

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

הערות וציונים

על מסכת בבא בתרא

פרקים השותפין, לא יחפור
והמוכר את הספינה (עד דף פג).

נכתב בס"ד ע"י א. אוסטרך

תשס"ז
בני ברק

לע"נ

ר' אלקנה בן שמואל אוסטרן זצ"ל
נלב"ע כ' כסליו תשכ"ח

מרת חייענא אוסטרן בת ר' אריה הכהן ע"ה
נלב"ע ט"ז תמוז תש"ל

ר' יחזקאל שרגא בן משה ז"ל הי"ד
נלב"ע ט"ז אלול תש"ד

מרת גיטל בת הרב נתן ע"ה הי"ד
נלב"ע ד' סיון תש"ד

דוד בן יחזקאל שרגא ז"ל הי"ד
נלב"ע כ"ה אייר תש"ח

ת.נ.צ.ב.ה.

הכתובת:

הרב סורוצקין 4, בני ברק
טל. 03-6197124

להשיג בירושלים בטל. 02-5828515

מסכת בבא בתרא פרק השותפין

דף ב.

הכל כמנהג המדינה. בהא דאזלינן בדיני ממונות בתר מנהג המדינה נחלקו התוס' וההגהות אשרי אם זה בכל מנהג שנהגו או שיש מנהג גרוע שלא סומכים עליו, [גם הרמב"ן חולק על תוס' אבל י"ל דל"א דלא הוי מנהג גרוע אבל ההג"א חולק משום דס"ל שאזלינן בתר כל מנהג]. בחו"מ ס' רפ"א סע' ד' פסק הרמ"א דבכור נוטל פי שנים בירושת אביו ואפילו במקום שנהגו שבכור ופשוט שווים לא אזלינן בתר מנהג זה. וכתב שם הגאון בסקט"ז דטעמו משום דהוי מנהג גרוע ומביא ע"ז את דברי התוס' כאן דיש מנהגים שאין לסמוך עליהם. ובס' קס"ג סע' ג' פסק הרמ"א דבכל עניני המיסים אזלינן בתר מנהג המקום ואפילו במנהג גרוע וכתב הגאון בס"ק נ"ו שהמקור מב"ק קטז: ולא ישנו ממנהג הספנים. ואין זה סתירה למה שנפסק בס' רפ"א דלא אזלינן בתר מנהג גרוע דעי' בתה"ד ס' שמ"ב, שהוא המקור לפסק הרמ"א בס' קס"ג, שמבאר שיש שני עניני מנהג. בענינים שנוגעים לכל אנשי העיר אזלינן בתר מנהג אפילו במנהג גרוע דבזה הטעם דאזלינן בתר מנהג הוא משום דע"ד כן נשתתפו ונכנסו לעיר ובההוא הנאה דמרצי להדדי גמרי ומקני לוותר על דין תורה. ומש"כ התוס' דיש מנהג גרוע שלא סומכין עליו מבאר התה"ד שזה במנהג שנוגע ליחידים. ובזה מנהג גרוע הוי כטעו בשיקול הדעת. וביאור דבריו הוא ע"פ מש"כ החזו"א בב"ב ס' ה' סק"ד שיש שני עניני מנהג א. מפני שנכנס ע"ד כן. ב. מפני שהסכמת הציבור הוי ככח ב"ד. וסובר התה"ד שמה דאמרינן שכל מי שבא לעיר הוא ע"ד המנהג הוא רק במה שנוגע לכל בני העיר יחד. אבל מה שנוגע ליחידים אין סברא זו, ומה דאזלינן בזה בתר המנהג הוא בגלל שהסכמת הציבור יש לו כח ב"ד ולגבי זה מנהג גרוע הוי כב"ד שטעו בשיקול הדעת. וע"ז חולק ההגהות אשרי וס"ל שגם במה שנוגע ליחידים הוי כהתנו ולכן מהני גם במנהג גרוע. נמצא שלפי תוס' יש שני עניני מנהג ולפי ההגהות אשרי רק דין אחד. וע' בס' מ"ו בגר"א סקט"ו.

מקום שנהגו לבנות. כתב הרא"ש דתלוי במנהג כותלי חצרות ולא במנהג שאר בניני העיר שאף אם נהגו לבנות הבתים בגזית בחצר אין צורך בכותל חזק כמו בבית. ובהגהות הכ"ח כתב על דברי הרא"ש שהרמב"ן חולק. וכ"כ הגר"א בס' קנ"ז סק"ה על דברי השו"ע שם שהוא כרא"ש שהרמב"ן חולק. והיינו שהרמב"ן כתב שאם מנהגם לבנות כל אחד ואחד בשל עצמו בגויל אף השותפים כופין לבנות גויל, ואם שאר כותלי העיר שיש לכ"א בשלו גזית השותפין בונים בגזית. אך סברת הרמב"ן אינה מובנת למה נחייב כותל חצר לפי מנהג של כותלי הבתים. היד רמה באות ב' כתב כרא"ש אך מוסיף חידוש שלא רק שלא אזלינן בתר מנהג כותלי הבתים אלא אפילו בתר מנהג כותלי חצרות לא אזלינן, דהיינו שמה שנהגו שאדם בונה מעצמו כותל להפריד בין חצר לחצר כגון שרוצה לחלק חצרו לשנים, או שכנס לתוך שלו ובנה משלו אין מנהג זה מחייב את השותפין, אלא אזלינן בתר מנהג של כותלי שותפים כמה נהגו שכ"א תובע את חברו להשתתף בהוצאותיו. וחי' זה לא נזכר ברא"ש, שהרא"ש לא כתב אלא דלא תלוי בכותלי הבתים אלא בכותלי החצרות. ולשון השו"ע בס' קנ"ז סע' ד' הוא כותל זה כמנהג המדינה שנוהגים השותפין לבנות כשהחלקים ביניהם. וזה כדברי הרמ"ה. ולולא דברי הגאון והכ"ח היה נראה שהרמב"ן לא בא לחלוק על דברי הרא"ש וגם הרמב"ן מודה דלא אזלינן בתר כותלי הבתים, אלא בא לאפוקי רק מחידושו של הרמ"ה דלא תלוי במנהג השותפין אלא במנהג כותלי חצרות של יחידים.

בונים את הכותל באמצע. כתב הרש"ש דמסברא היה נראה שמה שבונים את הכותל באמצע הוא דוקא כשהחלקים שווים אבל אם אינם שווים כגון בכור ופשוט כ"א נותן לפי חלקו בהוצאות הכותל ומקום הכותל. ומוסיף הרש"ש דכן מדויק בלשון המשנה דנקטו באמצע משמע דמיירי שהחלקים שווים והכותל נמצא באמצע החצר. אך כתב שבשו"ע ס' קנ"ז סע' ג' מבואר שלא כדבריו. ומקורו של השו"ע הוא הטור בשם הרמ"ה, ולכאור' נראה שענין זה תלוי במה שדנים האחרונים בגדר דינא דהיזק ראייה ויש בזה ג' צדדים כמו שיבואר בסמוך בעמ' ב' בס"ד א. חיוב הכותל הוא כדי למנוע שלא יזיק לחברו ע"י שמביט בו כשעושה תשמיש צנוע. ב. חיוב הכותל הוא כדי שלא ימנע מחברו מלהשתמש בחצרו מחשש שמא יביט בו והוא היזק בחצר ולא אדם באדם. ג. אין החיוב משום מניעת היזק אלא מחיובי השכנים בכל צרכי החצר כדין בית שער שמבואר בגמ' שהוא כדי למנוע היזק ראייה, ושם אין הוא המזיק כלל אלא מחויב להשתתף בבית שער כדי למנוע היזק ראייה של בני רה"ר, ומאותו טעם חייב בכותל בין החצרות אף אם מדין מזיק א"א לחייבו שזה מצרכי החצר. ואי אמרינן כצד הראשון בודאי אין החיוב תלוי בגודל החצר דאינו מתיקוני החצר אלא למניעת נזק אדם באדם ולענין זה גם בכור ופשוט שווים. ודברים אלו מבוארים כאן ביד רמה שכתב הטעם שבכור ופשוט שווים בבנין הכותל וז"ל דהאי כותל כי מתעביד לאו לאשבוחי לחולקיה דכל חד מינייהו מתעביד כי היכי דתימא כל חד מינייהו לפום מאי דמטי ליה הוא דיהיב דהא לאו אשבוחי משבח וכו'. דהיינו שאין הכותל כדי להשביח את החצר אלא כדי למנוע נזק. אבל אילו היה חיוב הכותל כדין בית שער שהוא חיוב לתקן צרכי החצר בודאי מסתבר כרש"ש שכ"א נותן לפי חלקו בחצר. ולפי הצד השני שחיובו על מה שמזיק במניעת השתמשות של חברו, אע"פ שהכותל הוא מצרכי החצר מ"מ לא מתחייב יותר מי שחלקו גדול יותר דאדרבה מי שחלקו קטן הוא מזיק יותר ממה שהגדול מזיק לקטן ואין סברא לחייב את הגדול יותר אלא רק לפי הסברא השלישית.

מה שכתב הרש"ש לדייק כן בלשון המשנה באמצע תלוי בפשט בלשון המשנה אם הכוונה באמצע החצר או שהכותל הוא באמצע שתי החצרות דהיינו חציו בחלקו של זה וחציו בחלקו של זה, עי' בזה בשטמ"ק בד"ה בגויל.

גויל זה נותן ג' טפחים. יש לעיין אם שיעורים אלו הם שיעורים בחיוב סילוק היזק ראייה. דהיינו שבמקום שנהגו בגויל החיוב הוא לסלק היזק ראייה דוקא ע"י גויל שהוא חזק יותר מהוצא ודפנא, ורק במקום שהמנהג בהוצא ודפנא סגי בזה לסלק ה"ר. א"ד מצד היזק ראייה תמיד סגי בהוצא ודפנא אלא שבמקום שנהגו בגויל יכול לטעון שלא משתלם להוציא הוצאות על הוצא ודפנא. ופשוט בזה תלוי מחלוקת הראשונים שהובא ברא"ש במקום שנהגו בגויל אם יכול אחד לומר שאינו רוצה גויל אלא יעשה בתוך שלו הוצא ודפנא. ד"מ ס"ל שיכול השני לטעון שהוצא ודפנא אינו ראוי לימים רבים וכשיפול יזיקנו בהיזק ראייה. דהיינו שבמקום שנהגו בגויל חיובו לסלק ה"ר ע"י גויל. והרא"ש חולק וס"ל שמצד ה"ר סגי בכל מקום בהוצא ודפנא. ומה שצריך גויל במקום שנהגו הוא משום שא"א לחייבו להוציא הוצאות על דבר שלא יעמוד ימים רבים אבל אם חברו רוצה לעשות הוצא ודפנא משלו א"א לחייבו יותר. ונחלקו בזה הרמב"ן והרא"ש. שהרמב"ן מבאר הטעם שאם נהגו בגויל וגזית כופין לבנות כפי המנהג אע"פ שבונים משום ה"ר ולזה סגי בהוצא ודפנא וז"ל אפ"ה כופין זא"ז לבנות כותל בנין שמא יפול והלה אינו רוצה לבנות ונמצא צריך להתעצם עמו בב"ד ובין כך ובין כך יהא ניזוק מהיזק ראייתו עכ"ל. מפורש שבמקום שנהגו

בגויל יש תביעה לבנות גויל מפני שזה עדיף לה"ר. אבל הרא"ש בסוף ס' ה' כשמכריע שאם אחד רוצה לבנות על חשבונו ובתוך שלו יכול לעשות הוצא ודפנא אפילו במקום שנהגו בגויל, מבאר הרא"ש שהוא מפני שמצד סילוק ה"ר סגי בהוצא ודפנא דאין חיוב למנוע לעולם, וכל מה שיכול חברו לכופו לגויל וגזית הוא כשמחייבים את שניהם להשתתף בזה יכול האחד לומר אי אפשר לעשות מעותי אנפרות ולהוציא הוצאות בכל יום. דהיינו שחיוב גויל אינו מטעם ה"ר אלא שיכול לטעון שאינו משתלם לו לבנות דבר גרוע, לכן אם השני רוצה לעשות בשלו א"א לחייבו יותר מהוצא ודפנא. והראוני שהדברים מפורשים בב"י בס' קנ"ז בד"ה ושיעור שמביא שהרמב"ן כתב דטעמא דבעינן שיעורים אלו הוא משום שבפחות יפול ויהיה חיזק ראייה. ואח"כ כתב שמדברי הרא"ש נלמד טעם אחר דכיון דלא קאי יכול לומר אי אפשר לעשות מעותי אנפרות ולהוציא הוצאות בכל יום.

ובזה תלוי גם מחלוקת תוס' והרא"ש במקום שנהגו בגויל ה' דתוס' כתבו דאזלינן בתר המנהג כמו דאזלינן בתר מנהג דהוצא ודפנא והרא"ש ס"ל דכמו דלא אזלינן בתר המנהג בגויל ד' כך בגויל ה' לא אזלינן בתר המנהג. [וג' שיטות יש בזה כמו שמוכח בגאון ס' קנ"ז סק"ז. לרא"ש לא אזלינן בתר המנהג לא להוסיף ולא לגרוע. לתוס' להוסיף לא אבל לגרוע כן. ובדעת הרמב"ם שהשמיט שיעורים דמתני' מדייק הגר"א דס"ל שאזלינן בתר המנהג בין להוסיף בין לגרוע. אך כבר העירו שהרמב"ם כן מביא השיעורין בהל' י"ח רצ"ע]. ומה שהוכיחו התוס' מהוצא ודפנא לא קשה לרא"ש דאמנם מסתבר שגויל ה' יעמוד יותר מהוצא ודפנא אעפ"כ בגויל ה' הוא עושה מעותיו אנפרות דמוציא הוצאה גדולה ואינו ראוי להתקיים כפי שראוי לו משא"כ הוצא ודפנא שאין הוצאה גדולה, אך כ"ז לפי הרא"ש ששיעורים דמתני' הם שיעורים במה שמשתלם להוציא מעותיו אבל תוס' ס"ל שכל השיעורין הם מתיחסים רק לחיזק ראייה ובה צדקו שלענין סילוק ה"ר לא גרע גויל ה' מהוצא ודפנא. אך הרא"ש לשטתו ס"ל שהשיעור הוא שלא יעשה מעותיו אנפרות ולענין זה גויל ה' גרע מהוצא ודפנא.

הנ"י כתב בשם הרא"ה כשיטת הי"מ שהובא ברא"ש שאינו יכול לומר שרוצה לכנס לתוך שלו ולבנות הכל משלו אך לא מטעמייהו. אלא שטוען חברו שרוצה שיעשה בשותפות כדי שיוכל לסמוך קורות ע"ג הכותל. ולפ"ז אפילו אם רוצה לעשות משלו כמנהג המדינה או להוסיף עליו יכול השני לעכב שיעשו בשותפות. ותמה הט"ז בס' קנ"ז איזה תביעה יש שייבנה כותל שיוכל הוא להשתמש בו הא כל שמסלק ה"ר סגי בזה. וכתב בזה הנתיבות שם סק"ג דעל דעת כן חלקו שיוכל להשתמש בכותל המשותף ולא יצטרך לעשות כותל שלם על חלקו ולמעט חצרו. ומוסיף הנתיבות שדברי הרא"ה הם דוקא בשותפים שחלקו אבל אם לקחו כ"א חצר זה בצד זה בודאי מודה הרא"ה שאם אחד רוצה לבנות משלו אין חברו יכול לעכב. ולפ"ז יובן למה נקט התנא השותפין שחלקו הרי דין זה דהיזק ראייה הוא לאו דוקא בשותפים אלא בכל שכנים וכל חצר הסמוך לחצר חברו כופין לבנות כותל משום ה"ר אף שלא היה החצר בשותפות. ובפשטות זה לאו דוקא אבל לרא"ה ניהא דהדין של בונים את הכותל באמצע שמוטל על שניהם לבנות יחד ויכול לעכב על חברו לבנות משלו הוא דוקא בשותפין שחלקו כמו שכתב הנתיבות. ועי"ל ע"פ מש"כ האב"ה בפ"ב משכנים הט"ז בדעת הראב"ד שהחיוב של ה"ר הוא על מניעת השתמשות וזה שייך רק כשיש קנין וזכות שחברו לא ימנע אותו מלהשתמש בחצרו. וכל הקונה חצר יש לו קנין זה כמו שכתבו הראשונים לגבי דיושא. אבל אחים שחלקו ושותפים שחלקו שאין להם דרך זע"ז ולא חלונות זע"ז גם זכות השתמשות אין לו על חברו ובה אין חיוב של ה"ר מצד מניעת השתמשות אלא זה דין מדיני השותפים כמו החיוב של בית שער יעו"ש. נמצא לפי דבריו דאף שדין זה נוהג בכל שכנים מ"מ בשותפים הוא מדיני השותפות ושפיר נקט התנא השותפין שחלקו.

תוד"ה השותפין. התוס' הוכיחו שגם בב' מסכתות צריך טעם לסדר ממה ששאלו בריש שבועות למה סדרו את שבועות אחרי מכות. והקשה המהרש"א שמה התם קאי כמ"ד כולה נזקין חדא מסכת. וכתב דמשמע להו דפריך התם לכו"ע אפילו למ"ד שכולה נזקין לאו חדא מסכת. מבואר דפשיטא ליה למהרש"א שמה שאמרו כולה נזקין חדא מסכת היינו כל סדר נזקין ושבועות ומכות בכלל. וברשי"י בע"ז דף ז. מפורש דקאי רק אתלאת בבי ולא על כל סדר נזקין. ועיין במהרי"ץ חיות בב"ק ק"ב. שמביא מחלוקת מפורשת בראשונים בענין זה, דדעת רב שרירא גאון ור"י הלוי דדוקא ג' בבות נחשבו חדא מסכתא, והריטב"א ס"ל שכל סדר נזקין חדא מסכתא. ולפי שיטת רש"י בע"ז ורב שרירא גאון דברי התוס' כאן פשוטים ולא צריך להגיע לדברי המהרש"א.

תוד"ה בגויל. וא"ת ומאי בעי בגמ' וכו'. המהר"ם מפרש שהתוס' הקשו לשטתם שכתבו שאזלינן בתר מנהג של גויל ה' ונימא דע"ז קאי הכל כמנהג המדינה. אבל לרא"ש שחולק לא קשיא קושיית תוס'. ולא מוכן לדבריו מה מתרץ ר"ת דעל פחות מהוצא ודפנא לא אזלינן בתר המנהג ומה בכך אכתי יכלו לומר שהכל כמנהג המדינה אתא לגויל ה'. ואולי המהר"ם מפרש דונראה לר"ת הוא דבר בפנ"ע ולא בא לישב שאלת התוס'. אמנם הרא"ש בתחילת ס' ה' מביא את שאלת התוס' בשם ר"ת ומשמע שגם לשיטת הרא"ש קשה קושיית התוס'. וכן מפורש ברא"ש שדברי ר"ת שלא מתחשבים במנהג פחות מהוצא ודפנא נאמרו לישב שאלת התוס'. לכ"נ דקושיית התוס' אינה תלויה במה שאמרו שאזלינן בתר המנהג בגויל ה'. אלא הקשו למה לא אמרו דהכל כמנהג המדינה בא לכל שאר מחיצות שהם פחותים מלבנים. ותרצו דהגמ' ידעה שלא בכל מחיצה אזלינן בתר המנהג ושאלו עד כמה הולכים אחרי המנהג. ותרצו דאתא לאתויי הוצא ודפנא ולא פחות ממנה.

תוד"ה לפיכך. התם מתחילה מבורר היה הדבר וברשות אחד מהם נולד הספק. הפשט הפשוט בביאור דברי התוס' שכוונתם לחלק בין תפיסה קודם שנולד הספק לתפיסה אחר לידת הספק. בדברי הגמ' בהמחליף פרה בחמור ולחצי ברשותא דמאן קיימא צ"ב למה אם נמצא ביד הקונה על המוכר להביא ראייה הא המוכר הוא מ"ק וק"ל תקפו כהן מוציאים מידו ולמה מהני תפיסת התופס. וג' דרכים נאמרו בזה בראשונים. א. התוס' בב"מ ק. פרו דמיירי בטוען ברי וס"ל כתי' בכתובות דף כ. דתפיסה בטענת ברי מהני. ב. בתוס' דידן מבואר דמיירי שתפס לפני לידת הספק וזה כתי' השני בכתובות דתפיסה קודם שנולד הספק מהני. ג. ולשיטת הרמב"ן וסיעתו דס"ל דלא מהני תפיסה אפילו שטוען ברי ותפס קודם שנולד הספק כתב הקונה"ס בכלל ב' אות ג' דהא דפריך לחצי ברשותא דמאן קיימא אינו מתורת תפיסה אלא מיירי בתפס שלא בעדים ואית ליה טענת לקוח מכח חזקה מה שתחת ידו של אדם שלו. וכתב דכן מוכח מדברי הר"ן והריטב"א שהובאו בשיטמ"ק שם בב"מ.

בדברי התוס' כאן שמפרשים את הגמ' בב"מ ק. מדין תפיסה לפני שנולד הספק יש חידוש בגדר הדין של תקשנה. דהקונטה"ס בכלל ג' אות ו' כתב דנר' מסברא שמה דמהני תקשנה"ס הוא כשבזמן התפיסה היה הממון מגיע לתופס ואחר תפיסתו נולד ספק שאולי לא מגיע לו כההיא דכתובות כ. ע"ש. אבל במקום שתפס בזמן שבוודאי לא מגיע לו ואח"כ נולד ספק אולי כן מגיע לו אין המעלה של תקשנה"ס ולא מהני תפיסתו. אך מביא הקונה"ס שמדברי הפוסקים מבואר דנקטו שגם בכה"ג

מהני תפיסה. ומבאר הקונה"ס דאותם פוסקים ס"ל דמה דמהני תפיסה קודם שנולד הספק אינו מפני שיש מעלה במה שתפס לפני לידת הספק אלא שעי"ז הוא תפוס בזמן לידת הספק והתפיסה בשעת לידת הספק היא העיקר ואותה אנו מבקשים. דהיינו שלדעת הקונה"ס ענין תפיסה קשנה"ס הוא שתפיסה זו שתופס בזמן שע"פ דין מגיע לו נותנת לתופס דין מוחזק כיון שאינה מעשה גזילה וכדין תפס ואח"כ כשנולד הספק נשאר הדבר בחזקת מי שהיה מוחזק לפני לידת הספק. משא"כ כשתופס אחר לידת הספק אין זה אלא גזילה ואינו נעשה מוחזק ע"י תפיסתו. וכן כשתפס לפני לידת הספק בזמן שבדאי לא מגיע לו אין תפיסתו עושה אותו למוחזק ואין בזה מעלת תפיסה קשנה"ס. אבל החולקים סוברים דאין מעלה במעשה התפיסה כשהיא נעשית לפני לידת הספק אלא שהדין הממציא נקבע לפי מי שמחזיק בזמן לידת הספק ומעלת תקשנה"ס הוא שבזמן לידת הספק הממון נמצא בידו ולכן ס"ל שמהני גם באופן שבזמן התפיסה לא היה מגיע לו ע"פ דין.

ובהא דכתבו התוס' כאן בדמחליף פרה בחמור מהני תפיסה מפני שתפס קשנה"ס מבואר דס"ל שגם באופן שבזמן התפיסה תפס שלא כדין מ"מ מהני תפיסתו דסגי בזה שהוא מוחזק בזמן לידת הספק. וכן מוכח ממה שפרשו בהבית והעלייה דהתם תפיסתו הוא בשעת נפילה שהוא זמן לידת הספק ולא היה תפוס לפני לידת הספק. ומבואר כדברי האחרונים הנ"ל ודלא כהקונה"ס. וראיה זו מביא הקונה"ס בעצמו בכלל ב' אות ז' אחר שמבאר דברי התוס' כתב דמבואר דסברי דדוקא לאחר הספק הוא דלא מהני אבל תפיסה דבשעת הספק מהני. ומסיים ודבר זה יתבאר בכלל הסמוך אך לא כתב דמבואר בתוס' הפך שיטתו בכלל ג'. וע"ע שם בכלל ג' אות ז' מש"כ דרך אחר לבאר דברי התוס' דידן בשם אחיו ודבריו צ"ב דגם שם יחלוקו ביסודו הוא דין של הממציא דמה שחולקים בדררא דממונא הוא משום דנחשב כשניהם מוחזקים כמש"כ תוס' ב"מ צ"ו וקט"ז: .

אבל הכא מעיקרא נולד הספק. מבואר בדבריהם דאע"ג דלא באו לדין אלא אחר נפילת הכותל מ"מ חשיב תפיסה אחר לידת הספק כיון שצדדי הספק היו קיימים גם לפני נפילת הכותל. והרשב"א לקמן ד. חולק וס"ל דכיון שלא התעוררה הספק עד אחר נפילת הכותל לרשות אחד מהם נחשב כתפיסה לפני לידת הספק. דהיינו שנחלקו תוס' והרשב"א בגדר לידת הספק. תוס' ס"ל שלידת הספק הוא מיד כשנולדו צדדי הספק אף שלא תבעו עדיין זה את זה, והרשב"א ס"ל שלידת הספק הוא רק כשדנים בפועל. ומצאנו כמה מקומות שנחלקו הפוסקים מהו זמן לידת הספק כעין מחלוקת תוס' והרשב"א. א. נחלקו התה"ד והש"ך [דבריהם הובאו בקונה"ס כלל ג' אות ב'] במשכיר מרחץ לחברו ויש ספק אם חודש העיבור בכלל השכירות או לא ובא המשכיר בסוף החודש אם תפיסת השוכר נחשבת תפיסה לפני לידת הספק או אחר לידת הספק. התה"ד ס"ל דאע"פ שהספק הוא אם תפוס לשון ראשון או לשון אחרון וצדדי הספק נולדו בזמן השכירות מ"מ כ"ז שלא בא המשכיר ותובע לא חשיב לידת הספק. והש"ך ס"ל שהספק נולד מיד בתחילת השכירות אף שלא דנים בפועל עד שבא המשכיר. ב. בכלל ג' אות ה' נחלקו הש"ך והקונה"ס מהו זמן לידת הספק בתיקו ובעיא דלא איפשטא. הש"ך ס"ל דמיד בזמן חתימת הש"ס הוא זמן לידת הספק וכל תפיסה בתיקו הוא תפיסה אחר שנולד הספק. וקונה"ס ס"ל דזמן לידת הספק בספיקא דדינא הוא כשנעשה המעשה שעליו הספק. ובכלל ד' אות ו' ד"ה ובעיני מביא שיטמ"ק בב"מ בשם ר"פ דבספיקא דדינא אפילו שקרה המעשה שעליו הספק לא חשיב ליה ספק עד שבאו לדון לפני כ"ד ע"ש. [אך פשוט שיש לחלק בין זה לנידון דתוס' והרשב"א]. ג. בכלל ד' אות ו' נחלקו הקונה"ס והתומים בהא דמסתפקת הגמ' בקידושין במקנה קרקע לאחד ואגב הקרקע מקנה מטלטלין לאחר אם קנה או לא וכתב הסמ"ג שאם תפס השני את המטלטלין אחר שהחזיק הראשון בקרקע אין מוציאין מידו. והש"ך מוכיח מזה דהסמ"ג ס"ל דבספיקא דדינא מהני תפיסה. והתומים דוחה דמיייר שתפס לפני שתבע המוכר את המטלטלין מהקונה והיו כתפיסה קודם שנולד הספק. וכתב ע"ז הקונה"ס אין דבר זה נכון דמה לנו בחזרתו דאין הספק מתחיל בחזרתו אלא מיד שהקנה קרקע לזה ומטלטלין לזה נולד הספק אם חל קנין המטלטלין או לא. הרי שנחלקו אם לידת הספק הוא כשנולדו צדדי הספק או כשדנים בפועל. עי' כתובות ט"ז: במש"כ הרשב"א ורמב"ן בשם י"מ [הובא בשיטמ"ק שם בד"ה זמנין] וסברת הי"מ הוא כדברי התומים.

אמנם יש לחלק בין מחלוקת תוס' והרשב"א למחלוקת זו של התומים והקונה"ס. דע' בשיטמ"ק כאן בשם תה"ר דגם חולק על תוס' וס"ל שלידת הספק בכותל הוא רק אחר נפילה כשיטת הרשב"א. וז"ל כיון שלא נודע לנו שום ספק בכותל קודם נפילה ואפשר אותו שנפלו האבנים לרשותו אילו היה אומר כשהיה הכותל עומד שלי הוא חברו מודה לו נמצא שלא נולד לנו ספק עד אחר נפילה עכ"ל. וסברא זו קיימת רק בספק במציאות אבל בספיקא דדינא כההוא דקרקע לזה ומטלטלין לזה אפילו שכוונתו היה להקנות לא קנה הלוקח א"כ בזה יתכן שידור תוס' הרא"ש והרשב"א שגם לפני שתובע המוכר איכא לידת הספק.

מה שהוכיחו התוס' מבקעה דלא מהני תפיסה כתב תוס' הרא"ש דהתם שאני כיוון שיש תקנת חזית אם אין חזית זה הוכחה שהוא של שניהם. וכן כתב הרמב"ן ומדייק כן בלשון רש"י לקמן ד: ועי' מש"כ בזה הקצה"ח בס' קנ"ז סק"ג.

אבל הכא איכא דררא דממונא. הקצות בס' קנ"ז סק"ג הקשה אמאי חשיב הכא דררא דממונא מאי שנא מב' אוחזין בטלית דמבואר בריש ב"מ דלא חשיב דררא דממונא. ועוד למה לא כתבו דהכא חשיב שניהם מוחזקין כמו שכתב הרמב"ם בפ"ט מטוען דב' היושבים בצד ערימה של חיטין חשיב כשניהם מוחזקין. ועי' בקה"י כאן שמישב שב' אוחזין בטלית ליכא דררא דממונא משום דאיכא חזקה שכל מה שתופס כ"א מהם שלו כלשון התוס' ב"מ ב. אבל הכא דאינם אוחזין ליכא חזקה והמצב של עמידת הכותל בין שני חצירות מעורר ספק וחשיב דררא דממונא. והרמב"ם לגבי ב' שיושבים בצד הערימה כתב בהדיא דמיייר דוקא בסימטא או חצר של שניהם אבל הכא שהספק הוא גם על המקום לא חשיב כאוחזין.

עוד כתב שם הקצות לישב עיקר קושית תוס' אמאי איצטרך לפיכך דלולא לפיכך היה חלוקה מספק ורק בזה אומר כולה שלי וזה אומר כולה שלי חולקין אבל בזה אומר כולה וז"א חציה זה נוטל ג' חלקים וזה נוטל רביע. אבל אחר הלפיכך גם בזה חולקים. ועי' קה"י כאן ס' א' שמביא בשם ספר אחד שהקשה א"כ מה קושית הגמ' לקמן פשיטא הא קמ"ל דגם בכה"ג חולקים. ועי' ברשב"א הובא בשיטה לקמן ד. שכתב מפורש כדברי הקצות והקשה מאי פריך פשיטא הא איצטרך לפיכך להיכא דאחד אומר כולה שלי ואחד אומר חציה שלי ע"ש מש"כ בזה. וגם הרמ"ה כאן אות ג' כתב נ"מ זו ומוסיף דע"כ מתני' מיייר באופן זה שאם כ"א אומר כולה שלי אין הלפיכך יכול להכריע ביניהם שהרי לדברי שניהם שינו מעיקר הדין. [שו"ר שהקה"י בעצמו מביא בהמשך דבריו את הרמ"ה ואת הרשב"א ע"ש].

יש לעיין אמאי קשיא לתוס' למה צריך להגיע ללפיכך ולא ס"ל תי' זה שכתב הקצות והובא שהרשב"א והרמ"ה כתבו כן. ובפרט שהרמ"ה כתב דבהכרח איירי הכא שאחד תובע הכל והשני תובע חצי. ונראה שהתוס' ס"ל שגם בלי לפיכך היו חולקים

כאן אפילו בזה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי. שהתוס' בב"מ ב'. הקשו אמאי לא יקבל האומר חציה שלי חצי במגו דכולה שלי. ותיירצו דהוי מגו להוציא, וזה משום דשניהם אוחזין והממון המסופק הוא בחזקת שניהם. אבל הכא דמוכח דתוס' ס"ל דאין זה נחשב אוחזין א"כ אין זה מגו להוציא, ולכן גם באופן שזה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי חולקים בשוה גם בלי לפיכך שהאומר חציה שלי נאמן במגו דכולה שלי. ורק הקצה"ח דס"ל דהכא נחשב כשנים אוחזין ומדמה למש"כ הרמב"ם בשנים עומדים בצד ערימה של חטיף, לכן תירץ דצריך לפיכך לכולה שלי וחציה שלי דלדבריו גם כאן זה מגו להוציא, אבל תוס' לשיטתם אינם יכולים לתרץ כן.

בקושית רע"א על סוף דברי התוס' אמאי הוצרכו למימר דלולא לפיכך היה נאמן במגו דלקחתי ע' מש"כ בקר"ש בשם הגרנ"ט זצ"ל וכדבריו כתב גם הקה"י בס' ב' אות ב'.

ממה שכתבו התוס' שלפני ששהו הרבה אין טענת לקוח משום דשותפין לא קפדי אהדדי מוכח דס"ל דהא דבונין את הכותל באמצע היינו שכל הכותל משותף לשניהם. דאי נימא דחצי כותל של זה וחצי של זה הרי אינם שותפים כלל לא בחצר ולא בכותל אפילו לצד שבנו יחד וא"כ לא שייך בזה שותפין לא קפדי אהדדי. וענין זה הוא מחלוקת בירושלמי כמו שהובא בקצה"ח בס' קנ"ז סק"ה וס' ר"ס סק"א. ומבואר בירושלמי דנ"מ למציאה שנפלה על הכותל שאם זה חצר השותפין אינו נקנה לאחד מהם אלא נשאר הפקר דסובר הירושלמי שחצר השותפין אינו קונה בקנין חצר כמו שמבאר הקצות בס' ר"ס. ועיין מה שכתבנו בזה בס"ד לקמן י"א: .

הא דאחר הלפיכך לא מהני מגו דלקוח כתבו התוס' דהוי כמגו במקום עדים דאנן סהדי שלא עשאה לבדו כיון שהיה יכול לדחוק את חברו בדין. הש"ך בכללי מגו ס' פ"ב כלל ב' מביא שמבואר בכמה מקומות דלא מהני מגו לשנות מנהג המקום כגון אריס שטוען שהתחייבו לו מחצה במקום שהמנהג שמקבל שליש אינו נאמן אפילו במגו. ומסיים הש"ך דכה"ג כתבו התוס' בריש ב"ב דלא מהני מגו לומר שבנה את הכותל לבד כיון שהמנהג שעל שניהם לבנותו. ודברי הש"ך לכאן אינם מובנים דבחצר לרוב הראשונים חייבים לבנות אפילו במקום שנהגו שלא לבנות א"כ אין טענתם ששינו מהמנהג. ואף שחיוב גויל וגזית הוא רק אם נהגו בזה אין טענה ששינו מהמנהג שהרי חזינן שבנו גויל כמנהג המקום אלא שאחד טוען שבנה לבד וזה לא נוגע למנהג. וראיתי בגאון שם סק"ג שמביא ראית הש"ך ומוסיף בזה"ל וע' תוס' דב"ב ב. סד"ה לפיכך ואמר במתני' שם וכן בגינה מקום שנהגו וכו' עכ"ל. דהיינו שראית הש"ך הוא מגינה [או בקעה למסקנת הגמ'] ששם חיוב בניית הכותל תלוי במנהג וגם בזה אמרינן דאם נפל הכותל המקום והאבנים של שניהם ומזה למד הש"ך דלא מהני מגו נגד המנהג. אך גם אחרי התוספת של הגאון אכתי דברי הש"ך צ"ע כמו שהקשה הקצות שם סק"ז דהכא שאני שהמנהג גורם שיכול לכוף את חברו על בניית הכותל וחזקה שאם יכול לכוף בודאי עשה כן ואין זה נוגע למגו נגד מנהג. וע"כ שצדקו דברי הקצות דחזינן דבחצר גם במקום שנהגו שלא לבנות אמרינן לפיכך אף דאין המגו נגד המנהג. ובגינה מקום שנהגו הוי כחצר במקום שלא נהגו ואין מזה ראיה לשאלה של מגו נגד המנהג.

מחיצת הכרם שנפרצה. נחלקו תוס' והרמב"ן בטעמא דאומרים לו גודר שיטת התוס' שאל"כ אינו חייב באחריות דסבור היה שאין החיוב עליו. והרמב"ן ס"ל שאם לא התור בו לא היו הכלאים נאסרים דבעינן יאוש כמש"כ התוס' בעמ' ב' וכ"ז שאינו יודע שעליו לגדור חסר בניהותא דמה שאינו גודר אינו משום דניחא ליה אלא משום דסבור שעל חברו לגדור. דהיינו שנחלקו תוס' והרמב"ן בתרתי. א. לתוס' נאסר בלי התראה לרמב"ן אינו נאסר א"כ אמרו לו גודר. ב. לתוס' אף שנאסר אינו חייב לרמב"ן אילו היה נאסר היה חייב באחריות גם בלי התראה כמפורש ברמב"ן בקונטרס דד"ג והתראה צריך רק בשביל האיסור ולא בשביל התשלומין. ומה שהקשה הק"ש על הרמב"ן שלא יתרו ולא יאסר נראה לכאן דלק"מ וכי פשיטא לן שאינו יודע שעליו לגדור ועל הצד שיודע הרי יש כאן יאוש ונאסר משום כלאים א"כ למעשה יאסר גם בלי התראה דחיישינן שמא ידע, אלא שיוכל לפטור את עצמו מהתשלומין בטענה שלא ידע וממילא ליכא יאוש ולא נאסר וכדי שיהיה הוכחה שנאסר ונוכל לחייבו לשלם בעינן התראה.

בביאור מחלוקת תוס' והרמב"ן אם חסר בניהותא כשלא ידע שעליו לגדור נראה דיש להסתפק בגדר הניחותא בכלאים אם בעינן ניחותא חיובית כמו הניחותא שצריך בהכשר זרעים או שלא צריך שבפועל יהיה ניחא ליה כדי שיחול האיסור אלא כל שעוסק לעקור את הכלאים זה מונע את האיסור מלחול. והיכא שאינו גודר מפני שחושב שחברו חייב לגדור ליכא הוכחה על ניחותא חיובית ולכן סובר הרמב"ן שאינו נאסר אבל תוס' ס"ל כיון שלמעשה אינו עוסק לגדור אין מה שיתיר ולא בעינן ניחותא חיובית.

ובל"ה יש להוכיח דהרמב"ן ס"ל דבעינן ניחותא חיובית דמבואר בב"ק דחיובו של בעל הכרם הוא מדינא דגרמי. והקשה הרמב"ן בקונטרס דינא דגרמי אמאי אינו חייב גם למאן דלא דאין דינא דגרמי על מה שהכרם מזיק לתבואה כדין שור המזיק. ותי' הרמב"ן וז"ל דלא מתסר מחמת ערוב ערוב לחודיה אלא מפני שנתיאש מלגדור ויאוש הוא הגורם האיסור והוא הגורם לו להתחייב עכ"ל. דהיינו כיון שהנזק נגרם ע"י יאוש ואין זה מעשה גמור חשיב גרמי. וכל זה ניחא אי אמרינן שכ"ז שאין ניחותא אין סיבה לאיסור כלאים א"כ אין הממון המזיק אבל אם הערוב מצד עצמו אוסר אלא שמה שדעתו לעקור הוא מתיר כשאין דעתו לעקור חוזר ממנו להיות מזיק ולמה לא יתחייב מדין שור. אלא מוכח דהרמב"ן ס"ל דבעינן ניחותא חיובית ולכן סובר הרמב"ן דכ"ז שלא התור בו אין ניחותא ולא נאסר.

גם התוס' דסברי דלא בעינן ניחותא חיובית ולכן אף שאינו יודע שעליו לגדור חל איסור כלאים כיון שאינו עוסק לעקור אזול לשטתם דכתבו בעמ' ב' דכלאים חשיב היזק ניכר משום שניכר התערובת משא"כ מטמא אף שרואין השרץ ע"ג הפירות לא רואים הטומאה דאולי לא היה הכשר מים. וקשה הא גם בכלאים לא רואים את הניחותא ע' קר"ש שעמד בזה. אך אי אמרינן דלא בעינן ניחותא חיובית אלא מה שעוסק לגדור ולעקור הוא מתיר ניחא דכשאין מתיר הערוב אוסר ושפיר הוי היזק ניכר. והראוני שבספר תורת האוהל למהרי"ל דיסקין זצוק"ל כתב לבאר כך את דברי התוס'. ולפ"ז תוס' לשטתם סברי דגם בלי התראה נאסר דלא בעינן ניחותא חיובית.

הרמב"ן בקדד"ג גם הקשה כקושית התוס' דכלאים הוי היזק שאינו ניכר ובתי' השני תי' שבאמת זה היזק שאינו ניכר ואעפ"כ מזידינן חייבים [תוס' דחו תי' זה] וגם בתירוצו הראשון שכתב דהוי היזק ניכר לא כ"כ מטעמיה דהתוס' שרואים את האיסור אלא דתערובת גפן בתבואה נחשב שינוי במצב של התבואה ושינוי החוזר לברייתו ככגון זו שינוי והרי הוא ערשה

מעשה ניכר שהערבוב שינוי הוא ולא דמי למטמא דאגע בהו שרץ ע"ש. דהיינו שאילו מגע השרץ היה שינוי בפירות היה נחשב היזק ניכר אע"פ שלא ניכר ההכשר ולכן כלאים שהוא באמת שינוי בתבואה הוי ה"נ אע"פ שלא ניכר הניחותא.

נמצא דהרמב"ן ס"ל דבעינן ניהותא חיובית כדמוכח מתירוצו על השאלה דהוי שור ולכן ס"ל דבלי התראה לא נאסר. ותוס' ס"ל דלא בעינן ניהותא חיובית כדמוכח מדחשיב היזק ניכר ולכן ס"ל שגם בלי התראה נאסר. ובחקירה זו בגדר ניהותא דכלאים יש לבאר מחלוקת התוס' והר"ש שהובא ברע"א בשו"ע או"ח ס' רנ"ג ובחיי אדם הל' שבת כלל כ"ז סע' ד' אם בכלאים אמרינן אין אדם אוסר דבר שאינו שלו. ורע"א והח"א הבינו שנחלקו בכללא דא"א אוסר דבר שאינו שלו ע"ש. ולדברינו י"ל דפליגי בגדר ניהותא דכלאים שאם צריך מחשבה חיובית שייך בזה האי כללא ואם לא בעינן מחשבה חיובית פשוט שלא שייך בזה אאאדש"ש. וע' באבי עזרי פ"ג משבת ה"י מש"כ בדברי רע"א. וע"ע בענין אאאדש"ש בכלאים בקובץ הערות ס' ס"א.

אכתי צריך לבאר החלק השני של מחלוקת התוס' והרמב"ן דתוס' ס"ל דאע"ג דנאסר פטור מלשלם כיון שלא ידע שעליו לגדור והרמב"ן ס"ל שאילו היה נאסר לא היה נפטור מלשלם בטענה שלא ידע. דהיינו שתוס' ס"ל דאע"ג דבכל אדם המזיק אדם מועד לעולם בין שוגג בין אונס בגרמי אינו חייב אלא במזיד או עכ"פ בפשיעה אבל שוגג או אונס פטור. והרמב"ן בקד"ג אחר שמביא שיי"א שגרמי לא חייב על שוגג ולכן בעינן התראה בכלאים כתב וז"ל ומיהו הגורם היזק ניכר חייב לר"מ בין בשוגג בין במזיד בין באונס שאדם מועד לעולם וזו ששנויה אומרינן לו גדור לאו משום התראה הוא לחייבו אלא מפני שאינו נאסר אא"כ התרו בו עכ"ל. מפורש שמה שהרמב"ן חולק על פירוש התוס' הוא משום דס"ל שגם בגרמי אמרינן אדם מועד לעולם.

סברת התוס' שאין דין אדם מועד לעולם בגרמי יש לבאר בב' אופנים. א. תוס' אזלו לשטתם שכתבו בכמה מקומות [ב"ק נד. ד"ה חמור סב: ד"ה יצאו לקמן כב: ד"ה זאת] שגרמי אינו אלא מדרבנן ולא חייבו חכמים אלא מזיד [גם לתוס' צ"ל שהגדר של מזיד לענין גרמי שונה מהמזיד שצריך בהיזק שאינו ניכר דלקמן בד"ה וחייב באחריותו כתבו דאילו היה כלאים היזק שא"נ לא היו מחייבים את בעל הכרם דאינו מזיד ואעפ"כ לענין גרמי מחייבין אותו כיון שהוא פושע אבל בהשא"נ בעינן מזיד ממש דתקנו כדי שלא יהא כ"א מטמא טהרותיו של חברו]. ב. אפילו אם גרמי הוא מן התורה יש מקום לומר שגם לר"מ אין גרמי כמזיק ממש דע"י בחי' הר"ן סנהדרין עז: שכתב שגם מאן דדאין דד"ג מודה שרוצח ע"י פעולה שהיא גרמי פטור דרך לענין חיוב מזיק גרמי חייב ולא לענין רציחה. מבואר שגם ר"מ מודה דגרמי לא חשיב מזיק ממש אלא דס"ל שגם בזה מחייבים אבל הוא דין מזיק מחודש. ויתכן שבזה לא נאמר הדין של אדם מועד לעולם. וכעין זה כתב היש"ש הובא בש"ך ס' שפ"ו סק"א בד"ה ועוד נ"ל ראייה דדינא, לדחות ראית התוס' שגרמי דרבנן מהספק של הגמ' בסוף הכונס אם עשו תקנת גזול במסור ואי נימא דגרמי מן התורה מה הצד שלא עשו בזה תקנת גזול. וכתב היש"ש שיש לדחות שאפילו אם גרמי דאורייתא דילמא לא עבדו רבנן תקנתא רק במזיק ממש ולא בגרמי. והש"ך כתב דאינו נראה דאם גרמי חייב מן התורה אין לחלק בינו למזיק ממש. ומה"ט כתב שם הש"ך בד"ה ועוד נ"ל ראייה ממאי, שממה דמוכח בהגזול ומאכיל דמסור באונס פטור מוכח דגרמי דרבנן אבל לדברי המהרש"ל יתכן שאפילו אם גרמי דאורייתא אינו חייב על אונס. וכן מבואר בקצה"ח בס' שפ"ו סק"ג שמביא שיטת בעה"ת שאפילו לר"מ שמחייב גרמי, בגורם דגורם הוא מודה שפטור [דלא כרמב"ן שמחייב גם בזה]. ומביא הקצות שהש"ך כתב דמזה שפוטור בעה"ת גרמי של גרמי מוכח דס"ל גרמי דרבנן והקצות חולק שאפילו אם גרמי דאורייתא אין זה מזיק גמור וא"כ יש מקום לפטור גרמי דגרמי ע"ש. דהיינו שהש"ך בג' מקומות ס"ל שאם גרמי דאורייתא אין לחלק בינו למזיק אבל היש"ש והקצות לא ס"ל כן.

בספק זה אם לר"מ גרמי הוא מזיק ככל מזיק או שגם לר"מ זה דין מזיק מחודש תלוי מה שנחלקו הראשונים לענין גרמי דבהמתו שהנ"י בב"ק מה: כתב בשם הרא"ה שאפילו מאן דדד"ג זה רק באדם המזיק אבל ממונו שהזיק ע"י גרמי פטור "שלא חייבה תורה על הכשר נזקי בהמה כדכתיב איש בור ולא שור בור" וזה אפילו שגרמי דאורייתא כמבואר בלשון הרא"ה. והנ"י לומד שם בדעת הר"ף שחולק וס"ל שגם גרמי דממונו חייב. ותלוי במה שנתבאר לעיל, שאם גרמי לר"מ הוא ככל מזיק למה לא נחייב גרמי דממונו אבל אם גרמי גם לר"מ הוא דין מחודש יש מקום לומר שבממונו לא חייבים על גרמי. ובדעת הרמב"ן נחלקו הש"ך ס' שפ"ו סק"ה והקצות שם סק"ח עם הפנ"י ע"ש וכתבנו מזה בס"ד במק"א.

עוד תלוי בספק זה מה שנחלקו הראשונים בחובל בחברו ע"י גרמי אם חייב ה' דברים או רק נזק. שהקצות בס' ש"ח סק"ב כתב בשם הרמ"ה שאין משלם אלא נזק ומדברי הרמב"ן בקד"ג מוכח שחולק שהקשה על הדין של הדקיה באינדורנא דמבואר בב"ק פה: שחייב שבת. והקשה הרמב"ן דלכאורה אין זה אלא גרמי ולמה חייב לרבנן דר"מ. ומשמע דלר"מ ניחא דחייב שבת מדין גרמי ודלא כרמ"ה. וגם זה לכאורה תלוי במה שנתבאר לעיל.

תוד"ה אומר לו גדור. כתבו שמה שהחייב לגדור על בעל הכרם הוא משום דר' אמות שאמרו משום עבודת הכרם. וחייב הרחקה משום עבודת הכרם אינו מדין כלאים אלא חיוב הרחקה שלא יזיק ע"י מחרשתו לבעל התבואה. [נע' לשון התוס' בב"ק ק:]: וחשיב גירי דיליה כיון שהחשש שיזיק בידים כשיכניס המחרשה. ובפשטות כוונת התוס' כיון שבפועל מוטל על בעל הכרם להרחיק ובגלל שלא הרחיק נאסר משום כלאים בעל הכרם חייב מדין גרמי על מה שלא גדר אע"פ שאין קשר בין חיוב ההרחקה לאיסור כלאים. וזה שיטת הרמ"ה שהובא בטור בס' קנ"ז שמי שיש עליו חיוב כותל משום היזק ראייה ולא בנה הכותל ונכנסו גנבים לרשות חברו חייב לשלם מדין גרמי. וביד רמ"ה כאן מבואר שלמד כן מהדין של מחיצת הכרם. וב' חידושים למד הרמ"ה מחיובו של בעל הכרם א. שאף שחיובו לגדור הוא לא כדי שלא יאסר משום כלאים אלא מטעם אחר מ"מ כיון שבגלל שלא עשה מה שהיה מחויב נגרם נזק הוא נחשב המזיק מדין גרמי. ב. נחשב מזיק מדין גרמי אף שלא עשה שום מעשה אלא שלא גדר ומוזה למד הרמ"ה שגם אם חיובו לבנות כותל הוא משום ה"ר ולא לשמור מגנבי מ"מ הוא נחשב גורם לנזק של הגניבה בזה שלא גדר ומוסיף הטור שהרא"ש חולק דאין זה אלא גרמא ופטור.

מצאנו בעוד מקום שיש חיוב מזיק מדין גרמי בשבב ואל תעשה דנפסק בס' ס"ו סע' י"א במוכר שט"ח לחברו וצריך חלוקה שבועה כדי לגבות צריך המוכר לישבע כדי שיוכל חלוקה לגבות ואם לא נשבע המוכר יפסיד חלוקה. [מקורו מהרא"ש פרק דף ב.הכותב ס' י"ח]. ומבואר בשו"ע שאם לא רצה לישבע צריך המוכר לשלם לחלוקה. וכתב שם הגאון בסקמ"ו שחיובו מדין גרמי כדין מחל, מבואר שכיון שמוטל עליו לישבע וע"י שנמצע מלקיים חיובו נגרם נזק יש לו דין מזיק אף שלא עשה שום מעשה. אך דין זה יש לבאר באופן אחר וע"י מה שכתבנו בזה בס"ד בכתובות דף פו.

מדברי הרמ"ה מוכח שחולק על הרמב"ן בקדד"ג שהובא לעיל שכתב שמה שאין במחיצת הכרם חיוב של ממון המזיק הוא משום שהנזק בא ע"י יאוש של בעל הכרם. ולדברי הרמב"ן בודאי אין ללמוד מכאן למי שלא בנה כותל ובאו גנבים דהכא שאני שהוא מזיק ע"י יאוש משא"כ שם אין לו שום שייכות לעצם הנזק אלא מוכח מדברי הרמ"ה שאין היאוש דבר חיובי שגורם שיאסר אלא כמו שנתבאר לעיל בדעת התוס' שמה שעוסק לעקור זה מתיר וכשאין דעתו לעקור האיסור חל מאליה ע"י העירבוב ושפיר למד מזה הרמ"ה לגנבים. ובאמת ביד רמ"ה מבואר דמה דבעינן התראה הוא כדי לחייבו באחריות כתוס' אבל האיסור חל גם בלי התראה ולא כרמב"ן וזה משום דס"ל שלא בעינן ניהותא חיובית ולכן אף שלא ידע שעליו לגדור לא חסר ביאוש ולכן למד מכאן לגנבים שגם כאן אין שום מעשה מצד בעל הכרם. והרא"ש בפ"ב ס' י"ז כתב שחיוב גרמי יש רק כשהנזק הוא מיד בשעת מעשה וכתב ע"ז וכן נתיאש מיד בשעת יאוש נעשה כלאים. ומוכח מזה שלמד כרמב"ן שהמזיק הוא היאוש דאי אמרינן שנחשב מזיק על מה שלא גודר אין כאן שום מעשה שנאמר שהנזק הוא מיד בשעת מעשה, ועוד דאינו מיד דלא נאסר עד היאוש, אע"כ דס"ל שהיאוש הוא מעשה ההיזק שמחייבו מדין גרמי כשיטת הרמב"ן ולכן לדעת הרא"ש אין ללמוד ממחיצת הכרם לגנבי שגנבו מחמת שלא בנה כותל וזה מתאים עם מש"כ הטור בס' קנ"ז דהרא"ש פליג על הרמ"ה.

כל זה לפי ההבנה הפשוטה בדברי התוס' שכיון שהחייב להרחיק משום עבודת הכרם ממילא הוא אחראי על הנזק שנגרם ע"י שלא הרחיק. אבל המעיין בסוגיא דעירובין דף צב: ודף צג. יראה דמבואר שם דד' אמות כיון דצריך לכרם הוי ככרם עצמו ע"ש ברש"י ד"ה ה"ג. ודמי לחצר גדולה וקטנה דמבואר שם דאם יש כרם בגדולה חל שם כרם על הקטנה שהיא טפילה לגדולה וגם הד' אמות סמוך לכרם חל עליו שם כרם. וע"ש בתוד"ה גפנים שהאיסור הוא לזרוע במקום שיש עליו שם כרם ואין איסור לנטוע כרם במקום שיש עליו שם שדה תבואה. נמצא שהכרם הוא הגורם לאיסור דע"י הכרם חל שם כרם על המקום שזרוע התבואה לכן עליו חיוב ההרחקה יעו"ש.

הרמב"ן מבאר מה שחיוב ההרחקה על בעל הכרם מטעם אחר וז"ל כיון שיש איסור בדבר מחמת הכלאים וכו' מחייבין אותו לגדור שהוא המקיים כלאים בכרם שבא לתחומו של חברו ואין חברו נכנס בתחומו עכ"ל. ואינו מובן דגם הנוטע אילן סמוך לבורו של חברו באים השורשים בגבולו של חברו ואעפ"כ סבר ר' יוסי שעל הנזק להרחיק דלא הוי גירי דיליה. ולמה כאן החיוב על בעל הכרם. וז"ל הרמב"ן בקדד"ג [קרוב לסוף] דכיון שיש בה איסור כלאים חייב לגדור וחברו פטור מלגדור שהוא בתוך שלו הוא עומד ואינו בא בגבולו של חברו אבל זה שבא בגבולו עליו לגדור מחמת שאסור לערב הגפנים בתבואה וכו' אבל היכא דליכא איסורא סבר ר"י על הנזק להרחיק עכ"ל. וביאור דבריו הוא דהא דסבר ר"י על הנזק להרחיק הוא משום דס"ל שמה שנגרם נזק לניזק אינו סיבה לחייב את המזיק להרחיק אלא אם רוצה שלא ינזק ירחיק הוא את עצמו ואם אינו רוצה להרחיק אין סיבה לחייב אף אחד מהם להרחיק. משא"כ בכלאים שיש איסור מקיים מוכרחים להטיל חיוב ההרחקה על אחד מהם ובזה מודה ר"י שראוי לחייב יותר את מי שבא בגבולו של חברו. אמנם יש מהראשונים שכתבו שברייטא זו דלא כר"י דלר"י אין חיוב על בעל הכרם יותר מבעל התבואה כן מביא הרמב"ן שם והנ"י כאן בשם י"מ.

ור"ת מפרש דנקט תרי זימני לאשמועינן שלא מצרפים התוספת של שני הפעמים אלא בעינן הוסיף מאתים בנפילה אחת. [הרמב"ן מביא י"מ איפכא דאשמועינן שמצרפים את התוספת של שתי הנפילות]. התוס' בב"ק כתבו שהכלל בזה לענין קמא קמא בטיל הוא שמה שמוסיף בלי הפסק לא אמרינן קמא בטיל אבל אם היה הפסק כמו כאן שגדר אמרינן קמא קמא בטיל והביאו ראיה שבלי הפסק לא אומרים קמא קמא בטיל מבצל של שביעית שנטעו בשמינית ורבו גידוליו העיקר בטל בתוספת ולא אמרינן שהתוספת בטל קמא קמא. וכתב הרמב"ן לדחות ראית התוס' דהתם שאני שהתוספת הוא התר והתר אינו בטל באיסור. [בביאור המחלוקת של תוס' והרמב"ן אם התר בטל באיסור ע"י קובה"ע ס' נ"ט]. ומוסיף הרמב"ן דכיון דהתיירא לא בטל גם כאן בכלאים לא אמרינן קמא קמא בטיל שהתוספת הוא התר עד שמגיע לאחד ממאתים. וחי' גדול חידש בזה הרמב"ן דברש"י בפסחים כה. מבואר שמה שצריך הוסיף מאתים הוא משום שזה השיעור ביטול של כלאים דהיינו שמיד שיש ערוב חל איסור כלאים על כל מה שמוסיף. אלא כ"ז שלא הוסיף מאתים התוספת האסורה ביטלה ברוב התר, ולפ"ז אין זה ביטול של התר בהתר אלא של איסור בהתר. ומדברי הרמב"ן מבואר דס"ל שאין זה מדין ביטול אלא שהאיסור כלאים של זרע ובא שנלמד מקרא בפסחים כה. חל רק אחרי שמוסיף מאתים ועד אז התוספת הוא התר ולכן לא מהני ליה ביטול דהתר אינו בטל וכשמגיע למאתים נאסר כל התוספת. וכבר העירו רבותינו האחרונים שמוסוגיית הגמ' בפסחים כה. לכאור' מוכח דלא כרמב"ן ע"ש.

הרמב"ן בקדד"ג קרוב לסוף דן בהרחקת נזקין דפ' לא יחפור אם לא הרחיק והזיק אם חייב לשלם וכתב דלר"מ דדאין דד"ג אם הניח גפת והזיק לכותלו של חברו חייב לשלם מדין גרמי. ומוסיף הרמב"ן דאע"ג שלא הזיק מיד עם הנחת הגפת יש חיוב גרמי גם כשהנזק לא בא מיד אחר המעשה שלו שגם במחיצת הכרם לא בא הנזק מיד אלא רק כשמוסיף מאתים ע"ש. ודברי הרמב"ן בזה לשטתו דס"ל שכל האיסור מתחיל רק אחרי שמוסיף מאתים ואעפ"כ חייב ומוכח שלא בעינן שיתחיל הנזק מיד כשעשה המעשה, אבל אי נימא דהתוספת אסורה מיד אלא שבינתיים יש התר של ביטול מסתבר שנחשב שהתחיל הנזק מיד דאין האיסור מתחדש כשמוסיף מאתים אלא שאז יורד ההתר של ביטול. והרא"ש בפ"ב ס' י"ז שהובא לעיל כתב איפכא מהרמב"ן דיש תנאי בחיוב גרמי שיבוא הנזק מיד וכתב דבכלאים הנזק הוא מיד דמיד עם היאוש נאסר. ואף דבעינן הוסיף מאתים חשיב שהנזק מתחיל מיד דאין זה אלא דין ביטול. נמצא דהרמב"ן והרא"ש נחלקו אם בעינן שהנזק יבוא מיד כדי לחייב מדין גרמי. הרמב"ן מוכיח ממחיצת הכרם דלא בעינן מיד והרא"ש כתב שאין ראיה משם. ותלוי אם הדין של הוסיף מאתים הוא דין שלא נאסר כלל עד שמוסיף מאתים, זה שיטת הרמב"ן. והרא"ש סובר כשיטת רש"י שנאסר מיד ומאתים אינו אלא דין ביטול ברוב.

דף ב:

תוד"ה וחייב באחריותו. כתבו דכלאים נחשב היזק ניכר כיון שרואים את העירבוב. מבואר דס"ל דאע"ג שאין היזק בגוף הממון דאינו אלא איסור מ"מ אם ניכר האיסור חשיב היזק ניכר, אך הרמב"ם בפ"ז מחובל ה"א כתב שהיזק שאינו ניכר הוא שלא נשתנה הדבר ולא נפסדה צורתו ולדבריו גם כשניכר האיסור יחשב היזק שאינו ניכר. ולדעת הרמב"ם יקשה קושית התוס' אמאי חייב בעל הכרם הא הוי היזק שא"ג. וצ"ל שיתרץ כמו שמתרץ הרמב"ן בקדד"ג כהאין לומר של תוס' שבאמת זה השא"ג וחייב מדרבנן. עוד כתב הרמב"ן שם שכלאים חשיב היזק ניכר "ולא דמי למטמא דאגע בהו שרץ שהעירבוב שינוי הוא עד שאתה מחזירו לברייתו" דהיינו שעירבוב הגפן בתבואה נחשב שינוי במצב של התבואה וניכר שיש כאן מצב של איסור משא"כ

מטמא אף שניכר השרץ ע"ג הפירות אין זה נחשב שינוי במצב של הפירות. ויתכן שגם תי' זה י"ל לדעת הרמב"ם דאע"פ שלא נפסדה צורתו מ"מ כיון שהשתנה מצב התבואה אולי סגי בזה.

בעיקר המחלוקת בגדר היזק שאינו ניכר אי סגי בזה שידוע הנזק או שצריך דוקא שנפסדה צורתו כתב הקו"ש שהוא תלוי במחלוקת בגמ' בב"ק צז. בגזל מטבע ופסלתו מלכות אי חשיב היזק ניכר ואינו אומר הרי שלך לפניך או שנחשב היזק שא"נ. דר"י מדמה פסלתו מלכות לנסדק דס"ל דסגי בניכר אף שלא נפסדה צורתו ור"ה מדמה פסלתו מלכות לטומאה דחשיב אינו ניכר אף שידוע הפסול כיון שלא נשתנה צורתו. ועל דרך זה כתב גם האו"ש בפ"ג מחמץ ה"ח ד"ה אולם. וע"ע בזה באבן האזל פ"ד מחובל ה"ד.

היזק ראיה. כו"ע מודו דאסור להסתכל לרשות חברו במקום שעושים תשמישים צנועים ונלמד מקרא דוירא את ישראל שוכן לשבטיו כדאיתא לקמן ס' וע' בנתיבות בס' קנ"ד בחידושים סק"ב שהוא איסור דאורייתא. כי פליגי אם יש חיוב כותל למנוע היזק ראיה. ומבואר בגמ' שבאופן שא"א לימנע מתשמישים צנועים כגון מגג לחצר או בכית או בנפל לשיטת תוס' לכו"ע יש חיוב כותל, ומוכח דסברת המ"ד לאו שמיה היזק הוא משום שיוכל חברו להמנע מתשמישים צנועים בחצר. האחרונים האריכו לחקור בסברת המ"ד שמיה היזק אם זה משום דס"ל שאינו יכול ואינו חייב לימנע מתשמישים צנועים וממילא חבירו רואה אותו ומזיקו ע"י ראייתו א"ר אין הנזק מה שרואה אותו אלא מה שגורם שחברו נמנע מלהשתמש בחצר. דהיינו שלצד הראשון זה נזקי אדם באדם ולצד השני אין זה נזק לאדם אלא לחצר שגורם שאין חצרו ראוי לשימוש.

כעין זה יש להסתפק לגבי קוטרא וביה"כ אם החיוב הרחקה הוא משום שמצער את חברו שמשמש בחצר ומצטער מהקוטרא או שע"י הקוטרא חצרו של חברו אינו ראוי לשימוש נמצא שהוא מזיק את חצרו. התומים בקיצור תקפו כהן ס' קכ"ז [דבריו הובאו בג"ש כאן] מביא בשם מהר"א ששון דכשיש ספק אם יש חיוב הרחקה על בעל הקוטרא, הוא חייב להרחיק מספק, כיון שהוא מזיק לגופו של חברו הוי מלתא דאיסורא ואסור מספק. והתומים אחר שמאריך לדון בעיקר הכלל דספק ממונא דאית בה איסורא כתב דמה דנקט מהר"א ששון דקוטרא וביה"כ הוי היזק הגוף אינו מוכן דיכול חברו לצאת מביתו ואינו מזיק אלא לביתו שגורם שאין ביתו ראוי לשימוש. הרי שנחלקו לענין קוטרא וביה"כ כמה שונים האחרונים לענין ה"ר.

הקה"י בס' ה' מביא ראיה לספק זה בגדר ה"ר מדברי הרמב"ן בדף נט. שמבאר למה לא מהני חזקה לענין ה"ר משום דחזקה מהני רק כשמזיק ממונו אבל נזקין שהן בגופו של חברו כגון קוטרא וביה"כ אין להם חזקה וה"ה וכ"ש בה"ר דנזקי אדם באדם הוא ע"ש. מבואר שהנזק הוא לאדם ולא לחצר. ומבואר כן גם לענין קוטרא וביה"כ כמהר"א ששון ודלא כהתומים.

בטור בס' קנ"ד ובשו"ע שם סעי' ט"ז מובא מחלוקת ראשונים בחלון שפתוח לחצר חברו והיה כותל בין החלון לחצרו של חברו ונפל הכותל ותובע בעל החצר שיסתום בעל החלון את חלונו. וכתב בזה הטור בשם שו"ת הרא"ש שחייב לסתום כדי שלא יזיק לבעל החצר אף שפתח את החלון בהתר. והרמ"א כתב ע"ז מיהו יש חולקים וס"ל דה"ר מקרי היזק דממילא ומאחר שעשה בהתר על הניזק להרחיק את עצמו. וראיתי בספר חזון יחזקאל בריש ב"ב שכתב לתלות מחלוקת זו בספק הני"ל דאם הוא מזיק ע"י ראייתו הרי הוא מזיק בידים ולא מהני מה שהחזיק בהתר. אבל אם הנזק הוא לחצר הנזק הוא מהאפשרות לראות וזה הויקא דממילא. וע"ש עוד שהאריך בענין זה.

הרא"ש כתב דאע"ג דחזקה לא מהני לה"ר מ"מ אם ידוע שמחל מהני מחילה ואע"פ שהאומר לחברו קרע כסותי יכול לחזור בו ויתחייב חברו שאני הכא דתביעת ממון יש ביניהם והוי כמו שנתחייב לו מנה ומחל לו עליו שזכה במחילתו בלא קנין. ולכאור' אינו מוכן אמנם יש חיוב ממוני לבנות כותל אבל סיבת החיוב הוא כדי שלא יזיק את חברו וא"כ יכול לחזור מהרשות להזיקו ומאי שנא מקרע כסותי. מבואר לכאור' מזה שהרא"ש אינו לומד כשני הצדדים שנתבאר לעיל ואין חיובו כדי למנוע שלא יזיק לחברו אלא חיובו כמו שיש חיוב על בני החצר לבנות בית שער ודלת כדי למנוע היזק ראיה מבני דה"ר שהוא מצרכי החצר אף שהנזק הוא מעלמא, כך הכותל שבין החצרות אינו חיוב שמחייב מפני שהוא מזיק אלא ככל שאר צרכי החצר. ולכן אין זה אלא חיוב ממון ומהני מחילה. וסברא זו כתב האבן האזל פ"ב משכנים ה"ט"ז ד"ה והנה לפי מה שבארנו, בדעת הראב"ד. ולכאור' צ"ל כן בדעת הרא"ש. אך צ"ע דמדברי הרא"ש בתשובה שהובא בטור ס' קנ"ד שהובא לעיל מוכח לכאורה שחיובו כדי שלא יזיק. ע"י בלשון היד רמ"ה בפ' לא יחפור אות כ"ה שכתב דיש חיוב לבנות כותל משום ה"ר ואע"ג דהוי היזק שאינו ניכר איסורא מיהא איכא. מבואר שהחיוב הוא מפני האיסור להזיק ולא כמש"כ בדעת הרא"ש.

גם האבכה"א בפ"ב משכנים ה"ט"ז מאריך בספק בגדר ה"ר וכתב לתלות בזה מה שנחלקו הרא"ש לקמן ס' כ' והראב"ד דהרא"ש ס"ל שהוא מזיק בראייתו [וזה מתאים עם הטור בשם הרא"ש הנ"ל] ולכן גם אחים שחלקו אע"פ שאין להם חלונות זה על זה יכול לכוף את חברו לסתום חלונו שמזיקו בה"ר. אבל הראב"ד ס"ל שאינו חייב לסתום כיון שאין לאחים שחלקו שום זכויות זה על זה א"כ לא קיבל חברו קנין וזכות השתמשות כדי למנוע חברו מלהזיק את השתמשותו בחצר. והא דמתני' דכופין לבנות כותל לדעת הראב"ד הוא מדיני חיובי השותפין ע"ש היטב. ולדבריו ניהא מה דנקט התנא הדין בשותפין אע"ג שבכל שכנים יש חיוב כותל משום ה"ר דהתם יש לכ"א זכות וקנין להשתמש וזה גורם שחברו אסור להזיקו כמו שביאר שם האבכה"א אבל בשותפין שחלקו אין דין זה ובזה צריך להגיע לחיוב מיוחד מדיני השותפות.

אלמא ה"ר לאו שמיה היזק. הקשה הנ"י בשם הרי"ף בתשובה מה ראית הגמ' שה"ר לא שמיה היזק אולי מיירי שהוחזקו וזה ראיה שמחלו על ה"ר. ומוכח מזה הרי"ף דלא מהני חזקה לה"ר. וד' טעמים נאמרו בזה. א. דהוי היזק תדיר כקוטרא וביה"כ ולא מסתבר שמחל. ב. כיון ששניהם מזיקים זה לזה לא חשש למחות, ע' ברא"ש. ג. הרמב"ן בדף נט. כתב משום דהוי נזקי גופו ורק בנזקי ממון מהני חזקה. ד. עוד סברא נזכר ברמב"ן בדף נט. וכן ברמ"ה כאן אות כ"ה ובחזקת אות ר"פ שבדין של היזק ראיה בחצר וכן הדין שאין עושין פתח כנגד פתח הוא מילתא דאיסורא משום צניעות ואפילו אם שניהם אינם מקפידים אסור לעשות כן ובמילתא דאיסורא ליכא חזקה. ע"י מש"כ הקצות ס' קנ"ד סק"ב.

גינה שאני. מבואר בגמ' שגם המ"ד דס"ל בחצר ה"ר לאו שמיה היזק מודה בגינה דשמיה היזק וכתב הרא"ש בשם י"מ דחזינן דה"ר בגינה חמור יותר מבחצר. וכיון דמבואר לקמן דגינה היכא דנהגו שלא לבנות אין חיוב לבנות א"כ כ"ש בחצר אפילו למ"ד שמיה היזק אזלינן בתר המנהג שלא לגדור. וזה שיטת ר' יונה והרא"ש חולק וס"ל דלמ"ד ה"ר שמיה היזק חצר חמור יותר מגינה וכפשוטו לשון המשנה דבחצר לא אזלינן כלל בתר המנהג וג' דינים איכא, חצר, גינה ובקעה כמש"כ הגאון

בס' קנ"ז סק"ד ע"ש. ועיין בקה"י ס' ה' שמבאר דפליגי אי ה"ר דחצר הוא נזק הגוף כמבואר ברמב"ן או נזק החצר ע"ש. וכתב הנחל"ד מדוברי התוס' בד"ה גינה שהקשו שיהיה כתוב חצר וכ"ש גינה מוכח דגם למ"ד שמייה היזק גינה חמור יותר ולא כהרא"ש. וכן מבואר ברע"א בד"ה ואף שלא"ש לא קשה קושיית תוד"ה גינה. וצ"ע מדוברי התוס' בעמ' א' ד"ה בגייל שכתבו דבמקום שנהגו פחות מהוצא ודפנא לא אזלינן בתר המנהג מוכח דכ"ש במקום שנהגו שלא לגדור כלל לא אזלינן בתר המנהג. ואין לדחות דהתם שאני דהוי מנהג גרוע משום דעושה מעותיו אנפרות ולא בגלל ה"ר כסברת הרא"ש שם דמתוס' מוכח דלא ס"ל כן כמש"כ שם דהוכיחו מהוצא ודפנא לגייל ה' וצ"ע.

מבואר בגמ' שגם כותל גינה הוא ד' אמות מדין ה"ר שהגמ' הוכיחה מזה שמייה היזק. וגם בתי' רק אמרו גינה שאני אבל נשאר מדין ה"ר. והארכו האחרונים בדברי הרמב"ם שכתב שבגינה סגי במחיצה י' ע"י באבן האזל פ"ב שכנים הט"ז ובחזו"א ס' א' סק"א ובנחל"ד.

נפל שאני. פרש"י שכבר נתרצו הראשונים בכותל. הקשו הראשונים על רש"י דאמנם התחייבו בקנין לבנות כותל אבל מה מחייב לבנות כותל שני אחרי שנפל הראשון. וכתב ע"ז השיטמ"ק בשם ר' יונה כיון שהם מקפידים על ה"ר מסתמא לא למחיצה ראשונה בלבד נתרצו. דהיינו שגם למ"ד ה"ר לאו שמייה היזק, כשמתחייבים לבנות כותל אין זה התחייבות בעלמא אלא התחייבות לסלק ה"ר ע"י כותל א"כ כלול בהתחייבות שאם יפול יחזור ויבנו. נאכתי צריך להבין מה מחייב את הבאים אחריהם.

גם ברע"א מבואר שכלול בהתחייבות לבנות כותל התחייבות לסלק ה"ר וז"ל בד"ה לכאורה, דהקנין היה ג"כ שרוצים לסלק ההיזק ראייה מהם ואף אם ה"ר לא שמייה היזק מ"מ רצו הם למנוע מזה עכ"ל. ומכאן זה רצה רע"א לחדש שכמו שכתב הרא"ש למ"ד ה"ר שמייה היזק שאם אחד רצה לעשות משלו הוצא ודפנא א"א לחייבו גייל וגזית כמנהג המדינה דכיון שמסלק ה"ר אינו חייב יותר ה"ה למ"ד ה"ר לאו שמייה היזק והתחייבו לבנות אם אחד ירצה לעשות משלו הוצא ודפנא אינו חייב להשתתף בגייל אף שהתחייב לבנות כמנהג המדינה חייבו כ"ז דאיכא ה"ר. אך כתב רע"א שקשה לחדש דין חדש. אבל מעיקר דבריו שהתחייבות הוא לסלק ה"ר אין רע"א חוזר.

וכן מבואר בנתיבות ס' קנ"ח בחידושים סק"ג. שהמל"מ בפ"ב משכנים הט"ז מסתפק בכבוד ופשוט שחלקו בקעה שאין חיוב כותל משום ה"ר והתחייבו בקנין לבנות אם ההתחייבות בסתם הוא שיהיה או כ"א לפי חלקו והבכור יתן פי שנים. ומבאר הנתיבות שהצד לחייב את הבכור יותר הוא משום שההתחייבות הוא לסלק ה"ר ומי שחלקו גדול יותר הוא נזק יותר ויותר צריך את הכותל. וצ"ע דלענין ה"ר הובא לעיל שהרמ"ה כתב וכן נפסק בשו"ע דאין נ"מ בגודל החלקים. וצ"ל שהמל"מ מספקא ליה אולי יש הבדל בין גדר החיוב של ה"ר שחייבו חכמים שלענין זה כתב הרמ"ה שאין הכותל לצורך החצר אלא למנוע נזקי אדם באדם, לבין גדר החיוב שמחייב עצמו ע"י קנין למ"ד ה"ר לאו שמייה היזק. שהקנין הוא התחייבות לתקן את החצר אבל אין הקנין הופך היזק ראייה למזיק לכן בזה יש צד שתלוי בגודל החצר. עכ"פ מבואר בנתיבות שההתחייבות הוא לסלק ה"ר כמבואר בר' יונה בדעת רש"י וברע"א הנ"ל.

תוס' כתבו דנפל שאני מפני שהורגלו לעשות דבר הצנע. בפשטות הנ"מ בין רש"י לתוס' הוא כשבתחילה אחד לבד בנה ואח"כ נפל. דלרש"י אין לחייב אבל לתוס' חייבים שהורגלו לעשות דברים צנועים ובמצב זה ה"ר שמייה היזק. כן מבואר בדברי המהרש"א על תוד"ה נפל. אבל החזו"א ב"ב ס"א סק"א כתב שבזה גם לתוס' אינם חייבים נע"ש שמשוה שיטת רש"י לשיטת התוס' וכן ראיתי שמביא בספר גיד"ש בשם המהר"ל דסקין וצ"ל בספר תורת האוהל. והנתיבות בס' קנ"ה סק"א כתב דנ"מ בין רש"י לתוס' היכא שהתחייבו לבנות בביקעה ונפל לרש"י חייבים שהקפידו גם על עין רעה בבקעה אבל הרגל של תשמישים צנועים ליכא בביקעה.

ת"ש אין חולקין וכו' מאי לאו בכותל. צ"ב איזה משמעות יש שחולקין בכותל. עיין ברמב"ן מה שכתב בזה.

ת"ש החלונות וכו'. נתבאר לעיל דלכו"ע אסור מן התורה להסתכל לרשותו של חברו ולהזיקו בהיזק ראייה והמחלוקת בסוגיין הוא רק אם זה מחייב עשיית כותל או לא. וא"כ היה מקום לומר דלבנות כותל כנגד חלון חברו באופן שגורם עי"ז ה"ר יהיה אסור לכו"ע. ובגמ' מבואר דאם ה"ר אינו מחייב לעשות כותל כדי למנוע ה"ר זה גם לא סיבה למנוע מלבנות כותל כנגד חלון חברו. ועיין ברמב"ן שמקשה למה לא הוכיחו דה"ר שמייה היזק מהא דתנן לקמן נ"ט: לא יפתח אדם חלונותיו לחצר השותפין. ותרין שהנזק מבית שתשמישו קבוע גרוע מנזק מחצר לחצר וכו' לכו"ע שמייה היזק. ומבואר ברמב"ן דלולא זה למ"ד ה"ר לאו שמייה היזק, לא רק שאין זה סיבה לחייב כותל אלא שמותר גם לעשות מעשה שגורם אפשרות של ה"ר כפתיחת חלון, וזה כמבואר כאן בגמ' שלולא שהזיקא דבית שאני היה מותר לבנות כותל כנגד חלון חברו למ"ד ה"ר לאו שמייה היזק.

תוד"ה בונין. כתבו דס"ד שה"ר מחייב רק להשתתף בהוצאות הכותל ולא במקום הכותל. ואינו מוכן הא גם המקום הוא בכלל הוצאות הכותל ולמה לא יתחייב גם בזה. והשיטה בשם ר' יונה כתב דכיון דמיירי בחצר שאין בו כדי חלוקה ה"א שלענין המקום יכול לומר שנתרצה לחלוק רק ע"מ שהשני יבנה על חלקו. וצ"ב למה זה יותר פשוט ממה שהגמ' אומרת למ"ד גודא. עכ"פ בלשון התוס' מבואר שלא כיוונו לתי' של ר' יונה אלא דס"ד שהיזק ראייה אינו מחייב לבנות בחלקו וצריך להבין סברתם. וראיתי שהנחל"ד תמה על דברי התוס'. ולכאור' נר' שכוונת התוס' דהרמ"א בס' קנ"ז סע' ג' כתב דהיכא ששניהם עניים ואינם יכולים לבנות כותל אין אוסרים עליהם להשתמש בחצר מחמת ה"ר אלא משתמשים כך וכ"א ירחיק עצמו בכל מה שאפשר שלא יזיק לחברו. דהיינו שלא אסרו את השימוש בחצר מחמת ה"ר. דאינו חייב לבטל השתמשותו בחצר כדי שחברו יוכל להשתמש בחצרו. א"כ יש מקום לומר שחייבו רק להשתתף בהוצאות הכותל שבזה אינו מונע את השתמשותו בחצר אבל לענין המקום ס"ד שאינו מחויב להקטין את חצרו ולמעט השימוש של חצרו כדי שיוכל חברו להשתמש בחלקו ורק אם חברו רוצה לבנות על חלקו הוא חייב להשתתף בהוצאות. קמ"ל שגם המקום בכלל הוצאות כיון שחסרון של מקום הכותל לא ימנע את שימוש החצר. אך לכאור' נראה שבאופן שע"י חסרון של מקום הכותל לא יהיה חצרו ראוי לשימוש שעומד להשתמש בו באמת אינו חייב במקום הכותל אלא רק בהוצאות. ויסוד זה דאינו חייב לבטל שימוש בחצר כדי למנוע היזק ראייה מבואר בראב"ד פ"א משכנים ה"ב. ולדברי המ"מ שם גם הרמב"ם לא חולק ע"ז כמו שביאר האבי עזרי שם ע"ש.

תוד"ה שאני. הקשו אמאי לא מייתי מב' חצרות זו למעלה מזו. מה שהקשה הרש"ש אולי מיירי התם ברצו כבר כתב הרמב"ן דא"א לומר כן דמבואר בהמשך הגמ' שם דבחדר למעלה מגג אין זקוק ואי מיירי ברצו גם שם בונים. והרמב"ן תי' דאין ראייה שכונת הגמ' שם על כותל ד' משום ה"ר אולי במחיצה י' משום מתפס כגנב. והובאו דבריו בקצות בס' ק"ס סק"ג. אך התורני"ד דחה תי' זה דבל"ה מתפס כגנב בגלל הגובה שבין חצר לחצר. והתרי"ד תי' דחצר למעלה מחצר דמי לגג וחצר וכמו שהגמ' מתרצת על גג וחצר כן נתרץ בב' חצרות זו למעלה מזו. אך הרמב"ן כתב שאין לתרץ כן. וכוונתו דגג וחצר שאני דגג לא קביעה תשמישו משא"כ חצר למעלה מחצר אין סברא זו. אך בל"ה דברי התורני"ד לכאורה אינם מובנים. דמגג לחצר החיוב הוא רק על בעל הגג דאין ה"ר מחצר לגג וע"ז תירצה הגמ' דמגג לחצר לכו"ע איכא ה"ר. אבל בב' חצרות זו למעלה מזו מבואר לקמן ו': דהחיוב על שניהם שגם מחצר התחתון לעליון איכא ה"ר. ותירוצו התורני"ד רק מתרץ למה העליון חייב אבל אכתי יש להוכיח דה"ר שמיא היזק מחיובו של התחתון וע"ז לא תירץ התורני"ד כלום. ואולי גם זה בכלל מש"כ הרמב"ן על תירוצו זה ולא מילתא היא.

דף ג.

קנין דברים בעלמא הוא. מבואר בגמ' דקנין מהני רק לחוב ממון ולא לחייב לעשות פעולה וכן פסק הרמב"ם בפ"ה ממכירה הי"א דיש דברים שאין צריכים קנין ואין לקנין בהם טעם כגון המשחרר עבדו או המגרש את אשתו או העושה שליח וכו'. ודברי הרמ"א באבה"ע ס' קל"ד סע' ד' שכתב בשם תה"ד שהמתחייב בקנין לגרש את אשתו חל ההתחייבות תמורה, כמו שהקשו הב"ש שם בסק"ז והגאון בסקי"ב. בגמ' בסנהדרין כ"ד. מבואר שהמקבל ע"ע עד פסול או דיין פסול חוזר כ"ז שלא נגמר הדין אבל אם נתחייב בקנין שלא יחזור בו אינו חוזר אפילו לפני גמ"ד. וכתב ע"ז הנ"י שם וז"ל ואע"ג דמחזי כקנין דברים אפ"ה אשכחן בקנין שמחזק הדברים כדאמרי גבי דינא דבר מצרא (ב"מ קח). וגבי משכנתא באתרא דלא מסלקי (ב"מ סז:) עכ"ל. וע' בש"ך ס' כ"א סק"ד שהרמב"ן חולק וס"ל דבעינן דוקא שיתחייב בלשון התחייבות שמתחייב הממון שהדיין יחייבו אבל התחייבות שלא יחזור בו לא מהני. ודברי הנ"י צ"ב מה מועיל הקנין לחזק ובמה מתחייב. אמנם מצאנו ברמב"ם הנ"ל בהל' י"ב שנהגו להקנות מקצת הדברים שלא מהני בהם קנין כדי להודיע שאינו כמשחק ומהתל, אך זה ניהא במקום שלא צריך קנין כגון מינוי שליחות שעליו מדבר הרמב"ם, בזה אף שלא מהני קנין עושים קנין לחזק הדבר וחל המינוי גם בלי קנין. אבל בדברי הנ"י בלי קנין מה מחייב שלא יחזור וגם הקנין לא מועיל דהוי קנין דברים וצ"ע. (ומה שמביא מבר מצרא ע' ברא"ש שם סוף ס' כ"ג שמבאר למה אין בזה חסרון של קנין דברים. ולגבי משכנתא ע' אבה"א פ"ג ממלוה סוף ה"ג דדמי לקנין אתן ע"ש).

בגמ' ב"מ מו. מבוואר דמטבע אינו נקנה בחליפין משום שדעתו אצורתא וצורתא עבידא דבטלה. וכתב שם השיטמ"ק בשם הרא"ש וז"ל דדעת הקונה לקנותו בשביל צורתם וצורה הוא דבר שאין בו ממש דחשיבות הצורה אינו אלא ע"פ דבר המלך ואין קנין סודר נתפס בו כדפרישנא בריש בבא בתרא וכי קנו מאי הוי וכו' אבל אם קנו לחלוק אין הקנין מועיל בדבר שאין בו ממש עכ"ל. דהיינו שמדמה הרא"ש הא דאין מטבע נקנה בחליפין לקנין דברים. ואינו מוכן דהחסרון של קנין דברים הוא משום שאין חפץ שעליו יחול הקנין אבל במטבע אף שדעתו אצורתא אין זה אלא סברא שנחשב אין גופו ממון כמש"כ הנ"י שם אבל בודאי שאם מטבע נקנה בחליפין הרי הוא קונה את גוף המטבע ואין בזה חסרון של קנין דברים. ועוד דהא דמטבע אינו נקנה בחליפין הוא דין מיוחד בקנין חליפין אבל בשאר קנינים כגון משיכה והגבהה בודאי אפשר לקנות מטבע וההלכה של קנין דברים אינו הלכה דוקא בקנין סודר [אע"ג דלשון רש"י בסוגיין הוא אין חליפין קונים בפשטות זה לאו דוקא] וע"כ דהטעם דמטבע לאו נקנה בחליפין הוא מלתא אחריתא דחליפין לא מהני לדבר שאין גופו ממון כמש"כ הנ"י שם. וצ"ע.

בקנין אתן. שמחייב עצמו נתינת ממון נחלקו הראשונים אם יש חסרון של קנין דברים או לא. הנ"י כאן כתב בשם הגאונים דלא מהני. והטור בס' קנ"ז וה"ה בפ"ח מזכיר ה"ו מביאים מחלוקת הראשונים בזה ובשו"ע ס' רמ"ה סע' ב' הובא שתי שיטות. וכתב שם הרמ"א בשם מהרי"ו דק"ל כסברא ראשונה דקנין אתן הוי קנין דברים ולכן כתב דהכותב בשעת שידוכין שמתחייב לעשות לה בשעת נישואין כתובה גדולה לא זכתה כ"ז שלא כתב לה דאינו אלא קנין דברים. ולכן נהגו לעשות תנאים חדשים בשעת החופה. כ"ז כתב הרמ"א בשם מהרי"ו והדברים אינם מובנים אם התחייבות לעשות כתובה גדולה הוא קנין דברים ולכן לא מהני תנאים ראשונים מה מוסיף בזה שחוזר ועושה תנאים אחרונים סמוך לחופה הא גם זה הוי קנין אתן ולא מהני וע' בסמ"ע סק"ב שהאריך בזה.

ולכאורה נר' דלק"מ והדברים מבוררים ביד רמ"ה כאן שאחר שכתב שקנין אתן הוי קנין דברים ולא מהני הקשה ממנני דכתובות קא: הנושא אשה ופסקה עמו כדי שיוזן את בתה ה' שנים חייב לזונה ואמאי לא הוי כקנין אתן. ותי' הרמ"ה דלמאן דמוקים דאמר חייב אני לך מנה בשטר ניהא כיון דאמר חייב נשתעבד. ולמאן דמוקי לה בשטרי פסיקתא כיון דדברים הנקנים באמירה גמרו לאקנויי נמי בהאי לישנא. ומבורר ברמ"ה דכיון דמייירי בסמוך לנישואין והוי בכלל דברים הנקנים באמירה אין בזה חסרון של קנין אתן. וזה כוונת מהרי"ו כיון שקנין לעשות כתובה גדולה הוא קנין דברים לא מהני אא"כ מתחייב סמוך לנישואין דאז הוי דברים הנקנים באמירה [ומה שעושים קנין הוא לחיזוק הדבר כמבורר ברמב"ם הנ"ל] ואז אין חסרון של קנין דברים.

אך יש להסתפק בכוונת הרמ"ה אם דבריו קאי רק על קנין אתן אבל קנין דברים ממש לא מהני גם בדברים הנקנים באמירה או שבכח"ג היות ולא צריך קנין ומתחייב באמירה אין בכלל החסרון של קנין דברים ותלוי במה שיש להסתפק מהו עיקר החסרון בקנין דברים, אם זה חסרון במעשה הקנין שאין חליפין או שאר קנינים יכולים להיכנס לעשות פעולה שאין לקנין על מה לחול, וכן משמע לשון רש"י והנ"י. א"ד שאין החסרון שאין מעשה הקנין יכול לעשות כזה חיוב אלא שאין מציאות של חיוב פעולה דמצאנו רק חיוב ממון ואין בתורה חיוב על פעולה [אא"כ זה בגדר מצוה]. ואי נימא כהצד הראשון יש מקום לומר דבמקום שמתחייב בלי קנין כגון בדברים הנקנים באמירה אין חסרון של קנין דברים ואז יתפרשו דברי הרמ"ה גם על קנין דברים ממש. אבל לצד השני גם בדברים הנקנים באמירה א"א להתחייב קנין דברים ודברי הרמ"ה קאי רק על קנין אתן דאף דס"ל שתמיד אתן הוי קנין דברים זה מפני שלשון אתן לא מתפרש התחייבות אלא פעולה של נתינת ממון אבל במקום דאיכא גמירות דעת מיוחדת מפרשים לשון אתן כהתחייבות. ויותר נר' כהצד הזה שקנין דברים ממש לא מהני גם כשנקנה באמירה דאין מציאות של חיוב פעולה ודברי הרמ"ה קאי רק על אתן וכן משמע לשון הרמ"ה.

סברת הסוברים דמהני קנין אתן בפשטות הוא דס"ל דאף שאומר לשון נתינה מתפרש התחייבות אבל כו"ע מודו שא"א להתחייב פעולה של נתינת ממון. אמנם הב"ח בס' רמ"ה מביא את לשונו של המרי"ו שהובא ברמ"א שם ובתוך דבריו כתב מהרי"ו וז"ל ואע"ג דיש מרבתינו דפליגי ואמרי באתן לך מהני קנין סודר היינו משום דכיון דקבל עליו בק"ס צריך ליתן ולקיים מה שקיבל עליו בק"ס וצריך לעשות לה כתובה כמו שהתנה אבל כ"ז שלא נתן לא זכתה האשה עכ"ל. הרי מבואר שלומד שהסוברים דמהני אתן היינו שחל חיוב לתת ולא דסברי דמתפרש התחייבות.

כגון שהלך בתוך שלו והחזיק. כתבו התוס' והרא"ש שהחידוש בזה הוא דסגי במה שהחזיק שלא בפני חברו בלי אמירת לך חזק וקני. והטעם דשאני קנין זה מכל קנין דבעי לחו"ק כתב הרא"ש דכל קנין הוא בדבר שאין לו חלק בה לפני הקנין משא"כ הכא שהקרקע היא של שניהם סגי בחזקה בלי לחו"ק. וכוונתו כמבואר ברשב"א כאן ובלשון ה"ה בפ"ב משכנים ה"ו דכאן אין הקנין אלא לבד החלקים שגם לפני הקנין הוא בעלים על חצי. וע' באבן האזל פ"ב משכנים ה"ו דלחו"ק אינו משום חשש חזרה אלא דבעינן דעת מקנה בפועל ובשותפין לא בעינן ע"ש. וע' מש"כ בזה בס"ד לקמן נג. ומה"ט דאינו אלא כירור חלקים יש אופנים שלא בעינן קנין כלל לחלוקת השותפים כמבואר לקמן קו. דסגי בגורל וע' בקו"ש מש"כ לישב שלא יסתור גמ' דידן דמשמע דבעי קנין. והרמב"ם מביא שני דינים אלו בפ"ב משכנים דסגי בגורל ובעינן קנו ברוחות ולכא"ו הדברים סתרי אהדדי. וכתב הקו"ש שכשיש כדי חלוקה וכופין לחלוק לא בעינן אלא כירור חלקים וסגי בגורל וכשאין כדי חלוקה בעינן מעשה קנין. וכבר האריכו בזה האחרונים וע' מש"כ בזה באבי עזרי פ"ב משכנים ה"י. הרמב"ן חולק על תוס' והרא"ש וס"ל שגם בשותפים בעינן לחו"ק ור"א לא בא לחדש חידוש אלא לא שמע דברי ר' יוחנן וה"ה דהמ"ל שקנה מידו ברוחות.

לפי מה שמבואר ברשב"א ובמ"מ שמה שבשותפין לא צריך לומר לחו"ק הוא מפני שאינו אלא כירור חלקים פשוט דזה דוקא לגבי חלוקת השותפות, אבל כששותף אחד רוצה להקנות את חלקו לשותף השני בודאי בעינן שיאמר לחו"ק גם לשיטת התוס' והרא"ש. אך מדברי המחנ"א בשכירות ס' י"ג לכאורה מבואר שלא הבין כך. שהמחנ"א מביא שו"ת הרדב"ז בשותף שמקנה לחברו וכתב דצריך לומר לחו"ק. וכתב ע"ז המחנ"א שזה דלא כתוס' דידן שכתבו שבשותף לא בעינן שיאמר לחו"ק. וכתב ע"ז הפת"ת בס' קצ"ב סק"ג דאין סתירה מהתוס' לרדב"ז דהתוס' איירי בחלוקת השותפות ובה אין הקנין אלא כירור חלקים לכן לא בעינן לחו"ק. משא"כ בשותף שמקנה לחברו הוא קונה ממון שלא היה שלו מקודם והוי ככל מקח דבעינן שיאמר לחו"ק. ולכאורה נראה שהמחנ"א מפרש מש"כ הרא"ש שרק בדבר שאין לו חלק בו אלא בקנין זה בעינן לחו"ק ולא כשהקרקע של שניהם אינו משום דאין זה אלא כירור חלקים אלא כשבא לעשות מעשה של נעל גדר ופרץ במקום שאין לו רשות לעשות כן אין זה אלא גזל וכדי שיחשב מעשה קנין בעינן שיאמר המוכר לחו"ק משא"כ כשהוא רשאי לעשות פעולות אלו בלי רשות המקנה בעינן רק הסכמה להקנות ולא צריך אמירת לחו"ק כדי שיחשב החזקה למעשה קנין. ולכן סובר המחנ"א שגם בשותף המקנה חלקו לחברו לא בעינן לחו"ק. אבל למה שמבואר ברשב"א ובמ"מ שהטעם הוא משום דהוי כירור חלקים אין סתירה בין דברי התוס' לדברי הרדב"ז כמש"כ הפת"ת.

בלשון הרמב"ם בפ"ב משכנים ה"י משמע שהחידוש בתירושו של ר' אשי הוא שלא בעינן דוקא סודר אלא מהני חזקה. וכתב האב"ע הנ"ל בסוף ה"י בד"ה עוד דיש לבאר ע"פ דברי המל"מ בפ"א ממכירה ה"ה שמסתפק במשכיר בית לחברו אם יכול למוכרו לאחר ע"י שיחזיק בבית דאולי לא מהני כיון שבעלות ההשתמשות הוא של השוכר, וע"י מש"כ בזה הפת"ת ס' שט"ו סק"א. וכמו שיש צד שלא יועיל חזקתו של אחד בזמן שמושכר לשוכר כך יש צד שגם אם ירצה למכור לשוכר בעצמו לא יועיל קנין חזקה שאין חזקתו מראה שבא לקנות כיון שזכות ההשתמשות הוא שלו מתחילה. ולכן יש ה"א שגם בשותפין לא יועיל קנין חזקה ע"ש. ונידון זה אי מהני חזקתו של השוכר לקנות מהמשכיר כבר דן בזה המחנ"א בהל' שכירות ס' י"ג ומביא שהרדב"ז כתב דלא מהני והמחנ"א חולק יעו"ש. וע"ע מש"כ בדברי המל"מ בגיטין דף ע"ב: ושם נתבאר שהאו"ש בפ"א ממכירה ה"ה מבאר סברת המל"מ שנעל גדר ופרץ הוא קנין כששבח החזקה הוא לקונה משא"כ כשמושכר לאחר והשבח לשוכר אין זה סיבה לקנין. לפ"ז יש מקום לומר שזה חסרון רק כשמוכר לאחר ולא כשמוכר לשוכר בעצמו. והאב"ע שכתב שלמל"מ גם כשמוכר לשוכר לא מהני הוא משום דמפרש שחזקה הוא קנין רק כשצריך רשותו של המוכר לעשות מעשה זה משא"כ בזה שתלוי בהסכמת השוכר אין זה מעשה קנין וזה בין כשמוכר לאחר בין כשמוכר לשוכר עצמו. דהיינו שיש לפרש דברי המל"מ בב' אופנים והנ"מ הוא לענין מכירת המשכיר לשוכר.

עוד כתב הרא"ש בביתאור דברי ר' אשי שלא בעינן שכ"א יחזיק אלא סגי במה שאחד מחזיק בחלקו וממילא זכה חברו בחלק השני בחליפי חלק חברו דהמחליף קרקע בקרקע קנה כמבואר בתוספתא [ואע"ג דפירי לא עבדי חליפין ע' קצה"ה ס' ר"ג סק"ו דלר"ת דחליפין שוה בשוה מהני גם בפירות ניהא ולחולקים כתב דצ"ל דקרקע נחשב ככלי ע"ש]. ויש לע' למה צריך בזה לקנין חליפין הא בשותפין כ"א הוא בעלים על חצי וכשזכה אחד בחלק מסוים ממילא מה שנשאר הוא של חברו ולמה צריך קנין. וראיתי שגם בזה עמד מרן הגרא"מ שך זצוק"ל באבי עזרי הנ"ל בפ"ב משכנים ה"י ע"ש. אולי סובר הרא"ש דגדר קנין השותפים הוא כמש"כ הר"ן נדרים מה: דכ"א בעלים על חצי ויש לו שיעבוד על החצי של חברו. וביש בו כדי חלוקה השיעבוד הוא רק כ"ז שלא חלקו אבל באין בו כדי חלוקה נשתתפו ע"ד שלא לחלוק א"כ השיעבוד לעולם. ואף שע"י חזקה בירר את חלקו והוברר שהחלק השני של חברו מ"מ אכתי בעינן קנין להפקיע את שיעבודו מחלק חברו. וכשיטת הריב"ש שמוכר בסמ"ע בס' שט"ו סק"ו בהג"ה ובקו"ש לקמן אות נ"ח דקנין שכירות לא פוקע ע"י מחילה אלא צריך קנין וה"נ השיעבוד שיש לכ"א על חלקו של חברו הוי כקנין שכירות כמבואר בר"ן בנדרים מה: וצריך קנין להפקיעו ולכן אע"פ שהראשון עשה קנין ובירר חלקו עדיין צריך השני לקנין בחלקו כדי להפקיע שיעבודו של חברו.

הפ"ח באות ו' לומד בדעת הרא"ש דמה דסגי בזה שאחד עושה קנין וחברו קונה בחליפין הוא דוקא לר' אשי שקנה ע"י חזקה אבל לר"י שקנה בסודר בעינן ששניהם יקנו דהקרקע שנקנה תמורת הסודר אינו יכול לחזור ולקנות קרקע אחרת כנגדו. וע' בקה"י בקידושין ס' ג' שדן בשאלה זו ותלה בספק בגדר קנין סודר אם הוא מעשה קנין בעלמא או שהסודר הוא כתשלום עבור החפץ שקונה והוי בגדר של קנין כסף. ומביא שהב"ש ס' כ"ט סק"ב כתב שהמקנה לאשה טבעת בסודר יכול לקדשה בטבעת מדין כסף ולא אמרינן דהטבעת היא תשלום עבור הסודר ואינו יכול לקנות. וכן מביא שהמחנ"א קנין מעות ס' ה' מביא בשם ר' האי גאון דאם התחייבות נחשב כסף לקנין אפשר להתחייב בסודר ובהתחייבות לקדש. וכתב הקה"י דכ"ז דלא כמבואר בפ"ח בסוגיין. ועיקר הנידון של הקה"י בגדר קנין סודר נמצא ברשב"א בשבועות לט: שדן אם חליפין מדין כסף או לא ויותר

מפורש בשו"ת הרשב"א שמבאר שהגידון אי מהני קנין סודר לאחר ל' תלוי בגדר של סודר. ומרן הג"ר שמואל זצ"ל היה רגיל לבאר בזה מחלוקת הט"ז והסמ"ע שמובא בקצות בס' קכ"ג סק"ה אי מהני קנין סודר בסודר של אחר מדין עבד כנעני או לא.

הרשב"א גם כתב כדברי הרא"ש שאם אחד החזיק בחלקו השני קונה חלקו בחליפין. אך הרשב"א כתב שזה מה שבא ר"א לחדש דסגי בחזקה של אחד מהם דקרקע נקנה בחליפין. וזה לכאורה תמוה דאיך אפשר לומר שזה מה שר"א בא לחדש הרי ר"א לכאורה אמר הפך זה דמשמע מלשוננו דבעינן שיחזיקו שניהם. ואף שהרא"ש כתב שהלשון לאו דוקא וסגי באחד מ"מ אם זה החידוש של ר"א איך אמר לשון שמשמע איפכא. וכדברי הרשב"א כאן מביא האבה"א בפ"ה משכנים ה"י בתחילת דבריו בשם שו"ת הרשב"א ותמה עליו איך אפשר לומר שזה חידושו של ר"א ע"ש. ועיין בלשון הרשב"א בתשובה שהובא באבה"א שמוסיף על דבריו בחי' וז"ל ואין אלו חליפין גמורים אלא כעין דמים וכו'. ונראה דקשיא ליה מה שהובא לעיל בשם הקצה"ח בס' ר"ג סק"ו דפירי לא עבדי חליפין אלא בעינן כלי וקרקע אינו כלי. לכן כתב הרשב"א דאין זה חליפין ממש אלא כעין כסף, דהיינו דהוי חליפין שוה בשוה וזה כעין כסף ובזה פירי עבדי חליפין כשיטת ר"ת בב"מ.

הבי"ר בריש ס' קנ"ז בד"ה וכתב עוד הרא"ש מביא בשם הגהות מיימוניות שמשמע מלשוננו של ר"א דבעינן ששניהם יחזיקו ולא כרא"ש שכתב שסגי בחזקה של אחד והשני קונה מדין חליפין. אך היכא שעושה חזקה גמורה כנעל גדר ופרץ מורה ההג"מ דסגי בקנין של אחד והשני קונה בחליפין. אבל בדברי ר"א מפרש ההג"מ שלא עשה חזקה גמורה אלא שהלך זה והחזיק ע"י הילוך בלבד. ואף דבעלמא הילוך אינה חזקה כאן שזה שותפות וצריך רק בירור חלקים סגי בחזקה של הילוך. ובאופן זה בעינן ששניהם יחזיקו. ומוסיף ההג"מ דזה מה דאתא ר"א לחדש דבשותפין סגי בהילוך ולא בעינן חזקה גמורה.

נמצא הדרכים בבאיור חידושו של ר"א א. לתוס' ולרא"ש דבשותפין לא בעינן לחו"ק. ב. לרמב"ם קמ"ל שגם שותף קונה בחזקה לאפוקי מסברת המל"מ. ג. לרשב"א קמ"ל דסגי בחזקה של אחד והשני קונה בחליפי קרקע. ד. להג"מ ר"א חידש דשותף קונה ע"י הילוך ולא בעינן חזקה גמורה. ה. לרמב"ן ר"א לא חידש כלום אלא שלא שמיע ליה תירוצו של ר' יוחנן.

תוד"ה כי רצו. כתבו שלמ"ד גודא לא פריך דאיכא למימר דשיעבדו נכסיהם. לכאורה כונתם דסתם התחייבות לבנות כותל הוא שמשעבד נכסיו לבנין הכותל. אמנם בחי' הרשב"א מפורש שאם קנו לבנות כותל הוי קנין דברים אלא שלמ"ד גודא לא הקשו דידעו דיש לפרש שקנו לשעבד נכסיהם לבנין הכותל. ויתכן שזה גם כונת התוס' דאיכא למימר דקנו ושיעבדו נכסיהם היינו דאפשר להעמיד שאמרו כן בהדיא ולא שבסתמא זה כך.

תוד"ה קנין דברים. יש לעיין מאי קשיא להו מעיקרא הא פשיטא דמתנה ש"ח להיות כשואל היינו התחייבות של ממון שמקבל ע"ע אחריות של שואל. והעירוני דיש לבאר בב' אופנים. א. מוכח בכמה מקומות שמה ששומר שכן חמור מש"ח אין זה רק שאחריותו גדול יותר אלא גם חיוב השמירה של ש"ש הוא יותר משל ש"ח. ובפשטות גם בשואל יש חיוב שמירה יותר מש"ח. והתוס' הבינו שע"י שמתנה ש"ח להיות כשואל מקבל הש"ח חוץ מאחריות של שואל, גם את החיוב שמירה של שואל. וזה קשה איך מתחייב לשמור כשואל הרי זה קנין דברים. ותירצו דאה"נ לית ליה חיוב לשמור כשואל והקנין הועיל רק לשעבד נכסיו באחריות של שואל. ב. מדברי התוס' בריש אע"פ משמע דקשיא להו על כל קנין להתחייב ממון כשאינו למתחייב נכסים אמאי אין שיעבוד הגוף בלי שיעבוד נכסים קנין דברים. וע"ז תרצו שמשעבד את עצמו שאם יאנס ישלם, דהיינו שגם שיעבוד הגוף הוא חיוב וקנין ואינו קנין דברים. עין היטב בתוס' בריש אע"פ בכתובות דף נ"ד: ד"ה אע"פ.

בדברי התוס' בכתובות שכתבו דלשעבד גופו אפשר אף שאין לו נכסים ואין זה נחשב קנין דברים יש לעיין דא"כ למה אינו יכול לשעבד גופו לעשות כל פעולה, ומוכח מזה דאין החסרון של קנין דברים שאין לקנין על מה לחול, שהרי כשמשעבד את גופו לחוב ממון ואין לו נכסים אין דבר שיחול עליו הקנין חוץ מעל גופו, אע"כ החסרון של קנין דברים שלא מצאנו חוב של פעולה בתורה אלא רק חוב ממון. וזה כמו שכתבנו לעיל שגם בדברים הנקנים באמירה דלא בעינן מעשה קנין א"א להתחייב לעשות פעולה וגם בזה יש חסרון של קנין דברים.

תוד"ה טרקסין. וי"מ פנים וחוץ שאותה אמה היתה ספק וכו' ולכך היו שתי פרוכת כדאמרין ביומא. נחלקו התוס' והת"י ביומא נ"א. למה הוצרכו ב' פרוכות. שיטת תוס' דכתיב והבדילה הפרוכת לכם בין הקדש ובין קה"ק ונא' בזה הלכה שהצד החיצוני של הפרוכת יהיה על הגבול שבין הקודש לקה"ק וכיון שיש ספק בעינן ב' פרוכות. והת"י שם כתב שאם יהיה בצד הפנימי חיישינן שיכנס הכהן למקום קה"ק. ואם יהי בצד החיצון יש חשש שכהן הגדול בעבודת יהו"כ יעשה העבודות שצריך לעשות בקה"ק באמה שקדוש בקדושת היכל. וע' מה שכתבנו בזה במס' כתובות דף ק"ו. ומבואר בת"י דלולא חששות אלו היו יכולים לשנות מקום הפרוכת ואע"ג שאם עושה הפרוכת בצד החיצוני הוא מגדיל את חלל קה"ק ואם עושה בצד הפנימי מגדיל את חלל ההיכל לית לן בה. והקשה המקד"ד בקדשים ס' א' בסוף אות ה' א"כ למה לא עשו בבית שני כותל אבנים והיו מרחיבים הכותל כדי שיתקיים גם ביותר מל' גובה. וכתב דמה שלא הוסיפו על עובי הכותל אינו משום שמעט אור ההיכל אלא מפני שאין להוסיף על עובי הכתלים דהוי מוסיף על הבנין וכתב הכל בכתב וכו'. אך בשיטמ"ק כאן בשם תוס' הרא"ש דחה טעם זה דחזינן שהוסיפו על גובה הכתלים וע"כ דכיון דכתיב גדול יהיה מותר להוסיף ומה שלא הרחיבו את הכותל המבדיל בין הקודש לקה"ק כתב תה"ר דלא יכלו לשנות הקרקע שנתקדש כבר לאולם לעשותו לצורך היכל. דהיינו שא"א להקטין את חלל ההיכל ואם ירחיבו הכותל מצד זה צריך להוסיף בצד השני נמצא שהקרקע שהיה קודם בקדושת אולם עכשיו יהיה בקדושת היכל. וכ"כ רש"י בכתובות קו. וז"ל ולהרחיבו לא יכלו לפי שמקצרים את ההיכל או את קה"ק, עכ"ל.

דף ג:

תוד"ה מכלל. הרשב"א כתב על קושית התוס' כיון דאיכא למימר הכי והכי אזלינן לקולא לנתבע. מבואר ברשב"א שכשיש ספק בחיוב עשיית הכותל אמרינן הממע"ה. ולעיל ב: הובא דברי מהר"א ששון והתומים לענין ספק חיוב הרחקה בקוטרא וביה"כ וכתבנו שכיוצ"ב יש לדון בספק הרחקה היזק ראייה. אך בנידון דהרשב"א עדיף טפי שבכל מחיצה מסלק ה"ר ולענין הספק אם צריך מחיצה טובה יותר בודאי פטור מספק. ולא מיבעיא לשיטת הרא"ש שהובא לעיל דמצד ה"ר סגי בכל מקום בהוצא ודפנא ומה שצריך יותר במקום שנהגו הוא רק משום שאינו רוצה לעשות מעותיו אנפרות זה בודאי אינו ענין של ספק איסור אלא רק ספק ממון והממע"ה. אלא אפילו לחולקים דס"ל דבמקום שנהגו ביותר מהוצא ודפנא יש טענה שרוצה לסלק ה"ר באופן יותר טוב מ"מ ספק איסור ליכא כיון שעכשיו בודאי אינו מזיק.

הרי"ף והרא"ש כתבו על הספק של הן וסידן דמסקנת הגמ' הוא שהן וסידן, משמע דס"ל דבעיא זו נפשטה. וזה דלא כרשב"א שלרשב"א הדיקא נמי אינה אלא ראייה שיש לדחות את הש"מ אבל אין מזה ראייה לצד השני אלא כיון דאפשר למימר הכי והכי אמרינן מספק הן וסידן. אבל לפירוש התוס' י"ל כיון שמוכח דאיכא זוטרת דסתם בלינה הוא הקטן ביותר א"כ גם מתני' דאיירי בלינה סתם הוא הקטן ביותר שהוא פחות מג' טפחים וא"כ מוכח דהן וסידן קתני.

לא ליסתור איניש בי כנישתא. מבואר בגמ' דלסתור ביה"כ שלא ע"מ לבנות אחר במקומו פשיטא דאסור וגם כשותר ע"מ לבנות צריך קודם לבנות ואח"כ ליסתור משום חשש פשיעותא. וכן פסק הרמ"א באו"ח ס' קנ"ב אסור ליסתור דבר מב"ה אא"כ עושה ע"מ לבנות. והגאון מביא ע"ז את הספרי דהנותן אבן מההיכל או מזבח עובר בלאו דלא תעשון כן לה' אלו קיכם וכן בבית"כ. ועל מה שכתב הרמ"א שאם סותר ביה"כ ע"מ לבנות ליכא אסור מביא הגאון מגמ' דידן ע"ש. והא דמותר ליסתור את הישן אחר שבנו את החדש צ"ל כיון שבנו על דעת ליסתור חשיב כסותר ע"מ לבנות אף שעכשיו הסתירה אינו לצורך הבנין.

לכאורה היה נר' שגם המ"ד דחייש לפשיעותא מודה שגם במקום דליכא חשש פשיעותא דמותר ליסתור רק באיכא דוכתא לצלויי שגם הוא חושש לצלויי אלא שמוסיף שאפילו באיכא דוכתא לצלויי אכתי חיישינן לפשיעותא. וכן מבואר בר' יונה שכתב שהגמ' של גבו זו"י ע"כ איירי באיכא דוכתא לצלויי דאל"כ לכו"ע אסור ליסתור משום צלויי אפילו אי ליכא חשש פשיעותא. אמנם מדברי הרמ"ה מוכח דלא ס"ל כן. שמוכיח דחזי בה תיוהא מתיר גם בליכא דוכתא לצלויי מהא דמשני בסמוך דהורדוס סתר ביהמ"ק משום דחזי בה תיוהא אע"ג דדמי לליכא דוכתא לצלויי שאין מק"א להקריב [האחרונים העירו דקי"ל מקריבים אע"פ שאין בית]. ומדמשני בתי' השני דמלכותא שאני מוכיח הרמ"ה דהגמ' קאי כמ"ד פשיעותא דלמ"ד משום צלויי מה בכך דמלכותא לא הדר הא מ"מ ליכא דוכתא לצלויי ומבואר דס"ל דמ"ד משום פשיעותא לא חייש כלל לצלויי. ולר' יונה צ"ל דביהמ"ק לא נחשב כליכא דוכתא לצלויי דקי"ל מקריבים אע"פ שאין בית כמש"כ הרש"ש והתורת חיים. ולדבריהם ראיית הרמ"ה שחזי תיוהא מתיר גם בליכא דוכתא לצלויי אינה מוכרחת.

בי קייטא בסיתוא. הרא"ש כתב דאינהו סברי הטעם של צלויי והכא איכא דוכתא. אבל התוס' והרשב"א פירשו שכאן היה התר לכו"ע.

דירתיה דאיניש לא מזבני. משמע מלשון הגמ' דאיסורא ליכא אלא שאין הדרך לעשות כן אלא ישתדלו להשיג צורך פדיון שבוים ממק"א. וכן מוכח ביד רמ"ה שכתב שתי' הגמ' הוא דלא שכיח שימכרו ולא חיישינן לזה משמע דליכא איסור. ובשיטה בשם ר' יונה מבואר יותר מזה דלא רק לענין בנו ולא התפללו שבזה הגמ' שאלה וע"ז משני דירתיה דאיניש לא מזבני ליכא איסורא אלא אפילו התפללו שלא היה ה"א שימכרו, כמבואר בתוד"ה אי, גם בזה אין איסור אלא שאין הדרך למכור. ולגבי התפללו היה פשוט לגמ' שלא חיישינן שימכרו ובלא התפללו ס"ד שימכרו קמ"ל שגם בזה לא חיישינן. אבל בתרויהו ליכא איסורא. [עי' בזה בבית הלוי ח"א בסוף ס' ח'.] אמנם בלשון הרמב"ם בפ"ה ממת"ע ה"א ובשו"ע יו"ד ס' רנ"ב סע' א' משמע דאיכא איסור למכור אחרי שבנו. והט"ז שם בסק"ב הקשה דלשון הגמ' משמע שאין איסור. ותי' שהרמב"ם מפרש כיון שאין אדם מוכר דירתו כשמוכר ביה"כ"נ זה גנאי לביה"כ"נ ולכן אסור למכור. והגאון שם בסק"ב וסק"ג כתב שהרמב"ם היה לו גרסא אחרת בגמ'. דגרס בתחילת דברי הגמ' גבו זו"י מאי א"ל זמנין דמתרמי ליה מלתא דמצוה. ולגרסא זו בגבו מעות מותר להחליפן לכל מצוה ולא רק לפדיון שבוים [ומה דמותר לשנות למצוה אחרת כתב המג"א בס' קנ"ג סק"ל שהוא דוקא ע"פ ז' טובי העיר, והט"ז שם סק"ב ס"ל דמותר לשנות כיון שאינו לוקח אלא דרך הלואה עד שיהיה לו מעות אחרים]. ובשרגי לבני לא משנים לכל מצוה אלא דוקא לפדיון שבוים. ופריך אפילו בנו נמי ומשני בנו לא. ומכאן למד הרמב"ם שאחרי שבנו יש איסור למכור אפילו לפדיון שבוים כשיש אפשרות לפדות ממקו"א, דאל"כ הוי פק"נ.

כתבו התוס' לקמן ח': ד"ה פדיון שמוותר למכור ס"ת לצורך פדיון שבוים וכן נפסק ביו"ד ס' ע"ר. והקשה הדרישה דס"ת קדושתו חמורה מקדושת ביה"כ וא"כ איך פסק המחבר שאסור למכור ביה"כ לפ"ש. וע' מה שכתב בזה הט"ז ביו"ד ס' רנ"ב סק"ב שהגנאי במכירת ביה"כ"נ הוא משום דדירתו דאיניש לא מזבני וזה לא שייך בס"ת. והש"ך שם סק"א כתב שמה שאסור למכור ביה"כ"נ לפדיון שבוים היינו שצריך לדחוק עצמו לפדות ממקו"א אבל אם א"א מותר למכור את ביה"כ"נ, ומה שכתוב בס' ע"ר ובתוס' לקמן שמוותר למכור ס"ת לפדיון שבוים היינו כשא"א לפדותו בענין אחר. ובסוף דבריו מביא בשם אביו שתי' שמכירת ביה"כ"נ איירי באופן שאינו מוצא למכור כדי שישמש ביה"כ"נ, אלא בא ע"י מכירתו להפקיע ממנו קדושת ביה"כ"נ זה אסור אפילו לצורך פדיון שבוים, אבל ס"ת ישאר ס"ת אצל הקונה ואינו מפקיע מקדושתו זה הותר לצורך פדיון שבוים.

עייליה לפוריא להתם. הקשו התוס' הא אין ישנים בבה"כ. ההגהות אשרי כתב לישב דלצורך ביה"כ מותר וכ"כ הנ"י בשם יש מן האחרונים ובשו"ע או"ח ס' קנ"א ס' ג' נפסק דאין ישנים בבה"כ ובסע' ד' מובא שלצורך ביה"כ מותר. וכתב שם המג"א דגם לצורך ביה"כ אין התר אלא לשינה אבל להכניס מטתו אסור דזה יותר גנאי. ותמה רע"א דכל המקור להתיר לצורך ביה"כ הוא מגמ' דידן והכא מבואר דר"א עייליה לפוריא.

ואין לתרץ דשאני בתי כנסיות דבבל שעל תנאי הן עשויות דהתנאי מהני רק בחורבנן. ע' בפמ"ג בס' קנ"ב בא"א סק"ד שתמה על דברי התוס' דכאן מיירי אחרי שסתרו את ביה"כ והוי כבחורבנן א"כ גם לשיטת תוס' התנאי מתיר ומה הקשו התוס'. אך לפי מש"כ המג"א בס' קנ"א סק"ג בשם האגודה שכל מה שמועיל התנאי בחורבנן הוא רק כשאין דעתו לחזור ולבנותו אבל אם דעתו לבנותו אין לזה דין של חורבנן ולא מהני התנאי לתוס' א"כ לק"מ. אך הפמ"ג בס' קנ"א בא"א סק"ג כתב על דברי המג"א בשם האגודה שהאליהו רבה מפקפק בדברי האגודה. וקושית הפמ"ג על תוס' הוא ע"פ דברי הא"ר. אך מדברי התוס' כאן יש סיוע לשיטת האגודה. ובעיקר הדבר דסברי התוס' דלא מהני תנאי בבנינו הקשה המג"א בס' קנ"א סק"ד מאי שנא מכל תשמישי קדושה שמועיל בהם תנאי כמבואר בס' קנ"ד סע' ח'. ועי' מה שכתב בזה הביאה"ל בס' קנ"א ד"ה לא מהני. וע"ע ביאה"ל ד"ה אבל בה"כ שכתב שמה שכתבו התוס' במגילה שתנאי מהני דוקא בבבל ולא בא"י זה לשטתם דס"ל שתנאי מהני רק בחורבנן יעו"ש.

כל מאן דאתי ואמר מבית חשמונאי וכו'. התוס' ביבמות מ"ה: הקשו אמאי הוי עבד הא בודאי נתיאשו בעליו ושמואל ס"ל המפקיר עבדו יצא לחרות וא"צ גט שחרורו. ותי' דלא נתיאשו שהיו מצפים שתהיה גאותו מושפלת ע"ש. והריטב"א

והרמב"ן בקידושין דף ע: תי' שאין כונת שמואל שהם עבדים ממש אלא רק שאינם כהנים. אך למאי דקי"ל דמפקיר עבדו צריך גט שחרור הם עבדים ממש.

דף ד.

א"ל האי לאו מלך הוא. הקוב"ע בסי' ל"ז אות י' מסתפק אם הלמוד מקרא דמקרב אחיך ממובחר שבאחיך הוא לעיכובא ולא חל המינוי או שאינו אלא לכתחילה. וכתב שני"מ מזה לענין יורש שאם זה מעכב גם היורש צריך להיות מקרב אחיך ואם זה רק לכתחילה, יורש שאינו צריך מינוי הוי כדיעבד. והא דלהורדוס לא היה דין מלך אי נימא דמקרב אחיך לעיכובא ניהא ואם אינו לעיכובא כתב הקו"ש כאן ד"ל דלא היה לו דין מלך כיון שנטל המלוכה בזרוע בלי מינוי. וע' בנובי"ק חו"מ ס' א' [הובא במג"ח מצ' תצ"ז] שנשאל איך מלך רחבעם בן שלמה הרי אמו היתה גיורת. וכתב הנוב"י שהכ"מ בפ"א ממלכים ה"ד עמד בזה. והנוב"י מישב דהדין של מקרב אחיך נאמר בתחילת המינוי שצריך לבחור מלך יש הלכה לבחור מקרב אחיך אבל בירושה לא נאמר כלל מקרב אחיך. וזה כדברי הקוב"ע הנ"ל אך לא מטעמיה דהקוב"ע פשיטא ליה שיסוד הדין שייך גם לגבי יורש אלא שמשופק אולי אינו מעכב וכיון שירושה הוא ממילא תמיד הוי כדיעבד. אך הנוב"י דן מצד אחר שאולי לגבי יורש לא שייך כלל דין זה כיון שאין זה תחילת המינוי. ואדרבה מדברי הנוב"י משמע דס"ל שבתחילת המינוי זה לעיכובא ואעפ"כ ס"ל שאצל היורש אין דין מקרב אחיך.

עוד הקשה הקו"ש מאי קאמר ולא יהא אלא נשיא הא כמו שמלך אינו או מפני שמקרב אחיך מעכב או מפני שנטל בזרוע כך גם נשיא אינו. וכבר עמד בזה המג"ח במצ' ע"א וכתב דבל"ה קשה אמאי התחיל עם קרא כמודעך שהוא מדברי קבלה ולא נקט מיד נשיא בעמך וע"ק דבל"ה איכא לאו דלא תקלל חרש על כל אדם ע"ש. ולדינא כתב המג"ח דפשוט דאם לא נתמנה ע"פ דין ליכא לאו דנשיא בעמך לא תאור.

אולי י"ל דהתוס' בסוטה מ"א: הקשו על מה דכתב שם רש"י דאגריפס המלך שהיה מזרעו של הורדוס היה אמו מישראל ולכן אמרו לו אחינו אתה, דא"כ הוא ראוי למלוכה דמבואר ביבמות שאם אמו מישראל מקרב אחיך קרינן ביה. ותי' דמה דסגי באמו מישראל הוא דוקא לענין נשיאות ושאר שררות אבל לגבי מלכות בעינן אביו ואמו מישראל. ומבואר בתוס' שהגדרים של מקרב אחיך אינם שוים במלכות לנשיאות ושאר שררות. א"כ שמה נאמר דגם לגבי מה שדן בקוב"ע אם הדין מקרב אחיך הוא רק לכתחילה או שמעכב בדיעבד שיש חילוק בזה בין מלך לנשיאות שבמלכות זה מעכב אבל בנשיאות ושררות זה רק לכתחילה ולא לעיכובא. א"כ מיושב מה שהקשו הקו"ש והמג"ח, דממה שאמרו כאן האי לאו מלך הוא מוכיח הקו"ש דמקרב אחיך מעכב, ואח"כ מקשה מה הביאו מקרא דנשיא בעמך לא תאור, הא כשם שאינו מלך כך גם נשיא אינו. אך אם נאמר שרק במלך מעכב מקרב אחיך ולא בנשיאות ניהא דאף שאינו מלך מ"מ שררה יש לו ויהיה איסור לקללו מדין נשיא ולגבי זה לא מעכב מקרב אחיך.

האו"ש בחידושיו לב"ב כתב לישב קושית התוס' בסוטה אמאי אגריפס לא היה ראוי למלכות הא אמו מישראל ע"פ התוס' הנ"ל ביבמות מ"ה: שהקשו שמפקיר עבדו א"צ גט שחרור ותי' דלא נתיאשו. וכתב האו"ש דכל היורשים של בית חשמונאי היו הבעלים על הורדוס ואף שחלק מהם לא נתיאשו שהיו מצפים שתהיה גאונותו מושפלת מ"מ בודאי היו כאלה שנתאשו א"כ דינו כחצי עבד חצי בנ"ח. ואם אביו של אגריפס שהיה ג"כ ח"ע חצי בנ"ח קידש בת ישראל הרי היא מקודשת רק לחציו, ונמצא צד עבד שבו משתמש בצד אשת איש כמבואר בתוס' לקמן י"ג. וא"כ אגריפס בנו היה ממזר ואינו מקרב אחיך, ע"ש.

לאותוי אתרא דנהיגי בהוצא ודפנא. כתב הנ"י בשם ר' יונה דהוצא ודפנא לא דמי ללכנים דמתני' דרק אם יש מנהג לעשות הוצא ודפנא עושים כן אבל בעיר חדשה שאין בו שום מנהג עושים כפחות שבאבנים דמתני' דהיינו בלכנים ולא בהוצא ודפנא.

לפיכך וכו' פשיטא. פרש"י דקושית הגמ' ל"ל לפיכך שהוא הוכחה ששניהם בנו הא גם בל"ה היו חולקים מספק כיון שהם מוחזקים בשוה, וכן פירש הרשב"א. והתוס' לעיל כתבו שקושית הגמ' הוא אפילו באופן שנפל לרשותא דחד דגם בזה חולקין אפילו בלי לפיכך ולא מהני התפיסה דהוי תפיסה לאחר שנולד הספק. ותי' הגמ' דנפל לרשותא דחד היינו ששהו הרבה. ולרש"י והרשב"א תירוץ הגמ' הוא שלולא לפיכך היה מועיל תפיסה בנפל לרשותא דחד גם בלי ששהו הרבה. והקשה הרשב"א מאי שנא מב' אוחזין בטלית דמבואר בב"מ ו. דלא מהני תפיסתו של אחד. ותי' דהתם כיון שמתעצמים עליה חשיב תפיסה אחר שנולד הספק משא"כ כאן התפיסה היא לפני לידת הספק ומהני. ולעיל בדף ב. כתבנו דתלוי במחלוקת הפוסקים בגדר זמן לידת הספק ע"ש. ומבואר לכאור' ברשב"א כאן דס"ל הכלל של תפיסה קודם שנולד הספק. וצ"ע דהקונה"ס בכלל ג' אות א' כתב ששיטת הרשב"א כרמב"ן דשום תפיסה לא מהני, לא בטענת ברי ולא קודם שנולד הספק וכאן מפורש ברשב"א החילוק בין קשנה"ס לאחר שנולד הספק. אך לק"מ דכל מה דסובר הרמב"ן שלא מהני שום תפיסה הוא דוקא כשהתפיסה הוא נגד חזקת מ"ק אבל במקום דליכא חז"ק מהני תפיסה, כמבואר ברמב"ן ב"מ דף ו. [והובא בקוה"ס כלל א' אות ד']. ועי' ברמב"ן שם בסוף דבריו שהקשה למה בב' אוחזין בטלית לא מהני תפיסה הא התם אין חזקת מ"ק. ותי' הרמב"ן דאוהזין שאני דחזקה דכל מה שתח"י שלו לכן לא מהני תפיסה אבל בעלמא כשאין התפיסה נגד חז"ק מהני התפיסה ואפילו לאחר לידת הספק כההיא דב' אוחזין דלולא שהם אוחזין היה מועיל תפיסה.

לפי דברי הרמב"ן יש לישב באופן אחר מה שכאן מהני תפיסה לולא לפיכך ובב' אוחזין בטלית לא מהני תפיסה. שמדברי התוס' לעיל ב'. ד"ה לפיכך מוכח דכותל לא נחשב שניהם מוחזקים. א"כ למש"כ הרמב"ן בב"מ פשוט דדוקא בב' אוחזין בטלית לא מהני תקפה אחד בפנינו כיון שכ"א מוחזק בחצי משא"כ הכא דליכא אוחזין מהני תפיסה כיון שאין התפיסה נגד מ"ק ולא נגד מוחזק. ומה שהרשב"א לא תירץ כן הוא משום דס"ל שגם כותל נחשב כב' אוחזין כמו שהוכחנו לעיל ב'. ובאמת מפורש כן בדבריו כאן בד"ה פשיטא ע"ש. ולכן קשיא ליה והוצרך לחלק בין קודם שנולד הספק לאחר שנולד הספק.

נמצא שעל השאלה שכאן מבואר שמהני תפיסה ובב' אוחזין בטלית לא מהני תפיסה יש ג' תירוצים א. שיטת התוס' שגם כאן לא מועיל תפיסה ורק בשהו ברשותו הרבה צריך להגיע ללפיכך. ב. לרשב"א מהני תפיסה כשאינו נגד חז"ק דוקא לפני לידת הספק דהיינו לפני שחל דין יחלוקן אבל אחרי לידת הספק שכבר חל דין יחלוקן לא מהני תפיסה אף שאינו נגד חז"ק. ג. אם נאמר דכותל אין זה נחשב אוחזין כדמוכה מתוס' לעיל לא קשיא כלל מב' אוחזין בטלית שברמב"ן בב"מ ו. מפורש דרק באוחזין לא מהני תפיסה אבל בלי אוחזין מהני תפיסה אף אחר לידת הספק דומיא דשנים אוחזין בטלית.

כל זה לרש"י תוס' והרשב"א שקושית הגמ' פשיטא הוא למה צריך להגיע ללפיכך, לרש"י ולרשב"א כשמוחזקים בשוה, ולתוס' אפילו כשאחד תפס, אבל הר"י מגש מפרש דפשיטא היינו אחרי הלפיכך פשיטא שחולקים ולמה צריך להשמיע את זה. ומבואר בדבריו דלולא הלפיכך לא היה פשוט שחולקים. ועי' בקצה"ח ס' קנ"ז סק"ג דס"ל דבלי לפיכך לא היו חולקים אלא כשכ"א אומר כולה שלי אבל אם אחד אומר כולה שלי ואחד אומר חצייה שלי לא היו חולקים בשוה בלי לפיכך. לכן קשה רק דאחרי הלפיכך פשיטא שחולקים.

הג"ה בשם ר"ח. בדברי ר"ח נזכר הגמ' בב"מ קט"ז: בהבית והעליה שנפלו שחולקין אע"פ שנפלו לרשותא דחד מינייהו. והא דלא מהני התפיסה מבואר שם שהוא משום דשותפין לא קפדי אהדדי. ולכאורה לא מוכח הגמ' שם דזה נחא לענין טענת לקוח כשלא ראינו איך בא לרשותו דנאמן לומר שקנה דאל"כ מאי בעי גביה, לגבי זה שפיר אמרנן דאין ראייה מזה שנמצא ברשותו דשותפין לא קפדי אהדדי והוי כמו גודרות שאין להם חזקה. אבל התם לכאורה איירי שידוע שנפל לרשותו והנידון הוא מצד תפיסה כמבואר בתוס' לעיל דהוי תפיסה קודם שנולד הספק ולענין זה מה ששותפין לא קפדי הוא לא חסרון. ועיין בקצה"ח ס' קפ"ט סק"א שמבאר ע"פ דברי רש"י שם דשותפין לא קפדי אהדדי אינו רק שאינו מקפיד אלא משאיל מקום ברשותו לחברו והוי ממש כחצר של שניהם שהוא קונה קנין בחצר חברו ע"י השתמשותו. ולכן אין זה נחשב תפיסה כלל דעדיין נמצא ברשות של שניהם. [החזו"א בבכורות ס' י"ט סק"ג חולק בזה על הקצות וס"ל שגם בלי הקנאת רשותו בדרכי הקנינים לא מהני תפיסה וחשיב כרשות של שניהם כיון שזה משמש את שניהם שאין הבעלים מקפידים].

בדברי ר"ח מבואר דהקמ"ל כאן שאפילו נפל לרשותא דחד חולקים הוא משום דשותפין לא קפדי אהדדי. וצ"ב אמאי לא פירש כמו שפרשו התוס' לעיל והרשב"א כאן שהלפיכך שהוא ראייה שהכותל של שניהם גורם שיוציאו מהתופס ואמאי צריך להגיע כאן לשותפין לא קפדי אהדדי. וכדברי ר"ח מבואר גם ברי"ף כאן שכתב ששמענין מהכא שדבר שידוע שהיה של שותפין לא מהני בו תפיסה דשותפין לא קפדי אהדדי. וקשה דהכא בל"ה לא מהני תפיסה מכא ראייה הלפיכך. ועיין ברשב"א שכתב שמדברי רב אלפס נראה שמפרש דהכא איירי גם באופן שלא ראינו איך באו האבנים לרשותו ואית ליה טענת לקוח. והלפיכך מבטל גם טענה זו והיינו משום שהלפיכך הוא ראייה שבתחילה הכותל היה של שניהם, ואף שתפס וטוען שבנה לבד הלפיכך מוכיח שבתחילה היו שותפין, ואחר שידוע שבתחילה היו שותפין גם אם יטען לקוח אינו נאמן ואין מה שנמצא ברשותו מוכיח דשותפין לא קפדי אהדדי. וכן צ"ל בדברי ר"ח.

הרמ"ה באות ל"ח מפרש כרי"ף ור"ח דאחרי הלפיכך אינו נאמן בטענת לקוח מפני ששותפין לא קפדי אהדדי. ומוסיף הרמ"ה שזה דוקא כשאין לו מגו דלהד"ם או דהחזותי כגון שרואים האבנים ברשותו אבל כשיש לו מגו נאמן לטעון או שבנה לבדו או שקנה אח"כ במגו דהחזותי, ואף שטענתו שבנה לבד הוא נגד לפיכך נאמן ע"י מגו, דלפיכך אינו כעדים אלא דמי לחזקה אין אדם פורע בתוך זמנו, ויש צד לקמן ה': שעי' מגו נאמן לומר פרעתי תוך זמנו. וכדברי הרמ"ה כתב גם ר' יונה ע"ש. וזה דלא כתוס' לעיל ב'. שמגו נגד לפיכך הוי כמגו נגד עדים. וכן מבואר ברשב"א כאן. ואח"כ כתב הרמ"ה שזה דוקא כשאין חזית אבל כשחזית מוכיח שחברו בנה או ששניהם בנו אינו נאמן לומר שבנה לבדו אפילו במיגו, דאף שמגו נגד לפיכך מהני דאינו אלא מגו נגד חזקה, מגו נגד חזית הוי כמגו נגד עדים. ובסמוך יתבאר בס"ד דנחלקו הקצות והמהרש"א בענין זה אי מהני חזית נגד מגו או לא, וברמ"ה מבואר בזה כדברי המהרש"א.

מאי חזית. בחצר שיש חיוב על שניהם לבנות משום היזק ראייה, היכא שאחד עשה משלו נחלקו הראשונים אם יש תקנת חזית, הרא"ש כתב בשם הר"י מגש שלא תקנו חזית בחצר דבלי תקנ"ח אין החזית ראייה שאולי עשה חזית מטעם אחר ורק בגלל שתקנו לעשות חזית לראיה יש מזה הוכחה, ובחצר לא תקנו כיון שבדרך כלל שניהם בונים יחד. ומשום חצר שאין בה כדי חלוקה שיכול לחלוק ע"מ שלא לבנות כותל והיה מקום לתקן, אע"פ כיון שבסתם חצר לא תקנו, לא תקנו גם בחצר שאין בה כדי חלוקה. והרא"ש חולק וס"ל שגם בחצר יש תקנת חזית. שיטת הרמב"ן בדף ב'. שמוכא בקצה"ח ס' קנ"ז סק"ז שלא מהני חזית בחצר אבל לא מטעמיה דהר"י מגש אלא מפני שלא מהני ראייה החזית נגד הלפיכך שהוא הוכחה ששניהם בנו. ומוסיף הרמב"ן שגם לענין מה שבנו מעל ד' אמות שבוה ליכא לפיכך לא מהני חזית כיון שהלפיכך מוכיח שהמקום והכותל עד ד' אמות הוא של שניהם ממילא גם מה שלמעלה מד' אמות הוא ברשות של שניהם ולא מהני חזית להוציא. הני"י כאן ס"ל נמי דלא מהני חזית בחצר כסברת הרמב"ן אבל לענין למעלה מד' הני"י חולק. דהיינו שנגד הלפיכך לא מהני חזית אבל כשאין לפיכך מהני חזית גם להוציא. ועי' בקצה"ח ס' קנ"ח סק"ג שכתב שבמקום שיש תקנת חזית ונפל לרשות של אחד ושהו הרבה ויש מגו דלקוח נאמן לטעון שבנו יחד נגד ראייה החזית במגו דלקוח דחזית לא מהני נגד מגו. ובזה מישב הקצות את שאלת המהרש"א בדף ב'. מה קושית הגמ' גבי בקעה שלא יעשו חזית ופרשו התוס' משום דתפיסה לא מהני, אכתי צריך חזית להיכא דנפל לרשות דחד שלא יהיה נאמן בשוה הרבה במגו דלקוח. וכתב הקצות דלבריו נחא שבאופן זה לא יועיל החזית.

נמצא דראית החזית לרא"ש מהני נגד ראייה לפיכך ולרמב"ן ונ"י לא מהני. לרמב"ן לא מהני להוציא ולנ"י מהני גם להוציא. לקצות לא מהני נגד מגו ולמהרש"א מהני חזית נגד מגו. והובא לעיל שביד רמה באות ל"ח מבואר כמהרש"א. ולענין מגו נגד לפיכך הובא מחלוקת התוס' והרמ"ה.

דף ד:

לא יעשו לא זה ולא זה. ג' שיטות יש בזה. שיטת התוס' בדף ב'. דלא בעינן חזית. דאפילו בלי חזית חולקים מספק ולא מהני תפיסה [ולשהו הרבה לא חששו דבידו לא לשהות למהרש"א ולקצות בשוה הרבה לא יועיל חזית נגד מגו]. שיטת רש"י [וכ"כ הרמב"ן בדעת רש"י] דבמקום שיש תקנת חזית אם שניהם לא עשו חזית זה הוכחה שהוא של שניהם דאל"כ היה אחד עושה חזית. נמצא דבין לרש"י בין לתוס' אם לא עשו חזית ונפל לרשות של אחד חולקין. והטור כתב בס' קנ"ח שנחלקו בזה רש"י ור' יונה שלרש"י חולקין ולר' יונה זכה מי שנפל לרשותו. והקשו הש"ך והט"ז שלר' יונה לא מוכח מה קושית הגמ' שלא יעשו חזית הא צריך את החזית שיהיה הוכחה ששניהם בנו ויחלוקו אפילו אם נפל לרשות דחד. וכתב בזה הקצות בס' קנ"ח סק"ג שבקושית הגמ' גם ר' יונה ילמד כרש"י שמוזה שלא יעשו חזית יש ראייה שזה של שניהם ולא יועיל תפיסה אבל בתר דמשני דחיישינן שמא יקדם אחד ויעשה חזית ולכן תקנו שגם כשבנו שניהם יעשו שניהם חזית א"כ כבר אין ראייה ששניהם בנו כשלא עשו חזית דממ"נ לא עשו כתקנ"ח. א"כ למסקנא החלוקה היא מספק ומהני תפיסה. ומוסיף הקצות דא"כ צ"ע מנין לטור שרש"י חולק על ר' יונה אולי למסקנא מודה רש"י. אך דברי הקצות תלויים בכיבור תי' הגמ' לא צריכא דקדים חד וכו'. דהני

כתב דתי' הגמ' דחיישינן שמא אחד יעשה בלי ידיעת חברו לכן תקנו ששניהם יעשו. וכ"כ הרשב"א הובא בשיטמ"ק ופריך דחיישינן דלמא קדים חד. וכ"כ בשם ר' יונה ומשמע שגרס כן בגמ' דלמא קדים. ור' יונה לשטתו ניחא כדברי הקצות אבל בלשון רש"י ד"ה ועבד ידידיה משמע שאין התי' דחיישינן אלא מיירי שאחד קדם ועשה חזית ואז צריך גם השני לעשות אבל עיקר הדין נשאר גם למסקנא דאם בנו שניהם בבקעה אינם עושים חזית וכן משמע בלשון ר' גרשום שכתב לא צריכא דאקדים חד ועבד חזית. משמע שרק באופן שהשני עשה יעשה גם הוא אבל לכתחילה לא יעשה לא זה ולא זה. א"כ לשיטת רש"י אין שום חזרה מסברת המקשן ושפיר כתב הטור דלרש"י אם לא עשו חזית ונפל לרשות אחד מהם חולקים דמה שלא עשו חזית הוא הוכחה שזה של שניהם. אבל בדעת ר' יונה שגורס בתי' הגמ' דחיישינן דלמא קדים חד שפיר כתב הקצות שלמסקנא כשלא עשו חזית ליכא הוכחה שזה של שניהם ומהני תפיסה. נמצא דמחלוקת רש"י ור' יונה שהובא בטור אינו תלוי בביאור קושית הגמ' אלא בביאור התירוץ דלר' יונה הגמ' חוזרת בתי' מסברת הה"א כמש"כ הקצות ולרש"י נשאר סברת הה"א גם במסקנא.

נמצא ב' דרכים בביאור שאלת הגמ' וב' דרכים בביאור תי' הגמ'. א. לתוס' השאלה היא למה צריך ראייה של חזית כדי שיחלוקו בל"ה יחלוקו מספק אפילו אם יפול לרשות של אחד. ב. רש"י ס"ל שאם החלוקה מספק מהני תפיסה דמפרש לעיל תי' הגמ' דנפל לרשותא דחד כפשוטו בלי שהו הרבה, ולכן מפרש כאן שאלת הגמ' שגם בלי חזית יהיה חלוקה ודאית דמה שאין חזית מוכיח שזה של שניהם. ובתי' הגמ' א. לרשב"א נ"י ור' יונה תרצו שגם בבקעה תקנו לעשות חזית כשבונים שניהם שמא יקדם אחד ויעשה. ב. לרש"י ור' גרשום כשבונים שניהם בבקעה אינם עושים חזית וזה סימן שהם בנו ומה דקתני במתני' דעושים מיירי שאחד עשה ואז יעשה גם השני.

דקדים חד ועבד. הקשה המהרש"א אמאי חיישינן שיכנס חברו לרשותו ויעשה חזית הא מבואר לעיל שכל מה שעושים את החזית לצד חוץ הוא כדי שלא יהיה חשש שחברו יעשה ג"כ חזית. ועיין מש"כ בזה המהרש"א. וכבר עמדו בזה הראשונים עיין יד רמה אות מ"ג בריטב"א ור' יונה. אך כ"ז קשה רק לפירוש הנ"י הרשב"א ור' יונה דחיישינן לזה ומחמת חשש זה תקנו שיעשו שניהם חזית כשבונים יחד בבקעה. אבל למה שנתבאר דרש"י ור' גרשום מפרשים דאירי שחברו עשה חזית ואז יעשה גם הוא, אבל תמיד לא חיישינן לזה וכשבונים יחד בבקעה לא עושים חזית א"כ לא קשיא כלל קושית המהרש"א והראשונים.

המקיף את חברו. במשביח ממון חברו יש ג' דינים שונים. א. היורד לשדה חברו בשדה העשויה ליטע. ב. נהנה. ג. משתרשי ליה. חיובו של יורד מבואר בב"מ קא. וכתב שם הנ"י וז"ל וטעמא דכיון דשדה העשויה ליטע ידידי הבעלים ושתקו ודאי ניחא להו במאי דעבד וכאלו ירד מדעתם דמי עכ"ל. דהיינו דחשיב כיוור ברשות וחיובו מדין שכירות פועלים. ולכן החיוב של יורד הוא רק כשכוונת היורד הוא להשביח ממון חברו דאל"כ אינו פועל שלו כמבואר ברמב"ן במלחמות כאן שמבאר בסוף דבריו סברת המ"ד שהניקף משלם רק את הרביעית דכיון שבתחילה גדר ג' ורביעית של חברו הניח זה מוכיח שלא אדעתא דמתהני חבירה עבד מעיקרא ע"ש. וכן מבואר בש"ך בס' שצ"א סק"ב וז"ל וטעמא ביורד שלא ברשות כיון שמתכוין להשביח חייב לשלם לו יציאותיו עכ"ל. וכן מבואר בנתיבות בס' קס"ד סק"א ע"ש.

חיוב נהנה הוא שחייב לשלם עבור ההשתמשות בממון חברו ובזה בעינן דוקא שיהיה זה נהנה וזה חסר ובעינן נמי שיבוא ההנאה ע"י מעשיו או מעשה ממונו או שנהנה גופו, כמש"כ התוס' בב"ק ק"א. דרך באופנים אלו נחשב שלקח השתמשות והנאה מממון חברו. והיכא דההנאה הוא יותר מן החסרון שיטת התוס' בב"ק כא. ד"ה ויהיב שמשלם כל מה שנהנה דכיון שע"י הנאתו איכא קצת חסרון נחשב שכל ההנאה באה מממונו של חברו. אבל הנ"י כאן כתב בשם הרמ"ה, והוא ביד רמ"ה על סדר המשנה באות ו', שאינו משלם אלא כפי החסרון. ואין כוונתו דמשלם על החסרון אלא שהחסרון הוא סיבה לחייב על ההנאה כמו לתוס' אלא דתוס' ס"ל דכיון דאיכא חסרון כל שהו זה סיבה לחייב על כל מה שנהנה והרמ"ה ס"ל דעד כמה שיש חסרון חשיב הנאה מממונו של חברו ומה שנהנה יותר על כדי החסרון הוי כזה נהנה וזה לא חסר ופטור.

הדין של משתרשי ליה מבואר בחולין קלא. שגם במקום שנהנה פטור כגון במתנות כהונה אעפ"כ אם משתרשי ליה חייב. וגדר חיובו מבואר בקצות בס' רמ"ו סק"ב ובשערי יושר ש"ג פכ"ה שחייב משום שנתרבה ממנו ע"י ממון חברו וזה רק באופן שלולא ממון חברו היה צריך להוציא שלו. משא"כ כל נהנה אין לחייב מדין משתרשי ליה כמבואר בתוס' בחולין שיכול לומר הייתי מתענה ולית ליה רווח ממון. אבל כשבאים לחייב מדין נהנה אין טענת הייתי מתענה דאז לא היה נהנה. אבל במתנות כהונה שא"ל לחייב מדין נהנה או כשאין חסרון או כשלא נהנה גופו ולא ע"י מעשיו ומעשה בהמתו שאין לחייב מדין נהנה כמבואר בתוס' בב"ק קא. בזה כשיש סברת הייתי מתענה א"ל לחייב מדין משתרשי ליה ופטור אבל כשאין אפשרות שהיה מתענה אפשר לחייב אפילו באופנים הנ"ל מדין משתרשי ליה שנתרבה ממנו ע"י ממון חברו. ובה מבאר הגרש"ש שם בש"ג פכ"ה ד"ה ונלענ"ד דבזה, הא דמבואר בסוגיין בלישנא אחרת דר"י ס"ל שאם עמד מקיף פטור הניקף ואם עמד ניקף חייב. והגמ' בב"ק כ: בה"א מוכיחה מדברי ר"י דס"ל זה נהנה וזל"ח פטור ולכן כשהמקיף גדר פטור. והקשו שם התוס' א"כ למה עמד ניקף חייב הא זה ג"כ זנוזל"ח. ותי' כיון שגילה דעתו דניחא ליה בהנאה זו חייב אעפ"י שאין חברו חסר. וכ"כ תוס' לקמן ה. בד"ה אע"פ. ולא מוכן הסברא בזה דהיכא דאיכא חסרון חייב גם בלי גלי דעתיה ולא בעינן גלי דעתיה כדי להחשיבו הנאה ואעפ"כ כשאין חסרון פטור ולמה גלי דעתיה הוא סיבה לחייב בלי חסרון. והיש"ש ב"ק ס' ט"ז חולק בזה על סברת התוס' והובאו דבריו בקצה"ח ס' קנ"ח סק"ו ע"ש. ובשע"י כתב דכיון שגלי דעתיה שהיה מוציא ע"ז ממון ליכא בזה סברת הייתי מתענה וחיובו מדין משתרשי ליה ובזה לא בעינן חסרון. וע' לקמן שהובא מש"כ הקצה"ח בזה. ולכאורה י"ל עוד דע"י הגלי דעתיה זה נהפך להיות כשדה העשויה ליטע וחיוב מדין יורד וביורד אין פטור של זנוזל"ח.

חיובו של הניקף למקיף כתב הרמב"ן במלחמות כאן שהוא מדין יורד [לשון הרמב"ן בחידושו דדמי במקצת ליורד] ובזה מבאר הרמב"ן מה שנחלקו בגמ' אם משלם לפי מה שגדר או דמי קנים בזול או אגר נטירא דנחלקו לענין מה השדה עשויה ליטע ע"ש. אך דברי הרמב"ן לכאורה צ"ע דבגמ' בב"ק מפורש דחיובו מדין נהנה. ונהנה ויורד הם שני דינים שונים כמו שנתבאר. וכן מפורש בש"ך הנ"ל בס' שצ"א סק"ב שכתב דבנהנה בעינן הכללים שכתבו התוס' בב"ק קא. נהנה גופו או ע"י מעשיו או מעשה ממונו אבל היכא דנתכוין להשביח ממנו של חברו חיובו מדין יורד ובזה לא בעינן דוקא ע"י מעשיו ומעשה ממונו. הרי מבואר דיורד הוא חיוב אחר מנהנה ואיך כתב הרמב"ן דחיובא דסוגיין מדין יורד הא בב"ק מפורש דחיובו מדין נהנה. וכבר עמדו בזה רבותינו האחרונים.

ולכאורה יש לבאר דברי הרמב"ן ע"פ דברי הרמב"ם שכתב בפ"ג משכנים ה"ג וה"ד שהחייב במקיף הוא רק כשהכותל הוא על מקום של שניהם דהיינו שגדר בינו לניקף כשיטת רש"י ובעה"מ אבל אם הכותל הוא מסביב למקיף אינו משלם אלא דבר מועט שהרי אינו יכול להשתמש בכתלים. ומבואר דהא דמשלם כל מה שגדר הוא משום שזוכה בכותל והוי כיוור לשדה חברו שזוכה בעל השדה בעצם של היורד ע"י קנין חצר כמבואר בנ"י בב"מ קא. וכיון שזכה משתתף בכל דמי הכותל. אבל כשהכותל אינו בחצרו של הניקף אינו זוכה בכותל ואז אינו משלם אלא דבר מועט מדין נהנה. וגם על הרמב"ם יש לתמוה מהגמ' בב"ק שפושטת מכאן את השאלה של זנוול"ח ואם חיובו משום שזכה בכותל הרי המקיף חסר ועוד שאין חיובו של הניקף מדין נהנה. וכתב בזה רע"א [הובאו דבריו בגליון הרמב"ם] דמה שחייב לשלם כל מה שגדר הוא משום שניחא ליה לניקף לזכות בכותל וכשזוכה בכותל אין חיובו מדין נהנה ואין זה נוגע לזנוול"ח ואעפ"כ הגמ' בב"ק מוכיחה מזה שזנוול"ח חייב דאם יכול להשתמש בכתלים של חברו בלי לשלם אין אומדנא שרוצה לקנות את הכותל דלמה לו לקנות ולהתחייב בדמיו הא יכול להנות בלי תשלום. אע"כ דזנוול"ח חייב וכיון שאם לא יזכה יצטרך לשלם ממילא ניחא ליה לזכות וחייב עבור זכיית הכותל בכל דמי הכותל.

ועל דרך זה יש לבאר גם את דברי הרמב"ן שחיובו מדין יורד הוא משום שזוכה בשבח כמש"כ הנ"י בב"מ קא. שאם לא יזכה יכול היורד ליטול עציו ואבניו. וכל מה שיש אומדנא שרוצה לזכות בשבח הוא רק מפני שאם לא יזכה צריך לשלם עבור ההשתמשות מדין נהנה. ומזה הגמ' בב"ק מוכיחה שזנוול"ח חייב. אבל אחרי שחייב רצונו לזכות בשבח ואז יש עליו חיוב מדין יורד ומשלם כל מה שגדר. אמנם אכתי צ"ע בדברי רע"א נאמרו בדעת הרמב"ם שמפרש שהקיף בינו לניקף ואז הכותל הוא על חצרו של הניקף וכשרוצה לזכות קונה בקנין חצר כמבואר בנ"י בב"מ קא. וכן לקמן על המשנה בדף ה'. אבל שיטת הרמב"ן כשיטת התוס' שגדר מסביב למקיף ואין זה רשות הניקף ובמה זכה. אך זה אמת לשיטת הקצ"ח בס' קנ"ח סק"ו שכתב שהניקף יכול לזכות בכותל רק אם בנוי ברשותו ואז קונה בקנין חצר. אבל בחי' הגרש"ש על ב"ב ס' ד' חולק על הקצות וכתב שפשוט שגם כשהכותל אינו בחצרו זוכה בו הניקף ע"י שזה משמש אותו וחשיב כחזקה דהשתמשות שנקנית ע"י השתמשות כמבואר בקצות בס' קנ"ג סק"ג ואין המקיף יכול לסתור את כותלו. ולפ"ז גם בדעת הרמב"ן י"ל כמו שכתב רע"א ברמב"ם דחיובו של הניקף מדין יורד, אבל זה רק מפני שגם אם לא היה זוכה היה חיוב מדין נהנה ומזה הגמ' מוכיחה שזנוול"ח חייב. ולכאורה נידון זה אם הניקף זוכה בכותל כשהוא ברשות המקיף הוא מחלוקת הרמב"ם והראב"ד דהרמב"ם הנ"ל בפ"ג משכנים ה"ד כתב בהדיא שרק אם זה ברשותו של הניקף הוא זוכה בכותל ומבואר כהקצות והראב"ד חולק וס"ל שגם אם גדר מסביב למקיף יהיה הכותל לשניהם ורק המקום כולו למקיף. ואינו מוכן במה זכה בכותל. ולכאורה צ"ל כנ"ל שזוכה ע"י ההשתמשות. א"כ ה"נ י"ל כן בדעת הרמב"ן. וע"ע בביאור דברי הרמב"ם באבן האזל פ"ג ה"ד.

רביעית הוא דיהיב ליה. פרש"י לפי שכבר יצא מהם זכאי בב"ד. וכוונתו להלכה של קם דינא. וכ"כ בעה"מ דלפי לשון זה פליגי ת"ק ור"י אם אמרינן קם דינא או הדר דינא. ומה שהקשו התוס' שא"כ גם ברביעית יפטר עד טפח האחרון קשה רק אי אמרינן שקם דינא נעשה ממילא גם בלי פסק ב"ד. אבל בדברי בעה"מ מבואר דבעינן פסק ב"ד שכתב דמייירי כגון שלא גדר מתחילה אלא הג' רוחות ובא עמו לדין ופטרותו ב"ד וכו' ואח"כ עמד וגדר את הרביעית. וכן משמע בלשון רש"י א"כ לק"מ דלא היה העמדה בדין באמצע רביעית. ועיין ברש"ש שמישב בזה קושיית תוס' על רש"י. ומקושיית התוס' מבואר שנקטו דקם דינא אינו תלוי בפס"ד. וכבר נחלקו הפוסקים אי קם דינא תלוי בפסק ב"ד או שנעשה ממילא. שמדברי התה"ד בס' ש"י, והובא להלכה ברמ"א ס' רס"ח סע' ג', מבואר דבעינן פסק ב"ד והש"ך שם סק"ז וביתר אריכות בסוף ספרו תקפו כהן חולק וס"ל דבמקום שיש הלכה של קם דינא אמרינן כן גם בלי פסק ב"ד. וע' במחלוקת זו בקונו"ס כלל ו' אות י"ב. ומדברי התוס' כאן נר' דס"ל כהש"ך, ורש"י ובעה"מ ס"ל כתה"ד.

תוס' והרמב"ן חולקים על רש"י ובעה"מ וס"ל שכאן אין הפטור משום קם דינא אך לא ביארו למה באמת אין כאן הלכה של קם דינא. ונראה שגם זה תלוי במחלוקת התה"ד והש"ך הנ"ל. דהתה"ד מייירי במי שהביא סחורה בזול והניחה בחצרו של שמעון ושמעון אמר תקנה לי חצרי אך עדיין לא פסק מעות למוכר ובא ראובן וקנה מהמוכר ונחלקו בזה הפוסקים אם זכה שמעון ע"י חצרו או לא, ומספק אמרינן הממע"ה. וכתב ע"ז התה"ד שאם אח"כ בא סחורה לחצרו של ראובן ושמעון פסק עם המוכר והכל נמצא ברשותו של ראובן ושמעון טוען ממ"נ אם חצר קונה א"כ בפעם הראשונה הוא זכה ואם לא קונה עכשיו הוא זכה ודן התה"ד אי שמעון מוציא ממ"נ או שאמרים בזה קם דינא ודנים כל ספק לעצמו. וכתב דאם עמדו בדין אחרי המכירה הראשונה אמרינן קם דינא ואם לא עמדו בדין יכול שמעון לתבוע ממ"נ. והש"ך חולק בתרתי א. דהיכא דאמרינן קם דינא זה גם כשלא היה פס"ד. ב. בכה"ג לא נאמר הדין של קם דינא. דרך כשהממ"נ נוצר ע"י אחד שלקה משנים או אחד מאחד ומהמוכר לא היו יכולים להוציא בזה אף שאצל הלוקח היו צריכים להוציא ממ"נ אמרינן קם דינא. אבל אצל אחד אף שגולדו הספיקות בזה אחר זה וכ"א בפנ"ע היה פטור כיון שעכשיו יש ממ"נ מחייבים ולא נאמר בזה קם דינא. ומדברי רש"י ובעה"מ בסוגיין מבואר דס"ל בזה כתה"ד שגם בחד גבירא אמרינן קם דינא וס"ל נמי כהתה"ד דתלוי בפסק ב"ד [ותלוי זב"ז דאי אמרינן בחד גבירא קם דינא עכצ"ל דתלוי בפסק דין דאל"כ יקשה מכמה דוכתי דאמרינן ממ"נ] ותוס' והרמב"ן ס"ל כשיטת הש"ך דלא שייך הכא קם דינא כיון דהוי חד גבירא. וע' גם בזה בקונו"ס כלל ו' אות י"ב י"ג י"ד.

בסברת הדין של קם דינא נאמרו ג' דרכים. א. התה"ד הנ"ל כתב שהוא מדין יאוש שמתאש מממונו כשב"ד פסקו שאינו יכול להוציא וממילא אין אח"כ ממ"נ. ב. התומים בס' כ"ה בסוף קצור תקפו כהן כתב דע"י פסק ב"ד נעשה הפקר ב"ד על ממונו התובע. ולדבריו בודאי תלוי בפסק ב"ד. ג. הקונו"ס בכלל ו' אות י"ד כתב ע"פ דרכו של הש"ך דרך בתרי גברי נאמר קם דינא דהוא משום דמצי אמר הלוקח אתינא מכח גבירא דלא מצית לאשתעווי דינא בהדיה ומה מכר ראשון לשני כל זכות שתבוא לידו.

ר' יונה מבאר הא דלת"ק משלם רק רביעית ולא ג' ראשונות דאייירי במקיף מבחוץ וג' רוחות כל ההקיף הוא בשביל החיצון א"כ ההנאה ממחיצות אלו היא זה נהנה וזל"ח, ורק גדר הרביעי שהוא בשביל הפנימי נחשב זה נהנה וזה חסר. ופליגי ת"ק ור"י בדין זנוול"ח ת"ק פוטר לכן מחייב רק עבור הרביעי שבזה יש חסרון ור"י ס"ל זנוול"ח חייב לכן ס"ל דמגלגלין עליו כל הד' מחיצות.

נמצא ד' פשטים בטעמא דמ"ד שמשלם רק את הרביעית. א. לרש"י ובעה"מ משום קם דינא. ב. לתוס' משום דאולי לא היה מוכן להוציא הוצאות בשביל הקיף זה אבל אחרי שיש ג' מחיצות אין לך אדם שלא היה מסייע ברביעית ע"מ שיהא גדור בד'

רוחותיו. ג. לרמב"ן במלחמות הוא משום דכיון שבתחילה גדר מסביב לרשותו והניח רשות חברו פתוח מוכח שלא אדעתא דמתהני מיניה חבריה עבד מעיקרא וכו' ולא דמי ליוורד לתוך של חברו ובונה דהתם אדעתא דלישתלם עבד ע"ש. וזה כמו שנתבאר לעיל דחייב יורד הוא רק כשכוונתו להשיב ממון חברו. ד. לר' יונה ג' מחיצות הוי זנוול"ח וברביעי איכא חסרון.

תוד"ה דמי קנים בזול. כוונת התוס' בקושיתם אמאי משלם רק דמי קנים בזול דאמנם לענין כותל אבנים הוי כשדה שאינה עשויה ליטע מ"מ גם באינה עשויה ליטע משלמים יציאות עד שעור שבת. והכא היציאות הם של גויל וגזית ושבת איכא לפי מחיצה של קנים א"כ היה לו לשלם כל דמי הקנים ולא קנים בזול. ואולי יותר מדמי קנים כפועל על עשיית מחיצה של קנים דלענין זה עשוי ליטע ואיכא שבת. ותי' שגם לענין קנים אינו עשוי ליטע.

מקיף וניקף א"ב. בל"ק מבואר דרבנן ס"ל שאם המקיף גדר את הרביעית הוא משלם את הרביעית ולא את ג' הראשונות ואם הניקף גדר משלם את הכל. ולכאורה אינו מובן דרש"י מבאר בתי' שלפני זה שהסברא לחלק בין רביעית לראשונות הוא בגלל קם דינא, ואם נפטר מהראשונות בגלל קם דינא למה כשעמד ניקף וגלי דעתיה משלם גם את הראשונות, הא גם בלי גלי דעתיה הוא משלם את הרביעית משום שנהנה ואעפ"כ פטור מהראשונות בגלל קם דינא ולמה בגלי דעתיה לא אמרינן שפטור מהראשונות בגלל קם דינא. ועיין בריטב"א וברשב"א שכתבו דרש"י לא גרס כלל לשון זה אלא רק את הלשון השני, והגאונים הם שגרסו את הלשון הראשון ולא את השני. אמנם בעה"מ כן גורס את הלשון הראשון, וכתב בהדיא דלת"ק פטור מהראשונות בגלל קם דינא ואעפ"כ בעמד ניקף וגלי דעתיה משלם גם את הראשונות וצ"ב איך הגלי דעתיה מבטל את הקם דינא. בתוס' בדף ה'. בד"ה הגה"ה נראה דגרסו בלשון השני בדברי ר' יוסי מה דסברי רבנן בל"ק לגרסת הגאונים. דר"י לל"ב ס"ל שבמקיף משלם את הרביעית [ולא כגרסא שלנו שבעמד מקיף לר' יוסי אינו משלם כלל] ועמד ניקף משלם הכל. אך התוס' לא אזלו עם סברת קם דינא אלא לשטתם דיכול לטעון שאינו צריך מחיצות אבל אחרי שיש ג' מחיצות בודאי היה עושה הרביעי. וגם זה לכאורה אינו מובן דא"כ בעמד ניקף נמי נימא הכי ולמה יש בזה גילוי שניחא בראשונות.

ונראה שהביאור בדברי בעה"מ דהיכא דגלי דעתיה בטל הפטור של קם דינא הוא ע"פ מש"כ הקצה"ח בס' קנ"ח סק"ו, דהגמ' בב"ק מוכיחה מר' יוסי דס"ל שרק בעמד ניקף משלם ולא במקיף דס"ל זה נהנה וזל"ח פטור. והקשו שם התוס' אם הפטור הוא בגלל זנוול"ח אמאי מחייב כשעמד ניקף וגדר את הרביעית הא גם בזה נימא זנוול"ח פטור. ותיצו דשאני עמד ניקף דגלי דעתיה דניחא ליה. ואינו מובן מה עושה הגלי דעתיה הא גם בלי זה אית ליה הנאה, וטעם הפטור הוא לא מפני שלא נהנה אלא מפני שזנוול"ח פטור א"כ גם כשגלי דעתיה דניחא יפטור מאותו הטעם. והובא לעיל שבשערי יושר ש"ג פכ"ה מבאר דכשמגלה דעתו שהיה מוציא ע"ז ממון יש בזה חיוב של משתדל ליה ובה חייב גם בלי חסרון. הקצה"ח בס' קנ"ח סק"ו מבאר דברי הגמ' באופן אחר דע"י שמגלה דעתו הוא זוכה בכותל והמקח של הכותל הוא שמחייב תשלום ולא מדין נהנה. ובזה מבאר הקצות את דברי הבי"י שכתב שאם המקיף גדר שנים והניקף גדר את השלישית חייב ואינו מובן מה יועיל הגלי דעתיה הא ליכא הנאה כ"ז שלא גדר את הרביעית. וכתב הקצות שבגלי דעתיה החיוב הוא מפני זכותו במחיצה ואינו מדין נהנה וחייב אפילו כשאין ד' מחיצות.

לדברי הקצות דברי בעה"מ פשוטים שבגדר המקיף הוא חייב רק על הרביעית ואין לחייבו על הראשונות בגלל קם דינא אבל כשהניקף גדר את הרביעית ובאים לחייב על מה שגלי דעתיה אין חיובו על מה שהכותל משמש אותו אלא על קנין הכותל, וזה עסק חדש שנעשה עכשיו ולגבי החיוב על קניית הכותל לא היה קם דינא לכן שפיר מתחייב הכל כשגדר הניקף, וכשגדר המקיף פטור על הראשונות משום קם דינא וחייב רק על הרביעית.

דף ה.

זיל שקול מיניה וכו'. הקשה הריטב"א איך אמר רבינא לאריס לגנוב מרונא הא מבואר בב"מ ס"א: דאיכא לאו דגניבה בגונב ע"מ למיקט. ולכאורה היה נראה דלא רצה שיגנוב כלל דידע שרונא לא יניחנו לקחת אלא רצה רק שרונא יחשוב שלוקח. ואפילו למה דנקט הריטב"א שאמר שיגנוב ממש אכתי תלוי במחלוקת ראשונים שהובא בקצה"ח ס' שמ"ח סק"א שהשיטמ"ק בב"מ כתב דאם אינו רוצה לעכב את הממון בידו אלא רק לצערו ומחזיר מיד ליכא לאו, ולפ"ז בודאי לא קשיא, אלא מוכח בריטב"א דס"ל כרמב"ם שמביא הקצות שם שגם אם אין דעתו לעכב את הממון איכא לאו. הריטב"א מישב בב' אופנים. א. הפירות עמדו למכירה והיו דמיהם קצובים א"כ לא היה איסור בעצם הלקיחה אלא שלקח בצורה שרונא חשב שגונב. ב. ככה"ג שאינו עושה לצער חברו אלא להוציא דינו לאור שרי. וכתב ע"ז הריטב"א וכן עיקר. וביאור דבריו דאף שבגניבה ממש ליכא התר אף שהכונה טובה, האיסור של גונב ע"מ למיקט שאין הפסד לחברו הוא מחמת מעשה הגניבה שהוא דבר מגונה, ובה כשעושה לתועלת ולא כדי לצער חברו ליכא איסור. ויסוד זה מבואר גם בראשונים בקידושין ס"ט, בהא דיכולים ממזרים לטהר דאמרינן ליה זיל גנוב ואזדבן בעבד עברי וישא שפחה והבנים יהיו עבדים וכשישתחרר יהיה ישראל כשר. וכתב שם רש"י דהוי מצי לאקשווי מי שרי לאנסובי עיצה למגנב. וכתב ע"ז הרשב"א שם וז"ל א"נ אפשר דבענין זה היה מותר כדי לטהר את דורותיו עכ"ל. ואינו מובן וכי מותר לגנוב כדי לטהר דורותיו. אך כונת הרשב"א כמש"כ התוס' ר"ד שם וז"ל אין איסור בדבר כיון שבדעתו לשלם ומתכוין להכשיר זרעו עכ"ל. וזה ממש כדברי הריטב"א כאן דגונב ע"מ לשלם וע"מ למיקט אינו איסור בגוף המעשה ואם מתכוין לתועלת כגון להוציא דינו לאור או להכשיר זרעו מותר.

איתא לקמן ט"ז. שאיוב היה גוזל שדה מיתומים ומשביחה ומחזירה להם. והקשה שם הקו"ש דאיכא איסור של גונב ע"מ לשלם. וכתב דלמ"ד דאיוב לא היה ישראל ניהא ד"ל שבעכו"ם ליכא איסור בגונב ע"מ לשלם. והיינו דאיסור גניבה שנצטוו עליו עכו"ם הוא על הפסד ממון חברו אבל מה שאסרה תורה גונב ע"מ למיקט וע"מ לשלם שאין בו הפסד לחברו מפני שזה מעשה מגונה בני נח אינם בכלל איסור זה. וביד רמה שם בסופ"ק עמד בשאלה זו וכתב כדברי הקו"ש דהגמ' קאי כמ"ד דאיוב היה בן נח. עוד כתב הקו"ש דיש לחלק בזה בין גנב לגזול דגונב ע"מ לשלם נתרבה רק בגנב ולא בגזול. ובה יתישב גם קושית הריטב"א כאן דהכא רצה רבינא שרונא יראה שגונב והוי דרך גזילה ולא דרך גניבה ובגזל ליכא לאו דע"מ למיקט.

נמצא הדרכים בישב קושית הריטב"א א. תי' ראשון של הריטב"א שהפירות עמדו למכירה. ב. תירוץ השני דאם כונתו לתועלת ליכא איסור בגונב ע"מ למיקט וכן מבואר בתורי"ד בקידושין ס"ט. ג. לשיטמ"ק שהובא בקצה"ח ס' שמ"ח אם אין

דעתו לעכב את הממון אלא לוקח כדי לצער ולהחזיר מיד ליכא לאו. ד. לפי הקו"ש רק בגבגב ע"מ למיקט איכא לאו ולא בגזל. ה. לכאורה י"ל עוד שלא היה כונה לגנוב כלל דידע שרוניא לא יניחנו.

רוניא זבן ארעא וכו'. בפשט הראשון ברש"י מבואר שאם הלוקח הוא עני אין דינא דבר מצרא ותוס' הקשו דאין מרחמים בדין. וכתבו הראשונים דכיון שכל ההלכה של בר מצרא הוא משום ועשית הישר והטוב במקום שאינו ישר וטוב אין דינא דבר מצרא, ע"י נ"י. וע' בלשון הטור בס' קע"ה סע' ל"ו דינא דבר מצרא תקנ"ה הוא משום ועשית הישר והטוב וכו' לפיכך אם יש שום הפסד למוכר לא תקנו. וכמו כן ס"ל לרש"י דהיכא שהקונה עני לא תקנו דאין זה ישר וטוב. וע"י בב"י בסוף ס' קע"ה אות ל"ב שכתב בשם רז"ה שאם הלוקח דחיקא ליה שעתא והמצרן לא צריך אלא להרוחה אין דינא דבר מצרא. וכן מביא הב"י בשם התה"ד ע"ש. וב' מקורות נזכרו בדברי הב"י שם א. מב"מ קח: שאשה ויתומים אין המצרן מסלקן. ב. ממעשה דרוניא וזה כפירושו הראשון של רש"י. ומחלוקת זו הובאה ברמ"א שם סע' מ"ט. וכתב הגאון המקור מב"מ קח: וכו"ב בעובדא דרוניא כפרש"י ע"ש. ומבואר ברמ"א דאין זה רק מידת חסידות שלא יסלק הבר מצרא את העני אלא מדינא אין לו זכות לסלק. ומיושב מה שהקשו התוס' על רש"י מהלשון סבר רבינא שלרב ספרא רבינא טעה בדין.

גם הפשט של ר"ת שרבינא חשב שהוא עדיף מפני הוא מצרן מג' צדדים ורוניא מצד אחד, וע"ז אמר ר' ספרא שאין מעלה בזה הובא להלכה בס' קע"ה סע' י"א שאם יש כמה מצרנים לכתחילה צריך למכור לכולם וחולקים ביניהם אבל אם אחד קנה הכל אין האחרים מוציאים מידו. וע"ז מוסיף המחבר ואפילו היו המצרנים הרבה והיה בהם מי שאינו מצרן אלא בחלק קטן מאד אם קדם הוא וזכה בה. וע"י בב"י שם באות י"ט שכתב שהמקור לדין זה הוא מתוס' ריש כ"ב מעשה דרוניא.

עוד כתבו התוס' בשם ר' אברהם שרוניא לא היה מצרן אבל היה אריס בקרקעותיו של רבינא לכן גם נחשב כבר מצרא. ע"י בקו"ש שהקשה דמה שהוא אריס אינו אלא לזמן ולמה שיחשב ע"י למצרן לענין קנין שהוא לעולם. ות"י ע"פ משי"כ הנ"י דמיי"ר באריס בתי אבות שהוא לעולם. וקושית הקו"ש כבר הקשו הראשונים, ע"י בב"י בסוף ס' קע"ה באות ל"ג שמביא בשם בעל העיטור שבתחילה פירש כפירוש ר' אברהם ואח"כ כתב שא"א לפרש כן דמבואר בב"מ קח: דשדה לאחד ואילן לאחר אזלינן בתר בעל השדה והוא משום שקנינו של בעל האילן הוא רק כ"ז שהאילן קיים. וכתב הב"י דיש לישב ע"פ דברי הנ"י דמיי"ר באריס בתי אבות ע"ש. הרי זה ממש כקושית הקו"ש ותירוץ. אמנם מה שנקט הקו"ש בקושייתו דקנין לזמן אין לו דין בר מצרא לגבי קנין גמור וכתב ע"ז ואטו אם יש לו שדה בשכירות יוא נקרא מצרן לענין מכירה, אין דין זה פשוט דע' בס' קע"ה סע' ס' שהמחבר כתב כן והרמ"א מביא שיש חולקים וס"ל דיש בשכירות דין מצרנות גם לגבי בית שנמכר ליד הבית המושכר. וע' בסמ"ע שם ס"ק קי"ג שכתב שאין לו דין מצרן לענין לסלק לוקח אחר אבל יש לו דין מצרן לענין שאם קנה הוא אין הבר מצרא מסלקו.

תודה ואי לא. כתבו שהלכה כר"ה אליבא דר"י ואעפ"כ לכתחילה חייב רבא רק מה שרבינא תבע. ומזה למד הדרכי משה בס' י"ז שבעל דין שתובע דבר מועט והדיין רואה שמגיע לו יותר אין לדיין לחייב אלא מה שתבע התובע. וכן פסק הרמ"א שם סע' י"ב. וע' בסמ"ע שם סק"ה וש"ך סקט"ו שדנים אם דין זה הוא רק כשהתובע יודע שמגיע לו יותר או גם כשטועה. וע"ע משי"כ בזה הנתיבות שם סק"א.

עד ד' אמות בחזקת שנתן. בגמ' מבואר דמה שנאמן ברישא הוא משום דכל שפא ושפא זמניה והוי כאומר שפרע חוב שהגיע זמנו. וא"כ אין טעם הנאמנות מפני שיש ראיה ששילם אלא דהוי ככל מע"פ שנאמן לטעון פרעתי אחר זמנו דהממע"ה. ולפי"ז לשון המשנה בחזקת שנתן הוא לאו דוקא דאין חזקה שנתן אלא בא לאפוקי מהסיפא ששם בחזקת שלא נתן היינו שיש אומדנא שלא נתן דלא יפרע בתוך זמנו כשאין החוב ברור ואגב זה קתני רישא בחזקת ששילם. ומה"ט כתבו הריטב"א והיד רמ"ה באות ז' שברישא כשטוען ששילם נשבע היסת ככל כפירת ממון וכן מפורש ברמב"ם פ"ג משכנים ה"ב. היינו משום דליכא ראיה ששילם אלא הוי ככל טענת פטור שנפטר מספק ונשבע היסת. וצ"ע בלשון רש"י שכתב בד"ה עד שיביא שמבואר בדבריו שמה שנאמן ברישא הוא משום דכיון דחובה עליו לסייע לא היה בונה משלו אלא היה צועק עליו בב"ד. ומשמע דהוי כסברת לפיכך בריש פרקין דע"כ שילם דאל"כ לא היה חברו בונה משלו. וזה קשה מדברי הגמ' שרצתה להוכיח מהרישא שנאמן לטעון פרעתי תוך זמנו. ועיין לקמן שהובא שר' יונה מתקשה בדברי הגמ' אמאי חשיב תוך זמנו הא מעיקרא חייב לבנות עמו, אבל עכ"פ בגמ' מוכח שהנאמנות כאן הוא ככל טענת פרעון ולא שיש הוכחה ששילם.

סמך לו כותל אחר מגלגלים עליו את הכל. הקשה הנ"י במה קנאו דמחייבים ליה ות"י כיון שהצי כותל עומד על חצרו קנה בקנין חצר כשמגלה דעתו דניחא ליה. מה דהקשה הנ"י כאן יותר מלעיל במקיף וניקף הוא משום דשם מחייבים אחרי שנהנה אבל כאן מחייבים לפני שסמך את הגג ועדיין לא נהנה. וכן מפורש בריטב"א שהקשה למה מחייבים אותו לפני שנהנה ות"י כנ"י שזכה בחצי כותל ע"י קנין חצר. ואף שכתבנו שבמקיף לא היה קשה לנ"י דשם כבר נהנה וחייב בשביל הנאתו מ"מ יתכן שיש נ"מ מתירוץ של הנ"י גם לגבי מקיף ונחלקו בזה הב"י והרמ"א. שהרמ"א פסק בס' קנ"ה סע' ו' שאם המקיף בנה ב' רוחות ועמד הניקף וגדר את השלישית ועדיין פתוח לרוח רביעית אין מחייבין אותו. ואע"ג דגלי דעתיה דניחא אין זה סיבה לחייב אא"כ נהנה. והב"י חולק ומחייב אף שעדיין אינו נהנה. ולכא"ו דברי הרמ"א הם נגד מתני' דידן דמפורש שאם בנה כותל כנגד כותל חברו ועי"ז גילה דעתו דניחא ליה מחייבין אותו אע"פ שעדיין לא נהנה וא"כ גם בדין של הרמ"א נחייב משום הגילוי דעת אף שאין הנאה. אך לק"מ דע' קצה"ה ס' קנ"ה סק"ו שהרמ"א ס"ל שתי הנ"י שייך רק במתני' שהכותל הוא בחצרו וקונה בקנין חצר אבל במקיף סובר הרמ"א כראשונים שמקיף מבחוץ וא"כ אין הניקף זוכה בכותל וזכה לא מהני גלי דעתיה אא"כ נהנה. אבל הב"י פסק כסוברים שגדר בינו לניקף לכן ס"ל שתי הנ"י שייך גם במקיף וחייב ע"י גלי דעתיה אף שאינו נהנה כיון שזוכה בכותל כמבואר במשנה אע"פ שלא נתן את התקרה וכו'.

תודה אע"פ. הקשו אמאי חייב הא זה נהנה וזל"ח פטור. ואינו מוכן אמאי הקשו מצד זנוול"ח הא בל"ה קשה אמאי חייב הא עדיין לא נהנה כלל. וזה קושית הריטב"א, ומכח קושיא זו כתבו הריטב"א והנ"י שע"י הגלי דעתיה הוא זוכה בכותל וחיובו מפני שזכה בכותל ולא מדין נהנה. אבל התוס' בקושייתם לא ס"ל כן דאם החיוב על זכיית הכותל אין מקום להקשות דהוי זנוול"ח, וא"כ אמאי הקשו מכח זנוול"ח הוי להו להקשות דלא נהנה כלל. וגם בתירוץ שתיירוץ דגלי דעתיה לדעת הקצה"ח א"א לפרש כונתם דע"י גלי דעתיה הוא זוכה בכותל, שהרי כתבו כן גם על מקיף וניקף ושם לשיטת התוס' אין הכותל בחצרו של הפנימי ובמה יזכה בכותל. וכיון דס"ל שלא זוכה בכותל אמאי חייב הא לא נהנה עדיין.

הקה"י בס' ו' כתב דהתוס' ס"ל דכיון שדעתו לבנות ביתו הוא נהנה מכל חלק שנבנה אף שעדיין לא נשלם הבנין ואינו ראוי לשימוש. ועל הנאה זו הקשו התוס' אמאי חייב הא זה נהנה וזל"ח פטור. אמנם בדברי רע"א מבואר שלא פירש כן שרע"א כתב שדברי התוס' שהקשו זנוול"ח לכאורה תמוה דעכשיו אכתי אינו נהנה כלל אע"כ הוא מתחייב על שם סופו, דסופו ליתן תקרה ולהנות, וקשה דכשיתן תקרה ע"ג כותל חברו הוא מכביד על כותל חברו והוי זה נהנה וזה חסר. ותיירץ רע"א ע"פ דברי הנ"י שכתב שלא מוכרח שיסמוך התקרה ע"ג הכותל דגם אם לא יסמוך על הכותל אלא על דבר אחר הוא נהנה מהכותל שהוא משמש כותל לביתו, ובאופן זה סופו להנות בלי חסרון וע"ז הקשו התוס' אמאי חייב הרי גם ההנאה שיהיה בסופו יהיה זנוול"ח. ומבואר ברע"א דאינו מפרש כהקה"י שיש הנאה עכשיו אלא שהוא חייב על שם סופו. א"כ יש לבאר דברי התוס' בב' אופנים, או שעכשיו נהנה שחלק מביתו בנוי או שחייב מפני שסופו להנות. ולפי שני הדרכים לכאורה מוכח שתוס' לא סובר כריטב"א והנ"י דחייב על זכיית הכותל. אך לא נתבאר בדברי רע"א מהו הטעם שמתחייב על שם סופו, אמנם סופו להנות אבל מה מחייב עכשיו כ"ז שעדיין לא נהנה. ועיין עוד בקה"י הנ"ל שמביא דברי רע"א על תוד"ה כי היכי שמישב קושיית המהרש"א שם על התוס' ע"פ דברי הנ"י שכתב שהחוב כאן הוא על זכיית הכותל. ותמוה הקה"י איך אפשר לבאר התוס' ע"פ הנ"י הרי בתוס' דידן שהקשו זנוול"ח מוכח דלא ס"ל כנ"י.

ונראה שרע"א למד שגם התוס' מפרש כנ"י שחייבו מפני שזוכה בכותל ואעפ"כ קשיא להו זה נהנה וזה לא חסר. והדברים מתבארים ע"פ דברי רע"א שהובאו לעיל שנדפסו בגליון הרמב"ם פ"ג משכנים ה"ג דהרמב"ם ס"ל שחייב של ניקף הוא דוקא כשהכותל על מקום שניהם וזוכה בכותל. והקשה רע"א אם זוכה בכותל איך למדו מזה בב"ק שזנוול"ח חייב. ותי' דכל מה שיש אומדנא שרוצה לזכות בכותל הוא רק מפני שאם לא יזכה יצטרך לשלם עבור הנאתו מכותל חברו, אבל אם זנוול"ח פטור הרי יכול להנות מכותל חברו בחנם ולמה לו לזכות בכותל. וברור שזה הביאור במש"כ רע"א כאן דחייב אף שלא נהנה עדיין על שם סופו, בודאי מה שחייב עכשיו אף שלא נהנה כלל הוא כמו שכתבו הריטב"א והנ"י מפני שזוכה בכותל אבל מה שיש אומדנא שרוצה לזכות בכותל הוא מפני שאם לא יזכה יתחייב לשלם עבור השימוש בכותל חברו, אבל אם השימוש לא יחייב תשלום אין אומדנא שרוצה לזכות. וזה קושיית התוס' אמאי יתחייב עבור השימוש הרי סופו להנות באופן דהוי זנוול"ח ולמה אמרין שרוצה לזכות בכותל. ותי' שכיון דגלי דעתיה או שנחשב חסר יתחייב על השימוש בכותל חברו א"כ יש אומדנא שרוצה לזכות בכותל ומתחייב עכשיו על קנין הכותל. וא"כ אין סתירה בין תוס' לנ"י וניחא מה שהקשו זנוול"ח ולא הקשו דאינו נהנה כלל דמה שסופו להנות גורם שרוצה לזכות בכותל וחייב עכשיו על זכיית הכותל. וניחא מה שמבאר רע"א דברי התוס' לקמן ע"פ הנ"י דגם התוס' ס"ל כן.

נמצא שדברי רע"א בג' מקומות משלימים זה את זה. דמה שכתב על תוס' דידן שמתחייב על שם סופו כונתו כמו שכתב בגליון הרמב"ם דכיון שסופו להנות ולהתחייב בודאי רצונו לזכות עכשיו בכותל. וע"ז הקשו דההנאה אח"כ הוי זנוול"ח ויכול להשתמש בלי לשלם ולמה רוצה לזכות בכותל, אבל אחר התירוצ' שמתחייב על הנאתו הרי הוא רוצה לזכות בכותל וחייב מעכשיו על זכיית הכותל. וזה כדברי רע"א על תוד"ה כי היכי דגם התוס' ס"ל כנ"י שחייבו על זכייתו בכותל. וזה דלא כקה"י שכתב שמתוס' מוכח דלא ס"ל כנ"י, וגם דלא כקצה"ח בס' קנ"ח סק"ו שכתב שלנ"י לא קשה קושיית התוס' דאם זוכה בכותל אין מקום להקשות דהוי זנוול"ח. ולדברי רע"א זה אינו דאף דס"ל כנ"י מ"מ קשיא דכיון שיכול להנות בחנם אינו רוצה לזכות בכותל אבל אחרי התירוצ' שהשימוש מחייב גם התוס' ס"ל כנ"י שרוצה לזכות בכותל וזה מה שמחייבו עכשיו אף שעדיין לא נהנה.

תוד"ה מארבע. כתבו דמיירי דידעין דארציה לחבריה והיה מסרב וא"צ להעמיד בשעשה חזית. מבואר דס"ל שהיה מועיל חזית להוכיח שחלק העליון שמעל ד' הוא של אחד אע"פ שעד ד' אמות הכותל של שניהם. וזה דלא כרמב"ן שהובא לעיל דכתב כיון שעד ד' אמות הוי של שניהם לא מהני חזית להוציא מה שנמצא ברשות של שניהם. ולענין אם אחד רוצה להגביה למעלה מוד' אמות אם חברו יכול לעכב הרא"ש כתב שיכול לעכב ומתני' כשאינו מוחה. והריטב"א חולק וכתב שאינו יכול לעכב ע"ש.

הקובע זמן לחברו. כתבו התוס' דוקא שקבע זמן אבל סתם הלואה אף שאין חייב לפרוע תוך ל' יום נאמן לומר פרעתה. והטעם כתב הסמ"ע בס' ע"ח סק"ט שכשקובע זמן חזינן שצריך את המעות לזמן זה משא"כ בסתם הלואה אולי לא צריך המעות לל' יום. והקצות שם סק"ח הקשה על סברת הסמ"ע מפדין הבן ושכירות דאמרין נמי אין אדם פורע תוך זמנו אף שאין הוכחה שצריך את המעות עד זמן החיוב. לכן כתב הקצות שבמקום שיש זמן מפורש הדרך שלא פורעים תוך הזמן משא"כ בסתם הלואה. אך גם לדעת הקצות קשה משכירות ופדין דהתם לא קבעו זמן מפורש אע"כ צ"ל דהתם שאני כיון שעדיין לא נתחייב ומה"ט כתבו התוס' דהתם גם אביי ורבא מודו דא"א פורע ת"ז, א"כ ה"נ י"ל לדעת הסמ"ע.

אמנם חילוק זה שכתבו התוס' בין הלואה עם זמן לסתם הלואה מצאנו בעוד מקומות. דקי"ל המלוה את חברו ל"י שנים אין שביעית משמטתו דלא קרינן ביה לא יגוש כיון שלא הגיע זמן הפרעון. וכתב הב"ח בחו"מ ס' ס"ז אות י"ג שבסתם הלואה שהגיע סוף שביעית בתוך ל' יום מההלואה שביעית משמטת ולא דמי לזמן מפורש. וע"ע בתומים ס' ס"ז סקט"ז דאף שבקובע זמן פשוט שאין המלוה יכול לתפוס בתוך הזמן בסתם הלואה מהני תפיסת המלוה בתוך ל' יום. [ע' במאירי גיטין יא: בשם י"א דהתופס לבע"ח קנה אפילו בתוך זמנו ומסיים והדברים רופפים בידן]. וע' בדבר אברהם ח"א ס' ל"ב שמבאר דברי הב"ח והתומים דמבואר במכות ג': שהדין של סתם הלואה ל' יום אינו אומדנא שעל דעת כן הלואה אלא נלמד מקרא דקרבא שנת השבע שנת השמיטה יש לך שמיטה אחרת שהיא כזו שאסור לתבוע סתם הלואה בתוך ל' יום. ולפ"ז מצד חיוב הממוני חשיב כהגיע זמן הפרעון ואינו אלא איסור על המלוה לתבוע. ולכן סובר הב"ח דשביעית משמט חוב תוך ל' יום [אך מביא הדב"א שבבחי' הר"ן שבת קמח: מפורש דלא כהב"ח] וזה הפשט בדברי התומים שמהני תפיסה בתוך ל' יום של סתם הלואה. ועל דרך זה כתב לבאר גם התוס' דידן שאין חזקה אין אדם פורע ת"ז בסתם הלואה.

בשו"ע ס' ע"ח סע' ד' נפסק כדברי התוס' שבסתם הלואה נאמן לומר פרעתי בתוך ל' יום. וכתב שם הגאון בסק"ד שהרמב"ן חולק על תוס' וס"ל שאינו נאמן. וצ"ע שהרמב"ן כאן כתב כתוס'. ועי' בש"ך ס' שי"ז סק"ב שכתב שהר"ן בפ"ב דכתובות חולק על תוס'. ועי' בשיטמ"ק כאן בשם הרשב"א שחולק על תוס'.

תוד"ה ובא בזמנו. נראה שגרסו בגמ' ובא בזמנו ולא כגרסא דידן. ומה"ט הקשו שיהיה נאמן במגו דאי בעי אמר שפרע עכשיו. אבל אם נפרש דאירי בתוך הזמן לא קשיא. אך ר' יונה וכן הרמב"ן בשם הראב"ד הקשו קושיית התוס' אף שלא גרסו ובא בזמנו דמלשון הגמ' ואמר לו פרעתין בתוך זמנו ולא ואמר לו בתוך זמנו פרעתין משמע שהאמירה לא היתה בתוך זמנו וע"כ שהיה ביומא דמשלם זימניה. התוס' תירצו דאף שנאמן לומר שפרע ביומא דזמניה מ"מ אינו נאמן במגו דפרעתין היום דאינו מעיז לומר שפרע עכשיו אלא רוצה לומר שפרע אתמול והמלווה שכתה. והקשה הקצ"ח בס' ע"ח סק"ה דאין זה אלא מגו דהעזה וק"ל דרך לפטור משבועה לא מהני מגו דהעזה אבל לפטור מממון מהני. ועיין ברמב"ן בשם הראב"ד וכן בר' יונה שלא כתבו כסברת התוס' דאינו מעיז אלא דלא שכיח שיפרע ביומא דמשלם זימניה, ואף שאם טען כן נאמן אין מגו דאי בעי אמר טענה כזו. וגם על סברא זו תמה הקצות שם דזה ניהא היכא שהטענה שטוען היא שכיחה ויש לו מגו דטענה לא שכיחה זה חסרון במגו. אבל הכא פרעון ביומא דמשלם זימניה שכיח יותר מפרעון בתוך הזמן א"כ אמאי אין זה מגו. ועל שאלת הקצות על התוס' דמגו דהעזה מהני לפטור מממון כתב הקו"ש דאין כונת התוס' דאין זה מגו כלל אלא דמגו כזה לא מהני במקום חזקה. וע"ש שמבאר טעם הדבר. ומביא שכן מבואר בלשון הגמ' שכתב שמגו זה לא מועיל כאן מפני שיש חזקה כנגדו. וכן הוא בלשון הרמב"ן בשם הראב"ד דלא מהני האי מגו במקום חזקה. אמנם הרמב"ן חולק על עיקר דברי התוס' וס"ל דאירי הכא בתוך הזמן אבל ביומא דמשלם זימניה נאמן לומר שפרע בתוך הזמן במגו דפרעתין היום לצד שמאני מגו נגד חזקה זו.

נמצא ג' שיטות בזה. א. לתוס' אינו נאמן מפני שאינו מעיז לטעון פרעתי עכשיו. אבל אם עברו כמה ימים ויש עדים שלא פרע אחרי הגעת הזמן יהיה נאמן לומר שפרע בתוך הזמן במגו דפרעתי ביומא דמשלם זימניה. ב. לראב"ד ור' יונה גם באופן זה אינו נאמן כיון דפרעון ביומא דמשלם זימניה לא שכיח ואין מגו דטענה זו. ג. לרמב"ן גם ביומא דמשלם זימניה נאמן לומר שפרע בתוך הזמן במגו דפרעתי היום.

דף ה:

תוד"ה כי היכי. כתבו דאביי ורבא דס"ל שנאמן לטעון פרעתי תוך זמנו מודים בפדיון הבן דתוך ל' אינו פודה כיון שיתכן שלא יבא לידי חיוב שמא ימות הבן. ויש לעיין אמאי הוצרכו התוס' להוסיף דשמא ימות הבן ולא יבא לידי חיוב אמאי לא סגי למימר דעדיין אינו מחויב. דמה דסברי אביי ורבא שפורע תוך זמנו היינו כשהוא חייב אלא שלא הגיע זמן הפרעון אבל היכא דאינו חייב י"ל דמודה שאינו פורע. וכן כתב הרשב"א וז"ל שאני התם דכיון דאכתי לא מחייב ליה לא מקדים ופרע מאי דלא מחייב ליה, אבל הכא חיובי מחייב אלא דאכתי לא מטא זמניה עכ"ל, וכ"כ השיטמ"ק בשם הראב"ד שבפדיון הבן ובשכירות ליכא עליו חיוב כלל ובזה מודו אביי ורבא. וצ"ב אמאי לא הסתפקו התוס' בזה והוצרכו להוסיף דשמא לא יבא לידי חיוב דשמא ימות הבן ויפול ביתו של המשכיר.

ונראה דהתוס' לא פירשו כן משום דס"ל שבגמ' מוכח דלאביי ורבא נאמן אפילו טוען שפרע לפני שנתחייב. שהקשו על אביי ורבא מסיפא דמתני' שאם טוען שפרע לפני שסמך את הכותל אינו נאמן, ומוכח דלולא סברת מי יימר דמחייבי לי רבנן היה נאמן שם לאביי אף שלפני שסמך עדיין אינו חייב כלל. ולכן הוצרכו התוס' לומר שבפדיון ושכירות מודה אביי מפני שלא ודאי שיבא לידי חיוב. ואדרבה קשה על הרשב"א והראב"ד דמוכח בגמ' דאביי פליג גם היכא שטוען שפרע לפני שנתחייב. אך ענין זה תלוי במחלוקת המהרש"א ורע"א שהמהרש"א מקשה על תוס' מה הקשו על אביי מהסיפא הרי גם שם לא ודאי שיבא לידי חיוב דשמא לא יסמוך את הכותל. ותירץ המהרש"א דרך כשזה תלוי באחרים אינו פורע משא"כ כאן דתלוי בו לסמוך א"כ פורע אף שעדיין לא סמך. ורע"א כתב לחדש ע"פ דברי הגמ' דחיובו בסיפא מפני שזוכה בכותל, שאם יודע בעצמו שעתיד לסמוך כותל הרי כבר עכשיו דעתו לזכות בכותל וחייב דמים, וסמיכת הכותל צריך רק כדי שאנו נדע אבל הוא לעצמו יודע שכבר נתחייב.

נמצא שלדברי המהרש"א מוכח בגמ' שאם בידו להביא את עצמו לחיוב הוא נאמן לאביי אף שטוען שפרע לפני שנתחייב ושפיר הוצרכו התוס' לומר שמה שמודה אביי בפדיון הוא דשמא ימות הבן. אבל הרשב"א והראב"ד ילמדו כרע"א דבסיפא נאמן לאביי לולא מי יימר מפני שהוא יודע שהוא חייב לפני סמיכת הכותל משא"כ בפדיון ושכירות שלא נתחייב עדיין אינו פורע אפילו אם ודאי שיבא לידי חיוב. אך נשאר קשה לשיטת רע"א אמאי לא כתבו התוס' כרשב"א והראב"ד דלדבריו אין ראייה מהגמ' שנאמן לאביי אף שטוען שפרע לפני שנתחייב.

תוד"ה כי היכי. כתבו ששוכר אינו משלם תוך זמנו דחושש שמא יפול ביתו של משכיר ויוציא את השוכר. שיטת רש"י בב"מ ק"א: שאם קבע זמן לשכירות ונפל ביתו של משכיר בתוך הזמן אינו יכול להוציא את השוכר. ורק כשלא קבעו זמן או שקבעו זמן ועבר הזמן אלא שאין יכול להוציא את השוכר א"כ הודיעו ל' יום קודם, בל' יום של הודעה אם נפל ביתו של משכיר יכול להוציא את השוכר. וכתב הקצ"ח בס' שיי"ב סק"א שמתוס' דידן מוכח דלא ס"ל כרש"י אלא ס"ל שגם כשקבע זמן ונפל ביתו של משכיר בתוך הזמן הוא מוציא את השוכר. וכדברי הקצות כתב גם הגאון בהגהותיו בב"מ קב: שגם שם כתבו התוס' כדבריהם כאן וכתב הגאון שזה דלא כרא"ש דס"ל שבתוך הזמן אינו מוציא את השוכר כשיטת רש"י. אך הקצות כתב לדחות ראיתו שיי"ל שגם התוס' קאי על ל' יום של הודעה. ונראה שדחיית הקצות מישב רק את ראית הגאון מהתוס' בב"מ אבל בתוס' דידן א"א לומר דמיירי בל' של הודעה שהתוס' בב"מ כתבו שאין חיובו של השוכר ברור שמא יפול הבית או יפול ביתו של משכיר. אבל בתוס' דידן כתבו רק שמא יפול ביתו של משכיר ולא כתבו שאולי יפול הבית השוכר. וכתב הקו"ש דמשמע מדלא כתבו כן דס"ל שגם אם יפול ביתו של שוכר אינו נפטר בזה מתשלום השכירות ונחלקו בזה הרמב"ן והריטב"א בב"מ קג. וביאור המחלוקת בזה הוא כמש"כ הקוב"ע ס' נ"ג אות ג' דתלוי אם תשלומי השכירות הוא עבור ההשתמשות דזכותו להשתמש עבור תשלום ואם אינו יכול להשתמש אינו משלם. או שהתשלום הוא עבור הקנין וא"כ אף שנפל אינו נפטר מהתשלומין דהוי כקנה בית ונפל דאינו נפטר מדמי המקח. ורק בנפל ביתו של משכיר שהמשכיר מוציא את השוכר בזה בודאי נפטר מהשכירות דע"ד כן התחייב לשלם שהמשכיר לא ימנע ממנו מלהשתמש נובמחלוקת זו לכאור' תלוי ספיקו של רע"א בס' שמ"א סע' ג' בשוכר ומת אם בנוי שמשתמשים משלמים שכירות או לא. ובזה תלוי גם המחלוקת שהובא ברמ"א ס' של"ד סע' א' בשוכר בית ומת השוכר והניח אחריות נכסים אם גובים את השכירות על הזמן שאחר מיתתו. ונראה פשוט שכל מה שיי"א שאם נפל ביתו של שוכר שמשלם על הזמן שלא דר מפני שמשלם עבור הקנין זה רק כשקבעו זמן וקנה קנין לזמן זה אבל כשעבר הזמן פשוט שאם נפל ביתו של שוכר שאינו משלם שכירות עד סוף הלי' יום של הודעה שזמן הזה לא היה קנוי לו

מעיקרא שהרי אם היה מודיע היה יכול להוציאנו. וא"כ התוס' כאן שכתבו דוקא שנפל ביתו של משכיר ומשמע שאם נפל ביתו של שוכר משלם שכירות ע"כ מיירי שקבע זמן ונפל בתוך הזמן ושפיר מוכח דפליג על רש"י. ואילו הקצות היה מביא ראיתו מהתוס' בב"מ כמו הגאון היה אפשר לדחות כמש"כ הקצות, אבל בתוס' דידן לכאור' אין מקום לדחיית הקצות וע"כ מיירי בתוך הזמן ממש דאל"כ הוי להו למימר נמי נפל ביתו של שוכר.

מה שכתבו שבפדיון הוא טרוד בגלל זרזים מקדימים ע"י קר"ש אות כ"ח שתמה דלא שייך זרזין לפני זמן החיוב. ולכאורה לק"מ שהוא טרוד בגלל זרזין של אח"כ.

בעיקר דברי המשנה בבכורות דמת האב בתוך ל' בחזקת שלא נפדה עד שיביאו ראיה שנפדה. מבואר שיש אפשרות לפדות ביום ל' אף שמת האב לפני כ. ושמעתי ממו"ח מרן הגר"ג קרלין שליט"א שהקשה מכאן על הפוסקים דס"ל ביו"ד ס' ש"ה סעי' י' כפסק הרמ"א שם דקטן שמת אביו אין ב"ד יכולים לפדותו עד שיגדיל וע"ש בש"ך וט"ז שהאריכו בזה. ואי נימא דכשמת האב אין מצוה על אף אדם ואין אפשרות לפדות א"כ גם נתינת האב בחיו לפני ל' לא יועיל דעכשיו כשמגיע זמן החיוב אין שום אדם בר חיובא שמצווה בפדיון ומה שייך שיביאו ראיה שנפדה כשמת האב בתוך ל'.

במה שכתבו התוס' בפדיון הבן כיוון שלא ודאי שיבא לידי חיוב עדיף מכל תוך זמנו ובזה מודים אב"י ורבא דאפתי"ז ע"י רע"א בגליון השו"ע יו"ד ס' ש"ה סעי' י"ד שמסתפק לפני ביום ל'. דבחיוב נאמן לטעון שפרע ביומא דמשלם זמניה ואולי גם בפדיון נאמן ביום ל' א"ד גרע דאם ימות ביום ל' לא יתחייב א"כ בפדיון אינו נאמן אלא אחר שהגיע זמן החיוב. ומביא בשם השיטמ"ק בב"מ שנאמן ונשאר בצ"ע לדינא.

תנן בחזקת שנתן עד שיביא ראיה שלא נתן. מבואר בה"א של הגמ' דזמן פרעון דמי הכותל הוא בגמר הכותל ולפני זה אינו נאמן דא"א פורע ת"ז. והקשה השיטה בשם ר' יונה כיון שחיוב עשיית הכותל מוטל על שניהם יכול לתבוע מלכתחילה שיכנו יחד וא"כ זמן הפרעון הוא עוד לפני עשיית הכותל. ותי' ר' יונה דכיון שהתחיל זה לבנות הרי הוא כמו שהאריך לו הזמן ונפטר מחיוב הבנין עד שיגמור הכותל עד ד' אמות. דהיינו שמחל על חיובו של חברו לבנות יחד עמו וקיבל ע"ע לבנות משלו וחברו ישלם לו בסוף ככל פועל. ויש לעיין לפני בפשט בתי' הגמ' כל שפא ושפא זמניה אם יש ללמוד מכאן לכל מלאכה שמורכבת מחלקים חלקים שיכול לטעון פרעתי על כל חלק בפנ"ע א"ד דוקא כאן אמרינן כן שמעיקר הדין חברו חייב להשתתף מתחילה אלא שאחד קיבל ע"ע שהוא יבנה ואח"כ יתבע את חברו וס"ד שבכלל המחילה שלו להמתין עד גמר הכותל ככל פועל שמשלם לבסוף קמ"ל דאין מחילתו אלא עד גמר כל שפא ושפא אבל בפועל שקיבל לבנות כותל יתכן שלא אמרינן כל שפא ושפא זמניה ואינו נאמן לטעון פרעתי עד הסוף.

ספק זה תלוי במחלוקת הראשונים. הרמ"א בס' ע"ח סעי' א' כתב בשם המרדכי שאם שכר סופר לכתוב לו כמה קונטרסים כל קונטרס מיד זמנו ונאמן לטעון פרעתי אף שלא גמר כל מלאכתו. ומקורו מכל שפא ושפא זמניה. ומוכח דס"ל דתמיד אמרינן כן ולא דוקא הכא שמלכתחילה מוטל עליו להשתתף בעשיית הכותל. אך מלשונו של ר' יונה משמע דלא ס"ל כן שכתב שתירוצו הוא רק למאי דס"ד והיינו דמפרקינן שאני התם דכל שפא ושפא זמניה דהיינו שאינו מוחל עד גמר הכותל אלא עד גמר כל שפא ושפא אבל אין ללמוד מכאן לעלמא. וכן מפורש בשיטמ"ק בשם הר"י מגש דרק הכא אמרינן כן. וכן מבואר ביד רמה אות מ"ח שחייב לתת לו חלקו בבנין השורה ההיא שהרי חובת כל הבנין מתחילתו מוטלת על שניהם ע"ש. נע' נתיבות ס' ע"ח סק"ד שכתב מעצמו כדברי ר' יונה ואעפ"כ כתב שמובן ראית המרדכי אך הכרח לדברי המרדכי נראה שאין].

כל שפא ושפא זמניה. הפשט הפשוט בתי' הגמ' הוא שנאמן על כל שפא שכבר נבנה שנפרע וקמ"ל דלא נחשב תוך זמנו שזמנו כל שפא ושפא. אך הש"ך כתב בס' ע"ח סקי"ב דדוחק לומר שזה גופא החידוש וגם שאין זה משמע בלשון הגמ' דלא אמרו קמ"ל דכל שפא זמניה. לכן כתב לחדש שכוונת הגמ' כיון שכל שפא ושפא זמניה נאמן לומר שפרע גם את מה שעדיין לא נבנה. דכיון שזמן הפרעון הוא כל שפא ושפא יש הרבה טירדא לפרוע כל שפא בזמניה ובזה לכו"ע הדרך לשלם לפני זמנו כי היכי דלא ליטירדן. אך גם בזה נחלקו הראשונים. דבחי' הריטב"א מפורש כש"ך שנאמן גם על מה שעדיין לא בנה. אבל ברשב"א מפורש לא כהש"ך דהקשה קושית הש"ך אחרי תי' הגמ' מאי קמ"ל ותי' דזה גופא קמ"ל שהזמן הוא כל שפא ושפא. וכן מבואר ברמ"ה באות מ"ח שנאמן רק על אותה שורה שכבר בנה וכן הוא בלשון הר"י מגש שהובא בשיטמ"ק. וע"ע מש"כ בזה בשם השער המשפט בסמוך על תוד"ה ואפילו.

עיי' בקצה"ח ס' ע"ח סק"ד דמאי דאמרינן כל שפא ושפא זמניה הוא רק לענין שנאמן לטעון שפרע אבל לענין כל תלין וביומו תתן שכרו אינו עובר עד גמר כל המלאכה וכן בקונטרסין הנ"ל.

מי יימר דמחייבו לי רבנן. היד רמ"ה באות מ"ט כתב ב' פשטים בזה אי סברא זו היא רק בתוך זמנו בצירוף עם הסברא שא"א פורע ת"ז אלא שבאופן זה גם אב"י ורבא מודו. או שגם אחר זמנו אמרינן כן. ובלשון רש"י בד"ה מי יימר מבואר דגם לאחר זמנו אמרינן כן. וע' ברע"א דאף שלר"ל אין הכרח לחדש סברא זו מ"מ לא מצאנו שחולק בזה על אב"י ורבא וכן מבואר ברשב"א ע"ש אך לצד של הרמ"ה שרק תוך זמנו אמרינן כן אין ג"מ מסברא זו לר"ל דבל"ה אינו נאמן תוך זמנו.

תוד"ה ואפילו מיתמי. הקשו דמבואר כאן דתוך זמנו גובים מיתומים בלי שבועה ולמה אלמנה שנפרעת כתובה מיתומים צריכה שבועה הא לא ניתנה כתובה לגבות מחיים והוי תמיד כמת תוך זמנו. ותי' דשאני אלמנה דאית לה בתנאי ב"ד חיישינן טפי. וכ"כ הרא"ש וכתב עוד בשם ריצב"א שחיישינן שמא התפיס סמוך למתתו כדי שלא תתבזה. נע' לשון רע"א בכתובות פז. בסוגיא דפוגמת בד"ה ונלענ"ד שמביא שיש פוסקים שגם בתנאי ב"ד אינו פורע ת"ז ומה דאלמנה צריכה לישבע היינו משום דשעת מיתה זמנו. ולכאור' כונתו לשיטת ריצב"א אך צ"ע דלשון רע"א דשעת מיתה זמנו משמע שכיון שהולך עכשיו להתחייב הוי כיומא דמשלם זמניה ועדיף מיניה שלא יוכל לשלם אח"כ ובלשון הריצב"א כתוב דבר אחר שפורע ת"ז כדי שלא תתבזה].

ויש להסתפק בכונת התוס' והרא"ש אם כוונתם לומר דבתנאי ב"ד ליכא כלל חזקה דא"א פורע תוך זמנו שהדרך שפורע או מתפיס צרי גם בת"ז או שלענין תשלומין גם בתנאי ב"ד יש חזקה שאינו פורע ת"ז אלא דבזה אין כח החזקה אלים לפטור משבועה והוי כשטרך בידי מאי בעי דמהני לסלק חשש פרעון ואעפ"כ מיתומים צריך שבועה. ואין אדם פורע ת"ז דעלמא עדיף ומהני גם שלא יצטרכו שבועה כשכא לגבות מיתומים ולענין זה כתבו דבמקום תנאי ב"ד לא אלים חזקה זו לפטור משבועה.

אבל לסלק חשש פרעון מהני החזקה גם בתנאי ב"ד. נראה שנחלקו בזה תוס' והר"ן בכתובות צו. שהגמ' שם מסתפקת ביתומים שאמרו נתנו מזונות ואלמנה אומרת שלא קבלה על מי להביא ראייה וכתבו שם התוס' דמיירי לענין מזונות שעברו אבל לענין להבא פשיטא שאינם נאמנים דהטוען אחר מעשה ב"ד אינו נאמן. וגם הר"ן שם כתב דלענין מזונות להבא אינם נאמנים אבל לא מטעמא דהתוס' אלא משום דלענין מזונות להבא הוי בתוך זמנו וא"א פורע ת"ז. ואינו מוכן למה הוצרכו התוס' לטעמא דהטוען אחר מעשה ב"ד ת"ל מטעמו של הר"ן דחזקה א"א פורע ת"ז. אלא פשוט דתוס' ס"ל דבמעשה ב"ד ליכא כלל חזקה זו כמו שכתוב כאן אבל הר"ן ס"ל שרק לענין לפטור משבועת הבא ליפרע מיתומים לא סומכים על חזקה זו בתנאי ב"ד אבל לענין לפטור מלשלם גם בתנאי ב"ד איכא חזקה שלא פרע ת"ז.

אמנם ראיתי בשעה"מ בס' ע"ח סק"ד שמביא מחלוקת זו של הר"ן והתוס' ומבארם באופן אחר, דנחלקו בדברי הש"ך הנ"ל בכל שפא ושפא זמניה. דתוס' ס"ל כסברת הש"ך שחוב שיש לו הרבה זמני פרעון ויש טירדא בכמה זמנים אין חזקה דא"א פורע ת"ז ונאמן אפילו על החלקים שלא הגיע זמנם. וגם מזונות זמנו מתחדש בכל יום ודמי לכל שפא ושפא זמניה. והר"ן ס"ל כסברת החולקים דנאמן רק על השפא שכבר נבנה ולא על מה שעתידי לבא לכן כתב שאינם נאמנים על מזונות להבא משום דהוי ת"ז. אך דברי השעה"מ בזה הם דלא כנתיבות ס' ע"ח סק"ד שכתב שכל דברי הש"ך הם רק באופן שאין זמן קבוע לכל חיוב ויכול לגמור ביום אחד כמה שפא או כמה קונטרסים ויצטרך כמה פעמים לפרוע באותו יום אבל אם לזה מנה ע"מ לפרוע בכל שבוע עשרה זהובים גם לדעת הש"ך נאמן על כל חלק כשמגיע זמנו. וחיוב מזונות דמי לדינו של הנתיבות.

ובעיקר הדבר שהסתפקנו מצאתי בס"ד שהוא מחלוקת מפורשת בפוסקים שהקצות בס' מ"א סק"א דין במחלוקת הרמב"ם והראב"ד בשטר שנפל דחיישינן לפרעון אם גם בתוך זמנו דחיישינן. והש"ך מביא ראייה דחיישינן גם בתוך זמנו מהא דמבואר בפ"ק דב"מ בכתובה שנפל דחיישינן לפרעון אע"ג דהוי תוך זמנו דלא ניתנה לגבות מחיים. וכתב הקצות דאינו ראייה דלענין כתובה ליכא חזקה דא"א פורע תוך זמנו כמו שכתבו תוס' בסוגיין. וכתב דצ"ל בדעת הש"ך דדברי התוס' נאמרו רק לענין שבועה ולא שחוששים לפרעון לענין לפטור מתשלומין. ואח"כ מביא הקצות שנחלקו בזה המהרש"ך והמל"מ בפ"א ממלוה סוף ה"ו דמהרש"ך ס"ל כש"ך דדברי התוס' הם רק לגבי שבועה אבל לענין לשלם גם בכתובה יש חזקה אאפת"ז והמל"מ חולק ע"ש. ואחרי שמצאנו מחלוקת מפורשת בזה נראה שזה ביאור מחלוקת התוס' והר"ן בכתובות צו. ואין הכרח לדברי השעה"מ שתלה בדברי הש"ך דכל שפא ושפא זמניה. ובעיקר קושיית התוס' למה אלמנה צריכה שבועה הא הוי תוך זמנו ע' אבי עזרי פ"ח מאישות ה"ו שמבאר שלרמב"ם שיטה אחרת בזה ע"ש.

שיטת התוס' שמקטנים לא גובים אפילו בתוך זמנו דלגבי קטנים חששו לצררי אפילו בת"ז. והרא"ש והנ"י חולקים וס"ל שגם מקטנים גובים תוך זמנו וכן דעת הרמב"ן והרשב"א. מה שכתבו בהמשך דבריהם דאע"ג דרבא הוא דאמר הכלל שהלכה כר"ל נגד ר"י בתלת מ"מ גם לדין מוכח דלא קי"ל כר"ל אלא בתלת. וכתב ע"ז הרש"ש שלא מצא מקור לזה. ועי' בגר"א בס' ע"ח בליקוט סק"ג שמביא דברי התוס' ובתוך דבריו מבאר כוונתם דר"ל מדנקט בכמה מקומות הא דרבא. דהיינו מזה שהגמ' בכמה מקומות מביאה מימרא זו דרבא משמע שגם לדין כן הוא.

תוד"ה אע"ג. מכאן משמע שאם הוציא שט"ח על חברו וא"ל אישתבע לי דלא פרעתך בגו זימניה א"צ לעשות שבועה. הרא"ש כתב שדוקא כשבועה מיתומים א"צ שבועה כיון שטענתם שמא משא"כ כשהלוה עצמו טוען ברי שפרע צריך שבועה. ובפשטות כוונת הרא"ש לשבועת אישתבע לי דלא פרעתך. והעירו בזה האחרונים דלכאורה תוס' והרא"ש הפכו שיטתם. דתוס' ס"ל לקמן בדף לג. דאין נשבעין שבועת היסט ע"י טענתם של יתומים דבעינן טענת ברי והרא"ש חולק וס"ל שטענינן דינו כטענת ברי ומחייבים על ידו שבועת היסט. וכן מבואר ברא"ש בריש פ"ב דכתובות דטענינן ליתמי דינו כטענת ברי. ואילו כאן תוס' למדו שאין שבועה כנגד טענת ברי מהא דאין שבועה ע"י טענינן ליתמי ולא חלקו בין טענת ברי לטענת שמא ואילו הרא"ש כאן ס"ל שאין ללמוד שבועה שבאה ע"י טענת ברי משבועה שע"י טענינן שדינו כטענת שמא. בדעת התוס' עי' בקור"ש דף לג. שכתב שמה דס"ל לתוס' דלא מחייבים שבועה ע"י טענינן אינו משום דטענינן הוי טענת שמא אלא משום דלא טענינן לחייב שבועה דהוי כטענינן להוציא ד"א דלא אמרינן עי' קצה"ח ס' קנ"ה סק"ד. לפ"ז י"ל שרק לחייב שבועת הנפטרים ע"י טענינן א"א דלחייב השבועה הוי כלהוציא ולא טענינן להוציא. אבל הכא דהוי שבועת הנוטלין אינו בגדר חיוב שבועה אלא שאינו נוטל אא"כ נשבע והוי טענינן לפטור את היתומים מלשלם עד שישבע התובע. ולכן ס"ל לתוס' דגם טענת היתומים הכא חשיב כטענת ברי ואעפ"כ בתוך זמנו אין התובע נשבע ומוזה שפיר למדו להיכא דהלוה טוען אישתבע לי דלא פרעתך, משא"כ לענין לחייב שבועת היסט באים להטיל חיוב שבועה על הנתבע וזה נחשב כטענינן להוציא ולא טענינן ולכן כתבו בדף לג. שטענת היתומים הוא שמא דכיון דלא טענינן להו נשאר טענתם שמא. ישוב זה בדעת התוס' לחלק בין שבועת הנוטלין לשבועת היסט שמעתי ממרן הג"ר שמואל רזובסקי זצ"ל.

סברא זו דשבועת הנוטלין אינו חיוב שבועה אלא שאין לו זכות בממון עד שישבע ולכן טענינן לחייב שבועת הנוטלין לא הוי טענינן להוציא, לכאורה תלוי במה שנחלקו הראשונים אי מהני מגו לפטור משבועת הנוטלין. דשיטת התוס' בכתובות פז: ד"ה דמיפרע שמהני מגו לפטור משבועת הנוטלים והשיטה שם בשם ר' יונה כתב דהוי מגו להוציא. וכ"כ השיטה לקמן לג. בשם ר' יונה. ועי' במס' כתובות שכתבו שר' יונה ס"ל דמקבל זכות הנטילה ע"י השבועה ואם בא לפטור עצמו מהשבועה בא לקבל זכות בממון בלי שבועה לכן הוי מגו להוציא. ותוס' ס"ל דזכות הנטילה אית ליה בל"ה אלא דרמי עליו חיוב שבועה והמגו הוא לאפטורי משבועה ולא להוציא. ואי אמרינן דלפטור משבועת הנוטלין נחשב להוציא א"כ לחייב שבועת הנוטלין היינו לפטור את הנתבע עד שישבע ולא נחשב להוציא, ואי אמרינן שלפטור לא נחשב להוציא דאין זה משנה את דין הממון אלא רק בא לפטור מחיוב שבועה א"כ כשבאים לחייב שבועה חשיב להוציא דמטילים עליו חיוב שבועה. ובוזה יהיה תלוי מה שנחלקו הפוסקים אם מחייבים שבועת הנוטלים ע"י מגו או לא כמו שיבואר בס"ד בסמוך.

בשו"ע ס' פ"ב סע' י"א מובא בשם י"א שאם הלוה הטוען למלוה מחלת לי טוען אישתבע לי דלא מחלת צריך המלוה לישבע ומקורו מהטור בשם הרמב"ן. ונחלקו רע"א שם והקצות בסק"ז בטעמו של הרמב"ן. רע"א לומד דאע"ג דטענת מחילה היא טענה גרועה ואינו נאמן בטענה זו אלא כשיש לו מגו היינו דוקא לענין לפטור את עצמו מתשלומין, אבל לענין להשביע את התובע סגי בטענה זו. [כמו שטענת פרעון נגד שטרך בידי אינה טענה לפטור עצמו ואעפ"כ הוי טענה לחייב שבועה] ולכן שואל רע"א למה א"א להשביע בתוך זמנו בטענת פרעון כמבואר בתוס' בסוגיין הא אית ליה מגו דאישתבע לי דלא מחלת. ולגבי טענת מחילה תוך זמנו ואחר זמנו שוים. ות"י רע"א דלא מחייבים שבועה ע"י מגו ומביא שכן מבואר בבית שמואל

באבה"ע ס' צ"ו סוסק"ח. אך הקצות כתב דטענת מחילה מצד עצמו לא מהני אפילו לענין לחייב שבועה ומה שכתב הרמב"ן שכן מחייב שבועה הוא משום דאית ליה מגו דאשתבע דלא פרעתיך. וממילא מיושב קושית רע"א דתוך זמנו שאינו יכול להשיב בטענת פרעון לית ליה נמי טענת מחלת. אך מוסיף הקצות שא"כ מבוואר ברמב"ן דלא כב"ש אלא דמהני מגו לחייב שבועה, דהיינו שלרע"א מוכח ברמב"ן דלא אמרינן מגו לחייב שבועת הנוטלין ולקצות מוכח ברמב"ן דמחייבים שבועה ע"י מגו. ונראה שגם לקצות בעלמא יכול הרמב"ן להודות דמגו לחייב שבועת הנוטלין חשיב כמגו להוציא [בדעת הרמב"ן אין זה נוגע שהרמב"ן הוא מהסוברים דאמרינן מגו להוציא] אלא דהכא מיירי בשבועת הנוטלים בזה יש מקום לומר דלא נחשב מגו להוציא כסברת הגר"ש רובסקי וצ"ל דלא נחשב טענינן להוציא. אמנם גם הב"ש שכתב דלא מחייבים שבועה ע"י מגו מיירי בשבועת הנוטלים. ולכאורה תלוי במחלוקת הראשונים הנ"ל שאם מגו לפטור משבועת הנוטלין נחשב מגו להוציא א"כ מגו לחייב שבועת הנוטלים הוי מגו לפטור ממון ולא מגו להוציא דהשבועה הוא כדי ליטול ולא חיוב שמוטל על התובע. ואם מגו לפטור משבועת הנוטלין אינו מגו להוציא א"כ מגו לחייב שבועת הנוטלים הוא מגו להטיל חיוב שבועה והי מגו להוציא ודוק.

נמצא ג' מחלוקת שתלויים זה בזה. א. מחלוקת אם טענינן לחייב שבועת הנוטלין. ב. מחלוקת אי אמרינן מגו לחייב שבועת הנוטלין. ג. מחלוקת אי אמרינן מגו לפטור משבועת הנוטלין. ומה שנתבאר לעיל שהרא"ש חולק על תוס' לענין אשתבע לי דלא פרעתיך בתוך זמנו הוא להכנה הפשוטה ברא"ש אבל הש"ך בס' ע"ח סקט"ו כתב דאין הרא"ש חולק בזה על התוס' אלא כתב שאחרי שפורע חוזר ותובע שפרע שלא כדין ומחייב את המלוה שבועת היסת. וע"ע בקה"י כאן שהאר"ך בדברי הרא"ש והתוס', ומש"כ דטענינן הוי ספק ברי כדבריו כתב גם הקו"ש לקמן ל"ג. באות קל"ז ובח"ב סי' ה' אות ב', ועיין מה שכתבנו בזה בס"ד בריש פ"ב דכתובות.

ידוע מחלוקת הראשונים בשבועת הבא ליפרע מיתומים דרש"י כתב בכתובות פ"ז. ובגיטין נ'. דהוא מדין טענינן אשתבע לי דלא פרעתיך. והתוס' בשבועות מ"א. הוכיחו דאינו מטעם זה אלא תקנה שתקנו ליתומים. ועיין ברמב"ן כאן שגם כתב כתוס' דמוכח מכאן דליכא דין אישתבע לי דלא פרעתיך תוך זמנו ומוסיף דאל"כ יטענו כן גם ליתמי. ומוכח מדברי רש"י והרמב"ן דע"י טענינן מחייבים שבועה וזה או משום דס"ל דטענינן לחייב שבועה אינו נחשב כטענינן להוציא או דס"ל כן דוקא בשבועת הנוטלין דאינו בגדר חיוב כמו שנתבאר.

הרא"ש כתב בשם הרמב"ן דהבא ליפרע מלקוחות נשבע גם תוך זמנו ולא דמי ליתומים אבל ברמב"ם פ"ד ממלוה ה"א מפורש שגם מלקוחות לא נשבעים ת"ז. וע"י במגיד משנה שם שמסופק בחוב שידוע שנפרע מקצתו בתוך זמנו אם נשאר החזקה לגבי החלק השני או לא ע"ש.

איבעיא להו תבעו לאחר זמן וכו'. הקשה התומים בכללי מגו ס' פ"ב אות ז' מה מספקא לגמ' הא מוכח דחזקה דא"א פורע ת"ז עדיפא ממגו דק"ל מגו להוציא לא אמרינן וחזקה זו מהני גם להוציא ממון. ואף למה שכתב רע"א בסוף תש' קצ"ז שמה שמוציאין ממון ע"פ חזקה זו אינו מכח החזקה לבד אלא משום דחזקת חיוב מסייעת לחזקה וא"כ אין ראייה שכח החזקה לבד הוא יותר ממגו מ"מ קשיא שבאופן שהגמ' מסתפקת יש לחזקה אאפת"ז סיוע של חזקת חיוב ובאופן זה בודאי עדיף ממגו דמגו לא מהני להוציא ואאפת"ז עם חזקת חיוב מהני להוציא. ות' התומים שאף דכח החזקה עדיף ממגו מ"מ למגו יש סיוע של חזקת הממון ואולי מהני המגו להצטרף לחזקת הממון ולגרום שהחזקה וחזקת חיוב לא יועילו להוציא. ובזה מישב התומים קושית התוס' בסד"ה מי מהגמ' ביבמות דבעלמא פשיטא דחזקה עדיף ממגו ורק כאן הספק משום דמסייע ליה חזקת ממון. וכדבריו כתב השיטמ"ק בשם גליון התוס' והובא בקו"ש אות ל'.

עפ"ז יש לבאר מה שהובא בגאון בס' פ"ב כללי מגו אות י' סקט"ז לישב קושית התוס' הנ"ל וז"ל וכה"ג כתב שמ"כ בשם הר"ן לתרץ קו' תוס' הנ"ל דבאיסורא לא אמרינן במקום חזקה עכ"ל. ואינו מובן מאי שנא איסורא מממונא. ולדברי התומים י"ל שלעולם פשוט שחזקה עדיפא ממגו ורק בממון הגמ' מספקת אולי להוציא ממנוחזק לא מוציאים ע"פ החזקה שמגו מצטרף עם חזקת ממון. ואולי י"ל עוד ע"פ מש"כ האחרונים דמגו הוא ענין של כח נאמנות וזה רק בממון שיש דין טענה ולכן באיסורין פשוט שלא מהני מגו נגד חזקה.

הרבה דרכים נאמרו לישב קושית התוס' מיבמות ואציין בקצרה מה שראיתי בזה. א. תירוצ התומים ס' פ"ב כלל ז' שהובא לעיל. ב. תי' הכה"ג בשם הר"ן שהובא בגאון כללי מגו כללי י' סקט"ז ונתבאר לעיל. ג. רע"א בגליון הש"ס תמה על קושייתם דכל מה שנאמנת לומר שאינו יכול לבא עלי הוא רק ביושבת תחתיו משום דאין אשה מעיזה. ד. הש"ך בס' פ"ב כלל י' כתב דאין כל החזקות שוים. ות' זה כתב הרשב"א בכתובות יט. על קושית התוס' שם. וע' בנתיבות כללי מגו ובתומים שם כלל ס"ב שכתבו שג' מיני חזקות איכא. חזקה אלימא פשוט שעדיף ממגו. חזקה גרועה פשוט שמגו עדיף מינה. חזקה בינונית תלוי בספק של הגמ'. ה. עוד תי' הש"ך שם שכאן גרע כחו של המגו כיון שהנאמנות בטענה השנייה הוא מכח חזקה וכה מגו פשוט שלא עדיף מחזקה ע"ש. ו. בקיצור תקפו כהן של כה"ג שמוכח בתומים כלל ז' כתב בשם המהרי"ט שלא אמרינן מגו לחייב חליצה דחשיב כמגו להוציא. דלהוציא הוא לאו דוקא להוציא ממון אלא כל פעולה שבאים לחייב לעשות חשיב כמוציא. וכמו שנתבאר לעיל דטענינן לחייב שבועה חשיב טענינן להוציא ומגו לחייב שבועה חשיב כמגו להוציא ה"נ לחייב חליצה חשיב להוציא. ז. הקצות בס' ע"ח סק"ה וס' צ"ז סק"א וס' ק"ח סק"ד מבאר דהמגו בסוגיין הוי פה שאסר שהיה יכול לומר פרעתי סתם והוא אמר שהיה זמן ושפרע תוך הזמן ורק בזה דעדיף מסתם מגו מספקא לגמ' וסברא זו כתב גם הש"ך בס' ק"ח סק"ז אך כתב שמתוס' דידן מוכח דלא ס"ל כן ע"ש. וע' ברע"א שם בגליון הש"ך שמביא שמבואר בכמה ראשונים שנקטו שהספק של הגמ' הוא גם במגו כשאין הפה שאסר.

מה שהקשו עוד התוס' מרב"ה גבי מפקיד אצל חברו בשטר מתישב נמי ע"פ דברי הקצות והש"ך הנ"ל דהתם לא הוי הפה שאסר. ועוד ישוב ראיתי באו"ש בפכ"ב מעדות ה"א בד"ה האחרונים שמבאר יסוד הדין של שטרך בידי מאי בעי דאינו מכח הוכחה בלבד דמבואר בס' פ"ז שאם נשבע פרעתי ואח"כ מצא המלוה שיש בידו שטר אין הלואה נעשה חשוד על השבועה אף שהשטרך בידי מאי בעי הוא הוכחה שנשבע לשקר וסומכים ע"ז להוציא ממון ולמה לא נסמך ע"ז לעשותו חשוד. אלא מוכח דאינו מצד ראייה לבד. אלא כשהלואה מוסר שטר למלוה מונח בזה שמאמין לו שכל עת שיהיה השטר בידו ויש קצת הוכחה

שלא פרע שיהיה המלוה נאמן לומר שלא נפרע. דאל"כ נעלת דלת ובטל כל משא ומתן. ובמפקיד אצל חברו בשטר המניה יותר ממגו דתמיד אית ליה מגו דנאנסו וגם זה בכלל ההמניה. אבל אין זה משום שחזקה עדיפא ממגו.

במה שהוכיחו התוס' דלא מהני מגו נגד שטרך בידי מאי בעי מהמפקיד אצל חברו בשטר דאינו נאמן בטענת החזרתי אף דאית ליה מגו דנאנסו, יש לעיין דלכאורה מוכח איפכא מדברי המ"ד מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו דחזרתי דנאמן בטענת פרוע נגד שטרך בידי במגו דמזויף. וגם המ"ד דס"ל מודה בשטר שכתבו אין צריך לקיימו אין זה משום דס"ל דלא מהני מגו נגד שטרך בידי אלא משום דס"ל דאין זה מגו טוב כמו שביארו התוס' בכתובות י"ט. ע"ש. וכבר עמד בזה הרמב"ן לקמן ע'. דלכאורה דין המפקיד אצל חברו בשטר שאינו נאמן לומר החזרתי במגו דנאנסו סותר את הדין של מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו. וכתב דמודה בשטר שכתבו עדיף משאר מגו דהוי הפה שאסר דרבנן פסלו שטר בלי קיום ואיהו משווי ליה שטרא ע"י הודאתו שאינו מזויף ולכן נאמן לומר שהוא פרוע, אבל החזרתי מגו דנאנסו אינו הפה שאסר ומגו לא מהני נגד שטרך בידי. ושפיר הוכיחו התוס' משם ואין סתירה לזה ממודה בשטר שכתבו.

לענין הלכה. בספק של מגו נגד חזקה כיון שהספק לא נפשט פסק הרי"ף דאזלינן לקולא ככל ספק ממון. וכתב ע"ז הנ"י ונראה שפסק כן משום דאמרין הממע"ה. משמע שיש חי' דאמרין הכא הממע"ה יותר משאר דוכתי. וע' בגאון סי' ע"ח סק"ב וז"ל וכ' הרי"ף וכל כה"ג קולא לנתבע וכמ"ש בב"ק פ' הגוזל גבי מוגרמת ע"ש עכ"ל. ומדהוצרך להביא מב"ק משמע שיש כאן חידוש יותר מכל הממע"ה ולכאורה הטעם הוא משום דהוי ספיקא דדינא. וע' בקונה"ס כלל ד' שלומד שנחלקו הרא"ש והרמב"ן בדעת הרי"ף במה דקי"ל תקפו כהן מוציאים מידו אם זה דוקא בספק במציאות או גם בספיקא דדינא. שהרא"ש ס"ל בדעת הרי"ף דבספיקא דדינא מהני תפיסה. ובאות ד' מבאר הקונה"ס טעם הדבר ע"פ מה שיי"א דבספיקא דדינא לא מעמידים על החזקה באיסורין וה"ה דלא מהני חזקת ממון ולכן מהני תפיסה. ולזה כתב הרי"ף דאע"פ שיש צד לומר שבספיקא דדינא גרע כח המ"ק ומהני תפיסת התופס מ"מ לכתחילה דנים הממע"ה גם בספיקא דדינא וע"ז מביא הגאון מקור מב"ק צט: גבי מוגרמת דהוי ספיקא דדינא ואע"פ פסקו הממע"ה.

ואולי יש לישב עפ"ז מה שהקשו הסמ"ע והב"ח על הטור בס' קנ"ז שפסק להלכה דנאמן לומר שפרע דמי הכותל בתוך הזמן משום כל שפא ושפא זימניה. וקשה ת"ל משום מגו שהיה אומר שפרע אחר זמנו ומספק קי"ל דמהני מגו נגד חזקה דאפאת"ו. וע' מש"כ בזה הקצות בס' קנ"ז סק"ט. ולהג"ל י"ל דלשיטת הרא"ש בדעת הרי"ף בספיקא דדינא אמנם לכתחילה הממע"ה אבל אי תפס לא מפקין מיניה לכן שפיר הוסיף הטור הסבא של כל שפא ושפא זימניה דמה"ט נאמן בודאי ולא מהני תפיסה. ואע"ג דהרא"ש כ"כ רק בדעת הרי"ף אבל הרא"ש בעצמו וכן הטור לא ס"ל כן כמבואר בקונה"ס הנ"ל מ"מ ע' בקונה"ס שם באות ח' שכתב בשם הש"ך שמה שהרא"ש חולק הוא רק בספיקות דריש פ"ב דב"ק דהוי בקנס אבל בממון מודים הרא"ש והטור דמהני תפיסה בספיקא דדינא לפ"ז א"ש דברי הטור. אך עיין בקונה"ס שם שחולק על הש"ך.

דף ו.

מאי לאו אין לך בידי וכו'. אינו מוכן אמאי ס"ד לפרש אין לך בידי שפרע תוך זמנו ולא כפשוטו דכופר שמעולם לא לוח. וכתב בזה השיטה בשם הראב"ד דמדלא קאמר להד"ם אלא אין לך בידי ס"ד דאין לך בידי עכשיו מפני שפרעתי אבל בתחילה היה לך בידי.

כל האומר לא לויתי וכו'. הקשו התוס' אמאי צריך כאן להגיע לזה ת"ל דלא טוען פרעתי אלא שלא לוח מעולם וסותר הודאתו שהודה שלוח ופשוט שמתחייב ע"פ הודאתו הראשונה ואפילו אם יאמר שאח"כ פרע אינו נאמן אחר שהחזק כפרן לאותו ממון. וכתב בזה הרשב"א דאיירי שטען אין לך בידי חוץ לב"ד ובזה ס"ד דיכול לחזור ולטעון פרעתי דלא עביד אינש דמגלי טענתיה חוץ לב"ד. קמ"ל דכל האומר לא לויתי הוי כהודאה מפורשת שלא פרע וזה מחייב אפילו שאמר כן חוץ לב"ד. וכ"כ ר' יונה והריטב"א ע"ש. ודין זה שכתבו דגם באומר לא לויתי חוץ לב"ד אינו יכול לחזור ולומר פרעתי הוא מחלוקת הראשונים לקמן ל"א. כמבואר בשיטה שם בשם ר' יונה. דשיטת הרשב"ם הוא דכיון שחוץ לב"ד לא עביד אינש דמגלי טענתיה, גם אם אומר לא לויתי חוץ לב"ד יכול לחזור ולומר פרעתי, ור' יונה שם חולק וס"ל דלא לויתי הוי כהודאה מפורשת שלא פרע ואפילו אומר כן חוץ לב"ד אינו חוזר ואומר פרעתי. והובא לקמן ל"א. בשם מרן הגרא"מ שך דצוק"ל דמחלוקת זו תלויה בספק של רע"א בתש' קמ"ט אם מה שהאומר לא לויתי נחשב כאומר לא פרעתי הוא משום דלא טען פרעתי אלא לא לויתי מוכח שלא פרע דאם פרע היה טוען פרעתי או שכיון שאם לא לוח לא יכול לפרע א"כ כלול באמירת לא לויתי גם שלא פרע ונחשב כאילו אמר כהדיא שלא פרע. דאם זה נחשב כאמירה מפורשת שלא פרע הודאה מפורשת מחייבת גם חוץ לב"ד. אבל אם זה לא הודאה מפורשת אלא שמוכח שלא פרע מדלא טען פרעתי, חוץ לב"ד ליכא ראייה דעביד אינש דלא מגלי טענתיה חוץ לב"ד. וזה גופא מאי דקמ"ל הכא לר' יונה לרשב"א ולריטב"א דהוי הודאה מפורשת ולכן מתחייב גם חוץ לב"ד ודלא כרשב"ם לקמן ל"א. דאינו מתחייב אא"כ אמר כן בב"ד. ניש לעיין לצד של רע"א שאינו הודאה מפורשת אלא ראייה מדלא טען אמאי מחייבים מכה ראייה זו במקום שיש עדים שמעידים שפרע, בשלמא אם זה הודאה מפורשת מחייבים ע"פ הודאת בע"ד נגד עדים אבל אם זה רק ראייה על הודאה לכאורה עדים עדיפי מראיה זן.

האחרונים מקשים על דין זה דמחייבים כשאומר לא לויתי כשכאבו עדים שלוח ופרע איך התובע יכול להוציא ממון ע"פ עדים אלו שמעידים שלוח הרי הוא טוען שהלוח לא פרע א"כ לדבריו עדים אלו שהעידו שפרע הם פסולים לעדות. ועיין מה שכתבו בזה הנהיבות בס' ע"ט סק"א ובס' כ' ובאו"ש פכ"ב מעדות ה"א ואבן האזל פ"ו מטוען ה"ג ד"ה והנה.

סמך לפלגא סמך לכולה. לכאור' סברת ר"ה הוא דאמדינן דעתו דכשם שניחא ליה במקצת ניחא ליה בכולה ודעתו במשך הזמן לסמוך לכולה. אך החזו"א בס' ב' אות ז' כתב בנוסח אחר דאף שעכשיו אין דעתו לסמוך לכולה מ"מ על הרוב אין רצונו של אדם לקנות קנין לחצאים ואם זוכה בכותל חברו מסתמא רצונו לזכות בכולו. והערוני שמדברי ר' גרשום מוכח כהחזו"א שכתב בסברת ר"ה וז"ל משום דאמרין היום או למחר ימלך בעצמו ויאריכנו כנגד כולו עכ"ל. דהיינו אע"פ שעכשיו אין דעתו להאריך תולים שמסתמא ימלך. ואינו מוכן למה נחייב עכשיו כיון שעכשיו עדיין אין רצונו לזכות רק בחצי אע"כ צ"ל כחזו"א.

עוד העירוני דלכאורה יהיה נ"מ בין הפשט הפשוט לפירוש החזו"א היכא דסמך כותל אחר עד גובה ד' אמות ולא הגביה כנגד התוספת שהוסיף הראשון מעל ד' אמות האם יתחייב בזה לר"ה כדין סמך לפלגא סמך לכולה [שנאמר גם לגבי הגובה] או

לא. דאי אמרינן שכל שבנה כנגד חלק ימשיך ויבנה כנגד כולו גם בזה יחייב ר"ה כאילו בנה כנגד כל הגובה. אבל לסברת החזו"א דסברת ר"ה שאינו רוצה לקנות כותל חברו לחצאין כאן אין גילוי שרוצה לזכות בכותל חברו כלל דעד ד' אמות בל"ה הוא שותף בכותל. אמנם נראה שאין זה מוכרח דגם אי לא אמרינן כחזו"א י"ל דדברי ר"ה נאמרו רק כשבנה כנגד חלק מהכותל ששייך לחברו בזה אמרינן דמסתמא דעתו להמשיך לבנות כנגד כולו אבל כשבנה רק כנגד החלק המשותף אין ראיה שרוצה להשתמש בשל חברו כלל דשמא אין רצונו אלא להשתמש במה שבל"ה יש לו חלק בו.

אחזיק להורדי וכו'. שיטת התוס' שמוכר ברש"י שחזקה זו לא צריכה ג' שנים אבל טענה בעינן. שיטת הרא"ש דבעינן טענה וג' שנים. שיטת הטור והנ"י בשם הגאונים שלא בעינן לא ג' שנים ולא טענה אלא כיון שראה ושתק מחל. וכ"כ המ"מ בדעת הרמב"ם. סברת הסוברים דלא בעינן ג' שנים כתב הטור בס' קנ"ג והוכח בקצות שם סק"ג שעל דברים אלו אין הדרך לכתוב שטר וממילא ליכא בזה ריעותא דאחוי שטרך. ולכאור' צ"ל דהסוברים דלא בעינן ג' שנים ס"ל שע"י החזקה מקבל רק את זכות ההשתמשות בכותל חברו אבל קנין בגוף הכותל לית ליה דזה חשיב כמכירת קרקע ובודאי הדרך לכתוב ע"ז שטר. והרא"ש כתב דזוכה גם בגוף הכותל אם טוען שקנה שותפות באבני הכותל, אך אין נראה לומר דכל מה שהצריך הרא"ש ג' שנים הוא משום דאזיל לשטתו דמהני חזקה זו לקנות האבנים והוי כחזקת קרקעות אבל היכא שטוען שקנה רק זכות השתמשות יודה הרא"ש דלא בעינן ג' שנים, דבתחילה כתב הרא"ש בפשיטות דחזקה זו צריכה ג' שנים ואח"כ כתב ונראה שחזקה זו מועילה אף לאבני החומה. ומשמע דלא תליא הא בהא ובכל גווני בעינן ג' שנים. אבל ברמב"ן מבואר דאם טוען רק על השתמשות לא צריך ג' שנים ואם טוען על הכותל והמקום צריך ג' שנים. הרא"ש ס"ל שזוכה באבני הכותל ולא במקום והרמב"ן חולק וס"ל שזוכה גם במקום הכותל אם טוען שקנאו.

הא דזוכה ע"י מחילה לשיטת הגאונים אף דמחילה אינו הקנאה ע' בקצות הנ"ל דזוכה ע"י השתמשות מדין קנין חזקה וצ"ל דשתיקתו מתפרשת הקנאה. ואף דנחלקו הרמב"ם והראב"ד בפ"א ממכירה ה"טו אם אכילת פירות והשתמשות הוא חזקה לקנין כתב הקצות דכ"ז לענין לקנות הגוף, בזה סובר הרמב"ם דלא סגי בהשתמשות אבל לענין קנין השתמשות סגי בהשתמשות. ויסוד זה שקנין השתמשות נקנה ע"י השתמשות כתב גם המחנ"א הוכחו דבריו בנתיבות ס' קצ"ב סק"ו. וע' מש"כ בזה הנתיבות שם. וע"ע בקצות בס' ק"מ סק"ג ג' שלמד מכאן דמהני חזקה לשותפות אף שמשמש יחד עם הבעלים. וכשיש ספק בחזקת תשמישים מי נחשב המוציא ועליו הראיה ע' קצה"ח ס' קנ"ג סק"ד שהקשה סתירה בזה. והנתיבות שם סק"ד כתב דאם משמש בתוך שלו על חברו להביא ראיה ואם משמש בתוך של חברו עליו הראיה יעו"ש.

המשכיר בית לחברו בבירה גדולה משמש בכתלים עד ד' אמות פרש"י שמשמש בכתלים מבחוץ עד ד' אמות אף שלא כנגד ביתו. ולכאורה כונת רש"י דכנגד ביתו משמש בכולו אף שהוא יותר מד' אמות אלא שגם אם מה שכנגד ביתו הוא פחות מד' אמות הוא משמש עד ד' אמות אף שחלק מזה הוא שלא כנגד ביתו. הנ"י כתב יכול להשתמש בכותל שכנגד פתח הבית בד' אמות משמע דלא קאי על כותל הבית אלא על כותל שנמצא בחצר מול פתח הבית. הרמ"ה באות נ"ח וכן ר' יונה בשם ר"ה פירשו דאין כונת הגמ' ד' אמות ברוחב אלא שמשמש בכותלי הבית עד גובה ד' אמות. ובהא דאמרו שבעובי הכותל במקום שנהגו קשה מאי קמ"ל ועיין בר' יונה שכתב ב' דרכים בזה. ובדברי רש"י שלגבי תרבוץ אפדני מפרש שהגידון הוא השימוש בכתלים ולגבי רחבה שאחורי הבתים פירש לענין שימוש ברחבה עצמה עיין מש"כ הסמ"ע ס' ש"ג סק"א ובט"ז שם.

דף ו:

האי כשורא דמטללתא. הראשונים הקשו מכאן על הסוברים דחזקות אלו בג' שנים. ומה"ט פר"ת בתוד"ה האי דלא איירי בחזקה אלא קאי אמתני' ודלא כר' שמואל בתוד"ה ואי. וכתב בזה בעה"מ שכוונת הגמ' כיון שעד ל' יום אינו מקפיד צריך ג' שנים אחרי הל' יום ובסוכת החג' שנים מתחילים אחרי ז' ימי החג. והקשה הרמב"ן דאע"ג דאינו מקפיד עד ל' יום מ"מ מצרפים הל' יום לחשבון ג' שנים. ולכאורה פלוגתתן תלוי במה שנחלקו הראשונים לקמן ל"ו: במאי דקי"ל ניר לא הוי חזקה דאין הבעלים מקפידים על חרישה כיון שאינו אוכל פירות ונחלקו האם זמן הניר מצטרף לג' שנים של אכילה או שמחשבים רק מאחרי זמן הניר. אך צריך לחלק בין גמ' דידן לניר שהרמב"ן הוא מהסוברים דניר אינו מצטרף והריטב"א חולק [ע' בזה בטור ס' קמ"א]. וע' בתוס' כת. שס"ל דניר אינו מצטרף ואעפ"כ כתבו שהזמן שנעל הבית ומונע מאחרים ליכנס מצטרף לחשבון ג' שנים אף שזה בעצמו אינו חזקה. ועוד הכא מה שאינו מקפיד עד ל' יום הוא משום שזה השתמשות ארעית אבל כשנמשך השימוש ג' שנים גם חלק זה הוא קבע לכן שפיר מצטרף לג' שנים.

ואי סוכה דמצוה. ע' פרש"י מש"כ לבאר מה שסוכת מצוה גרע מדמטללתא. והיד רמה כתב שכוונת הגמ' שאם נגמר הל' יום בתחילת סוכת אינו מקפיד עד אחר החג וכ"כ הסמ"ע בס' קנ"ג סק"ג ע"ש. וע"ש עוד ברמ"ה שחולק על תוד"ה עד שבעה דיכול לסתור בסוף יום השביעי.

תוד"ה האי כשורה. פר"ת דקאי אמתני' דעד ל' יום הוי בחזקת שלא נתן ואחרי ל' יום הוא נאמן לומר שנתן. עיין בקצה"ח ס' קנ"ג סק"ד שמבאר דכל מה שזה בחזקת שלא נתן הוא בגלל הסברא של מי יימר דמחייבי ליה רבנן. וזה רק כל זמן שאין לו הנאה קבועה מן הכותל ואין חיובו ברור ולא ידוע לכל. אבל אחרי שיש לו שימוש קבוע החיוב הוא ברור ואין סברא של מי יימר דמחייבי ליה רבנן ולכן נאמן לומר שפרע. ולדברי ר"ת לא קשה מכאן על הסוברים שחזקת תשמישים צריך ג' שנים וכאן מבואר דסגי בל' יום דהכא לא איירי לענין חזקה אלא קאי אמתני'. ור"ת חולק על ר' שמואל שמוכר בתוד"ה ואי כמבואר במהר"ם.

שני בתים בשני צידי רה"ר. הקשו השיטה בשם הראב"ד והיד רמה מאי שנא מהא דאיתא לקמן דף ס. שמותר לפתוח פתח כנגד פתח כשעובר רה"ר ביניהם. וע"ש מה שתי. והקצות בס' קנ"ג סק"א מביא שהריב"ש הקשה כן יעו"ש. וע"ע מש"כ בזה הלח"מ פ"ג משכנים ה"ה.

הרמב"ן בדף ב: מקשה אמאי לא הוכיחו שם מדברי אב"י דהכא שהיזק ראייה שמייה היזק. ותי' דאיירי הכא בגג העשוי לדירה דאל"כ יקשה מהא דאיתא לקמן דמגג לגג ליכא היזק ראייה ולא ס"ל כתוס' שמחלק בין סמוך ללא סמוך, וגם הראוי לדירה הוי כמו בית דיש בו היזק ראייה לכו"ע כמבואר בדף ב: הזיקא דבית שאני. ועוד תירץ הרמב"ן דלא רצו לפשוט מדברי

אביי שהיה מאמוראי בתראי אלא רק ממשנה או ברייתא או מדברי שמואל שהיה מראשוני האמוראים ורב גובריה. ויוצא מדברי הרמב"ן דלתי' הראשון דברי אביי הם גם למ"ד ה"ר לא שמה היוזק ולתירוץ הב' דברי אביי תלויים במחלוקת של היוזק ראייה.

הא דמבואר בגמ' שבלילה אין נזק מבני רה"ר עיין ברמ"ה אות ס' דאינו מפני שבלילה לא מצוים ברה"ר דגם בלילה צריך להזהר מפני היחידים שנמצאים ברה"ר אלא דכיון שאינו רואה מרה"ר להדיא א"א לראות אלא לאור היום ולא בלילה. וכ"כ הלח"מ שמובא בקצה"ח ס' קנ"ט סק"א.

תוד"ה בשני כתבו שרק כשאין הגגין סמוכים זל"ז יש היוזק ראייה. ושאר הראשונים כתבו לחלק בין גג העשוי לדירה לגג שאין עשוי לדירה וכן מבואר ברמב"ם. וכן דעת הרמב"ן שהובא לעיל. ולגבי הא דמבואר בסמוך בגג וחצר שאין ה"ר מהחצר לגג כתב הסמ"ע בס' ק"ס דמיירי אפילו בגג העשוי לדירה דגם זה לא קביעה תשמישו כבית ואף דמגג לגג יש ה"ר, מגג לחצר חיוב הכותל הוא על הגג שהוא מזיק לחצר יותר ממה שהוא ניוזק מהחצר. הקצות בסק"א מוכיח מדברי הרמב"ן הנ"ל שגג העשוי לדירה דינו כבית ועדיף מחצר. וכ"כ רע"א בגליון השו"ע. וכן מפורש ביד רמה באות ס"ב שמה שלא חיישין לה"ר מחצר לגג הוא דוקא בגג שאינו עשוי לדירה.

תוד"ה מהו דתימא. מבואר בתוס' וברא"ש שבתחילה יכול אחד לומר לחברו שיעשה משלו את הכל וחברו יתן חצי הוצאות או שחברו יעשה הכל משלו ויקבל ממנו חצי ההוצאות. עי' בנחל"ד שכתב שמסתימת לשון הרי"ף והרמב"ם משמע דלא ס"ל כן.

בכדי שלא יזדקק בבית ראש. לשון זה נזכר בסוכה יד: וע"ש בפרש"י.

לעולם לנתפס כגנב. כתב היד רמה שמבואר כאן דכשיש מחיצה עשרה אינו יכול לומר שנכנס בלי כוונה ומסיים ונ"מ למידייניה בדין הבא במחתרת דהיינו שתולים בודאות שבא לגנוב ומותר להורגו כדין הבא במחתרת. [ונצ"ק דמבואר בסנהדרין עב: דכשאינו מחתרת ממש בעינן התראה ואם מקבל התראה לכאור' גם בפחות מ"י יש הוכחה שבא על גניבה].

ממצורי קממצינא. עי' פירושו בנ"י וביד רמ"ה אות ס"ב.

שתי חצירות זו למעלה מזו. נחלקו הראשונים היכא דחצר אחד גבוה מהשני ד' אמות אם יש ה"ר מהתחתון לעליון וכן חצר שגבוה מגג חברו ד' אמות אם יש ה"ר מהגג לחצר. עי' ברמב"ן שמביא מחלוקת בזה ותלוי במחלוקת ר"י ור"ת בתוד"ה שתי, כן מבואר בגר"א ס' ק"ס סק"ד וסק"ה. ונ"מ אם התחתון בונה רק עד ד' אמות מחצרו או שמשותף עד ד' אמות מהעליון. וברא"ש מבואר שצריך התחתון לבנות עד ד' מהעליון. ובביאור הגר"א בס' ק"ס סק"ד הקשה על הסוברים שאם חצר גבוה ד' יש ה"ר מהתחתון לעליון מהברייתא דהיה חצר למעלה מגגו של חברו אין נזקקין לו. ואינו מוכן אי קאי על בעל הגג אמאי אין נזקקין הא איכא ה"ר מגג לחצר ואי קאי על בעל החצר אמאי נקט שחצר גבוה מהגג הא בכל גווני ליכא ה"ר מחצר לגג. אבל אי אמרין שאם גבוה ד' אמות ליכא ה"ר ניהא דמחצר לגג בל"ה אין ה"ר ומהגג לחצר אין ה"ר כיון דמיירי שהחצר גבוה ד' אמות מהגג. אבל לסוברים שגם בכה"ג איכא ה"ר אמאי אין נזקקין. אך דברי הגאון צ"ב איך אפשר להעמיד כשהחצר גבוה ד' אמות מהגג א"כ מאי פריך למה אין נזקקין הא בעינן מחיצה עשרה משום מתפס כגנב הא איכא גובה ד' אמות. ומוכח מדברי הגאון דס"ל שגובה אינו מסלק מתפס כגנב אלא מהתחתון לעליון ולא מהעליון לתחתון. וברא"ש מפורש לא כן דכתב שאם יש גובה י' בין חצר לחצר אין חיוב מחיצה משום מתפס כגנב ואם יש גובה ו' טפחים העליון משותף רק בד' טפחים שצריך להוסיף וסגי בזה אף שאין י' טפחים מהעליון. אמנם עי' בשיטמ"ק דנחלקו הראשונים בזה דבד"ה מיתיבי כתב בשם ר' יונה דקושיית הגמ' הוא משום דמשמע דמיירי אפילו שאין החצר גבוה מהגג עשרה דאם היה גבוה עשרה אין חשש של מתפס כגנב. ומבאר ר' יונה שאין נזקקין דקתני קאי על בעל החצר אבל בעל הגג באמת מחויב ודלא כהגאון שמפרש בגבוה ד' אמות ואין נזקקין קאי אתרוייהו. אבל בשם הר"י מגש כתב השיטה כדברי הגאון דאין זקוק קאי גם על בעל הגג דמיירי שהחצר גבוה ד' וליכא ה"ר גם מהגג לחצר. ואעפ"כ איכא חשש מתפס כגנב מהעליון לתחתון. וכן מפורש ביד רמה אות ס"ה.

ברא"ש כאן מבואר דמאי דסבר ר"ח דעליון מסייע מלמטה הוא רק לענין מחיצה ד' משום ה"ר אבל לגבי מחיצה י' אין העליון משותף אלא מחצרו ומעלה. וכתב הקצות בס' ק"ס סק"ד דהטעם משום דלענין כותל ד' התחתון מפסיד בגלל הפרש הגובה שהוא בונה עד ד' אמות מהעליון לכן גם העליון מסייע מלמטה. אבל לענין מחיצה י' אין התחתון מפסיד דבונה רק עד גובה י' מחצרו לכן בזה אין העליון מסייע מלמטה. ואפילו לסוברים שאין הגובה מועיל לענין מתפס כגנב זה רק לגבי העליון אבל לגבי התחתון בודאי מהני. אך מוסיף הקצות שברמב"ן לעיל ב: מוכח שחולק על הרא"ש שכתב שאין להוכיח דה"ר שמה היוזק מב' חצרות זו למעלה מזו דיש לדחות דמיירי לענין מחיצה י' למתפס כגנב ומוכח דגם בזה סבר ר"ח שהעליון מסייע מלמטה.

מסייע מלמטה ובונה. רוב הראשונים כתבו שמקציע מקרקעו של עליון ובונים מלמטה על מקום של שניהם בין לר"ח ששניהם בונים מלמטה בין לר"ה שהתחתון בונה מלמטה לבד אך הרמב"ן מביא בשם י"מ שמלמטה בונים רק חצי מעובי הכותל. והקשה הרמב"ן שא"כ פשוט שאין העליון מסייע מלמטה. ועי' ביד רמה אות ס"ד שכתב פשוט מחודש דדברי ר"ח קאי רק באופן שחצר אחד גבוה מחברו ד' ואין ה"ר מתחתון לעליון ואעפ"כ צריך התחתון לבנות מלמטה לבד לר"ה וביחד לר"ח ע"ש.

איבתר תתאי. פרש"י שנטבעו הכתלים בארץ עד ששפלה תקרת העלייה. הרמב"ם בפ"ד משכנים ה"ו כתב שנדלדלו קורות הבית וירדו לאור הבית. ועיין בסמ"ע ס' קס"ד סק"ה ובגאון סק"ח ובאה"ג שם סק"ט דרש"י והרמב"ם בזה לשטתם שהטור בס' קס"ד מביא שנחלקו הרמב"ם ורש"י בשותפים בבית ועלייה ונתקלקלו הקורות של תקרת הבית אם החיוב לתקן הוא על בעל העלייה או על בעל הבית. הרמב"ם ס"ל שתיקון התקרה מוטל על בעל הבית. ורש"י ס"ל שמה שמבואר בב"מ קט"ז שבעל הבית נותן את התקרה היינו בשוכר ומשכיר אבל בשותפים החיוב על בעל העלייה. ואם חיוב תיקון התקרה הוא על בעל העלייה א"א לפרש דאיירי הכא שנדלדלו קורות התקרה לתוך הבית, דבזה בעל העלייה חייב לתקן את התקרה ואינו יכול לטעון אנא שפיר קא דאירנא. ולכן רש"י לשטתו פירש שכל הבית שקע בארץ שאין הקלקול בתקרה אלא בבית. אבל הרמב"ם

דס"ל שתיקון התקרה מוטל על בעל הבית שפיר שוגיין בנדלדלו קורות התקרה וירדו לתוך הבית. ומה"ט השו"ע שמביא בס' קס"ד סע' א' את שיטת הרמב"ם שתיקון התקרה מוטל על בעל הבית מביא בסע' ב' כלשון הרמב"ם שנדלדלו קורות הבית. והרמ"א שמביא בסע' א' שיי"א דתיקון התקרה מוטל על בעל העליה מביא בסע' ב' את פירוש רש"י שנכנסו כותלי הבית בארץ.

דף ז.

וה"מ דלא מטו כשורי למטה מי'. לכאור' אינו מובן הרי גם למעלה מי' העליון נכנס ברשותו של בעל הבית. וע' בקו"ש שעמד בזה. וצ"ל ע"פ מש"כ הנ"י דכמו שמבואר בהבית והעלייה שנפלו שחייב בעל הבית לבנות את ביתו כדי שבעל העלייה יוכל לבנות עלייתו משום דביאת לעלייה משתעבד ה"נ הכא הבית משועבד להיות בסיס להעמיד עליו את העלייה ולכן אין לבעה"ב טענה שהעלייה נכנס לרשותו דזה בכלל שיעבוד הבית לעלייה. ורק כשנכנס לתוך עשרה בזה אין שיעבוד על הבית דשיעבודו כ"ז שנשאר על הבית שם בית. וכיון שבאופן שבטל מהבית שם בית אינו משועבד לעלייה לכן יש לבעה"ב טענה שבעל העלייה נכנס לרשותו. וכן מפורש בר' יונה דכל זמן שיש על הבית שם בית הבית משועבד להחזיק את העליה ואין לבעל הבית טענה שנכנס לרשותו. אבל כשנכנס לתוך עשרה אין על הבית שם בית ועל אופן זה אינו משועבד ע"ש.

קמ"ל דאע"ג דלא משתמש אלא בתבנא וציבי. כתב היד רמ"ה דאם אינו משתמש בבית כלל אפילו בציבי אין לו שום טענה ויכול חברו לסתור ולבנות דכופין על מידת סדום וכן מפורש ברמב"ם ובשו"ע. אבל הריטב"א לא ס"ל כן אלא גם באופן זה יכול לומר אין רצוני שישתור את ביתי. ויש לעיין אם סברת הריטב"א משום דגם בזה יש טענה דאולי אחרי שישתור לא יבנה ואין רצונו לטרוח להעמידו בד"א סובר הריטב"א שאף דליכא שום סיבה להקפיד אינו חייב להניח לחברו לסתור ביתו ואין זה בכלל כופין על מידת סדום שלא נאמר אלא לענין שלא יקפיד על השתמשותו של חברו בממונו כשאין לו בזה שום חסרון אבל לקחת או לכלות את ממונו אינו חייב להניחו אף שאין לו מזה שום הפסד וע' בזה לקמן יב' וע"ע בנ"י שאילו היה בית העומד לדירה לא היינו צריכים לטענות שנזכרו בגמ' דיכול לטעון שלא ניהא ליה שיגביה החלונות. וצ"ל לדבריו שהגמ' מתחילה ידעה דמיירי בבית העומד לתבנא וציבי אף שלא נזכר בגמ' אלא לבסוף. ור' יונה מוסיף שאפילו בבי תיבנא יכול לעכב שלא יגביה את החלון שמא ימלך וירצה להשתמש בבית זה לדירה. וגם היכא דליכא הטענות שנזכרו בגמ' יכול לעכב מטעם זה ע"ש.

א"ל בדידי קא בנינא. פרש"י שטענתו טענה מפני שאין לבעל האספלידא חזקת אורה של ג' שנים נע' בר' יונה שצריך ג' שנים וטענה]. דהיינו שיטת רש"י דמאי דקי"ל שצריך להרחיק כותלו מחלונו של חברו ד' אמות כדי שלא יאפיל אין זה משום שנחשב מזיק אלא דחברו זכה בזכות לקבל אור ואורה דרך חצרו של חברו ואין חברו יכול לבטל זכותו אבל כשלא החזיק אין בזה משום מזיק. ותוס' פליגי וסברי דהכא מיירי שאינו מאפיל לגמרי אלא מונע אפשרות לראות שדותיו לר"ת, ומונע שלא יהיה באספלידא אור גדול שראוי לאספלידא לר"י, וזה אסור רק כשחברו החזיק אבל כשבונה כותל תוך ד' אמות ומאפיל נחשב מזיק ואסור אף שחברו לא החזיק. וצריך להבין סברת רש"י דמאי לא חשיב מזיק הא אין לך נזק גדול מזה ומ"ש מגפת וזבל שצריך להרחיק אף שלא הוחזק חברו. וכתב בזה הקו"ש ע"פ דברי הרשב"א בלא יחפור דאורה אינו דבר שיש בבית והוא מזיק, אלא נכנס דרך אור חצרו אור ואורה לביתו של חברו, וע"י עשיית הכותל בעל החצר מונע את מעבר האור והאור לביתו של חברו, והוי כמו דרך שאין בעל החצר נחשב מזיק אם בונה כותל ומונע מחברו לעבור דרך חצרו אלא אם כן הוחזק חברו ויש לו קנין על זכות זה, וכן כאן לענין להאפיל על חלונו. ובאמת לא הוצרך להביא מדברי הרשב"א בלא יחפור דסברא זו מפורשת ברשב"א כאן. שהקשה על מאי דאמרין בסמוך דיכול להאפיל משום דשמא בעלמא זביני לך, דזה נאמר לענין המוכר פרדס ונותן פרדס בלי רימונים, אבל פשיטא שאם היו רימונים בפרדס בשעת מכירה אינו יכול לעקור אותם ולומר שמכר רק שמא ולא את האילנות, וא"כ למה יכול לבנות כנגד חלון האספלידא ולהאפיל בגלל הסברא של שמא בעלמא זביני לך. ותי' הרשב"א דבמה שבונה כותל ומאפיל אינו לוקח משהו מהבית אלא הבית מקבל אורה דרך חצרו ואינו חייב להמשיך להניח לאורה ולאור לעבור דרך חצרו כיון שאין זכות זה נכלל במכירה דשמא בעלמא זביני ודמי למוכר פרדס ונותן פרדס בלי רימונים. וזה סברת רש"י דאינו נחשב מזיק אא"כ יש לחברו חזקת אורה. וסברא זו כתב גם רע"א בתש"ק קנ"ב יעו"ש.

עוד כתב הקו"ש שגם הרא"ש ס"ל בזה כשיטת רש"י דתוס' הקשו על רש"י בתרתי א. דהוי מזיק. ב. אפילו אם אינו מזיק מסתבר שנכנס בחשבון העילוי. והרא"ש גם חולק על רש"י אבל הקשה רק את השאלה השנייה. ונראה דבל"ה מוכח שהרא"ש סובר בזה כרש"י וכסברת הרשב"א הנ"ל. דנחלקו הרא"ש והראב"ד בהא דאיתא בסמוך דאחים שחלקו אין להם חלונות זה על זה, ופרש"י דהיינו שיכול אחד לבנות כותל כנגד חלונותיו של חברו נלרש"י משום שאין לו חזקת אורה ולתוס' מיירי באופן שאינו מאפיל לגמרי אלא יכול בעל החצר לתבוע מבעל הבית לסתום חלונות כדי שלא יזיקו בה"ר. הראב"ד ס"ל דכיון שהחלון נפתח בהתר אינו חייב לסותמו. והרא"ש כתב דאינו נראה כלל דכיון שאין לו חזקת אורה היכי מצי למיעבד ליה היזק בראיתו. ולכאורה אין דברי הרא"ש מובנים דכמו שמותר לבנות כותל ולהאפיל על חברו אף שמזיק ביתו משום שמוכר בעין יפה כמו כן מותר לחברו להשאיר את חלונו אע"פ שמזיק בה"ר. אבל לסברת הרשב"א ניהא דאינו נחשב מזיק במה שמאפיל. ואף שלעיל הרא"ש חולק על רש"י אין זה בגלל הקושיא הראשונה של תוס' אלא בגלל השאלה השניה וכמש"כ הקו"ש דהרא"ש ס"ל כסברת הרשב"א וניהא בזה דברי הרא"ש שחולק על הראב"ד.

נמצא ג' שיטות בזה. א. לתוס' כשבונה כותל בתוך ד' אמות הוא מאפיל לגמרי והוי מזיק גמור. ב. לרא"ש אינו מזיק אבל כשעלו כלול גם שלא יאפיל. ג. לרש"י כשאין חזקת אורה מותר להאפיל ואין זה מזיק וגם לא נכלל בהעלאה. בשו"ע ס' קנ"ד סע' כ"ז כתב הרמ"א דהא דיכול להאפיל הוא דוקא למעט אור האכסדרא שאינו מאפיל לגמרי אבל חלונות הצריכים לבית אינו יכול לבנות כנגדן. וזה ע"פ דברי התוס' בשם ר"י כמש"כ הגאון שם סק"ז. וכתב ע"ז הש"ך בסק"ז דמה שבחלון של בית אינו יכול להאפיל היינו דוקא בעלו אהרדי וכן מוכח ברא"ש וכן הוא בלשון הטור. ומסיים הש"ך שזה דלא כמשמעות הב"ה לקמן. ולכאורה זה תלוי במחלוקת התוס' והרא"ש. שהתוס' הקשו על רש"י גם דהוי מזיק וגם שעלו כנגד זה. א"כ גם כשלא עלו אכתי הטענה הראשונה קיימת, שהוא מזיק. וזה שיטת הב"ה. אבל הרא"ש שלא הקשה דהוי מזיק מודה לרש"י דאינו נחשב מזיק אלא דס"ל שבעלו זה כלול בעילוי ואינו יכול להאפיל אבל בלא עלו יודה הרא"ש לרש"י שיכול להאפיל אם אין לחברו חזקת אורה, וזה שיטת הש"ך.

ובסברת הראב"ד כתב רע"א בריש קונטרס הרהקת נזקין בד"ה ומ"ש דסברת החולקים על הרא"ש דקי"ל כר"י שעל הניזק להרחיק את עצמו ורק בגירי דיליה על המזיק להרחיק. ומה דגפת וזבל הוי גירי לפי חלק מהראשונים הוא רק כשנעשה באיסור אבל כשסמך בהתר ואח"כ נעשה מזיק אין זה גירי דיליה. ולכן גם חלון חשיב גירי רק בשעת עשיית החלון ולא אח"כ. ומוסיף רע"א דאע"ג שהנ"י כתב שרק גפת וכד' לא נחשב גירי כשסמך מקודם כיון שפעולת האדם הוא רק בשעת הנחת הגפת משא"כ חלון שיש בו ה"ר הנזק נעשה אח"כ ע"י מעשה האדם וחשיב גירי דיליה אף שהחלון נעשה בזמן שלא היה מזיק, מ"מ י"ל דרש"י והראב"ד ס"ל שגם חלון לא מקרי גירי דיליה היכא שבתחילה לא היה נזק. וכתב רע"א שזה כשיטת הי"א שמובא ברמ"א בס' קנ"ד סע' ט"ז. דהיינו המחלוקת שהובא לעיל בדף ב: בחלון שהיה כותל מפסיק בינו לחצר חברו ונפל הכותל שהטור כתב בשם שו"ת הרא"ש שצריך לסתום החלון וי"ח דה"ר חשיב היזק דממילא ע"ש. ולעיל נתבאר דתלוי בגדר של ה"ר ובזה תלוי גם מחלוקת הרא"ש והראב"ד כאן לדברי רע"א. שהראב"ד ס"ל שהנזק אינו מה שעומד ומסתכל אלא האפשרות לראות מונעת מבעל החצר מלהשתמש בחצרו. נמצא דהמזיק הוא החלון ולא האדם ואם קדם החלון אין בזה היזק של גירי דיליה. והרא"ש לשטתו ס"ל דהוי היזק של אדם באדם וע"י ראיתו מזיק נמצא דלא החלון הוא המזיק אלא האדם ולכן גם אם קדם החלון אכתי הוי גירי דיליה ולכן עליו לסתום.

הרמב"ן מדייק מלשון רש"י בד"ה ולא חלונות שכתב רש"י שאינם יכולים לערער על סתימת אורו שמשמע שרש"י סובר כשיטת הראב"ד שאינו יכול לתבוע שיסתום החלון. וכוונתו שאם יכול לתבוע שיסתום החלון פשיטא שאין טענה שמאפיל עליו ולשיטת הרא"ש שיכול לתבוע שיסתום אין להם חלונות זע"ז היינו שאין לו זכות להחזיק בחלוננו אלא יכול חברו לכופו לסתום את החלון. וכן פירש הריטב"א ע"ש. ועפ"ז הקשה הקצות בס' קנ"ד סק"ה על רש"י שכתב לעיל שאין לו חזקת אורה של ג' שנים דמשמע שאם החזיק ג' שנים אית ליה חזקה ואמאי הא אין חברו יכול לעכב עליו א"כ מה לו למחות. ובשו"ע שם סע' ט"ז נפסק בשם הרא"ש דהיכא שלא היה יכול למחות ליכא חזקה ע"ש מש"כ בזה הקצות, ובתוך דבריו מביא שהרמב"ן כאן מקשה כך על רש"י וכתב שמ"מ היה צריך למחות כדי שלא יחזיק, דהיינו שרש"י חולק על מה שנפסק בשו"ע בשם הרא"ש.

למסקנת הגמ' אין נ"מ בין כרם דאמרינן דעלו להדידי עבודת הכרם לבין מעשה דאספלידא אלא דבכרם מיירי שעלו בסתם ואז הכל בכלל והכא מיירי שעלו בפירוש לדמי ליבני וכשורי. אבל היכא דעלו סתם גם כאן אינו יכול להאפיל כ"כ הרשב"א והנ"י ע"ש. ומה דאחים שחלקו אין להם חלונות זע"ז מיירי בלא עלו.

תודה א"ל. ונר' לר"י וכו'. האגודה למד מכאן שהבונה כותל כנגד חלונות של ביהכ"נ צריך להרחיק יותר מד' אמות דבהכ"נ צריך אור הרבה ודמי לאספלידא. ודבריו הובאו להלכה בשו"ע או"ח ס' ק"צ סע' ד' והמקור מכאן כמש"כ הגאון. וע' מש"כ בזה הנריב"ט ס' ט"ז והובאו דבריו ברע"א בגליון השו"ע.

תודה והוא. הקשו דנימא דמים מודיעים. המהרש"א ומהר"ם מפרשים דקושית התוס' היא שאם נתן דמי כור יצטרך להשלים אפילו קרו ליה בית כור, ואם נתן דמי לתך לא ישלים אפילו אם לא קרו ליה בית כור כיון שהדמים מוכיחים שמכר לו רק לתך. ובתי' השני תרצו דמיירי שנתן דמי לתך ואה"נ אינו חייב להשלים אפילו אם לא קרו לה בית כור אלא שאם לא קרו לה בית כור יכול הקונה לטעון טענת מק"ט ולתבוע שיחזירו לו דמיו. והדברים לכאורה אינם מוכיחים דדמים מודיעים הוא רק כשיש ספק מה כלול במכירה, אבל אם אמר בהדיא שמוכר בית כור והקרקע שהראה אין שמה בית כור א"כ בודאי צריך להשלים אף שהלוקח שילם רק דמי לתך שהרי פירש שמוכר בית כור. וצל"ע.

דף ז:

ההוא שטרא דיתמי. סברת רב חמא דכיון שלא הוציא את השובר בחיי אביהם יש ריעותא וחיישינן לזיוף. שיטת הרמב"ן דמיירי דוקא בשובר שאינו מקוים דלא טרחינן לקיומיה אבל אם כבר היה מקוים לא חיישינן. אבל רוב הראשונים פרשו בשטר מקוים וכיון דאיתרע לא סומכים על הקיום. וחוששים שמא זייף באופן שנראה לעדים שזה חתימתו. ועוד נחלקו הראשונים אם מיירי דוקא שהאב תבע בחייו ולא הוציא הלוח את השובר כ"כ הנ"י והריטב"א. והרא"ש כתב בשם הר"י מגש שאפילו אם לא תבע האב איכא ריעותא שאם היה בידו שובר היה צריך לתבוע בב"ד שיקרעו את שטרו של המלוה.

עוד כתב הנ"י בשם הרשב"א שאפילו אם באו עדי השובר והעידו שזוכרים שחתמו על שובר זה ונקב יש בצד אות פלוני וליכא למיחש לזיוף לא מקבלים עדותן דאין מקבלים עדות בפני קטן. ודברי הרשב"א צ"ב בתרתי. א. דקי"ל מקיימים את השטר שלא בפני בע"ד כמבואר בב"ק ק"ב: כן הקשה הב"י בבב"ב ס' ק"ח והובא בש"ך שם סקל"ב. ב. הר"ן בכתובות צ"ח. כתב דכלל דאין מקבלים עדות שלא בפני בע"ד נאמר רק שלא בפני הנתבע אבל עדות לפטור את הנתבע שלא בפני התובע מקבלים וכן נפסק בשו"ע ס' כ"ח סע' י"ח. וע' בש"ך בס' כ"ח סק"ט שמביא שאלה זו בשם הגידולי תרומה. וכתב הש"ך דקריעת השטר הוי כהוצאת ממון מהתובע. אך לפי מה שהאריך הקצות בס' כ"ח סק"ט וס' ק"י סק"ב בשם המהרי"ט דאין כונת הר"ן שאפשר לקבל עדות ולפטור את הנתבע שלא בפני התובע אלא רק לענין למנוע את הגבייה סומכים על העדות דא"א להוציא כשיש עדים שהוא פטור אבל בודאי שכשיבוא התובע יצטרכו העדים לחזור ולהעיד. לפ"ז מיושב קושית הג"ת שגם לפטור לא מקבלים את העדות לענין לפטור את הנתבע בודאות וא"כ בודאי לא קורעים את השטר.

בקושית הב"י דקיום שטרות מקיימים שלא בפני בע"ד, לכאורה נר' דתלוי במחלוקת ראשונים בטעמא דבקיום שטרות מקילים לקיים שלא בפני בע"ד. התוס' בב"ק כתבו שהקילו משום שקיום שטרות דרבנן. והשיטה שם בשם הרמ"ה כתב דאין עדות הקיום על הלוח והמלוה דעל כתב ידם הם מעידים ולא על מנה שבשטר. ולפי שיטת התוס' ניהא דהיכא דאיכא ריעותא צריך קיום מן התורה כמש"כ רע"א בריש גיטין דהיכא דאתרע בנפילה צריך קיום מן התורה. וזה כוונת הש"ך בס' ק"ח סקל"ב בשם הב"י דשאני התם דאיכא ריעותא. אבל לשיטת הרמ"ה דטעמא משום שמעידים על הכתב יד, ולדבריו אפילו במקום שקיום דאורייתא מהני שלא בפני בע"ד, א"כ מה בכך דאיכא ריעותא. אך צ"ע דשיטת הרשב"א בזה כרמ"ה כמו שמביא הש"ך בס' מ"ו סק"י בשם שו"ת הרשב"א וא"כ הרשב"א לשיטתו צ"ב אמאי אין מקבלים כאן הא קיום שטרות מקיימין שלא בפני בע"ד.

הקצה"ח בס' ק"ה סק"א גם תלה קושית הב"י במחלוקת זו בטעם שמקיימים שלא בפני בע"ד אך כתב איפכא ממה שנתבאר לעיל. לתוס' שהטעם הוא מפני שקיום שטרות דרבנן גם כשיש ריעותא אפשר לקיים שלא בפניו, דפשיטא לקצות שגם במקום שיש ריעותא הקיום הוא מדרבנן, ודלא כרע"א בריש גיטין שכתב שבמקום ריעותא דנפילה צריך קיום מן התורה. ומאידך לסברת הרמ"ה כתב הקצות דהיכא שמעיד שידוע בודאות שחתם על שובר זה הרי זה כמעיד שזוכר את הפרעון וא"כ זה עדות על מנה שבשטר ולא על כת"י ולכן צריך להעיד בפניו.

וצ"ב דאפילו נימא דכלול בזה גם עדות על הפרעון מ"מ יש בזה גם עדות על קיום השובר ולמה גרע קיום זה מכל קיום שאפשר שלא בפניו. ולכן לכאורה נר' איפכא דלתוס' צריך בפניו כיון שיש ריעותא צריך קיום מן התורה כרע"א ולרמ"ה גם באופן זה לא צריך להעיד בפניו. וע' מש"כ בענין זה באבן האזל ובאבי עזרי בפי"ז ממלוה ה"ה.

ויש לעיין עוד בענין זה בדברי הב"י הנ"ל בבה"ב ס' ק"ח, שבשו"ע סע' ט"ז נפסק ששובר שיוצא אחר מיתת המלוה אין קורעין את השטר ולא גובים עם השטר ואפילו יש עדים שמעידים שזוכרים את הפרעון אין עדותן עדות שאין מקבלים עדות שלא בפני בע"ד. ודין זה מקורו מהב"י שם בשם שו"ת הרשב"א בשם הרמב"ן. ובסוף הסעיף כתוב עוד שלא סומכים על השובר אפילו מקום מפי עדים שאמרו אנו חתמנו בו ונקב יש בצד אות פלוני לפי שאין מקבלים עדות שלא בפני בע"ד. ודין זה מובא בב"י בשם המ"מ בשם הרשב"א והובא בנ"י כאן ונמצא בחי' הרשב"א. ודברי הב"י בבה"ב שמקשה שבקיום שטרות מקבלים עדות שלא בפני בע"ד נאמרו על דברי הרשב"א בשם הרמב"ן כשמעידים שראו את הפרעון. ובזה לכאורה אין מקום להשגת הב"י דעדים אלו אינם עדי קיום אלא מעידים על הפרעון עצמו. אלא המקום לקושית הב"י הוא על דברי המ"מ בשם הרשב"א בעדים שמעידים שחתמו על שובר זה, אך לא ע"י שמכירים שזה חתימתו אלא שזוכרים שחתמו על שטר שיש בו נקב בצד אות פלוני, כאן אין הם מעידים על גוף הפרעון אלא שאין השובר מזויף, ובזה יש מקום לקושית הב"י. ובאמת הש"ך בסק"ל"ב כתב דהבה"ב קאי על דברי המ"מ בשם הרשב"א ולא על דברי הרשב"א בשם הרמב"ן. וזה דלא כנדפס בדפוסים של הב"י שבפנינו.

אמנם דברי הרשב"א אינם דעת כל הראשונים, דהריטב"א אחר שכתב כדברי הרשב"א מביא בשם רבו שאמר בשם אחריו דמה שלא מועיל אפילו באופן שהעדים מעידים שזוכרים שחתמו הוא משום דחיישינן לשובר אמנה. משמע דלולא זה היה מועיל ואין בזה חסרון של עדות שלא בפני בע"ד. וכן היד רמה חולק בפירוש על דברי הרשב"א וס"ל שאם העידו כנ"ל מהני וקורעין השטר. ולפי מה שנתבאר לעיל יש לבאר מה דס"ל דליכא בזה הכלל של אין מקבלים עדות שלא בפני בע"ד בב' אופנים. א. דגם הכא יש הכלל שקיום שטרות מקיימים שלא בפני בע"ד כקושית הב"י על הרשב"א והרמ"ה בזה לשיטתו דס"ל בב"ק שהטעם משום שמעידים על הכת"י ולכן אפילו במקום ריעותא מקבלים עדותן שלא בפני בע"ד. ב. ע"פ קושית הג"ת דלפי הר"ן בכתובות לא שייך הכא הכלל שאין מקבלים עדות שלא בפני בע"ד דהוי עדות לנתבע שלא בפני התובע, והרמ"ה ילמד כפשוטו ודלא כמהרי"ט שהובא בקצה"ח הנ"ל, ולא ס"ל כסברת הש"ך דקריעת השטר הוי כהוצאת ממון.

כופין אותו לבנות בית שער. מבואר לעיל דף ב: דבית שער הוא כדי למנוע היזק ראייה מבני רה"ר ואף שהנזק בא מעלמא תקנו חכמים שכופין זה את זה כיון שזה מצרכי החצר, אך יש נ"מ בין חיוב למנוע היזק ראייה שמזיקים אחד לשני לבין חיוב בית שער שהוא למנוע ה"ר מבני רה"ר. שהגמ' מסתפקת בסמוך לגבי חומת העיר אם גובים לפי ממון או לפי קירוב בתים וכתב הנ"י שזה רק לגבי חומת העיר אבל לגבי בית שער בודאי גובים לפי שבח ממון בלבד. והובא מחלוקת בזה בשו"ע ס' קס"א סע' ג'. והקשה הנתיבות בסק"א דמבואר בס' קנ"ז סע' ג' לגבי ה"ר דבונים בשוה אף שלאחד יש פי שנים בחצר וה"ה כשיש לאחד יותר ממון מחברו, ולמה כאן חולקים לפי ממון. וכתב הנתיבות דהתם שאני שכ"א מזיק את חברו ועל המזיק להרחיק את עצמו ובזה החיוב על שניהם בשוה משא"כ הכא שהנזק בא מעלמא מי שניזק יותר צריך ליתן יותר. אכתי צ"ע אמאי תלוי בשבח ממון היה צריך להיות תלוי בגודל חלקו בחצר. ומה דמהני ב"ש למנוע ה"ר פרש"י דהשומר יושב שם ומרחיק את בני רה"ר מלהציץ בחצר. והנ"י כתב שהבית שער עצמו מונע שלא יוכלו לראות לתוך החצר וכן משמע ברש"י לעיל ב:.. ודלת כתב הנ"י שאינו משום ה"ר אלא למנוע גנבים וסוגרים אותו בלילה אבל בתוס' לעיל ב: מוכח שגם דלת משום ה"ר כמש"כ הנחל"ד כאן.

רשב"ג אומר וכו'. כתב הרמב"ם בפ"ה משכנים ה"א שבני החצר חייבים לעשות בחצר כל הדברים שהחצר צריכה להם צורך גדול [אע"פ שאין בזה מנהג] או דברים שנהגו בני המדינה לעשותם [אף דלא היה צורך גדול]. וכתב החזו"א בס' ד' סק"ז דמחלוקת רשב"ג ורבנן הוא אי ב"ש חשיב צורך גדול או לא. ומה"ט פוסט רשב"ג כשאינו סמוך לרה"ר אף למ"ד ה"ר שמיא היזק אפילו כשאין זה הזיקא דרבים דזה דוקא כשהוא המזיק. אבל לחייב את בני החצר מחמת ה"ר דעלמא כשאינו של רבים א"א דאין זה נחשב צורך גדול.

קנה בית דירה וכו'. מבואר בנ"י דקנה בית דירה מתחייב רק אם דר שם אלא שבזה לא בעינן י"ב חודש אבל אם אינו דר כלל לא. אך כתב החזו"א בס' ד' סק"כ שהכוונה שגר באותה העיר אף שאינו דר בבית דירה שקנה.

תוד"ה ואי. מבואר ברש"י ותוס' דמגוואי הוא חסרון ובראי הוא מעלה. והרשב"א והיד רמ"ה באות ע"ד מפרשים איפכא ע"ש. עוד כתבו התוס' בסוף דבריהם דבתי' הגמ' הא והא דאית לה דלת והא דאית לה פותחת נקטו הצד דלא מעלי. וכתב ע"ז בהגהות החת"ס [שנדפס בסוף הגמ'] צ"ע דפותחת מעלי הוא כפרש"י. אך באמת לא מבואר ברש"י בתי' הא דאית ליה פותחת הא דלית ליה פותחת מהו צד המעלה. ובדעת התוס' צ"ל שאם אין פותחת כלל אין הדלת נעל כלל וזה צד המעלה ופותחת הוא חסרון ושפיר כתבו דהא והא דאית ליה פותחת היינו הצד דלא מעלי. ואין ראייה שרש"י חולק בזה על התוס'.

לפי נפשות א"ד לפי שבח ממון. מבואר בנ"י ובחי' הריטב"א שצדדי הספק הם אם חיישינן לנפשות או לא דרוב פעמים באים על ממון אבל פשוט דאם ידוע שבאים על נפשות אזלינן בתר נפשות. אמנם ביד רמה באות ע"ז משמע שפשוט לגמ' שהסכנה הוא רק על ממון ואעפ"כ יש צד שמשלמים לפי נפשות וז"ל או לפי שבח בנ"א הן גובין דכל ממון איניש אדעתא דנפשיה בעי לה הלכך שבח נפשות עדיף עכ"ל. דהיינו שיש צד לומר שהפסד הממון מחשבים לפי מספר הנפשות שממון זה עומד לשמש. ולפי"ז הגמ' כאן מסופקת במאי דפשיטא לגמ' בב"ק קטז: וע' בחזו"א ס' ד' אות ז' ד"ה לפי שנקט איפכא דאף שיש חשש גם לנפשות מ"מ מחשבים לפי ממון ע"ש טעמו. וזה הפך דברי הרמ"ה. והיה אפשר לבאר עוד ע"פ דברי התוס'.

בד"ה לפי שהקשו שגם כשבאים על ממון איכא סכנת נפשות דחזקה שאין בעה"ב מעמיד עצמו על ממון. וא"כ י"ל שזה הספק של הגמ' אם כשבאים על ממון חשיב נפשות כקושיית התוס' או דליכא חשש נפשות כתי' התוס'.

בעיקר תירוץ התוס' צריך להבין כונתם דמה בכך שבאים על ממון סו"ס איכא בזה סכנת נפשות כיון שיש חזקה שלא יעמיד עצמו על ממון, וכמו שנחשב רודף מטעם זה ה"נ יחשב סכנת נפשות. ועיין במהר"ם שנראה שהבין שאחרים יכולים לטעון שלא רוצים לחשב לפי נפשות כיון שרצונם לתת ממוןם ואין בשבילם סכנת נפשות. ועיין בקו"ש באות מ"ג שמקשה על תי' התוס' א"כ אמאי נחשב רודף וע"ש מש"כ בזה. ונראה שהביאור בתוס' הוא ע"פ דברי הרא"ש בס' כ"ב שכתב שמה שמחדשים עכו"ם גזירות על ישראל ומענין אותם ביסורים ובמניעת מאכל ומשתה גובים הכל לפי ממון דעיקר כונתם על הממון. ואינו מובן מה נ"מ מה כוונתם הא נתינת הממון הוא כדי למנוע יסורי הגוף וראוי לחשב לפי נפשות. וכתב בזה החזו"א בס' ד' סק"ט בד"ה רא"ש דכיון דדעתם אממון ממון הוא הגורם שיבאו עליהם הלכך ראוי לגבות לפי ממון. דהיינו שמחדש החזו"א פשט חדש בהא דאם באים על נפשות מחשב לפי נפשות ואם על ממון מחשבים לפי ממון, שאין הטעם מפני שמחשבים ע"פ הדבר שהוא נמצא בסכנה, אלא שמחשבים לפי מה שהוא סיבת הסכנה, וכשבאים על נפשות סיבת הסכנה הוא הנפשות, וכשבאים על ממון סיבת הסכנה הוא הממון. ולכן כשמיסרים את הגוף כדי לקבל ממון אף שהסכנה היא על הגוף מ"מ כיון שהסיבה היא הממון מחשבים לפי ממון. ולפ"ז דברי התוס' פשוטים דאף שיש חזקה שאינו מעמיד עצמו ויש סכנה על הנפשות ומה"ט נחשב רודף, מ"מ כיוון שהם באים על ממון הממון הוא סיבת הסכנה לכן מחשבים לפי ממון.

ובזה מיושב קושיית הקו"ש באות מ"ב בגייס שבא על נפשות ופייסו בממון אמאי מחשבים לפי נפשות הא הוברר שלא היה סכנת נפשות אלא ממון. ולדברי החזו"א נראה דאולינן בטר סיבת הסכנה וכיון שבאו על נפשות הנפשות גרמו את הפסד הממון לכן מחשבים לפי נפשות. ולפ"ז י"ל דזה גופא הספק של הגמ' אם מחשבים לפי נפשות או לפי ממון דפשוט שבאים על ממון ופשוט שיש סכנת נפשות דחזקה א"א מעמיד עצמו על ממון. והספק הוא אי אולינן בטר סיבת הסכנה שהוא ממון או בטר מה שנמצא בסכנה דהיינו נפשות.

נמצא הדרכים בביאור הספק של הגמ' א. לג"י אם חוששים למיעוט שבאים על נפשות או שאין זה נחשב סכנת נפשות שצ"פ רוב באים על ממון. ב. בודאי באים על ממון ואעפ"כ לת"מ"ה יש צד לחשב לפי נפשות כיון שהממון הוא בשביל הנפשות. ג. הספק אם אולינן בטר מה שנמצא בסכנה או סיבת הסכנה.

לפי קירוב בתים. ברש"י מבואר שהצד לחשב לפי קירוב בתים הוא משום דהסכנה גדולה יותר למי שקרוב יותר לחומה. אך היד רמ"ה באות ע"ז חולק וכתב דכל שרחוקים יותר ממרכז העיר גורמים להרכות גודל החומה והקיפא יתירא. ע"ש שהאריך בזה אריכות גדולה. וזה כעין מה שנתבאר לעיל דיש שני גורמים לחישוב הוצאות החומה. א. מי שסכנתו גדולה יותר הנאתו מהחומה גדולה יותר. ב. מי שהוא יותר גורם להוצאה מחייב להשתתף יותר בהוצאות. ועוד כתב שם הרמ"ה דלפי הצד שאולינן בטר קירוב בתים לא מתחשבים בשבח ממון כלל ולא כתוס' ד"ה לפי קירוב שאולינן בטר ממון וקירוב יחד. וגם ברי"ף וברמב"ם שהזכירו רק קירוב בתים משמע דס"ל דתלוי רק בזה כמש"כ המ"מ פ"ו משכנים ה"ד, ובשו"ע ס' קס"ג סע' ג' הובא ב' דיעות בזה ע"ש.

רבנן לא צריכי נטירותא. מבואר בגמ' דת"ח אינו חייב בהוצאות של חומת העיר וילפינן לה מקראי דת"ח אינם צריכים שמירה [ועי' בר' יונה ברכות ד']. שהובא בגליון הש"ס כאן, על הגמ' דת"ח פטורים מק"ש על המיטה משום שאינם צריכים שמירה. ובסמ"ח מבואר דת"ח פטורים גם ממנת המלך ומכסף גולגלתא ומארנונא וגם זה נלמד מפסוקים ולכאורה הם ב' דינים שאינם קשורים זה לזה. דהפטור מחומת העיר הוא משום דאינם נהנים מהחומה כיון שאינם צריכים שמירה. והפטור ממסים הוא גז"כ דיחלו ממשא מלך ושרים. אמנם בלשון הטור והשו"ע ביו"ד ס' רמ"ג משמע שהכל דין אחד. וז"ל אבל דבר שצריך לשמירת העיר כגון חומות העיר ומגדלותיה ושכר שומרי העיר אינם חייבים לתת בהם כלום שאין צריכים שמירה שתורתן משמרתם ולכן פטורים מכל מיני מסים ותשחוריות וכו'. מפורש שגם הפטור ממסים הוא משום דת"ח א"צ שמירה וכן מבואר בהדיא בריטב"א בסוף דף ח. וביד רמ"ה אות פ"ז וכן משמע בלשון רש"י בד"ה כל קדושי שהלימוד מהם תוכו דרגליך הוא שאינם צריכים שמירה ולכן פטורים ממסים.

אמנם דבר זה תלוי במחלוקת הר"י מגש והרא"ש דמבואר בסמוך דמיטמי לא גובים אלא דברים שיש ליתומים הנאה מהם כגון כריא חדתא. וכתב הרא"ש בס' כ"ט בשם הר"י מגש דארנוניות לא רמינן איתמי כיון שאין להם הנאה מזה דאינו ענין של נטירותא. וכתב ע"ז הרא"ש דכל מיני מסים מידי נטירותא ניהו כי הם השומרים אותנו מן העכו"ם ע"ש. ודברי הטור הם ע"פ שיטת הרא"ש אבל לר"י מגש שמסים אינם ענין של נטירותא ע"כ הפטור של ת"ח ממסים אינו קשור לפטור מחומת העיר. נמצא דלדעת הטור הכל דין אחד משום דרבנן אינם צריכים שמירה ולר"י מגש הם שני דינים נפרדים.

ולרמב"ם נר' שיש שיטה אחרת בענין זה דכפ"ו משכנים ה"ו כתב שת"ח פטורים מחומת העיר מפני שת"ח אינם צריכים שמירה. וכפ"ו מת"ח ה"י כתב דת"ח פטורים מחומת העיר ותיקון שערים ושכר שומרים ולא לתשורת המלך ואין מחייבים אותן ליתן המס וכו' וכן אם היתה סחורה לת"ח מניחים אותו למכור תחילה וכו' וכן אם היה לו דין מקדימים אותו ומושיבים אותו עכ"ל. משמע שכל אלו חד דינא ויסודם משום חיוב כבוד ת"ח ובכלל זה שיש לת"ח זכויות מיוחדות בעניני ממון. וכלל בזה הרמב"ם גם הפטור מחומת העיר וגם הפטור ממסים ומשמע דחד דינא הוא. אך לא מטעמי דהטור דהרמב"ם כאן לא הזכיר כלל הענין שת"ח א"צ שמירה. ויותר מפורשים הדברים ברמב"ם בפ"י המשנה באבות פ"ד סוף מ"ה [חלק מדבריו הובאו בב"י ביו"ד ס' רמ"ג ע"ש] דאע"פ שאסור לת"ח להנות מן התורה מ"מ יש דברים שהתירה תורה כגון שתמכר סחורתו לפני כל סחורה וכתב ע"ז הרמב"ם שהוא חוק שקבע השי"ת כמו שקבע המתנות לכהן והמעשרות ללוי. וממשיך הרמב"ם וכן הקילה תורה מת"ח חוקי הארנוניות ואכסניות החיל וכסף גולגולת שיפרעו בעבורם הקהל וכן בנין החומות וכיוצ"ב. ומסיים הרמב"ם זהו דין תורה כמו שפטרה התורה מחצית השקל מן הכהנים הרי מפורש שמה שפטור ממסים וגם מחומת העיר הוא פטור שפטרה תורה כמו שפטרו כהנים ממחצית השקל. וצריך להבין א"כ למה צריך להגיע להא דת"ח אינם צריכים שמירה והרמב"ם בעצמו כתב טעם זה בהל' שכנים.

ונראה דשיטת הרמב"ם הוא דמה שת"ח א"צ שמירה אינו מספיק לפטור ת"ח מחומת העיר. דלכאורה נראה שגם מי שבנה כותל והעמיד שומרים מסביב לביתו ואינו זקוק לשמירה של חומת העיר אינו נפטור בזה מלהשתתף בחומת העיר שהוא חיוב

שהטילו חכמים על כל אנשי העיר ולא נתנו דבריהם לשיעורין לבדוק כ"א אם צריך או לא [והעירוני לע' בשע"ת אור"ח ס' תרנ"ח סק"ג גבי אתרוג של קהל שי"א שגם מי שיש לו אתרוג חייב להשתתף ככל צרכי ציבור ע"ש] ממילא גם ת"ח שא"צ שמירה לא היו נפטרים מחומת העיר. אלא יסוד הפטור הוא כפטורו של ת"ח ממסים וארנוגא דת"ח פטור מכל חיוב ממון המוטלים על אנשי העיר אא"כ יש לו הנאה ישירה מהדבר שמשלם עבורו. ולולא שת"ח א"צ שמירה היו ת"ח חייבים בחומת העיר כיון שנהנים ממנו כמו שיתומים חייבים בחומת העיר וע"ז אמרו שת"ח א"צ שמירה ואינו נהנה. אך זה לבד אינו סיבה לפטור אלא שעי"ז חוזר להיות כשאר מסים וארנוגות שת"ח פטורים מהם מגזה"כ.

נמצא ג' שיטות בענין זה. א. שיטת הטור דהפטור מחומת העיר והפטור ממסים הכל חד דינא וכולם משום דהוי לצורך שמירה כשיטת הרא"ש שגם מסים הם דמי שמירה ות"ח א"צ שמירה. ב. שיטת הר"י מגש שמסים אינו ענין של שמירה ולדבריו לכא' הגמ' כפשוטו דאין קשר בין הפטור מחומת העיר שהוא משום שת"ח א"צ שמירה לפטור ממסים שהוא פטור מגזה"כ אע"פ שאינו ענין של שמירה ג. שיטת הרמב"ם שגם בחומת העיר אין הפטור משום דא"צ שמירה לבד אלא שזה רק סברא דהוי בכלל הפטור מגזה"כ כמו שפטור ממסים. וזה הפך משיטת הטור דלטור הפטור ממסים הוא כדין הפטור מחומת העיר. ולרמב"ם הפטור מחומת העיר הוא משום גזה"כ דפטור ממסים.

ויתכן שיהיה נ"מ מזה לענין גדר ת"ח שצריך לפטורים אלו שהרא"ש כתב דבעינן ת"ח שתורתו אומנותו ואפילו עוסק קצת במשא ומתן להתפרנס כדי חייו ובכל שעה שפנוי מעסקיו חוזר לתלמודו. וזה דלא כספר חסידים שמביא הש"ך בס' קס"ג סק"ד דבעינן דוקא שלומד יומם ולילה ואין לו עסק אחר ע"ש. אך לדברי שניהם לא תלוי אלא במה שעוסק בתורה תמיד ולא כתבו שצריך איזה דרגת חכמה. וכמבואר בחי' הריטב"א שאפילו תלמידים העוסקים בתורה תמיד יש להם פטורים אלו. ודלא כרמ"א ביו"ד רמ"ג סע' ב' שכתב בשם התה"ד דבעינן שיהיה מוחזק לת"ח שיודע לישא וליתן בתורה ומבין מדעתו ברוב מקומות התלמוד ופירושו. ואולי תלוי בהנ"ל שאם פטורו משום שת"ח א"צ שמירה והוא משום דתורתו משמרתו בזה מסתבר שסגי במה שעוסק בה תמיד ולא תלוי במה שמבין מדעתו ברוב מקומות התלמוד. אבל אם זה מהזכויות שנתנה תורה לת"ח בעינן שיהיה ת"ח ולא סגי במה שעוסק בתורה תמיד. ואי אמרינן דיסוד הפטור מחומת העיר הוא שונה מהפטור ממסים כמו שכתבנו בדעת הר"י מגש יהיה מקום לחלק בין גדר ת"ח לענין חומת העיר מלענין פטור מסים וצ"ע. [וע' בשיטמ"ק בשם הרמב"ן דחכמים הלומדים עם התלמידים בשכר אין מן הדין לפוטרו מן המס כיון דבשכר הם לומדים. עי' באור"ח ס' ל"ח סע' ח' דתגרי תפילין אף שעושים בשכר חשיב עוסק במצוה ומביא שם הרמב"ם בשם המג"א שזה רק אם עיקר כונתם לשם מצוה אבל אם עיקר הכונה לרוח ממון לא נחשב עוסק במצוה. ועמש"כ בזה הביאה"ל שם. ואין להוכיח מהרמב"ם כאן, דאף דחשיב עוסק במצוה מ"מ אין בזה המעלה של תורתו אומנותו].

עוד נחלקו הראשונים לענין פטור ת"ח ממסים שהנ"י והרמב"ן כתבו דפטור רק ממס שהוטל בכללות על בני העיר אבל מה שהמלך מטיל על כל יחיד ויחיד אין אחרים משלמים חלקו של הת"ח. ולשון הנ"י בזה הוא שרק כשזה חיוב כללי אז יכולים ת"ח לומר לא הטיל המלך עלינו כלום אלא בשבילכם. דהיינו דמאי דאמר רבי אין פורענות בא לעולם אלא בשביל עמי הארץ הוא טעם למה שפטר רבי ת"ח ממס דע"ה הם הגורמים לחיוב לכן הם פורעים המסים. וזה שייך רק כשאין מס המוטל על כל יחיד. אבל הרמב"ם פסק דבכל גווני ת"ח פטורים ממס. ואולי הרמב"ם בזה לטעמיה דס"ל דטעם הפטור הוא דהתורה זכתה לת"ח כמו שנתנה תורה תרומה לכהן ומעשרות ללוי ולכן אין לחלק בין חיוב על הציבור לחיוב של כל יחיד ואין טעם הפטור מפני שהע"ה גורם. ומה שאמרו שפורענות בא לעולם בשביל ע"ה אין זה סיבת הפטור אלא שיש ללמוד כן ממעשה דכלילא.

דף ח.

תוד"ה לא שליט. כתבו דקרא קאי על העוסקים בבנין בהמ"ק. וצ"ב דא"כ נפטור כל העוסקים בדבר מצוה ולמה פטור דוקא ת"ח. ונר' דמה"ט פרש"י דקאי על אנשי כנה"ג. אך הרש"ש תמה על רש"י דבקראי מוכח דקאי על העוסקים בבנין בהמ"ק. וע' ברמ"א ס' קס"ג סע' ה' בשם התה"ד שגם חזן ביהכ"צ פטור מן המס. וכתב שם הגאון בס"ק פ"ה דכיון שמקור הפטור ממס הוא מקרא דמייירי בבנין ביהמ"ק, וביהכ"נ הוא מקדש מעט יש לדמות חזן ביהמ"ק לבוני ביהמ"ק, אך הרמ"א מסיים דמדינא אינו פטור וכתב ע"ז הגאון בס"ק פ"ו שלא אמרו רק ת"ח וביהמ"ק שאני. דהיינו שאין ללמוד שאר מצות מבנין ביהמ"ק אלא רק ת"ח מדרמים לבנין ביהמ"ק.

אי מידויל מידויל. ביאור דברי הגמ' הוא דכל אנשי העיר כמו שחייבים במסים חייבים גם בחפירת הבור גם אם לא נהנים דזה בכלל צרכי העיר ובכלל ההשתדלות שעושים כדי למצוא מים. משא"כ יתומים קטנים דלאו בני חיובא נינהו אינם משתתפים אלא בהוצאות שיש להם הנאה מהם, דזה אינו חיוב אלא שמוכרים להם מים ולכן אי לא מידויל צריך להחזיר להם. כן מבואר ביד רמה אות ע"ט שההבדל בין יתומים לאחרים הוא דגדולים בני חיובא ויתמי לאו בני חיובא ע"ש. ולפ"ז צע"ק בלשון רש"י שכתב שמה שמחזירים ליתומים הוא משום דלאו בני מחילה נינהו. משמע שההבדל בין יתמי לשאר בני העיר הוא דהם בני מחילה ויתמי לאו בני מחילה. ואינו מובן דשאר העיר חייבים להשתתף גם אם לא נהנים וגם אם אינם מוחלים אין סיבה שיחזירו להם ויתומים שאינם חייבים כשלא נהנים אין סיבה שימחלו. ולכא' אפילו אם היו בני מחילה צריך להחזיר להם דאינם מוחלים. ונ"מ מזה יהיה בת"ח שפטורים ממס ונתבאר לעיל בדעת הרמב"ם שבכלל הפטור של מס הוא כל חיובים שאינם נהנים מהם. ומה שגובים לבאר מים מת"ח הוא מפני שנהנים מזה א"כ כשלא מצאו מים כמו שצריך להחזיר ליתמי כך צריך להחזיר לרבנן. דכל אנשי העיר חייבים גם כשלא מצאו מים כמו שחייבים במסים משא"כ רבנן דמו בזה ליתמי שאינם חייבים אא"כ נהנים. אבל למה דמשמע ברש"י דהטעם שמחזירים ליתומים הוא משום דלאו בני מחילה בת"ח ליכא להאי טעמא ולא יחזירו להם. וע' בשיטמ"ק בשם שיטה לא נודעה למי שכתב שלרבנן לא מחזירים ורק ליתמי מחזירים דלאו בני מחילה נינהו. וזה כדברי רש"י וצ"ע.

ע"ה אל יכנסו. עי' קו"ש שהקשה שגם ע"ה מצווים להחיותו. עי' בחי' הריטב"א כאן שכתב שהיה יכול הע"ה להתפרנס ממק"א אבל היכא שאינו יכול בודאי מפרנסים גם עמי הארץ. והב"י ביו"ד ס' רנ"א כתב תי' אחר בשם הריטב"א דהיה שנת בצורת ולא היה מספיק לכולם ומה שיתן לע"ה יחסר לת"ח ובכנה"ג ת"ח קודם לע"ה. וכן נפסק בשו"ע שם סע' י"א ע"ש.

מיושבי העיר וכו'. מבואר בגמ' דאחר ל' יום היו בכלל יושבי העיר ואחר י"ב חודש היו בכלל בני העיר והקשה הטורי אבן במגילה י"ט דאיתא התם שפרזו בן יומו דינו כפרזו וילפינן לה מקרא דהיושבים בערי הפרזות. ומבואר שבישיבת יום אחד היו בכלל יושבי ערי הפרזות וכאן בעינן ל' יום. וכתב בזה הגר"ר מתתיהו שטראשון דלא דמי כלל דפשוט שגם בישיבת יום אחד נחשב שיושב בעיר הזאת אבל לקבל שם יושבי העיר שהוא תואר ולא פעולה בעינן ל' יום. ואם נדר ממי שיושב בעיר בודאי אסור גם במי שיושב יום אחד ורק כשאומר מיושבי העיר בעינן ל' יום. ומסביר הדברים נראים אך יש לע' בזה מדברי הרשב"א בתש"ס' תרס"ז שהובא בב"י י"ד ס' רי"ח ד"ה ראובן במי שנדר שלא ידור עם פלוני לעולם ושאל השואל מהו הזמן שיששה עם פלוני ויחשב שדר עמו. וכתב הרשב"א שאילו היה נשבע בלשון ישיבה מבואר בגמ' דידן שהוא בל' יום אבל בלשון דירה לא נתבאר זמנו. ומסיק הרשב"א דבלשון בנ"א גם דירה ארעית שמה דירה. וכעין זה כתב הרשב"א תש"ו תרצ"ו שהובא בדרכי משה ס' רי"ז אות ד' וברמ"א ס' ל"ב. והנה לשון השבועה שעליו שאל השואל בס' תרס"ז הוא שנשבע שלא ידור ולשון זה דמי לנשבע שלא ישב ולא לנשבע שלא יהיה מיושבי העיר ואעפ"כ כתב הרשב"א שאילו היה הנידון בלשון ישיבה היה אפשר ללמוד מגמ' דידן. ומבואר דאינו מחלק כחילוק הנ"ל. ולדברי הרשב"א הודא קושית הטור"א למקומה. וע"ע בב"י ס' רי"ז ד"ה נדר מיושבי העיר שמביא שו"ת הרמב"ן ס' רס"ז במי שנשבע שלא יהיה מהדרים במקום פלוני ודן בזה הרמב"ן כנידון הרשב"א. ולשון זה שפיר דמי למודר מיושבי עיר פלוני אבל הלשון ברשב"א הוא שלא ידור וזה דמי לנשבע שלא ישב.

ל' יום לתמחוי. גרסת הרמב"ם איפכא דלקופה סגי בל' יום ולתמחוי בעינן ג' חדשים. ועי' באו"ח ס' תכ"ט ס' א' שמביא הרמ"א בשם הא"ז דהמנהג לקנות חטים ולחלקם לעניים לצורך פסח וכל מי שדר בעיר י"ב חודש צריך ליתן לזה והמקור מהירושלמי פ"ק דב"ב כמ"ש"כ הגאון שם. והא דשאני מקופה ותמחוי צ"ל משום דאינו דבר קבוע כי אם פעם אחת בשנה.

תוד"ה יתיב. בתי' השני כתבו בשם רש"י לקמן י"א. דפדו בהם שבויי ישראל ולא היה אפשר לפרנס בהם עניי עכו"ם משום גניבת דעת אבל לא ביארו התוס' אמאי לא פדו בהם שבויי עכו"ם. וג' דרכים נאמרו בזה. א. המהר"ם כתב שאין הדרך שישראל פודים שבויי עכו"ם והוי גניבת דעת דדעתה שיפדו שבויי ישראל כדרכם. ב. הש"ך ביו"ד רנ"ד סק"ג כתב בשם הב"ח דאסור לפדות שבויי עכו"ם דעכו"ם לא מעלין אותם. ועוד כתב דהוי גניבת דעת ואולי כונתו כמהר"ם. ג. היד רמ"ה בדף י: באות קל"ב כתב דפדיון שבויי עכו"ם לא חשיב מצוה רבה וממילא הוי גניבת דעת.

דף ח:

נגבית בשנים. כיון דכופין וממשכנין על הצדקה חשיב שררה ואין עושין שררות על הציבור בפחות משנים נחלקו הנתיבות בס' ג' והקצות במשובב שם אם הא דמכין אותו עד שתצא נפשו בכפייה על מצות הוא ע"י כל אדם או שצריך לזה ב"ד. הנתיבות ס"ל דכמו שלאפרושי מאיסורא כל אדם יכול להכות כמבואר בריש המניח כמו כן כפייה על קיום מ"ע הוא ע"י כל אדם. והקצות מחלק בין כפי' על עשה לבין לאפרושי מאיסורא. והקשה הקו"ש כאן לדעת הקצות אמאי סגי בתרי הא כדי לכוף בעינן ב"ד. ואולי יש לישב דהתוס' הקשו למה כופין על צדקה הא הוי מצ"ע שמתן שכרה בצידה. ות"י ר"י דכיון דאיכא נמי לאו כופין בגלל הלאו. נמצא דאם אינו נותן צדקה לא רק ביטל מ"ע אלא עובר על ל"ת וע"ז קאי הכפייה א"כ י"ל דדמי לכפייה לאפרושי מאיסורא דמודה הקצות שלא צריך ב"ד. אך אינו ברור כ"כ דבפשטות ההבדל בין לאפרושי מאיסורא לבין מ"ע אינו שזה עשה וזה ל"ת אלא שבל"ת עובר בקום ועשה ועל העשה עובר בשב וא"ת והכא בצדקה גם על הל"ת עובר בשב ואל תעשה.

אמנם במנ"ח במצוה תקנ"ט מבואר שהבין פשט בקצות שאינו מחלק בין קום ועשה לשב וא"ת אלא בין עשה ללאו, דלאו חמור טפי ובזה כל אדם יכול לכפות. ויותר מזה מחדש שם המנ"ח שאפילו כפיה לקיים מצות עשה של לאו הניתק לעשה כופין על קיום העשה כיון שבזה תלוי תיקון הלאו דינו ככפיה שלא לעבור על לאו שהוא בכל אדם. ולדברי המנ"ח מיושב קושית הקו"ש על הקצות מכאן. ונמצא א"כ מחלוקת המנ"ח והקו"ש בביאור דברי הקצות שמחלק בין כפיה על מ"ע לכפיה לאפרושי מאיסור, למנ"ח החילוק הוא בין עשה ללאו, לקו"ש החילוק הוא בין קום ועשה לשב וא"ת.

בעיקר תירוצו של ר"י שהכפיה הוא בגלל הל"ת ידוע קושית הבית יעקב בכתובות מט: אמאי עוסק במצוה פטור מצדקה כמבואר בפרוטת דר' יוסף הא עובר על לאו ובלאו ליכא דין עוסק במצוה [פשיטא ליה דלענין זה תלוי בל"ת ועשה ולא אם עובר בשב וא"ת או בקום ועשה]. והקה"י קידושין ס' ל"ב אות ד' כתב לישב ע"פ דברי הרמב"ן והריטב"א בקידושין ל"ג. שמבואר שם שנשים חייבות במ"ע שאין הזמן גרמא כגון השבת אבידה ומעקה. והקשו שם התוס' ת"ל דאיכא בהם לאו. ות"י הרמב"ן דהלאו הוא לקיים את ציווי העשה ומי שאינו מצווה בעשה אינו מצווה גם בלאו. א"כ גם בעוסק במצוה שנפטר מהעשה ממילא ליכא נמי הלאו משא"כ הכא דאיכא עשה אלא שאין כופין עליו שפיר כופין מחמת הלאו.

קושית הבית יעקב ותירוץ הקה"י כתב הקו"ש כאן. ושור"ר שכבר כתב כן האו"ש בפ"ג מיו"ט ה"ח בד"ה ובה מתורץ ע"ש. וכתב עוד הקו"ש ד"ל דאין נ"מ לענין עוסק במצוה בין לאו לעשה אלא בין שב וא"ת לקום ועשה. ומה שאין התר לעבור על לאו כשעוסק במצוה היינו משום שעובר ע"י מעשה, אבל כשהעבירה היא בשב וא"ת כמו בצדקה יש פטור של עוסק במצוה גם על הלאו. ולכאורה יהיה עוד נ"מ מספק זה אם תלוי בלאו ועשה או בקום ועשה ושב וא"ת במקום דליכא לאו אלא רק עשה אבל ביטול העשה נעשה ע"י מעשה. ובה תלוי ספקו של הפמ"ג באו"ח ס' תר"מ שמוכא במ"ב שם סק"א לענין אונן בחוה"מ סוכות אם מותר לו לאכול חוץ לסוכה, ובשעה"צ שם סקמ"ז מבאר שהספק הוא דאונן פטור מכל מצות עשה מפני שטורה במת ופטורו מדין עוסק במצוה כמבואר בשעה"צ שם סקמ"ח. וא"כ יש לפוטרו נמי ממ"ע דסוכות תשבו או דלמא כיון שמבטל העשה ע"י שאוכל חוץ לסוכה א"כ העבירה נעשה בקום ועשה ושמה אין עוסק במצוה מתיר לבטל עשה בקום ועשה. הביכורי יעקב בס' תר"מ תמה על הפמ"ג שמפורש במשנה ובגמ' בסוכה שיש פטור של עוסק במצוה בסוכה והיינו שמותר לאכול חוץ לסוכה. אך מבאר הביכורי יעקב דהיינו משום שעוסק במצוה פטור מחיוב ליכנס לסוכה וממילא מותר לאכול בחוץ אבל במקום שאין חיוב לעשות פעולה אלא העשה גורם איסור מודה הבי"י שאין פטור של עוסק במצוה.

נמצא דהבית יעקב פשיטא ליה דתלוי בלאו ועשה ולא אם עובר ע"י מעשה או שב וא"ת. לקו"ש יש צד לומר דתלוי במעשה ושב וא"ת ולא בלאו ועשה והפמ"ג מסופק בזה. וב' נ"מ יש מזה א. לאו שעוברים עליו בלי מעשה כגון צדקה. ב. עשה שמבטלים אותו ע"י מעשה כגון דהפמ"ג והמ"ב.

בכתובות צא: מבואר דאף שיש מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם לא כופין ע"ז. וכתבו התוס' שם בדף פו. דהטעם משום דמצותם משום כבוד אביהם והוי מ"ע שמתן שכרה בצידה שלא כופין עליו. אך בהניח להם אביהם דבר מסוים חייבים להחזיר וכופין. וכתבו התוס' דאף דבזה ג"כ המצוה משום כבוד אביהם בזה כופין כיון שאם לא יחזירו איכא קלון לאביהם. וכתב שם הקו"ש באות ש"ד דהיכא דאיכא קלון עובר גם בארור מקלה אביו ואמו ובארור אין מתן שכרה בצידו וע"ז כופין.

בעיקר קושית התוס' אמאי כופין על צדקה נאמרו הרבה תירוצים א. הריטב"א בכתובות מט: והובא בקה"י כאן בס' ח' כתב צדקה שאני דילפינן מקרא ועשית אזהרה לב"ד שיעשוך וקאי נמי אצדקה כמבואר בפ"ק דר"ה. ולומד הריטב"א שהכפייה הוא לא רק בגלל הנדר לצדקה אלא גם כשאין נדר כופין על מצות צדקה. ב. הקצות בס' ר"צ ס"ק ג' כתב דכמו שעל פדיון הבן אף שהוא מצוה איכא שיעבוד נכסים ככל חוב ממון כך בצדקה איכא שיעבוד. והכפייה הוא מכח השיעבוד ולא מכח המצוה. ג. האב"מ בס' ע"א ס"ד כתב בשם המהרי"ק דרך הבטחה של אריכות ימים חשיב מתן שכרה בצידה. ד. האב"מ שם וכן המנ"ח במצ' תע"ט והרש"ש כאן כתבו דהשכר של בגלל הדבר הזה יברכך לא קאי על עצם מצות הצדקה אלא הוא שכר על לא ירע לבבך בתתך לו. א"כ מצות צדקה לא הוי מתן שכרה בצידה, או בנוסח האב"מ, דכשנותן ע"י כפייה כן רע לבבו א"כ אין מתן שכרו בצידו. ה. המנ"ח כתב עוד דרך כיבוד אב שכל מקום שנזכר המצוה נזכר מתן שכרו בצידו אבל צדקה נכפל המ"ע בכמה מקומות ושכרו נכתב רק במקום אחד. ומה"ט כתב דמזוזה לא חשיב מתן שכרה בצידה ע"ש.

נפסק בשו"ע חו"מ ס' צ"ז דעל השבת העבוט לא כופין משום דהוי מתן שכרה בצידה ומקורו משו"ת הרמב"ן. והקשה הקצות שם סק"ט דק"ל שכופין על צדקה וע"כ זה משום דק"ל כתי' ר"י דכופין מחמת הלאו וה"נ בהשבת העבוט איכא לאו דלא תשכב בעבוטו ואמאי לא כופין וכבר עמד בזה המל"מ בפ"ז ממ"ע ה"י ע"ש.

גיבויה וחילוקה שוה. עי' פרש"י. רוב הראשונים ובכללם הרמב"ם פרשו דתמחוי אינו קצוב ובעיניו ב"ד גם בגבייה.

ולשנותה לכל מה שירצו. כתבו התוס' דהכא מותר לשנות אפילו לדבר הרשות משום דבני העיר משנים והממון ניתן על דעת בני העיר. משא"כ בערכין שהיחיד משנה משבא ליד גבאי אסור לשנות. ולפני שבא ליד גבאי שמבואר בערכין שמוותר לשנות מובא בתוס' בערכין ו: שנחלקו הראשונים. שיטת ר' ברוך שמוותר לשנות למצוה אחרת אף שלא ע"מ להחזיר. ושיטת ר' משה דאסור לשנות אפילו למצוה אחרת אלא רק ללות ע"מ לשלם לאחר זמן. וביאור מחלוקתם כתב המחנ"א בהל' צדקה ס' י"א דר' ברוך ס"ל דילפינן מקרא דכפי' זו צדקה שנדרי מצוה חלים בדיבור וחל חיוב לעשות בממון דבר מצוה אבל מה שאמר לעשות בו מצוה זו אין זה יותר מצוה ממצוה אחרת ולכן חלק זה של פירוט המצוה אינו בכלל נדרי מצוה לכן יכול להחליף ממצוה למצוה. ור' משה סובר שחל הנדר לאותו מצוה שפירט בנדרו, דהוא נדר למצוה זו. ובוה יש לבאר גם ספקו של הרדב"ז ומהריט"ן שהובא בקצה"ח ס' רי"ב סק"ד במי שנדר צדקה לעני פלוני אם יכול לתתו לעני אחר. אך הקצות נקט בפשיטות דמצד הנדר לא חל חיוב אלא לעשות בו מצוה ויכול להחליף מעני לעני ומה ד"א שאינו יכול הוא משום דנחלקו עוד הראשונים אי אמרינן בצדקה אמירתו לגבוה כמסירתו להדיט. דהיינו האומר בהמה זו עולה חוץ מהנדר שבזה יש גם קנין ונעשה מיד ממון גבוה כמסירה להדיט. ולשון הטור ביו"ד ס' רנ"ח דגם בצדקה האמירה עושה קנין כמסירה להדיט והב"י שם מביא בשם הרשב"א שאין דין זה בצדקה דאינו אלא נדר ולא קנין ובה משיב קושית הראשונים בב"ק ריש דו"ה ע"ש. ויתכן שבוה נחלקו ר' ברוך ור' משה בתוס' בערכין דהיינו שיש לבאר מחלוקתם בב' אופנים. א. כמחנ"א דפליגי אי קביעת מצוה מסוימת היא ג"כ בכלל נדרי מצוה או לא. ב. פליגי אי אמירה לצדקה עושה קנין כמסירה להדיט. ובעיקר המחלוקת אי אמרינן בצדקה דאמירתו כמסירה להדיט ע' מחנ"א צדקה ס' ב' ותומים ס' ס"ו סק"ב. וע"ע מה שכתבנו בזה בס"ד בב"ק ל"ו:

מדברי ר' ברוך ור' משה הנ"ל מבואר דפשיטא לתרומתו דאחרי שבא ליד גבאי אסור לשנות אפילו לדבר מצוה. אבל שיטת הרא"ש כאן הוא שלדבר מצוה מותר לשנות גם אחרי שבא ליד גבאי דהא דאיתא בערכין שמוותר לשנות רק לפניו כמ"מ בדבר הרשות ולשנות היינו ללות דלשנות ממש בודאי אסור לדבר הרשות אפילו לפני שבא ליד גבאי דכפי' זו צדקה.

וכל זה בגבאי צדקה אבל כשמשנים בני העיר שיטת התוס' בסוגיין דמותר לשנות אפילו לדבר הרשות דע"ד כן נתנו וכן דעת הרא"ש. אבל שיטת הר"י מגש שהובא ברא"ש שגם כאן מותר לשנות רק מצורך אחד של עניים לצורך אחר של עניים אבל לד"א אפילו למצוה אחרת אסור דהוי ליה כגזול עניים. וראיתו מדתנן בשקלים מותר עניים לעניים מותר המת ליורשיו מותר עני לאותו עני. וע' ברא"ש מש"כ לדחות ראיה זו. ור' יונה כתב דאם יש ראייה משם א"כ קשה גם לר"י מגש דשם מבואר דאסור לשנות אפילו מעני לעני וכאן מפורש שעושים מקופה תמחוי אף שקופה לעניי אותה העיר ותמחוי לעניי עולם.

בהא דקתני התם מותר המת ליורשיו ע' לשון הרשב"א שמובא בשיטמ"ק וז"ל מותר המת ליורשיו אע"פ שגבו אותם לצורך תכריכי המת וקבורתו נותנים המותר ליורשיו וכו' אלמא כבר זכה בהם לצורכיהם של מת ושלו הם להורישו לבניו עכ"ל. והדברים תמוהים דאין בעלות למת וכ"ש שאין זכייה למת. וידוע מש"כ המחנ"א זכיה ומתנה ס' ל"א בשם שו"ת הרשב"א דמי שזיכה למת מעות לצורך מצבה זכה בהן המת. וע' מש"כ בזה בקו"ש כתובות אות ש"ד ומביא שם מדברי הרשב"א בסוגיין.

רשאיין בני העיר להתנות וכו'. כתב הריטב"א דמה שיש כח לבני העיר לתקן תקנות ולקנוס קנסות הוא מכח הפקר ב"ד הפקר, וזה כמו שנתבאר בריש פרקין דמנהג כל בני העיר כחו כפסק ב"ד. הא דאיתא בסמוך דגם טבחי העיר יכולים לקנוס וכן מבואר בב"ק קט"ז: דספנים וגמלים יכולים לתקן תקנות ולקנוס, וכתבו שם התוס' שהוא כדין שמבואר בסוגיין דרשאיין בני העיר להסיע על קיצתן, אף שאין זה נעשה ע"י כל בני העיר ע' לשון הרא"ש ס' ל"ג דכיון שנוגע רק להם הם הנקראים בני העיר בענין מלאכה. אך יש פוסקים שמחלקים בין תנאי של טבחי העיר לבין תנאי של כל בני העיר. דמבואר בסמוך דבמקום דאיכא אדם חשוב אינם יכולים לתקן אלא מדעתו. וכתב הכ"מ פ"ד ממכירה ה"א בשם הריב"ש שזה רק בתנאי של בעלי אומנות אבל תנאי של כל בני העיר מהני גם שלא מדעת אדם חשוב. והטעם משום דתנאי של בעלי אומנות יתכן שהוא מזיק לבני העיר לכן צריך הסכמת אדם חשוב משא"כ תנאי של כל בני העיר. אבל ברא"ש כאן מפורש שגם בתנאי של כל בני העיר בעינין אדם חשוב. ובשו"ע חו"מ ס' רל"א סע' כ"ח מביא השו"ע הדין של אדם חשוב לגבי בעלי אומנות והרמ"א מוסיף דקאי גם על תנאי של כל בני העיר וזה כרא"ש ודלא כריב"ש. ועיי' בש"ך שם סק"ד שכתב שמדברי הגמ' כאן משמע כרא"ש ולא כריב"ש. ועיי' בענין זה באבה"א פ"ד ממכירה ה"א.

לא הוי יתיב מר אציפי דבי כנישתא פרש"י שנקנו מכסף הקופה. ולר"י מגש שאין משנים אלא לצורך אחר של עניים א"א לפרש כן אלא יפרש כגורסת הר"ף שלקחו הציפי של בית הכנסת והשתמשו בו בבית המדרש ובוה שפיר אפשר לשנות דהוי צורך אחר של אותו ציבור.

מריש הוי עביד מר תרי כסי. היד רמ"ה באות ק"ב לומד מכאן דאין עניי העיר בכלל עניי עולם דאל"כ א"צ להתנות אלא יעשה קופה אחת לעניי עולם.

דף ט.

יצור וימנה. ע' במהרש"א בח"א מש"כ בטעם הדבר והיד רמ"ה באות ק"ה מבאר באופן אחר.

בודקין לכסות וכו'. משמע שמעיקר הדין כ"ז שאין הוכחה שהוא באמת עני אין חיוב צדקה ורק במקום צער או בזיון חיובו שיתן בלי בדיקה. ולא אמרין שיתחייב תמיד מספק כדין ספק מצוה אלא פוטרין אותו כדין ספק ממון. וכבר האריכו הפוסקים בענין ספק ממון עניים וספק צדקה. ע' ר"ן בנדרים ושו"ע יו"ד ס' רנ"ט סע' ה' ובש"ך שם סק"ד וקונה"ס סוף כלל א'.

הקשו האחרונים דהכא קי"ל דצער עדיף מבזיון ובסנהדרין מ"ה. קי"ל לענין סקילה בבגדים דבזיון עדיף. וכן פסק הרמב"ם בפט"ו מסנהדרין ה"א. ועוד דקי"ל שמותר לעבור איסור דרבנן בשב ואל תעשה משום כבוד הבריות ואם התירו משום בזיון כ"ש שנתיר משום צער ולא מצאנו פטור מצטער אלא בסוכה. וכתב בזה האור"ש בפט"ו מסנהדרין ה"א דלעולם בזיון קשה מצער כדקי"ל בסנהדרין והא דמבואר הכא דבודקין למזונות ולא לכסות הוא משום שגם אם הוא רמאי ויש לו ממון ואינו רוצה להתפרנס משלו מ"מ כיון שלמעשה אינו אוכל את ליה צער הגוף. משא"כ לענין כסות על הצד שהוא רמאי והוא מבוזה את עצמו מדעתו משום רוח ממון לא מפריע לו בזיון זה כיון שרוצה בזה כדי להרויח ממון. ורק באופן זה צער עדיף מבזיון. דהיינו שהאור"ש מפרש אין בודקין למזונות באופן שידוע שאינו אוכל אלא החשש רמאות הוא שיש לו ואינו רוצה לפרנס עצמו. בזה אמרו דאין בודקין דאפילו אם הוא רמאי אית ליה צער. ולא כפשט הפשוט בגמ' שהחשש רמאות הוא שהוא כן אוכל אלא שמשקר ואומר שאינו אוכל, ואין בודקין מפני שעל הצד שאינו רמאי יש לו צער ולכן צריך לחוש לדבריו ולא לבודקו. וע"ע מש"כ בשאלה זו בקר"ש כאן.

אם היה מחזור על הפתחים אין נזקקין לו. רש"י תוס' והרא"ש פרשו דקאי על גבאי צדקה שאם אינו מחזור על הפתחים חייב לתת די מחסורו ואם מחזור על הפתחים נותן רק דבר מועט. והרמב"ם בפ"ז ממת"ע ה"ז כתב כן על כל אדם. והבין הטור ביו"ד ס' ר"ג שלתוס' והרא"ש דוקא בגבאי צדקה נאמר דין זה אבל יחיד חייב לתת די מחסורו אפילו לעני המחזור על הפתחים. ולכן כתב שמסתבר כרמב"ם כיון שמחזור על הפתחים למה יתחייב היחיד בדי מחסורו. אבל הב"י שם כתב דכונת תוס' והרא"ש דביחיד אפילו אם אינו מחזור על הפתחים אין חיוב על היחיד לתת די מחסורו אלא יודיע צערו לרבים דהחיוב מוטל על כל הציבור ואין העני יכול לתבוע מיחיד אא"כ אין ציבור. ורק כשבא לגבות מהקופה שהוא ממון הציבור ואין דרכו לחזור על הפתחים בזה נותנים לו די מחסורו. נמצא שנחלקו הטור והב"י במי שאינו מחזור על הפתחים ותובע מיחיד די מחסורו לטור חייב היחיד והב"י חולק שיכול להטיל החיוב על הרבים.

לעולם אל ימנע אדם עצמו מלתת שלשית השקל בשנה. ע' מהרש"א, והריטב"א כתב דהוא שעור מחצית השקל אלא שהוסיפו על השקל ושליש שקל שזה למחצית השקל. והענין בזה הוא כמבואר בסמוך בזמן שביהמ"ק קיים אדם שוקל שקלו ומתכפר לו עכשיו אם עושין צדקה מוטב. ולכן כדי שיהיה כפרה של צדקה במקום כפרת מחצית השקל צריך סכום השווה למה שנתנו בזמן שביהמ"ק היה קיים. ועוד מבואר בריטב"א דשעור זה הוא כשאין עניים בעיר וליכא חיוב מדין צדקה מ"מ יחפש עניים במקום אחר כדי שיהיה לו כפרה אבל כשיש עניים בודאי לא סגי בשליש שקל.

ואעפ"כ נחשב להם לצדקה. ע' מהרש"א דמתוך שגובים מן העשירים פוטרם את העניים ולכן נחשב להם לצדקה.

דף ט:

מנין למצורע בימי ספורו וכו'. שיטת רש"י דכלל השאלה מנין שמטמא אדם כלול גם מנין שמטמא בגדים שאינו לבוש בהם. ואמר ר"ש דאם מטמא בגדים שלבוש בהם ה"ה דמטמא בגדים שאין לבוש בהם דאין לחלק ביניהם וה"ה שמטמא אדם. ור' אחזבוי סבר שאין ללמוד בגדים שאינו לבוש בהם מבגדים שלבוש דשאני לבישה דחשיב חיבורין וכמו שמצאנו במסיט נבילה שמטמא בגדים שלבוש בהם דוקא. ומבואר בשיטת רש"י שגם לענין טומאת צרעת יש ענין של טומאה בחיבורין ויש עדיפות לבגד שלבוש מבגד שאינו לובש.

הר"ש בפ"א מגנעים מ"א מביא בשם התוספתא דיש חיבורין לטומאת מת ואין חיבורין לגנעים. ומבאר הר"ש דקאי על מה דאיתא התם במשנה ט' דפי החלוק שיש גנע באחד מהם אין שאר החלוק נטמא. ומבאר שם הר"ש במ"ט דהיינו חלוק שעשוי ממכמה חלקים ואינם מחוברים חיבור גמור אלא רק בכמה מקומות ואין זה נחשב בגד אחד ואם יש גנע בחלק אחד אין החלק השני נטמא. וע"ז כתב הר"ש במ"א בשם התוספתא דבמת כה"ג אם גנע מת בחלק אחד של החלוק נטמא כולו ורק לענין גנעים לא נטמא כולו. וכתב בזה המקד"ד בטהרות ס' נ' אות י"ב שטעם החלוק הוא דהענין של חיבורין הוא דאף דלא הוי דבר אחד ממש מ"מ הנגיעה בחלק אחד חשיב כנגיעה בכלול וגם חיבור שאינו מושלם מהני שישחב כנגע גם בחלק השני וזה שייך רק במקום שהטומאה באה ע"י נגיעה או משא או אוהל דמה שמאהיל על חלק אחד הוי כמאהיל גם על החלק השני. אבל בטומאת גנעים אין הטומאה בגלל נגיעה בדבר המטמא אלא בגד המנוגע הוא סיבה לטומאה ולענין זה כל שאינו חיבור גמור שמחשיב את כל הבגד לדבר אחד לא נטמא אלא אותו חלק שיש בו הנגע.

ומדברי רש"י בסוגיין לכאורה מבואר לא כסברת המקד"ד דרש"י כתב שגם לגבי מצורע יש מעלה לבגד שלבוש בו מבגד שנגע בו דאם לבוש בו נטמא הבגד בחיבורין לאדם. אמנם המעיין בשיטת"ק בשם תוספי הרא"ש יראה שלומד שבזה גופא נחלקו ר"ש ור' אחזבוי. דר"ש ס"ל שילפינן ממאי דמטמא בגדים שעליו שמטמא נמי בגדים שנגע בהם ומזה ילפינן שמטמא אדם אף שמצאנו חלוק בין בגדים שלבוש בהם לבגדים שנגע בהם לגבי נושא את הנבילה שאני התם דהוי טומאה שבאה מהנבילה ולענין זה יש מעלה בבגדים שלבוש. אבל במצורע כיון שהוא מקור הטומאה ולא נטמא על ידי נגיעה בדבר אחר בזה

אין לחלק בין בגדים שלובש לבגדים שנוגע בהם. וזה ממש כסברת המקד"ד. ור' אחדבוי פליג וס"ל שגם בזה יש עדיפות לבגדים שלובש. נמצא דר"ש ור' אחדבוי נחלקו בסברת המקד"ד הנ"ל. וע' היטב בתוס' הרא"ש דאזיל על דרך שיטת רש"י אך משנה קצת מפרש"י ע"ש.

שיטת התוס' דאין כונת ר' אחדבוי לחלק בין בגדים שלובש בהם לנגיעה בבגדים אלא פשוט לגמ' דמטמא גם בגדים שאינו לבוש בהם והשאלה היא רק מנין שמטמא אדם. וע"ז אמר ר"ש דילפינן אדם מבגדים דבכל דיני טומאה אדם וכלים שוים. ודחה ר' אחדבוי דיש מקום שיש הבדל בין אדם לכלים והוא בנושא את הנבילה דמטמא כלים אפילו שאינו לבוש בהם ע"י נגיעה כשעה שנושא את הנבילה דהיינו בחיבורין. ואדם אינו נטמא בחיבורין. וכיון שמצאנו שכלים מקבלים טומאה במקום שאדם לא נטמא אין ללמוד שמצורע מטמא אדם מזה שמטמא בגדים. וע' בחי' הריטב"א שקאי בשיטת התוס' ומבאר את סברת ר"ש דס"ל דבכל מקום דין אדם וכלים שוים ואע"ג דבטומאה בחיבורין לא דמו התם הוא דקלישא לגמרי שהנוגע אותם הוא ראשון אבל כל היכא שהוא הטומאה הראשונה אע"ג דקלישא טומאתו כשם שמטמא כלים מטמא אדם. לכאורה נר' כוונתו דע"י קה"י טהרות ס' ט"ז שמסתפק בגדר טומאה בחיבורין, באדם הנוגע במת וכלי אחר דהכלי נעשה אב הטומאה, אם הכלי נטמא ישר מן המת והאדם הוי כיד לכלי להביא לו טומאה מהמת או שהמטמא של הכלי הוא האדם אלא דכ"ז שהאדם עדיין נוגע במת כח טומאתו כדין המת שהוא אבי אבות הטומאה ועושה את הכלי אב. וע"ש שמבאר דפליגי בזה חכמים ור"ע במשנה בפ"א מאהלות מ"ג דר"ע אומר שמת מטמא חמישה כגון שנגע כלי מתכת באוהל המת ונעשה הכלי אבי אבות הטומאה מדין חרב כחלל ושוב נגע בו חרב כחלל והוי אב ומטמא אדם וכלים. וחכמים פליגי וסברי שאין האוהל מתחשב, דהיינו שמודים בדין אבל סברי שאין זה נחשב חמישה אלא ארבעה דהאוהל אינו מן המנין, ומבאר הקה"י דפליגי בזה דר"ע סבר דהכלי שנוגע באוהל נטמא מהאוהל אלא שלאוהל יש כח מטמא כמו המת ולכן האוהל הוא מן המנין וחכמים ס"ל שהכלי נטמא מן המת ואין האוהל אלא כיד להביא לו טומאה. ואח"כ מביא הקה"י דמפורש בלשון הריטב"א בשבועות יז. דאדם הנוגע במת כ"ז שנוגע במת האדם עצמו יש לו כח מטמא כאבי אבות הטומאה ולכן עושה את הנוגע בו אב. מפורש שחיבורין אין הכונה שהמת מטמא אלא הנוגע במת חשיב כמת והוא מטמא. ולפ"ז כונת הריטב"א כאן דר"ש ס"ל דמה שמצאנו שכלים עדיפים מאדם היינו דוקא במקום שאין טומאתו באה ממקור הטומאה אלא מהאדם הנושא את הנבילה בזה הכלים קלים יותר מאדם. אבל לענין קבלת טומאה ממקור הטומאה כגון שרץ, שכבת זרע, או מצורע בימי ספורו כל שמטמא כלים מטמא גם אדם.

נמצא דתירוצו של ר"ש על שאלת ר' אחדבוי לפרש"י הוא כמבואר בתה"ד דחיבורין הוא דוקא בטומאה שבאה ע"י מגע בדבר טמא ולא בנגע שהאדם הוא מקור הטומאה. וזה ע"פ סברת המקד"ד בביאור דברי הר"ש. ולשיטת התוס' ר"ש מחלק בין מי שקיבל טומאה ממקור הטומאה שבזה אין לחלק בין אדם לכלים לבין נושא נבילה שמטמא כלים בחיבורין ולא אדם שבזה קבלת הטומאה אינו מן הנבילה שהוא מקור הטומאה אלא מן האדם שנושא את הנבילה. וזה ע"פ חקירת הקה"י והריטב"א לשטתו.

ועיין עוד מש"כ הריטב"א לבאר הא דסבר ר"ש דלגבי שרץ אין פסוק לטומאת אדם אע"ג דמפורש בפסוק איש אשר יגע בכל שרץ, דאין כונת ר"ש על עצם מגע שרץ אלא על הריבוי דשרץ מטמא בכעדשה, דהריבוי כתיב בכלים ומנין שעדשה מן השרץ מטמא אדם אלא דילפינן אדם מכלים. ומשני שגם באדם יש ריבוי מכל שרץ שאדם נטמא ע"י כעדשה מן השרץ.

דף יא.

תניא רשב"ג אומר. הובא לעיל דברי החזו"א ס' ד' אות כ' שלרבנן דמתני' שצריך בית דירה ולא סגי בדירה לחוד אלא בעינן שידור בעיר כמבואר בראשונים מ"מ לא בעינן שידור בבית שלו אלא אם יש בית דירה אפילו גר בשכירות בעיר זה הוא כאנשי העיר. וראית החזו"א מדברי רשב"ג דס"ל דסגי בקרקע כל שהוא או בקרקע הראוי לבית דירה א"כ בודאי הוא דר במקום אחר בעיר. ועד כאן לא פליגי רבנן אלא דלא מספיק קרקע אלא בעינן דירה ממש אבל מודו דלא בעינן שידור בבית זה.

אין חולקין את החצר עד שיהא ד' אמות לזה וד' אמות לזה. מבואר במשנה שאם יש כדי חלוקה כופין לחלוק ואם אין כדי חלוקה לא כופין. אמנם בנדרים ריש פרק השותפין מוכח שהנ"מ בין יש בה כדי חלוקה לאין בה כדי חלוקה אינו רק בזה אלא כל גדר הבעלות המשותפת הוא שונה באין בזה כדי חלוקה מיש בה כדי חלוקה. דק"ל כראב"י דאית ליה בנדרים מ"ה: השותפין שנדרו הנאה זה מזה מותרין ליכנס לחצר דזה נכנס לתוך שלו וזה נכנס לתוך שלו. והר"ן מבאר דרבנן האוסרים ס"ל שבשותפות יש לכ"א חצי הגוף ושיעבוד להשתמש בחצי של חברו, והקונם מפקיע מידי שיעבוד ולכן נאסר לכ"א להשתמש בחלקו של חברו. וראב"י ס"ל שאין החצר מחולקת חציה לזה וחציה לזה אלא מחולקת לזמנים וכ"א הוא בעלים על כל השדה בזמן שהוא משתמש בה ודמי לאחרין לפלוני. ומבואר שם בדף מ"ו: דראב"י מתיר רק בחצר שאין בה דין חלוקה אבל ביש בה כדי חלוקה מודה שאסורים ליכנס לחצר. ומבאר הר"ן דכיון שעומד לחלק ע"כ אין לכ"א קנין בכולו בזמן שמשתמש אלא לכ"א חצי גוף ושיעבוד על החצי של חברו לכן חל הקונם ומפקיע מידי שיעבוד ונאסר ליכנס לחצר. נמצא לראב"י בחצר שאין בה כדי חלוקה כ"א הוא בעלים על כל השדה בזמן שהוא משתמש. וביש בה כדי חלוקה כ"א הוא בעלים על חצי הגוף ויש לו שיעבוד על החצי של חברו.

הרמ"א בס' קע"א סע' א' מביא בשם שו"ת הרשב"א שבחצר שיש בו כדי חלוקה אם קבלו קנין שלא לחלוק אין יכולים לחזור בהם ולא נחשב קנין דברים דמגופא של קרקע קנה מיניה. וצריך להבין מה עושה הקנין הרי גם לפנ"כ יש לכ"א בעלות על חצי השדה ואעפ"כ יש זכות לכ"א לתבוע חלוקה ואין הקנין מפקיע זכות זו. ויש לפרש בב' אופנים ע"פ הר"ן הנ"ל. א. לפני הקנין בחצר שיש בה כדי חלוקה יש לכ"א בעלות על חצי הגוף ושיעבוד על החצי של חברו וע"י הקנין מקנה לחברו את כל הגוף לזמנים שהוא משתמש, דהיינו שע"י הקנין נעשה גדר הבעלות כמו בשדה שאין בה כדי חלוקה ולכן א"א לתבוע חלוקה. ב. יתכן שגדר הקנין נשאר כמקודם שלכ"א יש חצי בגוף ושיעבוד על החצי של חברו. ומה שיכול לתבוע חלוקה אף שחלקו משועבד לחברו היינו משום שהשיעבוד הוא רק כ"ז שהם שותפים אבל כשחולקים פוקע השיעבוד דכ"א משעבד חלקו לחברו רק למשך זמן השותפות וע"י הקנין מאריך את השיעבוד שישאר לעולם. ודמי לשוכר שתוך זמן השכירות עשה קנין להאריך את זמן השכירות [ואף שבקנין חזקה יתכן שלא יכול להאריך את קנין השכירות ע' מל"מ פ"א ממכירה ה"ח

מ"מ בקנין סודר לכאורה אין סיבה שלא יועיל. אמנם ע"י פת"ת חו"מ ס' שט"ו סק"א שמאריך בדברי המל"מ ובתוך דבריו כתב שאפשר שה"ה לחליפין ע"ש. וה"נ לכ"א יש בעלות על חצי גוף ושיעבוד על חצי חברו והשיעבוד היה עד זמן החלוקה ועכשיו ע"י הקנין הוא משעבד את חלקו לחברו לעולם. ולכן אינו יכול לתבוע חלוקה. ושיעבוד זה הו"י כשכירות כמבואר בר"ן שם שמוכיח מזה שמהני קונם להפקיע שיעבוד זה שגם המשכיר יכול ע"י קונם להפקיע קנינו של השוכר.

ונ"מ מזה יהיה בשותפין בשדה שיש בו כדי חלוקה ועשו קנין שלא לחלוק ואח"כ נדרו הנאה זה מזה, אם נדמה לחצר שאין בה כדי חלוקה, דאחר הקנין הקנו הגוף לכ"א לזמן שמשתמש, לא יאסר ע"י הקונם כמו שלא נאסר בחצר שאין בה כדי חלוקה. ואם גדר הבעלות נשאר כחצר שיש בה כדי חלוקה שלכ"א יש בעלות על חצי הגוף ושיעבוד על חצי של חברו, וע"י הקנין רק עשה שהשיעבוד יהיה לעולם ולא רק לזמן שהם שותפין ולכן אינו יכול לתבוע חלוקה, הקונם שמפקיע מידי שיעבוד יחול ואסורין ליכנס לחצר כדין שדה שיש בה כדי חלוקה. ומלשון הרשב"א משמע יותר שמקנה לו השתמשות דהיינו כהצד השני שמאריך את השיעבוד. אבל א"כ יהיו דבריו תלויים במחלוקת ראשונים דלשון הרשב"א והרמ"א שקבלו קנין היינו קנין סודר והתוס' כתבו בכמה מקומות ששכירות לא נקנה בסודר ומובא מחלוקת בזה להלכה בס' קצ"ה סע' ט', וא"כ גם להאריך את השיעבוד אינו יכול ע"י סודר דהו"י כשכירות שלא נקנה בחליפין. אבל אם מקנה את הגוף לזמנים שכ"א משתמש ונעשה כחצר שאין בו כדי חלוקה שפיר מהני קנין סודר גם לשיטת התוס'. וצ"ע בזה.

אמר ר' אסי אמר ר' יוחנן ד' אמות שאמרו חוץ משל פתחים. כתב הנ"י בשם הר"י מגש דלענין הא דר"י שאין החצר ראוי לחלוקה א"כ יש בה ד' אמות לפתח חוץ מד' אמות של שמוש בחצר היינו רק ד' אמות אחד אבל אם יש ב' פתחים ויש ד' אמות רק לאחד מהם חשיב יש בו כדי חלוקה אף שאם היה יותר היה מקבל ד' אמות לכל פתח אין זה מעכב החלוקה. אבל הרשב"א חולק דכל שאין לו ד' אמות לכל פתח לא נחשב חצר שיש בה כדי חלוקה. עוד כתבו הראשונים דלר"י אין כופין לחלוק עד שיהיה ד' אמות לפתחים ועוד ד' אמות לכ"א לשימוש החצר. אך שיטת הרשב"א דאם יש ח' אמות מצומצמות חולקים ד' אמות לכל פתח ואין יותר, ורק אם יש יותר לא חולקין עד שיהא ט"ז אמות ע"ש.

נותנים ד' אמות לכל פתח. הראשונים מתקשים בביאור דברי הגמ' למה מקבל אחד יותר מחברו הרי הבעלות בחצר הוא שוה ומה בכך שיש לביתו יותר פתחים. וכמה שיטות יש בזה בראשונים ואלו הם: א. שיטת רש"י דאם ירשו בתים וחצר או שקנו בתים וחצר חולקים החצר בשוה ולא לפי פתחים. והכא מיירי שהאב נתן לבניו בחייו את הבתים ופירש בית פלוני לפלוני ולא פירש כמה יקבל כ"א בחצר, בזה אמרין שכוונתו לתת את החצר לפי הצורך של הבתים ומי שיש לו יותר פתחים מקבל חלק יותר גדול בחצר. ב. הר"י מגש והרמב"ם מפרשים דמיירי שבנו בתים בקרקע של הפקר ואילו היו זוכים בקרקע לפני עשיית הבתים היו חולקים בשוה אלא בנו בתים בקרקע של הפקר ואח"כ הקיפו הבתים ואח"כ באים לחלוק את החצר, בזה אמרין כיון שלא הלכו במיוחד לזכות בחצר אלא זכיתם בחצר נעשה ע"י השימוש בבתי כ"א קונה בחצר לפי מה שנחוצו להשתמשות של הבתים, והצד השוה שבפירוש זה ופירושו של רש"י הוא שבתרומתו הקנין בחצר נגדר אחר השימוש של הבתים. ג. הרא"ש ס"ל דאוקימתו אלו צריך רק במקום שהבתים שוים וחלקן בלי להעלות בדמים אבל כשחלקן בעילוי דמים בודאי נכנס בחשבון הבית שיש בו ב' פתחים שיהיה ראוי לשימוש כבית עם ב' פתחים. ודמי לחלקן כרם כנגד שדה לבן דאם עלו בדמים מקבל ד' אמות כדי עבודת הכרם כמבואר לעיל ז'. וה"נ מקבל הבית ד' אמות לכל פתח. הרא"ש כ"כ בדעת ר"ה אבל בדעת ר"ה מודה לפרש"י. ד. שיטת הרמ"ה שמובא בטור בס' קע"ב הוא שבכל גווני שחולקים בין בקנו בין בירשו מקבל ד' אמות לכל פתח אך דוקא כשחלקו הבתים ואח"כ באים לחלוק החצרות כמבואר בלשון הטור וכן הוא ביד רמ"ה אות קל"ז. והסברא בזה דאם חלקו הבתים בסתם זה ע"מ לחלק את החצרות לפי צורך הבתים. ה. שיטת הרמב"ן והנ"י ע"פ הירושלמי דד' אמות שיש לכל פתח לפני חלוקת החצר אינו שלו קנין גמור אלא רק זכות השתמשות לפירוק משאות ובזמן שאינו משתמש יכול חברו להשתמש במקום זה. וזה הדין בכל לוקח או יורש כ"ז שלא חלקו אף שבעלותם שוה מי שיש לו ב' פתחים מקבל זכות השתמשות של ד' אמות לכל פתח דזה צורך ההשתמשות של ביתו. אך כשבאים לחלוק שורת הדין הוא שיחלקו שוה בשוה אבל כשבעל הפתח האחד תובע חלוקה יכול בעל הב' פתחים לומר שהוא נפסד ע"י חלוקה דעד עכשיו היה לו שימוש של ד' אמות לכל פתח חוץ משימוש שוה בכל החצר ועכשיו יקבל רק חצי חצר וד' אמות אחד לפירוק משאות ואינו חייב לחלוק א"כ יתן לו חברו ד' אמות לכל פתח. ואה"נ כשבעל הב' פתחים תובע את החלוקה חולקים שוה בשוה.

בגדר הבעלות על הד' אמות של הפתחים הרא"ש הנ"י והרמב"ן הביאו את הירושלמי דאינו קנין גמור אלא רק זכות השתמשות. והרשב"א חולק וכתב דע"כ הבבלי חולק דמבואר בגמ' שבזמן החלוקה מקבל ד' אמות לכל פתח וחולקים ע"י כותל, ולא יתכן שחברו ישתמש בשלו, וע"כ שהד' אמות הם קנין גמור. אך שאר הראשונים ס"ל דלפני חלוקה גם הבבלי מודה דאינו קנין אבל בשעת חלוקה מקבל קנין כמבואר ברמב"ן ונ"י הנ"ל דאל"כ יש לו הפסד ואינו חייב לחלוק. וע' לקמן בעמ' ב' שיש ראשונים שמחלקים בזה בין ד' אמות בחצר שהם קנין לד' אמות במבוי שאינם אלא להשתמשות.

פתח רחב ח' אמות נוטל ח' אמות. עיין ברא"ש דאם הפתח רחב ב' אמות אעפ"כ מקבל ד' אמות על ד' אמות דפחות מזה לא חזי לפירוק.

האי פירא דסופלי. בפשטות כונת הגמ' שמקבל ד' אמות לכל רוח כאילו שיש פתח בכל רוח, וכ"כ הרשב"א שם ר"ה. אבל בשם הראב"ד כתב שמקבל רק ד' אמות אחד אלא שיכול לבחור לאיזה רוח שירצה. אבל במיוחד ליה פתחא מקבל רק לאותו רוח שבו הפתח. מטפס ועולה פרש"י דקאי על התרגומים והרמ"ה באות קמ"א מפרש דקאי על הבעלים ע"ש.

דף יא:

בעא מיניה ר"ה מר' אמי. ג' פשטים נאמרו בזה. א. שיטת רש"י דבני המבוי החדש מעכבים. ב. הרא"ש כתב בשם ר"מ דבני המבוי שלו מעכבים דעכשיו יבאו מהמבוי החדש למבוי שלו דרך ביתו. והנ"י מוסיף שאפילו סתם פתחו שכלפי המבוי שלו כל שלא פרץ פצימיו מעכבים שמה יחזור ויפתח. ג. הרמב"ם מפרש שאנשי המבוי שלו מעכבים אבל לא מפני שמרבה הילוך בחצר אלא מפני שגורם שירבה המס של שאר אנשי המבוי. וס"ל ששני הספיקות תלויים זב"ז. שאם אכסניא מתחלק לפי פתחים א"כ אף שסתם פתחו עדיין משתתף במס כ"ז שלא פרץ פצימיו [ולרמב"ם הספק הוא דוקא בלא פרץ פצימיו כמבואר בגאון ס' קס"ב סקט"ז]. אבל אם אכסניא מתחלק לפי נפשות א"כ כשאינו משתמש במבוי זה אין משתתף במס

ונמצא שגורם שהאחרים ישלמו יותר ולכן מעכבים עליו. ועל דרך זה כתב גם השיטמ"ק בשם הראב"ד. אך אינו מוכן דאם ע"פ דין חייב להשתתף במס א"כ ישלם אף שסתם פתחו ואם אינו מחויב א"כ למה יכולים לעכב וכי יכולים לעכב על מי שרוצה לעזוב מבוי זה ולדור במק"א. וע' ברמב"ן שהקשה כן על שיטת הרמב"ם.

אכסניא לפי בנ"א מתחלקת. שיטת רש"י דהיינו שמוטל על בני העיר לתת אכסניא לחיל של מלך בבתייהם. ועיין בפת"ת ס' קע"ב סק"א בשם שו"ת שב יעקב דאין הפשט לפי בנ"א שנותנים לפי נפשות אלא לפי בעלי הבתים. ולפי פתחים אינו כפשוטו דלמה יהיה תלוי בפתחים אלא פתחים היינו בתים וכמו שכתב החזו"א ס' ו' סק"י לגבי זבל דאינו תלוי בפתחים אלא בבתיים. וא"כ הספק הוא כשיש אדם אחד שיש לו כמה בתים אם צריך לאכסן חיל המלך לפי מנין הבתים שיש לו או דאזלינן בתור בעלי הבתים ולא לפי מספר הבתים שיש לכ"א. אמנם יש ראשונים שכתבו דאירי לענין לגבות הוצאות של חיל המלך ולא לענין להיות להם אכסניא בפועל כ"כ השיטמ"ק בשם הראב"ד וכ"כ המאירי. ולפירוש זה לא מוכן למה אזלינן לפי בני אדם הרי אין בזה סכנת נפשות וראוי לחשב גם לפי ממון. וע' בפת"ת הנ"ל בשם הצמח צדק שליפי בנ"א היינו לפי עושרם של בעלי הבתים.

תוס' פירש שאכסניא היינו לענין חלוקת הזבל של שיירה שחנתה במקום אחד. וכוונתם כמבואר בשאר הראשונים שהביאו פירוש זה שזבל שנזכר בגמ' היינו זבל שמוציאים בני הבתים לחצר ובוזה מחלקים את הזבל לפי פתחים והיינו לפי בתים כמבואר בחזו"א הנ"ל. אבל אכסניא היינו זבל שמניחים שם בני האכסניא שבאו מעלמא ושבתו בחצר והשאירו שם זבל בהמותם בזה בני החצר זוכים בזבל מן ההפקר. ומספקא לגמ' אם מחלקים לפי בתים או לפי בעלי הבתים.

הרמ"ה באות קמ"ד כתב דממה שפשטה הגמ' שמחלקים לפי בנ"א שמעינן דשנים ששותפים בחצר, לזה ב' שלישים ולזה שלישי ונפל שם מציאה שניהם זוכים בו בשוה ולא אמרין שכ"א זוכה לפי חלקו בחצר. דהכא מי שיש לו יותר פתחים חלקו בחצר גדול יותר דכ"א יש לו ד' אמות סמוך לפתחו ואעפ"כ חולקים בשוה. ולכאורה לדבריו זה גופא הספק של הגמ' אם חולקים את הזבל שזוכים בו מן ההפקר לפי פתחים היינו לפי גודל החצר או לפי בנ"א דהיינו בעלי החצר חולקים בשוה אף שאין חלקם בחצר שוה. והטעם מבאר הרמ"ה דכיון ששניהם משתמשים בה בשוה זוכים במציאה בשוה. ולכאורה זה תלוי במחלוקת הראשונים בחצר שכורה אם זוכה לשוכר או למשכיר, שאם זוכה לשוכר א"כ אף שאינם שווים בגוף מ"מ כיון שהם שווים בהשתמשות זכיותם בשוה. אבל לסוברים דחצר שכורה זוכה למשכיר דאזלינן בתר בעלים על הגוף ולא על ההשתמשות א"כ אף שההשתמשות שוה כ"א יזכה לפי חלקו בגוף. ובאמת מפורש ברמ"ה באות קמ"ג דס"ל דחצר שכורה קונה לשוכר ע"ש.

הרמב"ן כשמביא פירוש זה כתב שזבל של אכסניא חולקין אותם לפי בנ"א שלא הפקירו האכסניים אלא לדעת בני הבתים הניחים. ומשמע דס"ל שאילו היה הפקר לא היו חולקים לפי בנ"א. ואולי חולק בזה על הרמ"ה וס"ל דקונים לפי חלקם בחצר ולכן הוצרך לפרש דאינו הפקר כלל אלא נותנים את הזבל במתנה לבעלי הבתים ולכן חולקים בשוה.

הרמב"ן מוסיף בסוף דבריו וז"ל ור"ח ז"ל כתב לכל בנ"א [דגורס במקום לפי בנ"א לכל בנ"א] ופירש שכל הקודם בהם זכה עכ"ל. ואינו מוכן למה יהיה הדין כל הקודם זכה הרי זה מונח בחצר ולמה לא יזכו בעלי החצר בקנין חצר. ונראה דהקצה"ח בס' ר"ס סק"א מביא שו"ת הרא"ש שחצר השותפין קונה מעלמא והקצות מוכיח מהירושלמי דאינו קונה דבעלותו של כ"א מבטל קנינו של חברו ע"ש. ולדברי הרמ"ה הנ"ל נידון זה מפורש כאן דחצר השותפין קונה מציאה, ומוסיף הרמ"ה דזוכים בשוה ולא לפי הבעלות בחצר. אבל הרמב"ן בשם ר"ח שכתב שכל הקודם זכה ואין בני החצר זוכים י"ל דהיינו משום דס"ל כקצות דחצר השותפין אינה קונה בקנין חצר. ויתכן שזה גם הטעם שהרמב"ן כתב דאינם מפקירים אלא מניחים לבני החצר דס"ל דחצר משותף אינו קונה בקנין חצר ולא מפני שחולק על חידושו של הרמ"ה.

נמצא הפירושים באכסניא לפי בנ"א. א. לרש"י חיל המלך מתאכסן בבתי החצר לפי מנין בעלי הבתים ולא לפי הבתים. ב. לראב"ד ומאירי הוצאות של חיל המלך מוטלין על בני החצר לפי נפשות ולפי ממון. ג. לרמ"ה בני החצר זוכים בזבל של האכסניים מן ההפקר וכל בעלי החצר זוכים בשוה. ד. לרמב"ן אינו הפקר אלא האכסניים מניחים את הזבל עבור בעלי החצר. ה. לר"ח הזבל הוא הפקר אבל אין בני החצר זוכים בו בקנין חצר אלא כל הקודם לזכות בו וזה. ולגבי הנידון דהקצה"ח דקנין חצר בחצר השותפים יוצא שנחלקו בזה הרמ"ה והרמב"ן בשם ר"ח.

זבל שבחצר. רש"י מפרש דהנידון הוא איך מחלקים ביניהם את הזבל שבני החצר הוציאו לחצר. וקמ"ל דמחלקים לפי פתחים. והובא שהחזו"א כתב דפתחים לאו דוקא אלא לפי בתים דהזבל תלוי גם בבתיים ולא רק בנפשות כמבואר בחזו"א שם. עיין בסמ"ע ס' קע"ב סק"כ שלומד בדעת הרמב"ם דמירי לענין הוצאות של פניו הזבל מן החצר. אך הש"ך שם סק"ד כתב שאין הכרח לזה בלשון הרמב"ם.

אחד מבני המבוי שבקש לסתום כנגד פתחו. פרש"י שרצה לעשות מחיצה סביב הד' אמות שיש לו בגלל פתחו. וע"ז אמר ר"ה דמעכבים עליו מפני שצריכים להקיף בהילוכם ומרבה עליהם את הדרך. והקשו התוס' דד' אמות יש רק בחצר ולא במבוי. וע' בהגהות אשרי שכתב דאמנם בפתח החצר שפתוח למבוי אין ד' אמות אבל כונת רש"י שביטול פתוח למבוי ובוזה יש ד' אמות במבוי כמו בחצר. אמנם בר' גרשום מפורש שגם בפתח החצר שפתוח למבוי יש ד' אמות. [אך הטעם צ"ע דמ"ש מאכסדרא ובית שחציו אינו מקורה דאין לו ד' אמות וה"נ יכול להכנס לחצר ובתוס' מבואר שאפילו בית שפתוח למבוי אין לו ד' אמות וג' שיטות בזה.

וצ"ב בדברי רש"י אמאי הוצרך לומר שמעכבים מפני שמרבה עליהם את הדרך ת"ל שמונע מהם השתמשות בד' אמות. ומשמע דס"ל לרש"י כשיטת הרשב"א דד' אמות קנינות לו לגמרי ואין לאחרים זכות השתמשות שם אלא רק הילוך. ועי' בב"י ס' קע"ב בשם הריב"ש שמביא מחלוקת הרמב"ן והרשב"א הנ"ל אם ד' אמות קנינות לו או רק זכות השתמשות וכתב שמדברי רש"י נראה דס"ל כהרשב"א דהוי שלו ממש. אבל לא הביא מרש"י זה אלא מרש"י בעמ' א' וראיתו משם לכאורה אינה מוכרחת ע"ש. אבל מכאן מוכח דרש"י ס"ל כן. אך א"כ מוכח שגם במבוי יסבור רש"י שהד' אמות הם קנין וביד רמ"ה מבואר דאפילו אם הד' אמות בחצר הוא קנין במבוי בודאי אינו אלא זכות השתמשות כמו שיתבאר בסמוך. ואולי לאו דוקא נקט מרבה עליהם את הדרך והוי מצי למימר שמונע השתמשות אלא דעיקר שימוש המבוי הוא להילוך.

שיטת התוס' דרוצה לסתום כל המבוי כנגד פתחו ובני המבוי מעכבים מפני שממעט שטח המבוי וגורם לדוחק כשהרבים נכנסים למבוי. ודברי התוס' צ"ע א"כ מאי פריך מיתיבי דאף שהחיצוניים אינם משתמשים כנגד הפנימי מ"מ יש להם נזק גם במקומם מפני הדוחק. ולמה דברי ר"ה הם כתנאי הא דבריו א"ש לכו"ע, כן תמה בהגהות אשרי ע"ש. אמנם העירוני ד"ל דיכולים לעכב על מה שסותם בגלל שמרבה הדרך רק אם יש להם בעלות על המקום שהוא סותם, ואם לא, הוי כעושה בתוך שלו, ושפיר הוי תנאי.

ואכתי יש לעיין לפירוש התוס' למה הגמ' צריכה לטעם של מרבה עליהם את הדרך ת"ל דכיון דקאי כהתנא דס"ל שגם החיצון יש לו זכות השתמשות כנגד הפנימי א"כ יכול החיצון לעכב מפני שמונע ממנו להשתמש באותו מקום ולמה צריך להגיע לזה שע"י שסותם בסוף המבוי הוא מרבה את הדרך בתחילת המבוי. ועיין מה שכתבנו מזה בסמוך.

תנאי היא דתניא וכו'. כתב היר"מ באות קמ"ה ד"ה ברם דמחלוקת זו היא דוקא לגבי שימוש החצרות במבוי בזה סובר רבי שהחיצוניים אינם משתמשים בחלק הפנימי של המבוי. אבל בחצר כה"ג גם לרכי בני הבתים החיצוניים משתמשים בכל החצר גם בחלק הפנימי. וטעם הדבר מבאר הרמ"ה דגדר בעלות של בעלי הבתים בחצר הוא שונה מבעלות בעלי החצרות במבוי. וז"ל לפי שאין לבעלים זכות בו (במבוי) מחמת עצמו של מבוי אלא מחמת הבתים והחצרות הפתוחות לתוכו. לפיכך אין זכות לחיצונה להשתמש לפנים מכנגד פתחה אבל חצר השותפין שאין זכות השותפין בה מחמת הבתים שבתוכה לכד אלא מחמת עצמה של חצר שזכו בה מחמת ירושה או מחמת דעת אחרת שמקנה אותה עכ"ל. דהיינו החצר הוא ממש ממונם של בעלי הבתים שקנו או ירשו חצר ובנו בו בתים, אבל מבוי אינו קנוי להם ואינו אלא כרה"ר אלא כיון שהמבוי הוא סתום ועיקר השימוש בו הוא של אנשי המבוי זוכים בני המבוי בהשתמשות במבוי יותר משאר בני העיר. אך בעלותם על המבוי הוא כבעלותם של שאר אנשי העיר על הרה"ר של העיר. ולכן הבעלות במבוי נקבעת לפי ההשתמשות משא"כ בחצר. נ"י יש לע' בזה לענין חדרי מדרגות הנהוגות בזמנינו דלכאור' דינם כחצר שהם בבעלות משותפת של בעלי הדירות וא"כ אף דקי"ל כרכי זכות ההשתמשות בכולו שזה ובעלי קומה ראשונה משתמשים בשוה גם בחלק שלא כנגד ביתם. ולכאור' נ"מ מזה לענין בדיקת חמץ אם דייר של קומה א' מחויב בבדיקת שאר הקומות. ולמאי דקי"ל כרכי לכאור' יש לפוטרו, אבל לדברי הרמ"ה דבחדר רבי מודה יש לחייבו, וכמדומה שמורים בזה לקולא וצ"ע.

לפי דברי הרמ"ה שהבעלות על המבוי להשתמשות נקבע לפי הצורך של הילוך ולכן סובר רבי דכיון שאין לחיצון צורך ללכת בחלק הפנימי של המבוי אין לו זכות השתמשות שם [ולא דמי לחצר שלכו"ע החיצון משתמש כנגד הפנימי] א"כ י"ל דגם ר' שמעון בן אלעזר דפליג וס"ל שגם במבוי החיצון משתמש כנגד הפנימי היינו משום דס"ל שגם לחיצון יש תועלת ממה שחלק הפנימי של המבוי הוא פנוי וראוי להילוך דאם יהיה סתום שם ירבה הדרך כנגד החיצון. נמצא דגם חלק הפנימי משמש את החיצון וזה מה שגורם שיש לחיצון זכות שימוש בחלק הפנימי של המבוי. ומיושב בזה מה ששאלנו לעיל על פירוש התוס' למה צריך להגיע למרבה עליהם את הדרך ת"ל דמונע מהחיצון השתמשות בחלק הפנימי של המבוי. אבל למה שנתבאר נ"חא דכל מה שיש לחיצון זכות השתמשות בחלק הפנימי של המבוי הוא מפני שזה משמש אותו שע"י שחלק זה פנוי לא מתרבה הדרך בחלק החיצון של המבוי. ולולא הסבאר של מרבה עליו את הדרך גם רשב"א היה מודה שאין החיצון משתמש כנגד הפנימי.

ל"ש אלא שלא פרץ את פצימיו. ע' רע"א בשו"ע ס' קע"ב סע' ז' שמסתפק אם צריך הוכחה שלא פרץ כדי להוכיח שלא סתם לעולם כדמשמע בלשון רש"י או שבסתם אין זה לעולם אא"כ פרץ שזה הוכחה שאין דעתו לחזור ולפתוח וכדמשמע בלשון המ"מ. ונ"מ בפתח שלא היה לו פצימים יעו"ש.

דף יב.

בית סתום יש לו ד' אמות. מבואר בגמ' שאם סתם ופרץ את פצימיו מפסיד ד' אמות. וכתב בזה הרא"ש בס' מ"ג דטעמא דמלתא משום דד' אמות אינם קנין גמור שיצטרך הקנאה או הפקר אלא אינו אלא זכות השתמשות וכשמגלה שאינו צריך לד' אמות פקע זכותו. וע' בקו"ש שהבין כונת הרא"ש דאילו היה קנין גמור לא מהני מחילה להפקיע זכותו אלא בעינן הקנאה אבל כיון שאינו קנין אלא זכות השתמשות סגי במחילה להפקיע זכותו, וכשתם ופרץ אמרינן דמחל. והקשה הקו"ש מכאן על דברי הריב"ש שכתב במשכיר בית לזמן ובתוך הזמן מחל השוכר על זכותו לא פוקע זכותו ע"י מחילה אלא בעינן שהמשכיר יעשה קנין לבטל קנינו של השוכר. וקשה דכאן מבואר ברא"ש שזכות ההשתמשות שיש בד' אמות של הפתח, דדמי לקנין שכירות, פוקע ע"י מחילה. וכתב דאולי כאן גרע דבשכירות רק לשוכר יש זכות השתמשות משא"כ כאן גם שאר בני החצר משתמשים כשהוא אינו פורק ובזה גרע קנינו משל שוכר ומהני מחילה.

ולולא דבריו היה נראה דל"מ דלא נזכר כלל בדברי הרא"ש מחילה אלא כונתו שאם היה קנין גמור הרי שזכה בחלק נוסף בחצר ולמה יפקע קנינו גם כשאינו משתמש בו. אבל אם זה רק קנין לענין השתמשות א"כ קנינו הוא רק עד כמה שצריך בשביל השתמשותו ובזה בודאי שקנינו רק קנין לזמן כל זמן שמשמש בפתח. ודמי לשוכר לזמן ועבר הזמן דפשוט שמודה הריב"ש שאין המשכיר צריך קנין לקנות חזרה מהשוכר דהשוכר לא קנה אלא לזמן, וכן כאן. וכן מבואר בלשון הרא"ש וז"ל משום דהנך ד' אמות אין קנינם לו להיות לגמרי שלו וכו' אלא לתשמיש בעלמא הם קנינות לו כשהוא צריך להן וכיון שגילה דעתו שאין צריך להם פקע זכותיה מינייהו עכ"ל. הרי שלא הזכיר כלל מחילה אלא שהקנין להשתמש הוא כ"ז שהוא צריך לזה לצורך תשמישו וכשלא צריך פקע קנינו מאליו ודמי לסוף זמן השכירות א"כ אין זה סתירה לדברי הריב"ש.

אמנם כדברי הקו"ש כתב גם השעה"מ בס' שט"ו, שהסמ"ע שם בהג"ה לסק"ב מביא דברי הריב"ש שלא מהני מחילה לבטל קנינו של השוכר וכתב ע"ז השעה"מ דמדברי הרא"ש בסוגין מוכח לא כריב"ש, אך מוסיף השעה"מ דבריב"ש בעצמו מבואר כדברי הרא"ש ויהיו דבריו סותרים זא"ז, וע"כ צריך לחלק דד' אמות גרע מקנין שכירות, ודברי הריב"ש בזה הובאו בב"י בס' קע"ב. ובריב"ש מפורש דהא דמפסיד ד' אמות כשפרץ פצימיו הוא משום דכיון שאינו קנין גמור מהני מחילה. ומבאר בזה הריב"ש שרק את הד' אמות שיש לו בגלל הפתח מפסיד ולא את מה שיש לו בגוף החצר דזה קנין ולא פוקע ע"י מחילה משא"כ ד' אמות של הפתח מהני בו מחילה. א"כ אף שמדברי הרא"ש יש לישב שלא יסתור לריב"ש מ"מ מדברי הריב"ש בעצמו קשה.

כ"ז לדעת הסוברים דד' אמות אינו קנין אבל לדעת הרשב"א דהוי קנין א"א לומר לא כרא"ש ולא כריב"ש. ובאמת הרשב"א בעצמו מבאר דכיון שפרץ מעשיו מוכיחים שמפקיר את הקנין שיש לו בד' אמות.

עוד שיטה יש בזה בני דאה"נ לא פוקע זכותו בד' אמות שבחצר ע"י פרץ פצימיו והכא מיירי שאביו פרץ פצימיו לפני שחלק נכסיו ואז לא זוכה הבן בד' אמות. אבל היכא שכבר זכה לא פוקע ע"י שפרץ. אך כ"ז בחצר אבל במבוי מודה הנ"י דפוקע ע"י פרץ פצימיו. והוא משום שרק בחצר הד' אמות הם בגדר קנין ולא במבוי והובאו דבריו בקצה"ח ס' קס"ב סק"א. וחילוק זה מבואר גם ברמ"ה באות קמ"ו בד"ה והני מילי ובדיבור שאחריו דמחלק ג"כ בין מחילת ד' אמות במבוי דמהני יותר בקל מהפקעת קנין הד' אמות בחצר, ומבאר ע"פ מה שהובא לעיל בשמו לחלק בין בעלות על חצר לבעלות על מבוי וזה גם הביאור בדברי הנ"י. אך בדברי הנ"י יש תוספת חידוש דהרא"ש והריב"ש כתבו דמהני מחילת הד' אמות כיון שאינו קנין גמור ורק הרשב"א דס"ל דהוי קנין גמור הוצרך לומר דהוי הפקר ממש, והנ"י ס"ל בזה כהירושלמי דאינו קנין גמור ואעפ"כ ס"ל דגם קנין ההשתמשות לא פוקע ע"י פרץ פצימיו, ואולי ס"ל דהוי כקנין שכירות וכדעת הריב"ש דלא מהני מחילה על קנין שכירות ורק על זכותו במבוי דגרע אפילו משכירות מהני מחילה.

נמצא שיטות הראשונים בהא דפוקע זכותו בד' אמות ע"י פרץ פצימיו הם: א. שיטת הרא"ש דכיון שאינו אלא קנין השתמשות קנינו רק לזמן כ"ז שמשמש. ב. הריב"ש כתב כיון שאינו קנין גמור פקע ע"י מחילה. ג. הרשב"א ס"ל דהוי קנין גמור לכן הוצרך לומר דע"י פרץ פצימיו מוכח שמפקיר הפקר גמור. ד. הנ"י אע"ג דס"ל דאינו קנין גמור סובר שלא מהני פרץ פצימיו בחצר דאפילו על זכות ההשתמשות לא מהני מחילה אא"כ האב פרץ לפני נתינתו, או במבוי ששם אינו קנין כלל. ולגבי הבעלות על ד' אמות א. הרשב"א ס"ל דהוי קנין גמור. ב. הרמב"ן הנ"י והרא"ש ס"ל דאפילו בחצר אינו קנין גמור. ג. הרמ"ה ס"ל דבחצר הוי קנין גמור ובמבוי אינו קנין. ד. ברש"י יש משמעות דס"ל שאפילו במבוי הוי קנין.

בית סתום אינו מטמא כל סביביו. שיטת רש"י שמה שבפרץ את פצימיו מטמא כל סביביו הוא משום דדינו כקבר שמטמא מדרבנן ד' אמות סביבו. תוס' הקשו דהכא אין חשש שיאהיל על הבית כיון שמחיצות הבית מפסיקות בינו לבין גג הבית. וכתבו לישב פרש"י דאמנם המחיצות גורמות שאין חשש שיאהיל על הבית אבל אכתי חשש שיגע בכותלי הבית וגם בזה נטמא. ויש לפשוט מדברי התוס' מה שמביא הפת"ת ביו"ד ס' שע"א סק"ג בשם ספר חומות ירושלים שמסתפק אם הא דגזרו שמת וקבר מטמאין בתוך ד' אמות אם זה רק בישראל שמטמא באוהל וחששו שמא יאהיל או גם במת עכו"ם שאינו מטמא באוהל ואין חשש אלא שמא יגע. וזה ממש הנידון של תוס' דבתחילה נקטו דלא גזרו אלא כשיש חשש שיאהיל ובמסקנא כתבו דגזרו גם מחמת חשש מגע גם כשאין לחשוש שמא יאהיל. וע' בחזו"א יו"ד ס' ר"י סק"ג ששיטת הרא"ש הוא כתחילת דברי התוס' שבית סתום אינו מטמא ד' אמות אע"ג דהנוגע נטמא כיון שאין חשש שיאהיל חשיב מסיימי מחיצתא. נמצא דספקו של החומות ירושלים תלוי במחלוקת הרא"ש עם רש"י ותוס'.

מה שכתבו התוס' דחצר קבר שאני דמסיימי מחיצות משא"כ הבית מטמא במגע ואין מחיצה שמונעת חשש מגע, ע' בגאון ס' שע"א סקט"ו שכתב שובריהם צ"ע שגם מערת קבורה דינו כקבר סתום ומטמא הנוגע מבחוץ ואעפ"כ מותר לעמוד בחצר הקבר. וע' בחזו"א הנ"ל שאין דברי הגאון מובנים דמפורש בתוס' לקמן ק: דמערת קבורה אין דינו כקבר סתום מפני שהיו מניחים פתח בצידו ולכן מותר לדלג ע"ג הארונות א"כ הנוגע בחוץ אינו נטמא ולכן מותר לעמוד בחצר המערה משא"כ בית סתום דמטמא הנוגע מבחוץ ולגבי זה לא מסיימי מחיצתא.

שיטת תוס' שהנידון לענין סוף טומאה לצאת שאם אין שום פתח דינו כבית שיש לו עשרה פתחים שכולם טמאים כיון שספק מאיזה פתח עומד לצאת וכן כאן שאין שום פתח איכא ספק מהיכן עומד לצאת. היד רמ"ה באות קמ"ז חולק על פירוש זה דרך בבית שיש לו פתחים הרבה עומד עכשיו לצאת באחד מהם ולא ידוע איזה לכן כולן טמאות אבל הכא דליכא פתח כלל אין טומאה כלל דעכשיו אין שום מקום שעומד לצאת ממנו. ונר' דאין כונת הרמ"ה דכיון שאין פתח מסתמא עומד שישאר שם ולא יוציאוהו כלל, אלא אע"ג דעומד שיעשו פתח כיון דמחוסר מעשה והוא דבר חדש אינו נחשב עכשיו עומד לצאת דבמצב של עכשיו אינו ראוי לצאת משום מקום. וכעין זה מצאנו בתוס' בביצה י'. דהקשו דתנן המת בבית ולו פתחים הרבה כולן טמאות, והיכי משכחת לה הא ב"ה סברי דבסוף כשמוציא בפתח אחד הוברר שרק משם עמד לצאת והשאר טהורים. ות"י כגון שעשו פתח חדש א"נ דנשאר המת במקומו. דהיינו דאע"ג דב"ה סברי יש ברירה ואמרין דמה שהיה בסוף הוברר שזה מה שעמד להיות מתחילה זה רק כשיש מקום לומר שמתחילה עמד לכך אבל כשזה התחדשות לא אמרין שהוברר שזה מה שעמד להיות ואע"פ שבסוף יצא מהפתח החדש או שלא יצא כלל שאר הפתחים עומדים בטומאתם. ופשוט שכלים שהיו תחת אותו מקום שבסוף נפתח אינם טמאים דאז לא עמד המת לצאת משם. אך תוס' ס"ל שזה רק שם שהיו פתחים אחרים אבל כשאין פתח כלל אין עשיית פתח נחשב דבר חדש. והרמ"ה ס"ל שגם זה פנים חדשות ובתחילה לא היה מצב של עומד לצאת. ואולי מה דרש"י לא ניחא ליה לפרש כתוס' הוא משום דס"ל בזה כרמ"ה.

ביו"ד ס' שע"א סע' ד' הובא מחלוקת בענין סוף טומאה לצאת אם מותר לעבור תחת שער העיר שסוף המת לצאת משם, וביאור המחלוקת דהמתירים סוברים דסוף טומאה לצאת הוא שרואים כאילו הפתח פתוח כיון שסופו ליפתח ואילו היה פתוח היה הטומאה נמשך כ"ז שנמשך הגג. אבל כשיש הפסק בגג שאפילו אם היה הפתח פתוח לא היה שם טומאת אוהל אין לטמא אף שסוף המת לבוא לשם. והאוסרים ס"ל שרואים את המת כאילו הוא נמצא במקום שסופו להיות. וע' בגאון שם סק"ט שכתב שפשוט בכמה מקומות כהצד הראשון. אמנם מדברי ר' יהונתן שמוכא בשיטמ"ק משמע דס"ל כאוסרים. דכתב כפי' התוס' שאם יש אוהל טפח כל סביב הבית כל שנמצא תחת האוהל טמא. אבל אם אין האוהל מקיף כל הבית אלא רק מג' רוחות אותם ג' רוחות טמאים אבל רוח רביעית טהור שאין אוהל עליהם "ובלבד שלא יגעו בכותל שאם יגעו בכותל אמרין באותו מקום שנגע עתיד להפתח ולהוציאו דרך שם וכאילו נגע בטומאה דמיי". ואינו מובן הא אפילו אם היה פתוח לא היה נטמא כיון שלא נכנס לתוך האוהל אלא מבואר דס"ל דכל שסוף המת לבא לשם דנים כאילו המת נמצא שם וכמו שמי שנכנס תחת אוהל שעתידי המת לעבור שם נטמא כך הנוגע בכל מקום שעתידי המת להיות שם חשיב כנוגע במת. וא"כ יהיה הדין כדעת האוסרים שערי העיר. אך בר' יהונתן יש ח"י נוסף שלא רק שאסור להיות באוהל שעתידי המת להיות שם אלא גם במקום דליכא אוהל כלל אסור לגעת במקום שסוף המת להיות שם דהוי כנוגע במת והוא ח"י גדול.

מצר שהחזיקו בו רבים. מבואר בגמ' בדף ק. דקנו הרבים בהילוך דכיון שהלכו ברשות שתיתק הבעלים הוא הקנאה וזכו בקנין חזקה ע"י הילוך. ואף לראשונים דסברי דקנין חזקה הוא דוקא ע"י תיקון ולא מהני אכילת פירות כתב הקצה"ח בס' קנ"ג סק"ג דהיינו דוקא לענין לקנות הגוף אבל לענין לקנות קנין השתמשות לכו"ע סגי בהשתמשות. וכ"כ הקצות בס' קפ"ט סק"א דמפקיד מקבל קנין ברשות השומר ע"י שממונו מונח שם, וכ"כ הנתיבות בס' קצ"ב סק"ד בשם המחנ"א ע"ש. ומה שנקטו שהחזיקו בו רבים דוקא, הוא משום דביחיד כה"ג לא מתפרש שתיתק הבעלים כהקנאה כמבואר בלשון הרשב"ם דף ק. ד"ה שהחזיקו. ולפ"ז אין שום תקנה"ח בדין זה אלא מעיקר הדין קנו ע"י הילוך בקנין חזקה. אמנם בב"ק כת. מבואר דאף שנתן לרבים דרך ע"מ לקבל מהם הדרך שהיה מתחילה שלהם אמרינן מה שנתן נתן ושללו לא הגיעו ובוזה נתינתו היתה בטעות וליכא בזה דעת מקנה. וע' בני"ל לקמן ק. בשם הרמ"ה על ההוא דב"ק דאע"פ שהיה בטעות זכו כיון שא"א שלא יעקם להם הדרך והיה מזיק להם מש"ה קנסו ליה רבנן דקפדי אהיזק דרבים ואמרו דמה שנתן נתן ושללו לא הגיעו. ומדבריו יוצא שרק שם שלקח הדרך של הרבים והזיקם קנסו שמה שנתן נתן אע"פ שנתן בטעות אבל היכא שלא לקח אלא רק נתן ונתינתו היתה בטעות לא יהיה דין של מיצר שהחזיקו בו רבים. אך הפת"ת בס' שע"ז סק"א מביא בשם תשובת פנ"י שלמד מהגמ' בב"ק שאסור לקלקל מיצר שהחזיקו בו רבים אף שנתן בטעות ובנידון דהפנ"י מיירי שלא לקח כלל אלא רק נתן בטעות ואעפ"כ ס"ל דאסור לקלקלו וצ"ל דהוי תקנה"ח. וע"ע בשיטמ"ק לקמן ק. בשם הראב"ד וז"ל שהנותן לרבים כנותן לשמים שכן העוסק בצרכי רבים כעוסק בצרכי שמים ואע"פ שהוא חוץ מן הדין עכ"ל. דהיינו שדין זה תקנה"ח שנתניה לרבים יחשב כנתינה לגבוה דלא בעי קנין.

תוד"ה מיצר. כתבו שדין זה הוא דוקא כשהחזיקו ברשות. עיי' בגאון בחו"מ ס' שע"ז סק"ב שכתב שרש"י בב"ק כ"ח. חולק בזה על התוס' וס"ל שגם אם החזיקו בלי רשות אסור לקלקלה. אך כתב הגאון שדברי רש"י תמוהים ע"ש. ועיי' מה שכתבנו בס"ד בענין זה, ובראית התוס' כאן משם דבעינן רשות, בב"ק כ"ח.

מבואות המפולשים לרה"ר. רוב הראשונים פרשו שלא מיירי במפולש ממש משני צדדים דא"כ אין ה"א לחלק בין ד' אמות לשאר המבוי וגם לא צריך להגיע לזמנין דדחקי הא משמש להילוך הרבים תמיד. ומה"ט הקשו מלעיל דק"ל שלא כר"ה והחיצוניים אינם מעכבים ולמה כאן בני רה"ר מעכבים. ע' בזה ברא"ש ונ"י ושיטמ"ק ורמב"ן לעיל יא: אך בשם רבני ספרד כתב הרמב"ן דמיירי הכא במפולש ממש ע"ש.

דוולא בי דאלו יומא. התוס' הקשו על פירוש ר"ה דאיירי לענין חלוקת שדה שמשקים בדלי דא"כ למה לא שאלו בבבל מאי. לכן פרשו כרש"י דאיירי לענין חלוקת הבור עצמו ולגבי זה אין הבדל בין א"י לבבל. היד רמה באות קנ"ב כתב דגינה דמתני' היינו שדה שמשקים בדלי וגינה ודוולא הם דבר אחד אלא דמתני' איירי בא"י ודוולא שנוכר בגמ' היינו השעור בבבל. ומיושב בזה קושית תוס' על ר"ה.

מן החכמים לא ניטלה. משמע דשייך נבואה בלי חכמה והקשו הראשונים דמבואר בנדרים ל"א. דאין הקב"ה משרה שכינתו אלא על חכם גבור וכו'. ע' בשיטמ"ק דמחלק בין נבואה קבועה לנבואה עראית. אך ע' ברמב"ן שמפרש שגם בתחילה לא היה נבואה למי שאינו חכם אלא שבתחילה הנבואה היתה דרך מראה וחזון ועכשיו הנבואה היא בדרך חכמה שיודעים האמת ברוח הקודש שבקרבם. והריטב"א כתב שנבואת החכמים היא ששיגו בשכלם דברים הרבה שאין כח בשכל הטבעי להשיגם.

דף יב:

כי הא דמר בר רב אשי. בקו"ש אות נ"ט הקשה דר' אשי היה ריש מתיבתא במתא מחסיא ולמה לא זכה מר בר"א בנו מדין ירושה כמש"כ הרמב"ם בפ"א ממלכים דבכל השררות בנו קודם לכל אדם ולמה חשבו למנות את ר' אחא מדפתי. ולמד מזה דדוקא במינוי של שררה ושלטון ילפינן ממלך שיש דין ירושה ולא במינוי של תורה. ונראה שיש ללמוד כן גם מכתובות קג: דרבי אמר לפני פטירתו שמעון בני חכם גמליאל בני נשיא חנינא בר חמא ישב בראש. הרי שאת הנשיאות הוריש לבנו אבל לראש הישיבה מינה את ר' חנינא בר חמא, ומכאן סיוע למש"כ הקו"ש דבזה אין דין ירושה. אמנם בהגהות היעב"ץ מכת"י שנדפס עכשיו ראיתי שעמד בקושית הקו"ש ופשיטא ליה דגם בזה יש ירושה וכתב דבזמן שמת ר"א היה מבר"א קטן וכיון שהוסבה נחלה לאחר נתבטלה זכותו של מבר"א. ואינו מוכן דבממון כה"ג מצאנו שאם בזמן המיתה אינו ראוי לרשת כגון שהיה עובר, כשנוולד זוכה בחלקו ומוציא משאר היורשים, או בנכסי הגר מוציא ממי שקדם וזכה אף דזכיותו של העובר הוא רק משעה שנוולד ולא למפרע [ע' קו"ש ב"ב אות תפ"ט]. ואולי יש לחלק בזה בין גדר ירושת ממון לירושת שררה. אמנם ברמב"ם מפורש בפ"א ממלכים ה"ז דאם הניח המלך בן קטן משמרים לו המלוכה עד שיגדיל. ואפילו אם כאן מוכרחים למנות אחר מ"מ חייבים למנותו רק לזמן כדי שלא להפקיע הירושה מהבן וצ"ע. ושור"ר מש"כ בזה הקובה"ע ס' מ' אות ו' ע"ש.

במה שנחלקו הקו"ש והיעב"ץ אם ראש ישיבה דמי לשאר שררות לענין ירושה הדברים מבוארים במג"א ס' נ"ג סקל"ג בשם הרשד"ם וז"ל חכם הממונה להרביץ תורה או לדין לא אמרינן כך עכ"ל. ועוד מביא בשם הפוסקים דכל המינויים שהם כתר תורה אין בניהם קודמים ומסיים וע' פ' י"ג דכתובות וצ"ל פ' י"ב והיינו הגמ' הנ"ל בדף קג: ולכאור' כונתו למה שכתבנו דמזה שאמר רבי חנינא בר חמא יעמוד בראש משמע דבזה אין ירושה ומבואר כדברי הקו"ש ולא כיעב"ץ.

כופין על מדת סדום. שיטת רש"י דאין מחלוקת בין רבה ור"י בעיקר דינא דכופין על מדת סדום אלא דמיירי בשדה בעל וסובר ר"י דבזה אינו מדת סדום דפעמים שזו מתברכת יותר משאר שדות א"כ אינו רוצה לותר על זכותו לקבל ע"פ גורל או לקבל חלק בכל שדה ואין זה מדת סדום. ובוזה מישב רש"י מה שקשה מהמשך דברי ר"י גבי חד נגרא דשם גם ר"י סובר כופין דמיירי בבית השלחין. ושיטת ר"ת שנחלקו רבה ור"י אי שייך הכא דינא דכופין על מדת סדום או לא. וסברת ר"י הוא ע"פ מה שמבואר בתוד"ה כגון בשם ריצב"א דאף שדר בחצר חברו בחצר דלא קיימא לאגרא פטור מלשלם דהוי זה נהנה וזה לא חסר מ"מ לכתחילה אינו חייב להניחו לדור בבית. וכן כאן אינו חייב לתת לו קרקע מסוים בלי גורל דדמי למניחו לדור בביתו. והא דנחשב כדר בבית חברו הוא כמבואר בשיטה בשם תוס' הרא"ש דהקשה אמאי מיייתי רבה דינא דמדת סדום ולא מקרא דעשיית הישר והטוב ויקבל בלי גורל מדינא דבר מצרא. ות"י דדין זה לא נאמר אלא בלוקח שכא לקנות דבר שאין לו בו שום זכות ואם לא יקנה לא נחשב שויתר על ממונו. משא"כ הכא יש לכ"א זכות לקבל ע"פ הכרעת הגורל, ולתת חלק מסוים בלי

גורל נחשב כמותר על זכותו וממונו, ואין בזה דינא דבר מצרא, ואעפ"כ סובר רבה דכופין על מדת סדום איכא נלריצב"א מדרבנן], ור"י חולק וס"ל דכיון שבא חברו לקחת ממנו הוי כדר בבית חברו ואם מונע מזה אין זה מדת סדום. וצריך להבין ביאור מחלוקת רש"י ותוס' בזה דלרש"י לכו"ע יש בזה מדת סדום כשאין טענה שפעמים שזו מתברכת יותר ולא ס"ל דהוי כדר בבית חברו ולתוס' חשיב כדר בבית חברו ואין בזה מדת סדום. או בנוסח אחר במה נחלקו רבה ור"י לשיטת התוס' לסוברים דרבה מעיקר הדין קאמר].

ונראה דדין זה דאינו חייב להניח חברו לדור בביתו אף שאינו חסר הוא מוסכם לכו"ע אלא דנחלקו בטעמו ובוזה תלוי אי יש לדמות נידון דידן לדור בביתו של חברו או לא. דתוס' בב"ק כ: ועוד ראשונים שם כתבו דאינו חייב להניחו לכתחילה לדור בביתו, והנ"י מבאר שם בשם הרא"ה דמה שכופין על מידת סדום הוא דוקא כשאין חברו משתמש בשלו כלל וכגון שהוא דלעיל ז. שבונה בתוך שלו אלא שחברו מעכב שמאפיל עליו בזה אם הבונה מסדר שלא יהיה טענה לבעל החלון כופין על מדת סדום אבל להשתמש בשלו כלל לא אמרו ע"ש. דהיינו שלא נאמר כופין לענין לקחת או להשתמש בממון חברו אף שאין חברו חסר כלל יכול לעכב ואין זה מדת סדום. אמנם המרדכי שם גם כתב שיכול למנוע מלדור בביתו אבל כתב טעם אחר, ודבריו הובאו ברמ"א ס' שס"ג סע' ו', דכיון שהבית ראוי להנות ממנו ע"י שישכיר לאחר אלא שאינו עומד לכך, עכשיו שרוצה לדור בו יכול למנוע שלא ידור בחנם. ומבואר דבאופן שאין יכול בשום אופן להנות ממנו אלא שאדם מסוים זה יכול להנות חייב להניחו להשתמש בממונו ורק בית שאני דראוי להשכירו לכל אדם. [ע' בזה בקו"ש לקמן אות רס"ב].

ובזה תלוי המחלוקת בסוגיין. דהכא אמנם חשיב כדר בחצר חברו, שלוקח ממנו זכות לקבל ע"פ גורל, אך לא דמי לבית דבבית ראוי להנות ממנו גם לבעלים שאם ירצה יכול להשכירו לאחרים משא"כ הכא לחברו אין שום תועלת בקרקע זו ורק למצרך שוה יותר, בזה ליכא לסברת המרדכי הנ"ל לכן כופין כיון שחברו נהנה והוא אינו חסר ואין לו אפשרות להנות ממנו זה והוי מדת סדום אע"ג דחברו בא ומשתמש בזכותו ובממונו. אבל לדעת הרא"ה דבכל גווני אמרינן דלא כופין לתת לחברו להשתמש בממונו א"כ הכא נמי אינו חייב לותר על זכותו ואין זה מדת סדום.

דברים אלו מבוארים בקצרה בדברי הנובי"ת חו"מ ס' כ"ד והובאו דבריו בפת"ת בס' שס"ג סק"ג שכתב דמה דמשמע ברמ"א ובמרדכי שאם לא ראוי להנות כופין אע"פ שחברו משתמש בממונו תלוי במחלוקת הרא"ה והרמב"ם שמוכח בס' קע"ד. ושיטת הרא"ה שם הוא שיטת תוס' דידן בשם ר"ת. ושיטת הרמב"ם הוא ע"פ דרכו של רש"י [כמו שיבאר לקמן בס"ד] דבאופן הרגיל שאין שום טענת חסרון מודה ר"י לרבה דכופין על מידת סדום. דהיינו שמחלוקת רש"י ותוס' כאן אי אמרינן הכא כופין על מידת סדום או לא תלוי אי אמרינן כמרדכי או לא דהיינו במחלוקת המרדכי והנ"י בשם הרא"ה.

אמנם אכתי צריך להבין טעמא דמלתא מה סברת הרא"ה שאף שאינו ראוי להנות בו אינו חייב להניחו להשתמש בממונו אמאי אין זה מדת סדום. אך הדברים מבוארים ברא"ה ובירושב"א שכתבו לבאר מחלוקת רבה ור"י דר"י ס"ל שיכול לטעון שאם היו מחלקים בגורל והיה נופל בחלקו הקרקע שהיא סמוכה למיצר חברו והיה חברו בא לקנות ממנו היה יכול להעלות בדמיו א"כ עכשיו שרוצה חברו לקחת בלי גורל יכול ג"כ להעלות בדמים דאל"כ אית ליה פסידא. ורבה ס"ל כיון שמצד עצמו אין הקרקע שסמוך למיצר חברו שוה לו יתר אלא שרוצה להעלות בדמיו מחמת מצרנותו של זה אין זה אלא מדת סדום. דהיינו שרבה ור"י נחלקו במקום שלולא מצרנותו של זה אין שום צד להרויח מקרקע אחד יותר מהשני, אלא רק בגלל שלאחד שוה יותר בגלל שהוא מצרן רוצה חברו לנצל מצבו ולהעלות בדמיו בזה פליגי רבה ור"י דרבה ס"ל דניצול מצבו המיוחד של חברו הוי מידת סדום ור"י ס"ל שאין זה מידת סדום דלמעשה ממנו שוה בגלל הצרכים של המצרן. וזה גם מחלוקת רש"י ותוס' בדעת ר"י דלרש"י גם ר"י מודה לסברת רבה ולתוס' ר"י פליג כנ"ל.

ובזה גופא תלוי מחלוקת הרא"ה והמרדכי דהרא"ה ס"ל דאין חיוב להניח לחברו להשתמש בממונו בכל גווני ואף שאם חברו לא ישתמש בממונו לא יהיה לו שום שימוש אחר. דזה עצמו שחברו רוצה ויכול להנות ממנו גורם שיש לבעלים שימוש בממונם דיכולים לנצל מצבו של הרוצה להנות ממנום ולתבוע שכר ולכן אין זה מדת סדום וזה סברת ר"י לשיטת ר"ת והרא"ה. אבל המרדכי ס"ל דרק בבית שיש לבעלים אפשרות להנות ע"י שישכירו לאחרים אלא שאינם רוצים לטרוח בזה ועכשיו שנזדמן להם שוכר חשיב כקיימא לאגרא לכן מונע שלא יכנס לכתחילה בלי לשלם, אבל כשאינו ראוי להנות אלא רק מפני צרכיו של יחיד זה ורוצה לנצל מצבו אין יכול למונעו מלהשתמש בממונו דחשיב מדת סדום וזה סברת רבה, ולדעת רש"י והרמב"ם גם ר"י מודה לזה.

הרמב"ם בפ"ב משכנים ה"א פסק שאם אמר אחד מהם תנו לי חלקי סמוך לשדה אחרת שלי כופין ע"ז דכופין על מדת סדום. ותמה הכ"מ דזה כשיטת רבה וק"ל כר"י. וה"ה כתב דשיטת הרמב"ם כשיטת רבו הר"י מגש. וע' באבן האזל שם דשיטת הר"י מגש כשיטת הרמב"ם והרמ"ה [ע' יד רמ"ה אות קנ"ט] שמחלוקת רבה ור"י הוא כשאין הקרקעות שוים ורוצה המצרן לקחת עדית ולתת כנגדו זיבורית טפי וע"ז אמר ר"י כיון שהעידית משובח יותר יכול להעלות בדמיו יותר משווי האמיתי אבל היכא דשוים מודה ר"י לסברת רבה דכופין על מדת סדום. ובהמשך הגמ' בתרי נגרי וחד נגרא מפרש הרמב"ם כרש"י ומיירי בשוים לכן שם מודה ר"י דכופין.

נמצא מחלוקת ראשונים להלכה דק"ל כר"י ביסוד דין כופין על מדת סדום. שיטת ר"ת ריצב"א הרא"ה והרא"ה דבשום מקום לא כופין לתת לחברו להשתמש בממונו אלא דוקא כהדיא דדף ז. או בחד נגרא כפי' התוס' דאינו תובע קרקע מסוים אלא במקום לחלוק כל שדה יחלקו שדה כנגד שדה בזה אינו מפקיע זכותו של חברו. אבל שיטת רש"י והרמב"ם והר"י מגש והרמ"ה והמרדכי שאם אין לבעלים אפשרות אחרת להנות ממנום ורק יחיד זה יש לו אפשרות שימוש בממון חייבים להניחו להשתמש בממונם. וניצול מצבו להרויח ממון הוי מידת סדום. ורק בבית אינו חייב להניחו לגור כיון שראוי להנות ע"י השכרה לאחרים. ולהלכה המחבר פסק בס' קע"ד כרמב"ם והרמ"א מביא שיטת הרא"ה שור"ת ואח"כ כתב ד"א דהוי ספק ואמרינן כל דאלים גבר.

לעיל בדף ז. מבואר דהרוצה לבנות כותל סמוך לחלון חברו ולסתור כותלו ולהגביה החלון יכול בעל החלון לעכב מפני שיש לו טענה שלא מתקיים וטירחא כמבואר שם אבל באופן שאין לו שום טענה כתבו שם הראשונים שכופין על מדת סדום וכן פסקו שם הרמב"ם והשו"ע. אמנם הריטב"א שם כתב דאפילו כשאין שום טענה יכול לעכב. והסתפקנו לעיל בכונת הריטב"א ולפי מה שנתבאר כאן י"ל דאף שהרא"ה הביא גמ' זו לדוגמא של מקרה שאינו משתמש בממון חברו, הריטב"א

ילמד שכיון שרוצה לסתור ביתו אף שיחזור ויבנה באופן שאין לו שום הפסד מ"מ חשיב השתמשות בממון חברו דלוקח לו ביתו ואינו חייב להניחו ויכול לגצל מצב זה לתברע ע"ז שכו. ובאמת הנ"י שם אחרי שמביא את דברי הרא"ה שלא כופין להניח להשתמש בממונו כתב שכן שיטת הרא"ש והריטב"א ולהנ"ל הריטב"א ס"ל כרא"ה ועדיף מיניה.

עוד דרך בביאור דברי ר"י כתבו הראשונים ע"פ מה שנחלקו הראשונים אם עילוי מבטל גורל או לא. ע' בני שדעת הראב"ד שאם אחד מעלה בדמים יכול לחייב חברו לקבל באותו עילוי ואם לא, יקח הוא חלק זה בלי גורל. ודעת הרמב"ן הרא"ה שאין עילוי משבית גורל. וע"פ השיטות שעילוי מבטל גורל כתבו הרמב"ן והרא"ש בשם י"א שזה כונת ר"י שבודאי אינו יכול לדחותו סתם אבל כשמעלה בדמיו וגם מוכן לקבל באותו עילוי יכול לדחותו. וע' בכ"מ שהיה לו צד לפרש בזה את שיטת הרמב"ם אך דחה דא"כ היה צריך להיות כתוב ברמב"ם שאם מעלה בדמים יכול לדחות המצרן.

נמצא ג' דרכים בביאור דברי ר' יוסף. א. אין זה מידת סדום מפני שיש לו טענה. לרש"י טענתו שפעמים זו מתברכת יותר מזו. לרמב"ם מיירי שאין הקרקעות שוים. ב. אף שאין שום טענה אינו חייב לוותר על זכותו לקבל בגורל ודמי להא דאינו מחויב להניחו ליכנס לביתו אף שאין לו שום הפסד מזה. ג. ס"ל שעילוי מבטל גורל, דהיינו שאם הוא מוכן לקבל לפי העלאת דמים יכול לחייב את חברו לקחת לפי עילוי זה או לתת לו לקחת לפי עילוי דמים.

ביאור המחלוקת אם עילוי מבטל גורל לכא' תלוי בהא דילפינן בדף קו: מחלוקת הארץ דשותפין חולקין ע"י גורל אם זה הלכה שיחלוקן ע"י גורל דוקא או שאין זה אלא עיצה שיהיה חלוקה שוה. והסוברים דעילוי מבטל גורל ס"ל דלא בעינן דוקא גורל אלא שיהיה לשניהם זכות שוה לזכות בכל חלק ובעילוי ג"כ זכות שניהם שוה ועדיף מגורל דמעלה את ערך הנכסים. והחולקים ס"ל דילפינן מקרא דחלוקה הוא ע"י גורל ויש זכות לכ"א לדרוש גורל. וכן מבואר בלשון הנ"י בשם הרמב"ן והרא"ה וז"ל שאין עילוי משבית הגורל שהגורל דין והעילוי אינו אלא כעין הסכמה עכ"ל. אך א"כ יהיו דברי הרמב"ן סותרים זא"ז דבסוף דף יב: בסוד"ה ופרש"י כתב הרמב"ן בזה"ל וי"א כופין זא"ז לחלוק בגורל והיינו דתניא בפי' בית כור כיון שעלה גורל לאחד מהם קנו כולם וכ"כ מדברי הרב הלוי ז"ל ולא מחזור דהתם בשרצו תניא עכ"ל. הרי שסובר הרמב"ן שגורל אינו אלא אופן שמתפשרים ביניהם. ומש"כ הנ"י בשם הרמב"ן שהגורל דין ועלוי אינו אלא הסכמה היינו שהדין הוא שיש לכ"א זכות לקבל לפי השווי האמיתי בלי עילוי אלא א"כ הסכימו שניהם על העילוי אבל אם יש אופן אחר לעשות חלוקה שוה לא בעינן דוקא גורל.

ומדברי הנתיבות מבואר דנקט שיש דין מיוחד לחלוק בגורל כדילפינן מחלוקת הארץ. דנפסק בס' קנ"ד סע' ג' לגבי הדין דלא יפתח פתח כנגד פתח שאם באו שניהם לפתוח כאחד אם אחד מהם חסר דהיינו שיש לו צורך לפתוח דוקא במקום זה וחברו יכול לפתוח במק"א כופין על מדת סדום ואם שניהם חסרים יעשו פשרה ביניהם. והקשה שם הנתיבות בסק"ו הא כ"א על ידי פתחו זוכה בד' אמות בחצר א"כ ה"ז כבא לדור בחצר חברו דמשתמש בממון חברו ולענין זה יש מהראשונים דס"ל דלא נחשב מדת סדום כמו שנתבאר. ועוד הקשה בשניהם חסרים אמאי יעשו פשרה למה לא יעשו גורל ככל חלוקת חצר. ותי' דהכא מיירי באופן שאינו מקבל ד' אמות ליד פתחו ואינו משתמש בממון חברו ובזה לכו"ע כופין. ומוסיף דבזה א"ש אמאי יעשו פשרה ולא גורל "כי גורל לא נתקן רק במקום שחולקין גוף הקרקע דזה נלמד מחלוקת הארץ משא"כ הכא שאין כאן חלוקת גוף הקרקע אין בו דין גורל" הרי מפורש דס"ל דגורל הוא הלכה ולא רק פשרה בעלמא. [נכעין הא דהקשה הנתיבות דהכופין דס' קנ"ד תלוי במחלוקת דסוגיין שהובא בס' קע"ד, הקשה גם השע"מ בס' קע"ג סק"א על הא דמבואר שם בסע' ח' דכופין על מדת סדום ע"ש].

הוייתו כבכור ואין חלוקתו כבכור. הרא"ש ור' יונה מפרשים שרק התוספת שמקבל בחלק אחיו הוא כבכור ולא חלקו שלו. והתור"י ד מפרש דים הוא כבכור לגריעותא שאינו נוטל בראוי אבל לא למעליותא. וע"ע ברמ"ה אות קנ"ח.

תוד"ה כגון. ואומר ר"י לפי שלא נתן כח אלא כב' אחין וכו' ר' יונה מביא תי' זה בנוסח אחר דהא דכופין לרבה הוא דוקא בקדם מצרנותו לחלוקתו אבל בקדם חלוקתו למצרנותו מודה רבה שלא כופין. ור' יונה הקשה ע"ז כיון שאין זה דינא אלא מדת סדום אין לחלק בזה. אבל הרשב"א והריטב"א כן מחלקים בזה. וביאור דבריהם דמה דסבר רבה שכופין לוותר על זכות של גורל הוא רק כשקדם מצרנותו לנפילת הירושה דבזה אמרין מכח כופין על מדת סדום דאינו מקבל זכות לחלוק ע"פ גורל דהטוב וישר באופן זה לחלוק באופן שלא יהיה מדת סדום. אבל אחר שחל דין חלוקה ע"פ גורל לא מפקיעים דינו בגלל מדת סדום. ולולא ההקש שמקיש חלק בכורה לחלק פשיטות הבכור אינו זוכה בחלק בכורה עד החלוקה והיו כשנים שנשתתפו אחר מיתת האב דלא כופין להפקיע זכות גורל שכבר חל. וע' ברא"ש שלמד מכאן דב' שותפין שנשתתפו אחד קנה ב' חלקים ואחד חלק אחד כשחולקים מקבל בעל הב' חלקים במקום אחד. משא"כ ג' שנשתתפו ולקח אחד מהם חלקו של חברו ואח"כ באו לחלוק דינם כשני שותפין ואינו מקבל הכל במקום אחד. וגם בזה הביאור כנ"ל דהדין חלוקה בשותפין חל מיד בזמן שנשתתפו ואם מיד בתחילת השותפות היה זכותו של אחד לקבל במק"א לא קיבל חברו זכות לקבל ע"פ גורל. אבל אם קנה אח"כ אין מדת סדום מפקיע זכותו לקבל ע"פ גורל דקדם חלוקתו למצרנותו.

ועוד דבכור מתנה קריה רחמנא. בחי' ר' מאיר שמחה תמה על דברי התוס' דבכורה נחשב מתנה מהאב ולא מהאח, ע"ש.

וריצב"א מפרש. התוס' בב"ק כ: הקשו על המ"ד דדר בחצר חברו חייב אמאי חייב הא כופין על מדת סדום. ולומד הפנ"י שם דסברת המ"ד זנוול"ח פטור הוא כקושיית התוס' והפטור מדין כופין על מידת סדום. ובחי' הגרש"ש על ב"ק ס' י"ט אות ג' חולק דמאן דפטור הוא משום דס"ל דמעיקר הדין אין חיוב נהנה כשאין חסרון ותוס' רק הקשו למאן דמחייב שיפטור מדין כופין אבל מאן דפטור הוא מעיקר הדין. אמנם בלשון הריצב"א משמע דס"ל כשיטת הפנ"י.

תוד"ה מעלינן. כתבו דתרי נגרי וחד נגרא לא קאי אעובדא דההוא גברא וכיון שאינו תובע קרקע מסוים בלי גורל אלא הנידון רק באיזה צורה לחלק את החלקים בזה גם ר"י מודה דכופין על מדת סדום דאינו משתמש בממון חברו. נמצא דיש ד' פשטים בראשונים לכא' הא דלעיל סבר ר"י דלא כופין וכאן כן כופין. א. לרש"י לעיל שדה בעל וכאן בית השלחין. ב. לרמב"ם לעיל כשאינם שוים וכאן בשוים. ג. לתוס' לעיל תובע דבר מסוים ובא להפקיע זכות חברו משא"כ כאן. ד. י"א שמוכא ברא"ש וברמב"ן ס"ל דלעיל מיירי שבאמת מעלה בדמים וגם הוא מוכן לקבל לפי אותה עילוי.

מה שלא ניהא לרש"י בפירוש התוס' לכאור' הוא משום דבתחילת הסוגיא משמע דמעיקר הדין כ"א מקבל את כל חלקו במקום אחד ולכן בכור שנחשב אחרי ההקש לחלק אחד מקבל כאחד. ואילו בהמשך הגמ' לפירוש התוס' מבואר שאפילו פשוט שמקבל חלקו כאחד אין זה עיקר דינא אלא משום כופין על מידת סדום. וע' מש"כ הרא"ש בזה לחלק בין שדה אחת לב' שדות.

דף יג.

גוד או אגוד. רש"י מפרש לשון גוד מלשון קציצה וראשונים אחרים פרשו לשון משיכה. ועיין בריטב"א שבזה תלוי מחלוקת הראשונים שהובא בתוד"ה איתא אם יכול להעלות בדמים או שדין גוד או אגוד תלוי בשומת ב"ד. ועיין בב"י בס' קע"א דמש"כ רש"י קוץ לי דמים וקנה לך או אני אקוץ ואתן לך אין הכוונה שאם אומר קוץ לי חייב למכור לפי קציצתו של חברו אלא כונת רש"י דמי שרוצה להפסיק את השותפות אומר לחברו או שאתה תקצוץ ויהיה לי הברירה לקנות או למכור או שאני אקצוץ ויהיה לך הברירה לקנות או למכור. ועוד כתב הב"י שם בשם הרמ"ה דאפילו לסוברים שלא תלוי בשומת ב"ד ויכול להעלות בדמים אינו יכול להפחית מהערך האמיתי.

בכור ופשוט וכו' כיצד עושין. פרש"י דהקשו דוקא מבכור ופשוט משום דטריחא מילתא להיות שותפים בה. הריטב"א כתב על דברי רש"י שדבריו סתומין והרמב"ן כתב איני יודע מהו טורח זה. וכתב הרמב"ן דקושיית הגמ' שאם ישכירו לא יטול הבכור פי שנים בשכירות דהוי ראוי דכל זמן שלא מחלקים את הגוף אין לבכור פי שנים בשבת. [ע' בחזו"א ס' ד' אות ו' שהקשה דיכולים לחלק את הגוף ולהשכירו ויטול כ"א השכירות לפי חלקן]. ומוכח לפ"ז בתי' הגמ' דעובד לזה יום אחד ולזה ב' ימים דחלוקת ימים הוא חלוקת הגוף וכ"א ביומו הוי בעלים על הגוף דאם נאמר שהגוף תמיד של שניהם ואינם חולקים אלא את ההשתמשות לא יטול הבכור פי שניים בהשתמשות דהוי ראוי. וכן נקט הקצה"ח בס' קע"א סק"א דכל חלוקת ימים הוא חלוקת הגוף חוץ מחצי עבד חצי בנ"ח כמו שיבאר לקמן בס"ד. אמנם מדברי התוס' בסד"ה בכור מוכיח הקה"י ס' ט' דס"ל דחלוקת ימים אינה חלוקת הגוף אלא רק חלוקת ההשתמשות. וכן נקט החת"ס שהובא בפת"ת ס' קע"א סק"א דלמאי דקי"ל אין ברירה חלוקת ימים אינה חלוקת הגוף ע"ש. ומש"כ התוס' דס"ד דלא יקבל בכור ב' ימים משום דהוי יותר מפי שנים דב' ימים שוה יותר מב' פעמים יום אחד ומשני דמ"מ כך חולקים. טעם הדבר כתב הריטב"א דבכלל זכות לקבל פי שניים כלול גם זה דתמיד החלק הכפול יש בו רוח יותר מב' חלקים של פשוט ע"ש.

מי שחציו עבד וחב"ח. כתב הקצה"ח בס' קע"א סק"א דאע"ג דכל חלוקת זמנים הוא חלוקת הגוף וכ"א הוא בעלים על כל הגוף ביומו [ע"פ דברי הר"ן נדרים מה:] מ"מ בח"ע וחב"ח אינו כן דמבואר בגמ' בגיטין מ"ב. דאיסורא שאני ולענין איסור הוא תמיד ח"ע חב"ח וכיון שגם ביום של רבו הוא חצי ישראל לא יתכן שיהיה כל גופו קנוי לרבו דלא מצאנו קנין הגוף בישראל. [ועפ"ז כתב הקצות לבאר דברי הרשב"א בשבת ד. שכתב שבח"ע חב"ח ליכא עשה דלעולם בהם תעבודו והוא משום שגם ביום של רבו אסור לעבוד בו עבודת עבד ע"ש וע"ע בקו"ש כאן מש"כ בזה בשם הטו"א]. ובס' רמ"ט סק"ב מביא הקצות שהירושלמי חולק וס"ל שגם לגבי האיסורין הוי ביום של עצמו בנ"ח ותופס קידושי בבת חורין וביום של רבו דינו כעבד. וממילא גם קנין הממון ביום של רבו יש לרבו קנין הגוף בכולו. ונ"מ מזה אם יזכה האדון ביום של רבו הממון שזכה בו העבד ביום של עצמו. דמה שמרויח ביום של רבו הוא פירותיו ופשוט דהוי לרבו אבל מה שקיבל ביום של עצמו לא יזכה בו האדון ביומו אא"כ יש בו קנין הגוף. ומביא הקצות שמבואר בירושלמי דאם מצא מציאה ביומו למחרת זוכה בו האדון וכתב הקצות דהירושלמי בזה לשטתו אבל לשיטת הבבלי לא יזכה האדון במציאה שמצא העבד ביומו.

וכדברי הקצות מבואר ברשב"א כאן. דברש"י מבואר שהגמ' הביאה את המשנה של ח"ע חב"ח כדי להקשות על מאן דאית ליה גא"א. והקשה הרשב"א דבעבד לכו"ע לא שייך גא"א שהרי אין לו כסף ואינו יכול לומר אגוד כמו שהקשו התוס' בריש עמ' ב'. וכתב ע"ז הרשב"א דאין לתרץ דאפשר שירויח ויקמץ משכירות יומו שאין אדם יודע במה משתכר ושמא ימות קודם שיגיע לחצי דמיו. לכן מפרש הרשב"א שהגמ' לא מוכיחה מח"ע דלא אמרינן גא"א אלא דיש אפשרות של חלוקת ימים. ומשני שאני התם דאין אפשרות של גא"א לכן בע"כ צריך לעשות חלוקת ימים. עכ"פ מבואר ברשב"א שהיה שייך לקמץ מהרויח ביומו ולא אמרינן דכל מה שמרויח ביומו יזכה בו רבו ביומו. אמנם בר' גרשום מפורש לא כהרשב"א דכתב דהא דכותב שטר על חצי דמיו ואינו נותן כסף הוא משום שאין לו ממון שכל מה שמרויח ביום שהוא עובד לעצמו זוכה בו האדון למחרתו דמה שקנה עבד קנה רבו. ומבואר בר"ג שגם לדעת הבבלי זוכה האדון ברוח שהרויח העבד ביומו. וע' בקה"י שמוכיח מזה דר' גרשום ס"ל דאע"ג דלענין האיסורין סובר הבבלי שתמיד הוא ח"ע וחב"ח מ"מ לענין קנין הממון ביום של רבו כל גופו קנוי לרבו. ע"ש מש"כ לבאר טעם הדבר, וע' בזה בסמך בתוס' ד"ה כופין.

בהא דנקט הקצות שהדין של מה שקנה עבד קנה רבו הוא לא רק בממון שזוכה בו אחר שהוא עבדו אלא גם בממון שהיה לעבד לפני שנמכר, ע' חזו"א אבה"ע ס' קמ"ח לדף כ"ב שהקשה א"כ איך עבד כנעני נקנה בכסף הרי מיד כשחל הקנין חוזר האדון וזוכה בכסף וא"כ לא נתן כלום ואין כאן קנין כסף יעו"ש. וכעין דברי החזו"א איתא כאן בר' גרשום דבתי' הגמ' דבב"ע אגוד איכא גוד ליכא כתב ר' גרשום בשם י"מ דגוד ליכא משום שאין רבו יכול לקנות חלק המשותף שאם נותן לו הרב דמים כשהוא רבו מהכל חוזר ונוטל דמה שקנה עבד קנה רבו ונמצא שאין גופו קנוי כשהחזר ונוטל. ומצד אחד מפורש בר' גרשום כדברי הקצות דהאדון זוכה גם בממון שהיה לעבד לפני שנמכר לעבד [וכן מבואר בדברי הר' גרשום שהובא לעיל] ומאידך גם כתב בקושיית החזו"א שאם האדון חוזר וזוכה אין כאן קנין כסף ונמצא שאין גופו קנוי כשהחזר ונוטל. וזה כונת הגמ' גוד ליכא דאין רבו יכול לקנות גופו שאם יקנה גופו יחזור ויזכה במעות שנתן וליכא קנין כסף. אבל אינו מובן א"כ אמאי לא הקשה ר' גרשום על כל עבד שנקנה בכסף כקושיית החזו"א, ועוד למה צריך האדון לקנותו בקנין כסף הא יכול לקנותו בקנין אחר. ולכן צ"ל שאין כונת ר"ג דחסר בקנין כסף אלא שלא יהיה לעבד מזה כלום דמה שישלם לו האדון יחזור האדון ויזכה בו. ומה שמסיים ר"ג ונמצא שאין גופו קנוי כוונתו דאם יקנה את עצמו קנין הגוף יחזור האדון ויזכה ואם יקנה את עצמו רק למע"י כדי שלא יחזור ויזכה במעות אין זה גוד דומיא דאגוד.

וכותב שטר על חצי דמיו. ג' דרכים נאמרו בזה. א. הפשט הפשוט וכן משמע בתוס' בריש עמ' ב' דהשחרור נעשה ע"י שטר שחרור והעבד משלם דמיו לרבו דלא תקנו לשחרר בחנם וכיון שאין לו ממון כותב שט"ח. ב. כלשון הרמב"ם בפ"ז מעבדים ה"ז מבואר שהאדון כותב שטר שחרור על חצי עבדו, וכותב שטר על חצי דמיו קאי על האדון ואינו שט"ח אלא שטר

שחרור. ג. רב האי גאון בספר המקח [הובאו דבריו בדבר אברהם ח"א ס' ל"ט] לומר שהעבד כותב שטר על דמיו אבל לא רק בתורת תשלום אלא זה עושה את השחרור דעבד קונה עצמו בכסף. ור' האי גאון ס"ל כראשונים דס"ל בקידושין דף ה. ודף ח: דשטר התחייבות חשיב כסף לקנות דברים הנקנים בכסף. ואין האדון כותב שטר שחרור כלל.

הרב"א הקשה על דברי ר' האי גאון דמבואר בגיטין לט: לגבי נתיאשתי מפלוני עבדי דאחרי שפקע קנין הממון שיש לאדון בעבד לא מהני קנין כסף לשחרר את האיסור לבד דכבר פקע כספיה ואין לו תקנה אלא בשטר. ובתוס' בגיטין מ"ב. מבואר דלמשנה אחרונה שכופין את רבו ועושה אותו בנ"ח הפקיעו רבנן את קנין הממון וגם לפני השחרור הוי כמעוכב גט שחרור. וא"כ איך לומר ר' האי גאון שמשחרר ע"י כתיבת השטר מדין כסף הא פקע כספיה ואין לו תקנה אלא בשטר. והוכיח מזה הדבר אברהם שר' האי גאון חולק על התוס' וס"ל שלא הפקיעו רבנן את קנין הממון והוא עבד גמור עד השחרור. וגם מדברי ר' גרשום הנ"ל יש להוכיח דפליג בזה על תוס' בגיטין שכתב שמה שכותב שטר על חצי דמיו הוא מפני שאין לו ממון דמה שמרויח ביומו זוכה בו רבו ביומו. ולשיטת התוס' בגיטין שרבנן הפקיעו את קנין הממון כשאמרו שכופין איך יזכה האדון הרי מעוכב גט שחרור אין בו דין של מה שקנה עבד קנה רבו אע"כ דס"ל דלא פקע קנין הממון עד השחרור. וראיתי שגם המאירי כאן ובגיטין כתב בהדיא דעד השחרור יש לאדון גם את קנין הממון ודלא כתוס' א"כ בודאי שיש מקום לומר שכן הוא שיטת ר' האי גאון.

אמנם נר' דיש לישב שלא יקשה על ר' האי גאון מהגמ' בגיטין לט: אפילו אי ס"ל כתוס' בדף מב. וכפשטות הגמ' שם דהפקיעו את הממון ודינו כמעוכב גט שחרור ואעפ"כ מהני שחרור של כסף. ע' או"ש פ"ה מעבדים ה"ג שתמה על הרמב"ם ושו"ע שלא הביאו להלכה האי דינא דעבד שפקע קנין הממון שלו אינו יוצא בכסף. וז"ל ובאמת לא נתברר זה הדין דרבי מפורש ברבינו ובשו"ע וזה פלא, אמנם אין חולק בסוגיא וכפי הנראה שגגה יצאה מפי השליט ודוק עכ"ל. ועוד הקשה האב"מ בס' כ"ט סק"ב דלא מובן סברת הגמ' אמאי לא מהני כסף לשחרור כשפקע כספיה הרי כסף אינו קונה רק את קנין הממון אלא מהני גם להפקיע את קנין האיסור ולמה לא יועיל על קנין האיסור כשאין בכלל קנין ממון. וכתב בד"ה וכן שנראה להביא ראיה מזה לשיטת הסמ"ע בחו"מ ס' ק"צ שקנין כסף הוא דוקא כסף שניתן כתשלום או כתחילת פרעון עבור הדבר הנקנה אבל כסף שניתן לשם קנין לא מהני. ולדבריו נראה דהיכא דפקע כספיה אין מציאות של קנין כסף ואין מה שיפקיע את קנין האיסור. אבל לשיטת הט"ז קשה אמאי לא מהני כסף להפקיע את קנין האיסור כשפקע קנין הממון. נמצא דאיכא ג' קושיות על הגמ' בגיטין לט: דלא מהני כסף היכא דפקע כספיה. א. האו"ש הקשה דהרמב"ם השמיט. ב. האב"מ הקשה מסברא. ג. קושיית הרב"א על רב האי גאון דכתב דמהני כסף בח"ע אע"ג דפקע כספיה.

ונראה דאייתא בגיטין לח: מחלוקת רבי ורבנן במקדיש עבד אם יכולים הקדש לשחררו ע"י כסף, ולשיטת רש"י טעמא דרבנן הוא דהקדש אינו זוכה בקנין האיסור אלא רק בקנין הממון. וקנין האיסור נשאר ביד המקדיש. ולכן אין הקדש יכולים להפקיע את קנין הממון. ורבי סובר שיכולים שהרי הוא כמוכרו לו. ומבאר רש"י דרבי ורבנן פליגי בגדר שחרור של כסף דרבנן סברי דהוי מעשה קנין לשחרר את קנין האיסור וכיון שהקדש אינם בעלים על קנין האיסור לא מהני. ורבי ס"ל שכסף אינו פועל ישיר על קנין האיסור אלא הרי הוא כמוכרו והוי כאילו שמכרו לעבד את קנין הממון וזכיתו בקנין הממון ע"י קנין כסף הוא מפקיע את קנין האיסור, דהיינו שקנין האיסור נפקע בתולדה מהקנאת הממון. וע' באמרי משה ס' כ"ד אות י"ד ט"ו שמאריך לבאר שבזה נחלקו רבנן ורבי. ולפ"ז א"ש בפשיטות דהאי מימרא דנתיאשתי מפלוני עבדי דף לט: דהיכא דפקע כספיה לא מהני שחרור של כסף הוא מימרא דרבי דאמרו לפני רבי נתיאשתי מפלוני עבדי וכו' ע"ש. ופשוט שזה רבי לשטתו דס"ל דשחרור של כסף הוא עיקרו הקנאת הממון וע"י הקנאת הממון פוקע גם האיסור ולכן היכא דפקע כספיה פשוט שאין מקום לשחרור של כסף. אבל אנן קי"ל כרבנן דשחרור של כסף הוא קנין שפועל ישיר על קנין האיסור ולסברת רבנן אין מקור לחדש שאם פקע כספיה לא יועיל שחרור של כסף. ומיושב קושיית האו"ש על השמטת הרמב"ם והשו"ע ומיושב קושיית האב"מ על הט"ז דרבי לשטתו בודאי לא מהני כשפקע כספיה אבל לרבנן באמת מועיל כיון דלא בעינן תחילת פרעון. וממילא מיושב דברי ר' האי גאון דאע"ג דח"ע חב"ח פקע כספיה מ"מ למאי דקי"ל כרבנן מהני בו שחרור של כסף ואין הכרח לומר דר' האי גאון חולק על התוס' בגיטין מ"ב.

תוד"ה לישא. כתבו שאם היה אפשרות לקיים שבת כל דהו אף שאינו מקיים פו"ר סגי בזה שלא כופין את האדון לשחררו. ורק כשאינו יכול לקיים כלום כופין. והיה מקום לומר דכופין רק אם אחרי השחרור יוכל לקיים מצות פו"ר ולא סגי במה שאחר השחרור יוכל לקיים שבת כל דהו. דהיינו דכופין רק כשבלי כפיה אינו מקיים כלום ואחר הכפיה יקיים מצוה כתיקונו. אמנם מדבריהם בד"ה שנאמר מוכח שאינו כן אלא גם באופן שאחרי הכפיה יקיים רק שבת כל דהו כופין. שהקשו למה לא כופין לשחרר חצי שפחה וחצי בת חורין. ותי' כיון שאינה מחויבת בפו"ר אולי לא תקיים משא"כ עבד שמחויב ע"כ יקיים. משמע שאם היה בטוח שתקיים היו כופין אף דליכא אלא שבת כל דהו. ויש לע' מהמשך דברי התוס' שהקשו שימכור עצמו בעבד עברי וישא שפחה. ותי' דאסור למכור עצמו בע"ע שנא' כי לי בני"י עבדים. והקשה המהרש"א כמו שמתירין לאדון לעבור על עשה דלעולם בהם תעבודו משום מצוה רבה דעבדו כ"ש שנתיר לעבד לעבור על האיסור למכור עצמו בע"ע, דאינו איסור גמור דאטו כל דיני ע"ע כמוכר עצמו באיסורא קמיירי, כדי שיקיים הוא עצמו מצוה רבה דשבת. ותי' דכשרבו משחררו ועובר בעשה יקיים מצות פו"ר ובשביל זה התירו לעבור על לעולם בהם תעבודו אבל כשימכור העבד את עצמו בע"ע לא יקיים אלא שבת כל דהו ובשביל זה לא התירו לעבור איסורים. וצ"ע א"כ מה הקשו מחצי שפחה הא התם נמי לית לה מצות פו"ר אלא רק שבת ולמה יתירו לעבור בעשה דלעולם בהם תעבודו. וצ"ל דאמנם כשישחררו את השפחה לא תהיה מצווה בפו"ר אבל קיום מצות פו"ר יהיה לה כמי שאינו מצווה ועושה ככל המצות שנשים פטורות מהם. אבל כשישא שפחה לית ליה אפילו קיום של פו"ר אלא רק שבת כל דהו בלבד. [בריש פ"ב דקידושין הסתפקנו אם יש לאשה קיום מצוה בפו"ר ע"ש]. ועי"ל דאין כונת המהרש"א שלא התירו בשביל שבת כל דהו אלא רק דעדיף לדחות איסור של האדון ולהביאו למצות פו"ר מלדחות איסורו של העבד למכור עצמו בע"ע ונרויח רק שבת כל דהו. אבל כשאין אפשרות אחרת יתכן שיתירו עשה דלעולם בהם תעבודו גם בשביל שבת כל דהו.

תוד"ה שנאמר. משמע בתוס' דאונס הוי פטור כמי שאינו מחויב כלל. וע' מש"כ בזה הקה"י ס' י' ובמה שמביא בשם הג"ר אלחנן זצ"ל.

תורה כופין את רבו. הקשו שיבא עשה דפ"ר וידחה ל"ת דלא יהיה קדש. שיטת המנ"ח במצ' א' דמצות פו"ר אינה אלא בשעת לידה והביאה אינה אלא הכשר מצוה בלבד. ובוה מבאר מה דקי"ל דהוליד ממזר מקיים פו"ר ולא רק בממזר שנשא ממזרת אלא גם בבא על ערוה והוליד ממזר קיים פו"ר ואמאי לא אמרינן דהוי מצוה הבאה בעבירה. ותי' דהביאה אינה מעשה מצוה כלל אלא רק הכשר מצוה ובלידה ליכא איסורא. ובוה מיישב את קושיית הטור"א ר"ה כ"ח על הא דקי"ל כר' יוחנן ביבמות ס"ב. דהוי לו בנים בגיותו ונתגייר קיים וקשה הא בזמן הביאה לא היה בר חיובא והוי כשוטה שאכל מצה וחזר ונשתפה דלא יצא יד"ח. ותי' דהכא הביאה אינה מעשה מצוה אלא מקיים בזה שיש לו בנים. ועפ"ז מקשה המנ"ח על תוס' דידן מה הקשו שהעשה דפ"ר ידחה הא בשעת ביאה אינו מקיים מצות פו"ר ואי ס"ל דהכשר מצוה דוחה מה תרצו דבהערה אינו מקיים העשה הא מ"מ הכשר מצוה יש בזה. ועוד מוסיף המנ"ח דאפילו בלידה אינו מקיים פו"ר עד שיהא לו בן וכת ואין נדחה בשעת ביאה לאו דלא יהיה קדש.

וכתב בזה בקוב"ע ס' ס"ט אות כ"ו דאע"ג דנשלם המצוה כשנולד לו בן ובת מ"מ גם לידה ראשונה הוא חלק מקיום המצוה ובכחו לדחות ל"ת כדמוכח מהא דעשה דתגלחת מצורע דוחה לאו דהקפה. אע"ג דהעשה מקיים רק בכולו והלאו עובר כב' שעירות אע"כ שגם שתי שעירות אלו הם חלק מהמצוה אלא שלא נשלם המצוה עד שגמר את כולו. וכעין זה כתב הקוב"ע בס' ז' אות ו' בקושיית הירושלמי ליתי עשה דמצה ולידחי ל"ת דחדש. וקשה הא חצי שיעור אסור מן התורה ועובר לפני שאוכל כזית והמצוה אינו מקיים עד שיאכל כזית. ותי' דאחר שאכל כזית כל חלק מהזית הוא חלק ממעשה מצוה ודוחה. ואולי שם גם המנ"ח יודה דהוי מעשה אחד של אכילת כזית בכדי אכילת פרס. משא"כ כאן לידת הבן עדיין אינו קיום עד שיהיה גם לידת הבת.

ועל קושיית המנ"ח דהביאה אינה מעשה מצוה כתב הקוב"ע בס' ס"ט אות כ"ז שהביאה הוא לא רק הכשר מצוה אלא זה מעשה המצוה כאכילת מצה ותקיעת שופר. אלא שתמיד המעשה והקיום הם יחד והכא המעשה הוא בזמן הביאה והקיום הוא בזמן לידת בן ובת. ובשביל דחיית הלאו סגי במעשה המצוה אף שעדיין ליכא קיום המצוה. אמנם לדברי הקוב"ע יקשה אמאי בהוליד ממזר מקיים פו"ר הא הוי מצוה הבאה בעבירה, ובשלמא קושיית הטור"א מהיו לו בנים ונתגייר י"ל דגם לפי הקוב"ע ניהא דהא דשוטה שאכל ונשתפה לא יצא יד"ח היינו משום שלא היה קיום דבזמן האכילה היה פטור ואח"כ אין סיבה שיהיה קיום דלא אכל אח"כ, משא"כ בפו"ר שתמיד הקיום הוא אחר המעשה יתכן שאין חסרון במה שבזמן המעשה לא היה בר חיובא. דאין חסרון במעשה של מי שאינו בר חיובא אלא דוקא במקום שהקיום והמעשה באים כאחד משא"כ בפו"ר. אבל לענין מצוה הבאה בעבירה לכאורה הוא חסרון שמעשה עבירה לא יכול להביא לידי קיום מצוה ואם הביאה הוא מעשה המצוה למה מקיים בהוליד ממזר הא מעורב במעשה המצוה עבירה. אך דבר זה מיישב הגרא"ר זצ"ל במקו"א, עי' קו"ש כתובות אות רמ"ט שכתב לגבי הדין של מצות צריכות כונה שלא נאמר אלא במצוה שעיקרו המעשה כמצה ושופר אבל מצוה שעיקרה היא תוצאת המעשה כיבום או צדקה לא אמרינן בזה מצות צריכות כונה. ומסיים הקו"ש בזה"ל ונר' דגם לענין מצוה הבאה בעבירה יש לחלק כן וע"כ בהוליד ממזר קיים פו"ר עכ"ל.

ואומר רבינו יצחק וכו'. מבואר בתוס' דאף שהערה היא פעולה הכרחית לקיום המצוה כיון שאין זה חלק מעצם מעשה המצוה אינו דוחה ל"ת. ומוכח מדבריהם דלא כה"ד שהובא בקוב"ע ס' י"ג אות א' שדן במדליק נר חנוכה בע"ש וכבתה מבעוד יום אי אמרינן בזה כבתה אין זקוק לה או לא. וכתב דכיון שבע"ש א"א לקיים מצות הדלקה אא"כ מדליק מבעוד יום והדלקה זו היא הכשר מצוה חשיב כמעשה מצוה וגם בזה אמרינן כבתה אין זקוק לה. ומדמה את זה התה"ד להא דמבואר ביבמות [תלוי בפשטים בגמ' שם ע"ש] דהא דעשה דכיבוד אב דוחה ל"ת הוא גם בזמן השחיטה וכישול אף דאינו אלא הכשר לכיבוד ואינו מעשה המצוה בעצמו. ומבואר בדברי התה"ד דכל מעשה שמוכרח לקיום המצוה והוי הכשר מצוה דוחה לא תעשה. ובדברי התה"ד יש תוספת חידוש שהיה אפשר ללמוד שמה שהכשר מצוה דוחה הוא משום דהוי מעשה שהוא צורך למצוה אבל התה"ד למד מזה לענין כבתה אין זקוק לה דהיינו דס"ל דמה שהכשר מצוה דוחה הוא משום דכיון שהוא צורך למצוה חשיב בעצמו מעשה מצוה ולכן מברכים על הדלקה של ע"ש.

עכ"פ מדברי התוס' מוכח דלא ס"ל כהתה"ד דלדבריו אין מקום לתירוצם דאף דהערה אין בה מ"ע מ"מ הכשר מצוה בודאי יש כאן. וע"ע בקוב"ע ס' ז' אות ו' שהקשה על הירושלמי הנ"ל דיבא עשה דמצה וידחה לאו דחדש דא"א לצמצם וע"כ יאכל יותר מכזית ועל אכילה זו ליכא עשה שידחה איסורא דחדש. ותי' דכיון שא"א לקיים המצוה בלי אכילה זו גם זה דוחה הלאו. וגם זה דלא כתי' ר"י בתוס' דידן.

הטור אכן בריש חגיגה מוכיח מתוס' ביבמות ז': דהכשר מצוה נחשב חלק מן המצוה וממילא דוחה ל"ת ומקשה משם על תוס' דידן. שכתבו התוס' שהלובש ד' כנפות בלי ציצית עובר בשב ואל תעשה דבשעת עיטוף אכתי לא מחייב עד אחר שנתעטף ולא דמי לכלאים דאיכא איסור בעצם הלבישה ועובר בקום ועשה. ומקשה הטור"א א"כ איך אמרינן דציצית דוחה כלאים מדין עדל"ת הא אינו בעידנא דהאיסור של כלאים הוא מיד בלבישה ומצות ציצית הוא רק אח"כ, אלא מוכח דפעולה שהיא הכרחית לקיום המצוה נחשב כחלק מן המצוה ודוחה ל"ת, וקשה משם על התוס' שלנו. ולכאורה נראה דלא קשיא משם דאין כונת התוס' לומר שיש זמן בין לבישת הבגד לחיוב ציצית דפשוט שמיד שהוא לבוש הוא מחויב בציצית, וזמן איסור כלאים וחייב ציצית הוא אותו זמן. וכונת התוס' רק לומר שבציצית האיסור אינו במעשה הלבישה אלא במה שאינו מטיל ציצית וזה שב וא"ת, משא"כ כלאים האיסור הוא במעשה הלבישה לכן זה קום ועשה, אבל הזמן של החיוב ושל האיסור הוא זמן אחד, ושפיר אמרינן בזה עשה דוחה ל"ת, ואין ראייה מזה שהכשר מצוה נחשב בעידנא.

ועוד דלגבי ידה ליכא עשה. גם כלל זה דעשה דחד לא דחי איסורא דאיך אינו פשוט דבכתובות מ. הקשו שיבא עשה דולו תהיה לאשה וידחה ל"ת דחייבי לאוין אע"ג דרק האיש מצוה בעשה והלאו יש גם על האשה. [ע"ש בתוס' שכת' אחד כתבו שזה גופא תי' הגמ' שם]. כן הקשה המהר"ם חביב בכפות תמרים והובאו דבריו במנ"ח מצ' א'. ועוד הקשה מיבמות כ: דעשה דיבום דוחה איסורא דחייבי לאוין אע"ג דהעשה דיבום הוא רק ליבם ולא על היבמה. [והמנ"ח כתב דהפנ"י בכתובות כתב מכח קושיא זו שגם האשה מצווה במצות יבום]. וכתב בזה המנ"ח דבכל העריות אין לאו מפורש על האשה אלא שהוקש אשה לאיש ובוה אמרינן דהיכא דאית ליה לאיש התר של עשה דוחה ל"ת גם האשה אינה מצווה. אבל הכא באיסורא דבת חורין לעבד איכא קרא לאיש וקרא לאשה דכתיב לא יהיה קדש ולא תהיה קדשה ובוה שפיר כתבו דאע"ג דלגבי אסורא ידידיה איכא עשה שידחה אכתי אין מה שיתיר האיסור שלה. וע"ע בקוב"ע ס' ח' אות ח' שהקשה מהא דעשה דתגלחת מצורע

דוחה לאו דהקפה אף שהכהן המגלחו עובר בלאו והמצורע מקיים העשה. ועוד מביא שהתורת גיטין בגיטין מ"א. הקשה דכהנים עוברים על עשה דהשלמה כדי שיאכל ישראל קרבן פסח וכתבו התוס' בסמוך דלא אמרינן בזה אין אומרים חטא כדי שיוזכה חברך דהוי מצוה רבה א"כ למה כאן לא מתירים לאשה לעבור על לאו משום מצוה רבה ידידה וע"ש מה שכתב בזה התו"ג ומש"כ הקוב"ע.

עכ"פ בדברי התוס' מבואר שעשה של אדם אחד אינו דוחה ל"ת של אחר. ולכאורה ענין זה תלוי בנידון של הכשר מצוה. דסברת הכפות תמרים שעשה של האיש דוחה את הל"ת של האשה הוא שפעולת האשה מוכרחת לקיום מצותו של האיש, והתוס' דס"ל שהעשה של האיש אינו דוחה את הלאו של האשה הוא לשטתם דס"ל שרק מעשה המצוה עצמו דוחה ולא הכשר מצוה. ועיין בטור"א ריש חגיגה שכתב דלכאורה לא שייך להתיר לח"ע חצי בנ"ח לקחת בת חורין מדין עדל"ת דהעשה הוא על צד בנ"ח והלאו הוא על צד עבד. דהיינו כמו שתוס' ס"ל שעשה של האיש אינו דוחה את הלאו של האשה כך לא ידחה העשה של החצי בנ"ח את הלאו של החצי עבד. ועיין בקה"ס י"א שכתב לישב ע"פ מה שמחדש שח"ע חבנ"ח אינו חצי חצי ממש אלא יש בכלולו מקצת דין ישראל ומקצת דין עבד לפ"ז העשה והלאו הם בחד גברא ע"ש. ועיין לקמן שהוכחנו מדברי התוס' בסמוך דס"ל כדברי הקה"ס שח"ע חבנ"ח הוא כולו מקצת ישראל ומקצת עבד.

וא"ת ימכור עצמו בע"ע. ע' רע"א בגליון הש"ס בב"מ עא. שהקשה מה קושייתם הא מבואר התם דגר אינו נמכר בע"ע. וע' בתוס' גיטין מ"א. שתירצו כן וכ"כ הרמב"ן והשיטה כאן בשם תוס' הרא"ש. ועוד הקשו דישא חציה שפחה חציה בת חורין ואף דע"י קידושין א"א דאית צד עבד ומשתמש בצד אשת איש מ"מ יקח בלי קידושין. משמע דקידושין בחצי שפחה תופסים. וכן מביא רע"א בתש" ר"ד מהרשב"א שתופס קידושין. והקשה רע"א אמאי לא הוי קידושין שאינם מסורים לביאה. דהתוס' בקידושין נ"א. הקשו דכל חייבי לאוין הוי קידושין שאינם מסורים לביאה ואמאי תפסי קידושין. ותי' דרק במקום שהקידושין גורמים את האיסור חשיב קידושין שאינם מסורים לביאה. והכא בח"ע שמקדש חצי שפחה האיסור בא כתוצאה מהקידושין ולמה חלים הקידושין ע"ש. וע' מש"כ בזה בקוב"ע ס' מ"ב אות י"ב.

ולא דמי לפרידה. הקשו מאי שנא ח"ע דאסור בחצי שפחה דאית צד בנ"ח ומשתמש בצד שפחה ואילו פרידה מותרת במינה ולא אמרינן אתי צד סוס ומשתמש בצד חמור. ותי' דכלאים שאני דאיסורו משום דהוי מין אחר משא"כ הכא אין האיסור מחמת דהוי מינים שונים אלא שאסרה תורה אישות של בנ"ח בשפחה, וכיון שיש צד בנ"ח וצד שפחה אע"ג דבסה"כ המינים שוים אסור. וע' בר"ן בחולין ע"ט. שמישב באופן אחר ואינו מחלק כלל בין גדר איסור כלאים לאיסור שפחה אלא בין צורת התערובת של ח"ע עם חצי בנ"ח לבין פרידה שנוצרה מסוס וחמור. דח"ע יש בו צד עבדות וצד בנ"ח משא"כ פרידה אין בה צד סוס וצד חמור אלא כולה בריה חדשה וליכא כלל צד סוס ומשתמש בצד חמור. ולכאורה יהיה נ"מ בין הר"ן והתוס' בשור פסולי המוקדשים דמבואר במכות כ"ב. דאסור להרביע שור בשור פסלה"ק וכן אסור להנהיג בשור פסלה"ק דמין אחד הוא והתורה עשאו שני מינים. וע"ש בתוס' דמפרשי משום דקראו הכתוב צבי ואיל גזה"כ דנחשב כצבי ואיל. א"כ מצאנו בהמה אחת שיש בה תערובת ב' מינים. ויש לדון במרביע פסולי המוקדשים בפסלה"ק. ולפי הר"ן נר' פשוט דאסור דדמי לח"ע וחבנ"ח דאסור בחצי שפחה והכא לא דמי לפרידה דהוי בריה חדשה ואין בה צד סוס דהכא איכא צד צבי וצד איל כדמוכח מזה שאסור להנהיג בפסלה"ק. אבל לתוס' יש מקום להתיר דאע"ג דדמי לח"ע מ"מ חלקו בין גדר איסור כלאים לאיסור שפחה ולגבי כלאים כל שבסה"כ דומים זל"ז לא הוי שני מינים. ומצאתי במל"מ בפ"ט מכלאים הי"א בסוף דבריו שדן בזה וכתב להתיר ע"פ דברי התוס'. ולא הזכיר דברי הר"ן ולכא"ר פשוט שלר"ן אסור.

אמנם נראה שגם לדברי התוס' יש לאסור פסלה"ק בפסלה"ק דאחרי שחילקו בין כלאים לאיסור שפחה כתבו ופרידה מין אחד בפנ"ע הוא ומטעם זה מותר לרכוב עליה הרי שגם התוס' התירו רק מפני שפרידה מין אחד הוא ומותר לרכוב עליו. מפורש דאילו היה אסור לרכוב על פרידה משום דהיה נחשב שיש בו צד סוס וצד חמור לא היו מתירים פרידה בפרידה. וא"כ פסלה"ק דאסור להנהיג בו ולרכוב עליו בודאי אסור במינו. וגם התוס' מתירים רק משום דס"ל כר"ן שפרידה הוא בריה חדשה ואין בה צד סוס וצד חמור. ודברי המל"מ לכא"ר צ"ע [המל"מ מביא התוס' בחולין ושם קצרו ע"ש].

אך אכתי צ"ב אם גם התוס' ס"ל כתי' הר"ן למה הוצרכו לחלק בין גדר איסור כלאים דתלוי במינים לאיסור שפחה ולא הסתפקו בתירוצו של הר"ן דח"ע שאני מפני שיש בו צד עבד וצד בנ"ח משא"כ פרידה שאין בה צד סוס וצד חמור. ונראה שבדאי במקום דהוי תערובת של שני מינים כמו פסלה"ק בודאי גם בכלאים אסור ולא שייך לומר בזה דבסה"כ הם מינים שוים דכ"א מורכב מב' מינים וצד צבי משתמש בצד איל. אלא גם תוס' ס"ל כר"ן דבפרידה אין צד סוס וצד חמור ואעפ"כ הוצרכו לחלק בין כלאים לשפחה משום דס"ל שגם ח"ע וחבנ"ח אין הפשט שחציו עבד וחציו בנ"ח. דע' בקה"ס י"א שדן בגדר החלוקה דח"ע חבנ"ח אם בכל חלק ממנו יש ח"ע וחבנ"ח כמו ממון השותפין שבכל חלק חצי של זה וחצי של זה א"ד כל כולו אחד אלא שיש עליו דיני עבדות בגלל הצד שיש לאדון בו ודין בנ"ח בגלל הצד חירות [ולפ"ז כתב דאפשר להבין דאע"ג דבאיסורין הוא ח"ע חבנ"ח מ"מ יכול להיות לאדון קנין הגוף בכלולו ביום של רבו ודלא כהקצה"ח ע"ש]. ונר' דבספק זה של הקה"ס נחלקו תוס' והר"ן. דהר"ן ס"ל דהוי חצי עבד וחצי בנ"ח לכן אחרי שכתב דפרידה הוי בריה חדשה ואין בו חצי סוס וחצי חמור מובן למה פרידה מותרת במינה וח"ע אסור בחצי שפחה. אבל התוס' לא הסתפקו בזה משום דס"ל דגם ח"ע אינו מחולק לשני חצאים אלא הוא מין שיש על כולו דיני עבד ודיני בנ"ח ואמאי אסור בחצי שפחה שגם היא מאותו המין ודמי לפרידה בפרידה. ולכן הוצרכו לחלק בזה בין כלאים לאיסור שפחה דלגבי כלאים שהאיסור הוא מחמת המין הרי זה מין במינו ומותר, אבל לגבי שפחה אף דהוי מין במינו מ"מ אסור דסור"ס יש כאן אישות בין מי שיש בו דין עבד עם אשה שיש בה דיני בת חורין. אבל במקום דהוי חצי חצי בודאי גם בכלאים אסור.

נמצא דביאור תי' התוס' הוא ע"פ ב' יסודות א. דפרידה הוא מין חדש. ב. דאיסור כלאים שאני מאיסור שפחה דתלוי במינים. והר"ן ס"ל דאין צורך לחלק בין כלאים לשפחה אלא סגי לחלק בין גדר תערובת דח"ע חצי בנ"ח שהוא חצי חצי לפרידה שהוא בריה חדשה. ולענין פסלה"ק בפסלה"ק לכו"ע יהיה אסור כנ"ל.

שני אחים אחד עני ואחד עשיר. הטור בס' קע"א מביא תש' הרא"ש דגא"א אמרינן רק כשרוצה לקנות לעצמו אבל לאחרני לא. וברמב"ם פ"א משכנים מפורש שגם כשרוצה למכור לאחר אמרינן גא"א. וע' באבה"א פ"א בסוף ה"ג מש"כ לבאר המחלוקת בזה.

הרי"ף מביא י"א דכמו שמבואר בגמ' שעני לא יכול לתבוע גא"א מפני שגוד איכא אגוד ליכא שהרי אינו יכול לקנות כך כשהעשיר תובע גא"א והעני אינו יכול לקנות ליכא גא"א. והרי"ף חולק דתלוי בתובע שאם הוא מוכן לקנות או למכור אמרינן גא"א אף שהשני הוא עני ואינו יכול לקנות. והקשה השע"מ בס' קע"א סק"ג דלגבי ח"ע חבנ"ח מבואר דלא אמרינן גא"א משום דאגוד איכא גוד ליכא, א"כ מבואר דאף שהעבד תובע גא"א והוא יכול לקנות אלא שהאגוד אינו יכול לקנות את העבד לא אמרינן גא"א, כיון שאין לשני ברירה לקנות או למכור, ומה הנ"מ בין אם חבירו לא יכול לקנות מפני שהוא עני או מפני שא"א לקנות בנ"ח לעבד. וכתב ע"ז האו"ש בחידושו דלק"מ דהיכא שהחפץ מצד עצמו אינו ראוי למכירה ליכא גא"א דא"א לחייב את חברו למכור אא"כ יש גם אפשרות לקנות. אך כשהשני הוא עני אין המניעה מחמת הממון או מחמת מי שתובע גא"א, והוא מצידו נותן לחברו אפשרות לקנות או למכור, אלא שחברו עני ואינו יכול לקנות, זה לא טענה לבטל גא"א ע"ש.

דף יג:

מדביק אדם תורה נביאים וכתובים. הרמב"ם בפ"ז מס"ת הט"ז פסק דמותר לדבק אבל אם מדבק אין קדושתו כקדושת ס"ת אלא כחומש מן החומשים דין היתר כדין החסר. והכ"מ לא ציין מקור לדברי הרמב"ם. וגר' דמקורו מהא דמבואר בסמוך דכשמדבק תורה נביאים וכתובים יחד עושה בראשו כדי לגלול עמוד ובסופו כדי לגלול היקף דהיינו שעושים רק עמוד אחד ולא כס"ת דמבואר בסמוך שעושים לו ב' עמודים ונגלל לאמצעיתו. ועי' חזו"א חו"מ ליקוטים ס' כ"א לדף י"ד. שמה שכל הספרים נגללין לתחילתן הוא משום שכבוד הספר הוא שבגמר הלימוד בו גוללין אותו לתחילתו ומקיפין אותו בגליון שיש בו כדי היקף. אבל ס"ת שקוראין בו בציבור על הסדר לא הטריוהו לגלול תמיד לתחילתו והקילו לגלולו לאמצעו ולכן עושים לו ב' עמודים. וכדברי החזו"א מפורש בר"י מגש כאן שכתב שמה שס"ת נגלל לאמצעו הוא מפני שאין גוללים ס"ת בציבור משום כבוד הציבור. וכן מבואר ביד רמה בתחילת אות קפ"ב שמה שס"ת שבארון נגלל לתחילתו הוא משום דלא הוי קאי למקרי ביה. וא"כ י"ל דמזה דמבואר בגמ' שכשמדבק ס"ת עם נביאים וכתובים עושים עמוד אחד ונגלל לתחילתו ולמה שונה ס"ת זה משאר ס"ת שנגלל לאמצעו אלא ע"כ דאין קורין בו בציבור וזה מקורו של הרמב"ם.

דף יד.

אין עושים ס"ת לא אורכו יותר על הקיפו וכו'. כתבו התוס' בעמ' ב' שעמודי הס"ת בכלל שעור ההיקף. והרמב"ם סובר דאין העמודים בחשבון ההיקף כמש"כ הגאון בס' ער"ב סק"ג. ועי' ברא"ש שמסופק בזה. והקשה אם העמודים בכלל למה קשה לכוון שיהיה אורכו כהקיפו הא יכול לעשות עובי העמוד לפי הצורך להשוות ההיקף לאורך ע"ש. הרמ"א בס' ער"ב סע' א' מביא שיטת התוס' שהעמוד מצטרף. ויש מקום לומר דמחלוקת זו תלויה במה שנחלקו הפוסקים אם עמודי הס"ת מעכבים בהכשרו או לא. דהרמ"א בס' רע"ח סע' ב' כתב בשם התה"ד דאף דלכתחילה תופרין העמודים לס"ת בגדין בשעת הדחק אם תפרו במשי קורין בה. משמע דאם אינו תפור כלל הס"ת פסול ואין קורין בו. והדגול מרובה תמה על הרמ"א דהתה"ד לא מיירי לגבי תפירת העמוד אלא לגבי תפירת היריעות אבל תפירת העמוד אינו מעכב כלל. ומסיים דכן מוכח ברמב"ם שלא מנה העמודים בדברים המעכבים בס"ת, וכן דעת החת"ס שהובא בפת"ת שם סק"ג. ואי נימא דעמודים מעכבים מסתבר שהוא עולה לחשבון ההיקף של הס"ת ואם אינו מעכב אינו חלק מהס"ת ואז יש מקום לומר דאינו מצטרף. ולכן הרמ"א דס"ל בס' רע"ח דעמודים מעכבים פסק בס' ער"ב כתוס' דהעמודים מצטרפים לשיעור ההיקף. והרמב"ם דס"ל שאין העמודים מעכבים כמו שהוכיח הדגמ"ר סובר שאין העמודים מצטרפים להיקף.

דלמא תורה צוה. איתא במנחות ל'. הלוקח ס"ת מן השוק כחוטף מצוה מן השוק. כתבה מעלה עליו הכתוב כאילו קבלה מהר סיני. הגיה בה אות אחת כאילו כתבה. וכתב השיטמ"ק בשם הראב"ד דמה שרב אמי כתב פסוק אחד בכל הספרי תורה הוא כדי לקיים דין זה דכתב בה אות אחת כאילו כתב את כולה. אך לפי מה שכתב השאגת אריה בס' ל"ד [הובא בפת"ת יו"ד ס' ע"ר סק"ד] שאם ירש מקצת ס"ת וכתב השאר אינו מקיים המצוה דבעינן שיכתוב את כל התורה כולה, ולדבריו מה דמבואר במנחות שמקיים ע"י כתיבת אות אחת היינו שקנה חלק והשלים את השאר ע"י כתיבה. וזה כשיטת רש"י דהקונה ס"ת מקיים מצות כתיבה אבל אין זה מצוה מן המובחר, אבל קנה והשלים ע"י כתיבה הוי מצוה מן המובחר. ולפ"ז גם כאן צ"ל שרב אמי קנה ס"ת שהיה חסר בו פסוק זה וע"י המקח בצירוף עם כתיבת פסוק אחד הוי מצוה מן המובחר כאילו כתב את כולה. וכן כתב הריטב"א בשם י"א דקנה ס"ת והשלים פסוק זה וע"י הוי כאילו כתבו כולו. אך המנ"ח במצוה תרי"ג והביה"ל ח"א ס' ו' אות ב' הוכיחו מדברי הרמ"א בס' ע"ר דלא ס"ל כשאגת אריה אלא דגם בירש מקיים ע"י שכותב אות אחד ומשלים בזה את הס"ת.

השיטמ"ק כתב בשם הרא"ש דכתבו לו סופרים ד' מאות ס"ת וצוה להם שלא יכתבו פסוק זה כדי שיכתוב בעצמו. ויש לבאר דבריו ע"פ מש"כ הרמב"ם בפ"ז מס"ת וז"ל אע"פ שהניחו לו אבותיו ס"ת מצוה לכתוב משלו, ואם כתבו בידו הרי הוא כאילו קבלה מהר סיני, ואם אינו יודע לכתוב אחרים כותבים לו, וכל המגיה ס"ת אפילו אות אחד הרי הוא כאילו כתבו כולו עכ"ל. וכתב האבי עזרי דמבואר בלשון הרמב"ם דאף שיכול לקיים מצות כתיבה ע"י שליח מ"מ כיון שלא טרח בזה בגופו אין זה כמי שקיבלה מהר סיני, אבל אם כתב הכל ע"י שליח והגיה אות אחת בעצמו נחשב כאילו כתב כולו וכאילו קבלה מהר סיני. וכן מביא שמפרש ר' זאביל איגר שמוכא בתשו' רע"א החדשות ס' ע"ג. וזה הפשט בגמ' כאן לפי הרא"ש דרב אמי כתב ע"י שליח וקיים בזה מצות כתיבת ס"ת, אך כדי שיחשב כאילו קבלה מהר סיני ביקש שישאירו פסוק אחד כדי שיכתוב בעצמו.

מייתיב ארון שעשה משה. קשה מה קושית הגמ' דהשעור של ו' טפחים הוא בגויל ואולי ס"ת שבארון היה של קלף. וכתב הרמב"ן דגויל מצוה מן המובחר ובודאי שס"ת שבארון היה של גויל. והרשב"א כתב דקבלה בידם שס"ת שבארון היה מגויל.

תוד"ה אצבע. הקשו לפרש"י שהדפנות היו חצי טפח נשאר י"ב טפחים בצמצום והיכי יתבי שנים עשר בשנים עשר. השיטה בשם הרא"ש כתב שהגמ' שאלה כן רק על ס"ת אבל על הלוחות שהיו קבועות בארון לא קשיא דפעם אחת אפשר להכניס בדוחק. וכן צ"ל בדעת רש"י.

פורענות דאית בה אחרית. הקשו התוס' דגם איוב אית ליה אחרית. האו"ש בחידושו כתב דמלשון רש"י נראה שמפרש שפורענות דאית בה אחרית היינו שהפורענות הביא לאחרית ולכן אינו נחשב פורענות. וזה דוקא ברות ולא באיוב, ומיושב קושית התוס'.

פרשת בלעם עיין פרש"י. והריטב"א כתב דאין הכונה לפרשת בלעם שכתוב בתורה אלא היה בידם ספר אחר שמאריך בענין בלעם ונבואותיו ע"ש.

דף טו.

משה כותב בדמע. במהרש"א מבואר שמפרש שלא כתב בדיו אלא בדמעות שהוא כתב שאינו ניכר. וכן מפורש ברמ"ה באות ק"ץ וכ"כ הריטב"א בשם הרמ"ה ע"ש. אבל הריטב"א מפרש שכתב בדיו אלא ששאר התורה משה אומר וכותב וכאן מתוך צער כתב בלי לומר. וכן פרש"י במנחות ל. ועיין בלשון הרמב"ם בפ"ג מתפילה ה"ו שמשמע שמפרש שמה שנשתנו ח' פסוקים אלו משאר התורה הוא לא בזה שנכתבו בצורה אחרת אלא השינוי הוא זה גופא שמשמע שהם אחר מיתת משה ע"ש.

ח' פסוקים שבתורה יחיד קורא אותן. ד' פרושים נאמרו בזה א. לרש"י דאין מפסיקים בהם הואיל ונשתנו משאר התורה [דכל התורה משה אמר וכתב ובה כתב ולא אמר ועוד שכל התורה כתב בדיו וכאן כתב בדמע ולרמב"ם דהמשמעות הוא שנכתב אחרי מיתת משה]. ב. לר' משולם שהובא בתוד"ה שמונה שלא יקראו שנים יחד. ג. שיטמ"ק בשם הר"י מגש מפרש שלא יקרא מי שקרא הפסוקים שלפנ"ז אלא אחד יקרא פסוקים אלה בלבד. ד. הרמב"ם כתב בפ"ג מתפילה ה"ו שפסוקים אלו קוראים גם בפחות מעשרה. וע"ש בראב"ד מה שהשיג.

דף טז.

ברכת אוכד עלי תבא. מלמד שהיה גוזל שדה מיתומים ומשביחה ומחזירה להן. הקשה הקו"ש דגונב ע"מ למיקט אסור. וכתב דבעכו"ם ליכא איסורא דגונב ע"מ למיקט וכ"כ חיד רמ"ה. ועוד כתב הקו"ש דקרא דגונב ע"מ למיקט מיירי בגניבה ולא ילפינן גזילה מגניבה. ויש להוסיף דבגניבה האיסור הוא מעשה הגניבה משא"כ גזילה ליכא מעשה גזילה אלא חיובו על חסרון ממון חברו לכן אין ללמוד גזילה מגניבה לענין גונב ע"מ למיקט. ועי"ל לפי מש"כ הריטב"א לעיל דף ה. במעשה דרונאי דכל שאינו מתכוין להזיק ולצער את חברו ליכא איסורא דגונב ע"מ למיקט והובא שם שכן כתבו הרשב"א והתוס' רי"ד בקידושין ס"ט ועי"ל ע"פ הפוסקים דס"ל דגונב ע"מ למיקט היינו דוקא כשדעתו לעכב הממון לעצמו כמו שמביא הקצה"ח בס' שמ"ה סק"א ע"ש. ועוד נראה דבקרע ליכא לאו בגונב ע"מ למיקט דנחלקו הראשונים בכלל אי איכא לאו דגניבה בקרע. שיטת רש"י בחומש על הלאו דמסיג גבול דנא' לעבור עליו בב' לאוין וכן דעת הרמב"ם פ"ז מגניבה הי"א דאיכא לאו דגניבה בקרע. אבל תוס' בב"מ ס"א. כתבו דאין לאו דלא תגנוב בקרע כיון שאין מציאות של מעשה גניבה בקרע, דס"ל שגניבה אינו אלא כשמכניס הממון לרשותו וזה לא שייך בקרע. [ע"ש בד"ה אלא ובפנ"י שמבאר דבריהם]. ומה שהרמב"ם ורש"י ס"ל דשייך מציאות של גניבה בקרע הוא משום שגם מה שמסלק הבעלים מהקרע ע"מ לקחת לעצמו נחשב מעשה גניבה או גזילה אבל גם הרמב"ם ורש"י יודו שמה שנתרבה גונב ע"מ למיקט שנחשב גניבה אע"פ שאינו מעכב הממון לעצמו זה רק במטלטלין שיש מעשה גניבה ממש דבעינן או מעשה גמור, וזה אסור אפילו ע"מ למיקט, או שלוקח לעצמו הממון אף שאין מעשה גמור אבל גניבת קרע ע"מ למיקט שאין מעשה גמור וגם אין כונה לעכב הממון בזה ליכא לאו.

פרק לא יחפור

דף יז.

מתני' לא יחפור. הראשונים הקשו על חלק מההרחקות המבוארים בפרקין דלכאורה הם בכלל ד' אבות נזקין ושייכים למסכת ב"ק ולא לדיני הרחקת נזקי שכנים דמסכת בבא בתרא. ע"י תוס' לקמן כו. שהקשו על רקתא דהוי אש, והרמב"ן בסוף קונטרס דינא דגרמי הקשה דרש"י אילן הוי שור, ובמלחמות לקמן הקשה דדבורים שמזיקים לחרדל הוי בכלל שן. הנתיבות בס' קנ"ה סק"ח מוסיף להקשות על מתנותא המבואר במשנתנו אמאי לא הוי בכלל בור המתגלגל. וכתב הנתיבות דחיוב שמירה בד' אבות נזקין הוא דוקא במקום שיש אפשרות להחזיק בהמתו ברשותו עם שמירה אבל במקום שאין אפשרות שמירה אלא ע"י ביטול השתמשות לא כלול בחיוב שמירה דב"ק לבטל השתמשותו בחצר. ובזה יש פרשה חדשה השייכת למס' ב"ב ונקרא נזקי שכנים. ובזה נחלקו ר"י ורבנן בדף כה: דרבנן ס"ל דעל המזיק להרחיק ור"י ס"ל דהניזק מרחיק אא"כ הנזק נעשה ע"י גירי דיליה. וע' בגאון בס' קנ"ה סק"ח שכתב לענין הרחקת רפת בקר מאוצרו של חברו דחיוב ההרחקה בזה הוא מן התורה ולכן במקום ספק חייב להרחיק מספק וז"ל כיון דמן התורה נזקין אסור אזלינן לחומרה עכ"ל [הובאו דבריו בקה"י על ב"ק ס' א' ועוד מביא שם בשם שו"ת הרא"ש שדיני הרחקת נזקין יסודם מקרא דדרכיה דרכי נועם דהיינו שהיסוד הוא מן התורה והגדרים נמסרו לחכמים]. וע' בבעה"מ בסוגיא דחרדל שכתב שמה שאין חיוב הרחקה בחרדל לר"י הוא משום דכיון דתרווייהו מזקי אהדי לא שכיחא ולא גזרו בה רבנן ע"ש. מבואר דהרחקות אלו גזירת חכמים ואינם מן התורה. והרמב"ן שם כתב ע"ז דאינו נכון דאטו גזירה היא זו להחמיר באיסורין שנאמר בה כן והרי בורות ששניהם מזיקים וצריכין בהו הרחקה. משמע לכאור' שמודה הרמב"ן שזה דרבנן אבל אינו גזירה לאיסור תורה ולא אמרינן בזה דלא גזרו במקום דלא שכית.

לענין אם חייב לשלם כשעבר ולא הרחיק מסתפק הרמב"ן בסוף קונטרס דד"ג וכתב דהיכא דלא הוי גירי דיליה פשוט שפטור דאינו אלא גרמא. ובחפירת בור דאיכא לסברת כל מרא ומרא דמחית וכו' פשיטא דהוי בכלל אדם המזיק וחייב. ובשאר גירי דיליה מסתפק הרמב"ן ומסיק דחייב אפילו לרבנן דלא דינא דגרמי. ומביא הרמב"ן שהראב"ד סובר דשאינו חייב וראיתו מדקתני מרחיקין ולא יחפור ולא קתני לשון חיוב והובא מחלוקת בזה להלכה בס' קנ"ה סע' ל"ג.

לא יחפור אדם בור סמוך לבורו של חברו. שיטת התוס' דחיוב ההרחקה של בור הוא צירוף של שני ענינים א. כל מרא ומרא מרפה את הקרקע. ב. מתנותא. וכ"א מהם בפנ"ע אינו מחייב הרחקת ג' טפחים. דכל מרא ומרא לעצמו אינו היזק גמור, ומתנותא לבדו לא הוי גירי דיליה, ורק בצירוף כל מרא ומרא חשיב הכל כנזק של גירי דיליה. הרמב"ן חולק וס"ל דמיירי בבור בלי מים וחייב ההרחקה הוא משום דמרפה את הקרקע. ורק אמת המים ונכרכת הכובסים הוי משום מתנותא. דהיינו דס"ל דכ"א בפנ"ע מחייב הרחקה. וכן דעת הריטב"א בשם הרא"ה והשיטמ"ק בשם הר"ן אלא שפרשו שבור דמתני' תרתי אית בה או חפירה בלי מים או מים בלי חפירה כגון שחפר ברשות וס"ל בזה כרמב"ן דמים מחייב הרחקה בלי חפירה וכן חפירה בלי מים.

ופליגי על תוס' בתרתי דתוס' ס"ל דמתונתא בפנ"ע לא הוי גירי דיליה והרמב"ן הריטב"א והר"ן ס"ל דהוי גירי דיליה. ותוס' ס"ל דכל מרא אינו היזק גמור והחולקים ס"ל שזה בפנ"ע מחייב הרחקה.

ביאור המחלוקת בזה הוא דשיטת רש"י לקמן כב: דגירי דיליה הוא דוקא כשהנזק בא ע"י מעשה האדם כמו כל מרא ומרא. אבל כל שאר המזיקין דמתני' כגון גפת וזבל וכו' לא הוי גירי דיליה. כ"כ הרמב"ן בסוף קונטרס דד"ג בשם רש"י. תוס' בדף כ"ב: בשם ר"ח וכן הרמב"ן הנ"ל כתבו דכל המזיקין דמתני' הוי גירי דיליה ומודה בהו ר"י וכתבו בשם ר"ח דכל שהנזק מתחיל מיד עם הנחת המזיק חשיב גירי דיליה. והקשה הרמב"ן בדף כב: [הובאו דבריו בקצה"ח ס' קנ"ה סק"ד] דזרעים אינם מזיקים מיד עד שיתפשטו השרשים ודמי לשרשי אילן דלא הוי גירי דיליה. ותירץ דלא תלוי במה שמזיק מיד אלא שמזיק במקומו וזרעים מזיקים ע"י יניקתם מן הקרקע עוד לפני שיצאו שרשים. ואף דאינו יונק מיד חשיב גירי כיון שמזיק במקום שהם מונחין. ובתחילת דברי הרמב"ן כתב דהא דמתונתא הוי גירי דיליה הוא משום דאינו מזיק ע"י שמחלחל המים עד כותל הבור דמיא מיתם תימי בפחות מג' טפחים אלא משום דמתונתא דאית בהו מתקלקל קרקעיתו של כותל דומיא דחול. דהיינו שהלחות מזיק ממקומו ולא ע"י שהולך לכותל לכן חשיב גיריה דיליה. וע' ביד רמ"ה באות א' שגם מתקשה אמאי הוי היזק דמתונתא גיריה וכתב בזה"ל אפילו מיא נמי גיריה נינהו דג' טפחים הסמוכים לכותל הבור של חברו אשתעבדי ליה עכ"ל. ומדמה הרמ"ה לדין של דושא ע"ש. הרי שנתקשו הראשונים בהא דמתונתא הוי גירי יותר משאר מזיקין דמתני' דניחא להו. והתוס' ס"ל דהזיקא דמתונתא הוא כפשוטו ע"י שמחלחל המים ולכן ס"ל דלא הוי גירי דיליה. דהיינו דאיכא ג' שיטות בזה א. רש"י ס"ל דכל המזיקין דמתני' חוץ מכל מרא ומרא אינם גירי דיליה. ב. הרמב"ן והרמ"ה ס"ל דמתונתא והכל וכל מה שנזכר במתני' הוא גירי. ג. תוס' ס"ל דמתונתא אינו גירי אא"כ חפר הבור ואז בצירוף עם כל מרא ומרא הוי גם היזק המתונתא גירי. משא"כ גפת וזבל הוי גירי מצד עצמו.

אמנם דברי התוס' דמתונתא מצד עצמו לא הוי גירי לכאורה צ"ע מלקמן יט. דר' אושעיא מוסיף אמתני' חול ומוקי לה בגמ' בחול הלח ואינו משום הבל אלא משום מתונתא ופריך תנא דידן לתני בכלל הנזקין של מתונתא ומשני דדמי לאמת המים. ובחול בפשטות ליכא חפירה דמונח ע"ג הקרקע כמו גפת, וא"כ מפורש בגמ' דמתונתא מחייב הרחקה גם בלי כל מרא ומרא. וא"ל דהגמ' קאי לרבנן דלא מצרכי גירי דיליה דא"כ מאי פריך ליתני הא במתני' חשיב רק אלו שמודה בהם ר"י, אלא מפורש דגם זה נחשב גיריה ועוד שברמ"א בסוף סעי' י' משמע דק"ל כתוס' דבור הוא רק עם מים ואעפ"כ ק"ל בסעי' ד' דצריך להרחיק חול הלח. ואיך כתבו התוס' דמים לבד אינו גירי וכי מים גרע מחול הלח.

בנתיבות בס' קנ"ה סק"ד מבואר דפשיטא ליה שחול הלח הוא בלי חפירה ואין בזה כל מרא ומרא דהתוס' כתבו בד"ה וסד בסיד דהא דפשיטא לגמ' לגבי גפת דאז סד בסיד תנן וברישא מספקא לגמ' הוא משום דבסיפא אינו היזק כ"כ מרובה. והא דברישא הנזק הוא יותר גדול מבסיפא יש לפרש בב' אופנים א. דהיזק דמתונתא גדול יותר מהיזק של הבל. ב. לעולם מתונתא והבל שוים אבל ברישא יש בנוסף למתונתא נזק דכל מרא ומרא ולכן הוי היזק גדול. ונחלקו בזה הש"ך והנתיבות דהמחבר פסק בס' קנ"ה סעי' ד' לגבי גפת דסגי בהרחקה או בסיד ובסעי' י' פסק לגבי בור שיח ומערה דבעינן תרתי הרחקה וסיד. ובכלל גפת וזבל כתב גם חול הלח. והקשה הש"ך בסק"ד דחול הלח הוי היזק של מתונתא ודמי לבור דבעי תרתי ואמאי כתב בזה המחבר דסגי או בהרחקה או בסיד כדין גפת. וכתב בזה הנתיבות דאין הבדל בין מתונתא להבל. והא דברישא בעי תרתי הוא משום שיש צירוף של כל מרא ומרא אבל בחול הלח ליכא אלא מתונתא בלבד ואין חפירה ובה מתונתא שוה להבל דסגי בהרחקה או סד בסיד. וא"כ היות שבחול הלח אין כל מרא ומרא והוי מתונתא לבד ואעפ"כ יש חיוב הרחקה מוכח דמתונתא חשיב גירי דיליה גם בלי חפירה ואיך כתבו התוס' שצריך הצירוף של כל מרא ומרא.

ולכאורה נראה דלעולם גם התוס' סברי כרמב"ן ורמ"ה דמתונתא הוי גירי דיליה וחולקים על הרמב"ן רק לענין כל מרא ומרא דלרמב"ן זה מחייב הרחקה גם בלי מתונתא ולתוס' רק בצירוף מתונתא. אבל מתונתא גם לתוס' חשיב גירי גם בלי כל מרא ומרא. אלא דקשיא לתוס' דלקמן יט. מבואר דבור דמתני' הוא משום מתונתא ובדברי רבא בסמוך מבואר דהוא משום כל מרא ומרא. ותי' דרבא מוכרח להוסיף הסברא של כל מרא ומרא דאל"כ לא היה גירי דיליה. וכונתם רק באופן שעליו מדבר רבא. דהיינו לענין החופר סמוך למיצר כשאין עדיין נזק ובאופן זה המתונתא לא הוי גירי דיליה. וכמו שכתבו התוס' בסוף עמ' ב' בד"ה מרחיקין דגפת לא הוי גירי ואע"ג דס"ל בדף כב: דגפת הוי גירי היינו דוקא כשהניזק נמצא בזמן הנחת הגפת משא"כ כשסומך גפת למיצר. וכן שיטת הגמ' כמו שמבואר כ"ז ברע"א בריש קונטרס מילי דנזקין. ודלא כשיטת הרמב"ן דס"ל דגפת הוי גירי גם כשאין נזק בזמן הנחת הגפת. וכמו שגפת נחשב גירי כשיש נזק וכשאין נזק אינו גירי כן הוא לענין מתונתא דכשחופר סמוך לבורו של חברו חשיב גירי גם בלי צירוף כל מרא משא"כ בסומך למיצר אין המתונתא נחשב גירי אלא בצירוף כל מרא ומרא. וחול הלח חשיב גירי רק כשיש נזק דומיא דגפת. [עוד העירוני דאולי י"ל דכל מה דסברי התוס' דמתונתא אינו גירי הוא כשחופר והמים באים מעצמם ע"י גשמים אבל כשמלא מים בידי הוי גירי כמו גפת ולכן חול הלח הוי גירי].

שוב ראיתי באו"ש בחידושי לקמן י"ח: שכתב בד"ה והנה שמחלוקת תוס' והרמב"ן אי מתונתא הוי גירי דיליה בלי כל מרא ומרא תלוי בפלוגתתם אם גפת נחשב גירי כשמניח את הגפת לפני שהיה כותל. דלתוס' מה שצריך להגיע לכל מרא ומרא הוא מפני שמתונתא כשאין נזק אינו גירי. אבל לרמב"ן שגפת נחשב גירי גם כשהונח לפני שהניזק נמצא א"כ גם מתונתא הוי גירי אף שאין עדיין נזק, ומזה שהוצרך רבא לסברא של כל מרא ומרא למד הרמב"ן דבור דמתני' אין בו מים. הרי דפשיטא ליה שאם הניזק נמצא גם התוס' מודו דמתונתא הוי גירי דיליה ורק באופן שאין הניזק נמצא ס"ל דמתונתא לא הוי גירי כשיטתם לגבי גפת. וא"כ לק"מ מחול הלח דהתם איירי שהניזק נמצא ובה מודו התוס' דהוי גירי בלי כל מרא ומרא.

ואומר ר"י דלא קאמר אלא וכו'. צ"ב בצירוף הדברים הרי כל מרא ומרא מצד עצמו אינו מחייב הרחקה ג', ומתונתא לא הוי גירי, ואיך הכל מרא ומרא גורם שחייב להרחיק מחמת מתונתא. וראיתי בספר חזון יחזקאל בריש ב"ב שמבאר שכל מרא ומרא גורם לריפוי הקרקע וע"י זה יש יותר נזק של מתונתא דהמים מחלחל יותר בקרקע רפוי ולכן גם הנזק של מתונתא נגרם ע"י הכל מרא ומרא ונגרם ע"י מעשיו והוי גירי. אמנם מדברי החזו"א ס' י"ג סק"ה בד"ה ודעת משמע דס"ל שאף שהנזק של כל מרא ומרא ומתונתא הם שני ענינים אעפ"כ כיון שכל מרא ומרא אינו נזק גמור ושני הנזקים יחד הוי נזק גמור וחלק ממנו הוא גירי נחשב שיש כאן נזק ע"י גירי דבמצב של מתונתא גם הריפוי של כל מרא ומרא נחשב נזק והוא נזק של גירי.

ואכתי צריך להבין איך אפשר לצרף שני נזקים אלו למזיק אחד הא אינם בזמן אחד. דבשעת חפירה עדיין אין מתונתא וכל מרא ומרא בפנ"ע אינו מחייב הרחקה. ופעולת הבאת המים אינה גירי וכשמביא את המים כבר אינו עושה מעשה חפירה שיחשיב את זה גירי. ואולי יש להוסיף בזה דברי הריטב"א לקמן י"ט. על שאלת הגמ' מחרישה ת"ל משום זרעים. דקשה הא איכא ג"מ לחייב הרחקה משעת חרישה. וכתב שם הריטב"א שאפילו אם אין נזק בחרישה יכול לעכב עליו מלחרוש כיון שזה הכנה לזריעה ובשעת זריעה יהיה נזק. א"כ גם כאן כיון שחופר בור שעומד לתת בו מים, יכול לעכב משעת חפירת הבור גם מחמת הנזק של מתונתא שיבוא אח"כ. א"כ העיכוב הוא בשעת חפירה שבור זה גורם שני נזקים שביחד נחשב נזק ואחד מהם הוא גירי דיליה.

מש"כ בסוף התוס' דאי לאו משום מתונתא לא היה צריך הרחקה ג' טפחים יש להסתפק בכונתם. אם רק ג' טפחים לא יצטרכו אבל פחות כן או שכונתם שדין הרחקה ג' טפחים אין בזה ואינו מרחיק כלל. וראיתי בחזון יחזקאל הנ"ל שנקט שאינו מרחיק כלל. אמנם בשו"ת הרשב"א שמוכא בב"י ס' קנ"ה אות י"ב במי שחפר בור סמוך לכותלו של חברו כתב הרשב"א דלסוברים דחייב הרחקה הוא אפילו בלי מתונתא בודאי צריך להרחיק ולא אמרין שהריפוי כבר נעשה ולא יתקן ע"י שיסתום. ומוסיף הרשב"א שגם לסוברים שהרחקת בור הוא רק כשיש גם מתונתא, דהיינו שיטת התוס', אינו מרחיק ג' טפחים מ"מ חייב להרחיק ולא ידענא כמה ומ"מ צריך לתקן לפי עיני האומנים הבקיאם בכך. מבואר שגם לתוס' מרחיק אבל לא ג' טפחים. ודברי הרשב"א הובאו ברמ"א בסוף סע' י' שגם אם אין בבור מים צריך להרחיק לפי עיני אומנים בקיאם. וכתב הגאון סקל"ב שמקורו מתוס' דידן שכתבו ותימה וכו' ומיהו וכו' דהיינו שכתבו שאינו מרחיק ג' טפחים אבל פחות מזה כן מרחיק.

הרמ"ה באות א' מוכיח דבור דמתני' הוא משום מתונתא דאל"כ מה מועיל סד בסיד שהוא מונע חלחול המים אבל לריפוי ארעא לא מהני סיד. אבל לשיטת הרמב"ם צ"ל שסיד מהני גם לתקן ריפוי הקרקע וכן מפורש בריטב"א.

תודה וסד בסיד. כתבו דהא דפשיטא לגמ' שבסיפא סגי בחד או הרחקה או סיד הוא משום דאין ההיזק כ"כ מרובה. הובא לעיל שנחלקו הש"ך בס' קנ"ה סק"ד והנתיבות שם סק"ד בטעם הדבר לש"ך היזק של מתונתא גדול יותר משל הכל. לנתיבות ברישא יש צירוף של כל מרא ומרא. והנ"מ הוא בחול הלח שהוא נזק של מתונתא בלי כל מרא לש"ך בעי תרתי ותמה על השו"ע דפסק דסגי בחד ולנתיבות סגי בחד כיון דליכא בזה כל מרא ומרא.

דף יז:

רש"י ד"ה ולתני מבור של חברו. כתב שגם אם היה כתוב במשנה שמרחיק מבורו של חברו היינו יודעים שהכונה להרחיק מכותל בורו דאל"כ פעמים שאינו מרחיק כלל ופעמים שנכנס לרשותו של חברו וסותר כותלו כשחברו כנס יותר מג'. דברי רש"י צ"ב בתרתי. א. מה בכך שפעמים שאינו מרחיק הא מתקיים הדין הרחקה כשלא הרחיק חברו, כמו שהקשו התוס'. ב. מש"כ פעמים סותר כותלו אינו מוכן וכי מפני שחברו הרחיק יותר מג' יכנסו הוא לרשותו של חברו, כן הקשה השיט"מ בשם תוס' הרא"ש. וצ"ל שכונת רש"י שאמנם בודאי שלא היה מקום לחשוב כן מ"מ אם כונת המשנה מבורו של חברו אין הלשון מדוקדק דמשמעותו שתמיד מרחיק מבורו ג' אפילו אם כנס חברו יותר מג'. וע"כ שההרחקה קאי על כותל בורו.

תודה למאי נ"מ. כתבו שרק לאביי קשה למה נקט כותל בורו דהיה יכול לומר שירחיק ו' טפחים מן הבור. ר' יונה מוסיף בזה דלאביי שמדובר שבאו בבת אחת אמאי נקרא אחד מהם כותל והשני נקרא מרחיק הרי שניהם שוים. ובשלמא לרבא הראשון נקרא כותל והשני מרחיק מכותלו של הראשון אבל לאביי קשה למה אחד מהם נקרא כותל. וע"ז תרצו שנקטו לשון כותל להשמיע שג' טפחים נחשב כותל ונ"מ למור"מ.

הבא לסמוך בצד המיצר אביי אמר סומך. שיטת התוס' דכיון שמותר לראשון לסמוך כשבא השני לחפור הוא מחויב בכל ההרחקה. ובחי' הרמב"ם מביא שי"מ שהשני מרחיק רק ג', וב' השיטות בזה הובאו במגיד משנה בפ"ט משכנים ה"י ע"ש. ובסברת ה"מ נאמרו ב' דרכים. א. אמנם מותר לראשון לסמוך אבל אינו יכול לחייב את השני להוסיף על שיעור הרחקתו יותר ממה שהיה מרחיק אילו באו לחפור שניהם כאחד. ב. כיון שסמך הראשון למיצר נמצא דכותל בורו של הראשון הוא ברשותו של השני. ואיסורו של השני להזיק את כותל בורו של ראשון הוא רק כשהכותל הוא ברשות בעל הבור אבל אין איסור להזיק הכותל כשהוא שייך לו. וסברא זו מבוארת ביד רמ"ה באות כ"ד ע"ש. ונ"מ מזה בשאר מזיקים כגון חרדל ודבורים שמזיקים זא"ז כשני בורות, וסמך הראשון אם מוטל על השני כל ההרחקה או חצי הרחקה לדעת ה"מ שחולקים על תוס'. דהסברא הראשונה שייכת גם בזה דהראשון שסמך לאו כל כמיניה לחייב את השני להוסיף יותר מחצי הרחקה. אבל הסברא השניה שייכת רק בבור דכותל הבור הוא ממנו של המזיק ואינו חייב לשמור שלא יזיק ממנו של עצמו. אבל כאן בעל הדבורים לא ירחיק כל ההרחקה יזיקו הדבורים את החרדל א"כ בזה גם ל"מ יתחייב השני בכל ההרחקה כולה. ונחלקו בזה הקצות בס' קנ"ה סק"א והחזו"א ס' י"ג סק"ב. דהקצות נקט דגם בדבורים חולקים ה"מ, והחזו"א כתב דשם לכו"ע השני מרחיק הכל ורק בבור פליגי ע"ש. וכדבריו כתב גם האו"ש בחי' ר' מאיר שמחה בסוגיא דחרדל ד"ה ודע כי. ולכאורה ביאור מחלוקת התוס' וה"מ לפי דברי החזו"א הוא אם חייב ההרחקה ג' טפחים מכותל בורו של חברו הוא משום שנחשב מזיק על כותל בורו או משום שנחשב מזיק על בורו. וע' באבן האזל פ"ט משכנים ה"י שדן בשאלה זו.

בשדה שאינה עשויה לבורות. בפשטות הקולא בשדה שאינה עשויה לבורות הוא משום שלא נחשב מזיק דלא שכיח שיחפור שם בורות ואין כאן נזק. וכן מבואר בלשון הריטב"א וביד רמה בתחילת אות כ"ד. ולפ"ז כשידוע שרצונו לחפור הוי כשדה שעשויה לבורות. אמנם הקצות בס' קנ"ה סק"ג וסק"י כתב ע"פ שיטת הר"י מגש לקמן שאפילו ידוע שדעתו לחפור כיון שאינו עשוי לכך לאו כל כמיניה לעכב את הראשון א"כ כבר חפר השני את בורו. ובס"ק י"א מוסיף הקצות דע"כ צריך לפרש כן לשיטת רש"י ור"י דס"ל בסוגיא דחרדל דעל המזיק להרחיק אע"פ שעשה בהתר כגון לוקח א"כ הכא מ"ט אינו מרחיק אמנם לכתחילה מותר לסמוך בשדה שאינה עשויה לבורות דלא חיישינן אבל אח"כ כשחפר חברו הרי הוא מזיקו וירחיק הראשון, ואף שחפר בהתר אינו עדיף מלוקח דמרחיק אף שהוא בהתר. ובשלמא מה דאביי ס"ל שהסומך אינו מרחיק אח"כ הוא משום דאביי ס"ל דחייב הרחקה הוא רק בשעת עשיית התשמיש ולא אח"כ ות"י הגמ' דלוקח מרחיק נאמר לדעת רבא. אבל מה שרבה מודה באינה עשויה לבורות קשיא למה לא ירחיק אחרי שחפר חברו. ות"י הקצות ע"פ שיטת הר"י מגש שבאינה עשויה לבורות ההתר הוא דלאו כל כמיניה לחפור ולחייב חברו להרחיק. נע' בקצות דלשיטת תוס' לא קשיא דתוס' ס"ל גבי

חרדל דרך במקום שהראשון מזיק ולא השני בזה על המזיק להרחיק אע"פ שהיה בהתר של לקוח אבל היכא דתרויהו מזיק להדדי כחדל דבורים לר"י כיון שהראשון בהתר על השני להרחיק.

רבא אמר אינו סומך אפילו לר"י דנחשב גירי דיליה משום כל מרא ומרא. כתב ר' יונה שמה דסבר רבא דנחשב גירי דיליה הוא דוקא לר"ב דאייירי בשדה העשויה לבורות א"כ הנזק הוא מיד בשעת חפירה. אבל לר"ק דרבא קאי על שדה שאינה עשויה לבורות וס"ל שגם בזה אינו סומך דילמא ממלך וחפר, זה טענה רק לענין שיכול חברו לעכב שמא יחפור בורות ויהיה נזק אח"כ. אבל עכשיו ליכא נזק כיון שאינה עשויה לבורות. א"כ מה שרבא אוסר בל"ק הוא דוקא לרבנן ולא לר"י דאין זה נחשב גירי דיליה. ומבואר בר' יונה דאף שפעולת ריפוי הקרקע נעשה עכשיו אין זה גירי כיון שאין זה נזק עד שיחפור בורות.

עוד כתב ר' יונה שכל השאלות שהגמ' שואלת מהמשנה דמשמע שחייב הרחקה הוא רק כשהניזק נמצא הם לר"ק דל"ב י"ל דאייירי באינה עשויה לכתלים ומודה רבא שמותר לסמוך אם אין עדיין כותל. ומדברי התוס' בד"ה מרחיקין שהקשו מאי פריך לרבא מגפת הא אין בגפת סברת כל מרא ומרא מוכח לכאורה דפליגי על ר' יונה, דלר' יונה השאלה לר"ק ולל"ק לא אמר רבא הטעם של כל מרא ומרא. ומוכח שחולקים וס"ל ששאלת הגמ' גם לר"ב ואין חצר שאינו עשוי לכתלים א"כ י"ל דס"ל שגם לר"ק סובר רבא דאיכא לטעמא דכל מרא ומרא. דהיינו שמוכח מתוס' דפליגי או על דברי ר' יונה הראשונים או על דבריו האחרונים. ובסברא יש מקום גדול לחלוק על דבריו הראשונים דאף שעכשיו אין נזק כיון שאין בור ואינו עשוי לבורות מ"מ הנזק שיש אח"כ נעשה בשעת חפירה. ועדיף מגפת דסברי התוס' דאף שמוציא חום מיד מ"מ אם אין כותל אין זה גירי דכשנבנה הכותל הנזק בא מהחום שיוצא עכשיו ולא מהחום שיצא בשעת הנחת הגפת, אבל כאן הנזק של אח"כ הוא מהריפוי של שעת חפירה. דהיינו שיש שני אופנים שהמזיק מצד עצמו הוא גירי דיליה והנזק אינו מתחיל מיד. א. גפת לפני שיש כותל שהגפת עושה את פעולתו שהוא הוצאת חום מיד אלא שעדיין אין נזק מפני שהניזק לא נמצא ואח"כ כשיהיה הניזק הנזק יבא מהחום של אח"כ. בזה נחלקו תוס' והרמב"ן אם נחשב גירי או לא. ב. כל מרא ומרא בשדה שאינה עשויה לבורות שהריפוי, שהוא בסוף יהיה הנזק כבר נמצא, אבל עדיין אין זה נזק דאולי לא יחפור בור. לר' יונה אין זה גירי ויתכן שהתוס' חולקים בזה על ר' יונה.

אמנם העירוני שר' יונה בעצמו כתב כדברי התוס' שמה שלא תרצו על השאלה ממרחיקין את הגפת שדברי רבא הם רק בבור בגלל סברת כל מרא ומרא אבל בגפת דליכא כל מרא ומרא יודה שמותר לסמוך, דרך לר' יוסי צריך להגיע לכל מרא ומרא והכא פריך לרבא אליבא דרבנן. ולכאורה דברי ר' יונה סתרי אהודי, דר' יונה ס"ל ששאלות הגמ' הם לר"ק ולל"ק ס"ל שאין סברא של כל מרא ומרא, וכל דברי רבא בל"ק הם רק אליבא דרבנן א"כ מאי קשיא ליה שהגמ' תתיר שבגפת ליכא כל מרא ומרא וצ"ע.

הרמב"ם פסק בפ"ט משכנים ה"י כרבא לר"ב דבשדה העשויה לבורות אסור לסמוך למיצר אא"כ הרחיק ג' טפחים ולא נזכר ברמב"ם שצריך גם לסוד בסיד. ובהל' א' בדין שלא יחפור סמוך לבורו של חברו פסק דבעינן תרת. וכתב הכ"מ שבהל' א' הרמב"ם מדבר על כותל בנין ורק שם צריך סיד עם הרחקה. ותמיהו בזה האחרונים דמתני' איירי בכותל בור וע"ז קתני וסד בסיד ומהתם ילפינן לכותל בנין ואיך הרמב"ם מחלק ביניהם. וכתב בזה הבית הלוי בח"ב ס' מ"ו אות ד' דהרמב"ם ס"ל שגפת וזרעים וכו' חשיבי גירי דיליה רק כשהניזק נמצא בזמן הנחתן אבל כשמינה גפת סמוך למיצר אינו נחשב גירי דיליה כשיטת תוס' ולא כרמב"ן. וסובר הרמב"ם דבור יש בו שני נזקין גם כל מרא ומרא וגם מתונתא כשיטת הרמב"ן. וסובר הרמב"ם דסד בסיד מהני רק לענין הזיקא דמתונתא וכן מפורש בלשון הרמב"ם שסד כדי שלא יחלחל המים וכשיטת הרמ"ה שהובא לעיל ולא כרמב"ן והריטב"א דס"ל שגם לענין ריפוי הקרקע מהני סיד. ולפ"ז ניהא דבחופר בור סמוך לבורו של חברו שיש שני סוגי נזק בעינן תרתי אבל כשסומך למיצר חיובו רק משום כל מרא ומרא, דמתונתא כשהניזק לא נמצא לא הוי גירי דיליה, לכן אין ענין של סד בסיד בסומך למיצר. כדברי הבית הלוי מבואר בדברי היד רמ"ה באות כ"ד באמצע ד"ה אתמר שכתב בהדיא כשיטת הרמב"ם דחופר סמוך לבורו של חברו בעי הרחקה וסיד וכשסומך למיצר סגי בהרחקה בלי סיד. ומבאר כביאורו של הביה"ל דכשסומך למיצר אין חיובו משום מתונתא לכן לא בעי סיד יעו"ש. וע' באבן האזל בפ"ט משכנים שכתב שהרמב"ם בהל' י' סמך על מש"כ בה"א וגם בהל' י' בענין הרחקה וסיד. אבל מאחר שהרמ"ה מחלק בין זה לזה מסתבר שכן דעת הרמב"ם וכדברי הביה"ל.

תוד"ה אביי אמר. כתבו שמה שע"י חפירת הבור גורם שחברו יצטרך להרחיק אילנו כ"ה אמה אינו מחייב להרחיק את הבור דאין הבור מזיק לאילן אלא עושה בתוך שלו והאילן מרחיק כדי שהוא לא יזיק. וכתב הרשב"א דלענין פתיחת חלון לחורבתו של חברו אין הדין כן אלא יכול חברו לעכב אע"ג דליכא היזק ראייה משום שע"י פתיחת החלון יצטרך חברו להרחיק כותלו ד' אמות מכנגד החלון. [ו"ל דס"ל כר' יונה שהובא ברא"ש דחיישינן שמא יחזיק דאל"כ למה יעכב על פתיחת החלון הרי יוכל אח"כ לבנות כותל בלי הרחקה או דס"ל כתוס' לעיל ז. שגם בלי חזקת אורה אסור לבנות כנגד החלון]. דחלון שאני דמשל חברו הוא נוטל דהיינו אויר חצרו לפיכך יכול לעכב ולומר לו אינך פותח ונוטל אויר חצרי ומשעבד קרקעי. ולומד הנתיבות בס' קנ"ד סק"ז שכונת הרשב"א דבעצם יכול לעכב בלי טענה שלא ישתמש חברו באויר חצרו אלא דכופין על מדת סדום ובמקום דיש לו הפסד שיצטרך להרחיק כותלו לא הוי מדת סדום. וכ"כ רע"א בקונטרס הרחקת נזקין בד"ה והנה בדעת. וע' באבי עזרי קונטרס הרחקת נזקין אות ה' שתמה על דבריהם דפשוט שאין זה אויר של חברו אלא אויר העולם וגם בלי מדת סדום אינו יכול לעכב ואין כונת הרשב"א שיכול לעכב מלפתוח חלון אלא כונתו שכשהוא בונה כותל כנגדו אין הוא מזיק דאינו מחויב להניח האויר לעבור דרך חצרו לחצר חברו. ורק באופן ששיעבודו של השני הוא משום שמזיק אינו יכול לעכב את תשמישו של הראשון אבל בחלון כשבונה כנגדו אינו מזיק. וכן משמע בלשון הרשב"א בסוף דבריו וז"ל משא"כ בחלון דבחלון בעל החצר שבא לבנות כנגדו אינו מזיק אלא שלו הוא נוטל וממילא נסתם אורו בפניו של בעל החלון עכ"ל. וסברא זו הובא בקצות בס' קנ"ה סק"ו משו"ת הרשב"א ונזכר גם ברשב"א בדף ז. כמש"כ שם. והובא שם שהקו"ש כתב לבאר ע"פ דברי הרשב"א האלו את שיטת רש"י שם ע"ש.

אמנם סברא זו דפותח חלון משתמש בשל חברו כתב גם הנ"י כאן ולא לענין לעכב משום שיצטרך להרחיק את כותלו אלא מעכב לפתוח חלון שמא יבנה חורבתו ויהיה היזק ראייה. ולא דמי לבור דלולא כל מרא ומרא לא היה יכול לעכב דהכא שאני דמשתמש באויר של חברו. [לפי מש"כ שם הנ"י בהמשך דבריו בהיזק ראייה בל"ה יכול לעכב דדמי לבור דהוי גירי דיליה וגרע מגפת דלא הוי גירי כשהניזק לא נמצא דבה"ר ממשיך להזיק ע"י גירי אח"כ ובוזה קי"ל כרבא שמרחיק אף כשאין נזק. ותחילת

דברי הנ"י קאי אי נימא דגם ה"ר דמי לגפת דלא חשיב גירי אם בזמן פתיחת החלון אין ניזוק. וכן הוא שיטת רש"י כמש"כ רע"א בקונטרס דיני נזקין בד"ה ומ"ש הטורן. וזה נחא לרע"א והנתיבות שכל שיש הפסד ואינו מדת סדום יכול לעכב פתיחת החלון דמשתמש באוירו. אבל לשיטת האבי עזרי רק לבנות כנגדו יכול ואין בעל החלון יכול לשעבדו שלא יבנה כנגדו. אבל למה ימנע מלפתוח מחשש ה"ר אם ע"פ דין אין בעל החלון חייב להרחיק כשאין ניזוק בזמן פתיחת החלון וצ"ע.

היד רמה באות כ"ד חולק על התוס' וס"ל שצריך להרחיק בור משדה חברו מפני שמונע מבעל השדה לנטוע אילן ברשותו כדי שלא יזיק לבור. ומה שמותר לסמוך הוא דוקא בשדה שאינה עשויה לאילנות. היינו שיש ג' שיטות בזה. א. לתוס' אין חיוב הרחקה אלא כשהוא מזיק ולא כשהוא צריך להרחיק כדי שחברו לא יזיק. ב. הרשב"א מודה לתוס' בבור ואילן וחולק לגבי חלון וכותל. ג. היד רמה חולק לגמרי על התוס' בין לגבי חלון בין לגבי בור ואילן.

תודה מרחיקין. ע' בחזו"א ס' י"ג אות ה' שדן אם יש חיוב הרחקה של גפת מבור או רק מכותל בנין ובתחילה כתב דכיון שהגפת נמצא ע"ג הקרקע אינו מזיק לבור אלא רק לכותל בנין דרך האויר. ואח"כ מביא שבשיטת"ק מבור דהא דסד בסיד בגפת אינו סד כותל חברו אלא סד מתחת לגפת דהיינו שהגפת מזיק את הקרקע ומקלקל את יסודות הכותל וא"כ יתכן שצריך להרחיק גפת גם מבור. וצ"ע שלא הביא שנידון זה מבור בתוס' ותלוי בת' התוס'. דבתי' הראשון כתבו שאפילו אם יסלק את הגפת לפני שיבנה חברו כותלו כבר נתקלקל הקרקע. ובתי' השני ס"ל דאין הגפת מזיק לקרקע אלא לכותל ואם אין כותל אין נזק. ומה שהקשו עוד התוס' דבגפת מודה רבא דלא שייך בזה כל מרא ומרא כונתם להקשות לתירוץ השני אבל לתי' הראשון בודאי נחשב גירי דיליה אף שאין כותל כיון שמזיק את הקרקע. ולתי' השני ס"ל שלא הוא גירי כיון שלא מתחיל הנזק עד שיעשה חברו כותל. הרמב"ן חולק וס"ל שאע"פ שאין נזק עד שיבנה כותל מ"מ כיון שהגפת מצד עצמו ראוי להזיק מיד יש עליו שם מזיק וחשיב גירי דיליה. הנ"י סובר בזה בתוס' דגפת נחשב גירי רק כשהניזק נמצא בזמן הנחת הגפת אבל בחלון סובר הנ"י דנחשב גירי אע"פ שבזמן פתיחת החלון לא היה הניזק דאח"כ מזיק ע"י ראייתו והוי גירי כל שעה. אבל בשיטת רש"י כתב רע"א בריש קונטרס הרחקה נזקין דאם בזמן פתיחת החלון לא היה הניזק אין זה נחשב גירי, ותולה רע"א במחלוקת שהובא בס' קנ"ד סע' ט"ז ע"ש.

נמצא שיטות הראשונים לגבי גירי, לרש"י דף כב: כל משנתנו חוץ מבור לא הוא גירי. שיטת תוס' והנ"י דכל משנתנו הוא גירי אבל דוקא כשהניזק נמצא חוץ ממתונתא דלא הוא גירי אפילו אם הניזק נמצא אא"כ יש צירוף של כל מרא ומרא ונלמה שכתבנו לעיל גם תוס' מודה שמתונתא הוא גירי כשהניזק נמצא ורק כשהניזק אינו נמצא צריך צירוף של כל מרא ומתונתא והכל שוים]. שיטת הרמב"ן שכל המשנה הוא גירי ואפילו מתונתא ואפילו שהניזק לא נמצא. ולענין ה"ר נחלקו רש"י והנ"י אי חשיב גירי כשהניזק לא נמצא בזמן פתיחת החלון.

לשיטת הרמב"ן שגפת נחשב גירי אפילו כשאין ניזוק ואסור לסמוך גפת למיצר לרבא צ"ב אמאי הוצרך רבא לפרש טעמו משום כל מרא ומרא הא גם בשאר המזיקין דליכא בהו כל מרא ומרא אסור רבא לסמוך אפילו לר"י, וע' מש"כ בזה באבי עזרי בקונטרס הרחקה נזקין אות י"א וי"ב. והובא לעיל בשם האו"ש שזה מה שהכריח את הרמב"ן לפרש דבור דמתני' הוא בלי מים שאם היה מים היה נחשב גירי דיליה מכת מתונתא אף שקדם המזיק לניזוק, אבל אם אין בבור מים זה נחשב גירי רק בגלל כל מרא ומרא. והתוס' דס"ל דמתני' איירי עם מים ס"ל דמתונתא לא הוא גירי כשקדם לניזוק ולכן צריך רבא להגיע לכל מרא ומרא. ולשיטת תוס' צ"ב מאי פריך לרבא ממתני' דמשמע שמרחיקין גפת רק כשיש בור אולי תנא באופן זה כדי שיהיה אמת גם למאי דקי"ל כר"י וצ"ע.

דף יח.

תודה לא יפתח. הוכיחו דעשן מזיק ליין מזה דמעושן פסול לנסכים. וכתב הרש"ש דמה שפסול לנסכים אינו מפני שהוא מקולקל אלא כל שנשתנה פסול לנסכים וראיה ממבוסל דפסול אף שיש מ"ד במשנה בתרומות שבישול משביח את היין. וכדברי הרש"ש כתב הרמב"ן וגם מביא את המשנה בתרומות ע"ש. וע' ברע"א בשו"ע או"ח ס' רע"ב סע' ה' דנ"מ ממחלוקת זו לענין קידוש דקי"ל דמקדשים על יין מבוסל אע"פ שפסול לנסכים דאינו פסול משום שנשתנה לגריעותא. ולתוס' דמעושן נשתנה לגריעותא יהיה פסול לקידוש ולרמב"ן כשר. והובאו דבריו בביאור הלכה שם.

דירה שאני. פרש"י חנות ורפת בקר דירתן של אדם הן ואין לנו לאסור דירתו עליו אא"כ ההיזק מוכן. ולא ביאר רש"י למה חנות ורפת נחשב דירתו של אדם יותר מנכרכת הכובסים או ריחים ותנור. לשון ר' יונה בזה הוא שאין מחמירים על האדם למנוע ממנו שלא יעשה בדירתו כל מה שירצה כל זמן שאינו מזיק את חברו בשעה שסומך. משמע שאין הבדל בין תשמיש לתשמיש אלא בין אם עושה בתוך ביתו או שעושה בחצר. המאירי כתב וז"ל ונחתומות וצבעות ורפת בקר עניני דירה ואין מונעים אותם אא"כ הדבר מוכן לקבל הנזק מעכשיו עכ"ל. משמע שכונתו דתשמישים אלו שונים משאר תשמישים שהם עניני דירה. וצ"ב למה זה יותר תשמיש דירה מתנור וריחים. ובריטב"א יש בזה תוספת דברים וז"ל כיון דחנות זה הוא דבר שאדם צריך לעשותו בדירתו וכו' אין לנו לומר שימנע מפני ההיזק העתיד לבוא היום או מחר לחברו כיון שאין הנזק כאן ולפיכך כי ליכא אוצר סומך ואין זה דומה לכל השנויים לעיל שיכול ברחוק ממקום הכותל עכ"ל. הרי שהיה קשה לריטב"א למה שאר תשמישים שבמשנה אינם נחשבים תשמישי דירה וכתב שבהם יכול להרחיק מן הכותל ויכול למנוע נזק הכותל בלי לבטל את התשמיש. משא"כ באלו שא"א לעשותם אלא בביתו ואין אפשרות לשמור שלא יזיק אלא ע"י ביטול התשמיש ליכא חיוב הרחקה אא"כ הניזק קדם. והביאור הוא ע"פ הנתיבות שהובא לעיל שמבאר למה אין בנזקי שכנים דפרקין חיוב של ד' אבות נזיקין דהכא אין אפשרות לשמור אלא ע"י ביטול התשמיש. ולדברי הריטב"א יש בזה ב' דרגות. בכל המזיקים דמתני' יכול למנוע נזק ע"י הרחקה ג' טפחים מן הכותל ואעפ"כ אין בזה חיוב של ד' אבות נזקין מפני שאין אפשרות שמירה כשסומך לכותל ואינו חייב לבטל תשמיש של מקום זה. אך מדין נזקי שכנים חייב להרחיק ולרבא אסור לסמוך אפילו אם הוא קדם לניזוק. אבל בחנות של נחתומין ורפת בקר אין אפשרות של הרחקה אלא א"כ יבטל התשמיש לגמרי לכן בזה אין חיוב הרחקה אא"כ הניזק כבר נמצא. השיטת"ק כתב בשם הראב"ד וז"ל דירה שאני דרפת הבקר דירה הוי לפרקים ולא מתחזי כמזיק עכ"ל. ולא ברור כונתו.

הר"י מגש מבאר הענין של דירה שאני באופן אחר, דלא קאי על הרפת והחנות אלא על האוצר דאין הדרך שאדם עושה מביתו אוצר ועדיף משדה שאינה עשויה לבורות דהתם חושש רבא לל"ק לדילמא ממליך, אבל הכא לא מצוי כלל ומודה רבא שמוטר לסמוך. וכן פירש היד רמ"ה באות כ"ז. הקצות בס' קנ"ה סק"ג מקשה על פירוש זה מלקמן כ: שהגמ' מסתפקת כיבד וריבין מהו, דהיינו שבעל האוצר עשה פעולה שמוכיחה שדעתו לעשות אוצר, האם זה נחשב שקדם האוצר או לא. ולדברי הר"י מגש אפילו נימא דלא קדם האוצר מ"מ כיון שידוע שדעתו לעשות אוצר הרי זה כשדה העשויה לבורות שאסור לסמוך לרבא. וכבר עמדו בזה הרשב"א ור' יונה ע"ש. וכתב ע"ז הקצות שהר"י מגש מפרש שאין ההתרס לסמוך בשדה שאינה עשויה לבורות משום דלא חוששים שמא יעשה בור אלא כיון שאין השדה עשויה לבורות לאו כל כמיניה לעשות שם בור ולחייב את המזיק להרחיק ורק אם הניזק קדם חייב המזיק להרחיק ואפילו רבא לל"ק שסובר שיש חיוב הרחקה אפילו בשדה שאינה עשויה לבורות מודה בבית שאין הדרך לעשותו אוצר ואפילו אם ידוע שדעתו לעשות אוצר אין על המזיק להרחיק אלא"כ הניזק כבר נמצא. וא"ש הספק של כיבד וריבין גם לשיטת הר"י מגש. אך פירוש זה קשה קצת בלשון הר"י מגש שכתב דלא עביד איניש דעביד מבית דירתו אוצר ומש"ה כי ליכא אוצר בעליה לא חיישינן דלמא מימליך ועביד לה אוצר. משמע שהטעם הוא משום דלא חיישינן ולא משום שלא נחשב נזק.

עוד מקשה הרמב"ן דמוכח מפירושו של הר"י מגש דס"ל שחנות ורפת מזיקים רק לאוצר ולא לבית דירה ומביא הרמב"ן שביירושלמי מבואר שאם חנות של נחתומין ורפת בקר מזיקים לאוצר ק"ו שמזיק למקום דירה ורק למקום שמשמש לתבוא וציבי אין נזק. הקצה"ח בס' קנ"ה סק"ב כתב שמשלשון הרמב"ם והשו"ע משמע שהקפידא הוא דוקא תחת אוצר ולא תחת דירה, אבל מביא שהרמב"ן לא ס"ל כן וכתב שהעיקר כהרמב"ן כיון שמפורש כן בירושלמי. אך מדברי הר"י מגש והרמ"ה מוכח דס"ל שהבבלי לא סובר בזה כירושלמי. ועיין בנוב"י תנינא חו"מ ס' ל"ז שבתחילה כתב כהקצות דהעיקר כהרמב"ן כדמוכח בירושלמי, ואח"כ כתב שיש לפרש דברי הירושלמי באופן אחר ע"ש. וכיון שנחלקו הראשונים אם יש חיוב הרחקה רפת בקר מבית דירה לכאורה יהיה הדין כמו בספק של כיבד וריבין דק"ל בס' קנ"ה סע' ג' דלכתחילה יכול הניזק לעכב ובדיעבד אינו יכול לחייב את המזיק לסלק את הרפת בקר. ויש לחלק דדוקא התם אסור לכתחילה כיון שהנזק הוא ודאי והספק הוא רק אם נחשב שהאוצר קדם או לא, אבל הכא יש ספק בעיקר המזיק וכיון שיש צד שאינו מזיק כלל א"א לחייב הרחקה. חילוק זה כתב רע"א בסוף קונטרס דיני נזקין לחלק בין הספק של כיבד וריבין לספק של סמיכת גפת למיצר שנחלקו בו התוס' והרמב"ן. ועיין מה שכתבנו בזה בס"ד לקמן בספק של סד בסיד.

תוד"ה הא. ע' מהר"ם שהקשה מאי קשיא להו הא בברייתא דדיקא נמי מבואר דאם קדם הרפת מותר. והרש"ש כתב דמדקתני ביין התירו מוכח דכ"ז שאין ניזק מותר. ע' ברשב"א ובריטב"א שכתבו כן על קושית התוס'. ועל קושית התוס' בד"ה דיקא נמי עמש"כ התיבות בס' קנ"ה סק"ב.

תוד"ה דיקא נמי. הקשו אולי גם בשאר מזיקים מותר לסמוך והא דנקטיה הכא משום שיש בזה חידוש דאע"ג דהוי גירי דיליה אם קדם לאוצר מותר. ואף דשיטת התוס' דכולהו מזיקים דמתני' הם גירי דיליה היינו דוקא כשהניזק נמצא בזמן שסמך המזיק אבל כשאין הניזק נמצא אין זה נחשב גירי דיליה כמבואר בתוס' לעיל ד"ה מרחיקין, אבל רפת בקר וחנות של נחתומין שמכנים ומוציא בהמות ומדליק את התנור זה נחשב גירי דיליה כל הזמן, וגם כשקדם לאוצר זה נחשב גירי דיליה, ובזה יש חידוש שאעפ"כ אם קדם מותר.

לא יטע אדם אילן. חיוב הרחקה על בעל האילן הוא מפני שמזיק לשדה הלבן ע"י עבודת האילן. עיין בריטב"א שמכאן שמעינן דאף שהתשמיש עצמו אינו מזיק מ"מ כיון שלצורך תשמיש זה עושה פעולה אחרת שתזיק יכול מעיקרא לעכב על נטיעת האילן, ואין בעל האילן יכול לטעון עכשיו איני מזיקך וכשאבא לחרוש תעכב עלי. ועיין מה שכתבנו בענין זה לקמן י"ט. על הגמ' של זרעים ת"ל משום מחרישה. וכן לקמן כ"ו. על חיוב הרחקה אילן משדה הלבן.

רש"י ד"ה טעמא משום עבודת הכרם. פירש דהשרשים מזיקים את השדה ע"י שמעכבים את המחרישה ומזיקים לבורות. הקשה הרמב"ן אם מזיק לשדה שמעכב את המחרישה גם כשאין בורות א"כ הניזק קדם דכל שדה עומד לחרישה וקשיא גם לאביי אע"כ דאינו מזיק לחרישה והנזק הוא רק לבורות ולכן לאביי ניחא ע"ש.

דיקא נמי דקתני היה גדר בינתים וכו'. המהרש"א מבאר הגרסא דגרס דיקא נמי דמהכא קשה גם לאביי דסתם התנא דבריו ששניהם סומכים ואיירי אפילו באופן ששדה הלבן קדם לאילן ולמה סומך בעל האילן הרי השרשים מזיקים לשדה הלבן אע"כ צ"ל דאיירי בצונמא. כדברי המהרש"א כתבו הרשב"א ור' יונה אלא שהוסיפו דאיירי גם בשדה שיש בו בורות ואעפ"כ סומך ומוכח דאיירי בדאיכא צונמא. ומה שכתבו דאיכא בורות דס"ל דאילן אינו מזיק לשדה הלבן דמרחיקין את האילן מן הבור כ"ה אמה ולא משדה הלבן. והמהרש"א שלא כתב דאיכא בורות לכאורה אזיל בשיטת רש"י דשרשים מזיקים גם כשאין בורות דמעכבים את המחרישה אך כבר הובא שהרמב"ן תמה על רש"י בזה.

תוד"ה היו שרשים. הקשו אי ליכא צונמא א"כ נטע באסור ויקצוץ. כתב בזה הרשב"א דמיירי שבזמן שנטע האילן היה צונמא ולא הויק ואח"כ נעקר הצונמא ואינו חייב להרחיק כיון שנטע בהתרס כדין לקוח. והרמב"ן מביא תי' זה בשם הראב"ד וכתב ולא מחזור לן שאם לא סמך אלא משום שהיה שם צונמא כשנעקרה יעקור הוא את האילן. ואינו מוכן מאי שנא מלוקח ומאי שנא מהא דאביי דאם סמך בהתרס כשלא היה ניזק אינו מרחיק אח"כ אף שעכשיו הוא מזיק והתם נמי נימא שלא סמך אלא משום שלא היה ניזק ועכשיו שיש ניזק ירחיק. ונראה פשוט דהרמב"ן בזה לשיטתו דרש"י ור"י פירשו את דברי ר"פ ורבינא בסוגיא דחרדל דעל המזיק להרחיק אף שיש לו התירא דלקוח ורק באילן כיון שיש הפסד גדול אינו מרחיק כשהוא בהתרס. והרמב"ן במלחמות מבאר באופן אחר, דמאי דאמרין באילן דלוקח אינו מרחיק היינו כשהאילן היה בהתרס ואח"כ בא הניזק לחפור בור ולחייב האילן להרחיק בזה לאו כל כמיניה לחדש ניזק ולחייב המזיק שהוא ברשות להרחיק. אבל כשהמוכר נטע אילן וחפר בור ומכר האילן לזה והבור לזה ששניהם שוים על המזיק להרחיק אע"פ שהוא ברשות. ולפ"ז פשוט שאף שהיה צונמא בזמן נטיעת האילן מרחיק אח"כ כיון שהניזק היה לפני שנעקר הצונמא ודמי למכר אילן לאחד ובור לחברו שמרחיק אע"פ שהיה ברשות והרמב"ן לשטתו.

הקצה"ח ס' קנ"ד סק"ו כתב על דברי הרא"ש בתשובה שהובא בטור ס' קנ"ד [והשו"ע שם סע' ט"ז] בראובן שהיה בין חלון ביתו לגינתו של לוי בית או כותל שמונע מלוי ה"ר מחלונו של ראובן ואח"כ נפל הבית או הכותל ועכשיו ראובן רואה מחלונו גינתו של לוי. וכתב הרא"ש שחייב לסתום אף שפתח בהתר. וכתב הקצות שהרא"ש ס"ל כשיטת הרמב"ן לגבי צונמא, ונפילת הכותל לגבי חלון הוא ממש כנפילת הצונמא לגבי אילן. וצע"ק שלא הזכיר שהרמב"ן בזה לשטתו בסוגיא דחרדל והקצות בעצמו מביא שיטת הרמב"ן בס' קנ"ה סק"ג. ואף דבסוגיא דחרדל הרא"ש אינו מפרש כרמב"ן אלא כר"ח ור"ח היינו רק לענין פירוש הסוגיא דאין הרא"ש מפרש דמירי בלוקח שהכל נעשה לפני המכירה. אבל לדינא מודה לחילוקו של הרמב"ן. ורע"א בקונטרס נזקין בד"ה ונבאר הקשה סתירה בדברי הרא"ש שבסוגיא דחרדל ס"ל כשיטת ר"ח ור"ח דלוקח אינו מרחיק ואילו באחים שחלקו כתב הרא"ש בדף ז. שיוכל לתבוע מחברו לסתום חלונו אע"ג דהוי בהתר והוי כלוקח. ותי"פ הרא"ש הנ"ל בתש" דהיכא ששניהם בהתר המזיק מרחיק וכתב שזה כשיטת הרמב"ן בסוגיא דחרדל. נמצא דהקצות כתב בדברי הרמב"ן דצונמא הוא כדברי הרא"ש בתשובה. ורע"א כתב שדברי הרא"ש בתשובה הם כרמב"ן בסוגיא דחרדל. והן הדברים שכתבנו שהרמב"ן דצונמא אזיל לשטתו בסוגיא דחרדל.

תודה הכא נמי בלוקח. עי' קצה"ח ס' קנ"ה סק"ג שכתב ב' דרכים לבאר מה שנדחק רש"י לפרש דלוקח קאי על בעל הבור ולא על האילן כפשוטו לשון הגמ'. תי' ראשון ע"פ שיטת הרמב"ן הנ"ל ע"ש. ותי' שני דאם המכירה היתה על מקום האילן יקשה המשך המשנה ספק אינו קרצין. ואם נמכר מקום האילן ויש ספק אם האילן היה בשעת מכירה או לא אמרינן כאן נמצא כאן היה ולא חיישינן שהיה האילן לפני המכירה וא"כ מספק צריך לקרצין, לכן פרש"י שהאילן נשאר באותה רשות והספק הוא אם בזמן מכירת מקום הבור כבר היה האילן או לא ובזה אינו קרצין מספק. ובסקט"ז כתב הקצות לישב קושיית התוס' על פירוש ר"ח דקשה בל"ה מה מועיל רשות הרי מכאן ולהבא יכול לחזור מהרשות כמו בקרע כסותי, ואיזה קנין יש לו שיוכל להמשיך להזיק ממון חברו. וכתב הקצות דאה"נ מצד הרשות היה יכול להזיק לחייב את בעל האילן להרחיק אע"פ שבתחילה נתן רשות אלא שכך דין הרחקה נזקין שחייב הרחקה הוא רק בתחילת עשיית התשמיש, אבל אם נעשה בהתר אף שאח"כ מזיק אין זה מחייב הרחקה. ובזה מיישב קושיית התוס' שהקשו שלר"ח אין ההתר מפני שקדם האילן אלא מפני שקיבל רשות להזיק וה"ה דאם קדם הבור מהני רשות. וכתב הקצות דאין התירו בגלל הרשות אלא הרשות גורם שתחילת נטיעת האילן היה בהתר א"כ כל שהיה ברשות זה נחשב קדמה האילן לערעורו של בעל הבור וכמו שכתבו התוס' לרש"י וריב"ם.

ולפ"י יתישב גם מה שכתבו בעמ' ב' בד"ה וסבר דפירוש ר"י ורש"י בסוגיא דחרדל, דלמסקנא גם לוקח חייב להרחיק, יתכן רק לפרש"י וריב"ם בלוקח. אבל לר"ח דלוקח בא בטענה של רשות אין מקום לומר שאעפ"כ חייב להרחיק, אבל לפי הקצות אין זה מוכרח כלל, דגם לר"ח מה שאינו מרחיק אח"כ אינו מפני הרשות דיכול הניזק לחזור בו אלא כיון שתחילת ההשתמשות הוא בהתר אין עליו חיוב הרחקה א"כ דמי לפטור של לוקח לרש"י וריב"ם, ושפיר י"ל שהגמ' חוזרת מזה וגם לוקח חייב להרחיק. אך דברי הקצות מיישבים רק את קושיית התוס' הראשונה. ובישוב קושייתם השניה למה נקט לוקח ולא בחזקה שיש עמה טענה ע' מש"כ באבי עזרי קונטרס הרחקה נזקין אות כ"ב ד"ה והנה התוס'. ובעיקר קושיית הקצות מה מהני קנין לנזקי שכנים ע' מש"כ בזה בחי' הגרש"ש בריש ב"ב.

הרחק דבורך מחרדלאי. כתב הרמב"ן במלחמות דהא דאין על בעל הדבורים חיוב שן הוא משום דאין הדבורים קנוים לו אלא מפני דרכי שלום. והנ"י לקמן כ"ב: בהא דמרחיקים שובך מן העיר כתב דאע"ג דינוי שובך אינם שלו אלא מפני דרכי שלום יש בזה חיוב של שן. והובאו דבריו בקצות ס' קנ"ה סק"ט. הרי שנחלקו הרמב"ן והנ"י אי סגי בקנין מפני דרכי שלום לחייב חיוב נזקי ממון. וע' בנתיבות ס' קנ"ה סק"ח שמביא דברי הרמב"ן וכתב שהוא דוחק. וצ"ב במאי פליגי הרמב"ן והנ"י בזה דפשוט שבלי קנין אף שנמצא הממון ברשותו ומשתמש בו אין בו חיוב של נזק"מ. ואף דשומר וגולן חייבים אף שאין הממון שלהם היינו משום דאיכא בעלים בני חיובא והם נכנסו תחת הבעלים כיון שאין הבעלים שומרים בגללם ע' תוס' ב"ק נו: ד"ה פשיטא. אבל כשאין בעלים כלל ליכא חיוב.

לכאורה נראה דתלוי במה שמסתפק הדבר אברהם בח"א ס' כ"א בדברים שיש בהם איסור גזל מפני דרכי שלום ואינם יוצאים בדיינים אם אינו קנוי לו כלל ולא תקנו אלא איסור לקחת א"ד לענין זה תקנו קנין אבל אינו קנין גמור ולא יוצא בדיינים אבל לענין שאסור לקחת יש לו קנין מדרבנן. ואי נימא דאינו קנין כלל מסתבר שלא יהיה בזה חיוב של נזקי ממון אבל אם קנוי לו לענין זה מסתבר יותר כנ"י שיש חיוב נזקי ממון ככל ממון שקנוי לו מדרבנן. וע' בב"מ ק"ב. שכתבנו שלכאורה בספק זה יהיה תלוי אם ממון שקנוי לו מפני דרכי שלום הוליד ולד אם הולד הוא ממילא שלו מפני דרכי שלום או שצריך סיבה לחדש דרכי שלום על הולד בפנ"ע. דאם זה קנין מסתבר שעד כמה שהאם קנויה גם הולד קנוי אבל אם אינו קנין כלל אלא רק איסור לקיחה יתכן שאינו עובר לולד אא"כ יש סיבה לתקן דרכי שלום על הולד בפנ"ע. ומדברי הרמב"ן שם בביאור דברי הגמ' לגבי חיוב שילוח הקן ביוני שובך מבואר דאף שעל האם יש איסור גזל מפני ד"ש על הביצה ליכא איסור גזל. ולפרש"י שם אין הוכחה. וכתבנו שם דפליגי בספק של הדבר אברהם ודברי הרמב"ן כאן מתאימים עם דבריו שם וע"ע מה שכתבנו בזה בס"ד בב"ק דף קי"ד.

ולדעת הנ"י הא דבדבורים ליכא חיוב שן צ"ל כמש"כ הנתיבות בס' קנ"ה סק"ח דבכולהו פרקין ליכא חיוב נזקי ממון כיון שא"א לשמור אלא א"כ יבטל התשמיש. וכדבריו מבואר ברשב"א כאן בסוף דף י"ח שאין בדבורים חיוב שן משום שאינם בני שמירה וזה כדברי הנתיבות ע"ש.

דף יח:

ואי דלא סמך היכי משכחת לה. ג' דרכים נאמרו בראשונים בהא דלה"א של הגמ' קשה רק לרבא ולאביי ניהא. א. שיטת תוס' דמירי שבעל הדבורים סמך תחילה ולאביי מותר לסמוך ורבנן סברי כיון שהדבורים סמך בהתר על בעל החרדל להרחיק כל ההרחקה ור"י סבר כיון שעשה בעל הדבורים קצת שלא כהוגן אין בעל החרדל מרחיק אע"פ שגם הוא מזיק. ב. הרמב"ן בחידושו הובא בקצות סק"א מבאר סברת ר"י דס"ל שבבור כשהראשון סמך בהתר השני מרחיק רק חצי הרחקה דאמנם מותר לראשון לסמוך אבל אין זה מוסיף על חיובו של השני. אבל כ"ז בבור שיש תועלת גם בחצי הרחקה משא"כ בדבורים חצי הרחקה לא מהני כלל לכן אינו מרחיק כלל. ג. הרמב"ן במלחמות כתב דר' יוסי ס"ל דאין לחייב את בעל החרדל להרחיק אף שהוא אחרון מפני שאין הוא נחשב מזיק כלפי הדבורים אלא הם מזיקים את עצמם והוי לה שלא תאכל.

כתבו התוס' דהיכא דאיכא שנים שכ"א מזיק לחברו והראשון סמך בהתר מפני שהשני עדיין לא נמצא אין השני מרחיק כיון שהראשון עשה קצת שלא כהוגן. ומה שמבואר לגבי בור שלאביי שמותר לראשון לסמוך השני חייב בכל ההרחקה ולא אמרינן דכיון שהראשון עשה קצת שלא כהוגן אין השני מרחיק בור שאני דמרפי ליה לארעיה ומזיק השני בידים לכותל בורו של ראשון. נחלקו האחרונים בביאור דברי התוס' רע"א נקט דבכל שאר המזיקים אפילו כשזה גירי דיליה אם הראשון שלא כהוגן השני אינו מרחיק ושאני בור בגלל סברת כל מרא ומרא דהוי מזיק ממש. ומה"ט מקשה רע"א לקמן כ"ב. על דברי התוס' שם ד"ה וקמא אמאי מרחיק השני הרי הראשון עשה קצת שלא כהוגן. אבל האבי עזרי בקונטרס הרחקת נזקין אות ל"ד כתב דאין כונת התוס' לחלק בין בור לשאר מזיקים אלא בין היכא דאינו גירי דיליה כחדל למזיקים שהם גירי דיליה שבהם השני מרחיק אפילו אם הראשון עשה קצת שלא כהוגן. ובוזה מישב את קושית רע"א על התוס' הנ"ל. וכדבריו כתב האו"ש בחידושיו לקמן כ"ח. ועיין מה שכתבנו בזה בס"ד לקמן כ"ב.

למסקנא שיטות הראשונים בקצרה הם א. שיטת רש"י ור"י דחדל סמך תחילה ולרבנן עליו להרחיק כיון שרק הוא מזיק אע"פ שהוא לוקח וברשות. ולר"י כיון ששניהם מזיקים זא"ז הדבורים שאינו ברשות מרחיק. ב. שיטת הרמב"ן במלחמות על דרך שיטת רש"י אך במקום לחדש שאין בכלל התר של לוקח ולדחוק דאילן שאני לומד הרמב"ן דרק הכא אין התר של לוקח משום שאחד לקח דבורים ואחד לקח חרדל משא"כ האילן שהאילן היה לוקח ואח"כ חפר חברו בור. ג. שיטת ר"ח ור"ת דתמיד לוקח אינו מרחיק והכא מיירי שהדבורים קדמו ור"א ס"ל שתמיד מותר לסמוך כשאין נזק כאביי ורק בבור חולק. וא"כ יתבאר מחלוקת ר"י ורבנן או כמו שנתבאר לעיל באביי דתרווייהו מזיקי לכו"ע ופליגי אם החדל מרחיק כשהדבורים עשו קצת שלא כהוגן. והמקשן השני [ובסד"ה כלל כתבו שיתכן לפרש כן גם בדעת המקשן הראשון] מפרש דכו"ע אית להו הסברא שאם הראשון עשה קצת שלא כהוגן השני אינו מרחיק אלא דרבנן סברי דדבורים אינם מזיקים לכן הוי כהוגן וחדל מרחיק ור"י ס"ל שגם הדבורים מזיקין ועשה קצת שלא כהוגן ולכן החדל אינו מרחיק. ד. שיטת הר"י מגש שהובא בסוף דברי המלחמות על דרך ר"ת ור"ח אך לא דהדר ביה ור"א כאביי ממש אלא רק דמודה ר"א שאפשר לסמוך על דעת שישלך אח"כ כשיהיה נזק ע"ש. ה. בעה"מ מפרש דסברת ר"י למסקנא הוא דכיון דתרווייהו מזיקי אהדי הוי מלתא דלא שכיחה ולא גזרו בה רבנן. והרמב"ן חולק דלא שייך כאן כלל זה דאטו גזירה הוא להחמיר באיסורין ע"ש. ו. ע' בקצה"ח ס' קנ"ה סק"ד שמבאר שלר"ח שהובא בתוס' בעמ' א' שיטה אחרת בביאור הסוגיא יע"ש.

הנ"מ בין פרש"י לר"ת ור"ח הוא אי איכא התירא דלוקח ואם נשאר למסקנא שלר"א אסור לסמוך כל המזיקין. מסקנת הרא"ש בסוגין כשיטת ר"ת ור"ח. נמצא דלרש"י ליכא התירא דלוקח ולרא"ש יש. ורע"א בקונטרס נזיקין הקשה שרש"י והרא"ש לעיל דף ז: הפכו שיטתם באחין שחלקו אין להם חלונות זע"ז. דהרמב"ן שם מדייק בלשון רש"י שאינו יכול לכוף את חברו לסתום החלון וע"כ טעמא משום דנפתח בהתר כדין לוקח, וקשה דהכא ס"ל לרש"י שלמסקנא אין התר בלוקח. והרא"ש כתב שם שכופה לסתום את החלון וקשה דהכא ס"ל דאיכא התר של לוקח. [הסתירה ברש"י הובא בתחילת הקונטרס בד"ה ומ"ש. והסתירה ברא"ש היא קרוב לסוף בד"ה ונבאר]. וע"ש מש"כ לישב דבריהם דרש"י מתיר שם לא מפני שהוא לוקח אלא דלא נחשב גירי דיליה כיון שבזמן שנפתח החלון לא היה נזק כשיטת תוס' לעיל ולא כרמב"ן. וברא"ש כתב דהתם ליכא פטורא דלוקח דשניהם שוים כמבואר בשו"ת הרא"ש וכשיטת הרמב"ן.

מבואר בגמ' דהנזק של משרה לירק וכרישין לבצלים אינו גירי דיליה. ע' ברשב"א לקמן כב: שנשאר בצ"ע בטעם הדבר. ע' ריטב"א דף כה. דהרחקת נבילה מן העיר שהוא מחמת ריח הוי גירי א"כ גם נזק של משרה שהוא מחמת ריח כמבואר ברשב"א לקמן כ"ה. לכאורה היה צריך להיות גירי וצ"ע. אך התור"ד בדף כ"ו. כתב דנבילות לא הוי גירי ע"ש. בגמ' מבואר דחדל לדבורים אינו גירי אבל דבורים לחדל כתבו הריטב"א בדף כה. והרשב"א בדף כו. דהוי גירי ע"ש.

התוס' בד"ה ואי כתבו דאילן שאני משאר מזיקים דחזינון שאפילו שסמך באיסור קוצץ ונותן דמים ובשאר מזיקים כשחייב להרחיק אינו מקבל דמים. וד' טעמים נאמרו בראשונים בטעם הדבר דאילן שונה משאר המזיקים. א. התוס' כתבו דהקילו באילן מפני שעשוי לעמוד שנים רבות ואיכא הפסד מרובה. ב. הרמב"ן כתב דאילן שאני מפני ישוב א"י [הובא בקצה"ח ס' קנ"ה סק"א]. ג. הריטב"א כתב בשם הרא"ה דלמניעת הנזק שהאילן מזיק לבור סגי בקציצת השרשים אלא שיש בזה טורח לכן הקילו על הנזק לקצוץ את האילן ולכן חייבו לשלם דמי האילן. ד. רש"י לקמן כ"ה: בד"ה ונותן כתב כיון שאינו מזיק עד זמן גדול נחשב כנטע בהתר ומקבל דמים.

דף יט.

איבעיא להו וסד בסיד תנן. הרמב"ם בפ"ט משכנים ה"א פסק דבעינן תרווייהו וכתב ה"ה דס"ל כיון שאמרו פשיטא וסד בסיד תנן נפשט הספק. כ"כ הרשב"א והריטב"א. וכ"כ הגאון ס' קנ"ה סק"ו. אך הרא"ש ס"ל שלא נפשט הספק הלכך אם עשה אחד מהם אין כופין אותו לעשות יותר. הקצות בס' קנ"ה סק"ה וסק"ז נקט שרק בדיעבד כתב הרא"ש שאינו מרחיק מספק אבל לכתחילה אסור לסמוך אא"כ הרחיק וגם סד בסיד. ובוזה מישב קושית הש"ך על הסמ"ע שכתב דבכותל בנין לא מצריך הרא"ש תרתי. והקשה הש"ך הרי הרא"ש פוסק לקולא גם בכותל בור א"כ אפילו אם כותל בנין הוא ככותל בור סגי בחד. ותי' הקצות דלכתחילה מודה הרא"ש שצריך שניהם, וכ"כ הנתיבות שם סק"ט. אמנם בדברי הש"ך מבואר שלא"ש מותר לכתחילה בהרחקה או בסיד.

הקצות שלומד שלכתחילה אסור אא"כ הרחיק וסד מדמה למה דמבואר בסע' ג' בספק של כיבד וריבץ שלכתחילה אסור ובדיעבד אינו מרחיק. ומבואר שנקט הקצות שגם בספק של כיבד וריבץ אסור הרא"ש לסמוך לכתחילה. אמנם לשון הרא"ש בס' ו' לגבי כיבד וריבץ הוא כיון דלא אפשר לא מזיקנא ליה להרחיק משמע יותר שגם לכתחילה אינו מרחיק. ודברי השו"ע בסע' ג' שלכתחילה מרחיק הוא שיטת הרמב"ם. וכן מבואר בגאון שם סק"ח שלרא"ש סומך לכתחילה, וא"כ גם לגבי סד בסיד יהיה מותר לכתחילה, ולשון הרא"ש שמשמע בדיעבד אינו בדוקא. ועוד יש להעיר דאפילו הרמב"ם והשו"ע שאוסרים לכתחילה בספק של כיבד וריבץ יתכן שידו שכאן מותר לכתחילה. דע' ברע"א בסוף הקונטרס שדן לגבי מה שנחלקו תוס' והרמב"ן אם מותר לסמוך גפת למיצר דלתוס' כיון שאין נזק לא הוי גירי דיליה ומותר לר' יוסי, והרמב"ן ס"ל דהוי גירי דיליה ואסור. ומספק כתב רע"א כיון שהמזיק עושה בתוך שלו אין הוא נחשב מוציא ואדברה הניזק שרוצה למנוע את המזיק מתשמישו עליו הראיה ומותר לכתחילה לסמוך מספק. ומוסיף רע"א דלא דמי להא דקי"ל בספק של כיבד וריבץ דלכתחילה

אסור דהתם הוא ודאי מזיק אפילו אם החנות קדם בכל פעם שמסיק את התנור הוא מזיק אלא שאם קדם לא חייבוהו להרחיק אבל אין ספק בעיקר המזיק. משא"כ בגפת על הצד שאינו גירי דיליה אינו נחשב מזיק כלל וכל שיש ספק בעיקר המזיק אינו מרחיק מספק. ופשוט שלפי רע"א גם בספק של סד בסיד לא ירחיק מספק אפילו לכתחילה [אלא שהרמב"ם מחייב תרתי משום דס"ל שנפשט אבל אילו היה ספק היה מודה הרמב"ם דאפילו לכתחילה סגי בחד]. נמצא דלא מיבעיא לשיטת הרא"ש בכיבוד וריבין בודאי שכאן סגי בחד לכתחילה אלא אפילו החולקים שם יודו כאן.

ביאור מחלוקת הרמב"ם והרא"ש אם מרחיק לכתחילה בספק של כיבוד וריבין המ"מ כתב שסברת הרמב"ם דכיון שאסור להזיק הוי ספק איסור, והגאון הנ"ל כתב דתלוי במה שנחלקו הראשונים בכמה מקומות בספק איסור הנוגע לממון כספק צדקה וספק ממון עניים, הרמב"ם ס"ל דהוי ספק איסור דאורייתא והרא"ש ס"ל דנידון כספק ממון, [ע"ש בגאון שתלה במחלוקת הרמב"ם והראב"ד בספק אבידה ובמחלוקת אי תקפו כהן מוציאין מידו או לא והדברים צ"ב]. וע' בתומים בקיצור תקפו כהן ס' קכ"ז שנחלקו מהרא"ש ששון והש"ך בספק מזיק של קוטרא וביה"כ, דמהרא"ש ששון ס"ל כיון שיש בזה נזק לאדם יש בו איסור וספקו לחומרא והש"ך כתב דגם ספק איסור שתלוי בממון דינו כספק ממון. וע"ש בתומים שהאריך בזה וחלק מדבריו הובאו לעיל בסוגיא דהזיק ראיא. ועי"ל בדעת הרא"ש ע"פ מה שהובא בריש פרקין דבבעה"מ מבואר דחייבי הרחקת נזקין אינם אלא מדרבנן וא"כ אפילו אם נחשב ספק איסור אינו אלא איסור דרבנן וספיקו להקל.

ע' בקצות ס' קנ"ה סק"ח שגם לצד דאז סד בסיד תנן היינו רק דאם סד בסיד אינו מרחיק ששה אבל ג' טפחים בודאי בעינן גם כשסד בסיד. ועפ"ז כתב לישב גרסת הספרים שהובא בתוד"ה בא בידים ע"ש.

א"כ לערבינהו ולתנינהו. קשה מאי פריך הא ברישא נשנו מזיקים שמזיקים לבור ובסיפא מזיקים שמזיקים לכותל בנין. וכתב החזו"א בס' י"ג סק"ה דיש להוכיח מזה שיש חיוב הרחקה על בור וכל המזיקים שנזכרו ברישא גם מכותל בנין של חברו. אך מוסיף החזו"א דא"כ מוכח נמי איפכא דיש חיוב הרחקת גפת מכורו של חברו. ומסיק החזו"א ד"ל ששאלת הגמ' לערבינהו היינו שיהיה כתוב לא יחפור אדם בור סמוך לבורו של חברו ומרחיקין גפת מכותלו ג' טפחים וסד בסיד. וכבר עמד ר' יונה בשאלה זו וכתב דהוי מצי לשנויי רישא הזיקא דבור וסיפא הזיקא דכותל ולא דבור שאין צריך להרחיק זרעים ומחרישה מן הבור.

תנן התם במה טומנין. ר' יונה בעליותיו כתב ב' חידושים בהלכות הטמנה. א. דאע"ג דמותר להטמין מבעוד יום בדבר שאינו מוסיף הבל זה רק אם אין שום הוספת הבל אבל כשיש הוספת הבל אפילו שאינו מהדבר שמוטמן בו גם זה בכלל מוסיף הבל ואסור. ולכן אסור להטמין בדבר שאינו מוסיף הבל ולעמיד ע"ג כירה אף באופן דליכא איסור שהיה דכיון שהדבר מוטמן ויש הוספת הבל מהכירה דינו כמטמין בדבר המוסיף הבל. ודין זה מובא בס' רנ"ג סע' ח'. ומקורו של ר' יונה הוא מהגמ' בשבת מז: דהמטמין בדבר שאינו מוסיף הבל לא יניח הקדירה המוטמנת ע"ג גפת מפני שהגפת מוסיף הבל ואף שאינו מוטמן בגפת אסור כיון שיש הטמנה ויש דבר אחר שמוסיף הבל. והר"ן בריש פרק במה טומנים מביא שהרמב"ן חולק וס"ל שרק אם הדבר שמוטמן בו מוסיף הבל אסור ולא כשמגיע הבל ממקום אחר. ומה שאסור להניח ע"ג גפת הוא מפני שתחתית הקדירה מוטמנת בגפת והוי כמטמין בדבר המוסיף הבל אבל אם יש אויר בין הקדירה לגפת שרי אע"פ שהגפת מוסיף הבל לקדירה המוטמנת. דהיינו שנחלקו בגדר מוסיף הבל אם הוא דוקא שההבל בא מהדבר שמוטמן בו או אפילו אם מגיע מעלמא אסור שיש כאן הטמנה ויש הוספת הבל.

מה שאסור לרמב"ן כשמונה ע"ג הגפת יש לבאר בב' אופנים. א. דס"ל שהטמנה במקצת חשיב הטמנה כמו שפוסק המחבר בס' רנ"ג סע' א' ובס' רנ"ז סע' ח' ולכן יש כאן הטמנה בגפת שהוא מוסיף הבל. ב. אפילו לרמ"א שם דס"ל שלא נחשב הטמנה אא"כ הטמין כולו מ"מ באופן שכולו מוטמן וחלק מוטמן בדבר שאינו מוסיף הבל וחלק בדבר המוסיף אסור. דמה שמתירין הטמנה במקצת הוא משום דאין זה נחשב הטמנה אבל כשמוטמן כולו כל חלק ממנו יש עליו שם הטמנה ואסור שאפילו חלק מההטמנה יהיה בדבר המוסיף הבל. אבל ר' יונה י"ל דס"ל דהטמנה במקצת אינו הטמנה וא"כ אם היה הדין שצריך שהוספת ההבל יבא מהדבר שמוטמן בו היה צריך להיות שיהיה כולו מוטמן בדבר המוסיף הבל. ומזה שאוסרים להניח ע"ג גפת מוכח דלא בעינן שהוספת ההבל יבא מהדבר שמוטמן בו ולכן למד מזה שאפילו אם יש אויר בין הקדירה לגפת אסור.

עוד דין מחודש כתב ר' יונה כאן והובא בס' רנ"ג סע' ד' דאסור לערות מים מכלי ראשון לכלי ראשון אחר דחיישינן שמא הראשון אינו יד סולדת והשני יד סולדת ויתבשל הראשון בשני. ומוסיף ר' יונה שאפילו שניהם יד סולדת אסור כיון שיש צד שעירוי אינו ככלי ראשון א"כ מיד שיצאו המים מהכלי הראשון דינם ככלי שני דחשיב כצונן וחוזר ומתבשל ע"י המים שבכלי ראשון. וגם ע"ז חולק הר"ן בריש במה טומנים וס"ל שאין בישול אחר בישול גם בלח ואף שנצטנן אין איסור לחזור ולבשול. אך שיטת ר' יונה שבלח יש בישול אחר בישול. וכן נפסק בשו"ע בס' שיי"ח סע' ד' אלא שנחלקו בזה המחבר והרמ"א בס' שיי"ח סע' ט"ו שהמחבר פוסק שאם זה פחות מיד סולדת יש בישול אחר בישול בלח והרמ"א מיקל כ"ז שלא נצטנן לגמרי. אמנם מה שמוסיף ר' יונה שאפילו שניהם יד סולדת כשיצא מכלי ראשון חשיב כצונן ואסור שוב לבשול לכאורה אינו מובן, דעד כאן לא מחלקים בין כ"ר לכלי שני אלא לענין הכח לבשל דכ"ר יש לו כח לבשל וכ"ש אינו מבשל. אבל כשדנים אם הוא עצמו נחשב מבושל לכאן אין לחלק בין כ"ר לכלי שני. דהתוס' הקשו בשבת מ: למה מחלקים בין כ"ר לכ"ש הא תלוי בחום המים אם הם יד סולדת או לא. ותי' דכ"ש אינו מבשל אע"פ שהוא יד סולדת כיון שאין הדפנות חמין. וזה סברא רק שאין לו כח לבשל אבל לענין אם הוא עצמו נחשב מבושל תלוי רק בחום המים. וע' בביאה"ל ס' שיי"ח סע' ד' שמביא שהפמ"ג א"א סק"ב מסופק בלח שנתנו אותו בכלי שני אם דינו כצונן ואסור לשפוך ממנו לכ"ר או לא. וכתב החזו"א באו"ח ס' ל"ז סק"ג בד"ה במ"ב שבדברי ר' יונה מבואר שנחשב כצונן ויש בו בישול אחר בישול. אך הקשה משבת לח: שבפינה ממיחם למיחם מספקא לגמ' אם יש התר של חזרה או שנחשב כנתינה לכתחילה שאסור. ואי נימא דכלי שני הוי כנצטנן ת"ל שאסור להחזיר משום איסור בישול. ובאמת הפמ"ג בעצמו עמד בזה בס' רנ"ג א"א סק"כ וכתב דכיון שהמיחם שפינה לתוכו חם אינו נחשב כלי שני. ותיירצו אינו מישיב אלא את דבריו שמדבר על כלי שני, אבל ר' יונה ס"ל שיש בו בישול ברגע שיצא מכלי ראשון דיש צד שעירוי אינו ככלי ראשון וע"ז קשה מפניה ממיחם למיחם ולא יעיל בזה תי' הפמ"ג.

משום דמשתכח. פרש"י שמשברין את הקדירה ובכל מקום שמעתיו שמעלה חלודה. והא דלא פירש כאן כמו בשאר מקומות כתב הרש"ש דקדירה הוא של חרס ולא שייך בו חלודה. וברמב"ן משמע דרש"י לא פירש כן משום שחלודה של הקדירה אינו אלא סיבה שלא שכיה ולא עדיף מגיזי צמר דקתני אע"ג דלא שכיה, לכן צריך לפרש שמשבר את הקדירה וזה גורם שאינו מטמין כלל ועדיף מגיזי צמר. ותוס' פרשו דמחליד את המאכל ולכן לא מטמינים בו כלל.

דמחממי חיים. כתבו התוס' דאין זה דוקא כשמוטמן בו דבר חם אלא גם כשמתחמם החול מדבר אחר הוא מוסיף הבל ולכן אוסר רבה בשבת ל"ט. להטמין ביצה בחול שהוחם מחמת השמש. וע' בשבת לט. שר' יוסף חולק על רבה וס"ל דמה שאסור להטמין ביצה בחול אינו גזירה שמא יטמין ברמץ אלא משום חשש שיעשה גומא. והקשו שם התוס' בד"ה אלא למה הוצרך ר' יוסף לסברא של מזיז עפר וכי לית ליה איסור הטמנה שאסור משום גזירה שמא יטמין ברמץ. ותי' דרך במטמין בע"ש יש גזירה זו ולא בשבת. והרשב"א שם כתב דר"י ס"ל שאין לאסור להטמין בחול דחול אינו מוסיף הבל כמבואר בב"ב דרך על דבר חם חול מוסיף הבל ובשבת מייירי שמטמין ביצה צוננת. נמצא לשיטת הרשב"א רבה ור"י נחלקו בסברת התוס' דידן, דרבה ס"ל דכל שהחול חם הוא מוסיף הבל, לא שנא נתחמם מהדבר שמוטמן בו לא שנא נתחמם מהשמש, ור"י ס"ל שרק כשיש בו דבר חם החול מוסיף עליו הבל.

התם במתונתא. מדפריך תנא דידן נמי ליתני מוכח לכאור' דנזק של מתונתא הוי גירי דיליה דאל"כ לק"מ דהמשנה נקטה רק הדברים דמודה בהו ר"י. ולעיל בריש פרקין כתבנו להקשות מכאן על התוס' דס"ל שמתונתא לא הוי גירי דיליה אלא בצירוף כל מרא ומרא וכאן מבואר שגם בלי כל מרא ומרא הוי גירי דיליה. וכתבנו דלעולם מודה התוס' דמתונתא בפנ"ע הוי גירי דיליה ורק במקום שהניזק אינו נמצא בשעת חפירה כגון שסומך למיצר בזה כמו שס"ל לתוס' לעיל דגפת לא הוי גירי כמו כן מתונתא לא הוי גירי אלא רק בצירוף כל מרא ומרא אבל כשמניח סמוך לבורו או לכותלו של חברו כמו שגפת הוי גירי כך מתונתא נחשב גירי גם בלי כל מרא ומרא כדמוכח מחול הלח. והדברים מבוארים בחי' הג"ר מאיר שמחה זצ"ל שכתב שהרמב"ן ותוס' דפליגי אי גפת הוי גירי דיליה כשהניזק עדיין לא נמצא אזלו לשטתם דפליגי אי בור דמתני' איירי עם מים או בלי מים, דתוס' ס"ל דכל מרא בפנ"ע אינו מזיק אלא רק בצירוף מתונתא וא"כ קשה למה הוצרך רבא להגיע לסברת כל מרא ומרא כדי שיחשב גירי דיליה הא גם מתונתא הוא גירי דיליה. ומזה למדו התוס' דכשהניזק אינו נמצא מתונתא אינו גירי ומזה למדו שגם גפת אינו גירי כשהניזק לא נמצא. אבל הרמב"ן ס"ל דמייירי בלי מים ושפיר הוצרך רבא לסברת כל מרא ואין ללמוד מזה דגפת אינו גירי דיליה כשהניזק לא נמצא. הרי שנקט כדבר פשוט שרק במקום דליכא ניזק כתבו התוס' דלא הוי גירי אלא בצירוף כל מרא אבל כשיש ניזק גם מתונתא בפנ"ע הוי גירי דיליה. ומתונתא וגפת שוים בזה.

זרעים ת"ל משום מחרישה. הקשה רע"א לשיטת ר"ת ור"ח דמסקנת הגמ' לעיל דבכל המזיקים חוץ מבור מודה רבא לאביי דמותר לסמוך כשאין ניזק אולי מייירי שחרש לפני שהיה כותל ועכשיו בא לזרוע. ומדברי ר' גרשום מבואר דמפרש קושית הגמ' על חרישה שעושים בשעת הזריעה ולא על חרישה ראשונה. ויתכן שנתכווין בזה לישב קושית רע"א דמחרישה ראשונה לא קשיא אבל מהחרישה שבשעת הזריעה קשה שבבת אחת עושה זריעה וחרישה וע"ז פריך שפיר למה נזכר זריעה ת"ל משום חרישה וכן איפכא. וע"ע בחזו"א סי' י"ג סק"ו שכתב דכמו שרבא אוסר לסמוך בבור משום כל מרא ה"נ חרישה ג"כ יש בו סברת כל מרא ומרא [ומה שחרישה אסורא גם בלי מתונתא ובור לתוס' אסור רק בצירוף מתונתא ע' חזו"א סי' י"ג סק"ה]. א"כ לרבא ניהא קושית הגמ' דאסור לחרוש גם כשאין ניזק. אך עיין ברע"א במשניות שהרגיש בתי' זה וכתב דע"כ אין במחרישה כל מרא ומרא, שכתבו התוס' לעיל דאחרי מסקנת הגמ' בדף י"ח: מיושב כל השאלות ששאלו בדף י"ח. על רבא, ואחד מן השאלות היה ממחרישה ומוכח שאין בזה סברת כל מרא ומרא.

מחרישה ת"ל משום זרעים. כתב הרמב"ן דהא דלא משני נ"מ לעכב משעת חרישה דלאו בשופטני עסקינן שיחרוש כשיודע שלא יוכל לזרוע. וכ"כ הרשב"א על שאלה זו ועל ת"ל משום מיא. מבואר מדבריהם דאילו לא היה נזק בחרישה אף שתכלית החרישה הוא לזרוע ולהשקות אינו יכול לעכב כ"ז שאין נזק. אבל הרמ"ה באות ל"ו והריטב"א כתבו דקושית הגמ' שאפילו אם אין נזק בחרישה יכול לעכב גם בשעת חרישה בגלל שזה הכנה לזריעה ומים והם יזיקו. ועיין מה שכתבנו בריש פרקין לבאר ע"פ דברי הריטב"א כאן את התוס' שם.

הריטב"א לומד דין זה ממה שמבואר לעיל י"ח. דמרחיקים אילן משדה חברו בגלל עבודת האילן. הרי שאף שהאילן עצמו אינו מזיק מ"מ כיון שיהיה נזק אח"כ לצורך הטיפול באילן יכול הניזק לעכב שלא יטע אילן. וכתב הריטב"א שם דשמעינן מזה שמעכב על התשמיש אף שהנזק יבוא אח"כ מדבר אחר. ולכן גם כאן יכול לעכב שלא יחרוש, אפילו אם לא היה נזק בחרישה, מפני שיהיה אח"כ נזק ע"י הזרעים והמים. ובדעת הרמב"ן צריך לחלק בין אילן לחרישה, דאילן הוא תשמיש דנוטע אילן והאילן נשאר במקומו, ואם הטיפול באילן גורם נזק האילן נחשב כתשמיש המזיק. אבל חרישה הוא פעולה שעושה בקרקע ואינו מניח שם שום חפץ, ואם פעולה זו אינה מזיקה אינו יכול לעכב על עשיית פעולה זו מפני שעתיד לעשות פעולה אחרת שתזיק.

בחורש לאילנות. כתבו הרשב"א ור' יונה דאיירי שקיבל רשות לנטוע אילן סמוך לכותל חברו דאל"כ כמו שיש חיוב הרחקת אילן מבורו של חברו כ"ה אמה כך יש חיוב הרחקת אילן מכותל חברו ע"ש.

ת"ל משום מיא. הקשה רע"א דבהך בבא דמרחיקים את הזרעים ואת המחרישה לא נזכר במשנה סד בסיד. וכתב הפרישה דלא מהני בזה סיד כיון שזה מרפה את קרקעית הכותל, וא"כ קשה מאי פריך ת"ל משום מיא הא במתונתא מהני סד בסיד ולכן צריך להשמיע שיש עוד מזיק של זרעים ומחרישה ובה לא מהני סד בסיד. וכתב רע"א שלפוסקים דס"ל דנפיש דוסד בסיד תנן ניהא שגם במתונתא לא סגי בסיד לבד אלא בעינן נמי הרחקה ושפיר הקשו ת"ל משום מיא. אבל לסוברים דקי"ל או סד בסיד איכא נ"מ שאם הנזק היה רק המים היה מועיל סיד ועכשיו שהמחרישה והזרעים מזיקים לא מהני סיד. אמנם מש"כ רע"א שלסוברים דקי"ל וסד בסיד תנן ניהא תלוי במחלוקת הש"ך והנתיבות שהובא בריש פרקין. שהש"ך בס' קנ"ה סק"ד ס"ל שבכל נזק של מתונתא בעינן הרחקה וסיד גם כשאין צירוף של כל מרא ומרא כגון בחול הלח. א"כ גם במיא דהכא יצטרכו גם סיד וגם הרחקה. אבל הנתיבות כתב בסק"ד שמה שבמתונתא בעינן תרתי הוא דוקא בבור שיש צירוף של כל מרא ומרא כמש"כ התוס' בריש פרקין אבל בחול הלח שיש בו נזק של מתונתא בלי כל מרא ומרא לא בעינן תרתי. וא"כ גם במיא

דהכא שהוא מתוננתא בלי כל מרא ומרא סגי בסיד או בהרחקה כמו בגפת ומלה, וא"כ הדרא קושיית רע"א לדוכתיה מאי פריך ת"ל משום מיא הא במים מהני סיד בלי הרחקה ובמחרישה וזרעים בעינן הרחקה ולא מהני סיד.

המבריק את הגפן. שיטת התוס' דאין איסורו משום כלאים אלא משום חשש הרכבה. אבל ר' גרשום כתב שאסור משום כלאים וכן נראה מלשון רש"י כמש"כ הרמב"ן וי"א שכן דעת הרמב"ם. ונ"מ בחו"ל דלשיטת תוס' דהוא משום הרכבה יהיה אסור מן התורה גם בחו"ל אבל לסוברים דאסור משום כלאים ליכא איסור תורה בכלאי הכרם בחו"ל. והקשו הראשונים למה לצדדים מותר אמנם שרשי הירק אינם הולכים לצדדים מ"מ שרשי ההכרמה הולכים לצדדים ויכנס בהם שרשי הירק. וכתב בזה הרא"ש בהל' כלאים ס' ד' דאין איסור הרכבה בשרשים אלא רק בגוף הגפן או בהכרמה שהיא מגוף הגפן וכן כתבו הרמב"ן והריטב"א כאן וכן נפסק בשו"ע יו"ד ס' רצ"ה סע' ה', אבל הר"ן בספ"ק דקידושין והובא בגאון שם סק"א כתב דשרשי ההכרמה הולכים לצדדים רק לאחר שירדו למטה מג' טפחים. אבל לולא זה אסור אף שההכרמה הוא בשרשים וכ"כ ר' יונה כאן ע"ש.

בדברי התוס' שפרשו שהאיסור הוא משום הרכבת אילן יש חידוש שאינו עושה את פעולת ההרכבה בידיים אלא זורע מעל ההכרמה והשרשים מעצמם נכנסים לתוך ההכרמה. ובשלמא אם החיוב משום זורע כלאים ככל זריעה ההשרשה נעשה מאליו וזה נחשב מעשה זריעה ובהכי חייביה רחמנא אבל הרכבת אילן בדרך כלל נעשה ע"י מעשה האדם כמו הרבעת בהמה. ובתוס' מבואר שגם באופן שההכרמה נעשה מאליו לאחר זמן אסור.

בביאור שיטת הרמב"ם ור' גרשום ורש"י דס"ל שהאיסור הוא משום כלאי הכרם ולא משום הרכבת אילן כתב בספר תורת זרעים בכלאים פ"ב דמה שאין איסור כלאים כשאין עירוב הוא בגפן יחידי שאין על המקום שסביב הגפן שם כרם או בכרם ממש כשיש מחיצה שאין שם כרם על המקום שחוץ למחיצה אבל כשאין מחיצה וזורע בד' אמות של הכרם כיון שיש על מקום זה שם כרם יש איסור במה שזורע בכרם אף שאין ערוב למעלה. [עיי' בתור"ד כאן דהא דיש שם כרם עד ד' אמות הוא הל"מ] וגם בגפן יחידי כשרשי הזרעים נכנסים בתוך ההכרמה זה נחשב זריעה בתוך כרם שההכרמה הוא הגפן עצמו ועליו יש שם כרם גם בגפן יחידי, וכיון שנחשב זריעה בתוך כרם איכא איסור גם כשאין עירוב למעלה.

דף יט:

התם בשופכין. נחלקו הראשונים אם תי' זה נשאר למסקנא או לא. הרמב"ם בפ"ט משכנים ה"ב כתב הדין שמרחיקין את הגומא שמתקבץ בה מי רגלים מן הכותל ג' טפחים. וזה הדין של שופכין כמבואר במ"מ. ובזה לא מחלק הרמב"ם בין כותל לבנים לאבנים. ובהל' ר' כתב לא ישתין אדם וכו' ושם מחלק בין לבנים לאבנים. וזה שיטת הג"י והשיטמ"ק בשם ר' יונה דכיון דמתני' מיירי בכל כותל ע"כ מיירי בשופכין אף שנדחה דברי רבה בר חנה. אמנם שיטת רש"י במתני' דמרחיקים מי רגלים דוקא מכותל לבנים. וכן בשאר המזיקין דמתני' כתב רש"י שם דמרחיקין מכותל לבנים דוקא. ולפ"ז למסקנא ליתא לתי' דשופכין דבלבנים גם השתנה אסור ובאבנים גם שופכין מותר בלי הרחקת ג' טפחים כמו גפת וזבל. ובשו"ע ס' קנ"ה סע' ר' הובא שיטת רש"י בשם י"א ע"ש.

כל דבר המק"ט אינו חוצץ. הסתפקו האחרונים בהאי דינא אם מה שראוי לקבל טומאה הוא חסרון אף שבפועל אינו טמא, או שהחסרון בראוי הוא משום שנטמא ודבר טמא אינו חוצץ אבל באופן שלא נטמא חוצץ אע"פ שהוא ראוי לק"ט. ע' בקו"ש שבתחילה נקט שיש חסרון בראוי לק"ט ולפ"ז מוכיח ממה דמבואר בסמוך דאוכלין שלא הוכשרו חוצצין דנחשב דבר שאינו ראוי לק"ט כיון שמחוסר הכשר, והקשה א"כ אמאי אין מסככין באוכלין שלא הוכשרו הא לא נתמעט אלא דבר הראוי לק"ט ואוכלין שלא הוכשרו נחשבים כאינו ראוי לק"ט. ותי' דאוכלין שלא הוכשרו חשיב ראוי לק"ט ולכן אין מסככין בו, אבל לענין חציצה כ"ז שלא נטמא חוצץ אע"פ שהוא ראוי לק"ט וכשלא הוכשר ליכא טומאה לכן חוצץ.

כצד זה שכתב הקו"ש מבואר בשיטמ"ק בשם הר"י מגש דכתב בהדיא דהא דדבר הראוי לק"ט אינו חוצץ הוא משום דנטמא ועיילא ליה טומאה בגופיה והוי ליה ככל הכלים הטמאים שאינם חוצצין. אמנם מדברי התוס' בד"ה רואין מוכח לכאן דלא ס"ל כן דכתבו בפשט השני דאם סמך את הדבר החוצץ בכלים הראויים לק"ט אינו חוצץ. והכא ליכא לסברת הר"י מגש שהדבר החוצץ בעצמו אינו מק"ט ובדאי לא נטמא ואע"פ אינו חוצץ כיון שנסמך ע"י דבר המק"ט, וכ"ש שאם הדבר החוצץ הוא בעצמו ראוי לק"ט שאינו חוצץ אע"פ שלא נטמא בפועל. כמדומה שראיה זו שמעתי ממור"ר הגרש"ז אויערבך זצ"ל. ולפ"ז הדרא קושיית הקו"ש לדוכתיה דמדחזינן דאוכלין שלא הוכשרו חוצצין ע"כ דלא נחשב ראוי לק"ט ואמאי פסול לסכך.

ונראה שגם למה דמשמע בתוס' יש לישב קושיית הקו"ש דהכא המצב של ראוי לק"ט גורם שלא יחצוץ וכשלא הוכשר לא נחשב במצב שראוי לק"ט. משא"כ לגבי סכך נתמעט המין וגם לפני הכשר הוא מין שראוי לק"ט דההכשר לא הופכו להיות מין אחר. ויש להביא ראיה לסברא זו מדברי הרמב"ן. שהראשונים הקשו אמאי המסכך באוכלין סוכתו פסולה הא בית שסככו בזרעים טהרו דנתבטל מתורת אוכל ככופת שאור שיחדה לשיבה. התוס' בסוכה י"ג: כתבו בתי' ראשון דבעינן יחוד לעולם כדי להפקיע מק"ט ולא סגי ביחוד לימי החג וכ"כ הרשב"א בסוגין. ועוד כתבו התוס' דבעינן ביטול ע"י מעשה ולא סגי ביחוד. ועוד תירצו דאף שאחר שסכך בו בטל מיניה תורת קבלת טומאה מ"מ בשעה שסיכך היה פסול והוי תעשה ולא מן העשוי. וכן תי' הרמב"ן בסוגין ומוסיף הרמב"ן עוד שאפילו סיכך בו בית אחר וכבר בטל מן האוכל תורת קבלת טומאה ואח"כ בא לסכך בו נמי פסול "דדומיא דפסולת גורן ויקב בעינן דלא חזו לקבל טומאה" הרי שכתב הרמב"ן דאע"ג דבטל מיניה שם אוכל ובדאי יצא מכלל ראוי לקבל טומאה מ"מ פסול לסכך דאינו דומיא דפסולת גורן ויקב. וזה כמו שנתבאר דנתמעט מין הראוי לק"ט. וממילא אין מקום לקושיית הקו"ש דאף דאוכל שלא הוכשר אינו נחשב ראוי לק"ט מ"מ פסול לסכך. ומה"ט גם אוכלין פחות מכביצה אע"ג דחוצצין בפני הטומאה פסולין לסכך. ואין להקשות דאף דמהרמב"ן מוכח כדברינו מ"מ מהתוס' שלא תרצו כרמב"ן מוכח דלא נתמעט המין. ז"א דתוס' מודים ביסוד הדברים אלא דס"ל דע"י היחוד לבנין נעשה בית ובטל מיניה תורת אוכל וחשיב כמין אחר כמו שכופת שאור שיחודו לשיבה לא נחשב כחמץ לענין כל יראה. אבל חסרון הכשר או פחות מכשיעור בודאי אינו מין אחר ולכן פסול לסכך אע"פ שאינו נחשב ראוי לק"ט.

אמנם עיקר הדבר שכתבנו שמוכח מתוס' שדבר הראוי אינו חוצץ אע"פ שלא נטמא צ"ע מהמשך הגמ' דכלי חרס שפיו לבר חוצץ כיון שאינו מק"ט מגבו. הרי מפורש דאע"ג דכלי חרס הוא ראוי לקבלת טומאה שאם יכנס טומאה לתוכו נטמא כולו אעפ"כ אם עכשיו אינו נטמא מהמת ונשאר בטהרתו חוצץ. מבואר דאין חסרון במה שראוי לקבל טומאה. וראיתי בחזו"א אהלות ס' ג' אות י"ג שכתב שפשוט שאין חסרון בראוי לק"ט אלא רק בטמא ומביא ראיה מכלי חרס כנ"ל, ומה שקשה דמדברי התוס' מוכח לא כך, צ"ל דבל"ה קשה גם לתי' האחרון בתוס' שכתבו שכל שנסמך ע"י כלי אף שאינו מק"ט אינו חוצץ, וקשה וכי יגרע מחיצה הנסמכת ע"י כלי מכלי עצמו דחוצץ כשאינו מק"ט. והרא"ש בפ"ו המשנה בפ"ו מאהלות מ"ב עמד בזה וכתב שכן הוא הלכה דהיינו שהוא הלל"מ אף שבסברא אין זה מובן. וא"כ אף אגן נימא לתי' השני דאף שהמחיצה עצמה כל שאינה נטמאת אין חסרון במה דהוי ראוי לק"ט כדמוכח מכלי חרס אעפ"כ אם המחיצה נסמכת ע"י דבר הראוי לק"ט אינה חוצצת דכן הוא ההלכה. נמצא דמוכח שהקובע הוא קבלת טומאה וכשאינו נטמא אין חסרון בראוי לק"ט. שו"ר בתוס' בשבת פד: ד"ה מי לא עסקינן שכתבו בהדיא שיש צד שאם ראוי לק"ט אינו חוצץ אף שלא נטמא בפועל. ומה שקשה מכלי חרס ע' בקה"י סוכה ס' י"א.

אכתי יש לדון בהא דדבר טמא אינו חוצץ אם זה דוקא כשנטמא אותה טומאה שממנו בא לחצוץ או גם כשטמא טומאה אחרת ואינו ראוי לקבל טומאה מהמת. ובה דן המל"מ בפ"ב מטומאת מת ה"ב. דבתחילה סבר דבענין דוקא שיקבל טומאה מהמת ואח"כ מביא ראיה דאינו כן דפסק הרמב"ם בפט"ו מטומ"מ ה"ה דשתי וערב המנוגעים אינם חוצצים אע"ג דאינם מקבלים טומאת מת כיון שהם טמאים. דהיינו כל דבר טמא אינו חוצץ אף שאינו מקבל טומאה מהמת. ואין זה דומה לכלי חרס שחוצץ כיון שאינו נטמא עכשיו דהכא בכלי חרס טהור. ואה"נ אם הכלי חרס נטמא בתחילה ע"י שנכנס לתוכו שרץ או כזית מן המת ואח"כ העמידו אותו בחלון ופיו לבר בודאי אינו חוצץ דדמי ממש לשתי וערב המנוגעים דאינם חוצצים. והתם נמי אם אינם מנוגעים חוצצים אע"פ שראויים לקבל טומאת נגעים אין זה חסרון כיון שלמעשה אינו טמא ואינו נטמא מהמת. ואפילו לצד שראוי לק"ט הוא חסרון אף שאינו נטמא בפועל היינו דוקא כשראוי לקבל טומאה זו [לענין יד לק"ט אם חוצץ ע' מקד"ד ס' מ"ט אות ג' ד"ה יש לחקור שמסופק בזה וע"ש עוד בגדר יד לטומאה אם נטמא או רק מכניס וע' בזה בקה"י טהרות ס' נ"א]. ע' פנ"י ברכות יט: ד"ה דאמר רבא שכתב שכל מה שדבר המק"ט אינו חוצץ הוא מדרבנן והוא חי גדול.

תורה שנילושה. כתבו דהוי מצי לשנויי בפחות מכביצה דתנן באהלות דחוצץ. ג' שיטות יש בראשונים בענין פחות מכביצה. א. שיטת רש"י בפסחים לג': והרמב"ם בריש פ"ד מטומאת אוכלין דגם פחות מכביצה מק"ט מן התורה. ב. שיטת תוס' פסחים לג': ועוד מקומות דאינו מק"ט אלא מדרבנן [ע' כ"מ ומל"מ פ"ד מטומ"א ה"א]. ג. שיטת הרשב"א בשבת צ"א. שפחות מכביצה אפילו מדרבנן אינו מק"ט. הרמב"ם בפט"ו מטומ"מ ה"ג כתב דהא דפחות מכביצה חוצץ מיירי כשלא הוכשר לק"ט אבל בהוכשר גם פחות מכביצה אינו חוצץ. וכתב המל"מ דהרמב"ם בזה לשטתו דס"ל שפחות מכביצה מק"ט מן התורה. והא דנקטו פחות מכביצה משום דבזה בסתם הוא מבטלו שם ולרמב"ם אין מקום לקושית תוס' דס"ל שפחות מכביצה מק"ט לא בעי ביטול כמש"כ האו"ש פט"ו מטומ"מ ה"ג. וגם הרמב"ם כתב על הקושית התוס' שיתרצו בפחות מכביצה ובה מתבטל בסתם. אבל בתוס' מבואר שגם פחות מכביצה בעי ביטול [ע' ברע"א שהקשה לפירוש הרמב"ם יוצא דחידושו של שמואל מוכרח מהמשנה של פחות מכביצה ואמאי הקשו בסוגיין על שמואל]. לשיטת התוס' דמק"ט מדרבנן כתב הר"ש פ"ג אהלות מ"ה דדבר המק"ט מדרבנן חוצץ ומביא ראיה מהא דאיתא בסמוך דעכו"ם חוצץ כיון שאינו מק"ט אף דמדרבנן הוי כזב. וכ"כ תוס' בסמוך בד"ה ועכו"ם. והמל"מ פ"ב מטומ"מ ה"ב כתב לדחות ראיתו דעכו"ם שאני דאע"ג דהוי כזב אין בו טומאת מת. אך דחה דחיתו מהא דשתי וערב המנוגעים דאינו חוצץ אע"ג דאינו מקבל טומאת מת.

הרשב"א בשבת צ"א. מוכיח שפחות מכביצה אינו מק"ט אפילו מדרבנן מהא דפחות מכביצה חוצץ. ומבואר דס"ל דאם היה מק"ט אפילו מדרבנן אינו חוצץ ויקשה לרשב"א קושית הר"ש והתוס' לקמן מעכו"ם אמאי חוצץ הא מדרבנן הוא טמא. ואין לומר דעכו"ם שאני דאינו מקבל טומאת מת אפילו מדרבנן דיקשה משתי וערב המנוגעים כמש"כ המל"מ. וכתב בזה המקד"ד ס' מ"ב אותו ו' שהרשב"א ילמד דכיון דאין מציאות של טומאה בעכו"ם מן התורה א"כ גם כשרבנן גזור לא גזור על גופו טומאה אלא רק שיטמא את הנוגע בו. ובה מישב את קושית הר"ש בכלים למה מותר לעכו"ם ליכנס להר הבית הא עשאו כזבין וזב אסור בהר הבית. ולרשב"א ניהא דאין גופו טמא אלא מטמא. ומה דפשוט למקד"ד שדבר שמטמא ואינו טמא מותר להכניס למקדש המקור ברוך שהובא בקה"י טהרות ס' ע' מסתפק בזה ע"ש. נמצא דמה שמסתפק המל"מ בתחילת דבריו בפ"ב מטומ"מ ה"ב אם דבר שמק"ט מדרבנן חוצץ הוא מחלוקת הראשונים. לתוס' והר"ש חוצץ ולרשב"א אינו חוצץ.

תורה רואין. כתבו לבאר מתני' דקוברי המת בג' אופנים. א. כל דבר הנסמך נחשב ארעי ואינו חוצץ. ב. מה שנסמך ע"י ד"א אינו חסרון והכא נסמך ע"י דבר המק"ט. ג. אין חסרון בנסמך ע"י דבר שאינו כלי אבל הנסמך ע"י כלי אף שאינו מק"ט אינו חוצץ. דהיינו לפי התי' השני המפתח שנזכר במשנה הוא דבר המק"ט ולתי' השלישי אינו מק"ט כמו שהביאו מהתוספתא. [והובא לעיל שהרא"ש בפ"ו מאהלות מ"ו מתקשה בדיון זה למה גרע נסמך ע"י כלי מכלי עצמו שחוצץ. וכתב שכן הוא הלכה אף שהסברא אינו מובן. ואולי יש לבאר קצת שגם תי' זה קאי בשיטת התי' הראשון שמחיצה שנסמכת ע"י דבר אחר אינו חוצץ שהוא ארעי. אלא שבת"י האחרון ס"ל שאם הדבר הסומך אינו כלי הוא בטל למחיצה וכיון שנעשה כחלק ממנו אין זה נחשב נסמך ע"י דבר אחר, ורק כשנסמך ע"י כלי שהוא חשוב אינו בטל למחיצה זה נחשב נסמך ע"י דבר אחר ואינו חוצץ]. ונחלקו הטי"ו והש"ך ביו"ד ס' שע"א דהט"ז שם סק"ג לומד שהמפתח שבמשנה של קוברי המת הוא מחובר לדלת ואעפ"כ נחשב שהדלת נסמכת ע"י כלי ואינו חוצץ אע"פ שהכלי אינו מק"ט לתי' האחרון. ומה למד הט"ז דכל דלתות וחלונות שלנו שנסמכין על ציר של מתכת אף שאינו מק"ט כיון שנעשה לשמש במחובר לקרקע מ"מ כיון דשם כלי עליו אין המחיצה הנסמכת על ידו חוצץ. ולתי' ראשון אפילו אם נסמך ע"י דבר שאינו כלי כלל אינו חוצץ וכתב שכן נקט המרדכי וכן פסק הרמ"א שם סע' א'. והש"ך בנקודות הכסף שם חולק וס"ל דכל שהציר מחובר לדלת ולחלון אין זה נחשב נסמך ע"י דבר אחר וחוצץ לתי' הראשון ולתי' האחרון, דנסמך ע"י דבר אחר היינו דוקא ע"י דבר שאינו חלק מהדלת. וגם לתי' השני חוצץ דציר שנעשה לשמש במחובר אינו מק"ט. דהיינו דנחלקו הטי"ו והש"ך אם מפתח שנזכר במשנה של קוברי המת היה מחובר לדלת או דוקא כשאינו מחובר. ובדעת הרמב"ם לומד הש"ך שהמפתח הוא חלק מהדלת והרמב"ם מפרש שאין חסרון במה שנסמך הדלת ע"י המפתח אלא מה דקתני אם אינה יכולה לעמוד בפני עצמה היינו שכלי סמיכת האדם יפתח הדלת בזה האדם מעמיד את החציצה והוי מחיצה שעומדת ע"י דבר המק"ט ואינו חוצץ. אבל פשוט לדעת הש"ך דציר או מפתח שמחובר לדלת חוצץ ואין זה נחשב נסמך ע"י דבר אחר דהכל דבר אחד. וע' בחזו"א אהלות ס' ג' סק"ג מש"כ בזה.

בשהתריפו. כתב היד רמ"ה דאחר דמשני שהתריפו ונפסל מאכילה אין צורך לומר דמיירי בלא הוכשרו דבל"ה אינו אוכל ואינו מק"ט ע"ש. אבל הרמב"ם בפט"ו מטו"מ ה"א דכתב דמיירי בשהתריפו מ"מ כתב דלא הוכשרו וע' מש"כ בזה המקד"ד ס' מ"ב אות א' ד"ה כתב.

דף כ.

תוד"ה היא גופה תיחויץ. כתבו דאם הכלי סותם את כל הפתח לא בעינן ביטול ורק בממעט צריך ביטול. הביאור הוא דטומאה לא צריכה טפח כדי לעבור דעוברת גם בכל שהוא אלא בעינן שם פתח כדמוכח מפתח העשוי למאור שכל שנשאר אצבע על רוחב גודל מביא את הטומאה. וכל שאינו מבטל החציצה נשאר שם פתח ואז נכנס הטומאה בכל דהו. אבל כשסותם לגמרי אף דאיכא שם פתח מ"מ אין מקום לטומאה לעבור. כן מבאר הקו"ש באות ס"ט. והא דדבר המק"ט אינו חוצץ אף שסותם לגמרי הוא משום שהטומאה עוברת דרכו כמבואר בר"י מגש שהובא לעיל. [והא דלא מהני ביטול של דבר המק"ט לבטל שם פתח ע' מקד"ד ס' מ"ט אות ג' ובמה שכתב בזה הקה"י כאן ס' י"ב]. וכתב המהרש"א דלשיטת התוס' רק בכלי אמרינן שאם סותם כל הפתח חוצץ אף בלי ביטול אבל אוכלין אף שסותם כל הפתח בעי ביטול. וסברא זו לחלק בין אוכלין לכלי נזכר ברמב"ן בד"ה אי פומא. אך המהרש"א מביא שבר"ש מבואר דגם באוכלין אם סותם הכל לא בעינן ביטול ומה שבתבן וגרונות בעי ביטול הוא משום דאיכא מקום הכלי והאוכל אינו סותם הכל. וכדברי הר"ש כתב גם הריטב"א כאן. וכן ברשב"א בתחילת הסוגיא מפורש שגם באוכלין אם סותם לגמרי לא בעינן ביטול. בדעת הרמב"ם כתב הכ"מ בפט"ו מטו"מ ה"ד דאפילו בכלי כל שאינו מבטלו אינו חוצץ אף שסותם כל הפתח. דהיינו דאיכא ג' שיטות בזה. א. לרשב"א ריטב"א ור"ש כל שסותם לגמרי אפילו ע"י אוכלין לא בעינן ביטול. ב. לתוס' לפי המהרש"א וצד אחד ברמב"ן כלי לא בעי ביטול כשסותם לגמרי ואוכל בעי ביטול. ג. לרמב"ם גם בכלי שסותם לגמרי בעינן ביטול. [ועיקר דינו דשמואל שצריך ביטול ע' משנה אחרונה פ"ו מאהלות מ"ב ד"ה ונ"ל שכתב שזה רק מדרבנן ע"ש].

לשיטת הרמב"ם קשה קושיות התוס' משבת ומגילה. וכתבו בזה הקו"ש באות ס"ט והחזו"א אהלות ס' י"ח אות ג' דמה דקשה לתוס' דא"א לבטל בשבת הוא משום דשיטת התוס' בד"ה אתיא הוא דבעינן ביטול לעולם. דהא דמבואר בגמ' דבן ח' חוצץ משום דאסור לטלטלו בשבת הוא רק באופן שהוא גוסס ואמר דשם תהא קבורתו. אבל הרמב"ם לא הזכיר תנאים אלו ומשמע דס"ל דסגי בביטול ליום אחד. וכן מבואר ברשב"א שכתב על הא דפריך לעיל במתונא חזי להסק גדול, דהוי מצי לשנויי דמיירי בשבת שא"א להסיק, ואף דלאחר שבת חזי סגי בביטול ליום אחד כדמוכח מבן ח'. אמנם לכאור' נראה דאין להוכיח מזה אלא באופן דאין אפשרות ליטלו ביום זה כגון בן ח' שהוא מוקצה ואסור לטלטלו או תבן דלא חזי אלא להסקה ובשבת שא"א להסיק הוא מוקצה, בזה אמרינן דאע"ג דלאחר שבת אינו בטל סגי בזה שהוא מבטל ליום אחד. אבל היכא דחזי אלא שמבטל ע"י יחוד בזה יתכן דלא סגי במה שהוא מיחד לחציצה אא"כ מיחדו לעולם. אך מדברי הריטב"א יש ללמוד דגם באופן שמוותר לקחת סגי בביטול ליום אחד דבדף כ': פריך הגמ' על ס"ת אמאי חוצץ הא בעי גניזה ומשני שם תהא גניזתה. וכתב הריטב"א דאין הכונה ששם יגנוזו לעולם דמבואר במגילה כ"ו: דס"ת נגנוז אצל ת"ח. אלא גניזו בחלון עד שיהא לו פנאי לגנוזו כראוי. א"כ הביטל הוא רק לזמן ובידו לקחת בכל עת אעפ"כ סגי בביטול שאינו לעולם. א"כ י"ל דהרמב"ם נמי ס"ל הכי וממילא אין בזה חשש בנין והורדה מקדושת הארון.

אך יש להוסיף דמה דפשיטא לקו"ש ולחזו"א דאם סגי בביטול ליום אחד אין איסור לבטל בשבת זה רק למה שכתבו התוס' דהא דאסור לבטל הוא משום דחשיב בונה בזה שפיר כתבו דאם סגי בביטול ליום אחד אין זה נחשב בנין. אבל הריטב"א כתב דיש בזה משום מבטל כלי מהיכנו, ומבטל כלי מהיכנו תמיד הוא ליום אחד, א"כ לדעת הריטב"א יהיה אסור לבטל כלי בחלון אפילו אם מבטלו רק לשבת. אמנם שאר הראשונים שאסרו רק משום בונה י"ל דס"ל דלא חשיב מבטל כלי מהיכנו אלא כשיש איסור בטלטול הכלי כגון שהניח עליו מוקצה, אבל כאן שבידו להתחרט אין בזה משום מבטל כלי מהיכנו ורק כשמבטלו לעולם חשיב בונה.

תוד"ה בחבית. שיטת ר"ת דחרב כחלל מטמא באוהל וכוהנים מוזהרים גם על טומאה זו. ותוס' בנזיר ג"ד: וכן הראשונים כאן הביאו דברי ר' חיים כהן ששלח לר"ת איזה בית אשר תבנו לי דאם חרב מטמא באוהל וכהן מוזהר בזה אסור לכהן ליכנס לבית שיש בו מתכת שנטמא ממת. וע' בחי' הרמב"ן כאן שהאריך בזה ד"א דחרב כחלל רק לענין הנוגע בחרב אבל אינו מטמא באוהל וי"א דאף דמטמא באוהל אין כהנים מוזהרים על טומאה זו. וע"ע בזה ברמב"ן בפ' חוקת שגם כתב דחרב אינו מטמא באוהל ואין כהנים מוזהרים עליו, ומוסיף חידוש דאף שהנוגע בחרב טמא טומאת ז' אינו צריך הזאה וס"ל שיש מציאות של טומאת ז' בלי הזאה.

ונראה לר"ת וכו'. הרש"ש באהלות פ"ג מ"ז מקשה על תירוץ זה דאין צמיד פתיל מועיל למנוע יציאת טומאה מהכלי אלא רק שלא יכנס טומאה לתוכו א"כ אפילו אם נחשיב את הגרונות שמכסות את החבית כצמיד פתיל זה לא יועיל לטהר את הבית. ועוד דגרונות הדבוקים בחבית הוי כאוכלין שגבולן בטיט דאינו נחשב כצמיד פתיל ואינו חוצץ. ועל תי' ר"י דאין טפח מעל החבית כתב הרש"ש דמוכח דהטפח נמדד מעל הדבר הטמא שעליו האוהל מאהיל ולא אמרינן דכשם שדבר טמא אינו ממעט בחלון כך אינו ממעט את הטפח של האוהל, ומביא הרש"ש שם שכן דעת הראב"ד, והרש"ש מביא ראיות לזה מכמה מקומות ע"ש.

עשבין שעלו מאליהם. כתבו התוס' דאע"ג דעשבין אינם נעשים אוהל להביא את הטומאה ולחצוץ מפני הטומאה היינו משום דאוהל בעי דבר שאין הרוח מנשבו, וכמו שמחיצה בעינן דבר קבוע כך באוהל. משא"כ סתימת החלון לא בעינן הלכות מחיצה דאיכא מחיצה אלא שיש פתח ובעינן דבר הסותם ולא בעינן בסתימה זו הלכות מחיצה. וכן כתבו בד"ה ועוף דאפילו למ"ד דבע"ה אינו נחשב מחיצה כיון שעומד ע"י רוח חיים שבו מ"מ לענין סתימת חלון אין חסרון בזה. ואעפ"כ כתבו בסמוך בד"ה כולן דשלג וברד וכפור אינם סותמים בחלון משום דאין מתקיים. וצ"ל דחסרון זה גרע מהא דעשבין שזוים ברוח וגרע ממחיצה של בע"ה שאין זה חסרון אלא בהלכות מחיצה ולא לגבי למעט בחלון וברד ושלג גרע ואפילו לענין למעט בחלון לא מהני. אבל הרמב"ם כתב בפט"ו מטו"מ ה"ב שהשלג והברד והכפור והמים אינם ממעטים בחלון שהרי ראויים ומקבלין טומאה. מבואר דאילו לא היו מקבילים טומאה היו חוצצין. ואע"ג דתנן בפ"ח מאהלות מ"ה דבכרים שאין מביאין ואינם חוצצים גם שלג ברד וכפור ונפסק ברמב"ם בפ"ג מטו"מ ה"ה ושם מפורש ברמב"ם שהטעם מפני שאינו אוהל המתקיים

סובר הרמב"ם שזה רק חסרון בדין מחיצה ובדין אוהל אבל למעט בחלון אין זה חסרון ומה שאינו ממועט הוא רק משום דמק"ט. דהיינו אותו חילוק שמחלקים התוס' בין מחיצה ואוהל למיעוט החלון לגבי עשבין ולגבי בע"ח מחלק הרמב"ם לגבי ברד ושלג וכפור. ותוס' ס"ל דזה גרע מעשבין ובע"ח וגם למעט בחלון אינו יכול אע"פ שאינו מק"ט.

וספר תורה. כתב היר"מ דאע"ג דס"ת מטמא את הידים מ"מ חוצץ בחלון דהא דמטמא את הידים אינו אלא גזירת חכמים. ובפשטות כונתו דכמו שזכר אע"פ שהוא טמא מדרבנן חוצץ כך ס"ת. דהיינו דהיה קשה לרמ"ה אמאי ס"ת חוצץ הא מטמא את הידים ודבר טמא אינו חוצץ. וחי' גדול יש בדברי הרמ"ה דבפשטות היה נראה דהא דס"ת מטמא את הידים אין הכונה שגזרו טומאה על הס"ת אלא גזרו טומאה על הנוגע בס"ת וכמו שגזרו על הבא ראשו ורובו במים שאובים שאין הכונה שגזרו טומאה על המים. כך כאן גזרו שהנוגע בס"ת נטמא ידידו אבל לא שהס"ת הוא טמא. וא"כ מאי קשיא לרמ"ה שלא יחוצץ הא אינו טמא אלא מטמא. וכמו שכתב המקד"ד שהובא בתחילת הסוגיא דלרשב"א בשבת עכ"ל חוצץ אע"ג דדבר טמא מדרבנן אינו חוצץ לרשב"א מ"מ עכ"ל חוצץ דאינו טמא אלא רק מטמא. אלא נראה מדברי הרמ"ה דס"ל שגזרו טומאה על הס"ת. ולרשב"א הני"ל דלא ס"ל תי' של הרמ"ה עכ"ל שיתרץ דס"ת אינו טמא אלא רק מטמא ולכן חוצץ. ואין להקשות לרמ"ה דגזרו טומאה על ס"ת איך הכניסו ס"ת לעזרה הא אסור להכניס כלים טמאים למקדש ואף דמן התורה ליכא איסור אלא באב הטומאה מדרבנן אסור בכל טומאה כמבואר ברמב"ם בפ"ג מביאת מקדש הי"ז, דאיתא במשנה בכלים פט"ו מ"ו דספר עזרה אינו מטמא את הידים.

ונראה שיש להביא ראיה לשיטת הרמ"ה דס"ת בעצמו הוא טמא מדרבנן ולא רק מטמא ממשנה במסכת פרה פ"י מ"ג דמבואר שם דהמניח כלי חרס שיש בו אפר פרה ע"ג שרץ האפר נפסל, ואף שכלי חרס אינו מטמא מגבו ואין האפר נטמא מן השרץ מ"מ כיון דכתיב והניחו במקום טהור בעינן שלא יהיה האפר מונח ע"ג מקום טמא, ואם הונח במקום טמא נפסל אף שלא נטמא. ומבואר במשנה שם שאם הניח את הכלי שבו אפר פרה ע"ג כתבי הקודש לרבנן האפר נפסל. ואי אמרינן דאין טומאה על הס"ת עצמו אמאי אין זה נחשב והניחו במקום טהור, הרי האפר לא נטמא וגם לא הונח ע"ג דבר שהוא טמא ואמאי נפסל האפר. אלא מוכח מזה שהס"ת בעצמו הוא טמא מתקנ"ח ושפיר נפסל האפר המונח על גביו.

בן ח' הרי הוא כאבן. אמו שוחה עליו ומניקתו מפני הסכנה. רש"י ותוס' בשבת קל"ה. פירשו מפני סכנת האם. אבל רש"י ביבמות פ. כתב סכנת הולד. הרמ"ה כאן כתב ב' פשטים בזה. עיין באו"ח ס' ש"ל סע' ז' שלא מחללים שבת בשביל נפל. ואפילו בספק נפל י"א שלא מחללים [ע"ש בביאה"ל] והכא ליכא חילול שבת שהתינוק יונק מעצמו.

תורה כיון דאיכא צב"ח. הקשו דכולה בהמה שקיל ושדי לכלבים. מבואר דס"ל דרק לחתוך האבר הוי צב"ח אבל להרוג את הבהמה כדי לתת לכלבים אין בו איסור משום צער ב"ח. וזה כמבואר בנב"ב בכמה מקומות נקמא יו"ד ס' פ"ג ותניא ס' י' וס' י"ג] דבהריגת בהמה אין איסור משום צב"ח ומקורו מחולין דף ז': במעשה דר' פנחס בן יאיר ע"ש. ויש מהאחרונים שהוכיחו מדברי החינוך במצווה תנ"א שכתב הטעם דמצות שחיטה כדי למעט בצער בע"ח וכ"כ הרמב"ן בחומש בפ' בראשית, ומוכח דגם בהריגה איכא צב"ח. אך פשוט שאין זה מוכרח שלא כתבו אלא טעמא דקרא במצות שחיטה למעט בצער הבהמה אף אם אין בזה איסור צב"ח. אך בדברי הר"י מגש בסוגין מפורש דלא כנוב" דכתב דהא דלא חיישינן שישחוט ויתן לכלבים משום דכיון ששחיטה זו אין לה דין שחיטה אין זה אלא הריגה ואסור משום צב"ח. דהיינו שרק שחיטה התירה תורה אבל הריגה או שחיטה במקום שאין בו התר שחיטה אסורה משום צב"ח. ומה שקשה מהגמ' בחולין צ"ל ע"פ מש"כ הרמ"א באבה"ע סוף ס' ה' בשם התה"ד דכל שהוא לצורך האדם אין בו משום צב"ח. ואין זה דוקא כשהאדם נהנה מעצם הצער אלא אפילו כשיש הנאה צדדית כמבואר בנ"ב ב"מ לג. בהא דזקן ואינה לפי כבודו פטור מפריקה אף דיש בו משום צב"ח דאוריתא, והרמב"ן כתב שההתר משום כבוד התורה, אבל הנ"י כתב דזקן הוא לאו דוקא ת"ח, אלא ההתר הוא משום דהותר צב"ח לצורך האדם וכבודו של הזקן הוא גם צורך שדוחה צב"ח אף שאינו נהנה מעצם הצער. א"כ ה"ה בחולין הריגת הכודניא כדי למנוע נזק הוא צורך ואין בו איסור של צב"ח. ומה שעל עקנא להו משני צער בע"ח אף שזה לצורך צ"ל דהרמ"א הני"ל מסיים לגבי מריטת נוצות מעופות בחייהן דאף שמדינא מותר מ"מ ראוי לימנע משום דהוי אכזריות וזה דוקא כשמצער אותן בחייהן אבל להרוג אינו דרך אכזריות ואף דאית ביה משום צב"ח הותר כיון שזה לצורך האדם. והא דמשני התם דלא הרג משום כל תשחית אף דהוי לצורך צ"ל כיון שאינו נהנה מעצם ההריגה חשיב כל תשחית. כצ"ל לדעת הר"י מגש. והא דסוגיין צ"ל דלא הוי כ"כ צורך כיון שהבהמה טמאה וכחושה ואינו אלא רווח מועט. וגם הראיה מתוס' יש לדחות כנ"ל דס"ל דהכא חשיב לצורך ולכן אין צער בע"ח בהריגה ורק לחתוך אבר מחיים אסור משום דהוי אכזריות כמבואר ברמ"א. אבל במקום שאינו לצורך יתכן שגם תוס' מודה שאסור להרוג משום צב"ח.

דף כ:

דלית בה שיעורא. פרש"י והוי כמאן דליתא. משמע ברש"י דגריס כגרסא דידן ואינו מפרש כתוס' שאינו ממועט את הטפח אלא אף שממועט את הטפח אינו חוצץ מפני שאין בו שיעור והוי כמאן דליתא. ואינו מוכן מה שייך לומר דהוי כמאן דליתא הא סו"ס מתמועט המקום משיעור טפח, ואדרבה מה שיש בו פחות חשיבות הוא מעלה דיותר בטל בחלון וממועט. וכבר תמה הרמב"ן על פרש"י ע"ש.

לא יעמיד אדם תנור וכו'. רש"י בב"ק סא: כתב דלא רק בעל העליה מעכב אלא בני העיר מעכבין שלא יגרם להם נזק אם ישרף ביתו ואפילו בבית ועליה של אחד בני העיר מחייבים להרחיק. וכן מדייק הגאון בס' קנ"ה סק"ד מרש"י כאן שכתב בד"ה עד שיהא שגם כשמניח תנור בעליה בעינן ד' אמות על גביו. ולענין הרחקת כירה על גביו לא נזכר במשנה כמה שיעורו, וע' בטור ס' קנ"ה ג' שיטות בזה. י"א דשוה לתנור וצריך ד' אמות. י"א דעל גביו בעינן כמו מתחתיו וי"א שצריך ח' טפחים שליש משיעורו של תנור כמו שלגבי מעזיבה שיעור כירה הוא שליש משל תנור.

ואם הזיק משלם. הלכה כחכמים שאף שהרחיק כשיעור מ"מ אם הזיק חייב לשלם. והקשה הר"ף בב"ק ס"א: דהתם נחלקו רבנן ורש"י בשיעור כמה תעבור הדליקה ולכו"ע אם עברה יותר מהשיעור פטור. וכתב הר"ף דהתם אינו דבר קבוע לכן אם הרחיק כשיעור הוא אנוס ופטור משא"כ הכא הוי תשמיש קבוע וצריך לשמור שלא יזיק אע"פ שהרחיק כשיעור. וכתב הקצות בס' קנ"ה סק"א דלולא דברי הר"ף היה אפשר לחלק באופן אחר. דהשיעור שנזכר בב"ק הוא שיעור כמה יש לחשוש שתעבור

הדליקה ואם עבר יותר הוא אנוס ופטור משא"כ שיעור דתנור אינו שיעור לענין ליחשב אנוס אלא עד כמה יכול בעל העליה או שאר השכנים לעכב אבל לא נאמר בשיעור זה שיחשב אנוס. ומבואר בדברי הקצות שתי' הרי"ף ותירוצו הם ב' תירוצים שונים. אמנם הנתיבות שם מבאר שגם הרי"ף נתכוון לתירוצו של הקצות דכוונת הרי"ף דבב"ק נקטו שיעור לענין אנוס וכאן נקטו שיעור עד כמה אפשר לעכב. וע"ז כתב הרי"ף דבב"ק כיון שאינו דבר קבוע אין הנידון לענין לעכב עליו מלהדליק אלא מתי נחשב אנוס, אבל הכא שזה תשמיש קבוע א"א לחייב הרחקה בשיעור שיחשב אנוס דא"כ לא יוכל להניח תנור בביתו כלל, לכן נתנו שיעור שיוכל לשים תנור וישמור שלא יזיק. דהיינו שתי' הקצות והרי"ף צריכים זל"ז והכל אחד. וכדברי הנתיבות מבואר כאן בחי' הריטב"א שכתב כתירוצו של הרי"ף דהכא מדליק תדיר וצריך ליתן דעתו בכל עת שלא יזיק ומסיים הריטב"א וכדי שלא למעט תשמישו לא צימצמו עליו השיעור לגמרי. הרי שכלל דברי הקצות בתירוצו של הרי"ף וכמש"כ הנתיבות.

לא יפתח אדם חנות וכו' לעיל יח. הובא שנחלקו הראשונים אם האיסור לעשות חנות של נחתומים ורפת בקר הוא גם תחת בית דירה. והובא שהקצות כתב דהעיקר כרמב"ן שגם תחת בית דירה אסור שכן מבואר בירושלמי. אך כתבנו שלר"י מגש והרמ"ה שם ע"כ הבבלי חולק. והובא מה שכתב בזה הנובי"ת חו"מ ס' ל"ז הובא בפת"ת ס' קנ"ה סק"א.

תנא אם היתה רפת קודמת לאוצר מותר. הרא"ש כתב דטעם ההתר הוא משום דדירה שאני. ולסברא זו צריך לפי רבא דס"ל לעיל שבכל המזיקים אסור לסמוך גם כשאין נזיק והכא שרי משום דדירה שאני. והקשה רע"א בקונטרס הרחקת נזיקין בד"ה אך דברי הרא"ש סתרי אהדי דלעיל בסוגיא דחרדל מסיק הרא"ש כשיטת ר"ת ור"ח דלמסקנא גם רבא מתיר לסמוך כשאין נזיק וא"כ פשוט שמותר לפתוח חנות כשאין אוצר ולמה הוצרך הרא"ש לסברא של דירה שאני. גם הנתיבות עמד בזה בס' קנ"ה סק"ב וכתב דגם למסקנא יש נ"מ מהסברא של דירה שאני שאפילו עשה רק הכנה לרפת בקר נחשב שהרפת קדם. ומה"ט הגמ' מסתפקת בכיבד וריבין רק לגבי האוצר ולא לגבי הרפת דלענין הרפת פשוט שנחשב שקדם בגלל הסברא של דירה שאני.

בעי אביי כיבד וריבין מהו. הרי"ף השמיט בעיות אלו וע' קצה"ח ס' קנ"ה סק"ג שמבאר ע"פ דברי הר"י מגש. דהספק הוא רק לאביי לשטתו אבל לרבא שההתר הוא משום דירה שאני אין מקום לספיקות אלו וע' בסמוך בזה.

הרמב"ם בפ"ט משכנים ה"ג וכן בשו"ע ס' קנ"ה סע' ג' פסקו בספיקות אלו דלכתחילה חייב להרחיק ואם עבר ועשה א"א לחייבו להסיר התנור. והובא לעיל דף יט. שהקצות למד מזה לספק של סד בסיד שגם שם לכתחילה חייב להרחיק, וכתבנו שיש לחלק בין הספק של סד בסיד לספק של כיבד וריבין דבסד בסיד יש ספק אם נחשב מזיק או לא משא"כ בכיבד וריבין בודאי נחשב מזיק והספק הוא אם יש התר להזיק, וכמו שמחלק רע"א בין הספק של כיבד וריבין לספק אם גפת נחשב גירי דיליה כשמניחו בזמן שאין נזיק. וכעת ראיתי שחלוק זה כתב הבית הלוי ח"ב ס' מ"ו אות ב' בדעת הטור דלגבי סד בסיד משמע בטור שמותר לכתחילה בהרחקה אחת ולגבי כיבד וריבין משמע שצריך לכתחילה להרחיק [ומוסיף הבייה"ל דמשמע בטור שגם דעת הרא"ש שמרחיק לכתחילה בכיבד וריבין ולא כמבואר בגאון בס' קנ"ה סק"ח דהרא"ש מתיר לכתחילה]. וכתב הבייה"ל ממש כסברת רע"א כנ"ל. אך כתב הבייה"ל דחילוק זה אפשר לומר רק למפרשים פשוט בספק של בנה עליה ע"ג ביתו מהו כפרש"י שהספק הוא אם זה נחשב תחילת אוצר ודמי לספק של כיבד וריבין, אבל הרמב"ם ושו"ע פרשו דקאי על בעל החנות שעשה עליה ע"ג ביתו והספק הוא כיון שיש ב' גגות המפסיקים בין החנות לאוצר אולי אינו מזיק. וספק זה הוא בודאי ספק בעיקר המזיק ולסברת רע"א בזה צריך לפסוק לקולא. אך הטור מפרש כרש"י לכן בדעת הטור אפשר לומר את החילוק הנ"ל.

ומה"ט צ"ע בדברי רע"א שכתב למעשה להקל בספק אי גפת הוי גירי דיליה כשהונח לפני שהיה נזיק [מחלוקת תוס' והרמב"ן] וכתב דלא דמי למה שפסק השו"ע גבי כיבד וריבין דלכתחילה מרחיק דהתם אין ספק בעיקר המזיק לכן אזלינן לחומרא משא"כ בגפת אם אינו גירי דיליה לא נחשב מזיק כלל. ואינו מובן דהשו"ע פסק כרמב"ם שהספק של בנה עליה הוא שבעל החנות בנה עליה א"כ אין הספק אם חנות קדם או אוצר קדם אלא הספק אם בכה"ג יש נזק או לא וזה ספק בעיקר המזיק דומיא דהספק של סד בסיד ואעפ"כ פסקו הרמב"ם והשו"ע דלכתחילה מרחיק מספק ואיך כתב רע"א שבמקום שיש ספק בעיקר המזיק מותר לסמוך לכתחילה וצ"ע.

תמרי ורימוני מאי. גם בזה מפרש רש"י שהספק הוא אי הוי תחילת אוצר או לא. אך הרי"י מגש כתב עוד פירוש שהספק הוא אם תמרי ורימונים הוי כאוצר תבואה וגם הם נזוקין מחנות של נחתומין או לא. וגם בזה יהיה נ"מ לענין ספק דלפרש"י יש כאן ודאי נזק והספק הוא רק אם זה בהתר או לא. אבל לפשט של הרי"י מגש יש ספק בעיקר המזיק. ולפירושו של הרי"י מגש יתישב מה שקשה על פירושו של הרי"י מגש בדף יט. דירה שאני דפירש דקאי על בעל האוצר דכיון שהעליה היא בית דירה אין הדרך שיעשנו אוצר והוי כשדה שאינה עשויה לבורות ועדיף מיניה. והקשה הקצות בס' קנ"ה סק"ג א"כ מה הם הספיקות בסוגין בכיבד וריבין אם נחשב כתחילת אוצר או לא הא אפילו אי לא הוי תחילת אוצר מ"מ חזינן שדעתו לעשות אוצר והוי כשדה העשויה לבורות ובטל סברת דירה שאני וממילא אסור לחנות לעשות מזיק אפילו אם עדיין אין נזיק. והובא לעיל דכן הקשה הרשב"א על הרי"י מגש. וכתב בזה הקצות שאה"צ לרבא אין מקום להסתפק ואביי הוא שמסתפק בכיבד וריבין ואביי אזיל לשטתו [ובזה מישב הקצות את השמטת הרי"ף דלדידן אין מקום להסתפק]. אך מוסיף הקצות דהספק בתמרי ורימוני אינו מדברי אביי אלא ר"ה בריה דר"י וכתב דצ"ל דקאי נמי בשיטת אביי. אך כ"ז רק לפרש"י שהספק של תמרי ורימוני הוא אם נחשב תחילת אוצר אבל לר"י מגש שכתב בפ"י הראשון שהספק הוא אם יש נזק לתמרי ורימוני ספק זה ניהא גם למאי דק"ל כרבא ואצ"ל דהבדרי"י קאי בשיטת אביי. אמנם למש"כ הקצות בהמשך דבריו שהרי"י מגש לשטתו בל"ה ניהא וכל הספיקות הם להלכה ע"ש.

חנות שבחצר וכו'. ג' דרכים נאמרו בראשונים בביאור הנ"מ בין הרישא שיכולים לעכב בחנות בטענה שאינו יכול לישן מקול הנכנסים לבין הסיפא שאינם יכולים לעכב מקול הפטיש וקול הריחיים. הרשב"א מקשה מ"ש רישא מסיפא ומפרש שגם ברישא אינו יכול לעכב מפני קול הנכנסים כמו בסיפא אלא לשון המשנה לאו דוקא והעיקוב הוא מפני שמרבה עליו את הדרך דהיינו שגורם שיהיו הרבה יוצאים ונכנסים בחצר. וכן פרשו הרמב"ן והריטב"א. ומה שבסיפא ליכא ריבוי דרך תלוי בתי' הספיקות הם להלכה ע"ש.

התוס' בד"ה גרדי. לתי' הראשון מיירי בעושה לעצמו, ולתי' השני גם כשעושה לאחרים אין הרבה נכנסים ויוצאים שנותנים לטחון בפעם אחת.

הרמב"ם בפ"ו משכנים הי"ב מעתיק המשנה כלשונה אלא שכתב דהא דבסיפא אינו יכול למחות מקול הפטיש וקול הריחיים הוא באופן שהחזיק. ומוכח דס"ל שברישא יכול לעכב אפילו החזיק. וכתב המ"מ שהרמב"ם פירש כן מפני שהיה קשה לו מה טעם אין טענתו טענה בקול הפטיש והלא קול הפטיש מונע השינה יותר מקול הנכנסים והיוצאים, דהיינו שהרמב"ם מפרש העיכוב ברישא כפשוטו שאינו יכול לישן והיה קשה לו קושיית הרשב"א מ"ש רישא ומ"ש סיפא, ולכן פירש דבלי חזקה יכול למחות גם מקול הפטיש, אלא מתני' איירי בהחזיק, והחזקה מהני רק לאומן עצמו שהוא החזיק אבל אין חזקה בעל החנות מועיל לנכנסים ויוצאים שהם אחרים ולא החזיקו. והקשו בזה האחרונים שברמב"ם בפ"א ה"ה מפורש שמה שלא מהני חזקה בקול הנכנסים הוא משום דהוי היזק קבוע ודמי לקוטרא וביה"כ, ודלא כמ"מ שכתב הטעם שלא מועיל חזקה האומן לנכנסים שהם אחרים. וקשה לפי הטעם שכתב הרמב"ם שם למה בקול הפטיש כן מהני חזקה. עיין מה שכתבו בזה הנתיבות ס' קנ"ו סק"א, האבה"א פ"א משכנים ה"ה והקה"י ס' י"ד.

בהג"א כאן מבואר שגם ברישא דמתני' דאיכא נכנסים ויוצאים מהני חזקה. והובאו דבריו בש"ך שם סק"ב. ולדבריו מתני' איירי בלא החזיק ואעפ"כ בסיפא אינו יכול למחות מקול הפטיש, וכן מביא הרמ"א בסע' ב' בשם י"א. ומשמע שזה המשך מדברי המחבר שהוא כשיטת הרמב"ם דכל המשנה הוא מחאה שאינו יכול לישן בגלל הקול ולא מצד ריבוי הדרך, אלא שהרמב"ם מפרש הכל בהחזיק וההג"א והרמ"א מפרשים בלי החזיק. וע"ז יקשה קושיית הרשב"א מ"ש רישא ומ"ש סיפא, למה יכול למחות בקול הנכנסים ויוצאים ואינו יכול למחות בקול הפטיש. ויש לבאר בב' אופנים. א. הסמ"ע בסק"י כתב דקול הפטיש הוא קול שעושה בתוך ביתו וע"ז אין אחרים יכולים לעכב משא"כ קול הנכנסים ויוצאים הוא בחצר שהוא רשות משותף לכולם בזה יכולים למחות. וכן משמע בלשון הרמ"א שכתב י"א דכל מה שעושה בחנותו ובביתו אפילו לכתחילה אין יכולים למחות משמע מפני שעושה בביתו ולא בחצר. ב. בלשון רש"י בד"ה סיפא אתאן לתינוקות של בית רבן מבואר שהג"מ הוא בין קול שעושה אחד מבני החצר לבין קול הנכנסים שאינם מבני החצר. דהיינו שלסמ"ע תלוי באיזה מקום נעשה הרעש ברש"י משמע שתלוי מי עושה את הרעש.

כתב האו"ש בפ"ו משכנים הי"ב דמקורו של הרמב"ם לפרש מתני' בהחזיק הוא מכח קושיית התוס' לקמן בד"ה אחד מבני מבוי. דגרס כגרסת הספרים שכל בני המבוי מעכבים, וקשה מדברי אב"י דמפרש דבמתני' רק בני אותה חצר מעכבין, לכן פירש הרמב"ם דמתני' מיירי בהחזיק ומה שגם חזקה לא מהני הוא רק לבני אותה חצר. אבל בלי חזקה כל בני המבוי יכולים לעכב. ועל דרך זה כתב הקה"י דמקורו של הרמב"ם הוא מקושיית תוד"ה וגרדי שהקשו למה בגרדי יכולים לעכב ובקול הפטיש והריחים אינם מעכבים. ולפי הרמב"ם דמתני' בהחזיק אין מקום לקושיית התוס'. וע' בגאון קנ"ו סק"י על דברי הרמ"א שכתב בשם י"א דאפילו בלי חזקה א"א לעכב על קול הפטיש והריחים מציין הגאון כן דעת התוס' ד"ה אחד וד"ה וגרדי. והוא כנ"ל דלרמב"ם מיושב קושיית התוס' [ע' עוד בענין קול הנכנסין וקול הפטיש בכת"ס שהובא בפת"ת ס' קנ"ו סק"א].

הנ"י מפרש קול הנכנסים כשיטת הרשב"א שהוא משום ריבוי הדרך. והקשה א"כ אמאי מבואר בדברי אב"י דרק בני אותה חצר מעכבים הא איתא לעיל י"א: דאחד מבני מבוי שביקש להחזיר פתחו למבוי אחר בני המבוי החדש מעכבים עליו מפני ריבוי הדרך והתם משמע דכל בני המבוי מעכבים. ואי אמרינן דהרישא איירי בהחזיק ניחא דמה שלא מהני חזקה הוא לאותה חצר אבל כשלא הוחזק כל בני המבוי מעכבין כמו שנתבאר ברמב"ם לגבי קול הנכנסין. הנ"י מחלק בין ריבוי הדרך דהתם דאינם נכנסים כדי לקנות לריבוי הדרך דסוגין שנכנסין כדי לקנות. והכונה בזה דהיכא שנכנסים לקנות כניסתם הוא לצורך אחד מבני המבוי בזה רק בני אותה חצר יכולים למחות אבל בדף י"א אין כניסתם לצורך אחד מאנשי המבוי לכן כל בני המבוי מעכבים. סברא זו מבוארת בגאון ס' קנ"ו סקט"ז יעו"ש.

תוד"ה מאי שנא. ע' רע"א מה שהקשה על דברי התוס' וע' היטב בדברי המהרש"א על תוס' ד"ה וגרדי ובדף כא: על תוד"ה כופין.

דף כא.

סיפא אתאן לתשב"ר ומתקנת יב"ג ואילך. לכאורה הפשט דבכלל תקנת יב"ג שיושיב מלמדים בכל עיר היה גם שאין בני החצר יכולים לעכב וא"כ זה דין מיוחד במלמד תינוקות ולא בכל דבר מצוה. אמנם ביד רמ"ה באות נ"ה מבואר דה"ה שא"א לעכב על מי שלומד משנה או גמרא או על מאן דצלי בציבור. ובאות נ"ו מוסיף הרמ"ה שגם על כותבי סת"ם א"א לעכב דהוי דבר מצוה. ומוכח מדבריו שאין הדין שאין יכולים לעכב חלק מתקנת יב"ג שהרי הוא תיקן על מלמדי תינוקות ולא בשאר מצוות. אלא ס"ל דבלי תקנת יב"ג א"א לעכב על דבר מצוה אלא דלפני תקנת יב"ג סברו דאין מצוה ללמד בן חברו דכתיב ולמדתם אותם ודרשו ולמדתם אתם ובתקנת יב"ג התחדש שגם הלימוד עם בן חברו הוא מצוה וממילא א"א לעכב. אך העירוני שמדברי רש"י מוכח דלא ס"ל בזה כרמ"ה דרש"י מפרש רופא מוהל ואין לך מצוה גדולה מזו ואעפ"כ יכולים בני החצר לעכב. ולרש"י כונת הגמ' מתקנת יב"ג ואילך היינו שהוא תיקן שלא יוכלו לעכב אבל בשאר מצוות שלא היה תקנה יכולים לעכב אע"ג דהוי דבר מצוה.

תקנת יהושע בן גמלא. בתחילה מי שיש לו אב אביו מלמדו תורה מי לא היה לו אב שיכול ללמד את בנו לא היה לומד דדרש ולמדתם אותם ולא אחרים. צ"ב אמנם עיקר המצוה היא על אביו מ"מ אמאי סברו שאם אין אביו יודע ללמד את בנו שיהיה פטור [דמי שאין לו אב אין הכוונה שהוא יתום אלא שאין לו אב שיכול ללמדו] מאי שנא מכל המצוות שאם אינו יכול לעשות בעצמו עושה ע"י שליח. ובשלמא לגרסא דגר' אותם אתם י"ל שלמדו שיש מיעוט למעט אחרים אבל לגר' דלמדו מולמדתם כתב השיטה בשם הרא"ש שאין מיעוט אלא דרשו פשטיה דקרא דקאי על האב ולמה לא יועיל בזה שליחות. ונראה דידועים דברי התורי"ד בקידושין מ"ג. שהקשה אמאי לא מהני שליחות בכמה מצוות כגון ישיבת סוכה תפילין ומצה. וכתב דמצוות שצריכים להעשות בגופו של האדם לא מהני בהם שליחות [ע' מש"כ בזה הקצה"ח בס' קפ"ב סק"א ובאו"ש פ"א משלוחין ה"א]. ובפשטות מצוה שבגופו הוא דוקא מצוה שנעשה בגופו כגון תפילין שצריך להיות על ידו ומצה בעינן שגופו יאכל, ואמנם מעשה האכילה וההנחה מהני בהם שליחות אבל יחשב שהונה על יד חברו דשליחות מיחס רק את המעשה למשלח אבל גופו של שליח לא הוי כגופו של משלח. אבל במקום שהמצוה היא פעולה שלא בגופו לכאורה יועיל שליחות.

אמנם הש"ך בס' שפ"ב סק"ד כתב דבמצות האב למול את בנו לא מהני שליחות וכתב שם הקצה"ח בסק"ב דטעמו משום דהוי מצוה שבגופו ומביא ע"ז את התור"ד הנ"ל בקידושין. הרי דסבר הש"ך שגם מצות האב למול את בנו נחשב מצוה שבגופו שצריכה להעשות דוקא ע"י גופו ולא מהני בו שליחות. א"כ ה"נ י"ל שגם מצות האב למול את בנו סברו שהוא מצוה שבגופו שלא מהני בו שליחות. וע' במשנה בקידושין כ"ט ששני מצות אלו נחשבים מצות הבן על האב למולו וללמדו תורה משמע שדומים זל"ז בגדרם. ומה שאליבא דאמת חייב לשכור מלמד גם כשאינו יודע ללמד בעצמו היינו משום שהמצוה ללמד את בנו אינו המעשה ללמד אלא לדאוג שבנו ילמד ובהתעסקות בזה מקיים מצותו, וכמו שכתב התור"ד בקידושין כ"ט לישב קושית תוס' למה צריך פסוק למעט אשה ממילת בנה ת"ל דהוי מ"ע שהזמן גרמא. ותי' דאין המצוה מעשה המילה אלא ההתעסקות והדאגה שיהיה בנו מהול ומצוה זו היא בין ביום ובין בלילה ובזה בודאי מהני שליחות דזה כל מצוותו לדאוג שילמד הבן. ואפילו אם אמרין במילה כהש"ך ולא כתור"ד, כללמלך את בנו מסתבר שהגדר כתור"ד ובזה לכו"ע מקיים ע"י שליח.

ביד רמ"ה באות נ"ח מבואר דתקנת יהושע בן גמלא היתה שהחייב להושיב מלמדי תינוקות בכל מקום מוטל על כל אנשי העיר גם מי שאין לו בן ללמד. ובריתב"א מבואר דהאב יתן כראוי לו והשאר יגבו מאנשי העיר. משמע דנגבה מכל אנשי העיר אלא שמהאב גובים יותר. וברמ"א בס' קס"ג סוף סע' ג' מבואר דהאב נותן הכל ואם אין לו גובים מאנשי העיר.

מיתבי אחד מבני מבוי. לשיטת הרמב"ם דמתני' מיירי בהוחזקו קשה מאי פריך אולי רק בהוחזקו א"א למחות במלמדי תינוקות ע' מש"כ בזה הלח"מ פ"ו הי"ב משכנים.

מתקנת יב"ג ואילך לא ממטינן ינוקא ממתא למתא. נחלקו הראשונים בביאור האי דינא. שיטת רש"י דלא נאמר בזה שיש איסור לשלוח ממתא למתא או בחד מתא היכא דמפסיק נהרא ולא נאמר שאין ראוי לעשות כן דנחשב מכנים עצמו לסכנה, אלא רק שבאופנים אלו יש זכות לתבוע שישכרו במקומם מלמד אף שיש מלמד במתא אחרת או באותו מתא בעבר הנהר, דיש טענה שחוששים לסכנה. אך הרמב"ם בפ"ב מהל' ת"ת ה"ו כתב מוליכים את הקטן ממלמד למלמד אחר שהוא מהיר ממנו בד"א כשהיו שניהם בעיר אחת ולא היה נהר מפסיק ביניהם אבל מעיר לעיר או מצד הנהר לצדו אפילו באותה העיר אין מוליכין את הקטן. הרי שלא הזכיר כלל שכופין את בני העיר לשכור באופן זה אלא רק כתוב שראוי להוליך למלמד יותר טוב ובאופנים אלו חוששים לסכנה ואין מוליכין אותו. לשיטת הרמב"ם צ"ב למה תלוי דין זה בתקנת יהושע בן גמלא ע' בלח"מ בהל' ת"ת שעמד בזה.

סך מקרי דרדקי כ"ה ינוקי. שיטת תוס' והרא"ש דבפחות מכ"ה אין תקנה להושיב מלמד דהיינו שא"א לכוף את אנשי העיר לזה. מכ"ה יש חיוב וסגי בחד עד מ' כשיש מ' מוסיפים ריש דוכנא וסגי בזה עד נ'. כשיש נ' לוקחים שני מלמדים. אבל הנ"י כתב בשם ר' יונה וכ"כ הרמב"ם דמשיבים מלמד גם בפחות מכ"ה [לשון הרמב"ן הוא אפילו שנים ושלשה מושיבים מלמד] וסגי בחד עד כ"ה. יותר מכ"ה בעינן ריש דוכנא עד מ'. ממ' בעינן ב' מלמדים וסגי בזה עד נ', ולשיטה זו אין מקום לקושית התוס' בד"ה מתקנת דאיירי כגון שיש כאן ה' ינוקי ובמקום השני יש ה' ינוקי ואם ילכו מהכא להתם סגי במלמד אחד ואם לא ילכו צריך בכל מקום מלמד אחר.

נמצא לשיטת ר' יונה והרמב"ם השיעור של כ"ה ינוקי הוא השיעור עד כמה ראוי למלמד אחד ולתוס' ראוי עד מ' וכ"ה הוא שיעור ממתי כופין את בני העיר לשכור מלמד. ומה שבפחות מזה לא כופין לכאורה נראה דאינו משום דלא משתלם לשכור מלמד לפחות מכ"ה אלא משום דהא דכופין את כל בני העיר הוא משום דהוא אחד מצרכי העיר ולא גרע מחומת העיר וכל שאר צרכי העיר [עיין לשון הגר"א בס' קס"ג סק"פ] אך זה רק כשיש ציבור שצריכים מלמדים, אבל כשזה רק צורך של יחידים א"א להטיל חיוב זה על הציבור. וכ"ז שאין כ"ה ינוקי זה נחשב צורך של יחידים. מה"ט נר' שיש לעיין בדברי האמונת שמואל שהובא בפת"ת ביו"ד ס' רמ"ה סק"ח על דברי הרמ"ה שמביא מחלוקת הראשונים הנ"ל וכתב האמונת שמואל דהעיקר להלכה כ"ה הראשון שהובא ברמ"א שהוא כשיטת תוס' שבפחות מכ"ה לא כופין לשכור, אך כתב דזה נאמר רק בדורות הראשונים אבל בזמנינו שנתמעטו הלבבות א"א למלמד אחד בסך כ"ה והלואי שיצא יד"ח בעשרה או כ"ב, לכן הורה למעשה בישוב אחד שהיו עשרה תינוקות שכופין זא"ז לשכור מלמד, ודבריו צ"ב דבשלמא לפי שיטת הרמב"ם ששיעור כ"ה ינוקי הוא שיעור כמה ראוי למלמד אחד בזה יש מקום לומר דבזה"ז נשתנה אבל לשיטת התוס' זה שיעור ממתי כופין ואף שמלמד יכול ללמד עד מ' תינוקות כופין מכ"ה א"כ מה בכך שנתמעטו הלבבות הא אותו טעם שלא כפו בזמן חז"ל בפחות מכ"ה שייך גם האידנא. ובשלמא אי נימא דמה שלא כופין לשיטת התוס' הוא דלא משתלם לקחת מלמד כשאין תינוקות כדי מלמד בזה י"ל דהאידנא בעשרה יש כדי מלמד. אבל למה שנתבאר שהסברא הוא דעד כ"ה אין זה צורך של הציבור אלא של יחידים א"כ גם בזה"ז לכאור' לא צריך להיות כפיה בפחות מכ"ה, וצ"ע.

ומסייעין ליה ממתא רוב הראשונים פרשו שכל התשלום של הריש דוכנא הוא ממתא ולשון מסייעין הוא משום דשכרו דבר מועט אבל השיט"מ"ק בשם ר' יהונתן כתב שהמלמד נותן שכר הריש דוכנא ואביהן של תינוקות מסייעין קצת ע"ש.

האי מקרי ינוקי דגריס וכו'. בלשון הגמ' מבואר דבזה אפילו כבר היה מלמד שגריס ויש אחר שגריס טפי לר' דימי מסלקין את הראשון ומושיבים את השני דגריס טפי. אך בדין השני דחד דייק טפי וחד גריס טפי דאמר ר' דימי דמותבינן דדייק ולא גריס, לא נאמר בגמ' שמסלקים את הגריס ולא דייק מפני הדייק אלא רק שכשבאים למנות ויש שנים עדיף הדייק טפי. וכ"כ הפת"ת בס' רמ"ה סק"י בשם הבני חיי ע"ש. אך מדברי הלח"מ נר' לכאורה שלא למד כך, דהקשה בפ"ב מת"ה ה"ג דהרמב"ם השמיט שני דינים אלו של ר' דימי. וכתב דהרמב"ם רמז לזה בפ"י מהל' שכירות שכתב שם דמלמד שפשע בתינוקות ולא למד או למד בטעות מסלקין אותו. ומה שכתב שלא למד היינו דינו הראשון של ר' דימי שאם לא גריס מסלקין אותו ולוקחין מאן דגריס טפי. ומש"כ שלמד בטעות הוא הדין השני של ר' דימי שגריס ולא דייק מסלקין אותו. ומשמע שלומד הלח"מ שגם בזה מסלקין אותו ולא רק שלכתחילה בוחרים בזה שדייק ולא גריס. אך בל"ה דברי הלח"מ לכאור' אינם מובנים דעיקר חידושו של ר' דימי בדין השני הוא שדייק ולא גריס עדיף מגריס ולא דייק ודין זה אינו מרומז ברמב"ם כלל.

דף כא:

א"ד קטליה. צ"ב אמאי קטליה וכי מפני שהוא בארור יתחייב מיתה בידי אדם. וע' ביד רמ"ה באות ס"א שכתב וז"ל כמה קשה עונש הסופרים ומלמדי תינוקות וכיוצא בהן העושים מלאכת ה' רמיה שהם בארור וחייבים מיתה בידי שמים עכ"ל. וגם דברי הרמ"ה לכאור' אינם מובנים מנין למד שחייב מיתה בידי שמים. אי מהא דקטליה יואב אכתי קשה וכי מפני שחייב מיתה בידי שמים מותר להורגו בידים. והראוני שבספר קרית מלך בפ"ג מהל' מלכים ה"י על מה שכתב הרמב"ם שמותר למלך להרוג רוצח אף שאין ראייה ברורה כגון שהרג ע"פ ע"א או בלי התראה מ"מ הורגו כדי לתקן העולם כפי מה שהשעה צריכה כדי להטיל אימה ולשבר יד רשעי עולם. וכתב הקרית מלך בשם אביו מרן הקה"י זצ"ל שביאר עפ"ז מה שיואב הרג את רבו שהיה ע"פ ציווי של דוד ולמלך יש התר להרוג שלא ע"פ דין כדי לשבר יד רשעי עולם. ונראה שעפ"ז יש לבאר גם דברי הרמ"ה דס"ל דכל מה שמותר למלך להרוג רשעי עולם הוא רק באופן זה דיש עליהם חיוב מיתה ביד"ש אלא שאין מיתתן מסורה לב"ד מפני חסרון התראה או חסרון בעדות אבל אומדנא איכא וידוע שחייבים מיתה ביד"ש בזה הותר למלך להרוג, אבל אם לא היה חיוב מיתה ביד"ש לא היה התר למלך להרוג ולכן כתב הרמ"ה דמוכח מסוגין דעושה מלאכת ה' רמיה חייב מיתה ביד"ש.

ויסוד לסברא זו יש להביא מסנהדרין פא: דאיתא התם מי שלקה ושנה ב"ד מכניסים אותו לכיפה ומבואר בגמ' שם דהיינו דוקא במלקיות של כריתות דגברא בר קטלא וקרובי הוא דלא מיקרב קטליה וכיון דקא מוותר ליה נפשיה מקריבינן ליה לקטליה. הרי מבואר שמי שמחויב מיתה בידי שמים נחשב בר קטלא ורק בזה יש הלכה של כונסים לכיפה. וכן י"ל בדינו של הרמב"ם שמותר למלך להמית היה פשוט לרמ"ה שזה רק כשמחויב מיתה ביד"ש דהוי בר קטלא ומותר למלך לקרב מיתתו כדי לשבר יד רשעי עולם.

מקרי ינוקא שתלא וכו' כמותרין ועומדים. הרמב"ם והראב"ד נחלקו בפ"י משכירות ה"ז אם דין זה הוא דוקא כשנשכרו ע"י אנשי העיר או גם בנשכרו ע"י יחיד. וע' מש"כ בזה האבה"א שם. במה שהקשו תוס' על רש"י דכותב ס"ת הוא פסידא דהדר דאפשר להגיהו כתב הרשב"א ע"פ מה דמבואר במנחות כט: דיריעה שיש בו יותר מד' טעויות לא מתקנים אותו. ועוד כתב החת"ס ביו"ד ס' רנ"ט וס' ר"ס, הובאו דבריו בפת"ת יו"ד ער"ה סק"ד, דכתב הרמ"א בס' ער"ה סע' א' בשם שו"ת הרא"ש דאם טעה בשם אסור לחתוך הקלף ולעשות נקב ביריעה כדי להוציא את השם. ונחלקו הש"ך שם סק"ג והמג"א בס' ל"ב סק"ו אם מותר לקלוף את השם בלי לנקב את הקלף. הש"ך כתב דק"י שאסור דגרע מנקב דקליפה הוא גנאי יותר וקרויב למחיקה. והמג"א מתיר לקלוף. וכתב החת"ס שבה נחלקו רש"י ותוס' דרש"י ס"ל כש"ך ממילא בטעות בשם אין אפשרות לתקן ותוס' ס"ל כמג"א לכן גם טעות בשם אפשר לתקן. אך פשוט שאין הדברים מוכרחים ובפרט בדעת רש"י די"ל כרשב"א, ועוד שיש טעויות שאינם ניכרין וא"א למצוא אותם כגון חסרון כוונה לשמה או חק תוכות.

רש"י בב"מ מפרש שמקרי דרדקי הוי פסידא דלא הדר מפני שבבשתא כיון דעל על. והקשו התוס' דרבא ס"ל שבבשתא ממילא נפקא. וכתב בזה הרשב"א דרש"י מחלק בין שבבשתא של המלמד לשבבשתא של התינוק שהמלמד אינו משגיח בו דבזה סבר שבבשתא ממילא נפקא, אבל כשהמלמד טועה מודה רבא דכיון דעל על. ועל דרך זה כתב הריטב"א במחלוקת רבא ור' דמי אם גריס ולא דייק עדיף מדייק ולא גריס או לא דזה דוקא כשמלמד נכון אלא שאינו משגיח שלא יטעה התלמיד אבל אם מלמד טעות לכו"ע מי שדייק ולא גריס עדיף. הרמב"ם בפ"י משכירות ה"ז כתב מלמד שפשע בתינוקות ולא למד או שלמד בטעות מסלקין אותו. וכתב ע"ז המ"מ שזה כפרש"י ומוסרפי המ"מ שפרשו לדעת רש"י כגון שהמלמד עצמו טעה. ודבריו צע"ק דהראשונים כתבו חילוק זה ברש"י כדי לישב שלא יקשה דרבא אדרבא דס"ל לעיל שבבשתא ממילא נפקא והכא ס"ל דהוי פסידא דלא הדר, אבל לדידן דקי"ל כר' דימי דשבבשתא כיון דעל על א"כ י"ל שבכל גווני הוי פסידא דלא הדר ומהמ"מ משמע שס"ל שחילוק זה קיים להלכה. ואולי ס"ל דרק לענין עדיפות קי"ל שגריס עדיף מלא דייק אבל לענין לסלק בעינן דוקא שמלמד טעות ולזה לא סגי במה שאינו משגיח.

האי בר מבואה דאוקי ריחיא וכו'. הב"י בס' קנ"ו בתחילת החלק השלישי כתב שהדין של יורד לאומנותו של חברו המבואר בסוגין הוא מדרבנן מתקנ"ח ומן התורה אין בזה לא משום גזל ולא משום מזיק. וראיתו ממה דמבואר לקמן דיש אופנים שהקילו בת"ח. וההת"ס בחור"מ ס' ע"ט כתב דאסור מן התורה אלא שהגדרים נמסרו לחכמים. ומביא משו"ת משאת בנימין דיוצא בדיינים [ע"ש בד"ה מהפך וד"ה פסיק]. והא דהקילו בת"ח מביא ההת"ס לשון הרמב"ם (כפ' המשנה באבות שכתב שמה שמצאנו זכויות מיוחדות לת"ח בעניני ממון כגון הא דמבואר בסמוך דאוסרים על אחרים למכור עד שימכור הת"ח סחורתו והא דפטר ת"ח ממס הוא חוק שקבע הי"ת כמו שקבע המתנות לכהן ומסיים הרמב"ם וזהו דין תורה כמו שפטרה התורה מחצית השקל מן הכהנים. א"כ אע"פ שיסוד הדין של יורד לאומנותו של חברו הוא מן התורה יש קולות בת"ח. ע' בר"י מגש שהאיסור הוא רק אם המוכר שבא ממתא אחריא אינו מוכר יותר בזול אבל אם מוכר בזול או שמוכר סחורה טובה יותר שיש רווח לאנשי העיר אין זכות לעכב בידם ולגרום הפסד לאנשי העיר. וכן פסק הרמ"א בס' קנ"ו סע' ז' ודברי הר"י מגש הובאו ברא"ש ברשב"א וברמב"ן אלא שהרמב"ן חולק במקצת ע"ש וע' בחי' הריטב"א. ואם האיסור הוא דרבנן פשוט שלא גזרו להפסיד לאנשי העיר ואפילו אם אסור מן התורה הרי נמסר לחכמים ובכה"ג שהוא לתועלת אנשי העיר אין הסוחרים נחשבים כמזיקים.

שאני דגים דיהבי סייארא. כמה דרכים נאמרו בראשונים בביאור דברי הגמ' ואלו הן:

א. שיטת רש"י דמה דלית לן דברי ר"ה ומותר לפתוח חנות בצד חנותו של חברו אם שניהם בני חד מבוי הוא רק מפני שאינו מפסיד לראשון דבר מסוים שבודאי היה הראשון זוכה בו משא"כ הכא שלולא שהיה בא השני בטוח הוא שהראשון היה מלכדנו וע"י חברו הפסיד דבר שהיה בודאי זוכה בו. ולמד מזה החת"ס בתש"ע ד"ה התנאי הראשון שאף שמותר לפתוח חנות ליד חנות מ"מ אם כבר נכנס אדם לחנות וגמר הפיסוק עמו ובא אחר ומוליכו לחוץ הרי הוא נחשב כגולן ודמי לדגים דיהבי סייארא.

ב. שיטת תוס' בקידושין נט. בשם ר"מ אביו של ר"ת שע"י הראשון שפרס מצודתו והניח בו דג מת מתאספים שאר הדגים סביבו וכשחברו פורש מצודתו סמוך לראשון הרי הוא כאילו גזלו. ונאף שלא נזכר בתוס' שם שדבריהם קאי על דחיית הגמ'.

כאן מ"מ לפי מה שיבואר בסמוך מוכח שהתוס' שם קאי על מסקנת הגמ' שאני דגים דיהבי סיירא. דהיינו שגרע מכל יורד לאומנותו של חברו שאמנם ממעט פרנסתו של חברו אבל אין השני נהנה מטרתו של הראשון. דעדיף היה לשני אם הראשון לא היה כאן. משא"כ בדגים בא השני ומשתמש ונהנה מטרתו של הראשון. וע' בכת"ס הנ"ל בד"ה ולכאורה שכתב דעל דרך זה לישב דברי הרשב"ם שכתב לקמן דף נד: גבי נכסי עכו"ם כמדבר שמי שקדם וזכה הוי רשע כדין עני המהפך בחררה. וכתבו התוס' דלפר"ת אינו כן דכיון דהוי ממון הפקר ואינו יכול למצוא במקום אחר אינו רשע. וכתב החת"ס דהכא שאני דנעשה הפקר ע"י ממון וטרתו של הראשון ובוזה גם בהפקר הוי רשע דמשתמש ונהנה מטרתו של חברו. ומדמה החת"ס את זה לדברי התוס' הנ"ל בקידושין. אך דין זה דנהנה מטרתו של חברו מתחלק לב' אופנים. א. כשאומנותו בכך דבוזה מיירי התוס' בקידושין כמש"כ החת"ס בד"ה ובאמת ובוזה דינו כגזל וככל האופנים שיש איסור של יורד לאומנותו של חברו דיוצא בדיינים. ב. כשאין אומנותו בכך כההיא דנכסי עכו"ם כמדבר דאף דהוי הפקר מ"מ נקרא רשע מפני שמשתמש בטירתו של חברו, אבל בזה אין יוצא בדיינים, וכמבואר בתוס' בגיטין ס: דעני המנקף בראש הזית אין בו גזל אלא מפני דרכי שלום ושאינו ממצודת הדג לאומנותו בכך כמו שמבאר החת"ס בתש"ק ע"ש.

ג. הרמב"ן מפרש דחיישינן שאחר שכבר נכנס למצודתו של הראשון וזכה בו ע"י כליו והוי ממון גמור שלו וע"י שרואין המזונות שבמצודת חברו בורחים הדגים ממצודתו והוי גזל גמור. וע' בכת"ס ס' ע"ט ד"ה שיטה ב' שהקשה דמשמע בסוגיא דגם דגים יסודו משום יורד לאומנותו אלא שגרע מחנות בצד חנות ואילו לרמב"ן הוי גזל גמור. ותי' שגם לרמב"ן שזכה אין זה גזל ממש דאחר שברחו ממצודתו של הראשון חזרו להיות הפקר והשני הוא כמציל מן הנהר ומזוטו של ים. אלא אסור משום דיורד לאומנותו של חברו כיון שגורם שממון שכבר זכה בו חברו יחזור להיות הפקר ובכח"ג גם החולקים על ר"ה מודים שאסור.

ד. שיטת הר"י מגש שע"י שאחרים מניחים מצודתם ליד מצודתו מתרחקים הדגים מאותו מקום ומונע לגמרי את האפשרות שיבאו למצודתו של הראשון. ולא דמי לחנות שגם אחר שיש חנות ליד חנות יש אפשרות שיבואו לראשון כמו לשני ואינו אלא ממעט פרנסתו אבל הכא מבטל לגמרי חיותו מאותו עסק ובוזה לכו"ע אסור אף שגם השני מבני אותו מבוי. ודין זה מובא במרדכי בשם האביאסף שאם חנותו של הראשון נמצא בתוך מבוי סתום ובא חברו ועשה חנות בפתח המבוי באופן שכל העוברים פוגעים בחנותו תחילה ולא יגיעו לחנותו של הראשון בזה יש איסור על השני אף שהוא מבני המבוי דאינו רק ממעט חיותו של חברו אלא מפסיקו לגמרי. [הב"ב בס' קנ"ו הבין שכונת האביאסף לפסוק כר"ה אך הדרכי משה באות ד' כתב שהאביאסף ס"ל דבוזה גם החולקים מודים]. וע' בכת"ס הנ"ל שמשוה דברי האביאסף לדברי הר"י מגש. בתש"ק ק"ה ד"ה והרב"י כתב החת"ס שכן מדויק בלשון רש"י בד"ה שאני דגים שמסיים אבל הכא מי שבא אצלי יבא ומי שבא אצלך יבא. משמע שההתר הוא רק כשיש אפשרות שיבואו לשניהם בשוה. וזה כשיטת האביאסף והר"י מגש.

ה. הקצה"ח בס' רע"ג סק"ד כתב פשט חדש ע"פ המבואר בקידושין כו: דפיל נקנה בהגבהה ע"י שמחזיק בפני הפיל חבילי זמורות וע"י זה הפיל קופץ ומוגבה מכחו. וכן כאן כשמניח דג מת ושאר הדגים מתאספים סביבו ועולים לקראתו חשיב הגבהה ונקנים הדגים קנין גמור והוי גזל גמור. וזה על דרך הרמב"ן אבל לא מצד קנין חצר אלא משיכה והגבהה ומוסיף הקצות שאפילו אם הים הוא רה"ר ומשיכה אינו קונה ברה"ר הכא חשיב הגבהה כשהדגים מגביהים עצמם וקונה אפילו ברה"ר, וגם הגבהה כזו שאין החפץ ביד הקונה סובר הקצות שיש לו מעלת הגבהה וקונה ברה"ר, דלא כרשב"א בקידושין דס"ל שהגבהה כזו דינה כמשיכה ולא קונה ברה"ר ע"ש. וע' בנתיבות שם סק"ג שחולק על פירושו של הקצות דלא דמי לפיל שמגביה עצמו מיד ע"י מעשה האדם משא"כ כאן שמניח דג מת ולאחר זמן מתאספים הדגים אין זה הגבהה שלו ולא קונה.

הרי"ף והרמב"ם לא הזכירו כלל את דחיית הגמ' שאני דגים דיהבי סיירא. וכתב בזה החת"ס בתש"ק ע"ט ד"ה ויש כאן דס"ל דאינו אלא דחיה בעלמא שנאמר כדי שלא יקשה על החולקים על ר"ה ממצודות דגים. אבל אחרי שמתבאר בהמשך הסוגיא דדברי ר"ה כתנאי איכא למימר דברייתא דמצודת הדג קאי כתנא דס"ל כר"ה דהיינו כרשב"ג או כר' יהודה א"כ אליבא דאמת לא קאי התירוצ' שאני דגים. אמנם בדברי הנ"ל מבואר דס"ל דתי' זה דשאני דגים נשאר להלכה ע"ש.

תוד"ה מרחיקין. הקשו מכאן על ר"ת דס"ל בקידושין שהדין של עני המהפך בחררה לא נאמר בדבר הפקר א"כ אמאי מרחיקין את מצודת הדג מן הדג. ולכאורה אינו מובן הרי הגמ' מביאה מהדין של מרחיקין מצודת הדג סיוע לר"ה ומפורש שהגמ' הבינה שחייב הרחקת מצודת הדג הוא מדין יורד לאומנותו של חברו ולא מדין עני המהפך בחררה א"כ מה קשה מזה על ר"ת. ובאמת בתי' השני תירצו דהכא שאני דאומנותו בכך אבל לא מובן מאי ס"ד מעיקרא בקושיתם ובתירוצם הראשון. ונראה שאין קושיית התוס' על שאלת הגמ' אלא על דחיית הגמ' שאני דגים דיהבי סיירא. והתוס' לא פרשו ככל הפשטים שהובאו לעיל אלא ס"ל דדחיית הגמ' היא דהדין של מרחיקין מצודת הדג אינו משום יורד לאומנותו של חברו אלא כיון שטרח ברווח מסוים זה יש בו משום עני המהפך בחררה. וע"ז הקשו התוס' דכיון דהוי דבר הפקר אין בזה דין של עני המהפך בחררה לר"ת. ובתי' השני תירצו שגם בתי' הגמ' אין האיסור מחמת עני המהפך בחררה לבד אלא בצירוף עם זה שאומנותו בכך, אלא שעדיף מכל יורד לאומנותו דהכא טרח ברווח מסוים זה, וטורח זה גורם בעלמא לדין של עני המהפך בחררה והכא אף דהוי הפקר מ"מ באופן זה גם לדין איכא איסור של יורד לאומנותו.

נמצא פשט חדש בתי' הגמ' שכאן זה מדין עני המהפך בחררה, ונחלקו תירוצי התוס' אם זה סיבה לאיסור בפנ"ע או בצירוף עם הדין של יורד לאומנותו של חברו. והתוס' בקידושין הוסיפו תי' נוסף בשם ר"מ דהכא גרע מכל עני המהפך שלא רק שמפסיד לראשון את טורחו אלא הוא משתמש ונהנה מטרתו של הראשון, ובאופן זה יש איסור גם בדבר הפקר.

בסוף הדיבור הקשו התוס' על הגמ' בב"מ אמאי לא זכה רב מרי בר רחל הרי הוא החזיק בזמן שרבא קנה מן העכו"ם ונכסי עכו"ם הם כמדבר. וכתבו דחזקת רב מרי לא היה אלא בתורת משכון ורבא קנה בשטר ואח"כ נתן כסף. דבריהם לכאורה אינם מובנים אמאי הוצרכו לכל זה הרי כתבו שחזקת רב מרי לא היתה אלא בתורת משכון דהיינו שלא היה לו כונת קנין אלא החזיק מכח שהיה ממושכן בידו ודמי לעודר בנכסי הגר וחשב שהם שלו דלא קנה, ולמה צריך להוסיף שרבא קנה בשטר ואח"כ נתן כסף. ואם מיירי באופן זה אינו הפקר כלל ואין צורך לומר דחזקת רב מרי לא היתה אלא בתורת משכון. ולכאורה הם שני תירוצים נפרדים שאינם צריכים זה לזה.

מה שכתבו שחזקת רב מרי היה בתורת משכון וכתבנו שהכונה שלא כיוון לקנות, ואולי יש להוסיף דברי המחנ"א שכירות ס' י"ג [הובא לעיל ג.] שיש צד לומר ששוכר אינו יכול לקנות מן המשכיר בקנין חזקה. ואולי הכא שאני דאינו קונה מן המשכיר אלא נעשה הפקר והוא זוכה מן ההפקר.

כופין בני מבואות זה את זה וכו'. הקשו הראשונים איך מתפרש רישא דברייא, אי מיירי במי שבא ממטא אחרנא הרי כל בני העיר מעכבים אפילו אינו עושה במבוי שלו ובברייא מבואר שרק בני המבוי מעכבים. ואי כן העיר אלא שדר במבוי אחר זה הספק של ר"ה בדרי" בסמוך. וכמה דרכים נאמרו בזה. א. שיטת רש"י ותוס' הוא דמיירי בבן עיר אחר ומשלם מס בעיר זו והא דמבואר דאם שייך בכרגא דהכא לא מצי מעכב אין הכונה שנחשב ממש כמי שדר בעיר ויכול גם בתוך מבוי מסוים אלא רק שאר אנשי העיר אינם מעכבים כיון ששייך בכרגא זכותו לסחור בעיר. אבל אנשי המבוי יכולים לעכב אפילו לצד שעל בן העיר ממש אפילו אם בא ממבוי אחר אינם מעכבים. כן מבואר בתוד"ה ואי וכן משמע ברש"י ד"ה ואי שייך דאם שייך בכרגא לא מצי בר מתא לעכב עליו כל העיר משמע שבמבוי שלו כן יכול לעכב. וכ"כ הרמב"ן בדעת רש"י. ובזה קאי רישא דברייא שבני מבואות מעכבין היינו כשיש במבוי אומנות זו יכול הוא לעכב שלא יכנס אחר למבוי שלו אם האחר הוא מעיר אחר אף ששייך בכרגא דהכא. ועיי' בלח"מ פ"ו משכנים ה"ח שתוס' כתבו כן כדי שלא יקשה הרישא של הברייא.

ב. שיטת הרמב"ם דהרישא לא מיירי באיסור של יורד לאומנותו של חברו ומיירי שאין אומן אחר במבוי ומה שמעכבין הוא משום קול הנכנסים והיוצאים כרישא דמתני' דלעיל. [התוס' שפרשו משום יורד לאומנותו של חברו הקשו לעיל בד"ה וגרדי ת"ל משום קול הנכנסים ותי' או דמיירי בחצר אחרת ורק באותה חצר יכול לעכב משום קול הנכנסים או שאומנויות דהכא אין בהם הרבה נכנסים ולא דמי לגרדי דלעיל דיש בו הרבה נכנסים אלא לקול הפטיש והריחים שאף שעושה לאחרים מותר דאין הרבה נכנסים, עיי' מהרש"א על תוד"ה כופין]. ולשכנו אינו כופהו היינו שאם יש במבוי מבעלי אומנויות אלו אינם יכולים לעכב על אחרים דמשום קול הנכנסים ליכא כיון שבל"ה יש נכנסים מחמת הראשון [והרמב"ם לית ליה מש"כ התוס' לעיל בד"ה וגרדי דדוחק לחלק ולומר שכשיש כבר אומן לא חיישינן בשני לקול הנכנסים דכ"א מוסף נכנסים] ומשום יורד לאומנותו ליכא דלית ליה דר"ה. וכתב הלח"מ דהרמב"ם פירש כן משום דקשיא ליה פשט ברישא של הברייא דהיינו ספקו של ר"ה בדרי" לכן פירש שטעמא דרישא משום קול הנכנסים. נמצא שתוס' והרמב"ם נחלקו בתרתי. לרמב"ם ליכא חשש קול הנכנסים כשיש כבר אומן אחד ולתוס' יש. לרמב"ם בן עיר אחר ששייך בכרגא דהכא דינו ממש כבן עיר ומותר אפילו בתוך המבוי ולתוס' אינו ממש כבן העיר. וב' מחלוקות אלו הובאו בשו"ע ס' קנ"ו סע' ה', המחבר כתב כלשון הרמב"ם שאם בל"ה יש ביניהם אותה אומנות אין יכולים לעכב מקול הנכנסים והרמ"א מביא שרבים חולקים, והשו"ך שם סק"ד הקשה דאף שיש חולקים על הפשט של הרמב"ם בברייא מ"מ לא מצאנו שחולקים בדין זה. אמנם לכא' מפורש כן בתוס' לעיל ד"ה וגרדי שכתבו שדוחק לחלק בין אם יש בל"ה נכנסים או לא. ואח"כ מביא המחבר שוב את שיטת הרמב"ם דמי ששייך בכרגא דינו ממש כדר בעיר והרמ"א מביא שיטת התוס' שחולק.

ג. הריטב"א כתב דרישא דברייא מיירי בבן העיר שדר במבוי אחר ורוצה לקבוע חנות בתוך מבוי אחר ובזה מעכבין ומה דמספקא לר"ה בדרי" היינו שאינו פותח החנות בתוך מבוי אחר אלא סמוך למבוי מבחוץ. דהיינו שאף שמצד היורד לאומנותו אין נ"מ בין אם נכנס למבוי או שנמצא בחוץ מ"מ כשנכנס חמיר טפי דנחשב כבא בגבולו של חברו. ד. הנהיבות בס' קנ"ו סק"ב כתב דמיירי בבן עיר אחר שלא שייך בכרגא דהכא ורעפ"כ יש אופנים שבני העיר אינם מעכבים כגון דאית ליה אשראי במתא או שמוכר יותר בזול מאומני העיר דקי"ל שאינם יכולים לעכב אך כ"ז רק לענין בני העיר אבל בני המבוי מעכבין שלא יכנס במבוי שלהם וע"ז קאי רישא דברייא.

הא דקתני שלא להושיב ביניהם בורסקי קשה דתנן לקמן כ"ה. מרחיקין בורסקי מן העיר נ' אמה. ע' בשיטמ"ק שם מש"כ בזה.

בעי ר"ה בדרי" וכו' תיקו. כתבו הרא"ש והנ"י דכיון דהוי ספק א"א לעכב על בר מבואה אחרנא. וכן פסקו הרמב"ם והשו"ע. והקשה הנהיבות בס' קנ"ו סוף סק"ב מאי שנא מהספק של כיבד וריבין דפסקו הרמב"ם ושו"ע דלכתחילה חייב להרחיק ורק בדיעבד אין מחייבין אותו לסלק. [וע' מש"כ בזה החת"ס בתש' ע"ט ד"ה ואי פסקא]. ולכא' יש לישב בב' אופנים. א. הגאון בס' קנ"ה סק"ח מבאר מה שלכתחילה צריך להרחיק משום דיש איסור דאורייתא להזיק וספק איסור לחומרא, וא"כ לפמש"כ הב"י בס' קנ"ו דהאיסור ביורד לאומנותו של חברו הוא דרבנן דמן התורה אינו לא מזיק ולא גוזל א"כ כאן יש להקל בספק ככל ספק דרבנן. ב. לפי מש"כ רע"א בקונטרס מילי דנזקין לחלק בין כיבד וריבין שהוא ודאי מזיק וספק אם יש התר שבוה לכתחילה מרחיק לבין גפת כשהונח לפני שהיה ניזק שהוא ספק אי חשיב גירי דיליה או לא שאינו מרחיק אפילו לכתחילה כיון שעל הצד שאינו גירי דיליה אין הוא נחשב מזיק כלל הוי ספק בעיקר הדין מזיק ובזה אזלינן לקולא ואפילו לכתחילה אינו מרחיק [וכן חילק הביה"ל ס' מ"ו בין ספק דכיבד וריבין לספק של סד בסיד והובאו דבריו לעיל]. ולפ"ז יש לחלק גם בין ספיקו של ר"ה בדרי" לספק של כיבד וריבין, דהכא על הצד שמוותר גם לבן מבוי אחר הרי אין זה בכלל יורד לאומנותו של חברו ואין עליו שם מזיק כלל, דהתירו של בר מבואה הוא משום דעושה בתוך שלו כמבואר בלשון הברייא, ואין סיבה לאיסור כלל, וכל הדין גזלן הוא מקבל רק כשבא ממקום אחר [ע' לשון החת"ס בריש תש' ס"א שהובא בפת"ת ס' קנ"ו סק"ג]. א"כ הוי ספק בעיקר המזיק ובכה"ג אינו מרחיק מספק, אפילו לכתחילה. אך כ"כ למעלה שצ"ב בדברי רע"א דקי"ל דמרחיק לכתחילה גם בספק של בנה עליה, והרמב"ם ושו"ע פירשו דקאי על התחתון אף דהוי ספק בעיקר הנזק. ואולי מה"ט לא ניחא ליה לנתיבות לחלק בזה.

כל זה לשיטת רוב הראשונים דפסקו לקולא אך השיטמ"ק כתב בשם הראב"ד דמספק יכול לעכב ע"ש.

ואי שייך בכרגא דהכא. ההגהות אשרי מביא שנחלקו רש"י ור"ת אם כונת הגמ' שלפנ"כ היה נותן כרגא בעיר זה ואז א"א לעכב עליו אבל אם עד עכשיו לא נתן בכרגא של עיר זה ורוצה עכשיו לבא ולתת כרגא יכולים לעכב, או שיכולים לעכב רק שלא יבא בלי להשתתף בכרגא אבל אם רוצה לתת כרגא א"א לעכב אף שעד עכשיו לא היה נותן. והובא מחלוקת זו בגאון ס' קנ"ו סק"א ע"ש.

תוד"ה כופין. נחלקו ר"י ור' שמשון דר"י ס"ל שהקולא במלמד תינוקות לענין יורד לאומנותו של חברו הוא אפילו בלא מעיר אחרת וא"כ יש נ"מ מזה גם לדין דקי"ל דלא כר"ה, ולכן הוצרך ר"י לפרש הברייא בתינוקות עכ"ל. ור"ש ס"ל

דהקילו רק בן המבוי ורק לר"ה שאוסר בשאר אומנות אפילו על בן המבוי מודה שהקילו במלמד תינוקות אבל לדידן אין שום קולא במלמדי תינוקות דלבן מבוי ליכא איסור גם בשאר אומניות וכן עיר אחרת גם במלמד אסור. והרמ"א מביא בס' קנ"ו סע' ו' שי"א שהקילו במלמדי תינוקות וכתב הגאון בסקל"א שהרמב"ם השמיט קולא זו דס"ל דלדידן אין נ"מ מזה דהיינו דס"ל כשיטת הר"ש. ומדייק הגאון לשון הגמ' דלגבי מקרי דרדקי נקטו מודה ר"ה משא"כ במודה דרוכלין נקטו מודה ר"ה בריה דר"י דשם הקולא הוא גם על בני מתא אחרינא משא"כ במקרי דרדקי הקילו רק על בן המבוי ונוגע רק לר"ה.

ואי צורבא מדרבנן הוא. הקולא של רוכלין הוא רק כשמוכרים בשמים ותכשיטי נשים וכדומה אבל לא בשאר סחורה, כמבואר ברמ"א סע' ו' ומה שהקילו בת"ח הוא ג"כ רק בזה והקילו רק שמה שהתירו לרוכלין לאהדורי הקילו בת"ח אפילו לאקבועי אבל בשאר דברים אין קולא בת"ח. כ"כ השיטה בשם ר' יונה וכ"כ הרמ"א בסע' ה' ע"ש. ויש לעיין ממעשה דרב דימי דלכאורה משמע שבא ממקום אחר וכן מבואר בלשון היד רמה באות ע"ב שכתב דדינא הוא למינקט שוקא לצורבא מרבנן דאתי מעלמא דמזבין עייסקיה. ואולי איירי באופן שא"א לעכב כגון שמוכר יותר בזול וצ"ע.

דף כב.

פוק תהי ליה בקנקניה. הקשה הקו"ש אמאי בדק בזה וכשלא ידע לא נקיט ליה שוקא הא מבואר ברא"ש בדף ח. דהקובע שם ת"ח לענין פטור מסים וחומת העיר הוא שתורתו אומנתו ועוסק בה תמיד ביום ובלילה ולא תלוי אם יודע להשיב בכל מקום או לא. ונראה שהביאור הוא כמו שכתבנו בדף ח. שנחלקו הראשונים אם מה שפטור מחומת העיר ומסים הוא משום שהם עיניני שמירה ות"ח אינם צריכים שמירה או כפי' הרמב"ם בפ"י המשניות בפ"ד מאבות שזה מהזכויות שנתנה תורה לת"ח כשם שפטרו כהנים ממחצית השקל. וכתבנו שבה יהיה תלוי מהו הגדר של ת"ח דאם הפטור מפני שאינם צריכים שמירה מסתבר שלא תלוי אם הגיע לדרגת ת"ח או לא אלא אם עוסק בתורה תמיד אינו צריך שמירה. אבל אם זה מהזכויות של ת"ח זה רק אם יש לו דרגת ת"ח ולא סגי במה שעוסק בה תמיד. א"כ א"ש דהרא"ש לעיל ס"ל שהפטור הוא משום שא"צ שמירה לכן התם תלוי בעוסק בה תמיד משא"כ כאן בודאי שזה זכות מיוחדת של ת"ח כמו שכתב הרמב"ם הג"ל לכן בזה מודה הרא"ש שלא סגי בעוסק בה תמיד, אלא צריך שיהיה בדרגת ת"ח שיודע להשיב ברוב המקומות.

פיל שבלע כפיפה מצרית. תוס' הביאו את הגמ' במנחות שהקשו אי לבטל מטומאתו תנינא כל הכלים אין עולים מטומאתן אלא בשינוי מעשה לא צריכא דבלע הוצין. מזה שמתרצת הגמ' דבלע הוצין ולא תרצו דבלע כפיפה שעדיין לא נטמאת מוכח שאם היה על הכפיפה שם כלי והיה ראוי לקבלת טומאה אף שלא נטמא עדיין אינו עולה מתורת קבלת טומאה אלא בשינוי מעשה. וכן מפורש ברש"י בקידושין נ"ט. [אלא שרש"י מחלק בין המעשה שצריך כדי לבטל טומאה לבין המעשה שצריך לבטל תורת קבלת טומאה ע"ש]. וצ"ע בדברי המאירי כאן שמביא שיש מפרשים שרק אם נטמא צריך מעשה להעלותו מטומאתו אבל אם לא נטמא לא בעינן מעשה להפקיע תורת קבלת טומאה. וקשה א"כ למה צריך להעמיד בבלע הוצין הא אפשר להעמיד בכפיפה טהורה.

חזי מר מאי עבדו לי. לכאורה צ"ב מה היה טענתו הא כיון שלא ידע אינו בגדר ת"ח ששואלין אותו בכל מקום ומשיב ואין בו דין נקוטו ליה שוקא. ועיין בריטב"א שכתב ע"ז וז"ל דמשום דלא ידע בסדר טהרות לא הוי ליה לזלזולי ולא למינקטו שוקא וכדאמרין התם בארבעה לא מצינא בשיטא מצינא עכ"ל.

מי שהיה כותלו וכו'. רוב הראשונים פרשו דמתני' מיירי בלקח מהמלך או זכה מן ההפקר ובזה בשעה שזכה בקרקע ובכותל קונה זכות בד' אמות שבצידו לצורך דוושא. אבל לולא זה אין במניעת דוושא משום מזיק דאינו חייב להעמיד חצרו לצורך דוושא של שכנו. כ"כ הנ"י, הריטב"א, השיטה בשם הר"ן, המ"מ בפ"ט משכנים ה"ט והובא ברמ"א בס' קנ"ה סע' י"ד בשם י"א. וע' בחזו"א ס' י"ד סק"ד שלדבריהם הדין של דוושא הוא דוקא כשהיה הכותל בנוי בזמן שקיבל מן המלך או זכה מן ההפקר. דאז בזמן זכייתו היו הד' אמות צורך הכותל והוי בכלל קנינו. ותמוה לפ"ז מה קושית הגמ' בחלונות ומזחילה ת"ל משום דוושא נימא נ"מ היכא דלא קיבל מן המלך. עיין בחזו"א ס' י"ד סק"ד ד"ה ולדעת שעמד בזה.

הקצות בס' קנ"ה סק"ו מוכיח דתוס' ס"ל שבכל גווני יש חיוב הרחקת כותל משום דוושא ולא כראשונים הנ"ל. שהקשו התוס' בד"ה וקמא לרבא דאוסר לסמוך מזיק למיצר איך הראשון בנה כותלו. ואי נימא דמיירי בלקח מהמלך אין מקום לקושיתם שהראשון קנה זכות זו ולא השני. וכתב שכן דעת הרמב"ן שגם כתב בדברי התוס'. ויש להוסיף שכן מוכח גם מהתוס' בעמ' ב' בד"ה לימא דכתבו דמה שמודה ר"י במתני' דידן הוא משום שדוושא הוא גירי דיליה. ואי נימא דמיירי שיש לו קנין בודאי חברו חייב להרחיק אפילו אם אינו גירי דיליה. וכן מבואר בגאון בס' קנ"ה סקל"ח שכתב המקור לדברי הרמ"א דמיירי בלקח מן המלך מדהקשו אמתני' דנמיא לימא מתני' דלא כר"י משמע שעד עכשיו כל המשניות גם לר"י ואמאי מודה ר"י בדוושא הא אינו גירי דיליה אע"כ מיירי בלקח מן המלך ויש לו קנין ומסיים וא"צ לדחוק מ"ש התוס' ד"ה לימא. אך נשאר הקצות בצ"ע למה דוושא נחשב מזיק הא אינו אלא מונע רוח ואינו מזיק כלל. ולכאור' צ"ל דהוי תקנ"ה להחשיבו כמזיק כיון שהוא צורך הכותל, וע' לשון החזו"א ס' י"ד סק"ד ד"ה במ"מ ז"ל וה"נ דוושא חשבוהו בכלל נזקין עכ"ל וע"ש שכתב שזה גם שיטת הרי"ף הרמב"ם והרא"ש שלא הזכירו שלקח מן המלך.

עוד כתב הקצות בס' קנ"ד סק"ט להקשות על הרשב"א שאסר לבנות כותל שמונע אויר הצריך לאוצרו של חברו דאין הכותל מזיק לאוצר אלא מונע תועלת שיהיה לאוצר מאויר חצרו ואינו אלא כדוושא שכתבו הראשונים שאינו אלא בלקח מהמלך. ובתחילה כתב הקצות דעכצ"ל שהרשב"א ס"ל כשיטת התוס' שדוושא הוא בכל גווני אפילו אם לא לקח מן המלך. אך אי אפשר לומר כן דמפורש ברשב"א כאן כראשונים הנ"ל דמיירי דוקא בלקח מן המלך. ועוד פשט כתב הרשב"א דמיירי שהחזיק בשימוש של דוושא אך פשט זו דוחה הרשב"א דכיון שאינו יכול למחות אין חזקתו חזקה ומסיים שהעיקר כפי' הראשון דמיירי שלקח מן המלך.

גם מדברי היד רמ"ה מוכח דס"ל דוושא הוא לא רק כשלקח מן המלך דכתב בריש פרקין באות א' דמה שהזיק של מתנתא חשיב גירי הוא משום שאין אנו דנים על הנזק שמזיק הלחות כשהוא מגיע לבורו או לכותל בורו של חברו אלא שלשה טפחים הסמוכים לכותל בורו של חברו אשתעבודי משתעבדי ליה לכותל הבור דומיא דד' אמות הסמוכים לכותל חצר לענין דוושא. וכן כתב בסמוך באות ע"ח לבאר למה מחרישה ומי רגלים הוי גירי, דהמקום שסביב הכותל נשתעבד לבעל

הכותל והנזק הוא באותו מקום ומדמה לדושה. וברור שכ"ע מודו דאין המשנה של לא יחפור מדבר דוקא בלקח מן המלך. ומבואר דס"ל כתוס' דדושה הוא בכל גווני. אמנם מאידך מבואר דס"ל דגדר הדין של דושה הוא משום שנשעבד הד' אמות לבעל הכותל וא"כ אינו ממש כשיטת התוס' דלרמ"ה אינו בגדר מזיק אלא משועבד לבעל הכותל ואין זה ניגוד למחלוקת ר"י ורבנן, ולא קשה קושית תוס' ד"ה לימא ולא קושייתם בד"ה והא. והא דנשתעבד לדעת הרמ"ה צ"ל שהוא תקנ"ה. וע' חזו"א ס' י"ד סק"ד ד"ה כתב הרא"ש שכתב שלדעת הסוברים דאין טענת דושה אלא בלקח מן המלך אין זה ענין לשאר נזקי שכנים ולא נוגע למחלוקת ר"י ורבנן ומסיים בזה"ל ואפילו אי דושה נהוג בכל שכנים אפשר דכן תקנו חכמים שיקנה זכות דושה עכ"ל. דהיינו שאף שמדינא אין סיבה שיהיה לו קנין או שיעבוד על קרקע חבירו מ"מ תקנו חכמים שזוכה בזכות דושה. אך בדעת התוס' א"א לפרש כך דמתוס' מוכח דהוי בגדר מזיק. ובדעת תוס' צ"ל דתקנו שיהיה בכלל הנזקין כמו שנתבאר לעיל. אבל ברמ"ה מבואר כדברי החזו"א כאן.

נמצא שיטות הראשונים בענין דושה: א. שיטת הנ"י הרשב"א הריטב"א דמייירי בלקח מן המלך או זכה מהפקר. ב. הרשב"א בשם רבו כתב דמייירי בהחזיק וא"כ גדר ההרחקה הוא משום קנין כמו לשיטת הנ"י. ג. שיטת תוס' והרמב"ן דמייירי בכל גווני והוי בגדר מזיק ומדרבנן דמי לכל שאר נזקי שכנים. ועד כמה שזה מזיק זה גם נחשב גירי דיליה. ד. שיטת הרמ"ה דמייירי בכל גווני אבל אינו בכלל שאר המזיקין אלא תקנו שיעבוד ודמי לגדר ההרחקה לנ"י אלא שתקנו כן גם כשלא לקח מן המלך. ברמב"ם וברי"ף שלא הזכירו שלקח מן המלך יש לפרש או כתוס' או כרמ"ה.

קמא היכי סמך. הקשה הרשב"א אמאי לא משני שכותל הראשון נעשה ברשות ונפל וע"ז קתני שלא יבנה אחר במקום הראשון. ות"י דאכתי קשה למה הוצרכה המשנה לדבר באופן זה ולא כשכא לסמוך כותל ראשון. ומבואר בדברי הרשב"א שאם קיבל רשות לסמוך כותל ונפל אסור לבנות אחר במקומו. והריטב"א חולק וכתב דמדלא משני הכי ונימא שנקט הכי לאשמרענין שהרשות של כותל הראשון לא מתיר את הכותל השני מוכח שאם קיבל רשות על כותל אחד ונפל מותר לבנות אחר במקומו. סברת הריטב"א דכיון שנתן רשות לבנות כותל הרי הקנה לו הקנין שיש לו בד' אמות לדושה וקנה ע"י השתמשות א"נ כיון שאין זה קנין גמור אלא שיעבוד כמש"כ הקצות בס' קנ"ה סק"ו א"כ פוקע ע"י מחילה כמבואר ברא"ש בדף יא: לגבי ד' אמות, דפרץ את פצימיו ופקע מיניה זכותו בד' אמות שסמוך לפתחו. והרשב"א ס"ל דאין כאן מחילה אלא לענין כותל אחד.

יש לעיין לדעת הרשב"א מאי שנא מכל שאר נזקי שכנים דאם קיבל רשות להעמיד מזיק וסלקו יכול להעמיד אחר במקומו כמבואר ברשב"א בעצמו לקמן כ"ג. בשם הירושלמי על הא דתנן לגבי מרחיקין את השוכן מן העיר דאם לקחו הרי הוא בחזקתו דטענינן ללוקח שנעשה ברשות. וכתב בזה הרשב"א בשם הירושלמי דאם נפל השוכן הראשון יכול לעשות אחר במקומו וכן בחלון אם קיבל רשות ונפל יכול לבנות שוב ולפתוח חלון דהוחזק לעולם. א"כ מאי שנא התם דרשות הוא לעולם והכא ס"ל לרשב"א דלא נכלל ברשות אלא כותל אחד. עיין מה שכתבנו בזה לקמן כ"ג. בס"ד.

תוד"ה וקמא. ואפילו לפי ר"ת דלמסקנא שרי וכו'. הקשה רע"א אמאי ניחא לר"ת למסקנא אמנם מותר לראשון לסמוך מ"מ גם על השני אין חיוב הרחקה כשהראשון סמך דכיון ששניהם מזיקים זא"ז הראשון שסמך עשה קצת שלא כהוגן וגם השני אינו חייב להרחיק. וראיתי באבי עזרי בקונטרס הרחיקת נזקין אות ל"ד שיש לישב באופן פשוט שהרי בבור ג"כ שניהם מזיקים זא"ז ואעפ"כ כשהראשון סומך בהתר צריך השני להרחיק ולא אמרינן כיון שהראשון עשה שלא כהוגן גם חבירו יעשה כן וכתבו התוס' לעיל דבור שאני מחדל דבור כיון דכל מרא ומרא מרפי לארעיה ומזיק בידים לכותל בורו של חברו אין לעשות כן אף שחברו עשה שלא כהוגן. ודושה דמי בזה לבור כיון דהוי גירי דיליה כמבואר בתוס' בעמ' ב' בד"ה לימא. וכדברי האבי עזרי כתב גם האו"ש בחידושיו כאן ע"ש. דהיינו שנחלקו רע"א והאו"ש והאבי"ע בביאור דברי התוס' לעיל דחלקו בין חרדל ודבורים ששניהם מזיקים זא"ז ואם הראשון לא הרחיק גם השני לא מרחיק לדין בור שג"כ מזיקים זא"ז ואף שהראשון עשה שלא כהוגן מוטל על השני להרחיק. וכתבו התוס' דבור שאני דיש בו סברת כל מרא, והבין רע"א שזה סברא מיוחדת בבור דנחשב מזיק בידים יותר מכל שאר גירי דיליה ורק בזה לא מתירין לשני אף שהראשון עשה שלא כהוגן אבל שאר מזיקין אף במקום דהוי גירי דיליה אין השני מרחיק אם הראשון עשה שלא כהוגן. אבל האו"ש והאבי עזרי למדו דלאו דוקא בור אלא כל מקום דהוי גירי דיליה אין להתיר לשני להזיק אף שהראשון עשה שלא כהוגן ורק בחרדל אמרינן כן דאינו גירי דיליה.

בעיקר הדבר דחזינן מרע"א דכל מרא ומרא דבור הוא חמור יותר מכל גירי דיליה מבואר גם ברמב"ן בקונטרס דד"ג שכתב קרוב לסוף הקונטרס כשדן אם לא הרחיק אם חייב לשלם בכל הני דלא יחפור כתב דבור פשיטא דמשלם בגלל סברת כל מרא ומרא ובשאר הרחקות אף אלו דהוי גירי דיליה מספקא לרמב"ן ע"ש. הרי מפורש שכל מרא ומרא גרע משאר גירי והוי ממש אדם המזיק. [ממה שסובר רבא לפי ר"ת שבבור אסור לסמוך אפילו שאין נזק ובשאר מזיקים סומך אין ראייה שכל מרא זה יותר אדם המזיק דשם הטעם הוא שהנזק של כל מרא הוא בקרקע גם לפני שנמצא הניזק].

דף כב:

אמר רבא הכי קתני. גרסת רש"י ותוס' דכותל הראשון היה חוץ לד' אמות, ולא קשיא קמא היכי סמך, ונפל. וקתני שלא יעשה כותל אחר בתוך ד' אמות. והקשו התוס' למה נקט בכה"ג וע' ברא"ש שכתב שיש חידוש בזה ע"ש. גרסת הרמב"ן הרשב"א והנ"י הוא שכותל ראשון היה בתוך ד' אמות ונעשה ברשות ולא גרסינן ונפל אלא בא עכשיו לבנות עוד כותל לפנים מכותלו הראשון כגון שכותל הראשון הוא רחוק ב' אמות מכותל חבירו א"כ יש עדיין ב' אמות מצד הפנימי של הכותל שמועילים לדושה של כותל חבירו וצריך להרחיק ד' אמות מכותלו הראשון דהיינו ו' אמות מכותל חבירו. ומה שצריך ד' אמות מכותל הראשון אף דהוי יותר מד' מכותל חבירו ודושה מהני לכותל רק עד ד' אמות מ"מ כדי שיהיה דושה בב' אמות שבצד הפנימי של כותלו הראשון בעינן שיהיה מקום פנוי של ד' אמות דבעינן שיהיה ראוי להילוך ושעור דרך היחיד הוא ד' אמות [סברא זו נזכרה ברמ"ה כאן ויבואר בסמוך]. דהיינו שצריך ד' אמות פנוי כדי שיהיה דושה בשתי אמות הסמוכות לכותלו הראשון ומועיל לכותל חבירו.

שיטת הרמ"ה באות ע"ג דדושה מהני לכותל עד ח' אמות וכוונת המשנה לדעת רבא שכותל הראשון היה רחוק ד' ולא נפל ורוצה בצידו הפנימי לבנות עוד כותל וצריך להרחיק שוב ד' אמות. דהיינו ששיעור דושה הוא ח' אמות ומה דסגי בכותל

הראשון להרחיק ד' הוא משום דאינו מונע דוושא דאפשר ללכת בשני צידיו. אך אסור שיהיו שני כתלים בתוך ד' אמות עד ד' אמות כדי שישאר דרך של ד' אמות בכל השטח של הח' אמות חוץ ממקום הכותל בעצמו שהוא דבר מועט נגם באות ע"ה מפורש ברמ"ה ששיעבוד של דוושא הוא עד ח' אמות. ומוסיף הרמ"ה דאף שאם נחשוב את עובי הכותל הראשון נמצא שכותל השני רחוק יותר מח' מכותל חברו דוושא הוא רק עד ח' מ"מ בעינן ד' אמות שלמים כדי שיהיה דרך היחיד הראוי להילוך כנ"ל ע"ש.

שיטת הרשב"א בשם הר"י מגש דכותל הראשון היה מן הצד ובה אין טענת דוושא ובה כותל במקביל לכותל חברו ובה לא מהני שיהיה ד' אמות בין כותלו לכותל חברו כיון שאין מעבר מפולש דהכל סתום כמין ח' אלא בעינן ד' אמות בין כותלו השני לכותלו הראשון. והרמב"ם ג"כ מפרש על דרך זה אבל ס"ל שאף שכותלו השני מגיע עד כותלו הראשון ונמצא המקום מוקף לגמרי מג' רוחות מ"מ אם בין כותלו השני לכותל חברו יש ד' אמות סגי בזה. ונחלקו הפוסקים בדעת הרמב"ם אם כוונתו שרק באופן זה יש חיוב הרחקה כיון שמונע לגמרי הדוושא אבל בכותל אחד מול כותל חברו אין חיוב הרחקה או שגם בזה יש חיוב הרחקה, ורבנות נקט הרמב"ם דאף שנתמעט קצת הדוושא ע"י הכותל הראשון אעפ"כ אסור להוסיף עוד כותל. ע' בזה בלח"מ פ"ט ה"ט ובסמ"ע ס' קנ"ה סק"ל שנחלקו בזה הסמ"ע והע"ש. והאבן האזל שם כתב שפשוט כהע"ש והחזו"א כתב כהסמ"ע ע"ש. הראב"ד כתב על דברי הרמב"ם שלפירושו לא מובן קושי הגמ' קמא היכי סמין הרי מן הצד ליכא חיוב הרחקה. וכתב ה"ה דלא מובן קושינו דפשוט שכל זה נתחדש בתי' של רבא. אך כונת הראב"ד להקשות דכיון שבה"א לא ידעו אוקימתא זו א"כ עיקר התי' חסר מן הספר. אך ע' בלח"מ שהרמב"ם גרס בגמ' בתירוצו של רבא דמיירי שכותל הראשון היה כמין גם.

נמצא הפירושים בדברי רבא א. לרש"י ותוס' שהראשון חוץ לד' אמות ונפל. ב. לרמב"ן בתוך ד' אמות ולא נפל אלא היה ברשות ובה לבנות עוד כותל לפניו מכותלו הראשון. ג. לרמ"ה הראשון היה עם הרחקה ד' וגם השני צריך להרחיקו ד' מהראשון. ד. לר"י מגש ולרמב"ם הראשון כמין גם.

ל"ש אלא כותל גינה. עיין בריטב"א שהקשה בשם הרא"ה למה יש לבעל הכותל זכות לעשות גינה ולמעט הדוושא של כותלו ובגלל זה מחייב חברו להרחיק ע"ש מש"כ בזה.

החלונות בין מכנגדן. נחלקו רש"י ותוס' לעיל ד'. אם חיוב הרחקה הכותל מן החלון כדי שלא יאפיל הוא דווקא כשיש לו חזקת אורה או שזה נחשב מזיק ממש שמאפיל על בית וצריך להרחיק אפילו אם אין לבעל החלון חזקת אורה. וע"ש מה שכתבנו בזה בס"ד.

והלא מציין שיטת רש"י דאע"פ שהגביה ד' לא מהני כיון שהוא סמוך לחלון, ולרש"י השאלה על הברייתא ולא על המשנה. ותמה המ"מ פ"ז משכנים ה"ד דאדרבה מה שקרוב יותר רואה פחות כיון שהוא גבוה ד' וכן הקשה הריטב"א על רש"י. שיטת תוס' כיון שהכותל בא מן הצד וסופו רחוק מהחלון לא סגי בהגבהה ד' אמות. ולכאור' יוצא מדברי התוס' שגם בכותל מול כותל אם השני רחוק יותר מד' אמות לא סגי בהגבהה ד' אמות מעל החלון. וכן מבואר ברשב"א בד"ה פרש"י שלא אמרו ד' אמות כדי שלא יציץ אלא בבונה בסוף ד' אמות אבל אם הרחיק יותר צריך להגביה יותר. אך החזו"א בס' י"ד סק"ג כתב דמשמע שכותל שכנגד חלון סגי בהגבהה ד' אמות בלי רידוד אף כשהוא רחוק יותר מד' אמות ומסיים וצריך טעם לחלק מ"ש מבה מן הצד. וע"ע מש"כ שם החזו"א בביאור שיטת הרמב"ם בזה. ומש"כ שלדעת הרמב"ם הא דסגי במרדך בלי הגבהה ד' אמות הוא דוקא בכותל הבא מן הצד מפני שאין גופו פונה כלפי החלון וצריך להפוך פניו משא"כ כשהכותל כנגד החלון פניו כלפי החלון בזה לא מהני מרדך בלי הגבהה. סברא זו מבוארת בשיטמ"ק בשם הראב"ד בד"ה וכתב השיטה בסוף הדיבור ע"ש.

כאן מרוח אחת כאן מב' רוחות. מרוח אחת מרחיק הכותל מצידו של החלון טפח. ומשתי רוחות צריך ד' אמות בין כותל לכותל. וכתב הרא"ש שהשעור של ד' אמות הוא מלבד רוחב החלון. דהיינו שמכותל לכותל יהיה ד' אמות ועוד רוחב החלון ובעינן נמי שלא יהיה אחד מן הכתלים בתוך טפח הסמוך לחלון. ואם כותל אחד הוא טפח מהחלון השני יהיה ד' אמות פחות טפח מהצד השני של החלון. ואם מצד אחד הרחיק אמה ירחיק מהקצה השני של החלון עד הכותל השני ג' אמות כן הוא פשוט לשון הרא"ש. וכ"כ הרש"ש בדעתו. אבל הפ"ח באות ת' מפרש שאין כונת הרא"ש כל חלון לפי מה שהוא אלא שעור חלון שהוא טפח. ולדבריו יהיה תמיד בין כותל לכותל לכל הפחות ד' אמות וטפח ואם החלון רחב ד' אמות או יותר ירחיק הכתלים טפח מן החלון בכל צד. הש"ך בס' קנ"ד סק"ג כתב דשיטת הריטב"א והרמ"ה והרי"ב"ש הוא שלעולם השעור הוא ד' אמות מכותל לכותל והחלון בכלל הד' אמות. והיכא שהחלון ד' אמות או יותר גם הם יודו שמרחיק טפח בצידי החלון. והרש"ש כתב בשם פסקי התוס' דבעינן ד' אמות מכל צד בין החלון לכותל דהיינו שמכותל לכותל ח' אמות ועוד רוחב החלון וכתב ע"ז הרש"ש שלא מצא להם חבר. אך המעיין ברשב"א יראה שכתב כן בשם ר"ח.

נמצא ד' שיטות בזה. א. ד' אמות מכותל לכותל ועוד עובי החלון, רש"ש בדעת הרא"ש. ב. ד' אמות וטפח מכותל לכותל, פ"ח בדעת הרא"ש. ג. ד' אמות מכותל לכותל, ריטב"א רמ"ה וכן הכרעת הש"ך להלכה. ד. ד' אמות מכל צד של החלון, הרשב"א בשם ר"ח ופסקי התוס'. הצד השווה שבכל הפשטים הוא דלעולם בעינן בין כותל לחברו לכה"פ ד' אמות ולעולם בעינן שירחיק הכתלים טפח מצדי החלון. והיכא דהחלון רחב ה' אמות לפי הש"ך אינו מרחיק אלא טפח מכל צד וכן לפי הפ"ח בדעת הרא"ש. אבל לרש"ש בדעת הרא"ש מרחיק ב' אמות מכל צד או טפח מצד אחד וד' אמות פחות טפח מהצד השני. ולר"ח ד' אמות מכל צד של החלון.

ואת הכותל מן המזחילה. כתבו התוס' דמיירי שקנה זקיפת הסולם. משמע דלא סגי במה שקנה והחזיק בזכות של המזחילה אלא בעינן קנין וחזקה לענין העמדת הסולם. ושיטת הרמב"ם בפ"ט ה"ה דסגי בחזקת המזחילה. וע' בה"ה שם בשם הרשב"א דכמו שחזקת חלון גורם זכות למנוע מחברו לסמוך כותל כן חזקת מזחילה מונע בניית כותל דהעמדת סולם הוא השתמשותו של המזחילה.

זמנין דבהדי דמנח קפצה. כתב הרשב"א כיון דזמנין הוי גירי לעולם אסור דכל היכא דאיכא צד גירי מסלקינן ליה. וצריך להבין דלשון המשנה מרחיקין משמע שאפילו שכבר סמך יש חיוב הרחקה ואמאי הא אם לא קפצה הנמיה בשעת הנחת

הסולם הרי שוב לא יתכן שיהיה בזה נזק של גירי ומה מחייב לסלק. בשלמא כשבא להניח חברו מעכב שיש צד שיהיה גירי אבל כשהוברר שאין אפשרות שיזיק ע"י גירי אמאי חייב לסלק הסולם. ונראה שמוכח מזה דמתני' לא מיירי בהעמדת סולם פעם אחת דבזה בודאי שאין סיבה לחייב הרחקה אחרי שסמך אלא מיירי שקובע שם מקום הסולם ותמיד לוקחו להשתמש בו ומחזירו למקומו וזה תשמיש שיכול להביא לידי נזק של גירי. ובוזה שפיר חייב להרחיק בדיעבד. וכן מבואר בחזו"א ס' י"ד סק"י. אך כ"כ מטעם אחר שכל מה שחוששים לנמיה ולא סמכין שישמור שלא תקפוץ הוא בשימוש קבוע אבל כשאינו דבר קבוע כגון בניית מעלות של בנין מותר וישמור בשעת בנין וא"כ אינו גירי דיליה. דהיינו שמתירי טעמי צ"ל דסולם מיירי בתשמיש קבוע א. דאל"כ סומכין על שמירה שלא תקפוץ. ב. אל"כ למה בדיעבד מרחיק הא לאחר מעשה אין צד של גירי. הא דחשיב גירי כשקפצה בשעת הנחת הסולם ע' חזו"א ס' י" סק"א שכתב שחיישינן שמא תקפוץ בעוד הסולם בידו ובגמר הנחת הסולם הוא מקרב בידי את הנמיה לשוכן. וכדברים אלו כתב בהדיא השיט"מ ק"ל לקמן כו. בשם התוס' שאנן. ואעפ"כ הקשו דהוי גרמא כיון שהנזק הוא פעולת הנמיה והמקרב אינו אלא גורם.

והא גרמא הוא. הקשה הקו"ש באות ע"ד איך ס"ד לומר דאין איסור להזיק ע"י גרמא הא כל מה דעלך סני לחברך לא תעביד ועוד דלא גרע מהשבת אבידה דמחויב להציל חברו מהפסד ק"ו שלא יזיקנו בעצמו. [ע' קה"י ב"ק ס"א שמביא בשם היד רמ"ה לקמן אות ק"ז שאסור להזיק משום לפני עורר ומשום ואהבת לרעך כמוך והקה"י בעצמו כתב משום השבת אבידה וכדבריו מבואר בקו"ש כאן]. ותי' דהכא שאני דיכול הניזק להרחיק ולשמור את עצמו ובוזה חיובו רק מדין הרחקה נזקין וס"ד שבגרמא לא חייבו הרחקה אלא בכח"ג על הניזק להרחיק את עצמו. אך יש להוסיף בזה דנחלקו הראשונים בבירור קושית הגמ', דהשיטה בשם הר"י מגש מפרש דקושית הגמ' בין לרבנן בין לר' יוסי דגם לרבנן שעל המזיק להרחיק בלי גירי היינו דוקא כשהוא או ממנו מזיקים אבל כשאניס אלא גורמים כולו מודו דעל הניזק להרחיק את עצמו כדברי הקו"ש. אך השיטה בשם ר' יונה מפרש דלמאי דס"ד דמתני' רבנן לא קשיא גרמא הוא דפשיטא שאסור להזיק אפילו ע"י גרמא אלא קושית הגמ' הוא למאי דאמרין דר' יוסי נמי מודה דלינא דמרחיקין את הסולם דחשיב גירי דיליה ע"ז הקשו הא גרמא הוא וס"ד דגרמא לא נחשב גירי ובאופן דלא הוי גירי הרי על הניזק להרחיק לר". ומשני דגם גרמא הוי גירי וחייב להרחיק אפילו לר". וע' בגאון ס' קנ"ה סקצ"א דמה שיש ראשונים שפוטרים מתשלומין כמי שלא הרחיק בגפת והזיק אע"פ שזה גירי הוא משום שלמדו מכאן שגם גירי יכול להיות גרמא.

מאי דפשיטא ליה לקו"ש דיש איסור מן התורה להזיק ע"י גרמא אינו מוסכם. ע' בשעה"מ ס' ל"ד סק"י"ג שכתב בשם הפנים מאירות דלמאי דהכריע הש"ך בס' שפ"ו דחיובו של גרמי הוא מדרבנן א"כ מה שמוסר פסול לעדות הוא רק מדרבנן. ותמה עליו השעה"מ דרק חיוב התשלומין הוא דרבנן אבל האיסור בודאי הוא דאורייתא ולמה לא יפסל לעדות מן התורה. אך אח"כ מביא השעה"מ שכדברי הפנים מאירות מבואר ברש"י בגיטין נ"ג: שכתב שהאיסור להזיק בהזיק שאינו ניכר למ"ד לאו שמה היזק הוא מדרבנן. ומוכח דבכל אופן שאין חיוב תשלומין גם אין איסור להזיק מן תורה, וק"ו לגרמי שמן התורה הוא גרמא ולא נחשב מעשה שלו. ולדברי רש"י הא דמסקינן הכא דגרמא בנזקין אסור הוא רק מדרבנן. אך בסבירא דברי רש"י צ"ע למה לא יהיה בזה איסור תורה כמש"כ הקו"ש. [הקה"י הנ"ל מביא מרש"י זה מקור דיש איסור מן התורה להזיק ממון חברו דמשמע ברש"י שרק היזק שאינו ניכר הוא דרבנן אבל היזק ניכר אסור מן התורה. אך לא כתב דמאיך מרש"י יש סתירה לכל הסברות שמביא שם לבאר מקור האיסור, דאם מקורו מואהבת לרעך כמוך או מלפני עיור או מהשבת אבידה בודאי גם בהזיק שאינו ניכר יהיה איסור דאורייתא וצ"ע].

תוד"ה זאת אומרת. בפירוש הראשון כתבו דהיכא דעושה ההיזק בעצמו הוי גרמי והיכא דעושה ע"י אחר הוי גרמא. אך חילוק זה לבד אינו מספיק לבאר החילוק בין משסה כלב דהוי גרמא למוסר ממון ישראל ביד עכו"ם דהוי גרמי אף דלא מסר בידו אלא רק הראה ומה לי שיסה כלב או שיסה עכו"ם. לכן צריך להוסיף עוד תנאי שכתב הרא"ש שמשסה אינו ברי הזיקא ומוסר ברי הזיקא. לכן במוסר נחשב שנגמר ההיזק ברגע שמראה ולכן נחשב שהזק על ידו. משא"כ במשסה זה מחוסר מעשה של הכלב. ואכתי קשה מסילק כרים וכסתות למה נחשב שאחר משתתף בהיזק הא התם נמי ברי הזיקא ונימא דיחשב שהוא השלים ההיזק בעצמו כמו במוסר. וגם בזה צריך להוסיף מה שמוסיף הרא"ש שבמוסר כיון שמראה על גוף הממון הרי עשה פעולה לקרב את הזיקה של הממון משא"כ בכרים וכסתות לא עשה מעשה בגוף הממון. דהיינו דכח הנפילה הוא מכח הזריקה וסילוק הכרים הוא רק מניעת הצלה ולא מעשה שבירה לכן אע"פ שזה ברי הזיקא אינו אלא גרמא.

גם בתי' השני שחלקו בין אם ההיזק בא מיד או לא צריך להוסיף הענין של ברי הזיקא דאל"כ יקשה כנ"ל למה משסה נחשב שההיזק בא לאחר זמן ובמוסר נחשב שההיזק בא מיד. וכתב הרא"ש שמשלק כרים וכסתות אין ההיזק בא מיד אלא כשנשבר לכן הוי גרמא. והקשה הקו"ש הא קי"ל בתר מעיקרא אזלינן וכלי שהולך לישבר הוי מנא חבירא א"כ מיד כשמשלק הכרים נחשב הכלי שבור. ואע"ג דנעשה במצב של הולך לישבר ע"י סילוק הכרים ולא ע"י מעשה בגוף הכלי מ"מ פשוט דהוי מנא תבירא. ואין לדמות למה שכתבו התוס' בריש כיצד הרגל דאם זרק אבן על כלי אינו נחשב מנא תבירא. דלא תלוי אם נעשה מעשה בגוף הכלי או לא אלא אם הכלי מצד עצמו הולך לישבר חשיב מנא תבירא ואם יש דבר חיצוני שהולך לשוברו אין הוא נחשב מנא תבירא, וכאן כשסילק הכרים הכלי מצד עצמו נמצא במצב של הולך לישבר ופשוט דהוי מנא תבירא. אמנם איני מבין למה הוצרך הקו"ש להקשות מכח הדין של מנא תבירא בל"ה קשה דהוי ברי הזיקא ודמי למוסר דנחשב שהזק מיד כיון שנמצא במצב שברי שינוק. ולכאוי' היינו צריכים לחלק כנ"ל בתי' הראשון דאף שזה מנא תבירא וברי הזיקא מ"מ אינו אלא גרמא דכל זה נעשה בלי פעולה בגוף הכלי אלא ע"י סילוק הצלת הכלי. אך לשון הרא"ש אינו כן דכתב דהוי גרמא משום דאכתי לא נשבר עד שנחבט בקרקע וזה צ"ב בתרתי א. דהוי מנא תבירא. ב. ברי הזיקא ולא גרע ממוסר וצ"ע. שיטת הרמב"ם בפ"ז מחו"מ ה"ז שבאמת המסלק את הכרים חייב מדין גרמי ורבה שפוטרי אזיל לשטתו דלא דאין דינא דגרמי.

הרמב"ן בקדד"ג מקשה מ"ש מוסר דהוי גרמי ממשסה דהוי גרמא ומביא שיש מתרצים דמוסר הוא ברי הזיקא משא"כ משסה יתכן שיברח האדם ולא ינזק. וזה על דרך הרא"ש. והרמב"ן דחה תירוצו זה דאייירי אפילו עומד במקום צר דהוי ברי הזיקא. אלא מבאר הרמב"ן שבמשסה הניזק והכלב עומדים וגם בלי שיסוי היה יכול הכלב להזיק לכן האדם המשסה נחשב רק גורם. משא"כ במוסר לא ידעו העכו"ם מממון ישראל ולא יכלו להזיק עד שהמוסר אחווי אחווי. וא"כ הוא הכשיר את נזקו ולכן זה גרמי ולא גרמא. ומחדש הרמב"ן שאם ראו ממון ישראל ולא חשבו לקחת את הממון, ובא המוסר ונתן עיצה לקחת ממון ישראל יהיה דינו כמשסה דהוי גרמא ופטר.

מה שהקשו מהעושה מלאכה במי חטאת לכאורה אינו מובן דהתם אין הפטור משום גרמא אלא משום דהוי היזק שאינו ניכר. והרמב"ן בקד"ג מבאר את החילוקים בין גרמא לגרמי על דרך התי' הראשון של תוס' ועל הגמ' של עושה מלאכה במי חטאת כתב דלא קשיא משום דהוי היזק שאינו ניכר. אך כונת התוס' שהגמ' בגיטין נ"ג. שואלת על המ"ד היזק שא"נ שמייה היזק מהעושה מלאכה במי חטאת ומשני דלא מיירי שעושה מלאכה ממש אלא ששקל כנגדן משקלות. ומבאר שם רש"י דבזה שאינו מלאכה ממש אלא מחשבתו משיא ליה מלאכה אינו אלא גרמא. נמצא שיש שני אופנים של עושה מלאכה במי חטאת, במלאכה ממש פטור רק משום היזק שא"נ, ובשוקל כנגדו משקלות פטור אפילו למ"ד שמייה היזק משום דהוי גרמא [עיי' רש"י ב"ק נ"ו]. שכתב על שוקל משקלות דפטור משום השא"נ והקשה שם רע"א בגליון הש"ס דבגיטין מבואר דבאופן זה פטור לכו"ע. וע"ז הקשו התוס' אמאי הוי גרמא ולא גרמי ולכן הקשו ממי חטאת ולא ממטמא מדמע ומנסך. אך א"כ צ"ב מה תי' ע"ז התוס' דב' תירוצי' התוס' אינם מיישבים העושה מלאכה במי חטאת שהנזק הוא מיד והוא לבדו עושה כל הנזק. וע' ברא"ש שכתב שברייטא דהעושה מלאכה במי חטאת קאי כמ"ד דלא דד"ג ולדידן באמת חייב. ולמה שנתבאר כונתו דלמ"ד שמייה היזק שמעמיד את הברייטא בשוקל כנגדן יהיה הברייטא דלא כהלכתא אבל למאי דקי"ל היזק שא"נ לאו שמייה היזק בודאי שפטור אפילו למאן דדאין דינא דגרמי. וכן מפורש ברא"ש בהגוזל עצים בסוף ס' י"ג ע"ש.

עוד הביאו התוס' מהמבעית את חברו ומשמע שבתירוצם מתורץ גם זה. והוא משום דלא עשה בעצמו כל ההיזק דאיהו דאזיק אנפשיה וגם אין הנזק מיד כלשון הרא"ש אחר שהבעיתו הוא מתפחד והולך. א"כ משמע מדבריהם דהפטור במבעית הוא כמו בכל גרמא דכמו שהשולח את הבערה ביד חשו"ק החשו"ק גרמו, כאן הנזק גרם לעצמו אמנם הרמב"ן בקד"ג כתב על הגמ' של מבעית דשאני התם דאיהו דאבעית אנפשיה כלשון הגמ' בב"ק צ"א. ומשמע דבזה אין צורך להגיע למה שכתב הרמב"ן בשאר גרמא דכאן בל"ה פטור בגלל הסברא שאיהו דאזיק אנפשיה שהוא יותר מגרמא דכיון שהנזק בעצמו משתתף בהיזק זה פטור את הגורם. אמנם גם הרא"ש בפשט הראשון כתב דלא קשה ממבעית דאיהו דאבעית אנפשיה ומשמע לכאורה כרמב"ן, אך בהמשך דבריו מוכח איפכא דבפשט השני שכתב שתלוי אם הנזק הוא מיד הוצרך לבאר דמבעית אינו מיד אלא אחר שהבעיתו הוא מתפחד והולך. ובשלמא אם כונתו בתי' הראשון דהוי ככל גרמא דיש אחר שמשותף בנזק ומבעית דמי לשולח בערה ביד חשו"ק או שיסה בו את הכלב שפיר הוצרך בתי' השני לשנות את הפשט במבעית. אבל אי כמש"כ בדעת הרמב"ן דמבעית יש סברא מיוחדת של איהו אזיק אנפשיה א"כ גם בתי' השני אין צורך לשנות התירוצ' על מבעית. וא"כ גם מלשון הרמב"ן שכתב ברא"ש אין להוכיח שחולק על התוס'.

נ"מ מזה לדברי הקצה"ח בס' שפ"ח סק"ח שמביא דברי המרדכי בפרק הגזול דמוסר גופו של חברו והיה לנמסר הפסד ממון כדי לפדות עצמו צריך המוסר לשלם אפילו למאן דלא דאין דד"ג דהתורה חייבה בחובל בחברו גם על ריפוי ושבתי אף דהוי גרמא ע"כ דשאני נזקי גופו מנזקי ממון. וכתב הקצות דלכאורה מבואר בדברי המרדכי שכמו שחייבה תורה בחובל ריפוי ושבתי אפילו שהם גרמא כך חייבים גם בעצם מעשה החבלה שנעשה ע"י גרמא וכתב הקצות דא"א לומר כן דתנן המבעית את חברו פטור ופטור משום דהוי גרמא הרי מוכח שגם בחבלה יש פטור של גרמא. אמנם למה שנתבאר י"ל דמבעית אין פטור מדין גרמא אלא משום דאיהו דאבעית אנפשיה דהיינו איהו דאזיק אנפשיה והוא פטור אחר מגרמא כמו שמשמע לכאורה ברמב"ן הנ"ל.

שיטת הרמב"ן בקד"ג על דרך התירוצ' הראשון של תוס' וז"ל כלל גדול יהיה בידך כל הגורם ומחמת גרמתו בא היזק שא"א אלא באותו היזק ואינו תלוי בדעת אחרים אלא בשעשה שגרם בא ההיזק או שהוא עתיד לבא כגון זה מחייב ר"מ ונקרא בגמ' ברי הויקא עכ"ל. דהיינו שתלוי אם הכל נעשה על ידו ואין צירוף של מעשה של אדם אחר ולא בעינן דוקא שיהיה ההיזק מיד ולא בתי' השני של תוס'. וקרוב לסוף הקונטרס כשדן הרמב"ן בהרחקות דפרק לא יחפור אם משלם כשהיזק כתב דאם לא הרחיק סלעים מן הכותל ונשתהו שם עד שהזיקו את הכותל מחמת חבלה לר"מ ודאי חייב. והרמב"ן לשטתו בזה דמחייב גרמי אפילו כשהנזק לא בא מיד. ומוסיף הרמב"ן למה זה דומה למחיצת הכרם שנפרצה שמחמת שנשתהו עד שבא עליהן האיסור חייב. דהיינו שמוכיח הרמב"ן ממחיצת הכרם דאע"פ שאין הנזק בא מיד דבעינן שיוסיף מאתים מ"מ חייב מדין גרמי וה"ה לנזק של חבלה. וזה דלא כרא"ש בסוגין שאחר שכתב את הפשט השני דגרמי הוא רק כשהנזק בא מיד מוסיף הרא"ש שבמחיצת הכרם מיד בשעת היאוש יש נזק אלא שאין אוסר עד שיוסיף מאתים. וכונת הרא"ש דהאיסור חל מיד אלא שעד שיוסיף מאתים יש ביטול שמתיר אבל מצד המעשה של המזיק התחיל הנזק מיד אלא שיש דבר אחר שגורם התר. והרמב"ן חולק וס"ל דכלאים אינו נחשב שהאיסור מתחיל מיד. וע' ברש"י פ"ק שכתבנו בס"ד שהרמב"ן בזה לשטתו דס"ל ששעור מאתים אינו דין של ביטול אלא שכל האיסור מתחיל אחרי שגודל יחד עד שמוסיף שיעור אחד ממאתים לכן סובר הרמב"ן שמוכח מכלאים שיש חיוב גרמי גם כשהנזק אינו מתחיל מיד.

הרמב"ן בקד"ג כשמביא את כל הגמרות של גרמא ומקשה אמאי אין בהם חיוב של גרמי מוסיף הרמב"ן דין אחד שלא הובא בתוס' והוא הגמ' של היודע עדות לחברו ואינו מעידו. ומקשה הרמב"ן אמאי אין בזה חיוב של גרמי. ומתורץ הרמב"ן דהחיוב להעיד לחברו אינו חיוב ממוני אלא מצות גמילות חסדים. ומבואר דאם היה חיוב ממוני להעיד היה חייב מדין גרמי על מה שאינו מקיים חיובו כשנגרם ע"ז נזק לחברו. ומוכח דיתכן להתחייב מדין מזיק למאן דדד"ג בשב ואל תעשה. ועיי' בפ"ק דף ב. שכתבנו עוד שתי מקומות שמצאנו חיוב גרמי בלי מעשה.

שיטת רש"י. הרמב"ן בחידושו כאן ובקד"ג כתב דשיטת רש"י שאין הבדל בין גרמא לגרמי וכל הגמרות שפטור גרמא זה למאן דלא דאין דד"ג. וע' בש"ך בס' שפ"ו סק"ד שכתב בשם המהרש"ל שחולק וכתב שא"א לומר שרש"י משהו גרמי לגרמא, אבל הש"ך כתב שם דבג' מקומות מבואר ברש"י שמאן דדאין דד"ג מחייב גרמא. א. בסוגין כתב רש"י גרמא בנזקין אסור אפילו למ"ד דלא דאין דד"ג וכו'. ב. רש"י ב"ק נה: על הא דד' דברים העושה אותם פטור מזיני אדם וחייב בדיני שמים כתב רש"י קסבר גרמא בנזקין פטור מבואר שיש מ"ד שמחייב. וע"כ הוא המ"ד דמחייב בגרמי. ג. ב"ק צ"ח. בהא דפטר רבה בזורק מטבע לים ושף מטבע של חברו כתב רש"י טעמא דרבה בכולהו משום דגרמא בנזקין הוא ופטור.

שיטת ריצב"א. שגם מי שמחייב גרמי אין זה אלא מדרבנן ורבנן חייבו בכל מקום שהיה נראה שיש צורך לקנוס. וכן הוא הכרעת הש"ך בס' שפ"ו בסק"א דלא כרמב"ן דס"ל גרמי מן התורה. ומה שכתב הריצב"א כדמוכח בירושלמי ע' בש"ך ס' שפ"ו סק"א ד"ה עוד נ"ל ראייה, שמוכיח שגרמי מדרבנן מהגמ' בסוף הכונס דמספקא לגמ' אי עשו תקנת נגזל במסור ומ"ש מסור מכל מזיק ע"כ דאין חיובו אלא מדרבנן. וכתב ע"ז הש"ך נראה דלזה כיוונו התוס' בפרק לא יחפור שכתבו בשם ריצב"א

שגרמי דרבנן כדמוכח בפ' הכונס. ובתוס' דידן לא נמצא לשון זה והש"ך היה לו גרסא במקום כדמוכח בירושלמי כדמוכח בהכונס. וע' בתוס' ב"ק נ"ד: ד"ה חמור שהביאו בפירוש ראייה זו מהכונס והש"ך מביא דבריהם בהמשך דבריו. ומביא הש"ך שהמהרש"ל דחה הראיה מהכונס דאפילו אם גרמי דאורייתא יש מקום להקל בזה יותר משאר מזיק כיון שלא הזיק בידי לגוף הממונ. והש"ך דוחה שאם גרמי דאורייתא אין לחלק בינו לשאר מזיק. דהיינו שנחלקו הש"ך והמהרש"ל למ"ד גרמי דאורייתא אי הוי מזיק מחודש או ששוה לכל מזיק גמור. וע' מש"כ בזה בס"ד לעיל דף ב. ובב"ק דף צ"ח: שכמה מחלוקות בראשונים תלויים בשאלה זו.

הנהו תאלי וכו'. הא דחייב להרחיק אף דקי"ל כר"י שעל הניזק להרחיק כתבו הרשב"א והריטב"א דחשיב גירי דיליה משום שמכריח בידי את העורבים. וכ"כ הראשונים לקמן בדף כ"ו. בהא דמרחיקין אילן מגפנים יותר מעבודת האילן מפני הניזק העופות ע"ש.

דף כג.

אפיקו לי קורקור. התוס' בד"ה כקוטרא כתבו בפשט הראשון שהמאוס היה בדם מצד עצמו גם אם לא היו עורבים כלל, והניזק של העורבים הוא שבאים מחמת הדם ואוכלים את הפירות. אבל נזק זה אינו כקוטרא וביה"כ והיה מועיל ע"ז חזקה אבל לולא נזק זה היה מתגבר על המאוס של הדם, אבל כיון שיש נזק לפירות לא היה מוכן לסבול המאוס של הדם, וע"ז לא מהני חזקה דהוי כקוטרא וביה"כ. ובפירוש השני כתבו שלולא העורבים לא היה הקזת הדם מפריע, אלא שהעורבים לכלכו את הפירות בדם וזה היה מאוס ודמי לקוטרא וביה"כ.

הרמב"ם בפ"א ה"ה בפירושו הראשון לא הזכיר כלל שהיו לו דקלים אלא שבאו עורבים ואוכלים את הדם ומצירים בקולם ובצפצופם. ורעש זה שעושים העורבים הוי כנזק של קוטרא וביה"כ וכמו שכתב הרמב"ם שם באותה הלכה שאומן שגורם לקולות הנכנסים ויוצאים לא מהני ביה חזקה דדמי לקוטרא וביה"כ. והגאון בס' קנ"ה ס"ק קט"ז כתב שהרמב"ם למד פירוש זה מלשון הגמ' אפיקו קורקור דמשמע שהקפידא היתה על ציפצופם של העורבים שלכן נקראו קורקור כפרש"י. וצ"ל לרמב"ם שמה שנזכר בגמ' שהעורבים סלקי בתאלי ומפסדי תמרי הוא ענין בפנ"ע ויש כאן שני נזקין שכ"א בפנ"ע הוא כקוטרא וביה"כ א. צפצוף העורבים. ב. לכלוך הפירות בדם.

אנינא דעתאי. הרשב"א ור' יונה למדו מכאן דקוטרא וביה"כ אינו תלוי בסתם בנ"א אלא אם ידוע שדבר זה מפריע לאדם זה כמו שקוטרא מפריע לשאר בנ"א דינו כקוטרא ולא מהני בו חזקה.

תוד"ה והא אחזיקו להו. שיטת תוס' דחזקה לנזקין הוא ע"י ג' שנים ולא בעינן טענה ורש"י בפ"ק דף ו. ס"ל דבעינן טענה ולא ג' שנים. שיטת הרא"ש דבעינן טענה וג' שנים ושיטת הרמב"ם דלא בעינן לא טענה ולא ג' שנים. ע' בזה בטור ס' קנ"ה.

תוד"ה אין חזקה. שיטת ר"ת שאפילו אם ידוע שהקנה בקנין יכול לטעון סבור הייתי שאני יכול לקבל ועכשיו איני יכול והוי מקח טעות. והתוס' חולק דקנין מהני אלא שהחזקה אינה ראייה על קנין דכיון שלא מסתבר שימחול ע"ז תולים שתיקתו בזה שלא היה לו פנאי למחות, כמבאר ברמב"ן ובריטב"א. ברמב"ם בפ"א משכנים ה"ד מבואר כשיטת התוס' דקנין מהני גם בקוטרא וביה"כ. אלא שיש לעיין בדברי הרמב"ם שם שלגבי שאר מזיקים כתב דלא בעינן טענה אלא כל שראה ושתק מחל הרי דסגי במחילה בלי קנין, ולגבי קוטרא וביה"כ כתב שאם קנו מידו שמחל אינו חוזר בו. ועיין בנתיבות ס' קנ"ה סק"כ שכתב על לשון השו"ע דבעינן קנין על מחילת קוטרא וביה"כ דה"ה בשאר נזקין דבעינן קנין על המחילה דלא מצאנו חילוק בין קוטרא וביה"כ לשאר מזיקין אלא לענין אם מהני חזקה או לא אבל לענין אי סגי במחילה או דבעי קנין אין מקור מן הגמ' לחלק ביניהם. אבל בלשון הרמב"ם מבואר שגם בזה חלוק קוטרא וביה"כ משאר מזיקין. ועיין מש"כ בזה החזו"א בס' י"א סק"ה.

מרחיקין את השוכך מן העיר. צריך להבין להלכה דקי"ל כר"י למה יש חיוב הרחקה בשוכך הא לכאורה לא הוי גירי דיליה. וג' דרכים נאמרו בזה. א. שיטת הנ"ל לעיל על הגמ' של נמיה דחיובו מדין שן כיון שהיונים שלו מפני דרכי שלום נחשב ממונו לענין שחייב בנזקיהם. וכ"כ הריטב"א דהוי שן ואם הניזק חייב לשלם. ב. הקצות בס' קנ"ה סק"ט כתב דהרמב"ן לא ס"ל כן דכתב לגבי דבורים שאין בהם משום חיוב שן דאינם שלו אלא מפני דרכי שלום וא"כ ה"ה דינוי שוכך אין בהם חיוב של שן. וכתב הקצות שאעפ"כ יש בזה חיוב דממונ המזיק דהוי כמעמיד בהמת חברו על קמת חברו. ואינו מוכן אמאי הוי מעמיד הא אין זה אלא ככל פשיעה בשמירת ממונו דאין לו דין מעמיד אלא א"כ מעמיד ממש על קמת חברו. ג. הרמב"ם אינו מביא דין הרחקה שוכך בהל' שכנים ככל שאר ההרחקות אלא בהל' גזילה פ"ו ה"ט וכתב דהוי גזל מדבריהם. והוא משום דס"ל דמדיון הרחקה שכנים לא היה בזה חיוב הרחקה דאינו גירי דיליה.

הנתיבות בס' קנ"ה סק"ה מוכיח דבכל הרחקות דפרקין אין דין ממונ המזיק מזה שמהני חזקה לנזקין אלו ובר' אבות נזקין לא שמענו שיועיל חזקה. ומדברי הנ"ל מפורש שלא כדבריו דכתב דביוני שוכך חיובו מדין שן ואעפ"כ מפורש בגמ' דמהני בזה חזקה. אמנם לפי מש"כ הקצות בסק"ט להקשות אמאי מהני חזקה לנזקין הא אף אם נתן רשות להזיק יכול לחזור בו מכאן ולהבא. ומבאר הקצות דכל חיוב הרחקה נזיקין הוא רק בשעת עשיית התשמיש ואם בתחילה נעשה בהתר הניזק צריך להרחיק. ולדבריו לכאורה מוכרח דבמקום שיש לחייבו מדין ממונ המזיק לא יועיל חזקה דבזה תשאר קושית הקצות שיוכל לחזור מהרשות שנתן. וא"כ מדברי הנ"ל דמוכח מיניה דגם בנזקי ממונו מהני חזקה מוכח לכאורה דלא כתירוצו של הקצות. וצ"ע.

אם לקחו ה"ה בחזקתו. כתב הרשב"א בשם הירושלמי ואפילו נפל השוכך הראשון יכול לעשות אחר. ולעיל כ"ב. כתבנו שדברי הרשב"א בזה לכאורה סותרים את מש"כ שם לגבי דוושא שאם קיבל רשות לכותל אחד ונפל אין חוזר ובונה אחר. והעירוני ד"ל שכונת הרשב"א שם שקיבל רשות מפורשת רק לכותל אחד ולכן כתב הרשב"א שאין בזה חידוש אבל בסתם מודה הרשב"א שכלול ברשות גם כותל אחר וא"כ אין שום פלוגתא בין הרשב"א לריטב"א שם. אמנם דברי הרשב"א כאן הם לכאורה דלא כהקצות הנ"ל בס' קנ"ה סק"ט שכתב שכל מה שמהני רשות הוא רק שע"ז עשיית המזיק הוא בהתר וחייב

הרחקה הוא רק בתחילת עשיית המזיק. אבל לולא זה לא מהני רשות דיכול לחזור בו כמו בקרע כסותי. ולדבריו אפילו אם כלול בנתינת הרשות עוד שובך מ"מ מהני חזרה א"כ מה יתיר לעשות שובך שני הרי זה תחילת תשמישו של שובך זה וצ"ע.

בישוב שובכים וכרמים עיין פרש"י והרמ"ה כתב באות פ"ב דאגב חביבותא דכרמים וצוות השובכים שייטי טובא.

ואיב"א דכנעני. ואע"ג דגול עכו"ם אסור ע' שיטמ"ק דשאני הכא דאינו גול גמור אלא רק מפני דרכי שלום. וכ"כ הריטב"א ע"ש.

וזאת אומרת טוענים ללוקח. מכאן הוכיחו הראשונים דחזקה לנזקין הוא עם טענה דאל"כ לא שייך בזה טענין. וכתב בזה האבה"א בפיי"א משכנים ה"ד ד"ה והנה דגם לרמב"ם דלא בעינן טענה אלא סגי בראה ושתק מ"מ בעינן טענה שראה ושתק ובלוקח טענין טענה זו. אך כתב דתלוי במחלוקת הראשונים שהובא בשו"ע ס' קנ"ה סע' מ"ג ובסמ"ע שם סקצ"ג כשיש ספק אם ראה ושתק או לא על מי הראיה והרמב"ם לשטתו דס"ל כפסק השו"ע שם דעל הניזק להביא ראיה וכיון שאם המוכר טוען שראה ושתק נאמן שפיר שייך לומר שכזה טענין ללוקח. ועיין ביד רמ"ה אות פ"ג שכתב כדברים אלו דהטענין הכא הוא על טענת ראה ושתק וע"ש שהאריך בזה.

דף כג:

ניפול הנמצא. בתוך ג' הרי הוא של בעל השובך דמיירי במדדה ואינה מדדה יותר מנ' אמה וחזן לנ' אמה אזלינן בתר רובא דעלמא ולכן הרי הוא של מוצאו. ואע"ג דקרוב יותר לשובך רוב וקרוב אזלינן בתר רובא. ויש לעיין מה מועיל בזה רוב להכריע שלא נפל משובך זה הא ידוע קושית הפנ"י בכתובות י"ב: אמאי בעינן סימנים בהשבת אבידה הרי המאבד טוען ברי שזה שלו ונימא ברי ושמא ברי עדיף וכיון שאינו נגד מוחזק לכו"ע ברי עדיף. ובאמת קשה יותר דבכל ברי ושמא יש עכ"פ טענת שמא נגד טענת הברי אבל באבידה המוצא מודה שאינה שלו א"כ איזה זכות יש לו לעכב על מי שטוען ברי שזה שלו. וכתב בזה הפנ"י דברי ידידה הוא נגד רובא דעלמא כיון שיש ספק אם נפל ממנו או מאחר הרוב מברר שלא נפל ממנו. וכתבו האחרונים [ע' שערי יושר ש"ו פי"ד] שאין זה נחשב שטענתו נגד הרוב שאף הוא בכלל הרוב דאין מה שמבדיל בינו לשאר העולם והרי נפל רק מאחד והוא בכלל רובא דעלמא ואין הרוב נגד טענתו. וצ"ב א"כ אמאי הכא אזלינן בתר רוב נגד קרוב נימא שגם שובך זה בכלל הרוב ואין רוב נגדו וא"כ נזיל בתר קרוב.

ונראה דל"מ דמה שכתבו האחרונים שבאבידה אין טענת המאבד נגד רוב הוא מפני שהספק הוא מי המאבד וכל אדם בכלל ספק זה והוא ככל אחד משאר רובא דעלמא ואין מה שמאחד את שאר העולם לרוב נגד יחיד זה. משא"כ בנידון דידן אין צד שיש חיוב השבה לאדם אחר דהוי דבר שאין בו סימן ויש כאן רק ב' צדדים. או שנלך בתר קרוב ואז חייב להשיב לבעל השובך או שנתלה ברובא דעלמא ואז הדין הרי אלו שלו א"כ בצד השני של הספק אין ג"מ ממי נפל ולכן כל שאר השובכים הם כאחד ודמי ממש לט' חנויות שבצד הכשר יש ט' ובצד הלא כשר יש אחד.

עיין בתורי"ד שכתב שלענין עגלה ערופה אין לצרף כמה ערים רחוקות לרוב נגד העיר הקרובה כיון שהספק הוא על כל אחת מן הערים איזה חייב בע"ע אין הם מצטרפים לרוב נגד הקרובה דהוא גם בכלל הרוב. ומבאר התורי"ד דלא דמי לט' חנויות דהתם כל הט' כשירות הם דין אחד דאין ג"מ בין הכשירות מאיזה נפל. וזה ממש כסברת האחרונים הנ"ל דלא כפנ"י. ומוסיף התורי"ד דבט' חנויות אילו לא היה הספק לענין כשרות הבשר אלא שהוא אבידה וספק לאיזה חנות להחזיר והיתה קרובה לאחד בזה נזיל בתר קרוב דרק לגבי כשרות הבשר דנים כל הכשירות לרוב נגד האחד הלא כשר משא"כ לענין השבת אבידה הספק על כל חנות ואין רוב. התורי"ד איירי בדבר שיש בו סימן שאם אינו של הקרוב יש בו חיוב השבת אבידה בזה אין לצרף את האחרים לרוב כיון שיש ספק של כ"א וגם היחיד הוא בכלל הרוב. אבל בדבר שאין בו סימן שאם אינו של הקרוב הוא של מוצאו בזה יש רק ב' צדדים ולענין זה מצרפין את הרחוקים לרוב נגד הקרוב.

מחצה על מחצה יחלוקו. בב"מ כ"ח מבואר דסימנים וסימנים יניח. והקשה שם רע"א אמאי לא אמרינן בזה יחלוקו הא לשיטת התוס' כל היכא דחלוקה יכולה להיות אמת חולקין. ועוד הקשו האחרונים מ"ש מהא דמבואר הכא בניפול הנמצא בין שני שובכין דאמרינן יחלוקו ולא יהא מונח. וכתב בזה השערי יושר בש"ד פ"ט ד"ה אמנם דהמוצא מציאה מצווה בוהיה עמך עד דרוש אחיך אותו. ואינו מקיים חיוב זה ע"י חלוקה דהחיוב הוא לברר מי הבעלים ולעכב הממון בידו עד שיתברר מי בעל האבידה. ולכן בסימנים וסימנים יניח. אבל הכא שנתעורר הספק למי שייך הניפול לפני שנמצא הניפול כבר היה דין יחלוקו לפני שהמוצא נתחייב בהשבה ומעיקרא חל חיוב השבה לשניהם לכן כאן חולקים. [וע"ע מש"כ כאן בחי' הגרש"ש ובקו"ש אות ע"ט]. ועל דרך זה כתב בש"ו פי"ד לישב קושית הפנ"י שהובא לעיל למה צריך סימנים בהשבת אבידה נימא ברי ושמא ברי עדיף. דאף שמצד דין הממון היה צריך להיות שיחזירו למי שטוען ברי מ"מ איכא מצוה של עד דרוש אחיך אותו שמחייב לברר בודאות מי הבעלים. ובזה מבאר דברי הר"ן בחולין צ"ו. שכתב שע"א נאמן בהשבת אבידה. והקשו עליו מב"מ כ"ח. סימנים וסימנים וע"א יניח דמוכח הש"ש בש"ו פ"ג דבממון ע"א אינו נאמן אפילו כשאינו בא להוציא ממון מחזקתו. וכתב בשערי יושר דהיכא דליכא ב' תובעין ומצד דין הממון הבעלים שטוען ברי נאמן אלא דאיכא מצוה של עד דרוש אחיך אותו זה נידון כאיסורין שע"א נאמן בו. אבל כשיש שנים שכ"א טוען שהממון הוא שלו יש ספק מצד עיקר דין הממון, ולא רק מצד המצוה של עד דרוש אחיך אותו, ובזה אין ע"א נאמן אף שאין עדותו נגד מוחזק.

רוב וקרוב הולכים אחר הרוב. רוב הראשונים פרשו כפירוש ר"י דמהדין של ט' חנויות מוכח שרוב עדיף מקורבא דלא מוכח ור' חנינא מחדש שגם בקורבא דמוכח אזלינן בתר רובא. ענין זה לחלק בין קורבא דמוכח לקורבא דלא מוכח צ"ב, דלא מצאנו בשאר בירורי התורה כגון רוב לחלק בין רוב גדול לרוב של אחד. ונראה ע"פ מה שכתבו התוס' בסוף הסוגיא בד"ה לימא דהגמ' הוכיחה ממה שמתיר רבינא חצבא דחמרא שנמצא בפרדס של ערלה דס"ל כר"ח שאזלינן בתר רובא נגד קרוב. והקשו התוס' אולי הוי ספק והתיר מדין ספק ערלה. ותי' דאין צד שזה ספק דאי אזלינן בתר רוב הוי ודאי התר ואם בתר קרוב הוי ודאי איסור. והדברים תמוהים דאם יש צד שרוב עדיף ויש צד שקרוב עדיף למה שלא יהיה צד שהם שווים והוי ספק. וכבר עמד בזה הקר"ש כאן באות פ"ח ובח"ב ס' מ"ה אות י"ג.

והביאור בדברי התוס' נראה ע"פ מה שכתב הרמב"ן לגבי עינבי דאשתכח בפרדסא דערלה דאסרינן, דאין זה דווקא למ"ד קרוב עדיף דאפילו ר"ח דס"ל רוב עדיף היינו דוקא בקרוב אבל כאן שנמצא בתוך הכרם אמרינן כאן נמצא כן היה. וזה עדיף מקורבא דמוכח ולכו"ע עדיף מרוב. ביאור הענין של כאן נמצא כאן היה הוא בדומה למה שנזכר כלל זה בכתובות ע"ה: במומין שנמצאו באשה אחר נישואה דלא חיישינן שהיו בה לפני הנישואין דכאן נמצא כאן היה. ומבאר הש"ש בש"ב פ"ד דכל זמן שלא חזינו ריעותא אין סיבה להסתפק שמא יש מומין. דכל מה שמוליד ספק הוא מה שמומין לפנינו וספק ממתי, בזה אמרינן דלא מחזקינן ריעותא מרשות לרשות ע"ש שהאר"ך בזה. נמצא דהיסוד של כאן נמצא כאן היה דלא מתעורר ספק על הרשות שלא ראינו בו מומין. ועל דרך זה סובר הרמב"ן כאן דאם נמצאו ענבים בכרם זה לא מתעורר ספק שאולי הגיעו ממקום אחר. ואין זה בתורת בירור אלא שלא מתעורר ספק ולכן אין מקום ללכת אחר הרוב כיון שאין לנו ספק. וע' בריטב"א שגם כתב כרמב"ן ומביא ראיה לדבריו דאל"כ למה רק ניפול הנמצא נותנים אותו לבעל השוכך הגדול, למה לא יתבע בעל השוכך הגדול גם את היונים הנמצאים בתוך השוכך הקטן [לכאור' כונתו למ"ד הולכים בממון אחר הרוב] אע"כ דבזה אמרינן כאן נמצא כאן היה. אך הרא"ש חולק על הרמב"ן וס"ל דהמ"ד שרוב עדיף מקרוב מתיר גם ענבים שנמצאו בתוך הכרם. ולכאורה יקשה על הרא"ש טענת הריטב"א משובך. אלא פשוט שכל מה שהרא"ש חולק על הרמב"ן הוא רק מפני שהענבים נמצאו טמונים בתוך הכרם בדרך גניבה ובה סובר הרא"ש דאע"כ נמצאו בתוך הכרם יש לידת הספק אבל ביונים שנמצאים בתוך השוכך גם הרא"ש מודה לסברת הרמב"ן דלא מתעורר ספק ולא אזלינן בתר רובא.

לפי זה מסתבר לומר שגם מה דסבר ר' זירא דבכל קורבא דמוכח אזלינן בתר קרוב נגד רוב אין זה מפני שהבירור של קרוב עדיף משל רוב אלא כסברת הרמב"ן בכאן נמצא כאן היה. ומה דסבר ר' חנינא בנמצא בתוכו ממש סובר ר' זירא בכל קורבא דמוכח. דהיינו שבכל קורבא דמוכח סובר ר' זירא שהמצב של קורבא דמוכח גורם שלא מתעורר ספק ולכן אין מקום ללכת אחר הרוב. אבל אילו היה לידת הספק בודאי כח הבירור של הרוב עדיף מהבירור של קרוב. ולפ"ז דברי התוס' פשוטים דאין מקום לומר שרוב וקרוב שקולים והוי ספק דכל מעלת הקרוב הוא שלא מתעורר ספק אבל אם כן מתעורר ספק בודאי שהרוב יכריע, לכן פשוט דאזלינן בודאות בתר קרוב או בודאות בתר הרוב. ובזה ניחא מה שלגבי קרוב יש חילוק בין קורבא דמוכח לקורבא דאינו מוכח. דכיון שכל מעלת הקרוב הוא שלא מתעורר ספק פשוט שזה רק בקרוב הנראה לעינים דהיינו קורבא דמוכח. אך כ"ז לענין שיועיל קרוב נגד רוב אבל כשאין רוב נגד הקרוב סומכים גם על קורבא דלא מוכח מצד הבירור שבו. אבל בקרוב כזה פשוט שרוב עדיף. [מה דמשמע בתוס' ד"ה דתני שכן יש צד שרוב וקרוב הוא ספק ולכאורה סותר לדבריהם בד"ה ושי"מ כבר עמד בזה השע"מ בפ"ב מהל' יו"ט ה"ו וכתב דאמנם אין צד שיהיה ספק במציאות אבל יתכן שיש ספק בדין דהיינו ספק אם כר"ח דרוב עדיף או כר"ז שקרוב עדיף. אך להתיר ספק ערלה בעינן דוקא ספק במציאות ואין צד דרוב וקרוב שקולים כמו שנתבאר ע"ש].

לפ"ז יש לדחות מה שכתב בש"ש ש"א פ"א במה שנחלקו האחרונים בספק ממזר היכא דאיכא רוב או חזקה לאיסור אם גם בזה התורה התירה ספק ממזר או לא. וכתב הש"ש להוכיח מהתוס' הנ"ל שכתבו שאם אזלינן בתר קרוב הוי ודאי ערלה ואסור וזה"ר רוב או חזקה בספק ממזר יחשב ודאי ממזר ואסור, ולמה שנתבאר אין ראיה כלל דהיכא דאיכא לידת הספק יתכן שגם כשיש הכרעה של רוב או חזקה עדיין שם ספק עליו כמבואר ברא"ש בשיטמ"ק ב"מ ו' : אבל קרוב שאני דכל מעלת הקרוב הוא דלא מתעורר ספק ובזה בודאי הוי ערלה ודאי ואסור ואין ללמוד מזה לרוב וחזקה. ויש סיוע לדברים אלו בריטב"א הנ"ל שכתב הסברא של כאן נמצא שהוא ודאי והוכיח כן מדמסמינן על זה לאסור ערלת חו"ל ע"ש. ובל"ה יש לדחות ראית הש"ש ע"פ דברי רע"א במה"ת ס' ק"ח שכתב לישב מה שמקשים על הרא"ש הנ"ל דס"ל דרוב לא נחשב ודאי לגבי עשירי ודאי, מאי שנא מס"ט ברה"ר שספקו טהור וברוב מטמאין כמבואר בכתובות ט"ו. ותי' דבס"ט לא נאמר הלכה שודאי אסור ספק מותר אלא ילפינן מסוטה שספק מותר ואין לנו לימוד אלא על ספק השקול משא"כ בעשירי יש ילפותא דבעינן ודאי בזה סובר הרא"ש דרוב לא הוי ודאי. לפ"ז י"ל שגם בספק ערלה לא נאמר בהלכה דבעינן ודאי אלא נאמר שספקו מותר ואין לנו אלא ספק שקול ואין ללמוד מזה לממזר שיש בו ילפותא דבעינן ממזר ודאי.

יסוד זה מוכח גם בחי' הרמב"ן דהתוס' הקשו בד"ה רוב איך הגמ' מוכיחה מדברי רב שמתיר חבית של יין שצפה בנהר בנמצא סמוך לעיר שרובה ישראל דס"ל דקרוב עדיף מרוב דא"כ איך מתיר אפילו שנמצא סמוך לבית של עכו"ם גם בזה נזיל בתר קרוב נגד רוב העיר. ותי' דלענין הספק מאיזה עיר הוי הקורבא קורבא דמוכח אבל לענין הבית הוי קורבא שאינו מוכח ובזה לכו"ע אזלינן בתר רוב. והרמב"ן מתרץ באופן אחר וז"ל ליכא למיחש דילמא אינם יהודים יש באותו צד של העיר שהוא קרוב מן ישראל הדרים שם דכיון דרובא ישראל לית לן להחזיק קרוב אא"כ הקורבא לפניך עכ"ל. מבואר ברמב"ן שאם ידוע שהבית שלידי נמצאת החבית הוא של עכו"ם באמת אסור ודלא כתוס', אלא דלא חיישינן לקרוב כ"ז שלא ידוע שיש קרוב. ואינו מוכן אם על הצד שהקרוב הוא של עכו"ם נאסר למה לא נאסור מספק שמא יש קרוב. וא"ל שהרוב מכריע שבית זה הוא של ישראל דזה קבוע ואין הרוב יכול להכריע בזה. ועוד שהרמב"ן לא כתב שתולים מכח הרוב שזה בית של ישראל אלא כתב כיון שיש התר של רוב לא חיישינן לקרוב אא"כ הקורבא לפניך. אלא כונת הרמב"ן כנ"ל דכל מעלת הקרוב כשהוא נגד רוב הוא רק משום שגורם שלא מתעורר ספק וזה רק כשרואים בעינינו את הקורבא אבל כשיש ספק אם הקרוב הוא ישראל או עכו"ם א"א לומר שלא מתעורר ספק וכיון שיש לידת הספק הרי הרוב מכריע להתר גם על הצד שזה ביתו של עכו"ם, שבמקום שיש לידת הספק לכו"ע הרוב עדיף. וכשדנים מאיזה עיר בא החבית אמרינן שקרוב עדיף שאין ספק דודאי שבא מעיר זה. אבל כשדנים בתוך העיר אם בא מבית עכו"ם או בית ישראל בזה ע"כ יש ספק ממילא הרוב מכריע שבא מבית של ישראל. אבל אם היה ידוע שהבית שסמוך לחבית הוא של עכו"ם היינו הולכים גם בזה אחר קרוב ואוסרין.

וכן יש להוכיח מדברי הרשב"א שהקשה על מה דס"ד לקמן למימר דרב ס"ל דקרוב עדיף מרוב איך ס"ד לומר כן הא רב אית ליה הולכים בממון אחר הרוב. ותי' דמה"ט הגמ' חוזרת ואומרת שלעולם סבר רב כר"ח. והדברים לכאורה תמוהים מה הראיה ממה דסבר רב דאזלינן בתר רוב בממון דמהני רוב נגד קרוב אולי קרוב עדיף מרוב ומה דמהני רוב בממון הוא כשאין נגד בירור של קרוב. אבל למה שנתבאר י"ל דס"ל לרשב"א שלרב אזלינן בממון אחר הרוב גם כנגד חזקה מה שתחת יד אדם שלו ובזה אמרינן שמסתמא הממון שלו דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן. וזה ג"כ סברא שלא מתעורר ספק ואעפ"כ מוציאים מכח הרוב ע"כ שהרוב מעורר ספק א"כ ה"ה שיועיל הרוב לעורר ספק כנגד קורבא דמוכח. דהיינו שחזקה מה שתח"י אדם שלו דמי לקרוב ולהוציא מחזקה זו ע"י רוב יתכן רק אם רוב וקרוב רובא עדיף.

וזה הפשט גם במה דהדר ביה רבא מהסברא של רוב ומצוי. ואינו מובן למה הדר ביה הרי המציאות הוא שחזן מהרוב יש גם ענין של מצוי ואולי רק בזה עדיף מקרוב. אך כ"ז אם היה הנידון של הסוגיא אם הבידור של רוב עדיף או הבידור של קרוב עדיף. בזה י"ל דקרוב עדיף מרוב גרידא אבל רוב ומצוי עדיף מקרוב. אבל למה דנתבאר פשוט לכו"ע שגם רוב גרידא עדיף מקרוב ואעפ"כ יש צד שקרוב עדיף מפני שלא מתעורר ספק, א"כ בזה אין לחלק בין רוב לרוב ומצוי דממ"נ אם לא מתעורר ספק גם רוב ומצוי לא מהני ואם כן מתעורר ספק פשוט שגם רוב לחודיה עדיף מקרוב.

הקו"ש מביא קושית התוס' בחולין אמאי צריך קרא לרוב הא רובא וחזקה רובא עדיף א"כ נלמד רוב בק"ו מחזקה. וכתב הקו"ש דכעין זה יש להקשות גם מקרוב דכיון דרוב עדיף מקרוב, וע"כ הוא סברא שאין לימוד ע"ז, א"כ נלמד רוב ק"ו מקרוב. ולמה שנתבאר י"ל דכיון דכל מעלת קרוב הוא שגורם שלא מתעורר ספק א"א ללמוד רוב מקרוב אע"פ שרוב עדיף מקרוב. אך אין זה מספיק דבכלל דין קרוב כלול גם הדין של קורבא דלא מוכח דמהני במקום שאין רוב נגדו וזה מכח הבידור שבו ובה קשה שנלמד רוב מקרוב זה. אך מה דנקט הקו"ש שמה שרוב עדיף מקרוב הוא סברא ע' לשון הריטב"א שכתב אפשר דגמרא גמיר לה.

בזה אפשר לבאר את לשון התור"ד בסוגיין שמבאר תירוצן הגמ' בדשונים דליכא רוב הנראה לעינים ע"ש. ואינו מובן היכן מצאנו ברוב דבעינן דוקא רוב הנראה לעינים. אבל להנ"ל הכונה כיון שענין קרוב הוא שלא מתעורר ספק אלא דאעפ"כ אזלינן בתר רוב דר"ח ס"ל שהרוב מעורר ספק נגד המצב של קרוב, סובר התור"ד שכדי שהרוב יעורר ספק בעינן דוקא רוב הנראה לעינים דאל"כ גם ר"ח מודה שאין לידת הספק ואזלינן בתר קרוב.

תוד"ה חוץ לנ' אמה. כתבו דהרי הוא של מוצאו משום דאזלינן בתר רובא, ואף דאין הולכין בממון אחר הרוב הכא שאני דאין הרוב בא להוציא ממוחזק. וכתב הרש"ש דכל"ה לא קשיא דאם רוב לא מהני בממון כ"ש שקרוב לא מהני בממון וממילא הרי הוא של מוצאו. ועיין ברמב"ן שכתב כדברי התוס' דלא שייך לומר כאן אין הולכין בממון אחר הרוב דאין זה להוציא ממוחזק ומוסיף הרמב"ן שאם לא נאמר כן אלא דלא אזלינן הכא בתר רובא כ"ש שלא נזיל בתר קורבא דהא רובא עדיף לרבי חנינא וזה כדברי הרש"ש.

מתיב ר' זירא וכו' ואע"ג דאיכא אחריתי דנפישא מיניה. נחלקו הרמב"ם והתור"ד בביאור קושית הגמ'. התור"ד כתב דאין כונת הגמ' להקשות שהעיר הגדולה הרחוקה תביא ע"ע דגזה"כ שלא מביא אלא הקרוב. [ואין זה נוגע להא דנמצא סמוך לעיר שאין בה ב"ד שמודדים לעיר שיש בה ב"ד דהתם היא העיר הקרובה שיש בה ב"ד משא"כ כאן שיש עיר קרובה שראויה להביא בזה אין הרחוקה מביאה אף כשיש בידור שהרוצח בא משם]. ולתור"ד קושית הגמ' היא שנפטור את הקרובה ולא שנחייב את הרחוקה. והרמב"ם בפ"ט מרוצח ה"ו כתב בהדיא דהיכא דאיכא עיר גדולה שיכול הרוצח לבוא משם הגדולה הרחוקה מביאה ע"ע. וע' במנ"ח במצ' תק"ל שמביא מחלוקת זו. וע' באפיקי ים ס' כ"ו שהקשה סתירה בזה בדברי התור"ד דבתחילה כתב דהשאלה היא שהקרובה לא תביא אבל הרחוקה ג"כ אינה מביאה ואח"כ כתב שא"א לצרף את כל שאר הערים לרוב משום שהספק הוא על כל אחת וזה אמת רק לרמב"ם שהרחוקה מביאה ע"ש.

מדברי רש"י בד"ה בדליכא שכתב דתי' הגמ' הוא שאין רחוקה מזו שגדולה ממנה אלא כולן שוות נראה שיש לדקדק דס"ל כהרמב"ם, דיש לע' אמאי פרש"י שכולם שוות הא גם אם הקרובה היא הגדולה משכחת לה ותי' הגמ' בדליכא היינו שאין גדולה ממנה אלא או שוות או שהיא גדולה מהרחוקות ולמה כתב רש"י בדוקא שכולן שוות. ובשלמא לרמב"ם ניחא דקרא ע"כ מיירי בשוות דאם העיר הקרובה היא הגדולה לא יהיה מצות מדידה וקרא כתיב ומדדו וכו' ומסתבר שדין מדידה נאמר רק במקום שחייב ע"ע הוא בגלל שהיא קרובה ובה גזה"כ למדוד אפילו שנראה בעליל שהיא קרובה אבל במקום שאינה מביאה בתורת קרובה אלא מפני הרוב וגם אם היתה רחוקה היתה מביאה כיון שאין גדולה ממנה בכל המקומות שיכול הרוצח לבוא משם א"כ מסתבר שאין ענין של מדידה כיון שגם אם ע"פ המדידה יתברר שאינה קרובה אכתי תביא ע"ע בגלל הרוב. לכן פרש"י דקרא ע"כ מיירי בשוות ואז הקרובה מביאה מפני שהיא קרובה ויש מצות מדידה אבל אם היתה גדולה היתה מביאה גם אם היתה רחוקה ואין בזה דין מדידה. ואפילו נימא דגם בזה גזה"כ שמצוה למדוד לעיר שמביאה אפילו אם אינה מביאה מחמת קורבא מ"מ קרא ע"כ מיירי שאין הקרובה גדולה דבקרא מבואר שמודד לערים הקרובות אל החלל דהיינו שמודד לכל הערים שסביב החלל. וע' במל"מ פ"ט מרוצח ה"א שלומד בדעת הרמב"ם שבנראה בעליל שאין המדידה כדי לדעת מי הקרוב אלא משום מצות מדידה בזה אינו מודד אלא לעיר הקרובה וקרא איירי כשלא נראה בעליל. א"כ כשהעיר הקרובה היא הגדולה שאפילו אם היא רחוקה היא מביאה, אפילו אם נימא שיש גם בזה גזה"כ למדוד לעיר שתביא ע"ע, פשוט שלא גרע מנראה בעליל דאינו מודד אלא לעיר זה ולא לכל הערים שסביב החלל כיון שכל"ה ידוע איזה עיר תביא. לכן מוכרח רש"י לפרש קרא בשוות שאז מביאה מדין קורבא ובה יתקיים קרא דומדדו אל הערים אשר סביבות החלל. [ע' במנ"ח מצ' תק"ל שמביא בשם ספר באר שבע שחולק על המל"מ וס"ל שגם בנראה בעליל מצוה למדוד לכל הערים שסביב החלל]. אך כ"ז אמת רק אי ס"ל לרש"י כרמב"ם שהגדולה הרחוקה מביאה. אבל לתור"ד שגדולה רחוקה אינה מביאה א"כ הקרובה מביאה תמיד רק מפני שהיא קרובה ובודאי יהיה דין מדידה אפילו אם היא גדולה ויכול להעמיד קרא בין בשוות בין שהקרובה גדולה.

בשאלת הגמ' שנכריע שהרוצח לא בא מהעיר הקרובה מכח הרוב של עיר גדולה מבואר שרוב יכול להכריע בכל דפריש גם כשאין הנידון על הדבר הפורש אלא על המקום שממנו פרש. דבט' חנויות הספק הוא מה דינו של הדבר שפרש אבל כאן אין ספק על הרוצח דע"ע אינו דין שמוטל על הרוצח, אלא הרוב צריך להכריע מהיכן פרש ונ"מ לדינו של המקום שפרש ממנו. וע' בחז"מ ס' רצ"ב סע' י' בשם התה"ד בשנים שהפקידו מעות אצל ש"ח אחד מנה ואחד מאתים ונגנבו או נאבדו מקצת מעות כתב התה"ד שתולים שנגנבו או אבדו למי שיש לו יותר דאזלינן בתר רובא. והנתיבות שם מוכיח שהנ"י בפרק הבית והעלייה חולק. וע' באבי עזרי פ"ט מרוצח ה"ו שסברת הנ"י דלא שייך רוב כיון שלא דנים על הדבר הפורש אלא דנים מהיכן פרש כדי לברר של מי הנשאר, והקשה מסוגיא דין ע"ש. וגם החזו"א באבה"ע ס' ל"א סק"ד ד"ה והנידון מדמה דינו של הרמ"א הנ"ל לגמ' שלנו ע"ש.

ולייזיל בתר רובא דעלמא. ב' דרכים נאמרו בביאור קושית הגמ'. א. התור"ד בתחילת דבריו פירש דאע"ג דאין בכל המקומות שיכול רוצח לבא מהם עיר אחת גדולה יותר מהקרובה מ"מ נצרך כל הערים הקטנות וביחד יחשב רוב נגד העיר

הקרובה. התוריד דוחה פשט זה דכיון שהספק על כל עיר אין לצרף כמה ערים לרוב כמו שנתבאר לעיל והובא שהאפיקי ים הקשה דזה סותר לתחילת דברי התוריד שכתב שהרחוקה אינה מביאה. ב. בסוף דבריו לומד התוריד שכונת הגמ' שאמנם בערים שסביב החלל אין עיר גדולה אבל ניזיל בתר רובא דעלמא דבמקום רחוק אולי יש עיר אחת גדולה מזו. ועיין בדברי הכ"מ והאו"ש בפ"ט מרוצה ה"ו במה שכתבו לישב למה השמיט הרמב"ם האוקימתא של יושבת בין ההרים, ודבריהם יובאו בס"ד לקמן, דנחלקו בזה הכ"מ והאו"ש שהכ"מ מפרש כפשט השני של התוריד שהעיר הגדולה בסוף העולם תביא ע"ע. והאו"ש מפרש שנצרף רובא דעלמא לענין לפטור את העיר הקרובה.

ונראה שמדברי התוס' בד"ה מתיב מוכח בהדיא כפירוש השני של התוריד והכ"מ ולא כפי' הראשון והאו"ש, שכתבו שהשאלה הראשונה של הגמ' היא לא רק לר"ח דלענין עיר גדולה שסביב החלל ליכא קורבא דמוכח ובוזה לכו"ע אזלינן בתר רובא וקשה לכו"ע. והשאלה השניה ניזול בתר רובא דעלמא קשה רק לר' חנינא דלגבי רובא דעלמא הוי הקורבא דמוכח. ובשלמא לפירוש השני ניהא דשאלה הראשונה היא ממה שסביב החלל והשאלה השניה היא שיש עיר גדולה בסוף העולם ופיר' הוי לענין זה קורבא דמוכח וקשה רק לר"ח. אבל אם השאלה השנייה היא שאמנם אין עיר אחת גדולה בכל המקומות שממש יכול הרוצה לבא מ"מ ע"י צירוף של כל הערים יש רוב א"כ אמאי הוי לגבי זה יותר קורבא דמוכח מאשר ברוב של השאלה הראשונה ומוכח מזה שהתוס' למדו כפירושו השני של התוריד שאין הכונה ע"י צירוף אלא עיר גדולה בסוף העולם.

אמנם יש לעיין בזה היכא שהרוב מורכב ממקומות הסמוכים ומקומות רחוקים, ולגבי מקומות הרחוקים הקורבא הוא קורבא דמוכח, ולגבי מקומות הסמוכים אין הקורבא דמוכח, אם יש לזה דין של קורבא דמוכח או לא, דיתכן שנחשב קורבא דמוכח כיון שבמקומות הסמוכים בפני עצמם ליכא רוב כנגד הקרוב, אלא הרוב הוא בצירוף מקומות רחוקים, ולגבי מקומות הרחוקים הקורבא הוא מוכח, ואולי כיון שחלק מן הרוב הוא מהמקומות הסמוכים ולגבי מקומות אלו אין הקרוב קורבא דמוכח אין לזה דין של קורבא דמוכח. ואי אמרינן שגם בכה"ג זה נחשב קורבא דמוכח אין ראייה דס"ל כפירוש השני של התוריד שגם לפירוש הראשון ניהא הא דכתבו שכלפי רובא דעלמא זה קורבא דמוכח וצ"ע.

וע"פ דברי התוס' יובן פשט בפי' השני של התוריד. דלכאורה אינו מובן מה בין השאלה הראשונה לשניה הא בשניהם השאלה היא אולי יש עיר אחת גדולה ולמה בתחילה הקשו ממקומות הסמוכים ורק אח"כ הקשו ממקומות רחוקים. אבל לדברי התוס' ניהא. דבתחילה הקשו מה שקשה לכו"ע דיש רוב ואין נגדו קורבא דמוכח. ותיצו דאין רוב במקומות הסמוכים ממילא ניהא למי שחולק על ר"ח דמקומות רחוקים לא קשיא דכלפי זה איכא קורבא דמוכח שהוא עדיף מרוב. ואח"כ הקשו לר"ח ניזיל בתר רובא דעלמא נגד קורבא דמוכח לכן נחלק לב' שאלות.

הפתי' ביו"ד ס' ק"י סק"ב מביא מחלוקת הפוסקים בט' חנויות מוכרות בשר כשר ובאחד שאינו כשר יש יותר בשר מכל הט' הכשרות אי אזלינן בתר רוב בשר או בתר רוב חנויות. ובמחלוקת זו יהיה תלוי הפשט בקושיית הגמ' ניזיל בתר רובא אם נפרש שהכונה שבצירוף יש רוב נגד עיר הקרובה. דאי אמרינן דאזלינן בתר רוב בשר כנגד רוב חנויות יהיה השאלה שנצרף כל הערים ובסה"כ יהיה בהם יותר מהעיר הגדולה הקרובה. אבל לדעת הסוברים שהולכים אחר רוב חנויות נגד רוב בשר אין צורך להוספה זו, דאפילו אם בעיר הקרובה יש יותר אנשים מכל שאר הערים מ"מ ניזיל בתר שאר הערים שהם כרוב חנויות דמהני נגד רוב בשר. לשון התוריד בפירושו הראשון הוא שנצרף כל הערים שבינן כולם יש יותר מהעיר הגדולה הקרובה. וממה שהוצרך להוספה זו משמע דס"ל שלולא זה אזלינן בתר רוב אנשי העיר הקרובה נגד רוב ערים הרחוקות דהיינו דאזלינן בתר רוב בשר נגד רוב חנויות. ויש לעיין בזה מדברי התוריד בתחילת הסוגיא שכתב לישב קושיית התוס' מה חידש ר"ח יותר ממתני' דט' חנויות דאי מהתם ה"א שרק רוב של ט' חנויות שהם ט' ביאות עדיף מקרוב אבל היכא דהוי ביאה אחת כגון ב' שובכים שכל שובך הוא כחנות אחת אלא שיש באחד יותר בשר רוב כזה ס"ד דאינו עדיף מקרוב וקמ"ל ר"ח שגם רוב דבשר עדיף מקרוב. ומבואר מזה דס"ל שרוב חנויות עדיף מרוב בשר. וצ"ל דאמנם יש חי' ברוב בשר וא"א ללמוד רוב בשר מרוב חנויות מ"מ רוב בשר נגד רוב חנויות הוי נגד רוב וא"א להתיר ע"פ רוב חנויות אא"כ ברוב חנויות איכא נמי רוב בשר לכן הוצרך התוריד להוסיף שבערים הקטנות ביחד יש יותר מהגדולה הקרובה.

שיטת הרמב"ם. הרמב"ם מביא בפ"ט מרוצה את התי' של הגמ' על השאלה הראשונה שהעיר הקרובה מביאה רק בדליכא עיר גדולה אבל השמיט הרמב"ם את האוקימתא של יושבת בין ההרים. וכתב בזה הכ"מ דלא נראה לרמב"ם שתמיד העיר הגדולה תביא ע"ע על כל רציחה לכן פירש מדברי הגמ' לרווחה דמלתא ע"ש. נמבואר שלמד שהשאלה היא שנתלה בעיר גדולה בסוף העולם ולא ע"י צירוף כנ"ל. האו"ש מפרש שבכלל תי' הראשון בדליכא שאין עיר גדולה יותר בכל מקום שיכול הרוצה לבוא משם. והשאלה השנייה היא שנצרף כולם לרוב נגד העיר הקרובה ובוזה כתב האו"ש שיש לתמוה מה שאלת הגמ', דק"ל שאם העיר הסמוכה אין בה ב"ד מודדים לעיר שיש בה ב"ד דהיינו שאם העיר שתולים שממנה בה הרוצה אינה מביאה מודדים לעיר הכי קרובה שראויה להביא. א"כ מה בכך דאיכא רובא דעלמא הא אותו הרוב אינו מביא ע"ע ודמי לעיר שאין בה ב"ד ואמאי לא נחייב הקרובה שהיא יכולה להביא. נר' אבי עזרי שם שתמה כעין זה על המנ"ח. לכן מבאר האו"ש שאין כונת הגמ' להקשות שנפטור את הקרוב מחמת הרובא דעלמא, אלא שאלת הגמ' שאם בכל גווי אין הקרוב מברר כלום דתמיד יש נגדו רובא דעלמא לא מסתבר שהתורה תתלה דין ע"ע בקרוב. אבל בתר דמשני ביושבת בין ההרים שיש אופן שהקרוב מברר, שוב לא חלקה תורה ותמיד מחייבים את הקרובה כיון שרובא דעלמא אינם מביאים ע"ע. ולכן לא הביא הרמב"ם להלכה האוקימתא דיושבת בין ההרים ורק את התי' על השאלה הראשונה מביא הרמב"ם דבזה השאלה היתה שנחייב את הגדולה הרחוקה ולא רק לפטור את הקרובה לכן בזה שפיר צריכים לתירוץ הגמ' בדליכא.

כעין דברי האו"ש כתב גם הרשב"א לישב קושיית תוס' ד"ה מתיב אמאי הקשו לר"ח ולא על משנה דט' חנויות. וכתב הרשב"א דבשלמא לולא ר"ח בקורבא דמוכח אזלינן בתר קרוב נגד רוב א"ש שלכן תלה הכתוב חיוב ע"ע בקרוב וממילא לא חלקו בין קורבא דמוכח לקורבא שאינו מוכח שלא תתן דברין לשיעורין. דהיינו שאם יש אופן שקרוב מברר ניהא שהתורה לא חלקה ותלתה תמיד בקרוב אבל לר"ח שגם בקורבא דמוכח אזלינן בתר רוב א"כ אין שום היכא תמצא שהקרוב יברר למה תלוי בקרוב. ולדברי הרשב"א יוצא שלבתר דמשני יושבת בין ההרים דלר"ח נמי משכחת אופן שקרוב מברר שוב י"ל שלא חלקה תורה ותמיד תלוי בקרוב גם כלי יושבת בין ההרים. וזה כמו שכתב האו"ש בדעת הרמב"ם אך לדברי הרשב"א יוצא שגם התי' הראשון בדליכא לא קיים אליבא דאמת, שאין כונת הגמ' אלא רק למצוא אופן שהקרוב מברר ממילא גזח"כ שתמיד תלוי

בקרב ובכמו שלחולקים על ר"ח לא קשיא לגמ' כך לר"ח אחרי שיש היכא תמצא לא קשיא ובכל גונו תלוי בקרב. משא"כ האו"ש כתב דבריו רק על השאלה השנייה ולא על הראשונה.

בדברי הרשב"א יתישב גם קושית תוד"ה בדליכא שהקשו דהכא משמע שמה שאזלינן בתר קרב הוא משום שתולים שהרוצח בא מהקרב ובסוטה מוכח שהוא גזה"כ גם כשתולים שלא בא משם ולרשב"א ניהא דאחרי שיש אופנים שהקרב מברר לא חלקה תורה ותמיד תלוי בקרב גם כשאין בירור. בעיקר הדבר שהוכיחו התוס' מסוטה שאזלינן בתר קרב גם כשאינו מוכיח שהרוצח בא משם ע' או"ש הנ"ל שמוכיח כן מנמצא מפרסם במקום אחד ואח"כ נמצא מת במק"א דאזלינן בתר מקום המיתה אף שהרוצח לא היה במקום זה כלל. וכן הוכיח בקו"ש כאן מנמצא בין ב' עירות דמביאים שתי עגלות אע"פ שלא יתכן שבא משניהם.

תוד"ה ביושבת. מה שהקשו על ירושלים ע' אפיקי ים ס' כ"ו דנ"מ בנמצא בתוך ירושלים לשיטת הרמב"ן דאמרינן כאן נמצא כאן היה.

על דא אפקוהו לר"י. פרוש התוס' משום דכל מדות חכמים כך ור"י היה כמפקפק בשיעוריהם של חכמים. אך היד רמ"ה כתב דאפקוהו משום דלא שאל כענין דפשיטא שהדין יחלוק. ואינו מוכן אמאי יחלוקו הרי ההבדל בין תוך ג' לחוץ לנ' הוא דמייירי במדדה ובתוך חמישים יש הוכחה שהוא של בעל השוכך ויותר מנ' יש הוכחה שיצאה מכלל מדדה ואז תולים ברובא דעלמא. וממ"נ אם רגלו אחת פחות ורגלו אחת יותר הוי בכלל תוך ג', כולו לבעל השוכך ואם כחוץ לנ' כולו שלו, ואמאי יחלוקו. ואי נימא דהוי ספק אם כתוך ג' או כחוץ לנ' א"כ שפיר הסתפק ר' ירמיה ואמאי אפקוהו וצ"ע.

נמצא בין ב' שובכות. הגמ' מעמידה בשוים ואז אזלינן בתר הקרב. אבל אם בשוכך אחד יש יותר אזלינן בתר הרוב נגד קרב. רע"א בכתובות י"ד: כתב דהא דמבואר שם שאם רוב אנשי העיר כשרים שנאנסה כשירה לכהונה הוא דוקא כשיש רוב חוץ מן הכהן שרוצה לינשא לה. אבל אם יש נ' פסולים ונ"א כשרים, והכהן שבא לקחת אשה זו יודע שהוא לא הבוהל א"כ לגבי ליכא רוב דהוא אינו בכלל הספק תאסר מספק. והרש"ש שם חולק ומוכיח מכאן דלגבי כל דפריש מצרפים לרוב גם אלה שאינם בכלל הספק, שהרי בשוכך אלה שנשארו בתוך השוכך אינם בכלל הספק ואעפ"כ אמרינן שהניפול פרש מהשוכך הגדול ע"ש.

תוד"ה מצאו. הקשו בשם הרשב"א איך ס"ד לפרש מתני' בחד מינייהו נפיש הא קתני סיפא מחצה על מחצה יחלוקו ואי חד מינייהו נפיש ניזיל בתר רובא הרי כשאין קרב ודאי אזלינן בתר רוב. וראיתי בחשק שלמה ופורת יוסף שכתבו לישיב ע"פ מה שמצאנו בגיטין ע"ח שהגמ' מפרשת מחצה על מחצה בשני כתי עדים וה"נ נפרש הכא כת אחת אומרת קרב לשוכך אחד ושנייה אומרת קרב לשוכך השני ובמקום תו"ת לא אזלינן בתר רובא, לכן חולקים אע"ג דחדא נפיש מחבריה. ובענין זה אי אזלינן בתר רוב בתרי ותרי האריכו האחרונים ע' ש"ש ש"ר פכ"ב ושו"ת רע"א ס' קל"ג [וע' בזה לקמן לא: על תוד"ה זוז]. וע' באו"ש פכ"ב מעדות ה"א שזן ג"כ אי מהני רוב בתו"ת וכתב לפשוט ספקו מסוגיא דידן כדי שלא יקשה קושית הרשב"א ות' כדברי האחרונים הנ"ל ומוכיח מזה דלא מהני רוב בתו"ת. ומה שתוס' לא ניהא להו בפירוש זה י"ל בב' אופנים א. דס"ל דאזלינן בתר רוב בתו"ת. ב. על פי מה שנתבאר לעיל דכל מעלת הקרב הוא רק שגורם שלא מתעורר ספק וזה רק כשיש קרב ודאי לפנינו אבל במקום דאיכא תו"ת אי הוי קרב או לא א"א לומר שלא מתעורר ספק וממילא הרוב מכריע אפילו על הצד שהיה קרב למועט. וזה ממש מה שמבואר ברמב"ן לגבי חבית שנמצא ליד עיר שרובא ישראל דכל שאין הקרב בפנינו לא אזלינן בתרה.

דף כד.

דם שנמצא בפרוודור. כתב הש"ש בש"ד פ"א דאין לטמא מן התורה מכח רוב דמים במקור דטומאה דאורייתא הוא רק עם הרגשה ואם הרגשה בשעת יציאת הדם אלא שלא ידעה אם יצא מהחדר או מהעליה הרי זה כפירש בפנינו שדינו כלקח מן ההנות וכל קבוע כמחצה על מחצה דמי. ורק לענין טומאה דרבנן בראיה בלי הרגשה יש מקום ללכת בתר רוב דמים. ובזה מיישב הש"ש גרסת הספרים דתני שמתני ר"ח מוכח סברת רבא דרוב ומצוי דבשלמא במשנה ספיקו טמא י"ל דטמא מדרבנן מכח רוב דמים אבל בתני ר"ח מבואר דהוי טומאה דאורייתא דשורפים עליו את התרומה ומחייבים על ביאת מקדש וע"כ מייירי עם הרגשה ובזה אין הרוב מכריע דהוי קבוע וע"כ דטמא בגלל רוב ומצוי.

ומדברי התוס' מבואר דס"ל שגם הברייא דר"ח דמייירי לענין טומאה דאורייתא יכול להיות מכח רוב דמים ולא נחשב קבוע וצ"ב מה יענו התוס' על טענת הש"ש. ויש לישב בכמה אופנים. א. האחרונים כתבו דלא חשיב קבוע כיון שאין הדם שבמקור טמא עד שפורש א"כ תמיד לידת הספק הוא אחרי הפרישה. ע' ח"י הגר"ש. ב. לפוסקים דס"ל דהרגשת זיבת דבר לה נחשב הרגשה משכחת באשה הרגילה במראות טהורות והרגשה זיבה ואין זה מעורר ספק כיון שרגילה במראות טהורות ואח"כ נמצא שהיה זיבת דם. הרי שלענין הרגשה נחשב ראייה עם הרגשה וטומאה מן התורה ואעפ"כ לידת הספק היה אחרי שפרש ואינו קבוע. ג. התוס' בנדה מב: הקשו דמבואר כאן שדם הנמצא בפרוודור טמא אף שלא יצא מן הפרוודור ואילו לענין לידה אמרינן שנחשב לידה רק כשהוציא העובר ראשו חוץ לפרוודור. וכתבו ע"ז ב' תירוצים בתי' הראשון כתבו דדם הנמצא בפרוודור טמא לכשיצא מן הפרוודור. ובתי' השני כתבו דיש לחלק בין טומאת נדה לדין לידה. נמצא לפי התי' הראשון דזמן טומאת נידה אינו כשיצא הדם מהמקור לפרוודור אלא כשיצא מהפרוודור לבית החיצון, וכתב החת"ס בתשובה קס"ז ד"ה והאמת שלפי תי' זה זמן ההרגשה כדי שיהיה טומאה דאורייתא אינו בזמן יציאת הדם מן המקור לפרוודור אלא בזמן יציאתו מהפרוודור לבית החיצון. א"כ י"ל דהתוס' כאן אזלו בשיטת התי' הראשון בנדה וא"כ לק"מ דאמנם היה הרגשה בשעה שיצא מן הפרוודור אבל כשפירש מהמקור לא היה הרגשה כלל ואין שום לידת הספק במקום הקביעות ואעפ"כ טומאה דאורייתא.

ש"מ רובא דאורייתא. כתבו התוס' דחשיב ליה רובא דליתא קמן. ואינו מוכן אמנם הענין של מצוי דמי לרובא דליתא קמן מ"מ הא איכא נמי רוב דמים והוא רובא דאיתא קמן ומאי קמ"ל דרובא דאורייתא. הש"ש הנ"ל כתב ע"פ דרכו דטומאה דאורייתא לא יהיה מחמת רוב דמים דהוי קבוע וע"כ שהטומאה הוא בגלל מצוי וע"ז אמרו ש"מ רובא דליתא קמן דאורייתא. אבל לשיטת התוס' דלא ס"ל כן צ"ע אמאי הוי רובא דליתא קמן. וכתב בזה הקו"ש שכיון שלא בדקו שיש לאשה זו רוב דמים

במקור אלא סומכים ע"ז שכן הוא המציאות אצל רוב נשים לכן זה נחשב רובא דליתא קמן. וע"ע מש"כ בזה האור"ש בחידושו כאן.

בעיקר דברי הגמ' ש"מ רובא דאורייתא היה נראה דיש לבאר באופן פשוט דברוב זה יש חי' יותר מכל רוב. דהובא לעיל מחלוקת הפוסקים ברוב בשר נגד רוב חנויות דשיטת הנוב"י והחור"ד דאזלינן בתר רוב חנויות נגד רוב בשר. הרי שמניין הרוב נקבע לפי מקומות הפרישה ואין זה נחשב אפילו כרוב נגד רוב אלא אזלינן רק בתר חנויות אפילו נגד רוב בשר. וא"כ היה מקום לומר שגם בב' חנויות אפילו יש באחד רוב בשר יחשב כמחצה על מחצה שמספר החנויות שזה והרוב נקבע לפי חנויות ולא לפי בשר. וזה החי' שלמד רבא מברייטא דר' חייא דאזלינן בתר רוב דמים אע"ג דמצד החנויות הם שוים ואע"ג דרוב חנויות עדיף מרוב בשר מ"מ כשאין רוב מצד החנויות גם רוב בשר חשיב רוב. ויסוד זה דרוב חנויות עדיף מרוב בשר הובא לעיל בשם התור"ד על קושית תוס' מאי קמ"ל ר"ח הא ממתני' דט' חנויות מוכח דרוב עדיף מקרוב. ותי' דמהתם ידעין רק רוב חנויות ור' חנינא חידש שגם רוב בשר עדיף מקרוב. וא"כ גם כאן י"ל דש"מ רובא דאורייתא היינו ש"מ שגם רוב בשר חשיב רוב אף דלא אלים כרוב חנויות.

ויתכן שאפשר לומר שגם התוס' נתכוונו לזה ומה שקראו לזה רובא דליתא קמן הוא משום דמנין הרוב שעליו דברה תורה נקבע לפי חנויות לכן רוב חנויות עדיף מרוב בשר אבל כשאין רוב חנויות אזלינן בתר רוב בשר והיינו משום דאע"ג דמצד מנין הרוב החנויות קובע מ"מ יש גם ענין של רוב בשר שהסיכוי גדול יותר שבא מן הרוב וזה ענין של טבע והוי כרובא דליתא קמן. [חלק זה מבואר בחי' הגרש"ש בסוף ס' י' שכתב לבאר ע"פ דרכו דליכא הכא רובא דאיתא קמן כיון דליכא דין טומאה על הדם עד שפורש ואעפ"כ רובא דליתא קמן יש כאן דטבע העולם שרוב המקרים עלול כן להיות ואף אנו נימא כן דרובא דאיתא קמן אין כאן מפני שמנין הרוב תלוי בחנויות ואעפ"כ עלול יותר לבוא ממקום שיש יותר בשר וענין זה הוא כרובא דליתא קמן וע"ז אמרו ש"מ רובא דאורייתא].

ובזה אפשר להבין דברי המהרש"א שהקשה על תוס' דש"מ רובא דאורייתא קאי על רובא דליתא קמן א"כ אמאי לא תרצו לעיל כשהקשו מאי קמ"ל ר' חנינא, שמת' חנויות ידעין רק רובא דאיתא קמן ור"ח מוסיף גם רובא דליתא קמן. ודבריו אינם מובנים איך אפשר לומר שזה מה שר"ח בא לחדש הרי כשהקשו על ר"ח הקשו מע"ע ומניפול ותרייהו רובא דאיתא קמן ואיך הקשה המהרש"א שתוס' יתרוצו הפך מה שמבואר בכל הסוגיא. אלא נראה דהמהרש"א מפרש כנ"ל דכל שמנין המקומות שממנו פורש שזה והרוב הוא רק בכמות כגון רוב בשר או עיר גדולה או ב' שובכין כ"ז הוי כב' חנויות ורוב בשר ודמי לדם הנמצא בפרוזדור. ואם כתבו התוס' שזה מה שחידש רבא בש"מ רובא דאורייתא מקשה המהרש"א אמאי לא כתבו כן לעיל כשהקשו מאי קמ"ל ר' חנינא. וקושית המהרש"א על התוס' הוא תירוצו של התור"ד שקמ"ל ר' חנינא שרוב בשר עדיף מקרוב.

ע' קצה"ח בס' רס"ב סק"ב שהקשה על הגמ' בב"מ כה. דכלי ולפניו פירות תולים שהפירות נפלו מהכלי, והבין הקצות שהוא מדין קרוב והקשה הא קי"ל דרובא עדיף מקרוב. אך הפשטות היא כמש"כ הנתיבות שם בסק"ו דהתם אינו מצד הקרובא אלא שצורת הנחת הפירות הם באופן שניכר שנפל מהכלי ואינו מצד קרוב ומסתבר שגם בזה הגדר שלא מתעורר ספק ואין מקום ללכת אחרי הרוב.

אבל עינבי מצנעי. הובא לעיל שהרמב"ן כתב שהענבים אסורים אפילו למ"ד שרוב עדיף מקרוב הכא שאני שנמצא בתוך הכרם וכאן נמצא כאן היה. ונתבאר לעיל שבאופן זה ליכא לידת הספק ואין מקום ללכת אחרי הרוב. הרמ"ה באות צ"ג לא ס"ל כן וכתב שעניני אסורים רק למאן דלית ליה דרבי חנינא. ור' יונה כתב ב' דרכים בזה ע"ש.

דף כד:

מרחיקין את האילן מן העיר. בגמ' אמר עולא מ"ט משום נויי העיר. ופריך ת"ל דאין עושין מגרש שדה. כתב הרמב"ן דמה שהקדימה הגמ' דברי עולא ועל זה הקשו ת"ל משום דאין עושין מגרש שדה הוא משום דאילו היה טעם ההרחקה מדין מזיק ככל שאר הרחקות דפרקין לא היה קשה מהתם, דנ"מ לחור"ל. אבל אחר שאמר עולא שהטעם משום נויי א"כ הבינה הגמ' שגם זה נוהג רק בא"י, וע"ז הקשו ת"ל משום אין עושין מגרש שדה. דהיינו שפשוט לרמב"ן שאיסור לעשות מגרש שדה הוא רק בא"י וא"כ מקושית הגמ' מוכח שגם הדין של נויי העיר הוא רק בא"י וכ"כ הנ"י והרשב"א. הרמב"ן והרשב"א מוסיפים שכן משמע ברש"י ד"ה לא חמימא שכתב שאם אינו קוצץ העיר מוגנה ואין זה תפארת א"י. [ועוד כתב הרשב"א דכיון שטעמו משום נויי העיר לא מהני בזה מחילת אנשי העיר ע"ש]. המל"מ בפ"ג משמיטה מביא בשם רש"י בשבועות שהדין שאין עושים מגרש שדה נוהג דוקא בעיר המוקף חומה. והקשה המל"מ מגמ' דידן דלרש"י מה קושית הגמ' הא נ"מ מהדין של מרחיקין לעיר שאינה מוקפת חומה. וכן הקשה הטור"א מגילה י': והובא ברע"א בגליון הש"ס ערכין לג':

הש"ך בס' קנ"ה סק"ב הקשה על מה שהגמ' אומרת לא צריכא לר"א דאמר עושין שדה ומגרש שדה דבמשנה בערכין מבואר דר"א מתיר רק שדה מגרש ולא מגרש שדה. ותי' דלשונו של ר"א הוא משום שלא יחריבו את ערי ישראל משמע שבחור"ל מתיר ר"א הכל. ומפרש הש"ך דברי הגמ' דהדין של נויי הוא גם בחור"ל ואעפ"כ הקשו ת"ל משום שדה מגרש דהגמ' למדה שלרבנן גם איסור זה נוהג בחור"ל. ותי' דקאי כר"א ור"א מתיר בחור"ל הכל א"כ נ"מ מהדין של המשנה לחור"ל. ודברי הש"ך מחודשים שיוצא שלרבנן האיסור של מגרש שדה ושדה מגרש הוא גם בחור"ל, וזה הפך דברי הרשב"א והרמב"ן כאן דפשיטא להו דאינו נוהג בחור"ל. אמנם מצאנו חבר לש"ך דהרמ"ה כאן נקט בפשיטות דדין נויי העיר הוא גם בחור"ל הקשה א"כ מה קושית הגמ' ת"ל דאין עושין מגרש שדה הא נ"מ לחור"ל ולמד מזה הרמ"ה שהדין של אין עושין מגרש שדה נוהג גם בחור"ל ע"ש. אך הש"ך בסוף דבריו חזר מפירושו ומביא שמצא שיש ב' נוסחאות במשנה בערכין. יש גרסא שר"א מתיר הכל ויש גרסא שר"א מתיר רק שדה מגרש ואוסר מגרש שדה. וע' בשיטה בשם הר"י מגש שמפרש דברי הגמ' כאן ע"פ שני הלשונות בדעת ר"א ע"ש. ע' בלח"מ פ' משכנים ה"א שכתב שהאיסור של שדה מגרש אינו נוהג בחור"ל כדאמרין בסוף ערכין וגם הגאון בס' קנ"ה סק"א כתב שאינו נוהג בחור"ל ומסיים וע' בערכין שם דמוכח שם בגמ' כן. אך בדברי הרמ"ה מפורש שנוהג בחור"ל וכן סבר הש"ך בתחילת דבריו.

הרמב"ם פסק כרבנן שבכל ערי ישראל אין עושים שדה ומגרש שדה ואעפ"כ משמע ברמב"ם דעיקר הלאו קאי על ערי לויים. דבפ"ג משמיטה ה"ד כתב אין עושים בעיר לויים וכו' שנא' ושדה מגרש וכו'. ואח"כ כתב וכן בשאר ערי ישראל אין

עושים וכו'. וע' במנ"ח מצוה שמ"ב שכתב ששאר ערי ישראל אינו אסור אלא מדרבנן וגם החינוך מביא את הלאו על ערי לויים בלבד. ובחינוך מבואר שהעובר ע"ז לוקה והמל"מ מוכיח שדעת הרמב"ם שאינו לוקה. והטעם שאינו לוקה לרמב"ם כתב המנ"ח שאפשר להחזיר למצב הקודם. ואינו מובן הרי יש לאו על כל רגע ומה בכך שיכול לתקן מכאן ולהבא וכי נפטור את הלוש כלאים ממלקות מפני שיכול לפשוט. עוד הקשה המל"מ דהרמב"ם השמיט החילוק בין זרעים לאילנות המבואר בסוגין ע"ש.

קוצץ ונותן דמים ע' בריטב"א דשמן את האילן אגב השדה כדין שומת נזקין, ואע"ג דהתם הוי קולא שהקילה תורה להקל על המזיק מ"מ מסתבר לריטב"א שלא החמירו כאן בדמי האילן יותר ממזיק.

ספק קוצץ ואינו נותן דמים. בקושיית הגמ' מ"ש מבור לכאורה לא מובן מה הה"א להקשות משם דשם יש ספק ומספק לא קוצצים משא"כ כאן אין שום ספק דחייב הקציצה הוא ודאי. אך הדברים מבוארים בתה"ד ס' שמ"א [נחלק מדבריו הובא בקו"ש כאן באות צ"ב] בשם המהר"ם וז"ל דפריך הכי מ"ש גבי בור דבספק לא יקוצץ כלל משום הממעה"ה ה"ג גבי ספק לא יקוצץ להו בלא דמים לימא להו אייתי ראייה דלא קדם האילן ואקוצץ בלא דמים עכ"ל. דהיינו שגם כאן יש ספק בקציצת האילן דאף שהדין הוא שקוצץ גם אם האילן קדם מ"מ כיון דקוצץ ומקבל דמים אין חיובו לקוצץ אלא תמורת דמים. ואע"ג דקוצץ תחילה ורק אח"כ מקבל דמים זה רק סדר הדברים אבל כל חיוב הקציצה הוא רק תמורת תשלום ואינו מחויב לקצוץ ע"מ שלא לקבל דמים. ולכן בספק כיון שהדין שקוצץ ואינו מקבל דמים שואלת הגמ' שפיר למה קוצץ מספק הרי על הצד שהאילן קדם אין חייב לקצוץ אלא ע"מ לקבל דמים והוי ממש כאילן ובור דיש ספק בעצם הקציצה.

אמנם יש להסתפק בביאור תי' הגמ' אם הגמ' חוזרת ממה שהבינה בה"א ובתי' הגמ' לומדת שבדין שקוצץ ואח"כ נותן כלול שאין חיוב הקציצה תלוי בדמים כלל וחייב לקצוץ גם שלא ע"מ לקבל דמים והדמים הוא מילתא אחרתא ולכן לא דמי לבור דכאן אין שום ספק לגבי הקציצה אלא רק בדמים. א"ד גם במסקנא נשאר שהקציצה תלויה בדמים ואעפ"כ מחדשת הגמ' כיון שהאילן ודאי עומד לקציצה דלכל הפחות תמורת דמים חייב לקצוץ א"כ אע"פ שבלי דמים יש ספק אם חייב לקצוץ הרי הוא קוצץ מספק מפני שאין לו דין מוחזק על האילן כיון שהוא בודאי עומד לקציצה.

ונראה שנחלקו בזה הראנ"ח והמל"מ בפט"ו מטו"ה הי"א ד"ה והואיל. שהראנ"ח כתב דמי שלוח מנה ויש ספק בזמן הפרעון אם הוא אחר ג' חדשים או אחר שנה חייב לשלם מספק אחרי ג' חדשים ואע"ג שהוא מוחזק בממון ויש צד שזכותו לעכב עד סוף שנה חייב לשלם מספק. וטעמו כיון שהמעות בודאי עומדים לחזור לבעליהם אין ללוח דין מוחזק עליהם וחייב לפרוע אחר ג' חדשים מספק. וכתב הראנ"ח ראייה לדבריו מהא דקוצץ ואינו נותן דמים דאילן ודאי למיקץ קיימא. ותמה המל"מ דאין מכאן ראייה כלל דכאן אין שום ספק לגבי הקציצה משא"כ התם יש ספק אם חייב עכשיו לפרוע אי לא. וביאור מחלוקתם הוא שהמל"מ למד שחיוב הקציצה אינו תלוי בדמים כלל דקוצץ ואח"כ נותן דמים היינו שחיובו לקצוץ אינו קשור לדמים ממילא אין שום חידוש בתי' הגמ' שפשוט שחייב לקצוץ ולגבי הדמים אמרין הממעה"ה. אבל הראנ"ח למד שגם במסקנא נשאר כמש"כ מהר"ם בה"א וא"כ באמת יש ספק לגבי קציצת האילן דעל הצד שאילן קדם אין חייב לקצוץ בלי דמים, ואעפ"כ חייב לקצוץ מספק. ומזה למד הראנ"ח דהטעם משום שכיון שאם ירצו לתת דמים יתחייב לקצוץ א"כ אין לו דין מוחזק על האילן דביים לכופו לקצוץ ממילא חייב לקצוץ מספק גם בלי דמים ומזה למד לספק בזמן הפרעון.

כדברי הראנ"ח מבואר גם בקונה"ס בכלל ד' אות ג' שמבאר דברי הר"ן בבי"מ גבי משכיר מרחץ ביי"ב דנרים לשנה ויש ספק אם חודש העיבור בכלל דיכול לתבוע אחרי י"ב חודש את כל הי"ב דינר אף שיש צד שחייב י"ב דינר רק עבור י"ג חדשים דכיון שבידו להניחו לדור עוד חודש ואז בודאי יתחייב י"ב א"כ החיוב של י"ב הוא ודאי ואין לשוכר דין מוחזק ע"ז ממילא יכול לחייבו מספק לשלם י"ב עבור י"ב חודש [זה ממש כדברי הראנ"ח הנ"ל]. וכתב ע"ז הקונה"ס דיש לדמות להא דספק אם אילן קדם דקוצץ ונותן דמים דכיון שודאי עומד לקציצה אינו נחשב מוחזק על האילן. ואי לימא דחייב הקציצה אינו תלוי בדמים אין ראייה מכאן כלל אלא מוכח שלמד הקונה"ס כמו שנתבאר בדעת הראנ"ח.

גם מדברי הרמ"ה נראה שמוכח שלמד כראנ"ח דכתב באות צ"ט דמכאן ש"מ דמאן דמחייב לשלומי מידי לחבריה או למעבד ליה מידי על כל פנים ומספקא לן אי מחייב חבריה למיתב ליה דמי ואי לא, מחייבין ליה לדלילה למעבד מאי דברירא לן דמחייב ודמי אמרין ליה אייתי ראייה ושקול. הרי מבואר שיש חידוש דין בתי' הגמ' בענין הממעה"ה, וע"כ שלמד כנ"ל שהקציצה תלויה בדמים ואעפ"כ חייב מספק. וגם בדברי הרמ"ה מה שמספקא לן אי חבריה מחויב דמי הכונה שיש צד שכל החיוב של הראשון הוא רק תמורת דמים שישלם לו השני ואעפ"כ חייב מספק ואינו מקבל דמים.

במאירי כשמביא הדין של ספק אם האילן קדם או שהעיר קדם קוצץ ואינו נותן דמים כתב טעמא דקוצץ שמן הסתם העיר קדם. והדברים לכא' תמוהים דבגמ' מבואר טעם אחר דהא ודאי למיקץ קאי וצ"ע.

ר"א אמר מה טעם קאמר. כתב הרשב"א דהא דהוצרך לבאר הטעם לאפוקי מהמשנה של מרחיקים את האילן דהוי משום גווי העיר ונ"מ דהרחקת אילן נהוג רק בא"י ולא מהני מחילה, והרחקת גורן הוא אפילו בחו"ל ומהני מחילת אנשי העיר. נחלקו הראשונים אי פליגי ר"א ואב"י לדינא דלר' אשי אין שום חיוב הרחקה בגורן שאינו קבוע או שלא נחלקו לדינא אלא רק בפירוש המשנה. הנ"י והריטב"א כתבו דלר"א אין חיוב הרחקה בגורן שאינו קבוע. ומוסיף הריטב"א דפלוגתתן אינה דוקא בגורן אלא פליגי בכל גרמא דגירי שעושה בתוך שלו אם חיוב הרחקה הוא דוקא בתשמיש קבוע או גם בשאינו קבוע. והרמ"ה באות ק' חולק וס"ל דלא פליגי לדינא אלא רק בפשט במשנה. הרמב"ם בפ"י ה"ב כתב הדין של גורן קבוע נ' אמה ובפ"א ה"א חזר וכתב דין הרחקת גורן, ושם לא הזכיר שהיה גורן קבוע וכתב שמרחיק כדי שלא יזיק ולא נ' אמה. וכתב הלח"מ שהרמב"ם ס"ל שלא נדחו דברי אב"י אלא לענין פרושו במשנה ולא דינו. וזה על דרך הרמ"ה שגם ר"א שאינו מפרש המשנה כאב"י מודה לדינא שיש חיוב הרחקה גם בגורן שאינו קבוע. וע"ע בגאון בס' קנ"ה סקצ"ג.

גורן שאינו קבוע. כתב הרשב"ש שמה שהגמ' מפרשת קבוע כל שזורה ברחת הוא רק לאב"י דס"ל שיש חיוב הרחקה בין בקבוע בין באינו קבוע, בקבוע נ' אמה ובאינו קבוע בכדי שלא יזיק. א"כ א"א לפרש אינו קבוע שהוא עראי דיתכן שבדבר עראי אין בכלל חיוב הרחקה אבל אם יש בו חיוב הרחקה אין סיבה לחלק לגבי שיעור ההרחקה בין קבוע לעראי. אבל לר"א שמפרש כולא מתני' בקבוע והובא לעיל שלר"א י"א שבגורן שאינו קבוע אין בכלל חיוב הרחקה א"כ אפשר לפרש גורן שאינו קבוע

היינו שהוא עראי. ומביא הרש"ש שכן מבואר בסמ"ע ס' קנ"ה סקמ"ז. ובדרישה שם כתב באריכות כדברי הרש"ש ע"ש. אבל הב"י שם דחה פירוש זה וכתב דאף שהגמ' מביאה את דברי ר' יוסי ב"ר חנינא על דברי אב"י ע"כ לא נאמרו על דברי אב"י דריב"ה קדים לאב"י טובא. וכיון דאיתותב אב"י ע"כ דברי ריב"ה אינם תלויים באב"י. וכ"כ החזו"א בס' י"ד סק"א. המ"מ בפ"י משכנים ה"ב כתב שגורן שאינו קבוע היינו שאינו זורה ברחת אלא ביד וכן פירש הר"י מגש כאן ולא כרש"י שכתב שאינו זורה כלל אלא הרוח מנשבת בו בלי לזרות. נמצא ג' דרכים בגורן שאינו קבוע א. לרש"י שנזרה ע"י הרוח בלי מעשה האדם. ב. לר"י מגש ולמ"מ שנזרה ביד ולא ברחת. ג. לסמ"ע למאי דקי"ל כר"א גורן שאינו קבוע היינו גורן עראי.

דף כה.

מרחיקין את הנבילות. כתב הריטב"א דהיזק הנבילות הוי גירי דיליה ומודה בזה ר"י. ויש לע' בזה דלעיל י"ח: מבואר דנזק של משרה לירק וכרישין לבצלים לא הוי גירי דיליה, ומה שמשרה מזיק לירק הוא ע"י ריחו ומ"ש דמשרה לא הוי גירי ונבילות הוי גירי. וע' ברשב"א לעיל כ"ב: שהקשה אמאי כרישין לבצלים לא הוי גירי ונשאר בצ"ע. וע' בתורי"ד בדף כ"ו. שחולק על הריטב"א וכתב דנבילות לא הוי גירי ולדבריו מתני' דנבילה אינו להלכה. לענין חרדל ודבורים ע' בריטב"א דרך נזק החרדל לדבורים אינו גירי אבל היזק הדבורים לחרדל [לר"י שהדבורים מזיקים את החרדל] הוי גירי דיליה. וכ"כ הרשב"א בדף כ"ו. שיטת הרי"ף דמה דמשרה לא הוי גירי הוא רק לענין להרחיק יותר מג' טפחים אבל ג' טפחים יש היזק של מתונתא והוי גירי. והרמב"ם בפ"י משכנים ה"ה כ"כ גם לגבי חרדל ואינו מוכן דבחרדל לכאן אין שני אופני היזק. ע' בגאון ס' קנ"ה סקפ"ז וס"ק פ"ט. שיעור הרחקת משרה מירק כתבו הנ"י והרשב"א שהוא נ' אמה והרמב"ן כתב דהרחקת משרה הוא ד' אמות וחרדל מדבורים נ' אמה.

אין עושים בורסקי אלא למזרח העיר. לרש"י הטעם הוא משום שרוח מזרחית נוחה כשאינה באה לפורענות. התוס' פרשו דרוח מערבית שהיא קשה תרחיק את הריח מן העיר. ואף דמסקינן בסמוך שרוח צפונית תדירה יותר מרוח מערבית כתב המהר"ם דהיינו שצפונית מצויה יותר שמנשבת עם כולם אבל מערבית קשה וחזקה משאר רוחות. הרמ"ה מבאר דלמסקנת הגמ' דמה שר"ע אוסר במערב הוא מפני ששכינה במערב י"ל שזה גם טעמו של ת"ק אלא דת"ק מחמיר גם בצפון ודרום שהם סמוכים למערב שהוא מקום השכינה ומתיר רק במזרח שאינו סמוך למערב. ולא כרש"י ותוס' שפרשו סברת ת"ק מפני שהרוח מונע שלא יבא הריח לעיר.

לר"ע היכי קאמר. מה שלא הסתפקו בדעת ת"ק ע' רש"ש וחזו"א ס' י"ד אות י"ב. ושעור הרחקה לרוחות דלא סגי בנ' אמה כתב החזו"א שהוא עד שלא יורגש הריח כלל.

ואף ר"ש סבר שכינה בכל מקום. מבואר בגמ' דלמי שסובר שכינה במערב לא מתפללים אלא למערב. ולמ"ד בכל מקום מתפללים לכל רוח חוץ ממזרח משום דמורו בה מיני. והב"י תא דברכות שהובא בתוד"ה לכל דסבר שמתפללים לכיוון ירושלים ע' בנ"י דס"ל שכינה בכל מקום ולכן בגלל הענין של והתפללו אליך דרך ארצם מתפללים לכיוון ירושלים אבל למ"ד שכינה במערב א"א להתפלל לרוח אחרת. מה"ט צ"ע בלשון הט"ז באו"ח ס' צ"ד סק"א דמי שטעה והתחיל להתפלל לצד מערב לא יעקור רגליו דבדיעבד יכול לסמוך על מ"ד שכינה בכל מקום. ואין הלשון מדוקדק דבמערב לכו"ע איכא שכינה ואדרבה כל מה דאנן מתפללים לצד א"י הוא משום דקי"ל כמ"ד שכינה בכל מקום. והל"ל דמה דנהגו כב"י תא דברכות שראוי להתפלל לצד א"י אינו לעיכובא. וע' בבאר היטב שמביא שיש חולקים על הט"ז וס"ל שצריך לעקור רגליו. ועוד יש לעיין בלשון הטור ס' צ"ד שכתב שקי"ל כסוגיא דברכות שמתפללים לצד א"י ולא כסוגיא דב"ב דאיכא מ"ד שכינה במזרח ומתפלל למזרח ואיכא מ"ד שכינה במערב ומתפלל למערב. ואינו מוכן דאין מ"ד הכא דסבר שכינה במזרח ומתפלל למזרח אלא יש מ"ד שכינה בכל מקום ומתפלל לכל רוח חוץ ממזרח וצ"ע.

דף כה:

דמצדד אצדודי. הרמ"א בס' צ"ד מפרש שעיקר עמידתו לדרום ומצדד פניו לא"י ומקורו מדברי הב"י שם בשם מהר"י אבוהב. אבל רש"י מפרש איפכא דעיקר עמידתו כדינו ומצדד עצמו לדרום כדי שיחכים.

כגון אתון דיתביתו בצפונה דא"י אדרימו אדרומי. המג"א בס' צ"ד סק"ד והט"ז שם סק"ב כתבו בשם הלבוש שהיושבים באירופא שהוא צפון מערב לא"י לא יתפללו למזרח אלא לדרום מזרח שבזה מתפללים לצד א"י וגם כדי שלא יהיה כדרך המינים שמתפללין כנגד זריחת השמש. ועיין בשו"ת חת"ס או"ח ס' י"ט שמבאר חידושו של הלבוש דלא סגי במה שמתפלל לכיוון הכללי של א"י שהוא לצד מזרח אלא צריך להטות קצת לדרום כדי שיהיה כנגד א"י ממש. ומביא חת"ס שהאחרונים הביאו מקור לדברי הלבוש מכאן דזה מה שחידש רבי חנינא דאף שא"י נמצאת במערב לבבל, ולכן נקראת מערבא, מ"מ כיון שנוטה לצד דרום צריך להטות בתפילה בבבל לצד דרום מערב. וא"כ גם הנמצאים בצפון מערב של א"י לא יתפללו למזרח אלא יטו לדרום מזרח כנגד א"י.

מרחיקין את האילן מן הבור. הרמב"ן בקד"ג הקשה אמאי לא יתחייב מדין שורו שהשרשים הם ממנו והולכים ומזיקים ברשות חברו ויתחייב לשלם מדין שור וגם ר"י יודה שחייב להרחיק. ע' היטב בלשון הרמב"ן בתירוצו וביאור דבריו הוא דרך אחרי שהממוץ נוצר והוא שלי יש חיוב שמירה שלא ילך ויזיק, אבל בשרשים השורש הקיים אינו מזיק אלא כל הזמן נוצר שורש חדש ובשעת יצירתו הוא מזיק ואינו ממשיך להזיק אחר"כ דמה שהזיק לקרקע לא יתוקן ע"י הוצאת השורש אלא שאם לא יקצץ ימשיך להתפשט וזה לא נזק של שורש זה אלא של השורש שעתיד לבוא לעולם. והרמב"ן מוסיף שמה שמזיק לבור ולמחרישה בעל השדה קוצץ דלענין נזק זה כן היה מקום לחייב מדין שור דאחר שנוצר השורש הוא מפרע לחברו, וכמו כותל שנפל לחצר חברו שמחויב בעל הכותל לסלק האבנים כמבואר בסוף הבית והעלייה. אבל נזק הבורות הוא רק בשעת יצירת השורש ולא נמשך אחר"כ לכן אין בו חיוב של שור דלפני שנוצר אין חיוב שמירה ואח"כ כבר נגמר הנזק. ומה"ט כשהקשה הרמב"ן בריש הקונטרס על מחיצת הכרם אמאי הוי גרמי למה לא נחייב את בעל הכרם מדין שור על מה שגפנו גודל לתוך התבואה ואוסרו, והוצרך הרמב"ן לתרץ באופן אחר, ואמאי לא תירץ כמו שתירץ כאן לענין שורשים. אבל להנ"ל ניחא דהתם אחרי שנוצרו ענבי הגפן והם מעורבבים בתבואה הם ממשיכים להזיק ועכשיו יש עליו חיוב לשמור ממנו.

תוד"ה עני והעשיר. כתבו דרכותא נקט. ע' רשב"א שבדוקא נקט דבעני והעשיר אפילו החזיקו כשהיה עני אינו חזקה דלא ידע שיעשיר לכן לא מזהא אבל אם החזיקו אחרי שהעשיר לפני שבנה האפדנא הוי חזקה. אבל אם החזיק אחרי שבנה האפדנא לא מהניא חזקה דהוי כקוטרא וביה"כ. מדברי הרשב"א מוכח דמה דלא מהני חזקה בקוטרא וביה"כ הוא לא מפני שיכול לטעון סבור הייתי שאני יכול לקבל ועכשיו אני יכול לקבל דאם זה הסברא ק"ו שיכול לטעון כן כשהחזיק לפני שבנה האפדנא. אלא מוכח שהסברא היא דכיון שאין דרך למחול על נזק זה לא סומכים על ההוכחה מהשתיקה שמחל. וזה שייך רק אם השתיקה היתה בזמן שכבר יש נזק אבל לפני בניית האפדנא עדיין אינו בגדר קוטרא וביה"כ ובזה השתיקה הוא הוכחה על מחילה.

דף כו.

כדנייד נכתמא אפומיה דחצבא. שיטת רש"י שאם יניחו כד על החומה וכיסויה שעליה ינוע יכול לעכב. והקשו התוס' דא"כ הבית קרוב ליפול. וכתבו בשם ר"י כד ניידיא נכתמא כשאדם אוהזו הכד בידו. ולא ברור מה כונת ר"י ובמה מתורץ מה שהקשו על פרש"י ומה נ"מ אם הכד מונח על החומה או שנמצא בידו. וע' בריטב"א שמביא פירוש ר"י ומבאר דאין כונת ר"י שמחזיק כד בידו בתוך האפדנא ואם הכיסוי מתנדנד יכול לעכב, אלא אם כשמתנדנד בכותלי האפדנא רואה שהם מתנדנדים כמו שכיסוי קדירה מתנדנדת כשאדם מטלטלה בנחת בזה יכול לעכב וכן כתב ר' יונה. וכדברי הריטב"א מבואר גם בבאור הגר"א ס' קנ"ה דהמחבר פסק שם בסע' ט"ו כלשון הרמב"ם שמנדנד לחצר חברו עד שנדנד כיסוי שע"פ החבית. וזה על דרך שיטת רש"י אך במקום שיעמוד החבית על החומה היא עומדת על הקרקע, ואם הכתישה מנדנד הקרקע עד שכיסוי החבית מתנדנד כשהחבית מונח על הקרקע חייב להרחיק. כן מבאר הגאון בסקל"ט את שיטת המחבר. וכתב ע"ז הרמ"א ו"א שאין צריך כ"כ רק שינדנד הכותל קצת. וכתב ע"ז הגאון בסק"מ ז"ל י"א תוס' שם ד"ה אפומא, ונראה לר"י וכו'. עכ"ל. וברמ"א לא נזכר חבית כלל אלא רק שינדנד הכותל קצת וכתב הגאון שזה שיטת ר"י. וזה כמבואר בריטב"א דלא בודקים ע"י חבית אלא ענין החבית הוא כמשל דאם מנדנד הכותל קצת כמו שמתנדנד כיסוי קדירה כשמטלטלים את הקדירה בנחת יכול לעכב. נמצא ג' שיטות בזה. א. לרש"י חבית על החומה. ב. לרמב"ם וש"ע חבית על הקרקע. ג. לר"י בלי חבית כלל.

הכא זיקא הוא דקא ממטי לה. כתבו התוס' דמאי דסבר רבינא שאינו מתחייב על מה שעושה בסיוע הרוח אע"ג דבכל אש חייב אף שכח הרוח מעורב בו היינו משום דכל היכא דיצירת המזיק הוא ע"י האדם בעצמו יש לו חיוב לשמור שהרוח לא יוליך את המזיק, אבל במקום שיצירת המזיק נעשה בשיתוף עם הרוח אין האדם אחראי על מזיק זה ואינו חייב לשמור ממנו שהרוח לא יעשנו מזיק. לכן בליבה ולבתה הרוח אם אין בליביו כדי ללכות פטור. ומר בר ר"א ואמימר פליגי וס"ל דאע"ג דלענין חיוב תשלומין לא מחייבים כה"ג מ"מ לענין חיוב הרחקה יש ללמוד מזורה ורוח מסייעתו דחשיב מעשה שלו וחייב להרחיק. אמנם לא ביארו התוס' מה בין רקתא דנחשב שהרוח משתתף ביצירת המזיק ופטור לאסור"מ דחייב מדין אש. ע' במהרש"א שעמד בזה וכתב דאסור"מ הניחו בכונה במקום שיכול הרוח ליטול ונחשב שבעצמו יצר אש. משא"כ ברקתא כונתו רק להוציאו מהבגד. ואינו מוכן דעל מה דאיתא בלשון הגמ' על גין התם נחא ליה וכו' תמה הריטב"א אטו בכונה וניחותא תליא מילתא, ולכן פרשו התוס' שאינו ענין של כונה אלא כשניחא ליה מכה בכח והוא יוצר מזיק משא"כ כשלא נחא ליה. ומה שהוצרכו לזה הוא משום דס"ל דאין הכונה קובע, ואיך תלה המהרש"א הנ"מ בין אסור"מ לרקתא בכונתו.

בדברי הראשונים יש ב' דרכים לבאר החילוק בין רקתא לאסור"מ. הרשב"א ור' יונה כתבו דאסור"מ יש עליו שם מזיק מצד עצמו מפני שמזיק מחמת כובדו ולא מפני דחיפת הרוח והרוח רק מוליך את האבן לקצה הגג והאבן מזיק מחמת כובדו לכן דומה לאש שהאש בעצמו מזיק והרוח רק מוליך. משא"כ רקתא כל הנזק הוא ע"י דחיפת הרוח ואין הרקתא ביד הרוח אלא כגרזן ביד החוצב לכן לא דמי לאסור"מ. ומצאנו מחלוקת ראשונים בסברא זו בב"ק יט: דשיטת רש"י דליל שנקשר ברגל התרנגול והזיק בהדי דאזלי לא מחייבים את בעל הדליל מדין אש. והקשו התוס' אמאי לא נחשיב התרנגול כרוח והדליל כאסור"מ ונחייב את בעל הדליל. וכתב שם הנחת דוד דרש"י ס"ל דליל שאני מאסור"מ דאסור"מ הממון מזיק מצד עצמו והרוח רק מוליכו ודמי לאש אבל דליל כל הנזק הוא מכה דחיפת התרנגול ואין לחייב בעל הדליל מדין אש. כדברי הנחל"ד כתב גם האבה"א בפ"ב מנז"מ ה"י אות ד' וכתב שמצא סברא זו ברשב"א ב"ב כ". והוא הרשב"א הנ"ל.

הרמב"ן בקד"ג קרוב לסוף הקונטרס מבאר באופן אחר. דבאסור"מ כיון שהניח במקום שיכול להזיק ע"י הרוח נחשב שיצר מזיק וחייב אח"כ גם על מה שנעשה ע"י הרוח. משא"כ ברקתא פעולתו גורמת שיצא הרקתא מהפשתן ויפול לקרקע. ואחר שנפל אין הרוח יכולה להגביהו שוב. נמצא דאם היתה מתקיימת מחשבתו לא היה הרוח לוקח הרקתא. אלא שבא הרוח לפני שנפל הרקתא לקרקע והלך והזיק. בזה אין פעולתו מצטרפת ומסייעת לפעולת הרוח אלא מנוגדת לפעולת הרוח ואינה מצטרפת להחשיב הכל כמעשה האדם.

דברי התוס' היה נראה לפרש כהרשב"א אלא שאם נאמר כן יהיו דבריהם כאן סותרים דבריהם בב"ק יט: ששם חולקים על רש"י, אם לא שנחלק בזה בין דליל לרקתא. ע' בתורי"ד שהקשה קושית התוס' אמאי לא הוי כאש וכתב חידושים גדולים דאה"נ הוי אש וחייב של אש הוא רק כשלא ידע הניזק ולא יכל לשמור עצמו אבל אם הניזק יודע ויכול לשמור עצמו גם באש ממש על הניזק להרחיק ע"ש.

מ"ש מזורה ורוח מסייעתו. רש"י מבאר דלא קשיא לרבינא דשאני התם דמלאכת מחשבת אסרה תורה. ומבואר בתוס' שגם מר בר"א ואמימר מודים לסברא זו לענין תשלומין וחולקים רק לענין חיוב הרחקה. ומבואר מזה דאע"ג דלענין מזיק הוי גרמא ופטור מ"מ במלאכת שבת חייב כיון שנעשית מחשבתו ומלאכת מחשבת אסרה תורה. והקשו האחרונים מהגמ' בשבת דף ק"כ: דמבואר דגרם כיבוי מותר שנא' לא תעשה מלאכה עשייה אסורה גרמא מותרת. ויש מהאחרונים שתוצו דהא דמחייבים בזורה הוא רק במלאכת זורה שזה עיקר צורתו ובהכי חייבה רחמנא וכן הוא בלשון הרא"ש בב"ק וז"ל אע"פ דלא הוי אלא גרמא בעלמא בהכי חייבה תורה כיון דמלאכה זו עיקר עשייתה ע"י הרוח עכ"ל. משמע דבשאר מלאכות לא אמרינן הכי. [דברי הרא"ש הובאו באגלי טל במלאכת זורה אות ד' סק"ה].

המג"א בס' רנ"ב סק"כ נוטה לומר דהא דטוחן חייב בשבת הוא דוקא בריחים של יד אבל המכנים חטיטין לריחים של מים אינו עובר איסור תורה דאין זה המעשה שלו [ע' במ"ב דרוב הפוסקים חולקים בזה על המג"א]. והקשה האבן העזר בס' שכי"ח

מאי שנא מזורה ורוח מסייעתו. ולכאור' פליגי בזה דהמג"א למד כדמשמע בלשון הרא"ש שרק בזורה אמרינן כן והאבן העזר למד שבכל מלאכות שבת נאמר סברא זו דמלאכת מחשבת אסרה תורה אפילו בכה"ג. מדברי הביאור הלכה בסוף ס' שי"ט מבואר שלמד שבכל המלאכות אמרינן הכי דכתב בשם ספר אלפי מנשה לבאר דברי הירושלמי דהרוקק ברוח חייב משום זורה דאין הכונה שחייב משום מלאכת זורה אלא מיירי שעבר ע"י הרוח ד' אמות ברה"ר. וחייב משום מעביר אע"פ שאינו מעשה שלו אלא ע"י הרוח דמי לזורה ורוח מסייעתו. והסכים עמו הביאה"ל ע"ש. הרי שנקט דגם במלאכת הוצאה חייב בגלל הסברא של מלאכת מחשבת אסרה תורה. ומאידך במג"ח במלאכת זורה נראה שפשיטא ליה איפכא דכתב דרק בזורה חייב ע"י הרוח אבל אם בורר צורות שהוא בורר ולא זורה ועושה כן ע"י הרוח פטור ע"ש. ע' אריכות גדולה בכל זה בספר מאורי אש לגרש"ז אויערבך זצ"ל בפרק ג' וד'. ואין להקשות אם אפילו במלאכת שבת לא אמרינן כן אלא במלאכת זורה איך מבר"א ואמימר לומדים משם לחיוב הרחקה בנזקין. דאם לא היה מתיחס למעשה האדם כלל, ואפילו בכלל גרמא לא היה, בודאי לא היה מתחייב בשבת, לכן ס"ל דזה אפשר ללמוד דהאדם במעשה כזה נחשב עכ"פ גורם, אלא דבשאר מלאכות לא מחייבים על גרמא כי אם בזורה שזה צורת המלאכה, ואעפ"כ אפשר ללמוד מזה לאסור לכתחילה להזיק באופן זה.

הרמב"ם פוסק לגבי רקתא כמבר"א דחיוב הרחקה יש בזה מידי דהוי אזורא ורוח מסייעתו אבל חיוב תשלומין אין כיון דהוי גרמא. והקשה המ"מ בפ"ד מנז"מ ה"ז דדברי הרמב"ם סתרי אהרדי דלגבי ליבה ולבתה הרוח פסק שחייב, וע"כ משום דס"ל דילפינן חיוב מזורה ולמה כאן פטר. וכתב בזה הש"ך בס' תי"ח סק"ד דבדואי הרמב"ם פוסק כר' אשי בב"ק ס'. דלא ילפינן מזורה לנזקין ואעפ"כ ס"ל דהוי בכלל גרמי וחייב ומתני' דהתם כמאן דלית ליה גרמי. והא דברקתא לא מחייבים מדין גרמי הוא משום דאין כונתו שהרוח יוליך הרקתא. וע' בגאון שם סק"ט דהרמב"ם ס"ל דגרמי חייב רק כשמתכוון להזיק.

בסוף ד"ה זיקא כתבו התוס' דבע"ח שאני דחמירי טפי מרוח דכח אחר מעורב בהם כדאמרינן בב"ק. מלשון התוס' משמע דבע"ח כח אחר מעורב בהם וזה לא יתכן דמבואר בב"ק דאש כח אחר מעורב בו ובע"ח אינו נחשב כח אחר מעורב בהם. וצריך לדחוק בלשון התוס' דכונתם דדבר שנעשה ע"י הרוח כח אחר מעורב בו משא"כ בע"ח. אך גם זה אינו מוכן שהקולא של כח אחר מעורב בו הוא משום שהוא לא בעלים על הכח אחר משא"כ בהמה הוא בעלים גם על הרוח חיים שמוליך את הבהמה לכן יש בזה יותר סברא לחייב. א"כ כאן שהוא לא בעלים על הבעלי חיים אין סיבה להחמיר דמי לכח אחר מעורב בו. ועיין ברש"ש שעמד בזה וע' בחזו"א ס' י' סק"א.

לא יטע אדם אילן וכו'. חיוב הרחקה בזה משום עבודת האילן והכרם כתבו התוס' לעיל ב'. דהוי גירי דיליה ומוודה ר"י בזה. אמנם מדברי התוס' בעמ' ב' ד"ה גזלן מבואר דס"ל דמתני' קאי כרבנן ולר"י אינו מרחיק. וע' במל"מ פ"י משכנים ה"ח שכתב שדברי התוס' הם דלא כרמב"ם שמביא דין זה להלכה אך לא הזכיר שסותרים התוס' דברי עצמם ממה שכתבו בדף ב. ונראה דביאור המחלוקת אם חיוב הרחקה משום עבודת הכרם נחשב גירי דיליה או לא הוא דיש חידוש בחיוב הרחקה אילן משום עבודת האילן דשונה משאר מוזיקים כמבואר בריטב"א לעיל י"ח. וז"ל וכיון דמרחיק מפני עבודת הכרם שלא יזיקו למחר בשווריו כשיחורשו ואע"פ שאין הנזק במה שעושה עכשיו אלא בשוורים דהויא שעתא ש"מ שכל דבר המוכן והעומד להזיק אפילו בדברים שהם חוץ ממנו מעתה מעכבין עליו להרחיקו. וזה כלל גדול לדינים אלו ודוק עכ"ל. דהיינו שהאילן בעצמו אינו מוזיק וגם אח"כ לא יזיק אלא כיון שהטיפול באילן מוזיק רואים את האילן עצמו כתשמיש המוזיק. והתוס' בדף ב. והרמב"ם ס"ל דכיון שהאילן סופו לגרום נזק של מחרישה שהוא גירי דיליה נחשב האילן עצמו מוזיק של גירי. והתוס' בעמ' ב' ס"ל דהאילן עצמו אינו מוזיק כלל ונחשב כמזיק מפני שהטיפול בו מוזיק אבל זה מספיק לתת לאילן דין תשמיש המוזיק אבל אין זה נותן לאילן דין מוזיק של גירי דיליה שהאילן בעצמו אינו מוזיק כלל אלא אח"כ בעל האילן מוזיק ע"י גירי אבל האילן אינו מוזיק של גירי שאין הנזק מתחיל מיד.

אילן לגפנים בעינן טפי. מבואר דבין אילן לגפנים בעינן יותר מד' אמות משום נזק העופות. כתב הרא"ש דשיעור ההרחקה הוא לפי האומדן כדי שייטת העופות כאשר יפריחו אותם מן האילן קודם שינוחו. ר' יונה כתב שמרחיק כפי שעיני הדיין רואות שגורם נזק לגפנים. וביד רמה באות ק"י יש צד לומר דצריך להרחיק חמישים אמה כמו הרחקת שובך מן העיר ע"ש. והר"י מגש כתב בשם הר"ף דבין אילן לגפנים צריך ד' אמות אפילו בבבל שעבודת האילן הוא ב' אמות. ועיין בנ"י שמסתפק אם כונתו ד' אמות חוץ לב' אמות של עבודת האילן ובין בבבל בין בא"י בעינן ו' אמות או שסגי בד' אמות ובא"י הרחקת אילן מגפן שזה לאילן מאילן.

כתב הרא"ש דנזק זה שמזיק האילן לגפן גירי דיליה דבעל האילן מפריח את העופות והולכים מכחו לגפנים. וכתב הפ"ח בשם הב"י בס' קנ"ה שלסברת הרא"ש אין לחלק בין נוטע דקל כשהוא גבוה לנוטע גרעין דתמיד נחשב גירי כשמפריח את העופות. והתוס' שחלקו בין נוטע אילן גבוה לגרעין בהכרח לא ס"ל כרא"ש. וכ"כ הרש"ש ע"ש. וצריך להבין אם התוס' לא ס"ל סברת הרא"ש אמאי בנוטע אילן גבוה נחשב גירי הרי הנזק בא אח"כ ע"י העופות. וצ"ל שגם כאן איכא לסברת הגמ' לגבי הרחקת סולם מן השוכך דהוי גירי משום דזמנין דבהדי דמנח קפצה נמיה. וה"ע זמנין דבהדי דנטע אילן גבוה מיד באים העופות והוא מקרבן לגפנים. אך א"כ יהיה ראייה מכאן לנידון של החזו"א בס' י"ד סק"י שכתב שחיוב הרחקת סולם בגלל זמנין דבהדי דמנח קפצה נמיה הוא דוקא בסולם המטלטל שמניחו ומסלקו בכל פעם שבוה חוששים שבאחד מן הפעמים תקפוץ נמיה בשעת הנחת הסולם. אבל במעלות של בנין אין חיוב הרחקה כיון שמניחו פעם אחת בלבד יכול ליהדר באותו פעם שלא תקפוץ נמיה בשעת עשיית המעלות וא"כ אין זה גירי דיליה. ובתוס' כאן מוכח שגם בנוטע אילן גבוה שיש חשש שמיד עם הנחת האילן יבואו עופות נחשב גירי דיליה אף דהוי הנחה חד פעמית ודמי למעלות של בנין מ"מ נחשב גירי דיליה, וצ"ע.

הרמב"ן מביא בשם הר"י מגש שאם באו שנים לנטוע אילנות כ"א עושה חצי הרחקה. ואם אחד אומר שהוא רוצה לנטוע גפנים ורוצה לחייב את חברו הרחקה בשיעור הרחקה שבין אילן לגפן, אם המקום עומד לגפנים חייב בעל האילן להרחיק ואם אינו עומד לגפנים אין בעל האילן מרחיק אלא כשיעור הרחקה שבין אילן לאילן. ותמה ע"י הרמב"ן דהחילוק בין עשוי ליטע לאינו עשוי ליטע נאמר כשהמזיק סומך ואין הניזק רוצה עכשיו לסמוך, בזה אמרינן דאם אינו עשוי ליטע אין חיוב הרחקה על הראשון דלא חיישינן שימלך חברו כיון שלא עומד לכך. אבל כשרוצה עכשיו לנטוע גפנים אין נ"מ בין עומד לכך לאינו עומד לכך דיכול לעשות ברשותו כרצונו ואין לחברו רשות להזיקו אפילו אם עושה דבר שאין השדה עומד לכך. אבל שיטת הר"י מגש אינה כן אלא דאין חיוב הרחקה כדי למנוע נזקי שכנים בדבר שהמקום אינו עשוי לשימוש זה, ובאופן זה לכו"ע על הניזק

להרחיק את עצמו. ועיין בקצה"ח ס' קנ"ה סק"ג שמבאר עפ"ז את דברי הר"י מגש שהובא לעיל י"ח. בביאור דברי הגמ' שם דירה שאני ע"ש.

דאמר רב האי דקלא דטעין קבא וכו'. הקשו התוס' דמבואר בב"ק שאם האילן מזיק מותר לקוצצו. ותי' דשאני התם שהיו מכחישים יותר מדאי. אבל הכא אע"פ שמדין מזיק היה מוטל עליו לקצוץ מ"מ יש בזה איסור כל תשחית ולא הותר איסור זה כדי למנוע נזק מחברו. אך רוב הראשונים חולקים על תוס' [ע' רשב"א ורמב"ן] וס"ל שאם מוטל עליו לקצוץ כדי שלא יזיק לחברו אין בזה איסור השחתה ומה שרבא לא רצה לקצוץ הוא משום דסבר שאין חיוב הרחקה אלא ד' אמות משום עבודת האילן, ולשטתו שאינו חייב לקצוץ קאי בכל תשחית לכן אמר לר' יוסף שהוא יקצוץ. ולכאנ"ל נראה דביאור המחלוקת בזה הוא דתוס' ס"ל דכל שעושה מעשה השחתת אילן אפילו לצורך עובר בלאו ורק באופן שמזיק יותר מדי, היינו שהנזק שהאילן מזיק הוא יותר מהתועלת שיש בגידול האילן, בזה אין כאן מציאות של השחתה. אבל בנידון דידן הנזק של קציצת האילן גדול יותר מהתועלת של מניעת שורשים בשדה חברו ואעפ"כ מחייבים אותו מפני שהוא מזיק לחברו, בזה איכא מעשה השחתה ולא הותר כדי למנוע שלא יזיק את חברו, אבל בב"ק אין השחתה כלל. אבל הראשונים שחולקים ס"ל דכל שמחויב לקצוץ מאיזה טעם שיהיה אינו בכלל השחתה כיון שזה לצורך ואינו עובר בלאו.

בגליון רש"א מציין לע' בשאלת יעב"ץ ס' ע"ו שהקשה על גמ' זו אמאי מיייתי מרב דאסר לקצוץ ומהא דאמר ר' חנינא לא שכיב שכחת ברי וכו' הא דין זה הוא מפורש בתורה. וכן קשה על הט"ז ביו"ד קט"ז סק"ו שכתב בדברים שאסרו חז"ל משום סכנה וז"ל עוד אחר מצינו שאסרו חז"ל מפני הסכנה שלא לקוץ אילן העושה פירות עכ"ל. ולא הביא שיש בזה לאו מפורש. וכתב השאלת יעב"ץ דמה שמבואר בב"ק שבמקום הפסד הותר לקצוץ, רק הלאו הותר אבל אכתי איכא סכנה ולכן נקטה הגמ' רק הענין של סכנה. אמנם בראשונים כאן מבואר שלא כדבריו דכתבו שאילו היה פשוט שזה מזיק ויש חיוב קציצה לא היה נמנע רבא מלקצוץ וגם בתוס' שהקשו מב"ק ולא תרצו דסכנה איכא מוכח דס"ל שבמקום שהותר גם סכנה אין בזה. וכן מפורש בט"ז שמדבר על הסכנה שבזה וע"ז כתב שאם האילן מזיק או שצריך למקומו מותר הרי שס"ל שבזה גם סכנה אין.

לשון הגמ' אנא לא קייצנא מר אי נחא ליה ליקוץ צ"ב שאם יש איסור בדבר איך אומר לר' יוסף שהוא יקוץ. ובשלמא לרמב"ן ולרשב"א נחא דאמר לדידי דאית לי שאיני מחויב לקצוץ אסור לי להחמיר אבל לדידך שאתה סובר שיש חיוב קציצה ליכא איסורא. וכן לשאלת יעב"ץ נמי נחא דאיסורא ליכא אלא רק סכנה וכוה שפיר אמר אנא לא קייצנא ומר אי לא חיישת לסכנה קוץ. אבל לתוס' קשה.

נחלקו האחרונים אם איסור קציצת אילן מאכל הוא דוקא כשקוצץ את כל האילן או אפילו כשקוצץ ענפים מהאילן. דמבואר במסכת תמיד ונפסק ברמב"ם בפ"ז מאיסורי מזבח ה"ג דלא מביאים עצים למערכה לא משל זית ולא משל גפן משום ישוב א"י. ומביא שם המל"מ שהבאר שבע מקשה ת"ל דא"א להביא מעץ מאכל דאיכא לאו דלא תשחית את עצה. ותי' דלצורך מצוה גדולה כמו עצי מערכה מותר דאין זה השחתה. וכתב ע"ז המל"מ דבלי"ה לא קשיא כלל שהאיסור הוא דוקא בקציצת האילן כולו ולא בקציצת ענפים, ולצורך המערכה היו כורתים רק ענפים ולא את כל האילן.

דף כו:

תוד"ה עד דאמרי כתבו דבמקום החפירה היה מיצר שהחזיקו בו רבים והא דאמר ר"ה אמאי לא אמרי ליה וכו' היינו דדין מיצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו היינו דוקא אם אינו משייר ט"ז אבל אם משייר ט"ז אמה יכול לקלקל השאר. ע' ביד רמ"ה אות קי"א שכתב שאם החזיקו הרבים בבת אחת ברוחב של יותר מט"ז אמה אסור לקלקל כולו ורק אם בתחילה החזיקו בט"ז אמה ואח"כ התחילו ללכת ביותר מט"ז אמרינן דהילוך זה עראי ואינו קונה קנין.

הרמב"ם בפ"ג מנזק"מ הכ"ז אחר שמביא את הדין של מיצר שהחזיקו בו רבים כתב וכמה רוחב רה"ר אין פחות מט"ז אמה. בשו"ע ס' שע"ז מובא הדין של מיצר שהחזיקו בו רבים. ותמה שם הבאר הגולה אמאי השמיט המחבר את מה שכתב הרמב"ם שרוחב רה"ר הוא ט"ז אמה. וכתב הפת"ת שם סק"א שבאה"ג הבין שכונת הרמב"ם שאם החזיקו רבים בדרך שהוא פחות מט"ז אמה אין בזה דין של מיצר שהחזיקו בו רבים כיון שאינו ראוי להילוך הרבים. ולכן תמה באה"ג אמאי השמיט השו"ע חידוש זה. וכתב ע"ז הפת"ת שבתשובת פנ"י כתב שמוכח בכמה מקומות שגם בפחות מט"ז אמה יש דין של מיצר שהחזיקו בו רבים [כתב שכן מוכח בפרק לא יחפור וצ"ע מאיפה מוכח דמסוגיא דידן לכאורה אין ראייה]. והרמב"ם שכתב שדרך הרבים ט"ז אמה לא קאי על הדין של מיצר שהחזיקו בו רבים אלא לענין המוכר דרך הרבים שצריך לתת דרך רחב ט"ז אמה. ולכן השו"ע השמיט חלק זה דאינו נוגע לכאן. ולכאורה יש לבאר דברי הרמב"ם באופן אחר ע"פ התוס' כאן. שאין כונתו דאין דין מיצר שהחזיקו בו רבים בפחות מט"ז אמה, אלא שאם הרבים החזיקו ביותר מט"ז אמה לא קנו אלא מה שנחנץ לדרך הרבים, ומה שיותר על ט"ז אמה מותר לקחת מהם כמש"כ התוס'. דהיינו שיש לפרש דברי הרמב"ם בג' אופנים. א. דלא קאי על מיצר שהחזיקו בו רבים אלא קאי על המוכר דרך הרבים כן מפרש הפת"ת. ב. שיטת הבאה"ג לפי איך שמפרשו הפת"ת שאין דין מיצר שהחזיקו בו רבים אם החזיקו בפחות מט"ז אמה. ג. אם החזיקו יותר מט"ז אמה קנו רק ט"ז אמה ומותר לקלקל את השאר כמבואר בתוס'.

עצים של מי. צריך להבין מה הצד שיהיו השרשים של בעל הקרקע הרי הם גודלים מאילן ששייך לבעל האילן. ע' בלשון התוס' רי"ד דבטלו שורשים אגב ארעא. וסברת רבינא שמחלק בין תוך ט"ז לחוץ לט"ז דמה שמשמש את האילן לא בטיל אגב ארעא, ומה שלא משמש את האילן בטל אגב הקרקע. והא דאין מועלין בשרשים באילן של הקדש בקרקע הדיוט לצד שאזלינן בתר קרקע אפילו למ"ד מועלין בגידולין הוא משום דמבואר בחולין דף קל"ט. גבי תרנגולת שמרדה שבכל גווני דלגבי הדיוט פוקע בעלותו גם בהקדש פקע בעלות הקדש ואין מעילה כמבואר בתוס' וברשב"א שם בחולין ובקו"ש ח"ב ס' כ', והכא נמי כשפוקע בעלות בעל האילן מפני שבטלי אגב קרקע ה"נ פוקע בעלות הקדש. וביד רמה כתב שהנ"מ בין תוך ט"ז אמה לחוץ לט"ז אמה הוא דעד ט"ז כמו שהאילן מקבל יניקה דרך השורש גם השורש מקבל את חיותו מן האילן משא"כ חוץ לט"ז אמה אין השורש יונק מן האילן אלא מן הקרקע לכן שייך לבעל הקרקע וכוה יובנו דברי התוס' בסד"ה עד שכתבו שמה שר"פ הביא ממיצר הוא דאף שלא יועיל חזקתו למנוע שהשני לא יקוץ מ"מ יועיל לענין שהעצים יהיו של ר"פ דהיינו של בעל האילן. ואינו

מובן מה ענין חזקה לענין השאלה למי העצים. אבל לרמ"ה ניהא דהצד שיהיו שרשים לבעל הקרקע הוא מפני שהם יונקים מן הקרקע אבל אם החזיק בעל האילן וקנה זכות יניקה הרי השורשים יונקים משלו והם של בעל האילן.

קסבר אין מעילה בגידולין. בדין זה נחלקו ר' יהודה ור' יוסי לקמן ע"ט. ומבואר שם דלכו"ע אין מעילה במים שנתמלאו בכור של הקדש. שיטת התוס' והרשב"ם שם דטעמא דאין מעילה הוא משום דאין ההקדש זוכה במים ע"י קנין חצר. לשון הרשב"ם בד"ה הכי קאמר דלא אלים רשות הקדש לקנות מן רשותו כדי הדיוט דאילו בהדיוט אתרבאי רשות מואם המצא תמצא בידו אבל לא בהקדש. דהיינו דקרא כתיב בהדיוט וללמוד הקדש מהדיוט א"א דלא אלים רשות הקדש כשל הדיוט. והתוס' כתבו דחצר משום יד ולא מצינו יד להקדש. וע' בקצה"ח בס' ר' סק"א שמסתפק אם הדיוט יכול לזכות ע"י חצרו להקדש, אי אמרינן דרך חצר של הקדש אינו קונה או שאין קנין חצר להקדש ואפילו ע"י חצר של הדיוט. לכאור' היה נראה דתלוי בתוס' והרשב"ם הנ"ל דהרשב"ם כתב דטעמא משום דלא אלים רשות הקדש לקנות ע"י רשותם דהיינו שהחסרון הוא בחצר. אבל לתוס' שהחסרון הוא שחצר מטעם יד ולא מצינו יד להקדש לכאור' גם חצר של הדיוט לא יועיל וצ"ע. עכ"פ מבואר בתוס' וברשב"ם שאילו הקדש היה זוכה בקנין חצר היה בזה מעילה.

שיטת הרמב"ן דמה שאין מעילה אינו משום שלא זכה הקדש אלא אע"פ שזכה אין מעילה. וכתב הקצות דטעמו דמעילה יש רק כשיש מקדש ואפילו בעכו"ם שהקדש שבודאי זכה הקדש בממון יש מ"ד דאין מעילה א"כ חזינן דלמעילה לא מספיק בעלות וקנין של הקדש אלא בעינן שיבוא הקדושה ע"י מקדש. ובמה שהקשה הקצות בזה מנדרים ל"ד: ע' באור"ש פ"ה ממעילה ה"ו ובקור"ש לקמן דף ע"ט.

כל זה לענין בור שנתמלא מים דמודו כו"ע שאין בו מעילה אבל לענין גידולין דפליגי תנאי אי איכא מעילה או לא צ"ב במאי פליגי. ובשלמא לרמב"ן י"ל דפליגי אי גידולין דמי למים או לא דלכו"ע ליכא מעילה אלא כשיש מקדש ולכן במים לכו"ע אין מעילה, ובגידולין פליגי אי חשיב שיש מקדש כיון שגודל מדבר שהוקדש ותולדותיהם כיוצא בהם א"י הגידולים אינם נחשבים שקדושים מחמת מקדש, ואף ששייך להקדש היו כמים ואין בו מעילה. אלא לשיטת התוס' דלא בעינן קדושת פה אלא כל שזכו הקדש בממון איכא מעילה וטעמא דמים משום דלא זכה הקדש אבל גידולים שבודאי שייך להקדש בלי קנין כיון שגדל מממון הקדש מה סברת המ"ד שאין מעילה. וראיתי בקור"ש לקמן ע"ט. אות רצ"ח שעמד בזה וכתב שבדעת המ"ד אין מעילה בגידולין מודים התוס' לסברת הרמב"ן אלא דס"ל דמ"ד שיש מעילה פליג ואעפ"כ מודה במים לכן הוצרכו למ"ד זה לחדש דאין חצר להקדש. והרמב"ן ס"ל שגם מ"ד זה ס"ל דבעינן קדושת פה אלא דס"ל דגידולין חשיב קדושת פה. דהיינו שכל מחלוקת תוס' והרמב"ן הוא לדעת המ"ד דמועלין בגידולין אבל למ"ד אין מועלים לכו"ע הטעם משום דבעינן קדושת מקדש.

לכאורה נראה שאפשר לבאר סברת המ"ד אין מעילה בגידולין גם לשיטת התוס' דלא בעינן קדושת פה. דהראשונים בקידושין נו: הקשו אמאי המקדש באיסה"נ אינה מקודשת הא ראוי להנות מהאפר. ותי' שם הריטב"א דאם שרף איסוה"נ אין האפר שלו. והאב"מ ס' כ"ח סקנ"ו הבין כונתו דס"ל דאיסוה"נ אינם שלו ממילא גם האפר אינו שלו ולכן הקשה על הריטב"א מדבריו בסוכה דמשמע דס"ל שיש בעלות על איסוה"נ. ובשערי יושר ש"ג פכ"ה בד"ה מעתה יתבאר כתב דאע"ג שהאיסוה"נ שלו האפר אינו שלו, דהאי כללא דכל דבר שנוצר מממנו הוא ממילא שלו אינו דבר מוכרח מצד עצם הקנין אלא כמו שכל תשמישי הממון שלו גם שימוש זה שלו שכל מה שממנו מיצר שלו אבל באיסה"נ שאין לבעלים תשמיש בממון גם האי דינא לית ביה ואין היוצא מממנו שאסור בהנאה שלו. וע"ש בשע"י שכתב בהדיא דיתכן שגדולי אילן של איסוה"נ לא יהיו של בעל האילן. [נע' באבה"א פ"ז מנז"מ ה"ב ד"ה והנראה בזה שזהו היסוד של שינוי שקונה בגזלן דכיון שאין הממון ברשות הבעלים ואינו בשליטתם הדבר החדש שנוצר מממנם אינו שלהם ע"ש]. לפ"ז אולי י"ל דכמו דס"ל לתוס' ולרשב"ם דהקדש אינו קונה בקנין חצר ולשון הרשב"ם דלא אלים רשות הקדש כרשות הדיוט וכמו שהקנין שיש להקדש בחצר שלהם לא אלים לקנות בקנין חצר כך לא אלים שיהיה בו הקדש דאין דאין דהיוצא מהם ממילא של הקדש. ובעלות של הקדש דומה לבעלות של הדיוט על איסוה"נ ואין הם זוכים בגידולים וממילא אין בהם מעילה. ובה פליגי תנאי אם יש מעילה בגידולים. ולפ"ז כמו שנחלקו תוס' והרמב"ן בכור שנתמלא מים כך פליגי בסברת המ"ד אין מעילה בגידולים.

אמר עולא אילן הסמוך למיצר וכו'. נחלקו רש"י ור"ה בביאור דברי עולא. לרש"י מותר לסמוך ואינו גזלן אלא לענין ביכורים חסר כאשר תביא מארצך ורק לענין זה הוא גזלן. ור"ה ס"ל דהוי גזלן ממש ובגלל זה אינו מביא ביכורים ורש"י ור"ה פליגי בזה בתרתי. א. לרש"י אין זה גזל ממש אלא חסר בארצך ולר"ה זה גזל ממש. ב. לרש"י אין מחייב של ביכורים דאין זה ארצך ולר"ה אין חסרון של ארצך ויש מחייב של ביכורים אלא שיש בזה פסול דהוי גזל בעולה. והא דאין חסרון של ארצך לר"ה אף שיש תערובת של יניקה גזולה צ"ל דעיקר הגידול הוא מהקרקע שלו ושפיר נחשב ארצך אף שיש תערובת שאינו ארצך, אלא שחלק זה גורם פסול של גזל בעולה. ורש"י ס"ל דאין כאן גזל כלל אבל חסר בארצך מפני שחלק מהגידול אינו מארצו ובעינן שיהיה כולו מארצך.

בסוף הסוגיא מבואר דרבין בשם ר' יוחנן פליג אעולא וס"ל דמביא וקורא בגלל תנאי יהושע. ע' בקה"י ס' ט"ז שהקשה לרש"י שבל"ה מותר לסמוך ואעפ"כ אינו מביא מפני שחסר כאשר תביא מארצך מה הוסיף תנאי יהושע. בשלמא לר"ה דכל מה שאינו מביא הוא מפני שהוא גזלן אחרי תנאי יהושע אינו גזלן ושפיר מביא. אבל לרש"י גם בלי תנאי יהושע אינו גזלן א"כ מה הוסיף תנאי יהושע לענין שיוכל להביא ביכורים. וכבר עמד בזה התור"ד, דנקט כר"ה שאינו מביא מפני שאין לו רשות לקחת יניקה, והקשה על עצמו א"כ מאי פריך מקנה אילן וקרקעו הא התם בודאי אינו גזלן ולמה לא יביא ביכורים [וזה קושיית התוס' על ר"ח]. ומוסיף התור"ד ראייה דבמקום שיש לו זכות על היניקה ואינו גזלן דמביא מדברי ר' יוחנן דאחרי תקנת יהושע מביא וקורא. דהיינו דקשיא ליה אי נימא דאף בשאינו גזלן אינו מביא א"כ גם אחרי תקנת יהושע לא יביא ע"ש. ותי' הקה"י דמה דסבר עולא שאף שאינו גזלן מ"מ אינו מביא ביכורים הוא דוקא כשאין לו אלא שיעבוד וזכות לקבל יניקה מחברו אבל כשיש לו קנין בקרקע חברו ליניקה חשיב ארצך ומביא וקורא. ותקנת יהושע היתה שיהיה קנוי לו לענין זה. ומביא בשם הגר"ח שזה כונת תוס' בד"ה לא שהקשו אמאי לוקח אילן אחד אינו מביא ביכורים אמנם לא קנה קרקע אבל זכות לקבל יניקה יש לו והוי כלוקח שדה לפירות דמביא וקורא למ"ד קנין פירות כקנין הגוף דמי. ותי' בתירוץ הראשון דשאני התם שקנוי לו לזמן קבוע אבל הכא אם יתיבש האילן אין לו בקרקע כלום. וכונתם כנ"ל דלוקח אילן אחד לא קנה קרקע ולא קנה יניקה אלא יש לו זכות לקבל יניקה מחברו לצורך קיום האילן שקנה ואין זה נחשב ארצך. משא"כ לוקח שדה לפירות קנה זכות יניקה ומשתמש

בשלו ובזה מביא וקורא למ"ד ק"פ כקנין הגוף דמי. ובה מבאר הגר"ח את דברי הרמב"ם בפ"ב מביכורים הי"ג יעו"ש. נע' אבי עזרי פ"ו משכירות ה"ה שכתב שכל מה שלר"י ק"פ כקנין הגוף זה דוקא בלוקח גוף לזמן שדינה כקנין פירות אבל ק"פ גרידא לכו"ע אינו כקנין הגוף. וכתב שכן מבואר בתוס' זה. וזה הבנה אחרת מהגר"ח שלוקח שדה לפירות היינו שלוקח הגוף לזמן משא"כ קונה אילן אחד יש לו קנין פירות גרידא. אך יתכן שדא ודא אחת, דכל ק"פ גרידא הוי רק כשכירות ושיעבוד לקבל יניקה ורק כשקונה הגוף לזמן נחשב שהיניקה קנויה לו והוי גזלן. וחילוק זה מבואר גם בריטב"א דמבואר בסמוך דהקונה ג' אילנות דקנה קרקע היינו שקנה ט"ז אמה לכל רוח. והקשו התוס' דלקמן פ"ב. מבואר דקונה רק תחתיהם וביניהם וחוצה להם כמלא אורה וסלו. ותי' דזה קאי באופן שהענפים מתפשטים ט"ז אמה ע"ש. והריטב"א כתב שאין כונת הגמ' שקונה את גוף הקרקע אלא כשם שקנה קרקע ביניהם ותחתיהם כך קונה יניקה של ט"ז אמה משא"כ בלוקח אילן אחד אף שיש לו זכות יניקה אין זה אלא שיעבוד ולא קנין.

יש לעיין לשיטת רש"י אם מה שמותר לסמוך ואינו גזלן לעולא הוא בגלל תקנת יהושע וגם עולא מודה דהתנה יהושע אלא דס"ל דהתנאי היה רק שלא יקפידו אבל אינו קנין ומהני רק שלא יהיה גזלן ולא לענין ביכורים. א"ד עולא לית ליה כלל תקנת יהושע ומעיקר הדין אינו נחשב גזלן על היניקה דאין ביניקה ממש ולא שייך בו גזל. ונראה דנחלקו בזה הרשב"א והריטב"א דהרשב"א כתב בהדיא לעיל כ"ה: דלדברי ר"ח ע"כ עולא ס"ל שלא התנה יהושע בזה כלל דאל"כ לא היה גזלן, אבל לרש"י גם עולא מודה שהתנה יהושע ולכן אינו גזלן ואעפ"כ ס"ל שלא מביא ביכורים. דהיינו שעולא ור' יוחנן נחלקו אם תנאי יהושע הוא רק רשות ושיעבוד או שהוא קנין. אבל הריטב"א כתב בדף כז: דעולא ס"ל שלא התנה יהושע בזה כלל, ובדף כ"ו: כתב הריטב"א שהעיקר כפרש"י ולא כר"ח, א"כ מבואר דס"ל שגם לרש"י עולא לית ליה תקנת יהושע ואעפ"כ אינו גזלן. וצ"ל דהוי כזה נהנה וזל"ח דיניקה הוא דבר שאין בו ממשות ואינו נחשב חסרון.

הנתיבות בס' קנ"ה סקט"ז הקשה בקדם אילן לבור שהדין הוא שאינו קרצץ האילן ואעפ"כ כשחופר בור קוצץ שורשים אעפ"כ שעי"ז מתמעט יניקת האילן ומזיק לאילן עצמו. ותי' דמעיקר הדין אינו חייב להניחו לקחת יניקה מקרקעו אלא שיהושע תיקן שלא יקפידו, ותיקן רק כשאין לו הפסד אחר מזה. ודבריו צ"ב דזה נוחא לר"ח דההתר לקחת יניקה הוא מפני תנאי יהושע אבל לרש"י תנאי יהושע נאמר רק לענין ביכורים אבל לקחת יניקה מותרת גם בלי תנאי יהושע א"כ איך קרצץ. אלא משמע דס"ל שגם לרש"י מה שאינו גזלן הוא בגלל תקנת יהושע וכמבואר ברשב"א הנ"ל. אבל גם לריטב"א לק"מ דמה שמותר ואינו גזלן עכצ"ל שהוא מדין כופין על מידת סדום וכשמזיק לחפירת הבור יכול למנוע לקחת יניקה.

הרמב"ן מבאר שההכרח של ר"ח לפרש דהוי גזלן ממש הוא דאי נימא דאינו גזלן ומה שפטור מביכורים הוא מפני שאינו אדמתך היה צריך להיות הדין שמביא מדרבנן כמו בלוקח שני אילנות דמביא ואינו קורא. ודברי הרמב"ן לכאורה אינם מובנים דבלוקח אילן אחד שבודאי לא קנה קרקע אינו מביא כלל. ומה שבב' אילנות מביא מבואר בדף פ"א דהוא משום שיש ספק אי קנה קרקע או לא. ומצאתי שעמד בזה האבי עזרי בפ"ב מביכורים הי"ג ד"ה והנה התוס' יעוין שם.

דף כז.

רש"י ד"ה מאי לאו כל שהוא חוץ לעוביו של אילן לכל צד. הריטב"א כתב דיותר נראה לפרש מקום האילן עצמו.

תוד"ה לא ט"ז אמה. כתבו דהא דמבואר לקמן דקונה רק תחתיהם וביניהם היינו שיוצאים הענפים חוץ לט"ז אמה אבל עד ט"ז קונה בכל גווני. ועיין באבי עזרי פ"ב מביכורים הי"ג ד"ה ונראה לבאר דתמה שהרמב"ם והטור והשו"ע לא הזכירו שהקונה ג' אילנות קנה קרקע ט"ז אמה. ואין לומר דהיינו משום דלא קי"ל כעולא, דמה דלא קי"ל כוותיה אינו משום דס"ל שאילן אינו יונק ט"ז אמה, אלא משום תנאי יהושע. ומה שקונה ט"ז אמה אינו כדי שיוכל להביא ביכורים אלא משום שזה שטח יניקת האילן א"כ אין סיבה לחלוק בזה על עולא ולמה לא נזכר בפוסקים שקונה ט"ז אמה. ונראה דהרמב"ם אינו מפרש כתוס' שקונה את גוף הקרקע ט"ז אמה אלא כריטב"א שקונה קנין על היניקה של ט"ז אמה ולעולם אינו קונה בגוף הקרקע אלא תחתיהם וביניהם. ואין ג"מ מקנין היניקה אלא לענין ביכורים שהרי שיעבוד לקבל יניקה יש גם באילן אחד. וכיון שלגבי ביכורים קי"ל דמביא גם כשאין לו קנין יניקה מכח תנאי יהושע א"כ להלכה אין ג"מ מתירוצ הגמ'. ועוד נראה שגם לפירוש התוס' לא קשיא דאף שאין סיבה לחלוק על עולא בזה מ"מ רק לעולא יש הכרח לחדש חידוש זה דאל"כ יקשה אמאי מביא ביכורים כשקונה ג' אילנות. אבל לדין שמביא ביכורים גם אם אינו קונה ט"ז אמות מכח תנאי יהושע א"כ נוחא המשנה של הלוקח ג' אילנות ואין סיבה לחדש שקונה ט"ז אמה. אמנם מה שהקשה עוד באבי עזרי שם אמאי לא הובא להלכה האוקימתא של צונמא שנזכר בסמוך זה קשה דלענין תרומות ומעשרות אין ג"מ מתנאי יהושע א"כ כמו שלעולא צריך להעמיד במפסיק צונמא ה"נ לדין צריך להעמיד כן. ומביא שכן מפורש ביד רמה דתי' זה הוא גם למאי דלא קי"ל כעולא ואמאי השמיט הרמב"ם אוקימתא זו.

עוד הקשו התוס' אמאי באילן אחד אינו מביא מ"ש מלוקח שדה לפירות דמביא לר"י דאית ליה ק"פ כקנין הגוף. צ"ב אמאי הקשו רק לר"י הא גם לר"ל קשיא מאי שנא אילן אחד דאינו מביא כלל ולוקח שדה לפירות אפילו לר"ל דק"פ לאו כקנין הגוף ואינו קורא מ"מ מביא. וקושיא זו הקשה הפנ"י בגיטין מ"ז: והובאו דבריו במנ"ח מצ' צ"א. ותי' הפנ"י דלוקח אילן אחד אין לו בשדה כלום משא"כ לוקח שדה לפירות הקרקע קנויה לו לפירותיה. דהיינו כמו שנתבאר לעיל דיש הבדל בין זכות ושיעבוד ליניקה לבין קנין בקרקע ליניקה, והובא בשם הגר"ח דזה כונת התוס' בתירוצם הראשון. דהיינו שמה שתרצו התוס' בדעת ר"י כתב הפנ"י גם בדעת ר"ל. וא"כ צ"ב בקושית התוס' דלא ידעו סברא זו אמאי הקשו לר"י הא גם לר"ל קשיא לענין הבאה, וצ"ע.

עיין במנ"ח הנ"ל ששיטת הפנ"י והגר"א דמה שלוקח שדה לפירות מביא לר"ל הוא מן התורה. ומביא המנ"ח שם שבתוס' והרשב"א מוכח דאינו אלא מדרבנן וברמב"ם מוכח שהוא מן התורה. וכבר הביאו האחרונים שהוא מחלוקת מפורשת בין התוס' לרשב"ם לקמן קלו: ד"ה מביא. עכ"פ בין אם זה מן התורה בין אם זה מדרבנן ההבדל בין לוקח לפירות לקונה אילן אחד שאינו מביא אפילו מדרבנן הוא כמו שכתבו התוס' אלא דלר"י זה גורם שמביא וקורא ולר"ל קנין יניקה רק גורם שמביא או מן התורה או מדרבנן.

וי"ל דשאני התם. ביאור התי' הראשון נתבאר לעיל. והתירוץ השני ע' קה"י ס' י"ז שיש לבאר בב' אופנים. א. קנין פירות הרי כקנין הגוף רק כשיש לבעל הק"פ את כל ההשתמשות ובעל הגוף אין לו שום פירות בזה הקנין פירות חשיב קנין הגוף שהוא עיקר הבעלים. אבל כשגם בעל הגוף יש לו השתמשות בודאי שהוא נחשב בעלים. ב. לעולם ההשתמשות נחשב כקנין הגוף גם אם אין לו את כל ההשתמשות אבל כיון שבעל הגוף גם יש לו השתמשות הרי גם הוא נחשב כבעל הגוף ולענין ביכורים בעינין שיהיה כולו מאדמתך. וע"ש שמבאר דלא דמי לשותפים שמביאים ביכורים. ולפ"ז דברי התוס' הם רק לענין ביכורים אבל בעלמא גם מי שיש לו רק השתמשות אחת נחשב כקנין הגוף ובה מישב קושית האחרונים על דברי התוס' מגמ' בשבת קל"ה: ע"ש.

ת"ש קנה ב' אילנות. מבואר בדף פ"א דמה שמביא הוא משום ספק שמא קנה קרקע [והובא לעיל דברי הרמב"ן שכתב שמביא מדרבנן וצ"ע] וידוע בזה קושית החמדות שלמה שהובא באו"ש פ"ב מביכורים הי"ג דכיון שנפסק לענין הממון שאין לו קרקע הוי ודאי של המוכר לקדש בו אשה [ע' קנה"ס כלל א' אות ח'] א"כ גם לענין ביכורים יחשב בודאי שאין ללוקח קרקע כמבואר בב"מ ו: דהוי עשירי ודאי. וע' מש"כ בזה הקו"ש כאן ובשערי יושר ש"ה פ"ו ופ"ח וע"ע באבי עזרי פ"ד מביכורים ה"ד.

תוד"ה ולכתוב. כתבו בשם הרשב"ם דהא דכותבין פרוזבול על קרקע כל שהוא הוא משום דאין אונאה לקרקעות. ואינו מוכן כיון שהטעם שצריך קרקע הוא משום דסומך דעתו על קרקע וכשאין קרקע זה מלוה דלא שכיחא א"כ מה בכך דאין אונאה לקרקעות הא בודאי לא ילוה מנה על סמך קרקע שוה פרוטה. וכן קשה על מה שכתבו ע"פ הגמ' של קטינא דאביי דמי ילוה על סמך קרקע כל שהוא ע"ד לגבות כמעשה דקטינא דאביי דמי יימר שהלוה ישלם כסף כדי לקחת חזרה את הקרקע. אך הביאור הוא פשוט שהרי כותבין גם על עציץ אף שאפשר לכולת ואינו סומך דלא פלוג. א"כ ה"נ בקרקע כל שהוא אם יש אפשרות אפילו רחוקה לגבות מזה משום דאין אונאה לקרקע או כמעשה דקטינא דאביי א"כ גם זה בכלל הלא פלוג וק"ל.

דף כז:

תוד"ה בחטה. הוכיחו דכל שהוא דוקא מזה שהגמ' בקידושין מפרשת כגון שנעץ בה מחט ותלה בה מרגניתא. ומדנקטה הגמ' דתלה מרגניתא במחט מוכח דכל שהוא הוא פחות מגודל מרגניתא. ומוכח שאם תלוי בחצר ובולט מחוץ לאויר החצר נחשב צבורין כיון שנסמך על החצר. ולגבי קנין חצר נקטו רע"א במערכה ה' אות ז' והנתיבות בס' קצ"ח סק"ג וס' רס"ח סק"ב שאף שמונח על החצר אם בולט החוצה אין החצר קונה את החלק שאינו מעל החצר. וצריך לחלק בין קנין חצר לדין של צבורין לענין זה.

התוס' תרצו דאף שחטה יונק ג' טפחים מ"מ עיקר יניקתו כנגדו כמו שאילן יונק כ"ה אמה ועיקר יניקתו ט"ז אמה. הרמב"ן והרשב"א גם כתבו כן והוסיפו שכיון שאין עיקר יניקתם לצדדים אין אדם מקפיד בכך. וזה נוחא לר"ח שנחשב גזלן, בחטה שאינו מקפיד על יניקת הצדדים אינו גזלן. אבל לרש"י בל"ה אין זה גזילה ואעפ"כ חסר בארצך ומה מועיל לגבי זה מה שאין אדם מקפיד. אך בריטב"א מבואר דאע"פ שס"ל כרש"י מ"מ כתב דאין קפידא על כל שהוא יניקה שיונק החטה לצדדים אפילו לענין ביכורים. היינו דיניקה כל שהוא שבא מקרקע של אחר בטל בשאר היניקה ואינו מבטל דין ארצך.

אילן מקצת בארץ וכו'. כתב הרמב"ם בפ"א מתרומות הכ"ב דפירות א"י שנגמר מלאכתן בחו"ל פטורים ופירות חו"ל שנגמרה מלאכתן בא"י חייבים. וכתב הכ"מ ב' דרכים בזה אם כונת הרמב"ם בפירות חו"ל שנכנסו לארץ וגמר מלאכתן בארץ חייבים מן התורה או מדרבנן. ובשו"ע ס' של"א סע' י"ב פסק כפירושו השני דחייב מן התורה [לכן השמיט מש"כ הרמב"ם בסוף דבריו מדבריהם ע"ש]. וראיתי במנ"ח מצ' רפ"ד שהקשה אי אמרינן דחייב מן התורה נמצא שאין מקום הגידול קובע כלל אלא הכל תלוי בגמר מלאכה, אם נגמר בחו"ל אפילו גדל בא"י פטור ואיפכא חייב, א"כ במה נחלקו רשב"ג ורבי לענין אילן שמקצתו בארץ ומקצתו בחו"ל הא בל"ה תלוי בגמר מלאכה. וכבר עמד בזה הגאון בס' של"א ס"ק כ"ט. שהגאון לומד בדעת הרמב"ם שמחייב פירות חו"ל שנגמרה מלאכתן בארץ רק מדרבנן וכתב שמקורו של הרמב"ם מברייתא זו דאילן שמקצתו בארץ. אך כתב הגאון דיש לדחות דמירי בפירות שא"צ גורן למעשרות ובה מקום הגידול קובע ע"ש.

טבל וחולין מעורבין זב"ז. כתב הריטב"א דיכול לעשר או מיניה וביה או ממקום אחר לפי חשבון. אמנם ע' ברשב"א בגיטין כ"ב. שכתב שיעשר דוקא מיניה וביה ולא ממקו"א. והמאירי שם כתב שא"א לעשר מיניה וביה. וביאור המחלוקת בזה הוא דהרשב"א ס"ל שאף שהאילן הוא חצי בארץ וחצי בחו"ל ובודאי יש בו חיוב ופטור מ"מ לא ידוע כמה חיוב וכמה פטור דאין כח היניקה מכל צד שוה ממילא א"א לעשר ממקו"א אבל מיניה וביה סובר הרשב"א דאפשר דאע"פ שלא ידוע כמה חיוב איכא וכמה פטור איכא מ"מ היניקות מתערבים ובכל מקום יש אותו מידה של חיוב ופטור ממילא אפשר לעשר מיניה וביה. והמאירי אית ליה איפכא דא"א לעשר מיניה וביה דאינו נכלל בשוה וחיישנין שבמק"א יש יותר חיוב ובמקום שני יש יותר פטור, אבל ממקו"א שפיר מעשר דסה"כ ידוע שהוא חצי חייב וחצי פטור. והריטב"א ס"ל שאפשר לעשר גם מיניה וביה וגם ממק"א ובודאי חצי חייב וחצי פטור ונכלל יפה וכל מקום שוה.

עיין ביד רמ"ה דס"ל שרק בפירות שבצד של חו"ל יש תערובת חיוב מחמת יניקת א"י אבל צד א"י הוא כולו חיוב דאין יניקת חו"ל גורמת פטור למה שגדל בא"י.

ביאור המחלוקת אי יש ברירה או אין ברירה כאן וענין אורא מבלבל ע' חזו"א ליקוטים חו"מ ס' כ"א לדף כ"ז:

שע"מ כן הנחיל יהושע לישראל את הארץ. נתבאר לעיל דכלי תקנת יהושע אף שאינו גזלן לשיטת רש"י מ"מ אין היניקה קנויה לו, ותנאי יהושע היתה שיהיה קנוי לו. השאגת אריה בס' צ' נקט שלר"ל דס"ל ק"פ לאו כקנין הגוף, כשם שלא מספיק שיש לו קנין יניקה במקום האילן כך לא מספיק שיש לו קנין על היניקה של ט"ז אמה, אלא בעינן שיהיה קנוי גוף הקרקע של כל הט"ז אמה מקום יניקת האילן. ומה"ט קשיא ליה מה מועיל תנאי יהושע לר"ל. דבשלמא לר"י נוחא דיש לו קנין על היניקה וסגי בזה דקנין פירות כקנין הגוף אבל לר"ל לא מספיק קנין של יניקה אלא בעינן קנין בגוף הקרקע. וכתב השאג"א שגם לר"ל כשיש קנין פירות מביא בכורים אלא שאינו קורא והועיל תנאי יהושע לענין שיביא אבל גם אחרי תנאי יהושע אינו קורא. ועיין בחי' הגרש"ש בסוף ס' י"א שכתב על דברי השאג"א במחכ"ת לא ראה אז דברי הגמ' דמפורש דקורא. ולכאורה נראה דודאי לא

נעלם מהשאג"א דברי הגמ' ומביא בעצמו מיד לפני"כ את דברי הגמ' שמביא וקורא, אלא כונתו דזה ר' יוחנן לשיטתו דס"ל ק"פ כקנין הגוף ולדבריו הועיל תקנת יהושע גם לגבי קריאה. אבל לר"ל שק"פ לאו כקנין הגוף גם אחרי תנאי יהושע יביא ולא יקרא. ורק מדברי הרמב"ם שפסק להלכה שמביא וקורא קשה דק"ל כר"ל אבל השאג"א כ"כ בדעת רש"י ולא בדעת הרמב"ם ע"ש.

אמנם מה דנקט השאג"א דלר"ל בעינן שיהיה לו קנין הגוף בכל הט"ז אמה לכאורה נראה דאינו מוכרח. דר"ל ס"ל בכדי שיחשב ארצ' בעינן שהקרקע מקום האילן יהיה קנוי לו קנין הגוף דאל"כ אין האילן באדמה שלו. אבל לא בעינן שיהיה לו קנין הגוף בכל הט"ז אמה דאינו משתמש בגוף הקרקע של ט"ז אמה שאין זה מקום האילן, ואינו לוקח משם אלא יניקה וכיון שהיניקה קנויה לו מה נ"מ אם גוף הקרקע שלו או לא. וא"כ שפיר מהני תנאי יהושע שיביא ויקרא גם לר"ל. ולא דמי ללוקח שדה לפירות שמביא ואינו קורא דשם במקום האילן אין הגוף שלו. אמנם עיין בתורי"ד כאן שכתב דלא גרסינן בדברי ר' יוחנן מביא וקורא אלא רק מביא בלבד דס"ל שגם אחרי תקנת יהושע אינו קורא.

אין עושין חלל תחת רה"ר. בב"ק נ"א. מבואר דהשולח שליח לחפור בור ברה"ר אין המשלח מתחייב בנזקי הבור דאין שליח לדב"ע. ורש"י שם נ"ג. בר"ה נפל לפניו כתב שהאיסור בחפירה הוא דאסור לקלקל רה"ר. והקשה המנ"ח במצוה נ"ג למה צריך להגיע לאיסור לקלקל ולהזיק את רה"ר ת"ל שאסור מפני שעושה תקלה לבני רה"ר שיכולים לינזק ע"י הבור. וכתב דלאו דוקא נקט רש"י קלקול רה"ר אלא כונתו אסור מחמת תקלה. ולכאורה נראה שבדוקא פירש כן רש"י דמצד עשיית תקלה יכול לשמור על הבור שלא יזיק. וא"כ גם אם אינו שומר אין האיסור בעצם החפירה אלא בזה שאין שומר על תקלתו. לכן פרש"י שהאיסור הוא מפני שמקלקל את רה"ר וזה איסור מזיק בעצם החפירה. ועיין במל"מ פ"ב מרוצח ה"ב [הובא במנ"ח שם] דפשיטא שהאיסור להזיק את רה"ר אינו אלא מדרבנן ומוכיח מהגמ' בב"ק נ"א. שאומרת על חפירת בור ברה"ר דאין שליח לדב"ע שגם בעבירה דרבנן אמרינן אין שליח לדב"ע. ובקור"ש לעיל כ"ב: באות ע"ו תמה על המל"מ דפשוט שהאיסור להזיק את רה"ר הוא מן התורה.

נמצא דהא דמבואר כאן שאין עושין חלל תחת רה"ר אם אינו חזק שתהא עגלה טעונה אבנים עוברת עליה למנ"ח האיסור הוא מן התורה בגלל עשיית תקלה ברה"ר. למל"מ האיסור הוא מדרבנן מפני שמקלקל את רה"ר והרי הוא מזיק את ממון הרבים. ולקור"ש אסור מן התורה מפני שמזיק את ממון הרבים.

מפני אוהל הטומאה. לפרש"י במשנה היה אפשר לפרש שאין החשש מחמת טומאת אוהל אלא שיעבור תחת הטומאה שנמצא על האילן. וקמ"ל הברייתא שיש חשש שהענפים יאהילו על טומאה שנמצא על הקרקע. אבל לפירוש התוס' בין למאי דס"ד בין למסקנא החשש הוא טומאה שעל האילן, אלא שלולא הברייתא החשש הוא שהענף ישאר על האילן עם טומאה בפיו. ולזה סגי בדחלולי שגורם שלא ישאר שם הענף. ואחרי הברייתא גם אם לא ישאר שם הענף חוששים שישאיר שם הטומאה ע"ג האילן ולזה לא יועיל דחלולי. ותמה המהרש"א דלתוס' גם למסקנא אין זה טומאת אוהל א"כ איך למדו חשש זה מלשון הברייתא מפני אוהל הטומאה. והמהרש"א נדחק בזה ע"ש. הרשב"א כתב דס"ד שהחשש הוא שענף יביא כזית מן המת ויניחנו על האילן לזה היה מועיל דחלולי שלא יבא לכאן ענף כלל. קמ"ל הברייתא שאין החשש מחמת עופות כלל אלא שמא יש טומאה ע"ג הקרקע וענפי האילן יאהילו עליו. ולרשב"א ניחא הראיה מלשון הברייתא.

פרק המוכר את הספינה

דף עג.

המוכר את הספינה מכר את התורן. כתב השיטמ"ק בשם הראב"ד דהכלל בזה דכל דבר שא"א לספינה זולתם והם מיוחדים למלאכה זו בלבד הם בכלל הספינה ונמכרים עמו. אבל אם אפשר לספינה זולתם אפילו שאין להם שימוש אחר, או שיש להם שימוש אחר אפילו אם א"א לספינה זולתם אין הם נחשבים חלק מן הספינה. והא דנמכרים עם הספינה הוא לאו דוקא בדברים המחזירים לספינה, דמבואר בשיטה בשם תה"ר דמשוואת אינם מחזירים לספינה. ולקמן ע"ח. יש מ"ד דאית ליה המוכר את החמור מכר את כליו אפילו שאינם עליו. ונראה דאין כונת המשנה דמשיכת הספינה קונה כל דברים אלו אפילו שלא משך אותם, כגון שאינם בספינה, דלמה משיכת דבר אחד יועיל לדבר אחר, אלא כונת המשנה רק דכלול בהתחייבות המוכר לתת תורן ונס ומשוואות ואינו יכול לומר שלא התחייב אלא ספינה בלבד, ואינו יכול לתבוע תשלום נוסף עבור שאר הדברים, אבל אין שאר הדברים נקנים ע"י קנין הספינה אלא כמשכר יחד עם הספינה, אבל אם אינם בספינה ולא נמשכו עמו צריך לעשות בהם קנין בפני עצמם, ולא נאמר במשנה שהם נכללים בקנין הספינה אלא שהם חלק ממקח הספינה. ושור"ר שכן מפורש בריטב"א לקמן פ"ז. בשם הרא"ה. אבל מדברי הרשב"א שם נראה דלא ס"ל כן וצ"ע.

ואת כל המנהיגים. בגמ' מבואר דמנהיגים אלו המשוטים וילפינן מקרא דמשוואת מעיקר הספינה. ופרשב"ם דסד"א דמנהיגין הם החבלים שמושכים בהם את הספינה ורק זה בכלל הספינה אבל המשוואות אינם בכלל. וקמ"ל דגם משוואות בכלל. וכתב השיטה בשם תה"ר דמה שחבלים פשוט יותר הוא משום דחבלים מחזירים לספינה משא"כ משוואות שאינם מחזירים לספינה. וא"כ אם משוואות בכלל כ"ש שחבלים בכלל. אך המ"מ בפכ"ז ממכירה ה"א מביא בשם הר"י מגש שמפרש בפרדשו הראשון שמשוואות הם חבלים שבהם מושכין את הספינה ומכניסין אותה לגמל. ופירוש זה מובא גם בשיטמ"ק כאן.

בזמן שאמר כל מה שבתוכה הרי כולן מכורים. ברשב"ם ובתוס' מבואר דאנתיקי פרדשו פרקמטיא וגם זה בכלל כשפירש כל מה שבתוכה אף שהסחורה אינה שייכת לספינה כלל אלא במקרה נמצאת שם. הריטב"א חולק וס"ל דסחורה אינה בכלל אפילו פירש כל מה שבתוכה, ומה שמבואר בגמ' לקמן דאנתיקי היינו עיסקא דבגוזה אין הכונה פרקמטיא אלא חתיכות עופרת שמניחין בספינה להכבידה,

וכיון שמשמש את הספינה אף שיש לו שימוש אחר ואינו בכלל בסתם מ"מ כשמפרש כל מה שבתוכה זה בכלל, אבל סחורה שאינו שייך לספינה כלל אינו בכלל אפילו פירש כל מה שבתוכה.

מכר את הביצית. מבואר בגמ' דביצית ודוגית הם דבר אחד אלא ששמו משתנה ממקום למקום. והקשו מכאן על הרמב"ם בפכ"ז ממכירה ה"א דמבואר בדבריו שדוגית וביצית תרי מיילי נינהו. עיין מש"כ בזה הכ"מ שם.

דף עה:

רב אמר כיון שמשך כ"ש קנה. נחלקו הראשונים לענין מה נחלקו רב ושמואל וגי' שיטות יש בזה. א. הרא"ש כאן כתב דבעלמא לכו"ע סגי במשיכה במקצת כיון שמושך בכחו ממש ורק בבע"ח וספינה שאינם נמשכים מכחו אלא הוא עושה מעשה כל דהו והם הולכים מעצמם סובר שמואל שצריך למשוך את כולו. ב. שיטת ר' יונה והריטב"א הוא דפליגי בכל מטלטלין וכן הובא ברא"ש בשם י"מ וכ"כ המ"מ פ"ד ממכירה ה"ד. ג. הרשב"ם לקמן פ"ו: כתב דמה דסבר רב דסגי במשיכה במקצת הוא דוקא בספינה אבל בעלמא מודה שצריך למשוך כולו ע"ש.

ביאור מחלוקת רב ושמואל לסוברים דפליגי בכל משיכה הוא דשמואל ס"ל דכל הספינה הוא דבר אחד ומקומו של כל הספינה הוא כל השטח שתחתיו, ולא אמרין שמוקמו של כל חלק מהספינה הוא בקרקע שכנגד אותו מקום, אלא כל הקרקע שתחת הספינה כולה הוא מקומו של כל הספינה, ואם מושך את הספינה רק מעט חלק גדול מהספינה נשאר במקומו הראשון ולא נעשה בו משיכה. ואף שחלק מן הספינה יצא ממקומו הראשון אין זה מספיק לקנות את כל הספינה.

דברי רב יש לבאר ב' אופנים א. ס"ל שלא דנים על כל הספינה ומקומו כיחידה אחת אלא כל חלק וחלק מן הספינה, מקומו הוא הקרקע שתחת אותו חלק. ולכן כשמושך את כל הספינה אפילו קצת כל נקודה בספינה זו ממקומו הראשון ואיכא משיכה בכל הספינה. ב. גם רב מודה שלא דנים על כל חלק בפנ"ע וכשמושך מעט גם לרב רק חלק מהספינה יצא ממקומו הראשון אלא דרב ס"ל שמה שנעשה מעשה משיכה בחלק מן הספינה הוא מעשה קנין לקנות את כולו דומיא דרפק בה פורתא שחזקה במקצת מן הקרקע קונה את כולו.

ב' צדדים אלו בביאור דברי רב מבוארים בגמ'. דבתחילה תלו מחלוקת רב ושמואל במחלוקת ת"ק ורב אחא דת"ק דס"ל כיון שעקרה יד ורגל קנה היינו כרב דסגי במקצת. ורב אחא דס"ל דלא סגי בעקירת יד ורגל הוא דלא כרב. והכא בבהמה אינו מזוי אלא חלק ממנה והשאר אינו זו ממקומו כלל, ומה שנזכר בגמ' סברא דכיון דעקרה יד ורגל אידך למיעקר קיימא ונחשב כאילו נעקרה כולה זה נאמר כדי לבאר את דברי ת"ק אליבא דשמואל אבל משמע שלרב נחא גם בלי זה. ומוכח דסברת ת"ק אליבא דרב הוא דסגי במשיכת מקצת החפץ כדי לקנות את כולו. ולפ"ז גם בספינה קונה את כולו ע"י שקצת ממנו יצא ממקומו. אמנם לפי מה שמבואר בהמשך הגמ' שגם רב אחא ס"ל כרב ושאינו בהמה שחלק מן הבהמה נשארה על מקומה משא"כ בספינה כיון דנדה פורתא נדה לה כולה א"כ סברת רב אליבא דרב אחא הוא שבספינה משיכה במקצת הוא משיכה בכולו דכל הספינה זו ממקומו הראשון דמקומו של כל חלק הוא הקרקע שמתחת אותו חלק. אבל משיכה במקצת לא מהני גם לרב לכן בבהמה בעינן שתעקור את כל רגליה.

נמצא שבשתי הסברות שנזכרו לעיל בביאור דברי רב נחלקו ת"ק ורב אחא אליבא דרב דהנ"מ בין ב' הסברות הוא בבהמה שעקרה יד ורגל. ת"ק ס"ל דסגי במשיכה במקצת לקנות את כולה וזה הטעם דסגי במשיכה במקצת בספינה ולכן גם בבהמה סגי ביד ורגל. ורב אחא ס"ל דלא סגי במשיכת מקצת ולכן לא מספיק עקירת יד ורגל והא דספינה סגי במקצת הוא משום דהוי משיכה בכולו דכל חלק זו ממקומו. וע"ע בסמוך מה שכתבנו בס"ד לבאר במה תלוי השאלה אי סגי במשיכת מקצת לקנות את כולה או לא.

אכתי יש להסתפק בדברי שמואל דס"ל דלא קנה את הספינה עד שימושך את כולה, והוא כמו שנתבאר דכל המקום נידון כמקום אחד ועיקר הספינה לא זו ממקומו הראשון, אמנם חלק מן הספינה כן יצא ממקומו ויש לדון אם לגבי אותו חלק שיצא ממקומו איכא משיכה אלא שלא קנה כלום דאינו רוצה לקנות מקצת מן הספינה, אבל היכא שמושך חפץ ורוצה לקנות רק חלק ממנו ואותו חלק יצא ממקומו שפיר קנה דלגבי חלק זה איכא משיכה מעליתא א"ד כיון שלא משך את כל החפץ ממקומו הראשון וחלק מן החפץ אגוד במקומו הראשון זה חסרון במשיכה גם לגבי אותו חלק שיצא ממקומו ואינו קונה אפילו חלק זה. ולגבי הגבהה מבואר בב"מ שאם מגביה מקצת ומקצתו מונח ע"ג קרקע אין זה הגבהה כלל ואינו קונה אפילו החלק שמוגבה. ויש להסתפק אם זה חסרון דוקא בהגבהה שצריך לנתק החפץ מן הקרקע כדי שיחשב מוגבה אבל במשיכה סגי במשיכת מקצתו לקנות חלק זה שנמשך או שמה גם במשיכה כל זמן שלא נמשך כולו אין זה נחשב משיכה גם לחלק שכן נמשך.

העירתי לפשוט ספק זה מדברי החזו"א אבה"ע ס' קמ"ח לרף כב: דמבואר בגמ' בקידושין דעבד כנעני נקנה במשיכה ואף שדינו כקרקע. ומוכח דמה שקרקע אינו נקנה במשיכה הוא משום דא"א למושכו אבל עבד שכן אפשר למושכו נקנה במשיכה. והקשה הנהיכות בס' קצ"ו סק"א מעצין נקוב דאינו נקנה במשיכה אף שאפשר למושכו. וכתב בזה החזו"א וז"ל דלא שייך משיכה בעצין נקוב כיון דהוא מחובר לקרקע והוא חלק הארץ דהו"ל כמושך מקצתו ולא כולו וכטלית שהגביה חציו וחציו מונח ע"ג הארץ דלא חשיב משיכה וכדאמר בב"מ ט. עכ"ל. הרי מבואר דפשיטא ליה דכשם שבהגבהה בעינן שיהגביה כולו והגבהה מקצת לא מהני אפילו לאותו מקצת כך במשיכה לא מהני משיכת מקצתו אפילו אם רוצה לקנות רק את המקצת. וא"כ גם הכא בספינה לשמואל אינו יכול לקנות אפילו אותו חלק שיצא ממקומו עד שיוציא כולו ממקומו.

אמנם יש קצת לעיין בזה מדברי ת"ק דרב אחא דס"ל דסגי בבהמה בעקירת יד ורגל ולרב מבואר דלא צריך להגיע בזה לסברת למיעקר קיימא א"כ חזינן דלרב אליבא דת"ק סגי במשיכת מקצת אפילו בשביל לקנות את כולה וע"כ צריך לחלק לדבריו בין משיכה להגבהה.

וא"כ יתכן דשמואל חולק רק דלא סגי במשיכת מקצת בשביל כולו אבל מנין דפליג שמואל שלא מהני משיכת מקצת אפילו לגבי המקצת שיצא ממקומו.

בגדר קנין משיכה. בעיקר הדבר דמבואר הכא דיש צד שלרוב מהני משיכת מקצת החפץ לקנות כולו, וגם סברת שמואל אליבא דת"ק דבהמה נקנית ע"י עקירת יד ורגל כיון דאיך למיעקר קיימא ומה בכך הא ס"ס לא נעשה משיכה בחלק מן הבהמה, לכאורה תלוי במה שדנים האחרונים בגדר קנין משיכה אם הקנין הוא משום שמכנים הדבר לרשותו, ואף שאין זה רשות הראוי לקנות בקנין חצר כגון סימטא שאינו שלו ממש או חצר שאינה משתמרת מ"מ כיון שמשוך לרשותו ההכנסה לרשותו הוא מעשה קנין, או שאין זה ענין של הכנסה לרשותו אלא דפעולה של משיכה בסימטא הוא הנהגה של בעלות וזהו המעשה קנין. ועיין באבן האזל פ"ב ממכירה ה"ט שכתב שנחלקו בזה הרמב"ם והראב"ד שם לענין משיכה כדי לקנות לאחר ל'. ובפ"ד ממכירה ה"ד תלה בזה מחלוקת הרמב"ם והראב"ד במשך מזה"ר לסימטא שלרמב"ם סגי במכנים משהו לסימטא ולראב"ד כיון דקו"ל כשמואל צריך שיכנס כולו לסימטא. ומבאר הראב"ד ס"ל שהקנין הוא ההכנסה לרשותו ולגבי זה לא יועיל הכנסת מקצת דמה שלא נכנס אינו ברשותו. אבל הרמב"ם ס"ל דהקנין הוא ע"י שעושה פעולה של מנהג בעלות, ובוזה יתכן דסגי במקצת לכולו כמו שחזקה במקצת שדה מהני לכולו. ועל דרך זה נראה דסברת רב אליבא דת"ק דמהני משיכת מקצת לכולו מובן רק לצד דאין הקנין משום הכנסה לרשותו. וכן מה דסבר שמואל לת"ק דכיון שעומד לעקר סגי בזה, זה רק סברא שנחשב שנהג מנהג בעלים בכולו כיון שעשה בו פעולה שעל ידו עומד כולו לעקר. אבל אם הקנין הוא משום שמכנים לרשותו מה בכך שעומד ליכנס לרשותו הא כל זמן שלא הכניסו בפועל אין סיבה לקנין.

בקידושין כ"ו. מבואר דלמ"ד שבהמה גסה נקנית בהגבהה הדרך לקנות פיל הוא ע"י שוכר את מקומו. וכתב שם הרשב"א דשמעינן מהכא דשכירות מקום אינה מדין משיכה אלא קנין חצר. ומבואר דהיה לרשב"א ה"א לפרש דשוכר את מקומו הוי קנין משיכה דע"י השכירות הוא מכניס את הדבר לרשותו ואין נ"מ בין מביא את החפץ לרשות לבין מביא את הרשות לחפץ. ועיין בקה"י ב"מ ס' כ"ז שכתב שיתכן שגם אליבא דאמת סובר הרשב"א שבשכירות מקום יש גם משיכה, ולא הוכיח מהגמ' בקידושין אלא דגם במקום דלא מהני משיכה קונה ע"י שכירות מקום מדין חצר. ועיין לקמן על הגמ' של שוכר את מקומו שכתבנו שגם בריטב"א מבואר שיש בשכירות מקום גם קנין משיכה. ומה שיש צד ששכירות מקום יחשב קנין משיכה הוא רק אם משיכה הוא הכנסה לרשותו אבל אם הקנין הוא משום שנוהג בבהמה כמנהג בעלים בודאי בעינן שיעשה מעשה בבהמה ושכירות מקום לא יחשב כמשיכה.

ברמב"ן בכתובות ל"א: היה ה"א לומר שהמושך מזה"ר לסימטא אינו קונה אף שמכנים כולו לסימטא עד שימשוך בסימטא עצמו. והרמב"ן מוכיח מהסוגיא בכתובות שמספיק למשוך לסימטא ולא בעינן שימשוך בסימטא אחר שנכנס לסימטא. כך מפרש השע"מ בפ"ב מגיבא את דברי הרמב"ן, ולא כהבנת המ"מ בפ"ד ממכירה ה"ד שכונת הרמב"ן דסגי בהכנסת מקצת לסימטא ולא בעינן שיכנס כולו, כרמב"ם. ומה שהיה ה"א לומר דבעינן שימשוך אחרי שנכנס לסימטא ולא סגי בהכנסה לסימטא הוא רק לצד דמשיכה הוא פעולה של הנהגת בעלים, ובוזה יש צד לומר דבעינן שיעשה את פעולת המשיכה בסימטא ולא סגי במכנים מזה"ר לסימטא אבל אם הקנין הוא הכנסה לרשותו פשיטא דסגי בהכנסה לסימטא ולא בעינן שימשוך אחר שנמצא בסימטא. א"כ מזה"א של הרמב"ן מוכח דאינו הכנסה לרשותו, אבל אין ראיה מה סובר הרמב"ן אליבא דאמת, אם קמ"ל שזה הכנסה לרשותו או קמ"ל דאף שזה הנהגת בעלים סגי במכנים לסימטא ולא בעינן שימשוך בתוך הסימטא.

חקירה זו בגדר קנין משיכה מבוארת בהדיא בתור"ד ב"מ ט: ומחלק בזה בין משיכת מטלטלין למשיכת בהמה. וכתב לחדש דמה שלא מהני משיכה ברה"ר הוא דוקא במשיכת מטלטלין שבהם הקנין הוא הכנסה לרשותו משא"כ בבהמה אין עין המשיכה הכנסה לרשותו ומהני גם ברה"ר. ועוד כתב דבמטלטלין בעינן דוקא שימשוך אליו אבל אם הולך ממנו אין זה הכנסה לרשותו ורק בבהמה דלא בעינן הכנסה לרשותו מהני שמכישו והולכת ממנו, יעו"ש.

נחלקו התוס' בכתובות ל"א: והתוס' בב"ק ע"ט. אם המ"ד בכתובות ל"א: דס"ל דמשיכה קונה ברה"ר ס"ל כן דוקא בגב או דס"ל שגם במקום מהני משיכה ברה"ר. ואם יש מ"ד דס"ל שגם במקום מהני משיכה ברה"ר מוכח לכאורה דמשיכה אינה הכנסה לרשותו דברה"ר לכאורה פשוט דליכא הכנסה לרשותו. וגם אי אמרינן דס"ל כן רק לגבי גב מ"מ חוזין דאיכא מעשה קנין גם ע"י משיכה ברה"ר וע"כ דיש במשיכה מעשה קנין גם כשאין בו הכנסה לרשותו. אבל זה תלוי במחלוקת האחרונים אם הכונה דלגבי חיוב אונסין משיכה ברה"ר נחשב קנין או דלא בעינן קנין להתחייב באונסין אלא סגי בהוצאה מרשות הבעלים. ועיין מש"כ בזה בס"ד לקמן ע"ו:

כיצד במשיכה קורא לה וכו'. יש לעיין אמאי נקטו ב' אופנים אלו קורא לה והיא באה או הכישה במקל ורצתה לפגוע ולא משיכה ממש. וראיתי בריטב"א בקידושין כ"ב: שעמד בזה וכתב שסתם משיכה שאוחז בגוף הבהמה או במסירה ומושך כלול בו קנין מסירה ונקטו אופנים של משיכה שלא כלול בו מסירה. ומוכיח מזה הריטב"א דלא בעינן במסירה שימסור מיד ליד דאי בעינן מיד ליד א"כ סתם משיכה אין בו מסירה.

ונראה דיש לבאר עוד דמבואר בראשונים בכמה מקומות דצורת המשיכה בבע"ח שונה ממשכת שאר מטלטלין. א. הרא"ש כאן כתב דמה דסבר שמואל הכא דבעינן שימשוך עד שיצא כולו ממקומו הראשון הוא דוקא בספינה ובע"ח שאין המשיכה מכחו ממש שאינו גורר את הבהמה אלא מוליכה והולכת אחריו מעצמה, בזה בעינן שימשוך את כולה אבל במטלטלין שנמשך מכחו ממש סגי לכו"ע שמושך משהו. בהתוס' בב"מ ט': מבארים את הצד בגמ' שם שמושך בהמה וקני כלים שעליה לא קנה הוא משום דדרך משיכת כלים הוא שנגררים מכחו ממש, וכשנמצאים ע"ג בהמה ומושך את הבהמה אין הבהמה הולכת מכחו ממש אלא מעצמה, ואף שלבהמה מועיל משיכה כזו, מ"מ יש צד שאין כזה משיכה מועיל לקנות כלים. ג. הנ"מ בב"מ ט: כתב לפי צד אחד בגמ' שם שאם בהמה כפותה וגורר אותה כדי לקנותה אינו קונה דאין זה דרך משיכת בהמה אלא דרך משיכתה שמוליכה והולכת אחריו.

נמצא שעיקר צורת המשיכה בבע"ח הוא שהולכת מחמתו ומכחו ולא שהוא מושך ממנו. ויתכן שמה"ט נקט הברייתא קורא לה והיא באה והכישה במקל ללמד דאין זה אופן מחודש של משיכה אלא זהו עיקר צורת משיכה בבע"ח שמעורר בבהמה רצון ללכת והיא הולכת מעצמה. וגם כשמושך ממנו אין זה אלא אזלא מחמתיה וקונה כמו שקונה בקורא לה או בהכישה במקל.

קורא לה והיא באה. המאירי בב"ק נ"ו: [הובא בשיטמ"ק שם] כתב שגזלן שלוקח שלא מדעת הבעלים לא די לו בקריאה לכד אלא צריך דוקא הכישה. עיין בקידושין כ"ב: שכתבו בס"ד ב' דרכים בביאור דברי המאירי.

הכישה במקל. ר' יונה כתב דנקטו ב' אופנים ללמד דלא רק קורא לה והיא באה אליו נחשב משיכה אלא גם בהכישה שהולכת ממנו זה נחשב משיכה. והובא לעיל שהתור"ד בב"מ ט: ס"ל שדוקא בבע"ח מהני כשהולכת ממנו אבל בשאר מטלטלין בעינן דוקא שימושך אליו ולא שידחוף ממנו.

עד שתהליך מלא קומתה. פרשב"ם דהיינו עקירת ארבע רגליה. וכ"כ רשב"ם בד"ה אידך. ומפורש ברשב"ם דאפילו לשמואל דס"ל לגבי ספינה דלא קנה עד שימושך את כולה, בבע"ח ס"ל דסגי בעקירת ד' רגליה ולא בעינן שימושך עד שתצא כולה ממקומה הראשון כמו בספינה. ומדבריהם התוס' שהקשו לרב דהא דלא סגי בעקירת יד ורגל הוא משום דאידך יד ורגל לא זזו ממקומם כלל א"כ סגי בעקירת ד' רגלים ולמה בעינן מלא קומתה. ותירצו דעקירת ד' רגלים נחשב מלא קומתה. משמע דכתבו כן לרב דוקא שאינה ס"ל בספינה דסגי במקצת א"כ גם כאן סגי בעקירת ד' רגלים. אבל לשמואל שמצריך בספינה שיוציא את כולו ממקומו הראשון יתפרש הלשון של רב אחא כפשוטו דבעינן מלא קומתה כמו בספינה.

סבת הרשב"ם לחלק בין ספינה שצריך למשוך את כולה לבע"ח דסגי בעקירת ד' רגליה הוא דהספינה מתנחת על תחתית הספינה וכל השטח שמתחת לספינה הוא מקומו משא"כ בע"ח מקום עמידת רגליו הוא מקומו וכשעקר ד' רגליו הרי הוא נעקר כולו ממקומו הראשון. ודמי למה שמבואר בקידושין דיכול לקנות פיל בקנין חצר ע"י שמונה ד' כלים תחת ד' רגליו. וקשה איך קונה את שאר הגוף שאינו מעל הכלים הרי מבואר בנתיבות בס' קצ"ח סק"ג ובס' רס"ח סק"ב וברע"א במערכה ה' אות ד' שחפץ שנמצא בידו וכולו מוגבה על ידו אינו קונה בקנין יד שהוא מדין חצר אלא מה שעל היד ולא מה שכולט החוצה, ולמה בפיל הוא קונה את כולו. אלא דשאני בע"ח שנגרר כולו בתוך מקום עמידת רגליו. ולכן סובר הרשב"ם כאן דסגי בעקירת ד' רגלים ועי"ז נחשב שנעקר כולו ממקומו. גם הרשב"א ור' יונה כתבו כרשב"ם דעקירת ד' רגלים בבהמה הוי כעקירת כולה בספינה.

דף עו.

אותיות במסירה. כתב הרשב"ם דבעינן דוקא מסירה אבל משיכה אינה אלא בדבר שגופו ממון אבל כדי לגבות החוב צריך שימסרנו מלוה ליד הלוקח. ותמה הרשב"א על דברי הרשב"ם דכשם שמשיכה לא מהני מפני שמושך רק את השטר ולא את החוב כך מסירה לא יועיל דאינו מוסר את החוב אלא את השטר. ולכאורה נראה דביאור דברי הרשב"ם הוא דידוע שנחלקו הראשונים אם מכירת שטרות דאורייתא או דרבנן [עיי' תוס' לקמן ע"ו: ד"ה קנין]. שיטת הר"ף בכתובות פ"ו. והרמב"ם בפ"ו ממכירה הי"ב דמכירת שטרות דרבנן. ושיטת ר"ת שהובא בר"ן וברא"ש בכתובות פ"ו. שמכירת שטרות דאורייתא. אמנם טעמו של הר"ף אינו כטעמו של הרמב"ם, שהר"ף ס"ל שזה דרבנן משום דאזיל לשטתו דס"ל בב"ק ל"ו: שא"א להקדיש חוב דהוי אינו ברשותו [ולא כבעה"מ שם שחולק וס"ל שחוב נחשב ברשותו] ומה"ט גם למכור א"א מן התורה מפני שאין החוב ברשותו אלא שתקנו חכמים שאפשר למכור בכר"מ. אבל הרמב"ם כתב דמכירת שטרות דרבנן מפני שמן התורה אין הראיות נקנות. והיינו דאין חסרון בדבר הנקנה שהחוב הוא ברשותו ואפשר למכור אלא דאין מעשה קנין שיוכל להקנות את החוב דא"א למשוך או להגביה את החוב, ומן התורה מעשה קנין בראיה על החוב אינו קנין להקנות את החוב לכן כו"מ הוא דרבנן. [כך מבאר הגר"ח פכ"ב ממכירה הי"ז את דברי הרמב"ם]. וזה כונת הרשב"ם דקנין משיכה והגבהה הם מעשה קנין לגייר אבל לא לחוב אלא תקנו חכמים דע"י מסירת השטר אפשר לצרף להקנות הנגיד את החוב, אבל לזה בעינן דוקא קנין שנעשה ע"י המוכר דבעינן שהמוכר הוא יצרף את השיעבוד למכירת הנגיד, וכעין שמצאנו בקנין אגב שמעשה הקנין נעשה בקרקע וקונה עי"ז גם מטלטלין דנקטו האחרונים דבעינן דוקא שהמקנה יצרף את המטלטלין להקנות הקרקע אבל בהפקר א"א לקנות מטלטלין אגב קרקע, כך כאן בעינן דוקא מעשה קנין שהמקנה משתתף בו. ולכן בעינן דוקא קנין מסירה שהמעשה קנין נעשה ע"י מסירת המקנה, וגם בהפקר שאין מקנה שבעלמא בהפקר לא בעינן דעת מקנה, א"א לקנות במסירה דכזה מסירת המקנה הוא חלק ממועשה הקנין, ורק כשהמקנה משתתף במועשה הקנין הוא יכול לצרף את החוב להקנות השטר.

לפי דברי הרשב"ם לא קשיא קושית התוס' בד"ה חסורי ולא קושייתם בד"ה רבי נתן דמסברא ידעה הגמ' דבעינן לשטר דוקא קנין מסירה ולא משיכה ולכן כשבאים לחסר בברייתא עדיף לומר מסירה במקום משיכה, וכן בדעת ר"נ אחרי שאמרו שמשיכה שנוכר בדברי ר"נ קאי על ספינה עדיף לומר ששטר נקנה במסירה וכתובה ולא במשיכה וכתובה. וכן מבואר ברשב"א שמביא את דברי הרשב"ם כישור לקושית התוס'.

שטר לספינה ל"ל. בלשון הגמ' משמע שהשאלה היא למה צריך שטר לספינה הרי מטלטלין נקנים במשיכה ואינם צריכים שטר. וכן מבואר ברשב"ם בד"ה מטלטלי. אבל ברשב"א בריטב"א ובשיטה בשם הר"ן מבואר דכלול בשאלת הגמ' תרתי. א. דלא צריך שטר במטלטלין. ב. דלא מועיל שטר למטלטלין דרך קרקע נקנה בשטר ולא מטלטלין. וב' טעמים נאמרו בראשונים [ע' ברשב"א ובריטב"א] בהא דאין מטלטלין נקנים בשטר. א. דא"א לסיים מטלטלין. והרמב"ן בב"מ מ"ז: מוסיף דאפילו אם יש אופן שכן אפשר לסיים אינם נקנים בשטר כיון שבודק כלל א"א לסיים. ב. כיון דקרא דילפינן מיניה קנין שטר נאמר בקרקע אין מקור לקנין שטר במטלטלין.

תוד"ה אי כרבי. כתבו דלא מצינו מסירה אלא בספינה ובע"ח. טעם הדבר דספינה ובע"ח שאני משאר מטלטלין כתב הרא"ש דמסירה דידהו הוי כמו משיכה דכשאוהו הספינה בחבל ומנענעו כל דהו הולכת מכוחו על פני המים הלכך אפילו לא הלכה כלל קני לה במסירה, וכן נמי בבע"ח. כונת הרא"ש בזה דבשאר מטלטלין אחיזה לבד בלי משיכה אינה משפיעה כלום על המטלטלין, משא"כ בספינה ובע"ח גם אחיזה בלי משיכה יש לה השפעה דעל ידי נדנוד כל דהו הם זוים, וכיון שהאחיזה פועלת משהו זה נחשב מעשה קנין. וסברא זו קיימת רק לגבי ספינה שנמצאת במים ולא כשמונחת ביבשה. ומלשון הרשב"ם בסמוך בדף ע"ו: משמע שבאמת מזה שספינה נקנית במסירה הוא דוקא כשעומדת במים. וכ"כ הג"י בדעת הרשב"ם והובא בב"י בס' קצ"ח, וכ"כ הסמ"ע שם סק"ט. והגאון שם סק"ח חולק וס"ל שהרשב"ם כ"כ משום משיכה אבל מסירה קונה גם כשלא נמצא במים. ודברי הגאון נראים לפי הטעם שכתב הרמב"ם בפ"ג ממכירה ה"ג דספינה נקנית במסירה הואיל וא"א להגביה ויש במשיכתה טורח גדול. וטעם זה הובא בשו"ע ס' קצ"ח סע' ז'. ולפ"ז בודאי שגם ביבשה נקנית במסירה. אבל סברת הרא"ש קיימת דוקא כשנמצא במים.

שיטת התוס' דמסירה שנזכר לגבי שטרות הוא מעשה קנין שמורכב ממשיכה ומסירה ויש בו את חומרי שני הקנינים. דמצד אחד צריך מעשה משיכה ולא סגי באחיזה בעלמא ככל קנין מסירה, אבל מאידך צריך שיהיה דרך מסירה דהיינו מיד ליד או עכ"פ דעת אחרת מקנה, ובהפקד דליכא דא"מ לא יוכל לזכות בחוב ע"י משיכת השטר דמאן מסר ליה. והטעם כמו שנתבאר לעיל בדעת הרשב"ם דכדי לצרף את החוב להקנת הניר בעינן קנין שנעשה ע"י המקנה לכן בעינן דוקא קנין מסירה דבזה המקנה משתתף במעשה הקנין. ודברי התוס' לא נאמרו דוקא אליכא דרבי דס"ל אותיות נקנות במסירה בלי כתיבה אלא גם לרבנן דבעינן כתיבה ומסירה המסירה צריכה תרתי גם משיכה או הגבהה וגם מסירת המקנה דהיינו מיד ליד או דעת אחרת מקנה, שהרי דברי התוס' הובאו להלכה בשו"ע ס' ס"ו סע' ט' והרי קי"ל כרבנן דבעינן כו"מ. ואף שלרבנן השיעבוד נקנה ע"י הכתיבה וא"כ לכאורה המסירה היא רק להקנות הניר ולמה בעינן בזה דוקא מסירה ולא סגי במשיכה והגבהה כקניית שאר מטלטלין. אך פשוט דגם לרבנן אין זה ב' קנינים נפרדים ופשוט שאם הקנה את הניר לצור ע"פ צלוחיתו ואח"כ רוצה להקנות את השיעבוד דלא מהני כתיבה לחדו להקנות את החוב, דרך עבדים וקרקעות נקנים בשטר, והכא בעינן דוקא כתיבה ומסירה דהיינו שאגב הקנת הניר מקנה גם את השיעבוד וכדי להקנות את השיעבוד אגב הקנת השטר בעינן כתיבה ולא סגי באמירה לחודיה לרבנן. וכיון שהשיעבוד נקנה אגב הקנת הניר בעינן שהניר יהיה נקנה ע"י קנין מסירה שהוא קנין שמשותף בו המוכר ובידו לצרף להקנת הניר את השיעבוד.

שיטת הרמב"ן. דמסירה בשטר הוא מסירה לבד ואין ענין של משיכה בשטר כיון שאינו מושך אלא את השטר ולא את החוב. וגם מסירה לא היה צריך להועיל כיון שאינו מוסר את החוב אלא את השטר אלא שתקנו חכמים שיקנה ע"י שמוציא המוכר את ראיותיו מתחת ידו וימסרם לקונה, ולזה סגי במסירה ולא בעינן לא משיכה ולא הגבהה. ומבואר ברמב"ן שמה שמכירת שטרות הוא דרבנן הוא מפני שיש חסרון במעשה הקנין כשיטת הרמב"ם ולא מפני שהחוב אינה ברשותו כשיטת הר"ף. הש"ך בס' ס"ו סק"ג כתב שהעיקר בזה כשיטת הרמב"ן דסגי במסירה בלי משיכה והגבהה ולא בשו"ע שפסק כשיטת התוס'. והאריך הש"ך לדחות כל הראיות של התוס' ע"ש. והקצות בסק"ח כתב דנראה עיקר כדעת התוס'.

אחד מהראיות של התוס' שמסירה בשטרות היינו עם משיכה הוא דלא מצאנו קנין מסירה במטלטלין אלא בספינה ובע"ח וא"כ אפילו לקנות הניר לצור ע"פ צלוחיתו לא היה קונה במסירה כ"ש לקנות השיעבוד דלא מהני. והקצה"ח בסק"ח מפרש דברי התוס' שאין ק"ו מהנייר לשיעבוד דיתכן שלנייר לא יועיל מסירה ולשיעבוד כן יועיל כסברת הרמב"ן, אלא כונת התוס' דא"א להקנות את השיעבוד בפנ"ע אלא עיקר הקנת השיעבוד הוא אגב הקנת הניר, ואם המסירה לא מועילה לנייר במה יקנה את השיעבוד. ובדעת הרמב"ן צ"ל שבכלל תקנ"ח שתקנו שיקנה את החוב ע"י מסירת השטר תקנו גם שיקנה את הניר ועל ידו יקנה את החוב. ואין לומר שלרמב"ן קונה רק את החוב ולא את השטר, שהרמב"ן לקמן ע"ו: כתב דהיכא דמסר ולא כתב אפשר שלא קנה אף גופו של שטר לצור ע"פ צלוחיתו מפני שיעקר מקחו לראיה שבו וזה בטל ולא יתקיים לחצאין. מבואר דהיכא דאיכא כתיבה ומסירה קונה גם את הניר וגם את החוב.

שיטת הריטב"א. הריטב"א מביא את דברי התוס' דמסירה דשטרות היינו הגבהה ומשיכה, אך התוס' כתבו דמה שנקרא מסירה הוא משום שצריך דעת אחרת מקנה, והריטב"א מבאר באופן אחר דז"ל קרי להגבהה זו מסירה כי מסירת השטר הוא כעין מוסרה ואפסר לראיה שבהן עכ"ל. דהיינו שלגבי הניר יש כאן קנין הגבהה אבל לגבי החוב הגבהה השטר הוא קנין מסירה, שהרי החוב לא הוגבה ולא נמשך אלא שהשטר הוא כמו מוסרה של החוב חכית השטר ע"י הגבהה הוא קנין מסירה כלפי החוב. אלא דהכא לא סגי במה שמחזיק במוסרה דהשיעבוד נקנה רק יחד עם הקנת הניר כמו שביאר הקצות הנ"ל. לכן בעינן הגבהה הניר וכלפי החוב יש כאן קנין מסירה כיון שהשטר שהוא המוסרה של החוב נמצא ביד הקונה.

בשו"ע סע' ד' מבואר דבעינן דוקא שימסור את השטר ליד הקונה ולא מהני הקנת השטר לקונה בקנין חליפין אפילו שכותב שטר אחר עליו אין ההקנאה שמקנה בחליפין מועיל ליחשב כמסירה. ותמה התומים למה גרע קנין חליפין משאר הקנאות. וכתב בזה הנהיבות בסק"ג ע"פ הרמב"ן דבעינן שיוציא המוכר את ראיותיו מתחת ידו ובקנין חליפין אין הוצאת הראיות מיד המוכר ולכן לא מהני. אך בדעת השו"ע א"א לומר כן דהשו"ע בסע' ט' פסק כשיטת התוס' דבעינן הגבהה השטר ולא סגי בהוצאת השטר מתח"י ומאידך בסע' ד' פסק דלא מהני חליפין ליחשב כמסירה. ויש לבאר ע"פ דברי הריטב"א דהקנת השטר לקונה בהגבהה הוא כדי שיקנה את הניר ומה שמועיל קנין זה לקנות את החוב הוא מפני שהשטר אפסרה דהחוב ולגבי החוב יש כאן קנין מסירה, וכמו שבקנין מסירה של בהמה לא יועיל שיקנה את המוסרה לקונה בקנין חליפין אלא בעינן שיחזיק את המוסרה בידו ממש, כך כאן כדי שהשטר יהיה קנין מסירה בשביל החוב בעינן שיעיג השטר ליד הקונה, אלא דהכא בעינן נמי הגבהה כדי שיוזכר בנייר דשיעבוד אינו נקנה לבדו אלא רק יחד עם הקנת הניר. ועיין מה שכתבנו בענין הקנת השטר בחליפין לקמן ע"ז.

ועוד דקתני ספינה במשיכה וכו'. התוס' הוכיחו דמסירה בשטרות אינו מסירה לחודיה דמוכח לעיל ששטר נקנה במסירה במקום שספינה נקנית במשיכה, דהיינו בסימטא, וע"כ דמסירה דשטר אינה מסירה לבד דמסירה אינו קונה בסימטא. וכתב בזה הש"ך בסק"ב כיון דמשיכה לא שייכא בשטר כמש"כ הרמב"ן דאין החוב נמשך א"כ מסירה קונה בסימטא, דהיינו שמה שמסירה אינו קונה בסימטא הוא משום שאפשר לקנות שם במשיכה אבל שטר שאינו נקנה במשיכה נקנה במסירה גם בסימטא. והקצות בסק"ח תלה דבר זה במחלוקת רשב"ם ור"ח כהן בטעם הדבר דמסירה אינו קונה בסימטא. לרשב"ם הטעם הוא משום שאפשר לקנות במשיכה, ולפ"ז בשטר דלא מהני משיכה יועיל מסירה בסימטא. ולר"ח כהן שהטעם הוא משום שנחשב רשותו של המוכר גם בשטר לא יועיל מסירה בסימטא.

לאפוקי מפקיר שטרותיו שאין המחזיק קונה מה שבתוכו כיון דליכא מסירה. מבורר בתוס' דהמפקיר שטרותיו היה יכול המחזיק בשטר לזכות בחוב ומה שאינו זוכה בחוב הוא רק מפני שהקנין לזכות בחוב הוא מסירה וצריך בזה דעת אחרת מקנה. דברי התוס' צ"ב מכמה טעמי. א. מהיכן פשוט לתוס' שאפשר להפקיר חוב הא כמו שא"ל למכור חוב אלא ע"י כו"מ ולכמה ראשונים גם כו"מ הוא רק מדרבנן מפני שהחוב אינה ברשותו א"כ גם להפקיר לא יוכל. ואף שתקנו חכמים שאפשר למכור חוב, תקנו דוקא ע"י כו"מ ומניין שאפשר להפקיר בלי כו"מ. ב. מבורר בדבריהם דלולי שמסירה צריכה דעת אחרת מקנה היה הזוכה בשטר זוכה גם בחוב. ואמאי הא קי"ל כרבנן דאינו קונה ע"י מסירת השטר לחודיה אלא בעינן כו"מ ואיך הזוכה בשטר של הפקיר זוכה בחוב בלי כו"מ. ואף דבתוס' י"ל דקאי אליבא דרבי דס"ל אותיות נקנות במסירה מ"מ דברי התוס' הובאו בשו"ע ואנן קי"ל כרבנן. ג. אם החוב הוא הפקיר יזכה בו הלוה מיד שהוא מוחזק בנכסיו וכמבואר בב"ק מ"ט: לגבי המחזיק במשכנו של ישראל שנמצא ביד גר ומת הגר דכיון דמת הגר פקע שיעבודיה ואין אחר יכול לזכות במשכון דכבר זכה בו הלוה.

א. בדבר השאלה דא"ל להפקיר חוב עיין בקצה"ח ס' ס"ו סק"ב שכתב שהסמ"ג כתב כדברי התוס' אך במקום מפקיר שטר כתב שבעל השטר היה גר שמת. וכתב הקצות שהסמ"ג שינה בזה מדברי התוס' משום דס"ל כשיטת רש"י בב"מ י"ב. דהפקיר נחשב דעת אחרת מקנה, ובמפקיר באמת הזוכה בשטר יכול לזכות בחוב. והתוס' שכתבו שהפקיר את השטר אזיל לשיטתו דס"ל בב"מ דהפקיר אינו נחשב דא"מ. ולולא דברי הקצות היה נראה דלעולם גם הסמ"ג יודה דהפקיר אינו דעת אחרת מקנה והא דפירש בגר שמת ולא במפקיר הוא משום דס"ל דא"ל להפקיר חוב. ונראה דביאור מחלוקת התוס' והסמ"ג בזה אם אפשר להפקיר חוב או לא תלוי במחלוקת הראשונים לענין להקדיש חוב. דהרי"ף ס"ל בריש פ"ד דב"ק דא"ל להקדיש חוב מפני שהחוב נחשב אינו ברשותו. ומה"ט סוכר הרי"ף בכתובות פ"ו. שמכירת שטרות דרבנן דהוי אינו ברשותו, וכמו שא"ל להקדיש גם א"ל להפקיר. עיין קור"ש ב"ב אות תקכ"ב שכתב שלרי"ף שא"ל להקדיש חוב ה"ה שא"ל להפקיר. אבל הרמב"ם ס"ל שמה שמכירת שטרות הוא דרבנן אינו משום שהחוב אינו ברשותו אלא מפני שמסירת השטר אינו מעשה קנין לקנות את החוב ורק מדרבנן תקנו שכונ"מ יהיה מעשה קנין בשביל החוב. וזה כשיטת בעה"מ בב"ק שם שחוב נחשב ברשותו. וא"כ המקדיש חוב יחול ההקדש דכיון שהקדש חל בדיבור אין חסרון במעשה קנין. א"כ י"ל דהתוס' דס"ל שאפשר להפקיר את החוב ס"ל כשיטת הרמב"ם שאפשר להקדיש חוב, ורק למכור א"ל מפני שאין מעשה קנין, והסמ"ג ס"ל כשיטת הרי"ף שחוב נחשב אינו ברשותו וכשם שא"ל להקדיש חוב כך א"ל להפקירו, ולכן כתב גר שמת במקום הפקיר.

הקצות בסוף סק"ב כתב שהתוס' שכתבו שאפשר להפקיר את החוב ס"ל כשיטת ר"ת דמכירת שטרות מן התורה. ולמה שנתבאר אין הכרח לזה די"ל דס"ל דהוי מדרבנן אך לא מטעמיה דהרי"ף אלא מטעמו של הרמב"ם דליכא מעשה קנין. והנ"מ בין טעם הרי"ף והרמב"ם הוא לענין הקדש והפקיר ומה שכתבו התוס' לקמן ע"ז. דא"ל להקדיש את השיעבוד נכסים דהוי אינו ברשותו, התם איירי לענין להקדיש את הקרקע המשוועבדת וזה לא ברשותו אבל החוב הוא ברשותו ויתכן שאפשר להקדישו מן התורה.

ב. בדבר השאלה שכל"ה א"ל לזכות בחוב ע"י זכיית השטר מפני שצריך כו"מ כתב הש"ך בס' ס"ו סקכ"ה בשם שו"ת מהר"ם מלובלין דרק במקום שנשאר זכות לבעל השטר בעינן כו"מ אבל במפקיר שנתרוקן כל זכותו של המלוה יכול המחזיק בשטר לזכות בחוב בלי כתיבה, ורק מפני שצריך דעת אחרת מקנה לא מהני זכייתו. והש"ך כתב ע"ז ולא נהירא. הקצות בסק"ט כתב דענין הכתיבה הוא כדי לגלות דעת המוכר שמקנה את השיעבוד עם הקנאת השטר וס"ל להתוס' דלא בעינן שיגיע שטר הכתיבה ליד הקונה דאינו חלק ממעשה הקנין של הקונה אלא מגלה דעתו של המוכר. ובהפקיר שיצא הכל מרשות המקנה ע"י ההפקיר לא בעינן כתיבה. ומוסיף הקצות שאפילו אם כן צריך שיגיע הכתיבה לקונה אין זה בשביל זכיית הקונה אלא כדי שיצא השיעבוד מרשות המוכר ובהפקיר שיצא מרשות המקנה ע"י ההפקיר סגי במסירה בלי כתיבה. ובעיקר הדבר שכתב הקצות דלא בעינן שיגיע הכתיבה ליד הקונה עיין לקמן שכתבנו בס"ד שברשב"ם ועוד הראשונים מפורש דבעינן שיגיע הכתיבה ליד הקונה.

הנתיבות בסק"ד כתב דלעולם לא מהני הפקיר על גוף החוב דכמו שא"ל להקדיש חוב דהוי אינו ברשותו כך א"ל להפקיר חוב, וגם אם היה אפשר להפקיר את החוב א"ל לזכות בחוב ע"י זכיית השטר דבעינן כו"מ, ומה שמבואר בשו"ע דלולא שצריך דעת אחרת מקנה יכול לזכות בשטר כשהמלוה הפקירו אין הכונה לענין החוב אלא לגבי השטר, שהמלוה יש לו קנין בשטר להחזיקו עד פרעון החוב וקנין זה יכול להקנות לאחר, וה"ה שיכול להפקיר קנין זה. ובזה יכול הזוכה לזכות ולא בעינן בזה כו"מ דאינו זוכה בחוב אלא רק בשטר. והדברים לכאורה תמוהים דאם אינו זוכה בחוב אלא רק בשטר למה בעינן בזה קנין מסירה ודעת אחרת מקנה הא זה צריך רק כדי לזכות בחוב אבל זכיית השטר הוא כזכייט נ"ירא בעלמא ולא בעינן בזה דעת אחרת מקנה. וגם מש"כ דרק המחבר ס"ל דבעינן בזה דעת אחרת מקנה אבל התוס' לא ס"ל כן דכתבו לקמן דמהני יאוש בשטר ויכול הזוכה לזכות בשטר בלי דא"מ. ותימה הא מקור דברי המחבר הם מדברי התוס' ואיך כתב שהתוס' חולקים בזה על המחבר וצ"ע.

ג. בדבר השאלה אמאי לא זוכה הלוה ברגע שהמלוה מפקיר את החוב הש"ך עמד בזה בסקכ"ה וכתב דאיירי בשטר על עכר"ם. ואינו מוכן שגם אם הלוה הוא עכר"ם הוא זוכה ע"י שהמלוה מפקיר את החוב ומ"ש לזה עכר"ם מלוח ישראל לענין זה. ועיין בקצה"ח

בסקי"א שהקשה כן על הש"ך. וכתב הקצות דקי"ל בס' רע"ג ע"פ הגמ' בדרים דתקנו חכמים שעד ג' ימים אין ההפקר יוצא מרשות המפקיר אא"כ זכה בו אחר. א"כ עד ג' ימים השיעבוד עדיין שייך למלוה ואין הלוה זוכה בו אא"כ יזכה הוא בשטר. ולכן אחר שזכה בשטר בתוך ג' ימים זוכה בחוב, והלוה אינו זוכה בתוך ג' ימים אא"כ זכה הוא בשטר. אך זה מיישב רק את דברי התוס' דכתבו שהמלוה הפקיר את השטר, אבל הסמ"ג שכתב שהמלוה היה גר שמת א"כ מיד פקע בעלותו על החוב וזכה הוא לא זוכה הלוה מיד ואיך יכול אחר לזכות ע"י זכיית השטר. עיין מש"כ בזה הקצות בסקי"ב.

ספינה נקנת במסירה. כתבו התוס' בשם הרשב"ם דבריה"ר שא"א לקנות במשיכה מהני מסירה, אבל בסימטא דשייכא משיכה לא קניא מסירה שהיא קנין גרוע. [לשון הרשב"ם בעמ' ב' בד"ה משיכה הוא שבסימטא שאפשר במשיכה לא מהניא ביה מסירה דעיקר מסירה אורחה ברה"ר ומשיכה אורחה ברשות שיש לו חלק בו. משמע דמה דלא מהני מסירה בסימטא הוא לא רק משום דאפשר לעשות שם קנין יותר טוב אלא דמסירה אורחה ברה"ר ולא בסימטא. וצ"ל דהתוס' ס"ל דע"כ אין כונת הרשב"ם דאין הדרך למסור בסימטא דאם הדרך למשוך ובדרך כלל יש מסירה בכלל משיכה א"כ בודאי הדרך גם למסור אלא כיון שאפשר לקנות בקנין מעליא אין הדרך לקנות בקנין גרוע וממילא לא תקנו קנין גרוע במקום שאפשר לעשות קנין טוב]. ר"ת מקשה על הרשב"ם א. וכי מצות הן שיש ענין להדר בהם ואין סברא שמה שאפשר לעשות קנין טוב יותר הוא סיבה שלא יתעיל הקנין הגרוע מאחר שגם הקנין הגרוע הוא קנין המועיל במקום שא"א לקנות בקנין הטוב. ב. כל הני פירכי דפריך לקמן על מ"ד דדבר שדרכו בהגבהה אינו נקנה במשיכה למה לא הקשו כאן על הא דלא מהני מסירה בסימטא. דברי ר"ת צ"ב דלכאורה ב' שאלותיו סתרי אהדדי. דבשאלה הראשונה שמקשה וכי מצות הן ע"כ ס"ל דמה שיש מ"ד דדבר שדרכו בהגבהה אינו נקנה במשיכה הוא מטעם אחר ולא בגלל סברת הרשב"ם שקנין הטוב מבטל את הקנין הגרוע, וא"כ מה מקשה בשאלה השניה שיקשו כאן מה שהקשו לקמן. ואין לומר שהשאלה השניה היא אחרי שתירץ ר"י את השאלה הראשונה שברא"ש מובא שתי השאלות של ר"ת בזה אחר זה ורק אח"כ מביא הרא"ש את תירצו של ר"י.

אך הביאור בדברי ר"ת הוא דס"ל שאין סיבה שקנין טוב יבטל קנין גרוע, ומה שיש מ"ד לקמן דדבר שדרכו בהגבהה אינו נקנה במשיכה, סובר ר"ת דאין זה מפני שאפשר לקנות בקנין טוב יותר, אלא משום שדבר שאפשר להגביהו אין הדרך למושכו, ומשיכה בדבר שאפשר להגביה היא פעולה משונה ואין זה מעשה קנין. אבל דבר שאפשר לקנותו ע"י משיכה, אין מסירתו דבר משונה, ואי משום שאפשר לקנות בקנין יותר טוב וכי מצות הן. ועוד מקשה ר"ת דאף שמהמ"ד דבר שדרכו בהגבהה לא נקנה במשיכה אין מקור לסברת הרשב"ם דשאני התם דמשיכה בדבר כזה הוא משונה, מ"מ ממה שיש צד בגמ' שאפילו דבר שדרכו בהגבהה נקנה במשיכה ואין חסרון במה שאין הדרך למשוך חפץ כזה, מ"מ ת"ל שלא יקנה במשיכה מפני שיכול לקנות בקנין טוב יותר שהרי הדרך להגביהו. א"כ הראיות שהגמ' שם מביאה שדבר שדרכו בהגבהה לא נקנה במשיכה אינם ראיות לסברת הרשב"ם, ומאידך הראיות שהגמ' מביאה שם שדבר שדרכו בהגבהה כן נקנה במשיכה הם סתירה לסברת הרשב"ם ואמאי לא הביאו ראיות אלו כאן.

עכ"פ יוצא מחלוקת ר"י ורשב"ם עם ר"ת בסברת הדין דדבר שדרכו בהגבהה שאינו נקנה במשיכה. לר"י ולרשב"ם הטעם הוא משום שבמקום שאפשר לקנות בקנין מעליא לא מהני קנין גרוע. לר"ת הטעם מפני שדבר שאפשר להגביה אותו אין הדרך למושכו. וכיון שמשיכה בדבר כזה הוא משונה אין זה קונה. ועיין בר' יונה שכתב בהדיא דמה שר"ת מקשה על רשב"ם וכי מצות הן ולא ס"ל כתי' ר"י דמצאנו כן בהגבהה ומשיכה הוא משום דס"ל דהתם שאני דאין הדרך למשוך דבר שאפשר בהגבהה ולא דמי להכא שגם דבר שאפשר למשוך אין מסירתו דבר משונה.

עוד מקשה ר"ת אי מסירה לא מהניא בסימטא מה הקשו בקידושין על רב דאמר בהמה גסה נקנית במשיכה מהמשנה שבהמה נקנית במסירה, נימא דהמשנה איירי ברה"ר ולא מהני משיכה ואז קונים במסירה, ורב איירי בסימטא ושם מהני משיכה ולא מסירה. ומבואר בהמשך דברי התוס' שזה קשה רק לרשב"ם אבל לר"ת ניהא, דלדבריו שמסירה עדיף ממשיכה א"כ המשנה שאומרת מסירה היינו מסירה ולא משיכה וקשיא לרב. ולכאורה אינו מובן דהכא הקשו מהברייתא דקתני שספינה נקנית במסירה לברייתא דלעיל שנקנה במשיכה, ותירצו דלעיל איירי בסימטא והכא איירי ברה"ר, א"כ לכו"ע אמאי לא משני הכי בקידושין. ואם לר"ת שמסירה עדיף המשנה שאומרת שנקנה במסירה היינו מסירה ולא משיכה א"כ ה"נ נימא לרשב"ם שמשיכה עדיף שרב דאמר שנקנה במשיכה היינו משיכה דוקא ושפיר הקשו מהמשנה שמבואר שנקנה גם במסירה. וזה מה שר"י מתרץ את הרשב"ם, ואמאי ניהא לר"ת יותר מלרשב"ם. ואדרבה לרשב"ם ניהא טפי ולרשב"ם לא קשה מכאן דר"י תירץ דבעלמא אם כתוב שקונה במשיכה מוכח שאינו קונה במסירה אבל כאן כתוב שספינה נקנית במשיכה לאשמועינן שגם בסימטא מהני מסירה בשטר דמסירה דשטר היינו מסירה עם משיכה. אבל לר"ת דהכא דקתני נקנה במסירה היינו מסירה דוקא ומה"ט הקשו בקידושין על רב דאמר משיכה, א"כ איך משני הכא הא בסימטא והא ברה"ר. ועיין במהר"ם שעמד בזה ומוחק דהכא אין ראיה מדקתני מסירה שמשיכה לא קונה בשום מקום [ואפשר רק לדייק שבאותו מקום לא מהני משיכה ולכן צריך להעמיד את הברייתא שנקנה במסירה בסימטא] ורק בקידושין דאיירי בהלכות קנינים אם כתוב מסירה משמע שמשיכה לא קונה בשום מקום. עכ"פ מה שקשה משם על הרשב"ם קשה גם על ר"ת וצ"ב אמאי סבר ר"ת שלשיתו ניהא טפי הגמ' בקידושין מלשית הרשב"ם. ושור"ר שהמהרש"א מבאר דברי התוס' יעו"ש.

מיהו י"ל דלמאי דמסיק וכו'. כתבו דקפידא שייך גם בקנין גרוע. והקשו א"כ אמאי קתני לא קנה עד שימשכנה או עד שישכור את מקומו, ואין קונה ע"י שכירות מקום הרי הקפיד שיקנה במשיכה, ואף ששכירות מקום עדיף מ"מ איכא קפידא בגרוע. ותירצו דשכירות מקום הוי כעין משיכה שמביאה לרשותו. לעיל ע"ה: הובאו דברי הרשב"א בקידושין כ"ו. שכתב דשמעינן מהגמ' שם ששכירות מקום אינו מדין משיכה. ומבואר דיש מקום לומר דשכירות מקום יקנה מדין משיכה דע"י שכירות המקום הוא מכניס את החפץ לרשותו. והובא לעיל שהקה"י בב"מ ס' כ"ז מצדד לומר שלרשב"א אליבא דאמת איכא בשכירות מקום משיכה, והרשב"א רק כתב דמוכח שקונה גם במקום דלא מהני משיכה ומוכח שיש בזה גם קנין חצר ולא רק משיכה, אבל לעולם כלול בזה גם משיכה. וא"כ פשוט שהקפידא על קנין משיכה לא יבטל את הקנין של שכירות מקום שגם בזה כלול משיכה. אמנם מדברי התוס' אין הכרח דס"ל כן דיש לפרש כונתם דאף

ששכירות מקום הוא קנין חצר ולא קנין משיכה מ"מ סיבת הקפידא על קנין משיכה הוא משום שמקפיד שלא יחול הקנין עד שימשוך לרשותו, וענין זה מתקיים גם בשכירות מקום א"כ אין סיבה לקפידא בזה. וענין ברשב"א כאן ד"ה אמר ר"א שמקשה קושית התוס' אין קונה בשכירות מקום הרי הקפיד על משיכה וכתב וז"ל וניחא לי דלך משוך בעיקר משיכה שימשוך ויכנסנה ברשותו הוא דקאמר ליה דעיקרה של קניית משיכה זהו, וכיון שכן כל ששכר את מקומה הרי נכנסה ברשותו עכ"ל. גם לשון זה יש לפרש בב' אופנים. א. ששכירות מקום יש בו גם משום משיכה כיון שמכניס לרשותו. ב. אין סיבה לקפידא כיון שנכנס לרשותו, והקפידא הוא לא על מעשה הקנין אלא שיכנס לרשותו.

הריטב"א כתב וז"ל וי"ל דשכירות מקום אין לך משיכה גדולה כמוה עכ"ל. ומלשון זה משמע דלא רק שאין סיבה לקפידא אלא שבשכירות מקום איכא קנין משיכה ממש. וזה כמו שכתב הקה"י בב"מ ס' כ"ז בדעת הרשב"א בקידושין.

הרמ"ה באות כ"ה חולק על עיקר דברי התוס' וס"ל דקפידא איכא רק שלא יעשה קנין גרוע יותר אבל בקנין טוב יותר ליכא קפידא. ולדבריו ניהא למה מהני שכירות מקום אף שהקפיד על משיכה. נמצא ג' דרכים בזה. א. יש בשכירות מקום קנין משיכה ממש. ב. אף שאינו משיכה מ"מ אין סיבה לקפידא כיון שנכנס לרשותו. ג. אין קפידא מבטל קנין טוב יותר.

ומעיקרא כי הוה ס"ד וכו'. ביאור דברי התוס' דאיכא בגמ' ג' דרכים בביאור דברי חכמים דאינו קונה במסירה עד שימשוך. בתחילה ס"ד דאיידי בסימטא ורבנן ס"ל דמסירה אינו קונה בסימטא. וכדי לישב את הסתירה ברבי העמידו ברה"ר וס"ד דסברת חכמים דמסירה אינו קונה ברה"ר. ובמסקנא טעמייהו דרבנן משום קפידא. וכבר כתבו דלמסקנא לא קשה מכאן על ר"ת דאף שמסירה עדיף מ"מ יש קפידא גם בקנין הגרוע. וממה דס"ד דס"ל שמסירה אינו קונה ברה"ר נמי לא קשיא לר"ת דאף דמסירה עדיפה ממשכה מ"מ ס"ד דכמו שמשיכה אינו קונה ברה"ר כך מסירה אינו קונה ברה"ר. אבל מהה"א הראשונה דס"ד שמסירה אינו קונה בסימטא קשה על ר"ת דכיון שמסירה עדיף ממשכה ומשיכה קונה בסימטא למה שמסירה לא יקנה בסימטא.

בסוף הדיבור הקשו עוד על ר"ת ממה שהקשו בקידושין על רב דאמר שבהמה גסה נקנית במשיכה ממתני' דקתני שנקנה במסירה, ולר"ת השאלה היא דבמשנה משמע שנקנה במסירה ולא במשיכה, וקשה דכמו כן יש משנה בב"מ כרב דבהמה גסה נקנה במשיכה. אבל לרשב"ם ניהא דהשאלה של הגמ' בקידושין אינה על משיכה אלא על מסירה דרב אמר משיכה ולא מסירה ובמשנה מבורר שנקנה גם במסירה. ותרצו דבב"מ מיידי במציאה דלא אפשר למיקני במסירה לכן נקנה במשיכה אבל היכא דאפשר לקנות במסירה אין משיכה קונה. ואינו מובן דעל כעין זה הקשה ר"ת בתחילת דבריו על דברי הרשב"ם וכי מצות הן. ובשלמא מה דסבר ר"ת דכיון שמסירה עדיף ממשכה א"כ למ"ד בהמה גסה נקנית במסירה, מסירה דוקא ולא משיכה לא קשה בזה וכי מצות הן דהקנין של הבהמה גסה היא מסירה ולא משיכה ומשיכה אינו קנין לבהמה גסה בשום מקום, ורק על הרשב"ם הקשה ר"ת דהרשב"ם ס"ל שכשא"א למשוך קונים במסירה וכשאפשר למשוך בעינן דוקא משיכה, תצ"ז קשה כיון שמסירה הוא ג"כ קנין המועיל למה כשאפשר למשוך לא מהני מסירה. אבל מה שכתב ר"ת בסוף הדיבור דאף דמבורר במשנה בקידושין שבהמה גסה נקנית במסירה ולא במשיכה, מ"מ בהפקר שלא מהני מסירה מהני משיכה, וכאן יקשה גם לר"ת דמאחר ובהפקר כשא"א לקנות במסירה קונה משיכה א"כ אמאי במקח שמהני מסירה לא קונה משיכה וכי מצות הן. וצ"ל דעל ר"ת לא קשה שבמקום שאפשר לקנות במסירה שהוא קנין טוב לא תקנו קנין גרוע, אבל בהפקר שא"א לקנות במסירה מוכרחים לתקן שיקנה במשיכה. אבל ברשב"ם אם ברה"ר קונה במסירה אף שיש עיצה לקנות במסירה ע"י שיביאנו לסימטא, ע"כ דמסירה הוא קנין טוב א"כ למה לא יקנה גם בסימטא, ומה בכך דשם אפשר לקנות בקנין טוב יותר וכי מצות הן.

שיטת ר"ח כהן. התוס' בקידושין כ"ה: כתבו בשם ר' חיים כהן כשיטת הרשב"ם דמסירה אינו קונה בסימטא אבל לא מטעמיה דהרשב"ם אלא משום דסימטא נחשב רשות של מי שמתמש בסימטא. ואם המוכר הביא בהמתו לסימטא זה נחשב רשות שלו, ומסירה ברשות המוכר לא קניא. לכן בענין שימשוך כדי שיצא מרשות המוכר. וכדבריו כתב כאן הרמ"ה ע"ש.

הקצה"ח בס' קפ"ט סק"א מביא שיי"א שמפקיד שרוצה להקנות את הפקדון לשומר בקנין חצר אינו יכול דרשות השומר מושאל למפקיד ואין זה קונה לשומר. ומביא הקצות שהמהר"ט דחה דבריהם דאפילו אם החצר מושאל למפקיד זה רק כל זמן שהפקדון שלו אבל כשרוצה להקנות את הפקדון לשומר הרשות כבר אינה מושאלת לו וחצרו של השומר וקנינו באים כאחד, ויכול לקנות את הפקדון בקנין חצר. הקצות חולק וס"ל שלענין זה לא אמרינן חצרו וקנינו באים כאחד. מדברי ר"ח כהן מוכח לכאורה דלא כמהר"ט דגם כאן הסימטא נחשב רשותו של המוכר רק כ"ז שהחפץ שמונח בסימטא הוא שלו, וכשיקנה הקונה את החפץ הסימטא יהיה רשותו של הקונה כיון שזה משמש את הקונה, ואעפ"כ כדי שיחול הקנין בענין שיצא ממקומו הראשון, ולא אמרינן רשותו וקנינו באים כאחד. ומדברי החולקים על ר"ח כהן וס"ל דמסירה קונה בסימטא [או שלא קונה בגלל סברת הרשב"ם ולולא זה היה קונה] אין להביא ראיה לדברי המהר"ט ד"ל דס"ל שסימטא הוא רשות המוכר רק כ"ז שהמקום משמש אותו. אבל ברגע שרוצה להקנות את החפץ לקונה המקום משמש את הקונה וגם לפני הקנין המקום נעשה רשותו.

אמנם הריטב"א כאן כשמבאר הסברא שמסירה קונה בסימטא כתב וז"ל וכ"ש בסימטא שהיא כמונחת עתה ברשותו וכשמסרה לו היא ומקומה מסר לו ובאים כאחד עכ"ל. הרי מבואר דאין הקונה זוכה בסימטא לפני הקנין אלא הרשות והקנין באים כאחד, וזה כסברת המהר"ט. אך גם מהריטב"א אין ראיה לחידושו של המהר"ט דהכא קונה במסירה ולא בקנין חצר, וגם לפני שזוכה ברשות איכא קנין מסירה שהוא סיבה לקנין אלא שרשות המוכר מקלקל, ובה אמרינן דרשות הקונה וקנינו באים כאחד. אבל במקום שקונה בקנין חצר, כ"ז שהחצר אינו שלו אין סיבה לקנין, ואין ראיה מהריטב"א שגם בזה נאמר שחצרו וקנינו באים כאחד.

דף עו:

עד שישכור את מקומה. פרש"י דקונה מדין חצר. מוכח דחצר שכורה קונה לשוכר. וכן מבואר לקמן פ"ד: אם היה פיקח שוכר את מקומו ובקידושין כ"ה לגבי פיל מבואר ג"כ שקונה ע"י ששוכר את מקומו. וזה כשיטת רש"י בב"מ ק"ב. שחצר שכורה קונה לשוכר. ושיטת הרמב"ם פ"ו משכירות ה"ה שחצר שכורה קונה למשכיר ולא לשוכר. והראב"ד מקשה מהא דמבואר בכמה מקומות דקונה ע"י שוכר את מקומו. הש"ך בס' ש"ג כתב לישב בב' אופנים. עיין מה שכתבנו בס"ד בב"מ ק"ב. ובקידושין כ"ו. בביאור דבריו.

וכן מוכח כאן דחצר קונה גם כשהחפץ הנקנה נמצא בחצר לפני קניית החצר, ודלא כשיטת"ק בב"מ כ"ו. בשם התוס' חיצוניות שבכה"ג אין החצר קונה. וכבר תמחו האחרונים ע"ז מכמה מקומות. עיין מה שכתבנו בזה בב"מ שם. אמנם לפי מש"כ הש"ך בס' ר"ג סק"א בשם בעל העיטור דהא דאמר גבי בהמה שוכר את מקומו אין הכונה לקנין חצר אלא לקנין אגב אין ראיה מכאן שחצר שכורה קונה לשוכר ולא שאפשר לקנות את החצר ומה שבתוכו יחד. אבל קשה דא"כ ל"ל שוכר את מקומו דוקא הא קי"ל דלא בעינן צבורין.

רשב"ם ד"ה לא קשיא. כתב הרשב"ם דהא דאמר רבי ספינה נקנית במסירה והעמידו ברה"ר היינו ברקק מים שבוה"ר. וכן הא דקתני שספינה נקנית במשיכה והעמידו בסימטא פירש הרשב"ם כגון מבראות קטנים הפתוחים לרה"ר ויש בהם מים וספינה עומדת שם. ומשמע דס"ל שמה שספינה נקנית במסירה ברה"ר ובמשיכה בסימטא הוא דוקא כשעומדת במים ולא ביבשה. וכ"כ הג"י כאן והובא בב"י בס' קצ"ח. בשו"ע שם ס' קצ"ח סע' י"ג הובא ש"י דספינה אינה נקנית במשיכה אלא כדרך משיכתה כגון שמונחת במים. וכתב ע"ז הסמ"ע סק"ט שברשב"ם משמע שגם במסירה אינה נקנית אלא במים. אך הגאון בסק"י"ח חולק וס"ל שרק במשיכה בעינן שיהיה במים דאין דרך משיכתה ביבשה, אבל לגבי מסירה לא בעינן שיהיה במים. ומש"כ הרשב"ם על הא דנקנית במסירה ברה"ר שהיה שם רקק מים הוא משום דמשמע שמשיכה לא מהני רק מפני שזה דה"ר, ואם אין שם מים בל"ה לא יועיל משיכה, אבל לגבי מסירה לא בעינן דוקא שיהיה במים.

לענין מסירה אי מהני דוקא במים או לא לכאורה תלוי בטעם שמהני מסירה בספינה ושונה משאר מטלטלים דאינם נקנים במסירה. לסברת הרא"ש שמסירה קונה רק בבע"ח ובספינה מפני שזדים ע"י תפיסה כל דהו וגם האחיזה בהם יש לה השפעה, זה שייך דוקא כשהספינה מונחת על המים. אבל סברת הרמב"ם שהספינה נקנית במסירה מפני שיש במשיכתה טורח גדול קיימת גם כשהספינה ביבשה. ובשו"ע שם סע' ג' הובא סברת הרמב"ם ולכן נקט הגאון דקי"ל שגם ביבשה ספינה נקנית במסירה.

מה שמשיכה מהני בספינה דוקא במים לדעת הרשב"ם כתב הגאון משום דבמקח וממכר צריך לקנות כדרך שבב"א קונים ואין הדרך למשוך ספינה בלא מים. וסברא זו מבוארת בג"י בב"מ ט: בספק של הגמ' במשון בהמה וקני כלים שעליה שמפרש בבהמה כפותה והספק הוא שמא אין בהמה נקנית אלא כדרך משיכתה שהולכת מעצמה ע"י שמושכים אותה ולא כשגוררים אותה. דברי הג"י הובאו ברע"א בשו"ע ס' קצ"ז סע' ג' ע"ש.

אי ברה"ר ממאן אוגיר. הקשו התוס' דגם אי איירי בסימטא קשה ממאן אוגיר. ר' יונה כתב דבסימטא אפשר לשכור מבני המבוי. והתוס' תרצו דאפשר להעמיד בחצר של שניהם. והא דצריך לשכור את מקומו ואינו קונה בקנין חצר הוא משום דמבואר לקמן פ"ד: שחצר השותפין אין קונים זה מזה, וכמו שכתבו התוס' בקידושין ח: ד"ה אם היה והר"ן שם. ולכן צריך שישכור את מקומו כדי שיהיה כל הרשות שלו, או שימשוך. ומשיכה מהני אף שהחצר הוא גם של המוכר ומשיכה ברשות המוכר אינה קונה, דעיי' במהצ"א קנין חצר ס' ו' שמה שחצר השותפין אין קונים בו זה מזה הוא דוקא כשהחפץ היה מונח שם בתחילה, בזה מקום החפץ הוא רשות המקנה ואין הקונה זוכה בקנין חצר, אבל אם המוכר הניח מעיקרא כדי למכור לשותף קנה דבאופן זה המקום מושאל לקונה לצורך קנינו. ומה"ט גם משיכה מהני כיון שהובא למקום החדש לצורך קנינו של הקונה. ודמי לסברת ר"ח כהן בסימטא.

משיכה ברה"ר מי קניא. בכתובות ל"א: פליגי אמוראי בגב שמשך ברה"ר אם מתחייב באונסין או לא. והקשו שם התוס' מכאן דפשוט לגמ' שמשיכה ברה"ר לא קונה. ותי' ר"י דבמכר לכו"ע משיכה אינה קונה ברה"ר והמחלוקת שם הוא לענין חיוב אונסין דגב, בזה איכא מ"ד דסגי במשיכה ברה"ר. ונחלקו האחרונים בביאור דברי ר"י אם מה שגב שאני הוא משום דחיוב אונסין דגב תלוי בהוצאה מרשות הבעלים ולא בעינן מעשה קנין, או דבעינן מעשה קנין אלא שבקנין לחיוב אונסין אין חסרון של דה"ר כיון שבל"ה אין החפץ נעשה שלו ע"י קנין זה לכן לא בעינן הכנסה לרשותו. עיין מש"כ בזה הדברי יחזקאל ס' כ"ה אות ב'. ונ"מ אם ע"י משיכה ברה"ר יש לגבב קניני גזילה לקנות בשינוי או לא. שאם גם בגבב אין משיכה ברה"ר קנין אלא שיש חיוב אונסין ע"י הוצאה מרשות הבעלים בלי קנין א"כ חיוב אונסין איכא אבל לא יקנה בשינוי, ומצאנו חיוב אונסין בלי קניני גזילה בכופר בפקדון. אבל אם לגבי גבב משיכה ברה"ר הוי קנין יקנה בשינוי. ועי' באבן האזל פ"ב מגזילה ה"ט ופ"ג מגביה שמאריך לבאר שיש חיוב אונסין גם בלי קנין. והאבי עזרי כפ"ח מגזילה ה"י ד"ה ונראה פשיטא ליה שגבב שנתחייב באונסין ע"י משיכה ברה"ר אינו קונה בשינוי. אבל האו"ש בפ"ג מגביה ה"ב ד"ה והנראה נקט שגם ע"י משיכה ברה"ר אם מתחייב באונסין הוא גם קונה בשינוי. עוד נ"מ מזה איכא שאם משיכה ברה"ר הוא קנין בגבב א"כ גם אם החפץ כבר היה ברה"ר ומשכו שם הוא מתחייב באונסין אבל אם זה לא קנין אלא שחייב על הוצאה מרשות הבעלים בעינן דוקא שיוציא מרשותו לרה"ר ולא מהני משיכה כשכבר נמצא ברה"ר. ואף שהאבה"א הנ"ל מסתפק שמא גם בזה מתחייב מדברי הריטב"א והרא"ה בכתובות לא: מוכח דאינו מתחייב אלא כשמוציא מרשות הבעלים כמו שכתבנו בכתובות בס"ד.

נמצא ב' נ"מ בזה. א. אם במשיכה ברה"ר איכא קניני גזילה ויקנה בשינוי או רק חיוב אונסין. ב. אם חייב רק כשהוציא מרשות הבעלים או גם כשהיה ברה"ר ומשך שם.

הריצב"א בתוס' הנ"ל בכתובות ס"ל שאין לחלק בין משיכה בקנין למשיכה בגבב והמ"ד דאית ליה בכתובות שגבב מתחייב ע"י משיכה ברה"ר פליג אסוגיא דידן וס"ל שגם במקח וממכר מהני משיכה ברה"ר. התוס' בב"מ צ"ט. כתבו בתי' אחד ששואל שצריך קנין

להתחייב באונסין מתחייב גם ע"י משיכה ברה"ר. ובתי' השני ס"ל שלא מהני משיכה ברה"ר בשביל חיוב אונסין דשואל. וכתב הקו"ש בב"ק ע"ט. דב' תירוצי התוס' בב"מ תלויים במחלוקת ר"י וריצב"א בתוס' בכתובות לגבי משיכה ברה"ר בגב. וכדבריו מבואר בשעה"מ פ"ג מגביה ה"ב ד"ה ועוד ע"ש. ועיין מה שכתבנו בזה בס"ד בב"מ צ"ט.

הגבהה קונה בכל מקום. יש לעיין אם מה שהגבהה קונה ברשות המוכר ומשיכה לא, הוא משום דקנין הגבהה הוא קנין טוב יותר, דמה"ט דבר שדרכו להגביה אינו נקנה במשיכה לפי שיטת ר"י בתוס' לעיל בריש ד"ה ספינה, וקנין מעליא מהני אפילו ברשות המוכר. או דלמא שני הקנינים שוים ושניהם לא קונים ברשות המוכר, אלא שהגבהה כיון שהגבהה אינו עומד ברשות המוכר משא"כ משיכה החפץ נמצא ברשות המוכר. הרשב"א כאן נקט כצד זה ומקשה אמאי קונה הגבהה ברשות מוכר הא גם כשהוא מוגבה הוא נמצא ברשות המוכר דאז"ל חצר חצר, ואפילו אויר שאין סופו לנוח נחשב רשות המוכר. ותי' דכיון דאיכא דעת אחרת מקנה ונעקר מעיקר הרשות שהוא החצר אין האז"ל חצר חצר כל כך לבטל קנין ההגבהה. משא"כ במשיכה שעומד על החצר ממש אינו קונה אף שיש דא"מ. ומש"כ שהגבהה קונה ברשות מוכר מפני שיש דא"מ צ"ע דמבואר במשנה בב"ק ע"ט. לגבי גב דאינו מתחייב באונסין ע"י משיכה ברשות הבעלים, וע"י הגבהה מתחייב ברשות הבעלים, הרי שהגבהה נחשב קנין ברשות הבעלים גם כשאין דעת אחרת מקנה.

יש לעיין במה שכתב הרשב"א שאז"ל אינו חשוב כ"כ לכן כשיש דא"מ מהני הגבהה באז"ל חצר של המוכר, אם כונתו דוקא כשהוא אויר שאין סופו לנוח או אפילו באז"ל שסופו לנוח. והנ"מ הוא במקום שאינו בידו ממש אלא מוגבה מכחו וסופו ליפול לחצר. ודין זה מבואר ברשב"א בקידושין כ"ו על הגמ' שפיל נקנה ע"י חבילי זמורות, שמביא הרשב"א י"מ שזמורות הם מאכל הפילים וכשתולה אותה למעלה הפיל קופץ והו"ל הגבהה מחמתו. וכתב ע"ז הרשב"א וז"ל וקשיא לן אם אינו מגביהו ממש כיון שעומד באז"ל חצר של מוכר היכי קני ליה לוקח והא קי"ל דאז"ל חצר חצר וכל שסופו לנוח כנח ע"ג קרקע חשבינן ליה עכ"ל. הרי מפורש שתירוצו כאן הוא דוקא כשנמצא בידו והוא אויר שאין סופו לנוח בזה אין רשות המוכר חשוב ולא מעכב את הקנין משא"כ כשמוגבה מכחו וסופו לנוח.

הקצה"ח בס' רע"ג סק"ד חולק ומוכיח מכמה ראשונים שגם כשאינו בידו ממש אלא מוגבה מכחו קונה ברשות המוכר. ואחד מראיותיו הוא מהתוס' בב"ק צ"ה. שהקשו אמאי אינו קונה באד"י אד"י מ"ש מטרף אקן דקונה כשמוגבה מכחו. ואין רצו שיקנה הרי איירי ברה"ר וכשאינו בידו אין לזה מעלת הגבהה שקונה ברה"ר. אלא מוכח דס"ל שגם כשאינו בידו אלא מוגבה מכחו יש לזה דין הגבהה וקונה ברה"ר דה"ה דקונה ברשות המוכר. ולכאורה יש לחלק בזה בין רשות מוכר ברה"ר, דרשות מוכר אינו רק חסרון במעשה קנין אלא רשות מוכר מקלקל ואף שמוגבה מכחו יש לו חשיבות של קנין הגבהה מ"מ כל שאינו בידו הרי נמצא ברשות המוכר וזה מונע את הקנין, משא"כ דה"ר כל שמוגבה מכחו הרי זה קנין הגבהה ולא משיכה ואליהם לקנות אפילו ברה"ר.

התוס' שם בב"ק תרצו בתי' השני שרק בטרף בקן מהני מה שמוגבה מכחו אף שאינו בידו משום שזה דרך הגבהה משא"כ באד"י אד"י אין זה דרך הגבהה. והקשה ע"ז האור"ש בפ"א ממכירה ה"ד ד"ה אולם דמבואר בתוס' לקמן פ"ו. דהגבהה קונה גם בדברים שאין דרכם להגביה. ותי' דהתם איירי כשמוגבה בידו ממש אבל היכא דמוגבה מכחו אין לזה חשיבות של קנין הגבהה ומהני רק במקום שדרכו בכך. וזה ע"פ שיטת הרשב"א בקידושין שמוגבה מכחו ואינו בידו אינו קונה ברשות המוכר. אך התם י"ל דטעמא דהוי כאז"ל שסופו לנוח משא"כ כשנמצא בידו אין זה סופו לנוח. אבל באז"ל חצר חצר דגם כשהחסרון אינו מחמת הרשות אלא שיש הבדל בין הקנין החשוב של הגבהה לקנין משיכה גם לענין זה כשמוגבה מכחו ולא נמצא בידו דינו כמשיכה ואין לזה חשיבות של קנין הגבהה. ויוצא שנחלקו בזה תירוצי התוס' שם בב"ק שהקצות מוכיח מקרשיית התוס' והתי' הראשון שמוגבה מכחו דינו כהגבהה וקונה ברה"ר, והאור"ש מוכיח מהתי' השני שאין דינו כהגבהה.

נמצא דיש לדון במוגבה מכחו לענין א. רשות המוכר. ב. רשות הרבים. ג. דבר שאין דרכו להגביה. והנידון הוא כשמעלת ההגבהה היא משום דהוי בידו ויצא מרשות המוכר או מרה"ר שמה שמוגבה מכחו שאינו בידו ממש אין מעלה זו. וכן כשמעלת ההגבהה הוא משום שהוא קנין אלים כגון לגבי הא דקונה אפי' כשאין הדרך להגביה י"ל דרק כשמוגבה בידו יש מעלת הגבהה משא"כ מוגבה מכחו אינו אלא כקנין משיכה.

הראשונים לקמן פ"ו. נחלקו אם משיכה קונה בכליו של מוכר או לא. ברמב"ן שם משמע שהסוברים דלא מהני משיכה בכליו של המוכר ס"ל כן גם בהגבהה. אבל בדעת הרמב"ם כתב הדברי יחזקאל בס' כ"ה אות ג' שרק משיכה שלא מועיל ברשות המוכר לא מועיל בכליו של המוכר, אבל הגבהה שמהני ברשות המוכר מהני נמי בכליו של המוכר. ומביא שכן מפורש בראשונים בשיטת"מ לקמן פ"ה: בד"ה לא בכליו של מוכר ע"ש. ואינו מובן דהגבהה קונה ברשות מוכר מפני שההגבהה מנתקת את החפץ מרשות המוכר אבל כשמוגבה בכליו של המוכר, ונחשב כהגבהה ברשות המוכר, ומה"ט משיכה בכליו של המוכר לא מהני, א"כ גם הגבהה לא יועיל דכשהוא מגביה את הכלי הרי הוא מגביה את רשותו של המוכר יחד עם החפץ שבתוכו, וכזה אין ההגבהה מנתקת את החפץ מרשות המוכר, א"כ לא צריך להיות נ"מ לענין זה בין הגבהה למשיכה. אך זה דוקא אם מה שהגבהה ברשות מוכר עדיף ממשיכה הוא מפני שהגבהה מוציא מרשות המוכר, אבל אם ההבדל הוא משום שהגבהה הוא קנין חשוב לכן מועיל ברשות המוכר ניהא דגם כשמוגבה את הרשות עם החפץ עדיף הגבהה ממשיכה.

עד שימשכנה מרה"ר לסימטא. כתב הרמב"ם בפ"ד ממכירה ה"ד שדבר הנקנה במשיכה נמצא ברה"ר ומשכו לרה"י או לסימטא כיון שהוציא מקצת החפץ מרה"ר קנה. והראב"ד חולק דקי"ל כשמואל דלא קנה עד שימשוך כולה א"כ בעינן שיכניס את כולה לסימטא. וכתב המ"מ שהרמב"ם ס"ל דמה שסבר שמואל דבעינן שימשוך את כולה היינו שאם חלק מן החפץ לא זו ממקומו הראשון אין זה משיכה, אבל היכא שכל החפץ זו ממקומו הראשון אלא שלא הועיל המשיכה מפני שהיה ברה"ר סגי במה שמכניס חלק ממנה לסימטא ועי"ז קונה את כולה. דהיינו שלרמב"ם גם שמואל ס"ל דסגי במשיכה המועילה למקצת מן החפץ כדי לקנות את כולה אלא דכדי שיחשב משיכה למקצת בעינן שכל החפץ יזוז ממקומו הראשון. והראב"ד ס"ל דאם אין משיכה המועילה לכל החפץ אינו קונה

כלל. ולכן בעינינו שיכנס כל החפץ לסימטא. השעה"מ בפ"ג מגניבה כתב דמה דסבר הרמב"ם דסגי במה שמכניס מקצת החפץ לסימטא הוא דוקא כשמושך מרה"ר לסימטא, אבל כשמושך מרשות המוכר לסימטא מודה הרמב"ם דבעינן שיוציא את כולה מרשות המוכר. וכ"כ האור"ש בפ"ד ממכירה ה"ד ע"ש. ולכאורה החילוק בין רה"ר לרשות המוכר הוא דרה"ר אינו חיסרון חיובי אלא שחסר בזה משיכה דאין זה משיכה לרשותו, וכל שחלק מהכלי נמשך לרשותו סגי בזה לקנות את כולו. אבל רשות המוכר הוא חיסרון חיובי דכל שאגוד אצל המוכר זה מקלקל את קנינו של הקונה. ולזה בעינן שיצא כל החפץ כולו מרשות המוכר. ועיין בדבר אברהם ח"א ס' כ"א אות י"א בד"ה ובכדי שמבאר בנוסח אחר. [מה שכתבנו בשם המ"מ הוא לפי ההבנה הפשוטה בדבריו אבל האור"ש הנ"ל מפרש את דברי המ"מ באופן אחר יעו"ש].

לימא אביי ורבא דאמרי כרבי. דרבנן ס"ל דמסירה אינה קונה ברה"ר. כתב הריטב"א דכונת הגמ' דאי רבנן לית להו מסירה בספינה ברה"ר א"כ לית להו מסירה כלל דאם ברה"ר אינו קונה היכן קניא.

מר סבר קפידא. הובא לעיל דנחלקו התוס' והרמ"ה אם קפידא הוא רק מקנין טוב לקנין גרוע או גם איפכא. ואם יש קפידא גם על קנין גרוע מה דמהני שוכר את מקומו כתבו התוס' שהקפידא הוא שיכניס לרשותו ובקנין חצר נכנס לרשותו ואין סיבה שיקפיד. הטור בס' קצ"ז מביא שיטת הרמ"ה דאין קפידא אי שני לקנין חשוב יותר. אבל זה דוקא כשאמר מושך וקני, אבל אם אמר לא תקני אלא במשיכה גם הרמ"ה מודה דאינו קונה אפי' בהגבהה שהוא קנין חשוב יותר. וה"ה נמי בשוכר את מקומו אינו קונה כיון שפירש שמקפיד דוקא על משיכה. ולכאורה נראה שזה תלוי במה שהובא לעיל דיש צד בראשונים לומר דשוכר את מקומו הוי משיכה ממש דע"י השכירות הוא מכניס את החפץ לרשותו. ולפ"ז לכאורה יקנה ע"י שכירות מקום אפי' שפירש שלא יקנה אלא ע"י משיכה. והטור שכתב שלא קנה ס"ל שאין שכירות מקום קנין משיכה אלא דעדיף מיניה אבל כשמקפיד בפירוש על משיכה דוקא לא יקנה ע"י שכירות מקום.

האי מאן דמזבין שטרא לחבריה. הרשב"ם מפרש שר"פ קאי בשיטת רבנן ובא לקבוע הלכה כרבנן. ור"א ס"ל כרבי. המל"מ בפ"ו ממכירה ה"א ד"ה גרסינן מאריך לבאר מחלוקת ר"פ ור"א לשיטת הרשב"ם דאין הטעם שמצריך ר"פ כתיבה מפני שבאמת יש חשש שמא קנה השטר לצור ע"פ צלוחיתו בלבד ולא בשביל החוב שבו דאין יעלה על הדעת ששילם דמים מרובים בשביל ניירא בעלמא. ועוד אי משום הא באמירה סגי ולמה מצריך ר"פ כתיבה דוקא. אלא בודאי גם לרבנן ברור שמסירת השטר הוא כדי לקנות את החוב ואעפ"כ ס"ל לר"פ שאין מסירת השטר יכול להיות מעשה קנין עבור החוב, שהשטר מצד עצמו יכול לשמש לצור ע"פ צלוחיתו, וכיון שיש לו שימוש בפנ"ע אין מסירת השטר מעשה קנין על החוב אף שברור שנמסר כדי לקנות את החוב. ולכן לא סגי באמירה שגם בלי אמירה ידוע שרוצה לקנות את החוב, אבל אין המסירה מעשה קנין בשביל החוב כיון שאין הקנאת החוב הכרח ממסירת השטר כיון שיש בשטר שימוש של לצור ולצור. וכיון שחסר במעשה הקנין בעינן כתיבה שיצטרף עם המסירה ויהיה חלק ממעשה הקנין, ולכן לא סגי באמירה דאמירה אינו מעשה קנין. ור"א ס"ל דאין לשטר שימוש אחר חוץ מגביית השיעבוד שבו, ושיעבוד השטר הוא כמו דירה של בית, וכשם שקנין בבית הוא קנין לדירת הבית כך מסירת השטר הוא מעשה קנין על שיעבוד השטר. ולר"א כשם שלא צריך כתיבת קני איהו וכל שיעבודא דאית ביה כך לא בעינן שיאמר קני איהו ושיעבודא. דאם היה צריך אמירה היה צריך כתיבה דאל"כ חסר במעשה הקנין.

נמצא לדברי המל"מ בביאור שיטת הרשב"ם מחלוקת רבי ורבנן, שהוא מחלוקת ר"א ור"פ, הוא דרבי ס"ל שאין לשטר שימוש אחר אלא לשיעבוד שבו, ומסירת השטר הוא מעשה קנין על השיעבוד ואפילו אמירת קני איהו ושיעבודא לא בעינן. ולרבנן כיון שיש גם שימוש לצור אף שברור שכתתו לשיעבוד מ"מ אין המסירה מעשה קנין לשיעבוד, וגם האמירה לא יוסיף כיון שבל"ה ידוע שזה כונתו אלא שחסר מעשה קנין לכן בעינן כתיבה שהוא מעשה קנין שמצטרף עם המסירה ומקנה בזה את השיעבוד אגב הקנאת הנייר ע"י המסירה. ולרשב"ם ברור שהכתיבה אינו רק לגילוי מילתא בעלמא אלא הוא חלק ממעשה הקנין, ופשוט שלרשב"ם בעינן שימסור המוכר לקונה את שטר הכתיבה. וכן מפורש ברשב"ם לעיל ע"ו. וכן מפורש ביד רמ"ה באות כ"ח וז"ל הלכך בעי מסירה לגופיה דניירא וכתיבה למקא שיעבודא דאית ביה, היכי עביד כתיב ליה שטר וכו' וכתיב ביה קני לך הוא וכל שיעבודא דאית ביה וחתמי סהדי ומסר להו לתרדייהו נהליה עכ"ל. וזה דלא כקצה"ח שכתב בס' ס"ו סק"ט בדעת התוס' דסגי בכתיבה בלי מסירת שטר הכתיבה. ובשו"ע כתב בשם י"א שצריך למסור את שטר הכתיבה. והש"ך כתב בסק"א שלא מצא מי שכתב כן בהדיא אבל פשוט שכן הוא. ובאמת מפורש ברשב"ם וברמ"ה שצריך למסור את שטר הכתיבה, וכן מוכח כאן בגמ' לשיטת הרשב"ם לביאורו של המל"מ דבעינן מסירת השטר.

יש לעיין דהרשב"ם ס"ל דר"א שחולק על ר"פ ע"כ ס"ל כרבי, וקשה דבקידושין מ"ז: מפורש דיש צד לומר דכו"ע לית להו דרבי אלא ס"ל כרבנן דבעינן כו"מ ופליגי בדר"פ. הרי שגם מאן דפליג על ר"פ וס"ל דלא בעינן שיכתוב קני איהו וכל שיעבודא מ"מ ס"ל כרבנן דבעי כתיבה וכתוב קני שטרא. א"כ מה הראיה דר"א דפליג הכא על ר"פ ס"ל כרבי. וצ"ל דמוש"כ המל"מ שאם ר"א סובר שלא בעינן קני איהו וכל שיעבודא דאית ביה ע"כ ס"ל כרבי היינו דוקא משום שפירש הטעם דלא בעינן משום וכי לצור, משמע דס"ל דאין צד של לצור, ואם זה טעמו ע"כ ס"ל כרבי דשיעבוד השטר הוא כדירת הבית ובכלל קנין הנייר. אבל המ"ד בקידושין שחולק על ר"פ מודה דאין השיעבוד בכלל מסירת השטר דיש בשטר גם שימוש של לצור, ולכן בעינן מעשה קנין על השיעבוד, אבל כיון שברור שכונתו לקנות את השיעבוד לא בעינן שיפרש כן בשטר.

שיטת התוס' דר"פ ור"א פליגי בין אליבא דרבנן בין אליבא דרבי, דר"פ ס"ל שלרבי צריך לומר קני איהו ושיעבודא דאית ביה, ולרבנן צריך לכתוב כן. ור"א ס"ל דלרבנן סגי בכתיבת קני שטרא, ולרבי סגי באמירת קני שטרא. ולתוס' מה שצריך לכתוב לשון זה הוא לגלות שדעתו על השיעבוד ולא רק על הנייר לצור ע"פ צלוחיתו, ולא כרשב"ם שגם בל"ה ידוע שדעתו על השיעבוד והפירוש הוא כדי שיהיה מעשה קנין על השיעבוד. ואם יש מקום לדברי הקצות שלא צריך למסור את שטר הכתיבה זה רק לשיטת התוס' ולא לרשב"ם. אבל ברור שגם לתוס' בפשטות צריך למסור את שטר הכתיבה. ועיין בזה לקמן בדף ע"ז.

תוד"ה קני לך איהו. הוכיחו מהגמ' במי שמת שמכירת שטרות דרבנן, והטעם שהמוכר שט"ח יכול למחול הוא מפני שמכירת שטרות דרבנן. וצ"ב מה בכך דהוי דרבנן הא מ"מ אחרי שהקונה זוכה בחוב מדרבנן הרי הוא שלו ומ"ש קנין דרבנן זה מהקונה במשיכה שקונה רק מדרבנן ונחשב כשלו לכל דבר. וכתב בזה הקו"ש לקמן קמ"ז: באות תקט"ו דצ"ל דמשיכה הוא בחפץ שהוא בר הקנאה מן התורה אלא שחז"ל הוסיפו עוד מעשה קנין בזה תקנו שמדרבנן יהיה קנין גמור כעין דאורייתא. משא"כ במכירת שטרות שמן התורה אינו בר הקנאה, או משום דנחשב אינה ברשותו או משום שמן התורה אין שום מעשה קנין להקנות חוב. ובה גם כשתקנו קנין דרבנן לא תקנו כעין דאורייתא ומהני מחילת המוכר כיון שמן התורה הוא נשאר הבעלים. ועיין באבן האול פ"ו ממכירה הי"ב ד"ה ובעיקר שמבאר באופן אחר.

הרמב"ן כאן מקשה אם מכירת שטרות דרבנן אמאי מבואר בקידושין מ"ז: דהמקדש בשט"ח דאחרים מקודשת הרי לא זכתה בחוב אלא מדרבנן ולא תהא מקודשת גמורה. וכתב הרמב"ן דאפשר דמאי דאמרו התם מקודשת היינו מדבריהם לאצרכה גט ואם בא אחר וקידשה חוששין לקידושין. האב"מ בס' כ"ח סקל"ג מביא שהרמב"ן במי שמת כתב שהלשון מקודשת משמע דמקודשת מן התורה, ומוכיח מזה הרמב"ן דמכירת שטרות דאורייתא. ותמה ע"ז האב"מ דמבואר בגמ' דפליגי גם במקדש במע"פ ובהוה מקנה את החוב במע"ש, ומע"ש לכו"ע הוא מדרבנן ואעפ"כ קתני מקודשת. וכתב בזה האב"מ דכשמוקנה במע"ש אע"פ שהוא מדרבנן מ"מ קנין דרבנן מהני לדאורייתא דעשו הפקר ב"ד והיא מקודשת גמורה. ורק כשמוקדש בכר"מ אם יכול למחול מפני שמכירת שטרות דרבנן ע"כ שלא עשו בזה הפקר ב"ד ומן התורה נשאר של המוכר ולכן בזה קשה לרמב"ן שאם זה דרבנן אינה מקודשת גמורה. וזה כמו שנתבאר דממה דמהני מחילה בגלל שזה דרבנן מוכר דלא תקנו בזה כעין דאורייתא [אך צ"ל דאין הטעם כמש"כ הקו"ש משום שמן התורה אין החוב בר הקנאה כלל דא"כ גם במע"ש לא יהיה קנין גמור]. וכן מבואר בלשון הרמב"ן כאן וז"ל ואי ס"ד לא קנאתו אלא מדבריהם, ולפיכך הוא יכול למחול, לא תהא מקודשת גמורה עכ"ל. הרי שלא מקשה על מה שלא קנאתו אלא מדרבנן אלא רק בצירוף עם זה שבגלל שזה דרבנן יכול למחול, ומוכח דלא תקנו כעין דאורייתא.

והא דאצטרך למעט שטרות מאונאה. הרמב"ן כאן כתב על שאלה זו דאם מכירת שטרות דרבנן ל"ל קרא למעט שטרות מאונאה וז"ל לאו מילתא היא דכי איצטרך קרא להיכא דזבין ליה שטר ולא חזר בו עד שגבה הלה את חובו דתו לא מצי דהר ורחמנא מיעטיה מדין אונאה כיון דשטר מכר לו מתחילה עכ"ל. ולכאורה אינו מובן דאם מן התורה לא חל המקח והיה יכול לחזור אלא שבמקרה לא חזר בו עד שגבה הקונה את החוב הרי אין כאן מקח ולא שייך למעט את זה מדין אונאה.

התוס' בב"מ נ"ו: כתבו ע"ז בשם ר"ח כהן שאף שמכירת שטרות דרבנן מ"מ היכא דאית ליה ללוה קרקעות חל המכירה מן התורה שמוכר שיעבוד שיש לו על קרקע הלוה. וזה על דרך שיטת ר"ת ששיעבוד הנכסים נמכר מן התורה אלא דר"ת ס"ל שגם כשאין ללוה קרקעות הזכות גביה מקרקעות נמכר מן התורה ורק שיעבוד הגוף אינו נמכר, ור"ח כהן ס"ל שרק שיש קרקעות המכירה היא דאורייתא, דאז אינו מוכר את החוב אלא את הקנין שיש לו בנכסי הלוה. אך התוס' כאן דחו חידוש זה מכח הגמ' בפסחים, וצ"ע מה יענה ע"ז ר"ח כהן.

המהר"ם שי"ף שם בב"מ מקשה על דברי ר"ח כהן שאם האופן שיכול למכור מן התורה הוא רק כשמוכר את שיעבוד הקרקעות למה צריך למעט מאונאה מפני ששטר אין גופו ממון ת"ל דבל"ה נתמעטו קרקעות מאונאה ושיעבוד קרקע כקרקע.

ונראה דלק"מ דלשון הראשונים מכירת שטרות דרבנן אינו מדוקדק דבואר ששטר לכו"ע נמכר מן התורה, ומכירת שטרות דרבנן היינו מה שהחוב נמכר ע"י מכירת השטר זה דרבנן. וכן מבואר בתי' התוס' כאן שתירצו שלוה וקנה בלא שטר ונותן דמים שיכתוב שטר. ובאופן זה אינו מוכר חוב אלא רק שטר בלבד והשטר נקנה מן התורה ובאופן זה נתמעט מאונאה. ועל דרך זה כתבו התוס' בכתובות פ"ה: שיכול למכור השטר לאדם מעלמא כדי שימכרוהו הקונה ללוה ע"ש. הרי מבואר דפשוט שאפשר למכור שטר מן התורה, ורק מכירת החוב היא מדרבנן. וכן פשוט שמה שנתמעטו שטרות מאונאה לא קאי על החוב אלא על השטר, דשטר אינו נמכר בשווי של נייר אלא כשטר ראהו וזה אין גופו ממון ואין בו אונאה כמבואר בתירוץ הנ"ל דאף שמוכר רק שטר ולא חוב אין בו אונאה דאין גופו ממון. וכל שאלת הראשונים שאם מכירת שטרות דרבנן ל"ל קרא למעט מאונאה, אף שהמיעוט הוא על השטר ומה שדרבנן הוא מכירת החוב, מ"מ קשיא להו דאם מן התורה א"א למכור חוב אין היכא תמצא למכור שטר דמה יעשה הקונה עם השטר כיון שאינו יכול לקנות את החוב. וע"ז תרצו התוס' כאן ובכתובות דיש אופנים שרוצה לקנות שטר בלי לקנות חוב כגון שהלוה מוכר שטר למלוה או שהמלוה מוכר שטר לאדם אחר כדי שימכרוהו ללוה. וזה גם כונת ר"ח כהן דיש אופן שאפשר למכור את החוב מן התורה כגון שמוכר שיעבוד קרקעות, ואה"נ על מכירת החוב בל"ה ליכא אונאה כיון דהוי שיעבוד קרקעות. אבל אחר שיש אפשרות לקנות את החוב מן התורה מעתה אם רוצה הקונה לקנות גם את השטר בעינן קרא למעט את מכירת השטר מאונאה שהרי השטר אינו קרקע ונתמעט רק מפני שאין גופו ממון.

בזה יש לבאר דברי הקצה"ח בס' קכ"ו סק"ט דנפסק שם דהמוכר מלוה ע"פ במעמד שלשתן ונמצא הלוה עני הקונה חוזר וגובה מן המוכר. ומפרש הקצות דאין זה מום במקח אלא מדין אונאה. וקשה דאין אונאה לשטרות. וכתב הקצות דהא דאין אונאה לשטרות היינו דוקא במוכר שט"ח בכתובה ומסירה שכיון ששטרות אין גופן ממון אין בהם אונאה. אבל המוכר מע"פ במע"ש יש להם אונאה דחוב עצמו הוי גופו ממון ויש בו אונאה. ולכאורה תמוה דאם החוב הוא גופו ממון אמאי כשמוכר מלוה בשטר ע"י כו"מ אין אונאה, אמנם השטר אין גופו ממון מ"מ מוכר גם את החוב, ולמה גרע מלוה בשטר ממלוה ע"פ. אבל להנ"ל נחא דבמלוה בשטר מוכר רק את שיעבוד הנכסים כמבואר בדברי ר"ת וזה הוי קרקע ואין בו אונאה, ועל מכירת השטר אין אונאה מפני שאין גופו ממון. אבל במע"ש מבואר ברא"ש בכתובות פ"ו. דכיון דהוי הלכתא בלא טעמא מועיל גם על שיעבוד הגוף, ולכן כמה ראשונים ס"ל דהמוכר במע"ש אינו

יכול למחול. א"כ מכירת החוב במע"ש אינה קרקע דחוב הוי מטלטלין ורק שיעבוד הנכסים הוא קרקע, וכיון שהחוב גופו ממוקן יש בו אונאה. ורק במלוה בשטר כו"מ אין אונאה דחוב הוי קרקע והשטר אין גופו ממוקן.

ונראה דזה הביאור בדברי הרמב"ן שכתב שצריך מיעוט לאונאה להיכא דבין שטר ולא חזר עד שגבה הלוקח ונתמעט מאונאה כיון דשטר מכר לו בתחילה. דלעולם מכירת החוב בענין זה שלא חל אלא שסומך הקונה על המוכר שיניחנו לגבות את חובו פשוט שאין זה מקוה ולא שייך בזה אונאה. אמנם בל"ה המיעוט של אונאה לא קאי על מכירת החוב אלא על מכירת השטר, וכל קושיית הראשונים הוא רק שאם א"א למכור חוב אין היכא תמצא למכור שטר. וע"ז שפיר תירץ הרמב"ן שבאופן זה שנותן המלוה לאחר לגבות את חובו והמקבל סומך על הנותן שלא יחזור בו עד שגבה את המעות, ואח"כ כבר לא יוכל לחזור בו שזכה חברו בממון, א"כ באופן זה מעונין המקבל לקנות את השטר מן הנותן כדי שהלוה לא יכחיש. ואף שמכירת החוב לא חל כלל ולא צריך למעטו מאונאה מ"מ באופן זה הקונה זקוק לשטר ומכירת השטר מכירה מעליא ונמכר מן התורה ועל מכירת השטר קאי המיעוט מאונאה. וזה שכתב הרמב"ן ורחמנא מיעטיה מאונאה כיון דשטר מכר לו מתחילה, דהיינו אף שמכירת החוב לא חל מ"מ מכירת השטר חל וצריך למעטו מאונאה.

יש לעיין לפי מה שנתבאר, בדברי הקצה"ח בס' רצ"א סק"ה שמקשה לרמב"ם דשומר אינו מתחייב באחריות הפקדון בלי קנין ל"ל קרא למעט שטרות משמירה הרי בל"ה ליכא קנין דכדי לקנות צריך לכתוב קני איהו וכל שיעבורא דאית ביה וזה לא שייך בשומר. ואינו מוכן דמה שצריך כו"מ אין זה כדי להקנות את השטר דשטר נקנה מן התורה במשיכה והגבהה, וכו"מ צריך כדי שצ"י הקנאת השטר יקנה גם את החוב, ושומר על השטר אינו שומר על החוב אלא על השטר, דהיינו על השטר ראייה ולא רק על הנייר, ולזה לא בעינן כו"מ, ולגבי זה המכירה היא דאורייתא לכו"ע. ועיין בנתיבות שם סק"ב שחולק בזה על הקצות דשומר לא בעינן כו"מ כיון שנעשה שומר על השטר ולא על החוב ע"ש. ואם יש מקום לדבר הקצות זה רק לראשונים לקמן ע"ז: דס"ל שגם המוכר שדה לחברו בקנין חזקה וררצה להקנות לו שטר לראיה צריך כו"מ כדי שיקבל השטר דין שטר אצל הקונה נאלא כיון שהשטר כתוב על שם הקונה כלול בזה תמיד כו"מ]. אבל אין זה דעת כל הראשונים ובודאי שאין להקשות מזה על הרמב"ם.

ואכתי יש לעיין בכל זה מדברי ההגהות אשרי בכתובות פ"ז: שמקשה בשם הר"י מקורביל אמאי בעינן קרא למעט דאין נשבעין על שטרות ת"ל דשטר הוי שיעבוד קרקעות ואין נשבעין על קרקעות. וזה כקושיית המהר"ם שיי"ף על ר"ח כהן בב"מ נ"ו: ואינו מוכן דהמיעוט של שטרות הוא כגון שתובע שהפקיד אצלו שטר או שפלוני גנב ממנו שטר והוא מודה במקצת או שיש ע"א, ובזה אינו תובע חוב כלל. ופשיטא דבעינן מיעוט באופן זה שאין נשבעין על שטרות מפני שאין גופן ממוקן.

שמצא שטר לאחר יאוש. הפשט הפשוט בתירוצו התוס' הוא שצריך את המיעוט לאופן שהמלוה איבד את השטר וזכה בו אחר לאחר יאוש, ואין הוא זוכה בחוב כלל אלא רק בשטר, ומוכר את השטר למלוה בלי החוב, ובזה המכירה היא מן התורה דרק מכירת החוב הוא דרבנן. ותי' זה הוא על דרך התי' השני שמוכר את השטר ולא את החוב. וכן פירשו הנתיבות בריש ס' ס"ו והצ"צ שהובא בקצות ס' ס"ו סק"א. אבל הקצות אינו מפרש כן אלא שהמוצא אחר יאוש זוכה בחוב, וחוזר ומוכר למלוה, ומכירה זו היא דאורייתא כיון שהשטר נכתב על שם המלוה. ומה שאין הלוה זוכה כשמתאיש המלוה כמבואר בב"ק מ"ט: לגבי המחזיק במשכנו של ישראל ביד גר ומת הגר ובא אחר והחזיק במשכון דמוציאים מידו דכיון דמת הגר פקע ליה שיעבודיה, וה"נ כיון שמתאיש המלוה זוכה הלוה ממילא דפקע השיעבוד ואין יזכה המוצא, מבאר הקצות דביאוש אין הלוה יכול לזכות שכבר נתחייב למלוה ונחשב באיסורא אתא לידיה, ורק בהפקר או בגר שמת יכול הלוה לזכות בהפקר גם היכא דבאיסורא אתא לידיה.

הקצות לשטתו לא היה צריך להגיע לאיסורא אתא לידיה דבל"ה לא דמי יאוש להפקר, שבהפקר וגר שמת מיד פוקע בעלותו של המלוה ופקע השיעבוד ואין הלוה צריך מעשה קנין כדי לזכות בשיעבוד לכן אין אחר יכול לזכות. אבל ביאוש שיטת הקצה"ח בס' ת"ו סק"א שאין הממון יוצא מרשות בעלי עד דאתי ליד זוכה א"כ כל זמן שלא עשה מעשה קנין עדיין הממון שייך לבעליו וא"כ מלוה שנתיאש מחוב לא פקע שיעבודיה ולכן יכול המוצא לזכות בחוב. והנ"מ בין הטעמים הוא אם הלוה עצמו מצא את השטר אחר שנתיאש המלוה, דלפי משי"כ הקצות כאן הלוה אינו יכול לזכות אפי' ע"י מעשה קנין כיון שבאיסורא אתא לידיה. אבל מה שכתבנו ע"פ הקצות בס' ת"ו הוא רק סיבה שלא יזכה ממילא דעדיין השיעבוד שייך למלוה אבל אם יעשה הלוה מעשה קנין יזכה דלא גרע מאחר. והקצות בעצמו כתב כן בסקי"א כשמבאר דברי התוס' לעיל לגבי מפקיר אמאי לא זוכה הלוה מיד כשמפקיר המלוה. וכתב דאיי"ר בתוך ג' ימים ומבואר בנדרים דתקנו חכמים שעד ג' ימים לא יוצא הממון מרשות המפקיר אא"כ זכה בו אחר. וא"כ עדיין השיעבוד ברשות המלוה ואין הלוה זוכה ממילא ולכן יכול אחר לזכות. ועל דרך זה היה הקצות יכול לומר גם לגבי יאוש ולא היה צריך לומר שנחשב לגבי הלוה באיסורא אתא לידיה.

הריטב"א בב"מ ז. [הובא בשיטמ"ק שם] כתב על הגמ' של שנים אדוקים בשטר ששאלת הגמ' שם ולית ליה לרבי שנים אוחזין הוא אמאי לא זוכה הלוה בחצי החוב ע"י הגבהת השטר יחד עם המלוה. ואע"ג דאחרים אינם יכולים לזכות בלי כו"מ הלוה שאני שהוא בעל הממון המושעבד. ומבואר בריטב"א דלא ס"ל מה שכתב הקצות בדעת התוס' שאחרים יכולים לזכות בחוב ע"י יאוש. ועוד מבואר בריטב"א שאם נתיאש המלוה אין הלוה זוכה בחוב בלי מעשה קנין, אבל אם מצא את השטר זוכה בחוב ע"י זכיית השטר. ומוכח דס"ל דאין זה נחשב באיסורא אתא לידיה ואעפ"כ אין הלוה זוכה מיד אלא רק כשעושה מעשה קנין בשטר הוא זוכה בחוב. וע"כ הטעם משום דס"ל שביאוש אין הממון יוצא מרשות בעליו עד דאתי ליד זוכה ולכן לא פקע השיעבוד ע"י היאוש עד שיזכה בו הלוה.

נמצא דהא דאין הלוה זוכה הכא כשמתאיש המלוה להבנת הקצות בתוס' הוא או משום שבאיסורא אתא לידיה או מפני שלא יוצא הממון מרשות המלוה עד דאתי ליד זוכה.

הקצות מבאר דמה שזוכה המוצא אחר יאוש בחוב אף שמבואר בתוס' לעיל שבהפקר אין הזוכה בשטר זוכה בחוב, היינו דוקא בהפקר דלא מהני בדבר שאינו ברשותו, אבל יאוש שמרעיל גם בדבר שאינו ברשותו מרעיל גם לגבי החוב. הנתיבות תמה בזה על הקצות דאמנם

יארש מועיל לדבר שאינו ברשותו מ"מ הזוכה אינו יכול לזכות בדבר שלא יהיה ברשותו ע"י זכייתו, ולגבי הזוכה אין נ"מ בין הפקר ליאוש. וכתב ע"ז הקצות במשובב שכל הדין של אינו ברשותו הוא על המקנה והמקדיש והמפקיר, אבל הזוכה יכול לזכות גם בדבר שאינו ברשותו. דהיינו שנחלקו הקצות והנתיבות אם אינו ברשותו הוא חסרון רק במקנה או גם בזוכה.

אמנם דברי הקצות לכאורה אינם מובנים דמפורש בתוס' דהא דא"א לזכות בחוב ע"י זכיית השטר כשהמלוה הפקיר את החוב הוא משום דבעינן מסירה ובפקר מאן מסר ליה דכדי לקנות את החוב ע"י השטר בעינן דוקא דעת אחרת מקנה. הרי מפורש שיש חסרון מצד הזוכה ולענין זה אין לחלק בין הפקר ליאוש.

וא"ת אמאי לא קנה מדאורייתא. אין כונת התוס' שיחול הקנין על החוב דחוב אינו קרקע אלא מטלטל ואינו נקנה בשטר כמבואר ברשב"ם לעיל ע"ז. ד"ה כתב. ובתוס' בכתובת ק"ב. הקשו איך מתחייבים ע"י שטר הא מטלטלין אינם נקנים בשטר, אלא כונת התוס' שיקנה המלוה את הקנין שיש לו בקרקע הלוה דשיעבוד קרקע כקרקע ונקנה בשטר. וזה כדברי ר"ח כהן בתוס' בב"מ שכתב שאם יש ללוה קרקע המכירה היא דאורייתא דבאופן זה הוא מוכר את הקנין שיש לו בקרקע הלוה ולא את החוב. אלא שהתוס' כאן דחו את זה מכח הגמ' בפסחים דמבואר שאף שנכסי הלוה משועבדים למלוה מ"מ אין הם ברשותו להקנותם או להקדישם מן התורה. ואין זה נוגע לדברי ר"ת דס"ל שחל מכירה על שיעבוד הנכסים מן התורה דר"ת קאי על החוב ולא על נכסי הלוה, אלא שהחוב עצמו יש בו חיוב הגוף וחיוב הנכסים, ולר"ת המכירה היא דאורייתא גם כשאין ללוה נכסים.

בהמשך דברי התוס' שכתבו דהא דלא תקנו רבנן שיוכל להקדיש כמו שתקנו שיכול למכור לפי שאין להקדיש כ"כ צורך בזה, תמה הקצה"ח בס' ס"ז סק"ב דמי הזיקים לחלק בין הקדש למכר, דמה שמבואר בפסחים דלא חל ההקדש אפילו מדרבנן היינו כשמקדיש את נכסי הלוה, וזה אינו ברשותו בין לענין מכירה, ותקנ"ח היתה לגבי המוכר את החוב ולא את נכסי הלוה, וכשם שתקנו שיכול למכור ה"ע יכול להקדיש. גם רע"א בסוף תשובה קמ"ד תמה על דברי התוס' אך בנוסח אחר מהקצות. שהקצות מחלק בין מכירת החוב למכירת השיעבוד שיש לו בנכסי הלוה, שתקנ"ח היתה על החוב בין במכר בין בהקדש, ולא על הקנאת שיעבוד, ורע"א כתב דתקנ"ח היתה שיכול למכור ע"י הקנאת השטר, ובאופן זה יתכן שיכול גם להקדיש מדרבנן, ומה שמבואר בפסחים שאינו יכול להקדיש היינו כשמקדיש את החוב ואת השיעבוד בלי השטר, ובאופן זה גם במכר לא היה תקנ"ח.

בסוף הדיבור אחרי שדחו את הראיה מפרק מי שמת וכתבו דלעולם יתכן שמכירת שטרות דאורייתא ואעפ"כ המוכר יכול למחול, הקשו מסברא אמאי יכול למחול אחרי שמכר מכירה גמורה. אך לשון התוס' צ"ב שכתבו שצריך טעם אמאי לא הוי קנין גמור ויכול לומר לו הלוה לאו בע"ד ידי את. ולמה יאמר הלוה למלוה שמחל לאו בע"ד ידי את הרי נחא ליה ללוה במחילת המלוה, והוי להו למימר שהקונה יאמר למלוה שמאחר שמכר את החוב אין הוא בעל דבר למחול. ואולי יש לבאר ע"פ דברי הראב"ד בפ"ו ממכירה שכתב הטעם שמהני מחילה אף שהמכירה היא דאורייתא הוא משום שהלוה טוען ללוקח לאו בעל דברים ידי את, וכן הוא בלשון רש"י בכתובות פ"ה. כמו שמביא הקצה"ח בס' ס"ז סק"ז ע"ש. והתוס' באו לאפוקי מזה דכיון שהמכירה היא דאורייתא למה יוכל הלוה לטעון ללוקח לאו בע"ד ידי את הרי הוא קנה את החוב והוא בעל דברים. דהיינו שאין כונת התוס' להקשות שיאמר הלוה למלוה שמחל שאינו בע"ד למחול, אלא כונתם להקשות אמאי יכול הלוה לומר לאו בע"ד ידי ללוקח הרי הלוקח קנה מן התורה והוא בעל דבר.

דף עז.

הלכתא אותיות נקנות במסירה. כך גרס הרשב"ם בדברי רב אשי דסברא דסגי במסירה דאין מקום לומר שנקנה ע"י כתיבה דשטר אינו נקנה בשטר וע"כ שהקנין הוא המסירה לבדה. והתוס' גרסו איפכא דאין אותיות נקנות במסירה וסברת ר"א הוא דלא יתכן דסגי במסירה עם אמירת קני איהו ושיעבודיה דמילי במילי לא מקני, אבל כשמקנה ע"י כתיבה ומסירה אין זה מילי שהשטר הוא מעשה קנין שמצטרף עם המסירה. והרשב"ם והתוס' בזה לשיטתם דהרשב"ם ס"ל לעיל שלרבי הקנין הוא ע"י מסירה לבד ולא בעינן אפילו אמירת קני איהו ושיעבודיה, וכמו שמבאר המל"מ שהובא לעיל שלרשב"ם שטר לשיעבוד הוא כבית לדירה, א"כ המסירה הוא מעשה קנין לשיעבוד ואין בזה שום צד של מילי, ולרשב"ם ע"כ שאלת הגמ' מילי במילי הוא על רבנן שצריך לכתוב קני איהו ושיעבודיה. והתוס' לשיטתם דס"ל שגם לרבי בעינן שיאמר קני איהו ושיעבודיה שפיר יש לפרש דלרבי זה מילי במילי דהמסירה בלי אמירה אינו מעשה קנין לשיעבוד, והקנין נעשה ע"י האמירה והוי מילי במילי, ולכן יכולים התוס' לומר דהכתיבה של רבנן אינו מילי ורק לרבי זה נחשב מילי במילי.

מילי במילי לא מיקנין. היד רמ"ה באות כ"ח אויל בשיטת התוס' דלרבי זה מילי במילי ולא לרבנן, ומבאר הרמ"ה דאין החסרון בזה דוקא מילי במילי דכל דבר אינו נקנה במילי אלא כונת הגמ' דכיון שהשיעבוד הוא מילי ואינו חלק מן השטר אינו בכלל קנין המסירה שנעשה בשטר, לכן בעינן מעשה קנין להקנאת השיעבוד, ומילי אינו מעשה קנין, לכן צריך דוקא כתיבה שהוא מעשה קנין להקנאת השיעבוד. ומבואר ברמ"ה שהכתיבה לרבנן אינו רק לגלות שרצונו להקנות את החוב עם השטר אלא הוא מעשה הקנין להקנאת השיעבוד. ואף שאין הכתיבה מעשה קנין בפנ"ע דחוב אינו נקנה בשטר ועיקר הקנין הוא הקנאת השטר במסירה מ"מ אגב הקנאת השטר מקנה את השיעבוד, לשון הקצות בס' ס"ז סק"ח הוא דהמסירה עיקר והוא גורר את השיעבוד, וכדי לצרף את השיעבוד לשטר בעינן כתיבה והוא חלק ממעשה הקנין.

ר יונה לא ס"ל כן ומבאר ענין הכתיבה לרבנן באופן אחר [והובא בשיטמ"ק בד"ה ואומר הרא"מ] וז"ל ונמצא במה שהוצרכו כתיבה ומסירה לא מפני שתחול הקנאת הכתיבה על השיעבוד אלא מן הטעם שאמרו דמילי במילי וכן פירש הדבר דאע"פ שמוסר לו האותיות צריך שיאמר לו קני לך הוא וכל שיעבודא דאית ביה וכו' דאי לא אמר ולא מידי אין המסירה אלא הקנאת גוף הנייר שמוסר מיד ליד,

הלכך כיון שצריך לפרש ולומר קני לך וכו' צריך שיהיו דברים הללו נכתבים ולא שיאמר לו כן בע"פ כדמפרש דמילי לא מקנין עכ"ל. ומבואר דס"ל שהכתיבה לרבנן אינו חלק ממעשה הקנין אלא רק לגלות שרצונו להקנות את השיעבוד עם השטר, והכתיבה לרבנן הוא כמו האמירה לרבי, אלא דלרבנן צריך שהגילוי יהיה ע"י כתיבה ולא ע"י אמירה דמילי במילי לא מקנין. דהיינו דפליגי הרמ"ה ור' יונה בפירוש מילי במילי לא מקנין. לרמ"ה מילי אינו מעשה קנין ובעינן כתיבה בשביל מעשה קנין להקנות השיעבוד. ולר' יונה גם לרבנן הקנות השיעבוד נעשה ע"י המסירה לבד אלא דרבנן ס"ל שהגילוי שרוצה להקנות את השיעבוד עם השטר צריך להיות ע"י כתיבה ולא ע"י אמירה.

נמצא דפליגי הרמ"ה ור' יונה אם הכתיבה לרבנן הוא מעשה קנין להקנות השיעבוד או שהוא רק לגלות שמקנה את השיעבוד אבל הקנין הוא המסירה ולא הכתיבה. ונתבאר לעיל שגם מדברי הרשב"ם לפי איך שהמל"מ מבאר את דבריו מבואר שהכתיבה לרבנן הוא מעשה קנין להקנות השיעבוד. ולדברי הרמ"ה והרשב"ם פשוט שצריך למסור את שטר הכתיבה דאל"כ אין זה מעשה קנין. ומפורש ברשב"ם לעיל ע"ז. וברמ"ה כאן אות כ"ח שצריך למסור את שטר הכתיבה. ורק לר' יונה דאין הכתיבה אלא לגלות רצונו יש צד לומר כמש"כ הקצות בס' ס"ו סק"ט בדעת התוס' דלא בעינן שימסור את שטר הכתיבה לקונה. אמנם גם לר' יונה אין הכרח לומר כן דיתכן שאין מעלה בכתיבה אם אינו מוסרו לקונה. וכן נקט הש"ך בסקי"א דפשוט שצריך למסור את שטר הכתיבה אך לא הביא שמפורש כן ברשב"ם וברמ"ה. ולקמן ע"ז: כתבנו בס"ד שבר' יונה עצמו מבואר שצריך למסור את שטר הכתיבה.

הקצה"ח בסק"ה מקשה על הא דמבואר בס' רל"ה דקטן שירש שטר חוב יכול למוכרו לאחרים כמו שיכול למכור שאר מטלטלין, וקשה דשט"ח נקנה ע"י כו"מ וא"א לקנות מקטן בקנין שטר. וכתב הקצות דשטר זה שאני משאר שטרות דלא בעינן שימסור את השטר לקונה ושטר כזה איכא גם בקטן. הנהיבות בסק"י כתב שמה שקטן מוכר שט"ח אינו ע"י שטר עם עדים אלא ע"י שטר בכתב ידו זה איכא גם בקטן. והקצות במשובב כתב דבתשובת הרא"ש מבואר דקטן יכול להקנות בכו"מ גם ע"י שטר כתיבה בעדים. ומבואר דאף שנקט הקצות ד"א שלא צריך למסור את שטר הכתיבה מ"מ לא סגי בכתיבה לחודיה אלא בעינן שיחתמו עדים על השטר ואעפ"כ כיון שאינו נמסר יש שטר כזה לקטן. ואינו מוכן מה גדר שטר זה ואיזה עדות יש ע"י חתימת העדים אם השטר נשאר ביד המוכר ואינו נמסר לקונה.

תוד"ה אמר אמימר. כתב רב יהודאי גאון דאין אותיות נקנות בחליפין. התוס' בב"ק י"ד: ד"ה עבדים כתבו דשטרות אין נקנים בכסף אלא במסירה ואפי' בחליפין צ"ע. הרי שהתוס' שם מספקא להו אם שטרות נקנים בחליפין או לא. בב"מ מ"ה: מבואר דמטבע אינו נעשה חליפין דדעתיה אצורתא וצורתא עבידא דבטלה. וכתב ע"ז הג"י שם שהמלך פוסלה וגוזר לצור צורה אחרת וכיון דעבידא דבטלה לית בה משוא וה"ל כאותיות שאין גופן ממון ומש"ה אינו נעשה חליפין ואינו נקנה בחליפין. מבואר דפשיטא ליה דאותיות אינם נקנים בחליפין וזה כדברי רב יהודאי גאון. ומבואר בב"י שמה שאינו נקנה בחליפין אינו מפני שהחוב הוא דבר שאינו ברשותו ולא נקנה אלא בכו"מ מתקנ"ח, אלא משום דקנין חליפין מהני רק בדבר שגופו ממון ולא להקנות שטר שאין גופו ממון. ונראה שהטעם הוא דקנין חליפין הוא החלפת חפץ בחפץ ומהני רק בחפץ בעין ולא בדבר שאין גופו ממון. וזה הפשט בתוס' בב"מ י"א: ד"ה מקומו שכתבו דשאלה ושכירות אינם נקנים בחליפין. ואינו מוכן הא שכירות קרקע נקנה בקנין של קרקע ושכירות מטלטלין נקנה בקנין המטלטלין, וחליפין מהני בין בקרקע בין במטלטלין ולמה לא יועיל בשכירות. אלא ע"כ הטעם דכיון שחליפין הוא החלפת חפץ בחפץ הוא מועיל רק כשקונה את גוף החפץ ולא כשקונה קנין השתמשות בחפץ. וע"ע בזה בס"ד לקמן עמ' ב'.

והא דאמר במי שמת אימיה דרב עמרם חסידא וכו'. הקשו דלשון הא לא משך משמע דמשיכה קונה בלי כתיבה. ודחו דה"מ במתנת שכ"מ דדברי שכ"מ ככתובים דמו. וצריך להבין כונתם שעל השאלה הא לא משך הגמ' מתרצת דשכ"מ לא בעי קנין, ובשאלה הגמ' עדיין לא ידעה את הדין של שכ"מ, ולמה ס"ד שלענין דסגי במסירה בלי כתיבה מהני מה ששכ"מ שאני אף דס"ד שבלי משיכה לא קנה אף דהוי מתנת שכ"מ. ונראה שיש בשכ"מ ב' ענינים א. תקנ"ח שדבריו ככתובים ומסורים ואינו צריך מעשה קנין. ב. כיון ששכ"מ רוצה לקצר דבריו הקילו עליו שיהיה כמפרש כמו שהקילו בגט דמסוכן שאמר כתבו גט לאשתי שכותבין ונותנים אע"ג דבריא שאמר כן אין כותבין כל שלא אמר כתבו ותנו [כ"ז לשון הג"י כאן ע"ש]. א"כ י"ל דאף שבה"א לא ידעו ששכ"מ לא צריך קנין כלל מ"מ ידעו דש"מ אינו צריך לפרש דבריו כמו בריא ולכן ס"ד דאף שבריא צריך לכתוב קני איהו וכל שיעבדא דאית ביה כדי לגלות שרוצה להקנות את השיעבוד לפי דברי ר' יונה שהובא לעיל, שכ"מ אינו צריך לפרש והוי סתמו כפירושו וכתיבתו, ולכן ס"ד דמסירה בעי וכתיבה לא בעי.

ובהכותב גבי ההיא איתתא וכו'. התוס' בכתובות פ"ה. כתבו כדבריהם כאן דתפיסה בשטר תלוי במחלוקת רבי ורבנן. וכתב הקונטרס הספיקות בכלל ח' אות א' דמוכח מהתוס' דבעינן תפיסה הראויה לקנין, ולכן לרבי שמסירה לבד קונה ה"ז דהוי תפיסה. ולרבנן דאין המסירה קנין על החוב בלי כתיבה ה"ה דאין זה נחשב תפיסה. וכן מוכיח הש"ש ש"ד פ"ד מהרמב"ן בכתובות שכתב כדברי התוס'. ולכאורה אינו מוכן דאי בעינן תפיסה הראויה לקנין גם לרבי לא יועיל תפיסת השטר דאף דלרבי סגי במסירה מ"מ בעינן שימסור במצות המוכר, ולא רק משום דבעינן דעת מוכר כשאר קנינים, אלא הכא דעת אחרת מקנה הוא חלק ממעשה הקנין, ואפי' בהפקר דבעלמא לא בעינן דעת מקנה בשטר לא קנה דמאן מסר ליה דליקני. וכשם שלרבנן אין התפיסה ראויה לקנין מפני שחסר כתיבה כך לרבי אינו ראויה לקנין מפני שחסר דעת מקנה. ועיין בקצה"ח ס' ר"ב סק"ז שכתב דתפיסה לא צריכה להיות ראויה לקנין ועל הראיה מכאן כתב הקצות וז"ל וגבי מלוגא דשטרא שאני כיון שאינו תפוס בחוב אלא בניירא ולהכי כל דליכא כו"מ אינו מוחזק אלא בנייר ולא בחוב אבל היכא דהוא מוחזק ותפוס באותו חפץ עצמו אפי' במקום דליכא קנין מהני ליה תפיסה עכ"ל. דהיינו שמה שתלו התוס' והרמב"ן את התפיסה ברבי ורבנן אינו משום דבעינן תפיסה הראויה לקנין אלא משום דלרבנן תפיסת השטר אינו נחשב תפיסת החוב וא"כ לגבי החוב ליכא תפיסה כלל, ורק לרבי דס"ל לגבי קנין שמסירת השטר הוא מעשה קנין לגבי החוב, דשטר לשיעבודו הוא כבית לדירה, א"כ ה"ה דתפיסת השטר הוא כתפיסת החוב. ולמה שנתבאר לא רק שאין מכאן ראיה שצריך תפיסה הראויה לקנין אלא מוכח איפכא דלא בעינן ראויה לקנין, דאם צריך ראויה לקנין גם לרבי לא יועיל התפיסה דאינה ראויה לקנין דליכא דעת מקנה, וע"כ צ"ל כדברי הקצות דמה שלרבנן לא מהני תפיסה הוא משום דאינו תופס כלל בחוב.

נמצא ב' דרכים בהא דלא מהני תפיסת שטר לרבנן א. לקה"ס משום דבעינן תפיסה הראויה לקנין. ב. לקצות משום דלרבנן אין תפיסת השטר כתפיסת החוב א"כ לגבי החוב ליכא תפיסה כלל. ולכאורה מוכח כהקצות דאם הטעם הוא משום דבעינן תפיסה הראויה לקנין גם לרבי לא יתעיל דאינו ראוי לקנין כיון שחסר דעת מקנה.

זכו בשדה לפלוני. פרשב"ם שזכו לקונה בקנין סודר. מבואר דאפשר לזכות לאחר שלא בפניו ע"י סודר. וזה דלא כשיטת ר' שמעיה שמוכר בתוס' קידושין כ"ו: דסודר מהני רק בפני הקונה. ולדבריו צריך לפרש דהא זכו ע"י חזקה או כסף. וכן מפרש הרמ"ה באות כ"ט דזכו בחזקה.

תוד"ה חזר בשטר. הקשו למה חזר בשטר הרי אין השטר מוזק לו ואין זה אלא ראייה שלא יוכל לכפור וא"כ אין לו זכות לעכב מלכתוב. והקשה רע"א דק"ל דשטר שנכתב שלא מדעת המתחייב אינו שטר, וא"כ אפי' אם אין לבעל השטר נזק מכתבת השטר א"א לכתוב בלי ציוויו. וכתב רע"א דדין זה דשטר צריך דעת המתחייב שנוי במחלוקת ותלוי בתירוצי התוס' בכתובות כ: והתוס' כאן ס"ל דלא בעינן דעת המתחייב. הרמ"א בס' ל"ט סע' ג' מביא מחלוקת בזה והגאון שם כתב דתלוי בתירוצי התוס' בכתובות. הקר"ש באות תרל"ו כתב שאם אין השטר גורם שום חובה לבעל השטר לא בעינן דעת המתחייב. ואינו מוכן דעצם הדבר שהשטר מעיד שמכר ממונו זהו חובתו ובעינן דעתו. והתוס' כתבו רק דאין לו זכות לעכב שהשטר מעיד את האמת, אבל לענין דעת המתחייב בודאי שהוא נחשב מתחייב כיון שהשטר מעיד חובתו. ועכצ"ל כמש"כ רע"א דהתוס' ס"ל הכא דלא בעינן דעת המתחייב. עיין ברמב"ן שתי' על קושית התוס' כקושיית רע"א דבלא שום טעם חוזר דספר המקנה בעינן שיכתב בשליחותו ומדעתו ואם לא רצה אין שטר זה כלום, וכ"כ הריטב"א ע"ש.

ור"ת מפרש. נחלקו התוס' ור"ת אם מוכר ע"ד לכתוב שטר והחזיק הקונה בשדה אם חייב המוכר לכתוב את השטר או לא. התוס' ס"ל דאינו חייב לכתוב אלא שאם אינו כותב יכול הקונה לחזור מן המקח דקנה ע"ד לקבל שטר. ור"ת ס"ל דמה שמבואר כאן דחזר בשטר הוא בשטר מתנה דוקא אבל בשטר מכר אינו חוזר דמסתמא אדעתא דכתב ליה שטרא זבין ליה. וצריך להבין אמנם הקונה קנה ע"ד כן אבל מה מחייב את המוכר לכתוב שטר. ואפילו אם יתחייב המוכר בקנין סודר לכתוב שטר לכאורה אינו מתחייב דהוי קנין דברים. וכן מבואר בר' יונה בסוד"ה שני שטרות [והובא בקצרה בגי' וז"ל אבל לכתוב לו את השטר אינו יכול להתחייב בחזקה דהו"ל קנין דברים עכ"ל. והדברים צ"ב דגם בלי קנין דברים אין חזקת הקונה מעשה קנין להתחייבות של המוכר. ורק במקום שהתחייב המוכר בסודר צריך להגיע לקנין דברים. אח"כ מביא ר"י שיש חולקים דס"ל כשמחזיק הלוקח ע"ד שיכתוב המוכר שטר מתחייב המוכר לכתוב שטר, וזה כשיטת ר"ת. אבל הטעם צ"ב דליכא קנין לחיוב זה ועוד אפילו אם יעשה קנין הרי זה קנין דברים.

בשו"ע ס' רמ"ג סע' ט' פסק בשם יש מי שאומר שאם אמר המוכר ללוקח עצמו זכה ואכתוב לך כיון שזכה אינו יכול לחזור מלכתוב את השטר. ובסע' י' פסק השו"ע דאפילו קנו מידו לכתוב שטר יכול לחזור בו דהוי קנין דברים. ותמה רע"א דהמקור של ב' דינים אלו הוא מדברי ר' יונה בסוגיין וב' שיטות הובאו בזה בר' יונה. ומי שסובר שאם החזיק ע"ד לכתוב שטר המוכר חייב לכתוב ס"ל נמי שאם מחייב עצמו בקנין לכתוב חייב לכתוב. ומי שסובר שלא מהני התחייבות לכתוב משום דהוי קנין דברים ה"ה דלא מהני מה שהחזיק ע"ד שהמוכר יכתוב. א"כ הדין של סע' ט' וסע' י' הם ב' שיטות ושני הדינים סותרים זה את זה, א"כ דברי השו"ע לכאורה סתרי אהדדי.

ונראה דלעולם מודה ר"ת דקנין לחייב כתיבת שטר הוי קנין דברים ולא מהני, וכ"ש הכא דלא התחייב בסודר אלא הקונה החזיק בשדה ע"ד שהמוכר יכתוב לו שטר דליכא קנין להתחייבות המוכר. ומה שהחייב המוכר לכתוב שטר יש לבאר ע"פ מה שנפסק בשו"ע ס' ס"ו סע' ט"ו שהמוכר שט"ח לחברו ומת הלוח וצריך הקונה שבוטע כדי לגבות את החוב יוכל לשבע כדי שהקונה יוכל לגבות את החוב. ואם המוכר לא רוצה לישבע לא יגבה הקונה. ודין זה מקורו מן הרא"ש בכתובות פרק הכותב. ומוסיף הרמ"א שאם המוכר אינו רוצה לישבע ולכן הלוקח אינו יכול לגבות צריך המוכר לשלם ללוקח. וכתב הגאון בסקס"ו שחיובו לשלם הוא מדין גרמי כמו במוחל. ומבואר שיש חיוב על המוכר לישבע כדי שיוכל הקונה לגבות, ואם אינו נשבע הוא נחשב מוזיק. וצריך להבין מה מחייב את המוכר לישבע. וצ"ל כיון שגביית הקונה תלוי בשבועת המוכר הקונה סמך על המוכר שיעשה כל מה שצריך לעשות כדי שיוכל לגבות את החוב, וע"ד כן הוציא מעותיו, ודמי למראה דינר לשולחני שלוקח המעות מפני שסומך על השולחני, ואם טעה השולחני הוא מוזיק מדין גרמי. וה"נ כיון שהוציא הלוקח מעות על סמך זה שהמוכר ישבע כדי שיוכל לגבות חייב המוכר לעשות כן ואם אינו עושה הוא מוזיק מדין גרמי.

ועל דרך זה יש לבאר חיובו של המוכר לכתוב ללוקח שטר. שהרי קנה ע"ד שיכתוב לו המוכר שטר והלוקח סמך ע"ז והוציא מעותיו על סמך זה, שבלי שטר אינו חושב שישאר הקרקע בידו, וכיון שסמך בזה על המוכר והוציא מעותיו ע"ד כן חייב המוכר לכתוב לו שטר. ואם אין המוכר כותב לו שטר יש לו דין מוזיק מדינא דגרמי. ולפ"ז אין סתירה בין מה שפסק השו"ע בסע' ט' לסע' י'. דבסע' ט' מיירי שבשעת מכירה התחייב המוכר לכתוב שטר והקונה קנה ע"ד כן וסמך על התחייבותו של המוכר. ובאופן זה חייב המוכר לכתוב שטר כמו שהמוכר שט"ח חייב לישבע כדי שהקונה יגבה את החוב. אבל בסע' י' איירי שלא מכר ע"ד כן אלא אחר המכירה התחייב המוכר לכתוב שטר ללוקח ועשה קנין על חיוב שטר, בזה כיון דליכא חיוב מדין גרמי מפני שהקונה לא הוציא מעותיו על סמך זה, החיוב שהחייב עצמו בקנין אינו מחייב דהוי קנין דברים. וגם רע"א שמקשה סתירה בשו"ע לא הקשה דשני הדינים סותרים מצד עצמם אלא הקשה דמקורם מר' יונה ומבואר בר' יונה שתלוי זה בזה.

אחר שכתב ר' יונה שלא מהני קנין להתחייב לכתוב שטר דהוי קנין דברים מוסיף ר' יונה שאם אמר לך חזק וקני ואתחייב באחריות אפי' במתנה כיון שהחזיק ע"ד כן בשדה נתחייב זה באחריותו ואינו יכול לחזור בו. דברי ר' יונה הובאו בטור ס' רמ"ג ובשו"ע שם סע' י"ח. ואינו מוכן באיזה קנין נתחייב אחריות, בשלמא כשכתוב אחריות בשטר המכירה הרי השטר הוא קנין לחייב, או כשמוכר בכסף הכסף

הוא קנין על חיוב האחריות, אבל במתנה כשלא כתב שטר אלא מקנה בחזקה מהו מעשה הקנין על חיוב האחריות. ועמד בזה האבי עזר בפי"ח ממלוה ה"א בד"ה אולם ונשאר בצ"ע ע"ש.

דף עז:

נקנה שטר בכל מקום שהוא. מבואר בגמ' שזוכה הקונה בשטר אגב הקנאת הקרקע. כתב הרשב"ם שהרי דעתו של המוכר להקנות השטר ללוקח. משמע דס"ל שקונה בסתם אף שלא פירש המוכר שמקנה את השטר ללוקח. אבל הרמ"ה באות כ"ט כתב דבעינן שיאמר אגב וקני ככל הקנאת מטלטלין אגב קרקע. ר' יונה מביא ב' דעות בזה והתוס' בגיטין כ"ב. ד"ה החזיק הסתפקו בזה. ומבואר בר' יונה ובתוס' בגיטין שהצד לומר שלא צריך לומר אגב וקני הוא משום דשטר אפסרא דארעא הוא, ובעלמא בעינן אגב וקני משום דאין שייכות בין המטלטלין לקרקע, משא"כ כאן דהשטר הוא אפסרא דארעא הוא ממילא נגרר אחר קנין הקרקע. וסברא זו מבוארת בקידושין כ"ז שהגמ' מסתפקת אי אגב בעי צבורין או לא, ורצו לפשוט מהכא שהשטר נקנה בכל מקום שהוא ש"מ דלא בעינן צבורין. ודחו שאני שטר דאפסרא דארעא הוא. אמנם למאי דקי"ל דגם בעלמא אגב לא בעי צבורין אין הכרח לחלק בין שטר לאגב דעלמא. ויתכן דאעפ"כ אין חזרה מסברא זו. ובזה תלוי הספק של תוס' ומחלוקת הראשונים אם יש מעלה בשטר על שאר מטלטלין לגבי אגב וקני בגלל הסברא של אפסרא דארעא. ונחלקו בזה גם הרמב"ם והראב"ד בפ"ו ממכירה די"ד דהרמב"ם לא הזכיר בשטר אגב וקני, והראב"ד כתב והוא דאמר אגב וקני.

שיטת הרשב"ם בביאור ראית הגמ' כפי שהובא בתוד"ה שנקנה בשם הרשב"ם דלא אסיק אדעתיה קנין אגב וס"ד דקני במה שמתרצה לו ומזה הוכיחו דמילי במילי מקנו. וקשה לפרש כן בדעת הרשב"ם שכתב בהדיא בה"א של הגמ' דנקנה השטר אגב קרקע כדין כל המטלטלין הנמכרים עם הקרקע וכפשוטו לשון הגמ' שהביאו ע"ז את המשנה של אגב וכתב הרשב"ם דנפקא לן מקראי בקידושין. הרי שגם לרשב"ם ידעה הגמ' בה"א שיש קנין אגב שנלמד מקרא. ולכאורה כונת הרשב"ם הוא דאף שיש חידוש של אגב מ"מ כיון שמעשה הקנין נעשה בקרקע בעינן שיצרף את הקנאת המטלטלין לקנין שנעשה בקרקע וזה הוי מילי. ודחי שאני אגב דמעשה גדול הוא כמשיכת המומן עצמו, דמעשה הקנין שעושה בקרקע נחשב כאילו נעשה במטלטלין שהם נטלים לקרקע ואין זה נחשב מילי. ולשיטת הרשב"ם לכאורה לא קשה קושיית התוס' בד"ה נקנה דאמנם כאן אינו מקנה שיעבוד אלא רק את גוף השטר מ"מ כיון שמקנה באגב זה מילי במילי ויש ללמוד מזה שאפשר להקנות מילי במילי, ממילא גם שיעבוד השטר אפשר להקנות במילי אגב מסירת הנייר של השטר.

שיטת התוס'. התוס' לא פרשו כרשב"ם שקנין אגב הוא מילי אלא שגם כאן מקנה את הנייר אגב קרקע וזה נחשב כמסירת השטר וע"י זה זוכה הקונה גם בשיעבוד השטר בלי מעשה קנין נוסף, ומוכח דמילי במילי מקנו. וע"ז הקשו התוס' דכאן אין השטר משעבד שגם בלי שטר המוכר שדהו בעדים איכא אחריות וגוכים את האחריות ממשעבדי. ותרצו דאיירי שהחזיק שלא בעדים ובאופן זה השיעבוד נעשה ע"י השטר. ואינו מוכן אמנם לא היו עדים שראו את קנין החזקה מ"מ כיון דאיכא שטר השטר הוא עדות על המכירה ממילא חוזר להיות כמכירה בעדים שהמכירה עצמה עושה שיעבוד ואין זה שיעבוד שהשטר עושה דעיד השטר לא גרע מעדים ע"פ. וצ"ל דכדי שהמכירה ישעבד בעינן עדים בשעת מכירה אבל אם בשעת מכירה לא היו עדים לא מהני עדים אח"כ שהשיעבוד מכח המכירה חל רק בשעת המכירה. וכדי שהשטר שנכתב אח"כ ישעבד בעינן שהשטר יעשה את השיעבוד. ומזה שיכול לשעבד את עצמו ע"י הקנאת השטר באגב מוכח דסגי במעשה קנין על הנייר וע"י מילי נעשה השיעבוד.

וע"ז הקשו התוס' דאכתי לא דמי שטר זה לשטר שנחלקו בו רבי ורבנן. דהכא לא חזינו דמקנו אלא לענין שטר מכר הכתוב בשם המוכר ללוקח ובההיא מהניא מסירה בלא כתיבה, אבל מוכר שטר שיש לו על אחרים לעולם לא מקנו במילי במסירה לחודה עד שיכתוב. ונראה דכלול בקושיית התוס' תרתי. א. דכיון שהשטר נכתב על שם הלוקח ומקנה לו שטר זה הרי כלול במסירה זו גם כתיבה, משא"כ בשטר דאחרים שלא נכתב על שם הקונה אין מסירת השטר מוכיח על הקנאת השיעבוד ובה שמה בעינן כתיבה. ב. הכא אינו מוכר חוב שיש לו על אחרים אלא שטר זה עושה השיעבוד, וקנין השיעבוד הוא ע"י מסירת השטר לכן לא בעינן בזה כו"מ שהוא משעבד עצמו ולא מוכר שיעבוד, משא"כ בחוב דאחרים החוב קיים לפני המכירה ובה להקנותו לאחר ע"י מסירת השטר בזה בעינן כתיבה כדי להקנות את השיעבוד. ותרצו דכיון דחזינו שמהני קנין גרע של אגב כדי לעשות שיעבוד א"כ שיעבוד נקנה בקל א"כ ה"ה להקנות שיעבוד שיש לו על אחרים יועיל מסירה בלי כתיבה. ודחו דאגב אינו קנין גרע אלא הוי ממש כמסירה וממילא א"א ללמוד מכאן לשטר על אחרים.

שיטת ר' יונה הרמ"ה והר"ן. ר' יונה מבאר דכמו שבמוכר שט"ח דאחרים יש ב' דברים דהיינו הקנאת הנייר והקנאת החוב, כך בכל הקנאה של שטר כגון לזה שמוסר שטר למלוה ומתחייב בזה, או מוכר שמקנה שטר לקונה אף שמוכר רק שטר זה ולא חוב שיש לו על אחר מ"מ גם בזה איכא תרתי. הנייר והדין שטר. וכמו שלהקנות חוב עם מסירת השטר בעינן כתיבה דאל"כ נחשב מילי במילי, גם בזה כדי להקנות את דין השטר יחד עם הנייר בעינן כתיבה כדי שלא יהא מילי במילי. ומה שתמיד סגי במסירת הלזה למלוה ומסירת המוכר לקונה הוא משום דכיון דנכתב השטר על שמו ומוסר לו את השטר כלול בזה כתיבה ומסירה, אבל הכא שמקנה לו השטר אגב קרקע ולא הגיע השטר ליד המקבל, אף שזכה בו וחשיב כמסירה מ"מ כיון שאין השטר בידו חסר בזה את הכתיבה ואם אעפ"כ מהני מוכח דמילי במילי מיקנו. וכדברי ר' יונה כתב גם היד רמה באות כ"ט. ובתי' הגמ' אגב שאני כתבו ר' יונה והרמ"ה דכשם שמהני אגב לנייר מהני אגב נמי לדין שטר ולשיעבוד של השטר, דקנין מסירה הוא קנין רק לנייר ולא לשיעבוד לכן בעינן כתיבה ומסירה אבל אגב הוא קנין מעליא גם לדין שטר ולשיעבוד לכן בזה לא בעינן כתיבה.

אכתי יש להסתפק בכונת הראשונים הנ"ל אם מה שצריך להקנות את הדין שטר ולא סגי בהקנאת הנייר לבד הוא דוקא במקום שהקנאת השטר עושה מעשה שטר שמשעבד עצמו ע"י מסירת השטר כגון לזה שמוסר שטר למלוה ומשתעבד ע"י קנין שטר או מוכר שמוסר שטר לקונה ומשעבד עצמו לחיוב האחריות ע"י שטר זה, וגם ראשונים אלו יפרשו כתוס' דאיירי שמכר בלי עדים שהשיעבוד לאחריות

נעשה ע"י השטר. אבל היכא שהקנין והשיעבוד נעשה ע"י החזקה שהחזיק הקונה בקרקע ואין השטר אלא לראיה בלבד אולי יודו הראשונים שבזה סגי בהקנאת הנייר דכיון שהנייר ביד הקונה ולמעשה כתוב בו עדות שקנה יכול השטר לשמש לראיה לקונה גם בלי שיקנה את הדין שטר שבו, או דלמא גם באופן זה ס"ל שכדי שיוכל השטר להיות שטר ראיה לקונה בעינין שיקנה את הדין שטר שבו.

דבר זה מתבאר בדברי השיטמ"ק כאן בשם הר"ן שגם מבאר את ראית הגמ' כר' יונה והרמ"ה, אלא שהר"ן מוסיף וז"ל א"נ דכל שלא הקנהו מוכר ללוקה לראיה שבו אע"ג דקנה גופו לא מהני ולא מידי דשטר מקנה בעינין וכל שלא זכה בו הלוקח אלא מחמת גופו של הנייר אע"פ שהמקח כתוב בו לאו שטרא הוא דהוי מפי כתבם עכ"ל. הרי מבואר דאם לא קנה אלא הנייר ולא את הדין שטר לא רק שאין השטר יכול לשעבד אלא אפילו לראיה אינו יכול לשמש דאין לו אצל הקונה דין שטר כיון שלא קנה אלא הנייר שבו והוי מפי כתבם. וא"כ לראשונים אלו אין צורך לומר מה שכתבו התוס' דאיידי שהקנה בלי עדים והשטר משעבד. שאפילו אם השטר לא משעבד הוא פסול לראיה שבו אא"כ קנה הלוקח את הדין שטר.

הרשב"א מפרש על דרך הראשונים הנ"ל שגם כשנכתב השטר על שם המקבל בעינין שיקנה את הנייר ואת הדין שטר ולכן זה הקנאה של מילי, אבל הרשב"א ס"ל שזה דוקא בשטר שלא נכתב ע"מ למוסרו לקונה אלא למוכר, שבאופן זה לא נשתעבד עם שטר זה בשעת כתיבתו, וכונתו דלא חל דין שטר כיון שלא נכתב ע"מ למסור לקונה, וכיון שהדין שטר חל בשעת מסירתו בעינין שיקנה גם את דין השטר ולא רק את הנייר. אבל כשנכתב השטר ע"מ למסור חל בשעת כתיבה תורת שטר על נייר זה וכשמוכר את הנייר נמכר גם הדין שטר ולא בעינין בזה כו"מ. עיין באבי עזרי פ"א מגירושין ה"ז שמביא דברי ר' יונה והר"ן והרשב"א.

אמנם פשוט שאפילו לפי הראשונים הנ"ל שבכל מסירת שטר מלוה למלוה או ממוכר לקונה בעינין כו"מ אלא שכלול בזה כו"מ כיון שהשטר נכתב ע"ש המקבל, בזה בודאי מהני כו"מ מן התורה אפילו לסוברים דבשט"ח דאחרים כו"מ מהני רק מדרבנן. וא"כ מה שכתבו התוס' לעיל שצריך מיעוט לאונאה היכא דלוה בלי שטר ונותן דמים שיכתוב לו הלוה שטר, שבאופן זה מקנה שטר בלי חוב והמכירה היא דאורייתא, אין מזה סתירה לראשונים כאן שכתבו שגם כדי להקנות את השטר לראיה שבו בלי הקנאת החוב בעינין כו"מ מ"מ פשוט שבזה ההקנאה היא דאורייתא ואפשר להעמיד את המיעוט של אונאה באופן זה.

הריטב"א בקידושין כ"ז. כתב פשט חדש בסוגיא זו דלא איירי הכא בשטר מכירה שנכתב על מכירה זו אלא שמוסר המוכר ללוקה את השטר שקיבל ממי שהוא קנה ממנו, וע"י מסירת השטר רוצה המוכר להקנות ללוקה את החיוב אחריות שיש למוכר על המוכר הראשון. ולדבריו זה ממש מכירת שטרות שהוא מוכר יחד עם השטר את החוב שחייבים לו בשטר זה והשטר נכתב על שמו ולא על שם הקונה, ושפיר מוכיחה מזה הגמ' שמילי במילי מקנה. אך העירוני דלא מובן לריטב"א מה מביאה הגמ' מאותה ששינוי כותבין שטר למוכר אע"פ שאין לוקח עמו, הרי לריטב"א השטר נכתב על המכירה הראשונה ושם היה לוקח עמו, וצ"ע.

נמצא הדרכים בביאור הסוגיא א. שיטת הרשב"ם דס"ד דאגב הוא הקנאה של מילי. ב. שיטת התוס' דאף דהכא נכתב ע"ש הקונה ולא דמי לנידון דשט"ח דאחרים מ"מ הגמ' מדמה דכמו שאפשר לעשות שיעבוד ע"י קנין גרוע של אגב כך אפשר להקנות שיעבוד ע"י מילי. ג. שיטת ר' יונה והרמ"ה שגם שטר שנכתב ע"ש המקבל בעינין שיקנה את הנייר עם הדין שטר כדי שישעבד וצריך לזה כו"מ, אלא שתמיד כלול במסירה כו"מ כיון שנכתב על שמו משא"כ הכא שלא נמסר אלא שהקנה באגב חסר כתיבה והוי מילי במילי. ד. הר"ן מוסיף שגם כשאין השטר משעבד ונמסר רק לראיה שבו, אם לא יקנה את הדין שטר יהיה מפי כתבם. ויתכן שזה גם כונת הרמ"ה ור' יונה. ה. הרשב"א ס"ל כן רק בשטר שנכתב ע"ד שלא למסור ומקבל דין שטר רק ע"י הקנאתו למקבל. ו. הריטב"א בקידושין ס"ל דאיידי בשטר מכר שקיבל מהמוכר הראשון וע"י מסירתו לקונה הוא מקנה לו את חיוב האחריות שהמוכר הראשון התחייב לו, והוי ממש כמכירת שט"ח דאחרים.

מדברי הראשונים הנ"ל מבואר דפשיטא להו שצריך למסור את שטר הכתיבה, ולכן כתבו שכשמוסר את השטר שכתוב על שמו של המקבל כלול בזה כתיבה, וכשמקנה באגב ולא מגיע השטר ליד המקבל ס"ד דנחשב מילי. ומבואר שגם לר' יונה שהובא לעיל ע"ז. דס"ל שהכתיבה אינה מעשה קנין להקנות את השיעבוד אלא הקנין הוא המסירה, והכתיבה הוא רק לגלות שדעתו להקנות את השטר, ולדבריו יש מקום לומר כשיטת הקצצה"ח דלא בעינין מסירת שטר הכתיבה, כאן מבואר שגם ר' יונה מודה דאין מעלה בכתיבה אא"כ נמסר שטר הכתיבה לקונה.

אגב שאני. ג' שיטות יש בעינין הקנאת שטר אגב קרקע. א. שיטת הר"ף דאגב מהני גם על הקנאת השטר וגם על הקנאת השיעבוד ולא בעינין לא כתיבה ולא מסירה. וכן פסק המחבר בס' ס"ו סע' י'. ב. שיטת הטור והרא"ש בתשובה וכן ברא"ש בספ"ק דב"מ ששטר אינו נקנה כלל באגב ואינו נחשב אפי' כמסירה, ואפי' אגב יחד עם כתיבה לא מהני, וסובר הרא"ש שזה דעת ר"ח. והובאו דבריהם בש"ך ס' ס"ו סקכ"ז. ג. הש"ך לומר בדעת ר"ח, וכן מביא מעור ראשונים, דאגב מהני להקנאת השטר ונחשב כמסירה אבל צריך צירוף של כתיבה כדי להקנות את השיעבוד. וכן מכריע הש"ך לדינא.

ונראה דמחלוקת זו תלויה במחלוקת הראשונים הנ"ל בביאור ראית הגמ' מהא דשטר מכירה נקנה לקונה אגב קרקע. שלשיטת התוס' אין לדמות שטר מכר שנכתב על שם הקונה לשט"ח שלא ע"ש הקונה. וכל ראית הגמ' הוא דחזינן ששיעבוד נקנה ע"י קנין גרוע של אגב. א"כ התיירין הוא דאגב שאני ואינו קנין גרוע. ולפ"ז אין ללמוד ממה שכאן השטר נקנה באגב שגם שט"ח דאחר נקנה באגב. אבל לר' יונה הגמ' מדמה שטר מכר לשט"ח דאחרים, דכמו שבשט"ח דאחרים מקנה את הנייר ואת השיעבוד, כך בשטר מכר מקנה את הנייר ואת הדין שטר, וגם זה נחשב מילי. ולדברי ר' יונה תי' הגמ' אגב שאני הוא שאגב הוא קנין שמועיל גם על מילי, ואפשר להקנות את הדין שטר ע"י אגב, וכן אפשר לקנות את השיעבוד שיש לו על אחר באגב, ורק במסירה שהוא קנין רק לשטר ולא לשיעבוד בעינין כתיבה, משא"כ אגב מהני גם לשטר וגם לשיעבוד ולא בעינין כתיבה. וכן מפורש בר' יונה דאחר שכתב הפשט הנ"ל כתב דש"מ מהכא שאגב

מהני בשטר בלי כתיבה כשיטת הר"ף ולא כר"ח, וכתב שגם הר"ף למד דינו מכאן. [ומפורש בר' יונה שלר"ח אגב הוי כמסירה אלא שצריך גם כתיבה ע"ש].

לשיטת הראשונים דאגב מהני כמסירה על גוף השטר ובעינן נמי כתיבה יש לבאר ראית הגמ' ממטבע דאינו ראיה רק שאגב קנין טוב יותר מחליפין, אלא שמוכח ממה דמהני אגב במטבע דמהני נמי אגב בשטר. שהנ"י בב"מ מ"ו. מבאר שמה שמטבע לא נקנה בחליפין הוא משום דמטבע שחשיבותו הוא מחמת צורתו הוי כדבר שאין גופו ממון וכאותיות שאינם נקנים בחליפין. ולפי' כונת הגמ' דרק חליפין שלא מהני במטבע לא מהני בשטר אבל אגב דמהני במטבע מוכח דמהני גם על דבר שאין גופו ממון לכן מהני גם בשטר.

דהא מטבע לא נקנה בחליפין. כתב ר' יונה דמשמע דהמוכר שמקנה שטר לקונה בחליפין לא מהני ורק אגב מועיל דאגב שאני. וה"ה לגבי שט"ח דאחרים אינו יכול להקנות ע"י סודר. אבל כתב ר' יונה דיש לדחות דכונת הגמ' דאגב מהני לבד על השטר ועל השיעבוד ולא בעינן לא מסירה ולא כתיבה. וחליפין גרע דלא מהני על השיעבוד, ואכתי יתכן דמהני חליפין לעיני הקנאת השטר כמסירה ויתעיל יחד עם כתיבה. דהיינו שלגבי חליפין יש לדון בתרתי א. אי מהני חליפין לבד. ב. אי מהני יחד עם כתיבה. ובתחילה רצה ר' יונה להוכיח מכאן דלא מהני כלל ודחה דשמא מהני עם כתיבה וגרע מאגב דאגב מהני לבד וחליפין מהני רק עם כתיבה. בשו"ע ס' ס"ז סע' ד' נפסק שאם השטר אינו אצלו אע"פ שהקנהו לקונה בחליפין אינו נחשב כמסירה. ולשון זה משמע דלא מהני אפילו עם כתיבה, וכ"כ הש"ך שם סקט"ו. אך הטור שם מביא שנחלקו בזה הרמב"ן והראב"ד, שהראב"ד ס"ל דחליפין מהני כמסירה יחד עם כתיבה. והרמב"ן חולק דלא מהני כלל. ומדברי התוס' לעיל בשם ר' יהודאי גאון שאין אותיות נקנים בחליפין משמע דקאי אפילו אליבא דרבי דאותיות נקנות במסירה בלי כתיבה א"כ מוכח דס"ל שאין שטר נקנה בחליפין כלל. והובא לעיל ע"י. שהנתיבות בסק"ג מביא שהתומים מקשה למה גרע חליפין משאר קנינים ולמה לא יחשב כמסירה ויתעיל עם כתיבה. וכתב הנתיבות ע"פ הרמב"ן דבעינן שיוציא הראיות מתחת ידו. ולעיל כתבו ע"פ הריטב"א דמסירה בשטר הוא דהשטר נחשב כאפסטר דהחוב ותפיסת השטר הוי כתופס במוסרה. ובודאי לא מהני הקנאת המוסרה בסודר. אמנם גם בל"ה ניהא דכבר הובא לשון הנ"י בב"מ דחליפין לא מהני לשטר משום שאין גופו ממון. וזה סברא שאין השטר נקנה כלל ע"י חליפין ואפילו עם כתיבה לא יתעיל.

תוד"ה רב פפא. התוס' מוכיח מהגמ' במי שמת שבריא אינו יכול להקנות מע"פ בחליפין. ונחלקו רש"י ותוס' בטעם הדבר. רש"י בכתובות נ"ה: כתב שהטעם הוא משום שאין מטבע נקנה בחליפין. והתוס' שם חולקים וכתבו שהטעם הוא משום דמלוה אינו בעין ואינו נקנה אלא במתנת שכ"מ. ונ"מ בין הטעמים הוא שלרש"י רק בחליפין אינו נקנה אבל אגב שמועיל במטבע מועיל גם במלוה כמפורש ברש"י הנ"ל בכתובות. ולתוס' שהטעם הוא מפני שאינו בעין אין מע"פ נקנה לא בחליפין ולא באגב. ומה שכתבו התוס' כאן דליכא למימר שהגמ' במי שמת מיירי בהלואה מטבע שאינו נקנה בחליפין, באו בזה לאפוקי משיטת רש"י, וס"ל שרק בהלואה מטבע יש מקום להחשיב את ההלואה כמטבע ולומר שמה שאינו נקנה הוא משום דמטבע אינו נקנה בחליפין, ואגב באמת יתעיל. וכתבו דליכא למימר הכי מתר' טעמי. א. דא"כ הל"ל מטבעותי לפלוני ולא הלואתי לפלוני. ב. דמוכח בב"ב קמ"ח. דמלוה ע"פ לא נקנה גם בקנין אגב, וע"כ דאין הטעם משום דמטבע לא נקנה בחליפין אלא מפני שמלוה אינו בעין. ואף דהובא לעיל שיש ראשונים שסוברים דמלוה בשטר נקנה אגב קרקע בלי כתיבה ובלי מסירה עיין ברמב"ן שזה דוקא באותיות ולא במלוה ע"פ. ולכאורה הכונה דשאני מלוה בשטר שהחוב נגרר אחר השטר אבל מלוה ע"פ שאינו בעין אינו נקנה אגב קרקע. ובקור"ש ב"ב אות תקכ"ב כתב דרק מע"פ נחשב אינו בעין דליכא שיעבוד נכסים משא"כ מלוה בשטר.

בדעת רש"י שכתב שמה שמלוה ע"פ אינו נקנה בחליפין הוא משום דמטבע אינו נקנה בחליפין לכאורה צ"ל כמו הפשט שהתוס' דחו שיש חילוק בין הלוואה מטבע להלוואה פירות, שרק הלוואה מטבע שיש תביעה על מטבע נחשב כמטבע ואינו נקנה בחליפין, אבל הלוואה פירות אין סיבה שיחשב כמטבע. וכן מפרש הקו"ש בכתובות אות קס"א. ובב"ב אות תקכ"ב כתב דכיון דחייבו לפרוע מטבע לא עדיף גוף החוב ממטבע. אבל הלוואה פירות נקנה לרש"י בחליפין וכ"ש באגב. דהיינו שיש ב' נ"מ בין רש"י לתוס'. א. לרש"י רק חליפין לא מהני ואגב מועיל. לתוס' גם אגב לא מהני. ב. לרש"י רק הלוואה מטבע לא נקנה בחליפין. לתוס' כל הלוואה לא נקנה בין בחליפין בין באגב. ואף שקשה להבין את החילוק בין הלוואה מטבע להלוואה פירות, שגם בהלוואה מטבע אינו מקנה את המטבע אלא את החוב ומ"ל חוב של מטבע מ"ל חוב של פירות, מ"מ חזינן בתוס' שהיה להם צד לחלק בזה ולומר דהלוואה מטבע נחשב כמטבע ושאר הלוואות אינם כמטבע [עיין במהרש"א על התוס'].

אמנם ראיתי בשיעורי ב"ב לאחי הרה"ג ר' דוד שליט"א שמביא בשם המאירי בכתובות נ"ה. שבריא אינו מקנה מע"פ בסודר שהרי אין מטבע נקנה בחליפין וכ"ש מלוה שאינו בעין. ומבאר דס"ל שאין הטעם משום דהלוואה מטבע נחשב כמטבע, אלא דמה שהלוואה אינו נקנה הוא משום דאינו בעין, אבל אין זה חסרון בכל הקנינים אלא דוקא בסודר שאין מטבע נקנה בו. ומוסיף לבאר דהמאירי ס"ל שהחסרון של מטבע הוא משום שהצורה עבידא דבטלא והוי כדבר שאין גופו ממון, ובכל מלוה יש חסרון זה כיון שאין המלוה בעין. ולפי' מש"כ רש"י דמלוה אינו נקנה בחליפין מפני שמטבע אינו נקנה בחליפין הוא לאו דוקא בהלוואה מטבע מפני שנחשב כמטבע, אלא כל הלוואה כיון שאינו בעין יש בו חסרון שדומה לחסרון של מטבע. וזה חסרון רק לעיני חליפין שאין מטבע נקנה בו ולא בקנין אגב.

נמצא לשיטת תוס' מלוה ע"פ אינו נקנה במתנת בריא לא בסודר ולא באגב. לרש"י מע"פ נקנה באגב, ולקו"ש בדעת רש"י מה שבסודר אינו נקנה הוא דוקא בהלוואה מטבע שדינו כמטבע, ושאר הלוואות נקנים לרש"י בין בחליפין בין באגב. ולפי מה שהובא מהמאירי שיטת רש"י שכל הלוואה בין של מטבע בין של פירות אינו נקנה בחליפין דכיון שאינו בעין דמי למטבע אבל נקנה אגב קרקע. וברמ"א בס' ס"ו סע' כ"ו הובא מחלוקת אם מע"פ נקנה אגב קרקע כשיטת רש"י או שלא נקנה כשיטת תוס'. ולתוס' מה דמבואר כאן לספרים דגרסי מסיק שכן נקנה באגב הוא קולא שהקילו בהרשאה.

מכר את הקרן לא מכר את הפרדות. בגמ' מבואר דהיינו דוקא כשאנשים אדוקים אבל באדוקים מכר את הקרן מכר את הפרדות. הרמב"ם בפכ"ז ממכירה ה"ב כתב המוכר את הקרן לא מכר את הפרדות בזמן שאינם קשורות עמו. מכר את הפרדות לא מכר את הקרן. מבואר דלגבי מכר את הפרדות לא מכר את הקרן אין ג"מ בין אדוקים ללא אדוקים. וכן מפורש ברמ"א בס' ר"כ סע' ב'. וכתב שם הגאון בסק"ד שהמקור הוא מזה שבבביתא נזכר רק מכר את הקרן מכר את הפרדות ולא איפכא משום שרק באופן זה שונה הדין מהדין של המשנה.

הרמב"ן כתב דהא דבאדוקים מכר את הקרן מכר את הפרדות הוא בצירוף הדמים מודיעים אלא שבלי אדוקים לא אמרין הדמים מודיעים אבל באדוקים סומכים על הדמים אפי' לרבנן דר"י. אבל בלי הודעת דמים המוכר את הקרן לא מכר את הפרדות אפי' שהם אדוקים בקרן. הרמב"ם חולק וכתב שאם פרידות אינם בכלל לשון קרן לא יתעיל לזה הדמים מודיעים, אע"כ דכשהם אדוקים הפרדות נטפלות לקרן והי' ליה כמוכר את הבית דמכר תנור וכיריים הקבועים בו מפני שהם נטפלים לבית, וכן כאן. ברשב"ם מבואר דאדוקים מהני רק לגבי קרן ופרדות ולא לגבי צמד ובקר. אבל הנ"י כתב בשם הר"י מגוש והרמב"ן שגם בצמד מהני אדוקים. והרמ"ה באות ל"ד כתב דמכר צמד לא מכר בקר אפי' אדוקים אבל מכר בקר ופירש שמוכר לרדיא והיה הצמד עליו מכר גם את הצמד.

הדמים מודיעין. הנ"י כתב דר"י חולק רק בצמד ובקר אבל בקרן ופרדות מודה ר"י דלא אמרין הדמים מודיעים כיון שאינו בכלל הלשון כלל. הרמב"ם חולק דר"י אכולא מתני' קאי ואפילו אקרן ופרדות. ויש לעיין אם מה שר"י סומך על הדמים מודיעים בצמד ובקר הוא דוקא כשאמר צמד שהדמים מוכיחים שבקר בכלל, אבל היכא דאמר בקר והדמים מוכיחים שמוכר גם את הצמד לא סמכין על דמים מודיעים אפילו לר"י א"ד גם בזה סובר ר"י שהדמים מודיעים. ומדברי הנ"י משמע דגם בזה לר"י הדמים מודיעים שכתב על דברי רבנן דפליגי דטעמייהו דמצי אמר לא מוכרתי אלא הבקר. משמע שלר"י גם במוכר את הבקר אמרין דמכר את הצמד כשהדמים מודיעים. וכן יש לדייק בלשון הרשב"ם שכתב במשנה בד"ה לא מכר את הצמד, דקאי על המוכר את הבקר, דנחלק בזה ר"י ורבנן אי אמרין הדמים מודיעים או לא. משמע שלר"י גם במוכר את הבקר אמרין דמכר את הצמד היכא שהדמים מודיעים.

נמצא המחלוקת בעיני זה א. הרמב"ן והרמב"ם נחלקו אם אדוקים בקרן ופרדות הוא בצירוף דמים מודיעים או בלי דמים מודיעים. ב. הרשב"ם והנ"י נחלקו אם אדוקים מהני גם בצמד ובקר. ג. הנ"י והרמב"ם נחלקו אם מה שר"י סובר דמים מודיעים דוקא בצמד ובקר או גם בקרן ופרדות.

בשיעור הפרש הדמים כדי לומר הדמים מודיעים כתב הרשב"ם בשם הראב"ד דבעינן שיהיה לפחות שיעור ביטול מקח והרשב"ם כתב שמסברא נראה דלא סגי אפילו בביטול מקח אלא בעינן בכדי שאין הדעת טועה, אך הרשב"ם חזר מזה דהקשו לקמן צ"ב. על הספק אם מכר לרדיא או לשחיטה נימא דמים מודיעים, ואין הפרש בין רדיא לשחיטה כל כך שיהיה בזה כדי שאין הדעת טועה.

באתרא דקרו לצימא צימא ולבקר בקר ואיכא נמי דקרו לבקר צימא. לשון הגמ' ואיכא נמי משמע דהרוב קרו לצמד צמד ולבקר בקר ורק מיעוט קרו לבקר צמד. ובתוס' לקמן צ"ב. מבואר שיש ספרים שגרסו כן בגמ' דרובא קרו לצמד צמד ורק מיעוט קוראים לבקר צמד. ולפ"ז כתבו התוס' שם דמה שרבנן פליגי וס"ל שאין הדמים ראייה הוא דוקא באופן דאיכא רוב נגד ראיית הדמים. ור"י ס"ל שאפילו באופן זה הדמים מוכיחים שהוא מן המיעוט. אבל במחצה על מחצה גם רבנן יודו שהדמים מודיעים. אבל הביאו התוס' דיש ספרים דגרסי הכא איכא דקרו לצמד צמד ובקר בקר ואיכא דקרו לבקר צמד, וכן הוא גירסת הרשב"ם והרא"ש כאן, ולפ"ז רבנן סברי דגם במע"מ לא אזלינן בתר הדמים להוציא ממון מחזקתו כיון שאין רוב שמסייע לדמים. אבל אם רובא קרו לבקר צמד אף שאין הולכים בממון אחר הרוב בזה כתבו התוס' שם דלכל הגרסאות מודו רבנן דדמים עם רוב מהני להוציא. והרמב"ם כאן חולק וס"ל שלרבנן אפילו רובא קרו לבקר צמד אין הולכים אחר הדמים להוציא ממון מחזקתו דאין הולכים בממון אחר הרוב ואפילו כשהדמים מסייעים לרוב.

היכא דכולהו קרו לבקר צמד פשוט לגמ' דלכו"ע מכר את הבקר. אך ברשב"ם בד"ה כולה זבין ליה וכן בד"ה ורבנן סברי מבואר שגם באופן זה מה דאמרין שמוכר את הבקר הוא רק בצירוף עם הדמים מודיעין. והטעם הוא פשוט שגם במקום דכולהו קרו לבקר צמד מ"מ גם לצמד לחודיה קרו צמד, א"כ אכתי כשאומר צמד אין הכרח שכונתו גם לבקר, אלא שבאופן זה לכו"ע אזלינן בתר הדמים. וכן מבואר ברשב"ם בשם הראב"ד ע"ש.

הרמב"ן מפרש את מסקנת הגמ' דלא כשאר הראשונים שפרשו שיש דקרו כך ויש דקרו כך [או רוב ומיעוט או מחצה על מחצה] אלא כולם קוראים לפעמים לבקר בקר וצמד צמד ולפעמים קוראים גם לבקר צמד. ולשאר הראשונים בזה לכו"ע דמים מודיעין, ולרמב"ן גם בזה אין הדמים ראייה כיון שיתכן שכשאמר צמד היה כונתו לצמד בלי בקר וא"א להוציא ע"פ דמים. ולדבריו צ"ל שמה שאמר לפנ"ז ואלא דקרו ליה נמי לבקר צימא כוליה זבין ליה היינו שכולם כשמוכרים צמד ובקר קוראים לזה צמד ולא טורחים לפרש צמד ובקר. אבל במסקנא כולהו פעמים קוראים לבקר וצמד צמד ופעמים מפרשים צמד ובקר ובהו אין הדמים ראייה לרבנן. ודברי הרמב"ן מחודשים שלפי פשוטו באופן זה גם רבנן מודו שהדמים מודיעין.

נמצא ג' פשטים במסקנת הגמ' א. רוב ומיעוט ופליגי אי דמים מודיעים נגד רוב. ב. מחצה על מחצה ופליגי אם דמים מוכחים שהוא מן הקוראים לבקר צמד. ג. לרמב"ן כולהו קוראים כך וכך ופליגי אם הדמים מוכיחים מזה היה כונתו.

ורבנן סברי אין הדמים ראייה. פירש הרשב"ם דהא דלא אמרין הדמים מודיעין לרבנן הוא משום דהלוקח הוא המוציא ואוקי ממוןא בחזקת המוכר. ויש לעיין לפ"ז היכא דהמעות עדיין ביד הלוקח אם חייב לשלם את כל הדמים או לא דאף שלגבי הצמד והבקר המוכר מוחזק ומספק אינו חייב לתת את הבקר מ"מ גם הקונה שמוחזק בדמים יאמר שלא נתחייב בכל הדמים אלא תמורת צמד ובקר ומספק אין המוכר יכול להוציא ממנו את הדמים.

ולכאורה דבר זה תלוי במחלוקת הרמב"ם והראב"ד בפכ"ח ממכירה הי"א דמבואר לקמן ק"ג. דהאומר בית כור עפר אני מוכר לך מדה בחבל צריך לתת לו בית כור שלם אבל אם אמר הן חסר הן יתר אפילו פחת רובע לסאה הגיעו. ופסק הרמב"ם דהיכא דאמר בית כור עפר אני מוכר לך מדה בחבל בין חסר בין יתר, דהיינו שאמר ב' לשונות סותרות, הולכים אחר פחות שבלשונות ואין לו אלא כדין הן חסר הן יתר. וכתב ע"ז הראב"ד לא ידעתי מהו זה שתלוי אם כבר נתן מעות והקונה הוא המוציא או שלא נתן מעות והמוכר הוא המוציא. וכתב המ"מ שהרמב"ם ס"ל שאפי' אם הלוקח מוחזק במעות כופין אותו לשלם כיון שהקרקע בחזקת המוכר. ולכאורה הכונה להספק הוא על נכסי המוכר כמה כלול במכירה ואם מספק הוכרע שמכר פחות הרי הלוקח חייב לשלם עבור זה את כל הדמים שנתחייב. וכמו ששם שיש ספק אם מכר בית כור שלם או פחות מעט ומספק הממוקן בחזקת המוכר ופליגי הרמב"ם והראב"ד אם הלוקח חייב לשלם את כל הדמים כשהדמים ברשותו, כך כאן שספק אם מכר צמד לבד או צמד ובקר, ומספק א"א לחייבו יותר מצמד, היכא שעדיין לא שילם לראב"ד לא ישלם את כל הדמים שלגבי הדמים המוכר הוא המוציא. ולרמב"ם חיוב הדמים הוא בתולדה ממה שפסקו שחייב המוכר לתת. וכיון שהוא מוחזק בבקר חייב הלוקח כל הדמים עבור הצמד.

המ"מ כתב בסוף דבריו דכדברי הרמב"ם מבואר בסוף פרק השואל המשכיר מרחץ ב"ב דנרים לשנה בדינר לחודש, דאיכא ספק לגבי חודש העיבור, וקי"ל דקרקע בחזקת בעליה והמשכיר נחשב מוחזק תעל השוכר להביא ראיה, ומשמע שהשוכר צריך לשלם את כל השכירות עבור י"ב חודש אף שהוא מוחזק במעותיו. ומוכח דכיון שהוכרע דין הבית ממילא נגרר חיוב הדמים וכן בנידון דהרמב"ם, וכן כאן לענין צמד ובקר. אמנם ידוע שהר"ן שם בב"מ עמד בזה אמאי לא אמרנן שהשוכר מוחזק במעותיו ויפטר מלשלם מספק. ועיין בקונה"ס כלל ד' אות ג' מש"כ בביאור תירוצו הר"ן, ומבאר עפ"י מחלוקת הרמב"ם והראב"ד הנ"ל.

אך כל זה למה שמבואר ברשב"ם שלרבנן שאין הדמים מודיעים זה ספק והמוכר פטור מלתת את הבקר מכח הממז"ה. אבל הרמב"ן כתב דתנן לא מכר מלתא פסיקא תנן שאפילו דמים ביד לוקח כופין אותו ליתן מאתים, ולא מהניא חזקה דממונא דכל היכא דתנן לא מכר דינא פסיקא קתני. ולא משמע ברמב"ן שכונתו כמו שכתבנו ברמב"ם דאחר שהוכרע דין המוכר ממילא נקבע חיובו של הלוקח, אלא משמע דס"ל דהא דאמרנן לא מכר את הבקר אינו מספק אלא הוא דין ודאי. וכן מפורש בלשון הרשב"א שכתב ברמב"ן ומבאר דכיון דאיכא דקרו לצמד צמד, אם דעת הלוקח היה על שניהם היה לו לפרש, ומדלא פירש מוכח שדעתו על הצמד בלבד ומתני' דינא קתני ולא משום ספק. [ואין לומר דהרמב"ן לשיטתו בזה דאינו מפרש דאיכא ב' מנהגים אלא כולוהו קרו פעמים כך ופעמים כך ולכן הוי ליה ללוקח לפרש, דהרשב"א כתב בהדיא דרובא קרו כך ומיעוט כך ואעפ"כ ס"ל דהוי ודאי כיון שהלוקח הוי ליה לפרש].

נמצא דהיכא שעדיין לא שילם הלוקח אם חייב לשלם כשפוטרים את המוכר מליתן את הבקר לפי הרשב"ם דהוי ספק תלוי במחלוקת הרמב"ם והראב"ד, ולפי הרמב"ן אינו ספק אלא המוכר פטור מדין ודאי דהוי ליה ללוקח לפרש וחייב הלוקח לשלם כל הדמים אף שאינו מקבל את הבקר.

דף עת.

וכ"ת ביטול מקח לית להו. הרשב"ם בפירוש הראשון כתב דס"ד דליכא ביטול מקח אפי' ביותר משנות אלא רק חזרת אונאה. ומקשה ע"ז הרשב"ם מה דחיית הגמ' מהא דאמר לו לא אמרו אלא את אלו, אולי התם מיירי לגבי חזרת אונאה. לכן מפרש הרשב"ם דס"ד דליכא אפי' חזרת אונאה וכל פרשת אונאה הוא רק לענין איסורא וחיוב לצי"ש. ויש לעיין דגם ע"ז קשה מה ראית הגמ' מהא דאמר לו אולי מיירי לגבי האיסור דרק עשו"ק נתמעטו מאיסור אונאה משא"כ בשאר מילי איכא איסורא. אמנם לפי מש"כ ר' יונה כאן דגם בעשו"ק איכא איסורא ולא נתמעטו אלא מחזרת אונאה וביטול מקח נחתא. אך דבריו אינם מוסכמים עיין רע"א ס' רכ"ז סע' כ"ט שברמב"ן מבואר דאיכא איסור אונאה בקרקע והמל"מ מוכיח מהתוס' בב"מ דאפי' איסור אונאה ליכא בקרקע ע"ש.

הרי"ף גורס וכ"ת כי האי גוונא סברי רבנן לא הוי אונאה. דהיינו לא כפרשב"ם דס"ד דרבנן לית להו כלל ביטול מקח וחזרת אונאה אלא רק כאן ס"ד לומר כן. ומבאר הג"ז דס"ד דבטעות גדול כזה לית להו לרבנן ביטול מקח. והקשו מס"ת דהתם נמי הוי טעות גדול. ותרצו דהכא הוי טעות גדול יותר שאין הדעת טועה בכך. הרמב"ן כתב בשם ר"ח דס"ד שבצמד לית להו אונאה שהוא דבר שהאדם צריך לו הרבה ודמי לס"ת שאין בו אונאה לר"י. נמצא ג' דרכים בביאור הה"א א. פרשב"ם. ב. פירוש הג"ז. ג. פירוש הרמב"ן בשם ר"ח.

אימור מתנה יחייב ליה. יש להסתפק בדין זה שבכדי שאין הדעת טועה ליכא ביטול מקח אף שמשלם יותר מדמיו דאמרנן מתנה יחייב ליה אם הפשט שלעולם לא התחייב עבור החפץ אלא לפי דמיו ומה שהוסיף הוא מתנה בעלמא ולא תשלום עבור החפץ או דלמא אין זה מתנה אלא תשלום עבור החפץ, ואף שידע שאין החפץ שווה דמים אלו רצה להוסיף על דמיו כדי לתת למוכר מתנה אבל לעולם זה חיוב שהוא חייב את עצמו עבור החפץ. ועיין במתנ"א הל' אונאה ס' י"ג וריבית ס' י"ד שמסתפק אם דין זה הוא דוקא ששילם כבר את הדמים דאינו יכול לתבוע החזרת הדמים דתולים שנתן לשם מתנה וזכה בהם המוכר, אבל אם עדיין לא נתן את הדמים א"א לחייב לשלם, או דלמא גם אם לא שילם חייב. ומביא ראיה מדברי הטור בס' ר"כ שגם אם לא נתן חייב לתת. וברור שספיקו של המחנ"א הוא כנ"ל שאם זה מתנה בעלמא אם עדיין לא נתן את המעות מה מחייבו לתת מתנה. ואם זה התחייבות עבור החפץ גם אם לא נתן חייב לתת שמישיכת החפץ מחייב כמה דמים שקצץ עבור החפץ, ואין כאן טעות שתולים שהוסיף מדעתו לשם מתנה.

יש לפשוט ספק זה מדברי הריטב"א כאן וז"ל אבל בכדי שאין הדעת טועה הא ודאי ידע ומחיל וכאומר יודע אני שיש בו אונאה ע"מ שאין לך עלי אונאה עכ"ל. ומדכתב דהוי כאומר ע"מ שאין לך עלי אונאה מבואר דס"ל דאינו מתנה סתם אלא דמי החפץ. וא"כ בודאי יהיה הדין שאפי' אם עדיין לא שילם חייב לשלם כיון שכל הדמים הם דמי החפץ. ולכן לא פירש כפשוטו דהוי מתנה סתם דמשמע ליה דחייב לשלם בכל גוונא גם אם עדיין לא שילם.

המוכר את החמור. בגמ' אמר עולא דפליגי בכלי משי אבל אוכף ומרדעת וקלקלי וחבק ד"ה מכורין. ופליגי אי סתם חמור לרכוב קאי או למשא קאי. פרשב"ם דהא דמודו כו"ע באוכף ומרדעת הוא משום דהני צריכי בין לרכיבה בין למשא. דהיינו דס"ל דכשם שול"ק סתם חמור קאי לרכיבה ולא למשא, כך לנחום המדי קאי למשא ולא לרכיבה. ומה שכו"ע מודו באוכף מפני שהוא משמש בין לרכיבה בין למשא. וצ"ל שגם קלקלי וחבק משמשים גם למשא וכן מפורש בני"ע ע"ש. הריטב"א חולק וס"ל דאוכף ומרדעת משמשים רק לרכיבה ולא למשא, ומה דכו"ע מודו בהו הוא משום דלכו"ע סתם חמור קאי לרכיבה ופליגי אי קאי גם למשא או רק לרכיבה, לכן כלי רכיבה לכו"ע נמכרים עמו. וכן מבואר ברמ"ה באות ל"ו.

בשאינן עליו מודה להו נחום המדי. כתב הרשב"ם שלפי צד זה גם אוכף ומרדעת אינם בכלל כשאינן עליו. והתוס' חולקים דאוכף עדיף משק ודסקיא אפילו לנחום המדי ובהו קנה אפילו אינם עליו שהם תכסיסי החמור. היינו שבטלים לחמור דהם מלבושו הקבוע בין אי אמרנן שלכו"ע עומד החמור לרכיבה בין אי אמרנן דאוכף משמש גם למשא. דהיינו שלרשב"ם אוכף לרבנן כשק ודסקיא לנחום המדי. ולתוס' אוכף לרבנן עדיף משק ודסקיא לנחום המדי. ונ"מ מזה להלכה דלרוב הראשונים בעיא זו לא נפשטה [רק ר"ח ורב האי גאון ס"ל דנפשט, והרמב"ן כתב על דבריהם איני יודע היאך]. ולכן הלוקח אינו קונה שק ודסקיא אפילו עורך עליו, ובאוכף לרשב"ם אינו קונה אא"כ עורך עליו ולתוס' קונה אפי' אין עורך עליו.

הריטב"א מקשה אמאי יש צד דפליגי הכא בעודן עליו הא אמרנן לעיל גבי קרן ופרדות שבאדוקים בו הכל מכור. וע"ש שמתרין בבי אופנים. ור' יונה מקשה איפכא דהכא איכא צד דקונה אוכף אפילו אינם עליו ולעיל לגבי קרן ופרדות אם אינם אדוקים לא קנה. ע"ש מש"כ בזה ר' יונה.

תוד"ה א"ד. ה"נ ה"מ למימר וכו' הרי"ף והרא"ש ור' יונה גרסו כן בגמ' דאיכא ג' צדדים לספק דשמא פליגי בין בזה בין בזה.

דף עח:

מכר את הפרה לא מכר את בנה. הרא"ש בס' ט' כתב בשם התוספתא שאם אמר שפחה מעוברת אני מוכר לך, פרה מעוברת אני מוכר לך מכר את הולד. משמע שאם אמר שפחה ופרה סתם והיו מעוברות אין הולד בכלל. וכתב ע"ז הרא"ש ולא מסתבר כלל. הפ"ח באות ל' כתב דמוכח כרא"ש ממתני' דב"מ ק'. המחליף פרה בחמור וספק אם ילדה הפרה לפני המכירה או אחרי המכירה. ומבואר דסתם מכירת פרה מעוברת כולל את הולד. ואין לומר דמתני' איירי שאמר פרה מעוברת שאם כן אפילו ילדה לפני המכירה הולד בכלל.

הרמב"ם בפכ"ז ממכירה ה"ז מביא את התוספתא כלשונה שרק אם אמר פרה מעוברת העובר בכלל. ויקשה על הרמב"ם ממתני' דהמחליף פרה בחמור. וכתב ע"ז המחנ"א הל' דבר שלא בא לעולם ס' ו' שלרמב"ם מתני' דהמחליף פרה בחמור איירי שאמר מעוברת וגם באופן זה הולד בכלל רק אם בזמן המכירה היא עדיין מעוברת. דהיינו שנחלקו הפ"ח בדעת הרא"ש והמחנ"א בדעת הרמב"ם אם אומר מעוברת וילדה לפני המכירה אם קנה או לא. ובהו תלוי מה הדין כשמכר סתם וילדה אחרי המכירה אם הולד בכלל או לא. ולפ"ח בדעת הרא"ש מתני' דהמחליף איירי בסתם ולמחנ"א בדעת הרמב"ם איירי שאמר מעוברת.

הט"ז בס' רכ"ג כתב שגם לרמב"ם מתני' איירי בסתם וגם בסתם הולד בכלל אם בזמן המכירה עדיין לא ילדה, ומש"כ הרמב"ם שרק כשאמר פרה מעוברת הולד בכלל היינו שבזה הולד בכלל אפילו אם נולד לפני המכירה. ובפרה סתם לא פליגי הרמב"ם והרא"ש כלל ולכו"ע מתני' בסתם. הנהיגות בס' רכ"ג סק"ב כתב לישב המשנה לדעת הרמב"ם ע"פ דברי הסמ"ע בס' ר"כ סק"ט שמחלק בין פרה סתם לפרה זו. א"כ י"ל דהמשנה איירי שאמר פרה זו ובהו מודה הרמב"ם שאם לא ילדה עד אחר המכירה הולד בכלל. הקצה"ח בס' ר"כ סק"א מביא שכבר עמדו בזה הראשונים בשיטמ"ק בב"מ שם שלרמב"ם קשה מהמשנה, וכתבו שי"ל דאיירי שאמר פרה מעוברת ובדאי הולד בכלל אפילו אם ילדה לפני המכירה, אבל יכול המוכר לטעון כיון שפרה זו ילדה לפני המכירה יכול לתת לו פרה מעוברת אחרת שעדיין לא ילדה, והקונה טוען שפרה זו היתה עדיין מעוברת בזמן המכירה ולא יכול להחליף לפרה מעוברת אחרת.

נמצא ד' דרכים בבאור המשנה דמחליף פרה בחמור. א. לרא"ש איירי בפרה סתם וגם בסתם הולד בכלל אם היא עדיין מעוברת בשעת מכירה. ולט"ז גם הרמב"ם מפרש כן. ב. לסמ"ע מתני' כשאמר פרה זו ובהו הולד בכלל אם לא ילדה עד אחר המכירה אבל בפרה סתם אין הולד בכלל לרמב"ם אפי' ילדה אח"כ. ג. לראשונים שהובאו בקצות איירי שאמר פרה מעוברת והעובר בכלל גם אם ילדה לפני המכירה אבל כשהוברר שלא היתה מעוברת בזמן המכירה יכול לתת מעוברת אחרת. ד. למחנ"א מתני' כשאמר מעוברת וגם כשאומר כן אין הולד בכלל אא"כ היא עדיין מעוברת בזמן המכירה.

דף עט.

הקדיש בור מלאה מים מועלין בהם ובמה שבתוכן. פרשב"ם שמועל אם הצניע חפציו בבור דיש מעילה במחובר לקרקע כדנפקא לן במסכת מעילה י"ח: . התוס' חולקים והוכיחו דאין מעילה במחובר מהא דמקדיש עבדו אין מועלין בשערו דאיתקש לקרקע. וכן מהדרש קלעילין בשדה הקדש שמועל מפני שנחנה מן האבק שנתלש מן הקרקע, אבל מה שיש לו הנאה מגוף הקרקע אינו סיבה למעילה. לכן פרשו התוס' שמעילה בבור הוא כשעוקר חוליא מן הבור ונחנה ממנו בתלוש. הרמב"ן כתב שי"ל עוד דמיירי שיש לבור כתלים של בנין ונחנה מן הכותל שהוא תלוש ולבסוף חיברו שדינו כתלוש לענין מעילה.

הרמב"ם בפ"ה ממועילה ה"ה כתב דאין מעילה אלא בתלוש מן הקרקע. והכ"מ כתב שהמקור הוא מהברייתא במעילה י"ח: וזה גם המקור של הרשב"ם שיש מעילה, ותלוי בגרסאות בגמ' שם, לכן התוס' לא הביאו ראיה משם. לענין תלוש ולבסוף חיברו כתב הרמב"ם שם שאם הקדיש בית בניי ודר בו לא מעל אבל המקדיש עצים ואבנים ובהם מהם בית ודר בו מעל. דהיינו שהרמב"ם ס"ל שאם הקדיש

בזמן שהוא תלוש וחל עליו דין מעילה, לא פוקע דין מעילה גם כשמחברו. אבל אם חיברו ואח"כ הקדישו אין בו מעילה שגם תלוש ולבסוף חיברו דינו כמחבר לענין מעילה. ולרמב"ם א"א לפרש כאן כרמב"ן שהרי הקדיש בור מלא מים וע"כ שכותל הבור היה בנוי לפני שהקדיש וא"כ לא יהיה מעילה אפי' תלוש ולבסוף חיברו. ולרמב"ם ע"כ צ"ל כתי' התוס' שעקר חוליא ונהנה ממנו.

הרמב"ם בפ"ו מערכין ה"ל כתב שהמשכיר בית לחברו וחזר והקדישו אם דר בו השוכר מעל. וכתב ע"ז המל"מ שם עיין מש"כ רבינו בפ"ה ממעילה ה"ה וצ"ע. והיינו שקשיא ליה אמאי מועל השוכר הא שיטת הרמב"ם שאם הקדיש תלוש אחר שהיברו דינו כקרקע ואין בו מעילה. וכתב רע"א בגליון המל"מ שהב"י ביו"ד סוף ס' רכ"א מביא משו"ת הרשב"א דאף שאין מעילה במחבר מ"מ איסור איכא. [עיין במג"ח מצ' קכ"ז שבתחילה נקט שלרשב"א יש איסור הנאה מן התורה ורק מעילה אין ובהמשך דבריו רצה לומר שהאיסור לרשב"א הוא מדרבנן. האר"ש בפ"א מתרומות בסוף הכ"ו נקט שהאיסור הנאה ממחבר הוא מן התורה]. וכוונת רע"א שע"פ הרשב"א י"ל שמש"כ הרמב"ם שהשוכר מעל הוא לאו דוקא והכונה שאסור לו להנות. ותירוק זה כתב גם השעה"מ פ"ג מאישות ה"ג והובא במג"ח הנ"ל. אך בדעת הרשב"ם א"א לישב על דרך זה ולומר שמש"כ הרשב"ם שמועל ע"י השתמשות בבור כשהוא מחובר שכונתו דאיכא איסור מעילה ולא מעילה ממש שהרשב"ם כתב שבקרקע מועל אע"פ שלא פגם ובתלוש בעינן שיפגום. הרי דאיירי לענין חיוב מעילה ממש שרק בזה בעינן שיפגום.

רשב"ם ד"ה כל הראוי למזבח ולא לבדה"ב כגון שור וכשב תמימים דהמתפס תמימים לבדה"ב עובר בעשה. הא דהוצרך הרשב"ם לזה ולא כתב משום דאינם ראויים לכבשן בבנין כמש"כ לגבי סולת לבונה יין ושמן, דשור וכשב ראויים עורותיהם לצורך בנין.

רשב"ם ד"ה מים. כתב שאינם ראויים למזבח דמים מכונסים פסולים לניסוך דבעינן מים חיים. וכתב ר' יונה דכן מבואר במשנה בסוכה מ"ח. היה ממלא מן השילוח. וילפינן לה התם מקרא דושאבתם מים בששון. וסובר ר' יונה דלומדים מפסוק זה דניסוך המים הוא דוקא במי מעין. וזה דלא כרש"י שכתב ששאלת הגמ' בסוכה שם מנא הני מילי אינה על הא דלקחו מים מן המעין אלא על הא דתוקעין בשעת שאיבת המים. וע"ז הביאו את הפסוק ושאבתם מים בששון. והובאו דברי רש"י בשיטמ"ק כאן בשם הר"ן. וע"ע בשיטמ"ק בשם הגליון שמקשה על הרשב"ם שמצריך מים חיים לניסוך דמבואר בגמ' בסוכה שם שאם נשפכו או נתגלו המים שהכינו לניסוך ממלא מן הכיור. וקי"ל דכל מימות כשרין לכיור וא"כ מי הכיור אינם מים חיים ואע"כ מנסכים מהם.

עוד כתב הרשב"ם דמים אינם ראויים למזבח מפני שאין מדיחין בהם בשר הקרבנות. ומבואר ברש"י שאם היו מדיחים בשר הקרבנות מכל מים היה מים נחשב קדשי מזבח שמשמש את המזבח אף שהוא עצמו אינו קרב ע"ג המזבח. ועיין ברש"ש שעמד בזה שגם אם היו מדיחים במים בשר הקרבנות אין זה סיבה שהמים יחשבו קדשי מזבח ע"ש.

בור ואח"כ נתמלא מים. מבואר בגמ' דפליגי ר' יהודה ור' יוסי אם יש מעילה בגידולין, וכו"ע מודו בבור ואח"כ נתמלא מים שאין בהם מעילה. ופרשב"ם דהא דליכא מעילה הוא משום דלא אלים רשות הקדש לקנות ע"י רשותו כיד הדיוט דבהדיוט אתרביא רשות מואם המצא תמצא בידו אבל לא בהקדש. הנה פתח הרשב"ם בסברא של לא אלים וסיים דקרא דקנין חצר הוא בהדיוט ולא בהקדש, היינו דאילו לא היה סברא של לא אלים היינו לומדים הקדש מהדיוט, אבל כיון שיש סברא של לא אלים קנין הקדש בממון גבוה כקנין הדיוט א"כ א"א ללמוד קנין חצר בהקדש ממה שמצאנו קנין חצר בהדיוט. [עיין לקמן שכתבנו בס"ד ג' דרכים בביאור סברת הרשב"ם דלא אלים רשות הקדש]. התוס' כתבו דהא דהקדש אינו קונה בקנין חצר הוא משום דחצר משום יד ולא מצינו יד להקדש. הקצה"ח בס' ר' סק"א מסתפק אם הא דאין חצר הוא דוקא בחצר של הקדש אבל הדיוט יכול לזכות ע"י חצרו להקדש או שגם ע"י חצר של הדיוט אין הקדש יכול לזכות דאין קנין חצר להקדש כלל. ונראה שלרשב"ם שכתב שמה שאין חצר להקדש הוא משום דלא אלים קנינו של הקדש פשוט שהחיסרון הוא דוקא כשזוכים ע"י חצר של הקדש אבל כשהזכיה ע"י חצר של הדיוט אין סיבה שהקדש לא יזכה. ורק לתוס' שהטעם הוא משום דאין יד להקדש יש להסתפק אם הקדש זוכה ע"י חצר של הדיוט או לא. אך הקצות מוכיח שחצר של הדיוט מהני להקדש והיינו דאף לתוס' שאין יד להקדש מ"מ הדיוט שיכול לזכות לעצמו ע"י חצר יכול להשתמש בכח זה שיש לו לזכות לעצמו כדי לזכות עבור הקדש, דמגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה.

הרמב"ן כתב לבאר הא דאין מעילה במים שבאו לבור אחרי שהקדיש דאף שהקדש זוכה במים ע"י חצר מ"מ אין מעילה בזכיה זו. ומבאר הקצות בס' ר' סק"א דלמעילה לא מספיק שהממון שייך לגבוה אלא בעינן שיוקדש ע"י מקדיש ורק אז חל בו הקדושה שמביא לידי מעילה. ומביא הקצות שיש מ"ד בזבחים שקדשי עכו"ם אין מועלין בהם, והיינו אף שבוודאי הקדש זוכה מ"מ אין מעילה אלא במה שהוקדש ע"י ישראל. וגם החולק ס"ל רק דע"י הקדשת העכו"ם איכא נמי מעילה, אבל כשהקדש זוכה בעצמו ואין מקדיש כלל לכו"ע אין מעילה. וכן מפורש בריטב"א כאן דאף שיש חצר להקדש אין בו מעילה שאין מעילה אלא בקדושת פה ולא בדבר הקדוש מאליו דמעילה גבי קדושת פה כתיבה.

המג"א בס' קד"ר סק"ג כתב בשם האגודה שאבידה שנמצאת בביהכ"נ יכול המוצא לזכות בו אחר יאוש דאין חצר ביהכ"נ זוכה כמבואר הכא דבור של הקדש שנתמלא מים אין בו מעילה דאין חצר להקדש. וכתב הקצה"ח דדברי האגודה תלויים במחלוקת התוס' והרמב"ן, שלתוס' ולרשב"ם אין חצר הקדש זוכה כלל. אבל לרמב"ן הקדש זוכה אלא שאין מעילה במה שזוכה הקדש בלי מקדיש. וכ"כ רע"א על דברי המג"א הנ"ל ע"ש. אבל הנתיבות בהקדמה לס' ר' כתב שדברי האגודה נכונים גם לדעת הרמב"ן, שהתירו"ט פ"ג ממעילה מקשה על מה שכתבו התוס' דאין חצר להקדש משום דלא מצינו יד להקדש הא חצר קונה גם מטעם שליחות ויש שליחות להקדש. וכתב בזה הנתיבות ע"פ היסוד של שלוחו של בעל הממון דמבואר בראשונים בכמה מקומות דא"א לעשות שליח לזכות בממון חבירו בלי שיהיה גם שלוחו של בעל הממון, ורק בהפקר שאין לו בעלים לא בעינן שלוחו של בעל הממון, אבל באבידה אחר יאוש שסובר הנתיבות שלא יוצא מרשות הבעלים עד דאית ליד זוכה א"א לזכות בו ע"י שליח דבעינן שלוחו של בעל הממון, ובה החצר קונה רק מדין יד ולא מדין שליחות, ושפיר כתב האגודה שאין חצר בהכ"נ זוכה מציאה דאין יד להקדש, ואין זה סותר דברי הרמב"ן, שהרמב"ן איירי בהפקר ובה

לא בעינן שלוחו של בעל הממון וזוהי הקדש ע"י חצר מדין שליחות. אמנם הנתיבות מישב רק את דברי האגודה דאיירי במציאה אבל אכתי קשה קרשיית התיור"ט על דברי התוס' דהכא איירי במים של הפקר. וזוהי לא בעינן שלוחו של בעל הממון, וא"כ אמאי אין הקדש זוהי ע"י חצר מטעם שליחות.

הקצות כתב על קרשיית התיור"ט שמבואר בראשונים שגם כשחצר מטעם שליחות בעינן שיהיה דומה ליד ומה"ט חצר מהלכת שאינה דומיא דידו אינה קונה אפי' מדין שליחות. ולכן בהקדש שאין לו כלל דין אין החצר קונה אפי' מדין שליחות.

נמצא שהרמב"ן ותוס' פליגי בתרתי, לתוס' אין חצר קונה להקדש אבל אם היה קונה היה מעילה. ולרמב"ן חצר קונה להקדש ואעפ"כ אין בזה מעילה. ולדעת הקצות ורע"א דברי האגודה שאין ביהכ"נ זוהי ע"י חצר תלוי בתוס' והרמב"ן. הנתיבות ס"ל שהרמב"ן חולק על תוס' רק בהפקר אבל במציאה מודה הרמב"ן שאין הקדש זוהי כלל דבעינן שלוחו של בעל הממון.

הקצות מקשה על הרמב"ן מהא דתנן בשקלים והובא באלו מציאות כ"ו. מעות שנמצאו בהר הבית חולין, ולרמב"ן אמאי אין הקדש קונה בקנין חצר. והנתיבות מישב ע"פ דרכו שבאבירה מודה הרמב"ן דאין חצר להקדש שגם הרמב"ן מודה שאין יד להקדש, ומה שיש חצר להקדש לרמב"ן הוא מדין שליחות, וזה מועיל רק בהפקר ולא במציאה משום דבעינן שלוחו של בעל הממון.

עוד מקשה הקצות על הרמב"ן משבועות כ"ד: גבי יש אוכל אכילה אחת וחייב עליו ג' חטאות ואשם. ופר"ך לחשוב נמי שבועה, ומשני מידי דאיתא בשאלה לא קנני, ופר"ך הא מוקדשים דאיתא בשאלה וקנני. וקשה אמאי איתא בשאלה הרי הקרבן נמצא בעזרה והקדש זוהי ע"י קנין חצר ואין שאלה מפקיע את מה שזכו הקדש בקנין חצר, ודמי לאתא ליד גזבר דלא מהני שאלה כמבואר בש"ך ס' רנ"ה סק"ו, ומקורו מגדרים נ"ט. דלא מהני שאלה בתרומה אחר שבא ליד כהן. וכתב הנתיבות שבזה מודה הרמב"ן שאין הקדש זוהי בחצר דבעינן שלוחו של בעל הממון ורק בהפקר סובר הרמב"ן שיש חצר להקדש מטעם שליחות. האר"ש בפ"ה ממעילה ה"ו בד"ה הנה כתב שאפי' לרמב"ן שיש חצר להקדש היינו דוקא כשהחצר והדבר הנקנה על ידו ראויים לאותה קדושה, כגון בור ומימיו ששניהם ראויים לבדק הבית יכולים המים להתקדש בקדושת בדה"ב מכח הבור. ורק בזה נתקשו הראשונים אמאי אינו מועיל במים. אבל בשוכך ויונים שאין היונים ראויים לבדה"ב אינם יכולים להתקדש קדושת מזבח ע"י השוכך שאין בו קדושת מזבח. ולכן בשבועות דמירי בדבר הראוי למזבח מודה הרמב"ן שאין חצר הקדש שאין בו קדושה זו יכול לקנות בחצר. דהיינו שסובר האר"ש שכל סוג קדושה, דהיינו מזבח, בדה"ב, וקדושת דמים הוא כרשות בפ"ע, ולא רק חילוקי דינים באותו רשות, ולכן חצר של בדה"ב לא יכול לזכות לקדושת מזבח.

הק"ה ס' ל"ו אות ב' כתב לישב קרשיית הקצות משבועות דבוראי אם נשאל אחר שזכה הקדש ע"י חצר לא יתעיל השאלה להפקיע את קנינו של הקדש, אבל אכתי יתעיל השאלה להפקיע את קדושת הפה, וא"כ אחרי השאלה לא יהיה בו מעילה. וכן מה שלא מועיל שאלה אחרי שבא ליד גזבר היינו רק להפקיע בעלות גבוה אבל המעילה יפקע ע"י השאלה גם אחרי זכיית הגזבר דכבר אין בו קדושת פה. וע"ש מה שמבאר הא דבתרומה לא מהני שאלה אחר שבא ליד כהן, ואמאי לא נימא דלא יפקע קנין הכהן אבל יפקע האיסור לזר.

עוד מקשה הקצות על הרמב"ן מגדרים ל"ד: היתה לפניו ככר של הפקר ואמר ככר זו הקדש נטלה לאוכלה מעל לפי כולה. ומפרש מר"ן שהמקדש לא זכה מעולם בככר לעצמו אלא זוהי את הככר להקדש ע"י ד' אמותיו. ומבואר דאף שאין כאן מקדש אלא הקדש זוהי ע"י קנין חצר מ"מ איכא מעילה. ובשלמא לתוס' ניהא דאף שאין חצר להקדש היינו שאין הקדש זוהי ע"י חצרו, אבל הדיוט יכול לזכות ע"י חצרו להקדש, וכשהקדש זוהי ע"י חצר איכא מעילה לתוס'. אבל לרמב"ן אמאי איכא מעילה הא אין כאן קדושת פה. וכתב בזה האר"ש בפ"ה ממעילה ה"ו ד"ה והנה דכיון שזכיית הקדש הוא מכח מגו דאי בעי זכי לנפשיה והמזכה להקדש משתמש עם הכח שיש לו לזכות לעצמו כדי לזכות להקדש א"כ אף שאין כאן קדושת פה ממש מ"מ הקדושה באה ע"י זכיית הדיוט עבור הקדש וסגי בזה ליחשב קדשי בני ישראל ואיכא מעילה.

בעיקר דינו של האגודה שאין ביהכ"נ זוהי באבירה שנמצא בו מפורש כן בברייתא שמוכא בב"מ כ"ד. מצא בבתי כנסיות הרי אלו שלו. אבל אין הכרח שהוא מטעמיה דהאגודה דאין חצר להקדש ד"ל דביהכ"נ הרי כחצר השותפין ומה שאינם זוכים הוא משום דבאיסורא אתא ליריה כמו שביאר כ"ז הקצה"ח שם.

מעילה בגידולין. ר' יוסי ור' יהודה נחלקו אם יש מעילה בגידולין או לא. וצריך להבין סברת המ"ד דאין מעילה בגידולין כיון שהעיקר הוא של הקדש יש בו מעילה למה לא יהיה מעילה בגידולין היוצאים ממנו. ולשיטת הרמב"ן דס"ל שאף שיש חצר להקדש אין מעילה בזה שזכה הקדש ע"י חצר דבעינן קדושת פה ניהא, דה"נ בגידולין אף שהקדש זוהי בגידולין כיון שגודל ממנו הקדש מ"מ ליכא קדושת פה על הגידולין ולכן אין בהם מעילה. ומה שלר' יוסי יש כן מעילה בגידולין היינו משום דס"ל דכיון שהעיקר יש בו קדושת פה א"כ תולדותהם כיוצא בהם וגם הגידולים באים מכח קדושת פה. וכן מפורש בריטב"א ובשיטמ"ק בשם הר"ן דר' יוסי ור' יהודה פליגי אם יש על הגידולין דין קדושת פה כיון שבאים מקדושת פה או לא. אבל לשיטת התוס' שמה שבמים ליכא מעילה הוא משום שאין ההקדש זוהי אבל אם היה זוהי מעילה אף שאין קדושת פה צ"ב מה סברת המ"ד שאין מעילה בגידולין הרי לתוס' יש מעילה בלי קדושת פה. וכתב בזה הקר"ש באות דח"צ שגם תוס' מודה שהמ"ד אין מעילה בגידולין ס"ל דבלי קדושת פה ליכא מעילה, אלא דס"ל שהמ"ד שיש מעילה בגידולין חולק ע"ז גופא וס"ל שיש מעילה גם בלי קדושת פה, וע"ז קשה לתוס' למה בבור כו"ע מודו דאין מעילה, וכתבו דבזה אין הקדש זוהי כלל. א"כ גם לתוס' ניהא סברת המ"ד דאין מעילה בגידולין שהוא משום דס"ל דבעינן קדושת פה.

הרשב"ם בד"ה אין מועילין במה שכתובם כתב ד"ל דס"ל לר"י אין מעילה בגידולין דמשום גרמא דקגרים ליה קרקע הקדש ליגדל אין לנו לעשותו הקדש דמ"מ אין ממון הקדש מעורב בהן עכ"ל. מלשון הרשב"ם נראה דס"ל שלמ"ד אין מעילה בגידולין אין הגידולין ממון הקדש כלל ולא שחסר רק קדושת פה. וכן ראייתי בשערי יושר ש"ג פכ"ג ד"ה אמנם וז"ל ולמ"ד אין מעילה בגידולין אם הקדיש אילן ואח"כ נתמלא פירות מוכח להדיא בתוס' ב"ב דף ע"ט: ד"ה אבל דהפירות הם כהפקר ולא יזכו בהם הבעלים רק ע"י קנין חצר

יער"ש עכ"ל. ומבאר דהתוס' ס"ל שבכל מקום שיש להקדש קנין איכא נמי מעילה לכו"ע ולכן ס"ל דהמ"ד אין מעילה בגידולין ס"ל שהקדש אינו זוכה בגידולין כלל, דאף שהאילן של הקדש אין הוא קנאי אלא לענין הדבר שבשבילו הוקדש, ומה שיש דין בממון הדיוט שמה שגודל או נולד מממנו הוא שלו אין דין זה בממון הקדש. והמ"ד יש מעילה בגידולין ס"ל שהגידולין הם של הקדש וממילא יש בהם מעילה, אבל בור שנתמלא מים לכו"ע אין במים מעילה מפני שאין הקדש זוכה ע"י קנין חצר.

נמצא ג' דרכים בביאור המחלוקת אם יש מעילה בגידולין או לא. א. לרמב"ן הריטב"א והר"ן לכו"ע ליכא מעילה אלא בקדושת פה ופליגי אם הגידולין נחשבים קדושת פה או לא. ב. לתוס' לשיטת הקדוש הגידולין אינם קדושת פה ופליגי אי איכא מעילה דוקא כשיש קדושת פה או שכל שיש קנין להקדש יש מעילה ולא בעינן קדושת פה. ג. שיטת הרשב"ם ותוס' לשיטת השערי יושר דלכו"ע כשיש קנין יש מעילה ולא בעינן קדושת פה ופליגי אם מה שגודל מממון הקדש שייך להקדש או לא. והא דבבור גם ר' יוסי מודה שאין מעילה לרמב"ן הוא משום דליכא קדושת פה וגם ר' יוסי מודה דבעינן קדושת פה. ולתוס' גם לר' יוסי שגידולין הם ממון הקדש מים שבבור אינם ממון הקדש דאין חצר להקדש. ונראה שלפי מש"כ השערי יושר דבעלות הקדש הוא רק לענין דיני הקדושה ולכן סובר ר' יהודה דאין הגידולין שייכים להקדש יש לבאר גם דברי הרשב"ם לעיל שכתב דהא דאין חצר להקדש הוא משום דלא אלים רשות הקדש לקנות בחצר, והיינו דאף שהחצר שייך להקדש מ"מ כמו שיש מ"ד דס"ל שבעלות הקדש לא גורם שהגידולין יהיו של הקדש, כך כו"ע ס"ל שבעלות של הקדש אינו מספיק לקנין חצר.

דף עט:

ואי בשדה ואילן אמאי מחליף. פרשב"ם שאם ברישא ס"ל לראב"ר שמועל משום שיש מעילה בגידולין כ"ש שימעלו כשהקדישן מלאים דאיכא תרתי גידולי הקדש, וגם הקדיש הכל ביחד דלא גרע ממוכר. דברי הרשב"ם לכאורה אינם מובנים דבשלמא כשהקדיש ריקנים ואח"כ נתמלאו הגידולין הם גידולי הקדש. אבל כשהקדיש מלאים הרי הפירות גדלו לפני שהקדיש ואינם גידולי הקדש וא"כ יש רק סיבה אחת שיהיה בהם מעילה שהיו בכלל ההקדש ואמאי כתב הרשב"ם דאיכא תרתי. ומה"ט התוס' בד"ה ואי וכן ר' יונה לא פרשו כרשב"ם אלא פרשו ששאלת הגמ' שפשוט שהמקדיש אילן הקדיש פירותיו ואמאי אין מעילה לראב"ר. הרשב"א כתב על דרך הרשב"ם וז"ל הקדישן מלאים דאיכא תרתי חדא שיש בהם קדושת פה ועוד דהא קא ינקי משדה הקדש עכ"ל. אך הרשב"א לא כתב דהוי גידולי הקדש אלא דקא ינקי משדה הקדש דהיינו דמכאן ולהבא יש יניקה מהקדש ויש תערוכת איסור בעיקר שגדל לפני שהקדיש. ואולי זה גם כונת הרשב"ם.

מחלוקת בבור ושובך אבל בשדה ואילן דברי הכל מועלין בהן ובמה שכתוכן. דהיינו שבשדה ואילן בהקדיש ריקנים ונתמלאו לכו"ע יש מעילה דסברי יש מעילה בגידולין וכ"ש במלאים שלכו"ע הפירות בכלל ההקדש. ובבור פליגי ברקנים ונתמלאו אם יכול להקדיש את המים שעתידים לבוא לבור, אם אדם מקדיש דשלב"ל או לא. וכתבו התוס' דהוה מצי למימר דבשדה ואילן לכו"ע מועלים בו ולא במה שכתוכו דאין מעילה בגידולין ופליגי בבור אם חל הקדש על מה שעתיד לבא לבורו. וצ"ב מה בכך שאין מעילה בגידולין מ"מ למה גרע פירות שגדלו ממים שבאו לבור. וכמו שיכול להקדיש את המים שעתיד לבא לבורו למ"ד אדם מקנה דשלב"ל כך יכול להקדיש פירות שעתידים לגדול על האילן שלו ולמה באילן כו"ע מודו ובבור פליגי. וכתב בזה המהרש"א שגם חלק זה בתוס' הוא אליבא דר"י שרק במים יכול להקדיש את מה שעתיד ליכנס לבור כיון שזוכה במים לפני שנכנס בבור ע"י חצרו אבל פירות האילן שמועלים אינו זוכה בפירות כיון שגדלו מאילן של הקדש לא יחול עליהם ההקדש אפילו למ"ד אדם מקנה דשלב"ל.

בסוף הדיבור כתבו דהוי מצי למימר דפליגי אם יקדשו פירות האילן והשדה אם יבואו לרשותו. ואינו מובן איך יבואו לרשותו הא גדלו על אילן של הקדש והם ממילא שייכים להקדש ואפילו אם יתלשו ויבואו לרשותו הוא לא יזכה בהם ולא יתקדשו מכח קדושת פה אפילו למ"ד אדם מקנה דשלב"ל. וכתב הרש"ש דכונת התוס' דמשכחת מחלוקת בשדה ואילן באופן שלא הקדיש את השדה ואת האילן אלא רק את מה שעתיד לגדול. ובזה יזכה המקדיש בפירות כשיגדלו ואז יחול ההקדש למ"ד אדם מקנה דשלב"ל. וזה דוחק דהברייתא לא איירי באופן זה. והוא לעיל שבשערי יושר ש"ג פכ"ג ד"ה אמנם כתב שמתוס' זה מוכח דס"ל שלמ"ד אין מעילה בגידולין אין הגידולין שייכים להקדש כלל והם הפקר עד שיזכה בהם. ולדבריו כונת התוס' דהוי מצי למימר דכו"ע סברי אין מעילה בגידולין, ופליגי בהקדיש ריקנים ונתמלאו פירות ובאו הפירות אח"כ לרשות המקדיש וזכה בהם מן ההפקר ואז חל עליהם הקדש למ"ד אדם מקדיש דשלב"ל, ופליגי בזה כמו שנחלקו במקדיש בור ואח"כ נתמלא מים.

רבינו יונה בתחילת דבריו כתב בתחילת דברי התוס' דהוי מצי למימר דכו"ע סברי בשדה ואילן שאין מעילה בגידולין ופליגי בבור אם אדם מקדיש דשלב"ל או לא וזה לא שייך באילן דמועלים לא באו הפירות לרשותו. והא דקאמר רבה דכו"ע סברי יש מעילה בגידולין הוא משום דס"ל כמ"ד יש מעילה בגידולין. ושוב חוזר ר' יונה מזה דלא היה אפשר לומר דבשדה ואילן לכו"ע אין מעילה בגידולין שהרי מדובר שמקדיש את הבור והשובך ודומיא דהכי בשדה ואילן הוא מקדיש את השדה ואת האילן, ורק לגבי בור איכא מ"ד שאינו יכול להקדיש דשלב"ל דכיון שאין המים יוצאים מן הבור א"א להקדיש בור למימיו ולכן זה דשלב"ל ולמ"ד אין אדם מקנה דשלב"ל לא חל ההקדש. אבל בשדה ואילן הרי זה כמקדיש דקל לפירות ואפי' למ"ד אין אדם מקדיש דשלב"ל בדקל לפירות חל ההקדש. והדברים לכאורה אינם מובנים שאם אין מעילה בגידולין כדי שיהיה מעילה בעינן שיתקדש מכח המקדיש ובשלמא כשמקדיש דשלב"ל למ"ד שמחגי הרי זה קדוש מחמת המקדיש והוי קדושת פה ואיכא מעילה. אבל למ"ד אין אדם מקנה דשלב"ל מה שקדוש כשמקדיש דקל לפירות אינו מכח המקדיש אלא שהדקל קדוש לפירותיו, ומה שגודל קדוש מפני שגדל מאילן של הקדש, ולמ"ד אין מעילה בגידולין לא יהיה בזה מעילה. ובדברי ר' יונה מבואר שאם מקדיש דקל ופירותיו שעתידים לגדול איכא קדושת פה על מה שעתיד לגדול אפי' למ"ד אין אדם מקדיש דשלב"ל כיון שיוצא מגוף הדקל והוא בעולם יכול להקדיש את הפירות והוי קדושת פה ואיכא מעילה ולכאורה אינו כן וצ"ע.

בריקנים פליגי בפלוגתא דר"מ ורבנן. מדברי הרשב"ם בסמוך בד"ה סבר לה כאבדה מוכח דמפרש דאיירי במקדיש בור סתם ולא פירש שמקדיש את המים שעתידים לבא לבור ואמרנן שסתם מקדיש בור דעתו על המים שעתידים לבא לבור וחל הקדש על המים למ"ד אדם מקנה דשלב"ל. ואף דר"א בר"ש ס"ל שהמקדיש בור לא הקדיש את מימיו היינו דוקא מים שכבר יש לו דלגבי זה אמרנן שמקדיש בעין רעה. אבל מים שעדיין לא זכה בהם הם בכלל ההקדש ולגבי זה לא אמרנן עין רעה. וזה חידוש גדול דמהיכא תיתי לומר שהמקדיש בור ריק דעתו בסתם להקדיש מים שעתידים לבא לבור. ועיין ברמב"ן ובריטב"א שחולקים על הרשב"ם וס"ל שהמחלוקת בריקנים נתמלאלו הוא כשפירש שמקדיש את המים שעתידים לבא לבור.

כגון פירות דקל דעבידי דאתו. הקשו הרשב"ם והתוס' דהמקור דר"מ סבר אדם מקדיש דשלב"ל הוא ממקדש לאחר שאתגיר ולאחר שתתגיר, שאשתחרר ושתשתחרר ואין זה עבידי דאתו. הרשב"ם כתב דע"מ שאתגיר נחשב עבידי דאתו דדעתיה לאיגורר וששתחרר היינו שהבטיחו רבו לשחררו. הרמב"ן מקשה על דברי הרשב"ם דאם מה שדעתו להתגיר נחשב עבידי דאתו א"כ מה קשה לגמ' כאן דמים לא עבידי דאתו לבור הרי גם כאן אפשר לומר שדעתו למלאות את הבור במים וכידו למלאות בכתף.

התוס' כתבו בשם ר' אליעזר מפלירא שיש שני אופני דבר שלא בא לעולם. היכא שאין הדבר בעולם כלל כגון פירות דקל בעינן שיהיה עבידי דאתו. אבל כשהדבר הנקנה נמצא בעולם אלא שאינו ראוי עכשיו שיחול בו החלות כגון לאחר שאתגיר לא בעינן עבידי דאתו. ומים דהכא כיון דלינתו קמן חשיבי כאינו בעולם כלל ולכן צריך שיהיה עבידי דאתו. הרמב"ן מקשה על פירוש זה דכיון שהמקור שר"מ סובר אדם מקנה דשלב"ל הוא מלאחר שאתגיר והתם הגוף בעולם, וזה עדיף מדבר שאינו בעולם כלל שכזה בעינן עבידי דאתו, א"כ מניין המקור דר"מ ס"ל שאדם מקנה דבר שאינו בעולם כלל אפי' בעבידי דאתו, אולי כל דברי ר"מ נאמרו רק במקום שהדבר נמצא בעולם אלא שאינו ראוי עכשיו שיחול בו החלות. ע"ש מה שכתב בזה.

תוד"ה אימור. הקשו בשם ר"י איך חל הקדש על המים כשיבואו לבור למ"ד אדם מקנה דשלב"ל, הרי זה חל רק כשיבא לעולם וכאן שהבור הוא של הקדש אין המקדיש זוכה במים וא"כ לעולם לא יגיעו המים לרשותו. ומפרש ר"י שזה גופא קושיית הגמ' דלא עבידי דאתו. ותרצו שעבר דרך חצרו לבור וע"י חצרו זוכה במים ואז חל ההקדש. הרמב"ן כתב על קושיית ר"י שגם ההקדש של הבור לא חל מיד אלא רק לכשיתמלא הבור מים יתקדש הבור, ועד אז הבור הוא של המקדיש ושפיר זוכה במים בקנין חצר.

הרש"ש כתב על קושיית ר"י שלפי מש"כ בב"מ מ"ט. שאפשר להקדיש הפקר בלי לזכות בו לא קשיא קושיית ר"י. הרש"ש שם למד חידוש זה מהירושלמי בפ"א מתרומות שיש צד שם שאפשר לקרוא שם תרומה על הפקר, דהיינו שהירושלמי מסתפק אי בעינן בעלים דוקא או שהקפידא הוא רק שלא יהיה של אחר שהבעלות של אחר מונע הפרשת חבירו אבל כשאין בעלים כלל יכול כ"א לתרום. וע"פ צד זה בירושלמי מבאר הרש"ש את הגמ' בנדרים ל"ד: שיש צד שאפשר להקדיש ככר של הפקר שבידו לזכות בו, ולא כר"ן שם שמפרש שזוכה ע"י ד' אמות שהם כחצרו. א"כ גם כאן אמנם עכשיו שהמים לא נמצאים כאן בכלל זה דשלב"ל, מ"מ לכשיבאו המים לבור ראוי ההקדש לחול בלי שיזכה בו שיכול להקדיש הפקר, א"כ למ"ד אדם מקדיש דשלב"ל שפיר יכול להקדיש שיחול ההקדש כשיגיעו המים לבור.

אמנם שמעתי ממרן הגרא"מ שך זצוק"ל שא"א לפרש כן את דברי הירושלמי דפשוט שא"א לעשות שום חלות על ממון שאינו שלו אף שאין לממון בעלים אחרים. אלא הנידון בירושלמי הוא אם יכול לתרום על פירות הפקר שיחול ההפרשה לכשיזכה דכיון שבידו לזכות יתכן שאין חסרון של דשלב"ל א"ד גם זה לא מהני. אבל אין צד בירושלמי שיחול ההפרשה בעוד הפירות הפקר. ועיין בזה בתוספת ביאור באבי עזרי פ"ד מתרומות ה"ב. וכיוצא בזה נחלקו הקצות ורע"א בביאור הגמ' הנ"ל בנדרים ל"ד: שהרא"ש שם כתב בשם ר"א ממיין שמה שיש צד שיכול להקדיש ככר של הפקר הוא משום שעומד בצידו ובידו לזכות בו. והבין הקצות בס' ר"ד סק"ג שכונת הרא"ש שחל ההקדש כשהכר עדיין הפקר. ותמה ע"ז רע"א בב"מ מ"ט. שלא נאמר ברא"ש שאפשר להקדיש בעודו הפקר דפשוט שאפי' שיכול לזכות אינו יכול להקדיש דבר שאינו שלו, אלא התם הוא מקדיש שיחול לכשיזכה, ואף דהוי דשלב"ל חל ההקדש כיון שבידו לזכות, כמבואר בקידושין ס"ב. שבידו מסלק חסרון של דשלב"ל. ומחלוקת רע"א והקצות בביאור דברי הרא"ש בנדרים הוא כמחלוקת הרש"ש והאבי"ע בביאור דברי הירושלמי.

הרשב"א שהובא בסוף דברי התוס' תי' קושיית ר"י שכשמקדיש את הבור הוא משייר לעצמו כח בבור לזכות במים שיכנסו אחר"כ לבור. דהיינו אף שהקדיש את גוף הבור מעכשיו מ"מ שייר לעצמו קנין בבור לענין לקנות על ידו בקנין חצר. ויש חידוש בדברי הרשב"א שיתכן שחצר יהיה קנוי לאחר לכל תשמישיו ולענין קנין חצר יהיה שייך לאחר. דהיינו שמה שחצר קונה לבעליו אינו תולדה ממה שזה שלו לשאר תשמישים אלא יכול להיות קנוי לו לענין קנין חצר בלבד.

חידוש זה מבואר גם בריטב"א בב"מ ט': גבי מושך בהמה וקני כלים שעליה, שהגמ' מסופקת אם קנה או לא. ומפרש הריטב"א דמיירי שהשאל לו את הבהמה לענין שיקנה על ידו בקנין חצר ולא השאל לו לשאר תשמישים. ומבאר הריטב"א שאם היה משאל לכל תשמישיו פשוט שהשואל קונה ע"י חצר שמושאל לו, אבל היכא שמושאל לו רק לענין קנין חצר מספקא לגמ' אי מהני או לא. וברשב"א מבואר דפשיטא דיתכן קנין בקרקע לענין קנין חצר בלבד. גם ברמ"ה שהובא בקצה"ח בס' שיי"ג סק"א מבואר שאפשר להשכיר חצר לכל תשמישיו ולשייר לעצמו הזכות לקנות על ידו בקנין חצר.

הקצה"ח בס' ר' סוף סק"א מקשה על דברי הרשב"א אמאי ליכא מעילה במים למ"ד אין אדם מקדיש דשלב"ל אמנם לא חל ההקדש מכח מה שהוא הקדיש בתחילה מ"מ אחר"כ כשנכנסו המים לבורו כמו שיכול לזכות במים לעצמו, שהרי שייר זכות בבור לענין קנין חצר, כך יכול לזכות להקדש ע"י חצר זה, שאפי' לסוברים שאין חצר להקדש חצר של הדיוט זוכה להקדש, ושיטת התוס' דהיכא דזוכה הקדש ע"י קנין חצר איכא מעילה. וכתב הקצות דכשם שאין אדם מקנה דשלב"ל כך א"א לעשות שליח על דשלב"ל כמבואר בנזיר י"ב. וכיון

שבזמן אמירת יזכה לי חצרי עדיין לא היו המים בעולם הרי זה כממנה שליח על דשלב"ל דלא מהני. ועיין בקו"ש באות ש"ב שתמה על הקצות דבל"ה לא יחול הקדש אח"כ מכח קנין חצר שלא היה אמירה אח"כ ובכל קנין בעינן הקנאה בשעת מעשה הקנין. וע"כ שחל ההקדש מכח אמירתו הראשונה וזה מהני רק למ"ד אדם מקנה דשלב"ל.

נמצא ד' תירוצים על השאלה איך חל הקדש על המים למ"ד אדם מקדיש דשלב"ל הרי מעולם לא זכה המקדיש במים. א. לר"י זה שאלת הגמ' ומשני דעבר דרך חצרו וזוכה במים לפני שמגיע לבור. ב. הרשב"א מתרץ שמשיר זכות בבור לענין לזכות במים בקנין חצר. ג. לרמב"ן גם את הבור הקדיש לאחר שיתמלא מים ועד אז הבור שלו ויכול לזכות במים ע"י חצרו. ד. לרש"ש יכול להקדיש את המים כשיגיעו לרשותו אף שאינו זוכה בהם שאפשר להקדיש הפקר.

תוד"ה ויונים הבאים. הקשו איך יכול להקדישן הקדש גמור שימעלו בהם הלא אינו זוכה בהם זכיה גמורה דק"ל שיוני שובך אין בהם גזל אלא מפני דרכי שלום. מלשון התוס' משמע דלא קשיא להו שלא יחול ההקדש כלל דאין לו קנין אלא מפני דרכי שלום, אלא הקשו דמשמע שע"י הקדש זה איכא מעילה דאורייתא ואמאי הא אינו קניי לו אלא מפני דרכי שלום. ונראה שיש להוכיח מזה מה שמסתפק הדבר אברהם בח"א ס' כ"א בדברים שיש בהם גזל מפני דרכי שלום אם אין לו בזה קנין כלל אפי' מדרבנן אלא שאמרו שלא יקחו ממנו מפני דרכי שלום, או שזה קנין דרבנן לענין זה שלכתחילה אסור לגזול ממנו, ואף שאינו יוצא בדיינים מ"מ יש לו קנין דרבנן לענין זה שאסור לקחת ממנו. ובפרק לא יחפור י"ח. כתבנו בס"ד שנחלקו בזה הרמב"ן והג"י שהרמב"ן במלחמות בסוגיא דחודל כתב שמה שאין בדבורים חיוב שן הוא מפני שאינו שלו אלא מפני דרכי שלום. והג"י בדף כ"ב: כתב שביוני שובך יש חיוב של שן מפני שהם שלו מפני דרכי שלום. דהיינו דפליגי אי איכא חיוב של נזקי ממנו בדבר שהוא שלו מפני דרכי שלום. וכתבנו דהרמב"ן ס"ל דאינו שלו כלל אפי' מדרבנן והג"י ס"ל דלענין דרכי שלום זה קניי לו. ומדברי התוס' כאן מוכח דס"ל דאיכא קנין מדרבנן ולכן לא הקשו שלא יחול ההקדש כלל, אלא הקשו דכיון שאינו שלו אלא מדרבנן לא יהיה מעילה בהקדש זה.

ונראה דלא הקשו בכל קנין דרבנן כגון הקונה במשיכה והקדיש דהתם אף שקניי לו רק מדרבנן ס"ל שיש הפקר ב"ד וקנין דרבנן מהני לדאורייתא ויכול לקדש אשה ותהיה מקודשת מן התורה, ואם יקדיש יהיה מעילה. אבל בקנין של דרכי שלום אף דס"ל דהוי קנין מ"מ פשוט שבזה לא עשו הפקר ב"ד שהרי אינו יוצא בדיינים, ועל קנין דרבנן זה הקשו שלא יהיה מעילה.

נמצא דיש ללמוד מתוס' זה תרתי. א. מדהקשו על מעילה ולא על עצם ההקדש מוכח דס"ל שדרכי שלום הוא קנין. ב. מזה שהקשו רק בזה ולא בשאר קנין דרבנן מוכח שבעלמא קנין דרבנן מהני לדאורייתא ורק כאן שאינו שלו ממש לא מהני לדאורייתא ורק בזה קשיא להו אמאי מועל.

התוס' תרצו דהכא איירי באותם יונים שנולדו ברשותו וכשהיו ביצים ואפרוחים זכה בהם בקנין חצר והם שלו מן התורה. והיינו דמה שאין קנין גמור ביוני שובך הוא דכיון דפחזי לא סמכא דעתיה עליהו. אבל כשהם ביצים ואפרוחים סמכא דעתו ואז יש לו בהם קנין מן התורה. כן מבואר באור"ש בפ"ג משהיטה ה"כ בד"ה ובוה ע"ש.

ר' יונה כתב על קושית התוס' אמאי איכא מעילה הרי אינו שלו אלא מפני דרכי שלום דק"ל כר' יוסי שיש בהם גזל גמור מדבריהם. דהיינו שסובר ר' יונה שכל קנין דרבנן מהני לדאורייתא, וס"ל שלר' יוסי שיוצא בדיינים קנין מפני דרכי שלום הוא ככל קנין דרבנן שעשו בו הפקר ב"ד ומהני לדאורייתא. והוא חידוש גדול דמוכח מפשטות סוגית הגמ' בשבועות מ"א. שגם לר' יוסי שיוצא בדיינים אין זה אלא קנין מפני דרכי שלום ואין בזה הפקר ב"ד ובודאי שקנין זה לא מהני לדאורייתא, שהגמ' שם תולה את הדין אם נחתנין לנכסי במי שחייב שבועה דרבנן בר"י ורבנן שנחלקו אם קנין של דרכי שלום יוצא בדיינים, ואין כאן מקום להאריך בסוגיא דהתם, אך דבר ר' יונה לכאורה צ"ע משם.

דף פ.

הלוקח פירות שובך. כתב הרמב"ם בפכ"ג ממכירה ה"ט על הדין של המוכר פירות שובך וז"ל ואין זה מוכר דבר שלא בא לעולם לפי שאינו מוכר יונים שיוולדו או דבש שיבא לכוורת אלא מוכר השובך לפירותיו והכוורת לדבשה עכ"ל. ומדמה הרמב"ם דין זה למשכיר אמת המים לחברו שהוא נהנה בכל מה שיצוד ע"ש. ולמדו מזה הקצות בס' ר"ט סק"ד והנתיבות סק"ה שאפשר להקנות דקל לפירות גם בפירות שאינם יוצאים מגוף הדקל. דהכא אין היונים גודלים מן השובך ואעפ"כ יכול להקנות שובך ליונים.

הקצות שם מביא משו"ת מהר"ם אלשיך שכתב שדקל לפירות שייך רק בפירות שיוצאים מן הדקל אבל א"א להקנות מעות לרווחיו כי אין הרווח יוצא מגוף המעות, ואדרבה אין הרווח בא אלא כשהמעות כבר אינם בעולם ע"ש. ומביא שדבר זה תלוי במחלוקת ראשונים בביאור הספק בגמ' ב"ב: בעבד שמכרו רבו לקנס אם מהני או לא. וכתבו שם התוס' שלא מיירי במוכר קנס לבד שזה בודאי דשלב"ל. אלא מיירי במוכר עבד לקנס ומספקא לגמ' אם מהני כדין דקל לפירות או לא. ונחלקו התוס' בב"מ ריש פרק המפקיד והרמב"ן שהוכח ברשב"א בגיטין בביאור צדדי הספק. הרמב"ן מפרש שהצד שלא מהני הוא דרך בדקל שהפירות יוצאים ממנו אפשר למכור דקל לפירות משא"כ קנס שאינו יוצא מגוף העבד. והתוס' ס"ל שהספק הוא רק בקנס משום דאיכא מי יימר טובא. ומבואר בתוס' דבעלמא פשיטא שאפשר להקנות גוף לפירות אף שאין הפירות יוצאים מן הגוף. ואח"כ מביא שיטמ"ק בכתובות נ"ט שגם כתב דהיכא שאין הפירות יוצאים מן הגוף לא מהני, אך יש בשיטה צד לחלק בזה בין ידים למעשיהם דאף שאינו יוצא מגוף היד מ"מ כיון שבא ע"י טורח היד מהני לבין מצודה לדגים ועבד לקנס דלא יוצא מגופו וגם לא בא ע"י טורח הגוף שבוה א"א להקנות גוף לפירות.

בסוף דבריו מביא הקצות מפירות שובך דמבואר ברמב"ם דמהני משום דהוי כדקל לפירות ומוכח שגם כשלא יוצא מן הגוף אפשר להקנות דקל לפירות. אמנם הרמ"ה ור' יונה והריטב"א פשוט דהא דאין חסרון של דשלב"ל בפירות שובך הוא משום שמקנה את היונים

והדבורים לולדותיהם, ולא כמו שהקצות והנתיבות הבינו ברמב"ם שמקנה שובך ליונים וכוורת לדבורים. ומבואר בכל הראשונים הנ"ל דלא מהני שובך ליתנים כיון שאינם יוצאים מגופו אלא דוקא יונה לולדותיה. והא דא"א לפרש ברמב"ם כשאר הראשונים הוא מפני שהרמב"ם מדמה למשכיר אמת המים שקונה השוכר את כל מה שניצוד שם, ושם אין הפירות יוצאים מן הגוף. וכן מבואר בסמ"ע ס' ר"ג סק"א דמש"ה מדמה הרמב"ם לאמת המים כדי ללמד שלא רק יונה לולדה מהני אלא גם שובך לפירות מהני.

נמצא מחלוקת ראשונים אם אפשר להקנות דקל לפירות כשאין הפירות יוצאים מגוף הדקל. לרמב"ן בגיטין וליש"טמ"ק בכתובות זה תלוי בספק של הגמ' בעבד שמכרו רבו לקנס. לתוס' בריש המפקיד ולרשב"א בגיטין כשאין מי יימר טובא מהני אף שהפירות אינם יוצאים מן הגוף. ובזה תלוי מחלוקת הראשונים כאן איך לפרש פירות שובך. הרמב"ם מפרש שובך לפירותיו וס"ל דמהני אף שאין הפירות יוצאים מן השוכר. הרמ"ה ר' יונה והריטב"א מפרשים שמכר היונים לולדותיהם ורק באופן זה שהפירות יוצאים מן הגוף מהני.

האור"ש בפכ"ג ממכירה ה"ט כתב לחלק בין שובך לפירותיו דמהני אף שלא יוצאים מגופו כיון שהשובך נמצא ברשותו וכבר הורגלו היונים לבא אל שובכו לבין מצודה לדגים דלא מהני, וחולק על הקצות שמשוה אותם. וע"ש שמבאר הדין של אמת המים באופן אחר. וע"ש באור"ש פ"ט משכירות ה"א שאף אם אפשר להקנות ידים למציאתם היינו דוקא בגדול שהזכיה הוא מעשה ידיו אבל קטן שאין לו קנין אלא מפני דרכי שלום אין זה פירות מעשה ידיו אלא תקנ"ח שכשמגביה אסור לקחת ממנו והידים אינם אלא גורמים לתקנ"ח ובזה א"א להקנות דקל לפירות ע"ש.

נוטל ג' נחילים ומסרס. היינו שעיקר פירות הכוורת הם ג' נחילים ואין חיוב על המוכר להניח את הדבורים לעשות יותר מג' נחילים. ויש לעיין היכא דלא סירס והיו יותר מג' נחילים אם גם הם בכלל פירות כוורת ובכלל המכירה אלא שאינו חייב לאפשר לדבורים לעשות יותר מג' נחילים. או שיותר מג' נחילים אינו בכלל פירות כוורת בכלל ואפי' אם לא סירס והיה יותר מג' נחילים הם של המוכר. וראיתי בר' יונה שכתב בהדיא שגם אם לא סירס אחר ג' נחילים שייך למוכר דפרי הדבורים לשנה הוא ג' נחילים.

במה מסרסן. נראה שכלול בשאלת הגמ' דסירוס ממש אסור כמבואר ברמב"ם פ"ט מאיס"ב ה"י דאסור להפסיד אברי הזרע בין באדם בין בבמה חיה ועוף אחד טמאים ואחד טהורים, וכל המסרס לוקה מן התורה. לכן פירשו דאינו מסרס ממש אלא גורם. וכן נראה מדברי הרשב"ם שבשאלת הגמ' פירש דלשון סירוס זכרות משמע, ובת"י כתב גרמא בעלמא קגרים להו כדמפרש. והא דאין אסור בגרמא זו הוא כמבואר בשבת ק"י: דמותר לסרס תרנגול ע"י שנוטל כרבלתו דרמות רחא הוא דנקיטא. ופרש"י דאין זה סירוס אלא משניטל הוא מתאכל ואינו משמש. וכן כאן אין זה סירוס אלא מתוך שביעתן בטילות מפו"ר כדפירש רשב"ם.

דבש בכוורת אינו יוצא מידי מאכל לעולם. הרשב"ם בד"ה דבש מבאר אמאי נקט דבש בכוורת הא גם שלא בכוורת הדבש הוא אוכל ומקבל טומאה. ופרשב"ם דלרבותא נקט שאפי' בעודו בכוורת ופעמים עומד לאכילת הדבורים מ"מ בסתם יש על הדבש תורת אוכל אבל כשהוא זב הוא משקה. ומוסיף הרשב"ם שמה שדבש בכוורת מק"ט הוא כל זמן שלא הקצהו למאכל הדבורים. והקשו התוס' כיון שיש עליו תורת אוכל לא פקע מיניה תורת קבלת טומאה ע"י יחוד לבהמה עד שיפסל מאכילת כלב. וכתבו הרמב"ן והריטב"א שכונת הרשב"ם שאם לפני שנוצר הדבש הקצה את מה שעתיד להיות למאכל הדבורים א"כ דבש זה מתחילת יצירתו עומד למאכל בהמה ולא חל עליו תורת אוכל מעיקרא. ומודה הרשב"ם שאחר שנוצר הדבש וחל עליו תורת קבלת טומאה אינו פוקע ע"י יחוד לבהמה עד שיפסל מאכילת כלב.

אמנם מאי דפשיטא להו לתוס' ולרמב"ן דבעינן שיפסל מאכילת כלב, שיטת הרמב"ם אינה כן דכתב בפ"א מטומאת אוכלין ה"ח ופ"ב הי"ד שאם עדיין לא נטמא האוכל כל שנפסל מאכילת אדם אינו מקבל טומאה. ורק כשכבר נטמא כתב הרמב"ם בפ"ב הי"ח דבעינן שיפסל מאכילת כלב כדי שיפקע ממנו הטומאה. אבל א"א לישב בזה את דברי הרשב"ם ולומר דכשעדיין לא נטמא סגי ביחוד לבהמה שםפורש ברשב"ם בעמ' ב' בד"ה ע"ג כלי מאוס שלרבנן שיש על דבש תורת אוכל בעינן שיפסל מאכילת כלב, הרי דלא ס"ל בזה כהרמב"ם.

רשב"ם ד"ה רבא. מפרש הרשב"ם דגם רבא מודה שב' חלות אינם מקבלים טומאה בלי מחשבה ומה שלא העמיד בב' חלות הוא משום דס"ל דסתם דבש לא משמע ב' חלות. אבל בשיטמ"ק ד"ה מיתיבי כתב בשם הראב"ד שרבא חולק על אב"י בזה וס"ל שגם ב' חלות יש עליהם תורת אוכל ולא בעו מחשבה.

דף פ:

כוורת דבורים ר"א אומר הרי היא כקרקע ואינה מקבלת טומאה. הא דאוכל מחובר אינו מקבל טומאה כתב רש"י בפסחים ל"ד. דע"י חיבורן בטלי מתורת אוכל. ובקור"ש שם אות קנ"ו מקשה על רש"י ומוכיח שגם כשהוא מחובר יש עליו תורת אוכל שמבואר שם שתרומה טמאה ששתלו נטהר מטומאתו ואסור לזר. דהיינו שעדיין יש ע"ז שם תרומה ואסור לזר. ואי נימא דפקע שם אוכל מיניה היה פוקע גם דין תרומה והיה מותר לזר. אלא מוכח דלא פקע שם אוכל מיניה ואעפ"כ פקע טומאתן מגז"כ כדילפינן מקרא דכל זרע זרע אשר יזרע טהור הוא. הקה"י בזרעים ס' כ"ד כתב שיש ראיה גדולה לדברי רש"י מסוגיא דידן שהגמ' אומרת שהברייתא שאומרת דבש בכוורת אינו לא אוכל ולא משקה הוא כר"א דאמר שכוורת נחשבת מחובר ואינה מקבלת טומאה. הרי מבואר דכיון דהוי מחובר אינו לא אוכל ולא משקה. ומוכח דחיבורו מפקיע ממנו תורת אוכל לעינן דיני טומאה.

הרודה ממנו בשבת חייב חטאת. האחרונים האריכו לדון בגדר מלאכת קוצר אם הוא משום פסיקת היניקה או משום עוקר דבר ממקום גידולו. עיין בדבר אברהם ח"א ס' כ"ד וס' כ"ה שהאריך בזה. ומדברי ר"א דס"ל שיש איסור קוצר מן התורה ברודה חלות דבש

מוכח דלא בעינן פסיקת היניקה בדבדבש ליכא יניקה. ואין לומר שאני הכא דאיכא גזה"כ, דלא נאמר בקרא דאיכא בזה חיוב קוצר אלא רק שנחשב מחובר וממילא סובר ר"א שחייב משום קוצר, וגם רבנן לא פליגי אלא משום דס"ל דאינו נחשב מחובר.

כגון שזב על כלי מאוס. הרשב"ם כתב דת' זה קאי רק לר"א דעד שזב היה מחובר ולא היה עליו תורת אוכל וכשזב עכשיו נעשה אוכל וכיון שמיד נעשה מאוס לא חל עליו תורת אוכל. אבל לרבנן כבר היה אוכל לפני שזב ולא פקע מיניה תורת אוכל במה שזב לכלי מאוס אא"כ נפסל מאכילת כלב. אמנם ביד רמה מוכח דלא פירש כן שכתב באות נ"ג דנקטינן מהכא דבדבש שזב לכלי מאוס אינו מק"ט. מבואר דס"ל דנקטינן כן להלכה, והרי באות נ"ב כתב דק"ל כרבנן דר"א, ומבואר דס"ל שגם לרבנן אם זב לכלי מאוס אינו מקבל טומאה. וצ"ב בטעמו הרי הרשב"ם מביא שמבואר בחולין דלא פקע קבלת טומאה עד שיפסל מאכילת כלב. ונראה דהרמ"ה אזיל בשיטת הרמב"ם שהובא לעיל דס"ל שדוקא כשכבר נטמא בעינן שיפסל מאכילת כלב כדי שיפקע טומאתו, אבל אם עדיין לא נטמא אף שכבר היה בו תורת קבלת טומאה סגי במה שנפסל מאכילת אדם. ויש מקור לרמב"ם מכאן דלא נזכר בת' הגמ' דהבביתא קאי כר"א. ולמד מזה הרמב"ם שכ"ז שלא נטמא סגי בנפסל מאכילת אדם. והרמב"ם יפרש כפי' הרמ"ה ולא כרשב"ם, והרמ"ה ע"כ יסבור בזה כשיטת הרמב"ם.

ורמינהו אין קוצצין. הרשב"ם מפרש שרק ר"י ס"ל שמגביה "טפחים או גומם מן הארץ אבל ת"ק לית ליה האי שיעורא אלא שיעור אחרינא כגון ג' טפחים. ואינו מוכן א"כ מה קושית הגמ' נימא דהא דתניא שהלוקח בתולת השקמה משייר ג' טפחים הוא כת"ק. ועמד בזה המהרש"א וכתב דלא ניחא ליה לאוקמא ברייתא דלעיל דלא כר"י אלא כת"ק. ולא מוכן אמאי לא ניחא ליה. הדין רמה באות נ"ז כתב דמה שרבנן מחמירם לגבי שביעית אינו מדינא אלא הרחקה יתירא הוא דעביד רבנן ושפיר הקשו מר"י כיון שמעיקר הדין מודו רבנן לר"י.

לא מקשי קשי לה ולא עלוי מעלי לה. פירשו הרשב"ם והתוס' שאין הכוונה כפשוטו שלא מזיק ולא משיבא דא"כ מותר בשביעית כמבואר בע"ז נ: דאוקמי אילני שרי אברייא אילנא אסור, אלא כונת הגמ' שלא ודאי קשה ולא ודאי מעלי לה אלא הוי ספק שנמא מועיל ושנמא קשה ואסור מספק דספק דאורייתא לחומרא. ומבואר ברשב"ם שאם מעלי לאילן יש בזה איסור דאורייתא דכתב דהוי ספק דאורייתא ובד"ה מפני מבואר דהאיסור הוא משום זמירה. ומוכח מדברי הרשב"ם שגם בשאר אילנות איכא איסור זמירה מן התורה. וקשה דבריש מר"ק מבואר דקיסוסם חירוד הם דרבנן למ"ד תולדות דרבנן. ורש"י שם דהר"ש בשביעית פירשו דהם פעולות של זמירה. ומוכח לכאורה שרק בכרם יש איסור דאורייתא של זמירה ובשאר אילנות אינו אלא מדרבנן. והקשו מזה על הרמב"ם שכתב בפ"א משמיטה ה"ב שזמירה אסורה מן התורה אחד כרם ואחד שאר אילנות. ועיין מש"כ החזו"א שביעית ס' י"ז סק"כ ובס' כ"א סקט"ו בדברי הרמב"ם, וע"ע באגלי טל מלאכת זורע סק"ד. ומכאן יש סיוע לשיטת הרמב"ם שגם בשאר אילנות איכא איסור זמירה מן התורה.

בעיקר ההתר דאוקמא אילני נחלקו רש"י והריטב"א בטעמו. דרש"י כתב במו"ק ג. שהתירו משום פסידא. והריטב"א שם כתב שאינו התר של פסידא אלא שאין זה עבודה כלל. ועיין במקדש דוד זרעים ס' נ"ט אות ו' ד"ה הנה כב"ב שחקר בזה ופשוט מדברי התוס' כאן שבאופן שבדאי אינו מועיל ואינו מזיק מותר. ולא שייך בזה התר של פסידא שהרי אינו מועיל כלל ואינו מונע שום נזק, וע"כ שההתר הוא משום דכל שאינו מועיל ליכא ע"ז שם עבודת קרקע. ובל"ה מוכח כאן כצד זה שאם ההתר הוא משום פסידא זה התר רק במלאכות דרבנן וכאן מבואר שגם בדאורייתא איכא התר וע"כ דאינו עבודה כלל.

דף פא.

הקונה ב' אילנות לא קנה קרקע. פירש הרשב"ם שלא קנה אפילו מקום האילן והרי הוא כמי שקנאן לפירותיו. מה שכתב הרשב"ם שכשאינו קונה קרקע דינו כלוקח שדה לפירות לכאורה הוא לאו דוקא דמוכח דגרע מלוקח שדה לפירות שהרי למ"ד קנין פירות כקנין הגוף הלוקח שדה לפירות מביא ביכורים וקורא כמבואר בגיטין מ"ז ועמדו בזה התוס' לעיל כ"ז. בד"ה לא אמאי בקונה אילן אחד אינו מביא ביכורים מ"ש מלוקח שדה לפירות דמביא וקורא למ"ד ק"פ כקנין הגוף דמי. וכתבו בתירוצו הראשון דלוקח לפירות שאני שקנין לו לזמן קבוע אבל באילן אחד אם יתיבש מיד אין לו בקרקע כלום. ואינו מוכן מ"ש ק"פ ל' שנים מק"פ עד שיבש האילן. וכתב בזה הגר"ח [הובא בקה"י לעיל ס' ט"ז] דקנין פירות הוא קנין ואינו משתמש בשל חבירו אלא בשלו דהגוף קנין לו לפירות. אבל בקונה אילן אחד אין לו קנין כלל בקרקע אפילו לא לפירות אלא רק שיעבוד, דהיינו שהמוכר משעבד לו קרקעו להחזיק שם אילנותיו. ובזה בעל האילן נחשב משתמש בשל בעל הקרקע ולכן אינו מביא ביכורים ולא אמרינן בזה ק"פ כקנין הגוף דלית ליה קנין כלל אלא רק שיעבוד. ועיין בגר"ח מש"כ לבאר בזה את דברי הרמב"ם בפ"ב מביכורים ה"ג.

עוד כתבו התוס' בת' השני שלוקח שדה לפירות הקרקע קנין לו לכל התשמישים משא"כ לוקח אילן אחד אין לו אלא יניקה בלבד. והובא בדף כ"ז. שיש ב' דרכים באחרונים בביאור הת' השני. י"א דס"ל שלא אמרינן ק"פ כקנין הגוף אא"כ יש למקבל את כל ההשתמשות אבל אם יש לו רק חלק מן ההשתמשות לכו"ע ק"פ זה אינו כקנין הגוף. וי"א שגם בחלק מן ההשתמשות אמרינן דנחשב כקנין הגוף אבל כיון שגם למוכר יש חלק מן ההשתמשות גם הפירות שלו הוי כקנין הגוף לכן חסר באדמותן של בעל הפירות. ע' בזה בקה"י הנ"ל. עכ"פ מוכח שקנינו של הקונה אילן אחד שאינו מביא ביכורים גרע מלוקח שדה לפירות שמביא וקורא למ"ד ק"פ כקנין הגוף דמי. ואין כונת הרשב"ם לדמות ממש להקנה שדה לפירות.

הקונה ג' אילנות קנה קרקע. בגמ' מבואר דקונה תחתיהן וביניהן וחוצה להם כמלא אורה וסלו. הגמ' מקשה לעיל כ"ז. אמאי מביא ביכורים בלוקח ג' אילנות הא עולא ס"ל התם דאינו מביא אא"כ יש לו קרקע ט"ז אמה סביב האילן. ומשני דהקונה ג' אילנות קונה ט"ז אמה מסביב. והקשו שם התוס' דמבואר כאן שאינו קונה אלא תחתיהן וביניהן וכו'. ותרצו דכשנעפי האילן גדולים ומתפשטים יותר מט"ז אמה הוא קונה תחתיהן וביניהן אפי' יותר מט"ז אמה אבל תמיד קונה לכה"פ עד ט"ז אמה. הריטב"א שם כתב שמה שמבואר שם

שיש לו ט"ז אמה סביב האילן אינו קנין בגוף הקרקע אלא קנין יניקה אבל גוף הקרקע למעלה אינו קונה אלא תחתיהן וכיניהן ומסביב עד מלא אורה וסלו.

מביא ואינו קורא. מבואר בסמוך דמה שמביא בקונה ב' אילנות הוא משום דמספקא להו לרבנן אם הקונה ב' אילנות קנה קרקע או לא וכיון שיש צד שקנה קרקע מביא ביכורים מספק. וידוע בזה קרשית החמדת שלמה שהובא באו"ש פ"ב מביכורים הי"ג אמאי מביא מספק הא לענין הממון איכא חזקת מ"ק ולכן הקרקע מספק נשאר ביד המוכר, ואם יקדש אשה בקרקע זו היא תהיה בודאי מקודשת כיון שהוכרע דין הממון, וכן אם יקדש הקונה אשה בקרקע זה לכאורה היא בודאי אינה מקודשת אף שיש צד שהקרקע שלו כדמוכח מסוגיא דתקפו כהן דהספיקות נכנסים לדיר להתעשר ונחשב לעשירי ודאי [עיי' בזה בקונה"ס כלל א'] א"כ חזינן דיני האיסור נידונים בתולדה מהפסק לגבי דין הממון. א"כ ה"נ לענין ביכורים נימא כיון שהוכרע שהלוקח אין לו קרקע הוא בודאי פטור מהבאת ביכורים. ועיי' בקה"י ב"מ ס' י"א שמארץ בתירוץ החמד"ש ובתירוצ' שהשיב הנתיבות לחמד"ש יעו"ש. וע' מש"כ בזה האבי עוזי בפ"ד מביכורים ה"ד.

הקו"ש לעיל כתב לישב ע"פ דברי רש"י בגיטין מ"ז שכתב שהמוכר שדה לעכו"ם למ"ד שאין קנין לעכו"ם בא"י להפקיע מקדושתה הישראל המוכר נשאר הבעלים לענין קדושת הקרקע וחייב לקנות את הפירות מן העכו"ם ולהביא מהם ביכורים. ומבואר דאף שלגבי דין הממון בודאי יש לעכו"ם קנין מ"מ הבעלות לענין הבאת ביכורים הוא של הישראל [כענין שמצאנו בעבד כנעני דאיכא קנין הממון וקנין איסור והמפקיר עבדו אע"פ שאינו בעלים על הממון מ"מ לגבי האיסור הוא נשאר הבעלים ורק הוא יכול לשחרר את קנין האיסור]. וכיון שיש בעלות מיוחדת לענין מצות הבאת ביכורים א"כ בספק אין ביכורים נידון בתולדה מדין הממון אלא הוא נידון בפנ"ע. ומספק הוא נחשב בעלים וחייב בהבאת ביכורים.

בשערי יושר ש"ה פ"ו ופ"ח מאריך לישב קרשית החמד"ש ע"פ מה שמבאר שם בסוגיא דתקפו כהן שקידושי אשה ומעשר בהמה אינם תלויים במי שהוא הבעלים כלפי שמיא אלא במי שנקבע ע"פ דין הממון שהממון ישאר ברשותו. אבל יש דינים שתלויים בבעלות כלפי שמיא ולא במי ששליט על השימוש בממון, דמבואר שם בסוגיא דאף שהוכרע בודאות שספק בכור ישאר ביד הישראל ונכנס לדיר להתעשר ואם יקדש בו אשה היא מקודשת ודאי מ"מ אסורה בגיזה ועבודה מפני שהיא ספק מתנות כהונה, שהאיסור גיזה ועבודה תלוי בבעלות כלפי שמיא ולא בשליטה על הממון וזה נשאר ספק. וגם בעלות לענין ביכורים תלוי בבעלות כלפי שמיא ולא בשליטה על הממון ולכן נשאר ספק אף שהוכרע דין הממון. וגם השע"י פ"ח ד"ה וכ"כ מביא ע"ז את דברי רש"י הנ"ל בגיטין ומבאר ע"פ דרכו.

האור"ש בפ"ב מביכורים הי"ג כתב לישב ע"פ התוס' בדף כ"ז. שהובא לעיל שהקשו למה באילן אחד אינו מביא הא אית ליה קנין פירות ודמי ללוקח שדה לפירות. ותי' דשאני התם דקניי לכל מילי משא"כ הכא אין לו אלא יניקה בלבד. ומבאר האור"ש דקנין יניקה שהוא רק קנין זמני ליניקה בלבד קליש ואינו חשוב שיחשב כקנין הגוף. וכל זה דוקא באילן אחד אבל הלוקח ג' אילנות שהדין הוא שקונה קרקע חזינן דיניקת ג' אילנות הוא שימוש חשוב של השדה וגורר את גוף הקרקע, א"כ גם באופן שימכור ג' אילנות ויפרש שאינו מוכר קרקע מ"מ יביא הקונה ביכורים מכח קנין פירות ולא גרע מלוקח שדה לפירות [ומבאר האור"ש שכאן גם המ"ד ק"פ לאו כקנין הגוף דמי יודה ע"ש]. ולצד שהקונה ב' אילנות קנה קרקע גם יניקה של ב' אילנות הוא שימוש חשוב א"כ לצד שקונה ב' אילנות קנה קרקע אין חיובו בהבאת ביכורים רק בגלל שקנה קרקע, אלא כיון שניקת ב' אילנות הוא שימוש חשוב הקנין פירות הזה הוא כקנין הגוף ואפי' אם יפרש שאינו מקנה הקרקע יביא ביכורים מכח הקנין פירות. וא"כ מה שבגלל הספק אינו מקבל קרקע אינו סיבה לפטור מביכורים דמ"מ יש צד שקנין יניקה של ב' אילנות הוא כקנין הגוף וסגי בזה לחיוב ביכורים אף שבודאות אין לו קרקע.

אפי' לוקח מן השוק. מדברי הרשב"ם מבואר דאינו מפרש כפשוטו שלקח מן השוק פירות תלושים שבזה בודאי גם ר"מ מודה שפטור מביכורים, אלא כונת הגמ' שקנה פירות מחוכרים לקרקע וחייב אף שלא גדלו ברשותו. ועיי' בריטב"א שמביא ב' דעות בזה ד"מ כפשוטו שקנה פירות תלושים, וי"מ שרק כשקנה פירות מחוכרים ע"מ לתלוש. וכתב הריטב"א על הפי' השני שכן נראה מדברי הרשב"ם.

למעוטי חו"ל. הקשו התוס' ל"ל קרא למעט חו"ל ת"ל דביכורים היא מצוה התלויה בארץ ומבואר בקידושין דכל מצות התלויות בארץ אינם נוהגות אלא בארץ. וכתבו בשם הרשב"א דביכורים אינה מצוה התלויה בארץ דרך מצוה שחיובה על גוף הפירות נחשבת תלויה בארץ משא"כ ביכורים היא חיוב על הגברא ולא על גוף הפרי ואינו נחשב תלוי בארץ. וכתבו דהיכא שמצות הפרשה גורם איסור טבל מוכח שזה חיוב על הפירות וביכורים שאינו טובל זה בגלל שאינו דין על הפרי אלא על האדם. וכבר העירו בזה דגם לקט שכחה ופאה אינם טובלים ואעפ"כ הם נחשבים מצות התלויות בארץ. ואולי י"ל דחיוב הפרשת תרומה ומעשר הוא להפריש מזה על שאר הפירות. וכן ביכורים אינו סתם מצוה להפריש כדי לתת אלא הוא מפרש ביכורים על שאר הפירות. וכן מוכח ברמב"ם פ"ב מביכורים ה"ז שפסק שאין מביאין ביכורים מן החדש על הישן ולא מן הישן על החדש, כיצד לא יביא מפירות שחננטו קודם ט"ו בשבט על פירות שחננטו אחר ט"ו בו. ומקורו מן הירושלמי כמו שמביא הכ"מ שם. ומוכח מזה שהפרשת הביכורים הוא הפרשה על שאר הפירות דאל"כ לא שייך בזה חדש על ישן. וא"כ מלקט שכחה פשוט דלק"מ דלקט הוא חיוב על דבר זה בפנ"ע ואינו הפרשה על שאר התבואה וכן שכחה. א"כ מה שדברים אלו אינם טובלים אינו ראיה דפשוט שאינם טובלים שאין שייכות בין הלקט והשכחה לשאר התבואה. ורק בביכורים שהוא כן דין להפרישו על שאר הפירות ואעפ"כ אינו טובל זה הוכחה שאינה מצוה התלויה בארץ. וגם מפאה י"ל דהוא חיוב בפנ"ע ולא דין הפרשה על שאר התבואה דיש חיוב להניח פאת השדה לעניים. ובהפרשת פאה קוראים שם פאה אבל אין זה נעשה פאה על שאר התבואה. ולכאורה לא יהיה בפאה דין שאם חלק הביא שלישי לפני ר"ה א"א לעשותו פאה על מה שהביא שלישי אחר ר"ה, דאין זה פאה על שאר התבואה לכן שם פשוט שאינו טובל ואין זה ראיה שהחיוב פאה עצמו הוא חיוב של התבואה. ורק בביכורים שהוא הפרשה על שאר הפירות ואעפ"כ אינו טובל מוכח דאינו תלוי בארץ.

ועוד יש לבאר באופן אחר דמה שכתבו שאם אינו טובל מוכח שאינו מצוה התלויה בארץ זה דוקא כשהדבר שמפרישים יש בו קדושה ואסור לזר בזה אם חיוב ההפרשה הוא דין על הפירות צריך להיות איסור טבל. אבל לקט שכחה ופאה שהם עצמם מותרים לזר לא קשה למה אינם טובלים דלא יהיו שאר הפירות חמורים מן הדבר המופרש. ולכן בלשון"פ אין ראיה ממה שאינו טובל שאינו תלוי בארץ. ואף שיש דין טבל גם בדברים המותרים לזר כגון טבל הטבול למעשר ראשון או למעשר עני, בודאי שייך איסור טבל גם בדברים המותרים לזר, אבל בדברים המותרים אין הכרח שיהיה איסור טבל ואין להוכיח מזה שאינו טובל שאינו דין בפר ורק בביכורים שהם עצמם אסורים לזר ואעפ"כ אינו טובל מוכח שאינו דין בפר ואינו מצוה התלויה בארץ.

עוד ראיה כתבו התוס' שביכורים אינו תלוי בארץ שאין החיוב תלוי במירוח אלא מתחייב בעודן באילן משא"כ תו"מ שאין חיוב במחורב עד שיתלש ויעשה מירוח. ואינו מוכן לכאורה דאדרבה איפכא מסתברא אם החיוב חל במחורב זה יותר מראה שזה חיוב על גוף הפרי מאשר כשהחל החיוב בתלוש, וצ"ע.

תנן בריש מסכת כלים א"י מקודשת מכל הארצות שמביאים ממנה ביכורים עומר ושתי הלחם. הגאון לא גורס ביכורים אבל הרמב"ם והר"ש כן גרסו ביכורים. וכתב בזה המקדש דוד בזרעים ס' נ"ה אות א' בד"ה אמרין דתלוי בתירוצי התוס' כאן אם ביכורים נחשב מצוה התלויה בארץ או לא. דלא נזכר במשנה שם שא"י מקודשת משאר ארצות שנוהג בה תרומות ומעשרות ואמאי קתני ביכורים יותר משאר המצוות. לכן לא גרס ליה הגר"א. והרמב"ם והר"ש ס"ל שביכורים אינם מצוה התלויה בארץ. ודמי לעומר ושתי הלחם שאף שאינם מצוות התלויות בארץ באים רק מא"י. ומה שלא נזכר במשנה כל מצוות התלויות בארץ מבאר המקד"ד ע"פ הירושלמי שחיוב מצוות התלויות בארץ אינו תלוי בשטח של א"י אלא בעפר א"י [ודלא כמל"מ שהביא שם] וא"כ אין זה מכח קדושת א"י אלא דין בקדושת העפר.

למעוטי אדמת עכו"ם. כתב הרשב"ם דתרי קראי איכא חד למעוטי לוקח מעכו"ם וחד למעט לוקח מגר שהגר מביא ואינו קורא וילפינן מהאי קרא דהלוקח מגר אינו מביא. התוס' הקשו דלית לן למעוטי לוקח מגר מהבאה כיון שגר עצמו מביא, ומה שאינו קורא הוא רק מפני שאינו יכול לומר לאבותינו לתת לנו. והרשב"ם עצמו כתב שיש פסוק למעט גר שמביא ואינו קורא ואתא קרא למעוטי שהקונה ממנו לא מביא ולא קורא. ותמוה למה הלוקח מגר גרע מגר עצמו. ולכאורה היה נראה דהרשב"ם ס"ל דמה שגר מביא אינו מן התורה. שהחנינוך כתב במצוה צ"א דנשים מביאות ביכורים רק מדרבנן. והמנ"ח מתקשה בטעם הדבר ומוכיח דאין זה משום דס"ל שנחשב מצוות עשה שהזמן גרמה דא"כ גם מדרבנן לא היתה חייבת. וכתב בספר דרך אמונה פ"ד מביכורים ה"ב בביאור ההלכה ד"ה האשה שהחנינוך ס"ל דכל אלו שנמעטו מקריאה נתמעטו גם מהבאה ומה שמביאים אינו אלא מדרבנן. וא"כ אולי נימא נמי הכי בדעת הרשב"ם לענין גר דס"ל שהמיעוט מקריאה הוא מיעוט מכל פרשת ביכורים ואינו מביא אלא מדרבנן. וזה כונת הרשב"ם דכיון שגר מביא ואינו קורא א"כ מן התורה גם אינו מביא, וילפינן מקרא שגם הלוקח מגר הוא כמו הגר ופטור מן התורה מהבאה. ואף שמפורש בקרא בסוף פרשת ביכורים ושמתח בכל הטוב אשר נתן לך ה' אלוהיך ולביתך אתה והלוי והגר אשר בקרבך. ופרש"י דמאי דכתיב והגר אשר בקרבך היינו שגר חייב בביכורים, ומבואר שחיובו מן התורה, עיין באבן עזרא שם שכתב על והגר אשר בקרבך שאתה חייב לשמחם בפר אדמתך. ולפירושו לא מבואר בהאי קרא שגר מביא ביכורים.

וראיתי בדרך אמונה פ"ד מביכורים ה"א בביאור הלכה ד"ה אבל שכתב שבחי' הר"ן בב"ב פ"א. משמע שגר פטור מהבאת ביכורים מן התורה. וכתב שהוא תמוה וגם שהוא נגד הגמ' במכות י"ט. ונשאר בצ"ע. דברי חי' הר"ן נאמרו אחרי שמביא את שיטת הרשב"ם דאיכא קרא למעט לוקח מגר מביכורים וכתב הר"ן וז"ל דכיון שהגר פטור הרי דינו כגוי לענין ביכורים כיון שהוא עצמו אינו חייב בהם דהכי תנן התם במס' ביכורים הגר מביא ואינו קורא. וזה ממש כלשון הרשב"ם דכיון שגר מביא ואינו קורא ס"ד שהקונה ממנו לא יביא, אלא שהר"ן מוסיף שגר עצמו אינו חייב בהם. ועי' כתב דהר"א דמשמע דס"ל שחיוב הבאה בגר הוא מדרבנן, וכן נראה לכאורה בדעת הרשב"ם. אך צ"ע מסוגיא דמכות י"ט. כמו שמקשה בדרך אמונה על חי' הר"ן. ושור"ר שגם הרמב"ם כתב לשון זה וז"ל והא דמעט אדמת גר מאדמתך משום דהוא עצמו אינו חייב בהם דקרא ממעט לה כדתנן הגר מביא ואינו קורא עכ"ל.

עוד הקשו התוס' על הרשב"ם דהא אדמתך דרשינן בפ"ק דביכורים למעט הנוטע בתוך שלו ומברך לתוך של חברו או לתוך של רבים. וכתב בזה הרמב"ן שהמשנה שממעט מברך לתוך של חברו או לתוך של רבים הוא כרבנן דס"ל דבעינן קרקע א"כ נתמעט מברך לתוך של חברו שחסר אדמתך. אבל לר"מ למאי דס"ד שאפילו לוקח פירות מן השוק מביא ואינו קורא לא בעינן קרא למעט מברך לתוך של חברו דלא גרע מאילו גדל לגמרי בשל חברו ואח"כ קנה אחר ממנו. והתוס' באו לאפוקי מזה וכתבו דהמיעוט של מברך לתוך של חברו הוא אפילו לר"מ שהלוקח כיון שקנה מבעל הקרקע זה נחשב אדמתך משא"כ מברך שלא קנה מבעל הקרקע שהוא הברך לתוכו חסר אדמתך ופטור גם לר"מ. וצריך לעיין במאי פליגי התוס' והרמב"ן בזה.

תוד"ה למעוטי. שיטת ר"ת לענין גר דמה שאינו קורא הוא משום שאינו יכול לומר לאבותינו ואף שאברהם נקרא אב המון גוים מ"מ אינו יכול לומר ארמי אוכל אבי דקאי על יעקב. והיכא דאמו מישאל לחנא דמתני' דביכורים מביא וקורא דיכול לומר לאבותינו. ולתוספתא אף שאמו מישאל ויכול לומר לאבותינו אכתי אינו קורא מפני שאינו יכול לומר לתת לנו. ולזה בעינן שיהיה מבני קיני, אבל בבני קיני לבד לא סגי דאינו יכול לומר לאבותינו אלא תרתי בעינן א. אמו מישאל בשביל אבותינו. ב. מבני קיני בשביל לתת לנו.

שיטת ר"י לחנא דמתני' דביכורים גר אינו קורא מפני שאינו יכול לומר לאבותינו. ואנן קי"ל כר' יהודה שיכול לומר לאבותינו בגלל אב המון גוים [ומה שמקשה ר"ת איך אומר ארמי אוכל אבי כתב הרמב"ן ששלושת אבות העולם היו כאברהם וכולם היו אב המון גוים], ומה שאינו קורא הוא משום שלא יכול לומר לתת לנו, ואפי' אמו מישאל אין זה מועיל לכו"ע שאמו עצמה אין לה חלק בארץ ואינה קוראה, אלא בעינן דוקא שיהיה מבני קיני ובהו לתוספתא הוא קורא אף שאין אמו מישאל דלתת לנו יכול לומר שבני קיני נטלו חלק בארץ, ואבותינו יכול לומר משום אב המון גוים. ותנא דמתני' ס"ל [עיין מהרש"א] שגם בני קיני אינו קורא אא"כ אמו מישאל דלית ליה אב המון גוים.

שיטת הרמב"ן שבכל גרים קי"ל דמביא וקורא בגלל אב המון גרים וגם לתת לנו יכולים לומר שראוים היו לירושה אלא שנתחלקה הארץ רק ליוצאי מצרים, והרי הם כטפלים שראוים לירש ואין להם ואעפ"כ הרי הם כשאר כל אדם. וכ"כ הריטב"א וכן פסק הרמב"ם בפ"ד מביכורים ה"ג שגר מביא וקורא ולא בעינן אמו מישאל ולא שיהיה מבני קיני.

ר"ת לא היה מניח לגרים לברך ברכת הוימון, דהיינו שלא היה מניחם להוציא אחרים ידי חובתן בברכת המזון מפני שאינם יכולים לומר שהנחת לאבותינו. ולר"י נראה דשפיר מצי למימר לאבותינו ומה שאינם קוראים בביכורים הוא משום לתת לנו. ומשמע דלר"י כן יכול גר להוציא בבהמ"ז כיון שיכול לומר לאבותינו ולא אמרנו שגר דרבנן מפני שלא נטלו חלק בארץ כמו שיש צד בגמ' בברכות כ: לגבי אשה. אבל הרמב"ן כאן כשדן אם גר יכול להוציא בבהמ"ז דן מצד שלא נטלו חלק בארץ ודמי לאשה. אלא שהרמב"ן מסיק שנחשבים ראויים לנטול חלק בארץ וחייבים בבהמ"ז מן התורה.

כשהוא מתפלל בבהמ"ז אומר אלוקי אבותיכם. בספר אילת השחר העיר בזה איך הש"ץ מוציא את הרבים ידי חובתן בנוסח זה האם צריכים לומר אבותינו. וכתב דמוכח מזה דדין שומע כעונה אינו על המילים אלא על תוכן הדברים וכשהש"ץ אומר אלוקי אבותיכם זה כאילו שהשומעים אמרו אלוקי אבותינו. ובשיעור ב"ב לאחי הרה"ג ר' דוד שליט"א העיר ע"ז מדברי רע"א בשו"ע או"ח ס' רי"ט. דנפסק שם בסע' ד' שאם היה מחויב בברכת הגומל ואחר בירך עבורו ואמר אשר גמלך כל טוב, וענה אמן יצא. ומקשה רע"א דקי"ל דיוצא מדין שומע כעונה גם אם לא ענה אמן כמבואר בס' ר"ג סע' ב' ואמאי כאן יצא רק אם ענה אמן. ותי' רע"א שאם המברך היה אומר שגמלני כל טוב, שהם המילים שצריך השומע לומר, היה יוצא מדין שומע כעונה גם בלי לענות אמן. אבל כשאומר שגמלך אין השומע יכול לצאת מדין שומע כעונה שאם הוא היה אומר שגמלך לא היה יוצא בזה. לכן בעינן דוקא שיענה אמן שבוזה יש קבלת דברים ונחשב כאילו אמר את תוכן הדברים שאמר המוציא. ומבואר ברע"א דבלי עניית אמן הדין שומע כעונה קאי על המילים ולא על התוכן. וקשה א"כ איך גר מוציא את השומעים כשאומר אלוקי אבותיכם. ולרע"א לכאורה אינם יוצאים א"כ יענו אמן.

תוד"ה ההוא. הקשו ל"ל קרא למעט אדמת עכו"ם הא ר"מ ס"ל יש קנין לעכו"ם בא"י להפקיע מיד מעשר. ואף לתירוץ בתוס' לעיל שביכורים אינה מצוה התלויה בארץ מ"מ אחרי שנתמעט חו"ל לא בעינן מיעוט למעט עכו"ם דעכו"ם מפקיע קדושת הארץ והוי כחור"ל. ותי' ר"י דמהכא ילפינן לעלמא שיש קנין לעכו"ם להפקיע קדושת הארץ. לכאורה נראה שהרשב"ם אינו יכול לתרץ כן, דלרשב"ם איכא תרי קראי חד ללוקח מגר וחד ללוקח מעכו"ם, וגר בודאי אין לו קנין להפקיע מקדושת הארץ ואעפ"כ הלוקח ממנו פטור מביכורים מגזח"כ וא"כ איך אפשר ללמוד ממה שלוקח מעכו"ם אינו מביא שיש לו קנין להפקיע קדושת הארץ אולי גם זה פטור מגזח"כ כמו בגר. וע"כ הרשב"ם יתרון כתי' השני של תוס'.

דף פא :

מ"ט דרבנן בב' אילנות. מבואר בגמ' דמה שמביא לרבנן בב' אילנות ולר"מ באילן אחד הוא משום דספק אם קנה קרקע ומספק חייב בביכורים. [ועיין מה שכתבנו לעיל בס"ד בקדושת החמדת שלמה]. בגמ' לעיל כ"ו: סובר עולא דאילן הסמוך למיצר בתוך ט"ז אמה אינו מביא ביכורים. ונחלקו רש"י ור"ח בטעמו. רש"י כתב דבעינן אשר תביא מארצך וכיון שיונק משדה חבירו חסר בארצך. והתוס' כתבו בשם ר"ח דנחשב גזול ואין מביאים ביכורים מן הגזול. וכתב שם הרמב"ן לבאר למה הוצרך ר"ח לפרש דהוי גזול ולא פירש כרש"י וז"ל ועדיין תבעי לך למה לא חייבוהו להביא מדבריהם כמו שחייבו לקונה ב' אילנות שלא קנה קרקע לפיכך הוצרך ר"ח ז"ל לפרש משום שנא' שונא גזול בעולה עכ"ל. מבואר ברמב"ן שחייב הבאת ביכורים בלוקח ב' אילנות הוא מדרבנן. וצ"ע דמפורש כאן דחייבו משום שיש ספק שמא קנה קרקע. וראיתי שעמד בזה האבי עזרי פ"ב מביכורים הי"ג ד"ה והנה התוס' ע"ש.

וקמעיל חולין בעודה. כתב הרשב"ם דכל הבאת חולין בעודה אסורה מקרא דכי ירחק ממך המקום וזבחת. א"נ מדרבנן דלמא יסבור שקדשים הם ונזהגים בהם מנהג חולין ויזלו בקדשים. ומשמע דס"ל דכל הכנסה אסורה אפילו שאין בה כעין הקרבה. וכן דעת רש"י בתמורה כ"ג: שכתב על הא דמבואר שם שאוכלים חולין עם הקדשים וקשה איך מותר להכניס חולין בעודה. וכתב שם רש"י שאכלו בחוץ ואח"כ נכנסו. והתוס' הוכיחו מזה שאין איסור הכנסה בלי עבודה. וברש"י משמע דלא ס"ל כן. גם ברמב"ם בפ"ב משחיטה ה"ג מבואר דאיכא איסור בכל הכנסת חולין בעודה. ועיין במל"מ שם שמאריך בשיטות הראשונים בזה דשיטת התוס' שאסור רק כשיש בו כעין עבודה. והרשב"ם ס"ל שבכל גונוי אסור. ובד"ה והנראה מביא המל"מ את דברי רש"י בתמורה. ובד"ה הכלל העולה כתב שהאיסור לרמב"ם כשאין עבודה הוא רק מדרבנן כפי' השני של הרשב"ם. ובד"ה אך מביא שהרשב"א כתב שאפילו אם יש איסור בהכנסה בלי עבודה זה דוקא בדבר שיש בדוגמתו קרב ע"ג המזבח כגון שמכניס לחם של חולין שיש כיוצ"ב לחמי תודה. אבל המל"מ לומר בדעת הרמב"ם דאיכא איסור אפילו כשאין כיוצ"ב ע"ג המזבח. ואף שמשמע ברמב"ם שאכלו את החולין יחד עם הקדשים בעודה ולא כרש"י בתמורה שאכלו בחוץ, כתב המל"מ דכיון שלרמב"ם האיסור הוא דרבנן התייר לצורך הקרבן.

המל"מ בד"ה וא"ת מקשה לשיטת רש"י שאסור להכניס גם כשאין בה עבודה ואפי' לצורך הקרבן לא הותר דמבואר בזבחים דף צ' שנותנים בבשר קדשים תבלין של חולין. ומה ההתר להכניס התבלינים לעודה. וכתב דרש"י יפרש דאיידי בקדשים קלים שנאכלים בכל העיר אבל בקדשים הנאכלים בעודה באמת לא נתנו תבלינים של חולין. ועוד כתב דשאני תבלינים שמתערבים בקדשים ומתבטלים ונפקי מתורת חולין. ותירוץ השני צ"ב דמשמע שלתי' זה אפשר להעמיד בקדשי קדשים וא"כ א"א להוציא את הבשר מחוץ לעודה כדי שיתנו בו את התבלין ואח"כ יכניסו את הבשר לעודה אחרי שנתבטלו התבלינים בבשר, אלא צריך להכניס את התבלינים לעודה ושם לתנו בבשר, א"כ מה תי' המל"מ שהתבלין בטל בבשר הרי אינו מתערב בבשר עד אחר ההכנסה ואכתי קשה מה ההתר להכניס לעודה. וצ"ל דכנתנו שמה שרש"י אוסר להכניס חולין כדי לאוכלן עם הקדשים זה כשהחולין נאכלים בתורת חולין ואף שזה לצורך אכילת הקרבן אסור, אבל כשמכניס כדי לבטלו בקדשים ולאכול את החולין כחלק מאכילת הקדשים בזה גם רש"י מתיר וצ"ע.

עוד כתב המל"מ בד"ה ודע דאיסור זה דחולין בעזרה הוא על מעשה ההכנסה אבל אם בזמן ההכנסה היה קודש ואח"כ יצא לחולין אין איסור בשהיית חולין בעזרה. ומוכיח המל"מ את זה ממנחות מ"ח. שאם שחט שני כבשי עצרת על ד' חלות מושך שתיים מהם ומניפן והשאר נאכלות בפדיון דקדושת הגוף חל רק על שתי חלות. והקשו איך פודה בעזרה הא היא חולין בעזרה. ומשני חולין ממילא קא הוויין. ופרש"י דתוך העזרה הם נעשים חולין והוא לא הכניסם משנעשו חולין. מפורש דהאיסור הוא פעולת ההכנסה בלבד. אמנם זה נוחא לרש"י ולרשב"ם ולרמב"ם שיש איסור בהכנסה בלי עבודה א"כ י"ל שהקפידא הוא על פעולת ההכנסה. אבל לשיטת התוס' שהאיסור הוא רק בדבר שעושים בו כעין עבודה א"כ האיסור הוא מעשה העבודה ולא ההכנסה. ולשיטת התוס' לכאורה זה גופא כונת הגמ' דחולין ממילא הוויין שאינו עושה בהם שום מעשה עבודה אלא הם שוהים בעזרה בלי עבודה. א"כ היסוד שכתב המל"מ שהאיסור הוא מעשה ההכנסה הוא אמת רק לסוברים דלא בעינן עבודה.

דמקדיש להו. פרש"ם דמקדיש על תנאי אי הוו ביכורים שפיר ואי לאו לקדשו לקנות בהם קרבן. כתב המל"מ הנ"ל בד"ה ודע שנראה מדברי הרשב"ם דדוקא משום דהוי לצורך קרבן הותר אבל אם לא הקדישו לצורך קרבן כי אם לבדק הבית לא. אך כתב דמדברי התוס' מבואר דסגי גם במקדיש לבדה"ב. וכונתו לתוד"ה דמקדיש שהקשו על הגמ' במנחות שיקדיש לבדה"ב. גם הרמב"ם בפ"ד מביכורים ה"ד כתב שמקדיש לבדה"ב. ועל ת"י הגמ' דפריך כתב הרמב"ם שהכהן פודה ולא כר' גרשום שכתב שהמביא פודה.

תוד"ה אלא מע"ר. הקשו אמאי נותן ללוי הא הוי ספק מע"ר שעל הצד שזה ביכורים אין זה מע"ר וספק מתנות דינם כספק ממון דאמרין הממע"ה. ות"י דהכא לא שייך הממע"ה כיון דממ"צ אינו של ישראל אלא או של הכהן או של הלוי. ולכן הישראל חייב מספק במצות נתינה ללוי כיון שאינו מוחזק בממון. בת"י השני כתבו דבעלמא חייב לתת מספק ורק בדמאי שכל חיובו מדרבנן לא נותנים מספק אבל בספק טבל דאורייתא נותנים מספק כדין ספק מצוה לחומרא. וכתב הרש"ש על הת"י הראשון דכיון שהישראל אינו מוחזק שבודאי אינו שלו והספק הוא אם צריך לתת לכהן או ללוי צריך להיות הדין יחלוקו ושאלת הגמ' הוא רק על חצי, דהיינו אמאי נותן הכל לכהן הרי מספק צריך לתת חצי ללוי. ולכאורה נראה דיחלוקו אמרין כשיש דין ודברים בין שני בעלי דינים, אבל הכא דהוי ממון שאין לו תובעין אין הלוי יכול לתבוע, אלא איכא ספק על חיוב הנתינה של הבעלים אם הוא לכהן או ללוי והיה צריך להיות בזה הדין שיאמר לכ"א אייתי ראיה ושקול ויפטר מלתת לשניהם, כמבואר בבכורות מ"ח: והובא בקונה"ס כלל א' אות ג'. אלא דהכא הוי ספק מצוה ומה דבעלמא פטור מלתת מספק הוא משום שחזקת ממון מכריע וממילא נפטר גם מן המצוה, אבל הכא דליכא חזקת ממון ממילא חייב מספק דחוזר להיות ספק מצוה.

הרש"ש מקשה על ת"י השני דס"ל שחייב לתת ללוי מספק ורק בדמאי דרבנן אינו נותן מספק, דמבואר בכמה מקומות דמספק פטורים ממצות נתינה. ולגבי ספק בכור מפורש בסוגיא דתקפו כהן דאינו נותן לכהן מספק. ומביא הרש"ש שכבר עמד בזה השע"ה בפ"ט ממעשר. ובשערי יושר ש"ה פ"ז מאריך לבאר דברי התוס' דידוע קדושת המזרח"י באסן שהובא בקונה"ס כלל א' אמאי אמרין ספק ממון לקולא הא כל ספק ממון הוא ספק גזל ונימא ספק איסורא לחומרא. וכתב הקונה"ס שם, והשערי יושר שם בפ"א מבאר בארוכה, שלא דלא תגזול הוא בתולדה ממשפט הממון, דהיינו שהלאו הוא לא לשנות ממה שנקבע ע"פ דין הממון, וכיון שע"פ משפט הממון הדין הוא הממע"ה אין בזה גזל אפי' לצד שכלפי שמיא גליא שאין הממון שלו. ועפ"ז מבאר שם בש"ה פ"ז בד"ה והנה מצאנו שיש מצות שגם הם תלויים במשפט הממון כגון ספק בכור, אבל מצות נתינה במתנות כהונה שבאים מחמת גידולי קרקע סוברים התוס' בת"י השני שבזה המצוה אינה תלויה במשפט הממון, וא"כ דינו כספק מצוה וחייב לתת מספק. וע"ש שמביא מקורות שבתרומה ומעשר אין המצוה תלויה בדין הממון. אמנם מוסיף השע"י שם בד"ה ולפ"ז שבמקום שמצד משפט הממון הוא פטור וכל חיובו משום שיש בזה ספק מצוה אינו חייב לתת בחינם אלא יכול למכור המתנות לכהן או ללוי. ומה שבעלמא צריך לתת בחינם ולא למכור היינו רק מפני שיש עליו חיוב גם מצד משפטי הממון. וכ"כ המקדש דוד בורעים ס' נ"ה אות ט' ע"ש.

נמצא דבתי' הא' ס"ל שתמיד פטור מלתת מספק ורק כאן חייב שאין לו דין מוחזק דממ"צ אינו שלו. ובת"י הב' ס"ל שבעלמא חייב מספק ורק בדמאי שהוא דרבנן אינו נותן מספק.

בר"ה י"ד. מבואר שר"ע נהג ב' עישורין בדבר שהיה ספק אם דינו במע"ש או מעשר עני. וכתבו שם התוס' בשם הירושלמי שהפריש מעשר אחד ופדאו וחילקו לעניים. והקשה שם הטורי אבן אבאי נתן לעניים מספק נימא הממע"ה. אך מבואר שם בת"י השני דהכא שחייבים מספק ולא אמרין בזה הממע"ה. אמנם עיין במקד"ד ס' נ"ה אות א' דשאני ר"ע שהיה יד עניים ואין לו דין מוחזק כלפי העניים ע"ש.

מעשר ראשון ללוי. עיין מה שכתבנו במחלוקת ר"ע וראב"ע בכתובות כ"ו.

דלמא ביכורים ניהו ובעו קריאה. מבואר בגמ' דאף שאין קריאה מעכבת מ"מ מעכב שיהיה ראוי לקריאה. והכא כיון שזה ביכורים וא"א לקרוא קריאה מעכבת. ומוכח מכאן דאף שמה שאינו ראוי הוא רק מפני שיש צד שאינו ביכורים אבל על הצד שזה ביכורים זה ראוי לקריאה מ"מ כיון שבפועל א"א לקרוא מחמת הספק זה נחשב אינו ראוי לקריאה. והקשו האחרונים מיבמות מ"א: לגבי הדין של כל שאינו עולה ליכוס אינו עולה לחליצה שאם אינה ראויה ליכוס מחמת ספק צריכה חליצה כיון שיש צד שראויה ליכוס. ומבואר שהספק אינו נחשב אינו ראוי ואמאי הכא נחשב אינו ראוי לקריאה. הרמב"ם בפ"א מנערה ה"ה כתב לגבי המצוה של ולו תהיה לאשה דבעינן אשה הראויה שאפי' אם היא שניה שאסורה רק מדרבנן נחשבת אינה ראויה וליכא מצוה דולו תהיה לאשה. והאריך בזה המל"מ שם לבאר דהרמב"ם ס"ל כיון דבעינן ראוי בפועל גם איסור דרבנן נחשב אינו ראוי. ומבאר השערי יושר בש"א פכ"ב ד"ה ונראה לעצ"ד שהכלל בזה הוא דהיכא דהא דבעינן ראוי הוא משום שהמצוה הוא הכנה לדבר אחר בעינן שיהיה ראוי בפועל, כגון המצוה של ולו תהיה לאשה שהמצוה הוא לכונסה כדי שתהיה אשתו לכל דבר, בזה בעינן שתהיה ראויה לביאה בפועל. ואם אינה ראויה אפי' מדרבנן או מחמת ספק אין בה מצוה זו כיון שא"א להגיע לתכלית של המצוה. משא"כ הדין שאם אינה ראויה ליכוס אין בה דין חליצה

אין הטעם משום שחליצה צריך להביא לידי יבום שהרי אין יבום במקום שיש חליצה, אלא גזה"כ דכל שאינה עולה ליבום אינה עולה לחליצה, ובה א"ש צד שראויה ליבום אף שבפועל אינה יכולה להתיבם מחמת ספק או מדרבנן היא צריכה חליצה.

לפ"ז מבאר הגרש"ש שם בד"ה ובה שמצות הבאת ביכורים היא התחלה והכנה למצות קריאה. ודומה ביכורים לענין זה למצות ולו תהיה לאשה שהוא הכנה לאישות שביניהם. ולכן גם כאן בענין ראוי בפועל ואם אינו ראוי אפי' מחמת ספק אין מצות הבאה.

בגמ' בסמוך נאמר ב' טעמים אמאי אינו יכול לקרוא מספק. רב אשי אמר דמחזי כשיקרא. ופרש"י דשמא אין לו קרקע ונמצא משקר בקריאתו וכתב דובר שקרים לא יכון לנגד עיני. ורב משרשיא אמר דלמא אתי לאפקעניהו מתרומות ומעשרות. וכתב השיטמ"ק בשם תוס' הרא"ש שמה שמבואר בגמ' כאן שכיין שאינו ראוי לקריאה ליכא מצות הבאה היינו דוקא למ"ד שהטעם הוא משום מחזי כשיקרא דלדידיה אינו ראוי לקריאה מן התורה. אבל למ"ד שמא יבואו להפקיע מתו"מ אין זה אלא חשש דרבנן ואין זה נחשב אינו ראוי לקריאה לענין להפקיע מצות הבאה. ומבואר דמחלק תה"ר לענין הנידון שהובא לעיל אי בעינן ראוי בפועל או לא בין ספק דאורייתא שנחשב אינו ראוי, אף שיש צד שזה ביכורים ואין הקריאה שקר מ"מ כיון שבפועל א"א לקרוא מחמת הספק זה נחשב אינו ראוי לקריאה, משא"כ כשאנו ראוי לקריאה מחמת חשש דרבנן זה נחשב ראוי לקריאה כיון שמן התורה אפשר לקרוא. [עיקר הדבר דנקט תה"ר שמחזי כשיקרא הוא דאורייתא הוא חידוש שלא כתוב שזה שקר גמור אלא רק מחזי כשיקרא. ועוד מקשה הדרך אמונה בפ"ד מביכורים ה"ד בביאור הלכה דהרבה ראשונים כתבו דליכא איסור דאורייתא אפי' בשקר גמור אם אינו גורם נזק לשום אדם אלא רק משנה סיפור דברים בעלמא].

רבא ס"ל בקידושין נ"א. שקידושין שאינם מסורים לביאה אינם קידושין. וכתב הקובץ הערות בס' מ"ב אות ב' דבעינן שיהיה ראוי בפועל ואם אין הקידושין מסורים לביאה אפי' מדרבנן אינה מקודשת מן התורה. וזה מתאים עם דברי השערי ישר שהובא לעיל שגם שם ענין הקידושין הוא הכנה לאישות שיהיה אחר הקידושין ובה צריך שיהיה ראוי בפועל. ובהשמות בסוף הקבה"ע מביא שבשיטמ"ק בב"ב פ"א: בשם תה"ר מבואר שלא כדבריו שכתב שרק אינו ראוי מחמת ספק דאורייתא נחשב אינו ראוי, אבל אינו ראוי מחמת איסור דרבנן נחשב ראוי לגבי דין תורה. אמנם אף שיש סתירה לדבריו מתה"ר יש סיוע לדבריו מהרמב"ם הנ"ל דס"ל שאין מצוה של ולו תהיה לאשה באשה שאסורה מדרבנן כיון שאינה ראויה בפועל.

תנן בביכורים פ"א מ"ה הטומטום והאנדרוגינוס מביאין ולא קוראין. מה שאינם קוראים הוא משום שהם ספק אשה ואשה אינה קוראה כמבואר במשנה שם. ויש לעיין בשלמא אשה שבדאי אינה קוראה מביאה ואין הקריאה מעכבת כיון שאין בה דין קריאה, אבל טומטום יש צד שמחויב בקריאה, ואינו יכול לקרוא מחמת ספק ודמי ללוקח ב' אילנות שנחשב אינו ראוי לקריאה ואינו מביא אא"כ שלח ע"י שליח. אמנם הרמב"ם בפ"י המשנה בביכורים כתב שמה שטומטום אינו קורא הוא משום דכתיב איש עד שיהיה ודאי איש, וכ"כ הרע"ב שם. והקשה התוס' יו"ט ל"ל למעט מקרא ת"ל דאשה אינה קוראה וטומטום הוא ספק אשה ומספק אינו קורא. וכתב ע"ז התוס' חדשים דאילו מה שאינו קורא היה מספק היה נחשב אינו ראוי לקריאה שקריאה מעכבת בו והיה צריך לשלוח ע"י שליח. לכן כתבו דאיכא מיעוט מיוחד דבעינן ודאי זכר ולכן טומטום אינו ספק אלא פטור מדין ודאי ושפיר מביא ואינו צריך לשלוח ע"י שליח. [עיי' בכל זה במנ"ח מצ' תר"ו אות ג'].

המל"מ בפ"ג מביכורים ה"ד מסתפק באלם שאינו ראוי לקריאה אם מביא או לא. דאשה אף שאינה ראויה לקריאה מביאה משום דמעיקרא ליכא עליה חובת קריאה ויתכן דמה"ט גם אילם מביא דמעיקרא אינו ראוי לקריאה, ולא דמי לקונה ב' אילנות שיש צד שיכול לקרוא ומחמת הספק אינו ראוי לקריאה. אך יתכן שאלם יש בו חובת קריאה אלא דפומיה הוא דכאיב ליה, וכיון שיש בו דין קריאה ואינו ראוי לקרוא קריאה מעכבת בו ולא יביא אלא ע"י שליח. המגיה שם כתב בשם הכנה"ג שלא אמרין הכלל של כל שאינו ראוי לבילה בילה מעכבת בו אלא במקום דאתמר בגמ'. והיינו משום שרק במקום שהיה קבלה שאף שהדין לא מעכב מ"מ מעכב שיהיה ראוי לאותו דין אמרין כן. ואין סתירה לזה מדברי ר"ת שהובא בתוס' ביכמות ל"א: שעד שיכול לדבר יכול גם להעיד מתוך הכתב ורק אלם שאינו ראוי להגיד יש בו פסול של מפי כתבם. ומדמה ר"ת את זה לכל הראוי לבילה. הרי שנחדש ר"ת כלל זה בעדות אף שלא נזכר בגמ'. דכנות הכנה"ג שאין לחדש פסול כעין הפסול של כל שאינו ראוי לבילה כשלא נזכר הפסול בגמ'. אבל פסולו של אלם לעדות מבואר בגמ' בגיטין ע"א. ור"ת לא חידש אלא שטעם פסולו הוא משום דבעינן ראוי להגדה ומי שראוי להגדה אין בו פסול של מפי כתבם.

דף פב.

עד שתהא לקיחה והבאה כאחד. שיטת הרשב"ם דלקיחה היינו בצירה והבאה הוא הבאה לירושלים ובעינן שהבצירה וההבאה כולה עד ירושלים יהיה באדם אחד. המנ"ח במצ' תר"ו כתב דמה דנקט הרשב"ם הבאה לירושלים הוא לאו דוקא דלא תלוי בירושלים אלא בהבאה לעזרה. ומלשון הרשב"ם שכתב דבעינן בצירה והבאה כולה עד ירושלים באדם אחד משמע דלא סגי בבצירה והבאה לירושלים [דהיינו העזרה] באחד אלא בעינן כל הדרך באחד. וכ"כ התוס' בגיטין מ"ז: ד"ה בצרן ברעת הרשב"ם, וכן מדייק הריטב"א כאן מלשון הרשב"ם. והריטב"א חולק וס"ל דתלוי בלקיחה והבאה בלבד, ושאר הדרך יכול להיות ע"י אחר. גם הרמב"ן כתב דלא יתכן לומר דבעינן שכל הדרך יהיה ע"י אחד וז"ל וכן הדין נותן שלא יהא האחרון שבישראל צריך לעלות מנהר פרת לירושלים ולא יוריד הסל מכתפו. להוציא מדברי האומר דבעינן לקיחה והבאה כולה ע"י אחד עכ"ל. דהיינו שהבין שלסוברים דבעינן כל הדרך ע"י אחד אינו יכול למסור לאחר לסייע בהבאה. אך המהר"י קורקוס בפ"ד מביכורים ה"ח כתב שגם לסוברים דבעינן כל הדרך באחד אין הכונה שצריך להחזיק כל הדרך בידי דבדאי יכול להניח ע"ג בהמה ולהוליכו או לתת לאחר לסייע דאין האחר עושה אלא מעשה בהמה, והוא נחשב המביא. ורק כשאין הוא מטפל בהבאה אלא שולח ע"י אחר אין זה נחשב הבאה שלו. ומיושב בזה טענת הרמב"ן על הרשב"ם.

שיטת התוס' דבצירה אינו חלק מן ההבאה אלא לקיחה היינו ההוצאה מן הבית. ופשוט דבית הוא לאו דוקא דאטו אם לקח מן השדה ישר לירושלים ולא היה הוצאה מן הבית כלל לא יתחייב בקריאה. אלא יציאה מן הבית הוא תחילת ההולכה לירושלים והבאה היינו סוף הולכת הפירות לירושלים. ואם לוקח מן השדה לירושלים הלקיחה מן השדה הוא הלקיחה, אלא שהדרך הוא שמביאים לבית וכשהולכים לירושלים לוקחים מן הבית. וגדולה מזו מחדש האו"ש בפ"ב מביכורים סוף ה"ג דאפילו אם שלח שליח לקחת למקום שסמוך לעזרה ומשם יקח אחר לעזרה רק הלקיחה וההבאה של השני צריכים להיות באדם אחד. אבל מה שהראשון לקח עד שם אינו מגרע דאין זה חלק מן הלקיחה לעזרה ע"ש.

הבאה ע"י שליח. עוד נחלקו התוס' והרשב"ם באופן שכל הלקיחה וההבאה היו ע"י שליח אם בעה"ב קורא או לא. הרשב"ם ס"ל שהבעה"ב קורא דכיון דשלחו של אדם כמותו יכול לומר הנה הבאתי ונחשב לקיחה והבאה באחד. והתוס' בד"ה עד כתבו שאין נראה שבעה"ב יקרא כשההבאה נעשית ע"י שליח. הרמב"ן מקשה על הרשב"ם דאם אמרנן לגבי זה שלוחו של אדם כמותו אמאי אינו קורא כשמקצת נעשה ע"י שליח ומקצת על ידו הרי גם מה שעשה השליח הוי כהבאה שלו. וכתב הריטב"א דסובר הרשב"ם דגז"ה דבעינן לקיחה והבאה בגוף אחד ממש.

ונראה שבמחלוקת זו של הרשב"ם והתוס' אם בעה"ב קורא כשכל ההבאה היה ע"י שליח תלוי יסוד הדין של לקיחה והבאה כאחד. ולרשב"ם אין חסרון בהבאת שליח שהרי אם כל ההבאה היא ע"י שליח בעה"ב קורא, ואעפ"כ כשמקצת הבאה ע"י שליח ומקצת ע"י בעה"ב אינו קורא דבעינן שהכל יהיה ע"י אדם אחד. אבל לשיטת התוס' אין דין שצריך הכל ע"י אחד אלא יש דין שההבאה תהיה ע"י בעה"ב ולא ע"י אחר אפילו שלוחו, ולכן כששליח מביא לבד ג"כ אין בעה"ב קורא. ובדין של לקיחה והבאה כאחד נתחדש רק דכשם שההבאה לעזרה צריך להיות ע"י בעה"ב כך הלקיחה מהבית שהוא תחילת ההבאה צריך להיות ע"י בעה"ב. דהיינו שכתוב בזה רק שגם הלקיחה הוא חלק מן ההבאה וכל חלקי ההבאה צריכים להיות ע"י בעה"ב. ולתוס' אין שום מקור לחדש מקרא דבעינן שהכל יהיה ע"י אדם אחד דלתוס' גם כשכל ההבאה ע"י שליח אינו קורא אף שהוא אדם אחד. משא"כ לרשב"ם שהבאת שליח מחייב את בעה"ב בקריאה ע"כ נאמר בדין של לקיחה והבאה כאחד דבעינן שהכל יהיה ע"י אדם אחד. ויתכן שזה תלוי אי גרסינן לקיחה והבאה כאחד או לקיחה והבאה באחד. דלתוס' גרסינן כאחד שלקיחה והבאה יש להם דין שוה, ולרשב"ם באחד היינו באדם אחד.

ומה"ט לרשב"ם נאמר כאן ב' דינים א. בצרן ושגורן ביד שליח דהיינו לקיחה של בעה"ב והבאה של שליח. ב. מת שליח בדרך ובעה"ב הביא לעזרה דהיינו לקיחת שליח והבאת בעה"ב. וזה לאשמועינן דלא סגי בלקיחת בעה"ב אלא בעינן גם לקיחה וגם הבאה באחד. אבל לתוס' כתוב כאן רק דין אחד שגורן ביד שליח ומת ובעה"ב גמר את ההבאה ולא כתוב איפכא שבעה"ב לקח ושליח הביא. והיינו משום שלתוס' אין דין של אדם אחד אלא ילפינן מקרא שגם לקיחה הוא חלק מההבאה וגם חלק זה צריך להיות ע"י בעה"ב דוקא. אבל איפכא לא צריך למימר דפשיטא דעיקר ההבאה הוא הבאה לעזרה אלא קמ"ל שגם הלקיחה מהבית הוא חלק מן ההבאה.

המאירי בגיטין מ"ז: כתב שאם לקח ביכורים ומת בדרך ויורשו גמר את ההבאה הוא קורא אף שלא היה הכל ע"י אדם אחד מ"מ כיון שכל ההבאה היתה ע"י בעל הפירות זה נחשב לקיחה והבאה באחד. והובא בדרך אמונה פ"ד ה"ח סקנ"ה. ובסקס"ב מביא שהפוסקים דנים בב' שותפים שאחד לקח והשני הביא אם קורא או לא. וכתב הדר"א שלדברי המאירי יש מקום לומר שקורא כיון שכל ההבאה היתה ע"י בעלים. ונראה דמדברי הרשב"ם מוכח שבכה"ג אינו קורא דאף דסובר הרשב"ם ששליח שעושה את כל ההבאה מחייב את הבעלים בקריאה, דהבאת שליח הוא כהבאת הבעלים, מ"מ מבואר ברשב"ם בד"ה בצרן שאם הלקיחה היא ע"י שליח אחד וההבאה ע"י שליח אחר אינו קורא, ומבואר דאף שכל ההבאה נעשה באותה צורה דהיינו הכל ע"י שליח מ"מ כיון שלא הכל נעשה ע"י אותו שליח אין זה לקיחה והבאה כאחד א"כ ה"ה כשהכל נעשה ע"י הבעלים אם אין זה הכל ע"י אותו אדם אין זה כאחד ואינו קורא.

ויש לבאר המחלוקת אם כשהכל נעשה ע"י הבעלים אבל לא ע"י אותו אדם אם קורא או לא בב' אופנים. א. תלוי במחלוקת התוס' והרשב"ם שהובא לעיל דלתוס' לא נאמר שום דין דבעינן הכל ע"י אדם אחד אלא רק שהדין שאין בעה"ב קורא כשההבאה היתה ע"י שליח כך אינו קורא כשהלקיחה היתה ע"י שליח שגם הלקיחה היא חלק מן ההבאה, א"כ פשוט שאם כל ההבאה היתה ע"י בעלים אף שבאמצע התחלפו הבעלים מביא וקורא. אבל לרשב"ם שכן קוראים בהבאת שליח ומה שלא קוראים כשחלק ע"י הבעלים וחלק ע"י שליח הוא משום דבעינן הכל ע"י אדם אחד א"כ גם כשהתחלפו הבעלים לא יקרא דבעינן שהכל יהיה ע"י אדם אחד. והרשב"ם שכתב שאם התחלף השליח אין הבעלים קוראים אזיל לשטתו. ב. אפילו אי אמרנן דאיכא גז"ה דלקיחה והבאה כאחד אכתי יתכן שאין קפידא שיהיה ע"י אותו אדם ממש אלא שיהיה הכל אותה צורה של הבאה או כולו ע"י בעלים או כולו ע"י שליח לרשב"ם. אבל כשהכל ע"י בעלים שפיר קורא לדעת המאירי. והרשב"ם ס"ל דבעינן שהכל יהיה ע"י אדם אחד ממש לכן אף שע"י שליח אחד קורא, ע"י שני שלוחים אינו קורא, וכן ע"י שני בעלים לא יקראו לדעת הרשב"ם.

נמצא דהיכא דנתחלפו הבעלים כגון שמת בדרך והגמר היה ע"י היורש או ב' שותפים שכ"א עשה מקצת הבאה יהיה תלוי במחלוקת המאירי והרשב"ם. וכל הגידון הוא רק לשיטת הרשב"ם שבעינן לקיחה והבאה באחד אבל לתוס' בעינן רק שכל חלקי ההבאה יהיו באופן המחייב קריאה ולא ע"י שליח שאין הבאתו מחייב קריאה א"כ פשוט שאם הכל ע"י הבעלים יש חיוב קריאה אף שלא היה הכל ע"י אדם אחד.

המנ"ח במצוה תר"ו כתב שאם לקח השליח ומת והחזיר בעה"ב לבית ושוב לקח והביא שפשוט שקורא. והיינו משום שמתברר שהלקיחה הראשונה לא היתה חלק מן ההבאה.

תוד"ה בצרן. הקשו איך מביא כשחלק מן ההבאה היתה ע"י שליח הרי זה נראה לקריאה ועכשיו אינו ראוי לקריאה והל"ל ירקבו כמו שמבואר במכות י"ח: שאם הפריש ביכורים לפני החג ועבר עליהם החג ירקבו. ותי' דאיירי שבצר ע"ד לשלוח ע"י שליח וא"כ מציקרא

לא חל ע"ז דין קריאה. וכן הדין בהפריש ביכורים לפני החג ע"ד להביאם אחר החג לא ירקבו אלא מביא ואינו קורא. הרמב"ם בפ"ד מביכורים ה"ג כתב שהמביא אחר החג מביא ואינו קורא אע"פ שהפרישם קודם החג, ולא התנה הרמב"ם שזה דוקא אם הפריש ע"ד להביא אחר החג. וכתב ע"ז הכ"מ שהיה קשה לרמב"ם קושיית התוס' דהגמ' במכות שאומרת שאם נראה לקריאה ונדרחה ירקב סותר את דינו של ר"י בר חנינא שאם שלח ע"י שליח מביא ואינו קורא אף שנראה ונדרחה. ולמד מזה הרמב"ם שגמ' דידן פליג על הגמ' במכות ולכן לא פסק הרמב"ם את הגמ' במכות אלא אפי' הפריש לפני החג ע"ד להביא לפני החג ובסוף לא הביא עד אחר החג לא אמרין דירקבו אלא מביא ואינו קורא. אך אכתי קשה מ"ש מהא דמבואר הכא בלוקח ב' אילנות דאינו יכול לקרוא וכשאין ראוי לקריאה קריאה מעכבת בו, א"כ גם כאן שחל בו דין קריאה ואינו ראוי לקריאה אמאי אין קריאה מעכבת בו. וכתב הכ"מ שהרמב"ם ס"ל דהתם שאני דמחמת ספק הוא. וביאור דבריו הוא דכמו שלתוס' אם בצר ע"ד כן לא חל חיוב קריאה כך סובר הרמב"ם שגם אם בתחילה חל חיוב קריאה מ"מ אם עכשיו אין בו דין קריאה יש לו דין הבאה בלי קריאה. והאופן שיש בו חיוב קריאה ואינו ראוי לקריאה הוא רק בספק שיש צד שחייב בקריאה ואינו יכול לקרוא מחמת הספק, בזה אמרין דכל שאינו ראוי לקריאה קריאה מעכבת בו, אבל היכא שבמצב של עכשיו אין בו חיוב קריאה אין קריאה מעכבת שכן דינו שמביא ואינו קורא.

ומה שכתבו התוס' דתלוי במחשבתו בשעת בצירה אינו מוכן דהיה צריך להיות תלוי בשעת קריאת שם ביכורים או אולי בשעת הוצאה מן הבית שהוא תחילת ההולכה לעזרה, אבל בצירה לתוס' אין לו שום דין ולמה יהיה תלוי במחשבה של שעת בצירה. ואולי לשון התוס' הוא לאו דוקא שבהמשך כתבו ולפ"ז הפריש ביכורים לפני החג ע"מ להביאן וכר' הרי שתלו במחשבה של שעת הפרשה ולא שעת בצירה.

משום דמחזי כשיקרא. הובא לעיל שהשיטה בשם תה"ר כתב שלטעם של מחזי כשיקרא אינו קורא מן התורה ורק לטעם של דלמא אתי לאפקעינהו מתרומ"מ זה דרבנן. השאגת אריה בס' צ' כתב עוד נ"מ בין הטעמים כמי שבודאי חייב בהבאה וספק אם חייב בקריאה. שהטעם של מחזי כשיקרא שייך גם בזה אבל הטעם שיפקיעו מתרומ"מ לא שייך בזה כיון שאין ספק בחיוב הבאה הוי ודאי ביכורים ופטור ממעשר אף לצד שפטור מקריאה, וא"כ יכול לקרוא מספק. וראיתי בשיעור ב"ב לאחי הרה"ג ר' דוד שליט"א שהעיר בזה ממשנה בביכורים שטומטום מביא ואינו קורא. והטומטום בודאי חייב בהבאה שגם אשה חייבת בהבאה, והספק הוא רק לגבי הקריאה ואעפ"כ מביא ואינו קורא ולא אמרין שיקרא מספק לרב משרשיא כיון שאין בזה חשש שיפקיעו מתרומ"מ. והביא ע"ז את דברי הרמב"ם בפ' המשנה והרע"ב שהובאו לעיל שכתבו הטעם שטומטום אינו קורא משום שא"י לא נתחלקה אלא לזכרים ודאים. והקשה התירו"ט ל"ל האי טעמא ת"ל דהוי ספק אשה ואשה אינה קוראה. וכתב שלרבר השאג"א ניהא דלרב משרשיא כיון שהוא בודאי חייב בהבאה ובודאי פטור ממעשר היה קורא מספק לכן הוצרכו הרמב"ם והרע"ב לבאר שהוא פטור מקריאה מדין ודאי ולא רק מספק ולכן אינו קורא.

נמצא ב' דרכים בישוב קושיית התירו"ט. א. הובא לעיל בשם התוס' חדשים שאילו היה ספק בחיוב הקריאה לא היה יכול להביא דאינו ראוי לקריאה וקריאה מעכבת בו והיה צריך לשלוח ע"י שליח. ולכן כתבו דפטור מדין ודאי ויכול להביא בעצמו. ב. הכא לא שייך טעמו של רב משרשיא שחיוב הבאה הוא ודאי וא"כ היה קורא מספק, ומה שאינו קורא הוא מפני שרק זכרים ודאים נטלו חלק בארץ.

ה"ד מן הגזע כל שרואה פני חמה וכו'. עיין בריטב"א דמה שרואה פני חמה אפילו אם זה באמת שורש דינו כיצא מן הגזע, ומה שאינו רואה פני חמה אפילו שבאמת הוא יוצא מן הגזע דינו כיצא מן הקרקע והוא של בעל הקרקע.

דלמא מסקא ארעא שירטון. נחלקו הראשונים כשטוען המוכר שמכר רק ב' אילנות והשלישי גדל אח"כ ולא קונה הלוקח קרקע והלוקח טוען שקנה ג' אילנות שגם בשעת מכירה היו ג' כמו שהם עכשיו וקנה קרקע על מי להביא ראייה. הרמב"ן בעמ' ב' כתב באופן שיש ספק לגבי הקרקע שתחתיהן כמה היה גודל הענפים בשעת מכירה שעל הלוקח להביא ראייה כיון שהוא בא להוציא קרקע מן המ"ק. ולדבריו גם כשרואים ג' אילנות והמוכר טוען שבשעת מכירה היו ב' על הלוקח להביא ראייה. הרשב"א והריטב"א חולקים וס"ל כיון שלפי מה שאנו רואים עכשיו המצב הוא שמכר קרקע על המוכר להוכיח שבזמן המכירה היה מצב אחר דאמרין כאן נמצאו כאן היו. הריטב"א מביא ראייה לדבריו מכאן שאם הלוקח אינו נאמן מה החשש שמא יעלה ארעא שירטון ויהיו ג' אילנות הרי על הקונה להביא ראייה שהיה כך בשעת המכירה. וכתב הג"י דלרמב"ן החשש הוא שיטען כן הלוקח ויצטרך המוכר לטרוח בדינא ודיינא. וסברא זו מבוארת ברמב"ן עצמו בעמ' ב' ע"ש. המל"מ בפכ"ד ממכירה ה"ה כתב שדברי הרמב"ן נאמרו רק לגבי התפשטות הענפים שהוא דבר שעומד להשתנות ובזה המצב של עכשיו אינו ראייה ועל הלוקח להוכיח שהיה כך בשעת מכירה. אבל הכא גם הרמב"ן יודה שעל המוכר להביא ראייה ושפיר איכא חשש שיטען הלוקח שקנה קרקע ויהיה נאמן גם לרמב"ן. וכ"כ הסמ"ע בס' רט"ז סקל"ב. שהרמ"א בסע' ח' פסק כרמב"ן וכתב הסמ"ע שלגבי שמא יעלה שירטון מודה הרמב"ן שהלוקח נאמן. ובשיטמ"ק לקמן פ"ב: בשם הר"ן כתב בהדיא שסברת הרמב"ן דכיון שענפים עשויים לגדול אין ראייה שהיה כך בשעת מכירה ולכן על הלוקח להביא ראייה. וזה כמל"מ והסמ"ע.

סברת הריטב"א והרשב"א דכיון שלפי המצב שאנו רואים הלוקח קנה קרקע על המוכר להביא ראייה אף שהוא מוחזק מבוארת לעיל ל. גבי נכסי דבי בר סיסין. ועיין בחזו"א אבה"ע ס' ס"ז סק"ז שעל המוחדש להביא ראייה אע"פ שהוא מוחזק ומביא ע"ז את הגמ' של בר סיסין. וזה סברת הרשב"א והריטב"א כאן.

דקל אין לו גזע. הרשב"ם מבאר דכיון שדקל כשיבש אין לו תקנה סבור הוא שיבש לפני שיספיק להוציא ענפים מן הגזע וממילא אסח דעתיה מן העולה מן הגזע. ואינו מוכן כיון שהדקל הוא של ממילא מה שגדל מן הדקל הוא שלו וגם אם גדל על אילן שלו דבר שאינו רגיל לגדול ואין דעתו עליו מ"מ כיון שגדל ממנו זה שלו. ומוכח מזה שהמוכר ב' אילנות גם את גוף האילנות לא קנה הלוקח אלא רק אילן לפירותיו ולענפים שיצאו מן הגזע, ולגבי היוצא מן השורשים אין האילן שלו. ובדקל כיון שאינו מצוי שיוצא מן הגזע אין דעתו ע"ז וקונה רק דקל לפירותיו ולא לענפים היוצאים בין מן הגזע בין מן השורשים. ומדברי ר"ת בשם ר"ח מוכח דמדינא היה צריך גם

העולה מן השורשים להיות של בעל האילן דכיון שהשורשים שלו גם העולה מהם שלו אלא דהמוכר משייר קנין באילן לענין ענפים היוצאים מן השורשים. וכשזה דבר שלא שכיח שיבא לא אסיק המוכר אדעתיה לשייר קנין באילן לפירות אלו ממילא זה שייך לקונה. נמצא דלכונ"ע מדינא אין חילוק בין עולה מן הגזע לעולה מן האילן אלא דאמרנן שבסתם דעתו של המוכר והקונה להקנות את האילן לענפים היוצאים מן הגזע ולא ליוצאים מן השורשים. אלא שהרשב"ם ס"ל שאין לקונה אלא פירות כאלה שדעתו עליהם ור"ח ס"ל איפכא דבסתם קנה הכל חוץ ממה שדעת המוכר לשייר ומילתא דלא שכיח שאין דעתו עליו הוא לא בכלל השויר והוי בכלל המכירה.

תחתיהן וביניהן וחוצה להם. אף שנאמר כולם כאחד מוכח בגמ' שיש הבדל בין תחתיהן וביניהן לדין של חוצה להם כמלא אורה וסלו. שתחתיהן וביניהן הוא קנין בגוף הקרקע דכל שטח זה הוא שדה אילן ונקנה לקונה קנין גמור יחד עם האילנות. אבל הדין של מלוא אורה וסלו מסביב האילנות אינו קנין בגוף הקרקע אלא שיעבוד שיש לקונה על המוכר להשתמש ברשות המוכר לצורך הטיפול באילנות. ומה"ט ר"א שמקשה השתא דרך אין לו אורה וסלו יש לו לא הקשה כן על תחתיהן וביניהן אלא רק על מלוא אורה וסלו. דתחתיהן וביניהן הוא קנין גמור ואין זה שיעבוד שיש לקונה על המוכר ואינו ענין לדרך. משא"כ מלוא אורה וסלו היה פשוט לגמ' דאינו בכלל הקרקע הקנין לקונה ואינו אלא שיעבוד וע"ז מקשה ר"א שאם אין המוכר משעבד את רשותו לקונה לדרך כ"ש שאינו משעבד לו רשותו לצורך לקיטת הפירות. וכן מפורש בשיטמ"ק בד"ה הרי בשם הר"י מגש וז"ל הרי זה קנה תחתיהן וביניהן כלומר קנין גמור וקנה חוצה להם כמלא אורה וסלו להשתמש בהם בשעת שאורה האילנות בלבד עכ"ל. וכ"כ היד רמה באות ס"ט דמלא אורה וסלו דקאמרנן לשיעבודא בעלמא הוא אבל גוף הקרקע לא קני דומיא דדרך. וכן מוכח מהמשך הגמ' שהגמ' מסתפקת אותה אורה וסלו מי זורע, ועל תחתיהן וביניהן אין ספק דפשוט דבעל האילנות זורע כיון שזה קרקע שלו ורק לגבי מלא אורה וסלו שאינו אלא שיעבוד מסתפקת הגמ' שמא כיון שמשעבד לו ללקיטת פירות יכול גם לזרע. והרמ"ה הנ"ל מביא ראיתו מגמ' זו ע"ש.

אמנם הריטב"א מפרש שזה גופא הספק של הגמ' מי זורע, דתחתיהם וביניהם פשוט שהלוקח זורע כיון שגוף הקרקע שלו אבל על מלא אורה וסלו שהוא מחוץ לשטח האילנות מסתפקת הגמ' אם זה ג"כ בכלל שדה האילנות וקונה הלוקח את גוף הקרקע והוא זורע או שאין זה אלא שיעבוד ולכן המוכר זורע ולא הלוקח. ומלשון הרשב"ם שכתב או בעל השדה דהא לא נשתעבדו לבעל האילנות אלא בשעת לקיטת פירות, משמע שזה פשוט שזה רק שיעבוד והספק עד כמה משעבד לו דאל"כ הוי ליה למימר או שבעל הקרקע זורע דאין ללוקח אלא שיעבוד. וכן מבואר ברמ"ה הנ"ל שמוכיח מכאן שזה רק שיעבוד משמע שאין זה הספק של הגמ'.

יש לעיין בהאי דינא דתחתיהם וביניהם וכן במלוא אורה וסלו אם תלוי במצב של האילן בשעת מכירה ואינו משתנה כשגודלים ענפי האילן או שתלוי כל שעה לפי מצב האילן. ולכאורה אין נ"מ למעשה מספק זה כיון דתנן במתני' שבג' אילנות אם הגדילו ישפה א"כ תמיד ישאר במצב שהיה בשעת מכירה. אך תלוי במחלוקת ראשונים שהנ"י כתב דישפה רק כשגדלו הענפים מחוץ לשטח של מלא אורה וסלו אבל בתוך שטח זה אין דין של ישפה, ור' יונה ס"ל שישפה גם בתוך השטח של מלא אורה וסלו. ולדברי הנ"י יש לדון אם הקנין של תחתיהם תלוי במצב של שעת מכירה או שמשתנה כשגודלים הענפים. וראיתי באילת השחר שנקט בפשיטות שכל מה שהאילן גודל מתרחב קנינו של הקונה. וכתב דא"א לומר שהקנין חל אח"כ דא"כ המוכר יוכל לחזור בו, אע"כ חל מעיקרא על כל מה שעתידי לגדול, ומקשה שא"כ זה תלוי בביריה. ודבריו לכאורה תמוהים שמדברי הרמב"ן הרשב"א והריטב"א שדנים כשיש ספק אם בשעת מכירה הענפים היו כמו שהם עכשיו או לא על מי להביא ראיה מפורש דפשיטא להו שקונה קרקע רק לפי המצב של שעת מכירה ואין הקנין הולך וגדל כשגודלים הענפים. ומה שיש מקום לדון בזה הוא לא לגבי תחתיהם וביניהם שהוא קנין גמור ובודאי תלוי בשעת מכירה אלא לגבי מלוא אורה וסלו שנתבאר שאינו אלא שיעבוד, ובהו יש מקום לומר שהשיעבוד משתנה לפי הצורך, וע"ז לא קשה דתלוי בביריה דמעיקרא כל נכסי המוכר משועבדים לבעל האילנות לכל צרכיהם ואין הקנין משתנה כשגודלים הענפים אלא הצורך משתנה.

מבואר בגמ' בסמוך דאפי' ר"ע דס"ל לגבי מוכר בור ודות דמוכר בעין יפה מוכר ויש לקונה דרך מ"מ במוכר ג' אילנות הגדילו ישפה ולא אמרנן בזה שמוכר בעין יפה כיון שיש למוכר פסידא אם לא ישפה. והרשב"ם מבאר שהפסידא הוא שהצל רע לבית השלחים ועוד שהענפים מונעים מלחרוש. אבל ר' יונה כתב דהטעם שהגדילו ישפה שאם לא ישפה שמא יחזיק ע"י תוספת הענפים במלא אורה וסלו חוץ לתוספת הענפים. והלשון שמא יחזיק משמע שיחזיק בשקר בטענה שכך היה בשעת מכירה. ומבואר דמדינא גם המלא אורה וסלו תלוי במצב של שעת מכירה ואינו גדל כשמתפשטים הענפים. אבל בשיטמ"ק בד"ה אימור כתב בשם הר"י מגש וז"ל היכא דאיכא פסידא שאם הגדילו קנה הלוקח מן הקרקע כנגד מה שהגדילו תנמצא שמפסיד המוכר מן הקרקע כנגד הענפים שהגדילו עכ"ל. משמע שאין כונתו כר' יונה שמא יחזיק בשקר אלא הפסידא הוא שאם יגדלו הענפים באמת יזכה הלוקח ביותר קרקע ולכן המוכר ישפה כדי שלא יפסיד עוד קרקע. ואף שמלשון הר"י מגש משמע לכאורה דאיירי גם לגבי הקרקע שתחתיהם וביניהם, לפי מה שנתבאר שלגבי זה פשוט דתלוי בשעת מכירה צ"ל דהר"י מגש איירי רק לענין המלוא אורה וסלו שזה אינו קנין ותלוי במצב הענפים בכל זמן. גם בני"י מוכח שמלוא אורה וסלו לא גודל דס"ל שלא ישפה אלא כשיוצאים הענפים מהשטח של מלא אורה וסלו, ואי נימא שמלוא אורה וסלו גודל עם הענפים הם לעולם לא יצאו מהשטח של מלא אורה וסלו.

נמצא דלכאורה מוכח בגמ' שתחתיהם וביניהם הוא קנין ומלוא אורה וסלו הוא רק שיעבוד. הריטב"א ס"ל שזה הספק מי זורע, אם מלוא אורה וסלו הוא קנין או שיעבוד. לגבי השאלה אם תלוי במצב של שעת מכירה או שמשתנה כשמתפשטים הענפים ברמב"ן ריטב"א ורשב"א מבואר דתלוי בשעת מכר אבל יתכן שזה רק תחתיהם וביניהם אבל בר' יונה משמע שגם מלוא אורה וסלו תלוי בשעת מכירה. הר"י מגש ס"ל דהקנין מתפשט כשגודלים הענפים, ופשוט לשונו משמע דקאי גם על תחתיהם וביניהם, ואולי יש לדחוק דקאי רק על מלוא אורה וסלו. והטעם שישפה לרשב"ם שלא יזיק הצל, ר' יונה מוסיף שמא יחזיק בתוספת קרקע, והר"י מגש כתב כדי שלא יזכה באמת בתוספת קרקע.

דף פב:

אימור דאמר ר"ע גבי בור ודוד דלא מכחשי ארעא לענין זה סובר ר"ע שמוכר בעין יפה אבל הכא מודה ר"ע דישפה משום דאית ליה פסידא. כתב הריטב"א שדרך לא נחשב פסידא מפני שהמוכר זורע את הדרך משא"כ מלוא אורה וסלו אין המוכר זורע לכן נחשב פסידא. ואינו מוכן דאין הגמ' באה לחלק בין דרך למלוא אורה וסלו אלא בין דרך לדין של ישפה ולמה כתב הריטב"א שמלוא אורה וסלו חשיב פסידא. ואולי ס"ל דהטעם של ישפה הוא כדי שלא יגדל המלוא אורה וסלו כמו שהובא לעיל בשם הר"י מגש. ולכן מבאר הריטב"א שתוספת במלוא אורה וסלו נחשב פסידא אף שאינו קנוי לקונה אלא רק משועבד לצורך האילן מ"מ מפסיד המוכר שאינו יכול לזרוע שם. עוד כתבו הריטב"א ור' יונה שבדרך אמרינן שבשעת נתינה נותן בעין יפה משא"כ ישפה הנזק הוא מדבר שנוסף אחרי המכירה ולגבי זה לא אמרינן שנותן בעין יפה דרוצה לתת דבר קצוב ולא שיהיה מוסיף והולך לכן ישפה. גם הרמב"ן כתב פירוש זה בשם הרשב"ם, וצ"ב דאף שבתחילת דברי הרשב"ם בד"ה אילן משמע קצת כפירוש זה אבל מהמשך דבריו לא משמע דמפרש כן.

מי לא מודה ר"ע באילן הנוטה וכו'. אינו מוכן דשם לא מיירי במוכר ומה שייך בזה עין יפה. כתבו הרשב"א והריטב"א דמדתם משמע דאיירי בכלל גווני אפילו מכר ע"ש.

רשב"ם ד"ה גבי אילן. שיטת הרשב"ם דמה דתנן לעיל שהלוקח ב' אילנות לא קנה קרקע היינו לרבנן דלית להו מוכר בעין יפה אבל לר"ע גם כב' אילנות קנה קרקע. התוס' לעיל ל"ז: חולקים ומקשים על הרשב"ם שהגמ' כאן מעמידה את המשנה כר"ע ומוכח שגם לר"ע רק כב' אילנות קנה קרקע ע"ש. ולא ס"ל מה שכתב הרשב"ם בסד"ה דמי לא מודי דרישא דמתני' בודאי דלא כר"ע. אמנם נראה שגם הרשב"ם שכתב שלר"ע כב' אילנות קנה קרקע אין הקנין של ב' אילנות כמו הקנין של ג' אילנות. שבג' אילנות הקרקע הוא לגמרי שלו ובב' אילנות לר"ע כתב הרשב"ם בד"ה גבי אילן שלר"ע כב' אילנות יש לו קרקע ע"מ ליטע אחרים תחתיהן. דהיינו, דתנן במתני' הקונה ב' אילנות לא קנה קרקע וכו' ואם מתו אין לו קרקע, שלא רק שלא קנה את גוף הקרקע אלא אפילו השיעבוד לקבל יניקה הוא רק לאילן זה ולא לאילן אחר. ובג' אילנות קנה קרקע ואם מתו יש לו קרקע. ומבואר ברשב"ם דמה דסבר ר"ע שבב' קנה קרקע אין הכונה שקונה את גוף הקרקע אלא רק שהשיעבוד שיש לו להחזיק אילנותיו בשדה חברו ולקבל ממנו יניקה הוא לא רק לאילן זה כדסברי רבנן אלא בעין יפה מוכר ומשעבד המוכר את עצמו גם לאילן אחר אם מתו אילנות אלו. וכן בד"ה דמי לא מודה כתב הרשב"ם וז"ל ומיהו רישא ודאי דקתני גבי שני אילנות אם מתו אין לו קרקע לא מתקמא כר"ע עכ"ל. ותימה אמאי מביא מבבא זו ולא מהרישא דהקונה ב' אילנות לא קנה קרקע. אלא ברור דס"ל שלזה גם ר"ע מודה ואינו חולק אלא על מה דקתני שאם מתו אין לו רשות ליטע אחרים תחתיהם.

תניא כוותיה דר' חייא בר אבא. לא נתבאר בגמ' מה תירוצו של רחב"א על קושית ר"א השתא דרך אין לו אורה וסלו יש לו. וכתב בזה ר' יונה שתלוי אי קי"ל כר"ע או לא, דאליבא דרבנן שדרך אין לו כו"ע מודו דבדאי אין לו מלוא אורה וסלו, ורחב"א אמר ר"י ס"ל דקי"ל שיש לו דרך וה"ה דיש לו מלוא אורה וסלו.

הא לא דמיא אלא לסיפא. הריטב"א מבאר הדמיון לסיפא דסתם דרך אינו הולך על מקום מסוים ולכן אין הזרעים מונעים את ההילוך שיכול ללכת במקום שאין זרעים. אבל בסיפא דנתנו לו דרך מן הצד היינו שיחדו לו מקום מסוים להילוך בזה הזרעים מפריעים להילוך ולכן אין המוכר זורע את הדרך. וגם הכא אם יזרע המוכר את המלוא אורה וסלו איכא פסידא דטינוף פירות. וצ"ב אמאי צריך להגיע לטינוף פירות הרי הריטב"א מבאר שבמקום שההילוך הוא במקום מסוים הזרעים מפריעים להילוך וא"כ מלוא אורה וסלו דמי ממש לסיפא ולא צריך לומר שהפסידא הוא משום טינוף פירות. ושור' שגם ר' יונה מפרש כריטב"א ומוסיף דהכא איכא פסידא מתרי טעמי א. טינוף פירות. ב. כיון שההילוך הוא במקום מסוים הזרעים מפריעים להילוך כמו בסיפא.

מעשה בצלמון. שיטת התוס' דאף שיש ט"ז אמה בין שורה לשורה ומדינא אין כאן כרם כלל דמודדים מן העיקר מ"מ מדרבנן יש שם כרם תחת ענפי הכרם וכיון שבין הענפים יש פחות מט"ז אמה בשורה שהשער לתוכו א"כ מדרבנן יש שם כרם על כל השטח שבין שתי השורות שהשער לתוכן ואסור להביא לשם זרע. וכן כשזורע בשורה שאין שער לתוכו ששם אין שם כרם צריך להרחיק ד' אמות כדין הרחקה מכרם כיון שבמקום השער יש שם כרם. והר"ש על משנה זו בכלאים פ"ד מ"ט חולק וס"ל שגם על השורה שמקום השער לתוכו ליכא שם כרם וכשזורע במקום שאין שער מרחיק מן השורה רק כשיעור הרחקה מגפן יחידי שהוא ד' טפחים לת"ק בכלאים פ"ו מ"א וג' טפחים לר"ע שחולק שם. וכ"כ ר' יונה כאן. ומה שאסור לזרוע בשורה שבו השער אינו משום שיש על מקום זה שם כרם אלא מפני שיש עירוב בגלל התפשטות הענפים. דהיינו דפליגי בטעם האיסור זריעה במקום השער אם הוא מפני שיש עליו שם כרם או מפני העירוב ונ"מ אם כשזורע במקום שאין שער מרחיק ד' אמות כדין הרחקה מכרם או ד' טפחים כדין הרחקה מגפן יחידי.

דף פג.

אמר רבא הלכתא מד' עד ט"ז. לכאורה דברי רבא הם דלא כר"ש ולא כרבנן דלר"ש השיעור הוא מד' עד ח' ולרבנן מח' עד ט"ז. וכתב הרשב"ם דרבא פסק כרבנן ששיעור מפורזים הוא ט"ז, ולגבי רצופים ס"ל כיון דלא מפורז בדברי רבנן שחולקים בזה על ר"ש י"ל דגם רבנן מודו שרצופין הוא בד' דהיינו שלרבא רבנן ס"ל מד' עד ט"ז, ורבא לא ס"ל הסבא שמד' רצופין הוא פלגא דמפורזין לרבנן נמי הוי פלגא. וכתב עוד הרשב"ם שזה גם השיעור במקדיש אילנות דהקדיש קרקע כשהם מד' עד ט"ז. והבירייתא לעיל ע"ב. דקתני שיעור אחר חולק דאין נ"מ בין מוכר למקדיש. דהיינו שלרשב"ם דין מוכר ג' אילנות ומקדיש ג' אילנות וכלאים כולם שוים ולרבא שיעור כולם להלכה הוא מד' עד ט"ז.

הרמב"ם פסק בפכ"ד ממכירה ה"ד שהשיעור לענין מכירה הוא מד' עד ט"ז. ובפ"ד מערכין ה"ז פסק שהשיעור הוא ג' לבית סאה [ולא י' לבית סאה כמבואר בדף ע"ב. כמו שמבאר הכ"מ דגרסא אחרת היתה לו שם ויש מחלקים בין גטיעות לאילנות]. לגבי כלאים פסק הרמב"ם בפ"ז מכלאים ה"ד כר"ש שח' אמות היו מפורזים. בהא דמחלק בין מכר להקדש ס"ל כתוס' בערכין י"ד. שכתבו שהברייתא של הקדש אינו חולק על השיעורים שנאמרו כאן דאין דין הקדש כדין מכר.

ואכתי קשה מה שהרמב"ם מחלק בין מכירה שהשיעור הוא מד' עד ט"ז לכלאים שהשיעור הוא עד ח' ובגמ' מבואר שמכירה וכלאים תלויים זה בזה. וראיתי בשיעורי ב"ב לאחי הה"ג ר' דוד שליט"א שמבאר דברי הרמב"ם ע"פ מש"כ הרמב"ן במלחמות בסו"פ המוכר את הבית שמה שרובא פוסק מד' ועד ט"ז אינו משום דפסק כרבנן וס"ל שלרבנן השיעור הוא מד' עד ט"ז כמו שפירש הרשב"ם, אלא דרבא ס"ל כר"ש שהשיעור לענין כלאים הוא עד ח' אמות, וס"ל דדוקא לענין כלאים סובר ר"ש שיעור זה דכלאים תלוי בערוב וביותר מוח' אין ערוב אבל לענין מכר מודה ר"ש שהשיעור הוא מד' עד ט"ז. ושפיר פסק הרמב"ם כאן כרבא ובכלאים כר"ש.

נמצא דנחלקו הרמב"ן והרשב"ם בביאור דברי רבא דלכאורה דברי רבא הם דלא כר"ש ולא כרבנן. הרשב"ם ס"ל דרבא כרבנן וס"ל דלרבנן השיעור הוא מד' ועד ט"ז ופליג על הגמ' לעיל. והרמב"ן ס"ל שהגמ' לעיל מודמה מכירה לכלאים ורבא ס"ל שיש לחלק בין כלאים למכר ובכלאים ס"ל כר"ש ובמכר ס"ל שגם לר"ש השיעור הוא מד' עד ט"ז.

ואת האילנות שביניהם. קשה אם יש אילנות ביניהם זה רצופים. כתב ר' יונה דמיירי בנטיעות קטנים א"נ באילן סרק. וכן נראה מלשון הרשב"ם שכתב ואת האילנות קטנים. הרמ"ה באות פ"ג למד מזה דאמרין לענין מכר רואים את האמצעים כמי שאינם. הג"י כתב שגם האמצעים הם דחוקים יותר מד' ומ"מ הם נקנים רק בגלל שקנה קרקע ולא מצד עצמם שלא פירש אילנות אלו.

יבש או נקצץ. התוס' לעיל פ"ב. ד"ה מתקיף הוכיחו מכאן שבקנה ב' אילנות אין רשות לקצוץ כדי שיחליף האילן ועי"ז יתקיים זמן ארוך יותר. ור' יונה דחה הראיה מכאן והובאו דבריו ברא"ש ע"ש.

עיקריהן נראין פרשב"ם שהשיעור. וקשה לפירושו לשון הגמ'. הרמ"ה באות פ"ו מפרש שהעיקר היינו הגפן הראשון שממנו הבריכו הוא נראה אבל חלק ההכרחה מוטמן בארץ, ע"ש.

שנים בשלו ואחד בשל חבירו מאי. כתב הריטב"א שאם כולם בשלו אלא ששנים בשדה אחד והשלישי בשדה אחר פשוט שמצטרפים ואין המיצר מפסיק לענין זה אף שהוא מפסיק בנכסי הגר. ורק כשיש לו אילן וקרקע בשדה חבירו יש צד שלא יצטרף.

דף פג:

בעי רב אשי. הרמב"ם בפכ"ד ממכירה ה"ד פסק בכל ספיקות אלו שלא קנה קרקע והיינו משום שהמוכר הוא מ"ק והממעה. ואע"ג דבעלמא פוסק הרמב"ם דמהני תפיסה בספק כתב המ"מ דבקרקע מודה הרמב"ם דלא מהני תפיסה. האו"ש שם כתב לבאר באופן אחר מה שכתב הרמב"ם כאילו שפשוט שלא קנה קרקע, שבכל מקום שיש ספק אם דעתו להקנות קרקע עם האילנות או לא היה המוכר צריך לפרש שמוכר גם את הקרקע ומדלא פירש מוכח שאינו מקנה קרקע. דהיינו שבכל מקום שיש ספק אם קנה קרקע או לא בודאי לא קנה מדלא פירש. והג"מ בין המ"מ לאו"ש יהיה במטלטלין שיש בהם ספק אם כשמוכר דבר אחד מכר דבר אחר עמו כגון במכר החמור אם מכר כליו שהגמ' בדף ע"ח. מסתפקת אם פליגי בעודן עליו או באין עודן עליו. למ"מ יתעיל תפיסה כיון שאינו קרקע ולא"ש לא יועיל תפיסה דכל שיש ספק בודאי לא הקנה מדלא פירש.

דברי האו"ש בזה לכאורה תמוהים דאין אפשר לומר שכל מקום שיש ספק אם קנה בודאי לא קנה הרי מפורש לעיל פ"א. דהקונה ב' אילנות מביא ביכורים מפני שיש ספק אם קנה קרקע. ואי נימא שבמקום ספק בודאי לא קנה אמאי מביא ביכורים. ולעיל הובא קושית האחרונים אמאי מביא ביכורים הרי יש הכרעה מכח חמ"ק שהממון של המוכר. והובא לעיל תירוצי האחרונים בזה. אבל זה הכל כשיש ספק בזה אמרין שחמ"ק אינו מכריע את דין הביכורים אבל לאו"ש בלי חמ"ק ליכא ספק כלל דמדלא פירש מוכח שאין דעתו להקנות את הקרקע.

והעירני שהאו"ש לשטתו בזה ואה"נ לפי תירוצם של שאר האחרונים על השאלה מכח חמ"ק מוכח מהא דהקונה ב' אילנות מביא ביכורים שיש צד שקנה קרקע ולא כחידושו של האו"ש. אבל הובא לעיל שהאו"ש מישב באופן אחר, שהקונה אילן אחד אינו מביא ביכורים אף שיש לו זכות יניקה ואית ליה קנין פירות בשדה חבירו ואמאי לא יביא למ"ד ק"פ כקנין הגוף דמי. אלא הטעם דיניקה אינה שימוש חשוב וק"פ כזה אינו כקנין הגוף. אבל בג' אילנות שהדין הוא שקונה קרקע מפני שזה שימוש עיקרי של השדה דחזוניה דהאילנות גוררים את הקרקע א"כ גם אם פירש שלא יקנה קרקע יביא ביכורים מכח קנין פירות החשוב של יניקה ג' אילנות. ולכן אף שיש הכרעה ודאית שלא קנה קרקע מ"מ מביא ביכורים דכיון שיש צד שב' אילנות קנה קרקע א"כ גם אם בפרעל לא קנה מביא מכח קנין פירות של ב' אילנות כיון שיש צד שגם ק"פ זה גורר את הקרקע. וכיון שמפורש באו"ש שאפילו אם פירש שלא מוכר קרקע מביא ביכורים לצד שאם לא היה מפרש היה קונה קרקע, א"כ לק"מ על דברי האו"ש כאן דבכל מקום שיש ספק ולא פירש הרי זה ודאי שלא מכר קרקע ובאמת בקונה ב' אילנות גם בלי חמ"ק בודאי לא קנה ואעפ"כ מביא ביכורים לצד שהדין הוא שקונה קרקע דכיון שיש צד שקנין יניקה של ב' אילנות הוא ק"פ חשוב זה מחייב הבאת ביכורים גם כשמפרש שאינו מוכר קרקע. ודברי האו"ש עניים במק"א ועשירים במק"א.

האחרונים מקשים אמאי אינו קונה קרקע בכל ספיקות אלו הרי הספקות הם אם האילן השלישי מצטרף לשנים האחרים או לא אבל ב' אילנות ודאי איכא וא"כ איכא ספק ספיקא דשמא איכא ג' אילנות ואפילו את"ל דאינו מצטרף מ"מ שמא המוכר ב' אילנות קנה קרקע וי"א שס"ס מהני להוציא ממנו. [עיי' בספר המפתח בפכ"ד ממכירה ה"ד שמביא אחרונים שהקשו כן]. ולדברי האו"ש לק"מ דכל שיש ספק בודאי לא קנה כיון שלא פירש וליכא לא ספק אחד ולא ב' ספיקות אלא בודאי לא קנה קרקע.

ריכבא דדיקלי מהו. כתב הרמ"ה באות פ"ח דאיירי אפילו באופן שאם אין הדקלים מפסיקים גם הם בכלל המכירה כדין אילנות שביניהם מ"מ שמא מפסיק וגורם שלא קנה קרקע וממילא גם הוא לא נקנה. וכ"כ ר' יונה וכתב שזה הפשט בספק של ארז ע"ש. הריטב"א מבאר את הספק של ארז דשאר אילנות שביניהם הם קטנים ומאותו המין אבל ארז שהוא אילן גדול ואינו נושא פירות והוא מין אחר ומין בשאינו מינו חוצץ ע"ש. ויש לעיין בדברי המ"מ בפכ"ד ממכירה ה"ב שהרמב"ם כתב שם בסוף ה"א שהקונה ג' אילנות קנה קרקע וקנה כל האילנות שביניהם. וכתב ע"ז המ"מ בעיא דאיפשטא היה ארז ביניהם. וצ"ב שהרמב"ם לא הזכיר ארז אלא שאר אילנות ובהם לא היה ספק שהספק הוא רק בארז כנ"ל ובשאר אילנות מפורש לעיל שקונה אילנות שביניהם.

כחצובא. מדין זה וכן ממה שיש אופנים שלא קנה קרקע מפני חסרון בצירוף בין הג' אילנות מוכיח הרא"ש דלא כרשב"ם דס"ל שלר"ע גם הקונה אילן אחד או ב' אילנות קנה קרקע דלדבריו ודאי קנה קרקע אף בלי צירוף האילנות דלא גרע מאילן אחד וקי"ל כר"ע. והעירוני דלמה שכתבנו לעיל לדייק מלשון הרשב"ם בדרך פ"ב: דמה דס"ל לר"ע דקנה קרקע אין הכונה שהוא קונה את גוף הקרקע אלא רק שמושעבד ליניקה גם לענין לנטוע אילן אחר אם ימות אילן זה, א"כ גם לר"ע איכא נ"מ בין אם יש צירוף של ג' אילנות שאז קונה את גוף הקרקע לבין היכא שאינו מצטרף שאינו קונה אלא זכות יניקה לאילן זה ולבאים אחריו.