרע על היפה ולא מן הפטור על החיוב, ועוד דאי הוי סבר דהפנימי לא חשיב אוכל א"כ היינו כמו אגוז בקליפתו ואטו ס"ד דהתורם אגוז בקליפתו חשיב את וחמור, הא פשיטא דאין כונתו אלא על האוכל, א"ו השתא נמי ידע דהפנימי נמי אוכל הוא וחייב במעשרות, ולפירוש רשב"ם ס"ל לגמ' דחשיב כתורם רע ויפה על היפה [וכן על הרע] ואם הרע לא חייל אף היפה לא חייל, ומדשרי ש"מ דהיפה לחוד חל וש"מ את וחמור קנה הכל, ומשני שאני התם דאף המר חייל דיעבד, ולא נתפרש מה הועיל בזה דאם אמת הוא שלשונו מתפרש שהיפה והרע יהיו תרומה על היפה א"כ הרי לקושטא דמילתא הוא תורם מן הרע על היפה ומה הועיל במה שמוסיף מן החיצון, ועוד דמה דמיון הוא לאת וחמור הרי הכא שפיר מתפרש דתורם מן היפה על היפה ומן המר על המר, שהרי על המר יכול לתרום מן המר, והרי אנו מקיימים כל דבריו, ועוד דהיכן נזכר בדברי ר"י לשון הפרשתו, ושמא אמנם יש לו לפרש שהמתוק יחול על המתוק והמר על המר, ועוד דלשון ר"י אין לך מר בקישות כו' לא מתפרש שפיר, שהרי עיקר חידושיה דיש לחוש שמא אין חלק המר והמתוק שוין בכל הקישות ולכך צריך להוסיף מן החיצון, ומאי האי דקאמר אין לך מר כו'.

ולפירוש תו' איירי ר"י בתרם קישות ונמצאת מרה, ומשום טעות אין כאן כמש"כ תו' יבמות פ"ט א' ד"ה קישות, והא דיחזור ויתרום הוא דעשאוה רבנן כספק אוכל, וסבר ר"י דלא עשו כספק אוכל אלא הפנימי שיש בו מרירות טפי אבל החיצון חשיב אוכל, והנה סבר ר"י דנוטל קצת מן השיריים כנגד הפנימי של הקישות ועושהו תרומה, ומבואר דסבר ר"י דהחיצון נעשה ודאי תרומה דאל"ה ע"כ להוסיף גם כנגד החיצון שהרי אף החיצון דינו כרע ואיך יתרום מן הרע על היפה, א"ו החיצון חייל עליה שם תרומה בודאי, ואע"ג דאם הפנימי אינו אוכל הו"ל את וחמור, [ועי' חו"ב תרומות ס"ג סק"ה], ומיהו אכתי לא שמענו אלא דקנה מחצה, ונראה דפשיטא להש"ס דמה שמוסיף אינו ממקום אחר אלא מהשיריים, דומיא דלרבנן דחזור ותורם מן השיריים שאם אין תורת אוכל על הקישות הרי הכל טבל, [ומספק חייב לעשר את התרומות], ומזה מוכח דכל הקישות נעשו מתוקנים ע"י החיצון, דאל"ה איך מוסיף

מהם שמא זה שמוסיף הוא התרום, שהרי יש בהם טבל וחולין מעורבים, א"ו כל הקישות נעשו מתוקנים, [ומה שחוזר ותורם הוא מדרבנן, דהו"ל למטעמיה], וש"מ דאת וחמור קנה הכל, אבל הא דמשני שאני הכא דמדאורייתא תרומה מעליא הוא צ"ע דהא סוף סוף רבנן שויוהו כספק אוכל ואיך יתכן לקיים התרומה של החיצון אם לצד שהפנימי אינו אוכל גם החיצון לא חייל, ונראה דתלמודן לא סבר כהירו' דרבנן שויוהו כספק אוכל אלא הוא קנס חכמים על שתרם מן הרע, [ואע"ג דלעולם ברע על יפה תרומתו תרומה, הכא רע טפי וכמש"כ תו' יבמות שם ד"ה אין, (ואפשר עוד דבמזיד לעולם לא שייך לקנוס דלא ציית למאן דסבר הכי יבמות שם, א"נ לפי שאינו דבר מסוים ולפעמים לאו אדעתיה לעיין ולבדוק ביותר ומתרמי שהתרומה גרועה קצת ולא רצו חכמים לקנוס לעולם, א"נ במידי דמינכר נזהרים ואין תורמין מן הרע, ובשוגג אין ראוי לקנוסו, וגם לא שכית, אבל קישות שלעולם בשוגג נמי ראוי לקנוסו דהו"ל למטעמיה כדאמר יבמות שם, קנסוהו)], וכן משמע יבמות שם דבמזיד לא חיילא תרומתו כלל לר"ח, ואם חכמים עשאוהו כספק אוכל אין לחלק בין שוגג למזיד שאם נחלק כבר הדבר ידוע שאינו ספק אוכל, וגם בספק אוכל לעולם ציית, ואין לחוש למזיד דילמא פשע, וכבר רמז הר"ש רפ"ג דתרומות שאין סוגיא דיבמות עולה לפי הירו' עיי"ש, [ומיהו לרנב"א שם אף במזיד תרומה ויחזור ויתרום וכדאמר קדושין מ"ו ב' עיי"ש], ועי' חו"ב תרומות ס"ג סק"ב, והשתא ניחא דר"ש סבר שאין ראוי לחכמים לקנוס בפנימי לחוד אי את וחמור לא קנה דא"כ תרומת הפנימי והחיצון תלוים זב"ז, ואף אי קנה מחצה מ"מ אין ראוי לתרום מן השיריים, שהם כטבל וחולין מעורבים זב"ז, וגמ' דחי דשפיר קנסו חכמים שצריך לתרום כנגד הפנימי לחוד, ולא החמירו לבטל הכל מכח את וחמור, ואמנם הקישות המר כולו תרומה מדאורייתא, ומדרבנן עדיין הכל טבול עד שיתרום כנגד הפנימי, ועי' תרומות ס"ג סק"ב דאף לפי הירו' לא עשאוהו אלא כספק אוכל מדרבנן והראשונה מדמעת וחייבין עליה חומש ולא השניה, ולפ"ז אפשר לקיים סוגיין אף לפי הירו', דלא אחמור רבנן כולי האי, ואמרו שיוסיף מן השירים, אע"ג דאי לא היה אוכל באמת, לא היה חייל כלל א"נ מחצה, מ"מ בדרבנן הקילו כאילו חייל הכל. - ולפירוש זה נראה דהקישות המר הוי תרומה מדאורייתא, ומדמע ומוסיפין עליו חומש, אבל השני לא, דומיא דפ"א דתרומות מ"ח, ומה דקתני בסיפא דהך מתניתין דקישות דשניהם אינם מדמעים היינו דוקא ביין ונמצא חומץ, ולא קאי ארישא, ומיהו צ"ע דאאבטיח ונמצא סרוח לכאור' יש לקיים הך סיפא דשניהם אינם מדמעים, ותנא כייל לאבטיח בהדי קישות, וי"ל דאבטיח סרוח נמי אין דינו אלא כרע ומדאורייתא חייל עליה שם תרומה, וכדאמר קדושין מ"ו ב', ועי' חו"ב תרומות ס"ג סק"ב. (תרומות ס"ג סק"א).

שם אר"י מנא אמינא לה דתניא רבי אומר והיתה לאהרן ולבניו מחצה לאהרן כו', יש לעי' והא רבנן פליגי עליה דרבי כדאמר יומא י"ז ב', וא"כ אף אי הלכתא כרבי, מ"מ לשון בני אדם לא שייך להכריע מזה, דהא ודאי יכול אדם לדבר בלישנא דרבנן, ונראה דהא דסברי רבנן דכה"ג נוטל חלק בראש הוא נמי מהאי קרא דפרטיה לאהרן לחוד, דלכו"ע הפירוט בא לתת לו יתרון, והלכך בכה"ג דשייך לומר שנוטל חלק בראש, שפיר דרשי ליה רבנן להכי, אבל בהדיוט דלא שייך שיהא נוטל חלק בראש דודאי לא לכך נתכוין, הלכך ע"כ למחצה ומחצה נתכוין, אח"כ ראיתי בריטב"א שם דרבנן הילכתא גמירי לה, ועי' בגבו"א שם, ובתו' ר' אלחנן ע"ז י'.

שם א"ל אביי בשלמא התם אהרן בר חלוקה הוא כו', יש לעי' ותקשה ליה לאביי מהא דר"ע ע"ז י' ב' דאמר התם דכל נכסאי לר"ע וחביריו דדריש ר"ע מהאי קרא

דאהרן דמחצה לר"ע ומחצה לחביריו, וי"ל דהתם סברא הוא דנתכוין לרבות לר"ע, ועוד דחביריו אין ידוע לו מספרם בדיוק כפי שנאמר שנתכוין לחלק לכולם בשוה, ומייתי מהאי קרא דאהרן דשפיר מתפרש לשון זה במחצה ומחצה. ונראה דרב יוסף סבר דהא דקאמר רבי מחצה לאהרן ומחצה לבניו, היינו לומר דזהו פשטיה דקרא, דלשון זה הכי מתפרש, ולא מיתורא דריש ליה, והלכך כל לשון בני אדם כה"ג יש לפרשו כן.

ומשמע מסוגיין דלאחר שהקנה בלשון זה דלך ולבניך, תו אינו נאמן לומר כיצד נתכוין, דהו"ל דברים שבלב, כיון דפשטא דלישניה מתפרש מחצה ומחצה, וגם אפילו אם הוא נאמן עליהם אתי דיבור ומוציא מיד מחשבה, דאדם אחראי למוצא פיו אף כשאינו יודע בבירור משפט הלשון, וכמ"ש תו' ערכין ה' א'.

קמ"ג ב' ואי ס"ד כל כה"ג פלגא ופלגא הוא אפילו לכתחלה נמי, מהא דלא פריך דגם בדיעבד לא יצא יד"ח בששים וארבעים, משמע דגם אם מתפרש פלגא ופלגא אין הדבר לעיכובא דוקא חמשים וחמשים, ולפי זה משמע דגם אם יביא מ"ה ונ"ה נמי יצא יד"ח, ובירושלמי יומא פ"א ה"ב איתא דאם אמר הרי עלי מנחה של ששים עשרון להביאה בשני כלים, דמביא שלשים ושלשים, ואם הביא ארבעים ועשרים יצא יד"ח, ואף שיש לחלק דהתם הרי חזינן דלא נתכוין לקרבן גדול שהרי היה יכול להביאן בכלי אחד, וי"ל דלכך גם לא איכפת ליה להביא ארבעים ועשרים, אבל במאה דאמרינן שנתכוין לקרבן גדול י"ל דלא ניחא ליה בנ"ה ומ"ה, מ"מ אין נראה לחלק בכך, ועי"ש עוד בירושלמי כמה שינויים מבסוגיין. - ועי' מש"כ במנחות ק"ד ב' סוד"ה ומיהו.

לשון הרמב"ם בפ"א מהלכות זכייה ה"ו אמר לפלוני ופלוני ולבני פלוני נוטלין בני פלוני מחצה והשנים הראשונים מחצה, ולשון זה מתפרש שעשה בדבריו שתי חלוקות לפלוני ופלוני חלוקה אחת ולבני פלוני חלוקה שניה, מדלא אמר לפלוני ופלוני ובני פלוני, או לפלוני ולפלוני ולבני פלוני, וכמ"ש הרמב"ד, ואם כי המ"מ כתב שהוא חילוק דק כחוט השערה, אבל הוא מחלק את דבריו, וכן בחדושי הר"ן כתב דטעמיה דרב יוסף משום שעשה שני חלקים בדבריו, דהיינו לך ולבניך, לפיכך גם אנו חולקים הנכסים בהתאם, וסיים דלפ"ז באמר לראובן ושמעון ולבני פלוני חולקים לראובן ושמעון מחצה ולבני אותו פלוני מחצה וכמ"ש הרמב"ם, ומבואר דגם בזה עשה בדבריו שני חלקים, ולפי זה מה שסיים אח"כ ולפי זה ג"כ אם אמר נכסי לראובן ולשמעון וללוי ולבני פלוני דחולקין ראובן ושמעון ולוי ובני אותו פלוני מחצה ומחצה, לכאורה נראה דצ"ל נכסי לראובן ושמעון ולוי [בלא למ"ד נוסף בשמעון ולוי], ולבני פלוני, דבזה חלקם לשנים, אבל לפי הגירסא שלפנינו הרי לא חלקם כלל שכלל כולם ביחד, ומה שהזכיר בני פלוני ביחד ולא פרטם בשמותיהם, אין זו סבה להגדיל חלקם, אלא אדרבה לחשוב כל בני אותו פלוני כאחד מן הנפרטים דהיינו כראובן ושמעון.

אבל ברא"ש ובטור כתבו דגם אם אמר לראובן ולשמעון וללוי ולבני יהודה דנוטלין בני יהודה מחצה והנפרטין מחצה, נראה דס"ל דמה שלא פרט את בני יהודה בשמותיהם הוא גורם לחשבן כחלק בפ"ע, אבל הדבר צ"ע דהרי שפיר מתפרש שכללן שיהיו כולן יחד כראובן או כשמעון, ואם היה פורטן היה כל אחד מן הבנים כראובן או כשמעון, ומהיכי תיתי נימא שנתכוין לרבות חלקן, והרי אם יאמר לבני ראובן ולבני שמעון ולבני לוי וליהודה, אטו נימא דליהודה מחצה, הרי ודאי יטול רביע, וה"נ איפכא כשפרט ראובן ושמעון ולוי וכלל בני יהודה, ובאמת זו שאלת הרמב"ן דאטו יש מקום לומר דפרט הנפרטין כדי למעט חלקן, ולרבות חלקן של

הנכללין, הרי הסברא איפכא.

וברמב"ן משמע דלא ס"ל לחילוקו של הראב"ד וכמ"ש המ"מ שהוא כחוט השערה ואין בנ"א מדקדקים בלשונם כ"כ, ולכן בכל לשון שאמר לעולם הכלל נידון כאחד מן הנפרטים וכולם חולקים בשוה.

והנה המחבר בסי' רמ"ז ס"ה פתח בלשון הרמב"ם וסיים בלשון הרא"ש, אבל למש"כ הראב"ד אין דעותיהם שוין, ונראה דכיון דהרמב"ן והרשב"א והרא"ה והריטב"א חולקין על עיקר דברי הרמב"ם, ובתראי ניהו, וגם דבריהם מובנים לן טפי וכמו שתמה בתפארת שמואל על הרא"ש, וכן כתב בפרישה בשם מהרש"ל, ולכן דיינו אם נקבל דברי הרמב"ם כפי שפירשם הראב"ד דרק באמר לפלוני ופלונא ולבני פלוני, בזה חלקם למחצה ומחצה, ולא באמר כולם בלא למ"ד או כולם עם למ"ד, דבזה הרא"ש יחידאה הוא, והראב"ד נוסף בזה לדהרמב"ן ודעימיה.

שם אר"א הראויין לבנים לבנים ראויין לבנות לבנות, לפי מה דנקט המ"מ בפ"ו מה' זכיייה הי"ד בדעת הרמב"ם דבראויין לבנים ולבנות נוטלים הבנים, ע"כ יש לפרש שזה בכלל הא דאר"א הראויין לבנים לבנים, ור"ל אף בראויין גם לבנות, דכיון דדינא הכי איך יתכן שאין זה בכלל כונתו, אבל בעיקר הדבר דעת הסמ"ע והש"ך כהב"ח בסי' רע"ז, דהטור השוה דעת הרמב"ם והרמ"ה, ופירש דאין דברי הרמב"ם אלא באמר לבני דבזה אף דגם הבנות בכלל, מ"מ בזמן שהדברים ראויים לבנים ולבנות אהני הא דאמר לבני דיהבינן להו לבנים, אבל בשדר סתם י"ל דיחלוקו וכדעת הרמ"ה, ומה שכתב המ"מ להוכיח דבנים עדיפי ליה מהא דאמרינן דאי איכא כלתיה לכלתיה שדר, והיינו משום שעל בניו לכלכלן, אלמא דבניו עדיפא ליה, י"ל דשאני בנותיו דעל חתניו לכלכלן, ובניו עדיפי ליה מחתניו, ואכתי לא ידעינן בבנותיו שאינן נשואות, אם בניו קודמין בראוי לשניהם, גם י"ל דבנותיו לא יקפידו אם לא שלח להן משא"כ כלותיו, ולכך כלתיה עדיפא ליה.

יש לעי' כשבא ואמר שלא נתכוין כדרב אמי אם מהימן, ומסתברא דאי מהימן להו חייבים לעשות כדבריו.

מתני' אם אמרו ראו מה שהניח אבא הרי אנו עושים ואוכלים כו', לשון זה יכול להתפרש ראו מה שהניח אבא ועל פי זה תקבלו חלקכם לכשנחלוק, ומה שבינתים נשביח יותר נקח לעצמנו, ולפי זה שפיר הם עומדים להשביח בכל הנכסים וחפצים לקבל את כל השבח לעצמן, אבל בסיפא דקתני ראו מה שהניח לי בעלי א"א לפרש כן דהא אינה מתיחסת אלא לחלקה בלבד, ואם אינה רוצה להשביח אלא נכסים בערך חלקה ניחא שפיר לשון זה דאומרת שתשביח כפי ערך חלקה ויהא השבח לעצמה, או שתשביח את הכל ותקבל חלק השבח שכנגד חלקה כולו, ומהשאר תקבל כאריס, אבל אם באה להשביח את כל הנכסים ומבקשת שכל השבח יהא שלה, וכפי' תו', צריך יישוב מאי קאמרה ראו מה שהניח לי בעלי, ויש לפרש דה"ק ראו מה שהניח לי בעלי ותנו לי חלקי, ומאחר שאינכם נותנים לי חלקי הרי אני עושה ומשבתת בכל הנכסים ואוכלת את השבח לעצמי, ולפי זה ניתן לפרש גם לפי מה שפירש רשב"ם ברישא שמבקשים חלוקה ולהשביח חלקן, דמ"מ לאחר שלא חלקו ע"כ משביחין הכל וחפצים בכל השבח לעצמן, וכפי' ריב"ם, דבסיפא דקאמרה ראו מה שהניח לי בעלי ע"כ לפרש דמבקשת חלוקה, ומ"מ מפרש ריב"ם דלאחר שלא חלקו הרי היא משבתת הכל וחפצה בכל השבח, וה"נ כפי מה שפירש רשב"ם ברישא נמי שפיר יש לפרש כן, ועי' להלן ד"ה שם פשיטא.

עיקר חידושא דמתני' הוא דאחין בתפוסת הבית הרי סתמא דמילתא כל מה שמשביחין הוא בשביל כולם, וכשאומרים שחפצים להשביח לעצמם, במצב שאין

בזה הפסד לאחרים שאין עומדים לעסוק בהן, הרי גם בזה אין האחים מקפידין, ונחלקו הראשונים אם בכה"ג כל השבח למתעסקים, או שבחלק האחרים אין נוטלין אלא כארס.

גמ' לא שנו אלא ששבחו נכסים מחמת נכסים כו', פי' רשב"ם שגם לא טרחו בדבר, ומבואר דאם טרחו חשיב כשבחו מחמת עצמן, ולפי זה יש לפרש דהא דפרכין מלא הניח להם אביהם אלא אודייני, דבאודייני ע"כ הוצרכו לטרוח ולשמור את הבור ולמכור מימיו, ומכיון שלא הניח אלא אודייני הרי לא היו יכולים למכור חפצים ולשכור פועלים לשמור על האודייני וע"כ שטרחו בעצמם, ואפ"ה קתני שהשכר לאמצע, ומה דמשני דקטנים נמי מצו מינטרי לה, פי' רשב"א דר"ל שהוא טורח מועט ומחלי עליה ולכך השכר לאמצע ואפילו בקטנים הרבה דלא מצו מינטרא. - ולפירוש ר"ת נמי צ"ל שטרחו להשכיר האודייני, וגם הקטנים היו יכולים למצוא שוכרים, אבל לשון הגמ' אפילו קטנים מצו מינטרי לה קשה לפ"ז.

קמ"ד א' רב ספרא שבק אבוה זוזי כו', נראה לדקדק מכאן דאפילו מהימן הוא לאחיו דנתכוין לטרוח לעצמו לא סגי בהכי כל שלא אמר כן בפני ב"ד או בפני עדים, דלא מסתבר דרב ספרא דמיקיים ביה ודובר אמת בלבבו כדאמר לעיל פ"ח א' דלא הוי מהימן עליה דאחיה דנתכוין לטרוח לעצמו, ורבא אהדר להו דכמאן דאתני בפני ב"ד דמי דכו"ע ידעי דלא שבק גירסיה וטרח לאחריני.

שם שקלינהו עבד בהו עיסקא כו', נראה דהאי שקלינהו לאו שלוח אותם לעצמו כדין מותרין ישתמש בהם, דא"כ מאי בעו אחיה מיניה, דהא ודאי נאמן היה עליהם בכל דבריו, אלא שקלינהו היינו שנטלם על דעת שיהא השכר לעצמו כדין אמר להם ראו מה שהניח אבא, ומסתברא דמדין מותרין ישתמש בהן לא היה רשאי ללוותם, דכיד כל היורשים הוא, ואין כאן מי שמסרם לידו שיהא נותן רשות להשתמש בהם. הא דטירחא דעיסקא לא חשיב כשבחו מחמת עצמן, כתב הרשב"א דגם זה טירחא מועט דסתמא מוחל הוא לאחיו כל שלא אמר ראו.

שם א"ל ר"ס גברא רבה הוא לא שביק גירסיה וטרח לאחריני, אע"ג דמסתבר דגם אם היה הדין דבכל ענין השכר לאמצע דגם היה טורח לעשות בעיסקא מחמת חלקו, מ"מ כל שיכול להרויח טפי הרי אמדינן דעתיה דלא הוי שביק גירסיה ומשתכר פחות, כיון שזה יגרום לו לשבוק גירסיה יותר.

שם פשיטא מ"ד כיון דשביחא לה מילתא דאמרי קא טרחה קמי יתמי אחולי אחלה קמ"ל, פירש רשב"ם וחזרה בה ממה שאמרה תחלה הריני עושה ואוכלת קמ"ל, וצ"ע דהיכן מצינו כה"ג דאומרת בפירוש שעושה ע"מ שיהא השבח לעצמה, ואנן ניקו ונימא שמא לאחר אמירתה הדרה בה, ונראה מוכח מכאן דהא דאמרה ראו מה שהניח לי בעלי היינו שמבקשת חלוקה ושתעשה השבח בשל עצמה לעצמה, וכשלא חלקו והשביחה יש מקום לדון אם השביחה על מנת שיהא כל השבח שלה או שכנגד חלקה יהא שלה ומהמותר תטול כארס כמו שנחלקו הראשונים ז"ל, או שמא כיון שלא קיבלה חלקה הרי השביחה לאמצע, ואחולי אחלה ליתמי, והיינו דקמ"ל דלעצמה השביחה, אבל אם היה מתפרש ראו מה שהניח לי בעלי וכשאינכם מחלקים הריני עושה ואוכלת את השבח מכל הנכסים, בזה לא היה מקום להסתפק דשמא הדרה בה.

שם המשיא אשה לבנו גדול בבית קנאו כו', יש בזה שני חדושים, חדא שנתכוין להקנותו לו במתנה, ועוד דקנאו בלא שום קנין, דבמה שנכנס לגור בבית עם נישואיו גמר ומקנה ליה, ותיקנו כן משום דאומדן דעת הוא שנתכוין לתתו לו במתנה, והא דחשבינן לה כהלכתא בלא טעמא, הוא בין על עיקר ההקנאה ובין על חוסר הקנין,

והוא משום שאין הדבר כהכרע גמור, אלא דרוב פעמים מתכוין להקנותו, והיה אפשר לחכמים לקבוע דאין הולכין בממון אחר הרוב, וכש"כ דהיו יכולים להשאיר הדבר דצריך קנין, וקבעו הדבר כהילכתא דקנאו, על אף שבטעם אין הכרע, וכן מתפרש גם באינך דשוינהו כהילכתא בלא טעמא, וכמ"ש להלן.

שם פשיטא ייחד לו בית ועלייה בית קנה עלייה לא קנה, אשמועינן דלא נתכוין להקנות עלייה, ומ"מ בית קנה דלא חשיבא עלייה כשיוור.

שם בית ואכסדרה מהו כו', וכיון דמסקינן בתיקו לא קנה האכסדרה, ונראה לפ"ז דאם שייר עציצא דהרסנא או אינך באכסדרה דלא חשיב שיוור וקנה הבית, אע"ג דאם היה הדין דקנה אכסדרה הוי מהני שיוור באכסדרה שלא יקנה גם הבית.

שם מיתיבי ייחד לו אביו בית וכלי בית כלי בית קנה בית לא קנה כו', אשמועינן דאע"ג דלא קנה את הבית מ"מ כלי הבית קנה, ולמאי דמוקמינן לה באוצרו של אביו מונח שם, יש מקום לדון דאף אם יאמר מפורש שחפץ להקנות לו הבית שלא יקנה בלא קנין, דכל ששייר לעצמו חפצים בבית לא תיקנו חכמים שיקנה, ואם נפרש לברייתא אמנם ככה"ג שחפץ להקנותו גם הבית, תו יש מקום לדון דבזמן שאינו חפץ להקנותו את הבית ומשייר לשם כך את אוצרו שם, דבכה"ג אולי לא יקנה גם את הכלי בית, אבל אין נראה כן אלא דבכל ענין קנה את הכלי בית, דפשטא דברייתא איירי שלא אמר כלום אלא ייחד לו בית שאוצרו מונח שם וכלי בית, וסתמא אמרינן שאינו חפץ להקנות לו הבית, ואפ"ה קנה את הכלי בית. - והנה מהא דקנה את הכלי בית יש סייעתא לר"ח דחזינן דחכמים תיקנו לקנות דברים שייחד לו אף בלא קנין, ושפיר י"ל דראוי שיקנה גם הבית אי לאו שאוצרו מונח שם. - ומשמע דאף הכלי בית לא קנה אלא בבנו גדול ובכתולה ובאשתו ראשונה ובשהשיאו ראשון, וכ"כ ריטב"א דאל"כ אדמוקי לה באוצרו של אביו מונח שם לוקמה בבנו קטן או אינך.

שם אמר מר זוטרא הני תלת מילי שוינהו רבנן כהילכתא בלא טעמא כו', יעוי' בתו' דשפיר יש טעם בדבר, אבל יתכן דהא דקאמר דהוי כהילכתא בלא טעמא, דר"ל שלא היתה ההלכה מוכרעת בטעמה, דהיה אפשר לחכמים לקבוע דמה דאמרינן דלא עשאה אלא אפוטרופא הוי דברים שבלב, כיון דבשטר לא נרמז מידי והוא שטר מתנה גמור, ועכ"פ היה אפשר להשאיר הדבר בספק, ומ"מ קבעו חכמים הלכתא דלא עשאה אלא אפוטרופא, וכן קנין מעמד שלשתן בדיבור בעלמא, לא היה הדבר מוכרע לתקן כן, ומ"מ קבעוה הלכה, [ונראה הטעם משום דחוב אין שום קנין להקנותו אלא באודיתא, [וג"ז אינו ברור עי' בגליון הגרע"א ז"ל סו"ס ר"ג], וגם מעות בעין אינם נקנים בחליפין, והדבר נחוץ במשא ומתן שיהא אפשר להקנותן]. - ועי' להלן.

שם דאמר רב מנה לי בידך תנהו לפלוני במעמד שלשתן קנה, א"ה ראיתי להעתיק מש"כ בזה בחו"ב גיטין. גיטין י"ג א' אר"ה א"ר מנה לי בידך כו', אע"ג דרב קאמר לה, אבל תקנה קדומה היא, כדמפרש לה רב זביד במתני' לעיל, וכן בקדושין מ"ח א' בעינן לאוקמי פלוגתא דתנאי בהא, ונראה דעיקר טעם התקנה היא שיהא אדם שליט על ממונו גם כשהוא אצל שומר וגם כשהוא אצל לוח, דבלא תקנה זו הרי גם בפקדון אינו יכול להקנות מעותיו שהרי אין מטבע נקנה בחליפין, וכדאמר ב"ב קמ"ט א' גבי איסור גיורא, ולכך נקט רב למימרא ידיה במנה לי בידך, אף אי מילתיה בפקדון, דשאר מילי שפיר יכול להקנות בחליפין, ואף להסוכרים דמעמד שלשתן לא מהני בע"כ דנפקד, וא"כ יכול לומר לנפקד שיזכה בשביל אותו פלוני בלא תקנת מעמד שלשתן, וגם כשהמקבל איננו, מ"מ ניחא ליה לאדם להיות שליט

על ממונו בלי עזרת הנפקד, וגם בזמן שהפקדון תחת יד הנפקד ברשות שאינו של הנפקד, שאינו יכול לזכות בו לאחר, [ואף שהנפקד יכול למחות, אינו דומה כשצריך למחות להיכא שצריך לזכות], וכש"כ במלוה שאין דרך להקנות החוב לאחר בשום קנין, פרט לאודיתא דלאו כו"ע בקיאי ביה, וגם צריך עדים, וגם אינו נאות לכתחלה ע"י מהרש"ל בח"ש כאן, לכך תקנו מעמד שלשתן, ובתו' ד"ה כהלכתא כתבו דתקנו מעמד שלשתן שלא יצטרך לטרוח ולעשות קנינים, ולא נתפרש איזה קנינים כונתם, מלבד אודיתא, דאין שום קנין במעות המופקדים או שהם ביד הלוח, ואולי כונתם שלא יצטרך להוציאם מן הנפקד והלוה ולזכותם, [ואין לומר במטלטלין המופקדים, דבכל יכול לזכותם בקנין סודר מבלי שיצטרך למיכניף שלשתן], וע"י בזה להלן.

יש לע"י אמאי קבעוה לכל תקנת מעמד שלשתן כהלכתא בלא טעמא, הלא היה ראוי לקיים טעמייהו דאמימר ורב אשי בגיטין י"ג ב', ולא פלוג בנולדים ובדבי בר אלישיב כהלכתא בלא טעמא, וגם סברת לא פלוג אינה כ"כ כהלכתא בלא טעמא, וי"ל דהא בפקדון ליתנהו להני טעמי, ולכו"ע איכא תקנת מעמד שלשתן בפקדון, ומיהו התם ל"ק טעמא מאי, דשפיר חשבינן ליה כאומר זכה לפלוני, והלכך אם איכא טעמא במלוה שמיישב הכל שפיר מקיימין ליה אע"ג דלאו היינו האי טעמא דבפקדון, אבל אם בעינן להלכתא בלא טעמא גם במלוה, אף אם רק בנולדים ובדבי בר אלישיב, תו עדיף למימר דפקדון ומלוה חד טעמא אית בהו, ותרוייהו כהלכתא בלא טעמא.

כתבו תו' ד"ה כהלכתא ובמעמד שלשתן לא רצו חכמים להטריח להביא עדים ולעשות קנין כו', אם מילתיה דרב רק בפקדון צ"ע מה הטורח בקנינים הרי יכול להקנות את הפקדון בקנין סודר מבלי שיהיה הנפקד עמהם, וגם אם היה הפקדון בביתו אין לו קנין אחר, ואם כשהפקדון הוא מעות שאין נקנים בחליפין, נמי יש לשאול למה הוצרכו להעדיף כשהם בפקדון מכשהם בביתו, דגם כשהמעות בביתו אין לו דרך להקנותם ולא תיקנו שום קנין, וכשם שיכול ליטלם כשהם בביתו כך גם יכול ליטלם מבית השומר, וצ"ל דכשהם בביתו יכול להשכיר מקומם, משא"כ כשהם בפקדון, א"נ כשהם בפקדון טריחא טפי מילתא ליטלם מבית השומר מכשהם בביתו.

אבל למאי דקיי"ל דגם במלוה איתא למעמד שלשתן ניחא בפשוטו דחוב אין דרך להקנותו, וכ"כ בתשובות הרא"ש כלל ס"ט ס"ט דתיקנו מעמד שלשתן שלא יצטרך להקנותם וגם לא יוכל להקנותם, [ואף אם אודיתא מועיל, צריך עדים לכך כמ"ש מהרש"א בסוגיין, וגם אינו קנין נאות כמ"ש מהרש"ל בח"ש גיטין י"ג ב'], ואף דיכול לבקש מהלוה שיתחייב בקנין לזה שחפץ לתת לו וכדעבדי הני גינאי, אין נוח לו לבקש טובות מהלוה, וכ"נ בלשון התו', ועדיף לתקן שיהא שליט בעצמו על חובו, וכש"כ אי מעמד שלשתן מהני על כרחו של הלוה, ובאמת היה אפשר לומר דהא דאמר מר זוטרא דמעמד שלשתן הוא כהלכתא בלא טעמא אינו אלא למאי דאמר רבא דגם במלוה קאמר רב, וכיון דעשו התקנה כהלכתא בלא טעמא במלוה ה"ה בפקדון, אבל אי ליתא למעמד שלשתן אלא בפקדון, לא הוי הלכתא בלא טעמא, אלא דעשו חכמים כאילו זוכה הנפקד לפלוני, וגם כשאין הפקדון בידו באותה שעה כיון שהוא תחת רשותו יכול לזכות בו מתקנת חכמים, וכמו שפרש"י גיטין י"ג ב' דלא פרכינן וטעמא מאי אלא במלוה ולא בפקדון, וכדמוכח נמי משינוי דאמימר ורב אשי, וע"י בזה בקצה"ח סי' קכ"ו סק"ג, אבל ברא"ש גיטין פ"א סי"ז משמע דגם אי רב רק בפקדון קאמר, הוי נמי כהלכתא בלא טעמא. (גיטין י"ג י"ד ועי"ש).

קמ"ד ב' מתני' אחין השותפין שנפל אחד מהן לאומנות נפל לאמצע, ברא"ש הביא דבירושלמי איתא בין לריוח בין להפסד, ונראה דלשון נפל מרמז להפסד, ולשון אומנות מרמז לשכר.

שם חלה ונתרפא נתרפא משל עצמו, לכאורה היה ראוי למיתני חלה מתרפא משל עצמו, ובנמו"י כתב דבא לומר דגם אם נטל מן האמצע חייב להחזיר, ולכאורה אי הוי קתני מתרפא משל עצמו, נמי הוי פשיטא דאם לקח מן האמצע חייב להחזיר, ואפשר דבא לרמוז דברפואה שיש לה קיצבה איירי וכמ"ש תו', והיינו ונתרפא. גמ' מהו דתימא חורפיה גרים ליה קמ"ל, נראה דר"ל דאיירי בידוע שעכשיו מינוהו מחמת אחין וכדקתני, אלא דמחמת חריפותיה היה מקום למנותו גם לולא האחים, וס"ד דמצי לטעון דגם בלא האחין היה ממנהו, קמ"ל דכיון דהשתא מינוהו מחמת האחין הרי הכל לאחין.

שם ת"ר אחד מן האחין שנטל מאתים זוז ללמוד תורה או ללמוד אומנות כו', נראה דדינא קתני דגם הוצאה זו מן האמצע, ומיירי ששאר האחים כבר למדו תורה או אומנות, ובשביל להשתוות אתם הוא צריך לדבר, וקמ"ל שגם זה לא גרע מרפואה וכיו"ב דמן האמצע, ואפ"ה אין נותנין לו מזונות אלא כפי ברכת הבית, וצריך טעם למה אין הוצאה זו שצריך יותר למזונות כהוצאת המאיתים זוז שנותנים לו, ובפשוטו איירי שאינו יכול ללמוד התורה או האומנות במקומם, והמאיתים זוז הוצאות הדרך הם, ושמא כיון דההפרש של ברכת הבית הוא קטן שפיר הטילוהו חכמים על זה שנהנה, א"נ אפשר שהמזונות הוא לזמן מרובה דצריך ללמוד זמן רב ויתכן שההפרש של ברכת הבית יעלה ליותר ממאיתים זוז. - צ"ע שהטושו"ע השמיטו הא דנטל מאיתים זוז, ולמש"כ דינא קתני דזה ג"כ מן האמצע, ושמא לא פסיקא להו דהכל לפי הענין, אבל הרמב"ם בפ"ט מה' נחלות הי"א כתב כלשון הגמ'.

שם דאר"ה ברכת הבית ברובה כו', עי' פירוש רשב"ם ותו', ולכאורה גם במאכל ומשתה יש הפרש כשעושים למרובים ביחד מכאשר עושים לאדם אחד לחוד, הן משום שכשקונים הרבה מוזילים והן משום שמוסיפים בקדרה שכבר טעמה משובח, ושמא לשון ברכת הבית משמע להו ענין ברכה.

מתני' האחין שעשו מקצתן שושבינות בחיי האב כו', לאוקימתא דרב אסי מתפרש שאבא שלח שושבינות ע"י בניו על מנת שתחזור השושבינות אליו, כשישאו בניו, וכשהשושבינות חוזרת לאחר מותו הרי היא מתחלקת לאמצע.

ויש לעי' בהא דקתני שהשושבינות נגבית בב"ד, דמשמע דרק משום שנגבית בב"ד הלכך כשחזרה מתחלקת לאמצע, ואמאי לא נימא דגם כשאינה נגבית בב"ד מ"מ המחזיר מתכוין להחזירה לאביהם ובדין הוא שיחלקו כולם, והרי יש תנאים לגבותה בב"ד שתהיינה השמחות שוות כדתניא לקמן קמ"ה ב', ואטו כשאינם שוות ומ"מ מחזיר לא יהיה לאמצע, [ועי' בפ' הרגמ"ה הנדמ"ח בהא דאבל השולח לחבירו כדי יין כו' וצ"ע], וי"ל דבכה"ג הדבר תלוי בדעת המחזיר, הלכך קתני שנגבית בב"ד ולכך מתחלקת לאמצע מן הדין אפילו נגד רצון המחזיר, גם י"ל דקושטא קאמר בדינא דשושבינות שנשנה בכאן, וכדמפרש נמי דהשולח לחבירו כדי יין וכדי שמן אינם בדין שושבינות.

ואפשר דמה"ט אמנם דחיק ר"י בגמרא לשבושי למתניתין ולמיתני שעשו למקצתן וחוזרת מן האמצע, ולא בעי לפרושי כרב אסי בסתם, משום דהא דקתני שהשושבינות נגבית בב"ד משמע ליה דהוא טעם על הא דנגבית מן האמצע.

שם נשתלחה לאביו שושבינות כשחוזרת חוזרת מן האמצע כו' ה"ק חזרה לגבות נגבית מאמצע, מדקא סתים משמע דאף כשמת האב עד שלא נשא המשלח, מ"מ

כשישא המשלח יתחייבו היורשים להחזיר לו שושבינותו מן האמצע, אף שאין האב יכול לשמוח עם המשלח, וכש"כ לר' יוחנן דמפרש למתני' הכי, ומתני' סתמא קתני שעשו למקצתן שושבינות בחיי האב חזרה לגבות נגבית מאמצע, ולא נזכר כלל דדוקא כשנשא המשלח בחיי האב, אבל הרמב"ם בפ"ז מהלכות זכייה ומתנה הי"ב כתב דמת מי שנשתלחו לו לאחר שנשא המשלח ושלמו ימי המשתה, גובין מיורשיו מן הדין, ואילו במת מי שנשתלחו לו ואח"כ נשא המשלח כתב שם בהי"א שהדבר תלוי במנהג, משמע דפירש לסוגיין רק במת האב לאחר שנשא המשלח, וצ"ע מה הכריחו לכך, ואמנם הרמב"ן כתב שאין הדבר תלוי במנהג ולעולם גובין מיורשיו מי שנשתלחו לו, וביותר יש לתמוה על המ"מ דבהי"ב שם תלה הדין בפירוש הר"י מיגאש, ולא הזכיר דברייטא מפורשת היא, ולר' יוחנן היינו מתני', גם בהי"א שהביא דברי הר"י מיגאש והראב"ד לא הזכיר דהא דתלין לה במנהג, הוא משום דמפרשינן לברייטא רק במת לאחר שנשא המשלח.

אח"כ ראיתי ברמב"ם פ"ט מה' נחלות הי"ג ובמ"מ שם ומבואר דמפרשי ברייתא דידן ואוקימתא דר' יוחנן למתני' דאיירי דוקא כשנשתלחה שושבינות לאב בנשואי הבן, דבזה הבן הוא השושבין שצריך לשמוח עם המשלח כשישא, וכיון שהבן קיים ויכול לשמוח עם המשלח הרי קיים חיוב החזרת השושבינות, וכיון שהשושבינות נשתלחה לאב בנשואי הבן הרי החיוב להחזיר על נכסי האב, ולכך חוזרת מן האמצע, אבל שושבינות שנשתלחה לאב והאב מת לא למדנו אם חייבין היורשים להחזיר, ותלוי במנהגא, ואפשר דאדרבה מהא דתני לה להאי דינא דחזרה משל יורשים באב לבן, משמע קצת דסתם מת מי שנשתלחו לו אין מחזירין מנכסיו, כיון שאינו יכול לשמוח עם המשלח, ולכך תלו דין זה במנהגא.

והר"ן כתב לחלוק על הרמב"ן שכתב דבמת מי שנשתלחו לו גובין מיורשיו אפילו נשא המשלח לאחר מיתת זה שנשתלחו לו, ונקט ז"ל דאין חיוב החזרת השושבינות אלא כשזה שנשתלחו לו בידו לשמוח עם המשלח, אבל לא כשמת, ומדמה מת מי שנשתלחו לו, כמו מת המשלח, והדברים צ"ע דחוזרת בעונתה אמרו, והיינו שאין חל חיוב החזרת השושבינות אלא כשהמשלח נושא אשה, והלכך כשמת המשלח לא הגיעה העונה, שהרי גם כשהוא חי ולא נשא לא חל חיוב החזרה, משא"כ במת מי שנשתלחו לו, אף שאינו יכול לשמוח עם המשלח, מ"מ לא פקע חיובו, וכמו כשלא שמע שנשא וכמו שהוכיח הרמב"ן, ומש"כ הר"ן דעליה ידיה רמי לדעת מתי שנושא המשלח וכשלא ידע פושע הוא, הדברים צ"ע, דהא אית ליה תרעומת כשלא הודיעוהו, ומשמע דאינו חייב לדעת מעצמו, וגם בסברא כן, והרי גם כשלא היה במדינה משלם השושבינות כמ"ש הרמב"ם שם, ומיהו ממה ששנו בגמ' דין חוזרת מן האמצע כששלחו לאב לנשואי בנו, ולא כששלחו לאב לנשואי עצמו, משמע קצת לפטור מת מי שנשתלחו לו וכמש"כ, וצ"ע.

שם ושמואל אמר הכא ביבם עסקינן כו', הרבה יש לתמוה דלפ"ז הרי המת זכה בשושבינותו ובמיתתו מורשה לאחיו, וא"כ אין כאן שום ענין דשושבינות חוזרת לאמצע והיינו מכח האב, דהכא לאו מכח אב קאתי, ועוד דא"כ למה הוצרך לפרש ביבם הרי ה"נ הו"מ לאוקמי בחלצה והאחים יורשים, ומה נוסף כאן כשיש יבם ואינו נוטל בראוי, ועוד דא"כ למה נקטה מתני' שעשו מקצתן שושבינות בחיי האב הרי ה"ה בעשה אחד מהן שושבינות לאחר מיתת האב ואח"כ נשא ושמח עמו מקבל השושבינות שבעת ימי המשתה, ואח"כ מת, דהשושבינות שחייב לו מתחלקת לאחיו, ועוד דכיון דמפורש בברייטא דבסתם חוזרת לאמצע, למה לא נפרש כן למתני' כפשטה, ור' יוחנן י"ל דלא הוי שמיע ליה ברייתא, אבל ממה שקבעו בגמ'.

דברי שמואל לאחר הברייטא משמע דידע לה, ובשטמ"ק בשם הר"ן כתב דמודה שמואל דמתני' מתפרשא בסתם, אלא דאתי למימר דמשכחת לה נמי במפרש וביבם, ולא נתפרש דאי מתני' מיתוקמא בסתם והוי לאמצע מכח האב, איך אפשר לכלול בדינא דמתני' גוונא דהשושבינות דאח והאחים יורשים מן האב.

ומכל זה נראה דהא דתניא בתרתי הברייטות דשלח לו אביו שושבינות כשהיא חוזרת חוזרת לו, דהיינו דוקא במת האב דבהכי איירי כדמוכח סיפא, וכן הרמב"ם העתיק דין זה בפ"ט מה' נחלות הי"ד, דהיינו במת האב, אבל אם האב קיים הרי השושבינות חוזרת לאב, דאף ששלח השושבינות ע"י בן מסויים, ולפי זה לא יתחייב המקבל להחזיר השושבינות אלא כשישא זה הבן, מ"מ השושבינות תחזור לאב דהוא השולח, ורק אם מת האב בזה אמרינן דהיה דעתו שהשושבינות תחזור לבן ששלחה על ידו, וכאילו התנה כן בשעה ששלח, והרי באופן זה כאילו תחלת ההתחייבות של חזרת השושבינות היא לבן, [ולר"י בן ברוקה דיכול להוסיף למי שראוי ליורשו, יתכן גם לפרש דמדין זה זוכה הבן, עי' בספר מרן זללה"ה אה"ע סי' קי"ט סק"ו].

ואשמועינן שמואל דכשמת הבן הזה לאחר שנתחייבו לו את השושבינות, אם יש לו בן הרי הבן יורשו, וכן אם היה היבם יורש בראוי נמי היה היבם יורש את השושבינות, אבל מאחר ואין היבם נוטל בראוי נמצא שהיורשים הם האחים כולם, הרי באופן זה לא נתכוין האב שיחול החיוב לבן, והוא יורישו לאחריו, אלא כאילו האב קיים וחיוב השושבינות לאב, והוי לאמצע ככל ירושת האב, ונפ"מ שאין בע"ח של המת גובה חובו מזה אף אי מלוה ע"פ גובה מן היורשים בגבו קרקע, ולפי זה שפיר יש לקיים דברי הר"ן דשמואל מוקי נמי למתני' בסתם, אלא דאתי לאשמועינן דגם במפרש לבן מסויים משכחת לה דינא דמתני' דהוי לאמצע מכח האב כגון שמת הבן עד שלא גבה את השושבינות, ואפילו נתייבמה אשתו.

שם מקום שנהגו להחזיר קדושין מחזירין כו', אם בשעה שקידשה התנה שאם תמות קודם הנישואין שיחזירו היורשים כסף הקדושין, נראה דאינה מקודשת אם אמנם מתה, דהא קי"ל דמתנה ע"מ להחזיר לא מהני בקדושין, וא"כ יש לשאול במקום שנהגו להחזיר אמאי מקודשת ודאי דפשיטא דכל ארוסה חשיבא אשת איש ודאי ונאסרין בקרובות, הרי אם תמות יחזרו המעות למקומן, ובריטב"א הנדמ"ח כתב דמחזירין חוץ מפרוטה אחת, אבל לא משמע כן בהא דאמימר לקמן קמ"ה א', גם לישנא דמחזירין משמע הכל, ואפשר דגם במקום שנהגו להחזיר, מ"מ אינו אלא הנהגת סלסול, ואין ב"ד נזקקין להוציא, אבל מה שא"צ להחזיר אלא לכשיתבטלו הקדושין ע"י מיתתה או גירושין, צ"ע אם יועיל לבטל מהם שם מתנה ע"מ להחזיר, דהא סו"ס באופן זה ע"מ להחזיר הוא.

אח"כ ראיתי ברשב"א שכבר כתב להוכיח מאמימר דמחזירה הכל וכמש"כ, ובהא דהו"ל מתנה ע"מ להחזיר כתב וז"ל וי"ל דבההיא הנאה דיהיב לה והוי דידה עד דהדרא בה מקדשא, ותדע דהא בהילך מנה ע"מ שתחזירהו לי שורת הדין מקודשת אלא משום שלא יאמרו אשה מתקדשת בחליפין אמרו באשה אינה מקודשת כדאיתא בפ"ק דקדושין והלכך הכא דלא אמר לה ע"מ אלא דמשום מעשה שאירע לאחר הקדושין וחזרו בהן הוא שחוזרין הקדושין הר"ז מקודשת כנ"ל עכ"ל, והנה יש כאן שתי תשובות שונות, חדא דבההיא הנאה דהוי דידה עד דהדרא בה מקדשה, וזה ניחא בזמן שקידשה ביותר מפרוטה באופן דהנאה שעד החזרה יש בה שוה פרוטה, ובכל מתנה ע"מ להחזיר בקדושין נתקשו הרמב"ן והרשב"א קדושין ו' ב' דתתקדש בהנאה שעד החזרה, בזמן שיש בה שוה פרוטה, ותירצו דאיהו לאו בההיא

הנאה מקדשה אלא בגופו של מנה והוא ניתן לחזרה, ובכאן שלא פירש ע"מ להחזיר י"ל דניחא לה דתתקדש בכל הנאה שיש לה, [עי' קדושין מ"ח א' שמין את הנייר], ואכתי קשיא דבקידשה בפרוטה לא תהא מקודשת דהא אין לה הנאה של פרוטה עד החזרה.

ועוד תירץ דבמתנה ע"מ להחזיר אינה מקודשת גזירה אטו חליפין, עי' ברמב"ן ורשב"א קדושין שם דנקטו עיקר לגירסא גזירה שמא יאמרו אשה נקנית בחליפין, ובכה"ג שנותן לה סתמא ורק אי הדרה בה או מתה המעות חוזרין ליכא למיגזר, ועי' בתו' קדושין שם דאפקעינהו רבנן לקדושין דע"מ להחזיר, ושפיר י"ל דבכה"ג לא אפקעינהו.

קמ"ה א' ה"נ נימא תנו לי שושביני ואשמח עמו, לכאורה לא דמו אהדדי, דבקדושין ראוי לומר דלעולם לא הדרי ככל מקח, ונהי דמחדשין דבמתה היא הדרי, אבל במת הוא ודאי ראוי לומר דגם אדעתא דהכי נתן, אבל בשושבינות הרי קיבל שושבינות על מנת להחזיר, ונהי דקבעו זמן החזרה לכשישא הוא, אבל כשכבר נשא ודאי יש לחייב להחזיר השושבינות, ולמה זה יפטר מחובו אם מת המקבל, ואם נימא דלא נתחייב להחזיר השושבינות אא"כ יתן לו לאכול עמו שבעת ימי המשתה, א"כ ענין אחר הוא, וגם אם בקדושין לא מציא אמרה תנו לי בעלי ואשמח עמו, מ"מ כאן לא נתחייב להחזיר השושבינות עד שיאכל עמו שבעת ימי המשתה, וצ"ל דאה"נ דהו"מ לפלוגי ביניהם, אלא דס"ל לגמ' לקושטא דמילתא דבתרוייהו מצו אמרי תנו לי כו'.

שם והכא בקדושין לטיבועין ניתנו קא מיפלגי כו', נראה דמ"ד קדושין לטיבועין ניתנו ס"ל דאין ראוי להנהיג חזרת הקדושין בשום גוונא, ואם איכא מקומות שנהגו כן יש לבטל מנהגם, ומ"ד לאו לטיבועין ניתנו, היינו דאפשר גם לקבוע לפעמים להחזיר הקדושין, והלכך מקום שנהגו להחזיר מחזירין, ומאן דמספקא ליה ס"ל דמחצה לעולם אין מחזירין, ואידך מחצה תלוי במנהגים.

וטעמא דמ"ד לטיבועין ניתנו, אפשר לפרש משום דכן ראוי להיות מעיקר הלכות מקח וממכר, דאטו הקונה אמה העבריה ומתה האם יחזיר אביה את הדמים, וה"נ גם בארוסה שמתה קודם הנישואין, ומיהו בהדרה בה איהי יש מקום לחזרת הקדושין כיון שאינה מקיימת תנאי המקח, אבל י"ל דכיון דבשעה שנתארסה היה דעתה להנשא, ודברים שנתחדשו גורמים לחזרתה, הרי גם ע"מ כן ניתנו הקדושין, וכמו בהדרה בה זמן רב אחר הנישואין, ויש מקום לומר דאהני טעמא דאמימר שלא יאמרו קדושין תופסין באחותה, ומ"ד לאו לטיבועין ניתנו ס"ל דכיון דאין אדם מקדש אשה אלא ע"מ שישאנה, דבאירוסין אין לו שום ענין, הלכך כל שלא נתאפשרו הנישואין יש כאן מעין טעות, ואף שנעשה באונס כגון שמתה היא, מ"מ יש מקום לחזרת הקדושין, ותלוי במנהגים, ור' יוסי מספקא ליה. - ולהאמור כל הנידון אי לטיבועין ניתנו או לא, אינו אלא במתה או הדרה בה בעודה ארוסה, וכרהיטת הגמ' והראשונים, אבל לאחר שנשאת כבר הוחלט הכל וכבר נגמר המקח ולא שייך לדון בחזרת הקדושין, וכמו במתה או ארגילה קטטה שנים רבות אחר הנישואין, וצ"ע במהרי"ל שהביא הרמ"א בסי' נ' ס"א, ועי' בח"מ ובבית מאיר שם, ובספר מרן זללה"ה אה"ע סי' ס"ב, ול"ע בזה כעת.

שם אריב"מ אר"נ בכל מקום שנהגו להחזיר כו' ותרגומא נהרדעא, בעירובין מ"ה א' איתא אריב"מ אר"נ ובבל כעיר הסמוכה לספר דמיא ותרגומא נהרדעא, ולפי זה היה נראה דראוי לגרוס גם כאן בבל מקום שנהגו להחזיר, [ותיבת מחזירין שיטפא דלישנא], וכבר כ"כ בתו"ח.

שם אר"פ הלכתא בין שמת הוא כו' קדושי לא הדרי הדרא בה איהי אפילו קדושי

נמי הדרי, בפשוטו פסק ר"פ כמ"ד לטיבועין ניתנו, אלא דס"ל דאין זה אלא במתה היא ולא בהדרא, דבהדרא דין הוא שתחזיר, למה הדבר דומה למכר חפץ לחבירו ומעכבו תחת ידו, וצ"ע בהגה"ה שבמרדכי סופ"ג דקדושין סי' תקל"ה שכתב דלא נתברר הדין אי לטיבועין ניתנו או לא, ומשמע דמה שכתב שם דלעולם בין דארגיל הוא קטטה בין דארגילה היא אין חוזרין הקדושין שמא יאמרו אין קדושין תופסין באחותה, דס"ל דהיינו טעמא דר"פ, ולא משום דפסק דלטיבועין ניתנו, וצ"ע דטעם זה הרי איתא נמי בהדרא בה איהי, ומשמע דר"פ לא חייש ליה, וא"כ הא דפסק דקדושין לא הדרי ע"כ משום דלטיבועין ניתנו, אח"כ ראיתי בבית מאיר סימן נ' ס"א בזה עי"ש.

שם אמימר אמר קדושי לא הדרי גזירה שמא יאמרו קדושין תופסין באחותה, יש לעי' והא תנאי דלעיל דסברי קדושין לאו לטיבועין ניתנו ע"כ לא חיישי להכי, ומאן פליג עלייהו, הרי מאן דסבר לטיבועין ניתנו לאו מהאי טעמא הוא, כדחזינן לר"פ, ושמא י"ל דרק בהדרא בה איהי איכא למיחש שיאמרו קדושין תופסין באחותה, דנראה כעין מקח טעות, אבל במת הוא או היא ליכא למיחש דכו"ע ידעי דלא מיעקרו קדושין בהכי, ועי' בב"מ הנ"ל.

קמ"ה ב' ואין בה משום רבית דלאו אדעתא דהכי יהב ליה, פירש רשב"ם שאם רצה פוחת לו, וצ"ע דהא נגבית בב"ד, ואם אין מדקדקין בה בדיוק, אכתי אין זה מספיק להתיר דסו"ס חייב להחזיר כעין שקיבל, וגם אין לפרש דלאו אדעתא שיוסיף לו נתן לו, ואם רצה אינו מוסיף וכמו שפירש ברש"ש, דמה בכך שאינה קצוצה אבל מ"מ רבית מאוחרת מיהא הוי, ובגיטין ל' א' גבי מלוה מעות אמרו דכיון דכי לית ליה לא יהיב ליה לית ביה משום רבית, וה"נ איכא למימר דכיון שאם הנותן לא ישא דכוותה, לא יהיב ליה, לית ביה משום רבית, אבל לשון הגמ' דלאו אדעתא דהכי יהיב ליה לא משמע על כונה זו, ונראה דלאו אדעתא דהכי יהיב ליה, ר"ל דלאו מחמת השושבינות מוסיף לו, אלא מחמת שמחת מריעות, ורבית מאוחרת נמי לא אסירא אלא כשנותן מחמת מעותיו שהיו בטלות אצלו.

שם ואין הבכור נוטל פי שנים דהו"ל ראוי כו', מש"כ תו' דגם אם מלוה לא חשיב ראוי מ"מ שושבינות חשיב ראוי כי שמא לא יפרע לו לעולם, כונתם כששלח אביהם שושבינות סתם דאמרינן לעיל קמ"ד ב' דהוי לאמצע, והיינו כשישאו הבנים, ואם לא ישאו לא יפרע לעולם, והגרע"א ז"ל נתקשה בזה.

שם שלומי משלם ועד כמה כו', בלשון הרשב"ם וכן בלשון הטור אה"ע סימן ס' מבואר דשמין כמה היה מאכילו אילו היה בא, וסכום זה מנכה לו מן השושבינות, אבל בלשון הרמב"ם פ"ז מזכיה ה"ו מבואר דשמין מה שאכל בשעתו כשהביא השושבינות, שזה כאילו שהחזיר לו מקבל השושבינות, והא דאמרינן משלם פלגא היינו בסתמא דמעריכין מה שהאכילו בפלגא, אע"ג שאכל יותר או פחות, ועד סלע כבר נקבע המנהג כן, אבל אם הביא לו יותר מסלע, בזה תלוי בחשיבות המשלח, שאם הוא אדם חשוב הוא מסכים לנכות פלגא, כלומר שיחזירו לו פלגא ממה שמביא, ואם הוא צר עין הרי דעתו שיחזירו לו כל מה שהביא פרט למה שאכל במציאות, ולזה שמין מה שאכל בשעתו כשהביא ורק זה מנכה לו והמותר צריך להחזיר, ולשון הגמ' איניש איניש כחשיבותיה משמע יותר כפירוש הטור, דשמין כל חד לפי חשיבותיה, ולא דשמין או פלגא או דמי מה שאכל במציאות, וגם לא משמע דשמין מה שהיה, אלא מה שעתידי היה להיות כפי חשיבותיה, וגם בסברא אם נשתנה ערך אכילתו בין שעת ההבאה לשעה שמחזיר, הרי ראוי להתחשב בשעה שמחזיר, שסכום זה היה המקבל צריך להחזיר לו באכילתו.

ומבואר ברמב"ם דהא דמנכה לו דמי הסעודה, היינו רק בזמן שלא ידע מן הנשואין, אבל כשידע ולא בא משלם הכל.

שם אר"ז א"ר מאי דכתיב כל ימי עני רעים כו', יש להבין כיון דאפשר לפרושי קרא ככל הני אמוראי, א"כ לא מיתוקמא קרא אלא במה דידעינן מדנפשינן דהכי הוא, וא"כ קרא מאי אתי לאשמועינן, ואפשר דקרא אשמועינן דשתי הקצוות אינם רצויים, שזה רע לו תמיד וזה משתה תמיד, וצריך שילמוד גם משנה וגם גמ', וכן באינך, ומיהו באשה לא משמע דאשה טובה רע לפעמים, וא"כ משמע דקרא לא מתפרש הכי, וצ"ע.

קמ"ו א' מתני' שלח סבלונות מרובין שיחזרו עמה לבית בעלה כו', בגמ' בעובדא דרב אחא שר הבריה מבואר דכל שאין עשוי להבלות נגבין אפילו אכל, וגם כשלא פירש מאומה, ואם הא דסבלונות מועטין שתשמש עמהן בבית אביה אין נגבין רק באכל, ק"ק דהו"ל לתנא למיתני ארישא בד"א בסבלונות מועטין שתשתמש בהן בבית אביה, והיינו עשויין להבלות כמ"ש תו', אבל סבלונות מרובין כו' הרי אלו נגבין, ומ"ש דנקט לה כבבא בפ"ע, ואם נימא דלאוקימתא דרבא בייבא וסבכתא אין נגבין אפילו לא אכל, היה ניחא, וגם היה ניחא הא דתרגמה רבא כאילו קושטא הכי הוא, ולא כדיחוי לצד דנימא דלא בלו נגבין, אבל פשטא ל"מ כן, וצ"ע.

גמ' והוציאו כוס של חמין ושתה כו', מכאן משמע דסעודת חתן דקתני מתני' לאו דוקא, ושמא הוציאו הכוס מסעודת חתן שהיתה מוכנה שם וחשיב כסעודת חתן.

שם שבח סבלונות מהו, בריטב"א הנדמ"ח פירש כגון דבשעה ששלח הוי שויה זוזא ובשעה שאכלו הוי שויה ד' כמה משלמין, מי אמרינן כיון דאי איתנהו לדידיה הדרי אתייקרו ברשותיה, או"ד כיון דבאחריות דידה קיימי משלמין כשעה ששלחם, ולא דמי לגזל חביתא דחמרא ב"ק ס"ה א' דמעיקרא שויה זוזא והשתא ד' דבתברא או שתייה משלם ד', דהכא ברשות קא מתאכלי.

ויש לעי' הוזלו סבלונות מאי, מי אמרינן כיון דאי איתנהו לדידיה הדרי וכיון דברשות קא מתאכלי וליכא כשעת הגזילה, הרי משלמין כבשעת אכילה, או"ד אין פוחתין מבשעת השילוח, ואפשר דהיינו בעיין ונקט שבח וה"ה פחת, ושמא יש לחלק בין הדרא איהי, למת אחד מהן או דהדר הוא, דבהדרא איהי לא תפחות מבשעת השילוח, וגם כיון דמשלמת דמי בשר בזול אינו בדין שיפסיד בתרתי, וצ"ע בכ"ז.

שם לא דבלו, והא דלא אמרו סבלונות שבלו אין נגבין ושלא בלו נגבין, ולמה להזכיר עשויין להבלות, י"ל דאי הוו אמרי הכי היה מקום לומר דשאינן עשויין להבלות שנאבדו או נשברו אין נגבין דכבולו דיינינן להו, קמ"ל דשאינן עשויין ליבלות נגבות גם כשנאבדו.

שם ואבע"א דאי טעין טענתיה טענה, פירש רשב"ם דלא הוחזק בדאי בכך וטענתו טענה, וצ"ע דהמוציא מחבירו עליו הראיה, וגם בישר עליו לברר כמה שלח וטיבם, ועוד דהדבר תלוי בזמן שהוא טוען כן, אם באותה שנה כבר יתכן שיהיה יין ושמן חדש וכלי פשתן חדש בעצרת, ומה הועילה מימרא דרב, ושמא גם בזמן דהוי עובדא דרב היה הדבר רחוק, ואשמועינן דמ"מ איכא יוצא מן הכלל, ודכוותה גם לדורות שפיר משכחת לה אף שאינו מצוי, אבל קושיא ראשונה עדיין קשה דהמוציא מחבירו עליו הראיה, ושמא כה"ג ברי ושמא ברי עדיף, דהו"ל ברי טוב ושמא גרוע, דחדש ניכר בטעמו, ושמא איירי שנשתמשו בהם לאחר שמת, והו"ל כגזלן, ושמא בזה נימא דברי טוב ושמא גרוע ברי עדיף, א"נ לענין לצאת ידי שמים קאמר, ומשמע מזה דבדבר שאינו מצוי אף לצאת ידי שמים פטור, וצ"ע.

קמ"ו ב' הרי שהלך בנו למדה"י ושמע שמת בנו ועמד וכתב כל נכסיו לאחר כו', לרבותא נקט ועמד דאע"ג שמיד בשמעו מיתת בנו עמד וכתב דמינכרא מילתא דמחמת מיתת בנו הוא, אפ"ה ס"ל לת"ק דמתנתו מתנה, ויש להסתפק דשמא רשב"מ לא פליג אלא אם בשעת שמועה עמד וכתב, אבל סתם אם כתב תקופה מסוימת לאחר ששמע ממיתת בנו, שמא לא תלינן לה במיתת בנו גם לרשב"מ או"ד לא שנא, ובשו"ע סי' רמ"ו ס"א והרמב"ם והטור השמיטו ועמד, ודקדק בזה הגרע"א ז"ל שם, עי"ש, וצ"ע.

ויתכן דמפרשי הא דאמרין ור"ש מ"ט לא מוקי לה כרשב"מ אומדנא דמוכח שאני, דר"ל דעמד וכתב שאני דהיינו אומדנא דמוכח, דבלא זה ליכא אומדנא דמוכח, ולפי זה ר"נ דמוקי למתני' כרשב"מ ע"כ ס"ל דרשב"מ גם בלא אומדנא דמוכח קאמר, והיינו אף בלא עמד וכתב באותו מעמד ששמע ממיתת בנו, וקיי"ל כר"נ לגבי ר"ש, וגם הרי קיי"ל כרשב"מ וכמתני', ולכך השמיטו הא דועמד.

עוד יש לדון בגר ששמע שמת בנו ועמד וכתב כל נכסיו לאחרים, אם בזה חכמים מודים לרשב"מ, דיש מקום לומר דגם במת בנו, ראוי לו לבכר את שאר קרוביו ע"פ אנשים מן החוץ, ומכיון שבחר אחרים, ש"מ דהכי ניחא ליה, ולא מחמת מיתת בנו, אבל בגר דיהיו נכסיו הפקר לכל הזוכה בזה שפיר י"ל דגם חכמים מודים דמחמת מיתת בנו הוא דעבד, אבל לפ"ז היה מקום לאוקמי למתני' גם כת"ק דרשב"מ, ומשמע דת"ק לית ליה למיזל בתר אומדנא אף לא בגר.

שם רשב"מ אומר אין מתנתו מתנה כו', בפשוטו ראוי לומר דהדרא ארעא והדרא פירי, [הרמב"ם בפ"ו מזכיה ה"א העתיק להך דינא וכתב אין מתנתו קיימת, ונראה דהיינו הך, ובפ"ח ה"ז כתב אין מתנתו מתנה], דכיון דאין מתנתו מתנה כיצד יתכן שיזכה בפירות, ואף אם נימא דמסתברא דדעת הנותן שלא יצטרך המקבל מתנה להחזיר הפירות אם יתברר שהבן קיים, מ"מ משמת הנותן הרי הפירות של הבן, והבן לא הקנה כלום, ואף דיתכן לומר דבאופן זה הרי הוא מקנה למקבל את השדה לפירות עד שיתברר שבנו קיים, מ"מ קשה לחדש כן בסתם מתנה.

והרמב"ם בפ"ו מזכיה הי"ג כתב כל הנותנין כל נכסיהן משתבטל המתנה ויחזרו כל הנכסים לבעלים הראשונים אין המקבל מתנה מחזיר פירות שאפילו נתן האדם מתנה בפירוש על מנת להחזיר כל ימי חיי פלוני הרי זה אוכל פירות כל זמן המתנה כמו שביארנו עכ"ל, וכתב המ"מ זה פשוט כל זמן שאין המתנה בטעות שתהא בטילה מעיקרא, וכתב הלח"מ דכונת הרמב"ם בשטר מברחת וכיו"ב, אבל בהא דר"ש בן מנסיא ודאי מתנת טעות היא והפירות חוזרים, אבל הסמ"ע בחו"מ סי' רמ"ו ס"ק כ"ג פירש כונת הרמב"ם גם בהא דרשב"מ, וכתב דהנותן ניחא ליה שתהא המתנה קיימת עד שלא בא בנו, ואם היו הפירות של הנותן, היה מקום לומר שיש כאן מחילה, אבל כשהנידון לאחר מיתת הנותן, הרי הפירות של הבן, והבן לא הקנה כלום, ולחדש דכונת הנותן דבאופן זה הוא מקנה השדה לפירות לזמן, או שנותן השדה מתנה על מנת להחזיר לבן, קשה לחדש תנאים כגון אלו, בזמן שהנותן ודאי לא חשב מאומה, בהיותו בטוח שבנו מת.

ואף לדעת הלח"מ דהדרא פירי, מ"מ נראה דהדרי כדמי בשר בזול, כיון דאכלן ברשות, דומיא דסבלונות, וגם זה לאחר שיקבל כאריס כיוור ברשות.

ויש להסתפק מה דין חזרת הנכסים עצמן ביוקרא וזולא, כגון שהיו בין נכסיו כור חטים, ובשעה שזכה בהן המקבל היו שוים ק' דינרים, ובשעה שאכלן היו שוים נ' או ק"נ, ואח"כ בא בנו, כמה משלם האם כשוויין בשעה שקיבלן או כשעת אכילתן, ולעיל א' פירש הריטב"א בעיא דשבח סבלונות כן, ולא איפשיטא, והיינו בהוקרו,

ושם כתבנו לדון בהוזלו, ושמה ה"נ דכוותה, דבתרוייהו ברשות קא מתאכלי, וצ"ע. הרמב"ם בפ"ו מזכיה ה"א העתיק לדינא דרשב"מ, ובפ"ח ה"ז העתיק לבריייתא דדומה דלקמן, וכן בשו"ע סי' רמ"ו ס"א וסי' רנ"ג ס"ה, ולכאורה הו"ל משנה שאינה צריכה, דאם בלא דומה אין מתנתו מתנה כש"כ בדומה, ואפשר דמשום דין הפילה שנתחדש בבריייתא דדומה נקט לה, ואמנם יש בזה חידוש דלא אמרינן דכיון שהפילה לבסוף אגלאי מילתא למפרע דעד שלא הפילה נמי כבר לא היה בר קיימא, וכאילו היה אמת מה שאמרו לו שכבר הפילה קמ"ל.

ונראה דדינא דבריייתא לקמן בדומה, הוא קושטא אף במתני', דלא איירי בדומה, ואם כששמע ששנתו הפילה כתב כל נכסיו לאחרים ונודע שלא הפילה, הרי המתנה בטילה, ואע"ג דאח"כ באמת הפילה, אפ"ה אמרינן דאין מתנתו מתנה, דכיון דבשעה שכתב נכסיו כתבן מחמת טעות שהיה בידו באותה שעה, הרי המתנה בטלה.

קמ"ז א' אפילו תימא רבנן דומה שאני כו', נראה דלפי מאי דאמרינן לימא רשב"מ היא ולא רבנן, מסיק אפילו תימא רבנן, אבל לקושטא דמילתא ראוי לומר דדוקא רבנן היא ולא רשב"מ, דלרשב"מ מאי איריא דומה.

שם אר"ז א' ר' מנין למתנת שכיב מרע שהיא מן התורה שנאמר והעברתם כו', אפשר דלפי דמתנת שכיב מרע ענין מחודש הוא דכירושה שויוהו שקונה לאחר מיתה כדאמר לעיל קל"ז א', הלכך בעי אסמכתא מקרא דשייך לחדש ענין כירושה, והיינו דמסמכי לה אקראי דירושה, ויעוי' בתו' דלאו מן התורה ממש קאמר, והא דאמרינן לקמן ב' אי אמרת בשלמא מדאורייתא משום הכי אינו יכול למחול, אפשר לפרש דאי גלי קרא דמדאורייתא יש אפשרות לחכמים לתקן מתנה כעין ירושה שפיר אלמנה דלא תיהני מחילת היורש.

שם אין לך שמעביר נחלה כו', ברשב"ם לעיל ק"ט ב' פירש דקרא אשמועינן דבן יורש את אמו ובעל את אשתו.

שם ויחנק בצוואה בעלמא, ק"ק אי בכה"ג איכא משום שלא תטרף דעתו עליו, דהא אכתי ברי הוא ככל אדם, ולפמש"פ לעיל דלא יליף אלא דאפשר לחכמים לתקן מתנה כעין ירושה, יתכן גם לפרש הכא כן, דגלי קרא דאפשר לחדש כעין ירושה בצוואה בעלמא, ושמה גם הכא חשש שדוד כבר במהרה ישוב למלכותו ויהרגנו.

קמ"ז ב' המוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו מחול, בסברת ר"ת שהביאו הראשונים ז"ל עי' רשב"א, דה"ט דיכול למחול אף אי מכירתן מן התורה, משום שהמכירה על השעבוד והמחילה על זכות המצוה, צ"ע דהא שמואל ס"ל שעבודא לאו דאורייתא, וע"כ המכירה רק על זכות המצוה, ואמאי מהני מחילה, ומוכח מכאן דאף למ"ד שעבודא לאו דאורייתא איכא חיוב מצד הלכות ממון הנלמד מפרשת גביית העבוב שבתורה, [ומסתברא דאף בנשתטה הלוח גובין מנכסיו אף דלאו בר מיעבד מצוה הוא], אלא שאינו כדבר בפ"ע אך הוא נמשך ממצות פריעת בע"ח, וזכות זה של גבייה ניתן למכירה, וצ"ע, [שו"ר בהגהות ישועות יעקב בש"ך סי' ס"ו סק"א עי"ש].

שם אלא אי אמרת דרבנן כו', א"ה, עי' מש"כ לעיל ע"ו ב' סק"ב בדעת הסוברים דמכירת שטרות דרבנן ולכך יכול למחול.

שם אינה כשל תורה ועשאוה כשל תורה, פירש רשב"ם ומשום טירוף דעתו כדאמרן לעיל, וצ"ע דמשום טירוף דעתו הקילו שיהיו דבריו ככתובין ומסורין וא"צ קנין, אבל לא תיקנו שיוכל להקנות דברים דגם בקנין אינו יכול להקנות, כגון דבר שלא בא לעולם וכיו"ב, וה"נ אם שטר בכתיבה ומסירה שנמכר יכול המוכר או היורש

למחול, ה"נ בשכיב מרע נמי דין הוא שיוכלו למחול, ואף אם אפשר לחכמים לתקן שלא יוכלו למחול, אבל מנ"ל שתיקנו כן, וי"ל דמתנת שכיב מרע כירושה שוויה רבנן דנקנית לאחר מיתה, והלכך מעין ירושה היא, וממילא לא עדיף היורש ממקבל המתנה, וכן המקנה חוב לאחד מבניו כר"י בן ברוקה, נמי לא יוכלו אחיו למחול, ויש לעי' מי שזכה בחוב ע"י מתנת שכיב מרע ומכרו לאחר אם הוא יכול למחלו, דירש שירש חוב ומכרו מסתבר דהוא בדין מוכר שט"ח דיכול למחלו.

שם א"ר אר"נ שכיב מרע שאמר ידור פלוני בבית זה יאכל פלוני פירות דקל זה כו', יש לעי' אמר על אחד מבניו לריב"ב שידור בבית זה או יאכל פירות דקל זה מהו, מי אמרינן כיון דגם הרי יזכה בחלק מן הבית ומן הדקל בירושתו הר"ז כאמר תנו בית זה לפלוני וידור בו תנו דקל זה לפלוני ויאכל פירותיו, או"ד השתא לא אמר אלא על דבר שאין בו ממש ושלא בא לעולם.

תוד"ה המוכר ואור"י דכיון שהיה לה הפסד לדבר שרי וגם שלא היו מפסידין כלל בדבר שמחזרת להם מה שנתנו בה, צ"ע דאם זה חשיב דינא דגרמי, מה תשובה היא זו שהמזיק מרויח בדבר, ומה הפסד הוא שמשלמים חוב אביהן מנכסיו, וגם למה לא נקרא שהלקוחות מפסידין, הרי ע"כ שהשטר שוה עכשיו יותר ממה ששילמו בעדו, שהרי כבר נתגרשה וחוב הכתובה מוחלט, וגם כבר הגיע זמן הפרעון, וכי הקונה חפץ במנה והוקר ועמד על מאתיים לא יקרא הפסד המזיק ומשלם מנה, והרמב"ן בכתובות פ"ו אמנם השאיר הדבר בקושיא.

ובאמת יש מקום עיון בהא דחשבינן ליורש המוחל כמזיק, והרי כיון שמצד ההלכה נשאר ליורש זכות למחול מי המעכב בעדו מלהשתמש בזכותו, וגם המוכר עצמו כשמוחל ראוי לתבוע אותו על מכירתו, שמכירתו באונאה שאם דעתו למחול הרי מכירתו אונאה, אבל מחילתו למה יש לחשבה כמזיק בזמן שהזכות נשארה בידו, והרמב"ן בכתובות שם כתב דגם הנותן שט"ח לחבירו במתנה וחזר ומחלו משלם מדינא דגרמי, וצ"ע דהא אם הזכיר לו בשעת נתינת השט"ח שעדיין יש לו הזכות למחול, הרי פשיטא דאם מחל אין לו עליו כלום, ומה בכך שלא הזכיר, אם ההלכה ידועה לשניהם, והריא"ז בשה"ג כתובות שם אמנם כתב דהיורש רשאי למחול ויישב בזה סוגיא דכתובות, אבל בשאר הראשונים מבואר דפשוט להו דגם היורש כמזיק, וכמ"ש בש"ך סי' ס"ו ס"ק ק"א, ולפי זה סוגיא דכתובות צריכה יישוב דאמאי אמר ר"נ דלישאווה עצה למחול.

ונראה דר"נ נתכוין אמנם שלאחר המחילה תשלם ללוקח דמי שטרא מעליא, דהיינו כמה ששוה השטר להמכר בשעת המחילה, והיא תרויח רק את ההפרש שבין כל סכום הכתובה לבין שווייה להמכר, דאיירי שכבר הבעל מת וכמ"ש הרא"ש בכתובות שם, והיו באים לגבות ממנה את כל סכום הכתובה, ולענין הפרש זה שפיר יש רשות ליורש להשתמש בזכות המחילה, כיון שאינו מגרע מערך השטר שאצל הלוקח.

קמ"ח א' ר"פ אמר הואיל ויורש יורשה, כתב הר"ן דלפ"ז אויר נמי הואיל ואיתיה בירושה בלא גוף כגון מי ששייר אויר לפניו, [עי' ס"ג ב' בנמו"י בשם ירושלמי], הרי הוא יכול להקנותו במתנת שכיב מרע, וכ"ז לר"פ אבל מסקנא כר"א בריה דר"א דהואיל ואיתיה בבריא במעמד שלשתן, ולפי זה אויר ליתיה במתנת שכיב מרע.

ולפ"ז ידור פלוני בבית זה או יאכל פירות דקל זה, אי הוי משכחת לה שיהא זכות זה קיים בלא גוף לפירות, היה אפשר להקנותו במתנת שכיב מרע הואיל ויורש יורשה לר"פ, אלא כיון דלא משכחת לה שיהא זכות זה קיים בלא גוף לפירות, [ואף שהמחבר בסי' רי"ב ס"ג כלל דירת הבית והפירות בהדי אויר חורבה, מ"מ לא דמי

אהדדי וכמ"ש שם הגרע"א ז"ל בגליון דהאור נשאר משוייר לעצמו, משא"כ הדירה והפירות נשארים רק ע"י קנין בגוף לפירות], ממילא א"א להקנותו במתנת שכיב מרע, דה"נ אור חורבתו או ביתו אינו יכול להקנותו במתנת שכיב מרע בעוד הבית והחורבה שלו, ורק אם מכר חורבתו או ביתו ושייר האור לפניו בזה יכול להקנותו במתנת שכיב מרע, וכן מבואר בלשון הרשב"א שכתב בדר"פ פי' משא"כ בדירה ואכילת פירות דלא משכחת לה ביורש אלא ע"י גופן של בית ודקל, והיינו דאי הוי משכחת לה ביורש הוי מהני נמי במתנת שכיב מרע, דודאי איתיה בירושה.

ולאמור מבואר דאי הוי משכחת לה זכות דירה או פירות בלא גוף היה יורש יורשה, וכמו שיורש אור חורבתו בשייירו אביו לפניו, כמ"ש בנתה"מ סו"ס רע"ו, ויש לתמוה בבהגר"א סי' ר"ט ס"ק כ"ז שכתב דבסוגיין מבואר דאין יורש יורש דבר שאין בו ממש ותמה על הרמב"ן והרשב"א דאישתמיטא להו סוגיין, ולהאמור רק בעוד הדירה והפירות קשורים בקנין הגוף, א"א להפרידן ולהורישן לחוד, או להקנותן במתנת שכיב מרע, אבל כשהם בפ"ע אי הוי משכחת לה יורש יורשם ולר"פ ניתנין גם במתנת שכיב מרע, וכן בסברא דלית לן לחדש דאיכא נכסים שאין עוברים בירושה, [וע"ע מש"כ לעיל דף ס"ג], וממה שציין בבהגר"א לסי' רי"ב ס"ג משמע קצת דמפרש כונת המחבר שם דר"ל דאפשר לשייר דירת הבית והפירות בלא קנין בגוף לכך, וכמו אור חצרו, ולפי זה הא דלא מהני בשכיב מרע יש לפרש גם במכר הבית ושייר זכות הדירה לפניו, וע"כ דליתא בירושה, אבל כבר פירש הגרע"א ז"ל שם בגליון דדירה ופירות אמרינן שייר מקום, והיינו גוף לפירות משא"כ אור סגי בשייר האור לבד.

שם ר"א בריה דר"א אמר הלואה איתא בבריא כו', לכאורה אין הכרח לומר דפליג אדר"פ, דשפיר י"ל דמר אמר חדא ומר אמר חדא, ואף אי פליג אדר"פ י"ל דהלכתא כר"פ דהוא מרא דגמ' טפי מר"א בריה דר"א, וצ"ע בר"ן שכתב דהא דר"פ לא סליק, ועי' בשו"ע סי' רנ"ג ס"כ לגבי עכו"ם ובפ"ת שם בשם הב"ח, שו"ר בקצה"ח סי' קכ"ה סק"ח שהביא בשם המהרי"ט ד"ל דמר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי, ועי"ש במהרי"ט חלק חו"מ סי' צ"ה, ועי' בתשב"ץ ח"ב סי' רל"ה שהביא שנחלקו אם הלכה כר"פ או כר"א בריה דר"א, ועי' תשו' מהר"ח או"ז סי' קי"א, ונפ"מ אם מהני מתנת שכיב מרע על גזילה שאינו יכול להקנותה במעמד שלשתן.

שם מי שייר מקום פירי כו', לפי' תו' יש לפרש מקום פירי דהיינו ששייר זכות באילן לפירות, ולשון תו' מקום צימוח הפירות לאו דוקא, דגם אם שייר מקום צימוח הפירות, אין זה מקנה לו את הפירות, דהפירות בתר אילן גרירי, ואין למקום צימוח הפירות יתרון בזה, ואם מקום צימוח הפירות הוא אחד ממאה באילן, אולי שייך לחשבו כשותף באילן באחד ממאה, ויהיה שותף בפירות באחד ממאה אבל לא יותר מזה, ועוד דגם מתחדשים ענפים חדשים ובהם פירות, ובאלו גם מקום צימוח הפירות לבעל האילן, וע"כ דמקום פירי ר"ל זכות באילן לפירות, ועי' ביו"ד סי' רצ"ד סט"ו בגליון הגרע"א ז"ל שם במוכר פירות ערלה לעכו"ם עד שלא צמחו דשרי לפי שמוכר מקום עצים, דר"ל דקל לפירותיו, שהרי עיקר כונתו לאפרושי מאיסורא, ומבואר ג"כ דפשוט ליה ז"ל דמכירת מקום הפירות אינו מקנה את הפירות, והכונה דקל לפירותיו, וכן מבואר בטור סו"ס ר"ט באמר חוץ מפירותיו אין ללוקח אלא האילן לכשייבש, והיינו ששייר לעצמו גוף לפירות.

לשון הגמ' בדקל לאחד ופירותיו לעצמו דשייר מקום פירי, ובפשוטו היינו ששייר לעצמו דקל לפירות, אבל לשון התו' מקום צימוח הפירות, ובטוש"ע סו"ס ר"ט כתבו דשייר לעצמו הענפים ואין ללוקח אלא הגזע לכשייבש, ולא נתפרש למה צריך

לשייר הענפים ולא סגי שישיר גוף לפירות כמו פרה לעוברת וחורבה לאוירה, ואטו אם יתוספו ענפים לא יהא לו בפירות שבהם. (ס"ג א').

שם המוכר בית לחבירו וא"ל ע"מ כו', נתבאר לעיל ס"ג א'.

תוד"ה שכיב מרע ונ"ל דהא לא חשיב איתא בבריא כיון דליתא כעין שהוא בשכיב מרע בלשון מתנה וקנין, אפשר דר"ל דקנין אודיתא הוא כמברר שהחפץ מעולם היה של המקבל, וכאילו אינו מקבלו מן הנותן, ואף דבפשוטו אסור במודר הנאה, דסו"ס עובר מן הנותן למקבל ללא רשות אחרת באמצע, מ"מ בקטן יש לדון אי חשיב דעת אחרת מקנה ע"י קנין אודיתא, וכעין הפקר לר' יוסי נדרים מ"ג א' דהוי דמפקיר עד דאתי לרשות זוכה, ול"ע בזה כעת. - יש לעי' אם מועיל אודיתא להפקר, דהיינו שמודה שזה הפקר, ובאופן שאין לחשוב את האודיתא כיד להפקר, וכגון דליכא שלשה אם הפקר בעי שלשה. - אודיתא בדבר שאינו ברשותו עי' בספר מרן זללה"ה ב"ק סי"ח סק"ו דמהני. - ועי' מש"כ לקמן קמ"ט א' בקנין אודיתא, ושם בסק"ז בקנין אודיתא בחוב.

קמ"ח ב' חוץ מדיוטא מהו, עי' מש"כ בזה לעיל ס"ג א'.

שם עמד אינו חוזר אלא באחרון, נראה דהיינו שהיה ניכר שהאחרון כנמלך, אבל לפעמים שהשנים או השלשה האחרונים כמחלק, ודין הוא שיחזור בהם, אף שהראשונים היה כנמלך.

שם אמר רב חמא באומר כל נכסי, יעוי' ברשב"ם גירסת ר"ח כל נכסי אלו הן, ולכאורה יש לדון באמר כן שיהא דינו אם עמד חוזר, אף כשבאמת היו לו עוד נכסים, שהרי זה כמפרש שמתנתו תידון ככל נכסיו, וכאילו התנה שאם יעמוד יוכל לחזור בו.

שם מבר"א אמר במוחזק לן דלית ליה, אפשר דהא דאמרינן דאם עמד חוזר דהוא משום שבלבו ובלב כל אדם שבתנאי זה מחלק נכסיו, דלא אמרינן כן אלא באופן שניכר וידוע שמחלק כל נכסיו, והיינו דאמרינן חיישינן שמא יש לו נכסים במדינה אחרת, ואע"ג שהנכסים בחזקתו עי' ברא"ש, לפי שאין ניכר במתנתו שמחלק כל נכסיו, וכל שאין ניכר, אין כאן בלבו ובלב כל אדם שיחזור בו אם יעמוד, ובזה אמרינן דכל שכבר הוחזק שאין לו עוד נכסים, הרי כבר ניכר שמחלק כל נכסיו ובלבו ובלב כל אדם שיחזור בו אם יעמוד, ולפי זה כל שנתפרסם שאלו כל נכסיו כגון שהיה בע"ח מחפש אחר נכסיו וכיו"ב סגי בהכי, אע"פ שלא נתברר בעדים, דכל שידוע שהשומעים מתנתו הם בדעה שאלו כל נכסיו הר"ז כהתנה שאם יעמוד יחזור, ועי' שטמ"ק בשם הרא"ש.

שם איבעיא להו חזרה במקצת הוי חזרה בכולה או לא, יש לעי' מהיכי תיתי נימא דהוי חזרה בכולה, הרי בידו לחזור בכולו, והשתא אומר שחוזר מן המקצת, ולמה זה נימא אנן דחוזר בכולו, ושמא כיון דחוזר במקצת תו הו"ל הנותר כמקצת ובעי קנין, וכאילו איגלאי מילתא השתא דלאו כל נכסיו חילק, ומ"מ אם אומר בפירוש שאינו חוזר אלא מן המקצת והמותר ישאר קיים, שפיר נשארה מתנתו הראשונה כיון שבשעה שחילק היה כל נכסיו בחלוקתו, עי' נמו"י, ואם היינו אומרים דאין הנידון אלא כשנתן תחלה בלשון כל נכסי, היה אפשר לפרש דכשחוזר במקצת בטל ליה לשון כל נכסי, וכיון שבטל מקצתו בטל כולו, וכעין דאמר נדרים כ"ו א' ס"ו א' באמר כולכם והותרו מקצתן, אבל פשטא משמע דאף בפירט את נכסיו בראשונה ובמוחזק לן שהם כל נכסיו נמי אמרינן דחזרה במקצת הוי חזרה בכולו, וברמ"ה כתב דמתפרש כאילו אמר לא איני מחלק כל נכסי אלא רק מקצת זה, וצ"ע דאם משמעות לשונו כך, מה מקום למיבעי, ואם אין זה במשמעות לשונו, למה נפרש כך.

שם הקדיש כל נכסיו כו', א"ה, ראיתי להעתיק כאן מש"כ בזה בחו"ב נדרים. שכיב מרע שהקדיש כל נכסיו ועמד אם חוזר הוא בעיא דלא איפשיטא בב"ב קמ"ח ב', ופסקו הרמב"ם והשו"ע בחו"מ סי' ר"נ ס"ג לקולא דאם עמד חוזר.

ודין זה טעמא בעי מ"ש מהא דהמקדיש חיתו ובהמתו הקדיש את הכוי, ומהא דסתם נדרים להחמיר, ומכל ספיקא דאוריתא, דה"נ איכא ספק מעילה, ובמרדכי בשם ראב"ן כתב באמת דקיי"ל לחומרא דהוא ספק איסור, וכ"ד הר"י מיגאש כמ"ש בש"ך שם, ובשטמ"ק בשם הר"ן כתב דצריך לחללו על ש"פ כדי לצאת מידי ספק איסור מעילה, אבל הפוסקים לא הזכירו דבר זה, ובנמו"י כתב דלענין איסורא איהו הא קים ליה בנפשיה, ומשמע דלא קיי"ל להקל אלא כשאומר שלא נתכוין להקדיש אלא עם מיתתו וככל מתנת שכ"מ, וג"ז לא הזכירו הפוסקים.

והיה אפשר לומר דאם המקדיש אומר שבשעת הנדר היה מוחלט בדעתו אם מקדיש בכל ענין או שאינו מקדיש אלא אם ימות ועכשיו אינו זוכר, בזה לכו"ע קיי"ל לחומרא דהו"ל ספק הקדש דהוא ספיקא דאוריתא באיסור מעילה, וכן כל אדם שיש ברשותו חפץ שהוא מסופק אם הקדישו הו"ל ספק הקדש, וחייב קרבן מעילה לר"ע ולכו"ע אסור ליהנות בו, אבל הכא איירינן כשאומר שהקדיש סתם, ולא חשב כלל אם מקדיש בכל ענין או רק לכשימות, ובזה דינו מסור לחכמים לקבוע כפי הראוי, דכל אדם מסור להלכות התורה שכל מעשיו יתפרשו ע"י ההלכה, וכמש"כ תו' ערכין ה' א' ד"ה אדם, וכיון שלא הוכרעה הלכה זו בידי החכמים ונשאר הדבר בתיקו, שפיר אמרינן דכיון דקיי"ל המע"ה ולא מפקינן ממונא מספיקא ראוי לנו לקבוע בספק השקול שלא יהא הקדש בכל ענין, דשורש הנידון הוא אם נתכוין להוציא הדבר מרשותו או לא, ובספק כזה שאין בו הכרעה, יש לחכמים לקבוע שאין כאן רצון להוציא מרשותו כדין כל ספק בממון, וממילא קם דינא דאין כאן רצון להקדיש אם יעמוד, וגם לא דמי לסתם נדרים להחמיר דהתם רצונו לאסור אלא שנשתמש בלשון מסופק ושפיר קבעו חכמים להחמיר, ע"י בפי' הרא"ש במתני' דסתם נדרים להחמיר.

אבל בתשובות הרשב"א סימן תרנ"ו והובא ברמ"א ביו"ד סימן רנ"ט ס"ה מבואר דאף כשנפל הספק אצל היורשים והוא בעצמו ודאי ידע כונתו, נמי אזלינן לקולא, ובט"ז וש"ך שם הקשו ג"כ ע"ז מהא דבבעיא דיש יד לצדקה דלא איפשיטא נדרים ז' א' קיי"ל לחומרא.

לכן נראה דכל היכא דלא איתרע כלל חזקת הממון ס"ל ז"ל דמוקמינן לממון בחזקתו אפילו בספק הקדש, והיינו היכא שאנו מסופקים אם הקדיש חפץ זה או לא כמו בשכיב מרע דמספקינן אם נתכוין להקדיש, אבל כשאמר סלע זו לצדקה ואמר על אחרת וזו, הרי יש כאן רצון להקדיש שהרי חשיב יד מוכיח אלא דמספקינן אם נאמרה הלכה של יד בצדקה, ובקרבנות כה"ג פשיטא דקדוש, וחשיב ריעותא מה שידענו שאמר וזו, וכה"ג בהקדש לא מוקמינן אחזקה, כיון שהיה כאן מעשה הקדשה שיש בו ספק מצד ההלכה, וכן בהקדיש חיתו ובהמתו חשיב ריעותא בחזקת הממון של הכוי כיון שיש כאן מעשה הקדש הגורם להסתפק בו, והרי זה שהקדיש כל חיתו מערער את חזקתו בכוי, וכן מי שהיו בידו מעות צדקה ועכשיו הוא מסופק אם המעות שבידו הם של צדקה, נמי כה"ג בהקדש לא מוקמינן אחזקה, ואף יש בו חיוב אשם תלוי לר"ע, וכמש"כ בחו"ב נדרים ז' א' דין ב', ואפילו אינו בטוח שהיו בידו מעות צדקה אלא שנסתפק אם נתנו לו מעות אלו לצדקה או שהם מעותיו נמי לא מוקמינן אחזקה בהקדש [ובצדקה תלוי במחלוקת הפוסקים בספק צדקה], כיון שהספק שמעות אלו מעולם לא היו שלו, ורק במעות שהם שלו ונפל ספק אם

הקדישם או לא [מבלי שעשה בהם מעשה של הקדש בספק כמו בידות וכיו"ב], בזה אף בהקדש מוקמינן אחזקה לדעת הסוברים דבבעיא דשכ"מ שהקדיש כל נכסיו קיי"ל לקולא, וזו נראה כונת הרמ"א ביו"ד שם, ואין כונתו לחלק בין יורשים לעצמו, אלא דמחלק בין מעות שלו שנפל ספק אם הקדישם, לספק אם מעות אלו מעולם לא היו שלו.

נמצינו למידין כל ספק הקדש לחומרא אפילו הספק מתחלת ההקדש כמו בכוי או בידות, אבל אם יש ספק אם בכלל נתכוין להקדיש בזה דעת הרמב"ם והשו"ע לקולא, כיון דלא איתרע חזקתו בממון כלל, ודעת המרדכי בשם ראב"ן והר"ן והנמו"י דגם בזה חשיב ספיקא דאיסורא ולחומרא, אלא שהר"ן כתב דלענין איסורא יכול לחללו על ש"פ, והנמו"י כתב דדוקא בשיודע בעצמו שלא נתכוין להקדיש שרי, ובעובדא דשכ"מ דהקדיש כל נכסיו גם דעת הר"י מיגאש והרא"ש והטור לחומרא, עיי"ש טעמים. (נדרים ז' א').

שם הפקיר כל נכסיו מהו מי אמרינן כיון דאף לעניים כעשירים גמר ומקני כו', לשון זה משמע דמיבעיא ליה משום דהפקר גם מצוה היא כיון דאף עניים יכולים ליטול, אבל הדבר דחוק לחשוב זה כמצוה טפי מהקדש, ולא משמע לומר דהך בעיא באת"ל בהקדש גמר ומקני מתפרשא, [ועי' רשב"ם], וגם לפ"ז בעיא דחילק לעניים אזלא באת"ל דבהפקר לא גמר ומקני דלאו מצוה היא כיון דגם לעשירים היא, והרמב"ם בפ"ח מזכיה ומתנה הי"ט פסק בכולם דחוזר אף שרגיל לפסוק כאת"ל, ולכאורה בהפקר שלא יהא לו ממי לתבוע שהרי לא ידע מי יזכה י"ל דע"כ גמר ומקני, וכן מצאתי ברגמ"ה הנדמ"ח, אבל לפ"ז ק"ק למה קבעו בעיא זו בין הקדש ובין לעניים, הרי זה נידון אחר לגמרי.

קמ"ט א' איבעיא להו מכר כל נכסיו מהו כו', יש לעי' מאי קמיבעיא ליה הרי שייר דמי המקח בידו, ושיור מטלטלין נמי חשיב שיור כדאמר לקמן ב', ובנמו"י הזכיר טעם זה לפרש הצד דאינו חוזר, וסיים או"ד כיון דלא שייר מנכסיו לעצמו לא מכר אלא מחמת מיתה ואם עמד חוזר, משמע דמפרש דהא דבשייר אינו חוזר, הוא משום דאמרינן דמתנתו לאו מחמת חשש מיתה היא, ובמוכר כל נכסיו אף שהדמים בידו, מוכחא מילתא דמחמת מיתה הוא מוכר, שאין אדם עשוי להחליף כל נכסיו בזווי.

והרשב"א הביא דהר"י מגאש פירש הא דמחלקינן בין אי איתנהו לזווי לבין אי פרעינהו בחובו, משום דבאיתנהו הו"ל שיור והלכך המכר קיים, ובפרעינהו בחובו ליכא שיור והמקח בטל וכתב שזה הפירוש מתמיה, נראה כונתו דכיון דבשעה שמכר ולקח המעות הו"ל שיור, איך יתבטל השיוור אח"כ כשפרע בהן חובותיו, הרי כל הנידון בשעת המכר וכמו בשעת המתנה, ופירש הרשב"א איפכא דבאיתנהו לזווי המקח בטל ובפרעינהו בחובו המקח קיים, כי ההיא דכתובות צ"ז א' דמכר ולא איצטריכו ליה זווי, ור"ל דהנידון במכר הוא אם דיינינן ליה כמכר אדעתא למיסק לארעא דישראל קדושין מ"ט, דהו"ל כמוכר על תנאי אף שלא התנה, וה"נ הו"ל כמוכר אם ימות, וכשעמד המקח בטל, ובנותן מתנה הוא דיש ענין בשייר, לקבוע אם מתנתו בתנאי, אבל במכר עלינו לדון אם המכר בתנאי, וכשהמעות בעין אמרינן דמכר מחמת מיתה דחפץ להוריש לבניו המעות, ולכך השאירם בעין, שלא מכר לקבל המעות אלא בתנאי אם ימות, ואם יעמוד יחזירם, אבל אי פרעינהו בחובו הרי מכירתו לשלם חובותיו ואינו ענין למיתתו, ואף אם רצונו לשלם חובותיו מחמת שעומד למות, מ"מ כבר שימש במעות המקח כרצונו באותה שעה, ואין כאן מכר על תנאי דעתיד, ונראה דסתמא מחזקינן שמוכר אם ימות ועל הלוקח להבין כך, שאם יעמוד יחזור בו, אלא דכשמשמש במעות איגלאי מילתא שמכר שלא בתנאי,

דבשעת המקח ראוי שיקבע אם הוא בתנאי, ולא שיבורר בעתיד. שם שכיב מרע שהודה כו', יתבאר להלן סק"ב, ועי' להלן סק"ו בביאור ענין אודיתא.

בקנין חליפין ואודיתא

(א) כתב הרמב"ן בהשגות לספר המצוות בסוף שורש השני וז"ל וכן קנין חליפין הנלמד מבוועז דבר תורה הוא מפני שאמר הכתוב וזאת התעודה בישראל ולא שמעתי חולק בו לומר שיהיה קנינו מדבריהם בלבד עכ"ל, ובאמת הדבר מוכח בגמ' קדושין ג' א' דאמרינן סד"א הואיל וגמר קיחה קיחה משדה עפרון מה שדה מקניא בחליפין אף אשה נמי מקניא בחליפין כו', ומבואר דהיה ראוי ללמוד מגז"ש שיועיל חליפין לקדושין, וא"כ ודאי דאודיתא הוא, וכן נמי אמרינן התם ח' א' דהא דתניא מכסף מקנתו בכסף הוא נקנה ואינו נקנה בתבואה וכלים אפשר לפרש דאתי למעוטי חליפין, אלמא דדאודיתא הוא מדאיצטריך קרא למעוטיה, וכן בתו' ב"ק ק"ד ב' כתבו דברייטא דהיה עומד בגורן דדייקינן בה ב"מ מ"ו א' אמאי לא אקני ליה המעות בחליפין, מתפרש רק בקנין דאודיתא, ומבואר דחליפין חשיב קנין מדאודיתא, ונראה דיש לפרש דהלכתא גמירי לה קנין חליפין עד דאתי שמואל ופירשה ברות, [דשמואל כתב רות כדאמר ב"ב י"ד ב'], [ואפשר נמי דהיה המנהג בקנין זה גם קודם מתן תורה, והיינו וזאת לפנים בישראל, וזאת התעודה בישראל בא ללמד שקיבלו קנין זה להלכה, ונתחדשו בו דינים כמו למעוטי פירי ומטבע וחצי רמון, ודין כליו של מי, דניתנה תורה ונתחדשה הלכה, אבל וזאת לפנים בישראל משמע דמדיני ישראל הוא].

והנה מצאנו דקנין סודר מהני לא רק לקנין כמשיכה ואגב וכיו"ב לקנות דבר מסויים, אלא דאהני נמי לגרום להתחייבות, וכדאמר ב"מ צ"ד א' דמתנה שומר חנם להיות כשואל ע"י שקנו מידו, וכן שם ט"ו א' נ"ח א', ולא נתפרש מנין קים להו לחז"ל דקנין סודר מהני גם להתחייבות, ועי' בתו' ר"פ אע"פ וברא"ש שם, וקצת משמע בספר המקח שער י"ג דמלקיים כל דבר נפקא לן דמהני גם שלא במכר ומתנה, אבל בב"מ מ"ז א' משמע דלקיים כל דבר מתפרש כיצד מקיים גאולה ותמורה ע"י ששלף איש נעלו וגו', ומ"מ י"ל דכל דבר ריבויא הוא, וגם אפשר שהיו מקובלים דקנין זה של סודר מהני על כל מה שמתחייב, ואמנם הדבר נחוץ בדיני ממונות שתהא אפשרות להתחייב דברים, ובב"מ מ"ד א' סק"ה כתבנו דכל הני חיובים דאשכחן בגמ' בההיא הנאה כולהו מחליפין ילפינן להו דאדם יכול להשתעבד ע"י הנאה, דכסף לא מהני בכל הני דאמרינן בהו בההיא הנאה.

מה שנחלקו הראשונים ז"ל בסי' רמ"ה ס"א ב' באמר אתן וקנו מידו אי חשיב קנין דברים, והובא במ"מ פ"ח מזכיייה ומתנה ה"ו והוא ברשב"א ב"ב ק"מ ב', נראה דהוא נידון אם מתפרש שקנו מידו שהוא יתן והוי קנין דברים, דצריך שהוא יתן, או דמתפרש שמשעבד נכסיו על מה שאמר שיתן, ועי' סמ"ע ס"ס ס"ק י"ד, ובאה"ע סו"ס נ"א, ובמ"מ שם נתקשה מהא דאמר גיטין מ' ב' דכתב בשטר אתננה לפלוני לא מהני, וסיים דאפשר לדעתם דקנין עדיף משטר, ולכאורה האומר שדה זו אתננה לפלוני ובתר הכי קיבל פרוטה מאותו פלוני הרי שפיר י"ל דקנה, וה"נ י"ל כשקיבל סודר, אבל לשון אתננה בשטר לאו לשון שטר הוא כלל לחכמים, ומ"מ כיון דקנין סודר יכול להתפרש גם על הקנין דברים, הלכך נחלקו בזה, ועי' ברמ"ה ב"ב ג' אות כ"ו.

(ב) קמ"ט א' איבעיא להו שכיב מרע שהודה מהו ת"ש דאיסור גיורא כו', לפר"י שבתו' מיבעיא ליה בשכ"מ שהודה דיכול לחול הקנין מדין אודיתא, וכן מדין דברי

שכ"מ ככתובין וכמסורין דמי, ומיבעיא להו שכ"מ שהודה סתם אם מפרשינן דבקנין שכ"מ אקני ואם עמד חוזר, או דבקנין אודיתא אקני ואם עמד אינו חוזר, ואפשר דהספק הוא משום דאם נתכוין לאודיתא הרי צריך לכוין כאילו לשקר דבאמת זה של פלוני או שחייב לו, משא"כ אם נתכוין למתנת שכ"מ, וגם יש לו עדיפותא דאם עמד חוזר, ולעומת זה אודיתא קונה מיד ובלא תקנת שכ"מ, דהא מהני אף בבריא, והא דבקנין אודיתא אמרינן דאם עמד אינו חוזר אע"ג דגם בקנו מידו אם עמד חוזר, הוא משום דסו"ס הקנין הוא תוצאה מהודאתו, ומהודאה לא שייך חזרה, ופשטינן מהא דאיסור גיורא אקני זווי לרב מרי, ורב מרי ליתיה במתנת שכ"מ דכל דליתיה בירושה ליתיה במתנת שכ"מ, וש"מ דשכ"מ שהודה לקנין אודיתא איכוין, וממילא אם עמד אינו חוזר, וצ"ע דנימא דהיינו טעמא דאיסור גיורא איכוין לאודיתא משום דליתיה במתנת שכ"מ, ואכתי תיבעי לך בדאפשר בתרוייהו באיזה מהן קנה, גם הרי קא מגמרי טענתא לאיסור גיורא ושפיר אגמרוהו אודיתא דמהני, ואכתי בסתמא יתכן לומר דלמתנת שכ"מ מכוין, ואף בדלא מהני מתנת שכ"מ לא נימא דמכוין לאודיתא בסתמא, וצ"ל דקים לגמ' דלא אגמרוהו לאיסור אלא לומר דהני זווי דרב מרי נינהו, והלכך אם בכל שכ"מ לשון זה מתפרש למתנת שכ"מ, בדין הוא דלא יועיל כלפי רב מרי דליתיה בירושה, וע"כ דלשון זה של הודאה בסתמא מתפרש לקנין אודיתא.

בתו' פירשו שהודה שחייב מנה לפלוני, ולפי זה מבואר דגם בזה שייך קנין אודיתא אף שאין כאן דבר מסויים, ולו"ד ז"ל היה מקום לומר דלא אשכחן קנין אודיתא אלא בדבר בעין לומר של פלוני הם, א"נ אף בחוב קיים לומר דמעוזה שהלוייתי לך של פלוני היו, אבל לחדש חוב שיתחייב ע"י שמודה שהוא חייב, י"ל דלא מהני, דזה מיקרי שמתחייב בדברים בעלמא, ולא אמרו בזה קנין אודיתא, ולכאורה מהא דס"ל לר"ל כתובות ק"א ב' דהכותב חייב אני לך מנה בשטר פטור, משמע דא"א להתחייב ע"י אודיתא, דחתם בשטר שהוא חייב לא גרע מאודיתא, ולפמ"ש"כ הקצה"ח בסי' מ' סק"א דאודיתא בעי עדים י"ל דמה"ט לא מהני בשטר, ומיירי שמוסר לו השטר בינו לבין עצמו, אבל הרא"ה ותלמיד הרשב"א בשטמ"ק וכן בר"ן כתובות שם כתבו דבהחתים עדים או מוסר בפניהם פליגי, ומיהו י"ל דכשכתב בשטר אמרינן דבתורת שטר בעי להקנות ולא בתורת אודיתא, וכיון דשטר לא מהני, לא קנה.

והנה תו' והרמב"ן וכל הראשונים שפירשו ההיא דכתובות דחייב אני לך מנה בשטר, דהנידון אם מתחייב ע"י שטר זה בזמן שלא לזה ממנו כלום, כולם כתבו דלישנא דגמ' התם רי"א חייב אלימא מילתא דשטרא כמאן דא"ל אתם עדי דמי, אינו מכוון, דאתם עדי איירי בלוה ממנו ומודה שלוה ואומר אתם עדי, ואילו הכא הנידון בשלא לזה ובא להתחייב ע"י השטר, וכתבו ז"ל דלפי דמעיקרא ס"ד דפליגי ר"י ור"ל בלוה וע"ז הקשו אי דקאמר אתם עדי מ"ט דר"ל, לכך נקטו כמאן דא"ל אתם עדי, ולכאורה מוכח מדבריהם דאמר אתם עדי שלוה, בשלא לזה, אינו מתחייב מדין אודיתא, ודלא כמ"ש התו' בסוגיין דשכ"מ שהודה איירי בהודה שלוה, דאם איתא שמתחייב הרי גמ' מתפרשא כפשטה דחייב אני לך מנה בשטר אלימא כאודיתא בפני עדים שלוה, ושמא י"ל דגם אם במודה שלוה באתם עדי מתחייב מדין אודיתא גם בשלא לזה, מ"מ א"א לפרש הא דאמרינן אלימא מילתא דשטרא כמאן דא"ל אתם עדי, דהכונה על קנין אודיתא, שאין זה דבר פשוט וידוע טפי מחייב אני לך מנה בשטר, דתרוייהו מדין אודיתא אתינן עלה, ובמדה מסוימת קצת עדיפא בשטר, וכן צ"ל בריטב"א דבכתובות שם בד"ה ועוד הקשו כתב דכל

שמחייב עצמו בלשון הודאה מהניא אע"ג דידעינן דלא הוה מחייב ליה מעיקרא כדמוכח בעובדא דאיסור גיורא, ובתר הכי הביא פירוש ר"ת דבבא להתחייב ע"י השטר איירי ובשלא לזה וכתב דלפ"ז הא דאמרינן דכמאן דא"ל אתם עדי אין הדמיון טוב שהרי אין זה ענין לזה, וע"כ דכמאן דא"ל אתם עדי לא מתפרש על אודיתא, אלא כשלוח באמת ומודה בפני עדים, ולכך אין זה ענין לזה.

ברם רהיטת דברי הראשונים בכתובות שם מתפרש דבלא לזה לא מתחייב באמירת לויתא ואתם עדי, ורק בשטר הוא דס"ל לר"י דמתחייב, וכ"כ במ"מ פי"א מה' מכירה הט"ו דדעת הרמב"ן והרשב"א דבלא לזה אינו מתחייב אפילו באמירת אתם עדי, ורק בשטר לר' יוחנן, ואין שום צד שיתחייב בלא שטר, ולא הזכירו כלל סוגיא דב"ב דשכ"מ שהודה, ובכ"מ שם כתב דמקור דברי הרמב"ם מהך סוגיא, ומשמע דהחולקים מפרשי שכ"מ שהודה בדבר בעין ולא בהשתעבדות של חוב, וכמו שצדדנו לעיל לחלק בזה, ועי' בגליון הגרע"א ז"ל בחור"מ סו"ס ר"ג בשם בעה"ע דלא מהני אודיתא להקנות חוב.

ויתכן דאף אם איכא אודיתא להתחייב במנה לפלוני בידי, דהיינו דוקא בזמן שהעדים שמודה לפניהם אינם יודעים שההודאה שקר, אבל בזמן שיודעים שאינו חייב לו כלום, הרי מתפרשת ההודאה כבא להתחייב בהודאתו, ואין אדם מתחייב בדברים, ומיהו בדברים בעין משמע דאהני אודיתא דאיסור גיורא אף כשידעו העדים דהני זוי לאו דרב מרי הו, דמ"מ מהני הודאת בע"ד בזה. - הזכרנו עדים דפשטא דמילתא כמ"ש הקצה"ח סי' מ' סק"א דלא מהני אודיתא בלא עדים, וכן נקט הגרע"א בב"ק י"ב, וסברא הוא דבינו לב"ע כפטומי מילי חשיב, בפרט בזמן שיודעים שההודאה אינה אמת.

ג) כתובות ק"א ב' מאי לאו כה"ג, לפיר"ת מתפרש דרק כתב לה שקיבל לזונה ה' שנים, וכתובה זו גורמת החיוב, וש"מ כדר"י דחייב אני לך מנה בשטר מחייב, ודחינן דהחיוב חל מדרב גידל, ושטרא לראיה בעלמא, ונראה דאף למאי דקיי"ל כר"י דשטר מחייב, מ"מ כיון דקושטא הוא דפסיקה לחוד מחייבת מדרב גידל, הרי ראוי לפרש למתני' בהכי, דהא פסקה עמו קתני, ולית לן לחדש דמתני' בכתובה איירי, ומיהו ק"ק דאם איתא דמתני' חידושא אתי לאשמועינן בהא דקתני דחייב לזונה חמש שנים וכדמשמע בפרש"י, א"כ הרי לר"ל מתני' ע"כ אשמועינן לדרב גידל, וכמ"ש רש"י ק"ב א' ד"ה לא, דאי בשקנו מידו פשיטא, והו"ל לגמ' לסיועיה לדר"ג ממתני', ועי' בגיטין נ"א א' דמוקמינן למתני' בשקנו מידו, ולא פרכינן פשיטא, ושמא סיפא איצטריכא ליה דגביא ממשעבדי.

כתובות ק"ב א' א"ה בנו אמאי אינו פדוי, לפיר"ת מתפרש דבשלמא לר"י דנתחייב ע"י השטר, שפיר אמרינן דכשנותן לכהן החמש סלעים הוא לחוב שנתחייב ע"י השטר, ואכתי לא נתן לפדיון, אלא לר"ל דכל החיוב חל רק מחמת מצות הפדיון, א"כ דין הוא שכשנותן החמש סלעים יהא בנו פדוי, ומיהו לקושטא דמילתא גם לפי ר"י איכא לאקשווי אמאי אין בנו פדוי, דהא אף שהשטר מחייבו אבל פשיטא שלא נתכוין להתחייב אלא למצות פדיון, וכמו שפירשו תו' דלכך הא דעולא איצטריך גם לר' יוחנן.

בתו' כתבו דהא דאין הבן פדוי ע"י השטר ניחא כיון דאין לו על ידו אלא שעבוד בעלמא, נראה מלשונם ז"ל שלא הזכירו כלל דאין פודין בשטרות, דגם אם היה הדין דפודין בשטרות נמי לא היה מועיל שטר זה לפדיון שאינו אלא שעבוד בעלמא, וכי איצטריך קרא למעוטי שטרות היינו שטר חוב דאחרים.

וכן נראה מדברי הרשב"א קדושין ה' א' שכתב דמהא דאמרינן בסוגיין דבר תורה

בנו פדוי לכשיתן ומבואר דעד שלא יתן אין בנו פדוי, איכא למישמע דה"נ בקדושין אם נתחייב לה מנה ונתן לה שטר על זה דאינה מקודשת, ואם איתא דהכא טעמא משום שאין פודין בשטרות, היכי מוכח מזה לקדושין דאשה מתקדשת בשטר חוב דאחרים בדליכא למיחש למחילה, אלא ודאי הכא גם אם היו פודין בשטרות אין בנו פדוי בשטר זה, [ומיהו ק"ק דאם הדבר צריך ראייה, מה ראייה היא זו כשאפשר לפרש טעמא דאין בנו פדוי משום שאין פודין בשטרות].

וכן מבואר ברמב"ן קדושין ח' ב' שכתב וז"ל מ"מ דוקא במלוה דאחרים דהא נפיק שעבודא מיניה דמקדש לידה דמתקדשת אבל שעבוד ידידה כגון חייב אני לך מנה בשטר או בקנין אין אשה מתקדשת בכך דומיא דמלוה דהכא לא מטי לידה כלום והכא לא נפיק מיניה כלום דשעבודא ברשות לזה הוא וכולי ממונא גביה וכיון דאגיד ביה לאו קדושין נינהו כדפרישית כנ"ל עכ"ל, הנה ביאר ז"ל דשטר של עצמו גרע משטר חוב דאחרים ודומה למלוה ולא מטי לידה דמקבל כלום, ואף דדבריו ז"ל לענין קדושין אין לחלק בין קדושין למו"מ, והעתיק דבריו בר"ן שם, ועי' בקצה"ח סי' ק"צ סק"ו, ובמחנ"א בקנין מעות ס"ה, ועי' קדושין ט"ז א' אילימא דכתב ליה שטרא אדמיה היינו כסף וברשב"א וריטב"א שם ובמש"כ בחו"ב שם, וברשב"א ב"ב י"ג א', [ולשון הגמ' שם כופין את רבו ועושה אותו בן חורין וכותב שטר על חצי דמיו, משמע דאין כופין אותו לקבל את השטר בתורת כסף וישתחרר בזה], ובריטב"א ב"מ ע"ז א' ובכתובות צ"ב א' ובשטמ"ק שם.

הרמ"א באה"ע סכ"ט ס"ו העתיק להלכה דברי המ"מ בשם הרמב"ן והרשב"א דגם אם כתב לה שטר על מנה וקידשה בו אינה מקודשת, ובח"מ וב"ש שם נקטו דהראב"ד שהביא הר"ן בקדושין שם חולק בדין זה וכן הרא"ש, ולכאורה אין דברי הראב"ד והרא"ש אלא דבדאיכא חיוב מנה שפיר מהני המשכון, ולכן אם כתב לה שטר חוב על המנה והניח לה משכון תהא מקודשת, אבל בלא משכון י"ל דמודו לסברת הרמב"ן והרשב"א דשטר לחוד לא מהני, וניחא שהרמ"א סתם כן, ומיהו בריטב"א חולק וס"ל דאם נתחייב לה מנה בקנין שפיר מתקדשת בו אף בלא משכון, ועי' בבהגר"א שם, ול"ע בזה כעת.

בנתה"מ סי' ס"ו סק"א כתב ליישב הא דאיצטריך למעוטי שטרות בפה"ב אי מכירת שטרות דרבנן, בשכתב האב לכהן שהוא חייב לו ה' סלעים, דמבואר בגמ' דאין בנו פדוי דרק לכשיתן בנו פדוי מדאוריתא, ובכה"ג זכה הכהן בשטר מדאוריתא, והנה לפמש"כ לעיל מדברי הרמב"ן והרשב"א משמע דכה"ג אף אם לא נתמעטו שטרות לא היה בנו פדוי, כמו דלא מהני בקדושין, ודוחק לחלק בין קדושין לפה"ב.

ד) שם כתב לכהן שאני חייב לך חמש סלעים חייב ליתן לו חמש סלעים ובנו אינו פדוי כו', יש לעי' הא בלבו ובלב כל אדם שלא נתכוין להתחייב אלא בשביל פדיון בנו, וכמ"ש תוד"ה אמאי, וא"כ כיון שבנו אינו פדוי ראוי שלא יהא חייב ליתן לו, וי"ל דגם אם יקבעו חכמים שאינו חייב ליתן לו, מ"מ הרי סתמא דמילתא יתן לו ואכתי אתי למימר דפודין בשטרות, ולומר שאם כתב לכהן שיתן לו חמש סלעים הר"ז אסור לפדותו אצלו, אין הדבר הגון להפסידו, ועוד דכיון דמדאוריתא בנו פדוי לכשיתן, הרי ראוי לקיים ההתחייבות, ולכן לא מצאו חכמים תקנה אלא לקיים את התחייבותו ולחזור ולפדותו, ומ"מ ראוי לכהן להחזיר לו את הפדיון כי סו"ס לא נתכוין להתחייב ולפדות פעמיים, והיינו דמסיים התנא במתני' בבכורות נ"א א' לפיכך אם רצה הכהן ליתן לו במתנה רשאי, ור"ל שראוי לעשות כן לכתחלה, [טפי מבכל פדה"ב דעלמא כדאמרינן בגמ'], וכההיא דברכות ל"ד א' ואם הבטחתו שנושא את כפיו וחוזר לתפלתו רשאי, דר"ל שכן ראוי לו לעשות, ולפי זה היה ראוי

לפוסקים להזכיר הדבר וצ"ע.

וז"ל רש"י בבכורות שם לפיכך דאמרן חייב ליתן לו ה' סלעים אם רצה הכהן לתנם ולהחזירם לו במתנה רשאי אבל תקנתא אחריתי ליכא עכ"ל, ואפשר דכונתו כמש"פ דבאמת היה ראוי לבטל את ההתחייבות כיון שלא נתכוין להתחייב אם לא יועיל לפדיון, אבל א"א כמש"כ דאתי למימר פודין בשטרות, הלכך אמרו שרשאי להחזיר כלומר שכן ראוי לו לעשות, אבל תקנתא אחריתי ליכא.

שם דאמר עולא ד"ת פדוי לכשיתן כו', יש לעי' מתי יברך על הפדיון, שאם יתן תחלה לחובת השטר, הרי אין כאן פדיון אלא מדאוריתא ומדרכנן נשאר בחיובו, ובנתינה השניה גם לא יוכל לברך כיון שכבר נפדה מדאוריתא, ולכאורה ראוי שיתן תחלה לשם פדיון ולא לשם החוב מחמת השטר, ויועיל לפדיון גם מדאוריתא וגם מדרכנן ושפיר יוכל לברך, ואח"כ ישלם את החוב, ואף שיכול להקדים פרעון החוב ולהתנות שלא יועיל לפדיון גם לא מדאוריתא ואז יוכל לברך על הפדיון אח"כ, מ"מ טפי עדיף להקדים הפדיון שהרי בסתמא לאחר ל' איירי וכבר עומד בחיובו.

ודאתאן עלה אולי אפשר לפרש שזו כונת הבה"ג שהביא הטור יו"ד בסי' ש"ה שכתב כתב לכהן שחייב ליתן לו חמש סלעים חייב ליתן לו ה' סלעים אבל אין בנו פדוי עד שיאמר לו הילך בפדיון בני, דר"ל שכן ראוי לו לעשות לפרש שנותן לפדיון בנו ולא לתשלום החוב, שאם יתן בסתמא יתפרש לתשלום החוב ולא יהא בנו פדוי, ואמנם החוב ישאר עליו ויצטרך לשלמו, אבל עם אמירתו שנותן לפדיון בנו הרי יהא בנו פדוי, והטור נקט בכונתו שע"י נתינתו לפדיון בנו יפטר גם ממה שנתחייב, וע"ז כתב שאין כן דעת הרא"ש.

ומיהו מסתימת לשון המחבר שם בס"ד כתב לכהן שהוא חייב לו חמש סלעים לפדיון בנו חייב ליתנם לו ובנו אינו פדוי, משמע דגם אם קדם לתת לחובו יכול אח"כ לברך על הפדיון, דלשון ובנו אינו פדוי משמע דגם מדאוריתא אינו פדוי, דכיון דמדרכנן צריך לחזור ולפדותו, הרי לכתחלה אין דעתו שנתנתו תגרום פדיון. - לשון הט"ז שם סק"ג דמה"ת פדוי במה שמחייב עצמו בשטר לכהן בשביל הפדיון, ר"ל לכשיתן וכלשון הגמ', וכבר כ"כ בנתינתו מ"ס' ס"ו סק"א.

(ה) כתובות ק"ב א' אמר רבא כתנאי ערב היוצא אחר חיתום שטרות גובה מנכסים בנ"ח כו' הרי שהיה חונק כו', לפי' ר"ת והרמב"ן והרשב"א דפלוגתא דר"י ור"ל היא אם חייב אני לך מנה בשטר גורם חיוב, בזמן שהמלוה והלוה מודים שמעולם לא היה חייב לו כלום, ור' ישמעאל ס"ל דהשטר גורם חיוב, ולכך ערב היוצא אחר חיתום שטרות מתחייב מתורת שטר, ומיירי שכתב אני פב"פ ערב וחתם שמו, צריך פירוש לפ"ז מאי אהדר ליה בן ננס מחנוק, ובב"ב קע"ו א' איבעיא להו אם מודה ר' ישמעאל בחנוק, וה"ד אם איכא כתב ידו בזה, ודאי פליג גם אחנוק, ואם ליכא כת"י מהיכי תיתי יחול חיוב.

וי"ל דבב"ב שם במימרא דשמואל חזינן דאף אם ערב שלא בשעת מתן מעות לא בעי קנין, מ"מ בחנוק בעי קנין, ולפי זה יש לפרש דבן ננס אהדר ליה לר' ישמעאל דערב היוצא אחר חיתום שטרות, אפשר דהיה משום שחנק את חבירו, ואף אם בן ננס ס"ל דגם שלא בחנוק צריך קנין ולא סגי בשטר, מ"מ הקשה לר"י משום שמא חנוק היה, והשתא אפשר דטעמיה דר"י משום דלא חייש לשמא היה חנוק, או דאף בחנוק מהני שטר לחייב, והיינו דמיבעיא לן בב"ב שם בחנוק מה לי אמר ר' ישמעאל, ופשטינן דחלוק אף בחנוק דמ"מ בשטר מתחייב והלכה כמותו, וזו כונת תו' בב"ב שם דחנוק נמי איירי בשטר, והשתא שפיר אמרינן דר' יוחנן כו' ישמעאל ס"ל דשטר מחייב, דערב לאחר מתן מעות בעי קנין, וחזינן דשטר כקנין חשיב לר'.

ישמעאל.

כתובות ק"ב ב' ע"כ לא קאמר ר' ישמעאל התם אלא דשייך ליה לשעבודא דאורייתא כו', נראה דר"ל דיש שם חיוב דאורייתא והנידון אם להחיל את החיוב על הערב, וזה שפיר ס"ל לר"י דסגי בשטר, משא"כ לחדש חיוב ע"י השטר, ור' יוחנן לא ס"ל לחלק בכך וס"ל דלר' ישמעאל שפיר אפשר להתחייב ע"י שטר.

בטור חו"מ סי' קכ"ט הביא דעת הראב"ד והרמב"ן דערב לאחר חיתום שטרות משתעבד בלא קנין, והיינו משום דלא גרע מחייב אני לך מנה בשטר וכדמדמינן לה כתובות ק"ב א', וסיים דדעת הרמ"ה דבעי קנין והכי מסתברא, והנה דעת החולקים אע"ג דקיי"ל כר"י דחייב אני לך מנה בשטר משתעבד, ע"כ דס"ל דערב שאני דדמי לאסמכתא, וכמ"ש בפרישה שם, וכמו שהזכיר הר"ן סברא זו, וגרסי בשילהי ב"ב ואינך כולוהו בעו קנין וס"ל דגם ערב לאחר חיתום שטרות בכלל, וכמ"ש בבהגר"א שם סק"ט, אבל קשה לפ"ז א"כ אמאי אמרינן בסוגיין אליבא דבן ננס כו"ע לא פליגי, והיינו דע"כ ס"ל דחייב אני לך מנה בשטר לא משתעבד, כיון דס"ל דערב לאחר חיתום שטרות לא משתעבד, ומאי ראייה הלא שפיר י"ל דערב שאני משום דדמי לאסמכתא, אבל חייב אני לך מנה בשטר שפיר י"ל דגם לבן ננס מתחייב, וע"כ דסוגיין לא ס"ל לחלק בין ערב לחייב אני לך מנה בשטר, וא"כ כיון דקיי"ל כר"י בשטר, ה"ה דגם ערב לאחר חיתום שטרות לא בעי קנין, וכדעת הראב"ד והרמב"ן והרשב"א והריטב"א, ועי' ש"ך סי' קכ"ט ס"ק י"א, וצ"ע.

ו) בענין אודיתא עי' מש"כ הגרע"א ז"ל בב"ק י"ב בזה, ועי' בברכ"י חו"מ ס"מ סק"ב, והנה שורש הענין דהודאת בע"ד מחייבת את המודה, והלכך אם ראובן הודה שמעות אלו של שמעון, אע"פ ששמעון יודע שאינם שלו, רשאי לקחתם, ואף אם ראובן חוזר בו לאו כל כמיניה, כיון שהודה בפני עדים הודאה המחייבת, ואף אם נימא ששמעון עדיין לא זכה במעות ע"י הודאה זו, מ"מ רשאי לקחתם ואין ראובן יכול לעכב בעדו, וכשיקחם יזכה בהם מן התורה, [ועי' בבית מאיר ב"ק ק"ד ב' שכתב דאף אי אודיתא דרבנן, מ"מ אחר שבאו לידו זוכה בו מן התורה], וגם אם ראובן מת אין יורשיו יכולים לעכב בעד שמעון מלקחתם, והלכך גם אם ראובן גר שאין לו יורשים, נמי שמעון יכול לזכות במעות לאחר מיתתו, וכל זה מבואר בעובדא דאיסור גיורא ב"ב קמ"ט א', ומה שיש לדון הוא אם במצב זה של ההודאה כבר נחשבים המעות של שמעון, ויוכל להקדישם ולחלל עליהם מעשר שני, ולצאת באתרוג בכה"ג, גם אם לא יחשוב לזכות בו בנטילתו, וכמו שהביא הגרע"א ז"ל שם לדון בזה, ועי' בספר מרן זללה"ה לב"ק סי"ח, וממה שהקשו תו' ב"מ מ"ו א' דליקנינהו למעות באודיתא ויוכל לחלל עליהם, מבואר דס"ל דנעשה שלו ממש ע"י ההודאה, וכמ"ש הגרע"א ז"ל שם, ולשון הרשב"א קדושין כ"ו ב' הא דאמרינן אין לו תקנה עד שיקנם ע"ג קרקע ה"ה להודאה וכדאמרינן ב"ב קמ"ט א' נפק אודיתא מבי איסור אלא שאלו נכסים ידועים לו ובא לישאל באיזה קני' יכול להקנותם והודאה לא מדרך הקנאה היא, עכ"ל, משמע דס"ל דע"י אודיתא עדיין לא נעשו הנכסים של הזוכה, וכן בנמו"י ב"ב שם כתב לאו למימרא שמקנה בהודאה דהודאה לאו קנין הוא לא בבריא ולא בשכ"מ אלא ה"ק מהימנינן בהודאתו שמודה שנכסים אלו של פלוני ואם עמד אינו חוזר כו'.

ויש לפרש דהא דמהני הודאת הגר גם לאחר שמת, כדחזינן בעובדא דאיסור גיורא, אע"ג דעדיין לא זכה רב מרי במעות בחיי איסור להסוברים דאודיתא אינו עושה קנין, דכי היכי דבישראל דעלמא שפיר יש להועיל הודאתו גם כלפי יורשיו, דכיון דהם באים מכחו והוא הודה, הרי משועבדים הם להודאתו, ה"נ בגר שמת כל הבא

לזכות בנכסיו הרי הוא מתיחס לגר, והלכך הודאת הגר מחייבתו, ולהסוברים דאודיתא עושה קנין נוחא בפשיטות, וצ"ע.

(ז) בענין אי מהני אודיתא בחוב, בתו' ב"ב קמ"ח א' ד"ה שכ"מ פשוט להו דמהני, וכ"כ ברמ"ה שם, ונראה דכן הוא דעת הרמב"ם שכתב בפ"ט מה' זכייה ה"ט בדין שכ"מ שהודה, חוב שיש לי ביד פלוני אינו שלי של פלוני הוא כו' ואפילו הודה הגר לבנו כו', ומבואר דבדין אודיתא איירי ולא במתנת שכ"מ מדמהני בגר לבנו, וכמ"ש המ"מ שם גם דאם עמד אינו חוזר, וחזינן דאיכא אודיתא בחוב שיש לי ביד פלוני, [וההיא דקמ"ח א' שכ"מ שאמר הלואתי לפלוני העתיק בפ"י מה' זכייה ה"ב], ומיהו הבעל העיטור במאמר שני קנין, והובא בהגה"ה שכתשובת מיימוני למשפטים סל"א ציינו הגרע"א ז"ל בגליון השו"ע סי' ר"ג ס"ט, כתב מכח קו' תו' בההיא דקמ"ח א' דלא מהני הודאה בחוב, ובכנה"ג סו"ס ר"ג הביא כן בשם תשובות הרשב"א בשם תשו' הראב"ד, ועי' בקצה"ח סי' קצ"ד סק"ג בשם התשב"ץ ושכ"כ גם בשם הרמב"ם דלא מהני אודיתא בחוב, ולא כתב כן אלא דס"ל דלא מהני אודיתא אלא בשכיב מרע ולא בבריא, אבל בשכ"מ שפיר מהני אודיתא בחוב, ובזה כבר כתב הש"ך בסי' ס' ס"ק ל"ב דכל הפוסקים ס"ל דמהני אודיתא גם בבריא, וכמ"ש בקצה"ח שם, ובמרדכי ב"ב קמ"ט א' מסיק דמהני אודיתא בחוב, וכתב שכ"מ בספר המקח, וכ"כ במאירי שם. - מש"כ בספר קה"י למהר"י אלגזי סי' רפ"ד דהסוברים דמהני אודיתא בחוב היינו רק בשטר, תמוה דבהדיא איירו במלוה ע"פ.

ונראה דלענין הלכה ראוי למינקט דמהני אודיתא במלוה כיון שזו דעת תו' והרמב"ם והרמ"ה וכ"מ במ"מ שם, והמרדכי וכ"כ גם בדעת רב האי, וכן במאירי, ולעומתם בעה"ע וכנה"ג בשם הראב"ד והרשב"א, ולפנינו בתשו' הראב"ד שבתמים דעים סי' ס"א משמע דמהני אודיתא במלוה, ומ"מ נראה דבצוואות כשרוצים להקנות מלוה, יש לחוש שהיורשים יוכלו לומר קים לי כהחולקים, ולכן טוב לקבל קנין על התחייבות של הסכום בערך.

(ח) גיטין מ' ב' ת"ר האומר עשיתי פלוני עבדי בן חורין כו' הודאת בע"ד כמאה עדים דמי, פרש"י ויכול זה לחזור ולזכות בו אם ירצה דאמרינן טעה כסבור שקבלה זה מידו, ולא נתפרש דאם טעה ל"ל לחזור ולזכות, ואם לא טעה כיצד יכול לחזור ולזכות בבן חורין, בשלמא בשדה אפשר לומר דהודאת המקבל כמאן דיהיב רשות לנותן לחזור ולזכות בה, אבל בעבד גם אם העבד ירצה אין האדון יכול לזכות בו כעבד כנעני, אחרי שכבר נשתחרר, ונראה דמש"כ רש"י לחזור ולזכות בו אין ר"ל קנין מחודש, אלא יכול לחזור ולהשתעבד בו, ומש"כ דאמרינן טעה כסבור שקבלה זה מידו, וכ"כ תו', אפשר דהכונה דאילו אמר העבד אמנם קבלתי השטר שחרור ולא נתכוונתי לזכות בו ולהשתחרר, שפיר הוי הודאת בע"ד, ואף שהאדון יכול לשחררו בע"כ, מ"מ לא נתכוין לכך, אלא סבור שהעבד יזכה בשטר ע"מ להשתחרר, ואילו ידע שאין העבד חפץ להשתחרר בקבלת השטר שחרור לא היה מכוין לשחררו, והלכך כשהעבד אומר לא כתב לי ולא נתן לי, הר"ז כאומר שלא קיבלו ע"מ להשתחרר, ולכן אף שהאדון יודע שהאמת שהעבד קיבל ממנו את השטר, מ"מ יכול לחזור ולהשתעבד בו, וכן בשדה נמי המקבל שאומר לא כתב ונתן לי הר"ז כאומר לא נתכוונתי לזכות בקבלת השטר, ולפי זה הא דדיינינן הודאת בע"ד על העבד ועל המקבל ולא על האדון והנותן, דבנתינתם לא שייך כונה אחרת אלא לשחרר ולתת, משא"כ בעבד ובמקבל דשפיר שייך לומר שקיבלו שלא ע"מ להשתחרר ולזכות, והודאה זו אינה סותרת הודאת האדון והנותן.

ולהאמור שפיר מתפרשא סוגיין כשהאדון והנותן עומדים בהודאתן, ומ"מ דיינינן

הודאת בע"ד על העבד והמקבל, ומפרשים שאין הודאתן סותרת להודאת האדון והנותן, דאף שבלשונם כופרים עיקר קבלת השטר, מ"מ בהודאתן סגי כשלא נתכוונו להשתחרר ולזכות, ובזה אין סתירה להודאת האדון והנותן.

אבל הטור ביו"ד סי' רס"ז בשם הרמ"ה כתב לפרש דהנידון בזמן שהאדון והעבד חזרו בהן מדבריהם, והאדון אומר שלא שחרר והעבד אומר שקיבל ונשתחרר, דבעומדין בהודאתן מאן תבע למי, וכבר כתב הב"י שם דגם בעומדים בהודאתם, איצטריך לאשמועין אם דינו כעבד או כבן חורין לגבי איסורים, גם י"ל דנפ"מ כשהאדון מת, [ולא הספיק להשיב לטענת העבד שלא נשתחרר], דזוכין יורשיו בעבד דתלינן שטעה בהודאתו, וכמ"ש הרא"ש והר"ן דשייך בו טפי טעות מבעבד, [אם משום שחשב לשחררו, אם משום דשמא שלח לו שחרורו ע"י אחר, ע"י בדבריהם], ובעודו קיים ועומד בהודאתו גם אחר הודאת העבד, והוא אומר שלא טעה, לכאורה בזה לא גריעא הודאתו מהודאת העבד, ומיהו י"ל דגם בדאיכא הודאה כנגד הודאה מוקמינן לעבד בחזקתו ביד האדון, וכמו שהזכיר טעם זה הרשב"א בשם הראב"ד, וכן במלחמות ר"פ הפרה, ולכך אמרו הודאת בע"ד כמאה עדים דמי רק על הודאת העבד.

ובחו"מ סי' רמ"ה גבי נתתי שדה זו לפלוני בידו והוא אומר לא קבלתי, סתם הטור דהו"ל של הנותן, ולא הזכיר דאיירי כשחוזרים בהם מהודאתם, והוא משום דבשדה שפיר יכול הנותן לחזור ולזכות בה ולאכול פירותיה גם כשהאמת אתו שנתנה לו, דבמה שכופר בקבלתה הר"ז כנותן רשות לנותן לחזור ולזכות בה, משא"כ בעבד דמשנעשה בן חורין אין האדון יכול להשתעבד בו כעבד כנעני אף ברצון העבד, ומיהו סתימת הדברים דהוי של הנותן, מתפרש דגם אם לא חזר וזכה בה, הרי היא שלו.

תוכן הדברים דבגמ' אמרו הודאת בע"ד כמאה עדים דמי על הודאת העבד והמקבל, ולא אמרו כן על הודאת האדון והנותן, וכתבו רש"י ותו' דהנותן טעה כסבור שקבלה זה מידו ולא קיבל, ועדיין צריך טעם למה תלינן הטעות בנותן יותר מבמקבל, וברא"ש כתב משום דשמא צוה לאחר ליתן והוא לא נתן, ובר"ן כתב משום דנתן דעתו לשחררו הלכך סבר ששחררו, וטעמים אלו יכולים לשמש אם האדון והנותן מתו וא"א לברר אם טעו או לא, הלכך אמרינן מסתמא טעו כדי לקיים הודאת העבד והמקבל, אבל הרי בסתמא הם קמן וראוי לשאלם אם יש להם מקום לטעות, וסתמא דמילתא יעמדו בהודאתם שלא טעו, ופשטא משמע דאף בכה"ג דיינינן הודאת בע"ד על העבד ועל המקבל ולא על האדון והנותן, והרשב"א בשם הראב"ד כתב וכ"כ במלחמות ר"פ הפרה דכיון דהוי הודאה כנגד הודאה מוקמינן לעבד ולשדה בחזקתם דמעיקרא, ואכתי קשה בזמן שהאדון יודע שהעבד בן חורין איך מורינן ליה להשתעבד בו, ומה בכך שהעבד אומר שהוא עבדו, אטו אמירת שקר גורמת התחייבות או קנין, [ועי' יש"ש שכתב דיכול להשתעבד בו מחמת הודאתו, והדברים צ"ע], גם מדין אודיתא, לא מצאנו בעבד שיש בו גם קנין איסור, שיועיל ענין אודיתא, גם אמירת לא קבלתי שטר שחרור צ"ע אם הוא לשון אודיתא, וגם בדאיכא אודיתא כנגד אודיתא י"ל דלא מהני, והטור בשם הרמ"ה כתב דאיירי ששניהם חזרו בהם מהודאתם, ואם אומרים שטעו בהודאתם ניחא שפיר דכאדון ובנותן שכיח טפי לטעות, אבל בפשוטו אם העבד חוזר בו מהודאתו אין לו טעות לתלות בו, וא"כ מודה ששיקר, ואם דכוותה יש לפרש באדון ובנותן, הרי הדבר דחוק לאוקמי בכה"ג, ולעיל כתבנו לפרש דהודאת העבד שלא קיבל יש בכללה שגם אם קיבל לא קיבל ע"מ להשתחרר בקבלתו, (וכעין האומר לא לויתי כאומר לא

פרעתי), ולפי זה אפשר שהאדון נשאר בהודאתו, אלא דמ"מ ע"י הודאת העבד נשאר העבד ברשותו, דאף שקיבל השטר שחרור מן האדון מ"מ לא נשתחרר בו כמש"כ לעיל, וצ"ע. - בשדה ניחא שפיר דגם אם הודאת הנותן אמיתית והמקבל נתכוין לזכות, מ"מ אמירת המקבל שלא קיבל, שפיר נותנת זכות לבעלים, עכ"פ שיוכל לזכות בשדה מכאן ולהבא, ומ"מ משמע דהנותן אוכל הפירות שגדלו גם עד שלא חזר לזכות בשדה.

גיטין שם מי אוכל פירות כו', לשון זה מתפרש שפיר אם הודאת בע"ד כמאה עדים דמי דקתני בברייתא קאי גם אנותן וגם אמקבל, [עי' ב"י יו"ד סי' רס"ז שפירש כן בדעת הרמ"ה שם], דלפ"ז לא נתפרש בברייתא דין השדה והפירות, ושפיר בעינן לפרושי מי אוכל פירות, ולפי זה יתפרש דבאמת יש כאן הודאה כנגד הודאה, ומה שהנותן אוכל פירות הוא משום חזקת מרא קמא, [עי' מלחמות ר"פ הפרה, דמשמע דמפרש כן, ועי' ברשב"א כאן בשם הראב"ד], ובברייתא באמת לא נתפרש דין הפירות בהדיא, אלא שהוא מובן דבהודאה כנגד הודאה אית לן למימר דארעא היכא דקיימא תיקום, וכיון דברייתא מתפרשא דשתי ההודאות חשיבי הודאות, הר"ז כאילו נתפרש דמוקמינן לארעא בחזקתה, ונותן אוכל פירות.

וברשב"א הביא בשם תו' לפרש דשאלת מי אוכל פירות היא שאלה על מי נשנה בברייתא הודאת בע"ד כמאה עדים דמי אם על הנותן או על המקבל, והרשב"א הרחיק פירוש זה דלפ"ז איבעיא למימר מי הבעל דין, ועי"ש עוד, אבל בתו' לפנינו פירשו דפשיטא לגמ' דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי דקתני בברייתא דקאי על המקבל, ומה שאמרו מי אוכל פירות לאו שאלה היא, אלא פירושא קמפרש מי אוכל פירות, הנותן, דהודאת בע"ד דברייתא על המקבל קאי, ומשום דהודאת הנותן איכא למימר דבטעות הוואי.

שם ורבה אמר משלשין את הפירות ולא פליגי הא באבא הא בברא, לכאורה בברא דהודאת המקבל בספק, [עי' בתו' הרא"ש ובטור סי' רמ"ה בטענת הברא ומקום הספק], היה ראוי לקיים הודאת הנותן, ושיאכל המקבל את הפירות, ולפי' תו' דלעולם הודאת הנותן מסופקת קצת דאפשר דטעה, י"ל דאכתי הו"ל הודאת הנותן והמקבל כי הדדי, אבל לפי מה דמשמע ברמב"ן דבעלמא הודאת הנותן והמקבל שוות, ורק משום חזקת מרא קמא הרי הפירות של הנותן, א"כ הכא בברא דהודאת המקבל בספק הו"ל למיזל בתר הודאת הנותן, וי"ל דמ"מ חזקת הנותן אלימא, וכיון דיש כאן ספק הודאה מצד המקבל, ויותר מספק, שפיר משלשין את הפירות.

יש לדקדק מה ראו להביא בכאן נידון הודאת הבן המסופקת, בזמן דאין בברייתא רמז לזה, ונראה דבעלמא הודאת הבן כה"ג שפיר חשיבא הודאה, דשפיר יש כאן הודאת בעל דין, ואיצטריך לאשמועין הכא שיש כאן הודאה כנגד הודאה, שהדבר שקול ביותר, וכל שיש פקפוק קל בהודאת המקבל, בטלה חזקת הנותן ומשלשין את הפירות.

כל הראשונים פירשו הא באבא הא בברא, דבאבא הנותן אוכל פירות דהודאת המקבל שלא קיבלה כמאה עדים דמי, אבל בברא הודאת המקבל קלישא ולכך משלשין, אבל הריטב"א בשם הרא"ה בשם אהיו הר"פ ז"ל פירש איפכא דבאבא משלשין ובברא הנותן אוכל פירות דמעמידין השדה בחזקתה, ואין הדברים ברורים למה באבא לא מוקמינן לשדה בחזקתה, וקצת משמע דהוא כדי שישתנו ביניהם.

ואפשר דהודאה כנגד הודאה כיון דהודאה כמאה עדים דמי, הר"ז כתרי ותרי למ"ד ספיקא דאורייתא דלא מוקמינן אחזקה, אבל כשהנידון בברא איקלישא להו הודאתן והלכך מוקמינן אחזקה, ועי' בקצה"ח ספ"ח סק"ט.

ועי' ברשב"א שהקשה דמאי אמרין מי אוכל פירות הרי פשיטא כיון דאיכא הודאה כנגד הודאה דמוקמינן לשדה בחזקת בעלים הראשונים, משמע דפשיטא ליה דלא חשיב כתרי ותרי למ"ד ספיקא דאוריתא, וי"ל דהא דבתרי ותרי למ"ד ספיקא דאוריתא לא מוקמינן אחזקה, הוא משום דעדות העדים אלים מכל בירורים שהם, והרי הם משמשים כעדים גם נגד החזקה, וזה לא שייך בהודאת בע"ד דלא חשיב בירור במציאות, אלא שכן יש לנהוג, דאדם נאמן לחוב לעצמו, והלכך שפיר אית לן לאוקמי אחזקה.

קמ"ט א' אי במעמד שלשתן אי שלח לי לא אזילנא, כתב הרא"ש בגיטין י"ג בשם הרמב"ן שאם שלח הנותן שליח ואמר ללוה או לנפקד שיתן לפלוני במעמד שלשתן לא מהני דהלכתא בלא טעמא הוא והבו דלא לוסף עלה, וראיה מאיסור גיורא, וסיים הרא"ש דנראה דבמעמד שליח המקבל דקנה דלענין הפקעת הממון מן הנותן הבו דלא לוסף עלה אבל לענין זכיית המקבל שלוחו כמותו, וצ"ע דבפשוטו כונת הרמב"ן דהקנין המחודש של מעמד שלשתן לא מצאנו אלא כשהבעלי דברים עצמם שלשתם עומדים ביחד, ואין לנו לחדש שיועיל גם בלא אחד מן הבעלי דברים, ולפי זה אין חילוק בין שליח הנותן לשליח המקבל, ועוד דמה זוכה שליח המקבל שיוכל להעביר למקבל, וכבר הקשה כן בבעה"ת שער כ"ח ח"ד, והביא כן גם בשם ה"ר אפרים, ואף לפמש"פ הרי"ף ההיא דב"ק ל"ו ב' דרב יוסף קאמר התם דזכה לעניים בכח מעמד שלשתן, יש לחלק דיד עניים עדיף משליח דעניים, שהוא כבעלים דמי, [וכמו אפוטרופס דמהני בתופס לבע"ח אע"ג דשליח לא מהני עי' חו"מ סי' ק"ה ס"א], וכמש"כ בגדו"ת שם וכן בבהגר"א סי' קכ"ו ס"ק נ"ה, והרי אינו זוכה לעניים מסוימים, ויכול לתת לעניים שנולדים אח"כ, הלכך ידו כיד בעלים, והטור שם כתב דאפילו לדברי הרא"ש אין מועיל אלא כשקדם המקבל ומינה שליח קודם מעמד שלשתן, אבל כשלא מינה שליח א"א לזכות ע"י אדם מן השוק מדין זכין, שאינו יכול לזכות כשלא בא לידו כלום, [ועי' בזה בריטב"א קדושין כ"ז, ציין לדבריו הגרע"א ז"ל בחו"מ שם ועי' להלן], וצ"ע מה עדיף שליח שמינה משליח מדין זכין, תרוייהו תורת שליחות עליהם, וגם כשמינהו שליח אין לו במה לזכות, ומלשון הטור שכתב אפילו לדברי הרא"ש משמע דלא פסיקא ליה דינא דהרא"ש כ"כ, וכן רמז לזה הש"ך, והמהרש"ל ביש"ש חלק על דברי הרא"ש דאין לחלק בין שליח מדין זכין דפשיטא דלא מהני, להיכא דעשה שליח, וכתב דסתימת הפוסקים שכתבו דע"י שליח ליתא למעמד שלשתן מתפרש גם בשליח של המקבל, והביאו הגר"א, ומ"מ ביש"ש ב"ק קיים דיניה דהרי"ף דהתם מדין מעמד שלשתן אתינן עלה, וע"כ דמחלק כמש"כ דיד עניים כעניים גופייהו דמי ולא כשליח. (גיטין י"ג י"ד ועי"ש).

ק"נ א' תוד"ה עבדא אבל במילתא דאוריתא פשיטא דאיתקוש לקרקעות, צ"ע דבב"מ ק' ב' משמע דר"מ מחייב בהו שבועה מדאוריתא, וכדקאמר שכל הנשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין, אלמא דלא חשיב להו כקרקע, דהא מודה הכא ובמתניתין דשבועות מ"ב דאין נשבעין על הקרקעות, ושמא י"ל דלדעת תו' בב"ק ס"ג א' ובשבועות מ"ב וכן בחד תירוצא בשבועות ד' ב' דמיעוטא דב"ק שם הוא אף לענין שבועה, ונמצא דלאו מכלל ופרט דבעי דבר המטלטל ממעטין להו, אלא דאיכא מיעוט מיוחד, דלפ"ז לא ממעטינן קרקע משום תורת קרקע, אלא ממעטינן להו משום דלא נידי, ולכך ליכא למעט עבדים אף דהוקשו לקרקעות, וצ"ע. (שבועות מ"ב).

קנ"א א' והא לא משך, יש לפרש דר"ל והא לא עשה פעולת קנין, ולפי שסתם קנין משיכה נקט לשון והא לא משך, אבל באמת בעי הגבהה, ודוחק לאוקמי במלוגא

גדולה שאין דרכה בהגבהה, וכל מה שהזכירו כאן שצריך משיכה עם המסירה צריך לפרש בשק גדול וכמש"כ תו' לעיל ע"ו א' ד"ה ר"נ, ועי' רא"ש שם. (ע"ו א' סק"ז). קנ"א ב' תוד"ה תנו דהא דאמרינן בפ"ק דגיטין כל האומר תנו כזכי כו', א"ה, ראיתי להעתיק מש"כ בזה בחו"ב גיטין. גיטין י"ג א' מתני' האומר תנו גט זה לאשתי כו', לגירסא תנו ודאי מתפרש שאינו מוסר הגט מיד ליד לשליח, דהא אומר לכמה אנשים תנו, ואי מוסר מיד ליד אינו מוסר אלא לאחד, אלא ודאי הגט מונח במקום מסויים והוא אומר לכל ב"ב שיתנו ונעשו כולם שלוחים, ובתו' כתבו דכשאינו מוסר מיד ליד לא אמרינן תן כזכי, ולכאורה אף אם יאמר מפורש תן כזכי לא מהני אפי' נטלוהו מחיים, דהו"ל טלי גיטך מע"ג קרקע, וע"כ נעשה שליח להולכה, דודאי אין הבעל מקפיד שיהא דוקא שליח לקבלה, ואף דתנו כזכי, מ"מ דעתו שאם א"א בתורת שליח לקבלה שיהא שליח להולכה, (ושמא מש"כ תו' דכשאינו מוסר מיד ליד לא אמרינן תן כזכי, אהני לזה גם האי טעמא דהו"ל טלי גיטך מע"ג קרקע), ואין להקשות דאם כן אמאי לא אוקמוה בגמ' למתני' בבריא ונטלו מחיים ובגט אשה ושטר שחרור לא מהני משום דהו"ל טלי גיטך מע"ג קרקע ובממון אהני משום דתן כזכי, דמתני' מתפרשא שלא נטלוהו מחיים, ולא יתנו לאחר מיתה ר"ל שלא יטלו ויתנו, שו"ר בספר מרן זללה"ה אה"ע סי' קמ"ז ס"ק י"ז שכבר דן בדברי התו' בזה, וכן ברש"ש גיטין י"א ב'.

ואפשר דמש"כ תו' דבאינו מוסר מיד ליד לא אמרינן תן כזכי, הוא משום דקשיא להו אמאי לא אוקמוה בגמ' למתני' בנטלו מחיים ולא הספיקו למסור עד שמת, והלכך בממון זכה המקבל מכח תן כזכי, ובגט אשה ושטר שחרור פסול משום טלי גיטך מע"ג קרקע, וע"כ דגם בממון כה"ג לא זכה המקבל משום דלא אמרינן תן כזכי כשאינו מוסר מיד ליד, ולפי זה אין ראוי מדברי התו' להכשיר טלי גיטך מע"ג קרקע בשטר שחרור, ובפשוטו יש לפסול וכמ"ש מרן זללה"ה שם שכן מפורש בריטב"א קדושין כ"ג, אח"כ ראיתי בחדושי הגרע"א ז"ל בכ"ז, ובקצה"ח סי' קכ"ה. (גיטין י"ג).

קנ"ג א' מתני' לא כתב בה שכיב מרע כו', יש לעי' בשמא ושמא מאי, ולר"מ מסתברא דה"ה, כיון דטעמא משום דשכיב מרע חידוש הוא, דסתם אנשים בריאים וכדאמר קדושין ע"ט ב', וכן לחכמים אי ראייה בעדים קאמרי נמי גם בשמא ושמא ראוי לומר המוציא מחבירו עליו הראיה, אבל אי ראייה בקיום השטר, י"ל דרק בטוען שכיב מרע הייתי מהימנין ליה במגו דמזוייף, ולא בטענת שמא, ומיהו סתם טענת שמא היא ביתמי או שלא בפניו, ובכה"ג טענינן מזוייף.

וכן נראה דר"מ אף כשהוא עכשיו שכיב מרע קאמר דעליו להביא ראיה ששכיב מרע היה, דאל"כ היה ראוי לפרש, אח"כ ראיתי שכבר כ"כ בעליות הר"י והביאו הרשב"א, והא דאמרינן לקמן קנ"ד א' דר"מ כר"נ היינו לאפוקי מר' יעקב, אבל לא ס"ל לגמרי כר"נ, ומיהו למ"ד דחכמים ראייה בקיום השטר קאמרי, ומשום דאינהו נמי כר"נ ס"ל, לא מסתבר לחדש דאינהו נמי פליגי עליה ואף בשכיב מרע עכשו אינו נאמן לומר שהיה שכיב מרע, ועדיף לומר דבבריא עכשיו איירי.

שם וחכ"א המוציא מחבירו עליו הראיה, למ"ד ראייה בקיום השטר נראה דלישנא דהמוציא מחבירו עליו הראיה קשיא ליה, דהיה ראוי לומר וחכ"א עליהן להביא ראיה שבריא היה, ומ"ד ראייה בעדים ס"ל דלכך נקטו לשון זה לומר דהיינו טעמייהו משום דהנותן חשיב מוחזק.

סתם שטר יש בו זמן והנידון אם באותו זמן שבשטר היה בריא או שכיב מרע, אבל מהא דמדמינן בקעה לפלוגתא דר"י ור"נ, משמע דגם בידוע שהיה בריא ושהיה

שכיב מרע ואין זמן בשטר והנידון מתי נכתב, נמי היינו פלוגתתן, ועי' בזה בספר מרן זללה"ה אה"ע ס"פ סק"א.

קנ"ג ב' אמר רבה הרי מת והרי קברו מוכיח עליו, אפשר דאם שהה הרבה זמן בין כתיבת השטר למיתתו, דבזה לא אמר רבה דקברו מוכיח עליו, ואביי גם בזמן מועט פריך.

שם רנ"א אם בריא הוא עליו להביא ראיה כו', למאי דמסיק רבא בבקעה לפי' תו' דאם הספק על אשתקד הרי גם אם בא השתא בימות החמה מטמאינן ליה כיון דעברו ימות הגשמים מזמן הספק, א"כ הדבר תלוי בזמן הידוע לנו בסמוך לספיקו, ודכוותה הכא אם זמן השטר בתשרי והרי הוא שכיב מרע בניסן וידענו שבשבת היה בריא, הרי דינו כהיה בריא, אף שעכשיו כשאנו דנין הוא שכיב מרע, וכן איפכא אם עכשיו הוא בריא ובידוע שבשבת היה שכיב מרע דינו כשכיב מרע [וכשלא ידוע מה היה בין תשרי לשבת].

למאי דאמרינן קדושין ע"ט ב' דהא דאם בריא היה עליו להביא ראיה ששכיב מרע היה הוא משום דכו"ע בחזקת בריאים ומאן דמפיק נפשיה מחזקה זו עליו הראיה, א"כ אין כאן ענין דחזקה דהשתא, אלא דכל שטר בחזקתו, והבא לומר דשכיב מרע היה הר"ז כאומר תנאי היה בשטר דלאו כל כמיניה, ולפי זה הא דאם שכיב מרע היה עליהם להביא ראיה יש לפרש משום המוציא מחבירו עליו הראיה וכמ"ש בתוד"ה ר"נ, ולא משום חזקה דהשתא. - א"ה, עי' מש"כ בחו"ב כתובות ע"ה ב' בסברת כאן נמצא כאן היה.

קנ"ד א' ראיה במאי כו', לכאורה אין כאן נידונים בסברא, דהא אשכחן פלוגתא דר' יעקב ור"נ, וגם אשכחן פלוגתא במודה בשטר שכתבו, והנידון אם ר"מ וחכמים פליגי בפלוגתא דר"י ור"נ, או בפלוגתא דמודה בשטר שכתבו דכבר איפלגו בה, ותרוייהו כר"נ, ולפי זה ק"ק הא דפריך ליה אביי לרבה מ"ט אי נימא מדכולהו כתיב בהו כד הוה מהלך על רגלוהי כו', דליקשי לנפשיה לר' יעקב, ושמא אה"נ וטעמיה דר"י בעי מיניה.

שם איתיביה ר"י לרשב"ל מעשה בבני ברק כו', לכאורה הו"מ לשנויי דר"ע כר' יעקב ס"ל, אח"כ ראיתי שכבר העיר בזה ברמב"ן עי"ש, ול"ע כעת.

קנ"ד ב' תוד"ה זווי אבל יורשים אינם רשאים לנוולו בשביל הירושה כו', לפ"ז י"ל דאף אי לקוחות קמערערי נמי חייבין היורשים להחזיר להם מעותיהם או את הנכסים כדי למנוע ניוולו, דמה לי אם הם באים להוציא או שבאים להוציא מהם, וגמ' רק דייקא דלקוחות לא הו"ל למישתק, ואפשר נמי דהיינו דקאמר להו חדא דאי אתם רשאים לנוולו ועוד וכ"ת זווי שקל לינוול ולינוול כו' ולכאורה אם רשאים לנוולו מאי האי דקאמר להו אי אתם רשאים לנוולו, ולמש"כ י"ל דה"ק חדא דאי אתם רשאים לנוולו, היינו דזה בכל גווני אין רשאים, וכ"ת אנן לא איכפת לן דזווי שקל ולינוול, וממילא יש לחייב את היורשים דליהדרו, סימנין עשוין להשתנות כו', ועי' חו"מ סי' ק"ז ס"ב ואה"ע סי' קי"ח סי"ח.

קנ"ו ב' כיוצא בו זכין לקטן ואין זכין לגדול, א"ה, עי' מש"כ בחו"ב קדושין מ"ב א' בהא דדרשין התם זכייה מקרא דונשיא אחד, ואילו הכא פליגי תנאי אי זכין לקטן או לגדול, ולא הביאו בגמ' כלל האי מימרא דרבר"ה אר"ג א"ר דזכין לקטן מהאי קרא, וגם לשון הגמ' כאן משמע קצת דמדרבנן הוא, וגם אי מדאורייתא אין סברא שיזכו לקטן ולא לגדול.

והנה מאן דסבר לקטן ולא לגדול סבר דליכא כלל דין זכין לאדם שלא בפניו, ובקטנים הוא דתיקון רבנן משום שאין להם יד לזכות בעצמן, [ואפשר דאף בקטן

שיש לו זכייה לעצמו מיהא מדרבנן מ"מ זכין לו דמשמע דבכל קטן קאמר עד שנעשה גדול, ומשום דלא פלוג בקטנים, שו"ר בגיטין ס"ה א' בתוד"ה צרור עי"ש, [ומתני' דמי שליקט את הפאה דמייתי לה בב"מ ט' ב' דקתני ר' אליעזר אומר זכה לו, ע"כ כר"מ איתנייא דסבר ר"א זכין לגדול, א"נ אולי בליקט לצורך עני קטן, (א"נ אולי מציאה עדיף דאי בעי זכי לנפשיה וה"נ בפאה אי בעי מפקר כו', אבל ל"מ כן דבכל דוכתא אדרבה דעת אחרת מקנה עדיף טפי)], ומ"ד לקטן אמרו כש"כ לגדול משמע לכאורה דר"ל שתיקנו בין לקטנים בין לגדולים דהכי מתפרש לשון אמרו, וכן מדאמר ק"ו משמע דחד טעמא בהו, אבל תימא דמשמע דזכין לאדם שלא בפניו הוא מדאורייתא דהא מהני בגט ובתרומה ובגר, ולדעת הרשב"א דלקטן נמי זכין מן התורה יש לפרש דה"ק לקטן אמרו דמהני מן הדין כש"כ לגדול, אבל אי לקטן אין זכין אלא מדרבנן וכמו שצידד הרמב"ן קשה מאי קאמר לקטן אמרו כש"כ לגדול הא לאו חד טעמא בהו, וי"ל דה"ק לקטן תיקנו כש"כ דבגדול איתא ענין זה מן הדין דאל"ה לא היו מחדשין אותו בקטן, ומ"ד לגדול אבל לא לקטן, מתפרש בפשוטו כמש"כ תו' שם דסבר זכייה מטעם שליחות ולא תיקנו בקטנים כלל, ומ"ד לגדול כש"כ לקטן, אי מן הדין קאמר וכדעת הרשב"א צריך לפרש דק"ו דקאמר אינו אלא לומר דכש"כ שהיה ראוי שהתורה תתקן זכייה לקטנים שאין להם יד, אבל עיקר טעמיה לאו דיליף קטנים מגדולים דודאי ליכא למילף, אלא אשכח שום ילפותא אף לקטנים או שקיבל כן, ותו קאמר דכש"כ הוא לפי שראוי לתקן זכייה לקטנים שאין להם יד לזכות בעצמם, ואי זכייה לקטן מדרבנן צריך לפרש לגדולים אמרו דזכין מן הדין כש"כ שהיה ראוי לחכמים לתקן זכייה לקטנים. (ב"מ י"ב ב' סק"ב מתוה"ד).

קנ"ז א' בעי שמואל דאיכני וקנה מהו כו', לכאורה ענין שעבודא דאורייתא או דרבנן היה נראה לפרש דעיקרו דחוב גורר אחריו שעבוד נכסים, ולפי זה אין יותר ענין ברגע של ההלואה מבכל משך זמן החוב, [וכעת ראיתי שכ"כ בתומים סי' ק"ד סק"ז ועי"ש בקצה"ח שהשיג עליו דפה"ב שאני], וכן מזיק מתחייב משעת ההיזק ונכסיו משתעבדים, אף שאין כאן נתינת מעות, דענין החוב הוא המשעבד, אבל מסוגיין מבואר שאין הדבר כן, דלפ"ז אף בלא כתב דאיכני ראוי להשתעבד מה שקנה, כיון שבשעה שקנה חיובו בעינו עומד, ואף כשמכר ראוי לגבות דהא מלוה בשטר היא ואית ליה קלא, ולכן צ"ל דענין שעבודא הוא שראוי ללוה שישעבד נכסיו כשלוה, והנהגה זו הראויה היא שנקבעה בהלכה אם מדאורייתא למ"ד שעבודא דאורייתא אם מדרבנן למ"ד שעבודא דרבנן, ולכך דאקני כיון שאין חובת הלוה לשעבד דאקני, [וגם אינו יכול לשעבד דבר שלא בא לעולם ואף לר"מ כיון דלא עבידי דאתי], אינה בכלל שעבודא, וקמיבעיא לן אם מ"מ אפשר לשעבד דאקני, כלומר דיש אפשרות לקבוע שעצם החוב ישעבד נכסיו, ולא דוקא שעת ההלואה, והיינו טעמא דיועיל אף שהוא דבר שלא בא לעולם, שעצם החוב משעבד כשבא לעולם, ולכך מועיל אף בדלא עבידי דאתי לר"מ וכמש"כ תו', [וכן מועיל אף לנכסים שנפלו כשהוא גוסס, וכמ"ש להלן], ומ"מ לר"מ פשיטא לן ולרבנן מיבעיא לן, דכיון דלא אשכחן כלל לרבנן קנין בדבר שלא בא לעולם שמא אף בשעבוד לא חידשו ענין זה, משא"כ לר"מ מסתבר שתיקנו בשעבוד שיועיל אף בדבר שלא בא לעולם, כיון דבעלמא אשכחן קנין בדבר שלא בא לעולם.

ויש לעי' אי דאקני מהני לנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס, מי אמרינן לא עדיפא מדבר שלא בא לעולם לר"מ דלא מהני בנפלו לו כשהוא גוסס כדאמר לעיל קכ"ז ב', או"ד שעבוד עדיפא, תדע דהא מהני אף לרבנן, ואף בלא עבידי דאתו כמ"ש תו', ואנהירינהו לעיינין מהא דמוקמינן למתני' דנפל הבית עליו ועל אביו לשמואל

בדכתב דאיקני וכו' מ, והא התם אפילו האב מת ראשון מ"מ סתמא דמילתא היה הבן גוסס בשעת מיתת האב שהרי בנפילת הבית נהרגו שניהם והנידון הוא רק מי מהם ארכה מיתתו יותר, וא"כ אף לר"מ הא אינו מקנה כה"ג, אלא ודאי שעבוד שאני ומהני אף לנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס, וא"כ ה"ה לרבנן למאי דקיי"ל דמהני דאיקני, דלא אוקמוה בגמ' כר"מ אלא כי היכי דלא ליפשוט בעיין דמהני דאיקני לרבנן, ואף דמשכחת לה שזה ימות וזה עדיין אינו גוסס, מ"מ לא מסתבר שנחוש לכך להוציא ממון מן היורשים, כיון שהדבר רחוק, ולמש"כ הרשב"ם ושאר ראשונים קדושים ע"ח בטעם דגוסס לפי שאין לו כח להקנות, אפשר דאף באינו גוסס אלא שנפלה עליו מפולת ועומד למות נמי דינו כגוסס לענין זה.

ומיהו במה שאירש מאבא היום דקיי"ל דמהני מכירה משום כבוד אביו כדאמר ב"מ ט"ז א' נראה דאם נפלו לו כשהוא גוסס דבטלה מכירה דלא תיקנו טפי מבדבר שלא בא לעולם לר"מ, והרי לר"מ לא תיקנו כלום ולית לן לחדש דלרבנן תיקנו שתועיל מכירה טפי מלר"מ, ולפי זה אף אי מפרשינן הא דמכר הבן בחיי האב לקמן קנ"ט א' בהיה אביו גוסס עי' טור סי' רי"א מ"מ אכתי איתא לקו' תו' שם דלא בעי לטעמא דמכח אביו דאבא קאתינא, דבלא"ה כיון דמת הבן בחיי האב ממילא בטלה המכירה וע"כ כתירוץ, שו"ר בשטמ"ק קנ"ט א' בשם הרא"ש לא כ"כ, וצ"ע.

ואף לדעת ר"ת דבשדה זו שאירש מאבא מכור לך מהני אף לרבנן דר"מ וכמ"ש תו' כתובות צ"א ב' נמי נראה דמ"מ אם היה גוסס בשעת מיתת אביו דלא קנה לוקח דג"ז לא עדיפא מדבר שלא בא לעולם לר"מ, ואע"ג דר"ת הוכיח כן ליישב ההיא דב"ב קנ"ט א', היינו דלא תיקשי דאף בלא מת הבן בחיי האב ליכא מכירה, אבל אין בזה כדי ליישב למה איצטריך לטעמא דמכח אביו דאבא קאתינא, ובזה ע"כ ליישב כתירוץ ריב"ם שבתו' שם, שו"ר שכ"ה בשטמ"ק קנ"ט א' בשם הרא"ש.

ויש עוד ראיה דדאיקני מהני אף לנכסים שנפלו לו בשעה שאינו יכול להקנות ממש"כ הב"י סי' ק"ז מחו' ג' בשם בעה"ת בשם הרא"ש מלוניל דאם כתב דאיקני ומת בחיי מורישו ואח"כ מת מורישו דהבעל חוב גובה מיורשיו, [דלא מצו למימר מכח אביו דאבא קאתינא דלא קיי"ל כן], הנה מבואר דדאיקני מהני אפילו לנכסים שנפלו לו לאחר מיתה, וכן מבואר בגמ' לדעת החולקים שהביא הבעה"ת הובא בב"י סי' קי"א מחו' ט"ו דבלא כתב דאיקני וקנה והוריש אינו גובה מהיורשים, ובמל"מ פכ"א ממלוה הביא כן בשם הריב"ש בשם הרמב"ן, [וצ"ל דס"ל דהא דאמר קנ"ז א' מצוה כו' לא קאי במסקנא, דלא אמרו אלא דלא תיפשוט בעיא דדאיקני, אבל למאי דקיי"ל דדאיקני מהני מוקמינן למתני' בדאיקני], וא"כ ע"כ הא דפריך קנ"ט ב' דאפילו מת הבן בחיי האב ליגבי היינו בדכתב דאיקני ומבואר דמהני דאיקני אף בנכסים שנפלו לו לאחר מיתה, [ואם באנו לפרש סוגיא זו אף אליבא דרב ושמאל דאמרי מלוה ע"פ אינה גובה מן היורשים א"כ ע"כ לפרש בדכתב דאיקני כדאמר קנ"ז א', אלא דבפשוטו י"ל דסוגיא דמכר הבן בחיי האב אזלא למאי דקיי"ל מלוה על פה גובה מן היורשים ואף בדלא כתב דאיקני גובה], וכש"כ לפי מש"כ המל"מ שם דבנכסים שנפלו לו לאחר מיתה י"ל דלכו"ע אינו גובה מן היורשים בלא דאיקני א"כ ע"כ בדכתב דאיקני איירי, ומבואר דמהני לנכסים שנפלו לו לאחר מיתה.

קנ"ז ב' שטרי חוב המוקדמין פסולים, הא דשט"ח המאוחרין כשרין משום דאקני משתעבד הוא כדאמרינן בגמ', ונתקשה במ"מ פ"ח ופכ"ג ממלוה ולוה על סתימת הרמב"ם כלשון המשנה להכשיר מאוחרין, ולא פירש דהיינו דוקא בדכתב דאקני, לדעת הרמב"ם דדאקני לאו טעות סופר הוא, ולכאורה עצם האיחור יש לחשוב

כדאקני, שהרי דאקני א"צ קנין, אלא הסכמה מן הלוה, וכ"ע ידעי דכשמאחרין שטר יש בו ויתור על שעבוד שעד הזמן והוספת שעבוד על הנכסים שיהיו קיימין באותו זמן, וצ"ע. (ב"מ ט"ז ב' סק"ה).

שם ת"ש לשבח קרקעות כיצד כו', א"ה ראיתי להעתיק כאן מש"כ בזה בב"מ ט"ו ב' בסוגיא דשבח.

בב"מ ט"ו א' אמר שמואל בעל חוב גובה את השבח, אפשר לפרש דשעבוד אלים כאילו השדה מכורה למלוה, וממילא כל השבחים הנעשים בשדה שייכים למלוה, [כד מסיק ביה שיעור ארעא ושבחא, אבל במסיק שיעור ארעא לחוד הר"ז כשייר זכות השבח], והלוקח הוא בדין יורד לשדה חבירו שלא ברשות שאין לו אלא הוצאה וביעור שבח, ולפי זה כל חידושיה דשמואל הוא שאין המלוה נותן הוצאה ללוקח, דעל השבח פשיטא שהמלוה נוטלו כיון שהלוקח דיינין ליה כאילו ירד שלא ברשות, וטעמא דדין הלוקח עם הלוה ולא עם המלוה אפשר לפרש דהלוה כשוכר את הלוקח לעשות בשל חבירו דנותן לו שכרו משלם וחוזר ונוטל מבעל הבית מה שההנהו כדאמר לקמן ע"ו א', ואפשר דאפילו אין השוכר רוצה לשלם לו אינו יכול לתבוע מבעל הבית אי לאו משום שעבודא דר"נ, דכיון דהשוכר נתחייב לו מן הדין, ממילא הפך חיוב בעל הבית אל השוכר ולא אל הפועל, ומהא דכותב לו מפרשין דהוה ליה כשוכרו, ומה דתיקנו כן הזכיר הרא"ש משום נעילת דלת, אבל בלוקח מגזלן שפיר נוטל הלוקח ההוצאה מן הנגזל כיון דבאמת הנגזל חייב לתת ההוצאה לגזלן, ושפיר לוקח הלוקח תחתיו מדר"נ, ולפי זה יש ליישב דברי רש"י שבב"מ י"ד ב' דבגזלה משובחת והכסיפה הגזלן ומכרה ללוקח והשביחה, שאין הנגזל נותן הוצאה ללוקח, דכיון דמדין בעל חוב גובה את השבח דין הנגזל עם הגזלן על השבח, ממילא פטור כיון שגזלה משובחת, ול"ק מה שנתקשנו שם דהא הוה ליה מלוה על פה, ועפ"ז יתכן לפרש הא דאמרין בסוגיין הא דמסיק ביה שיעור ארעא, דר"ל בשעת הלואה ובשעת מכירה, אבל השתא זיל ארעתא ומסיק ביה שיעור ארעא ושבחא, ולכך נוטל שבח היתר על היציאה, אבל היציאה צריך לשלם, דכיון דבשעה שהלוה מכר לא הוי מסיק ביה אלא שיעור ארעא, והיה הדין שהבעל חוב ישלם השבח, תו לא נתכוין המוכר להתחייב במקום הבעל חוב, ולכך אף כשזילי ארעתא מסיק ביה שיעור ארעא ושבחא, מ"מ ההוצאה צריך הבעל חוב לשלם, ונתייבשה קושית תו', אלא דאכתי פריך דלשון הברייתא מוכיח שהבעל חוב לוקח השדה עם השבח כולה, ולמ"ד דמצי לסלק בזוזי אמאי לא ליתבי ליה גריוא דארעא שיעור שבח, ועי' חו"ב בב"מ שם סק"ח.

ברם מהא דמבואר בב"ב קנ"ז ב' דהא דבעל חוב גובה את השבח הוא מדין דאיקני ואינו גובה אלא מחצה משום שמשועבד גם ללוקח, מוכח דמעיקר הדין אין שעבוד כמכירה לענין שהשבח יחשב כשבח ברשות המלוה, [וממילא לא יתכן מש"כ דהלוה כשוכר את הלוקח לעשות בשל חבירו], ונראה דאין הטעם משום שאין שעבוד כמכירה, אלא הטעם משום שיורד ברשות, דכל שיורד ברשות זכאי הוא לכל השבחים שהיו עולים ברשותו, וממילא כל השבח של המשביח, וכשהשביח לוקח היה ראוי מן הדין שלא לגבות ממנו כלום, ואף כשהשביח הלוה נמי הוא בדין דאיקני דכדבר מחודש חשיב, ואם לזה ולזה והשביח חולקין בשבח, וממילא כשהשביח לוקח אין לגבות כלום, אלא תקנת חכמים הוא משום נעילת דלת, ומשום שהמלוה סומך דעתו שאין מניחין שדה בורה ודעתיה נמי אשבחא, וכמש"כ הרא"ש, הלכך תיקנו שיהא גם זכות השבח משועבד למלוה, ומיהו לא תיקנו כן אלא כשהלוקח אינו מפסיד שהוא עתיד לגבות מן הלוה, אבל במתנה לא תיקנו

להפסיד למקבל המתנה, ועי' חו"ב ב"מ שם סק"ח.

ולכאורה נראה דמתקנה זו מוכח דדאקני נמי טעות סופר הוא, וכדעת הי"א שהביא הרמ"א בסי' קי"ב ס"א, דאם איתא דדאקני לאו טעות סופר הוא, ובסתם הלואה אין שבח משתעבד א"כ כתב לו דאקני, א"כ מה ראו חכמים לתקן שיגבה השבח מתקנת חכמים אף שבאמת אינו נקנה ללוה כלל, וגם השבח שכנגד ההוצאה, הרי בסתם הלואה אין כלל ענין שיקנה השבח, ואם כן כשפירש דיו במה שפירש, והיינו נכסים שיקנה באמת, ולא שבח שישביח הלוקח, ולא יבא לרשות הלוה כלל, [ודוחק לומר דירדו חכמים לדעת המלוה דכשמבקש לשעבד מה שיקנה דעתו נמי אשבח], אבל אי דאקני טעות סופר הוא ניחא דלפ"ז בכל הלואה משתעבד כל מה שעתיד לקנות, ושפיר החשיבו חכמים את השבח ג"כ כאילו נקנה ללוה מטעמי דכתב הרא"ש.

ובאמת לו"ד הראשונים ז"ל היה אפשר לומר דאע"ג דדאקני לאו טעות סופר הוא, מ"מ שבח טעות סופר הוא מכח הך תקנת חכמים, והא דמיייתנן בב"ב קנ"ז ב' למיפשט דדאקני משתעבד מהא דגבי בעל חוב שבחא, היינו דאם א"א לשעבד דאקני אין לחכמים לשעבד השבח, דנהי דעשאוהו כאילו השביחו לוה, אבל אכתי דאקני הוא, דאף שבח שהשביח הלוה ומכרו בדין הוא שלא ישתעבד, אם דאקני לא משתעבד, ואין סברא דעשאוהו כאילו לא נמכר כלל, דודאי הוא בדין משועבדים כמו קרקע שנמכרה, אלא ודאי דאקני משתעבד, אבל לאחר דקיי"ל דדאקני משתעבד שפיר אמרין דלענין שבח אלמוהו רבנן לשעבודיה, וכשם שתיקנו דהשבח כאילו השביחו לוה וזכה בו, ותיקנו דאף ההוצאה אין הבעל חוב נותן, וכ"ז משום שדעת המלוה גם על השבח, ה"נ וכש"כ שהיה ראוי לתקן דאף בלא כתב דאקני גבי שבחא, אף אי דאקני לאו טעות סופר הוא, ואפשר נמי דמה"ט לא מיייתנן התם למפשט מדשמואל גופיה דקאמר בעל חוב גובה את השבח שנתקשו בזה בתו' שם ובב"מ י"ד ב', משום דהו"מ למימר שאני שבח דתקנת חכמים היא דכיון דנחתו בהא כולי האי ותיקנו שהבעל חוב גם לא ישלם ההוצאה שפיר י"ל דתיקנו ג"כ שיגבה השבח אף אי דאקני לא משתעבד, אבל מבריייתא דלא מפורש שתיקנו שאינו נותן ההוצאה, [אף דגם בבריייתא ע"כ תקנת חכמים היא, דהא השבח מעולם לא נעשה של הלוה כלל, ואף אי דאקני משתעבד אין לגבות ממנו], ניחא ליה טפי לאקשווי, ודחי הא מני ר"מ היא כדמשני אאידך פירכי, וה"ה דהו"מ למימר שבח שאני, והשתא ניחא דכולהו ברייתות דבעל חוב גובה את השבח מצו איירו אף בדלא כתב דאקני, שו"ר ברמב"ן בסוגיין כתב לולא דמסתפינא דבעל חוב גובה שבח אף בלא כתב דאקני דסתמא כמאן דכתב דאקני על השבח דכאילו אמר משעבדנא לך ארעא וכל שבחא דילה, ויישב בזה הא דבב"מ ק"י ב' לא משנינן דהא דאמר שמואל ג' שמין להן את השבח ומעלין אותן בדמים בדלא כתב דאקני, וכן בסוגיין עי"ש, [ומשמעות דבריו, דאף אי בעלמא דאקני לא משתעבד מ"מ שבח י"ל דמשתעבד, עי"ש].

בב"מ ט"ו א' אר"נ הא מתניתא מסייע ליה למר שמואל והונא חברין כו', כבר תמה הרמב"ן ושאר ראשונים ז"ל לדעת הרי"ף דשבח היתר על היציאה אף במתנה גובה בעל חוב, א"כ מאי ראייה לשמואל נוקמה לבריייתא בשבח היתר על היציאה, וביותר דהא לר"ה דמוקים לה בלוקח מגזלן ע"כ נמי בשבח היתר על היציאה קאמר דהא היציאה מגזלן שקיל, וא"כ אמאי נאיד מבעל חוב לגזלן, ומה שתירץ הרמב"ן דבלוקח מגזלן מיתוקמא אליבא דר"מ דקנים בהגזל קמא ואף יציאה לא שקיל מגזלן וממילא מתפרש שבח כוליה שבח ודכוותה בעינן לאוקמי בבעל חוב, הוא

דוחק גדול דלא אדכרו בגמ' כלל לאוקמה כר"מ, ואף דאיכא למימר דאכתי לא קים לן אי דאקני משתעבד ולפ"ז ע"כ כר"מ מיתוקמא כדמוקמינן לה בב"ב קנ"ז ב' מ"מ לא הזכירו בגמ' כלום מזה, וגם אין שום דוחק לאוקמי ברייתא רק בשבח היתר על היציאה, דעיקרה דברייתא לפרושי דשבח אין גובין אלא מבני חורין, וכל דאיכא שום שבח הנגבה סגי בהכי, ומה"ט גם דוחק מש"כ בשטמ"ק בשם הריב"ש דבלוקח מגזלן מיתוקמא כשאמר הנגזל טול עציך ואבניך, וממילא בא לגבות כל השבח מן הגזלן, דמ"מ אין דוחק לאוקמי בבעל חוב ובשבח היתר על ההוצאה.

ברם כ"ז לפי מאי דנקטו דעיקר חידושיה דשמואל הוא דאינו נותן היציאה, אבל שבח היתר על היציאה לא איצטריך לשמואל לאשמועינן דפשיטא דגובהו כיון שהשדה משועבדת לו, וממילא ר"ה לא פליג אלא שנותן היציאה אבל מודה דשבח היתר על היציאה גובה, אבל לו"ד ז"ל נראה דאף בשבח היתר על היציאה איצטריך לשמואל לאשמועינן דבעל חוב גובהו, דהא מבואר בב"ב קנ"ז ב' דאי לאו דדאקנה משתעבד אין בעל חוב גובה שבח, הרי דשעבוד השדה אינה מקנה לבעל חוב זכות בשבח, וטעמא משום דהלוקח יורד ברשות וזכאי הוא לכל השבח שבא בטרחתו וכמש"כ לעיל, וכיון דאיצטריך לדאקני הרי איצטריך לתקנת חכמים מיוחדת שיהא השבח שעשה הלוקח כאילו עשאו הלוח, דאל"ה אין כאן דאקני שהלוח מעולם לא זכה בשבח, והיינו דאיצטריך לשמואל לאשמועינן שהשבח תיקנו חכמים שהוא קנוי ללוח כלומר כאילו השביחו לוח ומכרו ולכך בעל חוב גובהו, והכי דייק לישניה דקאמר בעל חוב גובה את השבח, ואם השבח היתר על היציאה פשיטא שגובהו דדין הלוקח כיורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות, א"כ גם השבח שכנגד היציאה פשיטא שגובהו, דהא היורד שלא ברשות אין לו שום זכות במה שהשביח, ורק מה שבעל הבית נהנה יכול לתבוע כיון שההנהו וכמש"כ בחו"ב ב"מ ט"ו ב' סק"ב, וא"כ כל החידוש הוא שאינו נותן ההוצאה, והכי איבעיא ליה לשמואל למימר בעל חוב אינו נותן הוצאה, אלא משמע דגם עיקר גביית השבח מחידושי' דשמואל הוא, והיינו דאשמועינן שתיקנו חכמים שהשבח שהשביח לוקח מתיחס ללוח המוכר, וממילא ר"ה גם בזה פליג וס"ל דאין בעל חוב גובה שבח כלל אף לא היתר על ההוצאה דלא ס"ל שתיקנו חכמים השבח למוכר, [ואדרכה אם היה מודה שתיקנו חכמים שהשבח של הלוח, שפיר אפשר דהיה מודה לשמואל דגם בכלל תקנה זו שהלוח יתחייב בהוצאות ולא המלוח], ולכך מוקי לברייתא בלוקח מגזלן, ודברי הרי"ף דשבח היתר על ההוצאה [לפי דעת הרמב"ן דג"ז בכלל שבחא דממילא שכתב הרי"ף, אבל הר"ן חולק], גובה אף ממקבל מתנה, הוא לפום מימרא דשמואל דתיקנו חכמים שהבעל חוב גובה השבח, משום דדעת המלוח גם על השבח, דלפ"ז ס"ל דאף שבמקבל מתנה לא תיקנו, היינו רק לענין ההוצאה, שאין מן הראוי להפסיד למקבל המתנה, אבל השבח היתר על היציאה שפיר תיקנו אף במקבל מתנה.

והרמב"ן ז"ל נסתייע דאף בלא הא דשמואל ידעינן דבעל חוב גובה שבח היתר על ההוצאה, מהא דפרכינן מאידך ברייתא דאי בבעל חוב קשיא רישא וסיפא דאמר שמואל בעל חוב גובה את השבח, משמע דאי לאו דשמואל ניחא אף אי איירי בבעל חוב, ויש להוסיף דה"נ משמע מהא דמוקמינן לה בשבח המגיע לכתפיים למאי דס"ד דבהא לא אמר שמואל דבעל חוב גובה את השבח, ומבואר דמ"מ שבח היתר על ההוצאה גובה, ואף דאיכא למימר דאי לאו דשמואל הוי דייקנין להך דינא מהך ברייתא, אבל לא שהיינו מקיימין כן מסברא, וממילא למאי דמוקמינן לה באפותיקי, תו אפשר לומר דבלא אפותיקי אף שבח היתר על ההוצאה אינו גובה אי לאו

דשמואל, וממילא במתנה נמי אינו גובה כלל, מ"מ לא מסתבר ליה להרמב"ן ז"ל לומר כן.

ונראה דאף לדעת הרמב"ן דבלא הא דשמואל ידעין דבעל חוב גובה השבח היתר על היציאה, דמ"מ אין הטעם משום דארעא דמלוה אשבח, אלא הוא תקנת חכמים, וכמו לשמואל, דאם איתא דהוא משום דארעא דמלוה אשבח, א"כ אין זה ענין לדאקנה, ובב"ב קנ"ז ב' הקשו בפשיטות דאי דאקנה לא משתעבד בעל חוב אמאי גובה שבחא, וגם למסקנא קיי"ל דאף השבח היתר על ההוצאה אינו גובה אלא מחצה, והיינו משום דחשיב דאקני, ועוד דהא הלוקח ברשות נחית ודין הוא שיזכה בכל השבח שבא בטרחתו, והרי בדלא מסיק אלא שיעור ארעא פשיטא שאין המלוה זוכה בשבח, וע"כ דלאו ארעיה אשבח, וה"נ כד מסיק שיעור ארעא ושבחא, מ"מ לאו ארעי' אשבח, אלא ודאי תקנת חכמים היא וכמו לשמואל, וכל הנידון רק אם תיקנו גם שהמלוה לא יתן ההוצאה.

ברם יש לעי' למ"ד דלוקח לא מצי לסלוקי בזוזי, דלדידיה מבואר בגמרא לפי הרמב"ן דאף בדמסיק שיעור ארעא לחוד מ"מ גובה השבח היתר על ההוצאה, וע"כ דארעיה אשבח, והלוקח בדין יורד שלא ברשות קאי, וא"כ מאי פריך בב"ב שם בעל חוב אמאי גבי שבחא אי דאקנה לא משתעבד, הרי שפיר גובה כיון דארעא המשועבדת לו אשבחא, ואי דפריך דוקא למ"ד דמצי לסלוקי בזוזי, הוה ליה לגמ' לפרש, ולכן נראה דאף לפירוש הרמב"ן למאי דמסקינן דאיירי בדשווא אפותיקי הדרינן מהא דבעינן מעיקרא למימר דאי לא מצי לסלוקי בזוזי גובה השבח היתר על ההוצאה חנם, דאין סברא שהמלוה יגבה יותר על חובו, וגם לא מסתבר לתלות דין זה בפלוגתא דמצי לסלוקי בזוזי, וגמרא מעיקרא לאלומי פירכא קאמר דלמ"ד דמצי לסלוקי בזוזי ודאי לא יתכן שיזכה בשבח היתר על היציאה חנם, אבל אה"נ דאף למ"ד דלא מצי לסלוקי בזוזי נמי אין הדבר מיושב, ועי' מש"כ בחו"ב בב"מ ט"ו ב' סק"ח.

ובזה ניחא מה שיש לשאול דאם איתא דלמ"ד דלא מצי לסלוקי בזוזי, אף במסיק שיעור ארעא לחוד נוטל השבח היתר על היציאה חנם מדין ארעאי אשבח, א"כ אף במסיק שיעור ארעא ושבחא, אי לאו דשמואל, היה ראוי שלא יזקוף השבח היתר על ההוצאה על חשבון החוב, כיון שזוכה בו בלאו הכי, וא"כ תקנת שמואל תקנה גדולה לטובת הלוח היא שלא יפסיד ויצטרך לשלם השבח גם ללוקח וגם לבעל חוב כפי חובו, דלא ינכה מה שגבה השבח, ובגמ' משמע דלאו משום תקנת המוכר הוא, אלא תקנת המלוה ומשום שאין הלוקח מפסיד וכמו שפירשו הראשונים ז"ל, אבל למש"כ דאף אי לא מצי לסלוקי בזוזי מ"מ אין זוכה בשבח היתר על היציאה חנם, ניחא.

ומיהו לפ"ז באפותיקי אי התם בעל חוב נותן ההוצאה, וכמו שנסתפקו בתו', נמצא דלפ"ז יטול את השבח היתר על היציאה חנם, אף במסיק שיעור ארעא ושבחא, כמו שנוטלו כד מסיק רק שיעור ארעא, כמו שפירשו הראשונים ז"ל, ולפ"ז לא ינכה לו מן החוב שיעור השבח היתר על ההוצאה, ונמצא דטובת הלוח שהבעל חוב לא יתן את ההוצאה ואז יחשב כל השבח על חשבון הלוח, ורהיטת לשון התו' ט"ו ב' ד"ה כגון לא משמע כן, דבדבריהם פשוט דטובת הבעל חוב שהלוח יתן ההוצאה, ואין לגרע כחו בזה משום שעשה אפותיקי, ולכן נראה דאף אם הבעל חוב יתן ההוצאה מ"מ כד מסיק שיעור ארעא ושבחא, לעולם השבח נזקף על חשבון החוב, אע"ג דאם לא מסיק אלא שיעור ארעא זוכה בשבח חנם, דלענין זה סגי במה שהלוח יכול לסלקו בזוזי. (ב"מ ט"ו ב' סק"ג-ז' ועי"ש בסק"ט).

קנ"ט א' דילמא מצי אמר מכח אבוה דאבא קאתינא, נתבאר לעיל קט"ו א' סק"א, ועי"ש בסק"ב ד"ה עוד.

תוד"ה ולימרו, עי' מש"כ לעיל קנ"ז א' ד"ה ומיהו.

קנ"ט ב' מאי לאו יורשי האב בני כו', עי' מש"כ לעיל קט"ו א' סק"א. גט פשוט

קס"ב א' תוד"ה וצריך הא כיון דאיכא עדי מסירה מדכר דכירי כו', תוכן דבריהם דאי הך וצריך שיחזור מענינו של שטר אינו אלא מנהג טוב, נמצא דכל שטר שהניחו שיטה אחת חלק בין השטר לחתימת העדים, כשר, וכן נמי בשכתוב בשיטה אחרונה תנאי או ענין אחר הצריך לשטר לא מיפסיל כוליה שטר מחמת זה, ואי השיטה האחרונה רעה ללוקח הרי המוכר גובה כפי הכתוב בשיטה אחרונה מדין הודאת בעל דין ולא מדין שטר, ואם היא רעה אצל המוכר אין הלוקח גובה בו כלום אא"כ יקיים כפי הכתוב בשטר בלא השיטה האחרונה, ומיהו כל הכתוב בשטר עד השיטה האחרונה יש לו דין שטר, [עי' להלן שאין זה מוכרע], אלא שאנו מסופקים אם העדים חתמו גם על השיטה האחרונה ולפיכך אזלינן לחומרא, [ואי ניכר מחק בשיטה אחרונה נראה דמיפסיל כל השטר כיון דלא ידעינן מה כתוב בשיטה אחרונה], ולפי זה שטר בעדי מסירה בלא עדי חתימה, יש להכשיר אפילו השיטה האחרונה שהרי לעולם צריכים העדים להעיד שזה השטר נמסר לפניהם והרי העדאתם זו כחתימת עדי חתימה, וכשמעידים שגם השיטה האחרונה היתה כתובה בשטר שנמסר לפניהם, הרי זה כאילו הניחו שיטה חלק בשטר בעדי חתימה, ויש להכשיר השטר וגם השיטה האחרונה, וס"ל להתו' דאין שייך כאן לדון לפסול שיטה אחרונה מכיון שצריך לעולם לעדים שיעידו שהיתה כתובה בשעה שנמסר, והר"ז כאילו נכתב על דבר שיכול להזדייף דפסול לר"א בשאר שטרות משום דבעינן ראוי לעמוד ימים רבים, וכל שצריך שהעדים יזכרו תוכנו לא קרינן ביה למען יעמדו ימים רבים, דדוקא התם שהחסרון בשטר שייך לומר כן אבל הכא שהשטר בשעה שנמסר לא היה בו שום ריעותא ולא היה יכול להזדייף, אלא שאנו לא נדע אם אמנם היה כן בשעת מסירתו, אלא ע"פ עדים, בכי הא אין כאן שום חסרון בשטר ולא שייך לפוסלו משום שאינו עומד ימים רבים, ומיהו כתבו ז"ל דזה תלוי באידך פלוגתא דר"י ור"א אי הכשיר ר"א מכאן ועד עשרה ימים, והנה למש"כ בחו"ב גיטין ס"ב סק"ה לפרש דאף בשזוכרין בע"פ לא סמכינן עליהו ניחא דלפי זה לא מהימנינן להו אי היתה כתובה השיטה האחרונה בשעה שנמסר, וממילא השיטה האחרונה פסולה, ושפיר פרכינן והא צריך להחזיר מענינו של שטר דמסתמא גם בשיטה אחרונה כתוב דבר המעכב ומשמע דגם לענין זה חשיב שטר, א"נ אין הדבר מוכרע ואפשר דבדכתוב בשיטה אחרונה דבר המעכב בשטר פשיטא להו דכה"ג פסלו חכמים את כל השטר ודוקא בהניח שיטה חלק מספקא להו, ולפי זה אם אין העדים נאמנים להעיד אם היתה כתובה שיטה אחרונה בשעת מסירה תו מיפסיל כל השטר, וכן מבואר בסוף דבריהם דכתבו שיש לפסול גזרה אטו לא הרחיק ומבואר דבלא הרחיק פסול כל השטר, וכ"מ ברא"ש, אבל למש"כ שם בשם מרן (שליט"א) זללה"ה דדוקא בששכחו את הדבר ומעידים על צורת השטר בזה לא מהימנינן להו אבל במעידין בע"פ נאמנים, א"כ לכאורה הכא עדיין קשה מאי פריך והא צריך להחזיר והא בסתמא העדים זוכרים, ונאמנים, וי"ל דכל שאין לסמוך על הכרת העדים בצורת השטר בטל כח השטר ואף בלא דינא דלמען יעמדו ימים רבים, [וכמש"כ בגיטין שם שהרי אף בשטרי קנין בטל כח השטר לר"א לאחר יום המסירה, וכן ר"י דסבר דלמען יעמדו ימים רבים עצה טובה קמ"ל נמי צידדו בתו'

לפרש דמכאן ועד לאחר עשרה ימים פסול, ופירשו לפי זה דהא דפריך גיטין שם והא בעינן כתב שאינו יכול להזדייף דאף לר"י פרכינן ומשום דמודה ר"י שאין השטר כשר אלא לאלתר ויכול לטעון פרעתי אף שהעדים זוכרין בע"פ, דסתמא זוכרין, הרי מבואר דכל שהעדים צריכים לזכור הכתוב בשטר בטל כח השטר, וה"נ הכא שהעדים צריכים לזכור הכתוב בשיטה אחרונה נמי בטל כח השטר לר"א דס"ל דלא הכשיר ר"א אלא לאלתר, וממילא שפיר פרכינן והא צריך שיחזור מענינו של שטר, ובקושייתם בעו לפרושי אף אליבא דר"י דהילכתא כוותיה בפלוגתא דלאלתר, ובתירוצם דחו דכי היכי דקושיא דוהא בעינן כתב שאינו יכול להזדייף אליבא דר"א ה"נ הך קושיא דהא צריך שיחזור מענינו של שטר אליבא דאידך דר"א, ומיהו אי פסלינן בהניח שיטה חלק בעדי חתימה ניחא להו דפסלינן בעדי מסירה אף שנאמנים לומר שהיתה כתובה גם השיטה האחרונה בשעת מסירה, דלא חילקו חכמים ותיקנו בכל השטרות לעיכובא שיחזור מענינו של שטר, ואם לאו פסלו כל השטר אף בעדי מסירה, [ובדברי התו' היה מקום לפרש עוד דאמנם כיון שאין למידין משיטה אחרונה מיפסלא שיטה אחרונה משום דלא חשיב למען יעמדו ימים רבים כיון שצריך לעולם לזכירת העדים, והא דנקטו פלוגתתם דלאלתר ולא נקטו פלוגתתם דשאר שטרות משום דס"ל דלטעמייהו אזלי ופלוגתתן בשאר שטרות תליא בהך פלוגתא ולפיכך נקטו הך פלוגתא, אבל לפי זה ק"ק מאי ס"ד והא ודאי ההיא סוגיא כר"א ס"ל דהא פריך והא בעינן כתב שאינו יכול להזדייף וכמש"פ תו' שם, וכן ברא"ש הביא הך ראייה ולא הזכיר כלל לדחותה, לכך כתבנו לפרש דהך נידון שייך בפלוגתא דלאלתר ולא שייך בפלוגתא דשאר שטרות, וצ"ע].

ודעת הרמב"ן דלא מיפסיל השטר מחמת תקנה דצריך שיחזור מענינו של שטר, ולפי זה הא דפריך בגיטין שם והא צריך שיחזור מענינו של שטר בשיטה אחרונה יש לפרש כמש"כ תו' דלר"א פריך ולדידיה מיפסלא שיטה אחרונה, ואפשר דס"ל דלא חשיב למען יעמדו ימים רבים ופסול מחמת אידך דר"א דודאי ס"ל כוותיה דהא פרכינן והא בעינן כתב שאינו יכול להזדייף, ואמנם אשיטה אחרונה לחוד הוא דפרכינן אבל כוליה שטרא לא מיפסיל, ומשום דפשטא דמימרא דרבא משמע שיש לו כל דיני שטר לפיכך מדקדק והא שיטה אחרונה פסולה ומשני בדמהדר, אבל בר"ן גיטין שם לא ניחא ליה לפרושי דאשיטה אחרונה הוא דפרכינן, דהא לא נתפרש בדברי רבא דלמידין משיטה אחרונה, לכך פירש דבשטרא פרסאה איכא למיחש ששיירו הרבה שורות פנויות וממילא השטר פסול ותירצו בדמהדר וממילא אין למידין מה שנכתב אחר חזרת הענין כלום, ותימא דהא כיון דהכשר השטר בעדי מסירה כי היכי דבנכתב עברית אין אנו חוששין שמא שיירו שורות פנויות, דהעדים מוזהרים על זה שלא לאפשר זיוף בעדותם, ה"נ בנכתב בלשון פרסי, ועוד דהיכא אשכחן דבמהדר מענינו של שטר רשאי להשאיר שיטות פנויות, דלא נלמוד מהכתוב אחר החזרה, והא בעדי חתימה ודאי נלמוד דהא אינם רשאים להשאיר שיטות פנויות דילמא גייז ליה לשטר העליון וכתב שטר בשיטה הפנויה והם חתומים עליו, וה"נ בעדי מסירה, ועוד דהא חזרת ענין השטר עיקרו שלא יהא כתוב בו דבר הצריך לשטר וזימנן דמתרמי גם באמצע השטר שיטה היינו סוף השטר וזהו שאין בו דבר המעכב, ועוד דאית לן להשוות הך והא צריך שיחזור מענינו של שטר להווא דגיטין י"ט ב' והתם ודאי אין חשש של שיטות פנויות שהרי חתמו ישראל, וודאי אין משאירים שיטות פנויות דהא יכול לגייז לעליון, ולכתוב עליה מאי דבעי.

והא דהשאיר שתי שיטות פנויות פסול אף בעדי מסירה אף דדבר שיכול להזדייף

כשר, ה"ט דשאני הכא דאי כתב על שיטה אחת מאי דבעי תו אין ניכר שהוא יכול להזדייף ונכשירנו בהכרת העדים שזהו השטר שנמסר אף שלא ידעו אם נזדייף בו דבר או לא, ומיהו בנכתב על דבר שיכול להזדייף מסתברא שאין קפידא בהשאר שיטות פנויות דהא ע"כ צריך שיזכרו תוכן השטר, ומיהו אפשר דכל זיוף שאפשר למנוע צריך למנוע, וגם י"ל דהוספה אין ניכר כ"כ וצריך דקדוק יתר שלא יטעו העדים, ומה"ט אפשר שלא חילקו חכמים ואף בדבר שיכול להזדייף פסלו אם השאר שיטות פנויות.

חו"מ סימן מ"ד סמ"ע סק"ב כתב דאף לדעת הרמב"ן דבלא החזיר לא נפסל השטר מ"מ משיטה אחרונה אין למידין אפילו השאר שיטה פנויה בין הכתב להעדים, ותימא היכן מצינו גזרה זו בהש"ס, והא לדעת הרמב"ן אין כאן שום תקנות אלא שאמרו שנכון לחזור מענינו של שטר בשיטה אחרונה לפי שאין למידין הימנה, אבל משורה שלפני האחרונה ודאי למידין, ועוד דילמא עכשיו השורה הפנויה ונלמוד מהשורה שלפניה, ועי' ש"ך.

קס"ד ב' ת"ר בית עגול דיגון כו', אע"ג דילפינן לה מקיר קירות, מ"מ שמעינן מינה דסתם בית הוא מרובע, וכן גבי סוכה ס"ל לאחרים בסוכה ז' ב' דעגולה פסולה לפי שאין לה זוויות, והרמב"ם בה' מזוזה פ"ו ה"ב כתב דבית שיש בו כדי לרבע ד"א על ד"א בשוה אע"פ שהוא עגול או בעל חמש זוויות ואצ"ל שאם היה ארכו יתר על רחבו הואיל ויש בו לרבע ד"א על ד"א חייב במזוזה עכ"ל, וכונתו מבוארת כמ"ש הט"ז או"ח סי' תרל"ד דר"ל שיש בתוכו כדי לעשות מרובע ד"א על ד"א בשוה, שאין האורך משלים לרוחב, והיינו שסיים אע"פ שהוא עגול או בעל חמש זוויות, שאצ"ל שיהיו לו זוויות, וכש"כ שאם היה ארכו יתר על רחבו ויש לו זוויות, [ואם היה כונתו דסגי בדע"ד בתשבורת היה ראוי לומר אע"פ שאין ברחבו ד'], ובפ"ג דעירובין ה"ב כתב ג"כ כלשון הזה היה חלון עגול אם יש בו כדי לרבע בו דע"ד הרי הוא כמרובע, הרי בהדיא דיש בו כדי לרבע ר"ל להכניס בו רבוע כזה, וכן כתב מרן זללה"ה ביו"ד סי' קס"ט סק"ד ה' דהעיקר בכל שיעור דע"ד דבית, שאין האורך משלים לרוחב.

שו"ע יו"ד סי' רפ"ו סי"ג בית שאין בו דע"ד כו' ואם יש בו כדי לרבע כו' אע"פ שארכו יתר על רחבו כו', עי' מש"כ לעיל דנראה עיקר כדעת הט"ז דגם הרמב"ם מצריך ד"א על ד"א ממש, [ועי' עירובין פ"ח ב'], ויש לדקדק שהמחבר שינה לשון הרמב"ם שהרמב"ם כתב אע"פ שהוא עגול או בעל חמש זוויות ואצ"ל שאם היה ארכו יתר על רחבו כו', והמחבר התחיל אע"פ שארכו יתר על רחבו, ושינוי לשון זה יש בו יותר משמעות דלא כהט"ז, ונראה דכונתו לדקדק ממש"כ שאם היה ארכו יתר על רחבו, דאין צריך ד"א על ד"א, דאל"כ הרי בארכו יתר על רחבו יש ממש דע"ד מרובעות אלא שיש קצת יותר באורך, ולמאי איצטרך לאשמועין, ולפיכך הקדים בבא זו לדיוקי דד"א על ד"א בתשבורת קאמר, ועי' בט"ז באו"ח סי' תרל"ד סק"ב שיישב הדברים, ואמנם מה"ט כתב הרמב"ם ואצ"ל. (הלכות מזוזה סי' ז' סק"ד, ועי"ש בסק"ח).

שם דיגון כו' אינו מטמא בנגעים, לא יתכן לפרש שתי קירות כמין גאם דא"כ לאו בית הוא כיון שפרוץ משתי רוחות, ופי' רשב"ם דר"ל שתי פינות, שהבית עשוי כקשת עם היתר ויש שתי פינות בקצוות היתר, ומיהו בכה"ג י"ל דמיקרי נמי שתי קירות דכל הקשת נחשב ככותל אחד והיתר ככותל נוסף, (דהא בקרא דילפינן מיניה דבעי ד' כתיב קירות, ולא כתיב פנות, אלא דהא בהא תליא), ונראה דד' קירות כקשת אינו מטמא בנגעים עכ"פ בזמן שיש בין היתר לקשת יותר מאשר בין רגלי

הקשת, דהא אי מרבעת ליה לגג הקשת הו"ל י"ב כתלים, ומסתברא דשיעור כותל אין פחות מד' טפחים, ולכן ד' קירות שאינם מחוברים בקרנותיהם ואין בין כותל לכותל ד' טפחים, ועשה שם כתלים באלכסון לחברם, מטמא בנגעים, דכיון דאין בכתלים הללו ד' טפחים לאו שם כותל עלייהו, והרי עד שלא סתם הפירצות שפיר הוי חשיב בית בד' כתלים, ויש להסתפק אם עשה חיבור הקרנות בעיגול מהו, דאפשר דעיגול קטן כי האי לא חשיב לבטל מהן שם ד' קירות, ולא חשיב בית עגול, עוד יש להסתפק אם היה בקרנות ד' טפחים ועשה בהם פתחים באלכסון, אם הפתחים חשיבי כקירות. (נגעים ס"י סק"א).

שם הדר חזא ביה רבי בבישות כו' ר"י חייטא כתביה א"ל כלך מלשון הרע הזה, נראה דמן הדין אין כאן לשון הרע, דחלילה שיכשל ר"ש ברבי בלשון הרע, וגם לשון כלך מלשון הרע הזה, אינו לשון שזה אסור מן הדין, וכדחזינן נמי באידך עובדא ששימש בלשון הזה, והתם ודאי לאו מן הדין הוא וכמ"ש להלן, אלא מדת חסידות הוא, שאין להזכיר שם בדבר שאינו לרצון, וטעמא דאין כאן לשון הרע, הוא משום דשגיאות מי יבין, ולעולם יתכן שיהיו כמה תיבות מובלעים קצת יותר בתוך הקשר, ואף דחזא ביה רבי בבישות, י"ל דר"ש ברבי הו"ל לדקדק טפי, א"נ שפיר זירזו להשמר יותר.

שם יהודה חייטא כתביה א"ל כלך מלשון הרע הזה כו' לעולם אל יספר אדם בטובתו כו', יש לעי' הא לא מיתסר אלא כשעוסק לספר בשבחו יותר מדאי כמס"פ רש"י ערכין ט"ז א', והביא שם הגרע"א ז"ל שכן הוא גם ברי"ף פ"ב דשבת, וברמב"ם פ"ז מדעות ה"ד כתב בפני שונאיו, ובהגהמ"י שם הביא מהא דאבות דריב"ז מנה שבחן, וכן אשכחן טובא, וכן במגילה כ"ה ב' שרי לשבחיה ומאן דשבחיה ינוחו לו ברכות על ראשו, ומצאתי במג"א סי' קנ"ו שכבר העיר בזה, ואפשר דעדיין היו זכורים עובדא קמייתא וכשאמר יהודה חייטא כתביה נתכווין להזכיר שבחו כנגד מה שהזכירו שלא לשבח, וכיון דעל ידי זה נזכרו בעובדא ההיא, שפיר היה ראוי שלא להזכירו, וכדאשכחן שלא יספר בטובתו שלא יבא לידי רעתו. תוד"ה עיון והכי אמר בירושלמי אר"מ מחזקנא טיבותא לרישא דכי מטא למודים כרע מגרמיה, לכאורה אין מזה ראייה לחוסר כונה, די"ל דאדרבה מעיונו בכונת התפלה לא היה נזכר חיוב הכריעה בברכה זו, ולכך מחזיק טיבותא דכרע מגרמיה, מיהו בירושלמי ברכות שם פ"ב ה"ד מייתי לה בהדי עובדות דלא כווננו, ועי' בשו"ת באר שבע סי' ס"ט.

קס"ה ב' שנים שהעידו בב"ד זה וחזרו והעידו בב"ד זה מהו שיבוא אחד מכל ב"ד כו', יש לעי' הרי כל דיין דן על פי מה שהעידו לפניו ואינו יודע כלל אם העידו בפני חבריו, וא"כ איך הם מצטרפים להיות שלשה, אטו אם העידו בפני כל אחד על חוב אחר נמי יצטרפו, וה"נ כשהנידון על אותו החוב כיון שהגדת העדות היתה אחרת, והחיוב נקבע על פי הגדתם, ובשטמ"ק בשם עליות הר"י מבואר דהנידון לאחר שכבר פסקו בב"ד שעדותן מכוונת, [אם כי מה שהביא לזה מהא דכל מקום שיעמדו שנים כו', אינו מובן דהתם בנגמר הדין איירי, ובזה אף בעדים סגי ולא בעי צירוף לדיינים], ונראה דחשבינן לעדות העדים כמציאות וכאילו הדיינים יודעים שכך היה או כאילו הודה או נתחייב מחמת טענותיו, ושפיר יכולים הב"ד לדון יחד מה דינו לאחר שיש עדים שהעידו כך וכך, וכאילו ראו כל אחד מהב"ד בזא"ז שטר מקויים ביד המלוה, דשפיר דנין אח"כ על פי זה. - ונראה דאין נפקותא אם אותם העדים העידו בפני כל ב"ד וב"ד או עדים אחרים, ואפשר נמי דאם בפני ב"ד אחד הודה בעצמו ובפני הב"ד האחרים העידו עדים דנמי מצטרפין, ומיהו יש מקום לדון בזה,

אבל כ"ז כשהעידו או הודה על אותו מעשה, אבל הלואה אחר הודאה לא מצטרפין, דאין כאן ג' דיינים בנושא אחד.

בריי"ף מסיים בה אבל עד ודיין אין מצטרפין דה"ג בפרק האשה שנתארמלה דמאי דמסהיד סהדא לא קא מסהיד דיינא ומאי דקא מסהיד דיינא לא קא מסהיד סהדא, וכנראה ר"ל שיש עד שראה ההלואה ויש דיין שמעיד שבבית דינו נתקבלה עדות שני עדים על ההלואה, וכן פירש בהגהות הב"ח בשם התשב"ץ, אבל צ"ע דא"כ ל"ל טעמא דמאי דמסהיד סהדא לא מסהיד דיינא, והא כיון שהדיין אינו יכול לפסוק על סמך עדותם דהא ליכא תלתא, ממילא אינו אלא עד והו"ל עד מפי עד, ואף אם יהיו שני דיינים נמי לא יועיל, וביותר קשה מ"ט דר"י אמר שמואל ורבנאי ואמימר דס"ל בכתובות דעד ודיין מצטרפין, ובשטמ"ק בכתובות בשם הרשב"א כתב דהריי"ף מפרש עד ודיין מצטרפין עד שהעיד שראה ההלואה ודיין שהעיד שנתחייב בבית דינו ע"פ עדים מצטרפין ואסקה רבא דאין מצטרפין דסהדא מסהיד על ההלואה ודיינא לא מסהיד אלא שבבית דינו נתחייב אבל אינו יודע אם נתחייב באמת או בשקר ולפי פירושו לא דמי להודאה אחר הלואה שמצטרפין דהתם תרוייהו בקושטא קא מסהדי האי דחזא כשמנה לו מנה כו' אבל הכא דילמא הני דאסהידו עליה בבי דינא שקרא קא מסהדי ודיינא מאי דשמע קא מסהיד כו' עכ"ל, ואין כונתו שמעיד שנגמר דינו לחיוב בב"ד, דכה"ג ודאי לא גרע מהודאה אחר הלואה, ולא דייקנין בתר בי דינא, ואף למיתה תנן במכות ז' א' כל מקום שיעמדו שנים כו' הר"ז יהרג, אלא ר"ל שהדיין מעיד שנתקבלה עדות עדים בב"ד, וס"ד שיצטרף עם העד שראה ההלואה ושידונו עכשיו ב"ד על פיהם, וכמו שפירשנו, אבל קשה משה"ק דכה"ג הו"ל עד מפי עד, כיון שאין הדיין יכול לדון ביחידי ול"ל לטעמא דמאי דמסהיד כו' ומ"ט דר"י.

אבל הדבר מתבאר לפי מש"כ בשטמ"ק בשם עליות הר"י דאם מעידים שנחקרה עדות בב"ד ופסקו שעדותם מכוונת אפילו לא גמרו את הדין עדיין, לא חשיב עד מפי עד, ורק בהעידו ששמעו עדות שרק העידו בב"ד חשיב עד מפי עד, עי"ש. אח"כ ראיתי בקצה"ח סי' ל' סק"י שהעלה ג"כ דעדות שנחקרה עדות בב"ד לא הוי עד מפי עד, וכמו שמעידין שראו שטר, והדברים מפורשים בעליות הר"י וכמש"כ, ודברי הריי"ף הללו סיוע גדול לזה, ואם היו שני דיינים, היו גומרין הדין על פיהם, אבל דיין אחד אינו מצטרף עם עד שמעיד על ההלואה, וכאילו יש כאן שני עד אחד שא"א לצרפם, ומ"מ אכתי אינו מיושב אמאי לא חשיב מיהא כהודאה אחר הלואה, ומה בכך שהדיין אינו יודע אם עדותן אמת, מ"מ הא יש כאן שני עדים שאפשר לחייבו על פי עדותן. (כתובות כ"א א').

שם ואימא נסכא כו' ואימא פריטי כו', א"ה ראיתי להעתיק מש"כ בזה בכתובות ק"י ובמנחות ק"ז.

בכתובות ק"י ב' ואימא פריטי כו' לא עבדי אינשי, רש"י פירש דפריך שיתן לו נחושת או כסף שוה מאה פרוטות, וצ"ל דאע"ג דכתוב בשטר מאה מטבעות כסף, [דהא רש"י פירש שכתוב סכום בשטר ובגמ' אמרו דכתוב ביה מטבע], אפ"ה פריך דנפרש שהכונה שיתן כסף בשיווי מאה מטבעות נחושת, והיינו מאה פרוטות, אבל לפ"ז לא נתפרש מש"כ רש"י שיתן נחושת, ואיך יתן נחושת בזמן שבשטר כתוב כסף, וגם לא נתפרש מה שתירץ פריטי דכספא לא עבדי אינשי, דמה בכך.

ולו"ד רש"י ז"ל היה נראה דפריך דאף דבאופן הרגיל ליכא פרוטות של כסף, מ"מ יהא רשאי לעשות פרוטות של כסף ולמיתב ליה, ואיירי שאין המלכות מקפדת בכך, וכל שיש צורת המטבע שצוה המלך לטבוע, וכן הערך של המתכת לפי החשבון,

הרי זה יוצא בהוצאה, ומשני דפריטי דכספא לא עבדי אינשי, ולכך אינו יכול למיפטר נפשיה בפריטי, אבל אם במקום הזה אין מטבעות של כסף בערך של פונדיון או איסר, שפיר יכול לעשות מטבעות כאלו מכסף ולמיפטר נפשיה בהן, ולכך בב"ב קס"ה ב' דפריך התם ואימא פריטי אכל המטבעות שפחותות מדינר כמ"ש כ' תו' שם, משני באתרא דלא סגי פריטי דכספא, כלומר שהמלכות מקפדת בכך וא"א לעשות שום מטבעות של כסף פחותות מדינר, הא אי הוי סגי, אע"ג דהתם לא עבדו להו, שפיר היה יכול לעשות, וכדפריך בסוגיין, ורק אפרוטות ממש משני הכא דלא עבדי אינשי כלל בשום דוכתא, ולכך לא מצי פטר נפשי' בהו, ול"ע בכ"ז כראוי, ורשמתי לפו"ר.

במנחות ק"ז א' ודילמא נסכא כו' פריטי דדהבא כו' פריטי דכספא כו' מצינורא קטנה כו', עי' תו', ונראה דהנודר זהב או כסף או נחושת ולא מטבע, אין שיעורו כל שהוא, אלא שיעורו בכדי איזה שימוש נאות להקדש, וכדאמרין בברזל דשיעורו אמה על אמה, ופרכינן למאי חזיא, וכן בנחושת לא יפחות מצינורא קטנה של נחושת פרכינן למאי חזיא, וכן בירושלמי שקלים שהביאו בתו' אמרינן דבזהב בלא הזכיר צורה מביא אפילו צינורא, והיינו צינורא של זהב דחזיא נמי לחיטוט פתילות וקינח נרות, ולפ"ז הא דפרכינן ואימא נסכא לא נחית בזה אי שיעורו יותר מדינר או פחות, אלא עיקרו שאין כאן שיעור במטבע, ולפי דאין רגילות לנדר או להתחייב מטבע ולא לפרש מטבע, לכך כל שנדר או כתב סתם זהב או כסף או נחושת הרי זה מתפרש נסכא, ובזה ניחא נמי הא דפרכינן בכתובות ק"י ב' ואימא נסכא, אע"ג דהתם קתני מגבהו כל מה שירצה, דמ"מ מתפרש מטבע, ופריך דסתמא מתפרש נסכא, [ושיעור נסכא התם צ"ע במה לשעורו, ואפשר דשיעורו במדה היותר קטנה שנמכר, או לפי הרגיל בסתם], ועי' בתו' כתובות שם ובב"ב קס"ה ב'.

והא דפרכינן ודילמא פריטי, ר"ל דילמא מטבע יותר קטנה מדינר, ולא דוקא פרוטות וכמ"ש כ' בתו' שם, ומשני פריטי דדהבא לא עבדי אינשי, כלומר דליכא מטבע של זהב פחותה מדינר, ובכסף משנינן דאיירי באתרא דלא סגי מטבע כסף פחות מדינר.

ברמב"ם פ"ב מה' ערכין ה"ט העתיק מטבע נחושת לא יפחות ממעה כסף, ופירש למתני' דגם נחושת איירי באמר מטבע, אבל צ"ע דאדם הנודר מטבע נחושת יתחייב לתת מטבע כסף, ואולי י"ל דר"ל שיתן מטבע נחושת השווה כמו מעה כסף, וכשאין במקומו מטבע נחושת בערך של מעה כסף, יתן כמה מטבעות נחושת, גם מ"ש"כ שם בה"י שאם לא הזכיר מטבע צריך להביא לשון של זהב או כסף שיהא משקלו עד שיאמר לא לכך נתכוונתי, קשה, דמ"ש מברזל דלא מחייבין ליה כן, וכן בנחושת לא אשכחן מאן דפליג אראב"י דמביא צינורא, [דהא מתני' במטבע איירי לפירושו ז"ל], וכן אמרו בירושלמי בזהב דמביא אפילו צינורא, וכמו שהאריכו בתו' בסוגיין דאי אפשר לחייבו אלא הפחות, גם לא הזכיר הרמב"ם דהא דכסף איירי באתרי דלא סגי פריטי דכספא וכן לא הזכיר דין מטבע של זהב, וכבר תמה בזה בכ"מ שם.

ואפשר דהרמב"ם מפרש דהא דפרכינן ודילמא פריטי, היינו פרוטות ממש, ואיירי דאיכא מטבעות כסף פחותות מדינר, ורק פרוטות דכספא לא סגו, ולפי דלשון מטבע זהב או מטבע כסף אינו לשון רגיל, דסתמא דמילתא אדם רגיל לפרש דינר או פונדיון וכיו"ב, לכך ראוי לפרש סתימת הלשון על כונה מסוימת, ויתכן לפרשו על נדבה חשובה וזכירת הכסף והזהב הוא להגדיל את הנדר, ויתכן לפרש כאומר איזו מטבע שהיא מכסף, דמצי פטר נפשיה בכל דהו של כסף, והיינו דפרכינן ודילמא פריטי, ומשנינן דלא עבדי אינשי פרוטה דדהב, או דלא סגו פריטי דכספא, וע"כ

לחייבו מהמטבעות הקיימות מזהב ומכסף, וא"כ היה לו לפרש איזה, ומדלא פירש יש לפרש כונתו על חשיבות כנודר מטבע חשובה, ולכך יש לחייבו בדינר כסף, ואף דאיכא מטבעות פחותות של כסף כמו מעה דנזכר בהך מתני' גופא, דלמתנה חשובה איכוין, ומיהו בדינר זהב ליכא לחייבו יותר מדינר, דגם דינר הוא מטבע חשוב, [ואף אי איכא מטבעות יותר גדולות מדינר וליכא יותר קטנות], וחידושא דמתני' בזהב הוא דפרוטה דדהבא לא עבדי אינשי, אבל בכסף יש גם החידוש דלא סגי ליה במטבעות כסף הפחותות מדינר, ודכוותה אשמועינן במטבע נחושת דלא סגי בפרוטה, אלא צריך מטבע נחושת בערך של מעה כסף, דגם כאן מפרשינן מה שסתם ולא פירש, דהוא לכונת מתנה חשובה.

ולא הזכיר הרמב"ם דאיירי באתרא דלא סגו פריטי דכספא, דבזמנו כבר היו המטבעות חקוקות מצד המלך, ולא היה ביד אדם רשות לחדש מטבעות טבועות, וממילא דלא שייך לפרש כונתו אלא על מטבעות הקיימות, וגם לא הזכיר הרמב"ם דין מטבע זהב, משום דדינר הוא המטבע היותר קטן של זהב, ופשיטא דלא יפחות ממנו, ורק בכסף ונחושת דאיכא מטבעות יותר קטנות איצטריך לאשמועינן דלא סגי בהו, ומתני' אשמועינן דפרוטה דדהבא לא עבדי אינשי, וכמו שפירשנו לעיל, וזה פשיטא לפי ענין המטבעות בזמן הרמב"ם, ומה שבפכ"ז מהלכות מלוה ולוה הי"ז הזכיר מטבע זהב לא יפחות מדינר, הוא כהקדמה למה שמעתיק אח"כ סוגיית הגמ', ומיהו ממה שאמרו כתובות ק"י ב' פריטי דכספא לא עבדי אינשי, ואילו בסוגיין ובב"ב קס"ה ב' אמרינן באתרא דלא סגו פריטי דכספא, משמע כפי' תו' דהכא הנידון לא רק על פרוטות אלא על כל מטבעות כסף הפחותות מדינר, משא"כ בכתובות שם דהנידון על פרוטות ממש, דהא מגבהו כל מה שירצה דהיינו המטבע הפחותה של כסף, וכמש"כ תו' בסוגיין והרמ"ה בב"ב שם דיוק זה. (מנחות ק"ז א' מתוה"ד).

קס"ו א' ואין השאר עליה חובה, ע"י מש"כ בחו"ב כריתות ח' א' דהא דתנן ואין השאר עליה חובה, דחובה הוא דליכא אבל רשאת להביא, ומש"כ רש"י שם בדוחק התירו צ"ע, וכן בטהרות איתנייא בהדי ספיקות שהקילו בהם חכמים, והיינו שאינה מחויבת להביא, אבל רשות איכא, וצ"ע. (כריתות ח' א').

תוד"ה נכנס מיהו י"ל משום בל תאחר היו דוחקות, א"ה, ראיתי להעתיק כאן מש"כ בזה בחו"ב נדרים. נדרים ד' ב' ההיא קא שריא לה למיכל בקדשים, יש לעי' לפ"ז האשה שיש עליה חמש לידות דמביאה קרבן אחד ואוכלת בזבחים, האם לא יהא בל תאחר בארבע הקרבנות הנוספות, [ועי' בתו' ב"ב קס"ו א' דפשיטא להו דאיכא בל תאחר], וי"ל דלא פלוג רחמנא וכיון דקרבן זה בעלמא שרי בקדשים, שפיר איכא עליה בל תאחר גם בגוונא דלא שרי בקדשים, א"נ השתא ילפינן לה במה הצד מנזיר ושאר קרבנות.

קס"ז ב' מתני' כותבין שטר ללוה אע"פ שאין מלוה עמו, בב"מ י"ג א' אמרינן בשטרי הקנאה דהא שעביד נפשיה, ולדעת רש"י והרמב"ן והרשב"א שם דגם עד שלא הגיע השטר למלוה כבר נתחייב לו ע"י הקנין, וכדמוכח בב"מ ט"ז ב' דאמרינן המוצא שטר הקנאה בשוק יחזירו לבעלים דאי משום דכתב ללוה ולא לזה הא שעבד נפשיה, יש להבין א"כ מה ענין כאן ללוה ומלוה דקתני מתני' דכותבין שטר ללוה אע"פ שאין מלוה עמו, הרי אין כאן הלואה אלא מתנה, והשטר נכתב למלוה מדין זכין כשלוה עמו, שהרי אנו מוסרים את השטר למלוה אע"פ שלא הלוהו, וכבר כתב הריב"ש בסימן קס"א שאם היו כותבין בשטר בין ילוה בין לא ילוה הר"ז שטר חיוב ואינו ענין למלוה ולוה, אלא ודאי שטרי הלואה הם אלא שיש בהם קנין ואפילו

בהני אמרינן דמשעת קנין שעבד נפשיה אע"פ שדעתו על המעות כיון שקנו מידו גמר ומשעבד נפשיה בין ילוה בין לא ילוה והמעות הם אצל המלוה כמלוה על פה עכ"ל, ויש לפרש הענין שהלוה מאמין למלוה שילוהו, ולכן הוא אומר לעדים קנו ממני שאני מתחייב למלוה כאילו כבר הלוני, ואע"פ שהשטר נכתב שלא מדעת המלוה ולכו"ע כה"ג אין המלוה חייב להלוותו כמ"ש סי' ל"ט סי"ז, מ"מ כשהמלוה נוטל את השטר הקנאה הרי הוא מתחייב להלוות שע"מ כן נעשה השטר הקנאה, אבל חיובו כעין מלוה ע"פ, והוא זכה בשטר כמלוה בשטר.

ואמנם אם נימא דסתם שטר הקנאה הרי על העדים למסרו למלוה, נמצא באמת שכן הדברים שהלוה נתחייב למלוה מלוה בשטר על סמך שהוא ילונו, ואין כאן קנין בתנאי אלא שהלוה סומך על יושרו של המלוה, ומקיים ביה תומת ישרים תנחם, וצ"ל דאין כאן משום איסור להשהות שטר אמנה כדאמר כתובות י"ט, דהכא דעתו להלוותו מיד, ולא נתחייב להקדים להלוותו עד שלא קיבל את השטר, אבל סתם כותבין שטר ללוה אע"פ שאין מלוה עמו, מתפרש שמוסרים את השטר ללוה, כמ"ש תו' כתובות י"ט א' ד"ה אעולה, ובזה אין דעת הלוה שיחול החיוב אלא אם ימסור, כמ"ש הטור סנ"ו ס"י ובש"ך שם ס"ק כ"ז, וברמ"א סל"ט סי"ג. (ב"מ י"ג א' מתוה"ד).

בדין שטר שלא מדעת המתחייב

א) כתב המ"מ פכ"ג ממלוה ולוה ה"ה דהא דתנן ב"ב קס"ז ב' דאין כותבין שטר למלוה עד שיהא לוה עמו, אע"ג דהוא פשיטא, דכך פירושה שאם בא מלוה לעדים ויאמר להם אני מלוה לפלוני מנה כתבו השטר ויהיה בידכם ואם יבא לוה היום ויאמר לכם כי כן הוא האמת תקנו ממנו ותתנוהו לי ואם אין תקרעוהו אעפ"כ אין כותבין לפי שבשעת כתיבה הוא שקר ויש לחוש אולי מערים הוא עכ"ל, משמע מדבריו ז"ל דאם עשו כן תורת שטר עליו ואע"פ שחתמו שלא מדעת המתחייב, כיון שחתמוהו על מנת ליתנו ללוה, והדברים מחודשים דבפשוטו השטר נעשה ע"י חתימת העדים מדעת המתחייב, וזו היא עיקר עדותם שהמתחייב צוה להם לחתום, והרי ס"ל לאביי ב"מ י"ג א' דעדיו בחתומיו זכין לו שישתעבדו נכסיו משעת חתימתם, ואם יכולים לחתום שלא מדעת הלוה כיצד יתחייב הלוה ע"י חתימתם, ובמסירתם השטר החתום ללוה, לא מסתבר שיכול לחול עי"ז חיוב על נכסי הלוה, ובנתה"מ סי' ל"ט ס"ק י"ג כתב אמנם דאין דברי המ"מ אליבא דאביי, אבל הדבר קשה דאם העדים רשאים לחתום שלא מדעת הלוה, א"כ לעולם יהא הדבר ספק שמא חתמו שלא מדעתו ואיך זכו למלוה בחתימתם, ואם לאביי אסור להם לחתום שלא מדעת הלוה, מנלן דאיכא מאן דפליג עליה בזה, הרי הנידון בעיקר יצירת השטר, ודוחק לומר דמכיון דאסור להם לחתום מכח פירושא דהמ"מ במתניתין דהיינו שמא יערים המלוה עליהם, הלכך בחזקת שלא עשו כן, דאין זה אלא ענין זהירות, וברמב"ן תירץ מתני' דאתי לאשמועין דאין להם לחתום אפי' קנו מיד הלוה אם לא קנו בפני המלוה עי"ש, ולפי זה אין ראי' ממתני' דאסורין לכתוב ולהשהות בידם ע"מ למסרו ללוה, וכבר נתקשה בתומים שם ס"ק כ"ב בדברי המ"מ שהובאו בשו"ע שם, דבלא דעת המתחייב לאו שטר הוא כלל.

וברמב"ן ריש גיטין כתב דעד שיאמר לסופר כתוב ולעדים חתומו הוא דין בכל השטרות, ומבואר דבזה גיטין ושטרות שוין וכשם דבגט ודאי אין יכולים לכתוב בלי ציווי הבעל אפי' על מנת למוסרו לו, ה"ה בכל השטרות, וכן בריטב"א שם כתב דאין שום שטר אלא בצוואת מקנה, עי"ש, וכן הגרע"א ז"ל ריש גיטין נתקשה היכי משכח"ל שלא לשמה בגט שהוא כשר בכל השטרות ונדחק לפרש אם צריך לומר

בפה לשמה, או בשתי נשים ושמותיהן שוות, ומבואר דפשוט ליה שא"א לחתום בכל השטרות בלא ציווי הבעל, דאל"כ אין התחלה לקושיתו, דהא שפיר משכח"ל כשכתבו מעצמם ע"מ למסור למתחייב דכשר בכל השטרות ובגט פסול דבלא ציווי הבעל לא חשיב לשמה, וכ"כ מרן זללה"ה בפשיטות באה"ע סי' צ"ב ס"ק י"ז דבכתבו וחתמו עדים שלא מדעת הלוח ומסרו לו את השטר ולוח בו שהשטר פסול ואין כאן עדות בשטר, וכ"כ שם בסי' פ"ד סק"ט בדעת הרמב"ן, וע"ע בסי' ק"ג ס"ק כ"ד.

ובתו' גיטין ד' א' כתבו דאם הקדימו העדים לחתום ואח"כ כתבו את הגט מעל חתימתם דלאו שטר הוא בכל השטרות, וכן נתקשו שם היכי משכח"ל שתהא כתיבתו בתלוש וחתימתו במחובר, ומבואר דאף שבתחלה חתם על דעת להשלים אח"כ את תוכן השטר ולמסרו ללוח אפ"ה פסול, ואם אין צריך דעת המתחייב וכל השטר נעשה שטר במסירתו ללוח מה בכך שנכתב שלא כסדרן, ומיהו י"ל דאף אם נכשיר חתימה שלא מדעת הלוח, היינו כשכותבין עבורו שלא בציווי וכעין זכין, והלכך צריך שתהא חתימתן מעידה על תוכן השטר, אבל אם כתבו להתלמד או לשם אחר כו"ע מודו שלא תועיל מסירתן ללוח, וה"נ אם הקדימו לחתום עד שלא נכתב השטר, והא דאמר גיטין כ"ג א' אימא שנחתם שלא לשם אשה, והיינו שחתמו להתלמד וכדקתני סיפא וכמש"כ שם בתו', ע"כ צ"ל דלפ"ז תני תנא נמי גוונא שהוא פסול בכל השטרות, וזה גם לדעת המ"מ, דחתימה להתלמד לא יתכן שתשמש כשטר.

עוד יש לשאול דכיצד משכח"ל ששני עדים יחתמו שלא מדעת הלוח ע"מ למסרו ללוח ושיהיו רשאים לעשות כן, הרי לא יתכן למעשה ששניהם יאחזו בשטר ביחד עד שיבא הלוח, וכל שהקדים אחד לחתום שוב אינו רשאי למסרו לחבירו, שהרי מסר לו שטר שקר, ואם ירצה יחתום בו גם הוא וימסרנו למלוח, וראיתי ברמ"ה בב"ב שם שכתב אמנם כן דלא יתכן לפרש שלא יחתמו בלא דעת הלוח ע"מ למסרו לו, דא"כ כשחתם אחד ומסרו לחבירו כמאן דמסרו למלוח דמי, אלא יש לפרש דעל ע"א קאי שאחד לא יחתום על מנת למסרו ללוח, ומשמע שם נמי דרק משום דלא לייתי לידי תקלה אסור למיעבד כן, אבל תורת שטר עליו, ומיהו התם לא הזכיר שהמלוח אמר להם להכין את השטר, כמ"ש המ"מ, ויתכן לפרש דאיירי דקנו מיני' דלוח, כמו שהזכיר ז"ל שם מעיקרא דאין כותבין אלא בשטרי אקנייתא, ואפ"ה אין להם לכתוב עד שיהא הלוח עמהם ויצוה להם למסרו למלוח, או שהלוח יטלנו מהם, [דקנו מידו שלא בפני המלוח לא אמרינן דלכתיבה עומד וכמ"ש הרמב"ן], וקצת משמע כן בלשונו ז"ל שכתב הא קמ"ל דאפילו מכתב ומחתם אדעתא דלקנני ליה עדים גביהו עד דיהיב להו הלוח רשותא למיתבוה למלוח, משמע דאין צריך אלא רשות ליתנו למלוח, אבל חיוב הלוח כבר נשלם בקנין שעשו.

ואולי אפשר לפרש דמש"כ המ"מ לפי שבשעת כתיבה הוא שקר, דאין ר"ל מיחזי כשיקרא, דהא קיי"ל דלמיחזי כשיקרא לא חיישינן וכמו שכתב הש"ך שם ס"ק ל"ח, וגם דמה שעדיין לא לוח לא חשיב שקר, דהא לעולם כותבין שטר ללוח אע"פ שאין מלוח עמו, ועדיין תוכן השטר שקר, ורק במסירתו נעשה תוכנו אמת, אלא דר"ל שהוא שקר לפי שחתמתן מעידה על דעת המתחייב וזה שקר, ונמצא דגם דעת המ"מ דלעולם חתימתן מעידה על דעת המתחייב, ולא רק המסירה, ולפי זה אולי כונתו לפי שהוא שקר בשעת כתיבתו הלכך הוא פסול, ועוד שיש גם לחוש שמא מערים הוא ויבא לידי תקלה, ואפשר גם דבשטר שאין בו אחריות שמא יכול הלוח להסכים לתת להם את השטר אף שאינו כשר מדין שטר, דמ"מ ישמש כראי' לענין

בני חורין, עי' סי' ל"ט ס"ג בהגה"ה מיהו י"א כו', וקמ"ל דאין להם לחתום אפי' ע"מ למסרו ללוח שישמש כשטר לבנ"ח, כיון שבשעת כתיבה הוא שקר, ועוד שמא מערים.

ולפי מה שפירש המ"מ דאין כותבין למלוה עד שיהא לוח עמו, דאין כותבין ע"פ דבורו של המלוה, יתכן לפרש דגם כשהמלוה אומר להם בשליחות הלוח שיכתבו דנמי אינם רשאים, אע"ג דע"א בעלמא שאמר להם בשליחות הלוח יתכן שרשאים לכתוב על פיו, ולא למסור, עי' בהשגות הראב"ד על הרי"ף ספ"ו דגיטין, מ"מ ע"פ המלוה אף אינם רשאים לכתוב דשמא משקר ומערים הוא, [וברשב"א גיטין כ"ט א' כתב דלא מכשרין אומר אמרו אלא בשנים, ואפשר דרק בכתבו ותנו קאמר, אבל כתבו לחוד שמא סגי בע"א, א"נ גט שאני, וצ"ע].

מסקנא דמילתא לכו"ע אסור לעדים לחתום שלא מדעת המתחייב אפילו על דעת למסור את השטר למתחייב, ואם עשו כן, רהיטת הדברים דחספא בעלמא הוא, וגם בסברא כיצד יתכן לשמש כעדות חתימה על דברים שלא היו כלל, רק שבמקרה אירע אח"כ שלוח, ולא שייך שחתימה תשמש כעדות שלא ימסרוה אלא למתחייב, שאין החתימה עדות על העתיד, ורק מדעת המתחייב נתחדש דין שטר שמעידין בחתימתם על התחייבות המתחייב כשיגיע השטר למלוה, [וכן בהגהות אמרי ברוך השיג על הנתה"מ בסל"ט ס"ק י"ג], ואף שנפגשנו בדחיקת לשון המ"מ ע"כ איהו דחיק ומוקי אנפשי', וכמ"ש ג"כ התומים וכן נראה דעת הגרע"א ז"ל ומרן ז"ל, ועי' לק' סוסק"ג שכן מבואר בראב"ד, ועי' בתשובות הרשב"א אלף ר"ט שכתב ג"כ שאין עדות שבשטר עדות אא"כ המוכר צוה להם לכתוב ולחתום.

(ב) כתובות פ"ה א' אמרה להו כתבו לי זכוותא דכי משתבענא יהבי לי כו', ברש"י ותו' משמע שבקשה שב"ד יכתבו ויחתמו שכבר נשבעה ויניחו הכתב ביד שלישי ולכשתשבע יתנהו לה, אבל קשה דהא מהא דאשרתא ודר"נ דמצאו באשפה, לא שמעינן אלא דאכתיבה לא קפדינן, אבל אחתימה שפיר י"ל דחיישינן, דהא ודאי מצאו באשפה לא מתכשר אלא בחתימה לשמה, וכן הא דמיייתי משטר שלוח בו ופרעו דטעמא דנמחל שיעבודו הא משום מיחזי כשיקרא לא חיישינן, בפשוטו קשה דהא טעמא דנמחל שיעבודו עדיף טפי טובא, דלא חשיב שטר כלל, מטעמא דמיחזי כשיקרא דאינו אלא הנהגה לכתחלה, ואף אם יחמירו לפוסלו אינו אלא מדרבנן, ומאי דיוקא הוא, וע"כ צ"ל דהאי מיחזא כשיקרא לאו דוקא, אלא הוא פסול גמור שהשטר לא נכתב על הלואה זו, ודייקנן דמ"מ כשר, ופירש רש"י בגיטין כ"ו ב' אבל לשיקרא אם היה נחתם על מלוה זו אע"פ שנכתב קודם הלואה כשר, ור"ל דדייקנן מאי איריא שלוח בו ופרעו, אפי' לא פרעו אלא שנכתב על הלואה זו א"א לשנותו על הלואה אחרת, אלא ש"מ דלא חיישינן למיחזי כשיקרא ואם נכתב על הלואה זו אפשר לשנותו ולחתמו על הלואה אחרת, דלא עדיפא כתיבה דשטר ממצאו באשפה, ולפי זה גם מזה אין ראי' דאפשר לחתום בשקר, ואמנם הריטב"א כתב דלא בקשה אלא שיכתבו ורק אחר שתשבע יחתמו, וכן נראה דעת הרמב"ם בפ"ו מה' עדות ה"ח שכתב מותר לכתוב הקיום בשטר קודם שיתקיים השטר שאין הכתיבה עיקר אלא החתימה, אבל פשטא דגמ' דכי משתבענא יהבי לי, משמע כפי' תו' דגם בקשה שיחתמו, וגם רהיטת הגמ' שהלכה להשבע במקום אחר כפי שביקש התובע, ולכך ביקשה שיחתמו לה ויתלוה עמה ספרא דדיינא וכשיראה שנשבעה יתן לה, וכ"כ הש"ך סי' מ"ו ס"ק נ"ט דכן עיקר, וכן רש"י בסוגיין לא פירש כמש"פ בגיטין.

ולפ"ז יש לפרש דטעמא דנמחל שיעבודו הא לא נמחל שיעבודו אפי' נחתם על

מלוה זו אפשר לשמש בו למלוה אחרת, וכ"כ הרמב"ן לעיל כ"א ב' וז"ל טעמא דנמחל שעבודו אבל למיחזי כשיקרא שלא נכתב על מלוה זו ונכתב קודם למלוה לא חיישינן ואע"ג דנחתם מעיקרא ונ"ל דהכא גבי אשרתא משחתמו מעולם לא היו במעמד שלשה והן ב"ד כו' אבל בעלמא כותבין וחותמין ורואין מעשה ומוסרים השטר ליד בעליו כדאמרינן בההיא איתתא דאטיא לקמי' דרב ביבי לקמן בפרק הכותב עכ"ל.

אבל הוא דבר שא"א, דכשם שעדים שחתמו שטר ליוסף בן שמעון זה לא יתכן שיוכל לשמש בו יוסף בן שמעון אחר, ה"נ שטר שנכתב על הלואה זו לא יתכן שימש להלואה אחרת, [ואם נימא דתחלת כתיבת השטר הוא שימש לאיזה הלואה שתהיה, א"כ אין כאן מיחזי כשיקרא, ועוד דכל זה עד שלא שימש בו, אבל מששימש בו ומסרו למלוה שוב לא שייך לשמש בו למלוה אחרת שהשטר והעדים כבר עשו שליחותן], ואין זה ענין לנידון אם רשאים עדים לחתום על שטר שלא מדעת המתחייב ולמוסרו למתחייב, דגם אם רשאים לעשות כן הרי הטעם דבמסירתן נעשה שטר, אבל לאחר שמסרוהו לשמש על חוב מסוים וכש"כ כשכבר שימש ודאי לא שייך לשמש בו לחוב אחר.

ולכן נראה דכל שנחתם השטר ונמסר לשמש למלוה על הלואה מסוימת, שוב לא ניתן לשמש בו על הלואה אחרת דכבר אינתיק שעבודו, והוא כמו נמחל שעבודו, והא דנקטו ליה בו ופרעו, ה"ה לא פרע, אלא דכל שלא פרע סתמא דמילתא צריך הוא לשטר, ואינו בא להעבירו מחוב לחוב, והא דאמרינן דבלא נמחל שעבודו לא חיישינן למיחזי כשיקרא ואפשר לשמש בו, משכח"ל כשסיכמו על הלואה וכתבו וחתמו העדים את השטר, ונתנוהו ללוה, וחזרו בהן ולא לוו, ונתבטל הענין, ואח"כ חזרו והסכימו על הלואה חדשה, דבזה יש כאן משום מיחזי כשיקרא כיון שהשטר נכתב על הלואה אחרת שנתבטלה, אבל עדיין לא אינתיק שעבודי', והלכך כיון דלא חיישינן למיחזי כשיקרא שפיר אפשר לחזור וללוות עם השטר הזה.

ומה שסיים הרמב"ן אבל בעלמא כותבין וחותמין ורואים המעשה ומוסרים השטר ליד בעליו כדאמרינן בההיא איתתא דאטיא לקמי' דרב ביבי, ר"ל ב"ד יכולים לכתוב ולחתום על מה שעדיין לא היה ולהשאיר ביד שלישי ולמסור לאחר שיקיים הדבר כמו שאמרו בההיא איתתא, וה"ה דעדים יכולים לחתום על שטר קודם המעשה, אלא דעדים לעולם אין חותמין אלא מדעת המתחייב, ומדעת המתחייב לעולם כותבין וחותמין את השטר קודם המעשה, ואין בזה חידוש, דכל שטר נעשה לשמש לכשימסרנו המתחייב, ולא חשיב מיחזי כשיקרא, שבחתימתם אין מעידין שכבר נעשה המעשה, דלעולם כותבין גט כאילו גירשה ומוסרין ביד הבעל לגרש, וכותבין שטר מכר כאילו מכר ומוסרין ליד המוכר, וכן נמי שטר הלואה, אבל במעשה ב"ד שכותבין שנשבעה עד שלא נשבעה, וכותבין שהשטר נתקיים עד שלא נתקיים, בזה איכא משום מיחזי כשיקרא, ומסקינן דלא חיישינן לה, [וראיתי מביאים כאילו בדברי הרמב"ן הללו מבואר שאפשר לעדים לחתום שטר שלא מדעת המתחייב, וטעותא היא].

ויתכן נמי לקיים פירושא דרש"י בגיטין גם בסוגיין, ולא מייתינן מטעמא דנמחל שעבודו אלא להוכיח דבכתיבה לחוד לא חיישינן למיחזי כשיקרא, וכמו שהביאו מגט שמצאו באשפה, והא דב"ד רשאים גם לחתום כמו שמתפרש בסוגיין, קים לגמ' מסברא.

הא דמסקינן דב"ד כותבין וחותמין שנשבעה וזכתה בדין ומפקדין השטר ביד שלישי, אע"ג שהיא עדיין לא נשבעה, ועדים כה"ג ודאי אסורים להוציא מתחת ידם

שטר שחתמוהו [אפי' מדעת המתחייב], ולהפקידו ביד שלישי, [כמש"כ לעיל סק"א בשם הרמ"ה], היינו טעמא דב"ד על מעשה ב"ד כהמתחייב עצמו הוא, וכשם שמלוה שהחתים עדים על שובר יכול להפקידו ביד נאמן ושימסרנו ללוה כשישלם, ה"נ ב"ד במעשיהם כבעל דבר חשיבי, ורשאים לחתום ולהשליש ביד נאמן לעשות בו כהלכתו, כשאין להם לחשוש שלא יקיים שלישותו.

ג) כתב הריטב"א בריש גיטין וז"ל ולפי פי' זה שכתב חתימה שלא לשמה בספרי דלא גמירי היינו ג"כ שפעמים הסופרים כותבים טופס הגט ומניחין שם עירו ושם עירה וחותרים אותו כדי שיהא מזומן להם ויכולים העדים לעשות כן דבכה"ג ליכא שקרא ונמצאת חתימה זו [שלא לשמה] עכ"ל, והנה אופן זה היינו שחתמו ואח"כ כתבו את הגט, ולכו"ע אין זו חתימה כלל, ואסורין לעשות כן שהרי יכולה האשה למלאות השמות ותאמר שנתגרשה, וכן בכל השטרות אסור לעשות כן שיכולים למלאות למעלה מחתימתו כל מאי דבעי, ולא חשיב שטר כלל כה"ג כמ"ש תו' ד' א', וכן הרשב"א, ואין זה צריך לפנים, והריטב"א עצמו לקמן כ"א ב' נדחק היכי משכח"ל שתהא כתיבתו בתלוש וחתימתו במחובר, והיינו משום דפשיטא שאם הקדים חתימתו לכתיבתו דלאו שטר הוא כלל, אלא יש לפרש דמש"כ שיכולים העדים לעשות כן דכה"ג ליכא שקרא, ר"ל שיכולים לטעות ולעשות כן כיון שבשעת חתימתם אין כאן שקר, ואפשר דהעיקר על הסופרים קאי שגם לאחר חתימתם נשאר הגט בידם, אבל ודאי כל כה"ג פסול בכל השטרות, ואם הוציאו הגט מתחת ידם הר"ז כאילו העידו עדות שקר, שהרי יכולים למלאות מעל חתימתם כל מאי דבעי, ואפשר דכל שעשו כן דנפסלין לכל עדות שבתורה, כאילו חתמו שקר.

וכעת ראיתי בחדושים מכת"י ע"ש הריטב"א הנדמ"ח בדף כ"ט א' שכתב וז"ל כתב הרב ר' יונה ז"ל הא דאמר שמואל מתנה הרי כגט נראה לי דלענין חתימה דוקא קאמר דלא קני בשטרא אא"כ נחתם במצות הנותן שאם חתמו מאליהן לא קרינא ביה והעד עדים אבל בכתיבה לא איכפת לן דהא אפי' בגט לא חיישינן בכתיבה לר"מ דאפי' מצאו באשפה וחתמו ונתנו לה כשר ובמתנה ודאי לא בעי לשמה מיהו חתימה במצות המקנה בעינן ויש מפרש דלשמואל נמי אם אמרו לאחרים וכתבו וחתמו ונתנו השטר ליד הנותן ונתנו ליד המקבל מתנה כשר עכ"ל, הנה אף כשמסרו השטר לאחר חתימתן ליד המתחייב נמי לא הכשיר אלא משום שכתבו במצות הנותן ע"י השלוחים, וכן בתחלת דבריו דבעי דוקא שיהא נחתם במצות הנותן.

ובהשגות הראב"ד על הרי"ף בסוף התקבל נמי מבואר דאפשר דהמכשירין אומר אמרו במתנה היינו שיכתבו ויחתמו וימסרו לבעלים והוא יתן, ומבואר דלהפוסלים אומר אמרו במתנה ג"ז פסול אף שמוסרים את השטר לבעלים, הרי מבואר דאין לעדים לחתום בלי ציווי המתחייב, אפי' ע"מ למסרו למתחייב.

ד) יעוי' ברמב"ן גיטין כ"ט א' מש"כ בטעמא דמילתא דמותר לעדים לעשות גט ושטר על פי עדות אחרים על ציווי הבעל ואמאי לא חשיב כעד מפי עד, [ועי' בזה בתו' גיטין ס"ז א'], ונראה כונתו ז"ל דאם יבאו שנים ויאמרו לשנים אחרים ראובן צוה שתקחו פרתו ותתנו לשמעון, דלא יהיו רשאים לעשות כן על פיהם, עד שיעידו בב"ד ותתקבל עדותם, ויעשו על פי ב"ד, אבל כשאומרים להם ראובן צוה שתעשו שטר בשמו שנותן שדהו לשמעון, רשאים לעשות על פיהם, משני טעמים, האחד כי ביד המצווים לעשות כן בעצמם, וכל שבידו אדם נאמן, [ודוקא שנים וכמ"ש הרשב"א] וכמו שליח להולכה שהגט בידו שיכול למנות שליח במקומו, והטעם השני שאינם עושים מעשה רק שנותנים אפשרות לאשה לצאת מתחת יד בעלה, או למקבל המתנה לקבל המתנה, והם עצמם כשיתנו את הגט לאשה יאמרו לה שאינם

יודעים בעצמם שהבעל צוה לגרשה, רק ע"י העדים האחרים, ואם יהיה ערעור בדבר עליה לברר את נאמנותם, וכן יאמרו למקבל השטר מתנה, וכיון שאינם אלא גורמים לאפשרות הזו, אע"פ שחתימתם כעדות שנחקרה בב"ד שעשו כן ע"פ דעת המתחייב, מ"מ שפיר רשאים לעשות כן על פי העדים האחרים גם בלא קבלת עדותם בב"ד, כיון שהם משמשים כשלוחים והדבר בידם, עי' להלן בדברי התו', ועי' בספר מרן זללה"ה סי' פ"ד סק"ז וסק"ט, וצ"ע.

והראב"ד בהשגות על הרי"ף סופ"ו דגיטין נמי נתקשה היאך כותבים ע"י אומר אמרו והא הו"ל עד מפי עד, וכתב וז"ל אלא מדלא קפדינן בכל הני ש"מ דאין עד מפי עד פסול אלא בעדות על פה שהעדו מתקיים ונגמר על פיהן, אבל עדות בשטר שאין עדות נגמר אלא במסירת השטר לא קפדינן בה שהרי הבעלים מוסרים אותה או השלוחים במצותו ועל זה הדרך יתכן להיות בגט ובמתנה שאם יאמרו לאחרים דיכתבו ויחתמו מ"מ הם שנצטוו מפי הבעל יתנו אותו או הבעל עצמו עכ"ל, הנה הוסיף על מש"כ הרמב"ן, דאינם רשאים אלא לעשות גט או שטר ולמוסרו לבעל או לנותן או לשלוחים שנצטוו על פיהם, אבל אינם רשאים למסור הגט לאשה או השטר למקבל המתנה, ונמצא שהם אינם אלא גורמים לשלוחים שתהא האפשרות בידם לעשות מה שאומרים שנצטוו מפי המתחייב, [ובלא"ה בידם לגרשה שהרי שנים הם], אבל קשה דהא גם בכתבו ותנו שרינן אומר אמרו, ואז אין השלוחים רשאים לתת את הגט, אלא אלו שהם מצווים להם, ושםא בכה"ג יצטרכו המצווים להעיד בפני ב"ד על ציווי המתחייב, וצ"ע.

ובתו' גיטין ס"ז א' כתבו דלא דמי לעד מפי עד שהראשונים אינם עדים אלא שלוחי הבעל שמצוה לאלו לעשות לה גט, נראה כונתם דעדות כזו שהם שלוחים א"צ בפני ב"ד, שאין זו הגדת עדות אלא מעין גילוי מילתא ושפיר דמי גם חוץ לב"ד, ומה גם שהדבר בידם.

מתני' אין כותבין שטרי אירוסין ונשואין אלא מדעת שניהם, עי' מש"כ בחו"ב ב"מ ק"ד ב' במה שפירש רשב"ם דשטרי נשואין היינו כתובה, ומדעת שניהם הקדים לפרש דהיינו אבי חתן ואבי כלה, דצ"ע כיצד משמשת הכתובה כשטר נגד אבי הכלה, הרי אין נזכר חיובו בכתובה, וגם אינה נכתבת מדעתו, ואפשר דלכך הקדימו דלא קאי אלא אשטרי אירוסין, אבל כתובה מתפרש מדעת שניהם האיש והאשה.

גמ' וליחוש דלמא כתב גיטא ואזיל וממטי ליה לאיתתא דהיאך, נראה דאף אי לא חיישינן לשני יוסף בן שמעון הכא גרע שהרי אפשר שכותבין שקר בהחלט וכותבין שם אשת האחר, ובכה"ג ודאי חיישינן שאין העדים רשאים לכתוב אא"כ יודעים בהחלט שמה שכותבין נכון הוא, (והרי מי שנמחק שטר חובו אין העדים כותבין לו שטר אחר אע"פ שב"ד כותבין, שלא ניתן רשות לעדים לעשות שטרות אא"כ הוא בהסכמת כל הצדדים הנוגעים בדבר, וה"נ אין העדים רשאים לכתוב אא"כ יודעים בהחלט שמה שכותבין נכון הוא), אבל בתו' לא פירשו כן אלא דאף כה"ג בכלל הנידון אי חיישינן לשני יוסף בן שמעון הוא, וצ"ע, [וקצת יש לדקדק לפירוש תו' מאי פריך בפשיטות כ"כ וליחוש ודלמא רב בדלא הוחזקו שני יוסף בן שמעון קאמר דסגי בשם האיש, ומיהו בהוחזקו אה"נ דבעי נמי שם האשה], שו"ר בב"ש סימן ק"כ סק"ד כתב דמכל הפוסקים משמע דלא ס"ל כתו' בזה, ור"ל במה שסתמו דצריך להכיר שם אשתו, ולא הזכירו כלל לחלק דבלא הוחזקו שני יוסף בן שמעון כותבין שם אשתו ע"פ עצמו, ועי' חו"ב גיטין ס"ה סק"י.

שם וליחוש לשני יוסף בן שמעון הדרים בעיר אחת כו', לדעת רש"י דלר"מ לא בעי

מוכח מתוכו, [וכמש"כ תו' גיטין ב' ב' ד"ה ורבנן], יש לפרש דלר"מ קפריך אמאי סגי בעדי חתימה ליחוש דלמא יהיב לאיתתא דחבריה, אבל לר"א דלעולם בעי עדי מסירה (לדעת רש"י), אין כאן מקום לחששות דבהוחזקו שני יוסף בן שמעון כשתרצה להתחזק בגרושה תצטרך להביא עדי מסירה, אבל לר"מ דליכא עדי מסירה ודאי יש לתקן שתוכל לברר שנתגרשה, ואפשר דבלא"ה אמנם אין כאן גירושין דחשיב כגירושין בלא עדים [עי' חו"ב גיטין ס"ה סק"ג], אע"ג דלא בעי מוכח מתוכו אבל מ"מ מוכח בעי, וכל שאין שום עדות על גירושין אין כאן גירושין, והא דלא תיקנו שיהיו עדי מסירה בשעת גירושין, ולא היו צריכים לתקן גם שיגרשו דוקא זה בפני זה, נראה דהיינו משום דתקנה זו עדיפא שיש לה קול טפי, וגם מועלת בכל האופנים, [משא"כ עדי מסירה דלפעמים אין מכירין וכמש"כ תו'], ונראה דקושיית הגמ' לפ"ז היינו דיתקנו דאין כותבין גט לאיש אא"כ אשתו עמו, [או לעולם (דאפשר שיש לחוש שהעדים לא ידקדקו לדעת אם יש עוד יוסף בן שמעון) או דוקא בהוחזקו שני יוסף בן שמעון], ומשני דעדיפא מינה תקנו דאין מגרשין אלא זה בפני זה, [ומיהו ק"ק כיון דצריך כאן עדי מסירה מן הדין ובלא זה אין כאן גט כלל, וכמש"כ, למה לא הבליטו חכמים תקנה זו, אלא תיקנו שאין מגרשין אלא זה בפני זה וממילא יהיו עדי מסירה לדעת שהיה זה בפני זה], ונראה דאין ר"ל שהעדים אינם רשאים לכתוב אא"כ אשתו עמו ויוסף בן שמעון השני עמו, דאי תיקנו שאין העדים כותבין אא"כ אשתו עמו תו אין צריך לתקן שיגרשו זה בפני זה, דודאי לא חשדינן שיגרש לאשתו והיא תתן גיטה לחברתה, [ומיהו אולי יש לומר דחיישינן שמא יגרש אמנם לאשת חברו בפני העדים, והם יטעו לסמוך על מה שידוע להם שמוותיהם וכמש"כ תו' בעדי מסירה], ועוד שאין ראוי לסמוך על העדים שידקדקו בדקדוק הראוי אם יש עוד יוסף בן שמעון, ועוד דכל ישראל כשרים לעדות ואין כל ישראל בקיאים לדעת שבדאיכא שני יוסף בן שמעון אין מגרשין אלא זה בפני זה, אלא ה"ק חכמים תיקנו שאין מגרשין אלא זה בפני זה ואין האשה מתחזקת בגרושה עד שתברר שהיה זה בפני זה, ולכך כשאשה באה לב"ד להתחזק בגרושה ב"ד מדקדקין אם יש עוד יוסף בן שמעון, ואם יש, מצווין לה לברר שהיה נוכח בשעת גירושה, אבל אמנם עדים כותבין גט לאיש אע"פ שאין אשתו עמו אע"פ שהוחזקו שני יוסף בן שמעון, ובר"ן ריש כל הגט לא כ"כ.

ויותר נראה דאף לפירש"י קושיית הגמ' וליחוש לשני יוסף בן שמעון היא אף לר"א, ואע"ג דלעולם בעי עדי מסירה י"ל כמש"פ התו', א"נ אמנם אין לחוש למכשול אם נדרוש לעולם עדי מסירה, אבל שקדו חכמים על תקנת בנות ישראל, שלא תדע שתצטרך להביא עדי מסירה ותחשוב שהגט שתחת ידה מספיק, ואח"כ ימותו עדי מסירה או ילכו למדינת הים ותשאר עגונה, לפיכך תיקנו חכמים שאין מגרשין אלא זה בפני זה וממילא לעולם כשבאה להתגרש מדקדקין אם יש עוד יוסף בן שמעון, וכשיש מביאין אותו וכבר תדע להזהר להביא עדי מסירה לב"ד מיד, וכן מוכח דודאי מימרא דרב דאין מגרשין אלא זה בפני זה להלכה נאמרה ולא אליבא דר"מ דוקא.

ולדעת הרי"ף והרמב"ם דלר"א נמי סגי בעדי חתימה לחוד, מתפרש בפשיטות לר"א כמו לר"מ לפירש"י, וכמשנ"ת.

שם שני יוסף בן שמעון הדדים בעיר אחת אין מגרשין נשותיהם אלא זה בפני זה, נראה דלא תיקנו כן לעיכובא, וכל שמבררת בעדים שבעלה גירשה שפיר דמי, וכ"ה ברמ"ה ובריי"ו, ומיהו לכתחלה אפילו מכירין עדי מסירה שזה בעלה אין מגרשין אלא זה בפני זה.

שם כל שהוחזק שמו בעיר שלשים יום אין חוששין לו, אע"ג דאיכא דמשנו שמייהו וכדאמרין היו לו ב' שמות אחד ביהודה ואחר בגליל, י"ל דדוקא בשהסבה שבגללה מחליף שמו היא מפורסמת קצת ואין בה עול בזה עביד איניש דמחליף שמו ולא מירתת דכי אתי אינש מעירו ואומר שאין זה שמו יאמר לו כי שינה שמו מחמת ממון או מרדין, (כמ"ש הרא"ש גיטין ל"ד ב'), אבל בשאין לו סיבה להחליף שמו אלא בכדי לחטוא ולהכשיל בזה ודאי מירתת ולא יחליף שמו בשביל כך, א"נ אפשר דכל שדעתו לחזור לעירו אין דרך לשנות השם בכה"ג, שאם יש לו לחוש למרדין או ממון לא יחזור לעירו, אבל כל שנסע סתם לטיול או לסחורה אין דרך לשנות שמו ולפיכך אי משנה שמו ידעו שאין זה אלא להכשיל ולפיכך מרתת, וגם יש להסתפק אם שינה שמו מחמת ממון או מרדין במקום שנמצא שם באופן עראי ואשתו עמו וגירש בו אי כשר, דאפשר דכל שאין דעתו להשתקע שם אין השם שקורין אותו שם חשוב להקבע, וכיון שעיקר שמו במקום דירתו אינו כן לא חשיב הך שם כלל, ויש גם מקום לומר דמדאורייתא אין כאן גרושין, וצ"ע. (גיטין ס"ה ס"ק ל"ד).

שם אמר אנא נמי אמרי להו לאו איהי היא ואמרו לי מיקש כו', יעוי' ברשב"א ורא"ש ונמו", ונראה שהם מפרשים דה"ק דקושטא קאמרה דלאו איהי הואי, דבשעת חתימת השובר אמינא להו אנא דלאו איהי היא, דריב"א היה מכיר בקולה, והם השיבו לי דמחמת קשיותא בגר לה קלא, אבל השתא חזינא דלא בגר לה קלא, ואשתכח דלאו איהי הואי, ואמר אביי דאע"ג דלא הוחזקה עוד אשה בהאי שמא, מ"מ צורבא מרבנן דלאו אורחיה למידק מהימן, וע"כ איתתא אחריתי הואי ולשקר נתכוונה, ויש לעי' לפ"ז למאי איצטריך למימר טעמא דצורבא מרבנן לאו אורחיה למידק, ומשמע דרק צורבא מרבנן מהימן, והא טעותו היה מחמת האחרים שאמרו דהיא היא אלא דבגר לה קלא, ולא עדים אמרו כן, וטעות כי האי שייך בכל עדים, ואפשר לומר דאה"נ דאי טעין שהטעוהו, והוא לא היה מכירה כלל, אף ע"ה נאמן, אבל כשהיה מכירה דומיא דריב"א, בזה ע"ה אינו נאמן לומר שהטעוהו, דאורחיה למידק, ואפשר דדוקא בדידעין שמכירה, הא לא"ה הו"ל הפה שאסר, דהא הו"מ למימר שלא היה מכירה כלל.

ברם הדבר צ"ע דכיון דקבעו חכמים שאפשר לכתוב שם הלוח או המוכר ע"פ ע"א או קרובים, והיינו שאין לחוש בזה למשקר כדין אשתמודענהו יבמות ל"ט ב', א"כ למה זה יהיו העדים נאמנים לומר שהוטעו, ואמאי אין זה בכלל חוזר ומגיד, ובבעה"ת שער ל"ג ח"ג משמע דצורבא מרבנן כיון דלאו אורחיה למידק באשה יש לחוש שהטעוהו, דאין יראים להטעותו דכיון דלא דייק לא חיישי דליקום עלה דמילתא, אבל ע"ה דדייק יראים להטעותו, ולכך ע"ה אינו נאמן לומר שהטעוהו, ולפי זה ניחא מה דאמר אביי דצורבא מרבנן לאו אורחיה למידק ולכך נאמן לומר שהטעוהו, דדוקא צורבא מרבנן, אבל לא ע"ה, ואפילו כשאינו מכירה, ואע"ג דלכתחלה מקבלינן שטר שחתום בו צורבא מרבנן אאיתתא ולא חיישינן שהטעוהו, משום דדילמא מכירה, או שהעידו עדים לפניו, או דאין רגיל להטעותו, וגם לפעמים צורבא מרבנן נמי דייק, או דחיישי שדייק, מ"מ כשאומר שכתב ע"פ ע"א או קרוב והשתא התברר שהוטעה מהימנין ליה, (אבל אם אינו יודע אם הוטעה או לא, רק יודע שכתב ע"פ הכרה שע"י ע"א או קרוב, בזה לא פסלינן לסהדותיה), ועי' בחו"מ סי' מ"ט ס"ב ובנה"מ שם, ול"ע כעת, וצ"ע.

ואפשר בדרך אחרת, לומר דבאתרא דלא הוחזקו שני יוסף בן שמעון, שבאו עדי השטר ואמרו דבפנינו התחזק גם פלוני בשם יוסף בן שמעון ובשליחותו חתמנו, דלא חשיבי כחוזרים ומגידי, דעדותם עכשיו היא שיש שני יוסף בן שמעון ואין זה

ענין לשטר, אף שע"ז השטר מתבטל כלפי הראשון, והא דבסוגיין חשבינן לה לחוזר ומגיד, הוא משום דכולם מודים שאין רק אשה אחת בשם הזה והם מכירים אותה, ורק הוטעה על אחרת לחשוב שהיא זו, וטעות כי האי בעלמא ודאי חשיב חוזר ומגיד, ורק בצורבא מרבנן דלאו אורחיה למידק באיתתא, חשבינן מה שאמרו לו שהיא זו, כאילו אמרו לו שאשה זו שמה כך, ועל סמך זה היה רשאי לחתום, ושפיר נאמן לומר שאמרו לו כן על אחרת, דלא סמך על הכרתו שהיא פלונית, אלא סמך עליהם, והשתא ניחא דדוקא צורבא מרבנן.

ולפ"ז ניחא הא דלא חשבינן ליה כחוזר ומגיד, אע"ג דגם לומר שטעו בעיבורא דירחא, דרובא דאינשי טעו בהא כדאמר סנהדרין ס"ט א', חשבינן ליה כחוזר ומגיד, לדעת הריטב"א בריש ר"ה ונקט שם כן בדעת הרמב"ן, דדוקא באין כת"י יוצא ממקום אחר נאמנין לומר שטעו בעיבורא דירחא, וא"כ כש"כ בהכרה דאיתתא דרובא דצורבא מרבנן נמי לא טעו, אבל למש"כ ניחא, דצורבא מרבנן חשבינן ליה כמעיד שהיתה עוד אשה שהוחזקה בשם הזה בעדות אחרים, וזה לא חשיב כחוזר ומגיד.

ברם אין הדברים נכונים דאם העדים באים לחדש ששקרו להם להחזיק משהו בשם יוסף בן שמעון, יש לחשבם כחוזרים ומגידים, שאין בעדותם כלום אלא לבטל מה שחתמו בשטר, [ורק אם באמת יתברר שלא על פיהם דפלוני מחזיק עצמו בשם יוסף בן שמעון, אז יהיו נאמנים, כי בכה"ג אף בלא עדותם מתבטל השטר מחמת ספק כיון שנתברר שיש עוד יוסף בן שמעון], וממילא אף בצורבא מרבנן דלאו אורחיה למידק יש לחשבו כחוזר ומגיד והדרה קושיין לדוכתא אמאי מהימנינן ליה, וצ"ע.

ובאמת בעובדא דמייתנין בסמוך דאמר לה איברא אנת הוית ואמר אביי אע"ג דלאו אורחיה למידק, כיון דדק דק, משמע דאיצטריך לסהדותיה דאיברא אנת הוית, ואי לאו, הוי מהימנינן לה דלאו איהי הואי, דאל"כ אין צורך כלל להזכיר הך עובדא, ואי לאשמועינן דאי דק לא מצי הדר ביה וכמש"כ תו', הו"מ למימר לה אמימרא קמייתא, ולפי זה יש לפרש דהיה עוד אשה ובעלה בשם הזה, ולכך איצטריך לסהדותיה דחתם בשליחותה דהך, [ונאמן העד לומר בשביל איזה יוסף בן שמעון חתם כדאמר בירושלמי גיטין ריש השולח].

ואם נבוא להשוות הנך עובדי, דבחד לישנא תנינא דאמרה לאו אנא הואי, ונפרש דגם בעובדא קמייתא היה עוד בשם הזה והוצרכו לסהדותיה דריב"א על שובר של איזו חתם, א"כ ראוי להאמינו שהטעוהו מדין הפה שאסר, וקשה למה אמרו טעמא משום דצורבא מרבנן לאו אורחיה למידק, והרי אפילו לע"ה ראוי להאמין, שהרי צריך לסהדותיה בשביל מי חתם, והרי הוא אומר שלא חתם לזו, וצ"ל דריב"א כבר הקדים לומר שחתם על שובר בשביל הבעל הזה, ואח"כ כשבאה האשה לפניו וראה דלא בגר לה קלא הדר ביה ואמר שלא חתם בשביל זו, והשתא ניחא דלא חשבינן ליה כחוזר ומגיד, דכיון דאנו צריכים לעדותו בעל פה בשביל מי חתם, שפיר נאמן לומר לאחר שראה אותה דלאו בשביל זו חתם, אע"ג דקודם שראה אותה היה סבור שעל שובר שלה חתם דכיון דלאו אורחיה למידק, שפיר מצי הדר ביה לאחר שראה אותה ודקדק, ואע"ג דלפ"ז נמצא ששיקרו לפניו אלו שהיו עמו בשעה שחתם.

ולפירוש רשב"ם ניחא שפיר טפי דמתפרש דבבואה עכשיו אמר דלאו איהי היא, מחמת שנשתנה קולה, וכבר היה לאמירה זו דין הגדת עדות, ואמרו לו שהשינוי מחמת קשישותא, ודקדק וראה דבאמת היא היא, וטעות כי האי מצוי הוא, ולא חשיב חוזר ומגיד, אלא דאכתי יש לשאול אי לא הוחזקה עוד אחת בשם הזה, א"כ אמאי הימנוהו כשאמר דלאו איהי היא, והא הוי חוזר ומגיד, אא"כ נפרש בדאיכא

עוד בשם הזה, וכמש"כ, וצ"ע.

ויש כמה משמעויות בגמ' כפי' רשב"ם, חדא דדוחק הוא לומר דבאמת רמוהו בשעת החתימה והביאו לפניו אשה אחרת וסמכו שיוכלו להטעותו, ועוד דלא נזכר בגמ' שהיה מכיר האשה בקולה, וגם לא הזכירו בגמ' שעכשיו הכיר בקולה שלא נשתנה, ועוד דפשטא איכא לפרושי שהנידון דומיא דאיך עובדא, דאיברא אנת הוית, והיינו אם זו שבאה עכשיו היא זו שחתם בשבילה, או שעכשיו אשה אחרת באה לפניו, ולא איירי בטעות שבהכרה של אשה ידועה.

בבעה"מ ובר"ן ריש ר"ה כתבו דבסוגיין מוכח דבכל טעות שהעדים מצויין לטעות, נאמנים לומר שטעו ולא חשיב חוזר ומגיד, ונראה מרהיטת לשונם דמפרשי כפי' רשב"ם, דבזה מצויין לטעות שלא להכיר מחמת שינוי הקול, אבל אם כפירוש הנמו"י הרי היו כאן רמאים בכוונה, ונהי שאין בידה לרמות אלא למי דלאו אורחיה לדייק, אבל מ"מ לא חשיב כדבר שמצויין לטעות בו. (כתובות י"ט ב' סק"ב).

שו"ע חו"מ סי' מ"ג ש"ך ס"ק י"ט, פשטא נראה דהטור חדא נקט טעינו בשנת המלך, וה"ה טעו בעיבורא דירחא, וגם טעינו בשנת המלך משמע ברמב"ן ב"מ ע"ב דהיינו משום שטעו בעיבורא דירחא וכסבור שהוא כבר ניסן, ובאמת היה ל' אדר ונמצא שיש עוד שנה למנין המלך, והטור פשיטא ליה מסברא דאין עדים נאמנים לומר טעינו בעיבורא דירחא או בשנת המלך, דכיון שהגיד אינו חוזר ומגיד, ולא דמי האי טעות להיא דב"ב קס"ז, לא מיבעיא לפירוש רשב"ם [וכדמשמע בפסקי הרא"ש שם דמפרש כן ועי' בדרישה חו"מ סי' מ"ט שהאריך בזה], דלדידיה הטעות היה במה שאמר שאין דומה קולה של זו לקול האשה שבשבילה כתבו השובר, וכד אמרו לו דמחמת זקנה נשתנה קולה הדר ביה, דלפ"ז ודאי לא דמי האי טעות לטעות בעיבורא דירחא וכיו"ב, אלא אף לפי הנמו"י והרמ"ה שם דהטעוהו בהכרת שמה, נמי ע"כ או דאיירי התם שהיה עוד אשה בשם הזה, או דהעדים נאמנים לומר שלאחרת חתמו אף שלא הוחזקה עוד אחת בשם הזה, או דכל הכרה ע"פ ע"א או אשה יכול לומר שהטעוהו, עי' לעיל, (או דצורבא מרבנן שאני וכדמשמע קצת ברי"ו ובריב"ש סי' שפ"ב ובמחבר סי' מ"ט ס"ב), אבל סתם לומר טעינו אינם נאמנים, ולכך פשיטא ליה דלדעת תו' והרא"ש ע"כ איירי באין כת"י יוצא ממקום אחר, והתו' והרא"ש לא הוצרכו לפרש, לפי דלא איירו מנלן ידעינן שהוא מוקדם, אלא למה לא נפסלו העדים, ולזה סגי כשאומרים שטעו, והידיעה שהוא מוקדם י"ל ידיעין מהמלוה עצמו, או מעדים אחרים, אבל הטור שכתב שידעינן ההקדמה מפי העדים הוצרך לפרש דאיירי באין כת"י יוצא ממקום אחר, וכן כתב הריטב"א בריש ר"ה בדעת הרמב"ן דאיירי באין כת"י יוצא ממקום אחר ולכך נאמנים לומר שטעו בעיבורא דירחא וכיו"ב, ובשם מורו וכנראה דהיינו הרא"ה כתב דאף באין כת"י יוצא ממקום אחר אינם נאמנים לומר שטעו בעיבורא דירחא או בדאביי דעדיו בחתומיו זכין לו, ידיעות אלו שהם עיקר העדות לאו כל כמיניהו למימר שלא ידעו, ודמי לאמנה וכיו"ב, ולא מיתוקמא שט"ח המוקדמין אם הבירור על ידי העדים עצמם, אלא באומרים שהיו אנוסים מחמת נפשות להקדים הזמן, או באומרים שאח"כ נתברר להם שאיחרו את ההלואה, [והן הן הדברים שהביא בב"י סימן זה בשם תלמידי הרשב"א בשם הרא"ה].

וכן לעיל בסי' כ"ט כתב הטור דאין העד נאמן לומר טעיתי או שגגתי אפילו אם נותן טעם לדבריו, ורק בדבר שמוכח שטעה כתב שם דנאמן, הרי דכל דלא מוכח אינו נאמן, ואפילו לומר שטעה בעיבורא דירחא וכיו"ב, ומ"ש הטור בסי' ע"א דנאמנים לומר שלא חתמו על הנאמנות לא יתכן אלא לדעת הסוברים דגם במוקדם נאמנים

לומר שלא חתמו על הזמן, אבל לא לדעת תו' והרא"ש, וכבר תמה בש"ך שם על סתימת הטור.

וכן הר"ן שכתב דאף לדעת הרמב"ן כל טעותא דעבידי למיטעי לא חשיב חוזר ומגיד, וכההיא דפ' גט פשוט, היינו נמי בגוונא דפירש הרשב"ם שם וכיו"ב, דהדברים מוכיחים, אבל לא לומר טעינו בעיבורא דירחא, (ואף דרובא טעו בה כדאמר סנהדרין ס"ט א'), וכן מדברי המ"מ אין משמעות אחרת, ודבריו הם רק העתק דברי התו' בב"מ, לתרץ למה לא נפסלו העדים.

וכן הרמב"ם בפ"ג מה' עדות ה"ה ו' סתם שאין עד נאמן לומר מוטעה הייתי אא"כ אין כת"י יוצא ממקום אחר, וסתמו כפירושו דכל טעות בכלל, וגם לא הזכיר עובדא דב"מ כ"ח ב' דלא מייתי אינש חובתא לנפשיה, וגם לא עובדא דב"ב קס"ז ב' דצורבא מרבנן דלאו אורחיה למידק נאמן, והיינו משום דמפרש לה דוקא בדמוכח שטעה וכגון שפירש דהוי סבר דלאו איהי הואי משום קלא, וממילא כשאמרו דבגר קלא הרי מוכח שטעה, וכן בההיא דב"מ, וזה דבר מוכן בסברא, ולכך לא הזכירו.

ומ"ש בתשו' הרא"ש כלל מ"ה ס"ג הובא בב"ש אה"ע סי' קנ"ב ס"ק י"ג דנאמן העד לומר שחתם על הגט בלא ציווי הבעל דשכיח ושכיח שמתעסקים בגיטין אלו שאין יודעים אלא מעט, ע"כ לפרש משום דאמר כתבו ושפיר איכא דסברי דכתבו היינו נמי חתמו עי' בב"ב בבד"ה שם, וגם כיון שאומר כן גם על העד השני שגם הוא לא נצטוו לחתום והסופר גם הוא מעיד כן, נמצא שיש כאן שני עדים על חתימת השני שהיא פסולה, וגם שהיו שם עדים על אחד מהעדים שהוא פסול, ולפי זה אפשר שמש"כ שנאמן לומר שהבעל לא צוה לחתום, דהיינו רק לחומרא דראוי לחוש לדבר, ואף שסיום התשו' שם הוא לענין הנכסים, בזה י"ל שסמך על שאר הטעמים.

ועיקר הדבר יתכן שיש לתלותו בשני הפירושים בההוא תברא דחתים עליה ריב"א, דאם כפירוש הנמו"י ודעימיה דהדר ביה ואמר דלאו איהי הואי והטעוהו, א"כ מצאנו דנאמן לומר שטעה, אף בדלא מוכח, [ואף שכת"י יוצא ממקום אחר, דפשטא משמע שלא הוצרכו שם לקיום], ודכוותה ראוי להאמין שטעו בעיבורא דירחא וכיו"ב, אבל לפירוש הרשב"ם ותו' דלא הדר ביה מחתימתו, אלא מאמירתו דלאו איהי הואי, א"כ טעות דמוכח הוי, דבסתמא פירש דמחמת שינוי הקול הוא דקאמר, וכיון דאתברר דבגר קלא הרי מוכח שטעה, ואין לנו ראיה שיכול לומר טעיתי אלא בדמוכח, ודומיא דההיא דב"מ כ"ח ב', והמחבר בסי' מ"ט ס"ב סתם כפירוש הנמו"י, ולפי זה משמע כהש"ך, וכן בסי' כ"ט לאחר שהביא לשון הטור דבמוכח שטעה חוזר, הוסיף וכן בכל טעות שהעדים מצויין לטעות בו, משמע דלא בעי שיהא מוכח, וצ"ע לדינא.

ולכאורה יש להביא ראיה שאין עדים נאמנים לומר שטעו, מהא דאר"נ כתובות י"ט ב' דאינם נאמנים לומר מודעא היו דברינו, והיינו ע"כ משום דס"ל דאין להם לחתום על שטר שהם יודעים ביטולו, ואף שאם כבר קדמו לחתום על המודעא הרי הם רשאים לחתום על השטר כדאמר בב"ב מ"ט א', מ"מ כ"ז שאין מודעא חתומה אין להם לעשות שטר שאינו אמת, שאם לא יבאו ויעידו יכול לצאת מכשול, ואף שהוא ימצא בקל עדים אחרים שאין יודעים מן המודעא והם יחתמו לו, מ"מ הם אינם רשאים לחתום, ובפשוטו העדים שחתמו ואומרים שמודעא היו דברינו, ע"כ שהם אומרים שחשבו שגם הם רשאים לחתום כמו אחרים, וכדס"ל באמת למר בר רב אשי לקושטא דמילתא, לדעת הסוברים דלמר בר"א אף כשכת"י יוצא ממקום אחר נאמנים, ואם איתא שנאמנים לומר שטעו, אמאי לא נאמינם בטעות הזה, והרי מאן דלא ידע דאין כותבין שטר ללוה בלא המלוה אלא בשטרי אקנייתא, חשבינן ליה

שפיר טועה כמש"כ הראשונים בב"מ ע"ב, וה"נ דכוותה ועוד עדיף, ומיהו ע"כ צריך לחלק בין מודעא לשאר טעות למש"כ תו' דאף באין כת"י יוצא ממקום אחר אינם נאמנים, וכמו שפירשו טעמא, וצ"ע. (כתובות שם סק"ג).

תוד"ה וליחוש לשני ואי אליבא דר"א פריך לדידיה נמי לאו גיטא הוא שהרי צריכה להביא עדי מסירה כו', ר"ל למה לן לתקן תקנות בסדר הגרושין, הא מספיק שנאמר שתצטרך לברר גירושיה בעדי מסירה, כיון שעדי חתימה אין מוכיחין, וכמו בהוציא שטר חוב על שני יוסף בן שמעון הדריס בעיר אחת דצריך לברר בעדי מסירה, [אבל לר"מ לא קשה דנתקן שתצטרך עדי מסירה, ולמה לן להוסיף גם שאין מגרשין אלא זה בפני זה, דכיון דלעולם א"צ עדי מסירה, לא יהיו בקיאים לדקדק להביא עדי מסירה בשני יוסף בן שמעון וגם לפעמים שהעדים טועין, ולפיכך העדיפו לתקן שאין מגרשין אלא זה בפני זה דמפרסמא טובא תקנה זו, וידעו לדקדק, וכמש"כ לעיל לפרש"י], ולו"ד היה נראה בזה דהכא אין זו תשובה שאם לא תמצא עדי מסירה תתעגן, דהרבה חשו חכמים לתקנת עגונות, ולעולם אינה יודעת דיני הגט אם צריך עדי מסירה, ואם יש שני יוסף בן שמעון, ותסמוך על הגט שבידה בעדי חתימה, ולפיכך תקנו חכמים שלא יגרשו אלא זה בפני זה, ובכה"ג מיפרסמא מילתא שלעולם בשעת גירושין ידרשו לדעת אם יש ששמו כשמו, ואז תברר מיד גירושיה בעדי מסירה אבל בלא תקנה זו לא ידעו כלל ליהזר בעדי מסירה שתצטרך לברר גירושיה על ידם, ואפשר שהתו' מיאנו בזה משום דבגמ' פריך וליחוש לשני יוסף בן שמעון כו' ומשמע שיש כאן מקום למכשול, [ולא ניחא להו לומר דלמאי דס"ד דסגי בעדי חתימה קפריך, וה"ק ניחוש דהא נסמוך אעדי חתימה ואין לומר דתצטרך לעולם להביא עדי מסירה, דא"כ תתעגן שלא תדע לשמור על העדי מסירה, דלא משמע לפרושי דבמסקנא קמפרשינן במאי דבס"ד היה פשוט דליתא, עד שלא הזכירו אפילו].

ומקושיתם זו נמי משמע דלמסקנא ר"ל שתצטרך להביא עדים שנתגרשה זה בפני זה, אבל אין כאן דין על העדים שלא יחתמו אא"כ אשתו עמו וזה בפני זה, ודלא כדעת הר"ן, דאילו לדעת הר"ן שפיר י"ל דקים ליה לגמ' דאף בשני יוסף בן שמעון סמכינן אעדי חתימה להתירה לינשא, ופרכינן וליחוש דילמא ממטי לה לאיתתיה דהיאך, ומשנינן שאין העדים חותמין אא"כ מגרשין בפניהם זה בפני זה, אלא ודאי אף למסקנא לא סמכינן אעדי חתימה ובעינן עדי מסירה ושפיר הקשו א"כ ל"ל לתקן שיגרשו דוקא זה בפני זה, הא סגי בעדי מסירה שיבואו ויעידו.

בא"ד ליחוש מאחר שכותבין לו גט בלא אשתו כו', משמע דמפרשי דקושיית הגמ' היא אמאי כותבין גט לאיש בשאין אשתו עמו, (וכמש"כ לעיל) וכ"ה גם בלשונם בגיטין כ"ד ב' אין להם לכתוב כו', ואע"ג דלמה שפירשו דחיישינן לטעות עדי מסירה ה"נ יכולין לטעות עדי חתימה שיהיו גם עדי מסירה, צ"ל דעדי חתימה דייקי טפי, וכש"כ בשהם גם עדי מסירה, והנה לפ"ז ע"כ דכד משנינן דאין מגרשין אלא זה בפני זה היינו לומר דתצטרך לברר בעדים שהיה יוסף בן שמעון השני בשעת הגרושין אבל אין ר"ל שאין כותבין גט לאיש אא"כ אשתו עמו בשהוחזקו שני יוסף בן שמעון דא"כ תו יכולים לגרש זה שלא בפני זה, דהא מבואר בדבריהם דאי אין כותבין אא"כ אשתו עמו ליכא למיחש למידי, אלא ודאי ר"ל שתצטרך לברר שנתגרשה בפני יוסף בן שמעון השני, ולפי זה אמנם כותבין גט לאיש אע"פ שאין אשתו עמו אף בהוחזקו שני יוסף בן שמעון, וזה דלא כדעת הר"ן ר"פ כל הגט, [ועי' חו"ב גיטין ס"ה סק"י שכן עיקר לדינא], וכן מבואר בדבריהם בגיטין כ"ד ב' שכתבו

דכשבאה לב"ד להתירה שיילי ב"ד לעדי מסירה אם היו שם שני יוסף בן שמעון, ומבואר דלא שרינן לה עד שתביא עדי מסירה, הרי דלא סמכין דמסתמא חתמו כשהיו זה בפני זה, וכיון דליכא למסמך תו ליכא לצוות שיעשו כן, וכן ברי"ו הובא בב"י סימן קל"ו מבואר כן.

יעוי' בנמו"י בסוגיין ואע"ג דאמרינן בגיטין שני יוסף בן שמעון כו' אינן מגורשות משמע שאם לא נתערבו כו', ר"ל דלא דיינינן התם אלא מחמת שנתערבו אבל בלא"ה שפיר דמי, ואה"נ דאף בנתערבו שפיר דמי אם נותן שניהם לכל אחת מהן וכדקתני מתניתין, ולשונו ז"ל קצת דחוק.

שם שאני התם דשניהם במעמד אחד נתנו גיטין לשליח, משמע דדוקא בכה"ג ששניהם מסרו לשליח במעמד אחד, ומשמע דכה"ג מיקיימא תקנת זה בפני זה ושפיר דמי לכתחלה, ועי' לעיל.

שם והוא מכירן וגם מכיר נשותיהן כו', לאו דוקא מכירן בעצמו אלא ר"ל שהשליח יודע בסימניהם ויודע שגט זה צריך למסור לפלונית וזה לפלונית ויודע להבחין ביניהם ע"י איזה סימן או שמכירן.

שם או אם זה עומד בירושלם וזה בטבריא כו', לכאורה משמע דר"ל שיום הכתיבה של שני הגיטין שווין וזה נכתב בטבריא וזה בירושלם ובשניהם כתוב שיוסף בן שמעון מיפו מגרש, וע"כ ששניהם כתבו ונתנו שא"א להלך ביום אחד מירושלם לטבריא והר"ז כמגרשין זה בפני זה, ומיהו ק"ק שהרי משמע דרוצה לפרש שמתקיימת כאן ממש תקנת חכמים של זה בפני זה שהרי כתב בתירוץ קמא כיון שבמעמד אחד נתנו לשליח, ולא כתב בפשוטו שהרי אנו יודעים שאמנם בעלה שלח לה את הגט, [אם משום שהשליח נאמן בכך או שיש עדים על כך], וא"כ מה בכך שזה בירושלם וזה בטבריא, וידעינן שאמנם הגיטין של שניהם אבל אכתי אין כאן זה בפני זה, (ואולי י"ל דכה"ג חשיב מקום הכתיבה כסימן, וכל שיש סימן א"צ זה בפני זה, אבל ל"מ כן כלל, ועוד דפרכינן דלמא אזיל למתא אחרייתא כו', ומה בכך יברר בעלה שלא היה בעיר השניה ביום זה, ודוחק לפרש דפריך דאזיל למתא קרובה שאפשר לבוא שם ביום אחד וזה קשה לברר שאין עדים שראוהו כל היום), לכך יש לפרש דר"ל שאמנם עיקר דירתן של בעליהן אינו במקום אחד אלא זה בירושלם וזה בטבריא וכה"ג ודאי דלא חשיבי שני יוסף בן שמעון הדרינן בעיר אחת, ומיהו ק"ק דדבר תימה הוא שהנשים לא ידעו מקום דירת בעליהן, ועוד שסיים שהרי כותב בגט במקום פלוני נכתב גט זה, ואם איתא אף בלא הדין לכתוב מקום הכתיבה תיפוק ליה שהרי כותבין מקום דירתו של הבעל, ואולי ס"ל דאין כותבין.

הרמ"ה בסוגיין הקשה ג"כ בהא דשני גיטין שנתערבו תיפוק ליה דהא בעי זה בפני זה, ותירץ בג' אופנים, א. שיש עדים שמסרו לשליח זה בפני זה. ב. דכיון שזה מקום עיגון לא חיישינן לדילמא ממטי לאיתתא דהיאך וכמו שאמרו בשעת הסכנה כותבין אע"פ שאין מכירין. ג. דכיון דאייתי ב' גיטין ויהיב חד להך וחד להך מוכחא מילתא דקושטא הוא ולא גזור רבנן בכה"ג, והנה מן התירוץ הראשון יש ללמוד דחשדינן גם לשליח שמשותף ברמאות, לאמטויי גיטא לאיתתא דהיאך, ודלא כדעת הריטב"א, דאל"ה למה לן עדים שהיה זה בפני זה, ולמה אין השליח נאמן לומר שהיה זה בפני זה, ולפי זה משמע דלתירוץ השני רוצה לומר דאף בלא השליח היינו מקילין במקום עיגון ולא חיישינן לדלמא ממטי לאיתתא דהיאך, וממה שנסתייע מהא דמושלך בבור משמע דס"ל דמושלך בבור לאו דוקא ועיקרא דמילתא דבמקום עיגון מקילינן, אבל לא נראה כן וכמש"כ בחו"ב גיטין ס"ה סק"ו, אלא דוקא במושלך בבור הקילו דאז אינו חשוד לקלקל, ואפשר דהכא קיל טפי שהרי אנו

יודעין ששמו כן, ולית לן למיחש דלמא אתי להכשיל לאשת חברו משא"כ בעלמא שאין אנו מכירין שמו ודאי חוששין שמא משקר הוא, [ויש כאן ב' סברות, חדא דכל שאנו באין לעשות מעשה צריך דקדוק יתר ולעולם העדים מצווין לדקדק ביותר שידעו אמתת הדברים שמעידים עליהם וכמש"כ חו"ב גיטין ס"ה סק"א דאף אי אין חוששין לשני יוסף בן שמעון מ"מ אין העדים חותמין אא"כ יודעין שם אשתו, ועוד דבסתמא ודאי יש רמאין בעולם ויש לחוש לכך, אבל כשאנו דנין על אדם מסוים, [כגון הכא שאנו דנין על זה היוסף בן שמעון], אם הוא רמאי אין לנו לחוש לכך], ומה שהביא הא דבשעת הסכנה אינו אלא ראייה דמקילינן במקום עיגון וה"נ הכא, אבל אה"נ דהתם לא הקילו אלא במושלך בבור, וצ"ע.

שם וניחוש דלמא אזיל למתא אחריתי כו', לדעת הר"ן שאין העדים חותמים אלא א"כ אשתו עמו וזה בפני זה, יש לפרש דהכא ודאי יחקרו העדים אם יש שני יוסף בן שמעון במקום עיקר דירתו וכשישמעו שאין שם אלא יוסף בן שמעון אחד יכתבו לו, דיסברו דודאי זהו היוסף בן שמעון, ולעולם לא יחקרו העדים אם עכשיו נמצא היוסף בן שמעון בביתו, (ונתעוררתי לזה), ויעוי' בנמו"י שכתב וז"ל נחוש נמי שמא ילך למקום שאין שם אלא הוא מאותו שם ויכתבו לו כו', נראה דדעתו ז"ל כדעת הר"ן דאין העדים כותבין אלא אם כן אשתו עמו, ומגרשה זה בפני זה, ולפיכך הוצרך לפרש שילך במקום שאין שם אלא הוא מאותו השם ויכתבו לו, ומבואר שהעדים לא יצטרכו לברר במקום שיצא משם אם יש שם שני יוסף בן שמעון, ולפי זה נראה דמפרש שבא להשתקע במקום הזה ולפיכך לא ידרשו אחר המקום שיצא משם לדעת אם יש שם שני יוסף בן שמעון, [ומשמע דס"ל שאם היו מדקדקין בזה היה נודע להם שהיוסף בן שמעון עכשיו בעירו והיו יודעים שזה רמאי, ולפיכך פירש לה בשבא להשתקע], ומבואר גם דס"ל שאין מעכב מקום הדירה שא"כ לא יוכל לאמטויי לאיתתא דהיאך שאינה דרה במקום שנכתב הגט.

והנה לדעת הסוברין שאין מעכב מקום הדירה פירשו הרמב"ן ז"ל וכן בשטמ"ק בשם התו' הא דלא חיישינן לשני יוסף בן שמעון מתרי עיירות, משום דלא שכיח שיהא להם קשר עד שזה יבקש להכשיל אשת חברו, ונראה דבכלל זה אף מי שבא מעיר אחרת כל שקבע דירתו כאן, [וזה תלוי בפרטי הדינים של קביעת דירה], תו לא חיישינן למקום שיצא משם ואין מדקדקין אחר אותו המקום כלל והרי הוא עכשיו בדין העיר שקבע בה עתה, והא דלא חיישינן דלמא מתכוין הוא לאמטויי גיטא לאיתתא דאידיך יוסף בן שמעון שדר במקום דירתו הקודמת היינו דלא חשדינן שיעקור דירתו לשם זה התכלית, וממילא תו לא חיישינן שמא נזדמן שזה היוסף בן שמעון רוצה להכשיל ונזדמן גם שישנה דירתו ועדיין הוא רוצה לקלקל, [דבאמת החשודים לקלקל מיעוט קטן הם, וגם שיזדמנו שני יוסף בן שמעון ושמות נשותיהם שוות ויזדמן שאשתו של אחד רוצה להתגרש והוא אינו רוצה, ושיזדמן שיהיה לה קשר עם היוסף בן שמעון השני, ושהיוסף בן שמעון השני יהיה מסוגל לעשות כזאת, ויזדמן שיצטרך לשנות מקומו והזדמנות כל אלו הדברים דבר נדיר הוא ביותר ואין אנו חוששין לו], ומ"מ פירש הנמו"י דקושיית הגמ' היא כשיארע שישנה דירתו לקבע, והיינו דדוקא כשאין החשש אלא על יוסף בן שמעון בזה אמרינן דהזדמנות כל המקרים יחד הוא דבר רחוק ולא חיישינן ליה, אבל למאי דפריך בסוגיא דניחוש שישנה שמו וא"כ החשש על כל האנשים בזה ודאי יש לחוש שיזדמן שרמאי ישנה דירתו ויבקש לאמטויי גיטא לאיתתא דהיאך.

ויש להסתפק לדעת הסוברין שאין מעכב מקום הדירה, יוסף בן שמעון ואשתו מציפורי שבאו לטבריא שלא להשתקע, ויש בטבריא עוד יוסף בן שמעון, אם באו

להתגרש בטבריא, [מבלי לכתוב שם עירו], אם צריך זה בפני זה, או"ד כיון שלא באו להשתקע דיינין להו כאילו הם בציפורי, ואין היוסף בן שמעון שבטבריא מחייב זה בפני זה, והרי אם חזרו לציפורי ודאי לית לן כלום בהך יוסף בן שמעון שבטבריא, ואת"ל דכיון דהגרושין בטבריא בעינן זה בפני זה אף שאין דעתם להשתקע כאן, יש לפרש גם דברי הנמו"ג בכה"ג ובלא באו להשתקע, ובמקום שיצאו משם ודאי בדקין אי איכא תרי בהך שם, אלא שכבר בדקו ונודע שאין שם רק אחד, [וסבורין שזהו זה וכמש"כ לעיל], אלא שהנמו"ג הוסיף שיצטרך לילך למקום שאין שם איש בשם הזה דאל"ה אין העדים כותבין עד שיגרש בפניהם, ומיהו לשון ראשון נראה יותר.

תוד"ה ומחזיק תימא כו' וי"ל כו', לפמ"ש"כ לעיל דבלא הוחזקו שני יוסף בן שמעון כותבין שם אשתו על פיו, י"ל נמי דבדקו בעירו ויודעין שאין שם אלא יוסף בן שמעון אחד [וכסבורין שזהו] וכותבין שם אשתו על פיו.

בא"ד ולא שייך למימר שיחזיק, הטעם פשוט שאינו דבר המשמש עכשיו לפנינו בהווה שנאמר עליו חזקת הנהגה, ולא דמי לשם אביו שזה מכלל שמו, ויש להסתפק בשילוש אי שייך לומר שיחזיק, ומקום דירתו נראה דודאי דמי לשם אשתו שאין שייך לומר שיחזיק, ולפי זה אין כותבין מקום דירתו אלא ע"פ עדים, וכ"כ בשטמ"ק בשם הר"ן, אלא שהביא בשם הרשב"א דנאמן בעצמו על מקום דירתו, ולא נתפרש אם ר"ל בל' יום ושייך גם על זה חזקת הנהגה שמתחזק גם בשם עירו, או דלעולם נאמן, ונראה יותר כלשון ראשון דכיון דכל עיקר כתיבת עירו היא כדי למנוע דלמא ממטי לאיתתא דחבריה אין סברא כלל לומר שיהא הוא נאמן בכך, ונראה דמודה הרשב"א לדברי התו' דשם אשתו לא שייך למימר שיחזיק, אלא דס"ל דשם עירו עדיף. (גיטין ס"ה).

קס"ח א' ר"י סבר אסמכתא קניא, א"ה, עי' מש"כ בב"מ ס"ז א' סק"ח בהא דשרי ריבית בדרך קנס.

בסוגיא דמי שנמחק שטר חובו

(א) קס"ח א' מתני' מי שנמחק שטר חובו כו', יעוי' ברמב"ן שפירש דמיירי שחתימת העדים לא נמחקה, נראה דעתו ז"ל דגם אם העדים המעידים מה שהיה כתוב בשטר, יעידו ג"כ שהכירו חתימת העדים, לא יהא נחשב כקיום, דקיום צריך בפני ב"ד, וכשאינן חתימת העדים בפני ב"ד אין כאן קיום בפני ב"ד, וכל שהשטר לא נתקיים, לא מיבעיא דהלוא יכול לטעון מזוייף, אלא גם פרוע יכול לטעון, כדמשמע לקמן ב' דקתני דאם אין כתוב שהוזקקנו לעדות של עדים ונמצאת מכוונת צריך להביא ראיה, ומשמע דבלא ראיה אינו גובה אפילו אם אינו טוען מזוייף, ונראה דגם למ"ד בעלמא מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו הדין כן, ולפמ"ש"כ תו' כתובות י"ט א' דהיינו טעמא דמ"ד מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו ולא מהימן במגו דמזוייף, משום דחושש לטעון מזוייף שמא יקיימוהו, א"כ הכא שכבר נמחקו החתימות אינו חושש לטעון מזוייף, ושפיר נאמן לטעון פרוע במגו דמזוייף, ואף לאידך תירוצא שכתבו תו' שם דלכך לא מהני מגו דמזוייף משום דחכמים לא הצריכו קיום כשאינו טוען מזוייף, והלכך אין זה יכול לשמש כמגו, וא"כ ה"נ לא יהא נאמן לטעון פרוע אף שיש לו מגו דמזוייף, י"ל דהיינו דוקא בשהשטר נמצא חתום לפנינו, אבל שטר שנמחק צריך קיום גם בלא טענת מזוייף, ועכ"פ נאמן לטעון פרוע במגו דמזוייף.

ונראה דאף אם יבאו העדים שהיו חתומים על השטר ויעידו שהם חתמו על שטר כזה כפי עדות העדים על מה שנמחק, נמי לא יועיל לגבות בעדותם, כי שמא כתב ללוות ולא לזה, ואף אם יעידו שנתנוהו למלוה על פי הלוה, נמי י"ל שהלוה כבר

פרע וקיבל שטרו וקרעו, ושטר זה שראו העדים מזוייף היה, הלכך אין תקנה אא"כ לא נמחקו חתימות העדים והם מתקיימים בפני ב"ד, ולכך הוצרך הרמב"ן לפרש דאירי בלא נמחקו חתימות העדים, וצ"ע במ"מ פכ"ג ממלוה הי"ג שכתב שאם באו העדים החתומים וחקרום ב"ד סגי בהכי, ועי' לקמן סק"ב.

והנה מלשון הגמ' ואם כתוב בו הוזקקנו לעדותם של עדים ונמצאת עדותן מכוונת גובה וא"צ להביא ראיה ואם לאו צריך להביא ראיה, משמע דהקיום של המחק עושין ב"ד גם כשאננם עתידים להזדקק לעדותם של העדים, כגון שעכשיו כבר נמחקו החתימות, והעדים שעל המחק אינם מכירים החתימות, ואע"ג דלמש"כ יוכל הלוה גם לטעון פרעתי, מ"מ מועיל השטר למלוה להכביד על כפירת הלוה, ולפי זה היה אפשר לפרש מתני' גם כשחתימת העדים נמחקה, אלא דמשמע ליה להרמב"ן דראוי לפרושי מתני' בזמן שכל תוקף השטר קיים במעשה ב"ד ולכך פירש כשחתימות העדים קיימת, ועי' להלן סק"ב.

וכ"כ הרשב"א בשם הראב"ד דמייירי שחתימת העדים לא נמחקה והעדים מקיימין אותן, דאל"כ הו"ל קיום בשנים ושלא בפני ב"ד, וכ"כ בב"ק צ"ח ב' בהא דאמרין התם בשורף שטרותיו של חבירו דאי איכא סהדי דידעי מאי הוה בשטרא ליכתבו ליה שטרא מעליא, דאירי בשטר מקויים, ושפיר סגי בעדותן שהיה שטר מקויים, דכמעידין על פסק ב"ד דמי, ומיהו אח"כ כתב די"מ דגם בשטר שאינו מקויים סגי בעדותן שהכירו את חתימת העדים שהיו בשטר שנשרף, אבל בסוגיין השאיר בקושיא הא דתניא בתוספתא בנאבד השטר, דהא לא יוכלו לקיים את החתימות.

וכן הר"ן בשטמ"ק הביא דברי הראב"ד דע"כ אירי כשחתימות של העדים לא נמחקו דאל"כ הו"ל קיום בשנים שלא בב"ד, וכן בבעה"ת שער נ"ז ח"ב פירש למתני' כשחתימת העדים לא נמחק, וב"ד מקיימים אותן.

וכן במ"מ פכ"ג ממלוה הי"ג כתב דאם באו העדים עצמם החתומים על השטר וב"ד חקרו אותם סגי בהכי, משמע נמי דלא סגי אם העדים שמעידים על המחק יעידו גם שהכירו חתימת העדים.

אבל הריטב"א כתב בשם מורו דסגי אם העדים שמעידין על המחק יעידו שהכירו חתימות העדים, וכן ברא"ש כתב דהעדים המעידים על המחק מעידים שהכירו החתימות, וכ"כ בטור בשם ר"י, וכן בנמו"י הביא דברי הריטב"א, וכן הביא בש"ך סמ"א ס"ק י"ג בשם רי"ו והביאו ב"י סכ"ח.

לכאורה טעמא דפלוגתתן אם צריך שחתימות העדים תהיינה קיימות או לא, הוא אם אפשר לקיים חתימת העדים לאחר שנמחק השטר, וכמ"ש הרשב"א בשם הראב"ד דהו"ל קיום בשנים ושלא בב"ד, ור"ל דעכשיו א"א לקיים, ומה שראוהו קודם שנמחק הו"ל כקיום בשנים ושלא בב"ד, וכן נראה ממ"ש הרשב"א בב"ק צ"ח ב' שאם היה השטר מקויים בב"ד לכו"ע יכולים להעיד עליו גם לאחר שנשרף ויכתבו לו ב"ד שטר אחר, דאינם כעד מפי עד אלא כמעידין על פסק דין דדיינים החתומים על הקיום כפסק דין הוא, וי"מ דגם לאחר שנשרף יכולים להעיד שהכירו החתימות, הנה מבואר דהנידון אם אפשר לעשות קיום לאחר שנמחקו החתימות, ואם אפשר לקיים הרי הם כמעידין על פסק דין, שהרי ראו שטר שדינו כנחקרה עדותן בב"ד, וצ"ע בריטב"א בסוגיין שכתב לשון זה י"א שצריך שיביא כתב העדים החתומים קיים לב"ד ויקיימוהו ולא סגי שיעידו העדים שהכירוהו דהו"ל עד מפי עד, ומורי נר"ו אומר דבעדים שהכירו החתימות סגי שאין זה עד מפי עד כי על עיקר הכתב הם מעידים ולא על המנה וזו עדות ברורה וקיום גמור כו' עכ"ל, משמע שיש כאן נידון משום עד מפי עד, ושמא ר"ל שא"א לקיימו משנמחק, והו"ל כשטר שאינו מקויים,

ולא חשיב מעשה ב"ד, הלכך הו"ל כעד מפי עד, אבל קשה דאם אין כאן כמי שנחקרה, הרי גם עדות מפי עד אין כאן דמפי כתבם הוא, ועי' תו' כתובות כ' א' ד"ה ור"י, וצ"ע, ועי' בקצה"ח סמ"ו סק"ג.

(ב) קס"ח ב' ואם כתוב בו הוזקקנו לעדותן של עדים ונמצאת עדותן מכוונת גובה וא"צ להביא ראיה ואם לאו צריך להביא ראיה, יש לדקדק דהא ברייתא איזהו קיומו אתי לאשמועין, וא"כ היה ראוי לומר ואם קיימו חתימת העדים כותבין הוזקקנו לעדותן של עדים כו', ואפשר שיש לדקדק מזה דאם לא קיימו חתימות העדים אין כותבין קיום של השטר, דכיון דהשטר הוא בחשש מזוייף, ולקיימו אי אפשר שהרי נמחק, וכל טענות הלוח שיכול לטעון בדליכא שטר יכול גם לטעון עכשיו, הלכך אין לב"ד להזדקק לכתוב העדות של העדים על המחק, שהתועלת בזה הוא רק להקל קצת על המלוה בטענותיו, וא"כ ע"כ איירי כשב"ד קיימו החתימות של העדים, דאז כותבין קיומו, ושפיר שנה התנא החילוק בין אם נכתב בשטר שקיימוהו לבין אם לא נכתב, ולא הזכיר אם נתקיים, משום דע"כ איירי בנתקיים, ולפי זה ניחא מה שהרמב"ן וסייעתו פירשו לסוגיין כשלא נמחקה חתימת העדים, דבנמחקה וליכא אפשרות לקיים אין ב"ד נזקקין לקיים את המחק, ומיהו ק"ק כיון דידעינן דקיימו חתימת העדים, דאל"כ לא היו מקיימים את המחק, א"כ מה בכך שלא כתבו בשטר בהדיא שקיימו, [ועי' להלן דהדרי בי].

ברם מדברי המ"מ פכ"ג מה' מלוה הי"ב משמע דגם כשלא נתקיימה חתימת העדים, מ"מ אם יבאו עדי השטר ויעידו שחתמו ונתנו למלוה שטר כפי שעדי המחק מעידים, דיועיל שטר זה כשטר מקויים, ולפי זה ראוי לומר שב"ד יזדקקו לקיים עדות העדים על המחק, כדי שאם המלוה ימצא עדי השטר ישמש שטר זה של הב"ד בעדי המחק כשטר מקויים.

אבל באמת דברי המ"מ צ"ע דאיך יועיל עדות העדים שחתמו פעם על שטר כזה, בשעה שהלוח יכול לטעון כתבתי ללוות ולא לויתי וקרעתי את השטר, או שפרע וכבר לקח השטר מיד המלוה וקרעו, והשטר הזה שנמחק מזוייף היה, ועי' בתומים סמ"א סק"ד שכתב לפרש דעדי המחק מכירים חתימת העדים אלא דעדותם לא מהני כיון שלא העידו בפני ב"ד, ומ"מ בהדי עדי השטר שמעידים על עצם ההלואה מהני עדותם שהשטר שנמחק הוא השטר שעדי השטר חתמו עליו, אבל במ"מ כתב שעדי המחק הזכירו העדים ומשמע דרק הזכירו ולא שהעידו על חתימתם, ואפשר דאה"נ שאם יטעון הלוח שהשטר מזוייף, והשטר שחתמו עליו העדים אחר היה, דתועיל טענתו, אבל אם טוען פרעתי, והאמנתי למלוה על השטר, או שטוען לא היו דברים מעולם, בזה מהני השטר המחוק וחייב לשלם, ולא מהימן במגו דמזוייף דכה"ג לא חציף לטעון מזוייף כיון שיש כאן עדי השטר ועדי המחק, וסתמא דמילתא אין הלוח טוען ששטר אחר היה, ולפי זה יתכן דהשטר יועיל גם לגבות ממשעבדי וצ"ע בזה, ולפי זה אכתי יש לדון אם ב"ד יעשו קיום לשטר המחוק שלא נתקיים, כיון דקיום לא שייך שהרי נמחק, ולמצא העדים עצמם שחתמו הדבר קצת רחוק, וגם ספק אם יזכרו פרטי השטר, וגם אם ימצאם אכתי יוכל הלוח לטעון מזוייף, ואם נימא כן שאין ב"ד כותבים קיום על השטר המחוק א"כ נתקיים, ניחא מה שדקדקנו דהול"ל ואם נתקיימו החתימות כותבין הוזקקנו לעדותן כו'.

לשון הרמב"ם פכ"ג ממלוה הי"ב ואם לא כתבו כן צריך להביא ראיה על העדים הראשונים עד שתתקיים עדותן, מתפרש שצריך להביא ראיה שראו חתימתן של העדים על השטר המחוק, וכ"כ בבהגר"א סמ"א סק"ז, ולפמש"פ דאיירי שראו כן, אלא שהב"ד לא כתבו, א"כ שפיר ימצא ראיה מהב"ד או מהעדים עצמן.

שוב הדרי בי ונראה דמלשון ואם כתוב בו הוזקנו כו' אין לדייק דגם אם לא כתוב בו מ"מ איירי בהוזקנו לקיים החתימות, דשפיר נקט לשון קצר ואם כתוב בו לומר שאם היה כן וכתבו, וגם אם איתא שאין ב"ד כותבין עדות על המחקא א"כ נתקיימה עדות הראשונים, א"כ בדין היה דאף אם לא כתבו הוזקנו כו' יהא דינו כאילו כתבו, כיון דבידוע שקיימו החתימות, אם בלא זה לא היו מקיימים את המחק, ולפי זה מבואר בהך ברייתא דב"ד מקיימין את המחק גם כשלא קיימו עדות העדים הראשונים, וכמש"כ לעיל סק"א, וטעמא משום דכל זכות שאפשר להחזיר למלוה ע"י קיום המחק, ראוי לעשות.

ג) שם ת"ר הרי שבא ואמר אבד שטר חובי אע"פ שאמרו עדים אנו כתבנו וחתמנו ונתננו לו אין כותבין לו את השטר, בכלל זה שאין העדים כותבין ושגם ב"ד אין כותבין, העדים אינם כותבים מפני שכבר עשו שליחותן, ואף לר"י קע"א א' דבפרע מקצת קורעין העדים את השטר הראשון וכותבים לו שני, היינו דוקא בזמן שהשטר קיים לפנייהם ומחליפין אותו, אבל באבד לכו"ע כבר עשו שליחותן, ועוד דמי מעיד שאבד, וגם אם אבד עלול לחזור ולמצאו, וב"ד נראה דגם אין להם לקבל עדות העדים הראשונים אלא בפני הלוה, כדין אין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד, והכא לאו קיום שטרות הוא, ועי' בש"ך סי' מ"א סק"ב דגם עדים שמעידין על המחק צריך בפני הלוה, והכא אף לדעת הרמ"א שם דאין צריך בפני הלוה, י"ל דהיינו דוקא התם שהשטר לפני ב"ד במחיקתו, אבל כשהשטר אבד א"א לקבל עדות שלא בפני הלוה, ומה"ט גם אם יבקש המלוה שב"ד יכתבו לו דברים כהווייתם שאמר שנאבד לו שטר ושעדים העידו שבשעתו מסרו לו שטר, ג"ז לא יכתבו לו, שלא יקבלו את העדים שלא בפני הלוה, ומיהו עיקרא דברייתא בגוונא דאיכא למיחש דיגבה ויחזור ויגבה, דגם אם אבד עלול למצאו אח"כ ויחזור ויגבה בו.

שם בד"א בשטרי הלואה אבל בשטרי מו"מ כותבין חוץ מן האחריות שבו, נראה דזה קאי על העדים וכדאמר ר"י אמר רב לקמן קע"א א' דעדים כותבין אפילו עשרה שטרות על שדה אחת, אבל ב"ד אפשר דאין להם לקבל עדות העדים שלא בפני בעל דין, אבל בב"י סי' מ"א הביא תשובת הרשב"א בתו"א סי' שס"ב שכתב בנידון מי שבא לב"ד ואמר אבד שטר מקחי כו' כתבו לי שטר והרי עדי מקחי אם מקבלין עדותן שלא בפני בע"ד, וז"ל כיון שהלוקח מוחזק במקחו אין אנו חוששים מן הסתם למערער וההיא דמי שאבד שט"ח מוכחת כל אותה סוגיא דלא בעינן בפני בע"ד כו' עכ"ל, נראה דפירש סוגיין דגם ב"ד יכולים לכתוב, וטעמא משום דהלוקח מוחזק ואין כאן מערער.

והריטב"א כתב בשם הרא"ה דהא דאמרינן קע"א א' דהעדים יכולים לכתוב אפילו עשר שטרות בשטר מתנה, דאינו אלא בזמן שהמוכר צוה להם בתחלה לכתוב שלא באחריות דבזה אמרינן דנעשו שלוחים אפילו לכמה שטרות, אבל אם עשאו שלוחים לכתוב שטר באחריות וכתבוהו, כבר עשו שליחותם ואינם רשאים לכתוב אפילו שלא באחריות, ולפי זה הא דאמרינן הכא דשטרי מו"מ כותבין חוץ מן האחריות שבו, ומבואר שהיה אחריות בשטר הראשון, היינו ב"ד ולא העדים עי"ש, ומיהו סתימת הפוסקים משמע דלא כהרא"ה.

קס"ט א' רשב"ג אומר אף שטרי מו"מ אין כותבין כו', צריך יישוב מ"ט דרשב"ג, הרי כותבין השטר בלא אחריות, דלא למיגבא ביה לא ממשעבדי ולא מבנ"ח, ובידוע מזה שאין זה השטר הראשון שקנה בו הלוקח את השדה, אלא שנאבד לו השטר וכותבין לו אחר דלא למיגבא ביה לא ממשעבדים ולא מבנ"ח, וא"כ מה הפסד יכול להיות למוכר מזה, הלא אם הלוקח החזיר לו השטר וסגי בהכי לזכות

חזרה בשדהו, הרי גם אם יכתבו ללוקח שטר אחר, לא יוגרע כחו של המוכר, שהרי בידוע שהשטר האחרון כתבוהו לאחר שכבר החזיר את השטר למוכר, שהרי ביקש שיכתבו לו שטר תחת השטר שנאבד לו, וכש"כ למש"כ תו' דעל המוכר לברר שזה השטר שבידו הוא השטר שעל ידו זכה הלוקח במקחו, דודאי דלאחר בירור כזה לא יועיל מה שיש ביד המוכר שטר אחר שנכתב לו לאחר שטען שנאבד לו השטר, ובתו' הקשו שיכתבו לו בהדיא שזה השטר נכתב לו משום שאמר שאבד את השטר הראשון, ותירצו דחיישינן לב"ד טועין שיחשבו שנתברר שאבד לו השטר ושלא החזירו למוכר, אבל לכאורה גם אם לא יכתבו שהשטר הזה נכתב תמורת האבוד, ג"כ ידעו שהוא כן, ממה שנכתב בלא אחריות, וכאן לא אתו למיטעי שנתברר שאבד, כיון שלא נזכרה האבדה בשטר, ומיהו אם יכולים לכתוב שטר סתם בלא אחריות, שלא יהא מוכח מתוכו שהוא תמורת שטר שאבד, בזה פשוט טעמיה דרשב"ג, דעי"ז לא ידעו שנאבד השטר הראשון, ולא יוכל המוכר לטעון שהחזיר לו את השטר, אבל דברנו הם אם יהיה מוכח מן השטר שהוא שני.

וצ"ל דסברא בעלמא היא, דכיון דיתכן דאין השטר בידו משום שהחזירו למוכר, הלכך אין לעדים או לב"ד להשתדל לכתוב לו שטר אחר, כיון שיתכן דהעדר השטר מעיד לטובת המוכר, והרי עיקר הדבר דעדים יכולים לחזור ולכתוב שטר אחר בלי אחריות הוא דבר מחודש, והבו דלא לוסיף עלה דאין זה אלא בזמן שזכות הלוקח בשדה מוחלט, משא"כ בשיש ריעותא קמן באבדת השטר, ורשב"ג לטעמיה דבחזרת השטר המקח בטל, וחזרה מתנתו.

בשו"ע חו"מ סמ"א ס"ג ומיהו אם היה ביד אחר ונאבד משם כו' דליכא למיחש שמא ימצאנו כיון שלא היה בידו, צ"ע למה לא ניחוש שהאחר ימצאנו ויחזירנו למלוה.

שם וכן היה רשב"ג אומר הנותן מתנה כו', א"ה, עי' מש"כ לקמן ב' ד"ה ונראה, אמאי לא נקט שטר מקח.

תוד"ה אבל שאפילו יש בידו אלף שטרי מוכר כו', וכ"כ בשטמ"ק בשם תו' הרא"ש, ולכאורה לפ"ז צריך לברר שקנה את השדה עם השטר שמסרו דאל"כ הו"ל שטר ראיה, ומיהו י"ל דבסתמא כיון שמסרו לקנות בו תלינן שכדין עשה ומסר זה שקנה בו, ועליו הראיה לברר ששטר ראיה היה.

KKקס"ט ב'

בדין שליח שעיוות

א) קס"ט ב' ההיא איתתא דיהבה ליה זוזי לההוא גברא למיזבן לה ארעא אזל זבן לה שלא באחריות כו' זיל זבנה מיניה כו', ברא"ש דקדק מלשון הגמ' אזל זבן לה, וזיל זבנה מיניה, דאיירי שאמר למוכר שהוא שליח של האשה, וכ"כ הרשב"א בתשו' בתו"א סי' רנ"ה, ויש לעי' דלפ"ז יש לחייב את המוכר להחזיר המעות שזה מקח טעות, ואין לומר דאין לו, דא"כ יקחו את השדה ממנו תמורת המעות ויהיה גם אחריות המוכר על השדה ככל שדה שגובין בחוב, וכמ"ש בנתה"מ סי' קפ"ב, ואין לומר דהשדה עם אחריות שויה טפי מן המעות שעליו להחזיר, דא"כ גם כשהשליח יקנה ממנו וימכור למשלח באחריות יפחית לו קצת מן הקרקע לפי ערך האחריות, והדרא קושיין לדוכתה דנחייב את המוכר להחזיר את המעות שקיבל, ולא יצטרך השליח לקנות ולמכור ולקבל אחריות.

ובתשובת הרשב"א הנ"ל בסוף התשובה הלשון קצת מגומגם, אבל נראה כונתו דסתמא חשיב כאילו שהשליח אמר למוכר שהוא אחראי שהמשלח לא יבטל את המקח מחמת חוסר האחריות, כי בהיות שהמוכר ידע שהוא שליח, וסתם לוקח אינו

לוקח שלא באחריות, שפיר חשש שיבוטל המקח בטענת לתקוני שדרתיך, ולכן הרי השליח מבטיחו שהמכר יתקיים, ואפשר דהשליח חשב דגם בלא אחריות המקח כדאי, והלכך אין המוכר חייב להחזיר המעות, וע"כ שהשליח יקנה וימכור באחריותו, ואפשר דאחריות השליח כלפי המוכר אין צריכה קנין, כיון דכל המכירה הוא מוכר על אחריותו, ולא גרע מערב דמתחייב במה שמוציא ממון על פיו, א"נ דנעשה כלוה על המעות של המשלח לצד שלא ירצה את המקח, והוא נותן המעות למוכר על אחריותו, ומ"מ לא חשיב כאילו קונה לעצמו על הצד שהמשלח לא יחפוץ, ועדיין צריך לקנות כדאמרינן זיל זבנה מיניה, שלא נתכוין לקנות לעצמו מיד עם קנייתו, וגם כיון שהמעות אינם שלו ונותנן בשביל האשה אינו יכול לקנות בהם לצורך עצמו, וקנין אחר לא עשה בקרקע. - לשון הרשב"א שם ואני אומר שהמשלח כך אמר לו לקנות אפילו שלא באחריות כו', נראה דר"ל דהמוכר כך היה ראוי לו להבין ממה שהשליח קונה מפורש שלא באחריות, והלכך אין המוכר חייב להחזיר המעות, ועי' ברשב"א קדושין מ"ב ב' דפירש עובדא דידן דלא אמר למוכר שהוא שליח, וכמש"כ הר"ן שם, וכן ברמב"ן כתובות צ"ט ב', וע"ע מש"כ בזה לקמן סק"ג.

(ב) חו"מ סי' קפ"ב ס"ב עבר השליח על דעת משלחו לא עשה כלום כו' אבל אם לא הודיעו שהוא שלוחו של פלוני נקנה המקח ויהיה הדין בינו ובין זה ששלחו, ד"ז כתבו הרמב"ם בפ"ב מה' שלוחין ה"ד וכתב הכ"מ שלמדו מההיא דב"ב קס"ט ב' בלקח שלא באחריות דמוכרו למשלח באחריות ולא אמרינן שהמוכר יחזיר הדמים כדאמר כתובות צ"ט ב' דטעה שליח מקחו בטל אפילו בפחות משתות, ולזה מחלקינן דבאמר שהוא שליח הרי המקח בטל וההיא דב"ב איירי שלא אמר שהוא שליח, ולפיכך ע"כ חייב השליח לקיים המקח, ובידו לתקן העיוות ויהיה נקנה המקח למשלח, [אבל אם לא יתקן לא ניחא ליה למשלח לקנות והלכך אף שקנה במעותיו ולעולם קונה בעל המעות לדעת הרמב"ם והמתכות, הכא לא יקנה], או שיחזיר המעות למשלח ויקנה המקח לעצמו, אבל בכל ענין אין המוכר חייב להחזיר הדמים, ואף דלשון הרמב"ם בפ"א משלוחין ה"ג והוא לקמן ס"ו משמע דהשליח חייב לקנות הקרקע ולמכרה למשלח באחריות, ע"כ לישנא לאו דוקא, שהרי השליח יכול לומר למשלח דלא עיוות דגם בלא אחריות שויה הקרקע את הדמים, ולמה יתחייב השליח לתת אחריות לקרקע שהמוכר לא הסכים למכרה בדמי המשלח אלא בלא אחריות, וכבר כ"כ הר"י מיגאש בשטמ"ק ב"ב שם דודאי ביד השליח להחזיר הדמים למשלח, אלא ודאי גמ' איירי כשאין לשליח את הדמים להחזיר למשלח, וחייבו ר"נ לקבל אחריות, ואף שהרמ"א לקמן ס"ו כתב בלשון י"א שאם יש לשליח להחזיר המעות הרשות בידו, והוא מדברי הרא"ש וכ"ה ברשב"א ב"ב שם, לאו דוקא הוא דלא מצאנו חולק בדין זה, וכ"כ ג"כ הרמב"ן והרא"ה בכתובות שם, וכ"מ בר"ן קדושין מ"ב, וכ"ה בחדושי הר"ן ב"ב שם, ועי' להלן עוד ראשונים דסברי הכי, זולת הראב"ד בפ"א משלוחין ה"ג והובא בטור כאן שכתב דאם המשלח חפץ בקיום המקח מחייבין לשליח לתקן מה שעיוות, והדבר תימא דבמה נתחייב השליח בזה, ואם משום שנשתמש בדמי המשלח, הרי שפיר רשאי היה לחשוב שהמשלח לא יקפיד על פחות משתות, וכן בשאר עיוותים דבסתמא השליח לא נתכוין להפסיד, וחשב שאין זה עיוות, ולעצמו מוכן הוא לקנותו בעיוות הזה, ולהחזיר למשלח את הדמים, והרי בסתמא איירי שהמוכר לא הסכים למכור אלא בגריעותא זו, ומאי הו"ל לשליח למיעבד, ומדברי הראב"ד שהביא הרשב"א שלהי איזהו נשך, נראה דלא חייב הראב"ד לשליח לקיים המקח אלא בשינה במזיד לעבור

על דברי המשלח, אבל בטעה או חשב שהמשלח יסכים, בזה מתבטל המקח, ודברים אלו שפיר אפשר לקיימם מסברא.

ואכתי יש לשאול בשליח למכור וטעה בפחות משתות ולא הודיע ללוקח שהוא שליח, דבפשוטו גם בזה המקח קיים כמש"כ בהודיעו דבין במשך ובין בהמשיך המקח בטל, ובזה מסיק דבלא הודיעו המקח קיים, והכא אין ביד השליח להחזיר המעות וליקח המקח לעצמו, וע"כ שישלם מכיסו למשלח את הפחות משתות שטעה, וכן מבואר עוד ברמב"ם פ"ב ה"ו בדין הסרסור והוא בשו"ע סי' קפ"ה ס"א וס"ה, דבאמר לו למכור במאה ומכר בחמשים המקח קיים בלא הודיע, והסרסור ישלם מכיסו, ויש לעי' במה נתחייב השליח בתשלומין, לא מצאנו חיוב תשלומין משום שלא הודיע שהוא שליח, בשלמא בשליח לקנות, הרי המוכר נתכוין למכור לו, ומחשבות הלוקח שלוקח למשלח הם דברים שבלב, וגם המעות שהם של המשלח יש לו רשות לשליח להשתמש בהן לצורך המשלח או לצורך עצמו מספק, שהרי בטעה איירי ולצורך המשלח נתכוין, וגם הגוזל מעות ולוקח בהן לעצמו נמי יש לחייבו לקיים המקח, והרי אינו יכול לזכות למשלח כיון שטעה ולא עשאו שליח לכך, אבל שליח למכור שהחפץ או הקרקע אינה שלו, ולא נעשה שליח למכור בפחות, כיצד יתחייב להשלים מכיסו ולקיים המקח, ואף אי מפרשין סוגיא דב"ב דשלא באחריות בלא הודיעו, אכתי ליכא למילף מזה לשליח למכור, ולדעת הרא"ש והרשב"א בתשובה דההיא דשלא באחריות איירי בהודיעו, הרי גם בשליח לקנות וטעה לא למדנו לחייבו לקיים המקח בלא הודיעו, עי' לקמן סק"ג, ועי' בלשון הרמב"ן כתובות צ"ט ב' דמשמע דלעולם בטעה השליח מבטלינן המקח עכ"פ בשליח למכור, ועי' במחנ"א ה' שלוחין סוס"ב דג"כ נתקשה בזה, שו"ר במהרש"ל בח"ש כתובות צ"ט ב' שכתב כן דבשליח למכור אף בלא הודיעו המקח בטל, ורק בשליח לקנות המקח קיים בלא הודיעו, ולא הזכיר דבלשון הרמב"ם פ"ב ה"ד משלוחין והוא לשון השו"ע כאן ל"מ כן, [ועי' בנתה"מ סק"ד שכתב לחלק בין אם יש מעות להשליח או לא ואין נראה].

ונראה דיש לחלק בין עבר במזיד לטעה, דכשאמר לו בעה"ב למכור במאה והוא מוכר בחמשים ואינו אומר שהוא שליח, ע"כ מתחייב להשלים לבעלים, ותחלת מכירתו הוא ע"מ שישלים, אבל במכר וטעה בפחות משתות אפילו שלא הודיעו שהוא שליח נמי יהא המקח בטל, שלא נתכוין לעבור על דעת משלחו ולא נתכוין להשלים משלו, והרי המכירה בטעות, ומשום שלא אמר שהוא שליח אין בכך כדי לחייבו בתשלומין, ועי' רשב"א שלהי איזהו נשך וברפ"ב דקדושין שהביא בשם הראב"ד לחלק דבכל שינוי מדעת השליח המקח קיים והוא מתחייב להשלים, אבל בלא שני ולא קרוב לשינוי כטעה בפחות משתות וכיו"ב הרי המקח בטל, ואם כי הראב"ד אינו מחלק בין קונה למוכר ובין מפרש וסתם, אבל לדידן שפיר אפשר לקיים חילוק זה במוכר בסתם, ועי' במחנ"א ה' שלוחין ס"ב שהאריך בדעת הראשונים בחילוקים בזה בין שוגג למזיד, ובשו"ע סי' רכ"ז ס"ל וכל הפוסקים שם סתמו דבשליח שמכר ונתאנה בכ"ש המקח בטל, ולא הזכירו דהיינו דוקא בהודיעו שהוא שליח.

ואכתי יש לדון בשליח שמכר וטעה בפחות משתות וא"א להחזיר, כגון שמכר לעכו"ם וכיו"ב בין בהודיעו שהוא שליח, ובין בלא הודיעו, אם יש לחייב את השליח, ומסתברא לחייבו דלא גרע מחכם שטעה ונשא ונתן ביד דחייב, כדאמר ב"ק ק' א', ועי"ש מ' ב' אתפסטיה לתוראי בידא מאן דלא מצינא לאשתעווי דינא בהדיה, [אם לא דנימא דפחות משתות כיון דבעלמא הוי מחילה, אין מחובת השליח לדקדק

בזה כולי האי עד שנחייבו לשלם], ולפ"ז אפשר להבין דעת הסוברים דגם בטעה השליח אם לא הודיע שהוא שליח לא מבטלינן המקח כמ"ש במחנ"א שם בשם המרדכי פ"ב דקדושין, ויפסיד השליח מביתו, דכיון דהשליח אחראי לשלם הפסד טעותו כשא"א להחזיר, הרי כשלא הודיע שהוא שליח י"ל דלא מבטלינן המקח שאין בו כדי אונאה, מחמת שליחותו, מעין תקנת השוק ללוקח, ובמחנ"א שם דעתו דבטעה בשוגג בפחות משתות אין לחייב את השליח לשלם, גם כשא"א להחזיר המקח, ועדיין צ"ע, ועי' בספר מרן זללה"ה לב"ק סכ"א סק"ח ט' בכ"ז.

שו"ע שם ס"ו נתן מעות לשלוחו לקנות לו קרקע כו', עי' ש"ך וט"ז שכתבו לחלק בין אם הודיע השליח למוכר שהוא שליח דבזה בידו להחזיר המעות למשלח כמ"ש"כ הרא"ש לבין אם קנה סתם דבזה אם המשלח חפץ בשדה ושהשליח יתן לו אחריות חייב השליח לעשות כן ולא סגי ליה בהחזרת מעות, והדברים קשים טובא בסברא דמה חטא השליח כלפי המשלח בזה שלקח סתם, שיתחייב מחמת זה לתת לו אחריות לשדה שאינה שלו, בשלמא כלפי המוכר יש כאן הטעאה כשלא הודיעו שהוא שליח וראוי לחייבו משום זה לקיים המקח גם כשהמשלח טוען לתקוני שדרתיך ולא לעוותי, אבל כלפי המשלח כיון שאם היה מודיע שהוא שליח היה הדין לבטל המקח ולהחזיר הדמים למשלח, א"כ מה נשתנה שהשליח לא הודיע למוכר שהוא שליח, ובש"ך כתב כיון שהמקח קיים לגבי המוכר ה"ה לגבי המשלח, ואין הדברים מובנים, ובב"ח אמנם כתב כמ"ש"כ דגם בקנה בסתם יכול להחזיר המעות למשלח, וכן משמעות הרמ"א כמ"ש הש"ך, וכ"נ דעת מרן זללה"ה בב"ק סכ"א סק"ח ט'.

גם ברמב"ן כתובות צ"ט מבואר בהדיא שפירש עובדא דב"ב קס"ט ב' דשלא באחריות בלקח סתם ולכך אין המוכר חייב להחזיר הדמים, וכתב שביד השליח להחזיר המעות, שיכול לומר לה איני שלוחך ולעצמי אקח, וכמדומה שכ"ה ג"כ בחדושי הרא"ה שם, וכן הרשב"א בב"ב שם כתב דביד השליח להחזיר המעות למשלח, ובקדושין מ"ב ב' כתב דההיא דב"ב איירי בסתם, [ואף שבתשובה פירש לההיא דב"ב במפרש מ"מ יש לפרש הדברים שבחידושים אליבא דבריו שבחדושים, וגם נראה דלענין דינא אין כאן מחלוקת, אלא דבתשובה הזכיר אפשרות לפרש סוגיא דב"ב גם בהודיע שהוא שליח], וכן מתפרשין דברי הר"ן בקדושין שכתב דאין השליח יכול להכריח האשה לקבל את השדה באחריותו שיכולה לומר שרוצה יותר באחריות המוכר והוסיף ובר מן דין כיון שלא עשה שליחותו הרי מקחו אצל האשה בטל, ואם המקח בטל למה לא יוכל להחזיר לה מעותיה, וזה ממש כדברי הרמב"ן הנ"ל ושם פירש בהדיא שהשליח יכול לומר איני שלוחך והיינו שיחזיר הדמים, ובחדושי הר"ן ב"ב כתב בהדיא כדברי הרשב"א דיכול להחזיר הדמים, ולפי דבריו בקדושין איירי בסתם.

וכן ברמ"ה ב"ב שם כתב בפשיטות דביד השליח להחזיר המעות למשלח, [ושם מבואר גם דאיירי כשהמוכר טוען שעשאו שליח גם לעוותי ולכך מקיים את המקח], וכן מתפרשים דברי הר"י מיגאש בשטמ"ק שם, והובאו בעיטור, וכן ברי"ו נכ"ח ח"א כתב שאם יש לשליח מעות נותן למשלח ותשאר הקרקע לשליח [כצ"ל] כי המוכר לא ירצה להחזיר, ואח"כ כתב ואם הודיעו שבשביל פלוני היה קונה אותה כו' מכלל דרישא בקונה בסתם איירי, ואפ"ה שפיר נפטר בהחזרת המעות למשלח.

וכן דברי הטור מתפרשים דמש"כ הרא"ש שאם ירצה השליח יחזיר לו מעותיו למשלח ורק אם אין לו מעות צריך שיקבל אחריות, דדברים אלו כש"כ שהם קיימים במה שסיים בתר הכי ואילו קנה השדה סתם היה המקח קיים דכיון שלא אמר שקונה

אותה לפלוני לעצמו קנאו, דבזה ודאי דיכול להחזיר הדמים, [דברי הטור מתפרשים כשפירש שקונה למשלח נתבטל המקח וצריך השליח לחזור ולקנותו מן המוכר ולמכרו למשלח, משא"כ בקנה סתם הרי מיד קנה לעצמו].

וכן במאירי פירש בסתם והביא דברי הר"י מגאש שיכול להחזיר את הדמים למשלח. (ג) שם בשו"ע נתן מעות לשלוחו כו' וקנה לו שלא באחריות הר"ז עוות והשליח לוקח אותה לעצמו שלא באחריות כמו שעשה וחוזר ומוכר למשלח באחריות הואיל וקנה אותה במעותיו והאחריות על השליח, זה לשון הרמב"ם בפ"א מה' שלוחין ה"ג וכתב שם הראב"ד דנראה שמפרש לגמ' שלא הודיע שהוא שליח וקנה סתם, וכן פירש בכ"מ פ"ב ה"ד שזה המקור לדברי הרמב"ם שם דבלא הודיע למוכר שהוא שליח דנקנה המקח, אבל לו"ד ז"ל ממה ששנה הרמב"ם עובדא דשלא באחריות בפ"א ה"ג כד איירי בשליח שעושה בשליחות, ודין שליח שלא הודיע וקונה סתם שנה בפ"ב ה"ד, נראה דהך עובדא דשלא באחריות איירי בהודיע שהוא שליח, וכן מורה פשוט הלשון נתן מעות לשלוחו לקנות לו קרקע וקנה לו שלא באחריות, וכ"ה פשוט לשון הגמ', וכמ"ש הרשב"א בתשובה וכן ברא"ש, וכן סתם מוכר קרקע כותב שטר ונתפרש בו שלא באחריות, וע"כ להזכיר שם הקונה, ונראה דקבעו הך עובדא בגמ' לאשמועין דאע"ג דכל טעות של השליח מבטל המקח לגמרי, אבל שלא באחריות כיון דהוא טעות הגלוי לכל, ע"כ על השליח לקבל אחריות שהמקח יתקיים גם אם המשלח לא ירצה, וכאילו התנה המוכר עמו כן בהדיא, וזו כונת הרשב"א בתשובה הובאה לעיל סק"א, וביד השליח לתקן העיוות ויהיה המקח למשלח, או להחזיר הדמים למשלח ויהיה המקח לעצמו, ונראה דכשיש לשליח ספק שהמשלח יסכים לעיוות כגון שהשדה שוה דמיה גם בלא אחריות, רשאי להשתמש במעות המשלח לכך כשהאחריות עליו שיחזיר לו דמיו אם לא ירצה, ויקנה לעצמו, [ובאונאה של פחות משתות ודאי מסתבר שרשאי לעשות כן], גם כשאין בדעתו לתת המקח למשלח ולתקן העיוות משלו, ועובדא דגמ' יש לפרש כמ"ש"כ הרא"ש והרשב"א דאיירי שאין לשליח דמים להחזיר למשלח לכך חייבו ר"נ לקבל האחריות עליו, דבלי זה ודאי לא היה לו רשות להשתמש במעות המשלח, כיון שאין לו מעות להחזיר, וגם לשון המחבר שהוא לשון הרמב"ם ניתן לפרש כן דהואיל וקנה אותה במעותיו והוא חייב להחזירם לו, לכך ע"כ שיקבל אחריות, [גם לשון והשליח לוקח אותה לעצמו שלא באחריות כמו שעשה, מתפרש שקונה אותה עכשיו לעצמו מיד המוכר שלא באחריות וכמו שעשה ר"ל כמו שעשה את המקח שלא באחריות, וכלשון הגמ' זיל זבנה מיניה, וגם אם איתא דהשליח קנאה מתחלה הו"ל למימר ה"ז עיוות וקנאה השליח וחוזר ומוכר אותה למשלח כו', ולפ"ז יתכן דמה שסיים הואיל וקנאה במעותיו, הוא ג"כ טעם למה שלא קנאה השליח מתחלה], אבל אין נראה לפרש דהשליח חייב למכור השדה למשלח ולקבל אחריות אפילו כשיש לו מעות להחזיר, דאין כן דעת הראשונים וכמ"ש סק"ח, ובפרט דהר"י מגאש כתב ג"כ שיכול להחזיר הדמים ואין דרך הרמב"ם לחלוק עליו, [ועי"ש בלשון הר"י מגאש דמשמע קצת דמשכח"ל גוונא שהשליח ויתר על האחריות מדנפשיה ובכה"ג י"ל דחייב לתת אחריות למשלח].

ולהאמור לית לן למימר דמקורו של הרמב"ם דבעבר על דעת משלחו וקנה סתם דנקנה המקח, הוא מהך עובדא דשלא באחריות, דהא מפרשין לה בהודיעו למוכר שהוא שליח, אלא מסברא קאמר לה, וכן הרא"ש והטור מקיימים ד"ז של הרמב"ם כמבואר בטור כאן ובתחלת הסימן, אע"פ דבהדיא פירשו לעובדא דשלא באחריות במפרש שהוא שליח, וכן מההיא דב"ק ק"ב ב' דבעשאו שליח לקנות חטים וקנה

שעורים דלכו"ע המקח קיים, נמי חזינן דבסתמא נקנה המקח, ולפי מה שצדדנו לעיל סק"ב דאין דברי הרמב"ם אלא בעבר השליח במזיד על דברי המשלח, שפיר אפשר לקיים מסברא דבכה"ג בלא הודיעו ראוי שיתקיים המקח, שהרי ניתן עצמו ממשלחו ועוסק בעצמו, ואף לענין לחייבו להשלים משלו וכמ"ש שם לענין מוכר משל המשלח.

שם אלא אמר רבא באותיות נקנות במסירה קמיפלגי כו', מבואר דבמסירת השטר קנה הלוקח את השדה אי אותיות נקנות במסירה, והדבר צ"ע בין אי מכירת שטרות דאורייתא בין אי מכירת שטרות דרבנן, דבשלמא שטרי חוב שאין כאן דבר בעין ביד המלוה אלא השטר, הרי נידון השטר כחפץ ושייך מכירה בו ובחוב, אי מדאורייתא אי מדרבנן, אבל שדה הקנויה לבעליה, מה ענין במסירת השטר שבו קנה את השדה, הרי אין השטר עכשיו כלום אלא לראיה ביד בעליו, ואם קרקע נקנית בשטר צריך שיהיה כתוב בשטר שהוא מוכר ללוקח ולא שהוא המוכר קנאה מפלוני, ונראה שלזה נתכוין הרמב"ן במה שכתב שעיקר הדבר צריך תלמוד וטעם למה יקנה בשום שטר.

ונראה מוכח מכאן דלמ"ד אותיות נקנות במסירה נתחדש דמסירת הראיות המעידות על הבעלות, חשיב קנין גם בגוף הדבר, דגם בשטרי חוב החוב נעשה מחמת ההלואה והשטר לראיה, ובמסירתו נקנה גם החוב, וה"נ כל שטרות מתנה ומקח שהם המעידים על הבעלות, אם מסרן לאחר חשיב פעולת קנין על גוף השדה, [ולפי זה נראין הדברים שאין חילוק בין שטר שקנה בו לשטר ראיה וכדעת הרמב"ן וה"ר ישעיה והרמ"ה ודלא כדעת הרא"ש], ולו"ד הראשונים ז"ל היה נראה שזה רק למ"ד אותיות נקנות במסירה, אבל למ"ד אין אותיות נקנות במסירה, כיון שצריך לכתוב שהוא מוכר השטר וכל שעבודו, חשיבא כתיבה זו כשטר על עצם החוב, ולא מצאנו כלל שבמסירת הראיות נמסר גוף הדבר, וממילא בשטרי מקח לא מהני אף בכתיבה ומסירה, שאין בשטרי מקח שום שעבוד על גוף הקרקע, ולא חשיבא הכתיבה לקנות השטר וכל שעבודו ככתיבת שטר על עצם השדה, ובזה ניחא דחכמים שנו סתם מתנתו קיימת ולא אמרו עד שיכתוב וימסור, [ומיהו י"ל דכיון דאיכא טובא קנינים בקרקע ככסף וחזקה ושטר על גוף השדה, לפיכך לא הזכירו כתיבה ומסירה של השטר], ולא עוד אלא שיש מקום לומר דאף למ"ד אותיות נקנות במסירה נמי לא קאמר רשב"ג אלא במחזיר לנותן או למוכר ובשעדיין לא החזיק הלוקח שלש שנים, דבזה בלא שום ראיות השדה בחזקת הנותן, הלכך במסירת השטר חשיב גמירות דעת על הקנאת השדה, אבל במוסר השטר לאחר שמעולם לא היתה השדה שלו, או בשהלוקח החזיק כבר שלש שנים, בזה י"ל דליכא סמיכות דעת מספקת במסירת השטר, כיון שהקרקע מוחזקת ביד הלוקח, ולא דמי לשט"ח שאין הלוח מוחזק בכלום זולת השטר, ובמסירת השטר הוציא מתח"י כל מה שהיה לו, וניחא השתא דלאו בכדי נקט רשב"ג הנותן מתנה לחבירו והחזיר לו את השטר, ולא נקט סתם הנותן שטר מקחו או מתנתו לחבירו, ומיהו למש"כ תו' קס"ט א' סוד"ה אבל ניחא, אבל הדברים צ"ע אחרי שרבותנו הראשונים ז"ל לא דרכו בדרך זו, ומיהו ברמב"ם לא מצאתי מכירת שטר מקח כלל, [וכן הרי"ף סתם והלכה כחכמים, ולא הזכיר דמהני כתיבה ומסירה, ומיהו אין מזה ראיה], וכן ברשב"א קס"ט א' ד"ה מתנתו קיימת כתב אא"כ חזר ומכרה או נתנה לו בקנין גמור או בשטר חדש כדין לוקח ומוכר, ולא הזכיר כלל כתיבה ומסירה של השטר.

יעוי' ברשב"א ובדבריו מבואר דאף שטר שאין כתוב בו לא שם המוכר ולא שם

הלוקח אלא סתם שדי נתונה לך, אם חזר המקבל ונתנו לנותן או לאחר, אי אפשר לשמש בו כסתם שטר חדש שכותב בו שדי נתונה לך, אלא הוא בדין מחזיר שטרו דבאנו למחלוקת רשב"ג ורבנן, וטעמא דמילתא דכיון דשטר זה יש בו דין שטר לגבי המכירה הראשונה ככל דיני שטר, ולא איברו סהדי אלא לשקרא, לא קרינן ביה ספר מקנה לגבי לוקח, [וכש"כ שאינו יכול להשתמש בו כשטר מכירה על שדה אחרת, כ"נ], ורק מדין מכירת שטרות מצי למיתי עלה, עי"ש.

שו"ע חו"מ סי' ס"ו ש"ך ס"ק מ"ה רק שדבריו שם מגומגמים במה שנראה מדבריו דהפוסקים חולקים על הרא"ש והטור כו', אין תשו' מהר"ם אלשיך תח"י, אבל קושטא הוא שהרמב"ן וה"ר ישעיה והרמ"ה חולקים וס"ל דאף שטר ששימש בו רק לראיה נקנה בכח"מ להקנות בו השדה, [ועי' תו' קס"ט א' סוד"ה אבל שכתבו שאם מסר השטר לאחר קנה אפילו נשאר בידו עוד שטר מן המוכר על שדה זו, וכ"כ בשטמ"ק בשם תו' הרא"ש, ולכאורה לפ"ז צריך לברר שקנה את השדה עם השטר שמסרו דאל"כ הו"ל שטר ראיה, ומיהו י"ל דבסתמא כיון שמסרו לקנות בו תלינן שכדין עשה ומסר זה שקנה בו, ועליו הראיה לברר ששטר ראיה היה].

שם בקצה"ח סק"כ נתקשה איך מועיל מכירה בשט"ח מדאורייתא כיון שאינו אלא לראיה, ונראה דל"ק דרק בשטר מקח חילק הרא"ש בין עשוי לקנין לעשוי לראיה, דכיון שיש ביד המוכר גוף הקרקע, אין נעשה קנין במסירת שטר ראיה, אבל בשט"ח שאין ביד המלוה אלא השטר העשוי לראיה, הו"ז כגוף הדבר ושייך בו מכירה, כיון שאין לו יותר מזה, והרי הוא מוכר כל מה שיש לו.

שם ת"ר הבא לידון בשטר ובחזקה נידון בשטר דברי רבי רשב"ג אומר בחזקה, במסקנא אמרינן דבלברר פליגי, וכדאמר סנהדרין כ"ג ב' וקיי"ל דבצריך לברר פליגי, ולפי זה נראה דנקט שטר וחזקה לרבותא דרשב"ג דאע"ג דחזקה מכח שטרא קאתי כדאמר שם, אפ"ה נידון בחזקה, וכן נמי לרבותא דרבי דנידון רק בשטר, דבעלמא לרבי דצריך לברר ראוי שיהא נידון בשניהם, ומיהו זה פשיטא דאם נתקיים השטר דאין מקום לבקש עדי חזקה, ויתכן לומר דנקט שטר וחזקה דרק בזה ס"ל לרבי דנידון בשטר, משום דחזקה מכח שטר קאתי, אבל בעלמא י"ל דמודה לרשב"ג, דנידון באיזה שירצה, וכדאמרינן בסנהדרין שם.

ודעת הרשב"א והר"ן [בשבועות מ"א] וכ"כ המ"מ פ"ו מטוען ה"ה והריטב"א דקיי"ל כמסקנא דסנהדרין שם דעד כאן לא קאמר רבי דנידון בשטר אלא משום דחזקה מכח שטר קאתי, אבל האומר יש לי ד' עדים א"צ להביא אלא שתיים, וכן האומר פרעתיך בפני פלוני ופלוני, א"צ להביאם, כיון דנאמן לומר פרעתיך ביני לבין עצמי, ונקטו כן בדעת הרי"ף שהשמיט הא דאר"א אראב"א א"ר האומר לחבירו פרעתיך בפני פלוני ופלוני צריך שיבאו פלוני ופלוני ויעידו.

אבל צ"ע שהרי"ף לא הביא סוגיא דסנהדרין, ואיך סמך שנדע מסברא דשאני שטר וחזקה דחזקה מכח שטר קאתי, בזמן ששנה סתם דצריך לברר, גם הרמב"ם העתיק בפ"ו מטו"נ ה"ה הך מימרא דרב דהאומר לחבירו פרעתיך בפני פלוני ופלוני צריך שיבאו פלוני ופלוני ויעידו, ולא משמע שנתכוין לחלוק על הרי"ף, אלא דס"ל דהרי"ף סמך על מה דמסיק שצריך לברר, דבכלל זה גם האומר לחבירו פרעתיך בפני פלוני ופלוני שצריך לברר, וגם הא דרב יש לפרש דלאו לעיכובא הוא אלא דצריך לברר, [ולפי זה גם באומר שיש לו ב' כתי עדים או ב' שטרות יהיה ראוי לברר לכתחלה, אלא דאפשר דלא אמרו כן בסנהדרין שם אלא לענין אם הבע"ד יכול לפסול כת אחת, אבל בלא פסלן והעידו, לא מסתבר להצריך שתבא גם כת השניה, והרי באמר שיש לו עשר כתות עדים ודאי לא נחייבו להביא כולם וצ"ע], ועי' בב"י

סי' ע' בזה, ול"ע כעת.

ק"ע א' שנים אדוקין בשטר מלוה אומר שלי הוא ונפל ממני כו', פשטא משמע דכל אחד אומר אני לבדי מצאתיו ואח"כ בא חברי ותקף, וצ"ע א"כ מה ענין מציאה לכאן, מה לי אם כל אחד טוען שאבדו ומצאו או שלא אבדו כלל, סו"ס הנידון ביניהם הוא עכשיו מי תקף ממי, ונראה מזה דבאמת אם הלוה טוען כתבתי ללוה ולא לויתי או שטוען שפרע, ואח"כ בא המלוה ותקף, דלא גבי מלוה כלום בהאי שטרא, דכל שנים אדוקין הרי הדבר ספק, ובשטר שהוא ספק אין גובין בו כלום, דטענת הלוה מרעא לשטרא כיון שאפשר שבאמת לא בא השטר למלוה מיד הלוה, ודוקא בנחלקין במציאה והיינו באופן שתקפו זה סמוך לזה, [דאל"ה אין כאן טענת מציאה כלל אלא שזה אומר אתה תקפת בטלית שבידי ולית לן נפקותא היאך בא הטלית לידו אם במכר אם במתנה אם במציאה, ולעולם זה אומר אני מצאתיה היינו שנחלקין מי זכה קודם והיינו בתפסו כמעט ביחד], וכל אחד טוען שהוא קדם, בזה לא מרעינן לשטרא כיון שאין הלוה טוען שהמלוה תקפו ממנו בגזלנותא, אלא שטוען שהוא קדם להגביה לפני המלוה, אבל תקיפת המלוה אינה אלא מפני שהוא נתאמץ לזכות במציאה רק שלא הספיק להקדים ללוה לפי דברי הלוה, בזה שב הנידון כמציאה דעלמא דאמרינן אימור בהדי הדדי אגבהוהו ואין כאן תקיפה כלל, ולגבי הלוה והמלוה דין השטר כדבר שגופו ממון ויחלוקו. - ולמש"כ ב"מ ב' ב' סק"א לפרש"י דהכא חשיב חלוקה יכולה להיות אמת משום שראוי לחוש שפרע מחצה שהרי השטר עומד לפרעון, [עי"ש שכתבנו לפרש"י כן כונת הרמב"ן], י"ל דאם אינן נחלקין במציאה לא חשיב חלוקה יכולה להיות אמת כיון דבתפיסת השטר ודאי איכא רמאי, שהרי ודאי חד מינייהו תפס בגזלנותא, וי"ל דלכך נקטו בטוענים שמצאו דבזה אף בתפיסת השטר ליכא ודאי רמאי דאימור בהדי הדדי אגבהוהו, ומיהו צ"ע בדאיכא ודאי רמאי בשטר היכי לידייני' וכמש"כ שם בשם הרשב"א, די"ל דבשטר לעולם יחלוקו אף לפרש"י.

וא"ת יהא הלוה נאמן שהוא הגביה קודם במיגו דאי בעי אמר שהמלוה תקף בגזלנותא ומעולם לא נאבד ממני, וי"ל דאח"כ נ"ל דהכא מיירי בידוע ששניהם מצאוהו, א"נ שמא לא חציף הלוה כולי האי כלפי מלוה דמקיים ביה תומת ישרים תנחם ולא מצי טעין ליה גזלת, הלכך לעולם לית ליה מיגו, וכן משמע מסתימת הפוסקים, אבל צ"ע דהא השתא לפי דברי הלוה המלוה בא לגזול ממנו ממש ולמה לא יטעון נמי שתקף ממנו בגזלנותא, ועוד דאם טוען הלוה כתבתי ללוה ולא לויתי נמי נראה דיחלוקו, אע"ג דהתם חציף דהא לא הלוה לו כלום, לכך נראה יותר כתי' קמא דמיירי הכא בידוע שמצאו, וצ"ע על סתימת הפוסקים.

והא דגבי מלוה בהאי שטרא אע"ג שנאבד והרי דעת רה"פ דאם החזירו שטר שנמצא אין גובין בו וכמ"ש בב"י סי' ס"ה דלא קיי"ל כהרמב"ם, כתב הגר"א שם סק"נ דבשהמלוה עצמו מצאו גובה בו אף שידוע שמצאו וכדאיתא שם ס"ב במלוה שלקח השטר מבית נפקד שמת, ולא ידעינן מי הפקיד אצלו, דגובה בו, ויש לעי' כיון דקודם שהמלוה לקחו אנו מסופקים שמא הלוה הפקידו, מה נשתנה כשתפסו המלוה, וכן יש לשאול בידוע שהמלוה מצא השטר בשוק למה גובה בו והרי יש לחוש שמא הלוה אבדו, ואין נראה לומר משום שיותר מצוי שהאובד בעצמו מוצא משום שמחזר אחר אבידתו דאף בשלא ידע המלוה שנאבד ממנו נמי מסתברא דגובה בו כשהוא בעצמו מצאו, ונראה דענין שטר הוא שהאדם משוהו כדבר שגופו ממון ושייך לדון בו תפיסה כאילו תפס דבר שגופו ממון, וממילא שב הנידון בתחילת ענין השטר עד היכן כח השטר גדול, [ואין השטר רק ראייה על החיוב, אלא

השטר עצמו הוא החיוב שבכל אופן שדין השטר לגבות בו הרי הוא כאילו גופו ממון], ושפיר קבעו חכמים שבזמן שחזר השטר ליד המלוה קודם שנולד בו הספק לפנינו גובה בו, וחשיב השטר שטר לענין זה, אף שידענו עכשיו שמצאו, משא"כ בשנולד הספק לפנינו בשטר שאינו ביד המלוה, תו אין תפיסת המלוה מועלת, וזה גדרי חכמים בדיני שטר עד היכן הלוח מחייב עצמו בו. (ב"מ ז' א').

שם רבי סבר מודה בשטר שכתבו כו', יש לעי' א"כ למה נקט תנא פלוגתייהו במציאה, בעלמא הו"ל למינקט בשהלוח מודה שכתבו וטוען פרוע, וי"ל דמילתא אגב אורחא קמ"ל דשנים אדוקין בשטר בטענת מציאה חולקין, א"נ לרבותא דרשב"ג דאף בנפל דאיתרע לא מהימן לוח בטענת פרוע במיגו דמזוייף, ועי' תו' כתובות י"ט א' בטעמא דמ"ד א"צ לקיימו למה באמת לא מהימן במיגו.

והנה אי טעין הלוח מזוייף ע"כ הוא מודה שהשטר של המלוה דלא מסתבר שיטעון שמא אחר זייפו, וא"כ אי הדר מקיים ליה המלוה יש לו לגבות כולו לדעה קמיתא שבהגה"ה סי' פ"ב ס"א דתו לא מהימן למימר פרעתי, ומ"מ חשבינן ליה הכא דאית ליה מיגו דמזוייף כ"ז שלא קיימו, והקשה רי"מ נ"י הא איכא למימר דהלוח חושש לטעון מזוייף שמא יקיימו המלוה ויצטרך לפרוע כולו אבל אי טען פרעתי לא גבי אלא מחצה, וי"ל דלמאי דקיי"ל דטענינן מזוייף לנפרע שלא בפניו וכדאי' בסי' ק"ו, לא שייך לגבות בשטר כ"ז שלא נתקיים אלא ע"י הודאת הלוח והא קאמר פרוע, וממילא דל טענתי דלוח מהכא א"א לגבות בו, ולא בעינן למימר מיגו דמזוייף אלא מיגו דאי בעי שתיק, אלא דבשתיק ואיתיה קמן כיון דאיהו לא טעין אנן נמי לא טענינן ליה, אבל כל שהוא טוען טענה אחרת חשיב כשתק וא"א לנו לגבות בשטר כל זמן שלא נתקיים, [ועי' בתו' כתובות י"ט א' שכתבו לחד תירוצא דמ"ד מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו ה"ט דלא מהימן ליה במיגו דמזוייף משום שחושש לטעון מזוייף שמא ימצא המלוה עדי קיום, ואפשר שאין תירוצם זה אלא אי לא טענינן מזוייף לנפרע שלא בפניו, אבל אי טענינן חשיב מיגו דאי בעי שתיק שא"א לגבות אלא ע"י הודאת הלוח והא טעין פרוע], ועדיין צ"ע בזה, ובתו' ב"מ י"ג ב' ד"ה הא, שו"ר בספר מרן זללה"ה לחו"מ בליקוטים סי' כ' דן בזה וכתב ז"ל לפרש דהלוח יטעון שהיה מלוה ע"פ ופרע והשטר מזוייף והוא מצאו, ואף אם יקיימוהו כיון שהשטר בידו יהיה נאמן במה שטוען פרעתי עי"ש. (ב"מ ז' א').

בדין כותבין שובר

א) ק"ע ב' מתני' א"ל ר"י כך יפה לו ולא ירע כחו של זה, יעוי' בתו' דכתוב לו שטר אחר מזמן ראשון אין כאן הרעת כחו, אלא דחפץ להכביד על הלוח שיצטרך לשמור שוברו שעי"ז ימהר לשלם, וא"ת למה יכתוב שובר יקבל פרעונו בעדים, ויצטרך הלוח לשמור עדיו ויזדרז יותר לשלם, ובסתמא איירי שכבר הגיע זמן פרעון של כל החוב, וא"כ יכופנו המלוה במה שיכול, ואפשר דאסור למלוה להשהות שטר פרוע למחצה אם אין שובר ביד הלוח, דהא אסור להשהות שטר פרוע, עי' שבת ע"ח ב', וברש"י שם ע"ט א', דגם עם שובר אין הדבר ראוי, א"נ אין ראוי להכביד על הלוח כ"כ.

לצד דר' יהודה מזמן שני קאמר, ע"כ דגם ב"ד אין כותבין אלא מזמן שני, דאל"כ ילך אצל ב"ד, וצריך לפרש הטעם כמו שהזכירו בתו' דדומה לשטר מוקדם, וצ"ע מאי טענה היא דהלוח יצטרך לשמור שוברו מן העכברים, הרי הגיע זמן הפרעון, ואינו משלם אלא מחצה, ובדין הוא שלא יפסיד המלוה עי"ז שעבודו מזמן ראשון, וישמור הלוח את שוברו או ישלם, ואין לומר דאיירי קודם שהגיע זמן הפרעון, דבזה ודאי ביד הלוח להקדים התשלומים רק בתנאים שיחפזן, ואמנם זו טענת ר' יוסי

דכך יפה לו ולא ירע כחו של זה, אבל לא נתפרש טעמו של ר' יהודה, וי"ל דאם המלוה מסכים לכתוב את השובר ע"ג השטר, הדין עמו, עי' כתובות נ"ו א', והכא איירי שאינו חפץ בכך דנראה לו כשטר פגום (עי' קע"ב א'), והלכך יש מקום לחייבו להחליף את השטר, ולא יגבה מזמן ראשון, ולא לחייב את הלוה לשמור שוברו, אח"כ ראיתי בריטב"א כתובות נ"ו א' שכתב דשוברתו מתוכו דהתם פירשו שיכתבו כן בתוך השטר קודם חתימת העדים, אבל לכתוב בגליון השטר או על גבו לא מהני דמצי גיזו ליה ולא מיפסל שטרא בהכי, ולפי זה הדרא קושיין לדוכתה מ"ט דר"י למה יתחייב המלוה להפסיד שעבודו מזמן ראשון בזמן שהלוה אינו משלם בזמן, וצ"ע.

לכאורה אם ר' יהודה מזמן ראשון קאמר, ליכא למישמע מיניה דסבר אין כותבין שובר, דודאי תקנתא דיחליף עדיפא כיון דמזמן ראשון הוא, ואין המלוה מפסיד כלום, וגם הלוה א"צ לשמור שוברו, ואפשר דמשום כך פרש"י כתובות נ"ו א' כד פרכינן וסבר ר"י כותבין שובר, דאליבא דלישנא דמזמן שני קאמר, ובתו' שם דקדקו בזה, ולמש"כ י"ל דרק ללישנא דמזמן שני קאמר דיחליף, שמעינן דס"ל לר"י דאין כותבין שובר, כיון דמרעינן למלוה שלא יגבה מזמן ראשון ובלבד שלא יצטרך הלוה לשמור שוברו, אבל אי מזמן ראשון קאמר לא מוכח מידי דאף אי כותבין שובר, מ"מ פשיטא דעדיף להחליף, ומיהו קושיא דפרכינן התם וסבר ר"י כותבין שובר, הו"מ למיפרך גם אי ר"י יחליף וכותב מזמן ראשון קאמר, דמ"מ חזינן דבשילם מקצת אמרינן ליה יחליף ולא יכתוב שובר, וא"כ ה"נ התם הול"ל דכשאומרת התקבלתי יחליף לה כתובתה, שזו טובת שניהם, ולא שתכתוב שובר.

ברם יש לעי' רב ושמואל דאמרי תרוייהו לקמן קע"א ב' דאין כותבין שובר, כמאן ס"ל, דהא בברייתא קע"א א' מפורש דר' יהודה סבר דיחליף וכותבין לו מזמן ראשון, ולפי זה אין ראיה דס"ל אין כותבין שובר, דאף אי כותבין שובר, מ"מ עדיף להחליף שאין המלוה מפסיד כלום ואין הלוה צריך לשמור שוברו, ור' יוסי הרי ס"ל דכותבין שובר, וי"ל דאף אי בפורע מקצת חובו כותבין שובר, אכתי' י"ל דהיינו משום שהלוה אינו עומד בהתחייבותו, שצריך לשלם כולו, והלכך דין הוא שיצטרך לשמור שוברו, אבל אם הלוה חפץ לשלם כולו ואירכס ליה שטרא למלוה, בזה י"ל דלכו"ע אין כותבין שובר, וכדאמר ר"ה בריה דר"י קע"א ב', ודרב ושמואל באירכס שטרא למלוה מיתנינן להו, וס"ל דבזה פליגי ר"י ור"י בברייתא דשטר מאוחר קע"א א', וסבר ר' יהודה דאין כותבין שובר, וס"ל כוותיה, וכדתנן נמי שט"ח המאוחרין כשרים, [והא דאמרינן בגמ' ר' יהודה לטעמיה דאמר אין כותבין שובר אתי שפיר גם ללישנא דמזמן ראשון קאמר וכמש"כ להלן].

שוב נראה דאף אי ר"י מזמן ראשון קאמר נמי איכא לאוכוחי דסבר אין כותבין שובר, וכמו שאמרו לקמן קע"א ב' דר"י לטעמיה דסבר אין כותבין שובר, ולית לן לפרושי דהיינו אי מזמן שני קאמר, דהא מסקנא קע"א א' דר"י מזמן ראשון קאמר וכמש"כ תו' שם, וטעמא משום דכל הנידון אי כותבין שובר היינו בדאפשר בלא שובר, דכשא"א לכו"ע כתבינן כדאמר כתובות ט"ז ב', ואם איתא דכותבין שובר, היה ראוי לתת למלוה את הברירה בזמן שהלוה פורע מחצה, או להחליף שטרו או לכתוב שובר, דהא יש למלוה עדיפותא לכתוב שובר וכדאמר ר' יוסי כדי שיכוף לפורעו, ומדאמר ר' יהודה דיחליף שטרו ואינו יכול לכתוב שובר, שפיר מוכח מזה דס"ל אין כותבין שובר.

גמ' אלא ב"ד מקרעין השטר וכותבין לו שטר אחר מזמן ראשון, נראה דצריכין ב"ד תחלה לקיים את השטר, ואפילו הלוה קמן ומודה, דהא לקוחות בדין הוא שיכולים

לטעון מזוייף גם כשהלוה מודה, [וכדמסיק הש"ך סי' ק"ו סק"ו, וכ"ה ברמב"ן ב"מ ע"ב ב', דרך מכאן ולהבא יגבה ממשעבדי עיי"ש, וכ"כ ג"כ בשבת ע"ט, וכ"ה ג"כ בריטב"א ב"מ שם], וכשב"ד יכתבו שטר אחר כבר לא יוכלו לטעון מזוייף, וצ"ע בסתימת הפוסקים בסי' נ"ד, וצ"ל דסתמא איירי בדאיכא סהדי דחתמו אשטרא קמא, דהא דיינינן אם הם יכולים לכתוב השטר האחר, וממילא מובן דאם ב"ד כותבין דהוא ע"פ הנך סהדי.

(ב) קע"א ב' אמר ר"ה בריה דרב יהושע אפילו למ"ד כותבין שובר ה"מ אפלאג אבל אכוליה לא כו', יש לעי' לפ"ז במאי פליגי ר' יהודה ור' יוסי בשטר מאוחר בברייתא, וכנראה משום זה הקדים הרשב"ם בד"ה ואמר, וכתב דגם בפרע מחצה נפיק מיניה חורבא דיוציא שטרו אח"כ מזמן המאוחר ולא יועיל השובר המוקדם, אבל הדבר תימא דכשכותב שובר בזמן שהשטר קיים ודאי מזכיר בשובר זמן השטר וסכמו, וכשהוא מאוחר יאחר גם זמן השובר, ועכ"פ יזכיר בשובר את זמן השטר, וכל חשש חורבא אינו אלא כשנאבד השטר, ואין יודעים שהיה מאוחר, וממילא אין בשובר יחוס אליו, ואם כו"ע סברי דכה"ג אין כותבין שובר, א"כ מ"ט דר' יוסי דפסיל שטר מאוחר.

ונראה דגם אי אין כותבין שובר, מ"מ ברוב פעמים הלוה לא יעזיז פניו במלוה וישלם לו תמורת שובר, דלוה מקיים ביה במלוה תומת ישרים תנחם כדאמר ב"מ ל"ד א', וגם לא יאכל וחד, והלכך אף אי אין כותבין שובר, מ"מ חששא איכא דנפיק חורבא, ואיכא למימר דבהא פליגי, דר' יהודה לא חייש להכי ומכשר שטר מאוחר, ור' יוסי פוסל, ור"ה בריה דר"י אמר למילתיה מסברא דמהא דאשכחן דכותבין שובר בשילם מחצה, דהפשיעה מצד הלוה שהיה צריך לשלם כולו, וכך יפה לו שישמור שוברו, ליכא למישמע מזה דכותבין שובר בזמן דאירכס ליה שטרא למלוה, וכיון שכן ראוי לפרש ברייתא דפליגי ר"י ור"י בשטר מאוחר גם אם אין כותבין שובר.

ונראה דגם לאידך גיסא אין הכרח, ואפשר למיסבר כותבין שובר ולהכשיר שטר מאוחר, דהא ר' יוחנן ור"ל דאמרי תרוייהו כותבין שובר, ור' יוחנן ס"ל בעלמא הלכה כסתם משנה ותנן שטרי חוב המאוחרין כשרין, ואע"ג דזימנן אמרינן דאמוראי נינהו אליבא דר"י כדאמר יבמות ט"ז ב', מ"מ כל זמן שלא פירשו כן בגמ', משמע דגם מאן דס"ל דר"י הלכה כסתם משנה קאמר, מ"מ שפיר קאמר דכותבין שובר, וגם בגמ' מוכח כן דהא אמרינן דמסתברא דכותבין שובר דאל"כ אבד שטרו של זה יאכל הלה וחד, משמע דמסברא מוכרע דכותבין שובר באבד השטר, והיינו דגם למ"ד בשילם מחצה דאין כותבין שובר, היינו משום דאפשר בחילוף השטר, אבל באבד השטר לכו"ע כותבין שובר, דא"א דיאכל הלה וחד, וכל דא"א לכו"ע כותבין שובר כדאמר כתובות ט"ז ב', וא"כ תיקשי להו מתני' דשטרי חוב המאוחרים כשרים כמאן אתיא, והרי נפק מיניה חורבא, וע"כ צ"ל דחששא רחוקה היא, חדא דסתמא דמילתא אין המלוה חפץ בשטר מאוחר, שהרי עיי"ז ידחה זמן פרעונו, וגם יוקטן שעבודו, וא"כ מילתא דלא שכיחא הוא, ולא מחדשין גזירות במידי דלא שכיח, ועוד דצריך לחוש שהלוה לא יזכיר שהשטר מאוחר ויכתוב את השובר מזמן של עכשיו, ועוד צריך לחוש שהמלוה יהפך לגזלן, ויחפון לגבות חובו שנית, וגם כשיוציא הלוה את השובר, יצטרך המלוה לומר שהיתה הלוואה קדומה באותו סכום ואבד שטרו, וגם זימנן אפשר למצא עדי השטר שיעידו על זמן ההלוואה ושהיה השטר מאוחר, ושפיר י"ל דלא חיישינן כולי האי ומכשרינן שטר מאוחר, ואע"ג דבגמ' להלן אמרו אמתני' דמכשרא שטר מאוחר דס"ל אין כותבין

שובר, לרווחא דמילתא אמרו כן, ואפשר דר"ש דאמרי תרוייהו אין כותבין שובר, ס"ל הכי משום מתני' דמכשרא שטר מאוחר, אבל ר"י ור"ל דאמרי תרוייהו כותבין שובר, וכן ר' אילעא, שפיר מצו סברי כמתני' דשט"ח המאוחרין כשרים.

ולהאמור ניחא מה דאמרינן בגמ' דהאידנא תיקנו שלא לכתוב זמן בשובר ולהכשיר מאוחר, ואם למאי דקיי"ל כותבין שובר ס"ל לר' יוסי דמאוחר פסול ואין חולק עליו בזה, א"כ כי היכי דר"י פסל ולא תיקן לכתוב בלא זמן, ה"נ ראוי לנו לנהוג כן, אבל למש"כ דר"י ור"ל ור' אילעא סברי דאע"ג דכותבין שובר מ"מ כשר מאוחר כסתם מתני', ניחא שפיר, ותיקנו לכתוב בלא זמן דמאי דאפשר לתקוני שפיר מתקנינן.

שם מתקיף לה אביי ואלא מאי כותבין שובר אבד שוברו של זה יאכל הלה וחד, אע"ג דלא דמי, דהכא הנידון בחוב ברור שהלוה מודה בו, ולא יתכן שיאכל וחד, משום שמא יאבד הלוה את השובר, ושמא יבא המלוה לחזור ולתבעו עם השטר, מ"מ הוי ס"ל לאביי דאין לחייב את הלוה לשלם גם בכה"ג כיון שיש לו חשש הפסד אע"פ שהוא רחוק, ובתור הכי קיבל מרבא כמ"ש"כ תו', וכש"כ שהוסיף לו טעמא דעבד לזה לאיש מלוה.

ג) שבת ע"ט א' והכא בכותבין שובר קמיפלגי ת"ק סבר כותבין שובר ור"י סבר אין כותבין שובר, בב"ב קע"א מבואר דאי אין כותבין שובר, אין הלוה חייב לשלם כשהמלוה אבד את השטר, אבל אם משלם לו ודאי יקח לכל הפחות שובר, והכא משמע דאי אין כותבין שובר הרי הוא פורע ואינו נוטל שובר, וי"ל דה"ק כיון דאין כותבין שובר ואין הלוה חייב לשלם כשנאבד השטר, הלכך מתפרש הכא שהשטר לא נאבד והלוה הקדים לשלם ע"מ לקבל מיד את השטר, ולכך חייב המלוה על הוצאתו כי צריך הוא לו להחזירו ללוה מיד, ואם לא יחזירו חייב להחזיר לו מעותיו כי לא נתנם לו אלא ע"מ לקבל את השטר מיד וכמו שפרש"י, אבל אי כותבין שובר מתפרש שפרע לו וקיבל שובר, ובזה אין כבר חשיבות לשטר הפרוע, אבל קשה דלפ"ז נמצא דאין כאן כלל מחלוקת לענין הוצאת שבת ומודה ת"ק שאם פרע ע"מ לקבל את השטר מיד, דחייב המלוה על הוצאתו, ואם פרע וקיבל שובר מודה ר"י דפטור על הוצאתו, דברייתא דקתני משפרעו, מתפרש לת"ק משפרעו וקיבל שובר, ולר"י מתפרש בשפרעו ע"מ לקבל את השטר מיד ולא קיבל שובר.

וברמב"ן משמע דגם לפרש"י מתפרש שהלוה שילם וקיבל שובר, ומ"מ כשנודע שיש השטר ביד המלוה מחייבין ליה להחזיר המעות אם אינו מחזיר את השטר, דכיון דאין כותבין שובר ולא היה הלוה חייב לשלם, הרי גם כשהסכים ושילם וקיבל שובר, היינו רק כשאין השטר ביד המלוה, דלא בעי למיכל ולמיחדי, אבל כשהמלוה מצא השטר אינו חפץ לשמור שוברו מן העכברים, ויש לו להחזיר את הפרעון אם אינו מחזיר את השטר, ולפי זה ניחא דמשפרעו דברייתא מתפרש בין לת"ק ובין לר"י בשהמלוה נפרע ונתן שובר, ואי כותבין שובר אין המלוה חייב להחזיר הפרעון גם אם אינו מחזיר את השטר, הלכך אין השטר חשוב לחייב על הוצאתו, אבל אי אין כותבין שובר כיון דחייב להחזיר הפרעון אם אינו מחזיר את השטר הלכך השטר חשוב לחייב על הוצאתו.

ומשמע ברמב"ן וכן בחדושי הר"ן שהוא דין מחודש שהמלוה חייב להחזיר הפרעון אם אינו מחזיר את השטר גם כשנתן שובר, למ"ד אין כותבין שובר, ולכאורה אפשר לקיים עיקר הפירוש גם אם נימא דאין המלוה חייב להחזיר הפרעון, דמ"מ כשהלוה לא היה צריך לשלם לו כשאבד השטר, ועשה עמו לפנים משורת הדין ופרעו, הרי כשמוצא המלוה את השטר חשוב הוא בידו מאד כדי להחזירו ללוה, ושפיר חייב על הוצאתו, משא"כ למ"ד כותבין שובר שהיה הלוה חייב לשלם מן הדין תמורת שובר,

הרי אין המלוה מרגיש כ"כ חובה להחזיר את השטר ללוה, ואינו חשוב בעיניו.

בנתה"מ סי' נ"ד סק"א הקשה בהא דאמרינן כתובות ט"ז ב' דלא יהינן לה עד דאמרי עדים נשרפה כתובתה, ואמאי לא תהא נאמנת בשבועה שנשרפה כתובתה כמו שכל מלוה נאמן בשבועה שאבד המשכון, ולכאורה י"ל כמ"ש הקצה"ח סי' רצ"א ס"ק י"ב שלא נתנה תורה נאמנות בשבועה אלא בשבועה של כפירת ממון שלא נחשד אדם לגזול בשבועה, אבל כאן כשנשבע שנשרף השטר, אם הדבר שקר, לא עבר אלא על שבועת ביטוי, ובזה לא האמינתו תורה. קע"א א' עדים כותבין אפילו י' שטרות על שדה אחת, עי' מש"כ לעיל קס"ח ב' סק"ג.

שם רי"א שטר זה יהא מונח כו', עי' מש"כ לעיל קס"ח ב' סק"ג. קע"א ב' אמר ר"ה בריה דרב יהושע אפילו למ"ד כותבין שובר ה"מ אפלאג אבל אכוליה לא כו', נתבאר לעיל ק"ע ב' סק"א ב'. שם הא רב ושמאל דאמרי תרוייהו כו', עי' מש"כ לעיל ק"ע ב' סק"א. שם מתקיף לה אביי ואלא מאי כותבין שובר אבד שוברו של זה יאכל הלה וחדו, נתבאר לעיל ק"ע ב' סק"ב.

שם אבל שטרי מקח וממכר כו', בתו' גיטין י"ז א' ד"ה ר"ל כתבו דבמאחר אין הגירושין חלין עד הזמן כו', ולפ"ז נראה דה"ה בכל שטרי קנין המאחרים דאינו קונה אלא מזמן הכתוב בשטר, ויש לעי' מהא דאמר הכא דשטרי קנין המאחרים פסולים דלמא הדר זבין מן הלוקח ובתר הכא יוציא הלוקח השטר ויאמר הדר זבנתה מינך, והיאך יחזור ויקחנה אחרי שעדיין היא שלו, וי"ל דהכא בשטרי ראייה קאמרינן, והקנין היה בכסף או בחזקה, אבל אה"נ דשטר מאוחר שכל הקנין נעשה בו כיון שאינו קונה עד זמן הכתוב בשטר אין כאן בית מיחוש וכשר, א"נ אפשר דלא פלוג חכמים וכיון דשטרי ראייה יש לפסול פסלו גם שטרי קנין אף שאין בהם בית מיחוש מיהו יותר נראה כלשון ראשון דאמנם בשכל הקנין נעשה בזה השטר כשר. (גיטין ס"ג ס"ק י"ב).

שם א"ה שטרי הלואה נמי, באמת יש לחלק בפשיטות דבשטרי הלואה לעולם מבקש הלואה את השטר ואם יאמר אירכיס לי כבר ידע הלואה ליזהר שלא יוכל המלוה להוציא השטר אח"כ, וישהה פרעונו עד שיגיע הזמן ואז יכתוב השובר או שיכתוב השובר בזמן מאוחר או בלא זמן כלל, אבל במכר כשבא למכור לעולם אינו מבקש את השטר שנתן לו בשעה שקנה ממנו דשטר זה לא מעלה ולא מוריד, ולפיכך לא אסיק אדעתיה ליזהר מחמת ההוא שטרא, ונראה דאמנם חילוק זה מתלווה לכל התירוצים שבגמרא, וס"ל לגמ' דאי לא הוי תקנה בכתיבת שובר לא היה מועיל מה שבהלואה לעולם דורש הלואה את השטר, ורק משום דאיכא תקנה בכתיבת השובר בלא זמן או מאוחר לפיכך הכשירו שט"ח המאחרים, וברשב"ם כתב לפרש דלא תקשה דאף במכר יכתוב שובר, וכבר נתקשה בזה בש"ך סימן מ"ג ס"ק כ"ט. (גיטין ס"ג ס"ק י"ב).

שם והאידנא דכתבין שטרי מאוחר וכתבין תברא כו', נתבאר לעיל ק"ע ב' סק"א. קע"ב א' כי היכי דלא מיתחזי כשיקרא, עי' מש"כ בחו"ב גיטין ס"ג ס"ק י"ח. בבהגר"א סי' ס"ו סק"ט מאי מיחזי כשיקרא איכא, בנוסחאות כתובה דידן איתא והות ליה לאינתו, ושמא משום כך מיחזי כשיקרא, והא דלא חיישינן לה י"ל משום דתורת עדות ליכא על זה, דהו"ל מפי כתבם, והלכך כיון דעסוקין באותו ענין לא חיישינן, ומיהו בכתובות דידן איכא נמי וקנינא אנן סהדי כו', וזה ודאי מיחזי

כשיקרא כשחותמים קודם הקנין.

מתני' שני אחין כו', וברז"ה ובמלחמות, נתבאר לעיל י"ג א' סק"ג ד', ועי' שם בס"ק י"ד ט"ו.

שם נמצא לאחד בין שטרותיו כו', עי' מש"כ בחו"ב ב"מ כ' ב'.
גמ' ההוא שטרא כו', א"ה, עי' מש"כ בחו"ב גיטין י"ג ב' סק"ג בדברי הריטב"א בענין ברירה.

שם ההוא שטרא כו' לויתי ממך כו', תוכן הסוגיא לפירוש הרא"ש בשטמ"ק [וכ"נ שזהו הפירוש שהביא הרמב"ן בשם חכמי הצרפתים] נראה דהנדון הוא כיון שאין השטר אומר דבר ברור וצריך לראיה אחרת זולתו אין כאן כח השטר שאמרה תורה, ואפילו אי לא חיישינן לנפילה מ"מ שטר שנתחייב בו לאדם מסויים ואין אנו יודעים למי מתוך השטר אין זה בכלל שטרות שחידשה תורה, כיון שלעולם אנו צריכים לעוד בירור זולתי השטר כדי שנוכל לדון מה שכתוב בשטר, [ואע"ג דלעולם כל שטר צריך שיהא ביד התובע ובלא"ה אינו שטר, התם לאו מחמת גריעותא דשטר הוא אלא שכך הוא סדר השטר שיחייב בזמן שהוא ביד המלוה], ומיהו אי חיישינן לנפילה גרע טפי דכיון דאף מה שהשטר תח"י לא חשיב ראיה מספקת, ודאי די"ל שאין זה בכלל השטרות שהרי צריך לראיה אחרת שאינה שייכת כלל לשטר, ואף את"ל דמ"מ אף כה"ג איכא כח השטר מ"מ אכתי אמנם בהך עובדא הרי איכא למיחש לנפילה וצריך שיביא ראיה שנמסר לו, [ונמצא שיש כאן ג' ספיקות חדא אי חיישינן לנפילה ועוד את"ל דחיישינן לנפילה אי מיפסיל השטר מחמת זה ואף אי יביא ראיה שנמסר לו אינו גובה בו, ועוד את"ל דלא חיישינן לנפילה אכתי מ"מ יש להסתפק אי חשיב שטר כיון שאין השטר מברר בעצמו על מה הוא מעיד], ובעי למיפשט מהא דהכשיר אבא שאול גט שכתוב בו היום והיינו משום שאם אנו יודעים אותו יום שחתמו בו הרי יש כאן גט עם זמן, [ואע"ג דאכתי איכא משום בת אחותו ומשום פירות מ"מ כל שאינו בכלל אין בו זמן לא פסלוהו חכמים, שעיקר תקנתם לשקוד על סדר הגט שיהא נכתב בו זמן, וכל שתקנה זו נשמרת סגי דתו לא חיישינן לרמאי שהרי מינכרא רמאותו, ומה"ט כשר אם כתב בו שבוע שנה וכן להרמב"ם גזייה לזמן, וה"נ בכתב בו היום כיון דחשיב מיהא זמן אף שאין בו בירור לענין בת אחותו ופירות לא פסלו חכמים], וממילא תו אינו בכלל גט שאין בו זמן, והשתא אם נימא דאין כח השטר יפה במה שאין השטר משמש בעצמו א"כ ה"נ במה שכתוב בו היום אין בו כח השטר כיון שאין השטר מברר בזה מעצמו, וא"כ ה"ז בכלל גט שאין בו זמן שהרי אין חתימת העדים מועילה על הזמן כלום אחרי שאינו מכלל חידוש התורה בשטרות, אלא ודאי אף כה"ג איכא כח השטר וה"נ הכא בכתוב בו ממך נמי יש כאן כח השטר, ודחי ודילמא אבא שאול כר"א ס"ל ולר"א כיון דיש כח השטר אף בלא עדי חתימה שפיר מסתבר דאף בדצריך לראיה זולת השטר נמי לא נפסד כח השטר בזה שהרי אף בצריך לגמרי לעדים נמי אמרה תורה דין שטר, [ומיהו אפשר דמעיקרא אף לר"א מספקא ליה וכד פשיט ליה א"ל דמ"מ לר"מ תיבעי לך, דאפשר דא"ש כר"א ס"ל], ולפיכך מכשיר היום, וה"נ בשכתוב בו ממך אילו היינו יודעים שאמנם נמסר לו היה גובה בו שיש כאן כח השטר לר"א, אבל אכתי יש לחוש לנפילה, ונמצא שיש כאן שתי קושיות חדא דילמא כר"א ס"ל ואכתי תיבעי לך לר"מ, ועוד דאף לר"א אכתי איכא למיחש לנפילה, ומסקינן דלנפילה לא חיישינן, ומ"מ לר"מ נשאר הדבר בספק אי איכא כח השטר כה"ג, [ובפסקיו סתם דחשיב שטר והיינו משום דפסק כר"א אף בשטרות].

והנה לפי פ' זה מצאנו מבואר בגמ' דגט שיש עליו עדי חתימה צריך זמן אף לר"א,

ומיהו בדליכא עדי חתימה יש להסתפק אי בעי זמן, אבל בדברי הרא"ש שבשטמ"ק מבואר דס"ל דאף כה"ג בעי זמן, (שכתב לתמוה לפי רשב"ם דוכי לעולם יזכרו העדים), וכן ברמב"ן כתב כן, והא דקתני בברייתא יש עליו עדים רבותא קאמר דאע"פ שיש עליו עדים פסול בלא זמן, והיינו דומיא דמתניתין דג' גיטין פסולים דקתני יש עליו עדים ואין בו זמן, וברייתא העתיקה לשון המשנה להשמיענו דברי אבא שאול בזה.

שטר שכתוב בו הריני מתחייב לתת לכל המוציאו מנה, אינו נידון לסוגיין, דכה"ג שטר מעליא הוא שהרי נתפרש בו למי מתחייב ומה בכך שאין אנו מכירים אותו עדיין, אבל בכתב בו ממך לא נתחייב אלא לזה שנתן לו את השטר ואין השטר אומר מי הוא.

קע"ב ב' הא הם על אחרים יכולים להוציא כו', א"ה, עי' מש"כ בחור"ב ב"מ ב' ב' סק"ט, אם מיירי בששניהם תובעים אותו, ואמאי לא אמרינן יחלוקו.

תוד"ה אבל ואומר ר"י כו', לפי ר"י נראה דפשיטא ליה דאי לא חיישינן לנפילה גובה בו, ועיקר הנידון הוא אי חיישינן לנפילה, ואף את"ל דחיישינן אכתי י"ל דממך למוציא השטר קאמר ולא לזה שנתנו דוקא והר"ז כאילו כתב בו דכל המוציאו יגבה בו וחייב אמנם לשלם אף למי שמצאו, וכנידון הזה דממך אי קאמר לזה שנותן לו או לזה שמוציאו שייך נמי לדון בכותב בשטר היום אם ר"ל אותו היום שבו כותב או דר"ל כל יום ויום שיקראו בו היום, וס"ל לגמ' דאי מתפרש היום שכותב בו אין ראוי לחשבו כיש בו זמן והרי הוא ממש כאין בו זמן, משא"כ אם ר"ל כל יום ויום שיקראו בו היום שפיר יש לדנו כנידון מיוחד שכתוב בו זמן (אלא שהוא מאוחר), ושפיר י"ל דלא פסלו חכמים כה"ג כיון שיש בו שום מושג של זמן, [והטעם כמש"כ לעיל לפי הרא"ש דעיקר שקדו כאן חכמים שינהגו לכתוב זמן בגיטין], א"נ בלשון אחרת קצת דבאמת י"ל דבכתוב בגט היום תהא יראה להוציאו לחפות דכסבורה היא שמעיד אמנם שרק היום נתגרשה, וממילא לא חיישינן לחיפוי, אלא דאם האמת דהיום אותו יום שנתגרשה מתפרש הרי הגט אמנם מחפה ויש לפוסלו אע"ג דהיא תירא שאינה בקיאה בדינים, אבל אם האמת שמתפרש היום שאנו רואים הגט לפנינו אע"ג דאמנם לא קטלינן לה אי מפקת ליה דסו"ס אנו מסופקים בזמן הגירושין, מ"מ בזה אהני מה שיראה להוציאו שלא נפסלו כה"ג, והרבה מצינו כה"ג שקבעו חז"ל הדברים ע"פ הפירוש האמתי בכונת הדברים אע"ג שבב' האופנים הגט מחפה ובב' האופנים מירתתא מ"מ נקבע לחלק ביניהם ע"פ האמת בפירוש הכתוב בגט, והיינו דבעינן למיפשט מהא דמכשיר אבא שאול אם כתוב בו היום וש"מ דיומא דנפיק קמן מתפרש וה"נ ממך ההוא דנפיק האידנא מתחת ידו, ודחינן דילמא כו"א ס"ל דלא בעי זמן כלל, והיום דקתני משום דאי הוה ביה תנאה וכמש"פ בד"ה עידי, ולעולם אימא לך דהיום אותו היום שנכתב קאמר וה"נ ממך אותו שמסרו לו קאמר וניחוש לנפילה, [ובתו' כאן הזכירו לפרש דליכא שמא יחפה משום דאיכא עדי מסירה, ומשמע קצת דאי ההוא יומא דנפק קמן קאמר ניחא דאמנם ליכא למיחש לשמא יחפה ולא משום דכה"ג חשיב מיהא זמן ולא פסלו חכמים כה"ג וזה כלשון הב' שכתבנו דכה"ג מירתתא, (וליכא למימר דאמנם קטלינן לה אי ההוא יומא דנפק קמן קאמר, דודאי ספיקא הוא ולא קטלינן לה)], ולמאי דפריך ניחוש לנפילה י"ל דפריך דכיון דאף מה שהשטר תח"י לא סגי אין להכשיר שטר כי האי ואפילו ידעינן דמסריה ניהליה, ויש לפרש דלא ס"ל כלל האי סברא, ולעולם חשיב שטר, אלא דפריך דאמנם ניחוש לנפילה, ומסיק דלא חיישינן, ונמצא מסקנא דממך מההוא גברא דמסריה ניהליה מתפרש ולא כל המוציאו, [דהא לא איפשיטא ואית לן

למינקט לטובת המוחזק שלא להוציא], ואם כן צריך שמוציא השטר יטעון שאמנם הוא שהלווהו, וכשטוען כן גובה בו דלא חיישינן לנפילה.

ולענין זמן בגיטין נמצינו למידין לפירוש זה דלר"א אין צריך כלל זמן בגיטין אף בגט שיש עליו עדי חתימה דהא ברייתא ביש עליו עדים איירי, [ונראה דזה יתכן רק לפירושם דלר"א בעדי חתימה לחוד לא סגי ולעולם בעי עדי מסירה, אבל לדעת הרי"ף ודעימיה דלר"א נמי סגי בעדי חתימה לחוד לא יתכן כלל לומר דלא נצטרך זמן שהרי ר"א ור"מ שווין בגט שיש עליו עדי חתימה], (ולענין גט מוקדם עי' חו"ב גיטין ס"ג סק"כ), וקצת תימא לפי"ז דכל המשניות שנשנו בדין זמן בגיטין דלא כר"א, [ור"ש דסבירא ליה כר"א כדאמר גיטין י' ב' ואפ"ה ס"ל זמן בגיטין י"ז א' ל"ק דהא איהו ס"ל דבעינן זמן כדי לדעת זמן הכתיבה ולזה אין מועיל מה שיהיו עדי מסירה בשעת גירושין ושפיר יש לתקן לכתוב זמן ואז ידקדקו עדי מסירה לדעת שהזמן הנכתב אמנם אמת הוא, ועי' חו"ב גיטין ס"ג סק"י ג], וגם דחוק לפירושם הא דהוצרך אבא שאול להזכיר שכתוב בו היום, וכי היכן הוזכר דאיירי במגרש על תנאי, וכמש"כ בעצמם בפירוש השני.

בא"ד ועוד יש לפרש כו', לפירוש זה נראה דאין כאן כלל נידון אי ממך לכל המוציאו קאמר, וודאי לא נתחייב אלא לזה שמסרו לו, אלא הנידון אי כה"ג שאין השטר מברר למי חייב אם הוא בכלל שטר שאמרה תורה או לא, וכמו לפירוש הרא"ש, ובעי למיפשט דכי היכי דהיום חשיב זמן בשטר אע"ג שאין השטר מברר מתי ה"נ ממך חשיב שטר, וכמו לפי הרא"ש, ודחי דילמא כר"א ס"ל וכשר בלא זמן כלל והיום דקאמר משום שאם התנה אם כו', ולעולם אימא לך דכה"ג לא חשיב שטר, ועוד דאף אי חשיב שטר אכתי ליחוש לנפילה, והרי לא נתחייב אלא לזה שמסרו לו, [אבל אין לפרש דפריך דכיון דאיכא למיחש לנפילה יפסל השטר דהא אי מפרשינן דאבא שאול אתי אף כר"מ א"כ הרי שמעינן דכה"ג חשיב שטר אף שאין השטר מעצמו מברר], ומסיק דלנפילה לא חיישינן, וקושיא דלימא כר"א ס"ל לא חש לתרץ דדוחק הוא, ונמצא דאמנם הראיה קיימת למסקנא ושטר שכתוב בו ממך כשר וגובה מזה שמוציאו ולא חיישינן לנפילה, וכן לענין דין זמן בגט שוה פירוש זה לפירוש ר"י דה"נ מוכח דס"ל לאבבי דלר"א אין צריך זמן בגט כלל אף שיש בו עדי חתימה, ולא מצאנו בגמ' חולק בזה.

יעוי' ברמב"ן ונראה כונתו ז"ל דקמבעיא לן אי כה"ג חשיב שטר או לא דכיון שלא כתוב בו למי נתחייב י"ל שלא נתחייב כלל והבל הוא, וכעין שכתבנו לפי הרא"ש דכל שאין השטר מעיד על דבר ברור לא חשיב שטר, וקפשיט דכיון דהיום גרשתיה כשר שמע מינה דכי האי גוונא לא חשיב הבל דאי לאו הכי אין כאן גט [אף בלא תקנת זמן] דחשיב כמשטה, וס"ל לגמ' דממך והיום כי הדדי נינהו, ואי משום זמן בגיטין יש לפרש דהיום ההוא יומא דנפיק לב"ד קאמר, [ולא מסתבר ליה לחשוב כיש בו זמן אי היום ההוא יומא דנכתב קאמר], ולכך חשיב כיש בו זמן, [ואע"ג דאכתי איכא משום בת אחותו ומשום פירות, י"ל כמ"ש לעיל לדעת הרא"ש], וא"כ ה"נ ממך מתפרש נמי מזה שיוציאו בב"ד, [וי"ל דאף שלא הלווהו וי"ל דדוקא אם הלווהו], וגם חיוב גמור הוא ולא הבל, ודחי אבבי דאמנם הא ודאי שמעינן דלאו הבל הוא מיהו אכתי איכא למימר דהתם ההוא יומא דכתיבו קאמרי, ואי קשיא א"כ אין כאן זמן איכא למימר דכר"א ס"ל ולר"א כה"ג חשיב זמן ועדי מסירה יבררו מתי נכתב, [וצ"ל דפשיט ליה לאבבי דכה"ג דכתיב היום אם ר"ל יום שנכתב תלוי בפלוגתא דר"א ור"מ], אבל הכא ניחוש לנפילה, ולפי זה למסקנא בין לר"מ בין לר"א שטר שכתוב בו ממך גובה דכיון דלאו הבל הוא אף אי מתפרש לזה שנתנו לו

גובה בו דהא לא חיישינן לנפילה, ומיהו גט שכתוב בו היום יש להסתפק אי כשר לר"מ, ולענין זמן בגיטין נמצא לפירוש זה דאף לר"א בעינן זמן בגט שיש עליו עדי חתימה, ובגט שאין עליו עדי חתימה לא נתפרש, ומיהו ברמב"ן כתב דלעולם בעינן זמן.

יעוי' ברמ"ה, ונראה דכוונתו ז"ל דהנדון כאן אי חיישינן לנפילה אבל אי לא חיישינן לנפילה ודאי חשיב שטר, אבל הנדון דחיישינן לנפילה יש בו שני צדדים שלא לחוש, חדא דאמנם נפילה דבר רחוק הוא, ועוד די"ל דבכתב ממך עיקרו לאלים שעבודי' שיוכל לגבות בו מי שיוציאנו מחמת המלוה, ומיהו אמנם אם לא הלווהו ולא בא מכח המלוה ודאי אין כאן חוב, אבל כל שטוען שהלווהו או שבא מכח המלוה זהו עיקר השטר ואינו יכול לטעון לא מנך יזיפנא, וקבעי למיפשט דכיון דהיום כשר ש"מ דהיום ההוא יומא דנפיק גיטא לקדמנא קאמרי, דאל"ה הוי כאין בו זמן, (וכמש"כ הסברות לזה לפר"י), וה"נ ממך דכתב בשטר היינו נמי בשעת תביעה ולזה שיהא מוחזק בשטר בשעת תביעה קאמר, וא"כ אין כאן מקום לחוש לנפילה, ודחי דילמא היום ההוא יומא דכתבי קאמרי ואבא שאול כר"א סבירא ליה ולר"א כשר כה"ג דכיון שע"י עדי מסירה יוכלו לברר מתי נכתב חשיב כיש בו זמן, [אבל לר"מ כה"ג חשיב כאין בו זמן], וה"נ הכא אם יברר בעדים שמסר לו השטר שפיר דמי אבל בלא"ה חיישינן לנפילה, ומסיק דלא חיישינן לנפילה, ומיהו לפי"ז נשאר הדבר בספק אי היום ההוא יומא דכתבי קאמרי או ההוא יומא דנפק גיטא לקדמנא, ונ"מ לר"מ אי כשר כה"ג, וברמ"ה מסיק דכשר אף לר"מ, וצ"ע לכאורה הרי לא מצאנו דרבה (וברמ"ה מבואר דגרס רבא) פליג אאביי בהא, ואדרבה הרי מפרש ליה דלא חיישינן לנפילה ומשמע לכאורה דקיבלה מיניה, וי"ל דס"ל דכיון דרבה קפשיט מהך דא"ש ש"מ דלא ניחא ליה לאוקמי כר"א, ומפרש דהיום ההוא יומא דנפק בב"ד קאמר, ולטעמיה דאביי חשיב לו דלנפילה לא חיישינן, ולענין זמן בגיטין מבואר בדברי הרמ"ה דאף לר"א בעי זמן אף בגט שאין עליו עדי חתימה, [שפירש יש עליו עדים דעדי מסירה קאמר, ובאמת לשון יש עליו עדים דחוק לפי"ז].

וכן בשטמ"ק בשם הרא"ם כתב דאף לר"א פסול גט שאין בו זמן ומיהו לא נתפרש בדבריו אם דוקא בדאיכא עדי חתימה קאמר או אף בדליכא עדי חתימה, וכן בדברי הר"י שם בעליות כתב דאף לר"א בעי זמן בדאיכא עדי חתימה.

ולדינא בדאיכא עדי חתימה ודאי צריך זמן אף בשמוסר בעדי מסירה, ואף בדליכא עדי חתימה יש להחמיר כדעת הרמב"ן והרמ"ה והרא"ש (וע"ע ברא"ש גיטין פ"ט סוף סימן ז'), וכ"ה בב"י סימן קכ"ז, וכתב שמסתימת הרמב"ם והטור מבואר נמי דס"ל כהרמב"ן ודעימיה דאף בעדי מסירה לחוד צריך זמן.

קע"ג ב' מנין לערב דמשתעבד כו', הא דאמרו בערב דמשתעבד בההיא הנאה דמהימן ליה, וכן אמרו במתנה להיות כשואל ב"מ צ"ד א', וכן אמרו כתובות ק"ב ב' בההיא הנאה דמיחתנו אהדדי, וכן גיטין י"ד א' במעמד שלשתן, כולוהו מעין קנין חליפין הן, דכשם דמשתעבד ע"י קבלת הסודר ה"נ משתעבד ע"י הנאה אחרת המגיעה לו, [וכמו ללוי דאשכחן בהדיא דבחליפין משתעבד בהנאה המגיעה לו ע"י שפלוני מקבל מתנה ממנו כדאמר ב"מ מ"ז א', וה"נ לרב משתעבד במה שהוא נהנה בקבלת החפץ, ועי' ר"ן קידושין ז' א' בשם ר"ח דבאדם חשוב אף לרב עושה חליפין בכליו של מקנה], ואין לפרש דמעין קנין כסף הם, דהא בהוספת כסף לשומר שכו' לא יתחייב בדין שואל, וכן באינך לא יועיל קנין כסף, ומיהו גם תורת חליפין אין כאן, דבעי סודר, אלא יש לפרש דחכמים קבעו דהנאות אלו מספיקות לשמש כגמירת דעת של המתחייבים בענינם, ועי' בספר מרן זללה"ה בב"ק סי' כ"א סק"ה

ובאה"ע סו"ס נ"ה, ועי' בשטמ"ק ב"מ לסוף דף ל"ג שהזכיר חליפין לגבי קנין דבההיא הנאה ב"מ צ"ד א', ונראה דהנאות אלו אינן מועילות אלא להקנות במה שהזכירו חכמים דהיינו באותו ענין שנהנה ממנו, אבל אין ערב משתעבד לשלם מלוה ישנה ע"י שמלוה עתה מלוה חדשה על פיו, וכן אין האבות מתחייבין ע"י דמיחתנו אהדדי אלא בפסיקה של צרכי החיתון, וכן בשומר ובמעמד שלשתן. - ועי' מש"כ בב"מ מ"ז א'.

ואפשר דקנין זה הוא דאורייתא וכן משמע דערב שעבודו מדאורייתא עי' בסוגיין. (ב"מ מ"ד א' סק"ה, ועי' עוד להלן סק"ה). - א"ה, ועי' מש"כ בקדושין ז' א' בחיוב ערב אם חשיב כזוכה המעות עבור הלוח, ובדין ערב שלא בשעת מתן מעות. בדיני ערב

א) שם אמר אמימר ערב דמשתעבד מחלוקת ר' יהודה ור' יוסי כו' לר' יהודה דאמר אסמכתא לא קניא ערב לא משתעבד, יש לעי' והא מקראי ילפינן לה לעיל לקח בגדו כי ערב זר כו' ואומר בני אם ערבת לרעך כו', וקרא כפשטיה בלא קנין ובלא ב"ד חשוב, וי"ל דמוקי לקרא בקבלן, וקבלן לאו אסמכתא הוא דכאילו הוא הלוח דמי, שהרי יכול לתבעו תחלה, וכש"כ כשרק הערב דיבר עם המלוה ואמר לו הלוח לפלוני ואני פורע, עי' שו"ע חו"מ סי' קכ"ט ס"כ, דודאי כאילו הוא הלוח דמי, וכן בטעמיה דרב אשי דבההיא הנאה דמהימן ליה גמר ומשתעבד נפשיה, פי' רשב"ם דכיון דמוציא הממון על פיו הרי המלוה כשלוחו של הערב וכאילו הערב הוא הלוח, והמלוה בשליחותו נותן ללוח.

ויש לעי' נשא ונתן ביד והתנה שלא יתחייב אלא ככל ערב דעלמא, אם חשיב אסמכתא לאמימר, ואת"ל דלא חשיב אסמכתא, יש לשאול למה בסתם ערב חשיב אסמכתא, הרי מדין ערב דלמדנו דתן מנה לפלוני ואקדש אני לך דמקודשת כדאמר קדושין ז' א', מבואר דקבלת הפלוני כקבלת האשה, וא"כ קבלת ההלוואה ע"י הלוח כקבלת הערב, והר"ז כעין נשא ונתן ביד.

ב) שם ארבב"ח אר"י לא שנו אלא שאין נכסים ללוח אבל יש נכסים ללוח לא יפרע מן הערב, יעוי' בשטמ"ק בשם הר"י מיגאש, ונראה דפירש שאין נכסים ללוח כלל לא קרקע ולא מטלטלין, וקשיא ליה דא"כ בסתם ערב נמי גובין ממנו, ואיך ניתן לפרש דהא דרבב"ח אר"י קאי אסיפא דאם אמר לו ע"מ שאפרע ממי שארצה יפרע מן הערב, דא"כ משמע דרק באמר ממי שארצה גובה מן הערב בשאין נכסים ללוח, לכך פירש דארישא קאי וה"ק המלוה את חבירו ע"י ערב לא יפרע מן הערב תחלה אלא נפרע מן הלוח, ואם אין הלוח משלם תובע את הערב, וע"ז אמר רבב"ח אר"י דלא שנו אלא שאין נכסים ללוח, אבל יש נכסים ללוח, אע"פ שאינו חפץ לשלם, לא יפרע מן הערב, אלא ישתדל ע"י ב"ד לגבות מן הלוח מנכסים שיש לו, ועל פי זה מתפרש סיפא דמתני' דאם אמר לו ע"מ שאפרע ממי שארצה יפרע מן הערב, דהיינו גם כשיש נכסים ללוח.

והרמב"ם בפכ"ה ממלוה ה"ג כתב וז"ל המלוה את חבירו ע"י ערב אע"פ שהערב משתעבד למלוה לא יתבע את הערב תחלה אלא תובע את הלוח תחלה אם לא נתן לו חוזר אצל הערב ונפרע ממנו בד"א כשאין נכסים ללוח אבל אם יש נכסים ללוח לא יפרע מן הערב כלל אלא מן הלוח עכ"ל, הנה הדבר מפורש כפירוש רבו הר"י מיגאש דהא דרבב"ח אר"י קאי ארישא, ובה"ד כתב התנה המלוה על הערב ואמר לו ע"מ שאפרע ממי שארצה אם יש נכסים ללוח לא יפרע מן הערב, וכבר נתקשה המ"מ דהיינו כרישא בסתם ערב דנמי כך דינו והול"ל ברישא אפילו התנה, וכתב המ"מ לפרש כונתו כפי' תו' לחלק בין אם יש נכסים ידועים ללוח, דבזה הוא דגם

בהתנה ע"מ שיפרע ממי שירצה אינו גובה מן הערב, אבל בדליכא נכסים ידועים ללוה בזה בערב סתם אין גובין מן הערב ובהתנה גובים, אבל הדברים סתומים מאד בלשון הרמב"ם, ועוד דאם כבר נחית לחילוק התו' א"כ למה הוצרך לפרש הא דרבב"ח אר"י דקאי ארישא דמתני' וכמבואר בדבריו בה"ג, ולמה לא פירש דאסיפא קאי כפשטא דמילתא וכמו שפירשו תו'.

ואפשר דדברי הרמב"ם מתפרשים לענין לתבוע הערב תחלה, דבסתם ערב כתב שלא יתבע הערב תחלה, ובהתנה המלוה על הערב ואמר לו על מנת שאפרע ממי שארצה, י"ל דהדבר פשוט שרשאי לתבוע הערב תחלה דכל תנאי שבממון קיים, והוסיף שאעפ"כ אם יש נכסים ללוה לא יפרע מן הערב, כלומר דאם לאחר שתבע את הערב בירר הערב שיש נכסים ללוה, הרי ב"ד נזקקים לגבות מן הלוה ואין גובין מן הערב, ולפי זה יתכן לפרש כן בהא דאמרינן בגמ' חסורי מחסרה והכי קתני דהמלוה את חבירו ע"י ערב לא יפרע מן הערב תחלה, ואם אמר ע"מ שאפרע ממי שארצה יפרע מן הערב תחלה בד"א בשאין נכסים ללוה אבל בשיש נכסים ללוה לא יפרע מן הערב היינו שלא יגבה ממנו, אע"פ שתבעו תחלה, ולפי זה הו"מ לפרושי נמי הא דרבב"ח אר"י אסיפא באמר ע"מ שאפרע ממי שארצה, אלא דמשמע לו כדעת רבו דמעיקרא ס"ד דארישא קאי ורק בתר הכי דאמרינן חסורי מחסרה מפרשין לה אסיפא, א"נ אה"נ דגם מעיקרא מפרשין לה אסיפא, ומ"מ העתיקה ארישא לקיים פירוש רבו.

ולאמור יש ליישב מה שחילק הרמב"ם בין אמר ע"מ שאפרע ממי שארצה לאמר ע"מ שאפרע ממי שארצה תחלה, ולכאורה כל האומר ע"מ שאפרע ממי שארצה נמי תחלה קאמר, וכבר העיר בזה הרשב"א, אבל למש"כ ניחא דבלא אמר שאפרע תחלה, מתפרש שאתבע תחלה, אבל כשאמר שאפרע תחלה מתפרש שיגבה תחלה, והיינו דאף כשיש נכסים ללוה יגבה מן הערב, דמתפרש שאגבה תחלה ממי שארצה כלומר גם מן הערב אף כשיש ללוה נכסים, ועי' במגדל עוז דמשמע דאיכא גירסא בגמ' תחלה.

ומיהו ממה דנקטו הרמב"ם והרמב"ן והרא"ש בפשיטות דבאמר על מנת שאגבה ממי שארצה תחלה, דגובה מן הערב גם כשיש נכסים ללוה, נראה דס"ל דזהו לשון קבלנות, וכ"מ ברמב"ם בה"ה דקבלן כמי שאמר תחלה דמי, שכתב דתן לו ואני נותן לך זהו קבלן שיש למלוה להפרע ממנו תחלה אע"פ שלא פירש ולא אמר ע"מ שאפרע ממי שארצה, ור"ל ממי שארצה תחלה, וכמ"ש במ"מ שם בשלהי ההלכה, משמע דפירש תחלה עדיף מקבלן, או עכ"פ כקבלן.

ועי' ברשב"א שכתב דמסתברא דאפילו התנה בפירוש ע"מ שאגבה ממי שארצה תחלה ואפילו יש נכסים ידועים ללוה, דנמי אינו גובה מן הערב כשיש נכסים ללוה, דפטומי מילי בעלמא הוא, וצ"ע מה בין זה לקבלן, ועוד דמאי פטומי מילי נינהו, הרי כל תנאי שבממון קיים, וכמ"ש בנמו"י דמה"ט חלקו על הרשב"א, ונראה דעתו ז"ל דקבלן תחלת החיוב על הקבלן, וכאילו לא דבר הלוה עם המלוה כלל, ורק הערב אמר לו שילווה לפלוני והוא ישלם, ולכך גובה ממנו אע"פ שיש נכסים ללוה, עי' בשו"ע סי' קכ"ט ס"כ, אבל כל שתחלת החיוב על הלוה, הרי כל שיש נכסים ללוה דיינינן ליה כאילו הלוה משלם למלוה ברצונו, [עי' חו"מ סי' קכ"ט סט"ו], דשוב אינו יכול לתבוע לערב, ואפילו התנה, דכפטומי מילי חשיבא, דהר"ז כהתנה דגם אם הלוה ירצה לשלם יגבה מן הערב, [ועי' רשב"א גיטין מ"ט ב'], ועי"ש שהוכיח כן מהא דהלוה ואני קבלן דאמרינן דהוא ערב, אע"ג דלשון ואני קבלן מתפרש ותגבה ממני תחלה, ובמ"מ כתב שאין הראיה מוכרחת, ור"ל דאמר בהדיא

ע"מ שאגבה ממי שארצה תחלה, עדיף מואני קבלן.

אח"כ ראיתי מובא שינויי נוסחאות וגירסא הראשונה בה"ד היתה התנה המלוה על הערב ואמר לו ע"מ שאפרע ממי שארצה או שהיה קבלן הר"ז יתבע את הערב הזה או את הקבלן תחלה ויפרע מהן אע"פ שיש נכסים ללוה, ולפי גירסא זו פסק לגמרי כהר"י מיגאש וכדנקט בעה"ת, וגם לא חילק בין אמר תחלה ללא אמר, וכנראה דבתר הכי הדר ביה ז"ל והוסיף כגירסא דידן דבאמר ע"מ שאפרע ממי שארצה אם יש נכסים ללוה לא יפרע מן הערב, ורק באמר תחלה או בקבלן יפרע מן הערב אע"פ שיש נכסים ללוה, ולפי שהדברים באו כהוספה לכך הלשון מגומגם דנמצא ערב סתם ואמר ע"מ שאפרע ממי שארצה שוין, והלשון הוא כאילו אינם שוים, וצ"ע.

והנה כל הראשונים חולקים על הר"י מיגאש וס"ל דאם יש קרקע ללוה אין גובין מן הערב אפילו כתב לו שיגבה ממי שירצה, והמה תו' והרמב"ם והראב"ד והרמב"ן והרשב"א והרמ"ה והראב"ה [הובא במרדכי] והרא"ש והגהמ"י והריטב"א והנמו"י והמ"מ והמרדכי, ולא מצאנו חבר להר"י מיגאש זולת בבעה"ת, [ושם כתב שגם דעת הרמב"ם נראה כן, אבל לגי' דידן מפורש בהיפוך], ויש לתמוה שהמחבר בסי' קכ"ט ס"ד סתם כדברי הר"י מיגאש בסתם וסיים ויש חולקין, ועי' בנתה"מ דהעיקר לדינא כדעת תו', וזה דלא כמ"ש בפ"ת.

ג) קע"ד ב' דאתמר ערב דכתובה ד"ה לא משתעבד קבלן דבע"ח ד"ה משתעבד קבלן דכתובה וערב דבע"ח פליגי כו', למאי דמפרשין טעמא דערב דכתובה לא משתעבד דמצוה הוא דעבד ולא מידי חסרה, צריך להבין א"כ מה עדיפותא דקבלן, הא ה"נ מצוה קעביד ולא מידי חסרה, וכנראה משום זה פרש"י גיטין מ"ט ב' דקבלן דכתובה היינו שהתפיסה הבעל מטלטלין לשעבוד כתובתה והחזירתם לו על פי הקבלן, [בלשון רש"י שם משמע שמסרה המטלטלין לקבלן, אבל לכאורה סגי בזה שמסרתן לבעלה על פי הקבלן], דנמצא דחסרה על פיו, וגם י"ל דלאו מצוה עביד, דבהתפסת המטלטלין כבר הסכימה להתקדש, וקבלנותו לא סייעה בזה, והרשב"א שם נקט דרש"י כתב כן כי היכי דליהוי לשון קבלנות שהוא תן לו ואני אתן.

אבל הרמב"ן בגיטין שם כתב דפרש"י לא מחוור אלא קבלן דהכא כקבלן דעלמא שאמר לשון קבלנות כמו שמפורשים במקומו, ומשו"ה משתעבד דכיון דאמר שיפרע ממנו תחלה גמר ושעבד נפשיה, אבל בערב כיון דלאו מידי חסריה אסמכתא היא ולא קניא, וליכא למימר ביה בההיא הנאה דמהימן ליה גמר ושעבד נפשיה כדאתמר התם בערב דעלמא, דלאו מידי חסרה נפשיה בהימנותיה ואיהו נמי לשם מצוה עביד ולא לשעבודי נפשיה עכ"ל, נראה מדבריו ז"ל דקבלן שפיר משתעבד כיון דעל סמך קבלנותו הסכימה להתקדש וגמר ומשעבד נפשיה, ומה שאמר ר"א לעיל קע"ג ב' דבההיא הנאה דמהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה, לא הוצרך לזה אלא בערב דאית ביה משום אסמכתא ולמ"ד אסמכתא לא קניא, [וכ"כ מרן זללה"ה בחו"מ ליקוטים סי' י"ז], אבל קבלן א"נ ערב למ"ד אסמכתא קניא שפיר גמר ומשעבד נפשיה במה שעל פיו נעשה המעשה המחייב, ומיהו ק"ק דלפ"ז ערב דכתובה דין הוא שישתעבד למ"ד אסמכתא קניא, ולשון הגמ' ד"ה לא משתעבד משמע דאף למ"ד אסמכתא קניא לא משתעבד, ושמא י"ל דלכך הוסיפו טעמא דמצוה קעביד לומר דאין דעתו להשתעבד, ופטומי מילי בעלמא הוא, [נמשא"כ בקבלן דלא אמרינן דפטומי מילי הוא ולמצוה איכוין, דכיון דנתחייב לגבות ממנו תחלה ע"כ גמר ומשעבד נפשיה]. - ומדברי הרמב"ן מתבאר דס"ל דבקבלנות ליכא משום אסמכתא, והכי מסתברא דלא מיקרי שמתחייב על תנאי, אע"ג שאם הלוח

ישלם הוא לא ישלם.

שם קבלן דכתובה וערב דבע"ח פליגי מ"ס אי אית ליה נכסי ללוה משתעבד כו', מצד חלות קנין החיוב, אין מקום לחלק בין אית ליה נכסי ללוה ולבעל או לא, ואדרבה בלית ליה נכסי ללוה סמך המלוה טפי על הערב, ואיכא יותר ההיא הנאה דסמך עליה, וע"כ אין הנידון אלא בדעת הערב, ובזה אמרין איפכא דבלית ליה נכסי ללוה דקרוב יותר שאין הערב רוצה להתחייב.

ולכאורה נראה דהא דאמרין לעיל דאבא לגבי בריה שעבדי משעבד נפשיה אע"ג דלית ליה נכסי, דרך לענין זה דבלית ליה לא משתעבד אמרין דלבריה משתעבד, אבל בעיקר חיובא דערב בכתובה דאמרין דמצוה קעביד ולא מידי חסרה ולכך אינו משתעבד, לא נימא דלבריה משתעבד, אבל בתו' ד"ה בר נקטו בפשיטות דערב דכתובה לבריה משתעבד, וכן ברי"ף וברא"ש, ובני יעקב נ"י העיר דלרשב"ג דגם בקבלן אם יש נכסים ללוה לא יגבה מן הערב, א"כ דין הוא דגם בקבלן יהא משום אסמכתא, וכיון דבכתובה לא חסרה ליכא בההיא הנאה דקא מהימן ליה דאמר ר"א קע"ג ב', וא"כ כיצד יתחייב ערב בכתובה לרשב"ג דאיירי בה במתני', וע"כ דלבריה ליכא משום אסמכתא, וכמ"ש תו' דרשב"ג דמתני' בבריה, וליכא למימר בקנו מידו, דאי הוי אסמכתא לא מהני קנין, [ועי' ברמב"ם פכ"ה ממלוה דגם בבריה פירש בקנו מידו], ומיהו לחד לישנא ברמב"ן קע"ג ב' מודה רשב"ג בקבלן שהתנה לגבות ממי שירצה דגם אם יש נכסים ללוה גובה מן הקבלן, ולפי זה משכח"ל שפיר ערב בכתובה בקבלן שהתנה ליפרע ממי שירצה, ובאמת דוחק גדול הוא לפרושי דכל תקנתא דרשב"ג לא היתה אלא לבריה, [ושמא ס"ל לרשב"ג דאסמכתא קניא, ומיהו לכאורה ל"מ כן בב"מ מ"ח ב', וגם משמע בסוגיין דקיי"ל כרשב"ג אע"ג דקיי"ל אסמכתא לא קניא], ולכאורה משמע מזה דגם בכתובה שייך בההיא הנאה דנשאת לו על פיו לאפוקה מאסמכתא, וכ"מ מהסוברים דמהני קנין לערב דכתובה עי' אה"ע סי' ק"ב ס"ו, ואילו באסמכתא הרי לא מהני קנין, והעירוני לזה, ועי' לקמן סק"ד ד"ה האי.

ד) שם מ"ס אי אית ליה נכסי ללוה משתעבד אי לית ליה לא משתעבד, פירש רשב"ם דלא גמר בלבו לשעבד נפשיה ואינו אלא פטומי מילי, וצ"ע דנמצא שהערב משקר למלוה דאומר לו שהוא ערב ולבו בל עמו, וצ"ל דבלבו ובלב כל אדם הוא דפטומי מילי בעלמא הוא, וגם המלוה יודע שהוא כן, ודוחק, ושמא י"ל דהתחייבות הערב בלא קנין, רק שעושה דברו או דמהימן ליה הוא ענין מחודש, ואינו מועיל אלא בשעה שהמתחייב שלם ומרוצה בחיובו, ובזה מחלקינן בין אית ליה נכסי ללוה או לא, ועי' רמ"ה שכתב לפרש דבדאית ליה נכסי ללוה ואפ"ה אין המלוה חפץ להלוותו אלא ע"י הערב, דבזה איכא טפי הנאה בהימנותיה, ודוחק.

האי אית ליה נכסי נראה דהיינו קרקעות, ולכך הוצרך לעיל לאוקמי באישתדוף, דבגוונא אחרינא לא משכח"ל, דאם מכרן שפיר גובה כתובתה מן המשועבדים, והיינו דפרכינן בפשיטות הניחא למ"ד קבלן דכתובה אע"ג דלית ליה נכסי לבעל משתעבד שפיר כו', דבפשוטו לא איירי בדהוה ליה ואישתדוף. - ועי' בתו' ערכין כ"ג א' שכתבו דלכך לא פרכינן אמתני' דרשב"ג דהערב לאשה בכתובתה והיה בעלה מגרשה, היכי משכח"ל והא ערב דכתובה לא משתעבד, דהוי פשוט ליה לאוקמה בקבלן ובדהו"ל ואישתדוף, וק"ק לפרושי דכל הך תקנתא דרשב"ג נעשתה משום הך גוונא רחיקא דהו"ל ואישתדוף, ומדבריהם מבואר דגם לרשב"ג קבלן דכתובה משתעבד אע"ג דס"ל לרשב"ג דגם קבלן לא גבי מיניה אי אית ליה נכסי ללוה, עי' מש"כ לעיל סוסק"ג.

שם מ"ט מצוה הוא דעבד ולא מידי חסרה, פירש רשב"ם דלא נתכוין כלל להתחייב כערב, וצ"ע דאטו מצוה הוא דעבד לשקר שמתחייב, ואפשר דחיוב מצוה אמנם מתחייב אבל לא שעבוד, והלכך מן הדין אינו חייב, אבל לפני משורת הדין ראוי לו לקיים הבטחתו, ואם נימא דלאו מידי חסרה סגי בהאי טעמא לחוד, דליכא בההיא הנאה דמהימן ליה שהוא קנין דערב, י"ל דאמנם אפילו דעתו להתחייב אינו חייב, וכמ"ש המ"מ פכ"ה דמלוה ה"ו בדעת הרמב"ם דגם בקנו מידו אינו מתחייב, ועי' ברמב"ן גיטין הובא לעיל סק"ג, ולפי זה י"ל דהא דהזכיר מצוה קעביד אינו אלא לרווחא דמילתא, [עי' בלשון הרמב"ן המובא לעיל שם], אבל בתו' גיטין נ' א' כתבו דתרתיה בעינן שיהא מצוה וגם דלאו מידי חסרה, אבל לאו מידי חסרה לחוד משתעבד, כגון שנעשה ערב אחר הנשואין, [לכאורה אחר הנשואין הרי הוא כלאחר מתן מעות דבעי קנין וכ"ה בהגהמ"ר גיטין שם, ובקנין י"ל דמשתעבד בכל ענין כדאיתא באה"ע סי' ק"ב ס"ו שתי דעות בזה, אבל משכח"ל דלאו מצוה קעביד כשכבר גמרו ביניהם על הנשואין בלי הערבות, ומ"מ חשיב עדיין כבשעת מתן מעות כיון שעדיין לא נישאו, ולא בעי קנין], וא"כ ע"כ בעינן לטעמא דמצוה, אלא דלפי מש"כ תו' דטעמא דמצוה לחוד לא סגי, ע"כ היינו דלא אמרינן דמצוה הוא דעבד ואין בדעתו להתחייב כלום, אלא בזמן דלא חסרה, אבל בחסרה מתכוין להתחייב אף במצוה.

הריטב"א בסוגיין בשם מורו ובשם תו' והובא בנמו"י כתב דתרתיה בעינן גם מצוה וגם לאו מידי חסרה, וסיים דלפ"ז אם הוא ערב לנדוניא שהביאה שפיר משתעבד דהא חסרה, וכן המתחייב לחבירו ונכנס זה ערב דלא עבד מצוה ה"ז משתעבד אע"ג דלא חסרה, ולכאורה צ"ע היכן הבההיא הנאה דמהימן ליה דליפקיה מאסמכתא, אח"כ ראיתי בש"ך סי' קכ"ט ס"ק ט"ו בשם הע"ש שכבר העיר בזה, ועי' מש"כ לקמן סק"ה.

ה) שו"ע חו"מ סי' קכ"ט ס"א אבל אם קנו מידו שהוא ערב ממון זה כו', עי' סמ"ע וש"ך, והנה עיקר הדין דקנין מהני הוא מפורש בגמ' קע"ו ב', אע"ג דקיי"ל אסמכתא לא קניא כדאמר רב אשי קע"ג ב', ודברי בעה"ת בשער מ"ג ח"א בשם הרמב"ן שהביא הש"ך בשם הב"י סי' קי"ג מפורשים ברמב"ן קס"ח א' ושם כתב הטעם דלא חשיב אסמכתא כיון דתולה בדעת אחרים, וכ"ה בבעה"ת שם בהדיא בתחלת דבריו, ובש"ך משמע דנקט הא דתולה בדעת אחרים כטעם נוסף, דבב"י שם לא הביא תחלת דברי בעה"ת, ובאמת נראין דברי הסמ"ע נמי דכיון דערב דב"ד משתעבד גם לאחר מתן מעות בההיא הנאה דמהימני ליה, הרי שפיר איכא קצת הנאה זו גם בכל ערב לאחר מתן מעות, ושפיר י"ל דבהדי קנין סגי בהכי לאפוקי מאסמכתא, גם למש"כ לעיל סק"ג דמדברי הרמב"ן משמע דבקבלן ליכא משום אסמכתא, י"ל דגם בערב לאחר מתן מעות שכבר הגיע הזמן והלוה אינו משלם, הרי הערב כבר פתיכי בדעתו שיצטרך לשלם, ושפיר משעבד נפשיה כקבלן, דעיקר אסמכתא דערב הוא משום דסומך שהלוה ישלם.

שם בהגה"ה האומר לחבירו הריני ערב לך בעד יום אחד אינו כלום, נראה דהרב בא לומר דלשון זה אפילו קנו מידו או בשעת מתן מעות אינו לשון ערבות, וכמש"כ הרשב"א דשמא ר"ל שילך בשליחותו יום אחד או שלא יצא ממקום פלוני יום אחד, ואע"ג דמשמעות הדברים דלענין ערבות על החוב קאמר, משום דהיה ראוי לפרש אם ר"ל הניחו יום אחד או תבע ממנו ביומו, וכיו"ב, אבל הלשון סתם על יום אחד, אינו לשון ערבות, ועי' ש"ך וב"ח וט"ז.

שם ס"ג אם על פיו החזיר שטר או משכון הו"ל ערב בשעת מתן מעות, עי' בפ"ת

בשם רדב"ז בזמן שהמשכון אינו שוה כל החוב, אם נעשה ערב רק כנגד שיווי המשכון או כנגד כל החוב, ולכאורה כיון דאין השעבוד של הערב אלא במה דמהימן ליה, א"כ לא הימניה אלא כשיעור שיווי המשכון, ואפילו אם ירצה להשתעבד על כל החוב י"ל דאין כאן קנין, דכל קניני דבההיא הנאה אינם מועילים אלא לעצמן, וכמ"ש לעיל ד"ה קע"ג ב'.

ברם אם המלוה אינו חפץ להחזיר המשכון אא"כ יעמיד לו ערב על כל החוב, מסתבר דבכה"ג יש לערב להשתעבד על כל החוב דחשיב כבשעת מתן מעות על כל החוב, וכמו דבהחזיר שטר על פי הערב מתחייב הערב בכל החוב, ולא רק ביתרון שבמלוה בשטר, אח"כ ראיתי שכ"כ בחו"ד יו"ד סי' ק"ע סק"ט, ולפי זה תו י"ל דגם בסתמא כן הוא דכשמעמיד לו ערב על כל החוב והוא מחזיר את המשכון, דמתפרש דמחזיר את המשכון רק משום שהעמיד לו ערב על כל החוב. - המוכר חפץ לחבירו ביותר משויו הרבה בהסכמת הלוקח, והעמיד לו ערב בשעת המקח על התשלומין, שפיר מתחייב הערב על כל התשלומין אע"ג שהם ביותר משויו החפץ, וחשיב בההיא הנאה דמהימן ליה על כל הסכום, וכ"ה בחו"ד שם, וכעת ראיתי בספר אמרי בינה בדיני קנינים ס"ב שהביא תשובת הסמ"ע בגאוני בתראי ס"ד ה' שכתב בדברי תשו' הרשב"א שברמ"א ס"ח בשואל שנתחייב לשלם יותר מדמי החפץ והעמיד לו ערב דהערב חייב, דהיינו רק כשיווי החפץ ולא יותר, דחיובו משום בההיא הנאה דמהימן ליה, וליכא לההיא הנאה אלא בשיווי החפץ, [אם איירי בלא קנין], ובשם תשובות מהריב"ל הביא שם דמשמע דמלוה שלא חפץ להלוות אא"כ יתחייב הערב בערבותו גם לחובות קודמים של הלוה, דשפיר משתעבד ע"י הלוהא זו גם לקודמים, והדברים צ"ע דלא מצאנו שמתחייב בההיא הנאה יותר מכדי הנאתו, דשורש הדבר דמה שמלוה על פיו הר"ז כמלוה לו וכערב דקדושין, וא"א להתחייב מאתים בהלוואת מנה, וצ"ע בכ"ז, וכעת ראיתי בבית מאיר אה"ע סכ"ט ס"ב שנסתפק אם אפשר לתת פרוטה לאדם שע"ז יתחייב להיות ערב לאחר מתן מעות, והדברים צ"ע ג'.

שם ס"ה בהגה"ה מי שנתן מתנה לחבירו ואמר ליתנה לו לאחר זמן והעמיד לו ערב י"א דהוי כערב בשעת מתן מעות כו', ע"י בש"ך שתמך בדעת הע"ש דחסר כאן בההיא הנאה דמהני לערב, ולכאורה אם הכל בא מצד הערב כגון שיאמר הערב לראובן שיתחייב מנה לשמעון ואם לא יהיה לו הוא יהא לו ערב ויתן לשמעון, בדין הוא שיתחייב הערב לראובן מה שפסק כדין תן מנה לפלוני ואתחייב אני לך, ואם יכול להתחייב כל המנה כש"כ שיכול להתחייב את הערבות למנה, ויש כאן גם בההיא הנאה שראובן מתחייב לשמעון על פי הערב, ויחשב גם כחסריה, ולפי זה י"ל דגם כשלא התחיל מן הערב, מ"מ אפשר לראות כן, ויתחייב הערב בכל ענין, כדין ערב בשעת מתן מעות, וצ"ע.

ובדרך זה אפשר ליישב התשובה לגאון שהביא הטור בסי' קכ"ו סכ"ה והמחבר שם בסי"ט דראובן שנתן מנה לשמעון שהיה לו ביד לוי והקנהו לו במעמד שלשתן והעמיד לו לוי ערב לשמעון דחשיב כערב בשעת מתן מעות ומשתעבד, והדברים צ"ע דהרי לוי העמיד ערב על חובו לראובן שלא בשעת מתן מעות, והר"ז ערב שלא בשעת מתן מעות, ואין כאן שום בההיא הנאה, וכיצד משתעבד, וכבר נדחק שם בש"ך ס"ק ע"ח בדבר, ולמש"כ אפשר ליישב שהרי אם הערב היה אומר לראובן תן לשמעון מנה שיש לך ביד לוי, ותמורת זה אני אהיה לך ערב על חוב שיהודה חייב לך, וראובן נתן על פיו, הרי יש כאן דין ערב ממש, וה"נ כשאומר לו שיהיה לו ערב על החוב של לוי, ואף שבכאן לוי הוא המעמיד את הערב, מ"מ כל שהערב נותן

ערבותו לשמעון בשעה שהחוב עובר אליו, חזינן שרצון הערב בקבלת שמעון ומחמת כך נכנס בערבות, וחזינן ליה כאילו ראובן נותן לשמעון גם מחמת רצון הערב ובשליחותו, וכאילו הערב נתן ערבותו לראובן ושפיר משתעבד.

שם ס"ח בהגה"ה מי ששאל חפץ מחבירו ואומר לו אם לא אחזירנו לך לזמן פלוני אתן לך דמים כך וכך והעמיד לו ערב וכו', בתשובות הרשב"א ח"א סי' אלף נ' ובח"ב סי' כ"ב מתבאר דהשואל התחייב לקנות את החפץ לאחר שיעבור הזמן שקבע אם לא יחזירנו, ולפי זה א"צ להגיע לנידון אסמכתא, דגם אם היה מתנה שבכל אופן יקנה את החפץ בזמן פלוני, נמי אין כאן קנין שיחייבנו, ואין כאן אלא הבטחה, דקנין השאלה שעד הזמן ההוא אינו קנין על הקניה שאח"כ, ומה שהזכיר אסמכתא הוא לרווחא דמילתא דגם אם היו קונין מידו היה פטור, וממילא גם אם יעמיד ערב על זה לא יתחייב הערב כלום, דהאומר אתן והעמיד ערב שיתן אין כאן ענין ערב, שהרי לא נעשה שום דבר ע"פ הערב, אלא דהתם איירי שקנו מידו של הערב שמתחייב מעכשיו דמי החפץ אם השואל לא יחזירנו עד זמן פלוני, ושפיר מועיל הקנין לחייב את הערב, כמו שמועיל קנין לכל החיובים, ואף שהוא בתנאי אם השואל לא יחזירנו, דכל שמעכשיו לאו אסמכתא היא ע"ש, ולפי זה דברי הרב סתומים ביותר, שלא הזכיר כלל שהערב התחייב בקנין מעכשיו, וראיתי תשובת הסמ"ע שנדפסה בספר תשובות גאוני בתראי סי' ד' דמה שהזכיר הרשב"א קנין גבי ערב, הוא משום דאיירי שהעמיד לו את הערב לאחר שכבר היה החפץ בידו, אבל בשעת מסירת החפץ הערב משתעבד גם בלא קנין, והדברים צ"ע, ועי' ש"ך דמסיק שאין לחייב לערב אפילו אם נעשה ערב קודם שהשאל לו החפץ, אא"כ קנו מידו.

שם ס"ט צריך לישבע מתקנת הגאונים שאין לו כלום קודם שיפרע מהערב כו', נראה דאם הלוח קמן ואינו רוצה להשבע שאין לו, דדיינינן ליה כגברא אלמא לקמן ס"י וגובה מן הערב, דשעבוד הערב הוא גם שהלוח לא יוכל למנוע מלגבות ממנו, ועי' קצה"ח ונתה"מ, [ומסתברא דמ"מ מטילין חרם סתם על הלוח אם יש לו ואינו פורע], ומיהו לפי טעם זה הרי בבא לגבות מן המשועבדים דנמי משביעין את הלוח שאין לו כמ"ש סי' קי"ד ס"ד, אם לא ירצה להשבע לא יגבו מן הלקוחות, דהא אם הלוח יש לו נכסים והוא גברא אלמא לא יגבו מן הלקוחות, ולא משמע כן, אלא י"ל שלא תיקנו הגאונים להצריך שבועה זו לעיכובא אלא לכתחלה, ואם אינו חפץ להשבע גובים מן הלקוחות, וכש"כ מן הערב.

שם סי"א אפילו יש ללוח נכסים ידועים במדינה אחרת נפרע מהערב כו', עי' לעיל סי' קי"א סי"א דגם גובה ממשועבדים אפילו שיש ללוח בני חורין בעיר אחרת, ונראה דה"ה גם אם יש לו מעות בעיר אחרת, דאין לחייב את המלוח בטורח ההבאה, ואע"ג דהלוח יכול להחזיר חובו בעיר אחרת כמ"ש בסי' ע"ד ס"א, היינו כשהמלוח שם, אבל לא כשהמלוח איננו, ויש לעי' אמאי לא נחייב ללוח למכור קרקעותיו שבמקום פלוני למי שירצה כאן לקנותם, ואמנם יוזיל קצת, והרי אם יש ללוח שטרות על אחרים מחייבין ליה למכרן בתורת שטרות אף שמפסיד מערכן כששתלמו, וכדמשמע בב"ק פ"ט א' דאמרינן דתזבין כתובתה בטובת הנאה, וכ"ה בשו"ע סי' ק"א ס"ה, ועי' בספר מרן זללה"ה לב"ק סט"ו ס"ק ל"ב, וי"ל דאם יבא למכרן כאן יצטרך לזלזל הרבה בערכן, וכלשון המחבר שלא יוציא מאתים על מנה, ואילו במקומם שוין כל ערכן, הלכך לית לן לחייבו למכרן כאן.

קע"ד א' ההוא דיינא דאחתיה למלוח לנכסי דלוח מקמי דלתבעיה ללוח סלקיה כו' מאן חכים כו' וקיי"ל לא יתבע ערב תחלה, יש לעי' מאי איריא משום דנכסי דבר איניש אינון ערבין ולא יתבע ערב תחלה, ותיפ"ל משום דאין דנין את האדם שלא

בפניו, ואף למאי דהוי סבר ר' ירמיה בבכורות מ"ח א' ב' דגובין מנכסים אף בגוונא דא"א לחייב בעליהם, מ"מ צריך לקבל עדות בפני בע"ד, ועוד דהא ודאי ביד הלוח לברור מנכסיו במה לשלם, וכדכתיב והאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך וגו', ואיך אחתיה לנכסי מבלי לשאול ללוח במה הוא חפץ לפרוע, וגם מהא דאמר רבא מאן חכים כו', משמע שיש כאן דבר מחודש, וכעין ההיא דבכורות, ולא כו"ע חכימי בהא, ועוד דגם לית לן לשבושי לההוא דיינא כולי האי, ועוד דהא צריך הכרזה ושומא ימים רבים, ואיך איחר כולי האי מלתבעי ללוח, ואיך הלוח לא שמע לשומא ואכרזתא דנכסי דיליה, ואפשר דלא אחתיה לנכסי אלא על תנאי אם יתברר בפני הלוח דבאמת חייב לו, וגם יתברר דליכא ללוח נכסי אחריני, או דשווייה אפותיקי, או שהלוח יסכים שיגבה מנכסים אלו, וגם לפי השער שיתברר כדין, ואחתיה לנכסי ומיד תבעיה ללוח, וכ"מ הלשון דאחתיה כו' מקמי דלתבעי כו', כלומר שהקדים זל"ז אבל מיד עמד לתובעו, ואפשר שהיה המלוה חפץ בזה משום שעתידין הנכסים להתיקר, ורצה לזכות בהן לפי זולא דהשתא, או שאר סיבות, ואי לא דאין לתבוע לערב תחלה, היה הדין עם המלוה, שהרי הגיע זמנו ונכסיו משועבדים, ואילו הוי זוזי בידיה הוי זבין כזולא דהשתא. (בכורות ס"ו סק"ז).

שם אר"ח פריעת בע"ח מצוה ויתמי לאו בני מיעבד מצוה ניהו, א"ה, ראיתי להעתיק מש"כ בזה בערכין כ"ב א'. יש לעי' נהי דשעבודא לאו דאוריתא, אבל מדרבנן הרי אשתעבדו נכסי ואילו מכרן לאחר הרי היה גובה ומה לי כשמת, וצ"ל דכיון דשעבודא דרבנן לא תיקנו שעבוד אלא בדאיכא גברא שיש עליו חיוב מצוה בתשלומין, אבל כל דליכא גברא דרמיא עליה מצוה פקע השעבוד, [ולפי זה בנשתטה הלוח נמי לא גבינן מיניה למאי דסבר ר"נ מעיקרא], אבל קשה לפ"ז דא"כ מכר נכסיו לאחר ואח"כ מת נמי לא יגבה מלקוחות כיון דהשתא ליכא גברא דרמיא עליה מצוה, [למאי דס"ד דר"נ, ואפשר גם למסקנא, דלא שייך הכא גברא דאכיל דלאו ידידה כיון ששילם דמים], וי"ל דכל שמכר נכסיו לאחר נכנס הלוקח תחתיו לתשלומין, [והרי במכר כל נכסיו ולא השאיר בני חורין איירי דכל דהשאיר בני חורין מצי אמר הנחתי לך מקום לגבות הימנו], אבל במת פקע השעבוד מנכסיו וממילא א"א לגבות מן היורשים.

ור"ה בריה דר"י דפליג אדר"פ טעמיה דסבר דפריעת בע"ח הוא חוב טפי ממצוה, שיש בו צד גזל, וכופין על זה אף ליורשים קטנים, אפילו אי שעבודא לאו דאוריתא, וכמו שכתבנו לעיל, ואף במלוה ע"פ פליג, ואע"ג דבסוגיין היה אפשר לומר דטעמיה דר"ה בדר"י אינו אלא משום דסבר דכיון דמדרבנן אשתעבדו נכסי הר"ז גובה אף מן היתומים, ולפי זה דוקא במלוה בשטר פליג, אבל במלוה ע"פ מודה דאינו אלא מצוה ויתמי לאו בני מיעבד מצוה, אבל מהא דאר"כ לר"פ כתובות פ"ו א' לדידך דאמרת פריעת בע"ח מצוה כו' והתם איירי לענין לגבות מן הלוח עצמו, מבואר דאף בזה ר"פ יחידאה הוא, ור"ה בריה דר"י פליג עליה. (ערכין כ"ב).

קע"ד ב' מאי בינייהו איכא בינייהו בשחייב מודה כו', בפשוטו אף לר"ה בריה דר"י ביתומים גדולים לא חיישינן לצררי, וכ"ה בשו"ע חו"מ סי' ק"ח דבגדולים מלוה בשטר גובים, ודברי בהגר"א שם סק"א לא הבנתי לפו"ר לפי האמור. (שם).

שם שלחו מתם דשמתוה ומית בשמתיה כו', עי' מש"כ בזה בחו"ב ערכין כ"ב א'. שם אפילו למ"ד חיישינן לצררי כו', א"ה, עי' מש"כ בזה בחו"ב ערכין כ"ב ב' דרבא גופיה סבר דלא חיישינן לצררי.

שם דאיתמר ערב דכתובה כו', נתבאר לעיל קע"ג ב' סק"ג ד'.

שם שכיב מרע שהקדיש כל נכסיו כו', א"ה, עי' מש"כ בזה בחו"ב קידושין כ"ח ב'.

בדברי הרשב"א דבבא ליד גזבר לא מהני שאלה.

קע"ה ב' מ"ט שעבודא דאוריתא, נראה דמ"ד שעבודא דאוריתא לא מצי סבר פריעת בע"ח מצוה אף בדליכא קרקע ללוה כלל, דכיון דבדאית ליה קרקע משתעבדי ע"כ דפריעת בע"ח הוא חוב גמור דרמי אקרקפתיה דגברא ועל נכסיו וחמיר טפי ממלוה דעלמא, [ועי' בנמו"י דמשמע דס"ל דאף מטלטלין משתעבדי מדאוריתא, וצ"ע בזה כעת, ולכאורה לפ"ז צריך תקנת חכמים שלא לגבות מטלטלין מלוקח ול"מ כן וצ"ע], ומ"ד שעבודא לאו דאוריתא נמי מצי סבר דפריעת בע"ח הוא חוב גמור וחמור טפי ממצוה, שיש בו צד גזל, וגם הוא חוב בהנהגת העולם שנתחייב בו מעצמו, אלא דר"פ הוא דחידש דפריעת בע"ח אינו אלא מצוה, וכן מוכח כתובות פ"ו א' דא"ל ר"כ לר"פ לדידך דאמרת פריעת בע"ח מצוה כו' משמע דר"פ הוא דחידש כן, ואילו פלוגתא דשעבודא דאוריתא הוא באמוראי קמאי כמו רב ור' יוחנן ועולא, ועי' בראשונים קדושין י"ג ב' וברמב"ן כאן דל"מ כן, שו"ר בש"ך ר"ס ל"ט כתב כמש"כ, ועוד ראה דר"ה ברי' דר"י דפליג אדר"פ בערכין כ"ב א' היינו אליבא דר"נ, ואם איתא דלמ"ד שעבודא לאו דאוריתא לכו"ע לא הוי אלא מצוה א"כ מנ"ל לר"ה בדר"י דר"נ סבר שעבודא דאוריתא, הא פלוגתא דאמוראי קמאי היא והתם אמרינן דבדליכא טעמא דצורי גבי לר"ה בדר"י, ועוד דלמש"כ שם הש"ך בשם תו' קושטא הוא דר"נ סבר שעבודא לאו דאוריתא.

והא דאר"פ פריעת בע"ח מצוה יש לעי' והא תיפ"ל דאי לא מהדר הו"ל גזל שהרי המלוה לא נתן אלא ע"מ להחזיר לו, וי"ל דסוג הלואה הוא ענין מיוחד וכל הנותן הלואה הוא סומך על רצון הלוה להחזיר ופתיכי בדעתו דלפעמים הלוה מת או נכסיו אובדים והלכך אינו בכלל מתנה ע"מ להחזיר אלא הוא סוג מיוחד וציותה תורה להחזיר ההלואה וס"ל לר"פ שזהו בגדר חוב עשה כעשה דעלמא, ועי' בספר מרן זללה"ה לב"ק סי' י' ס"ק י"ד לענין עכו"ם דהפקעת הלואתו שרי וגזל אסור, ואפשר דאי לאו דמצונו בתורה חיוב החזרה בהלואה דהיינו למידים באמת מגזל ומשכר שכיר וכיו"ב אבל השתא ס"ל לר"פ דקם ליה בעשה ותו לא, והך עשה פירשו הראשונים בשטמ"ק כתובות פ"ו א' מקרא דהאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך העבוט, ועוד קראי אשכחן דהלואה חוזרת כדכתיב לא תהיה לו כנושה וכתוב בשמיטה שישמיט הא שאר שנים לא.

שם והאמר עולא דבר תורה בע"ח דיניה בזיבורית, בתו' נדחקו היכי מוכח מהכא דשעבודא דאוריתא, ואפשר דאי פריעת בע"ח מצוה א"צ קרא דדיניה בזיבורית דפשיטא הוא דבמאי דבעי מקיים למצוה, ונהי דהיה אפשר לחייבו להשיב דמים דוקא אבל אי לאו דמים דוקא תו אף בזיבורית שפיר דמי, ואף אי חמור האי חיובא טפי ממצוה דעלמא וכמש"כ לעיל דהא אי שעבודא לאו דאוריתא מ"מ איכא למימר דחמור חיוב ההשבה ממצוה דעלמא, מ"מ לית לן לחדש חיוב מסוים בעידית או בבינונית דסו"ס אין לנו אלא חיוב השבה ותו לא, אבל אי שעבודא דאוריתא שפיר ס"ד שהשעבוד חל על קרקע מסוים או על כל הקרקעות בשוה או דבהיה לו עידית לחוד בשעת הלואה לא יפטור נפשיה בזיבורית שיש לו בשעת גבייה, לכך איצטריך קרא דבע"ח דיניה בזיבורית והיינו דמוכח מדעולא דשעבודא דאוריתא, שו"ר בריטב"א קדושין י"ג ב' שכתב כן דאי פריעת בע"ח מצוה פשיטא דדיניה בזיבורית וא"צ קרא, ועי' רמב"ן שפירש בע"א דכל הלימוד דשעבודא לאו דאוריתא נפקא לן מהאי קרא דעולא מדכתיב בחוץ תעמוד ש"מ דליכא שעבוד נכסים, ועולא כיון דאפקי' להאי קרא לבע"ח דיני' בזיבורית ולא פירשו למצוה ש"מ דס"ל דשעבודא דאוריתא, וק"ק דלמה ליכא למילף תרתי מהאי קרא דבאמת ליכא שעבוד וסו"ס הרי

הלוה מוציא ודרכו להוציא פחות שבכלים.

כתבו בתו' דלמ"ד שעבודא לאו דאורייתא אפילו כתב בהדיא שמשעבד נכסיו אינו מועיל מדאורייתא, ויש להוכיח כן מהא דבערכין כ"ב ב' לא אשכחן גוונא לר"פ דגבי מיתמי אם לא בעכו"ם, ואם איתא דבשיעבד בהדיא הוי שעבוד מדאורייתא אמאי לא גבי הא למ"ד שעבודא דאורייתא ודאי גבי מיתמי וכמ"ש הרמב"ן דר"פ דסבר פריעת בע"ח מצוה ע"כ סבר שעבודא לאו דאורייתא, אלא ודאי אף בפירוש בהדיא שמשעבד אינו מועיל, וכ"כ הרשב"א קדושין י"ג ב' והוכיח כן ממה שאמרו בסוגיין דאף מלוה בשטר לא גבי אע"ג דאחריות ט"ס והוי כמאן דכתוב, [ועי"ש שהביא דברש"י שם ל"מ כן ונדחק לתרץ דשמא אי אחריות ט"ס מ"מ לא הוי ממש ככתוב, ובכתוב בהדיא אולי גובה מדאורייתא, אבל מההיא דערכין שכתבנו מוכח דאף בכתב בהדיא אין מועיל], שו"ר בריטב"א קדושין שם שכתב דבערכין מוכח כן ונראה כונתו למש"כ, עי"ש.

ומהך ראייה מוכח נמי דאף במלוה הכתובה בתורה קאמר ר"פ דאינה אלא מצוה דאל"כ לוקי מתני' דשום היתומים במלוה הכתובה בתורה, [ואנו צריכין לזה למש"כ לעיל דאף למ"ד שעבודא לאו דאורייתא איכא למימר דפריעת בע"ח חמור ממצוה דלענין פלוגתא דשעבודא דאורייתא הרי איפלגו בגמ' אי מלוה הכתובה בתורה בכלל], ומיהו אפשר דלגבי היתומים פשיטא דאינה אלא מצוה כל דס"ל שעבודא לאו דאורייתא, אבל לגבי ידיה י"ל דמלוה הכתובה בתורה חמירא טפי ממצוה דעלמא, דחשיב כאילו המצוה היא לירד לנכסיו ולגבות.

הא דאיפלגו בקדושין י"ג ב' ובערכין ז' א' אי מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמי, יש לפרש דהנידון אי תיקנו חכמים שיגבו ממשעבדי מלוות הכתובות בתורה כמו שתיקנו במלוה בשטר, ואע"ג דבמלוה בשטר תיקנו כן משום נעילת דלת ובמלוה הכתובה בתורה לא שייך האי טעמא, מ"מ כיון דתיקנו חכמים סוג חוב שמשעבד נכסים שפיר י"ל דאלמוהו לחוב הכתוב בתורה נמי שישעבד נכסים, [ועי' רשב"א קדושין שם דמשמע ליה ז"ל דלשון ככתובה בשטר דמי מוכיח דכתובה בשטר גביא מדאורייתא מיורשים, ולא נתפרש מאי משמע, ובריטב"א שם אמנם פירש כמש"כ].

ודעת תו' בסוגיין ובקדושין כפי' ר"ח דר"פ סבר שעבודא דאורייתא במלוה הכתובה בתורה, ויש לפרש דאע"ג דבסוגיין אמרו בהדיא דלמ"ד שעבודא לאו דאורייתא אף מלוה בשטר לא גביא ממשעבדי מ"מ מלוה הכתובה בתורה עדיפא, ואע"ג דבקדושין שם ובשאר דוכתי לא אמרו אלא אי מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמי מ"מ ר"פ סבר דמלוה הכתובה בתורה עדיפא אפילו ממלוה בשטר, ויש לפרש דנפקא להו לחכמים כן, דמפרשי דציווי התורה לדון בנזקין ובערכין מתפרש לב"ד לירד לנכסי החייב ולגבות, ומיהו אע"ג דמצינו ענין שעבוד בתורה בזה מ"מ אין אנו למידין מזה דאדם יכול בעצמו לשעבד נכסיו, דדוקא התורה יכולה להטיל שעבוד אבל האדם עצמו אינו יכול, [אף שיכול למכרן וכמ"ש תו' למ"ד שעבודא לאו דאורייתא], ולכך מלוה בשטר אפילו שעבד נכסיו בפירוש [וכל שטר הכי הוא כיון דאחריות ט"ס], לא גבי מדאורייתא ממשעבדי, והיינו דפרכין ערכין כ"ב לר"פ מהא דגבי מיתמי ולא מוקמינן לה במלוה בשטר, אבל אכתי קשה דאם איתא דמלוה הכתובה בתורה גביא מן היורשים מדאורייתא לר"פ א"כ מאי פרכין ליה לר"פ בערכין שם ממתני' דשום היתומים ודחקין לאוקמי בעכו"ם וקיבל לזו ולא לזו, ולמה לא מוקמינן ליה בפשוטו בנזקין או בשאר מלוה הכתובה בתורה, (וכן הא דפריך התם מבריייתא ע"מ ליתן לבעל חוב את חובו הוי מצי לאוקמי בב"ח דנזקין),

ולמש"כ לעיל דר"פ אתי לאשמועין דלמ"ד שעבודא לאו דאורייתא אין פריעת בע"ח אלא מצוה, [דיש מקום לומר דאף אי שעבודא לאו דאורייתא מ"מ הוא חוב גמור טפי ממצוה], יש ליישב דלא משני במלוה הכתובה בתורה משום דאכתי תקשה למ"ד שעבודא לאו דאורייתא אף במלוה הכתובה בתורה דהא רב ושמואל ודאי הכי ס"ל בקדושין שם, ואיך יפרשו מתני' דשום היתומים, ואה"נ דלר"פ עצמו ל"ק דהא סבר שעבודא דאורייתא במלוה הכתובה בתורה, אלא דודאי לא נתכוין ר"פ לאיפלוגי אדרב ושמואל אי אינהו ס"ל דפריעת בע"ח חוב גמור, ולפי זה אפשר דאי שיעבד עצמו בשטר נמי מהני מדאורייתא בכל מלוה דכיון דאשכחן ענין שעבוד בתורה שפיר אמרינן שיכול לשעבד עצמו, ומ"מ לא תיקשי דלוקמא שום היתומים במלוה בשטר משום דאכתי תקשה לרב ושמואל וכמש"כ.

ומ"מ קשה פי' ר"ח דבגמ' לא אמרו אלא אי מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמי, ומהיכי תיתי נחדש דיש מקום לומר דמלוה הכתובה בתורה עדיפא וגביא מדאורייתא, ולמה לא אמרו בגמ' סברא זו בצריכותא בקדושין שם, וכן בכל דוכתי דדינינן במלוה הכתובה בתורה, ואיך סמכו בגמ' שנחדש מעצמנו כן לר"פ, ושמא ס"ל להתו' דבשיעבד בהדיא בשטר מהני מדאורייתא לכו"ע וכדמשמע מפרש"י וכמש"כ הרשב"א והכונה ככתובה בשטר היינו שהשעבוד כתוב בשטר בהדיא, אבל זה צ"ע וכמ"ש לעיל.

והנה לפי' ר"ח מבואר בדברי ר"פ דקיי"ל מלוה הכתובה בתורה לאו ככתובה בשטר דמי שהרי איירי במלוה הכתובה בתורה וקאמר דאינה גובה מן הלקוחות, ואף לפי' הרי"ף נמי אית לן למיפסק כן דהא שמואל הכי ס"ל בסוגיין ור"ל לא אשכחן דפליגי בהכי דהא טעמייהו משום דשעבודא דאורייתא ומלוה ע"פ נמי, וכ"ה בשו"ע יו"ד סימן ש"ה סט"ז, [ועיי"ש בבהגר"א וצע"ק].

ופלוגתא דמלוה הכתובה בתורה היא בין למ"ד שעבודא דאורייתא ובין למ"ד שעבודא דרבנן, והנה למ"ד שעבודא דאורייתא אין הנידון במלוה הכתובה בתורה אלא אי אית ליה קלא שלא נחוש לפסידא דלקוחות, או דכיון דמילתא דלא שכיחא הוא לא חיישינן לפסידא דלקוחות, אבל למ"ד שעבודא לאו דאורייתא יש כאן דיון נוסף אי אלמוהו רבנן לחוב הכתוב בתורה שישעבד נכסים אע"ג דלא שייך ביה טעמא דנעילת דלת, וק"ק דלא משמע לחדש דיון נוסף במלוה הכתובה בתורה למ"ד שעבודא לאו דאורייתא, דפשטא משמע דפלוגתא דמלוה הכתובה בתורה חדא היא בין למ"ד שעבודא דאורייתא בין למ"ד שעבודא לאו דאורייתא, ואפשר דאף למ"ד שעבודא לאו דאורייתא מ"מ מדרבנן איכא שעבוד בכל חוב אף במלוה על פה, ונפ"מ לבע"ח מוקדם ומאוחר [אי ס"ל דלמ"ד שעבודא דאורייתא מלוה על פה מוקדמת קודמת למלוה בשטר מאוחרת עי' חו"מ סי' ק"ד סי"ג, דלמש"כ דאיכא שעבוד מדרבנן אף במלוה ע"פ א"כ ה"ה אי שעבודא לאו דאורייתא, אבל באמת התם כתב הרשב"א ז"ל בתשו' סי' תתקי"ד הטעם משום דשעבודא דאורייתא, וצ"ע], אלא דלענין לקוחות הפקיעו שעבוד זה דהמכר מפקיע מידי שעבוד, ולרב ושמואל אף יורשים כלקוחות, ולר"פ יורשים אינם כלקוחות, והיינו דאמרינן שעבודא לאו דאורייתא משמע דהשעבוד איכא בשוה בין למ"ד דאורייתא בין למ"ד לאו דאורייתא אלא הנידון הוא אם הוא מדאורייתא או מדרבנן, ולפי זה אף למ"ד שעבודא לאו דאורייתא אין הנידון במלוה הכתובה בתורה אלא אי חששו בו חכמים לפסידא דלקוחות אבל שעבוד איכא לכו"ע.

ובזה אתי שפיר נמי הא דאר"פ בסוגיין דמלוה ע"פ אינו גובה מלקוחות משום דלית ליה קלא, ותיפוק ליה דבזה לא תיקנו שעבוד כלל, ואמנם כבר פירשו הראשונים ז"ל

דה"ק למה לא תיקנו משום נעילת דלת דגם מלוה ע"פ תגבה מלקוחות, אבל למש"כ מיושב טפי דבאמת אף במלוה על פה איכא שעבוד ומ"מ תיקנו דלא תגבה מלקוחות משום דלית ליה קלא, ומיהו ממה שלא כתבו כן הראשונים ז"ל משמע דלא כמש"כ וצ"ע.

תוד"ה לא משום דנעילת דלת לאו דוקא כו', א"ה, עי' מש"כ לעיל ז' ב' בדין חיובי שותפין ושכנים.

קע"ו א' איבעיא להו בחנוק מה לי אמר ר"י כו', א"ה, ראיתי להעתיק מש"כ בזה לעיל קמ"ט א' אם מיירי בדאיכא כתב ידו.

בכתובות ק"ב א' אמר רבא כתנאי ערב היוצא אחר חיתום שטרות גובה מנכסים בנ"ח כו' הרי שהיה חונק כו', לפי ר"ת והרמב"ן והרשב"א דפלוגתא דר"י ור"ל היא אם חייב אני לך מנה בשטר גורם חיוב, בזמן שהמלוה והלוה מודים שמעולם לא היה חייב לו כלום, ור' ישמעאל ס"ל דהשטר גורם חיוב, ולכך ערב היוצא אחר חיתום שטרות מתחייב מתורת שטר, ומיירי שכתב אני פב"פ ערב וחתם שמו, צריך פירוש לפ"ז מאי אהדר ליה בן ננס מחנוק, ובב"ב קע"ו א' איבעיא להו אם מודה ר' ישמעאל בחנוק, וה"ד אם איכא כתב ידו בזה, ודאי פליג גם אחנוק, ואם ליכא כת"י מהיכי תיתי יחול חיוב.

וי"ל דבב"ב שם במימרא דשמואל חזינן דאף אם ערב שלא בשעת מתן מעות לא בעי קנין, מ"מ בחנוק בעי קנין, ולפי זה יש לפרש דבן ננס אהדר ליה לר' ישמעאל דערב היוצא אחר חיתום שטרות, אפשר דהיה משום שחנק את חברו, ואף אם בן ננס ס"ל דגם שלא בחנוק צריך קנין ולא סגי בשטר, מ"מ הקשה לר"י משום שמא חנוק היה, והשתא אפשר דטעמיה דר"י משום דלא חייש לשמא היה חנוק, או דאף בחנוק מהני שטר לחייב, והיינו דמיבעיא לן בב"ב שם בחנוק מה לי אמר ר' ישמעאל, ופשטינן דחלוק אף בחנוק דמ"מ בשטר מתחייב והלכה כמותו, וזו כונת תו' בב"ב שם דחנוק נמי איירי בשטר, והשתא שפיר אמרינן דר' יוחנן כו' ישמעאל ס"ל דשטר מחייב, דערב לאחר מתן מעות בעי קנין, וחזינן דשטר כקנין חשיב לר' ישמעאל.

ברוך רחמנא דסייען

הוספות בבא בתרא

ב' ב' תוד"ה נתיאש הרואה ירק בכרם ואמר כשאגיע לשם אלקטנו הוסיף מאתים מותר, לכאורה י"ל דמדין איסור לקיים כלאים דתנן ריש פ"ח דכלאים, אינו רשאי להתעכב עד שיגיע, דיש להקדים סילוק הכלאים לכל שאר עבודות, ורק לענין איסור הפירות לא חשבינן ליה כמקיים לרצונו בזמן שמתעכב מחמת שאר עבודות שכבר הגיע אליהן, אבל לא מסתבר שיהא חייב מן הדין לעקור מיד, ומ"מ יתחשב כשלא לרצונו לענין איסור הפירות, ולכן נראה דכיון שנזרע שלא לרצונו ואין בו איסור כלאים, הרי כל עוד שלא נתפנה לעקרון לא חשיב כמקיים כלאים. - ואפשר דכשאגיע לו אלקטנו איירי שיגיע אליו בו ביום, אבל אם יגיע אליו אחרי מספר ימים, באמת לא שרינן ליה להמתין כולי האי, שו"ר שכ"כ מרן זללה"ה בכלאים ס"ד סק"י.

בא"ד לכשאחזור אלקטנו הוסיף מאתים אסור, לכאורה ר"ל שכבר עמד במקום הכלאים ובידו לעוקרן ודחה עקירתן לאחר שיחזור, וכ"ה בלשון הרמב"ם פ"ה מכלאים הכ"א, אבל אם היה עסוק בדבר האבוד ומשום כך דחה עקירתן לכשיחזור,

לכאורה ראוי שיהא מותר, ולפי זה כשאגיע לו אלקטנו דשרי, איירי אפילו יכול להקדים הגעתו, אפילו הכי שרי, ומיהו פירשו בירושלמי כלאים פ"ה ה"ה דהני מילי שעוסק במלאכה, אבל אם יושב בטל ואמר כשאגיע לו אלקטנו, אם הוסיף במאתים יהא אסור, דכל שיושב בטל חשיב כהגיע אליו שהרי יכול להגיע ולעקרו, עי' כ"מ כלאים פ"ה ה"ט דסתם לשון כשאגיע לו מתפרש בעוסק במלאכה, [ועי' ט"ז יו"ד סימן רצ"ו סק"ג וצ"ע].

בא"ד דומיא דזריעה דניחא ליה, הא דכלאים לא מיתסר אלא בנזרע ברצון, ילפינן לה בספרי תצא מאשר תזרע דהוא מיותר, דלא הוה ליה למיכתב אלא פן תקדש המלאה הזרע ותבואת הכרם, ומדכתב המלאה הזרע אשר תזרע בא ללמד דרק אשר תזרע נאסר, ולא הנזרע שלא בכוונה, ובתו' כאן כתבו דילפינן מדכתב לא תזרע כרמך כלאים דומיא דזריעה דניחא ליה, וצ"ע מאי משמע הלא זהו הלשון הראוי לאזהרה, אבל בספרי מבואר דמאשר תזרע נפקא, וכ"ה ברמב"ם פ"ה הי"ז.

מכתב

יקרת דבריו במשמחי לב הגיענו, ואשר ביקש לחדש בדבר שאין בו שימוש הגון גם לא לאחד, יוכל שותף לסלק את חבירו גם בבקשת חלוקה וגם בטענת גוד או אגוד, הדברים מחודשים, ורהיטת הדברים דלא דייננן גוד או אגוד אלא במידי דלאו בר חלוקה.

אמנם בטור לא נסתייע במה שחלק על הרמב"ן לומר דליכא דינא דגוד או אגוד בזה, מדברי הרמ"ה שהביא דאפשר לתבוע חלוקה, ומשמע אמנם דאפשר לקיים שניהם וכדמשמע בסמ"ע.

אבל נראה דמש"כ הרמ"ה דאפשר לחלק ויקרא שמו עליו, כיון דהשתא נמי לא חזי, דלאו כללא הוא, ויש דברים דאמנם החלוקה לא תמנע את השימוש, כמו שהביא בחצר העומד למישטח ביה פירי, ובזה לכו"ע אפשר לתבוע חלוקה, דהא יחלק ושמו עליו, אבל יש דברים שאם יחלק כבר לא יהיה ראוי לשימוש, כגון שיש רק אמה בשטח דלא שייך משטח פירי בחצי אמה, וכן כיו"ב, ובזה לכו"ע ליכא דין חלוקה, ועל כיוצא בזה דן הרמב"ן לומר דידונו גוד או אגוד.

מכתב

מכתבם הגיענו, והנה מאחר וראיית הרא"ש היא מהא דמשמע בגמ' דאין לו תקנה לעני במרחץ ובית הבד, הרי מזה נמי מוכח שאינו יכול לומר אגוד על סמך קונה שיקנה ממנו אח"כ, דאם יכול, הרי שפיר יאמר אגוד לאחר שימצא קונה על הכל, והרי לדעת הרמ"ה שהביא הטור יש לו זמן שלשים יום לשלם, וגם אם היה צריך לשלם מיד, סתמא דמילתא יאמין לו הקונה לתת הדמים תחלה כשיקנה לו את המחצה שלו מיד, ויתחייב לו על המותר, ועל כרחך מוכח מזה דאינו רשאי לומר אגוד כשאין לו מעות והוא קונה על סמך שהסכים עם אחר לקנות, ודלא כדעת הרמב"ם.

עד כאן

כ"ו ב' עשר נטיעות המפוזרות בתוך בית סאה חורשין כל בית סאה בשבילן עד ראש השנה, זו הלכה למשה מסיני כמבואר מו"ק ד' א' ובשאר דוכתי, ונראה דמכאן למדו חז"ל שזהו הסדר הראוי לנטיעת אילנות, דכל נטיעות סופן להיות אילנות, והקילה תורה להתיר חרישתן עד ראש השנה בזמן שנטיעות כפי הראוי, וכן מבואר ברש"י ערכין י"ד א' בהא דאמרינן התם בהקדיש שלשה אילנות ממטע עשרה לבית סאה, דזהו הסדר הראוי, ופחות מכאן ויותר מכאן אינו כסדר הראוי, ואשכחן נמי לקמן ל"ו ב' היו לו שלשים אילנות ממטע עשרה לבית סאה, [וצ"ע ברשב"ם לקמן ל"ז ב']

ד"ה האי דנקט שנוטעין עשרה ואח"כ עוקרין מקצתן], חזינן שיש ענין במטע עשרה לבית סאה.

ויש לעי' דלא מסתבר שיהא שיעור מצומצם שלא יפחות משהו ושלא יוסיף משהו, וכמו שתמה הרמב"ן במלחמות סוף המוכר את הבית וכן בחידושו שם בכיו"ב דאטו הנוטע שדה ילך אצל ב"ד לצמצם שיעורה, ואפשר דכל שאין כדי אילן נוסף בשטח דהיינו שאין בשטח אלפים שבע מאות וחמשים, דשפיר דמי, וקרינן בהו עשרה לבית סאה, וכן משמע, דעשרה לבית סאה סתמא מתפרש שבכל ט"ז על ט"ז נטוע אילן עי' תו' לקמן ל"ו ב' ד"ה ממטע, ובחשבון זה כבר יש מעט מותר על בית סאה, דט"ז על ט"ז הוא רנ"ו, ועשירית בית סאה הוא ר"נ כדאמר בסוגיין, [ומיהו ברמב"ן ס"פ המוכר את הבית כתב דמטע עשרה לבית סאה יש לחשוב ט"ז על ט"ז פחות רביע טפח, כדי שיהא ר"נ ולא רנ"ו], וה"נ י"ל דכל שאין בשטח כדי אילן נוסף עדיין קרינא ביה מטע עשרה לבית סאה, [ואם יהיה לכל אילן ט"ז ורבע על ט"ז ורבע עדיין יקרא מטע עשרה לבית סאה כיון שעדיין לא הגיע לכדי אילן נוסף], ומיהו לחרוש נראה דאינו רשאי לחרוש אלא בית סאה מכוון, דהיינו ר"נ לכל אילן. סתם מטע עשרה לבית סאה הוא בשטח של פ' על ל"ב שיש כאן עשרה שטחים של ט"ז על ט"ז בשתי שורות חמש בכל שורה, ויש לעי' היו ט"ו נטיעות בשלש שורות בשטח של פ' על מ"ח מהו, ומסתברא דחורשין כל השטח דכל נטיעה היא מתוך עשר נטיעות שבבית סאה.

בתו' כאן ובתענית ג' א' וכן בפירוש הרא"ש שביעית פ"א מ"ו כתבו שאם יש י"א נטיעות בבית סאה הם עומדים ליעקר, נראה דהכוונה שאינם נטועים בסדר הראוי, וכמ"ש רש"י ערכין י"ד א', ולכן לא נתנה תורה בהן ההיתר לחרוש עד ראש השנה, אבל אין ר"ל שבאמת יעקרו, דהא קיי"ל לקמן פ"ג א' דמד"א ועד ט"ז קנה קרקע, אלמא דשפיר נטעי אינשי הכי, ותנן נמי שביעית פ"א משנה ד' היו עשרה ומעשרה ולמעלה בין עושין כו', אלמא דלאו למיעקר קיימי. – בעיקר הדבר אין הכרע לומר דההלכה למשה מסיני דעשר נטיעות אתי למעוטי נמי י"א נטיעות בבית סאה, די"ל דלא אתי למעוטי אלא ט' נטיעות בבית סאה דלא שרינן לחרוש כל בית סאה בשבילן, אבל י"א נטיעות י"ל דכיון דיש עשר נטיעות אין מגרע מה שיש נטיעה נוספת, ועי' ברמב"ן שלהי המוכר את הבית ובשטמ"ק בשם הר"י מיגאש כאן, ועי' בתוספתא דהובא להלן, ובספר מרן זללה"ה שביעית סי"ז סק"ט ד"ה מיהו.

כתב הרע"ב בשביעית פ"א מ"ו דקמ"ל דאע"ג דשלש אילנות לבית סאה חשיב שדה אילן וחורשין כל בית סאה בשבילן, אבל נטיעות ילדות אין חורשין עד שיהיו עשרה, והגרע"א ז"ל בתוספותיו הקשה דמנ"ל חומרא בנטיעות, הרי אפשר לפרש דלענין קולא דנטיעות דשרינן עד ראש השנה הוא דבעינן עשרה, אבל עד עצרת שמא שרי נמי בג' נטיעות, ובפשוטו נטיעות אין עושין ככר דבילה, וממילא אינן מתירין כל הבית סאה, ואף אם נימא דמשכח"ל שעושה ככר דבילה ועדיין הוא בדין נטיעה, [עכ"פ לר' יהושע שם במשנה ח' דעד שבע שנים הוא עדיין בדין נטיעה], אכתי לפי המבואר בסוגיין דנטיעה יונקת ר"נ אמה ואילן יונק תתל"ג עי' רש"י, הרי שפיר י"ל דבנטיעות לא שרי כל בית סאה בפחות מעשרה, [ועי' בשטמ"ק בשם הר"י מיגאש, וברמב"ן בסוף המוכר את הבית], שאין לנו ללמוד נטיעות מאילנות, ותניא בתוספתא פ"א הובאה ברמב"ן שם מה בין זקנה לנטיעה זקנה עד עצרת נטיעה עד ראש השנה זקנה מטע שלשה נטיעה מטע עשרה, ומשמע קצת דנטיעה בעי מטע עשרה גם לענין להתייר עד עצרת, מדחשיב להו בתרתי ולא כייל להו בחדא, ולתוספתא זו נתכוין הרמב"ם בפיה"מ שהביאו הגרע"א ז"ל ונתקשה מנ"ל,

[ועי' בתוספתא ובירושלמי נטיעה נראית כזקנה, ולא זכינו לפירוש]. יש מקום להסתפק אם גם באילן סרק יש דין דעשר נטיעות דחורשין עד ראש השנה, דלא דמי לעד עצרת דהתם גם אילן סרק כמבואר במ"ג, דהתם הנידון אם חשיב שדה אילן כל השטח או דזורעים בו ודינו כשדה לבן, ושפיר יש להשוות אילן סרק לאילן מאכל בזה, אבל קולא דעשר נטיעות דהוא משום דחייש רחמנא לפסידא כמ"ש הר"ש, י"ל דלפסידא דאילן מאכל חייש רחמנא אבל לא לפסידא דאילן סרק, ובתוספתא פ"א איתא דשדה קנים נידון כנטיעה, והגר"א גרס כן גם בירושלמי שביעית, ולכאורה ר"ל דקנים שהם אילן סרק דינם כנטיעה, ונקט קנים לרבותא וכש"כ אילני סרק כארז וכיו"ב, וצ"ע.

נראה דמהלכה למשה מסיני דנטיעות שמעינן תרתי, חדא דנטיעות שרי לחרוש להן עד ראש השנה, ובכלל זה נטיעות בודדות, בשיעור מלא האורה וסלו, וכן בעשויות שורה ומוקפות עטרה, ומלבד זה נוספה הלכה דעשר נטיעות בבית סאה חורשין כל הבית סאה בשבילן, ולפי זה אפשר לפרש דהא דחורשין בדלועין עד ראש השנה, הוא משום דדלועין ירק הוא, והחרישה לצורך ששית דשרי כמ"ש הר"ש בשביעית פ"ב מ"ב, והנידון רק אם להתיר כל הבית סאה, או רק סביב הדלועין, ואפשר דחז"ל פירשו שריותא דעשר נטיעות בהלכה למשה מסיני, דלאו משום דלהפסד עשר חס רחמנא ולא להפסד תשע, ועוד דאם הפסד העשר גורם אמאי לא שרי בעשוין כשורה, אלא הטעם משום דעשר הנטועים בפיזור בבית סאה, וכולם יונקים בשותפות, דהא בין אילן לאילן איכא ט"ז והוא שיעור היניקה לאילן, ונמצא דבכל שיעור היניקה שני האילנות משותפות מכל הרוחות, דכל אחד יונק עד חבירו, במצב זה הרי החרישה בכל השטח נחוצה לטובת האילנות, ולכך שרי רחמנא בנטיעות, מה שאין כן בתשעה לבית סאה דאינם צפופים כל כך, עי' לשון תו' כאן ובתענית ג' א', שפיר מתקיימים בחרישה של מלא האורה, וכן בעשוים כשורה דרק משני צדדים יניקתן משותפת, ולא מארבע צדדים, אין נחוצה כ"כ חרישת כל הבית סאה, והלכך קים לרבנן דדלועין שהענפים מתפשטים הרבה, הרי נחיצות ותועלת החרישה בכל הבית סאה שוה לעשר נטיעות, ויש להתיר חרישת כל הבית סאה בעשרה דלועין, או עכ"פ בששה נטיעות וארבעה דלועין, [כדאמר בירושלמי שביעית דבעינן רובא נטיעות].

שם מדתנן שלשה אילנות כו', מהא דשרינן במתני' לחרוש כל בית סאה בשביל שלשה אילנות, למד עולא דמוכח מזה דכל אילן יונק משטח תשבורת של שליש בית סאה, והיינו ל"ג על ל"ג בעיגול, דהוא ט"ז ומחצה לכל רוח, ומטעם זה התירו בית סאה לכל שלשה אילנות, דבזמן שהם רחוקים זה מזה ל"ג אמות הרי יניקת שלשתן הוא בשטח בית סאה, ואע"ג דבמתניתין דשביעית תנן וכמה יהא ביניהן רבן גמליאל אומר כדי שיהא הבקר עובר בכליו, חזינן דאף כששלשת האילנות קרובים זה לזה תוך ט' אמות נמי נותנין להם כל בית סאה, ואף דלפי זה יינקו ביותר מט"ז אמות, באיזה אופן שנרבע או נעגל את הבית סאה, אין לחוש לכך, דשטח בית סאה המוקצב לשלשה אילנות נחשב כולו שדה אילן, כיון ששלשה אילנות יונקים משטח כזה, ולא דיינינן כאילו יש בבית סאה חלק שהוא שדה לבן, ומרבעין את הבית סאה באופן שהאילנות תהיינה באמצעו, ואם האילנות רחוקים זה מזה יותר מל"ג ושליש אינם מצטרפין דלא חשיבי שלשה אילנות לבית סאה, ואין חורשין לכל אילן אלא מלא האורה וסלו.

שם שלשה אילנות של ג' בני אדם הרי אלו מצטרפין וחורשין כל בית סאה בשבילן, יש כאן חידוש דיהבינן ליה דין שדה אילן, אף כשאין קשר בין האילנות, שהם של

שלשה אנשים, ובמקרה נזדמנו יחד, אבל בתוספתא שביעית פ"א מבואר שיש כאן חידוש נוסף, דאע"ג דלבעלי האילנות אין קרקע, דהא קונה אילן אחד לכו"ע לא קנה קרקע, והחורש הוא בעל הקרקע, והוא חורש לצורך שדהו, אפילו הכי מותר, דבשדה אילן לא גזרו עד עצרת, ואפי' מכוין לטובת הקרקע, דלא אסרה תורה חרישה לצורך שביעית אלא בזמן שניכר שהוא לצורך שביעית, דהיינו שלשים יום, וחכמים הוסיפו מעצרת.

ל"ה א' שודא דדייני, לפי מה שפרשב"ם שיאמדו הדיינים דעתו של נותן, יש לעי' כשאין להם הכרעה בזה מאי, האם רשאים לעשות חלוקה, אע"פ שאין החלוקה יכולה להיות אמת, דלאחד נתכוין ולא לשנים, דמ"מ הוה ליה ממון המוטל בספק. - משה"ק תו' מהא דאמרו בגיטין י"ד ב' מה שירצה שליח יעשה, רש"י גם שם פירש כעין זה, והביאוהו בתו' שם, ויש לעי' לפי' תו' דבשלמא לב"ד שפיר נתנו חכמים להם כח יפה לעשות כרצונם, אבל במה זכה השליח לזה, וצ"ל דכיון דס"ל דאין ראוי לעשות חלוקה שאין החלוקה יכולה להיות אמת, תו ע"כ מה שירצה שליח יעשה.

פ' ב' אין קוצצין בתולת השקמה בשביעית מפני שהיא עבודה ר"י אומר כדרכו אסור כו', בפשוטו משמע דת"ק אסר גם שלא כדרכה, ואפשר הטעם משום שהיא עבודה שנעשית רק פעם אחת בכל זמן קיום השקמה, דאח"כ כבר שרי לקצוץ כדתנן ברישא הקוצץ קורות שקמה כו', והיינו משום דלא חשיבא עבודה, לכך החמירו טפי שלא יכוין מלאכתו בשביעית, א"נ שמא גם בגוונא דקשי לה היינו בקציצה זו, אבל לעתיד יוכל לקצצה כרגיל, וחשיב תיקון, והיינו דאתי ר"י לפלוגי דרך כדרכה אסור, וצ"ע ברשב"ם שכתב לפרש דגם לת"ק שרי שלא כדרכה, אלא דפליג אשלא כדרכה דלמעלה מעשרה, שו"ר ברמב"ן דטעמייהו דרבנן דגזרי היכא דקשי לה אטו היכא דלא קשי.

פ"ג א' ר"מ ור"ש אומרים הנוטע את כרמו שמונה אמות על שמונה מותר, הרמב"ם בפ"ז מהלכות כלאים פסק כר"מ ור"ש, וטעמו משום דבירושלמי כלאים פ"ד מ"ט אמר רב דהלכה כוותיהו, ואע"ג דבתלמודן אמרינן מעשה עדיף, הא רב יוסף לא חש לה, ורבא דמסיק הלכתא מד' ועד ט"ז לא אתי לאפוקי מר"ש כמ"ש במלחמות וברמב"ן הנדמ"ח שלהי המוכר את הבית, דלענין כלאים שאני, והא דאמרינן וכרב יוסף מי לא תנן ומייתנין ממשנה דכלאים, הוא משום דאביי דאיתיב ליה לר"י נמי מהך רישא דמתני' דכלאים, ושפיר מותבינן מסיפא דאתיא כרב יוסף, אבל לקושטא דמילתא אפשר לחלק בין כלאים למכר, וכמו שהוכיח ברמב"ן, [לפו"ר קצ"ע ברמב"ן שפירש טעמא דכלאים סגי בשמונה אמות לר"ש משום דכבר ליכא ערבוב, וכמו דמהני צורת הפתח, והא הנידון הוא אם תורת כרם עליו או כגפן יחידי, והרי בנטוע על שמונה אמות לר"ש דיינינן ליה כגפן יחידי וסגי בהרחקת ששה טפחים, אע"ג דבכרם לכו"ע בעי הרחקת ארבע אמות, ולענין הנידון אם תורת כרם עליו, לכאורה יש לדמות כמו לענין מכר].

ק' ב' ת"ר המוכר קברו דרך קברו כו' וקוברין אותו על כרחו משום פגם משפחה, יש לעי' בשביל מה הלוקח קונה, הרי אינו רשאי לקבור שם אחרים, וגם לא משמע שאם יוקר דמי הקבר שירוית, דבשו"ע יו"ד סימן שס"ו ס"א איתא דמחזירין לו דמיו, ושמא לא בא לאפוקי אלא שאינו חייב להחזיר בפחות מדמיו, אבל אם הוקר יקבל יותר, ודוחק, ושמא יש לו שימושים בשטח עד שיקברו בו, וא"ת ליהוי כרביית בבתי ערי חומה ערכין ל"א א', ושמא גם לאחר שיקבר עדיין יוכל לשמש בשאר השימושים, ובטוש"ע חו"מ סימן רי"ז כתב שמשלמין לו דמי הקבר, ולפי זה י"ל

שאם הוקר משלמין לו יותר ממה ששילם, א"נ דמשלמין לו רק דמי הקבר ושאר השטח נשאר שלו.

קכ"ו ב' מתני' האומר איש פלוני בני בכור לא יטול פי שנים כו', בירושה דבן לא שייך לדון בדין מתנה על מה שכתוב בתורה, דהתם לא שייך מתנה, אלא שחפץ לא לקיים דין התורה בירושה, ופשיטא שאין אדם רשאי שלא לקיים דין התורה, גם לא בדבר שבממון, ולא אמרו בדבר שבממון תנאו קיים, אלא בקדושין דאמרינן שלא הקפידה תורה אם שניהם רוצים לעשות נישואין שלא יחייבו שאר וכסות, וכן במקח שלא יהא בו דיני אונאה, והא דתנן האומר איש פלוני בני בכור לא יטול פי שנים איש פלוני בני לא יירש עם אחיו לא אמר כלום שהתנה על מה שכתוב בתורה, ר"ל שאומר שאינו חפץ לקיים דין התורה, ולישנא דמתנה לאו דוקא, [ועי' בתפא"י פ"ו דפאה מ"א מכתב הגרע"א ז"ל], והיינו דאמרינן בגמ' אפילו תימא ר' יהודה התם ידעה וקא מחלה הכא לא קא מחיל, ר"ל דהתם שייך מחילה שיחולו הקדושין באופן זה, אבל הכא לא שייך מחילה, וכן פירשו הרשב"א והרמ"ה והר"ן והמ"מ פ"ב מה' אישות ה"ט, וכן כונת הראב"ד בהשגות שם, וכן בריטב"א ב"ב, [ודלא כדמשמע בלשון הרשב"א], ובדברי הרמב"ן במלחמות בכתובות פ"ג ב' עי' מש"כ מרן זללה"ה שם בסימן ע"ז סק"ד.

קע"ג א' שטרו של יוסף בן שמעון כו', הרמב"ן והר"ן בכתובות פ"ה ב' והמ"מ פ"א ה"ב מה' זכייה הביאו התוספתא דשלהי ב"ב דאיתא התם דהאומר עשו טבי עבדי בן חורין והיו שם שנים אין דורשין לשון הדיוט לזה היה אוהב כו' אלא שניהם בני חורין ונוטלין משניהם דמי אחד מהן וכן האומר מאתים דינרין ליוסף בן שמעון והיו שם שני יוסף בן שמעון אין דורשין לשון הדיוט לזה היה אוהב כו' אלא שניהם חולקין בשוה, והקשו מזה אהא דאמרינן בכתובות שם תלמיד חכם קודם ובהיו שוין אמרינן שודא, ותירצו דהתם אמרינן שמסתמא נתנו לו דמי עבד שישחררנו דאם לא כן הא איכא עשה, ולא ידעינן לאיזה עבד, הלכך לא שייך כאן אומדנא דלזה היה אוהב, שאין זו מתנה שהוא נותן, אלא זה שפדה לא ידעינן למי נתכוין לפדות, וכן במאתים דינרין ליוסף בן שמעון איירי נמי באומר שהיה חייב לו, ובזה אדם עשוי ללוות מכל אדם, ואין להעדיף תלמיד חכם.

והנה יש כאן שתי שאלות, חדא למה בתוספתא לא אמרינן דתלמיד חכם קודם, או שכן או קרוב, ועוד שאלה דגם כשכולם שוין הרי אמרינן שודא ולדעת תו' והרמב"ן שם היינו מה שירצה הדיין יעשה, וא"כ למה אמרו בתוספתא דחולקין היה ראוי לומר שודא, ולכאורה תירוצם דאיירי בחוב לא הועיל אלא לתרץ למה לא אמרינן דתלמיד חכם או שכן או קרוב עדיפי, דלענין חוב לא שייך להעדיף דאדם יזיף מכולם, אבל אכתי כשכולם שוין הרי אמרינן בסוגיין שודא, ולמה לא נימא כן גם בתוספתא, וכבר הקשה כן בלח"מ ריש פ"א מהלכות זכייה, ובדברי הרמב"ן והר"ן והמ"מ משמע דבתירוצם דאיירי בחוב נתיישב הכל, ואין לומר דכשהנידון אם לומר שודא, שפיר י"ל דתנא דתוספתא ס"ל דלעולם חלוקה עדיפא משודא כמאן דס"ל הכי בכתובות צ"ד ב', וסוגיין כמ"ד דאמרינן שודא, דרהיטת דבריהם דקיי"ל כהך תוספתא להלכה, וכ"ה במ"מ שם בהדיא, ואם הדבר בפלוגתא דתנאי אי שודא עדיפא או חלוקה, הרי קיי"ל דשודא עדיפא, גם רהיטת דבריהם דבתירוצם נתיישב הכל.

ונראה דס"ל ז"ל דלא אמרינן שודא כפי' תו' אלא במידי דשייך נמי למיעבד שודא כפרש"י, וס"ל דחכמים לא הצריכום דוקא לשקול רצונו של הנותן, ומה שירצו יעשו, אבל בדבר דלא שייך לעשות שודא כפרש"י, לא אמרו חכמים שודא דתו',

אלא יחלוקו, והלכך לפי מה שפירשו בתוספתא דאירי בחוב דלא שייך לאומדנא מי המלוה, תו לא אמרינן שודא, אלא יחלוקו, והדבר אלים בסברא דבחוב גמור אין לעשות שודא בשעה שבהחלט אפשר שיגזלו את המלוה בשודא דידהו, וכעין זה כתב המל"מ שם ה"ג.

והרשב"א בב"ב קע"ג א' הביא הך תוספתא וכתב דלא קיי"ל הכי דבכתובות מסקינן דבשני תלמידי חכמים או קרובים אמרינן שודא, ולא אמרינן חלוקה, וכן הרא"ה שם כתב דאפשר דתוספתא משבשתא היא, ובמאירי שם הביא י"א דהתוספתא כרב כתובות צ"ד ב' דחלוקה עדיפא, ועי"ש שהאריך.

ובעיקר פירוש התוספתא לו"ד הראשונים ז"ל היה מקום לומר דאירי במתנה, והא דאמרינן דחולקין, הוא משום שיש לחלק דכשהאדם דן בדברים שיש שנים שוים, כמו שיש לו שני עבדים ששמן טבי, והוא אומר עשו טבי עבדי בן חורין, הרי הוא בידועין מכניס שניהם לספק, וכן כשידוע שיש שני יוסף בן שמעון בעיר וכל השטרות בשם זה הם בספק, והוא מתיחס סתם ליוסף בן שמעון, הרי הוא כמפרש ששניהם יהיו בספק, וכל כהאי גוונא אמדינן דעתיה שיהיו שניהם שוין בענין, וממילא יש לדון חלוקה, מה שאין כן כשאומר נכסי לטוביה אף כשיש שני טוביה ושניהם קרובים או חכמים, מ"מ הוא מתיחס בדבריו לטוביה הקרוב ללב, וגם אינו מזכיר שם אביו לגודל הפשיטות, ובזה לא מחית נפשיה לספיקא, דכסבור שהטוביה שאינו קרוב אליו לא יבא לדרוש מאומה, וגם אם יבא לדרוש ידחוהו בקל, הלכך כשלא נתברר יש לדון שודא.

בש"ך סימן רנ"ג ס"ק ל"ט כתב לפרש התוספתא במתנה, ואפילו הכי ל"ק מזה לסוגיא דכתובות, דהא מסקינן התם צ"ד ב' דפליגי תנאי אי שודא עדיפא או חלוקה, ושפיר י"ל דתנא דהך תוספתא סבר חלוקה עדיפא, ואנן קיי"ל שודא עדיפא, וכבר הביא בפ"ת שם לתמוה דקושית הראשונים על התוספתא היא רק למה לא אזלינן בתר אומדן דעתא לומר דתלמיד חכם קודם או שכן או קרוב, ומשום כך כתבו לפרש התוספתא בחוב, ועל קושיא זו לא תירץ הש"ך כלום, דבזה לא פליגי תנאי, ולכו"ע תלמיד חכם קודם וכן שכן וקרוב, ואפשר דכונת הש"ך דיש לפרש התוספתא בשוין ואשמועינן דחלוקה עדיפא.